

控訴審が第一審の無罪判決を破棄し有罪の自判をする場合には事実の取調べを要するとした事案

【文 献 種 別】 判決／最高裁判所第一小法廷
【裁判年月日】 令和 2 年 1 月 23 日
【事 件 番 号】 平成 29 年（あ）第 2073 号
【事 件 名】 詐欺、窃盗、詐欺未遂被告事件
【裁 判 結 果】 破棄・差し戻し
【参 照 法 令】 刑事訴訟法 400 条ただし書
【掲 載 誌】 裁時 1740 号 1 頁、裁判所ウェブサイト
◆ LEX/DB 文献番号 25570664

東京経済大学准教授 高平奇恵

事実の概要

被告人は、窃盗、詐欺、詐欺未遂等の罪で起訴された。第一審は、犯行日を平成 27 年 5 月とする、被告人が他人のクレジットカードを窃取しこれを用いて財物を交付させ、また、交付させようとしたとする窃盗 1 件、詐欺 1 件、詐欺未遂 3 件については有罪とし、懲役 2 年 6 月、4 年間執行猶予に処したが、犯行日を同年 3 月とする詐欺 3 件については無罪を言い渡した。無罪とされた公訴事実、概要、いずれも家電量販店において、被告人が (1) 不正に入手した A を被保険者とする健康保険被保険者証及び A 名義のクレジットカードを使用し、A になりすまして入会申込端末を使用し、クレジット機能付きポイントカードの交付を受け、(2) 上記家電量販店店員に対し、上記ポイントカードを提示して財布 2 個等 4 点の購入を申し込み、その交付を受け、(3) 同店店員に対し、上記ポイントカードを提示してゲーム機 1 個の購入を申し込み、その交付を受け、それぞれだまし取ったというものである。

被告人及び検察官の双方が事実誤認を主張して控訴した。

控訴審は、全ての事実について犯人ではないから無罪であるとする被告人の主張を排斥し、事実誤認を理由に第一審判決を破棄した。さらに、第一審判決が無罪を言い渡した場合に、控訴審において自ら何ら事実の取調べをすることなく、訴訟記録及び第一審裁判所において取り調べた証拠のみによって、直ちに公訴事実の存在を確定し有罪の判決をすることは、刑法 400 条ただし書の

許さないところとするのが最高裁判例であると言及しつつ、同条ただし書に関する本件判例の解釈は、今日においては、その正当性に疑問があるとし、本件控訴審においては一切事実の取調べをしていないが、直ちに判決をすることができるとして自判し、被告人を本件公訴事実についても有罪として、懲役 2 年 6 月に処した。

検察官、被告人の双方が判例違反を主張し上告した。

最高裁は、控訴審判決は上記最高裁判例と相反する判断をしたものであるとして、控訴審判決を破棄し、高等裁判所に差し戻した。

判決の要旨

「昭和 31 年 7 月 18 日大法廷判決は、事件が控訴審に係属しても被告人は、憲法 31 条、37 条等の保障する権利は有しており、公判廷における直接審理主義、口頭弁論主義の原則の適用を受けるのであって、被告人は公開の法廷において、その面前で適法な証拠調べの的行われ、被告人がこれに対する意見弁解を述べる機会を与えられなければ、犯罪事実を確定され有罪の判決を言い渡されることのない権利を保有するとした上で、『本件の如く、第一審判決が被告人の犯罪事実の存在を確定せず無罪を言渡した場合に、控訴裁判所が第一審判決を破棄し、訴訟記録並びに第一審裁判所において取り調べた証拠のみによって、直ちに被告事件について犯罪事実の存在を確定し有罪の判決をすることは、被告人の前記憲法上の権利を害し、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、かかる場合には刑訴 400 条但書の規定によることは許されないものと解さなければならない。』として原判決を破棄し、事件を第一審裁判所に差し戻した。そして、上記昭和 31 年 9 月 26 日大法廷判決も同旨の判断をした。その後、本件判例に従った最高裁判例が積み重ねられ、憲法 31 条及び 37 条の精神並びに直接主義及び口頭主義の趣旨を踏まえた刑訴法 400 条ただし書の解釈として、第一審判決が被告人の犯罪事実の存在を確定せず無罪を言い渡した場合に、控訴審が第一審判決を破棄し、犯罪事実を認定するときには、事実の取調べを要するとの実務が確立し、被告人の権利、利益の保護が図られてきた。」

