



Title	戦後刑事控訴制度の成立と展開（二・完）
Author(s)	胡，逸維
Citation	阪大法学. 2023, 73(4), p. 91-114
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/93273
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

戦後刑事控訴制度の成立と展開（二・完）

胡 逸 維

- 一 はじめに
- 二 現行刑事訴訟法の制定と刑事控訴制度
 - 1 戦後の刑事控訴制度改革の動き
 - 2 刑事訴訟法草案下における刑事控訴制度改革
 - 3 「刑事訴訟法を改正する法律案」の審議（以上、73巻3号）
- 三 現行刑事訴訟法における刑事控訴制度
 - 1 制度の概要
 - 2 控訴制度に関する評価
 - 3 裁判員制度と刑事控訴制度
- 四 戦後刑事控訴制度の転換の再検討
 - 1 第一審の構造と控訴審のあり方
 - 2 控訴審自体の「構造論」
- 五 おわりに（以上、本号）

三 現行刑事訴訟法における刑事控訴制度

1 制度の概要

昭和24（1949）年1月1日より、現行刑事訴訟法が施行された。⁽⁸⁴⁾ フランス・ドイツ法制に準拠してきた戦前の各刑事手続法と比べれば、新刑訴法は、新憲法に現れた英米法系的刑事手続の諸原理を大幅に取り入れ、調和させたものであるとされ、⁽⁸⁵⁾ その特徴としては、強制処分にかかる人権保障の趣旨の徹底、起訴独占主義に対する抑制、当事者主義訴訟構造の強化、上訴制度の根本的変革、⁽⁸⁶⁾ 不利益再審の廃止などの変化が挙げられる。

新刑訴法の下での控訴の手続の概要は、以下の通りである。

すなわち、控訴提起期間は14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差し出さなければならない（刑訴法373条、374条）。控訴申立人⁽⁸⁷⁾は、控訴裁判所が指定した期間内に控訴の理由を明示した控訴趣意書を差し出さなければならない（同法376条1項、刑訴規則236条、240条）。控訴の理由は、訴訟手続の法令違反、法令適用の誤り、量刑不当、事実の誤認、再審請求事由、判決があった後に刑の廃止もしくは変更または大赦があったことに限定されている（同法377条から384条）。

控訴の審理には、特別の定のある場合を除き、第一審公判の規定が準用される（同法404条）。控訴の申立てが法令上の方式に違反し、または控訴権の消滅後にされたものであることが明らかとなき、控訴趣意書の記載・提出が所定の手続に違反したときは、控訴裁判所は、決定で控訴を棄却しなければならない（同法385条1項、386条）。公判期日において、検察官及び弁護人は、控訴趣意書に基づいて弁論をしなければならない（同法389条⁽⁸⁸⁾）。控訴裁判所は、控訴趣意書に包含された事項を調査しなければならないとされ、控訴趣意書に包含されない事項であっても、同法377条ないし383条に規定する事由に関しては、職権で調査をすることができる（同法392条⁽⁸⁹⁾）。すなわち、控訴の審理における争点の設定については、原則として、当事者によるものとされる。

これらの調査をするについて、控訴裁判所は、必要があるときは、検察官、被告人もしくは弁護人の請求により、または職権で事実の取調をすることができる（刑訴法393条1項本文）。ただし、第一審の弁論終結前に取調を請求することができなかつた証拠でその事由が疎明されたものについては、刑の量定の不当または判決に影響を及ぼすべき事実の誤認を証明するために欠くことができない場合は、取調は義務的になる（同項但書）。

この刑訴法393条1項本文の「事実の取調」について、判例は、「控訴審における事実の取調は、第一審判決の当否を判断するに必要な範囲にかぎられる。

（旧法における覆審の場合のように、あらたな事実の認定や、刑の量刑を目的としてなさるべきものではない。）」との判断を示し、また、学説にも、「（控訴審が）事後審査のたてまえからいって、事実の取調の資料となりうるのは公訴事実の認定に関するかぎり、原裁判所で取り調べられた証拠また少くとも取調

の請求をした証拠でなくてはならない。あたらしい証拠やあたらしい事実を資料とすることが許されない」⁽⁹²⁾、「控訴が事後審である関係上、第一審にあらわれた証拠によらなければならない」⁽⁹³⁾、「（控訴審は）原則として事後審であるから第一審の弁論終結前に取調を請求できなかった証拠は、調査しない」⁽⁹⁴⁾と説明するものもあった。他方、同項但書によれば、「第一審の弁論終結前に取調を請求することができなかった証拠」⁽⁹⁵⁾でその事由が疎明されたものについては、「刑の量定の不当又は判決に影響を及ぼすべき事実の誤認を証明するために欠くことができない場合」⁽⁹⁶⁾に限り、これを取り調べることを許されると同時に、これを取り調べなければならない。

控訴裁判所は、刑訴法377条ないし383条に規定する事由がないと認めるときは、判決で控訴を棄却しなければならない（同法396条）。控訴裁判所は、同法377条ないし383条に規定する事由があると認めるときは、判決で原判決を破棄しなければならない（同法397条）⁽⁹⁷⁾。さらに、破棄の理由（①不法に、管轄違いを言い渡し、または公訴を棄却したこと、②不法に管轄を認めたこと、③それ以外のこと）に応じて、それぞれ判決で事件を、①原裁判所に差し戻し、②管轄第一審裁判所に移送し、③原裁判所に差し戻し、または原裁判所と同等の他の裁判所に移送しなければならない（同法398条、399条前段、400条前段）⁽⁹⁸⁾。ただし、控訴裁判所は、訴訟記録並びに原裁判所及び控訴裁判所において取り調べた証拠によって、直ちに判決をすることができる⁽⁹⁹⁾と認めるときは、被告事件についてさらに判決をすることができる（同法400条但書）。

控訴制度に関するその後の改正として、昭和28年の刑事訴訟法改正（上訴の放棄の新設、控訴審の調査義務・事実の取調べの範囲の拡張）、平成16年の刑事訴訟法改正（即決裁判手続下での控訴制限）が挙げられる。それぞれの概要は、以下の通りである。

①昭和28年の刑事訴訟法改正

刑訴法は、昭和28（1953）年8月7日に公布された「刑事訴訟法の一部を改正する法律」（昭和28年法律第172号）により、一部改正され、ここには控訴制度に対する重要な変更も含まれていた（同年11月5日より施行）。

控訴制度については、量刑不当、事実の誤認を理由として、控訴の申立をす

る場合、訴訟記録及び原裁判所において取り調べた証拠に現われている事実以外の実事であっても、「やむを得ない事由によって第一審の弁論終結前に取調を請求することができなかった証拠」、「第一審の弁論終結後判決前に生じた事実」を控訴趣意書に援用することができた。この場合には、控訴趣意書に、その事実を疎明する資料を添附しなければならない旨定める刑訴法382条の2が新設された。

