

# 裁判員裁判と控訴審における審理

帽 子 忠 義

# 裁判員裁判と控訴審における審理

帽子忠義

## I はじめに 裁判員裁判の導入 —— 司法制度改革審議会意見書から ——

### 1 地裁（第1審）への裁判員制度導入の経緯

裁判員制度が導入されて3年が経過した。

裁判員制度の導入理由として、司法制度改革審議会意見書（以下、「意見書」という）は、「国民的基盤の確立」ということで、「国民が法曹とともに司法の運営に広く関与するようになれば、司法と国民との接地面がより太く広くなるとともに、司法に対する国民の理解も進み、司法ないし裁判の過程が国民に分かりやすくなる。その結果、司法の国民的基盤はより強固なものとして確立され」、「司法がその機能を十全に果たすためには、国民からの幅広い支持と理解を得て、その国民的基盤が確立されることが不可欠であり、国民の司法参加の拡充による国民的基盤の確立は、今般の司法制度改革の三本柱の1つとして位置付けることができる」<sup>1)</sup>とされている。

### 2 高裁（控訴審）での制度が導入されなかった経緯

国民の認識を裁判に反映させることが主眼であるが、それは、地裁（第1審）限りのことであり、控訴審及び上告審については、裁判員制度は導入されなかつ

---

1) 司法制度改革審議会意見書 101 頁（2001 年）。

た。その経緯は、司法制度改革推進本部の裁判員制度・刑事検討会で、控訴審は第1審判決の当否を事後的に審査する事後審と位置付けられているから、職業裁判官のみで構成される控訴審が裁判員の加わった第1審の裁判を破棄することも正当化されると考えられること、控訴審における現実の職務内容からしても、裁判員が本来の力を発揮できる場面とは考えにくく、その負担も第1審に参加する場合に比べて相当重くなると考えられることなどを踏まえ、控訴審は現行通りとされたという経緯がある<sup>2)</sup>。また、井上正仁教授によると、控訴審については、「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1審裁判所の当否を審査し、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」が中心に議論され、①現行法どおりとする案、②事実誤認や量刑不当による破棄、自判を制限する案、③控訴審にも裁判員の関与を認める案があったが、「(控訴審が)あくまでも第1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を行うだけであると位置づければ、そのような職業裁判官のみで構成される控訴審裁判所による審査や破棄を正当化できる」から、「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だよ」く、なお、「あくまで裁判員の加わってなされた第1審の裁判を尊重するという意味から、事後審であるという控訴審本来の趣旨を運用上より徹底させることが望ましい」との議論がまとめられ、控訴審については「現行法どおり(控訴審は事後審として原判決の瑕疵の有無を審査する)」という結論に至ったとのことである<sup>3)</sup>。

そして意見書は、控訴審について「裁判員が関与する場合にも誤判や刑の量定についての判断の誤りのおそれがあることを考えると、裁判官のみによる判決の場合と同様、有罪・無罪の判定や量刑についても当事者の控訴を認めるべ

2) 辻裕教・司法制度改革概説 裁判員法刑事訴訟法(2005年。商事法務)82頁。龍岡資晃「上訴審の在り方」『特集裁判員制度3年の軌跡と展望』ジュリスト2012年夏号(2012年。有斐閣)77頁。

3) 東京高等裁判所刑事部総括裁判官研究会「控訴審における裁判員裁判の在り方」判例タイムズ1296号(2009年)6頁。

きである。控訴審の裁判体の構成、審理方式については、第1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」として、控訴審の裁判体の構成及び審理方式についての検討を表明したものと読み取ることができるとなった。

### 3 小 括

意見書では、裁判員制度導入という結論が得られたものの、裁判員制度導入にあたって注意しなければならないことはないのだろうか。

結論は、裁判員制度の導入となったものの、控訴審については更なる検討の必要性を示したのは「裁判員制度のもとにおける控訴審のあり方を考えるに当たって、控訴審の現行法どおりとされ、事後審であるとの控訴審の構造が括弧書きで示された意味内容を検討していく必要があり、それに伴い、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1審裁判所の当否を審査しこれを破棄することが正当化できるかどうか、控訴審において、運用上、裁判員の加わってなされた第1審の判決を尊重することになるのかどうか、事後審であるという控訴審本来の趣旨をより徹底させることになるのかどうか<sup>4)</sup>という要素があったのではないかと思われる。

現実には、裁判員裁判制度の導入が第1審（地裁）限りで、控訴審及び上告審には制度が導入されず、引き続き裁判官のみによる合議体が維持されることになった。控訴審については、意見書にも示されているとおり、「更に検討を行う必要」性を示しているが、そうになると、検討の結果が出るまでは、3審制という審級制度を採る以上、第1審よりも上級審ではあるが国民が含まれていない裁判官のみによって構成される合議体である控訴審及び上告審が裁判員判決を差戻し、あるいは、破棄自判できることが当然のことになってしまう<sup>5)</sup>。

そうすると、「国民的基盤の確立」を求める制度たる裁判員裁判による第1審判決を控訴審を担当する裁判官が否定するように見える。一方では、3審制

4) 小川育央「『裁判員制度のもとにおける控訴審の在り方』を連載するに当たって総論」判例タイムズ1271号（2008年）78頁。

を維持し、他方で司法への国民的基盤を求める裁判員裁判制度の導入という一見して矛盾している状態を解消するには、控訴審・上告審が裁判員裁判判決の破棄・自判をすることができることが、裁判員裁判の導入に伴って何らかの制限・制約及び解釈の変更を受けることが求められることになるのではないかとと思われるのである。「裁判員裁判にも上訴を認め、また、控訴審において裁判員を参加させないことが示される中で、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1審裁判所の当否を審査し、これを破棄することが正当化できるのか」<sup>6)</sup>ということである。

## II 控訴審の実情

### 1 はじめに

控訴審では、どのような考え方で審理することになるのかを考える必要があると思われるが、最初に控訴審の現状を把握したい。

### 2 統計の現状確認

まず、控訴審は第1審判決を破棄自判又は差戻しをすることができるが、その実績はどのようになっているのかを司法総計により確認してみたいと思う。

前述の「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1審裁判所の当否を審査し、これを破棄することが正当化できるのか」という点が問われるが、控訴審の破棄自判（刑訴法400条但書）が減少するのか、もしくは差戻し（刑訴法400条本文）が増加するのかを理解するため、まず、司法統計に沿って控訴審全体の終局区分（表1）を把握することにした。

次に、裁判員制度の導入に伴うことが一つの問題となっているため、その裁

---

5) 平成18、19年度に実施された司法研修所での裁判官共同研究においては、「裁判員の加わった1審判決に対しても非対象事件と同様のスタンスで審査に臨むことになる」という意見が出されたとのことである。今崎幸彦「裁判員裁判における審理及び制度運営上の課題」判例タイムズ1255号（2008年）17頁。

6) 前掲注4)小川79頁。

判員裁判に対する終局区分（表2）がどうなっているのかを把握することにより、裁判官裁判との相違の有無を探る一つの手がかりになると思う。

表1 控訴審全体の終局区分—破棄自判と破棄差戻し<sup>7)</sup>

年 度	控 訴 終局人員 ① (人)	①のうち破棄等されたもの				
		総 数 ② (人) = ③+④	破 棄 自 判		破 棄 差 戻 し 等	
			人 員 ③ (人)	割 合 ③/① (%)	人 員 ④ (人)	割 合 ④/① (%)
平成23	7,005	685	679	9.69	6	0.09
平成22	6,856	750	740	10.79	10	0.15
平成21	7,258	824	812	11.19	12	0.17
平成20	7,962	1,855	1,011	12.70	20	0.25
平成19	8,422	1,188	1,176	13.96	12	0.14
平成18	9,344	1,490	1,474	15.77	16	0.17
平成17	9,264	1,230	1,215	13.12	15	0.16
平成16	9,170	1,285	1,272	13.87	13	0.14
平成15	8,875	1,310	1,300	14.65	10	0.11
平成14	8,347	1,292	1,282	15.36	10	0.12
平成13	7,629	1,194	1,187	15.56	7	0.09

(注)「破棄差戻し等」は、破棄差戻しと破棄移送を含む。  
小数第3位四捨五入。

表2 控訴審全体の終局区分のうち第1審が裁判員裁判であるもの<sup>8)</sup>

年 度	控 訴 終局人員 ① (人) (前記表1の ①の内数)	①のうち破棄等されたもの				
		総 数 ② (人) = ③+④	破 棄 自 判		破 棄 差 戻 し 等	
			人 員 ③ (人)	割 合 ③/① (%)	人 員 ④ (人)	割 合 ④/① (%)
平成23	552	43	41	7.4	2	0.4
平成22	260	12	12	4.6	0	0.0

(注)・「破棄差戻し等」は、破棄差戻しと破棄移送を含む。  
・小数第3位四捨五入。

7) 裁判所 HP 上の司法統計をまとめたもの。

8) 裁判所 HP 上の司法統計をまとめたもの。

そこで、司法統計から、①控訴審全体の終局区分（表1）、②控訴審全体の終局区分のうち第1審が裁判員裁判を対象とするもの（表2）についてまとめた。

### 3 現状と今までの分析について

#### (1) なぜ統計をみるのか

統計による現状把握とその分析については、今までに多くの論述において行われてきた。

考え方としては、続審・覆審よりも事後審の控訴審のほうが、原判決を維持する（尊重する）度合いが大きいと考えられ、破棄率がこの度合いを推測する数値であるといえる。また、破棄に関して控訴審が相当程度事後審に徹した運用をしているのか、続審的（あるいは覆審的）に運用されているのかを統計的に判別する契機となるのは、破棄率（終局人員に対する破棄人員の比率）であると考えられるため<sup>9)</sup>、2つを区分することで、全体の傾向と裁判員裁判に対する傾向とを比較し、その違いを確認しようというものである。

#### (2) 控訴審全体の処理状況（表1）

司法統計によると（表1）、控訴審全体の処理状況について、原判決を破棄した場合、破棄自判が圧倒的に多く、破棄差戻しは極めて少数で、その人員も破棄差戻しあるいは破棄移送された人員は、毎年せいぜい10名内外であり、破棄事件のうちの大多数は破棄自判されており<sup>10)</sup>ながらこの傾向は変わっていないようで、平成23年度においては、破棄差戻し6名、破棄自判679名であり、破棄自判・差戻し移送合計685名であり、その占める割合は、それぞれ0.88パーセント、99.12パーセントとなっており、上告等を含めた控訴終局人

9) 石井元判事によると、控訴審に関する各種統計の紹介及びその実態の分析については、控訴審経験裁判官によりなされているとのことである。石井一正『『裁判員制度のもとにおける控訴審の在り方』の連載終了にあたって』判例タイムズ1278号（2008年）26頁。

10) 樋上慎二「破棄判決における差戻しと自判」判例タイムズ1378号（2012年）66頁。前掲注9) 石井26頁。

員 7,005 名に占める割合は、それぞれ、0.09 パーセント、9.69 パーセントとなっている。

このような統計を評価して、石井一正元判事は、圧倒的多数の事件は自判されており、形式的には、控訴審が刑法 400 条の本文と但書の建前に反した続審的運用をしており、事後審に徹していないことを示すかもしれないが、破棄判決の実情をも考慮すると<sup>11)</sup> 自判の多さも、破棄事件につき刑法 400 条を条文どおりに適用した結果の自然な流れであり、控訴審の続審的運用と評価するほどの実質はなく、このような評価は、控訴審実務を担当した裁判官に共通な見方であって、破棄した場合の自判の多さについては、無罪判決の破棄・自判に対する弁護士層の批判は別として、他の法曹実務家からもそれほどの批判はないとされている<sup>12)</sup>

### (3) 裁判員裁判に対する控訴審の処理状況 (表 2)

次に、裁判員裁判に対する処理状況については、司法統計によると (表 2)、平成 23 年度においては、破棄差戻し 2 名、破棄自判 41 名であり、破棄自判・差戻し移送合計 43 名、その占める割合は、それぞれ 4.6 パーセント、95.4 パーセントとなっており、上告等を含めた控訴終局人員 552 名に占める割合は、それぞれ、0.4 パーセント、7.4 パーセントとなっている。

