

ISSN 0287-4601

日本法學

第八十四卷 第二号 2018年10月

NIHON HOGAKU
(JOURNAL OF LAW)

Vol. 84 No. 2 October 2018

CONTENTS

ARTICLES

Koki Saito, *Right to Live in Japan's Constitutional Law*
— with a parallel study of the meaning of “rights”

Noboru Yanase, *On the Legitimacy of Appellate Courts' Reviewing*
Appeal against Judgments by Panels Including
Saiban-in (Lay Judges)

Yoshito Kita, *Hakuaisha's Relief Activities for the Sick and Wounded*
during the Satsuma Rebellion

日
本
法
学

論
說

第
八
十
四
卷
第
二
号

憲法における生存権
——「権利」の意味の考究とともに——

齋藤康輝

裁判員裁判の判決に対する
上訴審の審査をめぐる正統性の問題

柳瀬昇

西南戦争の傷病者救護と博愛社

喜多義人

日本大学法学会

日本法学 第八十三卷第四号 目次

論 説

刑法における名誉 …………… 設楽 裕文
 カナダ初期憲法史 …………… 甲斐 素直
 FinTech 関連法制の課題と展望 …………… 藤川 信夫
 ——国際私法、国際金融規制の交錯——

判例研究

教会に対する公的補助金の申請却下と信教の自由条項
 ——Third Lutheran Church of Columbia, Inc. v. O'Connell, 197 S.Ct. 2012 (2012)—— …………… 高畑 英一郎
 学校施設の目的外使用に対する不許可処分に関する検討
 (大阪高判平成七年一〇月二三日判時二九六号二〇頁) …………… 長谷川 福造

雑 報

日本法学 第八十三卷 索引

日本法学 第八十四卷第一号 目次

論 説

穂積陳重のローマ法講義について …………… 吉原 達也
 労働事件における法人格否認の法理 …………… 南 健悟
 ドイツ法における買主による解除前の使用行為
 ——解除原因認識の有無・債務目的・法・結果に着目して—— …………… 野 中 貴弘

預金契約の当事者確定と預金債権の帰属主体
 ——デビットカード取引契約の法律構造を参考に—— …………… 田 中 夏樹

判例研究

公務員に対する求償権行使における重過失要件の検討
 (福岡高判平成九年〇月百五エントーシャ文獻番号〇七) …………… 長谷川 福造
 WJTC A (〇〇六〇〇一)

執筆者紹介 掲載順
 齋藤 康輝 日本大学教授
 藤瀬 昇 日本大学教授
 柳多義 人 日本大学教授
 齋藤 康輝 日本大学教授

機関誌編集委員会

委員長	齋藤 康
副委員長	大岡 藤
委員	柳瀬 昇
委員	江島 泰
委員	大久保 健
委員	賀来 利
委員	河合 義
委員	喜多 義
委員	楠谷 千
委員	栗原 史
委員	清水 雄
委員	友原 克
委員	西原 徳
委員	水戸 義
委員	渡辺 和
委員	岩井 美
委員	岡野 典
委員	小野 和
委員	中村 彦
委員	石崎 武
委員	田村 文

日本法学 第八十四卷第二号
 平成三十年十月十五日印刷 非売品
 平成三十年十月二十五日発行
 編集責任者 日本大学法学会 小田 司
 発行者 日本大学法学研究所
 電話〇三(五二七五)八五三〇番
 東京都千代田区神田猿樂町一丁目四A&Xビル
 印刷所 株式会社メディアオ
 電話〇三(三二九六)八〇八八番

掲載論文の取り下げについて

2019年10月16日、執筆者本人より、機関誌編集委員会委員長に対して、研究倫理上の問題を理由として、以下の論文の取り下げ申請がありました。本委員会は当該論文の取り下げが妥当と判断し、執筆者の申請を受理して、当該論文を取り下げることにいたしました。

齋藤康輝

憲法における生存権—「権利」の意味の考究とともに—
『日本法学』第84巻第2号，1～44頁

2019年10月31日
日本大学法学部機関誌編集委員会

裁判員裁判の判決に対する 上訴審の審査をめぐる正統性の問題

柳 瀬 昇

一 本稿の意義

本稿は、裁判員裁判の判決に対する上訴をめぐる問題について検討するものである。

筆者は、旧著^①において、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律（以下、「裁判員法」という）の立法過程を描写するとともに、国民の司法参加の制度を導入しようとする際に理論的な障壁となる「民主的司法のディレンマ」問題を検討したうえで、同法に基づく裁判員制度の意義について討議民主主義（deliberative democracy）理論に基づき再構成を試みた。国民の司法参加の意義づけに関して、筆者は、旧著において、(a)従前の裁判官のみによる刑事裁判は、国民

裁判員裁判の判決に対する上訴審の審査をめぐる正統性の問題（柳瀬）

の直接的な参加がないため正統性が乏しく、また運用上もさまざまな弊害があったため（現行裁判否定論）、それらを克服するために国民の司法参加が必要であり、主権者である国民は、民主主義の原理に基づき司法に当然に直接的に参加しうるとする民主主義的基礎づけ説と、(b)従前の刑事裁判制度の運用は改革が不可欠なほど致命的な欠陥はないが（現行裁判肯定論）、国民的基盤の強化を企図して、司法に対する理解を増進させ、信頼を向上させるため、裁判過程へ国民を参加させようとする理解増進・信頼向上説とに大別したうえで、裁判員法一条の規定、国会での政府による答弁、裁判員法の立案担当者による解説等から、現行の裁判員制度は後者の立場から設計されたものであると分析した。⁽²⁾

また、筆者は、別稿において、裁判員制度を合憲と判示した最大判平成二三年一月一六日刑集六五卷八号一二八五頁の内容を整理し、制度の憲法適合性に関する論点について検討し、判例がいうところの制度を合憲と基礎づける本質的要素を析出したうえで、特に裁判員の職務等を国民に課すことが意に反する苦役からの自由（日本国憲法一八条後段）を侵害するか否かについてと、裁判の選択権（裁判員裁判の拒否権）が認められないことが被告人の裁判を受ける権利（三二条、三七条一項）を侵害するか否かについて取り組みつつ（最二小判平成二四年一月一三日刑集六六卷一号一頁にも触れつつ）、制度導入の趣旨として挙げられた憲法の基本的原理をめぐる問題と、制度の意義から示唆されるところの制度の展開可能性をめぐる問題について考察した。⁽³⁾

本稿は、後者において挙げて検討課題としていた論点の一つに取り組みことを通じて、裁判員制度の憲法問題の包括的な研究の実現を企図しようとするものである。

第一審の裁判に裁判員の参加を認めるとしても、審級制を採る以上は、裁判員裁判の判決は、上訴され、各審級で

審理され、破棄されうることになる。後述するように、裁判員制度の基本設計の段階で上訴の問題は検討されたものの、結果的には、裁判員制度の導入以降も控訴審・上告審の構成は変更されず、従前どおり、裁判官のみによる合議体で裁判員の参加した裁判の判決に対する上訴を審理することとなった。したがって、裁判員の参加した裁判の第一審の判決は、事実誤認や量刑不当を理由に、裁判官のみで構成される控訴審の裁判で破棄されうる。

この点、小田中聰樹教授は、次のように疑問を提起する。「なぜ控訴審の段階では急に一般人の常識が不必要になつて裁判官だけで裁判していいことになるのか、なぜ裁判員の加わつた判断を否定できるのか。理屈では一切説明できない」⁽⁴⁾。

はたして、この論者のいうように、理屈では本当に説明できないのであろうか。本稿では、裁判員裁判の判決に対する上訴審（ここでは、特に、控訴審⁽⁵⁾）の審査をめぐる正統性の問題について検討する。すなわち、裁判員の参加する第一審の裁判の判決を、裁判官のみで構成される控訴審が破棄しうることの正統性について、憲法学の見地から、理論的に検討することとする。

この論点に取り組むうえで、まず考えるべき問題は、（一）裁判員の参加した裁判を裁判官のみで構成される裁判体で審査することの正統性はあるのか。あるとすれば、それは何かということである⁽⁶⁾。裁判官三人と裁判員六人の裁判体によって行われた第一審の裁判を、（それよりも少数の）三人の裁判官（のみ）で構成される控訴審の裁判体で見直すことができるのはなぜか。このことは、制度設計段階から、その原理的・理念的な根拠づけが明確にされるべきであると指摘されてきたところである⁽⁷⁾。

そして、これに関連して次に検討すべき問題は、（二）そもそも控訴審はどのような立場で何を審査しているのか

ということである。控訴審が第一審と同一の立場で同一の事項を審査しているとすれば、控訴審が改めて判断を行う(そして、控訴審が第一審の判断と異なる判断をし、その判断が第一審のそれに優越する)ことの正統性が深刻な問題となる。一方、もしそうではないとすれば、正統性の問題は、本文で後述するように、そのように解する場合よりは解決が容易となる。

さらに、(三) 裁判員裁判の第一審が、従前の裁判官のみによる裁判と比べて、どのような点において変化するかと、(四) 裁判員裁判の判決に対する控訴を控訴審が審査するにあたって、どのように対応すべきかについても、考察する必要がある。控訴審が第一審の(裁判員制度導入以前の、あるいは裁判員裁判非対象事件についての)裁判官のみによる裁判の場合と異なる対応をする必要があるか否か(あるとすれば、どのように対応すべきか)、そして、その論拠は何か。

以下、これらの問題に留意しつつ、議論を進めていくこととする。

なお、司法制度改革審議会意見書の段階では、裁判員が裁判に関与する意義として、「裁判官と裁判員が責任を分担しつつ、法律専門家である裁判官と非法律家である裁判員とが相互のコミュニケーションを通じてそれぞれの知識・経験を共有し、その成果を裁判内容に反映させるという点にあり、「裁判の過程に参加し、裁判内容に国民の健全な社会常識がより反映されるようになること」が挙げられている⁸⁾一方で、審議会意見書の提言を受けて具体的に制定された裁判員法では、「一般の国民が、裁判の過程に参加し、裁判内容に国民の健全な社会常識がより反映されるようになること」によってもたらされるところの結果の部分である「国民の司法に対する理解・支持が深まり、司法はより強固な国民的基盤を得ること」⁹⁾のみが、趣旨を定める一条に規定されている。

意見書によれば、裁判内容に国民の健全な社会常識が反映されることは手段であり、裁判員制度そのものの意義は、あくまで司法に対する国民の理解増進・信頼向上にある。筆者は、これまで、司法に対する国民の理解増進・信頼向上という裁判員制度全体の意義のほうをより重視してきたが、本稿において裁判員裁判の判決に対する上訴をめぐる憲法問題を検討するにあたっては、それが裁判内容に関する問題であるため、制度全体の意義のみならず、事実認定ないし量刑に国民の健全な社会常識が反映されるという点にも注目する必要がある。

また、裁判員法一条が注意深く規定しているように、裁判員制度において、参加する対象（刑事訴訟手続）と理解増進・信頼向上の対象（司法権）とは必ずしも一致せず（刑事訴訟手続の一部への参加によって、広く司法権全体の正統性がより確かなものとなる）、また、刑事裁判に参加する主体（具体的な裁判員個人）と司法に対する理解を増進し信頼を向上させる主体（裁判員以外を含む観念的な国民一般）とは必ずしも一致するものではない（個々の裁判員の具体的な参加を通じて、非実体的存在としての国民一般の理解と信頼が高まる）¹⁰ということについて、近時、筆者は、強く注意を喚起するようになっている。¹⁰このような思考枠組みは、基本的には、理解増進・信頼向上説が依拠するところである（その一方、民主主義的基礎づけ説は、個々の具体的な裁判の内容へ実体的な国民としての裁判員が直接に参加し、主権者として判断を示すことをもって民主的正統性の問題であると考えられる）。そして、このような思考枠組みの違いが、裁判員裁判の判決に対する控訴審の審査のあり方をめぐる議論に大きく影響することについては、本稿及び続稿において、以下、明らかにすることとする。

二 裁判員裁判の判決を裁判官のみで構成される控訴審で審査することの正統性

1 裁判員裁判の判決に対する上訴をめぐる制度設計の経緯

まずは、裁判員法の立法過程において、裁判員裁判の判決に対する上訴をめぐる問題が、どのように議論されたのかについて概観することとする。

筆者は、旧著において、裁判員法の立法過程を二つのステージに分けて分析した。すなわち、司法制度改革審議会における議論(審議会設置法が施行された一九九九年七月二七日から、審議会意見書が提出された二〇〇一年六月一二日まで、第一ステージ)、司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会における議論(意見書に対する対処方針等を閣議決定した二〇〇一年六月一五日から、裁判員法案が閣議決定された二〇〇四年三月二日まで、第二ステージ)、そして、国会における議論(国会に法案が提出された二〇〇四年三月二日から、法律として成立した同年五月二一日まで、第三ステージ)の二つである。

第一ステージである審議会では、裁判員の関与した第一審の判決に対して、事実誤認または量刑不当を理由とする上訴を認めることについては、意見が一致した。しかしながら、控訴審に裁判員を参加させるべきか否かなどについて委員の意見の集約ができなかったためか、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」と述べるにとどまった¹⁾。

審議会意見書を受けて、上訴のあり方をめぐる議論について実質的に議論されたのは、第二ステージにおいて、特に、第六回(二〇〇二年九月三日)、第一八回(二〇〇三年五月二〇日)、第二五回(同年九月二二日)の検討会においてであった。

まず、第一ラウンドである第六回検討会では、①控訴審が事後審であることを前提として、控訴審は職業裁判官のみで構成すべきとする見解と、②第一審に裁判員が参加するならば控訴審にも裁判員を参加させるべきであり、この場合は控訴審を覆審とするほかないとする見解とが対立した。①に対して、裁判員制度の趣旨が司法の国民的基盤を確立することにあるため、第一審のみに裁判員が参加すれば十分であるとする意見や、第一審の記録を読んでその判決の当否を検討するという事後審の作業が、法律専門家ではない裁判員には困難であるとする意見などが示された。②に関しては、控訴審にも裁判員を参加させた場合に、控訴審の判断を第一審のそれに優越させることの正統性は、第一審の裁判体よりも構成員数を大きくすることで根拠づけられるとの発言があった一方で、参加させない場合には職業裁判官のみによる事後審査的な構成による控訴審が、なぜ第一審に対して正統性を確保しうるのかという問題が提起された。また、控訴審が第一審の事実認定の法則違反の有無を判断するのであれば、職業裁判官のみがそれに当たるとするのは説明しうるが、控訴審が自ら心証をとり第一審のそれと比較するとなると、なぜ職業裁判官のみの心証が裁判員の関与した判断よりも優越するのかが問題となるとの指摘もあった。また、裁判員の関与した第一審判決を尊重する観点から控訴理由を加重することが提案されたほか、控訴審で破棄する場合には、自判をさせず差戻審で再び裁判員の関与を求めるべきとする意見と、自判を認めるべきとする意見とが示された。

その後、第一三回検討会（二〇〇三年三月一日）の席上で、「裁判員制度について」（いわゆる「たたき台」）が事務局から示されたが、ここでは、控訴審の設計に関して、現行どおりとするA案、控訴審では、裁判官のみで審理・裁判を行うが、量刑不当・事実誤認については自判できないものとするB案¹²、控訴審では、裁判官のみで審理・裁判を行い、量刑不当についても自判を認めるが、事実誤認についてのみ自判を認めないものとするB'案、控訴審では、裁判

官のみで審理・裁判を行うが、事実認定・量刑不当に関する破棄理由を加重するC案、控訴審においても、裁判員が審理・裁判に関与するものとし、覆審構造とするD案の五案が示された。¹³

このたたき台を用いた控訴審のあり方をめぐる第二ラウンドの議論は、第一八回検討会である。もつとも、この時点では、控訴審に裁判員を参加させるD案の支持を明言する委員はおらず、¹⁴もつぱら、A案を前提に裁判員制度の趣旨を踏まえた運用を求めるべきとする意見と、B案を支持する意見とが対立した。¹⁵

たたき台に基づく「おさらいの議論」である第三ラウンド（控訴審のあり方については、第二五回検討会）でも、委員の意見は、第一八回検討会とほぼ変わらなかった。議論の中で、B案を支持する委員が、直接主義・口頭主義を実質化させた証拠調べを行う第一審の判断に関して、職業裁判官のみの控訴審で事実誤認について自判を認める理由づけが困難であると述べたのに対して、量刑にこそ裁判員の健全な社会常識が大きく影響するのではないかという意見や、そもそも控訴審が破棄すること自体も論理的に説明が必要であるとの疑問が提示された。最終的には、井上正仁座長が、現行でも控訴審が破棄する場合には差戻しが原則であり、裁判員裁判の第一審判決に対して、そのことを法文で明記して裁判所を拘束するのか、それとも運用でそのようにさせるのかの違いにすぎない（結論として委員の見解は大きく異なるものではない）と取りまとめた。

結局、第二八回検討会（同年一〇月二八日）で井上座長から示された「考えられる裁判員制度の概要について」（いわゆる「座長ペーパー」）には、控訴審は「現行法どおりとする」と書かれ、さらにかっこ書きで「控訴審は、事後審として原判決の瑕疵の有無を審査するものとする」とされた。¹⁶同じく井上座長から示された「考えられる裁判員制度の概要について」の説明¹⁷では、控訴審のあり方について、次のように記述された。すなわち、「裁判員の加わっ

た裁判体による有罪・無罪の判決に対しても控訴を認め、裁判官のみで構成される控訴審裁判所がこれを審査して、その判決に誤りがあると認めるときはこれを破棄することができることとするとして、そのような制度が正当化される理由は、検討会で議論した限りでは、控訴審裁判所が行うのは第一審と同じような裁判を全く新たにやり直すことではなく、あくまで第一審裁判所の判決を前提として、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という事後審査であるから、性質上、それを行うのに適しているのは裁判官のみの合議体だといえるし、そのような合議体に事後的な点検を行わせることは、裁判員の加わった裁判体の判断をないがしろにするものではない、という点に求めるほかない¹⁷⁾という。ならば、「制度としては、まさに控訴審を事後審とする現行法の枠組みを裁判員制度との関係でも基本的に維持することよく、従ってまた、第一審判決を破棄する場合にも、第一審に事件を差し戻すのが原則であるとして、控訴審裁判所が事後審としての審査のために行った記録の取調べにより、直ちに新たな判決を言い渡せる状況に立ち至っているといえるときには、現行法どおり、例外的に自判することができるとしてもよい」。結論として、「制度としてはA案でよい」が、「あくまで裁判員の加わってなされた第一審の裁判を尊重するという意味から、事後審であるという控訴審本来の趣旨を運用上より徹底させることが望ましい¹⁸⁾」。

その後、第三一回検討会（二〇〇四年一月二十九日）で示された「裁判員制度の概要について（骨格案）」でも、座長ペーパーと同じ表現が維持され¹⁹⁾、裁判員制度の導入以降も控訴審・上告審の構成は変更されなかった。

二〇〇四年三月二日、裁判員法案が国会に提出されたが、ここでは、控訴審・上告審の構成について何ら特段の規定は設けられていなかった。第三ステージである国会審議過程では、控訴審に裁判員を参加させない理由について質疑があつたが、政府は、控訴審が事後審であり、従前と変わるところがないため、従前どおり裁判官のみで担当する

ことに支障はなく、また、第一審に比べて負担が重いので、裁判員が関与するのは相当ではないこと（「一審に提出されたその証拠あるいは主張、……あるいは審理の経過を精査をいたしまして一審の判断の当否を……審査するという、……控訴審のその現実の職務内容からいたしましても、このような経験のない裁判員が本来の力を発揮できる場面は非常に少ないだろう」という）をその理由に挙げた。²⁰

裁判員法は、同年五月二一日に成立し、二八日に公布され、二〇〇九年五月二一日に施行された。裁判員の参加した第一審の判決に対しても上訴を行うことができ、上訴審では、従前どおりの裁判官のみによる合議体で審理されることとなった。

2 採用されなかった制度構想

裁判員裁判の判決に対する上訴のあり方に関して、検討会の委員を務めた酒巻匡教授は、「実際に議論の対象とされたかどうかを問わず、あり得た合理的設計の型」として、（一）「裁判員の関与する第一審の事実認定と量刑を尊重し、かつ職業裁判官のみによる上訴審を維持するため、事実審は第一審限りとし、控訴審は法律審に純化するという途」、（二）「直接証拠に接した裁判員の関与する裁判体の事実認定・量刑判断の尊重と二度目の事実審とを整合させるため、上訴審にも裁判員を関与させ、覆審とする途」、（三）「職業裁判官のみによる控訴審と裁判員の関与した判断の尊重を整合させるため、事実誤認・量刑不当による原判決破棄の基準準則を明文で修正し厳格化させる途」の三つを挙げる。²¹

後述するとおり、国民の司法参加の意義や正統性をどのようにとらえるのかによって、望ましい上訴のあり方につ

いての見解が異なりうる。実際には採用されなかった構想であるとはいえ、本稿の冒頭で示した問題提起に関連するものであるため、本節で、以下、これらについて検討を加えることとする。

なお、以下の構想を検討するにあたって、裁判員制度導入以降も、裁判員裁判対象事件以外の事件（裁判員法二条一項により裁判員の参加する合議体で取り扱うべきとされた事件以外の事件と、三条により除外された事件）については、裁判官のみによって取り扱われる点に留意が必要である。すなわち、制度導入以降も、すべての刑事事件の第一審が裁判員裁判で行われるようになったのではなく、職業裁判官のみによる裁判も存置されており、それとの整合性を踏まえて制度設計がなされなければならない。

1. 上訴の制限

第一に、事実審は第一審限りとし、控訴審は法律審に純化するという途について検討する。事実審を第一審限りとするということは、実質的に、法律問題以外については上訴を制限するということを意味する。

裁判員の関与した裁判においても事実誤認や量刑不当はありうるため、上訴を制限すべきとする主張は見られなかった。は否定されないため、制度設計段階では、上訴を制限すべきとする主張は見られなかった。

もつとも、比較法的な見地を重視するならば、陪審制度や参審制度を採用する諸外国のように、裁判員裁判による判決について（少なくとも、事実問題に関しては）上訴を制限するという構想は、決して荒唐無稽なものではなく、むしろ、十分採りうる合理的な選択肢の一つであった。なぜなら、「一般に、刑事裁判への市民参加を認め、陪審制ないし参審制をとる国においては、市民参加を上訴審においても導入するという考え方をとらない限り、上訴は制限的

であり、「とくに陪審制度の下では、事実認定は陪審の専権とされ、事実誤認を理由とする上訴は否定されるのが一般である」からである⁽²²⁾。

国民の司法参加の意義として民主主義的基礎づけ説に立つことを徹底するならば、主権者である裁判員による判断である以上、かりにそれが事実問題として誤ったものであるとしても、裁判所としてはそれを容認しなければならぬという立論も、(もとより、本稿の筆者は、この議論に与するものではないが)成り立ちうるだろう。陪審制度導入論に關して提起された、「裁判では真実が発見されるべきものではなく、陪審が言うところが真実又はあるべき結果である、したがって、陪審の認定に対してそれは真実に反しているから間違いである、などと言うことは許されない、という発想を受け入れることができるかどうか」という問いが、ここで同様に提起されることとなる⁽²³⁾。

より穏当な議論として、被告人に有利になる限りで上訴を認めるが、不利になる場合には上訴を認めないという、裁判員の参加した判断を片面的に尊重する制度設計(被告人を無罪とする裁判員裁判の第一審の判決に対して、検察官による控訴を禁止する制度構想⁽²⁴⁾が、その典型である)も構想しうる⁽²⁵⁾。もつとも、本来、民主主義的基礎づけ説は、主権者国民が参加してなされた判断を絶対的なものと評価するのであるから、この見解によれば、理論上、被告人にとって有利か不利かで上訴の可否は左右されないはずである。にもかかわらず、ここでは、理論的整合性に欠けるくらいがあるが、主権と人権とを衡量して⁽²⁶⁾、被告人の権利保障を優先して、例外的に主権者国民の判断の誤りを認めるのである。

しかしながら、日本国憲法は、司法制度について審級制を採ることを前提としており(七六条一項)、また、被告人に裁判を受ける権利を保障している(三三条、三七条一項)。裁判所の構成が法律事項であり(七六条一項)、裁判を受ける権利が制度依存的権利であるとしても⁽²⁷⁾、裁判員裁判以外の裁判について上訴を認める制度を存置しておきなが

ら、裁判員の参加した第一審の判決についてのみ上訴を禁止することは、上述の民主主義的基礎づけ説に立ちかつ主権に基づく判断の絶対性を主張しない限りは、制度設計として妥当ではないといえよう。

2. 控訴審における裁判員の参加

裁判員制度の設計段階では、第一審のみではなく控訴審にも裁判員の参加を認めるべきであるという主張が見られた。

そのような主張の中で最も整理された形で示されたものとして、日本弁護士連合会による制度構想が挙げられる。すなわち、日弁連は、「控訴審は、まず裁判官のみにより控訴理由の有無を判断し、控訴理由があると認められる場合は原判決を破棄し、原則として事実審理開始決定を出すもの」とし、「事実審理開始決定後の審理は裁判員も関与した裁判体とし」、その「裁判体は裁判官3人、裁判員12人とする」ことを提言していた。そして、控訴審を従前どおりとするという提案の問題点として、「裁判員が加わって判断がされたという手続的優越性を裁判官のみによる裁判体が破棄できるといふことの正当性が説明できないという難点がある」、「たとえ第一審判決の見直しであったとしても、手続的に正当性の低い裁判体が正当性の高い裁判体の判断を破棄できるといふことの問題性は何ら解決されない」と指摘していた。²⁸要するに、第一審の審理が裁判官三人と裁判員六人（つまり、判断者九人）からなる合議体でなされるならば、控訴審は、裁判員が加わり、かつ全体として九人よりも多くの構成員からなる合議体で審理することによって、正統性を維持すべきとする議論である。

