

政治弾圧をはね返す

2012.5.11

衆議院議員 辻 恵

I. 小沢裁判とは何か

1. 既存の権力体制の防衛

- ・既存のエスタブリッシュメントの無意識の連携
- ・東京地検特捜部の目的意識

2. 多面的な攻防

(1) 捜査・公判

- ・特捜、検察審査会・審査補助員、強制起訴・指定弁護士

(2) 大マスコミ

- ・政治とカネ 金権小沢＝国民の敵

(3) 政界

- ・自公 政倫審、証人喚問
- ・民主 党員資格停止

II. 小沢裁判の経緯

1. 弁護体制

2. 公判前整理手続

3. 公判の攻防

- ・検察官冒頭陳述 旧釈明、削除要求
- ・田代・前田証言 捜査報告書捏造、「全面戦争」
- ・証拠請求却下 ー「引き返す勇氣」
- ・論告 動機なし、共謀の証拠なし

4. 無罪判決

- ・丁寧な事実認定 ー共謀の事実なし
- ・不用意な用語使用 ー先送り・簿外処理
- ・特捜の捜査批判・真相解明要求

III. 無罪判決の内容

1. 公訴事実の要旨

(1) 2004年分の収支報告書について

- ① 04年10月12日の4億円の借り入れを計上しなかった
- ② 04年10月5日・29日に売買代金を支払ったのに計上しなかった
- ③ 04年10月29日に不動産を取得したのに資産として記載しなかった

(2) 2005年分の収支報告書について

- ① 05年中に売買代金を支払っていないのに同年の支出として計上した
- ② 不動産を取得したのは04年10月29日なのに05年1月7日である旨の虚偽の記載をした

2. 客観的事実

- (1) 04年10月5日 売買契約締結（代金3億4264万円）
同日手付金・仲介手数料一部支払
10月29日 売買残代金支払う約束
- (2) 04年10月12日 小沢→石川 4億円交付
- (3) 04年10月13日～27日 石川 4億円を陸山会口座に分散入金
- (4) 04年10月20日ころ 土地公表「先送り」の報告・了承
- (5) 04年10月28日 売買契約変更合意
10月29日は仮登記のみで、本登記は05年1月7日
- (6) 04年10月28日午後遅く 預金担保融資の申込・内諾
- (7) 04年10月29日 午後9時21分～11時20分
様々な政治団体から陸山会口座に3億円余送金
- (8) 04年10月29日午前10時16分～28分 売買代金決済・仮登記
- (9) 04年10月29日午後1時5分～
 - ① 預金担保融資と転貸による「簿外処理」を認識・了承して融資申込書と約束手形に署名
 - ② 定期預金設定、預金担保融資、貸付
- (10) 05年1月7日 所有権移転登記
- (11) 05年3月31日 石川、04年分の収支報告書提出
- (12) 05年10月31日 4億円定期預金解約・返済
再度2億円の預金担保融資
- (13) 06年3月28日 池田、05年分の収支報告書提出
- (14) 06年3月31日 2億円定期預金解約・返済
- (15) 07年5月1日 池田→小沢、陸山会口座から4億円返済

3. 認定事実

- (1) 「先送り」は売主との再交渉、「簿外処理」は預金担保融資のことで、全く違法行為ではなく、違法性の認識はありえない。
- (2) 売主との交渉結果や預金担保融資の詳細は、了承済みの事柄の履行過程のことで秘書に委されていた。
- (3) 売主との契約変更交渉の不首尾等不興を恐れて報告しなかった恐れがある。
(石川)
- (4) 売買代金支払時に所有権移転するので04年に資産計上しなかったのは虚偽記載だが、摘発されることはないと深刻に受け止めなかった。(石川)
- (5) 預金担保貸付はその場しのぎで行われたものに過ぎない。

IV. 控訴審の見通し

1. 控訴審の構造 事後審査審
2. スケジュール
 - (1) 係属部決定 1カ月以内 6月上旬
 - (2) 控訴趣意書提出期限 3～5か月 8月末～10月末
 - (3) 答弁書提出期限 1～2か月 9月末～12月末
 - (4) 高裁第1回公判 10月～2月
 - (5) 高裁判決 年内～4月
3. 公判審理
 - (1) 控訴理由 事実誤認
 - (2) 新証拠 なし
 - (3) 証拠調 人証・物証
 - (4) 公判回数

V. 政治攻防に勝利する

1. 反転攻勢の強化・結果実現
 - (1) 政治活動の規制なし 一審無罪、控訴審・出廷義務なし
 - (2) 発信力の強化 政治課題、政策提言、政治理念
 - (3) 国民運動の強化 集会・シンポ、「増税慎重隊」「原発安全見極め隊」全国展開
 - (4) 多数派形成 任期完遂、解散・談合反対、徹底議論
 - (5) 9月代表選勝利
2. 検察違法行為の是正
 - (1) 捜査報告書捏造・検審偽計の真相解明
一調査機関・検察検証機関設置、国会集中審議
 - (2) 責任追及 一懲戒処分、検察官適格審査会
 - (3) 検察改革
3. 政治的控訴の弾劾
 - (1) 指定弁護士の逸脱
 - (2) 審査補助員の逸脱
 - (3) マスコミ・マスコミ人の名誉毀損 一新聞報道・社説、テレビ
4. 政権交代の期待に応える
 - (1) 控訴審無罪判決
 - (2) 政権交代の原点に立つ政権の樹立

以上

第七章 救済手続

第一節 上訴

一 上訴一般

(1) 上訴の意義 裁判に対する不服申立ての方法としては、控訴、上告、抗告、非常上告、再審請求、正式裁判の請求などがある。このうち上訴とは、控訴、上告および抗告をいう。すなわち上訴とは、未確定の裁判につき、上級裁判所の審判による救済を求める不服申立ての制度をいう。

(2) 上訴の要件と手続 (イ) 上訴の利益 上訴は、救済を求めるものであるから、原裁判所において上訴請求者に対する不当または不利益な裁判がなされたことを要する。ただし、法律は、上訴理由を限定しており、すべての不当・不利益に対する上訴を認めているわけではない（上訴理由制限主義）（三八四条・四〇）。五九条・四九条。なお、免訴、公訴棄却、管轄違いの裁判に対して、被告人は無罪を主張して上訴することはできない（通説）。

