

裁判所に顕著な経験則

渋川 満

- 一 はじめに
- 二 本件判決 (最判 (第一小) 平成二一年・二・二五判タ九九八号二一六頁) の判断
- 三 本件判決の検討
 - 1 訴訟記録上明らかなる事実
 - 2 裁判所に顕著な経験則
 - 3 本件判決の問題点——その一
 - 4 本件判決の問題点——その二
- 四 おわりに

一 はじめに

一 最高裁判所第一小法廷は、平成二一年二月二五日、共有物分割請求等上告事件 (平成二〇年(才)第一四七四号、以下「本件」という) につき、原判決 (名古屋高等裁判所平成八年(ネ)第八七四号事件判決、以下同裁判所を「原審」といい、同判決を「原判決」という) を破棄して、原審に差戻すとの判決をした¹⁾ (判例タイムズ九九八号二一六頁、判例時報

一六七〇号二一頁。以下この判決を「本件判決」という。その理由とするところは、原判決には、法律に従って判決裁判所を構成したということができない事由がある（民事訴訟法（以下「法」という）三二二条二項一号、平成八年法律第一〇九号改正前民事訴訟法（以下「旧法」という）三九五条一項一号参照）というものである。

しかしながら、本件判決の右事実認定及び法律判断は誤りである。本稿は、以下においてこのことを明らかにしようとするものである。^②

二 本件判決（最判（第一小）平成一一・二・二五判タ九九八号一一六頁）の判断

まず、本件判決の認定事実及び法律判断は、前記掲載誌（判タ九九八号一一六頁）によれば次のとおりである。

「二 記録によれば、次の事実が認められる。

1 平成八年一月二五日に開かれた原審の第一回口頭弁論に参与した裁判官は、裁判長裁判官A、裁判官B及び裁判官Cであり、この期日に弁論が終結された。そして、平成九年一月三一日に開かれた第二回口頭弁論の調書には、裁判長裁判官A、裁判官D及び裁判官Cが出席し、裁判長が判決原本に基づいて判決を言い渡した旨の記載があり、現在原裁判所に保存されている判決原本には、口頭弁論の終結時に参与した前記三名の裁判官の署名押印がある。

2 しかし、上告代理人が同日送達を受けた判決正本には、裁判官名の欄に、判決言渡に参与した裁判長裁判官A、裁判官D及び裁判官Cの記載があつて、裁判官Bの記載がない。また、右判決正本二一頁七行目「許されないも

の」の次に「であり、また、調停における合意は、私法上の和解契約とは異なり、裁判所が、民法六九六条の要件を備え、かつ民法九五条の要素の錯誤が存しないことを確認した上で、成立したものであるから、調停における合意について、民法九五条の錯誤無効の主張をすることは許されないもの」との裁判所の判断を示した記載があるが、右判決原本にはその記載がない。

3 上告人らは、上告をした上、原判決には法律に従って判決裁判所を構成しなかつた違法があるとの趣旨を記載した上告理由書を提出したところ、原審は、改めて、口頭弁論終結時に関与した三名の裁判官の記名のある判決正本を当事者双方に送達した。

三1 前記のとおり、原裁判所に保存されている判決原本には、原審の口頭弁論終結時に関与した三名の裁判官の署名押印があるから、右判決原本に基づいて判決が言渡され、裁判所書記官において判決正本を作成する際に、過誤を生じたものと見る余地がないわけではない。

しかしながら、判決正本は、裁判所書記官が、その権限に基づき、裁判官から交付された判決原本により作成するものであるところ、前記二二のとおり、当初上告代理人に送達された判決正本には裁判官Dの記載があるばかりでなく、その内容においても裁判所の判断部分に右判決原本にない記載があることにかんがみると、これに相応する判決原本が存在していたのではないかとの疑いが残り、これを払拭することができない。

そうすると、原判決がその基本となる口頭弁論に関与した裁判官によりされたことが明らかであるとはいえないから、法律に従って判決裁判所を構成したということはできない。

2 したがって、原判決には、旧民法三九五条一項一号所定の事由がある。この点についての論旨は右の趣旨

をいうものとして理由があり、その余の上告理由について判断するまでもなく、原判決は破棄を免れない。」(筆者注、判決文中裁判長裁判官Aとは筆者のことである)

右によれば、要するに本件判決は、基本となる口頭弁論(法二四九条一項、旧法一八七条一項、以下「最終口頭弁論」という)に関与しない裁判官の氏名などを記載した裁判所書記官(以下「書記官」という)作成の判決正本が存在することから、その判決正本に内容的に相応する判決原本が存在したのではないか、換言すれば、最終口頭弁論に
関与しない裁判官が、自己の関与しない事件の判決書原本に署名捺印したのではないかと推測する余地がある、としているものと理解される。^③

三 本件判決の検討

1 訴訟記録上明らかな事実

次の事実関係は、本件訴訟記録上明白である。

(一) 平成八年二月二五日の原審第一回口頭弁論には、裁判長裁判官A、裁判官B及び同Cが出席し審理のうえ、口頭弁論を終結し、判決言渡期日を平成九年一月三一日午後一時と指定した。右指定された日時に第二回口頭弁論期日が開かれ、裁判長裁判官A、裁判官D及び同Cが出席し、裁判長Aが判決原本に基づいて判決を言渡した旨の記載がある口頭弁論(言渡)調書が作成された。同調書には、終結した第一回口頭弁論(最終口頭弁論)に関与した裁判長裁判

官A、裁判官B及び同Cの氏名が記載された判決正本が編綴されている（言渡調書には、第一審では言渡した判決原本が（法二五二条）が編綴されるが、控訴審では判決原本は訴訟記録とは別に保管され、判決正本（法二五五条二項）が編綴される。最判昭和二五年一月二六日民集四卷一号一一頁参照）。

(二) 担当書記官は、判決原本を保管する民事部訟廷事務室に、裁判長から受領した判決原本（旧法一九二条）を移管した。現に同訟廷事務室に保管されている判決原本には、最終口頭弁論に關与した裁判長裁判官A、裁判官B及び同Cの署名押印がされている。担当書記官は、判決言渡の当日に上告代理人に、同年二月三日に被告代理人にそれぞれ判決正本を交付送達した。上告代理人が交付を受けた右判決正本には、本件判決も指摘しているとおり、(1)裁判官名欄に、最終口頭弁論に關与した裁判官中Bの氏名の記載がなく、前記判決言渡期日に關与した裁判長裁判官A、裁判官D及び同C三名の記載がされ、(2)同判決正本二一頁七行目の「許されないもの」の次に「であり、また調停における合意は、私法上の和解契約とは異なり、裁判所が、民法六九六条の要件を備え、かつ民法九五条の要素の錯誤が存しないことを確認した上で成立したものであるから、調停における合意について、民法九五条の錯誤無効の主張をすることは許されないもの」という記載があるが、訟廷事務室に保管されている判決原本には右の記載がされていない。