控訴審にも裁判員の参加を認めるべきとする政策提言の多くは、控訴審の裁判員裁判に参加する裁判員の員数は第

一審のそれよりも多くすべきとするが、その前提として、より少数の裁判員が関与した判断の誤りは、より多数の裁判員が関与すれば是正しうるという理解があるのであろう。もつとも、このような、上訴審がより多くの判断者によつて行われなければならないとする数的優越論は、刑事裁判制度にとつては必ずしも一般的に妥当するものではない。例えば、裁判員裁判の対象事件（裁判員法二条一項）の裁判は、制度導入以前は、第一審において三人の裁判官からなる合議体によつて審理されていたが、控訴審でも同じく三人の裁判官からなる合議体で審理されてきており、そして、そのこと自体に疑問は示されることはなかった。その一方で、第一審と控訴審とで参加する裁判員の員数を同じとした場合には、控訴審の裁判に関与した裁判員の判断が第一審の裁判に関与した裁判員のそれよりも優れているということ（質的優越論²⁹）を説明しない限り、控訴審が第一審の裁判の判断を破棄することは理論的には困難となる³⁰。ならば、例えば、裁判員候補者の選定に際して、優れた判断を行う資質を有する順に、一級や二級などと序列を付けて、第一審の裁判所と控訴審の裁判所にそれぞれ振り分けることが必要となろうが、そのような分別は、すべて国民を法の下に平等であるとする憲法一四条の下では、到底認められる余地はない。

控訴審にも裁判員の参加を認めるべきとする制度構想については、上述の理論的な難点のほかに、（多数の裁判員を参加させた場合に）多人数の合議体で討議することの困難性や、裁判員にとつての参加の負担³¹など、技術的にも克服すべき問題点があり、現実的なものとはいえない³²。

3. 原判決破棄の基準準則の厳格化

制度設計の第二ステージにおいて、酒巻教授が検討会の委員として強く主張していたのが、原判決破棄の基準準則

を明文で修正し厳格化すべきとする見解である。

すなわち、第一八回検討会において、酒巻委員は、「上訴審自体は事後審査で、今の建前どおりとする」が、「第一審に職業裁判官以外の者が入って事実認定と量刑判断を行っているという趣旨を尊重するという観点から、……事実誤認と量刑不当の両方について破棄理由を裁判員制度対象事件については厳格化するという形であれば、破棄を職業裁判官だけでやったとしても、裁判員制度の趣旨を没却することにはならない」と述べ、また、第二五回検討会では、控訴審を職業裁判官のみで構成し事後審査制で行うことを前提とすれば、「裁判員が入った裁判である第一審を尊重する、事実認定及び量刑についての判断を尊重する」という検討会委員の「共通した考えを、更に制度としてもバックアップするためには、現在の事実誤認及び量刑不当に関する破棄事由を、条文の文言上も加重するのがよい」と力説した。具体的には、上告理由ほど加重しないものの、少年事件の抗告の要件（少年法三二条）にならって、「重大な事実誤認」や「刑の著しい不当」などと規定することによって加重すべきであると主張した。

この第三の構想は、控訴審が第一審と同じ立場で事件そのものを審理するのではなく、第一審の判決を対象とし事後的な審査を加えるものであるとする事後審制を前提としている。個別事象を重視する思考枠組みに立ったうえで、控訴審が第一審と同一の立場で同一の事項を審査していると解すれば、控訴審が改めて判断を行う（そして、控訴審が第一審の判断と異なる判断をし、その判断が第一審のそれに優越する）ことの正統性を説明するのが困難である。その一方で、控訴審は第一審とは異なる立場で異なる対象を審査しているとすれば、かりに個別事象を重視する思考枠組みに立つとしても、審査の性質に応じて判断者としてふさわしい適性が異なるということをもって、その正統性の問題を説明することができる。

もつとも、この第三の構想に対しては、裁判員制度導入以降も、控訴審について法律の規定を変更せずとも、控訴審が裁判員制度の趣旨を尊重して裁判・審査をすれば足りるとの議論も首肯しうる。破棄事由を厳格化することによつて、かえつて控訴審における弾力的な判断が阻害されるおそれも懸念されうる。より深刻な問題は、この構想が前提とするところの、裁判員の関与した第一審の判断を尊重しなければならないというものの論拠である。論者によつてその論拠の理解が異なり、もし破棄基準を厳格化する場合には、どのような論拠を挙げるのかによつて、その基準の厳格さに差が生ずると考えられる。その論拠については委員間で合意が形成されていなくとも、裁判員裁判の判決を尊重すべきという点で合意ができていた政策形成過程において、破棄基準を厳格化するという選択肢は、制度設計をいたずらに遅延させるおそれがあった。そこで、法律の規定は変更せず運用で対処することにしたのは、裁判員制度の創設を優先するためには、一つの合理的な選択であったといえよう。

3 裁判員裁判の判決を裁判官のみで構成される控訴審で審査することの正統性

前節までで確認したとおり、裁判員裁判の判決に対する上訴をめぐる制度設計についてさまざまな議論があったところ、結局は、従前と同様に、裁判員の参加した第一審の判決に対しては控訴を行うことができ、控訴審では裁判官のみによる合議体で審理されることとなった。そして、立法過程の議論を概観して明らかになったことは、裁判員の参加した第一審の裁判の判決を裁判官のみで構成された裁判体で審査することの正統性の問題は、控訴審の構造にあるということである。すなわち、そもそも控訴審はどのような立場で何を審査しているのかということが、この正統性の問題を解く鍵となる。

控訴審が第一審と同一の立場で同一の事項を審査しているとすれば、裁判官のみで構成される控訴審が改めて判断を行う（そして、控訴審が第一審の判断と異なる判断をし、その判断が第一審のそれに優越する）ことの正統性を説明することは困難となる。そこで、例えば、裁判員裁判の判決に対する上訴を制限すべきであるとか、控訴審においても裁判員を参加させるべきであるとする議論が登場することとなる。

その一方で、井上教授が検討会で示した座長ペーパーや、酒巻教授による破棄基準準則の厳格化提案の前提となっているのは、第一審と控訴審とは審査の立場と対象が異なるという理解である。

わが国の刑事裁判制度において、控訴審の構造をどのようにするかは、憲法問題ではなく立法政策の問題である³³。

控訴審の構造としては、「第一審と同様に審理を始めからやり直し、自ら事実の認定をして判決する方法」である覆審、「第一審の審理を引き継いで、第一審の口頭弁論終結時の状態に立ち戻り、そこからさらに審理を続行し、自ら事実を認定して判決する方法」である続審、そして、「原判決の可否を、第三者的な立場から事後的に審査し、判断する」方法である事後審の三つが考えられる。控訴審は、第一審の判決の審査に際して、覆審や続審では、自ら心証を形成し、その心証に基づき第一審と同じような主文を言い渡すか、その心証が原判決と同一であれば控訴を棄却し、異なれば原判決を破棄し自判することになる。一方、事後審であれば、事件について自ら心証を形成するものではなく、原判決の可否を審査することになり、当事者からの原判決に対する瑕疵の主張（控訴理由）が認められなければ控訴を棄却し、認められれば原判決を破棄するということになる³⁴。

刑事訴訟法学説及び判例は、わが国の現行の刑事控訴審が基本的に事後審であるということについて、議論が一致している³⁵。「控訴審は、第一審と同じ立場で事件そのものを審理するのではなく、……当事者の訴訟活動を基礎とし

て形成された第一審判決を対象とし、これに事後的な審査を加えるべきものである⁽³⁶⁾。

この通説・判例の立場に従って、控訴審は、第一審と同一の立場で同一の事項を審査するのではなく、事後審として、第一審の裁判の判決の内容の過誤の有無を点検するものであり、したがって、異なる立場で異なる対象を審査しているとは解するならば、裁判員の参加した第一審の裁判の判決を裁判官のみで構成された裁判体で審査することの正統性の問題はどのようにとらえられるだろうか。

第一審が直接主義の要請の下で各種の証拠を取り調べるのに対して、控訴審では、原則として第一審において取り調べられた証拠資料が中心となる書面審査である⁽³⁷⁾。事後審として記録に基づき第一審判決を事後的に点検するという作業は、一般の国民の中から選任される裁判員にとっては相当に困難であり、むしろ経験を積んだ裁判官のほうがそれを処理する能力に優れているといえる。そして、このような事後審を担当する判断主体の適性の問題を前提とすれば、裁判官のみで構成される控訴審が裁判員裁判による第一審判決を改めて審査し、必要があれば破棄することは正当化しうる(かりに個別事象を重視する思考枠組みに立つとしても、第一審判決に注ぎ込まれた裁判員による正統性を傷つけない)こととなるといえる。

三 裁判員裁判の判決に対する控訴審の審査のあり方 総論

1 控訴審のあり方についての裁判員制度の導入に伴う変化

前述のとおり、わが国の刑事控訴審は、刑事訴訟法学説及び実務によれば、第一審の判決の当否を第三者的な立場から事後的に審査し、判断するという事後審を基本としている。そして、いわゆる座長ペーパーが述べたように、

「控訴審裁判所が行うのは第一審と同じような裁判を全く新たにやり直すことではなく、あくまで第一審裁判所の判決を前提として、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という事後審査である」ことを理由に、裁判員裁判の判決を控訴審が破棄することを正当化しようとする理解に立つならば、本来であれば、裁判員制度の導入以前も「控訴審は現在〔裁判員制度導入以前〕でも事後審の徹底という基本姿勢で運用しているので、裁判員裁判が始まって、特に現在の運用を変える必要はない」はずである。³⁹⁾

しかしながら、従前の刑事控訴審の実務では、「事案によつては、第一審の裁判官と実質的に同じ思考・判断手法、基準の下で書面を読み込んで心証を形成し、それを基に、第一審の判決を審査することもあった」し、また、「第一審における当事者の主張・立証の枠組みに拘束されることなく、自ら真相を追求することもあった」ともされる。⁴⁰⁾

平成一九年度司法研究は、その要因として、(一)判断主体が第一審と控訴審で同じ職業裁判官であり、判断主体が同質であったため、控訴審が第一審と同じような思考・判断手法、基準の下で第一審の判決を審査してもさほどの違和感がなかったこと(判断主体の同質性)、(二)従前の第一審では、直接主義・口頭主義が徹底されておらず、裁判官が法廷外で書面を読み込む作業を含めて心証を採ることが少なくなく、事実認定の資料及びその作業形態が第一審と控訴審とで実質的に変わらず、したがって、控訴審の判断手法と第一審のそれとが異なるという意識が少なかったこと(事実認定の資料の同質性)、(三)事実認定に関しては控訴審が最終審であるという自負の下に、ともすると当事者の主張を離れて自ら事案の真相を追求するという意識が控訴審の裁判官に強かった(そのため、第一審が事案の真相解明の責任を果たしていないと考えると、裁判所の任務懈怠とみて、介入することにためらいがなかった)こと(裁判官の真相追求志向)の三点を挙げている。⁴¹⁾

しかしながら、裁判員制度の導入に伴い、(一) 判断主体の同質性に変化が生じることとなった(判断主体の変化)。すなわち、新たな司法参加の制度の下では、第一審の判断は裁判員と職業裁判官とで協働して行われるものとなり、その判断には、国民の視点、感覚、健全な社会常識などが反映されることとなる。そこで、「控訴審の裁判官が第一審の裁判官よりも経験・見識の点で優れているから、その心証の方が正しい可能性が高い(だから、控訴審の心証が第一審の心証に優先する)」といった議論は、裁判員制度の下ではもとより成り立ち得ないということになり⁽⁴²⁾、したがって、「控訴審としては、……国民の視点、感覚、健全な社会常識などが反映された結果をできる限り尊重しつつ審査に当たる必要がある」こととなる⁽⁴³⁾。そこでは、「法曹二者のみで通用する判断の枠組みや経験則に拘泥することなく、多様な裁判員の意見を率直に受け入れ、これを評議に反映させて判断することが求められている」⁽⁴⁴⁾。

また、(二) 同じく制度導入によって、事実認定の資料の同質性にも変化が生じることとなった(事実認定の資料の変化)。すなわち、裁判員制度の施行に伴い導入された公判前整理手続において的確な争点・証拠の整理がなされることを前提として、第一審の審理は、主張・立証が真に必要なものに絞り込まれ、直接主義・口頭主義を徹底した形で行われるため、基本的には法廷の中で示されるものを基礎として、裁判員と裁判官の心証が形成されることとなる⁽⁴⁵⁾。したがって、「第一審において直接主義・口頭主義の原則が貫かれた充実した審理が行われるのであれば、控訴審は、事後審であるという本来の趣旨を運用上より徹底させるべきであるということになる」⁽⁴⁶⁾。

そして、(三) 第一審裁判所の役割の変化に伴い、控訴審裁判所の役割も変容することになった(当事者追行主義の徹底)⁽⁴⁷⁾。すなわち、「今後、第一審では、裁判所が自ら積極的に「事案の真相は何か」を追求するのではなく、立証活動の集大成である論告において提示される検察官の主張を弁論において提示される弁護人の主張を踏まえつつ評価・

検討し、検察官の主張する事実が合理的な疑いをいれない程度にまで立証されているかどうかを判断するという立場にその重点を移していくべき」であり、「第一審がそのような立場をとる以上、その判断を事後的に審査する控訴審も、原則として、第一審の判決が弁護人の主張を踏まえた検察官の主張の評価として合理的なものであるかどうかについて判断すれば足りるのであり、それを超えて、独自に「事案の真相は何か」を追求するという姿勢をとるべきではない」こととなる⁽⁴⁸⁾。換言すれば、「これまでの「当事者の主張を参考にしつつ、網羅的に問題点を検討する」という姿勢から、「基本的に当事者の主張・立証の成否を評価し判断する」という姿勢へ意識を改める」ことであり⁽⁴⁹⁾、あるいは、「裁判所が自ら積極的に事案の真相を解明する姿勢で臨むのではなく、当事者の責任による訴訟追行を重視し、裁判所は基本的に当事者の主張・立証の成否を評価するという姿勢に重点を移していくべき」であるという⁽⁵⁰⁾。

2 裁判員裁判の判決に対する控訴審のあり方の基本姿勢

刑事事件の裁判の第一審に裁判員が新たに加わることによって、前節で述べたような変化が生じることとなった。そこで、裁判員裁判の判決に対する控訴について、控訴審は、どのように審査すべきであるか。

裁判員制度の下における控訴審のあり方について、石井一正元判事は、(一)「裁判員制度導入の趣旨・目的からして裁判員裁判の結果を尊重する」という尊重論、(二)「裁判員制度の導入に当たっても、控訴審に関する法規は改正されていないのだから、従来どおりの運用でよい」とする従来論、(三)「予想される裁判員裁判の不安定さを是正し、被告人の具体的救済を図るためにも、従来よりも審査を厳格にすべきである」という厳格審査論の三つを想定していた⁽⁵¹⁾。また、遠藤和正・富田敦史両判事は、事実認定に関して、「裁判員裁判における事実認定を特に尊重すべきであ

るとする見解」を裁判員裁判優越説と、「裁判官裁判が裁判員裁判に移行したとしても、第一審判決に対する控訴審の在り方を特に変える必要はないとする見解」を裁判員裁判同列説と、それぞれ名付けたうえで、大阪高等裁判所陪席会（大阪高等裁判所の陪席裁判官による研究会）では前者が「圧倒的多数を占めた」ことを紹介した。⁵² 前者は石井元判事のいう尊重論に、後者は従来論に相当する。

裁判員裁判同列説ないし従来論は、(一) 上訴審に関して法改正がなされていないため、控訴審としては、従前と同様に事後審としての役割を果たすだけで足りること、(二) 論理則・経験則違反説に立脚すれば、裁判官裁判と裁判員裁判とで破棄基準に差異が生じる余地はないこと、(三) 裁判員裁判は、裁判官裁判よりも審理・評議の時間的余裕に乏しく、そのために誤判のおそれが高まることは否定できないから、裁判官裁判よりも尊重するというのは危険であること、(四) 裁判員裁判といえども、その裁判員六名の意見が国民の総意であるなどといえるものではなく、事実認定にあたっては、例えば、裁判員六名全員一致の意見の実現を裁判官三名の反対により阻止することができるのであるが、この場合には、裁判官の一票が裁判員の二票に相当するという格差が生じ、裁判員による民意の反映が阻止されたといわざるを得ないこと、少なくとも一名の裁判官の賛成がなければ事実認定が成立しないこと、裁判員裁判における事実認定に対する批判の対象となるのは、裁判員の判断ではなく、裁判官の判断であると構成することができるのであれば、事実認定に対する裁判員の不安と責任を軽減させることができることなどを考慮すると、「控訴審は、観念的には、裁判員裁判における第一審判決に潜在する裁判官の賛成部分について、裁判官裁判に対するのと同様の審査姿勢で臨むものであり、事実誤認がある場合には、裁判官の賛成部分が消失する結果として、第一審判決の破棄を免かれまいと考える余地もある」といえることを論拠とする。⁵³ 要するに、この見解は、「従前から第一審

判決を尊重する運用をしてきたものであるから、裁判員裁判における事実認定に対しても、同様の尊重をする限り、裁判員裁判の制度目的と矛盾は生じないことを自負するものである⁽⁵⁴⁾。

もつとも、この見解は、「裁判官の共同研究会において高裁の裁判官の意見として紹介されている」ものにすぎず、従前の控訴審の運用が徹底した事後審であったという評価をその前提とする。そして、その前提理解に与しないのであれば、この立論は成り立たない。

また、厳格審査論は、「裁判員が加わってした裁判は不安定で信頼性を欠くものになりがちであると予想される……が、それだけにその過誤を正す控訴審の役割には重大なものがある」とする西野喜一元判事に代表される見解である⁽⁵⁶⁾。これは、裁判員裁判によって適正・妥当な事実認定・量刑がなされなくなるという予測を前提とするものであるから、それを上訴によって救済するべく控訴審は裁判員裁判の判決を厳格に審査すべきという立論を構成するよりも、そもそも裁判員制度の導入それ自体を否定すべきこととなる。

かくして、裁判員制度の導入を基本的に妥当なものであると解し、かつ、従前の控訴審の運用が徹底した事後審であったという評価に立たずに、この論点に取り組む論者の多くは、裁判員裁判優越説ないし尊重論に立つこととなる⁽⁵⁷⁾。

平成一九年度司法研究は、第一節で述べた三つの変化に伴って、控訴理由の審査のあり方が次のようになると総括している。すなわち、「裁判員制度が、事実の認定と有罪の場合の刑の量定については、裁判官に裁判員を加えた新たな裁判体で判断すべきとの新たな制度を創設したものであり、控訴審が現行法どおりとされた経緯にもかんがみると、控訴審の在り方としては、事後審としての立場を維持すべきであるということが基本となり、ただ、裁判員制度

の下では、控訴審の運用において、第一審の裁判を尊重するという立場から、事後審としての本来の趣旨を「より徹底させることが望ましい」ということになる⁽⁵⁸⁾。

では、裁判員の参加した第一審の判断を裁判官のみからなる控訴審が尊重しなければならないのは、なぜか。

遠藤・富田両判事は、裁判員裁判における事実認定を特に尊重すべきとする見解の論拠として、(一)「裁判員裁判の制度目的が、裁判官に裁判員のした判断を尊重すべきものとしている」とする政策的優越論、(二)「事実認定の能力の点において、裁判員裁判の方が裁判官裁判よりも優れている」とする能力的優越論、(三)「事実認定の審理構造の点において、裁判員裁判の方が裁判官裁判よりも優れている」とする構造的優越論の三説に整理している⁽⁵⁹⁾。また、中川孝博教授は、控訴制度改革案で考慮された諸価値として、(一) 民主的正統性の確保、(二) 一審中心主義の尊重、(三) 訴訟経済の三点を挙げるが、これらは、遠藤・富田両判事によれば、政策的優越論と構造的優越論に位置づけられるとされる⁽⁶¹⁾。

第一に、政策的優越論は、「裁判員法の立法目的そのものからの要請として、控訴審が裁判員裁判における事実認定を尊重するのは当然であり、また、裁判員裁判においては、裁判官だけで裁判体の事実認定を決することはできず、他方、裁判官の中の少数意見であつても、裁判員多数の賛同を得て裁判体の事実認定とすることができるのであり、このことは、裁判員の意見を尊重すべきであることの裏付けとなる」という⁽⁶²⁾。「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……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」が、そのことは「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」とする後藤教授の見解に代表される、中川教授のいう民主的正統性の確保という価値を指すと考えられる。この価値の尊重を前提

とすれば、「控訴審における事実認定のやり直しを認めない（あるいは限定的なものとする）」か、または「控訴審における事実認定のやり直しを認めるが、民主的正統性を確保するために控訴審に裁判員を含ませる……」（その際に、原審よりも多数の裁判員を参加させることを要求する……）」という制度構想が望まれるが、「控訴審の裁判体に裁判員を参加させるといふ法改正がなされなかつた現状においては、この価値観に基づく主張は、事実認定を繰り返させない運用を主張する方向に収斂することとなる⁶⁴」。

第二の能力的優越論は、「裁判員裁判においては、裁判官と裁判員が協働し、それぞれの知識と経験を生かした多角的な議論が行われることになるから、その事実認定能力は、裁判官裁判におけるそれを凌駕する」という⁶⁵。これは、裁判員制度の導入によつて第一審の判断主体の変化について氏家仁講師が分析した際の「裁判員裁判の事実認定能力からのアプローチ」に符合する⁶⁶。

もつとも、この見解に対しては、「事実認定は、証拠判断を伴う経験的なものであつて、基本的には科学的認識の領域に属するものであり、価値判断とは次元を異にするものであり」、「市民が裁判員として参加することにより、職業裁判官のみによる裁判よりも正しい裁判が実現するということになるとは限らない」という批判⁶⁷が妥当する。大阪高等裁判所陪席会では、「裁判員裁判においては、裁判官と裁判員とのコラボレーションにより裁判体としての事実認定力が高まるのではないかといった抽象論は賛同を得られず、事実認定の能力については、本来、裁判体個々に異なり、一般的にどちらが優れているともいえず、実証もされていないとの反論に代表されるように、これを支持するものは少なかつた」という⁶⁸。

第三の構造的優越論は、「裁判員裁判が公判中心主義、直接主義、口頭弁論主義に徹して審理が行われるのに対し、

裁判官裁判は従前同様に書面での審理が行われるから、審理構造として、裁判員裁判の方が裁判官裁判よりも優れている⁽⁶⁹⁾というものである。中川教授のいう一審中心主義の尊重に対応するものである。すなわち、従前の裁判では「第一審においても「調書裁判」的運用が定着していた」が、「裁判員が参加する裁判では、直接主義・口頭主義を徹底しないとそもそも機能しない」ため、「一審中心主義の要請が否応無く満たされていく」ことになる⁽⁷⁰⁾。そして、この価値観に立脚すれば、「現行法の解釈論・運用論としては、事後審的性格を強めるべきことを前提に、原判決を破棄する場合には原則差戻しとすべきとの主張に向かうことになる」⁽⁷¹⁾。

ただし、この見解に対しては、「直接主義・口頭主義は、本来、第一審の審理の原則であり、裁判員制度が開始されれば、裁判員裁判の対象にならない裁判官裁判でも、従来よりもこれが徹底されることになると思われるから、裁判員裁判の事実認定を特に特徴付けるものではなくるとの指摘」が、大阪高等裁判所陪席会ではあったとのことであり、そして、同研究会では、最終的には、控訴審が裁判員裁判の結論を尊重すべきであるとの見解の根拠として、政策的優越論が残った⁽⁷²⁾という。

四 まとめに代えて

本稿では、裁判員の参加する第一審の裁判の判決を裁判官のみで構成される控訴審が破棄しうることの正統性の問題について取り組んだ。

第一に、裁判員の参加した裁判を裁判官のみで構成される裁判体で審査することの正統性はあるのか。この問いに対して、筆者は、積極的に解する。たしかに、控訴審が第一審と同一の立場で同一の事項を審査しているとすれば、裁

判官のみで構成される控訴審が改めて判断を行うことの正統性を説明するのは困難である。そこで、このように解するならば、裁判員裁判の判決に対する上訴を制限する構想や、控訴審にも裁判員の参加を認めるべきとする構想をもつて、正統性の問題を克服しようとすることになる。一方で、控訴審が第一審と同一の立場で同一の事項を審査すると解さなければ、控訴審が従前どおり裁判官のみで構成されるとしても正統性の問題は解決可能となる。

すなわち、第二に、そもそも控訴審はどのような立場で何を審査しているのか。筆者は、通説・判例のいうように、控訴審が事後審として第一審の裁判の判決の内容の過誤の有無を点検するものであると解したうえで、ならば、記録に基づく事後的な点検作業を裁判官が行うことは、第一審における裁判員の関与を否定することを意味しないため、かりに個別事象を重視する思考枠組みに立つとしても、それを裁判官のみで行うことの正統性は肯認できると解する。

