

控訴審追加予備的訴因有罪自判と 有罪判決に対する上訴の権利

——栃木小1 女児殺害事件裁判を例として——

久 岡 康 成*

目 次

- 一 はじめに
- 二 控訴審追加予備的訴因有罪自判に対する上訴
——栃木小1 女児殺害事件裁判を例として——
- 三 自由権規約における有罪判決に対する上訴の権利
- 四 上訴制度の発展と事実誤認是正
- 五 若干の考察
- 六 結 び

一 はじめに

刑訴法400条本文は、控訴審が原判決を破棄するとき、388・389条（以下条文のみの時は刑事訴訟法の条文である）の場合以外は、事件を原裁判所に差し戻し、又は移送するのを原則とするが、同条但書は、「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つて、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」としている。その場合に、控訴審で予備的追加の訴因について有罪自判が行われ、（被告人が控訴した）原判決は破棄を免れないが、検察官が請求し控訴審が変更を認めた予備的訴因

* ひさおか・やすなり 立命館大学名誉教授 弁護士

について、その訴因の証明があり、直ちに判決をすることができるとして、有罪の自判がされる場合がある。これが控訴審追加予備的訴因有罪自判である。

控訴審追加予備的訴因有罪自判の検討にはいろいろな視点があるが、本稿では、控訴審追加予備的訴因有罪自判の近時の例として、いわゆる栃木小1 女児殺害事件（今市事件とも呼ばれる）裁判を検討して¹⁾、控訴審追加予備的訴因有罪自判に対する上訴の問題を確認した上で、自由権規約及び上訴制度の発展と事実誤認是正について検討し、控訴審追加予備的訴因有罪自判の問題につき、若干の考察をしてみたい。

二 控訴審追加予備的訴因有罪自判に対する上訴 ——栃木小1 女児殺害事件裁判を例として——

(一) 栃木小1 女児殺害事件裁判の経過は、以下の通りである。

(1) いわゆる栃木小1 女児殺害事件は、犯人が7歳の女児を連れさり殺害したとされる事件で(2005年)、その裁判は事件が痛ましく重大であった上に、被疑者が商標法違反で逮捕・勾留され起訴(2014年2月18日)後勾留中であったこと(栃木小1 女児殺害事件を別件とする商標法違反逮捕の別件逮捕でないかの疑問がもたれた)、裁判員裁判、被疑者取調べの録音録画媒体の裁判利用等もあって、マスコミでも多数報道され、第一審判決(宇都宮地判平成28年4月8日判例時報2313号126頁)、控訴審判決(東京高判平成30年8月3日判例タイムズ1456号75頁、判例時報2389号3頁)も社会的に注目されたが、この上告は、2020年3月4日に上告棄却決定(最《2小》決定令和2年3月4日《LEX/DB インターネット文献番号 25566913》)となり、異議の申し立ても棄却決定されて控訴審判決(無期懲役刑)が確定し、執行されている。

(2) 控訴審において、2018年1月10日に検察官から予備的訴因追加の訴因変更の請求があり、裁判所は同年3月29日にこれを許可した。

公訴事実として当初の起訴状に記載されていたのは、「被告人は、平成17年12月2日午前4時頃、茨城県常陸大宮市（以下略）所在の山林において、A（当時7歳）に対し、殺意をもって、ナイフでその胸部を多数回突き刺し、よって、そのころ、同所において、同人を刺通（心臓損傷）により失血死させた」というものであり、控訴審追加の予備的訴因は、「被告人は、平成17年12月1日午後2時38分頃から同月2日午前4時頃までの間に、栃木県内、茨城県内、又はそれらの周辺において、A（当時7歳）に対し、殺意をもって、ナイフでその胸部を多数回突き刺し、よって、そのころ、同所において、同人を心刺通（心臓損傷）により失血死させた」というものであった。

（3）控訴審判決は、「主文」（原判決の破棄と被告人の無期懲役刑、未決勾留日数参入、ナイフ一本の没収）と「理由」からなるものである。

（a）「理由」は、冒頭で、「原判決が、自白供述の信用性の補助証拠として採用した取調べの録音録画記録媒体により犯罪事実を直接的に認定したことには訴訟手続の法令違反があり、原判示第1の殺人の日時、場所を自白供述に基づき公訴事実どおりに認定したことには事実誤認が認められ、いずれも判決に影響を及ぼすことが明らかであるから、原判決は破棄を免れず、ただし、当裁判所は、情況証拠によって認められる間接事実を総合すれば、被告人が殺害犯人であることは、合理的な疑いを差し挟む余地なく認められ、当審において予備的に追加された訴因（殺害の日時、場所を拡張したもの）については、直ちに判決をすることができるものと判断した」（81頁、以下頁数のみの記載は判例タイムズ1546号の頁数）と述べた後、「第1控訴趣意について」（81頁）と「第2 破棄自判」（120頁）に分けて記述されている。

（b）その「第一 控訴趣意について」は、以下の、① 事案の概要及び原判決の骨子について（82頁）、② 情況証拠に基づく被告人の犯人性の判断（82頁）、③ 本件粘着テープ等から検出されたDNA型に関する所論につい

