

# 管轄の移転と忌避制度

——ある判例を契機として——

吉 利 用 宣

- 目 次
- 一 はじめに
  - 二 問題の所在
  - 三 土地管轄の理念
  - 四 管轄移転の理念
  - 五 管轄移転と忌避制度
  - 六 管轄移転、事件の移送、職務代行の規定との関連
  - 七 第一七一項一号と二号の関係
  - 八 ちすび

## 一 は じ め に

刑訴一七条一項二号にいう「裁判の公平を維持することができない虞がある」かどうかの判断に関しては、これまでのところ判例も数えるほどしかなく、学問的にもほとんど論じられていないが、最近、裁判所及び裁判官が被害者であるとの一事をもっては直ちに「裁判の公平を維持することができない虞がある」とはいえない、とする最高裁判

例がでたので（最高裁三小決定昭五二・六・一七）これを機会に少しこの問題を考えてみたい。  
先ず、以下に事案を紹介することにしよう。

本件被告人五名は、狭山事件の差別裁判糾弾を叫び、鉄パイプを所持して東京高裁の庁舎内に集合し、共謀して、東京高裁の事務局長及び長官室に押し入り、その際に、長官、事務局長及び長官秘書官に対し鉄パイプで殴るなどの暴行を加えて、それぞれ全治一週間を要する傷害を負わせたという事実で起訴された。法廷において被告人らは、その行為は当時東京高裁に係属していた狭山事件の差別性、右裁判に集約せられた階級支配としての部落差別、司法権力が部落差別の法制的追認・固定化に果たした階級的機能に対する批判的実践としてなされたものであり、このような行為の目的・背景にあるものこそ本件裁判における究明さるべき真実であり、その点を考慮すれば、本件被告人らの行為は裁判所が狭山事件の被告人に対し無罪であることを十分知りつつ政治的・差別的有罪判決を下さんとする明白な違法行為に対する全被差別部落民の正当性・道義性を負った緊急止むをえない行為として違法性を阻却さるべきである旨、主張したようである。これに対し、東京地裁は公訴事実とほぼ同一の事実を認定し、被告人全員を懲役三年の実刑に処す判決を言渡した。被告人らは、この判決は、審理過程における傍聴人・被告人らに対する法廷警察権の過剰行使・判決における事実認定の曖昧さ、被告・弁護側の主張・立証に対する無理解とその結果としての検察官の求刑をうのみにした不当に重い量刑にみられるように不当な判決だとして控訴した。控訴審において、被告人らは行為の目的・背景に関する立証を遂行し、もって被告人らの行為が社会的相当性を有していることを立証するため、その点に関する証人尋問ならびに証拠調請求を行なうよう裁判所の決定を強く求めたが、東京高裁は一部をのぞきその決定を留保した。そこで、被告人らは、決定を留保したことは実質的には請求を却下したに等しく、このような同部

の姿勢は、本件事件の特質である東京高裁が被害者であるということに基因するものであり、同裁判所においては裁判の公平を維持することができないものと考え、とのもとに管轄の移転を請求したのが本件である。

これをうけた最高裁は、管轄移転の請求の理由とされている点は、「証拠の採否という訴訟手続内における審理の方法、態度を理由とするに帰するものであり、申立人に対する前記被告事件につき刑訴一七条一項の場合に当たるものとは認められない」としたうえ、本件のようにいわば裁判所及び裁判官が被害者である場合に、そのことが管轄移転の理由となるかに言及し、その一事をもって直ちに刑訴一七条一項二号にいう「裁判の公平を維持することができない虞がある」ということはできない旨判示し、よって、本件請求は理由がないとして、これを棄却した。<sup>(1)</sup>

(1) 最高裁昭五二・六・一七決定、判例タイムズ三五四号三〇五頁。

## 二 問題の所在

国家の裁判権を分配するにあたって、それを事件発生後に決定するのでは、決定権者である国家側の都合のみが考慮され被告人に不利益を及ぼすおそれがあるので、これを防止するため、裁判所が管轄する事件の範囲は手続の技術的要求と被告人の利益保護という観点から、まえてもって法規によって一般的に定められている。しかし、これを徹底するとかえって逆の効果をもたらす具体的妥当性を欠くおそれも予想されるので、法律はこれに弾力性をもたせて関連事件の管轄（三条と九条）および本条（一七条）を含む裁定管轄（一五条と一八条）を認めたとというのが通説であり、異論はきかれない。<sup>(1)</sup>

ところで、本条は、一号で「管轄裁判所が法律上の理由又は特別の事情により裁判権を行なうことができないと

き」<sup>1</sup>、二号で「地方の民心、訴訟の状況その他の事情により裁判の公平を維持することができない虞があるとき」に——檢察官は公益の代表者として義務的に、被告人の場合は権利として——管轄移転の請求を認めている。そして、本条に関係する主な判例としては、①管轄移転請求において、事件の係属する地方裁判所が属する控訴院の管轄内のすべての地方裁判所に、当該地方裁判所における同一の管轄移転の事由があることが主張されるときは、大審院がその請求を受理して当否を審判すべきだとする昭和三年の大審院決定<sup>②</sup>、②被告人が管轄移転の請求ができるのは、刑訴一六条一項二号（現一七条一項二号）の事由のあるときに限られ、被告人の健康、生活状態、住居等一身上の便宜を理由とすることはできないとする昭和二三年の最高裁決定<sup>③</sup>、③従業員大量解雇に端を発した争議中に生じた被告事件について、それが保守・進歩という政治色を帯びたものとして地方紙が大きく取り上げ、一般民衆もその帰趨に甚大な関心を寄せており、その公判に多数の傍聴人が殺到することが当然予期される状況にあるからといって、裁判の公平を維持することができないおそれがあるとは認められないとする昭和二四年の最高裁決定<sup>④</sup>、④裁判所の所管公文書毀棄の犯罪事実が当該裁判所に起訴審理されたからといって、その一事をもって直ちに刑訴一七条一項各号の事由があるものということはできないとする昭和二八年の最高裁決定<sup>⑤</sup>、⑤弁護士である被告人が、その地方裁判所の裁判官の名誉を毀損したという事件において、裁判官等職員が証人として尋問されることが予想される場合においては裁判の公平を維持できないおそれがあるとする昭和三二年の東京高裁決定<sup>⑥</sup>、⑥本条の定める管轄の移転は、事物管轄については許されないとする昭和三五年の名古屋地裁決定<sup>⑦</sup>、⑦それに公刊物未登載なので詳細はわからないが、裁判所職員の争議行為によって生じた事件において、裁判官その他の職員が証人として喚問されることが予想され、その他の事件の性質、態様等を考慮し、その裁判所で審理することは裁判の公平を維持することができないおそれがあると

する昭和三五年の仙台高裁決定<sup>(8)</sup>、などがあったが、本件のように直接暴行をうけた裁判官が勤務する裁判所に事件が係属した場合の裁判所の態度は、必ずしも明らかではなかった。それゆえ、最高裁としては、この点についての最初の判断を示したものといえる。

