

刑事控訴審における 破棄自判時の事実の取調べの要否

——最高裁令和3年9月7日判決を契機として——

山 口 直 也*

目 次

- 一 問題の所在
- 二 控訴審における破棄自判時の事実の取調べ
- 三 完全責任能力に認定替えする場合の事実の取調べの要否
- 四 検 討
- 五 結びにかえて

一 問題の所在

刑事事件の控訴裁判所は、控訴申立人が申立をした控訴趣意書に包含された事項について調査しなければならず、また、包含されない事項についても職権で調査できるが、必要があるときは「事実の取調べ」をすることができる。この点、控訴裁判所が控訴に理由があると判断して原判決を破棄して自判する場合、事実の取調べが必要か否かについて法は規定しておらず、その要否の判断はもっぱら控訴裁判所の合理的裁量に委ねられてきた。そしてその必要性判断は、昭和30年代初頭の最高裁判例に依拠して、第一審無罪判決を破棄して有罪の自判する場合及び縮小認定した第一審判決を破棄して公訴事実どおりに自判する場合にほぼ限定されてきており、この点は裁判員裁判が始まった現在の刑事裁判においても変わらない。

* やまぐち・なおや 立命館大学大学院法務研究科教授

これに関して最高裁第3小法廷令和3年9月7日判決¹⁾（以下、「令和3年判決」と略称する場合がある）は、控訴審が、刑事責任に関して限定責任能力を認めて有罪判決を言い渡した第一審判決を破棄し、完全責任能力を認定して有罪判決を維持した場合にも、事実の取調べが必要的であるという新しい判断を示した。

そこで本稿では、控訴審における破棄自判時の事実の取調べの要否に関する従来の判例及び学説を確認したうえで、令和3年判決の射程について明らかにし、破棄自判時の事実の取調べの対象及び範囲について改めて検討してみたい。

二 控訴審における破棄自判時の事実の取調べ

(1) 刑訴法400条但書における破棄自判時の事実の取調べの必要性

刑訴法400条但書は「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」として破棄自判の制度を認めている。「控訴審裁判所において取調べた証拠」となっているので自判が前提になっているようにも見えるが、これは、控訴審で事実の取調べをしたときには、その結果である証拠をも含めてという趣旨に解されている²⁾。この破棄自判時に、常に事実の取調べを必要とするか。この点については、判例・学説ともに否定的である。

では、いかなる場合に事実の取調べが必要とされるか。この点について法律の規定はなく、その内容は、もっぱら判例法によって形成されてきた。

1) 最高裁令和3年9月7日第3小法廷判決（LEX/DB25571712）・裁判所ウェブサイト。

2) 最高裁昭和26年2月22日決定・刑集5巻3号429頁、最高裁昭和29年6月8日判決・刑集8巻6号821頁、最高裁大法廷昭和30年6月22日判決・刑集9巻8号1189頁。河上和雄他編『大コンメンタール第9巻<第2版>』466頁〔原田國男執筆部分〕（2011年）参照。

(2) 判例の動向

これについて原田元判事は、事実の取調べの要否に関する判例の基準を以下の四つにわけて分析している³⁾。

第一に、第一審判決が犯罪事実を認定しないで無罪とした場合に、これを破棄して有罪の自判をする場合(便宜上、本稿では「無罪破棄型」と略称する)には事実の取調べが必要となる。

本類型のリーディングケースである最高裁大法廷昭和31年判決(1)⁴⁾は、「事件が控訴審に係属しても被告人等は、憲法31条、37条の保障する権利は有しており、その審判は第一審の場合と同様の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ものといわなければならない。従って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。それゆえ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」⁵⁾と判

3) 同・467頁-472頁参照。

4) 最高裁大法廷昭和31年7月18日判決・刑集10巻7号1147頁。

5) もっともこの多数意見に対しては、4名の裁判官から、「控訴裁判所は、事後審として法律上認められた訴訟資料に基づき自由な見地に立って法律判断ないし事実判断をなすものとしているのであって、再び事実調をなす必要があるか否かそれ自体をも控訴裁判所の裁量にゆだねているのである。これが、刑訴400条本文並びに但書の法意であって、かかる審級制度に関する現行刑訴の立法は、冒頭の判例に照し適憲であること論を俟たない」「何故に、第一審判決が公訴事実を確定し且つ有罪とした場合とは異なって、重ねて一審と同様の直接審理、口頭弁論を繰り返さなければならないのか。多数説は少しも説明していない」「多数説は、まことに不可解な説といわなければならない」との痛烈な反メ

