

控訴審が破棄・自判する場合に求められる事実の取調べの在り方**【文献種別】** 決定／最高裁判所第一小法廷**【裁判年月日】** 令和3年5月12日**【事件番号】** 令和2年（あ）第343号**【事件名】** 準強姦被告事件**【裁判結果】** 上告棄却**【参照法令】** 刑事訴訟法 400条**【掲載誌】** 裁時 1768号 27頁

◆ LEX/DB 文献番号 25571498

近畿大学教授 辻本典央

事実の概要

本件は、「被告人は、……甲店内において、被害者が飲酒酩酊のため抗拒不能であるのに乗じ、同人と性交をした」との公訴事実による、準強姦被告事件である。公判前整理手続において、①被害者の抗拒不能状態と、②被告人のその認識（本件認識）が争点として確認された。第一審は、被害者を含む証人尋問及び被告人質問を実施した上で、被害者の抗拒不能状態を認めつつ、本件認識がなかったとする被告人の公判供述の信用性は否定できないとして、無罪とした。

検察官が控訴し、原判決には事実誤認があると主張した。控訴審裁判所は、公判期日前の打合せで、被告人において、被害者が抗拒不能状態になく被告人との性交に同意したと誤信するような事情がなかったかについて、職権による被告人質問を実施する見込みであると述べ、検察官及び弁護人はこれを了承した。第一回公判期日において、被告人質問が実施されたが、被告人は、検察官及び裁判官の質問に対して黙秘した。控訴審は、他に事実の取調べを行わず、訴訟記録及び第一審で取り調べた証拠に基づき、第一審判決が被告人をして本件認識を欠き被害者が性交に同意したと誤信するような状況があったと認定したのは論理則・経験則に反する不合理な判断であり、被告人は被害者が飲酒酩酊のため眠り込んでいる状態を直接見てこれに乗じて被害者を性交したのであるから、本件認識があったことは明らかであると認定して、原判決を破棄し、有罪とした。

これに対して、被告人側が上告した。

決定の要旨

最高裁は、被告人側の上告趣意は適法な上告理由に当たらないとした上で、以下のとおり、控訴審が原判決を破棄し自判する場合の刑法 400条但書の解釈適用に関して職権で判示した。

本件事情の下では、「原審は、争点の核心部分について事実の取調べをしたということができ、その結果が第一審で取り調べた証拠以上に出なくとも、被告事件について判決をするのに熟していたといえるから、第一審が無罪とした公訴事実を認定して直ちに自ら有罪の判決をしても、刑法 400条ただし書に違反しない」。

判例の解説

控訴審が事実誤認を理由に第一審判決を破棄する場合、原審に差し戻すことが原則である（刑法 400条本文）。ただし、控訴審裁判所は、訴訟記録及び原審又は控訴審で取り調べられた証拠によって直ちに判決することができると思えるときは、自ら判決を下すこと（自判）ができる（刑法 400条但書）。

本決定は、控訴審が破棄・自判するに当たり、本件公訴事実に係る故意の存否について被告人質問を行ったが、被告人が黙秘し、それ以外に事実の取調べを行うことなく、訴訟記録及び第一審で取り調べられた証拠に基づいて被告人の故意を認定した手続について適法とした。本稿は、この判断に関して、控訴審が破棄・自判するに当たって求められる事実の取調べの在り方について検討する。

一 判例の展開

判例は、かつて、第一審が犯罪の証明なしとして無罪とした場合に、控訴審が事実の取調べをしないまま破棄・自判で有罪としても適法であるとしていた¹⁾。刑訴法は、393条1項但書の場合を除いて、控訴審で新たな事実の取調べをなすべきか否かは控訴審裁判所の裁量判断に委ねているのであり、判決をなすに熟していると認めた場合には直ちに自判できるというのであった。

しかし、この旧判例は、その後に変更された²⁾。判例変更の理由は、被告人は控訴審においても憲法31条、37条により「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」を有しているのであり、「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」ということであった³⁾。新判例に基づき事実の取調べが必要とされる場合、それは「事件の核心」について行われなければならない⁴⁾。ただし、事実の取調べの結果が第一審で取り調べた証拠以上に出る必要はない⁵⁾。

