

刑事手続における除斥制度について（2・完）

—「予断防止」としての位置付けの再検討—

金子 章

第一章 はじめに

第一節 除斥をめぐる従来の議論状況

第二節 除斥の趣旨に関する従来の理解

第三節 本稿の目的

第二章 いわゆる「予断防止原則」について

第一節 「公平な裁判所」の解釈

第一款 我が国の最高裁判例の評価

第二款 「公平な裁判所」の本質的意義

第一項 比較法的考察

(一) アメリカにおける状況

(二) イギリスにおける状況

第二項 我が国における状況—旧刑訴法時代

第三款 小括—本節のまとめ

第二節 刑事手続上の諸制度の意義の再検討

第一款 起訴状一本主義—「公判前整理手続」との関係に着目して

第一項 学説における従来の議論状況

(一) 議論の背景

(二) 公判前整理手続と起訴状一本主義との抵触を肯定する見解

(三) 公判前整理手続と起訴状一本主義との抵触を否定する見解

第二項 憲法的視点からの再検討—従前の議論に対する批判的考察

(以上 17 卷 2 号)

第二款 除斥の趣旨の再検討

第三款 小括—本節のまとめ

第三章 除斥に関する最高裁判例の検討

第一節 最高裁平成17年8月30日決定

第二節 刑訴法20条7号に関する議論状況

第一款 刑訴法20条7号に関する基本的整理

第二款 「前審の裁判」に関する従前の最高裁判例の概観

第一項 第一審にとっての「前審の裁判」への該当性が問題となった事例

第二項 第二審にとっての「前審の裁判」への該当性が問題となった事例

第三項 その他に「前審の裁判」への該当性が問題となった事例

第三款 小括一本節のまとめ

第三節 最高裁平成17年8月30日決定の検討—学説による評価を踏まえて

第一款 本決定の意義

第二款 本決定に対する学説の評価の検討

第三款 小括一本節のまとめ

第四章 おわりに—本稿の総括(以上本号)

第二款 除斥の趣旨の再検討

一 刑訴法20条における除斥制度は、従来の学説において、いかなる位置付けを与えられてきたのであろうか。

この点、除斥は、忌避や回避と並び、刑訴法上の予断防止原則を具現化したものであるとの位置付けが与えられている^{73) 74)}。それゆえ、例えば、刑訴法20条が規定する除斥に関しては、「不公平な裁判をするおそれが推認される法定の事由があるときに、裁判官を職務から当然に排除する制度である」⁷⁵⁾、「不公平な裁判をするおそれがある類型的な法定事由のある場合に、裁判官を法律上当然に職務から排除する制度である」⁷⁶⁾、「裁判官が不公平な裁判をするおそれのいちじるしい場合を法が典型的に取り上げて、その原因が存在するときには当然に職務を行なうことができないものとする制度である」⁷⁷⁾などと説明されているのである。

しかしながら、上述したように、従来から予断防止原則の代表的存在であると理解されてきた起訴状一本主義が、予断防止を趣旨とするものではないとするならば、起訴状一本主義と同じく「予断防止原則」を具現化したものと位置

付けられてきた除斥（刑訴法 20 条）の趣旨もまた、再検討するべきであるように思われる。

二 それでは、上述したような憲法的視点から改めて除斥の意義に検討を加えた場合、除斥は、予断防止を趣旨とする制度として理解されるべきこととなるのであろうか。

この点、既に述べたように、裁判官は予断を抱く危険性がないとするならば、従来のように、除斥制度の趣旨を予断防止に（まで）求めるのは不合理であるように思われる。むしろ、除斥の問題と憲法上の「公平な裁判所」の保障に由来する予断防止の要請の問題とは、理論的に区別して論じられる必要があると考えられる。そうだとすると、20 条 7 号の趣旨は、審級制度を維持する上で、下級審裁判官が同じ事件の上級審裁判官を務めることは矛盾であり、（それに準ずる場合、すなわち、前・後審的關係のある場合も含めて）これを排除することにあると解するべきである⁷⁶⁾。また、20 条 7 号以外の類型、すなわち、裁判官がその事件と密接な関係を既に有していた場合に除斥されることの趣旨は、その関係は裁判官たる地位と矛盾であり、これを排除することにあると解するべきである⁷⁷⁾。

三 なお、20 条 7 号但書は、受託裁判官としての関与は除斥事由に当たらないと規定している。この点については、「受託裁判官は、自ら事件について心証形成を行う職責を有するものではないから、本号（7 号を指す一筆者注）掲記の各裁判の基礎となった取調べに関与した場合であっても、受託裁判所の裁判官の場合と同列に論ずることはできず、仮に、事件全体の心証を得られる程度に広範な証拠調べを行った場合であっても、本号による除斥の対象とはならないものと一般に解されている」⁸⁰⁾。

しかしながら、このような理由付けは果たして妥当といえるのであろうか。受託裁判官としての関与は除斥事由に当たらないとされているのは、むしろ、この場合には、もはや「前審の裁判」への関与（に準じるもの）と評価するに値しないからであると解するのが妥当であるように思われる。

第三款 小括一本節のまとめ

一 従来の一般的な見解によれば、起訴状一本主義および除斥は、刑訴法上の予断防止原則を具現化したものと理解されてきた。しかしながら、前節において得られた、憲法上の「公平な裁判所」の保障に関する知見を踏まえた上で、いわば憲法的視点から、それら刑訴法上の諸制度の趣旨を再検討することによって、起訴状一本主義および除斥はいずれも、予断防止を趣旨とする制度と理解するべきでないことを、本節では明らかにした。

二 起訴状一本主義の趣旨に関しては、捜査と公判を明確に分断することにある(にすぎない)と解するべきである。また、除斥、特に20条7号の趣旨に関しては、審級制度を維持する上で、下級審裁判官が同じ事件の上級審裁判官を務めることは矛盾であり、(それに準ずる場合、すなわち、前・後審の関係のある場合も含めて)これを排除することにある(にすぎない)と解するべきである。言い換えれば、刑訴法20条7号は、「前審の裁判」に関与した場合を除斥事由として規定するだけでなく、それに準じるものと立法者が評価したものを、拡張的な除斥事由として、限定的な範囲で明示的に規定していると考えられるのである⁸¹⁾。

第三章 除斥に関する最高裁判例の検討

一 前章では、予断防止原則の具現化と位置付けられてきた除斥制度の趣旨を再検討し、その本来的意義を明らかにした。本章では、そこでの成果を前提にして、除斥、特に刑訴法20条7号に関する最高裁判例に、学説の評価をも踏まえつつ、検討を加えることにする。

二 本章の具体的な内容は、以下のとおりである。まず、近時の最高裁判例である最高裁平成17年8月30日決定を紹介し(第一節)、それに引き続き、最高裁平成17年決定が現れる以前における、刑訴法20条7号に関する最高裁判例を概観する(第二節)。その上で最後に、平成17年8月30日決定に、学

