

刑事控訴制度の制定における控訴廃止論の影響

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学大学院 公開日: 2015-04-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 高橋, 正太郎 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/17022

刑事控訴制度の制定における控訴廃止論の影響

Zur Diskussion über Abschaffung der Berufung in der japanischen Strafprozessordnung

博士後期課程 公法学専攻 2010 年度入学

高 橋 正 太 郎

TAKAHASHI Shotaro

【論文要旨】

刑事控訴審の構造は、旧法と現行法では基本的に異なるとされる。しかしながら、現行法には旧法からの連続性が全く認められないかという点、そうではない。その要素は何かというのが、本稿における問題提起である。特に、現行の刑事控訴制度はどんな要素で構成され、何に影響を受けて設計されたのかという疑問を解決するのが本稿の目的となる。少なくとも、その一部を明らかにする、またはこれまで論じられてきた諸要素に付け加えることを試みる。特に、旧法からの連続性を中心に、そこにおいて議論された「控訴廃止論」が実質的に実現されていることに焦点を当てる。

そのため、本稿ではまず、控訴審の構造が覆審制から事後審制へと変遷していく流れ及び、現行刑事控訴制度の制定過程における議論において、旧法からの連続性が見受けられることを指摘したうえで、それらがどのような形で現行刑事控訴制度に影響しているのかを説明していく。その後、控訴廃止論の実質的实现について説明する。

【キーワード】 控訴廃止論 Berufung 改善型アプローチ 裁判所の負担軽減 爾後審査

目次

はしがき

一 現行刑事控訴制度の制定過程に見る旧法からの連続性

(一) 改善型アプローチの存在

(二) 旧法からの連続性

二 戦前における控訴審の型の議論

(一) ドイツにおける議論の影響

(二) 爾後審査から事後審へ

三 控訴廃止論の実質的実現

(一) 覆審制の廃止

(二) 裁判所の負担軽減

結論

はしがき

刑事控訴審の構造が論じられる場面においては、上訴手続の理念型が覆審、続審、事後審の3種類想定され、「旧法の控訴審は、まったく新たに審理を繰り返す覆審であった。現行法の控訴審は、原判決の当否を審査する事後審である」¹というような評価を受けることがほとんどである。従って、旧法と現行法では、その構造が基本的に異なるとされる。但し、現行法には旧法からの連続性が全く認められないかという点、そうではない。刑事訴訟法全体として、その端々に旧法の残滓が存在しているのと同様、その控訴制度の設計においても、なお旧法から引き継いだものが存在するのではないかと思われるのである。

では、その要素は何かというのが、本稿における問題提起である。特に、旧法と現行法では構造が異なるとされながら、現行法の運用状況は、いわば旧法の覆審寄りの構造であるところの続審に近いというのが実情であると揶揄されていることに鑑み、現行の刑事控訴制度はどんな要素で構成され、何に影響を受けて設計されたのかという疑問を解決しなくてはならないと思われる。

何故なら、刑事手続への裁判員制度の導入によって、そのような第一審を前提とした控訴審の在り方が模索されている昨今においては、現行法が昭和23年に制定された後、同28年に改正された際のような、解釈を立法に反映させる必要性が生じた場合に備えなくてはならないと思われるからである。今後どのような制度を設計するかは、現行の制度がどのように設計されたのかを踏まえなければ、その構造上問題とされている部分につき、前回の轍を踏む可能性がある。それを看過することはできない。

本稿の目的は、現行刑事控訴制度の構成要素について、その一部を明らかにする、またはこれまで論じられてきた諸要素に付け加えることである。特に、旧法からの連続性を中心に、そこにおいて議論された「控訴廃止論」が実質的に実現されていることに焦点を当てる。

そのため、本稿ではまず、控訴審の構造が覆審制から事後審制へと変遷していく流れ及び、現行刑事控訴制度の制定過程における議論において、旧法からの連続性が見受けられることを指摘したうえで、それらがどのような形で現行刑事控訴制度に影響しているのかを説明していく。そ

¹ 平野龍一『裁判と上訴』（有斐閣、1982年）145頁。いわゆる控訴審構造論においては、このような見解が通説である。

の後、控訴廃止論の実質的実現について説明する。

一 現行刑事控訴制度の制定過程に見る旧法からの連続性

旧法における刑事控訴審の構造は覆審制であったが、現行法におけるそれは事後審制になったというのが通説であり、この見解に争いは見られない。覆審制とは「すでに第一審判決がなされていることにこだわらず、みずからも第一審のような立場で審査を行う方式」²であり、事後審制とは「原判決の当否を事後的に審査する方式」³であるとされる。大雑把に表現すれば、「やり直し」と「見直し」である。従って、このように制度が異なることから、現行刑事控訴制度の設計はそれこそ「作り直し」であったかのような印象を受けるが、その制定過程を見ると、必ずしもそれだけではない。

構造の差異という面に着目した場合、現行制度の基礎となった「上訴制度改革についての提案」⁴が、制定過程終盤の刑事訴訟法改正協議会において突如として提出されていること及び、現行控訴制度が旧上告制度と類似していることから、一見旧法の控訴制度を改善するというアプローチ（以下、「改善型アプローチ」）よりも、全く違う制度を新設するというアプローチ（以下、「新設型アプローチ」）を用いたように見受けられる。しかし、そこに影響を及ぼしたものは何かという面に着目した場合、裁判所の負担軽減であるとか、控訴廃止論という議論等の思想的背景が浮かび上がり、前述の構造的差異という面も、これらの議論が旧法から継承された帰結であることを垣間見ることができると思われるのである。

そこで、まずはその制定過程における現行刑事控訴制度の構成要素を明らかにしなくてはならないであろう。何故現在のような形になったのかという観点を端緒に、現行制度が形作られていく中で旧法から継承されたものは何かということについての考察を試みる。そのため、新設型アプローチについては、本稿の趣旨から外れるので、内容を詳細に論じることはせず、その存在を確認するにとどめることを付言しておく。

（一）改善型アプローチの存在

何が影響を及ぼしたかということ考察するに際しては、第一に、こと控訴制度の設計については、少なくともその途中まで、そしておそらくは全体を通して「旧法の制度を改善する」というアプローチがとられていたと考えることができる。

その説明には、まず、旧法に対する改正論は既に存在していたということを指摘しなくてはならないであろう。その改正論の蓄積が、敗戦後、急速に司法制度改革の構想となって具体化したとされているためである⁵。戦前に示されていた諸々の改革案が戦後の改正作業に深い影響を与

