

2021年4月

## 上告趣意書の紹介

乳腺外科医師事件弁護団は、2020年11月10日上告趣意書を提出しました。その組み立てと概要（上告趣意書の要約・抜粋）を紹介します。

### 上告審審理の仕組み

高裁判決（控訴審判決）を覆すためには、**憲法違反、最高裁判例違反、そして、職権で著しく正義に反する事実誤認が職権で認められた場合にだけ**上告審で高裁判決破棄となります。この仕組みに従い、最高裁判例違反から説き起こしています。

この解説では、まずは全体像を理解いただきたく高裁判決の**事実誤認**の全体像の部分から記載します。

### 無罪とすべき人を有罪とした著しく正義に反する事実誤認

#### 1 Aさんが本件当時せん妄に陥っており、せん妄に伴う幻覚が生じていた可能性が高いこと

高裁判決は、A証言が信用できるとした上で「Aが本件当時せん妄に陥っていたことはないか、仮にせん妄に陥っていたとしても、せん妄に伴う幻覚は生じていなかった」と認定して、A証言の信用性を減殺しないとした。この事実認定には、著しく正義に反する重大な事実誤認がある。

#### (1) せん妄とは何か

##### ア せん妄の定義

高裁判決は、「せん妄」とは何かを明確にしない（理解しない）まま、Aさんはせん妄に陥っていないと述べたのであり、論理則に反する。

せん妄は、**脳の機能不全であり、注意障害（注意の方向付け、集中、維持、転換する能力の低下）・意識障害（環境に対する見当識の低下）を主とし、認知の障害（記憶欠損、失見当識、言語障害、視空間認知障害、知覚障害）を伴う病態**である。

##### イ せん妄の診断基準はDSM-5とCAMでこれに代わるものはない

せん妄の診断基準は、世界的に使われている精神医学の診断基準としてDSM-5とCAMとである。意識や注意に着目した診断基準を設けている。

これらの診断基準では、せん妄発症時期が術前・術後のいずれであっても、また、患者の基礎疾患がいかなるものであっても、さらに、性別や年齢がいかなるものであっても、あまねく、せん妄の診断基準に該当すれば「せん妄」であると診断される。せん妄は、まさに急性の変動性を有する意識障害、注意障害を本質としている

## (2) 幻覚とは何か

幻覚とは、**実在の対象が存在せず、感覚器に外的刺激が入力されていないにもかかわらず、知覚体験が生じる異常体験**をいう。せん妄状態下で幻覚が生じる割合は、概ね30%（記録662-529）、あるいは大体20～50%と言われている。

せん妄状態下で生じる幻覚は、幻視の頻度が一番高く、幻視は光が見える、人影が見える等から複雑なものまで様々である。

せん妄下の幻覚は、覚醒して客観的な事実を認識しているのと同時に幻覚も生じることがある。睡眠中に見る夢とは違う。従って、外科医師がカーテンの中に入ってきたという客観的な事実を認識しつつ、覚醒したままで、外科医師が自慰行為をするという幻視を経験することも、胸を舐められたという幻覚を感じることもありうる。

高裁判決は、この点を誤解し、Aさんが客観的な事実（外科医師がカーテンの中に入ってきた）を認識しているときには、せん妄状態下ではないし、幻覚も見ないのだから、Aさんが体験したわいせつ行為（胸を舐められた、自慰行為をしているのを見た）もまた事実である、と誤って決めつけている。

せん妄状態下での幻覚は、せん妄が一定時間ずっと続いている中で、何らかの刺激があると、せん妄状態のまま、幻覚が混じることになる。刺激の度に、せん妄や幻覚になったり、せん妄から回復したりするものではない。

高裁判決は、この点も誤解し、刺激（外科医師がカーテンの中に入ってきた）があった時にはせん妄もなく幻覚もなく、その直後に「自慰行為をしているのを見た」との体験をし、その後にLINEメッセージを送った時にもせん妄もなく幻覚もないのであるから、「自慰行為」もまた幻覚ではないと誤って決めつけている。

せん妄状態下において幻覚を体験している者は、今の幻覚体験が本当のことと確信しているので、リアルタイムに幻覚を前提にした思考や判断を行い、リアルタイムに合目的で筋道だった行動（抗議して医療従事者を責めるなど）をとることが合理的に十分ありうるし、その一連の幻覚の認識、判断、行動を事実として記憶することが合理的に十分ありうるのである。

高裁判決は、この点も誤解し、記憶があるのであればせん妄状態下の認識ではなく、かつ幻覚も見えていないと決めつけたり、また、Aさんの記憶が生々しく、具体的で筋道立っていれば、それは幻覚ではなく、せん妄状態下の制限された認識でもなく、客観的な事実の体験の記憶であ

ると誤って決めつけている。しかし、Aさんが生々しく、具体的な幻覚体験をし、客観的事実と幻覚体験を渾然一体に認識し、これに対して具体的で筋道だった感情や判断を持ちながら行動し、これを明確に記憶していることは、合理的に十分ありうるのである。

要するに、高裁判決は、幻覚の定義や病態を正確に把握しないまま、事実認定をしたのである。

### (3) 高裁判決の事実認定の理由と誤り

#### ア 「ふざけんな、ぶっ殺してやる」「ここはどこ。お母さんどこ」に疑問があるとした誤り

高裁判決は、発言を聞いたという看護師 E 証言と看護師 D 証言の信用性に疑義があり、せん妄の根拠となった発言が否定されるとすると第一審判決の事実認定に合理的な疑問があるとした。

看護師 E 証言と看護師 D 証言は、白根、八巻、看護師 F 及び同室患者 G の各証言とともに、上記の事実と整合し、話の流れとして自然であり、白根の証言や麻酔記録（記録 661-58）から認定できる A さんに対する麻酔薬の投与状況に照らして医学的に不自然な点も見られず、信用性が認められる。

A さんの「ふざけんな、ぶっ殺してやる」との言動の記載がカルテにないということは信用性を否定することにならない。「不安な言動は見られていた」との記載もある。個別の発言をカルテにいちいち記載すべきという高裁判決の判断は、根拠を示して合理的判断をした第一審判決とことなり何一つ根拠を示さない証拠に基づかない誤った判断である。

#### イ 高裁判決には論理矛盾がある

なお、高裁判決は、A さんが「ふざけんな、ぶっ殺してやる」、「ここはどこ。お母さんどこ。」の発言について、その後の記載で上記発言を前提とする認定をしている。高裁判決が前後で論理矛盾を来している。

高裁判決は、これを前提にして、DSM - 5 の診断基準に照らし、A さんがせん妄状態にあり、幻覚を見ていたと評価できると認めているのである。論旨の前後で明白な矛盾がある。原

#### ウ 「LINE メッセージを打てたからせん妄ではない」とした誤り

高裁の大西証言、第一審の福家証人も小川証人も、せん妄下の意識障害があっても簡単な LINE メッセージを送信でき、冷静で合目的な行動はとりうることを前提としている。

そもそも高裁は裁判所の関心事項として「（せん妄状態の場合に、）

「Aが自分の身の回りで起きた出来事を認識する能力及びLINEメッセージを発信する能力の有無」を示しておきながら、LINEメッセージを発信できたからせん妄ではないとの判断をしたこと自体驚きである。審理の進め方自体にも自己矛盾がある。

## エ 「Aさんがせん妄に該当するとしても、直ちに性的幻覚を体験した可能性のあることにはならない」とした判断の誤り

ここで、高裁判決が、Aさんの言動をDSM-5等の診断基準に当てはめた場合、Aさんに対してせん妄という診断がされうることは否定できないとしたにも拘わらず、せん妄時の幻覚の出現頻度に注目して、Aさんが性的幻覚を体験した可能性を否定しているところは完全な誤りである。相当の高確率である出現頻度30%、あるいは20から50%という数値が証拠上存在しながら「可能性」を否定したことは余りにも無理であり強引であり誤った判断である。

## オ 「記憶がある」ことで「せん妄ではない」とした誤り

高裁判決の判断は、せん妄による幻覚が多くの場合、記憶の欠損を伴うものであるとしているが、医学的に誤っている。「幻覚は記憶に残らない」とは井原証人が証言したことを鵜呑みにしたと考えられる。この証言は、反対尋問で完膚なきまでに崩された。幻覚が記憶に残る旨の医学的な論文も多数認められている。高裁判決の判断は、医学的・科学的な根拠を全く無視し、医学的には否定された見解によって有罪認定をしている。

## カ 約17分間に覚醒と幻覚を2回繰り返したことになる」と誤解して幻覚の可能性を否定した誤り

a せん妄状態下においては、基本的に注意障害、認識障害があり覚醒はしていないものの、制限的にでも、ある程度の意識があり、外科医師の来室や退出は認識しうる。高裁判決では、外科医師の来訪を認識したことを以て、覚醒していたものとし、幻覚の可能性を否定するが、その前提が誤っているのである。

また、せん妄状態下において、実際の事実を正確に認識しつつ、同時に幻覚をも体験することは、医学的に十分ありうるものである。大西証人の体験した事例が適例である。大西証人が声をかけてきたことを認識し、「待ってください」と制止した患者は、同時に枕を商談相手と認識する幻覚を体験し、商談を続けた。この患者は、幻覚下での商談相手にセールスの必要を感じ、合目的的に相手(枕)に対して商談を行ったのである。これと同様に、Aさんが来室した外科医師を正確に認識しながら、同時に性的な幻覚を体験し、合目的的にLINEメ

ッセージを送信することも、医学的には十分ありうることなのである。

**キ 高裁判決は、外科医師が訪室した場面はいずれも幻覚を体験した可能性のあることを看過している。**

高裁判決は、外科医師がベッド脇に来た時と退出した時にはAさんが覚醒していたことを前提としている。しかし、外科医師がベッド脇に来た認識と退出した認識もまた、外科医師が実際に訪問した際の事実を認識していたものではなく、幻覚を体験した可能性がある。

場面1は客観的にあり得ない体験である。A証言は衣服をめくられた順序が右・左の順であったとしているが、現実には衣服は左前開きの形状であり右胸を顕わにするには左・右の順になるという客観的事実に合致しない。

場面2についてのAさんの証言は現実には到底あり得ない異常なもので幻覚体験としか言いようがない。Aさんが覚醒していたと認定することは無理である。

Aさんは外科医師が自慰行為をしていたのを見て、「お母さん、お母さん」と母・Cさんと呼んだところ、CさんがAさんから見て右側の奥から入ってきて、外科医師は左側の奥から逃げたとしているが、Cさんは同じ場面について、カーテンのすぐ外側に立っており、しばらくして「お母さん、お母さん」とAさんが呼んだので、カーテンの中に入ったところ、Aさんだけが居て外科医師は見なかったと証言しているのである。

