

補助参加人の忌避申立権についての一考察

——民事訴訟における公正確保の探求を目指して——

川 嶋 四 郎

目次

- I はじめに
- II ある忌避申立事件
 - 1 事実関係
 - 2 決定要旨
- III 民事訴訟における公正確保の重要性
 - 1 民事訴訟における憲法保障と公正確保
 - 2 公正確保のシステムの中の忌避制度
- IV 本件における「弁論権」の侵害と憲法違反
 - 1 当事者権の核としての「弁論権」
 - 2 本件における「弁論権」侵害の実質
 - 3 本決定における様々な疑問点
- V 補助参加人の忌避申立権
 - 1 補助参加人の地位の原則的独立性と例外的従属性
 - 2 補助参加人に忌避申立権を肯定した裁判例
 - 3 補助参加人の忌避申立権の存否に関する学説
 - 4 本件忌避事由とその特質
- VI おわりに

I はじめに

民事訴訟の審理が公正に行われなければならないことは、民事訴訟制度の目的論が多様な展開を見せている日本民事訴訟法学の世界でも、自明の理である^{*) 1)}。

*) 本稿は、田中治先生の古稀を記念して刊行される同志社法学に寄稿させていただいたものである。学校法人同志社への入社が同期であったご縁から、親しく接していただくと共に、多大

民事訴訟法における補助参加人の地位に関しては、ドイツ法を継受した手続であるため同法の議論をも踏まえ、古くから様々な論争が繰り広げられてきた。補助参加人は、準当事者または従たる当事者などと呼ばれることがあるが、その地位については、現在、共同訴訟的補助参加人（最一小判昭和40年〔1965年〕6月24日・民集19巻4号1001頁、最一小判昭和45年〔1970年〕1月22日・民集24巻1号1頁等参照）と法的な性質決定がされる場合はともかく、当事者ではないものの一定の判決効を受ける補助参加人の地位については、これまで独立的地位と従属的地位の両面が論じられてきた。

一般に、当事者の場合には、その地位に就くことにより当然に「当事者権」を獲得することになる²⁾。これは、当事者の有する各種の権利権能の総称であり、当事者にとっての手続保障の中核をなすことから、判決効の拘束力を正当化する根拠である手続保障と自己責任を問うことの前提条件でもある³⁾。当事者権には様々な権利が含まれるが、本稿がそのテーマとして取り上げる忌避権（民訴法24条1項等）は、その中でも特に重要な権利の1つであり、個別事件において公正な手続運営や判決を確保する上で重要な権利である（以下では、その中で、特に「忌避申立権」〔忌避権の行使〕に焦点を絞って論じることにする。）。民事手続一般に視野を拡大した場合にも、調停等の合意型紛争解決手続はともかくとして、広く裁断型の民事手続の当事者は、この権利を有している⁴⁾。

なお世話をいただき、浩瀚なご著作を賜り、しかも、先生のお陰で私の「知の地平」がどれだけ拡大したか分からない。心から感謝しつつ、先生のますますのご健勝とご活躍を祈念し、この小稿を捧呈したい。

- 1) 民事訴訟制度の目的論に関する公正な論及については、新堂幸司『新民事訴訟法〔第6版〕〕1頁（弘文堂、2019年）、川嶋四郎『民事訴訟法〕10頁（日本評論社、2013年）等を参照。
- 2) 当事者権については、たとえば、中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編『新民事訴訟法講義〔第3版〕〕214頁〔鈴木正裕執筆〕（有斐閣、2018年）、川嶋・前掲書注（1）39頁等を参照。
- 3) 新堂・前掲書注（1）131頁を参照。さらに、民事訴訟法338条1項3号も参照。
- 4) この当事者の忌避申立権の対象は、裁判官（民訴法24条1項）や裁判所書記官（民訴法27条）だけではなく、専門委員（民訴法92条の6）、裁判所調査官（民訴法92条の9第1項）、鑑定人（民訴法214条）、通訳人（民訴法154条2項・214条）、参与員（人訴法10条）および査証人（特訴法105条の2の3）等にも及ぶ。

これに対して、補助参加人が補助参加訴訟において裁判官等に対する固有の忌避申立権を有するか否かについては、これまで必ずしも十分な議論がなされてきたとはいえないのが現状である。「当事者権」と対比していわば「補助参加人権」を明示的かつ積極的に構築しようとする試みは、ほとんど見られなかったように思われる。すなわち、たとえば、補助参加人は、被参加人（主たる当事者。以下では単に「被参加人」と呼ぶ。）が忌避申立権を喪失せず、また、その当事者の行為と抵触しない限り、被参加人との関係の忌避事由を主張することは問題がないが、被参加人とは独立して、補助参加人が固有の忌避申立権を有するか否かについては、これまで必ずしも十分な議論がなされていなかったのである（なお、従来は、本稿で「被参加人」と記す当事者は、「主たる当事者」と呼ばれてきた〔それに対応して、補助参加人は「従参加人」とも呼ばれた〕が、本稿では、通常の補助参加人の場合でも、相応の独立的地位を有すべきであると考えることから、主従関係が強く印象付けられることになる「主たる当事者」という用語は用いず〔かつ、「従参加人」という表現も用いず〕に、上記のように「被参加人」と呼ぶのである。）。

その理由を順不同に挙げれば、次のとおりである。

第1に、通例、訴訟手続自体が公正に運営されるべきことについては、判決効を受ける被参加人が最大の関心を有することから、補助参加人と裁判官等との関係で忌避事由が存在すると考える場合には、被参加人が忌避申立権を行使すると考えられること（通例、補助参加人自身の固有の忌避申立権は顕在化しにくいこと。ちなみに、本稿で素材として用いる事案も、このような場合に被参加人自身も忌避申立てを行っている。）、第2に、補助参加人が裁判官に対して忌避権を有するか否かが民事訴訟法の条文上明らかではないこと（条文上は、忌避権の行使主体・帰属主体が、「当事者」に限定されるような書きぶりであること〔民訴法24条参照〕）、第3に、裁判例も少なく、学説上は忌避申立権者を当事者に限ると明言する見解も少なくなかったこと、第4に、そもそも近時に至るまで、個別事件で当事者の忌避申立てでさえ認容された事例が皆無に近かったこと⁵⁾（運動論的な訴訟行為としては

ともかく、そもそも成果が得られず、無意義でかつ裁判官の心証形成に不利に作用しかねないだけであるとする行為を、行為主体は、通例回避しがちであること)、第5に、(第1の理由と重なるが) 訴訟指揮等を忌避原因とする忌避申立てならば、多くの場合に、被参加人である当事者本人や訴訟代理人が主導して忌避を申し立てるであろうと考えられること(弁護団が形成されている場合には、被参加人の訴訟代理人弁護士と補助参加人の訴訟代理人弁護士が協議をして被参加人主導の忌避申立てを行うことも考えられること)、第6に、被参加人である当事者が申し立てない忌避権を補助参加人が行使することは、その従属的地位の考慮が脳裏を掠め(当事者が行使していないので抵触的な行為になりかねないとも考えられがちなことから)、必ずしも積極的に行使するインセンティブが生じなかったのではないかと考えられること、第7に、補助参加人は、主たる当事者に対して従たる当事者であるとの意識から、裁判官といわば喧嘩をしたり、あるいは、裁判官にクレームを付けたりして、被参加人に不利な判断(ひいては、補助参加人自身に対する不利な結果)が生じかねないことを回避したいと考える場合も、少なくともなかったと思われること、第8に、仮に補助参加人が忌避の申立てをしても、被参加人がその申立てをしていない場合は、あくまで推測にすぎないが、「簡易却下」(大阪高決昭和36年〔1961年〕6月20日・下民集12巻6号1400頁、大阪高決昭和38年〔1963年〕11月28日・下民集14巻11号2346頁、東京高決昭和39年〔1964年〕1月16日・下民集15巻1号4頁等を参照。刑訴24条2項、非訟13条5項、家事12条5項も参照)で対応されることもあり、裁判例としても公表される機会が少なかったのではないかと推測されること、第9に、補助参加は通例訴訟係属後における参加形態であり、日本人的な人間関係の

5) ただし、たとえば、いわゆる判検交流による訟務検事(国の指定代理人)であった裁判官について、忌避が認められた近時の事例として、金沢地決平成28年〔2016年〕3月31日・判例時報2299号143頁参照。当事者の忌避権に関しては、たとえば、西野喜一「裁判官忌避制度小論」同『裁判の過程』1頁(判例タイムズ社、1995年〔初出、1992年〕)、加藤新太郎=松下淳一編『新基本法コンメンタール・民事訴訟法1』76頁〔松本明敏執筆〕(日本評論社、2018年)等を参照。

考慮の下では担当裁判官と忌避原因等があると考えられる補助参加人自身が参加することは躊躇されることも少なくないと考えられること、第10に、補助参加人が補助参加をする理由は多様であり、訴訟関与の濃淡も様々であることから、補助参加人が訴訟追行に関して被参加人にいわば下駄を預ける場合も少なくないと考えられることなど、様々な理由が考えられるのである。

しかし、仮にこのような理由のいくつかが肯定されるとすると（被参加人と補助参加人との間で十分な協議が行われて選択された場合などはともかく）、そのこと自体、日本の民事訴訟システム上も個々の訴訟事件の訴訟手続上も、必ずしも望ましいことではないであろう。忌避申立権が、後に敷衍して述べるように公正確保の手段であり、公益に関わることであるとすると、一般に補助参加訴訟形態で、公正確保のための忌避権の申立権者が当事者に限定されること自体、手続全体の公正確保の観点から疑問が生じるからである。また、その効力の法的性質が既判力か参加的効力かの問題はともかく、いずれにせよ判決効（民訴法46条）を受ける補助参加人が、その判決形成過程で公正な手続を確保するための権利が行使できないことは、その手続上問題があると思われるのである。つまり、民事訴訟手続の公正確保は、その全手続過程を通じて、裁判を受けることになる関係主体すべてについて、貫徹されなければならないと考えられるからである。

そこで、本稿では、補助参加人の忌避申立権について、肯定的に考える立場から論じたい。これは、学説上も肯定説と否定説などが対立し、未だ最高裁判例はなく、下級審で肯定説はあるものの、必ずしも確定した法実務が形成されているとは言いがたいのが現状であるからである。それは、後に述べる裁判例（→Ⅱ）からも窺い知ることができる。

以下では、まず、本稿の端緒となったある本件忌避申立事件・大阪高裁決定（大阪高等裁判所令和2年〔2020年〕7月9日決定^{6）}〔令和2年（ウ）第243号〕〔基本事件・大阪高等裁判所令和元年〔2019年〕（ネ）第2389事件〕・

6) 本稿の素材としての基礎資料を提供して下さった担当弁護士の方々に、心からお御礼を申し上げます。

判例集未登載) (以下では文脈に応じて、「本件」または「本決定」と呼ぶ。)を紹介したい。

本件は、確かに補助参加申出人の弁論権の侵害を理由に、そのような訴訟指揮を行った裁判官に対して、補助参加人だけではなく被参加人である当事者も忌避を申し立てた事件であり、本決定は、その両者に対する応答である(と評価できる)。ただし、本決定が、わざわざ「なお書」で付言しているように、本決定によれば、補助参加人は忌避申立権を有しないのである。したがって、本決定では、仮にたとえば被参加人が忌避申立てをせずに補助参加人のみが忌避申立てをした場合には、裁判所には応答義務が生じず、無視しても違法とはならないとされたのである。