て(93頁), ④本件各供述調書(原審乙55から58まで)の証拠能力に関する判断について(97頁), ⑤取調べの録音録画記録媒体に関する所論について(104頁), ⑥本件自白供述の信用性に関する判断について(111頁), ⑦結論(120頁)の7項目に分かれていた。この「7 結論」は、「以上の次第で, 被告人が殺害犯人であることは合理的な疑いを差し挟む余地なく認めることができるが, 供述の信用性の補助証拠として採用した本件各記録媒体により, 直接的に被告人の犯人性を認定した原審の訴訟手続には法令違反が認められ, また, 殺害犯人であることを自認する点を除き信用性に疑いのある本件自白供述に基づき, 被害者が殺害された日時, 場所を公訴事実どおりに認定した原判決には事実の誤認があり, これらは, いずれも判決に影響を及ぼすことが明らかであるから, 弁護人の論旨は, その限度で理由がある。」(120頁)というものである。

(c) その「第二 破棄自判」は、「原判決には, 殺人罪につき, 前記のように判決に影響を及ぼすことが明らかな訴訟手続の法令違反及び事実誤認が認められるから, 同罪と併合罪関係にあるものを含め, 刑法397条1項, 379条, 382条により原判決は全部破棄を免れない。既に判示したとおり, 被告人が殺害犯人であることは合理的な疑いを差し挟む余地なく認められ, ただし, 殺害行為が公訴事実記載の日時, 場所で行われたことの証明がないところ, 平成30年1月10日付け訴因追加請求書により検察官から請求され, 当裁判所が許可した予備的訴因, すなわち, 殺害の日時を『平成17年12月1日午後2時38分頃から同月2日午前4時頃までの間に』と, 場所を『栃木県内, 茨城県内又はそれらの周辺において』とそれぞれ改める訴因については証明があり, 直ちに判決をすることができるので, 刑法400条ただし書により, 当裁判所において, 被告事件につき更に判決をすることとする。」(120頁), というものである。

控訴審判決の理由では, このあとに, (罪となるべき事実), (証拠の標目), (主位的訴因を認定せず, 予備的訴因を認定した理由), (法令の適用), (量刑の理由)が示されている。

(4) 上告趣意書の項目は、「第一 はじめに、第二 憲法違反（憲法解釈の誤り）、第三 法令違反（本件各供述調書（原々審乙55から58まで）の証拠能力）、第四 事実誤認、第五 おわりに」であり、「第四 事実誤認」は、「1 状況証拠によって認められる間接事実による事実認定、2 自白の信用性について」に分けて記載されている。また、上告趣意補充書(1)、上告趣意補充書(2)も提出されている。

(5) 上告棄却決定（2020年3月4日）（LEX/DB 25566913）の理由は以下である。

「弁護人 I ほかの上告趣意のうち、憲法38条2項違反をいう点は、記録を調べても、被告人の抑留が不当に長いものとは認められず、被告人の自白の任意性を疑うべき証拠はないから、前提を欠き、その余は、憲法違反をいう点を含め、実質は単なる法令違反、事実誤認の主張であって、いずれも刑法405条の上告理由にあたらぬ。よって、同法414条、386条1項3号、刑法21条により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。」

(二) 控訴審追加予備的訴因有罪自判への上訴

以上のような栃木小1 女児殺害事件裁判の経過は、控訴審追加予備的訴因有罪自判の上訴が、高等裁判所（控訴審）判決への上訴として控訴によることはできず、最高裁判所への上告で行われるところ、上告趣意が刑法405条の上告理由にあたらぬとされ「その余は、憲法違反をいう点を含め、実質は単なる法令違反、事実誤認の主張であって」とされることがあること、また著反正義の場合の法令違反・事実誤認・量刑不当による職権破棄の権限も発動されないものであることを示している。

三 自由権規約における有罪判決に対する上訴の権利

(一) 自由権規約14条5項の有罪判決に対する上訴の権利

(1) わが国が1979年に批准して締約国となっている自由権規約(市民的及び政治的権利に関する国際規約, 1976年発効)の14条5項は, 次のような条文である。

「5 有罪の判決を受けたすべての者は, 法律に基づきその判決及び刑罰を上級の裁判所によって再審理される権利を有する。」(外務省ホームページの訳による)

(2) ここでいう再審理「being reviewed」は, 上級の裁判所によるものであるから, 上訴であり, 有罪判決を受けた者の権利であって, 「有罪判決に対する上訴の権利」である。有罪判決に対する上訴の権利は, いわゆる第1世代の人権の中では新しい人権で, 自由権規約14条5項は, 当初の自由権規約の草案にはなく, 国連総会第三委員会(社会開発や人権問題)の審議においてイスラエル代表から提起され, 成案となって総会で採択された²⁾。

(二) 自由権規約の有罪判決に対する上訴の権利と刑訴法

(1) 1966年に国際連合総会で採択され1976年に発効した自由権規約には, 上記のような有罪判決に対する上訴の権利の保障があった(自由権規約14条5項)。日本は自由権規約の批准に際し14条5項について留保等を附さず(日弁連, 国際人権ライブラリー, 自由権規約・日本の批准状況を参照), 有罪判決に対する上訴の権利を例外なく保障している。この点は留保のある他の国, 例えばドイツとは事情が異なっている。

