

控訴審における事実の取調べ

緑 大輔 北海道大学准教授

はじめに

周知のように、控訴審では、第1審と異なって当然に証拠調べが行われるわけではなく、「必要があるとき」に「事実の取調べ」が行われるにとどまる(刑訴法393条1項)。そして、事実取調べを行うか否かは、原則として控訴裁判所の判断に委ねられており、例外として、第1審の弁論終結後、原判決前に生じた事実の証拠または「やむを得ない事由」によって第1審で取調べを請求できなかった証拠であって(刑訴法382条の2)、事実誤認または量刑不当の立証のために不可欠なものは、必要的な取調べの対象となる(刑訴法393条1項但書)。また、原判決後の情状については、職権による取調べが認められている(刑訴法393条2項)¹。本稿は、このような控訴審における事実の取調べについて、近時の議論を確認するとともに、今後問題となりうる点などを概括的に検討する。

さて、本誌では、1998年に特集「控訴審は怖くない」が組まれた。そこでは、控訴審における事実の取調べについて触れた論考において、控訴裁判所が控訴趣意書や原審訴訟記録・原判決によって心証を形成したうえで証拠調べの要否・程度について判断するという控訴審の構造や、裁判所の負担軽減という観点ゆえに、「現実には、具体的な事件において被告人の救済に必要な事実の取調べは実施されておらず、形式的・消極的審理に流されているとみてよい」と指摘されている。しかし、他方で「やむを得ない事由」については「相当柔軟な解釈」をしているうえ、裁量による取調べの幅も広いとも指摘されていた²。

*裁判員裁判が導入され、しばしば第1審重視の流れすら指摘される現在は、控訴審における事実の取調べをめぐる状況はどのようになっているのだろうか。

事実の取調べをめぐる現状と議論

1 事実取調べの現状

控訴審における新たな事実の取調べについては、従来に比べて厳しくなってきたという趣旨のことは、実務家と接すると耳にすることが多いし、従前からそのような予想もなされていた³。近時の運用実態について分析した論考によれば⁴、2000(平成12)年には事実取調べ率(控訴終局人員数に対する事実取調べ人員の割合)が75%だったところが、2010(平成22)年には59%に低下しており、証人調べの割合も低下していることが指摘されている。また、同論考は、控訴判決人員数(棄却・破棄)に対して事実取調べが実施された割合を、被告人控訴と検察官控訴とに分けて、控訴理由別にも算出している。そこでは、量刑不当の場合の事実取調べは、2000年には被告人控訴の場合は95%、検察官控訴の場合には98%で実施されていたが、2010年にはそれぞれ80%、73%に低下していることが示されている。また、事実誤認の場合の事実取調べは、2000年には被告人控訴の場合は91%、検察官控訴の場合には92%だったが、2010年にはそれぞれ58%、75%に低下しており、特に事実誤認を理由とした被告人控訴の場合に事実取調べを行う割合が大幅に低下していることが読み取れる⁵。したがって、近年の控訴審における事実の取調べのハードルが上がっている

という感覚は、統計上も根拠のあるものだといえそうである。

2 事実取調べをめぐる議論

(1) 2つの考え方?

このような運用の背景には、どのような考え方があるのだろうか。裁判員制度の下での控訴審の事実取調べのありようについては、2つの考え方があると指摘されている⁶。この整理によれば、第1の見解は、公判前整理手続や裁判員制度の導入による第1審の変容(証拠の厳選と直接主義・口頭主義の徹底)に対応して、控訴審における事実の取調べは制限的であるべきであるとするものである。この見解の下では、刑訴法393条1項但書による必要的な取調べの範囲、すなわち382条の2にいう「やむを得ない事由」の有無およびその疎明を厳格に審査すべきであるとされ、393条1項本文により取り調べるのが相当な証拠の範囲、すなわち事実の取調べの必要性の判断基準も厳格に解釈・運用しなければならないとされる⁷。他方で、第2の見解は、裁判員裁判の導入により事実の取調べについては従前よりも厳格な運用が行われるべきだとして、事実の取調べとりわけ新証拠の取調べの範囲については、控訴審の誤判是正機能や被告人を救済すべきだという職責を相対的に重視し、事実取調べについて比較的柔軟な立場に軸足を置くものである⁸。

