

## 刑事手続における忌避制度について(1)

—その実質的意義の検討を中心に—

金子 章

### 第一章 はじめに

第一節 忌避制度に関する従前の理解

第二節 本稿の目的と構成

### 第二章 公平な裁判所に対する憲法的保障

第一節 我が国における議論状況—最高裁判例の評価

第二節 公平な裁判所の保障に関する考察

第一款 比較法的考察—アメリカにおける議論を中心に

第一項 アメリカにおける状況

第二項 イギリスないしヨーロッパにおける状況

第二款 我が国の旧法時代における状況

第三節 小括

### 第三章 「公平な裁判所」を担保するための法的措置

第一節 起訴状一本主義・除斥制度の従前の理解の再検討

第二節 「公平な裁判所」を担保する措置としての忌避制度

第三節 小括

(以上本号)

### 第四章 刑事手続における忌避制度に関する理論的考察

第一節 忌避制度の実質的意義

第一款 比較法的考察

第一項 アメリカにおける状況—連邦最高裁判例の展開

第二項 イギリスないしヨーロッパにおける状況

第三項 比較法的考察の総括

第二款 忌避制度の実質的意義-その具体的適用基準

第三款 小括

第二節 忌避制度に関する従来の判例・学説の検討

第一款 手続外の要因に基づく忌避申立て

第一項 最高裁判例の状況

(一) 裁判官の関連事件への関与が問題となった事例

(二) 裁判官の言動が問題となった事例

第二項 最高裁判例の分析と評価

第二款 手続内の要因に基づく忌避申立て

第一項 最高裁判例の状況

(一) 二つの最高裁判例

(二) 最高裁判例の整理

第二項 最高裁判例の分析と評価

第三款 小括

第五章 おわりに-本稿の総括

## 第一章 はじめに

### 第一節 忌避制度に関する従前の理解

— 刑訴法 21 条によれば、裁判官が「不公平な裁判をする虞があるとき」は、検察官又は被告人の申立てによって、当該裁判官は職務の執行から排除されることになる<sup>1)</sup>。それでは、この刑訴法上の忌避制度の趣旨は、従前の学説において、どのように理解されてきたのであろうか。これについては、起訴状一本主義<sup>2)</sup>や除斥制度などと併せて、以下のように説明されるのが一般的である。

忌避制度は、起訴状一本主義(刑訴法 256 条 6 項)や除斥制度(刑訴法 20 条)などと同様に、刑訴法上の「予断(心証<sup>3)</sup>)防止原則<sup>4)</sup>」が具体化されたものであり、また、それは、憲法が規定する「公平な裁判所」(憲法 37 条 1 項)を担保するものでもある<sup>5)</sup>。

しかしながら、学説上、これまで異論なく一貫して受け容れられてきた上述のような理解に対しては、その妥当性に関して、近時、改めて疑問が提起され

るに至っている。

二 従前の一般的理解に対する疑問を生ぜしめる契機となったのは、戦後改革期以来の大きな変革であるとも評される<sup>6)</sup>、21世紀初頭の刑事司法制度改革である。これによって、裁判員制度、被疑者国選弁護制度、即決裁判制度、公判前整理手続などの新たな制度が刑事手続に導入されることになったのであるが、本稿との関係において、特に重要であると考えられるのは、公判前整理手続である<sup>7)</sup>。

公判前整理手続では、公判裁判所が、両当事者双方の関与する公式の手続において、公判前に双方の主張・証拠に接することが予定されていることから<sup>8)</sup>、公判前整理手続と、起訴状一本主義に代表される<sup>9)</sup>「予断防止原則」との関係をもどのように理解すべきか、という点が理論的に問題となっている<sup>10) 11)</sup>。ここでは、改めて「予断防止原則」の代表的・中核的存在<sup>12)</sup>である起訴状一本主義の意義が問われるべきことになろう。そしてまた、この問題についての帰結は、起訴状一本主義と同様に、刑訴法上の「予断防止原則」を具体化したものと位置付けられている除斥制度などに関する理解にも影響を及ぼす可能性を孕んでいると言えよう。

三 このように、従前の一般的理解に対する懐疑は、直接的には、近時の刑事司法制度改革という、謂わば、外在的要因に起因するものであることは確かである<sup>13)</sup>。しかしながら、翻って考えてみると、他方では、そもそも、従前の一般的理解に対しては、内在的かつ根本的要因に基づく疑問を指摘することも可能であるように思われる。これは、刑訴法上の「予断防止原則」についての議論の在り方という点に関係する。

従前の学説においては、一般に、起訴状一本主義や除斥制度などは、刑訴法上の「予断防止原則」を具体化したものであると位置付けられ、また、それは、憲法上の「公平な裁判所」を担保するものであると理解されてきたことは、先に述べたとおりである。そこでは、憲法が規定する「公平な裁判所」の保障は、謂わば、起訴状一本主義や除斥などに体现された刑訴法上の「予断防止原則」

を憲法レベルにまで引き上げたものであるとの理解が前提とされているものと言えよう。すなわち、そこでは、憲法上の「公平な裁判所」の保障は、刑訴法上の「予断防止原則」に関する議論に付随して言及されるに止まっており、それゆえ、憲法上の「公平な裁判所」それ自体の内容は極めて希薄化されたものとなっており、必ずしも深みのあるものではなかったのである。

しかしながら、このような議論のあり方は、必ずしも妥当な方向性を有するものとは言えないように思われる。むしろ、憲法が刑訴法の上位規範であるとするれば<sup>14)</sup>、刑訴法の上位規範である憲法の保障それ自体の意義を明らかにすることが必要となるのであり、その上で、それを基礎として、その下位規範である刑訴法に関する具体的な解釈論が展開されるべきであろう。そうだとすれば、議論の出発点としては、まずもって、憲法が保障する「公平な裁判所」の固有の意義を明確化することが極めて重要な課題となってくるように思われるのである。

## 第二節 本稿の目的と構成

一 本稿は、上述したような問題意識を念頭に置きつつ、これまで必ずしも充分な理論的考察が加えられてきたとは言いがたい、ましてや、近年に至っては、必ずしも充分な関心さえ向けられず、ともすれば等閑視される傾向にあった<sup>15)</sup>、刑事手続における忌避制度(刑訴法21条)に焦点を当てて、改めて真正面から当該制度に理論的考察を加えようとするものである。

二 本稿の具体的な内容ないし構成は、以下のとおりである。

まず最初に、憲法37条1項が規定する「公平な裁判所」の保障の本質的意義を、比較法的考察の成果を踏まえて明らかにする(第二章)。続いて、「公平な裁判所」の保障という憲法的視点に立脚し、従来から「予断防止原則」の現れと理解されてきた刑訴法上の制度である起訴状一本主義、除斥制度および忌避制度の趣旨に検討を加える(第三章)。その上で、最後に、刑訴法上の忌避制度に焦点を当てて、その理論的検討を推し進めていくことにする(第四章)。

## 第二章 公平な裁判所に対する憲法的保障

### 第一節 我が国における議論状況—最高裁判例の評価

一 憲法 37 条 1 項は、「すべて刑事事件においては、被告人は、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利を有する」と規定しているが、それでは、そこにいう「公平な裁判所」とは、果たして、本来的に何を意味するものなのであるうか。

この点、日本国憲法制定後の間もない段階において、最高裁判所は、「公平な裁判所」の意義について、すでに一定の判断を示していたのである。

最高裁昭和 23 年 5 月 5 日判決<sup>16)</sup>は、次のように述べている。すなわち、『公平なる裁判所の裁判』というのは構成其他において偏頗の惧れなき裁判所の裁判という意味である。さらにまた、最高裁昭和 23 年 6 月 30 日判決<sup>17)</sup>は、前記昭和 23 年 5 月 5 日判決を引用しつつ、「公平な裁判所」とは、「組織構成等において不公平の惧れなき裁判所」である、と述べている。

