

裁判員制度に伴う上訴の構想

後 藤 昭[※]

- I 司法制度改革審議会意見書の提言
- II 事実認定を争う上訴の構成
- III 量刑に関する控訴
- IV 法令違反を理由とする控訴
- V 整合的制度の必要性

I 司法制度改革審議会意見書の提言

2001年6月に内閣へ提出された司法制度改革審議会意見書（以下、意見書という）¹⁾は、刑事裁判への国民の直接参加の形態として、裁判員制度の導入を提言した。意見書の表現によればこれは、「広く一般の国民が、裁判官とともに責任を分担しつつ協働し、裁判内容の決定に主体的、実質的に関与することができる新たな制度」を目指す提案である。

市民と裁判官が合議して被告人の罪責の有無および量刑について決定するという点で、これは参審制度の要素を持つ。他方で、裁判員候補者は選挙人名簿から無作為抽出され、かつ個別の事件ごとに選任されて任期をもたないという点は、陪審制度と共通する要素である。この制度は、法定刑の重い重大事件に適用される²⁾。

政府は基本的に意見書の提言内容を実現することを宣言した。2002年末現在、裁判員制度の具体化については、司法制度改革推進本部に置かれた裁判員制度・刑事検討会で議論が続けられている。「司法制度改革推進計画」（2002年3月19日

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第2巻第1号2003年3月 ISSN 1347-0388

1) 意見書は、ジュリスト1208号（2001年）185頁以下、月刊司法改革16号（2001年）44頁以下、<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report-dex.html>などに掲載されている。以下の注では、ジュリストの頁数を示す。

2) ジュリスト1208号230—233頁。

閣議決定)では、2004年の通常国会に、このための法案が提出される予定である。

意見書は、裁判員制度に伴う上訴の構成についても一定の提言をしている。すなわち、「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」とする。そして、上訴理由に言及して、「当事者からの事実誤認又は量刑不当を理由とする上訴(控訴)を認めるべきである」とする。ここからは、事実認定と量刑に関する控訴制度が設けられること、そして、両当事者ともに、それらの理由で上訴を申し立てることができることが判る。上訴制度は裁判員制度によって、大きな影響を受けるはずである。意見書が、裁判員制度の導入に併せて上訴制度に言及したのは、当然である。

しかし意見書は、「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、更に検討を行う必要がある」として、具体的な上訴制度の構成を示すには至っていない。そのため上訴制度をどう構成するかは、裁判員制度に伴う残された諸問題のうちで、もっとも難しいものの一つとなっている。

歴史を振り返ると、第一審の手続が大きく変わるときには、しばしば上訴制度が変えられてきた。上訴制度は、第一審手続に合わせて変えられるだけではない。上訴制度をどうするかによって、第一審手続の性格が規定されるという関係もある。それも上訴制度の構成に注目すべき理由である。

ここでは、裁判員の「主体的・実質的関与」を前提にする上訴制度の構想を控訴を中心に考える³⁾。以下の検討では、意見書の提案内容を前提として、それと合致する枠の中で提案をする。

Ⅱ 事実認定を争う上訴の構成

1 裁判員制度の影響

上訴制度の中で、もっとも困難な問題を含むのは、事実認定を争うための上訴、すなわち事実問題控訴である。諸外国でも日本でも、口頭主義・直接主義のもと

3) 私は既に、「上訴制度のあり方」季刊刑事弁護33号(2003年)22—26頁で、裁判員制度に伴う上訴制度について、事実認定審査を中心に簡潔に意見を述べた。本稿では、さらに詳しく論じる。

で、事実認定を争う控訴を許すべきかどうか、許すとしてどのように構成するべきかは、常に議論されてきた⁴⁾。裁判員制度は、このような事実認定を争う控訴に対して、いくつかの問題を生じさせる。

第1に、仮に控訴裁判所を裁判官だけで構成するとすれば、裁判員が加わって下した原判決の認定を裁判官だけで覆すことの正統性が、深刻な問題とならざるを得ない。控訴制度には、なぜ第一審の判断より控訴審の判断の方が正しいと推定できるのかという問題が、いつもつきまとう。第一審だけに裁判員が加わるとなると、この問題はとりわけ顕著に現れる。控訴審で裁判官だけの判断により事実認定を覆すことを許すなら、第一審の裁判員に「主体的・実質的関与」をさせた意味が失われるおそれがある。

第2に、直接主義・口頭主義の徹底から生じる問題がある。詳しい調書を読んで判断することは、経験のない裁判員には難しい。また、裁判員は公判廷で心証形成しなければならない。公判廷での証拠調べは形式だけで、後から調書を読んで心証形成するという不透明なやり方では、裁判員制度の下で裁判に対する信頼は保てない。裁判員制度の下では、裁判に対する信頼は、裁判官の専門性や独立性よりも、公開の場での審理によって判断されるという過程の透明性によって支えられるからである。したがって、意見書が裁判員制度の導入とともに、「口頭主義・直接主義の実質化」を求めたのは、当然である。