説の評価を踏まえながら、検討を加えることにする（第三節）。

第一節 最高裁平成17年8月30日決定

一 刑訴法20条7号に関する最高裁判例として近時現れたのが、最高裁平成17年8月30日決定⁸⁹である。本決定の事案の概要と決定要旨は以下のとおりである。

二 本件は、日本語学校生として来日した中国人の被告人が、共犯者らと共に謀の上、3回にわたって強盗を行い、うち2回では被害者らを殺傷したという事案である。

被告人は、実際より1年繰り上げた生年月日が記載された旅券を所持し、外国人登録証の生年月日の記載も同様であったところ、それによれば、被告人は、起訴時点で、既に20歳であったことから、成人として、通常の手続により起訴された（以下、「前件」という）。前件第一審は、山形地裁で行われたが、審理が相当進んだ第14回公判に至って、弁護士から被告人の生年月日は、それまで示されていたところより、実際には1年遅い旨の主張があり、調査の結果、弁護人の主張どおり、被告人は自己の生年月日を偽っていたことが判明した。そうだとすると、被告人は、起訴の段階では19歳であったことになり、それゆえ、起訴するには、少年法が定める家裁の逆送決定が必要であるにもかかわらず、これを欠いていることになるため、裁判所は、公訴提起の手續が法令に違反して無効であるとして、公訴棄却の判決をし、同判決は被告人・検察官双方の上訴権放棄により直ちに確定した。

検察官は、前件と同一の事件で被告人を山形地裁に起訴したが（この時点では被告人は成年に達していた）、前件で公訴棄却の判決をした裁判所と同じ裁判官3名で構成された裁判所は、第1回公判期日に前件で取り調べたのと同じ証拠及び前件で行われた被告人質問等の公判調書の謄本を取り調べた上、改めて被告人質問を行い、第2回公判期日に論告、弁論等を行って結審し、第3回公判期日に無期懲役（未決160日算入）の判決を言い渡した（山形地裁平成

16年1月26日判決)。

これに対し、被告人が控訴を申し立てた。弁護士は原審で量刑不当を主張したが、その中で、前件の公訴棄却の判決をした裁判官が、本件第一審において、極めて簡易な公判審理をして第一審判決を言い渡したなどと同判決を論難した。原判決は、「本件では、前件の公訴棄却の判決を言い渡した裁判所を構成している3名の裁判官が、その再起訴に係る本件の原審公判を担当し、原判決を言い渡しているが、それが適切か否かはともかく、刑訴法338条4号による公訴棄却の判決は、裁判官の除斥原因には該当しないし、忌避の裁判もないから、同法337条2号に該当するとはいえない」と述べたが、前件における最初の起訴時から公訴棄却の判決までの未決勾留日数が760日あり、この未決も本件に算入できることを考えると、第1審判決の未決勾留日数の算入は著しく過少であるとして、その限度で量刑不当の論旨をいれ、第一審判決を破棄して、改めて無期懲役(第一審の未決700日算入)を言い渡した(仙台高裁平成16年11月11日判決)。

三 これに対し、被告人が上告に及んだ。弁護士は、前件で公訴棄却の判決をした裁判所と裁判官の構成を同じくする裁判所が、再起訴後の第一審公判の審理を担当し、前件で取り調べた証拠等を基に犯罪事実の認定を行ったことにつき、裁判官の除斥事由である前審関与に該当すると主張したが、本決定は、この点に関して、次のように職権で判示し、上告を棄却した。

「裁判官が事件について公訴棄却の判決をし、又はその判決に至る手続に関与したことは、その手続において再起訴後の第一審で採用された証拠又はそれと実質的に同一の証拠が取り調べられていたとしても、事件について前審の裁判又はその基礎となった取調べに関与したものとはいえないから、刑訴法20条の定める裁判官の除斥原因に該当しないとした原判断は、結論において、正当である」。

第二節 刑訴法20条7号に関する議論状況

本節では、上記最高裁平成17年8月30日決定に検討を加えるに先立って、刑訴法20条7号の「前審の裁判・・・又はこれらの裁判の基礎となつた取調べに関与したとき」に関する従前の最高裁判例を概観しておくことにする⁸³⁾。

第一款 刑訴法20条7号に関する基本的整理

一 第一に、「前審の裁判に関与したとき」とは、いかなる場合を意味するのであろうか。

まず、「前審の裁判」とは、審級制度を前提として、上級審からみた下級審の終局裁判をいい、判決であると決定であると問わないし、時間的前後関係を問題とするものでもない、というのが一般的理解である⁸⁴⁾。最決昭和34年2月19日刑集13巻2号179頁もまた、「刑訴20条7号にいわゆる前審の裁判とは、上訴により不服を申し立てられた当該事件のすべての裁判を指称するものであ」としている⁸⁵⁾。すなわち、具体的には、「前審の裁判」とは、控訴審からみれば第一審、上告審からみれば控訴審又は第一審、抗告審からみれば原審又は原々審の各終局裁判を指すことになる^{86) 87)}。

次に、前審の裁判への「関与」とは、実質的関与を意味し、裁判内容の成立に実質的に寄与したことをいう、と一般に理解されている⁸⁸⁾。それゆえ、判決の言渡しだけに関与した場合などは、ここにいう関与には該当しないことになる(大判大正15年3月27日刑集5巻3号125頁、最判昭和32年4月16日刑集11巻4号1372頁)。

二 第二に、「裁判の基礎となつた取調べに関与したとき」とは、いかなる場合を意味するのであろうか。

この点については、裁判の内容の形成に役立った取調べへの関与を意味し、当該裁判官のなした証拠調の結果が採証された場合をいう、と一般に理解されている⁸⁹⁾。最大判昭和41年7月20日刑集20巻6号677頁もまた、捜査書類および証拠物が有罪判決の証拠として採用された場合は、右証拠を第一審で取り調べた裁判官は控訴審では当然除斥され、職務を行ない得ないとしている^{90) 91)}。

以上が刑訴法20条7号に関する判例・学説の基本的な理解である。もっとも、特に「前審の裁判」への該当性が問題となった事例が、実務上、これまでに数多く存在している。それらに対する学説の評価は、刑訴法20条7号の趣旨の理解などとも絡んで、必ずしも一致しているわけではない。そこで、次に、最高裁平成17年決定が現れるに至るまでの、「前審の裁判」への該当性が問題となった事例を具体的に概観することにする。

第二款 「前審の裁判」に関する従前の最高裁判例の概観

本款では、第一審にとっての「前審の裁判」への該当性が問題となった事例(第一項)、第二審にとっての「前審の裁判」への該当性が問題となった事例(第二項)、その他に「前審の裁判」への該当性が問題となった事例(第三項)に区別して、最高裁平成17年決定が現れるに至るまでの、「前審の裁判」への該当性が問題となった事例を概観することにする。

第一項 第一審にとっての「前審の裁判」への該当性が問題となった事例

①最大判昭和25年4月12日刑集4巻4号535頁は、逮捕状を発付し、起訴前の勾留に関する処分に関与し、かつ起訴後第1回公判期日までに保釈請求却下の決定をした裁判官が、第一審の審判を担当した場合について、「倉吉簡易裁判所判事として所論のような起訴前の強制処分に関与し且つ、起訴後第1回公判期日までの間に鳥取地方裁判所倉吉支部判事として保護請求却下の決定をした福浦判事が、同支部判事として第一審の審理判決をしたことは、所論の通りであるが、そのために同判事が職務から除斥されること」はない、と判示している^{92) 93)}。

②最三判昭和28年10月6日刑集7巻10号1888頁は、共同被告人として起訴された共犯者を審理した裁判官が、弁論の分離された他の被告人の審判に関与した場合について、「記録を調べてみると、被告人は共犯者藤川春芳外1名と共に共同被告人として起訴されたところ、第一審第1回公判期日に被告人の