² 松尾浩也『刑事訴訟法 下 [新版補正第二版]』（弘文堂、1999年）213頁。

³ 松尾・前掲注2、213頁。

⁴ 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）120頁以下。

えなかったということはないであろうし、現行控訴制度の設計が、少なくとも旧法の改正論（いわゆる「司法制度改善論」⁶⁾の影響を受けた面を持つことは確実であると思われる。例えば、司法制度改善論で問題とされていたことの中には、「大審院における事実審理を廃止する必要があるのではないか」という問題や、「予審制度を改正する必要があるのではないか」という、制度設計に関する問題が挙げられている⁷⁾。

また、この議論における「司法制度改善の目標」には、(1) 負担の軽減や、(2) 訴訟の敏速及び訴訟経済の総合的な実現などが含まれていた。その後の順序としてまず槍玉に挙げたのは予審制度であったが、大審院の事実審理についても改正の必要性が検討されており、ここには既に現行制度へと通じる見解が見受けられる。今日においても繰り返し強調される「訴訟促進」の要請に至る一貫した系譜と評されている⁸⁾。ただ、この時点で最も力が注がれたのは予審制度の修正であり、その廃止を望む声が大きかったとされる。従って、現行制度の制定時に強調された、上告審の役割の制限に関しては、どのように改正したいかというプランが詳細ではない。しかしながら、このような予審制度修正案の検討は、後に裁判所全体としての負担軽減であるとか、第一審集中主義の強化という観点を強調することへの布石と言えるであろう。

そして、戦後の司法制度改正審議会設置により、予審制度修正案は現実のものとなる。審議会の方策案に「予審制度の廃止」が掲げられ⁹⁾、その審議過程において支持を受けるに至ったのである¹⁰⁾。その後、この活動から得られた答申を叩き台に、司法省刑事局別室が具体的な改正法を立案する段階へと進んでいくのだが、この時点での「改正要綱案」には、予審の廃止と公判準備の拡充強化が挙げられている¹¹⁾。おそらく第一審集中主義の萌芽であり、少なくとも司法制度改善論から地続きの改善型アプローチと思われる。

この辺りから控訴制度の設計作業が徐々に活発になってゆくのだが、差し当たり昭和21年のマッカーサー憲法草案が意識され始めた序盤においては、さしたる動きは見られなかった。捜査、公訴、公判については、憲法草案の影響が大いにあったと思われるが、控訴制度については、いわゆるリーガル・ユニットの修正意見も、特に何か述べているわけではない¹²⁾。最初の大きな動きは、司法省刑事局別室で作成された「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」に記載された「二審制を原則とし、控訴院を上告審とすること」という審級の提案である¹³⁾。こ

⁵⁾ 刑事訴訟法制定過程研究会（団藤重光・松尾浩也担当）「刑事訴訟法の制定過程（一）」法学協会雑誌91巻7号（1974年）1092頁以下。なお、以下の脚注において「○○担当」とは、刑事訴訟法制定過程研究会のメンバーを指す。

⁶⁾ 団藤・松尾・前掲注5, 1094頁。

⁷⁾ 団藤・松尾・前掲注5, 1095頁。

⁸⁾ 団藤・松尾・前掲注5, 1096頁。

⁹⁾ 松尾浩也担当「刑事訴訟法の制定過程（三）」法学協会雑誌91巻10号（1974年）1530頁。

¹⁰⁾ 松尾浩也担当「刑事訴訟法の制定過程（四）」法学協会雑誌91巻11号（1974年）1662頁。

¹¹⁾ 松尾浩也担当「刑事訴訟法の制定過程（五）」法学協会雑誌91巻12号（1974年）1740頁以下。

¹²⁾ 小田中聰樹担当「刑事訴訟法の制定過程（六）」法学協会雑誌92巻5号（1975年）573頁以下。

れは後述する控訴廃止論の影響を受けていると考えられる、改善型アプローチの一部であろう。というのは、この時点では英米法の研究がまだ不十分であると推察されるということと¹⁴、例えばアメリカの連邦上訴制度を参考にするというのであれば、三審制を採用しないということは考え難いためである。

しかし、この後は、このような大胆な提案は、前述の「上訴制度改革についての提案」¹⁵が登場するまでは行われぬ。主に、覆審制の継続か続審制への改正かという問題が主軸となる。これらの議論においては、控訴審の構造として続審が指向され、控訴理由は旧法における上告理由程度のものが想定されており、上告理由は憲法違反と判例違反に限定されている。これは実質的には控訴を廃止して旧法の上告を以てそれに換えるという構想と考え得る。ここまでの段階では、控訴理由の限定による、続審制の採用ないし実質的な控訴廃止の方向が模索されていたとされる¹⁶。また、そのような議論が行われている間においても、裁判所全体としての負担軽減を目的としたものであろう予審制度廃止の方針は変わることなく主張された¹⁷。

覆審制を存続するか変更するかという問題については、まず「刑事訴訟法改正に付考慮すべき問題愚見」において、上訴制度については「現行の主義を適当と考へる」と主張されたものの¹⁸、その後の刑事訴訟法改正要綱試案では、控訴について(1)控訴趣意書により理由を明らかにすること、(2)理由がなければ弁論せずに控訴棄却、(3)審判対象は原則として控訴理由、(4)原審の公判調書を証拠として利用できるなどの提案が見受けられる。覆審制を変更しようとする案がまず作られたのである¹⁹。さらに、この案における上告については、(1)憲法問題と判例に影響する法令違反のみを扱う、(2)憲法問題については跳躍上告ができる、(3)事実審理を行わないなど、現行制度の原型とも言うべき提案が散見される²⁰。やはりここでも裁判所全体としての負担軽減が意識されているのであろう。

この段階で現行制度の原型に近い構造が提案されているということは、現行制度は改善型アプローチの影響を内包していると考察されるのである。無論、前述した新設型アプローチの存在を無視するわけではないが、この時点で原型ができていて、ということが、少なくとも改善型アプローチが途絶えてはいないことを根拠づけると考え得るのである。

この後、控訴制度についてはやはり従来通りとして欲しいという主張があり²¹、刑事訴訟法改

¹³ 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)731頁。

¹⁴ 小田中聰樹担当「刑事訴訟法の制定過程(十二)」法学協会雑誌93巻3号(1976年)404頁。当該提案があったのは昭和21年5月とされているが、同8月の「刑事訴訟法の改正に関する中間報告」において、刑事訴訟法改正のためには英米法の研究が不可欠であること並びに、その時間が限られていることが報告されている。

¹⁵ 最高裁・前掲注4, 120頁以下。

¹⁶ 後藤昭『刑事控訴立法史の研究』(成文堂, 1987年)262頁以下。

¹⁷ 小田中聰樹担当「刑事訴訟法の制定過程(八)」法学協会雑誌92巻7号(1975年)862頁以下。

¹⁸ 飛鳥田喜一による提案。小田中・前掲注17, 867頁以下。

¹⁹ 小田中・前掲注17, 867頁以下。

²⁰ 小田中・前掲注17, 875頁以下。

正要綱では「控訴については全部現行法通りとすること」と修正されてしまう。控訴に関する改正は一切なく、上告は前述の如く現行法の原型となった²²。

このように、制定過程で注目すべき点のひとつは、覆審制を維持する案が思いのほか支持されていたことである。司法制度改善論においては、当時の戦術、すなわち第一審をいわば様子見として簡単に済ませ、控訴審において勝負をかけるといった手続の進め方を可能にする覆審制は、望ましくないとされていたと思われる²³。