(三) 担当書記官が、判決正本を送達した後の同年二月五日、上告代理人は「控訴審口頭弁論調書全部」の謄写申請をし、同月七日謄写を行った。そして翌八日、原審に、上告人名による上告の趣旨及び上告理由書と題する書面が提出された。同書面には、原審では一回だけ口頭弁論が開かれ、立会ったのは裁判長（筆者）、右陪席裁判官B、左陪席裁判官Dで主任のCで、裁判官Dは立会っていないのに、上記のように「判決文に登載されていることは正に民事訴訟法に定める裁判所の構成によらずして判決したもの…」との記載がされていた。そして、上告代理人名で、同月一〇日三万

八六〇〇円の収入印紙を貼付した上告状と題する書面が、同月二日前記上告人名で提出された書面とほぼ同内容を記載した上告趣意書と題する書面が各提出された。

(四) 担当書記官は、前記上告事件の上告手数料額が一三三万六〇〇円不足していたが追貼を求める事務連絡を怠るなどその後の事務処理手続を懈怠した。その後上告審である最高裁判所訟廷事件係から、上告事件記録の到着の遅れにつき、再三照会されていたが、そのままその処理を懈怠していた。

(五) 原審裁判所は、原判決言渡後一年以上が経過した平成一〇年五月一六日上告代理人に、同月一八日被上告代理人にわび状を同封しそれぞれ訟廷事務室に保管されている判決原本と同内容の判決正本を改めて送達した。そして、同月二九日上告代理人から前記上告手数料の不足分が納入され、同年六月一日双方の代理人に上告受理通知書が送達され、同年七月二一日の上告理由書提出期間の経過を待つて最高裁判所に上告記録が送付された。

(六) 右上告記録は、担当書記官の上司にあたる主任書記官、首席書記官、主任裁判官、裁判長及び庁の長(高等裁判所長官)の決裁を経て送付されているが、同記録中には、前記の経緯について原審裁判所が実施した調査の結果に基づき、主任書記官が作成した同月二二日付経過報告書が編綴されている。同報告書の記載の要旨は次のとおりである。

すなわち、平成九年一月三一日判決言渡後、担当書記官は直ちに判決原本を訟廷事務室に移管したこと、担当書記官は、当事者双方に判決正本を送達した後に、送達した判決正本の記載中に、判決原本と前記のとおり一部齟齬している箇所(裁判官の氏名と理由の一部)を発見し、双方代理人に判決正本の差し換えを申し入れたが、上告代理人からそれを拒否され、右齟齬を理由として上告されたこと、そのため、担当書記官は右過誤につき思い悩み、その後の事務処理手続を遅延させていたが、上司による発見が遅れたこと、その後右事実発見後、直ちに正しい判決正本を送達するなど以後

の手續を再度やり直したことが記載されている。

更に、その後、原審主任書記官作成の同年八月一二日付「報告書（補足説明）」が記録の追加送付の形で上告審である最高裁判所宛に提出されている。同報告書には、要旨次のとおり記載されている。(1) 最初に双方の代理人に送達した判決正本には、判決原本と対比すると、(イ)判決理由の一部及び(ロ)裁判所の構成について、それぞれ記載の齟齬があるところ、右判決原本には、最初から口頭弁論終結時に関与した裁判官が署名押印し、言渡は右の判決原本に基づいてされ、言渡終了後同判決原本が民事訴訟事務室に引渡されていて、判決原本に関しては全く問題がないこと、(2) 内容に齟齬がある誤った判決正本が作成された経緯については、次の①ないし③のとおりであること、すなわち、①前記(イ)の「判決理由の一部の誤り」の点は、まず判決正本作成の通常の手順どおりに、すでに合議体の主任裁判官から担当書記官に交付された判決起案のフロップシーに基づいて書記官室で原本用と正本用の二つの判決書を作成していたものであるが、その後更に、合議体によって、判決言渡前に判決理由の一部につき修正があり、主任裁判官から担当書記官に対し前記判決起案のフロップシーに修正を加えたものが改めて交付され、書記官室で修正された同フロップシーに基づいて再度原本用と正本用の判決書を作成した、②そして前記(ロ)の「裁判所の構成の誤り」の点に関しては、当時の合議体は四人の裁判官で構成されていたが、(i)担当書記官に交付された判決起案用フロップシーには裁判官名が打込んであったところ、担当書記官において、原本用の判決書を作成するために裁判官名を削除して（判決原本には裁判官の署名を要するから（民訴規一五七条、旧法一九一条一項）、裁判官の署名欄は空欄にして作成する）これを作成したうえで、次に正本用の判決書を作成するために裁判官名を打込む作業をする際に裁判官一名の氏名の打込みを誤ったものか、又は(ii)合議体から受領した判決起案のフロップシーに最初から裁判官名が打込んでなかったため、担当書記官において裁判官名を打込み

正本用判決書を作成する作業の際に、誤った裁判官名を打込んだものか、のいずれかであると考えられる、③右①及び②であるところ、担当書記官において、前記(イ)における理由部分が修正されていない方の判決正本に、裁判官名を誤って記入して作成してしまい、その誤った判決正本を当事者代理人に送達してしまつたと考えられること、(3)そして、担当書記官は判決正本送達後間もなく右判決正本の誤りを知り、判決正本の差換えを行うよう代理人に連絡したが、上告代理人の了解が得られず思い悩み、その後の事務処理手続を懈怠したこと、(4)平成一〇年五月一三日に至つて、主任裁判官が担当書記官から提出された上告受理事件記録を点検し、前年の平成九年二月八日に上告人が提出した前記書面中に、判決正本の裁判官名の記載の齟齬についての記述があることを知り調査したところ、言渡し済み判決原本と送達された判決正本との間に前記の齟齬のあることが明らかになつたので、直ちに原審裁判所は正しい判決正本の再送達等事後の手続をやり直したことが記載されている(以下主任書記官による右一通の報告書を併せて「主任書記官報告書」という)。

以上にみた事実は、訴訟記録上明白であり、その記録の閲覧により何人もこれを知ることができるものである(法九一条一項)。

2 裁判所に顕著な経験則

周知のように、訴訟における事実は一回限りの歴史的事実であるが、裁判官は事実認定過程のすべての局面において経験則を用いることになる。経験則とは、経験から帰納された事物の判断をする場合の前提となる知識や法則であり、これは一般常識に属するものから専門的知識、法則まで含まれるが、裁判官が職責上知る経験則は顕著な事実と同様に証明の必要はなく、これに基づいて事実認定することができる。そして裁判所が経験則を用い又は用いなかつた事実認

