

<判例研究>

<最高裁判所長官忌避申立て事件>

—最高裁平成23年5月31日大法廷決定—

(平成23年(す)第220号：忌避申立て事件)(刑集65巻4号373、判時2131号144、判タ1358号92)

山 岸 喜久治

[A] 事案の概要

(1) 本件は、裁判員制度の憲法適合性が上告審で争われ、大法廷に回付された事件に関し、弁護人が、最高裁判所長官であるY裁判官に対して、従前の言動からして裁判員裁判が合憲であるとの意見で固まっていることは明らかであるなどとして忌避の申立てをした事案である。

(2) 弁護人は、Y裁判官が、最高裁判所長官として、裁判員法の施行を推進するために、裁判員制度を説明するパンフレット等の配布を許可したことや、憲法記念日に際して裁判員制度を肯定するような発言をしたこと等を挙げ、裁判員制度の憲法適合性を争点とする上告事件につき、刑事訴訟法21条1項後段の「不公平な裁判をする虞」があるなどと主張した。

(3) 忌避申立てに至る経緯は、以下のとおりである。被告人は、何人かと共謀して、営利目的で、覚醒剤1991.2gをスーツケースに隠して日本国内に持ち込もうとしたため、覚醒剤取締法違反、関税法違反により起訴されることになった。営利目的による覚醒剤輸入の罪(取締法41条2項)は、「死刑又は無期の懲役若しくは禁錮に当る罪」(裁判員法2条1項1号)に該当するため、1審は、裁判員裁判によって行われ、被告人は、懲役9年及び罰金400万円の有罪となった(千葉地判平成22.1.18判例集未登載)。1審での争点は、裁判員制度の憲法適合性ではなく、被告人の「故意」の有無の問題であった(判時2136号・調査官解説)。

被告人は控訴し、事実誤認及び量刑不当のほか、裁判員制度の違憲をも主張した。これに対して、控訴裁判所は、違憲性の主張については、概要次のような理由からそれを退けた(東京高判平成22.6.21判タ1345号133)。

①裁判官ではない裁判員が刑事裁判について関与したことは、下級裁判所の裁判官の任命方法を定めた憲法80条1項に違反するという点について：

「憲法が裁判官を下級裁判所の基本的な構成員として想定していることは明らかであるが、憲法80条1項の文言をみても、下級裁判所の構成員がすべて裁判官で占められなければならないことを規定したものとは考え難く、むしろ、憲法は下級裁判所の設置について『法律の定めるところによる』(憲法76条1項)としていて、その構成等について直接定めておらず、裁判官以外の者が裁判に加わることを禁止した明文の規定も置いていないことや、旧憲法(大日本帝

国憲法）24条が『裁判官の裁判』を受ける権利を保障していたのに対し、現行憲法32条が『裁判所における裁判』を受ける権利を保障することとしており、憲法制定当時の立法者の意図としても、国民の参加する裁判を少なくとも排除するものではなかったことなどに照らすと、憲法80条1項は、あくまでも下級裁判所の裁判官について、その任命方法を定めたものにすぎず、裁判官でないものが刑事裁判に関与しても同条項違反の問題は生じない」とされた。

②裁判員制度は特別裁判所の設置を禁止した憲法76条2項に違反するとの主張について：

「裁判員の参加する合議体は、一般に司法権を行う通常裁判所の系列に属する下級裁判所として裁判所法により設置された地方裁判所において裁判員裁判対象事件を処理するために構成されるものであるから、憲法76条2項にいう特別裁判所に当たらないことは明らかである」とした。

以上の高裁判決に対して、被告人側は、裁判員制度は憲法違反であるとして、最高裁判所に上告した。その際、被告人側は、次の理由から、Y最高裁判所長官に対して忌避の申立を行った。忌避申立ての理由としては、Y長官のこれまでの言動が引き合いに出された。

（4）弁護人の「裁判官忌避申立書（2）」（平成23年4月22日付け申立書）において、「もし本件の審判をご担当なさる裁判官の中に裁判員法の研究、立案、策定、立法事務、施行推進、宣伝、称賛などに公的立場で参画、関与、実行、発言などをした方がいらっしゃるのであれば、その方々が『裁判員法は合憲である』との結論を出すことが当然必定である」から、そのような裁判官による審判は「不公平不明朗である」という一般論がまず述べられる。その上で、Y長官の言動が問題とされた。以下に、「申立書」に記載された表現をほぼそのまま掲げる。