しかしながら、少なくともこの時点まで、控訴制度の設計作業は、ほぼ全面的に改善型アプローチに則って行われていたものと想定することができる。昭和21年8月の司法省刑事局による「刑事訴訟法の改正に関する中間報告」での、改正の方針に関する記述がその理由である。前述したように、ここには英米法の研究についての言及が見受けられる。そこでの司法省刑事局の見解は、「我が国の刑事訴訟法は所謂大陸法系に属する。過去五十年の長きに亘つて、我々はこの大陸法系に属する刑事訴訟法によつて、刑事裁判を行つて来た。憲法草案はこの刑事訴訟法に幾多の改正を要求してゐる。この要求に充分応へ得るためには、英米の刑事訴訟手続を研究し、刑事訴訟手続に関する法規のみならずその実際の運用を知らなければならない。併しながら今我々には僅かに一、二箇月の猶予期間が与へられてゐるにすぎない。そこでこの与へられた短い期間で、できるだけ憲法の趣旨を汲み、刑事手続における人権の保障に努め、然も裁判所及び捜査機関に甚しい混乱を与へない程度において現行刑事訴訟法に改正を加へようとするのが今回の改正の方針である」²⁴ というものであった。

従つて、この段階においては、英米法、特にアメリカ法の研究が進んでおらず、それ故、少なくとも司法省刑事局においては改善型アプローチをとるよりほかなかつたものと考え得るのである。例えば、アメリカ法の制度を参考にしたり、その考え方を拝借したりするといったアプローチは見受けられない。

ここからは「改正刑事訴訟法案（第一次案～第九次案）」²⁵の作成作業が行われてゆく。その中で、予審制度の廃止に続いて動きがあつたのは、上告審における事実審理についてであつたとされる²⁶。上告審については、第一次案の段階で、上告理由が前述の憲法問題と判例に影響する法令違反のみとされ、それ以外の理由は削除される²⁷。また、事実審理に関する記載はない。

この作業の中で控訴制度に関して検討されたのは、「改正刑事訴訟法第五次案」において提案

²¹ 大塚今比古発言。小田中聰樹担当「刑事訴訟法の制定過程（九）」法学協会雑誌92巻10号（1975年）1374頁。

²² 小田中・前掲注21, 1390頁。

²³ 横井大三「改正刑事訴訟法概観」法律時報20巻9号（1948年）3頁以下。

²⁴ 小田中・前掲注14, 404頁。

²⁵ 小田中聰樹担当「刑事訴訟法の制定過程（十三）」法学協会雑誌93巻4号（1976年）568頁から、同「刑事訴訟法の制定過程（十九）」法学協会雑誌96巻2号（1979年）189頁まで。

²⁶ 小田中聰樹担当「刑事訴訟法の制定過程（十三）」法学協会雑誌93巻4号（1976年）569頁。

²⁷ 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）791頁以下。

された、第一審で用いた証拠を控訴審においても証拠とすることができる旨の規定についてである²⁸。いずれにしても、未だ議論の主軸は覆審制の継続か続審制への変更かであったと考えられる。この点については、「改正刑事訴訟法第六次案」において、第一審判決に示された事実及び証拠は、控訴審判決にも引用できることが提案される。その意味で、全くのやり直しというわけではないが、控訴理由を制限していないこと、被告事件につきさらに判決することになっていることを考えると、控訴制度は覆審制を維持する方針であったことがうかがえる²⁹。また、上告審については、引き続き上告理由が制限され、ほぼ現行制度の原型が完成している。事実審理は予定されていなかった³⁰。

最終的に、「改正刑事訴訟法第九次案」においては、控訴審についてはやはり覆審制が採用されることとなった。上告審については上告理由の制限が緩和された点で旧法への揺り戻しが起こってはいるものの、事実審としての機能が制限されている³¹。

これら改正刑事訴訟法案の後、刑事訴訟法改正協議会において提出されるのが、最高裁判所の「上訴制度改革についての提案」である。最高裁を代表した委員の説明によれば、この提案の主たる動機は、第一審手続の変化に伴う裁判所の負担増加に対応するべく、上訴制度の簡略化を図ったものとされる³²。そのためか、最高裁判所の提案は第九次案とは全く違うものとなっている。まず事実審理を行うのは第一審のみとした上で、控訴理由を(1)法令違反、(2)著しい量刑不当、(3)再審事由の存在、(4)重大な事実誤認、(5)判決後の刑の廃止若しくは変更または大赦に制限し、上告理由は憲法違反に絞られたのである³³。その提案理由に見られるように、このように控訴及び上告を制限したのは第一審集中主義によって丁寧な公判が行われることとなったため、控訴審における審理の繰り返しが不適當かつ不可能になったからであるとされる。そのため、当該提案における控訴審の機能は、旧法における上告審の機能に近い。偶然か意図的か、ここに控訴廃止論の影響が垣間見られるのは、後述する通りである。また、ここにおいて、控訴審は事実審ではないという理念が打ち出されたものと思われる。最終的にはその可能性を残すものの、ここから大幅に事後審へと舵を切ったと見られるのである³⁴。

この協議会においては事後審制への賛成が多数であったとされるが、その理由は、やはり第一審の手続が格段と丁寧になるので、これを第二審においてそのまま繰り返す覆審制をとることは裁判所側にとって非常な負担になるから、というのが主たるものであったとされる。また、事後審制は、それまでの感覚からすると「控訴審での証拠調べを極端に制限するもの」であったと考

²⁸ 小田中聰樹担当「刑事訴訟法の制定過程(十六)」法学協会雑誌95巻9号(1978年)1574頁。

²⁹ 小田中聰樹担当「刑事訴訟法の制定過程(十九)」法学協会雑誌96巻2号(1979年)198頁以下。

³⁰ 小田中・前掲注29, 200頁以下。

³¹ 最高裁・前掲注4, 40頁以下。

³² 後藤昭「立法史から見た控訴審構造論の意義」刑法雑誌26巻3・4号(1985年)464頁。

³³ 最高裁・前掲注4, 120頁以下。

³⁴ 後藤・前掲注16, 278頁以下。

えられる³⁵。

この提案については、裁判所全体としての負担軽減を可能な限り推し進めた結果であるとも見ることができ、それに加えて、いずれ陪審制度を導入するという目算があること及び、上訴における事実審理の可能性を可能な限り絞っていることから、この時点で新設型アプローチがとられた可能性も考え得る。いずれにしても、この提案について協議が重ねられた後、この控訴制度案が国会に上程される運びとなる。

