慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	平良木登規男君学位請求論文審査報告
Sub Title	
Author	
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1990
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.63, No.6 (1990. 6) ,p.148- 155
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	特別記事
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19900628-0148

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

特別記事

平良木登規男君学位請求論文審査報告

一　はじめに

慶應義塾大学法学部助教授平良木登規男君から、法学博士（慶應義塾大学）学位請求論文として、「刑事控訴審の研究」（以下、「本論文」と略記する）と題する論文が提出された。私共三名の審査員は、本論文を各自持ち帰って検討し、それを持ち寄って慎重に協議した結果、合意に達したので、以下のとおり審査の結果を報告する。

二　本論文の全体的な構想

本論文は、二〇〇字詰原稿用紙にして、約一四〇〇頁余の分量に相当するものであり、全体の構成としては、

はじめに（凡例、目次及び主要文献一覧を含む）

第一編　控訴審の構造（一頁ないし二七八頁）

第二編　控訴審の手続をめぐる諸問題（二七九頁ないし四七八頁）

おわりに（四七九頁）

からなる。

第一編は、さらに、

第一章　控訴審と事後審制（一頁ないし一六二頁）

第二章　原判決の当否を審査する資料（一六三頁ないし二二一頁）

第三章　破棄自判の構造（二二二頁ないし二三八頁）

第四章　控訴審における当事者主義と職権主義（二三九頁ないし二七八頁）

の四章に分説される。

そして、第二編は、同じく、

第一章　公判手続に関する問題点（二七九頁ないし三五七頁）

第二章　証拠等に関する問題点（三五八頁ないし三八〇頁）

第三章　送達等に関する問題点（三八一頁ないし四二六頁）

第四章　上訴権に関する問題点（四二七頁ないし四三八頁）

第五章　判決に関する問題点（四三九頁ないし四七八頁）

の五章に分説される。

この全体構造からも分かるように、平良木君は、「刑事控訴審」（以下、「控訴審」と略記する）について、その「構造論」を詳細に検討したうえ、そこで得られた論旨をもとに、控訴審の手続の過程で生じる様々な問題点を具体的に検証し、論述するものである。

三　本研究の特色

本論文のテーマは、わが国の法制度に共通して現れているところであるが、法を継受するに際して生じるゆがみを論理的に是正し、また、控訴審の立法構想とされた基本理念と実務の実際に現れる運用との間に生じる乖離等に焦点をあて、控訴審の構造論における従来の議論にみられる詰めの甘さを検討したうえ、理論と実務の実際との架橋を試みようとしたものである。

それを、若干敷衍するならば、一般的に、旧刑訴法から新刑訴法に移行するにあたって、刑訴法における基本理念が、裁判所の主導によって職権を行使しつつ訴訟を進行する職権主義から、当事者の積極的な訴訟活動を中心に進められる当事者主義へ変わったといわれるが、控訴審の構造についても、第一審の証拠を中心に、これに新たな証拠を加えて、総合的に検討し、あらためて心証を取り直す「覆審」から、第一審の証拠をもとに、第一審判決に至る過程あるいは第一審判決の当否等を事後的に書面審査する「事後審」へと変わった。しかし、控訴審が事後審査に徹することによって、実務の実際にどのような変化が生じるか等について十分に詰められないまま、手探りの状態で、とにかく実際に運用をはからなければならなかったのである。

その意味では、控訴審の研究が、その出発点において、事後審であることを過度に強調して多分に観念論的な議論に終わるか、あるいは、理論的な詰めを欠いたまま実務の実際の説明に終始する危険性を内包していた。その後現れた、この分野における文献には、多分にその傾向を窺うことができるのであり、その意味では、実務の実際を踏まえ、これを構造論との関係で理論的に詰めた研究の必要があったのである。にもかかわらず、控訴審における総合的な研究が、これまでほとんどみられず、わずかに大阪高等裁判所管内の裁判官によって構成される大阪刑事実務研究会の手になる「刑事控訴審の研究」が、唯一といってもよいくらいのものであった。しかし、これは、控訴審の手続が中心であって、必ずしも構造論を意識したものとはいい難いのみならず、大勢の執筆者の手によることから、その内容には繁閑よろしきを得ぬ欠点がみられた。