また、外科医師が着用していた手術着のズボンでは自慰行為のときズボンがずり落ちてしまい行為そのものが客観的に困難で、現実にはあり得ない。

**(4) 「井原証言の信用性は高い」の誤り**

高裁判決は、「井原医師は、せん妄に関する専門の研究者ではない」と認めながら、具体的に摘示もしないで豊富な臨床経験、司法精神医学の専門家、などとして「証言の信用性は高い」としてしまった。しかし、証言内容の顕著な間違い自体から信用性は完全に否定される。

(ア) 井原医師の意見は、現代医学におけるせん妄やせん妄に起因する幻覚に関するスタンダードな診断基準や数々の症例報告や研究成果を一切無視した独自の見解を披瀝したものであり、**専門家証言としての信頼性はまったくない**。井原医師は、ビンダーの酩酊の分類(1935年)をせ

ん妄のサブタイプにそのまま置き換えた。すなわち、

低活動型せん妄=単純酩酊 =完全責任能力

混合型せん妄 =複雑酩酊 =心神耗弱

過活動型せん妄 =病的酩酊 =心神喪失

このような概念の借用や置き換えがいかなる医学的根拠に基づくのかについて、井原医師は、「酩酊はアルコールによるせん妄の一種」だという以外に何一つ説明しなかった。こうした置き換えができるという医者は地球上に井原医師しかない。

(イ) 井原医師は、せん妄の精神医学は「法廷用の学問ではない」と勝手に決めつけた。また、「せん妄に関する一般的な精神医学的な知識を [本件に] 当てはめるのは、極めて危険」だなどと言いつつ。しかし、こうした意見の根拠となる医学的知見は何一つ示されなかった。

(ウ) 低活動型では見当識が保たれているとか、記憶障害が少ないというのも、医学的事実に反している。DSM-5では「A基準」として、まず第一に「注意の障害（すなわち、注意の方向づけ、集中、維持、転換する能力の低下）および意識の障害（環境に対する見当識の低下）」があげられている。

(エ) 井原医師は「低活動型には幻覚はない」と証言したが、低活動型には幻覚が伴わないなどという医学的な根拠は全くない。DSM-5にもそのような記述はない。

(オ) 井原医師は、麻酔から覚醒する過程は、重症例である過活動型から混合型そして低活動型への移行にほかならないと決めつけてしまった。この回復の過程に逆戻りはないというのである。しかし、せん妄という病態の基本的な特徴が「浮動性」であること 短時間に意識状態が変動すること は専門家の間では常識的なことがらである。DSM-5も「1日の経過中で重症度が変動する傾向がある」と指摘している

(カ) 井原医師は「狭い意味でのせん妄」（=過活動型）は後で思い出せない、幻覚は記憶されないと断言した。こんなことを言う医師は井原医師以外には存在しない。

(キ) 井原医師は、Aさんがラインを打った後に「ここはどこ、お母さんどこ」と発言したことを無視した。この点を弁護人に指摘されて、井原

医師は「非常に衝撃的な出来事」が起きて「気が動転した状態」での発言と考えられると説明した

(ク) 高裁判決は、井原が言う「せん妄一般」とは、小川証言、大西証言で述べられたせん妄を指すと考えられ、Aさんのせん妄についての捉え方を異にするものと考えられるところ、弁護人の指摘は「せん妄一般」を前提とするものであり、井原証言と噛み合っておらず、井原証言に対する批判として必ずしも的を射たものとはいえないとする。

しかし、DSM-5に明らかなように、Aさんに生じたせん妄と「せん妄一般」とを医学的に区別する根拠はなく、およそ注意障害を有するものをせん妄とするのであり、患者が若年で終末期でなくても、低活動型であろうと、せん妄と診断される場合には注意障害が見られるのであるから、Aさんがせん妄下にあったと診断される以上、その証言に信用性は認められないのである。

言い方を替えれば、井原証言と大西証言や弁護人の指摘とはAさんに生じたせん妄についての捉え方が違うというのは、井原医師のせん妄の捉え方が医学的根拠のない独自のものであることに帰着するのであり、井原証言に信用性がないことに他ならないのである。

(ケ) 「せん妄について、老人と若者とでは異なる」など、井原医師の主張を裏付ける医学的な知見がない以上、井原医師に「豊富な臨床経験」があろうとも、それは医学的根拠のない井原医師独自の認識に過ぎないのであって、井原医師の意見の信用性を高めることにはならないのである。

## (5) 「大西証言の信用性は低い」の誤り

### a 大西証言には高い信用性がある

#### (ア) せん妄研究の第一人者

大西秀樹医師は、数十年間にわたり、精神腫瘍科医として、日々、せん妄患者の診察、治療に従事している。診療対象となる患者は、必ずしもがん末期の患者ではなく、若年のがん・腫瘍の患者もいれば、その他の疾患を伴う患者もいる。最も多い患者層は、乳腺領域の疾患を持つ患者である。年間新患担当数は240名を超え、年間担当患者数は2500名程度である。

大西医師は、精神科領域の中でも特にせん妄分野で多大な業績をあげている。精神医学関連学会の要職を歴任し学術論文120本程度のうち半数はせん妄に関連するものである。専門書籍が40冊程度あり、特にせん妄に

関する著書だけでも 15 冊程度にのぼる。大西医師が我が国のみならず世界におけるせん妄研究の第一人者であることは疑う余地がない。

#### (イ) 学術的に正当な DSM - 5 と CAM とで診断

大西医師が依拠したのは DSM - 5 と CAM という診断基準である。DSM は、米国精神医学会が発行する精神疾患の診断統計マニュアルであり、1952 年に第 1 版が出版された。DSM - 5 は第 5 版である。精神医学界で世界的な評価を受けているため、本邦の精神科診療においても広く使われているし、また、わが国の裁判実務でも多用されている診断基準である。せん妄に関しても、DSM - 5 は、感度も特異度もよく、臨床に携わる精神科医にとって「最も標準的な診断基準」である。CAM (Confusion Assessment Method) は臨床現場において使用するために開発された診断基準で、麻酔科医、集中治療医、他の臨床に従事する医師、看護師に幅広く利用されている診断基準である(記録 662-513~514)。

大西医師は、第一審判決の認定事実、論告要旨そして最終弁論記載の事実を忠実に、DSM - 5 と CAM の診断基準に当てはめて、A さんが術後相当の間(少なくとも、午後 2 時 45 分から午後 3 時 12 分の約 30 分以上の相当時間)、せん妄状態であったか否かを診断した。

カルテ記載や関係者の供述等の文面上の情報からせん妄を診断する方法については、学術的にも正当な診断方法である。

#### (ウ) 丁寧な診断でせん妄状態と診断した

大西医師は、第一審判決の認定事実、検察官の主張事実、弁護人の主張事実を前提に、それぞれの事実を丁寧に読み込み、DSM - 5 および CAM を用いて、それぞれ、当時の A さんがせん妄状態にあったか否かを診断したところ、そのいずれの事実からしても注意障害・意識障害並びに認知障害があり、A さんは術後相当の間にせん妄状態に陥っていたと診断した。術後せん妄が相当程度によく観られる現象であることは学術的な裏付けがある。

高裁判決は、大西医師が A さんの意識状態が悪いところばかりを拾い上げて、意識状態良好と認められる出来事を抽出していないと指摘した。しかし、せん妄は急性の脳機能不全であるから、正常な脳機能であれば通常認められないような注意障害や認識能力の欠如があればそこを抽出して診断基準に当てはめるのは正当な方法であり当然のことである。DSM - 5 にも CAM にも、正常に認識できたことを抽出するという診断基準は一切ない。

## (エ) LINEの発信はせん妄状態で可能

午後3時12分にAさんがLINEメッセージを発信できたという事実について、Aさんが認識能力を回復していた「動かぬ証拠」だという井原証言が誤りであることは前述した。大西医師は、周囲の状況に対する認識能力が損なわれていても、電話をしたりLINEメッセージを送ったりすることができることを、学術的にかつ自らの臨床経験を紹介して説明した。

自己の周囲の状況に対する認識能力が損なわれていたとしても、繰り返し体験して習得した記憶（これを「手続き記憶」と言う）は、意識的な処理なしに再実行することができる。たとえば、自転車に乗る、自動車を運転する、楽器を演奏するというような、同じような経験を繰り返すことによって獲得された記憶は、一旦形成されると意識的な処理を伴わずに自動的に機能し、長期間保存される。

## (カ) 幻覚が記憶に残らないとの見解は誤り

幻覚は記憶に残らないという井原医師の証言が彼だけの独自の見解であり、誤りであることはすでに指摘した。大西医師は自らの臨床経験に基づいて、幻覚体験は記憶に残る場合と残らない場合があると指摘した。記憶として残った幻覚は、場合によっては、固着することがある。大西医師が繰り返し体験した入院患者のせん妄下の幻覚の症例は、学術論文での症例報告の記述と一致するものであって、その信頼性を裏付けるものである。

### b 高裁判決認定の誤りを整理する

高裁判決が大西医師の意見の信用性がないとする根拠は以下の点であるが、いずれも誤りである。順に述べる。

#### (ア) 専門外であるかのような論難

#### (イ) 若年で既往症のない患者には当てはまらないとの判断

せん妄状態下における幻覚の出現頻度についても、基礎疾患や年齢により出現頻度の増減がある旨の報告はない。

#### (オ) LINE送信を手続き記憶での説明は飛躍との論難

幻覚を体験した患者は、事実と幻覚体験を混同させたまま、それに合目的に行動する。他の証拠に基づいて認定できる状況やAさんの認識と整合する部分があることも当然である（そして不整合の部分があることが問題となる）。また、大西医師は、LINEメッセージの送信が、せん妄状態下という注意障害、意識障害があり、認識能力に障害がある状態においても、手続き記憶により、ひらがなのみの簡単なLINEメッ

セージの送信は可能であると説明したのである。全て手続記憶によってなされたと述べたのではない。

高裁判決は、幻覚が事実と幻覚体験が共存することを理解しないため事実との一致すなわち幻覚でないとし、併せて、せん妄から回復している前提で論難し、認識能力の障害がある状態でも手続記憶により送信可能であることを述べたことを曲解して描き出すものでしかない。的外れであり批判はあたらない。「飛躍がある」としたのも幻覚を正しく理解しなかったからに他ならない。

