

# 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おける事実の取調べの要否

(最一小判令和2年1月23日刑集74巻1号1頁)

横山裕一

## 第1 はじめに

刑訴法400条は、刑訴法397条によって控訴審が原判決を破棄する場合において破棄と同時にとるべき措置について規定しているが、本件は、第1審において一部無罪判決がなされ、控訴審において当該無罪判決を破棄して有罪の自判をするにあたり従前の最高裁判例の解釈を維持することに疑問があるとして、事実の取調べをせず判断したとの事案において、最高裁が刑訴法400条ただし書の解釈について、なお改めて判断を示したものである。

なお、本稿において付されている下線は、判例引用部分を含めすべて筆者によるものである。

## 第2 事案の概要

1 被告人は、①平成27年5月30日にクレジットカードを窃取し、翌日、窃取した他人名義のクレジットカードを4回代金決済に使用した(うち3件は決済が承認されなかった。)事実(窃盗1件、詐欺1件、詐欺未遂3件)で起訴された。また、②平成27年3月10日に他人名義のクレジットカード及び健康保険被保険者証を用いて名義人になりすましてクレジットカード機能付きポイントカードを詐取し、詐取したカードを2回代金決済に使用した事実(詐欺3

件)でも起訴された。

2 第1審は、①の窃盗1件、詐欺1件、詐欺未遂3件については被告人を有罪として懲役2年6月、4年間の執行猶予に処したが、②の詐欺3件については、被告人以外の人物が各犯行を行ったことを否定できるほどの事情は認められず、被告人の犯人性に合理的な疑いが残るとして無罪を言い渡した。

被告人及び検察官の双方は、上記第1審判決に対し、いずれも事実誤認を主張して控訴した。

3 原判決(以下「本件控訴審」という。)は、①及び②の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て、②の公訴事実について、事実誤認を理由に第1審判決を破棄した。さらに、第1審判決が公訴事実の存在を認めるに足りる証明がないとして、被告人に対し、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1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、刑訴法400条ただし書の許さないところとするのが最高裁判例(最大判昭和31年7月18日刑集10巻7号1147頁、最大判昭和31年9月26日刑集10巻9号1391頁。以下、両者を併せて「昭和31年判例」という。な

(1) 千葉地判平成28年3月13日刑集74巻1号64頁。

(2) 東京高判平成29年11月17日刑集74巻1号76頁。

お、本判決では「本件判例」と呼称されている。) であると言及しつつ、同条ただし書に関する昭和31年判例の解釈は、今日においては、その正当性に疑問があるとした。そして、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②についても有罪として、懲役2年6月の実刑判決をした。

これに対して、検察官と弁護士双方が判例違反等を主張して上告した。

### 第3 判決要旨<sup>(3)</sup> (以下「本判決」という。)

本判決は、後記引用のと通りの理由を述べ、原判決を破棄して事件を東京高等裁判所に差し戻した(裁判官全員一致)。

「3 上記昭和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手續が行われ、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て上で、『本件の如く、第1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1審判決を破棄し、訴訟記録並びに第1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1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1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1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1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1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1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1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

(3) 本判決の解説・講評として、大島隆明「控訴審が有罪の自判をする場合における事実の取調べの要否」ジュリスト臨時増刊1557号144頁、池田修「犯罪の証明がないとして無罪を言い渡した第1審判決を控訴裁判所が何ら事実の取調べをすることなく破棄し有罪の自判をすることと刑訴法400条ただし書」刑事法ジャーナル66号154頁、蛭田円香「犯罪の証明がないとして無罪を言い渡した第1審判決を控訴裁判所が何ら事実の取調べをすることなく破棄し有罪の自判をすることと刑訴法400条ただし書」ジュリスト1551号99頁等がある。

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。

原審は、本件公訴事実の存在を確定せず無罪を言い渡した第1審判決を事実誤認で破棄し、およそ何らの事実の取調べもしないまま本件公訴事実を認定して有罪の自判をしたのであって、原判決は、本件判例と相反する判断をしたものであるから、破棄を免れない。」（下線は筆者による。）

