

## 論説

# 上訴審における刑事弁護について

弁護士・前東京大学法科大学院非常勤講師

植村 立郎

## I. はじめに

## II. 控訴審の現状

- 1 事実取調べ率・被告人側控訴事件の破棄率の低下等
  - (1) 事実取調べ率の低下
  - (2) 被告人側控訴事件の破棄率の低下
  - (3) 検察官控訴事件の破棄率の高さ
  - (4) 補足
- 2 上訴審弁護における弁護過誤事例の紹介等
- 3 上訴審での国選弁護を適正に行うには、高い志こころざしの保持と上訴審弁護のスキルアップが必要なこと
- 4 受開示証拠の管理・保管は弁護人の責任であること（法 281 条の 3～5）

## III. 本論

- 1 上訴審（とりあえず控訴審を前提。以下、同じ）が事後審構造であることを理解すること
  - (1) 事後審構造のポイント
    - a 審判の対象は、1 審の判決（その審理手続も含めた意味。以下、同じ）の当否であること
    - b 審査の対象は控訴趣意（法 392 条）であり、職権調査（法 392 条 2 項）は例外的であること
    - c 控訴審における審査の資料は原則 1 審の証拠、審理結果であること
  - (2) 事後審構造への対応
- 2 上訴審弁護の三種の神器は原判決、原

審記録、被告人であること

- (1) 原判決
  - a 第 1 類型（原判決を読んだだけで問題点に気付く類型）
  - b 第 2 類型（原審記録と原判決とを対照して問題点に気付く類型）
  - c 第 3 類型（第 1 類型と第 2 類型の複合類型）
- (2) 原審記録
  - a 原審記録の入手が肝要
  - b 公判調書の手続部分が重要
  - c 追起訴・訴因変更、釈明等は丹念に確認すること
  - d 証拠等関係カードの活用の重要性
  - e 証拠の検討
  - f 身柄関係の書類の着実な点検の重要性
- (3) 被告人
  - a 被告人は控訴趣意決定の情報源
  - b 被告人との応接
- 3 検察官上訴事件の弁護
  - (1) 控訴趣意書が提出された場合は、破棄率が高いことも念頭に置いて被告人と打ち合わせて弁護方針を立てること
  - (2) 答弁書（規則 243 条 1 項）を必ず提出すること
  - (3) 被告人側の反証を検討・準備すること
- 4 双方上訴事件の弁護
- 5 上訴趣意の内容
  - (1) 控訴趣意全体
    - a 事後審性の徹底との関係
    - b 証拠上認められる事実、被告人の言い分に即した事実の主張を行うこと

- c 控訴趣意補充書との関係
  - (2) 量刑不当（法 381 条）
    - a 破棄を求める類型を意識して主張を整理することが肝要
    - b 2 項破棄を求める控訴趣意
    - c 刑の一部執行猶予（刑法 27 条の 2）との関係
    - d 原審と主張が変わる場合
  - (3) 事実誤認（法 382 条）
  - (4) 訴訟手続の法令違反（法 379 条）
    - a 事実誤認との区別
    - b 補強証拠の不挙示は訴訟手続の法令違反（東京高裁）
  - (5) 法令適用の誤り（法 380 条）
  - (6) 理由不備・理由齟齬（法 378 条 4 号）
  - (7) その他（控訴理由は限定（法 384 条））
  - (8) 事実取調べ請求
  - (9) 被告人への説明（特に未決勾留日数の法定通算・裁定算入、上訴期間等）
- 6 上告審

## I. はじめに

筆者は、平成 23 年に裁判官を定年退職して弁護士登録をした後、所属の第一東京弁護士会で弁護士研修の一環として、標題のテーマで講演をする機会を毎年与えられてきた<sup>1)</sup>。本誌から御依頼を受けたので、本年も 3 月 30 日に行った上記講演の内容を基に、口頭で行うことを前提とした内容を適宜修正・要約するなどして本稿を作成することとした。

上記研修が行われることについては、①法科大学院で上訴審に関する授業が十分には行われておらず<sup>2)</sup>、司法研修所でも上訴審に関する授業等が行われなくなったことから、若手弁護士の上訴審に関する知識が乏しくなっ

ていること、②上訴審弁護に関する過誤事例が跡を絶たないこと、などの事情がその背景にあるものと、筆者は受け止めている。

そのため、上記研修では、主に控訴審を中心として、基本的な事項を分かりやすく、受講者にできるだけ確実に理解されていくことを念頭に置いている。

## II. 控訴審の現状

### 1 事実取調べ率・被告人側控訴事件の破棄率の低下等

法曹時報の各年度の 2 月号に登載される「刑事事件の概況」を基に、控訴事件の終局状況を概観すると、終局人員は、平成 18 年の 9,344 人から平成 27 年の 6,078 人（もっとも平成 26 年の 5,890 人よりは 188 人増）へと、3,266 人減少（約 35% 減少）している。

#### (1) 事実取調べ率の低下

事実取調べは、平成 22 年では終局人員の 59.1% で行われていたが、平成 27 年には 51.1% へと約 8% 低下した。その結果、ほぼ半数の事件は事実取調べが行われなまま 1 回結審していることになる<sup>3)</sup>。

#### (2) 被告人側控訴事件の破棄率の低下

被告人側控訴事件の破棄率は、平成 18 年の 14.7% から平成 22 年に 1 割を切って 9.9% になり、平成 24 年はさらに減って 7.9% になったが、平成 27 年は平成 23 年と同じ 9% となっている。それでも 1 割未満の状態に変わりはない。このように、被告人側から見た場合には、控訴審は厳しい現状にあるといえよう。

#### (3) 検察官控訴事件の破棄率の高さ

検察官申立控訴事件の破棄率は、平成 18 年の 69.4% から、70% を超える年があるなど変動はあるが、平成 27 年は 65.3% であり、

1) 関連して、当時属していた学習院大学においても「上訴審弁護について ※第一東京弁護士会刑事弁護委員会編『国選弁護活動の手引き 上訴審編』の紹介を兼ねて※」の標題で講演をしている（学習院法務研究 8 号 79 頁（2014））。

2) 講演の際に、法科大学院で上訴審の授業を受けたかと尋ねると、参加者の誰からも手が挙がらないときがある。

3) 当該事件の終局結果は把握していないものの、該当するのは被告人側控訴事件であろうと推測されるところ、事実取調べを全く行わないまま被告人側控訴事件について原判決を破棄することは通常想定しにくいから、ほぼ全件が控訴棄却で終局したものと受け止めている。

被告人側申立控訴事件に比べて格段に高い破棄率で推移していることが分かる。

もっとも、検察官控訴事件は事件数が元々少なく、事件数の変化が破棄率に影響する割合が相対的に高くなる上、検察官控訴特有の事情も介在しているから、統計結果を基にして、例えば、裁判所が被告人側控訴事件と検察官控訴事件とでダブルスタンダードを採っているなどといった、過度な断定を行うのは危険であり、上記破棄率の高さを端的に問題とするのは相当とは解されない。すなわち、終局事件で見た検察官控訴事件は平成19年は250人で、その後100人前後の変動で推移し、平成27年は95人であるから、被告人側控訴事件約6,000人の2%足らずに留まっている。このことからして検察官控訴事件はその申立が絞り込まれていることを看取でき、そういった絞り込みが、上記のような高い破棄率が維持されている要因となっていると見ることができよう。そして、検察官控訴事件の中には、原判決に、①必要的没収の言渡しを欠いている、②再度の執行猶予が付けられない刑期の懲役刑についてその執行を再度猶予した、③未決勾留日数を過算した、などの過誤があつて、必ず破棄される事案が一定数含まれていることになるからである。

#### (4) 補足

筆者は、かつて、裁判員裁判における控訴事件の破棄率の見込みについて、被告人側の控訴事件が現在と同程度の割合で生じると仮定すると、事後審性の徹底化が進めば、その破棄率はこれまでより下がり、特に、いわゆる刻み破棄（典型例は、控訴審で示談ができたので、破棄して原判決の刑を2ヶ月減らすといった破棄・刑の短期の減刑）を原則として行わない運用が一般的になれば、その分だけでも破棄率が減少することになる。他方、裁判員裁判に対する検察官控訴については、これまでも増して謙抑的な運用がされているようにうかがわれ、そのような運用を背景として申し立てられる検察官控訴は、全体として対象事件がより絞り込まれて厳選されている分、逆に破棄率は高まることも予想可能な事態といえる旨の指摘をしたが、上記の結果は、この見込みに沿ったものとなっている

といえよう。換言すれば、上訴審弁護の充実によって、被告人側控訴事件の破棄率を可能な限り高めていくことが望まれることになり、同時に、控訴審における弁護活動にも限界があるから、翻って、1審の弁護の充実が一層求められることになる。

いずれにしても、弁護士として控訴審の弁護を受任するに当たっては、被告人側控訴事件の場合には破棄率が上記の程度に留まっていることを、他方、検察官控訴事件の場合には破棄率が上記の程度に高いことを、それぞれ十分認識しておき、被告人に過度な期待を抱かせないようにすることも肝要である、ということになる。

