



Title	戦前刑事控訴制度の理論と実際
Author(s)	胡, 逸維
Citation	阪大法学. 2022, 71(5), p. 213-246
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87396
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

戦前刑事控訴制度の理論と実際

胡
逸
維

- 一 はじめに
- 二 治罪法における刑事控訴制度
 - 1 控訴制度の概要
 - 2 控訴制度の「構造」に関する評価
- 三 明治刑事訴訟法における刑事控訴制度
 - 1 控訴制度の概要
 - 2 控訴制度の「構造」に関する評価
- 四 大正刑事訴訟法における刑事控訴制度
 - 1 控訴制度の概要
 - 2 控訴制度の「構造」に関する評価
- 五 戦前刑事控訴制度の「構造」の再検討
 - 1 二段階の審理と覆審制
 - 2 第一審資料の引継ぎと控訴審の「構造」
 - 3 控訴制度の「構造」の再評価
- 六 おわりに

論

台湾においては、一九二八（民国一七）年七月二八日に公布された「中華民國刑事訴訟法」^①以来、刑事訴訟制度として、長きにわたり「覆審制」が採用されてきたとされる。同制度は、中華民國刑事訴訟法の前身である「大清刑事訴訟律草案」^②においても採用されていたことからすれば、台湾では、刑事手続のいわゆる近代化以来、一貫して「覆審制」が採用されてきたといえる。

もつとも、台湾において、刑事控訴審のあり方は、絶えず批判にさらされてきた。その主たる理由は、「覆審制」の下では、第二審である控訴審においても事件の審理が改めてやり直されるため、第一審の事実認定の比重が低下してきていることに求められる。また、裁判の重複は訴訟経済に反するため、司法に関連する資源が有効に利用されていない等の批判もある。

実際、台湾において、二〇一七（民国一〇六）年に開催された司法改革国会是会議における刑事手続の改正に関する議論においては、「第一審の充実化、第二審の事後審または厳格な統審制化、第三審の厳格な法律審兼上訴（告）許可制化」を内容とする審級制度の「ピラミッド構造化」が改革の目標として設定された。

すなわち、台湾の刑事控訴制度は、現在、改革が迫られているのである。しかし、なぜ台湾の現行の刑事控訴制度は、批判にさらされてきたのか。そもそもこれまで採用されてきた「覆審制」とは、一体どのようなものであるか、また、どのように理解するか等の一連の問題に対する解答はいまだ十分には示されておらず、この点については、台湾の現行刑事訴訟法（以下、「台湾刑法」と呼ぶ）の母法である日本の戦前の刑事手続法についての議論を参考にしながらさらに検討する必要があると考える。

ところで、日本の戦前の刑事手続法——すなわち、治罪法、明治刑訴法、大正刑訴法——における刑事控訴制度の目的は、当事者の具体的救済または法令解釈の統一に求められてきた。他方、その「構造」については、覆審制であると解するほか、事後的再批判制または統審制であると解するものもある。そのうち、覆審制と統審制の区別の基準について、学説では、事件の審理を最初からやり直すか、それとも、第一審の判決の直前の状態に戻ってその審理を継続するかに求められると説明される⁽³⁾。もつとも、戦前刑事控訴制度の「構造」について、一体いかなる理由により上記のような異なる評価が導かれていたかは、必ずしも明確ではない。さらに、戦前の各刑事控訴制度の運用については、実際、どのような問題があったか、また、それぞれの問題に対して、どのような解決策が講じられたかも、必ずしも十分に解明されてはこなかったように思われる。

そこで、本稿においては、日本の戦前の刑事手続法における刑事控訴制度に関する規定と運用の展開過程を確認した上で、各刑事手続法における刑事控訴制度の「構造」と問題点を分析することにした。

二 治罪法における刑事控訴制度

1 控訴制度の概要

日本の刑事控訴制度は、明治一三（一八八〇）年七月一七日に公布され、明治一五（一八八二）年一月一日より施行された最初の近代刑事手続法である治罪法（明治一三年太政官布告第三七号）と同時に導入された。この治罪法は、フランスの法学者であるポアソナードにより、一八〇八年のフランス治罪法を基礎にして起草されたこともあり、予審ないし第一審の基本構造のみならず、上訴制度も基本的にフランス治罪法のものがそのまま継受された。

治罪法における「事実若ク法律ニ附キ裁判ノ錯誤ニ対スル用意及ヒ上訴」（以下、引用に当たり旧字体を新字体

に改めた)については、ボアソナードによれば、それは、「其全体ノ性質ハ事実及ヒ被告人罪科有無ノ裁判ト刑律適用トニ附キ終始裁判上ノ錯誤ヲ防クヲ慮カルニ在リトス」である。⁽⁴⁾ 具体的な方法としては、裁判所の構成及び審理の手續が原審裁判所より慎重かつ厳密で、一級上等の裁判所により控訴の審理を行わせしめ、錯誤のある裁判を是正するとともに、審判の基準を維持するものである。

治罪法においては、重罪、軽罪及び違警罪の区別に応じて、重罪、軽罪及び違警罪裁判所が設けられていた。⁽⁶⁾ その上で、違警罪裁判所の判決に対する控訴は軽罪裁判所に、軽罪裁判所の判決に対する控訴は控訴裁判所に対してすることができるとされていた(同法三三八条、三六五条)。しかし、重罪裁判所が管轄する重罪事件についての控訴は認められていなかった。⁽⁷⁾

違警罪裁判所の判決に対する控訴の申立ては、原裁判所の書記局に控訴申立書を差し出して行わなければならない(治罪法三三九条)。訴訟に関する書類は、検察官により控訴を受けるべき裁判所の書記局に送致し、原審を担当した検察官は控訴を受けるべき裁判所付の検察官に控訴についての意見書を差し出さなければならない(同法三四〇条)。これらの規定は、軽罪裁判所の判決に対する控訴にも準用されている(同法三三八条)。⁽⁹⁾

違警罪裁判所の判決に対する控訴の審理は、軽罪裁判所が軽罪事件の公判の規定により行うものとし(治罪法三四三条一項)、検察官及びそのほかの訴訟関係人が裁判長の許可を得なければ、新たな証人または始審(違警罪裁判所)において陳述した証人を呼び出すことができないとされた(同条二項)。ここにおいて、裁判長の許可がなければ、新たな証人を呼び出すことができないものとされたのは、訴訟を遅延させる目的のみだりに証人を呼び出すことを防ぐためであるのに対して、陳述した証人を呼び出すことができないことについては、それは、原審の調査または公判始末書などがあり、「証人ノ陳述セシ事柄ハ明白ナレハナリ」と説明されていた。⁽¹⁰⁾

軽罪裁判所は（違警罪裁判所の）原判決を是認する判決を行い、またはそれを取り消し、さらに判決を行わなければならぬ（治罪法三四四条一項）。すなわち、「原判決ノ言渡ト意見ヲ同ジクスレバ原判決ヲ認可シ原判決ヲ不当ナリトセハ其ノ言渡ヲ取消シテ更ニ裁判言渡ヲ為スコシ」とされていたのである⁽¹¹⁾。もつとも、被告人のみが控訴を申し立てるときは、控訴を受けた裁判所は、原判決より重い刑の言い渡しをすることができない（同法三四四条二項）。

他方、軽罪裁判所の判決に対する控訴の審理は、控訴裁判所が行うものとされていたが、いかなる手続によるかについての規定が設けられておらず、また、上記の軽罪事件の公判の規定も準用されないものとされた（治罪法三六八条参照）。この点について、「別ニ規定ノ在ラサル上ハ到底違警罪裁判所ノ判決ニ対スル公（控）訴ノ為メ設ケタル手続即チ上来述フル所（軽罪事件ノ公判ニ付キ定メタル規則ニ従ヒ之ヲ裁判ス可キモノトス）ノ規則ニ準拠セサルヲ得サルベシ」との説明もあった⁽¹²⁾。これによれば、軽罪裁判所の判決に対する控訴の審理は、控訴裁判所が軽罪事件の公判の規定により行うことになる。

このように、当初、治罪法においては、違警罪事件と軽罪事件については控訴が認められることが想定されていた。しかし、これら各控訴については、同法の施行前から制約が加えられることになる。すなわち、違警罪事件の控訴については、明治一四（一八八一）年九月二〇日に、布告第四四号「違警罪審判ノ手続ハ当分便宜取計ハシム其裁判言渡ニ就テハ上訴ヲ許サス」が公布され、控訴は実施されなかった。違警罪の裁判については、人民の苦情と官吏の繁雑さを考慮した簡易な手続が設けられていたため、上訴を認めることは簡易な手続の導入の趣旨と合致しないとされたのである⁽¹³⁾。さらに、軽罪についても、同年一二月二八日に、布告第七四号「治罪法中刑事ノ控訴ニ関スル條件ハ当分ノ内実施セス」が公布され、控訴が実施されないものとされた。ここでは、刑事控訴制度は、裁