さて、本決定の中心的な課題は、「裁判所が被害者だ」という主張が刑訴一七条一項二号にいう「裁判の公平を維持することができない虞がある」場合に該当しないかどうかであるが、それに付随して、「裁判所及び裁判官が被害者だ」との主張は一号の対象になるのかそれとも二号の対象なのか、つまり一号と二号の関係はどのようなものになるかも検討される必要がある。

しかし、これらの検討に先だって、その背景にあるところの管轄の理念とその修正原理としての具体的妥当性——管轄移転——との関連が考察される必要があるし、さらに具体的には、具体的妥当性を欠くとして管轄移転の請求ができる場合として、一号には「法律上の理由により裁判権を行うことができないとき」、という理由、および二号には「裁判の公平を維持することができない虞」という理由が掲げられているが、これらと忌避理由との関連をどう把握すべきかが、何よりも検討されなければならないと思われる。さらに管轄移転の問題を考えるにあたっては、職務代行に関する裁判所法上の規定（一九条、二八条、三一条の五、三六条）との関連や、刑訴一九条の事件の移送に関する規定との関連も検討される必要がある。

(1) 滝川ほか・コンメンタール刑事訴訟法一一頁、平場ほか・注解刑事訴訟法上（昭四三）一一頁、高田編・判例コンメンタール刑事訴訟法I二五頁、高田編・法セミ基本法コンメンタール刑事訴訟法二二頁、下村三郎「裁判所の権限」法律実務講座刑事編第一巻八〇頁以下、団藤・新刑事訴訟法綱要七訂版七五頁、高田・現代法律学全集〈刑事訴訟法五〇頁、平場・改訂刑事訴訟法講義五八頁、井戸田・刑事訴訟法要説I三九頁、田宮・刑事訴訟法I〈大学双書〉五一七頁、繁田・刑事訴訟法要

論〔平場編〕三七頁、吉田常次郎・全訂刑事訴訟法概説四二頁、中武・刑事訴訟法〔団藤編〕二二頁、繁田「事物管轄と土地管轄」刑事訴訟法の基礎〔高田・小野編〕二二頁、その他、青柳・新訂刑事訴訟法通論六〇頁、平野・刑事訴訟法〔全集〕五六頁、渥美・刑事訴訟法要諦一七頁なども同旨と思われる。

- (2) 大決昭三・一二・二四、刑集七卷七八二頁。
- (3) 最決昭二三・一〇・一三、刑集三卷一一号一一五頁。
- (4) 最決昭二四・三・五、刑集三卷三号四三頁。
- (5) 最決昭二八・一二・一九、最高裁判集九〇号六一頁。
- (6) 東高決昭三一・一〇・二五、東高刑時報八卷一〇号三七七頁。
- (7) 名古屋地決昭三五・六・六、下刑集二卷五〇六号九六三頁。
- (8) 仙台高決昭三五・一〇・二四、判例タイムズ三五四号三〇五頁解説参照。

### 三 土地管轄の理念

管轄を定める理念について、学説は一致して、(i)手続の技術的要求と、(ii)被告人の利益という二つの要素を掲げている。<sup>(1)</sup> 平野教授は、もっと具体的に「管轄は、事件の軽重、審判の難易、審判の便宜、裁判の負担の公平、被告人の便宜、などを考慮して定められる」とされるが、異なる趣旨ではないと思われる。<sup>(2)</sup>

ところで、管轄の主なものは、第一審の管轄としての事物管轄と土地管轄であるが（後述する管轄の移転は土地管轄についてだけ認められるとする見解がつよいので、ここでは主に土地管轄について考究したい）、このうち事物管轄は事件の軽重、審判の難易、裁判の負担の公平、というような技術的要請が強いと思われるのに対し、土地管轄は——多くの学説はこの理解に関しても(i)・(ii)の要素を等量に持ち込もうとする——主として被告人の出頭・防禦とい

う、いわば被告人の利益の観点から定められたものとして理解する必要がある<sup>(3)</sup>。裁判所の審判の便宜等を含む技術的要請<sup>(4)</sup>という考慮もまったくないわけではないが、しかし審判の便宜という考慮を前面にだしてくれば、かえって国家の恣意によってあらかじめ裁判所の土地管轄が構成されているような印象を与えマイナスである。刑事訴訟の政策——構造論——が職権主義から当事者主義に移り、捜査・公判段階が弾劾化され、さらに実質的当事者主義へと深化させられるなかで、それにマッチした理解が必要であろう。このような視角からすれば、被告人が思いもよらない遠隔の地の裁判所に起訴されたために孤独で不安な精神状態におかれ、時間的・経済的・肉体的その他あらゆる負担増のため私選弁護人の足の便が困難になり十分な弁護活動ができないとすれば、それは実質的には弁護権の保障が奪われたに等しい。それゆえ、土地管轄は、被告人の出頭の便や納得のいくような防禦活動の保障を考慮して定められたものであり、あわせて、特定の事件のために恣意に裁判所が構成されるのを禁止しようとするものだといえよう。そして、裁判所の審判の便宜という点も、それは必ずしも被告人の便宜と対立する契機ではなく通常競合する契機であり、それゆえ被告人の便宜をはかれば、おのずと裁判所の審判の便宜もはかられる点に注意すべきである。このように土地管轄が「被告人の利益」という観点から定められたものであることは、刑訴三三一条をみればさらに明白になる。同条は、「裁判所は、被告人の申立がなければ、土地管轄について、管轄違の言渡をすることはできない」と規定しているが、これは土地管轄が主として被告人の利益のための制度であることを前提としたうえで、被告人が管轄違の申立をしなかった場合は利益を放棄し当該裁判所の審理をうける意思を表明したものと考えられていることによる<sup>(5)</sup>。

誤解を避けるために、この点をも少し詳しく述べておこう。この三三一条の規定については、管轄違は訴訟条件的

には軽微な瑕疵として治癒されるのだという考え方もあろう。しかし、これを前面にだすと、そもそも土地管轄自体が本来的に重要なものではないという結論になるが、これは妥当とは思われない。土地管轄は被告人の利益と結びついているかぎり、きわめて重要なものである。むしろ、一旦被告人がその利益を放棄し、その結びつきが断たれてしまえば、その他の技術的要請にもとづく側面はとりたてて問題にするまでもなく、その点での管轄違の瑕疵は——軽微なものとして——治癒されるのだと考えるべきだろう。

このような理解にもとづけば、土地管轄裁判所が複数存在する場合、検察官は——その選択は自由裁量に委ねられているとしても——被告人の便宜を優先的に考慮して、適切な裁判所を選択するのが当然ということになる<sup>(6)</sup>。このような精神に反し、訴追の便宜を優先させた公訴の提起に対しては事件移送の請求（刑訴一九条）をすることができ<sup>(7)</sup>る。この事件移送については刑訴規則八条により、当事者が移送の請求をした場合はその相手方、職権で決定する場合は当事者双方、の意見を聞かなければならないことになっているが、これも被告人の便宜の確認という内容をもつと解すべきだろう。

