

高等裁判所裁判官から見た 控訴審弁護人の弁護活動

講演日：2016年6月8日(水)



井上 弘通

●Hiromichi Inoue

東京高等裁判所 第12刑事部 部総括裁判官
(講演当時)

〈略歴〉

1977年 東京地方裁判所判事補(29期)
1993年 最高裁判所刑事局第二課長
1995年 最高裁判所刑事局第一課長兼
第二課長
1998年 東京高等裁判所判事
1999年 東京地方裁判所判事 部総括
2004年 最高裁判所上席調査官
2008年 長崎地方裁判所長
2009年 長野地方・家庭裁判所長
2011年 東京高等裁判所判事 部総括
2016年 大阪高等裁判所長官

1 はじめに

最初に、2つの文献をご紹介します。『国選弁護活動の手引き 上訴審編』（第一東京弁護士会刑事弁護委員会。以下、「手引き」とします）は、中身を見て私は大変びっくりいたしました。理論的にも、実務的にも非常に優れたものであらうと思いますので、まだお持ちになっていない方はぜひ入手されることをお勧めいたします。もう1つは、植松立郎『刑事事件における量刑の事情と控訴審での弁護活動』（日弁連研修叢書 現代法律実務の諸問題

平成25年度研修版）という論文です。量刑事情ということで、情状弁護の関係がもっぱらですけれども、非常にしっかりした内容で、役に立つところが多いと思います。なお、平成25年度の日弁連研修叢書には、植村先生の論文以外に原田國男先生の論文（『刑事事件における事実認定』）や、裁判員裁判に関する論文も入っております。刑事に関する限りご覧いただいて損はない文献だと思います。

話を進める前に、あえて最初に申し上げておきたいのは、今日は控訴審弁護ということで話をいたしますが、刑事において一番大事なのはやはり第1審です。弁護についても被疑者弁護から始まる第1審の弁護活動が最も重要だし、かつ帰趨を決するものだということがよくよくご理解いただいで、そこに力を注がれることが肝要であらうと思います。第1審において充実した弁護をされ、被告人にも納得のいく判断が出ればおのずと控訴も減ります。ぜひそういう点からも第1審弁護を充実していただきたいと思います。

CONTENTS

1 はじめに

2 控訴事件の状況

3 控訴審弁護の入口

4 控訴審の性質

- ① 事後審
- ② 事後審の特徴

.....
(次号掲載)

5 控訴審の弁護活動

- ① 現状
- ② 望ましい弁護活動
- ③ 着眼点
- ④ 裁判員裁判の特色

6 出口

7 最後に

8 質疑

2 控訴事件の状況

刑事控訴審既済事件の状況（資料1）は、ここ10年間の東京高裁の処理状況をまとめたものです。既済人員はずっと減ってきていたのですが、平成27年は増えております。やや司法行政的な話になりますが、第6刑事部が復活し、今まで9課部体制だったのが10課部体制になりました。それだけ控訴事件が増えているということです。その処理の中でどのくらい破棄されているかということが右側の欄です。控訴事件の約1割が破棄されており、見方によってはかなりの割合が破棄されているということが言えるのではないかと思います。その横に全国平均の破棄率を付けておきましたが、だいたい東京の方が全国平均より破棄率が高いです。そういうこともあって、上告率は全国平均と比べますと東京は顕著に下がっております。我々、東京高裁裁判官の勝手な独り合点かもしれませんが、それだけ意にかなうような、あるいは説得力のある裁判をできているのではないかと考えております。

一番右側の欄は、裁判員裁判だけを取り出したものです。一番注目されるであろうことは、当初の4～5年は全体より破棄率は顕著に少なかったのが、平成26年から破棄率が上がりました。ここ2年は全体の破棄率より裁判員裁判の破棄率の方が増えているということ

です。それは、それだけ皆さん方が裁判員裁判の控訴審弁護で充実した活動をしているということになるかもしれませんが、高裁内部でもこれについてどのような理由や原因があるのか検討しておりますが、あまりに個別性が高く、まだまだ件数が少ないので、どうということかというのはなかなか説明しにくいところです。