#### (ク) 認識能力が劣っていた場面を取り上げて検討するのは正当な方法

高裁判決は、大西医師は、総じてAさんの認識能力が通常よりも劣っていた場面のみを取り上げ、通常と変わらない場面については捨象するという判断方法をとっており、その手法には中立性の観点から疑問が指摘できるとしたが、誤っている。せん妄の診断基準の医学的検討とかけ離れた科学的な経験則に著しく反し、「独自の」判断方法を優先させたものでしかない。注意障害や意識障害の現れを丹念に追っていく大西証人の態度が医学的な根拠に則った正しい中立性を重んじた診断態度である。高裁判決は偏見に満ちている。

#### (コ) 午後3時12分頃せん妄は回復していたとの判断の誤り

高裁判決は、Aさんにせん妄があったとしても、他の疾患等がなく、麻酔からの回復過程であったことを考慮すると、井原医師の証言のように、せん妄が回復することが不合理であるとはいえない、としたが誤っている。第一審判決が認定したように、Aさんは午後3時15分頃、目が半開きで苦悶表情で、「痛い、痛い」「ここはどこ。お母さんどこ」と言い、午後3時30分頃、「ナースコールを押したのに看護師が全然来なかった」と苦情を述べた。明らかな見当識障害、意識障害、記憶障害が認められるのであって、LINEメッセージを発信した午後3時12分頃においても、せん妄状態が回復していたと認定するのは明らかな誤りである。高裁判決は、何らの根拠もなく、認定した事実に基づくこともなく、単に「不合理であるとはいえない」という「感想」を述べているに過ぎない。

#### 結論 せん妄状態のためA証言の信用性が損なわれる

大西医師は、第一審判決の認定、検察官の主張、そして、弁護人の主張のいずれからも、本件当時Aさんが性的幻覚を見ていた可能性があるとして述べた。大西医師は、せん妄のサブタイプ(過活動型、低活動型、混合型)によらず、どのタイプでもせん妄患者は幻覚を見うると明言した(記録1647-167、170~172)。

高裁における事実取調べの結果は、第一審で証言した二人の専門家小川朝生医師（精神腫瘍科）と福家伸夫医師（麻酔科）の証言が正しいことを改めて確認した。すなわち、本件当時、Aさんはせん妄状態にあったのであり、「外科医師に左乳首を舐められた」というAさんの訴えは、ときに医学誌に報告される、麻酔手術に誘発された性的幻覚体験であった可能性があるということである。

少なくとも事件当時の午後2時45分頃から午後3時12分くらいまでAさんの証言内容が客観的事実に符合することがあっても、そのことはA証言の信用性を何ら高めることにはならない。

したがって、Aさんにはせん妄が認められ、幻覚を見ていた可能性が高く、A証言の信用性は認められない。A証言に疑問の余地を挟んだ第一審判決は、至当である。

## 2 A証言に信用性はない

Aさんの証言は「せん妄による幻覚」では説明できない事項など何一つない（むしろ、Aさんがせん妄下にあったのでなければ説明できないことが存在する）、多くの客観的事実と符合しない点、不自然な変遷、誇張があり、全体としてその信用性は大きく棄損される。

### (1) 「被害場面」に関する証言が、具体的、迫真性、客観的事実と整合することを根拠として信用性を認めることはできないことを示すえん罪の実例がある。

高裁は、Aさんの証言について、具体的であること、迫真性があること、（一部）客観的事実と整合することを根拠として、強い証明力を認めたのである。

「被害者」証言の「迫真性」や「性犯罪被害者」たる者の心理状況を過度に重視して、客観的事実との不整合を無視してその信用性を判断することは、証拠判断の手法として誤っている。そのような「被害者」証言の信用性判断がいかに危険であるか、教訓を示す事例として大阪地判平成27年10月16日強姦再審事件（確定判決大阪地判平成21年5月15日）を要点のみ取り上げる。

高裁有罪判決の記載は次の通りであった。

「強姦そのものの場面については、やや具体性を欠いている部分も見受けられるが、被害内容がそれ自体強制わいせつに比べて格段に衝撃的であることに加え、被害少女の年齢や相手が養父（実質上の祖父）であったことにも照らすと、その受けた精神的衝撃はさらに大きなものであつ

たとえ推測されるのであって、この点からすれば、弁護人指摘のとおり肝心の強姦被害の場面について多少抽象的で画一的な証言しかできていないにしても、それ自体、誠にやむを得ないものがあって、決して虚偽供述の徴表と評価すべきものではない」

などとし、さらに、「供述態度」として

「緊張感から途中で体調を崩しながらも、涙ながらに辛い過去の出来事をありのまま記憶のままに供述するなど精一杯誠実に応答していた」点を挙げ、これらを前提として、客観的証拠との不整合や被害時期に関する供述の変遷について緻密な検討をすることなく、その供述に高い信用性を認めてしまった。しかし、その後、本件被害を訴えた養女及びその兄が、かかる供述は虚偽であったことを告白し、再審において、被告人の無罪が確定した。大阪強姦再審事件の確定審第一審も、本件高裁判決も、「性犯罪被害者の心情」を過度に慮り、客観的事実との齟齬や、証言内容の不自然性、不合理性の十分な検討なしに「被害者」供述に高い証明力を認めている点で共通している。

## (2) Aさんの証言には誇張や不自然な変遷、客観的事実との矛盾が認められる

### a 両胸 v 片胸

入院直後、408号室にて外科医師から触診や手術部位のマーキングを受け、写真を撮影されたが、露出したのは術部である右胸だけであったとの証言は事実と異なる

外科医師は、Aさんに両胸を露出してもらったうえで、左右の乳腺としこりの位置を触診で確認した旨述べ、術部ではない方を含め左右の触診の必要性についても「左右の取り違いを防ぐため」であると合理的な説明をしているし、左右ともに確認することが重要であることは矢形医師の見解とも一致するものであって、十分に信用できる。

### b 「10枚以上」の写真

Aさんは、本件手術前に、408号室で外科医師の診察を受けた際、「とにかくおかしいな」と思うほどの枚数、「10枚以上」の写真を撮影された旨述べた。

しかし、実際には、撮影された写真は4枚程度である

### c 最初からマスク

Aさんは、手術室で外科医師に会った際、外科医師はマスクをしていた

と述べた。しかし、これは八巻医師と白根医師の証言と矛盾する。八巻医師は、術前のディスカッションの際に、外科医師の声がクリアーに聞こえたこと、白根医師は、手術室に入る前にすれ違った外科医師がマスクをしていなかったことを記憶していることを、それぞれ説明しており、十分に信用でき、これに反するAさんの証言を信用することはできない。

#### d 術衣の形状と矛盾

Aさんは、外科医師に左乳首を舐められたという場面について、「右の衣服をめくって...すぐに左側の衣服をめくって、その後、胸に違和感が走りました」と説明する。

しかし、Aさんのこの説明は客観的事実に反している。Aさんの右胸を露出させようとした場合には、術衣の左側を先にめくってから右側を開かせなければならない。「右の衣服をめくって」から「すぐに左側の衣服をめくっ」たとするA証言は明らかに客観的事実に反しており、むしろ、せん妄による見当識障害をに生じていたことを裏付けていると評価すべきである。

#### e 「下半身動かない」

外科医師が術後408病室を訪ねたとき、Aさんは、下半身を動かすことはできなかったと証言した。

しかし、当該フットポンプないしブーツは、使い捨ての簡易的なフットポンプであって、その重量はわずかであり（記録661 197～201）、Aさんの下半身を固定しない。下半身を動かすことができなかったという証言は、客観的事実に整合するどころか真っ向から反するものである。

高裁が、Aさんの証言は信用できるはずだという結論を先取りしたうえで、フットポンプとAさんの当時の状況を精査することもなく、符合しそうな事実に飛びついて拾い上げるという誤った評価手法に依拠していたことを示している。

#### f 「唾液べったり」

Aさんは、「右手で左乳首を触ると唾液がべったりついていていた」ことを確認したと繰り返し断言する（上記（1））（記録662 113、145、146）。

本件から1週間後に作成された平成28年5月17日付警察官調書、及び同年7月25日付警察官調書のいずれにも一切の記載がない（記録662 147～148）

当該エピソードを聞いた警察官が、本件犯罪事実を立証において不要であると判断し、調書に記載しなかったとは到底考えられない。このエピソードは、本件から4か月後の検察官の事情聴取において初めてAさんが述べたも

のであるから、そのときに初めて調書に記載されたとの理解が合理的かつ経験則に即した判断というべきである

第一審判決の「このエピソードは何らかの事情で後から付け加わったものではないかとの疑いを完全には払拭できない」（第一審7頁）との判断は合理的である。このようなエピソードを事後的に付け加えたという事実が、Aさんの証言の信用性を大きく減殺することは明らかである。

#### g 「とりあえず寝た」

Aさんは、外科医師に左乳首を舐められた直後、母親に、側にいるから寝なさいと言われたので「とりあえず寝た」（記録662 113、132）と証言した（上記（1））。

手術直後に、主治医から左乳首を舐められるという非常に衝撃的な体験をしながら、「とりあえず」寝るというのはあまりに不自然であるし、その直後に再び外科医師が訪れ、母親にAさんの側から離れるように言ったのであれば、当然、Aさんとしては母親を引き留めるのが合理的といえる。Aさんのこれらの証言は、むしろ、Aさんがせん妄の影響下にあったことを裏付けるものとして評価される。

#### h 「外科医師が逃げた」

Aさんは、外科医師が二度目に病室を訪れた際、外科医師の自慰行為を目撃し、「お母さん、お母さん。」と大きな声で母親を呼ぶと、外科医師は左側のカーテンの方から逃げて行った（記録662 114）と証言する（上記（1））。

しかし、Aさんが「お母さん、お母さん」などと大声を出したことを、Aさんと同室の患者であったGさんは一切聞いていない（記録662 15～16（同室患者G））。Gさんは、たまたまAさんと同室に入院していただけの患者であり、Aさんとも外科医師とも何らの利害関係を持っておらず、Gさんが虚偽の供述をする理由はない。

#### 1 まとめ

上記のとおり、Aさんの証言は、本件被害場面そのものに関する部分を含め、多くの不自然な供述の変遷や自己矛盾、客観的な事実と符合しない点が認められる。

Aさんは、矛盾や不合理性を指摘されると、自身は一貫して同じ供述をしてきた、弁護人の指摘する矛盾や不合理的は些末なものに過ぎないという弁解に終始し、合理的な説明を一切していない。A証言における上記の各不合理的な点は、Aさんが本件当時せん妄の影響下にあり、見当識障害及び意識障害を生じていたとすれば客観的事実に符合しない供述をしていたことも説明可能である。また、Aさんが敢えて被害事実をねつ造したものでないにしても、自身がせん妄を発症していたことを否定するために、外