判上の錯誤を防ぐため必要なものであるにもかかわらず、濫控訴により、莫大な経費を要するおそれがあることを理由にその実施が停止されたのである⁽¹⁴⁾。

とはいえ、財産に関する民事訴訟より「身体」に関する刑事訴訟のほうがより慎重に審理すべきであるにもかかわらず、民事訴訟に対する控訴が認められるが、刑事訴訟に対する控訴が認められないということは、適切ではない⁽¹⁵⁾。そこで、財政問題の回避と控訴申立ての保障を両立させるため、明治一八（一八八五）年一月六日に、上記の布告第七四号が廃止され、布告第二号「軽罪控訴規則」が公布された。それ以降、（軽罪事件の）被告人が裁判費用の保証金を予納することを条件に、控訴が認められることになった（同規則三条）。

他方、違警罪については、明治一八（一八八五）年九月二四日に、裁判所事務の軽減、国費の節約、警察権執行の確保、被告人の利益のため、布告第三一号「違警罪即決例」が公布され、前述の布告第四四号、第八〇号は廃止された。その結果、違警罪の即決については、各府県警察署、警察分署で行うことになり（違警罪即決例一条）、警察（分）署が行う即決処分に対しては、直ちに控訴を申し立てることが許されなかった。なぜなら、即決処分は、司法機関である裁判所により行われる裁判ではなく、行政機関である警察機関により行われる一種の行政処分だったからである。

もっとも、この即決処分に対しては、一定の期間内に司法機関である違警罪裁判所に正式の判決を請求することが認められており（違警罪即決例三条⁽¹⁸⁾）、同判決がある場合には、控訴を申し立てることができた。すなわち、違警罪事件に対する控訴申立ては、被告人の請求により、違警罪裁判所による正式の判決が得られた場合にのみ認められたのである。この正式の判決に対する控訴申立てについては、特に制約が設けられていなかったが、当初、「正式の裁判」の請求自体も、また、その結果得られた判決に対する控訴も、極めて少なかったとされる⁽¹⁹⁾。

2 控訴制度の「構造」に関する評価

では、治罪法における刑事控訴制度の「構造」はどうなっていたのであろうか。

ポアソナードは、控訴を受けた裁判所が原判決を是認し、またはそれを取り消し、さらに判決を行うことは、「控訴ノ覆審ノ効ニ関スル」ものであるとしていた⁽²⁰⁾。そのほか、当時の文献のなかには、控訴制度を「一層鄭重ニ且厳密ナル覆審ノ手続」⁽²¹⁾、また、「事実ノ覆審ヲ為スモノ」⁽²²⁾であると説明するものもある。

このように、治罪法下の学説は、控訴審の構造について「覆審」の語を用いていたが、その意義は必ずしも厳密に特定されていたわけではない。この点について、後の学説には、治罪法下における刑事控訴制度は、「覆審として説明されているが、それは事実点の審査を二回やったという意味であつて、旧刑訴（大正刑訴法）の控訴審のようには一番の裁判にはお構いなく証拠調を全面的にやり直したというものではないので、むしろ続審と解するのが相当であろう」と指摘するものもある⁽²³⁾。

この見解によれば、「覆審」というためには、単に「事実点の審査」をやり直すだけでは足りず、証拠調べも全面的にやり直す必要があるということになる。ところで、治罪法下における控訴の審理には、軽罪事件の公判の規定により行われるにもかかわらず（同法三四三条一項）、始審において陳述した証人を呼び出すか否かについて、裁判長はその決定権を有していた（同条二項）。そこで、この治罪法三四三条二項について、当時の文献のなかには、「既ニ始審ニ於テ事情ヲ詳委シタルユヘ冗費ヲ省カントメナリ」⁽²⁴⁾、また、「既ニ始審ノ際ニ於ケル調書又ハ公判始末書ナルモノアリテ証人ノ陳述セシ事柄ハ明白ナレハナリ」⁽²⁵⁾と説明するものがある。このような理解を前提に、裁判長はその証人を呼び出す必要がないと判断したとき、原審の調書または公判始末書などの訴訟資料を援用することができ、その範囲内では、証拠調べが行われる必要がなかったことから、「覆審」ではないとの評価が導かれ

ているのである。

確かに、当時、上記のような治罪法三四三条二項の解釈の下では、控訴審においては、証拠調べは必ずしも全面的にやり直されていたわけではなかった。しかし、証拠調べが全面的にやり直されないからといって、控訴審の「構造」が統審制になると評価できるかは疑問である。なぜなら、治罪法における刑事控訴制度が、第一審の判決の直前の状態に戻ってその審理を継続するものであるといえるかには疑問があるからである。

この点について、統審制が採用されている現行民事訴訟法（平成八年法律第一〇九号）を見てみると、同法二九六条二項は、「当事者は、第一審における口頭弁論の結果を陳述しなければならない」と定め、二九八条一項は、「第一審においてした訴訟行為は、控訴審においてもその効力を有する」としている。学説では、「控訴裁判所は、第一審で提出された資料と、控訴審で提出された資料を基礎として、不服申立ての限度で独自に事実認定を行い、これに法を適用して事件の審理をやりなおし、その結果と第一審判決とを比較する形で、不服の可否を審理することになる」、また、「控訴審は、原判決の可否を、第一審の審理を基礎とし、その続行としてさらに控訴審で収集した新たな訴訟資料を加えて、事実認定および法令の解釈適用の両面にわたって審査する制度である」と説明される。⁽²⁶⁾ これらの説明からは、統審制においては、第一審の訴訟行為が有効とされ、控訴裁判所の審理が第一審の訴訟資料を全て受け継ぐことが想定されているように思われる。これに対して、治罪法下における刑事控訴制度においては、第一審の訴訟資料は、控訴裁判所が必要と判断した範囲でしか引き継がれず、統審制というための要件がそもそも満たされてはいない。すなわち、証拠調べが全面的にやり直されないからといって、控訴審は直ちに統審制であるといえるわけではないのである。

ところで、治罪法における控訴審については、「事後的再批判制」をとっていたとの説明もある。⁽²⁸⁾ すなわち、同

法はフランス治罪法を基礎にして作られたものであるところ、当時のフランス治罪法の刑事控訴制度においては、「控訴の審理は勿論公判廷において審判すべきものとすも、これは一人の判事調査報告に基づいて行うのであり、新たな証拠調は、裁判所が必要と認める場合に限って許すべきものとなしていた」という「事後的再批判制」がとられていたというのである。⁽²⁹⁾

しかし、治罪法の控訴の審理は、判事調査報告に基づいて行うのではなく、その意味において、フランス法とまったく同一の刑事控訴制度が採用されていたわけではなかった。

ところで、治罪法下の控訴審の手続は、同法三四三条一項及び三四四条一項の下で、「控訴された事件について自ら裁判を行うこと（第一段階）」と「その審理の結果を原判決と対比し、原判決の当否または瑕疵の有無を判断すること（第二段階）」との二段階に分けられていた。このうちの第二段階については、第一審の判断を「事後的に審査するものではあるが、それは戦後の刑事控訴制度の「構造論」における「事後審制」とは異なることに注意しなければならない。なぜなら、「事後審制」においては、事件ではなく、原判決（の当否）が審判の対象とされるのに対して、同制度の下では、確かに、当否または瑕疵の有無の判断は、第一審判決について行われるとしても、それはあくまで事件について行われた新たな審理結果と原判決が一致するか否かという形で行われるのであって、控訴審による審判の対象は、依然として、事件それ自体であったからである。

三 明治刑事訴訟法における刑事控訴制度

1 控訴制度の概要

明治一九（一八八六）年、外務省に設置された法律取調委員会は、条約改正会議で審議中の裁判管轄条約に対処

するために、ドイツの法学者であるオットー・ルードルフを中心として「裁判所構成法」を起草した。後に、これに修正が加えられ、明治二三（一八九〇）年二月一〇日に裁判所構成法（明治二三年法律第六号）が公布され、同年一月一日より施行された。裁判所構成法によって、大審院、控訴院、地方裁判所、区裁判所の四種類の裁判所が設けられ、区裁判所または地方裁判所を第一審とし、地方裁判所または控訴院を第二審とし、控訴院または大審院を第三審とする裁判所制度が導入された⁽³⁰⁾。さらに、裁判所構成法は、治罪法に吻合しない点が多く生じたため、治罪法改正の必要に迫られた⁽³¹⁾。そのため、裁判所構成法にあわせて、同法公布の一月後の明治二三（一八九〇）年三月一〇日に、明治刑訴法が制定されることになった。

明治刑訴法と治罪法の間には、基本的に大きな差異が存在していなかったが、例外的に、上訴制度については大きな変更が加えられた。すなわち、明治刑訴法には、独立した「上訴」編が設けられ、通則、控訴、上告、抗告についての規定がおかれたのである。

刑事控訴制度の目的は、区裁判所または地方裁判所が行った誤謬のある第一審の事件について改めて審理を行い、当事者の具体的救済および法令解釈の統一を達成することにある⁽³²⁾。この点については、「訴訟上不利益ヲ被ムリタル者ヲシテ更ニ其裁判ニ対シ廢毀變更ニ申立ヲ為スコトヲ許スハ真ニ至当ノ法制ナリ」との説明がある⁽³³⁾。

