

控訴審有罪自判と刑事訴訟法法理との不整合

——自由権規約14条5項違反の実質的理由——

久 岡 康 成*

目 次

- I はじめに
- II 控訴審有罪自判における事実認定と事後審たる控訴審との不整合
- III 控訴審有罪自判と事後審の当然の結果としての差戻しとの不整合
- IV 結びにかえて

I はじめに

(1) 刑事訴訟法では、控訴裁判所は原判決を破棄するときは、判決で事件を差し戻さなければならないが（刑訴法400条本文、以下条文のみの記載は刑訴法）、しかし実際の裁判では、原判決破棄後は、有罪自判も含め自判（400条但書）が行われることが多く¹⁾、自判の原則化のような状況になっており、それには検察官控訴による新たな有罪判決²⁾など、控訴審有罪自判の事例が含まれている。控訴審の有罪自判に対しては、上告理由が憲法違反と判例違反とされているために（405条）、事実誤認などによる上告（上訴）ができず、控訴審有罪自判への被告人の不満を生んでいる³⁾。

刑訴法400条但書による控訴審有罪自判の問題については、「有罪自判のための事実の取り調べの問題」と「有罪自判そのものをなし得ないのでないかという問題」があると指摘されている⁴⁾。

前者の「有罪自判のための事実の取り調べの問題」については、直接主

* ひさおか・やすなり 立命館大学名誉教授

義・口頭主義の要請より、事実の取調べをしないで有罪判決をすることはできないとした、以下のような最大判昭和31年7月18日（刑集10巻7号1147頁）が判決されている。

「本件においては、第一審判決は被告人等がそれぞれ判示船舶を輸出しようと企てたとの公訴事実は、確定していないのであり、且つ被告人等には右旧関税法76条の罪の罪責なしと判決しているのであるから、右判決に対し検察官から控訴の申立があり、事件が控訴審に係属しても被告人等は、憲法31条、37条等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」ず、「公開の法廷において、その面前で、適法な証拠調査の手続が行われ、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」ものであり、このような場合に「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と解さなければならない。」

「有罪自判のための事実の取り調べの問題」については、多くの議論がなされたが⁵⁾、なお議論は継続し、「控訴審で事実の取調べをしたとしても直接主義・口頭主義の要請を満たすには至らず、事実審理の実体を欠いているのに、事実審理を行ったとみなす状況が続いているのである」⁶⁾と言われるような状況である。

他方、後者の「有罪自判そのものをなし得ないのでないかという問題」については、まず、刑訴応急措置法について、事実誤認で上告できないことになったことに対する批判が行われたが、最大判昭和23年3月10日（刑集2巻3号175頁）は、（旧）刑事訴訟法412条乃至414条の規定を上告に適用

しないとの刑訴応急措置法第13条2項は裁判を受ける権利を侵害するとの上告を斥け、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。

そして判例は、事実の取調べなしで有罪判決をすることはできないとした前示の最大判昭和31年7月18日の後、刑訴400条但書の規定は、控訴審がみずから事実の取調べをするにおいては、1審の無罪判決を破棄して有罪となしとする趣旨であると述べ（最判昭和35・12・8 刑集14巻13号1818頁、平事件上告審判決）、更に、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」最判昭和39年12月18日（最高裁判所裁判集刑事153号725頁）とした後、最判昭和40年12月17日（最高裁判所裁判集刑事157号445頁）は、以下のように、「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」としている。

「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。」

(2) 他方わが国は、自由権規約の締約国である（1979年）。そして、その14条5項は以下のようなものであるが、わが国はこの14条5項を留保せず、締約国となっている⁷⁾。

「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、有罪判決、刑罰の言渡しを受けた者の「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」を認めているのであるが、それは具体的には上訴によって保障されている⁸⁾。自由権規約14条5項の「上級の裁判所によって再審理される権利」⁹⁾は、有罪判決に対して上訴する権利である¹⁰⁾。

自由権規約14条5項についての自由権規約第40条(b)に基づく国連への日本政府報告書も、以下のように、第1回報告書(1980年)において「(5) 第5項に言及されている権利については、……刑事訴訟法(第351条、第372条、第405条等)、……等の法令により、十分保障されている。」と述べ、またその第2回報告書(1987年)において、「第5項については、刑事訴訟法によれば、被告人は、上訴権を有し(同法第351条)」と述べている¹¹⁾。

「(5) 第5項に言及されている権利については、裁判所法、刑事訴訟法(第351条、第372条、第405条等)、少年法(第32条、第40条)等の法令により、十分保障されている。」(第1回日本政府報告書23、24頁)

「5. 第5項については、刑事訴訟法によれば、被告人は、上訴権を有し(同法第351条)、第一審の判決に対し高等裁判所に控訴して再審査を受けることができる(同法第372条、裁判所法第16条)。控訴理由は、事実誤認(刑事訴訟法第382条)、量刑不当(同法第381条)、法令適用の誤(同法第380条)、訴訟手続の法令違反(同法第379条)等を含み、本条5項が要求する被告人の権利は、十分担保されている。」(第2回日本政府報告書37頁)

(3) 自由権規約14条5項、それにより保障される有罪判決に対して上訴する権利の内容は、自由権規約人権委員会の一般的意見32号によれば¹²⁾、以下のようである、その「再審理」は事実点(証拠)及び法律点を含む再審理であり(48項)、「有罪の判決を受けた者」には、控訴審で有罪の判決を