もっとも、この新判例は、近時、正面から変更が迫られることになった⁶⁾。すなわち、「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、刑訴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、今日の刑訴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し、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」というのである。しかし、最高裁は、「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」として、従前の判例を維持することを宣言した⁷⁾。

ただし、この判例法理は、第一審判決が公訴事実を認定することなく無罪としたとき控訴審がこの事実を新たに認定して自判する場合に限られる。これと異なり、第一審判決の公訴事実に関する認定はそのままに、量刑のみ変更する場合⁸⁾や、法律解釈を変更して有罪に変更する場合⁹⁾には、控訴審は、新たに事実の取調べをすることなく自判できるとされている。このような場合には、「事実について当事者に争わせ、事実の取調べをする意義を認めることができない」というのである¹⁰⁾。

二 学理の状況

1 学理においても、旧判例時代と異なり、判例変更後は、新判例を支持する見解が通説である¹¹⁾。すなわち、「被告人の有罪を断定するという刑事裁判の真髄ともいべき作用が、書面審理だけで、しかも被告人の直接の弁解も聴かないでなされてよいものであろうかという深刻な反省」(強調原文)が最高裁をして判例を変更させるに至ったのであり¹²⁾、被告人に対する公訴事実の存否を判断するに当たっては、公開法廷における被告人の面前で、判断を下す裁判所自らが直接に証拠調べを行い、被告人のこれに対する弁解を聴くべきとする要請は「刑事裁判には欠くことのできない本質的なものである」との理解¹³⁾が浸透していったわけである¹⁴⁾。

また、判例が、控訴審が第一審無罪判決に対して新たな事実認定を行って有罪に変更する場合と、量刑判断又は法律解釈が変更される場合とで区別している点についても、批判が強い。すなわち、量刑資料も当事者の吟味にさらすことが求められるのであり、控訴裁判所としてはこれを直接感知したわけではなく、事実の取調べを行わなければ記録を通じて間接的にそれを考慮するにすぎず、直接主義・口頭主義の要請が満たされない¹⁵⁾、被告人にとっては刑罰問題も罪責問題に劣らず重要なものであるから、原則として事実の取調べが必要であり、被告人本人に直接「告知と聴聞」の権

利を保障する必要がある¹⁶⁾とされる¹⁷⁾。

2 控訴審が第一審無罪判決を破棄・自判して有罪認定をするためには改めて事実の取調べを行わなければならないとして、これはどのような事実を対象とし、どのような程度・態様の証拠調べを行わなければならないか。

まず、前者について、判例法理では事件・争点の核心部分についての証拠調べが必要であるとされているが、この点には異論がない。

その上で、控訴審の事実取調べで求められる程度・態様については、「控訴審が何らか事実の取調べをすると否を問わず、訴訟記録及び第一審で取り調べた証拠を、控訴審で被告人の面前で改めて証拠調することなく、そのまま控訴審が犯罪事実認定の資料に使用することが直接主義、口頭主義に反しないかが問題なのである¹⁸⁾」として、控訴審が原審を破棄して自判するためには、単に弁解の機会を与えるだけでは足りず、当該証拠について「厳格な証明」を必要とすべきだとする見解が主張されてきた¹⁹⁾。更新の場合に準じて、第一審で取り調べた証拠についても、再度被告人が在廷する場で調書の証拠調べを行い、被告人の弁解を直接聴く必要がある²⁰⁾というのである。

これに対して、控訴審が自判する場合に事実の取調べが要求されるのは、単に控訴審裁判所が書面審理のみによって有罪の認定をすることを避け、より慎重を期するよう政策的に事件の核心について新たな取調べを要求する趣旨であるとする見解も主張されている²¹⁾。この理解からは、事実の取調べの程度・態様は個々の事案ごとに裁判所の裁量に委ねられ、手続保障的な面から何らかの方法で告知・聴聞の機会を付与すれば足りる(答弁書で足りる場合もある)とされている²²⁾。

