

# 上訴放棄及び取下の諸問題

## 辻 本 典 央

- 一 はじめに
- 二 刑事手続における上訴放棄及び取下の意義
- 三 上訴放棄及び取下の諸問題
  - 1. 放棄及び取下主体ごとの問題点
  - 2. 放棄及び取下の時期的限界
  - 3. 意思表示上の瑕疵
  - 4. 放棄及び取下の撤回
  - 5. 合意（Absprache）に基づく上訴放棄
- 四 おわりに

### 一 はじめに

検察官及び被告人（及び、受決定者）は、上訴することができるが（刑訴法351条、352条）、さらに、「上訴の放棄又は取下をすること」もできる（刑訴法359条）。また、被告人の一定の近親者等も、「被告人の同意を得て、上訴の放棄又は取下をすることができる」（刑訴法360条）。このような上訴放棄及び取下は、裁判を確定させる効果を持つ重要な訴訟行為である（刑訴法361条）。

もっとも、我が国では、この上訴放棄及び取下という訴訟行為に関して、従来、詳細に検討されることはほとんどなかった。近時、第一審で死刑判決が下された重大事件について、被告人が控訴を取り下げるといふ事例が相次いでいる<sup>(1)</sup>。本稿は、このような上訴放棄及び取下の実践的重要性に

鑑みて、制度に内在する問題点を抽出し、上訴手続がよりよく運用されるよう検討を加えるものである。その際には、この上訴放棄及び取下の問題点について古くから議論が積み重ねられてきたドイツの動向<sup>(2)</sup>を参照し、我が国の議論への示唆を得ることを目標とする。

## 二 刑事手続における上訴放棄及び取下の意義

上訴放棄は、その実数が統計として表れていないが、上訴取下は、平成17年度司法統計年報によると、控訴審における終局処理人員総数9,264件中1,941件、上告審における終局処理人員総数2,828件中637件を占め、刑事手続においてこの機会が用いられる割合は高い。民事手続でも、上訴放棄及び取下は法定されているが（民訴法284条、292条）、刑事手続における、とりわけ被告人による上訴放棄及び取下は、彼らがそこにおかれた地位を考えると、特別の考察が必要である。すなわち、刑事手続の一方当事者である被告人は、確かに、民事手続の当事者と同様、上訴を不要である、又はいったん提起した上訴を早期に終了させたいと考えた場合、それによって生じる自身の命運をいわば処分するという観点から一定の権限を与えられるべき者である。しかし、主に財産的得喪に限定される民事手続の場合とは異なり、刑事手続の終結によって国家の刑罰権に服することになる被告人は身体の自由さらには生命まで奪われるという切実な効果に鑑みて、

---

(1) 「大阪教育大学附属池田小学校事件」（大阪地判平成15年8月28日判時1909号192頁）、「群馬パチンコ店員連続強殺事件」（さいたま地判平成16年3月26日未公刊）、「奈良女児誘拐殺人事件」（奈良地判平成18年9月26日未公刊）など。

(2) 最近のものとして、Klaus Kleinbauer, Rechtsmittelverzicht und Rechtsmittelzurücknahme des Beschuldigten im Strafprozeß, Diss 2006. 本稿も、同書における議論に依拠するところが大きい。

民事手続の当事者とは異なるものとして特殊の考察を要する。

さらに、刑事手続においても、上訴放棄と取下とは、後述のとおり、多くの点で共通するものの、重要な点で異なる考察が要請される。すなわち、上訴取下は、一定程度上訴手続の進行を待って行使されるものであり、また時間的にも余裕を持ってなされるものであるが、上訴放棄は、判決後の間もない時期に行われるという性質上、被告人の軽率な処分について後見的立場から一定の保護を図る必要性が大きい。このような考慮は、次のような立法状況にも表れている。すなわち、第一に、第二次世界大戦後、現行刑訴法制定時において、旧法には存在した上訴放棄の規定がいったん削除された。その後、昭和28年に、上訴放棄制度は復活したが、その際にも、死刑又は無期懲役・禁錮の刑を科す判決に対する上訴については、放棄が禁止されている（刑訴法360条の2）。第二に、手続として、上訴放棄及び取下いずれも、書面で行うこととなっている（刑訴法360条の3、刑訴規則224条本文）が、公判廷での上訴取下は口頭で行うことも許されている（その場合、当該申立は調書に記載される。刑訴規則224条但書）。上訴放棄について、このような例外的に口頭で行うことを認める規定が存在しないことは、上訴放棄がたいてい公判廷外で行われることが多いことを考えると当然のことであるかとも思われるが、しかし、上訴放棄は原裁判所に行うこととされ（刑訴規則223条）、例えば、有罪判決宣告後、上訴に関する告知の場面（刑訴規則220条）で被告人が上訴放棄を表明するといったことがありうることを考えると、本規定は、被告人による判決宣告直後の放棄を認めないという機能も持ちうることに、注意が必要である。

以下では、特に被告人保護の観点から、上訴放棄及び取下の諸問題を検討する。

### 三 上訴放棄及び取下の諸問題

#### 1. 放棄及び取下主体ごとの問題点

##### (1) 被告人

被告人は、自身の刑事手続において、原判決に納得した場合、上訴を放棄し、またいったん上訴を提起した後も、これを取り下げることができる。このようにして、被告人は、早期に手続を終結させ、無用の手続負担を免れることができる。従って、上訴放棄及び取下は、刑事手続の主体である被告人において、原判決に対する不服申立をなしうることと同じく、不服申立権を処分する権限をも与える機能を持つ。

##### (一) 訴訟行為能力

被告人による上訴放棄及び取下は、このようにして、訴訟手続を構成し、手続の早期終結という効果をもたらす意思表示、すなわち訴訟行為であるため、当該訴訟行為が有効であるためには、被告人において訴訟行為能力が備わっていなければならない。一般に、訴訟行為の有効性を判断する際には、私法上の法律行為の場合とは異なる訴訟法独自の観点から考察すべきであり、その際には、訴訟手続が訴訟関係者の訴訟行為の連鎖によって進行・発展するものであること（それゆえ、手続の安定性に大きな影響を与えうること）を考慮しつつ、他方で、訴訟主体（特に被告人）の権利保護をも考慮する必要であることに注意が必要であるとされている<sup>③</sup>。例えば、被告人が「意思能力を有しないとき」（刑訴法28条）、「心神喪失の状態にあるとき」（刑訴法314条）には訴訟行為能力が欠けるものとして、そ