そのことは、事実認定を争うための上訴制度に大きな影響を与える。まず、控訴審裁判所が記録から得た心証が、第一審裁判所が証人などの直接の尋問に基づいてした事実認定と異なるからといって、これを覆すことは矛盾である。したがって、控訴裁判所が事実認定すなわち心証形成をやり直すのであれば、第一審と同様の証拠調べをしなければならないことになる。それは、証人などにとってもかなりの負担をもたらす。

第3に、第一審の判決書の変化が、事実認定を争う上訴に影響を与える可能性がある。意見書は、裁判員制度の下での裁判書の内容は、「裁判官のみによる裁

4) 後藤昭『刑事控訴立法史の研究』(成文堂1987年)では、フランス、ドイツおよび日本について、控訴をめぐる議論と立法の推移を述べた。

判の場合と基本的に同様のものとするべきである」という。刑訴法335条1項は、有罪判決に証拠の標目を示すことを求めている。それ以上に裁判書の中で事実認定の理由をどれくらい詳しく説明するかは、裁判所の裁量に委ねられている⁵⁾。そのため、意見書がどのような判決理由を想定するのか、明らかではない。事件によっては、現在一部の事件に見られるような非常に詳細な事実認定理由が書かれることを想定しているのかもしれない。

しかし、そのような詳細な理由について裁判員が責任をもって起草に加わることは不可能である⁶⁾。したがって、判決理由にまで裁判員に主体的・実質的な関与をさせようとするのであれば、裁判書における事実認定理由の説示は、ごく簡潔なものとならざるを得ない。そのために、判決書は、控訴裁判所が原裁判所の事実認定を審査するための手がかりとしては、現在より小さな働きしかしないであろう⁷⁾。

さらにいえば、簡潔な説明であっても、裁判員が裁判官の起草した文章に厳しく注文を付けるとは考えにくい。裁判員は、判決の書き方に慣れてはいない。裁判員の関心は判決の結論に向くのが自然であり、判決書の理由の書き方に強い関心をもつことは期待できない。そのため、裁判員が判決書に署名する制度をとったとしても、判決書に示される事実認定理由は、主として裁判官の判断を反映するものとならざるを得ないであろう。それが、裁判員による認定の理由を正確に示す保証はない。この理由からも、控訴裁判所が裁判員の判断を審査することは困難である⁸⁾。

5) 有罪判決に証拠取捨の理由を示す必要はなく、(最決昭34・11・24刑集13巻12号3089頁)、無罪判決でも個々の証拠を採らない理由を示す必要はない(最判35・12・16刑集14巻14号1947頁)というのが、判例である。

6) ドイツの参審制度でも、参審員すなわち名誉職裁判官は、判決書の作成には関与しない。齋藤哲『市民裁判官の研究』(信山社2001年)262—265頁、同「ドイツ刑事参審制度の機能と問題点」月刊司法改革16号(2001年)29, 30頁参照。

7) 森谷和馬「上訴と判決理由の不存在」丸田隆編『日本に陪審制度は導入できるのか』(現代人文社2000年)105, 109頁は、参審制度の下で判決理由は簡潔なものとならざるを得ず、上訴におけるその重要性は減少するという。

8) ドイツでは、評決で参審員に破れた事実審の裁判官が、わざと上告審で破棄されるような事実認定理由の書き方をしたのではないかと疑われることがあるといわれている。そのような疑いの生じない制度を考えるべきである。

2 2つの道

このような裁判員制度から上訴制度への影響を前提とすると、事実認定を争う控訴制度の構成には、大きく2つの選択の可能性がある。第1の道は、控訴審でも裁判員を参加させるものである。第2の道は、控訴審を職業裁判官だけに委ねるものである。司法制度改革推進本部の、裁判員制度・刑事検討会（第6回、2002年9月3日）⁹⁾でも、この2つの意見が出ている。

第1の道を取る場合、裁判員は法技術的な問題の判断には向かないので、事実認定を審査する方法は、自ら事実認定をして、その結果を原判決と比べることである。これは、「事実誤認」そのものが控訴理由となることを意味する。さらに徹底すれば、申立人による控訴理由の主張自体も必須ではない。事実認定をやり直すためには、第一審と同様の直接審理が必要である。事実誤認を発見した場合には差し戻す意味が乏しいので、自判することになる。このように、控訴審の判断が第一審に優越することの正統性を確保するために、第一審より多くの裁判員を含む大きな裁判体が必要となる。これは、いわゆる「覆審」的な控訴審を意味する。フランスで最近採用された重罪事件の有罪判決に対する控訴は、まさにこのような構想に従っている¹⁰⁾。

第2の道すなわち控訴裁判所に裁判員を加えない道を取る場合、裁判官だけによる控訴審の認定を裁判員の加わった原審の認定に優越させることは矛盾である。したがって、事実認定の繰り返しはできない。そのため、事実問題の控訴理由は、「事実誤認」そのものではなく、「事実誤認の疑い」として構成するべきである。そうであればこそ、主として記録に基づいて審査することができる。事実問題で破棄する場合にも、最終的な事実認定はできないから、自判せずに差し戻すべきである。これはいわゆる「事後審」ないし「審査審」的な構成を意味する。

