

# 自由権規約の有罪判決に対して上訴する権利と 憲法32条の裁判を受ける権利

——控訴審有罪自判に対する上訴を念頭に——

久岡康成\*

## 目次

- I はじめに
- II 控訴審有罪自判と自由権規約14条5項
  - i. 控訴審有罪自判における上訴制限
  - ii. 自由権規約14条5項の保障する有罪判決に対して上訴する権利
  - iii. 自由権規約14条5項に対するわが国の対応
- III 自由権規約14条5項と憲法32条（裁判を受ける権利）
- IV 結 び

## I はじめに

控訴審追加予備的訴因有罪自判の場合を検討すると、被告人に控訴審有罪自判の事実認定に不服があっても、上告理由は憲法違反と判例違反に制限されており（刑訴法405条）、事実誤認を理由の上告はできない。しかし、わが国は自由権規約（市民的及び政治的権利に関する国際規約）を批准しその締約国であるから、「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。」<sup>1)</sup>ものと考えられる。

そこで、自由権規約14条5項について知れるところを整理し、控訴審有

---

\* ひさおか・やすなり 立命館大学名誉教授

罪自判を検討して、自由権規約14条5項(有罪判決に対して上訴する権利)は、有罪判決、刑罰を受けた者の上級裁判所の再審査による上訴の権利を保障しており、その「有罪の判決を受けた者」には、控訴審で有罪の判決を受けた者も含まれ、「再審査」は事実、証拠を含む再審査であることを明らかにし<sup>2)</sup>、わが国の刑訴法405条のもとでの刑訴法400条但書による控訴審有罪自判は、刑訴法405条により自らに対する、法律問題のみならず事実問題についての上訴ができない判決の作出であり、自由権規約14条5項の違反となると論じた。

しかし、この控訴審有罪自判に対する救済としての上訴は、最高裁判所への上告となり、この上告にもまた上告理由の制限(刑訴法405条)が適用される。そして判例は、自由権規約のわが国における発効により罰則は失効したので免訴の判決をすべきであるという上告趣意に対して、刑訴法「405条各号の上告理由にあらず<sup>3)</sup>とし、上告理由は、判例違反以外は、文字通り憲法違反の主張に限るとしている。

このような状況のなかで、控訴審自判の判断については、審級の利益と訴訟経済の利益とのかねあいによるとするのが近時の議論と解されるが<sup>4)</sup>、審級の利益の省略(侵害)として実際に想定されているのは、裁判員裁判を含めて第1審裁判を受ける利益の省略(侵害)と思われ<sup>5)</sup>、議論も控訴審自判一般につき行われて、控訴審有罪自判に対する上訴、さらには控訴審有罪自判に対する上告理由の制限に論点を絞って議論されることは多くないと思われる。

そこで以下では、控訴審有罪自判と自由権規約14条5項についての前稿および前々稿の議論を整理したうえで(重複する文献の引用を省いた場合がある)、自由権規約14条5項と憲法32条(裁判を受ける権利)を検討し、刑訴法405条のもとでの控訴審有罪自判に対する上訴、さらには憲法32条(裁判を受ける権利)違反での上告を論じてみたい。

なお、控訴審有罪自判が生じる場合は多様であり、控訴の申立人からは検察官控訴と被告人・弁護人控訴があり、控訴の理由からは事実誤認、量

自由権規約の有罪判決に対して上訴する権利と憲法32条の裁判を受ける権利（久岡）

刑不当、法令違反があるが、以下では、第1審の無罪判決破棄後に検察官控訴が行われ控訴審の有罪自判が行われた場合の、控訴審有罪自判を受けた被告人の事実誤認を理由とする控訴審有罪自判に対する上告を念頭に検討を進めるが、その議論は第1審の有罪判決後に被告人・弁護人控訴が行われ控訴審の有罪自判が行われた場合<sup>6)</sup>にも通じるものと考えている。

## II 控訴審有罪自判と自由権規約14条5項

### i. 控訴審有罪自判における上訴制限

#### (一) 控訴審有罪自判における上訴制限の発生

(1) 刑訴法400条本文によれば、控訴審裁判所は第1審判決破棄後は判決で事件を原裁判所に差戻し等することになっているが、実際には刑訴法400条但書が適用され自判が行われることが多数であり<sup>7)</sup>、その自判には有罪の場合、すなわち控訴審有罪自判の場合も含まれている。

控訴審有罪自判の場合、被告人は上訴することができるが（刑訴法351条）、その上訴は上告であり、上告の申立は刑訴法405条の事由のあることを上告理由としなければならない（405条）。しかし、刑訴法405条の上告理由は憲法違反・判例違反の事由であって、控訴審有罪自判を受けた被告人には、「上訴によつて事実誤認等を争う途が閉ざされている」上訴制限が生じている。

#### (2) 刑訴法405条および400条本文但書の立法の経緯

刑訴法405条および400条本文と但書は、戦後の現行刑訴法制定（1948年）による規定である。

まず刑訴法405条は、新憲法で最上級裁判所である最高裁判所は司法審査（違憲立法審査）を行うこととなり、それを受けての裁判所法（1947年）制定の中で、最高裁の加重負担の予防等の観点から、旧刑訴法414条は事実誤認の上告理由を認めていたが、新刑訴法の上告理由としては憲法違反

が重視され、事実誤認は上告理由から外れる方向が定まり<sup>8)</sup>(刑訴応急措置法第13条2項は旧刑訴法414条等の不適用を規定)、新刑訴法(1948年)でも上告理由は憲法違反、判例違反とされ(405条)、事実誤認も法令違反も上告理由から外れた。

他方、刑訴法400条と但書については、戦後の新刑訴法制定過程では控訴審有罪自判についての特段の議論は見られず<sup>9)</sup>、GHQ側とのいわゆる刑事訴訟法改正協議会での最高裁の「上訴制度の改革についての提案」(昭和23年4月26日)でも、控訴審有罪自判は維持されていたが、GHQ側の補足的な提案「刑訴改正関係最高裁判所の問題」(昭和23年5月4日)<sup>10)</sup>において、上訴裁判所は、(破棄後は)「原裁判所で審判のやり直しをするよう命じなければならない」との提案が行われ<sup>11)</sup>、その後の立案・立法過程を経て、文言上差戻しを原則(本文)とし更に判決をすること(自判)を例外(但書)とする現行の刑訴法400条となった。

## (二) 控訴審有罪自判の実際

### (1) 上訴制限許容の判例

控訴審有罪自判において事実誤認等で上告のできない上訴制限については、裁判を受ける権利(憲法32条)の侵害ではないかと、早くから疑問が提起されてきたが、判例は以下のように憲法違反でないと判示している。

まず最大判昭和23年3月10日(刑集2巻3号175頁)は、刑訴応急措置法第13条2項が(旧)刑事訴訟法412条乃至414条の規定は上告につき適用しない旨規定したことを合憲とした判例であり、憲法第81条に定める点「以外の審級制度は立法をもって適宜に之れを定むべきものである。」と判示した。

次いで、刑訴法400条但書に関し、最(大)判昭和30年6月22日(刑集9巻8号1189頁、三鷹事件上告審判決)は、事実の取り調べをしないで自判して死刑を言い渡したことは憲法13条31条37条1項違反であるといふ上告趣意を斥け、刑訴法400条但書は「必らず新たな証拠の取調をした上でなければ

ば自判できない旨を規定しているものと解すべきではない。そして自判の制度は、例外的に続審による判決手続きを認めたものであって、「控訴審に於ける自判は、たとえその科刑が被告人に不利益に変更される場合であっても、自判をすることが必ずしも刑訴法の精神に反するということではできないのである。また自判は被告人の審級の利益を失わしめるものということもできない」と判示した。但し同判例は続いて、「自判する場合、殊に刑を重く変更する場合のごときは、控訴審が直接審理を経ていないことを自省して慎重を期さなければならないわけであつて、すなわち客観的に見て、自判の結果が差戻または移送後の第一審判決よりも被告人にとって不利益でないということが、確信される場合でなければならないこと勿論である。」とも判示している<sup>12)</sup>。

更に、「上訴によって事実誤認等を争う途が閉されている」としても違憲でないことを判示した判例として最判昭和40年12月17日（最高裁判所裁判集刑事157号448頁・裁判所ウェブサイト）があり、以下のように判示している。