しかし、やや議論を先取りして述べれば、本決定は、日本の裁判所における公正確保システムに対する重大な問題を提起するよう思われる。

ただし、確かに本件は、次の2点で顕著な特色が見られる。

第1は、「補助参加人の弁論権」だけではなく、実質的に「被参加人の弁論権」も侵害されている点である。すなわち、本件忌避申立人は、基本事件(本案事件)の当事者および補助参加人であり、補助参加人による弁論権の行使の機会が奪われたことを当事者らが主張し、忌避申立てを行ったという形式をとるものの、その実質は、本件事案に精通した補助参加人の弁論権の行使の機会が奪われることを通じて、被参加人である当事者の弁論権の侵害が生じているのである。

第2は、本件における「補助参加人の地位の独立性」に対する考慮の欠如にある。すなわち、本決定は、補助参加人に忌避申立権がないことを前提に、補助参加人・被参加人の弁論権を侵害していないことを背後から正当化するために、形式的な理由を挙げて、忌避申立てを却下しているのである。補助参加人は、被参加人をサポートして勝訴に導くことにより、結果的に自己の法的利益の保護を実現することを目的とするので、補助参加が認められた以上は、その独立した弁論権がその地位の従属性に由来する制約のない限り、独立して保障されるべきであるにもかかわらず、それが看過されているので

ある。

これらの点は、補助参加人の弁論権や独立的な地位に関するだけの問題ではなく、より基本的には、「民事訴訟における公正確保の要請」が斟酌され実践されるべき人的範囲（主観的範囲）の問題とも関わる。それは、民事訴訟がまさに公正な民事訴訟であると言えるためには誰との関係で何が保障されなければならないのか、裁判の公正確保の利益の本質はいかなるものか、補助参加人制度とは、そもそも、自身との関係での公正確保の主張、つまり除斥の申立てや忌避の申立てを許さない程度に相対的なものであり、かつ、制限的な地位しか与えられない参加形態なのかどうか問題なのである。つまり、本件における問題の核心は、訴訟の本質および基底に関わる手続的な公正についての意識や、訴訟指揮等の訴訟手続内における訴訟上の措置のあり方にあり、裁判の公正を考える上で重大な問題を提起するものであると考えられるのである。

そこで、本稿では、この事件の検討を通じて、補助参加人の忌避申立権に関する考察を行いたい。

本件の事案と決定要旨を紹介した後に（→Ⅱ）、民事訴訟における公正確保の要請を概観し（→Ⅲ）、次に、一般に弁論権の侵害が憲法違反を招来することを論じ（→Ⅳ）、その後、補助参加人の忌避申立権とそれにまつわる弁論権等の当事者権の保障のあり方（→Ⅴ）について論じ、最後に、若干の補論と展望を記したい（→Ⅵ）。

なお、本件事案における補助参加人が、共同訴訟的補助参加人ではなく、通常の補助参加人であることから、以下での補助参加人とは、通常の補助参加人を指すものとする。

II ある忌避申立事件

1 事実関係

本件の基本事件は、その事件の控訴人Xら（原告ら。忌避申立事件の共同申立人）が、それぞれ、同人らの名義で金融機関Y（基本事件の被控訴人・被告）に預け入れた各定期預金につき、各預入日から年5%の割合による利息が付加されるべきであると主張して、金融機関Yに対し、各預金額に対する各預入日から各預金の払戻しを請求する訴訟を提起した日である平成27年〔2015年〕3月16日まで年5%の割合による利息金の支払を求める事案である。

原審（京都地方裁判所）は、基本事件のXらの請求をいずれも棄却したため、Xらが控訴を提起した。これが、本件の基本事件である。

控訴審（大阪高等裁判所）における基本事件の第1回口頭弁論期日において、Xらの訴えの変更（内容は、略）が認められるか否かがまずは問題となり、さらに、補助参加人Z（忌避申立事件の共同申立人）の補助参加が許されるか否かが問題となった。

そこで、金融機関Yは、補助参加を許すとしても補助参加人Zに主張をさせるならば異議を述べるとの態度を示していた。結局、訴えの変更の許否、および、補助参加の許否については、第2回口頭弁論期日において判断することとされた。

本件忌避申立事件は、この第2回口頭弁論期日（令和2年〔2020年〕6月3日）で生じた⁷⁾。関係部分の再現記録を記すと、次のとおりとなる。

7) 以下の期日におけるやりとりの再現は、本件「特別抗告理由書」による。これによれば、以下は、傍聴人の速記録によるとされる（内容やニュアンスを変更しない限りで、若干の修正を加えている。）。同理由書3頁参照。その意味では、これが一方当事者から提供された資料であることは、事前にお断りしておきたい。

なお、本件では、補助参加が認められた事例であると評価した上で論じたい。

A 裁判長「補助参加については、意見留保ということになってますが、異議を述べられないということで、もうよろしいですね。」

Y 訴訟代理人「本日結審ということであれば、異議を述べないということで間違いありません。」

A 裁判長「ほかに主張立証はないものと認めますので、これで弁論終了します。」

補助参加人 Z 訴訟代理人「ちょっと待っていただけますか。」

A 裁判長「はい。」

補助参加人 Z 訴訟代理人「補助参加人代理人〇〇です。」

A 裁判長「はい。」

補助参加人 Z 訴訟代理人「今、補助参加の方を認められるということで、お話があったんですね。」

A 裁判長「はい。」

補助参加人 Z 訴訟代理人「こちらの方の主張立証をさせていただきたいのですけど。」

A 裁判長「はい。特に不要だと考えます。」

補助参加人 Z 訴訟代理人「不要だというのは、補助参加を認めて、その主張立証をさせないというのは、どういうことですか。」

A 裁判長「いや、特に、必要性を認めませんので。」

補助参加人 Z 訴訟代理人「いや、こちらの……」

A 裁判長「書面を出されるのであれば……」

補助参加人 Z 訴訟代理人「ちょっと待ってください。こちらの補助参加の申出を認めるわけですよね。」

A 裁判長「はい。」

補助参加人 Z 訴訟代理人「それについて、手続保障されないというのはどういうことですか。裁判所はそういうことをされるんですか。」

A 裁判長 「はい。必要性ない……」

補助参加人 Z 訴訟代理人 「補助参加を認めた上で、主張立証をさせない
というのは、どういうことですか。」

A 裁判長 「これ以上、……」

補助参加人 Z 訴訟代理人 「補助参加人の手続保障はどうなるんですか。」

A 裁判長 「はい。」

補助参加人 Z 訴訟代理人 「認めた上で、主張立証させないというのはど
ういうことですか。」

A 裁判長 「はい。これ以上は、判決に熟しておると認めますので……必要
性ない……」

X 訴訟代理人 「忌避します。」

補助参加人 Z 訴訟代理人 「こちらの主張立証の機会がないんですか。そ
んな手続、おかしくないですか。」

A 裁判長 「書面出されるのであれば、お出しください。」

補助参加人 Z 訴訟代理人 「出されたら、結審されたら、それは斟酌され
ないんじゃないですか。」

A 裁判長 「中身を見て、もし、再開の必要があると認めれば、それは
……」

補助参加人 Z 訴訟代理人 「そういう、結審を前提にされるということは
おかしいということを申し上げます。」

A 裁判長 「はい。」

補助参加人 Z 訴訟代理人 「はい、というのは。お聞きしました、とい
うのは……」

X 訴訟代理人 「控訴人代理人です。今、忌避しますと発言しましたが。」

A 裁判長 「はい。忌避申立てをされるということでもいいんですか。」

X 訴訟代理人 「します。」

A 裁判長 「はい。」

補助参加人 Z 訴訟代理人 「おかしいですよ、裁判所、こんなこと。裁判

所がそういうことをおっしゃるんですか。」

A 裁判長「……忌避の判断が出るまで、……。はい。本日はこれで。」

このような弁論を経て、Xの補助参加人Zは、Xらとともに、合議体を構成する裁判官全員に対して忌避申立てを行った。その要旨は、以下の通りである（以下の「 」内は、大阪高等裁判所における本決定の理由からの引用による。）。

「基本事件の審理を担当する裁判長裁判官A（以下「A裁判長」という）、裁判官B及び裁判官C（以下、この3名を併せて「本件各裁判官」という）は、令和2年〔2020年〕6月3日に行われた基本事件の第2回口頭弁論期日において、基本事件補助参加人Zの補助参加の申出を認めながらも、同人の主張立証を認めず、そのまま、基本事件の弁論を終結しようとした。

こうした取扱いは、基本事件補助参加人Zに参加的効力を及ぼしながら、同人に基本事件における攻撃防御の機会を与えないものであって、憲法や民事訴訟法が定める基本原則に反することは明らかである。また、上記の取扱いは、基本事件において補助参加人Zには主張立証をさせたくないというYの意向に沿ったものであり、Yに偏頗したものであって、極めて不当である。さらに、A裁判長については、申立人Xらが京都地方裁判所に提起した被控訴人Yとの間の一連の訴訟につき不当な事実認定がされて申立人Xらの敗訴判決が相次いでいた時期の同裁判所の所長であり、これらの訴訟に深く関与する立場にあった。

以上のとおり、本件各裁判官が基本事件の審理において上記の取扱いをしたことは、裁判の公正を妨げるべき事情（民事訴訟法24条1項）があることが明らかである。

よって、基本事件の審理につき本件各裁判官を忌避するとの裁判を求める。」（〔 〕内は、筆者が付加）

2 決定要旨—申立ての却下

大阪高等裁判所は、以下のように判示し、本決定でXおよびZの忌避申立てを却下した（正確には、Zには忌避申立権がないとされたので、裁判所は却下で応答する必要もないということになるが、本稿での表記として、Zについての却下とは、その申立てを排斥したという意で用いている。）。

「裁判官に対する忌避の原因となるべき『裁判の公正を妨げるべき事情』（民事訴訟法24条1項）とは、裁判官と事件との関係からみて、裁判官が当該事件の当事者と特別な関係にあるとか、手続外において既に当該事件につき一定の判断を形成している等の事由により、当該裁判官によっては不公平な裁判がされるであろうとの懸念を当事者に抱かせるに足りる客観的な事情をいう。

申立人らは、基本事件の第2回口頭弁論期日において行われた取扱いが基本事件補助参加人による主張立証の機会を奪うもので憲法や民事訴訟法に反するものであると主張するが、未だ基本事件の口頭弁論は終結されていないし、同期日が基本事件補助参加人が補助参加申立書を陳述した第1回口頭弁論期日から約3か月後に行われたものであって、その間に基本事件補助参加人が主張立証を準備することが可能であったと考えられることも考慮すると、申立人らの主張は採用できない。また、申立人らは、上記の取扱いが基本事件被控訴人に偏頗したものであるとか、A裁判長が関連事件に深く関与していたと主張するが、いずれもそのように認めるに足りる証拠はない。

以上によれば、申立人らが主張する事情は、結局、基本事件における訴訟指揮に関する不満であって、上記……の『裁判の公正を妨げるべき事情』に当たるとは認められない。

また、一件記録によれば、本件各裁判官にその他に忌避の原因となるべき事由があるとも認められない。

よって、本件各忌避申立てはいずれも理由がないから却下することとして、主文のとおり決定する。

なお、申立人らの提出する忌避申立理由書及び令和2年〔2020年〕6月8日付け意見書には、基本事件補助参加人が申立人として表示されているが、補助参加人は、裁判官の忌避を申し立てることはできない。〕〔 〕内は、筆者)