「原判決は、判例変更をすべき理由として、刑訴法の仕組み及び運用が大きく変わり、第一審において厳選された証拠に基づく審理がされ、控訴審において第一審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できる場合に限って事実誤認で破棄されること、起訴前国選弁護制度や取調べの録音録画の実施により被告人が黙秘権を行使することも多くなっていること、本件判例に抵触しないために検察官から請求された証拠を調べるとすると、取調べの必要性も第一審の弁論終結前に取調べを請求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ことになること等を挙げ、本件判例の解釈は現在ではその正当性に疑問があり、直接に事実の取調べをせずに自判しても、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との判断を示した。」

「しかし、原判決が挙げる刑訴法の制度及び運用の変化は、裁判員制度の導入等を契機として、より適正な刑事裁判を実現するため、殊に第一審において、犯罪事実の存否及び量刑を決する上で必要な範囲で充実した審理・判断を行い、公判中心主義の理念に基づき、刑事裁判の基本原則である直接主義・口頭主義を実質化しようとするものであって、同じく直接主義・口頭主義の理念から導かれる本件判例の正当性を失わせるものとはいえない。そうすると、本件判例は、原判決の挙げる上記の諸事情を踏まえても、いまなおこれを変更すべきものとは認められない。」

判例の解説

一 判例法理の確立の経緯

1 破棄自判の位置付け

控訴審は事後審であるとされ、原審の資料に基づいて原判決の当否を事後的に審査し、原判決に瑕疵がある時には、破棄差戻しをすることが原則であるが（刑訴法 400 条本文）、例外的に、直ちに判決をすることも認められる（400 条ただし書）。

400 条ただし書は、文言上、破棄自判をなすものはいかなる場合かについて、特に制約を付しておらず、控訴審が破棄自判をする場合には常に事実の取調べをしなければならないというものではないということは、初期の判例で確立していた¹⁾。

従前、最高裁は、一審の無罪判決を破棄し有罪の自判をするにあたって事実の取調べをしなかった控訴審の判断を認容していたが、実務では破棄自判の方が破棄差戻移送よりも圧倒的に多い状況のもと、裁判官の中から、一審無罪を破棄する場合について、憲法の保障する被告人の防御権や直接主義、口頭主義との関係から手続のあり方を考えるべきであるとの主張がなされるようになり（最三小判昭 29・6・8 刑集 8 巻 6 号 821 頁、少数意見参照）、本判決が引用する最大判昭 31・7・18（刑集 10 巻 7 号 1147 頁。以下「昭和 31 年 7 月判決」という。）は、それまでの判例を変更し、第一審が被告人の犯罪事実を確定せず無罪を言い渡した場合に、控訴審裁判所が第一審判決を破棄し、事実の取調べをすることなく有罪の自判をすることは許されなかった。昭和 31 年 7 月判決には、4 名の裁判官の反対意見が付されていたが、その後も最高裁で、同様の判断がなされてきた。

本件の原審は、刑訴法の仕組みや運用に大きな変更があり、判例を維持することはこれらの制度等と不整合を生じ、控訴審の手続に混乱と遅延をもたらし、被告人の権利を保護する実質もないとして、判例の解釈の正当性に疑問を呈し、注目された。

2 判例の論理

本判決が引用するように、昭和 31 年 7 月判決は、まず、控訴審に係属していても、被告人は「憲法 31 条、37 条等の保障する権利は有しており、公判廷における直接審理主義、口頭弁論主義の原則の適用を受ける」とし、具体的には「被告人等は、

公開の法廷において、その面前で、適法な証拠調べの手續が行われ、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い渡されることのない権利を保有する」とし、無罪判決を破棄し有罪の自判をする場合には事実調べがなされなければならないとした。

最高裁は、有罪判決を破棄し無罪の自判をする場合には事実の取調べを要求せず、無罪判決を破棄し有罪の自判をする場合には、事実の取調べを必要的とする。他方、刑を重く変更する場合については、事実の取調べをしないまま 400 条ただし書による破棄自判をすることを認めている（昭和 31 年 7 月判決と同一日付の最大判昭 31・7・18 刑集 10 巻 7 号 1173 頁、5 名の裁判官の少数意見あり）。このように、最高裁は、有罪を基礎付ける事実が、直接主義、口頭主義の下での審理において確定されていることを重視している。