9) 議事録は、<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/saibanin/dai6/6gijiroku.html>にある。

10) 白取祐司「フランス刑事訴訟法の改正について(3)」現代刑事法4巻5号(2002年)68, 71—72頁、同「誤判救済のためのフランス陪審改革」月刊司法改革16号(2001年)33頁参照。デンマークとノルウェーの参審裁判でも、控訴審の裁判体を一番より大きな構成の参審裁判所としている。松澤伸「北欧4カ国の陪審・参審制」現代刑事法3巻7号(2001年)37, 38—39頁参照。

これら2つの型には、それぞれ内的な整合性があり、論理上はどちらも可能な選択である。ただし、それらを折衷した構成は、矛盾を含むことになる。たとえば、控訴審で裁判員に記録による事実判断をさせたり¹¹⁾、あるいは控訴審裁判官の心証を無条件で裁判員の加わった一審の判断に優越させるといった構成は、裁判員制度の理念に反する。

これら2つの型には、それぞれ長短がある。第1の型は、市民参加の理念をより徹底している。また、控訴の結果として事実認定が覆される可能性がより高くなるであろう。それは、誤判救済に役立つかもしれない。しかし、この型を忠実に実行することは、証人などを含む関係者により大きな負担を生じさせる。証拠調べを完全に繰り返したとしても、控訴審の認定の方が正しいと推定する根拠がないともいわれる。第2の型は、関係者の負担という意味では、より経済的である。しかし、控訴裁判所が原審の事実認定に介入する範囲は限定され、控訴の結果として事実認定が変わる可能性はより小さくなる。

第1の型は、手間はかかっても十分な合理性のあるものであると思う。一審判決を経験した当事者は、それによって主張・立証をいっそう工夫することができる。裁判所も一審判決を見直す観点から、より深く考えることができる。控訴審の認定の方がより正しいと推定することには、根拠がある。

しかし、これが現実には日本で採用されるとは考えにくい。というのは、日本では、第一審でも控訴審でも厳格な直接主義による審理を繰り返すという上訴制度は、裁判所などの負担過重という観点から、明治以来一貫して回避されてきたものであるからである。現行法におけるいわゆる事後審制の採用も、その現れである¹²⁾。第1の型を採ろうとすると、第一審と控訴審とで同様の証拠調べが必要となる。そこから生じる負担を押さえるために、第一審でも直接主義を徹底しない結果に終わるおそれがある。それでは本末転倒となろう。

訴訟経済の論点以外にも、時間が経ってから証人尋問を繰り返しても、より良

11) 控訴審裁判で原審記録を要約して報告し、裁判員に判断させるという方法を示唆する論者もある。座談会「裁判員制度導入の是非をめぐって」現代刑事法3巻12号(2001年)27頁における佐藤博史の発言。しかし報告を口頭でしても、記録に基づく判断という実質は変わらない。

12) 後藤・前注4) 特に291—294, 319—320頁。

い証拠は得られないのではないかという古くから指摘されてきた問題は、この第1の型に対する批判として、日本でも提起されるであろう。

そこで、今回の裁判員制度の導入に当たっては、第2の型を基本にしながら、内在的な整合性があり、かつ誤判救済の可能性を確保するような上訴制度の構成を模索することが生産的であると考え¹³⁾。

3 事実問題控訴の構成案—限定的控訴制度

控訴審に裁判員を加えない道を探る場合、もっとも深刻な問題となるのは、既に触れたように、一般市民である裁判員の加わった結果の事実認定を裁判官だけの判断で否定することができるかどうかである¹⁴⁾。それを許すことは、裁判員の影響力を最終的には否定することになる。それは、国民の司法への直接参加という制度の民主主義的意味を失わせるのではないか、という問題である。

この問題を重視しない見解もある。その理由として、今回の裁判員制度の基礎は民主主義の原理ではなく、「裁判員を付け加えることによって、現状の打破を図るというに過ぎない」という¹⁵⁾。

しかし、意見書は基本的に「国民の統治客体意識から統治主体意識への転換」を前提にし、かつそれを促そうとする立場に立っている。統治主体である国民に司法参加の機会を保障することによって、司法の国民的基盤を確立するというのが、裁判員制度提案の目的である¹⁶⁾。その基礎は、まさに民主主義の理念にある。この理解を前提にしなければ、裁判員制度は、刑事司法の改良の手段として市民

13) 宮城啓子「裁判員制度の導入と上訴」現代刑事法3巻12号(2001年)57, 60頁が、控訴審を「第二回目の事実審」とするべきではないというもの、第2の型を示唆している。

14) この問題を意識する発言として、前注11)座談会、現代刑事法3巻12号25—26頁での岩瀬徹の発言、佐藤幸治ほか『司法制度改革』(有斐閣2002年)362—363頁および鼎談「国民の司法参加・刑事司法」ジュリスト1208号(2001年)150頁での井上正仁の発言。