Ⅲ 民事訴訟における公正確保の重要性

1 民事訴訟における憲法保障と公正確保

裁判を受ける権利（憲法32条）の保障は、適正手続の保障（憲法31条）や平等原則（憲法14条）の保障と共に、公平な審理および裁判を受ける権利を含んでいると考えられる。民事訴訟上、公平な審理・裁判を受ける権利を担保するためには、手続の公正確保だけではなく、裁判所、とりわけ裁判官の公平性が保障されなければならない。刑事裁判の領域では、歴史的な反省を踏まえて、公平な裁判所の裁判を受ける権利が保障されている（憲法37条1項）が、民事訴訟においても、基本的に同様な憲法保障が要請されるべきであることに変わりはない⁸⁾。このような民事訴訟における憲法保障を通じて、国民の人格権（憲法13条）や財産権（憲法29条）が保障されることになるのである。

民事訴訟における公正確保は、民事訴訟制度の理想であり使命である。公正な裁判とは、当事者の一方に偏らないという平等・中立・公平な裁判所による裁判過程を意味する。それこそが、審理・判断のプロセス全体が正義にかない、当事者その他の訴訟関係人および国民の信頼を受け得る裁判、ひいては、分かりやすく利用しやすく頼りがいのある裁判をもたらすことになるからである⁹⁾。

8) 憲法と民事訴訟法については、たとえば、中野貞一郎「民事裁判と憲法」同『民事手続の現在問題』1頁〔判例タイムズ社、1989年（初出、1984年）〕参照等を参照。

9) 川嶋・前掲書注（1）120頁参照。民事訴訟のICT化にともない、裁判の公開がより一層進めば、民事訴訟の審理の核心である口頭弁論過程の一般公開も促進されるべきであると考えられるこ

そのためには、個別事件の具体的な手続過程において、当事者・補助参加人の弁論権（主張・証拠の提出権）が保障された上で、対論の機会が保障されなければならない。当事者・補助参加人が主張立証を尽くして、勝敗にかかわらず納得のいく法的救済を得られる機会が、現実には保障されていなければならない。このような「公平な裁判所による公正な公開審理を受ける権利」を保障する裁判システムの保障は、日本が批准している「市民的及び政治的権利に関する国際規約」（国連人権規約のいわゆる「B規約」）14条1項にも、次のように規定されている。

「すべての者は、裁判所の前に平等とする。すべての者は、その刑事上の罪の決定又は民事上の権利及び義務の争いについての決定のため、法律で設置された、権限のある、独立の、かつ、公平な裁判所による公正な公開審理を受ける権利を有する。」

このように、「公平な裁判所による公正な公開審理を受ける権利」を、すべての者は有しているのである。

最近、日本でも世界でも、特にSDGs（Sustainable Development Goals、「持続可能な開発目標」）が、様々な機会に語られている¹⁰⁾。ただその中で、意外に知られていないのが、「世界的目標」全17項目中の第16番目である。こ

とから、個別事件における公正確保の要請に対する市民・国民の監視可能性も増加することになる。それは、プライバシーや営業秘密に配慮すれば、日本の歴史から考えて妥当な発展傾向であると考えられる。この点については、たとえば、川嶋四郎＝笠原毅彦＝上田竹志『民事裁判 ICT 化論の歴史的展開』14頁、431頁等（日本評論社、2021年）を参照。

10) たとえば、外務省ホームページ (<https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/oda/sdgs/about/index.html>) には、次のような説明がある。すなわち、「持続可能な開発目標」とは、2001年に策定された「ミレニアム開発目標（MDGs）」の後継であり、2015年9月の国連サミットで加盟国の全会一致で採択されたものである。これは、「持続可能な開発のための2030アジェンダ」に記載され、2030年までに持続可能でよりよい世界を目指す国際目標である。17のゴール、169のターゲットから構成され、地球上の「誰一人取り残さない（leave no one behind）」ことを誓っている。これは、“No one will be left behind.”と表記されることもある。

れは、「平和と公正をすべての人に (Peace, Justice and Strong Institutions)」¹¹⁾と題して、「持続可能な開発のための平和で包摂的な社会を促進し、すべての人々に司法へのアクセスを提供し、あらゆるレベルにおいて効果的で説明責任のある包摂的な制度を構築する」という項目である。その16.3には、「国家および国際的なレベルで法の支配を促進し、すべての人々に司法への平等なアクセスを提供する」という崇高な指針が示されているものの、残念ながら、今のところ日本政府も裁判所も、この目的に沿った民事裁判制度の具体的な構想を、必ずしも明らかにできていないと考えられる¹²⁾。

したがって、本稿は、日本民事訴訟法における参加形態の多様性を背景に、この課題をも視野に入れて考えたい¹³⁾。

2 公正確保のシステムの中の忌避制度

このような公正確保の措置は、一般的にも個別的にも、すでに現行法上数多く存在する。

まず、一般的な公正確保の措置としては、制度上、司法権の独立（憲法76条1項・2項等）や裁判官の独立（憲法76条3項）が保障され、司法権自体における公正な司法権行使の大枠は、憲法上保障されている（戦前と比較し

11) ここでは、Justice が「公正」と訳されている点を特に指摘しておきたい。それは、現代社会あるいは現代世界では、「正義」よりも「公正」の方がより普遍的な意味があり、制度・システムの役割、ひいては司法的救済のあり方を、よりよく示しているからである。正義は、時として恣意や独善に走りかねないのである。

12) ただし、前注(10)に挙げた外務省のホームページでは、「SDGsは、発展途上国のみならず、先進国自身が取り組むユニバーサル（普遍的）なものであり、日本としても積極的に取り組んでいる」と記されている。日本政府の省庁間におけるいわゆる温度差の違いかもしれない。

13) なお、このような基本的な問題意識から、民事裁判のICT化を考察したものとして、たとえば、川嶋四郎「誰一人取り残さない『民事訴訟のICT化』に向けた総論的な緊急課題」判例時報2480号87頁、90頁（2021年）、同「『民事訴訟のICT化』についての基礎的課題——『民事訴訟法（IT化関係）等の改正に関する中間試案』の公表を機縁として」同志社法学422号23頁（2021年）等を参照。そこでの考察の課題は、「誰一人取り残さない民事訴訟（Inclusive Civil Procedure）」の実現である。

これらの論文で検討課題としている『中間試案』等では、（あまりに当然の事柄すぎて明記する必要さえないと考えられたせいかどうかは分からないが）全く言及がないので、敢えて記しておきたい。

て、裁判所が予算権と人事権を有することになった意義も大きい。)。また、裁判官の任命資格も厳格に定められており（憲法6条2項・79条1項・80条1項）、しかも、身分保障も手厚い（憲法78条）。それらが相まって日本における公正な裁判制度を確立し確保するための制度的基盤となっている。しかも、「適用された憲法」と言われて久しい民事訴訟法規範自体も、全体的に、公正確保の要請を具体化する規定に満ちているのである。

次に、個別的な事件の審理判断に際しての公正確保も重要である。裁判の公正を確保するためには、担当裁判官が、配付された事件やその当事者について、特別の関係を有してはならず、訴訟の過程で一方当事者に偏った訴訟指揮や訴訟手続上の措置を行ってはならない。裁判官が当該事件の裁判に関与するのが公正でないと疑われるような場合には、民事訴訟法上、当該事件の職務遂行から裁判官を排除する手続を設けることにより、個別事件における公正確保を担保している。これが、除斥および忌避であり（民訴法23条以下、民訴規10条以下）、一方で、「除斥」（民訴法23条1項）は、法が明記した一定の原因（除斥原因）の存在する裁判官が、法律上当然に職務執行から排除される、いわば定型的な制度であるのに対して、他方で、除斥原因はなくても、「裁判の公正を妨げるべき事情」（民訴法24条1項）がある場合に、当事者等の申立てに基づいて、裁判により当該裁判官を職務執行から排除するのが、「忌避」の制度である。これはいわば事前に不公正な裁判を阻止するために当事者等に与えられた公正確保の手段の一つである（事後的には、上訴制度や再審制度がある。特に、民訴法338条1項2号・4号参照）。

このような忌避権は、当事者権の一種であり、その基礎は民事訴訟法だけでなく、憲法31条・32条に由来すると考えられる。

公正な裁判、とりわけ公正さの外観を確保した民事訴訟手続を実践することは、裁判制度の信頼性の確保という「公益」保護の意味合いをもつ。忌避申立権の放棄が無効であるとされること¹⁴⁾は、忌避制度が公益性を有する

14) 斎藤秀夫=小室直人=西村宏一=林屋礼二編『注解民事訴訟法（1）〔第2版〕』437頁〔斎藤秀夫=奈良次郎執筆〕（第一法規、1991年）。

ことを示している（このような忌避権の公益的性格は、ドイツ学説の影響下、後述のように、すでに戦前の裁判官にも認識されていたのである。→V3）。裁判所という日本の紛争解決手続中の最も公正なフォーラムにおける訴訟運営は、単に当事者だけではなく、訴訟関係者すべてにとって不可欠な要請であり、裁判制度の信頼の基礎である。個別事件においてそのことを当事者主導の手続によって担保する機会を保障するのが、忌避申立権であり、このことは準当事者（従たる当事者）である補助参加人との関係でも同様である。たとえば、裁判官の内縁の妻が補助参加人である場合等、当該裁判官に「裁判の公正を妨げる事情」がないとは言い切れないからである。これは、被参加人である当事者に対する相手方当事者の視点から見た公正確保であり、補助参加人の視点から見た補助参加人の忌避申立権とは関係がないように思われるが、よりメタ・レベルで考えた場合には、裁判官・補助参加人関係でも公正確保が要請されることを示している。補助参加人は、相手方である当事者から、自己と裁判官との関係で裁判の公正が問われるならば、まさに自己が自己と裁判官との関係でも裁判の公正を問い得る忌避申立権が認められるのが公正であると考えられるのである。

このような日本の民事裁判所システム、ひいては個別事件における裁判関係主体間における公正確保に対する強い認識が、本稿の基底に存在するのである。

IV 本件における「弁論権」の侵害と憲法違反

1 当事者権の核としての「弁論権」

近時、訴訟当事者の地位の向上に向けた議論や訴訟と非訟の区別をめぐる議論等を背景に、民事訴訟法学における手続保障論の擡頭と展開によって、当事者等のもつ手続上の権利、つまり「当事者権」がクローズアップされることとなった。手続保障をめぐる議論は、具体的には、当事者権のあり方を

めぐる当事者権論という意味合いをもつ。当事者権のほとんどは、当事者が対裁判所との関係で有する権利であり、それが、訴訟関係の構造的な特徴である。

たとえば、裁判官・裁判所書記官に対する除斥・忌避の申立権（民訴法23条2項・24条1項・27条）、訴状の送達を受ける権利（民訴法138条1項）、期日の立会権（憲法82条・民訴法94条）、主張をして立証すること、つまり弁論を行うことを内容とした「弁論権」（主張・証拠の提出権等）、その前提としての各種の証拠収集権、手続異議権（責問権。民訴法90条）、審理判断の対象を特定し限定する権利（民訴法246条）、訴訟記録の閲覧権（民訴法91条。なお、民訴法132条の7）、判決の送達を受ける権利（民訴法255条）、上訴権（民訴法281条・311条）等の中核として、訴訟代理人選任権（民訴法54条）、期日指定申立権（民訴法93条1項）、求問権（民訴法149条3項）、当事者の意思で訴訟を終了させる権利（民訴法261条・267条）等、様々なものが存在する。これらは、いずれも、内容的な重要性に異同や軽重はあるものの、その基礎には手続上の憲法保障を確保する趣旨が存在し、「裁判を受ける権利」（憲法32条）、「公開法廷における裁判を受ける権利」（憲法82条）、「適正手続請求権」（憲法31条）、および、「平等手続請求権」（憲法14条）を具体化した権利である¹⁵⁾。

