慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔最高裁民訴事例研究二九八〕 最高裁判所規則の制定に関する裁判官会議への参加を理由とする忌避申立の許否 (最高裁平成三年二月二五日第一小法廷決定)
Sub Title	
Author	栗田, 陸雄(Kurita, Mutsuo) 民事訴訟法研究会(Minji soshoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1992
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.65, No.5 (1992. 5) ,p.151- 156
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19920528-0151

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

という形式をとってはいるが、実質は「自己監査」そのものを禁止するものといえる。

横すべり監査役の選任自体を直ちに無効と解することはできないが、商法二七六条の規定趣旨を徴すれば、横すべり監査役が自己監査をすることについては、監査の適格性を欠くことになるといわざるをえない。

本件Xは、横すべり監査役による「自己監査」の形式的解釈による論理的な可能性を否定するものではなく、監査の実効性の確保という観点から、その不当性を訴訟理由としている点を考えると、Xの主張は肯認できるものがあると思われる。そして、A監査役が監査適格性を欠くにもかかわらず、監査報告を提出し、それに基づいて総会決議を行ったこと自体は、監査特例法一六条一項、商法二八三条一項に違反するから、決議についての瑕疵の存在は否定できない。しかし、それをもって本件の総会決議が取消されうるかどうかについては、さらに検討の余地がある。Y会社の当該総会決議には問題のA監査役以外に、適格性をもつ二名の監査役の監査報告書が完備されており、そこに特に、A監査役の「自己監査」による著しく不正な監査があったことが具体的に主張されていないことを考慮すると、決議取消を認めて、監査報告書を再度作成し、未就任期間を報告書に付記しても、内容には実質的な変更はないと推認できよう。その意味において、本件決議の取消には実益がないといえる。これを斟酌して決議を取消すことを不適当と認め、商法二五一条の規定により、Xの訴を裁判所は裁量棄却すべきである。

黄清渓

〔最高裁民訴事例研究二九八〕

平三1（最高民集四五巻二号一一七頁）

最高裁判所規則の制定に関する裁判官会議への参加を理由とする忌避申立ての許否

最高裁第一小法廷平成三年二月二五日決定(1)

最高裁判所は、平成元年一二月二八日に「地方裁判所及び家庭裁判所支部設置規則及び家庭裁判所出張所設置規則の一部を改正する規則（平成元年最高裁判所規則第五号）を公布したが、Xほか一名は、この規則によって廃止された福岡地方裁判所及び福岡家庭裁判所の甘木支部の管轄区域内に住所を有する国民であるところ、右改正規則のうち右各支部を廃止する旨の部分の取消を求めて、最高裁判所

を被告として訴えを提起した。Xらは一審及び二審においていずれも敗訴したため、上告を提起し、最高裁判の第二小法廷において審理されるに至ったが、同法廷の所属裁判官のうち、草場良八、藤島昭及び香川保一の三名は、右改正規則に関わる平成元年一二月一三日の最高裁判所裁判官会議に出席して、右改正規則の制定に関与していた。そこでXらは、当該訴訟でその是非が問題となっている事柄について、その形成に関与した者が裁判官としてその訴訟の審理を担当するならば、その裁判官は本来民事訴訟法第三五条の一号に規定された「事件の当事者」に該当するといっても過言でなく、少なくとも同法第三七条第一項に規定する「裁判官に付裁判の公正を妨ぐべき事情あるとき」に該当する、として本件の忌避申立を行った。

最高裁判所第一小法廷は、以下のように判示して右の申立を却下した。

「しかしながら、最高裁判所規則の制定をめぐる訴訟において、同規則の制定に関する裁判官会議に参加したことを理由に、同会議に参加した最高裁判所の裁判官について民訴法三七条一項に基づき忌避の申立をすることはできないと解するのが相当である。すなわち、最高裁判所は、憲法七七条一項において、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と規定されているところ、地方裁判所及び家庭裁判所の各支部の設置は、右憲法の規定、裁判所法三一条一項及び三一条の五に基づき、司法事務処理に関する事項として、最高裁判所規則により定められている。また、最高裁判所が司法事務処理（司法事務処理に関する事項につき最高裁判所規則を定めることをも含む）を行うのは裁判官会議の議によるものとされ、同会議は全員の裁判官でこれを組織すると規定されている（同法一二条一、二項）。したがって、最高裁判所が最高裁判所規則を制定するには、裁判官会議の議によらなければならず、同会議には最高裁判所の全裁判官が参加することが制度上予定されているのである。

