

〈 論 説 〉

# 「ドイツにおける民事鑑定合理化について」

清水 宏

## I. はじめに

たとえば、「遺伝子治療」なる言葉がある。この言葉から単純に考えると、将来疾病等の原因となり得る遺伝子そのものに治療を施して、そうした要因を取り除く手術ないしは治療方法を意味するように思える。しかし、遺伝子治療の正確な意義は、「疾病の治療を目的として、i) 遺伝子または遺伝子を注入した細胞を人の体内に投与すること、ii) 特定の塩基配列を標的として人の遺伝子を改変すること、iii) 遺伝子を改変した細胞を人の体内に投与すること」とされている<sup>(1)</sup>。この「遺伝子治療」なる言葉は、1990年代に臨床研究が行われるようになって以来、既に30年近くが経っているにもかかわらず、その意義を正確に理解できていないのは筆者だけではないであろう。さらに、遺伝子治療の「適切な」方法の具体的な内容、各遺伝子治療で得られる具体的な効果の理解に至っては、相当な専門的知見がある者を除いてきわめて限られることになるだろう。

このように科学技術の発達は、かつては考えられもしなかったような方法でわれわれの生活をより便利で快適なものとし、その福祉に貢献している。もっとも、その一方で、かつては誰もが身につけている程度の常識で理解できた技術などが、一般の人々の理解の及ばない特殊で専門的なものへと発展してい

---

(1) 遺伝子治療臨床研究に関する指針（平成31年厚生労働省告示第48号）第1章第1節第2（用語の定義）1参照。

る。社会的分業という観点からすれば、これも特に問題とすべきでもないのかもしれない。しかし、たとえば、訴訟という文脈でこの問題をとらえると、様々な問題を生じることになる。

当事者が訴訟代理人を選任せず、自ら当事者として訴訟追行を認める日本の民事訴訟においては、事件に適用される法律にもよるものの、一般には、訴えを提起する原告に請求原因事実の主張・立証責任が課されることになる。ところが、医療過誤事件、建築関係事件といった事件類型においては、特殊専門的な知識がなければ、事案そのものを理解することができず、主張・立証すべき事実を正確に把握できず、訴えの提起を困難ならしめる可能性がある。こうしたことについては、そうした事件に習熟した訴訟代理人による代理を受けることで対応することも可能ではある。しかし、それでも、地方裁判所以上の審級裁判所では原則として弁護士であることが要件となる訴訟代理人〔民事訴訟法（以下、民訴とする）54条1項本文〕はあくまで法律の専門家であって、医療や建築技術の専門家ではない。それゆえ、その専門性には自ずと限界を認めざるを得ないのが実情である。また、裁判所を構成する裁判官についても、専門部に所属する裁判官の当該特殊専門的な知識のレベルはきわめて高度であるようであるが、裁判官全体としてはやはり基本的に法律の専門家なのである。したがって、訴訟において必要とされる特殊専門的知識と、訴訟の主体である裁判所、当事者および訴訟代理人とをつなぐための制度が必要不可欠となる。このように、訴訟において必要とされる特殊専門的な知識を、訴訟において利用可能とする方法として日本には、鑑定（民訴212条以下）、専門委員（民訴92条の2以下）、鑑定の囑託（民訴218条）、私鑑定などが存在している。

これらの内、1890年に、1877年ドイツ民事訴訟法（CPO: Civilprozessordnung）を範として日本で初めて民事訴訟法<sup>(2)</sup>が制定されて以来中心となってきたのは鑑定制度である。ところで、筆者は2019年4月1日より1年間、在籍する東洋大学法学部よりドイツ連邦共和国ハンブルク州・市にあるブツェリウス・

---

(2) 明治23年法律第29号。

ロー・スクールでの在外研究を許された。そこで、日本法との関係で母法とも言うべきドイツ法における鑑定制度が社会の高度化・複雑化に合わせてどのように合理化を図ってきたかを、本稿では論じることとする。具体的には、ドイツにおける民事鑑定制度の沿革<sup>(3)</sup>を概観し、現行法制の内容を紹介する<sup>(4)</sup>。つぎに、訴訟外の制度ではあるものの、ドイツにおける専門的事件の解決に関して欠くことのできない存在である鑑定委員会ないしは調停所の仕組み<sup>(5)</sup>を紹介する。その上で、日本の法制と比較を行いながら、制度の方向性や課題について検討を行い、制度の合理化のあり方を考察することとする。

なお、本研究については、ブツェリウス・ロー・スクールの Matthias Jacobs 教授に物心両面で多大なるご支援を頂いた。また、日本大学法学部の小田司教授には Jacobs 教授をご紹介いただくなど様々な点でお世話になった。この場を借りて謝意を表させていただく。

## Ⅱ. ドイツにおける民事鑑定の概要

### 1. 沿革

ドイツにおける民事訴訟手続の歴史を概観すると、統一法典である1877年民事訴訟法の制定が一つの分水嶺となり得ると思われる。特に、鑑定制度との関

---

(3) ドイツ法の沿革については、杉山悦子『民事訴訟と専門家』(有斐閣、2007年)において詳細にまとめられている。本稿での論述はそれに屋上屋を重ねるほどの意味すら持たないのかもしれないが、本稿が在外研究報告としての性質を有することもあり、あえて述べる次第である。

(4) ドイツにおける鑑定制度については、杉山・前掲注3および木川統一郎編著『民事鑑定の研究』(判例タイムズ社、2003年)所収の諸論文参照。

(5) ドイツにおける鑑定委員会ないしは調停所を紹介する日本の文献としては、たとえば、畔柳達雄「現代型不法行為事件と裁判外紛争処理機構—ドイツにおける『医療事故鑑定委員会・調停所』瞥見—」判タ865号69頁以下、同「ドイツにおける『医療事故鑑定委員会・調停所』瞥見(続報)」法の支配111号1頁以下、同「ドイツの医療事故鑑定委員会・調停所の活動実績について」比較法研究72号88頁以下、我妻学「ドイツにおける医療紛争と裁判外紛争処理手続」都法45巻1号49頁以下、中村也寸志「ドイツにおける専門訴訟の実情(医療過誤訴訟および建築関係訴訟)」判時1696号32頁以下、一宮なほみ「ドイツ連邦共和国における鑑定制度の実情の調査について」判タ1095号36頁以下などがある。

係では、鑑定人という存在の法的な位置付けが一つのポイントとなる。そこで、大きく1877年民事訴訟法制定の前後に分けて、鑑定制度に関する立法の展開を概観した上で、近時の改正を通して現行法へのつながりを明らかにする。

### (1) 1877年民事訴訟法制定以前

ドイツ法の基礎となったローマ法、およびカノン法に基づく訴訟においては、限定的ではあるが、事実認定に関して専門家を関与させることが認められていた。

たとえば、ローマの民事訴訟<sup>(6)</sup>においては、土地境界確定訴訟において測量技師が、また、文書の筆跡が問題となる場合には筆跡鑑定人が、事件の解決のために裁判官に必要とされる専門知識を補う目的で利用された<sup>(7)</sup>。また、キリスト教会に関わる法的な関係を対象とするカノン法の下でも、教会の土地との争いで測量技師が利用されるなどしていた<sup>(8)</sup>。

この時代においては、訴訟となるのは不動産取引等をめぐる言わば牧歌的な紛争が中心であったため、裁判官が事実認定のために特殊専門的な知識を必要とすることが少なかった。そのため、訴訟に専門家を関与させるにしてもその法的な位置付け、すなわち、事実認定者なのか証拠方法なのか、また、証拠方法であるにしても証人と異なるのか、といった点についてはあまり整備されないままであった<sup>(9)</sup>。

その後、ローマ法を継受した普通訴訟法<sup>(10)</sup>が形成されたが、鑑定制度に対する対応にはそれほど進展がなかった<sup>(11)</sup>。その後1700年代後半に入り、バイエル

---

(6) Vgl. S., Leo Rosenberg/ Kerl Heinz Schwab/ Peter Gottwald, Zivilprozessrecht, 18 Aufl. (2018), § 4 Rn. 5-10.

(7) 杉山前掲注3・9-11頁。

(8) 杉山前掲注3・11-12頁

(9) 杉山前掲注3・13-15頁。

(10) Vgl. Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, § 4 Rn. 24-25, Harald Franzki, Sachverständiger — Diener oder Herr des Richters, DRiz 1991 S. 314.

(11) 杉山前掲注3・15頁。

ン王国およびプロイセン公国において、鑑定制度の整備が進展を見せるようになり始めた。たとえば、バイエルン王国では、1753年バイエルン裁判所法典で、鑑定が検証と並んで規定された<sup>(12)</sup>。それによれば、職権での鑑定が認められ、裁判所が鑑定人の任命や鑑定事項の決定を自由に行うことができ、鑑定人は裁判官の補助者と位置づけられていた<sup>(13)</sup>。また、プロイセン公国では、1793年プロイセン一般裁判所法において、鑑定手続の開始に関しては職権鑑定を認めていた<sup>(14)</sup>。また、鑑定人の任命については、当事者の推薦または合意による方法も裁判所が任命する方法も認められていた<sup>(15)</sup>。なお、鑑定意見の評価に関しては証拠調べの章に規定が置かれていたことに加え、鑑定人の宣誓や尋問は証人の規定に従っていた<sup>(16)</sup>。このように、1700年代に入っても、鑑定の位置付けについては明らかでなかった。

さらに1800年代に入ると、学説上で鑑定人の位置付けをめぐって議論が展開された<sup>(17)</sup>。こうした諸学説および1806年フランス民事訴訟法典の影響<sup>(18)</sup>を受けて、多くの他のラントでも民事訴訟法の整備が行われ、鑑定に関する立法もそれぞれ進展を見せ始めた<sup>(19)</sup>。たとえば、バーデンでは、普通訴訟法とフランス法の諸要素からなる1831年民事訴訟法が制定され、鑑定が証拠調べの方法として規定された<sup>(20)</sup>。そこでは、鑑定手続の開始や鑑定人の任命については、原則

---

(12) 杉山前掲注3・16頁。

(13) なお、解釈により、事実の立証に専門知識を要する場合には、当事者が鑑定事項の決定と鑑定人の任命を行うことも認められていた。そして、この場合は、鑑定人は証拠方法として扱われた。杉山前掲注3・17頁。

(14) 杉山前掲注3・18-19頁。

(15) 杉山前掲注3・19頁。

(16) 杉山前掲注3・20頁。このことから、鑑定人を証拠方法として扱っていた捉える向きもあったようである。Dirk Olzen, 'Richter und Sachverständigen in der neuen Rechtsgeschichte, ZRP S. 185. もっとも、明示的に証拠方法として定められておらず、厳密な位置付けは明確ではなかったとされる。杉山前掲注3・21頁。

(17) 鑑定人の位置付けをめぐる学説の詳細については、杉山前掲注3・21-37頁参照。

(18) Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 5 Rn. 27-29, Franzki, Sachverständiger S. 315.

(19) 杉山前掲注3・39頁。

として当事者主導とされ、また、鑑定意見の評価も原則として裁判官の自由心証に委ねられた<sup>(21)</sup>。また、ビュルテンベルクでもフランス法の影響を受けた1868年民事訴訟法において鑑定が証拠方法として位置付けられ、裁判官の自由心証に服するとともに、専門知識によって認識される過去の事実や状況を報告する鑑定証人との区別が明確化された<sup>(22)</sup>。もっとも、これらにおいては、鑑定人の忌避理由を裁判官のそれと同じにするなど、鑑定人を裁判官に近い存在と位置づける面もあった<sup>(23)</sup>。さらにハノーファーでは、数度の改正を経た1850年一般民事訴訟法において、フランス法の諸原則を取り入れつつも、職権鑑定を限定し、自由心証主義を採用しないなど、普通訴訟法的な要素も維持していた<sup>(24)</sup>。その文脈では、鑑定人を証人に近い存在と位置づけていたとみることができる<sup>(25)</sup>。

1800年代後半には、ドイツが国家としての統一に向かう中、1862年にドイツ連邦議会の多数派が統一的な民事訴訟法典を制定するため、ハノーファーに起草委員会を設置し、ドイツ連邦統一民事訴訟法草案が発表された<sup>(26)</sup>。また、プロイセンも単独で1864年に訴訟法草案が作成された<sup>(27)</sup>。もっとも、これらの草案は普仏戦争におけるプロイセンの勝利を契機として北ドイツ連邦が解消され、ドイツ帝国が成立したため、法典化されることはなかった。

---

(20) 杉山前掲注3・41頁。もっとも、鑑定人が裁判官と同じ理由で忌避され、金額の査定では多数意見への裁判官の拘束を認めるなど、裁判官に近い存在としても位置付けられていた。同・41-42頁。

(21) 杉山前掲注3・41-42頁。ここでは、一般教養によりほとんどすべての専門的知見を要する問題を自ら判断できるという裁判官像が採用されていた。Vgl. Franzki, Sachverständiger S. 315.

(22) 杉山前掲注3・47頁。なお、鑑定が職権による場合と当事者の申立てによる場合とで、具体的な手続にいくつかの差異が設けられていた。

(23) 杉山前掲注3・61頁。

(24) 杉山前掲注3・49-51頁。

(25) 杉山前掲注3・61頁。

(26) 杉山前掲注3・54-57頁。

(27) 杉山前掲注3・52-54頁。

## （2）1877年民事訴訟法制定以後

ドイツ帝国においても統一的な民事訴訟法典の制定作業が行われ、非公式のものも含めて三度にわたり草案が作成され、帝国議会での審議を経た後、1877年1月30日に公布された民事訴訟法が制定された<sup>(28)</sup>。この民事訴訟法典は、337条で「鑑定による証拠調べ」に「証人による証拠調べの規定が準用される」としていた。また、自由心証主義を採用し、鑑定評価に関する証拠法の特則を置かなかった。こうした点を鑑みれば、鑑定を証拠方法として定めていたものといえる<sup>(29)</sup>。もっとも、それと同時に、339条で「鑑定人の任命」を「受訴裁判所が行う」ものとし、341条で鑑定人が「裁判官と同じ理由で忌避される」ものとするなどしている。草案の理由書によれば、鑑定人が、特別な学問、技能、職業に基づいて得られた裁判官が有しない知識について助言者として利用される「裁判官の補助者」であることが明示的に挙げられていた<sup>(30)</sup>。これらのことを通じて、裁判官の鑑定人に対する独立性と手続の主導権が与えられ、当事者の権限が縮小されたとされる<sup>(31)</sup>。

その後民事訴訟法自体に関しては、当事者主義を制限し裁判官の権限を強化した1924年の小改正<sup>(32)</sup>、また、当事者の真実義務を導入した1933年の小改正も行われた。

第二次世界大戦後にドイツ連邦共和国とドイツ民主共和国が誕生し、前者において、1950年に裁判所構成、民事司法、刑事手続および費用法の分野についての法的統一の回復のための法律<sup>(33)</sup>が公布され、同時に裁判所構成法および新しい民事訴訟法典（ZPO: Zivilprozessordnung）も公布された<sup>(34)</sup>。

---

(28) Vgl. Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, § 5 Rn. Rn. 4.

(29) 杉山前掲注3・62頁。

(30) 杉山前掲注3・59頁。ただし、鑑定が証拠方法とされていることと併せて考えると、補助者概念が単なる説明概念へと変容していたとの分析がなされている。同・62頁。

(31) 杉山前掲注3・62頁。

(32) Vgl. Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, § 5 Rn. 7.

(33) BGBl. I S. 1421.

(34) Vgl. Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, § 5 Rn. 9.

### (3) 近時の法改正

その後、現行法に至るまでに民事訴訟法自体は数度にわたる改正を経ている<sup>(35)</sup>が、鑑定制度の改革に大きく関係する1990年および2016年の改正についてふれておく。

#### ①1990年改正

手続を簡素化し、合目的なものとし、そして、裁判所の負担を軽減することを目的とする1990年司法簡素化法（Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz von 1990）<sup>(36)</sup>においては、1977年の民事訴訟法委員会における報告書や1985年の第一次民事訴訟法改正法案の内容を引き継いだ改革がなされた。とりわけ鑑定制度に関しては、裁判所、双方当事者、および鑑定人の共同作業を改善することで、訴訟の迅速、廉価、適正を図ることが目的とされた<sup>(37)</sup>。立法草案の理由書<sup>(38)</sup>によれば、改正作業においては、裁判官から、鑑定意見作成に時間がかかることや、鑑定人の利用する専門用語が難解である点が問題として指摘された。これに対して鑑定人側からは、証明主題の決定に関与できないこと、鑑定委託の趣旨が不明なこと、あるいは事実関係に争いがある場合の鑑定の基礎となる事実の提共に関して、不満が提示された<sup>(39)</sup>。もっとも、たとえば鑑定に時間がかかるとの批判に対しては、鑑定にかかる時間は訴訟係属期間の6分の1に過ぎないと指摘などもなされた<sup>(40)</sup>。

こうしたことから、1990年改正においては、まず、刑事訴訟法78条と同様に、ZPO404a条1項において、裁判所が鑑定人の作業を指導することを義務

---

(35) Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 5 Rn. 10–21.

(36) BGBl I S. 2847. この法律による鑑定制度の改革を紹介したものととして、木川編前掲注4・432頁以下〔木川統一郎・生田美弥子〕。

(37) BT-Drucksache 11/3621, S. 22, Franzki, Sachverständiger S. 315..

(38) *Ibid.*

(39) 木川編前掲注4・432–433頁〔木川・生田〕。

(40) Hermut Pieper/ Leonie Brennung/ Günter Stahlmann, Sachverständige im Zivilprozeß (1982), S. 273, Kurt Rudolph, Die Zusammenarbeit des Richters und des Sachverständigen, WiVerw, 1988–I, S.38f. Rudolphは、鑑定が行われる事件に時間がかかる理由として、鑑定の行われる事件は本質的に困難で、和解が行われない事件が多いためであると指摘している。



付けた。また、鑑定人に作業の方法と範囲を通知することも定められた。これは、裁判所の指示に従わせることで鑑定人の忌避を減らすことを目的とするものである<sup>(41)</sup>。また、同条2項では、裁判所が鑑定課題の作成に先立って、鑑定人から意見を聴くとともに、その役割を指示し、委託した事項について説明すべきものとされた。これは、訴訟遅延の原因となり得る間違っただ証拠の問題の作成や鑑定人の誤解による作業を防止するためである<sup>(42)</sup>。さらに、同条3項では、事実関係に争いがある場合についての上述した鑑定人側からの不満を受けて、裁判所が前提事実を定める旨を定めた。このことにより、手続の促進と費用の削減も図られている<sup>(43)</sup>。その上同条4項では、鑑定人の証拠の問題の解明に関する権限範囲<sup>(44)</sup>、当事者との接触の可否、鑑定人の調査への当事者の関与について裁判所が定めるものとした。これは、専門的知見に基づき調査・実験・診断をする鑑定における鑑定人の調査活動の限界と方法を確定することを目的とし<sup>(45)</sup>、鑑定人に対する忌避を減じるとともに費用を削減する趣旨のものである。加えて同条5項では、裁判所と鑑定人との共同作業について、当事者に通知すべきことを定めている。これは当事者の法的審問請求権を保障するとともに、当事者に鑑定人の準備作業に協力してもらうためである<sup>(46)</sup>。

つぎに、ZPO406条2項1文において、訴訟促進の観点から忌避の申立て期間が、選任の決定の告知または送達になされた後2週間以内とされた。

さらに、ZPO407a条1項においては、委託内容が自己の専門に該当するか、また、独力で対応可能かを検討し、裁判所に通知する義務を課している。これも、鑑定の委託に関する問題点を早期に裁判所が把握することで、迅速な対応を図るためである<sup>(47)</sup>。また、同条2項では委託を受けた鑑定人による他の鑑定

(41) BT-Drucksache 11/ 3621, S. 26.

(42) 木川編前掲注4・440頁〔木川・生田〕参照。

(43) 木川編前掲注4・442-444頁〔木川・生田〕参照。

(44) これは、工業会議所および商業会議所の提案を受けたものとされる。これに対して、民事訴訟委員会の草案では「独自の解明の限界」を決定する旨の表現となっていたが、容れられなかった。

(45) BT-Drucksache 11/ 3621, S. 39.

(46) 木川編前掲注4・446頁〔木川・生田〕。

人への再委託が禁じられた。さらに同条3項では3文で不相当または予納を著しく上回る費用を指摘する義務が定められたことに対応して、1文で委託の内容および範囲について裁判所に説明を求めることができるものとしている。これは、鑑定人による不必要な調査や無用な費用の発生を防止するためである<sup>(48)</sup>。その上、同条4項により、鑑定人には鑑定に関する記録の返還義務が課されている<sup>(49)</sup>。なお、これらの義務は同条5項における裁判所の指摘義務により補完されている。

それから、ZPO409条1項では、鑑定人の不出頭または鑑定拒絶に対する訴訟費用の負担や秩序金による制裁が定められた。その他、書面による鑑定に関するZPO411条4項2文では、鑑定に対する異議や補充質問のための期間を裁判所が通知できることが定められた。これも、異議や質問への対応を円滑に行うことができるようにして、手続の促進を図るためのものである<sup>(50)</sup>。

その他、第12節に独立証拠調べ手続が新設された。これは、相手方の同意または証拠方法の利用が困難となるおそれを要件として、訴訟手続内または訴訟手続外で鑑定人による鑑定等を命じることを可能とするものである。たとえば、ZPO485条2項によれば人の容態、物の状態、価格、人的損害、物的損害または物の瑕疵の原因、それらを除去する費用について書面鑑定を利用することができる。また、ZPO493条によれば、独立証拠調べの結果をその後の本案訴訟に提出した場合、独立証拠調べ手続に相手方が欠席した場合を除いて、それを鑑定意見として利用することもできる。この独立証拠調べ手続の目的の一つには、その結果に基づいて当事者間で任意に和解が行われ、訴訟前に訴訟が解決されるようにすることがあった<sup>(51)</sup>。

---

(47) BT-Drucksache 11/ 3621, S. 27.

(48) BT-Drucksache 11/ 3621, S. 40f.

(49) これは、鑑定人が、鑑定報酬が少ないとして記録等の返還に応じないことに対応して設けられたものである。木川編前掲注4・452頁〔木川・生田〕。また、別の鑑定人が訴訟記録を必要とすることも指摘されている。BT-Drucksache 11/ 3621, S. 40f.

(50) BT-Drucksache 11/ 3621, S. 28.

このように、1990年の司法簡素化法による改革は、まさに裁判所の負担を軽減し、訴訟を促進するという観点で行われた<sup>(52)</sup>。

なお、2004年に第一次司法現代化法（Das I. Justizmodernisierungsgesetz von 24. 8. 2004）<sup>(53)</sup>により、ZPO411a 条が挿入され、他の手続によってなされた裁判所または検察庁の鑑定を利用すること<sup>(54)</sup>が可能となった。これも、鑑定人の任命や鑑定意見の作成期間を節減し、迅速な訴訟の実現を図る趣旨のものである<sup>(55)</sup>。

## ②2016年改正

直近の改正である2016年改正も、その背景にあったのは、鑑定の行われる事件の審理の長期化であった<sup>(56)</sup>。そしてその理由としては、鑑定人の選任に時間がかかること、鑑定意見の提出期限の運用に問題があることなどが指摘されていた<sup>(57)</sup>。また、鑑定人の質の確保も問題とされた<sup>(58)</sup>。そこで、裁判所における鑑定人の公正性の保証、鑑定意見の品質の向上、および効果的な訴訟促進を目的として<sup>(59)</sup>、2016年鑑定法改正に関する法律<sup>(60)</sup>により、さらなる改革が加えら

---

(51) Vgl. Walter Bayerlein (hrsg), Praxis Handbuch Sachverständigenrecht, 5 Aufl. (2015), § 21 Rn. 3 (Wolfgang Grossam).

(52) 裁判の発見に際しての裁判官と鑑定人の役割を新たに定義するという大局的な視点については、取り上げられなかった。

(53) BDBI. 3416.

