

刑事実務ノート

裁判員法 65 条記録媒体と被告人の包括的防御権

甲南大学法科大学院教授 渡辺 修

1 問題の所在——65条記録媒体と「証拠適格効」・「証拠禁止効」

本稿の目的は、裁判員法 65 条 1 項がその見出しで定める「訴訟関係人の尋問及び供述等の記録媒体への記録」（以下本稿では 65 条記録媒体とする）について、(1)控訴審・上告審の弁護士は訴訟書類（法 40 条、なお、48 条参照）に準じその閲覧・謄写（少なくとも閲覧）の権利を認められるべきであること、また控訴審が事実の取調べとしてこれを閲覧する場合には当事者にも閲覧謄写の機会を与えられべきこと（これを市民主義原理が求める「証拠適格効」とする）、並びに、(2)裁判員裁判が行われた一審判決が上訴審で破棄差戻された場合、差戻審では、65 条記録媒体を用いた手続の更新も、これを新たな証拠として採用することも原則として禁止するべきであり、再度の証人尋問、再度の被告人質問を実施すべきこと（同じく市民主義原理が求める「証拠禁止効」とする）、この 2 点の結論を提言するものである。

2 65 条記録媒体の立法化の経緯

(1) 裁判員法 65 条 1 項は、次のように定める。

「裁判所は、対象事件（第五条本文の規定により第二条第一項の合議体で取り扱うものとされた事件を含む。）及び第四条第一項の決定に係る事件の審理における裁判官、裁判員又は訴訟関係人の尋問及び証人、鑑定人、通訳人又は翻訳人の供述、刑事訴訟法第二百九十二条の二第一項の規定による意見の陳述並びに裁判官、裁判員又は訴訟関係人による被

告人の供述を求める行為及び被告人の供述並びにこれらの状況（以下「訴訟関係人の尋問及び供述等」という。）について、審理又は評議における裁判員の職務的的確な遂行を確保するため必要があると認めるときは、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴き、これを記録媒体（映像及び音声と同時に記録することができる物をいう。以下同じ。）に記録することができる。ただし、事案の内容、審理の状況、供述又は陳述をする者に与える心理的な負担その他の事情を考慮し、記録媒体に記録することが相当でないと認めるときは、この限りでない。」

3 項では、法 157 条の 4 第 1 項に従い、ビデオリンクによる証人尋問を実施したときには「その訴訟関係人の尋問及び供述等を記録した記録媒体は、訴訟記録に添付して調書の一部とするものとする」と定める。したがって 3 項の場合を除くと 1 項の記録媒体は直ちには調書の一部にならない扱いとなる。

さらに、3 項により調書の一部となった記録媒体について、同 4 項によって弁護士（法 40 条 2 項）、検察官（270 条 2 項）それぞれ閲覧謄写の権利のうち「謄写」は禁止される（法 179 条による証拠保全として行われる証人尋問についてビデオリンク措置が施された場合にも同じく記録媒体の閲覧はできても謄写は制限される。同項。180 条 2 項参照）。したがって、65 条記録媒体自体については 3 項により調書の一部に組み込まれる措置がとられない限りは、法 40 条、法 270 条、法 180 条による当事者による訴訟記録の閲覧謄写の権利・権限が及ぶかどうか不分明となっている。

筆者の知る限りでは、裁判員裁判実施後、裁判員裁判対応の法廷には、被告人質問、証人尋問を多方

向で録音するとともに、画像録画も同時になされるシステムと装置が設置され、さらに、録音の音声認識と検索ソフトが開発されていて、これらにより65条記録媒体が作成されている。一審審理中、弁護人には、検索ソフトとともに音声部分のファイルのみDVD（但し、弁護人から提供する。謄写のサービスは無料で裁判所書記官の責任で行なう）にコピーして手交される（画像は除かれるが、裁判所では閲覧可能と聞く）。特に法規上の根拠に基づく開示・閲覧・謄写ではなく、裁判員法で明記された記録媒体の活用について、同法の趣旨を活かし、法曹三者の信頼に基づいて、裁判員裁判の円滑かつ公正な運用を実現するための措置と理解されている¹⁾。

裁判所においては、調書添付の措置が取られない限り、一審訴訟記録と同じ書類冊子と一体となって保管するが、「更新用記録媒体」との名称と通し番号をつけて管理している。

(2) 65条記録媒体が直ちに訴訟記録の一部に編綴されない扱いは立法の経緯に由来する。65条記録媒体は、当初立法化された裁判員裁判法にはなく、その後、2007年（平成19年）の「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律等の一部を改正する法律（平成19年5月30日法律第60号）」で導入されたものである。

もっとも、すでに司法制度改革推進本部のもとに置かれた「裁判員制度・刑事検討会」が裁判員裁判の基本設計を検討する際にも補充裁判員が加わったときの手続の更新のあり方を軸として証人尋問等の録画記録の作成は意識されている。次の発言がある。

○池田委員 更新しなくても済むようにすることが理想ですが、やはり補充裁判員も欠けて

しまつて更新をせざるを得ない場合も全くないとは言えないので、このような更新手続の規定を設けておく必要があるのではないかと思います。問題は、どのようなことを更新手続で行えばいいかということですが……この段階で中間的な弁論といえますか、あるいは、第2次の冒頭陳述といえますか、両当事者にこれまでの主張を分かりやすく言っていただくものに加えて、証拠についてもどのような証拠があるかということ、要旨を告げる意味で、自分の立場に立つと、ここが特に重要なので、こういう証拠が出ているんですということを提示してもらおう。相手方も、それに対して、いや、こういうこともあるから、それについても見てもらいたいというような、そういうことをしていくというのは一つの方法ではないだろうかと思えます。また、今後、公判については、特に重要なものについて、あるいはビデオ録画等もされることになるかもしれませんし、もしそうであれば、重要なところはそれを再現するとかして、更新手続の方法は、新たに加わる裁判員にとって分かりやすいものにしていく工夫が必要だろうという気がいたします。（裁判員制度・刑事検討会（第16回）議事録（平成15年4月25日））

○四宮委員 ……むしろ問題は、証拠調べの結果について実質的な心証をとる、その措置の方であろうと思えます。この場合、特に新たに加わる裁判員にとっても、やはり、直接主義、口頭主義の要請が十分に満たされるように工夫をする必要があって、特に証人尋問についてはビデオで録画をしておいて、それを示す。例えば、長期間にわたる場合もありましようけれども、その場合には、

1) 日弁連「訴訟に関する書類及び証拠物の写しの交付に関する意見書（2010年（平成22年）7月16日）」は、「公判調書に引用されてその一部となる録音体（規則第52条の20）や裁判員裁判における訴訟関係人の尋問及び供述等を記録した記録媒体（裁判員の参加する刑事裁判に関する法律第65条第1項本文）については、実務運用上、弁護人が空の録音体又は記録媒体を裁判所に持参して謄写申請すれば、裁判所が無償でダビングしてくれるが、空の録音体・記録媒体は弁護人が購入せねばならないため、やはり完全無償で入手できないことは同様である」との運用を踏まえて、かかる「謄写料問題の解決」のために、「録音体・記録媒体の複製交付」に関しては、「なお、上記の公判調書に引用されてその一部となる録音体（規則第52条の20）や裁判員裁判における訴訟関係人の尋問及び供述等を記録した記録媒体（裁判員の参加する刑事裁判に関する法律第65条第1項本文）についても、公判調書等と一体となるものとして、その複製の交付を義務づけるべきである」と提言しているが、かかる運用を前提にするものである。

両方の当事者がここを見てほしいと、いや、こちらを見てほしいということで、両方の当事者が、ここを見てもらえれば、大体証言の内容が分かるということで、証言態度等も含めて情報を与えることができると思いますので、そういった工夫をすべきであると思います（裁判員制度・刑事検討会（第25回）議事録（平成15年9月12日）

(3) 同法律は、法制審議会での審議を経て国会に提出されたものであるが、法制審議会での法改正の骨子は次のようにまとめられていた²⁾。すなわち、諮問第81号「裁判員の参加する刑事裁判制度の円滑な運用等のための法整備に関する諮問」として、「裁判員の参加する刑事裁判の制度の円滑な運用等のために、早急に法整備を行う必要があると思われるので、別紙要綱（骨子）について御意見を承りたい」とするものであり、いわゆる区分審理の他に、次の事項について諮問がなされた。

「第二 証人尋問等の記録媒体への記録

一 裁判所は、対象事件及び裁判員の参加する刑事裁判に関する法律第4条第1項の決定に係る事件の審理における証人等の尋問及び供述並びにその状況等について、評議等における裁判員の職務の確かな遂行を確保するため必要があると認めるときは、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴き、記録媒体（映像及び音声と同時に記録することができる物をいう。以下同じ。）に記録することができるものとする。ただし、事案の内容、審理の状況、供述又は陳述をする者に与える心理的負担その他の事情を考慮し、記録媒体に記録することが相当でないと認めるときは、この限りでないものとする。

二 1 一の場合において、刑事訴訟法第157条の4第1項に規定する方法により証人尋問を行うときは、証人の同意を要するものとする。

2 1により証人の尋問及び供述並びにその状況を記録した記録媒体は、訴訟記録に添付して調

書の一部とするものとする。ただし、裁判所は、当該証人が後の刑事手続において同一の事実につき再び証人として供述を求められることがないと明らかに認められるときは、当該記録媒体を訴訟記録に添付しないことができるものとする。」

(4) 上記第1回の部会では、この要綱に関する当局側の説明を含む次の意見交換がなされている。

「● 確認ですけれども、第二の二の方では、この記録媒体は訴訟記録に添付して調書の一部とするということになっているのに対し、第二の一の方ではそういう言及がないということは、第二の一の方の記録についてはそういう扱いはしない、調書の一部とはしないという御趣旨でしょうか。