## 2 上訴審弁護における弁護過誤事例の紹介等

弁護士会での充実した研修の実施や、該当弁護士が国選弁護人選任用の名簿に登載されなくなったりした結果、上記過誤事例は減少しているが、なお該当事例が発生している。近時の主要な該当事例は、①接見不実行等の基本的な弁護活動の不実践による過誤、②控訴審の法制度に関する基本的な知識不足等の初歩的な過誤、であるように受け止めている。補足すると、①の点は、1審弁護の過誤と共通するが、1審の審理・判決に不満を抱いて控訴している被告人は、控訴審弁護人への要求・期待もその分高いものとなるから、不適切弁護として問題とされる割合も高くなる可能性があるといえよう。

②の点は、まさに基本的な知識が欠けていることによって生じており、例えば、i 控訴趣意書の記載方法、事実誤認・量刑不当等の控訴趣意の意味・相違を十分に理解していない、などといった基礎的知識不足から、趣旨不明瞭な控訴趣意書を提出し、裁判長から法廷で釈明を求められても適切に答えられない、ii 主張と質問・尋問の区別が理解されておらず、質問・尋問すべき場面で、自らの主張を繰り返して質問・尋問をしない、iii 控訴趣意書の提出期限の意義を適切に理解できていない（同期限を徒過すると刑事訴訟法（以下、「法」とする。）386条1項1号により決

定で控訴棄却となる)、など様々な事態が生じている。これらに関しては、地道に学修を重ねて基本的な事項を的確に理解し、必要な知識を身に付ける自己研さんの実践が期待されているといえる。そういった基礎的な知識を身に付ける手段の1つとして、参考文献の必要に応じた活用もある<sup>4)</sup>。

### 3 上訴審での国選弁護を適正に行うには、高い志の保持と上訴審弁護のスキルアップが必要なこと

現在は、後でも述べるように、事後審性の徹底、1審の審理・判断の尊重といったことから、上記のように控訴審の破棄率が低下していて、良質な弁護をすれば原判決の破棄につながるといった、仕事の内容と成果とが連動する良循環の関係になりにくい状況にある。他方、仕事の内容に応じて国選弁護報酬が変動するのか、という点、そうはなりにくい定額的なシステムとなっている。

こういった破棄率の低下と国選弁護報酬の定額化の影響から、国選弁護に関して、手抜きをして、接見も1回しか行かない、控訴趣意書も定型化したものをどの事件でも繰り返し、せいぜい若干の手直しをして、使用する、などといった悪しき弁護活動をしようとの誘惑が生じかねないし、その危険の現実化の危険が既にあるように受け止めている。

しかし、不適切弁護の一番の被害者は被告人であり、被告人の不満が高まれば、当該弁護人が懲戒処分を受けたりするだけでなく弁護士の社会的評価を低下させ、弁護士の職域拡大の障害となるなど、弁護士自身の仕事の足かせともなってくる可能性を帯びている。

こういった危惧される状況を回避するのはそう簡単なことではないが、事件を担当する

弁護士が、自己研さんを重ねて上訴審弁護のスキルアップを図るとともに、高い志を抱いて、何のために刑事弁護をするのか、といった原点に常に立ち戻り、良質な上訴審弁護を被告人に対して提供する執務姿勢を保持し続けることが肝要といえる。

### 4 受開示証拠の管理・保管は弁護人の責任であること(法281条の3～5)

公判前整理手続を経た事件だけでなく、最近では、非裁判員裁判対象事件においても、検察官による任意開示が積極的に幅広く行われるようになってきている。そのこと自体は大変有意義なことであるが、同時に、弁護人としての責任も法定されていることに留意する必要がある。すなわち、弁護人による受開示証拠の管理・保管(法281条の3)、目的外使用の禁止(法281条の4)、目的外使用の罪(法281条の5)が定められている。これらの条文は公判前整理手続に関連した定めである法316条の2以下の条項とは異なる箇所定められているから、弁護人としては、関係条文の存在を確認してその内容を理解しておき、被告人にもその旨を理解させて、事件終了後は、速やかに交付していたコピー等を回収する必要がある。最近では、支援者等によって受開示証拠が他に漏らされてしまう、特に、インターネットで公開されてしまう危険性も高まっているから、上記の点は、十分注意されるべきである。

4) 筆者が関与した参考文献としては、①第一東京弁護士会刑事弁護委員会編『国選弁護活動の手引き 上訴審編』(第一東京弁護士会、2013)(筆者は、監修者としての立場から同書の作成に参加した。)、②植村立郎監修・岡慎一＝神山啓史編『刑事上訴審における弁護活動』(成文堂、2016)(筆者が監修者として同書をプロデュースしていて、Q&A形式で、分かり易く上訴審の弁護を説明したもの)を挙げておく。両書ともに参考書式も掲載されていて、その点でも参照価値がある。

なお、筆者個人については、控訴審に関しては拙稿「実務現代刑事法(その1)」判タ1240号86頁(2007)をもっとも、2007年の発刊なので、その後の制度的な変化も踏まえて修正すべき点多々生じている)、事実認定に関しては拙著『実践的刑事事実認定と情況証拠(第3版)』(立花書房、2016)、拙稿「裁判員裁判における事実認定の充実を目指して『事実上の推定』を中心に」季刊刑事弁護79号113頁(2014)等参照。

### Ⅲ. 本論

#### 上訴審（とりあえず控訴審を前

#### 1 提。以下、同じ）が事後審構造であることを理解すること

##### (1) 事後審構造のポイント

審判の対象は、1審の判決（その審理

##### a 手続も含めた意味。以下、同じ）の当否であること

自分の言いたいことを述べてその主張の当否を判断してもらうのではなく、1審判決の不当性を主張する必要があることを自覚すべきである。

審査の対象は控訴趣意（法 392 条）

##### b であり、職権調査（法 392 条 2 項）

は例外的であること

まず、控訴趣意書を作成することの重要性を自覚する必要がある。その提出期限を徒過することは厳禁である。他方、裁判員裁判の実施を契機として事後審性の徹底がいわれられていて、裁判所による職権調査の行使は謙抑的であり、弁護人による裁判所頼みの訴訟活動は許容されない。換言すれば、控訴審では、弁護人の法曹としての力量が一段と問われることになる。

控訴審における審査の資料は原則 1

##### c 審の証拠、審理結果であること

関係する条文としては、法 381 条（量刑不当）、382 条（事実誤認）がある。他方、その例外として法 382 条の 2（事実誤認、量刑不当）、393 条 2 項（量刑不当）がある。

##### (2) 事後審構造への対応

1 審の手続しか理解していない人が上訴審弁護を行おうとすると、どうしても 1 審の弁護のイメージのままに行動しがちとなる。例えば、1 審では、検察官による起訴状朗読から公判手続が始まるところから、被告人控訴事件でも、最初は検察官が何かするのだろうかなどと思って、控訴趣意書の陳述を行わないままずっと弁護人席に座っている弁護人がいることになる。

そのため弁護人としては、事後審構造であって、中立的立場を保持し、被告人側を支

援するような職権発動にも謙抑的である裁判所を前提として、控訴審のことをよく理解し、自己責任できちんと弁護活動を行えるスキルアップの努力を継続し、自らの主張や立証が、この事後審性の徹底といった視点に十分耐えるものとなっているのか、などの検証を着実にを行い、適切に対処していく必要性が高まっているといえる。付言すると、事後審性が徹底した状態における控訴審弁護の基本形としては、充実した 1 審の審理を前提とすれば、弁護人が、控訴審で新たな主張をしたり、事実の取調べを求めたりする必要は原則としてなく、原審弁護人の主張・立証に対して原審・原判決が適切に対応・評価していないことを控訴趣意として指摘することになるはずである。そして、この基本形の「系」としては、原判決に、不意打ち認定等原審の審理を的確に反映していない部分がある場合には、その点を控訴趣意として、見逃さずに的確に主張すべきである。

他方、この基本形が行えない場合の控訴審弁護は、事後審の視点を徹底すべき前提が欠けていて、1 審の審理充実が実現していないその不足分を補完する役割を果たすものとして、行われることになるはずである。この場合には、新たな主張をすることに制限はないが、新たな事実の取調べを求めるには、法 382 条の 2 が要求する「やむを得ない事由」の疎明が必要となる。

#### 2 上訴審弁護の三種の神器は原判決、原審記録、被告人であること

三種の神器などと言うと、世代が違うと言われかねないが、上訴審弁護の基本的な事柄で、しかも、上訴審弁護の有力な手がかりを与えてくれるものを 3 つ選んで、便宜「三種の神器」と名付けてみた。

##### (1) 原判決

多くの弁護人は、原判決（控訴審の場合は 1 審判決だけだが、上告審の場合には 1・2 審判決ということになる）を読むことから上訴審の弁護活動を始めることになる。筆者は、控訴審で問題となる原判決には 3 つの類