示して、憲法上の権利保障の観点から事実の取調べが要求されることを明確にした。また、最高裁第2小法廷昭和31年判決⁶⁾は、「控訴審において、被告人に刑事責任を負わしめるに足る精神状態の存在は認められないとして無罪を言い渡した第一審判決は、精神状態についての事実を誤認したもものとしてこれを破棄し、自判によって有罪の判決を言い渡すには、控訴審は自ら事実の取調べを行うことを要し、さもなければ第一審に差し戻すべきものであること、……昭和31年7月18日言渡大法廷判決の趣旨に徹し明らかである」として、刑事責任能力がないとした無罪判決を破棄して、限定責任能力を認めて有罪の自判をする場合にも、事実の取調べが必要であることを明確に判示した。なお本件においては、公訴事実たる窃盗未遂、同教唆、赃物寄蔵、同牙保の各犯罪事実の実行行為については争われていない。そしてこれらの判断は、裁判員制度が始まり刑訴法の制度及び運用が大きく変わった現在においても、いまなおこれを変更すべきものとは認められないとするのが判例の立場である⁷⁾。

第二に、第一審における縮小認定判決を破棄して公訴事実どおりに認定する場合（便宜上、本稿では「縮小認定破棄型」と略称する）も事実の取調べが必要となる。

本類型の代表的判例である最高裁第2小法廷昭和32年判決⁸⁾は、上記最高裁大法廷昭和31年判決(1)を引用しつつ、「強姦致傷の公訴事実について第一審が、単なる傷害罪と認定処断したのに対して、控訴審が何らみずから事実の取調べをしないで第一審判決を事実誤認があるとして破棄し、訴訟記録並びに第一審で取り調べた証拠のみによって、直ちに強姦致傷の事実を認定処断することは、刑訴法400条但書に違反する」と判示して、被告人に利益な判断となる縮小認定を覆して不利益な方向で自判する場合に

↘ 対意見が述べられている。

6) 最高裁第2小法廷昭和31年12月14日判決・刑集10巻12号1655頁。

7) 最高裁第1小法廷令和2年1月23日判決・刑集74巻1号19頁。

8) 最高裁第2小法廷昭和32年6月21日判決・刑集11巻6号1721頁。

は、控訴審として事実の取調べが必要であるとした。これは犯罪成立要件の客観的側面に着目した判例である。また、最高裁第1小法廷昭和41年判決⁹⁾では、「殺人の公訴事実について、第一審が殺意の存在を否定したのに対し、控訴審が何らみずから事実の取調べをしないで第一審で取り調べた証拠のみによって未必の故意があると認定し、殺人罪として処断することが、刑訴法400条但書の解釈上許されないことは、当裁判所の判例(昭和31年7月18日大法廷判決、昭和32年6月21日第二小法廷判決)の趣旨に照らし明らかである」と判示して、事実の取調べが必要であるとした。これは犯罪成立要件の主観的側面に着目した判例である。なお、これらの判例類型においても、最高裁大法廷昭和31年判決(1)が引用されているところから、被告人に憲法上の保障がなされるべきことを前提にしていることは明らかである。

これに対して、刑を重く変更する場合(便宜上、本稿では「量刑加重変更型」と略称する)及び事実認定を変更せずに無罪の法律判断のみを有罪に変更する場合(同様に、「法律判断有罪変更型」と略称する)には、事実の取調べを必要としないのが判例の立場である。

量刑加重変更型の代表的判例である最高裁大法廷昭和31年判決(2)¹⁰⁾は、「控訴審が検察官からの第一審判決の量刑は不当であるとの控訴趣意に基き第一審判決の量刑の当不当を審査するにあたっては、常に控訴審自ら事実の取調べをしなければならないものではなく、訴訟記録及び第一審に於て取り調べた証拠によって、その量刑の不当なことが認められるときは、控訴審は自ら事実の取調べをしないで、第一審判決の刑より重い刑を言渡しても刑訴400条但書の解釈を誤ったものということとはできない」として、懲役2年執行猶予4年及び罰金4万円とした第一審判決を懲役8月及び罰金4万円に変更した控訴審判決に違法はないとした¹¹⁾。もっともこれについて

9) 最高裁第1小法廷昭和41年12月22日判決・刑集20巻10号1233頁。

10) 最高裁大法廷昭和31年7月18日判決・刑集10巻7号1173頁。

11) 同様に、最高裁昭和32年2月15日決定・刑集11巻2号756頁は、懲役15年から無期懲

ては、「第一審の執行猶予を附した判決を第二審において破棄し自判によってこれを実刑に改めるには自ら事実の取調べを行うことを要し、さもなければ第一審に差し戻すべきものである。この点において原判決は違法たるを免れないから破棄すべきものである」とする5名の裁判官の反対意見が付されている。