---

③ 平野龍一『刑事訴訟法』33頁（1958年、有斐閣）、光藤景皎『口述刑事訴訟法中・補訂版』15頁（2005年、成文堂）。

の間に行われた訴訟行為は無効になるが、その際には、具体的訴訟行為について、「その行為の意義を理解し、自己の権利を守る能力」（最決昭和29年7月30日刑集8巻7号1231頁）が備わっているかが判断されなければならない。例えば、右最決昭和29年は、被告人による控訴取下の有効性が問題となった事例であるが、そこでは、被告人は「控訴取下げの効果を十分理解した上で」行為したものであるとの原審判断を前提に、上述の定義に照らして当該訴訟行為の有効性を認めている。

これに対し、最決平成7年6月28日刑集49巻6号785頁は、同じく被告人の控訴取下の有効性が問題となった事例であるが、前出最決昭和29年とは異なり、死刑事件であることの特異性に鑑みて、当該訴訟行為の有効性に関して詳細な検討要素を設定し、結論として控訴取下を無効とした。すなわち、本件は、原審での精神鑑定の結果から、被告人の精神障害の状態が心身喪失の状態にまで達していない場合であっても、「死刑判決に対する上訴取下げは、上訴による不服申立ての道を自ら閉ざして死刑判決を確定させるという重大な法律効果を伴うものであるから、死刑判決の言渡しを受けた被告人が、その判決に不服があるのに、死刑判決宣告の衝撃及び公判審理の重圧に伴う精神的苦痛によって拘禁反応等の精神障害を生じ、その影響下において、その苦痛から逃れることを目的として上訴を取り下げた場合には、その上訴取下げは無効と解するのが相当である。ただし、被告人の上訴取下げが有効であるためには、被告人において上訴取下げの意義を理解し、自己の権利を守る能力を有することが必要であると解すべきところ（引用判例省略）、右のような状況の下で上訴を取り下げた場合、被告人は、自己の権利を守る能力を著しく制限されていたものというべきだからである。」と判示の上、「これを本件についてみるに、前記の経過に照らせば、申立人は、一審の死刑判決に不服があり、無罪となることを希望していたにもかかわらず、右判決の衝撃及び公判審理の重圧に伴う精神

の苦痛により、拘禁反応としての『世界で一番強い人』から魔法をかけられ苦しめられているという妄想様観念を生じ、その影響下において、いわば八方ふさがりの状態で、助かる見込みがないと思いつめ、その精神的苦痛から逃れることを目的として、本件控訴取下げに至ったものと認められるのであって、申立人は、本件控訴取下げ時において、自己の権利を守る能力を著しく制限されていたものというべきであるから、本件控訴取下げは無効と認めるのが相当である。」と結論付けたのである。本決定は、最高裁調査官解説<sup>(4)</sup>によると、「公判手続続行能力」と「訴訟行為能力」との判断基準が異なりうることを前提に、①自己の権利を守る能力が欠如している場合だけでなく、著しく制限されている場合にも上訴取下を無効とした点、②被告人の精神障害に加えて、判決宣告の衝撃や公判審理の重圧のように訴訟手続に必然的に伴う精神的苦痛をも考慮した点に意義が認められる。

このようにして、特に死刑事件では、「死刑判決宣告の衝撃及びその前後の公判審理の重圧が他の事件とは比べものにならないほど強烈であること」から、「このような精神的苦痛に押しつぶされて拘禁反応等の精神障害を生じ、その影響下において、その苦痛から逃れることを目的として上訴を取り下げた場合」には、「上訴権は被告人に保障された刑訴法上の権利であって、その行使が前記のような訴訟手続に必然的に伴う精神的苦痛により左右されることは決して望ましくはない」ことを考えると、「『自己の権利を守る能力』を欠くか又は著しく制限された者による上訴取下げとして無効」とすることができよう<sup>(5)</sup>。

もっとも、近時、最決平成16年6月14日判タ1167号134頁は、最決平成7

---

(4) 中谷雄二郎「判例解説」平成7年最判解刑事事篇260, 274頁(1998年)。

(5) 中谷(前掲注(4))「判例解説」279頁。

年と同じく死刑事件について被告人が控訴を取り下げたことの有効性が問題となった事例であるが、その原々決定及び原決定では被告人の訴訟行為能力も争点となった（最高裁では、この問題は判断されなかった）。この判例は、別稿で判例研究として検討しており<sup>(6)</sup>、詳細はそちらにゆだねるが、最決平成7年で示された、特に②の観点について検討が不十分ではないかとの疑問が向けられよう。

(二) 刑訴法360条の2類推適用

死刑事件では、そもそも上訴放棄が制限されており、訴訟行為能力の有無にかかわらず、死刑判決についての上訴放棄は無効である（刑訴法360条の2）。最判昭和39年9月25日集刑152号927頁は、本規定の上訴取下への類推適用が問題となった事例であるが、最高裁は、上訴放棄と上訴取下とで特に区別を設けるべき合理的根拠がないとする弁護人の主張を退け、本規定の上訴取下への類推適用を否定し、上訴取下の有効性はあくまで当該訴訟行為の時点における被告人の訴訟行為能力（本件では「意思能力」と表記されている）の有無によって判断されるべきであると判示している。確かに、被告人が軽率に上訴の利益を放棄することから保護すべき要請は、弁護人が主張するように、上訴放棄と取下とでさほど差異はない。しかし、死刑判決についても上訴を必要とせず、そもそも上訴するか否かを被告人の意思にゆだねている現在の法制度を前提とする限り、被告人が自身の手続的権利及び当該訴訟行為の効果を十分に理解し、それに対応する機会が与えられていること、すなわち、前述の意味での訴訟行為能力が備わっている限り、当該訴訟行為を一般的に無効とすべきではないように思われる。この限りで、刑訴法360条の2は、あくまで判決宣告直後の時期における被告人の精神的動揺に配慮した特別の保護規定であると理解すべ