(54) 旧法下の実務とそこでの問題点について検討したものとして、木川編前掲注4・98頁以下〔木川統一郎〕参照。

(55) BT-Drucksache 15/ 1508, 20.

(56) BT-Drucksache 18/ 6985, S.1f. 近時のドイツにおける訴訟遅延に関する調査に関しては、Johannes Keders/ Frank Walter, Langdauernd Zivilverfahren — Ursachen überlanger Verfahrensdauern und Abhilfemöglichkeiten, NJW 2013 1697ff.

(57) Keders/ Walter, 1700ff.

(58) たとえば、ハーゲン・フェーン大学心理学研究所の Salewski および Stülner が2014年に発表した研究において、ハム上級地方裁判所の管轄地区における2010年および2011年の法心理学的鑑定意見を調査した時に、116の鑑定意見に重大な欠陥が発見された。Eberhalt Stößer, Änderung im Sachverständigenrecht, FamRZ 2016 1902–1903.

(59) BT-Drucksache 18/ 6985, S.2.

(60) BGBl. 2016 I S. 2222.

れた。

具体的には、i) 民事訴訟法404条2項により鑑定人を任命する前に、当事者の法的審問請求権<sup>(61)</sup>に配慮して、当事者の意見聴取を行う裁量権が裁判所に認められたこと、ii) 民事訴訟法407a条1項により裁判所の定めた鑑定を行うための期間の遵守に関する鑑定人の通知義務、および鑑定人が自己の公正性に関して報告すべき義務が定められたこと、iii) 民事訴訟法411条1項により書面による鑑定意見を行う場合にその期間を設定しなければならないこと、および、同2項により違反した場合の秩序金の上限が3000ユーロに引き上げられたことが定められた<sup>(62)</sup>。なお、家事事件非訟事件手続法113条1項2文が婚姻関係事件および家族関係訴訟事件について民事訴訟法の規定を準用する旨定められており、また、とりわけ扶養料請求事件および夫婦財産関係事件においては、鑑定に関する民事訴訟法402条以下が直接適用されるため、これらの手続との関係で鑑定人の職業資格に関しても定めが置かれた<sup>(63)</sup>。

## 2. 現行法の概要

### (1) 鑑定人の位置付け

既に上述したように、鑑定人の位置付けをめぐっては、裁判官の補助者として裁判官に近い存在とする考え方と、証拠方法と位置づけ<sup>(64)</sup>の考え方との対立

---

(61) 当事者の法的審問請求権を定める基本法103条1項は、個別的な民事紛争事件における裁判所での手続における効果的な法的保護を要請している。このことを受けて、裁判所は、判決の基礎となる事実関係についての当事者の主張を認識し、検討する義務を負っており、そこには裁判所により選任された鑑定人に関する主張も含まれる。そのため、この意見聴取は法的審問の問題であるとされる。Joachim Lüblinghoff, Das Gesetz zur Änderung des Sachverständigenrechts, NJW 2016, 3329.

(62) 従来は、EGEdGB 6条1項1文により上限が1000ユーロであったが、一般的な鑑定人の報酬額等に鑑み、規定の実効性を確保するため3000ユーロに引き上げられた。Huber, S. 36.

(63) とりわけ、監護権者や面接交渉に関する親子関係事件における鑑定人の品質確保が問題とされていた。Stöber, S. 1903, Lüblinghoff, S. 3330, 3331-3332.

(64) もっとも、19世紀後半には既にこの「補助者」概念は単なる説明概念へと変容していたとの指摘がなされている。杉山前掲注3・62頁。この裁判所の補助者という概念を巡る議論については、同・140-152頁参照。

があり、それぞれが立法に影響を与えてきた。現行法ドイツ民事訴訟法では、鑑定は主として第3章「手続」における第5節「証拠調べ総則規定」の後の第8節402条以下に規定が置かれ、鑑定人に関して証拠方法としての位置付けがなされている<sup>(65)</sup>。すなわち、鑑定人の提供する専門的知見は、当事者の主張している判決の基礎となるべき事実の存否に対する裁判官の自由な評価（ZPO286条参照）に用いられることになる<sup>(66)</sup>。

もともと、同時に鑑定人は裁判官の補助者でもあるとされている<sup>(67)</sup>。これは、鑑定人は、裁判官の持ち合わせていない法規範または経験則に関する知識を裁判官に伝え、または、専門知識に属する経験則に基づいて確定された事実関係<sup>(68)</sup>から結論を引き出し、あるいは、自己の特別な専門知識に基づいて事実を確定することをその任務とするためである<sup>(69)</sup>。こうしたことから鑑定人の任務には裁判官の職務との接続性ないしは近似性があり、それ故に中立性が要求され、裁判官に近い存在として位置付けもなされている。もともと、鑑定人の職務執行の方法および範囲は裁判所の指示に基づいている（ZPO404a条1項参照）。こうした意味において、鑑定人は裁判官の補助者<sup>(70)</sup>と呼ばれている。

---

(65) Helmut Pieper, *Prospektiven des Gerichtsgutachtens - Der Sachverständigenbeweis in Rechtspflege — Vereinfachungsgesetz*, WiVerw 1981, 48, Caroline Meller-Hannich, *Die Rolle der Sachverständigen im deutschen Zivilprozess*, ZJP 129 (2016), S. 266, usw. なお、鑑定人と証人の区別に関しては、Dirk Olzen, *Das Verhältnis von Richtern und Sachverständigen im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes des freien Beweiswürdigung*, ZJP 93, S. 69–71.

(66) Pieper, *Prospektiven*, S. 48.

(67) BGH NJW 1998, 3355, 3356; BGH NJW 1994, 801, 802, vgl. Horst Sendler, *Richter und Sachverständiger*, NJW 1986, 2908, Olzen, *Beweiswürdigung*, S. 72, Adolf Baumbach/ Wolfgang Lauterbach/ Jan Albers/ Peter Hartmann, *Zivilprozessordnung*, 77. Aufl. (2019), Übers. § 402 Rn. 4, 5.

(68) BGH NJW 1993, 1796, 1797; BGHZ 62, 93, 95 = NJW 1974, 701.

(69) Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, § 122 Rn. 4.

(70) いくばくも事実関係から出発しなければならないかということ、および、そこから明らかになる法的効果の判断は裁判官に留保されており、鑑定人はこれに対して従属的ないしは助言的な機能を与えられている。Pieper, *Prospektiven*, S. 49. Vgl. Stein/janas *Kommentar zur Zivilprozessordnung* 23. Aufl. (2015) Bd. 5 vor § 402 Rn. 5 (Christian Berger), Rosenberg/ Swab/ Gottwald, § 122 Rn. 1, Siegfried Bloß, *Richter und Sachverständige*, ZJP 102 (1989) S. 413, usw. Auch Vgl. BGH NJW 3355, 3356.

したがって裁判官はある意味において鑑定人との共同作業<sup>(71)</sup>により事実認定を行うものではあるが、鑑定人の判断にすべてを委ねることは許されない<sup>(72)(73)</sup>。

鑑定人と、同じ人証である証人との関係については<sup>(74)</sup>、鑑定に証人に関する規定が一部準用される（ZPO402条）<sup>(75)</sup>ことから、その区別が古くから問題とされてきた<sup>(76)</sup>。この点について、証人の利用は、その者による偶然の具体的な個別事実の経験に基づくものであり、その供述である証言は代替不可能である<sup>(77)</sup>。これに対して鑑定人の鑑定意見は、一般に入手可能な一定の知識分野の経験および知識に基づくものであり、それ故に鑑定人には代替性が認められる<sup>(78)</sup>。

また、鑑定証人という存在もある。この者は、過去の事実または状況を特別な専門知識に基づいて知覚した者である（ZPO414条）。鑑定証人は、代替性がない点で鑑定人と区別され、自己の専門知識に基づいてのみ知覚をなしうることによって証人と区別される<sup>(79)</sup>。

さらに、鑑定と類似したものとして、私鑑定とよばれるものもある。これは、原則として一方の当事者によって委嘱を受けた鑑定人の鑑定意見は文書で

---

(71) この裁判官と鑑定人との共同作業という観点で鑑定人の活動を論じたものとして、Jöger Stamm, Zur Rechtstellung des Sachverständigen im Zivilprozess und dem daraus resultierenden Möglichkeiten zur Verbesserung der Zusammenarbeit mit dem Gericht, ZZZ 124, S. 433ff.

(72) Franzki, Sachverständiger S. 314.

(73) Siegfried Broß, Richter und Sachverständiger, dargestellt anhand ausgewählter Problem des Zivilprozess, ZZZ 102, 416-417は、裁判官としての経験に照らし、医事鑑定と技術鑑定とは異なる対応をするべきであるとする。すなわち、医事鑑定においては、そもそも裁判官は鑑定意見の内容を追思考することすら困難であるが、技術鑑定では、裁判官が自己の生活経験および職業経験に基づき、主張された分野ごとに鑑定意見を基礎として独自の判断を形成することが可能であるとしている。

(74) 証人と鑑定人の区別に関する基準をめぐる学説の展開については、杉山前掲注3・70-84頁参照。

(75) その趣旨は、当事者に鑑定内容につき質問する権利を保障する趣旨である。木川編前掲注4・60頁〔木川統一郎・清水宏〕。

(76) 杉山前掲注3・9-62頁参照。

(77) Stein/Jonas/ Berger, Vor § 373 Rn. 11.

(78) Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, § 122 Rn. 10.

(79) BGH MDR, 1974, 382; Stein/ Jonas/ Berger, vor § 373 Rn. 11.

裏付けられた当事者の専門的な主張であり、証拠方法ではないとされる<sup>(80)</sup>。したがって、これは裁判官が専門的争点を認定するための下敷きとして使用できる性質のものではなく、鑑定証拠でもってその当否を認定しなければならない<sup>(81)</sup>。ただし、私鑑定が専門的争点を完全に解決するに価すると認められるとき<sup>(82)</sup>は、当該私鑑定書を「書証」として用いてもよいとされる<sup>(83)</sup>。私鑑定を利用する大きなメリットとしては、裁判上の鑑定意見の正当性をテストするために用いる点<sup>(84)</sup>や、取り壊された建物、廃車になった乗用車、回復後死亡した患者のような時間の経過によって認定が不可能となりうる関連事実について早期に分析評価できる点にあるとされる<sup>(85)</sup>。私鑑定の費用は、原因責任に基づく違法性や過失にかかる費用償還請求権として確定され、最終的には訴訟費用の一部となる<sup>(86)</sup>。なお、双方当事者の同意がある場合には、鑑定人の鑑定意見として利用することもできる<sup>(87)</sup>。

## （2）鑑定人としての適格

鑑定人となりうる者は、裁判所がその者に必要な専門知識がある<sup>(88)</sup>と考

---

(80) BGH VRS 26, 86, BGH NJW 1982, 2874, BGHZ 98, 32, Stein/ Jonas/ Berger, vor § 402 Rn. 74, Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, § 122 Rn. 14, Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, Übers § 402 Rn. 21. Meller-Hannich, S. 278では、いかに私鑑定人が中立な立場で公正な私鑑定意見を作成したとしても、それが結果として自分に依頼した当事者に不利益である場合には、弁論主義的な選択に従い、当事者はそれを提出しないことが指摘されている。

(81) 木川編前掲注4・14-15頁〔木川〕。

(82) 裁判所によって採用される鑑定人の多くが私鑑定人としても活躍していることに鑑みれば、私鑑定の品質が一般的に低いとは言えないとの指摘がある。Meller-Hannich, S. 278.

(83) BGH VersR 1956, 63f., BGH VersR 1987, 1007f., BGH VersR 1993, 899f. なお、この私鑑定書による認定を阻むためには、相手方が裁判上の鑑定を申し立てなければならないとされる。この点について、裁判官には私鑑定書に完全に証明力があると判断する能力があるとする前提に疑問を呈し、こうした取扱いに反対するものとして、木川編前掲注4・96-97頁〔木川〕。

(84) 木川編前掲注4・14頁〔木川〕。

(85) Meller-Hannich, S. 277.

(86) Meller-Hannich, S. 277-278.

(87) BGH NJW 1993, 2382f; BGH NJW 1997, 3381, 3382; BGHZ 98, 32 = NJW 1986, 3077, 3079.

る、すべての第三者である<sup>(89)</sup>。また、鑑定人には自己の役割に関して、自己の活動に関係のある法分野の訴訟法的小よび実体法的基礎知識を身につけておくことが求められる<sup>(90)</sup>。

もつとも、鑑定人として選任できるのは、原則として自然人に限られ<sup>(91)</sup>、法人自体を鑑定人として選任することはできない。また、鑑定人は不偏的かつ中立的でなければならない<sup>(92)</sup>。これは、鑑定人を裁判官の補助者と位置づけたことによるものとされる。そのため、たとえば、大学附属病院、専門研究機関、特定の専門分野に関する団体等そのものを鑑定人として選任することはできない<sup>(93)</sup>。

これに対して、チーム作業での鑑定意見を作成するため、複数の専門化を鑑定人として選任し、これらの者がグループを形成して教導して作業をし、共同で鑑定書を作成すること、すなわち共同鑑定は可能である<sup>(94)</sup>。その場合、各鑑定人が鑑定意見のどの部分について誰が責任を負うのかが明らかにされなければならない<sup>(95)</sup>。その他、特別の定め<sup>(96)</sup>により、官庁、団体、および委員会が鑑定人として従事することもある<sup>(97)</sup>。ただし、この場合には、官庁や団体は鑑定人として忌避することができない<sup>(98)</sup>。

---

(88) 社会的な分業が進み、専門分化も進んでいる現代においては、高度に専門化した分野に関する専門性の程度について最低限度の要請が存在している。その意味では、高度に専門化した資格が鑑定意見の品質の裏付けの1つとなりうる。Meller-Hannich, S. 274.

(89) たとえば、家事事件非訟事件手続法163条1項では、同法167条6項、280条1項、321条1項に対応して、心理学、心理療法、児童、青年心理、精神医学、医学、教育学、社会教育学に関する職業的資格を有する適切な鑑定人を利用すべく準則を定めている。Stöber, S. 1904, Lüblinghoff, S. 3330.

(90) Meller-Hannich, S. 275.

(91) Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, § 122 Rn. 17.

(92) このことは、鑑定人の規範仲介機能および規範適用機能と対応したものである。Meller-Hannich, S. 276.

(93) OLG Düsseldorf FamRZ 1989, 1101.

(94) RG 8, 343, Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, S. 751. 共同鑑定一般については、木川編前掲注4・566頁以下〔木川・生田〕。また、ドイツにおけるかつての共同鑑定の実務の実情を紹介したものとして、木川編前掲注4・247-249〔木川〕参照。



### （3）鑑定手続の開始

上述したように、鑑定人は証拠方法である。したがって、弁論主義の下、当事者は証拠申し出の方法でもって鑑定を申し立てることができる（ZPO403条）<sup>(99)</sup>。その際、鑑定の対象となる法規、経験則、または事実を明らかにしてこれを行わなければならない<sup>(100)</sup>。これは、裁判所による鑑定人の選任や鑑定人に対する指示の負担を軽減するためである<sup>(101)</sup>。もっとも、特定の鑑定人の指名は原則として必要とされない。したがって後述するように具体的な鑑定人の選任は裁判所の職権で行われることになる。裁判官は、自己に専門知識が欠けている場合に、鑑定人を利用しないままもっぱら自己の法的判断でもって処理することは許されない<sup>(102)</sup>ため、当事者の申立てに適切に対応しなければな

- 
- (95) 杉山前掲注4・121頁。Vgl. BGH NJW 1959, 1323. なお、Helmut Friedrichs, Sachverständigengruppe und ihre Leite — Fortentwicklung des Sachverständigenbeweisrecht? JZ 1974, 257ff は、BGHSt, 22, 273 を題材に、共同鑑定において主たる鑑定人に責任を引き受けさせることに批判的な考察を加えている。
- (96) たとえば、特許法29条、商標法58条、実用新案法21条1項、建築法192条以下、連邦弁護士法73条2項8文などがある。
- (97) ドイツ法では、官庁をできるだけ自然人鑑定人の取扱いに近づけることで正しい鑑定をさせようとしている。木川編前掲注4・253頁。
- (98) 建築法192条・BGHZ62, 93 = NJW 1974, 701. したがって、偏頗性は証拠評価において顧慮されることになる。BGH MDR 1964, 223; OLG Nürnberg NJW 1967, 401. なお、宣誓については、実際に法廷で鑑定内容を説明する者にさせている。木川編前掲注4・253頁。
- (99) BGH NJW 2000, 1446, 1447; BGH NJW, 1994 794f.; NJW 1994, 2419, 2441. なお、Pieper, Prospktivten, S. 57は、証拠決定前に鑑定人となるであろう者に裁判所が意見聴取することを提案している。日本のように専門委員制度がないため、鑑定人への委託内容を定めるにはこのような方法を考えなければならないのであろう。
- (100) たとえば、医者への過失についてはなく、治療の失敗の原因の専門的な分析や治療水準について、また、認定された瑕疵からどの程度の作業賃金の減少が正当化されるかについてではなく、瑕疵ある給付の価値、価値減少のパーセンテージについて、鑑定意見を求めるべきである。Meller-Hannich, S. 269–270.
- (101) Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, § 403 Rn. 2
- (102) Vgl. BGH NJW 1995, 776. 本来ならば鑑定人の補助を必要とする分野において、裁判官が独力で専門的知見を調達し、それによって鑑定人をコントロールする、あるいは鑑定人の利用を控えることは慎むべきであるとの指摘がある。Broß, S. 418.

らない<sup>(103)</sup>。

もつとも、裁判所は裁量により、自己の専門知識で問題を判断するのに十分である場合<sup>(104)</sup>は鑑定 of 申立てを採用しないこともできる。こうした裁判官が自ら有する専門知識は、当該専門知識 of 正しさを確保し誤った判断を回避するためにも<sup>(105)</sup>、当事者双方に詳細に説明<sup>(106)</sup>した上で異議を述べる機会や鑑定を申し立てる機会を与えるべきであり<sup>(107)</sup>、異議に理由があれば鑑定を行わなければならない<sup>(108)</sup>。また、上訴の機会を保障するため判決理由においても適切に詳述するべきである<sup>(109)</sup>。裁判所が必要な専門知識を説明しなかった場合、または、判決が十分に根拠づけられていないことから裁判所に専門知識が欠けているものとされる場合、裁判所が鑑定を利用しなかったことは自由心証主義（ZPO286条）違反となる<sup>(110)</sup>。

また、裁判所に複数の相互に矛盾する鑑定意見が提出された場合、裁判所はそれら of うちの論理的に理解できる方に基づいて結論を出す<sup>(111)</sup>ことができ、それができない場合には、新しい鑑定人を選任しなければならない<sup>(112)</sup>。こう

---

(103) その意味では、証拠決定に関する裁判所 of 裁量権行使に一定の制約が課せられることになる。

(104) このような十分な専門知識を「鑑定人にとって替わりうる専門的知見」と呼ぶ。こうした専門的知見は、一般に、大学で体系的教育を受け、その後裁判官になってからもその分野について研究を継続しているような場合に認められる。また、長年専門部に勤務し、類似 of 鑑定事件を繰り返し体験しているような場合にも認められる。木川編前掲注4・9頁〔木川〕。このことは、合議体 of 場合には、一人 of 裁判官が専門的知見を有していれば足りるとされる。木川編前掲注4・137頁〔木川〕。なお、2018年1月1日より、銀行・金融取引、建築・建設契約、治療行為、保険契約に起因する紛争については、地方裁判所に必ず専門部を設け、当該専門部 of 裁判体に属する裁判官の専門知識を向上させることが図られている。BGBl I 169。

(105) 杉山前掲注3・65頁。

(106) BGH NJW 1970, 419. なお、例外的に、たとえば連邦特許裁判所 of 裁判官は必要な専門的知見を有していることが前提とされているため、そうした説明を要しない。Broß, S. 425.

(107) BGH NJW 2015, 2311; BGH NJW 1993, 2382. 杉山前掲注3・65頁。

(108) 鑑定人が必要とされる専門的知見を備えているかについてはチェックする方法があるものの、裁判官が本来 of 専門ではない法律以外の専門的知見を必要なレベルで備えているかをチェックすることは困難であるとの指摘がある。Broß, S. 418.

(109) BGH ZIP 2011, 766; BGH VersR 2007, 1008.

(110) Vgl. BGH NJW 1993, 1796, 1797.

したことにもかかわらず、すべての合理的な疑いが除去されず、一方の鑑定意見の優位を認めることもできず、新たな鑑定人を選定しても詳細な解明が得られるとは思われない場合にはじめて、裁判所は証明責任で処理することができる<sup>(113)</sup>。

加えて、裁判所は、申立てがなくとも職権で鑑定を命じることもできる(ZPO144条1項)<sup>(114)</sup>。これは、裁判所が鑑定の必要性を裁量に基づいて判断できることから、制度の機能的な利用というメリットに照らして認められているものである<sup>(115)(116)</sup>。裁判所はこの命令を答弁書の提出以降行うことができると解されている<sup>(117)</sup>。また、これにより、裁判所は証拠決定に先立って鑑定人から助言を受けることも可能となる<sup>(118)</sup>。この場合、裁判所はこの措置を予納金にかからしめてはならず(裁判所費用法10条)<sup>(119)</sup>、必要とあれば費用の建て替えを行わなければならない、最後の計算において費用負担の調整をすることとなる<sup>(120)</sup>。また、当事者から鑑定の申立てはあったものの、たとえば建築部分の

---

(111) その前提として、まず、裁判所はそれぞれの鑑定意見がどのような基礎を出発点としているか、同じ基礎を出発点とする場合、どのように異なる評価を行っているかを明らかにする必要がある。その上で、一方の鑑定人の前提とした事実関係や評価が大いに説得的であるとともに、仮に見落としがあれば、いつでも修正する用意のあることを示す必要がある。Broß, S. 428-429.

(112) BGH VersR 2011, 552; BGH VersR 2009, 975. ただし、新たな鑑定人の選任には高額のコストとさらなる時間がかかることも検討する必要がある。Broß, S. 430.

(113) Broß, S. 429.

(114) 日本民事訴訟法151条1項5号も職権で鑑定を命じることができる旨定めているものの、これは釈明処分に関する規定であり、審理に一般的に適用されるZPO144とは異なるものとするのが通説である。なお、木川編前掲注4・参照

(115) 商慣習や取引慣行に関して用いられることが指摘されている。ペーター・ゴットバルト(本問学訳)「ドイツ民事訴訟における鑑定人の地位と鑑定の位置付け」金沢法学61巻1号265頁。もっとも、近時は鑑定が必要な事件において鑑定が利用されないというかたちでの裁量権の濫用が問題視されており、裁量権の制約のあり方が議論されている。杉山前掲注3・63-65頁参照。

(116) Stamm, S. 441は、争いある事実関係の解明のため職権により鑑定を委託することは弁論主義との関係で問題であるとする。

(117) Stamm, S. 441-442.

(118) Stamm, S. 443.

(119) BGH NJW 2000, 743.

開放のように当事者が鑑定作業に難色を示す場合には、裁判所は鑑定作業の受忍命令を発することもできる（ZPO144条1項3文）。もっとも、実務において職権鑑定が行われることはかなり少ないとされる<sup>(121)</sup>。

#### （４）選任

鑑定人となるべき者は、裁判所または選任権限を与えられた（受命・受託）裁判官（ZPO404条、372条2項、405条）により選任される。この裁判所による鑑定人の選任は義務裁量に基づくものである<sup>(122)</sup>。裁判所ないしは裁判官は、誰を鑑定人として選任するかを、また、何人選任するかを裁量により決定することができる（ZPO404条1項<sup>(123)</sup>）。また、裁判所は、鑑定人を選任する前<sup>(124)</sup>に、当事者から鑑定人候補者について意見を聴取<sup>(125)</sup>することができる（ZPO404条2項<sup>(126)</sup>）。一方当事者が鑑定人候補者を提案した場合には、他方の意見を聴

---

(120) Greger, FS Leipold, S. 51. Meller-Hannich, S. 268, 286は、判決作成のための抽象的一般的基礎を獲得することは裁判所の責務に属することを理由として、当事者の負担とすべきではないとする。

(121) Pieper/ Brennung/ Stahlmann, S. 227.

