

主 文

本件控訴を棄却する。

当審における未決勾留日数中100日を原判決の刑に算入する。

理 由

本件控訴の趣意は、弁護士川村理、同北村行夫、同雪丸真吾、同田部井宏明、同大藏隆子共同作成の控訴趣意書(「控訴趣意訂正申立書」で訂正されたもの)に記載されたとおりであるから、これを引用する。

1 訴訟手続の法令違反の主張について

論旨は、原審が、作成者らの証人尋問を行うことなく、原審甲37ないし39、56、57、63ないし69号証を刑訴法321条3項に該当する書面として、原審甲62号証を同条4項に該当する書面として、いずれも証拠採用して事実認定の用に供したのは、訴訟手続の法令違反であるという。すなわち、刑訴法321条3項、4項は、「その作成者が公判期日において証人として尋問を受け、その真正に作成されたものであることを供述したとき」にその書面に証拠能力が付与される規定であるところ、原審弁護士は上記各書証について、作成の真正については争わない旨陳述していたものの、このような場合であっても、書面の真正についての立証手続が省略されてよいとは解されないというのである。

所論指摘の証拠は、原判決が証拠の標目に掲げているところ、これらがなくても原判示の事実を優に認定することができるから、仮に所論指摘のような違法があったとしても判決に影響を及ぼすものではないが、以下のとおり、違法はないものと解される。

記録によれば、所論指摘の甲37号証等は、司法警察員作成の検証調書や、写真撮影報告書等の検証調書類の性質を有する書面であり、また、甲62号証は、鑑定書であるが、それらの証拠申請に対し、弁護人は、原審第2回公判期日において、不同意の意見を述べ、その後、検察官の釈明要求に応じ、原審第6回公判期日において、「不同意の意見を維持するものであるが、反対尋問権を行使するものではなく、関連性ないし必要性を強く争う」旨の意見を付加した。弁護人の真意は、原審第9回公判期日において以上の証拠が採用された際に、異議申立ての理由とされているとおり、以上の証拠については関連性及び必要性を争うものの、作成の真正については争わず、その点に関する反対尋問権も放棄するという趣旨と解される。

刑訴法321条3項及び4項は、検証調書又は鑑定書という書面の性質に照らして、作成の真正が立証されれば、伝聞法則の例外として、その書面の証拠能力が認められる旨規定している。作成の真正の立証は、本来は、同条項が規定しているとおり、作成者が公判期日において真正に作成したものであること、すなわち作成者が自ら作成したことと検証又は鑑定の結果を正しく記載したことを証言することによって行われるものであるが、その趣旨は、その点についての反対尋問の機会を付与するためのものであるから、書面の体裁等から作成名義人がその書面を作成したと認めることを疑わせる事情がなく、しかも、相手方当事者が作成の真正を争わず、その点に関する作成者への反対尋問権を行使しない旨の意思を明示したような場合には、作成の真正が立証されたものとして扱うことが許されるものと解するのが相当である。そのように解しても、相手方当事者の権利保護に欠けるところ

はないし、そのような場合にまで作成者の証人尋問を行って真正に作成されたものであることを証言させることは、作成者のみでなく訴訟関係人にも無用の負担を強いる結果となるからである。なお、このような場合の反対尋問権の範囲については、作成者が自ら作成したことで、検証又は鑑定の結果を正しく記載したことのみでなく、観察や判断の正確性をも含むものと解されているから、反対尋問権の放棄が行われる場合は、原則としてその点の反対尋問権についても放棄されたものと解されることになるところ、本件もそれに該当する。

したがって、原審が、上記各証拠についての関連性及び必要性を認めた上、作成者の証人尋問を行うことなく、証拠として採用し、事実認定の用に供したことに、訴訟手続の法令違反はない。論旨は理由がない。

2 量刑不当の主張について

論旨は、被告人を懲役3年6月に処した原判決の量刑は重すぎて不当であるし、原判決が、未決勾留日数中160日を刑に算入したのも少なすぎて不当であるというのである。

そこで検討すると、本件は、被告人が、実質的に経営する株式会社（以下「被告人会社」という。）と同じ事務所を共同利用していた有限会社A（以下「本件会社」という。）の女性経営者であるBが行方不明となり、同女が保管していた本件会社の預金通帳や銀行届出印等を入手したことから、これらを冒用して払戻し請求書等を偽造、行使し、都市銀行2行から4回にわたって、預金払戻しの名目で現金合計約442万円をだまし取った事案である。