これら両見解とも、大枠において裁判員制度の導入を受けて控訴審の事実取調べを厳格化すべきだという点では変わりはなく、これらの見解を背景として控訴審における事実の取調べが抑制的になったと推測することは許されよう。もっとも、両見解の具体的な帰結にどこまでの違いがあるのかは明確とまではいえない⁹。両見解は、控訴裁判所の姿勢を示すにとどまっているといえよう。そのため、依然として事実取調べの類型に応じて検討する必要があるだろう。

なお、最一判平24・2・13刑集66巻4号482頁は、控訴審の性格を「原則として事後審」だとして、第1審で直接主義・口頭主義が妥当していること等を理由に挙げて、刑訴法382条の事実誤認について、「第一審判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることを具体的に示すことが必要であ

る」と判示している。この判決が控訴審の事実の取調べに影響を及ぼすという理解もありうる¹⁰。しかし、同判決は、控訴裁判所の職権による事実取調べについては何ら言及していない。また、「論理則、経験則等」という表現の下では、判決理由のみならず、記録に含まれる証拠を考慮して判断するであろうし、事実の取調べの要否もこれらと当事者の主張を踏まえて判断されるであろう。そうすると、仮に事実誤認審査において「論理則、経験則等」が重視されるとしても、そのこと自体が直ちに事実の取調べを消極的なものにするわけではないだろう。むしろ、第1審における公判前整理手続の存在や、直接主義・口頭主義、裁判員制度の存在のほうが、控訴審における事実取調べとの関係が深いものと思われる。以上のように考えると、最高裁平成24年判決は、控訴審による事実の取調べについて、何か具体的な帰結を与える性質のものではないだろう¹¹。そのため、最高裁平成24年判決との関係は以下では触れない。

(2) 必要的取調べ

まず、「やむを得ない事由」(刑訴法382条の2第1項)に該当して刑訴法393条1項但書により必要的に事実の取調べが行われる場合について、裁判員制度導入後に第1審中心主義を強調する文献を参照しても、(a)証拠の存在を知らず、かつ、これを知らなかったことがやむをえなかったといえる場合や、(b)証拠の存在は知っていたが、証人が所在不明であったとか海外滞在中であったなどの理由により証拠調べ請求ができなかった場合に限定されず、(c)証拠の存在を知っており、証拠調べ請求も可能であったが、証拠調べ請求をする必要がないと判断したことが無理からぬと認められる場合(証拠調べ請求をしなかったことについて当事者に帰責性が少ない場合)などの場合も含まれるとしている¹²。この理解の枠組み自体は、公判前整理手続・裁判員制度の導入前と変わるところはない¹³。ただ、上記(c)との関係で、公判前整理手続適用事件では、かねてから主張されているように公判前整理手続後の証拠調べを制限する刑訴法316条の32第1項にいう「やむを得ない事由」と刑訴法382条の2第1項にいう「やむを得ない事由」の関係が問題になるところであり、この点が控訴裁判所の事実取調べを慎重にさせるポイントであろう。

この問題については、刑訴法316条の32第1項の「やむを得ない」より同382条の2第1項の「やむを得ない事由」を広く解釈するのは困難だとするのが多数の理解である。その理由は、控訴審の証拠調べを自由に認めると、第1審の公判前整理手続の趣旨や裁判員裁判の導入の目的を損なうおそれがあるからだとされている¹⁴。このような理解が妥当だとしても、382条の2第1項の「やむを得ない事由」が狭いとして、具体的にどのような点で狭くなるのかが、弁護人にとっては重要であろう。