---

(6) 辻本典央「判例研究」近法55巻1号（本号）。

きであり、上訴取下に一般的に類推適用することは、その基礎を欠くものといえよう。むしろ、死刑事件において被告人が刑事手続においておかれた状況の特殊性は、訴訟行為能力の判断において実質的に考慮することで、十分であると思われる。

### (三) 弁護人依頼権との関係

死刑事件について、前出最決平成16年は、「〔憲法37条3〕項が、被告人に対し、公訴提起の当初から判決確定に至るまでの間、間断なく弁護人が付されることまで保障したのではなく、被告人が控訴を取り下げる際に弁護人が付されていなくとも同項に違反するものでない」と判示し、控訴取下の場面で国選弁護人が付されていなくとも、憲法37条3項の保障する国選弁護人依頼権に反するものではない、それゆえ右違反により控訴取下が無効となるものではないと判断している。この点についても、詳細は別稿にゆだねるが、弁護人依頼権の実質的保障という観点からは疑問が残る判断であったように思われる。

### (2) 弁護人

#### (一) 上訴審弁護人

弁護人は、上訴提起の場合とは異なり、制定法上、上訴放棄及び取下についての権限を定められていない。

もっとも、上訴審弁護人に関して、学説上、被告人の代理人としての地位に基づいて、上訴取下を行うことができるものと理解されている<sup>(7)</sup>。判例上も、最大決昭和63年2月17日刑集42巻2号299頁(弁護人による上訴提

---

(7) 団藤責任編集[岩田誠]『法律実務講座刑事編第10巻上訴(1)』2187頁(1956年、有斐閣)、平野(前掲注(3))『刑事訴訟法』301頁。これに対し、野間禮二『刑事訴訟における現代的課題』397頁(1994年、判例タイムズ社。初出・大阪実務研究会「刑事控訴審の研究」判タ346号(1977年))は、明文規定がないことを理由に否定する。

起の適法性が問題となった事例)によると、原判決後に選任された弁護人は、上訴審弁護人としての地位が認められ、その包括的代理権に基づいて、被告人がなしうる訴訟行為を行うことができると理解されている。この見解によるならば、右学説と同様、弁護人による上訴取下も認められることになるであろう。但し、法定代理人等との均衡上(刑訴法360条)、弁護人選任に基づく一般的授權では足りず、書面による被告人の同意を要すると解すべきであろう<sup>8)</sup>(ちなみに、ドイツ StPO302 条 2 項では、弁護人の上訴取下について「明示の授權 (ausdrücklichen Ermächtigung) を要する」と定められている)。

また、上訴放棄に関しても、原判決後に選任された弁護人は、右最大決昭和63年の理解による限り、上訴審弁護人としての地位に基づいて、放棄権限をも有するというべきである。この場合も、上訴取下の場合と同様、被告人の明示の同意を要件とするべきである。

## (二) 原審弁護人

原審弁護人は、原則として、上訴提起による審級離脱・移審の効力が生じた時点以降、弁護人としての地位を失う。もっとも、弁護人自身が上訴を提起した場合、上訴提起と上訴趣意書の提出とは不可分の関係にあると判示した最高裁大法廷判決(最大判昭和29年7月7日刑集8巻7号1052頁)の理解を前提とする限り、例外的に上訴趣意書が提出されるまでは弁護人選任の効力は消滅しない(福岡高決平成13年9月10日高刑集54巻2号123頁)。

これによると、まず、上訴が提起(又は上訴期間が途過)されるまでは、依然として原審弁護人選任効力は消滅していない。それゆえ、原審弁護人は、その地位に基づく代理権に基づいて、上訴放棄の権限を有するという

---

(8) 平野(前掲注③)『刑事訴訟法』301頁。

べきであろう。また、上訴取下に関しても、原審弁護人自身が上訴を提起し、上訴趣意書を提出するまでの間については、やはり原審弁護人としての地位に基づいて、上訴取下の権限を有するというべきであろう<sup>(9)</sup>。

これに対し、学説上、明文規定がないことから、原審弁護人による上訴放棄及び取下を否定する見解が支配的である<sup>(10)</sup>。また、最高裁も、上訴取下に関して、原審弁護人の上訴取下を無効であるとしている（最決昭和25年7月13日刑集4巻8号1356頁）。しかし、これらの見解は、上訴審弁護人について上訴放棄及び取下の根拠として包括代理権を指摘することと一貫しない。

他方、上訴提起後、又は弁護人自身の上訴趣意書提出以後は、もはや原審弁護人としての地位は消滅する。この場合、なおも、当該弁護士は、被告人を代理して上訴取下をなしうるであろうか。この点は、いわゆる任意代理による訴訟行為の可否、という問題に関連する。学説上、一般に任意代理を認める見解<sup>(11)</sup>と、これを原則として否定しようとする見解<sup>(12)</sup>とが対立する。もっとも、後者からも、本来訴訟行為の代理を職業とする地位をもつ弁護士に限っては、任意代理による訴訟行為を認める見解が支配的である<sup>(13)</sup>。少なくとも、一般私人の場合とは異なり、原審弁護人を任意代理人として訴訟行為を行わせることについて、およそ弊害は考え難い<sup>(14)</sup>。そ

---

(9) ドイツでは、BGH 刑事第二部1952年7月5日判決 BGHSt 3,46によると、StPO302条2項類推適用により、弁護人による上訴放棄（当該事例では一部放棄）も有効であるとされている。

(10) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要・7訂版』508頁（1967年、創文社）、平野（前掲注(3)）『刑事訴訟法』300頁、高田卓爾『刑事訴訟法・2訂版』501頁（1984年、青林書院）。

(11) 団藤（前掲注(10)）『新刑事訴訟法綱要』172頁。

(12) 平野（前掲注(3)）『刑事訴訟法』34頁。

(13) 平野（前掲注(3)）『刑事訴訟法』34頁。

(14) 辻本典央「刑事手続における抗告適格」近法54巻1号43、67頁（2006年）。

れゆえ、やはり被告人の明示の同意を条件として、原審弁護人が任意代理の形で上訴取下を行うことも、許されるものというべきであろう。

(3) 法定代理人等

被告人の法定代理人等も、被告人のため上訴を提起することができ（刑訴法353条、354条）、また、書面による被告人の同意を得て、上訴の放棄又は取下をすることができる（刑訴法360条）。

