

**控訴審における無罪判決に対する破棄自判と事実の取調べ**

- 【文献種別】 判決／東京高等裁判所  
【裁判年月日】 平成29年11月17日  
【事件番号】 平成29年（う）第726号  
【事件名】 詐欺、窃盗、詐欺未遂被告事件  
【裁判結果】 破棄自判  
【参照法令】 刑事訴訟法316条の32・382条の2・393条・400条  
【掲載誌】 判例集未登載

LEX/DB 文献番号 25560132

**事実の概要**

事案は、いわゆるクレジットカード詐欺などの罪が争われた事例であった。第一審では、被告人はすべての公訴事実について犯人との同一性を争い、無罪を主張した。そして第一審はその一部を無罪とした。控訴審では、検察官は、画像鑑定書等の書証15点、証拠物1点、証人3名（検察官調書の供述者2名、画像鑑定書の作成者）について新たに事実取調べの請求をした。そのうち、証拠とすることに同意があった3通の書証については、第一審の弁論終結前に取調べを請求する「やむを得ない事由」が認められないものであったとされた（その他の書証はいずれも弁護人が不同意）。証拠物については「やむを得ない事由」が認められないとされ、証人3名についてはいずれも「必要性」も「やむを得ない事由」も認められないとされた。弁護人は、画像鑑定書ないしその作成者の証人尋問が採用される場合には、その反証を行うとの意向も示したが、これらが却下された場合には、反証は行わないと述べた。結果、控訴審は一部無罪とした詐欺罪について事実の取調べをすることなく、有罪判決を下して破棄自判した。控訴審は第一審無罪判決を破棄して、新たな事実の取調べをすることなく自判することの可否について、次のような見解を示した。

**判決の要旨**

「…（略）…判例に抵触しないために当審で事

実の取調べを行うとすれば、上記3名の証人のいずれかを採用して証人尋問を行い、画像鑑定書の作成者を採用する場合には、これに対する弁護人の反証としての証人尋問を行うことが考えられる。しかし、これは、期日間整理手続が行われ、整理された争点に関し、当事者により厳選された証拠に基づく審理が行われ、期日間整理手続が終わった後には、やむを得ない事由によって請求することができなかったものを除き、新たな証拠を請求することが許されないこととなっている原審の審理経過を踏まえ、当審において、原審記録に基づいて原判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理と判断したにもかかわらず、必要性も第一審の弁論終結前に取調べを請求することができなかったやむを得ない事由も認められない証拠を採用するという不合理なことになる。しかも、それらの証拠は、原審における検察官の立証に屋上屋を重ねるものであり、既に判示したとおり訴訟記録及び第一審裁判所において取り調べた証拠によって原判決に事実誤認を認める当審が、検察官の請求する上記証拠を直接に取り調べることによって、被告人の権利、利益の保護につながるとは考えられない。他方、被告人は、原審において、被告事件に対する陳述をした以外には、黙秘権を行使していて、当審においても、弁護人から被告人質問の請求は行われておらず、判例に抵触することを回避するために職権で被告人質問を実施することが、被告人の権利、利益の保護に資するとは考えられない。ちなみに、起訴前国選弁護の制度が整備され、取調べの録音録画も実施さ