(2) ドイツは, 1973年に自由権規約に署名, 批准を行ったが, 批准に際し14条5項について, 「(a) 被告人が控訴審で初めて有罪判決を受ける場

合、それだけで全ての場合にさらなる上訴が開かれる必要はない」と、
(c) 軽微な犯罪に対する有罪判決の場合の、2つの留保を付している。
また自由権規約に先行して1963年に発効していた欧州人権条約には有罪判決に対する上訴の権利はなく、1984年に採択され、1988年に発効した欧州人権条約第7議定書（2006年の資料ではドイツは未批准）の2条1項で刑事事件についての上訴の権利（Right of appeal in criminal matters）が認められたが、それは同2条2項で軽微犯罪・最上級裁判所による第一審・無罪判決後の上訴による有罪判決の場合の、3つの例外を許容するものである³⁾。

このような状況の下に、ドイツ刑訴法では、控訴審は第一審判決を破棄し自ら判決をするものであるが（ドイツ刑訴法328条1項）、有罪判決の場合にも自由権規約14条5項に対する上記の留保がある上に、上告理由は法令違反であるが（ドイツ刑訴法337条1項）それには手続違反（Verfahrensrüge）と実体違反（Sachrüge）があり、後者には証拠評価の法的瑕疵も含まれる。また上告審では事実認定は行われず、罪責修正や新たな量刑判断は可能とされているが、両者を同時に行うことはできず、罪責修正も被告人への十分な教示が必要であり、新事実認定を伴わない罪責修正は原則できない⁴⁾。

(三) 自由権規約一般的意見32号

自由権規約の一般的意見は、自由権規約人権委員会において、個人通報についての見解及び締約国報告についての総括所見の、委員会による規約解釈をまとめたもので、自由権規約の解釈で参照されている⁵⁾。

自由権規約14条に関しては、1984年の一般的意見13号（民事及び刑事裁判における手続的保障・公平な裁判を受ける権利）に代わるものとして、2007年に一般的意見32号（裁判所の前の平等と公正な裁判を受ける権利）が採択されている。一般的意見32号の構成は、I. 総論、II. 裁判所の前の平等、III. 権限のある、独立の、かつ公平な裁判所による公正な公開審理、IV. 無

罪の推定, V. 刑事上の罪に問われている者の権利(15項乃至29項), VI. 少年, VII. 上級裁判所による再審理, VIII. 誤審の事案での補償, IX. 一事不再理 X. 第14条と規約の他の条項との関係, であり, 自由権規約14条5項の関連は「VII. 上級裁判所による再審理」である。

自由権規約14条5項に関わる1984年の一般的意見13号の17項では, 規約14条5項が重大な犯罪に限定されるものではないことが示されているが, 再審理裁判所へのアクセスの権限, 判決を不服として上訴するための要件等に関しては「十分な情報は提出されていない」とされていたが, それに代わる2007年の一般的意見32号では, 「VII. 上級裁判所による再審理」に, 45項乃至51項が当てられ, 意見が述べられている。その内容は, 以下の通りである⁶⁾。

一般的意見32号45項は, 規約第14条第5項の保障は, 重大な罪に限定されるものではない, ことを指摘した後, 規約第14条第5項の「権利は規約によって認められたものであって, 国内法によってのみ認められたものではないため, この規定の『法律に基づき』という表現は, 再審理の権利の存在そのものを締約国の裁量に委ねることを意図したのではない。『法律に基づき』という表現は, むしろ上級裁判所による再審理がどのような形で行われるのかの決定, ならびにどの裁判所が規約に従って再審理を行う責任を有するかに関わるものである。」と述べている。

一般的意見32号46項は, 第14条第5項は, 「刑事上訴プロセスの一部ではない他のいかなる手続にも適用されない」ことを確認している。

一般的意見32号47項は, 「下級裁判所による無罪判決後に上訴裁判所または最終審裁判所によって有罪判決が言い渡された場合に, 国内法によれば, この有罪判決をさらに上級の裁判所によって再審理することができないとされている場合にも, これに違反する」と述べている。

一般的意見32号48項は, 規約第14条第5項に定められた権利は, 『締約国に, 証拠の充分性と法律の両方に基づいて, 手続が事案の性質を適切に考慮に入れているか等, 有罪判決と刑罰を実質的に再審理する義務を課し

ている。有罪判決の形式的または法的側面に限定された、事実の検討をまったく伴わない再審理は、規約の下では不十分である』ことを明らかにしている。

一般的意見32号49項は、書面による判決にアクセスする権利、裁判記録等の書類にアクセスする権利に等による第14条第5項に定められた権利の実効的保障を求め、同32号50項は、執行が開始されている刑罰にのみ適用される監督的再審理の制度は、第14条第5項の要件を満たさないとしている。また、同32号51項は、上訴の権利が死刑の事案では特に重要であることを指摘している。

（四）自由権規約14条5項と裁判を受ける権利（憲法32条）

自由権規約14条5項は、「締約国に、証拠の十分性と法律の両方に基づいて、手続が事案の性質を適切に考慮に入れているか等、有罪判決と刑罰を実質的に再審理する義務を課している」（一般的意見32号の48項）ものであり、また締約国は、一般に自由権規約の2条1項により「この規約において認められる権利を尊重し及び確保する」ことを求められている⁷⁾。

わが国では、憲法で裁判を受ける権利（憲法32条）を保障している。自由権規約の締約国として規約の誠実な履行をするためには、憲法32条の内容として、自由権規約14条5項の権利を受け止めなければならない。有罪判決に対する上訴の権利は、裁判を受ける権利（憲法32条）の内容と解される。