明治刑訴法においては、原則として、違警罪、軽罪、重罪全ての事件の第一審判決に対する控訴が認められ⁽³⁴⁾、また、控訴理由も限定されていなかった。しかし、前述の違警罪即決例及び布告二号が存在していたため、違警罪事件及び軽罪事件に対する控訴は、依然として、一定の制限に服することになった。そのほか、明治刑訴法公布前の明治二三（一八九〇）年二月一〇日に「重罪控訴予納金規則」（明治二三年法律第七号）が公布され、これが重

罪事件に対する控訴についての実質的な制約となつていた。⁽³⁵⁾

明治刑訴法の下では、区裁判所または地方裁判所が第一審として行つた本案の判決及び一八七条に規定する本案前の判決⁽³⁶⁾に対して、それぞれ地方裁判所または控訴院に控訴することができると規定されている⁽³⁷⁾。その手続は、概要、以下の通りである。

すなわち、控訴提起期間は五日間とされ、控訴の申立てを行うには、原裁判所に控訴申立書を提出しなければならない⁽³⁸⁾。控訴申立人による不服の点または理由の提出は要求されておらず、仮に控訴申立人が不服の点または理由を提出しても、控訴の審査に対する拘束力がないものとされた⁽⁴⁰⁾。訴訟に関する書類は、検察官により控訴裁判所付の検察官に送致し、その検察官はこれを裁判所に差し出さなければならない⁽⁴¹⁾。（同法二五六条一項）。

控訴の審理は、控訴裁判所が地方裁判所の第一審の審判に関する規定により行うものとされ（明治刑訴法二五八条一項）、第一審において行われた証人尋問または鑑定については、控訴裁判所が再度の尋問または鑑定が必要であると認めるときは、改めて行うことができるものとされた（同条二項）。この点については、「第一審ニ於テ作りタル公判始末書又ハ訴訟記録ナルモノアリテ第一審ニ於テ為シタル証人又ハ鑑定人ノ供述又ハ鑑定ノ事柄ハ明白ナルノミナラス若シ妄リニ証人又ハ鑑定人ノ呼出ヲ許ストキハ訴訟ヲ遷延セシメンカ為メ無益ノ証人又ハ鑑定人ヲ呼出スノ恐れナシトセス」と説明されていた⁽⁴²⁾。

控訴裁判所は控訴期間を経過した控訴と認めるときは、判決をもって控訴を棄却しなければならない（明治刑訴法二六〇条）。控訴裁判所は原裁判所の管轄違いと認めるときは、原判決を取り消し、その事件を検察官に交付しなければならない⁽⁴³⁾（同法二六二条一項）。原裁判所が不法に管轄違いを言い渡したとき、控訴裁判所は、その判決

を取り消し、事件を原裁判所に差し戻さなければならぬ（同法二六二条二項）。それ以外の場合は、控訴裁判所は第一審判決に拘束されず、事件全般について審理を行い、控訴理由の有無に応じて、控訴を棄却し、または原判決を取り消し、さらに判決をしなければならぬ（同法二六一條⁽⁴⁴⁾）。ここにおいて、控訴理由があるとは、「第一審判決が法律ノ適用、事実ノ認定又ハ刑期ニ付テ誤謬アル場合ヲ謂フ」とされ、⁽⁴⁵⁾これは、「原判決が控訴審ト一致セサル場合」を意味するものと解されていた。⁽⁴⁶⁾これに対して、控訴理由がないとは、「第一審判決が管轄其他訴訟条件ニ関スル法則ニ反セス且其主文並ニ事実ノ認定及法律ノ適用ニ於テ控訴審ノ判断ト一致スルトキ」を意味するものとされた。⁽⁴⁷⁾

ところで、この明治刑訴法に対して、司法省は法律の不備を理由として何回も法改正を試み、明治刑訴法の改正案として、明治三四（一九〇一）年五月に「刑事訴訟法草案」、明治三六（一九〇三）年に「刑事訴訟法案」、大正五（一九一六）年に「改正刑事訴訟法草案」などが提出された。⁽⁴⁸⁾しかし、これらの改正案における刑事控訴制度のいずれも、不利益変更禁止の規定の廃止を除き、基本的には、当初の形のまま維持された。

このうち、刑事訴訟法草案の起草の過程においては、刑事控訴制度それ自体を廃止すべきであるという意見が提出されていた。その理由は、「上級裁判所に於て下級裁判所の判決を変更することは恰も自己の判決を自己に於て変更するものにして理論上裁判の威厳を害する甚だしきものなり且つ従来の例に徴するに控訴の判決が第一審判決を変更する場合の多くは其事実認定の正誤にあらざりて微々たる手続の欠缺に依れる多きを以て被告等が万一を僥倖して控訴を為す者多し是れ被告人が裁判に信用を措かざる所以にして其信用を措かざる所以は控訴制の存するが故なり（中略）国民が第一審裁判の事実認定に不安を抱くものとなれば控訴審なるが故に其の事実認定に安んずるの理由那辺にある止た控訴審は事実審理の最高級裁判所なるが故に国民が之に安んずるとの理由なるか吾人は毫も

其の理由を発見する克はず」というところに求められた。⁽⁴⁹⁾ 不安を解消し、判決を納得させ、安心を得させるべき程度について、そもそも際限がないというのである。

このような刑事控訴制度それ自体を廃止すべきであるとの根拠は、後の学説によれば、控訴審においては、直接審理・口頭審理が制約される以上、真実を発見することは困難であること、また、仮に控訴審の判決は直接審理・口頭審理によるとしても、第一審より劣る証拠を利用することになるため、必ずしも正確な裁判を保障できるわけではないこと、控訴審には有罪の被告人に対する不正な無罪の言い渡し⁽⁵⁰⁾が容易に行われることなどに求められた。⁽⁵¹⁾

もつとも、当時の議論においては、控訴廃止論を支持するものは少なく、全体的には控訴制度を擁護する傾向があったとされ、⁽⁵²⁾ その結果、刑事控訴制度は存置されることになった。すなわち、当時においても、「一事再議の利益新証拠提出の機会を与ふる利益の如きは言ふを俟たず四圍の事情に超然として裁判の公平を維持するを得るが如きは控訴制度の顕著なる利益として理論上存在し得べきのみならず（中略）第一審裁判官の事実の認定、罪刑量量の点に関する万一の過誤を救正する方法として上訴の途を開くは極めて必要なりと謂はざる可らず」との意見が大勢を占めたのである。

刑事控訴存置論の根拠としては、第一審裁判所及びその手続において、正確な裁判を行うに足るべき保証が設けられたとしても、誤判を回避することはできないこと、公判の審理が第一審のみであれば、被告人は公判の趣意を十分に理解し、適当な弁護を行う機会を得ず、裁判所も正確に事実を認定することができないこと、同一事件を再度審査することは、正確な裁判を行うための一大保証であることなどが挙げられていた。⁽⁵⁴⁾

他方、改正刑事訴訟法草案に対しては、これまで覆審制が採用されていた刑事控訴制度を改めて、続審制とすべ

きだとする意見も提出されていた。⁽⁵⁵⁾その理由は、単純に判決の更新を求める運用については、控訴の申立ては、特殊な場合を除き、多くの場合には冒険事業と同一視されることに至り、被告人の射倖心が煽起され、みだりに控訴を求めるとの弊害があるため、このような弊害を防ぐというところに求められた。⁽⁵⁶⁾

2 控訴制度の「構造」に関する評価

明治刑訴法下においては、控訴の審理は、第一審の審理の継続ではなく、第一審の審理と同様の訴訟手続により控訴された事件について、改めて審理を行うものとされた。こうした刑事控訴制度の「構造」については、「控訴ハ第二審或ハ覆審ト称シ事実法律共ニ覆審ヲ求ムルノ方法ナリ換言スレハ第一審ノ裁判ト同一ノ手続ニ從フテ同一ノ審理ヲ為シ同一ノ争点ニ対シテ裁判ヲ為スモノナリ」⁽⁵⁷⁾、また、「控訴審ハ（中略）第一審ノ続審ニアラスシテ第一審ノ覆審ナリ故ニ第一審ノ審理手続又ハ判決ニ拘束セラルル事ナク特別手続ヲ除ク寧ロ第一審ト同様ナル手続ニ依リテ審理シ其自由心証ニヨリ判断スルモノニシテ換言スレハ第一審ノ訴訟手続ヲ反覆スルモノナリ」⁽⁵⁸⁾と説明されていた。

もともと、明治刑訴法下における控訴の審理には、地方裁判所の第一審の審判に関する規定が適用されるにもかかわらず（同法二五八条一項）、第一審において尋問した証人または鑑定人を改めて尋問するか否かについて、控訴裁判所はその決定権を有していた（同条二項）。この点について、当時の文献のなかには、「已ニ第一審テ作リタル公判始末書又ハ訴訟記録ナルモノアリテ第一審ニ於テ為シタル証人又ハ鑑定人ノ供述又ハ鑑定ノ事柄ハ明白ナル」⁽⁵⁹⁾、また、「第一審ノ公判ニ於ケル証言又ハ鑑定ニ関スル証書（公判始末書鑑定書）ノ朗読ノミヲ許容シタルモノニ非ス予審ニ於ケル供述書、鑑定書等モ亦固ヨリ之ヲ朗読スルコトヲ得」⁽⁶⁰⁾と説明されていた。