もちろん、(繰り返しになるが) 上述の(a)証拠の存在を知らず、かつ、これを知らなかったことがやむをえなかったといえる場合や、(b)証拠の存在は知っていたが証拠調べ請求ができなかった場合は、316条の32第1項でも382条の2第1項でも「やむを得ない事由」にあたる。しかし、公判での証言を弾劾する証拠で(a)(b)に当たらないものは、原則として第1審で提出すべきものとして扱われ、382条の2第1項の「やむを得ない事由」には該当しない可能性がある。そのことを示唆するのが、弾劾証拠について公判前整理手続後の被告人側の証拠調べ請求を認める下級審の裁判例(名古屋高金沢支判平20・6・5判タ1275号342頁)である。この裁判例が、判断の前提として、第1審で弾劾証拠をできるだけ取り調べて審理を充実させるといふ理解を含んでいるのならば、316条の32第1項のほうが382条の2第1項よりも広い場合の一例だといえよう¹⁵。

また、公判前整理手続で請求された証拠(証人等)が公判で顕出されたところ、取調べ請求をした側の当事者が事前に想定していた内容とは実質的に相違する内容であった場合に、新たに証拠調べ請求をする場合がありうる。この場合、各当事者の主張・証拠調べ請求の内容や、そのような事態が生じた原因や相違の程度にも左右されるであろうが、316条の32で対応すべき場面もありうるだろう¹⁶。このような場合も、現に第1審の公判で生じた事態であり、これを放置しては公判前整理を行った意味自体が失われうるため、第1審の審理の中で対応すべき問題であると思われる。そうであるとすれば、原則として、382条の2第1項に該当するとはいいにくいであろう。

もつとも、これらの類型に該当するにもかかわらず、

第1審が証拠の厳選や裁判員の負担等を理由に当事者からの追加の証拠調べを拒けた場合、当事者が控訴審で事実の取調べを求めるならば控訴裁判所は証拠採用すべきであろう。また、第1審での当事者の主張内容からして当然に存在すべき証拠であるにもかかわらず、取り調べられていない場合には、382条の2の「やむを得ない事由」に該当すると解する余地もあるように思われる¹⁷。

(3) 裁量的取調べ

次に、刑訴法393条1項本文による控訴裁判所の証拠採否裁量の基準については、「基本的には、①新証拠を取り調べることが、将来一般的にその種の証拠について、当事者の第一審集中主義を軽視する風潮を助長する結果にならないかという点(裏を返せば、これを取り調べないことが、将来の第一審集中主義軽視を抑止する効果をどの程度持つことになるかという点)と、②実体的真実の発見、具体的妥当性の追求の面で、その証拠を取り調べないことによって第一審のどのような誤りが看過されることになるかという点を比較検討して判断することとなる」としている¹⁸。この判断要素自体は、裁判員制度導入以前からすでに提示されていたものであり¹⁹、裁判員制度の導入を契機として変化したわけではない。変化したのは重点の置き方である。

かつては②に重点を置くことを明示的に主張するものもあった²⁰。しかし、裁判員制度導入後、たとえば第1審中心主義を強調する見解では、①について「これまで以上に重点を置かれるべき」だと表現されるようになった。しかし、この見解ですら、上述のように②が依然として維持されており、①が②に優越するとまでは述べていない点には留意すべきであろう。このことは、依然として控訴裁判所に393条1項本文による証拠採否裁量が広く、個別事案によって(ときには裁判体によっても)、原判決の妥当性に誤りがある可能性を控訴裁判所に感じさせることができれば、事実取調べを行いうることを示唆する。そうであるならば、事実の取調べを控訴裁判所に求めたい弁護人は、②の点に訴えかけるような控訴趣意を構成することが、依然として重要だと思われる。

とくに被告人控訴については、誤った有罪判決を防止する必要性から、より柔軟な対応が必要になる可能性も指摘されている²¹。この見解は、検察官が

証拠収集手段において被告人に優る以上、第1審への証拠の集中を被告人以上に求められることや、被告人への二重の危険禁止の趣旨から導かれるものであり、弁護人にとっては示唆に富むものであるように思われる。しかし、このような片面的な理解に当該控訴裁判所が立たないときに、上述の①②の枠組みの下で主張するとしても、第1審で証拠調べ請求をしなかったことについての弁護人の帰責性と取調べが請求されている証拠の価値を衡量し、とくに誤った有罪判決を是正する蓋然性が高い場合には、弁護人に帰責性が一定程度認められても証拠採用すべき場合があるとはいえるだろう²²。