定が非常識としかいえないときは違法（理由不備、法三一・二条二項六号、三二・五条）となる。^④

そして、次の事項は、裁判所内部において、少なくとも経験則上明らか（顕著）なことである。

(一) 判決書は、合議に基づき、主任裁判官が原案を作成し（起案）、これにつき、まず相陪席裁判官が、次に裁判長がそれぞれ点検・添削し、更に、必要に応じ合議を繰返して補正し、最終的に内容が確定する。主任裁判官は、こうして出来上った確定内容を打込んだ判決起案のフロッピーを、判決原本及び判決正本作成のために担当書記官に交付する。上記のように判決原本には裁判官の署名を要する（民訴規一五七条一項、旧法一九一条一項）から、書記官は右裁判官署名欄を空欄にした判決原本を作成することになるので、主任裁判官が書記官に右フロッピーを交付する際に、フロッピーの裁判官署名欄に裁判官名を打込むことなく空欄にして交付する場合もあるが、通常は同欄に裁判官名を打込んでフロッピーを作成して交付する場合が多い。^⑤

(二) フロッピーを受領した書記官は、主任裁判官から交付を受けたフロッピーに裁判官名が打込まれていたときは、判決書原本についてはフロッピーの裁判官名を消去し署名欄を空欄にして作成し、その後判決正本については改めて同フロッピーに裁判官名を打込んで作成するか、又はその逆の手順で判決原本及び判決正本を作成する（通常判決原本には上質紙を使用することが多いから判決書の原本用と正本用の区別は明白である）。もし、主任裁判官から交付を受けたフロッピーの裁判官名欄に裁判官の氏名が打込んでないときは、担当書記官において同フロッピーにより判決原本を作成したうえ、判決正本は同フロッピーに裁判官名を打込んで作成している。そのうえで、担当書記官は、裁判官が署名捺印するために判決原本を主任裁判官に提出する。

(三) 判決原本への署名は、主任裁判官、相陪席裁判官、裁判長の順で行うが、その際、全裁判官において、判決書

の全文につき熟読検討をして、合議どおりで誤りが無いことを確認したうえで署名押印する。この場合、内容を確認することなく、まして自己の関与しない無関係の判決書に漫然と署名押印するという無責任なことは絶対になし、およそ考えられないことである。

右のようにして裁判官の署名押印がされ完成した判決原本は、担当書記官に交付され、判決言渡期日まで書記官室に厳重に保管される。

(四) 判決原本及び判決正本を作成するために主任裁判官が書記官にフロッピーを交付した後に、また、更に判決原本に裁判官の署名押印が終了した後でも、いわゆる判決の外部的成立時である判決言渡時まで、合議を更に深め、判決内容につき補正を加える必要の生ずることがないではないが、これを行うことに何らの問題はなく、これは、判決言渡の時点まで完璧な判決書の作成を追求する裁判所のプロ意識の顕れにほかならない。補正する場合は、すでに書記官にフロッピーが交付してあるときは、主任裁判官はその返還を受けて、合議結果に基づきフロッピーを補正してこれを書面化し、全裁判官から補正部分につき点検を経たうえで、改めて書記官に補正した草稿とフロッピーを交付する。

書記官はそれに基づき判決原本及び判決正本を改めて作成し直し(注(5)参照)、補正された判決原本を主任裁判官に提出し、全裁判官が補正部分に誤りのないことを確認して、署名押印をし直すことになる。そして、補正前の判決書原本は主任裁判官の責任において、補正前の判決書正本は担当書記官の責任においてそれぞれ破棄される(判決正本については、裁判官はその作成段階を含め全く関与しない)。

(五) 判決言渡期日又はこれに近接した日に、事前に、書記官は、主任裁判官のもとに、確認のため、前記保管中の判決原本を提出し、同裁判官は、念のため再度これを点検して誤りのないことを確認する。裁判長は、判決言渡期日に

同判決原本に基づき言渡をし(法二五二条)、法廷でその原本を立会書記官に交付して(民訴規一五八条)退廷する。書記官は、可能の限り速やかに当事者双方に対し、判決正本送達の手続をし(法二五五条)、かつ右裁判長から交付を受けた判決原本を訟廷事務室に引渡(移管)する。移管された右判決原本は訟廷事務室の担当者において保管され、他の何人も判決原本に手を加える余地はない。

判決言渡に立会った書記官は、言渡期日調書を作成するが、前記のように(1)控訴審では同調書に判決正本(第一審は判決原本)を添付し(前記最判昭和二五年一月二六日民集四卷一号一頁参照)、調書上に裁判長の押印を得るために主任裁判官に提出する。主任裁判官は言渡調書及び添付された判決正本を点検し、誤りのないことを確認したうえで裁判長に提出し、裁判長も同様に誤りのないことを確認のうえ調書に押印する。この場合、部の構成裁判官が三人を超えているときには、最終口頭弁論期日調書上の裁判官の記載及び言渡期日調書に添付されている判決正本上の裁判官の記載について、齟齬がないよう特に注意を払うのが通常である。裁判長の調書への押印が終り事件記録が書記官に渡された後は、記録は書記官が保管する。

(六) 言渡された判決に対し上告状の提出があつたときは、担当書記官はこれを点検したうえで主任裁判官に報告し、主任裁判官はこれにより上告があつたことを知ることになる。主任裁判官は、上告につき、上告要件を審査し、上告手続料に不足があるなど要件が不備のときは、合議のうえ担当書記官に指示し、まず書記官名で任意納付など補正を促す内容の事務連絡をし(民訴規五六条参照)、応じないときに裁判長の補正命令(法一三七条)を発する。そして、上告に伴う手続が適式に行われ、書類が整備されたとき、書記官は速やかに上告審(最高裁)へ記録を送付する。

上告審(最高裁)への記録の送付に際しては、その内容のすべてについて、担当書記官のほか、上司である主任書記

結果が報告される。

3 本件判決の問題点——その一

(一) 本件判決は、現に裁判所の訟廷事務室に保管されている判決原本(以下「正しい判決原本」という)には、最終口頭弁論に立会った裁判官の署名押印があること、判決言渡調書には、裁判長が判決原本に基づいて言渡した旨の記載があることを認めている(前記二一)。そして、同言渡期日調書には、右最終口頭弁論に立会った裁判官の記載がある正しい判決原本と同内容の判決正本(以下「正しい判決正本」という)が編綴されていることが明らかである(前記三一(一))。それにも拘らず、本件判決は、判決正本一般が裁判官から交付された判決原本により書記官が作成するものであること、書記官が最初に上告代理人に送達した判決正本(以下「誤った判決正本」という)には、最終口頭弁論に関与していない裁判官名の記載及び正しい判決原本の理由にない記載部分があることからすると、右誤った判決正本に相応する判決原本(以下「誤った判決原本」という)が存在していたとの疑いを払拭できないから、原判決が最終口頭弁論に関与した裁判官によりされたことが明らかとはいえないとしている。