(ロ) 上訴権者 上訴権者は、①検察官（三五一条一項、同二項参照）、②被告人（同）、③被告人の法定代理人または保佐人（三五）、④原審の代理人または弁護人（三五）、⑤勾留理由の開示請求者（四五）、である。なお、⑥抗告をすることができる者（三五）がある。問題となるのは、検察官上訴の合憲性である。通説・判例は合憲とする。すな

わち、判例は、「危険とは、同一の事件においては、訴訟手続の開始から終末に至るまでの一つの継続的狀態と見るを相当とする。されば、一番の手続も控訴審の手続もまた、上告審のそれも同じ事件においては、継続せる一つの危険の各部分たるにすぎない」(最判昭和三五・九・二七)として、検察官上訴は「重危険禁止の原則に反しないとしている。しかし、事実認定については一審判決をもって終局的とみる余地があり、事実誤認を理由とする検察官上訴には違憲の疑いが残る(効三五二頁)」。 ↓ 別添①

(ハ) 一部上訴 上訴は、裁判の一部に対してすることができる。部分を限らないで上訴したときは、裁判の全部に対して上訴したものとみなす(七三五)。

(二) 上訴期間 上訴は、一定の期間内にこれをしなければならぬ。控訴、上告の提起は、一四日以内に(三七三條)、即時抗告は三日以内に(四二條)、しなければならぬ。上訴の提起期間は、裁判の告知された日から進行する(八三五)。なお、監獄にいる被告人が、上訴の提起期間内に上訴の申立書を監獄の長またはその代理者に差し出したときは、上訴の提起期間内に上訴したものとみなされる(三六六)。

(ホ) 上訴の放棄・取下げ 上訴は、放棄または取下げをすることができる(九三五)。上訴の放棄・取下げ権者は、検察官、被告人または三五二条に規定する者(同)、被告人の法定代理人または保佐人、または勾留理由の開示請求者(〇條)、である。上訴の放棄・取下げの手続については、規則二二三條・二二三條の二、法三六〇條の三、規二二四條等参照。ただし、①上訴放棄は、死刑または無期の懲役・禁固に処する判決に対する上訴については、これを行うことができない(三六〇)。また、②上訴の放棄・取下げをした者は、その事件についてさらに上訴することができない(三六)。

(ヘ) 上訴権回復の請求 上訴権者は、自己または代人の責めに帰することのできない事由によつて、上訴

の提起期間内に上訴をすることができなかつたときは、原裁判所に上訴権回復の請求をすることができる(三六)。

(ト) 上訴の効果 上訴は、未確定の裁判に関する上級裁判所の審判による救済を求める不服申立ての制度であるから、適法な上訴があれば、①その訴訟は引き続き上級裁判所に係属することになり(移審の効力)、②裁判の確定力を停止しまたはその執行力を停止することになる(停止の効力)。③もつとも、一般抗告は、決定をもつて執行を停止しないかぎり、即時抗告のように執行停止の効力は生じない(四二四)。

(三) 不利益変更禁止の原則 被告人が控訴をし、または被告人のために控訴をした事件については、原判決の刑より重い刑を言い渡すことはできない(四〇二條、再審につ)。これを「不利益変更禁止の原則」という。判例は、窃盜被告事件において、被告人を懲役一年に処した第一審判決を破棄して、懲役一年六月・三年間の保護観察付執行猶予を言い渡した場合でも、全体として総合的に觀察すれば実質上被告人に不利益とはいえない(最決昭和五四刑集三四卷七号四九九頁)、とする(不利益変更禁止の原則については、高田(四刑集三四卷七号四九九頁)参照)。

(4) 破棄判決の拘束力 上級審の裁判所の裁判における判断は、その事件について下級審の裁判所を拘束する(裁四)。判例は、破棄判決の拘束力は、破棄の直接の理由、すなわち原判決に対する消極的・否定的判断についてのみ生ずるものであり、右判断を裏づける積極的・肯定的事由についての判断は、何ら拘束力を有するものではない、とする(最判昭和四三・一〇・二五)。(刑集二卷二九六頁)。

二 控 訴

(1) 控訴の意義と控訴審の構造 控訴は、高等裁判所への不服申立てである。控訴審については、まずその構造と審判対象とが問題となる。

(イ) 覆審と事後審 控訴審の構造として、①「覆審」とは、前審の審判を御破算にして事件について全く新たに審判をやりなおす形態をいい、②「統審」とは、前審における判決前の審理手続を引き継ぎ、さらに新たな証拠資料を補充して事件につき審判をおこなう形態であり、③「事後審」とは、事件そのものではなく、原判決の可否を審査する形態をいう(鈴木三三三)。旧法では控訴があれば控訴審は事件全体について審査する権限と義務があった。これに対し、現行法では、控訴申立人に控訴理由の主張を義務づけ(三三七)、控訴審裁判所には原則としてそこで指摘された控訴理由のみを調査する義務がある(三九二)との構成をとっている。そこで、通説は、

控訴審の構造を事後審と解しつつ、ただ原判決を破棄して自判する場合には統審となるとしている(控訴審の構造については後藤昭「刑事控訴立法史の研究」(一九八七年、成文堂)、平良木規男「刑事控訴審」(一九九〇年、成文堂)参照)。

(ロ) 控訴審の審判対象 控訴審を覆審ないし統審と解する場合には、第一審と同じく事件そのものが控訴審の審判対象となる。これに対し、控訴審を事後審と理解すれば、原判決が控訴審の審判対象となる。ただ、現行法は、控訴審の職権調査(三九二)も認めているので、原判決対象説の中でも、学説に对立がある。第一説の原判決対象説は、原判決それ自体を審判対象とし、当事者の申立理由以外の破棄理由の存否も職権調査して原判決のトータルな審査をなすとする。第二説は申立理由対象説であって、当事者の控訴申立理由を審査対象とし、控訴理由の審査を通じて原判決の審査をなすとする。この点については、上訴審の主たる目的は、法令解釈の統一というよりも、当事者の不服申立てに対する救済と考えるべきであるから、後説が妥当である。

