

刑事手続における忌避制度について（2・完）

—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 18 卷 1 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

(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

前章での検討の結果として、起訴状一本主義、除斥制度、忌避制度といった刑法上の法的措置のうちで、予断の防止ないし「公平な裁判所」の担保を趣旨とするものと解するべきであるのは、忌避制度のみであるとの理解が得られた。しかしながら、そうであるとしても、忌避制度に関しては、なお依然として、解明すべき理論的課題が残されているように思われる。すなわち、忌避制度は、いかなる意味で「公平な裁判所」を担保する機能を果たすと言えるのであろうか、謂わば、忌避制度の実質的意義に関する問題である。そしてさらに、この問題に対する検討作業を通じて、刑法 21 条が規定する「不公平な裁判をする虞があるとき」という忌避事由の具体化・明確化もまた図られることになると思われる⁸⁹⁾。

本章では、忌避制度にもつばら焦点を当てて、忌避制度の実質的意義を明らかにするとともに（第一節）、忌避制度に関する従来判例・学説に対して改

めて検討を加えることにする（第二節）。

第一節 忌避制度の実質的意義

先に述べたように（第二章第一節）、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」の担保という観点から、国家は、「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、その顕在化を防止すべき憲法上の義務を負うことに異論はないであろう⁹⁰⁾。このような理解を前提にすると、それでは、国家は、「公平な裁判所」に対する侵害について、どのような危険（可能性）が生じたといえる場合に、「公平な裁判所」を担保する措置、すなわち、具体的には、表現の自由（憲法 21 条）⁹¹⁾に対する規制・制約を講じるべきことになるのであろうか⁹²⁾。この点は、従来から、学説において、「公正な裁判と表現の自由」の調整という問題として提起され、議論されてきたところでもある^{93) 94)}。

以下では、まずは、忌避制度の実質的意義を検討するにあたっての前提と位置付けられる、上述の問題に対する有益な示唆を得るために、諸外国における議論状況に検討を加えることにする⁹⁵⁾。その上で、上述の問題について検討を行い、さらに、忌避制度の実質的意義を明らかにする。

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

— アメリカにおいては、20 世紀前半の段階に至ると、報道は激しさを増すようになり、それに伴い、弁護士や学識者の間では、審判者の予断を防止するために、報道を事前に規制すべきではないか、との主張が展開されるようになった。そこでは、修正 1 条に基づく表現の自由の保障と審判者の公平性の保障との調整をどのように図るべきか、すなわち、審判者の公平性を担保するため、いかなる場合に、修正 1 条が保障する表現の自由を規制・制約を加えるべきであるのか、という点が問題となり得る。

この点、当初、連邦最高裁は、「合理的傾向」という基準を是認したこともあったが、その後、連邦最高裁は、*Bridges v. California* 判決⁹⁶⁾において、表現の自由と裁判の公正の間には優劣関係は存しないとしたうえで、修正1条の権利利益の制約基準として、「明白かつ現在の危険」という基準を採用し、この基準を充足しない限り、報道機関の行為を処罰することは許容されないとの判断を示している⁹⁷⁾。そして、このような基準の妥当性は、その後、連邦最高裁によって、*Pennekamp v. Florida* 判決⁹⁸⁾ならびに *Craig v. Harney* 判決⁹⁹⁾においても、改めて確認されているのである。

もっとも、上記の連邦最高裁判例は、すべて刑事事件における裁判官裁判において、法廷侮辱罪 (contempt of court)¹⁰⁰⁾ の適用が問題になった事案であるということに注意しなければならない。

このような連邦最高裁判例の状況からは、予断を有する危険性がないものと一般的・抽象的に理解される裁判官といえども¹⁰¹⁾、「明白かつ現在の危険」の存在が個別具体的に認められる限りにおいては、公正な裁判を担保するため、国家は、修正1条の保障の対象たる表現の自由を規制する措置を講じるべきである、との理解を窺い知ることが可能であるように思われる。

二 それでは、他方で、陪審裁判に関しては、連邦最高裁判例はどのような展開を遂げてきたと言えるのであろうか。公正な裁判と表現の自由の調整という問題は、もちろん、裁判官裁判の場合のみ議論の対象となるのではなく、陪審裁判の場合もまた議論の対象となっている。むしろ、アメリカにおいて活発な議論が展開されているのは、陪審裁判の場合であるとすら言えよう¹⁰²⁾。

裁判官裁判については、すでに1940年代の段階において、連邦最高裁は明示的な判断を示していた。他方で、1950年の *Maryland v. Baltimore Radio Show, Inc.* 判決¹⁰³⁾ では、州最高裁判所が「明白かつ現在の危険」基準を適用し、法廷侮辱罪に問われた被告人を無罪としたことから、検察側が、陪審裁判における法廷侮辱罪の適用に関しては、裁判官裁判におけるよりも緩やかな基準を採用すべきであるとの裁量上訴の申立てを行ったのに対し、連邦最高裁は、裁

量上訴の申立てを却下しており¹⁰⁴⁾、したがって、修正６条と修正１条の関係、ならびに修正１条の権利利益の制約基準についての明示的な判断を避けていたのである。

三 しかしながら、1960年代になって、ようやく連邦最高裁の判断が現れるに至った。それが、ウォーレン・コート期における Sheppard v. Maxwell 判決¹⁰⁵⁾である。

本件は、殺人事件に関するものであるが、ここでは、殺害された被害者の夫が捜査の対象とされた。報道機関は、有罪を推定させる情報を流すとともに、被告人がうそ発見器テストおよび自白薬投与を拒絶した事実や警察に対する非協力的態度を伝えた。また、検察官は、警察への非協力的態度を公然と批判した¹⁰⁶⁾。このような状況の中で、被告人は有罪判決を受け、州最高裁もこれを支持した。その後、人身保護令状請求がなされ、連邦最高裁は裁量上訴を受理した。

本判決では、陪審員に予断が存在し、修正６条が保障する権利利益に対する侵害があったことを理由として、有罪判決を破棄すべきか、という点が問題となった。この点、クラーク判事執筆の法廷意見は、結論として、修正６条違反を認定し、有罪判決を破棄するに至った¹⁰⁷⁾。

しかしながら、Sheppard 判決の意義は、修正６条違反を認め、有罪判決を破棄した点のみにあるのではない。むしろ、本判決の傍論にこそ、より重要な意義が認められるべきであると言えよう¹⁰⁸⁾。

すなわち、連邦最高裁は、表現の自由は、陪審評決は外部の情報ではなく、公開法廷に提出された証拠に基づくべきであるというデュープロセスに由来する要請と矛盾しない範囲において最大限与えられるべきであると判示し、修正６条と修正１条の関係については、修正６条の優越性を指摘し¹⁰⁹⁾、修正１条の制約基準としては、「合理的可能性」¹¹⁰⁾という緩やかな基準を提示している^{111) 112)}。そして、陪審員の予断を防止するための修正１条を制約する手段として、具体的には、手続関係者のメディアへの情報公表規制の必要性を指摘して

いるのである¹¹³⁾。

四 その後、バーガー・コート期に至って、正面から修正 6 条と修正 1 条の調整に関して論じた連邦最高裁判決が初めて出された。それが、Nebraska Press Ass'n v. Stuart 判決¹¹⁴⁾である。

本件は、殺人事件に関するものであるが、裁判所は報道機関に対して、自白に関する記事や被告人が犯人であると強く示唆する事実を公表しないよう差止命令を出した。報道機関側は、差止命令の取消を申し立てたが、州最高裁はこれを退けた。連邦最高裁は、裁量上訴を受理した。

バーガー長官執筆の法廷意見¹¹⁵⁾は、修正 6 条と修正 1 条の間に優劣関係はないことを述べたうえで¹¹⁶⁾、報道の事前抑制は修正 1 条の侵害であるが、絶対的に禁止されるものではないとし、それが許容されるためには、差止の申立人は、①報道が非常に有害であって、被告人が公正な裁判を受けられないということ、②代替手段によって報道の影響を軽減する可能性がないこと、③差止が効果的に機能すること、という 3 つの要件すべてを立証する必要があると述べた。その上で、本件では、① 850 人の人口の中から予断を有していない 12 人の陪審員を見つけるのが不可能になるほど報道の影響が大きかったというのは単なる推測にすぎない、②被告人の権利の保護のための他の代替手段の欠如に関する立証がなされていない、③公衆に対する報道の影響が明らかでない以上、報道の差止が被告人の権利を保護するのに役立つかは明らかでない、と指摘して、差止命令は違憲であると判示した¹¹⁷⁾。

本判決は、修正 1 条の制約基準として、3 つの具体的な要件を提示しているが、修正 6 条と修正 1 条の関係については、両価値の間に優劣関係がないことを指摘しており、理論的には「明白かつ現在の危険」基準を採用したものであると一般に理解されている¹¹⁸⁾。しかしながら、本判決が提示した具体的な要件は、実際上は、きわめて厳格な基準であり、それらの要件を充足する余地はないのではないかとの指摘がなされている¹¹⁹⁾。現に、下級審裁判例においては、Nebraska Press Ass'n 判決が提示した基準を前提とする限り、報道機関に対す