「同第二点一について。所論は、違憲（37条32条31条）をいうが、第1審で無罪を言い渡された被告人に対し、原審が事実の取調をした結果第1審の無罪判決を破棄し有罪の自判をなしても違憲でないこと、並びに、事実審査を第2審限りとし上告理由が刑訴法405条により制限されている関係上第1審の無罪判決を破棄自判により有罪とした第2審判決に対し上訴によつて事実誤認等を争う途が閉されているとしても違憲でないことは、当裁判所の判例（昭和31年7月18日大法廷判決、刑集10巻7号1147頁、昭和31年9月26日大法廷判決、刑集10巻9号1391頁、昭和23年3月10日大法廷判決、刑集2巻3号175頁）の趣旨とするところである。所論は採るを得ない。」

なお、控訴審が「一審判決を破棄自判して有罪の言渡を」することが、「憲法32条に違反するものでない」とした判例として、最判昭和39年12月18日最高裁判所裁判集刑事153号725頁もある。

## (2) 統計的状況

控訴審の原判決破棄後は、今日では有罪自判も含め自判が行われることが圧倒的に多い。統計によれば、そこでの控訴審有罪自判は、検察官控訴後の控訴審有罪自判も、被告人・弁護人控訴後の有罪自判(量刑不当等)も含んでいるが、下記のようなものである。

司法統計年報(令和5年・2023年第63表)によると、2023年の控訴審終局人員4639人中、控訴棄却が3413人、破棄が406人で、うち自判は387人(全部有罪自判361人、一部無罪10人、無罪16人)、差戻し・移送19人であり、ほかに控訴取下げ789人、公訴棄却31人であり、上告は1877人であった。なお、司法統計年報(2023年第80表)によると、2023年の上告審終局人員1591人中、上告棄却が1338人、破棄が3人(うち無罪1人、差戻し・移送が27人)、上告取下げ244人、公訴棄却6人がある。

また、検察統計2023年(23-00-62)によると、令和5年の検察官控訴既済事件58人中、破棄自判の内訳は新たに有罪となった7人、刑を重くした10人、刑が同じ2人、刑を軽くした3人、無罪1人、公訴棄却8人である。破棄自判総数は31人で、破棄自判以外は、差戻し・移送7人、控訴棄却は15人、その他5人である。令和5年版犯罪白書(52頁)によると令和4年で、第1審の無罪判決が覆されて有罪となった者は、検察官が無罪判決を不服として控訴した19人のうち9人(検察統計年報による)である。

2023年の控訴審終局人員4639人中、全部有罪自判361人があるのに対して、令和5年(2023年)の検察官控訴既済事件58人中破棄自判31人であるのは、被告人・弁護人控訴が行われ第1審有罪判決破棄後に更に控訴審有罪自判が行われる場合が相当数あることを示している。その中には量刑不当控訴で破棄後のものもあるが、無罪を主張して控訴が行われ第1審有罪判決が破棄されたが、訴因変更等により、なお控訴審有罪自判が行われる場合も含まれている。

### （三）控訴審有罪自判の問題点

控訴審有罪自判において事実誤認等で上告のできない上訴制限についての、これまでの批判は総じて、有罪自判を行う控訴審の審理の中で有罪の判断（心証）を持ちうるのか、もしくは審級（事実審・第1審）の利益を害しないのかを問題とするものであったと思われる<sup>13)</sup>。しかし控訴審有罪自判では、判決の理由には刑訴法335条が準用され（刑訴規則404条）、「上訴期間等の告知」（刑訴規則220条）も行われるものであって、いわば自判は独立の新たな判決の言い渡しであり、確定すれば刑の執行の根拠（刑訴法471条から473条）となるものである。控訴審有罪自判には、それを独立の新たな判決とみる視点からは、控訴審の審理の中での有罪の判断（心証）・審級の問題は別にして、以下のような更なる問題点がある。

#### （1）刑事訴訟法の法理との不整合

##### （a）自由心証主義の合理性の担保の空洞化

自由心証主義（刑訴法318条）には「自由心証の合理性の担保」が必要であることは早くから指摘され、その方策として直接抑制方式（補強証拠法則）、間接抑制方式、さらに後者については事前抑制方式（証拠能力制度）、事際抑制方式（判決書作成）、事後抑制方式（上訴制度、非常救済制度）等が論じられている<sup>14)</sup>。自由心証主義は上訴制度を含む「自由心証の合理性の担保」<sup>15)</sup>を伴うことで、成立しているのである。

しかし控訴審有罪自判における自由心証については、事実誤認等が上告理由でないという上訴制限のため、控訴審有罪自判に対する上訴制度（上告）による自由心証の事後抑制はなく、上訴制度による自由心証主義の合理性の担保には、空洞化が生じている。「第1審裁判所の判決に不適法な点があったり、その判断の過程に論理則や経験則等に反する不合理な点があったりすれば、上訴審において是正され」<sup>16)</sup>とされるのは第1審判決についてであって、控訴審判決（有罪自判）についてそのようには言えない。

(b) 検察官控訴二重の危険禁止違反否定論（継続的危険論）の上訴  
制限無視

検察官控訴が二重の危険禁止違反法理に反するのではないかの疑問に対し、その違反を否定する最大判昭和25年9月27日は、「一審の手続も控訴審の手続もまた、上告審のそれも同じ事件においては、継続せる一つの危険の各部分たるにすぎないのである」<sup>17)</sup>として、二重の危険禁止違反を否定する。しかし、この議論（継続的危険論）は、検察官控訴で有罪自判の場合、その「継続せる一つの危険」の終点たる「控訴審有罪自判」には事実誤認等で上訴のできない上訴制限が生じ、「事実誤認等を争う途が閉されている」ことを無視・放置している。事実誤認の上訴のある第1審の危険と事実誤認による上訴のない控訴審有罪自判の危険は「一つの危険」ではない。

(c) 事後審査審たる控訴審の構造との不整合

現行刑法は、一般に控訴審の構造が事後審査審であるとされるところ、控訴審による第1審判決破棄後は、原則として、事件を原裁判所への差戻すか同等の他の裁判所に移送する必要があるのは（刑訴法400条本文）、控訴審の「事後審の構造から当然生ずる結論です」<sup>18)</sup>と言われ、自判の場合は続審又は覆審となる例外と解されているが、それらは事実誤認等による上訴（控訴）のない事実審である。上訴（控訴）のない事実審を生じさせる例外事実は、控訴審有罪自判の控訴審構造論との不整合を示している。なお、控訴審自判の理由については、訴訟経済もしくは控訴審による第1審の記録と提出された証拠による心証形成等が指摘されているが、それらは無罪方向の自判の理由であっても、控訴審有罪自判には妥当せず、本稿で論じような、控訴審有罪自判の刑事訴訟法理との不整合、平等原則違反などの控訴審有罪自判の問題点を凌駕するものでもない。

## (2) 平等原則違反

### (a) 武器対等原則の違反

無罪判決破棄控訴審有罪自判の被告人については、前示の検察官控訴二重の危険禁止違反否定論の最大判昭和25年9月27日によれば「継続せる一つの危険」と見られる起訴から控訴審判決までの過程で、検察官には事実誤認等により裁判所の実事認定を争う機会を保障されているのに、被告人は事実誤認等により裁判所の実事認定を争う機会を保障されていない。「継続せる一つの危険」のなかでの、裁判所の判断、裁判所の実事認定を争う機会の保障につき不均衡であって、武器対等原則に反する<sup>19)</sup>。

### (b) 受刑の根拠に至る経路についての不均衡

有罪の確定判決は刑の執行の根拠であり、被告人にとっては刑の執行を受容・受忍する理由である。刑の執行指揮書にも裁判書等を添えなければならぬ（刑訴法473条1項）。刑の執行の時点で見れば、この確定判決に至る経路において、上訴によって事実誤認等を争う機会が保障されていた第1審有罪判決の被告人と、上訴によって事実誤認等を争う機会がなく、「事実誤認等を争う途が閉されて」いた控訴審有罪自判の被告人との不均衡があり、平等原則に反する。

