

市民裁判官の参加した第一審判決の第二審における取り扱い

高橋 正太郎

はしがき

- 一 日本の控訴審に求められる役割
 - (一) 旧刑事訴訟法における陪審制度との関係
 - (二) 現行法制定～昭和28年改正
 - (三) 裁判員制度の設計に伴う議論
 - (四) 第一審判決の尊重と誤判防止
- 二 イギリス上訴制度の構造
 - (一) 上訴制度概観
 - (二) 上訴制度に求められる役割
 - (三) イギリスの制度設計
- 三 事実誤認修正機能の配置
 - (一) 日英制度設計比較
 - (二) 考察
- 四 結論

はしがき

現行刑事訴訟法立法時の議論と、裁判員制度設計時の議論には、控訴審の役割について類似する意見が存在する。それは、「誤判防止」という観点と、その制度的保障である¹。特に、第一審の事実認定が誤っていた場合、それを修正する機能は、第二審においても確保されるべきであるという考え

1 最高裁判所事務総局刑事局編『新刑事訴訟法制定資料』（1952年）124頁以下、団藤重光「上訴、とくに控訴審」刑法雑誌別冊『改正刑事訴訟法—解説と批判—』（有斐閣、1953年）72～73頁、司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書」（2001年）108頁などがその趣旨と見ることができる。

方は、基本的に変わっていないと見ることができよう。この場合、差戻しについての認識も、変化はないと見るべきであろうか。「精度」の観点や、あるいは「正統性」の観点からは、理論上は差戻しが最も適切であり、現に原則であると言われてきたところ、一方で自判の余地は常に残されてきたのである。すなわち、控訴審においては、原審の事実認定が正確であるか否かの審査だけでなく、それが誤っていた場合にその場で修正をすることが可能となっている。

これは裁判員制度の導入によっても最終的には変化のなかった意見である²。現行刑事訴訟法立法時において、「今後日本の国力が回復すれば、陪審制度になると思う。そうすれば事実審は一回でよくなる³」としておきながら、結局のところ、そうはなっていない。事実誤認を理由とする控訴を認めないであるとか、少なくとも事実審理を第一審の専権事項とし、その判決の審査において第一審の認定に誤りがあったならば、どのような場合であっても差戻しとするような制度にはしなかったのである。そして、その理由は「誤判防止」として説明されるところが大きい⁴。

従って、裁判員裁判に関して散見される「第一審判決の尊重」という議論は、必ずしも「控訴審は事実審査をしない」ということとは結びつかないと考え得る。これについては「事後審の促進」として語られることが多いが、少なくとも控訴審の役割から「第一審の審査」は消えないことになる⁵。結

2 ここで「意見」と言うのは、いわゆる「誤判防止」の観点である。後述のように、現行刑事訴訟法の制定時から昭和28年改正の段階において、いずれ陪審制を導入すれば事実審は1回で良くなるとの見通しがあったところ、当時の状況では被告人に酷であり、時期尚早として控訴審に事実審理の余地を残したという経緯がある。しかし、市民裁判官が第一審公判に参加するようになって、控訴審における事実審理を制限する制度にはなっていない。

3 最高裁・前掲注1、123頁。

4 司法制度改革審議会前掲注1、108頁。

5 こういった考察については、宮城啓子「裁判員制度の導入と上訴」現代刑事法32号(2001年)57頁以下、加藤克佳「裁判員制度における判決と上訴の構想」刑法雑誌43巻3号(2004年)451頁以下、杉森研二「裁判員制度導入後の控訴審」三井誠他編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』(成文堂、2007年)741頁以下、中川孝博「裁判員制度を審査する控訴審の動向」季刊刑事弁護68号(2011年)24頁以下など。

局のところ、控訴審の役割から、事実認定に関する「誤判防止」を取り除くことは、そもそもあまり想定されていないのではないだろうか。自判か差戻しかを問わず、この役割を持たせること自体には、異論がないように見受けられる。

そこで、問題となるのは、審査の結果、第一審の事実認定が誤りだった場合に、その修正を担う審級をどこに配置すべきかの考察であると思われる。従来の控訴審構造論の枠組みでは、明らかに事後審制度が第一審判決を尊重しやすいであろう。しかし、現行法下での控訴審は、運用上、あるいは一部の制度上も続審的であると見られることもあった⁶。制度を変更しないのであれば、この点につき、市民裁判官が参加した判決の審査方法として続審的運用は適切か否かも検討すべきと思われる。すなわち、この際、従来論じられてきたように、控訴審の構造がどういう状態であるかを解釈するのではなく、より柔軟な枠組みとして、「事実誤認修正機能⁷」とでも言うべきものをどの審級に配置するか、という観点を重視すべきであるように思われるのである。その結果、審級構造をどのように解釈するかは、帰納的に考察すべきであろう。

この考察について、差し当たって検討しなくてはならないこととして、市民裁判官の参加した第一審判決の取り扱いを挙げたい。この点、これまで日本法が参考にしてきた海外の法制度の例を挙げれば、アメリカではその事実認定に誤りがあった場合、修正することができるのは原則として第一審のみであり、また、ドイツでは第一審と同様に市民裁判官の参加する控訴審のみ

6 小野清一郎「新刑訴における控訴審の構造」刑法雑誌1巻3・4号(1950年)392頁、平野龍一『裁判と上訴』(有斐閣、1982年)160頁など。概ね、事後審においては、自判の位置づけが困難であるということがポイントに挙げられている。続審として事実認定を続行する機会がない限り、自判は不可能とすべきではないかという疑問から、これまでの運用は「事実上の続審」ではないかと指摘していると考えられる。

7 これまで、拙著においては「事実認定修正機能」と暫定的に表現してきたが、この取り扱いに関する表現は、今後「事実誤認修正機能」とする。「事実認定修正機能」を使用すると、誤っていないものに対してまで修正がきくかのような語弊が生じかねない。解釈を誤る原因となるような表現は避けるべきであるし、事実審理を再度行うという機能である点で、やはり相応しい表現になるのではないかと考えた次第である。

とされる⁸。つまり、市民裁判官が下した判断は、原則として彼ら抜きでは覆せないことになっている⁹。

しかし、本稿における検討の足がかりとして参照するイギリスの法制度は、これらとは大きく異なる。イギリスの刑事上訴裁判所（Court of Criminal Appeal）¹⁰は、創設時からその構造は続審と認められる。また、証拠の採用範囲は日本の判例が言う無制限説に近い。それにもかかわらず、第一審に市民裁判官が参加しながら、その判決を職業裁判官のみで審査するという構造であり、事実誤認修正機能を第二審が担っているという点において、日本の控訴制度と非常に類似するものである。

そこで、本稿では、まず現状分析として「第一審判決の尊重」と「事後審の促進」という議論を概観し、そのような方針が論じられるに至った経緯を確認する。それを踏まえ、これまでの控訴審の運用と対比して、この点につき今後の方向性を検討すべき段階にあることを挙げる。特に、条文上の制度設計に変更がなかったため、市民裁判官が参加した判決の審査方法が、従来と同様に行われ得ることについて、考察すべき問題もあるように思われる。それらの解決への検討事項として、上述のイギリス法を引いてみたい。イギリス法では陪審裁判の続審を職業裁判官のみで行う。そもそもはいわゆる事後審であった制度を続審に改変したことと、現在日本において論じられている方針を比較することで、この議論への示唆が得られると考えている。そしてそれは少なからず「事実誤認修正機能の配置」に関する問題と関わってくるであろう。何故なら、誤判防止の観点はあるゆる上訴理由において必要で