四 上訴制度の発展と事実誤認是正

（一）明治刑訴法における上訴制度の確立

（1）治罪法（1880年制定）の上訴は制限的なものであった。すなわち、治罪法では、違警罪裁判所の違警罪の裁判の控訴は軽罪裁判所で裁判され（治罪法54条3項）、軽罪裁判所の軽罪の裁判の控訴は控訴院で裁判された

が(治罪法63条)、重罪裁判所の重罪の裁判の控訴を裁判する裁判所はなかった。また、予審又は公判の裁判に対して上告ができたが、その理由は法令違反に限られ(治罪法410条)、皇室に対する罪等を審理する高等法院の裁判に対しては但書で、「某院ニ上訴」し得る場合はあったが、上訴は許されなかった(治罪法89条第一文)。

(2) 明治刑事訴訟(1890年)は、治罪法の継承とされるが、上訴規定についてはドイツ法の影響が強いとされている⁸⁾。すなわち明治刑事訴訟法の上訴制度は、控訴は覆審であって(明治刑訴法258条1項、2項)控訴理由に制限なく(明治刑訴法250条)事実審で法律審でもあり、上告は法律に違背したる裁判なることを上告理由とする(明治刑訴法268条1項)法律審(事後審)である上告よりなり、第一審も含め「事実審二つ、法律審一つ」の三審制の審級制度となっていた。このような上訴制度は、重罪につき控訴を許さない治罪法とは大きく異なり、日本独自の上訴制度であった。

このような明治刑事訴訟法での三審制採用の理由については、陪審制、参審制を採用しなかった明治刑事訴訟のもとで、裁判に慎重を期する意味から採用されたのではないとも言われている⁹⁾。

(二) 大正刑訴法における上告理由の拡大と裁判所構成法戦時特例での維持

(1) 大正刑訴法の上訴制度改正は、第一審判決に対す控訴と、控訴審(第二審)判決に対する上告の三審制のなかでの、上告理由の拡大であった。すなわち控訴審は、差戻しの場合の外は判決をすべしとされ(大正刑訴法401条)、覆審であって事実審であり法律審でもあるとされ、上告審は、明治刑訴法に修正を加え、法令の違反を原則とする法律審が原則とされたが、法令違反は判決に影響を及ぼさざること明白なるときが「之ヲ上告ノ理由ト為スコトヲ得ス」とされ(大正刑事訴訟法411条)、量刑不当及び事実誤認は重大であれば「之ヲ上告ノ理由ト為スコトヲ得」として(大正刑事

訴訟法412条及び414条、413条は再審事由のある場合）、事実誤認など上告理由が拡大されたのである。

（2）裁判所構成法戦時特例の中での事実誤認上告の維持

戦時中は、刑事裁判も、裁判所構成法戦時特例（制定1942年、廃止1945年）のもとで、控訴審が省略され二審制となった（同戦時特例4条）。「裁判檢察の機能を昂めその運行を的確迅速にして」¹⁰⁾職司を遂行することが期されたのであり、訴訟手続の簡素強力化の結果が齎されたとされている。但し、これによる第一審判決に対しては大正刑訴法の上告理由で上告でき（同条3項）。前項の上告は第二審の判決に対する上告事件に関する手続きに依り裁判をなすべし（同条4項）とされいた。大正刑訴法では、控訴審の判決（覆審判決）に対し、前示のような要件はあったが、法令違反のみならず事実誤認・量刑不当の上告も上告理由とされており（大正刑訴法411条、412条及び414条）、それが控訴審省略の裁判所構成法戦時特例の1審判決に対する上告でも維持されたのである。

そして、これが維持された理由は、「然し乍ら事実審が一審制となることに因る不安の念は、能ふ限りこれを除去するのが相当であるので、上告理由、上告審の手続に於いて、第二審の判決に対して許容しているのと同じ理由及手続きに依って、十分裁判の更正を図り得る機会を残しておくこととした。」と説明されている¹¹⁾。

戦時の名において「的確迅速」が期されても、「事実審が一審制となることに因る不安」すなわち「事実誤認是正の要望」は無視されなかったのである。「事実誤認是正の要望」の強さは、当時の「第七十九回帝国議会議政府提出法律案に関する帝国弁護士会及第一東京弁護士会決議」（1942年）の修正案の中に「寧ろ上告審を廃止して控訴審を存置すべし」との一文があったことから知れるところである¹²⁾。

(三) 昭和刑訴法における上訴制度の改正

昭和刑訴の上訴制度は大正刑訴の上訴制度を一変させ、原則として、上告審は憲法違反、判例違反を理由とする上訴審になり、控訴審は一審の当否を判断する事後審とされた。控訴審は高等裁判所、上告審は最高裁判所とされたうえ、控訴審は、法令違反の性格を持つ絶対的控訴理由のほか、訴訟手続の法令違反(379条)、量刑不当(381条)、事実誤認(382条)が控訴理由として認められたが、それぞれ訴訟記録及び原裁判所で取り調べた証拠に現れている事実を援用しなければならないとされ、事後審とされた。また上告審については、上告理由は憲法の違反があること又は憲法の解釈に誤があること、若しくは判例違反が上告理由(405条)とされたが、別に上告受理(406条)、著反正義の法令違反・量刑不当・事実誤認の場合に原判決を破棄する権限(411条)が認められた。