また、土地管轄をこのように被告人の利益という観点から理解すると、住所・居所の外に、現在地——たとえ判例法としては「任意に、または適法な強制によって現在する地」という制限的な理解が確立しているとしても——<sup>(7)</sup>までを土地管轄の標準とすることには疑問がある<sup>(8)</sup>。それが、「遠隔地で逮捕されたとき、起訴前の強制処分期間を、十分に捜査に用いる必要があることを考慮したもの」<sup>(9)</sup>だとすれば、一方的に国家側の便宜が考慮されているのみならず人権保障の面からも問題があるし、「当時の劣悪な交通事情や宿舎の事情を背景に、訴追の便宜をはか<sup>(10)</sup>」もの<sup>(10)</sup>だとしても、場合によっては被告人の重大な利益の犠牲のうえに訴追の便宜をはかろうとすることにもなり、やはり



基本的な考え方に問題があったといわなければならない。飛躍的に発達した現在の交通事情をも考慮すれば、今後、<sup>(11)</sup> 実務上は、被告人に不利益を生じないような運用を期待したい。

(1) 前章注(1)に掲載した文献を参照。

(2) 平野・前掲書五六頁。

(3) 主に被告人の利益という観点から捉えようとするものに、平野・前掲書五八頁、青柳・日本刑事訴訟法論〈国民性の視角から〉二八頁以下、松尾・刑事訴訟法上一七〇頁、繁田「事物管轄と土地管轄」刑事訴訟法の基礎〈高田編〉二三頁以下。

(4) 日本国外で犯罪を犯した場合の土地管轄を定めた規定を考えると、土地管轄にも技術的な考慮が加味されていることは否定できないが、しかしこの場合も例外的なものであり、それゆえ、国際交流がさらにすすみ、国外での犯罪が一般化してくれば、この規定は再考される必要がある。

(5) 小野ほか・ポケット注釈刑事訴訟法〈改訂版〉七六六頁、平場ほか・注解刑事訴訟法中七七九頁以下、青柳ほか・注釈刑事訴訟法第三卷四二九頁、高田編・判例コンメンタール刑事訴訟法Ⅱ四二二頁、高田編・法セミ基本法コンメンタール刑事訴訟法二六四頁。

(6) 松尾・前掲書一六七頁参照。

(7) 最決昭三二・四・三〇、刑集一一卷四号一五〇二頁、最判昭三五・五・二四、刑集一二卷八号一五三五頁。

(8) 平野・前掲書五八頁、井戸田・前掲書四〇頁。

(9) 平野・前掲書五八頁参照。

(10) 松尾「裁判所の土地管轄」刑事訴訟法判例百選〈三版〉一一頁参照。

(11) 松尾・前掲書一七〇頁は、「立法論としては、国内に『犯罪地・住所・居所』がない場合に限ることや、強制処分による場合をすべて除くことなどが考えられる」とする。

#### 四 管轄移転の理念

以上のように、土地管轄を主に被告人の利益のための制度だとした場合、それでは管轄の移転を許す立法上の意図は何なのであろうか。通説が、土地管轄を維持することによって「かえって具体的妥当性を欠く」ということを問題にする場合も、それをいかなる視点から理解するのかという点が問題とされる必要がある。つまり、土地管轄を厳守することによって、場合によっては、逆に被告人の利益に反することも起りうるので、それを修正しようとする点に立法上の意図があるのか——そこでは土地管轄を定める理念と管轄を移転する理念とは被告人の利益という一つの理念で貫かれていることになる——、それとも、両者は異なる理念に立脚しているのか、そうであればその理念は何か——仮に、国家側の視点から手続の技術的要請が失なわれる場合を防止する点にあるとすれば、逆に土地管轄そのものが、手続の技術的要請に相当の比重を置いて定められた制度だということを証明することにもなる。しかし、そうになると、なぜ法がその請求を当事者に委ねたのか、その必然性を説明することが困難になるという矛盾する契機をすでに内包することにもなる——が検討されなければならない。

では、現行法の規定はどのような視点にたっているのか、ここでは——立法上の経緯とは別に——刑訴一七条一項一号・二号および刑訴一八条に規定されている請求理由を手掛に検討してみよう。

先ず、一号に掲げられている「特別の理由」とは、天災、地震、流行病などある程度長期にわたり執務に支障をきたす事由をいう、とするのが一致した見解である。<sup>(1)</sup> それゆえ、直截に外部的・物理的に管轄地で裁判を行うことがおよそ不可能な場合がその理由となっているといえよう。<sup>(2)</sup> ところで、前述したように刑訴一七条は当事者の申立に係らしめられている制度であるが、この場合管轄移転の申立を当事者に委ねなければならない必然性はほとんどないように思われる。仮に、裁判所の裁判官全員が流行病にかかったから<sup>(3)</sup> といって、当事者に管轄の移転をしろ——あるいは

管轄移転の申立を待つ——とか、あるいは天災、地震などで裁判所の建物の大半を失なった場合——そこで執務が続行できるかどうかは裁判所が最もよく知るところであるのに——、当事者の管轄移転の申立を待つ、というのにはある意味ではおかしいのである。この場合、管轄の移転を認めるかどうかの問題ではなく——それゆえ管轄移転の中心的な問題でもない——たんに裁判所の恣意によって管轄移転がなされたのではないという、客観的担保のために当事者の請求に係らしめたと解すよりほかならう。

これに対し、同号にいう「法律上の理由」とは、裁判官が除斥、忌避、回避などの理由により法律上裁判に関与することができず、他に裁判所を構成するに足りるだけの裁判官がいない場合をいうとするのが、これまた一致した見解である。<sup>(4)</sup>それゆえ、管轄を移転する理由は、結果的には裁判官の員数不足による裁判不可能であるが——実務上は除斥・忌避・回避の理由があるかどうかを判断し、それが裁判権を行うことができないう事態に至るかどうかを判断している——、その原因となるのは、除斥事由を含む忌避・回避にもとづくものであり、いわば、被告人の公平な裁判所の裁判をうける権利を保障しようとする事との対応において、場合によっては管轄の修正という事態に至るといふ点で、なおこの要件を被告人の利益という側面から理解することが可能であろう。ちなみに旧法の職権主義の下では、この場合被告人には管轄の移転を請求することが許されていなかったものであり、現行法の当事者主義の下においてはじめて被告人にも請求権が与えられたことも、右のような解釈とマッチするように思われる。

次に同条二号にいう「地方の民心、訴訟の状況その他の事情により裁判の公平を維持することができない虞」という管轄移転の事由はどのような視点から把握されるべきであろうか。この点との関連で、前掲判例②は「被告人等は何れも大阪市内又はその近郊に居住する者で生活にも困難しており、尚被告人Nは目下病気で歩行もできないから、