生じうる問題

1 第1審弁護人の主張立証不足

控訴審における事実の取調べが厳格になってきている状況において、問題になりうるのは、第1審の弁護人が十分に主張立証をしていない場合である。とくに、刑事弁護の力量不足ないし意欲不足の弁護人が第1審で担当している場合、控訴審を担当する弁護人にとっては事実取調べが必要になる場面があることは十分に想像できる。

この問題について、上述のような裁量的な取調べの場合には、弁護人に一定程度の答責性があつたとしても、証拠価値の高さを主張して控訴裁判所に取調べを求めることがありえよう。さらに、第1審の弁護人が誠実義務違反もしくはそれに類するような行為を行っている場合には、ときには判決に影響を及ぼすような訴訟手続の法令違反があるといえよう。このような場合には、控訴裁判所が事実の取調べを行って救済する必要性が高まるように思われる。なぜならば、第1審において被告人が十分に防御する機会が与えられておらず、審理不十分だった蓋然性が高まるからである。

実際、被告人否認事件において、弁護人が有罪を前提とした最終弁論を行った事案について、最決平17・11・29刑集59巻9号1847頁における上田裁判官の補足意見は、「弁護人は、被告人の利益のために訴訟活動を行うべき誠実義務を負うと解される」としたうえで、「弁護人が、最終弁論において、被告人が無罪を主張するのに対して有罪の主張をした

り、被告人の主張に比してその刑事責任を重くする方向の主張をした場合には、前記義務に違反し、被告人の防御権ないし実質的な意味での弁護人選任権を侵害するものとして、それ自体が違法とされ、あるいは、それ自体は違法とされなくともそのような主張を放置して結審した裁判所の訴訟手続が違法とされることがあり得ることは否定し難い」と指摘する²³。この論理は、補足意見中に列挙されたもの以外であっても、第1審の弁護人の弁護活動の不十分さが誠実義務違反に至るような程度であれば、同様に当てはまるように思われる。そして、このような誠実義務違反の問題は、裁判員裁判適用事件であれ通常事件であれ、その考慮の仕方は同様なものと解すべきであろう。

以上をまとめると、第1審の弁護人の主張立証が不十分な場合には、訴訟手続の法令違反とかかわらせて、控訴裁判所に事実の取調べを求めるのも方法の一つとしてありうるように思われる。また、取調べを求める際に、原判決の誤りを是正するに足る証拠価値が高い証拠であれば、裁量的な取調べの枠組みの中で採用される可能性はあるように思われる。控訴審の弁護人は、その証拠価値の高さを、当該証拠を用いることによる原判決の証拠構造への影響を踏まえて具体的に論証することが必要であろう。

2 被告人の意向の変化

次にありうる問題として考えられるのが、被告人が第1審と控訴審とでその意向を変化させる場合である。具体的には、第1審では否認していたところを控訴審では罪を認める場合や、その逆の場合を想定することができよう。

この点で示唆に富むのは、大阪高判平23・5・19判タ1363号208頁である。同判決は、強姦致傷被告事件において、原審の裁判員裁判で被告人側が被害者の供述の信用性を全面的に争って無罪を主張したが、有罪となり懲役3年8月を宣告され、被告人側が控訴した事案である。もともと、控訴審では、被告人が事実を認めたとうえで被害者に対して400万円の賠償金を支払う旨の示談が成立し、被害者側から被告人を宥恕し、処罰を求める意思がなくなったとする上申書が提出された。本判決は、「訴訟手続面では一審を充実させる必要があり、ことに