型があると考えているから、その点について説明する。

**a 第1類型（原判決を読んだだけで問題点に気付く類型）**

この気付き方には、誰でも気付くものから、原判決が提示している事件の全体像等、様々な事柄を考慮して初めて気付く、その意味で高度なものまで含まれている。例えば、発生頻度のある誤りに関する知識があると、点検の仕方も違って来る。自白と補強証拠との関係での典型例を示すと、無免許運転の事案では、判例は無免許の点と運転行為の点の双方について補強証拠を必要としている<sup>5)</sup>から、このいずれかに関する補強証拠が証拠の標目から欠落していないか点検するのが着眼点となる。無免許運転1件だけの事件だと、この種の過誤はあまり生じないが、複数の無免許運転事案が起訴（特に追起訴）されていたりすると、ある事実について、無免許の補強証拠が欠けていたり、運転行為に関する補強証拠が欠けている、といったことがないとはいえない。

次に、常習累犯窃盗の事案では、前科の存在が構成要件となっているから、証拠の標目に前科調書が挙げられているかを確認する必要がある。そういった前科の多くは累犯前科ともなっていようから、原判決のどこかに前科調書が記載されていることはあろうが、的確に点検しておくのが望まれる。

このように、補強証拠の有無といった明確な視点を持って判決を点検すると、そうでない場合に比べて過誤や不備を発見できる割合が高まるのである。もっとも、薬物事案における「法定の除外事由」については補強証拠は不要とされていて、補強証拠ともいえる、いわゆる「無資格性」に関する証拠が請求すらされていない事案もあることに留意する必要がある。

次に、判決文全体を理解して発見できる問題点としては、例えば、法令の適用では自首減軽がされているのに、罪となるべき事実に自首に関する記載がないといった場合である。減軽するとはいえ、犯罪事実とは直接関

係のない任意的減軽事由であるから、罪となるべき事実に記載しなくても良いとの考えもあり得るが、弁護人としては、控訴趣意として指摘しておく方が良いと考えている。

証拠の標目（併合罪の犯罪事実ごとに区別して記載されていない場合）や法令の適用（刑法47条ただし書が落ちていたり、刑法14条2項が落ちていたりなど）が適切でない場合もある。

問題点に関する、ごく一部のポイントを例示したが、裁判官としての経験でも、筆者が気付いた原判決にある不備について控訴趣意で的確に指摘されている割合は極めて少なかった。気付いてもあえて主張するまでもないと判断された事例もあったかもしれないが、多くは気付かれないままだったのではないかと受け止めている。刑事事件を専門的に担当する弁護士の比率が高いわけではないから、やむを得ないかもしれないが、原判決の不備を的確に気付ける弁護人の増加が期待されているといえる。

**b 第2類型（原審記録と原判決とを対照して問題点に気付く類型）**

これは、次に説明する原審記録といわばドッキングした形で発見できる態様の問題点である。典型例といえる証言の信用性について例示すると、この点に関する原判決の判断は、判決文を読む限りは、それなりに了解可能な説示がされていて、問題がないように感じられる場合がある。そういった場合に、記録を読んで、なるほどと原判決の判断の正当性を追体験できることは勿論あり、これが基本形といえる。しかし、当該証人の速記録を原判決の説示と対照しつつ読むと、中には、原判決の、説示の誤りに気付いたり、信用性の評価に疑問が出てきたりし、それらが積み重なって、全体として原判決には問題があると思うようになる、といった推移をたどることもある。これは、原判決を読む限りは、通常気付きようのない問題点であって、原判決は原判決、記録は記録、といった形で断片的に弁護の仕事を行うのではなく、原判決と対照しつつ記録を読むことによって発見できる

5) 最判昭和42年12月21日刑集21巻10号1476頁（海老原震一「判解」最判解刑事篇同年度354頁（1983））。

問題点である。

関連して、記録の読み方について更にいえば、原判決の説示に沿う証拠に気付いたら、その丁数を手控え用の判決書に付記する、などといった形で記録を読み進むと、記録を何度も読み返す手間が省けるし、後から、特定の問題点について検討する必要が生じたときも、すぐに必要な箇所を探し出せるといった点でも、執務の効率化に役立つものと考えている。

翻って考えると、記録を読んで得られる心証・評価と、原判決の説示とが全部とはいかなくても大筋において一致しているのが、健全な判決内容だと思われるから、この第2類型に該当する原判決は、記録の内容と判決の説示とが齟齬していることになり、不適切な部類に属することになる。裁判員裁判では判決の説明が簡潔になるから、第2類型に該当する判決が増える危険性がないとはいえない。

仮に、原判決が第2類型に当たると思われた場合には、そのことを的確に控訴趣意で指摘すれば、当該事件の控訴趣意書として適切なものとなるだけではなく、今後の1審判決がより良いものとなっていくのに寄与することになる点でも、良い影響が出るものと考えている。

なお、説明と記録の内容との齟齬の問題は、判決書だけでなく、控訴趣意書にも同様に当てはまる。記録を読んで認定・評価したことを的確に文章化することは必ずしも容易なことではないが、法律専門家である弁護士に対しては、常にその実現を目指した自己研さんが求められているといえる。

### ○ 第3類型（第1類型と第2類型の複合類型）

この類型は、例えば、判決を読んだ段階では、まあ、こんな判断もあるのかなあと思いつつも、今ひとつじっくりこない、記録を読んでもう一度考えてみよう、といった内容の判決である場合が典型例といえる。そして、記録を読むと、じっくりこなかった点がじっくりきた場合には、原判決は説示に若干問題があっても、その判断の結論には誤りがなかったことになるから、裁判所側からすれば

結果オーライ的な位置付けとなり、弁護人からすれば控訴理由が減る結果となる。逆に、記録を読んだら、やはり問題だったということも、勿論あり得る。

判決を読むだけでその内容が理解できるようにするのが基本形であって、今例示したのは、判決の説示に問題が残っている事案だが、記録が大部であるなどして事案が複雑な場合には、判決も長文だったり、説明も様々な事項が絡み合っていたりして、判決を一読しただけでは、説示の意義や判断の可否等が分からない場合もある。この場合は、記録と独立した形で判決を読んでいるだけでは判決自体の内容の把握自体が困難ということになる。

しかし、そういった事案でも、記録を読んだ後に再度当該判決を読んでみると、原判決の説示は的を射たものであったり、結果的に問題のなかったことが判明したりすることもある。他方、原判決の説示に元々問題があったことが記録を読んで一層明らかになったり、原判決の説示の理解が一層困難となったりして、原判決の問題点が明らかとなることもあり得る。そういった場合の対応も、第1類型と第2類型への対応を合わせて行えば良いことになる。付言すると、疑問に思ったり、じっくりこなかったりした点は、こまめにメモしておいたり、手元にある判決書のコピーに書き込んでおいたりすることが肝要である。これは、備忘のためでもあるが、そういったことを実践することで、記録を読む視点が提供されて、効率的に記録を読めるようになるからである。特に、大部な記録の場合には、記録を読み終えた段階では、最初に読んだ部分の詳細な内容を覚えていないこともあり得るから、記録からの確かな情報を得ることが、特に重要となってくるのである。

## (2) 原審記録

### a 原審記録の入手が肝要

裁判官は、原審から送付されると原審記録を読むことが可能となるが、弁護人の場合にはそうはいかない。自らの努力で原審記録（控訴審の場合は1審の記録だけだが、上告審の場合は控訴審の記録も加わる）を確保する必要がある。そのため、上訴審弁護人と

なったら、原審弁護人から記録（未提出記録を含む）の引き継ぎを受けることが肝要となる。ところが、このことを励行していない弁護人があるようなので、そういった弁護人がどういった弁護をしているのか不安になる。

この引き継ぎは、弁護人にとって無用な記録の謄写事務を回避できるだけでなく、被告人はもとより、裁判所、検察官にとっても、弁護人が適切な弁護活動を行う基礎資料を得ていることになる点で有益である。検察官にとっての利点を補足すると、例えば、1審で既に証拠開示されているが証拠調べ請求もされずに終わった証拠は1審記録にはへんてつされていないから、控訴審弁護人は、この記録の引き継ぎがないと、当該証拠は未開示証拠だと誤解して、控訴審で再度（当該弁護人の意識としては1度目ということになる）証拠開示を求める、といった事態が生じかねない。上記記録の引き継ぎの励行は、そういった事態の発生を未然に防止することができる点で、検察官にとっても利点となるのである。

次に、原審記録をどういった視点から読み、どのように活用したら良いかについて、既に述べた点との重複を避けて、更に説明する。

#### b 公判調書の手続部分が重要

記録を読むに当たっては、第1分類の手続部分が重要である。例えば、裁判官が交代しているのに公判調書には更新手続がされた旨の記載がない、などといったことを発見することができるのである。もっとも、公判調書の作成には様々な技術的な要素も加わるから、慣れないと、記載内容の意義を的確に理解すること自体、容易なことではなく、ましてその不備を発見することなど、容易にできることではない。だからといって、手を拱こまねいては事態は打開されない。地道な努力が重要である。まずは、公判調書の記載要件を定めている刑事訴訟規則（以下、「規則」とする）44条を適宜参照しながら記録を読むようにすると、徐々に、公判調書に書かれたことが理解できて、記載の不備な点に気付くことができるようになるだろう。もっとも、同条1項には沢山の事項が規定されているから、

