

司法過程の中の裁判所書記官

本論^(注1)

西野喜一

《目次》

- 一 はじめに
- 二 訴訟手続
- 三 争点整理
- 四 事実認定
- 五 法の適用
- 六 言語表現
- 七 展 望

一 はじめに

1 序

司法の過程は、判決であると、決定であると、命令であるとを問わず、要するに、法に定める手続に従って、事実を認定し、これに法を適用し、その結果を言語で表す過程であると理解することができるであろう。

その主体はいずれも裁判官であり、そのことは裁判という事柄の性質上当然であるけれども、その過程のそれぞれに裁判所書記官（以下、単に「書記官」という。）が職務として関与し、かつその書記官の仕事は本来裁判官が代替できるものではない以上、そこで書記官の果た

すべき役割が甚だ大きい^(註2)ものであることも明らかである。

西口元・判事の「Nコート」の構想と実践^(註3)以来、司法の過程における書記官のありようが注目を集めて来たと見受けられるが、法律上及び事実上、書記官の権限を大幅に拡大した新民事訴訟法の施行によって、もはや書記官の役割を抜きにしては訴訟の実情を語ることはできない、裁判官と書記官の共同作業としての訴訟の実践、進行ということは現今では当然のことである、ということが認識されてきたように思われる。近時、特に書記官独自の機能ないし役割を論じた論稿が増えている^(註4)のは、新民事訴訟法下で書記官の地位及び責任が一層向上した折りから、その主体的な機能ないし役割の重要性が改めて認識されるに至ったからであろう。

これに関しても、当為を重視するアプローチと、存在を重視するアプローチが考えられるが、それをここでの論点に即していえば、一方は、書記官は司法の過程においてどのような役割を果たすべきであるのかというものであり、もう一つは、書記官は司法の過程において現実においてどのような機能を果たしているのかというものになる。この両者はそれぞれの意義を有するものであるが、両者は異なったことを議論しているのであるから、かれこれ混同しないという注意が必要であろう。

拙稿「事実認定と裁判所書記官」(判タ881号6頁以下(1995年)。以下、「前稿」として引用する。)は、専らこの後者の問題意識の下で、対象を事実認定過程、それも書記官のありようが裁判官の事実認定に影響することの有無如何、態様如何という問題に絞ったものであったが、これは局面を限定したものであったので、今般は司法過程全体(特に断らない場合は、民事の訴訟を念頭に置く。)における書記官の実際の機能を検討してみたいというのが本稿の趣旨である。

もっとも、本稿で述べることの大部分は、基本的には仮説ないし可能性の提示にとどまる。事柄の性質上、その経験的検証は困難である

し、また、およそ一般論は無理であって、個別の書記官の能力や個性その他様々な諸条件によって大きく変わってくるものであるからである。更に、判決か決定か、一審か上訴審か、単独事件か合議事件か、ということによってもかなり状況は異なってくるであろう。しかし、前稿でも書いた通り、検証の可能性、それも定量的な検証の可能性如何ということと、当該問題の存否とはもとより別のことであって、これを混同することは許されない^(註5)。これまでその存在が殆ど意識されて来なかったこと、或いは、あつてはならないことであるが故に存在しない筈であるとされてきたことであっても、可能性の光を当てて見なければならぬし、判決の予測可能性を追及する実務家としては、これらの可能性を常に念頭に置いておかなければならぬであろう。もっとも、事実認定の分野に関しては前稿において、それ以外の分野については本稿で、それぞれ収集できた限りでその具体的事例を掲げておいたところである。

2 書記官権限の拡大

周知の通り、この半世紀の書記官の歴史はそのままその権限の拡大及び地位の向上の歴史であった。現在の書記官の権限の大きさ及びこれを支えるその能力の高さは、総じて言えば、裁判所構成法(第85条以下)時代の裁判所書記の比ではないし、私の知る若干の他国の例(例えば、アメリカのコート・クラーク)とも比較にならない。

特に、1998年から施行された新民事訴訟法の下では、書記官の権限が大きく拡大された^(註6)。これらは、それまでの実務の中で実質的には書記官が果たしてきたものが新法で公認されたものと言われている^(註7)が、書記官の権限が拡大されるということは、司法の過程におけるその機能も拡大されるということの意味している。

その代表的なものは、①訴訟費用の負担額の決定、②公示送達の決定、③各種の嘱託手続、④支払督促及びこれに対する仮執行宣言の発

付、⑤事実上の釈明・補正勧告及び第一回期日前の参考事項の聴取、⑥判決書に代わる調書制度の新設、の六項目であり、書記官が執行力(①、④)又は既判力(⑥)を有する文書を独自に作成することができるようになったということ、或いは、書記官の判断がその判断事項の結論にそのまま直結する事項(①、②、④)が現れるに至ったことの意義は大きい。しかし、本稿の視点からすると、看過できないのは上記⑤であって、訴訟の経過の中で、求釈明ということ自体が判断作用を伴うものである^(注8)ところ、これは後記(三1)の通り、司法の最終的目的である判決本体という判断事項に、攻撃防御方法の提出という側面を通じて、書記官が事実上影響し得ることになる可能性に道を開いたものとして注目すべきものである^(注9)。

《注》

- (1) 本稿は、判例タイムズ誌1038号45頁以下(2000年)に発表したもののオリジナルである。同誌発表時は誌面の都合で抄録であったので、この機会に原典を残しておくことにした。
- (2) そのことは、(後注)『書記官事務研究』IないしIIIの甚だ浩瀚な内容からも明らかである。
- (3) 西口元=太田朝陽=河野一郎「チームワークによる汎用的訴訟運営を目指して(1)~(5)」判タ846号7頁以下、847号11頁以下、849号14頁以下、851頁18頁以下、858号51頁以下(1994年)。
- (4) 前稿以降のもので、私が参照した主要なもののうち、引用の際の略称を記載したもの及び個別に引用しきれなかったものを、(後注)に掲げる(50音順)。
- (5) 今日では克服されているようであるが、前稿の内容を民事訴訟法学会で報告した1995年5月の段階では、一部の実務家の反応に明らかにこの混同に陥っていると見受けられるものがあつた。
- (6) 拙稿「書記官権限の拡大」ジュリ1098号104頁以下(1996年)のほ

か、石井浩「新民事訴訟法における裁判所書記官」竹下守夫=今井功編『講座新民事訴訟法Ⅰ』69頁以下(1998年、弘文堂)、奥田隆文「裁判所書記官の権限と役割」塚原朋一ほか編『新民事訴訟法の理論と実務(上)』307頁以下(1997年、ぎょうせい)、木村元昭「裁判所書記官の地位と職務」三宅省三ほか編『新民事訴訟法大系—理論と実務1』350頁以下(1997年、青林書院)等参照。

(7) 前掲(注6)・石井「新民事訴訟法における裁判所書記官」72頁。

また、例えば、公示送達に関する最高裁民事局の認識は、「旧法下から実質的に書記官が判断して裁判長に意見具申していた」というものである。座談会「最高裁民事局との座談会」書協会報145号6頁林道晴民事局第二課長発言(1999年)。

『書記官事務研究Ⅰ』3頁も、これらの改正は、裁判事務のうち、必ずしも重要な判断作用を伴わず、かつ、書記官がこれまで実質的に行ってきたものを正規に行うようにしたものであると理解する。

(8) 前掲(注6)・奥田「裁判所書記官の権限と役割」314頁参照。

(9) 拙稿「事実認定と裁判所書記官」判タ881号7頁以下(1995年)、同・前掲(注6)「書記官権限の拡大」(ジュリ1098号)106頁参照。

二 訴訟手続

1 総論

訴訟手続は法が詳細に定めている通りである。訴訟法の規定に反した手続の効果はさまざまであって、再審事由になるような重大なものから当事者が責問権を放棄すればそれまでであるようなものまでがあるけれども、訴訟法規の遵守が裁判所の職責であることは論を待たない。

この点における書記官の機能のあり方については、他の領域にも共

通することであるが、二つの面を区別することができる。一つは裁判官の補助ということであり、もう一つは書記官独自のものである。

まず前者は、判決手続であれば、具体的には、裁判官による手続の進行に関して書記官が、事実上の助言、アドバイスを呈したり、誤った手続進行に対して注意を喚起するという形で現れる。裁判官が若くて経験が少なければ少ない程、書記官が練達であればある程、このような機会が増えることになる。また、執行事件^(註10)、保全事件等の決定手続であれば、実質的には書記官のイニシアティブによって進行する度合いが判決手続の場合よりも相当程度に大きくなるであろう。

また後者は、書記官独自の手続進行分野であって、例えば訴訟記録の作成・保管や関係書類の送達は従前からの典型的な例であり、また新民事訴訟法によって書記官固有の権限が大きく拡大されたことによって、裁判官でも代替できないこの領域で裁判所が法に従った手続の進行を図っていることになるかどうかということを決めているのは当の書記官である。