## 第4 本判決についての検討

### 1 序論

刑訴法400条は、「前2条に規定する理由以外の理由によって原判決を破棄するときは、判決で、事件を原裁判所に差し戻し、又は原裁判所と同等の他の裁判所に移送しなければならない。但し、控訴裁判所は、訴訟記録並びに原裁判所及び控訴裁判所において取り調べた証拠によって、直ちに判決をすることができるものと認めるときは、被告事件について更に判決をすることができる。」と規定している。その文言上、(i)原判決を破棄する場合は差し戻し・移送をすることが原則で、(ii)訴訟記録及び取り調べた証拠によって直ちに判決ができる場合には例外的に

自判することができるとの構造になっており、刑事訴訟における控訴審が事後審であることを原則に据え、例外である自判の場合には続審となるとの構造となっている<sup>(4)</sup>。ところが、控訴審で原判決を破棄し自判する割合は、令和3年度において約97パーセントにも及んでおり、前述の原則と例外が件数としては明らかに逆転しているのが実情である<sup>(5)</sup>。

刑訴法400条ただし書の文言上は、原判決を破棄して自判する場合であっても、控訴審において事実の取調べをすることは要求されていない。しかしながら、本判決も（そこで指摘されている本件控訴審判決も）説示するとおり、第1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1審判決を破棄して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考え方が判例・実務として確立していたといえる。本件控訴審は確立したそれまでの判例とは異なり事実の取調べをすることなく第1審の無罪判決を破棄して有罪の自判をしたものであるが、本判決は、昭和31年判例はいまなおこれを変更すべきものとは認められないとして昭和31年判例を維持する旨の判断をしたものである。

- 
- (4) 最決昭和46年3月24日刑集25巻2号293頁は「審判の対象設定を原則として当事者の手に委ね、被告人に対する不意打を防止し、当事者の公正な訴訟活動を期待した第一審の訴訟構造のうえに立って、刑訴法はさらに控訴審の性格を原則として事後審たるべきものとしている。すなわち、控訴審は、第一審と同じ立場で事件そのものを審理するのではなく、前記のような当事者の訴訟活動を基礎として形成された第一審判決を対象とし、これに事後的な審査を加えるべきものなのである。」とし、控訴審が事後審であることを明確に判示している。
- (5) 河上和雄他編『注釈刑事訴訟法』第7巻（第3版、立花書房、2016年）416頁は、控訴審は本来原判決の可否を判断する事後審であるが、自判の場合には自判の判決時点が標準時となることを理由に、自判の制度は例外的に続審による判決手続として認められたものであると説明する。最判昭和26年8月1日刑集5巻9号1799頁は自判における基準時を自判の時であるとし、最大判昭和30年6月22日刑集9巻8号1189頁も自判が続審となることを明示している。
- (6) 最高裁判所事務総局『令和3年司法統計年報 2刑事編』第61表によると、令和3年度において控訴審裁判所が原判決を破棄した総件数は513件で、そのうち自判が499件となっている。
- (7) 樋上慎二「破棄判決における差し戻しと自判」判タ1378号67頁は、原則と例外が逆転して破棄自判が多数を占めている現状について、①量刑不当の場合には破棄すべき程に量刑が重いか軽いかの審査の中で妥当な量刑の資料が整うことが多いこと、②大多数は被告人側の控訴であり、被告人に有利となる判決変更は審級の利益を害さないこと、③訴訟経済と迅速な審理の実現、④破棄判決の拘束力が及ぶ差し戻し審において生じる実務上の困難への配慮等をその理由として整理している。

## 2 本判決の検討に先立って

本判決は、本件控訴審が従前の最高裁判例である昭和31年判例と結論を異にする判断を下したのに対して、昭和31年判例の正当性は失われていないとして、最高裁は今もなお昭和31年判例の考え方に立脚していることを改めて明確に示している。そこで、まずは、本判決が立脚するところの、控訴審が無罪判決を破棄して有罪の自判をする場合に事実の取調べを要するとの考え方について簡潔に整理する。