すなわち、明治刑訴法下における控訴審においては、第一審公判の公判始末書または鑑定書などの訴訟資料を控

訴裁判所の判断により援用することができ、そして、その範囲内では、証拠調べが行われる必要がなかったのである。このことから、こうした刑事控訴制度は、前述の治罪法の説明と同様に、「旧刑訴（大正刑訴法）の控訴審のように一審の裁判にはお構いなく証拠調べを全面的にやり直したというものではないので、むしろ続審と解するのが相当であろう」との評価もある。⁽⁶¹⁾

確かに、当時、上記のような明治刑訴法二五八条二項の解釈の下で、控訴審においては、証拠調べは必ずしも全面的にやり直されていたわけではなかった。しかし、明治刑訴法における控訴審も、治罪法と同様に、第一審の訴訟行為を有効とし、その訴訟資料を全て受け継いでいたわけではなかった以上、これを続審制といってよいかは疑問である。この点については、「多少第一審手続ノ効力ヲ認ムルカ故ニ此点ニ於テ第一審ノ続審ニハアラサルヤノ観ナキニアラスト雖トモ要スルニ右ハ単ニ手続ヲ省略シタルニ過キスシテ第一審ノ訴訟手続ヲ有効ナリトシ該手続ヲ継続シテ第二審ノ手続ヲ為スニアラサルカ故ニ之カ為メニ控訴審ノ覆審性ヲ害スルモノニ非ス」との説明がある。⁽⁶²⁾

ところで、明治刑訴法下の控訴審の手続は、同法二五八条一項及び二六一条の下で、「控訴された事件について自ら裁判を行うこと（第一段階）」と「その審理の結果を原判決と対比し、控訴理由の有無を判断すること（第二段階）」との二段階に分けられていた。このうちの第二段階については、「法律ノ精神ハ復（覆）審主義ヲ採用シ居リタルモノナレドモ旧法（明治刑訴法）ハ其第二百六十一条ニ於テ控訴理由ナシトスルトキハ控訴ヲ棄却シ理由アリトスルトキハ之ヲ取消ス旨ノ判決ヲ為スコトヲ規定シタルヲ以テ恰モ事実ノ覆審ニ非ザルガ如キ外観ヲ呈スル」との指摘もある。⁽⁶³⁾

この点については、治罪法において検討した通り、第二段階での判断は、あくまで事件について行われた新たな審理結果と原判決が一致するか否かという形で行われるのであって、明治刑訴法における控訴審も、やはり、その

審判の対象を事件とする点において、覆審制であると評価すべきであるように思われる。⁽⁶⁴⁾

四 大正刑事訴訟法における刑事控訴制度

1 控訴制度の概要

大正一〇（一九二一）年八月二四日に刑事訴訟法改正調査委員会は全会一致の決議として刑事訴訟法改正案を完成し、翌年二月四日、第四五回帝國議會に提出した。⁽⁶⁵⁾衆議院刑事訴訟法案委員会では大正一一（一九二二）年二月一〇日から三月四日まで合計八回の委員会が開かれ、多少の修正を受けたのち、同年五月五日に大正刑事訴訟法が公布された。⁽⁶⁶⁾明治刑事法と比べれば、大正刑事法には、強制処分権限の付与等捜査機関の権限の拡大、公訴提起・維持に関する検察官の裁量の拡大、被告人の当事者としての地位の強化と権利保障の拡充、弁護士・公判手続の充実、上訴制度の変革、略式手続に関する規定の編入などの改正が挙げられる。⁽⁶⁷⁾

とはいえ、刑事控訴制度の基本的内容は、明治刑事法とほとんど変わりはなかった。すなわち、原則として、全ての事件に対する控訴が認められ、また、控訴理由も限定されていなかったのである。そのほか、裁判所の構成も、明治刑事法時期に施行された裁判所構成法と同様であった。⁽⁶⁸⁾

刑事控訴制度の目的は、区裁判所または地方裁判所の第一審が行った誤謬のある事件について改めて審理を行い、当事者の具体的救済および法令解釈の統一を達成することに求められるものとされた。すなわち、判決は争訟に対する裁判所の確信に基づく判断であるにもかかわらず、その確信は絶対的なものではない。もともと、誤りがない判決を保証しなければ、当事者及び訴訟関係者が、不当に不利益な判決を受けるおそれもある。⁽⁶⁹⁾また、その判断に對して、当事者も必ずしも満足することができるわけではない。⁽⁷⁰⁾そこで、誤りがない、かつ当事者が満足できる判

決を保証することが必要となった。そのため、裁判の瑕疵を是正し、裁判に対する不服の申立てによる判決の更正を求める権利救済という制度が設けられていた。⁽⁷¹⁾

大正刑訴法の下では、区裁判所または地方裁判所の第一審の判決に対して、控訴をすることができる（同法三九四条⁽⁷²⁾）。その手続は、概要、以下の通りである。

すなわち、控訴提起期間は七日間とされ、控訴の申立てをするには第一審裁判所に申立書を提出しなければならない（大正刑訴法三九五条、三九六条⁽⁷³⁾）。控訴申立人による控訴理由の提出は要求されておらず、仮に控訴申立人が控訴理由を提出しても、単なる裁判所の参考資料として扱われ、控訴裁判所の審理に対する拘束力はないものとされていた。⁽⁷⁵⁾ 訴訟に関する書類及び証拠物については、第一審裁判所は検察官に送付し、検察官は、控訴裁判所付の検察官に送付し、その検察官はこれを裁判所に送付しなければならない（同法三九八条一、二項）。

控訴の審理には、別段の規定がある場合を除き、第一審公判の規定を準用する（大正刑訴法四〇七条）。控訴の申立てが法律上の方式に違反し、または控訴権消滅後に行うものである場合には、控訴裁判所においては、判決をもって控訴を棄却しなければならない（同法四〇〇条）。第一審裁判所が不法に管轄違いを言い渡し、または公訴を棄却したとき、控訴裁判所は判決をもって事件を第一審裁判所に差戻すことができる（同法四〇二条⁽⁷⁶⁾）。それ以外の場合は、控訴裁判所は被告事件について、さらに判決を行わなければならない（同法四〇一条一項⁽⁷⁷⁾）。ただし、被告人のみによる控訴または被告人のための控訴の場合には、原判決の刑より重い刑を言い渡すことができる（同法四〇三条）。

もっとも、こうした刑事控訴制度については、控訴裁判所が第一審と同じ審判の手続を繰り返すことの合目的性について議論があった。すなわち、刑事手続の慎重を要することはもちろんであるが、実際、同じ審判の手続を繰

り返すことにより、被告事件に関する審理の時間がさらに延長される一方で、その正確性がどれくらい確保できるかという問題が指摘されたのである。⁽⁷⁶⁾この点について、「従来控訴が動もすれば当事者主義的観念に支配せられ被告人によって濫用されんとする弊あるに顧み、(中略)寧ろ之を廃止するを可とするのである」と説明するものがある。⁽⁷⁹⁾

2 控訴制度の「構造」に関する評価

大正刑訴法下においては、控訴の審理は、第一審の審理を継承したり、第一審の判決の当否を審査したりするものではなく、原審における訴訟資料、控訴申立ての理由に拘束されず、事実認定及び法律適用の全部をやり直すことが想定されていた。⁽⁸⁰⁾控訴裁判所が、原則として、被告事件について、さらに判決を行わなければならないとされていたのは、そのためである。

この点について、立法理由によれば、「控訴ハ事件ニ付覆審ヲ為スモノニシテ控訴裁判所ハ全ク原審ト独立シテ審理ヲ為シ原審ノ判決ノ当否ニ関係ナク更ニ事案ニ対シテ判決ヲ為スヘキモノナリ」とされ、⁽⁸¹⁾「控訴ニ付テハ成ルヘク覆審ノ趣旨ヲ貫カムコトヲ期シタル」との評価がなされてもいた。⁽⁸²⁾

そのほか、大審院も、控訴の申立人は控訴の趣旨を陳述する必要がないこと、⁽⁸³⁾検察官は第一審と同様に被告事件の要旨を陳述しなければならないこと、⁽⁸⁴⁾控訴理由には拘束力がないこと、⁽⁸⁵⁾控訴審の判決には控訴理由の有無を判示する必要がないこと、⁽⁸⁶⁾控訴審は第一審と異なる判決を宣告する場合原判決を取り消す必要がないこと⁽⁸⁷⁾などを判示していたが、これらは覆審制と適合するものといえよう。⁽⁸⁸⁾

もつとも、これに対しては、「上訴ハ覆審手續ナリヤ統審手續ナリヤハ疑アリ原審ノ為シタル証人訊問手續等ヲ反覆セス依リテ生シタル証人調書ノ読聞ヲ為シ証拠ニ供スルヲ得ルカ如キ原判決ノ認メタル事実証拠ヲ引用スルヲ