8 拙著「日米刑事控訴制度から見る上訴概念の差異」法学研究論集第37号（明治大学大学院法学研究科、2012年）133～149頁、「日独刑事控訴制度における審級構造の差異」法学研究論集第38号（明治大学大学院法学研究科、2013年）61～77頁を参照されたい。

9 但し、前記拙著で指摘しているが、こういった審級構造を改めるべきであるという学説も、両国には存在する。特に、事実審を行う機会をどのように確保すべきかという観点からの考察があり、審級構造のあり方が問われる時期に来ているとも言える。

10 日本の刑事控訴審に相当すると考えられるが、比較のために同じ単語を用いることによる制度の混同を避けるため、本文のように訳出するものである。現在は廃止され、控訴院刑事部（Criminal Division of the Court of Appeal）にその役割が引き継がれている。

はあるが、現在、審級構造との関係で取り扱いが検討されているのは、特に事実認定に関する問題と見ることができるからである。

一 日本の控訴審に求められる役割

現行刑事訴訟法の制定時において、裁判を行う各審級にどのような負担を求めるといふことと、誤判を如何に防止するといふことのバランスをどのように取るべきかは、ひとつの大きな問題であった。いわゆる第一審集中主義によって、文字通り第一審の負担は増加し、その事実認定をどのように審査するのが妥当かといふことについて、制定時の検討及びその後の控訴審構造論の枠組みで議論されたと見ることができる。旧刑事訴訟法においては、控訴審の構造が覆審であったため、現行法において同様の制度を設計するならば、控訴審の負担は極めて重くなることから、その軽減が図られることとなったのである。

この、裁判所の負担と誤判防止の施策のバランスを考える中で、控訴審に求められる役割も決まってきたように思われる。そこで、本項では、3つの期間における議論を概観し、第一審と控訴審との役割のバランスがどのように検討されてきたかを確認する。3つの期間とは、現行法の立法から昭和28年改正までの期間、現在の裁判員制度の設計期間、そして、この2つとは別の制度設計であった旧刑事訴訟法下において、陪審制度が実施されていた期間である¹¹。

(一) 旧刑事訴訟法における陪審制度との関係

旧刑事訴訟法における控訴審の構造は、いわゆる覆審である。即ち、第一審判決に不服があった場合には、控訴を申立て、控訴審においては第一審と

11 なお、考察は時系列順で行う。現行法下において陪審法の停止を解き、改正するのではなく、新たに裁判員制度を設計したことから、現状ではこの当時の状況を例外的な制度設計（あるいは失敗例）と見なしているのではないかと考えることもできるが、現行法制定時においても、なお陪審制を前提とした議論（この議論については制定時の項目で説明する）が登場するためである。

同様の手続で審理を行う。第一審において作成された裁判資料を利用可能であることを除けば、ほぼ完全な「やり直し」であった。但し、これはあくまでも第一審に陪審制度が適用されない場合の構造であって、第一審に陪審制度が適用される場合には、控訴審の役割も異なってくる。

端的に言えば、第一審に陪審制度が適用された場合、控訴審の出番はなかった。陪審の答申を基礎として言い渡された判決に対しては控訴ができず、上告のみが許されていたためである（陪審法101条、102条）。その趣旨については「陪審員が民衆の意志を代表するものと見、その意志を尊重する意味で、事実審理の繰返しを控へさせた¹²⁾」と言われている。そこで、被告人側が事実認定をやり直す機会を得たい場合には、そもそも第一審において陪審を請求しない、または辞退するという方法を執ることになった。従って、旧刑事訴訟法下においては、市民裁判官の参加した第一審判決が控訴審において取り扱われることはなく、陪審制度が適用されない場合のように、控訴審が事件を再び審理する役割を負うことはなかったのである。

こういった制度であったことから、この時期における控訴審の役割についての議論は多くないが、陪審制度については、採用する際の理由に、現在の裁判員制度と共通する趣旨が挙げられている。「裁判に対する民衆の信頼を高める¹³⁾」というのがそれである。また、その「信頼を高める」ということの内容は、刑事手続の運用に対する批判としての人権擁護及び司法の民主化であったとされる¹⁴⁾。即ち、権力の監視による誤判の防止が、国民の信頼を高めるという目的の実質的な内容であったと思われる。そして、この場合に制度趣旨を支えるのは、控訴の禁止であろう。これは正に第一審判決の尊重を制度的に保障したものであると考えられる。つまり、かつて陪審制度に求められたことには、裁判が適正に行われているかどうかの監視が含まれて

12 瀧川幸辰『陪審法』（日本評論社、1938年）37頁。内容的に、ある程度現行の裁判員制度と通じるものがある。市民裁判官制度共通の趣旨とも言えるが、実際にこういった考え方が現行法下に継承され、その含意となっているかどうかについては、別途検討の余地がある。

13 瀧川・前掲注12、41頁。

14 斎藤哲『市民裁判官の研究』（信山社、2001年）38頁。

いると解され得る。

このような陪審裁判を経て下された判決は、市民に信頼される結論であることが想定され、少なくとも事実認定については、審理をやり直す役割を控訴審は負わないとされていたのである。但し、このような制度において第一審の事実認定が誤りだった場合には、手続が適正であることを以て結論の修正機会を削減することの是非が問われなければならないが、そのような事態を恐れるならば、前述のように陪審制度を適用しない手段を執るべきと考えられていたのであろう。

以上のような議論は、施行されていた制度がどのように機能していたかを考察したものであるが、これとは別に、旧刑事訴訟法下で控訴審の役割について議論されたものとして、いわゆる「控訴廃止論」が存在する。この議論は、概ね、控訴審を覆審で実施することは止めたらどうか、という内容である。即ち、決して控訴審それ自体を全面的に取り潰すという話ではなく、その機能を絞るべきであるという議論となっている。この内容については、現行法制定時に事実上実現され、現行法下での控訴審に求められる役割に関する議論の萌芽と見ることができるので、ここではその点の指摘に留め、現行法制定過程における具体的な改正内容は次項に譲る¹⁵。

いずれにしても、旧刑事訴訟法下において、控訴審の機能は非常に簡明に場合分けをすることができると言える。覆審が機能する場合は、あくまでも第一審の包括的な精査と、必要なら誤判の修正を担い、裁判の信頼度を高めるのが控訴審の役割だが、第一審に陪審制度が適用される場合、その役割は全面的に第一審における陪審に委ねられると見ることができる。そして、求められる役割はもちろん誤判の防止であるが、そのための審査形式については、覆審を維持するかどうかにつき、改善の余地があるとの議論が存在しており、これは現行法に引き継がれることになる。

15 本稿の射程を超えるため詳述は避けるが、旧刑事訴訟法下における控訴廃止論とその現行法への影響の詳細については、拙著「刑事控訴制度の制定における控訴廃止論の影響」法学研究論集第39号（明治大学大学院法学研究科、2013年）61～79頁を参照されたい。

(二) 現行法制定～昭和28年改正

次に、現行法下において控訴審の役割がどのように想定されてきたかであるが、制定の時期と改正の議論を経て、概ね決定されてきたように思われる。現行上訴制度の設計について最初に大きな方針の決定があったのは「刑事訴訟法改正方針試案」においてであると考えられる。この中で「控訴審は続審」と明記されており、差し当たって覆審は採用しない方針であることが見て取れる。現行法制定当初の審級構造の構想は、続審であった。また、その審査内容としては「控訴の理由があるかどうかを控訴申立の理由となつてゐる事項について調査する」としており、現行法の原型と言えるであろう¹⁶。