結局、いずれの分野においても、裁判所の事件処理が法に基づいた手続によったものであるかどうかということの相当部分は書記官によって決められていると言って差し支えないであろう^(註11)。

2 訴訟進行

- (一) 当該事件の審理が順調、スピーディなものであるか、それとも、効率が悪く、裁判官や当事者の時間やエネルギーを浪費することの多い審理になるかということに、書記官の能力、才覚、事件への取り組み方の如何が大きく影響するものであることは今日では明らかである。事件の受付^(註12)から、各種文書の送達、期日の準備、各種の求釈明や当事者との連絡、審理計画の策定、争点整理の準備、証人の出頭確保を含む各種証拠調べの準備等、進行管理とも呼ばれるこの分野は、書記官がコート・マネージャーとして機能すべき領域で

あり、書記官の新しい職域としてこの十数年来注目されているものであることは周知の通りである^(註13)。

- (二) 刑事事件においても、基本的事情は同様であるが、事前準備に関する書記官事務は、書記官がいろいろ創意・工夫を重ねながら、自らの裁量、判断で当事者と折衝し、「訴訟を動かしていく」面白さがあり、しかも、その成果が直ちに公判審理にはっきりと現れる、とされている^(註14)。特に刑事裁判では、いわゆる自白事件と否認事件とでは証拠調べの対象、方法が大きく異なってくるのが普通であり、他方、裁判官は第一回公判以前には起訴状以外の資料に接することができないので、書記官の当事者との事前の連絡や準備が公判の進行に及ぼす影響は大きいであろう。

また、刑事控訴審では、被告人に特別な配慮を要する場合の情報、弁護士に関する情報、通訳人に関する情報(「通訳能力だけでなく、人柄、時間の正確性、依頼事項の処理ぶり、関係者の関係等」)などが、書記官によって控訴審に適切に伝達されることが「控訴審の円滑な審理を実現するのに資する」とされている^(註15)。

- (三) また、家事事件にあっては、書記官が、代理人ではなく当事者本人にじかに接する度合いが民事事件等より大きいためか、書記官の仕事の進め方や当事者との対応如何によって、同じ裁判官についている二人の書記官相互間でも、事件数を始めとして、当事者関係のトラブル、進行状況、異議申立等についても大差が出るという驚くべき報告^(註16)もある。

- (四) これらは、書記官が裁判官の判断に直接影響することがあり得るかどうかという問題ではない。また、当該書記官の能力、資質のみならず、裁判所の大小^(註17)から裁判官・書記官の間のコミュニケーションの条件^(註18)等に至るまで各種勤務態勢の如何によっても大きく左右される性質の問題でもある。しかし、裁判の過程における書記官の役割としては最も重要なものの一つであり、裁判所が法律

に定められた内容に従って手続を進めているかどうかということも相当程度まで書記官が決められているということは否定できないことである。

3 審理方式の証明

更に、裁判所が法に従って手続を進行させたかどうかということをもっと直接的に書記官が決められている場合がある。

民事訴訟でも刑事訴訟でも、審理の方式については、書記官が作成する調書が絶対的な証明力を有している（民事訴訟法第160条第3項、刑事訴訟法第52条）のがその例である。その立法理由は、訴訟手続の明確性、安定性を保持し、手続自体を新たな紛争の源とさせないためであると説明される^(注19)が、その背後には書記官の高い地位とその能力に対する高度の信頼があることはいうまでもない。

その結果、例えば、高裁で弁論更新を忘れると必然的に最高裁で差し戻しとなり、無用に長い訴訟となった例が新聞に出ることがあるが、上告審から見た場合に重要なことは、ある事実の存否それ自体ではなくてその事実の証明の有無であり、更に現実に即していうと、裁判官が更新手続を履践したかどうかということではなく、更新手続があったとされる時期に書記官がその旨を調書に記載したかどうかということであるという事実は、問題の所在をよく表しているといえるであろう^(注20)。

4 少額訴訟

少額訴訟（民事訴訟法第六編）の場合にも、裁判官と書記官との職務の機能の相違は建前としては明確であるし、またここにおいて書記官が果たすべき役割のうち法令上少額訴訟に特有のものは僅かなもの（民事訴訟規則第222条第1項、第227条、第228条第2項、第3項等）である。しかし、即時に取り調べることのできる証拠、一期日審理の

原則という制約の中で少額の金銭請求に関する訴訟（民事訴訟法第368条第1項、第370条、第371条）を運営しようとする、手続に疎い普通の市民が相談を兼ねてやって来るという事情があるために、当事者に手続を教示（前記民訴規第222条）したり、事前準備を促したりする^(注21)ことが重要になるだけでなく、書記官の判断次第ではあるけれども、或いは当事者に対して、少額訴訟の選択の有無や訴訟物の特定（慰謝料金額の決定を含む）、証拠の調査、提出等に関与したり、或いは裁判官に対して、原告からすべての情報を集めて打ち合わせを行う、という一面もあるようである^(注22)。

少額訴訟手続の教示に関する最高裁の通達において、この教示は「当事者等の理解及び手続の段階等の状況に応じて、適宜……その他の事項を付加して差し支えない」が、特に「裁判所の公平性及び中立性を損なうことのないよう十分配慮しなければならない」とされている^(注23)のは、手続の「教示」ということが持つことあるべき危険性が十分に認識されているからであろう。このような分野に書記官はどこまで踏み込んでよいのか、どこまで踏み込むべきであるのかということはまだ議論の対象となっているが、少なくとも現実の存在の問題としては、この分野において、裁判所の手続履践の有無や程度、或いは制度の理念がどこまで生かされるかという問題に関して、書記官が果たす機能には大きなものがあることを疑う者はいないであろう。

未だ少額訴訟制度自体が市民に十分なじんんでいるとは言い難いので、法の定める理念を実現するため書記官側でいわばサービスとして司法過程の中身に関わらざるを得ないという一面もあるであろうが、ここで求められている書記官の役割というのは、実際には、通常訴訟においてコート・マネージャーという名前の下で求められてきたことの一つの究極の姿と見ることもできるのである^(注24)。そして、仮にそうであるならば、そのことは通常訴訟での未来像に大きな示唆を与えていると考えるべきであろう。

5 上訴審

上告審及び刑事控訴審の場合には、上訴理由が法定されているため、書記官が判決に影響し得る度合いが大きくなるという別の局面が存在する。訴訟記録の果たす役割が大きくなるからである。

ある事象が存在したかどうかが重要なのではなく、その事象が書記官が作成する訴訟記録に記載されているかどうかということが重要なのであるということがここでも想起されるであろう。

〈注〉

- (10) 民事執行事件の場合には、書記官の判断が実質的に大きな比重を占めていることは一般的な認識になっているであろう。例えば、名古屋高等裁判所刑事進行管理勉強会「刑事事件の進行管理事務勉強会報告(その一)」書協会報147号67頁以下(1999年)、京都地方裁判所民事部「新民事訴訟法に関するパネルディスカッション-新法下における裁判官と書記官の協働関係-」書協会報148号74頁田和由一発言、75頁村上正敏発言(1999年)、草野芳郎「私の訴訟運営-一人間としての基本的原理から-」書記官179号19頁(1999年)等。

このほか、上野精「(講演)書記官は裁判官のパートナーたり得るか」書協会報147号38頁(1999年)は、執行事件記録を前にした書記官とのやりとりで、「ここへ判を押してもらったらそれでいいです。」「……教えて下さい。なんでここにこういう判子があるのですか。」「かくかくしかじかです。」「ああ、なるほど」という経験を紹介している。なお、これは私の前稿を批判しているが、そこで氏が紹介している自己の体験は、本稿でも引用している通り、いずれも前稿及び本稿での裏付けとなるもので、同氏は前稿での私の問題提示を理解していないように見受けられる。

- (11) この他、他庁填補というやや特殊な状況下のものであるが、山口均

「填補庁における裁判官と書記官との協働」判タ1011号21頁(1999年)は、当事者からの期日変更申請に対する判断を書記官に委ねるという運用を紹介する。

- (12) 例えば、仙台地方裁判所新民事訴訟法研究会「仙台地裁における新民事訴訟法の運用(1)」判タ1000号91頁(1999年)は、事件受付の後、書記官が訴状審査や任意補正の修正勧告のために要する時間には、(事件内容による相違も大きいのであろうが、)1日から1か月程度までの大きな差があることを紹介する。

東京地方裁判所民事裁判実務研究会「新民事訴訟法シンポジウム—争点整理手続・証拠調べを中心として—(上)」判時1681号10頁中村陽史発言(1999年)は、同旨の経験と共に、早期の期日指定が原告代理人に対する補正の依頼や事情聴取にも好都合であるという経験を報告する。