● そういう趣旨です。

● そうしますと、その記録の作成の趣旨が「評議等における裁判員の職務の確かな遂行を確保するため」とされていますので、評議のときにこれを見たりすることが当然想定されているのだらうと思うのですか、どういうものとしてそれを見ることになるのでしょうか。もう一つは、「等」と書いてある「等」の意味なのですが、さきほど更新という例が出ましたので、その場合などを想定されているのだらうと思うのですけれども、そのときはどういうものとして使うことになるのか。後の点は、更新の場合などに使うのか使わないのかということをお伺いし、その上で、使うとすると、どういう位置付けで使うのか。この辺を御説明いただきたいと思います。

● まず前者の御質問ですけれども、評議において使用するというのは、本来、公判廷の審理を自分の目で見ている裁判員が、例えば記憶喚起などのために実際に法廷でとった心証を思い出すための手段として用いるということを考えております。その意味では証拠といった扱いではなくなるのだらうと考えております。

2) 法制審議会刑事法（裁判員制度関係）部会・第1回会議事録（平成18年12月18日）による。

● 例えば裁判官や裁判員が審理中メモをとりま
すよね。そのメモを見るのと同じだと、そういう
位置付けでしょうか。

● 同様だろうと思います。それから、更新の際
に用いるかどうかについては、更新の際に用いる
ことはあり得るし有用であろうと考えておりま
す。その場合、どのような扱いにすべきかという
ことについてはさらに検討していきたいと思っ
ておりますが、評議において使う場面とはおのずと
異なった扱いにならざるを得ないのだろうと今の
ところ考えております。

● そうすると、1番の場合は、弁護人はこれに
アクセスすることはできないということになりま
すか。2番は調書の一部になっているから、調書
の閲覧権でアクセスできるんだけど、1番は
評議のためのものであるという前提だと、弁護人
がこの部分にはアクセスできないのだというこ
とでしょうか。

● 録画体については、法律ができましたら、裁
判所が管理することになっていきますので、
現在、裁判所で考えていることを御説明しよう
と思います。もちろん、これからここでどうい
う議論がされるかにもよるわけですが、録画体
を撮るといのは記録がその場ではできないとい
うことが前提になっているわけです。評議の中
で「きのうあの証人は何といったかな」という
ことがその場で確認できないから、その記憶喚
起のためにメモの代わりにビデオを見られるよ
うにしようということがあるわけです。そうす
ると、当事者、検察官や弁護人にとってもほ
ぼ同じような状況がありうるだろうと思っ
ておまして、記録が第一審にある段階のこ
とを考えますと、当事者の記憶便宜のために
録画体を再生して見ていただくという機会を
何らかの形で確保できないかという方向で
今検討しているところでございます。」

また、同じく、第2回の部会においても、次の説
明がなされている³⁾。

「● 第二の1の方は、録画をしても当然に訴訟
記録になるという整理はしていないと私は理解
しております。したがって、当然にビデオテー
プの閲覧、謄写ができるということには法律上
はならないわけですが、これは前回、この場
でも御説明しましたとおり、要するに裁判員
の便宜のために撮るとなると、それは当事者
の方も場合によっては確認したいという場
合もあるかと思っております。事件が第一
審にある限りのことと、それについて、こ
れは裁判員のためだからお見せしませんと
言う必要もないのかなと思っております。当
事者の方はさらに検討しなければいけない
問題があるように思っておりますが、何らか
の形で当事者双方にも見ていただくための
手当てをする方向で今検討しているところ
でございます。」

以上の部会における審議を踏まえて、法制審議
会第152回会議（平成19年2月7日開催）で
上記で紹介した原案通りの要綱について法務
大臣に答申がなされ、法案が国会に上程さ
れることとなった。

(5) 先議することとなった参議院では、立法理由
は、次のように説明されている⁴⁾。

「○国務大臣（長勢甚遠君） 裁判員の参加する
刑事裁判に関する法律等の一部を改正する法律
案につきまして、その趣旨を御説明いたします。

裁判員制度の下で、裁判所に同一被告人に対
する複数の事件が係属した場合に、事件の内容等
によっては、すべての事件を併せて審理すると
裁判員の負担が著しく大きくなることあり得
るところ、広く国民が裁判の過程に参加し、そ
の感覚が裁判内容に、より反映されるように
なることによって、司法に対する国民の理解
や支持が深まり、司法がより強固な国民的
基盤を得ることができるようになるという裁
判員制度の意義にかんがみま

3) 法制審議会刑事法（裁判員制度関係）部会・第2回会議事録（平成19年1月5日）

4) 提案理由（平成19年3月27日・参議院法務委員会）166-参-法務委員会-4号

すと、幅広い層から、より多くの国民の参加が可能になるようにするため、裁判員の負担を軽減する必要があります。加えて、裁判員の参加する刑事裁判の審理において、証人尋問等を記録した記録媒体を評議等において活用することは、裁判員が充実した審理及び裁判を行うことができるようにするため特に有用であると思われます。……この法律案の要点を申し上げます。

第一は、裁判員制度の下において、裁判所に同一被告人に対する複数の事件が係属した場合に、裁判員の負担を軽減するため、一部の事件を区分し、区分した事件ごとに審理を担当する裁判員を選任して審理し、有罪・無罪を判断する部分判決をした上、これを踏まえて、新たに選任された裁判員の加わった合議体が全体の事件について終局の判決をすることができるようにすることです。

第二は、裁判員の参加する刑事裁判における充実した評議等を可能とするため、その裁判の審理において、証人尋問等を記録媒体に記録することができるようにすることです。』

(6) 65条記録媒体の利用に関連しては、衆議院で次の答弁がなされている⁵⁾。

「○長勢国務大臣 記録媒体に記録することについてのお尋ねでございますが、職業裁判官と裁判員の方とは、常に裁判に従事されておられる職業裁判官とはやはり違うと思うわけです。

そういう裁判員の方が、審理または評議における職務的確な遂行を可能とするためには、公判廷で行われた訴訟関係人の尋問及び供述等を、その状況等も含めてより鮮明な形で記憶喚起することが、なれておいでにならないわけでございますから、必要になってくる場面も少なくないと思われます。

また、裁判員制度のもとにおいては、連日開廷により審理が行われることとなりますので、した

がって、審理が終わったらすぐ、短期間で評議が行われるということになりますから、評議の段階では公判調書が完成をしていないということも少なからず生ずると思われます。

そのため、裁判員が評議等において公判廷で行われた訴訟関係人の尋問及び供述等の内容を確認することができるようにする必要があるということから、この制度を導入するというものでございます。』

また、参議院法務委員会では、65条記録媒体は、評議における記憶喚起の手段に資するだけではなく、同時に提案された区分審理に関与する裁判員にも直接関与しなかった事件の審理を知るために行う更新手続を実施する際に役立つとされていた。

「○国務大臣（長勢甚遠君） この区分事件の審理及び裁判に関与した裁判官が別の区分事件の審理及び裁判をする場合における裁判員との間の情報の格差の問題というお尋ねでございますが、区分事件はそれぞれ別個の事件でありますので、各審理においてそれぞれの証拠に基づいて判断されるということになりますので、そもそも御指摘のような情報格差の問題は生じないのではないかと、いうふうにもまず考えております。

次に、区分事件の審理及び裁判に関与した裁判官が併合事件審判をする場合も、部分判決において有罪の言渡しをする場合は、犯行の動機、態様及び結果その他の罪となるべき事実に関連する情状に関する事実についても記載することになっておりますので、併合事件審判の裁判員は、刑の量定を判断するに際しては、それぞれの部分判決の記載を参考とすることができることになっておりますし、また併合事件審判の裁判員は、部分判決の対象となった事件の公判手続の更新において、刑の量定判断に必要な証拠については自ら直接取り調べることとなっております。

さらに、今回の法整備において新設する訴訟関

5) 第166回通常国会（衆議院）、法務委員会・17号、平成19年05月18日

係人の尋問及び供述等の記録媒体への記録制度によりまして、裁判員裁判の審理を記録媒体へ記録することが可能となるわけでありまして、この記録媒体を公判手続の更新に用いることによって、区分事件の審理において行われた証人尋問等についてもその内容を裁判員が容易に理解することが可能となります。こういうことの活用によって情報の格差が問題となるような場面は生じないようにしたいと考えております⁶⁾。]

(7) こうして、65条記録媒体自体は、裁判体が管理し訴訟記録と共に保管されるが、訴訟記録自体には編綴されない扱いとなること、しかし手続更新の際にこれを証拠として用いることができること、これらが前提となって国会において改正法が成立することとなった。改正法に基づいて2009年(平成21年)5月21日から裁判員法が施行され、同日以降起訴された事案が裁判員裁判対象事件と扱われることとなった。

その後、65条記録媒体の扱いが大きな問題になることはさほどなく、そのためか、ある解説書も65条記録媒体に関しては「法65条は、証人尋問・被告人質問等について、記録媒体(映像と音声と同時に記録できる物)に記録することができることとし、評議等においてそれを活用できるようにした」と説明するのに留める。また、審理進行中に裁判員が交代するために必要な弁論の更新に関連して「証拠の概要を説明する際も、写真、図面等を利用した

り、証言の重要な部分は録音やビデオ録画を再生するなどの方法を用いることが考えられる……特に、証人尋問や被告人質問はビデオ録画等を行うことができるのであるから……それをあらたな証拠として取り調べるなどによって、新たに加わる裁判員が的確に心証を形成することも容易なものとなる」と摘示する⁷⁾。

他に、65条記録媒体の扱いについては、上記立法経過を踏まえて、例えば、「このような制度が設けられたのは、①裁判員は、公判廷での尋問および供述を、記録媒体により、より鮮明に記憶喚起することができるし、また、②裁判員裁判は連日的開廷で行われるため、公判調書の完成が評議に間に合わないことも予想され、公判廷での尋問および供述の内容を確認する必要も考えられるからである。この記録媒体はこのような記憶喚起あるいは確認のために用いられるものであって、むしろ、証拠となるものではない」と摘示されている⁸⁾。

以上の結果、65条記録媒体は手続更新の機会等にあらたな証拠として取調べがなされない限り、裁判所が事実上の保管にかかるものとする扱いが実務上定着したまま現在に至っている。