3 判例の論理に対する批判

判例の論理に対しては、①控訴審は、第一審で直接主義、口頭主義の要請を充たす審理がなされていることを前提としており、憲法の要請は全うされている、②控訴審は事後審であり、事実の取調べは自判を目的としてはなしえないと一般的に解されているのに、自判の要件として事実の取調べを要求することは、控訴審の構造に反する、③事実の取調べなき自判が違法という理論であれば、被告人に有利な方向への自判も違法となるはずであるなどの批判がなされてきた²⁾。本件の原審も、上記の批判と同様の問題意識を持っていたものと思われる。

二 検討

1 本判決の理由付け

本判決は、原判決の指摘した刑法法の制度及び運用の変化は、殊に第一審において犯罪事実の存否及び量刑を決する上で必要な範囲で充実した審理・判断を行い、公判中心主義の理念に基づき、刑事裁判の基本原則である直接主義・口頭主義を実質化しようとするものであって、同じく直接主義・口頭主義の理念から導かれる本件判例の正当性を失わせるものとはいえないとした。

この点、確かに、原判決が指摘した、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るなど、制

度や実務の状況は変化はあったものの、控訴の制度自体や、被告人に保障された権利については、上記の新しい制度の導入や運用の変化によって、変更されたことはない以上、前述の制度の導入や運用の変化により判例の正当性が失われたということではない。

2 原判決の指摘した問題について

もっとも、原判決は、判例が事実調べの義務付けの根拠としてきた直接主義・口頭主義との関係について、(a)（第一審で直接主義・口頭主義の要請を充たす手續がなされており）破棄・自判したとしても被告人の権利、利益の保護において問題を生じない（①の批判と同旨）、(b) 事後審制の趣旨がより徹底されるようになり、判例が前提としていた、原審記録を見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は失われていると指摘しており、これに対する応答は直接的にはなされていないようにみえる。

まず、(a) について検討すると、確かに、手續保障のみに着目した場合、第一審での証拠の証拠能力は控訴審でも認められ（刑訴 394 条）、第一審において取り調べた証拠は、控訴審で再び証拠調べをすることなく判決の基礎とすることができることからすれば（最二小判昭 34・2・13 刑集 13 巻 2 号 101 頁）、判例が保障する手續の具体的内容は、書面審査だけで有罪を認定すべきではなく、少なくとも被告人に対して告知・聴聞の機会を与えるべきであるという程度のものとなり、弁護人が答弁書を提出すればそれだけでも告知・聴聞の機会が保障されているのだから、事実調べは不要との見解につながりうる³⁾。

しかし、無罪判決を破棄する場合に限り、事件の核心についての事実の取調べを必要的とするのは（最二小判昭 34・5・22 刑集 13 巻 5 号 773 頁）、書面審理による誤判の危険性が仮に被告人に有利に作用して真実有罪の被告人を無罪としてしまうことは止むを得ないが、不利に作用して無実の人間を誤って処罰するようなことだけは避けるべきであるという政策判断も含まれると理解すれば⁴⁾、上記の批判①及び③は妥当しないこととなろう。

判例変更前の、昭和 29 年判決の少数意見は、「公開主義、直接口頭審理主義又は証拠裁判主義等は、人権思想の向上に伴って確立するに至ったのであるから、これらの原則は主として被告人に即して考察しなければならないのである。（中略）特に、

直接口頭審理主義と証拠裁判主義は、被告人がその防禦権を行使する最少限度の手掛りとして純粹に貫かれなければならない」としていた。昭和31年7月判決が憲法31条、37条をあげた上で、直接審理主義、口頭弁論主義を特に強調したのは、このような手続規定全体の発展の経緯や意義を意識したものと思われる。判例理論には、事実調べを義務付けることにより、有罪認定の根拠となる証拠を公判廷で取り調べ、被告人に弁解の機会を与えなければならないという手続保障の要請とともに、有罪の事実認定を書面のみで行うことによる誤判の危険を防止するべきであるという価値判断も含まれていると解すべきであろう。