弁護人が出頭しなかつたため、被告人に対する弁論は分離され他の2人の共同被告人についてのみ証拠調を終り結審されたが、本件被告人については第2回公判期日に審理が行われたこと所論のとおりである。しかし、第一審の裁判官が前記共犯者等の公判審理により被告人に対する本件事件の内容に関し知識を得たからとて、そのこと自体は裁判官を被告人に対する本件事件審判の職務の執行から除斥するものでないこと刑訴20条各号の規定により明らかである」と判示している⁹⁴⁾。

③最二決昭和29年2月26日刑集8巻2号198頁は、少年法20条による検察官送致決定をした裁判官が、後にその事件の審判に関与した場合について、「家庭裁判所の少年審判事件に関与し事件を検察官へ送致する決定をした裁判官が、後にその被告事件の審判に関与しても刑訴20条7号にいう前審の裁判に関与したものというを得ないから除斥せらるべきいわれ」はない、と判示している⁹⁵⁾。

④最二判昭和30年3月25日刑集9巻3号519頁は、刑訴法227条による証人尋問をした裁判官が、当該被告事件の審判に関与する場合について、「所論は、第一審裁判所の裁判官（単独）は、本件起訴前刑訴227条による証人尋問をなしたものであるから、除斥または忌避の原因があるにかかわらず本件審判をなしたことは、憲法37条1項に違反するというのである。所論の事実は記録上認められるが、刑訴227条による証人尋問をした裁判官は当該被告事件の審判から除斥されるものではなく・・・、所論裁判官が本件訴訟手続において忌避の申立を受けた事実も記録上認められないのであるから、所論違憲の主張は前提を欠くものであつて、上告適法の理由とならない」と判示している⁹⁶⁾。

⑤最二判昭和30年10月14日刑集9巻11号2213頁は、必要的共犯者の審理において被告人を証人として尋問したうえ第一審に関与した場合について、「所論第一審裁判官浜守竜が、本件第一審第1回公判の開廷前に本件被告人を別件稲沢盛之助に対する公職選挙法違反被告事件の証人として尋問したこと、及びその尋問事項が本件の訴因第一に関するものであることは、右の別件記録

によると所論のとおりである。しかし、この一事を以て直ちに所論のように刑訴 256 条 6 項、296 条 1 項、20 条 6 号、7 号の諸規定の趣旨と相容れないものとは解しえない」と判示している^{97) 98)}。

第二項 第二審にとっての「前審の裁判」への該当性が問題となった事例

①最二判昭和 25 年 5 月 12 日刑集 4 巻 5 号 793 頁は、控訴審の裁判官が第一審において被告人の保釈決定に関与した場合（旧法事件）について、「原審裁判長堀内斉判事は第一審に於て昭和 22 年 5 月 19 日裁判長として保釈決定をなし裁判に関与され控訴審に於ては旧刑事訴訟法第 24 条第 8 号により除斥せらるべきに不拘原審裁判長の職務を行はれました点に付原審は手続上の違背あり原審判決は破棄せらるべき」との上告趣意に対し、「記録を見ると、所論堀内斉判事が被告人の保釈決定に関与していることは所論のとおりである。しかし旧刑訴第 24 条第 8 号は上訴により不服を申立てられた裁判又はその基礎となつた取調に関与した場合をいうのであるから、所論保釈決定に関与した場合を含まないことは論議を要しないところである。（昭和 24 年新（れ）第 104 号昭和 25 年 4 月 12 日大法廷判決参照）」と判示している⁹⁹⁾。

②最一決昭和 28 年 5 月 7 日刑集 7 巻 5 号 946 頁は、控訴審の差戻判決に関与した裁判官が、再度の控訴審判決に関与した場合について、「原判決に関与した裁判長判事吉村國作は、本件差戻前の控訴審における差戻判決に関与した裁判官であることは所論のとおりである。しかし、かかる関与が刑訴 20 条 7 号の場合に当らないことは、その法文上明白である」と判示している¹⁰⁰⁾。

③最二決昭和 29 年 6 月 23 日刑集 8 巻 6 号 943 頁は、破棄差戻を受けた第一審裁判所が、控訴審でした事実の取調の結果を証拠に採用していた場合に、その事件の再度の控訴審において、先に事実の取調をした裁判官は除斥されるかが問題となった事案である。最高裁は、「本件第一次の控訴裁判所において取り調べた証人野中一雄同的場治一の各公判調書を第二次の第一審裁判所（即ち本件の第一審裁判所）において有罪の証拠として採用していること、そして右

第一次の控訴裁判所の構成裁判官である判事小山市次が、第二次の控訴裁判所（即ち本件の原裁判所）の構成裁判官として再びその審理裁判に関与していることはすべて所論指摘のとおりである。そこで所論は右判事小山市次が第二次控訴裁判所の裁判官としてその審理に関与していることは刑訴20条7号の『裁判の基礎となつた取調に関与したとき』に該当し、従つて除斥の事由に当る裁判官が右第二次控訴裁判所の裁判（即ち本件原判決）に関与した違法があり、右は刑訴411条1号の判決に影響を及ぼすべき法令違反があつて原判決を破棄しなければ著しく正義に反すると主張するのである。しかし、刑訴20条7号の『これらの裁判の基礎となつた取調に関与したとき』とは、同号にいう『前審の裁判』又は同号所掲の差戻し若しくは移送された場合における『原判決』をした各裁判所においてその裁判官として前掲各裁判の基礎となつた取調に関与した場合を指すものと解するを相当とすべきであるから、所論本件の場合は右に該当しないこと明らかである』と判示している¹⁰⁰⁾。

④最大判昭和41年7月20日刑集20巻6号677頁は、控訴審裁判官が、かつて第一審裁判官として公判期日に供述調書・証拠物の取調をしていたという事案であるが、最高裁は、「事案にかんがみ職権を以て調査するに、記録によれば、所論原審の判事は、第一審裁判官として、その第5回公判期日に所論証拠の取調をなしたこと、該証拠は第一審判決の判示(1)の第一の(一)および同(2)の第一の各事実の認定の用に供されていること明らかである。してみれば、所論判事が本件において刑訴法20条7号にいう前審の『裁判の基礎となつた取調に関与した』ことは明らかであるから、同判事には除斥理由が存するものというべきである」、と判示している。

第三項 その他に「前審の裁判」への該当性が問題となった事例

最一決昭和34年2月19日刑集13巻2号179頁は、原確定判決に関与した裁判官が再審請求事件の審理に関与した場合について、「刑訴20条7号にいわゆる前審の裁判とは、上訴により不服を申し立てられた当該事件のすべての裁

判を指称するものであつて、再審は上訴の一種に属しないのであるから、被告人山口清人に対する窃盗、詐欺、強盗殺人、同未遂、銃砲刀剣類等所持取締令違反被告事件の確定判決となつた第一審の審理に関与した裁判長裁判官池田惟一、裁判官田上輝彦、裁判官藤原寛が、さらに本件再審請求事件の審理に関与しても、前審の裁判をした裁判官として再審請求事件の審理手続より除斥されるものではない」と判示している¹⁰²⁾。

第三款 小括一本節のまとめ

一 以上、最高裁平成 17 年決定が現れるに至るまでの、「前審の裁判」への該当性が問題となつた事例を概観してきた。そこからは、最高裁は一貫して、「前審の裁判」への該当性を形式的に判断し、それをもって、当該裁判官は除斥の対象とはならないと結論付けていることが窺える。もっとも、学説においては、除斥は予断防止を趣旨とするものであるとの立場を前提として、このような最高裁判例の傾向に対して疑問を呈する見解がむしろ有力であり¹⁰³⁾、例えば松岡教授は、「判例の立場は、除斥制度の本旨である『予断排除』それ自体を問題にせず、審級制度の趣旨に反する限りにおいてのみ除斥しようとするものである」¹⁰⁴⁾と批判的に評価しているのである¹⁰⁵⁾。

