

# 刑事判例研究(2)

## 中央大学刑事判例研究会

高等裁判所がした控訴取下げを無効と認め訴訟手続を再開・続行する旨の決定に対する不服申立ての可否

中村 真利子

〔令和元年(し)第807号、控訴取下げの効力に関する決定に対する特別抗告事件、最高裁判所令和2年2月25日第三小法廷決定、刑集74巻2号277頁、判タ1480号151頁〕

### 【訴訟の経緯】

被告人は、殺人被告事件について、平成30年12月19日大阪地方裁判所で死刑の判決を受けた。同日第一審弁護人が、同月31日被告人が、それぞれ控訴を申し立て、次いで令和元年5月18日被告人が控訴を取り下げたが、その後、控訴審弁護人が、控訴取下げは無効であり審理を継続されたい旨の書面を提出した。大阪高等裁判所は、事実の取調べをした上で、同年12月17日、控訴取下げを無効と認め控訴審の訴訟手続を再開・続行する旨の決定をした。検察官は、この決定に対して大阪高等裁判所に異議の申立てをするとともに、最高裁判所に特別抗告を申し立てた。

### 【決定要旨】 抗告棄却

「高等裁判所が、上記のような控訴取下げを無効と認め控訴審の訴訟手続を再開・続行する旨の決定をした場合には、同決定に対しては、その決

定の性質に照らして、これに不服のある者は、3日以内にその高等裁判所に異議の申立てをすることができるものと解するのが相当である（刑訴法428条2項, 3項, 422条参照）。

したがって、原決定は、刑訴法433条1項にいう「この法律により不服を申し立てることができない決定」に当たらないから、本件抗告は不適法である。」

## 【研究】

### 1 問題の所在

地方裁判所がした第一審判決に対しては控訴をすることができる（刑訴法372条）。被告人はもちろんのこと（刑訴法351条1項）、原审における弁護人も控訴することができるが（刑訴法355条）、その控訴権は被告人の控訴権の存続を前提とする。したがって、両者がともに控訴した場合において、被告人が控訴を取り下げたときは（刑訴法359条）、これにより弁護人の控訴申立ても消滅し、存続しないと解されている（最判昭和24年6月16日刑集3巻7号1082頁）。

本件のような被告人による控訴期間経過後の控訴取下げは、検察官が控訴していない場合には原判決を即時確定させることになる<sup>1)</sup>。上訴期間であっても、上訴を取り下げた者は、その事件について更に上訴をすることができないとされているが（刑訴法361条）、上訴取下げ自体の効力が争われることもある<sup>2)</sup>。その手続について明文の規定はないものの、上訴審で

---

1) 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法〔第4版増補版〕』（弘文堂、2016年）1004頁（以下、「条解」という）。なお、脱稿後に接した同『条解刑事訴訟法〔第5版〕』（弘文堂、2022年）では1106頁（以下、「条解第5版」という）。

2) 実刑判決を受けた場合には、執行に関する異議の申立て（刑訴法502条）も考えられる（筑間正泰・昭和61年度重要判例解説194頁（1987年））。なお、上訴権回復の請求に関しては、「上訴の提起期間内に上訴をすることができなかった」（刑訴法362条）ことが要件となっていることから、上訴の申立てがあった事案については適用がないとされている（最判昭和50年5月2日刑集196号355

の審理の続行が申し立てられた場合において、裁判所が上訴取下げを有効と認めるときは、訴訟関係を明らかにするため、決定で訴訟終了宣言をすることが通例とされている<sup>3)</sup>。反対に、裁判所が上訴取下げを無効と認めるときは、訴訟手続が再開・続行される。この場合には、上訴取下げが無効であることが外部的にも明らかになることから、その旨の決定をする必要はないと解されているが<sup>4)</sup>、本件で大阪高等裁判所は、控訴取下げを無効と認め控訴審の訴訟手続を再開・続行する旨の決定をした。そこで、この決定に対する不服申立ての可否とその方法が問題となった<sup>5)</sup>。

## 2 高等裁判所の訴訟終了宣言に対する不服申立て

高等裁判所による訴訟終了宣言の決定については、既に最決昭和61年6月27日刑集40巻4号389頁で、「その決定の性質に照らして、これに不服のある者は、3日以内にその高等裁判所に異議の申立をすることができるものと解するのが相当である(刑訴法428条2項, 3項, 422条参照)」旨判示されている<sup>6)</sup>。