れている現在、捜査及び公判を通じ、黙秘権を行使するという方針が、被告人、弁護人により採られることは、今後も増えていくことが予想される。「…(略)…差戻し前第一審の期日間整理手続による新たな証拠請求の制限が残る以上、事件の差戻しは、当審における不合理を原裁判所にそのまま持ち越すことにすぎない。」「…(略)…直接主義、口頭弁論主義との関係についても、判例に付された反対意見が指摘するように、控訴審が直接に事実の取調べを行わないままに自判をしたとしても、実質的にみて、被告人の権利、利益の保護において問題を生ずるものとは考えられないし、裁判員裁判制度の導入を契機に、控訴審による原判決の審査について、事後審制の趣旨がより一層徹底され、控訴審は、原判決に事実誤認があるとして破棄する場合には、原判決の認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることを具体的に指摘しなければならないこととされているところであり、それだけ第一審の判断が尊重されるものとなっている。判例において念頭に置かれている心証比較説に基づき、原審記録をみるだけで控訴審が第一審の判決を破棄することの不当性という前提（最三小判昭和29年6月8日・刑集8巻6号821頁の小林俊三裁判官の少数意見参照）は、今日では失われているといえる。「要するに、起訴前国選弁護制度、公判前整理手続、裁判員裁判制度が導入され、取調べの録音録画が行われている現在、刑事訴訟法の仕組み及び運用は大きく変更されているにもかかわらず、判例に従い、控訴審が第一審の無罪判決を破棄するときには、事件を第一審に差し戻す場合を除き、一律に控訴審において自ら事実の取調べを行う必要があるとする解釈を維持することは、今日の刑事訴訟法の仕組み及び運用との間に不整合を生じ、控訴審の手続に混乱と遅延をもたらす、被告人の権利を保護するという実質もなく、むしろ、その利益に反する結果を招く場合もあるものと考えられる。」「判例が出された今から60年以上前の時期から、今日に至るまでに刑事訴訟法の制度及びその運用が大きく変わっていることは明らかであり、少なくとも現在の刑事訴訟法の仕組みと実務を前提に考えた場合、第一審の無罪判決に対する検察官控訴について、判例が意図する被告人の権利の保護を図る上では、具体的な事案に即したより実質的な考慮が必要と思わ

れ、不必要で不合理な控訴審における形式的な事実の取調べか、事件の差戻しにより現在の刑事訴訟法の仕組みに抵触するような審理のやり直しを求め、また訴訟の遅延をもたらす刑事訴訟法400条ただし書に関する判例の解釈は、今日においては、その正当性に疑問があるものと思料する」。

## 判決の解説

### 一 無罪判決についての破棄自判と判例法理

控訴審が事実審の判決を破棄する場合には、差し戻す場合と自判する場合がある。事後審査制を採用する我が国においては差し戻しが理論的に原則となる。もっとも、破棄の場合でも、取り調べた証拠と訴訟記録及び第一審が取り調べた証拠を考慮し、直ちに判決することができるものと認められる場合には、有罪、刑の量定、あるいは無罪の言い渡しをして、自判することができる。自判する場合は、常に新たな事実を取り調べなければならないというわけではないものの、事実審が無罪であったものがこれを破棄し、控訴審が有罪を自判する場合には、新たな事実調べが必要か、当初から、議論のあったところである。

判例は、当初、刑事訴訟法400条但書の解釈として、控訴裁判所は訴訟記録及び第一審で取り調べた証拠のみによって直ちに判決できると認める場合、常に新たな証拠を取り調べた上でなければ、破棄自判ができないものというわけではない、としていた（最決昭26・2・22刑集5巻3号429頁、最判昭29・6・8刑集8巻6号821頁）。しかし、結論には反対の少数意見もあった（最判昭29・6・8刑集8巻6号821頁の小林俊三裁判官の少数意見など）<sup>1)</sup>。その後判例は、「被告人等は公開の法廷において、その面前で、適法な証拠調の手続が行われ、被告人等がこれに対する意見弁解を述べる機会を与えられた上でなければ、犯罪事実を確定され有罪の判決を言渡されることのない権利を保有するものといわなければならない」とし、「直接審理主義、口頭弁論主義の原則を害することになるから」、事実の取調べをすべきであったとして、事実の取調べをすることのないまま自判することは、刑事訴訟法400条但書の規定によることを許されないとした（最大判昭31・7・18刑集10巻7号1147頁）。この判決には4名の裁判官に

よる反対意見があるが、別の判決でも同様の見解に達していた（最大判昭31・9・26刑集10巻9号1391頁）。その結果、この判例法理が、その後実務上通用し、学説もほぼこの見解に賛意を示していたとされる<sup>2)</sup>。そして、事実の取調べは「少なくとも事実認定を変更するに必要な限度での罪体についての事実取調べを必要とするものと受けとめているし……必ずしも『新たな』証拠の取調べをいうのではなく、証拠を『新たに』取り調べることをいうものである」とされている<sup>3)</sup>。本判決の示した内容はこの判例法理に異を唱えるものであって、時代の経過とともに変化した我が国の刑事訴訟の在り方を前提に、控訴審の枠組みに疑問を提示して一石を投じたもので、野心的なメッセージが込められていると見ることができよう。