(4) 検察官

最後に、検察官も、上訴を放棄し又は取下をすることができる（刑訴法359条）。検察官によるこの上訴権行使に関して、特に、被告人に有利な方向で上訴を提起した場合<sup>49</sup>、かかる上訴を信頼した被告人の保護という観点から、相手方、すなわち被告人の同意を要するかが問題となる。

この問題は、当該検察官上訴において追求されるべき利益とは何か、という点と関連するものである。確かに、検察官は、「公益の代表者」（検察庁法4条）であり、訴訟の一方当事者としてもっぱら公益のみを追求すべき者であるとするならば、検察官上訴において被告人の利益擁護という要素は含まれないこととなる。しかし、検察官は、国家の刑事訴追機関として真実を解明し、適切な処罰の確保だけでなく、無辜の不処罰に向けても活動すべき地位におかれているというべきである（それゆえ、無罪の弁論や、不必要・不相当な起訴の取消を行う権限も有する）。かかる地位におかれた検察官の訴訟行為について、一方当事者である被告人も一定の信頼を置くことは、決して不合理なことではなく、かかる信頼は一定の保護が図られる必要がある。それゆえ、検察官がいったん提起した上訴を取り下

---

(49) 検察官は、公益の代表者として、客観的に誤った判決の是正を求めることに上訴の利益を有する（鈴木茂嗣『刑事訴訟法・改訂版』249頁（1990年、青林書院））。

げる際には、被告人の同意を要するというべきであろう。

## 2. 放棄及び取下の時期的限界

上訴放棄及び取下の時期的限界について、検討する。

まず、終期について、上訴放棄の場合、上訴期間が経過する前までにしなければならない（この期間が経過すると、原裁判が確定するため、上訴「放棄」はもはやなしえない）。上訴取下の場合、明文の規定はないが、上訴審裁判が下されるまでは、何時でも行うことができると解すべきであろう<sup>(6)</sup>。

他方、始期について、上訴取下の場合、これは上訴提起を前提とするものであるから、上訴提起の時点が始期となる。これに対し、上訴放棄の場合、裁判告知の時点、すなわち上訴期間の始期と一致すべきであるか、又はそれより前から放棄できるかが問題となる。この問題について、ドイツでは、RG 刑事第二部1880年6月1日決定 RGSt 2, 78において、StPO344条（現行302条）における上訴放棄の終期を示す「上訴期間の満了前でも」との文言は上訴期間が開始していることを前提とするとの解釈から、上訴期間開始前の上訴放棄を無効であると判示されているように、かつては、上訴期間の開始前の放棄を否定する見解が有力であった。しかし、現在は、BGH 刑事第五部1973年10月9日決定 BGHSt 25, 234において、被告人が在廷せずに判決が下される場合（この場合、上訴期間は判決書が送達された時点から進行する（StPO314条2項））、被告人は、当該判決の内容について知りうる状況にあったときは、送達前、すなわち上訴期間が進行する前であっても上訴を放棄できると判示されているように、上訴放棄の始期と上訴期間の始期とは必ずしも一致するものではないとする見解が有力

---

(6) 藤永他編 [原田國男]『大コンメンタール刑事訴訟法第6巻』44頁（1996年、青林書院）。

である。もっとも、Karl Peters が<sup>17)</sup>、右1979年決定に反対して、被告人保護の観点からは、不確実な情報ではなく、判決送達による完全な情報（判決主文及び理由についての）に基づいてのみ自己答責的に上訴権の処分をなしうるというべきであると述べているように、上訴放棄をなしうる始期は、上訴提起期間の始期と一致させるべきであろう。近時、ドイツでも、BGH 刑事第四部1997年8月28日 BGHSt 43, 195において、「被告人は、早くても、判決宣告後でなければ上訴を放棄できない」と判示されているように、判決宣告前の上訴放棄は否定されなければならない（この問題は、後述5で検討する問題と密接に関連する）。

さらに、判決宣告後であっても、裁判所は、その配慮義務に基づいて、死刑判決等による被告人の精神的衝撃等を考慮し、判決宣告直後の上訴放棄が表明されたとしても、一定の熟慮期間を指示するなどの方策が求められるものと解される。

### 3. 意思表示上の瑕疵

被告人が上訴放棄又は取下の訴訟行為を行った際、一定の意思表示上の瑕疵が存在していた場合、そのことは当該訴訟行為の有効性に如何なる影響を与えるであろうか。この問題について、我が国の民訴法判例及び学説上、錯誤等の民法上の意思表示規定は適用されず、それゆえ表示者は当該訴訟行為の無効を主張することができない、とするのが通説の見解である。その論拠として、①手続の安定性、②再審事由として考慮されれば足りる、といった点が挙げられている<sup>18)</sup>。

(17) Karl Peters, Anm. BGHSt 25, 234, JR 1974, 250.

(18) 伊藤眞『民事訴訟法・第3版再訂版』295頁（2006年、有斐閣）、最判昭和46年6月25日民集25巻4号640頁。

これに対し、刑訴法学説上、錯誤が本人の責に帰することができないとき、当該錯誤に基づく訴訟行為を有効とすることは正義に反し無効である、とする見解が有力である<sup>(19)</sup>。また、刑事判例でも、例えば、最決昭和44年5月31日刑集23巻6号931頁は、詐欺被告事件の被告人が、一部の被害者としか示談交渉ができないと判断し上告を取り下げたところ、他の被害者とも交渉できそうなので上告審を続けて欲しいとして上告取下の撤回を求めた事例について、「仮に所論のような錯誤があったとしても、その錯誤が被告人の責に帰することのできない事由に基づくものとは認められないから、右取下を無効ということはできない」と判示し、具体的事案の結論としては上訴取下を有効としつつも、当該意思表示の瑕疵が被告人の責によらないものである場合にはこれを無効とする余地を認めている<sup>(20)</sup>。