控訴審の職権調査については、右の申立理由対象説からすれば、当事者とくに被告人の申立てを後見する方向での職権調査がなされるべきこととなる。判例も、「事後審査も当事者の申し立てた控訴趣意を中心としてこれをなすのが建前であって、職権調査はあくまで補充的なものとして理解されなければならない。……第一審にお

ける当事者主義と職権主義との関係は、控訴審においても同様に考えられるべきだからである」として(最大決昭和四六・三・二四刑集二五巻二号二九)、同様の理解を示している。このような理解からすれば、科刑上一罪の一部無罪の部分につき、検察官から控訴の申立てがなければ、被告人から有罪部分につき控訴の申立てがあっても、右の無罪部分は当事者間においては「攻防の対象からはずされた」ものとして控訴審の審判対象とはなりえず、したがって控訴審の職権調査も及びえないといわなければならない(右新島ミサイル事件判例。なお、判例は、本位的訴因と予備的訴因については不可分とする。最決平成元・五・一刑集四三巻五号三三三頁参照)。

(2) 控訴理由

(イ) 訴訟手続の法令違反

① 三三七条の事由(絶対的控訴理由) ①法律に従って判決裁判所を構成しなかったこと(号)、②法令により判決に関与することができない裁判官が判決に関与したこと(号)、③審判の公開に関する規定に違反したこと(号)、を理由とする場合である。

② 三七八条の事由(絶対的控訴理由) ①不法に管轄または管轄違いを認めたこと(号)、②不法に、公訴を受理し、またはこれを棄却したこと(号)、③審判の請求を受けた事件について判決をせず、または審判の請求を受けない事件について判決したこと(号)、④判決に理由を付せず、または理由に不備があること(号)、を理由とする場合である。

③ 三七九条の事由(相対的控訴理由) 訴訟手続に法令の違反があり、その違反が判決に影響を及ぼすことが明らかであること、を理由とする場合である。

(ロ) 法令適用の誤り 法令の適用に誤りがあつて、その誤りが判決に影響を及ぼすことが明らかであること(三八)、を理由とする場合である。すなわち、実体法の違反がある場合である。

(ハ) 量刑不当 刑の量定が不当であること(三七八)、である。

(三) 事実誤認 事実が誤認があつて、その誤認が判決に影響を及ぼすことが明らかであること(三三八)、を理由とする場合である。 ↓ **判決**

(ホ) 判決後の事情の変更 ①再審の請求をすることができる場合に当たる事由があること(三三八三)、または②判決があつた後に刑の廃止もしくは変更または大赦があつたこと(同二)、を理由とする場合である。

(3) 控訴手続と控訴審の裁判 (イ) 控訴申立て手続 (a) 控訴は、地方裁判所、家庭裁判所または簡易裁判所がした第一審の判決に対してこれを行うことができる(三三七)。そのために、申立書を第一審裁判所に差し出さなければならぬ(四三七)。控訴については高等裁判所が裁判権を有する(裁一四一)。

(b) 第一審裁判所は、①控訴申立てが明らかに控訴権消滅後にされたものであるときは、決定でこれを棄却しなければならぬ(五三七)。②控訴申立てが明らかに控訴権消滅後にされたものである場合を除いては、第一審裁判所は、公判調書の記載の正確性についての異議申立期間の経過後、すみやかに訴訟記録および証拠物を控訴裁判所に送付しなければならぬ(規二三)。

(c) 控訴申立人は、裁判所の規則で定める期間内に、控訴趣意書を控訴裁判所に差し出さなければならぬ(三七六)。

(ロ) 控訴審の手続 (a) 控訴審の手続については、原則として、第一審の公判に関する規定が準用される(四〇四条)。

(b) 控訴審においては、被告人は、原則として、公判期日に出頭することを要しない(三九〇)。

(c) 公判期日には、検察官および弁護人は、控訴趣意書にもとづいて弁論をしなければならない(三九八)。な

お、控訴審では、弁護士以外の者を弁護人に選任することはできない(七三八)。弁護人が出頭しないときまたは弁護人の選任がないときは、法律により弁護人を要する場合または決定で弁護人を付した場合を除いて、検察官の陳述を聴いて判決をすることができる(三九九)。

(d) 控訴裁判所は、①控訴趣意書に包含された事項は、これを調査しなければならない(三九二)。②もつとも、それに包含されない事項であつても、三七七条ないし三八三条に規定する事由に関しては、職権で調査することができ(同二)。そして、③この調査をするに必要があるときは、検察官、被告人もしくは弁護人の請求によりまたは職権で、事実の取調べをすることができる(三九三)。④ただし、やむをえない事由によつて第一審の弁論終結前に取調べを請求することができなかった証拠によつて証明できる事実であつて、その事由および事実が疎明されたものおよび第一審の弁論終結後判決前に生じた事実であつてその事実が疎明されたものについては、刑の量定の不当または判決に影響を及ぼすべき事実の誤認を証明するために欠くことができない場合にかぎり、これを取り調べなければならない(同但)。

(ハ) 控訴審の裁判 (a) 公訴棄却の決定 原裁判所が不法に公訴棄却の決定をしなかつたときは、決定で公訴を棄却しなければならない(四〇三)。

(b) 控訴棄却の決定 ①控訴裁判所は、控訴の申立てが法令上の方式に違反し、または控訴権の消滅後にされたものであることが明らかなきときは、決定でこれを棄却しなければならない(三八五)。②控訴裁判所は、控訴趣意書が期間内に差し出されない等の手続違反があるときも、決定でこれを棄却しなければならない(三八六)。

(c) 控訴棄却の判決 ①控訴の申立てが法令上の方式に違反し、または控訴権の消滅後にされたものであるとき(三九)、②三七七条ないし三八二条および三八三条に規定する事由がないとき(三九)は、判決で控訴を棄

却しなればならない。

(d) 原判決破棄の判決 (i) 三七七条ないし三八二条および三八三条に規定する事由があるときは、判決で原判決を破棄しなければならない(三九七条)。三九三条二項の規定による取調べの結果、原判決を破棄しなければ明らかに正義に反すると認めるときは、判決で原判決を破棄することができる(同二)。