科医師の DNA や唾液が付着する機会の可能性をできる限り排除し、証言を誇張する可能性は十分に合理的に認められ、またそれは A さんの上記証言の内容及び供述態度からも明らかである。

#### (4) A さんの証言は当時の病室の客観的状況に照らしてあまりに不自然である

「それほど広くはない満床の病室内、関係者の出入りは自由な病室で、しかも手術直後で看護師の出入りのあったベッド脇で、ナースコールを握らされている A さんの乳首を舐めたり吸ったりし、自慰行為をしていたという A さんが証言する被害状況は、「かなり異常な状況というべきことは否定し難い」(記録 413)

408号室の客観的状況について、何ら言及しなかった高裁の判断は、「経験則・論理則」に反するものと言わざるを得ない。

本件当時外科医師が着用していた術着のズボンは、腰の部分を紐で縛って止める仕組みとなっていて、紐を緩めればズボン全体がずり落ちてしまうものであった(記録 662 247(八巻))。そのため、「左手で私の衣服をもって、右手は自分のズボンの中に入れて、それから、出口をちらちら確認しながら、私の胸と出口を見ながら自慰行為をしていた」(記録 662 114)との A さんの証言のように、片手をズボンの中に入れて自慰行為をするということ自体、術着のズボンの形状とそぐわない証言であり、この点からも A さんの証言には疑問を差し挟むべきといえる。

### 3 アミラーゼ鑑定と DNA 定量検査

#### (1) 西尾証言は信用できない

ア 西尾は、実験経過についての客観的な記録を一切保存していない。アミラーゼ呈色検査の写真、ビデオ、DNA 定量検査に用いた標準試料の増幅曲線(これがなければ「定量」の測りようがないことは科学的にも明瞭)、検量図。定量検査に用いた DNA 抽出液は意図的に。型鑑定ではなく定量値が問題となることを知ったうえで意図的に廃棄した。

イ 実験結果記録であるワークシートを法廷で判明しただけで9カ所の訂正を行い、また、時系列に沿わない記載も行った。

ウ 検査者としての西尾の誠実さに疑念があることからすれば、アミラーゼ鑑定と DNA 定量検査は、信用できないとの帰結は導けそうにもみえるとした。「疑わしくは被告人の利益に」の原則からすれば、ここで検討を終えて無罪の結論を導くことも考慮に値するが、念のため、この点

は一旦留保することとし、仮にアミラーゼ鑑定及び本件 DNA 定量検査の結果に信用性があると仮定した場合、更にその証明力はどの程度かについても検討を加えておくこととする」として一旦留保してしまった。

エ 第一審判決は、控えめな表現を用いているが証明力にとどまらず、証拠能力、すなわち、証拠として排除されるべきであることをも示唆しているとみることができる。刑事裁判の鉄則を一旦留保して事実認定を行うことなど到底許されない。

オ これに対して、高裁判決は、西尾の科学者としてそして検査者としての不誠実な態度や警察庁の通達にも背く実験態度については判断を回避した。て「専門性、技量、実務経験」、「適切な器具等」、そして「科捜研の一般的な手順」についても、証言を支える証拠は皆無であるのに、西尾が言葉で述べたことをそのまま丸呑みしただけである。

## (2) 高裁判決の認定

### ア アミラーゼ鑑定について

「陽性反応が認められたことを示す客観的な資料は残されていないが、西尾は、科捜研の研究者として、相応の専門性、技量、実務経験を有し、通常の手順に従い、適切な器具等を用いて本件アミラーゼ鑑定を行ったと認められる上、鑑定内容について敢えて虚偽の証言をする実益も必要性もなく、一審の証言内容にも不自然な点は認められないから、陽性反応が認められたという同人の高裁証言の信用性を否定すべき理由はない」

「客観的な資料が残されていないことから、同人の証言を支えるデータを欠き、鑑定結果を客観的に検証し難いということは、その結果の科学的厳密さを損なうことにはなるが、このことから直ちに同証言の信用性が失われるとはいえない」と述べた。

### イ DNA 定量検査についても、

「科捜研では一般的にこのような手順で鑑定作業をしていると認められ、検証可能性を確保することが、鑑定結果に対する信頼性を更に高めることにつながるとしても、これが欠けているからと言って、その信用性が直ちに損なわれることにはならない」と述べた。

西尾証言についての高裁判決は、「虚偽の証言をする実益も必要性もない」という独断である。どのような証人であれ、自分の結論が正しい

と言う動機がある。科学者であれば、実験データや科学的原理を示して自分の結論が正しいことを示そうとするであろう。西尾は、自説が正しいことを示す実験データを保存せずに意図的に廃棄して自分が手を下して検証を遮断している。実験経過を廃棄した上で「私は正しい」「いつもと同じやり方でやった」といくら言い張っても、その結論に疑問を抱くというのは、科学者でなくても当然の常識的な判断である。意図的な虚偽排除は勿論、データの正確性、実験方法の科学性も検証の対象になることも当然求められる。

高裁判決は、刑事裁判の厳格さどころか、科学者のごく初歩的な常識、一般社会人の常識でも通用しない、「結論しか述べない自称科学者の意見」をそのまま真実であると認定した。このような事実認定が常識すなわち経験則に反することは多言を要しない。

### (3) 捏造やミスがないことの立証責任は検察側にある

ア 第1審判決は、西尾が意図的に検査結果を捏造したりデータの読み間違いや書き間違いをしたりすることも「直ちに考えづらい」とした。しかし、単に「考えづらい」というだけでこの検証なしで事実認定を行うことは許されない危険な方法である。

イ 科学の世界で「直ちに考えづらい」ことが現実に起こっている（STAP細胞論文での不正）、科捜研の技官や研究員による実験データのねつ造も現実に発生している（上告趣意書第2記載）。科捜研の場合は動機も分かりやすい。犯罪を探知し犯人を特定するのに資する科学的証拠を提供するというのが科捜研の仕事であり、科捜研の技官には犯人の特定に役立ちたいというバイアスが存在することは否定しようがない。

ウ 「ねつ造」に至らない、試料の「取り違い」、機器の「操作ミス」、データの「読み間違い」「書き間違い」というようなミスは、動機の有無とは関係なく、いつでも起こりうることである。

わずかA4の用紙1枚のワークシートのなかで9箇所以上も書き損じがあるということは、西尾は普通の研究員よりもミスを犯しやすいタイプの人であると考えられることもできる。ミスを事後的に発見して修正ができるようにするためにも、データの保存は必須なのである。

エ 科捜研の鑑定や実験にねつ造や不正、各種のミスがあることの立証責任を被告人側に負わせるのは不当である。被告人側には鑑定試料や実験データについてまったくアクセスが認められていない。これに対して、

検察側がねつ造がなかったこと、ミスがなかったことを証明することは極めて容易である。鉛筆と消しゴムで何度も書き換えた1枚のワークシートの他に如何なるデータも保存されず、むしろ意図的に検証のための試料やデータを廃棄してしまうという、不誠実で危険な実験者による結論だけの証言を「信用性を否定できない」と言った高裁判決には科学的な経験則に違反し、被告人に無罪の証明責任を負わせたに等しい著しい不法がある。

(4) 西尾証言(「1.612ng/μl」)以外に「大量のDNA」を示す証拠はない

DNA型鑑定の結果からDNA量を推定することができるとの結論を出したのは、第1審で検察側証人として証言した元科捜研研究員で医学博士である高橋麻衣子である。彼女は「西尾さんが1ng/μlに希釈した検体のエレクトロフェログラムにおけるホモアレルのピーク高(RFU値)の平均は、概ね検査機器のマニュアルが示しているRFU値である2000と矛盾がない。だから、1.612ng/μlは正しいと推測できる」と証言した)。

この立論は破綻しており到底成り立たない。

そもそも「1ng/μlに希釈した」というのは西尾の証言しかない。西尾は検体(抽出液)そのものを意図的に廃棄した。この前提が信頼できず高橋証言は意味をなさない。

本件付着物のホモアレルのピークは2000ではない。1500もあれば3000もある。バラツキが多く平均値が持つ意味が不明である。

そして、「1.0ng/μlの平均ピークが2000RFUであるとして」その逆が真であるのか、すなわち、「ホモアレルの平均ピーク高が2000RFUになっているのであれば、PCR増幅前のDNA量は1.0ngである。」ということが真であるのかは判然としないというのが論理的帰結になるはずであるところ、高橋は逆が真であるかについては何の説明もしない。」と1審判決も指摘している。個人識別の専門家であり東邦大学教授等でもある黒崎久仁彦医師は、「RFUの数値はDNA量を直接示すものではなく、DNA量との比例的な相関関係が出るという考えは原理として成り立たない。要するに、Aさんの左乳首に付着していた外科医師のDNAが唾液によるという証明はなく、汗、皮脂などの可能性がある。そして、その量も不明である。

ちなみに、西尾はガーゼが湿っているにも拘わらず「毛細管現象により本件ガーゼにはDNAが均質に含まれる」と説明した。1審判決が科学的に「信じがたい説明」としたことも当然である。

(5) 西尾証言(アミラーゼ陽性・DNA1.612ng/μl)が正しいとしても、外科医師が舐めたことにならない

仮定に仮定を重ねて、本件アミラーゼ鑑定において「1時間後に明瞭な呈

色反応」が存在し、かつ、Aさんの左乳首付近に外科医師のDNAが「1.612 ng/ $\mu$ l」検出されたとしても、これらの結果は、外科医師がAさんの左乳首を舐めたことを意味しない。別の機会に付着した可能性が十分に認められることを念のために述べる。「本件アミラーゼ鑑定で陽性反応が出たことは、会話による唾液の飛沫によってもたらされた可能性があることを排斥することができないことはもちろん、触診により付着した汗などの体液によってもたらされた可能性があることも排斥できない。」（1審判決）。

#### c アミラーゼ鑑定

本件アミラーゼ鑑定で採用されたブルースターチアガロース平板法（BSA平板法）の大きな特徴として「鋭敏度が高く、かつ、「特異度が低い」ことがあげられる。

高裁判決は何一つ根拠を挙げずに「汗等、唾液以外の体液がAの左乳首に付着する機会や可能性はほぼない」などと断定している。これも証拠に反する認定である。黒崎教授が行った実験とりわけ「追加指先実験」の結果や、外科医師の当日の触診の状況を検討し、常識にしたがって判断すれば、彼の汗や皮脂など、唾液以外の体液の可能性を「ほぼない」などと言い切ることなどできるはずがない。この点の高裁判決の認定方法は明らかに常識を逸脱している。論理則にも経験則にも違反している。