### (c) 第1審判決の瑕疵の処理における負担の被告人への押しつけ

控訴審有罪自判は、一面では第1審判決破棄という事態の処理の1方策である。第1審判決破棄は客観的に見れば第1審判決の「瑕疵」の結果であり、裁判所の「領域（管轄）」で生じる事態である。裁判所の「領域（管轄）」で生じる事態の処理を、「事実誤認等を争う途が閉されている」不利益を被告人へ押しつける控訴審有罪自判で行うのは、事態の処理に伴う不利益の分担として不均衡である。

## ii. 自由権規約14条5項の保障する有罪判決に対して上訴する権利

### (1) 自由権規約14条5項

有罪判決に対し上訴する権利を認める自由権規約14条5項は、以下のような条項である。

「5. Everyone convicted of a crime shall have the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law.」

「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。」(日本語訳は外務省ホームページ「(外交政策・人権外交) 国際人権規約」による。)

自由権規約14条5項は、国連総会第3委員会に提案された当初の草案ではなく、イスラエル代表の自由権規約14条への追加の動議が第3委員会、国連総会で採択されたものであるが、この第3委員会の審議において、イスラエル代表およびフィリピン代表からそれぞれ自由権規約14条所定の権利の確保および誤判・誤審 (miscarriage of justice) への対処への関心が表明されている<sup>20)</sup>。

### (2) 自由権規約14条5項へのシビル・ロー諸国の対応と自由権規約人権委員会

(a) ヨーロッパ評議会加盟国のうち、シビル・ロー法系の刑訴法の上訴では、控訴審は事実審であって(有罪・無罪の)自判も行われ、上告審は法律審(事実誤認の上告なし)とされている<sup>21)</sup>。

ヨーロッパ評議会(1949年設立)は、1950年にヨーロッパ人権条約を採択していたが(1953年発効)、世界人権規約(社会権規約および自由権規約)の採択を受け、人権専門家委員会より、「世界人権規約とヨーロッパ人権条約の併存から生じうる問題および両者で保障される人権と基本的自由の相違」についての「人権専門家委員会報告書(Doc. H [70] 7)」<sup>22)</sup>の提出を受けた(1969年)。同報告書は、有罪判決に対して上訴する権利(自由権規

自由権規約の有罪判決に対して上訴する権利と憲法32条の裁判を受ける権利（久岡）

約14条5項）を保障する規定がヨーロッパ人権条約にないことを確認したうえで、以下のように（144項）、自由権規約では控訴審で有罪とされた場合は「第3審が必要」となるとし、その場合に有罪判決に対して上訴する権利（自由権規約14条5項）が適用されることを見通している。

（144）自由権規約の規定は広範囲に及ぶと思われる。第1審で無罪とされた者が控訴審で有罪とされた場合には第3審が必要となり、軽微な犯罪・有罪の答弁をした被告人・最上級の裁判所が第1審である場合等、有罪判決に対して上訴する権利がない場合が生じるであろう。また、再審査が法律問題及び事実問題の司法的再審査を許さなければならないかの問題もある。

(b) 人権専門家委員会報告書（Doc. H [70] 7）の報告にそって、ヨーロッパ評議会の加盟国は、ドイツ、オーストリア、フランス、ベルギー、ルクセンブルク等、自由権規約の批准に際し、14条5項につき留保を行った。

ドイツは自由権規約を1968年に署名、1973年に留保つき批准をしたが、ドイツの自由権規約40条にもとづく第1回報告書はその留保の趣旨につき、「14条5項に関して、控訴審での初めての有罪判決であるからといって更に上級の救済がなくてもよいという、留保を行った。」<sup>23)</sup>と説明している。

(c) ヨーロッパ人権条約第7議定書（1984年採択、1988年11月1日発効）

ヨーロッパ評議会は、自由権規約の規定をヨーロッパ人権条約に挿入する努力を勧告する議員総会の「勧告791」（1976）を受けて、ヨーロッパ人権条約第7議定書を採択し（1984年）、それは1988年に発効した。その2条は、以下のものであるが、1項は有罪判決に対して上訴する権利をさだめ、その2項で3例外を許容し控訴審有罪判決が第3例外である。

ヨーロッパ人権条約第7議定書

第2条 刑事事件における上訴の権利 1 裁判所により有罪の判決を受けたすべての者は、その有罪認定または量刑を上級の裁判所によって再審理される権利を有する。この権利の行使は、それを行使できる事由を含め、法律によって規律される。

2 この権利については、法律が定める軽微な性質の犯罪に関する例外、または、当該の者が最上級の裁判所によって第1審の審理を受けた場合もしくは無罪の決定に対する上訴の結果有罪の判決を受けた場合の例外を設けることができる。(訳文は、[https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention\\_JPN](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_JPN)による)

ヨーロッパ人権条約第7議定書第2項の運用は、ヨーロッパ人権裁判所の「Guide on Article 2 of Protocol No. 7」(Registry 作成)<sup>24)</sup>で知ることができるが、控訴裁判所が第1審の裁判所で課さなかった制裁 (sanction) を課した事例 (Fortum Oil And Gas Oy v. Finland (dec.), 2002)、控訴裁判所が第1審裁判所が審理した被告事件 (charge) を変更した場合の事例 (Landgren v. Finland (dec.), 2009) が、2条2項の第3例外 (控訴審有罪自判) とされ、ヨーロッパ人権条約第7議定書第2条違反でないといわれている (37項)。

(3) 自由権規約人権委員会と控訴審の無罪判決破棄後の有罪判決

(a) 自由権規約人権委員会は、同委員会への個人通報事件の、最上級裁判所の第1審にして終審たる判決の Terrón v. Spain 事件<sup>25)</sup>、および第1審判決で無罪となった後の控訴審での有罪判決の Gomariz Valera 事件<sup>26)</sup>において、自由権規約14条5項の違反を認めた (1996年)。

自由権規約人権委員会はさらに一般的意見32号 (2007年) 47項<sup>27)</sup>でも、その理を以下のように確認している。

(47項) 「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

自由権規約の有罪判決に対して上訴する権利と憲法32条の裁判を受ける権利（久岡）

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、これに違反することになる」

この自由権規約人権委員会の一般的意見32号により、自由権規約14条5項につき2層の刑事手続を定めたのみとの見解もあるが<sup>28)</sup>、今日では、「上訴の権利が、上訴で始めて有罪になった者の権利を内包 (entail) することへの疑問を一掃 (eliminate) した」<sup>29)</sup>、と言われる状況になっている。

なお、同人権委員会一般的意見32号は「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」(48項) ことを確認している。

(b) 一般的意見32号(2007年)後の通報事件の、近時の *D. Jaddoe v. Netherlands* (オランダ) 事件の見解(2022年)でも、控訴で始めて有罪になった者の上訴の権利は確認されている<sup>30)</sup>。同事件は、第1審判決ではA事件有罪、B事件無罪であった被告人が、控訴審ではA事件(被告人控訴) B事件(検察官控訴)両者が有罪とされ、被告人がB事件につき最高裁に上訴(上告)したが棄却された事件である。自由権規約人権委員会は、上級の裁判所は申し立てられた有罪判決および刑罰につき証拠の十分性と法律の基礎の上に実質的な再審査を行う義務があること等を確認のうえ(11. 3項)、当事国の最高裁の審理は事実の再審査とはいえず、申立人の自由権規約14条5項の権利が侵害されたとした(11. 6項)。

(c) 自由権規約14条5項とそれについての自由権規約人権委員会の見解は、自由権規約締約国の裁判でない国際刑事法廷でも尊重されている。例えば、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所(ICTY) 規程草案に関する報告において、国連事務総長は自由権規約14条5項にある上訴の権利は「各人

の市民のおよび政治的権利の基本的要素 (a fundamental element of individual civil and political rights)] と述べ<sup>31)</sup>、同裁判所における上訴制度を提案した。また、自由権規約締約国の裁判でない国際刑事法廷の上訴では、有罪の新たな認定が行われているが、幾つかの国際刑事法廷の判決では、ポーカー (Fausto Pocar) 判事による自由権規約14条5項を引用した反対意見が付されている<sup>32)</sup>。

### iii. 自由権規約14条5項に対するわが国の対応

#### (1) わが国の自由権規約の批准とその国内的効力

わが国は、自由権規約を1979年に批准し(署名は1978年)、それは1979年9月21日にわが国に効力を発生した。わが国は、自由権規約の批准に際し、その14条5項につき留保をしていない(選択議定書・個人通報制度にも署名していない)。