(ii) ①不法に、管轄違いを言い渡し、または公訴を棄却したことを理由として、原判決を破棄するとき
は、判決で事件を原裁判所に差し戻さなければならぬ(三九条)。また、②不法に管轄を認めたことを理由として
原判決を破棄するとき、判決で事件を管轄第一審裁判所に移送しなければならない(三九条)。さらに、③右の①
②の理由以外の理由によって原判決を破棄するとき、判決で、事件を原裁判所に差し戻しまたは原裁判所と同
等その他の裁判所に移送しなければならない。ただし、控訴裁判所は、訴訟記録ならびに原裁判所および控訴裁判
所において取り調べた証拠によって、直ちに判決をすることができるものと認めるときは、被告事件についてさ
らに判決をすることができる(四〇条)。いわゆる破棄自判である。

(iii) 被告人の利益のため原判決を破棄する場合において、破棄の理由が控訴をした共同被告人に共通で
あるときは、その共同被告人のためにも原判決を破棄しなければならない(四〇条)。

「刑事訴訟法」
田口守一 著

甲山事件と「控訴権消滅論」

渡辺 修 神戸学院大学教授

一 甲山事件と二度目の検察官控訴

甲山事件の第二次一審である神戸地判平八・三・二四判例時報一六四三号三頁は、殺人罪で起訴されていた被告人に対して二度目の無罪を言い渡したが(本無罪判決)、検察官が実質上事実誤認を主たる理由として二度目の控訴に及んだ。本年一月末、二次控訴審の第一回公判が予定されている。

事件は、一九七四年、兵庫県にある知的障害の子どものための施設「甲山学園」で女子園児が行方不明となったことに始まる。二日後、別の男子園児も行方不明となった。同日の園内捜索の結果、両園児が寄宿する寮の裏手にある浄化槽から二人の溺死体が発見された。

警察は、園の保母であった被告人が男児を浄化槽に投げ込んだものとみて逮捕、勾留し取調べをした。その結果、概括的な自白は得られたが、証拠不十分のため、検察は処分保留で釈放し、後に不起訴を決定し

た。しかし、一九七六年に検察審査会が不起訴不相当の議決をし、これを受けて神戸地検が第二次捜査を開始した。そして、翌七七年五月に男子園児一人が、被告人が被害者を寮から連れ出すのを目撃したと供述し、その後他の複数の園児も被告人の被害者連れ出しのいずれかの場面を見たという供述が得られたとして、一九七八年に起訴した。

一審・神戸地判昭六〇・一〇・一七判例時報一一七九号二八頁は、自白の信用性、園児の被告人による被害者連れ出し目撃供述の信用性がないなどとして無罪とした。これに対し、検察が控訴し、控訴審・大阪高判平二・三・二二判例時報二・三・三四号二六頁は、一審の判断には審理不十分、事実誤認があるとして、無罪判決を破棄して神戸地裁に差戻しとした。被告人の上告も棄却され(最決平四・四・一七)、一九九三年から神戸地裁で差戻審が始まったが、再度無罪が言い渡された。

そこで、本稿では、二度の無罪に対する検察官の二

度目の控訴の可否を検討したい。

二 検察官控訴の合憲性について

1 判例は、検察官が事実誤認や量刑不当を理由に控訴することについて、憲法三九条に違反しないとする。理由は、概ね次のように整理できようか。

① 刑訴法の条文上、無罪判決に対する検察官控訴を制限する趣旨は読みとれない。起訴から上訴審の手続が終了し判決が確定するまでが、同一事件に關して処罰される危険のある一つの法律状態であるから、検察官の上訴による上級審手続は、憲法三九条の禁ずる重ねて刑事上の責任を問うものではない。アメリカ憲法修正五条(二重の危険禁止条項)の解釈上、事実誤認を理由として無罪判決に対し検察官が控訴することは認められないとしても、陪審による事実認定など異質な制度を前提にするものであり、わが国憲法も同様に解釈すべき理由はない。

②憲法の司法の章では、最高裁のほかには下級裁判所を法律で設置する権能を国に付与しているが(憲法七六条)、これは、なんらかの審級制度の採用を憲法が予定していることを意味する。旧刑法が控訴・上告を認めていた沿革上、類似の三審制を設け、検察官上訴を認めることは、憲法自身が許容する法政策といえる。憲法三九条も、これと調和する限度での解釈しかできない。

③法の正義の観点である。刑罰権の適正実現も、憲法が国の責務として認めるものである。検察官はその責務を具体的に担う国家機関である以上、一審裁判に伴う瑕疵を糾す権限を与えられなければ、誤った無罪判決を放置することになる。これは、実体的真実発見主義、適正処罰の実現に反する。

④統計上検察官控訴の濫用がうかがわれない。必ずしも対応関係にはないが、九六年の無罪判決人員数は五四人、検察官の事実誤認を理由とする控訴人員数は二九人である。検察官が控訴せずに確定する無罪判決人員数は毎年少なくとも、慎重かつ謙抑的な控訴の運用がなされていることがうかがえる。検察官控訴が著しく正義に反し、その権限自体を法解釈上制約すべき状況にはない。

2 他方、学界では、検察官控訴(ないし上訴)を一般的に違憲としあるいは運用違憲となることを認めない説が増えている。たとえば、次の説がある。

①被告人に不利益な検察官上訴一般を二重の危険禁止原則に反するとする説。②検察官の上告は

違憲とする説。③事実誤認を理由とする検察官上訴を違憲とする説。④事実誤認を争う検察官上告は違憲とする説。⑤刑法三三二条により「事実認定の推論根拠と判断の間に明らかな矛盾があったり、推論それ自体が全く不合理であることが明白である」といった態様の事実認定が行われた場合は、検察官の控訴を許容するが、これを除き事実誤認を理由とする上訴を認めない説。

以上をみると、学界としては、検察官の不利益上訴合憲説は通説から有力説に転じ、少なくとも「事実誤認を理由とする無罪判決への検察官上訴は違憲とする説」が通説となったとみるべきではないか。