#### d DNA定量検査

##### 「1.612ng/ $\mu$ l」という数値の正確性

DNA型鑑定の「準備行為」に過ぎないDNA定量検査の精度については科学的に確立していないのであって、十分な検証が行われているとは言い難い。第1審判決が「通常の事案とは異なる本件の大きな特徴がある」「本件DNA定量検査の証明力については慎重な検討が要されるというべきであるし、本件DNA定量検査の結果である1.612ng/ $\mu$ lという数値を検査の具体的状況、条件等にかかわらず唯一不変の数値であるかのように取り扱うのも無理がある」と指摘しておりである。

当時十分な検証がなされていなかったMCTII8法を「科学的に信頼される方法」と言っていて（最二小決平12・7・17「足利事件最高裁決定」）科学的犯人識別証拠として採用したために、とても悲惨な冤罪事件が起こったことが忘れてはならない痛い教訓である。高裁判決にはこうした問題意識がまったくない。「1.612ng/ $\mu$ l」という検証なしと言うべき数値を唯一不変の出発点として大胆な推論を次々に行っているのである。

#### 量が多いから唾液由来だとの結論は導けない

高裁判決は、「1.612ng/μl」というDNA量は「多量」であって、「このDNAは被告人の口腔内細胞を含む唾液に由来する可能性が高い」という。

しかし、指先由来との可能性も唾液によるとの根拠は示されていない。黒崎実験の結果から、指先に付着するDNA量はその定量値に大きなばらつきがあり、大きな数値も実際に出ている。そして、外科医師の手術直前までの入念な触診等でAの左乳首に彼のDNAが付着したことに合理性もある。検察側高橋証言は、平均値ととって立証とならず、かえって「唾液の量が多すぎる」との結論となって証明にならないことになった。また、2名分の混合DNAにおいて、片方のDNAが他方のDNAにマスキングされる現象が生じることがあることを認めつつ、そのような現象が生じたという結果から、混合DNAの量の比率がいかなる比率であるかを推論することはできない（黒崎教授）。黒崎教授の立論を否定する合理的論拠は示されていない。

#### 外科医師の唾液飛沫での可能性も排除できない

唾液の飛沫が女性の乳頭付近に付着することが実験で実証された。DNA量は唾液の量に比例しない。大きなばらつきがあり、飛沫でDNAが多量になることは黒崎医師の実験で実証された。

高裁判決は「唾液が飛ぶとしてもそれほど遠くに飛ばず、下の方に落ちてしまうのではないか、左乳首付近まで飛ぶのかなどの疑問」と述べて黒崎教授の実験での実証を否定した。しかも根拠といえるものを示していない。

「唾液が下に落ちてしまう」など最たるものである。今やコロナウィルス感染が飛沫の飛散の現実を明快に示している。唾液が下に落ちてAの胸まで飛ばないなどは、非科学的・非常識で幼稚とも言える意見である。

高裁判決は、手術の前立ち（共同担当者）である八巻医師のDNAが検出されないことをもって外科医師の唾液も「付着したとは考えがたい」としたが、両者の位置が姿勢、話した時間の格差などの検討抜きでの根拠を示せない独断というべきである。

高裁判決は、高等裁判所の名においてなされた判断に値しない、確たる証拠である実証実験（黒崎証言）の合理的批判もなく、根拠や証拠も示さず裁判官の独断・主観を優先した経験則・論理則に反した間違った「推論」というほかない。

#### 4 結論

わが国を代表する麻酔学者とせん妄研究者そして多年にわたりこの問題に臨床現場で取り組んできた斯界の権威たちが、証拠を丹念に読み込み、国際的な診断基準に当てはめたくて、一致して、本件当時のAさんは麻酔覚醒時のせん妄状態であり、かつ、その症例のひとつとして知られる性的幻覚を体験していた可能性が高いと証言しているのである。これは本件を有罪とすることに対して合理的な疑問があるということではないだろう

か。

自ら「自分は専門家ではない」と言う人が、国際的に通用している診断基準や医学ジャーナルに発表された症例報告を一切無視して、「専門家はストライクゾーンを広くとる」「本件は一般的なせん妄ではない」「ほろ酔い程度であり幻覚はなかった」などと発言したとして、この意見を採用して、誰も認める専門家が国際的な診断基準に依拠して得た結論を否定するというのは、公正な態度であり経験則に則ったものと言えるだろうか。

客観的なデータを保存せず、さらに意図的に試料を廃棄してしまった実験者が、書き損じだらけの1枚の鉛筆書きのメモを見ながら「アミラーゼはプラスだった」「DNAは1.612ng/ $\mu$ lだった」と口頭で述べるのを聞いただけで、そのとおりの検査結果を認定するというのは、刑事裁判における事実認定として正しいと言えるだろうか。そのようなことでこの国の刑事裁判に対する信頼は保てるだろうか。そのような裁判がまかり通る国に住みたいと思うだろうか。

DNA鑑定や物質鑑定の実務や研究に長年にわたって携わり、科学的証拠について造詣の深い研究者が、みずから大掛かりな実証実験を行ったうえで、「DNA定量検査やアミラーゼ鑑定の結果は、外科医師が舐めなくても、触診の際の指先から、あるいは会話の際の唾液飛沫から付着した細胞がもたらした可能性がある」と証言したことは、有罪認定に対する科学的で合理的な障害になるのではないだろうか。

どこにも発表されたことのない個人的な見解や「法則」を述べる研究者、証言の途中で方針転換してしまう専門家証人の意見を、科学者の間で承認された科学的原理と実証実験を踏まえて意見を述べる専門家の意見よりも優先することは理にかなったことだろうか。

高裁裁判官たちは、こうした問に対して真摯に向き合わなかった。高裁判決のどこにも、これらの問いに対する回答は存在しない。高裁裁判官がやったことは、これらの問題にひとつひとつ正面から取り組み、刑事裁判の原理に則って結論を出すだけでなく、幾重にも再検討を重ねて、無罪の結論に達した第1審判決を、訴訟記録をつまみ食いしてひっくり返しただけである。「論理則」とか「経験則」とかいう言葉を繰り返しながら、その中身は空疎で具体的な指摘はほとんど何もなされなかった。

この逆転有罪判決を確定させることは決してあってはならないことである。それは、すべての司法関係者にとっての恥辱である。

## 無罪判決に対する検察官控訴を認めてはならなかった（憲法違反）

### 1 無罪判決に対して検察官が控訴することは不正義であり憲法違反

無罪判決に至るには多くの時間、作業、そして強固な精神力で莫大なエネルギーを注いで始めて成し遂げたものだった。

日本国憲法が定める二重の危険防止はまさに無罪判決に対して検察官は有罪への変更を求めて不服を申し立ててはならないとの趣旨である。

日本の裁判所は、このことを認めず冷淡な姿勢を変えていない。弁護団は、一審の外科医師の努力を見てきた。本件でこそ検察官の控訴が不正義であることを強調する。

### 2 二重の危険禁止の意味

日本国憲法 39 条は「何人も、実行の時に適法であった行為又は既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問われない。又、同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問われない」。この条文の前段の後半と後段（無罪とされた行為の刑事責任は問われず、また、同一の犯罪について重ねて刑事責任を問われることはない）は、刑事裁判における二重の危険(double jeopardy)の禁止を定めたものである。

日本国憲法制定の過程でコモンローの系譜を引いている。解釈の原理となる。39 条後段「又、同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問われない」が合衆国憲法第 5 修正の二重の危険条項から来ていることは疑いがない<sup>1</sup>。

コモンローでは古くから公判審理を一つの危険と考えており、したがって、無罪の評決は事件に対する最終判断であり、それに対して政府側は上訴できないとされてきた。二重の危険禁止という憲法上の保障には、刑事訴追というものが巨大な権限と権威そして無尽蔵の資源を持った国家と何等の権限も権威もなく、防御に割くことができる資源が非常に限られている（しばしば無資力な）一個人との間の紛争であることについての深い認識と洞察がある。このような圧倒的な力の不均衡のもとで国家に繰り返し有罪判決を求める機会を与えることによってもたらされる不正義と悲惨への配慮がそこにはある。そして、こうした認識と洞察と配慮の帰結として、第 1 審公判による無罪判決の終局性(finality)が刑事訴追を受ける個人の基本的権利として保障することが要請されるのである。

### 3 1950 年大法廷判決は無罪判決の上訴遮断の妨げにならない

なお、最高裁判所大法廷 1950 年 9 月 25 日判決は、1 審判決に対して検事が上訴することは憲法 39 条に違反しないと述べた。

---

1 合衆国憲法第 5 修正二重の危険条項は次のとおりである " nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy " .

しかし、この判例の事案は「無罪判決に対する検事控訴」ではない。選挙法違反事件で1審有罪判決が罰金刑としたのに対して検察官が量刑不当を理由に控訴し、控訴審が高裁判決を破棄して禁固3カ月の実刑を言い渡したという事案である。

「陪審による無罪評決は最終判断であり、被告人の危険を終わらせるもの」であって、「政府が上訴によって再公判を求めることを許さない」というルールである。陪審が有罪評決に達した後の量刑審理を政府が2度求めることはこのルールとは関係ない。

#### 4 強大な国家権力に対する個人の保護が必要

二重の危険禁止という憲法上の保障には、刑事訴追というものが巨大な権限と権威そして無尽蔵の資源を持った国家と何等の権限も権威もなく、防御に割くことができる資源が非常に限られている（しばしば無資力な）一個人との間の紛争であることについての深い認識と洞察がある。このような圧倒的な力の不均衡のもとで国家に繰り返し有罪判決を求める機会を与えることによってもたらされる不正義と悲惨への配慮がそこにはある。そして、こうした認識と洞察と配慮の帰結として、第1審公判による無罪判決の終局性(finality)が刑事訴追を受ける個人の基本的権利として保障することが要請される。

科捜研鑑定を許容してはならなかった（最高裁判例違反、憲法違反）  
最高裁判例違反・憲法違反・著しく正義に反する法令違反である。

## 1 足利事件最高裁決定

(1) 足利事件決定が科学鑑定を許容した理由は、

「(MCT118DNA型鑑定は)