しかし、ほぼ同時に示された別の構想も存在する。それが「新憲法に伴ひ司法に関し本省として態度を決すべき事項」である。こちらでは何故別の構想なのかというと、この時点では陪審制度の存続が前提とされていたため、採用しうる別の案として作成されたものと考えられる。その内容は「二審制を原則とし、控訴院を上告審とすること」とされており、それまでの控訴審を事実上廃止するような構想であった¹⁷。

従って、まずは「陪審制度を前提とした続審制の控訴制度」と「陪審制度を前提とした二審制にして控訴は廃止」という構想が天秤にかけられたと見ることができる¹⁸。しかし、このように陪審制度を前提とした構想ではなく、陪審制度を不採用とした上で、単純にこれまで通りの覆審か、そうではなくて続審か、という構想も提案されている。一連の「改正刑事訴訟法案

16 刑事訴訟法制定過程研究会（小田中聰樹担当）「刑事訴訟法の制定過程（七）」法学協会雑誌92巻6号（1975年）729～730頁。なお、以下の脚注において「〇〇担当」とは、刑事訴訟法制定過程研究会のメンバーを指す。

17 小田中・前掲注16、730～733頁。

18 但し、現行法の制定過程は基本的に「裁判所の負担軽減」が軸であったためか、陪審制度を維持したまま続審を採用する場合の具体的な構想は詳述されていない。陪審法を特に改正せず使用することを想定したかのような記述が存在することから、おそらく旧法下同様、控訴は認めない方針であったと思われる。

（第一次～第九次）」がそれである¹⁹。

さらに、陪審制度を前提とするか否かを問わず、審査の形式は覆審または続審で構想していたところに、最高裁判所から「上訴制度改革についての提案」が提出される。ここで示されたのが事後審的な構想である²⁰。内容的にはおそらく最も控訴審の負担が少なく、陪審制度を採用せず、控訴審は原則として事実審査を行わないとして、審理内容を相当に制限しているのである。

以上のように、現行法の制定過程においては、国会提出前に様々な制度設計案が検討された。改めて列挙すれば、①陪審制度を継続して控訴審は続審、②陪審制度を継続して控訴審は廃止、③陪審制度を継続せず控訴審は覆審または続審、④陪審制度を継続せず控訴審は事後審²¹、とまとめられるであろう。

こういった議論を踏まえ、結果として採用されたのは、周知のように④の構想である。この時点で注目すべき点は、まず、陪審制度が不採用となっていることである。これによって、控訴可能な事件が増加し、それに伴い控訴審の負担も増加することとなった。また、控訴審の構造としては、採用されたのは当初の提案よりも緩和された事後審と言うことができる。当時の連合国軍総司令部（以下GHQ）によって提出された「刑訴改正関係最高裁判所の問題」によって、控訴審においても事実審を行い得ること、控訴理由を狭く制限しないこと、などの修正が要求されたためである²²。

但し、控訴審に求められる役割がどのように変化したかということについては、2つの見方をしなくてはならない。取り扱う事件が増えたという意味では、陪審制度を採用しなかったことにより控訴審の「出番」は増えたが、

19 小田中聰樹担当「刑事訴訟法の制定過程（十四）」法学協会雑誌93巻5号（1976年）771頁。差し当たり第一次案の構想がまとめられており、以降、連載の中で第九次案に向けての変遷が示される。

20 最高裁・前掲注1、120頁以下。

21 但し、事実誤認を控訴理由とする可能性が残されているので、厳密に「事後審」と呼称できるかどうかは未だ議論の余地がある。事後審の定義を巡るこの検討は本稿の射程を超えるため、ここでは論じない。

22 最高裁・前掲注1、127頁以下。

審査の対象を絞ったという意味では、覆審を採用しなかったことにより控訴審の「負担」は軽減されたと見るべきであろう。しかしながら、事後審を採用したと見られているにもかかわらず、事実誤認修正機能はなお存置されたままである。その理由は、やはり誤判防止に見出すことができるであろう。

そして、この構造は、昭和28年改正によって、さらに緩和されたと見ることができる²³。この改正は、従来²⁴の393条1項但書に関する問題を、立法によってある程度解決するべく行われたと考えることができるが、その方向性としては、控訴審において採用可能な資料を制限するのではなく、むしろ制限をやや緩和する側に傾く内容となったためである。従って、ここで重視されたのは「第一審軽視の弊害を生じない限度において当事者の救済を十分にはかるべき」という考え方であると思われる²⁴。ここで言われる当事者の救済とは、控訴審において原判決の審査をより正確に行うための手段を用意するという意味であろう。この点は、立法時に人権擁護の観点から指摘されたことでもある²⁵。

改正に際しては、上述の「当事者の救済」を控訴審において行うことが、どの程度できるのかという点が注目されたように思われる。旧刑事訴訟法における覆審から、現行法における事後審への変更は、相当に劇的な変化であったが、その狙いは「覆審から脱却すること」に重点が置かれていたと見ることができる。その中で、覆審においては、いわば手厚かった「当事者の救済」を事後審においてどのように実現するかを検討したのであろう。

結局のところ、控訴審には事実誤認修正機能が継続して存置されている。そのための改正も実施されたことから、重視されていると言っても差し支えないであろう。少なくとも現行法下では、構造の変化があったにもかかわらずこの機能が維持され、また、制定当初よりも徐々に拡張されてきていると解釈することができるためである。従って、現行法においても、これが非常

23 平出禾『刑事訴訟法研究』（酒井書店、1970年）165頁、平場安治「控訴審の改正について」刑法雑誌別冊『改正刑事訴訟法一解説と批判一』（有斐閣、1953年）231頁。

24 団藤・前掲注1、72～73頁。

25 最高裁・前掲注1、124頁。

に重要な控訴審の役割と考えられているのではないだろうか。第一審判決に誤りがあった場合には、速やかに修正することが、誤判の防止に資することは間違いのない。できるだけ早く修正をするためには、控訴審が自判することができ、そのための資料も収集しやすいように、制度を設計したと考えることができる。

（三）裁判員制度の設計に伴う議論

そして、現行法下における控訴審の役割を再度検討することになったのが、裁判員制度の設計における議論であろう。第一審への市民裁判官の参加を踏まえ、その判決をどのように取り扱うべきかという議論があったと見ることができる²⁶。

裁判員制度採用後の控訴審の役割については、紙幅はわずかだが、「司法制度改革審議会意見書」（以下「意見書」）において、まず、上訴制度全体の構想として語られている。「裁判員が関与する場合にも誤判や刑の量定についての判断の誤りのおそれがあることを考えると、裁判官のみによる判決の場合と同様、有罪・無罪の判定や量刑についても当事者の控訴を認めるべきである。控訴審の裁判体の構成、審理方式等については、第一審の裁判体の構成等との関係を考慮しながら、さらに検討を行う必要がある」との記述がそれに該当するであろう²⁷。これが最初の構想と考え得るが、最終的な結論に最も近いとも言える。

この意見書を踏まえ、より具体的な提言を行ったのが、「裁判員制度」の具体的な制度設計要綱」（以下「要綱」）であろう。ここで提案されたのは、覆審の採用であった。まず、検察官控訴を原則として禁止、被告人の控訴については現行法通りとする。その上で、控訴審においては裁判官のみにより控訴理由の有無を判断したあと、理由ありとされたならばその判断を行った

26 この点、第一審に市民裁判官が参加するということが、制度設計の段階においてどのように捉えられていたのかという考察は、重要な前提ではあるが、議論の出自が異なるように見受けられるので、その点も含め、次項に譲る。