ドイツでは、RG 刑事第四部1922年10月20日決定 RGSt 57, 83において、「刑事手続の適切な運営に向けた公的利益の観点」から、錯誤に基づく上訴放棄は無効であるとする被告人の主張が退けられているように、かつては、訴訟行為に際しての意思的瑕疵は当該訴訟行為の有効性を害さない、とする見解が一般的であった。もっとも、現在では、例えば、BGH 刑事第二部1961年12月6日判決 BGHSt 17, 14において、強迫に基づく上訴放棄及び取下は無効なものとなりうると判示されているように、意思的瑕疵が訴訟行為の有効性に影響を与えることが承認されている。そして、この問題は、当該個別事例における法的安定性と正義との衡量から検討されるべきものであると理解されている。

ドイツの学説上も、現在は、意思的瑕疵が訴訟行為の有効性に影響を与

---

(19) 団藤（前掲注(10)）『新刑事訴訟法綱要』187頁、平野（前掲注(3)）『刑事訴訟法』34頁、高田（前掲注(10)）『刑事訴訟法』123頁（1984年、青林書院）、鈴木（前掲注(5)）『刑事訴訟法』145頁。

(20) 坂本武志「判例解説」昭和44年最判解刑事篇207, 211頁（1970年）。

えうことが承認されている<sup>①)</sup>。もっとも、意思的瑕疵が全て訴訟行為を無効とさせるものと理解する見解は見られず、それゆえ、如何なる基準によって、意思的瑕疵が訴訟行為を無効とさせる場合を導くかが問題となる。例えば、Friedrich Dencker<sup>②)</sup>は、意思の欠缺が認められるか否かという点に基準を求める。これに対し、学説上支配的見解であるのは、当該意思的瑕疵が被告人本人に帰責されるべきものであるか、又は他の訴訟関係者より惹起されたものであるかという点に区別を求める見解である。例えば、Klaus Kleinbauer<sup>③)</sup>の近時の研究でも、個別事例ごとの法的安定性と正義との利益衡量による手法ではなく、一般的基準が求められるべきであるとの観点から、意思的瑕疵が裁判所や検察官等の司法機関による「配慮義務違反」(Fürsorgepflichtverletzung)に基づくものであるか否かという点に、被告人の上訴放棄及び取下の有効性如何という基準が求められている。Kleinbauerによると、司法機関の配慮義務は、フェアトライアルの観点における法治国家原理に加えて、弱者保護という社会国家的原理をも基礎とし、前者の観点からの、被告人の防御への妨害禁止という消極的保護だけでなく、後者の観点からの、より実効的な手続的権利の行使を保護することを要請する。これによると、裁判所は、例えば、被告人に対して欺罔や威迫により意思的瑕疵を生じさせてはならないだけでなく(Kleinbauerは、意図的な欺罔だけでなく、結果として誤った情報を善意で与えてしまった場合にも配慮義務違反を肯定する)、被告人の意思的瑕

---

①) Werner Beulke, Strafprozessrecht 8Auf., S. 172f., 2005; Claus Roxin, Strafverfahrensrecht 25Auf., S. 426f., 1998.

②) Friedrich Dencker, Willensfehler bei Rechtsmittelverzicht und Rechtsmittelzurücknahme im Strafprozess, S. 57ff., 1972; Roxin (前掲注①) 427頁は、Denckerの見解によると法的安定性が損なわれることがないとして支持している。

③) Kleinbauer (前掲注②) 193頁以下。

疵が少なくとも外部的に認識可能であるような場合には、それを是正すべき方向において配慮すべき義務をも負う<sup>94)</sup>。

これらの議論から、確かに、被告人の訴訟行為も、手続を構成する重要な要素であり、手続の連続性を考慮すると、私法上の法律行為のように単に意思的瑕疵が存在するというだけで無効とすることはできないが、刑事手続法の諸利益の考慮から、一定の場合、無効とすることを認める必要があるように思われる。その際には、被告人の意思的瑕疵がどのようにして惹起されたのか、特に、裁判所等の司法機関がそれにどのようにして影響を与えたのかという観点からの考察が必要であるが、その理論的根拠として、上述のような司法機関の「配慮義務違反」という構成が結論を導く上で説得的であるように思われる。

#### 4. 放棄及び取下の撤回

上訴放棄及び取下は、それによって裁判の確定をもたらす訴訟行為である。もっとも、被告人は、「自己又は代人の責に帰することができない事由によって上訴提起期間内に上訴をすることができなかつたとき」(前述3に該当する場合が想定される)には、原裁判所に上訴権回復の請求を行うことができる(刑訴法362条)。では、右上訴権回復請求以外に、いったん表明した上訴放棄又は取下を撤回することにより、改めて上訴権を行使することができるであろうか。

訴訟行為一般について、明文がある場合(上訴取下も、「正確に言えば訴訟行為の撤回」である<sup>95)</sup>)以外でも、いわゆる実体形成行為(例えば自白)を除き、広く撤回を認めてよいとするのが通説的見解である<sup>96)</sup>。もっと

---

<sup>94)</sup> Kleinbauer(前掲注②)232頁以下。

<sup>95)</sup> 鈴木(前掲注⑤)『刑事訴訟法』145頁。

も、通説的見解は、さらに、前出最決昭和44年が「本件上告は、右取下によってすでに終了しているのであるから、もはや取下の撤回は認められない」と判示するように、上訴放棄及び取下の撤回は認められないとする<sup>26)</sup>。例えば、大阪高判昭和63年6月22日判時1312号145頁は、被告人が拘置所職員にいったん提起した上訴を取り下げる旨の書面を提出し、その後間もなく（約26分後）これを撤回する旨の書面を提出したという事例について、「担当看守が在監者から控訴取下書を受取り、指印証明をし、受付簿に記載を終え、控訴取下書を差し出したことが客観的に証明されたとき」に上訴取下の効果は発生し、この時点以後、被告人の上訴権は消滅したとして、撤回を否定している。他方、東京地決昭和45年6月19日判時599号143頁は、控訴取下書提出の2時間後、まだ右控訴取下書が監獄の長の代理者の手もとにある間に、右控訴取下の意思の撤回とみられる上訴権回復請求書及び再度の控訴申立書が控訴期間内に右監獄の長の代理者に提出され、右控訴取下書、上訴権回復請求書等が同時に裁判所に到達したという事例について、「刑法367条、366条が勾留されている被告人の利益保護乃至はその防禦の万全を期させることを主眼とする規定であり、本件のような場合にまで、上訴権が消滅するというような事態は同条の予想していないところと考える余地がある」と判示し、実質的に上訴取下の撤回を認めている。