昭和63年：

当時の最高裁判所長官からの指示により陪審制・参審制を研究するため渡米

平成20年11月25日以後：

この日に最高裁判所長官に就任した後も裁判員法の施行を推進、宣伝、称賛するために添付資料1、2、3（いずれも原本あり）の配布を許す

平成21年5月3日（憲法記念日）：

裁判員制度を是認し正当化して次のように公言（資料4）

「できるだけ良い第一歩を踏み出せるかが課題。

実施後は、裁判の結果が従来とどの程度異なり、それを国民がどう評価するかを把握して検討していきたい。

準備状況については、国民の約6割の協力は得られる見通し。

準備は正しい方向を向いて着実に進められた」（資料4）

平成21年10月1日（法の日）：

裁判員裁判を認めない勢力があることを既に認識し、その勢力との対決を意識し、その

ことへの対策として、この日が「法の日」であるにもかかわらず、日本記者クラブでの会見を次の理由で欠席（資料5）

「 裁判員法を違憲だと主張した裁判が起こされた場合、大法廷で憲法判断をする可能性があるほか、裁判員裁判で審理された事件の上告審を担当することも想定される。

このため、審理の公平性を欠くことになるから欠席する」

平成22年5月3日（憲法記念日）：

裁判員制度を肯定し礼賛して次のように公言（資料6）

「 国民の積極的な姿勢で、大きな混乱もなく運営されてきた。

裁判員経験者の96%以上が裁判員裁判を貴重で得難い体験としている。

裁判員の評価という意味では、よいスタートを切れたと思う」

上告人（被告人・控訴人）は、Y長官は最高裁判所長官としての上記の言動からして、紛れもなく裁判員裁判の支持者であり、信奉者であるから「裁判員裁判は合憲である」という考えで固く懲り固まっているので、刑事訴訟法第21条第1項後段の「不公平な裁判をする虞」に該当すると主張した。

さらに、裁判員忌避申立書（2）の②（平成23年5月4日付け申立書）の中では、Y長官の昨（平成22年）5月3日の憲法記念日を前した報道記者会見の内容が追加的に示された。

「 東日本大震災の被災地での裁判員裁判については

被災者の生活の実情に細心の注意を払い、

過度の負担を求めないように配慮していくことが必要だ」

「 今月21日で施行から2年となる裁判員制度については

2年目は重い事件や難しい事件があり、裁判員にこれまで

以上の負担をかけたが、誠実に審理してくれている」

この報道から、Y長官は、裁判員裁判の制度を是として認め、さらに推進しようとしている意思と方向を最高裁判所長官という公的立場で発表したということになる。

本件では、裁判員裁判が合憲か違憲かが争われており、Y長官はこの事件の裁判長の地位にある。裁判長の地位にある者が公判が始まらないうちから、資料にあるような内容を公言することは、裁判員裁判の合憲性を前提としていることを示すものである。よって刑事訴訟法第21条第1項後段の「不公平な裁判をする虞」に該当する。

[B] 決定

○判示事項

＜最高裁判所長官忌避申立て事件＞（山岸 喜久治）

最高裁判所長官として裁判員制度の実施に係る司法行政事務に関与したことが同制度の憲法適合性を争点とする事件についての忌避事由に当るか

○決定要旨

最高裁判所が、裁判員制度の実施に係る司法行政事務に関与したからといって、同制度の憲法適合性を争点とする事件について、「不公平な裁判をする虞」があるということとはできない。

[参照] 刑訴法21条1項 裁判官が職務の執行から除斥されるべきとき、又は不公平な裁判をする虞があるときは、検察官又は被告人は、これを忌避することができる。

裁判所法12条1項 最高裁判所が司法行政事務を行うのは、裁判官会議の議によるものとし、最高裁判所長官が、これを総括する。

○主 文

本件忌避の申立てを却下する。

○理 由

所論は、要するに、Y裁判官は、①昭和63年に陪参審制度の研究のため渡米しており、また、②最高裁判所長官就任後、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律の施行を推進するために裁判員制度を説明するパンフレット等の配布を許すとともに、③憲法記念日に際して裁判員制度を肯定するような発言をしていること等に照らし、裁判員制度の憲法適合性を争点とする本件について、刑訴法21条1項にいう「不公平な裁判をする虞」があるというのである。

しかし、所論①が指摘する渡米研究の点は、国民の司法参加に関する一般的な調査研究をしたというものにすぎない。

また、所論②が指摘するパンフレット等の配布に係る点は、最高裁判所長官である同裁判官が、国会において制定された法律に基づく裁判員制度について、その実施の任に当たる最高裁判所の司法行政事務を総括する立場において、司法行政事務として関与したものであり、所論③が指摘する憲法記念日に際しての発言も、同じ立場において、同制度の実施に関し、司法行政事務として現状認識や見通し及び意見を述べたものである。最高裁判所長官は、最高裁判所において事件を審理裁判する職責に加えて、上記のような司法行政事務の職責をも併せ有しているのであって（裁判所法12条1項参照）、こうした司法行政事務に関与することも、法律上当然に予定されているところであるから、そのゆえに事件を審理裁判する職責に差し支えが生じるものと解すべき根拠はない。もとより、上記のような司法行政事務への関与は、具体的事件との関係において裁判員制度の憲法上の適否について法的見解を示したものではないことも明らかである。