- (13) 本稿で紹介した文献のうち書記官に関する近時のものの大部分はこの観点からのものである。

他にも、この種の事例は多いが、例えば、

- ・ 期日指定の連絡をする際に、背景事情、交渉経緯、予想される争点等について書記官が日常的に代理人から聴取している例(座談会「新民事訴訟法施行一年を振り返る(上)」判タ998号12頁生島弘康発言(1999年))
- ・ 「訴訟の流れを決定づける契機になる」期日設定(一回目から和解期日にするか、書面による争点整理手続にするか、準備的口頭弁論にするか)自体がコートマネージャーとしての書記官の仕事の一つとされている事例(座談会「新民事訴訟法と裁判所書記官実務」判タ942号23頁太田朝陽発言(1997年))
- ・ 書記官が主張と齟齬のある書証を発見して、事務連絡を代理人にファックスで事前送信したため、弁論終結予定だった次回期日に支障がなく、裁判官からも感謝されたという事例(佐藤裕義=池田英

樹「仙台地方裁判所民事モデル実験部における取組について」書協会報140号167頁(1997年)

等もこれに該当するであろう。

- (14) 吉丸眞「刑事裁判の運営—書記官事務の充実と活性化を中心に—」書協会報145号28頁(1999年)。
- (15) 植村立郎「(講演)控訴審から見た刑事書記官事務」書記官182号7頁(2000年)。
- (16) 鈴木經夫「家事調停と書記官の役割」書記官180号5頁以下(1999年)。
- (17) シンポジウム「二一世紀における証拠調べの課題—裁判官の心証のとり方と真実発見(上)」判タ1019号24頁以下中西健市報告(2000年)参照。
- (18) シンポジウム「二一世紀における証拠調べの課題—裁判官の心証のとり方と真実発見(下)」判タ1021号24頁井上治典発言(2000年)はこれを指摘する。
- (19) 例えば、(旧)民事訴訟法第147条につき、竹下守夫=伊藤眞編『注釈民事訴訟法(3)』395頁(大石忠生=坂本慶一)(1993年、有斐閣)。
- (20) 第二次大戦前、ある刑事上告審判決の「判例批評」として「いやしくも一旦(公判調書)に被告の供述として録取せられたるが最後、誤記の立証なき限り、太陽も西より昇天し、日本帝国も民国となるべきものなるのみならず……」と書いた人がいる(森長英三郎『山崎今朝弥』106頁(1972年、紀伊国屋新書))が、訴訟手続の方式に関しては、書記官の作成する調書はそれ程の力を有していると言うべきであろう。
- (21) 『書記官事務研究Ⅲ』51頁以下は、少額訴訟特有の受付相談、手続教示、事前準備、期日外釈明等への書記官としての対応のあり方を詳細に検討しており、最高裁判所事務総局民事局監修『簡易裁判所における新しい民事訴訟の実務—少額訴訟手続の解説を中心として—』(1997年、法曹会)、同『少額訴訟手続関係資料—簡易裁判所判事協議会

協議要録』24頁以下(1998年、法曹会)も、少額訴訟において書記官に期待される役割に大きなスペースを割いている。

- (22) 座談会「少額訴訟事件担当書記官の座談会」書協会報146号2頁以下(1999年)。特に、5頁小林光輝発言、7頁畠山司発言、10頁高橋信二発言等。
- (23) 平成9年7月16日付最高裁判所総務局長、民事局長通達「少額訴訟における手続教示、録音テープ等への記録の手続及び口頭弁論調書の作成について」。最高裁判所事務総局総務局監修「書記官事務に関する新通達等の概要(下)一民事訴訟法等の改正に伴って一」16頁以下、34頁以下(1998年、司法協会)参照。
- (24) 少額訴訟での手続教示が書記官のいわゆる審理充実義務に連続していることは、公式にも承認されている。前注・10頁以下。

三 争点整理^(注25)

1 釈明・補正勧告

新民事訴訟法による書記官権限の拡大のうち、事実上の釈明・補正勧告の権限が訴訟事件の結論に対する書記官の事実上の影響力という点では特に重要であると考えられることは前に述べた。

民事訴訟規則第56条、第61条第2項、第63条第1項によれば、それぞれ、訴状の記載についての必要な補正、最初の口頭弁論期日前の参考事項の聴取、期日外の釈明を、裁判長は書記官に命じて行わせることができることとされた。これは裁判長がその固有権限の一部を書記官に委任することができる旨の規定であるとされており、書記官の固有権限ではないが、前稿でも述べた通り、訴訟を効率的に進行させるため、主張・証拠の整理や、事件の進行に関する裁判所・当事者間の意志疎通が特に重視されている折りから、これらの分野における書記官の活

動はこの法令上の根拠を得て、一層活発に行われることになるであろう。

この裁判長の命令が、事前に包括的になされることも当然予想されることである^(注26)し、また、このような立法の下では裁判官と書記官の連携がますます必要になるが、そのことは取りも直さず、直接当事者に接触して釈明や補正勧告を担当する書記官が、当事者にも裁判官にも事実上の影響力を行使する可能性があるということの意味している。今後は、有能、練達の書記官であればある程、自らの判断によって当事者の主張を理解、構成し、当事者の主張や証拠に関する「不備」や「不足」を補充、補正させることにより、争点の形成にも、証拠調べの進行にも、裁判官の心証形成にも、一定の役割を果たし得る時代になったと言ってよいであろう。

2 争点整理と争点整理案

- (一) 審理の対象となるべき争点を決める主体は当事者と裁判官であるが、書記官の影響力の行使の可能性はここでも否定できない。過重負担と感じる書記官が、裁判官との間で、例えば、弁論準備には必ず立ち会うようにするから、争点はなるべく絞って、人証も控えめにしてもらいたい、と申し出るという「ギブ・アンド・テイクの関係」の可能性の提唱^(注27)はその一例と言えるであろう。
- (二) また、近時は、書記官が「主体的かつ実質的に争点整理などの訴訟運営に関与する……ことによって適正迅速な裁判の実現を目指す」^(注28)との理念の下に、書記官が争点整理案を作成することが行われている^(注29)。

この案に更に裁判官が手を入れるにせよ、最初に原案を作成することの実質的な意義の大きさは言うまでもないことである。裁判官が争点とする予定であった点が落ちていたり、争点とする予定でなかった点が挙示されていたりすれば、裁判官がまあこれでいいかと

思う過程を経る(これは、関係人の中の「認識の共通化」と評価されることになろう。)わけであるが、これを通して、裁判官だけが作成する整理案とは若干なりとも異なったものができることがあり得よう。このようにして、書記官は争点の形成自体に関与することができるし、裁判所によっては、むしろこれが書記官の主体的かつ重要な役割であるとして推奨されているようである^(注30)。

或いは、争点整理は書記官が「どんどん主宰してやっていき」、書記官がその終了を裁判官に報告した後、裁判官と当事者が争点を確認して証拠調べに入るという方式を「理想像」とし^(注31)、或いは最終的には、争点整理案の作成は、裁判所法第60条第3項にいう書記官の調査義務の一つになっていくのではないかという見方^(注32)もある程であって、書記官が争点整理に果たす役割には大変大きなものがあるという認識^(注33)は誠に正当なものである。

〈注〉

- (25) ここでいう争点整理とは、いわゆる争点整理手続で行われていること全般の意であって、言葉の真の意味での争点の整理だけでなく、争点の絞り込み、書証文書の取調べ、人証の採否の決定等、心証形成を含んで審理本体の極めて重要な部分を構成していると見るべき手続を指している。拙稿「争点整理と弁論兼和解の将来(上)」判時1583号25頁以下(1997年)、拙稿「争点整理と集中審理」青山善充=伊藤眞編『ジュリ増刊・民事訴訟法の争点(第3版)』162頁(1998年、有斐閣)参照。
- (26) 最高裁判所事務総局民事局監修『条解民事訴訟規則』125頁(1997年、司法協会)は、第56条の場合について、そのような可能性を承認している。
- (27) 前掲(注12)・「新民事訴訟法シンポジウム」判時1681号13頁中村陽史発言。

- (28) 「大阪地方裁判所における新民事訴訟法運用についてのシンポジウム第一部書記官の争点整理への関与」判タ1007号7頁「E裁判官」発言(1999年)。
- (29) 前注4頁以下、小林陸男「集中審理と書記官—第11民事部1係における実践一」判タ939号45頁以下(1997年)、座談会「新民事訴訟法施行一年を振り返る(中)」判タ999号24頁生島弘康、斎藤隆各発言(1999年)、シンポジウム「新民事訴訟法の一年を振りかえって」判タ1007号56頁以下(1999年)、青山邦夫「訴訟運営の改善—名古屋地裁民事七部イ係の試み」書記官178号10頁(1999年)(代理人が気づいていない点を書記官が発見することもあるとのことである)等多数。
- (30) 青山・前注13頁は、争点及び証拠の整理手続についても書記官の実質的関与が求められている、という。
- (31) 前掲(注10)・京都地方裁判所「パネル・ディスカッション」(書協会報148号)74頁田和由一発言。
- (32) 前掲(注13)・座談会「新民事訴訟法と裁判所書記官実務」(判タ942号)30頁太田朝陽発言。
- (33) 前掲(注29)・シンポジウム「新民事訴訟法の一年を振りかえって」(判タ1007号)56頁飯村佳夫発言。