27 司法制度改革審議会・前掲注1、108頁。

裁判官を除外し、改めて別の裁判官と裁判員による全く新しい裁判体を構成した上で、事実審理をやり直すという構想である²⁸。要綱がこのような制度設計を構想した理由としては、控訴審の在り方について「市民代表の裁判員が関与した第一審判決を職業裁判官のみの裁判で破棄することは相当ではない。このことからすれば、方向性としては、控訴審においても裁判員を関与させるか、あるいは原則差戻しとして再度第一審の審理を行うべき事になる」という考え方が挙げられている²⁹。第一審判決をどのように捉えるかということと、控訴審の構造については、現行法と比べて相当な変化があるものの、控訴審においても事実審理を行い得るという方向性で議論を進めていることには変わりない。

但し、ここにおける議論は、控訴審に求められる役割の検討に端を發したのではなく、あくまでも裁判員裁判による第一審判決の取り扱いをどうするか、という観点から行われたものであることは、この後のいわゆる「たたき台」の案を見れば明白である³⁰。「第一審に市民裁判官が参加している」という前提の上に、どのような控訴制度を設計することが最も妥当かという議論がなされているため、ここでは控訴審の役割を従来とは変更することも検討されていたと見ることができる³¹。

しかしながら、最終的には、「考えられる裁判員制度の概要について」（以下「概要」）において、控訴審は「現行法どおりとする。（控訴審は、事後審として原判決の瑕疵の有無を審査するものとする）」とされている³²。その理由としては、検討のポイントを「職業裁判官のみで構成される控訴審裁判所

28 日弁連司法改革実現本部「「裁判員制度」の具体的制度設計要綱」（2002年）55頁。

29 日弁連・前掲注28、56頁。裁判員制度を採用した第一審判決に対する考え方の変遷については後述する。

30 裁判員制度・刑事検討会（第13回）配付資料1「裁判員制度について」（2003年）13～14頁。

31 つまり、事実誤認修正機能の配置に関する考察とは、やや趣が異なる。結果的には考察が行われたものの、視点としては上訴制度側からのものではなく、あくまで、裁判員制度を採用することによって生じ得ると考えられていた制度上の不都合を如何に解消すべきか、という視点からの検討に腐心しているように見受けられるのである。

32 井上正仁「考えられる裁判員制度の概要について」（2003年）12頁。

が裁判員の加わった第一審裁判所の判決の当否を審査し、これを破棄するということ自体を認めるべきかどうか、正当化できるかどうか」とし、これについては「そのような控訴審裁判所による審査や破棄を認めるという立場」を採ることで、現行法の規定を変更する必要はないとしたと述べられている。また、この立場を採り得る理論としては、現在の控訴審の構造が事後審であることが挙げられている。控訴審が新たに独自の心証を形成するのではなく、あくまで事後的な点検であること、原則は差戻しであるが、そのための審査によって直ちに新たな判決を言い渡せるならば例外的に自判が可能であること等の現状を挙げ、改正は不要という趣旨であった。但し、この際に「あくまで裁判員の加わってなされた第一審の裁判を尊重するという意味から、事後審であるという控訴審本来の趣旨を運用上より徹底させることが望ましい」とされたのである³³。

以上のように、裁判員制度の設計に伴う議論においても、控訴審に求められる役割としては、結局ところ従来通りとされた。しかしながら、裁判員制度が適用された第一審判決の性質との関係で、控訴審の構造についても再検討が行われていたことは注目すべきであろう。裁判体の構成が異なる場合に、事実誤認修正機能を第二審が持つことをどのように捉えるかという観点の登場により、事実誤認修正機能の配置について検討する機会を得たものと思われる。また、従来の議論との相違点として、裁判所の負担についての言及が特になされていないことを挙げておきたい。これは、仮に覆審の採用が妥当という結論が出た場合、改めて検討する事項とされていたのか、それともこの点はひとまず度外視して検討していたのか定かではないが、事実誤認修正機能の配置について真摯に検討されたことの証左であると考えられる。

（四）第一審判決の尊重と誤判防止

以上の経緯を踏まえると、日本の控訴審に求められる役割は、ほぼ変化がないように見受けられる。第一審判決の審査と、それが誤っていた場合の修

33 井上正仁「考えられる裁判員制度の概要について」の説明（2003年）20～21頁。

正であろう。従来の控訴審構造論においては、審査方法の形式をどう解釈するかが注目されてきたが、制度設計の経緯や条文の内容から考察するに、その構造をどう呼称するかはともかく、事実誤認修正機能を第二審が担えるようにしておくことには、異論がないと思われる。

その上で、市民裁判官の参加した第一審判決の取り扱いを如何様にすべきか、という議論があったわけであるが、こちらは事実誤認修正機能をどの審級に置くべきかという検討から出てきたのではないように見受けられる。つまり、誤判防止という観点を背景とするものの、そのための手段の違いから、系統が分岐し、第一審判決の尊重へとつながったように思われるのである。

この点について、議論の出自は現行法の制定時に遡ることができるであろう。当時の上訴制度改革における「人権擁護」に対する考え方に注目すると、最高裁判所とGHQとの議論の中で、GHQ側は事実審理を第一審のみとすることについては賛成し難いと述べているのに対し、最高裁判所側は事実審理の回数を増やすのではなく、丁重な審理を少ない回数で終わらせる方がその趣旨に適っていると説明する³⁴。しかしながら、実際に問題となっているのは具体的な回数というよりは「機会」であると考えられる。最高裁判所側の提案においても、控訴審が事実審理を行う可能性は示唆されていたのであり、GHQ側が難色を示したのは、その可能性が極めて低く設定されていたためであろう。つまり、人権擁護について、最高裁判所側は事実審理の「内容」を、GHQ側は事実審理の「機会」を基準としていたと見ることができる。この、事実審理の内容を重視するという考え方は、市民裁判制度が導入されたときには事実審理が1回で済むであろうという想定をしていることから読み取ることができ、第一審集中主義を制度的にも推し進めようという趣旨が見受けられる³⁵。

34 最高裁・前掲注1、123頁以下。

35 最高裁・前掲注1、123頁。従って、この段階において「第一審判決を尊重する」ということは、目的というよりは効果というべきであろう。充実した第一審の審理の結果なのだから、尊重に値する判決が下されるという想定である。すなわち、これは「誤

やや複雑な議論ではあるが、当時の提案が裁判所の負担軽減を目的としていたことを加味すると、誤判防止を如何様に実現すべきか、という問題意識を背景としつつ、事実審理の内容を充実させる考え方が第一審判決の尊重につながり、事実審理の機会を設定する考え方が事実誤認修正機能の第二審への配置につながると思われる。いずれを重視するかによって、控訴審に求められる役割にも変化があるため、一連の改正及び制度設計においては、このバランスが検討されてきたものと考えられる。

そこで、第一審に市民裁判官が参加するということが、裁判員制度の設計段階においてどのように捉えられていたのかということにつき、若干の考察を要すると考えられるが、この議論は「第一審判決の尊重」の背景として非常に重要であろう。

まずは「意見書」に登場する説明として、「裁判所運営に国民の健全な常識を反映させていくことは、裁判所に対する国民の信頼を高め、司法の国民的基盤を強化することにつながる³⁶」という記述と、「21世紀の我が国社会において、国民は、これまでの統治客体意識に伴う国家への過度の依存体質から脱却し、自らのうちに公共意識を醸成し、公共的事柄に対する能動的姿勢を強めていくことが求められている。国民主権に基づく統治構造の一翼を担う司法の分野においても、国民が、自立性と責任感を持ちつつ、広くその運用全般について、多様な形で参加することが期待される。国民が法曹とともに司法の運営に広く関与するようになれば、司法と国民との接地面が太く広くなり、司法に対する国民の理解が進み、司法ないし裁判の過程が国民にわかりやすくなる。その結果、司法の国民的基盤はより強固なものとして確立されることになる³⁷」という記述がある。