二 しかしながら、このような評価は果たして妥当と言うべきであろうか。刑訴法 20 条の趣旨を予断防止に求める従来の一般的理解の見地に立つのであればともかく、上述したように、刑訴法 20 条 7 号の趣旨は、予断防止に求められるべきでなく、審級制度を維持する上で、下級審裁判官が同じ事件の上級審裁判官を務めることは矛盾であり、(それに準ずる場合も含めて)これを排除することにとどまると解するべきであるとすれば、一連の判例に見られるような、形式的に「前審の裁判」に該当しないことをもって、当該裁判官を除斥の対象としないとの帰結を導いた、最高裁の厳格な態度は、むしろ、不当とはいえないどころか、積極的に評価することも可能であつたように思われる。

いずれにせよ、以上のような最高裁判例の積み重ねの上に近時現れたのが最

高裁平成 17 年 8 月 30 日決定である。

第三節 最高裁平成 17 年 8 月 30 日決定の検討—学説による評価を踏まえて

本節では、学説による評価にも目を向けながら、最高裁平成 17 年 8 月 30 日決定（以下、「本決定」とは、最高裁平成 17 年 8 月 30 日決定を指す）に検討を加えることにする。

第一款 本決定の意義

一 少年の被疑事件について捜査を遂げた結果、犯罪の嫌疑があるものと思料するときは、これを家庭裁判所に送致しなければならないとされ（いわゆる全件送致主義）（少年法 41 条、42 条）、送致を受けた家庭裁判所が、刑事処分を相当と認め、決定をもって、事件を検察官に送致（いわゆる逆送）（少年法 20 条、23 条 1 項）しなければ、検察官は公訴提起できない（少年法 45 条 5 号）とされている。したがって、この手続に違反して、検察官が公訴提起するに至った場合には、刑訴法 338 条 4 号に基づき公訴棄却の判決が下されることになる。

二 本件は、上述の少年法上の手続に違反したことを理由とする公訴棄却判決後、再起訴に係る同一事件を同じ裁判体が審理した場合、前件の公訴棄却判決は刑訴法 20 条 7 号にいう「前審の裁判」に該当するか、という問題につき、最高裁として初めて判断を下したものである。

この点、本決定は、「裁判官が事件について公訴棄却の判決をし、又はその判決に至る手続に関与したことは、・・・事件について前審の裁判又はその基礎となった取調べに関与したものとはいえないから、刑訴法 20 条の定める裁判官の除斥原因に該当しないとした原判断は、結論において、正当である」と述べ、「前審」に該当しないという形式的判断をもって除斥の対象とはならないとの帰結を導いており、従来の最高裁判例の流れに沿うものであると評価することができよう¹⁶⁶⁾。また、刑訴法 20 条 7 号の趣旨を、審級制度を維持する

上で、下級審裁判官が同じ事件の上級審裁判官を務めることは矛盾であり、(それに準ずる場合も含めて)これを排除することにとどまると解されることからすれば、本決定の理由付け及び結論は積極的に評価することができるように思われる。

三 なお、本決定は、端的に「事件について前審の裁判又はその基礎となった取調べに関与したものとはいえない」と判示するのではなく、「その手続において再起訴後の第一審で採用された証拠又はそれと実質的に同一の証拠が取り調べられていたとしても」と言及している。これは、上告趣意との関係において、そのような事情は、当該裁判官が除斥の対象となるか否かの判断において、何ら意味を持つものではないことを注意的・確認的に示したものと考えられる¹⁰⁷⁾。

四 また、本決定は、「原判断は、結論において、正当である」と判示している。この点については、原判決が、「刑訴法 338 条による公訴棄却の判決は、裁判官の除斥原因には該当しない」としつつも、「それが適切か否かはともかく」と述べ、(予断防止の観点から)その妥当性に疑問を呈しているかのような態度を示していたことから、最高裁はその点を間接的に否定したものであると考えられる¹⁰⁸⁾。

五 本決定の射程範囲にも言及しておこう。本件は、確かに、少年法上の手続不備を理由とする公訴棄却に関するものである。しかしながら、本決定の判示の仕方からみても、また、公訴棄却事由を本件と異にする場合に、異なった結論を採用する実質的理由がないことから、本決定の判示内容は、そのほかの公訴棄却事由にも広く妥当するものと解される¹⁰⁹⁾。

第二款 本決定に対する学説の評価の検討

本決定に関する評釈は、既にいくつか存在する。そこでは、本決定に対して、どのような評価が与えられていたのであろうか。以下では、本決定に対する学説の評価に検討を加えることにする。

(a) 正木准教授は、本決定に批判的な立場から、以下のように述べている。

「本事案は、前件で公訴棄却となった公訴事実について別途起訴された事件に関するものである。したがって、前件と本件との間に審級関係はない。そこから、最高裁は、本事案の事件にとって前件は『前審』とは言えず、そのため再手続に関与しても、除斥原因にならないと判示した。上記定式を形式的に適用する判例の立場を踏襲することによって、この結論は容易に導かれたものと言える。

しかしながら、・・・20条（とりわけ4号から7号まで）の本旨は、憲法37条1項『公平な裁判所』の理念を守るための予断排除にあるというべきである。そうだとするならば、『前審』についての判例の形式的な捉え方は狭きに失する。・・・心証形成に関わる実質的な証拠調べが始まった段階に至った場合には20条7号の『前審の裁判』に関与したものとして除斥原因となると解すべきである。同号が『裁判の基礎となった取調に関与したとき』をも除斥原因としているのはこの趣旨の貫徹のためといえよう。

本事案で各裁判官は、前件において14回にわたる公判を重ねて実質的証拠調べを行い、その後事件では同一の証拠の二度目の調べを行った。・・・予断排除の原則を貫徹するために、本件から各裁判官は除斥されるべきであったと考える」¹¹⁰⁾。

要するに、論者は、刑訴法20条7号には、審級制度の維持と予断防止という二つの意味があるが¹¹¹⁾、憲法37条1項の要請でもある予断防止こそが重視・強調されるべきであり¹¹²⁾、その点からすると、本事案は、確かに、形式的に見れば刑訴法20条7号の「前審の裁判」には明らかに該当しないものの、当該裁判官は前件において既に実質的な証拠調べを相当程度行っていたことが明らかなのであるから、予断防止という実質的視点を重視し、「前審の裁判」への該当性（刑訴法20条7号の準用ないし類推適用）を認めるべきであるというのであろう^{113) 114)}。

しかしながら、このような見解に対しては根本的な疑問がある。予断とは、「何

らかの心証を抱いているということ」を意味するのではなく、「審判者が法廷に提出された証拠に基づき心証を形成することができないこと」を意味し、しかも、裁判官は予断を抱く危険性がないと考えられるとすれば、前件において既に実質的な証拠調べを相当程度行っていた場合、確かに心証を形成していたことは否定できないものの、他方で、裁判官は、予断を抱く危険性はなかったといえる。そうだとすれば、予断防止の要請から、当該裁判官を除斥の対象とする必要はなかったというべきである。さらにいえば、上述したように、刑訴法20条7号は、予断防止を趣旨とするものとは解することができないのであるから、論者が主張するような論理は、そもそも成り立ち得ないと考えられるのである。