また法律判断有罪変更型の代表的判例である最高裁大法廷昭和32年判決（いわゆる、チャタレー事件上告審判決¹²⁾は、判例要旨で「本件第1審判決がその判示のような理由で被告人を無罪とした場合において、控訴裁判所が『右判決は法令の解釈を誤りひいては事実を誤認したものととして』これを破棄し、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審裁判所で取り調べた証拠のみによって、直ちに被告事件について、犯罪事実を認定し有罪の判決をしたからといつて、必ずしも刑訴第400条但書の許さないところではない」として、これを違法とする2名の少数意見を否定している。なお、判決文中、多数意見はこの点について明示的に触れていない。この点、より明示的には、最高裁第2小法廷昭和35年判決¹³⁾が、「事実を確定しないで無罪の言渡をした第一審判決を、控訴審が書面審理のみによって破棄し直ちに自から有罪の言渡をすることは刑訴400条但書の許さないところであるが（昭和31年7月18日大法廷判決…）、……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が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である場合には、必ずしも控訴裁判所は事実の取調べをすることを必要としないと解すべきであるから（昭和32年3月13日大法廷判決…）、原判決中、被告人……に関する部分については、刑訴400条但書違反の事由はない」と判示し、事実認定に変動（問題）

↘ 役へ、昭和32年4月17日決定・刑集11巻4号1385頁は、懲役1年執行猶予4年判決から懲役1年の実刑へ、最高裁昭和35年3月17日判決・刑集14巻7号847頁は公民権停止規定の不適用から適用へ、そして最高裁昭和46年11月9日決定・刑集25巻8号925頁は、禁錮1年執行猶予4年から禁錮6月の実刑への変更を適法とした。

12) 最高裁大法廷昭和32年3月13日判決・刑集11巻3号997頁。

13) 最高裁第2小法廷昭和35年11月18日判決・刑集14巻13号1713頁。

がない場合は、法律判断のみが変動して被告人に不利益な結果になっても、事実の取調べを必要としないことを確認している。そして、最高裁大法廷昭和44年判決（いわゆる、サド事件上告審判決）¹⁴⁾では、「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、刑訴法400条但書によって、控訴裁判所がみずから有罪の判決をすることができるものと解するのが相当である」と明言して、これと異なる判断をしていた最高裁昭和33年2月11日判決¹⁵⁾を判例違反として変更した。

以上を総合すると、事実の取調べの要否に関して一連の判例が示した基準は、まずは、控訴審における判断が公訴事実に関するものであるか否か、すなわち訴因事実の認定そのものであるか否かで判断する点にある。そのうえで、控訴審における自判内容が被告人にとって第一審判決内容より不利益になるか否かで判断している。もっともこの不利益の実質は、事実認定上の不利益、すなわち無罪判断を有罪判断に変更する場合、責任能力を否定する評価を部分的責任能力を肯定する評価に変更する場合などであり、直接的に量刑上の不利益を意味しているわけではない。それゆえに、訴因事実の認定に変動を伴わない、量刑加重変更型、法律判断有罪変更型の事例においては、被告人にとって、明らかに量刑上不利益に変更する場合であっても、事実の取調べを必要とはしていないのである。判例は、あくまでも、厳格な証明を必要とする訴因事実の認定において、被告人に対して憲法31条、37条の権利が保障されて、第一審の場合と同様の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ことを重視していると言える。

14) 最高裁大法廷昭和44年10月15日判決・刑集23巻10号1239頁。

15) 最高裁第3小法廷昭和33年2月11日判決・刑集12巻2号187頁。

(3) 学 説

一方で、学説はこの四類型についてどのように考えてきたか。

まず、無罪破棄型及び縮小認定破棄型においては事実の取調べが必要とする判例法理については、学説はおおむねこれに肯定的である¹⁶⁾。原判決が認定していない新たな事実を認定して自判するときは、直接主義、口頭主義の要請から、その核心をなす部分（犯意、共謀、正当防衛等の事件の争点）について新たな証拠調べをする必要があるからである¹⁷⁾。もっとも、これについては、事後審たる控訴審の構造に適合しないとの根強い批判もある¹⁸⁾。しかしながら、本類型における控訴審は基本的には事実認定のやり直しである¹⁹⁾ので、もはや純粋な事後審論で説明することはできない。肯定説が妥当である。

これに対して、量刑加重変更型及び法律判断有罪変更型において事実の取調べを不要とする判例については、これを批判する立場が多い。

重い刑への変更の場合にも事実の取調べが必要とする理由については、量刑判断においては事実評価と法的評価が密接に結びついていること、量刑判断における証拠調べは実質的に厳格な証明によっていること、量刑は被告人の重大関心事であることなどがあげられている²⁰⁾。量刑事実の証明

16) 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣・1958年）321頁、団藤重光『新刑事訴訟法綱要』（創文社・1967年）545頁、後藤昭『控訴審における破棄と事実の取調べ』守屋克彦他編『石松竹雄判事退官記念論文集・刑事裁判の復興』（勁草書房・1990年）390頁、田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣・1986年）482頁-483頁、高平奇恵「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」新・判例解説 Watch 27号（2020年）202頁、福島至『基本講義・刑事訴訟法』（新世社・2020年）291頁、白取祐司『刑事訴訟法〔第10版〕』（日本評論社・2021年）517頁等。