いきなり読むと腰が引けてしまいかねないが、公判調書の記載と対比しながら読むと、同項はごく当たり前の事項を規定しているのが大半であることに気付くはずである。

なお、記録の引き継ぎという面から付言すると、原審弁護人としては、自ら関与している手続のためか、公判調書の手続部分の謄写がされていないなど、記録の引き継ぎとして不十分な状態にある場合があるから、上訴審弁護人が自ら記録を点検して必要な部分を謄写する必要も生じ得るのである。

#### c 追起訴・訴因変更、釈明等は丹念に確認すること

標題には審判の枠組みとなる重要な事柄を挙げた。追起訴は、数が少ないとその確認に手間もあまりかからないのが普通である。しかし、詐欺事件、窃盗事件等で追起訴が多く、また、各起訴状に書かれている公訴事実も多いと、全体として、その確認にはかなりの手間と時間がかかることになるが、少なくとも1回は丁寧に確認したい。また、判決書でも、個々の認定事実の末尾に当該事実に対応する起訴状の該当箇所を特定して付記する事例も増えていて、こういった判決の場合には確認の手間がその分軽減される。他方、そういった配慮がされていない判決の場合には、多数の起訴状のどの事実が当該認定事実なのか、なかなか分からず、確認にかなりの手間と時間がかかることになりがちである。このことは弁護人作成の書面の場合にも同様に当てはまるから、自分が論じているのは、記録のどこに根拠があるのかを明らかにしておく、読む側もその点検が容易になる。

本題に戻って、丹念に起訴状と認定事実を対照する点を補足すると、沢山の事実が認定されている場合には、パソコンのコピー機能を活用して判決が書かれていることがあり得、他の事件の認定事実ではあっても、当該事件では起訴されていない事実関係が誤って認定された形になっていたり、他の事件では構成要件要素となっても、当該訴因では無用な事実が構成要件要素として認定されていたり（例えば、他の事実では営利目的があっても、当該事実では営利目的はないなど）、同じ誤字が何度も出てきたり、などと

いった過誤が生じていることが絶無ではないから、丹念な点検によって、そういった作業をしないときには気付かない事柄に気が付き、当初は想定していなかった控訴趣意の手がかりが得られることもあり得る。

訴因変更、釈明にも同様のことが当てはまる。起訴状と異なる点を中心に補足すると、訴因変更については、IT化の影響で、部分的な訴因変更であっても、当該部分を特定してそこだけ訴因変更するといった方式は、口頭で訴因変更がされる場合を除くと、少数の事例となっていて、訴因変更の該当部分の長短にかかわらず、訴因を全文変更する方式が増えている。裁判所としても、変更された全部の事実が当該訴因変更請求書記載の事実として表示されているから、便利な面がある。しかし、どの点が訴因変更されたのかが公判調書上明らかにされていないと、上訴審弁護人としては、その確認は新旧の両訴因事実を対比して行うしかないから、その作業には注意深さが求められることになる。こういった事案でも、実際の法廷では、検察官が口頭で説明しているはずであるが、その説明が調書化されていないことによって、上記のような手間が生じることになるといえる。そのため、本来的には、原審弁護人に、そういった事項の調書化を求めることが期待されているのである。

他方、口頭による訴因変更や釈明は、公判調書に記載されているだけで、独立した書面が提出されるわけではないから、公判調書の該当記載を見落とすと、変更前の訴因を前提として、あるいは、釈明がされているのを無視した形で、控訴趣意が構成されるという過誤を生みかねない。公判調書の手続部分を慎重に点検する必要性の高さを示唆する事態といえる。

#### d 証拠等関係カードの活用の重要性

例えば、原審弁護人から、一括して手持ち記録の引き継ぎを受けたとすると、その記録の中には、原審で証拠として取り調べられたものが勿論あるが、原審で、証拠請求したが却下されて全部又は一部の取調べが行われなかったもの、検察官から証拠開示を受けたものの、原審では証拠請求すらされなかったもの

のなども含まれている可能性がある。ところが、手持ちの証拠全てが原審で取り調べられているとの前提で控訴趣意書が作成されている事例が絶無ではない。そういった過誤を回避して適正な主張を行うためにも、証拠等関係カードを参照しながら、引き継ぎを受けた手持ち記録を点検して、証拠調べがされた証拠と、それ以外の証拠などに仕分けをする必要がある。こういった作業にもそれなりの手間がかかるが、その手間を惜しんではならない。

当該証拠がどの事実との関係で取り調べられているのかを確認しておく必要もあるから、証拠等関係カードの「公訴事実の別」の欄もきちんと見ておく必要がある。判決の証拠の標目に掲げられている証拠が実は別の起訴事実との関係で取り調べられていたことに気付くこともあり得るからである。こういったことは、追起訴事実についても立証する予定で取り調べられていた証拠について、追起訴があった後に、立証趣旨を拡張して当該追起訴事実についても証拠とすることを怠ったために生じていることもあり得る。

また、控訴趣意書を作成するに当たっても、公訴事実の別を確認しておくことで、当該事実との関係では取り調べられていない証拠に基づいて主張を構成する誤りを回避することができる。

証拠の採否を巡って本格的に訴訟手続の法令違反の主張をしよう、といった場合には、証拠等関係カードだけでなく、記録にへんてつされている、検察官や弁護人の各主張書面等を併せて点検する必要も生じる。もっとも、この添付書類のへんてつは、技術的な要請もあるためか、どの書面がどの証拠の関係のものなのか、ときとして、分かりにくくなっていることがあるから、証拠等関係カードの関係記載を参照しつつ、注意深く点検する必要がある。

#### e 証拠の検討

原判決の問題点を発見し、原審記録に基づいた控訴趣意書を作成するためにも、証拠の検討は慎重に行う必要がある。そして、証拠の検討で手間と時間がかかるのは厚い記録においてである割合が高い。しかし、裁判員裁

判が始まって、記録の厚い事件の有りに大きな変化が生じている。すなわち、これまでは、記録の厚い事件は、重大事件が中心だったが、裁判員裁判が始まってからは、重大事件でも記録の薄いことが多くなり、記録の厚い事件は単独事件で見られる割合が高まっている。

そこで、まず、記録の薄い重大事件について説明する。記録が薄いから、記録を読む負担は大幅に軽減され、証拠検討のポイントが、厳選された証拠を基にして、どのように原判決の事実認定の心証を検証するか、に変化しているといえる。補足すると、直接証拠による認定型の場合には、原判決が依拠している直接証拠で当該認定ができるかを検討することになる。そのこととの関連で、争いのない事実として説示されている事実が本当にそうなのか、争いのある事実が原判決のように認定できるのか、争いのない事実と認定された争いのある事実とを総合して、原判決のような事実認定ができるのか、などを検討していくことになる。

間接証拠による認定型の場合も、間接事実そのものの認定については、直接証拠による認定と変わらないから、間接事実を基にした認定について付言する。間接事実積み上げ型といわれる認定の場合には、個々の間接事実がどの程度の確度で認められると原判決で判断されているのかをまず確認し、当該証拠でそのように認定できるかを検討する必要がある。次に、そのような間接事実を総合して原判決のような認定が可能なのかを検討する必要がある。また、事実上の推定が活用されている場合には、当該推定の前提事実の構成が適正か、当該推定に合理性があるか、などといった観点から原判決の認定過程を当該証拠に基づきながら検証していくことになる。こういった点を詳しく説明すると、事実認定プロパーの問題になるから、この程度で終える（詳しくは、注4）で紹介した拙著『実践的刑事事実認定と情況証拠』等参照）。

次に、厚い記録における証拠の検討に関しては既に少し説明したが、補足する。証拠の検討に手間と時間がかかるから、効率的に行うことが望ましいこととなる。被告人からの

情報等で、控訴趣意の方向性が既にあるような場合には、その主張に関係する証拠部分の丁数を控えるだけでなく、速記録の必要箇所をパソコンに入力していく、など様々な工夫を同時に行いつつ記録を読んでいくと、全体として効率的な記録読みができることになる。

他方、記録を読んでから控訴趣意を検討しようといった場合もあり得る。その場合に、丹念に記録を1回読んで、それから控訴趣意を考える、といった方法は丁寧である。特に、事後審性の徹底との関係で、既に説明した基本形の控訴審弁護が重要となってくる前提では、控訴審の主張の根拠となる証拠は、原則として原審で取り調べられたものに限られることになるから、適切な控訴趣意を構成するためには、記録を十分に読み込んでおくことが求められることになる。そうなら、何十回でも記録を読もう、というのも、立派な心がけだと思うが、筆者は、そういった方法には必ずしも賛成ではなく、記録を読む回数にはできるだけ少ない方が良いと考えている。筆者が言いたいのは、手抜きの手間では勿論なく、効率的に記録を読んだ方が良いということである。例えば、厚い記録の中にある特定の証拠の記載を後から探し出すと、少なからぬ時間と手間を要してしまい、他の作業の進行を妨げる結果になることがある。そういった事態はできるだけ回避した方が良いから、記録を効率的に読み、記録を読む回数を減らす必要があると体験的に考えている。