3 控訴審弁護の入口

ここで一番取り上げたいのは、弁護人選任の問題です。非常に多いのは、これは熱心なせいだろうと思いますが、原審の裁判員裁判で弁護したという理由だけで控訴審での選任を希望する上申書を提出するものです。中には、被告人の意向を確認せずにそういうことを申し出られる場合もございます。たまさか同じ弁護人を付けたら、被告人から、なぜ裁判所は第1審と同じ弁護人を付けたのだ、嫌だから何とかしてくれという申し出があり、結局いろいろな理屈を付けてその方に引いていただいて、ほかの弁護人を付けたというようなこともございました。確かに記録には通曉しておられますし、被告人との信頼関係もあるかと思いますが、しかし本当にそれでいいのかというのは、一歩下がってお考えいただいた方がいいのではないかと思います。

資料1 刑事控訴審既済事件の状況(東京高裁)

年 (平成)	既済人員	破棄			上告			裁判員裁判		
		人員	破棄率 %	全国平均	上告人員	上告率 %	全国平均	既済人員	破棄人員	破棄率 %
18	3506	531	15.1	15.9	985	28.1	30.6			
19	3165	485	15.3	14.1	893	28.2	29.8			
20	3036	424	14.0	13.0	791	26.1	29.5			
21	2623	285	10.9	11.4	690	26.3	30.9	2	0	0.0
22	2551	306	12.0	10.9	670	26.3	30.6	108	7	6.5
23	2472	208	8.4	9.8	687	27.8	33.4	248	8	3.2
24	2403	233	9.7	8.8	703	29.3	32.9	244	16	6.6
25	2235	246	11.0	9.3	583	26.1	32.1	189	17	9.0
26	2118	233	11.0	9.5	584	27.6	32.5	189	24	12.7
27	2427	246	10.1	9.7	563	23.2	30.3	199	24	12.1

もともと日本の訴訟法規は、弁護人については審級代理の原則を設けております。すなわち、第1審での弁護人選任の効力は第1審で終わると決めているわけです。ものの本によると、日本人というのは非常に遠慮深い人間なので、放っておいても上訴審で同じ弁護人になるというときに、もう先生結構です、ほかの人を探しますから、というのが言い出しにくかろうということで、審級代理にしたのだという解説をしている本もございます。刑訴法が制定されたころと今ではずいぶん人間性、国民性も変わっているでしょうから、本当に全部そうかなという気はしますけれども。それ以外に、私は個人的には、やはり代わった方がよろしかろうと思っております。私はかつて、15年くらい前ですけれども、日本の公設弁護人事務所が問題になる前に、最高裁から派遣されて、本当に駆け足ですが、アメリカの連邦あるいは州単位の公設弁護人事務所を、カリフォルニア、アリゾナ、フロリダ、ワシントンD.C.、シアトルと、5か所ほど駆け足でめぐったことがあります。それぞれ立派な公設弁護人事務所でしたし、同じ事務所が地裁から高裁、連邦最高裁と一貫して弁護をするというケースもよくありました。しかしどの事務所も原則としていたのは、同じ弁護人には弁護をさせないということです。

理由としては2つあります。もともと被告側が控訴、上訴する事件というのは、第1審の判断に不満、不平があるということです。きつい言い方をすれば、第1審の弁護活動に不満、不平がある。あるいは弁護活動はうまくいったかもしれないけれども、どこかで弁護活動に失敗があったから、そのような意に沿わない判断を受けてしまったということになるわけです。それについてきちんと上訴審で是正をしようとする、どうやっても第1審の弁護批判が出てきます。それを同じ人間にさせるというのは、やはりいかがなものかという発想があらうと思います。もう1つは、上訴審というのは第1審の審理の在り方や弁護の在り方を、異なる視点、批判的な視点から見て、それにより上訴理由を組み立てるものだという