(122) Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, § 404 Rn. 5.

(123) 裁判所は、選定に際して、専門的な団体、手工業会議所、工業会議所、および商業会議所などのデータバンクを基礎とするリストを利用することが考えられる。Meller-Hannich, S. 275. もっとも、実際には裁判所には適切な鑑定人に関する知識がない場合が多く、完全に裁量で鑑定人を選任することは困難であるとされる。杉山前掲注3・68頁。そこで、鑑定人リストには、鑑定人の特別な専門的知見、裁判上の鑑定人としての経験、鑑定人の連絡先を掲載することが望まれている。Vgl. Franzki, Sachverständiger S. 317.

(124) 意見聴取の時期としては、たとえば、事前に鑑定の必要性が予測される場合は訴状送達時（ZPO270条、271条）、また、準備的措置として答弁のための期間設定と同時に行う（ZPO272条、273条）、さらに、和解期日（ZPO278条）または早期第一回期日（ZPO279条）において行うことが考えられている。Michael Huber, Das Gesetz zur Änderung des Sachverständigenrechts in der Praxis des Zivilprozess, Jus 2017, 34.

(125) 実務では規定が置かれる前から、鑑定人の選任に関して両当事者の意見を聴いていたようである。立法に関しても1975年に民事訴訟法委員会の報告書で提案されていた（実現は見送られた）。杉山前掲注3・69頁参照。しかし、規定が置かれたのは上述の様に2016年改正においてであった。

(126) たとえば、既に双方当事者が当該鑑定人候補者について訴訟書面で言及している場合には意見聴取を省略することができる。Huber, S. 34.

取すれば足りる<sup>(127)</sup>。もっとも、裁判所は当事者の意見に拘束されることなく、鑑定人を選任することができる<sup>(128)</sup>。当然のことながら鑑定人を選任するに際しては、正しい専門領域から選ばなければならない<sup>(129)</sup>、当該分野の平均的専門家以上の専門家であることが望ましいとされている<sup>(130)</sup>。これに対して公選鑑定人<sup>(131)</sup>は優先的に選任するべきであるとされている（ZPO404条2項）<sup>(132)</sup>。一般に、裁判所は公選鑑定人のリストを管理しているとされており、そこから公選鑑定人を選任することになる<sup>(133)</sup>。

上述の様に申立てに際して当事者が具体的な鑑定人の氏名を挙げる必要はないものの、裁判所は適切な鑑定人の名を挙げるよう当事者に求めることができる（404条3項）<sup>(134)</sup>。裁判所が適当な鑑定人を見つけられない場合、不定期間の障害（ZPO356条）があるものとして証拠調べを見合わせることもできる<sup>(135)</sup>。

共同鑑定を行う場合は、各構成員が裁判上の鑑定人であるため、長である主鑑定人などに他の鑑定人候補者の提案を求めることは問題がないが、その任命までも委ねることはできない<sup>(136)</sup>。

一度鑑定人が選任された後でも、裁判所は、提出された鑑定意見が不十分で

---

(127) Huber, S.35.

(128) 裁判所が、当事者により述べられた鑑定人候補者に対する異議に従わず、その者を鑑定人として選任した場合、その理由を述べる必要はない。Stöber, S. 1903.

(129) BGH NJW 2009, 1209, 1210.

(130) 木川編前掲注4・204-205頁〔木川〕。

(131) 各種業法に基づいて、広範な専門分野を対象とする商工会議所、手工業のみを対象とする手工業会議所、建築技術委員会、州の農業庁、税理士会などの業界団体や州の監督官庁が選任し、一般的な宣誓をした専門家をいう。杉山前掲注3・68頁。また、公選鑑定人一般については、木川編前掲注4・262-279頁〔清水宏〕。

(132) Düsseldorf NJW 2013, 620.

(133) Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, § 404 Rn. 6.

(134) Vgl. Franzki, Sachverständiger S. 317. もちろん、推薦がなければ、裁判所が合理的に可能な方法で、職権をもって鑑定人を選任することになる。なお、その際、偏頗の疑いを避けるためにも、複数の候補者を提案してもらうのが有益であるとの指摘がある。Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, § 403 Rn. 5.

(135) BGH MDR 2017, 896.

(136) Stein/ Jonas/ Berger, § 404 Rn. 11. なお、宣誓、忌避なども各構成員それぞれについて行われる。

ある場合<sup>(137)</sup>、新たな鑑定人である再鑑定人に鑑定を命じることができる（ZPO412条1項）。もっとも、再鑑定人は、報告された鑑定意見が重大な瑕疵によって損なわれている場合、または、それまでの鑑定人の専門知識に疑念があるといった例外的な場合にのみ、選任されることになる<sup>(138)</sup>。

さらに、複数の鑑定人の鑑定意見が異なっている<sup>(139)</sup>場合、裁判所は、その超越的な専門知識または特定の権威<sup>(140)</sup>に基づく上級鑑定を行うための鑑定人を選任することもできる<sup>(141)</sup>。

当事者がある特定の人物を鑑定人とすることで意見が一致した場合、裁判所はそれに拘束される（ZPO404条4項）<sup>(142)</sup>。当事者の合意による場合であっても、裁判所は鑑定人の数を制限することはできる。また、裁判所は当事者の合意に基づき選任された鑑定人と並んで、独自に鑑定人を選任することもできる<sup>(143)</sup>。

鑑定人の選任は決定手続（ZPO329条）により、当該決定が証拠決定（ZPO358条以下）となる。裁判所は当事者の忌避権を保障するため、この証拠決定を双方当事者に送達すべきであるとされる<sup>(144)</sup>。この証拠決定は訴訟指揮に関する

---

(137) 具体的には、鑑定人の専門知識に疑義がある場合、鑑定人が誤った事実を前提としている場合、鑑定人の判断に矛盾がある場合、別の鑑定人がより優れた手段または新規の認識を有している場合などである。BGH FamRZ 1962, 115; BGH MDR 1964, 490; BGH VersR 1969, 188, Olzen, Beweiswürdigung, S. 80.

(138) BGH MDR 1980, 662.

(139) Vgl. BGH NJW 1987, 442, BayOLG WoM 1990, 178, BGH VersR 2009, 500.

(140) こうした鑑定人の権威が鑑定意見の公正さ、正当性の担保と考えられているとの指摘がある。一宮前掲注5・39頁。

(141) Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, § 412 Rn. 5-7. 上級鑑定はすべての新たな鑑定を指すものではなく、争いなくすぐれた専門知識を有しており、既存の複数の鑑定意見の矛盾を解明することができるものだけをいう。とはいえ、これも自由な証拠評価に服するのであって、他の鑑定意見より必ず優位に扱わなければならない、他の鑑定意見を排除しなければならないというものではない。Broß, S. 434-435.

(142) これは当事者主義の要請である。Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, § 404 Rn. 6.

(143) Stein/ Jonas/ Berger, § 404 R. 38, Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, § 404 Rn. 6.

(144) Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, § 404 Rn. 7

ものであって、独立して取消可能な中間的な判断ではない<sup>(145)</sup>。裁判所は、ZPO402条により準用される379条および裁判所費用法17条3項にしたがい、鑑定人の選任を相当な予納金の支払にかからしめることができる<sup>(146)</sup>。なお、裁判所は、証拠決定において示された鑑定人とは異なる者の鑑定意見を利用する場合、口頭弁論終結前に適時に当事者にこのことを伝えなければならない<sup>(147)</sup>。

### （5）鑑定人への指揮

裁判所は鑑定人の活動を指揮しなければならない、その行為の種類および範囲について指示を与えることができる（ZPO404a条1項、411条1項）<sup>(148)</sup>。上述したように鑑定人は裁判所の補助者であるため、その職務を円滑に遂行することができるよう、裁判所は必要な限りにおいて、鑑定人を援助する必要がある<sup>(149)</sup>。もっとも、鑑定人には、たとえば技術者のような非法律専門家であって、訴訟手続にも不慣れな者もいる。そこで、裁判所は鑑定人の職務、法的な概念、当事者の異議などについて鑑定人を指導しなければならない<sup>(150)</sup>。また、「特段の事情により必要な限り<sup>(151)</sup>」、鑑定人から意見を聴き、その役割を指示

---

(145) BGH NJW 2009, 995, Stöber, S. 1903. 反対, Meller-Hannich, S. 273. 当事者の判決に対する拘束の根底には、当事者が証拠調べに影響を与えることができたとの意味での手続保障が必要であり、一方当事者の消極的な意見表明に対処しない場合は、証拠調べの補充またはやり直しを認めるべきであるとしている。

(146) BGH FamRZ 1969, 477.

(147) BGH JZ 11986, 241, 244.

(148) たとえば、鑑定人に任務に就くように指示し、鑑定の前提となる事実を教示し、どのような調査や誰との接触が可能かを説明することになる。Meller-Hannich, S. 281. このことは、特に事故原因や瑕疵の原因を解明する必要があり、そのために現状の建築状態への介入等が必要となる場合に行われる。ゴットバルト前掲注114・268-269頁。また、必要があれば、裁判所は証拠決定前に鑑定人候補者を呼び出し、当事者と協力して事実および争点を整理し、鑑定人がその専門的知見をもってどのようなことができるかを確認し、そうしたことを踏まえて委託内容を確定するべきである。Franzki, Sachverständiger S. 318.

(149) この定めにより、鑑定の手続面については、裁判所が責任を負うことになる。Pieper, Prospektiven, S. 56

(150) Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, § 404a Rn. 5. もっとも、指導と称して鑑定人の能力や適性を試すことは許されず、その職業的名誉に配慮しなければならない。Ibid.

し、求めに応じて委託した事項を説明しなければならない（ZPO404a 条 2 項）<sup>(152)</sup>。さらに、鑑定人は原則として自己の責任で事案を解明する権限を有しないため、鑑定人が自己の専門知識による判断を行う前提となる事実が前もって裁判所から与えられなければならない<sup>(153)</sup>。そして、事実関係に争いのある場合には、裁判所はどの事実について鑑定意見を求めるかを決め（ZPO404a 条 3 項）<sup>(154)</sup>、その限りにおいてのみ鑑定人には事案解明の権限が与えられることになる（ZPO404a 条 4 項）<sup>(155)</sup>。こうしたことで、鑑定人が誤った事実を出発点として、鑑定作業を行うことを防止できる。また、なお、裁判所は後述する書面による鑑定意見を提出すべき期間（ZPO411 条 1 項）や鑑定意見の審理のための期間等の設定も指揮の一環として行うことができる<sup>(156)</sup>。

これらのことは、後述する鑑定人の義務に対応したものである<sup>(157)</sup>。

---

(151) たとえば、確定された事実関係の本当の範囲が問題となる場合、鑑定人の専門知識が十分であるかが問題となった場合、共同鑑定が問題となった場合、鑑定作業の一環として建物の床をはがす必要がある場合、などがある。Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, § 404a Rn. 6.

(152) 実務においては、たとえば、時間は十分か、口頭鑑定と書面による鑑定のいずれを推奨するか、証拠の問題を理解しているか、どの程度の費用の予納が必要となるかなどについて協議が行われているようである。Meller-Hannich, S. 281.

(153) Reinhard Greger, Substanzverletzende Eingriffe gerichtlichen Sachverständigen, Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag (2009), S. 47. これにより、鑑定人は、一件記録を閲読し、その分析をする作業を省力でき、それが時間と費用の削減にもつながることが期待できる。Pieper, Prospektiven, S. 56.

(154) BGH NJW 1997, 1447. なお、専門的事実に関しては、上述のように、鑑定人にその確定を委託することができる。BGH RR 1995, 716, Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, § 404a Rn. 7.

(155) もっとも、事案解明といっても、たとえば鑑定人による証人尋問まで許容されるわけではない。Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, § 404a Rn. 8. 鑑定人が証人の証言を必要とする場合は、求釈明を行い、当事者に証人尋問を申し出てもらい、その上で、裁判所を通して尋問してもらうことになる。この点は民事訴訟規則133条で鑑定人による証人に対する直接の質問を認める日本法と異なる点である。

(156) 裁判所は、証拠決定においてこれを定めることもできる。Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, § 404a Rn. 9.

(157) Huber, S. 37.



## （6）鑑定人に対する忌避

当事者は、裁判官が法律上職務から除斥され、または忌避されるのと同じ理由に基づいて、忌避することができる（ZPO406条1項<sup>(158)</sup>）。これは、鑑定人が当事者の申立てにより選任される場合と職権により選任される場合とで異なるものではない<sup>(159)</sup>。

忌避事由は、鑑定人と当事者の関係のようなものから、裁判所の指示に対する違反のような手続に関するものまで多様である<sup>(160)</sup>。具体的に忌避事由に該当する場合としては、たとえば、鑑定人が当事者の一方のために有料の私鑑定意見を行った場合<sup>(161)</sup>、鑑定人が当事者またはその法定代理人に対して依存関係もしくは従属関係にある場合<sup>(162)</sup>、鑑定人が自己の鑑定意見の準備作業を一方当事者にだけ相談したが、他方の当事者には関与の機会を与えなかった場合<sup>(163)</sup>、鑑定人が鑑定意見の委託内容を守らず、当事者の主張そのものと鑑定人の関係を再検討する場合<sup>(164)</sup>、鑑定人が事実に即さないで鑑定意見に対する異議に回答した場合<sup>(165)</sup>、訴訟当事者の一方と類似した企業を経営し、競争関係にある場合<sup>(166)</sup>、などがある。これに対して、並行している刑事手続において検察庁の委託を受けている場合<sup>(167)</sup>、保険業界のために私鑑定人として活動している場合<sup>(168)</sup>は忌避事由とならないとされる。なお、第1審における鑑定

(158) Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, § 406 Rn. 5は、鑑定人が裁判官の補助者であることから、この忌避を説明している。VGH München NJW 2004, 90, Ordenburg AnwBl 2017, 336.

(159) もっとも、官庁その他の特別法に基づき鑑定を行う団体に対しては忌避をすることができない。Düsseldorf FamRZ 1989, 1102, Frankfurt OLGR 1998, 381, Hamm RR 1990, 1471.

(160) Vgl. Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, § 406 Rn. 6-20.

(161) BGH NJW 1972, 1133.

(162) OLG München MDR 1002, 291.

(163) BGH NJW 1975, 1363; Thüninger OLG MDR 2000, 169; OLG München MDR 1998, 1123; OLG Hamburg MDR 1969, 489.

(164) OLG Köln NJW-RR 1987, 1198.

(165) OLG Köln MDR 2002, 53.

(166) OLG München NJW-RR 1989.

(167) OLG Stuttgart MDR 1964, 63.

(168) OLG Celle NJW-RR 2003, 135.

人による鑑定意見の報告内容が控訴審における忌避事由となりうるかについては、忌避事由となるとするのが支配的見解であるとされる<sup>(169)</sup>。また、鑑定人が同一の事実関係について既にある裁判外紛争処理手続において専門家として関与している場合には、鑑定人を忌避できる<sup>(170)</sup>。

忌避の申立ては、鑑定人を任命した裁判所または受命・受託裁判官に申し立てるべきである（ZPO406条2項1文）。この申立ては、鑑定人の任命後に初めて適法となる。補助参加人は、鑑定人が行う意思のない忌避を申し立てることはできない<sup>(171)</sup>。この申立ては、独立証拠調べ手続<sup>(172)</sup>および訴訟援助許可手続<sup>(173)</sup>においてすることもできる。

申立ての時期は、実務上鑑定人尋問前に行うのが通例であるとされ<sup>(174)</sup>、尋問前であっても、遅くとも忌避事由の存在の認識後2週間以内<sup>(175)</sup>に申し立てなければならない（ZPO406条2項1文）。それ以降は、当事者が自己の責めに帰すべき事由によらないで、それ以前に主張できなかったことを疎明した忌避事由のみを主張することができる（ZPO406条2項2文）<sup>(176)</sup>。忌避事由が書面による鑑定意見からのみ生じている場合、それを認識した後に遅滞なく、411条4項に従い裁判所によって申立てについて定められた期間内で申し立てるべきである<sup>(177)</sup>。そして、当事者は忌避事由の存在に対する具体的な根拠をも遅滞なく追加して提出しなければならない<sup>(178)</sup>。忌避の申立ては第1審判決の言渡し後であっても原則として適法である。

この申立ては口頭で行う必要はない（ZPO406条4項参照）<sup>(179)</sup>。条件付きの

---

(169) Vgl. Stein/ Jonas/ Berger, § 406 Rn. 6.

(170) BGH MDR 2017, 356.

(171) Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, § 406 Rn. 5.

(172) OLG Koblenz MDR 2008, 1298; OLG Celle NJW-RR 1995, 1404.

(173) BGH VRS 1965, 430.

(174) Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, § 122 Rn. 27..

(175) この期間は不変期間である。Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, § 406 Rn. 21.

(176) Karlsruhe LG VersR 2007, 226.

(177) BGH NJW 2005, 1869, 1879; OLG Nürnberg MDR 2002, 1269.

(178) BGH NJW 2009, 84; Stein/ Jonas/Berger, § 122 Rn. 27.

忌避申立ては不適法であるとされる<sup>(180)</sup>。忌避の申立てに際しては、忌避事由について疎明しなければならない (ZPO406条3項前段)。

忌避の審理の対象は忌避事由の有無およびそれに基づく鑑定人の排除であるため、申立人の相手方の関与は不要であり<sup>(181)</sup>、また、鑑定人に対する聴取も原則として不要尾であるとされる<sup>(182)</sup>。

忌避の申立てに対する裁判は決定でもって行われる (ZPO406条4項)。この決定については原則として理由を付さなければならない<sup>(183)</sup>。忌避事由を認定する決定がなされた後は、裁判所は忌避された者の提出した鑑定意見を利用することはできない<sup>(184)</sup>。また、忌避申立てが却下された後は、審理の対象となった忌避事由はもはや顧慮されない<sup>(185)</sup>。

忌避を理由あるものとする決定に対しては不服を申し立てることができない<sup>(186)</sup>。その結果、鑑定人は報酬請求権を失うことになる。これに対して忌避に理由がないとする決定に対しては、即時抗告を行うことができる (ZPO406条5項)。この抗告にはZPO570条1項による執行停止の効力は認められない<sup>(187)</sup>。

## (7) 鑑定人の義務

### ① 鑑定を実施する義務<sup>(188)</sup>

---

(179) すなわち、後述するように忌避の手続は任意的口頭弁論に基づく決定手続である。Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 406 Rn. 28.

(180) OLG Stuttgart NJW 1971, 1090.

(181) München AnwBl 1987, 288.

(182) Brandenburg MDR 2016, 790, Köln VersR 2009, 1287.

(183) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 406 Rn. 29.

(184) Meller-Hannich, S. 282. なお、提出期間を遵守できなかった鑑定意見については、異なる取扱いがなされるべきである。

(185) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 406 Rn. 30.

(186) BGH MDR 2015, 1197, Düsseldorf JB 2007, 270, München AnwBl 1987, 288, Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 122 Rn. 28.

(187) Bayern OLG 97, 144, Frankfurt MDR 1984, 323.

これは国内の鑑定人として鑑定をする義務であって、外国の鑑定人となる義務ではない<sup>(189)</sup>。公選鑑定人、もしくは、当該専門あるいは営業を公的に業務として行う者<sup>(190)</sup>、または、当該業務を行うために公選されているか受権されている者の場合、裁判所の委託により鑑定意見を報告する義務を負い、その義務は一般義務とされる（ZPO407条1項）。その他の者については、裁判所に鑑定業務を受託する旨回答した後に義務を負うことになる（同条2項参照）<sup>(191)</sup>。もっとも、鑑定人としての活動に関する具体的な義務は、いずれの場合でも、裁判所または受命・受託裁判官による任命後に初めて生じることになる<sup>(192)</sup>。

任命された鑑定人は、証人が証言拒絶権（ZPO383条、384条）を有するのと同様の根拠をもって鑑定の実施を拒否することができる（ZPO408条1項1文）<sup>(193)</sup>。これに対して任命された鑑定人が提出を理由<sup>(194)</sup>なく拒絶する場合、その者は、それによって生じた費用の負担しなければならない<sup>(195)</sup>。さらに、こうした者に対する秩序金の制裁も定められている（ZPO409条1項）。問題なのは鑑定意見提出の遅延であり、単なる遅延である場合にはZPO411条2項の秩序金等の制裁で対応可能である。しかしながら、多忙なトップクラスの専門家

---

(188) 鑑定人は裁判所の補助者であり、鑑定人となりうる能力のある者は補助者となることを拒否すべきではない。もっとも、その前提として、裁判所が鑑定人となり得る者に対して、鑑定人として鑑定意見を作成する心構えを適切に説明してその理解を得ておくことが決定的に重要である。Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, § 407 Rn. 2.

(189) Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, Übers § 402 Rn.16.

(190) たとえば、医師、(国立)大学教員、弁護士、従業員などである。Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, § 407 Rn. 4.

(191) 鑑定人が、負担が大きすぎて引き受けることができないと自ら判断した場合、鑑定人への就任を拒絶することができ、裁判所は通常それを認めている。ゴットバルト前掲注114・268頁。

(192) Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, § 122 Rn. 36.

(193) 上述の鑑定人が委託内容につき自己の専門領域内でないことや忌避事由が存在することを裁判所に報告する義務が、この鑑定意見拒絶権を正当化することになる。Meller-Hannich, S. 282.

(194) たとえば、専門知識の欠如、鑑定人の過剰な負担、職業上の不利、忌避の可能性、鑑定意見の遅延などが挙げられる。Brandenburg DS 04, 101, Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, Übers § 408 Rn. 5.

(195) これは裁量ではなく義務である。Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, Übers § 409 Rn. 4.

を鑑定人とする場合には、その者が多くの仕事を抱えていることを考慮すべきであり、また、良心的な鑑定人に委託する場合、綿密な検討の結果ある程度時間がかかることを顧慮しなければならない<sup>(196)</sup>。

また、裁判所は裁量により、その他の理由でも鑑定人を鑑定意見の報告義務から解放することができる（ZPO408条1項2文）。

さらに、連邦政府または州政府から、当該鑑定人への尋問が職務上の利益にとってマイナスとなりうる旨の証明書が提出された場合、裁判官、公務員、他の公的職務に従事している者を鑑定人として尋問してはならない（ZPO408条2項、公務員刑法37条4項3文、連邦大臣法7条2項）。

その他、裁判官の判断に関与した者、そして仲裁人の判断に寄与した者も、判決の対象となりうる問題について鑑定人となるべきではない（ZPO408条3項）。

## ②委託の引き受けに際しての義務

上述したように、1990年司法簡素化法および2016年の鑑定法を改正する法律により、鑑定人は、自分が委託された内容について専門知識を有しているか、そして、鑑定意見を裁判所の設定した期間内に提出できるかを自ら検討し、遅滞なく裁判所に報告しなければならない（ZPO407a条1項<sup>(197)</sup>）。これは、裁判所から提供された記録等の情報を検討することによって行われることになる。こうしたことを裁判所に報告することで、将来の忌避の可能性をなくし<sup>(198)</sup>、裁判所は鑑定人が過大な負担を負っていないか早期に認識できることになる<sup>(199)</sup>。また、裁判所と鑑定人とが円滑にコミュニケーションを行うことで適切な期間を決定し、もって訴訟の迅速を図るものである<sup>(200)</sup>。鑑定人がこの報

---

(196) Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, Übers § 409 Rn. 5.

(197) かつては、鑑定人は委託を受けても一定期間これに対する回答を保留することができた。そのため、これが深刻な訴訟遅延を引き起こすことがあった。ゴットバルト前掲注114・269頁。

(198) Meller-Hannich, S. 281-282.

(199) Stöber, S. 1904.

(200) Lüblinghoff, S. 3330.