この中でも、個人の尊重・幸福追求権（憲法13条）を規定し、財産権を保障（憲法29条）した日本国憲法における私的自治の原則の下で、当事者主義（処分権主義・弁論主義）の妥当する民事訴訟法において、最も重要かつ核心となる当事者権は、訴訟における対論と実体形成を支える「弁論権」である。その保障こそが、「公正な裁判所による裁判を受ける権利」を実現するのであり、その侵害は、憲法31条・32条違反と考えられるのである¹⁶⁾。

15) たとえば、川嶋・前掲書注(1) 39-40頁を参照。

16) この文脈では、たとえば、アメリカ訴訟法学の領域における古典的名著とされる、Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 *Harvard Law Review*, 353, 365 (1978) では、裁判は、影響を受ける者に究極的な判断への「参加 (participation)」の方途を保障するが、その保障の方法は、「証拠と理由付けられた主張の提出 (the presentation of proofs and reasoned

2 本件における「弁論権」侵害の実質

補助参加人の弁論が阻止されたことから、本件には、この弁論権の侵害が見られる。しかもそれは、いわば「2重の弁論権侵害」である。すなわち、第1は、準当事者である補助参加人自身に対する直接的な弁論権の侵害であり（補助参加人が弁論権の主体となり得ることについては、本節以下のほか、V・VIを参照）、第2は、被参加人のための実質的なサポート役である補助参加人の弁論権が侵害された結果、それに依拠する被参加人の弁論権が間接的に侵害されたのである。ただし、間接的な侵害とは言え、それは決して侵害の程度の軽さを含意するものではなく、その弁論結果が訴訟の結果を左右しかねないという意味では、直接的な侵害に匹敵し得る重大な弁論権の侵害なのである。

本件における被参加人の意思として、補助参加人の訴訟活動に対する期待は大きく、本件では、いわば「訴訟担当者的な実質的当事者」としての本件補助参加人の地位がクローズアップされるのである。なぜならば、本件基本事件の被告金融機関との間で数多くの訴訟事件を経験し、当事者として弁論を行ってきた本件補助参加人は、両当事者にも事件にも精通しているといえるからである。換言すれば、本件補助参加人は、本件基本事件を含め関連事件のキーパーソンなのである。このような基本事件の原告・控訴人側の各主体の意義と関係を考慮した場合には、補助参加人の弁論権の侵害だけではなく、補助参加人による弁論の機会が奪われたことによって、被参加人の弁論権が実質的に奪われたがごとき様相を呈することになるのである。

このような弁論権の侵害が、本件においては、違憲・違法な訴訟指揮または訴訟手続上の措置によって顕在化したと考えられる。

このような基本的な問題意識は、補助参加人の地位とも関わる。すでに古

arguments)」の機会を保障することであると論じ、それこそが裁判の核心であるとする。これは、本稿の立場からパラフレーズした場合には、「弁論権の保障」こそが裁判の神髄であると表現することもできるであろう。なお、故 Fuller 教授は、ここでは「裁判」を広義で用いている。

くから故井上治典教授は、補助参加人について、現代的な課題を先取りする議論を説得的に展開していた¹⁷⁾。

教授は、補助参加人について、「より根本的に、一定の要件を充足して手続に関与してきた者には利益保護に必要なできる限りの弁論権・立会権を保障してやるのが、訴訟参加制度ひいては補助参加制度の基本理念であると言わなければならない」とし、「紛争を後日に残すより、補助参加人にこの訴訟で十分な攻撃防御を尽くさせるのが妥当である」と論じる。その上で、補助参加人の実相と地位について、「参加の方が事実関係に精通している場合も多いであろうし……、何よりも参加人は、訴訟代理人や輔佐人〔現、補佐人〕と異なり、自身の利益を直接訴訟にかけており、被参加人を勝訴させることによって自身の利益を護るために、あるいはある争点（事項）について主張立証を尽くすことによって有利な手続展開をもたらすために、独立の権限を与えられている存在である。」と論じる。そして、「参加人は本手続（第1訴訟）の中で、積極的に利益を創造し不利益を阻止する権限を有しているはずである。補助参加制度の目的は本手続自体において十分に攻撃防御を尽くさせる権限を第三者に与えることにあり、第2訴訟での救済はあくまで予備的補充的な意味しか有しない。参加的効力は及ばないからそれでいいとする考慮は疑問である。」と論じたのである¹⁸⁾。

このような基本的な考え方は、補助「参加の目的と機能は、訴訟手続を行う——攻撃防御活動を展開する——こと自体にあり、手続関与の利益も、そのようなプロセスそのものにかかわっていく利益であり必要性であるという意味で、『過程志向』と呼ぶことができよう。それは、利害関係人にもある程度オープンに手続を解放して、それらの相互疎通によって主体間の関係づけを行う場（フォーラム）が訴訟手続である、とする考え方¹⁹⁾へと展開した。

このような補助参加制度観に基づく補助参加人像は、まさに本件補助参加

17) 以下は、井上治典「補助参加人の訴訟上の地位について」同『多数当事者訴訟の法理』3頁以下（弘文堂、1981年〔初出、1968年〕）による。

18) 以上については、同書4頁、38頁、51頁、52頁を参照。引用部分中、〔 〕内は、筆者が補充。

19) 井上治典「補助参加の利益・再論」同『多数当事者の訴訟』175頁（信山社、1992年）。

人像と符合する。その意味で、補助参加人には、被参加人との間での敗訴責任の結果的な共同負担を回避するために、被参加人のために弁論権を行使し、各種訴訟行為を行うことが保障されているのである。したがって、このような地位にある補助参加人には、固有の弁論権が付与されており、その侵害は、当事者の弁論権侵害と同様に、憲法31条および32条の違反となるのである²⁰⁾。

3 本決定における様々な疑問点

まず、令和2年〔2020年〕6月3日に行われた本件基本事件の第2回口頭弁論期日において、基本事件の補助参加人による補助参加の申出を認めながらも、その主張立証を認めることなくそのまま基本事件の弁論を終結しようとした裁判官の不公正な訴訟指揮が、「裁判の公正を妨げるべき事情」（民訴法24条1項）に該当するにもかかわらず、そのことを認めなかった本決定は、補助参加人の弁論権だけではなく、被参加人本人〔当事者〕の弁論権に対する侵害をも惹き起させ、当事者・補助参加人の「公正な裁判所による裁判を受ける権利」（憲法31条・32条）を侵害すると考えられる。

本決定である大阪高決令和2年〔2020年〕7月9日は、「未だ基本事件の口頭弁論は終結されていない」こと（理由①という。）、および、「同期日（第2回口頭弁論期日）が基本事件補助参加人が補助参加申出書を陳述した第1回口頭弁論期日から約3か月後に行われたものであって、その間に基本事件補助参加人が主張立証を準備することが可能であったと考えられること」（理由②という。）を考慮して、申立人らの主張は採用できないと判示した。

しかしながら、理由①は、複数の弁護士が出廷したその法廷のやりとりを再現した記録を読む限り、その認識が誤っているのではないと思われる。先に記した本件基本事件の第2回口頭弁論の再現記録（→Ⅱ 1）を調査すれ

20) 憲法31条の民事訴訟法領域における適用可能性については、たとえば、川嶋・前掲書注(1) 19-21頁、渡邊和道「民事手続における憲法的保障」愛知学泉大学現代マネジメント学部紀要 3巻1号（通巻5号）81頁（2014年）等を参照。

ば明らかなように、裁判所は、「ほかに主張立証はないものと認めますので、これで弁論を終結します。」と明言していたとされているからである。一般に、口頭弁論終結の有無は、当事者の当事者権に影響を与える重要な問題であり、裁判官と当事者との間で、口頭弁論の終結の有無について認識が異なること自体異常事態である。本件口頭弁論調書の記載内容は定かではないが、弁論の終結自体が当事者権について重大な手続制限効を有するだけに、手続の節目節目の行為（手続）は当事者に明確なかたちで明示的になされるべきである。それが曖昧なままの状態で行われた場合（あるいは、終わったように見える場合）には、不意打ち防止（憲法31条参照）の観点から、不利益を受けかねない当事者に有利に解釈し、その当事者の認識に即した評価をすべきであろう²¹⁾。この理は、補助参加人にとっても同様に妥当する。

また、理由②についても、同様に再現記録（→Ⅱ 1）を読む限り、裁判所のその認識には誤りがあり、真実は、基本事件の第2回口頭弁論期日において、補助参加の許可決定と同時に弁論の終結が明言されているのである。この事実は、いわば右手で与えた物を即座に左手で奪うがごとき裁判所の濫用的な訴訟行為（訴訟指揮）であり、少なくとも明らかに信義則（民訴法2条。権利濫用の禁止の原則を含む。以下同じ。）に違反すると考えられる。裁判

21) この点は、現在進行中である民事訴訟のIT化（私見では、ICT化）の議論と立法化、さらにはその実践においても重要な課題である。なぜなら、本件のように法廷で裁判官と対面しフィジカルに同席している場合でさえ、手続の節目が必ずしも明確にならないこともあることから、ICT化されたオンライン裁判においては、より一層明確に手続のメリハリを付ける必要があるであろう（ディスプレイ画面における実施手続の明示）。事件管理システム等に記録されていれば、それ自体証拠になり、事後の紛争を予防したり解決したりできると考えられるが、その保障の有無にかかわらず、手続明確化の要請は、より一層高まると考えられるのである。この点については、川嶋・前掲論文（『判例時報』）注（13）90頁を参照。

なお、この点との関係では、毎日新聞2021年〔令和3年〕12月7日付の記事「誤記 地裁判決取り消し 大阪高裁【公開原則違反】（傍聴可の口頭弁論、調書では『非公開』）」が気になる。ラウンドテーブル法廷で弁論準備手続を行い、その後、同じ部屋で、口頭弁論に切り替えて審理手続が行われたという。裁判所内のフィジカルな空間で同席形式によって行われる手続でもこのようなことが生じることから、ウェブ上ではより一層慎重に手続のメリハリが付けられるべきであろう（「事件管理システム」自体が明らかではないことから予断を許さない問題ではあるが、少なくともアクセス・ログの管理はしっかり行い、検証可能性を担保し、事件記録等の更正自体も、公正に行われるべきであろう。）。

所（裁判官）の訴訟行為にも、信義則は適用になる²²⁾からである。

補助参加が許可されたことの含意は、たとえ、評価規範的に民訴法45条3項の規定はあるとしても、行為規範的には補助参加人の訴訟行為を認めることを意味し、裁判所が、補助参加人の弁論権の行使等の訴訟行為が行われる機会を奪うことは、裁判所の禁反言の原則違反となる。しかも、この理由②は、後付けの理由付けのように思われる。なぜならば、基本事件第2回口頭弁論期日では、3か月の準備期間に用意された（かもしれない）補助参加人の主張立証内容を、口頭でさえ確認されていないのであり、むしろ、補助参加人の主張立証の必要性なしとして結審を確認しているように思われるからである。それは、単なる禁反言の原則違反を超えて、訴訟指揮権（仮に認められるとすれば「手続裁量権」）の濫用さえも来す行為であると考えられる。