二 しかしながら、このような最高裁判所による「公平な裁判所」の定義付けについては、疑問の余地があると言わざるを得ないであろう。

第一に、ここでは公平な裁判所の実質的な内容こそが本質的に問われているのであるが、それにもかかわらず、上記最高裁判例は、「偏頗」あるいは「不公平」の惧れなき裁判所という、「公平」という文言を裏から形式的に言い換えたに過ぎない表現を用いた定義づけを行っており、問いに対する的確な回答が提示されていない<sup>18)</sup>。要するに、前記最高裁判例においては、「公平な裁判所」の実質的意味内容に対する明示的な言及が全くなされていないのである。

第二に、憲法 37 条 1 項に関する構造的な理解として、「公平な裁判所」に対する侵害の潜在的な危険が生じた場合には、「公平な裁判所」を担保するという観点から、国家は、その顕在化を防止する憲法上の義務を負うことに異論はないように思われる。

もっとも、そうだとすれば、上記最高裁判例の定義付けに従う限りにおいて、「公平な裁判所」に対する侵害の危険とは、「不公平の危険の危険」を意味するということにならざるを得ないが、そのような概念は、およそ想定し得ないように思われる。そして、そのことは、上記最高裁判例の定義付けに、そもそも問題があることを示唆しているものと言えよう<sup>19)</sup>。

このようなことからすると、最高裁判例が示した「公平な裁判所」に関する理解は、必ずしも妥当なものであったとは言えないように思われる<sup>20)</sup>。

他方でまた、従前の学説の議論状況に目を向けてみたとしても、そこでは、「公平な裁判所」それ自体の意義に関しての、真正面からの自覚的な考察が必ずしも展開されてきたとは言えないのであって、したがって、「公平な裁判所」の本質的意義といった点は、未だ必ずしも明らかにされてはいないのである<sup>21)</sup>。

三 以上の検討を纏めると、最高裁判例が示した「公平な裁判所」の定義付けは妥当なものとは言えず、他方でまた、学説においては、「公平な裁判所」それ自体の意義という観点からの議論は尽くされていないことから、我が国においては、未だに「公平な裁判所」の本質的意義に関する妥当な理解は必ずしも得られていない状況にあると言えよう。そこで、このような我が国の「公平な裁判所」に関する議論における閉塞状況を打破する手がかりを得るために、次に、諸外国における議論状況に目を向けることにする。もっとも、我が国の憲法の淵源はアメリカ憲法に求められることもあり<sup>22)</sup>、そこでは、特にアメリカにおける議論状況に焦点が当てられることになる<sup>23)</sup>。

## 第二節 公平な裁判所の保障に関する考察

本節では、まず、裁判所の「公平」性とは、本質的ないし本来的にいかなる内容を有する概念であるのかを、アメリカ法の分析を通じて明らかにするとともに、その概念内容を前提にしたうえで、裁判所の「公平」性の阻害の危険性について、裁判主体の違いに応じて、どのように考えられているのかを明らかにする(第一款)。そして、さらに、このような比較法的考察に続いて、我が

国の旧法時代においては、裁判所の「公平」性の保障に関して、どのような理解がなされていたのかを簡潔ながら考察することにする（第二款）。

## 第一款 比較法的考察—アメリカにおける議論を中心に

### 第一項 アメリカにおける状況

一 アメリカ連邦憲法修正6条は、以下のように規定している。

「すべての刑事訴追において、被告人は、犯罪が行われた州のそれが行われた地区の公平な陪審（impartial jury）によって行われる、迅速な公開の裁判を受ける権利を有する。」<sup>24) 25)</sup>

ここで着目すべきは、「公平な陪審」という文言である。それでは、陪審の「公平」性とは、果たして、いかなる意味を有する概念なのであろうか。

二 アメリカにおいて、連邦最高裁が修正6条の「公平」な陪審の保障に関する問題に取り組んだのは、Burr 判決<sup>26)</sup> が初めてであった。これは、前副大統領のアーロン・バー（Aaron Burr）が反逆罪で起訴された事件であったが、新聞は事件に関する記事で埋め尽くされた。弁護人は、事件に精通していない市民を陪審員とすることが被告人の権利を守るのに不可欠であるとし、事件に関する知識を有してはいるが、心証を形成していない旨主張していた市民を陪審から排除するべきであったと主張した。これに対し、バージニア州巡回裁判所において、巡回裁判官として公判を主宰した連邦最高裁長官マーシャルは、大凡、以下のように述べている。

連邦憲法が保障する公平な陪審は、彼らに提供された証拠に対し公正に耳を傾け、評決をその証拠と適用可能な法に基づかせる人々で構成されていなければならない。それゆえ、陪審員は、証拠と適用すべき法とが形成する印象を拒むような心証を予め持って公判に臨むべきではない。しかし、事件に関する証拠や法が形成すべき印象を拒むような心証とは、強固な、あるいは確固とした心証（opinion）を意味し、このような心証を持って公判に臨んだ場合にはじめて、公平性が侵害されたとと言える。そうすると、公平性は、事件に関する知

識を何ら有していないことまでは要求していないのである<sup>27)</sup>。

その後の下級審裁判例においては、単なる心証ではなく確固とした心証があつてはじめて公平性を害すると評価することについては基本的に共通の認識があつた。しかしながら、そのような心証があつたことの認定はいかなる証拠に基づくべきか、あるいは、加えて、敵意も必要とされるべきか、などといった点については、下級審裁判例の間でも、なお見解が対立していた。また、そもそも、未だに「公平」と「知識の欠如」の関係についての誤解が存在しているのではないか、との懸念も指摘されていたのである<sup>28)</sup>。

三 このような下級審裁判例の状況の中で、1878年に至ると、連邦最高裁によって、Reynolds 判決<sup>29)</sup>が出された。本件は、重婚罪事件での陪審選任手続において、陪審員が、すでにその事件につき心証を形成していたことを認めただものの、公平に証拠を評価できると述べていたというものである。

ウェイト長官執筆の法廷意見は、陪審員を公平足り得なくする予断とは、単なる心証以上の強い心証でなければならず、かつそれで足りるのであり、敵意などは必要でないが、このような予断の立証責任は被告人が負い、公平性を失わせる心証を陪審員が現実には有することを立証しなければ、陪審員は排除される必要はないと述べた。その上で、本判決は、「陪審員が自らの心証を棄て、法廷に提出された証拠に基づいて評決を下せば、それで十分である」とし、本件の陪審員はすでに一定の心証を形成してはいたものの、「自分の心証が、証拠に耳を傾けた上での評決に影響を及ぼすとは思わない」と述べていたので、公平性は阻害されていないと結論付け、有罪判決を破棄すべきであるとする被告人の申立てを退けている<sup>30)</sup>。

四 以上のような連邦最高裁判例の概観からは、次のような帰結が導かれると言えよう。すなわち、「公平」とは、予断を有しないということを目指す、そこでいう予断とは、「何らかの心証」を意味するものではない。それは、「審判者が法廷に提出された証拠に基づき判断できない状態」を意味する概念である。したがって、事件について予め何らかの心証を有することは、それ自体直



ちに予断の存在を意味するわけではないのである。

もっとも、修正6条の「公平な陪審」という表現からすれば、アメリカにおいては、このような意味における「公平」性の保障は、陪審裁判にしか妥当しないように見える。しかしながら、裁判官裁判 (bench trial) に対しても、デュープロセスの要求として、当然に「公平」性の保障が適用されることに異論はないのである<sup>31)</sup>。

五 このように、陪審員および裁判官ともに、アメリカでは、憲法上の要請として、「公平」性が求められているのであるが、それでは、上述した意味での「公平」性の理解を前提として、裁判所の「公平」性の阻害、すなわち、裁判官ないし陪審員が予断を有する危険性について、アメリカでは、どのように考えられているのであろうか。

この点、アメリカにおいては、一般的に、裁判官は予断を有する危険性はないものと理解されている<sup>32)</sup>。そしてまた、陪審員に関しても、裁判官に対するのと同様の理解がなされているのが実情である<sup>33)</sup>。

## 第二項 イギリスないしヨーロッパにおける状況

一 イギリスにおいては、アメリカと異なり、裁判所の「公平」性の保障に関する明文規定は存在しなかったものの、それは、一貫してコモンロー上の権利として認められてきた<sup>34)</sup>。しかしながら、現在では、ヨーロッパ人権条約<sup>35)</sup>を国内法化した<sup>36)</sup>1998年人権法 (Human Rights Act 1998) が、付則1第6条において、裁判所の「公平」性の保障を明文化するに至っている。人権法付則1第6条は、以下のように規定している。

