九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

# 民事鑑定における当事者権 : 弁論権の保障を中心として

園田, 賢治
九州大学大学院法学府 : 博士後期課程 : 民事訴訟法学

https://doi.org/10.15017/1193

出版情報：九大法学. 84, pp.51-106, 2002-09-12. 九大法学会
バージョン：
権利関係：

# 民事鑑定における当事者権

## ――弁論権の保障を中心として――

園田賢治

はじめに――本稿の問題意識と目的
第一章　鑑定の意義
　第一節　「裁判官の判断能力の補助」と「当事者の攻撃防御方法」
　第二節　当事者の納得形成のためのプロセスとしての鑑定
第二章　鑑定人尋問権の理論的位置づけ
　第一節　日本における鑑定人尋問権
　第二節　ドイツにおける鑑定人尋問権
　第三節　検討
第三章　鑑定人尋問の実効化
　第一節　鑑定人尋問の実務上の問題点
　第二節　鑑定人尋問の実効化のための方策
第四章　鑑定作業における当事者の立会権
　第一節　日本における立会権
　第二節　ドイツにおける立会権
　第三節　検討
おわりに――専門訴訟の脱専門化へ向けて

## はじめに――本稿の問題意識と目的

裁判に対する不満として、「時間がかかる」「費用がかかる」「分かりにくい」ということが、しばしば挙げられる。[1] 平成一〇年一月一日に施行された現行の民事訴訟法の目的は、「民事訴訟を国民に利用しやすく、分かりやすいものとし、もって適正かつ迅速な裁判の実現を図る」[2]ことであり、それは一定の成果を挙げているものの、いまだ国民にとって十分に満足のいくものではないと言えよう。

このような「時間がかかる」「費用がかかる」「分かりにくい」訴訟の典型が、医療関係訴訟、建築関係訴訟等のいわゆる「専門的な知見を必要とする民事訴訟」(以下、単に「専門訴訟」と呼ぶ)である。司法制度改革審議会の最終意見書(平成一三年六月一二日)においては、「専門的知見を要する事件への対応強化」が項目として掲げられ、そこでは、専門訴訟の期間をおおむね半分にすることが目指されている。[3] また、その後の、司法制度改革推進法(平成一三年一一月一六日法律第一一九号)[4]や司法制度改革推進計画(平成一四年三月一九日閣議決定)[5]においても、引き続き、専門的知見を要する事件への対応強化が挙げられているところであり、その対応の社会的な重要性を物語っている。

専門訴訟が長期化することの大きな原因のひとつが、鑑定に時間がかかることである。[6] そこで現在、鑑定を円滑に行なう方法をめぐってのさまざまな工夫が、実務家を中心に報告され、議論が行なわれている。[7] しかしながら、現在の議論は、裁判所と鑑定人の間の円滑な協力体制をいかに築くか、鑑定人の負担をいかに軽減するか、ということが中心であるように見受けられる。そして、前述の意見書等で述べられているように、審理期間の短縮が、最

終的な目標であると解される。もちろんこれらの試みは、それ自体として、決して悪いことではないものの、どこか裁判所と鑑定人の利便性が優先されて議論が進んでいるような印象を受ける。[8] 本当に裁判の利用者にとって、利用しやすく、分かりやすい手続になっているのか、そこで本来保障されるべき当事者の権利が切り捨てられていないか、検討が必要であるように思われる。

加えて、裁判所と鑑定人との協力体制が確立し、裁判所による専門知識の獲得が容易になるとすれば、その専門知識から当事者本人や訴訟代理人が疎外されることも考えられる。すなわち、裁判における専門的判断の過程が、当事者にとって、いわばブラック・ボックスに入れられてしまうのではないかということが問題となる。したがって、当事者が、当該訴訟で問題となっている専門知識に対して、いかに関わっていくことができるかもまた、検討を要する課題であると思われる。[9]

以上の問題意識から、当事者はどのように鑑定の手続に関わることができるのか、すなわち、当事者が鑑定の手続においてどのような権利を持ち得るのか、を検討したいと考える。これは、基本的に当事者権の問題であると言うことができる。しかしながら、当事者権とは「当事者が訴訟の主体たる地位においてその手続上認められている諸権利」[10]と定義されるので、その内容は多岐にわたり、鑑定における当事者権もさまざまなものがあると考えられる。そこで、本稿では、紙幅の関係上、その全てを網羅的に論じるのではなく、特に、鑑定の内容に対して当事者がいかに意見表明の機会を持つことができるのかという、鑑定における弁論権[11]の保障のあり方に焦点を当てて検討を行なう。なぜなら、この弁論権こそが、当事者権の中心テーマであり、[12] また、鑑定人の負担軽減、審理期間の短縮の中で、最も切り捨てられる恐れのある当事者権ではないかと考えるからである。

よって、本稿は、鑑定における弁論権、すなわち鑑定に対して当事者がいかに意見表明の機会を持つことができ

るのか、を探ることを主たる目的とする。以下では、まず議論の前提として、当事者が鑑定に対して意見を表明することの重要性を、鑑定についての本稿の基本的な視点を示すことを通じて明らかにすることから出発する（第一章）。次に、具体的な問題の検討へと進み、鑑定書の提出後、当事者が鑑定人を尋問する権利を検討する。そこではまず、当事者は鑑定人を尋問する権利を持つのか、持つとすればいかなる根拠によるものかを検討する（第二章）。そして、その検討を踏まえ、鑑定人尋問を実効的なものにするために、現在の実務の運用上の問題点と改善のための方向性を示す（第三章）。最後に、鑑定人の鑑定作業における当事者の立会権について若干の検討を行ない、本稿の議論の中での位置づけを行なう（第四章）。

（1）司法制度改革審議会「『民事訴訟利用者調査』報告書」によれば、訴訟回避理由としては「時間がかかると思った」と「費用がかかると思った」を挙げるものが多い（第四部　資料編【表2―3―6】）。また、手続評価として、主張や証拠の提出が十分にできたことや、手続の公正さについて過半数が肯定的な評価をするのに対して、「手続が分かりやすかった」とするものの割合は半数を割っている（第四部　資料編【表2―5―1】）。

（2）法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』（一九九六年）五頁。

（3）司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書――二一世紀の日本を支える司法制度」、Ⅱの第1の2「専門的知見を要する事件への対応強化」参照。

（4）司法制度改革推進法五条一号において、「専門的な知見を要する事件その他の事件に関する裁判所における手続の一層の充実及び迅速化」が挙げられている。

（5）Ⅱの第1の2「専門的知見を要する事件への対応強化」参照。

（6）東京地方裁判所医療過誤訴訟検討チーム「東京地方裁判所における医療過誤訴訟の審理の実情について」判例タイムズ一〇一八号（二〇〇〇年）五九、六五頁によれば、東京地方裁判所における医療過誤訴訟について、鑑定が実施された事件の審理期間は、鑑定が実施されなかった事件に比べて、約三年長く、三倍近くの期間を要しているとされる。また、大阪地方裁判所の

アンケート調査によれば、審理が長期化した医療過誤訴訟の問題点は、①争点整理手続自体の長期化、②争点整理手続と証拠調べが交互に繰り返し行われるいわゆる五月雨型審理、③鑑定に長期間を要していること、であるとされる（大阪地方裁判所医療過誤訴訟検討プロジェクトチーム「医療過誤訴訟の審理の在り方について」判例タイムズ一〇三二号（二〇〇〇年）四四、四五頁）。