これらを前提として、第三に考えるべきことは、裁判員裁判の第一審が、従前の裁判官のみによる裁判と比べて、どのような点において変化するかについてである。第三章第一節において、平成一九年度司法研究等が、裁判員制度導入に伴い、第一審裁判所に関して、判断主体の変化や事実認定の資料の変化などが生じうる点に注目していることを取り上げた。筆者は、先行研究の挙げる諸変化のうち、(α)一般の国民が裁判員として第一審の裁判に参加し、その判断に、国民の視点、感覚、健全な社会常識などが反映されようになるという変化と、(β)裁判員裁判の第一審では直接主義・口頭主義が徹底するという変化の二点に着目したい。

そして、第四に、これらの変化が生じることを認めたくえで、裁判員裁判の判決に対する控訴を控訴審が審査するにあたっては、従前の控訴審の運用が必ずしも徹底した事後審であったとはいえないとする実務の反省的評価を前提として、裁判員制度導入以降は、第一審の裁判を尊重すべきであり、事後審としての本来の趣旨をより徹底させるべ

きであるとの結論に至った。そこで、第二章第二節において、裁判員裁判における事実認定を特に尊重すべきとする見解の論拠として、大阪高等裁判所陪席会における遠藤・富田両判事の整理による、(α) 裁判員が参加するという裁判員裁判の制度目的に基づく政策的優越論と、(β) 裁判員裁判が公判中心主義、直接主義、口頭弁論主義に徹して審理が行われるため、事実認定の審理構造の点において優れていることを基礎とする構造的優越論との二つに筆者は注目した。中川教授が控訴制度改革案で考慮された諸価値として整理するところの、(α) 民主的正統性の確保がここでいう前者に、(β) 第一審中心主義の尊重が後者に相当するものである。

ところで、小川育典判事は、「職業裁判官のみで構成される控訴審裁判所が裁判員の加わった第一審裁判所の「判決の」当否を審査し、これを破棄することが正当化できるのかという疑問」の根底にある考え方として、(α) 「市民参加という形態の民主的正統性」からくるもの」と、(β) 「直接主義・口頭主義」からくるもの」との二つがあると分析する⁽⁷³⁾。前者について、小川判事は、「裁判員制度は、国民に裁判に加わってもらうことによって、国民の司法に対する理解を増進し、長期的にみて裁判の正統性に対する国民の信頼を高めることを目的とするものであり、裁判員法1条は、裁判員が関与することが「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」と規定して裁判員法の趣旨を明らかにしていることからすると、裁判員制度が民主主義の原理によるものとはまではないことはできないものの、裁判員制度導入の目的の一つが「裁判内容に国民の健全な社会常識を反映させる」ことである以上、「民意の反映」という趣旨は軽視することはできない」と述べる。一方、後者については、「裁判員法施行後の一審状況は、直接主義、口頭主義の実質が備わった審理となることが予測されるのであり、現行法上控訴審の構造が事後審とされたのは、直接主義・口頭主義が強化されたことがその背景事情にあることに照らすと、裁判員裁判において直

本稿での表現	小川育央判事	平成19年度司法研究	遠藤和正・富田敦史両判事	中川孝博教授
裁判員の参加の意義尊重論	市民参加という形態の民主的正統性	判断主体の変化	政策的優越論	民主的正統性の確保
直接主義・口頭主義重視論	直接主義・口頭主義	事実認定の資料の変化	構造的優越論	一審中心主義の尊重

接主義・口頭主義の徹底が図られるのであれば、控訴審の在り方を考える上で大きな意味を持つというべきである⁷⁴という。

これらは、いずれも相異なる論点（職業裁判官のみで構成される控訴審裁判所が裁判員の加わった第一審裁判所の可否を審査し、これを破棄することが正当化できるのかという疑問の根底にある考え方の対立、裁判員制度導入に伴い第一審裁判所に関して生じうる変化、裁判員裁判における事実認定を特に尊重すべきとする見解の論拠、控訴制度改革案で考慮された諸価値）について、さまざまな見解ないし論拠等が示されたということであるが、そこで表れている主要な議論は、一般の国民である裁判員が裁判に参加するということ自体に注目する見解と、（裁判員の参加そのものよりも）制度導入に伴い直接主義・口頭主義が強化されるという点のほうを重視する見解とに整理することができる。

筆者は、裁判員裁判の判決に対する上訴審の審査をめぐる正統性の問題を考えるうえで重視すべき視点として、（ α ）裁判員が第一審の裁判に参加していることそれ自体に着目するものを裁判員の参加の意義尊重論とし、（ β ）制度導入に伴い直接主義・口頭主義が強化されたことに意義を見出すものを直接主義・口頭主義重視論と呼ぶこととする。このうち、前者には、司法参加の意義について、民主主義的基礎づけ説に立つもの⁷⁵とそうでないもの⁷⁶があり、それらは原理的には明白に異なる見解であるが、ここでは、訴訟における手続構造な点を重視する議論との対比で、制度の理念的な面に着目する議論として一括することとする。

小川判事や中川教授らが民主的正統性という術語を用いているにもかかわらず、敢えて本稿で

民主的正統性という言葉を用いない理由は、正統性は個々の裁判における参加した裁判員の判断におけるそれという意味のほか、(国民の中から選任された裁判員が刑事裁判に参加する制度が存在するという)司法制度全般の問題におけるそれという意味も考えられるところ、両者の混同を避けるためである。⁽⁷⁶⁾ 論者らのいう民主的正統性は、主として個々の具体的な裁判の内容へ実体的な国民としての裁判員が直接に参加すること自体を指している(ただし、このことは、国民の司法参加の意義という論点について、論者らが民主主義的基礎づけ説に立つか否かの問題とは、必ずしも直結しない)⁽⁷⁷⁾が、その点を尊重しなければならないとする視点が、本稿でいう裁判員の参加の意義尊重論である。

もとより、本稿で触れてきたとおり、これら以外にも、裁判員裁判の判決に対する上訴審の審査をめぐる正統性の問題を検討するうえで考慮すべき視点はいくつかあるが、主要なものとして、裁判員の参加の意義尊重論と直接主義・口頭主義重視論の二点を挙げうることに異論はなからう。

これまでの総論的議論を踏まえ、裁判員裁判の判決に対する上訴審の審査をめぐる正統性の問題について、事実誤認を理由とする控訴の場合と、量刑不当を理由とする控訴の場合とに分けたうえで、具体的に検討しなければならない。⁽⁷⁸⁾ 控訴審の審査のあり方に関して、上述の二つの視点がどのような理論的帰結を要請するか、そして、判例はどのように解しているのかについても、考察する必要がある。挙げて今後の検討課題としたい。⁽⁷⁹⁾

補論 控訴審において破棄相当との判断に至った場合の処理方法

刑事訴訟法四〇〇条本文は、控訴審が原判決を破棄相当であると判断した場合には、事件を原裁判所に差戻し(または原裁判所と同等の他の裁判所に移送)をしなければならないと定めており、自判は同条ただし書において「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つて、直ちに判決をすることが出来るものと認めるとき」に可能とされているにとどまる。しかしながら、裁判員制度導入以前の実務において、「法四〇〇条に關し本文による差戻しや移送は少なく、ただし書により自判している例が圧倒的に多」かつたといふ。⁸⁰⁾

では、制度の導入以降は、控訴審は、裁判員裁判の判決について破棄相当との判断に至つた場合、原審に差し戻すべきかなのか、それとも、従前どおり自判を広く認めうるのかが問題となる。

第二章第一節で確認したとおり、制度設計段階において、検討会の井上座長によつて、「制度としては、まさに控訴審を事後審とする現行法の枠組みを裁判員制度との関係でも基本的に維持することよく、従つてまた、第一審判決を破棄する場合にも、第一審に事件を差し戻すのが原則であるとして、控訴審裁判所が事後審としての審査のために行つた記録の取調べにより、直ちに新たな判決を言い渡せる状況に立ち至つているといえるときには、現行法どおり、例外的に自判することができるとしてもよい」との見解が示されていた。⁸¹⁾

以下、控訴審において破棄相当との判断に至つた場合の処理方法について、事実誤認を理由として裁判員裁判の判決を破棄する場合と、量刑不当を理由として裁判員裁判の判決を破棄する場合とに分けて検討する。

第一に、事実誤認を理由として裁判員裁判の判決を破棄する場合についてである。

この点、「裁判員裁判による一審判決を破棄する場合、特にその理由が事実誤認、量刑不当にある場合、原則として差し戻すべきであつて自判は相当ではない、あるいは許されないという立場」⁸²⁾がある（差戻し原則論）。例えば、杉森研二元判事は、「事実誤認を理由に一審判決を破棄する場合は、原則として差し戻すべきである」とし、「狭い意味での経験則違反を理由とする事実誤認の場合は、破棄自判することも可能であろうが、その場合でも、裁判員の参加

した裁判体による裁判を保障する意味からは、破棄差戻しを原則とすべきであろう」と主張する⁽⁸³⁾。また、龍岡資晃元判事も、「裁判員は、事実の認定、法令の適用、形の量定に関与することとされていることからすれば（裁判員法6条1項）、裁判員裁判による1審判決を破棄し、原判決の事実認定や量刑を修正するには、裁判員の参加する裁判体でするのが本筋であつて、差戻しが原則ということになろう」と述べる⁽⁸⁴⁾。

これに対して、「差し戻された第一審で、公判手続の更新をどのように行うのか（例えば、人証について、証人尋問調書の朗読によるのか、証人尋問を録画したビデオを視聴してもらうのか、そのような方法によって、裁判員に事実関係を正確に把握してもらうことができるのか）、また、破棄判決の拘束力を裁判員にどのように説明して理解を得るのかなど」の問題があり、差戻しによる審理が、裁判員裁判に本来的に馴染むものといえるのか」、疑問が示される⁽⁸⁵⁾。

そこで、差戻し原則論に対して、一定の場合に自判を認める、あるいは「理念的には賛成しつつも実際の問題としては自判を相当程度許容する立場」が登場する余地が生ずる⁽⁸⁶⁾。

平成一九年度司法研究は、「裁判員という国民の意見を反映させることが不可欠であるというのであれば、差し戻した上でその判断を仰ぐべきであり（……差戻審の手續の煩雑さは避けられないが、この場合は差戻しの必要性の方が優先されるべきである……）、誤認の原因となった事柄を正せば、裁判員の加わった裁判体もそのような結論に至ることが明白な場合などは、裁判員制度導入の趣旨に反するものではないので、自判してもよいと考えられよう」と述べる⁽⁸⁷⁾。大阪高等裁判所陪席会も、「裁判員裁判制度導入の理念に従えば、破棄差戻しを原則とすべきことになるであろうことにほぼ異論はなかった」とのことであるが、「自判許容論の指摘する差戻し審における問題点は重視せざるを得ず、大まかにいえば、理念としては差戻し原則論となろうが、実際問題としてはこの問題に配慮せざるを得ないであろう、

あるいは実際には差戻しは困難であろうというのが大勢の意見であった」という。⁽⁸⁸⁾ また、東京高等裁判所刑事部総括裁判官研究会は、「自判か差戻しかの問題は、重要な判断については裁判員を加えた裁判体の判断を保障するという視点のほか、差戻し審に加わる裁判員の負担、控訴審で自判が容易かどうかなどの視点も必要である」が、「より根本的には、新たな裁判に裁判員の意見を反映させることが必要不可欠かどうか重要な視点になる」とする。⁽⁸⁹⁾

なお、「裁判員制度下の控訴審には、問題点を多く孕むことになりそうな一審判決の過誤を修正するという重要な機能が期待されている」⁽⁹⁰⁾との認識の下、「一審ではそもそも実体判断をしていないというような場合を除いて、必ず自判とすることにするべきであろう」とする見解もある。⁽⁹¹⁾ この見解は、事件を原則として第一審に差し戻すこととした場合に、(一)被告人には迅速な裁判を受ける権利(三七条一項)が憲法上保障されているところ、「控訴審が自判できると考えているにもかかわらず、二度目の一審ということになっては、この迅速な裁判という要請が大きく損なわれる」ことになり、(二)「新たに裁判員候補者から正規・補充の裁判員を選任し、その前での審理をするということが予定されているのであろうから、控訴審が自判していればなくて済んだ新たな負担を国民に押し付けること」になり(証人等についても同様である)、(三)差戻審を続審とするならば、差戻審の裁判員は「旧一審、控訴審での証拠調べの結果の全部、それに控訴審が原判決を破棄して差し戻した理由を理解して判断しなければならぬわけであるから、極めて高度な能力を必要とする」し、続審である差戻審で公判手続の更新が必要になるとして、「主要な証人、証拠はすべて旧一審で取調べ済みであろう」から、裁判員は証人の証言それ自体ではなく、その尋問調書を読み込んで心証を形成することが求められることになるところ、「それは到底無理であるから、ここでの新しい裁判員は、本来の証拠に直接接することもなく、誰かがそれを要約して述べたダイジェスト……で心証を作ることになる恐れが大きい

い」点を問題視する⁽⁹²⁾。もつとも、この見解は、裁判員裁判そのものに問題点を多く孕むとの主張を前提とするものであるため、控訴審における過誤の修正機能に期待する以前に、そもそも裁判員制度の導入それ自体を否定すべきである。

では、差戻しが原則であるとの立場を採る場合、そのように解することの主たる論拠は何かが問題となる。

この点、小島正夫・細谷泰暢両判事は、差戻し原則論の根拠として、(α)「とりわけ民意を反映した裁判員裁判の尊重」と、(β)「直接主義、口頭主義に基づく一審への集中とその結果としての一審判決の尊重」との二つを挙げる。前者は、「裁判員裁判導入の趣旨が、主に事実認定と量刑判断にあたっての一般市民感覚の尊重にあるとすれば、かかる一審判決を破棄する場合にあつても、改めて裁判員裁判による一審の判断を求めるのが当然あるいは相当である」とするものであり、小島・細谷両判事によれば、検討会もこの立場を採っているとされる。一方、後者は、「裁判員裁判にあつては、「公判前整理手続による争点及び証拠の整理、これを受けての直接主義、口頭主義の徹底化」が図られているのであり、このような審理形態の実質的变化の影響は軽視できない」ということを意味する⁽⁹³⁾。

これらは、第四章で示した(α)裁判員の参加の意義尊重論と(β)直接主義・口頭主義重視論に対応するものである。

「裁判員の参加した裁判体による裁判を保障する意味」を根拠として差戻し原則論を唱える杉森元判事の見解⁽⁹⁴⁾や、控訴審が民主的正統性を有していないことを理由に差戻し原則論を妥当とする水谷規男教授の見解⁽⁹⁵⁾は、裁判員の参加の意義尊重論に依拠するものと分類できよう。裁判員の参加の意義尊重論を特に重視するのであれば、原則的差戻しは厳格に遵守されるべきであり、自判を許容する余地はできる限り狭く解されるべきことになる。特に、国民の司法

参加の意義につき民主主義的基礎づけ説に依拠する場合、主権者国民たる裁判員による判断が決定力を有しななければならず、それを裁判官のみによって否定することは理論的に正統化できないため、軽微な判決の変更であっても、(迅速な裁判の要請など別の原理を持ち出さない限り) 自判を許容する余地はなく、常に差戻しが必要となる⁹⁶。また、被告人にとって有利か不利かは裁判員の参加の意義とは無関係であるから、この立場によれば、被告人に有利な判断であつても第一審に差し戻すべきこととなる。差戻し原則論に立ちつつ、「1審の有罪判決を破棄し、直ちに無罪の言渡しをすべき場合も、事実を認定するわけではなく、量刑判断を必要としないのであるから、自判が相当である」とする見解もあるが⁹⁷、裁判員の参加は量刑判断のためだけにあるわけではないため、かかる議論は理論的に整合性を欠き、失当である。裁判員の参加の意義尊重論を貫くのであれば、裁判員の参加した裁判による最終的な判断という形式を経ることが重要とされるため、なおも被告人に差戻審を受けることを求めることになる。

一方、直接主義・口頭主義重視論に立てば、控訴審において、裁判員裁判による第一審におけるものと同等以上の直接主義・口頭主義の要請を確保しつつ、重要な証拠を直接調べるとすれば、差戻しを原則とする立場を採る場合であつても、自判を許容する余地は広がることになる。

さらに付言すれば、直接主義・口頭主義重視論に立つ限り、第一審の無罪判決を破棄し有罪として自判することも、理論的にはまったく否定されるものではない⁹⁸。ただし、この場合、控訴審において新たに量刑についての判断が必要となるどころ、第一審がまったく量刑判断をしていないにもかかわらず、裁判官のみによって構成される控訴審が量刑判断をして有罪の自判をすることができるかが問題となる⁹⁹。思うに、控訴審が無罪判決を破棄し、量刑判断を含めて自判することは、第一審と控訴審を通じて、量刑について、まったく裁判員の関与なく裁判官のみで判断されるこ

とを意味するため、量刑に国民の良識を反映させるべきとする裁判員制度の趣旨に鑑み、否定的に評価されることとなる¹⁰⁰。したがって、裁判員裁判の無罪判決を破棄する場合には、裁判員に量刑についての判断を求めため、差戻しが著しく被告人に不利になるなど特段の事情のない限り、差戻すべきであろう。

実務においては、「これまで、裁判員裁判による第1審の無罪判決を控訴審が事実誤認を理由に破棄した事例のほとんどは覚せい剤密輸事案であり、最小小決平成二六年三月一〇日刑集六八卷三二八七頁の原審（大阪高判平成二四年三月二日刑集六八卷三二八七頁）が破棄差戻しをしたほかは、「その余は、破棄自判の判決がされている」という¹⁰¹。

第二に、量刑不当を理由として裁判員裁判の判決を破棄する場合についてである。

基本的な考え方は、事実誤認を理由とする場合と同じく、差戻し原則論ないしそれを前提とする自判許容論が妥当するはずである。しかしながら、池田修元判事らは、「量刑不当によって破棄する場合には、自判について特に従来¹⁰²の運用を改める必要はないであろう」と主張する。

村瀬均元判事も、「確かに、差戻した上で裁判員の量刑判断を受けることが裁判員裁判を尊重する趣旨に沿う」ことを認めるものの、「差戻し後の第1審の更新手続では証人尋問や被告人質問等の録画を長時間にわたり再生するという運用が予定されている上、事実認定について拘束力のある判断を強いられるという裁判員の負担を考慮すべきであること、他方で、裁判員の量刑意見を反映させることが必要不可欠ともいえないことに照らせば、無罪判決を控訴審で破棄自判するという運用が実務的にみて不相当とはいえない」と主張する¹⁰³。かかる主張は、直接主義・口頭主義重視論に立脚するものであるといえよう。

その一方で、裁判員の参加の意義尊重論に立脚するならば、理論的には差戻しを原則とすべきという帰結になる。

例えば、龍岡元判事は、「量刑についても、国民の良識を反映させることが裁判員裁判導入の趣旨であることからすれば、死刑か無期刑の選択が迫られる場合などはもとより、控訴審で直ちに量刑判断をして自判することには疑問がないではなく、差戻しが著しく被告人に不利になるなど特段の事情のない限り、原則として原審に差し戻すのが相当ではないかと思われる」と主張する⁽¹⁰⁴⁾。もつとも、この立場に立ちつつ、自判を許容する見解もある。後藤教授は、「この理由〔量刑不当〕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し、「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」と主張する⁽¹⁰⁵⁾。

なお、従前から「ほとんど例外なくただし書による自判をしている」とされる第一審判決後の情状を理由とする破棄（刑事訴訟法三九七条二項、いわゆる二項破棄⁽¹⁰⁶⁾）については、裁判員の参加とは関係のない事情であるため、従前どおりの運用を変える必要はない。

*本稿は、平成三〇年度科学研究費助成事業（日本学術振興会学術研究助成基金助成金（基盤研究（C））「国民の司法参加をめぐる憲法理論の国際的発信」（課題番号：一六K〇三三〇一一）の研究成果の一部である。

- (1) 拙著『裁判員制度の立法学——討議民主主義理論に基づく国民の司法参加の意義の再構成』（日本評論社、二〇〇九年）。
- (2) 拙著・前掲注(1)一〇七—一一四頁、二七九—二八二頁。
- (3) 拙稿「裁判員制度の憲法適合性」日本法学八二巻三号（二〇一六年）一〇三頁、同「裁判員の職務等と被告人の裁判選択権をめぐる憲法問題——続・裁判員制度の憲法適合性」同八二巻四号（二〇一七年）一頁、同「裁判員制度の意義と展開可能

性——続々・裁判員制度の憲法適合性」同八三卷一号(二〇一七年)一頁。

(4) 小田中聰樹『裁判員制度を批判する』(花伝社、二〇〇八年)六四頁。国民の司法参加の意義について民主主義的基礎づけ説に立つならば、裁判員裁判の第一審に示されるのは「政府の一員である裁判官の判断ではなく、主権者である国民の判断そしてコミュニティの代表である市民の意見」であるから、「その判断や意見を国民から権限の付託を受け市民に奉仕する公僕であるはずの職業裁判官が一方的に覆すというのは、この国の成り立ちの根本である国民主権を否定するものである」と主張することとなる(高野隆「無罪判決に対する検察官上訴は許されるべきか」木谷明編『裁判所は何を判断するか』(シリィズ刑事司法を考える 第五卷)』(岩波書店、二〇一七年)二五五—二五六頁)。

(5) 上訴審のうち、第一審における裁判員裁判に直接的な影響を及ぼすのは、憲法判断や法令の解釈適用の統一を主要な任務とする上告審ではなく、事実認定や量刑について審査を行う控訴審である(龍岡資晃「上訴審の在り方」論究ジュリスト二号(二〇一二年)八四頁)。

(6) とりわけ、控訴審が審査したうえで、裁判員裁判の判決を破棄することの正統性が問題となる(宮城啓子「裁判員裁判と上訴審の在り方」刑事法ジャーナル一三三号(二〇〇八年)九頁)。この問題は、後述するように、司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会において繰り返し言及されてきたことであり(第六回、第一八回、第二五回)、また、後述する井上正仁「考えられる裁判員制度の概要について」の説明(第二八回司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会(二〇〇三年一〇月二八日)配布資料)においても、「職業裁判官のみで構成される控訴審裁判所が裁判員の加わった第一審裁判所の判決の当否を審査し、これを破棄すること自体を認めるべきかどうか、正当化できるかどうか」が、控訴審の設計をめぐる議論が帰着するところの問題と位置づけられていた(二二頁)。

なお、裁判の正統性は民主的正統性のみに限らないことにつき、拙著『熟慮と討議の民主主義理論——直接民主制は代議制を乗り越えられるか』(ミネルヴァ書房、二〇一五年)五〇—五六頁。

(7) 司法研修所編『裁判員裁判における第一審の判決書及び控訴審の在り方』(法曹会、二〇〇九年)九九頁。同書は、大澤裕教授、田中康郎判事、中川博之判事、高橋康明判事の四名に委嘱された平成一九年度の司法研究の報告書(六一輯二号)で

ある。本稿では、以下、「平成一九年度司法研究」と略記することとする。

(8) 司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書——21世紀の日本を支える司法制度——」(二〇〇一年)一〇二—一〇三頁(傍点は本稿の筆者による)。

(9) 司法制度改革審議会・前掲注(8)一〇二頁。

(10) 拙稿「国民の司法参加」公法研究七九号(二〇一七年)二二九頁。同・前掲注(3)「裁判員制度の意義と展開可能性」三九頁注(33)も参照。

筆者は、旧著では、国民の司法参加の意義をめぐる民主主義的基礎づけ説と理解増進・信頼向上説との対立を明らかにすることを企図しており、その前提としての参加の正統性のとらえ方をめぐる基本的思考枠組み(民主主義的基礎づけ説の依拠する個別事象を重視する思考枠組みと、理解増進・信頼向上説の依拠する制度として問題をとらえる思考枠組み)については、その意義を認識していた(例えば、拙著・前掲注(1)二九一頁注(27)を参照)ものの、理論的な整理が十分にできていなかったため、詳述を避けていたことを正直に告白しなければならない。

そして、旧著の刊行以降に公表した拙稿の中でこのような思考枠組みの重要性をにわかに強調し始めるに至った経緯は、次のとおりである。すなわち、「裁判員候補者数が国民全体の中で少数であること、裁判員が匿名であり評議が非公開であることからすれば、「裁判員制度の実施によってもたらされる一般国民に対する」「陶冶」の効果はあるとしても極めて限定的であ」との宍戸常寿教授による拙著に対する批判(宍戸常寿「国民の司法参加の理念と裁判員制度——憲法学の観点から」後藤昭編『東アジアにおける市民の刑事司法参加』(国際書院、二〇一一年)一四八頁)が、この問題を探究する必要性を再認識させる契機となり、「国民の司法参加という場面で、「自由主義」と整合的に語られる「民主主義」とは、国家権力の正統化に関わるものであり、裁判に直接参加する個々の国民は、かかる非実体的な正統化の淵源としての「国民」を裁判の場で表象するにすぎないはずであった」との同教授による指摘(宍戸常寿「司法制度改革の中の裁判官——裁判員制度合憲判決」駒村圭吾編『テキストとしての判決——「近代」と「憲法」を読み解く』(有斐閣、二〇一六年)三三七頁)が、筆者にとって混沌としていた問題を氷解させることとなった。