「何人も民事上の権利義務の決定および刑事責任の決定において…公平な裁判所 (impartial tribunal) による…審理 (hearing) を受ける権利を有する。」<sup>37)</sup>

二 それでは、裁判所の「公平」性の阻害、すなわち、裁判官および陪審員が予断を有する危険性について、イギリスでは、どのように考えられているのであろうか。

この点、イギリスでは、一般的に、裁判官は予断を有する危険性はないものと理解されており、その意味では、アメリカにおけるのと同様の理解に立っているものと言えよう。それに対して、陪審員に関しては、予断を有する危険性があるものと認識されており、その意味では、アメリカとは異なる態度を示している<sup>38) 39)</sup>。そして、さらに加えると、このような裁判官と陪審員（ないし参審員）との間に見られる性格の差異は、ヨーロッパ人権裁判所においてもまた、肯定されているところなのである<sup>40)</sup>。

## 第二款 我が国の旧法時代における状況

一 戦前の旧憲法においては、現行憲法と異なり、裁判所の「公平」性に関する明文規定は見られない。もっとも、憲法上の明文規定は存在しないとはいえ、「公平な裁判所」の保障は、「裁判にまつわる根源的な要請」<sup>41)</sup>であって<sup>42)</sup>、裁判官は、事件の心証を公判廷で得るべきことは、当然の要請であった<sup>43)</sup>。すなわち、旧法時代においても、「公平な裁判所」の保障は当然に存在しており、そして、裁判所の「公平」とは、単に「公判廷外で心証を形成していないこと」ではなく、「公判廷において事件の心証を得るべきこと」を要請する概念であると捉えられているのである。この点は、前款における比較法的考察から得られた知見とその趣旨を同じくするものであると考えられる。

二 職権主義を基調とする旧刑訴法時代には、「検察官、被告人又ハ弁護人ハ公判期日前証拠物又ハ証拠書類ヲ裁判所ニ提出スルコトヲ得」（旧刑訴法325条）との規定を前提に、実務慣行として、検察官は、起訴状とともに事件に関する捜査記録や証拠物（いわゆる一件記録）を一括して裁判所に提出し、裁判官は予めその内容を精査し、一定の心証をもって公判期日に臨んでいた<sup>44)</sup>。

しかしながら、もちろん、このような実務運用は、先に述べた「公平な裁判所」の保障の要請と抵触するものと考えられていたわけではない<sup>45)</sup>。そこには、裁判官に対する一定の理解が前提として示されているように思われる。すなわち、裁判官は、一般的に、予断を有する危険性はなく、あらかじめ一定の心証

を形成していたとしても、公判廷で心証を形成することは可能であるとの理解である<sup>46)</sup>。そうだとすれば、この点もまた、前款における比較法的考察から得られた知見とその趣旨を同じくするものであると考えられる。

### 第三節 小 括

以上のような「公平な裁判所」の保障に関する議論を踏まえると、我が国の憲法 37 条 1 項が規定する「公平な裁判所」の保障に関しては、以下のように理解されるべきであると思われる。

第一に、裁判所の「公平」性とは、「予断を有していないこと」を意味する。もっとも、「予断」とは、「何らかの心証」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状態」を意味すると理解すべきである。これは、「近代的な訴訟制度に当然内在する理念」<sup>47)</sup>として、アメリカを始めとする諸外国だけでなく、旧法下の我が国においても、すでに採用されていた理解である<sup>48)</sup>。

第二に、裁判官は、仮に一定の心証を予め形成していたとしても、公判廷で心証を形成することは可能であり、その意味で、裁判官は、一般的・抽象的には、予断を有する危険性はない存在であると理解すべきである。

裁判官が予断を有する危険性について判断するに際しては、裁判官に関する規範的考察、すなわち、法は裁判官にいかなる期待をしているか、法は裁判官にいかなる規律を課しているか、といった点が重要となる。この点、「裁判官の基本的な行動原理」<sup>49)</sup>として、憲法 76 条 3 項が、裁判官に対して、憲法及び法律以外のなものにも拘束されることなく、独立して職権を行使すべきことを求めている<sup>50)</sup>。すなわち、裁判官は、このような特別な法的規律に服することになる<sup>51)</sup>。このような裁判官に対する特別な法的規律の存在は、プロフェッションとしての裁判官たる地位そのものに由来すると解せられるのであり<sup>52)</sup>、この点で、裁判官と一般人とは区別されることになるのである。

アメリカを始めとする諸外国や旧法時代の我が国においては、すでに見たと

おり、裁判官は予断を有する危険性がないものと理解されているが、そのような理解の背後には、これと同様の事情が存在しているように思われる<sup>53)</sup>。

他方で、裁判員のような一般人は、予断を有する危険性があるものと理解すべきである。裁判員に関しては、裁判官と同様の特別な法的規律は存在せず、それゆえ、裁判員を裁判官と同列に評価することはできないからである<sup>54)</sup>。

イギリスを始めとするヨーロッパにおいて、陪審員など一般人は、予断を有する危険性があると考えられ、裁判官とその性格において区別されているのは、これと同様の事情が考慮されていることによるものと思われる。もっとも、これに対して、アメリカにおいては、陪審員は予断の危険性がないものと考えられている。それでは、陪審員のような一般人の予断の危険性に関して、アメリカが、イギリスを始めとするヨーロッパと異なった様相を呈している背景には、どのような事情が存すると言えるのであろうか。

アメリカでは、政治的迫害の経験から生じた、官吏 (public officials) に対するアメリカ人の不信が増大した 18 世紀後半の革命期において、コミュニティの代表としての陪審の重要性が一層強く認識されるようになった。その結果、早くも 1774 年の時点で、同輩による審理を受けることが入植者の権利として認められ、その後、1791 年に承認された現行の修正 6 条でも、公平な「陪審」による裁判を受ける権利が規定され、一貫して、同輩による裁判は権利として保障されてきたのである。

このような歴史的沿革からも窺われるところであるが、アメリカにおける陪審制度の基盤は、同輩 (peer) に対する信頼にあるという点が指摘されている<sup>55)</sup>。そして、このような特殊アメリカ的な要因の存在が、アメリカにおける陪審員の予断の危険性に関する理解に影響を及ぼしているように思われるのである<sup>56)</sup>。

以上からすると、要するに、一般的・抽象的には、裁判官は、予断を有する危険性がないものと解すべきであり、それに対し、他方で、裁判員は、予断を有する危険性があるものと解すべきなのである<sup>57)</sup>。

### 第三章 「公平な裁判所」を担保するための法的措置

本章では、前章でなされた考察の成果を基にして、刑訴法学上、これまで一般に「予断防止原則」の現れと理解されてきた諸制度について、改めて検討を加えることにする<sup>58)</sup>。

#### 第一節 起訴状一本主義・除斥制度の従前の理解の再検討

一 刑訴法学においては、起訴状一本主義は予断防止原則の現れであるというのが一般的理解であった<sup>59)</sup>。しかしながら、そのような理解は妥当であると言えるのであろうか。

この点、公判廷外で証拠・資料に触れたとしても必ずしも予断形成にはならず、まして、職業裁判官は、一般的に、予断を有する危険性がないものと解されるとするならば、起訴状一本主義の趣旨を予断防止に求めるのは困難であるように思われる。むしろ、起訴状一本主義の問題と予断防止の要請の問題は、理論的には区別されるべきである。そうだとすると、「旧法当時の公判において捜査記録に頼った心証形成がなされるかのような印象を与えたことの反省」<sup>60)</sup>から<sup>61)</sup>、その意味での国民の不安感を払拭すべく、手続構造上、捜査と公判を明確に分断した点に、起訴状一本主義の意義が認められるべきであろう<sup>62) 63)</sup>。

二 それでは、次に、学説において議論されている、起訴状一本主義と公判前整理手続の関係については、どのように理解すべきであらうか。

この点、確かに、起訴状一本主義に関する伝統的理解からすれば、公判前整理手続が起訴状一本主義と抵触することは避けがたい<sup>64)</sup>。しかしながら、起訴状一本主義に関する上述の理解からすれば、公判前整理手続が起訴状一本主義と抵触しないことは明らかであると言えよう。もっとも、問題は、更にその先にある。すなわち、公判前整理手続は予断防止の要請に抵触しないのか、という点である。

