

刑事訴訟法 20 条「職務の執行から除斥される」とされた事例

【文 献 種 別】 決定／最高裁判所第一小法廷（特別抗告審）
【裁判年月日】 令和 7 年 5 月 21 日
【事 件 番 号】 令和 7 年（シ）第 328 号
【事 件 名】 保釈請求却下決定に対する異議申立て棄却決定に対する特別抗告事件
【裁 判 結 果】 原決定及び原々決定取消
【参 照 法 令】 憲法 37 条 1 項、刑事訴訟法 20 条 7 号
【掲 載 誌】 公刊物未登載
◆ LEX/DB 文献番号 25574308

北海道大学教授 上田信太郎

事実の概要

本件の事実関係、原々決定及び原決定を把握しうる公刊物等がないため本稿ではこれを詳らかにすることができない。そこで事実関係等については、新聞報道等から知り得た情報をもとに簡潔に記すに留める。

本件は、被告人が前刑の執行猶予中に犯した邸宅侵入・窃盗事件と恐喝未遂事件で起訴され、第 1 審（旭川地裁）で実刑判決を受け控訴した。この事件を受理した控訴審（札幌高裁）において、弁護人が被告人の保釈を請求したところ、同請求は却下され被告人は引き続き勾留された。ところが、控訴審裁判所において合議体で審理された保釈請求を却下する決定文の中に、第 1 審で被告人に有罪判決を言い渡した裁判官の氏名が掲載されていたことから弁護人がこれに異議を申し立てた（428 条。抗告に代わる異議申立て）。しかし異議審（札幌高裁民事部）はこれを棄却する決定を行ったため、弁護人が特別抗告（433 条）を申し立てた。

決定の要旨

以上の事実関係に対し、最高裁は、

「記録によると、頭書被告事件の控訴裁判所である札幌高等裁判所が、同被告事件の第 1 審の有罪判決をした裁判官を含む合議体で、保釈請求を却下する決定をし、原審が、申立人からの異議申

立てを棄却する決定をしたことが明らかである。

しかしながら、控訴裁判所において、①当該被告事件の第 1 審の有罪判決をした裁判官には、事件について前審の裁判に関与したという、刑訴法 20 条 7 号本文の定める除斥原因がある。そして、②控訴裁判所のする保釈に関する裁判に関与することは、控訴裁判所の裁判官としての職務の執行に当たる。③そうすると、第 1 審の有罪判決をした裁判官は、刑訴法 20 条により、当該被告事件の控訴裁判所のする保釈に関する裁判についての職務の執行から除斥されると解するのが相当である（番号①ないし③は筆者付記）。

したがって、職務の執行から除斥されるべき裁判官が関与してされた原々決定及びこれを是認した原決定には、刑訴法 20 条の解釈適用を誤った違法があり、これが決定に影響を及ぼし、これを取り消さなければ著しく正義に反すると認められる。」とし、「著しく正義に反する」（411 条 1 号）ことを理由に原決定及び原々決定を取り消し、裁判官全員一致の意見として本件を原々審である札幌高等裁判所に差し戻した。

判例の解説**一 公平な裁判所と除斥制度****1 公平な裁判所の意味**

民主主義国家における裁判制度にとって司法権の独立、裁判の公平性は、強く堅持されなければ

ならない制度的要請であり原則である。これを受けて裁判官は、憲法と法律にのみ拘束され、良心に従い独立して職責を全うするよう求められている（憲法 76 条 3 項）。この理は民事裁判であれ、刑事裁判であれ変わらない。もっとも、刑事裁判は、刑罰という苛烈な不利益処分を個人に科すか否かを決定する裁判であるから、裁判所・裁判官の中立公平・公正さは、より強く求められる。そこで憲法は、「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」（憲法 37 条 1 項）と規定し、わざわざ刑事裁判を明記して裁判の公平性を求めた。