#### (2) 自由権規約14条5項の裁判所による直接適用(裁判規範性)

(a) 自由権規約締約国は、同規約につき条約一般の義務を負うものであるが、自由権規約はその第2条により更に自由権規約締約国のそれへの一般的義務を規定している。その第三項は、以下のように救済に関するものである。

自由権規約 第2条(日本語訳は外務省ホームページ「(外交政策・人権外交) 国際人権規約」による。)

3 この規約の各締約国は、次のことを約束する。

- (a) この規約において認められる権利又は自由を侵害された者が、公的資格で行動する者によりその侵害が行われた場合にも、効果的な救済措置を受けることを確保すること。
- (b) 救済措置を求める者の権利が権限のある司法上、行政上若しくは立法上の機関又は国の法制で定める他の権限のある機関によって

自由権規約の有罪判決に対して上訴する権利と憲法32条の裁判を受ける権利（久岡）

決定されることを確保すること及び司法上の救済措置の可能性を  
発展させること。

(c) 救済措置が与えられる場合に権限のある機関によって執行される  
ことを確保すること。

この自由権規約2条3項につき、わが国は、自由権規約40条にもとづく  
報告（この規約において認められる権利の実現のためにとった措置及びこれらの  
権利の享受についてもたらされた進歩に関する報告）の第6回報告書の提出の  
際の自由権規約人権委員会からの自由権規約の規定が裁判所により直接適  
用され得る要件についての質問に対し、憲法98条2項を挙げて、「わが国  
が締結し、公布した条約等は国内法としての効力を持つ」、「条約と法律と  
の関係について明文の規定はないが、条約が法律に優位するものものと考  
えられている。」と述べた後、以下のように回答している。

「一般に、本規約や条約の規定を直接適用し得るか否かについては、当  
該規定の目的、内容及び文言等を勘案し、具体的場合に依じて判断すべき  
ものとされちるが、わが国は、条約の締結に当たっては国内法との整合性  
を確保することとしていることから、本規約の趣旨はすでに国内法に反映  
されており、その国内法の規定が適用されている場合も少なくない。」（外  
務省ホームページ「(外交政策・人権外交) 国際人権規約」による。)

(b) 自由権規約の国内的効力は、国際法学において論じられているとこ  
ろであるが、以下では、自由権規約14条5項の控訴審有罪自判を行う裁判  
所およびその裁判官に対する効力の観点から、上記の自由権規約人権委員  
会からの自由権規約14条5項が「裁判所により直接適用され得る要件」  
（裁判規範性）への質問に対する、わが国の回答（「当該規定の目的、内容及び  
文言等を勘案し」）に即して検討する。

(ア) 自由権規約14条5項については、それが審議された国連総会第3委員会において、前示のように(本稿注20)イスラエル代表、フィリピン代表から、自由権規約14条所定の権利の確保、および誤判・誤審(miscarriage of justice)への対処への関心が表明されている。他方、わが国の上訴の制度は、裁判に違法・不当がある場合の、その是正に関わる制度の中心的役割を果たすものである<sup>33)</sup>。裁判に違法・不当がある場合の是正とは権利侵害、誤判・誤審の是正であって、両制度は目的を同じくするものである。また、わが国は、自由権規約の批准に当たって、14条5項への留保する国がある中でその留保をしておらず、14条5項の実施への消極的態度は示されていない。

更に、誤判・誤審の是正については、わが国には「重大ナル事実誤認ノアルコトヲ疑フベニ足ルベキ顕著ナ事由アルトキ」を上告理由とした旧(大正)刑訴法の経験があり(その414条)、戦後の新憲法、新刑訴法制定でも、国家賠償を求める権利(憲法17条)、刑事補償を求める権利(憲法40条)が衆議院での修正で憲法第3章「国民の権利及び義務」で定められ、不利益再審が廃止される(刑訴法435条柱書)等、我が国の刑事裁判で一貫して追及されている課題である。誤判・誤審の是正を趣旨に持つ自由権規約14条5項の国内での適用を拒む理由も必要も、わが国にはない。

(イ) 自由権規約14条5項の内容である「判決及び刑罰を上級の裁判所によって再審理」は、事後(審査)審を行うというわが国の控訴制度と趣旨を同じくするものである。更に、控訴審有罪自判をやめ自由権規約14条5項を確保するためには、刑訴法既存の400条本文による差戻しを行えば足り(差戻審で有罪となってもそれに対しては上訴の保障がある)、自由権規約14条5項の実施のための補足的措置、補完の必要もない。

わが国の自由権規約40条にもとづく第2回報告書別添2「人権侵害の場合の救済措置としての刑事訴訟手続きの概要」(外務省ホームページ「(外交政策・人権外交)国際人権規約」による。)における「条約の締結に当たって

自由権規約の有罪判決に対して上訴する権利と憲法32条の裁判を受ける権利（久岡）

は国内法との整合性を確保することとしている」という点は、「実務上も、条約の締結時までにはその義務を履行するために必要な国内担保法を整備することを大原則としている」<sup>34)</sup>と言われる「国内担保法」の整備と解されるが、自由権規約14条5項に関わっては「国内担保法」の整備の動きはなく、前示のドイツ等の留保の動きに照らすとき、同条項を履行するためには「国内担保法」は不要（既存の400条本文による差戻しでたりる）とされたものと解され、自由権規約14条5項の直接適用を前提としていることを示している<sup>35)</sup>。

(ウ) 自由権規約14条5項の「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」という文言は、一般的、抽象的な文言でなく具体的、客観的な要件・効果の記述であり、また、明確なものである。

(エ) 以上を勘案するとき、自由権規約14条5項は「裁判所により直接適用され得る要件」を満たすものである。自由権規約14条5項は、日本国が締結した条約として「これを誠実に遵守することを必要とする」とともに（憲法98条2項）、公布された条約として「国内法としての効力を持つ」ものであり、「法律」して裁判官を拘束する（憲法76条3項）。したがって控訴審裁判所は、刑訴法405条の下で控訴審自判を行って被告人の「上級の裁判所によって再審理される権利」（自由権規約14条5項）を害することはできず<sup>36)</sup>、無罪判決（自由権規約14条5項は関わらない）以外は、刑訴法400条本文の差戻しの判決をすることが求められている。刑訴法405条の下で刑訴法400条但書により控訴審有罪自判をすることは、自由権規約14条5項の効果として禁じられており、自由権規約14条5項違反である。

### Ⅲ 自由権規約14条5項と憲法32条(裁判を受ける権利)

#### (一) 裁判を受ける権利(憲法32条)と刑事裁判

憲法32条(裁判を受ける権利)は、戦後の憲法制定直後は、例えば『註解日本国憲法』では、刑事においては刑事裁判の公正から要求されて、「訴追に基いて、被告人として裁判を受けることである。」とされ、「民事裁判においては、自ら裁判所へ起訴する自由を有することを意味する」と解されていた<sup>37)</sup>。近時は、裁判を受けることとは、その裁判手続きが公正な内容であるということも含むとされ、さらには「憲法32条を非刑事(民事・行政)裁判についての手続的デュープロセスの総則規定と釈した方が、より優れているであろう」<sup>38)</sup>との見解も主張されている。

しかし、刑事裁判において憲法32条(裁判を受ける権利)についての議論が公正手続を中心に展開されたのは、刑事裁判の開始に国家訴追主義(刑訴法247条)が採用され議論の前提とされてきたゆえであり、次項で検討するように、上訴制限の問題は刑事裁判でも論じられており、刑事裁判においても裁判を受ける権利(憲法32条)の適用がある。最近では、刑事裁判に関しては公正手続保障が、憲法の個別条項、その具体化としての刑事訴訟法規定の解釈論として展開され、裁判を受ける権利という憲法レベルではあまり展開されてこなかったが<sup>39)</sup>、法の支配の原理にそった権利の保護・救済のための制度的整備の観点からは、裁判を受ける権利についての憲法32条は、裁判全体に関する規定として、刑事裁判にも適用されると解すべきであると言われている<sup>40)</sup>。