る差止命令は、およそ許容されていないのである¹²⁰⁾。そうだとすれば、本判決が提示した基準が果たしている実際の機能と当該基準の理論的な位置付けとの間には齟齬が生じているものと見ることができる。それでは、このような事態については、果たして、どのように理解することが可能であろうか。

この点、ABA（American Bar Association）が公刊した「公正な裁判と表現の自由に関するスタンダード」第3版の注釈¹²¹⁾は、概ね次のように述べている。すなわち、本判決は、1970年代初頭には、報道の事前抑制が容易に認められていたという事情を背景として出されたものであり¹²²⁾、その時点では一定の警告的意義があったが、現在においては、害悪の明白性および切迫性を適用すべきである、と論じるのである。

このような指摘を前提にするならば、連邦最高裁が提示した具体的要件が果たす実際の機能とその理論的な位置付けとの間の齟齬は、Nebraska Press Ass'n 判決が出された当時の歴史的・政策的な事情に基づく、一過的・例外的なものであったと見ることができよう。そうだとすれば、連邦最高裁が提示した具体的要件が今日においても妥当かつ有効なものであると言えるかは疑わしく、現在では名実ともに「明白かつ現在の危険」基準が妥当しているものと考えべきである。そして、このような理解の正当性は、その後の連邦最高裁判例の展開（後述の Gentile 判決参照）によっても裏付けられているように思われる。

五 レンキスト・コート期において、連邦最高裁判決によって出されたのが、1991年の Gentile v. State Bar of Nevada 判決¹²³⁾である。

Sheppard 判決を契機として、アメリカにおける議論の関心は、手続関係者の言論の規制に対しても向けられるようになったが¹²⁴⁾、Gentile 判決以前においては、下級審レベルで、手続関係者の言論規制に関して、いかなる基準を適用すべきかという点につき、判断が分かれていたところであった¹²⁵⁾。そのような状況において現れたのが、Gentile 判決である。

本件では、検察官らによる情報のリークに基づいた報道に反論しようとして、弁護士ジェンタイルが記者会見を開いたところ、彼は、ABAが1983年に制

定した弁護士業務模範規則 (Model Rule of Professional Conduct) ¹²⁶⁾ の Rule 3.6 とほぼ同じ文言を持つネバダ州最高裁規則違反で懲戒処分を受け ¹²⁷⁾、州最高裁もそれを是認した。そこで、ジェンタイルは裁量上訴の申立てを行い、連邦最高裁はこれを受理した。

Rule 3.6 は、「合理的可能性」と「明白かつ現在の危険」の間に位置付けられる「訴訟手続に実質的に予断を生じさせる相当な可能性 (substantial likelihood of materially prejudicing an adjudicative proceeding)」がある場合に、弁護士が法廷外発言を行うことを禁じているのであるが、この Rule 3.6 が採用している「訴訟手続に実質的に予断を生じさせる相当な可能性」という修正 1 条の権利利益の制約基準は、果たして、憲法に反しないのか、という点が、本件における問題であった。

この点、弁護士の法廷外発言の規制に関しては、「明白かつ現在の危険」という厳格な基準が適用されるべきである、とのジェンタイルの主張に対して、レンキスト長官執筆の法廷意見 ¹²⁸⁾ は、弁護士に関しては、「裁判所の成員 (officer of the court)」としての地位にあることを理論的根拠として、「実質的に予断を生じさせる相当な可能性」という、「明白かつ現在の危険」より緩やかな基準も憲法上許容される、と判示している ^{129) 130)}。

このような連邦最高裁の判断からは、修正 1 条の権利利益の制約基準としては、一般的には「明白かつ現在の危険」基準が妥当すべきであるが、弁護士に関しては、その「裁判所の成員」としての地位に基づき、Rule 3.6 が規定するような緩やかな基準も許容される、との理解を窺い知ることができるように思われる ¹³¹⁾。

もっとも、弁護士は、連邦最高裁が述べるように、「裁判所の成員」としての地位にあるとしても ¹³²⁾、そのことが、弁護士には緩やかな基準が許容されることの理論的根拠になるのかについては、疑問の余地がある ¹³³⁾。国家による修正 1 条の制約の基準に関する問題と弁護士の地位に関する問題は、それぞれ次元を異にする問題であり、直接には関連しないものと言うべきだからであ

る。その意味では、むしろ、「明白かつ現在の危険」基準を適用すべきであるとする¹³⁴⁾、ケネディ判事執筆の反対意見¹³⁵⁾の方が、結論としては、妥当であったように思われる¹³⁶⁾。

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、表現の自由の保障と裁判所の公平性の保障は、従前から、コモンロー上認められてきたところであったが¹³⁷⁾、現在では、1998年人権法（Human Rights Act 1998）によって、それぞれ明文化されるに至っている¹³⁸⁾。

もちろん、表現の自由の保障と裁判所の公平性の保障との調整をどのように図るべきか、すなわち、裁判所の公平性を担保するため、いかなる場合に、表現の自由に規制・制約を加えるべきであるのか、という点は、アメリカだけでなく、イギリスでも問題となり得るのであり、この点は、現に、報道機関に対する法廷侮辱罪（contempt of court）の適用の当否として論じられてきたところである。

二 それでは、イギリスにおいて、裁判所の公平性の保障と表現の自由の保障との間の調整に関する問題は、どのような展開を遂げてきたのであろうか。

イギリスでは、従来から、「予断を生じさせる危険」がある場合に法廷侮辱罪の適用（による表現の自由の制約）が許容されるとして、法廷侮辱罪の適用基準としては緩やかなものが想定されていたのであり、しかも、判例の積み重ねによって、いかなる情報を報道することが当該基準に該当するかについて、ある程度の類型化をすでに見ていたところである¹³⁹⁾。

しかしながら、このような法廷侮辱罪の適用に関するイギリスの安定的状況に対しては、ヨーロッパ人権裁判所（European Court of Human Rights）によって疑義が呈せられた。それが、Sunday Times v. United Kingdom 判決¹⁴⁰⁾である。本判決の事案は以下の通りである。

サリドマイド（thalidomide）を含む薬を製造販売し、多大な被害をもたら

したディスティラーズ (Distillers) 社の民事責任に関するサンデータイムズ紙の記事が法廷侮辱罪に該当するとして、法務総裁 (Attorney-General) は、記事の公表の差止を高等法院に対して請求したところ、差止が認容された。しかしながら、控訴院は差止を取り消した。その後、貴族院は、再び差止を認容したため¹⁴¹⁾、サンデータイムズ紙を発行するタイムズ・ニューズペーパー社は、当該差止命令は、ヨーロッパ人権条約 10 条に違反するとして、ヨーロッパ人権裁判所に提訴した。

ヨーロッパ人権裁判所は、当該記事は、予断を生じさせる可能性があるから、差止は許容される、とのイギリス政府の主張を退けて、貴族院の判断は、ヨーロッパ人権条約 10 条が保障する表現の自由に反するとした。すなわち、ヨーロッパ人権裁判所は、法廷侮辱罪に該当するか否かを認定するにあたっては、具体的事情に基づく実質的判断が必要であり、当該記事が、「予断を生じさせる可能性」を有する「事件の評価」という特定のカテゴリーに該当するだけでは不十分である、と論じるのである¹⁴²⁾。

三 このようなヨーロッパ人権裁判所の判決を受けて、イギリスは、1981 年に、法廷侮辱法 (Contempt of Court Act 1981) を制定するに至ったのであるが、そこでは、法廷侮辱罪の適用 (による表現の自由の制約) 基準として、「訴訟手続の進行を重大な程度に妨げ又は阻害する実質的危険 (substantial risk that the course of justice in the proceedings in question will be seriously impeded or prejudiced)」という基準を採用しているのである。

もっとも、上記 Sunday Times 判決は、民事の「裁判官裁判」における予断との関係での法廷侮辱罪 (への該当を理由とする差止) の適用の当否が問題とされたものである。したがって、刑事の「陪審裁判」との関係において、従前と同様の「予断を生じさせる危険」という基準に基づき法廷侮辱罪を適用することが、上記のヨーロッパ人権裁判所判決によって、必ずしも排斥されたわけではなかった。実際にも、1981 年法廷侮辱法が規定する基準の「重大な程度に」および「実質的」という文言は、裁判官裁判との関係において、法廷侮辱

罪の適用を排除・制約する趣旨であると一般に理解されており¹⁴³⁾、したがって、1981年法廷侮辱法の下においても、陪審裁判との関係では、従来どおり、「予断を生じさせる危険」がある場合に、法廷侮辱罪が適用されるのである。

四 イギリスにおいては、審判者が裁判官であるか、あるいは、陪審員のような一般人であるかに応じて、裁判所の公平性の担保のための表現の自由の規制・制約基準は区別されているが、このような理解は、ヨーロッパ裁判所においてもまた、明確に認容されているところである¹⁴⁴⁾。

すなわち、裁判官裁判に関する Sunday Times 判決とは異なる、参審員 2 人を含む 4 人の裁判体による裁判に関する Worm v. Austria 判決¹⁴⁵⁾ は、脱税事件に論評を加えた報道を、「訴訟の結果に影響を与える可能性」のある報道として、オーストリアのメディア法に基づき処罰することの当否について論じ、このような緩やかな基準の下での処罰を是認していたのである^{146) 147)}。