3 ベニース事件(1)

——65条記録媒体閲覧拒否の経緯

(1) 以上の立法経過のために、一審裁判員裁判にお

6) 平成19年03月27日166-参-法務委員会-5号における法務大臣の説明。かかる議論の文脈の中から、現在65条記録媒体に「更新用記録媒体」との名称が付けられて保管されることとなったものと推測できる。

7) 池田修『解説・裁判員法(2版)』(平成21年)131頁、128頁。

8) 田口守一『刑事訴訟法(6版)』(平成24年)304頁。

条解刑事訴訟法(平成21年、4版)119～120頁は、「裁判員の参加する裁判においては、連日的な公判審理が予定されていて、次回公判期日までに前回の公判期日の調書を整理することが実際上困難になることなどから、証人尋問等については記録媒体に記録することができる」とされている。すなわち、裁判員法65条は、裁判員制度の対象事件等の審理における「訴訟関係人の尋問及び供述等」……については、審理または評議における裁判員の職務的確な遂行を確保するため必要があると認める場合に、検察官および被告人または弁護人の意見を聴いて、記録媒体(映像および音声を同時に記録することができる物)に記録することができる旨規定している(同条1項本文)。ただし、事案の内容、審理の状況、供述または陳述をする者に与える心理的な負担その他の事情を考慮して相当でないとき(同条1項但書)や、157条の4第1項による証人尋問において証人の同意がないとき(同条2項)は、記録媒体に記録することはできない。そして、記録媒体に記録された場合には、それが訴訟記録に添付されて、調書の一部となる(同条3項、157条の4注9参照)」と解説している。

65条記録媒体を訴訟記録に添付して調書の一部とすることが一般的に認められているとする趣旨にも読める。だが、立法過程ではかかる理解はなされていない。

いて手続の更新が行われ65条記録媒体があらたな証拠として採用されるか、または手続更新の方法として65条記録媒体が再生されていない限り⁹⁾、控訴審段階では、弁護士は、一件記録中に65条記録媒体が一体として保管された状態でありながら、閲覧謄写の対象にはできないこととなる。

そこで、筆者は、かつて自己の担当する一審裁判員裁判判決に対する控訴審の審理進行中に、65条記録媒体の閲覧・謄写を求めて法的手続を尽くし、最高裁まで争ったが、結果としては、これらを閲覧謄写できないまま有罪判決の確定を見ざるを得なかった。その経緯の内、法廷通訳の正確性に関しては別に論じた¹⁰⁾。以下、65条記録媒体の閲覧謄写に関する不服申立手続について紹介する。そのポイントは、次の点にある。

「裁判員裁判の判決に対して、控訴がなされたとき、この記録媒体はどうなるのか。実は、明文規定はない。事実上事件記録とともに、控訴審が司法行政上管理する扱いになる（このことも控訴審の準備過程で知った）。当職は、控訴趣意書を準備しつつ、公判廷における雰囲気、被告人の表情など裁判員が見分した状況を確認し、これを通じて、誤訳問題の広がりを確認する必要を感じ始めた。そこで、65条記録媒体の裁判所における閲覧と、音声部分のコピーの提供を裁判所に上申した。むろん、特段の問題もなく、両方とも認められると思っていた。

しかし、裁判所は、両方とも拒否した。その理由は、(ア)訴訟記録ではないので、閲覧の対象にならない。(イ)事実上音声記録が手元にあるのなら、それで充分で、裁判員が評議室でみた記録媒体まで弁護士が見る必要などないというものであった¹¹⁾。

(2) ベニース事件では、一審における法廷通訳の正確性を問題としたために、一審における2名の通訳人の通訳の正確な再現と、被告人の表情を含めた発音、通訳を聞いたときの反応、答えとその表情をトータルに検討する必要性が生じた。幸い、ベニース事件は、要通訳事件であったので、65条記録媒体とは別に、通訳の正確性に関する音声録音媒体を一審裁判所書記官が作成しており、一審弁護士はその複製を入手していた。筆者は控訴審弁護士としてこれを引き継ぐことができた。そこで、控訴審が設定した控訴趣意書提出締め切り期間までに、一応の控訴趣意書を提出しつつ、言語学等の専門家による本格的な鑑定を行い、通訳の誤りの深さを明らかにするべく、65条記録媒体の閲覧謄写を求めた。

控訴審国選弁護士に選任された当初は、一審の裁判員裁判で利用された65条記録媒体について少なくとも裁判所における閲覧は可能と思いつつ、閲覧謄写の上申書を提出した。

しかし、裁判所書記官を通じて機会を提供しない旨通知を受けた。そこで、以下の理由を列挙して、法294条、法404条に違反すること、明白であるとし、

大コメンタール刑訴法1巻（平成25年）568～569頁は「裁判員裁判においては、連日的開廷が予定され、公判期日後すぐに判決が宣告される場合が予想されて、公判調書の整理を次期期日までに行うことが実際上困難になることなどから、『訴訟関係人の尋問及び供述等』については記録媒体（映像及び音声と同時に記録することができる物）に記録することができることとされ（裁判員65条1項）、記録媒体に記録された場合には、それが訴訟記録に添付されて、調書の一部となるとされている（同条3項）。そして、公判調書が次回の公判期日までに整理されなかったときは、この記録媒体について再生する機会が与えられている（刑訴規52条の19）」と説明する。

ここでも65条記録媒体があたかも当然に公判調書添付措置がなされるものであり、訴訟記録に編綴されるとする趣旨にも読める。これも、立法過程での理解とは齟齬する。

9) 刑訴規則213条の2は「更新の手続」のあり方として、「更新前の公判期日における被告人若しくは被告人以外の者の供述を録取した書面又は更新前の公判期日における裁判所の検証の結果を記載した書面並びに更新前の公判期日において取り調べた書面又は物については、職権で証拠書類又は証拠物として取り調べなければならない」（同3号）が、その際「裁判長は、前号本文に掲げる書面又は物を取り調べる場合において訴訟関係人が同意したときは、その全部若しくは一部を朗読し又は示すことに代えて、相当と認める方法でこれを取り調べることができる」（4号）。相当な方法として65条記録媒体を再生することも考えられるが、その場合には公判調書に添付することとなる。

10) 拙著『現代の刑事裁判』（平成26年）104頁以下。

11) 拙著同上115頁

法309条2項、法404条によって異議を申し立てた。

1 被告人・弁護人は、控訴趣意書を提出し、本件の最大の問題が、第1審における法廷通訳が質の低いものであり、誤訳、省略、意識が重ねられたものであることを、第1審の記録自体によって明らかにした。

2 第1審の裁判員と裁判官は、評議の席で、証拠を思い出す手がかりとした裁判員法65条で当然に作成されている記録媒体を閲覧しつつ評決したと考えるのは当然のことである。

第1審における裁判員と裁判官が評議評決の材料にした記録媒体を、控訴審の弁護人には隠してしまう合理的な理由などない。

3 控訴審弁護人としては、被告人、通訳人の音声と、被告人の画像が明確に録音録画されている記録媒体を精査して、第1審通訳人の誤訳などの問題点をさらに精査する予定である。

なぜ、その妨害となる訴訟指揮をするのか、理解しがたい。

4 また、第1審においても、音声部分についてはその謄写の交付を事実上認める措置は、当然のように取られている。これを控訴審で、拒む実質的な理由もない。

5 しかるに、高裁は、正式の裁判記録ではないというごく形式的で意味のない理由を持ち出して、裁判員が見分した記録媒体を、控訴審弁護人が、閲覧、謄写する機会を拒むという不合理極まりない態度をとった。

6 裁判員裁判に対する控訴を取り扱う控訴審として、かかる訴訟指揮は、不当に被告人の防御の準備の機会を奪うものである。

(3) しかし、高裁は異議を不適法として「却下」した¹²⁾。理由は以下の形式論であった。

弁護人の異議申立ての趣旨及び理由は、平成22年3月18日付け弁護人作成の異議申立書記載のとおりであるが、要するに、裁判員の参加する

刑事裁判に関する法律65条1項に基づき一審裁判所が記録した記録媒体の閲覧及び同記録媒体の音声部分の謄写に関する上申を受理せず、これを認めなかったことに対して、刑事訴訟法404条、309条2項に基づく異議の申立てをするというものである。

しかし、本件においては同法309条2項にいう「裁判長の処分」が作為、不作為を含め何ら存在しないのであって、本件申立てが不適法であることは明白である（なお、弁護人は、控訴審において、2月3日、一審における被告人の供述が記録されているいわゆる通訳録音体の謄写を受け、3月15日、一審の被告人質問々のやりとりに基づいて一審通訳人のうち1名の通訳能力に疑問があるなどと結論づける大学教授による鑑定書を添付した上で詳細な控訴趣意書を提出し、同趣意書において、質の高い通訳を付して裁判を受ける権利を侵害した憲法違反があり、法律に従って判決裁判所を構成しない刑事訴訟法377条1号違反があるとか、誤訳を放置し続けた訴訟手続の法令違反がある、誤訳であると主張する点を具体的かつ細かに引用しつつ故意がないのを誤認したという事実誤認がある、などと主張しているのであって、実質的にみても、弁護人の上申を認める必要性は全くない。)

これに対して、筆者は（敢えて、抗告に代わる異議の申し立て手続を省略して）直ちに特別抗告を申し立てたが、理由は以下の通りである。

1 被告人・弁護人は、控訴趣意書を提出し、本件の最大の問題が、第1審における法廷通訳が質の低いものであり、誤訳、省略、意識が重ねられたものであることを、第1審の記録自体によって明らかにした。