それならば、本件判決は、右の「疑いを払拭」するために、自らの為すべき審理判断を尽したのであるうか。そもそも「法律に従って判決裁判所を構成しなかつたこと」(法三一二条二項一号、旧法三九五条一号)は職権調査事項であり、上告審でも、調査のため必要な事実の収集を行い(法三三二条)、そのため証拠調べの必要も生じるのである。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾したがって、前記のように、本件判決は裁判所の訟廷事務室に正しい判決原本が保管されていることを認め、記録上判決言渡調書に正しい判決正本も綴られているのだから、それと異なる誤った判決正本が作成されていたとしたら、その食

い違いの原因を調査し、究明する義務があるはずである。^① 少なくとも、(1)なぜ正しい判決原本が存在し、しかも訟廷事務室に保管されているのか、(2)裁判官が判決原本の内容を確認せず、自分が関与しない事件の判決原本に署名押印するなどということがありうるのか、本件の場合どうであったのか、(3)書記官による判決正本作成過程に過誤がなかったのか、(4)なぜ判決言渡調書に、判決原本に基づき判決の言渡がされた旨記載されたうえ、正しい判決正本が綴られているのか、について、本件記録に基づき丹念な調査検討を尽したうえで、これらにつき詳細な説示をし、(5)更に、右の(1)ないし(4)の事項に関し、前記のように(1)(六) 原審裁判所の長(高等裁判所長官)が関与して作成している主任書記官報告書が存在する(その記載内容は、裁判所における経験則に合致する)ところ、本件判決はその報告内容に反する判断をしているのであるから、これについて納得できる説示をする義務があるのである。しかし、本件判決は、その判文からも明白なように、これらにつき全く説明をすることなく、^② 前記のような結論のみを述べているのである。

そこで、以下に右の各点について検討する。

(1) まず、正しい判決原本とは別に、本判決のいう誤った判決原本なるものが存在していたか否かについてみる。当初誤った判決正本が訴訟代理人に送達されたことは記録上明らかであるが、このことから、直ちに誤った判決原本が存在するものと推測する(これを認めるに足りる直接証拠は存在しない)ことはできない。(イ)本件判決も認めているように、現に正しい判決原本が存在し訟廷事務室に保管されているところ、前記のとおり、事件記録に編綴されている主任書記官報告書(1)(六)によれば、原審では、最初から正しい判決原本が作成されていて、言渡はそれに基づいて行われ、判決宣告後直ちに同判決原本を訟廷事務室に移管しており、判決原本については全く問題はないこと、他方判決正本については、その作成段階において記載を誤ったものと考えられる旨の調査結果が記載されていること、(ロ)右主任書

記官報告書は、原審裁判所部内における詳細な調査結果に基づくものであり、かつ右調査結果を了知した上司の決裁を経ていたのであつて（前記1(六)、2(六)及び(八)、組織上下級庁から監督権のある上級庁（最高裁）に対し又は下級審から上級審に対し虚偽内容の報告が行われることは到底考えられないこと、(イ)裁判官が、基本である最終口頭弁論に関与しない訴訟事件の判決書につき、内容の確認もせず漫然と署名押印することは、およそプロとしてありえないこと（筆者の四〇年近い裁判官生活の中に見聞したことは全くない。総ての裁判官が同様であろう。2(三)及び(四)）など裁判所部内における明白な常識ないし経験則の存在からすると、誤つた判決原本なるものの存在を考えることは到底無理なことである。

本件判決は、判文上明らかなように、右の(イ)ないし(ハ)について全く説示をしていないが、正しい判決原本が、担当書記の手の届かない訟廷事務室に現に保管され、また判決言渡調書に正しい判決正本が編綴されている（本件判決は後者につき記述していない）事実をどのように考えたのであろうか。また本件判決の判断と全く相容れない内容の記述があり、かつそれは原審における調査結果に基づきかつ上司の決裁を経ているなど信用性が高いと考えられる主任書記官報告書を採用しない理由を全く示していないが、本件判決は、原審裁判所が、その庁の長（高等裁判所長官）を含め、いわば庁ぐるみで、司法行政上の上級庁であり、上告審でもある最高裁に虚偽の内容の報告書を提出したというのである（本件判決によればそういう結論になる。そうだとすれば虚偽内容の公文書作成に関与した右決裁権者（筆者も含む）の責任も問われるべきことになる。しかしそのようなことはされていない）。更に本件判決は、裁判官が判決書につき、いわゆるめぐら署名押印をしたというのであろうか。本件判決がそのように考えたのだとすると、上記裁判所部内の常識ないし伝統的経験則に反する極めて非常識な判断であつて（注（4）参照）、自らの品性の程度を示すにとど

まらず、下級審裁判所をいわれなく侮辱するものといふべきである。

(2) 次に、誤った判決原本なるものに基づき判決言渡をしたか否かについてみる。(イ)右(1)でみたように、誤った判決原本なるものの存在自体が認められないが、(ロ)前記のように(2)(三)ないし(五)、判決原本は、作成されてから言渡すまで書記官室に嚴重に保管され、同判決原本による言渡後法廷で書記官にそれが交付されたうえ、書記官から訟廷事務室に移管する取扱いであるところ、(ハ)前記のとおり(一)(六)主任書記官報告書によれば「原審では正しい判決原本に基づいて判決言渡がされ、言渡後直ちに同判決原本を訟廷事務室へ移管した」というのであつて、誤った判決原本により言渡されたと考える余地はないし、これを肯定するに足りる資料も全く存在しない。

(3) 右にみたように誤った判決原本なるものにより判決言渡がされたことは考えられないが、万一それが行われたと仮定するなら、正しい判決原本が存在し、それが訟廷事務室に保管されていることとの關係をどのように説明するであろうか。本件判決はこれにつき全く判断していない。だが、本件判決によれば、おそらく、誤った判決原本により言渡した後(正しい判決原本で言渡されれば問題はない)いかなる段階かで、正しい判決原本に差替えたというおおよそ裁判所内の経験則に反する推論をすることになるのであろう。そして、その場合、(イ)原審が誤った判決正本を送達後(誤った判決正本送達前に気づけば、そのまま誤った判決正本を送達するとは考えられない)で、かつ訟廷事務室に判決原本を移管する前に、誤った判決原本による言渡に気づき、訟廷事務室には正しい判決原本に差替えて移管したか、(ロ)又は訟廷事務室にも誤った判決原本を移管したが、その後誤った判決原本による言渡に気づき、訟廷事務室に保管中の判決原本を正しいものに差替えたかのいずれかということになるのであろう。