学説においては、公判前整理手続は心証の形成を目的とするものではなく、

心証を形成することはないのであるから、予断防止の要請には反しない、との見解が有力である<sup>65)</sup>。

しかしながら、そのような見解は、必ずしも妥当なものであるとは言えないように思われる。当該手続の目的に関係なく、証拠・資料に接した以上、裁判官が心証を形成するのは否定しがたいのであり<sup>66)</sup>、公判前整理手続が心証形成を目的とするものではないとしても、裁判官が証拠・資料に接した以上、心証を形成するものと見るのが合理的であると言うべきである。しかしながら、そうだからといって、公判前整理手続は予断防止の要請に抵触するという帰結が必然的に導かれるわけではない。そもそも、予断とは、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状態を意味する概念であり、審判者が事前に何らかの心証を形成することが、直ちに予断を有することを意味するわけではない。まして、職業裁判官は、その性質上、一般的に、予断を有する危険性がないと解することができるのであれば、たとえ、公判前整理手続を主宰する裁判所が、同手続の中で、証拠に接し、そこから何らかの心証を形成したとしても、必ずしも予断防止の要請に反することにはならないのである。

三 このように、起訴状一本主義については、「公平な裁判所」の保障の担保ないし予断防止を趣旨とする制度であるとは理解し得ないとの帰結が得られるのであるが、それでは、起訴状一本主義と同様、従来から予断防止原則の現れと理解されてきた除斥制度<sup>67)</sup>については、どのように考えるべきであろうか<sup>68)</sup>。とりわけ議論の対象となっているのは、刑訴法20条7号の類型に関してである<sup>69)</sup>。

この点、公判廷外で証拠・資料に触れたとしても必ずしも予断形成にはならず、まして、職業裁判官は、一般的に、予断を有する危険性がないものと解されるとするならば、起訴状一本主義と同様、除斥制度の趣旨を予断防止に求めるのは困難であるように思われる。むしろ、除斥の問題と予断防止の要請の問題は、理論的には区別して論じられるべきである。そうだとすると、刑訴法

20条7号に即して言えば、その趣旨は、予断を防止することに求められるべきではなく、むしろ、審級制度を維持する上で、下級審裁判官が同一事件の上級審裁判官を務めることは矛盾であり、これを排除することに求められるべきであろう<sup>70,71)</sup>。また、刑訴法20条7号以外の類型、すなわち、裁判官がその事件と人的に密接な関係を有している場合に除斥されることの趣旨は、「裁判(訴訟)」<sup>72)</sup>制度を維持する上で、その関係は裁判官たる地位と相容れず、矛盾するものであり、これを排除することにあると解するべきであろう<sup>73) 74)</sup>。

## 第二節 「公平な裁判所」を担保する措置としての忌避制度

以上のように、従来の一般的な理解とは異なり、起訴状一本主義および除斥制度は、「公平な裁判所」の保障の担保ないし予断防止を趣旨とするものと見るべきではないと言うべきである。それでは、他方で、これらと同様に、従来から予断防止原則の現れと理解されてきた忌避制度に関しては、どのように考えるべきであろうか。

この点、刑訴法21条は、「『不公平』な裁判をする虞があるときは…これを忌避することができる。」と規定しているだけでなく、旧刑訴法25条が「偏頗ノ裁判ヲ為ス虞アルトキハ」としていた文言は、憲法37条1項に倣って、「不公平な裁判をする虞」に変えられたといった事情をも鑑みると<sup>75)</sup>、忌避制度は、「公平な裁判所」の保障を担保するもの、すなわち予断防止を趣旨とするものと理解せざるを得ない<sup>76)</sup>。また、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律(以下、「裁判員法」という)18条は、「不公平な裁判をするおそれがある」場合は、「当該事件について裁判員となることができない。」として、裁判員の不適格事由を規定しているが、これは刑訴法21条の「忌避」に対応するものとされており<sup>77)</sup>、そうだとすれば、その趣旨もまた、刑訴法21条と同様に解されるべきことになろう<sup>78)</sup>。

このように考えれば、これまで、刑訴法上の予断防止原則の現れと解されてきた起訴状一本主義、除斥制度、忌避制度といった法的措置のうち、真にその

ように解されるべきものは、忌避制度のみに限られるということになるのである<sup>79)</sup>。

### 第三節 小 括

すでに述べたとおり、従来の一般的な理解によれば、起訴状一本主義、除斥、忌避といった刑訴法上の諸制度は、刑訴法上の予断防止原則の現れであるとして理解されてきた。しかしながら、憲法上の「公平な裁判所」の保障に関する理論的検討から得られた知見を前提にして、憲法的保障の観点から、それら刑訴法上の諸制度の趣旨を改めて検討し直してみることで、以下のような帰結が得られることになるように思われる。

第一に、起訴状一本主義は、「公平な裁判所」(憲法37条1項)を担保すること、ないし予断を防止することを趣旨とするものと見るべきではない。その趣旨は、「旧法当時の公判において捜査記録に頼った心証形成がなされるかのような印象を与えたことの反省」<sup>80)</sup>から<sup>81)</sup>、その意味での国民の不安感を払拭すべく、手続構造上、捜査と公判を明確に分断したという点に求められるべきである<sup>82)</sup>。

第二に、除斥制度は、起訴状一本主義と同様、「公平な裁判所」(憲法37条1項)を担保すること、ないし予断を防止することを主眼とするものと解するべきではない。その趣旨は、刑訴法20条7号に関しては、審級制度を維持する上で、下級審裁判官が同一事件の上級審裁判官を務めることは矛盾であり、これを排除することに求められるべきである<sup>83)</sup>。他方で、刑訴法20条7号以外の類型、すなわち、裁判官がその事件と人的に密接な関係を有している場合に除斥されることの趣旨は、「裁判(訴訟)」制度を維持する上で<sup>84)</sup>、その関係は裁判官たる地位と相容れず、矛盾するものであり、これを排除することにあると解するべきである<sup>85)</sup>。

第三に、起訴状一本主義ないし除斥制度とは異なり、忌避制度に関しては、「公平な裁判所」(憲法37条1項)を担保すること、ないし予断を防止するこ



とを趣旨とするものであるという従前の理解が、なお維持されるべきである。

以上のように除斥および忌避の制度趣旨を理解するならば、両者の関係についての従来の理解、すなわち、除斥は、「公平性が典型的に疑わしいと考えられる場合」に当該裁判官を排除する制度であり、これに対して、忌避は、「非典型的な事由により公平性が疑われるとき」に、当該裁判官を排除する制度であって<sup>86)</sup>、除斥制度を補充するものである、との理解<sup>87)</sup>は、もはや維持し得ないものと言わざるを得ないのである<sup>88)</sup>。