以上のように、制定過程に見られる基本的な方針は、裁判所全体としての負担軽減である。予審制度の廃止はその象徴とも言うべき、最も目立つ特徴であろう。上訴制度については、控訴制度こそ当初の議論における主軸は覆審制と続審制の二者択一であったものの、まず上告制度において事実審理の負担を可能な限り削ぎ落とした。そして、控訴制度においても、控訴理由を制限するような提案があったり、覆審制を維持する案においても全くのやり直しを避けたりと、裁判所の負担を軽減する方向で設計されてきたのである。そして、その方針は、おそらくは「上訴制度改革についての提案」において、いわゆる第一審集中主義として結実したものと考え得る。裁判所としては第一審に全精力を傾け、上訴審は被告人の実質的な保護を確保する限度で運用するというのが、根本的な趣旨であろう³⁶。このように、直接審理主義を強化することで増大した裁判所の負担について、上訴制度の簡略化によって帳尻を合わせるとするのは、制度設計における伝統的な考え方とされる³⁷。従って、この裁判所の負担軽減という方針は、改善型アプローチからも推し進められたものであると思われるのである。

(二) 旧法からの連続性

前述のように、現行控訴制度の制定過程は、戦前における司法制度改善論の続きという側面を有していると考えられる。従って、旧法に対する議論を引き継ぐということに、改善型アプローチの意義が認められると思われるのである。それでは、改善型アプローチによって旧法から影響したものは何か、ということになるが、全体を通して前面に出されたものとして、やはり政策的な面としての思想的背景と考え得る「裁判所の負担軽減」を挙げなくてはならないであろう。これに基づき、予審制度の廃止や上告審の事実審理制限はもちろん、控訴審における覆審制の改善または続審制の採用という段階においても、第一審で用いられた証拠の引用、控訴理由の制限など、様々な方策が試みられた。これらはいわば実際の制度設計において顕在化した影響である。

加えて、裁判所の負担軽減という端緒から、現行制度の設計という結果までを繋ぐ道筋としての「控訴廃止論」及び「爾後審査の概念」を指摘したい。裁判所の負担軽減という表現があまりにも的確すぎるため、その影に隠れてしまっているが、この2つの影響力は看過できないと思わ

³⁵ 森川金寿「刑事訴訟法制定当時の精神と現状」自由と正義 37 卷 8 号 (1986 年) 4 頁以下。

³⁶ 団藤重光「新刑事訴訟法と上訴制度」法律新報 748 号 (1948 年) 35 頁。

³⁷ 後藤・前掲注 32, 464 頁。

れる。おそらくは、裁判所の負担軽減を目的とした場合の手段がこの2つであり、その手段が用いられたことにより、現行制度の設計が実現されたと思われるのである。

従って、次項からはまずこれらの内容を説明し、これらがどのように影響したのかを考察する。

二 戦前における控訴審の型の議論

現行刑事控訴制度の構造は「事後審」となったわけではあるが、それが何に由来しているのかは定かではない。しかしながら、様々な議論の影響を受けて作られたものである以上、改善型アプローチによって旧法から引き継いだものも内包すると考えられるのである。この点について、従来論じられてきたことに、戦前の議論における「爾後審査」を基礎にしているという考察がある³⁸。爾後審査とは、小野清一郎博士が覆審に対置して提示した概念であり、現行法に対する評価の中で、自ら事後審と言い換えている³⁹。

今日、控訴審の構造を論じる際に典型とされる理念型として覆審、続審、事後審が意識されるように、戦前の議論においても覆審と爾後審査が意識されていたのであれば、控訴審構造論自体が旧法からの延長線上にある可能性は高い。従って、戦前に論じられていた控訴審の型は、現行法の制定過程において、改善型アプローチのひとつとして影響していると思われるのである。

そのため、戦前においては控訴審の型がどのようなものであると想定されていたのかを考察しなくてはならない。その上で、そういったいわば制度設計案がどのように影響したのかを検討することにより、現行控訴審の構造への影響がある程度明らかになるものと思われるのである。

(一) ドイツにおける議論の影響

戦前における控訴審の型の議論については、その基礎となったドイツにおける議論が既に指摘されている⁴⁰。特に Dohna, Binding, Kries による上訴の構造が参考になったとされ、その構造の一方が覆審、他方が爾後審査と解釈されたと考察される。

まず、Dohna によれば、上訴手続を利用しようとする当事者は、原判決に不服がある理由と、その不服の範囲について、詳細な主張を要する場合がある。その場合、上訴裁判所の審査 (Prüfung) は、不服申立ての範囲に制限される。不服申立ての範囲に入らなかった部分は、原判決が有効となるのである。さらに、当事者が不服申立てを表明する原判決に関して、その全範囲を審査する (nachprüfen) 義務が上訴裁判所に生じる場合もある。Dohna によれば、ドイツにおいてはこのどちらの場合も、厳格に施行されているわけではないが、審査の範囲 (Umfang der

³⁸ 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)375頁以下、団藤重光『控訴審の構造について』(司法研修所, 1952年)1頁以下などは、事後審と爾後審査をほぼ同一視しているものと思われる。また、後藤・前掲注16, 285頁において、このことが直載に指摘されている。

³⁹ 小野・前掲注38, 375頁。

⁴⁰ 後藤・前掲注16, 148頁以下。

Nachprüfung) を制限する第一の型が Revision であり、制限のない第二の型が Berufung であると分析されている。

Berufung が提起されると、基本的には原判決の内容全てに異議を唱えたと見なされる。覆審制と分析される所以であろう。そして、その他の場合は Revision と考えられている。この場合、上告審は法律問題の審査に制限される。事実問題は審判対象から外され、それに対する評価は原審の事実認定に基づいていなくてはならない。事実認定の誤りは上告審では検討されないとされる。さらに、Revision は不服申立ての際にその理由を要求する。不服申立人は、彼が判決に異議を唱え、その破棄を求める範囲を明らかにしなくてはならない。従って、その範囲に入らなかった部分については、原判決が有効となる。

このような「不服申立ての範囲と理由」によって、上訴は第一の型と第二の型に分類されるというのである⁴¹。その制限があるのが第一の型であって、Revision がこれに相当し、制限がないのが第二の型であって、Berufung がこれに相当するとされる。

次に、Binding の分類だが、これは Berufung の範囲内で論じられている。おそらく「第二審をどのように運用すべきか」という観点であろう。Berufung の目的を、原判決を審査した上で正当な判決に差し替えるために自判または差戻しをするための、原判決の全面的または部分的破棄であるとする。この手続には、2種類の型があるとされる。