したがって、本来、最高裁判所が、最高裁判所規則を制定するとともに、これをめぐる訴訟の上告事件を担当することは、現行司法制度上予定されているというべきであり、そうであれば、同訴訟において、同規則の制定に関する裁判官会議に参加したということを理由に、同会議に参加した最高裁判所の裁判官について民訴法三七条一項に基づき忌避の申立てをすることはできないと解するのが相当である。」

一　判旨にはなお検討すべき問題がある。

最高裁判所の規則は、本来立法の性質を有するが、裁判所法の建前としては、司法行政事務に属し、最高裁判所の裁判官会議の議決によって制定される外、これをめぐる訴訟については、行政事件訴訟法第一一条によって、最高裁判所が「処分をした行政庁」として被告適格を有する。法的には、司法権の主体としての最高裁判所と司法行政権の主体としての最高裁判所の構成員は別個の存在であるから、たまたま規則の制定に関与した裁判官が同一規則の司法審査を担当しても、右の裁判官は「事件の当事者」ではなく、民訴法第三五条一号の除斥原因は否定されるべきであるが、本件は、右のような裁判官について忌避事由、すなわち、同法第三七条一項の「裁判ノ公正ヲ妨グベキ事情」が存在するのではないかという問題を提起するものである。しかし、本決定は、忌避事由の存否そのものではなく、最

高裁判所の裁判官については忌避制度の適用に限界がある旨を判示するに留まる。同種の判断は従来から裁判例[2]及び学説[3]に見出されるところであるが、本決定は最高裁判所としては初めてのものである。

二　本決定は、最高裁判所の裁判官が、制度上、一方において裁判官会議において規則の制定に関与し、他方において同一規則の司法審査を担当することを認められている旨を指摘して、忌避原因を否定している。それは、なるほど司法権の主体としての最高裁判所の構成員とその裁判官会議の構成員が全く同一である場合には、裁判の拒否という事態を避けるために、それ自体として正当である。しかし、それは、除斥・忌避の制度の本質から見れば、非常の、例外的場面に関するものであるから、その妥当範囲は限定的に理解されるべきである。一般原則としては、国民は、憲法上の公平な裁判所の裁判を受ける権利（憲法第三七条一項）の内容として、少なくとも「偏頗や不公平のおそれのない組織と構成をもった裁判所による裁判」（昭和二三年五月二六日刑集二巻五号五一一頁）を受ける権利を有する[4]。また民訴法上の除斥・忌避の制度は、右の憲法の要請を受けて具体的事件において裁判官等の公平を確保し、裁判に対する利用者の信頼を維持しようとするものに外ならないから、その他の憲法規定との関係においても可及的に貫徹されるべきものである。本件におけるように、規則を制定した当時とその司法審査が問題となる時点とで裁判官の構成が相違する場合には、原則に立ち返って、まず可及的に忌避事由の存しない裁判官によって裁判所を構成する可能性を追求し、その可能性がない場合にのみ、例外的な処理をなすべきであろう。したがって、本件においても、忌避事由の有無を直ちに上述の制度的理由から判断するのではなく、まず通常の基準による判断を先行させることが必要である。