その他の所論に鑑み検討しても、Y裁判官が本件につき刑訴法21条1項にいう「不公平な裁判をする虞」があるものということとはできない。

よって、本件申立ては理由がないので、刑訴法23条により、裁判官全員一致の意見で主文のとおり決定する。

〔C〕 検討

本件は、控訴審と上告審において、裁判員制度の憲法適合性が争われ、上告審では大法廷に回付された際、被告人の弁護人は、最高裁判所長官であるY裁判官に対し、同裁判官のこれまでの言動からして裁判員裁判が合憲であるとの意見で固まっていることが明らかであり、「不公平な裁判をする虞」(刑訴法21条1項)があるとして忌避の申立てを行った事案である。以下、憲法との関係、刑事訴訟法上の忌避等につき問題を整理する。

< a > 憲法37条の趣旨

憲法37条は「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」(1項)と定めている。「公平な裁判所」(an impartial tribunal)とは、当事者の一方に不当に利益または不利益となる裁判をするおそれのない裁判所のことであり(法学協会・注解日本國憲法643)、判例では、「構成其他において偏頗の惧なき裁判所」(最大判昭23・5・5刑集2巻5号447)と表現される。

憲法37条の解釈からは、次の点が考慮される(法協・前掲643以下)。

第1に、憲法37条により、裁判所の構成につき公平であることが求められる。刑事訴訟法が裁判官および裁判所書記官について「除斥」「忌避」「回避」の諸制度(刑訴法20条以下・377条・刑訴規則13条)を認めているのは、この趣旨に対応するものである。

第2に、訴訟手続の構造も、裁判官に事件につき予断を抱かせるようなものであってはならない。旧刑事訴訟法においては、公訴の提起と同時に、捜査記録と証拠物が裁判所に回付されることになっていたが、新刑事訴訟法は、憲法37条の精神に呼応して、いわゆる起訴状一本主義を採用し(刑訴法256条6項)、受訴裁判所が白紙の状態第1回公判期日に臨むようにした。

第3に、個々の裁判または処分がたまたま不公平な結果になって、それは「公平な裁判所」でないということにはならない。「公平な裁判所」の理念からいっても、さかのぼって司法の本質からいっても、公平な裁判が望ましいことはもちろんであるが、個々の裁判の内容の公平は、直接に憲法の保障する範囲には属しないとされる。

＜b＞除斥制度

憲法37条1項からの要請は、同32条にいう「裁判を受ける権利」と相まって、刑事訴訟法と刑事訴訟規則が定める「除斥」「忌避」「回避」の制度の創設によって具体化されている（樋口・佐藤・中村・浦部『注釈日本国憲法上』）。本件で問題となった忌避について、刑事訴訟法は「裁判官が職務の執行から除斥されるべきとき、又は不公平な裁判をする虞があるときは、検察官又は被告人は、これを忌避することができる」（刑訴法21条1項）と定めるが、「裁判官が職務の執行から除斥されるべきとき」とあるように、忌避は一部、除斥理由の存在を前提としている。除斥については、刑事訴訟法が「裁判官は、次に掲げる場合には、職務の執行から除斥される」（刑訴法20条）として、除斥の原因を類型的に定めている。

- 一 裁判官が被害者であるとき。
 - 二 裁判官が被告人又は被害者の親族であるとき、又はあつたとき。
 - 三 裁判官が被告人又は被害者の法定代理人、後見監督人、保佐人、保佐監督人、補助人又は補助監督人であるとき。
 - 四 裁判官が事件について証人又は鑑定人となったとき。
 - 五 裁判官が事件について被告人の代理人、弁護人又は保佐人となったとき。
 - 六 裁判官が事件について検察官又は司法警察員の職務を行つたとき。
 - 七 裁判官が事件について第266条第2号（付審判請求）の決定、略式命令、前審の裁判、第398条（不法な管轄違言渡・公訴棄却の理由から破棄差戻）乃至第400条（他の理由から破棄差戻・破棄移送・破棄自判）、第412条（不法な管轄認容の理由から破棄移送）若しくは第413条（他の理由から破棄差戻・破棄移送・破棄自判）の規定により差し戻し、若しくは移送された場合における原判決又はこれらの裁判の基礎となった取調べに関与したとき。
- ただし、受託裁判官として関与した場合は、この限りでない。