それでは効率的に記録を読むにはどうするかということになるが、記録を読むに当たっての羅針盤を用意しておくのが良いと考えている。具体的に例示すると、手続部分は判決も含めて既に読んでいるわけだから、漠然とではあっても、控訴趣意のイメージができていくことがある。それを羅針盤とするのである。他方、そういったイメージができていない場合には、証拠を読む前に、それまでの情報を基にしてできるだけ控訴趣意のイメージを作ってみるのである。例えば、あの事実認定は争えそうだとか、あの証拠決定は争えそうだとか、などの漠然としたもので足りる。

そういったイメージを羅針盤として、証拠を読んでいくのが良いと考えている。控訴趣意が決まっているわけではないから、記録を読むポイントには、ぼんやりした部分を含んでいる。それでも、そのイメージに基づいた一定の明確性を持って示されるポイントに沿って記録を読むと、関係する証拠に気付く確率が高まり、手控えも効率よく作成できて、後からの点検も効率的にできることが少なくないのである。

他方、このような手法に対しては、不当な「予断偏見」をもって記録を読むことになり、適切とはいえない、などの批判が向けられそうである。しかし、筆者は、「偏見」はともかく、「予断」というか、事前の情報を基にして組み立てた予測・洞察、などといったものは、否定的に位置付けられるべきではなく、より積極的に位置付けられるべきものと考えている。物事を始めるに当たっては、自分なりの見通しを持って始める方が良く、「予断」自体に問題があるのではなく、その後継続的に行うべき「予断」に対する検証作業が適切に行われているか否かを問題とすべきなのである。

話を戻すと、上記イメージを持ちながら記録を読み進めると、次第にそのイメージが膨らみ、同時に、関係証拠によって着実に裏付けられて、本格的な控訴趣意に発展していく、といったことが生じ、良い成果が得られることもあり得る。しかし、そういった良い成果が得られなくても、格別差し支えはない。記録を読む重点は、そのイメージの正当性を確認することではなく、本格的な控訴趣意、そこまでいかななくても、その契機を得ることにあるからである。そのため、イメージは大事にしながらも、個々の証拠を読んで、必要を感じた都度、イメージの検証・修正、撤回、新たなイメージの案出等、このイメージの控訴趣意への進化に向けた様々な作業を行う必要があるのである。勿論、これらの作業過程で、それまで軽視していた証拠を再評価する必要が生じたりして、既に読んだ証拠を再度確認する必要が生じることもある。しかしそうだとすると、筆者は、こういったイメージを持たないで、いわば白紙の状態で記

録を読むよりは、全体として効率的になるように考えている。

#### f 身柄関係の書類の着実な点検の重要性

身柄の経緯もきちんと把握しておく必要がある。謄写料との関係で身柄関係の書類の謄写はしないといった場合でも、記録は裁判所にあるから、必ず点検すべきである。検討の結果、身柄関係について違法な点を発見して控訴趣意として主張するといったことも可能となるし、上訴審で保釈請求をするといったこともあろう。また、被告人が、1審で保釈されていたり、別件で服役していたりした場合には、算入できる未決が皆無だったり、ごく限られた日数だったりすることもあるから、原判決の未決算入に誤りがないかの点検も的確に行うことができる。

保釈請求の関連では、高裁の部によって対応が違うような話も聞くが、弁護人が持っている情報で裁判所に伝えておいた方が良い情報は、適宜の方法で知らせた方が良く考えている。書面では説明し切れていない事項等があれば、面談を求めて裁判所に直接説明した方が良い。

### (3) 被告人

#### a 被告人は控訴趣意決定の情報源

上訴審の被告人は、原判決や原審の手続等に不満を持っているわけだから、控訴審における弁護方針を決めるに当たって重要な情報を持っているのが、自然なことといえる。被告人が持っている情報が控訴趣意の基盤となることは十分あり得ることだから、弁護人としては、被告人が持っている情報を的確に取得することが肝要である。既に説明した不適切弁護の事例に、接見を巡る事案が少なからず含まれているのも、視点を変えれば、上訴審弁護において、被告人からの的確に情報を得ることの重要性を裏付けているといえる。特に、外国人の被告人、精神障害・特異な性向等のある被告人などに関しては、その言い分が原審で的確に理解され・汲み上げられて、弁護人から主張され、裁判所の判断を経ているとは限らないから、そういったことの有無の確認に必要な情報も含めて、的確な情報を得る必要がある、そのための配慮と工夫を要する場合があります。その手段として、時機

をとらえた接見の実践の重要性は改めて指摘するまでもないが、手紙等の通信手段、控訴趣意書の案の差し入れ等を活用して、信頼関係を構築・発展させる工夫と配慮は、これまでも様々に指摘されている。

他方、被告人の不満の中には、原審での手続、原判決の判断内容等に関する誤解から生じていて、その誤解を解消すれば解決できるものもあり得る。被告人から話を聴く過程で、そういった類型の誤解の存在に気付いたら、適切に説明をしてその誤解の解消に心掛けるべきである。その結果、被告人の不満の内容が適切なものに純化されれば、適切な控訴審弁護を行うことも、その分容易となるはずである。

また、弁護人は、法律専門家として控訴趣意書を作成するが、被告人の意思に反する控訴趣意書は陳述できないから、この面からも、被告人の考え・意見を確認しておく必要がある。弁護人が作成した控訴趣意書の内容を被告人に確認させることも必要なことだが、これは、被告人との意思疎通を確実にする意味でも重要であって、不適切弁護事例の中には、こういった確認作業が全く行われていないものも存在するから、この点の確実な実践が期待されているといえる。

次に、被告人が控訴趣意書を独自に作成した場合には、弁護人は、法律専門家としてその控訴趣意書を点検し、①控訴趣意書として提出する、②被告人の陳述書として証拠として請求する、③その両方の取扱をする、④被告人の言い分を弁護人なりに構成し直して、弁護人の控訴趣意補充書として提出し、被告人が作成した控訴趣意書は手持ち資料に留める、などの様々な選択肢の中からどれを選択するのかについて、被告人と打ち合わせておく必要がある。被告人が、控訴趣意書を作成していないものの、作成する意向を示している場合も、同様の対応が必要となろう。

なお、上告審では、被告人は法廷に出頭しないから（法409条）、その身柄の移動は原則としてない。そのため、原審が東京から遠隔地の裁判所だと、弁護人による接見は事実上困難となり、被告人との意思疎通の手段は、通信が中心となる事案もあろう。そう

いった事案では、通信の時期、頻度に工夫・配慮する必要がある。

#### b 被告人との応接

被告人との応接について、既に説明した以外で考えても、原審記録等の情報があることで、1審に比べて楽かといえば必ずしもそうはいえないように受け止めている。控訴審の被告人は、一般的には、1審で確定した被告人に比べて、被告人としての経験を重ねていて、刑事の手続を被告人なりに知っており、自分なりの考え・主張をする存在である割合が高いと思われる。そして、その考え・主張が適切な控訴趣意に構成できるものであれば問題はないが、そうとばかりはいえない、というより、控訴趣意としては、およそ不適法な内容だったり、裁判所からその主張が認められる余地のないものであったり、詳細ではあっても、結局何を言いたいのか判然としないものであったり、など、控訴趣意として構成することに問題のある場合が一定割合で含まれているといえる。例えば、被告人が長文の、しかもその趣旨が判然としない控訴趣意書を作成して、その書面を控訴趣意書として陳述する、といった場合には、裁判所から、控訴の趣意について釈明を受けることになろうから、被告人と打ち合わせて、言い分を確認しておく必要がある。しかし、そういった類型の控訴趣意書を作成する被告人の言わんとするところを的確に理解するには、困難を伴うことも少なくないものと推測される。また、そういった被告人の場合には、弁護人が論理的な説明をするだけでは簡単に納得せず、ちょっとしたきっかけで信頼関係を大きく損なってしまうことも生じないではないし、被告人が頻繁な接見を求めてくるなど、応接に多大な困難を伴う場合もあり得る。

事案に応じた弁護人なりの工夫と配慮で、困難な事態が乗り越えられているように受け止めているが、本当に応接困難に陥った事案では、辞任も1つの選択であるものの、それは、次の弁護人に負担を先送りするだけに過ぎないときがあり得る。そして、筆者の経験では、辞任ではなく、国選弁護人を2人とする複数選任によって事件が進行できたことが

あるから、弁護人が陥っている状況を裁判所に率直に説明して国選弁護人の複数選任を求めることが、事態の打開に繋がることもあり得よう。

他方、弁護人の中には、折衝が上手でなく、相手の言うことをよく聞かない人も見受けられ、不適切弁護の一因となっているように思われる。こういった点は、研修を受けたらすぐに改善されるといったものではないから、当該弁護人に対し、改善に向けた様々な形で周囲からの日頃の働き掛けが肝要といえる。