本論文は、以上のような目的意識のもとに、第一編において、控訴審の構造論を検討し、第二編において、第一編で検討した結果得られた論旨をもとに、これに関連して問題とされ、実務上解決を迫られる主要な手続論について検討を加え、控訴審の問題点を集大成しようとしたものである。

本論文の第一編は、まず、控訴審を中心に、上訴一般について、沿革的あるいは比較法的に概観したうえで、控訴審の構造論の混迷する原因について検討を加える。すなわち、現行刑訴法の原型となる、いわゆる旧々刑訴法（明治刑訴法）あるいは治罪法にまでさかのぼって、諸外国、とくに直接その影響を受けたドイツ、フランスの上訴制度と比べたとき、わが国におい

ては刑事裁判のあるべき姿として三審制が当然であると考えられているのに対し、それらの国においては、ことに重罪事件の裁判につき、参審員の参加を認め、あるいは、陪審員によって事実の認定がなされることもあって、二審制を採用するところが多くみられ、その意味では、わが国の立法構想は、ほかに余り例をみないものであると指摘する。そして、近時、最高裁判所を中心に陪審裁判の導入を検討しているが、もし陪審裁判を採用するならば、前記のような諸外国の刑事裁判制度に照らし、上訴審の構造を大幅に変更する必要が生じるのではないかと指摘するのである。

また、治罪法以来、諸外国においても、控訴の制度を認めた際、覆審とするのがこれまでにみられた立法構想であったが、現行刑訴法のもとにおいては、最高裁判所に、違憲立法審査権を認めるなど、旧法下では考えられなかった新たな役割を担わせたため、控訴審の役割に変更を加えざるを得なかったのである。その結果、控訴審の構造を事後審であるとしながら、控訴理由に、事実誤認と量刑不当を掲げたために、理論上及び実務上の混迷が生じ、しかも、昭和二八年の刑訴法の一部改正によって、その混乱に一層拍車がかけられたと指摘するなど、現行制度に至る立法上の問題点を網羅的に検討している。

そして、控訴審の事後審性を論ずるためには、結局、事実誤認及び量刑不当の事後審査が中心課題とならざるを得ないことになるが、とくに事実誤認の事後審査については、従前の見解は、どれも一面的であって不十分であるとし、総合的な把握をすべきである旨を主張し、結論として、控訴審の判断は、第一審の判断と同様に心証をとることが最も効果的かつ確実である場合もあり、そのようなケースにおいては、控訴審の心証を第一審のそれに優先させるものであることを率直に認めるべきであるとする。そして、これと同様の見解に立つ学説の多くは、証人尋問等によって直接心証を獲得する場合と、書面審査によって心証を獲得する場合とを区別し、書面審査によっては、被告人を有罪とするような方向での心証を得ることはできないとし、被告人からの控訴申立は認めるが、検察官からのそれは認めないという跛行的な扱いをすべきであると解するのが一般的傾向である。しかし、本論文は、そのような跛行的な構成は、刑訴法が検察官及び被告人等に一律に控訴の申立権を認め（刑訴法三五一条ないし三五六条、並びに、三七七条ないし三八四条）、検察官の控訴申立を制限する旨の規定を置いていない現行法の解釈に反するため、これを採用することができないとし、むしろ刑訴法自体、証人等から直接心証をとる場合と、書面から心証をとる場合とに差異を設けていないのではないかということを、裁判官の更迭による公判手続の更新や証拠法則をもとに論証しようというのである。すなわち、裁判官の更迭による公判手続の更新においては、手続形成はそれまでの手続が前提となるのに対して、実体形成はその時点において、新たになされる必要があり、しかも、その際の証拠はすべて書面に転換されている