3 その後、令和2年判決を受けて、実務における事実の取調べの形骸化現象に対応すべく、審理の工夫を求める見解が示されている²³⁾。具体的には、「一審判決に論理則・経験則違反があり、一審判決が認めている間接事実を前提として、論理則・経験則を適切に用いて判断すれば新たな事実を付け加えなくても自判できるような事案において、そのような形骸化が典型的にみられることから、このような場合を法解釈の誤りによる類型に含めれば、形骸化の批判を招くことも少なくなり、その余の事案で直接主義・口頭主義を重視した工夫を図るというめりはりのある実務の運用が

できるようになる²⁴⁾、判例が示す準則は、これに「従うことが困難で、かつ、必要性も乏しい事案について例外を認め得るのであれば、……従前からの判例法理は、原則的には尊重されていくべきもの」である²⁵⁾、といった提言が見られる²⁶⁾。

三 検討

1 刑訴法 400 条但書の解釈としては、控訴審が第一審無罪判決を破棄し、有罪の自判をする場合には、控訴審自らが事件・争点の核心について事実の取調べを行うべきであるとする判例法理が妥当である。また、事実認定はそのままに、法律解釈又は量刑の変更による破棄・自判の場合は、事実の取調べは事案に応じて控訴裁判所の裁量に委ねられるということも支持されるべきである。この場合には、評価の対象となる事実の認定が変更されるものではないからである。

2 その上で、事実の取調べが行われるべき場合、それはどのような程度・態様でなされるべきか。この検討に当たっては、被告人の防御権保障に向けた、控訴審による新たな事実認定が不意打ちになるかどうかという観点から考察すべきである。控訴審が破棄事件を原審に差し戻さず自判することは、訴訟経済の観点から合理的であるとしても、当事者、特に被告人にとって審級の利益を不当に奪うものとなってはならない。不意打ち防止は、第一審に限らず控訴審でも保障されるべき本質的な防御利益であり、控訴審裁判所の実事認定において遵守されるべき基本ルールである。

具体的には、訴因逸脱認定の禁止や、攻防対象論による規制を前提に、争点を明確にした審理が要請される。すなわち、第一審では検察官が公訴事実において訴因を明示し、冒頭陳述で証拠と事実との関係を説明した上で証拠調べが行われるが、これによって、被告人側においても事件・争点の核心を理解し、それに応じた適切な防御をなし得る機会を保障される。そこで不明確な部分があれば、検察官は釈明しなければならず、また、裁判所においても、争点を逸脱した不意打ち認定が禁止される²⁷⁾。控訴審でも同様に、第一審を変更するに当たり、どのような事実が重要となるのかについて、検察官の控訴趣意を基にしつつ、裁判所が積極的に心証を開示し、争点を明確にした上で証拠調べが行われなければならない。例えば、第一審判決の実事認定が論理則・経験則に反

しているとして破棄する場合には、そのような法則の基礎となる間接事実を摘示し、それがどのような意味で不合理と考えられるのかについて、裁判所は、その心証を明確にした上で、被告人側に反論等の機会を与えなければならない。この限りで、法律解釈や量刑が変更される事例についても同様である。そのような措置がとられることにより、被告人側としても、問題となる事実について第一審で黙秘していたとしても、控訴審では積極的に主張を展開するなどして、控訴審での事実の取調べの形骸化を改善することにつながる。

3 本件は、客観的事実については第一審から争いがなく、被告人の故意について間接事実に基づく評価が問題となった事例である。この間接事実の存否自体が変更される場合は、裁判所として、そのことを摘示した上で、第一審同様に厳格な証明に基づく証拠調べが必要となる。他方、事実自体に変更がなくただその評価が変更される場合には、やはり、裁判所がその可能性を摘示した上で、被告人側に然るべき防御・反論の機会を与えなければならない²⁸⁾。

この点について、本件控訴審裁判所は、公判前の打合せにおいて、検察官及び弁護人に対して本件認識の判断に重要となる事実を明確に摘示し、そのために被告人質問を行う必要があることを示していた。これによって、被告人側における不意打ちが防止され、裁判所の認定に影響を及ぼさずべき防御・反論の機会が与えられていたといえる。