このような統計を評価して、龍岡元判事によると、裁判員裁判制度が平成

11) ただし、破棄事件の実情をも考慮すると、続審的運用というほどの実態ではなく、破棄理由のほとんどは量刑不当と原判決後の情状によるものであり (平成 18 年で量刑不当による破棄人員が総破棄人員に占める割合は 20 パーセント弱、原判決後の情状による破棄人員が占める割合は 53 パーセント)、この理由による破棄の場合、訴訟資料から自判に適している上、多くの場合被告人に有利な方向で原判決が変更されているから、被告人側の審級の利益を害することもないとされる。また、実情を考慮して、現行控訴審は、事後審の構造部分については、続審的運用といわれるほどの実態になく、相当程度これに徹した運用をしており、一方、法が続審的運用を認めている部分 (原判決後の情状の取調べとこれによる職権破棄) については、それに従った運用がなされており、しかも年々この部分が控訴審の審判の大きなシェアを占めつつあるといえたとされている。前掲注 9) 石井 26 頁。

12) 前掲注 9) 石井 26 頁。

23年に導入されてからまだ日が浅く、傾向というものが判明するか否かは微妙ではあるが、控訴審における裁判員裁判事件についての破棄率が、裁判官裁判よりも相当に低く、控訴審が第1審の裁判員裁判による判決を尊重している傾向がうかがわれるとされる<sup>13)</sup>

また、裁判員裁判の導入に伴い、裁判官の間では、裁判員裁判導入前から控訴審に関する規定に実質的に変更が加えられなかった経緯から、裁判員裁判の判決に対しては控訴審として事後審を徹底することが求められ、その趣旨に照らして、事実誤認については、論理則・経験則に照らして明らかに不合理であり、これが結論に重大な影響を及ぼす限り破棄できること、量刑不当についても、国民の意見を反映した裁判員裁判における量刑判断を最大限尊重して量刑審査の幅をこれまでよりも広く考えるべきこと、事実取調べの程度・範囲も、公判前手続を経ることに関連して、その充実を前提に、義務的なもの及び裁量的なもの双方についてより制限的に運用すべきことが確認されたという<sup>14)</sup>

#### 4 小 括

裁判員裁判制度が導入されてわずか3年しか経過しておらず、龍岡元判事の指摘するとおり、傾向などの存在を把握するのは微妙な問題であると思われる<sup>15)</sup>。裁判員裁判に対しても、控訴審全体の傾向と同じく、破棄自判が圧倒的に多く、破棄差戻しがほとんど無いという傾向は同じであると思われる。

そうすると、「国民的基盤の確立」を求めた裁判員裁判を裁判官のみから構成される控訴審が否定したと受け取る場合が多いのではないか。また、裁判員裁判事件について、破棄自判ではなく、破棄差戻しをするべきではないか。また、なぜ破棄自判して破棄差戻しをしないのかという疑問がでてくることはないのだろうか。

13) 前掲注2) 龍岡 78 頁。

14) 前掲注3) 東京高等裁判所刑事部総括裁判官研究会 5 頁。

15) 龍岡元判事は、上告審に関して、処理状況の少なさから、特段の傾向はうかがわれず、制度の導入が上告審にどのような影響を与えているかは明らかではないとされる。前掲注2) 龍岡 78 頁。

また、説明のしかたとして、仮に、前述の控訴審全体の考え方の石井元判事の見解が当てはまるとして、それを裁判員裁判に対する動向を把握することに用いて、実質的に続審の運用とはなっていないという、一見して国民に分かりにくい説明でよいのだろうか。

### Ⅲ 控訴審での審理における判断基準

#### 1 はじめに

控訴審はどのような理論により控訴審での審理を行ってきたのだろうか。

控訴審を考える場合、避けて通れないのが、「控訴審の構造論」の問題である。

一般に、控訴審は、(ア)覆審<sup>16)</sup>(前審の審判をご破算にして事件について新たに審理をやり直す)<sup>17)</sup>(イ)続審(前審における判決前の審理手続きを引き継ぎ、さらに新たな証拠資料を補充して審理を行う<sup>18)</sup>)、(ウ)事後審(事件そのものではなく、原判決の当否を審査する<sup>19)</sup>)、といういずれかの性質を持ち、現行法は、事後審の性質を有しているという見解でおおむね一致している。その理由として、現行法が意図した第1審の構造の変化と上告審の機能の変化により、①現行法では第1審は公判中心主義・口頭主義・直接主義が徹底されているので、これを控訴審で繰り返すことは、第1審軽視となり、特に証人に負担をかけるため不適當で、生き生きとした第1審に勝るものではなく不可能であるこ

16) 旧刑事訴訟法の下では、控訴審は覆審とされ、控訴申立人の控訴があれば、控訴審は事件そのものについて審理と判決を行う権限と義務を有し、よって、控訴申立人は控訴の申立書を提出するだけで、控訴理由を示す必要がなかった。田口守一・刑事訴訟法〔第6版〕(弘文堂、2012年)460頁。

17) 覆審を評して「第2の第1審」と表現されることもある。筑間正・「控訴審の構造」刑事訴訟法の争点〔新版〕(有斐閣、1991年)240頁。

18) 筑間教授は、続審を評して「継続的の第1審」と表現される。前掲注17)筑間240頁。

19) 審査の基準となる時点が、第1審判決時となり、第1審判決当時の事実だけが審査対象となり、また、第1審で取り調べなかった新証拠の取調べはできない。前掲注16)田口460頁。

と、②最高裁判所には法令等の憲法審査が委ねられ、あらゆる種類の審査をその任務とすることは適当でなく、これを控訴審が分担することとなり、これらに加えて控訴審が事実認定を行うことは過大な負担となること、③刑訴法上、控訴審における新たな事実の取調べが例外であることを根拠として、これらの考えが、刑訴法上、控訴には理由・控訴趣意書が必要であり（刑訴法 376 条）、それを訴訟記録及び原裁判所で取り調べた証拠に現れている事実により根拠付けねばならないこと（刑訴法 376, 377～382 条, 383 条）、また、控訴審が原判決を破棄する場合は差戻しが原則であること（刑訴法 400 条本文）に求められるが<sup>20)</sup> 393 条 1 項但書が新証拠の取調べの制限を緩和しており、事後審の性質を修正しているとされている<sup>21)</sup>。このような基本的見解の範囲内において、控訴審の審査における基準が実施されることになる。

## 2 判例の見解の登場

### (1) 最高裁判決の登場

控訴審実務における審査基準については、最近、最高裁が、平成 21・4・14 刑集 63・4・331<sup>22)</sup>（以下、「平成 21 年判決」という。）により、上告審での事実誤認の判断基準については、いわゆる論理則・経験則違反説を採るべきことを示し<sup>23)</sup>、ついで、平成 24・2・13 刑集 66・4・482<sup>24)</sup>（以下、「平成 24 年判決」という。）において、控訴理由にいう事実誤認とは、第 1 審判決の事実認定が

20) 前掲注 16) 田口 459 頁。

21) 宮城啓子「控訴審の役割」刑事法ジャーナル 33 号（2012 年）45 頁。

22) 本件の事案は、被告人（当時 60 歳）が通勤途中の満員の電車内で、通学途中の女子高生 A に対して痴漢行為をしたとして、強制わいせつ罪で起訴されたもので、被告人は、捜査段階から一貫して犯行を否認していたが、1 審判決は、A の供述の信用性を認めて、被告人を懲役 1 年 10 月の実刑に処し、原判決も 1 審判決を是認したため、被告人が上告したもの。

23) なお、最高裁はいわゆる八海事件第 3 次上告審判決（最判昭 43・10・25 刑集 22・11・961）において、「記録その他の証拠資料を検討して原判決の認定に不合理なところがないか否かの事後審査をすることとどまるのが原則であって、原判決の認定の逃避を判断するために、あらたに事実の認定をするものでないことは、いうまでもない。」と判示し、論理則・経験則違反説のさきがけを示すものとも考えられる。

論理則、経験則等に照らして不合理であることをいうと判示した<sup>25)</sup>という経緯をたどった。平成24年判決は、控訴審において、平成21年判決を適用したことになる。

## (2) 平成21年判決

平成21年判決は、上告審における事実認定の主張に関する審査は、上告審が法律審であることを原則としていることに鑑み、原判決の認定が論理則、経験則等に照らして不合理といえるかどうかの観点から行うべきであるとした<sup>26)</sup>

## (3) 平成24年判決

平成24年判決は「刑訴法は控訴審の性格を原則として事後審としており、控訴審は、第1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1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。第1審において、直接主義・口頭主義の原則が採られ、争点に関する証人を直接調べ、その際の証言態度等も踏まえて供述の信用性が判断され、それらを総合して事実認定が行われることが予定されていることに鑑みると」、①「控訴審における事実誤認の審査は、第1審判決が行った証拠の信用性評価や証拠の総合判断が論理則、経験則等に照らして不合理といえるかという観点から行うべきものであって、刑訴法382条の事実誤認とは、第1審判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることをいうものと解するのが相当である」から、②「控訴審が第1審判決に事実誤認があるというためには、第1審判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることを具体的に示すことが必要であるというべきである」。そして、③

24) 被告人が覚せい剤を密輸入した事件において、覚せい剤を輸入する認識がなかった旨の被告人の弁解が争点となったもので、控訴審では第1審取調べの関係証拠に、控訴審での事実取り調べの結果も合わせて検討したうえで、被告人の弁解は信用しがたいと判示したもの。上口裕・刑事訴訟法〔第3版〕(成文堂。2012年)564～565頁。

25) 原田國男「事実誤認の意義－最高裁平成24年2月13日判決を契機として－」刑事法ジャーナル33号(2012年)38頁。

26) 村上光鷗「刑事訴訟法8 上告審における事実誤認の審査方法－満員電車内の痴漢事件について無罪とされた事例－」平成23年度重要判例解説(ジュリスト1440号)(2012年。有斐閣)225頁。

「このことは、裁判員制度の導入を契機として、第1審において直接主義・口頭主義が徹底された状況においては、より強く妥当する」とした。そして、④「原判決は、間接事実が被告人の違法薬物の認識を推認するに足りず、被告人の弁解が排斥できないとして被告人を無罪とした第1審判決について、論理則、経験則等に照らして不合理な点があることを十分に示したものと評価することができない。そうすると、第1審判決に事実誤認があるとした原判決には刑法382条の解釈適用を誤った違法があり、この違法が判決に影響を及ぼすことが明らかであって、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる」とし、411条1号により原判決を破棄自判し、第1審無罪判決に対する検察官控訴を棄却した。

#### (4) 平成24年判決の解釈

控訴審の事実誤認の判断についても論理則・経験則違反説を採るべきことを明示した平成24年判決について、上口教授によると、判示①は、事実誤認を論理則・経験則等に照らし不合理な場合に限定するのだから、控訴審は、自ら形成した心証が原審の心証と食い違うことのみを理由に、原判決を破棄することを許されないことになるであろうが、ただし、何が経験則であるのかが明らかでない場合があり、事実誤認の範囲が十分に明確になるわけではないが、事実誤認とされる範囲は限定される。判示②が求める破棄自由の明示は、判示①の原則を手続的に担保する趣旨とされる。判示③は、第1審判決における直接主義・口頭主義が徹底されるならば、控訴審が自ら心証を形成し、これを第1審判決と比較するという審査方法が困難になることを指摘する<sup>27)</sup>

また、龍岡元判事は控訴審が事後審であることを示すとともに、論理則や経験則等に基づいて事実誤認の有無を判断することができるという事実審でもあり、訴訟記録と原審で取り調べた証拠に基づき、事後的に原判決の事実認定や量刑判断等が経験則・論理則等に反していないかどうか、合理的なものであるかどうかを審査すると指摘している<sup>28)</sup>