四 事実認定

1 「事実認定と裁判所書記官」

- (一) 訴訟において、証拠調べその他の手続に立ち会って、その結果を調書という形で固定、保存する書記官の機能の実際的な大きさについては、改めて喋々する必要はないであろう^(注34)。

事実認定過程における書記官の機能の事実上の重要性については、かつて前稿で発表した^(注35)が、これは口頭弁論の進行に従って、主

張及び証拠申請の段階、証拠調べの採否の段階、証拠調べの段階、証拠調べの保存の段階等のそれぞれについて、書記官が事実認定に影響し得る可能性を追及したものであった^(註36)。これらはいずれも書記官の法制上のものではなく、事実上の機能に着目したものであるが、事実上のものではあっても、裁判という制度を動かしているのが生身の人間である以上、この局面を無視しては現実そのものを無視することになるという恐れが出て来るであろう。

陪審審理を採用している諸国での訴訟当事者が、自己の一挙一動が陪審員に微妙な影響を与え得ることを熟知して、陪審の前では細心の注意を払って行動することはよく知られている通りであるが、我が国での訴訟当事者の場合には、自らの行動の裁判官に与え得る影響については、無意識のうちにも留意をしていたのに対して、書記官に与え得る影響についてはこれまで比較的無関心な人も多かったようである。しかし、事実認定という分野においてさえも、書記官の実質的機能を度外視することはできなくなっていることが少しずつ明らかになってきた結果、これからは訴訟当事者の書記官に対する対応にもそのことが多少なりとも現れて来ざるを得ないようになるかも知れない^(註37)。そして、書記官の司法補助官化(後述)が一層進めば、当事者も代理人も、裁判官に対する配慮に準じるようなものが書記官に対しても必要になるということがあっても、おかしくはないことである。

- (二) これは、証拠調べの結果という面だけではなく、訴訟手続の面についても共通に言えることであるが、法は、書記官が作成する調書の内容が訴訟の運命を左右することを十分承知しているために、その作成から記載に対する当事者の異議申立てに至るまでのいわば調書の過程に関して、詳細な規定を設けた(民事訴訟法第160条、民事訴訟規則第66条以下、刑事訴訟法第48条以下、刑事訴訟規則第44条以下)。この規定の多さ、詳細さは、その重要性を如実に反映し

ていると言ってよいであろう。

裁判官の書いた判決が上訴審で取り消される、破棄されるということは毎日のようにあることであって、別に珍しいことではないが、書記官の書いた調書が上級審で取り消されるということはあり得ないし、上級審にもそのような権限はない。上級審は、下級審で作成された調書に依拠するのみである。裁判所法第60条第5項が、書記官は、書類の作成又は変更に関して裁判官から命令を受けても、これを正当でないと認めるときは、自己の意見を書き添えることができる、としている（実際にはこのようなことは極めて稀なことであろうが）のも、法が調書の意味の大きさを十分承知した上で、この分野の専門家と位置づけている書記官の認識を尊重していることの現れである。

- (三) コンピューターで判決の予測ができるかどうか、という問題がある。それは換言すれば、そのためのソフトウェアが作れるかどうか、ということである。実際にそのようなソフトウェアを作るということは、判決に当たって個々の要素をどのように判断すべきか、或いはどの程度重視すべきかということをソフトウェアの作成者が決めるということであるから、作成者の主観を離れた予測というものはまず無理であろうけれども、仮にこれが可能であると敢えて仮定すると、判決結果の予測ということは要するに訴訟記録に基づいた予測ということにならざるを得ない。そこで、その判断の材料となるべき訴訟記録を自己の判断で作っているのは誰になるのか、ということを考えてみれば、書記官の占める地位の事実上の大きさに思い至るであろう。もっとも、当該事件の担当裁判官名なしでは判決の予測は不可能であるということも明らかであるが、それは司法過程ということの性質上当然のことであって、本稿で扱っている問題ではない。

なお、法廷での証人、当事者本人の供述の書面化につき、その内

容の採否に関する書記官の判断を極小化し、速記又は録音反訳の逐語録のみとする方式(将来的には電子録取方式)が一般化すれば、供述証拠を书面化するという過程において、これに関与する者の解釈、評価が混じるという側面が大きく減少するわけであるから、ここでの議論が該当する範囲は相当変わってくることになるが、それは将来の課題となるべきものである。

2 証拠調べ過程と書記官

これについては前稿で検討した通りであるが、前稿の発表以降に目についた資料で、本稿及び前稿の内容に添うと考えられるものと補充しておく。

(一) 主張及び証拠申請の段階

前稿でも述べた通り、主張及び証拠申請の段階が事実認定に影響する態様の一つは、書記官を含む関係者のここでの行動や認識が、証拠調べの態様、方向を事実上規定するというものである。

例えば、書記官がいわゆる審理充実事務に積極的に取り組むことにより、その過程でおのずから紛争の実態及び争点の把握ができて、争点指向性の高い要領調書の作成が可能になり、結果的に供述調書の作成が容易になる、という意見^(注38)はその一例である。争点把握に対する書記官の独自性が強くなればなる程、要領調書はその問題意識に基づくものとなるであろうから、裁判官の争点把握がこれに先行する書記官の争点把握によって規定される場合、或いは、裁判官との争点把握との間にずれがある場合には、いわゆる審理充実事務による書記官の認識が独自の意味を有することになることが考えられる。

(二) 証拠採否の段階

証拠採否の段階で、書記官の判断や行動がこれに影響している、時にはこれを事実上規定している、という事例は、実務においては

その後も珍しくない。書記官の地位が向上し、判断作用に關与する度合いが向上すれば、この方向での影響力が強まるのも当然のことであると考えられる。

当事者から証人の申請ないし打診があったときに、「必要のない証人だったら、[書記官が] そんなものは裁判官も多分要らないといひますよというぐらひのことを言ひて、裁判官に相談しますけれども裁判官も多分同じでしょうということを告げる [のは] 構わない、他方、不必要な証人だと思ひても、書記官が、じゃあそうしましょうと[当事者と]約束してきたら、[当該証人の尋問を]やる。」と、書記官と当事者のやり取りの結果が、そのまま証人の採否を決めていひる報告^(註39)があるのはその一例といひよう。

また、書記官が、終局までに必要な予定公判回数及び結審見込み時期を決め、各回ごとの審理予定内容(原案、との趣旨であろうか。)を定めるといひる事例の報告例^(註40)もある。

(三) 証拠調べ段階

前稿でも事例を紹介したところであるが、証人を出頭させることができるかどうか、或いは証人からどういひる証言を引き出せるかといひる点で、書記官の配慮によって大きな差異が出ることが考えられる^(註41)。

例えは、出頭を渋る証人を、書記官の機転で出頭、証言させることができ、結果に大きく影響させたといひる事例は時々報告されていひる^(註42)し、或いはまた、証人尋問に先立って、証人の記憶が明確を欠き、なかなか的確な供述が得られないと思ひれるときには、経過を具体的に記載した年表形式の一覧表を作成させておき、これに基づいた尋問が効果的であるから、このような上申書、陳述書の活用について弁護人の配慮を促すのが相当としていひる例^(註43)があるが、書記官のこのような「配慮」の有無によって、当該証人の証言から裁判官が得る心証ないし受ける印象にかなりの差が出ることとも考え

られることである。

(四) 結果保存の段階

書記官という職務の性質上、これは極めて重要なものであることは前稿でも述べた通りである。一般論として、書記官作成の調書が、いわゆる要領調書である場合と逐語的な調書である場合とで、そこに含まれている情報の量や質に差異がないという者はないであろうし、また要領調書の場合に、誰が作成してもその内容に差異はないという者も恐らくないと思われる^(注44)。ある1つの尋問の実演から30人の書記官がそれぞれに調書を作成したところ、もとの尋問事項160に対して、最も項数の多いものは86、最も少ないものは16、調書作成に要した時間で最も多かったものは7時間、最も少なかったものは2時間20分、という実験結果報告がある^(注45)が、そのそれぞれの中に盛られている情報の量と質にはかなりの相違があると見るのが自然であろう。

特に要領調書の場合に、書記官にも能力の相違があることは当然^(注46)であるが、それだけではなく、好きな事件の場合には調書も長くなるという書記官の個性の相違があるということ、或いは、書記官が聴取した内容のうちで意味の取れない部分は書かないとか、自分の好みで削り過ぎることがあるということ、事案の内容がわからないまま締め切りに間に合わせるため一応書くだけは書いたのではないかと疑われる調書も存在するということ^(注47)、或いは、事件の種類によっては要領調書では心証が取れない^(注48)ということは裁判所サイドからも承認されている。要領調書では、供述の変遷等微妙なニュアンスが的確に表現できない、重要な供述部分の記載漏れがある、書記官の資質により出来栄えにばらつきがあるとして、当事者から逐語録作成の要望が出る^(注49)こと自体、そのことをよく表している^(注50)。