刑訴法393条1項の「第一審の弁論終結前に取調を請求することができなかった証拠でその事由が疎明されたものについては、刑の量定の不当または判決に影響を及ぼすべき事実の誤認を証明するために欠くことができない場合に限り、これを取り調べなければならない」とする但書が、「刑訴法第382条の2の疎明があったものについては、刑の量定の不当又は判決に影響を及ぼすべき事実の誤認を証明するために欠くことのできない場合に限り、これを取り調べなければならない」に、同条2項中の「前項」が、「前二項」に改められ（同条3項となる）、「控訴裁判所は、必要があると認めるときは、職権で、第一審判決後の量刑に影響を及ぼすべき情状につき取調をすることができる」（同条2項）、「第393条第2項の規定による取調の結果、原判決を破棄しなければ明らかに正義に反すると認めるときは、判決で原判決を破棄することができる」（同法397条2項）とする規定が新設された。

すなわち、控訴制度については、量刑不当、事実の誤認を理由として、控訴の申立てをする場合、第一審の審理手続に現われなかった資料でも、一定の条件の下に、控訴趣意書に援用することができるとともに、控訴審の調査義務、事実の取調べの範囲も拡張され、また、控訴審が第一審判決後に生じた刑の量定に影響を及ぼすべき情状を考慮して、⁽¹⁰⁰⁾ 原判決の量刑の当否を判断することができるようになったのである。

このような改正について、法務総裁は、「現行法は、旧法（大正刑訴法）のような覆審の制度を廃し、控訴審をもつば第一審の判決の当否を批判するいわゆる事後審とし、第一審判決後に生じた新たな事実は、控訴審においてはこれを考慮することができない建前をとっている」が、「運用の実際は必ずしもこの建前通りでなく、裁判所によってその取扱いが区々になっているのみなら

ず、少くとも刑の量定に関する事実については、この建前を緩和すべきであるという意見が各方面に強い」⁽¹⁰¹⁾、「この要望にこたえるべく第一審判決後の被害の弁償その他の情状に関する事実については、控訴審においてもこれを考慮することができるとするとともに、第一審の当時から存在しながらやむを得ない事由によって公判審理の過程において法廷に顕出されなかった事実も、控訴趣意書に記載して控訴申立の理由を裏づける資料とすることを認め、裁判所の調査義務の範囲を拡張する」⁽¹⁰²⁾と説明している。

ところが、上記のような控訴制度の改正、とりわけ刑訴法393条2項、397条2項の新設について、当時の文献のなかには、「現に行っている第一審強化の努力を無駄にする」⁽¹⁰³⁾、「控訴審の事実審理を強化することには賛成しない」⁽¹⁰⁴⁾との批判もあった。

もっとも、当時の議論においては、控訴制度の改正を批判するものは少なく、全体的には控訴制度の改正を擁護する傾向があったとされた。すなわち、当時においても、「控訴審の構造の変更の結果は、論理的には不徹底なものとなったが、当事者の実際上の要求には合うこととなったといえる。第一審中心主義なるものは理想としてはよいが、現実の第一審はそれほど信頼できない。上級審による是正の道を存置することが実際には非常に必要である」⁽¹⁰⁵⁾、「今回の改正が、控訴審が三審制の第二審であることから来る、当事者の具体的救済、特に事実誤認からの救済ということに多くの考慮を払い、従って事実の取調の範囲を拡張したのは、健全な傾向だといえる」⁽¹⁰⁶⁾と⁽¹⁰⁷⁾の意見が大勢を占めたのである。

いずれにしても、このような控訴制度の改正について、当時の文献のなかでは、「在野法曹は全面的な続審制度——そうして、あわよくば、覆審制度——を要求し、法制審議会でも、わたくしたちのような現状維持論とのあいだにはげしい論争が重ねられたが、一種の妥協案として、こんどの改正案に落ちついたのであった。国会では、この点は全然無修正で原案が通った」⁽¹⁰⁸⁾と説明されていた。

②平成16年の刑事訴訟法改正

平成16（2004）年5月28日に公布された「刑事訴訟法の一部を改正する法

律」(平成16年法律第62号)により、争いのない軽微な事件について、簡易で迅速に裁判をすることができる即決裁判手続が導入された(同年10月2日より施行)。

すなわち、即決裁判手続による判決に対しては、同判決において示された罪となるべき事実の誤認を理由として控訴することが許されず、また、控訴裁判所においても、それを理由として、原判決を破棄することができないものとされる(刑訴法403条の2)。

もっとも、このような控訴制限については、「裁判を受ける権利を侵害し、憲法32条に違反する」かが争われた。この点について、最高裁判所は、「刑訴法403条の2第1項は、上記のような即決裁判手続の制度を実効あらしめるため、被告人に対する手続保障と科刑の制限を前提に、同手続による判決において示された罪となるべき事実の誤認を理由とする控訴の申立てを制限しているものと解されるから、同規定については、相応の合理的な理由があるというべきである」、「刑訴法403条の2第1項が、憲法32条に違反するものでない」との判断を示している⁽¹⁰⁹⁾。

2 控訴制度に関する評価

(一)「事後審制を原則としつつも、例外的に続審制を採用する」ことに関する評価

新刑訴法下における刑事控訴制度は、「控訴理由の有無の判断(第一段階)」と「控訴理由の有無に応じた事件の処理(第二段階)」の二段階から構成されていた。もっとも、第二段階での事件処理において、控訴裁判所は、原則として、控訴された事件について、全面的に審理をやり直さず、原判決を破棄し、事件を差し戻すものとされる。

こうした刑事控訴制度については、「第一審と同じやうに被告事件の審理を繰り返す覆審でもなく、又第一審の手続を続行する継続審でもない。第一審判決に誤がないかどうかを審査するだけの事後審査手続である⁽¹¹⁰⁾」、「従来の始き覆審ではなく、第一審の審判を基盤として、第一審の判決に誤りはないかどうかを調査するにとどまり、原則としては、改めて審理をくりかへすやうなことはしない⁽¹¹¹⁾」、「旧法(大正刑訴法)におけるがごとく原審を一応ご破算にしてもう

一度最初から審理をやり直すという方法をとらず、控訴裁判所が原判決の時⁽¹¹²⁾に立って原判決の可否を審査する方法をとっている」と説明され、このような制度は、「事後審制」と呼ばれてきた。

すなわち、「控訴理由の有無の判断」を行う第一段階においては、控訴裁判所が、当事者の提示する控訴理由を中心に、事後的に原判決の可否を審理することが想定されていたため、「事後審制」であるとの評価が導き出されることになる。