第三項 比較法的考察の総括

一 アメリカにおいては、裁判官裁判の場合、連邦最高裁は、「明白かつ現在の危険」の存在が個別具体的に認定される限りにおいて、公正な裁判を担保するため、国家は、修正 1 条が保障する表現の自由を規制・制約する措置を講じるべきである、との理解をなしているものと評価することができよう。

他方で、陪審裁判の場合、連邦最高裁の理解は、ウォーレン・コート期とバーガー・コート期以降とで異なった様相を呈している。すなわち、Sheppard 判決が出されたウォーレン・コート期においては、連邦最高裁は、修正 6 条と修正 1 条の関係について、修正 6 条の優越性を指摘し、修正 1 条の制約基準としては、「合理的可能性」という緩やかな基準を提示していたのに対し、バーガー・コート期以降においては、連邦最高裁は、修正 6 条と修正 1 条の関係について、両価値の間に優劣関係がないことを指摘し、修正 1 条の制約基準としては、「明白かつ現在の危険」という、裁判官裁判の場合と同様の厳格な基準を採用しており、そのような理解を現在に至るまで維持し続けているのである。

もっとも、このような判断の相違は、陪審員の予断を有する危険性というものに対する理解と関連付けて説明することが可能であるように思われる¹⁴⁸⁾。

アメリカでは、裁判官は、一般的・抽象的に、予断を有する危険性はないものと理解されているが¹⁴⁹⁾、連邦最高裁が、裁判官裁判の場合に、修正 1 条の制約基準として、「明白かつ現在の危険」という厳格な基準を採用するに至ったのは、裁判官に対する、そのような理解を前提にしていたことによるものと思われる。

そうだとすると、バーガー・コート期以後の連邦最高裁が、陪審裁判の場合に、修正 1 条に対する厳格な制約基準を採用しているのも、陪審員は予断を有する危険性がないとの一般的理解を前提にしていたものと考えざるを得ないであろう¹⁵⁰⁾。すなわち、連邦最高裁は、歴史的事情によって確立された陪審員に対する高度な信頼という、アメリカ社会が元来保持していたところの特殊アメリカ的な要因に依拠ないし強調することによって、裁判官と同様の法的規律が及ばない陪審裁判においても、「明白かつ現在の危険」という、修正 1 条に対する厳格な制約基準を採用することが可能になったものと見ることができるように思われる。

それに対して、ウォーレン・コート期の連邦最高裁が、陪審裁判の場合に、修正 1 条に対する緩やかな制約基準を採用したのは、陪審員は、一般的に、予断を有する危険性があるものとの理解を前提にしていたものと考えることができよう。すなわち、連邦最高裁は、陪審員は、上述したような特殊アメリカ的的要因に依拠ないし強調することなく、陪審員は、裁判官と同様の法的規律に服する存在ではないことをもって、「合理的可能性」という、修正 1 条に対する緩やかな制約基準を採用したものと見るのできるのである。

二 イギリスにおいては、従来から、実務上、裁判官裁判と陪審裁判とを区別することなく、「予断を生じさせる危険」がある場合には、国家は、公正な裁判を担保するため、表現の自由を規制・制約する措置、具体的には、法廷侮辱罪の適用を行うべきであると考えられ、このような処理が実際になされてき

た。しかしながら、イギリスでも、裁判官は、予断を有する危険性がないものと一般的に理解されてきたのに対し、陪審員は予断を有する危険性があるものと理解されてきたことを踏まえると、陪審裁判だけでなく、裁判官裁判においても、「予断を生じさせる危険」という、表現の自由に対する緩やかな制約基準を法廷侮辱罪の適用基準として採用することは論理的矛盾であり、理論的妥当性を欠くのではないか、との疑問が残るところであったと言えよう。この点を問題として明確に指摘したのが、ヨーロッパ人権裁判所のSunday Times判決であったと見ることができる。

当該判決を受けて、イギリスでは、陪審裁判においては、法廷侮辱罪の適用（による表現の自由の制約）基準として、従来どおり、アメリカにおける「合理的可能性」と同程度の緩やかな基準と解される「予断を生じさせる危険」という基準を維持しているのに対して、裁判官裁判においては、「訴訟手続の進行を重大な程度に妨げ又は阻害する実質的危険」という厳格な基準を採用しており、裁判官裁判と陪審裁判とで対応を異にすることになったが、このような事態は、まさにヨーロッパ人権裁判所の意図に適うものであったのである。

第二款 忌避制度の実質的意義—その具体的適用基準

一 裁判所の公平性と表現の自由に関する問題は、我が国においては、どのように理解されるべきであろうか。忌避制度の実質的意義に関して検討するに先立って、この点を明らかにしておく。

我が国においては、裁判官は、一般的・抽象的には、予断を有する危険性がないものと解するべきであるのに対し、他方で、裁判員は、予断を有する危険性があるものと解するべきであることは、すでに述べたとおりである¹⁵¹⁾。

このような理解を前提にするとともに、前款の比較法的考察の成果を踏まえると、裁判所の公平性の保障と表現の自由の保障との調整をどのように図るべきかという問題、すなわち、国家は、裁判所の公平性を担保するため、いかなる場合に、表現の自由に規制・制約を加えるべきであるのか、という点につい

ては、以下のように結論付けることができるように思われる。

裁判主体たる裁判官と裁判員は、予断を有する危険性の有無という点で一般的に区別すべきであると理解する以上、表現の自由（憲法 21 条）に対する制約基準という点でもまた、区別すべきである。すなわち、裁判官裁判においては、国家は、裁判所の公平性を担保するため、予断を生ぜしめる「明白かつ現在の危険」が個別具体的に認められる場合には、表現の自由に対して規制・制約を加えるべきであるのに対して、他方、裁判員裁判においては、国家は、裁判所の公平性を担保するため、予断を生ぜしめる「合理的可能性」が認められる場合には、表現の自由に対して規制・制約を加えるべきなのである¹⁵²⁾。

二 それでは、次に、忌避制度（刑訴法 21 条）の実質的意義に関しては、どのように理解されるべきであろうか。

この点、裁判官裁判において、国家が、裁判所の公平性を担保するため、予断を生ぜしめる「明白かつ現在の危険」が個別具体的に認められる場合に、表現の自由を規制・制約する有効な措置を講じていないのであれば、それは、憲法が規定する「公平な裁判所」の保障（憲法 37 条）に違反するものと評価することができるが、忌避制度の存在は、まさにその法的効果として位置付けられるべきである。従来から、判例・学説上、忌避制度の趣旨は予断防止にあるとされてきたところではあるが、その実質的意義は、この点に求めることができる。そして、このような忌避制度の実質的意義に関する理解を前提にするならば、刑訴法 21 条の解釈、すなわち、忌避の具体的適用基準としては、「不公平な裁判をする『明白かつ現在の』虞」という厳格な基準が採用されなければならないということになるのである¹⁵³⁾。

三 さらにまた、裁判員法 18 条は、裁判員の不適格事由を規定しているが、先に述べたように、当該規定は、刑訴法 21 条の忌避制度に対応しており¹⁵⁴⁾、したがって、予断防止を趣旨とするものであると解される¹⁵⁵⁾。そうだとすれば、裁判員の不適格事由に関しても、忌避制度に関するのと同様の議論が妥当するはずである。

すなわち、裁判員裁判において、国家が、裁判所の公平性を担保するため、予断を生ぜしめる「合理的可能性」が認められる場合に、表現の自由を規制・制約する有効な措置を講じていないのであれば、それは、憲法が規定する「公平な裁判所」の保障（憲法 37 条）に違反するものと評価することができるが、裁判員の不適格事由の存在は、まさにその法的効果として位置付けられるべきである。そして、このような裁判員の不適格事由の実質的意義に関する理解を前提にするならば、裁判員法 18 条の解釈、すなわち、裁判員の不適格事由の具体的適用基準としては、「不公平な裁判をする『合理的な』おそれ」という緩やかな基準が採用されなければならないということになるのである。

第三款 小括

以上のように、本節では、忌避制度（刑訴法 21 条）の実質的意義を明らかにするとともに、さらに、それに関連するものとして、裁判員の不適格事由（裁判員法 18 条）の実質的意義をも明らかにしたが、ここで改めて、本節の主題である忌避制度の実質的意義という点に関して、検討の結果を纏めておくことにする。

国家は、裁判官裁判において、裁判所の公平性を担保するため、予断を生ぜしめる「明白かつ現在の危険」が個別具体的に認められる場合には、表現の自由を規制・制約する措置を講じなければならない。これは、憲法 37 条に基づくものである。したがって、予断を生ぜしめる「明白かつ現在の危険」が個別具体的に認められるにもかかわらず、国家が、表現の自由を規制・制約する有効な措置を講じず、結果として、危険を顕在化させる事態を生じさせたのであれば、それは、憲法 37 条に違反するものと評価することができる。そして、刑訴法 21 条が規定する忌避制度は、まさにその法的効果として位置付けられるべきものである。そうだとすると、刑訴法 21 条の解釈、すなわち、忌避の具体的適用基準としては、「明白かつ現在の危険」という厳格な基準が採用されなければならない、との帰結が必然的に得られることになるのである¹⁵⁶⁾。