(b) 多田教授は、本決定に批判的な立場から、以下のように述べている。

「予断排除は、憲法37条1項の要請である。しかも、除斥・忌避の原因は、公平な裁判を損なう懸念であって、不公平な裁判そのものとは異なる……。したがって、予断を抱いている虞のある裁判官の関与を許すことはできない。本件でも、前件第一審裁判官が、事件内容に関する知識獲得にとどまらず、正に本案の心証形成に関わる実質的な証拠調べをかなりの程度行っていたことは否定できず、やはり予断排除の観点からは問題とせざるを得ない。これでは、一件記録をすべて読んだ上で公判に臨んだ戦前の運用と変わらず、憲法37条1項の意義が失われてしまう」^{115) 116)}。

おそらく、このような多田教授の見解もまた、上述した正木准教授の見解と同旨であろうと思われる。そうだとすると、同じく上述した疑問が妥当することになる。

(c) 上田教授は、本決定に批判的な立場から、以下のように述べている。

「判例は、『前審関与』の内容をかなり限定的に解釈しているといえる。この見方からすれば、本事案の場合、公訴棄却判決は、あくまで本件第一審の前手続段階の事情であり（審級を異にしていない）、かつ形式裁判であり、そもそも本案について心証を形成したわけではないから、裁判の公正性も維持され

ていると考えられそうである。しかし、本件で注意しなければならないのは、当初、X（Xは被告人を指す—筆者注）が年齢を偽っており、正確な年齢が判明したのは、既に審理が始まって、14回も公判が行われてきた後だったという点である。冒頭手続段階など、公判の初期段階でこのことが判明したのなら別だが、結審を間近に控えた終盤の段階では、事件の実体について相当程度の心証を形成したとみるべきだし、そうであるなら、裁判の基礎となった取調べに関与する場合にあたるべきであろう。これを公訴棄却は形式裁判であって、裁判官ははまだ本案についての心証を形成していないとする論理には、いささか疑問がある」¹⁷⁾。

論者は、「公訴棄却判決は、あくまで本件第一審の前手続段階の事情であり（審級を異にしていない）、かつ形式裁判であり、そもそも本案について心証を形成したわけではない」との論理、すなわち、「公訴棄却は形式裁判であって、裁判官ははまだ本案についての心証を形成していないとする論理」を、本決定が、除斥原因にあたらぬことの理由付けとして採用しているとの見方を示しているようにも見える。しかしながら、本決定は、「裁判官が事件について公訴棄却の判決をし、又はその判決に至る手続に関与したことは、・・・事件について前審の裁判又はその基礎となった取調べに関与したものとはいえない」ことを、除斥原因に該当しないことの理由として述べるにすぎず、そこからは、裁判所は「前審」に当たるか否かを形式的に判断し、その結果除斥原因はないとの結論を導いたことが読み取れるにすぎない。したがって、論者の本決定に対する見方には疑問がある。

もっとも、論者が批判する論理は、本決定自体の理解としては妥当でないものの、本決定の結論に賛同する見解（後述の（d）参照）としては十分成り立ち得る。そして、論者の見解も、そのような見解に対する批判としては合理性を有するようと思われる。すなわち、刑訴法20条7号の趣旨が予断防止にあるとするならば、たとえ公訴棄却は形式裁判であったとしても、既に審理が始まっており、結審を間近に控えた段階に至っていたことからすれば、裁判官は

心証を形成していると見て、当該裁判官を除斥の対象とするべきであるとの批判は合理性を有すると見ることができる。

しかしながら、やはり、論者の見解にも、(a)(b)で述べた根本的な疑問が妥当する。予断とは、「何らかの心証を抱いているということ」を意味するのではなく、「審判者が法廷に提出された証拠に基づき心証を形成することができないこと」を意味し、しかも、裁判官は予断を抱く危険性がないと考えられるとすれば、前件において既に実質的な証拠調べを相当程度行っていた場合、確かに心証を形成していたことは否定できないものの、他方で、裁判官は、予断を抱く危険性はなかったといえる。そうだとすれば、予断防止の要請から、当該裁判官を除斥の対象とする必要はなかったというべきである。さらにいえば、上述したように、刑訴法20条7号は、予断防止を趣旨とするものとは解することができないのであるから、そもそも、予断防止を理由として、当該裁判官を除斥の対象とする余地はなかったと考えられるのである。

(d) もっとも、本決定に批判的な見解に対し、以下のように、本決定の結論に賛同する見解もある。

「前件第一審と本件第一審は、同一審級であるという点において、文理上、前審関与には当たらず、また、前件で公訴棄却の判決をした裁判体は、本案につき心証形成を行ったわけでもないから、実質面からも、除斥の理由はないと思われる」¹¹⁸⁾。

本見解は、刑訴法20条7号の趣旨を予断防止に求めながらも、当該裁判官は除斥の対象とならないことを基礎付けようとするものである。もっとも、「前件で公訴棄却の判決をした裁判体は、本案につき心証形成を行ったわけでもないから、実質面からも、除斥の理由はない」との理由付けに対しては、上田教授の見解(前述の(c)参照)¹¹⁹⁾が合理性を有するように思われる。前件における裁判が公訴棄却であったことが、裁判官は予断を持たないことを直接基礎付けるわけではない。とはいえ、やはり、上田教授の見解にも根本的な疑問がある。それについては既に述べた。

結局、刑訴法 20 条 7 号の趣旨は予断防止にはないと解するべきだとすれば、当該裁判官は除斥の対象とならないことを結論付けるには、「前件第一審と本件第一審は、同一審級であるという点において、文理上、前審関与には当たらないことのみを指摘しておけば足りるのである。

第三款 小括一本節のまとめ

一 最高裁平成 17 年 8 月 30 日決定は、少年法上の手続不備を理由とした公訴棄却判決後、再起訴に係る同一事件を同じ裁判体が審理した場合、前件の公訴棄却判決は刑訴法 20 条 7 号にいう「前審の裁判」に該当するか、という問題について、最高裁として初めて判断を下したものである。最高裁は、「前審の裁判」への該当性を形式的に判断し、それをもって当該裁判官は除斥の対象にならないとの結論を導いている。これは、従来の最高裁判例の流れを踏襲したものといえるが、刑訴法 20 条 7 号の趣旨は、予断防止ではなく、審級制度の維持にすぎないと解するとの立場からすれば、積極的に評価することも可能であるように思われる。

二 本決定に対する学説の評価としては、本決定に批判的なものや本決定の結論に賛同するものが見られる。しかしながら、刑訴法 20 条 7 号の趣旨に遡って考えてみるならば、いずれの見解も、刑訴法 20 条 7 号は予断防止を趣旨とするものであるとの理解を出発点にしており、その点で、根本的な疑問があると言わざるを得ないのである。

第四章 おわりに一本稿の総括

一 本章では、第二章および第三章における検討を簡潔に総括し、それをもって、本稿の結びとする。

二 憲法 37 条 1 項は、「公平な裁判所」の裁判を受ける権利を保障している。それでは、「公平な裁判所」とは実質的にいかなる内容を意味するのであろうか。

この点については、既に戦後間もない時期に最高裁判例も現れていた。しかしながら、そこでの「公平な裁判所」に関する理解は、適切なものとはおよそ言い難く、また、「公平な裁判所」の意義に関する従来の学説の検討も必ずしも十分なものとは言えなかったように思われる。そのため、「公平な裁判所」の意義に関する比較法的考察を行い、そこでの検討から、「公平な裁判所」における「公平」とは、「予断」を抱かないことであるが、従来の一般的な理解とは異なり、「予断」とは「何らかの心証を抱いていること」を意味するのではなく、「審判者が法廷に提出された証拠に基づき心証を形成できないこと」を意味し、特に職業裁判官については、心証を得たとしても、予断を抱く危険性はないと考えられているとの知見を得た。そして、そのような理解は、既に我が国における旧憲法・旧刑訴法下においても存在していたことが認められる。