27) 前掲注24) 上口564~565頁。

28) 前掲注2) 龍岡79頁。

また、中川教授は、この判決の特徴として、刑事訴訟法 411 条 3 号破棄ではなく、1 号破棄をしたこと、382 条の「事実誤認」の解釈とその理由付けに裁判員裁判による判決の尊重及び事後審徹底化論を明示しなかったこと、並びに、原判決の事実認定が不合理であることを「具体的に示す」ように要求したことの 3 点を特徴として挙げている<sup>29)</sup>

また、この判決の射程について、裁判員裁判による無罪判決を控訴裁判所が破棄した事案に関するものであり、利益原則との関係において、判旨が裁判員裁判による有罪判決を控訴裁判所が破棄する場合にも及ぶのか（有罪判決破棄の場合も論理則・経験則に照らし不合理な場合に限定されるのか）という問題提起がなされており<sup>30)</sup> 原田國男元判事は、判決が「刑法 382 条の事実誤認とは、第 1 審判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることをいうものと解するのが相当である」と判示し、刑法 382 条の事実誤認の定義として論理則・経験則違反説を採用していることを根拠に、これを肯定する<sup>31)</sup>

また、第 1 審有罪判決において、論理則・経験則違反説が適用されるとしても、その実質的な基準は、合理的疑いを指摘できるか否かであり、近時の最高裁判決は、論理則・経験則等に照らして不合理であることと合理的疑いがあることとを同義に捉えているとする見解もある<sup>32)</sup>

### 3 小 括

平成 24 年判決が判示するように、また、控訴審の構造論での議論のように、控訴審を事後審と見る限りは、論理則・経験則等に照らして不合理の有無を基準にするのは肯定してよいと考える。そして、不合理が存在することを「具体

29) 中川孝博「最一小判平成 24・2・13 の意義と射程」刑事弁護 71 号（2012 年）129 頁。  
ここで、中川教授は、マスコミが、判決から裁判員判決尊重論を導いていることを述べておられる。教授の見解からは、このような主張に対する疑問が生じてくるものと思われる。

30) 前掲注 24) 上口 564～565 頁、福井厚・刑事訴訟法講義[第 5 版]（2012 年。法律文化社）448 頁。

31) 前掲注 25) 原田 40 頁。

32) 前掲注 25) 原田 40 頁。前掲注 29)・中川 129 頁。

的に示すことが必要である」のはこれもまた自然の流れであるように思われる。そうしないと、第1審判決、特に裁判員裁判判決を否定する場合には、それなりに国民を納得させることができず、裁判員になる可能性のある国民の意思を、しいては「国民的基盤の確立」を潰してしまうことにつながりかねないからである。ただし、平成21年判決も、平成24年判決も、中川教授の指摘にある裁判員裁判による判決であることを根拠にせず、また、意見書にいう「国民的基盤の確立」などにも言及せず、あくまでも控訴審が事後審であることを根拠に、論理則・経験則説に立脚する旨を述べているので、この考慮は不要ということになるのだろうか。

そうなると、裁判員裁判であろうとなかろうと、事後審である勤めを果たせばそれでよいということになるのであれば、控訴審による証拠調べも従来からの運用でよいということになるのだと考える。つまり、裁判員裁判の影響も裁判官裁判と同じように扱えばすむことになるからである。裁判員裁判だからという理由で控訴審を担当する裁判官の審理への法律上の制約、法解釈による制約が生じないということになるのではないのだろうか。

## Ⅳ 論理則・経験則違反説と心証形成説

### 1 はじめに

では、控訴理由である事実誤認について、控訴審が原判決（第1審判決）をどのように審査し、その結果をいかなる理論づけで考えるのか。原判決を破棄すべきであると判断した際に、破棄自判あるいは差戻しのいずれの形で対応するのかを考えていきたい。

基本的には、「自判の容易性・確実性」に基づくというのが<sup>33)</sup>この判断をどのように導くのだろうか。

破棄すべき場合としては、「控訴審での審査の結果、第1審判決が重要な証拠を取り調べずに、あるいは見落として事実認定をしている場合、情況証拠等証拠の評価、あるいは証拠構造の判断を誤った場合など、その心証形成過程が

経験則・論理則等に違反し不合理であって、これらが第1審判決の事実認定に影響を及ぼし結論を異にすることになるときは、事実誤認を理由に第1審判決を破棄する」ことが挙げられている<sup>34)</sup>

## 2 論理則・経験則違反説（法則違反説）と心証比較説（心証形成説）

控訴審における事実誤認の意義については、以前から、論理則・経験則違反説（法則違反説）と心証比較説（心証形成説）とが両極をなすとされてきた<sup>35)</sup>

論理則・経験則違反説（法則違反説）とは、原判決の判断過程（または結論）に経験法則・論理法則違反（または不合理性）があることが事実誤認であるとする考え方であり、心証形成説（心証比較説）とは、原判決の心証ないし認定と控訴審のそれとを比較し、その不一致が事実誤認であり、法は控訴審の心証ないし認定を原判決のそれに優先させたものであるとするという考え方である。

両説を比較した場合、第1審における自由心証主義の優位を認め、原判決の判断と控訴審のそれに差異があっても、原判決の判断が不合理と判断される場合のみが事実誤認であるから、論理則・経験則違反説が事後審に適合する考え方であるとされていた<sup>36)</sup>。そして、平成24年判決は、判示②及び③において論理則・経験則違反説を用いたことを明言している。

33) 前掲注10) 樋上 68頁。ここでは、「自判のため更に重要な証拠調べをする必要がある場合、あるいは多くの証拠を調べて判断する必要がある場合は、原則どおり差戻しとし、審理不尽の有無等を調査するため事実取調べをした結果、破棄後、直ちに自判が可能な状態にある場合は、そのまま自判する運用が強い」という指摘がある。前掲注3) 東京高等裁判所刑事部総括裁判官研究会5, 11頁。そしてこの指摘は、平成24年判決の判示③及び④の見地から、要件が①の事犯に適した状態にあるかのみを考慮するという立場であり控訴審における実情にも合致しているとされる。

34) 前掲注2) 龍岡 80頁。

35) 遠藤和正＝富田敦史「事実認定の審査」判例タイムズ 1276号（2008年）44頁。

36) 前掲注35) 遠藤＝富田 44頁。

### 3 論理則・経験則違反説と心証比較説との相違

#### (1) 基本的な考え方

両説の基本的な相違は、第1審の事実認定に論理則・経験則法則違反の有無を基準とするのか、事件に対する自らの心証と第1審の事実認定とを比較するという基準によるのかという点である。

論理則・経験則違反説では、第1審における自由心証主義の優位を認め、控訴審においては、第1審判決の事実認定が不合理な場合に限り、これを事実誤認として否定することができるが、不合理とはいえない程度の判断の相違に過ぎない場合には、第1審の判断が優先するのに対して、心証比較説では、自由主義の例外として、控訴審における心証を第1審のそれよりも優先させるという<sup>37)</sup>

#### (2) 裁判員裁判への適用

この2つの見解を、裁判員裁判の審理に適用すると、一方の論理則・経験則違反説では、第1審判決における事実認定に論理則・経験則違反又は不合理性がない限り、その事実認定を尊重するのだから、第1審判決が裁判官裁判と裁判員裁判のいずれであろうとも、その事実認定を等しく尊重することになる。そして、裁判員裁判の場合には、その程度の尊重では足りないのであれば、裁判官裁判で用いられた論理則・経験則あるいは合理性基準と裁判員裁判で用いられたそれとの間に有意的な差異の有無を含めて、裁判官裁判の場合よりも裁判員裁判の場合を尊重すべき理論的な根拠付けが必要となる。

他方、心証形成説では、控訴審の心証が第1審のそれに優越するため、第1審判決における事実認定を尊重するという自体に馴染まない。また、裁判員裁判における第1審判決を尊重すべきであるという意見が、控訴審の心証に一定の譲歩を求めることになるならば、心証形成説の根幹を相応に修正して、控訴審の心証が第1審のそれに優先する対象や程度を再構築する必要がある<sup>38)</sup>。ただし、裁判員裁判では、公判前整理手続を経て整理された争点に集中し

37) 前掲注 35) 遠藤 = 富田 44 頁。

38) 前掲注 35) 遠藤 = 富田 44 頁。

た証拠調べが人証を中心に行われ、公判は原則として連続開廷され、公判廷で得た新鮮な心証に基づいて評議が行われることが想定されているため、控訴審の段階で、事実問題の争点に新たな光が当たるような当事者の主張がなされるようなことは、そもそも許されない事態といえ、結局、上訴の根拠付けが薄弱となるとされる<sup>39)</sup>

#### 4 事実誤認と経験則・論理則

ところで、事実認定の誤りには、論理則・経験則違反を伴うものと、伴わないものがあり、一般には、論理則・経験則違反は、法令違反またはこれに準じるものとされていた<sup>40)</sup>したがって、控訴理由としての事実誤認は訴訟手続の適法性を前提にするものであるため、論理則・経験則違反の事実誤認は379条に当たるとする見解が理論的には適切であるとされた<sup>41)</sup>しかし、判例は382条説<sup>42)</sup>であり、最判平23・7・25判時2132号134頁は、事実認定の当否の審査は、「論理則、経験則等に照らして不合理といえるかどうかの観点から行うべきところ」、「諸事情があるにもかかわらず、これについて適切に考察することなく、全面的にA（＝強姦の被害者）の供述を信用できるとした第1審判決及び原判決の判断は、経験則に照らして不合理であり、是認することができない」〔括弧内・引用者〕と判示し、事実認定の経験則違反を認めたが、411条3号によって破棄し、無罪を自判した。多数説も論理則・経験則違反を事実誤認に含めるのが妥当であるとしている<sup>43)</sup>この見解の根拠は、上訴理由を法令違反に限定する制度のもとでは、事実誤認を救済するために、証拠評価において従うべき論理則・経験則違反を法令違反とみる必要があるが、現行法では、その必要がないということにある<sup>44)</sup>

39) 前掲注35) 遠藤＝富田44頁。

40) 前掲注24) 上口564～565頁。

41) 基本法コンメ317頁〔小田中聰樹〕、平野龍一・刑事訴訟法195頁。

42) 同旨、新基本法コンメ554頁〔園原敏彦〕。内容が明確でない以上、端的に事実誤認の問題として扱うのが相当であるとする。

43) 田宮裕・刑事訴訟法〔新版〕476頁。

## 5 小 括

事後審であることを基本にすれば、平成 21 年判決や平成 24 年判決の判示する論理則・経験則説が表面上は出てくるであろう。

しかし、その根底にあるのは、控訴審での審理を担当した裁判官の心証の存在することであると考えられる。論理則・経験則に不合理性を抱くことも、すなわち、裁判官の心証であり、平成 24 年判決によると、不合理の存在を「具体的に示す」ことが必要であるのだから、裁判官が心証を形成するのが前提となるのではないかと考えられる。具体的に心証が形成されて、初めて判決等の判断ができるのであり、その心証が、事実誤認の判断に伴い発生する場合、事実の取調べを行うか否かについての判断、そして、その必要性となって表面化してくるのではないかと考えられる。それゆえに、心証形成のために行われる事実の取調べは、控訴審での事実の取調べについての制約などに優先することになり、場合によっては、第 1 審で見向きもされなかった証拠が審査の対象になる可能性が多少なりとも発生することになるのではないかと考える。

## V 控訴審での事実認定

### 1 審理は変わるか

次に、控訴審における事実認定の審査が裁判員制度のもとでどのようにあるべきかを考える。

事実認定の審査については、石井元判事から、次のような指摘がなされている。①審査についての背景として、裁判員裁判の対象事件は、死刑・無期徒刑を含む重い罪であるため、裁判員裁判において被告人と犯人の同一性など重要な

---

44) 前掲注 24) 上口 564~565 頁

45) 前掲注 9) 石井 31 頁。

46) 事実誤認の成立をせばめるためには、ほかに、事実誤認の対象となる「事実」の範囲とか「判決への影響」をせばめる（主文への影響に限定）とかの方法がある。しかし、前者は実効性に乏しく、後者はほかの相対的控訴理由の解釈・運用とのバランスという問題がある、とされる。