17) 三井誠他編『新基本コンメンタール・刑事訴訟法』（日本評論社・2011年）568頁〔平木正洋執筆部分〕。

18) 土本武司「事実の取調べと破棄自判（3・完）」警察研究58巻2号（1987年）7頁-12頁等参照。

19) 後藤昭『刑事控訴立法史の研究』（成文堂・1987年）306頁-312頁、石松竹雄「控訴審における事実誤認」石松竹雄他編『小野慶二判事退官記念論文集・刑事裁判の現代的展開』（勁草書房・1988年）209頁-210頁等。

については自由な証明でよいとするのが判例の立場²¹⁾ではあるが、実務では厳格な証明による証拠調べ手続が定着しているといつてよく、それは量刑が被告人の利益・不利益そのものに直結するからに他ならない。手続上、実体上の両観点から、量刑加重変更型の審理においては事実の取調べが必要である。

また、法律判断のみの変更の場合であっても事実の取調べが必要とする学説は、仮に法律判断の対象となる事実が確定していたとしても、第一審で量刑事情について十分な調査がなされているか否かが疑わしいような無罪判決の場合には、書面審査のみによって法律判断を変更して有罪の量刑を行うことは許されないとする²²⁾。この趣旨は、訴因事実も含めた量刑事情(量刑判断の基礎事実)に関する事実調べが十分でないにもかかわらず、法律判断の変更という名のもとに、事実調べを経ることなく無罪判決を有罪判決に変更することは告知と聴聞の機会を保障される被告人の権利を剥奪するものに他ならないというものである。ただ、ここでは、法令違反や法律適用の誤り、訴訟条件の欠缺の判断などの純然たる法律判断ではなく、事実判断との限界が疑わしい猥褻性判断をめぐる事案を前提に、第一審において量刑事実の判断が十分でなかったという事情の下での判例批判であるので、その理由付けは量刑加重変更型と大きく異ならないようにも見える。純然たる法律判断の変更は、控訴審本来の役割であるので必ずしも事実の取調べの必要はないが、事実上の量刑加重の変更である場合には、事実の取調べは必要的と考えるべきであろう。

(4) 小 括

以上で概観したように、判例においては、訴因たる公訴事実の認定にお

20) 鈴木茂嗣「事実の取調べと破棄自判(3)」『刑事訴訟法判例百選(第3版)』(1976年)241頁等。

21) 最高裁判所第2小法廷昭和24年2月22日判決・刑集3巻2号221頁。

22) 小早川義則「事実の取調べと破棄自判」『刑事訴訟法判例百選(第6版)』(1992年)209頁等。

いて被告人の憲法上の権利が保障されているか否かが専らの関心事項であることがわかる。控訴審手続においても、公訴事実に関わって直接主義、口頭主義を貫徹する必要がある場合に限って、事実の取調べを必要のとしている。もっとも、無罪判決から有罪判決への変更、縮小認定から公訴事実通りの認定への変更など、結果として被告人に不利益な方向で刑が科される場合に限定され、有罪判決から無罪判決への変更、すなわち被告人に有利な方向での刑の変更の場合には事実の取調べは不要であり、ひるがえって憲法上の権利保障の問題は生じない。判例は、訴訟手続に「参加」して権利行使（放棄）する手続法上の被告人の利益・不利益の観点というよりも、縮小認定破棄型で明らかかなように、最終的には刑の軽重につながる実体法（量刑）上の利益・不利益の観点により重きを置いているように見える。

この点、学説は、控訴審の破棄自判時に事実の取調べが必要であるとする理由を、より明確に実体法（量刑）上の利益・不利益に求めていると言える。量刑加重変更型においても事実の取調べが必要であるとするのは、控訴審において刑が重く変更されるからであるし、法律判断有罪変更型で必要とされるのも、実質は無罪判決から有罪判決に変更されるからに他ならない。

最高裁大法廷昭和31年判決(1)は、事件が控訴審に係属しても、被告人には、憲法31条、37条の権利が保障されるべきことを強調しており、学説もこの点を概ね支持している。そしてこの憲法上の権利保障について、判例は有罪認定においてのみ及ぶとし、学説はこれに加えて量刑を加重する場合及び法律判断を変更する場合にも及ぶとしているように思われる。

三 完全責任能力に認定替えする場合の 事実の取調べの要否

上述したように、判例は、無罪破棄型及び縮小認定破棄型の場合には、

それぞれ事実の取調べをしなければならないとしてきている。この点、最高裁令和3年9月7日判決は、縮小認定破棄型の類似類型として、限定責任能力を認定して有罪判決を言い渡した第一審判決を破棄し、完全責任能力を認定する場合にも事実の取調べが必要であると判示した最初の判断である。