得ルカ如キ点ヨリ觀察スルトキハ原審ノ継続即続審手続ニハアラサルカト思惟セラレサルニ非ルモ現行法ノ精神ハ
 上訴審ニ於テハ檢事ノ事実ノ陳述ヲ始メトシ総テノ手続ヲ反覆セシメントスルニアリテ証人訊問ヲ為サスシテ其調
 書ノ読聞ヲ為スカ如キハ希望セサル所ナルカ故ニ覆審手続ナリトイフヲ可トス可シ覆審手続ナリト雖トモ同一事件
 ニ対スル訴訟手続ナルカ故ニ全然別箇ノ訴訟手続開始セルニ非ス」との指摘もあつた。⁽⁸⁹⁾ さらに、大審院も、「公判
 調書ハ刑事訴訟法第六十四条所定ノ效力ノ外訊問調書トシテ証拠力ヲ有スルモノトス」と判示し、⁽⁹⁰⁾ また、当時の文
 献のなかにも、「第一審における公判調書や訊問調書を証拠書類として利用することも妨げない」と説明するもの
 もあつた。⁽⁹¹⁾

このような理解を前提に、制度上、控訴審においては、事実認定及び法律適用の全部をやり直すことが想定され
 ていたが、実際には、第一審における証人の訊問調書などの訴訟資料がそのまま証拠とされ、また、控訴裁判所の
 判決にも第一審裁判所の判決に示した事由及び証拠を引用することができた（大正刑訴法四〇五条）ことからする
 と、控訴審が第一審の審理を継続しているかのような運用がなされていたといふのである。⁽⁹²⁾

五 戦前刑事控訴制度の「構造」の再検討

1 二段階の審理と覆審制

以上にみてきた通り、治罪法、明治刑訴法または大正刑訴法下における刑事控訴制度のいずれにおいても、控訴
 の申立てにより、控訴裁判所は第一審裁判所において判決が行われた事件について、第一審の審理を継続するの
 はなく、最初から審理をやり直すことが想定されていたのであり、このような制度は、覆審制と呼ばれてきた。

しかし、明治刑訴法下の控訴審の手続は、「控訴された事件について自ら裁判を行うこと（第一段階）」と「その

審理の結果を原判決と対比し、控訴理由の有無を判断すること（第二段階）との二段階に分けられていた。そのため、当時の刑事控訴制度については、「恰モ事実ノ覆審ニ非ザルガ如キ外觀ヲ呈スル」との指摘もあった。⁽⁹³⁾しかし、この第二段階での判断は、あくまで事件について行われた新たな審理結果と原判決が一致するか否かという形で行われるのであって、控訴審による審判の対象を、事件それ自体とする点において、依然として覆審制であるといふべきであるように思われる。

他方、大正刑法下における刑事控訴制度は、明治刑法のような二段階ではなくなった。すなわち、「控訴された事件について自ら裁判を行う」の第一段階のみとなり、「その審理の結果を原判決と対比し、控訴理由の有無を判断する」段階がなくなったのである。この点について、明治刑法下における刑事控訴制度の「構造」が覆審制であるにもかかわらず、外見上はそう見えなかった点を修正し、名実とも覆審制となったと説明するものがある。⁽⁹⁴⁾

2 第一審資料の引継ぎと控訴審の「構造」

くわえて、戦前の刑事控訴審制度の「構造」を考えるにあたっては、控訴された事件について、最初から審理をやり直すか否かという問題も存在していた。すなわち、戦前の各刑事控訴制度のいずれにおいても、控訴された事件に関わる第一審の訴訟に関する一件記録、証拠物などがそのまま控訴裁判所に提出され、また、これらの資料については、控訴裁判所の裁量により事実認定の根拠として援用することができたのであって、その範囲内では、控訴審による事件の審理は、第一審の審理を「継続」していたともいえるのである。このことは、「覆審制」の概念では、戦前の刑事控訴制度の「構造」を十分に分析することができないということを意味する。⁽⁹⁵⁾

実際、この点に着目して、戦前のいずれの刑事手続法における刑事控訴制度の「構造」についても、前述の通り、そもそも覆審制ではなく、続審制であると評価があつたのである。しかし、その妥当性には疑問がある。

なぜなら、確かに、続審制が採用される控訴審においては、証拠調べが全面的にやり直される必要はない。しかしながら、「続審」が、「第一審の判決の直前の状態に戻ってその審理を継続する」控訴審のことをいうとすれば、そこでは、控訴裁判所が第一審の訴訟資料を全て受け継ぐことが制度上の前提となる。ところが、戦前の各刑事控訴制度のいずれにおいても、第一審の訴訟資料は、控訴裁判所が必要と判断した範囲でしか引き継がれていなかったのであり、その意味において、続審制というための要件がそもそも満たされてはいなかったのである。証拠調べが全面的にやり直されないからといって、控訴審は直ちに続審制であるといえるわけではないのである。

3 控訴制度の「構造」の再評価

このように、「覆審制」または「続審制」のいずれの概念によっても、戦前の刑事控訴制度の「構造」を適切に分類することはできないといわなければならない。

なぜなら、従来の——「覆審制」か「続審制」かの二者択一の——議論においては、実際の運用状況、すなわち、控訴された事件に関わる第一審の訴訟に関する一件記録、証拠物などがそのまま控訴裁判所に提出され、かつ控訴裁判所の裁量により事実認定の根拠として採用することができることを評価する指標が存在していなかったからである。

そこで、戦前の刑事控訴制度の特徴を的確に把握するためには、第一審と控訴審の関係に着目し、「第一審の資料を遮断するか否か」との新たな分析の基準を設ける必要があるように思われる。

この指標を加えつつ、従来の覆審・続審・事後審の分類において用いられてきた観点を改めて整理し直すと、第一審と控訴審の関係については、「控訴審の審判の対象は、事件それ自体であるか、それとも、第一審の判決の当否か（第一観点）」、控訴審の審判の対象が事件それ自体であるとして、「控訴審においては、第一審の資料が遮断

されるか否か（第二観点）、「資料が遮断されないとして、「控訴審は、第一審の審理を継続するか否か（第三観点）」という三つの観点から検討し直す必要があるように思われる。

この判断基準によれば、控訴審は、第一観点においては、「事件審理型」と「第一審判決審理型」に、第二観点においては、さらに「事件審理型」を「資料遮断型」と「資料非遮断型」に分類することができ、第三観点においては、「資料非遮断型」を「審理継続型」と「審理やり直し型」に分類することができることになる。その結果、控訴審は、「第一審判決審理型」、「事件審理・資料遮断型」、「事件審理・資料非遮断・審理継続型」、「事件審理・資料非遮断・審理やり直し型」の四種類に分類することができるように思われる。

この三つの観点をを用いて、覆審制及び続審制を検討してみると、覆審制または続審制が採用される控訴審のいずれにおいても、控訴審の審判の対象は、事件それ自体であり、第一観点においては、いずれも「事件審理型」に分類されることになる。しかし、第二観点においては、覆審制の控訴審では、第一審の資料が遮断されるため、「事件審理・資料遮断型」に相当するように思われる。これに対して、続審制においては、控訴裁判所は第一審の資料を遮断しないため、「資料非遮断型」となり、第三観点においては、控訴裁判所が事件それ自体について、第一審判決の直前の状態に戻ってその審理を継続することが想定されるから、「事件審理・資料非遮断・審理継続型」に相当する。もつとも、前述の通り、「続審制」というためには、第一審の訴訟資料が全て受け継がれる必要があることに注意しなければならない。

他方、事後審が採用される控訴審においては、控訴審の審判対象は、第一審の判決であり、「第一審判決審理型」に相当する。

では、戦前の各刑事控訴制度はどうであろうか。この三つの観点をを用いて検討してみると、戦前の各刑事控訴制

度のいずれも、控訴審の審判の対象は、事件それ自体であり、第一観点では、「事件審理型」に分類されるように思われる。そこで、次に、第二観点を見てみると、第一審と控訴審の間には、資料遮断の仕組みは存在していなかったため、「事件審理・資料非遮断型」となり、第三観点においては、前述の通り、控訴裁判所が事件について、第一審の審理を継続するのではなく、最初から審理をやり直すことが想定されていたから、「事件審理・資料非遮断・審理やり直し型」に分類されることになるものと考えられる。

この「事件審理・資料非遮断・審理やり直し型」は、従来の覆審制でも、続審制でもない新たな類型である。この三つの観点は、単に日本の戦前の刑事控訴制度の基本的性格をよりよく理解するために有益であるにとどまらず、より一般的に、覆審・続審・事後審という類型化に代わる新たな控訴審の分析枠組を提示するものであるように思われる。

いずれにしても、この新たな分析枠組は、とりわけ第一審と控訴審の間の関係性に着目するものであるが、翻ってみると、従来、覆審・続審・事後審の分類の下に論じられてきた刑事控訴制度の「構造」論も、実際には控訴審自体の「構造」ではなく、むしろ、控訴審と第一審の「関係」を問題とするものであったように思われる。