さらに、口頭弁論の上記再現記録から本件基本事件の第2回口頭弁論における裁判所と当事者（控訴人・補助参加人）とのやりとりを一瞥した場合に、補助参加人の主張立証の必要性なしといった裁判官の言及や、基本事件が裁判をするのに熟した旨の言及、さらには、書面提出の促しや弁論再開への言及なども、意図的か否かは定かではないが、本決定では完全に看過または割愛されている。その意味で、本決定には、裁判所に顕著な事実についての判断遺脱さえ存在するように思われるのである。

ちなみに、このような事実認定に基づく本決定には、準再審（民訴法349条）の事由（同338条1項3号〔代理権の欠缺＝手続権侵害〕、9号〔重要事項の判断遺脱〕等）があるとも言えるのであり、その意味でも、本忌避申立却下決定は、最高裁判所において破棄を免れないであろう。つまり、そのような事後的な紛争の種を、現時点で摘み取るための最善の方法は、本決定が高等裁判所の決定であることから、最高裁判所が、本件許可抗告だけでなく、本件特別抗告をも認容し、本決定を取り消し、忌避申立てを認容することであると考えられるのである。

22) 川嶋四郎「『民事訴訟と信義則』論における新たな局面について——裁判所の行為への信義則の適用可能性に関する覚書」同志社法学401号53頁、72頁（2018年）。

そもそも、本件では、基本事件の控訴審から補助参加がなされたのであり、高等裁判所がその許可を行う限り、手続的にも情報面でも新たな展開を想定し得たはずである。それにもかかわらず、裁判長が、訴訟が裁判をするのに熟したと発言することは、裁判所の矛盾行動とも思われかねない。補助参加人に書面の提出を許し、弁論の再開（民訴法153条）の可能性を示唆しても、そもそも当事者には弁論再開の申立権はなく、しかも、最高裁判所判例（最一小判昭和56年〔1981年〕9月24日・民集35巻6号1088頁）によれば、「手続的正義」に反しない限り、弁論の再開をしなくても違法とはならないとされていることから、弁論の再開への言及は、実質的に補助参加人、ひいては被参加人控訴人に対する弁論権保障の言質や助言というよりも、むしろ手続につき多くの場合に生殺与奪権をもつ裁判所サイドの手続切詰め強制を背後に秘めた一種の「お為ごかし」のようにさえ聴こえるのである²³⁾（ただし、本件高等裁判所が、仮に、本件補助参加人には民事訴訟法46条の判決効が及ばないと考え、補助参加人に実質的な不利益が存在しないので、補助参加人の弁論権を制限しても問題ないと考えた場合でも、そのような判決効が及ぶか及ばないかは、当該高等裁判所ではなく、第2訴訟の裁判所が判断する事項であるので、むしろ第1訴訟を担当する裁判所における訴訟指揮のあり方としては、第1訴訟で補助参加人の弁論権を尊重するかたちで参加自体への充実感・満足感を向上させる方向での訴訟指揮を行うべきではないかと考えられるのである。これは、いわば「行為規範的手続保障」の充足である。つまり、その弁論内容にもよるが、敗訴予定者側に配慮して、もう1回期日を入れればいいだけのようにも思われるのである。裁判所は、審級制度の下では、「1審集中」などと基本方針を提示するが、判決効制度との関係では、「第

23) 最高裁判所における、この「手続的正義」規範は、裁判所の裁量統制という意味合いはあるが、実質的には、違憲行為を違法行為に格下げする巧みな法技術的な側面も看過できないように思われる。この点については、川嶋四郎「民事裁判における『手続的正義』・小考——『弁論再開判決』（最一小判昭和56年9月24日）を機縁として」立命館法学369・370号83頁（2017年）等を参照。

もしも、裁判所が、条件付きであれ弁論の再開を保障するのだとすると、それは、口頭弁論調書に明記すべきである。

1 訴訟集中」の基本姿勢が望まれる。これを補助参加訴訟の局面でパラフレーズした場合には、「参加訴訟集中」とも言えるのである。)

ちなみに、本件基本事件では、忌避申立てに対する「簡易却下」は行われなかった。また、その後の裁判所と当事者とのやりとりから、黙示の簡易却下がなされたとも評価することができない。しかも、急速を要する行為（民法26条但書）がなされたとも解することはできない。そうすると、訴訟手続を停止しないで進行させることは、民事訴訟法26条本文に反し、決して許されるものではないのである。

以上が本決定に対する私見であるが、以下では、その論拠として、本稿の表題に即して補助参加人の忌避申立権について敷衍して論じたい。

V 補助参加人の忌避申立権

1 補助参加人の地位の原則的独立性と例外的従属性

補助参加の制度は、現在の手続上の位置づけとして落ち着くまでに、その地位に関する法的性質論として、被参加人の補佐人か、代理人か、それとも訴訟担当者かなどといった、その地位をめぐる議論が存在した。その過程で、第三者の訴訟関与の許否が被参加人の意思によって左右される「補助参加自体の従属性」といった基本的な考え方は克服されたものの、現在、その議論の残滓を、補助参加人の地位をめぐる解釈論の中に見い出すことができる。

一般に、補助参加人の地位については、補助参加人が「従たる当事者」などと呼ばれることもあり、これまで従属的地位に重点を置いて論じられてきたように思われる。その結果、裁判官は、基本的には当事者の弁論権を中核とする当事者権の保障に焦点を当てて訴訟手続を進めれば足りることとされたと考えられる。

しかしながら、先に述べた故井上教授の指摘（→IV 2）に導かれ、準「当事者」とも呼ばれる補助参加人の独立性こそが、今一度確認されるべきであ

る。それが、時間と費用と労力をかけて訴訟手続に参加する補助参加人の一般的な意思に最もかなうと考えられるからであり、そのような制度設計をすべきであると考えられるからである。

まず、「民事訴訟法の規定の構造」上は、原則的な独立性が最初に規定され、例外的に従属性が規定されている。すなわち、民事訴訟法45条1項本文は、「補助参加人は、訴訟について、攻撃又は防御の方法の提出、異議の申立て、上訴の提起、再審の訴えの提起その他一切の訴訟行為をすることができる。」として、原則的な独立性を確認し、その上で、例外的に、「ただし、補助参加の時における訴訟の程度に従いすることができないものは、この限りでない。」(民訴法45条1項但書)とし、「補助参加人の訴訟行為は、被参加人の訴訟行為と抵触するときは、その効力を有しない。」(民訴法45条2項)と規定する。さらに、「被参加人が補助参加人の訴訟行為を妨げたとき」(民訴法46条3号)および「被参加人が補助参加人のすることができない訴訟行為を故意又は過失によってしなかったとき」(民訴法46条4号)を想定し、参加的効力が及ばない(民訴法46条柱書)というかたちで、補助参加人を保護する規定を置いている。このような規定の仕方は、補助参加人の原則的な独立的地位の承認の下で、その例外的な従属性を示すものであり、事後的な不利な判決効からの解放という救済手段さえも準備しているのである。

次に、補助参加人は、ここで示したように、訴訟上、原則として「一切の訴訟行為」をすることができる(民訴法45条1項)のであり、訴訟行為の機会を保障するために、各種の訴訟書類(呼出状、判決書等)が、個別に送達される。補助参加人に対して呼出しをしないで口頭弁論を開くのは違法である(大判昭和12年〔1937年〕5月24日・判決全集4輯22頁。ただし、そこでは、判決主文に影響を及ぼすと認められない場合は、破棄の理由とはならないとされた。)。被参加人が欠席した場合でも、補助参加人が出席すれば、欠席の効果は生じず、また、その場合にも補助参加人は弁論権を行使することができる(大判明治40年〔1907年〕12月11日・民録13輯1180頁)。補助参加人は、自己の計算において訴訟に参加するので、訴訟費用は、被参加人とは

別に、相手方との間で負担割合が定められることになる（民訴法66条）。

補助参加人の訴訟行為については、確かに、「被参加人に由来する訴訟追行上の地位」に基づくものは一定の制約を受け得るとしても、「被参加人に由来しない訴訟追行上の地位」（すなわち、「補助参加人独自の訴訟追行上の地位」）に基づくものは、原則として制約を受けないはずである。本件で問題となった補助参加人の忌避申立権も、また補助参加人の弁論権も、被参加人に由来しない補助参加人に固有の訴訟追行上の地位に基づく権利であると考えられるのである。

しかも、判例（上記・大判明治40年〔1907年〕12月11日）では、被参加人が欠席した場合でも、補助参加人が出席すれば、欠席の効果は生じず、また、その場合にも補助参加人は弁論権を行使することができることから、補助参加人が仮に忌避申立権を有しないとすると、民事訴訟法24条2項および45条2項の解釈にもよるが、その期日における当該事件における公正確保の機会が奪われてしまいかねないのである。

2 補助参加人に忌避申立権を肯定した裁判例

公刊された判例集を一瞥したところ、補助参加人に忌避申立権を肯定した裁判例を2件見つけることができたが、おそらく裁判実務の現場では否定例も少なからず見られるとは推測されるものの、忌避申立権を否定した裁判例を発見することはできなかった。

【裁判例①】名古屋高裁決定昭和50年〔1975年〕11月26日・判例時報815号62頁

事案の詳細は審らかではないが、本件は、原審が、補助参加人が行った裁判官に対する忌避の申立てについて、補助参加人には忌避申立権がないとの理由で却下した決定に対して申し立てられた抗告事件である。

名古屋高等裁判所は、「補助参加人が裁判官の忌避申立権を有するかについては、見解が分かれるが、補助参加人も、自己に関する固有の事由、すな

わち、自己と裁判官との間に存する裁判の公正を妨げる事情のあることを理由とするときは、主たる当事者が忌避権を喪失せず、かつその意思に反しないかぎり、忌避の申立てをなし得ると解するを相当とする」と判示した（ただし、そこで挙げられた忌避事由は、補助参加人の固有の事由に該当しない〔訴訟指揮上の不満を理由とするものにすぎない〕ので、忌避申立てに理由がないとして、忌避申立ては却下され、確定した。）。

【裁判例②】札幌高裁決定昭和59年〔1984年〕3月29日・判例時報1127号110頁

本件も、事案の詳細は審らかではないが、原審が、補助参加人の行った裁判官忌避の申立てについて、補助参加人には忌避申立権がないとの理由で却下した決定に対して申し立てられた抗告事件である。

札幌高等裁判所は、「補助参加人は、その法的地位に照らし、関与している事件について忌避の理由があるときは、少なくとも、被参加人が忌避申立権を喪失せず、かつ被参加人の行為と抵触しない限り、忌避の申立てをすることができるものと解するのが相当である。そして、本件においては、被参加人が忌避申立権を喪失したこと……及び本件忌避の申立てが被参加人の行為と抵触することを伺わせるような事情は、何ら認めることができない。」とし、「さらに進んで忌避の事由の存否について判断するに、……『裁判ノ公正ヲ妨クヘキ事情』とは、裁判官と事件との関係から、公正な裁判を期待することができないと認められる客観的合理的な事情をいうものと解すべきところ、抗告人の主張する忌避の事由は、要するに、本案事件とは別の訴訟事件の判決……における……担当裁判官の証拠の取捨選択及び認定判断等が不当であるとするものであって、到底右にいう公正な裁判を期待することができないと認められる客観的合理的な事情に該当するものということとはできないから、抗告人の本件忌避の申立ては、主張自体失当たるを免れない」と判示した（なお、裁判長は、奈良次郎裁判官である。）。