15) 平良木登規男「裁判員制度」警察学論集55巻1号(2002年)179, 193頁。

16) ジュリスト1208号187, 189, 230頁。佐藤幸治ほか・前注14)348頁で、佐藤は、裁判員を務めることを「主権者・統治主体たる国民の責務」と述べている。四宮啓「新しい司法の担い手としての国民」自由と正義53巻1号(2002年)30, 33頁は、裁判員制度は司法における法形成に民主的正統性を与えるために提案されたという。

を利用するものとなってしまう。裁判員制度と上訴審の裁判官による事実認定審査との間には、やはり原理的な緊張関係があることを否定できない。

この問題に対しては、主権者たる国民も無実の人間に刑を科す権限はないから裁判官はそれを是正できる、という説明が考えられる。民主主義によっても人権を否定することはできないという意味では、これは正しい。しかし、この説明は裁判官が有罪判決を否定する場合にしか当てはまらない¹⁷⁾。検察官控訴を認める意見書の構想を説明する論理としては、したがって不十分である。また、無罪にする方向であるからといって、直接審理に立ち会っていない裁判官の判断を無条件で裁判員の判断に優越させることは、裁判員の実質的関与という建前とは適合しない。

控訴裁判所による事実認定審査を控えめなものとし、破棄の場合に差戻しを義務づけることによって、裁判官による事実認定審査を正当化する説明も考えられる。その典型は、控訴審における事実認定審査は、論理則・経験則違反の有無の審査に限るというものである。しかし、この論理の実質は、控訴理由を法令違反に限定するものである。それは、意見書の趣旨には合わない。また、誤判救済の可能性を狭め過ぎるので、適切ではない。

控訴審における審査を経験則・論理則違反の有無に限定はしないものの、心証形成をし直さなくても原認定の誤りが記録から明確に指摘できる場合に限れば、裁判官による破棄が正当化されるという見方もある。しかし、その場合でも裁判員の自由心証に上訴審の裁判官が介入するという実質は否定できない。これは、裁判員制度の思想と適合しない。

けっきょく、裁判員の事実判断を上訴審の裁判官が否定するという構成には、原理的な問題が残る。とりわけ裁判員の意見が反映した無罪判断を上訴審の裁判官が否定することを認めるのでは、裁判員の実質的関与を保障した制度とはいえない。それを避けて、上訴審が審査する対象を、裁判官の事実認定だけに限る限

17) イギリスでは、陪審の有罪判決に限って上訴審裁判官の審査対象とする上訴制度が採られている。イギリス法の運用につき、平田元「イギリスにおける刑事陪審と上訴制度」竹澤哲夫先生古稀祝賀論文集『誤判の防止と救済』（現代人文社1998年）455頁参照。

定的な控訴制度の構成を考えるべきである。

まず前提として、第一審における最終的な評決を裁判官と裁判員集団のそれぞれの中で多数決で行い、両者が有罪の結論で一致した場合にのみ、有罪判決をするという評決制度が必要となる。もし関与する裁判官が1名か2名であれば、裁判官集団については全員一致が有罪判決の要件となる。第一審におけるこのような評決制度は、司法制度改革審議会の審議資料¹⁸⁾の中で、「双方多数決」と呼ばれていたものと実質的に同じである。並行多数決と呼んでもよい。

意見書は、評決制度について具体的な提案はしていない。ただ、裁判官だけまたは裁判員だけの賛成では有罪判決ができないという制度を提案している。その根拠は「裁判官と裁判員とが責任を分担しつつ協働して裁判内容を決定するという制度の趣旨」と「裁判員の主体的・実質的関与を確保するという要請」として説明されている。審議会の議論の中では、憲法上「裁判所の裁判を受ける権利」の保障があるので、裁判官の有罪判断なしに有罪とすることはできないのではないかという問題意識も示されていた¹⁹⁾。裁判員の中の多数が無罪意見なのに有罪判決をするのでは、裁判員の実質的関与を保障することにならない。意見書の趣旨を徹底すれば、双方多数決制度（ないし並行多数決制度）に至るはずである。

この評決制度では、第一審の裁判員の有罪判断を同じ裁判所の裁判官が否定できることになる。しかし、第一審の裁判官も同じ直接審理に立ち会っており、かつこの権限は有罪判決を阻む方向でだけ働くから、上に見た論理によって説明ができる²⁰⁾。ただし、裁判員の評決結果を見てから裁判官が評決する制度では、裁判官の権限が裁判員より強いことになる。両者の最終評決を同時並行で行えば、

18) 第51回文書5「評決方法の例示」。

19) 第45回審議会（2001年1月30日）における竹下守夫会長代理の発言（議事録は月刊司法改革20号102頁）など。佐藤幸治ほか・前注14）343—344頁で、竹下は憲法上の要請として、有罪判決のためには裁判体全体の中の多数が有罪意見であるだけでなく、裁判官の多数が有罪意見であることが必要であるという意見を述べている。