六 おわりに

本稿では、台湾の刑事控訴制度が採用してきた「覆審制」に関する一連の問題を検討する前提として、その母法である日本の戦前の刑事手続法における刑事控訴制度に関する規定と運用の展開過程を確認した上で、それぞれの控訴制度の「構造」、あるいは、より正確には、控訴審と第一審の関係、及び問題点を分析した。

日本の戦前の各刑事手続法下における刑事控訴制度のいずれも、控訴の申立てにより、控訴裁判所は第一審裁判

所において判決が行われた事件について、第一審の審理を継続するのではなく、最初から審理をやり直すのであり、このような「構造」は、覆審制と呼ばれてきたが、実際には、証拠調べが全面的にやり直されなかったため、これを続審制と評価するものもある。しかし、その妥当性には疑問がある。なぜなら、続審制というためには、第一審の訴訟資料を全て受け継ぐ必要があるとの制度上の前提が存在しているが、戦前の各刑事控訴制度のいずれにおいても、そのようなことは、想定されていなかったからである。もつとも、いずれの刑事控訴審においても、第一審の訴訟資料は、部分的に引き継がれてはいた。

すなわち、覆審制と続審制という類型では、戦前の各刑事控訴制度の「構造」を十分に分析することができないのである。そのため、本稿においては、控訴制度の「構造」について、第一審と控訴審の関係を、控訴裁判所の審判の対象、資料の遮断・非遮断、審理の継続・やり直しという三つの観点から捉え直し、「三つの観点から導き出される控訴審の分析枠組」という新たな分析の基準の提示を試みた。この新たな基準の下では、戦前の各刑事控訴制度のいずれも、「事件審理・資料非遮断・審理やり直し型」に分類することができるように思われる。もつとも、こうした「事件審理・資料非遮断・審理やり直し型」の刑事控訴制度は、当時、裁判の威厳を侵害するおそれがある、濫控訴のおそれがある、控訴制度それ自体の目的性に疑いが生じる等の理由により批判にさらされていた。そこで、これらの問題に対する解決策として、刑事控訴制度それ自体を廃止する案や、「覆審制」（事件審理・資料非遮断・審理やり直し型）を改めて、続審制（事件審理・資料非遮断・審理継続型）とする案などが提示されたが、いずれも実現には至らなかった。

ところで、当時、戦前の各刑事控訴制度の運用状況はどうなっていたのであろうか。各法の下における控訴率を見てみると、治罪法においては、明治一九（一八八六）年から二二（一八八九）年までの控訴率の平均は二％であ

った。⁽⁹⁶⁾ 明治刑訴法においては、明治二三（一八九〇）年から三二（一八九九）年までの控訴率の平均は四・四％、明治三三（一九〇〇）年から大正一二（一九二三）年までの控訴率の平均は一七・八％であり、全控訴率の平均は一・一％であった。⁽⁹⁷⁾ 大正刑訴法においては、大正一三（一九二四）年から昭和二二（一九四七）年までの控訴率の平均は一七・三％であった。⁽⁹⁸⁾

すなわち、明治三三（一九〇〇）年に各控訴の制約が廃止されて以降の明治刑訴法及び大正刑訴法の控訴率の平均に着目すれば、控訴率には、ほとんど変わりはなかったのであり、このことから、戦前の刑事控訴制度の運用は、相当に安定していたことががわられる。また、こうした控訴率の平均を一九九七（民国八六）年から二〇〇七（民国九六）年までの台湾刑訴法の「通常公訴事件」⁽⁹⁹⁾の控訴率の平均の四五・一％と比較すれば、台湾において見られたような当事者が最初から控訴審による救済を期待し、第一審を軽視するとの問題は、⁽¹⁰⁾戦前の日本においては存在していなかったともいえる。

本稿で試みたのは、日本の戦前の刑事控訴制度の検討に過ぎない。日本の戦後の刑事控訴制度の変容とその改正動向の検討ないし明治刑訴法・大正刑訴法を継受した中华民国刑訴法下における刑事控訴制度の展開過程の検討については、今後の課題として、取り組んでいきたい。

- (1) 中华民国刑事訴訟法は予審制度の廃止、自訴範囲の拡大、刑事裁判の無償化、簡易手続の新設を除き、基本的には「刑事訴訟条例」をそのまま維持してきた。吴宏耀、种松志『中国刑事訴訟法百年（上）』（中国政法大学出版社、二〇〇二年）三三四—三三六頁。刑事訴訟条例は、一九二一（民国一〇）年一月に、北洋政府が、一九一一（宣統三）年の「大清刑事訴訟律草案」を基礎として、さらに大正一〇（一九二一）年八月二四日に日本の刑事訴訟法改正調査委員会により起草された刑事訴訟法改正案——同法案が、翌年五月五日に公布され、大正一三（一九二四）年一月一日より施行さ

れた「刑事訴訟法」(大正二年法律第七五号、以下、「大正刑訴法」と呼ぶ)の前身となった——を参考にして作られたものである。

- (2) 大清刑事訴訟律草案は、日本の法学者である岡田朝太郎が、明治二三(一八九〇)年一〇月七日に公布され、翌月一日より施行された「刑事訴訟法」(明治三年法律第九六号、以下、「明治刑訴法」と呼ぶ)を参考に起草した草案である。
- (3) 池田修二前田雅英『刑事訴訟法講義』(東京大学出版会、二〇一八年)五三二頁。白取祐司『刑事訴訟法』(日本評論社、二〇二一年)五〇五頁。

(4) 傑・博散徳著(森順正訳)『治罪法草案註釋(第一編)』(司法省、一八八二年)一、三頁。

(5) 治罪法下の裁判所構成では、高等法院は元老院議員及び大審院裁判官を含む七人より、大審院、控訴裁判所、重罪裁判所はそれぞれ五人以上、五人、三人以上の裁判官により構成されるのに対し、軽罪裁判所及び違警罪裁判所は一人の裁判官の単独審であるとされた。井上正一『日本治罪法講義(第七号)』(長尾景弼、一八八九年)一二四—一二四二頁。最高裁判所事務総局『裁判所百年史』(最高裁判所事務総局、一九九〇年)一三三頁。

(6) もっとも、皇室に対する罪、国事に関する罪などについては、高等法院が第一審かつ終審の裁判権を有していた(同法八三条、八九条)。最高裁判所事務総局・前掲注(5)一三三頁。

(7) この点については、「旧制度(治罪法)ノ下ニ在テハ軽罪事件ハ单独判事之ヲ審理シ重罪事件ハ合議判事之ヲ審理セリ此故ニ軽罪事件ハ其初審ヲ簡易ニシテ第二審ヲ許シ重罪事件ハ其初審ヲ鄭重ニシテ第二審ヲ許サス之ヲ以テ刑法ガ罪ヲ區別シタルノ效用モ自然ニ顯ハレタリキタ」との説明がある。小松謙次郎「重罪ノ控訴」法学新報第四卷(一八九一年)二〇頁。

(8) 当時、検察官は裁判所に配置されていた(治罪法三三条)。

(9) 治罪法三六八条は、「第三百三十九条ヨリ第三百四十二条マテ及ヒ第三百四十四条ノ規則ハ此章ニモ亦之ヲ適用ス」としている。

(10) 磯部四郎『現行日本治罪法講義(下巻)』(長尾景弼、一八八九年)一八六頁。

(11) 戸田十畝『大日本治罪法註釋大成(下)』(吉岡平助、一八八二年)二六頁。他方、このような、原判決を是認するか、それとも、原判決を取り消し、さらに判決を行うかについては、それは原判決において事実上または法律上の瑕疵の有無

- の判断であると説明するものもある。井上・前掲注(5) 一二七六―一二七七頁。
- (12) 井上・前掲注(5) 一二七五―一二七六頁。
- (13) そのほか、被告人と裁判官の負担を減少するため、明治一四(一八八二)年九月二〇日の布告第四八号「違警罪ハ当分三府五港ノ市区ヲ除ク外府県警察署ヲシテ裁判セシム」により、違警罪の裁判は、三府五港以外の県では、当分府県警察署で行うことになった。この布告第四八号は、同年一月二八日の布告第八〇号「違警罪ハ府県警察署及其分署ヲシテ裁判セシム」により改正され、全ての違警罪の裁判は、各府県警察(分)署に所属することになった。内閣記録局『法規分類大全治罪門「刑事諸則」(内閣記録局、一八九一年) 一三二―一三三頁。
- (14) 内閣記録局・前掲注(13) 二三四―二三五頁。
- (15) 内閣記録局・前掲注(13) 二二七頁。
- (16) なぜなら、「裁判所ノ審理判決ハ細密鄭重ナルガ故ニ常ニ多クノ日子ヲ要ス。輕微ナル事件ニツキ長ク刑ノ確定セザル状態ニ在ルハ被告人ノ不便トスル所少カラズ。又裁判所ノ数ハ少クシテ其ノ管轄区域大ナルガ故ニ(警察官署ニ比シ)出頭ニ要スル時間、費用及其ノ他ノ負担モ亦從ツテ多大ナル可ク」からである。田邊保皓『違警罪即決例詳解』(日本警察新聞社、一九二二年) 一一頁。
- (17) 注(13) 参照。
- (18) 正式の判決の請求は、上訴の申立てではなく、本来その事件について裁判権のある第一審裁判所の審理判決を要求する意思表示である。また、正式の裁判を請求することができる者は、即決処分 of の言い渡しを受けた本人に限られていた。田邊・前掲注(16) 四三、四六、五一頁。松室致『改正刑事訴訟法論』(信山社、一九九九年) 一六頁。
- (19) 松室・前掲注(18) 一六一―一七頁。
- (20) 傑・博散徳著(森順正訳)『治罪法草案註釋(第三編)』(司法省、一八八二年) 二二二、二八七頁。
- (21) 井上・前掲注(5) 一二四三頁。
- (22) 磯部・前掲注(10) 一八五頁。
- (23) 青柳文雄「明治期におけるフランス刑訴の受容と修正」『刑事裁判と国民性(総括編)』(有斐閣、一九七九年) 一三頁。