いわゆる「第二の第一審手続 (zweites Erstinstanzverfahren)」として機能する場合、Berufung によって、第一審手続で生じた全ての問題が引き取られなくてはならない。すなわち、審判対象が全く同じということになる。第一審手続の存在意義は、第二審において Berufung を行うための必要条件でしかない。証拠採用の制限はなく、新証拠も許容される。事件を区裁判所 (Amtsgericht) に差し戻すことはまずあり得ない。

これに対して「純粋な第二審手続 (echtes Zweitinstanzverfahren)」として機能する場合、Berufung の目的は、単に申し立てられた問題について判断することである。つまり、本質的に第一審手続とは別の内容の手続として、単に申立人の不服について、原判決が誤りで上訴が正しいのか、それとも上訴が誤りで原判決が正しいのかどうかを裁判する。その場合、原判決に対する不服の範囲は、当事者に任せなくてはならない。新たな証拠調べ手続は、不服申立てに根拠があるかないかを判断するために必要な範囲で行われる。

ドイツの手続はこの2種類の間を複雑に揺れ動いているとされる。申立てに根拠を要求するという原理は、第一の見解においても第二の見解においてもしばしば見出されるという。やはりここでも、実際の手続はこれらの理念型が厳格に施行されているわけではないとされるのである⁴²。

そして、Kries であるが、上訴手続には、2種類の方法があるとする。第一に、原判決に不服

⁴¹ Alexander Graf zu Dohna, Das Strafprozeßrecht, 3. Aufl., 1929, S. 196 ff.

⁴² Karl Binding, Grundriss des Deutschen Strafprozessrechts, 5. Aufl., 1904, S. 254 ff.

を申し立てる当事者が、その範囲を特定し、理由づける義務を負うというものである。その際の特定については、原判決は(1)その手続に違反があるという理由、(2)事実関係が誤っているという理由、(3)実体法に違反しているという理由のいずれかにより、異議を唱え得るのであるという。この場合、上訴裁判所の任務は、その不服申立てがあるという主張について、彼の申立てが正当化されるかどうか審査することである。申立人によって主張されていないことについて、裁判所が考慮することはない。

第二に、範囲を特定すること及び理由付けをすることが不要な場合である。これについては、原判決の破棄を要求するということを表明しさえすれば不服申立てが成立する。それによって、第二審においては、裁判所があらゆる角度から原判決の正当性を審査する義務が生じるとされる。

ここでもやはり、どのような型で手続を行うかの違いは、申立ての際に不服の範囲を制限するか否かという問題に集約されるのである⁴³。

以上のようなドイツにおける構造分析が基礎となり、この2種類の型が覆審と爾後審査にそれぞれ形作られていったとされる。この2種類を控訴審に当てはめれば「控訴理由を制限しない型」と「控訴理由を制限する型」になると考えられる。前者が覆審、後者が爾後審査ということであろう。特に、覆審の概念はまさに「控訴理由を制限しない型」と合致するものである。

(二) 爾後審査から事後審へ

こういった型の議論が日本における覆審及び爾後審査へ影響を及ぼしたということは、戦前の司法制度改善論も、その議論の存在を前提に行われてきたと考えることができる。従って、現行法における事後審が爾後審査の影響を受けた可能性は極めて高く、前述のように、実際そのような説明が多い。では、それらがどのように影響したかということについて検討をしなければならないが、果たして事後審は爾後審査を言い換えただけのものであろうか。

これは単純な言い換えではないと思われる。爾後審査とは、「被告事件そのものを再審理するのではなく、原判決又は原判決に至る手続に誤がなかつたか、すなはち謂はゆる『裁判の誤』(error in iudicatio)又は『手続きの誤』(error in procedendo)がないかどうかを吟味、再検討すること」⁴⁴であるとされる。これは、ドイツにおける議論の「控訴理由を制限する型」とは視点が若干異なる。ドイツにおける型の議論で問題とされたのは「審査の範囲」だったが、ここでは既に「審判対象は被告事件か原判決か」が問題となりつつある⁴⁵。

このような「誤り」について当事者が不服を申し立てることによって、審査の範囲が決定する

⁴³ August von Kries, Die Rechtsmittel des Civilprocesses und des Strafprocesses, 1880, S. 87 ff.

⁴⁴ 小野・前掲注 38, 376 頁。

⁴⁵ それ故、小野博士並びに団藤博士は爾後審査の説明として“Nachprüfung”を引き合いに出すことが多いが、厳密には Nachprüfung と爾後審査も同じではない。ドイツの議論を踏まえれば、全面的な Nachprüfung が覆審であり、部分的な Nachprüfung が爾後審査の基礎になったと考察されうるのである。

点では類似するが、審判対象という視点が加わることで、若干の齟齬が見られるのである。さらに、今日事後審の内容は「原判決の当否を審査する型」と説明されるように、どのように審査を行うかという問いに対する回答は、完全に審判対象の視点から与えられるようになった。従って、「控訴理由を制限する型」から「爾後審査」へ、そして「事後審」へと呼称が変遷していく度に、その内容も少しずつ変化してきたと考え得る。最初は審判の範囲が注目されていたものの、視点の違いから、最終的には審査方法が注目されるようになったと言えるであろう。

無論、爾後審査が事後審の基礎となっていることについて、疑いの余地はない。その意味において、旧法の影響は確実に存在する。むしろ、この連続性こそが、注目すべき点である。但し、旧法の影響である改善型アプローチの他に、新設型アプローチの存在を考慮しないわけにはいかないであろう。現行制度の制定は、その全てが司法制度改善論の続きではないのだから、爾後審査がそのまま実現されているとは考え難いのである。例えば、新設型アプローチの存在として、英米法の継受が唱えられていることから、現行制度の制定過程が単なる「司法改善論の続き」ではなかったであろうと思われるのである⁴⁶。

しかしながら、いずれにしても、ドイツにおける「控訴理由を制限する型」が爾後審査の概念に影響し、それは結果として現行制度に類似するものである。これらの議論及び概念は、旧法からの影響の一部であると考えられる。

三 控訴廃止論の実質的実現

戦前における控訴審の構造に関する議論として、司法制度改善論の文脈から「控訴廃止論」は有力に主張されていたと考えられる。では、この議論が現行制度の設計においてどのように影響したのかということであるが、それは第一に覆審制の廃止であり、第二に裁判所の負担軽減のうち特に旧上告審の機能を控訴審に委譲したことであろう。

覆審制の廃止については、それこそが控訴廃止論の内容であったと見ることも可能と思われる。これは控訴廃止論を唱える論者も意識していたかどうか定かではないが、実質的には「覆審制廃止論」と呼んでも、その趣旨をほとんど違えないであろう。というのは、覆審制さえ廃止すれば、すなわち前述の全面的なやり直しの型を避けさえすれば、この議論において主張されるような、控訴制度を廃止すべき理由のほぼ全てが生じないと考え得るためである。その場合、例えば控訴制度そのものを取りつぶして、二審制にする必要性はない。むしろ、覆審制を不採用にしつつ三審制を維持した方が、被告人のためにも、慎重かつ丁寧な審理のためにも資するであろう。