判は限りなく起こらなくなるようにしよう」という想定であり、「誤判が起こったときはどう対応するのか」という想定は僅少と言わざるを得ない。もちろんこれは、誤判をどのように防止すべきか、という制度的保障の選択肢の違いでしかないとも言えるが、だからこそ、制度設計の観点からは前者を「目的」に設定するのは望ましくないであろう。

36 司法制度改革審議会・前掲注1、(2001年)98頁。

37 司法制度改革審議会・前掲注1、(2001年)101頁。

多くの要素が含まれているが、最終的に残されたのは、いわゆる「国民の理解増進・信頼向上」論であった³⁸。これについては、「司法制度改革推進法」（以下「推進法」）の段階で、既にこの点に絞られている³⁹。それ以降の議論においては、市民裁判官の参加の意義づけがこの点に集約されることになる。従って、「国民感覚の反映」であるとか「民主主義的基礎づけ」という説が存在したことを以て、それを現行制度の含意と考えるのは早計であろう⁴⁰。

では、何故、第一審判決の尊重を謳うのかという点については、あくまでも「国民の理解増進・信頼向上」論が前提であると考ええると、畢竟、第一審集中主義の促進ということになると思われる。国民の理解増進・信頼向上という目的に資するよう、第一審においてより丁寧な裁判が行われることになれば、その効果として、理論上はこれまでよりも国民の支持や納得を得られる判決が下されると考えられる。その意味において、信頼の置ける裁判所によって下された第一審判決は、尊重されて然るべきという理路が導かれることになるのであろう。これは、現行法制定時における、第一審の内容を充実させる方針の延長線上にあると考え得る。

一方で、しかし第一審判決が誤りだった場合にはどうするのか、誤りであるかどうかの審査はどうするのか、という誤判防止に関するもう一方の観点から、控訴審に求められる役割は条文上変更しないこととなったのであろう。第一審の審理を充実させれば、判決を修正する機会を減らすことは妥当なのか、ということは、当然問われなくてはならない。この点につき、日本の審級構造は、一貫して事実誤認修正機能の第二審への配置を制度的に保障

38 これはいわゆる裁判員法（裁判員の参加する刑事裁判に関する法律）の1条にも明記されることとなる。

39 同法5条参照。

40 柳瀬昇『裁判員制度の立法学——討議民主主義理論に基づく国民の司法参加の意義の再構成』（日本評論社、2009年）45頁以下参照。少なくとも、立法者意思であるとか、目的として数えられるほどの根拠はないように思われる。仮にそれを認めると、市民裁判官が参加しない裁判をどう捉えるのかという議論が解消されない可能性がある。どちらかと言えば、この制度を採用したことによる「効果」や「影響」と考えられるのではないだろうか。

しているのである。

ここに至って、市民裁判官の参加した第一審判決の第二審における取り扱いが問題とされる。控訴審が引き続き事実誤認修正機能を担うことを踏まえた上で、では、控訴審が市民裁判官の参加した第一審判決を覆すことにはどのような正当化根拠があるのか、ということが考察の対象となったのであろう。この点について「第一審の判断が誤っているのかどうかにつきその審査をどこがするのか」という観点から検討をしなくてはならないと思われるのである。そのために、次章においてイギリス法を参照する。審級構造が類似しているため、事実誤認修正機能の配置に関する考察における比較対象となり得るであろう。

二 イギリス上訴制度の構造

刑事上訴制度について比較すれば、日本とイギリスの審級構造は類似していると認められる。もちろん、同じような出自から、同じような歴史をたどってきたわけではなく、具体的にはイギリスの裁判制度に刑事上訴裁判所が登場し、日本の裁判制度に裁判員制度が採用されたことで、現代に至って結果的に類似する形となったに過ぎない。従って、イギリスで行われてきた議論を直接適用できるわけではないが、その背景や理論から、示唆を受ける面はあるように思われる。少なくとも、審級構造が類似している以上、各審級に求められる役割については、比較の余地があると考えられるのである。

イギリスの審級制度は、世紀をまたいでゆっくりと発展してきたものであり、かつ、未だにその歴史の痕跡を残しているものであるが、ここ数十年においては、いくつかの大規模な変革があり、制度の再設計が加速してきている⁴¹。その結果である現在の制度から、求められる役割を考察する次第である。

41 Michael Zander, *Cases and Materials on the English Legal System* (10th ed. 2007) at 1.

(一) 上訴制度概観

制度の草創期においては、上訴手続が非常に限定されていた。例えば民事事件の場合、仮に上訴が成功したとしても、上訴裁判所は自らの判断を下級裁判所の判断と置換する権限がなく、新たな公判 (fresh trial) を命令することが出来るのみだったのである。事実問題に対する上訴は特に難しく、そもそも、事件が陪審によって審理され、その事案を、陪審が彼らの知見に基づいて判断したと思われる場合、誤った評決の取り扱いは、事実上、陪審の懲戒に関する問題とリンクしていた⁴²。

刑事事件の場合、上訴手続はさらに例外的で、19世紀になるまで、有罪判決に対して上訴する手段は存在しなかった。最終的に1907年、刑事上訴裁判所 (Court of Criminal Appeal) が創設されることとなるが、その権限は、有罪判決を破棄し、新たな公判 (retrial) 又は刑の軽減を命令するものであった⁴³。そして1972年、治安判事四季会議 (Quarter Session) と巡回裁判所 (Assize court) に代わって刑事法院 (Crown Court) が設置され、上訴は刑事法院から控訴院刑事部 (Court of Appeal Criminal Division) へと持ち込まれるという、現在の審級になったのである⁴⁴。

従って、1907年までは、正式起訴に基づき有罪となった者には基本的に上訴権がなかったが、1907年刑事上訴法 (Criminal Appeal Act 1907)⁴⁵によって、刑事上訴裁判所が創設された。そこでは事実問題、または法律問題と事実問題が混在する理由に基づいた、有罪判決に対する上訴、そして上訴人が、例え適法であっても厳しすぎると主張する量刑に対する上訴の審理が可能であった。その後、刑事上訴裁判所は、1966年刑事上訴法によって廃止され、その管轄は控訴院刑事部に引き継がれることとなる。

正式起訴によって有罪となった者は、その有罪判決に対して控訴院に上

42 Zander, *supra* note 41 at 655.

43 *id.*, at 655.

44 Zander, *supra* note 41 at 661. Gary Slapper, David Kelly, *The English Legal System* (17th ed. 2016) at 318.

45 以下の論述において、Criminal Appeal ActはCAAと略称する。また、特に西暦を表記しない場合、その内容は現行制度の基礎となっている1968年のものである。

訴することができる（CAA s1（1））。上訴の許可（leave）は、控訴院が行う。但し、刑事法院の事実審裁判官が、当該事案は上訴に適するという確認（certificate）をしたなら、わざわざ控訴院に許可を求めるまでもない（CAA s1（2））。基本的には、この控訴院による許可が、上訴を許すか否かのフィルターとして機能する。この場合に、第一審における有罪答弁の有無によって手続や要件が区別されることはない。例え有罪答弁をしていても、直ちに上訴できなくなるわけではない。有罪答弁が適正な手続で行われたかどうかや、法的助言は適切だったかどうか、有罪答弁の内容と異なる新証拠の発見など、原判決を破棄すべき理由は存在する⁴⁶。但し、被告人が有罪答弁を行ったことが記録されている場合には、事実上有罪答弁が無効となるような理由が求められると解釈されている。