受けた者も含まれる（47項）。

（48項）「48. 第14条第5項に定められた、有罪判決および刑罰を上級裁判所によって再審理される権利は、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など、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¹⁰⁰。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¹⁰¹。しかしながら、第14条第5項は、再審理を行う裁判所がその事案の事実の側面を考察できるかぎりは、完全なやり直し裁判または「事実審理」までをも要求するものではない¹⁰²。したがって、たとえば上級裁判所が有罪判決を受けた者に不利な主張を詳細に調べ、一審で提出され上訴審にも回付されてきた証拠を検討し、その事案における有罪の認定を正当化する十分な有罪の証拠があると判断した場合には、規約に対する違反は存しない¹⁰³。」（註は略）

（47項）「47. 第14条第5項については、一審の裁判所による判決が確定判決である場合にこれに違反することになるだけでなく、下級裁判所による無罪判決後に上訴裁判所⁹⁷または最終審裁判所⁹⁸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、これに違反することになる。国の最高裁判所が最初にして唯一の審理の場である場合には、上級裁判所による再審理を受ける権利の欠如は、当該締約国の最高裁判所によって裁かれるという事実によって相殺されるものではない。それどころか、このような制度は、当該締約国がその旨の留保を付していないかぎり⁹⁹、規約に対する違反となる。」（註は略）

そしてわが国は、その14条5項を留保することなく自由権規約に署名、批准し、その締約国となっている（1979年）。

（4） 刑訴法405条のもとでの控訴審有罪自判が自由権規約14条5項に反することを論じるに当たっては、控訴審有罪自判が許されないことについての

実質的理由、控訴審有罪自判自体の問題点があり、その中には、自由心証主義の合理性確保の空洞化の問題および検察官控訴二重の危険禁止違反否定論（継続的危険論）が、控訴審有罪自判の危険の、事実誤認による上訴がない性質を無視している問題とともに、控訴審有罪自判と事後審たる控訴審の構造との不整合があることにも言及してきた¹³⁾。控訴審有罪自判と事後審たる控訴審の構造との不整合の問題は、前示の「有罪自判のための事実の取り調べの問題」が解決されないことの結果であり、またより広くは、控訴審有罪自判と刑事訴訟法の法理との不整合の問題である。

本稿では、刑訴法405条のもとでの控訴審有罪自判の自由権規約14条5項違反の問題についての議論を深めるために、控訴審有罪自判が許されないことについての実質的理由の中の、控訴審有罪自判と刑事訴訟法の法理との不整合の問題を、「有罪自判のための事実の取り調べの問題」についての議論を参考に再度検討し、関連する控訴審有罪自判と刑事訴訟法の法理との不整合の問題についても検討してみたい。

II 控訴審有罪自判における事実認定と 事後審たる控訴審との不整合

(一) 事後審たる控訴審の審理方式

控訴審は、控訴理由が認められるときは判決で控訴を棄却しなければならない（396条）とされ、控訴理由が認められないときは判決で原判決を破棄しなければならない（397条）。刑訴法397条（控訴理由あり）で、「原判決を破棄するときは、判決で、事件を原裁判所に差戻し、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。控訴裁判所が、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」（400条本文但書）のは、原判決破棄の判決文言の後である。

これらの規定は、控訴審の判決を控訴棄却もしくは原判決破棄としてお

り、控訴審が事後審であることを示している。自判は原判決破棄が前提であり、「更に判決」は差戻しの例外である（400条但書）。控訴審の審理方式はこれに対応して、事後審として定められ、それを趣旨にした判例の運用が行われている。

控訴申立人は控訴趣意書を提出しなければならず（376条1項）、控訴申立人は、控訴趣意書に基づいて弁論をしなければならない（389条）。控訴裁判所は、控訴趣意書に包含された事項は、これを調査しなければならないが（392条1項）、それに包含されない事項であつても、法定されている控訴理由に関する事由に関しては、職権で調査をすることができ（同条2項）、392条の調査をするについて必要があるときは、検察官、被告人若しくは弁護人の請求により又は職権で事実の取調をすることができる（393条本文）。

そして、無罪判決を破棄して有罪自判をする場合は、前示の最大判昭和31年7月18日（刑集10巻7号1147頁）が示すように、事実の取調をしないで有罪判決をすることはできない。自判のために求められる取調の事実は、判例では「事件の核心」（最判昭和34・5・22刑集13巻5号773頁）をなす事実とされている。

次に、事実の取調のための392条の調査について、最判昭和25・12・24（刑集4巻12号2621頁）は、以下のように、そのための事実の取調（393条）は、第一審判決に存する当事者の主張し又は職権で調査すべき破棄事由の有無の審査に限られるのであって、旧法の覆審の場合のように新たな事実の認定や量刑を目的として自ら証拠を取り調べるべきものでないとしている。

「新刑訴法による控訴審は事後審であって、旧刑訴法におけるように履審ではない。すなわち、新法の下における第二審は、第一審判決の事実の認定と量刑が妥当であるか否かを第一審で取り調べた証拠及び訴訟記録によつて判断し、また法令違反の有無又は刑訴法三八三条所定の事由の有無を審査するのであって、旧法における控訴審が覆審としてすべての事実に亘つて取調を新たにしたのとは異なるのである。もとより、新法の下における

る控訴裁判所は、純然たる法律審ではないから、事後審としての前記審査をするについて必要があるときは事実の取調をすることができるし、又これをしなければならない場合もあるが、その取調の限度は第一審判決に存する当事者の主張し又は職権で調査すべき破棄事由の有無の審査に限られるのであって、旧法の覆審の場合のように新たな事実の認定や量刑を目的として自ら証拠を取り調べるべきものでないことは、前条の調査をするについて必要があるときに事実の取調ができると規定した新刑訴三九三条一項及び第一審判決を破棄した場合には原則として事件を原裁判所に差戻し又は他の裁判所に移送すべきであって、事件につき控訴裁判所自ら判決するのは例外の場合に限られることを規定した新刑訴四〇〇条からも窺い知られるのである。」