では、何故その呼称が「覆審制廃止論」ではないのか。これはおそらく、ドイツにおける議論が参考になっているものと思われる。ドイツにおいては、日本における控訴に相当する *Berufung* の完全な廃止が議論されており、これを日本の研究者が「*Berufung* 廃止論」と読んだため、

⁴⁶ 小野・前掲注 38, 378 頁, 鴨良弼「控訴審の改正について」刑法雑誌別冊 (1953 年) 210 頁など。

そういった議論の日本における呼称が「控訴廃止論」となったのではないと思われる。

この点について、ドイツにおける Berufung 廃止論は、基本的にはいわゆる刑事上訴制度改革 (Reform des Rechtsmittelsystems in Strafsachen) の文脈で語られることが多い⁴⁷。裁判所の構造を改革しようという議論において、覆審制を採用しているところの Berufung は不要なのではないかという主張がなされるのである。ドイツにおける Berufung は必ず覆審制であり、かつ、審級が数種類存在するので⁴⁸、Berufung を行う地方裁判所 (Landgericht) の審理方法を変更するよりは、そこでの審理を廃止するか極端に制限するかして、大多数の事件をそれ以外の審級に担当させようという提案であると思われる。ゆえに、覆審制を採用しないことと Berufung を廃止することがほぼ同義であるため、主張としては「Berufung の廃止」という表現になっているのであろうと考えられる。

こういった議論の影響を受けて現実化した制度設計が、旧上告審の機能の控訴審への委譲であろうと思われる。旧法における上告審がそうであったように、控訴理由を制限し、それによって覆審制を不採用としたものと考え得るためである。

(一) 覆審制の廃止

まず、覆審制の廃止を目的とする控訴廃止論がどのような主張であったかということであるが、この議論は旧法に対してばかりではなく、それ以前からも存在している。その批判の対象が控訴審の存在そのものばかりではなく、そこで採用されている覆審制でもあるということの証左と考え得るであろう。

旧法は、陪審制を除く第一審判決について控訴が可能であった。当時、上訴の目的は、裁判の正確性を保障し、被告人に対する冤罪がないようにするためであるとされ、特に、第一審の判決において不当に看過された事実及び証拠を控訴審で補充する機会を設けるのが、被告人のためであるとされた。

そこで、控訴審の手続は上訴の目的に合致するか、という疑問に端を発するのが控訴廃止論である。全く同一の事件を審判するのに同じ手続を2回繰り返すというやり方は、第一審に誤りがなかったとしても当事者の欲する限り上訴ができる点で、第一審の地位を軽視しているとされる。しかも、そのやり方で控訴審の判決が第一審より優れているかという点、その保障はない。ならば控訴審を廃止して、第一審の責任を明らかにすればいいというのが、その主な主張である。

では、何故覆審制は支持されないのかということであるが、まず真実発見の観点から問題があると言われる。証拠の散逸及び証拠価値の減少である。第一審は事件から時間的に近いが、控訴審は第一審よりも遠い。すなわち、時間が経ちすぎて証拠方法に対する信頼が揺らぐのである。

⁴⁷ vgl. Herbert Tröndle Zur Reform des Rechtsmittelsystems, in : Probleme der Strafprozeßreform, 1975, hrsg. von Lüttger, S. 73 ff.

⁴⁸ vgl. Kühne, Strafprozessrecht, 8. Aufl., 2010, S. 89.

であるならば、控訴審を廃止し、その代わり公判手続における口頭主義と直接主義を徹底したほうが良いのではないかという提案である。そして、万が一の誤判に対しては、控訴審による裁判ではなく、再審を以て備え、その範囲を拡張しておくことによって冤罪を防止しようとする⁴⁹。

ここで同時に、第一審をもっと丁重にするべきであると提案されていることが注目される。原判決が破棄される事例があるのは、控訴審が信頼されていると言うよりは、第一審が機能していないためではないかという疑問が投げかけられており、証拠方法の信頼性が高い段階でもっと丁寧な審理を行うような仕組みにするべきであるということであろう。

但し、第一審を丁重にするように改正したところで、控訴審を雑に行って、しかも原判決を破棄してしまうようなことがあれば、改正も無駄に終わってしまう。だからといって、第一審を丁重な審理にした上で、それを2回も繰り返すとなると、問題の根本的な解決にはならない。結局のところ、第一審を丁重にするのであれば、控訴審はなくしてしまうのが理想とされるのである⁵⁰。

こういった廃止論に対する反論として言われるのは、誤判防止の観点から、事件をもう一度審理することや、新証拠を提出する機会が与えられることは控訴制度の顕著な利益であるという、控訴存置論である。

存置論者が分析する控訴廃止論者の主張は、(1)被告人の拘束期間が無駄に延びる、(2)控訴があるために第一審裁判官の審理が雑になる、(3)控訴裁判官が予断を持つ、(4)控訴審は時間経過によりの確な裁判ができない、(5)証拠物の価値が下がる、(6)証人の記憶が曖昧になる、(7)理由なき控訴が多い、というものである。

これらに対する反論は、(1)は単に控訴がない場合と比べているだけであって「覆審制が存在する現状」を土台とすればやむを得ない、(2)と(3)は裁判官の資質の問題なので控訴がなくなれば裁判官が良くなるわけではない、(4)は第一審に比べて直接主義が後退する控訴審では避けられないし、第一審も予審を基本とする以上似たようなものである、(5)と(6)は訴訟関係人の努力次第、(7)は制度上当然という他ない、というものである。

控訴審が上手く機能していないのは存置論者も認めるところだが、利益もあるのだから控訴制度自体を無くして善い部分も悪い部分も一掃し、誤判救済の手段を減らすのはいただけないというのが、主な主張であった⁵¹。

そして、これらの議論の背景には、ドイツにおける *Berufung* 廃止論が存在するものと思われる。この議論については Herbert Tröndle がその内容を詳らかにしている⁵²。Tröndle によれば、

⁴⁹ 小野清一郎「審級制度と上訴の限界」法学協会雑誌 54 巻 2 号 (1936 年) 205 頁以下。

⁵⁰ 倉富勇三郎「刑事ノ控訴ヲ廃スヘシ」法曹記事 16 巻 12 号 (1906 年) 1 頁以下。

⁵¹ 柳川勝二「控訴廃止の可否に就て(上)」法律新聞 777 号 (1912 年) 335 頁以下、同「控訴廃止の可否に就て(下)」法律新聞 778 号 (1912 年) 357 頁以下、牧野菊之助他・編『豊島博士追悼論文及遺稿集』(巖松堂、1933 年) 363 頁以下。