## 二 判例論理の検討

ところで、現在の我が国の刑事訴訟が、昭和30年前後の状況とは少なからず異なる状況にあることは、明らかである。確かに、その当時は当事者主義の導入とともに「集中審理」の実現が目指されつつあり、第一審を重視していく取組みが行われようとしていた<sup>4)</sup>。しかし、現在のように、被疑者国選弁護制度が確立し、裁判員制度の創設とともに公判前整理手続が導入され、かつ、被疑者取調べに一部ではあるが録音・録画制度が法制化された状況とは異なるであろう。その結果、現在では控訴審の事後審化の徹底が図られるわけであって、そのような中で第一審の重視のための手続枠組みは尊重され、必要ないと思われる場合には、控訴審が事実の取調べをすることに意味がないという論理は、十分にあり得ることであろう。しかし、この論理は一見もっとものように見受けられるが、やや釈然としないところが残されているように思われてならない。

まず、本論理の核心に導かれる根拠が、未だ十分とはいえないように思われるところがある。すなわち、本判決はまとめと評して、起訴前国選弁護制度、公判前整理手続、裁判員制度の導入など、刑事訴訟法の仕組みと運用が大きく変更されていることで、これまでの判例法理との間に不整合が生じ、控訴審の手続に混乱と遅延がもたらされていると述べる部分がある。その不整合と混乱、遅延を招く根拠として、①証拠請求制限が厳格に規定され

たことと、第一審の強化及び立証重複の可能性の回避、②証拠請求制限などの結果、控訴審と同様に差戻審も同じ問題を抱えること、③事後審査制の徹底、が挙げられるという。しかしこれらの根拠が、果たして本当に判例法理を否定する帰結となるのかは、判然としないように思われる。すなわち、上記のような劇的な制度の創設と手続の変化という事柄が、本判決で問題となる判例法理に示される画一的枠組みに必然的に重大な影響を及ぼすのか、なお定かではないと思われるところである。

例えば、いくつかの証拠については「やむを得ない事由」があったので、それを尊重しようという証拠請求制限について挙げられている点を検証してみよう。確かに、公判前整理手続において請求されなかった証拠は、後に「やむを得ない事由」がなければ、事後的な証拠請求は認められない（刑訴法316条の32）。また、同じ文言の規定が、控訴審の段階でも存在している（刑訴法382条の2）。公判前整理手続におけるこの規定の意図は、第一審の審理を尊重することに繋がることは一目瞭然である。しかしそれに縛られることなく、必要と判断される場合には職権で証拠調べをすることが可能なはずである（刑訴法316条の32第2項）。それなくしては、結果に対する正当性は保たれない場合は、如何ともし難い不正な結論となることがあり得るからである。また、公判前整理手続における証拠請求制限の意味は、公判前整理手続の存在価値を高めるところに主眼があるわけであって、救済手段として存立する控訴審の枠組みを変更することを意図したものでは、そもそもないものと思われる。また、控訴審においても、382条の2の制限があったものの、これまではある程度緩やかに393条による職権の証拠調べがなされてきたといわれている<sup>5)</sup>。ゆえに、これらの事情が、最高裁によって確立された破棄原判の法理の変更を、直接的に、根拠付けるものとは思われない。

また、仮に証拠調べをしたとしても、すでに検察官によって第一審で取り調べているのであるから屋上屋を重ねるだけであるとすれば意味がないことになる。そこでこのような場合には、被告人質問によって告知と聴聞の機会を保障するという意義を見出さざるを得ない。もっとも本判決は、

被告人が黙秘権を行使していることも、事実調べをすることの意義を失わせていると説明するのである。確かに、このような状況では、被告人質問をすることに意味があるということではできないであろう。しかしそうだとすると、それでは判例法理の枠組みが被告人の応訴態度によって変わり得ることを意味するのであろうか。判例法理の枠組みの変更を意図するとしても、被告人の応訴態度をその実質的根拠にすることは、そもそもの刑事訴訟の理念にそぐわないであろう。