第二節 忌避制度に関する従来の判例・学説の検討

忌避制度をめぐることは、これまでに、多くの最高裁判例が積み重ねられてきたところである。本節では、前節における検討から得られた、忌避制度の実質的意義に関する理解を前提に、学説の評価をも踏まえながら、従前の最高裁判例に対して検討を加える。

以下では、便宜上、手続外の要因に基づく忌避申立て（第一款）と手続内の要因に基づく忌避申立て（第二款）とに区分して、検討を進めることにする¹⁵⁷⁾。

第一款 手続外の要因に基づく忌避申立て

従前の最高裁判例は、手続外の要因に基づく忌避申立てに対して、どのような判断を示してきたのであろうか。以下では、従前の最高裁判例を、そこで論じられた問題の性質という観点から、裁判官の関連事件への関与が問題となった事例と裁判官の言動が問題となった事例とに分類した上で¹⁵⁸⁾、各々の類型に該当する最高裁判例の状況を確認する（第一項）。そして、それに引き続いて、最高裁判例の状況に対して分析・評価を加えることにする（第二項）。

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

— 最高裁昭和28年10月6日判決¹⁵⁹⁾は、裁判官が共犯者の審理に関与していたという事案について、「記録を調べてみると、被告人は共犯者藤川春芳外一名と共に共同被告人として起訴されたところ、第一審第一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二人の共同被告人についての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二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共に、第一審の裁判官が事前に事件の知識を有した一事をもつて不公平な裁判をする虞があつたものと速断することはできず従つてその一事をもつて忌避の理由があつたものとする 것도できない」と判示している。

二 最高裁昭和 31 年 9 月 18 日決定¹⁶⁰⁾ は、裁判官が共犯者の審理に関与していたという、前記最高裁昭和 28 年判決におけるのと同様の事案について、「当裁判所の判例は、同一の裁判官が共犯者の公判審理により被告人に対する事件の内容に関し知識を得たからとて、その一事をもつて忌避の理由があるものとすることができない旨すでに判示（昭和 28 年（あ）2392 号同年 10 月 6 日第三小法廷判決、集 7 卷 10 号 1888 頁）しているのであるから、所論は理由がない」と判示している¹⁶¹⁾。

三 最高裁昭和 31 年 9 月 25 日決定¹⁶²⁾ は、裁判官が同一事件に関する民事裁判に関与していたという事案について、「申立人に対する背任被告事件における公訴事実とその社会的事実関係を同じくする民事訴訟事件についてその審判に関与した裁判官が、その後右背任被告事件について合議体の一員として審判に関与したとしても、ただその一事を以て刑訴 21 条 1 項にいわゆる不公平な裁判をする虞があるものとすることはできない」と判示している。

（二）裁判官の言動が問題となった事例

一 最高裁昭和 34 年 7 月 1 日決定¹⁶³⁾ は、裁判官が執筆した文章および対談の内容が問題となった事案について、「所論引用の文章及び対談は、田中裁判官が日本国憲法の理念につき、または日本の一部に見受けられる社会現象につき、その所感を述べたに止まるものと認められ、「本件に関し不公平な裁判をする虞があると認むべき事由は何ら存しない」と判示している¹⁶⁴⁾。

二 最高裁昭和 47 年 7 月 1 日決定¹⁶⁵⁾ は、最高裁判所の裁判官が、その任官前に高等検察庁検事長として他の刑事被告事件について提出した上告趣意書中において、本件と同種の論点に関する法律上の見解を明らかにしたことが問

題となった事案について、「〔岡原〕裁判官が前に福岡高等検察庁検事長として前記被告人上野四郎外一名に対する被告事件の上告趣意書において本件と同種の論点に関する法律上の見解を明らかにしたからといて、本件につき不公平な裁判をする虞れがあると疑うべき事由があるとする事」はできないと判示している。

三 最高裁昭和 48 年 9 月 20 日決定¹⁶⁶⁾は、最高裁判所の裁判官が、その任官前に、審理の対象となっている条例(昭和 25 年東京都条例第 44 号。集会、集団行動及び集団示威運動に関する条例)の立案過程において、当該条例案の合憲性に関する立案当事者の意見照会に対し、当時の法務府法制意見第一局長として純然たる法律解釈に関する意見回答をしていたことが問題となった事案について、「右回答は、道路その他の公共の場所における集会もしくは集団行進および集団示威運動と憲法 21 条との関係についての憲法解釈の問題に関してされた質問に対し、行政府の所轄機関の立場でした純然たる法律解釈に関する照会回答であつて、それはひつきよう一般的に一定の法律問題について抽象的な法律上の見解を表明したものにすぎず、特定の具体的事件に関し当事者からの依頼に答えて法律問題に関する助言もしくは見解の表明をしたり、当該事件の訴訟手続内で一定の見解もしくは判断を示した場合とは全く趣きを異にするから、これをもつて当該問題を争点の一つとする具体的争訟につき裁判の公正を妨げるおそれある予断または偏見があるものとする事とはできない」と判示している。

第二項 最高裁判例の分析と評価

一 それでは、前項で見てきた最高裁判例の状況に対しては、どのような評価が与えられるべきであろうか。以下、この点に検討を加えていくことにする。

二 まず、裁判官の関連事件への関与が問題となった最高裁判例に目を向けることにしよう。

従来の判例・学説の立場、すなわち、「予断」とは「心証」を意味すると解

する立場を前提にすれば¹⁶⁷⁾、裁判官が、共犯者の審理、あるいは同一事件に関する民事裁判に関与することによって、すでに事件に関する証拠・資料に接していた場合には、証拠・資料は審判者に心証を形成せしめる性格を有するものである以上¹⁶⁸⁾、当該裁判官は予断を形成している虞があると認められるどころか、むしろ、予断を必然的に形成しているとさえ評価することができよう¹⁶⁹⁾。

これに対し、最高裁昭和28年判決は、忌避事由の存在を否定するにあたって、裁判官が証拠に接することで、「事前に事件の知識を有し」ていたとしても、「不公平な裁判をする虞」は認められないとの論理を採用しており、事前に事件の知識を有していることと、予断を形成する虞があることを明確に区別している。この点、最高裁昭和31年9月18日決定が、同様の論理を採用していることは明らかであるが、最高裁昭和31年9月25日決定もまた、同様の論理を採用しているものと解することができる。

しかしながら、このような論理は、観念的・技巧的に過ぎるだけでなく、証拠・資料が有する性格とも相容れないものであって、したがって、忌避事由の存在を否定する論理としては、合理性を欠くものであったと言わざるを得ないであろう¹⁷⁰⁾。

以上の検討を踏まえると、予断に関する従来の理解を前提とする限りにおいて、上記した一連の最高裁判例は不当なものであったと評価されるべきであるように思われる¹⁷¹⁾。

他方で、本稿の立場、すなわち、「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できない状態」を意味するとの理解を基礎とする立場を前提にすれば、以下のように理解されるべきであろう。

先に述べたように、刑訴法21条の解釈、すなわち、忌避の具体的適用基準としては、予断を生ぜしめる「明白かつ現在の危険」という厳格な基準が妥当するものと解される。このような理解を前提にすると、裁判官が、共犯者の審理、あるいは同一事件に関する民事裁判に関与することによって、すでに事件の証拠・資料に接していたとしても、そのこと自体によって、予断を生ぜしめ

る危険の「明白性」を基礎付けることは困難であると言うべきであろう。したがって、その意味において、上記した一連の最高裁判例の結論自体は、妥当なものであったと評価されるべきであるように思われる。

三 次に、裁判官の言動が問題となった最高裁判例に目を向けることにしよう。

「予断」とは「心証」を意味すると解する従前の判例・学説の立場を前提にすると、裁判官が予断を形成している虞があるとして、忌避申立てが認容されるためには、当該裁判官が、事件に関する証拠・資料に、あらかじめ接していることが必要となろう。

この点、裁判官の言動が問題となった上記最高裁判例においては、当該裁判官が、具体的事件に関する証拠・資料に、あらかじめ接していたという事実は認められていない。そうだとすると、そもそも、予断に関する問題が論じられるべき契機は存在していなかったものであり、その意味で、上記最高裁判例において論じられた問題は、予断に関する問題とは無関係なものであったと理解することができよう。

先に見たように、上記最高裁判例はすべて、結論として、「不公平な裁判をする虞」の存在を否定しているが、その背後には、そのような理解が存在していたものと解することが可能であるように思われる¹⁷²⁾。そして、「右回答・・・はひつきよう一般的に一定の法律問題について抽象的な法律上の見解を表明したものにすぎず、特定の具体的事件に関し当事者からの依頼に答えて法律問題に関する助言もしくは見解の表明をしたり、当該事件の訴訟手続内で一定の見解もしくは判断を示した場合とは全く趣きを異にする」との上記最高裁昭和 48 年 9 月 20 日決定の指摘は、そのような理解を前提とするものであると見ることができよう。

他方で、本稿の立場、すなわち、「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できない状態」を意味するとの理解を前提とした場合であっても、上記最高裁判例においては、当該裁判官が、事件に関する証拠・資料に、あらかじめ接していた事実は認められない以上、予断の問題は生じ得