告を怠るとき、最大1000ユーロの秩序金（刑法施行法6条1項）が課され、また、その報酬が減額されることになる〔鑑定人・通訳者等の報酬に関する法律（以下、JVEGとする。）8a条2項1号〕。

また、鑑定人は、自己に忌避事由となり得る事情があるかについても検討し、遅滞なく裁判所に報告しなければならない（ZPO407a条2項）<sup>(201)</sup>。当事者は、たとえば、鑑定人との利益相反の有無等を適切に認識することが難しいこともあり、これによって忌避制度を実質あらしめることも図られている<sup>(202)</sup>。この場合、忌避事由となりうる事情全てを検討しなければならないとされるが、報告は詳細なものでなくともよく、鑑定人は偏頗的でないといった事情を適切に報告することで十分とされる<sup>(203)</sup>。そして、裁判所は、必要とあれば直ちに別の鑑定人を任命することもできる。鑑定人がこの報告をしない場合、裁判所は秩序金を課することができる（ZPO407a条2項3文）。

鑑定人は、委託された事項を他の鑑定人に再委託することはできない（ZPO407a条3項1文）<sup>(204)</sup>。そこで、鑑定人がその職員その他の補助者の協力を求める場合<sup>(205)</sup>、独立して共同作業を行う者を指名しなければならない、その共同作業の方法を裁判所に報告しなければならない。（407a条3項2文）<sup>(206)</sup>。

---

(201) その前提として、裁判所は鑑定人候補者に予め、当事者との個人的な付き合いの有無、当事者との仕事上の関係の有無、かつて当事者のために私鑑定等を行ったことがあるかといった点について聞き取りをしておくべきである。また、技術に関する鑑定の場合は、鑑定の対象物、設備、製造方法等が市場に存在しているか、鑑定人自身が規格を定める団体の責任ある立場にあるか、そして、その規格自体が争われているかといった点について、さらに、医事鑑定の場合は、当事者である医師と師弟関係にあるか、被告医師がインターンとして鑑定人の下で教育を受けたことがあるか、被告医師が繰り返して鑑定人に患者を紹介する立場にあるか、被告医師と鑑定人が共同作業を行う立場にあるか、鑑定人自身が別の訴訟で責任追及されていないか、について聞き取りをしておくべきである。Franzki, Sachverständiger S. 317.

(202) Huber, S. 35.

(203) Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, Übers § 407a Rn. 3.

(204) これを認めることは、鑑定人の選任に関する裁判所の決定を無に帰せしめることになる。Pieper, Prospektiven, S. 58.

(205) たとえば、医事鑑定において、レントゲン技師に写真を撮影させるような場合である。杉山前掲注4・117頁。

これは、通常必要とされる作業分担が公平に行われること、および、鑑定人の個人的責任および証拠調べの透明性を当事者にとって確固たるものとするを図る趣旨のものである<sup>(207)</sup>。補助者を利用した場合であっても、忌避の可否は主たる鑑定人に関して問題となり、また、鑑定人尋問に対する回答も主たる鑑定人について行うこととなる<sup>(208)</sup>。

不必要な遅延と費用を避けるため、鑑定人はその委託の内容および範囲に関して疑問が生じたときには、裁判所に説明を求めなければならない(407a条3項1文)<sup>(209)</sup>。とりわけ、法的に判断すべき事実関係の認定は裁判所だけの責務であり、鑑定人を信頼しているとの一事をもって事実関係の説明を放棄することは許されない<sup>(210)</sup>。また、鑑定人は、作業に対する費用が訴訟物と釣り合っていないこと、または、納付される費用が見込み額に比べて著しく高額なものとなることを指摘しなければならない(407a条4項2文)<sup>(211)</sup>。鑑定人がこの指摘を怠る場合、予納された費用から受け取ることのできる報酬額が制限されることになる(JVEG 8a条4項)<sup>(212)</sup>。

---

(206) OLG Zweibrücken VersR 2000, 605.

(207) Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, § 122 Rn. 43. そのため、鑑定人は、補助者の職務範囲を明確に提示し、補助者に対する指揮・監督、教育をしなければならない。また、作成された鑑定意見への署名を補助者に代行させてはならない。Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, Übers § 407a Rn. 8.

(208) Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, Übers § 407a Rn. 7. なお、必要があれば、裁判所は当該補助者を改めて鑑定人として選任することもできる。BGH NJW 85, 1339.

(209) Pieper, Prospektiven, S. 58は、裁判所と鑑定人の協力という観点からは、鑑定人選任前に両者の接触と交渉を認めるべきであるとしている。

(210) Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, Übers § 407a Rn. 13. したがって、鑑定に際してどのような事実を出発点とするべきか指示を仰ぐことは鑑定人の義務でもある。そして、鑑定の前提となる事実が確定されていない場合には、鑑定人は、鑑定に必要な事実を積極的に収集して裁判官による前提事実の確定を可能にするように協力しなければならない。具体的には、場所、物体を視認したり、文書、図面、患者のカルテを確かめたり、また、当事者や第三者に対して質問することになる。木川編前掲注4・343頁〔木川〕。

(211) 鑑定人はその概算を報告すればよいとされる。Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, Übers § 407a Rn. 20.

(212) OLG Hamm MDR 2015, 300.

鑑定人は、鑑定に供された事件記録を返還するとともに、その他の書面と同様に調査・認識の成果である鑑定意見を提出あるいは通知しなければならない、必要とあれば、裁判所はそれらの提出を命じることができる（ZPO407a 条 5 項）<sup>(213)</sup>。このことは409条による秩序金の方法、すなわち、司法徴収法 1 条 1 項 2 b 文により強制できる<sup>(214)</sup>。秩序金措置の決定に対しては、即時抗告を行うことができる（ZPO409条 2 項）。

なお、裁判所はこれらの義務について、適切に鑑定人に対して教示しなければならない（ZPO407a 条 6 項）。裁判所がこれを怠る場合、秩序金の賦課による制裁をすることができなくなり、また、ZPO407a 条 4 項 2 文の引渡命令を発令できなくなる<sup>(215)</sup>。

### ③鑑定人の宣誓義務

鑑定人は鑑定実施の前後に宣誓することとされている（ZPO410条 1 項 1 文）が、通常、宣誓した上で尋問されることになる（ZPO402条による391条）<sup>(216)</sup>。裁判所が ZPO391条により宣誓を命じる場合、当事者がそれを放棄しない場合（ZPO402条による391条）、鑑定人はいわゆる鑑定人の宣誓を期日においてまたは鑑定意見の報告後に口頭ですることになる（ZPO410条 1 項。その他労働裁判所法58条 2 項 1 文、64条 3 項）。ZPO377条 3 項が準用される場合（ZPO402条）、裁判所の命令に基づく鑑定書の作成については（ZPO411条 1 項）、宣誓に代えて鑑定意見の正しさを保証することで十分である。この宣誓の免除または宣誓に代わる保証は、明文で定められていないため、鑑定 of 免除と同様の処理をするべきである<sup>(217)</sup>。

---

(213) Vgl. Schikora, *Einsichtnahme in der Handakten von Sachverständigen durch Gericht und Parteien*, MDR 2002, 1033, 1034.

(214) OLG Dresden MDR 2002, 1068.

(215) Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, *Übers* § 407a Rn. 23.

(216) 宣誓をさせないで尋問するのが原則であるとの見解もある。München VersR 84, 590, Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, *Übers* § 410 Rn. 4、ゴットバルト前掲注115・274頁。

(217) LG Frankfurt NJW-RR 1999, 574; Stein/ Jonas/ Berger, § 122 Rn. 52..



#### ④事案解明義務

鑑定人は裁判官の補助者と呼ばれるものの、当然のことながら、裁判官そのものではない。そこで、繰り返しになるが、事案を解明し、鑑定の前提事実を確定することは、原則として裁判官の責務である。もっとも、たとえば医師責任義務保険訴訟や建築関係訴訟においては専門知識のない裁判官が自由に処理できない、発見できない、あるいは一定の専門的な作業を行う必要のある事実が存在する<sup>(218)</sup>。こうした事実に関して例外的に、鑑定人は事実関係の解明のための義務を負っており<sup>(219)</sup>、原告が主張によって明らかにできなかった専門的事実関係を鑑定人は積極的に解明しなければならない<sup>(220)</sup>。こうした鑑定人の積極的な解明義務は当事者の実質的な武器対等を回復するためのものであり、それに基づく鑑定人の活動は忌避事由となるものではない<sup>(221)</sup>。

### （8）鑑定の実施

#### ①鑑定人の任務の種類

鑑定人の任務は、大きく3つの類型に整理することができる<sup>(222)</sup>。まずは、裁判官への法規範<sup>(223)</sup>または経験則の伝達であり、鑑定人は、自己の専門分野

(218) Greger, FS Leipld, S. 48.

(219) BGH NJW 1979, 1993, 1994; NJW 1984, 1408, 1409.

(220) BGH VersR 1979, 939, 941. 木川編前掲注4・240-241頁。

(221) 木川編前掲注4・241頁。

(222) Vgl. Stein/ Jonas/ Berger, vor § 402 Rn. 16-19, Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, § 122 Rn. 4-9, Bayerlein/ Grossam, § 12 Rn. 9-14, Pieper, Prospektiven, S. 49, Meller-Hannich, S. 278, Olzen, Beweiswürdigung, S. 69, usw. なお、これらの類型の結合型として第4の類型を提唱するものとして、木川編前掲注4・148頁〔木川〕。

(223) 「裁判官は法を知る」の原則に従い、ドイツの裁判官は、全ての連邦法、管轄区域において効力を有する州法、ドイツ国際私法、そして、各手続において必要とされる制定法の知識を有する必要がある。これに対して、外国法、慣習法、および規約はZPO293条1項1文により、証明が必要である。そして、裁判所は当事者の申し出た証拠に拘束されないため、たとえば、外国法の調査に関して裁判官は自ら文書を収集し、それによって証明することも可能である。もっとも、仕事を簡潔にするためにも、通常はできるだけ大学に付属する比較法研究所に所属する教授のような専門家に依頼するべきであるとされる。Broß, S. 423.

から抽象的な法則を裁判官に正確に伝えることができる。具体的には、たとえば、商慣習、交通ルールの解釈、証券取引所規則、賃金または手数料の位置付け、一定期間もしくは特定の場所における販売の可能性もしくは価格形成のような、裁判官が知識を持ち合わせていない法規範または経験則が対象となる<sup>(224)</sup>。こうした具体的事実とは直接関係のない法則の入手は証拠調べの諸原則との関係でほとんど問題とならないため、実験、観察、文書の閲読、他の専門家との協議等から入手することができる<sup>(225)</sup>。

つぎに鑑定人は、確定された訴訟の事実関係から自己の専門知識に基づいて推定された結論を裁判官に伝達することができる。裁判所が判決の基礎となるべき事実関係を確定されたものとして鑑定人に伝えた場合、鑑定人は事実構成についての他の可能性を顧慮する必要がないため、それを前提として鑑定意見を作成する<sup>(226)</sup>。これに対して、事実関係が一義的に確定されていない場合、鑑定人は自らが正しいと判断した事実に基づく鑑定意見だけではなく、考えられる事実関係ごとに鑑定意見を報告しなければならない<sup>(227)</sup>。これは、事実関係の確定は鑑定人ではなく原則として裁判所の権限事項であるからである<sup>(228)</sup>。したがって、争いある事実関係については、どの事実を鑑定人が鑑定作業の基礎とするべきかを裁判所が決めるべきことになる（ZPO404a 条 3 項）。そして、裁判所はこの鑑定人が推論の前提とするべき事実を鑑定人に通知しなければならない（ZPO404a 条 3 項）<sup>(229)</sup>。なお、通常はその根拠とされる経験則も一緒に伝達されるため、裁判官が鑑定意見について追思考を行い、そ

---

(224) Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, § 122 Rn. 4. 専門用語の意味、専門的主張の意味、争われている事実の専門的な意味を一般論として説明する場合もある。木川編前掲注 4・145頁〔木川〕。

(225) BGH NJW 1997, 2817, 2828, Byerlein/ Grossam, § 16 Rn. 2, 19. 杉山前掲注 3・93頁。

(226) Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, § 122 Rn. 31..

(227) 鑑定人が勝手に前提事実を内心的に決定することは許されず、いわゆる択一的事実に基づく鑑定を行うことになる。木川編前掲注 4・344頁〔木川〕。

(228) BGHZ 37, 389 = JZ 1963, 410.

(229) 事実の確定は裁判所の職責であり、原則として鑑定人がこれを確定することはできない。もっとも、次に述べるように、前提事実の確定に鑑定人の関与を必要とすることもある。杉山前掲注 3・94頁。

の当否を評価することが可能となる。

さらに、そもそも判決の基礎となる事実を確定するために特別の専門知識が必要とされる場合、すなわちいわゆる「所見を要する事実」を確定する場合、裁判所は、鑑定人を任命して当該事実の調査および認識を行わせることができる<sup>(230)</sup>。この類型は形式的直接主義との関係から、専門知識を欠いた裁判官による調査が不可能な場合に限定される<sup>(231)</sup>。具体的には、建築に関する瑕疵を確定するために建築箇所を開放して調査する場合<sup>(232)</sup>、医師が健康状態を調査する場合、世論調査の鑑定意見が特定の専門知識に基づいて具体的事実の確定を可能にすることになる場合などがある<sup>(233)</sup>。この点について、ZPO404a 条 4 項によれば、鑑定人が事実関係を解明することができる範囲、その際鑑定人が当事者と接触することのできる範囲、そして、当該調査についての当事者の関与の許容される時期を裁判所が定めることができる。また、鑑定人は、所見を要する事実をどのように確定するか、そしてどの事実を判決の基礎とするべきかについて、裁判所および当事者が再検討できるように明らかにしなければならない<sup>(234)</sup>。こうしたことがなされていない場合、当該鑑定意見を利用することはできない<sup>(235)</sup>。鑑定人が所見を要する事実の確認に際して他の意見をし、それを報告する場合（いわゆる追加事実の報告）、鑑定人は当該追加事実について証人としての立場に立つことになる<sup>(236)</sup>。こうした所見を要する事実の確

(230) BGH NJW 1962, 1770; VersR 1958, 512, Bayerlein/ Grosarm, § 15 Rn. 3.

(231) 杉山前掲注 3・106頁。なお、「建築物の瑕疵」という場合に、いかなる瑕疵の指標に注目すべきかについて専門知識なくして確定できないとき、鑑定人の専門知識の助けを借りて調査を行うことがある。もっとも、一度当該瑕疵と評価しうる事実が特定されれば、後は裁判官による通常の検証で法的評価が可能となる場合がある。こうした検証の対象となるべき事実を確定することも鑑定人の任務に含まれる。Greger, FS Leipold, S. 48–49.

(232) Seggewiß/ Weber, MDR 2017, 679.

(233) Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, § 122 Rn. 8.

(234) BVerfG NJW 1997, 1909; BVerfGE 91, 176, 182 = NJW 1995, 40; BAG NZA 1999, 324, Greger, FS Leipold, S. 49.

(235) BGHZ 116, 47, 58 = NJW 1992, 1817.

(236) Rosenberg/ Schwab/ gottwald, § 122 Rn. 34.

定のために必要となる補助的作業、たとえば、地面の掘り起こし、サンプリング、建築箇所の除去、配線の露出などは、原則として当事者の責任に属する事項であって、鑑定人の義務ではないとされる<sup>(237)</sup>。もっとも、実際には鑑定人が専門の業者等を利用してこれを行うのが通常である<sup>(238)</sup>。作業に際して当事者に影響が及ぶ場合、可能な限り当事者の同意を得ることが望ましい。もっとも、それが得られない場合でも裁判所は、必要とあれば、住居に関係しない限り、鑑定人による鑑定作業の受忍を命じることができる（ZPO144条1項1文3文）<sup>(239)</sup>。なお、裁判所は所見を要する事実の確定を越えて、証人または当事者の尋問を行うことを鑑定人に委ねてはならない<sup>(240)</sup>。

いずれの場合にも、鑑定人は事実に法を適用した判断に踏み込むことは許されない<sup>(241)</sup>。

## ②鑑定作業

当然のことながら、鑑定人はその鑑定意見を裁判所に対して公正かつ客観的に正しく報告しなければならない。したがって、鑑定人はその専門知識の範囲内でのみ鑑定を実施し、必要とあればその限界を明示しなければならない<sup>(242)</sup>。また、鑑定人は確定された事実を前提とし、その範囲内で客観的に整合性のとれるように正しく結論を引き出さなければならない<sup>(243)(244)</sup>。もっとも、裁判所

---

(237) Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, § 122 Rn. 34, Greger, FS Leipold, S. 51. 反対 OLG Düsseldorf MDR 1997, 886; OLG Celle BauR 1998, 1281.

(238) 作業に要した費用は JEVG 8 条 1 項 4 号、12 条 1 項 2 文 1 号により償還可能である。Greger, FS Leipold, S. 50.

(239) Greger, FS Leipold, S. 50.

(240) BGH FamRZ 1964, 78; 尋問に対して当事者が異議を述べない場合、責問権の放棄とみなされる。:BGHZ 23, 207, 213f. = NJW 1957, 906 .

(241) Franzki, Sachverständiger S. 318.

(242) Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, § 122 Rn. 46.

(243) そのための方策の一つとして、まず大前提として科学技術水準、適用すべき専門的基準、商慣習、評価方法、または、調査方法を述べ、次に小前提として、鑑定の対象となっている領域に関する専門的知見と経験を述べ、そして、具体的なケースへの適用を述べるのが提案されている。Franzki, Sachverständiger S. 319.

から提供される前提事実に不十分な点があると、鑑定人が正しい結論に到達することができない。そのため、特別の期日（ZPO404a条5項参照）において主張整理や証拠の収集に鑑定人が関与することが認められている<sup>(245)(246)</sup>。

さらに、鑑定人は鑑定意見を、当事者の議論を利用したり、専門情報を入力<sup>(247)</sup>したりして、詳細な理由を付して報告しなければならない<sup>(248)</sup>。これは、裁判所が当該鑑定意見を評価するため<sup>(249)</sup>、また、当事者が当該鑑定意見に対して異議を述べるか否かを判断するために必要である。そして、そのため、これは可能な限り裁判官や当事者に理解できる言葉で作成されなければならない<sup>(250)</sup>。

鑑定意見の方式については、裁判所はその裁量により、書面による鑑定意見と口頭による鑑定意見とのいずれをも自由に選択することができる<sup>(251)</sup>。一般には書面による鑑定意見の方式が採用されることが多いものの、口頭でのやり取りを通じた鑑定意見に対する補充、異議等の処理が可能である場合には、口

---

(244) 証拠により判決中で裁判所が認定した事実と、鑑定人が前提とした事実との間に不一致がある場合、当該鑑定は「使用不可」、すなわち証拠価値がないことになる。また、こうした鑑定意見を用いて裁判所が行った事実認定は自由心証主義違反となる。木川編・前掲注4・5頁〔木川〕。

(245) 鑑定人による一件記録の検討、裁判官から与えられた「前提事実」の再検討、そしてそれによる新たな証拠調べの要求は鑑定人の権利であり、また義務でもあるとされる。木川編前掲注4・27頁〔木川〕、229頁〔木川〕。

(246) たとえば、複数の証人の中で矛盾した証言がなされている場合には、鑑定人を証人尋問の場に呼び出して傍聴させ、必要とあれば、鑑定人に質問をさせることが提案されている。Franzki, Sachverständiger S. 318.

(247) Franzki, Sachverständiger S. 319は、ある専門的領域の知識と経験に関する法則が問題となっている場合は、指導的な専門家の支持する多数説が重要であるとする。

(248) 理由の付されていない鑑定意見を提出しても、裁判所は鑑定理由を補充するよう命じることになるであろうし、それをしない場合には、当該鑑定意見は証拠として使用できないこととなり、鑑定人には鑑定報酬請求権も発生しないこととなる。木川編前掲注4・136頁注25〔木川〕。

(249) 鑑定主文だけで鑑定理由を欠いている鑑定意見に基づいて判決をすることは違法である。木川編前掲注4・133頁。

(250) もちろん、事案によっては、わかりやすい言葉を使うことでかえって内容が不正確になってしまう場合もあり、限度がある。Franzki, Sachverständiger S. 319.

(251) BGH NJW 1952, 1214.

頭による鑑定意見が採用されることもある<sup>(252)</sup>。

### (9) 当事者の立会い

鑑定人によって裁判所に報告された具体的事実が裁判所の証拠調べの前提となる場合、鑑定人の行う事実調査に関して基本法103条1項に定める当事者公開が保障される<sup>(253)</sup>。すなわち、当事者は、その立会いが事実上または法律上不可能である場合あるいは立会いを要求できない場合<sup>(254)</sup>を除いて、鑑定人の事実調査に立ち会う権利が認められる（ZPO357条1項、404a条参照）<sup>(255)</sup>。これは、鑑定人は裁判所の補助者であり、その行う事実調査を実質的な証拠調べと位置づけることができるため、法的審尋請求権の保障が要請され、その方法として当事者公開が求められることになる<sup>(256)</sup>。そのため、鑑定人は、定められた関与の時期が到来しない前に現地視察等をしてはならない<sup>(257)</sup>。もっとも、たとえば、医者による調査、労働調査、標本調査<sup>(258)</sup>のように立会いが不可能または要求できない場合、あるいは、通常の騒音公害を被告によって計測させるべき場合等については、この限りではない<sup>(259)</sup>。

当事者公開が可能であるにもかかわらず、裁判所がこれを行わなかった場

---

(252) 口頭による鑑定意見を採用するメリットは、書面による鑑定意見に比べて迅速に入手しやすいという点にある。具体的には、たとえば、平均的な交通事故訴訟などで利用される。Huber, S. 36.

(253) BGHZ 116, 47 = NJW 1992, 1817, 1819. 反対、BVerwG MDR 1954, 653.

(254) Vgl. OLG München OLGZ 83, 355, OLG Köln NJW 1992, 1568. 木川編前掲注4・476-479頁〔木川・生田〕。

(255) 当事者は鑑定人の検分、質問、文書閲覧に立ち会う権利を有するものとされる。BGH ZZP67, 295, 木川編前掲注4・460-461〔木川・生田〕。もっとも、実際にはこれらが必要となることは少なく、経験則や事実の認識を目的としてなされる鑑定人による実験への立会いが問題となりうるとの指摘がある。Friedrich Schnapp, *Parteiöffentlichkeit bei Tatsachenfeststellungen durch den Sachverständigen?*, in *Festschrift für Christian-Friedrich Menger* (1985), S. 563.

(256) Schnapp, S. 570-571.

(257) OLG Braunschweig, FamRZ 2017, 128.

(258) OLG München NJW-RR 1991, 896.

(259) OLG Hamm MDR 2015, 301.

合、当事者の法的審問請求権の侵害として当該専門事実の認定が無効とされる。そこで当事者は、調査の再施を要求することができるとされる<sup>(260)</sup>。また、こうした事情は鑑定人に対する忌避事由となりうる<sup>(261)</sup>。もっとも、当事者が責問権を適切に行使しなければ、瑕疵が治癒される<sup>(262)</sup>。

## （10）鑑定意見

### ①書面による鑑定

多くの場合、裁判所は、当事者が鑑定意見について慎重に態度を決めること、および、場合によっては鑑定意見の主張を補充することができるようにするため、書面による鑑定意見の作成を命じる<sup>(263)</sup>。裁判所は、鑑定意見の作成を命令するに際して、鑑定人に対して提出期間を設定しなければならない（ZPO411条）。

書面による鑑定意見の実施前には、しばしば進行協議（Unterrichtung）期日またはZPO404a条によるその他の措置が行われ、必要な打ち合わせがなされる<sup>(265)</sup>。

鑑定人は署名された鑑定意見を、期間を遵守して裁判所に提出しなければならない（ZPO411条1項）。この期間は裁定期間である<sup>(266)</sup>。期限徒過について裁判所は、猶予期間を設定し、秩序金の制裁を示してこれを促すとともに、その際には法律上の救済を教示して<sup>(267)</sup>最大3000ユーロの秩序金を定めるべきで

---

(260) 木川編前掲注4・481頁〔木川・生田〕。なお、当事者が責問権を放棄しないしは喪失した場合には、瑕疵が治癒される。

(261) Schnapp, S. 569, 木川編前掲注4・481頁〔木川・生田〕。

(262) Schanpp, S. 569.