この問題について、大決昭和12年10月11日大刑集16巻1347頁が、上訴取下の効力は裁判所がこれを受領した時点で発生すると判示しているように、上訴放棄及び取下の意思表示が受領者（刑訴規則223条、223条の2に

---

26) 団藤（前掲注⑩）『新刑事訴訟法綱要』191頁、平野（前掲注③）『刑事訴訟法』36頁、高田（前掲注⑩）『刑事訴訟法』126頁（1984年、青林書院）、鈴木（前掲注⑤）『刑事訴訟法』145頁。

27) 原田（前掲注⑥）『大コソメ刑事訴訟法』46頁。

より、放棄は原審裁判所、取下は上訴審裁判所。但し、刑訴法367条、366条の場合は、刑事施設の長又はその代理者。)に到達しているか否かで結論が異なるというべきである。ドイツの議論に目を向けると、上訴放棄及び取下は、相手方の受領を要する意思表示であり、管轄受領機関に到達するまではこれを撤回できるとするのが、一般的見解である<sup>28)</sup>。さらに、被告人のような法律に素人の者が行った訴訟行為に関して、例えば、Karl Peters<sup>29)</sup>が、「素人の場合、その発言の全体的趣旨を考慮しなければならない。」と主張し、例えば、被告人は、判決宣告直後に裁判所に対し上訴放棄を表明したが、裁判所が退廷する前に意を翻し、改めて上訴を提起する旨の発言を行った場合、その「全体的意思表示」(Gesamterklärung)からは、被告人の上訴放棄は無効であると結論付けているように、実質的に広く撤回を認める見解も主張されている。

これに対し、上訴放棄及び取下が受領権者に到達後はもはや撤回できないというのが、ドイツでも支配的見解である。その理由として、前出 RG 刑事第四部1922年決定で判示されたように、訴訟行為の「公法的性質」が挙げられている。また、上訴放棄及び取下の規定文言において、「有効に」(wirksam)行うことができるとの文言が選択されていること、及び、上訴放棄及び取下の規定が制定される際、立法過程において当初は撤回の規定が含まれていたが、最終的にこれが削除されることになったという立法史も、その根拠として補完的に挙げられている<sup>30)</sup>。

これらの議論から、上訴放棄及び取下によって裁判が確定するというその効果を考えると、容易にその撤回を認めることによる法的不安定性のり

---

<sup>28)</sup> Kleinbauer (前掲注②) 165頁以下。

<sup>29)</sup> Karl Peters, Strafprozeß 4Auf., S. 267f., 1985.

<sup>30)</sup> Kleinbauer (前掲注②) 170頁以下。

スクは過大であり、少なくとも当該意思表示が到達した後は、その撤回を否定すべきである。原状回復請求に関する規定は、このような法的安定性を害してでも被告人を保護すべき場面において、実体判決に対する再審請求と並んで、実体的正義を追求すべきものとして存在し、被告人の保護はこれらの制度によるべきであり、かつそれで十分であると解される。

### 5. 合意 (Absprache) に基づく上訴放棄

最後に、被告人が、原審公判において裁判所及び検察官との間で、いわば司法取引的に、一定の減刑と引替に上訴を放棄することの合意 (Absprache) を結ぶことが考えられる。このような司法取引的合意の問題は、我が国では、まだ顕在化していないが、ドイツでは、被告人の主体的地位に基づく手続処分権限との関連において、近時、学説及び裁判実務において盛んに議論されている。合意自体の一般的問題点については、重要な問題ではあるが、本稿で検討する余裕はない<sup>60)</sup>。ここでは、上訴放棄との関係における合意実務について、近時、BGH 大刑事部より示された重要判例 (BGH 大刑事部2005年3月3日決定 BGHSt 50, 40) を中心とする判例

<sup>60)</sup> BVerfG 第二部1987年1月27日決定 NJW 1987, 2662は、刑事手続における合意は憲法上の公正手続原則に反しないと判示している。この問題を我が国に紹介するものとして、山名京子「刑事訴訟における“事前の合意”」関法41巻1号74頁 (1991年)、同「ドイツ刑事訴訟における事前の合意」奈良産13巻3・4号139頁 (2001年)、トーマス・ヴァイгент (井上正仁訳)「ドイツにおける取引刑事司法」法協109巻9号1頁 (1992年)、松尾浩也「刑事手続における訴訟関係人の非公式協議——ドイツ刑事訴訟法における第二の Bericht——」『刑事法学の現代的状況・内藤謙先生古稀祝賀論文集』563頁 (1994年、有斐閣)、ハンス・リーリエ (日高義博訳)「答弁の取引——ドイツ刑事訴訟においては『合意』か?——」専法69号51頁 (1997年)、ヨアヒム・ヘルマン (加藤克佳訳)「ドイツ刑事手続における合意」愛大156号1頁 (2001年)、田口守一「ドイツ刑事訴訟における合意手続の法的構成」『光藤景皎先生古稀祝賀論文集上巻』355頁 (2001年、成文堂)。