#### (二) 刑事裁判における上訴と裁判を受ける権利(憲法32条)

(1) 民事・行政事と刑事の裁判一般の上訴は審級の権利と関連させて議論されてきた。わが国の判例では、裁判を受ける権利(憲法32条)については、刑訴応急措置法13条2項(旧刑訴法412条乃至414条の規定は上告には適用

自由権規約の有罪判決に対して上訴する権利と憲法32条の裁判を受ける権利（久岡）

しない)を、憲法81条の点以外の「審級制度は立法をもって適宜に之れを定むべきものである」として憲法違反でないとした前示の最大判昭和23年3月10日が、憲法32条の(民事・行政事裁判も含めて)上訴への適用に消極のものとして解されてきた<sup>41)</sup>。しかし近時は、即決裁判手続の上訴制限(刑訴法403条の2第1項)についての最判平成21年7月14日<sup>42)</sup>等、上訴制限は合理的例外でなければならぬと解されている。

この即決裁判手続に関する最判平成21年7月14日でみれば、例外とする合理性の根拠に挙げられるのは、即決裁判手続によることは、被告人の自由意思による選択に基づくこと、科刑制限があること等被告人に関わる事情であって、それらにより合理性を与えられるのは、被告人の裁判を受ける権利の制限であり、被告人に裁判を受ける権利(憲法32条)があることが前提になっていると解される。

また、前示の『註解日本国憲法』(本稿注37)のように「訴追に基づいて、被告人として裁判を受けること」を裁判を受ける権利とし、検察官控訴を認める立場(二重の危険禁止違反を否定する継続的危険論)からは、第1審から上告審まで「継続せる一つの危険」があることは、その「危険」を生じさせる「訴追」も一つであることになり、その間にある被告人の「上訴」も裁判を受ける権利の行使となる。

(2) 前示の自由権規約2条3項によると、その締約国は、自由権規約において認められる権利又は自由(a項)の侵害につき救済措置を求める者の権利につき「司法上の救済措置の可能性を発展させること」を約束している。また、自由権規約人権委員会一般的意見31号「規約締約国の一般的法的義務の性質」(2004年)15項は、規約の権利の効果的保護に加えて、権利の侵害された者のアクセス可能かつ効果的な救済を確保することを、加盟国に求めている<sup>43)</sup>。

わが国の自由権規約40条に基づく第2回報告(1987年提出、1988年審査)は、自由権規約2条3項につき、「4. 本条3項で言及されてる救済措置

は、第1回報告第1部及び本報告で述べられているとおりである。」としている。そして、この第2回報告の第一部：一般的コメントの「人権保護と統治機構」の(2)は、「国民の権利が侵害された場合には、裁判による救済を受け得るが（憲法32条は、『何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪われない』と定めている）」と述べ、第2回報告の「別添2 人権侵害の場合の救済措置としての刑事手続きの概要」は、以下のように述べている。

〔3. 有罪等の判決を受けた場合については、被告人は、上訴権（刑事訴訟法351条）、事実誤認、量刑不当、法令の適用の誤り、訴訟手続の法令違反等の理由により（377条乃至354条）、第一審の判決に対し高等裁判所に控訴することができ、更に、高等裁判所の判決に対しては、憲法違反、判例違反を理由に、最高裁判所に上告することができる。〕（外務省ホームページ「外交政策・人権外交」国際人権規約）による。）

他方、自由権規約の2条3項の救済を受ける権利と14条5項の有罪判決に対して上訴する権利とは、一般規定・特別規定の関係（*lex specialis*）である<sup>44)</sup>。

したがって、自由権規約14条5項の権利侵害は、自由権規約2条3項の権利侵害でもあるところ、自由権規約2条3項の権利はわが国では裁判を受ける権利（憲法32条）が対応しているので、自由権規約14条5項の権利侵害は、裁判を受ける権利（憲法32条）の違反となり、裁判を受ける権利（憲法32条）は、自由権規約14条5項の権利を内容に持つことになる。また、わが国における、裁判を受ける権利（憲法32条）と上訴権（刑事訴訟法351条および352条）の関係も、自由権規約の2条3項と14条5項と同様に、一般規定・特別規定の関係と解される。上訴権（刑事訴訟法351条および352条）の侵害は、裁判を受ける権利（憲法32条）の侵害となり、上告理由（刑事訴訟法405条）となる<sup>45)</sup>。

### （三） 上訴権・裁判を受ける権利（憲法32条）と控訴審自判への上訴

裁判を受ける権利（憲法32条）は、前述のように、自由権規約14条5項の権利を内容に持つものであり、刑事裁判における上訴にも適用があるが、前示の即決裁判手続の例もあり、例外としてこれを保障しない合理的理由が控訴審有罪自判に対する上訴にないかさらに検討する。

（1）控訴審有罪自判に対する上訴がないことについて、即決裁判手続の場合のような、被告人の自由意思による権利放棄・承諾はなく、上訴制限に見合う科刑制限のような被告人の利点もない。また、控訴審有罪自判に対する上訴がなくなることを凌駕するような優越的利益も存在しない。問題となりうるのは、差戻し（400条本文）との比較であるが、差戻し第1審の審理には「直接主義」利点があり、差戻しによる審理期間は、前述のように原判決破棄の事態処理として生ずるもので、事実誤認で控訴出来ない裁判をしてその不利益を被告人に負担させるべきものではない。生ずる可能性のある第2次控訴審も、その可能性は差戻審第1審での新たな認定（第一次元上告審での審理欠如）によるものであって、その責めを被告人に負わせるべきものではなく、かえって被告人の利益・権利である。「控訴審が直接審理を経ていないことを自省」すべきことは、前示の三鷹事件上告審判決の多数意見の認めるところであり、被告人が差戻審で「不利益な裁判を受けた場合更に控訴もできる」ことを被告人の権利の保障において考えることは、その谷村唯一郎裁判官の少数意見にあるところである。

したがって、控訴審有罪自判を事実誤認の上告を認めないという上訴制限のもとで行うことには、刑事裁判の上訴における裁判を受ける権利（憲法32条）の例外を認める合理的理由はなく、かえって、前示のように刑事訴訟法の法理との矛盾および平等原則違反等の不合理があり、裁判を受ける権利（憲法32条）を刑事裁判における上訴に保障しない例外とする事由はない。

(2) 控訴審有罪自判に対する事実誤認の上訴がないもとの、検察官上訴の後、控訴審有罪自判を行うことは、シビル・ロー (Civil law) の刑事上訴制度の方式であるが、これに対して自由権規約14条5項は、以上のように有罪判決に対する「再審査 (review)」が、無罪判決破棄後の控訴審裁判所の判決にも必要と規定し、「再審査 (review)」の方式を提起している。

(a) ドイツ、フランス等のシビル・ロー (Civil law) における上訴制度では、事実審たる控訴審と法律審 (破棄審) たる上告審で行われ、事実審たる控訴審では有罪自判も行われている。なお、最上級の裁判所の第1審にして終審たる裁判もあり、有罪も可能であるが上訴はない。

わが国の刑事上訴制度は、治罪法でフランス法を受容して以来、フランス、ドイツ等のシビル・ロー (Civil law) の上訴制度をモデルに構築され、明治刑法においていわゆる三審制が確立した後、大正刑事訴訟法において上告制度の改革 (事実誤認が上告理由) が行われ、戦時刑事特別法、戦後の刑訴応急措置法を経て、新刑訴法 (現行刑訴法) で確定されている。現行刑事訴訟法自体はシビル・ロー (Civil law) ・大陸法とアメリカ法のハイブリッド (混成物) 的性格<sup>46)</sup>を有していると言われるが、検察官上訴を維持する上訴制度は、前者の性格が強いものである。

本稿第Ⅱ章の現行の刑訴法405条の上告理由は、司法審査の権限を持つアメリカ法的な最高裁制度が導入され、裁判所法 (昭和22年法律59号) 制定の作業の中で、上告理由を憲法違反・判例違反に制限する方向が確認され (同時にシビル・ロー伝統の法令違反の上告理由もなくなった)、新刑事訴訟法 (昭和23年法律131号) で確定された。他方、控訴審有罪自判は戦後の司法制度改革の中で維持され、新刑訴法における上訴制度策定の節目である、「刑事訴訟法改正協議会」(1948年)における最高裁の「上訴制度改革についての提案」<sup>47)</sup>でも、原判決破棄後の控訴審の裁判は自判とされていたが、それを疑問とするGHQ側の「刑訴改正関係最高裁判所の問題」<sup>48)</sup>があり、控訴審の破棄後は差戻しを本文で自判を但書で規定する現行の刑訴法400