(1) 事実経過

事案は、窃盗症(クレプトマニア)に罹患している被告人が、令和元年7月1日午後1時58分頃、東京都内のスーパーマーケットで、食料品10点(販売価格合計1614円)を万引きしたというものである。被告人が本件犯行に及んだ点は争われておらず、争点は、弁護人が主張するように、被告人が犯行当時、重症の窃盗症により行動制御能力が著しく減退した心神耗弱状態であったか、それとも検察官が主張するように完全責任能力を有していたかである。

第一審東京地裁は、被告人による同種の前事件(本判決時最高裁係属中)の控訴審において、被告人が重症の窃盗症の著しい影響下で犯行に及んだとする弁護側精神鑑定人の精神鑑定書及び同鑑定人の本件における証言に依拠して、「被告人は、……本件犯行時、合目的に行動し、検挙時の保安員への発言からは、違法性の意識が認められ……事理弁識能力は十分に備わっていたと認められるが、重症の窃盗症により、窃盗行為への衝動を押さえる能力は著しく低下していた疑いがあり、行動制御能力は著しく減退していた合理的疑いが残る」として、本件犯行当時、心神耗弱状態であったと認定し、懲役4月を言い渡した(求刑1年6月)²³⁾。

これに対して検察官が、事実誤認を理由に控訴したところ、東京高裁は、事実の取調べをすることなく、「本件犯行当時、被告人に事理弁識能力が備わっていたとする点は、当裁判所としても是認することができる

23) 東京地裁令和2年4月3日判決(LEX/DB25590660)。

が、本件犯行当時、被告人の行動制御能力は著しく減退していた合理的疑いが残るから、心神耗弱の状態にあったと認めるのが相当であるとした点は、論理則、経験則等に照らして不合理であって、これを是認することはできない」として被告人の完全責任能力を認定したうえで、原判決を破棄して自判し、懲役10月を言い渡した²⁴⁾。なお、被告人が場合によっては窃取行為を思いとどまろうとしていたこと、すなわち、犯行当時に行動制御能力を相当程度保持していたと認定した根拠を、被告人が周囲の状況を確認して犯行が発覚しないよう注意して行動している事実、万引きする商品を選別して商品の一部を精算している事実、通常の買物客を装うことを念頭に置いた行動をとっていた事実に求めている。

(2) 令和3年9月4日最高裁判決

最高裁は、上告趣意における弁護人の主張は適法な上告理由にあたらな
いとしたうえで、職権調査により、「被告人は行動制御能力が著しく減退
していた合理的疑いが残るから心神耗弱の状態にあったとした第1審判決
について、その認定は論理則、経験則等に照らして不合理であるとして、
事実誤認を理由に破棄し、原審において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
ちに完全責任能力を認めて自判をした原判決は、刑訴法400条ただし書に
違反する」として、刑訴法411条1号によりこれを破棄した。なお、①最
高裁大法廷昭和31年7月18日判決(1)、②最高裁第2小法廷昭和31年12月
14日判決、③最高裁第2小法廷昭和32年6月21日判決及び④最高裁第1
小法廷昭和41年12月22日判決が参照判例として挙げられている。

(3) 意 義

本件は、控訴審においても窃盗罪の訴因そのものは維持されている（縮

24) 東京高裁令和2年11月25日判決（LEX/DB25590659）。

小認定したわけではない)ので、いわゆる縮小認定破棄型の事例そのものではない。また無罪判決を有罪判決に変更したわけでもないので、無罪破棄型の事例にもあたらない。窃盗罪の成立要件たる窃取の実行行為(客観的要件)そのものは争わないものの、刑事責任(主観的要件)の法的評価において、行動制御能力が著しく減退していた合理的疑いが残るとした第1審判決を変更して、控訴審が完全責任能力(公訴事実とおりの事実)を認めた点で縮小認定破棄型の類似類型であるとともに、減輕された刑を元に戻す(加重する)意味では、量刑加重変更型の要素も併せ持っていると言えるのである。

いずれにしても本判決では、理由らしい理由を示さずに刑訴法400条但書違反で原判決を破棄しているので、上記①乃至④の各最高裁判決を引用した意味について検討する必要がある。このうち、①については無罪破棄型のリーディングケースであるが、本件が無罪事例でないことからすれば、引用の趣旨は、事実の取調べを必要とする大法廷判決の理由付け、すなわち、破棄自判控訴審における直接主義、口頭主義の要請にあるとみるのが妥当であろう。限定責任能力から完全責任能力に変更する場合には、直接の証拠調べが不可欠とするもので、証拠調べの範囲に大きく関わる問題である。②は無罪破棄型の中でも責任能力の認定が心神喪失(責任能力否定)から心神耗弱(部分的責任能力肯定)に関するものであり、責任能力判断においても事実の取調べが必要となる場合があることを示すために引用されているものと思われる。そのうえで③及び④は、犯罪成立の客観的側面(被害者の意思の抑圧の有無)及び主観的側面(未必の殺意の有無)に関してそれぞれ縮小認定された第一審判決を破棄して公訴事実通りに認定した例として引用しているように見受けられる。もっとも、本判決では、第一審判決も控訴審判決も窃盗被告事件として窃盗罪の成立に変動はないので、③及び④とはその性質が異なる。そこに本判決の特徴がある。