ないのであり、「不公平な裁判をする虞」の有無を論ずる余地は、そもそも存在しなかったと言えよう。したがって、その意味で、「不公平な裁判をする虞」の存在を否定した、一連の上記最高裁判例の結論自体は、妥当なものであったと評価されるべきであるように思われる。

第二款 手続内の要因に基づく忌避申立て

従前の最高裁判例は、手続内の要因に基づく忌避申立てに対して、どのような判断を示してきたのであろうか。以下では、まず、従前の最高裁判例の状況を確認した上で（第一項）、それに引き続いて、最高裁判例の状況に対して分析・評価を加えることにする（第二項）。

第一項 最高裁判例の状況

（一）二つの最高裁判例

一 最高裁昭和47年11月16日決定¹⁷³⁾は、被疑者に対する特別公務員暴行陵虐致死付審判請求について、裁判所が採用した審理方式を問題として、被疑者が裁判官の忌避を申し立てたという事案において¹⁷⁴⁾、「一般に裁判官の忌避の制度は、裁判官の事件の当事者と特別な関係にあるとか、手続外においてすでに事件につき一定の判断を形成しているとかの、当該事件の審理過程に属さない要因により、当該裁判官によつては、その事件についての公平で客観性のある審理および裁判が期待しがたいと認められる場合に、当該裁判官を事件の審判から排除し、もつて裁判の公正およびこれに対する信頼を確保することを目的とするものであるから、その手続内における審理の方法や審理態度などは原則として忌避事由となりえない」としつつ、それが「もつぱら前記のごとき審理過程外の要因の存在を示すものと認めるべき特段の事情が存するので」あれば、「裁判官を忌避する事由となし」得ることを示唆した上で、本件においては、付審判請求事件の審理を担当する裁判所が示した審理方式は、「裁量の範囲を逸脱した疑いがある」が、そのことが「ただちに忌避事由になりえな

いことは前述したとおりであるのみならず、これがもつばら忌避事由たるべき審理過程外の要因に基づき、ことさらに案出されたものと解すべき特段の事情も本件においては認めがた」と判示し、結論として、忌避事由の存在を否定している。

二 最高裁昭和 48 年 10 月 8 日決定¹⁷⁵⁾は、裁判長の訴訟指揮権、法廷警察権の行使を問題として、弁護人が裁判長の忌避を申し立てたという事案において、「元来、裁判官の忌避の制度は、裁判官がその担当する事件の当事者と特別な関係にあるとか、訴訟手続外においてすでに事件につき一定の判断を形成しているとかの、当該事件の手続外の要因により、当該裁判官によつては、その事件について公平で客観性のある審判を期待することができない場合に、当該裁判官をその事件の審判から排除し、裁判の公正および信頼を確保することを目的とするものであつて、その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なしえないものであり、これらに対しては異議、上訴などの不服申立方法によつて救済を求めるべきであるといわなければならない。したがつて、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ものであつて、それによつてもたらされる結果は、訴訟の遅延と裁判の失墜以外にはありえないとした上で、「本件忌避申立の理由は・・・裁判長の訴訟指揮権、法廷警察権の行使に対する不服を理由とするものにほかならず、かかる理由による忌避申立の許されないことは前記のとおりであり、それによつてもたらされるものが訴訟の遅延と裁判の権威の失墜以外にはなく、「右のごとき忌避申立は、訴訟遅延のみを目的とするものとして、同法〔刑法を指す－筆者注〕24 条により却下すべきものである」と判示し、結論として、忌避の申立てを却下している。

(二) 最高裁判例の整理

最高裁昭和 47 年決定および最高裁昭和 48 年決定によれば、忌避制度に関す

る最高裁の理解は、以下のように整理し得るように思われる。

第一に、手続内における審理の方法、態度など、すなわち、「手続内の要因」を理由とする忌避申立ては許容されず、そのような忌避申立ては、刑訴法 24 条に基づく簡易却下の対象となる。

第二に、忌避申立ての理由とされた「手続内の要因」が、「手続外の要因」の存在を示すものと認められるのであれば、「手続内の要因」を理由とする忌避申立ては、例外的に許容されることになる¹⁷⁶⁾。この点は、最高裁昭和 47 年決定が、「手続内における審理の方法や審理態度などは原則として忌避理由となりえない」としつつ、「審理手続外の要因の存在を示すものと認めるべき特段の事情が存する」場合には、「裁判官を忌避する事由となし」得ることを示唆していることから明らかである。そして、最高裁昭和 48 年決定もまた、「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なしえない」との表現を用いていることからすれば、最高裁昭和 47 年決定が示していた例外の余地を肯認しているものと見ることができるであろう¹⁷⁷⁾。

第二項 最高裁判例の分析と評価

一 上記最高裁判例を契機として、手続内における審理の方法、態度などの「手続内の要因」を理由とした忌避申立ての可否という問題は、学説上、活発な議論の対象とされてきたところであるが、それでは、果たして、上記最高裁判例に対しては、どのような評価が与えられるべきであろうか。以下、この点に検討を加えていくことにする。

二 「予断」とは「心証」を意味するとの従来判例・学説の立場を前提とすれば、忌避を申し立てるに際して、それが、「手続外の要因」を理由とするものであるのか、「手続内の要因」を理由とするものであるのかは、重要な意味を有するものではないと言えよう。少なくとも、「予断」に関する従前の理解からすると、「手続外の要因」と「手続内の要因」とを区別する、あるいは「手続内の要因」を除外する契機を見出すことは困難というべきであり、そのよう

に解する必然性は存在しない。この点、最高裁判例においても、「手続内の要因」を理由とする忌避申立ては許容されないとの帰結を基礎付ける積極的な理論的根拠は、必ずしも明らかにされてはいないのである¹⁷⁸⁾。また、実際的に見ても、「手続内の要因」に基づいて「不公平な裁判をする虞」の存在が認められる場合は、十分にあり得るところであろう¹⁷⁹⁾。

このような検討からすると、「手続内の要因」を理由とする忌避申立ては認められないとする最高裁判例に関しては、疑問が残るように思われる¹⁸⁰⁾。この点、学説においても、上記最高裁判例の立場に対しては批判的な見解が有力であるが¹⁸¹⁾、例えば、「裁判官の審理方法や態度をすべて忌避理由から排除する、という理解は妥当でなく、「忌避理由か否かの判断を『手続外』の要因か否かで区別する思考が、そもそもおかしい」¹⁸²⁾との指摘は、至極妥当なものであると評価し得よう。

三 これに対して、本稿の立場、すなわち、「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」を意味するとの立場からすれば、以下のような帰結が導かれよう。

「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」であると理解されるが、その「予断」の概念には、「予断」は「事件の審理過程に属さない要因」あるいは「手続外の要因」に基づいて形成されるとの理解が必然的に含まれているものと解される¹⁸³⁾。そうだとすれば、「不公平な裁判をする虞」ないし「予断を有する虞」という忌避事由もまた、「手続外の要因」によって基礎付けられなければならないと言えよう。すなわち、「予断」の概念それ自体が、忌避事由である「不公平な裁判をする虞」の要因を規律する契機を含んでいるのである。

このように、忌避の申立ては、「事件の審理過程に属さない要因」ないし「手続外の要因」を理由としてなされるべきであるとする、上記最高裁判例が示した、「手続内の要因」を理由とする忌避申立ては許容されないという、その結論自体は妥当なものであったと評価し得るように思われる。

四 もっとも、このような理解を前提にしたとしても、審理の方法や態度といった「手続内の要因」が、「不公平な裁判をする虞」の要因、すなわち、「事件の審理過程に属さない要因」ないし「手続外の要因」を認定する徴表としての意味を有している場合には、「手続内の要因」を理由とする忌避申立てが認められるのではないか、との指摘も考えられよう¹⁸⁴⁾。これと同様の理解は、すでに上記最高裁判例においても見られたところである。

しかしながら、先に述べたように、刑訴法 21 条の解釈、すなわち、忌避の具体的適用基準としては、「不公平な裁判をする『明白かつ現在の』虞」という厳格な基準が妥当することになる。そうだとすれば、「不公平な裁判をする『明白かつ現在の』虞」の存在が認められるためには、その前提として、「手続外の要因」が具体的かつ明確に提示されていなければならないと言えよう。

このような検討を踏まえると、「手続内の要因」を理由とする忌避申立てが認められる余地はまったく生じ得ないと結論付けることが、理論的に見て妥当であるように思われる。

第三款 小括

本節では、前節において得られた忌避制度の実質的意義に関する理解を前提として、忌避制度に関する従前の最高裁判例に検討を加えてきたが、そこでの検討の結果を纏めておくことにする。

第一に、「手続外の要因」に基づく忌避申立てが問題となった事例に関してである。「手続外の要因」に基づく忌避申立てが問題となった事例としては、裁判官の関連事件への関与が問題となった事例および裁判官の言動が問題となった事例が挙げられるが、忌避の具体的適用基準として、予断を生ぜしめる「明白かつ現在の危険」という厳格な基準が妥当するとの理解を前提とすれば、前者の類型については、予断を生ぜしめる危険の「明白性」を基礎付けることは困難であり、したがって、「不公平な裁判をする虞」の存在を否定した最高裁判例の結論は妥当であったと言ふべきである。また、後者の類型については、