(五) その他

その他、本稿での問題意識から見て、注目すべきものとして、証拠調べ終了後、裁判官が書記官の意見を聞き、微妙なケースでは裁判官が余り考えてなかったような指摘を受けることもあり、これを非常に有意義としている事例^(註51)、

証拠調べ終了後、裁判官が書記官と、心証や証人の信用性について議論をしたりして、認識の共通化を図る事例^(註52)、

少年事件（否認事件）における事実認定に書記官が「積極的に関与」（事実認定の意見・評価を作成）し、担当裁判官が「記録を読みこんでいる書記官から気付いた証拠を指摘してもらい、その評価について裁判官と吟味検討を加える作業は非常に有益である」、「事実認定のベースとなる経験則に対して、豊かな人生経験に基づく指摘……など有益な点は非常に多い」と評した事例^(註53)、等が報告されている。

これらには実験的なものも含まれているが、最終的な採否の判断とこれに対する責任が裁判官に帰属する限り差し支えないことであるとして、実際にはもっと広範囲に実践されている可能性もあり、書記官の判断が裁判官の判断に影響を与え得るという可能性自体は明らかである。

他方、書記官が法廷以外の場で得た情報を裁判官に伝えることの可否という問題があり、書記官の立場で明確にこれを否定するもの^(註54)もあるが、書記官の事前準備や事情聴取を推奨し、裁判官と書記官の「チームワーク」、「協働」を強調する傾向からすると、現今の情勢はこのような自制を既に越えているのではないかと思われるし、またこのような自制の限界点に明確な境界を引くことも困難であろう。

〈注〉

- (34) 私は裁判所に勤めていた頃、書記官になったばかりのような若い書記官とペアを組んだときには、「私が判決を書くに当たって、難しい事件であればある程、貴職の作成する調書を頼りにするのはもとより、当該事件が控訴されれば高裁の裁判官が、上告されれば最高裁の調査官や裁判官がそれを頼りに判決を書くことになるのであって、書記官の職務はそれ程に重要なものである。日々精励して良い調書が書けるようになって貰いたい。」と激励するのが例であったし、またこれは当時の私が日頃から折りに触れて感じていることでもあった。前稿に対して、何人かの書記官から、自分たちの仕事の重要性を痛感したという感想をもらったのは光栄なことである。
- (35) 前稿の発表時の図(判タ881号14頁)では、「A書記官」の心証の変化し得る範囲が、「裁判官」の心証の変化し得る範囲より下にずれた形で表示されているが、これは印刷の誤りであって(これでは実質的に「C書記官」と同じことになる。)、私が予定したのは、その範囲が裁判官の範囲内でこれより狭い(線分でいえば短い)というものであった。
- (36) 私が「裁判官の(事実認定に関する)心証は書記官の掌の中で踊っているようなものだ」と言っているとして前稿を批判したものがある(前掲(注10)・上野(書協会報147号)44頁、加藤新太郎「講演」裁判所書記官役割論の基礎—裁判所書記官と裁判官との協働とは何か」書協会報140号35頁以下(1997年。判タ1006号27頁以下(1999年)にも再録されているが、前稿に対する批判の部分は修正されている。)が、私が言っているのは、前稿14頁に明らかな通り、「最も極端な場合には、証拠調べを主宰した裁判官でさえ、その心証は書記官の掌の中で踊っているようなものだと表現して過言でない場合があり得るであろう。」(下線追加)という可能性の提示である。前記の批判は、この前後の二重の条件ないし留保を見落としたのであろう。

また何よりも、本稿一で述べ、更に上で引用したところからも明らかな通り、私が検討の対象としているのは、およそ表現の問題などではなく、実務家が承知しておくべきこのような可能性の有無如何ということである。

- (37) 証拠調べに立ち会う予定の書記官に私的な用ができたが、書記官からは裁判官にそのことを言い出しかねていることを知って、自分に急用ができたとして証拠調べの延期を申し出た弁護士の話(本人からじかに)聞いたことがある。
- (38) 『書記官事務研究Ⅰ』5頁。
- (39) 刑事裁判の例である。座談会「刑事書記官事務の活性化について」書記官175号19頁「裁判官B」発言(1988年)。
- (40) 名古屋高等裁判所刑事進行管理勉強会「刑事事件の進行管理事務勉強会報告(その一)」書協会報147号70頁以下(1999年)は、刑事事件における事前準備のあり方として、書記官による審理計画の作成を推奨している。それによれば、裁判官との「密接な意思疎通」を前提としたものであるが、「収集した情報及び意見を基にして、取調べ及び各審理予定事件を決め、次に、終局までに必要な予定公判回数及び結審見込み時期を決め、各回ごとの審理予定内容(の原案?)を定める」のは書記官である。
- (41) 『書記官事務研究Ⅰ』67頁以下は、集中証拠調べの効率的な実施のために書記官に期待される役割の冒頭に証人等の出頭確保を挙げて、さまざまなノウハウ、工夫の実例を紹介し、書記官にとってのその重要性を強調している。
- (42) 例えば、太田朝陽「集中審理における書記官事務(レポート)」判タ922号83頁(1997年)。
- (43) 前掲(14)・吉丸(書協会報145号)35頁。
- (44) 「書記官が100人いれば100種類の調書ができる」。前掲(注13)・座談会「新民事訴訟法と裁判所書記官実務」(判タ942号)31頁太田朝陽

発言。

- (45) 書記官研修所民事教室「平成7年度民事実務(供述調書)研究会結果要旨(一)」書記官165号4頁(1995年)。

なお、同「結果要旨(三)第三全体討議(一)の要旨」書記官167号60頁以下(1996年)はそのうち「ベスト」とされるもの3通を掲載しているが、その内容にもかなりの相違がある。その全体、少なくとも「ワースト」とされるもの数通も掲載していれば、一つのシナリオからどれ程多様な調書ができることになるか、読者も実感できたであろう。

- (46) 書記官サイドからは、「良質な」要領調書を作成するために必要な要素は、以下のようなものであるとされている(『書記官事務研究Ⅰ』224頁)。

- ① 適時適切な訴訟指揮
- ② 時間的・論理的順序を念頭に整理された尋問
- ③ 一問一答式の簡潔な尋問及び供述
- ④ 録取を考慮した尋問速度
- ⑤ 重要証言の復唱又は要約
- ⑥ 詳細な尋問事項書の提出

上に見る通り、この要素の全部が要するに手控えが取り易いかどうかということであって、当然のことながら書記官の能力が調書の質に大きく影響することが知られる。

- (47) 河野信夫「(講演)供述調書の在り方」書記官167号35頁、39頁、41頁(1996年)。

また、山崎学「けいじ・アラカルト」書記官176頁4頁(1998年)は、「判決を起案する際に、どの証言に基づいてどのような事実認定をするか迷ってしまうような調書もある」という。

- (48) 東京地方裁判所ほか「新民事訴訟法・規則の運用に関する懇談会(6・完)」判時1669号10頁前田順司発言(1999年)。

- (49) これは裁判所サイドからも弁護士サイドからも、以前から言われていることである。座談会「新民事訴訟法施行一年を振り返る(下)」判タ1000号60頁生島弘康発言(1999年)、前掲(注28)・大阪地裁シンポジウム(判タ1007号)8頁「F書記官」発言等はその一例に過ぎない。
- (50) このほか、民事訴訟規則第68条によるテープ代用があった場合、法廷で録取したメモを「判決起案の資料」として裁判官に渡すという運用(仙台地方裁判所新民事訴訟法研究会「仙台地裁における新民事訴訟法の運用(3・完)」判タ1002号10頁(1999年))も報告されており、この場合には、書記官が重要と考えてメモに留めた事項、重要とは考えずにメモには留めなかった事項がそれぞれに機能することになるであろう。
- また、中島祥一「少年事件審判調書作成の留意点について」書協会報146号181(4)頁(1999年)は、少年事件審判調書につき、少年は余り話さないのが常であるので、余りにもまとめ過ぎると少年がそのように話したことになってしまい、要保護性を判定する上で誤解を招きかねないとする。書記官の調書のまとめ方如何が争点に影響する事例である。
- (51) 前掲(注28)・大阪地裁シンポジウム(判タ1007号)5頁「B裁判官」発言。
- (52) 前注(注28)・大阪地裁シンポジウム(判タ1007号)14頁以下「B裁判官」、「J裁判官」各発言、大田浩司「広島地方裁判所民事モデル実験部における取組について」書協会報140号133頁(1997年)。
- (53) 前乃園詔二=海老沢俊一「名古屋家庭裁判所少年部第2係における研究状況について」書協会報148号129(22)頁以下(1999年)、特に123(28)頁以下。
- (54) 前掲(注42)・太田(判タ922号)84頁。