- (24) 戸田・前掲注(11) 二六頁。
- (25) 磯部・前掲注(10) 一八六頁。
- (26) 中野貞一郎「松浦馨」鈴木正裕『新民事訴訟法講義』(有斐閣、二〇一八年) 六五〇頁。
- (27) 花村治朗「上訴審の審理構造」新堂幸司ほか編『講座民事訴訟⑦上訴・再審』(弘文堂、一九八五年) 一四二頁。
- (28) 安平政吉『刑事上訴手続論』(中央大学出版部、一九五二年) 三二頁。
- (29) 安平・前掲注(28) 二一、三二頁。中村義孝『ナポレオン刑事法典史料集成』(法律文化社、二〇〇六年) 七五頁によれば、フランス治罪法二〇九条は、「控訴は、裁判官の一人によってなされた報告にもとづいて、一ヶ月以内に法廷で判断されるべきものとする」としていた。
- (30) 区裁判所または大審院により管轄される事件などを除き、軽罪、重罪にあたる犯罪については、原則として、地方裁判所がその第一審の管轄権を有していた。最高裁判所事務総局・前掲注(5) 六七頁
- (31) 内田一郎「刑事裁判の近代化―明治初期から旧刑訴まで―」比較法学第三卷第二号(一九六七年) 二二頁。沢登佳人「沢登俊雄『刑事訴訟法史』(風媒社、一九六八年) 二〇〇頁。
- (32) 豊島直通『刑事訴訟法原論』(明治圖書出版、一九〇〇年) 六八三頁。岡田庄作『刑事訴訟法原論』(巖松堂書店、一九一八年) 六五〇頁。
- (33) 石渡敏一『刑事訴訟法』(信山社、二〇〇二年) 三九七頁。
- (34) 前述の通り、治罪法には、重罪事件についての控訴は認められていなかったが、明治刑訴法には、認められていた。この点については、「新制度ノ下ニ在テハ罪ノ軽重ヲ從テ審理ノ方法ヲ異ニスルコトナキヲ以テ裁判所構成法ハ結局刑法ノ大眼目タル罪ノ区別ヲ殆ド無効ニ帰セシメタルナリ」との説明がある。小松・前掲注(7) 二〇頁。
- (35) 制約は、軽罪事件と同様に、裁判費用の保証金を予納することであり、また、それも、濫控訴により、財政に負担がかかることを回避するためである。明治三三(一九〇〇)年三月三日に、法律第二五号、第二六号により、重罪控訴予納金規則、軽罪控訴規則という両規則が廃止され、控訴に関する権利は初めて条文通り保障されるようになった。「官報」(第四九九八號、一九〇〇年) 四一頁。この両規則が廃止された理由について、濫控訴・訴訟費用の節約原因の不存在、権利保護などが挙げられる。「官報」(號外、一九〇〇年) 二四八頁『衆議院議事速記録第一四號』(一九〇〇年一月二六

- 日)。
- (36) 明治刑訴法一八六条一項によれば、検察官及び被告人は第一審または第二審を問わず、本案の判決があるまで、いつでも管轄違の申立てまたは公判不受理の申立てをすることができる。同法一八七条によれば、一八六条の申立てが、裁判所により却下されたときは、本案の判決を待たず、直ちに控訴または上告をすることができる。一八七条に規定する本案前の判決に対する控訴はそれを指す。
- (37) 検察官を除き、控訴の申立ては判決があるまで何時でも取り下げることができる(同法二四六条)。
- (38) 判決の一部とその他の部分を分割できる場合に限って、原判決に対する一部控訴も認められていた(同法二五一一条)。
- (39) 検察官、訴訟関係人(被告人、被告人の法律上代理人、弁護士、民事原告人・被告人・担当人・参加人など)は上訴することができる(同法二四二条)。弁護士は、被告人の明示した意思に反しない限り、被告人に代わり、上訴することができる(同法二四三条)。被告人の法律上代理人は、被告人の意思に反しない限り、独立して上訴することができる(同法二四四条)。
- (40) 豊島直通『刑事訴訟法新論』(日本大学、一九一〇年)七二六頁。板倉松太郎『刑事訴訟法玄義(下巻)』(私立法政大学、一九一三年)二二〇―二二二頁。
- (41) 裁判所構成法の下では、検察官は裁判所の検事局に配置されていた(同法六条一項)。
- (42) 磯部四郎『刑事訴訟法講義(下巻)』(八尾新助、一九九一年)二〇八―二〇九頁。
- (43) ただし、控訴を受ける地方裁判所は、その事件について第一審の裁判権を有するときは、その事件について裁判を行わなければならない(同法二六三条)。
- (44) もっとも、被告人、弁護士、法律上代理人のみによる控訴または被告人の利益のため検察官が行う控訴の場合、原判決を変更し、被告人に不利な判決を行うことができない(同法二六五条)。他方、控訴申立人が出頭しないときは、控訴裁判所は、欠席判決をもって控訴を棄却しなければならない(同法二六六条)。
- (45) 豊島・前掲注(40)七四五頁。
- (46) 岡田・前掲注(32)六九三頁。

- (47) 林頼三郎『刑事訴訟法論』（巖松堂書店、一九一九年）六七三―六七四頁。
- (48) ただし、いずれも、法改正を担当した調査会や委員会の廃止に伴い、最終的に議会に提出されなかった。
- (49) 栗原藤太郎「改正刑事訴訟法草案に對する意見（二）」『法律新聞第五四號』（一九〇一年）五頁。
- (50) なぜなら、「第二審ニ於テハ第一審ニ於ケルヨリモ、事実ノ判明セザルコトアリテ、第一審ニ於テハ有罪ナルコト明白ナル場合ニ於テ、第二審ハ之ヲ無罪ト為スヲ免レズ。又狡猾ナル被告人ハ、第二審ノ公判マデ、或ル事実証拠ヲ隠蔽シ置キ、之ヲ第二審ノ公判ニ至リテ、新証憑トシテ突然提出スルノ策ヲ施スコトアリ」からである。豊島直通「控訴存廢論」『刑事法評林第三卷第一號』（一九一一年）二三頁。
- (51) 豊島・前掲注（50）二―四頁。
- (52) 後藤昭『刑事控訴立法史の研究』（成文堂、一九八七年）二二四頁。
- (53) 柳川勝二「控訴廢止の可否に就て（上）」『法律新聞第七七號』（一九二二年）三頁。
- (54) 豊島・前掲注（50）一八―二二頁。
- (55) 『刑事訴訟法改正案（大正五年案）ニ對スル意見書』（一九一八年）二三四頁〔大審院〕。そのほか、濫控訴を防ぐため、判決に影響を及ぼさない訴訟手続の違反の場合には、控訴理由がないという規定の新設が必要であるという意見もある。
- (56) 『刑法及刑事訴訟法改正意見書追加』七〇四―七一〇頁〔広島地方裁判所長〕〔宮城控訴院検事長〕〔宇都宮弁護士会〕。
- (57) 松室・前掲注（18）三七八頁。
- (58) 岡田・前掲注（32）六八五頁。同様の説明として、豊島・前掲注（40）七三八頁、林・前掲注（47）六六一頁が挙げられる。
- (59) 磯部・前掲注（42）二〇八―二〇九頁。
- (60) 富田山壽『最近刑事訴訟法要論（下巻）』（有斐閣書房、一九二一年）一一九六頁。同様の説明として、板倉・前掲注（40）二三六―二三七頁が挙げられる。
- (61) 青柳文雄「刑事手続特に上訴制度と刑罰観」『刑事裁判と国民性（理論編）』（慶應義塾大学法学研究会、一九七六年）一一九頁。同・前掲注（23）一三頁。