三 それでは、このような「公平な裁判所」に関する理解を前提に、憲法的視点から、起訴状一本主義の意義を検討するならば、起訴状一本主義の意義はどこに求められるべきであろうか。

従来の学説においては、起訴状一本主義は予断防止原則を具現化したものであると考えられてきた。しかしながら、起訴状一本主義は、予断防止を趣旨とするものとは言い難い。むしろ、それは、捜査と公判の明確な分断を趣旨とする(にすぎない)と考えなければならない。

また、憲法的視点あるいは「公平な裁判所」の保障という視点からすれば、起訴状一本主義の制定経緯についても、次のように説明できるように思われる。

旧憲法・旧刑訴法下においては、「公平な裁判所」の要請は当然に働いていたものの、裁判官は検察側の証拠・資料に公判前に予め接しても、予断を抱く危険性はないものと想定されていた。しかしながら、たとえ裁判官は予断を抱く危険性はないとしても、国民一般から見れば、「捜査記録に頼り過ぎ、公判廷の審判が形式に流れ、被告人の主張に充分の注意が払われなかったのではないかとの印象を与えた」¹²⁰⁾ことは否定できないところであった。それゆえ、そのような印象を与えた原因である「捜査記録を起訴と同時に裁判所へ提出す

るという慣例」¹²¹⁾を改めようとした。その結果、起訴状とともに証拠・資料(=「予断を生ぜしめる虞のある書類その他の物」)を裁判所に提出してはならないことになったのである。それが刑訴法 256 条 6 項に規定される起訴状一本主義である。

いずれにせよ、起訴状一本主義の趣旨は、捜査と公判の明確な分断にある(にすぎない)と解することが、きわめて合理的であるように思われる。

四 このように、憲法上の「公平な裁判所」の保障を出発点として、いわゆる予断防止原則の具現化と考えられている起訴状一本主義を再検討し、それは予断防止を趣旨とするものではないことを明らかにした。そうだとすると、起訴状一本主義と同様に、予断防止原則の具現化として位置付けられている除斥、特に刑訴法 20 条 7 号の趣旨もまた再検討されなければならないように思われる。学説においては、刑訴法 20 条 7 号の趣旨は予断を防止すること(をも含む)との理解が通説的理解である。しかしながら、憲法上の「公平な裁判所」の保障の観点から再検討すれば、刑訴法 20 条 7 号の趣旨は、審級制度を維持する上で、下級審裁判官が同じ事件の上級審裁判官を務めることは矛盾であり、(それに準ずる場合も含めて)これを排除すること(にとどまる)と解するべきである。

従来から刑訴法 20 条 7 号に関しては、当該裁判官は「前審の裁判に関与した」あるいは「前審の裁判の基礎となった取調べに関与した」として除斥されるか、特に「前審の裁判」に該当するかという問題が、戦後の早い時期から判例・学説における活発な議論の対象とされてきた。この点、最高裁判例は、「前審の裁判」に関して、それへの該当性判断を一貫して形式的に、あるいは厳格に行ってきたといえよう。もっとも、学説においては、従来から、除斥は予断防止を趣旨とするとの立場に立って、このような最高裁判例の傾向に対し、疑問を呈する見解が多かったのである。近時の最高裁判例である平成 17 年 8 月 30 日決定においても、従来の最高裁判例の傾向は踏襲されている。すなわち、そこでは、「前審の裁判」に形式的に該当しないことをもって、公訴棄却に関与した

裁判官は除斥の対象とはならないと判示されているのである。もちろん、学説においては、本決定に対しても疑問を呈する見解が多い。

しかしながら、既に述べたとおり、刑訴法20条7号の趣旨は、審級制度を維持する上で、下級審裁判官が同じ事件の上級審裁判官を務めることは矛盾であり、(それに準ずる場合も含めて)これを排除すること(にとどまる)と解するべきである。そうだとすると、平成17年8月30日決定を含む、従来の最高裁判例の傾向は、不当とは言えないどころか、むしろ積極的に評価されなければならないと考えられるのである。

(2007年8月脱稿)

*本稿は、文部科学省21世紀COEプログラム「21世紀型法秩序形成プログラム」の研究成果の一部である。

- 73) 除斥を予断防止の現れと解する見解として、藤永ほか編・前掲注1) 209頁〔永井敏雄〕、平野・前掲注6) 49頁、鈴木①・前掲注3) 30頁、鈴木②・前掲注3) 169頁、三井誠=酒巻匡・前掲注6) 109、114頁、三井・前掲注3) 436-7頁、平場・前掲注45) 311頁、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法(第3版増補版)』(2006年) 31頁、田宮裕『注釈刑事訴訟法』(1980年) 24頁、田宮・前掲注3) 22頁、宮城・前掲注11) 117頁、長沼範良ほか・前掲注6) 179頁〔寺崎嘉博〕、寺崎・前掲注47) 219頁、福井・前掲注3) 24頁、瀧美・前掲注5) 145頁、井戸田・前掲注47) 48頁、白取・前掲注3) 232頁、田口・前掲注6) 210頁、松尾・前掲注6) 215頁、池田=前田・前掲注3) 237-8頁、石川・前掲注3) 60頁、平場・前掲注47) 52頁、小林・前掲注47) 14頁、光藤・前掲注37) 250頁、安富・前掲注47) 13頁など。
- 74) 除斥、忌避および回避の制度は起訴前段階にも適用されるか、という問題がある。これについては、三井・前掲注3) 438-9頁、伊藤栄樹ほか『注釈刑事訴訟法(新版)(第一巻)』(1996年) 145-6頁〔柴田孝夫〕、藤永ほか編・前掲注1) 212-8頁〔永井敏雄〕、瀧美・前掲注5) 144-5頁など参照。
- 75) 田宮・前掲注3) 22頁。
- 76) 鈴木①・前掲注3) 30頁。鈴木②・前掲注3) 168-9頁も参照。
- 77) 田藤・前掲注47) 69頁。
- 78) 小田中ほか編・前掲注1) 17頁〔白取祐司〕は、「前審問与の裁判官を除斥する理由は二つある」とし、「審級制度そのものからくる理由」、「すなわち、審級制度を維持する以上、下級審裁

判官が同じ事件の上級審裁判官を務めることは、矛盾であること、「すでに当該事件を担当し、心証をとるなど予断・偏見を有している以上、公正な裁判が期待できないから、手続から排除する」ことを指摘している。その上で、論者は後者の側面を重視・強調しているが、これは学説における一般的理解でもある。白取祐司「除斥・忌避」季刊刑事弁護 2号（1995年）139頁、上田國廣「予断の防止—弁護の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅱ』（2002年）137頁なども参照。これに対し、後者の側面は第一義的なものではないとする見解として、伊藤ほか・前掲注 74）150 - 5頁（柴田孝夫）。兼子一＝竹下守夫「裁判法（第4版補訂）」（2002年）270頁も参照。