刑訴法は、第1審において証拠とすることができた証拠は、控訴審においても、これを証拠とすることができます（刑訴法394条）と定めるが、最判昭和34・2・13（刑集13巻2号101頁）は、以下のように、証拠能力を失わないだけでなく、控訴審で改めて証拠調べをする必要がないものとし、破棄自判する場合も同様であるとしている¹⁴⁾。

「控訴審が刑訴四〇〇条但書によつて直ちに判決する場合において、同四〇四条により第一審の公判に関する規定を準用して覆審をなし、第一審で取り調べた証拠につき再び証拠調を行い、これに対する被告人の意見弁解を聞くべきものではなく（当庁昭和二五年四月二〇日第一小法廷判決、刑集四巻四号六四八頁参照）、第一審において証拠能力のあつた証拠は、再び証拠調をし直すことを必要とせず、控訴審においてその儘証拠能力を認めて判決の基礎となし得ることは同三九四条に明定されており、殊に本件の如く、控訴審において自ら事実の取調をした以上は、第一審の無罪判決を破棄して有罪を認定するに当り、第一審において取り調べた証拠のみを挙示しても何ら違法でないことは、当庁判例の示すところである（昭和三三年二月二〇日第一小法廷判決、刑集一二巻二号二六九頁参照）。」

検察官及び弁護人は、事実の取調をしたときは、その結果に基づいて弁論をすることができるが（393条4項）、弁論の範囲は事実の取調の結果基づくものに限られるとして行われている。また被告人の最終陳述・弁論権もない（293条2項の404条での準用なし、規則211条の規則250条での準用なし）とされている（最判昭和25・10・12刑集4巻10号2087頁）。

なお、控訴審における事実認定の審査方法については、最判平成24・2・13（刑集66巻4号482頁、いわゆるチョコレート缶事件上告審判決）は「控訴審における事実誤認の審査は、第1審判決が行った証拠の信用性評価や証拠の総合判断が論理則、経験則等に照らして不合理といえるかという観点から行うべきもの」としている。

（二）控訴審有罪自判の事実認定と事後審たる控訴審の審理方式との不整合

（1）控訴審有罪自判の事実認定への批判

控訴審有罪自判に対しては、前示の最大判昭和31年7月18日の以前にも以後にも批判があるが¹⁵⁾、批判の中心は、近代的刑事訴訟法には、それを一貫する口頭主義・直接主義・弁論主義の要請があり、これは憲法37条1項、2項により制度的に保障されているところ、控訴審有罪自判の事実認定はこれを満たしていない、というものである。

(a) このような批判は、前示の最大判昭和31年7月18日以前に、小野清一郎博士によって行われた。小野清一郎博士によれば、新刑訴の控訴審は事実の取調（393条）により部分的な継続審理が接木されており、そこでの事実の取調で証拠調べとして行われるものは、「公判期日において」行われなければならないものであった¹⁶⁾。そして、事実の取調をしないで犯罪事実の認定をする控訴審判決について、差戻し（400条本文）の「この構造の背後には公開主義、口頭主義、直接主義の基本原則がある」とされ、自判（400条但書）の場合も「新たに犯罪事実を認定したりするのに、書面審理、しかも法廷外における記録調査のみによることは到底許されないことといわなければならない」とされて、「これは近代的刑事訴訟法を一貫する口頭

主義、直接主義、弁論主義の要請であり、新憲法37条1項・2項はこれを原理的に保障しているものと解される」とされている¹⁷⁾。

また、平場安治博士は、「事実問題における誤りを理由に被告人に不利益に変更するばあい直接口頭主義を必要とし、しかも自判のためのみの審理を認めない現行法のもとにおいては、破棄差戻ないし移送を必要とするのではあるまいか。」¹⁸⁾と疑問を提起されている。

(b) 控訴審における事実の取調については、前示の最大判昭和31年7月18日の「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つて、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、……かゝる場合には刑訴400条但書の規定によることは許されない」という判決以降も、同様の視点からの疑問の提起がおこなわれている。

疑問の第1点は、このような事実の取調により、口頭主義・直接主義・弁論主義の要請を充足して、犯罪事実の認定ができるのかという疑問であり、その疑問の理由として394条は証拠調べの要否について規定したものでない（証拠調べなしに犯罪事実の認定に使えない）との見解になり¹⁹⁾、犯罪事実の認定のためには証拠調べの全面的実施が必要との主張となっている²⁰⁾。

疑問の第2点は、事後審査のためにしか認められない事後審の事実取調の中で、口頭主義・直接主義・弁論主義などの近代的刑事訴訟法の要請を充足できるのかという点に関わるものであり、上告審の破棄・自判との関連で、控訴審有罪自判における裁判所の事実認定につき、「被告人の有罪を認定するためには、厳格な証明が要求される」²¹⁾が、そのような場合は例外で判決は差戻しすべきことになるという批判として、田宮裕博士により提起されている。

また、光藤景較博士によって、破棄された第1審無罪判決を利用して控訴審有罪判決の事実認定をすることが批判され、原判決破棄後は必ず1審に差戻し、無罪破棄に対応した充分な防御の機会を被告人に与えるべきだと主張されている²²⁾。

(c) このような疑問はさらに継続し、近時も、直接主義・口頭主義の保

障をトライアルの保障ととらえ、その堅持を前提として、前示の昭和31年大法廷判決（刑集10巻7号1147頁）が「事実の取調べに第一審公判手続に代わるトライアルの役割を担わせようとしたことは無理があった」との批判が行われている²³⁾。