(263) Rosenberg/ Schwab/ Gottwald, § 122 Rn. 46, Pieper, Prospektiven, S. 57, Stamm, S.450, Meller-Hannich, S. 283. Vgl. BGH MDR 1978, 829.

(264) たとえば、負担が大きいかかわらず、事前に裁判所に報告したり、確実に提出できる期日を提案したりしない場合や、当該提案された期日をも遵守しない場合に過失があるものと評価される。Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, Übers § 411 Rn. 7.

(265) Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, Übers § 411 Rn. 4.

(266) Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, Übers § 411 Rn. 5.

ある（ZPO411条2項3文）。鑑定人が期間を徒過する場合には、再度秩序金の定めをなすこともできる（ZPO411条2項4文）<sup>(268)</sup>。鑑定意見作成の負担が課題であることが判明した場合には、鑑定意見作成前または作成中に、既に定められた期間を再度延長することも可能である（ZPO224条2項）<sup>(269)</sup>。鑑定人が期間の設定に応じない場合、裁判所は鑑定人への鑑定の委託を撤回し、鑑定人が職務を行わなかったことによって生じた費用<sup>(270)</sup>を負担させることができる（409条1項1文類推）<sup>(271)</sup>。

同一の事実問題について手続が異なるという理由で実質的に繰り返しとなる鑑定を避けるため、裁判所は裁量により、新たな鑑定書の代わりに先行する他の手続<sup>(272)</sup>において裁判所の委託によって作成された鑑定意見を用いることができる（ZPO411a条）<sup>(273)</sup>。この場合、裁判所は当事者の意見を聴取した上で、証拠決定を行うことになる<sup>(274)</sup>。もっとも、このことによって後訴を担当する裁判所の自由心証が制約されるものではない<sup>(275)</sup>。

鑑定意見の提出は、文書形式での鑑定意見を裁判所に提出することで行われるが、期日において当該文書を朗読することによって行うこともできる<sup>(276)</sup>。

鑑定意見に不明瞭な部分がある場合、または、それに対して異議が述べられている場合、裁判所は、鑑定意見の口頭による説明のために鑑定人の出頭、お

---

(267) OLG Karlsruhe MDR 2016, 51.

(268) もっとも、裁判所は鑑定意見を入手することを優先するため、実務上秩序金を課すことはあまりないであろうとの指摘がある。ゴットバルト前掲注114・271頁。

(269) Meller-Hannich, S. 283.

(270) この費用は、適時に鑑定がなされなかったことにより一方当事者に生じた損害ではなく、必要ではない期間を配慮したことによる損失を対象とするものである。ゴットバルト前掲注114・272頁。

(271) OLG Stuttgart MDR 2017, 900.

(272) 行政手続は除く。Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, Übers § 411a Rn. 4.

(273) ただ、実際にはこの方法が利用されることはそれほど多くないであろうとの指摘がある。ゴットバルト前掲注114・278頁。

(274) BGH FamRZ 2017, 48.

(275) Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, Übers § 411a. 3.

(276) OLG Stuttgart NJW 1978, 559.



よび、書面での説明または鑑定意見の補充を命じることができ、場合によっては命じなければならない（ZPO411条3項）<sup>(277)</sup>。裁判所は、書面での鑑定意見の説明がなされた場合、なおも口頭による説明を必要とするか、当事者の意見を聴取することになる<sup>(278)</sup>。また、一方の当事者が鑑定人の口頭での説明を求める場合、裁判所自ら説明が必要であると判断したかどうかとは関係なく<sup>(279)</sup>、ZPO402条により準用される397条により法的審問の機会が付与される（ZPO411条3項）<sup>(280)</sup>。この場合、当事者は、鑑定書の報告後相当な期間内に、鑑定意見に対する異議、鑑定に関する申し出または書面鑑定に対する補充質問を裁判所に対して通知しなければならない（ZPO411条4項1文）。裁判所は、これに関して当事者に対して期間を設定することができ、攻撃防御方法の提出に関するZPO296条1項および4項が準用される（ZPO411条4項2文3文）。補充的な口頭尋問の申し出について期間が定められていない場合でも、当該申し出が濫用的でないときは、裁判所はZPO402条・397条により、口頭尋問を許可しなければならない<sup>(281)</sup>。当事者は尋問に際して、その一般的な目的を通知しなければならないものの、個別の質問を前もって通知する必要はない<sup>(282)</sup>。

(277) BVG NJW 2012, 1347, BGH RR 2017, 1144. これは、書面による鑑定の形式で証拠調べを行う場合に不十分となる証拠調べにおける形式的直接主義を補充するために判例上形成されてきた対応策である。Norbelt Pantle, Die Anhörung des Sachverständiger, MDR 1989, 312. なお、当事者の鑑定人に対する尋問権は法的審問の不可欠の要素であるとされる。Broß, S. 431-432, 木川編前掲注4・520〔木川・生田〕。

(278) Huber, S. 36.

(279) この点について、旧法下ではあるが、Brkkhard Gehte, Anhörungdes Gutachter im Zivilprozeß, DRiZ 1984, S. 101は、裁判所が質問の有用性を客観的に認識できるように申し立てなければならないとして、無制限な鑑定人尋問の申立てを制限し、裁判所および鑑定人の負担を軽減することを提案していた。

(280) BVerfG NJW 2012, 1346; BGH NJW-RR 2015, 510; BGH NJW-RR 2003, 208. この申立てを却下した場合、判決に違法があることとなる。木川編前掲注4・155頁〔木川〕。もちろん、時機に後れた攻撃防禦方法の提出に該当する場合、費用の予納がなされていない場合、および、専ら手続の引き延ばしの意図で申し立てられる場合にはこの限りでない。Gehte, S. 101, Pantle, S. 313. なお、こうした口頭での説明に関して、鑑定意見が不十分なのではなく、質問が誤っていることが大きな負担となっていることが指摘されている。Meller-Hannich, S. 285.

(281) BGH MDR 2017, 785; BGHZ 173, 98 = FamRZ 2007, 1632; BGH NJW 1998, 162, 168.

## ②口頭鑑定

裁判所は、裁量により<sup>(283)</sup>口頭鑑定で十分であるとするか、鑑定人にその鑑定書の説明を依頼することができる（ZPO411条3項）<sup>(284)</sup>。いずれの場合においても、鑑定人は期日に定められた場所に（ZPO219条）出頭しなければならず、出頭した鑑定人は証人と同様に尋問される（ZPO402条）<sup>(285)</sup>。とりわけ口頭鑑定のみの場合には、当事者に事実に関して意見を述べる機会を与える必要がある<sup>(286)</sup>。

鑑定人は当事者の申立てに基づいて呼び出されることになるが<sup>(287)</sup>、これに関して費用の予納が求められる（裁判所費用法17条1項）。鑑定人が正当な理由なくして期日に欠席した場合、鑑定人はそれによって生じた費用を負担せられ、また、秩序金を課される（ZPO409条）。

### (11) 鑑定人の損害賠償責任

鑑定人は裁判所からの委託を受けて任務を遂行するものであり、当事者との間に契約関係はないと考えられる。そのため、鑑定人は原則として鑑定意見の瑕疵に関して当事者に対して契約責任を負うことはない。また、裁判所の委託により鑑定を実施するものの、それは契約に基づくものではなく、裁判所に対しても契約責任を負わない<sup>(288)(289)</sup>。もっとも、鑑定人の故意による良俗違反に基づく損害〔ドイツ民法典（以下 BGB とする。）826条〕や、当該鑑定人が宣誓している場合の瑕疵ある鑑定意見による損害（刑法153条ないし155条および

---

(282) BGH NJW-RR 2007, 212.

(283) BGHZ 6, 399 = NJW 1952, 1049.

(284) 少額損害の場合やある種の医学上の問題について行われることがある。ゴットバルト前掲注114・271頁。

(285) Pieper, Prospektiven, S. 57, Stamm, S. 450は、このことが訴訟促進に資するものと指摘している。

(286) BGH NJW 2001, 1796.

(287) 法的審問の付与について、BVerfG NJW 1998, 2273.

(288) Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, Übers § 402 Rn.17, 春日偉知郎「鑑定人の民事責任」青山善充・坂原正夫・松本博之・渡辺惺之・小島武司・梅善夫・三木浩一編『現代社会における民事手続法の展開下巻』（商事法務、2002年）7頁、杉山前掲注3・138頁。

163条との関係における BGB823条 2 項参照) については、鑑定人が損害賠償責任を負うことになる<sup>(290)</sup>。これに対して、鑑定人が宣誓していない場合は、鑑定人の故意に基づく瑕疵ある鑑定意見による財産的損害<sup>(291)</sup>、または、鑑定人の故意または重過失に基づく絶対権の損害 (BGB823条 1 項)<sup>(292)</sup> に対して責任を負う。

さらに、裁判所の委託による鑑定人の作成した瑕疵ある鑑定意見を考慮した裁判により当事者が損害を被った場合で、それが鑑定人の故意または重過失に基づくときは、鑑定人に損害賠償責任が課される (BGB839a 条)<sup>(293)</sup>。これは民法上の財産損害についての責任に関する特別規定であり、民法により一般的に生じうる請求権 (BGB823条 1 項参照) との競合は認められない<sup>(294)</sup>。この責任の前提条件は、i) 裁判所の委託により鑑定人が選任されたこと、ii) 誤った鑑定意見が提出されたこと<sup>(295)</sup>、iii) 誤った鑑定意見の提出が故意または重過失<sup>(296)</sup> によること、iv) 鑑定意見と裁判所の判断との因果関係、v) 裁判所の判断と損害との因果関係<sup>(297)</sup>、である (BGB839a 条 1 項)。当該瑕疵ある鑑定意見に基づく裁判よって損害を被った者は、この前提条件に対する証明責任を負

---

(289) 鑑定人は裁判所の補助者と呼ばれるものの、公権力の担い手ではないため、日本における国家賠償請求に相当する基本法34条および BGB839条に規定されている職務義務違反に基づく損害賠償請求も認められない。春日前掲注280・7頁。

(290) 誤った鑑定意見による損害について、鑑定人が損害賠償責任を負うことにより、鑑定意見が証拠として用いられる先行の訴訟および後行の損害賠償請求訴訟との二つの訴訟において鑑定意見の品質が吟味されることになり、鑑定意見の品質保証に資することになる。Meller-Hannich, S. 279–280.

(291) OLG Hamm NJW-RR 1986, 2891.

(292) BverwGE, 49. 304; OLG Schleswig NJW 1995, 791.

(293) 立法経緯については、春日前掲注280・18–23頁。

(294) BT-Drs, 14/7752, S. 28.

(295) このことは、損害賠償請求訴訟において、担当する裁判官が鑑定意見が誤りであると判断できることを前提としている点で、問題があるとの指摘がある、Meller-Hannich, S. 279. なお、この問題に対する連邦通常裁判所の対応について、BGH DS 2014, 250.

(296) 鑑定人の責任を重過失に限定する根拠は、立法理由によれば、鑑定人が損害賠償請求を危惧することなく鑑定を行うことができるように、内心の自由を確保する点にあるとされる。春日前掲注280・21–22頁。

うことになる。もっとも、被害者が法律上の手段の利用による損害の防止を怠った点について責任のある場合、この損害賠償責任は認められない(BGB839a条2項による839条3項)。

その他、鑑定作業に際しての不法行為、たとえば、身体の侵襲、物の損壊について、鑑定人は民法823条1項により無制限に責任を負う。

## (12) 鑑定の費用および鑑定人の報酬

### ①費用

鑑定の費用は裁判所費用であり、原則として敗訴者が負担する(ZPO91条、裁判所費用法29条1号、32条2項1文)。もっとも、鑑定を申し出る者がその費用を予納しなければならない(ZPO402条、裁判所費用法17条3項)。もっとも、鑑定証拠の申し出者が勝訴した場合で、最終的に鑑定が不要であったことが証明されたときには、当該費用は勝訴者および敗訴者間で適切に分担されることになる<sup>(298)</sup>。

### ②報酬

鑑定人はその職務に対して生じた費用、たとえば、補助者もしくは調査の費用、必要な交通費および期日不遵守並びに適切な命令(ZPO413条)の費用をJVEGの基準にしたがって受け取ることができる<sup>(299)</sup>。また、当事者・関係人と裁判所は、鑑定人の時給または報酬額について合意することができ、当事者が合意した金額を国庫に予納することで鑑定人に委託が行われる(JVEG13条1項1文)<sup>(300)</sup>。故意または重過失により忌避事由が生じた場合、鑑定人はその報酬請求権を失うが、軽過失の場合はその限りでない(JVEG8a条)<sup>(301)</sup>。鑑定意

---

(297) 原則としては、当該瑕疵ある鑑定意見が判決の基礎となった場合であるが、裁判所が当該瑕疵ある鑑定意見を考慮して和解や訴え取下げの勧試を行った場合にも、BGB839a条を類推適用するか、一般不法行為の規定を適用するべきであるとされる。ゴットバルト前掲注115・276頁。

(298) Meller-Hannich, S. 286は、裁判所が証拠申し出を認めたにもかかわらず、勝訴者に負担させる点で、この取扱いに批判的である。

(299) 鑑定人は当事者と契約関係がなく、当事者に対して報酬請求権を有しない。ゴットバルト前掲注115・276頁。

見が、鑑定人の重大な義務違反のために瑕疵ある状態で完成させられ、そのために利用できない場合にも、同様の適用がなされる<sup>(302)</sup>。このことは、不当に遅延して提出された鑑定意見についてもそうである<sup>(303)</sup>。

### (13) 鑑定に関する証拠調べ

#### ① 手続

裁判所が委託した鑑定人が委託に沿って鑑定意見を提出すると、裁判所は当該鑑定証拠を調べるとともに、当事者の申立てまたは裁判所の事案解明の必要があれば、鑑定人を尋問する<sup>(304)</sup>。鑑定意見を作成する鑑定人は人証であり、証人に関する規定が準用される (ZPO402条) ことから、鑑定人尋問手続は形式的には証人尋問の場合と同じであり、調書の作成 (160条3項4号) の点でもそういうことができる。もっとも、裁判所は、ZPO161条に定める場合に加えて、技術的に困難で複雑な鑑定意見が問題となる場合も、具体的な調書の作成をしなくてもよいとされる<sup>(305)</sup>。

共同鑑定に関しては、個人が独立して調査を行った部分については当該鑑定人を尋問すれば足りるが、共同で行った場合には、全員に宣誓させた上で全員に口頭で尋問を行わなければならないのが原則であるとされる<sup>(306)</sup>。

上述したように、裁判所は、他の手続において用いられた鑑定意見を利用した、新たな鑑定書作成の報酬を払うことができる (411a条)。この既に存在する鑑定証拠を利用した場合であっても、手続が書証となるものではない<sup>(307)</sup>。

---

(300) JVEG 9条の定める16等級の報酬額は作業時間あたり65ユーロから125ユーロであるが、鑑定人の通常の収入に比べると明らかに劣ることが多いため、このような合意が比較的好くなされる。ゴットバルト前掲注115・276-277頁。

(301) BGH NJW 1984, 870. 反対 OLG München NJW 1970, 1240.

(302) OLG Frankfurt MDR 1997, 761.

(303) OLG München; MDR 2012, 306.

(304) Pieper, Prospektiven, S. 59は、当事者は鑑定人に質問を行い、その回答を得て初めて自分の言いたいことがわかってくる場合があることを指摘している。

(305) BGHZ 21, 59 = NJW 1956, 1355.

(306) 杉山前掲注4・121-122頁参照。

この利用について、当事者には法的審問の機会が与えられている<sup>(308)</sup>。もっとも、これにより鑑定人を忌避することや鑑定人の口頭での尋問を申し立てることはできない。援用された文書が心証形成に十分でない場合、裁判所は新たな定作業を命じなければならない<sup>(309)</sup>。

なお、裁判所が選任した鑑定人に対しては、委託を受けた事件に関する手続において訴訟告知を行うことはできない（ZPO72条2項）。これは、鑑定意見が好ましいものでないことを理由として鑑定人を補助参加人として事実上辞任を強制することを防止するとともに、当該事件の裁判から鑑定人に対する損害賠償請求訴訟について拘束力が生じるのを防止するためである<sup>(310)</sup>。

## ②証拠評価

裁判所は、自由心証主義（ZPO286条）により、鑑定意見を自己の責任により自由かつ批判的に評価しなければならない（ZPO286条）<sup>(311)(312)</sup>。すなわち、鑑定意見を検討<sup>(313)</sup>し、その証拠価値について確信を形成することになる。また、専門知識を持たない裁判官が、専門的知見に基づく鑑定意見の内容を完全に理解することは實際上難しい<sup>(314)</sup>ものの、その結論を検討することなく利用

---

(307) BGH FamRZ 2012, 297.

(308) BGH MDR 2016, 1468.

(309) BGH MDR 1997, 880 (Rn. 1).

(310) ゴットパルト前掲注115・275頁。

(311) BGH NJW 1982, 2874; NJW 1984, 1408; NJW 1989, 2948, Franzki, Sachverständiger S. 315. このことから、鑑定人は裁判官としての機能を果たすものではないとする見方もある。BGH NJW 1951; 481, VersR 1959, 382. しかし、上述した鑑定人の任務の三番目の類型に鑑みれば、限定的にはあるものの裁判官類似の機能を果たしていることは否定できないであろう。なお、鑑定証拠の評価をめぐる歴史的展開については、Olzen, Beweiswürdigung, S. 74-77.

(312) ただし、ある経験則が非常に確実であり、それが自然法則としての意義を獲得しており、合理的に疑いをさしはさむ余地がない場合には、当該経験則は裁判所に対する拘束力を有するとするのがドイツの判例である。BGHZ 12, 22, 25. そして、こうした経験則が増加すれば、それらを用いる鑑定意見には自由な証拠評価の対象がないことになる可能性があるとの指摘がある。Olzen, Beweiswürdigung, S. 81.

(313) たとえば、鑑定人が事実関係を適切に把握しているか、鑑定人が調査に際して手続法違反を行っていないか、不適切な仮説を前提として作業をしていないか、などを最初に検討することになる。Franzki, Sachverständiger S. 319.

してはならない<sup>(315)</sup>。したがって、鑑定意見の検討は第一次的には論理的検討にならざるを得ない<sup>(316)</sup>。もちろん鑑定の正当性は推定されない<sup>(317)</sup>。また、多数の鑑定意見が一致したからと言って、裁判所はそれに拘束されることはない<sup>(318)</sup>。鑑定意見の論理的整合性の有無および確信形成の可否を、必要とあれば他の鑑定人の助けを借りてでも検討しなければならない<sup>(319)</sup>。裁判官は自己が持ち合わせている専門知識の限りにおいて検討する<sup>(320)</sup>わけではあるものの、自らの文献研究のみでは鑑定意見とは異なる意見に立つべきではない<sup>(321)</sup>。したがって、裁判所は、通例は前もって鑑定人にその鑑定意見について鑑定意見の内容、および、裁判所が判決をすることが可能な状況にあるのか質問しなければならない<sup>(322)</sup>。そして、鑑定意見とは異なる判決をする場合はその理由を自己の専門知識に基づいて述べるべきであり<sup>(323)</sup>、専門知識を欠いたまま判断することは許されない<sup>(324)</sup>。裁判官は、鑑定意見について、鑑定人が明らかに

---

(314) Bayerlein/ Bayerlein, § 22 Rn. 4. 特に、経験則等を報告することを内容とする鑑定に関しては、専門知識のない裁判官にとって困難なことが多い。Olzen, Beweiswürdigung, S. 78.

(315) BGHZ 169, 30 = NJW-RR 2007, 106; BGH NJW 1984, 1408.

(316) 裁判官は鑑定意見が前提とした事実が正当であるとともに、そこから論理的に説得力ある結論が導き出されているかを検討することになる。その場合、鑑定意見において用いられている経験則、思考法則、論理法則が補助手段として役に立つことになる。Olzen, Beweiswürdigung, S. 68, 74.

(317) BGH MDR 1982, 212.

(318) 木川編前掲注4・354頁〔木川〕。

(319) Rosenberg/ Schwab / Gottawald, § 122 Rn. § 122 Rn. 67.

(320) 木川編前掲注4・11頁〔木川〕

(321) 木川編前掲注4・12-14頁。

(322) BGH NJW 1984, 1408.

(323) 鑑定意見の内容を理解していることを示し、ついで自己の専門知識を示し、さらに自己の専門知識に基づく方が正しいことを説得的に述べる必要がある。Olzen, Beweiswürdigung, S. 79.

(324) BGHZ 160, 8 = NJW 2004, 2671; BGH NJW 1989, 2984. Baumbach/ Lauterbach/ Albers/ Hartmann, Übers § 402 Rn. 5. 裁判所の判断が鑑定意見の結論と異なる場合には、裁判所は口頭弁論において当事者に当該専門的知見の内容を開示し、攻撃防御の機会を提供しなければならない。木川編前掲注4・78頁〔木川〕。また、判決においても、裁判官の専門知識の欠如により異なる判決をしているわけではないことが明らかになるようにしなければならない。BGH MDR 1961, 584, Olzen, Beweiswürdigung, S. 79.

していない文書<sup>(325)</sup>や鑑定意見の基礎としている別の事実がないこと<sup>(326)</sup>、そして、鑑定人がその他の義務を遵守したことについても、確信に達しなければならぬ<sup>(327)</sup>。

そして、慎重な検討の結果として鑑定意見に従うことになる場合であっても、「裁判所は裁判所自身の判断形成に基づき、特に専門的経験に富むことが裁判所に顕著なこの鑑定人の説得力ある説明に賛同する」といった決まり文句を利用するのではなく<sup>(328)</sup>、賛同できる範囲を明確にし、個別具体的に追思考して検討した結果であることを詳細な理由でもって述べるべきである。

矛盾した鑑定意見について、裁判所は当該矛盾を取り除くことを試みなければならない<sup>(329)</sup>。この試みがうまくいかない場合、裁判所は鑑定自体のやり直しを検討することになる<sup>(330)</sup>。裁判所が重大な手続違反を確認する場合、または、鑑定意見が十分ではないと判断する場合、裁判所は書面による補充または口頭による鑑定意見の説明（ZPO411条3項<sup>(331)</sup>）が可能であればそれを利用するか<sup>(332)</sup>、あるいは別の鑑定人に委託<sup>(333)</sup>するべきである（ZPO412条<sup>(334)</sup>）。書面または口頭による鑑定意見に対して、事実に基づいた異議を述べる当事者は、

---

(325) OLG Stuttgart NJW 1981, 2581.

(326) BGH NJW 1981, 2009.

(327) 裁判官は、自由な証拠評価をすることができるといえども、あらゆる情報源を検討し、裁判上重要な事情を対立させて考察する責任を免れるものではない。Olzen, Beweiswürdigung, S. 79.

(328) Franzki, Sachverständiger S. 315.

(329) かつて、下級審は矛盾した鑑定意見が提出されたが、評価が困難な場合、証明責任で判決をしようとした。これに対して、連邦通常裁判所は、そうした場合には、鑑定意見が異なる事実関係を出発点としている場合にはそれぞれ異なる評価をするべきであると批判した。BGH NJW 1987, 442, Pieper, Prospektiben, S. 50. なお、私鑑定意見が、裁判所の委託による鑑定意見に対する理由を付した異議に含まれる場合、その内容が無批判に受け入れてはならない。BVerfG NJW 1997, 122. さらに裁判所はその私鑑定意見に根本的に取り組まなければならない。BGH NJW 1996, 1597.

(330) BGH NJW 1987, 442.

(331) BGH NJW 2001, 3269; NJW 1978, 2578.