自由権規約の有罪判決に対して上訴する権利と憲法32条の裁判を受ける権利（久岡）

条本文と但書となった<sup>49)</sup>。現在行われている刑訴法400条但書による控訴審有罪自判は、このような中で、シビル・ロー（Civil law）の上訴制度の側面を固守しようとするものである。

(b) シビル・ロー（Civil law）における刑事司法制度については、比較刑事手続法の研究で知られるダマスカ教授の階層的権威モデルの理論<sup>50)</sup>があり、これが刑事上訴審の理解に有益であると指摘されている<sup>51)</sup>。シビル・ロー（Civil law）における控訴審の自判と上告審による控訴審自判の証拠の十分性等が審査されず、最上級の裁判所の有罪自判に上訴がない刑事上訴制度の方式も、このシビル・ロー（Civil law）上訴制度の「階層的権威」モデルの一側面と見ることができよう<sup>52)</sup>。

これに対して、自由権規約（1966年採択、1976年発効）は、「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。」（同14条5項）ことを規定したが、これは、いわばシビル・ロー（Civil law）の「階層的権威」モデルに対して、自由権規約の「再審査（review）による権威」モデルを対置したのである。自由権規約14条5項の有罪判決に対する上訴の権利は、無罪判決破棄後の控訴審裁判所の判決、最上級裁判所の第1審にして終審たる判決にも適用があり、それらの判決が最終となりうるには、上級裁判所の判決であること（階層的権威）ではなく、「再審査（review）」が必要である。わが国が、シビル・ロー（Civil law）諸国においてドイツ（1973年留保付き批准）等で自由権規約14条5項の留保が行われる中、自由権規約を14条5項の留保なしで批准し、締約国となったことは、自由権規約14条5項の方式（「再審査（review）による権威」モデル）を採用したことである。控訴審有罪自判に対する再審査は既に採用されているのである。

なお、旧（大正）刑訴法414条では「重大ナル事実誤認」が上告理由として認められており、現行刑訴法下でも自由権規約14条5項の締約国となった以上、刑訴法400条但書の解釈・運用は、自由権規約14条5項を受け入れ、行われなければならない。すなわち、控訴審自判に対する事実誤

認等での上訴がないことを、控訴審の判決であるからとってすますこと(階層的権威)、控訴審自判に対する憲法32条の裁判を受ける権利の適用を否定することはできず、控訴審自判がなされるならばはそれに対する憲法32条の裁判を受ける権利、したがって上訴権が保障されなければならない。刑訴法405条のもとでは、控訴審での第1審判決破棄後の裁判は、破棄後の判決に対し憲法32条の裁判を受ける権利したがって上訴権が保障されるためには、控訴審有罪自判(刑訴法400条但書)ではなく、差戻し・移送(刑訴法400条本文)が行われなければならない。

#### IV 結 び

(1) 以上の議論の結論は、以下のようなものである。

- ① 自由権規約14条5項(有罪判決に対して上訴する権利)は、有罪判決、刑罰を受けた者の上級裁判所の再審査による上訴の権利を規定しており、その「有罪の判決を受けた者」には、無罪判決後に(控訴審で)有罪の判決を受けた者も含まれる。
- ② わが国は自由権規約14条5項への留保なく自由権規約を批准しその締約国となっており、自由権規約14条5項はわが国に直接適用され(裁判規範性を持つ)、自由権規約14条5項は法律としての効力を持つ。控訴審裁判所が刑訴法400条但書により控訴審有罪自判を行うことは自由権規約14条5項の違反であってできず、刑訴法400条本文により差戻さなければならない。有罪自判への刑訴法400条但書の適用は許されず、禁止されている(400条但書の適用による有罪自判につき不作為が命じられている)。
- ③ 自由権規約14条5項の権利(有罪判決に対して上訴する権利)は、自由権規約2条3項の権利(救済を受ける権利)に含まれる権利であり、わが国の裁判を受ける権利(憲法32条)はこの自由権規約条2条3項の権利(救済を受ける権利)に対応する権利でありから、自由権規約

自由権規約の有罪判決に対して上訴する権利と憲法32条の裁判を受ける権利（久岡）

14条5項（有罪判決に対して上訴する権利）は、自由権規約条2条3項を介して裁判を受ける権利（憲法32条）の内容となっている。なお、わが国刑法の控訴、上告は自由権規約の救済の権利を保障する具体的措置である。

- ④ 控訴審有罪自判において、憲法32条の裁判を受ける権利、上訴権の保障を阻却するような特別の事情（同意や優越的利益）はなく、また、控訴審の判決である（階層的権威）から、上訴なしにすまずこと、控訴審（有罪自判）に対する憲法32条の裁判を受ける権利したがって上訴権の保障を否定することはできない。
- ⑤ したがって、わが国の刑訴法405条の下で控訴審有罪自判を行うことは、その後の刑訴法405条の上告では事実誤認の審査がなく自由権規約14条5項の違反であり、裁判を受ける権利（憲法32条）にも違反するものであり、憲法32条違反として、上告理由（刑訴法405条）となる。

(2) 裁判所を階層に組織し、上級の裁判所の構成、手続きを高度化することは、その裁判への信頼性を高めるが、それ故に上訴の権利、裁判を受ける権利の保障を打ち切つてよいものではない。偏波のない裁判所の公正な裁判手続による判決であることと、上訴の権利は別のものである。

なお、自由権規約14条5項は、刑事裁判においては、上訴の権利が保障されていなければならないことを明らかにしているが、その「実質的理由」は、上訴の権利・裁判を受ける権利の限界（裁判の打ち切り）、裁判の権威すなわち正当性の問題とも関わり、更に議論をされるべきものがあると思われる<sup>53)</sup>。

1) 久岡康成「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——」立命館法学405・406号（2023年）597頁（本稿では前々稿と呼ぶ）、その609・610頁、「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（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) 久岡康成「控訴審における有罪自判と自由権規約14条5項」立命館法学409号(2023年)255頁、その270頁参照。本稿では前稿と呼ぶ。
- 3) 最判昭和56年10月22日刑集35巻7号696頁は、国家公務員法違反被告事件において「市民的及び政治的権利に関する国際規約(昭和五四年八月四日公布条約第七号)のわが国における発効により前記罰則は失効し、犯罪後の法令により刑が廃止されたときにあたるから、刑訴法337条号により被告人に対し免訴の判決をすべきであるというもので、同法405五条各号の上告理由にあたらず」としている。これにつき齊藤正彰「国際人権法と最高裁のスタンス」法学セミナー674号(2011年)5頁、その7頁は「国際人権条約違反を理由とする上訴に途を開くことが求められる」とする。なお、上告制限の問題は1966年成立の新民法でも生じ得ることにつき、参照、原田一明「国際人権規約の裁判規範性」比較憲法研究11号(比較憲法学会、1999年)75頁、その95頁、申恵丰「国際人権の救済方法」ジュリスト1244号(2003年)62頁、その66・67頁。
- 4) 河上和雄・中山善房・古田佑紀・原田國男・河村博・渡辺咲子〔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)463頁(原田國男執筆)。
- 5) 但し、審級制度の存在より上訴制度を根拠づけることは行われている。例えば、石川明「審級制と裁判を受ける権利」同『民事法の諸問題』(一粒社、1987年)428頁以下では、裁判を受ける権利と法治国家理念より、具体的には審級制度(憲法76条1項)より、合理的な制限を超えた上訴制限は憲法違反になると論じられている。
- 6) 第1審の有罪判決に対し被告人・弁護人控訴が行われ更に控訴審の原判決破棄有罪自判が行われた場合の1つが前々稿の場合であり、控訴審で予備的訴因追加が行われ、その追加の予備的訴因を有罪とする自判が行われた。
- 7) 例えば参照、加藤克佳「刑事控訴審による破棄自判と事実の取調」『寺崎嘉博先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』(成文堂、2021年)353頁、山口直也「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——」立命館法学339・400号(2022年)1004頁。
- 8) 例えば、「臨時法制調査会における諮問第1号に対する答申書(1946年10月26日)の「裁判所法案要綱」には「〔備考〕として「刑事訴訟法案に左の趣旨の規定を定める。」とし、それには「第二審の判決に対して上告をすることができるものとする。」との項があるが、挙げられているのは憲法違反と「判決に影響を及ぼす法令の違反」であって、事実誤認は外れている。なお回答申書は、芦辺信喜ほか編『日本国憲法制定資料全集⑩臨時司法調査会1』(信山社、2018年)資料73(403頁以下の414・415頁にある)。
- 9) 高橋正太郎「刑事控訴制度に求められる役割と誤判修正機能の配置」法学研究論集(明治大学)42号(2014年)17頁、その19頁。
- 10) 最高裁の提案は、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)[資料97]に、GHQ側の補足的提案は井上正仁・渡辺咲子・田中開(編著)前掲註9)[資料116]。
- 11) 参照、胡、逸維「戦後刑事控訴制度の成立と展開(一)」阪大法学73巻3号(2023年)192~164頁、その582頁、その580頁(同論文は同73巻4号(2023年)で完結している)。