上訴制度の改正は昭和刑訴法の柱の一つであり、法務総裁の刑事訴訟法改正案の国会説明においても、刑事訴訟法の主要な改正点4点の第3に挙げられ、控訴審を事後審としたこと、上告理由の制限(405条)の順に説明された。すなわち控訴審については、「本案では、覆審の制度はやめ、事後審の制度としたのであります。控訴審は、専ら、第一審の判決の当否を批判する審級とし、原判決に不当な点があれば、これを破棄し、原則として、原審に差し戻し、調べ直させることにしたのであります」と説明され¹³⁾、また、上告審は、「最高裁判所のみがこれを取り扱うこととし、上告理由は、憲法違反があること若しくは憲法の解釈を誤ったこと又は本例違反があることに限り、以て上告審の主たる任務が憲法問題の裁判と法令の解釈の統一にあることを明らかにするとともに」と説明された¹⁴⁾。

このような上訴制度改正の出発点は、「上訴制度の改革についての提案」(最高裁判所案)(1948年4月26日)¹⁵⁾であり、それは、いわゆる第二次政府案(別室第9次案)をもとに行われたGHQ側との協議において、最高裁判所の委員から提案された。「事実審は第一審のみにすること」という構想は、それまでの覆審たる控訴審を前提とする案と大きく変わるものであった

が、構想の理由は「裁判所の負担軽減」であったと言われている¹⁶⁾。提案は、GHQ側の理解を得て成案となり、国会での事実取調べの請求権を認め範囲を拡大する修正（393条）を経て刑事訴訟法となった。

但し、控訴審が法令違反、事実誤認、量刑不当を控訴理由とする「第一審の判決の当否を批判する審級」¹⁷⁾とされ事後審とされるとともに、上告審の上告理由は憲法違反、判例違反に制限されたが、上告受理及び著反正義の事実誤認・量刑不当での原判決破棄の権限が、上告の権利としては認められなかったが、最高裁の権限としては残され、控訴審における事実の取調べも認められた。この上訴審の改正においても、「事実誤認是正の要望」への配慮は残ったとすることができる。

(四) わが国の上訴制度では、以上のように、事実誤認是正など上訴理由が拡大され、戦前の裁判所構成法戦時特例でも控訴審は省略されたが、上告理由としての法令違反、事実誤認は維持された。昭和刑訴法では、上告審は憲法違反、判例違反を理由とする上告審（事後審）になり、控訴審は事後審とされたが、控訴審では一審の当否を判断するものとして法令違反のみならず、事実誤認・量刑不当の判断が行われ、さらに最高裁に上告受理の制度と著反正義の法令違反・事実誤認・量刑不当の原判決破棄の権限が認められている。「的確迅速」（裁判所構成法戦時特例）、「裁判所の負担軽減」（現行刑事訴訟法）という制度面での必要性考慮の中でも、実際面の「事実誤認是正の要望」への配慮は残り、いわば「事実誤認是正の要望」への配慮はわが国司法制度の伝統となっている。

五 若干の考察

(一) 有罪判決に対する上訴の権利

(1) 有罪判決に対する上訴の権利は、前述のように、自由権規約14条5項が、わが国でも保障され、憲法32条（裁判を受ける権利）の内容となって

いるものであるから、有罪判決に対する上訴の権利を保障しないことは、この二つの違反となる。

(2) 控訴審追加予備的訴因有罪自判に対して、上訴の権利が認められるべき以下の実質的な理由がある。

① 裁判で争うことは、民間の行為はもとより行政機関、国の行為についてもできるのに、裁判所の行為、判決となればできない。これに代わるものとして、一般に上訴が認められなければならない。

② 刑事事件で見れば、確定した裁判は執行され、(471条) 刑の執行となるものである。死刑、無期懲役刑を含む刑の執行が、上訴のない一回の裁判所の判決で確定となり、執行となることは、いかなる反対利益を想定しても、公正に反する。有罪判決に対する上訴の権利が認められなければならない。

③ 控訴審追加予備的訴因有罪自判では、控訴審での訴因追加、破棄判決後の自判の選択の結果、他の多くの被告人は事後審としての控訴審(高裁)を保障されているのに、事後審(控訴)なしに有罪自判の判決確定・刑の執行となっており、平等(憲法14条)を欠いている。

(3) わが国の上訴制度での上訴理由の拡大・維持の要因には、以上のように、「事実誤認の是正の要望」への配慮があった。事実誤認の是正は、罪なくして処罰されない被告人の利益を擁護するとともに、誤判を回避して司法への信頼を高め、司法の利益に奉仕する。罪判決に対する上訴の権利の尊重は、司法の利益からも求められている。

(二) 控訴審追加予備的訴因有罪自判に対する上訴の必要

(1) 栃木小1 女児殺害事件控訴審判決で見れば、宇都宮地裁判決に対する破棄判決と控訴審追加予備的訴因有罪自判とは、訴因を異にしている。そして訴因は、訴訟条件の存在判断の標準となり(白山丸事件についての最大判昭和37年11月28日刑集16巻11巻1633頁)、訴因について判断しないことや

訴因逸脱認定は審判の請求を受けた事件について判決をせず、又は審判の請求を受けない事件について判決をしたという絶対的控訴理由（378条3号）になるものであって（最決昭和25年6月8日刑集4巻6号972頁）、審判の対象である¹⁸⁾。訴因を異にする以上、宇都宮地裁判決に対する控訴審（破棄）判決で、控訴審追加予備的訴因有罪自判の上訴が不要になることはあり得ない。