発想がございます。自己批判というのは誰にとってもきついもので、それよりは全く異なる方が批判的に検討するというのが、どちらかというとも効果が上がるのではないかと。そういう発想は当然アメリカでもあったわけです。

そういうことでアメリカには上訴審専門の刑事弁護人も結構いらっしゃいました。ある方はこう言っていました。「コールド」ケースだと。第1審というのは事件が起こって間もないし、当事者の熱気もあるいわば「ホット」ケースだけれども、上訴審になると時間もたつし、熱気もある程度薄れる。そういう意味でコールドだと。もう1つは、書面審理ということもあります。つまり、法廷でのパフォーマンスややりとりということではなく、その結果としての書面を見て、第1審の審理の間違いあるいは判断のおかしなところを指摘するというので、これは第1審で華々しく法廷で弁護活動をされるのとは違う資質、能力が必要だと。自分は第1審でのパフォーマンス的なことは苦手できないけれども、コールドケース、いわば冷たくなった事件記録を見て第1審の審理の在り方がおかしいということを見いだすのは非常にたけている。そのように自覚されて、上訴審専門の弁護をされているという方もいらっしゃいました。そこまでいけるとは言いませんけれども、やはりそのような観点というのが上訴審の弁護では必要になってくるのではないかと考えております。

ちなみに、被告人から裁判所に、弁護人を代えてくれという手紙が来ることが結構あります。多いのは、話半分だと思いますが、実は自分は第1審で反省して認めようと思ったけれども、弁護人がこの事実関係、証拠だと十分争えるというのでついつい否認してしまつたと。しかし悔い改めたいので何とかしたいと思っていたら、同じ弁護人が付いてしまつた。裁判所どうしてくれるというようなことがございます。もちろん裁判所も、だからどうというわけではありませんが、そのようなことも時折起こるということは、やはりお考えいただいた方がいいかと思ひます。

4 控訴審の性質

1 事後審

控訴審は事後審です。そうすると、控訴審における審査の対象は原判決です。攻撃すべき対象は決して検察官の主張や証拠ではなく、原判決の認定（判決内容）、あるいはその審理手続の当否ということになります。

その表れとして、控訴理由も原判決の内容、あるいは審理手続の瑕疵のみに原則として限定されます。やや例外的なものとして刑訴法383条の再審事由というのがございますが、これはおそらく主張された方はほとんどいらっしやらないのではないかと思います。私も長い経験がありますが、何件かしか見たことがありません。そういうことで、もっぱら原判決のここがおかしい、不合理だということを控訴理由にしないといけないということです。

攻撃の時点はいつかということ、原判決の時点です。それから、判断資料も原則として原審記録に限られます。これは考えてみれば当たり前のことで、一定の記録で原審が判断をしたと。それに対して、実はこういう証拠があります、こういう事実がありますと出してくるのは後出しジャンケンです。そういうことをやっているとう審理が混乱しますし、第1審集中、第1審充実という理念には反しますので、それについては厳しく規制されています。後で申し上げますが、裁判員裁判制度が始まって公判前整理手続が必ず行われるようになって、ますますその傾向は顕著になりました。公判前整理手続を経ると刑訴法316条の32が適用になります。すなわち、公判前整理手続が終了した場合には、それ以後の証拠の申請はやむを得ない事由がない限り認めないとなっております。これは控訴審における証拠の申請と同じような表現ですが、公判前整理手続の方でこういう規定をした以上、控訴審におけるやむを得ない事由については、当然その趣旨を踏まえて、厳格に運用すべきだとされております。したがって、判断時点、判

断資料が原判決時に限られるということも念頭に置かざるを得ません。ですから、最初に申しあげましたように、控訴審より第1審の弁護が大事なのです。

2 事後審の特徴

(1) 最近の最高裁判例

裁判員裁判になって控訴審の事後審としての性質がどうなるかというのは、裁判員裁判制度が始まる前からいろいろ議論はありましたが、裁判員裁判を導入するとしても控訴審の法文、条規の在り方は一切変更がありませんでした。そこで、この点に関する最近の最高裁判例をこの機会に再確認しておきましょう。