### 3 検察官上訴事件の弁護

控訴趣意書が提出された場合は、破棄

#### (1) 率が高いことも念頭に置いて被告人と打ち合わせて弁護方針を立てること

検察官の控訴趣意書は、これまでは長文のものが少なくなかったし、関連する判決、証拠等が多数証拠請求されることもあった。そのため、弁護人としては、早期にその全体を把握して、被告人にその内容等を伝えて、被告人側の応訴方針を決める必要があった。しかし、公判前整理手続の実践、裁判員裁判の記録が薄くなっていること、などからすれば、このような検察官控訴事件における主張・立証の有り様に変化が出て、弁護人としては、基本的には、事後審性の徹底の視点から対処することになる。

#### (2) 答弁書（規則 243 条 1 項）を必ず提出すること

規則 243 条 1 項は弁護人に対して答弁書の提出を義務付けていないが、弁護人としては、答弁書を提出するのは義務だと考えておくべきである。答弁書の提出がないと、上記のように破棄の確率の高い類型の事件において、被告人側の言い分が全く裁判所に提出されないまま控訴審の判断を受ける結果となりがねないからである。

なお、同項には 7 日以内とあるが、その定めは訓示規定と解されているから、答弁書の提出期限については、受訴裁判所と打ち合わせて決めることができよう。

#### (3) 被告人側の反証を検討・準備すること

検察官の立証方針に応じて、被告人側の反証を検討・準備することも重要である。同時に、検察官の立証がやむを得ない事由を備えたものなのかを厳正に点検し、必要な反駁を行うことも肝要である。特に、裁判員裁判の 1 審では公判前整理手続終了後は立証制限がある（法 316 条の 32）からなおさらである。

## 4 双方上訴事件の弁護

双方上訴事件の弁護は、被告人上訴事件、検察官上訴事件における弁護の競合型となる。記録は同じだから 2 倍とまではいかないが、手間はそれなりにかかる。これまでの説明を補足すると、被告人側の控訴趣意書の内容と、検察官控訴事件における被告人側の答弁書の内容とが齟齬しないように点検する必要がある。同じ論点であればそういった齟齬が生じるおそれは少ないものの、少し視点の変わった論点の場合には、実質的に齟齬している主張をしていることを看過しているときがあり得なくはないから、慎重に点検する必要がある。

## 5 上訴趣意の内容

特に強調したい点だけについて説明する。

### (1) 控訴趣意全体

#### a 事後審性の徹底との関係

従前の控訴趣意では、標題の点において厳格さに欠ける事案も見られたが、現在では、その適切な実践が強く望まれている。その要点は、原判決の認定・評価に対して、原審で取り調べられた証拠に基づいて必要な反駁を行い、自己の主張を根拠付けることである。例えば、原判決が原審の弁論でされた弁護人の主張に対してこのように判断をしているのは、こういった根拠からして誤っており、逆に、弁護人の上記主張は原審で取調べ済みのこういった証拠から適切に裏付けられていて正当である、原判決の量刑因子の挙げ方・評価は、こういった根拠に照らして不適切である、などといった形の主張形態が事後審的で、適切なものといえる。

他方、原審記録や原判決と無関係に、被告人側の主張だけを展開し、これを認めていない原判決は不当だといった形の主張形態は統審的で、適切とはいえない。また、被告人側の言い分が基本的には原審と変わっていない事案でも、控訴趣意は原審弁論要旨と同趣旨であるから引用する、などと主張するのは、その主張方法自体の問題を措いても、主張が原判決の判断と関連付けて行われていない点で、同様に適切とはいえない。

原判決後に生じた事由等を主張の根拠とする場合には、そのことを明示し、同時に、先ほど述べた法 382 条の 2 の「やむを得ない事由」の存在も明確に主張する必要がある。

**b 証拠上認められる事実、被告人の言い分に即した事実の主張を行うこと**

刑事事件では自白事件の比率が高いからこそ弁護の充実は重要な課題である。自白事件であっても、例えば、①検察官の主張とは異なる事実関係（動機、経緯、態様等）が証拠から認められる、②被告人の言い分にもそれなりの根拠があって、その言い分を酌んで主張した方が良い、などの場合があり得る。もちろん、事案によることにはなるが、筆者の経験でも、記録に照らすと、もっと主張されて良いと思われる主張が行われていない事案もあったように思われる。自白事件であることを前提として、裁判所の印象を悪くしたくない、審理が長引く、などといった思惑が背後にある、さらにその背景として裁判所に対する不信とまではいかなくても今ひとつ信頼し切れないといった思いがある、とすれば、残念なことであり、適切な内容の控訴趣意が作成されていくことが望まれており、弁護人としては、主張すべきことはきちんと主張するのが、当事者主義の出発点であって、そういった控訴趣意の存在が司法の健全性を示すものといえる。

もっとも、何でも主張すれば良いことでもないことも当然であって、当事者主義との関係では、被告人や事件に対する弁護人の理解力・洞察力不足から、事案に即した主張ができない・乏しい、裁判所に認められる可能性のない主張を様々に展開する、一般論・被告人の意向と関係のない独自の自説を長々と展

開する、などといった不適切な主張が行われることも、懸念される。例えば、被告人の反省振りを量刑不当の主軸として主張しているのに、証拠関係から明らかに不合理な被告人の弁解の正当性を強調するなどといったことがあると、そういった主張部分が被告人の反省振りの評価の程度を低下させる逆効果を生むこともあり得るから、主張内容の選別が必要であって、そういった選別を適切に行える能力を涵養する必要もある。そして、裁判員裁判では行為責任主義が強調されていて、被告人の反省の情などといった、いわゆる一般情状が量刑判断に与える影響は限定的なものとされているから、控訴趣意の作成、原判決破棄の予測、などといった場面では、そのことにも留意しておく必要がある。

**c 控訴趣意補充書との関係**

控訴趣意補充書に関しては、裁判所への提出時期によってその主張できる内容に差異があることに留意する必要がある。すなわち、控訴趣意書提出期間経過前であれば、その主張内容に制約はない。他方、同期間経過後だと、控訴趣意書の主張を補充することは可能であるが、控訴趣意では主張されていない新たな主張を行うことはできない（このことを許せば、控訴趣意書の提出期限を設けた意味が薄れてしまう。）。そのため、控訴趣意書作成の段階で、補充書に関する上記の制約の存在も意識して、控訴趣意書の内容が適切な構成となっているかを確認しておく必要がある。

そうはいつても、訴訟は生き物であるから、控訴趣意書提出期限経過後に、新たな主張を行う必要が生じることもあり得る。そういった場合には、当該主張に対する裁判所による職権判断を求める前提で、補充書で当該主張を行う方法が残されている。

個別の控訴趣意については、論理的順序ではなく、実務的な利用頻度の観点から、これまでの説明を補充する形で、以下で説明する。

**(2) 量刑不当（法 381 条）**

**破棄を求める類型を意識して主張を整理することが肝要**

**a** 量刑不当を理由とする破棄に関しては、法

397条の1項か2項かによって、1項破棄、2項破棄と呼ばれている。漫然と様々な事情を総括的に論じて原判決の破棄を求めるというのでは、原判決の量刑判断の問題性も明らかとならず、説得力に乏しいものとなりかねないから、控訴趣意においても、①1項破棄を目指すのか、②2項破棄を目指すのか、③その双方を目指すのか、を明確に意識して主張を整理する必要がある。そして、1項破棄を目指す場合には、①原審で取り調べられた証拠に基づいて、原判決の量刑に関する事実認定、評価等を争うことになり、②そういった主張を前提として原判決の量刑が重いことを主張することになるから、どのように重いのかも、可能なら具体的に主張することが望まれる。そうはいつても、実刑の判決に対して執行猶予を求める場合にはその旨を明示しやすいが、実刑自体は争わずに刑期の短縮・減刑を求める場合には、具体的に何年以下の刑とまでは主張できずに、できるだけ軽い刑をといった抽象的な主張に留めざるを得ない事案もあろう。

また、近時は、実体法の分野でも法改正が盛んであるから、量刑不当の主張に法改正が絡む場合について付言する。例えば、当該事件の罪について、法改正があって法定刑が引き上げられた場合には、その法改正後の犯行に対してされた原判決は改正法の法定刑に準拠して量刑されているから、その法改正前の法定刑を前提としてされた裁判例を量刑資料として引用するときは、そういった法定刑の変化を考慮してもなお原判決の量刑の不当性を根拠付ける裁判例である旨も説明する必要がある。このように、自己の主張の不利な部分も率直に提示した上で主張を展開するのが本来形といえよう。

ところが、こういった本来形での主張ではなく、当該法改正前の時期の裁判例を引用しつつ、他方、当該法改正のことには何ら言及せずに当該法改正の前後を問わず同一視点から量刑不当を論じる事例も見受けられる。このような主張は、1項破棄の主張としては裁判所に対して適切な説得力を持たないだけでなく、当該法改正のことを知らない被告人その他の関係者には、改正前の軽い刑の裁判の