従って、控訴審追加予備的訴因有罪自判についての上訴は別になければならない。前示の自由権規約の一般的意見32号の47項も、「下級裁判所による無罪判決後に上訴裁判所または最終審裁判所によって有罪判決が言い渡された場合に、国内法によれば、この有罪判決をさらに上級の裁判所によって再審理することができないとされている場合にも、これに違反する」、と述べている¹⁹⁾。破棄判決をした裁判所と有罪自判をした裁判所が同じであることは、有罪自判に対する上訴の権利を強めればこそ否定するものではない。上級裁判所による再審理（上訴）の必要がなくなるわけでもない。

(2) 栃木小1 女児殺害事件控訴審判決に現れているように、控訴審追加予備的訴因有罪自判には、情況証拠による間接事実の認定²⁰⁾（それによる証明力の判断）が行われていることが多い。栃木小1 女児殺害事件裁判では、「情況証拠による間接事実の認定」は前示のように、「原判示第1の殺人の日時、場所を自白供述に基づき公訴事実どおりに認定したことは事実誤認が認めれ、いずれも判決に影響を及ぼすことが明らかであるから、原判決は破棄を免れず、ただし、当裁判所は、情況証拠によって認められる間接事実を総合すれば、被告人が殺害犯人であることは、合理的な疑いを差し挟む余地なく認められ、当審において予備的に追加された訴因（殺害の日時、場所を拡張したもの）については、直ちに判決をすることができるものと判断した」（81頁）と、控訴審（東京高裁）判決の眼目として自負されている。

しかし、栃木小1 女児殺害事件控訴審判決で見れば、有罪自判の根拠になった「情況証拠による間接事実の認定」には多くの問題が残っている。例えば同判決は、「手紙の文言の意味について、その記載内容に加え、作成当時の状況等も併せて解釈することが、文言の客観的な解釈に反するわけではない」(89頁)として、手紙の趣旨についての弁護人の主張を排する理由として「商標法違反事件で共同被告人となっている母親宛ての手紙である」ことを挙げるが、それで母親が勾留されていることには控訴審は言及していない。しかしこの時の母親は単に共同被告人であったのではなく、母親も商標法違反で逮捕、勾留、起訴され、なお起訴後勾留中であったのであるが、同判決にはこのような事実への言及はない。また、この「手紙」が、2014年4月23日の商標法違反で起訴後勾留中の母親の取り調べにおいて「任意提出」され、殺害事件の被告人に用いられていることの言及もない²¹⁾。さらに、手紙作成の直後の2014年2月25日の取り調べは、被告人が「取調室の窓から脱出しようとして戒護の警察官らに引きとどめられた」(100頁)取り調べで、被告人が「身体に結び付けられたパイプ椅子を引きずって取調室の3階の窓に向かって突進」²²⁾した取り調べであるが、身体にパイプ椅子が結び付けられていたことは、判決文では言及されていない。これらが、「併せて解釈」されるべき手紙の「作成当時の状況等」に当たるかにつき、上級審での審理(上訴)のないまま、有罪自判による「情況証拠による間接事実の認定」による判決は確定するのである。しかし、このような控訴審の有罪自判の「情況証拠によって認められる間接事実を総合」する判断は、「原判示第1の殺人の日時、場所を自白供述に基づき公訴事実どおりに認定した」第一審判決(宇都宮地判)とは別の、新たな判断である。

(3) 以上のように、控訴審追加予備的訴因有罪自判は、審判対象から見ても、「情況証拠によって認められる間接事実を総合」という判断内容から見ても、第一審判決(宇都宮地判)とは別の、新たな判決であり、

前示のような、自由権規約一般的意見32号48項の、第14条第5項に定められた権利は、「締約国に、証拠の十分性と法律の両方に基づいて、手続が事案の性質を適切に考慮に入れているか等、有罪判決と刑罰を実質的に再審理する義務を課している。有罪判決の形式的または法的側面に限定された、事実の検討をまったく伴わない再審理は、規約の下では不十分である」、という見地からは、被告人には上訴によって、上級審（最高裁）によって再審理（上訴）を受ける権利がある。

もし上訴がなければ、控訴審追加予備的訴因有罪自判を受ける被告人は、控訴審での訴因追加、破棄判決後の自判の選択の結果、他の多くの被告人は上訴審としての控訴審（高裁）を保障されているのに、上訴審なしに控訴審追加予備的訴因有罪自判の判決確定・刑の執行となっており、平等（憲法14条）を欠いている。

（三）控訴審追加予備的訴因有罪自判に対する上訴の不存在

上告受理の制度は、法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる場合に限っての上告受理の権限が最高裁に認められるだけであり（406条）、「受理するのを相当と認めるときは、前条の送付を受けた日から十四日以内にその旨の決定をしなければならない」（刑訴規則261条）のであり、不受理の場合には決定もない。

また、著反正義の法令違反・事実誤認・量刑不当が在る場合の、職権破棄の権限は（411条）、適法な上告理由が憲法違反と判例違反に限定されたことから（405条）、これに当たらない事由による職権破棄を認めることにより、具体的事案における適切・妥当な処理・救済を図ろうとするものであるが、職権調査義務は不存在とされ、411条の事由の主張があっても、これに対する職権判断を示すべき義務もないとされている²³⁾。

以上のような状況は、上告受理及び著反正義の法令違反等の職権破棄の権限が、裁判所の権限の制度であって被告人の権利の保障からの制度でないことを示している。これらの制度と上告（405条）を併せて見ても、前示