2 第1審の裁判員と裁判官は、評議の席で、証拠を思い出す手がかりとした裁判員法65条で当然に作成されている記録媒体を閲覧しつつ評決し

12) 大阪高決平成22・3・18、平成22年(う)第100号・覚せい剤取締法違反、関税法違反被告事件（未公開）

たと考えるのは当然のことである。第1審における裁判員と裁判官が評議評決の材料にした記録媒体を、控訴審の弁護人には隠してしまう合理的な理由などない。

3 控訴審弁護人としては、被告人、通訳人の音声と、被告人の画像が明確に録音録画されている記録媒体を精査して、第1審通訳人の誤訳などの問題点をさらに精査する予定である。なぜ、その妨害となる訴訟指揮をするのか、理解しがたい。

4 また、第1審においても、音声部分についてはその謄写の交付を事実上認める措置は、当然のように取られている。現に、当職弁護人が担当した裁判員裁判では、記録媒体中の音声部分の謄写と再生ソフトの貸し出しは、裁判所において積極的にこれを行っている。なぜ、ことさら控訴審で、拒むのか、その実質的な理由が見いだしがたい。

5 しかるに、高裁は、正式の裁判記録ではないというごく形式的で意味のない理由を持ち出して、裁判員が見分した記録媒体を、控訴審弁護人が、閲覧、謄写する機会を拒むという不合理極まりない態度をとった。

6 裁判員裁判に対する控訴を取り扱う控訴審として、かかる訴訟指揮は、不当に被告人の防御の準備の機会を奪うものである。

7 ところが、今回は、高裁は、「裁判長の処分」はしていないという極めて形式的な理由で、裁判員裁判の本質というべき記録媒体を、弁護人が精査する道を閉ざそうとしている。しかし、弁護人が、その点を確認するために、3月17日に書記官室に電話をして、「受訴裁判所、裁判体としての判断として、閲覧も謄写も認めないという趣旨か」と質問したところ、現に「そうである」旨、返答を得た。だから、異議申立手続に及んだものである。裁判長裁判官たる地位にある〇〇〇判事は、書記官にはまったくなんの意思表示もしていないとでもいのであろうか。書記官が勝手なことをするわけがない。

8 繰り返すが、なぜここまで固くないに、一審

の記録媒体を事実上であっても、控訴審の弁護人に隠すのか。その理由を示されたい。

9 控訴審の判断は、被告人の憲法上保障されている裁判員の良識が働いた裁判を実質的に受ける憲法32条の権利を踏みにじり、被告人が憲法構造上認められている十分な防御を行う権利（憲法31条）をも侵害するものである。

だが、特別抗告は特段の理由もなく、棄却される（最決平成22年（し）141号）。「本件抗告の趣意は、違憲を言う点を含め、実質は単なる法令違反の主張であって、刑訴法434条の抗告理由に当たらない」とされたものである（未公開）。

(4) 次に、考えたのは、法的な管理主体を代えることであった。つまり、司法行政上、65条記録媒体を管理する主体としての大阪高等裁判所第2刑事部に対して、控訴審の裁判体である同刑事部が、65条記録媒体の提出命令を発するものである。司法行政上の主体から刑事訴訟法上の主体へと管理を移し、訴訟記録に取り込むことをねらったものである。筆者は、控訴審に対して、その趣旨の提出命令を発する職権発動を促すよう上申書を提出した。しかし、同部はなにもしない状態に留まった。そこで、かかる不作為状態に対する異議申立（法309条2項）をした。これに対しても、不適法却下の決定が返された（大阪高決平成22・3・19、平成22（う）100）。理由は次の通りである。

……要するに、実質的には裁判員の参加する刑事裁判に関する法律65条1項に基づき一審裁判所が記録した記録媒体の閲覧及び同記録媒体の音声部分の謄写に関する上申を受理せず、これを認めなかったことを不服として、刑事訴訟法404条、309条2項に基づく異議の申立てをするというものである。しかし、本件においては同法309条2項にいう「裁判長の処分」が作為、不作為を含め何ら存在七ないのであって、本件申立てが不適法であることは明白である（なお、実質的にみても、弁護人の上申を認める必要性が全くないことは、昨日付の当裁判所の決定のとおりである。）。

これに対しても抗告に代わる異議申立を省略して、直ちに特別抗告を申し立てたがやはり棄却された（最決平成22・4・12、平成22（し）142号）。

(5) その後、筆者の耳には、65条記録媒体をすでに破棄破損したのではないかとこのうわささえ耳に入るに至り、次には、65条記録媒体の存在と形状を明らかにするために、法279条による照会を高裁第2刑事部が自らに行なうという職権発動を求める上申書を出した。この上申書についても、なにもしない不作為に対する309条2項の異議、異議却下決定（大阪高決平成22・3・24、平成22（う）100）を経て、このときからは、抗告に代わる異議申立を加えることとした。

これに対する抗告に代わる異議審の判断は異議棄却であった（大阪高決平成22・3・20、平成（け）8）。その理由は次の通りであった（理由書の中で、(1)閲覧を認めなかったこと、(2)提出命令を発動しなかったことを踏まえて、(3)65条記録媒体の存在の確認等のための照会手続をおこなわなかったことを総括的に記載したので、異議審は以下の通り、これらを総括して返答を示している）。

論旨は、上記被告事件につき、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律65条1項に基づいて一審裁判所が記録した記録媒体について、(1)閲覧等請求を求める上申を受理せず、その閲覧等請求に応じなかった、(2)刑事訴訟法99条2項に基づく提出命令の職権発動を求める上申に対し、職権発動しない等の不作為の処分を行った、(3)同法279条による簡務所照会の職権発動を求める上申に対し、職権発動しない等の不作為の処分を行った控訴審裁判長の各措置が、同法404条、309条2項により行った異議の申立てに対して、これらを却下した原決定の取消等を求めるというのである。

そこで、記録を調査すると、(1)の点に関しては、所論が指摘するような控訴審裁判長による同法309条2項にいう「裁判長の処分」は存在していないし、(2)、(3)に関しては、弁護士作成の提出命令及び公務所照会の職権発動を求める各上申書の

上部に、「職権発動せず。」とのゴム印及び控訴審裁判長の押印があるが、これらは同法309条2項にいう「裁判長の処分」ではないことが明らかである。

そうすると、弁護士からの同法404条、309条2項による異議の申立てがいずれも不適法とする原決定は相当であり、また、このような原決定については抗告に代わる異議申立てをすることも許されない。

(6) この異議審決定に対して、筆者はさらに特別抗告を申し立てている。理由の概略は、以下の通りである。

第一審の審理が、平成21年11月10日（火曜日）、11日（水曜日）に行われ、13日に判決が宣告されているところ、被告人供述は、11月10日の被告人質問、11日の被告人質問などになされており、2日にわたり、いずれについても、一審記録中被告人の供述調書冒頭に、「この被告人への質問については、裁判員法65条1項本文の規定により、訴訟関係人の質問及び供述等を記録媒体に記録した」と記載がある。したがって、記録媒体が作成されたことは、記録上明らかである。第一審における裁判員と裁判官は、一般的にはもちろん、本件でも、裁判員法65条の記録媒体を評議、評決を行う際、被告人供述を思い出す等のために利用していると思われる。控訴審弁護士としては、被告人、通訳人の音声と、被告人の画像が明確に録音録画されている上記記録媒体を精査して、第一審通訳人の誤訳などの問題点をさらに精査する予定である。裁判員裁判では、評議で公判の供述、証言を思い出す事実上の手がかりとすることを是認することで、法曹三者の合意と協力が得られているのではないか。だから、日本語変換ソフトの関係で、一部誤った変換などがあっても、それ自体目くじらをたてることなく、市民たる裁判員の良識が健全に機能できる基盤となるように、その適切な利用を図ってきている。裁判員が見分した記録媒体を、控訴審弁護士が、閲覧、謄写する機会を拒むのは、不合理極まりない。

なお、大阪高裁第2刑事部は、「裁判長の処分」はしていないという極めて形式的な理由で、裁判員裁判の本質というべき記録媒体を、弁護人が精査する道を閉ざした。しかし、弁護人が、その点を確認するために、3月17日に書記官室に電話をして、「受訴裁判所、裁判体としての判断として、閲覧も謄写も認めないという趣旨か」と質問したところ、現に「そうである」旨、返答を得た。だから、異議申立手続に及んだものである。裁判長裁判官は、書記官にはまったくなん意思表示もしていないとでもいうのであろうか。書記官が勝手なことをするわけがない。また、司法行政上保管する記録媒体であっても、裁判員裁判の健全、かつ円滑な運用上、記録媒体の写しを弁護人が利用することが、当然の前提になっている。なぜここまで頑なに、高裁判事らが、一審の記録媒体を控訴審の弁護人に隠し続けるのか。なぜ、高裁が被告人・弁護人の防御の準備の妨害となる訴訟指揮および司法行政上の措置を続けているのか。いまだに、全く理解しがたい。

かかる裁判所の姿勢は、以下の理由で、憲法関連各条に違反する。

- ① まず、被告人の防御の準備を正当に行う権利を損なう（憲法31条）。
- ② 被告人が「公正な裁判所」による裁判を受ける権利を侵害されている（憲法37条2項）。
- ③ 控訴審裁判所が、通訳を要する外国人を被告人とする裁判員裁判を控訴審の視点から真剣にかつ慎重に審査し、市民良識が的確に働く環境を一審裁判所が整えていたのか、法律家がそのための責務を果たしていたのか、見極めることこそ、本件控訴審で求められているが、上記裁判所の措置は、これを放棄するものである。その意味で、被告人が実質的な意味での裁判員裁判を受ける機会を保障されたか否か事後審査を求める「裁判を受ける権利」を侵害している（憲法32条）。
- ④ 被告人・弁護人は、控訴趣意書では、概略、第一審の通訳に不備があり、市民から選ばれた

裁判員が、誤訳、省略、歪曲された情報を元に評議・評決をした可能性が高いので、一審判決を破棄し、再度の裁判員裁判を被告人に保障すべきもの等の主張を行っている。現段階で、大阪高等裁判所第2刑事部、第3刑事部がそろって、弁護人の当然の権利である訴訟で利用された資料たる実質的な意味での訴訟記録の閲覧謄写を拒む事実を作り出し、これを「裁判長の処分」がないという形式論理で、頑なに守ろうとするのは、要するに、裁判員が接した誤訳を隠蔽、隠匿しようとするものに他ならない。かかる高裁の各措置と今回の第3刑事部の異議棄却決定は、およそ「司法権」を行使したと扱えるものではない。その意味で、憲法76条1項の定める「司法権」の行使に当たらないという意味で、違憲状態である。