法廷意見ではその根拠が詳述されていないが、長島敦裁判官の補足意見では、大要、以下のように指摘されている。上訴取下げを無効として審理

---

頁)。

3) 条解・前掲注1), 1005頁(条解第5版・前掲注1), 1107頁)。

4) 池田知史・ジュリスト1553号97頁, 98頁(2021年)。

5) 本決定の紹介・解説として、池田・前掲注4)のほか、池田知史・法曹時報73巻6号180頁(2021年)、高平奇恵・法学セミナー788号123頁(2020年)、宇藤崇・令和2年度重要判例解説142頁(2021年)、Westlaw Japan新判例解説1224号(2021年)がある。脱稿後、石田倫識・ジュリスト1576号166頁(2022年)に接した。

6) この決定の紹介・解説として、岩瀬徹・最高裁判所判例解説刑事篇(昭和61年度)177頁(1989年)、能勢弘之・判例時報1218号215頁(1987年)、筑間正泰・昭和61年度重要判例解説193頁(1987年)、中野日善則・法学新報94巻11・12号99頁(1988年)、宮城啓子・警察研究59巻11号52頁(1988年)がある。

の続行が申し立てられたとしても、これは職権発動を促すものにすぎず、裁判所に訴訟終了宣言をする義務はない。もっとも、上訴取下げが無効であれば上訴審での審理が続行されることになり、このことは、刑事訴訟の本案そのものの帰結にかかわる。したがって、少なくとも、上訴取下げが有効かどうかについて疑義が生じ、裁判所が有効と判断する場合には、条理上、訴訟終了宣言の裁判によってこれを明らかにすべきであり、このような裁判がされたときに、これに不服のある被告人には上訴の利益があるというべきである。

さらに、訴訟終了宣言の性質については、同意見では以下の通り補足されている。訴訟終了宣言の裁判は、訴訟の本案の帰結にかかわりをもつが、本案そのものについての判断を示すものではない点で、公訴棄却決定（刑訴法339条1項等）や控訴棄却決定（刑訴法385条1項等）と性格を同じくする上に、実質においては上訴権回復請求に対する棄却決定（刑訴法362条乃至364条）と類似するから、決定の形式で行うのが相当である。これらの決定はいずれも、即時抗告（又はこれに代わる異議の申立て）が認められているから、訴訟終了宣言の決定も、即時抗告をすることができる旨の規定がある決定として取り扱うのが相当である。このような決定のうち、高等裁判所のしたものに対しては、即時抗告に代わる異議の申立てをすることができ（刑訴法428条2項）、この場合、即時抗告に関する規定が準用されるから（同条3項）、その提起期間は3日となる（刑訴法422条）。

以上を前提として、控訴審の訴訟手続を再開・続行する旨の決定に対する不服申立てに関して検討する。

### 3 控訴審の訴訟手続を再開・続行する旨の決定に対する不服申立て

本決定は、高等裁判所による控訴審の訴訟手続を再開・続行する旨の決定について、前述の昭和61年決定と同様、「その決定の性質に照らして、これに不服のある者は、3日以内にその高等裁判所に異議の申立てをすることができるものと解するのが相当である（刑訴法428条2項、3項、422条参

照)」とのみ判示している。

挙げられている参照条文からすると、訴訟手続を再開・続行する旨の決定も、訴訟終了宣言と同様、即時抗告をすることができる旨の規定がある決定として取り扱い、そのうち高等裁判所のしたものに対しては、即時抗告に代わる異議の申立てをすることができ(刑訴法428条2項)、即時抗告に関する規定が準用される結果として(同条3項)、その提起期間は3日となる(刑訴法422条)と考えられているものと思われる。