科学的原理が理論的正確性を有し、

具体的な実施の方法も、その技術を習得した者により、科学的に信頼される方法で行われたと認められる。」

というものである。

(2) 高裁判決は科学的信頼性ではなく科捜研の通常の手順でよとした

高裁判決は、いわゆる足利事件上告審決定（以下「足利事件決定」という。）に違反している。高裁判決の本件アミラーゼ鑑定、本件DNA定量検査に関する判断は（既述、前記 3アイの通り）、いずれも足利事件決定に反する。

## (2) 西尾証人は「技術を習得した者」に当たらない

DNA型鑑定及びアミラーゼ鑑定を行った西尾証人は、「技術を習得した者」に当たらない。検査者の適格性欠如は、実際にやったことで判る。

**鑑定資料の色の変化に関して経緯及び結果を写真等に記録していない**

本件ワークシートには消しゴムで消して上書きした痕が7箇所、消しゴムで何らかの記載を消した痕が2箇所もある

西尾証人は、検察官から本件事案におけるDNA定量検査の重要性を説明されたにもかかわらず、本件抽出液の残余を廃棄している。

平成28年9月には、定量検査が重要であることについて検察官から説明があった。すでに、標準資料の増幅曲線や検量線が消去されていた。残っていたのは抽出液の残余でわずか2、3センチのカプセルを保存することが必要不可欠であった。それを「年末の大掃除で捨ててしまった。」

西尾に「誠実性」がないことにとどまらない。検査者としての要件に欠ける。

## (3) 「科学的に信頼される方法」で行われていない

a 高裁判決が許容した科捜研鑑定は、足利事件決定にいう「科学的に信頼される方法」にあたらない

本件DNA定量検査及び本件DNA型鑑定の間緯をふり返っておく。

Aの左乳首付近を拭ったとされるガーゼの半分を切り取り、切り取った本件ガーゼから4本の糸を採取しこれを本件アミラーゼ鑑定の資料とし、残りをDNA鑑定の資料とした。

上記資料に対してDNA抽出作業を行い、50 $\mu$ lの抽出液を得た。本件抽出液について、リアルタイムPCRによるDNA定量検査を1回行った(本件DNA定量検査)。定量検査の目的はPCR増幅に適したDNA量とすることであった。

上記定量検査の結果は、1.612ng/ $\mu$ lであったことから、これをワークシートに記載した。

この際、得られた鑑定資料の増幅曲線は保存されているが、用いられた標準資料の増幅曲線や検量図は、遅くとも平成28年8月頃までには消去された。

0.6 $\mu$ lの本件抽出液をPCR増幅にかけた。増幅産物を電気泳動し、その結果であるエレクトロフェログラムを得た。このエレクトロフェログラムのピークを見て16座位についてDNA型を判定した(本件DNA型鑑定)。検出されたDNA型は男性の1人分のDNA型であった。PCR増幅以降の手続きは2回行い、2回とも同じ結果を得ている。

平成28年9月頃、捜査担当の検察官から本件DNA定量検査の結果が重要性を持つことを知らされたが、本件抽出液の残余を同年12月頃廃棄した。

#### b 「科学的に信頼される方法」の要素に再鑑定可能性を含めるべき

「科学的に信頼される方法」とは、適切な検査資料を、技術及び経験を有する的確な検査者が、「検査機器の作動や試薬の性状が妥当である状態で、正確にデータを解析し、読み取って実施」した方法(足利事件決定調査官解説178頁)などと表現される。

特にDNA型鑑定の分野に関して、再鑑定可能性を有していることは「科学的に信頼される方法」の該当性を判断するに当たって考慮しなければならない。DNA型鑑定の分野では、「DNA鑑定についての指針(2019年)」(日本DNA多型学会)を参考にすべきである。

袴田事件抗告審決定においても、鑑定結果の証拠価値を判断する考え方の基礎として参照されている。同指針でも「DNA鑑定を実施する資料は、再度収集可能なものを除き、原則的にDNA未抽出の資料につき再鑑定可能と考えられる量を残す」と明記されている。DNA型の再鑑定を契機に冤罪が発見された例が近年多く見受けられている状況を踏まえれば、その重要性はいっそう高い。

**c 再現できなければ「科学的に信頼された方法」によるといえない**

増幅曲線や検量図は、遅くとも平成28年8月頃までには消去された。捜査担当の検察官から本件DNA定量検査の結果が重要性を持つことを知らされたが、本件抽出液の残余を同年12月頃廃棄した。

DNA未抽出のガーゼの半量が残されていても残された半量による再鑑定ができる場合には当たらない。鑑定対象の体液のような物がガーゼに均一に付着しているわけではない。再鑑定可能性をなくされた本件DNA定量検査は、正確にデータを読み取って実施された検査ということではできず、到底科学的に信頼された方法でなされたということではできない。

科学者の世界では、実験者が「定量値は1.612ng/μl」でしただけでは誰も相手にしない。高裁判決は、検証可能性の確保がなくても信用性にも証明力にも全く影響がない旨判示している。科学の世界で実験結果に求められる厳密さは、刑事司法の場面では必要ないという立場に他ならない。しかし、刑事司法は、いうまでもなく人の生命までも刑罰で奪うことができる制度である。むしろ刑事裁判においてこそ科学的証拠に対して科学的信頼性が求められる。

**(4) 定量検査は正式鑑定ではなく、前作業でしかなかった**

**a そもそも鑑定事項に含まれていない**

本件では、資料に含まれるDNA量は、鑑定嘱託事項に含まれておらず、鑑定嘱託事項であるDNA型を鑑定するための準備行為として、本件DNA定量検査は行われた。そのため、正確性をはじめ鑑定というに相応しいものではなかった。

現にDNA型鑑定では2回検査を行っているのに対して、DNA定量検査は1回しか行われていない。検査者としては定量検査を正確に行うことを意図していない(西尾証人も「定量に求められていることっていうのは、PCRをやるために型検出をすればいいということなので、1回すれば大丈夫です。つまり、定量検査は、DNA型鑑定を行うために試料中のDNA量が1ng「程度」になるようにすること目的で、実際、西尾証言からも正確性不要の認識がわかる。

(本件のPCR検査で用いる抽出液量0.6μlも概算で「1.612掛ける0.6をすると、大体0.9672ngのDNAが含まれることになります」とが証言する)。

**b 「準備行為」で科学的に確立したものとはいえない新規の手法**

本件では、DNA型鑑定の過程で、その準備行為として行われたDNA定量検査で測定された数値が本件の事件性、犯行態様を認定するための重要な証拠として扱われている。このような例は本件が最初である。

袴田事件抗告審では、初めて用いられる鑑定方法（「細胞選択的抽出法」）の証拠価値について判示がされた。

「一般的には、未だ科学的な原理・知見として認知されておらず、その手法が科学的に確立したものとはいえない新規の手法を鑑定で用いることは、その結果に十分な信頼性をおくことはできないので相当とはいえず、」「やむを得ずにこれを用いた場合には、科学的な証拠として高い証明力を認めることには相当に慎重でなければならないというべきである」（東京高決平 30・6・11 裁判所ウェブサイト〔袴田事件再審即時抗告審決定〕）。

DNA型鑑定の準備行為としてのDNA定量検査の結果の妥当性・正確性については科学的に承認されているとはいえず、本件DNA定量検査についても、袴田事件抗告審と同様、高い証拠価値を認めるに必要な検証に耐えられないものである。

## (5) 結語

以上述べたように、本件鑑定は、検査者としての西尾証人が「技術を習得した者」に当たらず、また、鑑定方法も「科学的に信頼された方法」で行われたとはいえない。高裁の判断は、足利事件最高裁決定に明確に反する（刑訴法 405 条 3 号）。

## 2 証拠物を鑑定書として扱った

訴訟手続きの著しく正義に反する法令違反、憲法の適正手続き違反となる。

### (1) 高裁判決はDNA定量検査の数値を用いて判断した

高裁判決は、「西尾の一审証言に基づく本件DNA定量検査の結果の信用性は否定できない」と述べた上で、西尾証人が証言する本件試料に含まれる被告人のDNA量が  $1.612 \text{ ng} / \mu\text{l}$  ということを前提に事実認定を行っている。

DNA量が  $1.612 \text{ ng} / \mu\text{l}$  であったという証拠は、西尾の法廷証言とワークシートの記載にしかない。本件ワークシートは「証拠物」であり、西尾証言に対する補助証拠としての機能しか持たず、これを実質証拠として用いることはできない。

他方、西尾証言は、自身の体験を述べる体裁にはなっているものの、実質的には本件ワークシートの記載を読み上げているにすぎないものである。結局、DNA量の根拠は、本件ワークシートとなり証拠物として採用された証拠を実質証拠として用いることにほかならないものであって、刑事訴訟の根本を貫く証拠法則に明確に反する。

### (2) 本件ワークシートは鑑定書としての検察官証拠申請が却下された

本件ワークシートは、検察官による刑事訴訟法第321条4項に基づく請求が却下され、証拠物として採用されることとなった。

あくまで証拠物であり実質証拠として用いることが認められていないのである。DNA定量検査の数値として本件ワークシート記載を用いてはならないのにこれに反したことになる。

### **(3) DNAの量は西尾証言をもってしては根拠にできない**

西尾証人が本件の1.612という数字を覚えていることはあり得ない。彼女が自らの体験に基づく記憶としてこの数値を語ることは不可能なのである。DNA量は鑑定囑託事項には含まれていない。型検査の準備行為であって試料の正確なDNA量への関心は低い。加えて、西尾証人は、1年間に800検体ものDNA型鑑定を行っている(証言)。何千というDNA型鑑定を行っているはずで公判期日から900日も前に行った1回の検体のDNA抽出量を小数点以下第3位まで正確に覚えていることはありえない。

高裁判決は、証拠物に過ぎない証拠を鑑定書として扱うという著しく正義に反する法令違反の暴挙を行った。日本国憲法31条にも違反する。

## 無罪判決の事実認定を論理則・経験則等違反を具体的に示すことなく破棄したこと（最高裁判例違反）

最高裁判例では高裁判決は第一審判決と違う判断をするときは、事実認定の論理則・経験則等の違反を具体的に記載しなくてはならないとしている。高裁判決は、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何ら具体的に示すことなく第一審の無罪判決を事実誤認を理由に破棄した。自らの判断は一審と違うとだけしか言わない。最高裁判例違反となる。一審の記録を読んだだけで、控訴審裁判官の新たな心証のみで信用性評価を覆し、Aさんがせん妄状態にあったのか、体験した事実が幻覚である可能性がないのか、という点については極めて非科学的に、恣意的に、専門家の証言を歪曲して評価をしたものである。このような判断手法は、控訴審における事実誤認の判断手法について判示した最判平成24年2月13日違反し破棄を免れない。