ところで、「事後審制」の刑事控訴制度においては、控訴裁判所は、原則として、「原判決の時」にたち、「原資料」に基づいて、第一審の判決の可否を判断しなければならない。ところが、この点については、それぞれ一定の例外規定が設けられている。前者については、判決があった後に刑の廃止もしくは変更または大赦があった（刑訴法383条2号参照）場合が挙げられる。すなわち、この場合には、第一審の判決の可否を判断する基準時は、「原判決の時」ではなくなったのである。後者については、第一審の弁論終結前に取調を請求することができなかった証拠で、その事由が疎明されたものについては、刑の量定の不当または判決に影響を及ぼすべき事実の誤認を証明するために欠くことができない場合（同法393条1項但書⁽¹¹³⁾）が挙げられる。すなわち、この場合には、原審に現れなかった証拠を提出することができ、第一審の判決の可否を判断する資料は、「原資料」ではなくなったのである。

他方、新刑訴法の下でも、控訴裁判所は、控訴された事件について、訴訟記録並びに原裁判所及び控訴裁判所において取り調べた証拠によって、直ちに判決をすることができると認めるときは、被告事件についてさらに判決をすることができるものとされており（同法400条但書）、この場合では、控訴制度は、事後審制ではなく、⁽¹¹⁴⁾続審の性質を有するものである、あるいは、⁽¹¹⁵⁾続審制であるとの説明もある。

そのほか、刑事控訴制度全般として、「事実の取調をするについては、新たな証拠を取調べる⁽¹¹⁶⁾ことができること勿論である。事実の取調をするかどうかは、一般に控訴裁判所の裁量に属する」が、「『事実の取調』を行ふときは——とくに実体的な事実の取調を行ふ場合において、——新な証拠調および弁論が行は

れ、それが裁判の資料となる点において継続的な性質を帯びてくる。それは全面的な継続審ではない、部分的な継続審である」、すなわち、「事後審的な基本構造の上に、部分的な継続審が接木される」のであり、「事後審にして部分的に継続審であるといふ、複合的な手続構造を呈するに至る」とされたのであると理解する学説もある⁽¹¹⁷⁾。

ところで、「控訴審を部分的な継続審」と理解する上記学説においても、「控訴審の裁判は、その手続が単純な事後審に止まる限りは、専ら訴訟記録および原審において取り調べた証拠によって控訴の理由があるかどうかを判断する」と説明されていた⁽¹¹⁸⁾。すなわち、同学説においても、控訴裁判所は、原則として、「原判決の時」にたち、「原資料」に基づいて、第一審の判決の当否を判断しなければならないとされる点については、異論がないことに注意しなければならない。

(二) 控訴制度の再検討

(1) 第一審の判決の当否を判断する基準と事後審制

ところが、以上にみてきた通り、昭和28年の刑訴法改正の下では、控訴審の調査義務、事実の取調べの範囲が拡張され、また、控訴裁判所が第一審判決後に生じた量刑に影響を及ぼすべき情状を考慮することもできるようになった。

その結果、刑事控訴制度は、依然として、「事後審制」と評価することができるかには疑問が生じることになった。すなわち、一定の条件では、第一審の判決の当否を判断する際には、必ずしも、「原判決の時」にたち、「原資料」に基づいて行われるものではなくなったのである。

この点について、学説では、刑訴法382条の2の新設については、「第一審軽視の傾向を防止することができさえすれば、ある程度にこれを緩和して当事者の利益の保護をはかるのが妥当である」⁽¹¹⁹⁾、「控訴審の事後審としての基本的な性格を変えずに、可能なかぎり、その審判の範囲を拡張しようとしたものである」⁽¹²⁰⁾と説明されていた。

他方、刑訴法393条2項及び397条2項の新設については、「少くとも刑の量定の批判に関してのみ部分的に事後審的性格が破れたものとならざるを得ないであろう」⁽¹²¹⁾、「控訴審は、部分的にはあきらかに続審の性格をもつことになっ

⁽¹²²⁾た」と説明されていた。

これに対しては、刑訴法393条2項、397条2項の新設は、量刑に関するものである限りにおいて、「たとえその事実が第一審判決後のものであっても、必ずしも、控訴審の事後審的性格をくずすものではない」と説明するものもある。⁽¹²³⁾すなわち、「新刑事訴訟法が控訴審を事後審的なものにしたのは、英米の裁判制度を参考にし、第一審重点主義にした結果である」が、「英米では、刑の量定に関する事実は、訴訟の対象となっておらず、裁判所の自由な調査事項であり、したがって、公判廷において情状に関する事実の取調べを行わない」ため、「第一審に重点が置かれるのは、公訴事実の審理すなわち犯罪事実の存否に関する審理であって、量刑事実については、この原則にあてはまらない」というのである。⁽¹²⁴⁾

そのほか、刑事控訴制度全般については、「継続審の接木といふ理論への譲歩に他ならない」、⁽¹²⁵⁾「控訴審の事後審的性格は、或る限度において修正を受け、続審性の登場をみることになった」⁽¹²⁶⁾と説明するものもある。

（２）「第一審と控訴審の関係論——三つの観点から導き出される第一審と控訴審の関係の分析枠組——」による控訴制度の再評価

では、こうした控訴制度について、どのように評価すべきであろうか。

この点について、学説のなかには、「現行刑事訴訟法における控訴審の構造が、基本的に事後審であることについては、異論は見られないが、何をもって事後審と見るか、事実誤認の本質は何かといった点についてはいまだ定説はない」、⁽¹²⁷⁾「控訴審の構造は事後審であると言われ、そのこと自体には特に異論が強かったわけではない。しかし、上訴審の構造として改めて審理を一からやり直す『覆審』や第一審に引き続いて審理、判断する、いわば控訴審で公判手続を更新するイメージの『続審』という概念はかなり明確であるが、事後審の概念は、必ずしも明らかではない」、⁽¹²⁸⁾「刑事控訴審の変革は、現行刑訴法の一つの柱であった。変革は、一口でいえば、旧刑訴法（大正刑訴法）の覆審から事後審へ変わったということである。もっとも、事後審ということばは多義的であり、それほど明確ではない」⁽¹²⁹⁾と指摘するものもある。

なぜなら、「事後審制」という語からは、直接的に控訴審の審判の対象が何

であるかを判断することができないところがあるからである。

そこで、昭和28年の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、「控訴審の審判の対象は、控訴された事件それ自体であるか、それとも、第一審の判決の当否か」という観点から検討し直す必要がある⁽¹³⁰⁾。この判断基準によれば、控訴審は、「事件審理型」と「第一審判決審理型」に分類することができることになる。

確かに、昭和28年の控訴制度の改正では、判断基準時及び判断資料のいずれの基準も緩和された。しかし、控訴審の審判の対象は、それに伴い、「控訴された事件それ自体」となるわけではなく、依然として、「第一審の判決（の当否）」である。「控訴理由の有無の判断」を行う段階においては、控訴裁判所の審判の対象が、事件それ自体ではなく、第一審の判決とされるという意味において、「第一審判決審理型」に分類されよう。この段階においては、控訴裁判所が当事者が提示する控訴理由を中心に、原判決の当否を審理することについては、改正前と変わりはない。