方が妥当だ、などといった誤った認識・期待を抱かせかねない点でも有害である。

#### b 2項破棄を求める控訴趣意

実践頻度の高い2項破棄を求める控訴趣意の基本形としては、原判決の量刑判断を前提として、原判決後に生じた事由だけをもっぱら論じる、ということになる。しかし、多くの事件では、原判決の量刑判断を全面的に支持できるということにはならないだろうから、異論のある点を、例えば、量刑判断の前提事実の認定に異論がある、量刑事由の評価に異論がある、などと指摘することになる。そうすると、純粹に2項破棄を求めるのは限られた事案において、ということになるが、それは原判決に不満を持って上訴することからすれば、むしろ自然なことといえよう。

他方、1審の審理充実を前提とすると、事後審である控訴審において、単に原判決後に生じた事情であるということだけで、その立証が常に許されることにはならない。例えば、1審では、①示談成立の見込みがなかった、②被告人の社会内更生の基盤となる情状証人の出現が予測できなかった、などの理由から、当該事情の立証ができなかった・当該事情の出現を前提とした弁護活動ができなかった、ことなどを主張・疎明しないと、当該事情に関する立証自体認められないおそれがある。換言すれば、出現が予測できた・見込めた事情は、原審の審理・判決に反映させるのが本来の姿であって、だからこそ、控訴審では、上記のような「やむを得ない事由」の存在が求められている。

この「系」としては、原審で出現が予測できた・見込めた事情であっても、原判決で考慮されている範囲を超える部分が原判決後に生じていることを理由として、2項破棄を求める主張・立証ができる場合がある。この典型は、原判決で既に、示談成立が見込まれること、被告人に就職の見込みがあること、などといった形で量刑上考慮されている事情について、原判決後に実際に成立した示談、実現した就職が、原審での見込みを大幅に上回る内容、好条件のものであったことなどを主張して、原判決が考慮した程度を上回る、よ

り大きな量刑上の考慮を求める主張・立証を行う場合である。

このように、漠然とした形で量刑不当を求めるのではなく、当該量刑因子について原判決でどの程度まで認定・考慮されているのかを明らかにした上で、必要な反駁を行って、原判決後の事情を主張して、2項破棄を求めるのが良いと考えられる。

#### 刑の一部執行猶予（刑法27条の2）

##### c. との関係

この制度は平成25年の法改正で導入された<sup>6)</sup>。筆者が傍聴した裁判でも、裁判官が、刑の全部執行猶予とするのが良いのかについて当該事件の審理の中で見極めようとする姿勢が窺え、刑の全部とするのか一部とするのかについて見極めた上で執行猶予の裁判がされているものと理解でき、同制度の導入が審理の有り様に影響を及ぼしていることを実感したことがある。

控訴趣意としての量刑不当との関係では、これまでの量刑不当の主張内容と異なる部分も勿論あるが、この制度特有の検討視点も必要のように考えている。すなわち、実刑部分の刑が重い、執行猶予期間が長すぎる、などといった主張は、これまでの量刑不当と同様に主張することは可能である。また、刑の一部執行猶予は、刑の全部執行猶予（刑法25条）に比べれば明らかに重いから、刑の一部執行猶予の判決に対して刑の全部執行猶予を求めて量刑不当の主張をすることも可能である。

次に、一部執行猶予の判決に対して全部実刑を求めて量刑不当の主張をするのは、実刑の刑期を短くする主張を伴わないと不利益主張となって許されないものと解される。

他方、全部実刑の判決に対して、刑の一部執行猶予を求めて量刑不当を主張することが可能かについては、微妙な点があるように解

される。一部とはいえ実刑の刑期が執行猶予となるのは、そのことだけを考えると有利といえるが、執行猶予期間は5年までの期間で設定が可能であり、また、保護観察に付することも可能である（刑法27条の3）から、刑の終了という観点からすれば、執行猶予期間の終了時点（最悪の場合には、当該執行猶予が取り消されて再度の服役終了時点）にずれ込むことになり、全体として、被告人にとって有利といえるのか一概にはいえない<sup>7)</sup>。そのため、被告人とよく相談して被告人が真に希望する場合にのみ、この主張を行うべきものと解される。今後も実務の動向にも注目したい。

##### d. 原審と主張が変わる場合

被告人側の主張が控訴審で原審とは変わる場合がある。自白から否認に転ずる場合には、通常、事実誤認の主張がメインとなり、量刑不当の主張はされないか、従たる位置付けに留まろうから、ここでは、量刑不当の主張が重要な位置付けとなる場合が多い、否認から自白に転ずる場合について説明する。

有罪の原判決を前提として、否認から自白に転じたと主張すること自体は可能だが、問題は、量刑不当の主張の前提となる情状に関する主張・立証である。原審当時に存在した事情については、法382条の2に基づいてやむを得ない事由を必要とするが、その立証に困難を伴うことがあり得よう。そして、原判決後に生じた示談、反省の情等の一般情状を控訴審で立証することも当然にはできないことである。法393条2項によって裁判所の職権調査の対象事項となるから、1審とは異なる主張をするに至った経緯、示談等を1審で行えなかった事情等も含めて、控訴審での主張変更の合理性があることについて積極的な主張・立論をする必要がある。

しかし、こういった主張の変化に伴って立

6) 刑法27条の2～27条の7、薬物使用等の罪を犯した者に対する刑の一部の執行猶予に関する法律（特に、同法4条1項は、必要的保護観察付き一部執行猶予を定めている）。この制度に関しては、例えば、今福章二ほか「座談会 刑の一部執行猶予制度の施行とその課題」論ジュリ17号194頁（2016）、樋口亮介「刑の一部執行猶予の選択要件と宣告内容：制度理解を基礎にして」同号217頁等、既に様々に論じられている。

7) この制度の理解の仕方によって、この点の説明も異なってくる。①全部実刑と②全部執行猶予との③中間的な刑事責任と位置付ければ、有利・不利性は一義的に明らかとなる（②③①の順序となる）が、基本的には実刑であって、その一部を社会内処遇に回すために切り取るもの（全部実刑の亜種ともいわれる）、といった位置付けが一般的な理解となれば、①と③との有利・不利性は一義的に明らかとはいえないように解される。

証対象となる情状事実（例えば、原判決後にされた示談）をおよそ考慮しない、といった一律的な取扱は、被害者保護の観点からも疑問が生じ得るなど、適切なものとはいえず、事案に即した判断が求められているといえよう<sup>8)</sup>。換言すれば、事案に即した主張立証の実践が弁護人には求められていることになる。

また、例えば、否認していた関係で犯行態様等の犯情に関しても過度な言い方をしていた、などといったことがあって、原判決の判断が被告人に不利なものとなっているとすれば、控訴審弁護人としては、被告人が真に言いたかったことが適切に原判決に評価されなかった点を的確に拾い出し、それらの点に対して、適正な評価の在り方などを具体的に提示しつつ被告人側の主張を展開していく、などといった訴訟活動が求められよう<sup>9)</sup>。

### (3) 事実誤認（法 382 条）

事実誤認については、個別事案に応じた創意と工夫が必要だが、最高裁の近時の一連の判例によって、事後審性の徹底との関係で、論理則、経験則等違反の存在が重視されることとなっている<sup>10)</sup>。そのため、原判決のこの認定はおかしい・間違っている、などと、単に事実認定が誤っている旨を主張するのでは足りず、当該誤認が論理則、経験則等の違反によるものである旨を明示して主張する必要がある。もっとも、原判決に当該事実認定の根拠となった論理則、経験則等が明示されているとは限らないから、この論理則、経験則等違反の主張も、論理則、経験則等の指摘自体は抽象的なものに留まらざるを得ない事案も少なくないことになろう。

そのほかでは、原審記録に基づく主張が原則であって（援用も必要・法 382 条）、弁論終結前の事情についてはやむを得ない事由の

存在を明示して主張する必要があること<sup>11)</sup>を十分自覚して、原判決の判断と絡ませる形で自己の主張を展開する必要がある。

### (4) 訴訟手続の法令違反（法 379 条）

詳細な説明は参考文献に譲り、気になる点を 2 つだけ説明する。

#### a 事実誤認との区別

ごくおおざっぱに言えば、原審で取り調べられた証拠を前提とするのが事実誤認であって、原審で取り調べられた証拠の証拠能力を争うのが訴訟手続の法令違反である。不適切弁護でも、この区別が理解できていないことが原因となっている事案があるから、この区別がきちんと理解されている必要がある。

#### b 補強証拠の不挙示は訴訟手続の法令違反（東京高裁）

補強証拠が証拠の標目に挙げられていない場合には、絶対的控訴理由である理由不備（法 378 条 4 号）とする考えもあるが、少なくとも東京高裁では相対的控訴理由である訴訟手続の法令違反に留まるものと解されているから、この前提で主張する必要がある。

### (5) 法令適用の誤り（法 380 条）

訴訟手続の法令違反は手続法を対象とするのに対し、法令適用の誤りは実体法を対象とするから、その区別がきちんと理解されている必要がある。例えば、東京高判平成 21 年 12 月 22 日判タ 1333 号 282 頁<sup>12)</sup>は、窃盗未遂の主張を排斥して窃盗既遂を認めたが、液晶テレビをその販売店である大型店舗のトイレ内に一時的に隠した時点で窃盗既遂が認められた事案だから、未遂の主張にも相応の根拠があったといえる。こういった事案では、どうせ認められないから未遂の主張はしない、などと安易に対処することなく、きちんと未遂の主張をすることが期待されているといえる。

