

法令の解釈適用の誤りの是正と 400 条ただし書

【文 献 種 別】 決定／最高裁判所第一小法廷

【裁判年月日】 令和 5 年 6 月 20 日

【事 件 番 号】 令和 4 年（あ）第 680 号

【事 件 名】 窃盗未遂被告事件

【裁 判 結 果】 棄却

【参 照 法 令】 刑事訴訟法 400 条ただし書

【掲 載 誌】 裁判所ウェブサイト

◆ LEX/DB 文献番号 25572908

一橋大学准教授・弁護士 高平奇恵

事実の概要

本件公訴事実の要旨は、「被告人は、氏名不詳者らと共謀の上、市役所職員及び金融機関職員になりすましてキャッシュカードを窃取しようと考え、令和 3 年 3 月 5 日、氏名不詳者らが、被害者方に電話をかけ、被害者に対し、市役所職員及び金融機関職員を名乗った上、過払金を還付する金融機関口座のキャッシュカードが古く、使えないようにする必要があるので、同キャッシュカードを回収しに行く旨のうそを言い、さらに、金融機関職員になりすました被告人が、被害者名義等のキャッシュカード在中の封筒をすり替えて窃取するためのトランプカード在中の封筒を携帯し、同人方付近路上まで赴いたが、氏名不詳者らと通話中の被害者が不審に思って電話を切るなどしたため、その目的を遂げなかった」というものである。

一審の罪状認否で、被告人及び弁護人は、公訴事実記載の事実については特段争わず、公訴事実記載の事実経過を前提としても窃盗の実行の着手はないとして、無罪を主張した。その後、検察官及び弁護人が請求した書証（検察官が請求を撤回した部分を除く。）が全て同意書証として取り調べられ、被告人質問も実施された。弁護人は、弁論で、検察官による主張事実を前提としても被告人の行為に実行の着手は認められず、本件で窃盗未遂罪は成立しない旨主張した。

一審判決は、関係各証拠によって本件公訴事実と同旨の事実を含む事実経過を認定した上、窃取行為に密接であり、かつ、その時点で窃取結果を生じさせる客観的な危険性が認められる行為が行

われたとは認められず、窃盗の実行の着手があったと認められないとして、被告人に対して無罪を言い渡した。これに対し、検察官が控訴を申し立てた。

控訴審は、一審判決が認定した前記の事実経過及び一審で取り調べられた各証拠から認められる事実（審理経過に照らせば、第一審判決も判断の前提としていると解されるもの）を前提として検討し、被告人が前記犯行計画に従って被害者方付近で待機していたことなどに鑑みれば、氏名不詳者らが被害者にうそを告げた行為について、同犯行計画が目的とするキャッシュカードのすり替え行為と時間的場所的近接性が認められるなどと指摘した上、本件のような態様の窃盗に密接した行為であり、かつ、その行為の開始時点で既に窃盗の既遂に至る客観的な危険性があり、実行の着手を十分認めることができるとした。そして、一審判決に事実誤認はないが、窃盗未遂罪の成立を否定した点において刑法 43 条本文の解釈適用を誤った違法があるとして、法令適用の誤りにより第一審判決を破棄し、何ら事実の取調べをすることなく、本件公訴事実と同旨の犯罪事実を認定して、被告人を懲役 3 年、4 年間執行猶予に処した。被告人が上告したが、最高裁はこれを棄却した。

決定の要旨

「本件公訴事実記載の事実の存在については、第一審判決によって認定されており、原審において第一審の無罪判決を破棄して有罪判決をしたことは、第一審判決の法令の解釈適用の誤りを是正したにとどまるものというべきであるから、原審

が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、直ちに本件公訴事実と同旨の犯罪事実を認定して自ら有罪の判決をしたことは、刑訴法 400 条ただし書に違反しないというべきである」。