三 二度の検察官控訴の問題点

かかる学界の最新動向も踏まえ、甲山事件における検察官の二度目の控訴は、次の理由で違憲・無効と解すべきではないか。

①甲山事件では、被告人は一次一審、一次控訴審、二次一審・差戻審とすでに三度にわたり事実の有無をめぐる防御を強制されている。検察官の再度の控訴の実質的理由は事実誤認であるが、この結果、被告人は、同一事実の有無に関する同一証拠の信用性評価をめぐり、二次控訴審で四度目の防御を強制されることになる。尽くすべき防御を尽くして二度も無罪言渡しを得ているうえ、一九七四年の事件以来二五年、一九七八年の起訴以来二〇年になる現在、さらに有効・適切な事実に関する防御を期待することは

できない。

このように、検察官が控訴・上告すると、その都度被告人は再度の防御を強いられ、その都度有罪とされる危険にさらされる。これを防ぐには、憲法三九条の「刑事上の責任を問はれない」とは、実体法上の処罰による不利益と刑事手続上の防御の負担による不利益をともに禁止するものと理解することも、一審または控訴審で無罪の言渡しがなされた場合も「既に無罪とされた行為」に含まれると解すべきだ。「防御の反復強制の禁止」(原理)。審級制は、憲法三九条が保障する右権利と調和するものでなければならぬ。

②「法の正義」に反する。一市民が、同じ事実の有無をめぐり何度も防御を強制されても、争う方法は尽きる。防御と手続の負担の重さに耐えられず争うことを断念する危険が十分にある。国家が反復して有罪を立証できる手続は、えん罪を生む構造となりがねない。法は、公訴の責務を検察官に、裁判の責務を裁判所に分属して担わせて、二つの国家機関が異なる角度から裁判の場でそれぞれの責務を尽くすことで、えん罪の危険を回避しつつ、真犯人処罰の利益を実現しようとしている。その機会は一回でいい。

また、検察官は、犯人の処罰を求める公訴権を国民から託されており、控訴する権限もこれに由来するが、異なる裁判所が二度も自由心証主義に従い証拠の評価をして無罪としているのに、検察官が繰り返してこれを「誤り」と非難することを許すのは、国民の正義観にもとまらぬ。

③裁判所法四条の拘束力を認める理由として、同一事件について何度も上級審・下級審を往来することがあることが前提になった議論がなされてきたが再考を要する。事実の有無を争点とする控訴理由については、被告人・検察官双方とも控訴は一回が原則ではないか。刑訴法の条文上、事実誤認を理由とする控訴について、当事者が申し立てることのできる事実の範囲をいくぶん緩和し(刑訴法三八二条の二)、また職権による調査が包括的に認められている(同三九三条)。事実の有無に関する控訴の反復は避け、一回で処理する趣旨が含まれている。

④実際にも、本事件の事実誤認に関連する検察官・被告人双方の攻防が尽くされている。

たとえばこの裁判では、元保母が被害者を察から連れ出すのを目撃した男子園児の供述の信用性が重要な争点の一つであった。事件から三年もして詳細になされた年少者の目撃供述が、本当の記憶が取調官の誘導によるのか争われた。被告人を支援した同僚職員が口止めをしたなら、三年の沈黙も納得でき、目撃供述の信用性を疑う理由の一つがなくなる。差戻審では、弁護側は、口止めを疑われた職員がこの園児が親しげにまわりつく姿を記録する園の日記などを証拠として提出した。検察側の請求した証人らの尋問でも、口止めされたはずのこの園児が被害者の母に「元保母が殺した、言っただけじゃないと言われた」と語り、元保母本人にも「殺したやろ」と迫るなど実は多弁であった姿が浮かび上がった。口止めの存在も効果も、疑わしくなった。

他方、信用性を大きく増強する新たな証拠は見あたらなかった。むしろ、園児に具体的事実を示して質問することが隠れた誘導になり、質問者の描く目撃談に至る危険を指摘する心理学者の意見書が出されるなど、供述の信用性は大きく揺らいだ。有罪を証明する二度目の機会に検察側はこの園児の証言の信用性を証明できる証拠は出さず、それを慎重に吟味した差戻審の裁判官が、第一次一審と同じく、再び信用性なしとした。そこには経験則や合理則を無視した自由心証主義違反はない。

⑤一審では、被告人の防御権等当事者主義が保障されている。その一審が自由心証主義原理に従い、二度も「合理的疑い」ありとして無罪とした。これに検察官控訴を許し、被告人に長期かつ重い防御の負担を再度強いて後、職権主義が支配する控訴審なり上告審が有罪を宣告しても、有罪への「合理的疑い」は消えない。かかる有罪判決を導く控訴を許す手続自体が「疑わしきは被告人の利益に」の原理に反する。

⑥検察官は、二度目の控訴理由中、事実誤認の主張との関連で、偽証罪の被告人Tが差戻審段階で結審直前に弁護人を解任して公判手続分離のうえ最終陳述に臨んだ際、自己の偽証と被告人のアリバイ工作等々を認める趣旨の最終陳述をした等の点を主張し、この意見書等も証拠調べ請求する予定のようである。また、園児二名の検察官取調べの一部に関する録音テープの証拠調べ請求も予定している(よさだ朝日新聞九八年八月二三日、同一〇月三日付夕刊)。

「むむをえない事由(刑訴法三八二条の二第三項)、立証の必要不可欠性(同三九三条一項)の要件を充足するか疑問がある。T被告人の意見陳述書の内容は、新聞報道を総合すると、殺人事件・偽証事件ともに捜査機関と司法による権力犯罪を糾弾し無罪を訴えるトーンであり、検察官の主張と食い違ふ。しかも、園児の取調べの一部しか記録していない録音テープは、裁判官に予断と偏見を与える危険が高く、証拠の適切性を欠く。いずれも控訴審で取調べをするのに値するか疑問がある。なにより証拠の一審集中審理をせず、これを小出しにして控訴審でも証拠調べ手続に入ることを試みる控訴の方法自体不適切だ。