事実の存否が激しく争われ、その争いが事実誤認として控訴審に持ち込まれることも少なくないこと、②裁判員裁判において重い罪に関する事実認定が適正に行われ、あるいは、控訴審が事実認定に関する当事者の不服に対し適正に対処することが、裁判員裁判への信頼を築くことになるのみならず刑事司法全体に対する国民の信頼を確保するうえで、きわめて重要であるとされることが、指摘されている<sup>45)</sup>

ここで、石井元判事は、裁判員裁判における事実認定の尊重とは、刑訴法382条の事実誤認の成立する範囲を狭め、この理由による破棄を抑制することにはかならず、事後審性の徹底という見地から事実誤認の意義・判断方法を考え直してやる必要があるとも述べられている<sup>46)</sup>

## 2 平成21年判決の2つの補足意見から

### (1) はじめに

控訴審でも、裁判官が担当し、審査して結論を導くため、その担当裁判官の心証が形成されるはずであり、その裁判官の心証に基づいて原判決の是非を判断するのは当然であるはずである。

### (2) 判例の2つの見解

#### ①論理則・経験則説から

控訴審が論理則・経験則を基準にして審査するということは、審査対象である第1審判決の内容に論理則・経験則に反することがないかをチェックすることである、第1審判決の内容自体に、論理的に、経験則的に不合理がない場合には、控訴審を担当した裁判官が第1審判決とは異なる心証を形成したとしても、その心証は関係がなく、判断の基準にしてはいけないことになる(論理則・経験則違反説)<sup>47)</sup>

このような見解の代表例が、平成21年判決での堀籠幸男裁判官の反対意見であり、「上訴審は自ら事件について心証を形成するのではなく、原判決の認

---

47) 前掲注2) 龍岡79頁。

定に論理則違反や経験則違反がないか又はこれに準ずる程度に不合理な判断をしていないかを審理する」とされた。

## ②心証比較説から

他方、経験則・論理法則に違反するか否かを判断する場合、審理をする裁判官も審理の結果、何らかの心証を抱くようになり、その心証に基づいて、論理則・経験則違反か否かを判断するのは当然である（心証比較説）<sup>48)</sup> 控訴審が結論として判決を出す以上、その裁判官の心証の形成、存在が前提となる。

このような考え方の代表が、平成 21 年判決での近藤崇裁判官の補足意見であり、「上告裁判所は、原判決の事実認定の当否を検討すべきであると考えられる場合には、記録を検討して自らの事実認定を脳裏に描きながら、原判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理といえるかどうかを検討するという思考操作をせざるをえない」とされた。

## 3 小 括

### (1) 問題提起

一応、見解の上では、心証形成説と論理則説という 2 つの両極が唱えられているが、それぞれの適用の間にどれほどの差異があるのかという疑問も提起されている<sup>49)</sup>

石井元判事は、実際には言葉で表現するほどの差異が無く、実務どちらの説によって運用されているのかが判然としないこと、また、控訴審の判決書の記載ぶりからは、どちらの説によって運用されているのかを判断するのは当を得ないことを指摘し、事実認定の審査方法として控訴審が証拠判断をしてみても、これと原判決の証拠判断とを比較する作業が必要であることを述べられている<sup>50)</sup>

---

48) 前掲注 2) 龍岡 79 頁。

49) 前掲注 9) 石井 31 頁。

50) 前掲注 9) 石井 31 頁。

## (2) 1つの回答

心証比較説については、事実認定の当否は、証拠の信用性の有無、状況証拠からの推認の可否などの証拠判断の当否に帰するため、控訴審としては、原審で取り調べた証拠と控訴審が事実の取調べを行った場合はその証拠を併せて、争いとなっている事実に関する証拠判断をして、心証を形成する必要があるとされ<sup>51)</sup> 他方、法則違反説については、原判決の証拠判断が経験法則・論理法則に反しているか否かを決するには、原判決の証拠判断を比較しなければ判明せず、その証拠判断に関する説示がいかに経験法則・論理法則に反したものであっても、それが事実誤認に当たるわけではないとされる<sup>52)</sup>

そして、ここで注意を要するのは、控訴審の心証形成が、控訴趣意書において主張されている原判決の事実誤認の有無を審査するためのものに過ぎないから、その審査に必要な程度でなされ、また、心証形成の対象となる証拠の広狭も、第1審における事実認定とはおのずから異なることである<sup>53)</sup>

## (3) 小 括

控訴審でも、裁判員裁判であるか否かに関係なく、また、裁判員裁判の尊重という精神を持つ必要がないのであれば、当然裁判員裁判であることも意識する必要はないはずで、それでもなお事後審としての役割を果たすことになる。そして、それが国民の信頼を築くことになり、裁判員裁判だから、裁判官裁判だからという区別はなくなってしまうのではないか。そうすると、従来の運用からの修正などは不要になり、心証比較説なのか、論理則・経験則違反説なのかということも意味がなくなるのではないのだろうか。また、その心証は、控訴審での審理結果に伴うものであり、控訴審での審理は原則控訴趣意書において主張されている内容を対象にするのが基本であり、控訴審での事実の取調べが裁判官の心証次第で実施されるという私見からは、特段の制約がなくなってしまうことになり、変更などは不要であるという結論になる。

51) 前掲注9) 石井 31 頁。

52) 前掲注9) 石井 31 頁。

53) 前掲注9) 石井 31 頁。

## Ⅵ 事実認定の有無

### 1 事実認定の有無の決定

次に、控訴審が証拠判断をした後の事実誤認の有無の判断方法について考えてみる<sup>54)</sup>

このことを考えるに当たっては、控訴審の証拠判断が原判決のそれと一致すれば事実誤認はないということに注意しなければならない。心証比較説においては、両者が一致しない場合が事実誤認であり、その場合には、控訴審の心証が直ちに原判決のそれに優先するが<sup>5)</sup>、法則違反説の場合は、両者が一致しなくても事実誤認に当たらない場合を許容することになる。ただし、具体的な証拠判断に当たって、「法則」と呼ばれるほどの客観的・明示的なルールが存在することは稀であると考えられる。

そうすると、心証比較説と法則違反説の2つの説がありながら、証拠判断は、判断者の知識・経験を踏まえ、直感も交えながら、証拠を分析的かつ全体的・総合的に見て、合理的に推論し、合理的な結論に至るものでなければならないということになる<sup>55)</sup>

そこでは、法令違反のような明白な瑕疵が原判決に存するか否かを審査する考え方ではなく、原判決の証拠判断が合理的か不合理かを審査し、原判決の証拠判断が不合理でない限り、たとえ、控訴審を担当した裁判官の心証が原判決と一致しなくても、事実誤認に当たらないという許容幅を設定する考え方が生まれることになる。

### 2 小 括

では、ある証拠の信用性の有無や状況証拠による推認の可否の審査において、控訴審の証拠判断とは異なるが、原判決の証拠判断が不合理ではないとい

---

54) 前掲注9) 石井 32 頁。

55) 前掲注9) 石井 31 頁。

うような事態は、どの程度存在するのか<sup>56)</sup>という点、事実誤認の意義・判断方法に関する解釈・運用を変容させることにより、事後審に徹し、裁判員裁判の事実認定を尊重することは実際にはかなり難しい問題になってしまう。

だからといって、控訴審の実際がどのようなものかは未知数であると考えられる。なぜなら、今まで培ってきた運用をそうたやすくは変更などができないからである。いくら論理則・経験則の面のみを捉えようといても、前述したとおり、判決を出すに当たっては審理を担当した裁判官の心証が必須要件であり、判決という結論を出す以上、一定の心証を抱かずにはおれず、その心証なしに論理則・経験則違反を問うことはできないと考えられる。

また、裁判官が従来から有している手法をそう簡単には変更をすることはできないため、今後、上告審が、控訴審判決には事実誤認がある、訴訟手続に違反があるとして、破棄・自判される頻度が多くなっていくことも予想されるのではないだろうか。特に、控訴審担当裁判官の心証形成に必要な、控訴審での事実の取調べについての扱いについては、その適否が事実誤認や訴訟手続の誤りという形で出てくるのではないかとも思われる。そこでは、論理則・経験法則に反していないかを判断するため、第1審判決の理由付けを1つ1つ分析し、自己の心証に基づきながら、論理則・経験法則に反するところがないかを確認することが求められることについての当てはめ作業が必要になるのではないかと思われる<sup>57)</sup>。論理則・経験法則を生み出すには、1つ1つの事柄について、裁判官なりの当てはめ、分析が必要であり、その方法として、事実の取調べ(刑事法382条の2)が行われる。そうすると、事実の取調べは、裁判官の心証を形成するための手段ということになる。よって、事実の取調べについて、別途考える必要があると思われる。

56) 前掲注9) 石井 31 頁。

57) 当てはめ作業として、中川孝博「最高裁平成24年2月13日判決と東京高裁平成24年4月4日判決－最高裁のメッセージは控訴審に届いているか－」『特集・事実誤認の意義』刑事法ジャーナル 33号(2012年)50頁。

## Ⅶ 事実の取調べ

### 1 控訴審での事実の取調べ

控訴審における事実の取調べについては、刑訴法 382 条の 2 において「やむを得ない事由」がある場合には、控訴審においての事実の取調べをすることができる旨を定めているが、この「やむを得ない事由」の意味がどのようなものなのだろうか。

### 2 裁判例とその見解

最判昭 59・9・20 刑集 38・9・2810（以下、「昭和 59 年判決」という。）により、刑訴法 382 条の 2 第 1 項にいう「やむを得ない事由」について一つの判断を示した。そこでは、疎明の有無は、控訴裁判所が刑訴法 393 条 1 項但書により新たな証拠の取調べを義務付けられるか否かに関わる問題であり、同項本文は、第 1 審判決以前に存在した事実に関する限り、第 1 審で取り調べないし取調べ請求されていない新たな証拠について、「やむを得ない事由」の疎明がないなど同項但書の要件を欠く場合であっても、控訴審裁判所が第 1 判決の当否を判断するにあたって必要と認めるときは裁量によってその取調べをすることができる旨を定めていると解するべきであると判示した。

そうすると、「やむを得ない事由」の疎明が、当事者にとっては制約となる一方で、控訴審裁判所にとっては裁量が認められたのだから、より広く証拠を手元を集める上でなら障害となることがなくなったことになったのである<sup>58)</sup>。このことは、1 審集中を図るためには当事者からの請求は抑制するのが望ましいが、他方実体的真実の発見のためには控訴審が職権で調べることも必要であるという考えが平行して存在していたことに対して、2 つの要請を実現させたものと考えられる<sup>59)</sup>。

---

58) 前掲注 21) 宮城 46 頁。

59) 前掲注 21) 宮城 47 頁。

### 3 小 括

事実の取調べは、裁判官の心証形成次第であるから、裁判官の裁量次第で取調べの必要性の有無が判断される。したがって、昭和 59 年判決のいうとおり、「やむを得ない事由」が不十分でも、裁判官が必要性を判断するのであり、その前提として、疎明が不十分か否かの判断をしているため、不十分な疎明であっても、裁判官が取調べの必要性を認めれば、それでよいのである。取調べの実施のために疎明が必要であれば、そのみを規定すればよいのであって、裁判官の裁量を認める必要は無いのである。にもかかわらず裁判官の裁量を認めるような解釈が可能な余地が残ることが重要なのではないだろうか。

というよりも、逆に、裁判官の裁量の余地を認めるからこそ、事実（真実）に近づくともいえるのではないか。

## Ⅷ ま と め

全体を通じて、私見としては、裁判員制度の導入に伴い、控訴審が修正される必要が無いという結論に至った。

そもそも、裁判員制度の創設の有無に関わらず、控訴審の事後審として持っている役割は変わらないため、修正の根拠が薄く、また、むしろ、平成 24 年判決の判示における「直接主義・口頭主義」の徹底に重きを置くことがより大事であるという考えに至ったものである。控訴審においても直接主義・口頭主義が求められるため、裁判員制度を軽視するわけではないが、一方を重んじれば他方を軽視しているとも受け取られかねないものであるので、注意したい。