一審が裁判員裁判である場合には、基本的にはその時点でできる主張はすべきであり、提出できる証拠はすべて提出した上で、裁判官と裁判員の判断を受けるべきであり、当該主張を一審でできなかつたことや証拠の提出ができなかつたことについてやむを得ない事情がなければ、一審判決後においては原則として新たな主張や新たな証拠の提出ができないとしなければ、一審の充実が覚束ないこととなる」等と判示する一方で、本件については「控訴を棄却することを十分に考えられるところである」としつつ被害者との示談や被害者等からの上申書を評価し、「原審での誤った否認の態度を改めて真に反省し、事実を認めて被害者に対する慰謝の措置を講じさせることの方がよりよいこと」だとして、397条2項により原判決を破棄し、原審の量刑を軽くして懲役3年4月を宣告した。

このように、第1審で無罪主張をしていたところ、控訴審では罪を認めて示談書の取調べを請求し、それが採用されている。仮に、被害者に対する慰謝の措置が講じられたにもかかわらず、これを控訴審で一切考慮しないとすると、第1審判決後には被告人による被害回復が行われなくなるという事態を招来する可能性が生じる。そこで、本判決はこのような弊害を回避するという政策的な観点も踏まえて、示談書の証拠調べを行ったと思われる。したがって、第1審で無罪主張をしていたところ、控訴審で罪を認めれば、直ちに事実の取調べが行われやすくなるまではいえない。本判決が指摘するように、安易にこのような主張の変化に伴う事実取調べを認めると、被告人が第1審で投機的な防御を試みるケースが出てくる可能性も生じ、第1審の審理が形骸化するおそれもある。このような事態を招来するような判断は、控訴裁判所にとっては難しいであろう。

逆に、第1審で罪を認めていたが、控訴審で無罪の主張をする場合は、問題としては深刻である。議論はその経緯に大きく左右されようが、第1審の弁護人に勧められてやむなく罪を認めていたような場合には、主張内容や証拠構造を踏まえたうえで、誠実義務違反の有無も考慮すべきであろう。また、控訴審での無罪主張を支える証拠の証拠価値の高さも重要なポイントであろう。結局のところ、上述の必要的取調べ・裁量的取調べの判断枠組みの中での

議論に逢着せざるをえまい。

3 第1審判決後の量刑事情

最後に取り上げておきたいのは、第1審判決後の量刑事情にかかわる事実取調べである。すでに触れた大阪高判平23・5・19も、この問題を含んでいた。この問題については、東京高判平22・5・26判タ1345号249頁が興味を引く。同判決は、原判決が裁判員裁判の下で4件の性犯罪につき有罪を言い渡したところ、この原判決後に成立した1件の被害者との間の示談および賠償金の支払いを理由として、原判決を破棄した事例である。同判決では、原判決後の事情を考慮したうえで397条2項により原判決を破棄自判したものであるが、その際に「事後審査である控訴審に裁判員が構成員として加わっていないこと」を重視して、原判決後の事情の考慮も「その経緯を慎重に見る必要がある」とする一方で、本件がことさらに示談の成立が原判決後になったことにやむをえない事情があり、ことさらに示談成立を引き延ばそうとしたなどの作為的なものがまったくうかがえないことを挙げたうえで、原判決が「被告人の反省態度等と並んで被害女性との示談を重視していると解される」ことに照らして、第1審判決後に示談が成立した以上、控訴審の判決時点では刑が重すぎると判断している。裁判員裁判であった原審との関係で、事後審としての控訴審の役割を強調したうえで、原審の判決書の内容を強く意識して判示している点は特徴的である。

控訴裁判所は、必要があると認めるときには、第1審判決後の刑の量定に影響を及ぼすべき情状について取調べをすることができる旨が刑訴法に定められており(刑訴法393条2項)、とくに一義的に刑の引下げを期待できる事情(示談書、賠償金の支払い)については、これに該当するものと解すべきであろう。第1審判決後の事情で、このように一義的な効果を期待できる量刑上の証拠については、弁護人は控訴審で積極的に事実の取調べを求めるべきだろう。