（7）　とりわけ、近時は、医療関係訴訟をめぐって裁判官・弁護士と医療関係者の協議が活発である。最近のものとして、東京地方裁判所民事裁判実務研究会「シンポジウム　医療過誤訴訟の審理について」判例タイムズ一〇二三号（二〇〇〇年）四頁、シンポジウム「医療事故訴訟の審理について～鑑定を中心として～」判例タイムズ一〇三二号（二〇〇〇年）四頁、「医療鑑定に関する鑑定人等協議会要録」最高裁判所事務総局民事局監修『民事訴訟の新しい運営に関する執務資料』（二〇〇〇年）一頁、山浦晶ほか「医療関係裁判運営改善協議会（第一回）（第二回）（第三回）」判例タイムズ一〇六一号（二〇〇一年）四頁、一〇七六号（二〇〇二年）二五頁、一〇八一号三四頁、蒲田孝代ほか「医事鑑定の在り方に関する検討会（第一回）」判例タイムズ一〇七一号（二〇〇一年）三三頁、江里健輔ほか「山口医療訴訟連絡協議会（第一回）議事録」判例タイムズ一〇七四号（二〇〇二年）九頁、香川征ほか「医事鑑定人候補者推薦委員会事務打合せ（第一回）協議結果要旨」判例タイムズ一〇八七号（二〇〇二年）六二頁、香川征ほか「医事鑑定人候補者推薦委員会事務打合せ（第二回）及び医事関係訴訟運営向上協議会（第一回）議事録要旨」判例タイムズ一〇八七号（二〇〇二年）六四頁。また裁判官と弁護士によるものとして、萩尾保繁ほか「医療訴訟の運営をめぐる懇談会（一）（二）」判例タイムズ一〇五三号（二〇〇一年）四頁、一〇五五号四五頁。

医療関係、建築関係訴訟における鑑定に関する、裁判所による報告として、東京地方裁判所医療過誤訴訟検討チーム・前掲注（6）・五九頁、東京地方裁判所プラクティス第一委員会「医療過誤訴訟の運営について」判例タイムズ一〇一八号（二〇〇〇年）三二頁、大阪地方裁判所建築関係訴訟検討プロジェクトチーム「建築関係訴訟の審理の在り方について」判例タイムズ一〇二九号（二〇〇〇年）四頁、赤西芳文ほか「神戸地裁モデル部における審理――書記官との協働による審理充実の取組みとアンケート方式による鑑定など訴訟運営の工夫」判例タイムズ一〇三二号（二〇〇〇年）六八頁、東京地方裁判所建築瑕疵紛争検討委員会＝東京地方裁判所プラクティス第一委員会「東京地方裁判所における建築瑕疵紛争事件の審理の実情と運営について」判例時報一七一〇号（二〇〇〇年）一二頁、大阪地方裁判所医療過誤訴訟検討プロジェクトチーム・前掲注（6）・四四頁、前田順司「医療訴訟におけるアンケート方式による鑑定の試みについて」判例タイムズ一〇六八号（二〇〇一年）五二頁、医療

訴訟対策検討会「医療集中部における審理の実情について」判例タイムズ一〇七二号(二〇〇一年)二三頁、星野雅紀＝山下満「山口地裁における医療関係訴訟等の運営に関する取り組みについて」判例タイムズ一〇七四号(二〇〇二年)四頁、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一年を振り返って」判例タイムズ一〇八七号(二〇〇二年)四九頁、村岡泰行ほか「医事関係訴訟運営向上協議会及び医事鑑定人候補者推薦委員会について」判例タイムズ一〇八七号(二〇〇二年)五九頁、角隆博＝田中敦＝中本敏嗣「大阪地方裁判所における医事および建築関係訴訟集中部の審理の実状」民事訴訟雑誌四八号(二〇〇二年)四六頁。

専門訴訟全般についての司法研究として、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』(二〇〇〇年)、その概要として、前田順司ほか「司法研究報告概要書　専門的な知見を必要とする民事訴訟の運営」判例タイムズ一〇一八号(二〇〇〇年)四頁。また、最高裁判所事務総局民事局監修『計画審理を中心とする複雑訴訟の運営に関する執務資料』(二〇〇一年)も、当事者が多数の大型訴訟と並んで、専門訴訟を扱う。

(8)　渡辺千原「医療過誤訴訟と専門家――『真相の解明』の観点から」司法改革一一号(二〇〇〇年)三六、三八頁は、「これまでの改革論議は、専門的知見を裁判所が適宜利用するという観点が中心で、それをいかに当事者と共有、あるいは当事者に還元するか、との視点には不十分である」とする。

(9)　渡辺千原「医事鑑定の語るもの――医療過誤訴訟にみる医療と法――」棚瀬孝雄編著『法の言説分析』(二〇〇一年)七三、九四頁は、「鑑定書――判決の流れの中には、医療専門家と、法専門家の相互作用しかなく、肝心の原告や患者がその舞台から抜け落ちている」とする。また、和田仁孝「法廷における法言説と日常的言説の交錯――医療過誤をめぐる言説の構造とアレゴリー――」棚瀬編著・前掲書・四三頁は、医療過誤訴訟における法的言説と日常的言説の交錯とせめぎあいを描く。法専門知識から当事者本人が疎外されることもまた、専門訴訟に限られない重要な問題ではあるが、本稿では考察の直接の対象としない。

(10)　山木戸克己「訴訟における当事者権」同『民事訴訟理論の基礎的研究』(一九六一年)五九、六〇頁。当事者権の学説史的な検討として、山本克己「当事者権――弁論権を中心に――」鈴木正裕先生古稀祝賀『民事訴訟法の史的展開』(二〇〇二年)六一頁も参照。

(11)　山木戸・前掲注(10)・六一頁では、「弁論権とは、裁判前に、裁判を受ける者が、事件について弁疎することができる地位、

すなわち裁判の資料を提出する機会を法律上保障されていることである」と定義され、弁論権の内容として、（狭義における）弁論権、立会権、記録閲覧権が挙げられている。

(12)　山木戸・前掲注(10)・六一頁では、当事者権の中でも弁論権と上訴権が最も主要なものであるとされる。

## 第一章　鑑定の意義

鑑定に対して当事者がいかに意見表明の機会を持つことができるのかという角度から、鑑定という手続への当事者の関わりのあり方を検討するにあたって、本章では、議論の前提として、鑑定に対して当事者が意見を表明することの持つ意味を明らかにしたい。そのためには、そもそも鑑定とは何かという問いを避けて通ることはできないと考える。よって、以下では、まず第一節において、鑑定とは何かということについての従来の一般的な説明を検討し、第二節で、本稿の採る視点を述べ、鑑定に対して当事者が意見表明することの重要性を示す。

### 第一節　「裁判官の判断能力の補助」と「当事者の攻撃防御方法」

#### 一　裁判官の判断能力の補助としての鑑定

一般的な定義によれば、鑑定とは、特別の学識経験を有する者に、その専門的知識又はその知識を利用した判断を訴訟上報告させて、裁判官の判断能力の補助とするための証拠調べであり、この報告をする者が鑑定人である。(13)

この定義によれば、鑑定の目的は、裁判官の判断能力の補助ということになり、鑑定人の役割は、裁判官の補助者ということになる。そして、裁判官の補助者としての性格から、鑑定人に中立性が求められる。このような鑑定人の地位は、立法例として、ドイツやフランス[14]などにおいて見られ、英米法系の専門家証人型との対比で裁判官補助者型と呼ばれる[15]。わが国の制度においても、鑑定人に誰を選任するかについての決定は裁判所が行ない（民事訴訟法二一三条［以下、特に断わらない限り、条文は民事訴訟法の条文を指す］）、鑑定人が中立性を欠く場合には忌避がなされる（二一四条）ことから、鑑定人の地位は、基本的に裁判官補助者型に属する。実務の運用においても、当事者の一方が鑑定人として指名した者は、相手方に異議がないか他に適当な人がいない場合のほかは、その者を鑑定人に選任しないなど、鑑定人の中立性を確保することに注意が払われている[16]。

しかしながら、もし裁判官の補助者としての役割を徹底するならば、当事者による鑑定の申立てがなくても職権による鑑定が認められるはずであり（ドイツやフランスなどでは認められる）、わが国においても職権鑑定が認められなければならないとする見解が有力に主張されている[17]。しかし、弁論主義を徹底する趣旨から旧民事訴訟法二六一条（職権証拠調べ）が昭和二三年改正時に削除されたことから、立法論としてはともかく[18]、少なくとも現行法の解釈では、職権鑑定は認められないとするのが基本的に妥当であり[19]、実務の取り扱いも職権鑑定を認めていない[20]。また、今次の民事訴訟法改正作業における検討事項においても、職権鑑定の可否が問われたが、結局、職権鑑定を認めることは見送られた[21]。したがって、当事者が鑑定を申立てなければ、裁判所は鑑定を行なうことができないとするのが現行法の立場であり、わが国の鑑定制度は、裁判官の判断能力の補助という役割を徹底しきれていないと評することができる。