さて通説によれば、これらの除斥原因の中で、六号は、裁判官が任官前に検察官または司法警察員の職務を行つた場合に適用される。裁判官が捜査機関の請求によって強制処分を行つたような場合は、これにあたらぬ。七号で、前審の裁判等に関与したときというのは、実質的な関与の意味であり、単に言渡しだけに関与してもこれにあたらぬ。これらの裁判の基礎となった取調べとは、裁判官のした取調べの結果が裁判に採証された場合だけを指すとされる。受託裁判官として関与した場合が例外とされるのは、手続の一部だけにしか関知せず、必ずしも事件の全体について予断を抱くことにならないからである（ただし忌避の理由となるかどうかは別問題である）。以上の除斥の原因のいずれかに該当する裁判官は、何らの裁判を待たないで、当然に当の事件に関するすべての職務の執行から除外されるが、もしこのような裁判官が事件に関与するときは、当事者は、忌避の申立をすることができるとされる（団藤重光『新

刑事訴訟法綱要』1975・71)。

< c > 刑事手続上の忌避

ア) 忌避制度の概説

刑事手続上の忌避は、前記のように、除斥の原因がある場合にも認められるが、さらに広く裁判官が「不公平な裁判をする虞」のある場合において認められるものである。除斥が典型的であるのに対して、忌避は非典型的であり、除斥の制度を補充する意味を有するものと位置づけられる。

刑事訴訟法によれば、忌避の申立てをすることができるのは、「検察官又は被告人」であるの言うまでもないが、弁護人も、被告人の明示した意思に反することのない限り、「被告人のため忌避の申立てをすることができる」(刑訴法21条2項)。「忌避の申立てをするには、その原因を示さなければならない」(刑訴規則9条2項)。

除斥の原因を理由とする忌避の申立てには性質上時期の制限はないが、不公平な裁判をするおそれがあることを理由とする忌避の申立てについては、その濫用を防ぐために時期制限(条件)が設定されている(団藤重光・前掲書73)。すなわち、後者の申立てにおいては、「事件について本人が請求又は陳述した後には、不公平な裁判をする虞があることを理由として裁判官を忌避することはできない」(刑訴法22条)とされるが、それはこの場合、すでにその裁判官の審判をうけることの暗黙の認容があるものと認められるからである。ただし、「忌避の原因があることを知らないとき、又は忌避の原因がその後が生じたときは、この限りでない」(同条)とされる。

忌避の申立てに対しては、「決定」が行われなければならない。刑事訴訟法によれば、「合議体の構成員である裁判官が忌避されたときは、その裁判官所属の裁判所が、決定をしなければならない」(刑訴法23条1項)とされる。「忌避された裁判官が忌避の申立てを理由があるものとするときは、その決定があったものとみなす」(同条2項)旨も定められている。刑事訴訟規則によれば、「忌避の申立について決定すべき裁判所は、法第二十條各号の一に該当する者があると認めるときは、職権で除斥の決定をしなければならない」(刑訴規12条1項)。この「決定をするには、当該裁判官の意見を聴かなければならない」が、当該裁判官は、この「決定に関与することができない」(同条2項・3項)。このケースを含めて、一般的に、忌避を申し立てられた裁判官自身は、原則として意見書を差し出さなければならず(刑訴規10条)、また自己の忌避に係る決定に関与することができない(刑訴法23条3項)。

また、忌避申立ての濫用を防止するために、簡易却下の制度も法定されている。すなわち、訴訟を遅延させる目的のみでされたことの明らかな忌避の申立て、時期に遅れた忌避の申立て、

または裁判所規則に違反する不適法な忌避申立ては、忌避申立ての対象となった裁判官も加わって、却下の決定をすることができるが、このような場合は、忌避された受命裁判官、地方裁判所の一人の裁判官、家庭裁判所・簡易裁判所の裁判官も、自ら却下の裁判（命令）をすることができる（刑訴法24条）。なお、裁判官が自ら「忌避されるべき原因があると思料するときは、回避しなければならない」（刑訴規13条1項）。

ちなみに、民事訴訟手続においても忌避制度は存在するが、法律上の文言は「裁判官について裁判の公正を妨げるべき事情があるときは、当事者は、その裁判官を忌避することができる」（民訴法24条1項）となっている。刑訴では「不公平な裁判をする虞」、民訴では「裁判の公正を妨げるべき事情」という表現である。刑事と民事では、性質がまったく異なるが、忌避の趣旨としては共通するものと思われ、忌避が認められるかどうかの問題は、裁判の公平・公正を疑わせる事情ないし虞があるか否かによって決せられることになる。

イ) 忌避制度と判例の立場

申立人は、忌避の原因（理由）、すなわち「裁判官が職務の執行から除斥されるべきとき」に相当するのか、「不公平な裁判をする虞のあるとき」に相当するのか、あるいはその両方に当るのかを、具体的な事実をもって主張し、所轄裁判所は、その主張事実が忌避要件を満たすものであるかどうかを判断する。概括的に整理すると、これまでの判例の主要なものには、逮捕状を発し起訴前の勾留に関する処分に関与し、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その被告事件を審理・判決したケース（最大判昭25・4・12刑集4巻4号535）、裁判官が共犯者の公判審理によって被告事件の内容を知っていたケース（最判昭28・10・6刑集7巻10号1888／最決昭31・9・18刑集10巻9号1347）、被告人の異なる相関連する事件が前後して審理されたケース（最決昭31・11・27刑集10巻11号1558）、さらに被告事件と社会的事実関係を同じくする民事訴訟事件の審理に関与したケース（最決昭31・9・25刑集10巻9号1382）などがあるが、いずれも忌避の理由があるとまでは言えないとされた。学説には、「公平な裁判所」という憲法上の要請を重視して、これらの裁判官が事件の内容を知っている場合で、しかも被告人が忌避を申し立てたときは、裁判官は職務の執行から排除されるべきとするものもある（平野龍一『刑事訴訟法』1973・49－50）。