20) これは機能において、デンマークの陪審裁判についての「二重の保障」と呼ばれるものと似ている。デンマークの制度は、陪審の有罪評決に対して裁判官の多数決で陪審裁判の更新を命じることができるというものである。松澤伸「デンマークの刑事裁判と陪審制・参審制」立教法学55号（2000年）309, 327頁、日本弁護士連合会司法改革推進センター・東京三弁護士会陪審制度委員会編『デンマークの陪審制・参審制』（現代人文社1998年）180, 197頁〔佐藤博史〕。

評決についての裁判員と裁判官の権限は、全く対等の関係となる。

双方多数決制度を採るなら、判決には、裁判員と裁判官、それぞれの評決結果を分けて示すことが必要である。そのうえで、事実認定を争う上訴は、裁判官の判断のみを対象とする。その対象となる判断には、有罪判断と無罪判断の双方が含まれる。それに対して、裁判員集団が無罪とした場合には、そのまま無罪判決となり、事実認定を争うことはできない。したがって、第一審判決に事実認定の理由を示すとしても、それは裁判員集団が有罪とした場合に、裁判官の有罪または無罪判断の理由を説明することで足りる。そのため、判決書が裁判員の事実認定理由を正確に反映するという前に触れた問題は、避けることができる。

事実問題に関する控訴理由は、「事実誤認の疑い」とするべきである。一見すると、このような上訴理由は「事実誤認」よりも破棄の可能性が高いように思えるかもしれない。しかし、「事実誤認の疑い」を控訴理由とすることは、控訴裁判所が事実認定の繰り返しをしないことを意味する。したがって、記録からみて、どうしても原判決の認定を維持することができない場合にしか控訴裁判所は介入しない。その結果、事実問題に関する控訴審の役割は限定され、一審中心主義が徹底する。

現行法411条3号で、上告審の事実問題に関する職権破棄理由は、「判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があること」とされている。その法の下で最高裁判所は、重大な事実誤認の疑い（最判昭32・10・15刑集11巻11号2731頁など）、あるいは重大な事実誤認を疑うに足る顕著な事由（最大判昭28・11・27刑集7巻11号2303頁など）を理由として、原判決を職権破棄することがある。これは、最高裁判所では事実取調べが困難であるため、認定すべき事実を確定できない場合でも、破棄を可能にするための運用である²¹⁾。しかしそれによって、上告審が原裁判所の事実認定に介入する度合いが控訴審のそれよりも大きくなったとは、考えられていない。むしろこのような破棄理由は、上訴裁判所の実事認定審査が控えめであることを表現している。

裁判員制度の下で、無罪判決に対する検察官の事実問題控訴を認めるべきでは

21) この判例法理について、藤永幸治ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法6巻』（青林書院1996年）574—575頁〔原田國男〕参照。

ないという主張²²⁾は、憲法論としては成り立つと思う。しかし、意見書はその種の控訴を認めているので、今回の改革でそれを否定することは困難である。それでも、「疑わしきは被告人の利益に」の原則がある以上、無罪認定を破棄するのは有罪認定を破棄する場合よりもより慎重でなければならないとは言える。また、裁判員制度に伴って、破棄差戻審での防御の負担もこれまでより大きくなる。そこで、無罪認定に対する控訴理由を「明らかな事実誤認の疑い」とすることが適切であろう²³⁾。

控訴審での審理は、書面中心となる。新証拠は、現行法382条の2と同様の要件のある場合にのみ提出できるとするべきである。ただしその運用は、現在より限定的になるであろう。事実認定が争われた場合、控訴審公判廷における事実取調べの対象は、新証拠に限られることにするべきであろう。

前に述べたように、判決書の実事認定理由は現在より簡潔になるであろう。そのため、控訴審における事実認定審査の手がかりとしての価値は、低くなる。それに代えて、原審の審理過程を見直すことができるように、証拠調べを含む第一審口頭弁論の完全な速記録を残すべきである。

原判決を破棄する場合には、自判せず、第一審に差し戻すべきである。ただし、新証拠によって被告人の無実が明らかとなった場合には、差し戻しても、有罪となる現実的な可能性がないので、例外的に無罪の自判を許すのが適切であろう。

第一審の裁判員の実事認定自体は争えないのであれば、差戻し第一審では、すでに裁判員の有罪評決はあるものとして、裁判官だけが判断すればよいという意見があり得る。しかし、裁判員と裁判官が話し合って事実認定をするのが裁判員制度の眼目である以上、差戻し第一審にも裁判員を加えるべきである。

破棄の理由は、「事実誤認の疑い」であるから、差戻し判決に裁判所法4条の拘束力は生じないとするべきである。この結論は解釈によっても導くことができるが、条文に明記するほうが明確となる。

22) 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、五十嵐二葉「刑事司法改革ははじめの一步」（現代人文社2002年）151—153頁、庭山英雄「司法改革・裁判員制度の課題」法と民主主義367号（2002年）3，6頁。