昭和31年判例以前の最高裁は、第1審の無罪判決を破棄して有罪の自判をする場合においても、新たに事実の取調べをすることなく書面審理のみによって破棄自判をすることを認めていた（最決昭和26年2月22日刑集5巻3号429頁、最決昭和29年6月8日刑集8巻6号821頁）。

ところがその後、第1審が犯罪事実を認定しないで無罪を認定する場合には事実の取調べを要するとの昭和31年判例が登場し、刑訴法400条ただし書についてのこのような解釈が確立したものとなった。以降、公訴事実を縮小認定した第1審判決を破棄して公訴事実どおりに認定する（重い犯罪事実に変更する）<sup>(8)</sup>場合にも事実の取調べを要するとの判例、

一方で破棄自判の場合であっても、執行猶予から実刑に変更するなど刑を重く変更する場合や、第1審が犯罪事実の認定をしつつも法律判断により無罪とした判決を控訴審が法律判断を変更して有罪とする<sup>(9)</sup>場合には、事実の取調べは不要とする判例が積み重ねられてきた。

これらの判例の傾向を簡潔にまとめると、控訴審において原判決を破棄して有罪の自判をするにあたって事実の取調べが必要となるのは、公訴事実に関する認定を変更して第1審よりも重い罪を言い渡す場合であると整理できる。公訴事実に関する認定を変更して第1審よりも重い罪を言い渡す場合においては、控訴審で初めて重い罪についての事実認定がなされることから、訴訟記録及び第1審で取り調べられた証拠のみによって犯罪事実を認定することは書面審理にはかならず、直接主義・口頭主義に反することになるため、直接主義・口頭主義を控訴審においても適用すべく新たに事実の取調べが必要となる<sup>(11)</sup>。

また、破棄自判をして有罪を言い渡す場合に事実の取調べが必要であるとして、どのような事実が対象となるかについては、事件の核心ないし主要な争

(8) 最判昭和32年6月21日刑集11巻6号1721頁、最判昭和41年12月22日刑集20巻10号1233頁、最判昭和45年12月22日刑集24巻13号1872頁など。

(9) 最決昭和32年2月15日刑集11巻2号756頁、最決昭和32年4月17日刑集11巻4号1385頁など。

(10) 最判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁、最判昭和35年11月18日刑集14巻13号1713頁など。

(11) 最判昭和29年6月8日刑集8巻6号821頁の小林裁判官の少数意見も、「控訴審が結局公訴事実そのものから認定することに帰するのであつて、いいかえれば控訴審ではじめて罪となるべき事実すなわち犯罪構成要件を具備する事実を証拠によつて認定するということである。従つて厳格な証明を必要とするのであるが、仮りに第一審で取り調べた証拠が手続上適法であり、証拠能力において欠けるところがないとしても、その証明力に対する価値判断は、第二審の裁判官の全く自由に定め得るところであり、また人間として異なる以上、その判断が第一審と異なることのあるのは当然であつて、審級の意義もここにあるのである。してみれば本件のように証拠の証明力について、第一審で一たん無に帰した証拠が、控訴審で逆に有罪の証明力を認められることとなる関係においては、被告人は控訴審ではじめて公訴事実すなわち罪となるべき事実を認定されるのであるから、控訴審として改めてこれらの証拠につき少くとも被告人の意見弁解を聴き本来の防禦方法を行う機会を与えなければ、刑訴のもつとも重要な原則が被告人に行われない審判があることを認めることとなり、その不当なるこというをまたないのである。」とし、控訴審において初めて公訴事実の存在が認定されるのだから、同時に被告人に防御の機会を与えなければ刑訴法の重要原則たる直接主義・口頭主義に反するとしている。昭和31年判例はこのような考え方が下地にあるといえる。



点<sup>(12)(13)</sup>についての事実であるとされる。

### 3 本判決についての検討

(1) 本判決は、本件控訴審の判示した判例変更の理由を以下のように整理した。

- ①刑訴法の仕組み及び運用が大きく変わり、第1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1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り事実誤認で破棄されること。
- ②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。
- ③昭和31年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1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。
- ④①乃至③によると、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。