四 「控訴権消滅」論

では、かかる実質上不当な控訴を規制する権限は、控訴審裁判所にあるか。

三で述べた諸事情は、検察官の再度の控訴に「上訴の利益」がないことを示す。かかる控訴の相当性を判断する権限は、控訴審に認められてもよい。控訴審は、実質的な意味での「控訴権消滅」を理由として控訴を棄却する権限がある(刑訴法三八五条一項)。

確かに刑訴法上、控訴権は控訴申立期間の経過によつて消滅するのが原則だ。だが、右期間徒過など形式上の瑕疵による控訴権消滅は、控訴受理裁判所である一審がすでに点検すべき責務を負う(同三七五条)。ところが、刑訴法三八五条も、法令上の方式違反のほか、「控訴権消滅」による控訴棄却権限を認める。

もし期間徒過など形式的瑕疵だけを理由とするものならば、控訴受理裁判所たる一審と同一の権限を再度規定する意味は乏しい。学界の有力説は、一審における公訴権濫用が認められれば、刑訴法三三八条四号公訴棄却で事件を処理してよいとするが、これと同じく、検察官の控訴権限の行使が相当か否か吟味する義務も裁判所にあつていい。刑訴法三三八条一項がその受け皿となる規定であつて、実質的な意味での控訴権消滅の判断の責務が定められていると解釈できる。

本件の「上訴の利益」欠如は、口頭弁論を開くまでもなく、差戻審までで取調べ済みの訴訟記録だけでも判断できる。第二次控訴審は、「控訴権消滅」を認め、事実調べに入るまでもなく、三三五条一項により控訴棄却の決定をすべきではないか。

●最大判昭三五・九・二七刑集四巻九号一八〇五頁、最判昭四三・一〇・二五刑集三三巻二一号九六一頁など。なお、最決昭五五・七・四判例時報九七七号四一頁参照。
合憲説として、岡藤重光「憲法三九条と二重の危険」法曹時報二巻二号(一九四九年)七九頁、平野龍一「刑事訴訟法」(有斐閣、一九五八年)二九九頁、岡藤重光「刑事訴訟法網要七訂版」(創文社、一九六七年)五〇五頁、柏木保「刑事訴訟法」(有斐閣、一九七〇年)三四五頁、青柳文雄「刑事訴訟法通論(下)」(立花書房、一九七六年)五〇二頁、垣花豊順「検察官上訴の合憲性」刑事訴訟法の争点(旧版) (有斐閣、一九七九年)二四九頁、「註釈刑事訴訟法四巻」(立花書房、一九八一年)一〇頁、「藤永幸治」注釈刑事訴訟法(下) (青林書院、一九八三年)三〇頁、「中武靖夫」土本武司「刑事訴訟法要義」(有斐閣、一九九一年)四五〇頁、内田文昭ほか編「刑事訴訟

法」(青林書院、一九九三年)二九六頁以下、「垣花豊順」二巻解刑事訴訟法(新版) (弘文堂、一九九六年)七八六頁、「大コンメンタール刑事訴訟法六巻」(青林書院、一九九六年)一五頁(原田國男)など。
なお、憲法三九条の解釈については、佐藤幸治「憲法」(三版) (青林書院、一九九五年)六〇八頁以下、清野幾久子「検察官の上訴と二重の危険」憲法判例百選II (有斐閣、一九九四年)二六二頁参照。

●学説全般について、中野目善則「検察官上訴と二重危険」比較法雑誌(一七巻)一七号(一九八三年)四九頁以下参照。ほかに、村瀬直登「検事上訴の違憲性について」法律新法七五七号(一九五〇年)二六頁、大塚善一郎「二重危険の原則の適用について」判例タイムズ二二二号(一九五二年)三五頁、上野裕久「検察官上訴の再検討」法学セミナー二二七号(一九七三年)一〇四頁、熊本典道「刑事訴訟要義」(有斐閣、一九八八年)五二二頁以下、白取祐司「名譽事件 一審無罪・二審死刑の不条理」法学セミナー一五二〇号(一九九七年)二二頁など参照。

●坂口裕英「検察官の上訴と二重の危険」憲法判例百選(新版) (有斐閣、一九六八年)二二五頁、庭山英雄「刑事訴訟法」(日本評論社、一九七七年)三三六頁、川崎英明「二重の危険と検察官上訴」別冊判例タイムズ七号(一九八〇年)三五四頁、村井敏邦編「現代刑事訴訟法」(三省堂、一九九〇年)二四二頁(白取祐司)、庭山英雄「岡部泰昌編刑事訴訟法」(青林書院、一九九四年)二五五頁(平田元)、「憲法的刑事手続」(日本評論社、一九九七年)五〇四頁以下(上野勝)、「刑事弁護コンメンタール」刑事訴訟法(現代人文社、一九九八年)三四〇頁(富田真)など。

●田宮裕「刑事訴訟とデュー・プロセス」(有斐閣、一九七二年)三三四頁、小田中聰樹「刑事訴訟と人権の理論」(有斐閣、一九八三年)三九一頁、高田卓爾「刑事訴訟法」(二訂版) (青林書院、一九八四年)四九六頁。

●田宮裕編「ホーンブック刑事訴訟法」(北樹出版、一九九三年)二七四頁(田口守一)、田口守一「刑事訴訟法」(弘文堂、一九九六年)三五二、三五六頁。

●田宮裕「入門刑事訴訟法」(三訂版) (有信堂、一九八一年)二八二頁、同旨、横山晃一郎編「現代刑事訴訟法入門」(法律文化社、一九八三年)二二六頁(高田昭正)。

●瀧美東洋「刑事訴訟法」(新版) (有斐閣、一九九〇年)三九九頁以下。これを、重要・明白な誤りがあるときに限定する井戸田侃「刑事訴訟法要義」(有斐閣、一九九三年)二七四頁、事実認定に用いた探証法則の適用に判決影響性のある重大な誤りがある場合に限定する瀧美東洋編「刑事訴訟法」(青林書院、一九九六年)二九三頁(中野目善則)も同旨。

(わたなべ・おさむ)



所又は簡易裁判所は第一審の判決に対してこれを不服とすることができる。

〔送〕「控訴権」一三五・三五三・三五五・三五六
「控訴権」一三五三・三五五・三五六
「控訴権」一三五三・三五五・三五六
「控訴権」一三五三・三五五・三五六
「控訴権」一三五三・三五五・三五六
「控訴権」一三五三・三五五・三五六
「控訴権」一三五三・三五五・三五六