おわりに

刑事控訴審における事実の取調べが抑制的な傾向は、公判前整理手続と裁判員制度が定着し、第

1 審で直接主義・口頭主義が重視される限りは、今後も続くであろう。しかし、たとえば上述の最高裁判平成24年判決を過度に広く捉えて、「有罪判決について、記録上、論理則・経験則違反が見当たらないから、事実審査を怠り、考えられる疑問について、事実取調べもしないというような風潮が助長されることを心配する」という元裁判官の言葉は重い²⁴。最終的に誤った裁判を回避する役割が裁判所にあるとしても、弁護人は、そのような「風潮」の「助長」を避けるために、最善を尽くす必要がある。控訴裁判所に事実の取調べを求める際には、第1審の証拠構造を踏まえて、自ら請求する新しい証拠の意義（新証拠によって立証しようとする事実がもたらす波及効果）を具体的に主張することが必要であろう。このこと自体は、公判前整理手続や裁判員制度の導入前から変わらない。しかし、本論考で触れたような事柄を含めて、弁護人の控訴趣意書の作成能力がよりいっそう問われるようになったという点は、かつてから変化したといえるだろう。

1 判例は、控訴裁判所の裁量による新証拠の取調べをほとんど制限していない。最決昭59・9・20刑集38巻9号2810頁。

2 丹治初彦「控訴審における事実の取調べ」本誌13号（1998年）54頁以下、55～56頁。

3 田淵浩二「控訴審における証拠調べ」本誌63号（2011年）63頁以下、64頁は393条1項本文による裁量的取調べが限定的に運用されるケースが「支配的になってくることが予想される」としていた。

4 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）65頁以下。

5 被告人控訴と検察官控訴の間で事実取調べ率が異なることについて、同論考では(1)控訴件数に被告人控訴と検察官控訴の間で圧倒的な差が存在し、(2)検察官控訴では検察側が申立事件自体を選別し、主張が控訴審で受け入れられやすい事件に絞る傾向がうかがわれると指摘している。樋上・前掲注4論文69頁脚注39。

6 石井一正「刑事控訴審の理論と実務」(判例タイムズ社、2010年)433頁以下。

7 たとえば、司法研修所編「裁判員裁判における第一審の判決書及び控訴審の在り方」(法曹会、2009年)118頁以下、東京高等裁判所刑事部総括裁判官研究会「控訴審における裁判員裁判の審査の在り方」判例タイムズ1296号（2009年）5頁以下、7～9頁、東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会（つばさ会）「裁判員制度の下における控訴審の在り方について」判例タイムズ1370号（2009年）5頁以下、10～11頁、樋上・前掲注4論文71頁。また、高橋省吾「裁判員裁判と判決書、

控訴審の在り方」刑事法ジャーナル19号（2009年）32頁以下、37頁も同旨か。

8 植野聡ほか「控訴審の訴訟手続(1)」判例タイムズ1272号（2008年）50頁以下、58頁、杉森研二「裁判員制度導入後の控訴審」三井誠ほか編「鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集(下)」(成文堂、2007年)741頁以下、753頁。

9 樋上・前掲注4論文71頁は、両見解の相違が先鋭的に現れるのが、(a)第1審の公判前整理手続の「適切な選別」から漏れてしまった証拠、(b)第1審の公判審理が従前の予定と異なっていたために新たに証拠調べが請求されたが、「適切に調べられ」なかった証拠の扱いだという。すなわち、第1の見解によれば、裁判員裁判における「実体的真実に即した審理」が可能である以上、(a)(b)ともに原則として取り調べる必要はないとされ、第2の見解によればそれが不可能である以上、(a)(b)ともに取り調べる必要を慎重に吟味すべきことになるという。しかし、第1の見解がそこまでドラスティックな選択を論理必然的に行うといえるのか、疑問の余地があるように思われる。

10 最高裁判平成24年判決により、裁量による証拠調べにも厳格な枠がはめられることになると解するものとして、高崎秀雄「刑事控訴審における事実誤認の審査」法律のひろば65巻5号（2012年）45頁以下、51頁。