# 裁判員裁判と控訴審における審理

帽子忠義

## I はじめに 裁判員裁判の導入 —— 司法制度改革審議会意見書から ——

### 1 地裁（第1審）への裁判員制度導入の経緯

裁判員制度が導入されて3年が経過した。

裁判員制度の導入理由として、司法制度改革審議会意見書（以下、「意見書」という）は、「国民的基盤の確立」ということで、「国民が法曹とともに司法の運営に広く関与するようになれば、司法と国民との接地面がより太く広くなるとともに、司法に対する国民の理解も進み、司法ないし裁判の過程が国民に分かりやすくなる。その結果、司法の国民的基盤はより強固なものとして確立され」、「司法がその機能を十全に果たすためには、国民からの幅広い支持と理解を得て、その国民的基盤が確立されることが不可欠であり、国民の司法参加の拡充による国民的基盤の確立は、今般の司法制度改革の三本柱の1つとして位置付けることができる<sup>1)</sup>」とされている。

### 2 高裁（控訴審）での制度が導入されなかった経緯

国民の認識を裁判に反映させることが主眼であるが、それは、地裁（第1審）限りのことであり、控訴審及び上告審については、裁判員制度は導入されなかつ

---

1) 司法制度改革審議会意見書 101 頁（2001 年）。

た。その経緯は、司法制度改革推進本部の裁判員制度・刑事検討会で、控訴審は第1審判決の当否を事後的に審査する事後審と位置付けられているから、職業裁判官のみで構成される控訴審が裁判員の加わった第1審の裁判を破棄することも正当化されると考えられること、控訴審における現実の職務内容からしても、裁判員が本来の力を発揮できる場面とは考えにくく、その負担も第1審に参加する場合に比べて相当重くなると考えられることなどを踏まえ、控訴審は現行通りとされたという経緯がある<sup>2)</sup>。また、井上正仁教授によると、控訴審については、「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1審裁判所の当否を審査し、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」が中心に議論され、①現行法どおりとする案、②事実誤認や量刑不当による破棄、自判を制限する案、③控訴審にも裁判員の関与を認める案があったが、「(控訴審が)あくまでも第1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を行うだけであると位置づければ、そのような職業裁判官のみで構成される控訴審裁判所による審査や破棄を正当化できる」から、「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だよ」く、なお、「あくまで裁判員の加わってなされた第1審の裁判を尊重するという意味から、事後審であるという控訴審本来の趣旨を運用上より徹底させることが望ましい」との議論がまとめられ、控訴審については「現行法どおり(控訴審は事後審として原判決の瑕疵の有無を審査する)」という結論に至ったとのことである<sup>3)</sup>。

そして意見書は、控訴審について「裁判員が関与する場合にも誤判や刑の量定についての判断の誤りのおそれがあることを考えると、裁判官のみによる判決の場合と同様、有罪・無罪の判定や量刑についても当事者の控訴を認めるべ

2) 辻裕教・司法制度改革概説 裁判員法刑事訴訟法(2005年。商事法務)82頁。龍岡資晃「上訴審の在り方」『特集裁判員制度3年の軌跡と展望』ジュリスト2012年夏号(2012年。有斐閣)77頁。

3) 東京高等裁判所刑事部総括裁判官研究会「控訴審における裁判員裁判の在り方」判例タイムズ1296号(2009年)6頁。

きである。控訴審の裁判体の構成、審理方式については、第1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」として、控訴審の裁判体の構成及び審理方式についての検討を表明したものと読み取ることができるとなった。

### 3 小 括

意見書では、裁判員制度導入という結論が得られたものの、裁判員制度導入にあたって注意しなければならないことはないのだろうか。

結論は、裁判員制度の導入となったものの、控訴審については更なる検討の必要性を示したのは「裁判員制度のもとにおける控訴審のあり方を考えるに当たって、控訴審の現行法どおりとされ、事後審であるとの控訴審の構造が括弧書きで示された意味内容を検討していく必要があり、それに伴い、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1審裁判所の当否を審査しこれを破棄することが正当化できるかどうか、控訴審において、運用上、裁判員の加わってなされた第1審の判決を尊重することになるのかどうか、事後審であるという控訴審本来の趣旨をより徹底させることになるのかどうか<sup>4)</sup>という要素があったのではないかと思われる。

現実には、裁判員裁判制度の導入が第1審（地裁）限りで、控訴審及び上告審には制度が導入されず、引き続き裁判官のみによる合議体が維持されることになった。控訴審については、意見書にも示されているとおり、「更に検討を行う必要」性を示しているが、そうになると、検討の結果が出るまでは、3審制という審級制度を採る以上、第1審よりも上級審ではあるが国民が含まれていない裁判官のみによって構成される合議体である控訴審及び上告審が裁判員判決を差戻し、あるいは、破棄自判できることが当然のことになってしまう<sup>5)</sup>。

そうすると、「国民的基盤の確立」を求める制度たる裁判員裁判による第1審判決を控訴審を担当する裁判官が否定するように見える。一方では、3審制

4) 小川育央「『裁判員制度のもとにおける控訴審の在り方』を連載するに当たって総論」判例タイムズ1271号（2008年）78頁。

を維持し、他方で司法への国民的基盤を求める裁判員裁判制度の導入という一見して矛盾している状態を解消するには、控訴審・上告審が裁判員裁判判決の破棄・自判をすることができることが、裁判員裁判の導入に伴って何らかの制限・制約及び解釈の変更を受けることが求められることになるのではないかとと思われるのである。「裁判員裁判にも上訴を認め、また、控訴審において裁判員を参加させないことが示される中で、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1審裁判所の当否を審査し、これを破棄することが正当化できるのか」<sup>6)</sup>ということである。

## Ⅱ 控訴審の実情

### 1 はじめに

控訴審では、どのような考え方で審理することになるのかを考える必要があると思われるが、最初に控訴審の現状を把握したい。

### 2 統計の現状確認

まず、控訴審は第1審判決を破棄自判又は差戻しをすることができるが、その実績はどのようになっているのかを司法総計により確認してみたいと思う。

前述の「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1審裁判所の当否を審査し、これを破棄することが正当化できるのか」という点が問われるが、控訴審の破棄自判（刑訴法400条但書）が減少するのか、もしくは差戻し（刑訴法400条本文）が増加するのかを理解するため、まず、司法統計に沿って控訴審全体の終局区分（表1）を把握することにした。

次に、裁判員制度の導入に伴うことが一つの問題となっているため、その裁

---

5) 平成18、19年度に実施された司法研修所での裁判官共同研究においては、「裁判員の加わった1審判決に対しても非対象事件と同様のスタンスで審査に臨むことになる」という意見が出されたとのことである。今崎幸彦「裁判員裁判における審理及び制度運営上の課題」判例タイムズ1255号（2008年）17頁。

6) 前掲注4)小川79頁。

判員裁判に対する終局区分（表2）がどうなっているのかを把握することにより、裁判官裁判との相違の有無を探る一つの手がかりになると思う。

表1 控訴審全体の終局区分—破棄自判と破棄差戻し<sup>7)</sup>

年 度	控 訴 終局人員 ① (人)	①のうち破棄等されたもの				
		総 数 ② (人) = ③+④	破 棄 自 判		破 棄 差 戻 し 等	
			人 員 ③ (人)	割 合 ③/① (%)	人 員 ④ (人)	割 合 ④/① (%)
平成23	7,005	685	679	9.69	6	0.09
平成22	6,856	750	740	10.79	10	0.15
平成21	7,258	824	812	11.19	12	0.17
平成20	7,962	1,855	1,011	12.70	20	0.25
平成19	8,422	1,188	1,176	13.96	12	0.14
平成18	9,344	1,490	1,474	15.77	16	0.17
平成17	9,264	1,230	1,215	13.12	15	0.16
平成16	9,170	1,285	1,272	13.87	13	0.14
平成15	8,875	1,310	1,300	14.65	10	0.11
平成14	8,347	1,292	1,282	15.36	10	0.12
平成13	7,629	1,194	1,187	15.56	7	0.09

(注)「破棄差戻し等」は、破棄差戻しと破棄移送を含む。  
小数第3位四捨五入。

表2 控訴審全体の終局区分のうち第1審が裁判員裁判であるもの<sup>8)</sup>

年 度	控 訴 終局人員 ① (人) (前記表1の ①の内数)	①のうち破棄等されたもの				
		総 数 ② (人) = ③+④	破 棄 自 判		破 棄 差 戻 し 等	
			人 員 ③ (人)	割 合 ③/① (%)	人 員 ④ (人)	割 合 ④/① (%)
平成23	552	43	41	7.4	2	0.4
平成22	260	12	12	4.6	0	0.0

(注)・「破棄差戻し等」は、破棄差戻しと破棄移送を含む。  
・小数第3位四捨五入。

7) 裁判所 HP 上の司法統計をまとめたもの。

8) 裁判所 HP 上の司法統計をまとめたもの。

そこで、司法統計から、①控訴審全体の終局区分（表1）、②控訴審全体の終局区分のうち第1審が裁判員裁判を対象とするもの（表2）についてまとめた。

### 3 現状と今までの分析について

#### (1) なぜ統計をみるのか

統計による現状把握とその分析については、今までに多くの論述において行われてきた。

考え方としては、続審・覆審よりも事後審の控訴審のほうが、原判決を維持する（尊重する）度合いが大きいと考えられ、破棄率がこの度合いを推測する数値であるといえる。また、破棄に関して控訴審が相当程度事後審に徹した運用をしているのか、続審的（あるいは覆審的）に運用されているのかを統計的に判別する契機となるのは、破棄率（終局人員に対する破棄人員の比率）であると考えられるため<sup>9)</sup>、2つを区分することで、全体の傾向と裁判員裁判に対する傾向とを比較し、その違いを確認しようというものである。

#### (2) 控訴審全体の処理状況（表1）

司法統計によると（表1）、控訴審全体の処理状況について、原判決を破棄した場合、破棄自判が圧倒的に多く、破棄差戻しは極めて少数で、その人員も破棄差戻しあるいは破棄移送された人員は、毎年せいぜい10名内外であり、破棄事件のうちの大多数は破棄自判されており<sup>10)</sup>ながらこの傾向は変わっていないようで、平成23年度においては、破棄差戻し6名、破棄自判679名であり、破棄自判・差戻し移送合計685名であり、その占める割合は、それぞれ0.88パーセント、99.12パーセントとなっており、上告等を含めた控訴終局人

9) 石井元判事によると、控訴審に関する各種統計の紹介及びその実態の分析については、控訴審経験裁判官によりなされているとのことである。石井一正『『裁判員制度のもとにおける控訴審の在り方』の連載終了にあたって』判例タイムズ1278号（2008年）26頁。

10) 樋上慎二「破棄判決における差戻しと自判」判例タイムズ1378号（2012年）66頁。前掲注9) 石井26頁。

員 7,005 名に占める割合は、それぞれ、0.09 パーセント、9.69 パーセントとなっている。

このような統計を評価して、石井一正元判事は、圧倒的多数の事件は自判されており、形式的には、控訴審が刑法 400 条の本文と但書の建前に反した続審的運用をしており、事後審に徹していないことを示すかもしれないが、破棄判決の実情をも考慮すると<sup>11)</sup> 自判の多さも、破棄事件につき刑法 400 条を条文どおりに適用した結果の自然な流れであり、控訴審の続審的運用と評価するほどの実質はなく、このような評価は、控訴審実務を担当した裁判官に共通な見方であって、破棄した場合の自判の多さについては、無罪判決の破棄・自判に対する弁護士層の批判は別として、他の法曹実務家からもそれほどの批判はないとされている<sup>12)</sup>

### (3) 裁判員裁判に対する控訴審の処理状況 (表 2)

次に、裁判員裁判に対する処理状況については、司法統計によると (表 2)、平成 23 年度においては、破棄差戻し 2 名、破棄自判 41 名であり、破棄自判・差戻し移送合計 43 名、その占める割合は、それぞれ 4.6 パーセント、95.4 パーセントとなっており、上告等を含めた控訴終局人員 552 名に占める割合は、それぞれ、0.4 パーセント、7.4 パーセントとなっている。