（2）事実認定と控訴審の事後審性との不整合の理由

これらの疑問を生む上記の不整合は、直接的には、控訴審有罪自判の事実認定と、旧法の覆審の場合のように新たな事実の認定や量刑を目的として自ら証拠を取り調べるべきものでない（最判昭和25・12・24刑集4巻12号2621頁）という、事後審たる控訴審の審理方式との不整合から生ずるものであるが、そのもとは現行刑事訴訟法の、「伝聞法則採用の結果、第1審では判決裁判所の面前での人証の取調を、原則としながら、他方控訴審では記録中心の事実判断を許すという矛盾」²⁴⁾にあると考えられる。この矛盾が控訴審有罪自判でも出現し、「控訴審では記録中心の事実判断を許す」ことになっている事後審たる控訴審審理方式の中で、厳格な証明による合理的な疑いを越えた証明による自判（有罪認定）および被告人の手続的権利の保障を行わなければならないということになってくるのである。

これに対して判例は、「第1審において証拠とすることことができた証拠は、控訴審においても、これを証拠とすることができます」（394条）という規定を根拠にあげ、前示の最判34・2・13（刑集13巻2号101頁）のように、第1審において証拠とできることことができた証拠は、証拠能力を失わないだけでなく、控訴審で改めて証拠調べをする必要がないとし、破棄自判する場合も同様であるとしている。

しかし、これに対しても疑問がある。控訴審での事実の取調により証明される事実が、その取調の結果のみによって証明されず、第1審で取り調べられた証拠との総合で認定されることはないのか、その場合に第1審で取り調べられた証拠について「控訴審で改めて証拠調べをする必要がない」ということは、それが書証であるときは伝聞法則の適用がないことを意味

するが、伝聞法則は証人審問権・対質権という憲法上の権利（憲法37条2項）に関わるものであり、不適用を正当化する事由が必要である。また、控訴審判決の中で、控訴審での事実の取調べの結果のみによって証明されたとされても、刑訴法405条の上告理由のもとで、それを事実誤認や法令違反の上訴によって検証することはできない。自判を認め、控訴審を事実認定を行う審級とし、それに適した手続きを追求しても、その手続きの当否、その手続きの実行を、事実誤認や法令違反の上訴によって検証することができず、これの担保は十分でないといわざるを得ない。

(三) 被告人の防御と控訴審の事後審理方式との不整合

事後審たる控訴裁判所の「調査」の義務は控訴趣意書に包含された事項であり（392条1項）、「調査」の権限も法定されている控訴理由に関する事由（同条2項）につき存するものである。したがって、検察官の控訴に対する被告人の防御もこれに該当する限りでしか、控訴審の「調査」の対象にならないことになる。例えば第1審で犯罪成立阻却事由を主張したが被告人は別の理由で無罪となった場合には（構成要件該当性なし、あるいは他の犯罪成立阻却事由あり）、被告人の第1審は無罪判決であり上訴できず、認定されなかった犯罪成立阻却事由の不在が「法定されている控訴理由」として検察官より主張されることも考えられず、それを控訴審理で主張する機会のないまま、検察官控訴による「法定されている控訴理由」で無罪判決が破棄され、控訴審有罪自判を受ける可能性があることになる。

しかし、控訴審有罪自判では、原判決破棄があっても検察官の訴追は継続しているとしてなされるものであって²⁵⁾、「訴追に基いて、被告人として裁判を受ける」²⁶⁾場合であり、控訴審裁判所の裁判についても、継続的危険論からは尚更に、裁判を受ける権利（憲法32条）が保障されなければならない。そしてその内容としても、憲法31条（法定の手続きの保障）、37条（刑事被告人の権利）、さらには82条（対審および判決は公開法廷）等による権利や裁判の保障として、構成要件該当性なしとか犯罪成立阻却事由ありとかの

主張の可能性が、控訴審でも認められなければならないのではなかろうか。

(四) 控訴審予備的訴因追加と控訴趣意書に基いてする弁論および調査との不整合

控訴審予備的訴因追加は最判昭和30・12・26(刑集9巻14号3011頁)によつて認められ、ひろく行われている。しかし、前掲註3)の追加訴因有罪自判に対する上訴の問題は別にしても、控訴審段階での訴因変更請求は、予備的であつても、本位的訴因が認められなかつた場合、すなわち原判決破棄後の追加された訴因についての審判を求める、審判対象を確定する訴訟行為であり、検察官による弁論である。しかし、控訴裁判所の公判期日には、検察官及び弁護人は、控訴趣意書に基いて弁論をしなければならない(389条)のであるが、原判決破棄後の審判のための控訴審における予備的訴因追加が、控訴趣意書にあるとは思えず、控訴趣意書に基いてする弁論の枠を飛び出し、それを認めるることは、第一審判決の当否の判断という事後審の枠も飛び出すことになる。

このような原判決破棄(本位的訴因が認められなかつた)ときに変更され「更に判決をする場合(自判)」になる(予備的変更)訴因について、被告人は、被告事件告知の保障(憲法31条)のため、告知後に十分な防御が保障されなければならないが、そのような告知後の十分な防御に関わる控訴裁判所の調査が、控訴趣意書に包含される事項(392条1項)、もしくは控訴理由に当たりうる事由(392条2項)に限られる調査の枠内に収まる保証はない。控訴審における予備的訴因追加は、それに対する被告人の防御を前提にすると、控訴趣意書に包含される事項(392条1項)、もしくは控訴理由に当たりうる事由(392条2項)に限られる調査の枠を飛び出す可能性のあるものであり、それとの不整合を内包している。(予備的)変更告知された訴因についての十分な防御が保障されるのかも疑問である²⁷⁾。

III 控訴審有罪自判と事後審の当然の結果としての差戻しとの不整合

(1) 立法趣意からみた差戻しの目的（調べ直させること）

差戻し(400条本文)は控訴審の「事後審の構造から当然生ずる結論です」²⁸⁾と言われるものであり、言わば事後審たる控訴審の審理方式と一体となっているもので、事後審の審理方式の一部ともいえる。したがって、差戻しの立法趣意を問うことは、現行刑訴法の事後審制の立法趣意をたずねることとなる。