23) 前注22) 日弁連司法改革実現本部要綱は、検察官控訴を認める場合について、同様の提案をしている。

差戻し審は、通常の第一審と同様の審理をするべきである。裁判員制度・刑事検討会の議論では、公判手続の更新によってそれまでの記録を証拠として利用するという構想も述べられている。しかし、裁判員に記録による判断をさせるのは、適切でない。審理は通常の第一審と同様に行い、ただ、供述不能や自己矛盾供述の生じた場合に、それ以前の審級の公判記録を伝聞例外とするに止めるべきである。

第二次一審判決に対して、再び事実問題控訴を許すべきかどうか、問題である。2度目の無罪判決が出た場合には、それ以上の検察官控訴は被告人に過重な負担を強いるものとして、禁止するべきであろう。それ以外の場合に2度目の控訴を許し、かつ破棄判決に拘束力を認めないと、無限に破棄差戻しと控訴が繰り返されるのではないかと心配もあるかもしれない。しかし、控訴審における事実問題に関する破棄理由が限定されて簡単には破棄されないのが、現実そのようなことが起きるとは考えにくい。

4 日弁連要綱について

日弁連司法改革実現本部は、2002年7月31日付で『「裁判員制度」の具体的制度設計要綱』を発表している²⁴⁾。検察官控訴に対する反対を除けば、この要綱の上訴に関する最大の特徴は、控訴理由があるかどうかを審査する段階と、控訴理由ありとされた後の事実審理の段階とを分ける2段階構造の控訴審を提案していることである。この2段階構造は、大正刑訴において上告審が事実問題を扱う場合に採られていた構成と似ている。第一段階の審査は、裁判官のみにより、第二段階の事実審理は裁判員を加えたものとされている。これは、控訴審自体を2段階構造とすることによって、先に挙げた2つの型を統合しようとするものともいえる。

差戻し第一審判決に対する再度の控訴について考える必要がないという意味では、日弁連要綱は私の案より簡明である。しかし逆に、実質は第一審手続に相当する

24) 日弁連司法改革実現本部・前注22)。私は、この要綱の起草過程での議論の一部に同席して、意見を述べるとともに種々の示唆を受けた。なお、同要綱は季刊刑事弁護33号(2003年)175頁以下にも掲載されている。

完全な直接審理を控訴裁判所で行うことが妥当かどうかという疑問が生じる。それは、証人の出頭にも不便であろう。また、訴訟手続の法令違反などが生じた場合に、上告の余地しかなくなる。事実認定をやり直す審級としては、それは問題であろう。そうすると、破棄後は差し戻すという制度の方が、より適切ではなからうか。この案は双方多数決制度を前提とせず、裁判員の判断に対しても事実認定上訴を可能とする点でも、私案とは異なる。

Ⅲ 量刑に関する控訴

裁判員が加わることによって、量刑にどのような影響があるかは、予測が難しい。しかし、事件ごとに選任される裁判員には、いわゆる量刑相場の知識はない。また、「相場」に従うべきであるという意識も、専門裁判官より弱いであろうことは想像できる。したがって、裁判員が「主体的・実質的」に量刑に関与するならば、現在よりも量刑のばらつきが増えることが予想できる²⁵⁾。

控訴裁判所には、一面では、そのようなばらつきが極端に大きくならないように抑制する役割が期待される。他面で、もし控訴裁判所の裁判官が、すべてを均質な量刑にならすとすれば、第一審での量刑判断に裁判員を加えることの意義が失われる。

そこで、量刑に関する控訴理由は、「刑の量定が不当であって、原判決を破棄しなければ正義に反すると認めるとき」とするべきであろう。これは、原判決後の情状による破棄を定める現行法397条2項を参考にした要件である。その意味は、第一審裁判所に量刑の裁量を認めつつ、公平性の見地からは認できないほどの変異は是正するというものである。控訴審における量刑審査を「点」ではなく「幅」によるものとすることによって、裁判員制度のもとでの控訴審裁判官による量刑審査を説明しようとする見解²⁶⁾もこれに近い。その考え方を条文で表現すれば、上に述べたような破棄理由となるのではなからうか。

裁判員が量刑に関与することをだいたいにするなら、量刑不当による破棄の場合

25) 本庄武「裁判員の量刑参加」一橋論叢129巻1号(2003年)22, 24—26は、調査結果を参照しながら同じ予想を述べている。

26) 原田國男「裁判員制度の導入と量刑」現代刑事法4巻11号(2002年)65, 71頁。

にも事件を第一審に差し戻すことが考えられる。しかし、この理由による破棄であれば、事実認定は動かないので、改めて完全な事実審理をする必要はない。また、破棄するための条件がかなり限定的であることを考えれば、ここでは自判を原則としてもよいであろう。純粋な事実問題ではなく、法律の適用に近いという量刑判断の性格も、この場合に控訴審の裁判官だけで最終結論を出すことの根拠となろう。