●—注

- 1) 最決昭26・2・22刑集5巻3号429頁。
- 2) 最大判昭31・7・18刑集10巻7号1147頁、最大判昭31・9・26刑集10巻9号1391頁。
- 3) 最大判昭31・7・18刑集10巻7号1147頁。
- 4) 最判昭34・5・22刑集13巻5号773頁。
- 5) 最判昭36・1・13刑集15巻1号113頁。
- 6) 東京高判平29・11・17刑集74巻1号76頁。
- 7) 最判令2・1・23刑集74巻1号1頁。例えば、第一審が被告人の心神耗弱を認めて減刑したが、控訴審が事実の取調べをすることなく完全責任能力を認めて自判することは違法となる(最判令3・9・7裁時1775号3頁)。
- 8) 最大判昭30・6・22刑集9巻8号1189頁「三鷹事件」、最大判昭31・7・18刑集10巻7号1173頁。
- 9) 最大判昭32・3・13刑集11巻3号997頁「チャタレー夫人の恋人事件」。
- 10) 最大判昭44・10・15刑集23巻10号1239頁「悪徳の栄え事件」。

- 11) 熊谷弘「判批」刑訴百選〔第3版〕236頁。
- 12) 熊谷・前掲注11)236頁。
- 13) 岩田誠・最判解明(昭31)249頁、256頁。
- 14) 平場安治ほか『注解刑事訴訟法・下巻〔全訂新版〕』(青林書院新社、1983年)188頁〔中武靖夫〕は、事後審を建前とする控訴審の構造上、事実の取調べをして自判すること自体が許されないという。
- 15) 鈴木茂嗣「判批」刑訴百選〔第3版〕240頁。
- 16) 高田卓爾『刑事訴訟法〔2訂版〕』(青林書院新社、1984年)546頁、小早川義則「判批」刑訴百選〔第6版〕208頁。
- 17) 通説に対して、真野英一「判批」刑訴百選〔第3版〕238頁は、量刑変更は法令の解釈適用の誤りの一場合であるから、事実の取調べをする必要はないという。
- 18) 岩田・前掲注13)257頁。
- 19) 平野龍一『刑事訴訟法(法律学全集)』(有斐閣、1958年)321頁、田宮裕『刑事訴訟法〔新版)』(有斐閣、1996年)483頁、松尾浩也『刑事訴訟法・下巻〔新版補正第二版)』(弘文堂、1999年)240頁。
- 20) 熊谷・前掲注11)236頁。同旨、庭山英雄「判批」刑訴百選〔第4版〕224頁。
- 21) 佐藤文哉「上訴審の機能」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系(6)刑事手続2』(日本評論社、1982年)265頁、平良木登規男『刑事控訴審』(成文堂、1990年)143頁。
- 22) 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法・第9巻〔第2版)』(青林書院、2011年)479頁、481頁〔原田國男〕、井上正仁監『裁判例コンメンタール刑事訴訟法・第4巻』(立花書房、2018年)279頁〔中谷雄二郎)〕。
- 23) 蛭田円香「判批」ジュリ1551号99頁、高平奇恵「判批」新・判例解説 Watch(法セ増刊)27号199頁、滝谷英幸「判批」法セ784号123頁。黒沢睦「判批」法教481号118頁は、直接主義・口頭主義の内容は、第一審と控訴審とで変化し得るものであるという。
- 24) 池田修「判批」刑ジャ66号154頁。これに対して、山田峻悠「判批」新報128巻3=4号373頁は、論理則・経験則により原判決が破棄された上で自判する場合は、やはり実質的に心証形成がなされることから、被告人に防御を行う機会を保障する必要があるという。
- 25) 大島隆明「判批」令和2年度重判144頁。朝山芳史「判批」論究ジュリ37号214頁も、事実の取調べとしてどの程度のことを行うべきかは、令和2年判例の射程外であり、基本的に控訴審の裁量に委ねられているという。
- 26) 最新の研究として、加藤克佳「刑事控訴審による有罪自判と事実の取調べ」山口厚ほか編『寺崎嘉博先生古稀祝賀論文集・上巻』(成文堂、2021年)353頁。
- 27) 最判昭58・12・13刑集37巻10号1581頁「よど号ハイジャック事件)」。
- 28) 丸橋昌太郎「判批」法教492号133頁は、本件は原無罪判決の論理則・経験則違反性が事件の核心であるから、被告人質問の結果が黙秘であったとしても、政策的配慮はなされているとする。