そこで、控訴審の訴訟手続を再開・続行する旨の決定の性質についてみると、訴訟の本案そのものの帰結にかかわるものである上、控訴審の訴訟手続を再開・続行する旨の決定は、控訴取下げによって一旦確定した原判決を確定していない状態に戻すという効果を生じさせることになる。調査官解説では、控訴審の訴訟手続を再開・続行する旨の決定は、このような重要な変動をもたらす職権発動を明示するものであるとして、終局判決に対する上訴をまって上訴手続内で救済を図るのではなく、独立の不服申立てを認めることで、上訴取下げの効力について早期に確定させることが相当であると指摘されている<sup>7)</sup>。訴訟の本案の帰結にかかわりをもつ点で訴訟終了宣言と同様であること、実質においては上訴権回復請求に対する認容決定(刑訴法362条乃至364条)と類似すること<sup>8)</sup>、いつまでも不服申立てができるとするのは相当でないこと<sup>9)</sup>から、即時抗告をすることができる旨の規定がある決定として取り扱うこととされたものと思われる。高等裁判所の決定に対する抗告は認められていないものの(刑訴法428条1項)、抗告に代わる異議の申立てをすることができることから(同条2項)、特別抗告の要件となる「この法律により不服を申し立てることができない決定」には当たらず、最高裁判所に対する特別抗告は不適法ということになる。

---

7) 池田・前掲注4), 98頁。

8) 同上。

9) 岩瀬・前掲注6), 184頁。

高等裁判所が被告人の控訴取下げを無効と認める場合に、これを明示すべきかについて考えてみると、訴訟終了宣言が「上訴審による判断を受ける利益・救済を受ける利益」<sup>10)</sup>を失わせることとは異なり、控訴取下げの効力を争う被告人に対して条理上これを明らかにすべきとまではいえなさそうである。本件では、「事案の重大性に鑑みて明示の無効決定をしたものと解される」<sup>11)</sup>と指摘されているが、ここでいう「事案の重大性」とは、上訴取下げの効力に関する後述の判例から推察するに、本件被告人が死刑判決を受けた者であることをいうものと考えられる。この場合でもなお、上訴取下げが無効であって、訴訟係属中であることが他の方法で明らかにされる場合には、無効宣言をする必要はないと解されるが<sup>12)</sup>、死刑判決を未確定の状態に戻すという重大な法律効果を伴うものであることから、早い段階で外部的に明らかにする趣旨であったとも考えられよう。そして、無効宣言の決定をした以上、この決定に対して不服のある者には、訴訟終了宣言に対するのと同様の不服申立てが認められるということになるものと思われる<sup>13)</sup>。

即時抗告に代わる異議申立てに関しては、即時抗告に関する規定が準用されることから(刑訴法428条3項)、裁判の執行を停止する効力が生じる(刑訴法425条)。訴訟終了宣言に関しては、昭和61年決定の長島裁判官の補足意見で、「その決定自体は直接なんらの法的効果を生じないから、右宣言がなかったと同様の状態に復さしめるという点で効果をもつにすぎない。」とされている。これは、有罪判決が控訴取下げによって既に確定していることから、訴訟終了宣言があってもなくてもその効果は同様であることを

---

10) 中野目・前掲注6), 105頁。

11) 池田・前掲注4), 98頁。

12) 金谷暁・最高裁判所判例解説刑事篇(平成5年度)13頁(注九)(1996年)。

13) 石井一正『刑事控訴審の理論と実務』(判例タイムズ社, 2010年)41-42頁。同様の不服申立てを認めないことは均衡を欠くとの指摘もある(池田・前掲注4), 98頁)。

指しているものと思われる。これに対して、控訴審の訴訟手続を再開・続行する旨の決定は、控訴取下げによって既に確定していた有罪判決を未確定の状態に戻すことになり、その執行が停止されるということは、有罪判決が確定したままとなることを意味する。訴訟終了宣言についても、その執行停止の問題は、訴訟終了宣言そのものではなく、その基礎をなしている有罪判決の執行停止に関するものとみるべきとの見解も示されており<sup>14)</sup>、このことは、控訴審の訴訟手続を再開・続行する旨の決定に関してはなお妥当なものと思われる。このように考えると、控訴取下げの効力が確定するまでは、死刑囚として拘置するのではなく、未決勾留を継続することが相当ということになろう<sup>15)</sup>。なお、大阪高等裁判所(第6刑事部)は、控訴取下げの効力を判断するにあたって、第一審判決の執行を停止する旨の決定をしている(大阪高決令和元年12月16日)。

<p>〈訴訟終了宣言〉</p> <p>第一審判決→控訴→控訴取下げ→無効の主張→訴訟終了宣言 (取下げ：有効)</p> <p>第一審判決確定……………→確定のまま</p>
<p>〈控訴審の訴訟手続を再開・続行する旨の決定〉</p> <p>第一審判決→控訴→控訴取下げ→無効の主張→再開・続行決定→控訴審 (取下げ：無効)</p> <p>第一審判決確定……………→確定していない状態</p>