被告人は、Bが行方不明となると、同女と連絡を付けようと特に努

力することなく、その状況を積極的に利用し、周囲の者には心配する必要がないように伝えるなどしながら、わずかその数日後ころから1か月半くらいの間に、4回にわたって本件会社の2口座の預金を払い戻し、預金残高の合計を約33万円まで減少させている。しかも、その用途をみると、一部は本件会社の経費等に充てているものの、大半は、被告人会社や被告人個人の用途に費消しているほか、用途不明金としている。この点につき、被告人は、本件犯行時には精算すべき本件会社に対する債権があったと供述している。しかし、その供述は、本件会社が負担すべき家賃相当額の未払分と業務委託管理費用以外については具体的ではないところ、後者は後記のとおり架空のものといえる上、本件会社から差し入れられたという借用書についても、その貸付の原資や返済を受けたか否かも覚えていないという不合理なものである。また、本件犯行当時の被告人と被告人会社の状況をみると、運転資金等の借入債務や住宅ローン、カードローンなどの多額の負債を抱え、カードローンについては弁護士を介した整理により分割金を支払う状態であり、本件会社に対しても600万円を超える借入債務があったが、被告人の管理する口座には数万円しか残額がなかった。そして、本件会社と被告人会社の間には、業務委託管理の契約などはなく、本件会社の営業や経理は、ほとんどB1人でやっていて、行方不明になる前ころには、同女は、被告人が本件会社の営業等に関して干渉するのを嫌がって、事務所を移転したいなどと知人に話し、移転先を探している状態であった。ところが、被告人は、被告人会社の本件会社に対する架空の業務委託管理費用の請求書（控）と平成14年6月28日付の「本件会社の株式40株をBから被告人へ譲渡する」

旨の株式譲渡証をねつ造している。以上の事情にかんがみると、被告人は、Bが行方不明になった状況を積極的に利用して、自己の用途に費消するため本件各犯行を行い、その後、それを本件会社のためであるかのように隠蔽工作まで行ったものと認められる。この判断は、被告人が、本件会社で販売する製品の買い付けの契約のためBがドイツに渡航した際に同行したり、本件会社の「企画開発部長」の名刺を使ってBが対外的な交渉をする場に同席したり、あるいは被告人会社の従業員らが本件会社の仕事の手伝い等をし、本件会社に上記家賃相当額の未払分があるなどとしても、変わるものでなく、前記事情に照らせば、Bが行方不明になる直前に、被告人が本件会社の経営に事実上参画していたとはいえず、被告人又は被告人会社が本件会社に対し、本件により払い戻した金員で精算すべき反対債権を有していなかったものと認められる。

以上のような犯行の経緯、動機、犯行態様、だまし取った金額及びその後の情状を総合して検討すると、実質的な被害者である本件会社が被った被害は多額なものといえるし、本件各犯行が巧妙かつ悪質といえることができる。それなのに、被告人は、原審公判において、動機及び経緯について、不合理な弁解を続けて、責任を逃れようとしており、真剣な反省の態度に乏しい（この点、原判決の「被告人は、重要な間接事実を立証する証拠多数を不同意とし、証人尋問の実施までも余儀なくさせた」との措辞は、被告人の権利についての配慮を欠いた不適切なものであるが、被告人が証拠のねつ造までして不合理な弁解をし、その弁解の成否に関する証拠調べが必要となって、多数回の審理を要することになったという審理経過を強調したものであって、量

刑の事情としては反省の態度に乏しいことを考慮しているにすぎないことが判文から明らかであるから，量刑判断に違法，不当な点はない。)

所論は，原判決がBの実兄の処罰感情を表す文言を引用した点について，量刑資料に余罪を考慮したものに他ならないと主張する。しかし，上記のとおり，本件会社が被った被害は多額なものといえるし，本件各犯行が巧妙かつ悪質ということができるとは，被告人が，動機及び経緯について，証拠をねつ造したりして不合理な弁解をしているのであるから，本件会社の代表取締役を引き継いだ同実兄が，事前の連絡もなく一方的に被害弁償として約318万円の振込送金がされたことや公判を傍聴して聞いた被告人の弁解について，誠意が感じられないなどとして，被告人に対して厳しい処罰感情を持つのは当然のことであって，その文言を引用した原判決の量刑判断に違法，不当な点はなく，余罪を処罰する趣旨で量刑資料として考慮していると疑うべき事情はない。

そうすると，被告人の刑責は軽視できないから，被告人が上記のとおり被害弁償として振込送金したこと，被告人に古い前歴しかないことなどの事情を考慮しても，原判決の量刑が重すぎて不当であるとは認められない。また，上記のような審理の経過等にかんがみると，算入できる未決勾留日数415日のうち160日を刑に算入したことが不当に少ないとは認められない。論旨は理由がない。

よって，刑訴法396条により本件控訴を棄却し，当審における未決勾留日数の算入につき刑法21条を適用して，主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 池田 修 裁判官 河村潤治 裁判官 坂口裕俊)