そのうえで、「しかし、原判決が挙げる刑訴法の制度及び運用の変化は、…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。」と述べて従前の判例法理が直接主義・口頭主義を根拠とするものであることを示した上で、当該

判例法理の正当性は失われておらず、これを維持することを明示した。以下、①乃至③と結論である④との関連性を本判決の結論とあわせて検討する。

(2) ①について

ここでいう刑訴法の仕組み及び運用の変化とは、裁判員裁判制度の導入を始めとする司法制度改革を指し、刑事裁判の充実と迅速化を図る方策として導入された公判前整理手続・期日間整理手続<sup>(14)</sup>により審理計画が明確になること、審理計画に従って当事者が十分な準備をした上で公判期日に臨めること、証拠提出制限（刑訴法316条の32第1項）が課されること等を通じて厳選された証拠による短期の充実した審理を実現するとの刑事訴訟制度が運用されていることを指している。加えて、昭和31年判例当時と比べ、検察官が弁護人から求められた証拠を任意に開示することが増えていること、すなわち当事者双方の意識の在り方として事前に証拠を厳選して訴訟に臨むとの状況が色濃くなっていることも含まれていると思われる。

そして、後段の「控訴審において第1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り事実誤認で破棄されること」との部分については、控訴審における事実誤認の審査方法について判示した近時の最高裁判例<sup>(15)</sup>を踏まえ、昭和31年判例当時の控訴審における事実誤認の審査方法と現在の確立したそれとが異なっていることを指摘する。

この点について検討すると、裁判員裁判制度は一般の国民が刑事裁判手続に参加することにより国民の司法に対する理解と信頼を高めることをも目的と

(12) 河上和雄他編『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）472頁。

(13) 尾鼻輝次「破棄自判する場合の事実取調べの要否と程度」判タ349号71頁は、「犯罪の成否を決する上に重要な関係を有するものをいう」とし、アリバイ、共謀、犯意、知情、精神状態、正当防衛に関する事実、可罰的違法性の判断の基礎となる事実等を例として挙げる。

(14) 池田修・前田雅英『刑事訴訟法講義』（第6版、東京大学出版会、2018年）261頁。

(15) 控訴審における事実誤認の審査方法について最判平成24年2月13日刑集66巻4号482頁が最高裁としての見解を示し、その後最決平成25年4月16日刑集67巻4号549頁、最決平成25年10月21日刑集67巻7号755頁、最決平成26年3月20日刑集68巻3号499頁等も同様の見解を示している。

する制度であり、<sup>(16)</sup> 実際の公判においても裁判員を意識した立証方法の工夫が加えられるなど、本判決も説示するとおり、裁判員裁判制度は刑事訴訟法の基本原理である公判中心の直接主義と口頭主義の徹底が図られる制度である。すなわち、これら諸制度は昭和31年判例の正当性を基礎づける直接主義・口頭主義と親和性の高い制度であって、一般市民たる裁判員のした第1審判決の判断をより一層重視すべきとの考え方を踏まえたとしてもなお昭和31年判例を変更すべき説得的な理由にはならないと考える。

また、本件控訴審判決は、昭和31年判例が控訴審における事実認定の審査方法について心証比較説<sup>(17)</sup>を前提としていることについても言及しているが、前述の近時の最高裁判例が心証比較説と異なる審査方法の採用を明示していても、それは事実誤認の判断方法・判断基準の差異であるから、第1審の判断に対する尊重の度合が、裁判員裁判制度の導入と同じような制度のレベルで大きく変化したとまではいえないであろう。<sup>(18)</sup>

### (3) ②について

被疑者国選弁護制度の導入と同制度の全件対象化や当番弁護制度等の刑事被疑者弁護援助体制の拡充によって被疑者段階から弁護人が選任される機会が格段に増加し、また、いわゆる取調べの可視化の一環として録音録画制度が導入され、昭和31年判例当時とは被疑者・被告人を取り巻く環境が大きく変化