しかし、右(イ)については、およそ裁判官を含む裁判所職員がそのようなアンフェアな行動をすることはありえない

(前記2(七))のみならず、仮に正しい判決原本に差替えて訟廷事務室に移管したとすれば、当然のことながら、誤った判決正本送達がそのままでは、近い将来送達の効力につき紛糾を生じさせるおそれがあると予想されるはずだから、通常は速やかに正しい判決正本を送達し直すと考えられるが、本件事件記録によれば、原審が正しい判決正本を送達し直したのは、判決言渡後一年余り後のことで、しかもそれは、主任裁判官が事件記録を点検した際に担当書記官による誤った判決正本の作成及び送達を知ったことに因るものである(前記1(六)、注(11))。したがって、前記(イ)のように考えるのは、およそ裁判所現場における常識にも経験則にも反する推論である。

それでは、前記(ロ)のようにして正しい判決原本に差し替えたと考える余地があるであろうか。しかし、訟廷事務室の担当者が、その職責として、一旦移管を受けた判決原本の差替ないし取戻に応じることのありえないことは、裁判所内部の常識であり、およそありえないことは誰でも知っている。また、裁判官が担当書記官に右のような依頼をすることもありえない(前記2(七))。したがって、前記(ロ)のように推論する余地も全くない。

(4) 本件判決は、誤った判決正本に正しい判決原本にない判断部分の記載があることからすると、誤った判決正本に相応する誤った判決原本が存在したのではないかとの疑いが残るとする。だが、前記のとおり(2(四))、裁判所では、判決原本作成後でも、判決言渡直前まで、より良い判決を目指して合議及び補正が行われること、その場合の裁判官の署名押印は補正部分につき十分な点検をし誤りのないことを確認したうえでされ、補正前の判決書は主任裁判官の責任で破棄されていることは裁判所部内では自明のことである。そして、原審において、補正された正しい判決原本は書記官室に厳重に保管されており、それに基づいて言渡がされていると考える以外に判断の余地がないのであるから(上記(1)ないし(3))、本件判決が上記のような誤った判決原本が存在するとの疑いをもつとするのは、極めて非常識であり、

理解が困難である。

(5) そして、本件判決は、正しい判決原本があるから、「それに基づいて判決が言い渡され、書記官において判決正本を作成する際に過誤を生じたものと見る余地もないわけではない。」としていながら(注(21)参照)、判文上右「余地」に関し全く判断を示していないし、調査、検討したことがうかがえない。しかし、前記のとおり(1内)記載内容につき信用性の高い主任書記官報告書は、判決原本の作成及びその言渡に全く問題はなく、書記官が判決正本作成の際に誤った判決正本を作成したと考えられるとして、それにつき詳細記述しており、むしろその記述内容が裁判所における経験則に合致しているのであるから、本件判決はこれにつき納得するに足りる判断を示す必要がある。しかしそれは行われていない。

右(1)ないし(5)にみたとおりであって、これによれば、原審が誤った判決原本を作成し、同原本による言渡をしたと考える余地はなく(そもそも客観的にもそのような事実が存在しないことは注(22)、そうすると、判決正本を作成する際に過誤により誤った正本が作成されたというほかないのである(注(21)参照)。誤った判決原本が存在した疑いがあるとしながら、本件判決が、判文上、右の疑いなるものを解消するために上記(1)ないし(5)の点について審理及び判断を尽した形跡をうかがうことができないのである。右の「疑いが残る」とは、自らの努力不足を自認することにほかならないであろう。

(三) 最終口頭弁論に関与しない裁判官による判決関与(法二四九条一項、旧法一八七条一項参照)に関する裁判例について一瞥してみると、これを肯定したものとして、(1)最判昭和二五年九月一五日民集四卷九号三九五頁(判民三〇・鈴木Ⅱ鴻)、(2)昭和三二年一〇月四日民集一一卷一〇号一七〇三頁、(3)最判昭和三三年一月四日民集一一卷一五号三

二四七頁、(4)最判昭和四〇年二月一八日裁判集民七七号四〇五頁がある。いづれも最終口頭弁論に關与しない裁判官が判決に關わつたとされているものである。ところで、口頭弁論に關与した裁判官については口頭弁論期日調書の記載のみによつて証明される(法一六〇条三項、旧法一四七条、最判昭和二六年二月二二日民集五卷三号一〇二頁)ことから、眞実は判決原本に署名押印した裁判官が最終口頭弁論に關与していても、言渡期日調書(又は最終口頭弁論期日調書)作成の際、何らかの事由(書記官による調書上の裁判官名のゴム印の押し違いなど)で当該期日調書に記載されていないときには法律に従つて判決裁判所を構成しなかつた(法三一二条二項一号、旧法三九五条一項一号)として原判決は破棄を免れないことになるのである。そして右(1)、(2)及び(4)の判決の事案では(右(3)は、裁判官の交替があつたのに、弁論更新手続をせずに、交替後の裁判官によりされた判決は法律に従つて判決裁判所を構成しなかつたことになり、とされたもの)、基本となる口頭弁論調書上の記載と異なる裁判官が署名押印した判決原本により言渡がされ、しかもその判決原本が存在していることが明らかなのであるから、その結論はやむをえないというほかない。しかし、本件の場合、最終口頭弁論調書の記載と異なる裁判官名の記載された判決正本が存在するもの、それに相応する誤つた判決原本なるものは存在せず、むしろ最終口頭弁論調書の記載と同一の裁判官による署名押印のある正しい判決原本が存在し、かつ言渡期日調書には、正しい判決原本と同内容の正しい判決正本が編綴されているのであつて、上記裁判例と事実關係を異にしているのである(本件判決が、右事実關係につき詳細に検討をしていないことは上述した)。

4 本件判決の問題点——その二

そこで、次に本件判決に關し若干の付言を行うこととしたい。

(一) 本件判決は「上告人らは、……原判決には法律に従って判決裁判所を構成しなかつた違法があるとの趣旨を記載した上告理由書を提出したところ、原審は、改めて」正しい「判決正本を当事者双方に送達した」旨記述しているが、誤解を招きやすい表現である。

右本件判決のように「……ところ」という「ぎつかけ」になることを示す接続助詞的用法（広辞苑第四版一八四四頁）に続けて、年月日を示さないまま、原審が改めて正しい判決正本を送達したと記述すれば、原審（裁判所及び送達権者である（法九八条）書記官）は、上告理由書の指摘により、初めて誤った判決正本の送達、ひいては誤った判決原本なるものによる言渡を知り、誤りを糊塗するために、急遽正しい判決正本を送り直したかのように誤って受取られかねないおそれがある（現に前記日経新聞がこのような記載をしている。注（一））。