ところで、忌避制度の一般的な趣旨について、最高裁判所は昭和47年に次のような指導的見解を示した（最決昭47・11・16刑集26巻9号515）。「一般に裁判官の忌避の制度は、裁判官が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、当該裁判官によっては、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、もっ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」。

ウ) 本件の特殊性と評価

本件では、裁判員法の違憲性が争われ、その問題の審理の際に、最高裁判所長官は「不公平な裁判をする虞」があるから、不適格であるかどうか論点となった。憲法問題がダイレクトに裁判の対象となり、その上で本裁判を審理する裁判官の「公平・公正」の問題が俎上にのぼった。これまでにまったく類例の存在しないケースである。したがって本件を、過去の事例との比較で見るとは困難である。

しかし本件に関する刑事訴訟法の分野からの評釈は、従来の判例を「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」の二つに分類し、後者の類型に属する却下判例を概観する中で、本件のケースを後者の類型に位置づけようとする（金子章「裁判員制度に係る司法行政事務への関与と同制度違憲訴訟における忌避事由の有無」ジュリスト平成23年度重要判例解説181）。憲法分野からの評釈においても、ほぼ同旨の整理がなされている（岡田俊幸「最高裁判所長官忌避申立て決定」同重要判例解説12）。これらの評釈においては、忌避申立て（却下）の事例として、主に、①最大決昭23・7・1刑集13巻7号1001、②最大決昭47・7・1刑集26巻6号355、③最決昭48・9・20刑集27巻8号1395の事例があげられている。このうち、②の事例は最高裁の裁判官が、その任官前に高等検察庁検事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であるが、裁判所は「裁判官が前に福岡高等検察庁検事長として前記被告人」「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って、本件につき不公平な裁判をする虞があると疑うべき事由があるとする事」はできないとした。③は、最高裁の裁判官が、その任官前に、審理の対象となった条例（昭和25年東京都「集会、集行進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であるが、「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」「照会回答であって、それはひっきょ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」にすぎないとして、「不公平な裁判をする虞」はないとしている。

以上に対して、①のケースは、いわゆる「砂川事件」に関してなされた最高裁判所裁判官に対する一連の忌避申立て事件であるが、その中でも、田中耕太郎裁判官に対する忌避申立て（却下）のケースでは、同裁判官の昭和26年・27年の1月1日の「年頭の辞」（裁判所時報）および

読売新聞紙（昭34・6・14）上での対談内容が忌避申立ての理由となった。同裁判官の発言は、以下で述べるように、戦後初期の混乱期ないし不安定期での、主に国際・国内情勢と日本の平和主義・安全保障についてのものである。田中裁判官のケースと本件のケースとでは、背景となる政治情勢の違い、当面する問題の違い（一方は、刑事特別法と安保条約に係わる事件であり、他方は、覚醒剤取締法と裁判員法に係わる事件である）という差異はあるが、「安保」と「裁判員」はそれぞれ意見を二分するような問題であり、それに係わるコメント（ただし量も質も異なる）としての共通面でもみる余地もある。

田中最高裁判所長官は、昭和26年1月1日、全国の裁判官に対して「年頭の辞」（裁判所時報27・1・1）の冒頭で次のように述べた。

「ファシズムは精算されたが、これと同じ本質の極端な官僚主義、秘密恐怖政治、人間の奴隷化、文化の破壊においてファシズムに勝るとも劣らない勢力である新たな形のインブリアリズムが赤裸々なマキャベリズムを以て装われた暴力によつて民主主義と平和主義の世界を刻々と侵蝕しつつある。人類社会の危機これより重大なるものはない。日本国民は戦争の惨禍に対し健忘症であつてはならない。しかし我々が太平洋戦争を起こしたことを否定するのは、それが真理と理性に反していたからである。これを以て、我々は世の中に正当原因による戦争があり、これに訴えることが誠に止むを得ない場合が起こり得ることを否定し得ない。」

「我々が対立する二つの世界の何れに所属すべきかは、極めて明瞭である。懷疑主義、日和見主義、近視眼的な打算は新憲法の精神を裏切るものであり、又策としても愚の極である。自由は力を意味しなければならぬ。去勢された自由主義こそは悪と不正の温床である、もし我々が人類社会の理想に奉仕する新憲法の精神の忠実な使途たる信念において全国民一致結束するならば、将来如何なる運命に直面しようとも決して悔いるところがないであろう。」