被告事件の控訴審の管轄を大阪高裁に移転して欲しい」との請求がなされた事案に対し、「被告人から管轄移転の請求をすることができるのは刑訴法一六条一項二号（現行法一七条一項二号）に定める裁判の公平を維持することのできない虞のあるときに限られるとして、被告人の健康、生活状態、住居など一身上の便宜を理由とする請求を却下した。そして、「管轄の規定は、一方において裁判事務上の便宜のために各裁判所に事件を適当に分配し、他方被告人の利益を保護するために裁判を行う権限の限界を明らかにしたものであるから、被告人の都合によってこの規定をほしいままに拡張解釈しあるいは変更することはできない。土地管轄についてもすでに被告人の利益は考慮してあるから、起訴後に管轄移転の請求をすることができるのは（旧）刑訴第一六条第二号所定の場合に限られ」、「本件の判旨はそのまま現行法にも適用される」として判旨に賛成する見解もみられる。この判例は旧法の職権主義下における判例であったこともあり、また、評釈にも妥当性を欠くような表現がみられ、そのため、一見したところ土地管轄を定める理念と管轄を移転する理念とは異なるように思われるが、決してそういう趣旨ではなく「裁判の公平」という理由に拘束された結果であろう。<sup>(5)</sup> 現行法下の学説は、本号を憲法三七条一項で定めた「被告人に保障された公平な裁判所の裁判を受ける権利を担保しようとするもの」であり、いわば裁判所全体に対する一種の包括的忌避を認めたものだ<sup>(6)</sup>と解するものが多い。このような視点にたつかぎり、二号にもとづく管轄の修正も被告人の利益を考慮したものだということになる。

これに対して、刑訴一八条は「公安の維持」という国家的目的から管轄の移転を認めようとしたものであり、被告人の利益は直接考慮されていない。したがって被告人に請求権も与えられていない。しかし国家側の観点からのみ管轄移転の判断がなされ、それによって恣意的に被告人の利益が失なわれることのないよう、被告人は規則四条二項に

より意見書を差し出すことができる。そして、注意すべきは、「公安の維持」という国家的目的から管轄を移転する場合は、検事総長のみが請求権をもち、しかも、つねに最高裁判所に対してなさなければならぬことからわかるように、例外中の例外として扱おうというのが法の意図だと思われる。

このようにみてくると、土地管轄の移転は、その申立が当事者に委ねられているという法形式からも、また請求理由からみても、その中心的視座は被告人の利益という点に据えられており、それゆえにこそ、土地管轄の移転を法上の問題とする実践的な意義もあると思われる。なお、事物管轄を異にする裁判所への管轄の移転も認められるとする見解にたっても、この理念に変化があるべきではないと考える。

(1) 滝川ほか・コンメンタール刑事訴訟法三五頁、小野ほか・ポケット注釈刑事訴訟法(改訂版)二九頁、平場ほか・注解刑事訴訟法上巻四七頁、青柳ほか・注釈刑事訴訟法第一巻六七頁、高田編・判例コンメンタール刑事訴訟法I五五頁、団藤編・法律実務講座第一巻九八頁、高田・全集刑事訴訟法(昭四六年度版)五八頁などを参照。

(2) 篠倉・法セミ基本法コンメンタール刑事訴訟法三四頁。

(3) もちろん、ここにいう「特別の事情」とは、このような場合のみならずその地域全体が流行病に汚染されているような場合をも含む。

(4) 注(1)の各書物を参照されし。

(5) このように、二号は請求原因を地方の民心のみならず訴訟の状況やその他の事情まで広く取り込みながらも、その理由を「裁判の公平を維持することができない虞」があるときに限定した。となると、被告人の健康、生活状態、住所など一身上の便宜を理由とする請求は認められないことになる。そこから刑訴一七条一項二号を次章で述べるように忌避の一環として把えることをやめ、被告人の側からもっと広く理解すべきではないかということも考えられないわけではないが、右のような文法の文言がある以上忌避理由と関連させなくても、やはり無理であるし、他方、被告人が病気のため出頭することができないときは、刑訴三一四条二項により、検察官及び弁護人の意見をきき、決定をもって、出頭することができると公判手続を停止

しななければならないことになっているから、管轄移転をもちださなくとも、被告人の保護に欠けるところはなからう。

(6) 篠倉・法セミ基本法コンメンタール刑事訴訟法三四頁、団藤・新刑事訴訟法綱要(七訂版)八二頁、繁田・刑事訴訟法要論(平場編)四一頁、青柳他・注釈刑事訴訟法第一卷六七頁。その他、田宮編著・刑事訴訟法I五二〇頁、井戸田・刑事訴訟法要説I四二頁、なお滝川ほか・コンメンタール刑事訴訟法三五頁、平場ほか・注解刑事訴訟法上卷四七頁も同旨か。

## 五 管轄の移転と忌避制度

前章でみたように、管轄の移転は被告人の利益という点にその視座を定めた制度だといってよい。そして、刑訴一七条一項一号という「法律上の理由」とは、除斥を含む忌避・回避理由とまったく同じものである。また、同条二号という「裁判の公平を維持することができない虞」とは、忌避理由それゆえまた回避理由中に含まれている「不公平な裁判をする虞」という不確定要素と酷似している。

そこで管轄移転と忌避制度とはどのような関係になっているかが問題となろう。管轄移転の請求は、直近の上級裁判所(一七条)または最高裁判所(一八条)にしなければならぬことからわかるように、両者は手続的には明らかに異なっている。しかし、両者は、共に公平な裁判所を保障するものではあるが、手続上のみならず申立理由上も差異があるとするのが潜在的な思考のように思われるので、以下この点を少し考えてみよう。

先ず、忌避の申立は将来的に不公平な裁判をする虞のある裁判官を排除してもらおうとするのに対して、一号の「法律上の理由」による管轄移転の請求とは、忌避理由などが存在し裁判官がすでにその裁判から除かれた結果、他に裁判機関を構成するに足るだけの裁判官がいなくなっている場合を問題にするもの<sup>(1)</sup>として、両者は明確に区別で

きるようにもみえる。しかし一号をこのように解するのであれば、現実に裁判不能の状況になっているのであるから——「特別の理由」に関して批判したときと同じように——、管轄移転の請求をわざわざ被告人の権利として認める意義に乏しく、むしろ直接的に裁判所の職権にもとづく処理規定としても不都合はなかったように思われる。しかし、実務上は——すでに述べたように——当事者が主張するような除斥・忌避などの理由が存在するかどうか、そして、そのために裁判権を行うことができない状況になっているかを判断しているのであって、両者は必ずしも右に述べたような形で区別されているわけではない。

次に、判例は憲法三七条一項にいう「公平な裁判所の裁判」とは「偏頗や不公平のおそれのない組織と構成をもつた裁判所による裁判を意味する<sup>(2)</sup>」としたが、その実質的な担保としての忌避制度にいう「不公平な裁判をする虞」の判断基準についても、これとの対応において把え、裁判官が具体的事件との関連で特定の関係を有し、ために裁判機関の構成上の公平をそこなう虞がある場合を意味するとして、その範囲を除斥事由の延長線上で把えているのである。そして、これまでの通説的な理解であったともいえよう。<sup>(4)</sup>このような理解にたつかぎり、少なくとも刑訴一七条二号は、外部的事情と当該裁判所の各裁判官全員との間に客観的な特別の事由が存在するわけではないから、忌避理由とは明確に区別されると考えることになる。<sup>(3)</sup>