ただし、量刑不当による破棄でも、犯情、情状に関する重要な事実の認定が変わるために差し戻しが適切な場合があり得る。そのため、差し戻しも可能としておくべきであろう。この理由による破棄差し戻し判決は、同じ事情のもとで第一次第一審と同じ刑は言い渡せないという限りで、拘束力を認められる。この場合、差し戻し審では、有罪判断は既に確定したものととして、量刑だけをやり直すこととするべきであろう。

Ⅳ 法令違反を理由とする控訴

1 裁判員制度に伴う問題

裁判員制度の下でも、絶対的控訴理由（刑訴法377条・378条）を控訴理由として維持することに問題はない。訴訟手続の法令違反（379条）、法令適用の誤り（380条）についても、控訴理由として残すべきことは、基本的には変わらない。既に見たように事実誤認そのものが控訴理由とされなければ、事実認定についての控訴審の役割は、現在より限定されたものとなる。それだけに、適正な訴訟手続の確保についての控訴審の役割は、かえって現在よりさらに重要となる。

ただし、裁判員が法律問題についても判断に関与する制度を採った場合には、問題が生じる。訴訟手続を含む法律問題の裁定に裁判員が関与するとすれば、裁判員が加わった結果であるその判断を上訴審の裁判官だけの判断で覆すことには、理念上の矛盾があるからである。この点は、一般にあまり意識されていないと思う。たとえばドイツでは、事実審では参審員も合議体の構成員として法律判断に加わる。それでいて上告審に至ると、専門裁判官だけの判断によって、法律問題が判断される。それが不思議と思われないのは、法律問題は専門裁判官が判断するのにふさわしい問題と考えられているからであろう。しかし、このような制度

の下では、市民は法律問題の裁定に関与しているように見えても、実は最終的な決定権を持たないことになる。しかも、量刑とは異なり、法律解釈・適用には、基本的に裁量の余地がない。そのため、事実審の法律判断は、上告審裁判官の判断によって単純に置き換えられることになる。これは、事実審で法律判断に一般市民たる参審員の関与を認めることと一貫しない。

意見書は、裁判員が法律問題、訴訟手続の問題の裁定に関与するかどうかを検討課題として留保していた。たとえば証拠能力の判断について裁判員が関与するべきかどうかについては、現在、論争点となっている。積極論者は、裁判員の権限が大きい方が、実質的な関与が実現され、より民主的であると考え。反対論者は、法律家でない裁判員に法律問題の判断を期待するべきではないと考える。

この問題について、ここで詳論するゆとりはない。簡単にいえば、法律問題の判断に裁判員に関与させるのはふさわしくないと、私は考える。一般市民である裁判員にふさわしいのは、事実問題と量刑判断のように、事件に固有の問題の解決である。法の解釈適用はそれとは異なり、他の事件でも適用可能なはずの規範の選択の問題である。それは法の体系的な理解を前提にし、法律家の論理が必要な場面である。刑法や刑事訴訟法、場合によって憲法の解釈について、裁判官と裁判員とが対等に議論できると考えるのは、現実的でない。あえて裁判員を法律問題に関与させることは、かえって裁判員を裁判官に従属させる結果となるであろう。

したがって、訴訟手続の問題、実体刑法の解釈問題は、原則的に裁判官に委ねるべきである。刑法の内容について、裁判官は裁判員と議論するのではなく、説示をするべきである。裁判官が法の内容についてどう説示するかは、判決結果に非常に重要な影響を持ちうる。したがって、当事者からの批判の機会が保障されるように、法廷でこの説示をするべきである。

このように、裁判員が手続法、実体法の解釈・適用に関与しない制度にすることによって、同時に先に指摘した上訴の問題が回避される。すなわち、法律問題を理由とする上訴を裁判官だけで裁判することが正当となる。

2 訴訟手続の法令違反

訴訟手続の法令違反は、現行法どおり判決に影響を及ぼす場合にだけ上訴理由すなわち破棄理由とすれば足りる。

ただし、原裁判所が誤って証拠能力を認めた場合のように、その違反が事実認定に影響する可能性のある場合は、微妙な問題を生じる。すなわち、たとえばある証拠を除いた場合に原裁判所、とりわけ裁判員がどう事実を認定したかを控訴審の裁判官だけで予測することは困難である。裁判員は裁判官とは異なる証拠評価をする可能性があるからである。そこで、現行法379条の「その違反が判決に影響を及ぼすことが明らかなこと」という要件をそのまま維持することは適切ではない。むしろ被告人控訴の場合—より厳密には被告人に有利な理由による破棄が求められている場合—には、訴訟手続の法令違反が確認されれば原則として破棄することとしつつ、それが明らかに判決に影響しないときには、控訴を棄却できるとするのが適当であろう。これは、上告審に関する現行法410条1項と同様の定め方である。