⁵² Tröndle, a.a.O. (Fn. 47), S. 73 ff. 以下、特に断りのない限り、*Berufung* 廃止論に関する議論は Tröndle を要

司法制度改革の議論は100年以上にわたって繰り返されている。刑事手続において特に問題となることは、法治国家の保障の下に正当な手段で事実認定を行うこと、できる限り罪ある者の処罰を促進すること、そして罪なき者を無罪とすることであるとされる。その明確な目的を達成するために、上訴制度もやはり改革を余儀なくされるというのが、議論の趣旨である。

上訴制度全体を見渡した場合、Berufung への評価は下がる一方であると思われる。そのため、Berufung を完全に廃止した上で Revision の取り扱う事件を拡張するべきであると主張されるようになったのである。特に、Berufung が第二の事実審として機能する場合、裁判所の負担が非常に増大することが批判された。

まず、従来の Berufung について問題視されたのは、電話1本で申し立てることが可能であるという「簡便さ」であった。申立てが簡単であるにもかかわらず、その結果は第一審手続の繰り返しである。すなわち、同様の手続を繰り返すことに対するハードルが非常に低いことが、裁判所の負担を重くしていた。しかも、繰り返しとはいえ、両手続の間には常に一定の期間が空いてしまう。そのため、Berufung に携わる裁判官は常に真実から遠い場所におり、そこへの到達は困難である。また、いかに誠実で良心的な証人でも記憶力の減退は避けられない。従って、口頭主義及び直接主義という手続の原則は、第一審においてのみ、信頼できる成果を与えるものであったとされた。

また、このような Berufung の存在そのものが第一審を墮落させたとも言われる。入念な審理に基づき、第一審が判決を下したとしても、Berufung は無制限に申し立てることができる。そこで待っている審理が信用性の劣る証拠方法に基づくものだとしたら、第一審そのものが蔑ろにされる可能性は高い。それにより、真実の発見に資する迅速で適切な刑事裁判が失われてゆくとされるのである。

Berufung における審理が信用性に乏しいという主張の他に、「Berufung があるから」という理由で第一審が手抜きになるという事実も指摘されている。残念ながら、第一審は「様子見」になってしまうというのである。同様の理由で、第一審裁判官の責任感も薄弱であるとされる。高確率で Berufung が予期されうる場合、第一審裁判官が事件をまともに取り扱わない傾向がありうる。本来であれば第一審と Berufung は、丁寧な審理を繰り返すことによって判決の正確性を担保すべきものであったのだが、このような負の相乗効果によってどちらも腐敗してしまったのである。

そのため、第二審手続が「第二の第一審手続」である必要はないとされる。むしろ、必要とされるのは Revision であるとされた。従来 Revision は「よくわからない制度」として非難されてきたが、審査の範囲の広さに端を発する種々の不具合から Berufung の評価が下がるにつれて、逆にそれを制限することが「法律的に十分考え抜かれ、全く見事な上訴であり、その特色ゆえに

約したものである。

高い価値を持つ」と言われるようになった。というのも、Revision が成功するか否かは、制度ではなくそれを用いる者次第だからである。

但し、従来の Revision は事実認定に対する不服申立てを取り扱っていない。基本的には法律審査 (rechtliche Nachprüfung) である。しかし、事実審裁判官には、法律上の包括的な働きの誤りだけでなく、事実評価の誤りも生じうる。ここで提案されるのが、事実認定の修正も視野に入れた拡張的 Revision (Erweiterten Revision) である。将来的にはこれが大部分の Berufung に取って代わるべきとも言われる。

それにより、瑕疵なく下された第一審判決は迅速に確定し、裁判官と弁護人は、確定していない事案についてよりよく取り組むように促され、そして Revision 裁判官は原判決を適切に再検討しうるとされる。Berufung の廃止は従来の法的保障を縮小するのではない。むしろ、現職の裁判官は、上訴制度の改善及び適切な形態を通して、実質的に適切で迅速な刑事司法に資するであろうし、従来法的に予定されていた無駄な仕事を回避するのである。この新たな上訴制度の目的は、法律的に統制された刑事訴訟を最適に設計すること、できるだけ迅速に、かつ、法治国家としての手続保障の下、罪を犯した者にふさわしい処罰を与えること、そして罪なき者に無罪判決を下すことである。

以上のように、Tröndle によれば、ドイツの議論における Berufung 廃止論とは「覆審制が適用される事件を減らすために Berufung 相当事件を極端に制限し、第一審の事実認定に対する不服申立ての点については拡張的 Revision を以て対応する」というものである。ここで述べられていることは Berufung に覆審制を採用したが故の欠陥であり、Berufung 廃止論とは、第一審判決に対する不服申立てを覆審制で審査することに対する批判であった。その解決策が前述の「審査の範囲を制限する第一の型」であることも含め、日本における控訴廃止論と類似している。控訴審の型の議論が日本におけるそれに影響したのと同様、控訴廃止論にも Berufung に対する批判の影響があったと考え得るのである。

(二) 裁判所の負担軽減

結局、現行制度の制定過程においてどのように裁判所の負担軽減が図られたかという点、その主要な方策は (1) 予審制度の廃止、(2) 上告理由の制限、(3) 控訴理由の制限である。そして、このうち第三の方策は、上告審の機能の大部分を控訴審へ委譲したと言い換えても良い⁵³。それでは、覆審制を廃止したことによって、控訴審が担うこととなった旧上告審の機能とは、どのようなものであったのだろうか。

旧法における上告審の機能は、現行法におけるそれよりも多岐にわたる。上告は控訴審の判決または一部の第一審判決について行われ、原則として「法令違反」を理由とする。事実誤認や量

⁵³ 松尾・前掲注 2, 213 頁など、そのような解釈が一般的である。

刑不当については、その程度が重大な一部の場合を除き、基本的に許可されない。

絶対的上告理由は以下の21項目に及ぶ。つまり、(1) 法律に従った裁判所構成ではなかった、(2) 除斥理由のある裁判官が審判に関与していた、(3) 忌避された裁判官が審判に関与していた、(4) 審理に加わらなかった裁判官が判決に関与していた、(5) 不法に管轄を認め、または管轄違いを認めた、(6) 不法に公訴を受理し、または棄却した、(7) 審判の公開に関する規定違反、(8) 被告人の出頭がない審判に、その理由がないとき、(9) 公判廷で被告人の身柄が拘束されていた、(10) 必要的弁護事件、決定で弁護人を付した事件で、弁護人が出廷しないまま審理した、(11) 不法に弁護権の行使を制限した、(12) 検事による被告事件の陳述を聞かずに審判した、(13) 法律により公判廷で取り調べるべき証拠の取調べがなかった、(14) 公判での証拠調べ請求についてすべきだった決定をしなかった、(15) 公判での異議申立てについて決定をしなかった、(16) 法律により公判を停止または更新すべき場合にそれをしなかった、(17) 被告人または弁護人に最終陳述の機会を与えなかった、(18) 審判対象と判決に齟齬があるとき、(19) 判決理由がないか、理由に齟齬があるとき、(20) 判決に示すべき判断を逸脱した、(21) 判決書きに裁判官の署名がない、という場合である。