## 二　当事者の攻撃防御方法としての鑑定

鑑定の果たすもう一つの役割として、当事者の攻撃防御方法としての役割が通常挙げられる。わが国においては、前述のように職権鑑定は認められず、当事者は、自ら主張する事実を立証するために、あるいは反証のために鑑定を申請することになる。[22] また、条文上も、鑑定人には原則として証人の規定が準用されることになっている（二一六条）。このように、鑑定には当事者の攻撃防御方法としての役割がある。イギリス・アメリカなどの英米法系の制度においては、こちらの側面をより徹底しており、鑑定人という特別の範疇はなく、専門家であっても、基本的に証人として扱われる。[23]

言うまでもなく、わが国の現行制度上の理解としては、当事者の攻撃防御方法としての鑑定の役割が徹底されていると見ることはできない。さもないと、鑑定人の人選が裁判所の裁量に委ねられ、当事者の申出に拘束されず、他方で当事者は鑑定人を忌避することができるという、前述の枠組みから大きく逸脱してしまうからである。

## 三　従来の理解の問題点

右に見たいずれの役割も徹底されていない状況において、わが国における現行制度上の鑑定の位置づけについての理解は、裁判官の判断能力の補助としての役割と、当事者の攻撃防御方法としての役割の両方の側面を持つものとされている。[24] ここで「両方の側面を持つ」とされることの意味は、鑑定に両方の性質が完全に備わっているという意味ではなく、むしろ、どちらか片方の観点からだけでは現行制度上の鑑定人の位置づけを説明できないことを示している。[25]

鑑定のこの二つの役割のどちらを強調するか、ということが、鑑定の諸問題を論じるにあたって、ある程度の意

義を持つことは間違いない。[26] しかし、どちらの役割をどの程度強調して論じるべきか、ということについては解答が困難であり、視点としてはやや不安定な感が否めない。また、この「裁判所の判断能力の補助」対「当事者の攻撃防御方法」という枠組みは、本稿の問題関心、すなわち鑑定に対して当事者がいかに意見表明の機会を持つことができるのか、ということに対して、直接に回答を与えるものではない。確かに、鑑定人の中立・公平さを強調すれば、党派的な鑑定人に対するよりも、当事者の意見表明（とりわけ尋問）の機会はそれほど必要ではないと考えることも一応可能ではある。しかし、後で紹介するように、裁判官の補助者としての役割が徹底しているドイツのほうが、わが国よりも鑑定人を尋問する当事者の権利が保障されており、必ずしも単純に回答の出せる問題ではない。

また、鑑定が、「裁判所の判断能力の補助」と「当事者の攻撃防御方法」の両方の役割を果たすという説明それ自体は、決して誤りでないものの、鑑定の果たす役割が、この二つの役割に尽きるとも限らない。これらの役割は、主に鑑定の結果が果たす役割に着目したものであり、鑑定という手続の過程そのものが果たす役割についての視点が欠けているように思われる。したがって、次節で、鑑定の持つ役割のさらなる可能性を検討し、本稿の採る視点を述べる。

## 第二節　当事者の納得形成のためのプロセスとしての鑑定

### 一　裁判官の私知をめぐる議論からの示唆

前節で挙げた役割以外の、鑑定の果たす役割を探るにあたって、次のような問題における議論が一つの示唆を与えてくれると思われる。すなわち、裁判官がたまたま（個人的研究や私的経験によって）専門的な知識・経験則を持っ

ていた場合でも、鑑定を行ない、そのような知識・経験則の存在を確かめることが要求されるか、という問題である。これについての学説は分かれる。鑑定の必要はないとする見解[27]が、かつては通説とされた。その主な理由は、経験則についての知識を獲得することは裁判官にとって望ましいことであり、その獲得方法・材料には制限がなく、また、通常の経験則と専門的な経験則の区別が明らかでないというものである。しかし、これに対して、現在では鑑定を必要とする見解が多数の支持を得るに至っている[28]。その理由は、単に裁判官の専門知識が正しくないかもしれないということだけではなく、「当事者の証明活動における当事者権の保障（手続保障）、事実認定に対する当事者の納得形成[29]」のために鑑定が必要であるとされる。鑑定の必要性についてどちらの立場が妥当かについてはしばらく措くとして、少なくとも、鑑定には、専門的な知識・経験則を当事者に示し、当事者に意見表明の機会を与える役割があるということは異論がないと思われる[30]。

右のような鑑定の役割の捉え方は、従来の理解が、どちらかといえば鑑定の結果が果たす役割を説明していたのに対して、むしろ、鑑定手続の過程そのものが果たす役割に着目したものといえる。これこそが、従来必ずしも強調されてこなかったが、とりわけ当事者にとっての、鑑定の持つ重要な役割ではないかと考える。

## 二　「裁判官の判断能力の補助」「当事者の攻撃防御方法」との関係

当事者の手続保障ないし納得形成のプロセスとして、鑑定を捉えるとした場合、従来の理解、すなわち「裁判官の判断能力の補助」と「当事者の攻撃防御方法」という二つの鑑定の役割との関係はどのようなものとして捉えられるのか、すなわち、これらの鑑定の捉え方のどちらかと矛盾しないのか、あるいは両方ともに矛盾しないのか、ということについて一言触れておきたい。

まず、「裁判官の判断能力の補助」との関係について述べる。なぜ裁判官の判断能力を補助する必要があるのかと問われれば、おそらくそれは「正しい」事実認定ないし判断をするためであろう。「正しい」事実認定ないし判断とは、まずは実体的真実に合致した事実認定であると考えられる。しかしながら民事訴訟においては、弁論主義の妥当により、当事者に争いのない事実はそのまま真実として取り扱われ、争いのある事実についても、どのような主張・立証によるかは当事者の自己選択・自己決定に委ねられている。また、判決に対して当事者が不服を申立てなければ、それで判決(ならびに、そこでなされた事実認定)は確定する。このように、民事訴訟においては、真実発見の要請は絶対的に貫徹されるものではなく、当事者が了解すればたとえ実体的真実と異なることがあったとしても、それが「正しい」ものとして扱われる。ゆえに、「裁判官の判断能力の補助」という場合には、実体的真実に合致しているという意味での「正しい」事実認定ないし判断のみが求められているのではなく、当事者が納得し得るという意味での「正しい」事実認定ないし判断も求められていると理解することも、一応可能である。

また、鑑定人を「裁判官の補助者」として捉えれば、鑑定人には中立性が要請される。何をもって中立というかは、難しい問題であるが[31]、中立性の確保のためには、確かに、誰を選任するかということがまずは重要であると言える。しかし、それだけでなく、選任後の鑑定人の振舞いが、当事者から見て中立であることも重要である[32]。すなわち、当事者が鑑定に(その結果だけでなく過程を含めて)納得するということは、当事者から見た鑑定の中立らしさを確保するための一つの方法となる。

次に「当事者の攻撃防御方法」との関係について述べる。訴訟において当事者が攻撃防御を尽くすことが、納得形成、手続保障の一つのあり方だとすれば、鑑定自体が当事者の攻撃防御方法であるということは、鑑定自体が、納得形成、手続保障のための方法ということになる。また、鑑定が(申立てた側の)攻撃防御方法であれば、その相

手方には、当然に反論の機会を与えなくてはならないことにもなるので、相手方の納得形成、手続保障の必要性もここには含まれていると考えるべきである。

このように、「当事者の納得形成＝手続保障」という第三の観点から鑑定を捉えることは、「裁判官の判断能力の補助」と「当事者の攻撃防御方法」という二つの鑑定の役割と矛盾したり、片方を排斥したりするものではない。むしろ、両者を調和させる契機を含むものとさえ言えるかもしれない。

## 三　小括

以上の検討から、本稿は、鑑定を「当事者の納得形成のためのプロセス」として捉え、鑑定における当事者の権利を検討する。もちろん、「納得形成」と言っても、それは当事者の心情に還元され、漠然としているので[33]、これをそのまま議論の対象とすることは難しい。また、「納得」が鑑定結果の「押しつけ」になってしまう危険もないとは言えない[34]。本稿は、鑑定人の判断を当事者に受容させるという意味での納得を目指すものではなく、当事者の主体的な関わりの中での納得を目指すものである。そのような納得形成のための最低限の条件として必要なことは、当事者にとって鑑定のプロセスが開かれたものであり、意見表明の機会が与えられていることではないかと考える。そうだとすれば、当事者が鑑定に対して意見表明の機会をいかに持つのか、ということは、鑑定の手続のあり方を探るにあたって、極めて重要な問題ということになる。このような観点から、次章以下では、当事者が鑑定人を尋問する権利、ならびに鑑定作業に当事者が立会う権利について検討する[35]。