### 1 第一審判決の事実認定を変更する場合の最高裁判決の立場

もっとも適切と考えられる前例が、チョコレート缶事件（最判平成24年2月13日）である。この判決は、一審無罪、控訴審逆転有罪の事案について控訴審判決の判断手法を違法だとして破棄し一審の無罪判決を正当とした判決である。

「控訴審が第一審判決に事実誤認があるというためには、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」と明快に述べている。

その根拠は、第一審で証人を直接取り調べ、証言の証言態度などの様子も逐一体験して事実認定をしてきたことを無視することは許されないことにある。記録を読んで、高裁の裁判官としては「第一審の裁判官と考えが違う」場合にただ単に高裁の裁判官の考えを優先させるとの判断方法（心証優先説《心証比較説》と呼ばれている）を排斥しているのである。

そして、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示さなければならず、論理則、経験則等に照らして不合理であることを示していないこと自体が上告審の審査の対象になり、刑事訴訟法382条の解釈適用を誤った刑訴法411条1号「判決に影響を及ぼすべき法令の違反」にあたるのである。

高裁判決（本件控訴審判決）は、表面上の言葉こそ「経験則、論理則」という言葉を用いているものの、その実質は心証優先説（心証比較説）によるものとの疑念が濃厚であり、経験則、論理則等違反を具体的に示していない。以下、高裁判決の判示が上記最高裁判例に違反していることについて個

別に述べる。

#### 4 高裁判決の最高裁判例に違反していることを指摘する

##### (1) A証言

A証言のうちせん妄の影響の有無を除く部分についての評価については、第一審判決も基本的には信用性を肯定しているのであって、控訴審判決はこの点について第一審判決の判断が経験則・論理則等に照らして不合理であることを何ら具体的に示しているとは言えない。むしろこのように虫食的に第一審判決の判断について疑問を呈したり、控訴審判決が、A証言の概要についてあえて第一審判決での摘示に加えて、「初めは、診察しているのかなと思っていたが、すぐにそんな診察は絶対ないと思って、いろんなことを考えた」や、「寝ていると思っているからこんなことをしているんだと思い、起きた状態になったらきっとやめてくれると思ったので、起きてくる演技をした」や、「上半身を揺すったり、ううん、ううんとうめき声みたいなものを出して、私、今から起きますよ、という感じのことをした」や、「下半身は動かさなかったので、上半身を一生懸命動かした」といったA証言の要素を付加した。控訴審判決の姿勢そのものが「高裁判決に示された心証ないし認定と控訴審裁判官のそれとが一致しないことを事実誤認というとする考え方」（心証優先説）に依拠していることを示している。

##### (2) A証言が語る状況が「かなり異常な状況である」点について控訴審判決は判断を示していない

ところで、第一審判決は、それほど広くはない満床の病室内、関係者の出入りは自由な病室で、しかも手術直後で看護師の出入りのあったベッド脇で、ナースコールを握らされているAさんの乳首を舐めたり吸ったりし、自慰行為をしていたというAさんが証言する被害状況は、「かなり異常な状況というべきことは否定し難い」（記録413）として、A証言の信用性を減殺する方向の一事情ととらえた。結果的にはこの「異常な状況」と評価できる事実は、幻覚であることを支える事情に連なるのである。

ところが、控訴審判決はこれらの事実についての第一審判決の評価（すなわち、Aさんが語る状況は「異常な状況」であり、そのような事実があったとするには疑問が生じる方向に働くというもの）について全く言及していない。黙殺したのである。控訴審判決は、第一審判決の証拠評価が論理則、経験則に違背していることを具体的に摘示しなければならない。この点を見て見ぬ振りをするのもまた、上記最高裁判決が否定した判断手法である。

##### (3) せん妄についての控訴審判決は論理破綻している

- a 第一審判決は精神医学のみならず麻酔学の見地からもせん妄の可能性を認めたが控訴審判決はこの点を看過している

一方、控訴審判決は福家証言、小川証言について信用性を否定しようとした。その論拠は、両証言とも、Aさんが「ふざけんな、ぶっ殺してやる」、「ここはどこ。お母さんどこ。」という言葉が発していたことを前提とするものであり、「これらの事実が認定できないとすると、各証言の信用性も大きく損なわれる」とした。

判断の支柱の片方である麻酔学の見地からの福家証言についてその信用性を否定した論拠は、この「ふざけんな、ぶっ殺してやる」、「ここはどこ。お母さんどこ。」というAさんの言動を前提としたという一点のみであり、しかも控訴審判決自身、このAさんの言動について「認定できない」と断言することなく、「これらの事実が認定できないとすると、という極めて中途半端な判断しか示していない（なお、この「ふざけんな、ぶっ殺してやる」、「ここはどこ。お母さんどこ。」発言は実際に存在したという点については別途詳しく述べる）。

現に控訴審判決自身、同じ判決文の中の別の箇所では「ふざけんな、ぶっ殺してやる」、「ここはどこ。お母さんどこ。」発言が存在した前提での判断をしている。これは控訴審判決が自己矛盾に陥っているとしか言いようがない。控訴審判決が論理破綻していることを示している。この一点のみからしても高裁判決は破棄されなければならない。

- b 前提事実について、論理則、経験則違背を具体的に示さず判断を覆した

控訴審判決は、上記のとおり、「ふざけんな、ぶっ殺してやる」、「ここはどこ。お母さんどこ。」といったAさんの発言について、これらの発言があったとする看護師Eと看護師Dの証言の信用性に疑問を入れて、その事実を否定しようとした（明確に否定したわけではない）。この点についても、看護師Eと看護師Dが病院関係者だという理由や、カルテにこれらの言動についての記載がないといった理由を示すのみ（しかもその理由は誤っている）で、第一審の事実認定が論理則、経験則に違背していることを何ら具体的に示していない。経験則、論理即答に違反したことを具体的に述べるどころか、証拠の裏付けもない高裁判官の主観での判断となっているのであって最高裁判例違反の判断手法である。

- (4) 検証可能性のない科学的証拠についての判断の誤り

アミラーゼ鑑定やDNA定量検査の信用性に疑義を呈した第一審判決の判断について、高裁判決は、西尾の証言内容について不自然な点が認められな

いとして、西尾証言の信用性を否定すべき理由はないなどとした（記録 1615）。そして、第一審判決の判断については「西尾証言の真否が客観的に検証し難いことなどを理由に、信用性に問題があると判断したものと解されるが、このような証拠評価の在り方は、論理則、経験則等に照らして合理的なものとはいえない」とした。しかしここでいう「論理則、経験則等に照らして合理的なものとはいえない」の具体的な中身は何も示されていない。

高裁判決は、科学的証拠についての第一審判決の証拠評価の在り方について、「論理則、経験則」といったキーワードを用いているが、第一審判決の的確な指摘に対して、批判の中身は何も具体的に示されていない。「不自然な点が認められない」など論証に値しない主観の開示である。これもまた、上記最高裁判例に明らかに反する。

#### (5) 外科医師の DNA が A さんの左乳首付近に付着した可能性についての判断の誤り

控訴審判決は、「本件手術前後の被告人と A の接触状況を踏まえても、被告人の汗等、唾液以外の体液が A の左乳首に付着する機会や可能性はほぼないと考えられる」などと第一審判決の認定を覆した。

外科医師は手術直前に八巻医師と胸をはだけた状態の A さんを前にして手術の方法等について会話をした事実、入念に触診をした事実は動かない事実であり、外科医師の DNA が検出され、アミラーゼ反応も出たという可能性を実証実験の結果をもとに認定している。高裁判決の判断は第一審判決の周到な認定に対して一顧だにせず結論だけを披瀝しているだけである。論理則・経験則等を具体的に述べるのとはほど遠い。

#### 5. 結論

高裁判決の判断は、A 証言どおりの事実があったに違いないという心証から、A 証言、せん妄についての専門家の意見、科学的証拠の評価のいずれについても結論ありきの判断をした。

第一審では 22 人の証人尋問を実施するなど濃密な証拠調べを行った。その結果が第一審判決である。判断も慎重で手堅く控えめに過ぎると思われるほどである。高裁判決は、第一審判決の事実認定を覆すことが正当化される経験則、論理則違背を具体的に摘示しておらず、最高裁判決（最判平成 24 年 2 月 13 日）に違反する。高裁判決は速やかに破棄されなければならない。

## 有罪の自判をしたこと（憲法違反、判例違反）

控訴審は、当時のAさんがせん妄状態であったかどうか限定して、3つの「裁判所の関心事項」に限定して、そして幻覚等を体験する可能性があるかについて2名の精神科医の証人尋問を実施しただけで終結した。Aさんの状態に関する証人尋問もDNA定量検査及びアミラーゼ鑑定に関する事実調べをしなかった。しかし、高裁判決は、「裁判所の関心事項」以外の重要争点について判断を変更した。A証言の信用性を認め、かつ、本件アミラーゼ鑑定及びDNA定量検査の「鑑定等の証拠を総合すれば、本件の事件性については、合理的な疑いを容れない立証がある」（記録1619）として、「公訴事実のとおりのおいせつ行為をしたことが認められる」（記録1620）として、刑訴法400条ただし書を適用して第一審判決の無罪判決を破棄して、有罪判決を言い渡した。

このような控訴審の判断は、憲法31条及び37条が保障する権利を侵害し、かつ、累次の最高裁判所の判例に違反するものであって、破棄を免れない。

### 1 控訴審による有罪自判に対する憲法上の制約

最高裁大法廷昭和31年7月18日判決

最大判昭和31年9月26日

最高裁第二小法廷昭和34年5月22日判決

最一小判令和2年1月23日

判例理論を集約すれば、被告人には、憲法31条、同37条等の権利があり、「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」、「従って被告人等は公開の法廷において、その面前で、適法な証拠調の手続が行われ、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い渡されることのない権利を保有する」、それゆえ、第一審が公訴事実について犯罪を確定せずその証明がないとして言い渡した無罪判決を、「控訴審が事実誤認で破棄し、訴訟記録及び一審の証拠だけで直ちに公訴事実の存在を確定し、有罪の判決をするのは」刑訴法400条ただし書の許さないところであり（昭和31年7月判例ほか）、控訴審は、少なくとも「事実の核心」すなわち収賄で言えば金銭授受、犯意等の構成要件要素について事実調べをする必要がある（昭和34年判例、昭和43年判例）、ということになる。