現行刑訴法の事後審制の立法趣意は、最終的には国会に対する提案理由の説明で知ることができる。現行刑事訴訟法制定時の「刑事訴訟法を改正する法律案」の国会における法務総裁の説明において、特に重要な改正点4点の第3として「審級制度の改正について」が以下のように説明されている²⁹⁾。

「第三の点として審級制度の改正について申し上げます。まず、控訴審を覆審としないで、事後審としたことが一番大きい改正であります。……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。即ち、控訴審は、専ら、第1審の当否を批判する審級、原判決に不当な点があれば、それを破棄し、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。(以下略)」

現行刑事訴訟法は、戦後、立法にGHQ側の了解を要する期に制定されたものであるが、当時のGHQ側の理解は、以下の資料に現れているように³⁰⁾、差戻し(send the case to the original court)の目的は「rehearing」と理解されていたものと思われる。

「The new code amened this system and adopted the principle that the only consideration in Koso appeal was to judge whether the original

Judgment was reasonable. In case the original judgment was found unreasonable the appellate court was obligated to quash the decision and send the case back to the original court for rehearing. Since thorough safeguards for the accused were provided and the procedure of first instance trial elaborately established, the old concept that a complete retrial in the second instance was necessary no longer obtained.]

これらから見ると、提案者（法務総裁）によってもGHQ側によっても、現行刑訴法制定時の事後審の立法趣意は、新刑訴法の事後審においては、破棄後は原則として原審に差戻すことであり、その目的は「調べ直させること」、「rehearing」であったといえる³¹⁾。

(2) 自判の原則化の原因

自判の原則化には二つの原因があると思われる。

第1の原因は、自判を続審に結びつけて理解することである。

差戻しが事後審の当然の結果であるように、自判は続審にとっての当然の結果であり（参照、民事訴訟法307条、308条、覆審では控訴審裁判所「更ニ判決ヲ為ス」《大正刑事訴訟法401条》の判決である）、自判を続審に結びつけて理解すること自体自判の原則化を招くものである。なお、前示のように、刑訴法は、第1審において証拠とすることができた証拠は、控訴審においても、これを証拠とすることができます（刑訴法394条）と定めるが、判例では証拠能力を失わないだけでなく、控訴審で改めて証拠調べをする必要がないものとされ、破棄自判の場合も同様であるとされており（最判34・2・13刑集13巻2号101頁）、実際の控訴審自判も続審であるような外観が呈されている。

第2の原因は、自判の判断基準である。自判は、「直ちに判決をすることができるものと認めるとき」（400条但書）とされているが、判例では自判の判断の基準は、「審級の利益と訴訟経済との兼ねあいによる判断」によると

されている³²⁾。

しかし、最大判昭和30・6・22（刑集第9巻8号1189頁、三鷹事件上告審判決）によれば、「それ以上審理をなすまでもなく、判決をなすに熟していると認めた場合」においては、「第一審に差戻しまたは移送しなければならないものとするときは、徒らに無用な手続を重ねるに過ぎないものといわなければならぬ。」のであり、有罪の心証の場合は、「審級の利益と訴訟経済との兼ねあいによる判断」は、いつも訴訟経済が優位となり自判が行われる。しかも、「それ以上審理をなすまでもなく」という判断は実体について行われているのである。そしてさらに、前示の最大判昭和30・6・22（刑集第9巻8号1189頁、三鷹事件上告審判決）の「客観的に見て、自判の結果が差戻しまたは移送後の第一審判決よりも被告人にとつ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」という要件は重視されず、「不利益」は、もっぱら実体について考えられている。

(3) 自判の原則化への疑問

しかし、自判の原則化は、それ自体として、事後審としての控訴審と不整合である。自判の原則化は単なる実情でなく、検討されるべき事態、是正されるべき事態である。前述のように、差戻しの立法趣意は、「調べ直しさせること」、「rehearing」であって、事後審の当然の結果であり、自判はこの差戻しの例外で、いわば「差戻し審の先取り」である。

自判の要件は、以上のような検討を踏まえると、自判の判断が「訴訟経済との兼ねあいによる判断」であるとしても、訴訟経済と対置される審級の利益は、一般的な「第1審裁判を受ける利益」についてのみならず³³⁾、具体的な当該事件における、差戻し判決への上訴を含む、「差戻し第1審裁判を受ける利益」についても考えられねばならない。

事後審たる刑事訴訟法の差戻しで、「調べ直しさせること」、「rehearing」すなわち「差戻し裁判を受ける利益」がないことを自判の要件とすることは、統審とされる民事訴訟法で、「更に弁論をする必要」が、控訴審が第1

審判決を取り消すときに裁判所に事件を差し戻すことができる場合（民事訴訟法308条1項）、および不適法として却下しながら差し戻す必要がない場合（307条但書）の要件に用いられていることと、平仄が合うものである。

また、その「差戻し第1審裁判を受ける利益」には、「調べ直しさせること」、「rehearing」が考慮されねばならず、その予想される結果（刑の重軽）のみならず、被告人の手続的権利保護も含まれ、さらに、被告人の手続的権利保護には、差戻し第1審の有罪判決に対する被告人の上訴の利益も考慮されなければならない。なお、差戻し第1審の有罪判決に対する上訴の利益は、被告人の人権「裁判を受ける権利」として保障されるものであるとともに³⁴⁾、平等原則からも保障されるものである。控訴審の被告は控訴審裁判所の判断で差戻しと自判にわかれ、前者は（新しい争点については）事実誤認で上訴（控訴）のできるのに、後者は憲法違反と判例違反の上告しかできず、自判についての事実誤認での上訴はできなくて均衡を欠き、それが控訴審裁判所の判断次第によるわけで、平等（憲法14条）を欠いている³⁵⁾。