さらに相対的上告理由として、(1) 絶対的上告理由にならない法令違反で、判決に影響することが明らかなきとき、(2) 量刑が不当であるという顕著な理由があるとき、(3) 再審事由があるとき、(4) 重大な事実誤認を疑うに足る顕著な理由があるとき、(5) 判決後に刑の廃止、変更、大赦があったとき、という5項目が挙げられる。

上告審においては上告趣意書に基づいて弁論が行われ、趣意書によって申し立てられた範囲については、調査が必要的である。そして、そして、職権調査の範囲は、(1) 裁判所の管轄の当否、(2) 公訴受理の当否、(3) 判決により認定された事実に対する法令の適用の当否、(4) 判決後の刑の廃止、変更、大赦の有無、(5) 量刑不当の顕著な理由の有無・再審事由の有無・重大な事実誤認を疑うに足る顕著な理由の有無、である。これらは上告趣意書に記載がなくても調査できる。

事実の確定に影響を及ぼすべき法令の違反を理由として原判決を破棄すべきものと認めるときは、さらに事実の審理をしなければならないので、この場合は事実審理をなす旨の決定をして、事実審理に移行することになる。その事実審理は、原則的に控訴審と同一である。

上告審における棄却判決は(1) 申立て方式違反という形式的理由と、(2) 上告理由がないという実体的理由のどちらかである。そして破棄判決は、まず形式裁判として(1) 管轄違いや公訴受理に関する差戻し、または(2) 移送、そして(3) 公訴棄却がある。次に、実体裁判として(1) 事実審理を開いた場合は、事件につき原則として自判しなければならないし、(2) 事実審を開かなくても法令違反や刑の変更、大赦のような場合は破棄判決を下すことになる⁵⁴。

以上の説明から、旧上告制度が現行控訴制度と酷似していることが見て取れるであろう。例え

⁵⁴ 岡田庄作『刑事訴訟法原論』（明治大学出版部、1927年）426頁以下。

ば、法定の制限された理由によって原判決の更正を請求する上訴である点、事実認定に関わる理由について自判することが可能である点、上告理由の審理は趣意書に基づきつつ、職権調査事項についてある程度幅がある点などである⁵⁵。さらに、基本的に法律審ではあるものの、その構造が爾後審査と言われていることも、看過することのできない類似点である⁵⁶。

従って、現行控訴制度は「控訴」という名前こそ引き継いでいるものの、いわば達磨落としの要領で旧上告審の機能が控訴審へ委譲されたことにより、控訴廃止論が実質的に実現されたものと考えられるのである⁵⁷。前述の通り、控訴廃止論とは「控訴審を取りつぶす」ことではなく「覆審制を採用しない」ことであろうと考え得るので、控訴理由の制限によってそれは達成されたと見るべきである。従って、これらの議論は、旧法から現行法へ大きな影響を与えたと考えることができるであろう。

結論

現行刑事控訴制度における旧法からの連続性として、本稿では控訴廃止論の実質的实现について検討した。その役割は、従来論じられてきた「裁判所の負担軽減」を制度上具体的に後押しする、「覆審制の廃止」であろうと思われる。旧法における司法制度改善論の続きが、現行制度の制定過程においても試みられ、その観点からの控訴廃止論が、爾後審査という発想と相まって、裁判所の負担を軽減するような制度を実現したのである。

また、この「爾後審査の概念」も、旧法からの連続性の一部である。控訴廃止論を端緒にして覆審制の廃止という方向性が定まったことにより、その対置概念であったところの爾後審査に焦点が当てられたものと考えられる。ドイツにおいて控訴理由の制限の有無を基準に分類されていたこれらの型は、徐々にその姿を変え、現行控訴審の構造を論じる際の理念型に影響している。

そのような影響を受けて作り出された事後審という型に則り、現行控訴制度は旧上告制度の機能を譲り受ける形で作り上げられた。しかしながら、この「事後審制の採用」と「覆審制の不採用」とは、表裏一体の関係とも言える。そして、特に後者が推進されたのは、控訴廃止論の存在によるところが大きいと考え得るのである。

今日に至るまで、裁判所は控訴審が「事後審」とであると主張してきたところであるが⁵⁸、その主張における「事後審」の内容は、おそらく現行制度の制定過程終盤で主張された「上訴制度改革についての提案」に類似するものであり、第一審集中主義を強調するものであろう⁵⁹。しかし

⁵⁵ 小山松吉『刑事訴訟法提要』（法政大学，1925年）575頁以下。

⁵⁶ 団藤重光『刑事訴訟法綱要』（弘文堂書房，1943年）643頁以下。

⁵⁷ 後藤・前掲注16，278頁，小野・前掲注38，378頁。

⁵⁸ 例えば、最高裁平成24年2月13日第一小法廷判決・刑集66巻4号482頁。裁判所はこれまでの判例で控訴審が事後審であることにたびたび言及している。

⁵⁹ 但し、これが現行の裁判員制度を加味した上で、その第一審における判断を尊重すべきとする主張まで含むかどうかは、なお考察の余地がある。この点について、中川孝博「最一小判平24・2・13の意義と射程」季刊刑

ながら、この主張自体はともかく、その採用動機が改善型アプローチを内包している以上、現行制度の制定に用いられた手段は「積極的に事後審制を採用する」ことだけではない。何故なら、改善型アプローチが「事後審制の採用」よりも「覆審制の不採用」に重点を置いていたと考えられるからである。

今後の課題としては、この主張そのもの及び、制定過程の終盤以降において新設型アプローチ、特にアメリカ法の影響は存在したか否かの研究が挙げられる。その影響の有無に関する評価が割れている以上⁶⁰、検討の対象としなければ、現行制度の構成要素の研究として、不十分であるとの誹りを免れない。

いずれにしても、現行制度に旧法における議論の影響が見られるということは、重要であると思われる。おそらくそれこそが、現行制度において事後審制が完全には実施されていないとされる理由であろう。覆審制でなくなりさえすれば良いという発想が、制度設計及びその運用に影響しているのではないだろうか。

事弁護 71 号 (2012 年) 参照。

⁶⁰ 小野・前掲注 38, 378 頁, 鴨・前掲注 46, 210 頁はその影響を前提とするが, 後藤・前掲注 16, 294 頁は影響があるという考察の妥当性に疑問を投げかける。