なお、遠藤和正・富田敦史両判事は、裁判員裁判の判決に対する事実誤認を理由とする控訴についての審査のあり方に関連して、「国民の健全な社会常識を裁判に反映させるには、個々の事件の裁判が、裁判員が加わることにより、国民の健全な社会常識が反映されたものになっていかなければならないことは言うまでもないが、裁判員制度の制度目的としては、個々の事件の刑事裁判について、裁判員が参加することにより、どのような影響を受けるべきかというミクロな視点ではなく、刑事裁判制度として、裁判員という形で国民参加の途が開かれることの意義を説いたマクロな視点のものと理解したい」と主張する（遠藤和正・富田敦史「大阪高等裁判所陪席会・裁判員制度のもとにおける控訴審の在り方（6）事実認定の審査」判例タイムズ一二七六号（二〇〇八年）四七頁）。筆者のいう制度として問題をとらえる思考枠組みとは、まさに遠藤・富田両判事のいう「マクロな視点」と同じことを意味する。両判事は、さらに続けて次のように述べる。「裁判員裁判が国民の健全な常識を裁判に反映させようとするものであるとしても、裁判員裁判であることが、その判決が国民の健全な社会常識が反映されたものであるという保証になるわけではない。これは当然のことのようだが、裁判員裁判を職業裁判官だけで構成する控訴審で破棄することに対して懐疑的な見解の中には、この点を誤解しているのではないかと疑問を持つような意見や、上記のミクロな視点とマクロな視点を混同したような意見も見受けられる」（同頁）。

また、小池信太郎教授は、裁判員裁判の判決に対する量刑不当を理由とする控訴についての審査のあり方に関連して、「裁判員裁判による国民感覚の反映とは何を意味するのか」と問題提起をした（小池信太郎「量刑判断の在り方」刑法雑誌五五巻二号（二〇一六年）一七一頁）うえで、次のように述べる。「たまたま当該裁判に集まった6名の裁判員が反映されるべき国民感覚の代弁者であるとすれば、第1審の量刑判断に職業裁判官だけの上訴審が介入する契機は、国民感覚の反映以外の観点のみに求められることになろう。しかし、裁判に反映されるべき国民感覚としては、より普遍的・一般的なものを想定すべきである。刑期の量定に関し、第1審の裁判体に広い裁量を認める意義は、当該6名の裁判員の意見を尊重すること自体にあるわけではなく、それが目に見えない国民一般の合理的感覚に沿った量刑に中長期的に近づく手段であることに求められる」。筆者のいう個別事象を重視する思考枠組みとは、小池教授のいう「たまたま当該裁判に集まった6名の裁判員が反映されるべき国民感覚の代弁者である」とする考え方のことである一方で、筆者は、小池教授と同様に、より普遍的・一般的な国民の感

覚、あるいは目に見えない国民一般の合理的感覚のほうをより重視する。

(11) 司法制度改革審議会・前掲注(8)一〇八頁。拙著・前掲注(1)四五頁参照。

上訴をめぐっては、第一ステージにおいては具体的な議論はほとんど行われていないが、第五一回審議会(二〇〇一年三月一三日)における高木剛委員が示した配布資料「裁判員制度」について(説明要旨)は、その後の議論の展開を考えるうえで注目に値する。高木委員は、第一ステージにおける現行裁判否定論/民主主義的基礎づけ説の主要な提唱者であり、この文書は、佐藤幸治会長、竹下守夫会長代理、井上正仁委員の三名によって作成された「訴訟手続への新たな参加制度」骨子(案)」に対抗するために提出されたものである。

ここで、高木委員は、「事実問題については現在の裁判官による裁判と同様、少なくとも二度の裁判を受ける権利が保障されるべきである」が、「控訴裁判所の裁判体は職業裁判官のみによって構成されることが予想される」ところ、「有罪判決(有罪判決)を破棄した控訴裁判所は、かならず事件を第一審裁判所に差し戻さなければならぬ」(ただし、無罪を言い渡すべきことが明らかな場合には、控訴裁判所は無罪を自ら判決できる)制度構想を提案した(高木剛「裁判員制度」について(説明要旨)」(第五一回司法制度改革審議会(二〇〇一年三月一三日)配布資料)七―八頁)。なお、無罪判決に対する検察官による控訴を認めるか否かについては、高木案に記述がない。

(12) 訴訟手続の法令違反や法令適用の誤り等についてのみ自判できるものとする。

(13) さらに、同じく第一三回検討会の配布資料である「資料1「裁判員制度について」の説明」には、各案についての説明が詳述されている。

(14) 「理屈としては、控訴審に裁判員を入れる制度だつてあるのではないだろうか」と述べる委員が一名いたが、この委員も、「そこはこだわってお」らず、「選択肢としてそういう選択があるだろうという趣旨であり」、「必ずしもそれをやるべきだということでは」ないと述べたうえで、A案の支持を明言した。

(15) 事実認定は裁判員の関与を求めるときことを前提に、事実誤認と著しい量刑不当の場合には自判できず、すべて差し戻すべきである(軽微な量刑不当の場合には自判しうる)という案を新たに提案する委員もいた。

- (16) 井上正仁「考えられる裁判員制度の概要について」（第二八回司法制度改革本部裁判員制度・刑事検討会配布資料）一二頁。
- (17) 井上・前掲注(6)六一―七頁。
- (18) 井上・前掲注(6)二二頁。
- (19) 「裁判員制度の概要について（骨格案）」（第三二回司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会（二〇〇四年一月二九日）配布資料）一二頁。
- (20) 木庭健太郎参議院議員による質疑に対する山崎潮司法制度改革推進本部事務局長による答弁（第百五十九回国会参議院法務委員会会議録第十五号二八頁、二〇〇四年五月一日）。拙著・前掲注(1)九九頁。
- (21) これら三つは、「いずれも一般国民の関与した事実認定・量刑評価はそれ自体尊重されるべきものであるとの考えを前提とする」が、酒巻教授は「この考え自体を疑うことも可能である」と注記している（酒巻匡「裁判員制度と上訴審のあり方」井上正仁Ⅱ酒巻匡編『刑事訴訟法の争点（ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ6）』（有斐閣、二〇一三年）二二―二頁）。
- (22) 水谷規男「裁判員裁判と上訴・再審制度の課題」法律時報七九卷一二号（二〇〇七年）七二頁。もつとも、「陪審の無謬性という理念が存在するとはいえ、陪審の事実認定が常に正しいという保障はない」ため、「陪審制の下でも、上訴審裁判所が陪審の事実判断を誤らせるような手続違反が原審手続にあったと認めた場合には、原判決を破棄して新たな陪審による裁判（new trial）を命ずる途が開かれている」という（同頁）。具体的には、「事実誤認そのものを控訴理由とするのではなく、事実審において何らかの誤謬が存在したことによって、被告人の権利に実質的な影響を及ぼし、それが陪審の判断に影響を及ぼし得るものであるということ」をもって、第一審の結論を破棄するという（宮城啓子「控訴審における事実誤認の審査とハームレス・エラー・ルール」下村康正ほか編『刑事法学の新展開——八木國之博士追悼論文集』（酒井書店、二〇〇九年）一二―四頁）。
- (23) 西野喜一『裁判員制度批判』（西神田編集室、二〇〇八年）二〇一頁。個々の具体的な裁判の内容に裁判員の意見という

形で表れた主権者意思を絶対視するのであれば、この問いに対して、受け入れることができると回答することになるかもしれない。真実がどのようなものであるとも、主権者が無実の被告人について有罪と認定し、刑罰を科すると決断した以上は、それを甘受すべきである（その犠牲は、民主主義的制度の維持コストである）ということになるうか。一方、西野喜一元判事は、そのような発想を受容することは、わが国の国民の裁判に対する認識・期待であり、かつ刑事訴訟法一条が定める刑事訴訟の理念であるところの実体的真実主義とは異なる思想であると主張する（二〇二一—二〇三頁）。

しかしながら、いかに国民の参加に至上の価値を置くとしても、無実の者を有罪とし刑罰を科すことを容認する議論は、日本国憲法の解釈論としては、成立困難であろう。なぜならば、「罪を犯していない者が処罰されない権利を民主主義によって否定することはできないからである」（後藤昭「裁判員裁判と判決書、控訴審のあり方——司法研究報告書を素材として」刑事法ジャーナル一九号（二〇〇九年）二八頁）。

なお、ここで、極端な民主主義的基礎づけ説に基づく裁判員制度導入論を擁護するならば、無実の者を有罪と認定した場合には、次のような議論によってその過ちを慰撫することになるであろう（もとより、本稿の筆者は、この見解を採るものではない）。すなわち、わが国の司法参加の制度は（陪審員のみによって構成される陪審制度ではなく）裁判員と裁判官との協働の裁判員制度であり、主権者国民たる裁判員は単独では正しい判断をすることができたのである（だからこそ、誤判の可能性のない、純粋な陪審制度を導入すべきであった）が、裁判官と合議体を構成して判断したがゆえに誤った結論に到達した。このように、誤判の責任をもつばら裁判官に転嫁することにより、主権者は免責されることとなる。

(24) 日本国憲法三九条が英米法にいう二重の危険（double jeopardy）の法理を採用したものであると解したうえで、そもそも無罪判決に対する検察官による控訴は三九条に違反するという立場から、裁判員裁判による無罪判決に対する検察官による控訴を禁止すべきとする主張も見られる（白取祐司「最近の控訴審の変化と今後の展望」季刊刑事弁護七四号（二〇一三年）二二頁は、「検察官控訴は憲法39条の二重の危険禁止原則に違反する疑いがある」とする）。

ここで、この主張の前提となる、無罪判決に対する検察官による控訴を違憲とする議論について敷衍することとする。これは、被告人の利益のために一事不再理効（*Ne bis in idem*）を保障したものと解される日本国憲法三九条前段後半・後段（樋

口陽一ほか『注解法律学全集2 憲法II〔第21条〜第40条〕』（青林書院、一九九七年）三八二頁（佐藤幸治執筆）の淵源がアメリカ合衆国憲法修正五条にあることを根拠に、日本憲法の当該条文を米國憲法的に解釈すべきとするものである（なお、二重の危険の法理と一事不再理との関係については、これを同趣旨のものとして解する立場（例えば、田宮裕『一事不再理の原則——刑事訴訟法研究（3）』（有斐閣、一九七八年）、白取祐司『一事不再理の研究』（日本評論社、一九八六年））と明確に區別すべきとする立場（中野目善則『二重危険の法理』（中央大学出版部、二〇一五年））とがあるが、本稿では、その結論に影響しないため、この点には立ち入らない）。

すなわち、アメリカ合衆国の連邦の刑事陪審制度では、陪審による事実認定は、原則として上訴できず、特に被告人に無罪の評決があった場合には、合衆国憲法修正五条の二重の危険に違反するため、検察官は上訴できないとされている（浅香吉幹『現代アメリカの司法』（東京大学出版会、一九九九年）一二二—一二五頁）。ならば、「英文の〔日本国憲法〕39条後段は合衆国憲法修正5条の double jeopardy 条項を規定したことが明らかであり、また、「制定過程によれば、39条前段後半も double jeopardy を規定している」ため、日本国憲法三九条は「一事不再理と解する余地はなく、合衆国憲法にいう二重の危険を規定したものと解されるところ」、「有罪判決に対する検察官の上訴は……二重の危険になるので許されない」という立論も成り立ちうる（憲法的刑事手続研究会編『憲法的刑事手続』（日本評論社、一九九七年）四九六—五〇六頁（上野勝執筆））。つまり、日本国憲法三九条後段は、無罪判決を受けた被告人に対して二重の危険（ここでいう危険とは、実体審理を受けることを指す）にさらさせないために、検察官による再度の有罪立証の機会を求める行為を禁止しているという（高倉新喜「検察官上訴の研究——二重の危険の原理の観点から」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル一号（一九九四年）九〇頁は、それに加えて、「有罪判決が出た場合に更に重い量刑を求める検察官控訴も憲法39条前段後半に違反するという考え」を採る）。無罪判決に対する検察官による控訴は憲法三九条違反であるとする議論は、裁判員制度の導入に伴い、にわかに再論されつつある。例えば、吉利用宣教授は、「〔日本国〕憲法第39条が二重の危険に馴染まない理由として、陪審制が採用されていないことと一審の充実不足による誤判の問題が指摘されてきた」ところ、「今回、……陪審制度とは異なるとはいえ、素人参加という裁判員制度を導入し、国民の意識に根付いた新たな裁判体を構成し質の向上をはかるとともに、他方、直接主義・口頭主

義による第一審の一層の審理の充実を図ろうとするものである」から、「被告人の不利益な方向で事実認定を繰り返す検察官上訴は、制度的にこれまでよりも二重の危険との関連を問題にする余地ができてきた」と主張する（吉利用宣「裁判員制度の導入と検察官上訴」愛知学院大学論叢法学研究四六巻一号（二〇〇四年）一二一—一二三頁）。加藤克佳教授も、「そもそも従来どおり検察官控訴を認めてよいか、控訴理由や破棄事由についても立法的解決を図るべきである（とくに事実誤認を理由とする検察官控訴は廃止ないし制限すべきではないか）」という疑問も生ずるところである」と述べる（加藤克佳「事実誤認」季刊刑事弁護六八号（二〇一一年）六一頁）。また、牧野茂弁護士は、裁判員制度の導入による第一審の充実という立法事実の変化から、二重の危険の法理による検察官控訴の禁止の立法事実が登場したといえたと主張したうえで、それらを根拠として、「刑事訴訟法を改正して、一審の裁判員裁判で無罪とされた事件については検察官が事実誤認を理由として控訴することを禁止すべきである」と提言する（牧野茂「裁判員制度の課題解決の立法提言」濱田邦夫ほか編『裁判員裁判のいま——市民参加の裁判員制度7年経過の検証』（成文堂、二〇一七年）一二二—一二五頁）。

しかしながら、通説・判例は、訴訟手続の開始から終末に至るまで被告人にとっての危険（ここでいう危険とは、刑罰を受けることを指す）が継続しているとすると危険継続論を採用し、無罪判決に対する検察官による控訴を日本国憲法三九条違反とする議論を支持しない。わが国最高裁判所は、次のように判示し、無罪判決に対する検察官による上訴が三九条に違反するものではないとした。すなわち、「元来一事不再理の原則は、何人も同じ犯行について、二度以上罪の有無に関する裁判を受ける危険に曝さるべきものではないという、根本思想に基くことは言うをまたぬ。そして、その危険とは、同一の事件においては、訴訟手続の開始から終末に至るまでの一つの継続的状态と見るを相当とする。されば、一審の手続も控訴審の手続もまた、上告審のそれと同じ事件においては、継続せる一つの危険の各部分たるにすぎないのである。従つて同じ事件においては、いかなる段階においても唯一の危険があるのみであつて、そこには二重危険（ダブル、ジエバーデー）ないし二度危険（トワイイス、ジエバーデー）というものは存在しない。それ故に、下級審における無罪又は有罪判決に対し、検察官が上訴をなし有罪又はより重き刑の判決を求めることは、被告人を二重の危険に曝すものでもなく、従つてまた憲法三九条に違反して重ねて刑事上の責任を問うものでもないと言わなければならぬ」（最大判昭和二五年九月二七日刑集四巻九号一八〇五頁）。

なお、田宮裕教授は、そもそも「検察官上訴の不能をもって二重の危険の法理の固有必然的な内容だとは考えない」ため、「憲法が二重の危険を採用したからといって直ちに検察官上訴を違憲としなければならない論理的必然性はない」と主張する(田宮・前掲『一事不再理の原則』一〇六頁)。そして、「わが法における危険は、……判決確定をもってはじめて発生するというべきである」という(同頁)。なお、「被告人に不利益な国の側〔検察官〕の上訴」を「英米の通説・判例は……二重の危険を理由に……許さない」ことについて、「二重の危険そのものの内容ないしその必然的な帰結ではなく、「英米における陪審制とこれに伴う審級制度の特色が、この〔検察官による被告人に対する不利益上訴の禁止という〕制度を形成している」とする議論については、同書七二頁以下。

(25) 被告人に有利になる限りで上訴を認めるべきであるとする片面的尊重論の問題については、「裁判員裁判の判決に対する事実誤認を理由とする控訴についての控訴審の審査のあり方」と題する別稿において検討する予定である。

(26) 後藤昭「裁判員制度に伴う上訴の構想」一橋法学二巻一号(二〇〇三年)一〇頁は、「主権者たる国民も無実の人間に刑を科す権限はない」、「民主主義によっても人権を否定することはできない」と述べる。また、同・前掲注(23)二八頁は、「罪を犯していない者が処罰されない権利を民主主義によって否定することはできない」と述べ、同「裁判員裁判の無罪判決と検察官上訴」季刊刑事弁護六八号一七頁では、「いかに裁判員の判断を尊重すべきだとしても、無実の人を処罰してはならない」という要求は、それを上回る、「法律家としての裁判官は、最後の一线で、無実の人が処罰されないという人権を守るべき役割を負っている」という。

(27) 拙稿・前掲注(3)「裁判員の職務等と被告人の裁判選択権をめぐる憲法問題」三三頁。制度依存的権利という概念については、同六四頁の注(98)に挙げた文献を参照されたい。

(28) 日本弁護士連合会「裁判員制度「たたき台」に対する意見」(二〇〇三年五月三〇日)三一頁(引用文中の「正当性」という表記は原文ママ)。単純に控訴審にも裁判員を参加させるというのではなく、控訴審を二段階構造とし、第一審判決の破棄そのものは裁判官のみで審理するという構想である点は、興味深い。なお、日弁連は、検討会の「たたき台」のB案(「控訴審では、裁判官のみで審理及び裁判を行うが、訴訟手続の法令違反、法令適用の誤りについてのみ自判できるものとし、量

刑不当及び事実認定については自判できないものとする」について、「ただし、明らかな事実誤認あるいは量刑不当が認められ、被告人に有利な判決をする場合には、自判することができる」という一文を追加すれば、「あえて反対するものではない」ともしていた(同頁)。日本弁護士連合会「裁判員制度、刑事裁判の充実・迅速化及び検察審査会制度の骨格案に対する意見書」(二〇〇四年二月二日)一六頁も同旨。

(29) 酒巻教授は、裁判員制度導入以前において(も)、控訴審の裁判官が「事実認定と量刑判断の専門家としての経験・修練を積んできた」ため、第一審の判決に対して「職業的誠実性に基づき……指導的審査を行う」うことが可能であったと述べる(酒巻・前掲注(21)二二〇頁)。大島隆明判事も、「高等裁判所は全て合議体であり、構成員の法曹としての経験年数においても、地方裁判所の合議体より優位に立っているのが通常である」という(大島隆明「裁判員裁判と控訴審の役割——実務家の視点から」刑法雑誌五四卷三二四頁)。控訴審の裁判官が第一審の裁判官の判断を改めて審査し覆しうることの正統性は、このように裁判官の質的優越性を肯認することで説明することもできようが、裁判官の質的な差異があるということを考えなくとも、後述するように、控訴審が事後審であることをもってしても説明することができる。

(30) 新屋達之教授は、「陪審で上訴が許されない理由として、直接・口頭主義に基づく公判を繰り返すことの不可能・困難さに加え、仮に上訴審でも市民参加の方法を採ると、一審と上訴審で二重の民意反映が存在することになる。いわば、民意に価値序列が生じることの問題性・不合理性が指摘されることがある」と述べる(新屋達之「検察審査会改革について——中間的検討」立正法学論集三七卷二号(二〇〇四年)一四三—一四四頁、傍点本稿の筆者による)。

(31) 高等裁判所は、地方裁判所よりも管轄区域が広いため、そこでも裁判員裁判を行うとすれば、例えば、県境を越えて裁判員が高等裁判所に出頭しなければならぬ事態が生じることになり、裁判員の負担はこれまで以上に増すことになる。

(32) 裁判員制度の設計段階において、後藤昭教授は、控訴審にも裁判員を参加させる制度構想について、「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」になる(「いわゆる「覆審」的な控訴審を意味する」という)が、その際には、「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り、「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」と主張していた。この案は、「市民参加の理念をより徹底して」おり、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」という）が、しかしながら、「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」し、「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」ため、後藤教授は、「これが現実に日本で採用されるとは考えにくい」と推測していた。さらに、控訴審にも裁判員を参加させる制度設計案の難点として、「第一審と控訴審とで同様の証拠調べが必要となる」と、「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り、また、「時間が経ってから証人尋問を繰り返しても、より良い証拠は得られない」ことも指摘していた（後藤・前掲注(26)「裁判員制度に伴う上訴の構想」七一九頁）。

(33) 刑事訴訟法は、控訴理由として、法令違反（三七九条、三八〇条）のほかに、事実誤認（三八二条）や量刑不当（三八一条）を挙げており、わが国の刑事裁判における控訴審は、法律審であるとともに事実審でもあるといえる。したがって、控訴審は、法令解釈の統一と具体的事件の救済の双方の機能を有する（小林充『刑事控訴審の手續及び判決書の実際』（法曹会、二〇〇〇年）一頁）。

(34) 小林・前掲注(33)二―四頁。

(35) 小林・前掲注(33)二頁。

(36) 最大決昭和四六年三月二四日刑集二五卷二号二九三頁。

(37) 平良木登規男『刑事控訴審』（成文堂、一九九〇年）七七頁。

(38) 大城聡弁護士が代表理事を務める一般社団法人裁判員ネットは、「控訴審の審理を職業裁判官のみで行うことは、裁判員制度を導入した趣旨を没却してしまうおそれがあるのではないかとの指摘がなされているところ、「市民参加の意義を強調するのであれば、第一審の内容に誤りがあるかについても市民がチェックすべきで」あり、「一審判決を尊重する傾向が行き過ぎると公正性で慎重な審理を行い、誤りを防ぐための三審制が形骸化する恐れもあ」として、「控訴審においても市民が裁判員として参加する制度（控訴審裁判員制度）を設けるべきで」とあると提言する。具体的には、「控訴審は、一審と同じ立

場で判断するのではなく、第一審に誤りがないか事後的にチェックする役割（事後審）を果たすものとし、「控訴趣意書に記載された控訴理由を参照し、第一審判決に誤りがないかを審査し」、「取り調べも、一般的には第一審の訴訟記録と証拠物の点検・調査が中心となるべきであるという（一般社団法人裁判員ネット「裁判員制度 市民からの提言2018」二四―二五頁、原文ママ）。

しかしながら、裁判員制度の導入を契機として直接主義・口頭主義の実質化が図られたという経緯を踏まえれば、一般の国民の中から選任された裁判員に書面審理を担わせることには、なおも議論が必要であるといえよう。

(39) 東京高等裁判所刑事部部総括裁判官研究会「控訴審における裁判員裁判の審査の在り方」判例タイムズ一二九六号（二〇〇九年）六頁。

(40) 司法研修所編・前掲注(7)九四―九五頁。東京高等裁判所刑事部部総括裁判官研究会においても、「これまでの控訴審実務では、事案によっては、第一審と同様の方法で記録から独自に心証を形成し、論理則違反・経験則違反といいつつながら、実際には自らの心証と異なる第一審判決の認定を事実誤認として破棄することもあったのではないかと、また、自ら事案の真相を追求するという見地から、第一審の当事者の責任による主張・立証の枠を離れて、新たに証拠を調べるなどして、第一審の事実認定に積極的に介入することもあったのではないかとという指摘があった」という（東京高等裁判所刑事部部総括裁判官研究会・前掲注(39)六頁）。また、酒巻教授も、「一般に第一審判決を起案する裁判官より職業的経験知が豊富な控訴審裁判官が判決書とその素材を扱えば、直接証拠に接した第一審と同じ立場で第一審の認定・判断を吟味・評価し、問題点の指摘や自らの心証に基づく破棄を行う運用が成り立つのはまことに自然な成り行きであったと思われる」と述べる（酒巻・前掲注(21)二一〇頁）。

(41) 司法研修所編・前掲注(7)九五頁。東京高等裁判所刑事部部総括裁判官研究会も、同じく、この三点を挙げている（東京高等裁判所刑事部部総括裁判官研究会・前掲注(39)六一―七頁）。

(42) 司法研修所編・前掲注(7)九六頁。東京高等裁判所刑事部部総括裁判官研究会(39)七頁も同旨。

(43) 司法研修所編・前掲注(7)九六頁。

(44) 東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会（つばさ会）「裁判員制度の下における控訴審の在り方について」判例タイムズ 一二八八号（二〇〇九年）六頁。

(45) この点、東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会は、「主張・立証が厳選されることに伴い、情報量が必然的に減少することになり、「書面の読み込みによる心証形成から、直接見て聞いている心証形成（直接・口頭主義の徹底）への変革が必要不可欠となり、「要証事実の再編成による単純化・平易化が図られなければならない」としており（東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会・前掲注（44）六頁）、また、東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会は、端的に「（制度導入以前の）現状と比べて、第1審の事実認定の基礎となる資料が質的に違ってくるし、その量も格段に少なくなるであろう」から、「控訴審が第1審の証拠に基づき幅広い観点から細かく審査すること自体ができなくなることも予想される」と述べている（東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会（39）七頁）。いずれも司法研究と概ね同じ趣旨をいうものであるが、司法研究が必要な証拠に厳選されると評価するものについて、陪席裁判官の研究会が情報量の減少としてとらえ、さらに部総括裁判官の研究会がその減少を理由として審査の限界を予想している点は興味深い。