また、このことから、控訴制度の基本的性格をよりよく理解するには、「第一審判決審理型」との分類は、従来の「事後審」の分類より、その特徴を的確に把握するため有益であることがうかがわれる。

ところで、昭和28年の刑訴法改正の際にも、刑訴法400条但書は改正されなかった。前述の通り、この場合には、控訴制度は、「事件審理・資料非遮断・審理継続型」（続審制）に分類されることになる。

すなわち、刑事控訴制度は、「第一審判決審理型」（事後審制）を原則としつつも、例外的に、「事件審理・資料非遮断・審理継続型」（続審制）を採用しているのである。この点については、改正前と変わりはない。

3 裁判員制度と刑事控訴制度

（一）裁判員制度の概要

平成16（2004）年5月28日に、「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」（平成16年法律第63号、以下、「裁判員法」と呼ぶ）が公布され、平成21（2009）年5月21日より施行された。裁判員制度は、国民の中から選任された裁判員が裁判官と共に刑事訴訟手続に関与することが司法に対する国民の理解

の増進とその信頼の向上に資することを目的とするものである（同法1条）。

裁判員制度の対象となる事件は、死刑または無期の懲役もしくは禁錮に当たる罪に係る事件、法定合議事件（裁判所法26条2項2号に掲げる事件）であって、故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪に係るものであり、その審理は、基本的には、裁判官三人と裁判員六人の合議体により行われる（裁判員法2条1、2項）。裁判員は裁判官とともに、対象事件の事実認定、法令の適用、刑の量定を行うのに対して、法令の解釈に係る判断、訴訟手続に関する判断、その他裁判員の関与する判断以外の判断については、基本的に裁判官のみにより行われる（同法6条）。

（二）裁判員裁判と控訴制度

裁判員法の下では、対象事件の控訴について、特別な規定が設けられておらず、刑訴法によるものとされる。この点について、『裁判員裁判実施状況の検証報告書』によれば、「裁判員制度の導入に当たっては、『控訴審は、第一審判決を前提として、その内容に誤りがないかどうかを記録に照らして事後的に点検する事後審査を行うだけであると位置づければ、裁判官のみで裁判体を構成する控訴審が裁判員裁判の判決を審査し破棄することを正当化できる』という認識を前提として、控訴審の規定を改正しないこととされた」とされている⁽¹³¹⁾。

さらに、この点については、控訴審の規定が改正されなかったというものの、「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」という指摘もあった⁽¹³²⁾。

また、最高裁判所の検証報告書によれば、「控訴審を担当する裁判官の間では、控訴審における事実の取調べの在り方については、義務的な事実取調べの範囲を画する刑訴法382条の2第1項の『やむを得ない事由』は厳格に解すべきであり、裁量による事実取調べの範囲も相対的に狭いものになるという意見がほぼ異論なく支持されていた」とされ、「事実誤認の審査については、個々の証拠の評価又はそこからの推論によって第一審判決の認定を導くことに、論理則・経験則違反がないかどうかを審査すべきであって、かつ、それで足り、また、量刑不当の審査については、よほど不合理であることが明らかな場合以

外は第一審の判断を尊重すべきであり、控訴審として許容すべき第一審の量刑の裁量の幅は制度施行前よりもかなり広くなるという共通認識が得られていたといってよい」とされている。

四 戦後刑事控訴制度の転換の再検討

1 第一審の構造と控訴審のあり方

(一)「当事者主義化」した第一審の下での控訴審のあるべき姿

以上にみてきた通り、日本においては、第一審の刑事訴訟の当事者主義化に伴い、刑事訴訟制度は、第二次世界大戦後、「覆審制」(事件審理・資料非遮断・審理やり直し型)から「事後審制」(第一審判決審理型)のそれへ転換とされた。

しかし、仮にこれが、第一審における職権主義及び当事者主義の採用が、控訴審における「覆審制」(事件審理・資料非遮断・審理やり直し型)及び「事後審制」(第一審判決審理型)を理論的に決定づけるという趣旨であるとすれば、その妥当性には疑問がある。

ところで、一般的に、訴訟進行の主導権を裁判所に委ねる方式を職権(追行)主義といい、当事者に委ねる方式を当事者(追行)主義という。職権主義の下では、裁判所が積極的に審理を主導し、真実発見に乗り出すのに対して、当事者主義の下では、裁判所が公平な第三者として、当事者それぞれの立証の当否を判断し、最終的な判断を行うものとされ、前者は、大陸法系とりわけドイツの刑事訴訟法において実現されたのに対して、後者は、英米法系において実現された⁽¹³⁴⁾。このような職権主義と当事者主義の理解について、学説には、「それぞれ英米法と大陸法という異なる司法文化・伝統のもとで発展してきた訴訟形態であり、その背後には、訴訟の存在意義や発見されるべき『真実』に関する基本的な考え方の差異がある(英米法では訴訟を当事者間の紛争解決の場として、大陸法では実体的真実の発見の場として捉える傾向が強い)」と説明するものがある⁽¹³⁵⁾。

くわえて、学説には、「上訴制度も亦、すべての法律制度がさうであるやう

に、歴史的文化的な産物である」、「古代において覆審がまづ発達した。これは覆審が手続構造としてより簡単なものであると同時に、古代国家において、地方的な刑事司法を階層的に監督しようとする組織的な目的に沿ふものであったからであらう」が、「一八〇八年のフランス治罪法によって第二審を覆審制の控訴とし、第三審を事後審とする三審制度が確立された」のに対して、「イギリスにおいては、刑事裁判における上訴は、最近に至るまで、殆ど存在しないといつてよい位に、その発達が遅れてゐた。これは、イギリスの刑事裁判が陪審を主とするものであったのとの関係がある。陪審の判断は国民一般の見解を表現するものとして動かすことのできない権威をもつと同時に、その手続の性質上容易にこれを繰り返すことのできないものである」が、「刑事司法の上に王権を確立することは必要であつた。それは、国王の裁判所に“writ of error”（誤判令状）による救済を請願するといふ一種の上訴方法によって行はれた。この手続では、審理は専ら法律問題に限られ、しかもその法律の違反は記録の上で明かなものに限られた。明かに事後審の型に属するものである」と説明するものもある⁽¹³⁶⁾。