している。また、近年、弁護人の弁護方針について、被疑者・被告人には原則黙秘をさせることから始めるべきとの考え方が根付きつつあるのは確か<sup>(19)</sup>で、(録音録画により黙秘が増加するかは論理的にも統計的にも定かでないが)黙秘権の行使が増加するような背景事情が生じていることはそのとおりであろう。

本件控訴審は「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、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。」としており、職権によって被告人質問を実施したとしても黙秘がなされるだけで、それが被告人の権利保護に繋がらないことを実質的な理由に挙げている。実際に破棄自判をする場合には職権で被告人質問が実施されることが多いようであるが、<sup>(20)</sup> 本件のように黙秘することがあらかじめ予期される場合においては、被告人質問の実施が判例違反回避のための形骸化したセレモニーとなりかねないとの懸念は確かに残る。

この点について、本判決後に登場した最決令和3年5月12日刑集75巻6号583頁は、<sup>(21)</sup> 被害者の抗拒不能に乗じて性交したとの準強姦事件において、被害者が抗拒不能であったとの被告人の認識の有無が争

(16) 池田修・前掲注(14)367頁。

(17) 石井一正『刑事控訴審の理論と実務』(第2版、判例タイムズ社、2022年)385頁は、心証比較説について「問題になっている事実についての控訴審の心証ないし認定と原判決のそれを比較し、その不一致があればそれが事実誤認であり、法は控訴審の心証ないし認定を原判決のそれに優先させたものであるとする考え方」とする。

(18) 心証比較説に対しては、控訴審が新たに心証を形成する点で事後審であることと相いれないとの批判もあるが、石井・前掲注(17)387頁は、控訴審の形成する心証は控訴理由たる事実誤認の有無の判断のためになされる一応の心証形成にとどまることなどを挙げ、現行法の下では、心証比較説による審査方法が許容されると考えても不合理ではないとする。

(19) 季刊刑事弁護100号72頁以下。

(20) 大島隆明「控訴審が有罪の自判をする場合における事実の取調べの要否」ジュリスト臨時増刊1557号145頁。

(21) 判例の解説・講評として丸橋昌太郎「控訴審における第1審無罪判決・破棄自判に必要な事実の取調べ」法学教室492号133頁、辻本典央「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」新・判例解説WATCH30号229頁、川合昌幸「控訴審による破棄自判と事実の取調べ」ジュリスト臨時増刊1570号154頁等がある。

点となった事案である。第1審では当該認識があったことには合理的な疑いが残るとして無罪が言い渡されたが、控訴審では職権で被告人質問を実施したところ弁護人は質問を行わず、検察官及び裁判官からの質問にも黙秘し、他に事実の取調べは行われなかったが、最高裁は「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」とし、刑訴法400条ただし書に違反しないと判示した。同判例からは、被告人が黙秘したとしても当該被告人質問が事件の核心ないし主要な争点についての事実の取調べに該当し得ること、被告人に弁解の機会が十分に与えられたといえることが読み取れるため、実質を伴わない形骸化したセレモニーになりかねないとの上記懸念は一応払拭されたといえる。ただし、この判例の事案は上述のとおり被告人の認識内容が争点となっていたため、被告人質問を行うことが争点の判断に関して被告人に防御の機会を与えることそのものとなる場面であったが、本判決の事案は犯人性が争点となっており、被告人質問を実施したからといって事件の核心ないし主要な争点についての事実の取調べを実施したといえるかどうかについては疑問が残らないわけではない。本件控訴審判決は、間接事実と証拠の評価に経験則違反があることを原判決破棄の理由としており、<sup>(22)</sup>被告人質問においてこの点の防御活動がなされることはそもそも期待できない。控訴審判決が、被告人質問の実施によっても被告人の権利保護につながらないと示したことの理由の一端は、本件の具体的な争点と証拠構造の内容に照らして一律的な被告人質問の実施によって必ずしも判例違反が回避できるわけではないことを説明するためであると思われる。