(46) 司法研修所編・前掲注（7）九六―九七頁。

(47) 平成一九年度司法研究が挙げる当事者追行主義の徹底に対して、後藤教授は、「控訴審は、もともと申立人が主張する控訴理由の有無を判断するという、当事者追行主義の構造を持って」おり、「そのような控訴審の機能が、第一審における当事者追行主義が強化された結果として、より限定されるという説明は、やや理解しにくい」と批判する。「控訴審は当事者が主張しない証拠構造の理解によって、原判決の結論を維持するべきではないともいえるはずであり、「当事者追行主義の強化が事実認定を理由とする破棄の可能性を減らすとは、単純にいえない」ためであるという（後藤・前掲注（23）二八頁）。

(48) 司法研修所編・前掲注（7）九七頁。

(49) 東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会・前掲注（44）六頁。

(50) 東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会・前掲注（39）七頁。

(51) 石井一正『刑事控訴審の理論と実務』（判例タイムズ社、二〇一〇年）四二二頁。石井元判事は、「尊重論」の中にも、

原判決の判断を被告人に有利なもの（典型的には無罪判決）と不利なもの（典型的には有罪判決）に分け、前者については「尊重論」を、後者については「従来論」というニュアンスのものがあるとし、これを「片面的尊重論」と名付ける（同頁）。

(52) 遠藤Ⅱ富田・前掲注(10)四六頁。

(53) 遠藤Ⅱ富田・前掲注(10)四六頁。このうち、(三)は、裁判員裁判優越説すなわち尊重論を弾劾する論拠であり、この点をより強調するならば、厳格審査論に帰着することになる。

(54) 遠藤Ⅱ富田・前掲注(10)四六頁。

(55) 石井・前掲注(51)四二二頁。

(56) 西野・前掲注(23)二〇七頁。

(57) 石井・前掲注(51)四二二頁は、「従来の論者のほとんどは「尊重論」である」としている。

(58) 司法研修所編・前掲注(7)九九頁。東京高等裁判所刑事部総括裁判官研究会は、「第一審の審理姿勢のシフトは、控訴審の審査の姿勢をより謙抑的なものに変える方向で影響を与えるのではないか」と推測していた（東京高等裁判所刑事部総括裁判官研究会・前掲注(39)七頁）。すなわち、これは司法研究と概ね同じ趣旨をいうものであると考えられるが、控訴審が、第一審の裁判を尊重するという表現ではなく、第一審の裁判に対して、控訴審が謙抑的になるという表現を敢えて用いている点に、何らかの意図を読み取る必要があるのではなからうか。

(59) 遠藤Ⅱ富田・前掲注(10)四六頁。

(60) 中川孝博「裁判員制度のもとにおける控訴審のあり方」季刊刑事弁護四三三号（二〇〇五年）六〇頁。中川教授はこれら三点を挙げているが、そのうち、訴訟経済については、他の二つの価値を中心に据えつつ、手続の繰返しによる証人の負担等の考慮として位置づけていることから、他の二点と対等に並ぶ独立の価値と扱う必要はなからう。

中川教授は、「市民参加による民主的正統性の確保という価値は、市民参加による裁判を被告人の権利として要求する議論を基盤として」おらず、また、「直接主義・口頭主義の要請はともかく、第一審を充実させるというコンセプトそれ自体は、

基盤とする憲法規範を直接的には持たない」（「控訴審構造論はもっぱら訴訟経済性を考慮した政策的な理論枠組みと捉えるべきである」とする）ことから、「以上の諸価値に基づいた主張を無条件に肯定すべきではなく、誤判からの救済に資する制度になっているかという観点（この観点は憲法31条に依拠することができよう）から吟味する必要がある」と主張する（六一二頁）。

なお、裁判員制度と誤判との関係に関しては、そもそも裁判員制度が誤判の防止を企図して設計され導入されたものではないということを確認しておく（司法制度改革審議会における陪審制度と誤判とをめぐる議論について、拙著・前掲注（1）三二—三三三頁参照）。制度設計において、いわゆる「正しい裁判」の実現は国民の司法参加の目的とは明確に位置づけられておらず、かつ、裁判員の参加によって従前よりも刑事裁判が正しくなるということは、今日でもなお理論的には立証されていない（拙稿・前掲注（10）「国民の司法参加」二二—二五頁）。むしろ、裁判員裁判によって誤判が防止され正しい裁判が実現するという視点に立っていないからこそ、裁判員裁判の判決に対する上訴が認められているとの理解が控訴審を担当する裁判官らによって示されている。すなわち、遠藤・富田両判事は、「裁判員制度の下では、第一審裁判体の構成員として、多種多様な思想、信条、経歴、能力等を有する裁判員が関与し、多角的な事実判断が行われることに期待が寄せられているが、その構成次第では、各裁判体間にかんがりの資質格差等が生じ、裁判の一般的均質性が損なわれる可能性があることは否定できないのであり、最悪の場合には、誤判の危険も増大すると思われる」と述べたうえで（ならば、裁判員制度の導入それ自体を否定するのが論理的には整合的であるが、にもかかわらず、それを行うことを前提として）、「裁判員裁判における第一審判決に対しても事実誤認を理由とする控訴が維持されているのは、誤判防止を重視することからであることは疑いない」と述べる（遠藤Ⅱ富田・前掲注（10）四八頁、傍点は本稿の筆者による）。

(61) 遠藤Ⅱ富田・前掲注（10）四七頁。

(62) 遠藤Ⅱ富田・前掲注（10）四六頁。

(63) 後藤・前掲注（26）「裁判員制度に伴う上訴の構想」九頁。

(64) 中川・前掲注（60）六一頁。

(65) 遠藤Ⅱ富田・前掲注(10)四六頁。

(66) 氏家講師は、判断主体の変化についての評価に関して、「裁判員が裁判体の一員として評議に参加し、主体的・実質的に関与した結果、健全な社会常識を反映した判決を職業裁判官のみの裁判体が破棄することを認めるのは裁判員制度の趣旨に反する」とする見解(裁判員制度導入の趣旨からのアプローチ)と、「裁判員裁判においては、裁判官と裁判員が協働し、それぞれの知識と経験を生かした多角的な議論が行われることになるから、その事実認定能力は、裁判官裁判におけるそれを凌駕する」とする見解(裁判員裁判の事実認定能力からのアプローチ)とに分類しようと述べたうえで、そのほかに、「民主主義」や「民主的正統性」という観点から、控訴審には一般の国民が加わらない以上、控訴審がその第一審の判決を破棄することが制限されるとするバリエーション(これを、本稿では「第三説」と呼ぶ)があることを指摘する(氏家仁「裁判員制度導入による控訴審の審査の制約根拠についての考察」中央大学大学院研究年報四〇号(二〇一一年)二二八頁)。このうち、第一説(裁判員制度導入の趣旨からのアプローチ)は前述の政策的優越論であるが、第三説も政策的優越論に近い考え方であるといえる。

なお、氏家講師は、第二説(裁判員裁判の事実認定能力からのアプローチ)に対して、「裁判員が裁判官に比べて事実認定能力に長けている、もしくは判断権者の人数が増えることによって直ちに事実認定の正確さが増すとは考えることができないから、たやすく採ることはできない」と批判し(同頁)、また、第三説について、「裁判員制度が民主主義に基づく制度であるとか、判決が民主的正統性を持つているという理由で〔控訴審が第一審の判断を〕尊重しなければならないと考えることは困難である」と主張する。そのうえで、「判断主体」の変化によって、職業裁判官と同質の判断権者を裁判所の構成に加えたのではなく、およそ刑事裁判とは無縁な生活を送ってきている一般国民という職業裁判官とは異質な判断権者を、裁判所の構成に法律によって加えた以上、判決に国民の健全な社会常識が反映されることになるし、それが制度導入の目的の1つである(ないしは、予定されている)といえるから、控訴審が裁判官のみによって構成されることとされた以上、控訴審がこの点を全く考慮せずに審査することは望ましくなく、これは制約根拠となりえよう」と述べ、第一説(裁判員制度導入の趣旨からのアプローチ)を妥当であると結論する(二二九頁)。

ところで、氏家講師は、旧著の時点では明確には記述していなかった討議民主主義理論に基づく裁判員裁判の判決に対する控訴審の審査のあり方について、筆者の議論を展開させて、次のように述べる。「柳瀬准教授の所説によれば、裁判員制度は「公共的討議の場」であり、「徹底して評議し、評決する」場と解するが、その場での結果が控訴審において尊重されるかどうかという観点において、このように「徹底して評議し、評決（した）」ことを重視するのであれば、その場に参加した者が「国民」か否かで直ちに差があるとは思われない。……また、裁判員制度を「国民が公民的徳性を涵養するための陶冶の企て」とするが、このことがその場で出された「評決」を尊重すべき理由とはならないことは明らかであると思われる。……裁判員制度が基礎を置く民主主義をたとえ「討議民主主義」であると解したとしても、控訴審の審査の在り方に及ぼす影響があるとは思われない」(二二九頁)。同様に、麻妻和人教授も、「(筆者の依拠する) 討議民主主義の立場からすれば、裁判員制度の民主主義的意義を認めることができるとしても、このことから、必ずしも民主的正統性を理由に控訴審の謙抑性を認めることはできないように思われる」と述べる(麻妻和人「上訴制度の在り方について」川端博ほか編『立石二六先生古稀祝賀論文集』(成文堂、二〇一〇年) 八三七頁)。筆者自身の見解は、まさに、氏家講師や麻妻教授の推測するとおりである。筆者が本稿で討議民主主義理論にほとんど触れていないのは、本稿の主題である裁判員裁判の判決に対する上訴をめぐる問題に討議理論が理論的には直接的には大きく影響しないためである。

- (67) 小出錚一「裁判員裁判の運用に関する2つの問題」専修ロージャーナル五号(二〇一〇年) 四〇―四一頁。
- (68) 遠藤Ⅱ富田・前掲注(10) 四六頁。
- (69) 遠藤Ⅱ富田・前掲注(10) 四六頁。
- (70) 中川・前掲注(60) 六一頁。
- (71) 中川・前掲注(60) 六一頁。
- (72) 遠藤Ⅱ富田・前掲注(10) 四六―四七頁。
- (73) 小川育央「大阪高等裁判所陪席会・裁判員制度のもとにおける控訴審の在り方(1) 総論」判例タイムズ二二七一号(二〇〇八年) 七九頁。

(74) 小川・前掲注(73)七九―八〇頁。

(75) 例えば、後藤教授は、裁判員制度が「多数決原理ではなく、公共の問題解決のための討議に市民が参加することが重要である」という参加の原理」としての民主主義によって支えられていると主張する（後藤・前掲注(23)二八頁）一方で、小川判事は、「裁判員制度が民主主義の原理によるものとまではいえない」ことを明確に認めている（小川・前掲注(73)七九頁）。

(76) 筆者は、本稿の冒頭で述べたとおり、裁判員制度の法的諸問題を検討する際に制度として問題をとらえる思考枠組みが重要であると考えているが、(民主的)正統性は、制度全体におけるそれと、個々の裁判におけるそれとの二つの意味があり、ここでこれらを明確に区別しなければ、無用な混乱が生じうると考えた。

(77) 前掲注(75)。

(78) なお、法令の解釈に係る判断及び訴訟手続に関する判断（裁判員法六条二項一号、二号）は、「専門的で複雑な法律判断を要することが少なくない上、法的安定性の見地から統一的な判断を確保する必要性がある」ため、特に後者は、「当事者の異議申立てに対する決定や被告人の身柄に関する判断など、迅速な処理を求められる場合も少なくない」ため、法律専門家である裁判官によるものとされている（辻裕教「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説(1)」法曹時報五九卷一―号(二〇〇七年)九六頁）ため、法令解釈に係る判断及び訴訟手続に関する判断についての控訴審の審査は、従前と変わるべきところはなく、控訴審の判断の優越については原理的にも問題はない（司法研修所編・前掲注(7)一〇〇―一〇三頁）。

(79) さしあたり、裁判員裁判の判決に対する事実誤認を理由とする控訴についての控訴審の審査のあり方については、「裁判員裁判の判決に対する事実誤認を理由とする控訴についての控訴審の審査のあり方」と題する別稿において考察する予定である。

(80) 小林・前掲注(33)三六頁。小島正夫・細谷泰暢「大阪高等裁判所陪席会・裁判員制度のもとにおける控訴審の在り方(7・完) 控訴審の判決」判例タイムズ一二七八号(二〇〇八年)一六一―一七頁は、「(刑事訴訟法四〇〇条の)運用の実際は圧倒的に自判に傾いており」、「その原因としては、そもそも一審判決後の情状を理由とする破棄(……いわゆる2項破棄)が

破棄判決の過半を占めているとの事情はあるが、その他の事由、すなわち、訴訟手続の法令違反、法令適用の誤り等、さらには事実誤認、量刑不当の場合にあっても、その多くは破棄差戻しではなく破棄自判となっている」と分析し、「このような現況が、裁判員裁判制度の導入（裁判員裁判そのもの、あるいはこれを契機とする一審の直接主義、口頭主義の実質的強化論）によって変容を迫られるか、さらに実際に変容すべきか」が問題であると指摘する。

(81) 井上・前掲注(6)二一頁。

(82) 小島Ⅱ細谷・前掲注(80)一七頁。

(83) 杉森研二「裁判員制度導入後の控訴審」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 下巻』（成文堂、二〇〇七年）七五五頁。

(84) 龍岡・前掲注(5)八一―八二頁。ただし、龍岡元判事は、「事実認定にせよ、量刑にせよ、更に証拠調べ等をしなければならぬ場合は別論として、例えば、既に裁判員の参加した1審裁判体によって、実質的に審理が尽くされていて、その審理の結果の範囲内で、一部事実を補正し評価を修正することなどによって事実認定をし直し量刑をすることができるとした場合、1審に差し戻さなければならぬ必然性は乏しく、迅速裁判や訴訟経済等の観点からも、刑訴法400条ただし書の例外の場合に当たるとして、控訴審が自判したとしても、必ずしも裁判員制度の趣旨に悖るとはいえないであろう」と述べており、後述する自判許容論に分類可能であろう（八二頁）。

(85) 司法研修所編・前掲注(7)一二七―一二八頁。小島Ⅱ細谷・前掲注(80)一八一―一九頁は、次のように、この問題点をより詳細に指摘する。「破棄差戻し後の一審の訴訟手続は、新たに裁判員を選任して審理及び裁判を行うこととされ、その訴訟構造は続審であるとして一般に了解されている。……そうすると、差戻し後の一審においては、公判手続の更新が必要となるのであるが、……裁判員法……上この更新を念頭に置いたと思われる特別の規定は見当たらない。……もとより、現在多くの場合に行われているように、予め裁判官が記録を検討していることを前提として、「従前どおり」などとの陳述で公判手続更新を済ませる訳にはいかないものであり、公判廷において、現実に証拠調べをすることになる……であろうが、これをもって裁判員に対する関係で直接主義、口頭主義の要請が満たされると考えられるであろうか。証言等の状況をビデオ等の記録媒体に収録し

ておき、その再生をもって臨む等の工夫は考えられるけれども、裁判員にとっては目前で生の証言等を聴くのと同様の効果があるとは考え難いと思われる。重要証人等を再尋問することは考えられるが、そうすると、日時の経過による記憶の減退等の問題、証人の負担の問題、さらには迅速な裁判を受ける被告人の権利の問題等も生ずると思われる。再度裁判員を選出し、参加を求めることに伴う国民（裁判員、裁判員候補者）の負担も問題となろう。……また、上級審の判断の拘束力は、審級制を採る以上当然承認せざるを得ないであろうが、裁判員に対して、この拘束力の意味、範囲あるいはその限界を的確に理解してもらふことの困難さも指摘されており、またこれが一般市民の率直な感覚の反映という裁判員裁判におけるそもそもの目的と整合性があるのかも問題となろう」。

(86) 小島Ⅱ細谷・前掲注(80)一八頁。なお、自判許容論は、「さらに進んで自判を広く許容する立場」と、「裁判員裁判に対する否定的評価を前提として積極的に自判を主張する立場」とに分けられる(同頁)。このうち、前者は、「差戻し後の審理の困難さをより重視し、この困難さを考慮してもなお、改めて一般市民の感覚を問う必要があるという場合に限ってあえて差戻しを選択すべきであるとするものである」という(一九頁)が、主唱者が紹介されていない。また、後者は、本稿で後述する西野元判事の見解である。

(87) 司法研修所編・前掲注(7)一二八頁。さらに、次のように続く。「裁判員の加わった第一審の判決を破棄する場合は、例外的なものに絞り込まれることになると思われるので、仮に差し戻すことがあっても、国民に大きな負担をかけることは、そう多くはないと思われる。例えば、本来審理されてしかるべき争点が審理されていない、あるいは、争点を判断する上で本来取り調べられるべき重要な証拠が取り調べられていないといった理由で事実の誤認があり、破棄が相当という判断に至り、これらの欠けていたものを踏まえて改めて判断する必要があるというような場合で、裁判員の視点、感覚、健全な社会常識などの反映がその判断に必要と考えられるとき(判断の上で極めて重要な核となる証拠を新たに取り調べる必要がある場合、あるいは新たに数多くの証拠を取り調べて判断する必要がある場合など)は、差戻しが相当ということになるのではないか。一方、このような訴訟手続の法令違反のタイプにおいても、控訴審で証拠を取り調べてみなければ審理不十分であったか否かが判明せず、これを取り調べたところ直ちに判決することができている状態に達することもあり、自判すべき場合も多いであろうとの見方

もある」(二二八—二二九頁)。

(88) 小島Ⅱ細谷・前掲注(80)二〇頁。なお、小島・細谷両判事は、「裁判員裁判制度導入の理念は尊重すべきであろうし、法律自体に変更がないからといって控訴審の姿勢が従前と変わらないという訳にはいかないであろう」が、「差戻し後の一番の審理の抱える諸問題を考えると、にわかには原則的差戻しの運用が相当ともいい切れないと考える」と述べたうえで、「あくまで裁判員裁判の理念から差戻し原則論を重視し、差戻し後の審理の困難さは、これを考慮にいれてもなお破棄(差戻し)すべきかの問題として考えるべきであるとの議論も考えられるが、一審判決の尊重を考慮した上でなお、これを維持し難いとの判断に達した場合、自判の途が法律上あり(刑訴法400条ただし書)、これに適した状況であるのに、差戻し後の処理の困難さ故にあえて一審判決を維持するとの考えは、もとよりあり得ないであろう」とする(同頁)。一方、遠藤・富田両判事は、「そのような〔直接主義・口頭主義の原則を充たすような〕証拠調べが行われている限り、〔控訴審が、裁判員裁判による無罪判決を破棄し〕有罪の自判をすることに法的な支障はなく、裁判員裁判における第一審判決とは事実判断の基礎資料を異にするとも考えられることのほか、第一審判決を差し戻すことになること、裁判員裁判をやり直さなければならず、訴訟経済に反するばかりか、国民に与える負担を増大させ、国民からの強い反発が予想されるという意味でも弊害が大きいと思われることなども考慮すると、有罪の自判が裁判員裁判尊重論に抵触するものではないという説明も許される」と述べる(遠藤Ⅱ富田・前掲注(10)四八頁)。

(89) 東京高等裁判所刑事部部総括裁判官研究会・前掲注(39)一一頁。

(90) 西野・前掲注(23)二一〇頁。

(91) 「これが裁判員制度という極めて無理の多い制度の下で、事態をもっとも堅実で合理的に収める手法であるし、実体的真実主義を維持、擁護して、裁判に対する国民の信頼を確保する唯一の道である」とする(西野・前掲注(23)二一五頁)。

(92) 西野・前掲注(23)二一〇—二一五頁(原文ママ)。

(93) 小島Ⅱ細谷・前掲注(80)一八頁。

(94) 杉森・前掲注(83)七五五頁。

(95) 水谷教授は、「民主的正統性を持たない控訴審は、自らの判断を一審判決に代替させることができないから、控訴理由ありと認めて原判決を破棄する場合にも破棄自判することはできず、原判決を破棄する場合には差戻しを原則とするということになる」と主張する（水谷・前掲注(22)七六頁）。

(96) もつとも、旧第一審の裁判員と差戻後の第一審の裁判員とでは、民主的正統性に優劣はないはずであるから、必ず後者の意見が優越するということは理論的には説明できない。そもそも、民主主義的基礎づけ説に立てば、裁判官のみで構成される控訴審の判断には民主的正統性はないため、上訴審の判断の拘束力も本来は認められないはずである。

(97) 龍岡・前掲注(5)八二頁。

(98) 最大判昭和三十一年七月一八日刑集一〇巻七号一一四七頁、最一小判昭和三四年五月二二日刑集一三巻五号七七三頁参照。

(99) 龍岡・前掲注(5)八二頁。

(100) 東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会も、「一審が裁判員裁判である場合に、控訴審が一審の無罪判決を破棄自判することになると、一審の審理及び判決全般において裁判員が参加したとはいえず、量刑の決定という場面に限ってみれば、裁判員が一度も判断に参加しないまま、裁判員の入らない控訴審だけで決めることになる」ところ、「一定の重大事件は、原則としてすべて、裁判官と裁判員の合議体が事実認定と量刑を行うという裁判員制度の趣旨に照らすと、この場合には、控訴審は、事実認定を行った上で、その量刑について一審の判断を求めるために、破棄差戻しをすべきではないかとも考えられ」とする。そして、「控訴審としては、一審に差し戻すに当たり、論理則・経験則に照らして認定すべき事実を明らかにし、上級審の判断の拘束力を明確にして、差戻しの一審の審理に混乱が生じないようにすべきである」とともに、「差戻しの一審の裁判官も、裁判員に対しては、控訴審の判断に反する判決をすることは法律違反になるのでできない旨を明確に説明するとともに、新たな証拠調べの請求に対しては厳格な姿勢を貫くべきである」と述べる（東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会・前掲注(44)一三頁）。

(101) 最一小決平成二五年四月一六日刑集六七巻四号五四九頁の調査官解説によれば、「覚せい剤密輸事案の量刑は、覚せい剤の量及び被告人の役割によって裁判員裁判においても刑が比較的狭い幅に集中している傾向が認められ、原判決〔裁判員裁判

による無罪判決に対して事実誤認があるとして破棄自判した東京高判平成二三年二月八日刑集六七卷四号六三七頁）が自判をした理由には控訴審で刑を言い渡しても審級の利益に与える影響は小さいとの考慮もあつたように思われる」とする（楡井英夫「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成25年度）』（法曹会、二〇一六年）一八五—一八六頁）。

(102) 池田元判事らは、「事実誤認で破棄する場合は、差戻しが原則という運用をすべきである」（誤認の原因となった事柄を正せば、裁判員の加わつた裁判体もそのような結論に至るであろうことが明白な場合などは、……自判も可能と考えられる」としたうえで、「差し戻すべきか否かを判断する際には、新たな裁判に裁判員の意見を改めて反映させることが必要不可欠か否かという視点が重要になる」と述べるものの、量刑に関しては、これと異なり、本文引用のとおり述べる（池田修ほか『解説 裁判員法——立法の経緯と課題（第三版）』（弘文堂、二〇一六年）一九三頁）。

(103) 村瀬均「上訴審 裁判の立場から」三井誠ほか編『刑事手続の新展開 下巻』（成文堂、二〇一七年）五七三頁。

量刑について裁判員の判断の求めるために差戻しをすることについて「負担が大きすぎただけであり有益であるとは思われない」点につき、「死刑が無期懲役かということがテーマとなっている場合でも異ならない」とする議論として、金谷暁「控訴審が原判決を破棄した場合の問題点」安廣文夫編『裁判員裁判時代の刑事裁判』（成文堂、二〇一五年）三二九頁。すなわち、「例えば、検察官が死刑を求刑した事件について、無期懲役に処した第1審の判決に対し検察官が死刑を求めて量刑不当を理由に控訴し、控訴裁判所がこれを理由があるものとして原判決を破棄した場合、事件を差し戻す意味はどこにあるかということになる。国民の感覚を反映させるとしても、無期懲役では軽すぎるとした破棄判決の拘束力に抵触することは許されないから、量刑に影響を及ぼす新たな事実が出てこない限り、差し戻審は無期懲役やそれより軽い刑を言い渡すことはできず、死刑を言い渡すほかない」（同頁）。

(104) 龍岡・前掲注(5)八二頁。

(105) また、「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」ともいう（後藤・前掲注(26)「裁判員制度に伴う上訴の構想」一五—一六頁）。

(106) 小林・前掲注(33)三六頁。

西南戦争の傷病者救護と博愛社

喜 多 義 人

はじめに

明治維新时期に頻発した不平士族の反乱のなかで最大規模の西南戦争は、一八七七（明治十）年二月十四日の西郷軍の鹿児島出發にはじまり、九月二十四日の城山（鹿児島市）での西郷隆盛の自刃をもって終わる。この七カ月間に現在の熊本、大分、宮崎、鹿児島の各県にわたり、政府軍と西郷軍との間に激しい戦闘が繰り広げられた。その結果、政府軍に戦死者四六五三名、負傷者一万一六一五名、西郷軍に戦死者七二七六名を含む死傷者一万五千名以上の甚大な人的被害^①が出た。