また田中長官は、昭和27年1月1日にも、全国の裁判官に対して「年頭の辞」を述べている。以下、重要部分を抜き書きする。

「ヒトラー、ムッソリーニ、東条の、軍国主義的極端な国家主義的禍害は取り除かれたが、似而非哲学偽科学によつて粉飾されたところの、権力主義と独裁主義と、その結果である人間の奴隷化においてナチズムやファシズムに勝るとも劣らない赤色インブリアリズムは、その発祥の領域を越えて、世界制覇の野望を露骨にあらわし始めた。世界人類社会の危機が、これより重大深刻であつた時代は、過去において存在しなかつたのである。」

「幸い、平和と自由を受好する諸国家（民主主義諸国家）は、互いに孤立せず相互提携して、この共同の敵に対する防衛に備える体制を強化しつつある。これらの諸国は、国際連合の正統な理念である平和と民主主義の忠実な使途として、恐るべき国際的ギャングの侵略を食い止めるために一致団結しつつある。朝鮮の動乱は、これらの諸国が如何なる程度に国連の理念に忠実であるかを実証したのである。」

「わが国は、サンフランシスコ平和条約の批准によって、決定的に正統的な国連の理念に奉仕する諸国の形成する国際的協同体の一員となつた。日本の安全は、この協同体の側よりの援助にかかっていると同時に、他国の安全は、日本の側よりの貢献如何にもかかっているのである。日本が自らを守るのは、単に自己保存の民族的本能を超越し、国際協同体の平和と自由と福祉の実現に寄与する普遍人類的意義と価値を有することとなるのである。」

「もし現在の二つの世界の対立に直面して、なお中立の可能性を信じる者があるとするならば、その現実の情勢の認識の欠如に驚く外はない。」

「われわれがかつて、軍国主義や極端な国家主義の理念に払つた犠牲、注入したエネルギーは、こんご全部をあげて新憲法と国際連合の理念である世界平和に捧げなければならない。これによって初めて、日本は世界史に創造的に参与し得る。1952年において発効すべき平和条約によって、日本はこの光栄ある世界史的任務を割り当てられるにいたつた。われわれはこの任務を完全に果し、もつて友邦諸国の信頼に応えなければならない。」

また田中裁判官は、読売新聞紙上の中山伊知郎氏との対談において、中山氏が「ところで伊達判決ですが、あれなどは占領政策を批判するとか、この中で起こつたいろいろな社会事象に対して裁判官としての一つの筋を通した態度というよりはむしろ非常に狭い法律論を徹底した結果だと私は思う」とし「世間は社会批判をやつた判決だと拍手を送っている」と批判したことに対して、田中氏が次のように述べたことも、忌避申立理由の一部となった。

「いま中山さんが指摘された世間への反響ですね、あれについては、国際法学者も憲法学者もいろいろ意見を發表している。現に継続中の事件だからそれらの雑音に耳を傾けてはいけなやか、というところじゃないと思う。学者の真剣な研究、うんちくを傾けた意見は進んで参考にすべきだと思います。いわゆる社会の雑音じゃないんだから継続中で未確定の事件で犯罪事実があるかどうかということに関する批判だと弊害があるのですけれども、しかし純然たる批判ならこれはむしろ避けてはならない。」

以上の田中裁判官の言辞は、読売新聞の記事を除けば、明らかに政治的なものであり、日米安保条約を違憲とした伊達判決に対して行われた跳躍上告において、再度同条約の憲法適合性が争点になった際には、「不公平な裁判をする虞」を理由とし、同裁判官に対して忌避の申立てがなされる可能性が高い内容であり、実際に、忌避の申立てがなされたが、その行為自体には、政治性が認められるとしても、法的な理由もあると思われる（忌避は却下決定となつたが、本案での日米安保条約に対する憲法判断は回避されることになった）。

< d > 忌避制度の限界

ア) 実例の提示

忌避の制度の限界を考えさせられる事例に、民事訴訟法上のものではあるが、同法（旧）37条1項に基づく「忌避」に関する最決平成3・2・25の事例がある。これは、最高裁判所規則の一部改正により、福岡地裁・家裁の支部が廃止されたことに対して、住民が支部廃止に係る規則改正部分の取消しを求めた事例であるが、その際に、裁判官会議に参加してこの規則改正に係わった裁判官に対する忌避が申し立てられた。