(4) ③について

当事者が各種証拠の取調べを控訴審において請求

したとしても、やむを得ない事由が認められない限りは、刑訴法382条の2による証拠制限に服することになる。しかしながら、やむを得ない事由が認められない証拠であっても、裁判所が職権で当該証拠の取調べをすることは刑訴法上妨げられないことからすると、職権による取調べをすること自体が不合理であるとはいえないであろう。

なお、本件控訴審は③の内容を判例変更の理由として挙げる前提として、「判例に抵触することなく自判するため、当審で事実の取調べを行うことについて検討すると、検察官は、当審において、前記〔1〕<sup>(24)</sup>の各詐欺の事実を立証するため、原判決後に作成されたP11（筆者注：自身の保険証等を被告人に利用された人物）及び居酒屋P20の店長の各検察官調書や原審段階で作成されていたP21鑑定とは別の専門家による画像鑑定書等書証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が」と前置きしたうえで、これら各証拠はいずれもやむを得ない事由は認められない（一部の書証は不同意で、証人については必要性も認められない）と具体的に検討を加えている。

(5) 以上にみたとおり、本判決が整理した①乃至③の判例変更の理由については、直接主義・口頭主義を根拠とする昭和31年判例を変更する理由となりえるものではないから、昭和31年判例の考え方を維持したことは正当であるといえる。

もっとも、本判決で述べられている本件控訴審の挙げた判例変更の理由及び結論である①乃至④とそれに対する判断の記載内容は、本件の第1審及び控訴審の具体的な審理経過を踏まえての判断というよりは、一般的抽象的レベルにおける判断であるように読める。すなわち、本判決は「控訴審が第一審の

(22) 本稿末尾の「第1審と控訴審の判断内容」参照。

(23) 石丸俊彦他『刑事訴訟の実務（下）』（三訂版、新日本法規、2011年）616頁は、刑訴法382条の2第1項の「やむを得ない事由」について、取調べを求めなかったことについてその当事者に過失がない場合をいうものと解されるとする。

(24) 本稿第2の1記載の②の事実。

無罪判決を破棄し有罪の自判をする場合において事実の取調べをする必要がある」という命題に対して真であると判断しているが、本件控訴審判決は「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、今日の刑事司法の仕組み及び運用との間に不整合を生じ、控訴審の手續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。」<sup>(25)</sup>としている。本件控訴審判決は、刑事訴訟制度等の刑事司法制度を取り巻く情勢の変化を判例変更の骨子に据えて新たに事実の取調べを要するとする昭和31年判例の正当性が今日の刑事司法制度下において失われている（控訴審において新たに事実を取り調べることは一律不要）との判断をしたのではなく、本件における各種証拠の性質や審理経過を具体的に考慮した結果として新たに事実の取調べをすることはむしろ被告人の不利益にも働きうるとし、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おいて事実の取調べをする必要があるという昭和31年判例の考え方を一律に本件の事案に適用することが妥当でないとしている。前述の命題を正面から提示しているかどうかはともかく、上記命題の真偽を主題に据える本判決と、具体的な審理経過に照らして昭和31年判例が正当性を失っているとする本件控訴審判決との間で議論がかみ合っていないように思われる。つまり、本件控訴審判決は、本件控訴審以外の事案でも事実の取調べが不要であるとする趣旨ではなく、本件においては具体的な審理経過に照らして事実の取調べが不要であるとの結論を導くため一律に事実の取調べを要求しているとされる昭和31年判例自体を否定せざるを得なかったのに対し、本判決は昭和31年判例の考え方をすべての事案に一律に適用することの是非という観点からではなく、無罪判

決を破棄して有罪の自判をする際に取調べは必要か否かという二元論的な検討を主軸に据えていよう。その意味では、本判決は本件控訴審が述べる「一律に」という部分については特段言及しておらず、昭和31年判例に倣って一律的に事実の取調べがなされている現状の実務を肯定するものではあるが、事実の取調べを要しない例外を認める余地を完全に否定する趣旨であるかどうかは必ずしも明らかではない。