- 79) なお、刑訴法 21 条の忌避もまた、従来から予断防止原則を具現化したものであると理解されてきた。ただ、除斥と異なり、忌避は予断を防止するための制度であると解することに異論はない。しかしながら、忌避は不公平な裁判をする「明白かつ現在の」虞がある場合に認められると解するべきである。
- 80) 藤永ほか編・前掲注 1）242 頁【永井敏雄】。伊藤ほか・前掲注 74）156 頁【柴田孝夫】も参照。
- 81) 伊藤ほか・前掲注 74）153 頁【柴田孝夫】参照。
- 82) 最決平成 17 年 8 月 30 日刑集 59 卷 6 号 726 頁。本決定の評釈・解説等として、正木祐史「判批」法学セミナー 615 号（2006 年）127 頁、松田俊哉「判解」ジュリスト 1312 号（2006 年）158 頁、多田辰也「判批」平成 17 年度重要判例解説 ジュリスト 1313 号（2006 年）199 頁、上田・前掲注 1）22 頁、江口和伸「判批」研修 695 号（2006 年）11 頁、麻妻みちる「判批」法学新報 113 卷 3 = 4 号（2007 年）697 頁がある。
- 83) 刑訴法 20 条 1 号から 7 号の除斥事由に該当する場合には、当該裁判官は「職務の執行」から除斥される。そこにいる「職務の執行」とは、原則として当該事件に関わるすべての訴訟行為を指すもの、なんら事件の実質に立ち入ることのない、判決宣告など形式的な訴訟行為についてはこれに該当しないと解するべきである。判決宣告については、最決昭和 28 年 11 月 27 日刑集 7 卷 11 号 2294 頁、公判期日の延期については、最判昭和 27 年 1 月 29 日判タ 18 号 53 頁、略式命令に対し正式裁判申立があった場合における事件の併合及び移送については、最判昭和 36 年 2 月 23 日刑集 15 卷 2 号 396 頁、勾留理由開示については、福岡高決昭和 34 年 9 月 3 日判時 202 号 43 頁参照。なお、これに対し、「職務の執行」とは、例外なく一切の職務行為を指すとするのは、瀧美・前掲注 5）146 頁、高田卓爾「刑事訴訟法（2 訂版）」（1984 年）48 頁、井戸田・前掲注 47）48 頁など。「職務の執行」に関する議論の詳細については、高田卓爾編「基本法コンメンタール刑事訴訟法（第 3 版）」（1993 年）25 頁【田中輝和】、藤永ほか編・前掲注 1）219 - 22 頁【永井敏雄】、伊藤ほか・前掲注 74）148 - 9 頁【柴田孝夫】参照。
- 84) 高田卓爾＝鈴木茂嗣編「新判例コンメンタール刑事訴訟法 1」（1995 年）108 頁【松岡正章】、小田中ほか編・前掲注 1）17 頁【白取祐司】、伊藤ほか・前掲注 74）153 頁【柴田孝夫】、田宮・前掲注 3）22 頁、鈴木①・前掲注 3）31 頁、平場安治ほか「注解刑事訴訟法（上巻）（金訂新版）」（1987 年）62 頁【中武靖夫】など。
- 85) 旧刑訴法 24 条 8 号は、「判事事件ニ付予審終結決定若ハ前審ノ裁判又ハ其ノ基礎ト為リタル取調ニ関与シタルトキ但シ受託判事トシテ関与シタル場合ハ此ノ限ニ在ラス」と規定してい

だが、ここにおける「前審ノ裁判」もまた同様に解されていた。大決昭和6年2月19日刑集10巻45頁参照。

- 86) 高田＝鈴木編・前掲注84) 108頁〔松岡正章〕, 伊藤ほか・前掲注74) 153頁〔柴田孝夫〕, 池田＝前田・前掲注3) 239頁, 福井・前掲注3) 24頁など。
- 87) 準抗告(刑訴法429条)および抗告に代わる異議申立(刑訴法428条2項)の場合における原裁判も実質的に「前審の裁判」に該当すると解されている。伊藤ほか・前掲注74) 153頁〔柴田孝夫〕, 高田・前掲注83) 48頁など参照。
- 88) 団藤・前掲注47) 70頁, 鈴木①・前掲注3) 30頁, 田宮・前掲注3) 22頁, 高田・前掲注83) 48頁など。
- 89) 団藤・前掲注47) 70頁, 鈴木①・前掲注3) 30頁, 鈴木②・前掲注3) 169頁, 田宮・前掲注3) 22頁, 福井・前掲注3) 25頁, 高田＝鈴木編・前掲注84) 111頁〔松岡正章〕, 伊藤ほか・前掲注74) 155頁〔柴田孝夫〕, 藤永ほか編・前掲注1) 238頁〔永井敏雄〕, 松尾監修・前掲注73) 29頁など。
- 90) 大判大正15年6月30日刑集5巻343頁, 大判昭和12年6月4日刑集16巻868頁もまた, 同様の理解を示していた。
- 91) もっとも, このような通説・判例の立場に対しては, 予断防止という制度の趣旨から, このような限定に疑問を呈する見解も有力である。例えば, 鈴木①・前掲注3) 30-1頁, 鈴木②・前掲注3) 169頁, 石川才顯『刑事訴訟法講義』(1974年)56頁, 井戸田・前掲注47) 48頁。
- 92) 鈴木①・前掲注3) 31頁は, 「受任裁判官としての強制処分への関与も, 犯罪の嫌疑についての全体的心証形成をなす以上, 除斥事由にあたと解する余地があろう」と述べている。鈴木②・前掲注3) 169-70頁も, 「たとえば, 令状裁判官として捜査段階の強制処分に関与したような場合にも, 犯罪の嫌疑について全体的心証形成をなすものである以上, 通説と異なり除斥事由にあたと解するのが相当ではないかとの疑問がある」と述べている。渥美東洋『刑事訴訟法要諦』(1974年)12頁は, 「7号が示す事由は, 事件の実質への関与である。そうすると, 第1回公判期日前の事件内容への関与も, 除斥事由になると解すべきである」と述べている。高田＝鈴木編・前掲注84) 112頁〔松岡正章〕は, 「裁判官を除外すべきとする法の明文はな」くとも, 「実質的にその事件の内容に十分関与している場合には, 予断排除の趣旨から」, 「除斥事由にあたと解すべき」と述べている。これに対し, 平場ほか・前掲注84) 65-6頁〔中武靖夫〕は, 「現行法は, 予断排除の原則上, 上級審においては, 前審の裁判に関与した裁判官を除外しているが, 第一審の審理においては, その前手続に関与した裁判官を, 予断排除のために」 「除外するための法の明文はない」, しかし, この場合でも当然に忌避の原因となりうる, と述べている。
- 93) 本判決に疑問を呈する見解として, 例えば, 渥美・前掲注92) 12-3頁, 石川・前掲注3) 60-1頁, 高田＝鈴木編・前掲注84) 112頁〔松岡正章〕。
- 94) 本判決に疑問を呈する見解として, 例えば, 渥美・前掲注92) 12-3頁, 高田＝鈴木編・前掲注84) 112頁〔松岡正章〕。
- 95) 本決定に疑問を呈する見解として, 例えば, 渥美・前掲注92) 13頁, 石川・前掲注3) 61頁, 高田＝鈴木編・前掲注84) 109頁〔松岡正章〕, 鈴木①・前掲注3) 31頁, 鈴木②・前掲注