しかし、そもそも事件記録上、原審が、誤った判決正本の送達があつたことを、上告人の指摘により知つたことを認めるに足りる資料は存在しない（そのような事実もない）のみならず、前記のように（一）（四）及び（五）原審が上告人に対し正しい判決正本を送達したのは、上告が提起された後、直ちにはなく一年以上経過後であり、しかも主任裁判官が書記官から提出された上告記録点検中にそれを知つたことによるものである。仮に、本件判決が言うように、原審が、上告理由書提出を契機に、誤った判決正本が送達されたことを知り、（イ）それにより言渡が誤つた判決原本によりされたことを知つたとすれば、もはや判決正本の再送達などせずに、記録を上告審に送付するはずであるし（二）（七）、また（ロ）言渡しが正しい判決原本で行われていることが明らかなきときは、正本送達の効力を考慮し直ちに正しい判決正本の送達を行うだろうと考えられるが（三）（二）（三）右のようにそのような行動をしていない（注（一）参照）。同様に、上告人の指摘で誤つた判決正本の送達を知つたとすれば、原審裁判所の構成の誤りを主張している上告代理人に対し、その

主張と相容れない正しい判決正本との差替えを書記官から求めても拒絶されるであろうと予測されるのに、担当書記官は差替えを求めるといふ奇妙な行動をしたことになり、理解困難になってしまう。しかも前記のとおり（一五）信用性の高い主任書記官報告書中には、担当書記官が当事者双方に判決正本を送達した後に、その記載中に正しい判決原本との間に一部齟齬している箇所を発見し、判決正本の差替えを申入れたが、上告代理人はこれを拒否したうえ（その後、上告代理人は事件記録中口頭弁論調書を謄写したのち）、その齟齬を上告理由として上告した旨記載されているのである。判決書の記述は、誤解を生じさせる余地がないよう慎重かつ周到に行われなければならない。

（二） 本件判決は裁判官全員一致の意見による旨記述している。本件判決の構成員である裁判官らも、日常的に裁判書に署名押印し、判決原本による言渡をしているはずだから、裁判官が自己の関与しない訴訟事件の判決原本について、しかも記載内容を確認しないまま漫然と署名押印したり、誤った判決原本により言渡をすることのありえないことは、経験則として認識しているはずである。それなのに、本件判決において、少数意見としても、これを指摘した裁判官がひとりも居ないのはどうしたことだろうか（一体、本件判決の構成員たる裁判官は、本件判決内容を確認したうえで署名押印したのであるか。確認を果していれば、およそ署名押印することは困難なはずである）。また仮に、裁判官出身以外の構成員裁判官に、上記につき理解不十分な点があつたとすれば（そのようなことは無いはずであるが）、少なくとも裁判官出身の構成員裁判官は、これにつき裁判所内の厳正な伝統と実情につき説明すべき職責のあつたことは明白である（そして、これが容れられないときは、少なくとも少数意見として真実を述べるべきである）。これらの当り前のことが行われていれば、全員一致で、異なつた結論、すなわち正当な結論に到達していたはずである。しかし、本件判決では、これらが行われた形跡は無く、皮相的判断が示されているにすぎない。

(三) 中村治朗元最高裁判事は、東京地裁裁判長当時、しばしば陪席裁判官に対し、裁判というものの社会的影響力の大きさを説明し、一定の結論に到達したとしても、必ずもう一度いわゆる検算を行ない、理由と結論の妥当性を再確認せよとよく指導された(このお話を聞いた陪席裁判官は多いはずである)。常々、筆者はそれを心掛けてきたつもりであるが、本件判決は、このようないわゆる検算を行ったのであろうか。とりわけ、仮に原審が法律に従って裁判所を構成しないで判決を言渡した違法があるとされれば、判決及び裁判所に対する信用が著しく低下する結果を招来するのは必定なのであるから(注(2))、本件判決ではそのような結論に至るためには、慎重に審理を尽して誤りなきを期したうえで、その理由を判決書に詳述する義務があった(右を徹底すれば、前述のように本件判決の結論になることはありえない)。判決書の機能として、判決裁判所に自らの審理を反省させ、その判断を再検討し、客観視させることも挙げられているのである。¹⁷⁾

(四) 本件判決の事案においては、その訴訟記録を仔細に検討すれば、差戻審判決においても原審判決と同じ結論が示されること、したがって再度上告されるであろうことは、当然のように予測できたことであつた。現に本件判決による差戻審では、当然のことながら、右予測どおり原判決と同じ判断がされ、再度上告されたが、このほど上告棄却により確定をみたようである(注(2))。

ところで、右差戻審判決を経て再度の上告が行われるときは、被上告人にとってはそれだけ解決が遅延するし、かつ上告人にとっては前記(一)(三)(四)の上告費用(二二六万九二〇〇円)を二回負担する結果になる。当事者の右負担、特に後者の余分の金銭負担は、本件判決が、上述の資料、事実関係及び経験則につき、慎重かつ十分な調査、検討及び配慮をしないまま安易に差戻しという結論を選択した重大な過失により招来されたものである(国家賠償法一条一項、二項)

ことが明白である。

(五) 最高裁判所により原審判決が破棄されたときは、(イ)新聞などに掲載されることが多い(新聞などメディアは、最高裁で口頭弁論の開かれる事件(法三一九条、旧法四〇一条参照)に特に注目していることは周知のことである)が、(ロ)更に、裁判所、特に全国の高等裁判所部内において破棄判決が回覧に供され、(ハ)かつ最高裁判所裁判集に登載される取扱いが行われているほか、法律雑誌にも掲載される。本件判決においても例外ではなかった。その結果、上述してきたように審理を尽さず理由らしい理由を示していない本件判決に因り、原審が、誤った判決原本を作成したうえ、それに基づき言渡を行い、しかも正しい判決原本に差替えたのではないかと推測される誤った事実(このような事実がないことにつき注(22))が公表され、裁判及び裁判所に対する信用が著しく低下するに至り、かつそれらを行ったとする裁判官の氏名も不名誉にも公表されたのである。適正、公平という訴訟の理想に少しでも近づくべく、また公平であることはもちろん公平らしさについても、いやしくも疑念を抱かれないように心して、ひたすら事件処理に全力を傾注し精進している下級審裁判官として、原審の構成員一同は無念の思いで、心ない本件判決を受け止めたのである。