ところで、この公平な裁判所による裁判とは、「構成其他において偏頗の惧なき裁判所」による裁判を意味する（最判昭 23・5・5 刑集 2 巻 5 号 447 頁）。そのような裁判を実現するためには、偏頗な裁判をするおそれのある裁判官を職務の執行から排除しなければならない。刑事訴訟法及び刑事訴訟規則は、それぞれ除斥（刑事訴訟法 20 条。以下、単に刑訴法とし条文のみ記す。）、忌避（21 条）、回避（刑事訴訟規則 13 条。以下、単に刑訴規則とする。）の制度を設けてこれに対応している。

本事案は、第 1 審において被告人に対し有罪判決をした裁判官が当該第 1 審を管轄する高等裁判所に異動後、控訴した被告人の保釈の可否について判断したものであり、第 1 審有罪判決は 20 条 7 号の「前審の裁判」に当たるか（決定文①）、さらに、控訴審における保釈の判断は、20 条柱書の「職務の執行」に当たるか（決定文②）が問題となった。最高裁は①②ともにこれを認め、その職務を行った当該裁判官は除斥されるべきと判断した（決定文③）。

2 除斥制度と本事案の問題点

除斥とは、偏頗な裁判をするおそれのある裁判官を予め類型化して明文で列挙し、これに該当する裁判官を当事者の申立てを待たずに排除する制度である（20 条）。たとえば、「裁判官が被害者であるとき」（1 号）、「裁判官が事件の被告人又は被害者の親族であるとき、又はあったとき」（2 号）など、裁判官が被告人あるいは被害者と一定の人的関係にある場合や、裁判官が当該事件の証人や鑑定人となったとき（4 号）、付審判開始決定、略

式命令、前審の裁判（7 号）など当該事件に何らかの関わりのあったときに該当する裁判官を「職務の執行」から排除するものである。また、この場合の「前審」とは、控訴審からみた第 1 審、上告審からみた控訴審及び第 1 審、抗告審では原審の各終局裁判を指す¹⁾。但し、逮捕状を発し、起訴前の勾留に関する処分に関与し、かつ起訴後第 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、第 1 審の審理判決を担当したとしても、そのために同裁判官が職務から除外されることはない²⁾。

本事案では、控訴審が合議体で被告人の保釈に関する判断を行い、弁護人の保釈請求を却下し、これに異議を申し立てた異議審（高裁民事部）でも控訴審の決定が維持されている。そこで本稿では、「職務の執行」と保釈の判断の性質を踏まえ、被告人の身柄管理と予断排除の原則との関係について検討したうえで、本決定の意義を考えることとしたい。

二 除斥における「職務の執行」と保釈の可否の判断

1 「職務の執行」の意味

20 条柱書の「職務の執行」について、判例には、「除斥、忌避および回避の制度は、窮極においては、終局判決の公正を期するものではあるが、それは、単に公判手続における裁判官の職務執行を対象とするにとどまらず、広く裁判官の職務執行一般を対象とするもの」（最決昭 44・9・11 刑集 23 巻 9 号 1100 頁）と包括的に捉えたものがある。ただ、この決定は、付審判請求手続における被疑者の忌避申立権（21 条 1 項）に関するものであり、保釈の可否の判断など、どこまでこの判例の射程が及ぶかという問題が残る³⁾。他方で、以下に掲示するように、職務行為を包括的に捉えるのではなく、したがって公平な裁判の実現に直接関わらない形式的な訴訟行為を指すのではなく、「実質審理」を挙げる判例もある。

これまで「職務の執行」に当たらず除斥に該当しないとされた判例をみると、判決宣告に関するもの（最決昭 28・11・27 刑集 7 巻 11 号 2294 頁、最判昭 30・6・14 最高裁判所裁判集（刑）106 号 85 頁 [LLI/L01010648]、最判昭 32・4・16 刑集 11 巻

4号1372頁)、勾留理由開示に関するもの(福岡高決昭34・9・3判時202号43頁)、公判期日延期に関するもの(最判昭27・1・29判タ18号53頁)などがある。いずれも、当該審理の性格としては、至って形式的なものといえる。たとえば判決宣告については、証拠調べが終了した結審の段階であるし、勾留理由開示手続についても勾留理由を告知するための手続に過ぎない。また、上記公判期日延期に関する昭和27年最高裁判例のように、「第一審の裁判に関与した裁判官が、第二審の公判にその構成員として加わり、職務の執行に関与した場合においても、単に弁護人の申請により、公判期日を延期し閉廷したに止まるときは、なんら事件の審理に実質的に関与していないのであるから、刑訴法20条7号に定める、裁判官が職務の執行から除斥される場合に当たらない」と明瞭に審理の実質的関与に言及したものもある。こうした判例をみると、20条の「職務の執行」とは、形式的な訴訟行為をいうのではなく、事件の実体に直接に関わるような審理への関与を意味すると考えられる。