結局のところ、本判決の射程は、心神耗弱と認定された第一審判決を否定して完全責任能力を自判する場合には、控訴審において憲法31条及び37

条の趣旨に則り、直接主義及び口頭主義に基づく証拠調べが不可欠であるとした点に絞られるように思われる。

いうまでもなく、刑法上の責任は、犯罪行為においてその行為者を非難しうることを指し、構成要件該当性、違法性に次ぐ第三の犯罪成立要素である²⁵⁾。そして被告人の精神状態が刑法39条にいう心神喪失又は心神耗弱に該当するか否かの裁判所による法律判断は、「生物学的要素である精神障害の有無及び程度並びにこれが心理学的要素に与えた影響の有無及び程度について、……専門家たる精神医学者の意見が鑑定等として証拠となっている場合には、鑑定人の公正さや能力に疑いが生じたり、鑑定の前提条件に問題があったりするなど、これを採用し得ない合理的な事情が認められるのでない限り、その意見を十分に尊重して認定すべきものというべきである」²⁶⁾とされており、実務上の責任能力判断は、精神医学者らの提唱による8ステップあるいは7つの着眼点を参考にして行われている²⁷⁾。具体的には、(i)動機の了解(不)可能性、(ii)犯行の計画性、突発性、偶然性、衝動性、(iii)行為の意味内容、反道徳性、違法性の認識、(iv)免責可能性の認識の有無、(v)平素の人格との異質性、(vi)犯行の(非)一貫性・(非)合目的性、(vii)犯行後の自己防御、危険回避行動の有無といった点に着目して判断されている²⁸⁾と言われる。本件において、第一審及び控訴審が本判

25) 大塚仁他編『大コメンタール刑法<第3版>』（青林書院・2015年）7頁-9頁〔大塚仁執筆部分〕等参照。

26) 最高裁第2小法廷平成20年4月25日判決・刑集62巻5号1559頁。

27) 責任能力の判断枠組みについて、精神科医の岡田幸之教授は、i 精神機能・病状情報収集、ii 精神症状認定、iii 疾病診断、iv 事件との関連性、v 善悪判断・行動制御への焦点化、vi 法的な弁識・制御能力として特定、vii 弁識・制御の程度、viii 法的結論の8ステップを提唱し、i～ivを生物学的要素、v～viiiを心理学的要素に分けて、vi以降は法学の専門領域の判断であり、法律の素人である精神科医の意見は参考意見にすぎないとする（岡田幸之「責任能力判断の構造と着眼点」精神経誌115巻10号（2013年）1065頁）。なお、クレプトマニアの精神鑑定については、五十嵐禎人「摂食障害」五十嵐禎人・岡田幸之編『刑事精神鑑定ハンドブック』（中山書店・2019年）206頁-222頁参照。

28) この7つの着眼点については、平田豊明医師の簡易鑑定事例分析（平田豊明「起訴前簡易鑑定の現状と問題点」松下正明編『司法精神医学5巻・司法精神医療』（2006年）11頁

断砕組みに則って責任能力の判断を行ったか否かは明確ではないが、控訴審においては、被告人が周囲の状況を確認して犯行が発覚しないよう注意して行動している事実、万引きする商品を選別して商品の一部を精算している事実、通常の買物客を装うことを念頭に置いた行動をとっている事実(上記(ii)及び(vi)に該当する事実)から行動制御能力が相当程度保持されていた事実を認定しており、本判決はこの点を問題にしているように解せられる。

裁判所による責任能力の判断は概念的には法律判断ではあるものの、特に控訴審においては、法令違反や法律適用の誤り、訴訟条件の欠缺の判断などの純然たる法律判断とは異なり、上述の「猥褻性」判断の最高裁判決同様に事実認定の問題でもあり、その意味においても厳格な証拠調べが不可欠である。本判決が直接主義、口頭主義が不可欠であるとした理由はこの点にあるのではないだろうか。

四 検 討

(1) 控訴審における破棄自判の構造と事実の取調べの対象

言うまでもなく、刑事訴訟法上の控訴理由は、訴訟手続の法令違反(377条乃至379条)、法令適用の誤り(380条)、事実誤認(382条)、そして量刑不当(381条)であるが、令和2年司法統計年報によれば、控訴受理件数5,332件のうち、それぞれの理由(以下、重複理由含む)を見ると、法令違反455件(うち検察側21件)、法令適用の誤り234件(同18件)、事実誤認1,568