の動向を概観するととどめる。

BGH 判例において合意の問題が検討されるようになって久しいが、合意の中で上訴放棄が約束されることの許容性について、初めて基本的な判断を示したのが、BGH 刑事第四部1997年8月28日判決 BGHSt 43, 195である。本件は、被告人が合意において約束された量刑を不当であると主張して上告を提起した事件であり、上訴放棄約束の許容性が直接の争点となったわけではない。しかし、第四部は、①刑事手続上の合意は、全ての手続関係者が関与の下で、公開の公判の場で行われるべきこと——公判外で折衝された場合には、その内容が公判で検討されるべきこと——（公開性の観点）、②合意において量刑に関する合意内容は、具体的なものであってはならず、あくまで刑の範囲又は上限についてのみ許容されるべきこと——StGB46条所定の一般的量刑事由を十分考慮すべきこと——（責任相応性の観点）、③合意に際し合意の内容に取り込むことができるのは、あくまで法律効果（量刑）に関するものに限られ、犯罪事実の存否に関する合意は否定されるべきこと（法治国家的観点）、④StPO136a条〔尋問に際しての禁止事項〕の趣旨から、合意に際し被告人の意思決定の自由が害されてはならないこと（ネモテネチュア原則の観点）を示した上で、合意における上訴放棄約束の許容性について、以下のとおり判示の上、これを否定した。すなわち、「裁判所は、被告人に、減刑と引換に上訴放棄を約束させることを許されない。第一に、……上訴権に対する如何なる作用も許されない。第二に、被告人は、早くても、判決宣告後でなければ上訴を放棄できない。それゆえ、裁判所は、被告人に対し、公判終了前、つまり裁判結果を知る前にその是正機会を処分することを求めてはならない」。

BGH 刑事第四部は、右1997年判決で、合意における上訴放棄約束を不許容であると判断したが、その効果、すなわち、不許容であるにもかかわらず上訴放棄が約束され、これに基づいて被告人が上訴を放棄した場合、

右放棄は有効であるかという問題については——事件の争点ではなかったため——判断を示していなかった。もっとも、第四部は、その2年後、1999年10月19日決定 BGHSt 45, 227でこの問題に取り組み、不許容である上訴放棄約束に基づく上訴放棄を無効であると判断した。第四部は、この結論について、「[上訴放棄自体も] 無効であるとの結論をとらない場合、裁判所が上訴放棄約束禁止に違反しても、それは制裁なきものとなってしまふ。また、被告人は、合意に基づく自白を求められることによりその防御機会を限定されることになることから、裁判所は、被告人に対し公判の途中で裁判結果を知る前に彼に与えられた是正機会を処分することを求めてはならない——判決宣告前に上訴放棄を約束させるという方法によって——。」と判示している。但し、第四部は、この問題について BGH 刑事第二部1997年6月20日決定 NStZ 1997, 611が「合意が不許容であることは、合意に基づき表明された上訴放棄を無効とするものではない。上訴放棄が無効となるのは、一般的に、又は個別の事情において合意を不許容とさせる理由が、同時に、約束に基づく上訴放棄を法的に否認すべきことをも導く場合だけである。」と判示していたことから（BGH 刑事第五部1999年4月21日判決 BGHSt 45, 51も同旨）、当該事件においても、合意が無効であることに加えて、事案の特殊性をも考慮した上で、上訴放棄が無効であることを基礎付けている（この事件では、公判外で合意された内容が公判で検討の俎上に乗せられなかったため、合意当事者間で誤解があった。すなわち、検察官が被告人の余罪について訴追を見合わせるとした約束について、検察官及び裁判所は、右約束の対象は当時判明している事件に限られると理解していたのに対し、被告人側は、まだ捜査の対象ともなっていないものを含めてそれまでに実行された全ての犯罪についても訴追が見送られたものと理解していた）。

このようにして、BGH 判例において、合意における上訴放棄の約束は

不許容であること、そのような約束に基づく上訴放棄の表明は無効となりうることについては、見解の一致を見た。もっとも、前者はともかく、後者の点については、合意において上訴放棄が約束されていたということだけで無効となるのか、或いは、それ以外の「上訴放棄を法的に否認すべきことをも導く」事情が付け加わった場合に初めて無効となるのか、という問題が残された。そのような中で、BGH 刑事第三部は、2件の上告を機縁として、この問題に取り組むこととなった。第一のJ事件は、被告人が裁判所及び検察官との間で一定の減刑に対して自白及び上訴放棄を約束したという事例であり、第二のH事件は、J事件とは異なり、合意の内容は自白に対する刑の上限が約束されただけであり、その際、裁判所が単に「上訴放棄を期待する」と述べたにとどまるという事例であった。第三部は、裁判所が上訴放棄について被告人と約束するか、働きかけを行うかで本質的違いはないとし、J事件だけでなく、H事件についても、実際に表明された上訴放棄を無効とする被告人の主張を認める判断を示すことを決断した。もっとも、J事件及びH事件について、裁判所による上訴放棄約束又は働きかけという事情以外に、付加的に考慮されるべき事情が発見されなかったことから、第三部は、直ちに右裁判を下すことは、上述の、他の部の裁判例に矛盾すると判断した。そこで、第三部は、BGHの他の刑事部に対し、自身の判断と対立する右裁判例を維持するかという点について、質問を発する決定を下した(2003年7月24日決定 NJW 2003, 3426—以下「質問決定」とする)。第三部は、そこで、上訴による是正の重要性、及び、上訴放棄約束における被告人の意思形成への介入の一般的影響性を強調している。

刑事第三部からの質問決定を受けて、BGHの各刑事部は、次のように回答を寄せた。まず、第五部は、2003年10月29日決定 NJW 2004, 1335により、自身の、合意に基づく上訴放棄は、右合意が不許容であるとしても、

基本的に有効であるとしていた判例（2001年9月5日決定 StraFo 2004, 21）を破棄し、質問決定が提案する右法学的見解を支持することを明言した。もっとも、第五部は、合意に際し上訴放棄が約束されたが、裁判所が判決後の上訴教示に際し、上訴を提起することは合意に拘束されることなく自由であるとの「加重的教示」をも行ったが、それでもなお被告人が上訴放棄を表明した場合には、放棄を有効としてよいとの見解を付している。第四部（2003年11月25日決定未公刊）も、自身の前出裁判例はそもそも第三部の見解に矛盾するものではなく、第三部の見解を支持すると回答した。