五 法の適用

1 一般

法の適用は、司法の過程の中で最も裁判らしいものとして、裁判官の専権であるのが建前である。

しかし、この過程においても、他の場合と同様、裁判官の過誤があった場合に、これに気づいた書記官がその是正方を進言する^(註55)というような、或いは執行、保全手続のように実質的には書記官が進めているというような、事実上の法の適用は当然あり得ることである^(註56)。

裁判官にも「判断が本当に正しいのか……不安に思う場合もある。書記官に意見を求めて自分の考えと一致した時は本当にホッとする。」^(註57)というときがあり、これは法適用だけの場合ではないが、書記官の一言が、或いは当該事件での裁判官の判断を一層固めさせ、或いはもう一度考え直させる(その結果、最初の結論とは変わることがないとはいえないであろう。)結果となることはあり得ることである。

或いは、控訴審が事後審となる刑事事件の場合には、一審判決の過誤が控訴審の結論に大きな影響を及ぼすことになるので、「訴因事実の記載漏れ・誤記、累犯前科・確定裁判の見落とし、適条の誤りその他の過誤」という明らかに法適用の分野であっても、判決原稿点検を書記官が「的確に実行」することが期待されている^(註58)ようである。

このほかに、以下のような事例に触れておくべきであろう。

2 調査事務

裁判所法第60条第3項によれば、書記官は、裁判官の命を受けて、裁判官の行う法令及び判例の調査その他必要な事項の調査を補助するものとされる。その実際のありようは、その調査結果をどう使うかということを含めて、具体的状況によって恐らくさまざまで、調査の対象や方法の詳細まで裁判官の指示によるという小規模なものもあるで

あろうし、他方では、改めて「調査」するまでもなく書記官の方が裁判官より法令、判例に詳しいというシチュエーションもあり得ることであろう。

近時、この分野においても、例えば、「訴状審査の段階で（受付担当の書記官が）判例を調査して、担当書記官に判例のコピーを渡して協議した例」^(注59)、「事件処理を通じて問題があるところは、裁判官の指示を待つまでもなく、書記官が積極的に必要な学説、判例等の調査を行い、裁判官に報告する」^(注60)ものとされる例、或いは、「（調査の際には）事案の概要や問題の所在とそれに対する書記官の意見を記載した調査報告書を作成して……報告する」^(注61)例が報告されるなど、大きな役割を期待ないし実践されるに至っているが、このような調査結果によって、裁判官の認識において争点の範囲が最初から一定範囲内に限定される可能性が考えられるし、また、裁判官にとって、最初からこのような学説、判例の存在を知っている場合と、知らずに過ぎてしまう可能性がある場合、或いは、裁判官にとって十分知らない領域において、書記官の意見がある場合とない場合とでは、結論に差異が生じることがあり得ると思わねばならないであろう。

最高裁判所調査官が、法制上は「裁判官の命を受けて、事件……の審理及び裁判に関して必要な調査を掌る」（裁判所法第57条第2項）とされながら、事実上は最高裁判所の裁判の形成に一定の機能を果たしているが如く、この第60条第3項も、これからは、その使い方と使う者の能力如何によっては、下級審での裁判の形成に何らかの機能を果たすことがあっても別におかしくはない^(注62)ことである。

3 調書判決

刑事訴訟規則第219条によれば、一定の場合には公判調書の記載をもって判決書に代えることができるとされ、同旨の規定が民事訴訟法第254条にも設けられた。

刑事事件の場合、「適用した罰条」を記載しなければならないとされているところ、調書判決の場合でもこの点だけは裁判官が具体的に教示するという扱いが普通だと思われるが、調書の記載ということでこの点も書記官任せという裁判官もあるようである。その場合には、適用された罰条を決めているのは事実上は書記官ということになる。実際の法適用よりも、法適用の結果がどう記載されたのかということが決定的に重要なのであるということが想起されるであろう。

〈注〉

(55) このような事例の報告例は極めて多い。以下に挙げるのはその例である。

倉田卓次『続裁判官の戦後史』14頁(1993年、筑摩書房)は、法適用のミスを書記官に指摘され、「うっかりしていたら取り返しのつかない『誤判』になるところを立会書記官の機転で助かった」という経験を紹介している。

前掲(注10)・上野(書協会報147号)40頁は、刑事判決書での累犯前科の記載方法につき、「(担当書記官から)いろいろアドバイスを受けていて事なきを得ていた」という経験を紹介している。

前掲(注15)・植村(書記官182号)6頁は、書記官が判決宣告期日へ立ち会うことにより、未決勾留日数算入、執行猶予、没収・追徴等に関する過誤を、その場で直ちに訂正されることになることを期待している。

小澤光郎「横浜家庭裁判所少年係における『書記官の法的調査』研究の取組について」書協会報143号158(10)頁以下(1998年)は、少年事件の例であるが、書記官が事件処理について裁判官に意見を具申し、「その結果」その通りの処理となって「事件の適正迅速処理の一翼を担った」事例を紹介している。

このほか、長谷川憲一「(講演)裁判官から見た刑事書記官事務」

書協会報133号7頁以下(1996年)は、書記官の判断と機転で防止し得る刑事誤判の類型を多数紹介している。

- (56) 前掲(注10)・上野(書協会報147号)37頁以下は、令状事件や保全事件について、書記官から「いろいろアドバイスを受け」、「保釈を許すかどうかとか、保全の判断をどうするかというときには、決して無視できない情報」であったという自身の経験を紹介している。
- (57) 佐藤一徹「これからの書記官像」判タ939号50頁(1997年)。これは書記官の能力の向上と共に、裁判官が書記官に率直にその弱みを見せるようになってきたということでもあるであろう。
- (58) 前掲(注15)・植村(書記官182号)5頁。前掲(注55)・長谷川(書協会報133号)16頁以下も同旨。
- (59) 東京地方裁判所民事第一部「民事モデル実験の進行状況について」書記官173号62頁(1997年)。
- (60) 前掲(注13)・佐藤=池田(書協会報140号)180頁。
- (61) シンポジウム「二一世紀における証拠調べの課題—裁判官の心証のとり方と真実発見(下)」判タ1021号21頁渡會千恵報告(2000年)。
- (62) 前掲(注28)・大阪地裁シンポジウム(判タ1007号)5頁で、「B裁判官」は、「裁判例とか、あるいは法改正……についての一次的調査は書記官のほうでやっていただく。この一次的調査だけで問題が解決できることも多々あります。」と述べている。裁判官が自ら調査した結果と同じになる場合もあるであろうが、実際には法律上の微妙な問題が生じ得るところを、裁判官が「一次的調査だけで問題が解決でき」と思うに至ることも考えられる。

六 言語表現

- (一) 認定された事実^(注63)に法を適用した結果は、言語で表現されなければ現実の裁判にはならない。

判決の場合に、具体的に筆を取るのには普通の場合には勿論裁判官であるが、裁判官以外で言渡前に当該判決に接し得る唯一の存在である書記官^(注63)のおかげで、表に出ずに済んだ言語表現上のミスは随分あることと思われる。そして、人によっては、或いは場合によっては、その範囲が「ミス」から「不適切な表現」に、更には判断の内容事項にまで広がるであろう^(注64)。例えば、判決書の内容について、「書記官が読んで分かるかということ」を基準に点検し、論理の整合性、証拠の引用がふさわしいか、特定が十分か、主語と動詞が対応しているかなどについて「裁判官に遠慮しないで内容面についても意見を提出するように」^(注65)している例が報告されているのはその例証である。

これは書記官の業務としては全く補助的なものであり、むしろ書記官の本来の職務と言えるかどうか疑問な点もある^(注66)が、単にこのような事例が存在するというにとどまらず、近時は、判決書のチェックは裁判官と書記官との協働作業的訴訟運営における書記官の役割分担である^(注67)とされるに至っている。このように、裁判官の言語表現ないし言語表現的判断に影響を与え得る存在があるということは到底否定できないことである。

更に進んで、「判決書は裁判官と書記官の共同作品」^(注68)という見方をする例もある。

- (二) 決定の場合には、その類型にもよるが、書記官が原案を作成することもかなり多いようである。この場合には、結論が相当であれば、裁判官はそのまま押印して済ませることが多いであろうから、このようにして裁判書ができる場合には、裁判の言語表現まで事実上書

記官のイニシアティブに委ねられることになる。

また、判決の場合であっても、近時、一部の裁判所では書記官が民事欠席判決又は刑事自白事件の判決原案を作成することが行われている^(註69)ようであり、これらの場合の言語による表現はほぼ型通りのものであるとはいえ、ここにも書記官が言語表現過程に機能する余地が考えられることになる。

更に、書記官がいわゆる対席判決の原案も起案するようになる^(註70)と、書記官の関与は言語表現だけにはとどまらないことになる。

- (三) 書記官が「積極的に和解案を起案する」事例^(註71)も報告されており、この場合にも必ず裁判官の加筆修正の過程を経るであろうとはいえ、原案の裁判官への影響は時に無視できないものがあると考えられる。