何といても著名なのは、チョコレート缶事件についての**最一小判平成24年2月13日判決（集66・4・482）**です。このチョコレート缶事件は、チョコレート缶に覚せい剤を入れて密輸したというものですが、第1審の千葉地裁は裁判員裁判で無罪にしました。それを第2審の東京高裁が破棄して有罪にいたしました。それについて上告された事案です。結論としては、最高裁は第2審の有罪判決を破棄し、控訴棄却、すなわち無罪が確定しました。ここでご覧いただきたいのは、この判決の、控訴審における事実認定に関する言及です。「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であって、刑訴法382条の事実誤認とは、第1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いうものと解するのが相当である。したがって、控訴審が第1審判決に事実誤認があるというためには、第1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」とし、第2審の東京高裁はそれをやってないということで破棄しました。

率直に言って、実務にこの判決の重みはかなりありました。法廷意見は続いてこう言います。「このことは、裁判員制度の導入を契機

として、第1審において直接主義・口頭主義が徹底された状況においては、より強く妥当する。」と。

少し時計の針を巻き戻しまして、平成20年より前の段階まで控訴審について勉強された方はよくご存じだと思いますが、控訴審における審理の在り方、判断の在り方に関する学説としては、事後審であるということは当然の前提としながらも、論理則、経験則に違反した場合に破棄するのだという、論理則・経験則違反説と、これ以外に、心証比較説というものがありました。心証比較説というのは、高裁の裁判官が第1審の記録を読み込んで検討し、事実認定や量刑について高裁裁判官なりの心証をまず作り、それを第1審の判決の結論と比較して、それが合致しているのであれば控訴棄却だし、それが食い違っていれば第1審判決を破棄して、自分の心証に従って新たな判断をするというものでございました。相当無理筋のように思われるかもしれませんが、裁判官の執務の在り方からすると、実は、これはわりとマッチするのです。どうということかという、我々は、控訴事件が来たら当然記録を読むわけです。記録を読むと、ここが問題になっているとか、ここに争いがあるとか、これについては証人はこう言っている、被告人はこう言っているというのが分かります。それを読み終わった時に、自分なりの心証ができていないかと言ったら、これはうそです。逆に自分なりの心証がつかめなような読み方だと、それは読み方が浅いのです。ただ眺めているだけにすぎません。やはり、この証人のこういうところは信用できないとか、被告人のここは確かにそうだよなというふうに、深く読めば読むだけそういう心証が出来上がるものです。そういう意味で、心証比較説というのは控訴審における裁判官の実際の執務の在り方にわりとマッチするものだったのです。そのことを前掲最高裁判決の補足意見で白木裁判官もおっしゃっています。白木裁判官も東京高裁の裁判長を長くされていまして。「これまで、刑事控訴審の審査の実務は、控訴審が事後審であることを意識

しながらも、記録に基づき、事実認定について、あるいは量刑についても、まず自らの心証を形成し、それと第1審判決の認定、量刑を比較し、そこに差異があれば自らの心証に従って第1審判決の認定、量刑を変更する場合が多かったように思われる。」と。こういうことが通常行われていたわけです。

これに対しては有力な批判がありました。現実に法廷で証人の証言態度とか、被告人の供述の状況とか、そういうものを自分の目で見て、例えばおどおどしているとか、汗をかいているとか、どぎまぎしているとか、そういうところまで含めて見て初めてその証人の証言、被告人の供述の信用性が判断できるのではないか。それをできるのは、直接自分の目を見た第1審の裁判官なのだから、今言ったようなやり方はおかしいのではないかという批判です。これに対する心証比較説からの再反論は、それは建前だと。皆さん方はご存じだと思いますが、かつての刑事裁判というのは、弁護士会から公判審理が形骸化しているとか調書裁判になっていると言われていたような実情がなかったとは言えません。そこでは第2審の裁判官だけでなく、第1審の裁判官も法廷でいろいろ理屈をつけて調書を採用して、その調書を裁判官室に持ち帰って、その記録を読んで心証を形成するというようなことをやっていたと言われております。そのような心証形成のやり方というのは、実は高裁でやっているのと同じです。そうであれば、直接的もへったくれも、同じことをやっているのだったらその心証を比較して何が悪いということになるわけです。