(7) 残念ながら、以上の憲法違反を主張したものの、最決平成22・4・12（平成22（し）153）（未公刊）は、特別上告を棄却した。

その後、検察官の答弁書において、一審の通訳が適切な「意識」に留まり「誤訳」はないとの誤った見解が展開されたのを踏まえて、再度、これに対する反論のため専門家による鑑定をするために、65条記録媒体の閲覧謄写を上申したが、ふたたび職権不発動状態と成り、異議申立、異議却下（大阪高決平成22・5・12、平成22（う）100）、抗告に代わる異議申立に対する異議棄却決定（大阪高決平成22・5・17、平成22（け）9）、これに対する特別抗告棄却決定（最決平成22・6・2、平成22（し）9230）と続いた。かくして、問題の所在を司法部にぶつける手続を繰り返した。

他方、あらかじめ、控訴審に対しては、高裁が管理している65条記録媒体について証拠調べ請求も行っていった。これも、司法行政上の主体として管理する65条記録媒体について、控訴審の裁判体としての同刑事部が証拠調べの措置を取ることを求めるものであった。これに対して、控訴審裁判体は、証拠調べの必要性に関する理由の求釈明を下命してき

た。筆者は、要旨次のように答えた。

裁判員と裁判官が評議室で、評議の資料にした記録媒体を見るのは、控訴審弁護士として当然にことである。情報は、言葉と態度全体で伝わる。被告人の表情、声音、全体の雰囲気の中で、裁判員と裁判官がどんな印象をもったのか、ベストエビデンスに記録されている録音録画をみることによって、より正確な分析ができる。

防御活動の前提を作ること。これほど、切実で、重要な具体的必要性はないではないか。記録媒体を点検したこと自体から、いかなる事実誤認、量刑不当につながる材料がでてくるかわからない。だから、閲覧と謄写の機会を求めている。一審の裁判員裁判では、法曹三者の信頼を前提にして、特段の法律上の規定がなくても、記録媒体の閲覧と謄写が行われている。なぜ、控訴審で、これを隠すのか、そちらこそ明確な理由をこの公開の法廷で述べてほしい。

「汚い裁判」をしてはならない。裁判所は、事実上、記録媒体をみている。我々弁護士と被告人にはみせない。ベストエビデンスを隠蔽したまま、控訴審の審理を行うおうとしている。これは、不公正、不平等な裁判そのものだ。憲法37条1項が定める、被告人が公正な裁判所の裁判を受ける権利をないがしろにするものだ。汚い裁判をしてはならない。記録媒体を開示されたい。そして、証拠に採用されたい。その後、さらに専門家による鑑定があるかどうか検討する機会を保障されたい。

しかし、控訴審は証拠調べ請求を却下し、309条1項の異議も却下した（大阪高決平成22・7・15、平成22（う）100）。抗告に代わる異議の棄却決定（大阪高決平成22・7・27、平成22（け）13）、特別抗告棄却決定（最決平成22・8・31、平成22（し）361）をもって本件での65条記録媒体開示に関する防御活動は成果を得ることなく閉じることとなった。本案については、大阪高判平成22・10・22（平成22（う）100）は、控訴を棄却し、最決平成23・5・

18（平成22（あ）1927）で上告が棄却されて、有罪・実刑判決が確定した。

4 ベニース事件(2)

——「証拠適格効」の必要性

(1) 上記ベニース事件の一審の誤訳の状況は、一審弁護士が保管していた記録更新用の音声録音媒体を引き継いだのである程度は確認できた。その上で、上記のように、筆者は、この記録媒体の英語、日本語をすべて反訳して控訴審で事実の取調べを請求したが、裁判所は証拠採用を拒んだ。裁判員裁判の控訴審の弁護士として防御の出発点にするべきことは、一言に尽きる。

「裁判員がみたものを控訴審の弁護士もみたい」。

これを3人の高裁の裁判官が平然と拒んだ。結局、当該ベニース事件固有の争点に即して言えば、質の低い通訳人を選任して起こした誤訳問題が拡散するのを恐れた官僚的措置以外のなにものでもなかった。

(2) ベニース事件での65条記録媒体開示拒否の問題点を整理する。

裁判所は事実上これを閲覧している。しかし、弁護士はみれない。「公正な裁判」に反する。

そして、裁判員法の趣旨に反する。控訴審で裁判員裁判の問題を確認する上でも、記録媒体を閲覧することは不可欠だ。公判廷がいかなる印象を与えるものであったか検討するベストエビデンスだ。評議室で裁判員と裁判官が現に利用した記録媒体こそ、事実誤認、量刑不当の有無、程度、理由を検討する素材になる。証拠として事実取調べをする必要があることは当然だ。

ベニース事件固有の問題もあった。本件の場合、一審における音声媒体のコピーを筆者が一審弁護士から事実上引き継がなかったら、「誤訳」問題は検証できなくなっていた。

むろん、被告人供述調書を書記官が作成するが、裁判官が読んで分かりやすいようにきれいにまとめ

る。本件でも、上記で引用したふたりの通訳人の誤訳とその訂正方法などの混乱振りはまったく記録していない。円滑スムーズな通訳がなされたように取り繕った記録が作成されている。これが正式の訴訟記録であり、控訴審はここに表れている限りでの問題点しか問題にしなくてよいこととなる。現に本件控訴審はこの選択をした。記録上「誤訳」は不存在となる。かくして、「誤訳えん罪」の構図が固められることとなった。

(3) 以上の意味で、本件も含めて控訴審の弁護人が65条記録媒体の閲覧謄写を拒まれることは、被告人の防御権の重大な侵害になる。これに比べてとき、閲覧謄写を認めることに伴う支障は大きくはない。公開の法廷での証人尋問・被告人質問であるから、プライバシー保護の要請がさほど大きいわけでもないし、目的外使用については、被告人・弁護人において充分にこれに注意すべきことである。

実のところ、上記のように立法過程を振り返っても、65条記録媒体を調書に添付するなど訴訟記録に編綴しない理由が特に明らかになっているわけでもない。特段正当な理由が議論された上でそうした扱いになったものでもなく、立法当局者が当初からそうして提案しただけである。

現在のところ、この65条記録媒体については、対応するソフトウェアでの識字率が低い面があるが、検索機能を用いて必要な箇所を探し出すことは難しくなく、一審公判の点検上有用な資料であることは明白である。

それだけに、控訴審弁護人には開示しない扱いは、控訴理由を十分に吟味して構成し事実の取調べを請求する準備の否定以外の何物でもない。被告人の包括的防御権を侵害するといっている。

(4) では、どう処理すべきか。

まず、運用上65条記録媒体は、「更新用記録媒体」として裁判所において司法行政上保管している扱いであるが、裁判員裁判の場合、実質的に見て証人尋問調書・被告人供述調書と同性質であって、各調書と一体として扱ってよい。実質的な意味では、公

判調書に添付されて全体として一体として訴訟記録を構成するものとみるべきものである。

だから、控訴審において事実の取調べを開始するにあたり、「更新用記録媒体」を職権で公判調書と一体とする旨決定する措置だけでもよい。その結果、弁護人も訴訟記録として閲覧謄写ができるようになる。ただ、事実の取調べにあたり65条記録媒体を閲覧する必要がない場合にまで、訴訟記録に組み込むことはあるまい。

また、先述の立法経過に照らし、かつ条文の文理からも、あらたに証拠調べの決定を行うのが相当である（職権採用または当事者請求による）。むろん、いずれかの当事者から不同意の場合であっても、被告人以外の者の供述については法321条2項によって、被告人供述については法322条2項により採用できる。

このように、65条記録媒体について、控訴審で当事者の証拠調べ請求があるときには、裁判所は特異な事情でもない限り、これを拒むことはできないと解すべきである。

市民が参加する裁判員裁判を刑事手続に取り込み、市民が自ら証人や被告人にも尋問・質問をする直接主義による事実認定を組み込んだ以上、その過程に過誤がないか点検する控訴審において裁判員が見聞いた通りのものを吟味できるし、すべきでもある。従って、被告人または弁護人から相当の理由をもって請求があれば、控訴審は、法392条により控訴趣意書に包含された事項に関する調査義務を負うので、証拠として採用すべき義務が生じると解釈すべきである。

その根底にあるのは、裁判員裁判において市民が公判廷における証拠についてその記憶を喚起する手段として用いていた65条記録媒体については、控訴審において一審の審理に手続面・事実面・量刑面で瑕疵があるかないか点検するにあたり、本来取調べをするべき対象となるからである。

別言する。

裁判員裁判が拠って立つ市民主義の手続構造と被

告人の包括的防御権は、65条記録媒体についていわば「証拠適格効」を形成する。控訴審は証拠採用の義務を負う（なお、控訴審が事実の取調べのために65条記録媒体を閲覧する必要が生じたときにも、職権で証拠採用をまず行うべき義務を生じる）。

5 裁判員裁判の破棄と「2度目の裁判員裁判」

——65条記録媒体と「証拠禁止効」

(1) 裁判員裁判が上訴審で破棄されて、一審に差し戻された場合、「2度目の裁判員裁判」となる差戻後一審はいかなる手続を取るべきか。

この点について、最近興味深い新聞記事がある。「大阪地裁差し戻し裁判員裁判／審理大半、録画を視聴／証人尋問など20時間」と題するものだ（産経新聞2015年1月25日（朝刊））。以下、引用する。

3月に大阪地裁で開かれる覚醒剤密輸事件の差し戻し裁判員裁判で、審理の大半が、差し戻し前に実施した証人尋問などを録画したDVDの視聴に当てられることが24日、分かった。判決と論告求刑の期日を除く7日間のうち5日間、計約20時間に上る。