（13）兼子一『新修民事訴訟法体系［増訂版］』（一九六五年）二七二頁、三ケ月章『民事訴訟法［第三版］』（法律学講座双書）（一九

九二年）四七〇頁、新堂幸司『新民事訴訟法［第二版］』（二〇〇一年）五三八頁など。

(14) 本稿は基本的にドイツ法を比較の対象とし、フランス法には言及し得ないが、鑑定をめぐる議論においてフランス法との比較も有益であることは言うまでもない。フランスにおける鑑定については、北村一郎「フランス民事訴訟における鑑定人の役割」法学協会雑誌一一〇巻一号（一九九三年）一頁、二号一七九頁、徳田園恵「鑑定の活用をめぐる問題について――フランスの実情と比較して」判例タイムズ一〇一〇号（一九九九年）四二頁、田村真弓「民事訴訟における鑑定について――裁判官と鑑定人の共同関係確立の必要性――」同志社法学五三巻四号（二〇〇一年）一五八頁参照。ドイツ、フランス、アメリカ、日本の鑑定制度の比較として、谷口安平「訴訟思想と鑑定人の責任」法学論叢一二八巻四・五・六号（一九九一年）四〇頁。また、加藤新太郎ほか「専門訴訟の審理」同編『民事訴訟審理』（二〇〇〇年）二四七頁においても、ドイツとフランスにおける鑑定制度との比較がなされている。

(15) 中野貞一郎「鑑定の現在問題」同『民事手続の現在問題』（一九八九年）一四一、一四九頁。

(16) 菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法〔Ⅱ〕』（一九八九年）五六五頁。また、特に医療過誤訴訟における鑑定人選任の際、担当医の出身大学、勤務先の病院の他の勤務医の出身大学等、中立性について配慮されていることにつき、山口繁「民事事件における鑑定の諸問題――医療過誤訴訟における鑑定――」自由と正義二九巻七号（一九七八年）七〇、七三頁など参照。

(17) 三ケ月・前掲注(13)・四五九頁、栂善夫「科学裁判と鑑定」中野貞一郎編『科学裁判と鑑定』（一九八八年）八九、九七頁、中野・前掲注(15)・一五四頁、吉野正三郎「医療過誤訴訟と鑑定」同『西ドイツ民事訴訟法の現在』（一九九〇年）一〇六、一〇七頁など。

(18) 立法論として職権鑑定を認めるべきであるとするものとして、兼子・前掲注(13)・二七四頁、菊井＝村松・前掲注(16)・五五一頁など。

(19) 中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編『新民事訴訟法講義［補訂版］』（二〇〇〇年）二七二頁［春日偉知郎］、高橋宏志「証拠調べについて（六）」法学教室二四三号（二〇〇〇年）一〇〇、一〇二頁、伊藤眞『民事訴訟法［補訂第二版］』（二〇〇二年）三四五頁など。職権鑑定の可否をめぐる議論については、福永清貴「医事訴訟上の鑑定――職権鑑定の可否を中心として――」中村英郎教授古希祝賀『民事訴訟法学の新たな展開［上巻］』（一九九六年）三〇三頁が詳しい。

(20) 石川稔＝服部篤美「医療過誤訴訟における医療鑑定の実態――東京地裁における訴訟記録から――」判例タイムズ六五六号

（一九八八年）三、五頁、山口和男「医療過誤と鑑定」山口和男＝林豊編『現代民事裁判の課題⑨』（一九九一年）七二八、七三七頁。

(21) 柳田幸三＝始関正光＝小川秀樹「『民事訴訟手続に関する検討事項』に対する各界意見の概要」三八頁（法務省民事局参事官室編『民事訴訟手続に関する改正試案』〔別冊ＮＢＬ二七巻〕所収）によると、職権鑑定の採用については、賛成の意見と反対の意見が拮抗したとされ、賛成意見の中でも、費用負担の問題を指摘するものが相当数あり、また、反対意見の理由は、証拠調べは当事者のイニシアチブにゆだねるべきである点、裁判所が鑑定に過度に依存する「鑑定裁判」が多発するおそれがある点であったとされる。

(22) しかし、医療過誤訴訟において、鑑定結果は必ずしも鑑定を申立てた者に有利となっていない旨の調査結果として、石川＝服部・前掲注(20)・二五頁参照。

(23) アメリカにおいて、裁判所は、鑑定人類似のものとして、court-appointed experts を選任することが規則上可能である（連邦証拠規則七〇六条）が、弁護士が多数の専門家を専門家証人として申請するので、裁判所が court-appointed experts を選任することは皆無といってよいとされることにつき、中村愼「専門訴訟はなぜ時間がかかるのか――米国の実務との比較考察」判例タイムズ一〇〇四号（一九九九年）四頁参照。イギリスにおいては一九九九年の民事訴訟改革によって、「専門家証人の共有」や「アセッサー」の制度により、大陸法型の鑑定人に近づいていると見ることもできる。詳しくは岩井直幸「イギリスにおける民事訴訟規則改正後の実務――医療過誤訴訟を中心に――」判例タイムズ一〇五七号（二〇〇一年）二六、三一頁参照。

(24) 谷口安平＝福永有利編『注釈民事訴訟法(6)』（一九九五年）三九七頁〔太田勝造〕、高橋・前掲注(19)・一〇一頁など。

(25) 野田宏「鑑定をめぐる実務上の二、三の問題」中野貞一郎編『科学裁判と鑑定』（一九八九年）一、二頁は、鑑定の当事者の攻撃防御方法としての役割が、鑑定の中立性に抵触する事態が生ずる可能性があるとする。

(26) 例えば、加藤新太郎「民事鑑定の今日的課題」同『手続裁量論』（一九九六年）二四二頁は、鑑定の当事者の攻撃防御方法の側面を強調して議論を行なう。これに対して、吉野・前掲注(17)・一〇六頁は、裁判官の判断形成の補助という役割こそが鑑定の本質的内容であるとして議論を行なう。また、瀬木比呂志「医療訴訟における鑑定」判例タイムズ六八六号（一九八九年）一〇七頁は、医療訴訟のような高度に科学的な事項に関わる訴訟にあっては、裁判所の知識の補充、判断形成の補助に重きが置かれるべきであるとする。

(27) 三ケ月・前掲注(13)・四二四頁、兼子一＝松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫『条解民事訴訟法』(一九八六年)九二九頁［松浦馨］、菊井＝村松・前掲注(16)・三七〇頁、斎藤秀夫＝小室直人＝西村宏一＝林屋礼二編『注解民事訴訟法(7)［第二版］』(一九九三年)一四四頁［斎藤秀夫＝吉野孝義］、同編『注解民事訴訟法(8)［第二版］』(一九九三年)九頁［斎藤秀夫＝松山恒昭＝西村宏一］、野田・前掲注(25)・六頁。判例もこちらの見解に立つ(大判昭和八年一月三一日(民集一二巻一号五一頁)、ただし最判昭和三六年四月二八日(民集一五巻四号一一一五頁)は微妙である)。

(28) 兼子一「経験則と自由心証」同『民事法研究　第Ⅱ巻』(一九五四年)一八五、一九五頁、兼子・前掲注(13)・二四三頁、飯塚重男「自由な証明」三ケ月章＝青山善充編『民事訴訟法の争点』(一九七九年)二三八、二三九頁、本間義信「訴訟における経験則の機能」竹下守夫＝石川明編『講座民事訴訟⑤』(一九八三年)六三頁、八一頁、右田堯雄「経験則の機能」三ケ月章＝青山善充編『民事訴訟法の争点［新版］』(一九八八年)二四〇、二四一頁、中野・前掲注(15)・一四六頁、斎藤秀夫＝小室直人＝西村宏一＝林屋礼二編『注解民事訴訟法(4)［第二版］』(一九九一年)三五九頁［小室直人＝渡部吉隆＝斎藤秀夫］、同編『注解民事訴訟法(7)［第二版］』(一九九三年)三〇六頁［小室直人＝吉野孝義］、谷口＝福永編・前掲注(24)・四〇〇頁［太田］、新堂・前掲注(13)・四六二頁、伊藤・前掲注(19)・三四二頁など。