そもそも予断は問題となり得ず、「不公平な裁判をする虞」の有無を論ずる余地はなかったと言えるのであり、したがって、「不公平な裁判をする虞」の存在を否定した最高裁判例の結論は妥当であったと言うべきである。

第二に、「手続内の要因」に基づく忌避申立てが問題となった事例に関してである。最高裁は、「手続内の要因」を理由とする忌避申立ては許容されないことを原則としつつ、「手続内の要因」が「手続外の要因」の徴表としての意味を有する場合には例外として認められるとの理解を示しているように見える。しかしながら、「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」であるとの理解を前提にする限りにおいて、「不公平な裁判をする虞」の存在は、「手続外の要因」によって基礎付けられなければならない、したがって、「手続内の要因」を理由とする忌避申立てを許容する余地はまったく存在し得ないとするのが妥当であったと言うべきである。

第五章 おわりに—本稿の総括

一 本章では、第二章ないし第四章で行われてきた検討を総括し、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が、「公平な裁判所」とは何を意味するのであろうか。

この点、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、そこにいう「予断」とは、「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」を意味すると解さなければならない。そして、このような「予断」に関する理解を前提にした上で、一般的に、裁判官は予断を有する危険性がないものと解するべきであり、他方で、裁判員は予断を有する危険性があるものと解するべきである。

三 これまで、起訴状一本主義（刑訴法 256 条 6 項）、除斥（刑訴法 20 条）、忌避（刑訴法 21 条）といった制度は、「公平な裁判所」の担保ないし予断の防

止を趣旨とするものと解されてきた。しかしながら、先に述べたように、予断を有する危険性という点で、裁判官と裁判員は区別することができ、裁判官は、一般的に、予断を有する危険性がないものと解するべきであるとすれば、上記制度の趣旨もまた、改めて検討し直されるべきであろう。

この点、起訴状一本主義の趣旨は、予断の防止ではなく、むしろ、「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」¹⁸⁵⁾から、その意味での国民の不安を除去すべく、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。そして、除斥制度の趣旨は、予断の防止ではなく、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、これを排除する点に、また、刑訴法20条7号以外の類型に関しては、「裁判（訴訟）」制度を維持する上で、裁判官がその事件と人的に密接な関係を有していることは矛盾であり、これを排除する点に求められるべきである。それに対して、忌避制度の趣旨が、予断の防止にあることは明らかと言うべきであろう。しかしながら、そうだとしても、忌避制度は、いかなる意味において「公平な裁判所」の担保ないし予断の防止としての機能を果たすと言えるのかという、謂わば、忌避制度の実質的意義に関する問題は、なお依然として残されたままである。

四 忌避制度の実質的意義を解明するにあたっては、その前提として、裁判所の公平性の保障と表現の自由の保障との調整をどのように図るべきか、すなわち、国家は、裁判所の公平性を担保するため、いかなる場合に、表現の自由に規制・制約を加えるべきであるか、という点を検討する必要がある。

この点、一般的に、裁判官は予断を有する危険性がないものと解するべきであり、他方で、裁判員は予断を有する危険性があるものと解するべきであるとの理解を前提にすると、裁判官裁判においては、国家は、裁判所の公平性を担保するため、予断を生ぜしめる「明白かつ現在の危険」が個別具体的に認められる場合には、表現の自由に対して規制・制約を加えるべきであるのに対し、

他方で、裁判員裁判においては、国家は、裁判所の公平性を担保するため、予断を生ぜしめる「合理的可能性」が認められる場合には、表現の自由に対して規制・制約を加えるべきである。

そうだとすると、裁判官裁判において、国家が、裁判所の公平性を担保するため、予断を生ぜしめる「明白かつ現在の危険」が個別具体的に認められるにもかかわらず、表現の自由を規制・制約する有効な措置を講じていないのであれば、それは、憲法が規定する「公平な裁判所」の保障に反するものと評価されることになるが、忌避制度の存在は、まさにその法的効果として位置付けられるべきである。忌避制度の実質的意義は、この点に求められるのである。そして、このような理解を前提にすれば、刑訴法 21 条の解釈、すなわち、忌避の具体的適用基準としては、「不公平な裁判をする『明白かつ現在の』虞」という厳格な基準が採用されなければならないことになる。

五 忌避制度に関する従前の最高裁判例は、「手続外の要因」に基づく忌避申立てが問題となった事例と「手続内の要因」に基づく忌避申立てが問題となった事例とに区分することができるが、いずれにせよ、現在に至るまで、「不公平な裁判をする虞」の存在を肯認した最高裁判例は現れておらず、最高裁は、「不公平な裁判をする虞」の認定に対して厳格な態度を示し続けている。

もっとも、このような状況に対しては、学説上、批判的な見解が有力であり¹⁸⁶⁾、「現行忌避制度の解釈・運用には問題とすべき余地がある」¹⁸⁷⁾、との指摘もなされているところである。

確かに、忌避制度に関する従来理解を前提にする限りにおいては、このような指摘は妥当なものであると評価することもできよう。しかしながら、上記したような忌避制度に関する本質的理解を前提にするならば、「不公平な裁判をする虞」の認定に対する最高裁判例の厳格な傾向は、不当なものとは言えないどころか、むしろ、積極的に評価されるべきであるように思われる。

(2008 年 12 月脱稿)

- 89) 実務上、刑法 21 条の「不公平な裁判をする虞があるとき」への該当性が、しばしば問題となっている（福井・前掲注 5）25 頁、三井・前掲注 5）443-6 頁など参照）。このような状況からすれば、「不公平な裁判をする虞があるとき」という要件の具体化・明確化は、理論的のみならず実際的にも、きわめて有益なものであると言えよう。
- 90) 松井茂記「公正な裁判を受ける権利と取材・報道の自由」*阪大法学* 53 卷 3 = 4 号（2003 年）258-9 頁参照。
- 91) なお、報道の自由は当然に憲法 21 条の表現の自由の保障に含まれるものと解されている（芦部・前掲注 53）171 頁、辻村・前掲注 72）225 頁、松井茂記『*日本国憲法（第 3 版）*』（2007 年）444 頁、野中ほか・前掲注 21）372 頁〔中村睦男〕など。最大決昭和 44 年 11 月 26 日刑集 23 卷 11 号 1490 頁も参照。
- 92) 松井・前掲注 90）219-20 頁、松井茂記『*マス・メディアの表現の自由*』（2005 年）224 頁参照。
- 93) 平川宗信「犯罪報道と人権をめぐる諸問題」*名古屋大学法政論集* 123 号（1988 年）343 頁以下、淵野貴生「犯罪報道と適正手続との交錯－共生モデル構築へ向けての序論的考察－」*法学* 60 卷 3 号（1996 年）129 頁以下、松井・前掲注 90）219 頁以下、椎橋隆幸「裁判員制度と報道の在り方」*ジュリスト* 1268 号（2004 年）115 頁、淵野・前掲注 57）2 頁以下、笹田栄司ほか「〈座談会〉裁判員制度（*日本国憲法研究*①）」*ジュリスト* 1363 号（2008 年）103-8 頁など。
- 94) 我が国では、この問題が争われた先例は未だ存在しない（松井・前掲注 92）224 頁参照）。
- 95) 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（1）（2）－アメリカにおける議論を中心に－」*法学論叢* 163 卷 3 号（2008 年）93-113 頁、163 卷 5 号（2008 年）掲載予定参照。
- 96) *Bridges v. California*, 314 U.S. 252 (1941).
- 97) *Id.* at 260.
- 98) *Pennekamp v. Florida*, 328 U.S. 331, 335 (1946).
- 99) *Craig v. Harney*, 331 U.S. 367, 377-8 (1947).
- 100) 表現に対する事後的制裁（法廷侮辱罪）は、「表現を萎縮させる（chill）」（*Nebraska Press Ass'n v. Stuart*, 427 U.S. 539, 559 (1976)）ものであり、当然に修正 1 条に抵触する。See also Luis kutner, *Contempt Power: The Black Robe – A Proposal for Due Process*, 39 *Tenn.L.Rev.* 1, 22 (1971).
- 101) See Henry J. Abraham, *supra* note 32, at 317.
- 102) See e.g., Note, *Can the First and Sixth Amendments Co-Exist in a Media Saturated Society*, 15 *N.Y.L.Sch.J.Hum.Rts.* 141 (1998); Note, *Trial Participant Speech Restrictions: Gaggling First Amendment Rights*, 90 *Colum.L.Rev.* 1411 (1990); Note & Comment, *Free Press – Fair Trial: Can They Be Reconciled in a Highly Publicized Criminal*