このような統計を評価して、龍岡元判事によると、裁判員裁判制度が平成

11) ただし、破棄事件の実情をも考慮すると、続審的運用というほどの実態ではなく、破棄理由のほとんどは量刑不当と原判決後の情状によるものであり (平成 18 年で量刑不当による破棄人員が総破棄人員に占める割合は 20 パーセント弱、原判決後の情状による破棄人員が占める割合は 53 パーセント)、この理由による破棄の場合、訴訟資料から自判に適している上、多くの場合被告人に有利な方向で原判決が変更されているから、被告人側の審級の利益を害することもないとされる。また、実情を考慮して、現行控訴審は、事後審の構造部分については、続審的運用といわれるほどの実態になく、相当程度これに徹した運用をしており、一方、法が続審的運用を認めている部分 (原判決後の情状の取調べとこれによる職権破棄) については、それに従った運用がなされており、しかも年々この部分が控訴審の審判の大きなシェアを占めつつあるといえたとされている。前掲注 9) 石井 26 頁。

12) 前掲注 9) 石井 26 頁。

23年に導入されてからまだ日が浅く、傾向というものが判明するか否かは微妙ではあるが、控訴審における裁判員裁判事件についての破棄率が、裁判官裁判よりも相当に低く、控訴審が第1審の裁判員裁判による判決を尊重している傾向がうかがわれるとされる<sup>13)</sup>

また、裁判員裁判の導入に伴い、裁判官の間では、裁判員裁判導入前から控訴審に関する規定に実質的に変更が加えられなかった経緯から、裁判員裁判の判決に対しては控訴審として事後審を徹底することが求められ、その趣旨に照らして、事実誤認については、論理則・経験則に照らして明らかに不合理であり、これが結論に重大な影響を及ぼす限り破棄できること、量刑不当についても、国民の意見を反映した裁判員裁判における量刑判断を最大限尊重して量刑審査の幅をこれまでよりも広く考えるべきこと、事実取調べの程度・範囲も、公判前手続を経ることに関連して、その充実を前提に、義務的なもの及び裁量的なもの双方についてより制限的に運用すべきことが確認されたという<sup>14)</sup>

#### 4 小 括

裁判員裁判制度が導入されてわずか3年しか経過しておらず、龍岡元判事の指摘するとおり、傾向などの存在を把握するのは微妙な問題であると思われる<sup>15)</sup>。裁判員裁判に対しても、控訴審全体の傾向と同じく、破棄自判が圧倒的に多く、破棄差戻しがほとんど無いという傾向は同じであると思われる。

そうすると、「国民的基盤の確立」を求めた裁判員裁判を裁判官のみから構成される控訴審が否定したと受け取る場合が多いのではないか。また、裁判員裁判事件について、破棄自判ではなく、破棄差戻しをするべきではないか。また、なぜ破棄自判して破棄差戻しをしないのかという疑問がでてくることはないのだろうか。

13) 前掲注2) 龍岡 78 頁。

14) 前掲注3) 東京高等裁判所刑事部総括裁判官研究会 5 頁。

15) 龍岡元判事は、上告審に関して、処理状況の少なさから、特段の傾向はうかがわれず、制度の導入が上告審にどのような影響を与えているかは明らかではないとされる。前掲注2) 龍岡 78 頁。

また、説明のしかたとして、仮に、前述の控訴審全体の考え方の石井元判事の見解が当てはまるとして、それを裁判員裁判に対する動向を把握することに用いて、実質的に続審の運用とはなっていないという、一見して国民に分かりにくい説明でよいのだろうか。

### Ⅲ 控訴審での審理における判断基準

#### 1 はじめに

控訴審はどのような理論により控訴審での審理を行ってきたのだろうか。

控訴審を考える場合、避けて通れないのが、「控訴審の構造論」の問題である。

一般に、控訴審は、(ア)覆審<sup>16)</sup>(前審の審判をご破算にして事件について新たに審理をやり直す)<sup>17)</sup>(イ)続審(前審における判決前の審理手続きを引き継ぎ、さらに新たな証拠資料を補充して審理を行う<sup>18)</sup>)、(ウ)事後審(事件そのものではなく、原判決の当否を審査する<sup>19)</sup>)、といういずれかの性質を持ち、現行法は、事後審の性質を有しているという見解でおおむね一致している。その理由として、現行法が意図した第1審の構造の変化と上告審の機能の変化により、①現行法では第1審は公判中心主義・口頭主義・直接主義が徹底されているので、これを控訴審で繰り返すことは、第1審軽視となり、特に証人に負担をかけるため不適當で、生き生きとした第1審に勝るものではなく不可能であるこ

16) 旧刑事訴訟法の下では、控訴審は覆審とされ、控訴申立人の控訴があれば、控訴審は事件そのものについて審理と判決を行う権限と義務を有し、よって、控訴申立人は控訴の申立書を提出するだけで、控訴理由を示す必要がなかった。田口守一・刑事訴訟法〔第6版〕(弘文堂、2012年)460頁。

17) 覆審を評して「第2の第1審」と表現されることもある。筑間正・「控訴審の構造」刑事訴訟法の争点〔新版〕(有斐閣、1991年)240頁。

18) 筑間教授は、続審を評して「継続的の第1審」と表現される。前掲注17)筑間240頁。

19) 審査の基準となる時点が、第1審判決時となり、第1審判決当時の事実だけが審査対象となり、また、第1審で取り調べなかった新証拠の取調べはできない。前掲注16)田口460頁。

と、②最高裁判所には法令等の憲法審査が委ねられ、あらゆる種類の審査をその任務とすることは適当でなく、これを控訴審が分担することとなり、これらに加えて控訴審が事実認定を行うことは過大な負担となること、③刑訴法上、控訴審における新たな事実の取調べが例外であることを根拠として、これらの考えが、刑訴法上、控訴には理由・控訴趣意書が必要であり（刑訴法 376 条）、それを訴訟記録及び原裁判所で取り調べた証拠に現れている事実により根拠付けねばならないこと（刑訴法 376, 377～382 条, 383 条）、また、控訴審が原判決を破棄する場合は差戻しが原則であること（刑訴法 400 条本文）に求められるが<sup>20)</sup> 393 条 1 項但書が新証拠の取調べの制限を緩和しており、事後審の性質を修正しているとされている<sup>21)</sup>。このような基本的見解の範囲内において、控訴審の審査における基準が実施されることになる。

## 2 判例の見解の登場

### (1) 最高裁判決の登場

控訴審実務における審査基準については、最近、最高裁が、平成 21・4・14 刑集 63・4・331<sup>22)</sup>（以下、「平成 21 年判決」という。）により、上告審での事実誤認の判断基準については、いわゆる論理則・経験則違反説を採るべきことを示し<sup>23)</sup>、ついで、平成 24・2・13 刑集 66・4・482<sup>24)</sup>（以下、「平成 24 年判決」という。）において、控訴理由にいう事実誤認とは、第 1 審判決の事実認定が

---

20) 前掲注 16) 田口 459 頁。

21) 宮城啓子「控訴審の役割」刑事法ジャーナル 33 号（2012 年）45 頁。

22) 本件の事案は、被告人（当時 60 歳）が通勤途中の満員の電車内で、通学途中の女子高生 A に対して痴漢行為をしたとして、強制わいせつ罪で起訴されたもので、被告人は、捜査段階から一貫して犯行を否認していたが、1 審判決は、A の供述の信用性を認めて、被告人を懲役 1 年 10 月の実刑に処し、原判決も 1 審判決を是認したため、被告人が上告したもの。

23) なお、最高裁はいわゆる八海事件第 3 次上告審判決（最判昭 43・10・25 刑集 22・11・961）において、「記録その他の証拠資料を検討して原判決の認定に不合理なところがないか否かの事後審査をすることとどまるのが原則であって、原判決の認定の逃避を判断するために、あらたに事実の認定をするものでないことは、いうまでもない。」と判示し、論理則・経験則違反説のさきがけを示すものとも考えられる。

論理則、経験則等に照らして不合理であることをいうと判示した<sup>25)</sup>という経緯をたどった。平成24年判決は、控訴審において、平成21年判決を適用したことになる。

## (2) 平成21年判決

平成21年判決は、上告審における事実認定の主張に関する審査は、上告審が法律審であることを原則としていることに鑑み、原判決の認定が論理則、経験則等に照らして不合理といえるかどうかの観点から行うべきであるとした<sup>26)</sup>

## (3) 平成24年判決

平成24年判決は「刑訴法は控訴審の性格を原則として事後審としており、控訴審は、第1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1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。第1審において、直接主義・口頭主義の原則が採られ、争点に関する証人を直接調べ、その際の証言態度等も踏まえて供述の信用性が判断され、それらを総合して事実認定が行われることが予定されていることに鑑みると」、①「控訴審における事実誤認の審査は、第1審判決が行った証拠の信用性評価や証拠の総合判断が論理則、経験則等に照らして不合理といえるかという観点から行うべきものであって、刑訴法382条の事実誤認とは、第1審判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることをいうものと解するのが相当である」から、②「控訴審が第1審判決に事実誤認があるというためには、第1審判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることを具体的に示すことが必要であるというべきである」。そして、③

24) 被告人が覚せい剤を密輸入した事件において、覚せい剤を輸入する認識がなかった旨の被告人の弁解が争点となったもので、控訴審では第1審取調べの関係証拠に、控訴審での事実取り調べの結果も合わせて検討したうえで、被告人の弁解は信用しがたいと判示したもの。上口裕・刑事訴訟法〔第3版〕(成文堂。2012年)564～565頁。

25) 原田國男「事実誤認の意義－最高裁平成24年2月13日判決を契機として－」刑事法ジャーナル33号(2012年)38頁。

26) 村上光鷗「刑事訴訟法8 上告審における事実誤認の審査方法－満員電車内の痴漢事件について無罪とされた事例－」平成23年度重要判例解説(ジュリスト1440号)(2012年。有斐閣)225頁。

「このことは、裁判員制度の導入を契機として、第1審において直接主義・口頭主義が徹底された状況においては、より強く妥当する」とした。そして、④「原判決は、間接事実が被告人の違法薬物の認識を推認するに足りず、被告人の弁解が排斥できないとして被告人を無罪とした第1審判決について、論理則、経験則等に照らして不合理な点があることを十分に示したものと評価することができない。そうすると、第1審判決に事実誤認があるとした原判決には刑法382条の解釈適用を誤った違法があり、この違法が判決に影響を及ぼすことが明らかであって、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる」とし、411条1号により原判決を破棄自判し、第1審無罪判決に対する検察官控訴を棄却した。

#### (4) 平成24年判決の解釈

控訴審の事実誤認の判断についても論理則・経験則違反説を採るべきことを明示した平成24年判決について、上口教授によると、判示①は、事実誤認を論理則・経験則等に照らし不合理な場合に限定するのだから、控訴審は、自ら形成した心証が原審の心証と食い違うことのみを理由に、原判決を破棄することを許されないことになるであろうが、ただし、何が経験則であるのかが明らかでない場合があり、事実誤認の範囲が十分に明確になるわけではないが、事実誤認とされる範囲は限定される。判示②が求める破棄自由の明示は、判示①の原則を手続的に担保する趣旨とされる。判示③は、第1審判決における直接主義・口頭主義が徹底されるならば、控訴審が自ら心証を形成し、これを第1審判決と比較するという審査方法が困難になることを指摘する<sup>27)</sup>

また、龍岡元判事は控訴審が事後審であることを示すとともに、論理則や経験則等に基づいて事実誤認の有無を判断することができるという事実審でもあり、訴訟記録と原審で取り調べた証拠に基づき、事後的に原判決の事実認定や量刑判断等が経験則・論理則等に反していないかどうか、合理的なものであるかどうかを審査すると指摘している<sup>28)</sup>