の一般的意見32号の48項が言うように、自由権規約14条5項は、「締約国に、証拠の十分性と法律の両方に基づいて、手続が事案の性質を適切に考慮に入れているか等、有罪判決と刑罰を実質的に再審理する義務を課している。有罪判決の形式的または法的側面に限定された、事実の検討をまったく伴わない再審理は、規約の下では不十分である」という権利の保障を求めているものであり、これによって自由権規約14条5項の権利、有罪判決に対する上訴の権利が保障されていることになるとは思われない。

六 結 び

(一) 以上検討したように、被告人には有罪判決に対する上訴の権利があり、控訴審追加予備的訴因有罪自判ではこの権利が保障されていない。わが国の上訴制度における「事実誤認是正の要望」への配慮の伝統に反するものでもある。

控訴審(高裁)は、自らの判決に対して上訴を受けない有罪自判を選択することで、被告人の上訴を受ける権利を侵害するとともに、上級審の再審理(上訴)を回避することになる。刑訴法が、原則として、上告審は憲法違反、判例違反を理由とする上訴審とし、控訴審は「第一審の当否を判断する審級」²⁴⁾とする制度を選択した以上、例外の場合に対処する上訴の制度がなく、自らの判決の当否を判断する上級審の用意がない中で、控訴審が有罪自判をすることは許されない。

(二) 有罪判決に対する上訴の権利の問題は、初めての有罪判決に対する上訴の問題としては、控訴審追加予備的訴因有罪自判の場合に限られず、無罪判決破棄有罪自判など有罪判決で「上級裁判所の再審理」(上訴)の可能性のない場合一般の問題である。有罪判決に対する上訴の権利の視点からの議論が必要である。

控訴審追加予備的訴因有罪原判と有罪判決に対する上訴の権利（久岡）

- 1) 栃木小1女児殺害事件裁判については、弁護人の援助を受ける権利との関わりで検討したことがある。これにつき参照、久岡康成「余罪の取調べを受けている被告人の弁護人の援助を受ける権利——刑訴法30条・憲法34条及び法律援助国連原則・指針——」立命館法学 399・400号（2022年）759頁。同事件控訴審判決について2021年6月の刑事判例研究会で報告する際に、同事件の主任弁護人であった一木明弁護士より、上告趣意書等資料の教示を受けた。一木明弁護士に感謝する。
- 2) 参照、(W. SCHABAS) NOWAK'S CCPR COMMENTARY 3RD REVISED EDITION (2019年) 414・415頁。なお、宮崎繁樹・五十嵐二葉・福田雅章編著『国際人権基準による刑事手続ハンドブック』（青峰社、1991年）288・290頁（朝倉修）は、「不服申立上訴権」とし、「事実誤認の主張についてまで上訴審による審査を及ぼす趣旨である」とする。
- 3) 自由権規約14条5項についてのドイツの留保は、United Nations, Treaty Series, 999号294頁にあるが、14条5項についての「a) 控訴審で初めて受ける有罪判決の留保」は、以下のようである。

(ドイツ文) a) ein weiteres Rechtsmittel nicht in allen Fallen allein deshalb eröffnet werden muss, weil der Beschuldigte in der Rechtsmittelinstanz erstmals verurteilt worden ist, und

(英訳文) (a) a further appeal does not have to be instituted in all cases solely on the grounds the accused person - having been acquitted by the lower court - was convicted for the first time in the proceedings concerned by the appellate court.

また、欧州人権条約第7議定書2条1項、2項は条約集のほか、小畑郁・江島晶子・北村泰三・建石真公子・戸波江二共編『ヨーロッパ人権裁判所の判例Ⅱ』（信山社、2019年）の「資料Ⅰ人権および基本的自由の保護のための条約（ヨーロッパ人権条約）3 ヨーロッパ人権条約への議定書によって追加された条文」（469頁）にある。

なお、自由権規約に付された留保の意義一般について参照、薬師寺公夫「自由権規約と留保・解釈宣言」石本泰雄先生古稀記念論文集『転換期国際法の構造と機能』（国際書院、2000年）237頁。
- 4) ドイツ刑法の状況、ことに罪責修正と新たな量刑判断を同時に行うことができないことにつき参照、加藤克佳・辻本典央「翻訳 ヴェルナー・ホイルケ著『ドイツ刑事訴訟法』（8・完）近畿大学法学64巻2号（2016年）99頁（176頁）。また、罪責修正のありかたにつき参照、光藤景皎・吉田宣之編訳（クラウス・ロクシン、ハンス・アッヘンバッハ原著）『ドイツ刑事訴訟法演習：君の知識を試そう』（成文堂、2017年）472問（辻本典央）353頁。
- 5) 一般的意見については参照、申恵丰『国際人権法（第2版）』（信山社、2016年）565頁、岩沢雄司「自由権規約委員会の規約解釈の法的意義」世界法年報29号（2010年）50頁、佐藤文夫「規約人権委員会の一般的意見」成城法学50号（1995年）151頁等。
- 6) 自由権規約一般的意見32号の日本語訳文は、日本弁護士連合会の国際人権ライブラリーにあるものである。なお、自由権規約の日本語訳文は、外務省ホームページの国際人権規約の項にあるものであり、自由権規約条約（英文）と一般的意見32号（英文）について