検察官控訴の場合には、別の問題がある。訴訟手続の法令違反を理由に破棄差戻しをすれば、被告人は再度の防御を強いられる。裁判員制度の下で、この防御は現在よりもさらに負担の大きなものとなろう。その結果再び無罪判決に至るようなことがあれば、控訴審における破棄は、効果に比べてあまりにも代償の大きいものとなる。そこで、検察官控訴の場合—より厳密には被告人に不利な理由による破棄が求められている場合—には、現行法どおり、それが判決に影響のあることが明らかな場合に限って、破棄理由とすることが適当であろう。破棄しない場合でも、訴訟手続の法令違反のあることを判決中で認定すれば、将来に向けて第一審裁判所への警告の効果はある。

訴訟手続の違法を理由とする破棄の場合は、差戻しが必要となる。差戻し判決には、裁判所法4条の定める拘束力が生じる。

3 法令適用の誤り

法令適用の誤りについては、現行法380条を特に変更する必要はない。すなわち、実体法についての解釈・適用の誤りは、判決に影響を及ぼすことが明らかな

場合に、控訴理由となる。先に見たように、法の解釈・適用を裁判官の任務とすれば、控訴審の裁判官がそれを審査することに矛盾はない。

ただし、実体法を適用する過程には、事実認定と区別しがたい部分がある。特に規範的、価値的な要件が適用される場合には、法律問題と事実問題は截然と区別できない。その種の問題については、裁判員は裁判官の法説示に従って判断したと推定するほかない。その説示が誤っており、その結果当事者に不利な判決となったのであれば、それは法令適用の誤りとして扱われる。また、裁判員に対する説示は適切だったが、裁判官自身が判決書の中で誤った法令の適用をしていれば、同様である。裁判官による法説示も、法令適用も適切であるが有罪無罪の判定が誤っているという主張は、事実認定を争う控訴理由として扱うことになる。

法令適用の誤りを理由に破棄する場合も、差戻しが原則となり、破棄判決には拘束力がある。正しい法適用に基づく、裁判員による量刑判断の機会を確保するために、差戻しが必要となる。ただし、改めて事実を認定をしなくても法令解釈だけで無罪の結論が出せる場合には、差戻す意味がないので、自判するべきである。

V 整合的制度の必要性

裁判員制度が適用される事件と、それ以外の事件とで、控訴に関する規定を別にするか、統一するべきかも問題になりうる。私案のように、控訴理由も含めて変更するとすれば、それは裁判員事件に固有な法則となる。したがって、現行法を維持しつつ、裁判員事件の控訴に関する特則を必要な限りで設けるのが、適切であろう。

ここに提案したような限定的控訴制度は、事実認定および量刑に関する控訴審の役割を現在よりも限定することになる。これは被告人の立場から見れば、不安の原因となり得る。控訴審における救済の可能性が、限定されるからである。

しかし、この制度の前提は、第一審で裁判員が「主体的・実質的」に関与して、充実した直接審理が行われることである。さらにその前提として、十分な証拠開示による防御権行使の保障があるはずである。そうであれば、私たちは第一審が中心となる手続の構成に踏み切るべきである。上訴における救済の可能性を広げ

るために、直接主義を不徹底なものに止めるといった選択は、本末転倒であろう。

逆に言えば、第一審手続の改革が、現在行われているような裁判に、少数の裁判員を形式的に加えるだけのものに止まるなら、私案のような上訴制度は、救済の可能性を狭めるだけの危険なものとなろう。

現行法のいわゆる「事後審」制につながる提案は、起草過程で、最高裁を代表する委員から出た。そのとき、提案理由の一つとして、将来陪審裁判が復活すれば、控訴審の役割を限定する構成がより適合的であると説明された²⁷⁾。しかし現実には、陪審裁判は復活されず、事実認定を争う控訴審は「事後審」の名のもとに、記録中心の事実認定の繰り返しをしてきた。通説は、「事後審」である控訴審は事実認定を繰り返さずに、「審査する」だけのはずであるとして、このような運用に対して批判的であった。しかし、条文上は実務の運用に必然性があった。現行法は、事実誤認そのものを控訴理由とし、また控訴理由の有無を判断する過程で広範囲な事実審理を認めているからである²⁸⁾。裁判員制度が導入され、直接主義が徹底したときに、従来の通説が想定してきたような事後審制が初めて現実性を持つであろう。裁判員制度に伴って限定的な控訴制度を採ることは、現行法の起草過程における構想を改めて現実化するという意味を持つ。

(本稿は、平成14年度科学研究費補助金(基盤A)刑事事件の処理と訴追過程の総合的研究による成果の一部である。)

27) 後藤・前掲注4)、278—279頁。

28) 後藤・前掲注4)、306—312頁。控訴審における事実認定審査の方法が基本的には心証の比較であることを認める最近の文献例として、川口政明「上訴—裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅲ』(悠々社2002年)389、392—397頁、香城敏磨「控訴審における事実認定の審査」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集下巻』(有斐閣1998年)621頁、田宮裕『刑事訴訟法』(新版、有斐閣1996年)486—489頁など。ただし、香城は心証を取ることと事実認定をすることは別であるとする。