- 1) なお、「不公平な裁判をする虞がある」場合だけでなく、除斥事由がある場合も、刑訴法 21 条に基づき、裁判官は職務執行から排除されることになる。もっとも、後者の場合は、刑訴法 20 条に基づき、裁判官は職務の執行から当然に排除されるのであるから（松尾浩也『刑事訴訟法（上）（新版）』（1999 年）216 頁参照）、刑訴法 21 条の忌避制度に固有の意義が認められ、実質的に重要性を有するのは、前者の場合である（鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』（1988 年）170 頁参照）。
- 2) これは、「証拠不提出主義」とも呼ばれる。三井誠＝酒巻匡『入門刑事手続法（第 4 版）』（2006 年）108 頁参照。
- 3) 渥美東洋『全訂刑事訴訟法』（2006 年）302 頁は、「裁判官が予断を抱くとは、審判・証明対象たる訴因＝公訴事実について心証を抱くことである」とし、「予断」＝「心証」と理解している。ほかに、池田修＝前田雅英『刑事訴訟法講義（第 2 版）』（2006 年）179 頁など。いずれにせよ、「予断」とは「心証」を意味するというのが従来の一般的な理解であったのであり、判例・学説ともにそのような理解を当然のものとしていたのである。最大判昭和 27 年 3 月 5 日刑集 6 卷 3 号 351 頁参照。
- 4) 松尾浩也「予断防止の原則と起訴状一本主義」法学セミナー 322 号（1981 年）46 頁、酒巻匡「起訴状一本主義」法学教室 245 号（2001 年）19 頁。
- 5) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法（改訂版）』（1990 年）30、111 頁、鈴木・前掲注 1）161-8 頁、田宮裕『刑事訴訟法（新版）』（1996 年）22、182-3 頁、白取祐司『刑事訴訟法（第 5 版）』（2008 年）75、234 頁、福井厚『刑事訴訟法講義（第 3 版）』（2007 年）24 頁、池田＝前田・前掲注 3）237-8 頁、田口守一『刑事訴訟法（第 4 版補正版）』（2006 年）209-10、227-8 頁、松尾・前掲注 1）215 頁、平野龍一『刑事訴訟法』（1958 年）48-9 頁、上口裕ほか『刑事訴訟法（第 4 版）』（2006 年）121 頁〔安富潔〕、石川才顯『通説刑事訴訟法』（1992 年）60 頁、田中開ほか『刑事訴訟法（第 3 版）』（2008 年）153、180、185 頁〔寺崎嘉博〕、三井＝酒巻・

- 前掲注2) 109頁、団藤重光『新刑事訴訟法綱要(7訂版)』(1967年) 69、373頁、寺崎嘉博『刑事訴訟法(第2版)』(2008年) 197、232頁、三井誠『刑事手続法Ⅱ』(2003年) 138、142、437頁、光藤景俊『刑事訴訟法Ⅰ』(2007年) 249-50、292頁、山中俊夫『概説刑事訴訟法』(1989年) 148頁、横川敏雄『刑事訴訟』(1984年) 71頁、井戸田侃『刑事訴訟法要説』(1993年) 48、149-50頁、安富潔『刑事訴訟法講義』(2007年) 13、166頁、山本正樹ほか『ブリエール刑事訴訟法』(2007年) 114頁〔宇藤崇、川端博=辻脇葉子『刑事訴訟法(新訂版)』(2007年) 27頁〔辻脇葉子〕など。
- 6) 酒巻匡「裁判員制度の意義と課題」都市問題研究 58巻4号(2006年) 63頁、酒巻匡「裁判員制度の意義と課題」法学教室 308号(2006年) 10頁。
- 7) 刑訴法 316条の2以下参照。
- 8) 三井=酒巻・前掲注2) 126頁。
- 9) 鈴木・前掲注5) 111頁、鈴木・前掲注1) 166頁、田宮・前掲注5) 183頁、田口・前掲注5) 209頁など参照。
- 10) 酒巻匡「刑事裁判の充実・迅速化—争点整理と証拠開示手続の構築」ジュリスト 1198号(2001年) 148-9頁、白取祐司「新たな準備手続と迅速な裁判—自己負罪拒否特権・予断排除の原則との関連において—」現代刑事法 68号(2004年) 14-5頁など参照。
- 11) 公判前整理手続と起訴状一本主義に代表される「予断防止原則」との関係については、拙稿「刑事手続における公正な裁判の保障について(3・完)—アメリカにおける議論を中心に—」法学論叢 163巻6号(2008年) 掲載予定、拙稿「刑事手続における除斥制度について(1)—「予断防止」としての位置付けの再検討—」横浜国際経済法学 17巻2号(2008年) 70-8頁においても、すでに言及したところである。
- 12) 田宮・前掲注5) 183頁、酒巻・前掲注10) 150頁、白取・前掲注5) 234頁、三井=酒巻・前掲注2) 109頁、寺崎・前掲注5) 197頁、上田廣廣「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) 131頁、山本ほか・前掲注5) 114頁〔宇藤崇、高田卓爾『刑事訴訟法(2訂版)』(1984年) 386頁など。
- 13) 酒巻・前掲注10) 148頁以下参照。
- 14) 鈴木・前掲注5) 4頁、田宮・前掲注5) 7頁、松尾・前掲注1) 5頁など。
- 15) 刑訴法上の忌避制度(刑訴法 21条)に関する比較的近時の論稿としては、繁田實造「忌避申立簡易却下裁判の概観」『新・生きている刑事訴訟法(佐伯千仞奉寿祝賀論文集)』(1997年) 35頁以下、繁田實造「忌避理由をめぐる判例の概観—刑事訴訟法第21条第1項後段の判例を中心に—」『刑事法学の歴史と課題(吉川経夫先生古稀祝賀論文集)』(1994年) 415頁以下が認められるにすぎない。
- 16) 最判昭和 23年 5月 5日刑集 2巻 5号 447頁。
- 17) 最判昭和 23年 6月 30日刑集 2巻 7号 773頁。その他に、最判昭和 36年 6月 28日刑集 15巻 6号 1015頁など。

- 18) なお、旧刑訴法 25 条は、「…偏頗ノ裁判ヲ為ス虞アルトキハ…忌避スルコトヲ得」と規定していたものの、現行刑訴法 21 条は、憲法 37 条 1 項に倣って、「…不公平な裁判をする虞があるときは…忌避することができる」と規定し、「偏頗」を「不公平」に置き換えている。
- 19) 最高裁が示した定義については、「其他」あるいは「等」とは何を意味するかという点をめぐって議論が生じたとされる(田中輝和「『公平な裁判所』とは何か」松尾浩也編『刑事訴訟法の争点』(1979 年) 1645 頁参照)。もっとも、その点は、公平な裁判所の本質的意義如何という観点からすれば、些細なものであり、大した問題ではなかったと言える。
- 20) なお、体系書類においては、昭和 23 年最高裁判決について、もはや言及されていないことも少なくない。例えば、鈴木・前掲注 5)、田口・前掲注 5)、寺崎・前掲注 5)、井戸田・前掲注 5)、田中ほか・前掲注 5)、山本ほか・前掲注 5)、三井・前掲注 5)、村井敏邦編『現代刑事訴訟法(第 2 版)』(1998 年)、上口裕ほか・前掲注 5)、山中・前掲注 5)、渥美・前掲注 3)、柏木千秋『刑事訴訟法』(1970 年)、渡辺咲子『刑事訴訟法講義(第 5 版)』(2008 年)など。もっとも、それは、昭和 23 年判決自体の問題性を背景とするものではなく、むしろ、刑訴法上の「予断防止原則」は憲法上の「公平な裁判所」を担保するものであるとの従前の一般的理解を前提にすれば、当該最高裁判例は現行刑訴法制定(昭和 23 年 7 月 10 日)以前のものである(松尾・前掲注 1) 217 頁、宮城啓子「公平な裁判所」現代刑事法 7 号(1999 年) 119 頁)との時期的な事情を背景とするものであるように思われる。
- 21) 起訴状一本主義を始めとする刑訴法上の「予断防止原則」を憲法上担保ないし追認するものとしての「公平な裁判所」という従来の一般的理解を前提とすれば、そのような下で、刑訴法上の「予断防止原則」とは一先ず切り離して、「公平な裁判所」の保障それ自体の意義を明らかにするという関心が生じがたいのは、むしろ自然なことであったと言える。もっとも、学説には、この点に言及し、公平な裁判所について、「訴追者側の利益に偏した裁判をするおそれのない裁判所」と定義付ける見解も見受けられる(高橋和之『立憲主義と日本国憲法』(2005 年) 237 頁、野中俊彦ほか『憲法 I(第 4 版)』(2006 年) 420 頁〔高橋和之〕、同旨、笹田栄司「裁判員制度と憲法的思考」ジュリスト 1363 号(2008 年) 82 頁)。しかしながら、これに対しても、やはり、最高裁判例に対するのと同様に、憲法 37 条 1 項の構造的な理解の観点からの疑問が向けられよう。
- 22) 憲法 37 条 1 項は、アメリカ連邦憲法修正 6 条に由来するとされる。憲法的刑事手続研究会編『憲法的刑事手続』(1997 年) 362 頁〔竹之内明〕、岩田誠「公平な裁判所」熊谷弘ほか編『公判法大系 II』(1975 年) 73 頁、村井編・前掲注 20) 27 頁〔大出良知〕、松尾・前掲注 1) 56 頁など参照。
- 23) この点については、拙稿「刑事手続における公正な裁判の保障について(1)(2) —ア