言うまでもなく、規則の制定は、最高裁判所の司法行政事務に属し、「最高裁判所が司法行政事務を行うのは、裁判官会議の議による」ものとされ、「最高裁判所長官が、これを総括する」のである（裁判所法12条1項）。したがって、最高裁の裁判官会議は、実質的には事務総局からの報告・提案についてはほぼ了承にとどまるにしても、司法行政の最高責任を負うことになる（藤田宙靖『最高裁回想録』2012・34）。憲法でも、「最高裁判所は、訴訟に関する手続、弁護士、裁判所の内部規律及び司法事務処理に関する事項について、規則を定める権限を有する」（77条1項）と明記され、最高裁の規則制定権に関連して、裁判所法は、裁判所の支部につき「最高裁判所は、地方裁判所の事務の一部を取り扱わせるため、その地方裁判所の管轄区域内に、地方裁判所の支部又は出張所を設けることができる」（31条）と明記している（そしてこれは31条の5で家裁に準用される）。

さて前記の、支部廃止の規則改正の取消し訴訟に際しての忌避事件について、最高裁判所が「最終審」であることに由来する「限界」というものが露呈する。つまり仮に、最高裁判所規則の制定をめぐる訴訟が提起されて、その訴訟が最高裁へ上告されてきた場合、そしてその際、問題の「裁判官会議」に参加した裁判官に対して忌避が申し立てられることもありうるが、このような場合に、最高裁はどのような対応をとるべきか。裁判官会議は、最高裁の全裁判官の出席のもとで開かれるため、裁判官会議に参加したということが「裁判官について裁判の公正を妨げるべき事情があるとき」（民訴法24条1項）に当たるとすれば、そこに出席した裁判官全員が忌避の対象となり、実際に忌避されることになってしまうと、結局、最終的に当該取消し訴訟を審理する裁判官が一人もいなくなってしまうという事態が起こる（判例時報1382号・調査官解説）。

しかし、仮にそのような事態が現実に関起り、上告事件を担当する裁判官がいなくなってしまうならば、最終審として事件を処理する最高裁の責任が果たされないということに帰結する。したがって結局、このような場合には、裁判官の忌避は認められない、という結論にならざるをえないのである。忌避制度が抱える矛盾である。

イ）憲法訴訟上の問題

本忌避事件の本案は、裁判員制度の合憲・違憲が争点であったので、実質的には憲法訴訟である。したがって本件は、本来的には、裁判員制度の合憲性をめぐる憲法訴訟上の「不公平な

裁判」が問題となるケースであった。しかし日本には、現在までのところ、憲法事件訴訟法が存在しないので、制度上、憲法訴訟における「忌避」の問題は問題とはならない。したがって、憲法訴訟としての本件は、形式的には、法律の不存在による「不適法」として却下されざるをえないのである。

ただし、刑事訴訟法上の忌避制度の類推ないし枠組みで、憲法訴訟法上の「忌避」を考へることも可能であろう。その際、前掲の最高裁判所昭和47年の決定の趣旨が参考になる。「裁判官の忌避の制度は、裁判官が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、当事者の審理過程に属さない要因により、当該裁判官によっては、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、もっ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」。したがって、憲法裁判に際しての裁判官の「忌避」が問題になるとすれば、以上の昭和47年決定の枠組み（要件）へのあてはめが検討されるべきである。

本件の場合、「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」事例に該当するという見方もありうる。

ところで脈絡は異なるが、裁判官と憲法的拘束の問題について言えば、たとえば憲法裁判法のあるドイツにおいて、「裁判官は、独立して（職権を行い）、法律にのみ拘束される」（基本法97条1項）とされ、憲法への拘束は明記されていない（ワイマール憲法102条もまったく同旨、プロイセン憲法86条では「国王の名において」「裁判所」などの表現上の違いを除いてほぼ同旨である）。これは、憲法事件は通常裁判所ではなく憲法裁判所で審理すべき、という役割分担に起因するものと考えられる。しかし、事件性を前提とする「具体的違憲審査制」の場合、裁判官は、当該事件に係わる法令が「合憲か違憲か」をすでに自身の内部で審査せざるをえず、常に憲法（基本法）との係わりを意識することになるのである。ドイツでは、伝統的に「違憲の法律ははじめから無効」と観念されており、法律の憲法適合性について鋭敏であると思われる。憲法感覚の鋭さという点では「裁量上訴」（サーシオレイライ）で憲法事件を扱うことが多いとされているアメリカも同様である（伊藤正巳『裁判官と学者の間』1993・123）。

他方、これに対して、日本では、前記のとおり、裁判官は「良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」（憲法76条3項）とされ、また「裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ」（同99条）と明記されており、これに裁判所の違憲法令審査権が加わることから（同81条）、日本の裁判官の憲法への拘束は、かなりハードルの高いものとなっている。したがって日本では、制度上むしろドイツやアメリカよりも、憲法への拘束ないし憲法忠誠が想定されている。

＜e＞おわりに

本忌避事件の本案においては、事実誤認および量刑の不当の問題ではなく、裁判員制度の違憲性が争われた（上告棄却）。前述した裁判例と比較してみても、本件の忌避事例は、やや特異な事例であるように思われる。忌避申立てに迫力と説得力が乏しく、却下決定は、やむをえないものと思われるが、却下の理由づけについては丁寧な説示が求められていたと。