これに対する更なる反論的な内容が、先ほど私が読み上げた法廷意見が述べていたことです。すなわち、裁判員裁判の導入を契機として、第1審における直接主義、口頭主義が徹底されました。第1審の判断者、これは裁判官のみならず裁判員の方もですが、その方たちは部屋に記録を持ち帰って心証を形成するのではなく、自ら法廷で行われた証人尋問とか被告人質問を見て、それによって心証を形成する。それが直接・口頭主義ですから。とい

うことになる、先ほどの心証比較説的な理屈は通用しなくなります。いわば、それまでの経緯を踏まえて最高裁がこれでやりましょうと示したわけです。

白木裁判官の補足意見は、さらにこう述べています。「しかし、裁判員制度の施行後は、そのような判断手法は改める必要がある。例えば、裁判員の加わった裁判体が行う量刑について、許容範囲の幅を認めない判断を求めることはそもそも無理を強いることになるであろう。事実認定についても同様であり、裁判員の様々な視点や感覚を反映させた判断となることが予定されている。そこで、裁判員裁判においては、ある程度の幅を持った認定、量刑が許容されるべきことになるのであり、そのことの了解なしには裁判員制度は成り立たないのではなかろうか。裁判員制度の下では、控訴審は、裁判員の加わった第1審の判断をできる限り尊重すべきであるといわれるのは、このような理由からでもあると思われる。」「私は、第1審の判断が、論理則、経験則等に照らして不合理なものでない限り、許容範囲内のものと考えた姿勢を持つことが重要であるということ指摘しておきたい。」と。要するに、事実誤認については不合理な点を具体的に明らかにせよということですから、明らかに事実誤認と認めることについてハードルが上がったと見るべきでしょう。

この判例の線で、一連の最高裁判例がございいます。例えば平成25年4月16日、平成25年10月21日、平成26年3月10日という一連の決定は、第1審が無罪にしていたものを高裁で有罪にし、それを維持した事件が重なっております。いずれもほぼ同じフレーズを使っており、第1審判決の事実認定が経験則等に照らして不合理であることを具体的に示したものと言えるから是認するとしています。つまり、論理則、経験則等に照らして不合理ということを具体的に示したかどうか1つの線になっているということです。ということは、後ほど申し上げますが、皆さん方が第1審の判決が事実誤認であると控訴して、控訴趣意書を書くにあたっては、第1審の事実認定はこうで、こう

いう点が論理則、経験則等に照らして不合理であるということを示していただかない限り、高裁の裁判官としてはお応えするすべもないということになります。そのあたりは十分念頭に置いていただきたいと思います。

ここまで話すと、では、逆の場合はどうなのだと。第1審が有罪にしていたのを第2審が無罪にした場合、その場合も同じような規制が働くのかということ。ここでご紹介するのが**最一小判平成26年3月20日（集68・3・499）**です。「このようなF証言に対する信用性の評価は、第1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しているとはいえない。」と。このフレーズは、先ほど申し上げたのと全く同じです。すなわち、このフレーズを見る限り、最高裁の考え方としては、無罪から有罪方向にする場合であろうと、逆に有罪から無罪にする方向であろうと、高裁としては第1審の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理であるということを示さない限り破棄したらいけませんよというメッセージを送っているとおそらく素直な見方でありましょう。

それでは、今まで事実認定のことを言いましたが、量刑についてはどうか。これもまた著名な判例ですが、**最一小判平成26年7月24日（集68・6・925）**があります。これは大阪の事案ですが、検察官の論告求刑が懲役10年であったのに対し、第一審の裁判員裁判ではそれでは今の社会時勢からすると軽すぎるといって懲役15年にし、高裁もこれを維持したのですが、最高裁で破棄されてしまったという事案です。法廷意見は、量刑傾向というのはこういう意義があるというのをまず言ひまして、そこから外れるときには具体的、説得的な根拠を示さなければいけないと言ひしております。すなわち、「同時に、法定刑の中において選択の余地のある範囲内に収まっているというのみで合理的な理由なく第1審判決の量刑を是認した原判決は、甚だしく不当であつて、これを破棄しなければ著しく正義に反す