四 おわりに

以上にみたとおりであって、本件判決は、「書記官において判決正本を作成する際に、過誤を生じたものと見る余地がないわけでもない」が、書記官が裁判官から交付された判決原本により作成する判決正本に記載の誤りがあったのだ

から、それに相応する誤った判決原本が存在していたとの疑いを払拭できないので、法律に従って判決裁判所を構成したということはできないとしているけれども、上述してきたとおり、右説示は、裁判所に顕著な常識ないし経験則に反する論理的に飛躍した非常識なものであるうえ、本件記録上右説示と相容れない事実関係及び証拠につき判断を行っていない違法なものである。すなわち、上述したとおり、(1)原審の判決言渡調書には、裁判長が判決原本に基づいて判決言渡をしたと記載され、かつ正しい判決原本と同内容の正しい判決正本が編綴されているところ、(2)原審訟廷事務室には正しい判決原本が保管されていること、(3)前述した理由から明白なように記述内容につき信用性の高い主任書記官報告書には、右正しい判決原本について、その作成の経緯、保管状況、言渡及び言渡直後の訟廷事務室への移管などにつき詳述したうえで、判決原本及び言渡に関しては全く問題がないとし、判決正本については、その作成段階に誤りがあったと思われる旨記述がされていること、(4)しかも、裁判所に顕著な経験則として、裁判官が自己の関与しない判決書につきその記載内容を確認せずに漫然と署名することは絶対に無いしありえないこと、(5)その他前記三一及び二に明白な各事実からすると、むしろ、本件判決の結論とは反対に、正しい「判決原本に基いて判決が言い渡され、裁判所書記官において判決正本を作成する際に、過誤を生じたものと見る」²¹⁾(本件判決理由三一) 以外に考える余地がない(客観的事実としても、誤った判決原本が作成されたこと、それについて判決言渡のされたことはいずれも存在しない²²⁾)のである。このことは裁判所における経験則にも合致するのである。

本件判決は、判文上からも記録上からも明らかなように、職権調査事項につき調査・審理を尽したとはいえず、理由においても、本件記録上本件判決の結論と相容れない事実、証拠が存在し裁判所に顕著な経験則が存在するのに、これについて判断を示さないまま、これらに反する論理的に飛躍した非常識な結論を、ただ誤った判決正本の存在のみに依

拠して述べているにとどまる(到底判決に理由が備わっているとはいえない。注(4)のである。

判決言渡期日調書に綴られた判決原本には、裁判官の署名押印があるが、被告へ送達された判決正本には裁判官の記名がなかったという事案について、²⁸⁾「判決の正本に裁判官の氏名の記載がないとすれば、これは右正本を作成した裁判所書記官が右記載を脱漏したものである」と説示した最高裁(第三小法廷)判決平成三年四月二日(判時一三八六号九四頁)が参照されるべきであろう。

- (1) 平成一一年二月二十六日、朝日新聞を除く主要新聞各紙は、本件判決につき「裁判官交替でミス? 名高裁 判決記載間違う」などの見出しをつけたうえ、「名古屋高裁は上告した当事者が提出した上告趣意書で違いに気付き、正本を送り直したという」(日経)などの記事を大きく掲載した。
- (2) 仮に、原審に法律に従って判決裁判所を構成しないで判決を言渡した違法があるとすれば、判決ないし裁判所に対する国民の信頼を著しく低下させる重大な出来事である。しかし、原審に右の違法があるとした最高裁判決の判断の方にこそ誤りがあるときは、その誤りを明らかにして、右低下した信用を速やかに回復する必要がある。
本件判決により差戻された事件については、差戻審で再び原判決と同旨の判決がされ、再度上告された。過日、この第二次上告審(第二小法廷)で上告棄却の決定があった模様である。審理係属中であることなども考慮し、論評を差控えてきたが、上記の趣旨から本稿を草した次第である。
- (3) しかしながら、本件判決記述のような推論は、以下に詳述するように本件の訴訟記録上明らかな事実関係及び証拠並びに裁判所に顕著な経験則に照らし明らかに誤りである。
- (4) 以上の本文経験則に関する記述について、新堂・新民訴訟法(第二版)四六二頁、四七四頁、四八〇頁、伊藤眞・民事訴訟法(第三版)三〇一頁、兼子・松浦・新堂・竹下・条解民事訴訟法九二八頁など。
- (5) 本件の原判決の判決書を作成した主任裁判官の手もとは、原判決言渡後、担当書記官から返還された原判決の判決書原本及び正本を作成するのに使用したフロッピーが保管されている(その後筆者が保管)。このフロッピーの記録によると、原判決言渡日時である平成九年

一月三一日午後一時以前に、基本である口頭弁論に關与した正しい裁判官の氏名(裁判長裁判官A、裁判官B及び同C)が打込まれている。このことは全構成員で確認している。

(6) 注(1)の平成一二年二月二六日朝日新聞を除く新聞各紙の報道のとおり、原審裁判所は担当書記官を戒告処分している。しかし、本件判決の判断のとおりとすれば、裁判長を含め原審裁判官の責任は看過し難い重大なものであるはずのところ、何らの処分(裁判官弾劾法二條、裁判官分限法二條、裁判所法八〇條、下級裁判所事務処理規則二一一條)もされていない。

のみならず上記新聞報道に關連し、原審の司法行政の担当部局からは、本件判決の判断にも拘わらず、上級庁(最高裁)の司法行政担当部局(事務総局)では、主任書記官報告書(前記三一(六))記載のとおり、原判決をした裁判官に責められるべき点は全く存在しないと認識している旨の説明がされている。本件担当書記官の問題が判明してからの右司法行政担当部局の対応は、終始真摯かつ公正であったと思つている。

(7) 本件判決が「疑い」というように、本件記録上、本件判決の誤つた判決原本なるものは存在していないし、この存在を認めるに足りる直接的証拠も存在しない(なお、後記注(22))。本件判決が、誤つた判決原本の存在から、誤つた判決原本なるものが存在するのではないかと推測し、更にそのことから、いきなり原判決が最終口頭弁論に關与しない裁判官によりされたのではないかとするのは暴論である。仮に誤つた判決原本なるものが存在したとしても、言渡しは正しい判決原本で行うことがありうるであろうし、しかも現に正しい判決原本が裁判所に保管され、判決言渡調書に正しい判決正本が綴られているうえ、後にもるように記録上本件判決の推論に反する事実及び証拠資料が多く存在するのである。

(8) 菊井村松・民事訴訟法Ⅲ二八六頁。兼子松浦新堂竹下・前掲書二二二九頁、最判昭和三一・一〇・四民集一一卷一〇号一七〇三頁。

(9) 新堂・前掲書七七九頁。なお、本件判決が、絶対的上告理由の存在につき上告人に証明責任を負わせず、その不存在につき被上告人にそれを負担させるのは、一般の見解に反し問題であるとの指摘がされている(加波眞一「絶対的上告理由についての一考察」民事訴訟雜誌四九号一七頁)。