〔控訴提起期間〕
第三百七十二条 控訴の提起期間は、十四日とする。

〔送〕「期間の計算」一五五・五六一・三六一・三六六
一、「起算日」一五五入「拘留に附する処分」九七・刑訴法二

〔控訴提起の方法〕
第三百七十四条 控訴をするには、申立書を第一審裁判所に提出しなければならない。

〔送〕「第一審裁判所の職権」一三二五「刑訴法三五」「控訴被告の控訴申立」一三六六「訴訟記録の送付」一三三三

〔第一審裁判所による控訴期間の決定〕
第三百七十五条 控訴の申立が明らかに控訴権の消滅後にされたものであるときは、第一審裁判所は、決定でこれを棄却しなければならない。この決定に対しては、即時抗告をすることができない。

〔送〕「控訴権の消滅」一三二・三三三「送達」一四三・一四四「抗告権」一四三・一四五

〔控訴趣意書〕
第三百七十六条 控訴申又は、裁判所の規則で定める範囲内に控訴趣意書を控訴裁判所に提出しなければならない。

④ 控訴趣意書には、この法律又は裁判所の規則の定めるところによつて、必要な説明資料又は検査若しくは弁護人の保証書を添付しなければならない。

〔送〕「控訴趣意書」一三六三・三五二「刑訴法三九

一四二一「本条違反の控訴期間」一三六六①
④「刑罰で定める期間」一三三三・三三三
八「訴訟記録」一三六六・三三三「保証書」一三七七

〔控訴申立書の理由と控訴趣意書と控訴の理由〕
第三百七十七条 左の事由があることを理由として控訴の申立をした場合には、控訴趣意書に、その事由があることの充分な証明をすることができない場合は、検察官又は弁護人の保証書を添付しなければならない。

一 法律に従つて判決裁判所を構成しなかつたこと。
二 法令により判決に關与することができない裁判官が判決に關与したこと。
三 審判の公開に關する規定に違反したこと。
〔送〕「裁判所の権限」一三六二・三三三・三三三
一〇・三三三「公開」一三六二・三三三

〔控訴の理由〕
第三百七十八条 左の事由があることを理由として控訴の申立をした場合には、控訴趣意書に、訴訟記録及び原裁判所において取り調べた証拠に現れている事実であつてその事由があることを証明するに足りるものを使用しなければならない。

一 不当に懲罰又は懲罰を認めたこと。
二 不当に、公訴を受理し、又はこれを棄却したこと。
三 審判の請求を受けた事件について判決をせず、又は審判の請求を受けない事件について判決をしたこと。
四 判決に理由を附せず、又は理由に不備があること。

〔送〕「訴訟記録」一三五・三三三・三三三

「公訴期間」一三三三・三三三「裁判所の職権」一四四・三五六・三六六①・三三三「刑訴法四」一四四・三三三

〔控訴申立書の送付〕
第三百七十九条 前二条の各号を除く、訴訟手続に法令の違反があつてその違反が判決に影響を及ぼすことが明らかであることを理由として控訴の申立をした場合には、控訴趣意書に、訴訟記録及び原裁判所において取り調べた証拠に現れている事実であつて明らかに判決に影響を及ぼすべき法令の違反があることを証明するに足りるものを使用しなければならない。

〔送〕「訴訟記録」一三五

〔控訴申立書の送付〕
第三百八十条 法令の適用に關するその誤りが判決に影響を及ぼすことが明らかであることを理由として控訴の申立をした場合には、控訴趣意書に、その誤り及びその誤りが明らかであることとを証明するに足りるものを使用しなければならない。

〔送〕「送付の範囲」一三三五

〔控訴申立書の送付〕
第三百八十一条 刑の量定が不当であることを理由として控訴の申立をした場合には、控訴趣意書に、訴訟記録及び原裁判所において取り調べた証拠に現れている事実であつて刑の量定が不当であることを証明するに足りるものを使用しなければならない。

〔送〕「重罪の取調の必要を命ずる」一三五二但書

〔控訴申立書の送付〕
第三百八十二条 事実の誤認があつてその誤認が判決に影響を及ぼすことが明らかであることを理由として控訴の申立をした場合には、控訴趣意書に、訴訟記録及び原裁判所において取り調べた証拠に現れている事実であつて明らかに

判決に影響を及ぼすことを証明するに足りるものを使用しなければならない。

〔送〕「重罪の取調の必要を命ずる」一三五二但書

〔控訴申立書の送付〕
第三百八十三条 左の事由があることを理由として控訴の申立をした場合には、控訴趣意書に、その事由があることを証明するに足りるものを使用しなければならない。

一 重罪の請求をすることができない事由があること。
二 判決があつた後に刑の廃止若しくは減刑は、大赦があつたこと。

〔送〕「重罪の事由」一四三五「刑の廃止等」一四六「大赦」一四三・三三三①・三三三

〔控訴申立書の送付〕
第三百八十四条 控訴申立書の送付が、前二条の各号を除く、訴訟手続に法令の違反があつてその違反が判決に影響を及ぼすことが明らかであることを理由として控訴の申立をした場合には、控訴趣意書に、その誤り及びその誤りが明らかであることとを証明するに足りるものを使用しなければならない。

〔送〕「訴訟記録」一三五

〔控訴申立書の送付〕
第三百八十五条 刑の量定が不当であることを理由として控訴の申立をした場合には、控訴趣意書に、訴訟記録及び原裁判所において取り調べた証拠に現れている事実であつて刑の量定が不当であることを証明するに足りるものを使用しなければならない。

〔送〕「重罪の取調の必要を命ずる」一三五二但書

〔控訴申立書の送付〕
第三百八十六条 事実の誤認があつてその誤認が判決に影響を及ぼすことが明らかであることを理由として控訴の申立をした場合には、控訴趣意書に、訴訟記録及び原裁判所において取り調べた証拠に現れている事実であつて明らかに