メリカにおける議論を中心に—」法学論叢 163 巻 3 号 (2008 年) 90-113 頁、163 巻 5 号 (2008 年) 掲載予定も参照。

- 24) U.S. Const. amend. VI.
- 25) アメリカ連邦憲法の翻訳については、例えば、初宿正典=辻村みよ子編『新解説世界憲法集』(2006年)60-75頁〔野坂泰司〕、高橋和之編『世界憲法集(新版)』(2007年)50-91頁〔土井真一〕、松井茂記『アメリカ憲法入門(第6版)』(2008年)347-62頁など参照。
- 26) *United States v. Burr*, 25 F.Cas. 2 (C.C.D. Va.1807).
- 27) *Id.* at 50-1. See also Note, *Maintaining Impartiality: Does Media Coverage of Trials Need to Be Curtailed?*, 10 *St. John's J.L. Comm.* 371, 396-7 (1995); *Newton N. Minow & Fred H. Cate, Who is an Impartial Juror in an Age of Mass Media*, 40 *Am.U.L.Rev.* 631, 654-64 (1991); Note, *The Supreme Court's Attack on Attorney's Freedom of Expression: The Gentile v. State Bar of Nevada Decision*, 43 *Case W. Res.* 1347, 1357 (1993).
- 28) *Trial by Jury in New York*, 9 *Law Rep.* 193, 198 (1846).
- 29) *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145 (1878).
- 30) *Id.* at 154-7.
- 31) U.S. Const. amend. V. XIV.
- 32) See Henry J. Abraham, *The Judicial Process* 317 (6th ed. 1993).
- 33) 本稿第四章第一節第一款第三項参照。
- 34) See e.g., *Attorney-General v. Guardian Newspapers Ltd.*, [1987] 1 *W.L.R.* 1248, 1286 (H.L.).
- 35) ヨーロッパ人権条約 (European Convention on Human Rights) については、例えば、F. スュードル (建石真公子訳) 『ヨーロッパ人権条約』(1997年) 参照。
- 36) 田島裕『イギリス憲法典』(2001年) はしがき〔以下、「田島①」として引用〕、田島裕『イギリス法入門』(2001年) 225頁、加藤紘捷『概説イギリス憲法』(2002年) 96-7頁、戒能通厚編『現代イギリス法事典』(2003年) 142-5頁〔倉持孝司〕など参照。
- 37) 1998年人権法の翻訳については、例えば、田島①・前掲注36) 1-56頁、初宿=辻村編・前掲注25) 33-40頁〔江島晶子〕など参照。
- 38) See Geoffrey Robertson & Andrew G L Nicol, *Media Law: The Rights of Journalists and Broadcasters* 166-7 (1984).
- 39) 裁判官と参審員のような一般人の間の差異は、ドイツにおいても見られる。平良木登規男「当事者主義と予断排除」廣瀬健二=多田辰也編『田宮裕博士追悼論集(下巻)』(2003年) 334頁以下参照。
- 40) See *Sunday Times v. United Kingdom*, 2 *Eur.H.R.Rep.* 245, 271-82 (1979); *Worm v. Austria*, 25 *Eur.H.R.Rep.* 454, 456-7 (1997).
- 41) 田宮・前掲注5) 22頁。

- 42) 松尾・前掲注4) 44頁、佐伯千仞「起訴状一本主義」『刑事訴訟の理論と現実』(1979年) 1-2頁〔初出・日本刑法学会編『刑事訴訟法講座(第2巻)』(1964年)、青柳文雄「公平な裁判所の理念」法学研究34巻8号(1961年)2頁。
- 43) 匝藤重光『刑事訴訟法綱要』(1943年)96頁、横井大三「起訴状一本主義」法曹時報7巻5号(1955年)8頁。
- 44) 松尾浩也「演習」法学教室172号(1995年)108頁、酒巻・前掲注4) 19頁、椎橋隆幸編『ブリッジブック刑事裁判法』(2007年)130-1頁〔大澤裕〕。
- 45) 松尾・前掲注4) 44頁、酒巻・前掲注4) 19頁。
- 46) 旧刑法法の淵源であるドイツ法においても、同様の理解がなされていると考えられる。ドイツにおける状況については、平良木・前掲注39) 323頁以下、古田佑紀「予断の防止—検察の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅱ』(2002年)144頁など参照。
- 47) 横井・前掲注43) 8頁。
- 48) 学説には、憲法37条1項は、当事者主義化を予定したものであるとの見解も存在する(松尾・前掲注4) 44頁、松尾・前掲注44) 108頁、松尾・前掲注1) 215頁、光藤・前掲注5) 249頁、宮城・前掲注20) 117頁、三井・前掲注5) 437頁、川端=辻脇・前掲注5) 27頁〔辻脇葉子〕、浦部法穂『憲法学教室(全訂第2版)』(2006年)298頁など)。しかしながら、「公平な裁判所」の保障に関する問題は、訴訟構造に関する問題とは無関係と言うべきであり、理論的には明確に区別して論じられるべきである。
- 49) 松尾・前掲注1) 214頁。
- 50) 浦部・前掲注48) 330頁。
- 51) このような法的規律は、裁判官の自己研鑽、裁判官に対する研修や裁判官の身分保障(憲法78条)などによって担保される。松尾・前掲注1) 32-3頁、加藤新太郎編『ゼミナール裁判官論』(2004年)62頁〔加藤新太郎〕、87-9頁〔村上博信〕、森際康友編『法曹の倫理』(2005年)313-5頁〔上野精・森際康友〕など参照。
- 52) 加藤編・前掲注51) 39-73頁〔加藤新太郎〕、森際編・前掲注51) 313-35頁〔上野精・森際康友〕など参照。
- 53) ドイツ連邦共和国基本法(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland)97条は、「裁判官は独立であって、法律にのみ従う」と規定している(ドイツ連邦共和国基本法の翻訳については、例えば、初宿=辻村編・前掲注25) 154-206頁〔初宿正典〕、高橋編・前掲注25) 166-269頁〔石川健治〕など参照)。他方、アメリカ、イギリスにはこのような明文規定はないが、同様の法的規律は、近代司法の大原則であって(浦部法穂『入門憲法ゼミナール』(1994年)198頁、浦部・前掲注48) 328頁、芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第4版)』(2007年)340頁)、当然の要請として存在している。アメリカ連邦憲法第3条第1節、1981年イギリス最高法院法(Supreme Court Act 1981)第11条、第12条などの規定は、それを示唆するものと言えよう。我が国の旧憲法57条もまた、「司法権

- ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」と規定し、裁判官は「裁判権を行ふには抽象的規範としての法令に拘束されるのみ」(団藤・前掲注43)112頁)であることを明らかにしている(団藤重光『法学の基礎(第2版)』(2007年)201-2頁も参照)。
- 54) なお、裁判員法9条1項は、「裁判員は、法令に従い公平誠実にその職務を行わなければならない。」との規定を設けているが、これは、裁判員は憲法上の特別な法的規律を負わないとの理解を前提とした上での訓示規定に過ぎないと見ることができよう。
- 55) Charles H. Whitebread & Darrell W. Contreras, *People v. Simpson: Perspectives on the Implications for the Criminal for the Criminal Justice System: Free Press v. Fair Trial Protecting the Criminal Defendant's Rights in a Highly Publicized Trial by Applying the Sheppard - Mu'min Remedy*, 69 S.CalL.Rev. 1587, 1623 (1996).
- 56) もっとも、審判者の予断の危険性を判断するにあたって、このような要因を考慮することは、理論的には疑問の余地がある。
- 57) もっとも、裁判官と裁判員は一般的に区別して論じられるべきであるとの見解に対しては、実証的な観点からの検討も必要ではないかとの指摘も予想されるところではある(淵野貴生「自著紹介」立命館ロー・ニューズレター51号(2007年)9-10頁、淵野貴生「適正な刑事手続の保障とマスメディア」(2007年)2頁など参照)。しかしながら、これに対しては、実証的検討が可能であるのか、検討の仕様がいないのではないか、との疑問はともかくとして、解釈論に実証的研究を持ち込むことにそもそもの疑問がある。仮に、予断の危険性という点で、裁判官と裁判員には差異がないことが実証的に明らかにされたとしても、それは、裁判官の法的規律(憲法76条3項)が有効に機能していない、あるいは、裁判官の法的規律に対する実効的な担保的措置が十分に講じられていないということの意味するに過ぎないのであって、そのことは、裁判員と裁判官は区別して扱うべきであるとの前提を否定するものではないというべきである。
- 58) 詳細については、拙稿「刑事手続における公正な裁判の保障について(3・完) —アメリカにおける議論を中心に—」法学論叢163巻6号(2008年)掲載予定、拙稿「刑事手続における除斥制度について(1)(2・完) —「予断防止」としての位置付けの再検討—」横浜国際経済法学17巻2号(2008年)60-78頁、17巻3号(2008年)掲載予定を参照。
- 59) 三井誠=酒巻匡「入門刑事手続法(第3版)」(2001年)102-3頁、田宮・前掲注5)182-3頁、白取・前掲注5)234頁、田口・前掲注5)209頁、松尾・前掲注1)179頁、三井・前掲注5)137-8頁、鈴木・前掲注5)110頁、鈴木・前掲注1)162頁、寺崎・前掲注5)197-8頁、光藤・前掲注5)292頁、福井・前掲注5)190頁、団藤・前掲注5)373頁、平野・前掲注5)49頁、井戸田・前掲注5)149頁、松尾・前掲注4)46頁、上口裕ほか・前掲注5)117頁[安富潔]、石川・前掲注5)172頁、渡辺・前掲注20)200頁、平場安治『改訂刑事訴訟法講義』(1955年)394頁、小林充『刑事訴訟法(第3版)』(2006年)116頁、安富・前掲注5)166頁、田中ほか・前掲注5)153頁[寺崎嘉博]、横川・

- 前掲注5) 71頁、柏木・前掲注20) 86頁、山中・前掲注5) 148頁、山本ほか・前掲注5) 114頁〔宇藤崇〕、佐伯・前掲注42) 1-2頁、高田・前掲注12) 385-6頁、土本武司『刑事訴訟法要義』(1991年) 203頁、石丸俊彦『刑事訴訟法』(1992年) 170頁、松本一郎『事例式演習教室刑事訴訟法』(1987年) 111頁、渡辺直行『論点中心刑事訴訟法講義(第2版)』(2005年) 147頁、藤木英雄ほか『刑事訴訟法入門(第3版)』(2000年) 135頁〔土本武司〕など。最大判昭和27年3月5日刑集6巻3号351頁も同旨。
- 60) 長沼範良『事前準備と予断の防止』法学教室266号(2002年) 117頁。
- 61) 横井・前掲注43) 9頁。
- 62) その意味で、起訴状一本主義(刑訴法256条6項)は、憲法13条を基礎とした制度であると位置付けられる。
- 63) 第1回公判期日前の勾留に関する処分を裁判官に行わせる(刑訴法280条)ことにしたのもまた、同様の趣旨に基づくものと解されよう(これに対し、予断防止を趣旨とする見解として、鈴木・前掲注1) 166-7頁、鈴木・前掲注5) 111頁、田宮・前掲注5) 183頁、田口・前掲注5) 210頁、光藤景俊『口述刑事訴訟法(中)(補訂版)』(2005年) 47頁、松尾・前掲注1) 206-7頁、池田=前田・前掲注3) 179頁、上口裕ほか・前掲注5) 142頁〔安富潔〕、福井・前掲注5) 192頁、田中ほか・前掲注5) 193頁〔寺崎嘉博〕など)。
- 64) 白取・前掲注10) 14頁、白取・前掲注5) 236、256頁、瀧野賢生『裁判員制度と刑事手続改革』法律時報76巻10号(2004年) 33頁、高内寿夫『公判前整理手続と刑事訴訟法の理念』中村睦男=大石真編『立法の実務と理論(上田章先生喜寿記念論文集)』(2005年) 446-9頁、井上正仁=長沼範良=山室恵『鼎談・意見書の論点④ 国民の司法参加・刑事司法』ジュリスト1208号(2001年) 123頁〔山室恵発言〕、大久保太郎『刑事裁判の充実・迅速化』所感判例時報1765号(2002年) 13頁、指宿信『争点整理手続』法律時報増刊『シリーズ司法改革Ⅲ』(2001年) 173頁、美奈川成章『準備手続の創設・証拠開示の拡充』季刊刑事弁護33号(2003年) 41頁、田淵浩二『証拠開示』法律時報増刊『シリーズ司法改革Ⅲ』(2001年) 175頁など。
- 65) 川出敏裕『公判前整理手続』ジュリスト1268号(2004年) 73-4頁、井上正仁『刑事裁判の充実・迅速に向けて—刑事司法制度改革の趣旨とその経緯』司法研修所論集113号(2004年) 134-5頁、長沼・前掲注60) 119-20頁、池田修『解説裁判員法—立法の経緯と課題』(2005年) 97頁、大谷直人『刑事手続改革の課題と展望』刑法雑誌42巻2号(2003年) 171-2頁、大澤裕『新たな準備手続』と証拠開示』刑法雑誌43巻3号(2004年) 77頁、川出敏裕『新たな準備手続の創設』現代刑事法43号(2002年) 46頁、三井=酒巻・前掲注2) 128頁、小林・前掲注59) 161頁など。
- 66) 証拠・資料は、まさに事件に関して一定の心証を形成せしめる性格を有するものであり(三井誠『刑事手続法Ⅲ』(2004年) 3頁、田宮・前掲注5) 284頁)、裁判官といえども、それに接する限りは、心証を必然的に形成するはずである(三井・前掲注5) 138頁参

照)。

- 67) 藤永幸治ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法(第1巻)』(1995年)209頁〔永井敏雄、平野・前掲注5)49頁、鈴木・前掲注5)30頁、鈴木・前掲注1)169頁、三井=酒巻・前掲注2)109、114頁、三井・前掲注5)436-7頁、平場安治「予断排除の原則」岡藤重光編『刑事訴訟法(新法律学演習講座)(全訂版)』(1959年)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5)22頁、宮城・前掲注20)117頁、田中ほか・前掲注5)185頁〔寺崎嘉博〕、寺崎・前掲注5)232頁、福井・前掲注5)24頁、温美・前掲注3)145頁、井戸田・前掲注5)48頁、白取・前掲注5)234頁、田口・前掲注5)210、227頁、松尾・前掲注1)215頁、池田=前田・前掲注3)237-8頁、石川・前掲注5)60頁、平場・前掲注59)52頁、小林・前掲注59)14頁、光藤・前掲注5)250頁、安富・前掲注5)13頁、山本ほか・前掲注5)114頁〔宇藤崇〕、上口裕ほか・前掲注5)121頁〔安富潔〕、渡辺・前掲注20)227頁、土本・前掲注59)64頁、石丸・前掲注59)56頁、松本・前掲注59)106頁、渡辺・前掲注59)154頁、藤木ほか・前掲注59)27頁〔松本時夫〕など。同旨、最一決昭和44年9月11日刑集23巻9号1100頁、最二決昭和47年11月16日刑集26巻9号515頁。
- 68) なお、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律(以下、「裁判員法」という)17条は、裁判員の不適格事由を規定しているが、これは刑訴法20条の「除斥」に対応するものとされている(池田・前掲注65)56頁、辻裕教「『裁判員の参加する刑事裁判に関する法律』の解説(2)」法曹時報59巻12号(2007年)65頁)。そうだとすれば、当該規定の趣旨もまた、刑訴法20条に準じて解されるべきであろう(池田・前掲注65)56頁参照)。後述するように、刑訴法20条は、予断防止を趣旨とするものではないと見るべきであるが、そのことは、裁判員法17条にも妥当すると言うべきである(反対、池田・前掲注65)56頁、辻裕教「『裁判員の参加する刑事裁判に関する法律』の解説(2)」法曹時報59巻12号(2007年)65頁)。
- 69) 近時の最高裁判例として、最決平成17年8月30日刑集59巻6号726頁。
- 70) 伊藤栄樹ほか『注釈刑事訴訟法(新版)(第1巻)』(1996年)150-5頁〔柴田孝夫〕、兼子=竹下守夫『裁判法(第4版補訂)』(2002年)270頁参照。
- 71) その意味で、除斥制度(刑訴法20条7号)は、憲法13条を基礎とした制度であると位置付けられる。なお、それに対し、渋谷秀樹『憲法』(2007年)433頁参照。
- 72) 兼子=竹下・前掲注70)5頁、岡藤・前掲注53)208頁、田中成明『法理学講義』(1994年)324-5、7頁、佐藤幸治『憲法(第3版)』(1995年)315-6頁、辻村みよ子『憲法(第3版)』(2008年)293頁、長谷部恭男『憲法(第4版)』(2008年)306-7頁、奥平康弘『憲法Ⅲ—憲法が保障する権利—』(1993年)344頁、芦部・前掲注53)243-4頁、白取・前掲注5)68頁、山中・前掲注5)20頁、畔上英治「忌避試論(1)」法曹時報12巻11号(1960