また、正式起訴に基づいて有罪となった者は、それによって科されたいかなる量刑に対しても控訴院に上訴できる（CAA s9）。「量刑」は、「被告人の処遇に関して、裁判所によって下されたあらゆる命令」を含む（CAA s50）。量刑に対する上訴の申立ては、有罪判決に対する上訴と同様、控訴院の許可を要する（CAA s11（1））。許可を得るための手続も同様である。量刑に対する上訴について、控訴院は上訴の内容となるあらゆる量刑を、適当と思われる内容に差し替える権限を有する。その場合、刑事法院と同等の量刑判断が可能だが、不利益変更は許されない（CAA s11（3））⁴⁷。

上訴を提起する場合、有罪判決または量刑から28日以内に、上訴人は、事実審理が行われた刑事法院に上訴の許可を求める申立てをする（CAA s18）。上訴の対象となった事件に関連する書類は、上訴人が提出したものだけでなく、事実審裁判所の記録等も含めて控訴院の裁判官に提出され、上訴の許否が判断される。審理においては、上訴人の弁護人が出廷する。上訴人自身が出廷する必要はないが、希望すれば出廷は可能である。但し、身柄拘

46 David Ormerod, David Perry, *Blackstone's Criminal Practice 2016* (2015) at 2057.

47 量刑についても考察の余地はあろうが、以下の論述においては、本稿の趣旨に従い、差し当たって問題を事実認定に絞る。量刑に関する上訴の問題は、別稿に譲る。

東下にある上訴人は、控訴院の裁判官の許可を要する (CAA s22 (2))。上訴人が出廷していなくても、控訴院が刑罰を科す権限は損なわれない (CAA s22 (3))。

控訴院は、証拠を受け取る裁量権限を有する (CAA s23)。控訴院が必要であると判断すれば、①手続に関するあらゆる書面や、証拠、その他の物について提出命令が可能であり、②尋問のために証人を呼ぶことができ、③上訴の対象となった事実審において引用されなかつたいかなる証拠も採用することができる (CAA 1995 s4)。従って、この権限は特に制限がない。但し、控訴院が留意すべき要点として、①当該証拠は信じるに足るものであるかどうか、②上訴を認めるための理由となり得る証拠かどうか、③上訴の対象となった事実審での手続において許容可能であったかどうか、④上訴の対象となった事実審での手続に提出されなかつたことについて合理的な理由があるかどうか、という点を考慮すべきとされる (CAA1995 s4)。また、裁判所が呼び出せる証人は、事実審に強制的に呼び出せる者に限るが、上訴人が請求した証人については、証人適格がありさえすれば、採用のための裁量権を行使できる⁴⁸。

証拠の審理があった場合、控訴院は、証拠と事案の全状況を考慮して、有罪判決が誤りかどうかを検討する。被告人が有罪かどうかではなく、有罪判決が正当かどうかが重要であるとされる。控訴院が、有罪判決を誤りであると判断した場合、原判決は破棄される。このとき、控訴院が上訴人の再公判 (retrial) を命令しない限り、有罪判決破棄の効果は、刑事法院が有罪判決を無罪判決に書き換えることであり、上訴人は陪審が彼を無罪としたものとして扱われる (CAA s2 (3))。従って、この時点で一事不再理効も生じると解される。

(二) 上訴制度に求められる役割

上訴制度は、多様な機能を発揮するために必要だとされている。1つ目

48 Ormerod, Perry, *supra* note 46 at 2089-2091.

は、納得のいかない訴訟当事者のために、第一審における判断の妥当性を試す機会を提供するということである。2つ目は、裁判所に対して「誤り、不公平、または不適当な結論を導いた違法な裁量の行使の修正」を許すということである。3つ目は、下級裁判所の判決形成におけるある程度の統一基準を設定することである。4つ目は、状況の変化と並んで、法を維持することである。5つ目は、司法の運営に関する公共の信頼を促進することである⁴⁹。つまり、手続的な瑕疵や不公正がなくても、有罪判決が覆され得るような根拠は、陪審が誤った結論を出したと考えられる場合があるのだが、こういった役割が意識されるまでに、どのような経緯をたどったのか、確認しておく必要があるであろう。

1907年刑事上訴法の施行まで、陪審による有罪判決に関する事実認定の瑕疵に基づく上訴の機会は、与えられていなかった。上訴裁判所の裁判官達は、自ら原判決を覆すべきだと思うかどうかについては、「陪審評決を支持することを拒否するための根拠がないというのが、我が国における事実審の原則である」と考えていたのである。当時、終審性の価値は、明らかに卓越したものであった⁵⁰。

この考え方は、上訴裁判所が事件を再審理はしないということについて一定の理屈を与えていた。陪審が証人と物証を直接見て、書証を口頭で聞いているのに対し、上訴裁判所は通常、その時点での公判記録による、訴訟指揮の審査以上のことはしない。つまり、陪審は有罪という争点に結論を出すために、よりよい立場にあると言える。そして、ある根拠に基づいて陪審評決を覆すことは、事実審の手続が正しい評決を出すのだという想定に疑問を投げかけ、有罪を適切に判断するという陪審の仕事、ひいては刑事裁判の信用に関わることである。他方で、無実の人間を守らなくてはならないという重要事項は、有罪判決を受けた者に関する、上訴人のあらゆる疑問の利益を正

49 Zander, *supra* note 41 at 654.

50 Andrew Sanders, Richard Young, Mandy Burton, *Criminal Justice* (4th ed. 2010) at 636.

当化する。これが、議会在1907年法を採択した理由と思われる⁵¹。その後、控訴院は、後の公判で問題となるような新証拠も受け取るようになった。そういった証拠は、第一審の公判には提出されないが、そのため、それを受け取るということは、内在的承認として、控訴院の機能が下級審の判断の妥当性を審査することを超え始めたということであると考えられている⁵²。

1968年刑事上訴法においては、控訴院が上訴を認める根拠として、①事件のあらゆる状況のもと有罪判決が覆される可能性がある (unsafe or unsatisfactory) ことを理由に、破棄されるべきと考えるとき、②法律問題に関する誤った判断を理由に、事実審裁判所の裁判が破棄されるべきであると考えるとき、③事実審裁判所における公判手続において判決に影響を及ぼす違法があったと考えるとき、が列挙されていた (CAA s2 (1))。これらに当てはまると判断された場合には原判決が破棄され、それ以外の場合には上訴棄却となった。

しかしながら、これらの理由は実務上その境目が曖昧であったため、1995年刑事上訴法により、上訴を認めるか否かの判断については、「有罪判決が覆される可能性がある (unsafe) と考える場合には上訴を認める」という基準のみになり、それ以外の場合には上訴が棄却されることとなった (CAA1995 s2 (1))⁵³。究極の検討事項として、有罪判決の妥当性 (safety) が重要となったのである⁵⁴。

また、証拠の採用について、実際には、控訴院が新証拠に対してどのように考えているのかを判断する職責をなくすことはできないと思われる。何故なら、その証拠が信用に値するか、重要か、という最初の疑問には、必ず回答しなければならないからである。これは陪審の仕事を横取りすることではなく、証拠の信用性と重要性判断の一環であると考えられている⁵⁵。こう

51 Sanders, Young, Burton, *supra* note 50 at 636-637.

52 *id.*, at 638-639.