〔控訴申立書の送付〕
第三百八十七条 控訴の申立は、第三百七十七条乃至第三百八十二条及び前条に規定する事由があることを理由とするときに限り、これをすることができない。

〔送〕「送付の範囲と控訴期間」一三六六①

〔控訴申立書の送付〕
第三百八十八条 控訴の申立が法令上の方式に違反し、又は控訴権の消滅後にされたものであるときは、控訴裁判所は、決定でこれを棄却しなければならない。

④ 前項の決定に対しては、第四百二十八条第二項の規定を適用することができる。この場合には、即時抗告に關する規定をも適用する。

〔送〕「法令上の方式」一三三三「控訴権の消滅」一三三三・三三三「控訴権」一四三・一四五

〔控訴申立書の送付〕
第三百八十九条 左の場合には、控訴裁判所は、決定でこれを棄却しなければならない。

一 第三百七十六条第一項に定める期間内に控訴趣意書を提出しないとき。
二 控訴趣意書がこの法律若しくは裁判所の規則で定められた方式に違反しているとき、又は控訴趣意書がこの法律若しくは裁判所の規則の定めるところに従ひ必要な説明資料若しくは保証書を添付しないとき。
三 控訴趣意書に記載された控訴の申立の理由が、明らかに第三百七十七条乃至第三百八十二条及び第三百八十三条に規定する事由に該当しないとき。

④ 前条第三項の規定は、前項の決定についてこれを適用する。

〔送〕「送達」一四三・一四四「規則の定め」一刑訴法二四〇・二四一「訴訟記録」一三三三・三三三

三三三「保証書」一三七七

〔控訴申立書の送付〕
第三百九十条 控訴書では、弁護人以外の者が弁護人に委任することはできない。

〔送〕「控訴人の資格」一三三三「弁護人」一四三・一四五

〔控訴申立書の送付〕
第三百九十一条 控訴書では、被告人のためにする弁護は、弁護人でなければ、これをすることができない。

〔送〕「控訴」一三三三・三三三

〔控訴申立書の送付〕
第三百九十二条 公判期日には、検察官及び弁護人は、控訴趣意書に基づいて弁論をしなければならない。

〔送〕「控訴趣意書」一三七六

〔控訴申立書の送付〕
第三百九十三条 控訴書においては、被告人は、公判期日に出席することを要しない。ただし、裁判官は、五十万円（刑法、暴力行為等処罰に関する法律及び経済関係刑罰の整備に関する法律の罪以外の罪については、相当の罰金五十万円）以上の罰金又は科料に当たる事件以外の事件について、被告人の出頭がその権利の保護のため必要であると認めるときは、被告人の出頭を命ずることができる。

〔送〕「控訴申立書の送付」一三七六「控訴申立書の送付」一三七六「控訴申立書の送付」一三七六

〔控訴申立書の送付〕
第三百九十四条 弁護人が出頭しないとき、又は弁護人の委任がないときは、この法律により弁護人を委任する場合又は決定で弁護人を附した場合は、検察官の陳述を聴いて判決をすることができない。

〔送〕「控訴人の資格」一三三三「弁護人」一四三・一四五

〔控訴申立書の送付〕
第三百九十五条 控訴裁判所は、控訴趣意書に包含された事項は、これを調査しなければならない。

④ 控訴裁判所は、控訴趣意書に包含されない事項であつても、第三百七十七条乃至第三百八十二条及び第三百八十三条に規定する事由に關しては、職権で調査をすることができない。

〔送〕「控訴趣意書」一三七六

〔控訴申立書の送付〕
第三百九十六条 控訴裁判所は、前条の各号を除く、訴訟手続に法令の違反があつてその違反が判決に影響を及ぼすことが明らかであることを理由として控訴の申立をした場合には、控訴趣意書に、その誤り及びその誤りが明らかであることを証明するに足りるものを使用しなければならない。

④ 控訴裁判所は、必要であると認めるときは、職権で第一審判決後の刑の量定に影響を及ぼすべき情状につき取調をすることができない。

④ 前二項の取調は、合議体の構成員に一人を命ずる。又は地方裁判所、家庭裁判所若しくは簡易裁判所の裁判官にこれを命ずることができない。この場合には、受命裁判官及び書記官は、裁判所又は裁判官と同一の権限を有する。

④ 第一項又は第二項の規定による取調をしたときは、検察官及び弁護人は、その結果に基づいて弁論をすることができない。

〔送〕「刑罰不当」一三五二「重罪の取調」一三五二

〔控訴申立書の送付〕
第三百九十七条 第一審において証拠をとりて

が得た証拠は、控訴審においてこれを証拠として採用することができる。

〔送〕「第一審において証拠をとりて得た証拠」一三三三・三三三・三三三

〔控訴申立書の送付〕
第三百九十八条 控訴の申立が法令上の方式に違反し、又は控訴権の消滅後にされたものであるときは、判決で控訴を棄却しなければならない。

〔送〕「法令上の方式」一三三三「控訴権の消滅」一三三三・三三三「控訴権」一四三・一四五

〔控訴申立書の送付〕
第三百九十九条 控訴の申立が、前二条の各号を除く、訴訟手続に法令の違反があつてその違反が判決に影響を及ぼすことが明らかであることを理由として控訴の申立をした場合には、控訴趣意書に、その誤り及びその誤りが明らかであることを証明するに足りるものを使用しなければならない。

④ 第三百九十二条第一項の規定による取調の結果、原則決を破棄しなければならないときは、控訴申立書の送付が、前二条の各号を除く、訴訟手続に法令の違反があつてその違反が判決に影響を及ぼすことが明らかであることを理由として控訴の申立をした場合には、控訴趣意書に、その誤り及びその誤りが明らかであることを証明するに足りるものを使用しなければならない。

〔送〕「重罪の取調の必要を命ずる」一三五二但書

〔控訴申立書の送付〕
第四百条 控訴申立書の送付が、前二条の各号を除く、訴訟手続に法令の違反があつてその違反が判決に影響を及ぼすことが明らかであることを理由として控訴の申立をした場合には、控訴趣意書に、その誤り及びその誤りが明らかであることを証明するに足りるものを使用しなければならない。

〔送〕「重罪の取調の必要を命ずる」一三五二但書