年) 245 頁など参照。

- 73) その意味で、除斥制度(刑訴法 20 条 7 号以外)は、憲法 32 条ないし 37 条 1 項を基礎とした制度であると位置付けられる。
- 74) 畔上・前掲注 72) 25 頁参照。
- 75) 白取・前掲注 5) 58 頁、小田中聰樹ほか編『刑事弁護コンメンタール 1 刑事訴訟法』(1998 年) 18 頁〔白取祐司〕。
- 76) この点は、学説も異論なく認めているところである。団藤・前掲注 5) 69 頁、平野・前掲注 5) 48 頁、田宮・前掲注 5) 22 頁、田口・前掲注 5) 210、227 頁、松尾・前掲注 1) 215-6 頁、三井・前掲注 5) 437 頁、光藤・前掲注 5) 250 頁、白取・前掲注 5) 56、234 頁、寺崎・前掲注 5) 232 頁、福井・前掲注 5) 24 頁、鈴木・前掲注 5) 30 頁、鈴木・前掲注 1) 168 頁、安富・前掲注 5) 13 頁、池田=前田・前掲注 3) 237 頁、小林・前掲注 59) 14 頁、田中ほか・前掲注 5) 185 頁〔寺崎嘉博〕、上口裕ほか・前掲注 5) 121 頁〔安富潔〕、井戸田・前掲注 5) 48 頁、山中・前掲注 5) 20 頁、石川・前掲注 5) 60 頁、横川・前掲注 5) 71 頁、山本ほか・前掲注 5) 114 頁〔宇藤崇〕、庭山英雄=岡部泰昌編『刑事訴訟法(第 3 版)』(2006 年) 12 頁〔庭山英雄〕、三井=酒巻・前掲注 2) 109 頁、渡辺・前掲注 20) 228 頁、川端=辻脇・前掲注 5) 27 頁〔辻脇葉子〕、藤永ほか編・前掲注 67) 209 頁〔永井敏雄〕、土本・前掲注 59) 64 頁、石丸・前掲注 59) 58 頁、松本・前掲注 59) 106 頁、渡辺・前掲注 59) 154 頁、藤木ほか・前掲注 59) 27 頁〔松本時夫〕など。同旨、最一決昭和 44 年 9 月 11 日刑集 23 卷 9 号 1100 頁、最二決昭和 47 年 11 月 16 日刑集 26 卷 9 号 515 頁、最一決昭和 48 年 10 月 8 日刑集 27 卷 9 号 1415 頁。
- 77) 池田・前掲注 65) 56 頁、後藤昭ほか『実務家のための裁判員法入門』(2004 年) 53 頁〔西村健〕。
- 78) 池田・前掲注 65) 56 頁参照。
- 79) なお、これまで刑訴法上の予断防止原則の現れとされてきた措置としては、起訴状一本主義(256 条 6 項)、除斥制度(20 条)、忌避制度(21 条)に限られるわけではない。他にも、刑訴法 179 条、280 条、296 条、301 条、302 条などが指摘されている(山中・前掲注 5) 148 頁、鈴木・前掲注 5) 111 頁、鈴木・前掲注 1) 166-8 頁、田宮・前掲注 5) 183 頁、田口・前掲注 5) 210 頁、井戸田・前掲注 5) 150 頁、福井・前掲注 5) 191-2 頁、寺崎・前掲注 5) 197 頁、白取・前掲注 5) 75 頁、庭山=岡部編・前掲注 76) 117 頁〔小山雅亀〕、小林・前掲注 59) 116 頁、上田・前掲注 12) 131 頁、渡辺・前掲注 59) 151 頁、田中ほか・前掲注 5) 212 頁〔寺崎嘉博〕、山口直也=上田信太郎編『ケースメソッド刑事訴訟法』(2007 年) 197 頁〔岡田悦典〕、松本・前掲注 59) 111-5 頁、長井圓『LS ノート刑事訴訟法』(2008 年) 110 頁など)が、それらが果たして真に予断防止を趣旨とするものと言えるのかという点については、大いに疑問があるところであり、改めて検討し直されるべきである(この点につき、長沼・前掲注 60) 115-20 頁参照)。例えば、刑訴

法 280 条の趣旨が、捜査と公判の明確な分断という点に求められるべきことはすでに述べたところであるが、刑訴法 296 条但書に関して言えば、適法に証拠として提出できない資料ないし適法に証拠として提出する意思のない資料に基づいて陳述することは許されないとの至極当然のことを述べているに過ぎないと解するべきであり、刑訴法 301 条については、合理的な心証形成を担保しようとするものに過ぎないと解するべきであろう。

- 80) 長沼・前掲注 60) 117 頁。
- 81) 横井・前掲注 43) 9 頁。
- 82) 憲法 13 条参照。
- 83) 憲法 13 条参照。
- 84) 兼子 = 竹下・前掲注 70) 5 頁、団藤・前掲注 53) 208 頁、田中・前掲注 72) 325、327 頁、佐藤・前掲注 72) 315-6 頁、辻村・前掲注 72) 293 頁、長谷部・前掲注 72) 306-7 頁、奥平・前掲注 72) 344 頁、芦部・前掲注 53) 243-4 頁、白取・前掲注 5) 68 頁など参照。
- 85) 憲法 32 条ないし憲法 37 条 1 項参照。
- 86) 田中ほか・前掲注 5) 185 頁〔寺崎嘉博〕。
- 87) 団藤・前掲注 5) 71 頁、平野・前掲注 5) 48-50 頁、田宮・前掲注 5) 22-3 頁、鈴木・前掲注 5) 30-1 頁、鈴木・前掲注 1) 168-70 頁、高田・前掲注 12) 46-9 頁、山中・前掲注 5) 20-1 頁、石川・前掲注 5) 60-1 頁、寺崎・前掲注 5) 232 頁、福井・前掲注 5) 24-5 頁、三井 = 酒巻・前掲注 2) 114 頁、安富・前掲注 5) 13-4 頁、池田 = 前田・前掲注 3) 238-9 頁、井戸田・前掲注 5) 48-9 頁、小林・前掲注 59) 14-5 頁、上口裕ほか・前掲注 5) 121 頁〔安富潔、藤永ほか編・前掲注 67) 209 頁〔永井敏雄〕、田宮・前掲注 67) 24-6 頁、松尾監修・前掲注 67) 31 頁、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) 105、115-6 頁〔松岡正章〕、石丸・前掲注 59) 56-8 頁、松本・前掲注 59) 106 頁、渡辺・前掲注 59) 154 頁、柏木千秋〔裁判官の忌避〕平野龍一ほか編〔刑事訴訟法判例百選 (第 5 版)〕(1986 年) 112-3 頁、平場安治ほか〔注解刑事訴訟法上巻 (全訂新版)〕(1987 年) 68 頁〔中武靖夫〕など参照。
- 88) 裁判員法 17 条と 18 条の関係についても、刑訴法 20 条と 21 条の関係に対する従来の理解と同様の理解が示されている(辻・前掲注 68) 68 頁、池田・前掲注 65) 56 頁、後藤ほか・前掲注 77) 52 頁〔西村健〕。しかしながら、そのような理解は、およそ妥当なものとは言えないであろう。