判例の解説

一 破棄自判と事実の取調べ

1 400 条ただし書に関する判例法理形成の経緯

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）。

もっとも、実務では破棄差戻しではなく破棄自判が圧倒的に多い。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、一審の有罪判決を破棄する場合と同様に、控訴審が事実の取調べをせずに自判することを認めていた。その後、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。）が従来の判例を変更し、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は控訴審裁判所が 400 条ただし書により一審判決を破棄し、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いとの判断を示した。同判決は、一審無罪判決を控訴審が何らの事実の取調べもないまま破棄・自判することは「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」を害するものであり、憲法 31 条、37 条が保障する「直接主義・口頭主義の原則」に反するとした。その後も最高裁で、同様の判断がなされてきた。

2 近時の最高裁の判断

もっとも、判例理論については、一審が無罪判決だった場合に、一審と同様の直接審理や口頭弁論を繰り返さなければならないとする理由を十分説明していない、控訴審に形式的な事実の取調べを強いることになるなどの批判があった¹⁾。さらに、裁判員裁判の導入を契機に、事後審の徹底が実務からも強調されるようになり、判例変更すべきとの見解も有力となった²⁾。しかし、最判令 2・

1・23 刑集 74 巻 1 号 1 頁は、判例変更しないことを宣言し、控訴審裁判所が 400 条ただし書により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いとの判例法理は維持された。

一方、最高裁は、刑を重く変更する場合については、従前と同様に事実の取調べをしないまま 400 条ただし書により破棄自判することを認める立場を維持した（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がある。）。学説では、被告人に不利益な破棄自判の場合には、事実認定であると量刑であることを問わず、原則として事実の取調べが必要であるとの見解も示されている³⁾。

最高裁は、上述の令和 2 年判決に続き、最判令 3・5・12 刑集 75 巻 6 号 583 頁、最判令 3・9・7 刑集 75 巻 8 号 1074 頁、そして本件と、続けて 400 条ただし書に関連する重要な判断を示している。

二 法律判断の変更と事実取調べの要否

1 法律判断を変更して無罪を有罪とする場合

最高裁は、本判決も引用する、いわゆる「チャタレー事件」（最大判昭 32・3・13 刑集 11 巻 3 号 997 頁）において、本件の問題は事実認定の問題ではなく法令解釈の問題であるとした上で、400 条ただし書に言及することなく上告を棄却した。もっとも、本事件の反対意見は、翻訳者の協力の態様には種々のものがあり、協力の程度によっては、幫助犯が成立する場合も共同正犯の成立する場合もあるにもかかわらず、原判決がなんら事実の取調べをすることなく、被告人に共同正犯が成立するとの事実認定をした点は、400 条ただし書に反するとしていた。

また、最判昭 35・11・18 刑集 14 巻 13 号 1713 頁は、被告人が威力を用いて日本国有鉄道の貨車運行業務を妨害した事実を認めつつ、刑法 234 条の業務には公務を含まないものと解して一審が無罪を言い渡したのに対し、控訴審が同条の業務に公務も含まれるとして、事実の取調べをすることなく威力業務妨害の犯罪事実を認定して有罪を言い渡したことは、400 条ただし書に反しないとした。

さらに、最判昭 44・10・15 刑集 23 巻 10 号 1239 頁（「悪徳の栄え」事件）で、最高裁は、法律

判断の対象となる事実が認定されており、裁判所の法律判断だけが残されている場合には、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ことから、このような場合には、改めて事実の取調べをするまでもなく、400条ただし書により控訴審は自判しうるとした⁴⁾。

法律判断のみが問題になる場合に事実の取調べが不要とされる理由は、一審が法律判断の対象となる事実を確定していることから、法令の解釈適用の誤りの一場面であり、事実の確定の問題が存在しないからとされる⁵⁾。そして、この法律判断の対象となる事実とは、ある特定の構成要件にあたるべき社会的事実であって、これに法律を適用すると、そのまま犯罪事実となる事実を意味する⁶⁾。