、頁-20頁)をもとに精神科医グループによって提唱されたものとされているが、以前より裁判実務では、類似した判断基準として、㉓ 統合失調症の種類・程度(病状)、㉔ 犯行の動機・原因(了解可能性)、㉕ 犯行の手段・態様(計画性、作為性の有無)、㉖ 犯行前後の行動(了解不可能な異常性の有無)、㉗ 犯行前後の被告人の記憶の有無・程度、㉘ 犯行後の態様(反省の情の有無)、㉙ 統合失調症発症前の被告人の性格と犯行の関連性の有無・程度の各要素を考慮して責任能力判断を行っている(小林充他編『刑事事実認定(上)』(判例タイムズ社・1992年)461頁[高橋省吾執筆部分])。なお、8ステップとの関係については、國井恒志「病的酩酊者の責任能力」植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選・上(第3版)』(立花書房・2020年)13頁以下参照。

件（同48件）、量刑不当3,829件（同19件）であり、多くは量刑不当もしくは事実誤認に基づいている²⁹⁾。控訴審において原判決の当否を点検・審査して、控訴人の請求を理由なしとして棄却する場合には控訴棄却の判決（396条）（上記受理件数中3,837件）を、理由ありとして請求を認容する場合には原判決破棄の判決（397条）（同507件、うち自判482件）³⁰⁾をそれぞれすることになる。控訴審が原判決の審査をたてまえとするということを貫くならば、控訴棄却の場合は差戻し・移送が原則で、自判は例外となるはずである（400条）³¹⁾が、上述統計値のように、長年にわたって自判が原則化・常態化しているのが現状である。

また、控訴審において事実の取調べ（393条）が行われたのは、5,332件中2,083件（約39%）であり、そのほとんどが被告人質問である（1,710件）³²⁾。令和2年の統計で言えば、控訴審係属事案の10%弱の破棄判決の審判時にどれだけの割合で事実の取調べがおこなわれているかは明らかではないが、90%強の控訴棄却の審判と併せて全体の4割近くが事実審理を行っていることになる³³⁾。少なくとも、事実の取調べが行われる控訴審は単なる事後審ではなく、実体としても事実審としての性格を有していると言ってよい。特に自判の場合はすでに事後審査の域を出ており、控訴審における事実認定審査は、基本的には事実認定のやり直しであると考えざるを得ないのである³⁴⁾。

そして、事実の取調べの対象となる事実が何であるかについても、事実誤認のみならず、量刑不当も含めた控訴理由としての調査対象となるすべ

29) 『令和2年司法統計年報（刑事事件篇）』第58表参照。

30) 同・第61表参照。

31) 田宮裕『刑事訴訟法（新版）』（有斐閣・1996年）482頁等参照。

32) 司法統計年報・前掲注29・第59表参照。

33) もっとも、2000年が75%、2010年が59%であった（樋上慎二「刑事控訴審における事実の取調べ」判例タイムズ1370号（2012年）68頁参照）ので、極端に少なくなってきていると言える。

34) 後藤・前掲注16・390頁。

ての事由についての事実が含まれる³⁵⁾のであるから、単に公訴事実としての訴因事実についてのみが取調べの対象となるわけではなく、上記令和3年最高裁判決の事例のように、責任能力、特に行動制御能力判断の基礎事実となるような事実についても対象になるであろうし、また、平素の人格との異質性を判断するうえでその基礎となる平素の人格態度を証明する事実などもその対象となるであろう³⁶⁾。量刑判断の基礎となる事実についてもその対象となることは明らかである。

(2) 事実の取調べを必要とする理由

それでは、事実の取調べを必要とする理由はどこにあるのか。

これについて最高裁大法廷昭和31年判決(1)は、既に触れたように、刑事訴訟手続における直接主義、口頭主義のからの要請であるとして、「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見解を述べる機会を与えられ」なければならないとしている。これに関して、第一審で調べた証拠をもう一度厳格な証明により取調べなければならないという趣旨か否かについて諸説が展開されているが、その後の最高裁判例(最判昭和33年2月20日、最判昭和34年2月13日)が、「第一審で調べた証拠については、控訴審で再び証拠調べをし直す必要はなく、そのまま証拠能力を認めて判決の基礎とすることができることを明確にしている」ことを指摘したうえで、破棄自判までの事後審の手続において自判を目的とした事実の取調べは一般的に許容されていないこと、第一審で履行された直接主義、口頭主義を控訴審でも常に履行しなければならないという憲法上の要請はないことから、書面審査だけでの有罪認定に伴う危険を防止するための政策的配慮にすぎないとの主張

35) 原田・前掲注2・381頁。

36) 田岡直博「裁判員裁判における責任能力判断の変化：判決一覧表の分析(1)～(3)」季刊刑事弁護93号(2018年)55頁-69頁、96号(2018年)112頁-131頁、97号(2019年)78頁-85頁等参照。