53 *id.*, at 632. この点につき、有罪判決が覆される可能性は、“unsafe” の1単語に統一されている。

54 Ormerod, Perry, *supra* note 46 at 2060.

55 Zander, *supra* note 41 at 718.

いった経緯の中で、陪審の評決を覆すことの是非が問われた具体例として、1968年法時代のCooper事件⁵⁶と、1995年法以降のPope事件⁵⁷が注目される。

Cooper事件においては、何年も繰り返し言われてきたが、控訴院は、証人を見ていることと証言を聞いていることにつき、陪審にはアドバンテージがあることを認めなくてはならないし、あらゆる証拠が陪審に提示されており、説示も十分であるならば、その判断を軽率に覆してはならないと述べられた。しかしながら、1968年法の下では、あらゆる条件を考慮した上で陪審評決を覆すべきであると考えたならば、有罪判決に対する上訴の許可を要求されているのである。すなわち、このような事案において、控訴院は、自らが下級審の判決に満足しているかどうか、換言すれば、何らかの誤りがあったのではないかという不安を生じさせるような潜在的な疑い (lurking doubt) がなかったかどうか、という問題に答えなくてはならないとされたのである⁵⁸。

このとき問題とされた「潜在的な疑い」について、より詳細に検討したのがPope事件とされている。原則として、陪審公判における訴訟追行では、評決の憲法的正統性 (constitutional primacy) や公的な責任は、裁判官や裁判所ではなく、陪審に依拠するものである。それゆえ、もし答えを出すべき事件があり、適切な説示の後、陪審が有罪評決をしたならば、有罪判決を覆しうるかもしれないという裁判官の感覚を根拠に、評決を覆すような法廷を開くべきではないとされる。検討事項が生じた場合は、潜在的疑いの適用には、証拠または公判の経過、あるいはその両方の根拠ある分析が要求され、それは有罪判決を覆すことが避けがたい結論であるという程度でなければならない⁵⁹。

こういった事案から読み取れるように、控訴院は有罪判決の妥当性を重視していると考えられる。評決の公的な責任は陪審にあり、裁判の誤りを避け

56 R v. Cooper [1969] 1 Q.B. 267, CA.

57 R v. Pope [2013] 1 Cr. App. R. 14, CA.

58 Zander, *supra* note 41 at 693-695. Ormerod, Perry, *supra* note 46 at 2061.

59 Ormerod, Perry, *supra* note 46 at 2061.

るべきならば、陪審が適切に正式起訴された訴因に関して有罪判決を下せるのに十分な、許容可能な証拠が存在するかどうかの判断においてこそ、裁判所の役割が生命線と言えるのである⁶⁰。

第一審判決の審査については、非常に慎重な態度を取っていると認められるが、適正手続を重視するなら、事実認定について、判決を受け入れがたい事実に関する瑕疵の主張が存在する場合には、事件を再審理できる可能性を残しておくべきと考えられているのであろう。有罪判決を破棄することが可能な手続の存在は、刑事手続の価値を維持するために支払うべきコストであり、警察、検察、裁判官による権力の濫用を防ぐものだと理解されているとされる⁶¹。上訴権を否定することは、自由の不当な喪失を認めることであり、再び取り戻したり、最小化したりすることができなくなる可能性を高めてしまう。さらに、この場合、刑事事件が終了することになり、従って実際に犯罪を行った者が、捜査や逮捕から逃れることになってしまうことにもなる⁶²。

また、被害者との関係については、上訴が被害者を苦境に立たせることは事実だが、被害者に、有罪判決を下された者が不当な有罪判決を覆す機会を否定する、正当な利益はないと言われる。むしろ、是正され得ない不当な有罪判決は、真犯人を法廷に呼べなくなるという結果を招く。このような観点からは、上訴権を許しておくことが訴訟関係人のいずれにとってもベストだという決断をしたとされるのである⁶³。

(三) イギリスの制度設計

少なくとも、1907年法の時点で2つのことが明らかである。それは、上訴裁判所創設規定が、陪審の評決を覆すことが可能な前提で設計されていること、そして、そのためならばあらゆる追加証拠の提出をも、必要な範囲で認

60 *id.*, at 2061.

61 Sanders, Young, Burton, *supra* note 50 at 610.

62 *id.*, at 611-612.

63 *id.*, at 612.

めていることである⁶⁴。この制度設計及び解釈は、現在まで継続していると認められる。

従って、イギリスの上訴審は、構造論に当てはめるならば、最初から「続審」として設計されていると見ることができよう。特に、上訴裁判所において事実問題を取り扱うことを可能としたのは、いわゆる「無辜の救済」が根拠であると思われる。このように、制度設計はその背景が重要となるのだが、きっかけとなった事件のひとつに、1896年と1904年にそれぞれ有罪判決を下されたAdolf Beck事件が挙げられている⁶⁵。被告人を犯人と取り違えたまま手続を進めてしまった事件として、有名な事件であるが、こういったことに対する反応として、この種の失策を「今後も起こりうる事態」と認識し、それを是正できる制度に改めたものと考えられる⁶⁶。

イギリスにおける審級構造の考え方は「陪審と裁判官の意見が違うということをも以て陪審の意見を退ける理由とはならない」が「陪審がミスをする可能性は存在するため、その場合には改める必要がある」というものであるように見受けられる。これは、適正手続の観点から陪審制度を考えたときに、かつては裁判所に対する監視としての役割を持たせることで適正手続に資するものとされていたところ、一方で陪審自体が誤った判断を下す可能性も存在するというところに目を向けた結果であろう⁶⁷。

もちろん、以上はイギリスの制度に関する考察であるが、日本とは事情が異なるという理由で、比較法に基づく検討を退けることができるかどうか

64 Herman Cohen, Harry B. Poland, *The Criminal Appeal Act, 1907 And The Rules, Forms And Rates And Scales Of Payment Thereunder* (1908) at 24-38. この時点で、既に“fact alone”での上訴も可能である。

65 Zander, *supra* note 41 at 655.

66 この際、被告人を救済する制度として設計したことにつき、平田元「イギリスにおける刑事陪審と上訴制度——『内在的疑い (lurking doubt)』を中心に——」井戸田侃他編『竹澤哲夫先生古稀祝賀記念論文集 誤判の防止と救済』（現代人文社、1998年）455頁以下参照。

67 陪審制度に対する賛否両論を取り扱ったものとしては、グランヴィル・ウィリアムズ（庭山英雄：訳）『イギリス刑事裁判の研究』（学陽書房、1981年）209頁～241頁が主要な争点を網羅していると思われる。

は、当然だがその検討事項によるであろう。その上で、「2回目の事実審」の必要性は議論の俎上に載ると言えるし、それを「どの審級が担当するか」という議論に発展すると考え得る。

三 事実誤認修正機能の配置

日英の制度設計は、その審級構造及び第二審の担う役割において類似している。その役割に事実誤認の修正が含まれる以上、市民裁判官の参加した第一審判決の取り扱いに関する考察は不可避であろう。これについて、比較の対象を挙げるならば、現在の制度設計はもちろんだが、そこに至る経緯にも比較の余地があるものと思われる。特に、日本法への示唆を得ようとするならば、イギリス法が市民裁判官の参加した第一審判決を第二審において覆し得ることについて、どのように考察してきたかということが、参考となる。無論、議論の出自や制度設計の趣旨に留意しなくてはならないが、現在の日本法における検討事項については、イギリス法に一日の長があると考えられる。

(一) 日英制度設計比較

現在の制度設計の類似について、まずは上訴の前段階として、第一審において市民裁判官制度を採用していることが挙げられる。もちろん、手続の内容、即ちそれぞれの市民裁判官の役割が異なるため、同列に考えることはできないが、制度設計の観点からは、第一審判決に市民裁判官が関わるという点において類似していると言える。