IV 結びにかえて

(1) 控訴審有罪自判には、以上検討したように、控訴審有罪自判における事実認定と事後審たる控訴審との不整合（事後審たる控訴審の審理方式との不整合）、有罪自判の事実認定と事後審たる控訴審の審理方式との不整合、控訴審有罪自判と事後審の当然の結果としての差戻しとの不整合（自判の原則化には疑問があり不整合との評価になる）という、刑事訴訟法理との不整合がある。

そして、控訴審有罪自判に刑事訴訟法理との不整合がある以上、原判決破棄後の事態の処理としても自判の原則化はできず、差戻し原則に戻らなければならない。差戻し原則の下での自判が許されるためには、差戻し、差し戻し後の「調べ直しさせること」、「rehearing」すなわち「差戻し裁判を受ける利益」の保障の必要がないことが必要になる。この観点からも、控

訴審における有罪自判は許されないことになろう。

なお、控訴審の自判には有罪自判もあれば処罰のない自判もあり、検察官控訴によるものもあれば被告人・弁護人控訴によるものもあるが、控訴審自判の原則化の問題が、控訴審有罪自判の場合には顕在化してくるのである。

(2) 控訴審有罪自判を検討し、控訴審のあり方を論じても、そのあり方が実行されていることを裁判の場で事後的に検証することは、憲法違反と判例違反に限られている刑訴法405条の上告理由の限度に限られており、困難である³⁶⁾。控訴審有罪自判においては、事実誤認の上訴はできず、事実誤認の有無の事後的検証もできない。これは控訴審のありかたの事後的検証一般の問題（上告制度論など）であるが、控訴審有罪自判においても生じ、そのあり方論の実効性確保の限界となって、差戻しが必要となり、この差戻しを実現するためにも、自由権規約14条5項違反の問題が重要となる。

(3) 被告人の有罪判決に対する上訴の権利は、国際的に承認されている。被告人の有罪判決に対する上訴の権利を認めたうえで、法律問題および事実問題を上訴の理由とし、無罪判決破棄後の控訴審有罪判決（控訴審有罪自判）へも上訴を及ぼす自由権規約（14条5項）型のほか、法律問題の上訴で足り、無罪判決破棄後の控訴審有罪判決（控訴審有罪自判）へは上訴を及ぼさなくともよいとするヨーロッパ人権条約（第7議定書2条1項2項）型（主にシビル法系）の国もあるが、そこでは、あるいは自由権規約14条5項に対する留保を行い³⁷⁾、あるいは控訴審有罪判決への上訴を認めることで³⁸⁾、自由権規約（14条5項）との条文上の不整合が回避されている。

わが国は14条5項に対する留保のない自由権規約の締約国である。「上訴によつて事実誤認等を争う途が閉ざされているとしても違憲でない」（前示の最判昭和40年12月17日最高裁判所裁判集刑事157号445頁）として、控訴審有罪自判を続けることができるものであろうか。自由権規約14条5項の問題のは

かに、本稿で検討した刑事訴訟法理との不整合を含め、実質的理由もあるのであるから、原判決破棄後の控訴審有罪自判（400条但書）を行うことはやめられ、第1審への差戻し（400条本文）が励行されるべきである。それは被告人の有罪判決に対する上訴の権利の保障であるとともに、自由権規約14条「第5項に言及されている権利については、……刑事訴訟法（第351条、第372条、第405条等）、……等の法令により、十分保障されている」（自由権規約第40条(b)に基づく国連への第1回日本政府報告書）との報告を実質化することでもある。

(4) 自由権規約14条5項の問題は、わが国を含めて国内法廷における刑事訴訟法の問題であるのみならず、国際刑事裁判所を始めとする国際刑事法廷の刑事手続きにおける問題でもある。また適用に当たっては、その範囲についての議論も必要となろう。今後の議論が待たれる所以である。

- 1) 司法統計年報（令和6年・2024年第63表）によると、2024年の控訴審終局人員4928人中、控訴棄却が3671人、破棄が417人で、うち自判は397人（全部有罪376人、一部無罪9人、無罪12人）、差戻し・移送20人であり、ほかに控訴取下げ819人、公訴棄却20人、移送・回付1人であり、上告は1836人であった。
- 2) 檢察統計2024年（24 - 00 - 62）によると、令和6年の検察官控訴既済事件57人中、破棄自判の内訳は新たに有罪となった4人、刑を重くした9人、刑が同じ9人、公訴棄却3人である。破棄自判総数は25人であった。
- 3) これについて参照、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——柄木小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、その601頁。
- 4) 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。
- 5) これについて参照、加藤克佳「刑事控訴審による有罪自判と事実の取調べ」『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399・400号（2022年）1004頁。
- 6) 吉田有希「刑訴法400条但書の自判と事実の取調べに関する昭和31年前後の問題意識——最高裁昭和31年7月18日大法廷判決をめぐって——」信州大学経法論集17号（2024年）1頁、