27) 前掲注24) 上口564~565頁。

28) 前掲注2) 龍岡79頁。

また、中川教授は、この判決の特徴として、刑事訴訟法 411 条 3 号破棄ではなく、1 号破棄をしたこと、382 条の「事実誤認」の解釈とその理由付けに裁判員裁判による判決の尊重及び事後審徹底化論を明示しなかったこと、並びに、原判決の事実認定が不合理であることを「具体的に示す」ように要求したことの 3 点を特徴として挙げている<sup>29)</sup>

また、この判決の射程について、裁判員裁判による無罪判決を控訴裁判所が破棄した事案に関するものであり、利益原則との関係において、判旨が裁判員裁判による有罪判決を控訴裁判所が破棄する場合にも及ぶのか（有罪判決破棄の場合も論理則・経験則に照らし不合理な場合に限定されるのか）という問題提起がなされており<sup>30)</sup> 原田國男元判事は、判決が「刑法 382 条の事実誤認とは、第 1 審判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることをいうものと解するのが相当である」と判示し、刑法 382 条の事実誤認の定義として論理則・経験則違反説を採用していることを根拠に、これを肯定する<sup>31)</sup>

また、第 1 審有罪判決において、論理則・経験則違反説が適用されるとしても、その実質的な基準は、合理的疑いを指摘できるか否かであり、近時の最高裁判決は、論理則・経験則等に照らして不合理であることと合理的疑いがあることとを同義に捉えているとする見解もある<sup>32)</sup>

### 3 小 括

平成 24 年判決が判示するように、また、控訴審の構造論での議論のように、控訴審を事後審と見る限りは、論理則・経験則等に照らして不合理の有無を基準にするのは肯定してよいと考える。そして、不合理が存在することを「具体

29) 中川孝博「最一小判平成 24・2・13 の意義と射程」刑事弁護 71 号（2012 年）129 頁。  
ここで、中川教授は、マスコミが、判決から裁判員判決尊重論を導いていることを述べておられる。教授の見解からは、このような主張に対する疑問が生じてくるものと思われる。

30) 前掲注 24) 上口 564～565 頁、福井厚・刑事訴訟法講義[第 5 版]（2012 年。法律文化社）448 頁。

31) 前掲注 25) 原田 40 頁。

32) 前掲注 25) 原田 40 頁。前掲注 29)・中川 129 頁。

的に示すことが必要である」のはこれもまた自然の流れであるように思われる。そうしないと、第1審判決、特に裁判員裁判判決を否定する場合には、それなりに国民を納得させることができず、裁判員になる可能性のある国民の意思を、しいては「国民的基盤の確立」を潰してしまうことにつながりかねないからである。ただし、平成21年判決も、平成24年判決も、中川教授の指摘にある裁判員裁判による判決であることを根拠にせず、また、意見書にいう「国民的基盤の確立」などにも言及せず、あくまでも控訴審が事後審であることを根拠に、論理則・経験則説に立脚する旨を述べているので、この考慮は不要ということになるのだろうか。

そうなると、裁判員裁判であろうとなかろうと、事後審である勤めを果たせばそれでよいということになるのであれば、控訴審による証拠調べも従来からの運用でよいということになるのだと考える。つまり、裁判員裁判の影響も裁判官裁判と同じように扱えばすむことになるからである。裁判員裁判だからという理由で控訴審を担当する裁判官の審理への法律上の制約、法解釈による制約が生じないということになるのではないのだろうか。

## Ⅳ 論理則・経験則違反説と心証形成説

### 1 はじめに

では、控訴理由である事実誤認について、控訴審が原判決（第1審判決）をどのように審査し、その結果をいかなる理論づけで考えるのか。原判決を破棄すべきであると判断した際に、破棄自判あるいは差戻しのいずれの形で対応するのかを考えていきたい。

基本的には、「自判の容易性・確実性」に基づくというのが<sup>33)</sup>この判断をどのように導くのだろうか。

破棄すべき場合としては、「控訴審での審査の結果、第1審判決が重要な証拠を取り調べずに、あるいは見落として事実認定をしている場合、情況証拠等証拠の評価、あるいは証拠構造の判断を誤った場合など、その心証形成過程が

経験則・論理則等に違反し不合理であって、これらが第1審判決の事実認定に影響を及ぼし結論を異にすることになるときは、事実誤認を理由に第1審判決を破棄する」ことが挙げられている<sup>34)</sup>

## 2 論理則・経験則違反説（法則違反説）と心証比較説（心証形成説）

控訴審における事実誤認の意義については、以前から、論理則・経験則違反説（法則違反説）と心証比較説（心証形成説）とが両極をなすとされてきた<sup>35)</sup>

論理則・経験則違反説（法則違反説）とは、原判決の判断過程（または結論）に経験法則・論理法則違反（または不合理性）があることが事実誤認であるとする考え方であり、心証形成説（心証比較説）とは、原判決の心証ないし認定と控訴審のそれとを比較し、その不一致が事実誤認であり、法は控訴審の心証ないし認定を原判決のそれに優先させたものであるとするという考え方である。

両説を比較した場合、第1審における自由心証主義の優位を認め、原判決の判断と控訴審のそれに差異があっても、原判決の判断が不合理と判断される場合のみが事実誤認であるから、論理則・経験則違反説が事後審に適合する考え方であるとされていた<sup>36)</sup>。そして、平成24年判決は、判示②及び③において論理則・経験則違反説を用いたことを明言している。

33) 前掲注10) 樋上 68頁。ここでは、「自判のため更に重要な証拠調べをする必要がある場合、あるいは多くの証拠を調べて判断する必要がある場合は、原則どおり差戻しとし、審理不尽の有無等を調査するため事実取調べをした結果、破棄後、直ちに自判が可能な状態にある場合は、そのまま自判する運用が強い」という指摘がある。前掲注3) 東京高等裁判所刑事部総括裁判官研究会5, 11頁。そしてこの指摘は、平成24年判決の判示③及び④の見地から、要件が①の事犯に適した状態にあるかのみを考慮するという立場であり控訴審における実情にも合致しているとされる。

34) 前掲注2) 龍岡 80頁。

35) 遠藤和正＝富田敦史「事実認定の審査」判例タイムズ 1276号（2008年）44頁。

36) 前掲注35) 遠藤＝富田 44頁。

### 3 論理則・経験則違反説と心証比較説との相違

#### (1) 基本的な考え方

両説の基本的な相違は、第1審の事実認定に論理則・経験則法則違反の有無を基準とするのか、事件に対する自らの心証と第1審の事実認定とを比較するという基準によるのかという点である。

論理則・経験則違反説では、第1審における自由心証主義の優位を認め、控訴審においては、第1審判決の事実認定が不合理な場合に限り、これを事実誤認として否定することができるが、不合理とはいえない程度の判断の相違に過ぎない場合には、第1審の判断が優先するのに対して、心証比較説では、自由主義の例外として、控訴審における心証を第1審のそれよりも優先させるという<sup>37)</sup>

#### (2) 裁判員裁判への適用

この2つの見解を、裁判員裁判の審理に適用すると、一方の論理則・経験則違反説では、第1審判決における事実認定に論理則・経験則違反又は不合理性がない限り、その事実認定を尊重するのだから、第1審判決が裁判官裁判と裁判員裁判のいずれであろうとも、その事実認定を等しく尊重することになる。そして、裁判員裁判の場合には、その程度の尊重では足りないのであれば、裁判官裁判で用いられた論理則・経験則あるいは合理性基準と裁判員裁判で用いられたそれとの間に有意的な差異の有無を含めて、裁判官裁判の場合よりも裁判員裁判の場合を尊重すべき理論的な根拠付けが必要となる。

他方、心証形成説では、控訴審の心証が第1審のそれに優越するため、第1審判決における事実認定を尊重するという自体に馴染まない。また、裁判員裁判における第1審判決を尊重すべきであるという意見が、控訴審の心証に一定の譲歩を求めることになるならば、心証形成説の根幹を相応に修正して、控訴審の心証が第1審のそれに優先する対象や程度を再構築する必要がある<sup>38)</sup>。ただし、裁判員裁判では、公判前整理手続を経て整理された争点に集中し

37) 前掲注 35) 遠藤 = 富田 44 頁。

38) 前掲注 35) 遠藤 = 富田 44 頁。

た証拠調べが人証を中心に行われ、公判は原則として連続開廷され、公判廷で得た新鮮な心証に基づいて評議が行われることが想定されているため、控訴審の段階で、事実問題の争点に新たな光が当たるような当事者の主張がなされるようなことは、そもそも許されない事態といえ、結局、上訴の根拠付けが薄弱となるとされる<sup>39)</sup>

#### 4 事実誤認と経験則・論理則

ところで、事実認定の誤りには、論理則・経験則違反を伴うものと、伴わないものがあり、一般には、論理則・経験則違反は、法令違反またはこれに準じるものとされていた<sup>40)</sup>したがって、控訴理由としての事実誤認は訴訟手続の適法性を前提にするものであるため、論理則・経験則違反の事実誤認は379条に当たるとする見解が理論的には適切であるとされた<sup>41)</sup>しかし、判例は382条説<sup>42)</sup>であり、最判平23・7・25判時2132号134頁は、事実認定の当否の審査は、「論理則、経験則等に照らして不合理といえるかどうかの観点から行うべきところ」、「諸事情があるにもかかわらず、これについて適切に考察することなく、全面的にA（＝強姦の被害者）の供述を信用できるとした第1審判決及び原判決の判断は、経験則に照らして不合理であり、是認することができない」〔括弧内・引用者〕と判示し、事実認定の経験則違反を認めたが、411条3号によって破棄し、無罪を自判した。多数説も論理則・経験則違反を事実誤認に含めるのが妥当であるとしている<sup>43)</sup>この見解の根拠は、上訴理由を法令違反に限定する制度のもとでは、事実誤認を救済するために、証拠評価において従うべき論理則・経験則違反を法令違反とみる必要があるが、現行法では、その必要がないということにある<sup>44)</sup>

39) 前掲注35) 遠藤＝富田44頁。

40) 前掲注24) 上口564～565頁。

41) 基本法コンメ317頁〔小田中聰樹〕、平野龍一・刑事訴訟法195頁。

42) 同旨、新基本法コンメ554頁〔園原敏彦〕。内容が明確でない以上、端的に事実誤認の問題として扱うのが相当であるとする。

43) 田宮裕・刑事訴訟法〔新版〕476頁。

## 5 小 括

事後審であることを基本にすれば、平成 21 年判決や平成 24 年判決の判示する論理則・経験則説が表面上は出てくるであろう。

しかし、その根底にあるのは、控訴審での審理を担当した裁判官の心証の存在することであると考えられる。論理則・経験則に不合理性を抱くことも、すなわち、裁判官の心証であり、平成 24 年判決によると、不合理の存在を「具体的に示す」ことが必要であるのだから、裁判官が心証を形成するのが前提となるのではないかと考えられる。具体的に心証が形成されて、初めて判決等の判断ができるのであり、その心証が、事実誤認の判断に伴い発生する場合、事実の取調べを行うか否かについての判断、そして、その必要性となって表面化してくるのではないかと考えられる。それゆえに、心証形成のために行われる事実の取調べは、控訴審での事実の取調べについての制約などに優先することになり、場合によっては、第 1 審で見向きもされなかった証拠が審査の対象になる可能性が多少なりとも発生することになるのではないかと考える。

## V 控訴審での事実認定

### 1 審理は変わるか

次に、控訴審における事実認定の審査が裁判員制度のもとでどのようにあるべきかを考える。

事実認定の審査については、石井元判事から、次のような指摘がなされている。①審査についての背景として、裁判員裁判の対象事件は、死刑・無期徒刑を含む重い罪であるため、裁判員裁判において被告人と犯人の同一性など重要な

44) 前掲注 24) 上口 564~565 頁

45) 前掲注 9) 石井 31 頁。

46) 事実誤認の成立をせばめるためには、ほかに、事実誤認の対象となる「事実」の範囲とか「判決への影響」をせばめる（主文への影響に限定）とかの方法がある。しかし、前者は実効性に乏しく、後者はほかの相対的控訴理由の解釈・運用とのバランスという問題がある、とされる。