(10) 本件のように比較的簡単な事案なのに、主任書記官報告書(本文三一(六))を送付後上級審の判断が出ないので心配になり、同年初最高裁の協議会に出席した際、担当書記官室に立寄り(誤解を避けるため最高裁調査官室には行かずに)、右主任書記官報告書の記載は内部の厳正な調査の結果に基づき、手続上上司の決裁も経た正確なものであるから、資料として十分と考えられるが、万一上告理由との関係で原審の手続に疑念の点があれば、裁判の信用にかかわる重要なことなので、十分調査、照会下さるよう、担当調査官に伝達願いたい旨伝え、伝言するとの回答を得ていたのである。また、その後、本件の訴訟代理人から、本件につき上告審が口頭弁論を開き(法三一九條。原判決破

棄が予測される)判決言渡期日を指定した旨の連絡があったので、看過できない重大な問題であり、急拠調査官室に電話し、上記同様のことを説明し、主任書記官報告書でも十分でなければ、改めて原判決のフロツビー(注(4)参照)を添付し原裁判所の意見書(民訴規一九七条一項)を追送するので、口頭弁論再開(法二五三条)のうへ、慎重な審議をお願いしたい旨上申したのである。しかし、そのまま十分な調査、審理を尽くすことなく、「疑いを払拭することができない。」として上記判断が行われたのである(なお注(22)参照)。

(11) 原審裁判所が、書記官により誤った判決正本が当事者に送達されたことを後日知ったとき、調査の結果、直ちに、経緯を説明した詫び状とともに、正しい判決正本の送達をやり直した(前記のとおり本件記録上明白である)のは、正しい判決原本による言渡がされていたからであり、素直にそのように認めるのが、裁判所の常識(経験則)に合致するのである(前記のとおり主任書記官報告書にもその旨の記載がある)。

(12) 判決書には、訴訟当事者に裁判所の判断及び判断経過を知らせるとともに、国民一般にも判断内容を示し裁判の公正を保障する機能がある(菊井Ⅱ村松・民事訴訟法Ⅰ二〇五頁、新堂・前掲書五五六頁、兼子Ⅱ松浦Ⅱ新堂Ⅱ竹下・前掲書五五四頁)のだから、それに堪えらるる説示がされなければならない(三二二条二項六号)。

(13) 関連判例として、(1)大判昭和一年一月二七日民集一五卷二二〇二頁(原審最終口頭弁論に参与した裁判官Aは判決言渡にも関与したが、判決原本には、A裁判官は転動につき署名押印できない旨の裁判長の付記があった。しかしA裁判官の転動は右判決言渡期日後であったという事案につき、原判決原本は言渡前に作成されたが、A裁判官の署名捺印のない判決原本による言渡になるから違法であるとしたもの。判民一四四・菊井)、(2)最判昭和二十五年二月一日民集四卷二二号六五一頁及び最判昭和二十八年二月二四日集民一四号四八一頁(いずれも、口頭弁論終結後言渡前に裁判官の異動があったが、終結時の裁判官により判決書が作成されたもので問題ないとしたもの。判民五一・三ヶ月)がある。菊井Ⅱ村松・前掲民事訴訟法Ⅲ二四〇頁参照。

(14) 菊井Ⅱ村松・前掲民事訴訟法Ⅰ九八三頁、兼子Ⅱ松浦Ⅱ新堂Ⅱ竹下・前掲書三七〇頁参照。

(15) かつて上記(4)の判決について、筆者が所属していた合議体で検討が行われた際、口頭弁論調査記載の過誤と考えるほかないが、上記調査の証明力に関する規定(旧法一四七条)に照らすと、同判決の結論はやむをえないという結論であった。おそらく総ての裁判官が同様の意見であろう。

(16) 中村治朗最高裁判事の傑出した人格、仕事に対する厳しい姿勢については、判例時報一四八四号一頁(中村治朗裁判官追悼集)及び拙稿「先輩(高裁なごや二〇号一頁)」。また、同判事は、事件処理に当っては虚心に、柔軟に審理、判断すべきことを折にふれて説かれた(右拙稿)が、本件判決は虚心に、柔軟に審理を尽くし判断したのであるうか(もしそれが果たされたとすれば反対の結論になっていたはずである)。本文の中村判事と同旨を説くものとして、田尾桃二「事実認定の諸問題について」司法研修所論集九二号五二頁。

(17) 注(12) 掲記書参照。

(18) 判例自体の掲載はもちろんである(前記の判例タイムズ九九八号など)が、更にそれに関するコメントも公表される(注(9) 加波・前掲など)ことになるのである。本件判決に関しては、今後本稿にも言及してほしいと思うのである。

(19) 本件判決は主要新聞各紙により大きく報道されたが、筆者の知る限り朝日新聞は全く報道しなかった(注(11))。同紙は、最高裁判務総局広報課の説明により、上述してきた裁判所内部における明らかでない経験則など真実を理解し、本件判決につき掲載の価値を認めなかったであろう。

(20) 兼子・民事訴訟法体系三四頁。

(21) これまでに詳述してきた経緯によれば、おそらく、担当書記官は、正しい判決原本及び正しい判決正本を作成しながら、それ以前に作成した補正前の判決正本(ただし裁判官名の記載を誤った正本)を自己の責任で破棄することを失念し、誤ってこれを訴訟代理人に送達したのではないかと推測される。これも正本作成に関する過誤であることが明らかである(判決正本作成に関する過誤事例につき、菊井・村松・前掲民事訴訟法I一二五頁参照)。

(22) 原審裁判所は、誤った判決原本なるものを作成していない。したがってそれによる言渡しも、正しい判決原本に差替えるということもしていない(上述したとおり、本件判決の判断は、訴訟記録上の証拠資料及び裁判所に明白な経験則に照らし非常識なもので誤りであることが明らかであるが、客観的な事実にも反していることを、改めてここに明らかにしておきたい。なお、注(5)参照)。

(23) 上告の理由は、記録に編綴された判決原本に署名押印があり、被告へ送達された正本に氏名の記載がないとすると、原本の署名が言渡後にされたか、又は原本に署名がなかったたので正本にも記名をしなかった、すなわち判決原本による判決言渡がなかった可能性があるとするものであつて、判決はこれに対する判断である。本文最高裁判決の事案と本件判決のそれとは、正本に記載した過誤の内容に差はあるが、いずれも正本作成に関する過誤である点において差異はない。

(本学法科大学院法務研究科長・教授)