なお、本件では、特別抗告も却下されている。

いずれの高裁裁判例も、原則として、補助参加人の忌避申立権を肯定しつつも、【裁判例①】が、「主たる当事者が忌避権を喪失せず、かつその意思に反しないかぎり」との限定や「忌避事由は、補助参加人の固有の事由に該当しない」（補助参加人は、その固有の事由に該当する忌避事由しか主張できない？）といった限定を付与し、また、【裁判例②】が、「被参加人が忌避申立権を喪失せず、かつ被参加人の行為と抵触しない限り」との限定を付与し、いずれも補助参加人の従属的地位に配慮した忌避申立権の限界を指摘している。

ただし、忌避事由について、【裁判例①】が、「自己に関する固有の事由、すなわち、自己と裁判官との間に存する裁判の公正を妨げる事情のあることを理由とするとき」として、補助参加人固有の忌避事由を明示しているのに対して、【裁判例②】は、「その法的地位に照らし、関与している事件について忌避の理由があるとき」という定式化を行っている。評価が分かれそうであるが、【裁判例②】によれば、被参加人の本案勝訴に導く補助参加人の地位を広く捉え、自己固有の事由に限定されることなく、被参加人固有の事由も（つまり、「関与している事件について忌避の理由」があれば）、「被参加人が忌避申立権を喪失せず、かつ被参加人の行為と抵触しない限り」主張できると考えているようにも見える。ただし、この措辞からは、たとえ補助参加人が固有の忌避申立権を有しているとしても、それは、被参加人に従属するものにすぎないと考えているようにも思われる。「その法的地位に照らし」の解釈に依存するが、【裁判例②】の方が、「自己に関する固有の事由」に限定していないので、【裁判例①】よりも、補助参加人が主張できる忌避原因（忌避事由）は、より広いのではないかと考えられる。

ともかく、いずれの高裁決定も、補助参加人の忌避申立権を否定していない点（いずれも、それを否定した原決定を取り消している点）は注目すべき点である。

3 補助参加人の忌避申立権の存否に関する学説

学説上の議論で問題とされているのは、補助参加人が自己と裁判官との間に存在する「裁判の公正を妨げるべき事情」を忌避事由として、忌避申立権を有するか否かである。

さて、補助参加人の忌避申立権の存否に関して、学説上は、否定説と肯定説に分かれる。肯定説が多数説ではないかと考えられる。ただし、以下の議論の中には、問題が必ずしも明瞭に意識された上で論じられているのか否かが明らかではないものもあるようである。

(1) 否定説 否定説は、補助参加人が単に当事者の一方を補助する「従たる当事者」にすぎないので、固有の忌避申立権を有しないとする^{24) 25)}。ただし、忌避申立権については、否定説に立つ見解²⁶⁾の中でも、除斥については、除斥原因である民事訴訟法23条1項1号については、従たる当事者としての補助参加人も含まれるとする見解も存在する^{27) 28)}。

24) たとえば、菊井維大=村松俊夫編『民事訴訟法Ⅰ〔全訂追補版〕』182頁（日本評論社、1984年）〔訴訟代理人は、刑事訴訟（刑訴法21条2項）と異なり、固有の権利として忌避申立をすることができないことが、「通説」とされている。同頁）、斎藤ほか編・前掲書注（14）437頁〔斎藤秀夫=奈良次郎執筆〕〔ただし、後注（29）も参照）、兼子一原著=松浦馨=新堂幸司=竹下守夫=高橋宏志=加藤新太郎『条解民事訴訟法〔第2版〕』143頁〔新堂幸司=高橋宏志=高田裕成執筆〕（弘文堂、2011年）、加藤=松下編・前掲書注（5）77頁〔松本明敏執筆〕、秋山幹男=伊藤眞=垣内秀介=加藤新太郎=高田裕成=福田剛久=山本和彦『コンメンタール民事訴訟法Ⅰ〔第3版〕』355頁（日本評論社、2021年）〔ただし、同書589頁は、特に結論を明示することなく、補助参加人の忌避申立権を「肯定した裁判例とこれを支持する学説がある。」と記している。〕等。

25) なお、「補助参加訴訟では、裁判官の除斥・忌避の事由が主たる当事者との関係で定められる」ことも、補助参加人の地位の従属性に含まれるとの指摘（福本知行「補助参加人の訴訟行為の独立性と従属性」『民事手続法制の展開と手続原則〔松本博之先生古稀祝賀論文集〕』161頁、162頁注1〔弘文堂、2016年〕）も見られる。

26) 兼子ほか・前掲書注（24）139頁〔新堂幸司=高橋宏志=高田裕成執筆〕。

27) 谷口安平=井上治典編『新・判例コンメンタール民事訴訟法Ⅰ』450頁〔佐野裕志執筆〕（三省堂、1993年）も同旨。

28) なお、「補助参加がなされた場合であっても、主たる当事者が訴訟行為の主体であることは変わりはない。……したがって、忌避に関しても、主たる当事者との関係での忌避事由を補助

(2) 肯定説 これに対して、補助参加人固有の忌避申立権については、肯定説も数多く存在する²⁹⁾。

まず、ドイツ学説の影響の下、戦前に肯定説を唱えていた細野判事は、忌避権を、「本来公平無私ノ裁判ニ依リ司法制度ノ目的ヲ達セントスル公益ノ存スル所」と位置付けた上で、「従参加人〔補助参加人〕ニ付キ判決ノ効力ヲ及ホスヘキモノナルヲ以テナリ」との理由を挙げる（〔 〕内は、筆者）。忌避権が公益的な権利であり、補助参加人に判決効（既判力）が及ぶことから、補助参加人にも忌避申立権を肯定するのである。

次に、斎藤ほか編の注釈書³⁰⁾で、小室教授・東判事は、補助参加人は実質的には当事者と同一の地位に当たるとみることでできる面があるので、忌避の申立ても、被参加人が忌避権を喪失せずかつその意思に反しない限り許されるとする。

さらに、この問題を最も詳しく扱う鈴木教授³¹⁾は、議論の前提として、補助参加人の地位をめぐる議論状況を概観し、補助参加人の「訴訟追行上の独立性は、従属性の枠の中でしか認められていないので」あり、「このような現行法の規制をなんの工夫もなく解釈することが、はたして補助参加を紛争解決制度の一つとして機能させることができるかは疑わしいという観点か

参加人が主張できることは当然であるが、補助参加人独自の忌避事由を認める必要はない」と断言する見解（伊藤眞『民事訴訟法〔第7版〕』689頁〔有斐閣、2020年〕）もある。この見解も、補助参加人の固有の忌避権を否定する見解である。これに対し、補助参加人も含めて手続全体的な公正確保を志向するのが、本稿の立場である。そのためには、補助参加人独自の忌避事由を認める必要があるのである。裁判官の回避（民訴規12条）についても同様である。

29) たとえば、細野長良『民事訴訟法要義〔第1巻〕』102-103頁（巖松堂、1930年）〔同『民事訴訟法要義〔第2巻〕』293頁、301頁（巖松堂、1937年）も参照〕、斎藤秀夫＝小室直人＝西村宏一＝林屋礼二編『注解民事訴訟法(2)〔第2版〕』226頁〔小室直人＝東孝行執筆〕（第一法規、1991年）〔ただし、前注(24)も参照〕、鈴木重勝「補助参加人の独立性と従属性」三ヶ月章＝青山善充編『民事訴訟法の争点』120頁、125頁（有斐閣、1979年）、上田徹一郎＝井上治典編『注釈民事訴訟法(2)』143頁〔池尻郁夫執筆〕（有斐閣、1992年）、中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編『民事訴訟法講義〔第2版〕』599頁〔井上治典執筆〕（有斐閣、1992年）〔なお、同編『民事訴訟法講義〔第3版〕』601頁（有斐閣、2018年）も同旨〕等。

30) 斎藤ほか編・前掲書注(29)226頁〔小室直人＝東孝行執筆〕。

31) 鈴木・前掲論文注(29)参照。

ら補助参加人の従属性を解放させようと試みる」故井上治典博士の論文を好意的に紹介している³²⁾。

その上で、次のように、補助参加人の忌避申立権を肯定する議論を展開する。すなわち、まず、裁判官の除斥事由となると、学説は一致して、補助参加人と裁判官との間の関係にこれを認めて異論はない。補助参加人が請求について判決を受けるわけでもないのにそうである。結局、補助参加人の独立性を認め、また、参加的効力が判決理由中の判断まで参加人を拘束することが、ここでは補助参加人を当事者と同格に扱う根拠であろう。そうすると、忌避事由が補助参加人と裁判官との間に存在するならば、忌避申立権を認めるべきであろう。被参加人である当事者が忌避権を喪失した後でも、補助参加人に忌避申立権を認めるべきかは問題となるが、補助参加人に独自の訴訟追行権能を認める以上、裁判官と事件との関係、補助参加人と裁判官との関係からみて、忌避事由があるときは、忌避申立権を認めるべきであろう（民訴法24条2項但書参照）と論じられるのである。

要するに、鈴木教授は、除斥制度とのバランス、補助参加人の地位の独立性、独自の訴訟追行権限、参加的効力を受け得ることを挙げて、補助参加人独自の忌避申立権を肯定するのである。

このように、補助参加人に固有の忌避申立権を肯定することは、その限りで、補助参加人が裁判官等と自己との関係に由来する忌避原因を主張する際には、被参加人がそれに反対している場合でも、忌避申立権を行使することができることを意味する。その限りで、抵触行為（民訴法45条2項）とは考えられず、また、忌避申立権の行使が当該訴訟手続における公正確保自体をその目的とするものであるため、補助参加の時における訴訟の程度に従いすることができないもの（民訴法45条1項但書）にも該当しないと考えられる。ただし、補助参加申出人が、自己と裁判官との関係を忌避原因として主張するために補助参加の申出をする場合は、その訴訟行為自体が、権利濫用や信

32) その1つは、上記故井上教授の論文（前掲注（17）参照）である。

義則違反（民訴法2条）にならないか否かは、慎重に検討すべきであろう。

なお、基本的に、先の裁判例の見解（【裁判例②】の立場）に賛成する学説もある³³⁾。そこでは、「補助参加人は、被参加人敗訴の判決の効力を及ぼされる関係上裁判の公正に重大な利害を有するものであるから、補助参加人に忌避申立権を否定するのは妥当でない」とし、「その従属的地位に照らせば、補助参加人は、被参加人が忌避申立権を喪失せず、かつ被参加人の行為と抵触しないかぎりにおいて、忌避申立てをなしうるものと解すべきであろう。」とし、【裁判例①】のように限定する立場に対しては疑問を呈している³⁴⁾。ただし、この見解は、忌避申立権も補助参加人の従属的地位による制約を受けることが前提となっている。

4 本件忌避事由とその特質

本決定・大阪高決令和2年〔2020年〕7月9日は、「裁判の公正を妨げるべき事情」とは、「裁判官と事件との関係からみて、裁判官が当該事件の当事者と特別な関係にあるとか、手続外において既に当該事件につき一定の判断を形成している等の事由により、当該裁判官によっては不公平な裁判がされるであろうとの懸念を当事者に抱かせるに足りる客観的な事情をいう」と定義付ける。