から、書面から心証を取ることを肯定せざるを得ないこと（刑訴法三一五条及び三一五条の二、刑訴規則二一三条の二、二一三条）、この点は、諸外国、とくにドイツにおける裁判官の更迭による公判手続の更新が、原則として完全な手続のやり直しであり、わずかな例外を除くと、すべての証人等をはじめから尋問し直さなければならないとする法制度とは、大きく異なること、次に、わが国の証拠法則においては、原則として伝聞証拠は禁止されてはいるが、例外が認められ、証拠書類の活用を大幅に認め、ことに同意書面（刑訴法三二六条）は実務上大きな役割を果たしていること、その他の伝聞例外の証拠についても、証拠能力に関する要件に差異はみられるが（刑訴法三二〇条ないし三二七条）、証拠の証明力に関しては、裁判官の合理的な裁量に委ねられるとするのが法の建前であり（刑訴法三一八条）、証人尋問によって得られた証拠資料の証明力と、証拠書類の証明力との間に、質的にも、量的にも差異を認めていないというのである。もちろん、これまでの文献においても、裁判官の更迭による公判手続の更新に触れたものもみられるが、跛行的な論理構成を導くために、これを無視し、あるいは、例外的なものとする傾向があった。しかし、裁判実務において公判手続の更新をめぐり、このような制度を廃止すべきであるとか、あるいは、これを簡略化すべきであるとする主張はあっても、再度手続をやり直すべきであるとか、最初から心証を取り直すべきであるとの主張は、少なくとも現行法の解釈としては存しないし、公判手続の更新の場合はもちろん、その余の場合においても、書面審査によって心証をとることが当然の前提とされ、実際上も、心証を十分に獲得することができると考えられるためであろうと指摘するのである（この点については、後に述べるとおり異論が考えられる）。

もっとも、控訴審においても、場合によっては第一審と同様に証拠から新たに心証をとることを認めることは、事後審の概念の自殺行為にほかならないのではないかとの批判が出て来る余地がないではないが、しかし、刑訴法は、第一審の事実認定と控訴審における事実誤認に対する判断との間には、①審判の対象が、第一審は、訴因であり、訴因事実の有無であるのに対して、控訴審は、原判決の結論の当否であること（この点については、本論文にも触れられているように、有力な異論があり、その立場を前提にすると控訴理由が審判の対象であるとするのであるから、ますますその違いが大きくなると思われる）、②第一審における審判の権利及び義務は、訴因全部に及ぶのに対して、控訴審においては不服申立のあった範囲に限定されること、③第一審においては、双方から提出された証拠を総合して訴因事実を認定される、すなわち、刑訴法上、必要条件として、総合的・直感的判断が要求されるのに対して、控訴裁判所においては、原判決において有罪の事実が認定された場合には、その矛盾を指摘し、あるいは、あらたな証拠を補充的に提出することによって、原判決の事実認定を、破壊的ないしは弾劾的に

批判できるか否かを検討し、また、無罪判決がなされた場合には、原判決が証拠から訴因事実を合理的な疑いを容れない程度の証明があったとはいえないと判断したことを批判的に検討するものであること、そして、控訴趣意が、証拠をもとに論理的・分析的に主張されることから、控訴裁判所においても、必然的に論理的・分析的に、その結論の当否を判断することが要求されること、などの相違が考えられ、第一審の事実認定と控訴審における事実誤認に対する判断との間には、やはり相当の相違点があって、全体として、なおかつ、かろうじて事後審性を保っているということができると主張する。

続いて、量刑不当の事後審査に触れ、昭和二八年の刑訴法の改正によって、一部ではあるが続審を事実上認めることになり、これが控訴審の続審化傾向を促進する重要なファクターになっているという。そして、控訴審全体としては、できるだけ事後審であることを貫くべきであるが、しかし、他方、刑訴法一条に述べられるとおり、適正な量刑は、実体的真実の発見とともに、刑事裁判手続全体を貫く理念であり、場合によっては、事後審性と鋭い相克をみせ、そして、具体的妥当性の見地から、事後審性の後退を余儀なくされることがあるというのである。

結論として、刑訴法は、事後審性を保っている部分については当事者の請求権を認めるが、続審にわたる部分については裁判所の職権による場合に限っているのであるから、その双方の違いに着目するならば、構造論的には、かろうじて事後審性を維持していると指摘するのである。

次に、事実の取調に言及し、従前の学説においては、構造論は構造論、事実の取調は事実の取調として論じる傾向があり、多くの学説は、厳格な事後審論を貫くと、事実の取調が不要になるとして、双方が二律背反的な要素をもっているとするのに対して、本研究の立場は、両者を必ずしも二律背反的なものとして対置させる必要はなく、前者は、事後審の基本的な構造をどのようにとらえるかという、いわば基本的なスタンスの問題であるのに対して、後者は、そのような基本的構造を前提にしながら、個々の事件を、具体的妥当性の見地から、どのように解決するかという問題であって、必ずしも、両者を相矛盾するものとみる必要はないというのである。