なお、より実質的に、最高裁のいう「直接審理主義」を、判決の基礎となる資料は法廷で裁判所が直に接したものでなくてはならないという形式的な要求ではなく、人の供述を証拠とするには、判決する裁判官の面前で供述させなければならないという証拠法的な原則を意味し、事実調べの程度として、重要な証人は再度尋問することを要するとする考え方もある⁵⁾。

また、(b)については、そもそも控訴審が事後審であることは判例理論も前提としている。また、原判決の判断に経験則・論理則違反があるかどうかは、控訴審が証拠判断をしてみてこれと比較しなければ判断できないとされ⁶⁾、論理則・経験則違反といっても、これを厳格に解すれば事実審としての控訴審の存在意義が失われるのであり⁷⁾、論理則・経験則の意味内容は一義的に明確とならないことからしても、判例の論理の前提が失われたとまではいえまい。

3 直接主義・口頭主義の徹底が意味するもの

原判決は、差戻しをしない理由について、破棄判決の拘束力があること、弁護人の応訴態度からすれば新たな主張・立証がなされることは考えがたく、差戻しは手続の遅延にしかならないとした⁸⁾。

この点について、なぜ原則が差戻しなのかという点についての考慮がなされていないように思われる。そもそも、原審の記録・証拠の検討で破棄相当と判断することまでは許されるとして、その場合、原則としてなされるべき処理は、差戻しまたは移送である(刑訴400条本文)。自判は、審級の利益と訴訟経済の兼ね合いによる判断であり、審級の利益という点からすれば、被告人に不利な

な方向への自判は、極めて例外的な場合に限られるとする立場もあるところ⁹⁾、原則的な手続を選択せず、被告人に最も不利益な有罪の自判をする場合に、核心についての事実調べを実践することは、被告人の権利・利益の保護のために最低限なされるべきとの考え方は、むしろ自然なように思われる¹⁰⁾。

控訴審が事後審となったのは控訴審の負担の軽減が大きな理由となったとされ¹¹⁾、「事後審的性格」といっても、その内実は、訴訟経済であると考えられるところ、問題の本質は、訴訟経済と、書面だけで審理することによる誤判(しかもこの誤判は無罪の者を有罪とする誤判である)の危険性を回避することのいずれを重視するのかという点にあるともいえる。

いずれにしても、判例法理は、一審の無罪判決を破棄し、有罪の自判をする例外的場合には、訴訟経済よりも、慎重な事実認定を優先すべきとしているのであり、このことは重く受け止められるべきである。

●—注

- 1) 河上和雄ら編『大コンメンタール刑事訴訟法(第2版)第9巻』(青林書院、2011年)466～467頁[原田國男]。
- 2) 土本武司「事実の取調と破棄自判(三・完)」警察研究58巻2号(1987年)8～11頁、滝谷英幸「判批」法セ784号(2020年)123頁参照。
- 3) 原田・前掲注1)477～478頁。
- 4) 原田・前掲注1)479頁。
- 5) 後藤昭「控訴審における破棄と事実の取調べ」守屋克彦ら編『石松竹雄判事退官記念論文集 刑事裁判の復興』(勤草書房、1991年)396～397頁。
- 6) 石井一正『刑事控訴審の理論と実務』(判例タイムズ社、2010年)357頁。
- 7) 同上440頁、後藤・前掲注5)391頁注6参照。
- 8) この点について、岡田悦典「判批」新・判例解説 Watch(法セ増刊)23号(2018年)199頁は、被告人の応訴態度を判例法理の枠組みの変更の根拠とすることは刑事訴訟の理念にそぐわないと批判しており、この批判は正当であると思われる。
- 9) 井戸田侃『刑事訴訟法要説』(有斐閣、1993年)281頁。
- 10) 本件について具体的に原審が指摘した問題点に対する批判については、吉井匡「判批」刑弁96号(2018年)156頁、中居淳一「控訴審で事実の取り調べをせずに一審の無罪判決を破棄して有罪の自判をした事例」刑弁96号(2018年)152頁を参照されたい。
- 11) 後藤昭『刑事控訴立法史の研究』(成文堂、1987年)292頁参照。