三　通説によれば、民訴法第三七条一項の「裁判官ニ付裁判ノ公正ヲ妨グベキ事情」とは冷静な通常人の目から見て、不公正な裁判がなされるのではないかとの懸念を抱くに足る客観的な事由」をいうものと理解されている[5]。公平な裁判所についての国民の信頼を得るために、ここでは裁判官の現実の不公平ないし偏頗ではなく、裁判官の公平の外観が重視されるべきであるから、通説は正当である。したがって、忌避事由として問題となるのは、当該裁判官と事件当事者との特殊な関係のような外形的事実やその裁判官の従来の言動等の外部に現れた徴憑的事実で、不公正な裁判の懸念を合理的に基礎づけうるものといえるが[6]、実際の判断は極めて微妙な問題である。つまり、一方で忌避事由が広がれば、他方では裁判運営が困難になるという関係があるからである。実務上は、裁判官が忌避事由に該ると判断する場合に法律上または事実上の回避をするという事情も加わって、忌避事由が認定された事例は、明治二三年に裁判所構成法が制定されて以来現在に至るまで皆無に近い[7]。しかし、忌避事由の増加を慮って消極的な判断をすることは、むしろ上述

の基準に反すると言うべきであろう。

さて、学説は、上述の基準によって、最判（消極・昭三〇年一月二八日民集九巻一号八三頁）とは反対に、裁判官が一方の訴訟代理人の女婿である場合についてほぼ一致して忌避事由を肯定している。[8] さらに、一部の学説によって有力に忌避事由として主張され、また本件にとって参考となる場合として、裁判所職員の懲戒処分取消訴訟の類型がある。裁判所の職員は、国家公務員法上は特別職とされ、その地位は国家公務員法ではなく裁判所職員臨時措置法によって規定されている。かような裁判所の職員の懲戒処分は、まず当該職員の所属する裁判所の裁判官会議の議を経て行われ、また同法に基づく救済手続も用意されているが、処分を受けた職員は、当該処分の取消を求める行政訴訟を提起することが可能である。この訴訟においても、処分を行った裁判所が被告となり、さらに当該裁判所に所属する裁判官が事件を担当することになるから、被告裁判所と裁判官の間に、規則の取消訴訟の場合と同様の関係が発生する。

この類型は、上述の如く、除斥原因には該らない（大阪高決昭二九年四月六日高裁民集七巻三号三三〇頁、東京高決昭三五年七月一三日東高民時報一一巻六号一五八頁）が、忌避事由の存在を前提として担当裁判官が回避した実例が報告されている。[9] 従来の裁判例は、裁判官の本来の地位と裁判官会議の構成員としての地位の違いを指摘して（浦和地裁昭三四年五月六日決定・下級民集一〇巻五号九三頁）、また同様の理由に加えて担当裁判官が当該処分を行った裁判官会議の構成員でなかったという補足的理由を挙げて（秋田地裁昭三七年一二月二四日決定・判例時報三四二号二七頁）、忌避事由の存在を否定している。また、学説上は、担当裁判官が処分当時の裁判官会議の構成員であった場合には、懲戒処分に関与していたかどうかを問わずに忌避事由を認める見解[10]と、懲戒処分に関与していた場合にのみ忌避事由を認める見解[11]が主張されている。後者によれば、裁判官が「紛争の過程において一方当事者の中枢機関の一員として当該処分決議に現に関与した」[12]ことが、偏頗の外観をもたらすことになる。また、そのような限定をつけておかないと、交替の裁判官を得ることが困難ないし不可能な場合を慮って、裁判所の忌避事由の判断が全体として消極的になるという政策的な理由も掲げられている。政策的理由を保留するとしても、上述の基準による場合、後者の見解が妥当であろう。

さて、規則は処分と異なり、一般的な性格を有し、具体的な紛争過程において定立されるものではない。また、下級裁判所の管轄区域は、下級裁判所の設立及び管轄区域に関する法律（昭和二一年法六三）によって規定されているが、高等裁判所、地方裁判所及び家庭裁判所の支部の設置は、裁判所法によって最高裁判所の規則に委任されている（二一条、三一条及び三一条の五）。したがって、最高裁判所はその設置及び廃止について立法上の裁量権を有するから、本案において申立人が勝訴する可能性は乏しく、その意味で本件も実益に欠けるけれども、しかし、本