自由権規約の有罪判決に対して上訴する権利と憲法32条の裁判を受ける権利（久岡）

なお、高橋正太郎「刑事訴訟制度の制定過程から見た「事後審」の概念」（明治大学）法学研究論集（35）（2011年）185頁、その198頁でも、GHQ側の提案が、やり直しは「原裁判所に」に委ねるべき、と述べていたことが指摘されている。

- 12) 三鷹事件上告審判決の、被告人に不利益に変更される場合であっても、新たな証拠の取調をした上でなければ自判できない旨を規定しているものと解すべきではないという点については、後の判例（最大判昭和31年7月18日、刑集10巻7号1147頁）で変更され、それが今日も維持されている。これについては、前掲註7）挙示の加藤佳克、山口直也、各前掲論文などを参照。
- 13) 上訴権剥奪と批判するものに、竹沢哲夫「破棄自判有罪と被告人の立場(1)(2)」自由と正義14巻9号（1963年）5頁・11号21頁、自判において公正な裁判を確保できないとするものに、岩田誠「刑訴第400条但書と破棄自判の判決」ジュリスト116号（1956年）2頁、田宮裕「最高裁と事実審査——八海事件をめぐって——」ジュリスト412号（1968年）36頁、光藤景皎「無罪判決破棄自判の問題性」広瀬健二・多田辰也編『田宮博士追悼論集上巻』（信山社、2001年）231頁、同『口述刑事訴訟法Ⅲ』（成文堂、2005年）52頁参照）がある。また、戒能通孝「二審裁判所による有罪自判と『公平な裁判所』」法律時報36巻2号（1964年）18頁は、憲法37条1項の公平な裁判所の裁判とは「公平な裁判所であることが制度的に保障された。裁判所」の裁判であり、「論議の機会すら与えられないままに、二審裁判所の不利益判決に拘束されねばならないことは」、疑問であるとされる。井戸田侃『刑事訴訟法要説』（有斐閣、1993年）281頁も「審級の利益という点から考えると、とくに被告人に不利益な方向への自判は、きわめて例外的な場合にかぎられるべきであろう。」とする。また、自判手続きへの疑問も、平場安治「三鷹事件の上告審判決」同『刑事訴訟法の基本問題』（有信堂、1960年）257頁、初出は判例評論2号（1955年）1頁、平田元「控訴審における破棄自判・有罪の問題」光藤景皎編『事実誤認と救済』（成文堂、1997年）131頁等がある。なおこれらにつき参照、小田中聰樹「控訴審における事実取り調べ——刑訴法393条1項の解釈試論——」鈴木茂嗣ほか編『平場安治博士還暦祝賀現代の刑事法学（下）』（有斐閣、1977年）258頁、その260頁。
- 14) 庭山英雄「有罪判決の証拠説明に関する一試論」一橋論叢54巻6号（1965年）966頁、その968頁。
- 15) 青柳文雄「上訴審による自由心証の控制(1)・(2)」法曹時報8巻10号1352頁、11号1549頁（ともに1956年）。自由心証主義に関する文献、論文はほかにも多数ある。例えば、青木英五郎『誤判にいたる病：自由心証の病理について』（一粒社、1967年）、庭山英雄「自由心証主義——その歴史と理論——」（学陽書房、1978年）、白取祐司「自由心証主義の課題」北大法学論集第31巻第1号（1980年）185頁、白取祐司「自由心証主義の反省」光藤景皎編『事実誤認と救済』（成文堂、1997年）3頁等である。なお、明治刑訴法下においても林頼三郎『刑事訴訟法論（改訂7版）』（巖松堂書店、1921年）86頁は、刑事訴訟の主義として「自由心証主義及法定証拠主義」をたて、自由心証は裁判官の「壟断を許さず」と論じており、また大正刑事訴訟法414条（重大なる事実誤認を上告理由）の説明に当たって、平沼騏一郎『新刑事訴訟法大意』（松華堂、1924年）329頁は、「事実ノ認定ヲ裁判所ニ隸屬セシムルハ之ヲ壟断セシムルノ意ニ非サルヤ明ナリ」とし、実験法則に排他を疑うにた

るべき顕著なる事由あるときは、破棄の理由となると説明している。

- 16) 法務省日本の刑事司法の50年を振り返るプロジェクトチーム『日本の刑事司法50年を振り返る(全体版)』(2021年2月) <https://www.moj.go.jp/content/001344757.pdf> の7頁。
- 17) 最大判昭和25年9月27日刑集4巻9号1805頁。  
「一事不再理の原則は、何人も同じ犯行について、二度以上罪の有無に関する裁判を受ける危険に曝さるべきものではないという、根本思想に基くことは言うをまたぬ。そして、その危険とは、同一の事件においては、訴訟手続の開始から終末に至るまでの一つの継続的状态と見るを相当とする。されば、一審の手続も控訴審の手続もまた、上告審のそれも同じ事件においては、継続せる一つの危険の各部分たるにすぎないのである。従つて同じ事件においては、いかなる段階においても唯一の危険があるのみであつて、そこには二重危険(ダブル、ジエバーデイ)ないし二度危険(トワイス、ジエバーデイ)というもの存在しない。それ故に、下級審における無罪又は有罪判決に対し、検察官が上訴をなし有罪又はより重き刑の判決を求めることは、被告人を二重の危険に曝すものでもなく、従つてまた憲法三九条に違反して重ねて刑事上の責任を問うものでもないと言わなければならない。」
- 18) 三井誠・酒巻匡『入門刑事手続法 第9版』(有斐閣、2023年) 332頁。
- 19) 武器対等の原則につき参照、東澤靖「武器対等の原則及び国際刑事手続における展開」芹田健太郎ほか編『講座 国際人権法2 国際人権規範の形成と展開』(信山社、2006年) 115頁以下、竹村仁実「国際法における武器対等の原則」九州国際大学法学論集15巻2号(2008年) 127頁、その135頁、斎藤司「刑事手続における武器対等原則の意義とその適用可能性」法律時報84巻5号(2012年) 46頁。  
なお、自由権規約人権委員会の一般的意見32の第8項は、以下のようである。  
「8. 一般的な用語による裁判所の前の平等の権利は、第14条第1項第2文で言及されている原則に加えて、平等なアクセスの原則と武器対等の原則も保障しており、当該手続の当事者が一切の差別なく取り扱われることを確保するものである。」
- 20) イスラエル代表の発言は General Assembly, 14th session, official records, 3rd committee, 961st meeting, Thursday, 19 November 1959, New York, § 14. セイロン代表の発言は General Assembly, 14th session, official records, 3rd committee, 964th meeting, Monday, 23 November 1959, New York, § 31. にある。
- 21) 上告審について、小野清一郎『刑事訴訟法講義(全訂第3版)』(有斐閣、1933年) 542頁が、「近代刑事訴訟法における伝統」とされたものである。
- 22) Council of Europe, Committee of Experts on Human Rights, H (70) 7, Problems arising from the co-existence of the United Nations Covenants on Human Rights and the European Convention on Human Rights Differences as regards the Rights Guaranteed. <https://rm.coe.int/09000016804da113> にある。なお、この Doc. H [70] 7については、徳川信治「自由権規約六条と死刑問題(-)」立命館法学239号(1995年) 76頁(註17) で言及されている。
- 23) CCPR\_C\_1\_Add.18; Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant: International Covenant on Civil and Political Rights; initial reports of