#### 4 上訴取下げの効力

本決定では原決定の当否について判断していないものの、その後の訴訟

14) 中野目・前掲注6), 109-110頁。

15) 死刑囚として拘置した場合、弁護人が上訴取下げの効力という被告事件の帰すうに関する接見をする際にも、秘密交通権の保障が及ばないという問題点が指摘されている(金谷・前掲注12), 10頁)。

の経緯も確認しておく。控訴取下げを無効と認め控訴審の訴訟手続を再開・続行する旨判示した原決定の大阪高決令和元年12月17日(第6刑事部)に対する異議申立てを受けて、大阪高決令和2年3月16日(第1刑事部)は、「原決定は、死刑判決の確定という極めて重大な結果を招くのに、本件控訴取下げが余りにも軽率になされた点を強調し、被告人がその法的帰結を忘却、ないし明確に意識していなかった疑いがあり、それが本件控訴取下げの効力に一定の疑念を生じさせるというのであるが、何故このようにいえるのか、その合理的な根拠を示していない」などとして、原決定を取り消し、原裁判所に差し戻した。

上訴権取下げの効力に関する判例のうち、錯誤が主張された事案としては、最決昭和43年10月24日集刑169号181頁(控訴取下げに関して、検察官の控訴がないものと誤信したとの主張)、最決昭和44年5月31日刑集23巻6号931頁(上告取下げに関して、示談等の話し合いが一部の被害者との間でしかできないと誤信したとの主張)がある。いずれも、「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」として、取下げを無効とすることはできないと判断している。

訴訟能力が争われた事案としては、これを肯定して訴訟終了宣言をしたものが多く見受けられるが<sup>16)</sup>、被告人の控訴取下げを無効としたものとして、最決平成7年6月28日刑集49巻6号785頁がある。これは、死刑判決を受けた被告人の精神状態をめぐって、控訴取下げの有効性が争われた事案である。訴訟終了宣言決定に対する異議申立てを棄却した原決定に対する特別抗告を受けて、最高裁判所は、「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、

---

16) 例えば、東京高決昭和51年12月16日判時857号117頁は、パラノイア患者による控訴取下げについて、パラノイアとは直接関係がないとして訴訟能力を肯定し、訴訟終了宣言をした。この決定に対する異議申立ては棄却されている(東京高決昭和52年4月11日判時857号117頁)。



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。けだし、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（最高裁昭和二十九年（し）第四一号同年七月三〇日第二小法廷決定・刑集八巻七号一二三一頁参照）、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。」という基準を示して、被告人はこのような状況にあったと認定し、原決定及び原々決定を取り消した。

訴訟能力についてここで詳細に検討することは控えるが、その意義は、「一定の訴訟行為をなすに当り、その行為の意義を理解し、自己の権利を守る能力」と解されている（最決昭和29年7月30日刑集8巻7号1231頁）。平成7年決定は、死刑判決を受けた被告人が精神障害を生じた場合において、この能力を欠いてはいないものの、著しく制限されていたと認められるときに控訴取下げを無効と判断したものである<sup>17)</sup>。

本件の被告人も死刑判決を受けており、弁護人は、精神障害の影響があること、死刑判決による心理的影響の可能性もあることなどを主張した。原審の大阪高等裁判所（第6刑事部）は、「被告人はボールペンの貸与と返却に関する看守とのやり取りから、自分の行動が反則行為として調査の対

17) 仲谷雄二郎・最高裁判所判例解説刑事篇（平成7年度）274頁（1998年）。なお、訴訟手続が再開されても、被告人が心神喪失の状態であると判断されれば、公判手続が停止されることになるが（刑訴法314条1項の準用、最決平成5年5月31日刑集47巻6号1頁）、平成7年決定の基準によれば、少なくとも死刑判決を受けた被告人に関しては、上訴取下げ能力が否定されるのは必ずしも心神喪失の場合に限られないということになる。なお、訴訟能力について責任能力よりも高度の能力と見る必要はないとの見解もある（鈴木義男「精神障害者による控訴取下げの有効性（その二・完）」研修354号43頁、49頁（1977年））。