この場合、書記官の役割は和解調書を作成するという法律が予定したものだけではない。和解条項に関して、書記官が代理人に、「これでは……執行できませんよ。」とすることがあるという報告^(註72)があるが、書記官の対応如何ということは、債務名義になる筈の和解調書が表現の誤りで債務名義にならなくなってしまうという事態をどの程度避け得るかということにも影響する。

- (四) また、書記官の働き如何は、判決原本作成が早くなるどうかにも影響する。判決原本作成の遅れについては、書記官が「裁判官を督促」する以外に有効な方法はない^(註73)からである。

《注》

(63) 判決言渡まではその内容は勿論秘密であり、書記官は言渡後の原本交付(民事訴訟規則第158条)によって初めてその内容に接することができることになるはずであるが、これが建前に過ぎないことは周知の通りである。

(64) 前掲(注10)・上野(書協会報147号)39頁以下は、「(判決の)計算

関係はいつも(担当書記官)によくチェックしてもらって、まず間違いなかった」、しかし、ある時はその担当書記官が異動時期であったため計算間違いが看過され、「大失敗した」という経験を紹介している。

園尾隆司「私の法廷運営—省エネによる訴訟運営の試み—」書記官175号65頁(1998年)は、「(判決書の点検は本来書記官の事務ではないとしつつも)私は、住所の表示など、よく間違えるので、書記官の助けがなければ、みっともないことになる。」という。

刑事裁判の場合にも同様の点検は「当然」のこととされている。合田悦三「(講演)刑事裁判の課題と書記官の果たすべき役割」書協会報148号38頁(1999年)。同旨、前掲(注14)・吉丸(書協会報145号)44頁。

前掲(注11)・山口(判タ1011号)21頁は、書記官の点検が誤記の有無にとどまらず、書証文書と認定との対応に及ぶ例である。

この点につき、全国書協仙台支部書記官制度研究会「仙台高等裁判所における民事抗告事件事務処理要領」書協会報142号12頁以下(1998年)は、決定書の場合であるが、書記官が点検すべき項目を、裁判所の構成や事件番号・事件名などのほか、主文と理由の食い違いの有無、摘示条文の正確性を含めて約10項目を掲げている。同旨、林勝司ほか「名古屋地方裁判所刑事研究部における取組について(刑事書記官事務の活性化を目指して)」書協会報141号37頁(1998年)。

- (65) 前掲(注59)・東京地裁民事第一部(書記官173号)63頁。ほぼ同旨、池田浩之「大阪地方裁判所におけるモデル実験実施状況報告」書記官173号78頁(1997年)。
- (66) 裁判書のチェックとは少し性質の異なる面もあるが、書記官による裁判書の浄書につき、兼子一＝竹下守夫『裁判法』(有斐閣)は、その第三版(1994年)まで、書記官は本来裁判官の命令に従って裁判書を浄書する義務はないから、個々のこれを拒否しても違法ではない

としていた(第三版では273頁以下)。但し、第四版(1999年)では、この記述はなくなっている。

- (67) 『書記官事務研究 I』 76頁。
- (68) 塚原朋一「民事裁判の運営、私の場合—書記官と苦楽をともにして」書記官175号55頁(1998年)
- (69) 前掲(注64)・林ほか(書協会報141号) 37頁、前掲(注52)・大田(書協会報140号) 134頁、前掲(注13)・佐藤=池田(書協会報140号) 161頁。
- (70) 前掲(注68)・塚原(書記官175号) 55頁、中田昭孝「『マイコート』」書記官175号43頁(1998年) 参照。
- (71) 前掲(注52)・大田(書協会報140号) 134頁以下。
- (72) 前掲(注13)・座談会「新民事訴訟法と裁判所書記官実務」(判タ94 2号) 29頁太田朝陽発言。
- (73) 前掲(注15)・植村(書記官182号) 5頁。

七 展 望

1 書記官の機能の重要性

- (一) これまで見てきたところから、司法の過程において書記官が占める位置の大きさは明らかであろう。その大部分は、法令上の根拠を有するものではなく、事実上のものである。しかし、既に述べた通り、法令上の存在だけに注目することは、建前の議論に終始することであって、実体を見失うことになる。訴訟の帰趨を決めるのは建前上の要素だけではないことを直視するならば、訴訟において事実上の機能を果たしているものにも十分な目配りをしなければならない。

言うまでもないことであるが、私がここで述べているのは、存在

のレベルでの可能性の問題であって、その可否、当否ではない。また、法令上、これがどのように扱われることになっているかという問題でもなく、判断結果に対して誰が責任を負うべきかという問題でもない^(註74)。

- (二) 民事訴訟法令も刑事訴訟法令も、書記官に対する除斥、忌避、回避の制度を有している(民事訴訟法第27条、民事訴訟規則第13条、刑事訴訟法第26条、刑事訴訟規則第15条)が、そのことは、書記官の職務が単に機会的なものにとどまるのではなく、事件又は当事者とのかわりて不公正、不公平な処分をする可能性があるということ、そして、それは事件処理の外観にも結論にも影響を及ぼし得るものであるということを十分に示している。書記官についてそのような影響が生じる余地が最初からないのであれば、こういう規定の存在理由はないことになる。法は、書記官の職務と地位は、裁判の公正さという点から見て、裁判官と同様の規定を用意しておかねばならない程、高く見ているということを示していると言ってよいであろう。

ともあれ、司法の過程において、書記官が実質的に果たしている機能は極めて大きなものであり、特に新民事訴訟法に至って司法補助官制度への道程を進めたとされる^(註75)程である。そうであるとすれば、裁判官も訴訟当事者も、そして書記官自身もそのことを十分認識しなければならない。書記官が裁判官の判断に影響を与える可能性は全くない、換言すれば、書記官の能力や個性の違いが裁判官の判断に影響することはなく、書記官の能力や個性の如何を問わず、裁判官が同一である限り、その判断は常に同一である、という命題はもはや維持することはできないであろうし、敢えてそうしようとするれば、それは現代における訴訟の実態に目を閉じることになる恐れがあるであろう。

2 これからの書記官

- (一) 書記官の権限はこれからも拡大されるであろうし、裁判官・書記官の間の職務権限に関する境界は更に動いて行くことが予想される。その境界は固定的なものではなく、流動的なものであると把握すべきものである。新民事訴訟法において、これまで純然たる裁判の一種と誰も疑うことのなかった支払命令が、名称変更の上で書記官の権限範囲となったが如く、将来、手続法の大きな法典（例えば、破産法^(注76)、刑事訴訟法）の全面的な改正があるときには、同様にこれまで純然たる裁判として疑われることのなかった処分が書記官の権限に含まれるようになることも十分あり得ることである。
- (二) ここで、その境界自体は動くとしても、その境界自体とその両側における裁判官・書記官のそれぞれの機能の分担は明確であり、この境界の裁判官側において書記官が裁判官の判断に影響することはないというのが建前の世界である。しかし、事実認定或いは法の適用という典型的に裁判官の領域とされるところにおいても、書記官の地位・能力の向上や、書記官が関与（或いはお膳立て）する領域の増加と、その領域が判決に及ぼし得る影響に照らせば、もはやこの建前だけで割り切れる状況ではないといえよう。例えば、争点整理案の作成ということが、裁判官と書記官の間の職務の境界を破るものであることは既に指摘されている^(注77)が、ことは争点整理案だけのことではない。既述の通り、書記官の実質的関与は、特に一審では、訴状の審査、釈明から、争点及び証拠の整理、証拠の採否、証拠資料の保存及びその評価、法の適用を通して、結果の言語表現に至るまで、司法過程の全体にわたっており、法令に根拠のあるものと事実上のものを合わせれば、裁判官に固有のものであったはずの領域に、書記官が相当程度まで進出しているのが現状であるということになる。

その上、新民事訴訟法の施行で、民事訴訟の分野にあっては、書記官の果たすべき役割が甚だ大きくなり、裁判官との連携ないしいわゆる「協働」が重視されるようになった結果、裁判官と書記官との一体感が非常に強くなり、今では書記官の裁判官に対する遠慮といった心理的障壁は全く見られなくなった、裁判官、書記官の区別など全く意識されないほど対等の立場で議論がなされるようになったとの報告^(注78)も見られるようになったし、裁判官サイドでもこの動きは歓迎されている^(注79)。

書記官の地位が向上し、その裁判の過程において果たすべき役割が急速に大きくなっていることからすれば、これは当然のことであるが、この傾向が進展すれば、書記官が裁判官に与え得る影響は更に大きくなることであろう。

- (三) 注意すべきことは、この動きは、書記官の実質的判断が更に進むことを防止する契機をその内部に有していないということである。従って、既に対席判決の一部が書記官によって起案されているが如く、例えば、裁判官をして「真に複雑困難で、裁判官でなければ判断できない事件」に専念させるためとして、「簡単な事件」は実質的に書記官が判断するという傾向が進むということもあり得るかも知れない。裁判官と書記官との職域の区分を明確なままにしておくという方針を一旦放棄すると、これを元に戻すのは恐らく不可能であろうし、それだけではなく、その区別がますます曖昧になることも考えられないではない。