また、忌避理由は「個々の裁判官についてのみみとめられている。裁判所の構成員全体について忌避申立がなされる場合であっても、それは、あくまで個別主義であり、個々の裁判官について忌避理由を問題にしなければならない。構成員全部に忌避理由がみとめられ、結果的には裁判所が忌避されたに等しいことがあっても、それは間接的にそうなるに過ぎないのであって、裁判所全体に対する直接的な忌避ではない。現行法では、かような直接的な忌避制度は

採用していない<sup>(6)</sup>」と考える限り、二号の包括的な規定との間には一線を画すことになる。

ところが、最近では、忌避事由を訴訟外的事情に限定せず訴訟内的事情をもその範囲にとり込もうとし、また、「不公平な裁判の虞」の理解についても、現実の裁判官に不公平な裁判の虞があるというよりも、力点を被告人側に移し、被告人からみて公平性に疑惑のない裁判所に裁判をさせようとの趣旨だとして、むしろ被告人が当該裁判官の裁判を受けることに対し不公平を疑うのがもっともであるかどうかという観点から把えようとする見解が次第に有力になりつつある。<sup>(7)</sup> このような見解に照らせば、本判例が「所論は、証拠の採否という訴訟手続内における審理の方法、態度を理由とするに帰するものであり、申立人に対する前記被告事件につき刑法一七条一項の場合に当たるものは認められない」として、一蹴した点は問題とされなければならないだろう。従来判例に対する「偏頗の裁判のおそれ、裁判の不信頼の要因は、裁判の運用面それ自体にも内在するはずである」、この点を除外するのは「理由づけに無理がないであろうか」との指摘は的を射ている。<sup>(8)</sup>

忌避をこのように把えることは、現行法が職権主義を捨てて当事者主義へとその構造をかえたことにより、「公平な裁判所」の維持のため、とりわけ裁判所の予断排除に意を払っていること、および、憲法が被告人に「公平な裁判所の裁判を受ける権利」を保障したことも手続法のレベルでは実質的当事者主義の観点から理解する必要があることとも、調和的に把えることができるように思われる。

このような見解に従えば、これまでのように忌避を「訴訟外的事情と裁判官との特殊な関係」として把える考えが分解され、訴訟内的事由および裁判官と特殊な関係にない客観的事由であっても、「公平な裁判所」という観点から忌避事由の中にとり込まれてくることになる。こうして、二号のような事由でも忌避理由の範疇にとり込むことが可



能になってくる。また、「裁判官との特殊な関係」を求めるかぎり、忌避は個別主義的な枠に強く拘束されようが、しかし、ひとたびこの関係が分解されれば、被告人が裁判の公平を疑うのももともだと思われる事情は訴訟の内外を問わず生起しうるし、そのような事情が裁判所全体に波及する場合も予想されるのであって、包括的な場合を忌避事由から排除すべき理由はないから、したがって、二号を忌避理由の中にとり込むことに問題は無い。

こうして、忌避理由が管轄移転をも巻き込むことによって、今後の新たな展開と前進とを期待したのである。

実務上も、忌避の判断は、「客観的事実と裁判官との特殊な関係」の存在を問題としてきたので、その申立はきわめてたちにくかったが、管轄移転の場合は必ずしも事情を同じくしていない。たとえば④の決定のもとになった申立理由中には、すでに「被害者たる裁判所が加害者を審判することは被告人はもとより一般世人より之を看れば公平な裁判が行われるかどうかにつき疑惑の生ずるところと考える」との主張がみられたのであり、やがて⑤の東京高裁決定は、弁護士である被告人が裁判官である告訴人の名誉を毀損したという事件で、千葉地方裁判所刑事第一部の裁判長判事同裁判所上席裁判官の職にある告訴人が、新聞ラジオなどで「——私ばかりではなく、部内の者がみんな憤慨し、私個人の名誉を傷つけたばかりでなく、司法権の威信をそこねた」という談話を発表していたことの社会的影響を考慮し、同裁判所で審理するときは「告訴人の裁判所における地位に加えて、このような事情のあることは、一般人に裁判の公平についての疑惑を持たしめる恐れがある」、同裁判所の裁判官、書記官、事務官等が、証人として尋問を受けることが予想されるが「裁判所に勤務するものが、同一の裁判所で証人として証言するということでは、一般人に本件裁判所の公平性についての疑問を生じさせる」、これらはもちろん「担当裁判官の心理的事情を云々するものでなく、客観的観察の面から審理に障害があるとの見解に立つものである」として、「裁判の公平」に関する判

断を一般人の観点から把え管轄の移転を認めるに至っているのである。

ただ、このように考えてくると、忌避事由をなぜ異なった手続として規定しなければならなかったかという疑問にこたえなければならぬだろう。おそらく、この点については次のようにいえると思われる。刑訴二一条の下に個々の裁判官を忌避する場合は、被告人は管轄の利益を失うという問題は生じない。これに対し、刑訴一七条一項一号・二号の場合は、個別的にしる包括的にしる忌避された結果、もはやその裁判所では裁判権を行使することができない状態となり、そのために管轄を移転するとなれば被告人の管轄の利益が失なわれてしまうという新たな問題をも考慮しなければならぬこと、および、いちいち刑訴二一条の忌避の申立をさせてから管轄の移転を考えるというのも訴訟経済的に問題があることなどを考慮し、手続を異にしたものと解釈することができると思われる。

(1) たしかに、除外・回避により裁判官達がその審理から退ぞいでいて、すでに裁判不能の状態にある場合もあろう。「法律上の理由」による場合をこのような場合に限定することによって、同号の「特別の事情」と関連させ両者を裁判の不能の場合として統一的に理解することも考えられないではない。学説上も——説明上の便宜もあって——必ずしも明確でないものが多い。たとえば、一号は「裁判そのものが不可能な場合」、二号は「裁判の公平が維持できない場合」とするもの(篠倉・法ゼミ基本法コンメンタール三四頁)、「裁判官が除外などにより法律上裁判に参与できず、他に裁判所を構成するに足りる裁判官がいない場合である」久岡・判例コンメンタール刑訴法I五五頁、同旨、滝川ほか・コンメンタール三五頁、平場ほか、法解刑訴法上巻四七、など多くのものが類似の表現を用いている)。しかし同条項が当事者の主張に係わらせていることから、忌避理由を中心とすることになり、それゆえ、裁判所は管轄移転の申立に対しては裁判不能の判断をする前にまず忌避事由の判断をすることに迫られるのである。諸学説のまぎらわしい表現も、同号を説明するものであって忌避と管轄移転の差異を示すものではなからう。

(2) 最大判昭二三・五・五、刑集二巻五号四四七頁。

(3) 最決昭四七・一一・一六、刑集二六巻九号五一五頁、最決昭四八・一〇・八、刑集二七巻九号一四一四頁。

なお、そこでは「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」という場合も忌避事由になるとされている。