(332) Broß, S. 432は、口頭による聴取の方が優れているとしている。

(333) 新たな鑑定基準について、木川編前掲注4・539-553頁〔木川・生田〕。

(334) BGH NJW 1986, 1928; NJW 1987, 2300; NJW-RR 1988, 763.



裁判所に新たな口頭審問の機会を義務付けることになる<sup>(335)</sup>。もともと当事者は、その異議を私鑑定等によって裏付ける義務まで負うものではない<sup>(336)</sup>。これらのことは、第一審における鑑定人の鑑定意見と、控訴審において新たに選任された鑑定人の鑑定意見とが異なる場合にも妥当する。

### Ⅲ. 鑑定委員会・鑑定所・調停所

#### 1. 裁判外紛争処理手続としての鑑定委員会・鑑定所・調停所の意義

既述のように、ドイツにおいては民事訴訟制度における証拠方法としての鑑定制度に加えて、鑑定委員会・鑑定所・調停所と呼ばれる裁判外紛争処理機関（以下、鑑定委員会等とする。）において、専門家の判断を仰ぐ手続<sup>(337)</sup>が存在する。鑑定委員会等は、建築関係事件<sup>(338)</sup>、賃貸借・隣人関係事件<sup>(339)</sup>、保険事件<sup>(340)</sup>などに関する調停所も存在するものの、とりわけ医師責任義務保険事件を対象とするもの<sup>(341)</sup>が大きな役割を果たしているため<sup>(342)</sup>、以下では、それを中心として論述する。

---

(335) BGH NJW 1986, 2886; NJW 1992, 1459.

(336) BGH NJW 2003, 1400.

(337) この手続は、拘束力のある判断を行わない点で法律上の仲裁手続ではない。Dieter Giesen, Gutachterkommission, Schlichtungsstellen: Anspruch, Praxis, Perspektiven, in Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e. V. (Hrsg.), Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen (1990), S. 77.

(338) これについては、たとえば、ウーヴェ・ホイゼン＝ブリッタ・ハルターマン（大濱しのぶ訳）「ドイツにおける建築調停」石川明編『比較裁判外紛争解決制度』（慶應義塾大学出版会）237-262頁、中村・前掲注5・38-39頁など参照。

(339) Vgl. Kerstin Schster, Rechtsbefriedigung durch schlichtungsstellen: das Potential der außergerichtlichen Konfliktbeilegung bei Mietrechts- und nachbarschaftsstreitigkeiten am Beispiel des außergerichtlichen obligatorischen Einigungsversuchs nach § 15a EGZPO (2002).

(340) Vgl. Wolfgang Römer, Zum Einfluss der Organisationsformen von schlichtungsstellen auf deren Erfolg: am Beispiel des Ombudsmannes für Versicherungen, in Reinhard Bork (Hrsg.), Rechts und Risiko Bd. 1. (2004).

(341) 日本でも、医療過誤事件において当事者の心理的な対立を解消して和解を促進する医療メディエーションが発足し、活動を行っている。これについて、たとえば、中西叔美「もう一つの医療ADR」豊田愛祥＝太田勝造＝林圭介＝斎藤輝夫編『和解は未来を創る』（信山社、2018年）417-450頁など参照。

1975年4月から1978年1月にかけて8つの州の医師会<sup>(343)</sup>で、医者と患者の関係の緊張を解くことについて貢献する機関が設立された<sup>(344)</sup>。その後、旧東ドイツに属した州にも広がっている<sup>(345)</sup>。なお、歯科医師会の団体も州医師会の例に従い、それぞれ鑑定委員会等を設立している。

## 2. 手続の特徴

### (1) 鑑定委員会等での手続

鑑定委員会等の設置目的は多様である<sup>(346)</sup>。たとえば、バーデン・ビュルテンベルク、ノルトライン、ザールラント、およびヴェストファーレン・リッペの鑑定委員会は、患者のための理由のある請求の貫徹の容易化および患者のための理由のない請求の拒絶を挙げている<sup>(347)</sup>。また、ハノーファー（北ドイツ）

---

(342) 一宮前掲注5・36頁。実際、文献の量も医療紛争に関する鑑定委員会等を対象としたものが圧倒的に多い。なお、鑑定委員会等に関する評価については、我妻前掲注5・76-77頁参照。

(343) ドイツにおいては、日本と異なり医師会が強制加入団体であることがこの制度の運営に大きな影響を与えている。中村前掲注5・38頁。

(344) この機関について統一的な命名は行われず、3つの州の医師会は表示について鑑定委員会と、2つは鑑定所および調停所と、2つは調停所と決定した。これらのうち、バイエルン医師会は当初調停業務を行うことを予定して調停所を選択していたが、後に鑑定所に変更した。なお、バーデン・ビュルテンベルク州においては5つの鑑定委員会が置かれたため、事実上は12の鑑定委員会等が設置された。我妻前掲注5・54-58頁、Thaomas Ratajczak, Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen — Anspruch, Praxis, Perspektiven — Verfahrensordnung und Richtigkeitsgewähr, in Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e. V. (Hrsg), Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen (1990), S. 3. なお、現在は医療職法により各州に鑑定委員会等の設置が義務付けられている。中村・前掲注5・38頁。

(345) 1990年に東ベルリン、ブランデンブルク、メックレンブルク・フォアポメルン、ザクセン・アンハルトの諸州がハノーファー調停所に加入している。我妻前掲注5・60頁。

(346) それに応じて鑑定委員会等の手続もさまざまであるものの、それが鑑定の品質を左右するものではない。Brigitte Herbrand, Leistung und Wirkung der Gutachterstellen, in Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e. V. (Hrsg), Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen (1990), S. 89. なお、こうした鑑定委員会等の判断が裁判外での紛争の処理だけではなく、証拠調べの容易化やその後さらに行われることのある医師責任義務保険訴訟の進行にも有益であるとの指摘がある。Peter Enders, Zur Bedeutung der Gutachten von Gutachterkommission und Schlichtungsstellen für Artzthaftpflichtprozeß, in Festschrift für Egon Schneider zur Vollendung der des 70. Lebensjahres (1997), S. 422.

の調停所は迅速で詳細な事実関係の解明であり、バイエルン鑑定所は争いを解消するため鑑定人の提案を目的としている<sup>(348)</sup>。さらに、ヘッセンおよびラインラントーファルツの鑑定所および調停所は、診療過誤が存在する場合に、調停を当事者のために実施することを目的としている<sup>(349)</sup>。さらに、こうした目的を達成する方法については、バーデン・ビュルテンベルク、ノルトラインおよびヴェストファーレンーリッペの規約においては、客観的な鑑定意見作成が挙げられている<sup>(350)</sup>。これらから、一般に、調停所は、医師の責任に関する医師と患者との紛争につき専門家の鑑定的判断を示し、また、当事者の求めに応じて<sup>(351)</sup>損害額を認定し調停を行うものである。これに対して鑑定委員会ないしは鑑定所は、医療過誤の有無についてのみ公正に判断する専門家の鑑定的判断を行うものである<sup>(352)</sup>。

鑑定委員会等の手続は申立てによって開始される<sup>(353)</sup>。また、当事者は申立ての撤回、申立てに基づく手続の続行に対する異議、および裁判所への訴えの提起により、一方的にこの手続を終了させることもできる<sup>(354)</sup>。

鑑定委員会等での手続の当事者となり得る者は、たとえばバーデン・ビュルテンベルク、ノルトラインおよびヴェストファーレンーリッペの鑑定委員会では、患者および医師のみがなることができ、ハノーファー調停所およびミュンヘンの鑑定所並びにヘッセン、ラインラントーファルツ、ザールラントの鑑定所および調停所では一部特定の前提条件の下で病院経営者も当事者になることができる<sup>(355)</sup>。また、調停手続を進める上では、医師の責任が認められる場合

---

(347) Ratajczak, S. 5.

(348) Ratajczak, S. 5-6.

(349) Ratajczak, S. 6.

(350) Ratajczak, S. 6.

(351) 保険会社の同意が必要とされる。我妻前掲注5・67頁。

(352) 我妻前掲注5・66頁。

(353) ハノーファー調停所では申立書を調停所に郵送する。我妻前掲注5・60頁。

(354) Enders, S. 435.

(355) Ratajczak, S. 6.

に、保険会社が保険金の支払いを行うことになる可能性があるため、ハノーファー調停所の手続では保険会社も当事者となる<sup>(356)</sup>。これに対して、医師でない病院の職員、たとえば、助産師、看護師、麻酔技師などを当事者として認める例は存在しない<sup>(357)</sup>。わけても、分娩損害事件における手続には、看護師、夜勤者、助産師、そしてほとんどのケースで経営者が手続に全く関与できないという点には問題がある<sup>(358)</sup>。

手続の費用は原則無料である<sup>(359)</sup>。ただし、当事者が手続代理人を選任した場合には、その報酬は当該当事者の負担となる<sup>(360)</sup>。

鑑定委員会等の手続では、治療後の一定の時間経過を手続障害としており、この期間を過ぎると申立てができなくなる<sup>(361)</sup>。診療過誤の始期についての定めは当事者の主観的認識にふれていないものの、鑑定委員会等の実務においては、疑わしい事例において基準となる時点について、過誤またはその結果が認識された時点であると解されている<sup>(362)</sup>。

鑑定委員会等への調停の申立てには時効期間の進行を停止させる効力（BGB852条2項準用）が認められる<sup>(363)</sup>。すなわち、相手方が調停手続に同意した時点で時効期間の進行が停止し、鑑定委員会等へのパネルの決定の到達、または、その後責任義務保険者との交渉がさらに行われる場合には当該交渉の

---

(356) 我妻前掲注5・66頁。

(357) Ratajczak, S. 6.

(358) Ratajczak, S. 9.

(359) 医師会および保険会社が負担している。一宮前掲注5・37頁、我妻前掲注5・67-68頁、中村・前掲注5・38頁。

(360) 一宮前掲注5・37頁、我妻前掲注5・68頁、中村・前掲注5・38頁。

(361) たとえば、バーデン・ビュルテンベルク鑑定委員会の規約の3条2項cでは、主張された医療過誤が申立ての時点で5年以上も前のことである場合には、申立てができないことになっている。Ratajczak, S. 5.

(362) Ratajczak, S. 5.

(363) 一般に医師責任義務保険の領域での訴訟提起は事件発生後の数年後になる傾向があることが指摘されている。Herbrand, S. 91. また、鑑定委員会等での判断が出るまでにもかなり時間がかかることが指摘されている。Giesen, S. 82、一宮前掲注5・37頁。そうした文脈では、時効の停止はきわめて重要である。

終結により、再度期間が進行を開始する<sup>(364)</sup>。この時効期間の停止は、鑑定委員会等の手続に自ら関与している被申立人—多くの場合医師である—との関係でのみ生じる<sup>(365)</sup>。

鑑定委員会等の手続においては、相手方に反論権を保障する趣旨で、両当事者の合意によって手続の進行が行われる<sup>(366)</sup>。

鑑定委員会等の手続は、専門家の有する専門的知見を通じて当事者が納得できる結論を示すことで、調停等の紛争解決を行うものである<sup>(367)</sup>。したがって<sup>(368)</sup>、この手続は裁判所における民事訴訟、わけても判決手続における証拠調べとは異なるものであるが、民事紛争解決手続の一つとして、今日少なくともドイツ連邦共和国において承認されているような手続的基本原理に従ったものでなければならない<sup>(369)</sup>。この基本的原理として、まず手続に関する十分な情報の提供が挙げられる<sup>(370)</sup>。この手続に関する情報提供は、民事訴訟で言えば訴状のような手続を開始する文書が各当事者に認識できるように与えられなければならないことを意味するとともに、当事者には文書閲覧権が認められなければならない。この点について、多くの鑑定委員会等では各当事者が文書による意見表明を行っている<sup>(371)</sup>。もっともヘッセンおよびラインラント—ファルツの鑑定所・調停所は、当事者である医師の答弁を申立人である患者あるいは

---

(364) Harard Franzki, Gutachterkomision und Schlichtungsstellen — Anspruch, Praxis, Perspektiven -, in Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e. V. (Hrsg), Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellsn (1990), S. 71.

(365) そのため、病院経営者や医師でない職員との関係では、鑑定委員会等での手続にもかかわらず、消滅時効の期間が進行を続けることになる。Enders, S. 424.

(366) Enders, S 438.

(367) Ratajczak, S. 6.

(368) Ratajczak, S. 6.

(369) 我妻前掲注5・84頁参照。後述する諸点との関係で、鑑定委員会の手続における手続保障は適正手続の一般的要件に重要な部分で対応していないとの批判がある。Ratajczak, S. 9.

(370) 我妻前掲注5・85頁参照。

(371) 医師に関しては、診療録の提出および情報の提供に関して準備ができてることが多く、裁判所における手続よりも、そうした情報の利用が容易であるとの指摘がある。Franzki, Gutachterkomission, S. 73.

その弁護士に伝達していない。これは、判断の基礎となるべき書類は法的審問の保障なくして利用できないとする民事訴訟に関する理念が影響しているとされる。また、当事者の文書閲覧権についてはいずれの鑑定委員会等も消極的である<sup>(372)</sup>。

つぎに、それを前提とした当事者の主張・立証する権利の保障が挙げられる<sup>(373)</sup>。この権利には、事実、証明の結果、および法的状況についての意見表明の権利を含む<sup>(374)</sup>。もっとも、鑑定委員会等の手続では、ZPO128条1項とは異なり、書面手続が原則<sup>(375)</sup>であって、口頭による交渉は例外的な位置付けとなっている<sup>(376)</sup>。書面手続は主張内容を迅速かつ正確に伝えることができるなどのメリットもあるが、当意即妙の対応といった点では対面・口頭の手続に劣る面がある<sup>(377)</sup>。なお、パネルの作成した鑑定報告により、事後的な治療をした医師に関する情報のような追加的事実が提供される場合には、当事者がそれに対応する機会が与えられなければならない<sup>(378)</sup>。

さらに、当事者の主張・立証を顧慮し評価する判断者の義務が挙げられる<sup>(379)</sup>。上述の主張・立証する権利に対応する顧慮する義務は、裁判所が当事者の主張を認識し、当事者の判断を尊重することと同様のものを内容とする<sup>(380)</sup>。もっとも、ヘッセンおよびラインラント＝ファルツの鑑定所・調停を除いて、この点については明確にされていない<sup>(381)</sup>。

加えて、判断者の独立性も法的審問請求権の保障の重要な要素として挙げら

---

(372) Ratajczak, S. 7.

(373) 我妻前掲注5・85-88頁。

(374) Ratajczak, S. 7.

(375) 中村・前掲注5・38頁。

(376) これは、鑑定委員会等での手続は専門家の判断の作成を目的としたものであり、その判断には当事者に対する拘束力もないためである。Enders, S. 436.

(377) Vgl. Franzki, Gutachterkommission, S. 73.

(378) Enders, S. 438.

(379) 我妻前掲注5・88頁参照。Ratajczak, S. 6.

(380) Ratajczak, S. 7.

(381) Ratajczak, S. 7.

れる<sup>(382)</sup>。この点、上述のように各鑑定委員会等は州医師会によって設立されており<sup>(383)</sup>、実際に判断を行うパネルの独立性が問題となりうる<sup>(384)</sup>。すなわち、パネルの構成は、多くの場合、元裁判官や弁護士といった完全法曹である長と2人から4人<sup>(385)</sup>の医者<sup>(386)</sup>による合議体となっており<sup>(387)</sup>、実際に鑑定作業を行う医師について独立性に関して疑念が持たれる可能性がある。こうしたことに対して、たとえばヘッセンおよびラインラント＝ファルツの鑑定所および調停所並びにハノーファーの調停所においては、鑑定人に関する情報を提供すべきこととなっている<sup>(388)</sup>。もっとも、口頭での交渉において鑑定意見作成者と論争することができない点についてはなお批判がある<sup>(389)</sup>。また、パネルの判断形成の形式については詳細な定めをおく鑑定委員会等が多いものの、判断の内容はどうあるべきかについては、ほとんど定められていないようである<sup>(390)</sup>。

審理に関しては職権探知主義が採用されている<sup>(391)</sup>。もっとも、鑑定委員会等は独自の強制的な事実や証拠の収集手段を持つものではないため、当事者の提出する事実および証拠を前提とせざるを得ない。そのため、判断者が強力な

(382) 国家の裁判所での手続について、この原理は基本法20条3項で保障されている。Ratajczak, S. 6.

(383) ハノーファー調停所およびミュンヘンの鑑定所は、州医師会によりドイツの保険会社であるHUK団体との合意に基づいて設置されている。Ratajczak, S. 7.

(384) パネルの構成員には、法律家である構成員と共に、通常は州医師会の構成員である医師が含まれるため、医師たちが自分たちの問題を処理するために、自ら「法壇」に座っているという印象を持たれるとの指摘がある。Ratajczak, S. 7-8.

(385) ただし、実際には全員が会合を行っておらず、通常は法律家である構成員と鑑定報告を作成した構成員との協議しか行われていないとの指摘がある。Franzki, Gutachterkommission, S. 72.

(386) ドイツの医科大学はほとんどが州立大学であり、医師の委員の確保は比較的容易である。畔柳・前掲注5比較法93頁。

(387) ミュンヘン調停所では、当事者である医師および患者がパネルの構成員の一人を選定することができ、また、委員長には医師が就くことになっている。Ratajczak, S. 8. なお、法律家が長となることについては、職業法的な対内的コントロールに過ぎないとの印象を避けるだけではなく、手続期間の判断、基本的な事案解明への配慮、そして法的審問の保障という点で重要であるとの指摘がある。Franzki, Gutachterkommission, S. 71-72.

(388) Ratajczak, S. 8.

(389) Ratajczak, S. 9.

イニシアティヴを有する意味における「職権探知」ではない<sup>(392)</sup>。具体的には審理を行うパネルは証拠申し出に拘束されず、その評価は自由心証に委ねられることになる<sup>(393)</sup>。手続の目的が事実関係の確定にとどまる場合は、たとえば因果関係を法的に評価して認定することもなく、また、裁定型の手続ではないため証明責任も問題とならない<sup>(394)</sup>。

証拠調べに関して、鑑定委員会等が専門家の鑑定的判断を行うだけの場合は、事実関係に争いがないことが前提となるため、証人尋問は行われない<sup>(395)</sup>。これに対して、鑑定委員会等の設置するパネルが調停を行う場合、被申立人である医師のほか、関係者である看護師、申立人の親族、隣のベッドの患者などの証人を尋問することができる。もっとも、鑑定委員会等は出頭および証言を強制することはできないし、そうした証人は真実義務も負わない<sup>(396)</sup>。また、鑑定委員会等の判断を行うパネルには専門家である構成員が含まれるものの、個別事件ごとに必要となる専門的知見との関係で外部の専門家からの鑑定的な報告を活用することもできる。この場合も、鑑定的報告を行うことになる専門家に関して当事者、わけても患者に対する事前の情報提供が必要とされる<sup>(397)</sup>。

鑑定委員会等のパネルが行う判断<sup>(398)</sup>においては、とりわけ、申立人である

---

(390) 国家のものではない手続に関しては逆の規制実務、特に実体法的判断の形成についての詳細な定めを想定するべきであり、それとは反対に手続的な問題に関しては短い注釈のみを想定するべきであるとの指摘がある。Ratajczak, S. 9. なお、鑑定委員会等の活度は裁判所と同じ診療水準や監護要件を出発点とし、また、裁判所と同一の証拠規則が適用されることで、当事者の満足に資するとともに、後の訴訟の防止に役立つとの指摘がある。Franzki, Gutachterkommission, S. 74.

(391) Franzki, Gutachterkommission, S. 73.

(392) Enders, S. 436. その場合、職権による文書の収集が中心となる。一宮前掲注 5・37頁。

(393) Giesen, S. 79–80, Enders, S. 435.

(394) Giesen, S. 80.

(395) 一宮前掲注 5・37頁。

(396) Franzki, Gutachterkommission, S. 73.

(397) 制度発足当時はそうした情報提供が十分でなかったため、かえって多くの訴訟を引き起こすことになったとの指摘がある。Franzki, Gutachterkommission, S. 72.

(398) 申立人である患者が当該判断に納得がいった場合には、それをもとにして保険会社等と交渉を行うことになる。一宮前掲注 5・37頁。



患者に不利な判断がなされる場合に、医学的な専門知識のない当事者にも理解できるように述べる事が義務付けられている<sup>(399)(400)</sup>。鑑定委員会等の行う鑑定的な判断には、この手続が書面手続を中心とするものであり、当事者に対する手続保障が十分とはいえないことから、当事者に対する拘束力も、執行力も認められない<sup>(401)</sup>。また、調停手続が行われ、当事者間に合意が成立しても、当該合意は裁判上の和解ではなく、私法上の和解として扱われるに過ぎない<sup>(402)</sup>。

不服申立てに関して、たとえばノルトライン鑑定委員会では、理由の付された決定に対して申立人が不服を有する場合には、その申立てに関して再度委員会全体で再検討が行われることになっている<sup>(403)</sup>。

## （2）民事訴訟手続との関係

鑑定委員会等の活動と民事訴訟制度との関係の第一点は、訴訟費用援助の要件に関してである。すなわち、鑑定委員会等の判断では紛争が解決しなかった場合<sup>(404)</sup>の後行の医師義務責任保険訴訟において訴訟費用援助の申立てを行う場合、事前に鑑定委員会等の手続を申し立てていないと、「勝訴の見込み」<sup>(405)</sup>が

---

(399) 申立人である患者側に有利な判断がなされた場合には、患者側は自己の主張に理由があることの証左としてそれをそのまま利用するであろうが、不利な判断の場合には、それに反論する前提として判断内容を理解する必要にせまられることになるからである。ただし、後の訴訟において被申立人側は弁論主義との関係で鑑定委員会等の手続における判断を提出しないこともできる。Enders, S. 431.

(400) 鑑定委員会等の手続において自己に不利な判断をされた当事者は、その後に行われる訴訟において、新たに鑑定を申し立てることができる。これは、鑑定委員会等の手続が仲裁鑑定契約を結ぶものではないからである。もっとも、その場合、当該当事者は、判断を行った専門家の有する専門知識に疑義のあること、当該判断が誤った事実を前提としていること、問題の処理に関して判断を行った専門家が当時有していなかった新たな学問的知見が存在することなど、鑑定委員会等の判断だけでは心証形成に十分でないことを示す必要がある。Enders, S. 442-445.

(401) Giesen, S. 81.

(402) 中村・前掲注5・38頁。

(403) Franzki, Gutachterkommission, S. 72、詳細については、我妻前掲注5・64頁、畔柳・前掲注5比較法94頁。

あることや「恣意的でない」こと（ZPO114条）という要件を充たさないものとして、訴訟費用援助が拒否されることになる<sup>(406)</sup>。この「恣意的」とは思慮分別のある当事者がその訴訟の目的を特に簡単な別の方法で追求しようとする訴訟追行のあり方を意味する<sup>(407)</sup>。つまり、鑑定委員会等の判断は、医師義務責任保険訴訟における訴訟費用援助手続の要件充足の審理において、言わば前提事実として機能する役割が認められるのである<sup>(408)</sup>。また、患者が鑑定委員会等に手続を申し立てたにもかかわらず、その後手続をそれ以上続行しない場合<sup>(409)</sup>、または、鑑定委員会等により既に開始されている調停手続への関与を理由なくして終了を待たずに止めた場合<sup>(410)</sup>、訴訟費用援助が拒否される。なお、鑑定委員会等の手続において申立人に対して消極的な判断がなされた場合、引き続いての医師責任義務保険訴訟における訴訟費用援助の審査に関しても消極的な判断がなされる可能性がある<sup>(411)</sup>。

第二点は、鑑定委員会等により作成された専門的判断は、委員会等の構成員の専門知識に関して一方当事者により主張された疑念通りでなければ、後行の民事訴訟において書証として利用できる<sup>(412)(413)</sup>。なお、書証として裁判所に提出された鑑定委員会等の判断が唯一の証拠である場合、それをそのまま判決の

---

(404) 鑑定委員会や鑑定所など鑑定のみを行う機関は、前提事実や損害額等事実関係に争いのある事件に馴染まない。また、鑑定を行った機関の判断や調停案に納得がいかない当事者は、改めて訴訟を提起して事件自体を争うことがある。一宮前掲注5・37頁。

(405) Bayerlein/ Franzki, § 52 Rn. 3.