すなわち、「職権主義の下では、捜査から事実認定が始まり、公判を経て上訴裁判所まで、事実認定は連続するものと理解される」、「旧法（大正刑訴法）と同様に職権主義の国の多くは、二審まで事実審として、『事件』について的事实認定を連続させ、一審での事実認定を引き継ぐ『続審』か、または直接第二審が、第一審までの一件記録を全部引き継いだうえで更に事実を新たに重ねる『覆審』がとられた」が、「捜査から上訴審まで、一貫して、その関心、審判の対象は『事件』であり、捜査時から一件記録を積み重ねつつ、階層的に上級裁判所が下級裁判所の活動を監視・監督しつつ刑事裁判が展開される」のに対して、「弾劾主義に立ち、公判を当事者・論争主義のモデルで構成する英米法では、上訴は公判とは全く別の役割を演ずるものと予定される」が、「上訴裁判所は、公判裁判所に代わって事実認定を行う裁判所ではなく、有罪・無罪の事実認定は、当事者・論争主義⁽¹³⁷⁾に則して公判でしか行われぬ、というのが、英米法系での原則である」。

これらの説明からすると、「職権主義」と「覆審制」、「当事者主義」と「事

後審制」の間には、確かに一定の歴史的及び政策的関連性が存在していたことがうかがわれる。しかし、このことから、さらに、両者の間に理論的で一義的な対応関係が認められるとまでいえるかは疑問がある。

なぜなら、日本の場合、少なくとも当初は、第一審の「当事者主義化」は控訴審の「事後審化」を必然的に伴うものとは考えられておらず、また、当初の日本の「職権主義＋覆審制（事件審理・資料非遮断・審理やり直し型）」から「当事者主義＋事後審制（第一審判決審理型）」への転換に関わる議論も、実のところ、決して自明とされていたわけではないからである。より具体的には、GHQが補足的提案を提出するまでは、第一審が当事者主義化されることになったにもかかわらず、依然として「覆審制」（事件審理・資料非遮断・審理やり直し型）の刑事控訴制度が想定されており、また、これに対して、GHQ側からも反対の意見は示されては⁽¹³⁸⁾いなかった。

他方、この「事後審制」（第一審判決審理型）の刑事控訴制度について、参議院司法委員会の公聴会においては、「十分の国力がありまして、そうしてあらゆるそういう面の準備ができますれば、（従前と同じような）事実審として控訴審を残すことはいいことは勿論なのであります」との公述意見もあったとされ、このことから、当初、日本の場合、「当事者主義化」した第一審の下での刑事控訴制度のあるべき姿について、開放的な態度が示されていたことがうかがわれる。

とはいえ、このことは、「当事者主義化」と「事後審化」の組み合わせに理由がなかったということを意味するものではない。なぜなら、戦後日本の刑事控訴制度の転換は、第一審の当事者主義化の下で、第一審が「重たく」なることを前提に、控訴審の負担を減少させるという「政策」の下に実現したものと解されるからである。

（二）戦後刑事控訴制度の転換の「理由」の再検討

現行刑訴法の下で、刑事控訴制度が「事後審」化された理由としては、立法過程をみる限り、次のような点を指摘することができる。

すなわち、当初、最高裁判所の「上訴制度改革の理由」⁽¹³⁹⁾においては、「事件の審理はこれを一审に集中し（当事者主義等）、控訴上告の構造の簡素化を計

らなければ、刑事事件は全体として迅速に審理を行い難い」、「裁判官・検察官の増員に対する抵抗（財政状況、有資格者の反対）」等が指摘されており、その根本的な「理由」は、第一審の当事者主義化の下で、第一審が「重たく」なることを前提に、控訴審の負担を軽減するために求められるように思われる。

もっとも、この点に関しては、その後、刑事控訴制度の目的論に関わる議論もなされていた。すなわち、学説には、「上訴制度の役割については、法令解釈の統一という側面と、当事者の救済という側面とがある。現行の刑事控訴審が、そのうちのどちらを主目的にしているかについては、控訴審の構造論との関係で議論されなければならない重要論点のひとつである」。「大陸法系に属する旧刑法（大正刑法）のもとにおける控訴審は覆審とされていたので、その目的は、もっぱら当事者の救済に向けられていたということができのに対し、現行の控訴審は事後審であるから、事後審＝法律審の定型が示すように、その主目的は法令解釈の統一にあって、それを通じて下級審に対する統制をはかるという面が強調される」と説明するものがある。⁽¹⁴⁰⁾

最高裁判所の改革案ないしその後 GHQ の補足的提案が提出された際に、「人権擁護」の立場から、これら各提案に反対する意見も少なくなかったのも、「覆審制」（事件審理・資料非遮断・審理やり直し型）の「誤判からの当事者の具体的救済」機能を重視したためではないと思われる。⁽¹⁴¹⁾

しかしながら、控訴審の審判の対象を、「第一審の判決（の当否）」に求めることと、その目的を「法令解釈の統一」に求めることは別問題であろう。なぜなら、「事後審制」（第一審判決審理型）においても、量刑不当、事実の誤認が控訴理由とされることからうかがわれるように、当事者の具体的救済の機能も想定されているからである。

すなわち、「上訴制度自体が、原判決に不服を抱いた当事者によって申し立てられる不服申立の制度である以上、制度的にいても、当事者の救済こそが、第一次的な目的であると解すべき」⁽¹⁴²⁾なのであって、「事後審制」（第一審判決審理型）についてもこの点に変わりはないのである。

ところが、刑訴改正案は、GHQ の強い影響を受けて、従来の大陸法的なものから当事者主義を基調とする英米法的なものへの転換を遂げることになった。

これを受けて、「一審の手続が非常に丁重になりまして」、「大体証拠等は全部一審において出尽すという建前をとっておるのでありますから、さらにこれと同じ方法を控訴審においてするだけの必要もない」、「第一審においてすでに証拠資料を出し尽すような制度であるから、従来と異なり被告人擁護にほとんど間然するところがない」などとして、全体的には、刑事控訴制度を改めるべきであるとの意見が出始めることになった。

このように、立法過程においては、現在検討している第一審の審理形態であれば、従来のものよりも綿密な審理が可能となるため、控訴審は従来のように事件について「改めて」審理を行う必要性がなくなり、「事後審制」（第一審判決審理型）を原則としつつも、例外的に、「続審制」（事件審理・資料非遮断・審理継続型）を採用する刑事控訴制度があれば足りるとの認識が共有されていく。

すなわち、「第一審の手続がきわめて鄭重になり、かつ被告人の保護の方法も十分厚くなった以上、控訴審で従来のように覆審することは、実際上の見地からも不可能に近い」……「かつ被告人の保護のためにも、絶対不可欠とも言うことができないので、本案では覆審の制度はやめ、事後審の制度とした」、あるいは、「第一審において極めて徹底した直接審理主義、公判中心主義を採用し、第一審にすべての攻撃及び防禦の資料を集中し丁重にその審理をすることとしたので、控訴審を現行法（大正刑法）通り覆審とする必要が認められない」とされるに至ったのである。

このように、日本の戦後の刑事控訴制度の改革論は、控訴制度の目的論というよりも、「覆審制」（事件審理・資料非遮断・審理やり直し型）の不要論により支配されていたことがうかがわれる。