(4) 滝川ほか・コンメンタール刑訴法三九頁は、除斥及び忌避の制度とは、「裁判官がたまたま自己の担当する職務に関し、なんらかの個人的な特殊関係を有し、そのために裁判の公平を期することができないと思われる場合に、当該裁判官をして職務の執行から脱退せしめる」ものであるとしていたし、近くは高田教授も「具体的に特定事件と一定の関係のある裁判官を審判から排除する」目的のためであるとされている(全集刑事訴訟法四四頁)。

(5) 判例のように「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」場合も忌避事由に加えるとしても、刑訴一七条一項二号の範囲はそれよりもはるかに広く、裁判官自身の予断と係わらせるかぎり本条は解釈上の困難がある。

(6) 鴨「公平な裁判所」刑事訴訟法講座一卷五三頁、内田「裁判所職員の除斥及び忌避」法セミ基本法コンメンタール刑事訴訟法三六頁。鴨教授はその理由として、公平な裁判所の担保には、全体としての裁判機関に対する忌避がより効果的であることを認められつつも「それではあまりに問題が広範囲に過ぎ申立権の濫用を生ずる危険が多いので、個々の裁判官の人格性という点に忌避理由を制限したものである」とされている。

(7) 平場「公平な裁判」刑事訴訟法基本問題四六講七一頁、繁田「忌避の諸問題」続・生きている刑事訴訟法一二三頁、村井「裁判官の忌避(1)」判例百選(第三版)一四頁、などを参照されたし。

(8) 鴨「裁判官の忌避(2)」判例百選(第三版)一七頁。

(9) 忌避申立はほとんど成立しないことはよく知られているところである。繁田・前掲論文、松尾・刑事訴訟法上二〇二頁、などを参照。

## 六 管轄移転・事件の移送・職務代行の規定との関連

視点を管轄移転の側面に移そう。これまで、管轄移転に関する刑訴一七条一項一号の「法律上の理由」、および二号の場合を忌避の一環として理解してきたが、そのために管轄を移転するとなれば他方で被告人の管轄の利益が失なわれてしまうという、新たな問題をも考慮しなければならない。もちろん、土地管轄を維持することによって、かえ

って具体的妥当性——裁判の公平——を欠く場合を念頭に置いて管轄の移転が考えられているとすれば、管轄を移転する際に失なわれる被告人の利益は、比較衡量的にみてより少ないものでなければならぬということが、管轄移転の一応の基準としてすでに内在しているともいえよう。

さらに、管轄を移転すべきかどうかの判断にあたっては、他の法条との関係をも考慮しなければならない。この点で先ず注目すべきは裁判所法一九条、二八条、三一条の五、三六条の職務代行に関する規定である。例えば、裁判所法二八条は、一項で「地方裁判所において裁判事務の取扱上さし迫った必要があるときは、その所在地を管轄する高等裁判所は、その管轄区域内の他の地方裁判所、家庭裁判所又はその高等裁判所の裁判官に当該地方裁判所の裁判官の職務を行わせることもできる」旨を規定し、二項では、「前項の規定により当該地方裁判所のさし迫った必要をみたすことができない特別の事情があるときは、最高裁判所は、その地方裁判所の所在地を管轄する高等裁判所の管轄区域内の地方裁判所、家庭裁判所又はその高等裁判所の裁判官に当該地方裁判所の裁判官の職務を行わせることができる」としている。高等裁判所の場合は一九条に、簡易裁判所については三六条に、また家庭裁判所については三一条の五に、それぞれ類似の規定がある。

いうまでもなく、一項は管轄区域内の裁判所の判事に命ずる場合であり、二項は管轄区域外の裁判所の判事に命ずる場合である。そして、一項でいう「裁判事務の取扱上さし迫った必要があるとき」というのは、裁判事務の取扱上における具体的、現実的かつ急迫の必要性を意味し、たとえば、①災害・病気などのため判事が事実上職務を行なうことができないとか、②除斥・忌避などにより判事が法律上職務を行なうことができないような場合、あるいは、③特殊事件の受理などの場合がこれに含まれる、とされており、二項でいう「さし迫った必要をみたすことができない

「特別の事情があるとき」とは、一項の事情があり、しかも管轄区域内の下級裁判所も事務が輻輳している場合だとされている。<sup>(1)</sup>

一見したところ、職務代行の規定は、管轄移転と類似の状況を含み範囲においてそれよりも広いように思われる。そうすると、両者の運用上の関連ないしは区別の基準はどうなっているかが問題となろう。この点、一般的には、可能な限り職務代行の規定を活用すべきで、その場合は管轄の移転によるべきではないと考えられているようである。<sup>(2)</sup>

しかし、両者には差異があることもはっきりと意識されるべきであろう。たとえば⑥の除斥・忌避という理由の中には、管轄移転の場合のように包括的に裁判所を忌避するような場合までは含まれていない。なぜなら、その地の管轄裁判所で裁判をすること自体が、裁判の公平という観点から問題になっているのに、他の管轄地の裁判官を連れて来て職務を代行させても何ら事案の解決にはならないからである。また、仮に個別主義の観点から全裁判官が忌避され、それと事態において間接的・軽微ながら裁判所が被害者だというような事由が競合したような場合、職務代行の規定によるときは被告人の利益の保護という面で充分とはいえない場合もある。他方、職務代行の規定は、間接的には被告人の利益の考慮をその中にとり込みつつも、その直接的な趣旨は、ある裁判所に臨時の突発的な事故などが生じ、当該裁判所の裁判官だけではその裁判事務を適切に処理することができなくなった場合、他の裁判所の判事に、臨時応急的に当該裁判所の判事の職務を代行させ、その裁判事務の処理に支障なからしめようという、いわば司法行政的な観点から設けられたものであり、立法の趣旨・目的を異にしている。<sup>(3)</sup> それゆえ、司法行政上の内在的な制約があることをも考えなければならぬ。例えば職務代行判事はその裁判所の部を構成する裁判官になり得るとして、部の事務を総括する裁判官となることはできないとされているので、仮に裁判所の判事全員が忌避された場合、<sup>(4)</sup>

合議体の全員を職務代行判事で構成してはならないという規定はないが、右の司法行政上の制約をうけ誰も裁判長とはなりえず、管轄の移転によらなければならないのではないかという内在的なものによる限界をも考えなければならぬ<sup>(5)</sup>。いずれによるべきかは、結局のところ、具体的事案との対応において、被告人の利益の保護および両規定の機能の差異などを考慮して決められるべきであろう。