(406) LG Aurich NJW 1986, 792; LG Dortmund MedR 1987, 195; OLG Düsseldorf VersR 1989, 645, Ratajczak, S. 4; OLG Karlsruhe NJW RR 2006, 332.

(407) Giesen, S. 81.

(408) Giesen, S. 81-82は、鑑定委員会等での手続は任意であり、資産の乏しい当事者にとっては負担となるため、これが基本法によって保証されている裁判所へのアクセスを侵害することになりかねないと批判している。同様の見解を示した判断として、OLG Oldenburg, MedR 1988, 274; OLG Düsseldorf MedR 1989, 200.

(409) OLG Oldenburg AHRs, Kza 7400/ 2.

(410) OLG Celle AHRs Kza 7400/ 3.

(411) Enders S. 426は、これは証拠調べを訴訟費用援助の手続において行うものであるとして批判する。

基礎とすることができる<sup>(414)</sup>。

第三点は、鑑定委員会等において得られた判断にかかる費用の償還である。上述のように鑑定委員会等の手続における専門的判断を後の訴訟において利用する場合に、それを私鑑定として費用の償還を受けることができるか問題となる。この点について、私鑑定意見は、当事者が当該専門分野について自ら十分な専門知識を有しない場合にのみ認められる<sup>(415)</sup>ことや、訴訟においては裁判所に選任された鑑定人の鑑定意見の価値と私鑑定の価値とができるだけ同じように扱われるべきことに鑑みて、その処理が行われるべきである<sup>(416)</sup>。

第四点は、既述のように鑑定委員会等における調停手続において鑑定報告作成者として活動したことが直ちに、その後の訴訟における忌避事由となるものではない<sup>(417)</sup>。すなわち、鑑定委員会等におけるパネル構成員としての中立性は、この構成員としての職務が名誉職<sup>(418)</sup>であることによって担保されている<sup>(419)</sup>。また、制度として中立性の確保された鑑定委員会等を利用することは、申立人

---

(412) BGH VersR 1987, 1091. なお、訴訟において裁判所がさらなる事案説明を必要とする場合には、鑑定委員会等の手続において報告を行った専門家に補充をさせるのではなく、新たな鑑定人を選任するべきであるとの指摘がある。BGH NJW 1987, 2300, Francki, Gutachterkommission, S. 75.

(413) Enders, S. 440は、鑑定委員会等の判断をそのまま訴訟において鑑定意見として採用することについては、当該判断の作成に関わる者が複数おり、場合によっては匿名であることから、鑑定人質問の実施が困難であるとして消極的である。

(414) もちろん、裁判所はZPO144条1項により職権で新たに鑑定を命じることができるものの、鑑定委員会等の判断が裁判所の必要とする専門的知見に基づく判断として十分な内容を持つものであれば、それで問題ないからである。なおこの場合、相手方に反論の機会を保障する必要がある。Enders, S. 441-442.

(415) Enders, S. 426.

(416) OLG Köln VersR 1991, 695ff. は、鑑定委員会等における専門家の判断について、私鑑定として費用の償還を受けることを否定している。これについて、Enders, S. 426は、償還が否定されたのは、この専門家の判断が、被申立人側から提出された被申立人に関する文書の写し、教科書的な文書の写し、そして確定された事実ではなく仮説に基づく法律相談的な文書の写しから構成されたひどいものであったためであり、言わば事例的判断であるとしている。

(417) Braunschweig MedR 1990, 356.

(418) 通常は旅費と日当が支払われるのみで無報酬である。一宮前掲注5・37頁。

(419) Enders, S. 429.

および被申立人がそれを信頼して同意していることを示すものである以上、具体的な判断の形成において偏頗である事情がうかがわれる場合にのみ、忌避が問題となりうるのである<sup>(420)</sup>。そして、裁判所により選定された鑑定人は、必要とあれば、鑑定を委託された事件についてのそれまでの関与の有無について明らかにしなければならず、それを拒否する場合には忌避事由となりうるため、それは名目に過ぎないというわけでもないのである<sup>(421)</sup>。

なお、第五点として、医師責任義務保険訴訟の係属中に、鑑定委員会等の手続が開始された場合、それが重要な理由に基づく手続休止命令（ZPO251条1項）の理由となるものではない。これは、裁判所は、そこで行われている民事訴訟手続において自ら鑑定人を選任して、その専門的知見に基づく判断を入手することができることに鑑みれば、鑑定委員会等での手続のために、訴訟を休止することは予定されていないからである<sup>(422)</sup>。

#### IV. 日本における民事鑑定との比較

以上、ドイツにおける民事鑑定制度を概観したが、以下では、日本の法制およびその方向性との比較検討を行う。

##### 1. 迅速性の確保

裁判官の有しない専門的知見判決をするために必要であるとして、鑑定が行われる事件について、訴訟の遅延が問題となることについては、ドイツにおいても、日本においても等しく問題視されており、鑑定制度の改革の一つの焦点となっている。すなわち、裁判所による鑑定人の選任過程、鑑定人による作業、さらには、忌避によるやり直し（の可能性）が鑑定手続を時間のかかるものとしている。

---

(420) Enders, S. 430.

(421) 以前の活動についての開示を拒むこと自体が鑑定人の中立性および公正性に対する疑いを正当化することになる。Enders, S. 430.

(422) Enders, S. 431-432.

この点について、ドイツにおいてはこれまで概観してきたように、鑑定制度を巡る裁判官と鑑定人との協働関係を明確化することで、鑑定作業の円滑化を図り、迅速化の実現に努めている。すなわち、まず、裁判所は鑑定人の行為を指揮しなければならない（ZPO404a 条 1 項）ものとして、法律家ではなく、訴訟というものに不慣れな者もいる可能性がある鑑定人に対して、単なる形式的な指示にとどまらない一般的なバックアップ体制の確保を求めている。その上で、具体的にその行為および範囲（同条同項）、また、鑑定人の役割（同条 2 項）について指示を与えることができるとして、裁判所からの指示のポイントも明確化されている。くわえて、裁判所は、書面による鑑定意見を委託した場合の提出（ZPO411 条 1 項）や鑑定に対する当事者の異議、申立て、および補充質問について（同条 4 項 2 文）は、その提出期間を定めなければならない。これに対して、鑑定人については、委託された事項が当該鑑定人の専門に該当するか、他の鑑定人の関与なくして解決することができるか、裁判所により定められた期間内に処理できるかについて検討し、専門外である場合、他人の関与が必要な場合、そして期間内に処理できない場合には、裁判所への報告が義務付けられている（ZPO407a 条 1 項）。こうした裁判所からの指揮と、鑑定人側からの報告とを通じて、鑑定作業をめぐる問題点が裁判所と鑑定人において共有され、鑑定の内容や方法に関する裁判所からの委託がさらに精緻化され、あるいは、適切に修正されることが期待できる。こうした鑑定作業の大枠を定めることで、鑑定人については自らの作業をより効率的に実施する見通しが立つものと思われるとともに、裁判所も事件管理の観点から鑑定を行った場合の訴訟の進行計画をより正確に立てることが可能になるものと思われる。

また、鑑定作業の内容に関しても、必要に基づいて裁判所は証明問題を作成するに先立って鑑定人から意見を聴くことができるとしている（ZPO404a 条 2 項）。これは、たとえば医療過誤事件における医師の過失や治療行為と損害との因果関係に関する証明のように、そもそもどのような事実を証明の対象とするべきかについて専門的知見がなければ明らかにできない場合に対処するものである。言うまでもなく証拠決定は裁判所の専権事項であるが、専門家であ

る鑑定人の助けにより裁判所がそれを行うのに必要な時間を節減するとともに、不正確な証拠決定のため再度の鑑定を行わなければならないことによる時間の浪費を防止する点でも有用である。そして、鑑定人の求めに応じて委託した事項についての質問について説明するとともに（同条2項）、鑑定の基礎とすべき事実を定めなければならない（同条3項）。これらは、鑑定人が実際の作業の対象をより明確化することで、鑑定人が試行錯誤することやあらゆる可能性について回答することにより、本来不必要な時間がかからないようにしている。加えて、必要とされる限り、裁判所は鑑定人の証明問題の解明に関する権限の範囲、当事者との接触の範囲、鑑定人の調査に関する当事者の関与の時期を定めるものとしている（ZPO404a条4項）。これにより、鑑定人が具体的な調査を行う上で生じる可能性のある問題への対応も図られている。これらに対して、鑑定人の側では、委託された事項の内容および範囲に関して疑問が生じたときは、裁判所に説明を求めなければならないとされている（ZPO407a条4項1文）。こうしたことを通して、裁判所と鑑定人とは鑑定を行う対象について、相互に意見交換等の協力を行うことで適切に証拠に関する決定を行い、また、具体的な調査等の作業に関しても裁判所の指揮の下に適切かつ円滑に行われるよう配慮されている。

さらに、後の忌避の予防策として、鑑定人の選任に際して、鑑定人候補者に関する当事者からの意見聴取を行う（ZPO404条2項）ことや、忌避事由となりうる事情の事前の報告（ZPO407a条2項1文・2文）を定めている。特に前者については、形式的に意見聴取を行うにとどまるのではないかといった実効性に関する疑問も呈されている<sup>(423)</sup>ものの、当事者への意見聴取を通じて簡易迅速に後の忌避の芽を摘み取ることができる点は、意義があるものと思われる。

---

(423) Vgl. Huber, S. 34. なお、Hans-Jürgen Ahrens 教授は、鑑定人の選任に際しての裁判官の自由裁量の余地を明らかにしている点で意義があると評価している。Nassim Eslami und Björn Steinrötter, Sachverständige im Zivilprozess — Diskussionsbericht, ZJP 131, S. 53. 対立しがちな当事者の意見に左右されずに鑑定人を選任できるということを明確にしたという点では、手続の迅速に資する面もある。

る。

その上、書面による鑑定を実施した場合、当該鑑定意見については鑑定人に対する口頭での質問に加えて、書面による補充や説明もできることとなっている（ZPO411条3項2文）。これも、期日の設定を巡る調整や期日における説明と裁判官や当事者の理解にかかる時間を節減できる可能性がある<sup>(424)</sup>。

くわえて、関連する事件における同一事項等を対象として先行の訴訟事件において既に行われた鑑定意見を、書証としてではなく、書面による鑑定意見として利用することもできる（ZPO411a条）。これについては、既述のようにそうした場面自体が多くないことも指摘されているが、鑑定作業そのものを省略できる点で迅速に資することになる。

なお、判決手続における証拠方法としての鑑定ではないものの、裁判外紛争処理の枠組みにおける鑑定委員会等の存在がドイツにおける大きな特徴の一つである。鑑定委員会等における専門家の判断に基づく裁判外での和解交渉や鑑定委員会等における民間調停により、訴訟手続を経ることなく紛争を処理することができ、大局的な観点で簡易かつ迅速な民事紛争処理を図ることができる点で極めて有用である。特に、当事者が当該専門家の判断に得心がいかなかった場合に引き続いて生じることになる訴訟において、その判断を書証として用いることもでき、限定的ではあるが制度の連携も図られている。

こうしたドイツの制度と比較して、日本においても裁判官と鑑定人との共同作業<sup>(425)</sup>の促進が図られている。すなわち、裁判所は、口頭弁論若しくは弁論準備手続の期日又は進行協議期日において、鑑定事項の内容、鑑定に必要な資料について、鑑定人と協議することができる〔民事訴訟規則（以下、民訴規とする。）129の2条〕<sup>(426)</sup>。また、鑑定人は、鑑定のため必要があるときは審理に立会い、裁判長に証人若しくは当事者本人に対する尋問を求め、又は裁判長の

---

(424) Michel Sonnentag 教授は、これについて疑問を呈している。Eslami und Steinötter, S. 56.

(425) 医事関係訴訟における裁判所からの鑑定人への働きかけについて、園尾隆司「鑑定に関する訴訟指揮」浅井登美彦＝園尾隆司編『現代裁判法大系7〔医療過誤〕』（新日本法規出版、1998年）81頁以下参照。

許可を得て直接発問できる（民訴規133条）。こうしたことは、鑑定作業の効率な実施を可能とし、迅速に資するものと思われる。

さらに、裁判所は書面による鑑定に関して、当該書面を提出すべき期間を定めることができる（民訴規132条2項）。これも、審理計画の作成を通じた訴訟の迅速化に資するものといえることができる。

その上、鑑定人質問の順番については、原則としてまず裁判長が質問を行うとする（民訴215条の2第2項）ことで、効率的な鑑定人質問を実現することが図られている。

それから、専門的知見を要する事件の審理の迅速に資する制度に関して、日本法の最も特徴的な点として、専門委員制度（民訴92条の2以下）もある<sup>(427)</sup>。すなわち、裁判所は、「争点若しくは証拠の整理又は訴訟手続の進行に関し必要な事項の協議をするに当たり、訴訟関係を明瞭にし、または訴訟手続の円滑な進行を図る」ことを目的として、専門的な知見に基づく「説明」を行う専門委員を、当事者の意見を聴いたうえで、決定によって事件に関与させることができる（民訴92条の2第1項）<sup>(428)</sup>。また、「証人若しくは当事者本人の尋問、又は鑑定人の質問の期日において」、裁判長は、証拠調べの結果の趣旨を明瞭

---

(426) これは、それまで行われていた実務を取り入れたものである。司法研修所編『専門的な知見を必要とする民事訴訟の運営』（法曹会、2000年）101頁。なお、高田裕成＝三木浩一＝山本克己＝山本和彦編『注釈民事訴訟法第4巻』336頁〔町村康貴〕は、この規定から、鑑定事項を確定しないで鑑定人を指定することや、鑑定人私邸前に定めた鑑定事項を指定後に変更することも許容されるとしている。

(427) 専門委員制度については、加藤新太郎「専門委員の制度設計のあり方—民事訴訟の専門化対応の推進のために」判タ1092号36頁以下、笠井正俊「専門委員について」曹時56巻4号825頁以下、長谷部由起子「専門委員、鑑定」ジュリ1252号29頁以下、村田渉「専門訴訟における義務と裁量—専門委員制度の運用を中心として—」ジュリ1266号132頁以下、山本和彦＝鈴木利廣＝金田朗＝畠山稔＝大森文彦＝徳岡由美子＝岡崎克彦「座談会専門委員の活用について」判タ1373号4頁以下、杉山前掲注4・332-335頁、376-379頁、清水宏「専門委員の説明について—鑑定意見との役割分担に関して」東洋法学58巻2号74頁以下など。

(428) 訴訟の早期の段階における専門家の関与は、この専門委員制度により実現可能であるが、専門委員の関与は限られており、鑑定人を早期に選任して訴訟に関与させる場面や必要性はまだあるとの指摘がある。高田ほか前掲注425・354頁〔町村〕。



にするため、「専門家委員が証人、当事者本人又は鑑定人に対して直接に問いを發することを許すことができる」(同条第2項後段)。もちろん、専門委員は鑑定人そのものではないものの、たとえば裁判官が鑑定の対象となる事実の決定や鑑定方法に関して助言となりうる「説明」を行ったり、鑑定人質問において専門委員が質問を行ったりすることで、鑑定制度の運用をより適切なものとし、また、効率化を図ることが期待できる。なお、手続の透明性を確保するため、専門委員の説明は書面または当事者の立会いの下に口頭で行わなければならない(民訴92条の2第1項後段)、両当事者の申立てがあれば専門委員を関与させる決定を取り消さなければならない(民訴92条の4)、専門委員に対する除斥・忌避の申立ても認められている(民訴92条の5第2項・92条の6第1項)。また、専門委員に説明を求めた事項や専門委員による期日外の説明は当事者に通知しなければならない(民訴規34条の3)。

以上の点に鑑みると、専門的知見を要し、鑑定が行われる訴訟における迅速化という観点でドイツと日本を比較してみても、共通しているのは、裁判所と鑑定人の協働による鑑定手続の円滑化である。法規の規定だけを見れば、ドイツの方が詳細な定めを置いているものの、日本では、多くは鑑定の手引きのような補助的文書などを通じた訴訟指揮により、裁判所と鑑定人との間での協働が図られている。こうした違いは、日本における立法では当然のことは敢えて規定せず、裁判官の叡智<sup>(429)</sup>ないしは解釈に委ねるといった傾向に由来するものと思われる。ただ、そうした裁判官の叡智は可能な限り明確化し共有できた方よいのであり、その意味では、今後日本でもより詳細に法規化することが鑑定人の業務の円滑化を図り<sup>(430)</sup>、適正な実務を形成するためにも望ましいといえよう。くわえて、このように裁判所および鑑定人のなすべき活動を明確化することは、鑑定意見を用いた証拠調べの過程に対する当事者の監視を容易にするこ

---

(429) たとえば、鑑定作業における裁判所による資料の提供、鑑定人による資料収集、鑑定作業の規律について、高田ほか前掲注425・369-373頁〔町村〕できわめて詳細に紹介されている。

(430) 中村前掲注5・42-43頁は、鑑定人と裁判所の緊密な連携により、鑑定人の負担を軽減することで鑑定人となるべき者の確保につなげることを提案されていた。

とで、訴訟に対する当事者の手続保障の促進に資するものと思われる。

これに対して、相違点の一つとしては、法的審問が厳格に保障される証拠方法として鑑定を中心に置いてその制度の充実を図るドイツと、専門委員制度のような補助的制度を充実させ、裁判所による専門的知見の調達の容易化を図る日本という構図が考えられる。その根底には、原則として職権鑑定を認めているように、証拠調べ手続における職権主義的要素が比較的強く、そのためにも法的審問請求権をしっかり保障して当事者の権利保護を図るドイツに対して、日本では、解釈上職権鑑定を否定する見解が多数を占め、ドイツと比較して当事者主導的な手続であるため、裁判所の裁量が比較的大きく簡易に利用できる制度を求めるといって制度を取り巻く法的性格ないしは方向性の違いがあるものと思われる。とはいえ、ドイツにおいても職権鑑定はそれほど多くなく、当事者の申し出による鑑定手続の実施が多数を占めることに鑑みれば、単純な比較は難しいであろう。当事者主義を基調とする日本の民事訴訟にあつては、手続保障を厚くすることが比較的望ましく、その文脈ではあくまで鑑定を中心に据えた制度設計が基本となるべきである。もっとも、重厚な手続保障は慎重な手続を伴うことが多く、専門委員制度の導入もその点を考慮している面があることは否定できないであろう<sup>(431)</sup>。そこで、鑑定制度と専門委員制度の併存を前提として考えるのであれば、両者の制度的な住み分けを徹底し、専門委員制度はあくまでも鑑定を利用し易くするための補助的手段としての位置付けを徹底し、それによって手続保障の重厚な鑑定制度を円滑に運用するという方向性が望ましいであろう<sup>(432)</sup>。そして、そうした意味においては、ドイツにおける鑑定に関する法的審問請求権の保障の理解は、日本における手続保障の実質

---

(431) とはいえ、実務における専門委員制度の運用に際しては、専門委員の任命に際して候補者に関する情報開示をする、裁判所と専門委員だけの事前協議は行わない、専門委員の準備過程に当事者の立会いを認める、当事者の主張していない事実に関する専門委員の発言を制限する、専門委員の見解を記録にする、などのより手厚い手続保障を実現するための配慮が行われている。杉山前掲注4・335頁。

(432) 杉山前掲注4・334-335頁参照。

化にとって有用であると解する。

今一つの相違点としては、繰り返しになるが、職権鑑定<sup>(433)</sup>の運用がある。既述のように明文規定のあるドイツ法と異なり、日本法においては対応する条文がなく、理論的にも消極的な向きがある。もちろん、当事者に鑑定の実施について釈明を行い、当事者からの申立てを待つという方法により、多くの場合はカバーできるであろう。しかし、鑑定にかかる時間が問題となっていることを鑑みれば、可能な限り早く選任がなされることが望ましいことは言うまでもないであろう。そこで、当事者に早期の判断を促すためにも、いざとなれば職権鑑定が控えているという状況を創り出しておくことには大きな意義があるものと解する<sup>(433)</sup>。

なお、鑑定委員会等のような制度の存在は極めて有用であり、日本でも導入されることが望ましいであろう<sup>(434)</sup>が、そのためには制度を支える専門家を確保することが重要であり、専門家養成に関する日本の現状に鑑みると、課題が山積しているといわざるを得ないであろう<sup>(435)</sup>。

## 2. 鑑定意見の品質確保

鑑定意見の品質確保に関しては、まずは言うまでもないことであるが、高度な専門知識を備えた良質な専門家の確保が重要である。そのため、ドイツでは各裁判所が鑑定人候補者のリストを作成しているし、鑑定人の選任に際しては、当事者の意見を聴くことができ（ZPO404条2項）、また、当事者に適切な鑑定人となりうる者を指名させることもできる（同条4項）。もっとも、単に著名な、あるいは名前の挙がった人物をリストアップしただけでは、失礼なが

---

(433) 職権鑑定の日本での採用に関しては、清水宏「職権鑑定に関する一考察」東洋法学58巻3号69頁以下、同「解釈論としての職権鑑定の可能性について」民訴雑誌62号164頁以下など。

(434) 専門家にあまり負担のかからない形で早期に専門化が関与する制度の創設への必要性は認識されている。中村・前掲注5・42頁、一宮前掲注5・39頁。

(435) 中村前掲注5・42頁は、日本の国民の側に、司法に期待するところは大きであっても、司法を支えようという意識は強くないと指摘する。裁判員制度の昨今の状況に鑑みると、残念ながら、この指摘は今なお妥当していると思われる。

ら玉石混交となる可能性がある。また、当事者の意見聴取や指名に関しては、有用な回答が得られない場合もあれば、当事者が自己に都合のよい者が選任されるようにとの回答がなされることもあり<sup>(436)</sup>、実効的でない面もないではない。これらに対して、家事事件非訟裁判権事件手続法151条1号ないし3号におけるような鑑定人の資格の法定は、資格が一定水準の能力を裏打ちするものである限りにおいて<sup>(437)</sup>、一つのよい方策であるといえる。

また、専門的な資格は、既述のように社会の高度化が進むことによってさらなる専門分化を伴っており、かつてのように、医者と言えば、内科・外科から、眼科、小児科はもちろんのこと、放射線科や精神科まですべて専門として扱うような大雑把な対応など考えられない。すなわち、細分化した専門に従って適切な専門家を選定する必要がある。もっとも、それでいて、2016年の改正において問題となったように、たとえば、子の扶養・監護に関する事件においては、精神医学、心理学、教育学、家庭経済学など様々な観点からの検討が必要となることから、複合的な領域にわたる事実の認定に際しては、一人の鑑定人による鑑定意見では十分ではないという状況がさらに増加してきている。そうした文脈で、いわゆる共同鑑定、とりわけ、複数の専門家の相互協力による鑑定の必要性および重要性が高まるものと思われる。こうした共同鑑定により、鑑定意見の品質が確保され、さらに正確な事実認定が可能となることが期待できる<sup>(438)</sup>。

さらに、上述した裁判官と鑑定人との協働、とりわけ、証拠の問題の決定に関する裁判所による鑑定人への意見聴取や鑑定の前提となる事実の鑑定人への通知、鑑定人の疑問に対する裁判所の回答は、鑑定人がその専門家としての能力を鑑定というかたちに反映させやすい環境を作る面があり、その文脈で鑑定

---

(436) Vgl. Huber, S. 34.