自由権規約の有罪判決に対して上訴する権利と憲法32条の裁判を受ける権利（久岡）

States parties due in 1977: Federal Republic of Germany (p. 20-21). この文書につき久岡・前稿では国連文書として言及しているが、ドイツ政府が作成し国連に提出したものである。

- 24) European Court of Human Rights, Guide on Article 2 of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights Right of appeal in criminal matters (Updated on 29 February 2024).
- 25) Terron v. Spain, Communication No. 1073/2002, CCPR/C/82/D/1073/2002, 5 November 2004.
- 26) Gomariz Valera v. Spain, Communication No 1095/2002, CCPR/C/84/D/1095/2002, 22nd July 2005. 同事件は、Gomariz Valera、および第一審判決で無罪となった後の控訴審での有罪判決となった Gomariz Valera 事件において、横領で criminal court に起訴された被告人が無罪となった後、Provincial High Court で 5 ヶ月の刑を言い渡された事案である。
- 27) UN. Human Rights Committee (90th sess. : 2007 : Geneva), General comment no. 32, Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial (2007). 自由権規約人権委員会の一般的意見の翻訳は、日本弁護士連合会ホームページ「国際人権ライブラリー」にあり、本稿もそれによっている。
- 28) William a. Schabas, U.N. International Covenant on Civil and Political, Ritghts : Nowak's CCPR Commentary 3rd Revised edition (2019, § 125, P. 421.
- 29) Maystre, Magali, "Right to appeal" [2013] ELECD 380; in Carter, Linda; Pocar, Fausto (eds), "International Criminal Procedure: the interface of civil law and common law legal systems" (Edward Elgar Publishing, 2013) 192, particularly p. 194.
- 30) D. Jaddoe v. the Netherlands, communication No. 3256/2018, Views 2022. これについて参照、久岡・前稿267頁。
- 31) Report of the Secretary General, S/25704, § 116, P. 29 (Appellete and review proceedings).
- 32) Procecurator v. Rutaganda, Appeal Judgment, (ICTR-96-3-A), Dissenting opinion of Judge Pocar, 26 May 2003. なおこれにつき参照、久岡康成・前稿（2023年）264頁。
- 33) 参照、宇藤崇・松田岳士・堀江慎司『刑事訴訟法（第3版）』（有斐閣、2024年）532頁。
- 34) 岡野正敬「外交における条約の役割の変化」国際法外交雑誌119巻2号（2020年）300頁、その302頁。
- 35) 塩田智明「条約の締結に伴う国内担保法の立案と条約遵守義務」国立国会図書館（調査及び立法考査局）レファレンス（The Reference）864号1頁、その8頁。
- 36) 松田浩道「憲法秩序における裁判規範としての国際法——直接適用可能性と裁判規範性の区別——」国際法外交雑誌第119巻第1号（2020年）92頁。その102頁は、国際法上の法的拘束力と裁判規範性を備えた条約の条項は、国際規範の法的効果として、不作為請求の根拠になるとしている。不作為請求とは、権利を害し義務なきことを行わせることの禁止の実行である。
- 37) 法学協会編『註解日本国憲法（上巻）』（有斐閣、初版1948年）600頁。
- 38) 松井茂記『裁判を受ける権利』（日本評論社、1993年）103頁。
- 39) 田中成明「法の支配と裁判を受ける権利——法の支配論と法治国家論の統合的理解のた

- めの覚書(1)(2・完) 民商法雑誌155巻6号2頁、156巻1号203頁(ともに2020年)の(2)214頁。
- 40) 田中成明・前掲註36) 論文(2)210頁、また参照、君塚正臣「『裁判を受ける権利』の作法の発想転換——日本国憲法32条の法意の再再検討」横浜国際経済法学21巻3号(2013年)25頁、その60頁。
- 41) 民訴法改正(1996年)による裁量上告の民訴法318条を合憲と認めた最判平成13年2月13日最高裁裁判集民事201号95頁も同旨である(上告の許容を審級制度の問題とする)。但し、石川明前掲註5)では、上訴制度、審級制度が憲法上の要請と論じられている。
- 42) 最判平成21年7月14日最高裁判所刑事判例集63巻6号623頁。この判例は「事件の類型によって一般の事件と異なる上訴制限を定めても、それが合理的な理由に基づくものであれば憲法32条に違反するものではないとするのが当裁判所の判例とするところである」としているが、当裁判所の判例には最大判昭23年2月10日も含まれている。この判決について、宍戸常寿「裁判を受ける権利の現在と未来」憲法研究7号(2020年)73頁の82頁は、「当然の理を明らかにしたもの」と言う。
- 43) General comment no. 31 (80), The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant: International Covenant on Civil and Political Rights: adopted on 29 March 2004 (2187th meeting) /Human Rights Committee, 80th sess CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 26 May 2004. 自由権規約2条についての一般的意見31号(2004年)の翻訳は、日本弁護士連合会 国際人権ライブラリー(富田麻理・滝澤美佐子訳)にある。また参照、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31: 第18会期採択(2004年)『規約締約国の一般的法的義務の性質』」西南学院大学法学論集37巻4号(2005年)147頁。
- 44) Paul M. Taylor, A Commentary on the International Covenant on Civil and Political Rights, Cambridge (2020) p. 81, p 372. これは前掲註25)の Terrón v. Spain, Communication No. 1073/2002, CCPR/C/82/D/1073/2002, 5November 2004 [606] を引用している。前掲註27)の一般的意見32の58項、前掲註28)の William a. Schabas 書の63頁66項も同旨。
- 45) この議論では刑事裁判における上訴を自由権規約14条5項との関連を検討し、民事・行政事と刑事の裁判一般における上訴と裁判を受ける権利(憲法)32条の問題については検討していない。裁判一般における上訴権については、例えば参照、石川明・前掲註5)書およびカール・ハイッツ・シュワーブ、ペーター・ゴットヴァート、マックス。フォルコンマー、ペーター・アレンス(著)石川明・出口雅久(訳)『憲法と民事手続法(慶應義塾大学法学研究会叢書46)』(慶應義塾大学法学研究会、1988年)その45頁、53頁。なお参照、笹他栄司『裁判制度』(信山社、1997年)、市川正人「裁判へのアクセスと裁判を受ける権利」公法研究63号(2001年)207頁、片山智彦『裁判を受ける権利と司法制度』(大阪大学出版会、2007年)197頁(第4章 裁判を受ける権利と上訴制度)。
- 46) Supreme Court of Japan, Outline of Criminal Justice in JAPAN 2023 (2023年)4頁。
- 47) 井上正仁・渡辺咲子・田中開(編著)前掲註10)の[資料97]。
- 48) 前掲註47)の[資料116]。
- 49) 参照、前掲註9)および註11)。

自由権規約の有罪判決に対して上訴する権利と憲法32条の裁判を受ける権利（久岡）

- 50) Mirjan Damaska, Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure, 84 YALE L. J. 480, 490 (1974), pp. 483, 489. ダマスカ教授の「階層型権威」の理論については、中野目善則『二重危険の法理』（中央大学出版部、2015年）299頁、田口守一「階層型権威と同位型権威——M.ダマスカ教授の比較刑事司法制度論について——」早稲田大学法学会百周年記念論文集（第三巻）刑事法編（成文堂、2022年）27頁、で研究されている。
- 51) Peter D. Marshall, A Comparative Analysis of the Right To Appeal, 22 Duke Journal of Comparative & International Law 1-46 (2011), p. 14.
- 52) 片山智彦・前掲註45) 198頁によれば、第1審にして終審たる裁判の存在が、ドイツの民事訴訟において「出訴の途」（ドイツ基本法19条4項第1分）が開かれている公権力による権利侵害における公権力に、司法の行為は含まれないという連邦憲法裁判所1994年10月21日第1法廷決定の根拠に援用されている。「階層型権威」の主張と思われる。
- 53) これについて、久岡・前々稿610頁で「実質的理由」に言及したが、なお考察すべき点を残している。