2 保釈の可否の判断

それでは、本事案における保釈に関する判断は「職務の執行」といえるか。これについては保釈と表裏の関係にある勾留を想起すればよいように思われる。被疑者・被告人を勾留(60条、207条)するには、実体的要件としての「勾留の理由」と「勾留の必要」を満たさなければならない。勾留の理由とは、罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由(犯罪の嫌疑)があることを前提に、かつ(i)住居不定、(ii)罪証隠滅を疑うに足りる相当な理由、(iii)逃亡又は逃亡を疑うに足りる相当な理由のうちいずれか一つに当たる場合をいい、さらに勾留の必要とは、被疑者・被告人の年齢や健康状態、定職の有無などの事情をいい、両者を斟酌して勾留の可否が判断される。その際、相当の嫌疑とは逮捕時よりも強いものが要求され、また、「罪証隠滅のおそれ」も単なる抽象的な可能性では足りず、具体的な事実によって蓋然的に罪証隠滅が行われることが推測できる程度のものが要求される(大阪地決昭38・4・27下刑集5巻3=4号444頁[LLI/L01850172])。したがって、勾留の可

否の判断には、事件の実体に相当踏み込む必要があるし、そのため裁判官・裁判所は事実の取調べを行うこともできる(43条3項)。

他方、保釈は勾留とは逆に身柄の拘束を解く処分である。特に裁判所が「適当と認めるときに」職権で保釈を許す裁量保釈(90条)は、被告人が逃亡し、あるいは罪証隠滅を行うおそれの程度、被告人の健康や経済状況、防御の準備状況などを考慮して保釈の可否を決定するため、やはり必然的に事件の内実に触れざるを得ない。刑訴法はこのことを考慮し、被告人が公訴を提起された後でも第1回公判期日までは、勾留に関する処分は、受訴裁判所を構成する裁判官とは別の裁判官にその処分を委ねた(280条1項、刑訴規187条1項)。これは証拠調べの前に、受訴裁判所裁判官が事件の実体に触れてはならないとする予断排除の原則の反映といえる。したがって、保釈の可否に関する判断は、上述した判決の宣告、勾留開示手続における告知などと同様に扱うことはできず、20条各号に該当する裁判官が保釈について判断するのは、同条にいう「職務の執行」に当たるといえないように思われる。

三 被告人の身柄管理と予断排除の原則

第1審有罪判決をした裁判官が当該第1審を管轄する高等裁判所へ異動後、控訴審の本案審理から外れるのは当然の事理である。「前審の裁判」に関与したからである(20条1項7号。本決定文①)。また、「前審の裁判」に関与した裁判官が、控訴後、被告人の保釈について判断することも除斥対象となる「職務の執行」に当たる(本決定文②)。しかし、本事案における控訴審合議体も異議審も、保釈については、前審関与の影響を受ける「職務の執行」に当たらないと判断した。他でもない高裁合議体裁判官の判断であるし、異議審でも弁護人の異議申立てが棄却されていることからすれば、除斥事由の有無について単なるミスをしたとも考えにくい。こうした事態が生じる背景を推測すると、裁判所・裁判官による被告人の身柄管理の捉え方が関係しているように思われる。

まず、身柄(勾留)に関する前提問題として、次のことがある。上述したように、被告人の保釈については、公訴提起後、第1回公判期日まで

は受訴裁判所以外の裁判官がこれを担当するが、同時に例外も認められている（刑訴規 187 条 2 項但書）。すなわち、第 1 回公判期日前であっても、当該事件の本案審理を行う裁判官が保釈に関する判断を行うことがあり得る。それは、おそらく裁判所の組織構成上の問題や時間的制限（急速性）などを考慮したためと思われるが、いずれにせよ、保釈の判断における予断排除の原則も絶対的要請とまではいえないわけである。本事案でも、なるほど前審関与の裁判官が保釈について判断するのは好ましいことではないが、事情により例外に当たると考えられたのかもしれない（札幌高裁は 1 つの刑事部のみで構成されている。）。