結局のところ、日本の戦後の「控訴審『事後審』化の決定的な要因」は、「第一審の証拠法の変化に対応した全体としての裁判所、特に控訴裁判所の負担軽減策にあった」というべきであろう⁽¹⁴³⁾。

2 控訴審自体の「構造論」

第一審の構造と控訴審のあり方を考えるにあたっては、さらに、第一審の訴訟構造を当事者主義に求めた場合に、「控訴審」における訴訟進行の主導権を

裁判所と当事者のいずれに委ねるべきかについても検討する必要があるように思われるが、従来、必ずしも十分に検討されてこなかった。

すなわち、「上訴審も広い意味での公判手続に属することはいうまでもない。そうしてその公判手続における基本構造として、当事者主義・職権主義という原則の対立があることも明白な事実である。少なくとも一審においては……この両原則をめぐる、どのように現行公判法の構造を理解すべきであるかが中心課題となっている。しかるにどういうわけか上訴審の議論においては、この問題はいつの間にか構造論としては消え去り、戦前からの問題である覆審、続審、事後審という対立がそこにおける中心テーマとして論じられてきている」⁽¹⁴⁴⁾のである。

とはいえ、この点について、学説には、次のような指摘がないわけではない。すなわち、「近年は、控訴審の審判における当事者主義を強調する見解が有力である。しかし、この見解によっても、職権主義の補充性の程度が第一審より高いことを否定することは困難であろう」。なぜなら、「控訴審には第一審の誤った法令の適用を是正する機能・職責があり、適正な法令の適用という分野は、当事者の主張・立証の有無により左右されるものではない」、「事実認定及び量刑については、当事者の主張・立証の有無に委ねることに親しむ部分であるが」、控訴審には、「刑訴法の一方の基本原理である実体的真実主義の確保及び人権保障の見地からの被告人の具体的救済という機能・職責を担っているという面があり、この機能・職責は第一審よりも強く要請されるからである」⁽¹⁴⁵⁾。

この点について、学説には、「当事者の控訴申立の理由の有無を検討することが控訴審の第一の任務であり、職権による原判決の調査は補充的なものであると考えるか、それとも、控訴審の任務は原判決（その先行手続をも含め）そのものの当否を職権によってでもあらゆる角度から判断することにあると考えるか、ということになるようである」と説明するものもある⁽¹⁴⁶⁾。しかしながら、この点については、刑事控訴制度の改革の「原点」に立ち戻り、控訴審と第一審の関係性及び第一審の構造を考慮に入れながら、考え直す必要があろう。なぜなら、刑事控訴制度は、第一審の「未確定」の裁判に対して、控訴審の裁判による是正を求める不服申立てである以上、第一審との一貫性も当然考慮に入

れる必要があるからである。

ここで、刑事訴訟制度改革の全体像をみなおしてみると、その改革の「原点」は、「公判を刑事手続の中軸に置く」という「政策的考慮」により控訴審の「事件それ自体を審理する」役割を弱めること、すなわち、「当事者主義を強化し第一審の審理を慎重なものにしてそこで当事者に十分に攻撃防禦を尽させることにするとともに、上訴の関係において第一審が軽視されないように」⁽¹⁴⁷⁾することにあった。

そして、「上訴審も広い意味での公判手続に属する」とすれば、控訴審自体の構造についても、やはり、第一審の構造と同様に、原則として、当事者主義を採るのが相当であり、また、この種の構造においてこそ第一審判決を最大限尊重することができるように思われる。

五 おわりに

本稿では、戦後、日本の「覆審制」(事件審理・資料非遮断・審理やり直し型)の刑事控訴制度が一体いかなる理由により「事後審制」(第一審判決審理型)に転換されたか、「覆審制」(事件審理・資料非遮断・審理やり直し型)の刑事控訴制度の運用には、どのような問題があったか、その「事後審化」は「職権主義か当事者主義か」という第一審の構造とどのような関連性を有していたか等の一連の問題を検討する前提として、戦後刑事控訴制度の成立と展開過程を確認した上で、戦後の刑事控訴制度改革の意義を改めて検討し直した。その結果、以下の諸点を明らかにすることができたように思われる。

すなわち、①確かに、「職権主義」と「覆審制」、「当事者主義」と「事後審制」の間には、一定の歴史的及び政策的関連性が存在していた。しかしながら、立法過程から明らかであるように、日本の場合は、少なくとも当初は、第一審の「当事者主義化」は控訴審の「事後審化」を必然的に伴うものとは考えられておらず、刑事控訴制度のあるべき姿について、開放的な態度が示されていた。

もっとも、戦後、「覆審制」(事件審理・資料非遮断・審理やり直し型)の刑事控訴制度は、結局、「事後審制」(第一審判決審理型)に転換された。そこで

は、刑事控訴制度の転換の理由は、第一審の当事者主義化の下で、第一審が「重たく」なることを前提に、控訴審の負担を軽減させることに求められたことが、明らかである。

しかしながら、その後、この「事後審制」（第一審判決審理型）の刑事控訴制度が採用されはじめた当初の日本においては、「誤判救済の余地を拡めるべきである」ことなどを理由として、全面的に続審制度または覆審制度に改める案も提示されていた。

なぜなら、この型の刑事控訴制度において、控訴審は、控訴された事件それ自体の審理を行わず、第一審が行った判決の誤謬の有無（裁判所の判断の誤り）を判断する反面、新事実の主張や新証拠の提出が認められなかったために、誤謬のある判決からの直接救済（「真実と異なる判断」からの救済）という意味では、「事件審理型」と比べて、限界があり、刑事控訴制度としての「誤判救済の機能」は、必ずしも十分に保障することができるわけではないからである。

その結果、昭和28年の刑訴法改正下における刑事控訴制度は、一種の妥協案として、「事後審制」（第一審判決審理型）の刑事控訴制度を維持しつつも、「原判決時」及び「原資料」の基準が緩和されることに落ち着いた。

②日本の刑事控訴制度は、従来の、控訴審を「覆審制」、「続審制」、「事後審制」の三類型に分類する控訴審の「構造論」によっては、十分に説明することはできない。

その原因は、従来の「控訴審の構造論」に次のような意味において理論的に曖昧な点が残されていたことに求められるように思われる。すなわち、「控訴審の構造論」の名の下に論じられてきたのは、実質的には、第一審と控訴審の「関係論」だったのであり、また、その「関係論」においても、複数の異なる観点が明確に区別されることなく一律に論じられていたのである。

そこで、本稿においては、従来の「控訴審の構造論」の名の下に論じられてきた覆審・続審・事後審を、第一審と控訴審の関係性について、控訴審の審判の対象、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すことで、提示した新たな分析の基準（「三つの観点から導き出される第