尋問のやり直しを求めたが認められなかった弁護側は「長期化を避けるためとみられるが、証拠調べとして不十分だ」と反発している。

事件では、イラン国籍のアブディ・スマイル被告(46)が平成21年、関西空港に覚醒剤を密輸しようとしたとして起訴された。23年の地裁判決は、共謀したとされる関係者の供述が信用できないと判断、無罪とした。しかし大阪高裁は24年、事実誤認があるとして破棄、審理を差し戻し、最高裁も支持した。

差し戻し前の審理では、共謀したとされる男ら6人の証人尋問と被告人質問を実施しており、新たに選び直された裁判員は、尋問を録画した映像を法廷でモニターやイヤホンを使い視聴する。ふたりの識者の談話が載っている。

「制度に詳しい西村健弁護士は『証人が出頭できないなど、録画映像の活用が適切な場合もあるが、弁護側か検察側のどちらかが証人尋問を求めた場合は、直接審理主義の原則に立ち、裁判所が尋問を認めるべきだ』としている」という。

元裁判官の青木孝之・一橋大法科大学院教授は、「視聴で追体験やむを得ず」のタイトルで、「日本の差し戻し審は、以前に調べた証拠がそのまま引き継がれる。証拠調べを陪審員の前で完全にやり直す米国の審理の進め方とは違う。新たに選ばれた裁判員には、それまでの法廷を追体験した上で判断に臨んでもらう必要があり、何時間かかったとしても、DVDで視聴する方法もやむを得ないのではないか」と述べている。

どちらが妥当か。

(2) この点に関連して、すでに2件の「2度目の裁判員裁判」の事例がある。いずれも新聞記事なので詳細は不明であるが、やはり興味深い。わが国で初の「2度目の裁判員裁判」となった事件については、次の様であった。

「仙台・風俗店経営者殺害：やり直し裁判員裁判／強盗殺人罪、改めて否認——仙台地裁初公判」（毎日新聞2013年1月29日（夕刊））は、「全国で初めて裁判員裁判がやり直しになったO・H被告（40）の差し戻し審初公判が29日、仙台地裁……であり、強盗殺人罪などの起訴内容に対しO・H被告は「殺害計画は立てておらず（現場での）暗黙の了解もなかった」と同罪は改めて否認した。冒頭陳述の後、新たに28日選ばれた男性裁判員6人に1度目の裁判員裁判の審理内容を理解してもらうため、法廷を録画したDVDが上映される。DVD上映は、裁判体交代時の「公判手続きの更新」と呼ばれる手続き。裁判官の場合は記録を読んで対応するが、弁護側が公判前整理手続きで「裁判員には負担が重過ぎる」としてDVDを提案、検察側と地裁も了承した。31日の第3回公判まで計約8時間上映予定。判決は2月8日。1度目の1審は共謀を否定し懲役15年（求刑・無期懲役）としたが、仙台高裁が「（共謀の機会を

巡る) 検察側主張を正しく把握しなかった」などと破棄差し戻し判決を出し、最高裁で確定、裁判員裁判のやり直しが決まった」。

その結果について「初のやり直し裁判員裁判、一審上回る量刑 仙台地裁判決」(朝日新聞2013年2月9日(朝刊))が伝えている。「全国初のやり直しの裁判員裁判で、強盗殺人などの罪に問われた無職O・H被告(40)に対し、仙台地裁……は8日、求刑通り無期懲役を言い渡した。やり直し前の一審判決の懲役15年を上回る量刑にした。弁護側は控訴する方針。判決によると、O・H被告は2004年、殺害行為の実行犯の男(38)=無期懲役が確定=らと共謀し、仙台市で風俗店経営者の男性(当時30)を殺害して現金約5千万円を奪った。やり直し前の一審判決は実行犯との殺人の共謀を認めず、強盗致死罪にとどまると判断した。しかし、仙台高裁が「強盗殺人の意思を通じ合っていた可能性が濃厚」と破棄し、審理を地裁に差し戻していた。この日の地裁判決は、実行犯の証言内容などから、被告が事前に殺害について意思を通じ合っていたと認定。殺害現場では被害者を埋めるための穴を一緒に掘っていたことから、殺害の共謀があったと認めた。やり直しの裁判では、主な争点である「共謀があったか」に絞って証人尋問などが行われたが、それ以外は主に一審の様子を録画したDVD映像を見ながら審理が進んだ」。

DVDを閲覧する審理について、裁判員の感想が掲載されている。「審理の多くをDVDの視聴が占めたことについては、『一審の記録を読み続けるよりは臨場感があるが、本人の顔色を見ながら判断する必要性を感じた』と不満の声も出た」。同じく、「仙台・風俗店経営者殺害：裁判員差し戻し審/前回上回り無期懲役/地裁、強盗共謀を認定」(毎日新聞2013年2月9日(朝刊))は、「公判では1度目の法廷の録画DVDを上映。事前共謀に関して、選び直された裁判員は1度目の裁判員と同じ証人尋問や被告人質問を見た形だが、結論が変わった。閉廷後の裁判員の記者会見で、40代男性会社員は『裁判

員が変われば判決も変わる。白紙状態から自信を持って判断した』、別の40代男性会社員は『裁判員から1度目の1、2審の説明がなく、知りたい気持ちはあった』と話した」と紹介する。

(3) 2件目の「2度目の裁判員裁判」について、「安来の傷害致死事件、新裁判員でやり直し/地裁で審理開始/島根県」(朝日新聞2014年10月15日(朝刊))は、次のように紹介する。

「高裁の差し戻しを受けたやり直しの裁判員裁判が14日、松江地裁……で始まった。新たな裁判員が選ばれ、やり直し前と同じ証人の改めての証言を踏まえて、審理する。2012年に安来市で会社員OKさん(当時35)を暴行し死亡させたとして傷害致死罪に問われた塗装工KH被告(37)の裁判。13年5月の裁判員裁判は元内妻の女性宅でOKさんと争いになり、頭を踏むなどした行為が過剰防衛に当たると判断した。冒頭陳述で、一方的な加害行為だとする検察側と、正当防衛とする弁護側が改めて主張を展開。KH被告は「暴行は被害者の暴行から身を守るためだった」と無罪を主張した。女性も出廷し、被告が自宅に上がり込んだ状況や転倒した被害者の頭を踏む様子を証言。一方、「証言の信用性を争う」としていた弁護側は、転倒直前に女性が目を離していたことなどを確認した。15日に被告人質問、16日に論告・弁論などがあり、判決は24日に言い渡される」。その審理結果について「前回を越す懲役7年/松江地裁、やり直し裁判員裁判」(朝日新聞2014年10月25日(朝刊))は、2014年10月24日、被告人に対して懲役7年(求刑懲役8年)の判決を言い渡したと報ずる。やり直し前の一審判決では懲役4年としたが、新たに選ばれた裁判員は異なる判断をしたという。

審理の様様を記事は簡潔に紹介する。「今回の判決では、新たに調べた被告と元内妻とのメールなどから、暴力を伴うトラブルに発展する可能性を被告が事前に認識していたと認定。被害者と被告の負傷の程度の差などから、被告の暴行は攻撃の意思に基づくものだったと結論づけた。昨年、仙台地裁であつ

た全国初のやり直し裁判員裁判では、やり直し前の審理の録画が使われた。今回は裁判員に分かりやすいように、前回の証言を証拠採用せず、元内妻と解剖医が改めて証言した。

別な記事が裁判員の感想を載せている（毎日新聞2014年10月25日（地方版））。

「安来の傷害致死：懲役7年／『被告の暴行』1審より重く判決——差し戻し審／島根」と題する記事で、「閉廷後の裁判員の会見で、40代男性は『前の裁判を知りたいという気持ちはなく、白紙の状態で臨んだ』。20代男性は『正確な判断ができた』と話した」という。

(4) ちなみに、裁判員裁判制度の骨格を形成した「裁判員制度・刑事検討会（司法制度改革推進本部）」の議論では、第13回の検討会（平成15年3月11日）において、差し戻後の審理のあり方に関する基本骨格について、裁判員裁判で行うが、その運用は現行通り、続審構造を採る案と覆審とする案について検討がなされた¹³⁾。

次に、6の「差し戻し審」についてであります。やはり、これまでの議論を踏まえ、二つの案を掲げており、いずれも、差し戻し審においては新たな裁判員を選任して審理・裁判をすることとしている点で共通しております。ただ、審理構造が異なっておりまして、A案は、審理構造を現行法どおりの続審構造とする見解であり、B案は、覆審構造とするものであります。以前の検討の際には、覆審構造とすると、差し戻し審の判決に対し再び控訴がなされ、さらに破棄差し戻されるなどして、際限なく訴訟が続くおそれがあることや、審理に多大な時間と労力を要することなどが指摘されております。一方、続審構造とすることについては、従前の書証を引き継ぎ、しかも、破棄判決の拘束力を前提とする審理は裁判員には困難であ

ることが指摘されております。

検討会では、2度ほどの議論を経て¹⁴⁾、次のような意見交換の中、基本的に、「差し戻し審」は「新たな裁判員を選任して審理及び裁判を行うものとする。その他は、現行法通りとする」としてまとめられる¹⁵⁾。

○井上座長 ……それでは、次の「6 差し戻し審」について、差し戻した場合に、差し戻し審はどういう審理の仕方をするのか、差し戻し審の構造とでもいうべき問題ですが、この点について御意見はいかがですか。

○酒巻委員 私は、差し戻しがあった場合は、要するに一審ですから、裁判員を入れてやる、しかし、そのやり方は現行法どおりというA案です。つまり、全部最初からやり直すというのは、もう既に述べた理由で難しく、適当とは思われないので、現行法どおり、専門用語で言えば、「続審」でやるのがよいと思います。その前提としては、先ほどのお話に出た適切な公判手続の更新に当たる手続をした上で、更に必要な証拠調べを続けて判決をしていただくということになるだろうと思います。