11 最高裁判平成24年判決について、「控訴審における事実取調べの範囲を制限するものではない」とするものとして、原田國男「事実誤認の意義——最高裁判平成24年2月13日判決を契機として」刑事法ジャーナル33号（2012年）37頁以下、43頁。

12 司法研修所編・前掲注7書119頁、田淵・前掲注3論文66頁。

13 安廣文夫「判評」法曹会編「最高裁判所判例解説刑事篇（昭和59年度）」(法曹会、1988年)381頁以下、396頁、小林充「刑事控訴審の手続及び判決書の実際」(法曹会、2000年)30頁。

14 樋口裕児「複雑困難事件における問題(その2・下)」判例タイムズ1317号（2010年）63頁以下、68～69頁、寺崎嘉博「公判前整理手続の意義と『やむを得ない事由』」刑事法ジャーナル2号（2006年）2頁以下、9～10頁、東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会（つばさ会）前掲注7論文11頁、後藤昭「裁判員裁判の無罪判決と検察官控訴」本誌68号（2011年）16頁以下、20頁など。

15 仮に同判決の射程を狭く解して、公判前整理手続終結後の弾劾証拠の証拠調べをほとんど認めないことになれば、実質的に382条の2と316条の32の証拠制限の違いは乏しくなり、382条の2のほうが「狭い」とする意味が問われることになろう。

16 たとえば、証人が打合せと異なることを公判廷の主尋問で突然言い出した場合には、当該当事者の帰責性はより少なく、当該当事者がそれに関連して新たな証拠の取り調べ請求をすることも316条の32第1項にいう「やむを得ない事由」にあたることとされやすいとするものに、宮田祥司「公判前整理手続終結後の証拠制限」植村退官「現代刑事法の諸問題(3)」(立花書房、2011年)21頁以下、32頁。

17 田淵・前掲注3論文66頁は、382条の2の「やむを得ない

事由」の解釈を「厳格にし過ぎると、当事者が立証事項の絞り込みや証拠の厳選に伴うリスクを回避する目的で予備的な主張や証拠調べ請求を行い、かえって第一審の審理が散漫になる弊害が生じる危険がある」とするが、妥当な指摘であろう。

18 司法研修所編・前掲注7書125頁以下。

19 安廣・前掲注13論文413頁、小林・前掲注13書33頁。

20 小林・前掲注13書33頁。

21 後藤・前掲注14論文23頁脚注9。また、後藤昭「判評」警察研究59巻3号(1988年)32頁以下、同『刑事控訴立法史の研究』(成文堂、1987年)317頁。

22 検察官控訴では、検察官が振込め詐欺の現金の受取役として起訴された被告人に詐欺の故意を認めなかった原判決を受けて、控訴審で詐欺の故意の立証をすべく新たな証拠調べを請求した事案がある(東京高判平23・8・9高検速平成23年120頁)。「原審の検察官が間接事実の評価ないしその見立てを誤っていたということに帰する」として382条の2にいう「や

むを得ない事由」に該当しないとし、393条1項本文の裁量的取調べについても「第一審の立証の不備を控訴審において全面的にやり直すかのような立証」は許されず、しかも被告人の役割が主導的でもなかったことなどを理由に採用を否定した。

23 本件事案については、同決定および補足意見ともに、弁護人が「被告人に最大限有利な認定がなされることを企図した主張したもののみとみることができる」ほか、事実認定上の問題点を指摘し、また被告人も最終意見陳述の段階で最終弁論について不服を述べていないことを勘案して、第1審の訴訟手続に法令違反はなかったと判断している。また、原審弁護人の誠実義務違反を理由として被告人の防御権ないし弁護人選任権を著しく侵害したと認定し、原判決を破棄した事例として、東京高判平23・4・12高検速報平成23年88頁。この事案で、控訴審は事実の取調べを行っている。

24 原田・前掲注11論文43頁。

(みどり・だいすけ)