(29) 加藤・前掲注(26)・二五三頁、鈴木正裕＝青山善充編『注釈民事訴訟法(4)』(一九九七年)六二頁［加藤新太郎］。また、ほかにも、当事者の納得に言及するものとして、兼子・前掲注(13)・二四四頁、本間・前掲注(28)・八一頁、新堂・前掲注(13)・四六三頁。

(30) 鑑定を不要とする立場においても、菊井＝村松・前掲注(16)・三七〇頁が、「〔鑑定をすることは〕専門的な経験則の確定の客観性を担保することになるから適当な処置である」とし、鑑定の本文に述べた機能を否定しない。野田・前掲注(25)・七頁も同旨。兼子ほか編・前掲注(27)・九三〇頁［松浦］もまた、「その経験法則の利用が当事者に対し、不意打ちにならないように配慮すべきであろう」とする。また、山本和彦「専門訴訟の課題と展望」司法研修所論集一〇五号(二〇〇一年)三七、四一頁は、この問題における鑑定の必要性を論じるものではないが、裁判官の頭の中にある専門的な経験則が当事者の前に出てこないのは問題であるとする。

(31) 澤野順彦「民事裁判における不動産鑑定の役割と限界」判例タイムズ七二三号(一九九〇年)一三、一四頁参照。また、園尾隆司「医療過誤訴訟における主張・立証責任の転換と外形理論」新堂幸司先生古希祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築［下

巻]』(二〇〇一年)二一三、二三四頁は、国民の社会通念と医師としての社会通念とが衝突する場合、公平な医師が最も中立的な判断者とは言えなくなるとする。

(32) 栂善夫「民事訴訟における鑑定人の忌避について」法曹時報四三巻一〇号(一九九一年)一、一九頁は、鑑定人に代替性がない場合は忌避事由があっても忌避を認めるべきでないとし、その場合の鑑定の公正さを疑わしめる点を緩和すべき方法として、証拠価値の評価の際の考慮や共同鑑定の方法と並んで、鑑定によって不利益を受ける当事者に鑑定人に対する尋問を認めることを挙げる。

(33) 井上治典「民事訴訟の役割」同『民事手続論』(一九九三年)一、一三頁。

(34) 井上・前掲注(33)・一三頁では、「民事訴訟の役割の中心を裁判官による『裁定』に求め、その枠内での当事者の納得(満足)形成を考えるとすれば、訴訟手続は裁判官の合理的な裁定をつくり出すための手段であり道程としてしか位置づけられず、当事者の納得をいかに強調してみても、それはしょせん『裁判官の判断を受容させるための納得』でしかありえず、手続における当事者の真の主体性の確立にはなりえないであろう」とされる。

(35) 鑑定の申立てそれ自体も、重要な当事者権の一つであるが、本稿では考察の対象外とする。本稿の立場から言えば、鑑定の申立ては、裁判所の持つ専門知識による判断では納得できない、という当事者の意思表示であると把握される。裁判所が鑑定の申立てを却下する場合には、裁判所自身の専門知識が当事者を納得せしめるに十分であることを説明する必要があると考える。裁量権の合理性を基礎づける理由を、当事者からの異議に応じて開示する義務を裁判所に認める見解として、山田文「合意と民事訴訟」法学セミナー五〇一号(一九九六年)七六、七九頁、山本和彦「民事訴訟における裁判所の行為統制」新堂幸司先生古稀祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築[上巻]』(二〇〇一年)三四一、三五九頁参照。ほかにも、鑑定事項の決定への当事者の関わりや、鑑定人の忌避の問題も、当事者の鑑定への関わりとして重要であるが、本稿では扱わないものとする。

# 第二章　鑑定人尋問権の理論的位置づけ

鑑定人によってなされた鑑定に対して、当事者が意見を述べる場としては、鑑定人尋問を挙げることができる。そこでは、直接に当事者が、鑑定人に疑問点を尋ね、場合によっては鑑定の誤りを指摘することができる。当事者が鑑定人を尋問する(裁判所によって基本的に拒絶でない)権利を、本稿では「鑑定人尋問権」と呼ぶ。本章では、理論上、当事者は鑑定人尋問権を持つのか、持つとすればそれはいかなる根拠によるのか、を検討する。

以下では、まず第一節において、わが国において鑑定人尋問権がどのように捉えられているのかについて概観する。そして、第二節において、ドイツでは鑑定人尋問権が判例・学説上保障されていることを紹介する。最後に、第三節において、わが国でも鑑定人尋問権が認められるべきかについて、検討を行なう。

## 第一節　日本における鑑定人尋問権

### 一　証人尋問の方式による鑑定人の尋問

わが国の実務においては、鑑定書の提出後、鑑定人を尋問する場合には、証人尋問の方式で行なっていることが多いとされる[36]。すなわち、鑑定書が提出され、鑑定料が支払われると、それで鑑定手続は終了したものとして、当事者が改めて当該鑑定人を証人として尋問する申出をしたうえで、証人として尋問する取り扱いである。そこでは、鑑定書の提出によって意見陳述は終わったものと解してよいとする見解[37]が前提とされていると解される。そうだと

すれば、改めて鑑定人の尋問を採用するか否かは裁判官がその必要性に応じて決めることができるので（一八一条一項）、当事者は常に鑑定人を尋問することができるとは限られず、当事者は鑑定人尋問権を持たないということになる。

## 二　学説からの批判

右のような実務の取り扱いに対して、理論の側からは主に二つの観点から批判がなされている。一つは、証人と鑑定人の区別という観点からである。証人と鑑定人の区別についての通説[38]、すなわち証人は自己の経験した過去の具体的事実を報告するのに対し、鑑定人は専門的知識や意見を報告するという区別を前提とすると、このような取り扱いにおける証人尋問は専門的知識を報告させるのであるから、証人でも鑑定証人でもなく鑑定人であって、証人尋問の申請をするのは誤りである、という批判[39]である。また、証人と鑑定人の区別についての別の説[40]、すなわち証人は証拠方法として訴訟に登場した時点以前に裁判所の命令と関係なく形成された認識・判断を報告するのに対し、鑑定人は、それ以後に裁判所の命令によって形成された認識・判断を報告するという区別を前提としても、鑑定を命じられて形成した意見の補充説明であるから、当然に鑑定人として尋問すべきということになる[41]。

しかし、「証人尋問ではなく鑑定人尋問である」と言っても、このことをもって当事者の鑑定人尋問権が肯定されるわけでも、否定されるわけもない。なぜなら、裁判所が、提出された鑑定書の内容等に照らして、さらに鑑定人尋問を実施するまでの必要がないと認める場合には、一八一条一項によって、当事者の鑑定人尋問の申出を却下することができると解することも可能だからである[42]。したがって、証人と鑑定人の区別による批判は、それ自体としては正当であるが、ここでの鑑定人尋問権の有無という問題関心にとって、直接に回答を与える議論ではない。

これに対し、学説の側からの、もう一つの観点からの批判は、当事者の鑑定人尋問権を正面から認め、実務の前述の取り扱いは誤りであるとするものである。[43] このような理解は、主にドイツ法における理論を前提にしたものである。ドイツにおいては、鑑定人尋問権が保障されており、ここでの議論にとって示唆が大きいと思われるので、次節において概略を紹介し、検討を加えたい。

## 第二節　ドイツにおける鑑定人尋問権

### 一　ZPO四一一条三項による尋問

ドイツ民事訴訟法(以下、ZPOと略記)四一一条三項は、「裁判所は、書面による鑑定の解説のために、鑑定人の出頭を命じることができる。[44]」と規定する。この規定により、裁判所は、鑑定人を呼び出して尋問する権限を持つことになる。裁判所がこの権限を行使するか否かは、裁判所の裁量によるが、全くの自由裁量ではなく、義務的な裁量であると解されている。[45] すなわち、鑑定に矛盾・不明瞭がある場合などの一定の場合には、裁判所には鑑定人に出頭を命じる義務がある。[46]