案の問題を忌避事由の判断に反映させることは筋違いである。忌避事由の判断にさいして、規則の立法的性質、懲戒処分の行政的性質によって扱いを区別すべきではない。また、懲戒処分の事例で忌避事由が問題となるのは、当該処分の前審的な性格によるのではなく（前審とは言い難い）、被告たる裁判所と処分の取消請求訴訟を担当する裁判官の近さによる（民訴第三五条一号参照）のであるから、裁判官会議において規則の制定決議に関与した裁判官が当該決議の取消請求訴訟を担当する場合にも、懲戒処分の場合と同様に忌避事由があると考えられる。

四　下級裁判所の処分または規則について同様の問題が生じ、担当裁判官について忌避事由が認定された場合には、裁判官の交替を生じ、または当該裁判所において他に代わりうる裁判官がいない場合には、職務代行判事を置く方法が考慮される（民訴第二四条一号に基づく管轄指定の申立も、本来管轄原因のない裁判所に管轄権を発生させることはできない）。しかし、最高裁判所については、一五名の裁判官の枠の中で対処しなければならないという制約がある。裁判所法は、大法廷と小法廷を区別し、小法廷の員数を三名以上と規定し、定足数については、最高裁判所事務処理規則が、大法廷について九名、小法廷について三名と規定している。形式上は、事務処理規則が内部規律であって、民訴法上の忌避制度に遅れるとしても、しかし、大法廷と小法廷の区別を維持することは必要である。しかし、忌避制度との兼ね合いで、事務処理規則から離れてそれぞれの定足数を決めるには十分な根拠に乏しいから、この九名または三名という定足数をそのまま基準としてよいと考える。したがって、小法廷については、三名の裁判官を確保できない場合、また大法廷については九名の裁判官を確保できない場合に、初めて忌避制度の前提を欠く場合として、当初の予定された裁判官によって法廷を構成すべきであると考える。

以上、本決定が最高裁判所の裁判官について忌避制度の限界を指摘した点は当然であるとしても、公平な裁判所による裁判を重視する立場から、その限界をもう少し広く捉えようというのが、本稿の立場である。

（1）　本体の裁判は、民集四五巻四号五一八頁に搭載されている。

（2）　東京地裁昭三三年六月三〇日判決・行裁例集九巻六号一二六二頁。

（3）　小島「忌避制度再考」民事訴訟の基礎法理二五頁以下所収、大村雅彦「公平な裁判―忌避権の保障」Conflict and Integration: Comprative Law in the World Today 九一三頁以下所収。

（4）　近時の議論は、むしろ公平（公正）な手続が保障されているかどうかへ移行している。鴨「公平な裁判の理念と刑事訴訟」刑事訴訟法の基本理念二一一頁以下所収、中野「公正な手続を求める権利」民事手続の現在問題二七頁以下所収、なおドイツ法の問題については、栗田「公正な手続を求める権利」杏林社会科学研究四巻二号所収。

（5）　菊井・村松編民事訴訟法Ⅰ一八〇頁、兼子・松浦・新堂・竹下条解・民事訴訟法九三頁、斎藤編・法解民事訴訟法1二一一頁、新堂・小島編〔大村〕・注釈民事訴訟法1三三〇頁ほか。

(6) 東京高裁昭五三年七月二五日決定判例時報八九八号三六頁参照。

(7) 一、二の事例があった旨伝承されているに過ぎない。前掲斎藤編1二一〇頁参照。

(8) 中務〔判批〕民商法雑誌三二巻六号八三一頁以下、高橋宏志〔判批〕法協一〇七巻三号五一二頁以下ほか。

(9) 畔上「忌避試論2」法曹時報一三巻一号一六頁。

(10) 畔上前掲論文一六頁。

(11) 小島「裁判の本質的特性としての公平(中)」法学セミナー二八三号一二一頁。

(12) 大村前掲注釈民事訴訟法1三三五頁。

栗田　陸雄