- (62) 岡田・前掲注(32) 六八五―六八六頁。
- (63) 樫田忠美『改正刑事訴訟法』(法制時報社、一九二二年)二七八頁。
- (64) この点については、「わが旧旧刑訴(明治刑訴法)は、一般的に続審主義であったといわれるが、それは、控訴審の判決形式として、審理の結果、控訴が理由ないとするときにはこれを棄却し、理由があるときは、原判決を取り消した上、被告事件について判決せしめ、外見上再批判的方式によらしめていたからであって、控訴審の性格としては、やはり覆審主義に算えらるべきものであった」との説明もある。安平・前掲注(28) 三二頁。
- (65) 法曹会『刑事訴訟法案衆議院貴族院委員會議録』(法曹会、一九二二年)四頁。
- (66) 沢登Ⅱ沢登・前掲注(31) 二〇五頁。
- (67) 最高裁判所事務総局・前掲注(5) 一三一―一三三頁。
- (68) 区裁判所または大審院により管轄される事件などを除き、原則として、地方裁判所が全ての事件の第一審の管轄権を有していた。最高裁判所事務総局・前掲注(5) 一一五頁。
- (69) 樫田・前掲注(63) 二六九頁。
- (70) 清水孝蔵『増訂刑事訴訟法理論』(巖松堂書店、一九二三年)三六七頁。
- (71) 矢追秀作『刑事訴訟法要義』(松華堂、一九二六年)六一七頁。小山松吉『刑事訴訟法提要』(法政大學、一九二七年)五〇七頁。
- (72) 当事者は控訴の放棄または取下げをすることができるが、被告人は法定代理人、保佐人または夫がいる場合、その者の同意を得なければ、控訴の放棄または取下げをすることができないものとされていた(同法三八二条)。被告人の法定代理人、保佐人または夫は、被告人のため、独立して上訴をする場合、被告人の同意を得て上訴の取下げをすることができる(同法三八三条)。
- (73) 判決の一部とその他の部分を分割できる場合に限って、一部控訴も認められていた(同法三八〇条)。控訴の申立てが法律上の方式に違反し、または控訴権消滅後に行うものである場合には、第一審裁判所は、検察官の意見を聞き、決定をもって控訴を棄却しなければならない(同法三九七条)。
- (74) 検察官または被告人は上訴することができる(同法三七六条)。被告人の法定代理人、保佐人または夫は被告人のた

め独立して上訴することができる（同法三七八条）。原審の代理人または弁護人は被告人の明示した意思に反しない限り、被告人のため上訴することができる（同法三七九条）。

(75) 平沼騏一郎『新刑事訴訟法要論』（日本大學、一九二三年）六〇一―六〇二、六〇六頁。

(76) ただし、控訴裁判所は第一審裁判所に不法に管轄違いを認め、かつ第一審の管轄権を有するとき、第一審の判決を行わなければならない（同法四〇一条二項）。

(77) 被告人が出頭しないときは、控訴裁判所はさらに期日を定めるべきであり、その期日に正当の事由がなく出頭しないときは、被告人の陳述を聞かずに判決を行うことができる（同法四〇四条）。

(78) 小野清一郎『刑事訴訟法講義』（有斐閣、一九四〇年）五三二頁。團藤重光『刑事訴訟法綱要』（弘文堂書房、一九四三年）六三二頁。

(79) 日本法理研究会『日本刑事手續要綱』（日本法理研究会、一九四三年）一〇九頁。

(80) 樫田・前掲注(63)二七七―二七八頁。平沼・前掲注(75)五九九、六〇六頁。法曹会・前掲注(65)六八〇頁。岡田庄作『改正刑事訴訟法原論（總論下巻各論）』（明治大學出版部、一九二四年）四〇四頁。牧野英一『改訂刑事訴訟法』（有斐閣、一九四〇年）四九五頁。小山・前掲注(71)五四二頁。

(81) 『刑事訴訟法案理由書』（法曹会、一九二二年）二四二頁。

(82) 前掲注(81)七頁。法律新聞社『改正刑事訴訟法精義』（法律新聞社、一九二二年）一〇五五頁。

(83) 大判大正一三年一月二日刑集第三卷八二八頁。大判大正一四年五月二五日刑集第四卷三二二頁。大判昭和一〇年二月七日刑集第一四卷七三頁。最一小判昭和二三年九月九日刑集第二卷第一〇号一一九六頁。

(84) 大判大正一三年三月二七日刑集第三卷二四六頁。

(85) 大判大正一三年一月二日刑集第三卷八二八頁。大判昭和一一年二月二三日刑集第一五卷一〇八頁。

(86) 大判昭和二年二月二四日刑集第五卷五五五頁。大判大正一四年二月一日刑集第四卷七四八頁。大判昭和七年三月一四日刑集第一一巻二三三頁。大判昭和七年六月六日刑集第一一巻七四四頁。最一小判昭和三年九月九日刑集第二卷第一〇号一一九六頁。

(87) 大判大正一三年四月一七日刑集第三卷三四七頁。

- (88) 後藤・前掲注(52) 二四九頁。
- (89) 岡田・前掲注(80) 三八九頁。
- (90) 大判昭和一五年二月二八日刑集第一九卷五七頁。
- (91) 團藤・前掲注(78) 六三六頁。
- (92) 岡田・前掲注(80) 三八九頁。
- (93) 樫田・前掲注(63) 二七八頁。
- (94) 樫田・前掲注(63) 二七八頁。もっとも、このような修正については、単なる覆審主義の形式的貫徹を要求するのみであり、「完全な」事実審二つという命題がおよそこれ以上の完成した形態は考えられるものではないとの指摘もある。三ヶ月章「上訴制度の目的」小室直人小山昇先生還暦記念『裁判と上訴(上)』(有斐閣、一九八〇年)二二七頁。
- (95) もっとも、大正刑訴法下における刑事控訴制度は、控訴裁判所の審判権の独自性ないし無制約性を保障するもの——すなわち、控訴の申立てがある以上、控訴裁判所は当事者の具体的な不服の有無に拘らず、原審裁判所の判決に拘束されず、全ての点について、真実に即した裁判をすることができ、またはしなければならないという職権主義の思想——であり、証拠調べの繰返しを原理とするものではなかったとの説明もある。後藤・前掲注(52) 二五一頁。
- (96) この控訴率は、控訴事件の新受・既済・未済件数—控訴院・地方裁判所(総数・新受)を重罪・軽罪事件の裁判所別既済件数・人員—全裁判所(総数・新受)、違警罪正式裁判事件の既済件数・人員—区裁判所(総数・新受)の合計で除したものである。ただし、明治一八年の違警罪の件数が未掲載のため省略する。最高裁判所事務総局『明治以降裁判統計要覧』(最高裁判所事務総局、一九六九年)一一四、一二三、一二四、一二九頁により計算。
- (97) 明治三三(一八九〇)年から三三(一八九九)年の控訴率は、控訴事件の新受・既済・未済件数—控訴院・地方裁判所(総数・新受)を重罪・軽罪事件の裁判所別既済件数・人員—全裁判所(総数・新受)、違警罪正式裁判事件の既済件数・人員—区裁判所(総数・新受)の合計で除したものである。明治三三(一九〇〇)年から大正一二(一九二三)年の控訴率は、控訴事件の新受・既済・未済件数—控訴院・地方裁判所(総数・新受)を重罪・軽罪事件の裁判所別既済件数・人員—全裁判所(総数・新受)、違警罪正式裁判事件の既済件数・人員—区裁判所(総数・新受)、通常第一審事件の新受・既済・未済件数・人員—地方・区裁判所(総数・新受)の合計で除したものである。最高裁判所事務総局・前掲注

(96) 一一四―一一五、一二二、一二五、一二九、一三四頁により計算。

(98) この控訴率は、控訴事件の新受・既済・未済件数―控訴院・地方裁判所（総数・新受）を通常第一審事件の新受・既済・未済件数・人員―地方・区裁判所の合計で除したものである。ただし、昭和一九―二一年の資料が未掲載のため省略する。最高裁判所事務総局・前掲注(96)一一五、一三九頁により計算。

(99) 台湾刑訴法下における犯罪の訴追については、公訴と自訴が併存している。日本の戦前の刑事控訴制度に対比するため、ここでは、公訴事件のみを対象とする。

(100) 二〇一六年以前の控訴率は、一般公開資料として扱われていなかった。一九九七年から二〇〇〇年までの控訴率は、五〇％を超えていたのに対し、二〇〇一年から二〇〇三年までの控訴率は、四五％まで下がり、二〇〇四年以降は、さらに四〇％以下に減少していた。黄國昌『程序法學的實證研究』（元照、二〇一二年）三五七―三六〇頁。

(101) 陳運財「刑事上訴審制度之改革——由日本法論我國第二審上訴審之結構」湯德宗、黄國昌『司法改革十週年的回顧與展望』會議實錄（中央研究院法律學研究所籌備處、二〇一〇年）二八〇、二八六、二九〇頁。もっとも、台湾の刑事控訴制度においては、二〇〇七（民国九六）年の台湾刑訴法の改正により、控訴理由の提示が必要となった。理由のない控訴は、法律上の程式に違反するため、原審法院、控訴法院は、それぞれ決定、判決をもって控訴を棄却しなければならない（同法三六二条、三六七条）。