### 2 高裁判決は最高裁判例に違反し、被告人の憲法上の権利を侵害した

#### (1) せん妄の前提となる事実関係について事実の取調べをしていない

控訴審では、Aさんの「当時の意識状況や「ぶっ殺してやる」との発言

の有無'に関する事実関係について、何ら証拠調べをしなかった。

#### a 看護師をはじめとする証拠調べなく認定変更

高裁は事実関係の事実調べをせずに、新たな事実認定をした。高裁は、Aさんが「ふざけんな、ぶっ殺してやる。」、「ここはどこ。お母さんどこ」と発言。

とくに、カルテに「術後覚醒良好」との記載があること、せん妄である旨の記載がないINEメッセージを送った後の彼女の状態について、事実調べをしないで、当時のAさんが当時せん妄状態にあったことに疑問を呈している。

#### b Aさんの証人尋問欠如は特に重大

ア A証言は、「事件性」及び犯人性を支える最重要証拠であり、事件の核心に関する証拠である。高裁は、その証言の信用性に直結するせん妄に関する事実、すなわち当時の彼女がどのような言動し、どのような状況にあったのかについて事実取調べを全くせずに、大胆にも当時のAさんはせん妄状態になかったか、あったとしても幻覚はなかったと認定した。

Aさんの証人尋問を直接法廷で見ることは重要である。第一審の審理でもはっきり表れている。

Aさんは、第一審の法廷において、被害体験を証言したが、それは、事前に頭に入れた事柄を主尋問で証言し、反対尋問においては、話を逸らす様な証言をしたり、回答に窮した様子をたびたび見せていた。

#### イ 術後の体動についての弁解

術後の体動についての検察官調書にも同旨の記載があるのではないかと尋問に対し、「サインはしましたが、先ほど私がここで言った様なことを、きちんと検察官の方にも警察の方にもお話ししています。ただ、調書にそういうふうにかかれたのは、事件にそんな関係ない些細なことだから、皆さんそういうふうにかかれたのかな、と思っています」（記録662-131と警察や検察官が自分の意図を外れて勝手に調書に記載したが大勢に影響がないと判断して署名した、と不自然な弁解を始めた。

#### ウ 犯行時間の長短での混乱

左胸を舐められた時間の長さについて、「書類は、そういうふうに出されているかもしれませんが、私はきちんと、1分から5分以内の間です、と、警察の方にお伝えしました」と弁解している（記録662-135）。しかし、この被害届訂正願いは自ら作成した文書であり、捜査官による供述録取書ではないから、この弁解は不合理である。

犯行時間について、その時間がどれくらいであったのかは、Aさんには、被害時間帯を短く証言する利益があった。外科医師が訪室した時間を

短くすることで、誰もいない密室のカーテン内で犯行に及ぶ機会があったと証言する意味があったAさんは、主尋問の段階では、自分が病室に戻った後にいかなる看護を受けていたか知らず、看護師が頻繁に出入りしていた事実を知らなかったが、反対尋問でその可能性に気づいた（記録 662-121～122）。

## エ 「目の当たりにする」ことで心証形成が初めて可能となる

このように、第一審の裁判官は、Aさんが被害を受けたとする時間帯に関して執拗に証言を拒もうとする態度を目の当たりにした。検察官の主尋問では裁判官の方を向いて証言していたAさんが、弁護人の反対尋問の際には、尋問担当者を睨むかの様に証言したり、大きな声で「ですから、今、お答えしました！」等と投げやりに回答する態度を、3名の裁判官は見た。口ぶりや表情、身振り、声量、質問から回答までの時間、その際の目の動き、そういった証言に現れた全てのノンヴァーバルな様子、文字では表しきれない様子については、証言調書では語ることはできない。まさに、直接審理主義、口頭弁論主義でなければ感得し得ない多くの情報を、高裁裁判官は知らないまま有罪判決を言い渡した。昭和31年判例が控訴審に強く期待したこれらの人権を高裁裁判官は踏みにじった。A証言は、事件性および犯人性の有無を決する最重要証拠であり、まさにその信用性は事件の核心にあたるものであった。高裁裁判官は、当事者の問いに対する彼女の返答の様子を何一つ観察せずに、彼女の話は信用できると断定した。

### (2) アミラーゼ鑑定やDNA定量検査について事実の取調べをしなかった

高裁は、西尾技官には相応の専門性、技量、実務経験があり、虚偽証言のおそれのないこと等から、「一審の証言内容にも不自然な点は認められない」から、西尾証言の信用性を否定すべき理由はないとし、さらに、DNA定量検査の結果によれば、外科医師の汗等によってもたらされたとは考えにくく犯行以外の機会に付着する可能性がないとして、アミラーゼ鑑定及びDNA定量検査の信用性を認め、これらの鑑定はA証言の信用性を支え、事件性を立証しているという。

西尾尋問の経過は、直接体験してその証言を実感することができる。

第一審公判廷西尾氏の証人尋問の際、初めてワークシートが公開され、法廷の書画カメラに映し出され、西尾証人が弁護人の質問に対して、消しゴムで消し上書きしたいくつもの箇所を認めたが（記録 662-29～35）。弁護人の反対尋問に対して、西尾証人は、消しゴムで消した事実やその記憶については、「うーん、はい」とか「はあ」とか「よく覚えていないので」とか「（記憶は）ないです。」などと、のらりくらりと曖昧な証言を

繰り返した。

これに対して、検察官の再主尋問では、「全部8日だと、そのとき書くときに勘違いして、160608 NISHO、06.08 kodama。ここの日付も8日だと勘違いして書きました」、「ここら辺に関しては、その8を書き損じたと思ったときに、消えてしまって書き直したんだろうというのがあります。」などと詳細に書き直しの理由を説明している。

さらに、「ワークシートの中のヒトゲノム定量結果の1、612ng/μlの部分は書き直していますか」との検察官の問いに対して「していないです。」と明言し、「書き直した記憶もありませんか」と問われて、「そういうことです。」などと明確に証言している（記録662-951～952）。

1、612ng/μlの定量値は、舐めたことを示すという「事件の核心」に直結する重要な数値であるにもかかわらず、ここは書き直していない！というのである。しかし、西尾証人が定量値が争点となると知ったのは、平成28年9月ころで（記録662-955）、ワークシートを作成した時点では、定量値が重要争点になると検察官から知らされていないのだから、再主尋問でこの記載について書き直していない！などと明確な記憶があるというのは不自然極まりなく当時の記憶とは考えられない。

この様な尋問を直接聞いた第1審裁判所は、検察官に対して提示命令をかけて（記録462）、ワークシート原本を直接手に取り、直接3名目でワークシートの鉛筆書を確認し、消しゴムで消した痕跡を確認した。裁判官は、3名ともワークシートを手に取り入念にその記載ぶりを確認し、消しゴムで消した痕跡や上書きした痕跡、鉛筆書きの筆致の違いや不自然な改行後などを入念に確認していた。そして、これを1つの理由に西尾技官の検査者としての誠実性に疑問を挟んだのである。控訴審の裁判官は、ワークシート原本を全く見ていない。高裁は、原本を見ずして、「本件ワークシートの消去、書き直し部分に結論に直結するものが含まれていない」、「検査の数値がどの様に被告人の嫌疑を深めるかについて予想し難いことから、捏造による捜査になじみにくく」などと断定した。事案核心部分について証拠調べをしないで事実認定を変更したのである。

なお、このとき弁護人は自ら手に取ってワークシートを確認することができておらず証拠についての反対尋問権が奪われたままである。弁護人がワークシートを証人に示そうとしたところ検察官が拒否したためである。

### (3) 100倍法則の前提について事実取調をしていない

「100倍法則」を適用する‘前提’について、高裁が何ら事実調べをしていないことは最高裁判例に違反する。

高裁は、安易に、高橋証人の、女性の皮膚から直接採取した以上、女性のDNAが必ず検出されるはずだという証言を安易に信用し、さらに何らの事実調べをすることなく、採取された微物が混合DNAであると認定して、100倍法則を検討してしまった。しかし、一松氏によるソフトななぞり

方で女性の DNA が検出されるかどうかを検証する必要がある。

100 倍法則が適用されるかは、Aさんの左胸が舐められたかどうか、すなわち、DNA 定量検査が事件性を立証する上で事件の核心部分の一つと言える。黒崎実験、特に微物採取の方法の適切性を検証するために、採取者を取調べたり、検察官へ開示済みの動画や写真を証拠調べしたり、あるいは、高橋証人や黒崎証人に対して、再現実験における採取方法の適否及び一松氏が実施した採取方法で必ず混合 DNA となるかどうかなどについて、事実調べをする必要があった。しかし、高裁は、事実取調べをすることなく、訴訟記録及び第一審で取り調べた証拠のみによって、事件の核心について第一審と 180 度異なる認定している。被告人の反対尋問の機会の保障が尽くされるべき場面であり、事実調べをしなかった高裁は、外科医師の憲法上の人権を侵害している。

以上

## 上告趣意書に登場する人物

Aさん：女性患者

Cさん：Aさんの母親

Dさん：Aさんの担当看護師

Eさん：Dさんの先輩看護師

Fさん：Dさんの後輩看護師、

Gさん：Aさんと同室の患者

八巻医師：事件当日Aさんの手術の前立ち（共同担当者）を担当した。

白根医師：Aさんの手術の麻酔を担当した。

西尾技官：警視庁科学捜査研究所で、本件のアミラーゼ鑑定・DNA鑑定をおこなった。鑑定書の基になるワークシートを作成した。

黒崎医師：一審の専門家証人。東邦大学医学部法医学教授。弁護側の検証実験を行った。事後検証できない科捜研の鑑定を改めるよう求めた。「これまで警察に信頼を持っていたが、その立場からしても、このような判断がされていることは背筋が凍るように思う」と述べた。

高橋元技官：一審の専門家証人。元科捜研研究員、ノーステキサス大学ヘルスサイエンスセンター個人識別研究所研究員の法医学者。科捜研の鑑定結果から外科医のわいせつ行為はあったと主張した。

小川医師：一審の専門家証人。国立がん研究センター東病院 精神腫瘍科長 先端医療開発センター 精神腫瘍学開発分野長。Aさんが術後せん妄状態で幻覚を見ていた可能性があると証言。

大西医師：高裁で弁護団側が推薦した専門家証人。埼玉医科大学国際医療センター 精神腫瘍科 教授。DSM-5、CAMの診断基準に基づき、Aさんはせん妄状態で幻覚を見ていた可能性があると証言。

井原医師：高裁で検察側が推薦した専門家証人。獨協医科大学埼玉医療センターこころの診療科教授。Aさんはせん妄状態ではなかった、もしくはせん妄状態であっても幻覚を見ていなかったと証言。