○本田委員 私もA案です。覆審とした場合には、時間の経過による証人の記憶の減退によって、事実認定が難しくなるということが一つ。それから、証人の負担、その他の負担を考えると、やはりA案が適当であると思います。

○四宮委員 前はB案を主張しましたが、B案になって覆審になった場合には、証人の負担ですとか、いつまで経っても終わらないのではないかという問題点も指摘されています。ただ、私がB案の趣旨に賛成していたのは、差し戻し審にも新たな裁判員が加わるわけで、その裁判員にとって分かりやすい、つまり実質的に心証がとれる差し戻

13) 裁判員制度・刑事検討会（司法制度改革推進本部）（第13回）議事録（平成15年3月11日）

14) 裁判員制度・刑事検討会（司法制度改革推進本部）（第18回）議事録（平成15年5月20日）。同（第25回）議事録（平成15年9月12日）。

15) 辻裕教『裁判員法・刑事訴訟法（司法制度改革概説6）』（平成17年・2005年）145、158、187、236頁参照。

し審というのはいかにあるべきかということを中心に考えていたからです。ですから、差戻し審についてもなるべく直接主義、口頭主義の精神が実質化するということが重要だと思っていたわけですが、仮にA案となった場合でも、今までのように公判調書が中心の更新手続を前提としたものでは恐らく機能しないだろうと思います。先ほど更新のところでも議論されましたように、例えば証人の尋問もビデオに記録しておいて、そして、差戻し審における新たな裁判員が実質的に心証がとれるような工夫をした上でということになるのだろうと思います。そういった運用がなされることを前提であればA案ということでも良いと思います。

○大出委員 私も、今の四宮委員の意見とほぼ同じだと思いますが、現行法どおりと言ったときに、運用までがそのままということになる印象を与えるようでは困るということであって、やはり、続審説、更新説という、形骸化と言っていいかどうか分かりませんが、実情というのはやはり問題になっている部分があるわけですから、是非そこは更新の在り方について議論したところが守られる、そうでないとやはり裁判員が心証をとることが非常に難しくなってくるだろうと思いますので、その点を十分配慮した上で、そういう前提で現行法どおりというのであれば、私もそれで良いと思います。

○平良木委員 私はA案で良いと思うんですけども、現行法の解釈だって続審でやるのか、覆審でやるのかという議論は恐らくあるはずで、実際にもかつてあったんですね。そこで、両方の手続でどの程度違うかというのを幾つか記録を見てみたんですけども、現行法の下でやっているのは、ほとんど変わりがないんです。ただ、証拠の出し方や何かがちょっと違ってきますけれども、余り

変わりがない。そこで問題は、今、例えば一審でもう一回裁判員制度の下でやらなければいけないということになると、やはり裁判員にどうやって心証をとってもらおうかということが大事になってくる。そういう意味では、先ほどの議論を踏まえて、いわゆる更新でやるというのが良いと、その意味でA案というんだったら私はA案で良いと思います。

(5) 裁判員裁判については、同法附則9条において「政府は、この法律の施行後三年を経過した場合において、この法律の施行の状況について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に基づいて、裁判員の参加する刑事裁判の制度が我が国の司法制度の基盤としての役割を十全に果たすことができるよう、所要の措置を講ずるものとする」と定められていたところ、法務省においては、平成21年に「裁判員制度に関する検討会」が設置され、順次現状などの検討を踏まえて、平成25年6月に「取りまとめ報告書」をとりまとめている。

同報告書は、裁判員裁判と更新手続の状況については、「迅速かつ充実した分かりやすい審理に関する運用上の問題について」とする項目中「主張及び証拠の整理等の在り方、審理の長期化防止のための運用上の工夫、公判手続の更新の方法等について議論がなされたが、現状の運用状況について深刻な問題があるわけではなく、今後も法曹三者において工夫を重ね、迅速かつ充実した分かりやすい審理の実現等に向けて、これらの諸点につき適切に対処していく必要があるとの共通認識が得られた」とまとめている¹⁶⁾。

その議論の過程で、裁判員の補充乃至交代および破棄差戻後の更新などの実情に関して、以下に引用する意見交換がなされている¹⁷⁾。

次の小項目の「公判手続の更新が適切に行われているか。」という論点ですけれども、これにつ

16) 裁判員制度に関する検討会作成『取りまとめ報告書』（平成25年6月）（法務省のホームページによる）

17) 裁判員制度に関する検討会（第14回）議事録（平成24年11月6日）

いてのこれまでの議論の中では、東日本大震災の影響によって審理が中断した裁判員裁判の再開に当たって、DVDを再生するなどの方法で公判手続の更新が行われたことについて御発言があったと記憶しております。そういうことを含めてこの公判手続の更新、それほどたくさん行われているわけではないと思いますけれども、運用の実情についてどなたかからか御紹介いただければと思います。

○合田委員 私の方で把握している更新というのが、今、座長からお話のありました仙台地裁の例で、裁判員裁判をやっている途中に震災が起きたものですから、全員解任になったんですね。3月14日に全員解任になりまして、それで8月22日に新しく裁判員を全部選び直しているんです。ですから、皆さん初めてということになるんですが、ただ、そこまでは審理を進めておりますので、刑事訴訟法上はそれはそこまで有効な証拠調べが行われているということですから、それをどういう具合に新しい裁判員の方に理解していただくかということで、裁判員法に負担のない方法で工夫しろというような条文がありまして、そういうことも踏まえて証人の供述等は録画しておるわけがありますので、そこでDVDを御覧いただいたと、それで更新をした、そういうケースです。私が把握しているのはその1件だけでございます。

○井上座長 確か重要な訴訟行為はもう一度やり直す一方、被告人質問や証人尋問のかなりの部分をDVDを再生し、新しい裁判員の方々に見ていただくという形で更新手続を行ったということであったように記憶しますが、そうですね。

○合田委員 そういうことです。

○前田委員 弁護士会で把握しているのは1件だけですが、1件と理解していいんですか。

○合田委員 私の方でも1件しか把握しておりませんので、多分そうだと思いますけど。

○前田委員 更新手続をどうすべきか、私個人も弁護士会としての意見も、この時点では持ってお

りません。ただ、その1件を経験された検察官とも、また弁護士ともお話をする機会があったのですが、少なくとも裁判員にとってはビデオを見るのはすごく辛くて、評判は全くよくなかったと両方ともおっしゃっていました。だから、ビデオがいけないというわけではないのですが、そういう感想を述べられていたということでありまして、なかなか難しいところがあると思いました。

○井上座長 「辛い」というのは、再生にかかる時間が長過ぎるということですか。

○前田委員 延々とそのビデオを見続けることが苦痛である、こういう趣旨ですね。実際に法廷での証言を見聞きするのは全然違うんでしょうね。

○井上座長 恐らくその問題と再度裁判所に来て証言してもらった場合の証人などの負担とのバランスから、そういう措置を採られたのではないかと思うのですけど。

○合田委員 それはそうだと思います。それから、1件しかないという理由なんですけれども、一言だけ申し上げておけば、ほとんどの場合、補充裁判員が選ばれておりますから、ですから、裁判員6名の方に一部、続きをやれないが生ずる場合、それはほかにもあると思うんですが、ほとんどの場合は補充裁判員の繰り上げということで済んでしまいます。補充裁判員の方は最初からいますから更新は要らないわけですね。ですから、実際更新まで行ったのはその1件だけだと思うんです。

あと、今の前田委員からお話のあった件なんですけれども、休憩をどのくらい取るかというやり方の問題もあると思うんですが、画面をずっと見ているというのはなかなか大変だったという感想があることは伺っているんです。そこで、もう1回証人を呼んだらどうなのかという御意見も聞いたことがあるんですが、証人に来ていただく方の負担の問題もあり、それから、もしその2回目の証人尋問のときに証言内容が変わった場合にどうなるのか。刑事訴訟法上は、前の証言も証拠能力

があるわけでありまして、後の証言も証拠能力がある。仮に前の証人尋問の結果を調べないで、再度の証人尋問をやったとしても、もし証言内容が変わると、前の証言の方が自分の主張を支えるのに有利だという当事者の側は、前の方も調べてくれという具合に当然言うことになると思います。再度証人尋問をやるとすると、そういった今までなかなか起きなかったことが起きる可能性も考えておく必要があらうかと思えます。

○井上座長 土屋委員は、確かこの点で御意見を言われたと思いますが。

○土屋委員 懸念を表明した部分であります。今、仙台地裁で行われた内容の紹介がありましたけれども、それが問題だという意味で言ったわけではありません。ただ、更新手続が必要な状態が起きたときに、どういうふうな審理の整理をして、それを裁判員に伝えるのかというのはとても大事な問題だと思うのです。それで、その辺りの工夫というのが仙台地裁で行われたやり方でいいんだろうかとなると、今、DVDの話もありましたけれども、やはり延々とDVDをずっと見るとというのは大変だなと実は思っていて、うまい工夫がないだろうかと気になったわけです。いろいろと議論が出ることを想定している話ではありますけれども、例えば、調書要旨の朗読みたいな形で行われるようなDVDの編集などをすると、これは証拠上いろいろ問題だという話が出てくる可能性がありますから難しいとは思いますが、そういう新たな工夫みたいなものももっと必要ではないかなと思うんです。その辺りは実際の運用としても目配りしておく必要があるのではないかと思います。

そういう意味でお話していたことなんですけど、実はその関係でもう一つ気になっているのは、例えば、これから新たな鑑定が必要になるとか、いろいろなことが起きて長期間審理が中断するとい

うようなことが仮にあったとしたら、何か月も後になって審理が再開されると、恐らく素人の裁判員というのは、以前行われた審理内容について忘れてしまうという大変だけれども、記憶が乏しくなってしまう、そのことが原因でひょっとすると適切な判断ができないということになるかもしれない。そういうことも考えると、案外更新の問題というのは、現実には起きているケースは少ないにしても、考えておかなければいけないのかな、そういう趣旨で以前ちょっとお話ししたわけです。