(6) 被疑者・被告人の権利は憲法31条以下で特に重要な権利として保障されており、この保障をすべての被疑者・被告人に対してあまねく及ぼすためには事案ごとの個別的な判断や適用を許すべきではないとの考えを徹底すれば、控訴審において事実の取調べを要するとの昭和31年判例の考え方をすべての事案に一律に適用して、万が一にも被告人の権利保障が欠ける事態が生じないよう確実に期すべきとの結論に至るであろう。他方で、控訴審判決が言及するように硬直的な適用は「控訴審の手續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」といえ、訴訟不経済を生じることとはもとより、これにより迅速な裁判が受けられないという被告人の不利益を生じかねない<sup>(25)</sup>。このような2つの観点からは、直接主義・口頭主義の要請と迅速な裁判を受ける権利の保障（あるいは訴訟経済）の調和をどのようにして図るかとの問題が浮かび上がる。また、本件控訴審判決が第1審と事実認定の結論を異にした主な理由は、間接事実及び証拠の評価であるが、本件は犯人性が主要な争点となっている。仮に事実の取調べを実施するとなれば、第1審において証拠を厳選した結果、取調べの対象から外れた証拠を判例違反回避のために新たに控訴審で取り調べることとなるが、それは証拠価値の劣る証拠を取り

(25) 個々の刑事事件についても迅速な裁判を受ける権利が保障されることについて最判昭和47年12月20日刑集26巻10号631頁。



調べることにほかならず、事実上無意味であるし、<sup>(26)</sup> また、第1審で取り調べられた証拠を再度取り調べることもまた判例違反回避のための形骸化したセレモニーに過ぎない（特に証拠物や書証であればなおのこと）という懸念はなお残されたままであるといえる。特に本件のような犯人性が争点となる事案においては、防犯カメラ映像等の客観証拠が充実している現在、このような客観証拠を再度新たに取り調べるのがどれだけ被告人の権利保障に資するかという問題意識を持つことは、昭和31年判例の正当性が被告人の権利保障を根拠としていることからも有益であると思われる。

(7) 本件控訴審判決が提起した問題点については、なお議論の余地が残るところではある。しかしながら、事実の取調べが被告人の権利保障に資するかどうかは事案ごとに個別の実質的な判断が求められる問題であるから、事実の取調べを実施しないことによって被告人に不利益が生じる事態を制度的に回避するために昭和31年判例の考え方を適用して被告人の権利保障を確実にするとの判断には合理性が強く認められるところであり、本判決は事実の取調べの必要性を個別的に検討すべきか否かについて明確な言及をしていないながらも、本判決の示した結論自体は正当であるといえる。

## 第5 今後の検討課題

上記第4の2のとおり、刑訴法400条ただし書の解釈は判例の積み重ねにより構築されてきたものであり、前出最決令和3年5月12日のように近時もおその積み重ねは継続している状況にある。これまで見てきたとおり、本判決が昭和31年判例の正当性が今もなお失われていないと結論づけたこと自体は正当であるといえるが、一方で本件控訴審が提起し

た一律適用の是非という問題意識については本判決により確たる結論が示されたとまではいえない状況にあるといえる。本件控訴審は約60年にわたって維持されてきた昭和31年判例の一律適用の是非に一石を投じたが、本判決がその理由において明確に結論を示したとはいえないことや、控訴審で新たに事実を取り調べることの実益が疑問視される場面が実務上少なくないことからすると、今後も本件控訴審と同様又は類似の問題提起をする事案が登場する可能性は決して低くないと思われる。

判例変更がなされるかどうかはともかく、昭和31年判例の一律適用の是非もそれ以外の事項についても、刑訴法400条ただし書に関する判例は今後も積み重ねられることが予想される所であり、判例の動向を注視したい。