この戦争で特筆すべきことの一つは、日本で最初の民間戦時救護団体が創立され、敵味方の区別なく負傷者の救護を行なったことである。政府・西郷両軍の負傷者の惨状を憂いた元老院議員佐野常民と大給^{おぎゅうゆする}恒は、当時ヨーロッパ

で貴族により運営されていた民間救護社に範をとった負傷者救護社の設立を決意した。佐野らはそれを「博愛社」と名付け、設立願書と社則を政府に提出し、五月一日、戦地熊本にあった征討総督有栖川宮熾仁親王の認可を得た。^② 博愛社の設立目的、活動方針、政府軍当局との関係などを定めた「博愛社々則」は、以下の五カ条からなる。

第一条 本社ノ目的ハ戦場ノ創者ヲ救フニ在リ一切ノ戦事ハ曾テ之ニ干セス

第二条 本社ノ資本金ハ社員ノ出金ト有志者ノ寄付金トヨリ成ル

第三条 本社使用スル所ノ看病夫運送人等ハ衣上ニ特別ノ標章ヲ着シ以テ遠方ヨリ識別スルニ便ス

第四条 敵人ノ傷者ト雖トモ救ヒ得ベキモノハ之ヲ収ムヘシ

第五条 官府ノ法則ニ謹遵スルハ勿論進退共ニ海陸軍々医長官ノ指揮ヲ奉スヘシ^③

社則には戦争に対する局外中立、民間救護社であることを示す特別標章の着用、敵味方を区別しない負傷者の収容治療、陸海軍衛生部隊の補助機関としてその指揮下で行動することが明記されていた。これらは、一八六三(文久三年)採択の「赤十字規約 (Resolutions of the Geneva Conference)」と、それをもとに翌年締結された「戦地軍隊ニ於ケル負傷者ノ状態改善ニ関スル条約 (Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded Armies in the Field」ジュネーブ条約)」の基本原則にのっとったものであった。^④

設立認可後、佐野は資金を工面して医師・看病夫を雇用するとともに衛生材料を購入し、五月二十七日から熊本で救護事業を開始した。一方、東京では博愛社の主旨に賛同した旧大名やその子弟たちが事務所を立ち上げ、金銭・物品を拠出し、支援体制を整えた。一般からの寄付金や寄贈品も徐々に増加していった。こうした創業同志者たちの尽力や国民の理解と協力のもとで、博愛社は熊本から長崎、宮崎、鹿児島へと活動地域を拡大し、十月三十一日まで救

護事業を展開したのである。

博愛社は、日本が一八八六（明治十九）年、ジュネーブ条約に加盟したのにもない、翌年、社名を「日本赤十字社」に改称し、第二次世界大戦の終了まで戦時救護事業を継続した。近年、日本赤十字社の研究は進みつつあるが、博愛社時代については西南戦争時の活動を含め、研究成果に乏しい。そこで、博愛社の設立経緯は別稿で検討するとして、本稿ではまず西南戦争における傷病者救護事業を一次資料にもとづき考察することにする。

ところで、西南戦争の救護記録は、日本赤十字社本社所蔵の『西南征討救護関係 明治十年』、『西南征討救護関係 自十年 至十一年』、『熊本長崎支局日誌 明治十年』、『支局関係書類 自十年 至十五年』などに収録されている。しかし、それらは救護員の任免と移動（出張・転勤）、患者の入退院、事務報告、本社と支局との通信記録が大部分を占め、日清戦争以降の救護報告書に見られるような救護の実相を克明に伝えるものはほとんどない。この点について『日本赤十字社史稿』は、「救護ノ状況及患者数ノ詳カナラサル」ことを遺憾とし、その理由として「蓋シ創業且戦地多忙ノ際、各地転勤煩雜ニシテ未タ事務ノ統一整理ヲ計ルニ違アラサリシ」^⑤ことを挙げている。さらに、佐野自身は日記を残しておらず、救護員や治療を受けた兵士たちの私的な記録も発見されていない^⑥。

したがって、本稿では、前記の諸文書とそれらをもとに編纂された『博愛社報告』、『社史稿』などにより、救護の実相を明らかにせざるを得ない。また、医員、看護手の任免、移動、勤務状況等については『社史稿』に氏名の記載がないため、戦後、救護員に慰労金・慰労品を贈呈するさいの参考資料として作成された「医員看護手慰労金取調書」の「辞令案」によって氏名を記載することにした^⑦。なお、資料の引用にあたっては旧漢字を常用漢字にあらため、適宜句読点を付した。

一、救護事業の開始

(一) 陸軍との協定と社章の制定

① 事業実施に関する協定の締結

佐野常民は、博愛社の設立が認可されると、救護事業の詳細については軍団軍医長と打ち合わせるべしとの指令にしたがい、五月二十一日、熊本で林紀軍団軍医長と協議して救護の条件等を定め、大給と連名で征討総督に届け出た。その内容は以下のとおりであった。

一、本社ニ相用候標章並印章ハ別紙雛形ノ通候間、其筋御達置相成度候

二、医師其外本社ニ使用スル人員戦場出張中ハ軍医其他ニ準シ、寢具食料等御給与相成度候。尤其人名ハ其時々本社委員ヨリ御届可致候

三、舟車並人夫等ヲ要シ候節ハ前条同断御支払相成度候⁽⁸⁾

この協定を見ると、救護事業が陸軍に大きく依存していることがわかる。医師である救護員が戦地にあるときは軍医に準じて扱い、寢具、食料などは陸軍が供給する。また、患者輸送用の舟艇や荷車、人夫の賃金も陸軍の負担である。そうすると、博愛社の負担は救護員の給料、旅費、医療器械、繃帯類・薬品ということになる。日清戦争以降、陸海軍は日本赤十字社に対し、活動地までの移動手段、宿舎、寢具、食料等を提供しているが、こうした軍部との協力関係は、西南戦争時にその原型が出来たといえる。

征討総督は、届出に対し、第一条の標章と印章を各三〇部提出するよう命じ、第二条と第三条については、必要な

ときに軍医長に申し出れば、所管機関と協議のうえ支給すると回答した。⁽⁹⁾これに対し、救護員を軍医に準じて扱うことについては軍紀上の問題が生じるからであろうか、回答はなかった。

救護条件の策定と並行して、佐野は救護事業の準備に着手した。まず佐賀へ行き、旧藩主鍋島家の家令から三〇〇円を借用し、これに佐野自身が一〇〇円を拠出して当座の活動資金を作った。そして、旧知の佐賀病院の医師小川良益のほか、津田一蔵、江原益蔵、町浦富蔵を救護員として雇い入れた。佐野らが佐賀から熊本に到着するのは五月二十三日である。佐野は到着後、ただちに熊本軍団病院に小川を医員、津田を医員助、江原を庶務掛兼看病夫取締、町浦を看病夫として届け出た。⁽¹⁰⁾また、上記資金で購入した綿撒糸（ガーゼ）と白木綿等を軍団病院に寄贈した。八月一日制定の「博愛社々則付言」によれば、医師と同助（社則付言ではこの語が用いられている）は、「医務ハ軍団軍医長ノ管理ヲ受ケ、其他ハ委員ノ指揮ニ従ヒ救済ノ事ヲ掌」り、看護長と看護手は「医員ノ管理ヲ受ケテ医師ニ隸シ、救済ニ服従ス」と定められていた（第一六条）。⁽¹¹⁾小川らが救護活動を開始するのは二十七日である。この五月二十七日は、日本赤十字社がはじめて救護事業を行なった記念日になっている。

②博愛社標章の制定

佐野はまた、軍団軍医長と協議し、博愛社の標章を制定した。白地に赤十字の「赤十字標章」は、ジュネーブ条約の加盟国でなければ使用することができない。そのため、「紅丸一」という独自の標章を考案したのである。

ところで、陸軍が最初に衛生部の標章を制定したのは、一八七〇（明治三）年五月である。「病院旗」と称される単に青地の旗章であった。翌年十二月には、白地に赤一字の軍医寮旗が採用された。軍医寮は一八六八（明治元）年、

兵部省内に設置され、一八七三(明治六)年に軍医部と改称され、一八八六(明治十九)年、医務局となった。当時、すでにジュネーブ条約が成立し、局外中立を示す赤十字標章が使用されていることが知られていたので、一八七一年(明治四)年十二月、外国と「万一交際上ニ於テ兵戈ニ及ヒ候トキニハ万国普通ノ公法ニ基キ右記号相用ヒ、平日トテモ右記号ヲ用ヒ、人ノ耳目ニ触レ慣サセ置不申候ケハ不知不思議ノ不都合ヲ生シ、大ニ皇国ノ御失態ヲ醸シ候ニモ可至ト奉存候間、於皇国モ右記号御採用相也度¹²⁾」との上申が軍医寮(当時の軍医頭は松本順)から兵部省になされた。しかし、赤十字標章の採用は認められず、白地に赤一字の標章となった。

石黒忠憲(のちに軍医総監、日本赤十字社長)によると、赤十字旗が採用されなかつたのは、陸軍卿から太政官にその使用を申し出たところ、「一体赤十字などというものは宗教に關係があるものゆえ、さようなものを我が国陸軍部内の徽章に用いるのはもつてのほかである¹³⁾」として却下されたからである。そこで、「後年必ず各国同一の定めになることであろうから、今のところ十字から縦の一字を削っておくこととし、白地に赤の横一字のしるしとしたらよからう¹⁴⁾」ということになったのだという。軍医たちは、赤十字旗はジュネーブ条約の加盟国のみが使用できるということに気づいていなかったのである。石黒は後年、「私どもは赤十字のことを種々調査し、また書物を取り寄せて調べてみましたが、この赤十字章は勝手に付け得るものではなく、国と国との間に条約を結んで後、初めて付け得るものであるということが判り、先年私どもが藪から棒にこれを軍医の徽章にしようとする主張したのは当を得ず、また太政官が宗教に關係あるとして斥けたのも当を得ぬ処置であつたことが判りました¹⁵⁾」と述べている。一八七二(明治五)年五月には、病院旗が軍医寮旗に統一された。したがって、西南戦争では、政府軍の病院や繙帯所に、白地に赤一字の標章が掲げられた。

博愛社の標章は、赤丸の下に赤一文字に決定された。これを「紅丸一」と称した。赤丸を付したのは、陸軍の標章と区別するためである。これが博愛社の一般標章で、肩に付ける標章は、縦二寸、横二寸五分の布地に紅丸一を描き、医員はその右斜め上に小さな藍色の丸、事務係は同じく黒色の丸を配した。看病夫（陸軍の看病夫と区別するため、のちに看護手に改称された）は一般標章と同じであった。¹⁶ 博愛社が赤十字標章を使用するのは、日本がジュネーブ条約に加入し、社名を「日本赤十字社」に改めた一八八七（明治二十）年以降である。

（二）社員総代の戦地派遣

東京で八月一日、戦地での事業を統括するため、桜井忠興委員（旧尼崎藩主）の派遣が決定された。桜井の戦地派遣は、七月十日の長崎における佐野と松平まつだいらのりつぐ乗承（旧西尾藩主）の会談での決定事項の第四「医員看病夫ヲ招集シテ熊本長崎ニ増遣シ、從テ鹿児島ニ着手ス可シ。看病夫ノ如キハ本土ニ就テ傭フノ便ナルニ如カスト雖モ、東京ニ於テモ社員ノ華族中ヨリ其旧臣ヲ募リ派出スルコトアルハ本社ノ希望スル処ナリ」との方針17を實行するためである。この決定に従い、七月下旬、まず社員秋月種樹（旧高鍋藩主秋月種任の三男。当時元老院議員）が推薦した福崎正之（鹿児島県土族）を看病夫に任命し、旅費を給付して長崎へ派遣した。

桜井の任務は、博愛社の委任状によると、陸海軍病院を訪問して患者を慰問し、また救護員の派遣地において治療の様態と医員の懈怠等を視察し、設立願書および社則、社則付言にもとづき、「本社忠愛ノ主旨」がすべてに行き届くよう、委員ならびに医師とともにつとめることであった。¹⁸ このほか、以下の事項が委任されていた。

是度戦地到着ノ上ハ社則付言第六条ノ旨趣実践可致見込ニ付、宜シク先ヅ軍団軍医長ニ稟議シ、総督本営ノ聞届ヲ

経、又鹿児島県令ニ照会シ同県下適宜ノ地ニ於テ繙帶所及仮病院等ヲ建設シ、当分ノ内該所ニ駐在シ：勉メテ救済ノ業ヲ拡張シ、本社忠愛ノ主旨精々貫徹致シ候様、励精可有之候也⁽¹⁹⁾

八月十五日、桜井は、委員心得原田隆造と藤田圭甫（医員長）、郡豊（医員）、大波治卿（医員助）、高松隆金（医員助）および旧家臣の高塚友義（司契）をともない、長崎へ向けて出発した。藤田は、東京慈恵病院の医師で、長崎県大村の出身である。戦地派遣に際して他の三名とともに東京で雇い入れた。医員長である藤田の月給は四〇円、このほか衣服料一〇円が支給された⁽²⁰⁾。医員の郡は月給三〇円・衣服料一〇円、医員助の大波は月給一五円・衣服料一〇円、高松は月給一〇円・衣服料一〇円であった⁽²¹⁾。当時、米一石が東京や大阪で五円強、熊本では四円ほどで、米価からすると一円は現在の二万円くらいに相当したという⁽²²⁾。

桜井一行は途中神戸に寄港し、十七日、大阪陸軍臨時病院に患者を見舞い、本社からの慰問品を手渡した。同病院では、時間の関係上、重傷の将校患者の病舎のみを慰問した。患者らはすでに新聞等で博愛社について知っており、「社員ノ慰問スルヲ認め、枕頭ニポロリト感激ノ泪ヲ垂レ、只領テ謝スノミ」で、これを見た一行は「余輩ノ頑強迂疎ナルモ惻隠ノ心頓ニ起リ覚ヘス、睫毛ヲ濡マシタリ」という。同病院は当時、「其他式千ノ傷者連舎並枕呻吟痛苦ノ状言ニ忍ヒサル者アリ」といった状況であった⁽²³⁾。大阪では、有志者からの寄付金六七五円と木綿三〇反を預かった。桜井は大阪で長崎経由で鹿児島へ行くか、下関を経て宮崎県の細島へ行くかを大給と協議した結果、まず長崎へ行くことに決した。長崎には十九日に到着した。しかし、当初希望した鹿児島行きを果たせず、長崎ですでに救護員が派遣されていた軍団病院側との折衝や勤務状況の視察を行ない、その後、細島軍団支病院に出張した。鹿児島行きは戦争終結後の十月五日ようやく実現し、持参した医療器械や薬品を病院に寄贈し、また短期間ではあったが戦闘に

巻き込まれて負傷した住民の治療を行なうことができた。その行動力について、大給は「兎に角傷病者ハなかなか多く、殊にコレラが蔓延して、至る所流行するといふ厭やな処へ出掛け病院の事務を引受け、医者雇ふて傷病者に治療を受けさせ、仕馴れぬ仕事に従事して兎も角も成功したのハ、至極褒むべき事だ。夫れも桜井其人に大野心でもあつたなら格別、実に正直律儀一辺の殿様で、人の厭やがる所へ行つて責任を帯びて人の厭やがる仕事を仕遂げた丈ハエライもので、赤十字社員たる者ハ、決して桜井の功を忘れてハならぬ、桜井ハ誠に赤十字社の働きを實にした人である⁽²⁴⁾」と、高く評価している。

二、熊本における救護事業

(一) 熊本軍団病院

博愛社の救護事業は、熊本において開始された。佐野が設立認可後、鍋島家の家令からの借金と手持ち金で活動資金を準備し、それをもとに小川良益以下三名を雇い入れたことはすでに述べた。

小川らが軍団病院に出勤し、軍団軍医長の監督下で救護事業を開始するのは五月二十七日である。『社史稿』は、「之ヲ本社業務ノ開始トナス⁽²⁵⁾」と記す。救護員の勤務時間については、佐野から軍医官に「町浦富蔵本日ヨリ定詰、小川良益津田一蔵義本日ヨリ隔日ニ暮迄テ帶勤、江原益蔵儀博愛社事務有之度ニ付当分昼間出勤度様⁽²⁶⁾」との通知がなされている。これによると、勤務時間は当初、博愛社側が定めていたようである。六月十六日には、旧熊本藩主細川護久が博愛社の主旨に賛同し、旧家臣の医師三浦齋と竹崎季薫を派遣したので、医員助として軍団病院で治療に従事

させることにした。⁽²⁷⁾ 七月二十三日、現地で河野真澄を看護手として雇い入れ、同病院へ派遣した。

熊本軍団病院には五月二十八日の時点で、四つの病舎に三九四名の負傷患者がおり、人吉、八代や豊後方面からの患者を収容していた。⁽²⁸⁾ 四月一日から九月三十日までに同病院が治療した患者は、傷者一〇五三名、病者七五五名にのぼった。⁽²⁹⁾

博愛社の救護員が軍団病院でどのような活動を行なったかについては明らかではない。ただ、西郷軍の負傷者を五〇名ほど治療したとの証言がある。熊本市内の古い長屋に入れていた負傷者であるが、これが博愛社による最初の救護だといふ。⁽³⁰⁾ 石黒忠恵によると、ずいぶん古い外科器具を携えたわずかな医師と看護人は、「軍団軍医部の方では如何にも迷惑であったにも拘らず、之を許す以上は、相当の仕事を当がって遣らなければならぬと云ふので、賊の負傷者を僅か許り集めて、熊本の空き家を借りて其所へ収容して手当をさせることになった」⁽³¹⁾らしい。しかし、博愛社側の資料には、熊本での西郷軍兵士の治療記録がない。長崎と異なり、作成されなかったためであろう。

(二) 救護員の戦地派遣

軍団病院以外では、六月以降、軍医部の命令により、津田、江原、町浦、河野、三浦、竹崎が鹿児島、宮崎両県内へ派遣され、患者の治療と護送に従事した。まず、八月八日、津田医員助、江原看護長、町浦、河野看護手が人吉の別働第二旅団大綱帯所（野戦病院に相当）へ派遣され、九月八日、鹿児島県加治木へ転勤した。津田は十月十六日になつて熊本に帰着し、二十五日、長崎軍団病院へ転勤した。⁽³²⁾

八月八日には竹崎医員助が八代軍団支病院に派遣され、十八日、人吉大綱帯所へ転勤し、九月八日、同地から患者

四〇名を護送して熊本鎮台支病院（鎮台病院を改称）に帰院した。竹崎は、第九病舎で患者百余名を担当したのち、阿弥陀寺分派病院へ派遣された。⁽³³⁾ さらに、十月十日、水俣の虎列刺避病院へ出張し、二十四日までコレラ患者の治療にあたった。当時、水俣地方でコレラが大流行しており、熊本県当局の要請により、軍団病院の許可を得たうえで、出張治療を行なったのである。このコレラ患者の治療は、博愛社によるはじめての災害救護事業とされる。⁽³⁴⁾ 傷病兵士以外の治療は、このほかにも行なわれており、六月十九日、種痘実施のため、三浦医員助が宮崎県三田井村（現・西臼杵郡高千穂町）の大繻帯所へ出張している。⁽³⁵⁾ 同地の政府軍兵士や住民に天然痘やコレラが発生していたためであった。

九月二十七日には、吉木謙三医員助（七月二十日、長崎で採用）と園田大助看護手（八月二十四日、鹿児島で採用）が細島から患者一二名を護送して熊本に到着し、以後、鎮台支病院で勤務した。吉木は、十月九日、長崎へ転勤した。⁽³⁶⁾

こうした転勤は軍団軍医部の命令によるものであるが、頻繁だったことがわかる。十月二十五日に津田医員助が長崎に転勤したため、熊本に残った教護員は河野と園田の看護手二名のみとなった。十月三十一日、長崎軍団病院の閉鎖とともに、熊本における救護事業も終了した。

熊本で救護に従事した救護員は医員一、医員助四、看護長兼庶務掛一、看護手三の計九名である。『社史稿』によると、五月二十七日から十月三十一日までの一五八日間に百余名を治療し、四〇名を護送した。⁽³⁷⁾

三、長崎軍団病院における救護事業

(一) 当時の状況

長崎軍団病院は、四月一日の開設から十一月十七日の閉鎖までに傷者三八二二名、病者一四三三名を治療した。この患者数は、九州の七カ所に開設された軍団病院のなかで最多である。久留米、高瀬、八代、松合、熊本、鹿児島から移送されてきた患者を治療し、重症者はさらに大阪陸軍臨時病院へ航送した。⁽³⁸⁾

長崎では、病院開設当初は学校を借用し、その後患者数の増加にともない寺院や公立の建物を病室に充てたが、病室が散在し、近いところで八、九〇〇m、遠いところでは四、五kmも離れており、しかも寺院は規模により多いところで五、六〇名、少ないところでは二、三〇名を収容できるにすぎなかった。それにもかかわらず、各病舎には患者数に関係なく医官、看護人を配し、調剤係等も置かなければならず、また命令の伝達や物品の授受等にきわめて不便であった。そのため、四月二十六日、四〇名を収容できる木造の病舎一五棟の建設に着手し、五月十九日に完成した。しかし、それでも病室が足りず、引き続き寺院や学校を借用した。病院の開設期間中に使用した学校、公共の建物、寺院は一九にのぼり、そのうち一五が寺院であった。⁽³⁹⁾

当時の患者の状況は、戦地からの転送のため、受傷後一週間ないし数週間を経過した者が大半を占め、すでに全身衰弱した者、膿毒症を発する者があり、治療は困難であった。また、大阪への航送に堪えられない患者や伝染病患者が残留したため、常に重症者のみが在院していた。⁽⁴⁰⁾

博愛社の救護員が長崎で救護を開始するのは六月二十六日である。開設当初は戦傷者が多数を占めていたが、七月

に入ると平病者が患者全体の一〇%、八月には三〇%、九月には八〇―九〇%を占めるようになった。脚気、腸チフス等が多く、九月、十月にはコレラが流行したため、死亡者はすべて脚気、腸チフス、コレラ患者だったという。⁽⁴¹⁾

(二) 救護員の派遣と佐野の方針

熊本で救護を開始した五月二十七日、佐野は同地で医師深町亨を医員として雇い入れ、長崎へ派遣した。深町は第七副舎(病舎)勤務を命じられ、六月二十六日から治療に従事した。⁽⁴²⁾七月二十日、長崎で持永精齋、吉木謙三を医員助として、山口福次郎、中野順吉、蒲原幸三を看護手として雇い入れ、東京で採用した中島愿仙医員助と福崎正之看護手も八月一日と六日に到着した。中島は博愛社の主旨に共鳴し、無給・自費で救護従事を申し出た医師で、福崎も志願者であった。福崎はその後、技能優秀につき、医員助に昇格した。持永と山口、中野、蒲原は直ちに長崎軍団病院第二副舎勤務を命じられ、採用当日から深町(七月二十日、第七副舎より転勤)とともに同所で勤務した。⁽⁴³⁾八月十日、持永、中島、吉木、福崎、山口、中野、蒲原の七名が西郷軍の負傷者治療のため、鹿児島出張を命じられた。その活動については後述する。

八月十九日には、東京から桜井、藤田らが到着し、救護に加わった。桜井一行は、医療器械の調達に苦労したようである。以下の証言がある。

外科の道具なども横浜で買って来たと言ふのを大阪で見たところ、私は今でもチャンと覚えて居るが、英吉利のワイスの品質はよいが、三十年ばかり前の物である。それはさうであらう。横浜に在る外科具は大抵官軍で買ひ占めて、残って居ったのははねたものばかり、それで不足な物も数々あったので、足りない物は大阪の陸軍臨時病院の

備品を分けて持たして遣つた。⁽⁴⁴⁾

こうした証言をするのは、当時、大阪陸軍臨時病院の病院長であつた前出の石黒忠恵一等軍医正である。陸軍の博愛社に対する厚意と援助を知ることができよう。

八月二十日、桜井と藤田医員長はすでに長崎軍団病院で救護に従事していた深町医員とともに緒方おがた惟準これよし病院副長に面会し、鹿児島行きの希望を伝えた。ところが、緒方は「戦地延岡口ヲ初メ各所ノ病院トモ逐々当港（著者注：長崎）ニ引揚ケ、林医監等モ帰来ス可キ筈ナレハ、社員鹿児島行ノ労多ク功少キヨリ寧ロ此地ノ病舎ヲ分掌尽力センニ不及力⁽⁴⁵⁾」との意見であつた。そのため、本社に電報を發したうえで、長崎に留まることにした。翌日、緒方と面会した桜井らは、軍団病院の医師が不足しているとの理由で、第十一副病舎の負傷患者約一六〇名と西郷軍の負傷者一〇名余りを博愛社で受け持つよう依頼された。⁽⁴⁶⁾

第十一副舎を担当するにあつた条件が二十三日、緒方と原田隆造との間で取り決められた。

- 一、第十一副病舎ニ在ル本部ノ藥品ハ渾テ御引揚ノ事。但薬局付属器械乳鉢膿盤等ハ数記シテ拝借ノコト
- 二、病舎備付ケ寝具蚊帳食器等ハ一切従前ノ通り据置キ而メ、其取締方ハ本部ノ直管ニシテ当社ハ關係不致事
- 三、滋養品、牛乳、鶏卵、肉汁等依旧給与ノ事
- 四、病舎家税モ同前ノ事
- 五、社旗ヲ掲ケ門札取替ノ事⁽⁴⁷⁾