### 三 判例法理の意義

結局のところ、ある証拠を証拠調べすることが屋上屋を重ねることになって、実質的に、被告人の権利・利益を擁護することに繋がらないと述べていることについて、十分に検証すべきである。確かにそのような場合が、実際にあり得るのかもしれない。しかし、問題は、この理由付けによって書面審査のみで無罪判決を覆して有罪を自判してよいと言い切つてよいのかということである。もし仮に、被告人の権利・利益を損なうことがないのだとすれば、そのことが明白に担保されるものなのであろうか。これを明確に断定できることは難しいし、それゆえ、無罪判決を破棄して有罪を自判する場合に、このような控訴審の裁量を制約的に枠付ける法理がなぜ生まれたのかを、検証すべきなのである。

この点で最高裁判官の次の意見が、参考になるのではないだろうか。すなわち、最判昭29・6・8における井上登裁判官が「私は控訴審の裁判長をして居た時、一審の記録を見て、どうも一審の認定が怪しいと思つた時は必ず直接証拠調べをやつて見た。そうするとその結果やはり一審の認定でいいのだと思つたことが間々あつたのである」と意見している。井上登裁判官は、そうだからといって、必ず新たな証拠による事実調べをすべきであるというルールまで設定することについて、なお躊躇する意見を続けて述べている。しかしこの意見からわかるように、実際の判断に当たっては、この心境がやはり実情なのではないだろうか。つまり、ここでは、無罪判決に対する検察官上訴を認めている現行制度において、無罪判決に対して取り組む控訴審裁判官の姿勢を問うているように思われるところである。そして、無罪判決を覆す

ということによる重大性（すなわち、誤判の危険性が発生すること）から、このような制約的論理が生まれたと考えるとすれば、それと比較して、例えば「屋上屋」、「形式的」と断ずるだけでは、誤判の危険性がないことを明白な確信を持って担保できることにはならないであろう。さらに、刑事訴訟の変化を理由とするだけであつて、控訴審裁判官のいわゆる慎重かつ謙虚な姿勢が失われてしまうとすれば、それは大いに懸念すべきことである。

### 四 結論

結局のところ、無罪判決に対する有罪判決の自判をするに当たり、裁判官に慎重な姿勢をとるべきことの警告として、そして政策的要請として、判例法理は重く受け止められるべきなのであろう<sup>6)</sup>。そして、被告人に反論の機会を保障することが、その実質的な理由であることを想起すべきである。また、そのように考えると、事実調べをすることなく有罪判決を破棄自判することが可能かという問題の結論は、事実調べがない場合であれば、自判という道ではなく、事後審査制を徹底して、事件を第一審に差し戻すことこそ、帰結として適切だということになるのではなからうか。

#### ●—注

- 1) その後、最大判昭30・6・22刑集9巻8号1189頁は、書面審査のみで第一審の無期懲役を死刑に変更したことを是認した。しかし、これには学界から厳しい批判がなされたという。河上和雄ほか『大コメンタール刑事訴訟法・第9巻〔第2版〕』（青林書院、2011年）469頁〔原田國男〕。
- 2) 石川一正『刑事控訴審の理論と実務』（判例タイムズ、2010年）405頁〔谷口正孝〕。
- 3) 熊谷弘ほか編『公判法大系IV』（日本評論社、1975年）250～251頁参照。
- 4) 例えば、岸盛一＝横川敏雄『事実審理——集中審理と交互尋問の技術』（有斐閣、1960年）参照。
- 5) 小西秀宣「裁判員裁判事件における控訴審の審理の在り方」安廣文夫編『裁判員裁判時代の刑事裁判』（成文堂、2015年）282頁。ただし、同論文は、裁判員制度の運用においては、「新証拠の事実取調べは、安易に行われるべきではない」とする。
- 6) 判例法理を政策的根拠から妥当とする学説として、例えば、前掲注1）479頁〔原田國男〕がある。