8) 正面からこの点を論じ、実刑を維持しつつ、裁判員裁判の 1 審の刑を減じた（懲役 3 年 8 月→懲役 3 年 4 月）ものに、大阪高判平成 23 年 5 月 19 日判タ 1363 号 208 頁がある。

9) 関連する論考としては、上垣猛「原審が裁判員裁判である控訴審の審理の在り方・量刑評価を中心にして」植村一郎判事退官記念論文集第 3 巻 609 頁（立花書房、2011）、特に、612 頁注 5）及び 623 頁注 10）。

10) 拙稿「最近の薬物事犯を中心とした最高裁判例に見る刑事控訴事件における事実誤認について」刑事法ジャーナル 40 号 31 頁（2014）等参照。

11) 疎明資料の添付も必要である（法 382 条の 2 第 3 項）。ただし、控訴趣意書に直接添付せず、事実の取調べとして証拠請求の形をとるのが一般的かと思われる。

12) 森住伸人「判批」刑事法ジャーナル 25 号 58 頁（2010）、石渡聖名雄「判批」研修 763 号 15 頁（2012）等。

そうはいつでも、弁護人の主張は被告人の意向に沿ったものであることが望まれるから、被告人の意向と関係なく、違憲論その他の弁護人の日頃の持論を展開する、といったことは、不適切弁護にも類似の事例があるように、基本的には避けるべきである。要は、主張すべきはきちんと主張し、主張を控えるものは控えるという、メリハリの効いた主張をするのが良く、その際は、被告人の利益を中心に判断されるべきである。

#### (6) 理由不備・理由齟齬（法 378 条 4 号）

理由不備・理由齟齬は絶対的控訴理由とされているから、法 44 条、335 条 1 項、2 項に照らして絶対的控訴理由として主張するのに相当する事柄について主張すべきであり、些細な食い違い、誤りといったものまで主張するのは、被告人側の他の主張の印象も損なう危険性を帯びることになる。そのような事項は、関連する他の控訴趣意の中で併せて指摘しておけば足りよう。

#### (7) その他（控訴理由は限定（法 384 条））

次に説明する上告理由との関係では、上告して憲法違反を主張したいと考えている場合には、原審での主張・判断を経ている必要がある<sup>13)</sup>から、控訴審で、憲法違反の主張をしておく必要がある。

他方、控訴理由が限定されている（法 384 条）こととの関係では、判例違反は控訴趣意としては該当事由はないから、事実誤認等の控訴趣意の理由を基礎付けるものなどとして、判例違反の点を主張することになる。

また、「審理不尽」も、独立した控訴趣意として主張されたこともあったが、特に近年では、独立した控訴趣意としては、主張もされないし認められもしない、といった扱いが一般的になってきている。そのため、審理不尽を主張したい場合には、事実誤認等の控訴趣意の理由を基礎付けるものなどとして主

張する必要がある。

#### (8) 事実取調べ請求

事実取調べ請求では、控訴審の人証の取調べは行われなことが多く、行われる場合でも 1 審に比べれば短時間で終わることが多い上、被告人質問も、証人尋問と同様に扱われているから、その請求に当たっては、真に必要とする人選（被告人質問も含めて）、立証趣旨・尋問事項、尋問時間を吟味して行うべきであり、陳述書も積極的に活用されるべきである。そのため、原審で取り調べられている証人を再度申請する、といった場合には、その必要性を明確にする必要も当然生じる。

事実取調べではないが、法 404 条を根拠として被告人の最終意見陳述（法 293 条 2 項）を求めることについては、判例によって同項の被告人に関する部分の控訴審への準用が否定されている<sup>14)</sup>から、実務的には認められない。

#### (9) 被告人への説明（特に未決勾留日数の法定通算・裁定算入、上訴期間等）

接見等を介して被告人との意思疎通を高めしておくことが肝要であるが、未決勾留日数の刑期への算入を気にする被告人がいるのは自然なことであるから、弁護人としては、関係法令<sup>15)</sup>をきちんと理解して、的確に説明する必要がある。

また、上訴期間については、上訴提起期間は裁判告知日から進行し（法 358 条）、控訴・上告ともに 14 日であること（法 373 条、414 条）を説明する。

ここで、便宜、上告に関連した事項も説明しておく。上告が、判決で棄却された場合には、判決訂正の申立が判決宣告後 10 日以内に可能であること（法 415 条 2 項、1 項）、決定で棄却された場合（法 414 条、386 条 1 項 3 号）には、異議申立が決定送達後 3 日以内に可能であること<sup>16)</sup>を説明し、申立期間

13) 最大決昭和 39 年 11 月 18 日刑集 18 卷 9 号 597 頁（海老原震一「判解」最判解刑事篇同年度 134 頁（1973））。

14) 最判昭和 25 年 4 月 20 日刑集 4 卷 4 号 648 頁、最決昭和 25 年 10 月 12 日刑集 4 卷 10 号 2087 頁、最大判昭和 27 年 2 月 6 日刑集 6 卷 2 号 134 頁。河上和雄ほか編『注釈刑事訴訟法（第 3 版）第 7 巻』451 頁〔香城敏磨＝永井敏雄〕（立花書房、2012）。

15) 被告人側の上訴事件の場合には、破棄されたときだけ未決が法定通算される（法 495 条 2 項 2 号）。他方、検察官上訴事件の場合には、検察官が上訴した以降の未決が法定通算される（同項 1 号）。

16) 最大決昭和 30 年 2 月 23 日刑集 9 卷 2 号 372 頁（伊達秋雄「判解」最判解刑事篇同年度 64 頁（1956））が、法 414 条、386 条 2 項、385 条 2 項の適用を認めている。

が比較的短期間であるところから、必要に応じ、参考文献等で示されている各申立書のひな型を交付しておくのが相当である。

## 6 上告審

上告審の構造をきちんと理解しておくことが肝要である。すなわち、上告理由が憲法違反と判例違反に限定されている(法 405 条)が、職権破棄も可能であり(法 411 条)、法令の解釈に関する重要な事項があると考えられる場合には、上告受理の申立(法 406 条、規則 257 条)も可能である<sup>17)</sup>ことである。

そのため、法 405 条該当事由がある事案では、同条に則った主張がされるのは当然であるが、そういった事由のない事案では、無理に憲法違反や判例違反の主張をしてみても、説得力が高まることには通常ならないから、むしろ、端的に、例えば、当該事案で被告人が不満としていて、真に争いたい点が事実誤認であったとすれば、法 411 条の職権破棄を念頭に置いて、同条に即した主張をするのが良いと考えている。

### 《補注》

最後に少し細かな点である、控訴審における被告人による証人尋問の可否について補足する。

この点については、法 388 条を根拠として消極的な運用が広く行われている(その紹介に安廣文夫・後掲 232 頁)が、上告審でもその適法性が争われることがあり(その事例紹介に安廣・後掲 235 頁)、積極説も有力に主張されている(安廣文夫「被告人の証人尋問権」松尾浩也＝平野龍一編『新実例刑事訴訟法Ⅲ』(青林書院, 1998) 231 頁, 石井一正『刑事控訴審の理論と実務』273 頁(判例タイムズ社, 2010) 等)。もっとも、積極説でも、1 審以上に被告人による証人尋問を弁護人が代行して行う必要性(安廣・前掲 245 頁, 石井・前掲 273 頁等)や、控訴審における事実の取調べの裁量性を根拠に一定の場合には被

告人の直接尋問を包括的に制限できること(安廣・前掲 245 頁)が指摘されているから、実務における実際の運用には大きな差異は生じないものと解される。

筆者も、消極説によって運用していたが、それは、①控訴審の弁論権が制限されている趣旨(プロが弁論をするということ)に沿うこと、②尋問者として不適格(能力的、性格的に)であることが原審記録で明白になっている被告人に、控訴審で尋問させるのが相当とは思われないが、そういった特定の被告人に対してだけその尋問権を制限することは運用上困難であること(安廣・前掲 241 頁が例示する法 295 条ではまかない切れぬもの)、などがその背景にあった。

しかし、被告人は詳細な事情を知っているのに弁護人はその事情に通じていないなど、被告人が直接尋問した方が適切に、且つ、迅速・円滑に処理できる場面があることも経験していた。そういった場合には、被告人が事実上質問した後に、弁護人が尋問し直す形で処理したこともあった。

弁護人としては、被告人による証人尋問を実施する必要があると判断される事案では、その必要性を具体的に指摘して、弁護人による代行ではまかなえないことを明らかにすることも検討されても良いであろう。

(うえむら・りつろう)

17) 平成 27 年では、上告受理申立事件が 23 件(平成 26 年は 28 件)で、不受理件数が 24 件(平成 26 年は 27 件)で、平成 26 年より若干減少している。跳躍上告は 1 件(平成 26 年と同じ)であった。