以上

(26) 一般的に第1審で当事者による証拠の厳選から漏れたということは、実際に第1審で取り調べられた証拠よりも証拠価値が劣ることがほとんどであろう。本件控訴審判決はこれを「原審における検察官の立証に屋上屋を重ねるもの」と表現しており、第1審で取り調べられた証拠で十分に立証に至っているにもかかわらず、証拠価値が劣るであろう証拠を新たに積み上げることに否定的な姿勢を示している。

## 第1審と控訴審の判断内容

	第1審	控訴審
①被告人に犯行の機会があったこと (P11がウェストポーチに入れていた財布内の保険証と同人の携帯電話番号、自宅固定電話番号が犯行に使用されたことについて)	(1)P11が被告人と一緒に居た居酒屋を出てからの約40分間記憶がなく、その間、居酒屋、公道、公衆トイレ等不特定多数の者が行き来する場所にいたこと (2)電話番号はもともと相応に流通性のある情報で、被告人以外にも相当数の者が知っていた可能性 (3)犯人が財布と一緒にウェストポーチに入っていた携帯電話を操作して電話番号を入手した可能性 <u>を指摘して、犯人である可能性がある人物が多数いる中で、被告人もその一人であることを示すにとどまるとした。</u>	(1)2つの電話番号を知っていた可能性のある者が相当数いたとしても、それらの者全てが保険証等を使用して犯行を行うことができたとはいえない (2)近年、個人情報に厳格に管理される中で、特に自宅固定電話の番号までもが本人の意識的な提供行為なくして流通することは通常考えられない (3)犯人はP11が居酒屋を出てから約40分の間に保険証在中の財布を入手した人物であるが、偶然にも携帯電話と固定電話の両方の番号を知る人物である可能性は極めて低い (4)その他犯人がウェストポーチ内の携帯電話から電話番号を入手することが不自然かつ不合理であること等を指摘して、 <u>被告人が犯人であることを相当程度強く推認させる事情であるとした。</u>
②スーパーインポーズ法による個人識別 (被害店舗の防犯カメラに映った犯人の3つの異なる角度の顔貌の画像と被告人の頭顔部の形状データから作成した三次元モデルとを、コンピュータ上で複数の技術により比較する手法によって両者の異同識別をする顔貌鑑定により、犯人と被告人の顔貌の特徴が酷似しているとの鑑定がなされたことについて)	上記鑑定は、個別の特徴の本人固有性の程度や出現頻度に関する統計的確率等を考慮することなく行われているので、その指摘する特徴の類似や相違点の不存在が犯人と被告人の同一性を結論できる根拠が十分に説明されているとまではいえず、…被告人と容姿が似た別の人物が各犯行を行った可能性を否定できないとした。	(1)同鑑定で採用された手法の性質に照らせば、統計的確率等を踏まえないければ識別結果の信用性が左右されるものとはいえない (2)被告人の顔貌の三次元モデルを撮影し、その画像と防犯カメラ映像に映った犯人の顔貌とをコンピュータ上で重ね合わせるなどした過程は、顔貌鑑定に関する専門的な知見や経験に基づき、専用の機材、ソフトウェア等を用いて的確に行われている (3)単に類似しているというレベルを超えて、完全なまでに一致している一方で、相互に矛盾する特徴が見当たらないことは一目瞭然である (4)同鑑定の「同一人と考えられる。」との結論は、その具体的な記載内容や結論を導く過程にも疑義を差し挟むべき点は見当たらず、結論部分を含めて十分に信用することができる <u>等を指摘し、防犯カメラ映像に映った犯人と被告人とが同一人物である可能性が極めて高いと認めることができるとした。</u>
③防犯カメラ映像に基づくP11の識別供述	②と同様に、 <u>犯人が被告人と似た別の人物である可能性を否定することはできないとした。</u>	P11と被告人の間柄や映像の内容、同一人物に間違いないと供述する根拠の具体性等を指摘して、 <u>これだけによっても犯人と被告人が同一人物である可能性が極めて高いとした。</u>
結論	犯人性に合理的な疑いが残る。	(間接事実等を総合評価の上) 犯人であることが合理的な疑いを差し挟む余地なく認められる。