近時、控訴審の実務が続審化傾向にあるといわれているが、量刑不当が控訴理由になっている場合はともかく、事実誤認については、必ずしもそのようにはいえず、かえって厳格に事後審性を貫こうとの態度がみられるのであり、その点についての統計資料の見方にも一考を要すると指摘する。

そして、控訴審の構造論は、現象的には、第一審の審査と極めて密接な関係をもち、どのような構造論に立とうが、第一審が充実すればするほど、事後審的な運用にならざるを得ないのであり、その意味からすると、控訴審の事後審性は、第一審の充実を目指すことによってその目的をはかるべきであるし、そのほうが控訴審の立法構想にも合致するというのである。

また、控訴審の構造論を論ずるにあたっては、ことに破棄自判の構造を念頭に置かなければならないが、これまでの議論では、どのような構成がもっとも控訴審の構造に合致するかということを論ずるにすぎず、いずれにしても説明の違いに止どまって、これによって解釈論上の違いが出て来るものではないと指摘する。

最後に、新島ミサイル事件に関する最高裁判決以来、控訴審における当事者主義化ということが意識的に強調されるようになったが、しかし、第一審のそれとはかなり違った意味合いをもつのであって、控訴審においては、手続面における当事者主義化と、実体面（事実の取調）における当事者主義化とでは、その機能において大きな違いがあると指摘する。すなわち、前者には、審判の範囲が、当事者の申立以上には出ないという側面をもつところ、控訴の申立の大部分が被告人の申立であり、本人訴訟（任意的弁護事件）を許していること等に鑑みれば、当事者主義化を貫くことは、被告人に有利に作用するよりも、場合によっては、極めて不利に作用することがあると指摘する。また、後者、すなわち、実体面における当事者主義化を強調しようという論者の多くは、事実の取調の範囲の拡張を意図するものであるが、しかし、事後審における事実の取調は、原則として時期に遅れた証拠調としての色彩を有するものであり、この性質上極めて制限的にしか働かないものと思われること、そして、特徴的なことは、控訴審の当事者主義化の要請を強調する立場にも種々あり、実務家の主張は前者を強調するのに対して、学説の多くは後者を強調すると指摘する。本研究の結論は、基本的なスタンスの問題としては、控訴審の事後審性を強調すべきであるが、後者が職権的であるのは、第一審重視の帰結であり、しかも事後審制の採用が、手続全体としては、結局、実体的真実の発見や適正な量刑に資するものであり、場合によっては、具体的妥当性の見地から、事実の取調が優先されることがあると主張するものである。

第二編においては、その主要な手続について、解釈論を展開しているが、全般に控訴審の構造論がその下敷きになるものであることは、どの論者においても異論がないこと、そして、第二編のうち、とくに第一章、第二章及び第五章が控訴審の構造論と密接に関連するが、これらに関する本論文の特徴は、控訴審の手続に、弁護人の関与を必ずしも必要としない任意的弁護事件を認めていることからすると、被告人の諸権利、特に訴訟活動を全く否定することはできないが、控訴審の技術的性格からすると、被告人の手続への関与を後退させて、手続的な側面については弁護人にこれを委ねるべきであること、手続中には、それが法的に可能でないものもあるが、少なくとも運用上考慮すべきものである、というのが一貫した主張である。その適例が、被告人の証人等に対する反対尋問権の行使であり、任意的弁護事件を認めている現状からすると、これをすべてにわたって全面的に否定するということはできないが、憲法制定の過程

において、一時的ではあるが、弁護人を通じて反対尋問権の行使を保障することが予定されていたことを考えれば、任意的弁護事件においては、裁判所が職権で弁護人を付してでも、弁護人に訴訟活動を委ねるような運用をはかるべきであるとしたのである。

手続論全般を通じて、当然のことながら、最高裁判例を多く引用し、判例の動向を探りつつ、学説の提起する問題点をあげ、具体的に議論を展開している。

四　本論文の評価

平良木君は、慶應義塾大学法学部法律学科、同大学院修士課程法学研究科公法専攻を卒業・終了し、一九六七年から司法修習生、一九六九年から裁判官として実務家の道を歩み、一九八三年より四年八か月にわたって札幌高等裁判所に勤務して、自ら刑事控訴審を担当している。平良木君の本論文には、その実務家としての経験が各所に出ており、裁判官としての目を通してみた、今日の控訴審実務の問題点を解明し、それを理論づけようとするものであり、その論旨には、説得力があり、かつ、実際上の根拠も示されている。その意味では、実務を経験することなく、理論や通説で「控訴審」の手続論を展開する学者の議論とは、ひと味違った論旨の展開がみられる。