象となり、懲罰も予想される事態となったことに自暴自棄となり、そこから一足飛びに本件控訴取下げに至ったものと認められる。その経過に関し被告人自身の述べることを考慮しても、そこに被告人の精神的な病気ないし障害の深刻な影響があったとみることは困難であるし、また、当時の被告人が1審の死刑判決による重圧の中で精神に変調を来していたといった様子も、少なくとも表面上はうかがわれない。」として、訴訟能力の欠如は否定しているように見受けられる。もっとも、さらに以下のように続け、本件控訴取下げを無効と認めた。「控訴審における不服申立ての道を自ら閉ざして死刑を宣告した1審判決を直ちに確定させるという極めて重大な結果をもたらす本件控訴取下げに至る経緯としては、余りといえ余りの軽率さであり、本件控訴取下げに際して、被告人がその法的帰結を忘却していたか、あるいは、少なくとも明確に意識していなかったのではないかと疑わざるを得ないと思われる。このような疑いは、本件控訴取下げの効力に一定の疑念を生じさせるものといえる。」したがって、「本件控訴取下げを有効なものとし、1審死刑判決に対する被告人の不服に耳を貸すことなく、今ここで直ちにこれを確定させてしまうことには、強い違和感と深い躊躇を覚えるものである。」

前述の平成7年決定に関しては、原決定及び原々決定ともに、慎重な事実の取調べを実施し、精神鑑定も計3回行われたことから、「手続的には一点の非違もなかった」との指摘もある<sup>18)</sup>。上訴権の放棄に関してではあるが、単に被告人が軽率に上訴権の放棄をしたというだけではこれを取り消すことはできないとされていることからしても（最大決昭和23年11月15日刑集2巻12号1528頁）、本件異議審で大阪高等裁判所（第1刑事部）が、「一審の死刑判決が確定するか否かという極めて重大な結果に直結するものであるため、被告人の訴訟行為能力について極めて慎重な検討が必要であるが、現状ではこの点の判断資料が明らかに不足している。受訴裁判所にお

---

18) 松本一郎・平成7年度重要判例解説172頁（1996年）。

いて、さらなる事実取調べによって、本件控訴取下げ時点での被告人の心理面に関する十分な専門的知見を取得するなどした上で、あらためて当事者から意見を徴求して、本件控訴取下げの効力を最終的に判断する必要がある。」との指摘も十分に了解可能である。

なお、異議審の決定に対する特別抗告が申し立てられた直後に、被告人は再び控訴を取り下げ、弁護人は「控訴取下げ無効確認の申立書」と題する書面を提出し、この取下げは無効であると主張した。特別抗告については棄却され（最決令和2年6月17日）、一方で、大阪高等裁判所（第6刑事部）は「本件取下げを無効と解すべき理由は見当たara [ない]」とし、訴訟終了宣言をするとともに、第一審判決の執行停止の取消し決定をした（大阪高決令和2年11月26日）。この決定に対する異議申立ては棄却され（大阪高決令和3年3月22日（第1刑事部））、特別抗告も棄却されている（最決令和3年8月25日）。

## 5 本決定の意義

本決定は、最高裁判所として初めて、高等裁判所による控訴審の訴訟手続を再開・続行する旨の決定に対する即時抗告に代わる異議申立てを認めた事案であり、訴訟終了宣言決定に対する即時抗告に代わる異議申立てを認めた昭和61年決定と同様、「判例によるルール創設の一事例」<sup>19)</sup>といえる。一般的に、控訴審の訴訟手続を再開・続行する旨の決定をする必要はないとすれば、本決定の影響はそう大きくないとも考えられるが、このような決定があった場合に、控訴取下げの効力について、上訴手続における救済をまつのではなく、独立の不服申立てを許し、早期に確定させることを可能とする点<sup>20)</sup>でその意義は大きい。ただし、その射程は、最高裁判所による上告審の訴訟手続を再開・続行する旨の決定には及ばないものと思われ

19) 判例タイムズ611号31頁（1986年）。

20) 池田・前掲注4）、98頁。

る (最決平成27年2月24日刑集69巻1号214頁参照)<sup>21)</sup>。

(本学国際情報学部准教授)

---

21) 岩瀬・前掲注6), 185頁参照。最高裁判所がした訴訟終了宣言の決定に対する不服申立てに関して、「終審である最高裁判所がした訴訟終了宣言の決定に対しては不服申立てをすることが許されない」として、当該申立てを不適法と判断した事案である。