事実の存否が激しく争われ、その争いが事実誤認として控訴審に持ち込まれることも少なくないこと、②裁判員裁判において重い罪に関する事実認定が適正に行われ、あるいは、控訴審が事実認定に関する当事者の不服に対し適正に対処することが、裁判員裁判への信頼を築くことになるのみならず刑事司法全体に対する国民の信頼を確保するうえで、きわめて重要であるとされることが、指摘されている<sup>45)</sup>

ここで、石井元判事は、裁判員裁判における事実認定の尊重とは、刑訴法382条の事実誤認の成立する範囲を狭め、この理由による破棄を抑制することにはかならず、事後審性の徹底という見地から事実誤認の意義・判断方法を考え直してやる必要があるとも述べられている<sup>46)</sup>

## 2 平成21年判決の2つの補足意見から

### (1) はじめに

控訴審でも、裁判官が担当し、審査して結論を導くため、その担当裁判官の心証が形成されるはずであり、その裁判官の心証に基づいて原判決の是非を判断するのは当然であるはずである。

### (2) 判例の2つの見解

#### ①論理則・経験則説から

控訴審が論理則・経験則を基準にして審査するということは、審査対象である第1審判決の内容に論理則・経験則に反することがないかをチェックすることである、第1審判決の内容自体に、論理的に、経験則的に不合理がない場合には、控訴審を担当した裁判官が第1審判決とは異なる心証を形成したとしても、その心証は関係がなく、判断の基準にしてはいけないことになる(論理則・経験則違反説)<sup>47)</sup>

このような見解の代表例が、平成21年判決での堀籠幸男裁判官の反対意見であり、「上訴審は自ら事件について心証を形成するのではなく、原判決の認

---

47) 前掲注2) 龍岡79頁。

定に論理則違反や経験則違反がないか又はこれに準ずる程度に不合理な判断をしていないかを審理する」とされた。

## ②心証比較説から

他方、経験則・論理法則に違反するか否かを判断する場合、審理をする裁判官も審理の結果、何らかの心証を抱くようになり、その心証に基づいて、論理則・経験則違反か否かを判断するのは当然である（心証比較説）<sup>48)</sup> 控訴審が結論として判決を出す以上、その裁判官の心証の形成、存在が前提となる。

このような考え方の代表が、平成 21 年判決での近藤崇裁判官の補足意見であり、「上告裁判所は、原判決の事実認定の当否を検討すべきであると考えられる場合には、記録を検討して自らの事実認定を脳裏に描きながら、原判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理といえるかどうかを検討するという思考操作をせざるをえない」とされた。

## 3 小 括

### (1) 問題提起

一応、見解の上では、心証形成説と論理則説という 2 つの両極が唱えられているが、それぞれの適用の間にどれほどの差異があるのかという疑問も提起されている<sup>49)</sup>

石井元判事は、実際には言葉で表現するほどの差異が無く、実務どちらの説によって運用されているのかが判然としないこと、また、控訴審の判決書の記載ぶりからは、どちらの説によって運用されているのかを判断するのは当を得ないことを指摘し、事実認定の審査方法として控訴審が証拠判断をしてみ、これと原判決の証拠判断とを比較する作業が必要であることを述べられている<sup>50)</sup>

---

48) 前掲注 2) 龍岡 79 頁。

49) 前掲注 9) 石井 31 頁。

50) 前掲注 9) 石井 31 頁。

## (2) 1つの回答

心証比較説については、事実認定の当否は、証拠の信用性の有無、状況証拠からの推認の可否などの証拠判断の当否に帰するため、控訴審としては、原審で取り調べた証拠と控訴審が事実の取調べを行った場合はその証拠を併せて、争いとなっている事実に関する証拠判断をして、心証を形成する必要があるとされ<sup>51)</sup> 他方、法則違反説については、原判決の証拠判断が経験法則・論理法則に反しているか否かを決するには、原判決の証拠判断を比較しなければ判明せず、その証拠判断に関する説示がいかに経験法則・論理法則に反したものであっても、それが事実誤認に当たるわけではないとされる<sup>52)</sup>

そして、ここで注意を要するのは、控訴審の心証形成が、控訴趣意書において主張されている原判決の事実誤認の有無を審査するためのものに過ぎないから、その審査に必要な程度でなされ、また、心証形成の対象となる証拠の広狭も、第1審における事実認定とはおのずから異なることである<sup>53)</sup>

## (3) 小 括

控訴審でも、裁判員裁判であるか否かに関係なく、また、裁判員裁判の尊重という精神を持つ必要がないのであれば、当然裁判員裁判であることも意識する必要はないはずで、それでもなお事後審としての役割を果たすことになる。そして、それが国民の信頼を築くことになり、裁判員裁判だから、裁判官裁判だからという区別はなくなってしまうのではないか。そうすると、従来の運用からの修正などは不要になり、心証比較説なのか、論理則・経験則違反説なのかということも意味がなくなるのではないのだろうか。また、その心証は、控訴審での審理結果に伴うものであり、控訴審での審理は原則控訴趣意書において主張されている内容を対象にするのが基本であり、控訴審での事実の取調べが裁判官の心証次第で実施されるという私見からは、特段の制約がなくなってしまうことになり、変更などは不要であるという結論になる。

51) 前掲注9) 石井 31 頁。

52) 前掲注9) 石井 31 頁。

53) 前掲注9) 石井 31 頁。

## Ⅵ 事実認定の有無

### 1 事実認定の有無の決定

次に、控訴審が証拠判断をした後の事実誤認の有無の判断方法について考えてみる<sup>54)</sup>

このことを考えるに当たっては、控訴審の証拠判断が原判決のそれと一致すれば事実誤認はないということに注意しなければならない。心証比較説においては、両者が一致しない場合が事実誤認であり、その場合には、控訴審の心証が直ちに原判決のそれに優先するが<sup>5)</sup>、法則違反説の場合は、両者が一致しなくても事実誤認に当たらない場合を許容することになる。ただし、具体的な証拠判断に当たって、「法則」と呼ばれるほどの客観的・明示的なルールが存在することは稀であると考えられる。

そうすると、心証比較説と法則違反説の2つの説がありながら、証拠判断は、判断者の知識・経験を踏まえ、直感も交えながら、証拠を分析的かつ全体的・総合的に見て、合理的に推論し、合理的な結論に至るものでなければならないということになる<sup>55)</sup>

そこでは、法令違反のような明白な瑕疵が原判決に存するか否かを審査する考え方ではなく、原判決の証拠判断が合理的か不合理かを審査し、原判決の証拠判断が不合理でない限り、たとえ、控訴審を担当した裁判官の心証が原判決と一致しなくても、事実誤認に当たらないという許容幅を設定する考え方が生まれることになる。

### 2 小 括

では、ある証拠の信用性の有無や状況証拠による推認の可否の審査において、控訴審の証拠判断とは異なるが、原判決の証拠判断が不合理ではないとい

---

54) 前掲注9) 石井 32 頁。

55) 前掲注9) 石井 31 頁。

うような事態は、どの程度存在するのか<sup>56)</sup>という点、事実誤認の意義・判断方法に関する解釈・運用を変容させることにより、事後審に徹し、裁判員裁判の事実認定を尊重することは実際にはかなり難しい問題になってしまう。

だからといって、控訴審の実際がどのようなものかは未知数であると考えられる。なぜなら、今まで培ってきた運用をそうたやすくは変更などができないからである。いくら論理則・経験則の面のみを捉えるといっても、前述したとおり、判決を出すに当たっては審理を担当した裁判官の心証が必須要件であり、判決という結論を出す以上、一定の心証を抱かずにはおれず、その心証なしに論理則・経験則違反を問うことはできないと考えられる。

また、裁判官が従来から有している手法をそう簡単には変更をすることはできないため、今後、上告審が、控訴審判決には事実誤認がある、訴訟手続に違反があるとして、破棄・自判される頻度が多くなっていくことも予想されるのではないだろうか。特に、控訴審担当裁判官の心証形成に必要な、控訴審での事実の取調べについての扱いについては、その適否が事実誤認や訴訟手続の誤りという形で出てくるのではないかとも思われる。そこでは、論理則・経験法則に反していないかを判断するため、第1審判決の理由付けを1つ1つ分析し、自己の心証に基づきながら、論理則・経験法則に反するところがないかを確認することが求められることについての当てはめ作業が必要になるのではないかと思われる<sup>57)</sup>。論理則・経験法則を生み出すには、1つ1つの事柄について、裁判官なりの当てはめ、分析が必要であり、その方法として、事実の取調べ(刑事法382条の2)が行われる。そうすると、事実の取調べは、裁判官の心証を形成するための手段ということになる。よって、事実の取調べについて、別途考える必要があると思われる。

56) 前掲注9) 石井31頁。

57) 当てはめ作業として、中川孝博「最高裁平成24年2月13日判決と東京高裁平成24年4月4日判決－最高裁のメッセージは控訴審に届いているか－」『特集・事実誤認の意義』刑事法ジャーナル33号(2012年)50頁。

## Ⅶ 事実の取調べ

### 1 控訴審での事実の取調べ

控訴審における事実の取調べについては、刑訴法 382 条の 2 において「やむを得ない事由」がある場合には、控訴審において事実の取調べをすることができる旨を定めているが、この「やむを得ない事由」の意味がどのようなものなのだろうか。

### 2 裁判例とその見解

最判昭 59・9・20 刑集 38・9・2810（以下、「昭和 59 年判決」という。）により、刑訴法 382 条の 2 第 1 項にいう「やむを得ない事由」について一つの判断を示した。そこでは、疎明の有無は、控訴裁判所が刑訴法 393 条 1 項但書により新たな証拠の取調べを義務付けられるか否かに関わる問題であり、同項本文は、第 1 審判決以前に存在した事実に関する限り、第 1 審で取り調べないし取調べ請求されていない新たな証拠について、「やむを得ない事由」の疎明がないなど同項但書の要件を欠く場合であっても、控訴審裁判所が第 1 判決の当否を判断するにあたって必要と認めるときは裁量によってその取調べをすることができる旨を定めていると解するべきであると判示した。

そうすると、「やむを得ない事由」の疎明が、当事者にとっては制約となる一方で、控訴審裁判所にとっては裁量が認められたのだから、より広く証拠を手元を集める上でなら障害となることがなくなったことになったのである<sup>58)</sup>。このことは、1 審集中を図るためには当事者からの請求は抑制するのが望ましいが、他方実体的真実の発見のためには控訴審が職権で調べることも必要であるという考えが平行して存在していたことに対して、2 つの要請を実現させたものと考えられる<sup>59)</sup>。

---

58) 前掲注 21) 宮城 46 頁。

59) 前掲注 21) 宮城 47 頁。

### 3 小 括

事実の取調べは、裁判官の心証形成次第であるから、裁判官の裁量次第で取調べの必要性の有無が判断される。したがって、昭和 59 年判決のいうとおり、「やむを得ない事由」が不十分でも、裁判官が必要性を判断するのであり、その前提として、疎明が不十分か否かの判断をしているため、不十分な疎明であっても、裁判官が取調べの必要性を認めれば、それでよいのである。取調べの実施のために疎明が必要であれば、そのみを規定すればよいのであって、裁判官の裁量を認める必要は無いのである。にもかかわらず裁判官の裁量を認めるような解釈が可能な余地が残ることが重要なのではないだろうか。

というよりも、逆に、裁判官の裁量の余地を認めるからこそ、事実（真実）に近づくともいえるのではないか。

## Ⅷ ま と め

全体を通じて、私見としては、裁判員制度の導入に伴い、控訴審が修正される必要が無いという結論に至った。

そもそも、裁判員制度の創設の有無に関わらず、控訴審の事後審として持っている役割は変わらないため、修正の根拠が薄く、また、むしろ、平成 24 年判決の判示における「直接主義・口頭主義」の徹底に重きを置くことがより大事であるという考えに至ったものである。控訴審においても直接主義・口頭主義が求められるため、裁判員制度を軽視するわけではないが、一方を重んじれば他方を軽視しているとも受け取られかねないものであるので、注意したい。