もとより、一般論としては、理論的に物事を徹底しようとする場合に、実務と無縁であることの方が、逆に、物事の本質を純粋に突き詰めて考え、理論的には透徹した結論に達することができるものであることも否定できない。そういう点からみると、なおかつ批判すべき余地がありうる。

のみならず、以下に指摘するように、さらに検討すべき余地がないではない。

まず第一は、治罪法、旧々刑訴法及び旧刑訴法が大陸法の影響を強く受け、かつ現行法の控訴審も、旧刑訴法の上告審の法制を修正して制定されたこともあって、大陸法系の立法構想のもとに制定されたものであるが、他方、現行の第一審の訴訟手続が英米法系の影響のもとに法制化されたことも否定し難いのであるから、したがって、控訴審のあり方にも英米法的な観点から新たな視点を打ち出す余地がないかということである。たとえば、①英米法においては、事実誤認と量刑不当とを区別し、後者すなわち量刑不当については、広く上訴を認め、かつ、書面審査によって自判を許す傾向にあり、しかも、前者すなわち事実誤認の場合よりも抵抗が少ないといわれる。そして、その根拠を rehabilitative concept に求めるのが一般的な傾向であるが、それを肯定すべきなのか、あるいは、否定すべきなのかということであり、また、②英米法においては、もし検察官に事実誤認についての上訴を認めることになれば、最上級裁判所が事実認定に介入することになり、このような中央集権的な関与をできるだけ避けるためにも、第一審裁判所の公判に終局性を認め、原則として事実誤認についての上訴申立を認めないの

である。その意味では、分権主義に立脚しているとするのが共通な理解であるが、わが国においては、この点が立法構想と考えられるため、解釈論としては、事実誤認についての上訴申立を当然に肯定するというのが一般的である。しかし、このような英米法的な観点から事実誤認についての上訴申立を再構築する余地がないかということである。したがって、今後の残された課題としては、比較法的視点、とりわけ、現行法の第一審の訴訟手続に大きく影響を与えたと思われる英米法系の訴訟体系とそれを支える理論に対する明確な態度決定が必要であり、場合によっては、そのような観点から、控訴審を再構築する可能性がないかということであろうか。

第二には、本論文が、事実誤認の控訴理由について、場合によっては、控訴審自らが記録にもとづいて心証を取ることを認め、それを原裁判所の事実認定と比較し、しかも被告人に不利益な事実の認定を許すとする点である。本論文は、これを前述のように裁判官の更迭による公判手続の更新、伝聞法則の例外としての同意書面の活用と同視し得る点にその根拠を求めるが、しかし、現象的に、同意書面の活用が、自白事件をはじめ第一審訴訟手続に多くみられ、また、公判手続の更新に際しては、書面によって心証をとることが多くあるにしても、理論的には、あくまでも例外的な措置であるとみることも可能であるから、その意味では、例外をもって原則を説明しようとしているのではないかとの批判を受ける余地があることであろうか。

本論文は、このような指摘が可能であるとはいえ、わが国において、これまでに公刊された「刑事控訴審」に関する研究と比べるとき、その「構造論」を広く検討し、しかも、そこにおいて得られた作業仮説に基づいて、「控訴審の手続」の主要論点につき判例と学説との関連を徹底的に洗い直して整合性をはかろうとしたものであって、その成果は、実務的にはもちろん、学説的にも、稗益するところが極めて大きいと思われる。

五　結　論

以上のとおり、本論文は、法学博士（慶應義塾大学）を取得するのに十分な内容を有するものと判定し、平良木君に、法学博士（慶應義塾大学）の学位を授与することが適当であるとの結論に達した。

平成元年一〇月二五日

主査　慶應義塾大学法学部教授　法学博士　宮澤　浩一
副査　慶應義塾大学法学部教授　法学博士　石川　明
副査　中央大学法学部教授　法学博士　渥美　東洋