その47頁。なおこれについて参照、久岡「刑事法学の動き」法律時報97卷9号（2025年）129頁。

- 7) これについて参照、久岡康成・前掲註3) 論文、および同「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、同「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——」立命館法学417・418号（2025年）183頁、同(HISAOKA Yasunari)「The Right to Appeal under Article 14(5) of the ICCPR and New Judgments of Conviction Rendered by the Courts of Second Instance」Ritsumeikan Law Review No. 43 (2025年) p.31。
- 8) ヨーロッパ人権条約第7議定書2条は、自由権規約14条5項に対応する条項(corresponding provisions)とされているが、その2条の表題は「Article 2. Right of appeal in criminal matters」(第2条 刑事事件における上訴の権利)である(1項が保障するのは「上級の裁判所によって再審理される権利」である)。なお、ヨーロッパ人権条約第7議定書の日本語訳は「ヨーロッパにおける人権および基本的自由の保護のための条約」(https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Convention_JPN)にある。
- 9) これについて参照、William A. Schabas, U. N. International Covenant on Civil and Political Rights Nowak's CCPR Commentary 3rd revised edition (2019) §116, p. 414 および§118, p. 415. など。
- 10) 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、この権利を「不服申立て上訴権」と上訴の権利として位置づけ、第1審かぎりで事實を確定してしまう制度に対して、「事實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」と指摘する。
なお参考、平場安治「控訴審の逆転死刑判決と再審」ジュリスト997号(1992年) 52頁、その54頁。平場安治博士は、ここで、死刑被宣告者の再審請求事件に関わり、国連経済社会理事会「死刑に直面する者の権利の保護の保障に関する決議」(1984年150号)の「6 死刑被宣告者は、その上級裁判所への上訴権を持つ」などを引用されつつ、「名張事件では、死刑の宣告を受けた者に不可欠の人権であると思われる、上訴して再審理を受ける権利が侵害された疑いがあり、むしろ侵害されたと断定してよいと思う」と、控訴審有罪自判について論じられている。自由権規約人権委員会一般的意見6(6条・生命に関する権利、1982.7.27採択)の第7項は、「7 ……独立の裁判所による公正な審理を受ける権利、無罪の推定、防衛のための最小限の保障及び上級の裁判所による再審理を受ける権利を含め、規約で定められた手続上の保障は、遵守されなければならない」と述べている。この論文で平場安治博士が引用された、国連経済社会理事会「死刑に直面する者の権利の保護の保障に関する決議」(1984年150号)の「6 死刑被宣告者は、その上級裁判所への上訴権を持つ」の上訴権は、上記一般的意見6、自由権規約14条5項の「上級の裁判所によって再審理される権利」である。
- 11) 外務省ホームページ「トップページ>外交政策>日本の安全保障と国際社会の平和と安定>人権・人道・難民>人権外交>国際人権規約」にある。
- 12) UN. Human Rights Committee, 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。

- 13) これについて参照、久岡・前掲註7) 論文「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——」(2025年) 189頁以下。
- 14) なお、事実の取り調べの方法については、宇藤崇・松田岳士・堀江慎司『刑事訴訟法〔第3版〕』(有斐閣、2024年) 548頁によれば、「事実の取調は、判決の基礎となるので、口頭弁論に基づかなければならぬ。さらに、第1審判決が、『厳格な証明』のもとでなされるものであることを踏まえると、この方式での証明を必要とする事実については、原判決破棄に至る場合のあることを考慮し、控訴審でも『厳格な証明』によるとするのが適切である」とされている。
- 15) 控訴審有罪自判に対するこのほかの批判としては、まず、上訴権剥奪と批判するものとして、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頁があり、戒能通孝「二審裁判所による有罪の自判と『公平な裁判所』」法律時報36巻2号（1964年）18頁では、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」の裁判でなければならない、控訴審有罪自判に対する（事実誤認の）上訴がないことが批判されている。また、井戸田侃『刑事訴訟法要説』(有斐閣、1993年) 281頁では、審級の利益より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とするべきであろう、とされている。平田元「控訴審における破棄自判・有罪の問題」光藤景咬編『事実誤認と救済』(成文堂、1997年) 131頁では、無罪判決への上訴が否定されている。
- 16) 小野清一郎「新刑訴における控訴審の構造」刑法雑誌1巻3・4号（1950年）375頁、その399頁。
- 17) 小野清一郎・刑事判例評釈集13巻（有斐閣、1956年5月）（最昭和26・2・22について）50頁、その52頁・53頁。なお参考、小野清一郎「三鷹事件判決批評」法律時報27巻9号（1955年）49頁、小野清一郎『刑事判例評釈集13巻』（有斐閣、1956年）（最昭和26・1・19について）11頁。
- 18) 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。
- 19) 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10月）2頁、その9頁は（同『ある裁判官の思索と意見』一粒社、1972年に所収）、「控訴審が訴訟記録及び第1審で取り調べた証拠を、控訴審で改めて証拠調べることなく、そのまま使用して、犯罪事實を認定し有罪の判決をすることは、直接審理主義、口頭弁論主義の原則に反し、憲法の精神にも反し許されないと思う」とされている。なお参考、岩田誠「控訴審における破棄自判の判決」判例タイムズ12号（1951年）26頁（同『ある裁判官の思索と意見』一粒社、1972年に所収）。また参考、岩田誠「判解」「最高裁判所判例解説刑事篇（昭和31年度）」（法曹会）249頁（72事件）、260頁（73事件）、409頁（114事件）。
- 20) 中武靖夫「控訴審の構造」『総合判例研究叢書刑事訴訟法（17）』(有斐閣、1965年) 141頁、同・平場安治・高田卓爾・中武靖夫・鈴木茂嗣編『注解 刑事訴訟法下巻（全訂新版）』(青林書院新社、1963年) 66頁。なお、高田卓爾「控訴審が無罪の第1審判決を破棄して有罪の自判をする場合と事実の取調の要否」判例評論7号（1957年）19頁。その22頁は、自

判する場合は手続が全体として統審の性質を帯びるとすれば、破棄後に「控訴審が犯罪事実の存在を認定するためには、その全体について証拠の取調べをしなければならないことになるので」、差戻し又は移送するほかないと、指摘している。