当事者の鑑定人尋問権が、ここでの裁判所の裁量の拘束の問題として、すなわちZPO四一一条三項に基づく尋問を求める当事者による申立てを裁判所は認めなければならない場合があるとして、ZPO四一一条三項の枠内において議論される場合もある。[47] しかし、ZPO四一一条三項による裁判所の命令は、当事者の申立てとは関係がないため、[48] 当事者の尋問権の問題とは切り離して理解され、当事者の鑑定人尋問権の問題は、むしろ次に述べるZPO四〇二条によるZPO三九七条の準用の問題として議論されるのが通常である。[49]

## 二　ZPO四〇二条によるZPO三九七条の準用

当事者は、ZPO四一一条三項とは独立して、すなわち、鑑定人を召喚する裁判所の義務の有無に関わらず、ZPO四〇二条[50]（証人の規定の準用）によるZPO三九七条[51]（当事者の尋問権）の準用によって、鑑定人に尋問する権利を持つとされる[52]。すなわち、ZPO四一一条三項は、ZPO四〇二条のいう「別段の定め」ではないとされる[53]。それゆえ、鑑定書と鑑定人尋問は一体を成すとも言われる[54]。

このような解釈は、連邦通常裁判所の一貫した判例となっている。この点について連邦通常裁判所として最初に判示した連邦通常裁判所一九五二年七月一〇日判決（BGHZ 6, 398）は、「口頭ないし書面による鑑定の後、当事者が鑑定人を尋問することができるか否かの規定は、鑑定による証明についての規定には含まれていない。それゆえ、ZPO四〇二条によって証人による証明についての規定が準用される。三九七条においては、事案ないし証人の状態を解明するのに奉仕するとみなされる尋問を証人に対して行なうという、当事者の権利が予定されている。このことは、鑑定による証明に準用されなければならない。このような尋問権は、ZPO四一一条三項によって裁判所が鑑定人の出廷を命じることができ、それによって鑑定人が書面による鑑定の説明をするということによって、無意味とならない。なぜなら、この規定の目的は、鑑定人に対するこのような命令の権限を裁判所に与えることのみにあるからである。この理由から、この権限を行使するか否かは通常、裁判所の義務的な裁量による。しかし、それによって当事者の尋問権は排除あるいは制限されない。証人による証明についてと同様に、鑑定による証明についても、真実の事実関係の発見についてのできるだけ広範な保障が達成されるように証拠手続を形成する、という原則が妥当しなければならない。」と述べ、当事者の鑑定人尋問権を認めた。

右のような解釈によって当事者に認められる鑑定人尋問権の保障は手厚い。例えば、連邦通常裁判所一九七八年

五月二日判決(MDR 1978, 829)によれば、書面による鑑定をした鑑定人が、その後に亡くなった場合、当事者が鑑定人の召喚の申立てをしたなら、新たな鑑定人が任命されなければならず、それによって鑑定の内容についての尋問がなされることになる。鑑定人尋問権を認める判例は数多いのですべてを扱うことはできないが、とりわけ興味深いのは、当事者が鑑定人の尋問を申立てたが、裁判所はすでに心証が固まっており尋問を不要だと考える場合でも、尋問が認めなければならないとされる判例である。なぜなら、このような場合こそが、鑑定を、当事者の納得形成のためのプロセスと捉える本稿の立場から見て、鑑定人尋問権が認められることに最も意義があると考えられる場合だからである。以下、この点に絞って、判例の展開を紹介する。

連邦通常裁判所一九六一年一月一七日判決（VersR 1961, 415）は「[鑑定人に]直接に尋問するという当事者の権利は、解明が期待されないという裁判所の先取りされた証拠評価によって除外され得ない。」と述べる。これは、「先取りされた」という文言から推測するに、当事者の尋問を経るまでは、その証拠評価は正しくないかもしれないという、前述の連邦通常裁判所一九五二年七月一〇日判決と同じく、尋問によって真実発見を目指すべきとの考慮があると解される。

連邦通常裁判所一九八六年一〇月二一日判決(NJW-RR 1987, 339)は、鑑定が結論において明確で、理由づけにおいて矛盾がないという理由で鑑定人尋問を認めなかった控訴裁判所の取り扱いを非難したが、その理由として、ZPO四〇二条による三九七条の準用に加えて、「鑑定書の提出後に鑑定人に質問し、考えを述べ、疑問点の詳しい説明を求める機会を当事者に与えることは、法的審問の保障に属する」と述べ、審問請求権(審尋請求権)も理由として挙げる。審問請求権とは、ドイツ連邦共和国基本法(以下、GGと略記)一〇三条一項[55]に基づくもので、裁判所の裁判は関係人に意見を表明する機会が与えられた事実と証拠にのみ基づかなくてはならない、ということを要求

するものである。[56] ここでは、三九七条の準用と審問請求権の保障とが一応区別されている。[57]

連邦通常裁判所一九九七年一〇月七日判決(NJW 1998, 162)は、[58]「ＺＰＯ四一一条三項による裁判所の義務的な裁量にあるところの、鑑定人の期日への出廷を職権により命じる可能性とは独立に、各訴訟当事者はＺＰＯ三九七・四〇二条により、法的審問の保障のために、鑑定人に書面鑑定について口頭で尋問する権利がある。事実審裁判官は、それに応じて、当事者によって適時になされた、鑑定人を書面鑑定がなされた後に口頭による説明のために召喚することを求める申立てを、書面鑑定が裁判所から見て十分かつ確信を抱かせる場合でも、許さなければならない。」と述べる。ここでは、ＺＰＯ三九七・四〇二条による尋問の目的が、法的審問の保障とされている。すなわち、ここでは端的に、当事者に意見表明の機会を与えることそれ自体が目指されており、もはや真実発見の考慮が表に出ていないと見ることができる。また、連邦憲法裁判所一九九八年二月三日判決(NJW 1998, 2273)もまた、「裁判所自身が［鑑定人による］説明を必要とみなすかどうかは問題ではない。当事者が鑑定人に質問し、異議を唱え、疑わしい点の詳しい説明を求めることは、法的審問の保障に属する。」と明快に述べる。

以上、当事者による鑑定人尋問の申立ては、それによってさらなる事案解明が期待され得ないという理由、あるいは鑑定書が裁判官に十分かつ確信を抱かせるという理由によって、却下され得ないとする判例を見ると、その根拠は、当初において真実発見が意図されていたのに対し、近時においては、法的審問請求権によって根拠づけられ、当事者が鑑定に対して意見を表明することの重要性はますます強調されていると評することができる。このような鑑定人尋問権の手厚い保障に対しては、裁判官から異論があるものの、[59] 鑑定人尋問権が保障されるべきものであることは、判例・学説上確立したものであると言える。[60]

### 三　鑑定人尋問が認められない例外

鑑定人尋問権の保障が手厚くなされる一方で、当事者の鑑定人尋問権が認められない例外も存在する。連邦通常裁判所一九五七年二月二七日判決(BGHZ 24, 8)が、「明らかに、訴訟の遅延のみを目的とし、あるいはその他の濫用的な目的で、申立てがなされた場合」に鑑定人尋問を求める申立ては却下されるとしたのが、例外を恐らく最初に示した連邦通常裁判所の判例でないかと思われる。ここでは、訴訟遅延目的が濫用の一つの類型として扱われているが、現在では、前掲の連邦通常裁判所一九九七年一〇月七日判決が、「鑑定人の尋問を求める申立てが、時機に後れているか、権利濫用的に申立てられる場合」に例外が認められると判示するように、申立てが時機に後れていることと、権利濫用であることという、主に二つの例外が認められると解されているようである。

なお、時機に後れた申立てについては、一九九一年四月一日に施行された司法簡素化法によって新設された、ZPO四一一条四項「当事者は、適切な期間内に、鑑定に対する異議、鑑定に関する申立て及び書面によってなされた鑑定に対する補足質問を裁判所に対して通知しなければならない。裁判所はそのための期間を定めることができ、第二九六条第一項及び第四項［筆者注、時機に後れて提出された攻撃防御方法と責問］はこれを準用する。」[61]によって、適時になされない鑑定人の尋問を求める申立ては却下されることとなった。

