

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

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る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、なぜ裁判員の加わっ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、^{（8）}「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）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している。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える）。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三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第一審に裁判官が参加するならば控訴審にも裁判官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、裁判官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、第一審のみに裁判官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官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、控訴審にも裁判官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官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、裁判官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官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、「裁判官制度について」（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・裁判に参与するものとし、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。もともと、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⁾ もっぱら、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解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たときはこれを破棄することができるとして、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」という¹⁷。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可否を……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ことであり、上訴審でそれを是正すべき必要性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。陪審制度導入論に関して提起された、「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が、その典型である）⁽²⁴⁾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用す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う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う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る。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（裁判員法二条二項）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査を前提としている。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って、かえっ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ことの論拠である。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、「原判決の当否を、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、原判決の当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⁽³⁸⁾、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、(二) 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

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っても、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⁽⁶²⁾」という。「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⁽⁶³⁾」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、原审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う法改正がなされなかった現状においては、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った」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」というものである。⁽⁶⁹⁾ 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するとの指摘」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という。⁽⁷²⁾

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って、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だけで、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、第三章第二節において、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ある前者に、(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、小川育央判事は、「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まではいえないものの、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とは違うものがあり、⁷⁵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ろう。

これまでの総論的議論を踏まえたうえで、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」かつたという。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」がある（差戻し原則論）。⁸²⁾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（……差戻審の手続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は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⁽⁸⁸⁾。また、東京高等裁判所刑事部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⁽⁸⁹⁾」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が重要な視点になる⁽⁸⁹⁾」とする。

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べきであろう⁽⁹¹⁾」とする見解もある。この見解は、事件を原則として第一審に差し戻すことにした場合に、(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⁽⁹¹⁾」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⁽⁹¹⁾」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⁽⁹¹⁾」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⁽⁹¹⁾」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⁽⁹¹⁾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⁽⁹¹⁾」。

い」点を問題視する⁽⁹²⁾。もともと、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つ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などすれば、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ところ、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るため、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、差し戻すべきであろう。

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号八七頁の原審（大阪高判平成二四年三月二日刑集六八卷三号二六七頁）が破棄差戻しをしたほかは、¹⁰¹「その余は、破棄自判の判決がされている」という。

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、「量刑不当によつて破棄する場合には、自判について特に従来の運用を改める必要はないであろう¹⁰²」と主張する。

村瀬均元判事も、「確かに、差し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まで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¹⁰³」と主張する。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⁾。もともと、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、従前通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 第五巻』（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」論究ジュリスト二二〇二二年）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」刑事法ジャーナル一三三三（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可否を審査し、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(傍点の本稿の筆者による)。

(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」刑法雑誌五五卷二号（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)に對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ない」(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、「そこはこだわつてお」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べきことを前提に、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―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）」（第三一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）七三頁。もともと、「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か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ろうとも、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―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）二三頁は、「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つた場合には、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（ここでの危険とは、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危険継続論を採り、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と言うをまたぬ。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、上告審のそれも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（トワイズ、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、最後の線で、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・迅速化及び檢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」刑法雑誌五四卷三号二四頁）。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、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「檢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、傍点は本稿の筆者による）。

(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ない事態が生じうることになり、裁判員の負担はこれまでに増すことになる。

(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、「これが現実在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―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『刑事控訴審の手続及び判決書の実際』（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） 最大決昭和四十六年三月二十四日刑集二五卷二号一九三頁。

（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る」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、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―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）四二三頁。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)四二三頁は、「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」一二五頁）。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る、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からであることは疑いない」と述べる（遠藤・富田・前掲注（10）四八頁、傍点の本稿の筆者による）。

（61） 遠藤・富田・前掲注（10）四七頁。

（62） 遠藤・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 淳一「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」判例タイムズ一二七一号 (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つ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はではない」ということはできない」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ないのであり、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う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盡があつ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をも考慮すると、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)二二〇頁。

(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、事態をもつ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)二二五頁)。

(92) 西野・前掲注(23)二二〇—二二五頁(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、最二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、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) 最三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、裁判員の加わっ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「負担が大きい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）三三九頁。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いっても、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。