- Case, 79 Geo.L.J. 337 (1990); John A. Walton, From O.J. to Tim McVeigh and Beyond: The Supreme Court's Totality of Circumstances Test as Ringmaster in the Expanding Media Circus, 75 Denv.U.L.Rev. 549 (1998); Alberto Bernabe-Riefkohl, Another Attempt to Solve the Prior Restraint Mystery: Applying the Nebraska Press Standard to Media Disclosure of Attorney-Client Communications, 18 Cardozo Arts & Ent LJ 307 (2000); Robert Hardaway & Douglas B. Tumminello, Pretrial Publicity in Criminal Cases of National Notoriety: Constructing a Remedy for the Remediless Wrong, 46 Am.U.L.Rev. 39 (1996); Note, Maintaining Impartiality: Does Media Coverage of Trials Need to Be Curtailed, 10 St.John's J.L.Comm. 371 (1995); Note, Leaving your Speech Rights at the Bar – Gentile v. State Bar, 111 S.Ct. 2720 (1991), 67 Wash.L.Rev. 733 (1992).
- 103) Maryland v. Baltimore Radio Show, Inc., 338 U.S. 912 (1950).
- 104) Id. at 917.
- 105) Sheppard v. Maxwell, 384 U.S. 333 (1966).
- 106) Id. at 335-40.
- 107) Id. at 335.
- 108) See e.g., Comment, Indirect Gag Orders and the Doctrine of Prior Restraint, 44 U. Miami L Rev. 165, 175 (1989); Hirshkop v. Snead, 594 F.2d 356, 366 n.8 (4th Cir. 1979).
- 109) Sheppard, 384 U.S., at 350-1.
- 110) Id. at 363.
- 111) See e.g., United States v. Tijerina, 412 F.2d 661, 666 (10th Cir. 1969); Note, In the Aftermath of Gentile: Reconsidering the Efficacy of Trial Publicity Rules, 68 N.Y.U.L. Rev. 494, 508 (1993).
- 112) このような指摘は、アメリカにおける議論の関心を、報道機関に対する規制だけでなく、手続関係者に対する規制にも向ける契機になった。
- 113) Sheppard, 384 U.S., at 361.
- 114) Nebraska Press Ass'n v. Stuart, 427 U.S. 539 (1976).
- 115) ホワイト、ブラックマン、パウエル、レンキスト各判事同調。
- 116) Nebraska Press Ass'n, 427 U.S., at 561.
- 117) Id. at 562-9.
- 118) See e.g., Note, Leaving your Speech Rights at the Bar – Gentile v. State Bar, 111 S.Ct. 2720 (1991), 67 Wash.L.Rev. 733, 739 (1992). See also Bridges, 314 U.S., at 260.
- 119) See e.g., Note, supra note 118, at 739; Alberto Bernabe-Riefkohl, Prior Restraints on the Media and the Right to a Fair Trial: A Proposal for a New Standard, 84 Ky.L.J. 259, 290 (1995). ホワイト判事執筆の補足意見もまた、報道に対する規制が正当化される余地があるのか、疑問視している。Nebraska Press Ass'n, 427 U.S., at 570-1.

- 120) See e.g., *Goldblum v. NBC*, 584 F.2d 904 (9th Cir. 1978); *CBS v. United States District Court*, 729 F.2d 1174 (9th Cir. 1983); *In re Charlotte Observer*, 921 F.2d 47 (4th Cir.1990); *In re King World Productions*, 898 F.2d 56 (6th Cir. 1990); *Hunt v. NBC*, 872 F.2d 289 (9th cir. 1989); *Jones v. Turner*, 23 Media L.Rep. (BNA) 1122 (S.D.N.Y.1995); *Fort Wayne Journal Gazette v. Baker*, 788 F.Supp. 379 (N.D.Ind.1992); *Lambert v. Polk County*, 723 F.Supp. 128 (S.D.Iowa 1989); *Gardner v. Bradenton Herald, Inc.*, 413 So.2d 10 (Fla.1982), cert. denied, 459 U.S. 865 (1982); *Miami Herald Publ'g Co. v. Morphonios*, 467 So.2d 842 (Fla.Dist.Ct.App.1985); *Des Moines Register & Tribune Co. v. Osmundson*, 248 N.W.2d 493 (Iowa 1976); *State ex rel. New Mexico Press Ass'n v. Kaufman*, 648 P.2d 300 (N.M.1982); *Hays v. Marano*, 493 N.Y.S.2d 904 (N.Y.App.Div.1985); *States ex rel. Chillicothe Gazette, Inc. v. Conder*, 668 P.2d 513 (Utah 1983).
- 121) ABA Standards for Criminal Justice Standard 8-3.1, 20 (1991).
- 122) これは、おそらく *Sheppard* 判決の傍論の影響によるものと考えられよう。
- 123) *Gentile v. State Bar of Nevada*, 501 U.S. 1030 (1991).
- 124) See Comment, *supra* note 108, at 174.
- 125) 「合理的可能性」基準を採用するものとしては、See e.g., *In re Russell*, 726 F.2d 1007, 1010 (4th Cir. 1984); *Hirshkop*, 594 F.2d, at 370. 他方で、「明白かつ現在の危険」基準を採用するものとしては、See e.g., *United States v. Ford*, 830 F.2d 596, 600 (6th Cir. 1987); *Chicago Council of Lawyers v. Bauer*, 522 F.2d 242, 249(7th Cir. 1975). 「合理的可能性」基準を採用する裁判例の背景には、手続関係者の発言は、報道を媒介として、国民に伝えられるのが通常であり、これを前提にすると、手続関係者に対する規制は、報道機関の修正 1 条の権利利益を直接的ではなく、間接的に制約するものであり、この点で、修正 6 条と修正 1 条の関係につき、修正 6 条の優越性を認め、緩やかな「合理的可能性」基準を適用できる、との理解があるものと考えられる。See e.g., *Florida Freedom Newspapers, Inc. v. McCrary*, 520 So.2d 32, 35-6 (Fla. 1988). しかしながら、手続関係者に対する言論規制は、手続関係者の修正 1 条の利益を直接的に制約するものである以上、理論的には、「明白かつ現在の危険」基準を採用する見解が妥当であったと言ふべきであろう。See e.g., Note, *Trial Participant Speech Restrictions : Gagging First Amendment Rights*, 90 Colum. L. Rev. 1411, 1429-30 (1990); Charles H. Whitebread & Darrell W. Contreras, *supra* note 55, at 1607; Erwin Chemerinsky, *Silence is not Golden: Protecting Lawyer Speech under the First Amendment*, 47 Emory L.J. 859, 880 (1998).
- 126) 弁護士 の 法 廷 外 発 言 を 一 般 的 に 制 約 す る 規 範 と し て は、ABA が 制 定 す る 規 範 の ほ か、連邦司法省が制定する規範であり、連邦司法省は、その職員 (personnel) (連邦検察官を含む) に対して、刑事事件における報道機関への情報提供の可否に関する詳細なガイドラインを設けている。See 28 C.F.R. Sec.50.2.

- 127) *Gentile*, 501 U.S., at 1033.
- 128) ホワイト、スカーリア、スーター、オコナーの各判事同調。
- 129) *Gentile*, 501 U.S., at 1075.
- 130) もちろん、本判決は、Rule 3.6 が規定する基準は違憲ではなく、許容されることを明示したに止まるのであって、さらに緩やかな基準、すなわち、「合理的可能性」という基準も許容されるのかについては、必ずしも明らかではない。
- 131) See Note, *supra* note 118, at 745.
- 132) アメリカにおける、弁護士「裁判所の成員」としての地位をめぐる議論については、拙稿「刑事手続における公正な裁判の保障について (2) - アメリカにおける議論を中心に -」法学論叢 163 巻 5 号 (2008 年) 掲載予定参照。
- 133) 本判決に批判的なものとして、See e.g., Note, *supra* note 125, at 1428; Note, *supra* note 118, at 745; Erwin Chemerinsky, *supra* note 125, at 871-2.
- 134) *Gentile*, 501 U.S., at 1057.
- 135) マーシャル、ブラックマン、ステイーヴンズの各判事同調。
- 136) なお、それに対し、笹田栄司ほか・前掲注 93) 104 頁〔長谷部恭男発言〕参照。
- 137) See e.g., *Attorney-General v. Guardian Newspapers, Ltd.*, [1987] 1 W.L.R. 1248, 1286 (H.L.); *Re F.*, [1977] 1 All E.R. 114, 125 (C.A.).
- 138) 裁判所の公平性の保障については、付則 1 第 6 条が、表現の自由の保障については、付則 1 第 10 条が規定している。
- 139) 被疑者・被告人の自白・前科前歴、被疑者・被告人の人格に関する論評、事件に関する直接間接の評価の報道などが、法廷侮辱罪での処罰対象となる中核的なカテゴリーであるとされる。See e.g., *The King v. Davies*, [1906] 1 K.B. 32; *Rex v. Clarke*, *Ex parte Crippen*, [1910] 27 T.L.R. 32; *A-G v. English*, [1983] 1 AC 116; *Attorney General v. Unger*, [1998] 1 Cr App Rep 308.
- 140) *Sunday Times v. United Kingdom*, 2 Eur.H.R.Rep. 245 (1979).
- 141) *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, 3 W.L.R. 298, 308-10 (H.L.1973).
- 142) *Sunday Times*, 2 Eur.H.R.Rep., at 271-82.
- 143) *Geoffrey Robertson & Andrew G.L Nicol*, *supra* note 38, at 166-7.
- 144) *Stephanos Stavros*, *The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights* 158 (1993) は、*Sunday Times* 判決は、民事の「裁判官裁判」に関するものであり、刑事の「陪審 (参審) 裁判」であれば、結論は異なっていた、との指摘をしている。
- 145) *Worm v. Austria*, 25 Eur.H.R.Rep. 454 (1997).
- 146) *Worm*, 25 Eur.H.R.Rep., at 456-7.
- 147) Note, *You Say "Fair Trial" and I Say "Free Press"*, 75 N.Y.U.L.Rev. 1412, 1439 (2000) は、