そして、それを踏まえた第二審の構造にも類似が認められる。イギリスの特徴としては、控訴院が第一審判決を覆し得ることと、その判断をするために提出可能な証拠の範囲には、条件さえ満たせば特段の制限を設けていないことが挙げられる。この点は、日本の控訴審が、一定の条件を満たした新証拠について、採用することが「可能である」とことと類似する。日本法の解釈にはいくつかの学説が存在するが、差し当たり裁判所が採用している無制限

説に依るとするならば、条件や範囲も含め、イギリスと類似する構造となっている。

では、現在の構造とした目的や経緯はどうかというと、目的に関してはいずれも誤判防止を挙げることができよう。イギリスにおいて上訴裁判所が登場したのは、誤判がきっかけであるし、日本において控訴審での事実審理を残したのも、事実誤認を修正する機会の設置である。それらは同時に経緯の話でもあるのだが、両国は第一審と第二審の制度が整う順番が異なる。

前述のように、イギリス法においては第一審の終審性が非常に高かったところ、その判決を覆し得ない制度を維持することによる不都合を解消する必要に迫られ、新たにそのための第二審を設置した。日本法では、そもそも第二審においても事実審理を行うことが可能であったが、その機能を絞り、また、第一審の審理充実を強化し続けてきた。この経緯は大きな相違だが、だからといってこの点について参考にするべきことがないかといえ、そうではない。むしろ、裁判員制度の制定過程において行われたような議論は、イギリスにおいて100年以上前から行われてきたと見ることもできよう。

但し、市民の意見が反映され得ることにつき、どのような意義を求めるかは、決定的な相違点として認められるものであろう。具体的には、第一審に市民裁判官が参加することの意義である。この点について、イギリスにはいわゆる「民主主義的基礎づけ」が認められる一方で、日本においては「国民の理解増進・信頼向上」に絞られている⁶⁸。

(二) 考察

以上を踏まえ、両国が事実誤認修正機能の配置についてどのように考えてきたかの考察をしなくてはならないが、現段階では、誤判防止の目的をより良く達成するためには、第二審にも配置しなくてはならないという結論

68 この点については、むしろ日本の「陪審制度」がイギリスと類似すると言い得るであろう。本稿の射程を超えるため、市民参加の意義について詳述は避けるが、注目すべき点であることは確かである。

が出ているものと思われる。その理路としては、①市民の参加した判決が尊重されるべきであること（または結果的に尊重に値する判決が出るという見通し）と、②その判決を訂正する機会の必要性については、双方の調整が必要だと考えたのであろう。では、その機能を第二審に配置するのは何故なのか、ということについては、上訴による審査が選択されたと見ることができる。

ここで問題となるのが、市民裁判官が参加した第一審判決の第二審における取り扱いであろう。前述のように、イギリスは日本と類似する審級構造を有してはいるが、第一審において市民裁判官が参加することの意義は異なる。しかしながら、それを踏まえてなお、判決の妥当性審査の必要が生じたわけであり、その役割は上訴裁判所も担うとされた。1907年法制定の経緯からすれば、その役割のために制度を設計した部分があるときえ言える。ここでは当然、事実誤認修正機能の配置について、第一審のみでは不十分とされたものと思われる。そして、この目的としては、1907年法の採択理由に「無辜の救済」が挙げられている以上、誤判の防止を考えるべきであろう。

翻って、日本においては、事実誤認修正機能の配置という観点からの考察が少ないように見受けられる。裁判員制度の設計に伴う議論として、控訴審の負うべき役割が再検討されはしたが、概ね「事後審ゆえに現行法通りの構造を維持できる」といった理路であった。目的はこれまで同様、誤判の防止と言えるが、検討に際して従来の構造論を用いる必要はなかったのではないだろうか。また、市民裁判官が参加した第一審判決の取り扱いとして、「第一審判決の尊重」は、あくまでも第一審がより丁重になったことの「効果」と見るべきである。誤判防止の制度的保障という観点からは、これを「目的」とするだけの理由がない⁶⁹。

69 もちろん、前述のように、第一審判決の正確性を上げるという意味では、誤判が起らないようにするための目的とすることはあり得るが、それはあくまでも第一審判決の正確性が上がるであろうという見通しと言わざるを得ない。尊重すべきという程度に正確性が上がるかどうかについては、個別具体的な審理による以上、それを前提にして「正確な判決が下されるのだから尊重すべし」という目的を掲げることは困難であろう。これを目的としてしまうと、上訴をしないことが目的であるかのような誤解

いずれにしても、両国の類似は、誤判防止の制度的保障という目的から、現状のような形式になっているものと思われる。従って、イギリス法からの示唆があるとすれば、真実発見や適正手続の保障、誤判の防止、上訴制度に求められる役割などを、事実審理の「機会」に関する制度設計においてどのように反映させるべきかという議論の必要性と見ることができるのではないだろうか。事実誤認修正機能をどの審級にどのような形で配置すべきかについて、従来の構造論よりも柔軟に考察すべきであろう。

四 結論

市民裁判官の参加した第一審判決の取り扱いの考察は、控訴審の構造をどのように設計すべきか、という議論を伴う。それは結局のところ、①第一審の判決に不備があった場合の対応をどのようにすべきかという問題と、②信用に足る判断者は誰なのかという問題に集約されていくであろう。これについて、差し当たって考えるべきは前者である。後者についての考察は困難を極め、場合によっては結論が出ず、論証よりも決断が優先される事態を招きかねない。仮に、現時点で信用に足る判断者を確定できないのであれば、次善の策としては、当然、第一審判決に「不備があった場合」を想定し、それに対応可能な制度設計の在り方を考察すべきであろう。

この際に重視すべきは、控訴審の構造をどのように解釈すべきかということでは、もはやない。あくまでも、事実誤認修正機能の配置をどうすべきか、という観点から考察を行うべきである。かつて、田宮裕博士は「構造論は、少なくとも基準の提供という点では、もはやほぼその役割を終えたといつてよいであろう」と述べられた⁷⁰。同時に、「今後の問題は、(中略)事実の取調べの内容いかにこそある」とも述べており⁷¹、これらは正鵠を射た評価であった。事実誤認修正機能をどの審級に配置し、どの程度（あるい

が生じるおそれが考えられるのである。

70 田宮裕『刑事訴訟法【新版】』（有斐閣、1996年）486頁。

71 田宮・前掲注70、486頁。

はどのように) 発揮させるべきかを考察する段階になっているのである。この観点からの考察を進めるべきであり、加えるならば、考察の結果を帰納的に解釈して、従来の構造のいずれに当てはまろうと、その妥当性は、①市民裁判官の参加した第一審判決の取り扱いとして妥当かどうかと、②誤判防止の制度的保障という目的を達成可能か、という基準で評価されるべきであろう。

このような観点からの議論は、従来非常に少なかったと言えるが、裁判員制度の採用に当たっては、市民裁判官の参加した第一審判決の第二審における取り扱いについて、従来通りとしたことは妥当であると思われる。結局は、判決の精度を上げようとするならば、第一審の裁判体の構成にかかわらず、誤判が起る可能性を念頭に、その判断を修正する機会が必要であるということが言えよう。

今後の課題としては、上訴に関する理由ごとに、上訴審においてどのような審査をすれば原判決の妥当性を問うことが出来るのか、という問題の考察が上げられるであろう。差し当たって、本稿において、あるいは従来の控訴審構造論においてほぼ取り上げられてこなかった、量刑不当に関する取り扱いがあらうかと思われる。そもそも量刑不当の上訴に関しては、文理解釈の段階で、条文上第一審判決後の事情を考慮して良いことになっている。この点に関する議論も、制定の経緯や改正、裁判員制度との関係において、再検討しなければならないであろう。