(437) そのためには、一度きりの試験合格で終身的な資格の保持が保証されるだけでは十分でなく、継続的な研修等により、絶えず必要とされる水準を確保していることが前提となるであろう。

(438) なかには、複数で鑑定をして責任分担するという発想はドイツの鑑定に馴染まないという意見もあるようである。一宮前掲注5・39頁。

意見の品質確保に不可欠であるといえる。専門家がその専門知識や経験を、裁判官が判決の基礎としやすいかたちで提供することが求められる以上、専門家である鑑定人から裁判官への伝達過程が可能な限り円滑なものとなることが重要である。

加えて、損害賠償責任の明確化も間接的に鑑定意見の品質確保に役立つことになる<sup>(439)</sup>。すなわち、「故意による瑕疵ある鑑定」や「宣誓した鑑定人であること」といった前提条件なくして鑑定意見に基づいた判決による損害の賠償責任を問われるおそれがあることは、鑑定人にとって、その任務を疎かにすることに対する大きな抑止となりうる<sup>(440)</sup>。この点、BGB839a条1項では重過失が要求されることで、軽過失に関しては従来通り責任を問われないことになっているが、重過失と軽過失の境界線は裁判結果に依存して流動的であることの指摘もあり<sup>(441)</sup>、鑑定人にとっては一種のプレッシャーとなりうる。

これに対して、日本でも、鑑定人選任に際して、裁判所が単にリストを作成するだけではなく<sup>(442)</sup>、専門部が当該専門分野に関する医師や建築士といった専門家と日常的に連絡協議<sup>(443)</sup>を重ねて、専門家に対しては鑑定人に求められる専門的知見の提供のあり方を学んでもらい、また、裁判所専門部としても鑑定人を選定する目を養い、鑑定意見を理解するためのその専門知識の拡充に努めている。

---

(439) Meller-Hannich, S. 280, Eslami und Steinötter, S. 54 (Ahrens)。

(440) もちろん、任務を疎かにするような鑑定人が例外な存在であろう。

(441) 春日前掲注280・14-15頁参照

(442) 最高裁判所は医事関係訴訟委員会規則および建築関係訴訟委員会規則を制定し、受訴裁判所からの鑑定人選定依頼に対して、それぞれの委員会が関係学会への推薦依頼を行い、その推薦に基づいて鑑定人候補者を受訴裁判所に連絡する手続が定められている。高田ほか前掲注425・338頁。

(443) こうした取組みについては、たとえば、名古屋地方裁判所民事四部「名古屋地方裁判所医療訴訟集中部一発足後二年の歩み」判タ1148号68-70頁、大阪地方裁判所専門訴訟事件検討委員会「大阪地方裁判所医事事件集中部発足五年を振り返って」判タ1218号64-65頁、一志泰滋＝松葉佐隆之＝本田能久＝荒谷謙介＝三島聖子＝福田敦＝坂本隆一＝南毅彦＝松藤達也「福岡地方裁判所医療集中部発足三年間の取り組み状況」判タ1221号50頁、太田雅之＝中島真希子＝多田雅子「横浜地裁における医療訴訟の審理の実情」判タ1295号57-58頁など参照。

また、日本でも、一つの鑑定事項について複数の鑑定人を選任し、それぞれに独立して鑑定を行わせる複数鑑定に加えて、複数の鑑定人が競技の結果導き出した結論について、共同で意見を述べる共同鑑定が認められている（民訴規132条）。そして、それらの実務的な運用の一つとして<sup>(444)</sup>、複数の鑑定人の協議によるいわゆるカンファレンス鑑定<sup>(445)</sup>を実施し、多面的な調査・検討によって鑑定意見の質の確保を図ることが行われている。

さらに、進行協議期日（民訴規95条）等を通じた、鑑定人、専門委員と裁判所、くわえて当事者に同行している私鑑定人までも交えた協働は、鑑定内容の充実が期待でき、これも鑑定意見の品質確保に貢献しているといえよう。

こうした点に鑑みると、裁判所と鑑定人、さらには私鑑定人の裁判上および裁判外での協働関係の構築が、鑑定意見の品質確保にとって有用であるといえる。また、そのことを前提とした良質な鑑定人候補者からなるリストの作成も重要である。ただし、この点について、なお、ドイツではいわゆるマイスター制度のような専門家養成制度が多くの分野で確立されており、商業会議所や工業会議所等を通じて鑑定人としての継続教育を受けることも可能である点で一日の長があるといえよう。日本においても、たとえば弁護士研修制度のように、専門家に対する継続教育による品質確保の重要性は認識されており、これを如何にして広げていくかが今後の課題であるといえよう。

それから、複数鑑定制度については、それが極めて有用であり、可能であれば利用することが望ましいことについては、ドイツおよび日本のいずれにおいても変わらない。日本においては、いわゆるルンバルショック事件<sup>(446)</sup>にお

---

(444) 杉山前掲注4・366頁は、カンファレンス鑑定を複数鑑定と共同鑑定の中間に位置し、共同鑑定の利点を生かしつつその可視性を高めたものと評価している。

(445) カンファレンス鑑定については、門口正人編集代表『民事証拠法大系第5巻』（青林書院、2005年）60頁以下〔前田順司〕、千葉県医事関係裁判運営委員会「第3回定例会—複数鑑定の手引き—」判タ1120号21頁以下、千葉県医事関係裁判運営委員会複数鑑定制度検証小委員会「複数鑑定制度の検証に関する報告書（上）（下）」判タ1339号17頁以下、1340号67頁以下、秋吉仁美「カンファレンス鑑定の現状と課題」法の支配150号4頁、高田ほか前掲注425・369頁、380-381頁〔町村〕など。

けるように、一つの事実について複数の鑑定人に鑑定を委託することは以前から行われてきた。もっとも、上述のように近時は、単に並列的に複数の鑑定人への委託を行うのではなく、複数の鑑定人による協議を行うカンファレンス鑑定が試みられている点が効果的な試みとして評価されている<sup>(447)</sup>。これに対して、ドイツでも複数の鑑定人がチームを組んで委託を受ける共同鑑定が行われているが、鑑定人の間での責任分担のあり方との関係で敬遠する向きもある。また、既述のように複合的な問題について、異なる分野の複数の鑑定人が共同で鑑定を行うことも試みられている。そして、いずれの場合においても、複数鑑定についてはその費用が足かせとなりうる。すなわち、ドイツではJVEGの定める鑑定人の報酬は比較的低いとされるものの、報酬に関する合意により、より高い金額を定めることができる。もちろん、鑑定を行うことのできる専門家の活動に対してそれに見合った市場的にも正当な報酬を支払うべきことは当然のことであるが、費用を予納することになる当事者としては、それを躊躇させる一因となりかねない。複数鑑定が常に個人の鑑定人よりも良い結果につながるわけではないかもしれないが、一般的には三人寄れば文殊の知恵であろう。したがって、ドイツにおける職権鑑定の場合のように費用の予納を免除することを一般化することや、鑑定費用との関係での訴訟費用援助を強化することなどを検討する必要があるものと思われる。

### 3. 鑑定人と裁判官との接続

繰り返しになるが、ドイツおよび日本において鑑定人は、判決に際しての裁判所の補助者であり、また、鑑定人の作成した鑑定意見は証拠方法として、他の証拠方法と同様に裁判官の自由な評価に服するものとされている。この裁判

---

(446) たとえば、木川前掲注4・639頁以下（木川＝生田）など参照。

(447) 杉山前掲注4・336頁は、カンファレンス鑑定では、専門化の意見が集約されている過程が透明であり、かつ、当事者や裁判官が積極的に関与できるため、最終的に形成された意見はなおさら説得力があるとする。もっとも、その透明性のため鑑定人の独立性が十分保障されないおそれがあるとも指摘している。

所および鑑定人に関する見方は、その後の幾多の鑑定に関する法改正にもかかわらず、維持されている<sup>(448)</sup>。しかし、現実には、一般教養によりすべての問題を解決できるとする19世紀のフランス民事訴訟法に由来する裁判官像は、科学技術の発展によって妥当しない状況も生まれてきた<sup>(449)</sup>。すなわち、適切な鑑定人の選任、証拠の問題や鑑定の前提となる事実の決定、あるいは、鑑定意見の評価には専門知識が必要であるにもかかわらず、十分な専門知識を持たない裁判官にはそれが困難であるという状況が<sup>(450)</sup>。そして、このことは、専門的知見を必要とする事件の訴訟において裁判官と鑑定人の関係を事実上大きく変えることになった<sup>(451)</sup>。もちろん、裁判官はこの問題に手をこまねている、あるいは、怠惰にも手を付けていないわけではない。一般に裁判官は、勤務中および勤務時間外を問わず、事件に関して必要とされる専門知識の獲得に向けた努力を行っている。しかしながら、教育と臨床を通じて経験的に獲得された知識と、文献等の情報を通じて独力で蓄積された知識とでは、この問題への対処に役立つ程度が大きく異なるのである<sup>(452)</sup>。

そうしたことから、この状況を打破するために、ドイツにおいては様々な提言がなされてきた。たとえば、裁判官を目指す者に法律学と非法律的な領域の学問との二つの学問分野を専攻させることが提言された<sup>(453)</sup>。しかしながら、これに対しては、その教育に係るコストの問題と共に、法律学に加えて、高度な技術、自然科学、または医療に関する学問分野を修めることそのものが困難であることが指摘されている<sup>(454)</sup>。こうした批判に対しては、専門弁護士のように複数の分野にわたり専門知識を有する者を裁判官として高い俸給を支払う

---

(448) Vgl. Franzki, Sachverständiger, S. 314.

(449) Vgl. Franzki, Sachverständiger, S. 315.

(450) Franzki, Sachverständiger, S. 315は、裁判官は不可能な責任を押し付けられていると評している。

(451) Christian Katzenmeier 教授によれば、鑑定人の専門知識の力が訴訟の結果を事実上決めることが多い。Eslami und Steinötter, S. 54.

(452) Vgl. Bloß, S. 418, Meller-Hannich, S. 288.

(453) Vgl. Franzki, Sachverständiger, S. 316.

(454) Franzki, Sachverständiger, S. 316は、これらの基礎知識程度ならば修得可能であろうとしている。



ことで、結果としてコストの削減が図れるとの反論もなされている<sup>(455)</sup>。しかし、よしんばそれができたとしても、その専門知識が時代遅れとならないようにすることは困難であると思われる<sup>(456)</sup>。

また、裁判所内に専門家からなる諮問委員会を設置することも提案された<sup>(457)</sup>。この諮問委員については、鑑定人の選任や証拠の問題等の決定に際して裁判官に助言を与え、裁判官による鑑定意見の評価を助けるとともに、簡単な事件では自ら鑑定人として鑑定意見を作成することが考えられた<sup>(458)</sup>。しかしこれについては、このような委員会を設置できるのはそれなりの規模の裁判所に限れると思われ、多くの小規模な裁判所は利用できないのではないかといった疑問が呈された<sup>(459)</sup>。また、諮問委員となった特定の少数の専門家の意見を過大評価することにつながるおそれも指摘された<sup>(460)</sup>。

さらに、鑑定人を裁判官の合議および判決起案に同席させることも提案された。これは、鑑定人を真の意味で裁判官の補助者としようというものである<sup>(461)</sup>。しかし、これに対しては、鑑定人が当事者によるコントロールの利かないところで判決に対して大きな影響力を持つことになり、法的審問請求権の保障との関係で問題があると指摘されている<sup>(462)</sup>。

その上、職業裁判官と並んで鑑定人となりうる能力を有する専門家を合議体の構成員とする裁判所を設置することも提案された<sup>(463)</sup>。すわち、連邦特許裁判所<sup>(464)</sup>や商事裁判所<sup>(465)</sup>のように特別な裁判体を形成するという提案であ

---

(455) Jürgen Blomeyer, Der Ruf nach dem Spezialisierten und Sachverständigen Richter, ZRP, S. 156.

(456) Vgl. Franzki, Sachverständiger, S. 316.

(457) Pieper, Prospektiven, S. 67.

(458) Vgl. Franzki, Sachverständiger, S. 316.

(459) *Ibid.*

(460) *Ibid.*

(461) *Ibid.*

(462) Vgl. Franzki, Sachverständiger, S. 316-7.

(463) Vgl. Pieper, Prospektiven, S. 66. この場合、裁判所または専門知識を有する合議体の構成員が検証を実施し、その報告に基づいて、事実認定を行うことになる。Blomeyer, S. 156.

(464) Vgl. Bloß, S. 421-422.

る。これは、建築、車両<sup>(466)</sup>、技術、土地や企業の評価、医療といった専門分野での導入が提言された<sup>(467)</sup>。これに対しては、連邦特許裁判所はその特別で限定された任務との関係でこれを可能にしているのであって、広範な事物管轄権を有する通常裁判所に関して言えば、専門家である合議体の構成員にその専門でない問題について判断させることにつながるおそれが指摘されている<sup>(468)</sup>。その場合は、結局鑑定を実施しなければならなくなる<sup>(469)</sup>。また、法定裁判官の原則との抵触も指摘されている<sup>(470)</sup>。

加えて、専門的知識を要する訴訟においては、鑑定人をして専門的知見により判断されるべき事実の判断者とし、法律専門家としての裁判官は法律問題の判断のみを担当させるという役割分担も検討された<sup>(471)</sup>。しかし、その判断に専門的な知見を要する事実問題とそれに適用されるべき法律問題とを厳密に分離することは困難なこともあり、このような分担は実際には不可能であることが指摘されている<sup>(472)</sup>。また、鑑定人が外国法や経験則について報告する場合には、むしろ法律問題にかかわっているとみるべきである<sup>(473)</sup>。

それから、鑑定意見が、とりわけ自然科学分野のものである場合で、証拠評

---

(465) Vgl. Bloß, S. 421.

(466) 交通事故による損害賠償請求事件において、鑑定人の果たす役割が増大していることが指摘されている。Blomeyer, S. 155.

(467) Vgl. Franzki, Sachverständiger, S. 316.

(468) Sendler, S. 2907. また、Franzki, Sachverständiger, S. 316では、たとえば、原発訴訟においては核物理学、生物学、生物化学、医学、気象学などに関する専門知識が必要となるにもかかわらず、二人程度の専門裁判官で何ができるのかと批判している。なお、商事裁判所における名誉職裁判官については、その専門領域に従った専門特化を目的とする現代化の方針が支持されている。Meller-Hannich, S. 288–289.

(469) Blomeyer, S. 156.

(470) Vgl. Franzki, Sachverständiger, S. 316.

(471) こうした考えは、大前提と小前提を分けて考える伝統的な法理論と一致している Pieper, Prospektiven, S. 51. Vgl. Blomeyer, S. 156.

(472) Pieper, Prospektiven, S. 51, Blomeyer, S. 156. そのため、Blomeyerは引き続いて上述の鑑定人を専門部の合議体の構成員とすることを検討している。

(473) Pieper, Prospektiven, S. 51.

価の余地が全くない、すなわち、裁判官がそれを追思考することができないときは、その鑑定意見は「絶対的証拠力」を有することになり、自由な証拠評価の対象外となり、裁判官はその鑑定意見に拘束されるとすることも提案された<sup>(474)</sup>。これは、一定の場合に自由な証拠評価を否定し、鑑定人によりのみ鑑定意見に対する責任を負わせるというもので、ある意味普通訴訟法の時代にみられた法定証拠法則へと回帰するというものであった<sup>(475)</sup>。しかし、これに対しては、当事者が鑑定意見に不服を有する場合であっても、不服申し立ての手段がなく、その意味では当事者は国家の命じる強制的な仲裁鑑定に服することになるとの批判がある<sup>(476)</sup>。そして、そのことは、鑑定人を事実審裁判官と同様に扱うことになり、事実法を適用して判断を行う裁判を裁判官にさせることを定める基本法92条および97条に抵触するおそれがあると批判された<sup>(477)</sup>。そして、そもそも「絶対的証拠力」を有する自然法則など、科学技術の著しい進展に照らしてありうるのかという点にも疑問が呈された<sup>(478)</sup>。

裁判官と鑑定人との関係におけるギャップが解消していない中、ドイツではこうした改革論は今日に至るまで繰り返し提言されている<sup>(479)</sup>が、その都度否定されている<sup>(480)</sup>。その結果、鑑定人が裁判官にとって代わることはなく<sup>(481)</sup>、現在は既述のように裁判所に専門部を設け、専門部に所属する裁判官の専門知識の強化<sup>(482)</sup>による漸進的な対応がとられている<sup>(483)</sup>。

これに対して、日本では、知財事件に関していわゆる知的財産高等裁判所が設置され、また、特許権等に関する訴えについては専属管轄（民訴6条）およ

(474) Helmut Pieper, Richter und Sachverständiger im Zivilprozessrecht, ZZP S. 38, Vgl. Pieper, Prospektiven, S. 50. 鑑定意見が絶対的証拠力を有する場合の代表例としては、血液型の鑑定があげられている。

(475) Pieper, Prospektiven, S. 51. Vgl. Franzki, Sachverständiger, S. 317.

(476) Vgl. Franzki, Sachverständiger, S. 317.

(477) *Ibid.*

(478) *Ibid.*

(479) Vgl. Pieper, Prospektiven, S.47-48.

(480) たとえば、2014年にドイツ法律者会議において、合議体に非法律家である専門家を加える提案がなされたが、否決されている。Meller-Hannich, S. 289.

(481) Vgl. Eslami und Steinötter, S. 54 (Katzenmeier).

び意匠権等に関する訴えについては競合管轄（民訴6条の2）を定めることで、専門裁判所への管轄集中が図られている。また、専門的知見を要する事件の代表例とされる医療事件および建築事件については、多くの裁判所にそれぞれいわゆる医療集中部や建築集中部が置かれており、ここでも専門部への集中が図られている。さらには、建築集中部においては、継続した事件について付調停（民事調停法20条）により、一度調停手続に付し、調停委員となっている建築士等の専門家の下で事実の確認および調停を行い、調停が成立しない場合に、再度訴訟へ移行し、専門家による事実と証拠の整理の結果を利用した専門的な審理を行っている。

以上に鑑みれば、鑑定人を裁判官席に座らせることは、憲法をはじめとして司法を巡る法制の大転換を必要とすることになり、大きな混乱を生じることが予想される。また、それをするにしても、細かい専門に対応した膨大な数の専門家および当該専門家の継続教育が必要となり、その運営コストを軽視することができない<sup>(484)</sup>。さらに、裁判官が鑑定意見の当否を判断することが極めて困難であっても、鑑定意見に対して不服申立てができないというのは、鑑定人は決して誤らないといった非現実的な前提でもない限り、裁判の適正や手続保障の要請に照らして問題があるといわざるを得ないであろう。

実質に形式を合わせ、普通訴訟時代に還るとまではいわなくとも、証拠法則により鑑定意見に拘束力を持たせることは魅力的である。餅は餅屋という言葉もあるように、専門家でない裁判官の自由な評価よりも、専門家自身の判断の

---

(482) Blomeyer, S. 155は、専門化は裁判官の教育と共に進むべきではないとしている。また、Christoph Thole教授は、これは焼け石に水かもしれないが、問題解決に向けた一歩であると評価している。Eslami und Steinötter, S. 55.

(483) Meller-Hannich, S. 289-293では、裁判外紛争処理による専門的知見を必要とする事件の処理が整備されていることから、専門裁判所および合理的な裁判官の継続教育は時機を失しているとしながらも、なお裁判所における専門特化の強化やそのための裁判官の継続専門教育が必要であるとしている。また、Daniel Effer-Uhe講師もその方向性に賛成している。Eslami und Steinötter, S. 55.

(484) Vgl. Bloß, S. 418-419、特に注16、二羽和彦「鑑定法制に関する一考察（1）」高岡法学6巻2号200頁。

方に信頼を置くことの方が正しいのでは、という思いにも駆られる。しかしながら、当事者が処分権主義および弁論主義を通じて行っている裁判所の判決に対するコントロールが、事実上不可能となる点で問題があるといわざるを得ない。この点については、鑑定人の忌避や鑑定人質問による対応も考えられないではない。しかし、単に鑑定意見が理解できない、あるいは、納得できないといった理由での忌避など認められないのであり、明らかに不当な鑑定意見でもなければ忌避による対処は難しい。また、鑑定人質問も専門家である鑑定人に当事者が太刀打ちすることは容易ではないであろう。したがって、判決結果に対する当事者のコントロールの保障を重視する限りにおいては、鑑定人は証拠方法であり、裁判官の自由な評価の下に判決の基礎となりうるという原則を崩すべきではないと解する。

判断するのは裁判官であり、あくまで鑑定人はその補助者という構図を変えないのであれば、専門訴訟に対応するためには、訴訟の主体それぞれの専門化を進展させるしかないであろう。この文脈では、専門裁判所や専門部を設け、そこに所属する裁判官の専門知識を高めることは方向性として正鵠を射ていよう。もっとも、せっかく専門部で研鑽を積み始めたのに、2、3年で専門部以外に所属することになるのではもったいないと思われる。そこで、一定の専門部に長期間所属できるようなキャリア・システム上の配慮も必要ではないかと思われる。また、裁判官の専門化だけでなく、当事者側の専門化も極めて重要である。そのためにも、私鑑定に関するルールを整備して、当事者からの鑑定意見の評価への影響力を高めることが有用であろう。また、訴訟代理人となる弁護士の専門的対応も重要である<sup>(485)</sup>。その文脈では、ドイツにおける専門弁護士制度が非常に参考になるであろう。このように、訴訟の主体それぞれが専門知識のレベルアップを図ってこそ、裁判官と鑑定人との協働や証拠調べにおける当事者権の保障が機能するものと思われる。

---

(485) 中村前掲注5・42頁。

## V. むすびに代えて

近時の民事訴訟制度の改革は迅速な裁判の実現という点に集中しているかの観があるが、それは大前提としての裁判の適正があつてのことである。そして、鑑定制度は専門的知見を要する民事紛争の適正な解決のために必須の制度である。もともと、裁判官と鑑定人となるべき専門家との間の専門知識に関する格差が圧倒的なものとなつてしまひ、鑑定制度がある意味機能不全を起しているのではないかとの指摘がされて久しい。

こうした点について、ドイツでは上述のように、鑑定人と裁判官の関係を变えることで対処しようという提案が繰り返行われてきたが、いずれも退けられている。そして、鑑定人の専門的知見に基づく鑑定意見を裁判官が理解できるようにする、という方向での諸改革が進められている。その理由としては、基本法の定める法定裁判官制度を維持する原則重視の考え方が影響しているであろう。また、制度変革に伴うコスト負担に関する費用対効果の分析に基づいてもあるのだろう。その文脈では、きわめて堅実な制度の合理化を行っているといえよう。

したがって、大陸法型の中立専門家を鑑定人とし、かつ、鑑定を証拠方法と位置付ける日本においても、鑑定制度の改革は基本的に同じ方向で、すなわち、裁判官が鑑定人の鑑定意見を理解できるようにするという方向でなされるべきであろう。

ただ、日本においては、制度を支える人材の確保が今一つの問題として存在する。鑑定人となるのに適切な専門家の絶対数は足りているのかもしれないが、現実に訴訟に関与する専門家の確保も課題とされて久しい。専門家が鑑定人として訴訟に関与することが容易となるように、ITC 技術などを積極的に導入することが検討されてよいであろう<sup>(486)</sup>。また、証拠調べは裁判所と鑑定人

---

(486) 現在、鑑定人質問に関しては、映像等の送受信による通話の方法による陳述（民訴215の3条）が認められている。立法作業進行中である裁判の電子化などによりこれをより利用しやすくとともに、鑑定人の負担を少なくする方向でのさらなる改革が期待される。

だけで行うものではない以上、当事者および訴訟代理人弁護士の専門訴訟への対応力<sup>(487)</sup>の向上が図られるべきである。

—しみず ひろし・東洋大学法学部教授—

---

(487) もちろん、これまでも、訴訟前に専門文献を閲読したり、専門家の話を聞いたり、私鑑定を依頼するなどの努力は行われているであろう。それにくわえて、繰り返しとなるが、弁護士の主観的な専門化ではなく、制度としての専門化も図られるべきである。ドイツにおける専門弁護士制度については、森勇＝米津孝司編『ドイツ弁護士法と労働法の現在』（中央大学出版部、2013年）参照。