これに対し、第一部（2003年11月26日決定 NStZ 2004, 164）は、第三部の見解に反対し、これと対立する自身の判例（2000年3月8日決定 NStZ 2000, 386；2001年12月5日決定 NStZ-RR 2002, 114）を維持することを判示した。第一部は、その理由として、第三部の見解は法的根拠に基づくものではないこと、任意の約束である限りその効果を否定されるべき意思決定への侵害は認められないこと、第三部の見解は上訴放棄を約束し、又はそのような約束を働きかけた裁判所への一種の制裁を求めるものであるが、それは上告裁判所の任務ではないこと、そして上訴放棄を容易に無効とすることからの法的安定性が著しく害されることを指摘する。また、第二部（2004年1月28日決定 NJW 2004, 1336）も、第一部と同様、第三部の見解に反対し、やはり対立する自身の判例（1997年6月20日決定 NStZ 1997, 611；2001年6月11日決定 StV 2001, 557）を維持することを判示した。第二部は、従来から主張してきた、訴訟行為の撤回乃至取消不可という原則に例外が認められるのは重大な意思侵害に限るとの観点に加えて、多くの法律効果を伴う確定力の重要性、上訴放棄の合意に向けた被告人の動機の考慮といった観点を指摘している。なお、回答を寄せた中で、第四部、第一部、第二部は、この問題の重要性ゆえに、大刑事部への回付を提案している。

以上のように、第三部からの質問決定に対し、BGH 刑事部において見解が真っ二つに分かれることとなった。そこで、第三部は、このような状況及び他の部からの提案も考慮して、GVG132条2項及び4項に基づいて、BGH 大刑事部に事件を回付することを決定した(2004年6月15日決定 NJW 2004, 2536—以下「回付決定」とする)。その際、第三部は、次の三点についての法律判断を求めている。すなわち、①合意において上訴放棄を約束することは許容されるか、②裁判所が合意に際して上訴放棄を働きかけること(明示の約束又は推奨するという形で)は許容されるか、③①②が不許容であるとして、そのような不許容の約束又は働きかけが行われていた場合、当該合意に基づいて表明された被告人の上訴放棄は有効であるか。なお、第三部は、回付決定の中で、第一部及び第二部の批判に答える形で、合意に関するルールはいわば法律を解釈適用した結果であるところの判例ルールとして法的根拠に基づくものであること、不許容の合意に対する是正という形で下級審裁判所の措置にコントロールを及ぼすことはまさに上告裁判所の任務であること、を強調している。

右回付決定に基づいて、BGH 大刑事部が招集された。大刑事部2005年3月3日決定 BGHSt 50, 40は、次のように判示し、この問題に対するBGH判例としての決着をつけた。すなわち、「大刑事部は、裁判所が上訴放棄を対象とする合意へ関与することは不許容であるということを実効的なものとするために、そのような不許容の合意に基づく上訴放棄は無効であるとの効果を認めることが必要であると判断した。……合意が行われた場合、常に、対象者は、法定の上訴教示以外に、なおも上訴権が備わっていることについての加重的教示を与えられなければならない。……大刑事部は、そのような加重的教示を、判決合意に基づいて上訴放棄が表明される場合に想定される意思侵害に対する必要かつ十分な保護であると考えらる。加重的教示を受けた対象者による上訴放棄の表明は、有効であり、撤

回不可能である、なぜなら、それは、放棄の意義及び射程について完全な認識に基づいて行われたものであるから」。つまり、大刑事部決定は、基本的に、第三部の見解を支持しつつ、合意と上訴放棄表明とは「異なる訴訟行為」であるとの理解を前提に、前者の影響が「加重的教示」によって遮断されたと認められる場合には、後者の訴訟行為を有効とするとし、これによって常に上訴放棄を無効とすることによる法的不安定性の回避を図り、実務への手続指針を示したのである。

以上のようにして、合意における上訴放棄約束の許容性、及びそのような合意に基づいて実際に上訴放棄が表明された場合のその有効性について明確な結論が示された。そこでは、訴訟行為はそれが行われる際に重大な意思表示上の瑕疵がない限り撤回及び否認できないとの伝統的な訴訟行為論を基礎にし、また刑事手続における資源の有効な活用という観点からの手続関係者間における合意に基づく手続処理、すなわち合意の必要性が是認されつつ、訴訟関係者、特に被告人がそのような合意において受ける圧力からの保護、及び裁判所等の不当な手続措置を是正するための上訴審（特に BGH 等の上告審）の役割が重視されている。ちなみに、合意における上訴放棄約束の問題について、ドイツでは、立法化に向けて、合意において上訴放棄をその要素とすることを禁止し、そのような不許容の合意に基づいて被告人が上訴を放棄した場合には無効であるとする規定の導入が検討されている（2006年12月現在）。BGH 大刑事部決定後の実務の動向と共に、立法の動向にも注目が必要である。

#### 四 おわりに

以上、本稿では、上訴放棄及び取下の問題について、問題点を指摘し、若干の検討を加えてきた。そこでは、新たな主張も提示したが、上訴審手

続は第一審手続に比べてまだまだ未解明の部分も多く、今後、議論の発展を待たねばならない。筆者は、すでに前稿で、上訴（抗告）に関する主体面からの検討を行っているが、本稿は、いわばその続編として、議論のさらなるステップへの礎となれば幸いである。

なお、今後の課題として、上訴審の構造、審判対象如何といった従来からの問題に加えて、本稿でも言及された、取引による手続終結という問題にも関心が向けられる。特に最後の問題は、我が国の刑事手続に今後如何なる影響を与えるかという観点から、実践的にも重要なものとして、外国の立法及び判例・学説の動向が注目されなければならない。さらには、本稿で検討された諸問題の検討をより深めるためには、いわゆる訴訟行為論に関する基礎的な研究も欠かすことができない。訴訟行為論は、刑事訴訟の主対面から考察する基礎理論の一つとしてかつて盛隆を誇った問題であるが<sup>82)</sup>、このような基礎理論の研究は、目まぐるしい立法動向への対応に追われ、近時は十分に行われているとはいえない。もっとも、刑事訴訟も社会の変化への対応が要求される以上、現代的な基礎理論の展開が喫緊の課題であると思われる。

これらの研究は、本稿で得られた知見をより発展させるものとして、筆者の次稿での課題としておきたい。

(2007年1月脱稿)

---

<sup>82)</sup> 団藤重光『訴訟状態と訴訟行為』（1949年、弘文堂）、同『刑法と刑事訴訟法との交錯』（1950年、弘文堂）、平野龍一『刑事訴訟法の基礎理論』（1964年、日本評論社）、光藤景皎『刑事訴訟行為論』（1974年、有斐閣）。