Y長官が、裁判員法の施行を推進するパンフレット等の配布を許したことや、憲法記念日に際して裁判員制度を肯定するような発言をしたことだけでは、裁判員制度の合憲性審査が問題となる場面において、「不公平な裁判をする虞」があるとまでは言えないであろうが、審判を下す裁判官としての「公正」に疑問を生じさせるものであった。もっとも、Y長官の行動は司法行政事務を行うものとしての当然の行動でもあり、不公平・不公正を指弾されるような問題には至らない。本決定は、司法行政事務への関与が「事件を審理裁判する職責に差し支えが生じるものと解すべき根拠はない」とし、さらに「こうした司法行政事務への関与は、具体的事件との関係で裁判員制度の憲法上の適否について法的見解を示したものではないことも明らかである」とした（前段の「職責に差し支えが生じる」の意味はやや不分明である）。ごく当然な結論と思われる。

ただ、ここで付け加えておきたいのは、本件裁判員制度の導入に際しての最高裁判所（事務総局）の係わりの問題である。1999年以降の政治課題として、「国民の司法参加」が俎上にのぼって以降、最高裁のさまざまな形での動きが報じられてきた（各種新聞報道）。司法制度改革審議会でのヒアリングや意見交換等において、最高裁は、「国民の司法参加」を容認しつつ、陪審制ではなく参審制へと「舵」をきり、それが結局は現行裁判員制度の導入につながった経緯をみると、最高裁が求めてきた同制度の「違憲性」が宣言されるはずはなく、その意味で、最高裁がこの制度の憲法適合性問題を審理しようとする事自体、背理である。最高裁には、裁判員制度を審理する当事者能力が欠けていたと言えないであろうか。

戦後改革で制定された裁判所法が「この法律の規定は、刑事について、別に法律で陪審の制度を設けることを妨げない」（3条3項）として、昭和18年から停止されている「陪審法」の復活が予定されていたことは、本件の本案判決においても触れられている。それにもかかわらず、導入されたのは、参審制としての裁判員制度であった。本件における本案判決（最大判平23・11・16刑集65巻8号）は、次のように述べている。「憲法制定当時の政府部内では、陪審制や参審制を採用することも可能であると解されていたことが認められる」としつつ、判決はその後の経過を正確に素描する。そして「憲法の制定に際しては、我が国において停止中とはいえ現に陪審制が存在していたことや、刑事裁判に関する諸規定が主に米国の刑事司法を念頭ににおい

て検討されたこと等から、議論が陪審制を中心として行われているが、以上のような憲法制定過程を見ても、「ヨーロッパの国々で行われていた参審制を排除する趣旨は認められない」と結論づけるのである。

陪審制に関する適切な説明の最後に、それとはまったく整合することなく、唐突に「参審制を排除する趣旨は認められない」としているのである。この歯切れの悪さに、裁判員制度導入の不自然さは現れていないであろうか。

[付記]

本稿は、東北大学公法判例研究会（平成24年9月15日）での研究報告に加筆訂正したものである。

Challenge of the Chief Justice (Japan) Case Supreme Court. May 31

Prof. Kikuji YAMAGISHI

The facts

The accused raised a challenge to the Chief Justice, for the following reasons :

- 1) The Chief Justice permitted to pass out pamphlets about the Japanese jury system on Constitution Memorial Day.
- 2) The Chief Justice expressed his opinion that the Japanese jury system was starting to function better on Constitution Memorial Day.
- 3) Therefore the Chief Justice might be unfair to review constitutionality of this system.

Judgement

The Supreme Court rejected the challenge, for the following reasons :

- 1) The Chief Justice went to America only in order to study the jury system there.
- 2) The Chief Justice has done just a judicial - administrative business of the Japanese jury system that was decided through the Diet.
- 3) On Constitution Memorial Day the Chief Justice expressed no more than his own view about the present position and the future of the Japanese jury system.
- 4) There is nothing in danger of an unfair judgement.

Critical notes

- 1) Article 37 (1) of the Japanese Constitution does explicitly state that the accused shall have the right to be tried speedily and publicly in an impartial tribunal. The meaning of an impartial tribunal takes concrete shape in the challenge system of the Criminal Procedure Code and the Code of Civil Procedure.
- 2) This case is the appealed trial of the Supreme Court. Accordingly it is not a criminal action, but a constitutional action essentially. Japan has no the Constitutional Procedure Code.
- 3) It can't be helped that the Supreme Court rejected the challenge, because of non-existence of the constitutional challenge system.
- 4) The Chief Justice had to do with introduction of the Japanese jury system. Therefore it seems

that he was not qualified to judge if this system is constitutional or unconstitutional.