## 第三節　検討

### 一　ドイツと日本における鑑定制度の相違

前節で概観したように、ドイツにおいては、当事者の鑑定人尋問権が保障されている。このことが日本において

も同様に当てはまると考えるべきか否かを検討しなければならない。そのためには、まず前提として、ドイツと日本の鑑定制度の違いを考慮する必要がある。鑑定人尋問に関連すると思われる点として、次の三点を相違点として挙げることができる。すなわち、第一に、条文上、日本においては職権鑑定が認められないが、ドイツにおいては認められる点、第二に、ドイツにおいては交互尋問制が採られておらず、裁判官からまず尋問し、双方の訴訟代理人ないし当事者からの尋問は補充的になされるのに対し、日本においては、原則として交互尋問制が採られる点、第三に、日本においては専門家が鑑定人になってもあまりメリットがないのに対して、ドイツにおいては鑑定人に選任されることは専門家のステータスになるという点が挙げられる。[62] このような相違点が鑑定人尋問権の有無に影響を与えるかについて、以下に検討する。

まず、ドイツにおいては職権によって、すなわち当事者の意思とは無関係に鑑定がなされ得るからこそ、当事者の尋問権が保障される必要性が大きいのであって、日本では当事者の申立てによって鑑定がなされるのであるから、尋問権の保障の必要は大きくないと言うことも一応可能かもしれない。しかし、たとえ鑑定が当事者の申立てによるものであったとしても、申立てていない相手方にとって尋問権が保障される必要性は変わりない。また、申立てた側の当事者にとっても、鑑定人の人選は裁判所が行なう建前なので、必ずしも自己の推薦した鑑定人が選任されるとは限られず、やはり尋問権の保障の必要性が無くなると言うことはできない。したがって、職権鑑定が認められないからといって、尋問権の保障の必要性が後退することにはならない。

次に、ドイツにおいては、交互尋問制が採られておらず、主に裁判官によって尋問がなされるので、日本のように、当事者から交互尋問の形式で弾劾的尋問が行われるわけではない。[63] 従って、鑑定人にとっての尋問の負担は、わが国に比べて軽いということができ、鑑定人尋問権を認めやすいということができる。しかし、わが国において

も、必ずしも交互尋問による必要はなく、裁判所から尋問することは可能であり（二〇二条二項）、鑑定人尋問のあり方には工夫の余地がある。[64] 加えて、次章で検討するように、尋問における鑑定人の負担は、必ずしも尋問の方式自体に原因があるとは限らない。よって、尋問形式の違いも、鑑定人尋問権の否定にはつながらない。

最後に、ドイツにおいては、鑑定人になることが専門家にとってのステータスであるので、尋問を受けることもある意味で苦にならない面があるのに対して、日本においては、鑑定人になること自体がすでに負担であるので、鑑定人尋問権を肯定すると、ますます鑑定人のなり手がいなくなり、訴訟運営に支障をきたすという可能性は否定できない。しかし、鑑定人になることが当該専門家集団の中でどのように評価されるのかという外在的な条件によって、当事者の訴訟上の権利が影響を受けるとするのは適切でない。そもそも、専門家にとって鑑定人になることがメリットになる環境作りが優先されるべきである。[65]

## 二　わが国における解釈論

それでは、わが国において鑑定人尋問権は認められるのだろうか。日本においても、審問請求権が憲法上保障される権利であることは学説上認められるところである。[66] ドイツと日本では鑑定をとりまく制度・環境に相違はあるものの、それが当事者の鑑定人尋問権を否定する理由にならないとすれば、ドイツと同様に、当事者の鑑定人尋問権は保障されなければならないと考えるのが素直であると思われる。とりわけ、鑑定を、単なる真実発見の手段としてではなく、当事者の納得形成のプロセスとして理解する本稿の立場からは、なおさらそのように解することとなる。

また、民訴法上の解釈としても、ドイツ法においては、ＺＰＯ四〇二条によるＺＰＯ三九七条の準用によって鑑

定人尋問権が導かれるのと同様に、わが国においても、二一六条による二〇二条（当事者の尋問権を前提としている）の準用から、鑑定人尋問権を導くことが可能である。[67]

加えて、二〇五条（尋問に代わる書面の提出）も、当事者に異議がない場合に限り、証人の尋問に代えて書面の提出をさせることができると規定し、当事者の尋問権を前提としている。確かに、二一六条によって二〇五条は鑑定に準用されていないけれども、二〇五条が二一六条によって鑑定に準用されていないことの趣旨は、鑑定書が提出されることが、実際に多くの場合に一般的に行なわれているので、尋問に代わる書面の提出の制度を認める実益に乏しい[68]ということであって、二〇五条が前提としている尋問権を否定する趣旨ではないと解される。

一言加えておくと、ＺＰＯ四一一条三項のように、裁判所が鑑定の説明を求めることができるとする明文の規定は、わが国にはないが[69]、二一五条の解釈として、認められると解されている。[70]これは基本的に、ドイツの議論と同様に、裁判所の権限ないし義務的裁量の問題と解し、当事者の鑑定人尋問権の問題とは別のものとして位置づけておくのが無難と言えよう。

## 三　小括

ドイツにおいて鑑定人尋問権は、当事者の重要な保障されるべき権利として、学説・判例上認められている。特に、裁判所が尋問の必要がないと判断する場合でも、当事者の鑑定人尋問権は憲法上の権利として保障される。わが国においても、ドイツと日本の鑑定制度の相違はあるものの、同様の解釈が可能であり、鑑定人尋問権は肯定されなければならないと解する。しかし、当事者に鑑定人尋問権が形式的に認められるだけでは、実質的には、当事者の弁論権の保障として、必ずしも十分とは言えないと考える。よって、次章では、当事者に鑑定人尋問権が認め

られることを前提とした上で、それをいかに実効的なものとすべきかについて、検討を加えることにする。

(36) 畔柳達雄「医療事故訴訟と鑑定」中野貞一郎編『科学裁判と鑑定』(一九八八年)一六七、一九七頁、瀬木・前掲注(26)・一一二頁。司法研修所編・前掲注(7)・一〇八頁によると、当事者から鑑定書に疑問点が出された場合の取り扱いについてのアンケート調査の結果は、鑑定人尋問を実施するという回答よりも、証人尋問を実施するという回答のほうが多い。

(37) 斎藤秀夫編『注解民事訴訟法(5)[旧版]』(一九七七年)一四九頁[斎藤秀夫]、兼子＝松浦＝新堂＝竹下・前掲注(27)・一〇三三頁[松浦]。

(38) 兼子・前掲注(13)・二六八頁、三ケ月・前掲注(13)・四七〇頁など。

(39) 中野・前掲注(15)・一五七頁。

(40) 岩野徹「鑑定」岩松裁判官還暦記念『訴訟と裁判』(一九五六年)二八五、二九六頁、岩松三郎＝兼子一編『法律実務講座民事訴訟編　第四巻』(一九六一年)三〇二頁、野田宏・前掲注(25)・四頁など。

(41) 谷口＝福永編・前掲注(24)・二三九頁[藤原弘道]。

(42) 中野・前掲注(15)・一五七頁。中野貞一郎「科学鑑定の評価」同編『科学裁判と鑑定』(一九八八年)二七、四五頁においては、当事者が鑑定人の尋問の申立てをした場合は、手続権の濫用とみなされる場合を除き、申立てを却下することができないとされていた(加藤・前掲注(26)・二五七頁も基本的に賛成する)が、このように見解が修正された。

(43) 木川統一郎＝生田美弥子「鑑定人訊問と補充鑑定――民事鑑定を市民感覚に近づけるために――」判例タイムズ八六一号(一九九五年)七頁、木川統一郎＝清水宏「鑑定人に証人尋問の規定が準用されるのは何故か」白川和雄先生古希記念『民事紛争をめぐる法的諸問題』(一九九九年)二三九頁、木川統一郎「争点整理過程における鑑定・検証・本人陳述書の取扱いについて――比較法的資料を我が実務にどれだけ使えるか――」司法研修所論集一〇二号(一九九九年)一、一二、二八頁。

(44) 法務大臣官房司法法制調査部編『ドイツ民事訴訟法典――一九九一年一一月一〇日現在――』(一九九三年)の訳による。

(45) Leipold, in : Stein / Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 21.Auflage Band 4 Teilband 2(1999), §411 Rdnr.10; Damrau, in : Lüke / Wax, Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung 2.Auflage Band 2(2000), §411 Rdnr.10; Greger, in : Zöller, Zivilprozeßordnung, 22. Auflage(2001), §411 Rdnr.5; Thomas, in : Thomas / Putzo, Zivilprozeßordnung, 23. Auflage(2001), §411 Rdnr.5; Hartm-

ann, in : Baumbach / Lauterbach / Albers / Hartmann, Zivilprozeßordnung, 60.Auflage (2002), § 411 Rdnr.9.