は、OHCHR(国連人権等弁務官事務所)ホームページのものを参照した。

- 7) 自由権規約2条については、一般的意見31号(2004年)がある。一般的意見31号については、富田麻理・滝澤美佐子「自由権規約2条に関する一般的意見『規約締約国の一般的法的義務の性質』(2004年4月21日 CCPR/C/74/CPR.4/Rev.6)」西南学院大学法学論集巻37号巻4号(2005年)147頁があり、日弁連国際人権ライブラリーでも掲載されている。
- 8) 上訴制度の歴史について参照、後藤昭『刑事控訴立法史の研究』(成文堂, 1987年)178頁等。
- 9) 参照、平良木登規男『刑事控訴審』(成文堂, 1990年)12頁。なお同書によれば、民事における三審制もこの頃に確立された。
- 10) 齋藤直一「裁判所構成法戦時特例」著作者代表 齋藤直一『戦時司法特別法』(巖松堂, 1943年)3頁, その5・6頁。
- 11) 磯部靖「戦時刑事特別法」前掲注10)の『戦時司法特別法』179頁, その267頁。
- 12) 日本弁護士連合会『日本弁護士沿革史』(1959年)231頁。なお同決議では、「裁判を慎重にして人心を安定」せしむべきであるのに、改正案では「司法官の弛緩、検察権の濫用及人権の蹂躪等弊害百出して司法の信用を失墜して」所期の目的に反するの結果を見るに至るべく、との意見も記されている。
- 13) 法務廳検務局総務課編『改正刑事訴訟法提案理由書』(有隣出版株式会社刊, 1948年)8頁の法務総裁の説明。
- 14) 前掲注13)の法務廳検務局総務課編『改正刑事訴訟法提案理由書』(有隣出版株式会社刊, 1948年)9頁の法務総裁の説明。
- 15) 参照、横山晃一郎「立法関係者の昭和刑訴観: 立法理由確定の試みとして」法政研究47巻2-4号(1981年)161頁, 211頁。提案そのものは、井上正仁・渡辺咲子・田中開(編著)『刑事訴訟法制定資料全集——昭和刑事訴訟法編(11)日本立法資料全集131』(信山社, 2015年)405頁。
- 16) これにつき参照、高橋正太郎「刑事控訴制度の制定における控訴廃止論の影響」(明治大学)法学研究論集39号(2013年)61頁。
- 17) 前掲注13)の法務廳検務局総務課編『改正刑事訴訟法提案理由書』8頁の法務総裁の提案理由。
- 18) 前掲注13)の法務廳検務局総務課編『改正刑事訴訟法提案理由書』6頁の法務総裁の提案理由において、「起訴状に公訴事実を記載するには訴因を明示して記載するべきものとし」た所以として、「なお、本案の考え方としましては、公訴の提起は、裁判所に対し審判の範囲を限定すると共に、被告人に対し防禦の範囲を明確にすることをも目的とするものであります。」と説明され、同じく前掲注13)の法務廳検務局総務課編『改正刑事訴訟法提案理由書』60頁の検務長官の提案説明における訴因変更制度の説明において、「これは、ある訴因について証明がなければ裁判所は無罪の言渡しをしなければならないのであるが、一旦無罪の言渡しがあれば、事実が同一であれば別の訴因では公訴の提起ができないからであります。」とされている。
- 19) なお、自由権規約の一般的意見32号の47項の注97には、次のような Communication No. 1095/2002, Gomariz Valera v. Spain, が挙げられている。

控訴審追加予備的訴因有罪自判と有罪判決に対する上訴の権利（久岡）

事件は、被告人はスペインで会社に勤務中に会社の財産を横領したとして会社より訴えられ、無罪とされたが（1996年）、会社により控訴され上訴され、高裁により5ヶ月の有期刑等に処された事件である。この事件の委員会の見解は、自由権規約14条5号の違反を認めた上で（5項）、その7項の中で「規約第14条5項は、判決が上級の裁判所の前に置かれるかのみならず、申立人の事件のように、有罪判決が第2審に服する場合も、それは申立人の事件ではないが、保障する。」と述べている。

- 20) 情況証拠による間接事実の認定については、豊崎七絵「間接事実の証明と総合評価：情況証拠による刑事事実認定論（1）」法政研究76巻4号（2018年）169頁等参照。なお、栃木小1女児殺害事件裁判等裁判例に見られる情況証拠の概念は、司法研修所編（中川武隆・植村立郎・木口信之）『情況証拠の観点から見た事実認定』（法曹会、1994年）の情況証拠の意味と同様と思われる。同書の情況証拠では、間接証拠から認定される事実（間接事実）も情況証拠と呼ばれており（同書7頁）、性格、習慣、自白の信用性等も含まれる広い概念であり、検討の必要がある。
- 21) 「手紙」の任意提出の際の趣旨の告知に関わり参照、島伸一『強制処分目的外流用——別件搜索差押と別件逮捕の包括的理論構成を中心に——』河上和雄先生古稀祝賀論文集（青林書院、2003年）393頁、内藤大海「捜査における欺罔・不告知と捜査の密行性」熊本法学148号（2020年）133頁など。
- 22) 横山雅「今市事件」（<https://www.tokyo-godo.com/asset/20210107imaichijiken.pdf>）、『冤罪白書2020』（燦灯出版）所収。
- 23) 河上和雄ほか編『大コメンタール刑事訴訟法 第2版』第9巻（青林書院、2011年）590頁（原田國男執筆）。
- 24) 前掲注13)の、『改正刑事訴訟法提案理由書』8頁の法務総裁の説明。