2 法律解釈の問題か事実認定の問題か

もっとも、法律解釈の問題にとどまるのか事実認定の問題とすべきなのかは微妙な場合も多い⁷⁾。例えば、責任能力の判断について、最判昭31・12・14刑集10巻12号1655頁は、公訴事実の存在は認定しつつ、心神喪失を理由として無罪を言い渡した原判決を、控訴審が事実の取調べをすることなく被告人は心神耗弱であったとして有罪の破棄・自判をしたことが400条ただし書に反するとした。さらに、最判令3・9・7刑集75巻8号1074頁は、被告人は心神耗弱の状態にあったとした一審判決を事実誤認を理由に破棄し、何ら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をした原判決について、刑訴法400条ただし書に違反するとしている。

心神喪失・心神耗弱の判断は法律判断であるが、その評価の前提として、被告人の当時の精神状態が事実として認定されなければならない。法律問題と事実問題は概念上区別しうるが、一定の法概念に事実をあてはめる判断は、通常一体となって判断されるので、事実判断として取り扱うことが相当であると説明される⁸⁾。

ほかにも、最判昭34・6・16刑集13巻6号969頁は、控訴審が一審の認定した事実関係（一審は教唆を否定）を基礎に、何ら事実調べをしないまま破棄し、教唆を認定して自判したことを400条ただし書に反するとして違法とした。本件は、被告人らが、Aが自動三輪車の運転免許を有していない事実を知りつつ、Aに対して肉類の運搬を依頼し、これを受諾したAが無免許運転をしたという事案である。一審判決は、被告人らの依

頼は「無免許運転をするにいたった縁由」に過ぎず、被告人らの教唆意思、及び、Aが被告人らの依頼によって無免許運転を決意した事実は認められないとして被告人らは無罪とした。これに対して控訴審は、Aの自動三輪車の無免許運転と肉類の運搬とは密接不可分の関係にあり、被告人らはAに自動三輪車を無免許運転して肉類を運搬させようと決意し、同人にその旨働きかけ、Aは被告人らの右働きかけによって右三輪車を無免許運転して肉類を運搬しようと決意し、その実行に出たものであるとし、一審判決は事実を誤認したか、又は法令の解釈適用を誤ったものであるとしていた。

判例は、法律判断の対象となる事実が確定されているかどうかを一応の区別の基準としているとされるものの、その区別の基準は明らかであるとまではいえない。

三 検討

そもそも、なぜ無罪判決を破棄する場合に、事実の取調べをしないで自判することが400条ただし書に反するとされるのか。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（最判昭34・2・13刑集13巻2号101頁）。そうすると、判例が具体的に保障する内容は、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内容ともなりえる⁹⁾。

事実の取調べを必要とする根拠を直接主義・口頭主義に求めることは困難との立場からは、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にするために、政策的に事実の核心について新たな事実の取調べを要求する趣旨であると理解する見解がある¹⁰⁾。書面審理による誤判の危険性が被告人に有利に作用することはやむを得ないとしても、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である¹¹⁾。

一方、より実質的に、「直接審理主義」を、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、重要な証人は再度尋問することを要するし、また、最高裁が根拠とした憲法37条には、

2項の証人審問権の保障も含まれており、第一審で証人尋問の結果、被告人に有利な証言評価がなされたにもかかわらず、控訴審で証言記録のみをみて逆の方向の評価に変えることは、憲法37条2項に反するとする考え方もある¹²⁾。

もっとも、いずれの立場であっても、法律判断の前提となる犯罪事実が一审段階で確定しているのであれば、控訴審で改めて事実調べを実施しなくともよいとの結論に至るようにも思える。

この点について、一審が無罪判決の場合、犯罪事実にあたるべき事実が認定されている場合でも証拠の標目は示されないことなどから、刑訴法が有罪判決に必要とする犯罪事実の認定はされていないと解すれば、事実の取調べは常に必要ということとなる。これに対して、このような考え方はあまりに形式的であり、当事者に争いがなく、明白に事実が認められる場合にまで、事実の認定がないから、自判はできず差戻しを行うべきであるとすれば、訴訟経済上のロスは正当化されない¹³⁾という批判がなされている。