しかし、この定義付けは、除斥原因（民訴法23条1項）の一般的な説明にはなり得ても、そこでは掬い上げることができない裁判の公正確保の要請を十分に汲み上げることができない狭隘な定義である。

本来的には、裁判所に一定程度の裁量権が認められている訴訟指揮権等の訴訟手続における訴訟上の措置についても、具体的な事件で肯定されるかど

33) たとえば、新堂幸司＝小島武司編『注釈民事訴訟法（1）』343-344頁〔大村雅彦執筆〕〔有斐閣、1991年〕。

34) なお、中野＝松浦＝鈴木編・前掲書注（29）〔第3版〕601頁は、特に理由を述べず、「自身の事由に基づく忌避申立権もある。」と記し、【裁判例①】を引用している。ただし、興味深いのは、この記述のすぐ前で、補助参加人の地位の説明として、「従たる当事者といわれるごとく、その地位は当事者に近く、被参加人の代理人でも補佐人のような単なる補助者でもない」と論じ、「従たる」側面よりも、「当事者」的側面を強調している点である。

うかはともかく、一般に、忌避事由となり得る結果、忌避原因があると言えるであろう。もちろん訴訟指揮権等についても、内在的制約が存在し、各種の規定や判例により裁量権の規律や統制がなされていることは言うまでもない³⁵⁾。一般に、裁量権を逸脱した偏頗な訴訟指揮等公正を妨げる事情の発生を阻止する当事者権の保障のために、異議権（民訴法90条参照）等だけではなく、まさに忌避申立権が付与されているのである。現に、最高裁判所も、すでにそのことを前提としていると考えられる。

すなわち、たとえば、最一小決平成25年〔2013年〕6月13日（平成25年（行フ）3号）³⁶⁾は、訴訟指揮や訴訟手続内における訴訟上の措置についても、忌避事由となり得ることを前提としているのである。

この事件で、X（申立人）は、基本事件の裁判長（本件裁判長）に、Xが本案事件の相手方Yの主張書面に対する反論等を提出したい旨申し出たにもかかわらず弁論を強引に終結し、また、口頭弁論再開の申立てをして準備書面を提出するよう述べながら、弁論調書には何らの記載もさせなかったことや、Yの控訴の趣旨を訂正させ、また、Xの控訴の趣旨を訂正させようとしたことなどを主張し、本件裁判長には民事訴訟法24条1項にいう裁判の公正を妨げるべき事情があるとして、忌避申立てを行った。

これに対して、この平成25年最高裁決定の原審である札幌高決平成24年〔2012年〕12月28日は、裁判の公正を妨げるべき事情とは、裁判官が担当する事件またはその当事者との間に特別な関係を有するなど、その事件の手続外の要因により、担当する事件について公正で客観性のある裁判を期待し得ない客観的事情がある場合をいい、訴訟指揮または訴訟手続内における訴訟上の措置は、原則として忌避の事由にならないと解されるとした上で、本件裁判長が行った訴訟指揮等に違法不当な点は見当たらず、本件裁判長に裁判の公正を妨げるべき事情が存すると言うことはできないなどと判示した。

35) その概観として、川嶋四郎『民事訴訟法概説〔第3版〕』183-184頁（弘文堂、2019年）等を参照。

36) 判例時報編集部編『許可抗告事件の実情（平成10～29年度）』678頁（判例時報社、2020年）。

この事件では、最高裁が、原決定を維持しており、原決定には、注目すべきことに「原則として」と記されていることから、最高裁も、「例外的には」訴訟指揮や訴訟手続内における訴訟上の措置が忌避事由となり得ることを、前提としていると考えられるのである。

実際には、この最高裁決定よりも前の事件であるが、たとえば、「訴訟指揮権の濫用的行使」が問題となったとも解される事案で、忌避申立てを認めた裁判例³⁷⁾もある。これは、事件担当の裁判官が、係の裁判所書記官に対して、被告等に口頭弁論期日呼出状等を送達する際に、「原告の請求を棄却する。訴訟費用は原告の負担とする。との判決を求める。旨の答弁書を提出してください。右答弁書提出があれば、出頭不要です。」(「 」内は、原文)と記載した書面を「事務連絡」として同封することを命じたところ、原告がその「事務連絡」書面の存在を知り、その裁判官の忌避を申し立てた事件であった。これは、「片言訟を論ぜず」の法諺に反し、予断に満ちた偏頗な行為と受け取られかねない行き過ぎた訴訟指揮とでも言うべき事案であった。

このように、現実には忌避が認められた事例自体がごく僅かではあるが³⁸⁾、本件のような事案は、先に述べたように、担当する事件について公正で客観性のある裁判を期待し得ない客観的事情がある場合であり、実質的に抗告の許可が認められて然るべき事案であろう。しかも、本件事案は、上記のように、訴訟指揮や訴訟手続内における訴訟上の措置につき憲法違反を見出すことができるものである。

したがって、本件のような補助参加人に弁論権の侵害を招来するような訴訟指揮は、「裁判の公正を妨げるべき事情」であり、本件忌避申立てには理由があると考えられる。そのような訴訟指揮は、単に手続的正義に反し、法

37) 横浜地小田原支決平成3年〔1991年〕8月6日・判例集未登載〔西野・前掲書注(5)13頁「参考資料」〕による。また、この事件については、自由と正義43巻6号120頁(1992年)も参照。

38) 近時のものとして、上記・金沢地決平成28年〔2016年〕3月31日(前掲注(5)参照)〔基本事件と主要な争点を同じくし、強い関連性を有する事件で、被告国等の指定代理人(訟務検事)として中心的に活動した可能性のある者が、その直後に基本事件の受訴裁判所を構成する裁判官となったとき、その裁判官に「裁判の公正を妨げるべき事情」があり、忌避に理由があるとされた。〕。

令違反となるだけでなく、憲法に基礎を置く弁論権の侵害をも惹起しかねないことにも、留意しなければならない。

VI おわりに

本稿の目的は、補助参加人に固有の忌避申立権を肯定することを通じて、日本民事裁判の世界を、個別事件のレベルにおいて全手続関係者間でより公正なものとすることを目指すものである。

先に述べたように、日本の司法システム・民事訴訟システムには、公正確保のための様々なメカニズムが装備されている。しかし、個別事件における公正確保の局面では、必ずしも十分とはいいがたいのが現状である。たとえば、裁判官と当事者との特別な関係に関しては、判例(最二小判昭和30年[1955年] 1月28日・民集9巻1号83頁)によれば、裁判官が当事者の訴訟代理人の女婿であることは、忌避事由にならないとされている。半世紀以上前の判例であるが、これが日本の司法における公正観でありかつ裁判官の公正感であるとする、是正する必要があるであろう。また、除斥原因(「前審関与」[民訴法23条1項6号])との関係であるが、労働審判に対し適法な異議の申立てがあったために訴えの提起があったものとみなされ訴訟に移行した場合の当該労働審判等も、審級関係における直接・間接の下級審ではないので前審とは言えず除斥原因にならないと判示する判例(最三小判平成22年[2010年] 5月25日・判例時報2085号160頁)等があるが、これも、予断による判断を回避することが公正と考える司法制度をもつ国から見れば、公正さに疑問を抱かれかねない判例であると言えるであろう³⁹⁾。

日本は、戦後の日本国憲法下の新体制で、日本の司法制度が新たにその職務を開始する際に、三淵忠彦・初代最高裁判所長官は、就任に際して「国民

39) なお、日本における訴訟上の和解は、受訴裁判所の裁判官が担当するが、和解裁判官と判決裁判官を区分する司法制度をもつ国からすると、訴訟手続の公正さに対して疑問が生じかねない。

諸君への挨拶」と題する会見を行った。ハーバード大学のロスコー・パウンド教授の言葉を引いて、「裁判所が正義と公平とを実現する事は肝要な事である。しかし、もっと肝要なのは国民が裁判所は正義と公平とを実現するところだと信ずる事である。」と前置きし、「……裁判所は国民の権利を擁護し、防衛し、正義と公平とを実現するところであって、封建時代の様に圧政政府の手先になって国民を弾圧し、迫害するところではない。ことに民主的憲法の下にあっては、裁判所は真実に国民の裁判になりきらねばならぬ。国民各自が裁判所は国民の裁判所であると信じて裁判所を信用し、信頼するのでなければ、裁判所の使命の達成は到底望みえないのであります。裁判所をして真に国民の裁判所となし、国民の信用を博し信頼を維持せしめる為には、裁判所自らが良き裁判所となり良き裁判をなさねばならぬ事勿論であります。……」と述べ、最高裁判所や下級裁判所が、「正義と公平を実現する国民に信頼される裁判所」となるべきことを力説した⁴⁰⁾。

これは、現代的な視点から見た場合には、先に述べたSDGsの第16項目を先取りした言葉であると評価できる。日本司法においては、既に民主司法の発足時から、公正確保の目標が設定されていたと考えられるのである。それから70年以上経過した現在の日本民事司法が、公正を実現する国民に信頼される司法となっているかは、市民・国民の判断に委ねられた事柄である。

本稿では、そのような公正な司法を実現するための一助となるように、具体的な事案を素材として、補助参加人に固有の忌避申立権を肯定するための議論を行ってきた。

補助参加人の地位をめぐることは、従来から様々な議論があるが、補助参加人が、「異議の申立て、上訴の提起および再審の訴え」を提起することができること（民訴法45条1項本文）は、補助参加人に強い地位が与えられていることを示しており、また、「その他一切の訴訟行為をすることができる」（同条項）ことから、基本的には独立的な地位が保障されるべきであろう。確か

40) 以上につき、五鬼上堅盤「最高裁判所の成立前後」法の支配18号33頁、39頁（1969年）を参照。このいわば所信表明は、戦後日本における「民主司法」の原点を示すものである。

に、補助参加の時における訴訟の程度に従いすることができない」訴訟行為（民訴法45条1項但書）や被参加人の訴訟行為と抵触する訴訟行為（民訴法45条2項）はできないが、そうでない限り、「一切の訴訟行為」ができるのである。

特に興味深いことに、補助参加人にとって「上訴の提起および再審の訴え」が可能であることは、審級や裁判官を変更して、新たなフォーラムで再度の審理を求める独立の権限があることを示している。これは、補助参加人が、不服申立制度あるいは特別な不服申立制度のシステムを独立して用いることができることを示しているが、実体的・手続的に正しい裁判を求め得る基本的な資格が、補助参加人にも存在することを示唆しているのである。

そうであるとする、公正な訴訟手続の保障という手続的に正しい裁判を求めるために、補助参加人との関係でも、忌避原因のある裁判官等を交代させて公正な裁判を求める補助参加人に固有の忌避申立権を肯定すべきではないかと考えられるのである。その意味で、補助参加人の忌避申立権は、同一審級で（裁判官を交代させて）再度の審理を求める「異議の申立て」（民訴法45条1項本文参照）に近似する手続であるとも考えられるのである⁴¹⁾。しかも、自己との関係で再審事由が認められれば、再審の訴えを提起することができることから、裁判の正当性を基礎づける公正保障（民訴法338条1項2号〔法律上判決に関与できない裁判官の判決関与〕）や手続保障（民訴法338条1項3号）は、補助参加人との関係でも留意が払われなければならない。そのような公正な裁判を保障する基礎ともいべき権利が、補助参加人に固有の忌避申立権であり、それを肯定することが参加制度の存在の基礎ともな