がなされている³⁷⁾。

しかしながら、上記大法廷判決が、被告人が控訴審においても、憲法31条、37条の保障する権利を有することを確認したうえで、直接主義、口頭主義の適用を指摘した憲法判断を単に政策的配慮としてとることはできないように思われる。事実の取調べの範囲及び程度にもかかわる問題ではあるが、ここでは事件の核心あるいは争点に関する証拠調べ手続きが反対尋問権の保障³⁸⁾を含む適正手続保障のもとで行われるべきことを確認したととらえるべきではないだろうか。

最高裁大法廷昭和31年判決(1)を引用する無罪破棄型、縮小認定破棄型の最高裁判例は、いずれも訴因事実の確定に関わるものではあるが、結局のところ、量刑上、被告人に不利益になる場合に限って事実の取調べが必要であるとしている。そしてその不利益に密接にかかわる事実の認定については、あらためて被告人の意見見解を述べる機会を保障することにより、被告人の納得を得たうえで手続きを進行することが、憲法上の適正手続保障の要請である。上記令和3年最高裁判決の事例も、まさに限定責任能力認定によって刑が減輕されたものを減輕しない方向で認定替えしたものであった。またこの点については、従来の量刑加重変更型についてもあてはまるものと言わなければならない。その意味において最高裁大法廷昭和31年判決(2)は変更されるべきである。

(3) 事実の取調べの範囲及び程度

では、事実の取調べの範囲及び程度についてはどのように考えるべきであるか。

まず事実の取調べの範囲について判例³⁹⁾は、第一審において金員の授受

37) 原田・前掲注2・477-479頁等。

38) 後藤・前掲注16・391頁以下は、実質的に被告人に不利に証言評価を変更する場合には証人尋問の再施行が必要であるとしている。

39) 最高裁第2小法廷昭和34年5月22日判決・刑集13巻5号773頁。

の証明がないとして無罪とした事案で、控訴審が「被告人の職務権限について事実の取調べをただで、事件の核心をなす金員の授受自体についてなら事実の取調べをおこなうことなく」破棄自判して有罪判決を言い渡したことを刑法400条但書に違反すると判示している。本件では職務権限に関する事実の取調べ自体は行われているものの、有罪の決め手となる核心部分である金員授受の事実についての取調べが行われていないことを問題としているのである。最高裁大法廷昭和31年判決(1)が、公開の法廷で、適法な証拠調の手続が行われ、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たうえでなければ、犯罪事実を確定され有罪の判決を言渡されることはないとしたのは、まさに、この事案の核心についての証拠調べの必要性を指していると言わなければならない。

そしてその取調べの程度も、必然的に、単に証拠調べ手続を履践する形式的なものだけでは足りず、重要な証人の再度の証人尋問を実施するなど、より実質的なものでなければならない⁴⁰⁾。そうでなければ、事案の核心あるいは争点の黒白を明確にできないからである。

上記令和3年最高裁判決は、クレプトマニア診断に基づく精神鑑定の結果を受けて心神耗弱を認定した第一審判決を論理則、経験則に反するとして破棄し、事実の取調べをすることなく、犯行の計画性、合目的性、危険回避行動などに関わる事実を根拠に完全責任能力を認定した控訴審判決を違法としているが、事実の核心は責任の能力の判断そのものであり、それを基礎づける7つのステップに関わる事実そのものが争点になることを示唆しているように思われる。またその取調べの程度についても、精神鑑定という性質上、必然的に被告人質問さえすればよいというものでないことは明白である。

40) 後藤・前掲注16・397頁。

五 結びにかえて

本稿では、控訴審における破棄自判時の事実の取調べの要否の基準について従来の判例、学説を検討したうえで、まず、無罪破棄型、縮小認定破棄型については事実の取調べが不可欠であることを確認した。そしてその実質は、最終的には量刑上の不利益に起因することを指摘したうえで、量刑加重変更型、そして純然たる法律判断の変更を除く法律判断有罪変更型においても、事実の取調べが必要であるとの見解を示した。

従来、判例は、公訴事実たる訴因事実の存否の確定に関して、無罪判決を有罪判決に変更して自判する場合に不利益認定に伴う適正手続保障の厳格適用を求めてきたと一般的に理解されているが、判例自体においても常に少数意見が付されるように、被告人にとっての実質的不利益である量刑加重の有無をメルクマールとする萌芽も含んでいるように思われる。裁判員制度が始まり、刑事訴訟の制度及び運用が昭和30年代の一連の判例の時代と変わっている現代において、本稿で検討した令和3年最高裁判決は、破棄自判時における事実の取調べが必要的となる事案の外延を広げるとともに取調べの範囲及び程度をより明確化し、実質的には量刑上の不利益に判断基準を傾斜させた判例として位置づけることができるように思われる。