一審と控訴審の関係の分析枠組)〕により第一審と控訴審の「関係論」を改めて検討し直した。

また、この第一審と控訴審の「関係論」とは独立に、控訴審それ自体における訴訟主体の関係性——主として、当事者主義と職権主義の——を、控訴審自体の「構造論」の名の下に論じた。そこでは、簡単にはあるが、控訴審と第一審の関係性や第一審の構造に応じて、控訴審において当事者主義と職権主義のいずれの構造が選択されることになるのかを検討した。ここでは、「上訴審も広い意味での公判手続に属する」ことから、第一審において当事者主義的な訴訟構造を採る場合には、控訴審の構造も、原則として、第一審の構造と同様であるのが相当であるように思われる。これによって、控訴審それ自体の「構造」についての議論を補った。

(84) そのほか、日本国憲法77条に基づいて、最高裁判所により制定された「刑事訴訟規則」(昭和23年最高裁判所規則第32号、以下、「刑訴規則」と呼ぶ)も同時に施行された。

(85) このような転換について、沢登佳人＝沢登俊雄『刑事訴訟法史』(風媒社、1968年)222頁には、「新刑事訴訟法においては、旧法の糺問主義的痕跡は払拭され権力主義的職権主義的色彩は著しく薄れて、代って英米法系の特色たる当事者主義と被告人の権利保障・自由尊重とが前面に押し出されて来た」、また、裁判所職員総合研修所『刑事訴訟法講義案』(司法協会、2015年)8頁には、「過去の刑事訴訟法の運用に対する厳しい反省と見られよう」と説明するものがある。

(86) 最高裁判所事務総局『裁判所百年史』(最高裁判所事務総局、1990年)248－250頁。

(87) 検察官または被告人は、上訴をすることができる(同法351条1項)。被告人の法定代理人、保佐人、原审における代理人・弁護人は、被告人の明示した意思に反しない限り、被告人のため上訴をすることができる(同法353条、355条、356条)。

(88) 控訴審においては、被告人は、公判期日に出頭することを要しない(刑訴法390条本文)。

(89) 弁護人が出頭しないとき、または弁護人の選任がないときは、同法により弁護人を要する場合または決定で弁護人を附した場合を除き、検察官の陳述を聴いて判決をすることができる(同法391条)。

(90) 第一審において証拠とすることができた証拠は、控訴審においても、これを証

拠とすることができる（同法394条）。

- (91) 最三小判昭和25年12月19日刑集第4巻12号2621頁。
- (92) 團藤重光「新刑事訴訟法と上訴制度」法律新報第748號（1948年）37頁。
- (93) 平場安治『新刑事訴訟法』（法律文化社、1949年）238頁。
- (94) 井上正治『新刑事訴訟法原論』（朝倉書店、1949年）368頁。
- (95) 最一小判昭和26年9月6日刑集第5巻6号1201頁。
- (96) 井上・前掲注(94) 368頁、瀧川幸辰＝海野普吉＝島田武夫＝鈴木勇『新刑事訴訟法解説』（大學書房、1949年）403頁、平場・前掲注(93) 238頁、青柳文雄『刑事訴訟法通論』（立花書房、1950年）360頁、團藤重光『新刑事訴訟法綱要』（弘文堂、1951年）349頁。
- (97) そのうち、注目すべきなのは、裁判所法4条の「上級審の裁判所の裁判における判断は、その事件について下級審の裁判所を拘束する」とする規定、いわゆる、破棄判決の拘束力である。この拘束力は、法律上の判断のみならず、事実上の判断にも及ぶものとされる。また、この拘束力は、破棄をした上級審自身にも及ぶものとされる。最大判昭和25年10月25日刑集第4巻10号2134頁。もっとも、拘束力も一種の内容的確定力であるから、その前提とした証拠状態が新たな証拠の提出などで崩れれば、拘束力がはたらかなくなる。宇藤崇＝松田岳士＝堀江慎司『刑事訴訟法』（有斐閣、2018年）528頁、白取祐司『刑事訴訟法』（日本評論社、2021年）504－505頁。
- (98) ただし、控訴裁判所は、その事件について第一審の管轄権を有するときは、第一審として審判をしなければならない（同法399条但書）。
- (99) もっとも、被告人のみの控訴または被告人のための控訴の場合には、原判決より重い刑を言い渡すことができない（同法402条）。
- (100) 最高裁判所事務総局・前掲注(86) 254頁。
- (101) この点について、鴨良弼「昭和二七・二八年刑事訴訟法改正の意義と性格」ジュリスト551号（1974年）148頁には、「新刑訴法では、控訴審は事後審構造を取り、原判決の正当さを原判決の時点に立って事後的に審判するという建前をとる」が、「この控訴審の新しいありかたに対する法曹の批判的反応も非常に大きかった」、「審理の制限を多少なりとも緩和し、上訴による誤判救済の余地を拡めるべきである」という要望が、ことに在野法曹の間に根づきかった」と説明するものがある。
- (102) 「第13回国会衆議院法務委員会議録第30号」（1952年4月11日）9頁〔木村篤太郎発言〕。
- (103) 團藤重光「刑事訴訟法の一部を改正する法律一批判と解説一」法律時報第25巻第9号（1953年）63頁。

論 説

- (104) 高田卓爾「刑訴一部改正について」日本刑法學會『改正刑事訴訟法一解説と批判一』（有斐閣、1953年）228頁。
- (105) 植松正「刑訴一部改正について」日本刑法學會『改正刑事訴訟法一解説と批判一』（有斐閣、1953年）202頁。
- (106) もっとも、この点について、安平政吉「刑訴一部改正について」日本刑法學會『改正刑事訴訟法一解説と批判一』（有斐閣、1953年）244頁には、「真実に合致した適正の裁判を求める意味において、勿論歓迎すべき改正であるが、これまた濫用され、悪用されると、その内実において、或る程度の覆審への復帰が予想され、懸念されぬではない」と説明するものもある。
- (107) 平場安治「控訴審の改正について」日本刑法學會『改正刑事訴訟法一解説と批判一』（有斐閣、1953年）237頁。
- (108) 團藤・前掲注(103) 62頁。同様の説明として、横井大三「刑事訴訟法一部改正法律略説」法曹時報第5巻第8号（1953年）41頁が挙げられる。
- (109) 最三小判平成21年7月14日刑集第63巻6号623頁。
- (110) 小野清一郎『新刑事訴訟法概論』（法文社、1948年）311頁。
- (111) 井上・前掲注(94) 362頁。
- (112) 平場・前掲注(93) 232頁。
- (113) この点について、最一小決昭和59年9月20日刑集第38巻9号2810頁は、「控訴裁判所は、第一審判決以前に存在した事実に関する限り、第一審で取調ないし取調請求されていない新たな証拠につき、刑訴法三九三条一項但書の要件を欠く場合であっても、第一審判決の当否を判断するため必要と認めるときは、同項本文に基づき、裁量によってその取調をすることができる」としている。
- (114) 團藤・前掲注(96) 355頁。
- (115) 井上・前掲注(94) 369頁、平場・前掲注(93) 239頁。
- (116) 小野・前掲注(110) 318頁。同様の説明として、斎藤朔郎「刑事訴訟の控訴審の性格について」法曹時報第3巻第4号（1951年）52頁が挙げられる。
- (117) 小野・前掲注(82) 389、392-393頁。しかし、こうした説明については、「事後審査の審級であるということを頭から否定されるならば、これはむしろ別問題であります」が、「根本的に事後審理の審級であるということなどをどこまでも認められながら、かように簡単に但書との対比ということだけで、こういうふうに広く考えられるということは、むしろそれこそ文理の方にあまりにとらわれ過ぎた考え方ではないか」、「控訴審の構造というものをあまりにも簡単に無視してしまう」と批判するものもあった。団藤重光『控訴審の構造について』＜裁判官特別研究叢書第34号＞（司法研修所、1951年）21頁。同様の説明として、平野龍一「控訴審の構造」日本刑法學會『刑事法講座第6巻刑事訴訟法（II）』（有斐閣、
- （阪大法学）73（4-112） 780〔2023.11〕