次に、上訴移行における勾留に関する手続上の問題が考えられる。すなわち、上訴の提起期間内の事件でまだ上訴されていない事件については、勾留期間の更新の判断は、原裁判所がこれを決定し（刑訴規 92 条 1 項）、また、上訴中の事件では、訴訟記録が上訴裁判所に到達していない場合は、勾留期間の更新、勾留の取消、保釈、勾留の執行停止に関する判断は、やはり原裁判所が決定することとなっている（刑訴規 92 条 2 項）。したがって、第 1 審有罪判決をした裁判官は、第 1 審裁判所に在籍する限り、第 1 回公判期日以降、訴訟記録が控訴審に発送されるまでは、被告人の身柄管理について判断する権限を有する。つまりここでも予断排除の原則は考慮外なのである。

刑訴規 92 条の法意は定かではない。上訴前は上訴期間が徒過するまでの間、また上訴された場合には原審に訴訟記録が置かれる数週間、当該事件の実体を審理し、事件を熟知した原裁判所に被告人の身柄管理を担わせる方が適切な管理ができると考えられたためだろうか。そうだとすれば、本事案において第 1 審裁判官が高裁異動後も当該被告人の保釈に関して判断しても問題はないとの判断があったとしても不思議ではない。当該裁判官が第 1 審にそのまま在籍しようと控訴審に異動しようと、実刑判決後の保釈の判断という意味では審査内容は同一だからである。しかし、仮にそうだとすると刑訴規 92 条は、上訴手続における勾留等の審級に関する規定であり、前審に関与した裁判官の職務執行権限を付与する規定ではない。本事案の場合、有罪判決をした第 1 審裁

判官は、事後も同一の裁判所に在籍したわけではなく、当該第 1 審裁判所を管轄する高等裁判所へ異動したのであるから、刑訴規 92 条 2 項は適用できないように思われる。したがって、本事案のような場合には、民事部裁判官を含めた他の高裁裁判官を関与させて保釈の判断をするか、あるいは異議申立てに理由ありと認めた場合は、端的に却下決定を更正する（428 条、423 条）他ないように思われる。

四 本決定の評価

本事案で最高裁は、原々決定及び原決定を「著反正義」（411 条 1 号）を根拠にして取り消した。これまで裁判所の構成上の違法が問題視された事案では、事案により著反正義、不著反正義の判断が分かれていた⁴⁾。保釈の可否の判断に関しては明文に規定はないが、最高裁として初めて「職務の執行」に当たるとした点に本決定の意義がある。なお、本決定は保釈に関して判断したものであり、勾留についての言及はない。しかし、本決定を踏まえるならば、たとえば、勾留期間の更新（60 条 2 項）、勾留の取消（87 条）や執行停止（95 条）など勾留に関する処分全般についても、前審の裁判等に関与した裁判官は、これらの判断からは外れるべきことになる。「前審等裁判」の裁判官の関与形態には様々な態様があり得るが、身柄管理については今後、慎重な判断を求めたという意味で本決定は評価されるべき判例といえる。

●—注

- 1) 光藤景皎『刑事訴訟法 I』（成文堂、2007 年）250 頁、酒巻匡『刑事訴訟法〔第 3 版〕』（有斐閣、2024 年）364 頁。
- 2) 中山善房ほか『大コンメンタール刑事訴訟法第 1 巻〔第 3 版〕』（青林書院、2022 年）236 頁以下〔永井敏雄〕。
- 3) 永井・前掲注 2) 223 頁以下参照。
- 4) 著反正義に当たるとされたものとして最判昭 41・7・20 刑集 20 巻 6 号 677 頁など。不著反正義に当たるとされたものとして最決平 19・6・19 刑集 61 巻 4 号 369 頁など。