このうち、三の滋養品は前日の夕方までに病院本部に申し出れば給与することとし、一、二、四も了承された。しかし、社旗掲揚と門札交換については、緒方は、本部が病院旗を掲げていないのでこれに準じ、また門札は本部の権

限外のことであるので、当分の間、見合わせてはどうかとの意見を述べた⁽⁴⁸⁾。そのため、第十一副舎に博愛社の「紅丸一」の社旗がひるがえることはなかった。しかし、この取決めをみると、病院側が博愛社にかなりの便宜を図っていることがわかる。この日、東京から薬品二三箱が届いた。治療に要する薬品類はすべて博愛社の自弁である。こうして第十一副舎での救護活動がはじまったが、佐野は鹿児島での事業実施をあきらめていなかったようである。「副病院受取ノ上ハ諸件充分注意アリタシ。：鹿児島遺ニ必用ナラサルヤハ能ク緒方医正ト御相談アルヘシ⁽⁴⁹⁾」との電報を發している。

佐野は、博愛社が第十一副舎を担当するとの報告を受けると、直ちに詳細な注意書を送付した。すなわち、まず第一に、手術は精妙を尽くすことはもちろん、衣服の清潔、飲食の節度、遊歩の適度、空氣の流通、費用支出の得失などを適切に行なわなければ「忽チ傍人ノ誹謗ヲ来シ、結社ノ素志ニ悖リ、遂ニ本社ノ興廢ニモ関スヘキ一大至難ノ要件⁽⁵⁰⁾」となる。外国の公使や医師もわが国の治療看護を視察し、これに公然と論及するにあたり、本社が多数の負傷者を市街とくに居留地内で療護するのはもつとも困難なことである。さらに、「万一陸軍病院ノ救護看護ニ劣ル如キアラハ、創者ノ不服ヨリ数緒紛転発出スルハ必然⁽⁵¹⁾」である。また、外国人が時々往来して病室等を縦覧することもある。したがって、「病室ハ勿論治療及撰養ノ方法等諸事最モ整頓ヲ加へ、創者ノ信賴ヲ来シ、他眼ノ愛顧ヲ得ルコトヲ期⁽⁵²⁾」さなければならぬ。注意書は、以下の言葉で終わっている。

只誠意ノ有ラン限りヲ以テ信拠トナシ、陸軍病院ト終始喋合シ、官設私設ノ分界ニ聊カ間情ヲ生セス、親密一和能ク実効ヲ奏セラレンコト希望ニ堪エサルナリ⁽⁵³⁾

こうした治療上の注意や外国人に対する配慮は、外科医であり、また外交官でもあった佐野の面目躍如といえるも

のであった。

(三) 救護の実況

博愛社の医員四名(藤田、深町、郡、大波)は、八月二十四日から長崎軍団病院第十一副舎で救護を開始した。陸軍からの引き継ぎ当日の患者数は九一名であった。⁵⁴同日、薬局を開設した。第十一副舎は八月三十日、出島から福濟寺へ移転する。『熊本長崎支局日誌』収録の長崎支局「明治十年八月分病舎日誌抄」と「明治十年九月 医務課日誌抄」には患者の入退院、転院、治癒者ならびに死亡者の氏名が記されている。それによると、患者数は最多時で一〇八名(八月二十七日)、最少時で六七名(九月二十六日)であった。⁵⁵軍医が毎日回診し、手術を要する患者は本院へ送った。

医員は、他の病舎の診療を手伝ったり、患者を護送して大阪へ出張することがあった。大阪陸軍臨時病院への航送は長崎、細島、桜島から行なわれたが、これについては次章で述べる。博愛社委員総代の桜井は、たびたび第十一副舎を訪問した。また、博愛社から患者に手拭いや扇子、新聞等が贈られた。⁵⁶

長崎における救護状況については、大波治卿医員助が以下のように回想している。

博愛社一行の引き受けた病院は長崎陸軍病院の第十一副舎というものでして家もはつきり覚えていませんが何んでも広い家で傷病者が二、三百人ばかり入っていました。いずれも銃剣であるいは股を撃ち抜かれた兵士もあればあるいは背中を切られた人夫も居りまして各所でウンウンと唸声が聞えて、随分気の毒な有様でしたがいずれも治療が功を奏してたおれた者など一人もありませんでした。

しかし、何しろ多人数の患者ですから私等の忙しいことといったら実に目の廻るばかりで、治療をする、薬をこし

らえる、計算をするというように一人で皆処置しなければならぬ仕儀でしたから、桜井氏も高塚家令もほとんど夜の目も合さぬ位でしたが、負傷者の中には御大名がはるばる療治に来てくれたのは有難いと言って涙を流すものさえありました。長崎病院では主に官軍の負傷者ばかりで賊軍の者は一向見受けませなんだが熊本に参つた博愛社の医員は大分賊兵を療治したそうです⁵⁷。

この回想にはいくらか記憶違いがある。まず、救護開始時の患者数は二、三〇〇名というほど多くはなく、前述のように九一名であつた。また、治療が奏効して死者は出なかつたわけではなく、八月には五名、九月には一〇名が死亡している⁵⁸。事実と一致しない箇所があるものの、大波の回想により、四名の医員で、しかも鹿児島などに出張する医員があつたときはさらに少人数で、多くの患者を担当した当時の苦勞を知ることができよう。ちなみに、西南戦争に派遣された救護員の回想は、大波のこれのみである。

長崎では一つの病舎を受け持ったのみならず、医員を各地へ派遣したため、医師不足が深刻であつた。そのため、現地で医員のほか看護手、看病夫を雇い入れた。桜井一行の到着後の八月二十六日、陸軍雇用の医師日野謙治、河村官治と看病夫一二名を博愛社で雇用し、第十一副舎に配属した。さらに、二十八日、患者増加のため、第二副舎から転じて第十二副舎で勤務していた深町医員と看病夫八名を第十一副舎に合併した。このほか『博愛社第二報告』には、「同月（著者注…九月）廿一日第一副舎へ看病夫五十五名、第十三副舎へモ同ク看病夫二十一名ヲ派遣セリ⁵⁹」とあるので、相当数の看病夫を雇用していたものと思われる。

救護事業を開始した八月二十四日から三十一日に至る第十一副舎の患者数は、入院一二二名（傷者五一、患者六二）で、退院六名（傷者）、転院二名、死亡五名（患者）であつた⁶⁰。この「患者」とは病者である。

九月以降も、現地で山崎哲（九月十日）、川口勇（同十三日）、橘謙良（同二十八日）の三名を医員助として雇い入れ、第十一副舎の薬局に配属した。当時、川口は長崎医学校の生徒であったが、深町が保証人となり採用した。それでも医師不足は深刻で、九月五日、長崎から東京に、以下の電報が発信された。

外科専門トシタル良医ニテ我社旨ヲ飽迄奉体ス可キ、最モ創患者医生等ヲ看護統括スル実効ノ見ルニ足ル者アラハ四拾円ハ倍シテモヨシ、手技又ハ調劑ノ出来ル医生アラハ大至急御知ラセ⁶¹

この電報と同時に、大阪の石丸安世と石黒軍医正にも同内容の電報が発せられた。これに対する石丸の返信は、「外科専門医当地ニ無シ。東京へ頼ム可キヤ返詞セヨ⁶²」であった。大阪にも戦地に赴こうという優秀な外科医はいなかったようである。

長崎から鹿児島には八月以降、すでに救護員が派遣されていたが、戦争終結直前の九月十四日にも郡医員と大波医員助が桜島軍団支病院へ派遣された。郡は二十四日に鹿児島から帰院すると、ただちに第十三副舎虎列刺避病院の担当となった。九月二十四日と三十日には、東京で採用された医員助高宮時之助と同山田正が到着した。両名は、直ちに第十一副舎勤務を命じられた⁶³。

九月中の第十一副舎の患者数は、入院一三九名（傷者六九、患者七〇）、退院五七名（傷者二七、患者三〇）、転院一名、死亡一〇名（傷者六、患者四）であった⁶⁴。これに対し、郡が派遣された第十三副舎虎列刺避病院では、九月十七日から十月三十一日までの間に、入院患者七五名のうち四四名が死亡している⁶⁵。当時、九州一帯でコレラが猛威をふるっていたが、博愛社担当の病舎および救護員百有余名からは幸いにして一人の感染者も出なかった。

救護活動は転勤が多く、激務であった。戦争が終結し、患者が大阪転院、退院などによって減少するにともない、

救護員は順次解職された。⁽⁶⁶⁾

長崎での救護事業は、十月三十一日、第十一副舎の入院患者が重傷者四名に減少し、これを本部病院に合併したこ
とによって終了した。⁽⁶⁷⁾ 救護員は、博愛社に全面的に委託された第十一副舎のほか、第一、第二、第三、第七、第
十二、第十三副舎でも治療看護を幫助した。その人数は医員長一、医員二、医員助一四、看護手五、看病夫九六名計
一一八名であった。⁽⁶⁸⁾ 六月二十六日から十月三十一日までの一二六日間に救護した患者の概数は三五八名、第十一副舎
では一五七名である。このうち、一五七名が退院し、一二名が転院し、七一名が死亡している。⁽⁶⁹⁾ 死亡者が多いのは、
すでに述べたように、大阪への航送ができない重症者が多かったためである。

『博愛社第二報告』は、長崎での救護事業に功績があつた者として、長崎軍団病院の緒方惟準一等軍医正（幕末の蘭
方医緒方洪庵の次男）と北島秀朝長崎県令（博愛社社員）をあげている。とくに緒方については、博愛社が「業ヲ本地
ニ開シヨリ以来、救済百般ノ事項トシテ緒方軍医正ノ協参援助ニ依ラザルナシ。然レバ則、吾社忠愛ノ素志ヲ今日ニ
貫徹セシモノハ、至竟同氏尽力ノ功其多キニ居ルト云可シ」⁽⁷⁰⁾と称賛している。

四、鹿児島・宮崎における救護事業

(一) 鹿児島および細島の軍団支病院

鹿児島と宮崎で救護を行なつたのは、熊本、長崎から派遣された救護員と鹿児島で採用した救護員である。八月
十四日、長崎から医員助の持永精齋、吉木謙三、福崎正之、中島愿仙の四名と看護手の中野順吉、山口福次郎、蒲原

幸三の三名が鹿児島軍団支病院に到着した。

八月二十四日、鹿児島で松山蘇元、中山壽仙を医員助、梅北五郎、園田大助を看護手として雇い入れ、鹿児島軍団支病院へ派遣した。四名はいずれも鹿児島県士族である。⁽⁷¹⁾ 戦争末期とはいえ戦闘継続中に、鹿児島の士族が博愛社の救護員募集に応じたことは興味深い。

長崎から持永ら医員助、看護手総勢七名が到着した八月十四日、軍団軍医部が征討軍団本営が置かれていた都城へ移転することになったため、中野、山口看護手を鹿児島支病院に残し、その他は直ちに都城へ移動して、十六日から同地の患者一八五名を担当した。⁽⁷²⁾

八月十八日、軍団本営が都城から宮崎へ移転することになると、持永、福崎、蒲原は軍医部の指揮のもとに診断を行ない、患者を重症患者、除役退院を乞う者、使役に堪える者に選別する作業に従事した。その作業がもつとも迅速であったため、軍団本営から賞詞を与えられた。⁽⁷³⁾ 同日、持永、福崎と看護手一名(氏名不明)が重症者一三名を鹿児島支病院へ護送し、任務終了後、同地での勤務となった。到着時、支病院には三〇名の患者がいたという。⁽⁷⁴⁾ 二十八日、細島の軍医長の命令により、鹿児島支病院の博愛社救護員全員(持永、松元、中山医員助と梅北、園田看護手)が細島へ移動した。⁽⁷⁵⁾

細島(現・宮崎県日向市)には日向灘に面した天然の良港があり、患者の航送に適していたので、同地の軍団支病院には各地の大綱帯所から負傷者が送り込まれていた。そのため、救護員は治療だけでなく、患者の大阪護送にも追われた。八月二十五日、福崎医員助と中野、山口看護手は、負傷者九名を鹿児島から長崎へ護送したあと、長崎軍団病院第十一副舎勤務となった。⁽⁷⁶⁾

九月二日、持永医員助、蒲原、梅北看護手が患者一七八名とともに、大阪に向けて出発した。そして、十七日に長崎に帰着したのち、軍団病院勤務となった。⁽⁷⁷⁾六日には、吉木医員助が二五六名の護送に従事している。⁽⁷⁸⁾吉木は、大阪から細島へ帰着後、園田看護手とともに一二名を熊本へ護送し、鎮台支病院で九月二十七日から十月十九日まで勤務した。⁽⁷⁹⁾九月二十九日にも中島医員助が大阪へ患者（人数不明）を護送し、十月十五日、長崎に帰着している。⁽⁸⁰⁾

患者航送時の状況については、持永の報告書がある。

海路ハ実ニ波濤劇裂、患者ノ困難不可言。殊ニ軍夫患者一名最モ危険ノ状景ヲ現ワセリ。而巳ナラス健全ノ人ト雖トモ常ヲ失ヒ付属ノ軍夫モ皆ナ以テ使役ニ絶エス。然リト雖トモ百八拾有余ノ患者前件ノ景況見ルニ忍ビス、依テ軍夫ヲ呵示シ、若シ爾チ役セスンハ爾等ヲシテ海中ニ投ゼシト言終リテ三四名起チテ役セリ⁽⁸¹⁾

航海中、自らも船酔いに苦しみながら、軍夫を叱咤激励し、多数の患者の看護にあたった当時の苦勞を知ることができる一文である。

鹿児島県内では、軍団支病院のほか、加治木（現・始良郡加治木町）、坂本（現・鹿児島市）、下荒田（同）、桜島（同）、障子川木（同）においても救護を行なっている。熊本から派遣された津田医員助、町浦、河野看護手は、九月八日から加治木大繙帯所で勤務し、十五日に坂本仮病院へ転勤し、三十日に加治木に戻って患者を下荒田仮病院へ護送したのち、同病院で勤務した。⁽⁸²⁾九月十四日、長崎から郡医員と大波医員助が桜島軍団支病院に到着した。郡は十六日、傷者二一名を桜島から大阪へ護送し、大波も二十一日、九七名を大阪へ護送した。⁽⁸³⁾細島と同じく、桜島も港が整備されていたため、救護員は患者の航送にも従事したのである。

大阪から長崎に帰着した郡は、そのまま長崎勤務となったが、大波は桜島支病院に帰院したのち、十月一日から四

日まで、障子川木支病院でコレラ患者の治療にあたった。大波は、当時の状況を後日、以下のように語っている。

私ハ桜島（鹿児島県）の病院へ行つて呉れといふ命を受けて同島へ参り、陸軍の医者を助けて治療に従事してゐましたが、此処ハ長崎と違つて負傷者も余程手重い者が多く専ら切断療法を施してゐました、然るに此時九州各地に虎列刺病が流行して勢い猖獗を極め各所に避病院が建てられ、鹿児島何んとか言ふ処にも避病院が出来て此処へ桜島の病院から医師が三日交代で派遣される筈で、私も屢々其の番に当たりましたが、医師といへども当時の虎列刺と聞けばビクビクもので、現に病毒に感染した医者も三四人あるといふ次第ですから、皆な皆な大いに恐れ便所へ行つた時下痢しなければ先づ先づよしと喜ぶ位でした。⁸⁴

大波のあとを受けて、下荒田支病院の津田医員助と町浦、河野看護手が障子川木へ転勤し、治療にあたった。救護員が鹿児島で治療した患者は三五八名にのぼつた。このうち七三名が退院し、四名が転院したが、死亡者は多く六一名に達した。⁸⁵ 十月五日、大波が桜島から患者を護送して長崎に帰着し、九日には津田が障子川木から熊本へ出発して、鹿児島における救護事業は終了した。

(二) 桜井忠興委員の鹿児島出張

西郷隆盛以下約六〇〇名が鹿児島に帰還したのが九月一日で、その後、市内各所での戦闘によつて追い詰められた西郷軍は城山に立て籠もつた。この戦争が終わりを迎えようとしていた九月十三日、桜井、原田、高塚らが救護状況を視察するため熊本に赴き鎮台支病院を訪問し、小川医員や富岡敬明熊本県令（博愛社委員）に面会した。支病院では、小川ら博愛社医員が命令により、種痘科というもつとも閑散とした部署で勤務しているということ聞き、「左

マテ無用視セラルルニモアラサルヘシ」⁽⁸⁶⁾と不満を漏らす一幕もあった。

桜井と高塚は、九月十七日、熊本から細島の征討軍団本営へ出発した。二人は宮崎地方の状況を視察したあと、再度熊本に立ち寄り、十月三日、長崎に帰った。このときにはすでに城山が陥落し、西郷は自決して反乱は平定されていたが、桜井らは激戦により荒廃した鹿児島での救護を企図した。鹿児島行きは、佐野や桜井が望んでいたことであつた。

桜井が原田、高塚と医員助の高松、高宮、山田および梅北看護手をともない鹿児島へ出発したのは、細島から熊本経由で長崎に帰着した翌日である。鹿児島には五日に到着した。そこで一行が目にしたのは市内の惨状で、宿舎を探しても「兵燹ノ後荒塵腰ノ掛ク可キ場所モナク」、ようやく見つけた民家も「家唯四壁而已ニテ座板モ過半鳥有ニ属シタレハ、喫烟休息スルコトモ不能」⁽⁸⁷⁾といった状況であつた。そのため、座板のある隣家の八畳一間を借り、筵を数枚購入して隙間風を防いだ。パン、干し魚、ろうそく、毛布など数品を長崎から持参していたが、それでは安息を得ることが出来なかつた。

鹿児島県支庁は海岸沿いの小さな家屋に仮住まいしており、県官や戸長数十名が壊れた机と椅子を並べて執務していたが、室内には筆や硯、帳簿類が散乱し、倒れたままの本棚などもあつた。支庁に保管されているはずの博愛社の書類は、「兵燹ノ失フ所トナリ、故ニ其事情ハ口耳モテ受授」⁽⁸⁸⁾し、「会計簿ハ僅ニ壺冊ノ存スルモノアル」のみであつた。

桜井らは、荒れ果てた鹿児島での活動を開始した。十月七日、黒胡麻を購入し、各自が分担してこれを煎り、塩をまぶして胡麻塩を作つた。そして、紙を買ってきて袋を製作し、胡麻を入れて封印したものを五〇〇個作り、県庁に

寄贈した。東京の老女が塩胡麻の寄贈を申し出たさい、博愛社はその代金分の金銭の寄付を要請したので、その厚意を実現するために寄付金で塩胡麻を作り、県庁に託したのである。⁸⁹

同日、博愛社の医師がいることを聞きつけた住民が一〇名ばかり診察を請うてきたので、あり合わせの薬を調剤して、相当の治療を施した。そのなかに一人の老人がいた。この者は西郷らが鹿兒島に帰還したとき戦闘に巻き込まれ、流れ弾で脛の骨を砕かれたが、治療を受けることができずにいた。そこで、高宮医員助が、外科器具がなかったため、やむを得ず竹片を削り、傷口を探って数片の碎骨を取り出し、治療を行なったうえで帰宅させた。幸いにして、この老人は医師の臨機の処置を受けることができたが、戦場に放置されたままの負傷者もいたことであろう。博愛社長崎支局の日誌は、設立後なお日の浅い同社の非力を以下のように嘆じている。

噫渠モ亦同胞兄弟ナリ。其敗窮シテ医無ク薬無ク糧尽キ弾尽クルノ際、殊ニ恤ムヘキハ山野ノ間ニ幾多ノ創傷ヲ遭テ誰カ能ク之ニ一療護ヲ施スモノアラシヤ。我社ハ素ヨリ官兵ニ尽スニ論ナク、渠等ニモ及サント道義天地ニ不慙ノ善旨ヲ周行セントスルモノナリ。某老ノ如キハ最モ愛恤ヲ加ヘサル可ラス⁹⁰

日誌は続けて、将来、有志者から金銭を募り、優秀な医師を用い、妙薬利器を備え、「千百年ノ後復タ戦場ニ臨ムコトアラハ、堂々ト博愛ノ大旗ヲ翻ヘシ、以テ大ニ尽ス所アレカシ」と事業継続の決意を述べている。⁹¹

桜井らは、長崎から持参した薬品材料二二種を県当局に委託し、各所の病院に寄贈した。鹿兒島出發は十日である。同地では数十名の負傷者を治療したが、本格的に救護活動を行なわなかったのは、すでに各病院に医師、看護夫がおり、博愛社の救護を必要としなかったからである。⁹² 十三日、一行は長崎に帰着した。鹿兒島における活動期間はわずか六日にすぎなかったが、桜井らはその惨状を目の当たりにして、戦地での救護事業の困難を実感したものと思われ

る。十二月三日、帰京した桜井は、本社で戦地救護の報告を行なった。

むすびにかえて

西南戦争の最中、負傷者を敵味方を問わず収容治療することを目的として設立された博愛社は、五月二十七日から十月三十一日までの一八一日間に、護送者三八〇名を含む一四二九名を救護した⁹³。政府・西郷両軍の負傷者数からすると、この数字は多いとはいえない。その理由としてはまず、救護の開始時点で戦争の勝敗を決した田原坂とそれに続く熊本市東部地域での戦闘が終わっており、大量の負傷者が出ることはなかったことがあげられよう。また、政府軍の医療体制が整備されていたこと、および救護員が少数で大規模な救護事業を実施できなかったこともあるだろう。

博愛社が救護員、とくに医師の雇用に苦心したことはすでに述べた。『社史稿』によると、当時は戦地の住民の向背が定まらず、住民は西郷軍の勝利を妄信し、政府軍を敵視する者さえいた。そのうえ、民間団体による負傷者の救護は日本ではじめての経験であったため、官民ともに博愛社の主旨を危惧するところがあった。このような状況の下で、救護員に志願し、戦地で危険を冒して救護に従事しようという者は勇気のある篤志家以外にいなかったのである。⁹⁴

博愛社の救護員は、熊本では軍団病院、人吉大繙帯所、八代軍団支病院、阿弥陀寺分派病院、水俣避病院の六カ所、長崎では軍団病院の第一、第二、第三、第七、第十一、第十二、第十三副舎、鹿児島では鹿児島軍団支病院、加治木大繙帯所、坂本仮病院、下荒田仮病院、桜島軍団支病院、障子川木仮病院、宮崎では都城軍団支病院、細島軍団支病

院、三田井村仮病院、富高新町の一〇カ所で治療看護と護送に従事した。⁽⁹⁵⁾ その実数は医員長一、医員三、医員助一八、看護長一、看護手七、看病夫八九計一二六名であった。⁽⁹⁶⁾

救護に要した費用(総支出額)は七〇四〇円⁽⁹⁷⁾で、博愛社々則第二条にもとづき、すべて社員の年釀金(出資金)と寄付金で賄われた。創立初年の社員数は三八名、年釀金が五五〇円三〇銭、寄付金は九四九九円一〇銭六厘であった。また、寄贈品は白木綿、綿撒糸、リンネル、薬品など二七種にのぼった。⁽⁹⁸⁾

博愛社はまた、患者を慰問し、物品を寄贈した。前述のように松平乗承が佐野とともに長崎軍団病院ならびに同地の海軍病院、同臨時病院を慰問し、桜井忠興も長崎出張の途中、大阪陸軍臨時病院に立ち寄り、長崎では軍団病院をたびたび訪問したほか、熊本、細島など出張先で必ず患者を慰問している。慰問品には病院に寄贈したものと、患者個人に寄贈したものがあり、前者は治療に必要な白木綿や綿撒糸、薬品類が中心で、後者は浴衣地や博愛社の標章を染め抜いた扇子、手拭い、胡麻塩などであった。⁽⁹⁹⁾

民間による負傷者救護団体博愛社が認可され、戦地で救護事業を実施することができたのは創業同志者たちが華族や政府高官で、政府に設立願書を提出できる立場にあり、立ち上げ時の活動資金を準備できるだけの資力を有していたことが大きい。さらに、活動地の熊本、長崎では県令が公務の合い間に博愛社の主旨の普及や寄付金・寄贈品の募集と管理を行なっている。大阪では造幣局長が有志者から寄付金を集め、鹿児島では県吏が会計事務を代行した。こうした行政当局の協力は、一般国民が設立した救護団体では期待できなかつたであろう。

博愛社の創立と戦地での活動は、負傷者救護が国民の上に立つ華族や政府高官の責務であるとの自覚なくしては実現しえなかつたであろう。ヨーロッパの民間救護社についての知識を共有していた創業同志者たちにはまた、敵負傷