- アメリカであれば処罰は是認されなかったと述べ、アメリカと比較すると、ヨーロッパにおける判断基準は、相当緩やかであると指摘している。
- 148) 拙稿「刑事手続における公正な裁判の保障について（１）－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 頁も参照。
- 149) See Henry J. Abraham, *supra* note 32, at 317. 本稿第二章第二節第一款第一項参照。
- 150) 本稿第二章第二節第一款第一項参照。
- 151) 本稿第二章第三節参照。
- 152) それに対し、「明白かつ現在の危険」という高度な基準を採用すべきとする見解として、松井茂記『マス・メディア法入門（第 4 版）』（2008 年）204 頁、松井・前掲注 92）228-37 頁、松井・前掲注 90）248-9 頁。なお、笹田栄司ほか・前掲注 93）103 頁〔長谷部恭男発言〕参照。
- 153) なお、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べきである、との結論自体は、すでに、拙稿「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－」横浜国際経済法学 17 巻 3 号（2008 年）掲載予定注 79）でも言及していたが、そこでは、そのような結論に至る根拠ないしプロセスに関しては一切触れていなかった。
- 154) 池田・前掲注 65）56 頁、後藤ほか・前掲注 77）53 頁〔西村健〕。
- 155) 池田・前掲注 65）56 頁参照。
- 156) 従来の議論では、予断防止の手段として、公判の延期（刑訴法 276 条）、法廷地の変更（管轄の移転）（刑訴法 17 条）などの可能性も指摘されてきた（淵野・前掲注 93）164-5 頁、淵野・前掲注 57）113-4 頁、淵野貴生「犯罪報道と適正手続を受ける権利」刑法雑誌 43 巻 3 号（2004 年）56 頁、平川・前掲注 93）384-5 頁）が、これらもまた、理論的には、忌避制度と同様に評価されるべきであろう。すなわち、これらの措置は、憲法 37 条違反の法的効果として位置付けられ、予断を生じさせる「明白かつ現在の危険」が個別具体的に認められる場合に講じられるべきものである。ところで、先に見たとおり、アメリカ連邦最高裁は、Sheppard 判決の傍論において、予断を生じさせる「合理的可能性」がある場合には、手続関係者のメディアへの情報公表規制の必要性を指摘していたが、それだけでなく、公判延期、法廷地変更、陪審隔離などの措置の必要性をも指摘していたところであり、この点、後者の措置に関しては、修正 6 条違反の法的効果としての位置付けが前提として与えられていたものと見ることができよう。
- 157) 刑訴規則 9 条参照。
- 158) 三井・前掲注 5）443 頁参照。
- 159) 最三判昭和 28 年 10 月 6 日刑集 7 巻 10 号 1888 頁。
- 160) 最三決昭和 31 年 9 月 18 日刑集 10 巻 9 号 1347 頁。
- 161) 裁判官が共犯者の審理に関与した場合に、忌避事由の存在を否定したものとしては、

ほかに、最一決昭和36年6月14日刑集15巻6号974頁がある。

- 162) 最三決昭和31年9月25日刑集15巻6号974頁。
- 163) 最大決昭和34年7月1日刑集13巻7号1001頁。
- 164) 判示中にある「所論引用の文章及び対談」とは、最高裁判所長官として昭和26年1月1日に述べた全国裁判官に対する「年頭の辞」と、昭和33年6月14日附読売新聞朝刊紙上での「裁判と雑音」と題する対談を指す。
- 165) 最大決昭和47年7月1日刑集26巻6号355頁。
- 166) 最一決昭和48年9月20日刑集27巻8号1395頁。
- 167) 判例としては、最大判昭和27年3月5日刑集6巻3号351頁参照。
- 168) 三井・前掲注5) 138頁参照。
- 169) なお、裁判官が共犯者の審理に関与したという事案について、忌避申立てを認容した裁判例として、高松高決昭和25年3月18日高刑集3巻追録1頁がある。
- 170) 平野・前掲注5) 49-50頁、鈴木・前掲注1) 162頁参照。
- 171) 上記最高裁判例に疑問を呈する見解として、団藤・前掲注5) 71-2頁、渥美東洋『刑事訴訟法要諦』(1974年)13頁、三井・前掲注5) 444頁、井戸田・前掲注5) 49-50頁、平場ほか・前掲注87) 65-6頁〔中武靖夫〕、繁田實造「再・忌避の諸問題」『法と民主主義の現代的課題(龍谷大学法学部創立20周年記念論文集)』(1989年)99-100頁など。平野・前掲注5) 49-50頁も参照。
- 172) 上記最高裁判例に賛意を示す見解として、畔上英治「忌避試論(2)」法曹時報13巻1号(1961年)11頁、伊藤ほか・前掲注70) 161-2〔柴田孝夫〕など。これに対して、三井・前掲注5) 444頁は、少なくとも最高裁昭和47年7月1日決定については、忌避事由が認められるべきであったとする。
- 173) 最二決昭和47年11月16日刑集26巻9号515頁。
- 174) 付審判請求手続で被疑者に忌避申立権が認められることは、最一決昭和44年9月11日刑集23巻9号1100頁によって確立されている。なお、被疑者の忌避申立権に関する議論については、藤永ほか編・前掲注67) 212-8頁〔永井敏雄〕、三井・前掲注5) 438-9頁など参照。
- 175) 最一決昭和48年10月8日刑集27巻9号1415頁。
- 176) 三井・前掲注5) 444頁参照。
- 177) 井戸田侃「裁判官の忌避」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選(第6版)』(1992年)102頁、柏木・前掲注87) 113頁、近藤和義「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和48年度)』(1975年)252-3頁参照。
- 178) 白取・前掲注5) 60頁、村井編・前掲注20) 201頁〔白取祐司〕、小田中ほか編・前掲注75) 19頁〔白取祐司〕、松本一郎「判批」警察研究47巻9号(1976年)41頁参照。
- 179) 田口・前掲注5) 227頁、鈴木・前掲注5) 32頁、鈴木・前掲注1) 170頁、福井・前

- 掲注５）26頁、田宮・前掲注５）23頁、渡辺・前掲注５）155-6頁など。
- 180) これに対し、忌避理由は「手続外の要因」に限られるとの見解を示すものとして、田中耕太郎「忌避権の濫用」法曹時報9巻1号（1957年）9頁、畔上・前掲注172）12-3頁、金築誠志「判批」警察研究44巻12号（1973年）116頁、近藤・前掲注177）252頁。
- 181) 田宮・前掲注５）23頁、田宮・前掲注67）27頁、田口・前掲注５）227頁、福井・前掲注５）26頁、鈴木・前掲注５）31-2頁、鈴木・前掲注1）170頁、寺崎・前掲注５）233頁、田中ほか・前掲注５）187頁〔寺崎嘉博〕、山中・前掲注５）21-2頁、平野・前掲注５）50頁、光藤・前掲注５）251頁、寺崎嘉博編『刑事訴訟法講義』（2007年）154頁〔中島宏〕、井戸田・前掲注５）49-50頁、白取・前掲注５）60頁、高田・前掲注12）49頁、村井編・前掲注20）201頁〔白取祐司〕、田宮裕編『ホーンブック刑事訴訟法（改訂新版）』（1995年）44頁〔川崎英明〕、川端＝辻脇・前掲注５）28頁〔辻脇葉子〕、渡辺・前掲注59）155-7頁、松本・前掲注59）109頁、松本・前掲注178）41-2頁、柏木・前掲注87）113頁、井戸田・前掲注177）103頁、鴨良弼「裁判官の忌避」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選（第3版）』（1976年）17頁、村井敏邦「忌避制度の運用」松尾浩也編『刑事訴訟法の争点』（1979年）47頁、繁田実造「忌避の諸問題」法律時報38巻10号（1966年）98頁、繁田・前掲注171）103頁、後藤孝典「忌避に関する実務上の諸問題」判例時報726号（1974年）12-3頁など。
- 182) 寺崎・前掲注５）233頁。
- 183) あるいは、「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」と理解されるが、そのような理解の前提には、「予断」は「事件の審理過程に属さない要因」あるいは「手続外の要因」に基づいて形成されるとの理解が当然に存在しているとも言えよう。
- 184) 三井・前掲注５）444頁、測野・前掲注57）244頁参照。
- 185) 長沼・前掲注60）117頁。
- 186) 団藤・前掲注５）71頁、村井・前掲注181）46-7頁、繁田・前掲注181）97頁、繁田・前掲注171）95頁、松本・前掲注59）109頁、井戸田・前掲注５）49-50頁、松尾・前掲注1）217-8頁、小田中ほか編・前掲注75）18-9頁〔白取祐司〕、上田・前掲注12）138-9頁など。
- 187) 高田＝鈴木編・前掲注87）117頁〔松岡正章〕。田宮・前掲注67）26頁は、「このような事態はむしろ健全ではない」と述べている。また、白取・前掲注５）75頁は、「公平な裁判所、適正手続の保障からみて問題のあるところである」と指摘している。