- 3) 169 頁, 平野・前掲注 6) 50 頁, 白取・前掲注 3) 57 頁。なお、鈴木教授は、「少年事件の移送決定への関与などは、付審判の決定への関与と実質的にいってさほど差異はないと思われ」（鈴木②・前掲注 3) 169 頁）、「付審判決定関与に準じて除斥事由にあたと解すべきであろう」（鈴木①・前掲注 3) 31 頁）と述べている。平野・前掲注 6) 50 頁, 白取・前掲注 3) 57 頁, 高田＝鈴木編・前掲注 84) 109 頁〔松岡正章〕も同旨。名古屋高判昭和 27 年 3 月 19 日刑集 5 卷 4 号 505 頁もまた、「家庭裁判所の裁判官が、保護事件の内容を取調べた結果、刑事処分を相当と決定したときは、法 226 条第 2 号の「事件を管轄地方裁判所の審判に付する旨の決定をした場合」と其性質著しく酷似するを以て刑事訴訟法第 20 条 7 号、同法第 256 条第 6 項の趣旨に照らし、該裁判官は当該事件に就ては職務の執行から除斥せられるものと解するを妥当とする」と判示していた。また、除斥の規定を準用するよりは、忌避の制度を活用するべきとする見解として、平場ほか・前掲注 84) 63 頁〔中武靖夫〕。
- 96) 本判決に疑問を呈する見解として、例えば、石川・前掲注 3) 61 頁, 高田＝鈴木編・前掲注 84) 112 頁〔松岡正章〕。もっとも、これに対し、刑訴法 226 条・227 条の証人尋問や刑訴法 179 条による証拠保全の手続を行った裁判官は、受託裁判官としての事件関与に準ずるものとして、本判決の結論に賛同する見解も有力である。例えば、田藤・前掲注 47) 70 頁, 青柳文雄『刑事訴訟法通論（上）（5 訂版）』（1976 年）116 頁, 田宮・前掲注 3) 22 頁, 高田・前掲注 83) 48 頁, 柏木千秋『刑事訴訟法』（1970 年）108 頁, 渥美・前掲注 92) 13 頁。
- 97) 本判決に疑問を呈する見解として、例えば、渥美・前掲注 92) 12 - 3 頁, 高田＝鈴木編・前掲注 84) 112 頁〔松岡正章〕。
- 98) なお、ほかに、略式命令への関与が問題となった事例として、最一判昭和 28 年 2 月 19 日刑集 7 卷 2 号 293 頁がある。事案は、裁判官が、簡裁に略式命令請求があった事件につき、これを略式命令不相当として通常公判手続に移し、証拠調べ後、地裁において審判するのが相当だとして地裁に移送し、自ら審判したというものであるが、最高裁は、「法律上職務の執行から除斥される事由があるものといえない」と判示している。これに対し、「現実には略式命令が発せられていないとはいえ、・・・多少とも事件の内容に立ち入った審理を行っているはずであるから、「略式命令が発せられた場合」に準じて、除斥を考えるべき」との見解もある。高田＝鈴木編・前掲注 84) 109 頁〔松岡正章〕。同旨のものとして、例えば、渥美・前掲注 92) 12 - 3 頁。
- 99) 本判決に疑問を呈する見解として、例えば、石川・前掲注 91) 56 頁, 高田＝鈴木編・前掲注 84) 112 頁〔松岡正章〕。
- 100) 本決定に疑問を呈する見解として、例えば、石川・前掲注 91) 56 頁, 高田＝鈴木編・前掲注 84) 109 頁〔松岡正章〕。
- 101) 本決定に疑問を呈する見解として、例えば、石川・前掲注 3) 60 - 1 頁, 高田＝鈴木編・前掲注 84) 112 頁〔松岡正章〕。
- 102) 本決定に疑問を呈する見解として、例えば、高田編・前掲注 83) 27 頁〔田中輝和〕, 小田中ほか編・前掲注 1) 18 頁〔白取祐司〕。
- 103) 平野・前掲注 6) 49 - 50 頁, 鈴木①・前掲注 3) 31 頁, 鈴木②・前掲注 3) 169 - 70 頁, 石川・前掲注 3) 60 - 1 頁, 渥美・前掲注 5) 146 頁, 渥美・前掲注 92) 12 - 3 頁, 小田中ほか編・

前掲注1) 17 - 8頁〔白取祐司〕など。

104) 高田 = 鈴木編・前掲注84) 111頁〔松岡正章〕。田宮裕「刑事判例研究」警察研究38巻10号(1967年) 124 - 6頁も参照。

105) もっとも、除斥は予断防止を趣旨とすることを認めながらも、除斥よりも忌避の制度を活用すべきとする見解として、平野・前掲注6) 49 - 50頁、平場ほか・前掲注84) 63 - 4頁〔中武靖夫〕。

106) 江口・前掲注82) 21頁、正木・前掲注82) 127頁など。

107) 江口・前掲注82) 21頁参照。

108) 松田・前掲注82) 159頁は、「原判断は、結論において、正当である」の意味について、前件第一審での公訴棄却判決への関与が本件第一審の忌避事由にも当たらないことを間接的に表現したものであるとも述べている。しかしながら、本決定は除斥原因が問題になったにすぎず、最高裁がそのような意味をも示唆していたと見るのは行き過ぎであるように思われる。

109) 多田・前掲注82) 199頁、松田・前掲注82) 159頁。なお、刑訴法339条1項1号による公訴棄却決定は、その再起訴事件の審判との関係で、刑訴法20条7号の「前審の裁判」にあたるかが問題となった下級審裁判例として、東京高判昭和53年12月20日東高刑時報29巻12号211頁がある。本判決は、「右公訴棄却決定の裁判は、本件の原審裁判との関係では、裁判官の除斥に関する刑訴法20条7号所定の「前審の裁判」には該当しない」と判示している。

110) 正木・前掲注82) 127頁。

111) 正木・前掲注82) 127頁。

112) 小田中ほか編・前掲注1) 17頁〔白取祐司〕も参照。

113) 本件上告趣意も参照。

114) これは、従前の最高裁判例を学説が批判するときによく用いられる論理でもある。例えば、高田 = 鈴木編・前掲注84) 109頁〔松岡正章〕。

115) 多田・前掲注82) 200頁。また、白取・前掲注3) 57 - 8頁も、予断防止の観点から疑問を呈しているが、同旨であろう。

116) 論者は、「かなり限定的な文言が用いられている除斥事由にこだわる必要はなく、柔軟な対応が可能な忌避制度を活用するという方法もあろう」とも述べている。平野・前掲注6) 49 - 50頁、平場ほか・前掲注84) 63頁〔中武靖夫〕参照。もっとも、不公平な裁判をする「明白かつ現在の」虞が認められた場合に、当該裁判官は忌避されると解すべきである。なお、忌避に関して、最決昭和48年10月8日刑集27巻9号1415頁は、「手続内における審理の方法、態度などは、それだけでは直ちに忌避の理由とはなしえない」、「訴訟手続内における審理の方法、態度に対する不服を理由とする忌避申立は、しよせん受け容れられる可能性は全くない」と判示しており、当該事件の審理過程に属しない要因のみが忌避事由になり得るとしている。これに疑問を呈する見解が学説上有力である(高田・前掲注83) 49頁、鈴木①・前掲注3) 31頁、寺崎・前掲注47) 220頁、上田・前掲注78) 138頁など)。しかしながら、「予断」に関する本稿の理解からすれば、判例の立場にも合理性が認められるように思われる。

117) 上田・前掲注1) 23頁。

118) 松田・前掲注82) 159頁、「コメント」判例時報1907号159頁、「コメント」判例タイムズ

1188号 250頁。

119) 上田・前掲注1) 23頁。

120) 横井・前掲注33) 9頁。

121) 横井・前掲注33) 9頁。