○井上座長 分かりました。ビデオを編集して要所だけ再生するというのも難しいところがあるというか、かえって問題が大きくなるかもしれないですね。考えておかなければならない問題であることは確かだと思いますけれども。

(6) では、破棄差戻後の裁判員裁判の審理のあり方について、基本的にどう考えるべきか。

まず「裁判員制度・刑事検討会」ならびに「裁判員制度に関する検討会」いずれも大枠での裁判員裁判における更新手続と差し戻し審のあり方に関する方向性は示しているものの、実際に一審・無罪判決が上訴審で破棄されて再度の裁判員裁判に委ねられる場合に、あるべき審理のモデルをどうするかといった更に踏み込んだ検討まではなされていない。従って、大きくは、更新手続の活用とともにやはり裁判員にとって分かりやすい審理であることを如何に保障するかが鍵となる。以下、若干検討する。

第1。「2度目の裁判員裁判」に関する公判前整理手続において新しい証拠調べが行われることが決定された場合、その段階でいわゆる破棄判決の拘束力は解消される¹⁸⁾。事実面・量刑面に関する破棄判決の拘束力はなくなり、全く新たな心証形成の場を裁判員に提供すべき責務を二次一審は負う。裁判員と裁判官は、第1次裁判員裁判体と異なる経験値と生活体験を持った異なる裁判体としてあらためて

18) 詳細は、拙著「刑事裁判を考える」(平成18年)234頁以下参照。

事件の審理に臨む。従前、事実上官僚司法機構に支えられた、同質とっていいプロの裁判官のみが事実認定を担っているのとは、事実認定の手續構造が異なる。官僚組織に属するプロの裁判官であれば、観念的には、同一の証拠郡について、異なる裁判体でも同一の事実認定になると期待されている。しかし、裁判員裁判はそもそも事実認定の主体の性質が異なる。多様性の原理が働く。事件毎に集まる6名の市民の叡智とプロの裁判官の経験値を組み合わせ、証拠を評価することとなる。事実認定に適用される論理則・経験則にある程度の合理的な幅があることが手續の構造上予定されている。したがって、裁判員と裁判官には、あらかじめ証人尋問・被告人質問等中核となる証拠について直接見分する必要がある。その意味で、裁判員裁判に関する破棄判決の拘束力は、新たな証拠調べと同時に消滅するという手續を基準として明確に拘束力の切断効が生じるとみるべきだ。

第2。形式的には、破棄差戻前の一審で行われた証人尋問・被告人質問に関して作成される証人尋問調書・被告人供述調書（これらは公判調書と一体として訴訟記録に編綴される）については、手續の更新措置によって、証拠としての引継が可能ではある。65条記録媒体の作成手續に鑑み、その真正には疑いの余地がなく、それぞれ証人の証言、被告人の供述が任意になされていることも明白であるから、実質的に見て、それぞれ法321条2項、322条2項を適用してよい。しかし、基本的には、一種の証拠禁止が働くともみるべきだ。裁判員裁判制度を導入した以上、事実認定の権限と責務を負う市民の代表である裁判員は、検察官が「合理的疑いを超える証明」という刑事裁判の鉄則を充足するのに必要なベストエビデンスによって事実の認定をするべき責務を国民

から信託されている。それが、裁判員法1条に掲げられた理念である。すなわち、「国民の中から選任された裁判員が裁判官と共に刑事訴訟手續に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」（裁判員法1条）。裁判員に新鮮で予断・偏見のない心証を形成してもらうには、あらかじめ証人尋問と被告人質問を行うべきである。

第3。「2度目の裁判員裁判」の弁護人は、控訴審弁護人が直面するのは全く逆の事態に直面する。65条記録媒体は、差し戻し審の段階では、「更新用記録媒体」として順次裁判所において保管してきているものの、訴訟記録には編綴されていないし、ましてや証拠にはなっていない。ところが、上訴審で一審の裁判員裁判を破棄した場合、プロの裁判官達＝司法官僚組織は上級庁の意思を維持・継受するため、破棄判決の事実上の拘束力を「2度目の裁判員裁判」に浸透させようとする。その典型が、65条記録媒体を利用した証拠調べの実施である¹⁹⁾。むしろ、証人尋問、被告人質問との併用をすることとなろう。だが、プロの裁判官達は、裁判員裁判の判断を不合理と断じた上級審の判断構造を根こそぎ変えることなく、むしろあらたに被告人に有利であることが明白な証拠の追加でもない限り、有罪を認定する方向へと審理を導くこととなる。そこで、弁護人の責務は、裁判員と裁判官が直接すべての証拠を白紙の状態のみで、判断する直接主義の徹底を迫及することにある。65条記録媒体を裁判所が職権で証拠調べすることは、事実上は可能であっても、新たな裁判員裁判を実施するにあたり、弁護人は、極力再度の証人尋問と被告人質問を迫及するべきである。

(7) 以上を総括すると、「2度目の裁判員裁判」が上級庁の裁判官が認める有罪認定の可能性に歪めら

19) 破棄判決の拘束力に関して「何らかの証拠調べをしさえすれば、拘束力から解放されるわけではなく、証拠調べをしたが、消極的否定的判断を左右するような証拠が出てこなければ、この判断に従うほかない」という説がある（大コメンタール刑訴法9巻（2版、2011年）443頁（原田國男））。破棄審の心証を差戻審が引継ぐことを前提とした上で、これを新証拠で切断できるかを差戻審の審理の争点とするものである。これは裁判員裁判の構造には適合しない拘束力論である（心証継受・実体基準説）。公判前整理手續であらたな証拠調べが決定された段階で心証は切断すると解釈するべきである（心証切断・手續基準説）。

れないためにも、法317条が認める事実認定の基礎たる証拠には特殊な証拠禁止の原理が働くと解するべきである。

つまり、被告人は、裁判員裁判制度があることを前提とする限りにおいて、その本質を損なわない裁判を受ける権利が憲法上保障されることとなり、それを前提として、「2度目の裁判員裁判」においても、必要な証人を再度喚問して被告人において十分に審問する権利が保障されなければならない。これに代えて、「2度目の裁判員裁判」の証拠調べの中核を65条記録媒体の視聴にあてる審理では、裁判員裁判自体の本質に反し、同制度を前提にした被告人の裁判を受ける権利を侵害するものとなる。

そこで、伝聞禁止の原理に立ち戻り、65条記録媒体の性質に照らして、321条1項1号の要件を準用し、供述不能または相反性を満たす場合でなければ、65条記録媒体を証拠に採用することはできないと解するべきである²⁰⁾。2度目の証人尋問等に際して、前回と異なる証言や記憶が薄れた場合、適宜65条記録媒体を活用して、弾劾と記憶喚起をすればよく、さらにその限度で相反する部分について、321条1項1号または328条によって証拠調べ請求を行えばよい。

被告人の供述も同様であって、現に被告人が出廷しているのに、前の法廷の記録を再生する必要はない。

以上の意味で、法317条が定める事実認定の基礎とすることのできる証拠には、65条記録媒体は原則として含めることができなという証拠禁止の原理を認めるべきである。

6 裁判員裁判の「市民主義」原理と被告人の「包括的防御権」

裁判員裁判の導入を含む21世紀の司法改革を支える法原理は「市民主義」である。裁判員裁判とは、市民社会を形成し、憲法の構造上国民たる地位にある市民が、個々の裁判の主体になることを意味する。被告人たる市民を裁く司法権の行使に、市民が直接に参加し決定する権利と義務が与えられる。その裁判員裁判の審理の原理は、「直接主義」でなければならない。市民たる裁判員に「分かりやすい裁判」である。あらためて関連規程を確認する。

- 審理一般について——裁判員法51条（裁判員の負担に対する配慮）「裁判官、検察官及び弁護士は、裁判員の負担が過重なものとならないようにしつつ、裁判員がその職責を十分に果たすことができるよう、審理を迅速で分かりやすいものとするに努めなければならない」。
- 立証と弁論について——裁判員裁判規則42条（立証及び弁論における配慮）「検察官及び弁護士は、裁判員が審理の内容を踏まえて自らの意見を形成できるよう、裁判員に分かりやすい立証及び弁論を行うように努めなければならない」。
- 評議について——裁判員法66条5号（評議）「裁判長は、第一項の評議において、裁判員に対して必要な法令に関する説明を丁寧に行うとともに、評議を裁判員に分かりやすいものとなるように整理し、裁判員が発言する機会を十分に設けるなど、裁判員がその職責を十分に果たすことができるように配慮しなければならない」。

20) 現行法上、破棄判決と差戻審の他、付審判決と公判、再審請求審と再審公判も先行手続と後行手続の連続・不連続が問題となる手続である。両手続の接続に関する明文規定はない。運用上弁論更新手続に準じている。ただ、一審判決破棄後の「2度目の裁判員裁判」となる差戻審の性質は、続審であるより覆審とみるべきで、全くの新件と扱ってもよい。その意味で、同じく65条記録媒体の証拠能力が問題となる場面でも、控訴審では321条2項・322条2項で処理すべきだが、「2度目の裁判員裁判」では手続の断絶を明確にするため、321条1項1号と322条1項準用によるべきだ。

他方、被疑者・被告人は、「包括的防御権」を憲法構造上保障されている。その原理は、被疑者・被告人たる地位に置かれた市民は、適切な時期に、適切な手続により、適切な主張と証拠を、適切な相手に訴えて提示し、そのための適切な準備を行う機会と手段を保障されるべきであるとする点にある（「包括的防御権」の原理）。

裁判員裁判の導入によって、刑事裁判の構造に市民主義と直接主義の原理が組み込まれることとなったが、これと「包括的防御権」の原理が交錯することによって、65条記録媒体の扱いに関するふたつの法効果が発生する。①控訴審・上告審においては「証拠適格効」を裏付ける。②「2度目の裁判員裁判」（破棄差戻後の二次一審としての裁判員裁判）においては、「証拠禁止効」をもたらす。今後の課題は、以上の法原理を実務に活かすことにある。