者をも救護することにより、日本は人道を重んじる文明国であることを欧米諸国に認知させたいとの思いもあったに違いない。

最後に、博愛社に対する評価を見てみたい。天皇は同社の主旨を嘉賞し、八月七日、金千円を下賜した。この時から皇室による博愛社（日本赤十字社）への援助がはじまる。ところが、陸海軍の公式記録に博愛社に関する評価を見出すことはできない。ただ、西村久雄陸軍軍医の編纂による『明治十年西南戦役衛生小史』（一九一二年）が「博愛社ハ社員ヲ派遣シ、救護ノ方法ヲ講シ、之ニ由リテ救護セラレタルモノ尠ナカラス¹⁰⁰」と簡単に記しているにすぎない。軍関係者以外では、川崎三郎の『増訂 西南戦史 全』（一九〇〇年）に「天皇陛下、此挙を聞き、之を嘉賞させ給ふに、若干の金を以てせられ、之を伝へ聞き、四方有志の士女類に之を賛成して戦地に周旋し、当時官軍たり敵軍たるを問はず、此社に由て死を起し、生を回せしもの、其幾許なることを知らず¹⁰¹」との記述が見られる。また、『日本赤十字社発達史 全』（一九〇六年）を書いた神戸務は「此博愛社事業ニ着手以来ハ千辛万苦ヲ以テ、諸般ノ準備ヲ整頓セシト共ニ、医員看護手モ赤誠ノ憐情ヲ以テ、百折不撓千挫不屈ノ勇ヲ鼓シ、戦場ヲ跋涉シ、虎病（著者注…コレラ）ヲ駆逐シ、傷病者ヲ救療シ、多数ノ患者ニ、満足ヲ与ヘシハ、救療事業ノ初陣トシテ、最モ能ク勉メタリト云フベシ¹⁰²」と、博愛社最初の救護事業を評価している。

博愛社の活動を分析し、評価を加えた文献が少ないのは、軍衛生業務への貢献度があまり高くなかったことが理由ではないだろうか。すなわち、活動期間が短く、救護員の人数も少なく、また活動地域が限られており、軍医部の命令に従って軍病院・繃帯所での治療や患者の護送に従事し、戦場に出ることがなかった。さらに、軍衛生業務の補助が博愛社の主旨だったとしても、軍医としての教育を受けた者がいなかったため、その活動が軍医の治療の補助に止

まった点も指摘できよう。

救護事業が終了した一カ月後の十二月四日、東伏見宮嘉彰博愛社総長(九月十三日総長就任を受諾)は東京本社において、佐野、大給をはじめ委員、社員および戦地派遣の医員、職員等三〇名を前に、以下の告論を行なった。

諸君恤兵ノ慈心ヲ発シ、報国ノ義務ヲ執リ、奮起此ニ博愛社設立ノ挙アリ。誠意ノ存スル所能ク天人ヲ感動シ、上九重ノ恩賚アリ、下草野ノ寄贈アリ。社業旺盛効ヲ干戈ノ間ニ致シ、創痍ヲ救済スル少小ナラス。諸君ノ拮据寔ニ思フ可シ⁽¹⁰³⁾

そして、告論を以下の言葉で結んだ。

嘉彰ト共ニ本社永設ノ基礎ヲ立テ、其ノ結構ヲ盛大ニシ、以テ結盟ノ主旨ヲ達ス可シ⁽¹⁰⁴⁾

この永設化の方針のもと、博愛社は戦後社員の獲得と資金の蓄積に努め、諸規則と内部組織を整備し、病院の開設を実現した。そして、ジュネーブ条約加入を契機に、日本赤十字社へと発展してゆくのである。

本稿の執筆にあたっては日本赤十字社本社情報プラザの横山瑞史氏と岡本龍太氏から貴重な御教示を得た。記して謝意を表する次第である。

(1) 西村久雄編『明治十年西南戦役衛生小史』(陸軍軍医団、一九二二年、以下『西南戦役衛生小史』)二五頁、一九六、一九九頁。

(2) 佐野と大給は四月六日、連名で博愛社の設立願書を右大臣岩倉具視に提出したが、同二十三日に却下された。佐野は九州

出張の途中、天皇が滞在していた京都に立ち寄り、側近に設立を願ひ出たが、ここでも認可されなかった。そのため、熊本に赴いて再度有栖川宮総督に願書を提出し、認可されたのである。東京で設立願書が却下された理由は、岩倉が西郷従道陸軍卿代理に博愛社認可の可否を問い合わせた書簡に対する回答によると、負傷者の救護体制が整っているのに新たに救護団体が来ては現場が混乱する、戦地に救護員を派遣しても軍医の経験がないため治療を行なうのは困難である、敵軍の捕虜と負傷者はすでに戦地の病院で治療を施している、などであった。本回答は、鹿児島県維新史料編さん所編『鹿児島県史料 西南戦争』第一巻（鹿児島県、一九七八年）一二七頁所収。吉川龍子『日赤の創始者 佐野常民』（吉川弘文館、二〇〇一年）七九―九〇頁もあわせて参照。戦地の有栖川宮が設立を認可できたのは、天皇から軍令権を委任されており、負傷者の救護は軍事に関する事項だったからである。このように、博愛社の認可は順調にはいかなかったのである。

(3) 願書と社則は、「博愛社創設ノ義^マ岩倉右大臣へ出願並ニ却下ノ件」（博愛社『結社及処務関係 自十年至二十年』、簿冊番号一「整理番号A11」、綴込番号・明治十年第二号、日本赤十字社本社所蔵）、『日本赤十字社史稿』（日本赤十字社、一九一一年、以下『社史稿』）九二―九六頁所収。

(4) 赤十字規約は、アンリ・ジュナン (Henry Dunant) らによって創立された「負傷軍人救護国際委員会 (International Committee for Relief to the Wounded)」(現在の赤十字国際委員会の前身) が開催した非公式の国際会議で決議され、10カ条からなる。その要点は、各国が一つの「中央委員」、すなわち救護社を設立し、戦時に軍衛生機関を幫助すること(第一条)、各国の中央委員が救護事業を実施するさいには政府の認可を受けること(第二条)、各国委員は平時には資材物品を準備し、看護人を養成すること(第四条)、中央委員は陸軍官憲の要請または認可を得て看護人を戦地に派遣し、その場合、軍司令官の指揮に従うこと(第六条)、救護人は白地に赤十字の記標を袖に付すこと(第八条)などであった。ジュネーブ条約は、赤十字規約に法的拘束力を持たせるため、16カ国の代表による国際会議で、同規約をもとに審議した結果、採択された。10カ条からなり、野戦病院と陸軍病院を局外中立とし、病院内の患者を保護すること(第一条)、傷病者は国籍の如何を問わず収容し看護すること(第六条)、病院および局外中立たる人員は白地に赤十字の標章を付すこと(第七条)などを定めるが、民間救護団体に関する規定はなかった。赤十字規約からジュネーブ条約の採択に至る経緯については、井上忠男『戦争と国際人道

法—その歴史と赤十字の歩み』(東信堂、二〇一五年) 三〇—六〇頁、『社史稿』七—一四頁参照。

(5) 『社史稿』一一三—三頁。

(6) 江原益蔵庶務掛兼看護長の『西南ノ役ノ有様其他ノ事務』が佐野常民記念館(佐賀市)のホームページに掲載されているが、個人所蔵のため、現物はないとのことである。

(7) 「医員看護手慰労金取調書」は、「医員及看病夫へ慰労金贈遺ノ件」(博愛社『西南征討救護関係 自十年至十一年』(簿冊番号三「整理番号A1」)、綴込番号・明治十一年第三号、日本赤十字社本社所蔵、以下「救護員慰労金調書」)所収。

(8) 博愛社「明治十年五月 熊本 目録 創者救済録」(博愛社『熊本長崎支局日誌 明治十年』、簿冊番号四「整理番号A1-5」、綴込番号・第五号、日本赤十字社本社所蔵所収、以下「明治十年五月 熊本創者救済録」)五月二十七日の記事。「届書」には「右軍団軍医長工協議之上奉願度条至急御指令被下度候也」と付記されており、佐野らが救護開始を急いでいたことがうかがえる。

(9) 「明治十年五月 熊本創者救済録」同右。

(10) 同右。小川の任務は、辞令書によると、「軍人創者患者救済ノ為メ本社医員トシテ傭入候間、医務ノ義ハ軍団軍医長ノ管理ヲ受ケ、其他ノ事務ハ委員ノ指揮ニ従ヒ、能々社則ヲ守リ忠愛ノ本旨相達候様勉勵可有之候」とされ、月給三〇円と衣服料二五円の支給が記されていた。その他の者の月給は、津田二二円、江原一八円、町浦五円であった。博愛社『博愛社第一報告』(博愛社、一八八〇年再刷、以下『博愛社第一報告』) 八—九頁。

(11) 同付言は、博愛社の主旨をはじめ事業内容、活動方針を具体化するとともに、社員・救護員の任務、社員資格、役員および内部機関などの組織構造について定めたもので、二〇カ条からなる。創業同志者の会議で議決され、陸海軍軍医長官の承認を得たうえで、太政官に上申された。「社則付言ヲ定メ太政官へ届ノ件」(博愛社『結社及処務関係 自十年至二十年』、綴込番号・明治十年第六号)、『社史稿』一〇七—一二三頁所収。

(12) 「明治四年十二月十日軍医寮ヨリ兵部省へ上申」、陸軍軍医団編『陸軍衛生制度史』(陸軍軍医団、一九一三年、以下『陸軍衛生制度史』) 一二三—九頁。上申書は、不許可の場合を想定して、「追テ万々一前文ノ記号御差支ノ筋モ候得ハ、軍帽並袖章

ハ左図ノ如ク旗ニハ白地赤一図下ニ黒山道ヲ相用度候」と、白地に赤一字の標章を提案していた。これに対して、兵部省は「申出之趣当分赤一字可相用事」と回答した。同頁。

(13) 石黒忠憲『懐旧九十年』(岩波文庫、一九八三年)二七一頁。『社史稿』一五四頁もあわせて参照。

(14) 石黒『懐旧九十年』、同頁。石黒を含む部下たちにこのように述べたのは、松本順軍医頭(軍医総監)であった。『社史稿』一五四―一五五頁。

(15) 石黒『懐旧九十年』二七二頁。

(16) 縦横の寸法を付した色刷りの標章図は、「博愛社創設ノ義征討總督本營へ出願并ニ許可ノ件」(博愛社『結社及処務関係自十年至二十年』、綴込番号・明治十年第二号)に添付されている。

(17) 熊本で事業が開始されると、松平を派遣し、長崎に滞在していた佐野と今後の活動方針について協議させることにした。その結果、平民の入社の許可、鹿児島への進出、松平が持参した寄付金二二〇〇〇円の配分など六項目が取り決められた。「長崎駐在中佐野氏ト協議スル処ノ社業拡充ノ始末及該地見聞ノ現状演説書」、「松平出張員長崎駐在中挙行及見聞現況演説書ノ件」(博愛社『西南征討救護関係明治十年』、簿冊番号二「整理番号A1-3」、綴込番号・第七号、日本赤十字社本社所蔵)、引用箇所は八枚綴りのうちの四―五枚目。同文書は『社史稿』一一二―一一三頁にも所収。

(18) 「桜井忠興へノ辞令書」(八月十五日付)、『博愛社第一報告』五頁所収。

(19) 「同氏へノ別紙」同右同頁。

(20) 西南戦争で派遣された医員長は、藤田のみである。その任務は、辞令書に付された「別紙」によると、以下のとおりであった。

今度戦地着到ノ上ハ該地軍団軍医長ノ管理ヲ受ケ軍中一切ノ律令ヲ遵奉シ、該地施治之業ヲ補助可被致候。尤鹿児島県下ニ於テ本社繙帯所仮病院等設置可致筈ニ候間、右落成ノ上ハ該院ノ医務ヲ専任シ、衆医ヲ管理シテ其能否勉情ヲ督シ、看護長看護手等ニ至ル迄軍医長へ照会シ、一切之ヲ進退統括シテ施治ノ効績相立候様可被致、其他事務ハ委員並委員心得ノ指揮ニ從ヒ厳ニ社則ヲ遵守シ、本社忠愛ノ主旨貫徹候様精々勉行可有之候也

同右六頁。

- (21) 郡、大波、高松の任務は、月給と衣服料とともに辞令書に記されている。辞令書は、同右六一―七頁所収。
- (22) 山口茂『知られざる西南戦争』(私家版、二〇〇〇年) 五九頁。
- (23) 「至大坂臨時病院慰問創者患者記」(『明治十年 長崎支局日誌』、博愛社『熊本長崎支局日誌 明治十年』、綴込番号・明治十年第九号所収、以下「明治十年 長崎支局日誌」) 八月十七日の記事。「明治十年 長崎支局日誌」は、原田隆造の筆による。
- (24) 「日本赤十字社創立の由来(副社長子爵大給恒氏談)」、『読売新聞』一九〇二年十月二十九日付。
- (25) 『社史稿』一一二〇頁。
- (26) 「明治十年五月 熊本創者救済録」五月二十九日の記事。
- (27) 同右六月十六日の記事、『博愛社第一報告』九頁。
- (28) 守屋正「石坂惟寛・明治十年西南役『鞍頭日録』」(二) 五月二十八日の記事(『日本医事新報』第二七八九号、一九七七年十月) 六六頁。
- (29) 『西南戦役衛生小史』 八頁。
- (30) 石黒忠恵「赤十字社の揺籃時代」(『博愛』第四六五号、日本赤十字発行所、一九二四年) 四頁。
- (31) 日本赤十字社『男爵石黒忠恵日本赤十字社懐旧談』(『日本赤十字社史稿』付録、一九一一年) 六頁。
- (32) 博愛社『博愛社第二報告』(博愛社、一八八〇年再刷、以下『博愛社第二報告』) 三頁。江原は八月二十四日、町浦は十月八日、病氣により辞職し、河野は十月十六日に熊本に帰着し、三十一日の事業終了まで勤務した。「救護員慰勞金調書」の深町、江原、町浦、河野の辞令案、『社史稿』一一二〇―一一二二頁。
- (33) 『博愛社第二報告』三頁、『社史稿』一一二二頁。
- (34) 日本赤十字社熊本県支部編『日本赤十字社 熊本県支部史』(日本赤十字社熊本県支部、一九九一年) 七六一―七八頁。この治療活動に対して、熊本県令富岡敬明より佐野に、十一月二十七日付で感謝状が贈られている。
- (35) 「明治十年五月 熊本創者救済録」六月十八日の記事、「救護員慰勞金調書」の竹崎の辞令案、『社史稿』一一二五頁。

- (36) 『博愛社第二報告』三頁、「救護員慰勞金調書」の吉木の辞令案、『社史稿』一一二二頁。
- (37) 『社史稿』一一二二頁。
- (38) 『西南戦役衛生小史』七―八頁。
- (39) 同右一八八―一八九頁。
- (40) 日本赤十字社病院編『橋本綱常先生』（日本赤十字社病院、一九三六年）三四頁。
- (41) 同右二五頁。
- (42) 第二副舎では、六月二十六日から七月二十日の間に四〇名が入院し、うち二名が死亡した。深町はのちに第十二副舎へ転勤するが、同副舎では七月中に二二名が入院し、うち四名が死亡している。この数字をみると、深町が勤務した病舎は小規模のものであったと思われる。『博愛社第二報告』四頁。
- (43) 博愛社医員持永精齋筆記「長崎軍団病院第二副病舎 博愛社医員日誌 明治十年七月廿日分同卅一日迄」（博愛社『熊本長崎支局日誌 明治十年』所収）七月二〇日の記事。着任当日の入院患者は、創傷者二八名であった。
- (44) 石黒「赤十字社の揺籃時代」三一―四頁。
- (45) 「長崎博愛社支局分掌 第十一副病舎日誌抄」（長崎博愛社支局「明治十年八月分 病舎日誌抄」、博愛社『熊本長崎支局日誌 明治十年』所収、以下「第十一副病舎日誌抄」）八月二十三日の記事。
- (46) 「明治十年 長崎支局日誌」八月二十一日の記事。
- (47) 同右八月二十三日の記事。
- (48) 同右。
- (49) 東京の佐野よりの第一電報、同右所収。
- (50) 佐野の注意書は、『社史稿』一一一七―一一一八頁所収。引用箇所は一一一七頁。
- (51) 同右。
- (52) 同右一一一八頁。

- (53) 同右。
- (54) 「第十一副病舎日誌抄」八月二十三日の記事。
- (55) 同右八月二十七日の記事および長崎博愛社支局「明治十年九月 医務課日誌抄」(博愛社『熊本長崎支局日誌 明治十年』所収、以下「明治十年九月 医務課日誌抄」) 九月二十六日の記事。
- (56) 「明治十年九月 医務課日誌抄」九月八日の記事に、以下の記述がある。
桜井原田病舎ニ至リ患者現員八十一名へ手拭二筋宛ヲ分与シ、一同大切ニ療養致シ、尚不自由ノ事アラハ可申出旨慰問セシカ衆皆拭涙感謝ス
- (57) 「日本赤十字社最初の救護事業(旧博愛社医員大波治卿氏の談)」、『読売新聞』一九〇二年十月三十日付。
- (58) 『博愛社第二報告』四―五頁。
- (59) 同右五頁、『社史稿』一一―三三頁。看病夫の賃金は、一等が一日二五銭、二等が二〇銭で、各病舎に一〇名内外が配属された。長崎博愛社支局事務課「明治十年九月 日誌抄」(博愛社『熊本長崎支局日誌 明治十年』所収、以下「明治十年九月 日誌抄」) 九月二十六日の記事。
- (60) 『博愛社第二報告』四頁。
- (61) 「十年九月五日午前十時東京へ電報」(「外科専門医之儀ニ付本社へ電報」、博愛社『長崎支局事務顛末書』、簿冊番号六[整理番号 A1-7]、綴込番号・第二十四号、日本赤十字社本社所蔵) 所収。
- (62) 「明治十年九月 日誌抄」九月七日の記事。石丸安世は大阪において博愛社の事業実施に中心的役割を果たした人物で、当時、大阪造幣局長であった。博愛社の主旨に賛同し七月中旬、佐野、大給と協議して大阪に支局を開設した。そして、自ら委員となつて本務の合い間に同社の事務を担当した。『博愛社第一報告』一一頁。
- (63) 『博愛社第二報告』五頁。
- (64) 同右。
- (65) 同右六頁。

- (66) 九月二十五日、緒方軍医正より「鹿児島其他各所派遣ノ医員等ハ時宜ニヨリ次第ニ帰休スヘシ」との命令があつた。長崎博愛社支局事務課「明治十年九月 日誌抄」九月二十五日の記事。『社史稿』一一二三一―一一二四頁をあわせて参照。「救護員慰勞金調書」の辞令案には、各救護員の解職日が記載されている。
- (67) 十月一日より三十日に至る第十一副舎の患者数は、入院七六名（傷者三七、患者三九）、退院六三名（傷者三一、患者三二）、転院五名、死亡四名（傷者一、患者三）であつた。『博愛社第二報告』六頁。八月二十四日から十月三十日までの入院患者をみると、病者（コレラ、チフス等）が半数を占めていることがわかる。
- (68) 『社史稿』一一二四―一一二五頁。
- (69) 同右一一二五頁。
- (70) 『博愛社第二報告』六頁。
- (71) 同右九頁および「救護員慰勞金調書」の松山、中山、梅北、園田の辞令案。『社史稿』一一二六頁。
- (72) 『博愛社第二報告』八頁、『社史稿』一一二六頁。
- (73) 『博愛社第二報告』同頁。
- (74) 「持永精齋ヨリ近況報告ノ件」〔博愛社『支局関係書類 自十年 至十五年』、簿冊番号七〔整理番号A1-8〕、綴込番号・明治十年第三三三号、日本赤十字社本社所蔵〕八月十八日、十九日の記事、「救護員慰勞金調書」の持永、福崎の辞令案、『社史稿』一一二六頁。
- (75) 『博愛社第二報告』九頁、『社史稿』一一二七頁、「救護員慰勞金調書」の持永、松本、中山、梅北、園田の辞令案。持永らが鹿児島を出発したのは八月二十五日であるが、それまでに同地支病院で四八名を救護した。『社史稿』一一二七頁。
- (76) 「救護員慰勞金調書」の福崎、中野、山口の辞令案、『社史稿』一一二六―一一二七頁。
- (77) 持永は、帰着の翌日から第十一副舎に出勤した。「明治十年九月 医務課日誌抄」九月十七日の記事。なお、『軍団病院日記抄』の九月二日の記事では、護送患者数は一七七名（うち平病九二名）となっている。『軍団病院日記抄』は、西南戦争の公式戦史である参謀本部編纂課編『征西戦記稿』に付録として収録されている（復刻版下巻、新潮社、一九八七年「原本

- 一八八七年刊」。編者が記されていないが、軍団軍医部の編纂によるものと思われる。同書二七頁。
- (78) 『社史稿』一一二七頁、『軍団病院日記抄』二八頁、「救護員慰勞金調書」の吉木の辞令案。
- (79) 『博愛社第二報告』三頁、『社史稿』一一二七頁。
- (80) 中島は、九月十七日から十九日まで、富高新町（現・宮崎県延岡市）の大繻帶所に派遣され、勤務した。『社史稿』一一二七頁、「救護員慰勞金調書」の中島の辞令案。
- (81) 「持永精齋ヨリ近況報告ノ件」九月三日の記事。
- (82) 『博愛社第二報告』九頁、「救護員慰勞金調書」の津田、町浦、河野の辞令案、『社史稿』一一二七頁。
- (83) 「救護員慰勞金調書」の郡、大波の辞令案、『社史稿』一一二七―一一二八頁、『軍団病院日記抄』二九―三〇頁。
- (84) 「日本赤十字社最初の事業（つづき）（旧博愛社医員大波治卿氏の談）」、『読売新聞』一九〇二年十月三十一日付。
- (85) 『博愛社第二報告』九頁、『社史稿』一一二八頁。
- (86) 「明治十年九月 日誌抄」九月十八日の記事。
- (87) 同右十月五日の記事。
- (88) 同右。
- (89) 同右十月七日の記事。
- (90) 同右。
- (91) 同右。
- (92) 『博愛社第二報告』九―一〇頁、『社史稿』一一一九頁。
- (93) 『社史稿』は、この数字は「単ニ其明瞭ナルモノ、ミヲ挙ゲタルモノニシテ此他尚ホ各地ニ若干名ヲ治療又ハ護送シタルハ事実ナリ」（一一三四頁）と記す。しかし、一名の患者が複数の救護員により、あるいは複数の場所で治療を受けている場合や、治療を受けた患者が別の救護員に護送された場合、二名以上の数字が計上されている可能性がある。これに対し、榊井孝・森正尚は負傷軍人四五五名、コレラ患者三三五名という数字をあげている。榊井孝・森正尚『世界と日本の赤十字―世界

最大の人道支援機関の活動』(新版、東信堂、二〇一四年) 四一頁。

(94) 『社史稿』 一一三三五頁。

(95) 同右 一一二九頁。

(96) 同右 一一三二―一一三四頁。

(97) 同右 一一三四頁。これに対し、榊井・森は五八七〇余円とする。『社史稿』の数字は、社員の年釀金のほか現物寄付者の寄付額なども算定したため、実際の支出額より多くなったのだろうという。榊井・森『世界と日本の赤十字―世界最大の人道支援機関の活動』 四一頁。

(98) 神戸務『日本赤十字社発達史 全』(尚文堂、一九〇六年) 一四九頁、『社史稿』 一一三四頁。

(99) 『社史稿』 一一二九―一一三〇頁。

(100) 『西南戦役衛生小史』 一九五頁。

(101) 紫山川崎三郎『増訂 西南戦史 全』(博文館、一九〇〇年) 七〇八頁。

(102) 神戸『日本赤十字社発達史 全』 三三〇―三三二頁。

(103) 『社史稿』 一一六頁。救護期間中、博愛社は医員および医員助に三〇円以下一〇円以上の月給または日給(藤田医員長は東京府病院の医師であったため、本給以外に月給四〇円を加給)、看護長に一八円、看護手に五円(うち一名には五円五〇銭)の月給を給与した。看病夫は日給であった。これに対し、旧熊本藩主細川護久が派遣した医員助二名(三浦、竹崎)と自費出張を願いだした医員助二名(中島、福崎)には月給を給与しなかった。救護事業の終了後、一カ月以上勤務した医員長、医員、医員助、看護手二五名に慰労金として白縮緬、白羽二重等の代金三〇円から三円が贈られた。しかし、博愛社の主旨達成に功績があった原田委員心得、桜井忠興の家扶高塚は、報酬・給与を受けず、慰労品も他の救護員に比べてわずかであった。こうした条件の下で救護に従事した救護員について、『社史稿』は「救護員其他諸員ニ対スル報酬給料等其功績ニ比シテ頗ル薄少当ラスト謂フヘシ。而シテ此ノ如キノ事実ハ偶々以テ結社ノ要旨ヲ察スルニ足ルヘク、又彼等救護員ノ篤志ヲ證スルニ余リアリ」と記している。 一一三五―一一三六頁。

日本法学 第八十四卷第二号 (二〇一八年十月)

(104) 同右二六頁。

一四一 (三六八)

- 本誌に掲載の全ての論文につきましては、以下の Web サイトで PDF を電子公開しております。

日本大学法学部ホームページ (<http://www.law.nihon-u.ac.jp/>)

- 本誌の受入れに関しまして、送付先（住所・宛先等）の変更や受入辞退等がございましたら、以下まで御連絡ください。

<連絡先部署> 日本大学法学部研究事務課

(住 所) 〒101-8375 東京都千代田区神田三崎町 2-3-1

(T E L) 03-5275-8510

(F A X) 03-5275-8537

(E-mail) kenjimu.law@nihon-u.ac.jp