ると認められる。」と。つまり、高裁は、先ほど申し上げました平成24年最判が、量刑についてもできるだけ裁判員の第1審判決を尊重して許容範囲を広くして認める方向でやりなさいと言ったものだから、それに合わせて判断したところ、最高裁にさすがに行き過ぎではないかということで破棄されてしまったということです。そこで白木裁判官がまた補足意見を書かれています。「私は、かつて、覚せい剤取締法違反等被告事件に関する判決（最一小判平成24年2月13日刑集66巻4号482頁いわゆるチョコレート缶事件判決）の補足意見において、「裁判員裁判においては、ある程度の幅を持った認定、量刑が許容されるべき（である）。」と述べたが、それは以上のような適切な評議が行われたことを前提としているのである。」と。

やや行ったり来たりの感があるように見えますが、大きなところでは最高裁のメッセージは一貫しているだろうと思います。ある程度の合理的な範囲内では第一審の判断を許容しないといけません。ただ、それも度を越えると高裁としてちゃんと正さないといけません。さじ加減は非常に難しいところですが、そのあたりを我々は日々考えてやっております。ですから、原審を破棄していただきたいという形で控訴審弁護をされる際には、ぜひ我々がそれに乗りやすいような、このような一連の最高裁の線に従ったようなところをお考えいただきたいと思います。

最二小決平成27年2月3日（集69・1・1）はかなり特殊な事案なので詳しくは申し上げませんが、この事案では、第1審が死刑にしたのを第2審が無期にし、最高裁はそれを維持しました。控訴審の審査の在り方として、第1審の判断が合理的なものと言えるか否かを審査すべきであるとし、まさに事実誤認の事案と同じような考え方を示しています。千葉裁判官は補足意見で、「国民参加の趣旨に鑑みると、控訴審は、第1審の認定、判断の当否を審査する事後審としての役割をより徹底させ、破棄事由の審査基準は、事実誤認であれば論理則、経験則違反といったものに限定されるという

べきであり、量刑不当については、国民の良識を反映させた裁判員裁判が職業裁判官の専門家としての感覚とは異なるとの理由から安易に変更されてはならない。」と、駄目押し的に指摘されております。そのようなことを受けて、我々は日々執務しているわけです。

ご参考までに、この流れ、すなわち原判断が不合理であるということをも具体的に示さないと破棄してはいけませんというのは、昨今では抗告でも同じような判断になっております。**最一小決平成26年11月18日（集68・9・1020）**がそうです。この事案では、原審が保釈を許可し、高裁で取り消して保釈請求を却下したところ、特別抗告で、原審の裁量逸脱を具体的に示していないという理由でさらにそれが取り消されたのです。同じような判断は、平成26年11月17日、平成27年4月15日などもございます。ここでもフレーズは一緒です。不合理であることを具体的に示しているかどうか。これが今もつばら判断の1つの基準になっているということを念頭に置いておいていただきたいと思います。

(2) 控訴審裁判官の事後審としての審査方法

冒頭でご紹介した「手引き」の7ページを引用します。「控訴審では、当事者から原判決に対する瑕疵の主張、すなわち控訴理由が主張され、この控訴理由が認められなければ控訴が棄却され、認められれば原判決が破棄されるということであり、事件について控訴審裁判官が自らの心証を形成して判断することまではしないのが原則である。」と。

ここで申し上げた内容というのは、先ほど心証比較説と論理則・経験則違反説の対立の中で申し上げた、これまでの控訴審裁判官の審査の在り方、すなわち記録を読んで心証を形成して、控訴理由の有無を判断するというのはいささか問題があるということが、この間、最高裁などから繰り返し示されているということです。（次号へつづく）