41) ただし、忌避の裁判が、忌避申立権の行使対象となった裁判所自体が行う簡易却下の場合は別として、他の裁判官による合議体（地方裁判所以上の裁判官の忌避申立てについては、その裁判官が所属する裁判所の合議体が、また、簡易裁判所の裁判官の忌避申立てについては、管轄地方裁判所の合議体）の裁判手続により審理・判断がされる（民訴法25条1項・2項）。これに対して、異議申立ての場合における異議審は、それ以前の訴訟手続を担当した裁判官が引き続き担当することも禁止されていない。ただし、異議の申立てといっても様々なものがあり、手続によっては、事実上別の裁判官が異議審を担当する実務慣行を形成しているものもあるようである。民事訴訟における公正権保の観点から、規範的に再考すべきであろう。

るのである。第2の訴訟において、参加的効力であれ既判力であれ、事後的に判決効（民訴法46条）の適用を制限することに腐心する前に、まず第1の訴訟である補助参加訴訟において、後顧の憂いを除去する機会を開くのが補助参加人固有の忌避申立権であるとも考えられるのである。そもそも、民事訴訟法46条の判決効を受ける可能性がある限り、たとえそれには判決効の通用力を排除する事由が存在するものの、忌避申立権の行使を通じて事前に火の粉を振り払う機会は、補助参加人に保障されていてもいいのではないかと考えられるのである。

このような考え方によれば、個別事件においても、いわば手続総体的な公正確保の機能を発揮することができる。被参加人自身が、その固有の除斥申立権を有することは当然であるとして、補助参加人には、たとえ固有の忌避原因がある場合でも、その主張を許さないといった、いわば手続総体的な公正確保の要求さえ従属化させられるような規律ではなく、補助参加人に固有の忌避申立権を認めることによって、裁判官等・訴訟当事者・参加人全てが対等に総体として当該訴訟手続の公正確保を実現できる手続基盤、すなわち、「全裁判関係主体間の公正確保のシステム保障」の基盤が形成されるのである。

また、このような考え方には、より実践的な意義もある。事件類型によっては、被参加人と優るとも劣らず、補助参加人が訴訟の結果に強い利害関係をもつ場合もあるからである⁴²⁾。そのような場合には、補助参加人がより主

42) 本稿では詳論できないが、たとえば、行政事件訴訟法22条の参加が認められない労働者で、労働組合の申立てによる不当労働行為審査手続で申立人となっていなかった労働者等が民事訴訟法42条の補助参加の申出をする場合も考えられる。山川隆一『労働紛争処理法』117頁（弘文堂、2012年）参照。また、使用者である原告が提起した不当労働行為事件における救済命令の取消訴訟事件で、被告労働委員会側に有利な内容の救済命令を受けた労働組合やその構成員である労働者が、行政事件訴訟法22条の参加ではなく、民事訴訟法42条の補助参加の申出をする場合等も考えられる。この場合に、判例（最一小判昭和63年〔1988年〕2月25日・民集42巻2号120頁〔住民訴訟（地方自治242条の2）の事例〕）によれば、第三者が、共同訴訟的補助参加の申出をすることができる場合に、通常の補助参加の申出をした場合には、その補助参加をいわゆる共同訴訟的補助参加と解して、合一確定の効力等、共同訴訟参加をしたのと同様の効力を認めることはできないとする（なお、共同訴訟的補助参加の手続自体は、通常の補助参加の申出と同じである。）。この立場に立てば、共同訴訟的補助参加の場合に認められる共同訴訟的補助参加人に固有の忌避申立権が、実質的な事件類型は同じものの、申出方式が違うとい

体的に訴訟手続で躍動できることになるのである。

このように考えた場合に、俯瞰的に見れば、これまで補助参加人の従属的地位と呼ばれてきた事項は、要するに、当該訴訟における攻撃防御方法の提出等、訴訟事件の実体形成に関わる部分が中核となるのであり、それ自体、補助参加人が参加する訴訟自体が当事者間の訴訟物を係争主題とする事件であることから、補助参加人にとってはやむを得ない面がある。これに対して、公益的な側面をもつ手続あるいはシステム基盤を確保する側面（重大な基盤的・手続的側面）については、補助参加人が固有の権利権限を有すると考えられ、補助参加人の独立的地位が肯定されるべきであろう。手続保障の基礎である送達が個別に行われるのは、そのような考慮を反映しており、その議論を推し進めると、通説・判例（最三小判昭和37年〔1962年〕1月19日・民集16巻1号106頁等）とは異なり、補助参加人による上訴の提起も、被参加人の上訴期間内に限定されないと解すべきであろう。

このような手続基本権とでもいうべき重大な手続上の権利を補助参加人に保障しなければ、単に補助参加人の主体性の確保の理念に悖ることになるだけでなく、参加主体としての憲法価値の毀損といった事態さえ生じかねないと考えられるのである⁴³⁾。

近時、いわゆる円錐型審級制度の宿命等を背景に、平成13年〔2001年〕に

うだけで否定されるのは合理的とは考えられない。したがって、本稿のような議論も有益かつ実効的な場合が存在すると考えるのである。一般に、不当労働行為救済命令取消訴訟と訴訟参加については、たとえば、福本知行「不当労働行為救済命令に関する訴訟における第三者の訴訟参加（1）——補助参加の利益をめぐる各論的研究その1」金沢法学49巻2号313頁（2007年）等を参照。

- 43) なお、本稿のように補助参加人の地位の独立性を強調する立場に対しては、本来共同歩調をとって相手方当事者と攻撃防御を展開しなければならない補助参加人と被参加人間で意見対立が生じ、被参加人が忌避の申立てをしていないのに、補助参加人がそれを申し立てるといった事態も生じかねないとの批判もあり得るであろう。しかし、実際には補助参加人と被参加人との間のコミュニケーションの問題でもあるが、訴訟手続の公正確保は、手続の正当性の基盤であり適切な公益であると考えられるので、そのような事態もやむを得ないと考えられる。民事訴訟手続では、一見私的利益が追求されているように見える場合でも、公的紛争解決過程の公正実現を通じて、システム上公的な利益保護が常に図られていると考えられるのである。たとえば、川嶋四郎『公共訴訟の救済法理』5頁（有斐閣、2016年）等を参照。

公表された『司法制度改革審議会意見書』やそれに基づいて平成15年〔2003年〕に立法化された「裁判迅速化法」の下で、民事訴訟の迅速化・効率化傾向が著しい（さらに、近時の民事訴訟のICT化関係の議論でも、裁判の迅速化を促進する内容の特別な訴訟手続の創設を盛り込んだ中間試案が公表されている。）。たとえば、平成8年〔1996年〕の現行民事訴訟法の制定以降、高等裁判所におけるその具体的実践として、「続審制の事後審的運営」⁴⁴⁾が急速に全国的に広まったとされているが、これ自体、第2の事実審である高等裁判所における補助参加人に対して、大枠として制約的な作用を及ぼしかねない。本件は、その手続過程の仔細は審らかではないが、まさに続審制の事後審的運営の下で行われた訴訟指揮に起因する事件であると考えられるであろう。本件のように、1回結審や2回結審などといった現行実務の中で、高等裁判所における控訴審手続に補助参加人が参加する場合には、本件のような事態が繰り返し生じることも懸念される。審理を妨害するなど権限濫用的な補助参加の申出は是が非でも回避され阻止されなければならないが、補助参加人の弁論権の保障は、そのような現在の高等裁判所における控訴審の民事訴訟審理においても、不可避の憲法上・民事訴訟法上の要請であると考えられるのである。それが侵害された場合の補助参加人に固有の忌避申立権は、続審制の事後審的運営を制限してでも確保すべき公正という公益に関わるのである。

一般に、当事者権の中核をなす弁論権の保障は、日々の訴訟運営における憲法実践の最たるものである。それは、当事者のそれであれ、当事者をサポートして当事者の勝訴に寄与すべき役割を担う補助参加人のそれであれ、基本的には変わらない。いわば「補助参加人権」の中核に位置付けられるべき権利である。なぜならば、補助参加人の主張立証はまさに当事者が提示した訴訟物の根拠付けのための弁論権の行使なのであり、当事者のそれと基本的に変わりがないからである。

44) たとえば、新堂・前掲書注(1)928頁、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第8版〕』840頁(弘文堂、2015年)、川嶋・前掲書注(1)897頁等を参照。

実体権とともに手続権の局面でも憲法価値を保護するプロセスである民事訴訟においては、裁判官は、その日々の法廷実践・手続実践の中で、不断に憲法価値の実現に努めなければならない。本件事案を垣間見た場合には、裁判官の日々の手続運営・訴訟指揮の中に、行使上の違憲状態（弁論権侵害、適正手続侵害等）や違法状態（信義則違反等）を見出すことができるように思われるのである⁴⁵⁾。

なお、本件では、補助参加自体は許可された事案と解されるが、補助参加については、その許否決定の前にも訴訟行為が可能であることから、その場合でも忌避権の行使が可能であるか否かが問題となる。つまり、補助参加人は、補助参加について異議があった場合でも、補助参加を許さない裁判が確定するまでの間は、訴訟行為をすることができ（民訴法45条3項）、忌避申立ても訴訟行為であることから、本稿のように考えた場合には、その許否決定前の補助参加申出人も忌避申立権を有するか否かが問題となるのである。この場合に、補助参加人は、まだ補助参加関係が形成されていないことから、自己固有の事由に基づく忌避申立権は有しないと考えるのが妥当ではないかと考えられる。この段階では、補助参加人は裁判所・被参加人間の事由を忌避原因として忌避権を行使することはできるものの（そのような場合に、通例は、被参加人が忌避申立権を行使すると考えられるが）、補助参加人に、自己固有の忌避申立権の行使が許されるとすると補助参加人による訴訟妨害的忌避申立権の行使さえ、想定されかねないからである。この場合には、もちろん被参加人も、自己の固有の忌避権を行使することはともかく、裁判官・補助参加申出人間に存在する事由を忌避原因として、忌避申立てを行うことも認められないであろう。なお、被参加人の相手方は、裁判官・補助参加申出人間に、除斥原因や忌避原因があると考えれば、それを異議事由として、

45) 近時における民事訴訟の ICT 化論の中で、私たちは、「ICT 化後は訴訟過程全体をそっくりそのまま記録化し残すこと」をも考えたが、その意図は、上訴審や再審を担当する裁判所が、「そっくりそのまま手続過程を振り返り再審査すること」を可能にすることにより、手続的適法性を担保する機会が与えられることによる。これについては、川嶋＝笠原＝上田・前掲書注(9) 16頁等を参照。なお、憲法99条も参照。また、前注(21)も参照。

補助参加申出に対して異議申立てを行えば十分であろう（このような被参加人の相手方における忌避申立権の存在は、民事訴訟法上の武器対等原則から、準当事者である補助参加人の忌避申立権を肯定する根拠になり得るであろう）。ただし、本件のように、補助参加が許可された後に行使することには問題がないのである。

要するに、通常の補助参加人でも、自己固有の忌避申立権は、訴訟状態に拘束されることもなくまた被参加人の訴訟行為によって掣肘されることなく、その独立的地位に基づいて行使できると解することができると思われるのである。

ちなみに、本稿の議論からは当然であるが、当事者資格はないものの判決効だけを受ける存在である共同訴訟的補助参加人は、当然、固有の忌避申立権を有する。