次に刑法一九条の事件の移送も考えられる場合が問題となる。この規定は現行刑訴になって設けられたものであるが、その立法の趣旨は、主として「起訴前の勾留期間が制限されたことに伴い、被告人の現在地で起訴された事件を犯罪地又は被告人の住居を管轄する裁判所に移送することを可能にしようとする<sup>(6)</sup>」とところにあったとされており、実質的に被告人の管轄の利益を保障しようというねらいをもったものである<sup>(7)</sup>。ところで管轄の移転という事態が生じている場合、それが事件の移送によっても解決できる場合は、先ず事件の移送によるべきだというのが通説の考え方であるように思われる<sup>(8)</sup>。なる程、被告人の現在地で起訴された事件について管轄移転の問題が生じているのであれば、事件を犯罪地又は被告人の住居を管轄する裁判所に移送することによって、管轄の利益を実質的に保障しつつ同時に「裁判の公平」をも維持できる場合が多いであろうから、基本的には先ず事件の移送によるべきであり、犯罪地から被告人の住居を管轄する裁判所に移送できる場合、およびその逆の場合も同じように考えるべきであろう。もちろん、これらの場合であっても複数の管轄裁判所が近接しており、それらの裁判所が共に一地方の民心の影響下にあるというような場合には、管轄の移転によらざるをえないことはいうまでもない。これに対して、犯罪地または被告人の住居を管轄する裁判所に起訴された事件について管轄移転の問題が生じている場合、いわゆる現在地の裁判所に事件の移送ができるとしても、そのこと自体移送の規定の立法趣旨に必ずしも沿うものでもなく、また、現在地も必ずしも

管轄についての被告人の利益を反映したものでないから、事件の移送を優先させる必然性はない。この場合は、むしろ原則として管轄の移転によるべきであろう。

- (1) 裁判所法逐条解説へ最高裁判所事務総局総務局編〕参照。
- (2) 平場ほか・注解刑事訴訟法上巻四七頁、青柳ほか・注釈刑事訴訟法一卷六七頁、植松「管轄指定・管轄移転と事件移送」時の法令七七号一九頁、青柳・新訂刑事訴訟法通論七一頁。
- (3) このような機能を有するものであるため、「裁判所の取扱上さし迫った必要」という理由も、前述したa)、b)、c)のような場合に限定されているのではなく、実務上は事件担当の裁判官の転任による不都合の処理のためにも用いられているという。
- (4)(5) 前掲・裁判所法逐条解説参照。
- (6) 小野ほか・ポケット注釈刑事訴訟法(改訂版)三一頁、平場ほか注解刑事訴訟法上巻四九頁、青柳ほか・注釈刑事訴訟法一卷七〇頁、篠倉・法セミ基本法コンメンタール刑事訴訟法三五頁。
- (7) しかし、現在では裁判所の審判の便宜と被告人の利益の保護とを併せて考えて移送が「適当と認められる」かどうかの判断をすべきだとの見解が通説となっている(青柳ほか・注釈刑事訴訟法一卷七一頁、その他各注釈書を参照されたし)。しかしなるべく立法の精神を生かし、土地管轄の中に現在地をも加えることによって被告人の管轄の利益が形骸化されるのを修正し、被告人の防禦権の保障をはかろうとする点に重点を置くべきであろうとの主張もみられる(青柳・通論(上)一一二頁をも参照)。
- (8) 注(2)に掲げた文献を参照。

## 七 第一七条一項一号と二号の関係

最後に、本件にいう「裁判所が被害者だ」という主張は、刑訴一七条一項二号にいう「裁判所の公平を維持することができない虞がある」場合に該当しないかどうかを検討することにするが、それに先だって、「裁判所が被害者だ」という主張は同条の一号に属するのかそれとも二号に属するのかという点を少し問題にしてみよう。

まず、右の主張が一号にいう「特別の事情」に当たらないことはいうまでもないが、忌避事由を個別主義的な観点にたつて理解しようとする従来の見解に照らせば、「裁判所が被害者だ」という包括的な主張は、同号の——除斥・忌避・回避を予定する「法律上の理由」にも該当しないことになる。では右の主張は同条項の二号に該当するであろうか。この点についても、従来の見解によれば、外部的事由と裁判官との特殊な関係の存在を問題にする場合は忌避の問題として一号で扱うものとし、二号は忌避の場合とは異なり、個々の裁判官とは特殊な関係にない客観的事由の裁判所全体に与える影響を問題にするもの<sup>(1)</sup>として両者を区別している。このような見解に照らせば、「裁判所が被害者だ」との主張は、外部的事由と裁判所との特殊な関係を問題にするものとして、むしろ除斥事由や忌避事由に近く、二号の理由にも含まれ得なくなるのではないかという疑問が生ずる。

判例は必ずしもこのような問題に意を払っているようには思われない。例えば④の最高裁決定は、傍論で裁判所が被害者へ「裁判所の所管公文書毀棄」だとの一事をもって直ちに刑訴一七条一項各号の事由があるものということができる<sup>(2)</sup>として——直ちに実質的判断をしており——、一号と二号のどちらの申立事由に該当するの<sup>(3)</sup>かという問題は意識されていないように思われる。これに対し、裁判所構内に侵入したことへ「裁判所が被害者」及び勤務時間中に同盟罷業をおおったとして起訴された⑦の決定は「裁判の公平を維持することができない虞がある」として、はっきりと二号の問題として位置づけており、また、本件も「裁判所が被害者だ」との主張を二号の対象として取り扱っている。二号を従来のように解すかぎり、これらの判例の態度には矛盾があることになる。これらの矛盾は、二号を忌避事由などの場合から遮断して——裁判官と特殊な関係にない客観的な事情を問題とするものとして——把えておきながら、「裁判の公平」の判断にあたっては最高裁が忌避判断の際に示した基準をそのまま持ち込むところにあると



いえよう。

わたくしは、これらの点については、一応次のように考えている。「不公平な裁判の虞」を裁判官との特殊な関係において把えるのではなく、被告人が不公平を疑うのもっともだといえるかどうかという観点から把えることになる。すると、そのような事態は、裁判官と特殊な関係にある場合は勿論のこと、そのような関係がない場合でもおこりうる。そこで、二号は、さいわいにも「地方の民心」のみならず「訴訟の状況やその他の事情」という不確定的な要因を含んでおり、これらを特に「裁判所や裁判官と特殊な関係のない客観的事情をいう」と限定しなければならぬ必然性もない。そして、二号をも忌避の一環として把えているので、結局のところ、一号の「法律上の理由」の場合、個別主義的観点から忌避することによって全体として裁判権を行使することができなくなる場合を想定したものであり、<sup>(2)</sup>二号は包括的観点から忌避による管轄移転を把えようとしたものだと考えている。<sup>(3)</sup>こうして「裁判所が被害者だ」との主張は包括的な主張であり、二号に属し「訴訟の状況その他の事情」の場合にあたるということになる。では、「裁判所が被害者だ」との主張が二号の問題にあたるとして、本件の場合、それは「裁判所の公平を維持することができない虞」がある場合に該当しないであろうか。もちろん、一口に「裁判所が被害者だ」といっても、その程度ないし形態は様々な場合がある。本件の場合、前述したように、東京高裁の事務局長及び長官室に押し入り、その際に、長官、事務局長及び長官秘書官に対し鉄パイプで殴るなどの暴行を加えて、それぞれ全治一週間を要する傷害を負わせたという事実が、「裁判所が被害者だ」という場合の内容である。