しかし、判例をみても、法律解釈の問題にとどまるのか、事実認定の問題なのかを明確に区別することは困難である。また、「当事者に争いが無い」ということに過度に着目することは、危険をはらむ¹⁴⁾。被告人を無罪とする場合には、「検察官の主張を前提としても」無罪である、言い換えると、被告人に最大限不利に認定したとしても無罪になりうることを、いわば説明するために、事実認定を被告人に不利な形とする可能性は否定できない¹⁵⁾。さらに、本件では、双方の書証は全て同意書面として取り調べられている。書面による審査になじむ特殊な事情があったとも評価できる。そうすると、純粹に法律問題のみが残されており、自判しうると断定できない場合も多いといえそうである。裁判所は、一審で厳密な事実認定がなされているかを、慎重に検討しなければならない¹⁶⁾。加えて、量刑に関しても、一審が無罪であった場合には、被告人が一審で有罪とされ量刑について一定程度検討されている場合よりも、事実取調べの要否について慎重な検討が必要となることにも留意すべきである。

本件は、基本的に従来の判例の判断を踏襲したものと評価できるが、以上の検討からすれば、原則は、やはり事実の取調べは必要であると考えらるべきであり、事実の取調べをしないままに一審無

罪判決を破棄し有罪の自判をなしうる場合は、限定されると解すべきであろう¹⁷⁾。

●——注

- 1) 最大判昭31・7・18刑集10巻7号1147頁の反対意見参照。
- 2) 最判平24・2・13刑集66巻4号482頁のもとでは、382条の事実誤認は、論理則・経験則違反を意味するのであるから、書面審査しかなされないとしても、被告人の権利保障に欠けることはないとする。
- 3) 小早川義則「判批」刑事訴訟法判例百選〔第6版〕(1992年)209頁。鈴木茂嗣「判批」刑事訴訟法判例百選〔第3版〕(1976年)241頁。刑の量定では事実と法律評価が密接に結びついていること、被告人にとっては無罪を有罪とする場合と本質的差異はないことなどが指摘される。なお、実務では重い刑を科す場合には、多かれ少なかれ事実の取調べをしているのではないかとされる。
- 4) 最判昭33・2・11刑集12巻2号187頁は、法律判断の対象となる事実については争いがなく、それが認定されている事案について、一審判決が無罪の場合に、控訴裁判所が事実の取調べをすることなく、破棄・自判することを400条ただし書に反するとしていたが、判例変更した。
- 5) 坂本武志「判解」最判解刑事篇昭和44年度(1970年)522頁、真野英一「判批」刑事訴訟法判例百選〔第3版〕(1976年)238頁参照。
- 6) 坂本・前掲注5)522頁。
- 7) 石井一正『刑事控訴審の理論と実務』(判例タイムズ社、2010年)407頁は、可罰的違法性は法律問題となしうるが、共謀・教唆の有無、心神喪失か心神耗弱かは法律判断か事実判断かは微妙な場合であるとする。
- 8) 岩田誠「判解」最判解刑事篇昭和31年度(1957年)411頁。
- 9) 河上和雄ほか編『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)477～478頁4〔原田國男〕。
- 10) 平良木登規男『刑事控訴審』(成文堂、1990年)143頁。
- 11) 原田・前掲注9)479頁。
- 12) 後藤昭「控訴審における破棄と事実の取調べ」守屋克彦ほか編『石松竹雄判事退官記念論文集 刑事裁判の復興』(勁草書房、1991年)396～397頁。
- 13) 原田・前掲注9)481頁。
- 14) 庭山英雄「判批」刑事訴訟法判例百選〔第5版〕(1986年)245頁は、実体的真実主義にもとると指摘する。
- 15) 同上245頁は、一審の事実判断が「一応の」確定にとどまる場合に書面審理による有罪自判は許されるべきではないとする。
- 16) 控訴審が事実誤認を破棄理由としていないという形式的な理由によって判断することは避けるべきであろう。
- 17) 本決定の評釈として、佐藤由梨「判批」法教517号(2023年)134頁がある。