1953年）1254頁が挙げられる。

- (118) 小野・前掲注(82) 401頁。
- (119) 團藤・前掲注(103) 62頁。
- (120) 鴨・前掲注(101) 148頁。同様の説明として、半谷恭一（大阪刑事実務研究会）「刑事控訴審の研究〔第二回〕」判例タイムズ第347号（1977年）36頁、藤野英一「刑事控訴審（事後審）における事実審査・量刑審査について」法曹時報第33巻第3号（1981年）9－10頁、土本武司「刑事控訴審における事実の取調（上）」警察研究第57巻第1号（1986年）6頁が挙げられる。
- (121) 鴨良弼「控訴審の改正について」日本刑法學會『改正刑事訴訟法一解説と批判一』（有斐閣、1953年）214頁。
- (122) 團藤・前掲注(103) 62頁。同様の説明として、土本・前掲注(120) 6頁、平田勝雅「刑事控訴審の構造」法學論集第19巻第1号（1986年）36頁、野間禮二「刑事控訴審のいわゆる続審化に関する考察」判例タイムズ第702号（1989年）7頁が挙げられる。
- (123) 江家義男「刑訴一部改正について」日本刑法學會『改正刑事訴訟法一解説と批判一』（有斐閣、1953年）221頁。
- (124) Lester B. Orfield, Criminal appeals in America p.103 (1939).
- (125) 小野清一郎「概説」日本刑法學會『改正刑事訴訟法一解説と批判一』（有斐閣、1953年）18頁。
- (126) 安平・前掲注(106) 244頁。同様の説明として、石松竹雄『刑事裁判の空洞化－改革への道標－』（勁草書房、1993年）155頁が挙げられる。
- (127) 司法研修所編『裁判員裁判における第一審の判決及び控訴審のあり方』（法曹会、2009年）106頁。
- (128) 大島隆明「裁判員裁判と控訴審の役割－実務家の視点から」刑法雑誌第54巻第3号（2015年）375頁。
- (129) 石井一正『刑事控訴審の理論と実務』（判例タイムズ社、2022年）254頁。
- (130) 注（1）参照。
- (131) 最高裁判所事務総局『裁判員裁判実施状況の検証報告書』（最高裁判所事務総局、2012年）32頁。
- (132) 井上正仁「『考えられる裁判員制度の概要について』の説明」ジュリスト1257号（2003年）148頁。
- (133) John H. Langbein, *The origins of adversary criminal trial* p.1 (2003). 平野龍一『刑事訴訟法概説』（東京大学出版会、2005年）10頁、平良木登規男『刑事訴訟法Ⅰ』（成文堂、2009年）8頁、福井厚『刑事訴訟法講義』（法律文化社、2012年）14－15頁、裁判所職員総合研修所・前掲注(85) 8頁、池田修＝前田雅英

- 『刑事訴訟法講義』（東京大学出版会、2018年）24頁、宇藤＝松田＝堀江・前掲注(97) 8頁、白取・前掲注(97) 75頁。
- (134) 平良木・前掲注(133) 8頁。
- (135) 宇藤＝松田＝堀江・前掲注(97) 9頁。
- (136) 小野・前掲注(82) 378－380頁。
- (137) 渥美東洋『刑事訴訟法』（有斐閣、2006年）490－491頁。同様の説明として、黄朝義『刑事訴訟法』（新學林、2017年）731－734頁が挙げられる。
- (138) もちろん、この点については、当初、第一審の改革の方が先に課題になり、控訴審の改革のことまで手が回らなかったという「歴史的」事情がある可能性は否定できない。
- (139) その内容については、井上＝渡辺＝田中・前掲注(35) 409－410頁参照。
- (140) 平良木登規男『刑事控訴審』（成文堂、1990年）32頁。
- (141) より具体的には、「第一審判決審理型」（事後審）で問題とされる「誤謬」は、「裁判所の判断の誤り」だけであるが、「事件審理型」では、さらに、「真実と異なる判断」も問題とすることになるのである。すなわち、「事件審理型」は、「誤謬からの救済」機能が、「裁判所の判断の誤り」からの救済だけではなく、「真実と異なる判断」からの救済機能をも持つ点において、「第一審判決審理型」（事後審）よりも「誤謬からの救済」機能に優れているのである。
- (142) 平良木・前掲注(140) 34頁。同様の説明として、関正晴「控訴審における職権調査、——攻防対象論の適用範囲——」日本法学第82巻第2号（2016年）408－409頁が挙げられる。
- (143) 後藤・前掲注(8) 293頁。
- (144) 井戸田侃「刑事上訴の構造論」平場安治博士還暦祝賀『現代の刑事法学（下）』（有斐閣、1977年）246頁。
- (145) 石井・前掲注(129) 359頁。また、平田・前掲注(122) 10－11頁は、「理論的には第一審と第二審が同じ構成原理を以て支配されねばならない必然的理由は少しもない」。すなわち、「政策的にも第二審が第一審の当事者主義と違い、仮に、職権主義的構造を採ったとしても、必ずしも不合理ではない。なぜならば、控訴審の目的が真実性と正当性により第一審裁判の是正を目差すものである限り、同じ方法を二回繰り返すよりも、右の目的に適合する異種の方法があれば、これを用いることが、より合目的であり、政策的というべきであろう」としていた。
- (146) 千葉裕「控訴審における当事者主義と職権主義」鴨良弼先生古祝賀論集『刑事裁判の理論』（日本評論、1980年）353頁。
- (147) 團藤重光「上訴、とくに控訴審」日本刑法學會『改正刑事訴訟法—解説と批判—』（有斐閣、1953年）73頁。
- （阪大法学）73（4-114） 782〔2023.11〕