これまでのところ、判例は④のように裁判所所管の公文書を毀棄したことがその内容となっている場合は管轄の移転を認めていない。この場合、裁判所が被害者だといってもそれは対物的なものであり、その態様も、文書毀棄とい

う行為それ自体は通常平穩なもの——その意図は公務の執行を妨害しようという穩当ならざるものがあるとしても——であり、さらに判例集からは詳細はわからないが——被告人側の特別抗告申立理由中にわざわざ直接の被害者が裁判所であることを特定していることなどからして——その行為が裁判所の内部で、しかも対人的関係において直接公務を妨害しようとする形において行われたとも思われぬ。このような事情を総合すれば——裁判所が被害者だといつても——一般人からみて「裁判の公平」を欠く虞があるとまではいえないであろう。

これに対し、裁判所職員の争議に関連し、裁判所構内に侵入したことへ「裁判所が被害者」及び勤務時間中に同盟罷業をおとしたとして起訴された⑦の判例、および弁護士が裁判官の名誉を毀損したことを内容とする⑤の判例においては、共に管轄の移転が認められている。⑦の場合、「裁判所が被害者」だといつても、それは建造物侵入という場所の平穩に対するものであり、これだけの理由ならまだ「不公平な裁判をする虞」があるとはいえないだろう。この事件は裁判所職員の争議行為という点に特異性があり、それゆえ、当該裁判所で審理すれば裁く者と裁かれる者が同一裁判所内の者に帰すことになる点である。判例もこの点を把え、「裁判官その他の職員が証人として喚問されることが予想され、その他の事件の性質、態様等を考慮し、その裁判所で審理することは裁判の公平を維持することができない虞がある」としたものであろう。⑤の判例は——「裁判所が被害者だ」というものではないが——事案が対人的なものであること、被害者へ「告訴人」が裁判長判事・首席裁判官の職にあること、同判事が「私ばかりでなく、部内の者がみんな憤慨し、私個人の名誉を傷つけたばかりでなく、司法権の威信をそこねた」という談話を発表していること、などを総合すれば、当該裁判所で事件を審理することは一般人に裁判の公平についての疑惑を生じさせる場合に当たるといえよう。判例は、さらに、被告人である弁護士の公判における言動が裁判官に対する名誉毀損にあた

るかどうかを審理することになれば、当時の公判審理の状況や弁護人の言動の内容——判例集からは詳細はわからないが、当該裁判官と警察本部捜査一課員との会合の事情が含まれているのではないかと思われる——などが立証されることになろうが、そうなると同一裁判所の裁判官、書記官、事務官らが証人として尋問を受け証言することにもなるという事態を考慮し、その点も一般人に裁判の公平についての疑問を生じさせると述べている。

ところで、本件をこれらの判例と比較した場合、傍論ながら「裁判所及び裁判官が被害者であるとの一事をもって直ちに刑訴法一七条一項二号にいう『裁判の公平を維持することができない虞がある』ということとはできない」と判じた点に問題はなかったであろうか。本件の事案が人身に対するものであり、裁判所内で起った生々しいものであること、被害者が長官、事務局長という要職にある者であることなどを考慮すれば、裁判所全体が事件の渦中にあるような現象を生ずるだけに、直接間接他の裁判官に与える影響が危惧され、「公平な裁判」に疑念を抱かれてもともとという状況にあったといえないだろうか。ただ注意すべきは、被告人らは東京高裁の審理に服しながら、同裁判所が被告人らの——司法的権力が果した階級的機能に対する批判的実践としての行為の目的・背景の正当性を立証するための——証拠調請求を留保したことをもって、「裁判所が被害者だ」ということに起因するとして管轄の移転を請求した点である。しかし、右のような証拠調請求を留保することは、通常の裁判所でも十分考えられることだけに、必ずしも「裁判所が被害者だ」ということには結びつかないのである。ここに一つの問題点があったともいえよう。

もし被告人らが、東京高裁に事件が係属した時点で、右に述べた「裁判所が被害者だ」という場合の具体的状況、および当該裁判所で事件を審理することになれば同一裁判所の長官、事務局長、秘書官らが証人として出廷することも考えられ——そうなれば仲間意識・信頼関係あるいは職務上の上司ということの心理的影響などによって被害者側

の主張がそのまま認められやすいのではないかという疑念を一般人に与えやすい面がある——、「裁判の公平」に疑念を抱くとして管轄の移転を請求していたら、あるいは最高裁もそれを認めたかも知れない。それゆえ、最高裁の判断が⑤や⑦の場合より厳しいものであるとは、必ずしも断定できないともいえよう。

(1) 青柳ほか・注釈刑事訴訟法第一卷六七頁、篠倉・法セミ基本法コンメンタール刑事訴訟法三四頁、高田・全集刑事訴訟法五八頁、平場・改訂刑事訴訟法講義六三頁、などを参照されたし。

(2) 私見のように理解するかぎり二号のみならず一号の場合も、請求が被告人からなされる場合は一種の包括的忌避にあたるのではないかという批判もあるかもしれないが、しかしこれは正当とは思われない。たとえば地裁の法廷合議事件の場合、三人の裁判官のうち二人までに忌避申立をなし、同時に裁判所は裁判権を行使できない状況になるとみて管轄移転の請求がなされたとすると、裁判所が審理の結果忌避を認めたために裁判権を行使できない状況になったとして管轄移転を行なう場合でも、一人の裁判官は忌避されていないのであるから裁判所全体に対する忌避とはならない。

(3) ここで注意しなければならないのは、包括的忌避ということを予定する場合、「裁判所が被害者だ」という場合のように、その原因事由じたいが直接裁判所全体に及ぶ場合のみを指すかという点と決してそうではない。その原因事由は、直接的には個々の除斥事由・忌避事由にあたる場合であっても、それに付随して生じた新たな事情をも加え、間接的にその影響が裁判所全体に及び被告人側からみて「公平な裁判の虞」をいだし、そう思うのももっともだという状況に至れば包括的な忌避ということになる。この典型的な例が⑤の判例である。そこでの直接の原因事由は、裁判官が被害者だという個々の除斥事由にすぎない。しかしそれに付随する裁判官の当該裁判所における地位、あるいはその談話の中に示されている新たな事情などが加わって、裁判所全体に忌避事由にあたる状況が生じたものである。

## 八　む　す　び

以上、これまでどちらかというが無味乾燥だとされがちであった管轄の分野を取り上げ、管轄移転の問題を忌避制度の一環として取り扱うことにより、一方において忌避の新たな展開（とりわけ実務における）を期待しつつ、他方、それによって管轄移転の問題が人権との係わりをはっきりと意識し稔り豊かなものとなることを願い、いささかなりともその契機となりうればと思ひこの小稿を公にした。浅学菲才のうえ文献に乏しいこともあって、おもわぬ思い違いをしているかも知れない。読者の方々の御批判をまって再考する機会を得たいと考えている。