また、渥美東洋『全訂刑事訴訟法 第2版』〔有斐閣、2009年〕568頁でも、一審と同様の当事者主義・論叢主義による事実認定の確保の視点より、「事実の取調べをしたうえで自判する場合も、原判決の事実誤認を理由に破棄して、被告人に不利な事実認定より自判する事も憲法37条に照らして疑問を残しているのである。」と述べられている。

さらに、藤野英一「刑事控訴審の手続面における事後審査と統審性（上）（下）」ジュリスト545号（1973年）106頁、同546号（1973年）103頁、の（下）の108頁では、不利益な事実認定をする自判に厳しい判例は、原判決の差戻し移送を示唆しているとし、さらに差戻し移送をすべき理由として、「被告人が上訴の利益が奪われるなど」のいろいろの不利益があることを指摘している。

- 21) 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、その39頁。
- 22) 光藤景皎『口述刑事訴訟法Ⅲ』（成文堂、2005年）52頁。そこで引用されている光藤景皎「無罪判決破棄自判の問題性」『田宮博士追悼論集（上）』（信山社、2001年）論文では、前掲註10) 平場「控訴審の逆転死刑判決と再審」が引用されている。
- 23) 前掲註6) 吉田有希「刑訴法400条但書の自判と事実の取調べに関する昭和31年前後の問題意識——最高裁昭和31年7月18日大法廷判決をめぐって——」46頁。同論文には、前掲註17) の小野清一郎博士、19) の岩田誠判事（調査官）の所説の詳しい検討がある。
- 24) 後藤昭『刑事控訴立法史の研究』（成文堂、1987年）320頁。なお参照。福井厚『刑事訴訟法講義（第5版）』（法律文化社、2012年）447頁。
- 25) 檢察官控訴は憲法39条に違反しないとした最大判昭和25年9月27日（刑集4巻9号1805頁）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」としている。これについて参照、前掲註7)、久岡「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——」190頁。
- 26) 法学協会編『註解日本国憲法（上巻）』（有斐閣、初版1953年）600頁。これについて参照、前掲註7) 久岡「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——」（2025年）183頁、その190頁、201頁。
- 27) これについて参照、前掲註3) 久岡「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——柄木小1女児殺害事件裁判を例として——」（2023年）597頁。
- 28) 三井誠・酒巻匡『入門刑事手続法第9版』（有斐閣、2023年）332頁。なお同書の英訳版 Makoto Mitsui, Tadashi Sakamaki, An Introduction to Japanese Criminal Procedure Law (Yuhikaku, 2024) では、差戻し、移送が求められることは、「This is the natural consequence of the review.」（270頁）である。
- 29) 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。
- 30) GHQ（統計資料局）編纂『HISTORY OF THE NONMILITARY ACTIVITIES OF THE OCCUPATION OF JAPAN 1945-1951』日本占領GHQ 正史第14卷』日本図書センター（復

刻版・1990年) 49、50頁。

- 31) 小野清一郎博士の前掲註17) 指摘の、差戻しについての「背後には、公開主義、口頭主義、直接主義の要請がある」という見解もこれに一致する。
- 32) 中山善房ほか編『大コメントール刑事訴訟法〔第3版〕第9巻』(青林書院、2023年) 436頁〔原田國男〕、502頁〔原田國男〕。
- 33) 大阪刑事実務研究会(近藤和義)「刑事控訴審の研究(第9回)」(第4節控訴審の裁判第11破棄の裁判)判例タイムズ359号(1978年)65頁。そこでは、「自判は、訴訟経済、訴訟促進に合致するものの審級の利益を害するおそれがあり、差戻、移送は、審級の利益の要請には合致するものの訴訟経済、訴訟促進には相反するものである。」と論じられている。
- 34) これについて参照、前掲註7) 久岡「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——」201頁。
- 35) これについて参照、前掲註7) 久岡「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——」(2025年) 191頁。
- 36) 後藤昭「裁判員裁判と控訴審の役割」刑法雑誌54巻3号(2015年)363頁は、控訴審における事実認定の審査方法についての論理則、経験則違反説の担保に関わり、心証代替と合理性審査の区別の不明確性につき、「皮肉にいえば、判決理由の書き方さえ気をつければ、控訴裁判所はどんな結論でも採れるのだという見方もあり得る」可能性を指摘している。控訴審の判決に対する事後の検証の難しさを表すものと思われる。
- 37) これについて参照、前掲註9) William A. Schabas, U. N. International Covenant on Civil and Political Rights Nowak's CCPR Commentary 3rd revised edition (2019) §124, pp. 420, 421; §121, p. 418. など。また、ドイツの留保等につき参照、久岡・前掲註7)「控訴審における有罪自判と自由権規約14条5項」255頁。
- 38) シビル法系の韓国刑訴法では、控訴法院は控訴理由があると認めたときは、原審判決を破棄し再び判決をしなければならないとされているが(韓国刑訴法364条6項)、第2審判決に不服があれば大法院に上告することができるとされており(同371条)、控訴審有罪自判の自由権規約14条5項との衝突はないものと思われる。なお、上告法院による被告事件についての直接判決(同396条1項)が初めての有罪判決であることもあり得るように見えるが、これについての議論は別論になろう。また、韓国は自由権規約を1990年に14条5項についての留保付きで批准し、2007年にこの留保を撤回したが、この上訴制度の仕組みは、自由権規約の批准前からのものである。韓国刑訴法の条文については、法務資料364号『韓国刑事訴訟法典』(法務大臣官房司法法制調査部、1959年)、『韓国六法』(ぎょうせい、1982年、法務大臣官房司法法制調査部編集)、安部祥太「韓国刑事訴訟法試訳」青山ローフォーラム4巻1号(2015年)85頁、『現行韓国六法』(ぎょうせい、冊子版2019年)があり、『現行韓国六法』はオンライン版で更新されている。