なお、これに関しては、書記官でなければならない仕事というのは、書記官名でなければならない仕事という意味であり、既に事実上は事務官が書記官名で遂行している業務が相当の量に上っているが如く、今日書記官本人が直接担当するものとして疑われない業務も、いずれは書記官が事務官をして遂行せしめ、書記官はその名前だけで決裁をするだけになるという事態も考えられるということを付記

しておくべきである。

- (四) 伝統的な裁判所の概念では、裁判官と書記官は、それぞれ全く異なった職務を担当する異なった官職であったが、1980年施行の民事執行法は、書記官の権限を拡大して、裁判官と書記官との相互関係に変革をもたらしたと評価された^(註80)のであった。その後も、この相互関係の流動化が主張される^(註81)なか、1996年の民事訴訟法の改正によって、書記官は、伝統的な公証官としての性格を維持しながら、司法補助官的役割を併有するに至ったとされる^(註82)。

今後、書記官は裁判所においてますますその存在感を増すようになることが予想される。それは、この半世紀、そのような政策が取られてきたからであり、今回の民事訴訟法改正がそれを一層促進する政策を取ったからである。急増する事件^(註83)を処理するのに、裁判官を大幅に増やすのも一法であるし、裁判官は余り増員せず、裁判官以外の裁判所職員をして裁判官の職務とされてきたものを分担させるというのも一法であるが、我が国は主に後者の政策を採用してきたと言ってよいであろう^(註84)。そのような政策の当否や、その根底にある思想はともかくとして、裁判官及び書記官の職域のあり方には手をつけずに裁判官を増員することは、裁判所内部において裁判官だけを選良層として扱う路線を踏襲することであるといつてよい。これに対して、伝統的に裁判官の職域とされてきたものを、法令の変更ないし職域区分の事実上の変更を通じて、書記官をして分担させることは、法曹界ないし裁判所内部における書記官の地位を相対的にも絶対的にも向上させ、裁判官と書記官との間の地位の差を減少せしめるだけでなく、前者の政策にはもはや戻れないということの意味することになる。裁判官の職域の一部を書記官に分担せしめて裁判官の負担の軽減を図るという場合には、移転するのはもとより職務だけではなく、責任と地位でもあるのである。換言すれば、新しいシステムは、書記官に負担と責任の増大を求め、その

対価として与えるに地位をもつてした、ということになるであろう。

(五) それだけでなく、近時は、従来のような事前の行政的調整を中心とした社会から、今後は自己責任原則を前提として事後の司法的解決を中心とするいわゆる「法化社会」が到来するという予測が急であつて^(注85)、仮にそのような社会が実現すれば、裁判所が果たすべき役割は、今より格段に大きくなることになる。今次の民事訴訟法の改正は、このような事態を予測してなされたものではないと思われる^(注86)が、これによって一旦でき上がった基本的な枠組みに手を加えずに「法化社会」に対応する手法の一つは、裁判官と書記官の境界を更に曖昧にすること、即ち、書記官が実質的に判断する事項を増やすことによって切り抜けることであるから、本稿で述べたことの意義が将来は増大する可能性もあるであろう。

このような動きが進展しているということから、書記官のありようを抜きにして司法の過程を語ることはできないという方向はこれからも強くなると見ておくべきものであろうし、特に判決の予測可能性を重視しなければならない実務家は、この視点を落としてはならない。しかし、そのことは、現実の十分な把握を前提にした上で、改めて当為の問題に立ち戻り、このような傾向やこれを支えている思想の当否を考え直す機会でもあるのかも知れない。

〈注〉

(74) 司法過程における書記官の実質的機能の内容、程度の如何を問わず、判断に対する責任は裁判官だけが負うべきものであることは言うまでもない。しかし、判決上の法適用の明白な誤りや、表現の明白な誤りについて、書記官の責任も問われるようなことが仮に発生したとすれば、書記官はますます判決の中身にかかわらざるを得ないことになることが考えられる。

(75) 中野貞一郎『解説新民事訴訟法』13頁以下(1997年、有斐閣)。

- (77) 1997年12月に発表された「倒産法制に関する改正検討事項」(別冊 NBL46号1頁以下(1997年)参照)でも、十数項目にわたって書記官への権限委譲案が提示されるなど、この傾向は顕著に現れている。
- (77) 稲田龍樹=櫻林正己「争点及び証拠の整理手続における裁判官と書記官の協働について」判タ989号35頁(1999年)伊藤知広書記官発言「従前は、良くも悪くも裁判官と書記官の仕事は分れていました。しかし、争点整理書記官案の作成という、裁判官と書記官の間の共通の仕事ができた……」。
- (78) 前掲(注52)・大田(書協会報140号)136頁。
- (79) 前掲(注10)・京都地裁民事部「パネル・ディスカッション」(書協会報148号)76頁村上正敏発言「自分の考えと同じ意見を書記官が持っていてくれたりすると、安心することができる」、「書記官は本当に優れた能力をもっている……から、それを利用させてもらわない手はない。」。
- (80) 中野貞一郎「司法補助官制度への出発—民事執行法の成立と裁判所書記官—」判タ400号123頁(1980年)。
- (81) 中野貞一郎「司法改革の軌跡」【三ヶ月古稀記念・民事手続法学の革新(上)】17頁(1991年、有斐閣)は、「今後の発展を導くための必須の前提として、なによりも、裁判官と裁判所書記官とを本質的に異なる地位と見る既製観念の打破を必要とする」、「裁判所の裁判作用に関する事務であって裁判官その他の職員の固有の職務権限に属する事項以外の事項は、付随的に裁判所書記官の職務に含まれると解すべきである」とする。
- (82) 前掲(注66)・兼子=竹下『裁判法(第四版)』277頁。
- (83) 司法統計年報(民事編)によれば、例えば、1955年から1995年までの40年間に、全民事・行政事件は、82万件余から241万件余と約2.9倍になった。
- (84) 裁判所職員定員法によれば、同じ40年間に、裁判官の定員の合計は

2319名から2813名と約1.2倍になったに過ぎない。

- (85) 例えば、座談会「司法制度改革に何を望むか」ジュリ1170号2頁以下の諸発言(2000年)。
- (86) そのことは、「民事訴訟手続の検討課題」(別冊NBL23号1頁以下(1991年))以来の改正経過に照らして明らかであろう。中野・前掲(注75)95頁も、このことを明言する。

(後注)

- ・ 上北武男「新民事訴訟法のもとでの裁判所書記官の役割—訴訟の非訟化と裁判所書記官の職務内容の質的变化について—」同志社法学49巻5号14頁以下(1998年)。
- ・ 江見弘武「私の法廷—考え、かつ、行動する書記官とともに歩んだ十年」書記官177号4頁以下(1998年)。
- ・ 春日偉知郎「(講演)新民事訴訟法の概要について—集中審理の担い手としての裁判所書記官の職務権限—」書研所報43号1頁以下(1998年)
- ・ 春日偉知郎「(講演)これからの民事訴訟—新民事訴訟法の要点と裁判所書記官の役割—」書記官178号14頁以下(1999年)
- ・ 黒瀬久忠「新民事訴訟法による書記官の役割の変化」判タ950号52頁以下(1997年)
- ・ 小池洋吉「裁判官から見た書記官事務及び書記官の役割(特に事前準備の問題)」書記官166号61頁以下(1995年)
- ・ 小林陸男ほか「第一—民事部—係書記官マニュアル」判タ939号51頁以下(1997年)
- ・ 最高裁判所事務総局民事局監修「民事訴訟手続の改正関係資料(3)」84頁以下(1998年)
- ・ 「書記官事務研究」裁判所書記官実務研究報告書「新民事訴訟法における書記官事務の研究(I)、(II)、(III)」(1998年、司法協会)。本稿

では「書記官事務研究Ⅰ、Ⅱ、Ⅲ」として引用する。

- ・ 田中敦＝米田憲司「新民事訴訟法下における裁判官と書記官との協働作業について—大阪地方裁判所第三民事部C係における実践から」判タ1007号88頁以下（1999年）。
- ・ 夏井高人「二一世紀の裁判所と書記官」書記官171号18頁以下（1997年）
- ・ 西口元「（講演）民事訴訟法改正と書記官事務—Nコートにおける書記官の活躍—」書協会報139号25頁以下（1997年）
- ・ 林道晴「新しい民事訴訟規則と裁判所書記官の事務」ジュリ1108号9頁以下（1997年）
- ・ 福田剛久「（講演）民事訴訟法改正とこれからの書記官」書協会報136号23頁以下（1996年）
- ・ 村上正敏＝小林陸男「新民事訴訟法下における書記官の役割」判タ934号10頁以下（1997年。大阪地裁新民訴訟法研究会編『実務新民事訴訟法』46頁以下（1999年）に収録）
- ・ 吉野正三郎「（講演）民事手続の改革と裁判所書記官の役割」書協会報132号27頁以下（1995年）