(46) 裁判所が職権で尋問をしなければならない場合については、木川＝生田・前掲注(43)・一一頁以下に詳しい。

(47) Jessnitzer / Ulrich, Der gerichtliche Sachverständige, 11.Auflage (2001), Rdnr.369.

(48) 例えば、BGH, NJW 1992, 1459によれば、時機に後れたため当事者が申立権を失っても、鑑定人を尋問する裁判所の義務は肯定される。

(49) Leipold, a.a.O. (45), § 411 Rdnr.11; Damrau, a.a.O. (45), § 411 Rdnr.11; Greger, a.a.O. (45), § 411, Rdnr.5a.

(50) ＺＰＯ四〇二条「鑑定による証明については、以下の条文において別段の定めのない限り、証人による証明についての規定を準用する。」(法務大臣官房司法法制調査部編・前掲注(44)の訳による)。

(51) ＺＰＯ三九七条は次のように規定する(法務大臣官房司法法制調査部編・前掲注(44)の訳による)。

一項　当事者双方は、事件又は証人の関係を解明するために適当であると認める質問を、証人に対して発せしめる権限を有する。

二項　裁判長は、証人に直接質問を発することを当事者に対して許可することができ、また、弁護士がこれを請求する場合には、これを許可しなければならない。

三項　質問の適法性に関する疑問については、裁判所がこれを裁判する。

(52) Leipold, a.a.O. (45), § 411 Rdnr.11; Damrau, a.a.O. (45), § 411 Rdnr.11; Greger, a.a.O. (45), § 411 Rdnr.5a.

(53) Damrau, a.a.O. (45), § 411 Rdnr.11.

(54) Pantle, Die Anhörung des Sachverständigen, MDR 1989, 312.

(55) ＧＧ一〇三条一項「裁判所においては、何人も、法律上の審問を請求する権利を有する。」(高田敏＝初宿正典編訳『ドイツ憲法集［第二版］』(一九九七年)二六一頁の訳による)。

(56) 審問請求権については、フリッツ・バウァー(鈴木正裕訳)「ドイツ法における審尋請求権の発展」神戸法学雑誌一八巻三・四号(一九六九年)五一二頁、紺谷浩司「審問請求権(Anspruch auf rechtliches Gehör)の保障とその問題点」民事訴訟雑誌一八号(一九七二年)一四三頁など参照。

(57) Ankermann, Das Recht auf mündliche Befragung des Sachverständigen : Keine Wende, NJW 1985, 1204.は、ＺＰＯ四〇二・三九七条

と関連づけなくとも、法的審問の保障から、鑑定人尋問権が導かれるとする。

(58) 同旨の判例として、BGH NJW 1997, 802.

(59) Gehle, Die Anhörung des Gutachters im Zivilprozeß, DRiZ 1984, 101; Schrader, Die Ladung des Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung seines Gutachtens, NJW 1984, 2806. また、司法研修所編『ドイツにおける簡素化法施行後の民事訴訟の運営』（一九九五年）一一二頁によれば、鑑定書の内容が合理的であって通常要求される水準が満たされている場合には、当事者からの申立てがあっても、裁判所の判断で鑑定人の出頭を求めないことができる規定を置くべきであるというのが、裁判官の多くの批判であるとされる。

(60) 実務上も鑑定人尋問が実施されることが多いこと、ならびに鑑定人尋問の実際例として、三村量一「ドイツ民事訴訟の実際（三）」判例時報一四一七号（一九九二年）二六頁参照。

(61) 法務大臣官房司法法制調査部編・前掲注(44)の訳による。

(62) 建築事件の鑑定人について、公選鑑定人制度が存在し、公選鑑定人であることが一種のステータスであることにつき、中村也寸志「日本の専門訴訟の問題はどこにあるか――ドイツの実務と比較して」判例タイムズ一〇一一号（一九九九年）一六、一七頁参照。ドイツにおける鑑定費用はわが国に比べて低額であるが、鑑定を依頼されることは名誉なことであり、報酬の多寡は問題でないとされることにつき、福井章代「ハンブルク地方裁判所における医療過誤事件処理について」判例時報一四六〇号（一九九三年）二〇、二二頁参照。フランスにおいても、鑑定人名簿に登載されることはステータスであるとされる（徳田・前掲注(14)・四五頁）。また、アメリカにおいては、専門家証人となることをビジネスとしている者が多数存在するとされる（中村・前掲注(23)・四頁）。

(63) 中村也寸志「ドイツにおける専門訴訟（医療過誤訴訟及び建築関係訴訟）の実情」判例時報一六九六号（二〇〇〇年）三二、三五頁。

(64) 司法研修所編・前掲注(7)・一一〇頁、大阪地方裁判所建築関係訴訟検討プロジェクトチーム・前掲注(7)・一八頁、大阪地方裁判所医療過誤訴訟検討プロジェクトチーム・前掲注(6)・五四頁、角＝田中＝中本・前掲注(7)・五九頁など。

(65) 山本(和)・前掲注(30)・五四頁。

(66) 中野貞一郎「民事裁判と憲法」同『民事手続の現在問題』（一九八九年）一、一四頁。

(67) 木川＝生田・前掲注(43)・八頁、木川＝清水・前掲注(43)・二四一頁、伊藤・前掲注(19)・三四五頁。

(68) 法務省民事局参事官室編・前掲注(2)・二四〇頁。

(69) 大正改正前の民事訴訟法三三〇条は「受訴裁判所は其意見を以て左の諸件を定む可し」として「第三　口頭弁論の際鑑定人の総員又は其一名をして鑑定書を説明せしむ可きや」と規定し、ＺＰＯ四一一条三項に対応する条文を置いていた。改正によって削除された理由は、「特に斯様な趣意の明文が無くても当然出来る次第でありますから」とされる（松本博之＝河野正憲＝徳田和幸編著『日本立法資料全集12　民事訴訟法〔大正編〕(3)』（一九九三年）三二一頁）（片仮名は平仮名に、漢字は新字体に改めて引用した）。

(70) 谷口＝福永編・前掲注(24)・四五七頁〔井上繁規〕、西口元「民事訴訟における専門家の関わり――争点整理、証拠調べ及び和解における専門家の役割――」内田武吉先生古希祝賀『民事訴訟制度の一側面』（一九九九年）一六七、一八四頁。さらに、一定の訴訟状態の下では義務規定とする解釈として、木川＝生田・前掲注(43)・八頁。

## 第三章　鑑定人尋問の実効化

前章では、現行法の解釈上、鑑定人尋問権は、理論的にきわめて重要な、保障されるべき当事者の権利ということを確認した。しかし、それを実効的な形で保障することには、実際上の困難が伴うのが現状である。以下、第一節では、わが国における実務の現状、すなわち鑑定人尋問がうまく機能しておらず、むしろ鑑定人尋問の実施を避ける傾向にあることを示し、それはいかなる理由によるものかを検討する。そして、第二節において、鑑定人尋問を実効的なものにするための方策を検討する。

## 第一節　鑑定人尋問の実務上の問題点

### 一　鑑定人尋問の簡略・省略化

実務においては、鑑定人尋問ではなく証人尋問として鑑定人を尋問している場合が多いと前章で述べたけれども、現在の実務の傾向は、そもそも鑑定人を尋問すること自体をなるべく行なわない方向で運用がなされている。これは主に、鑑定人の負担を軽減することが目的である。鑑定人は、尋問において人格攻撃を受けたり、的外れな質問を向けられたりするなど不快な思いをすることは、しばしば指摘されるところであり[71]、この負担が、鑑定人になることを依頼されても、それを断ることの一つの大きな理由となっている[72]。鑑定人の選任に手間取ることは、専門訴訟の長期化の原因の一つであるので、鑑定を引き受けてもらい易くするために、裁判所は、鑑定人の尋問を行なうことを避ける傾向にある。

例えば、鑑定書が提出された後、当事者が内容について説明を求めたいという場合には、鑑定人を尋問するのではなく、補充鑑定書を鑑定人に提出してもらう方法などによって応じるとされる[73]。さらに、裁判官によっては、専門家に鑑定を打診した際に、尋問されるならば断る、と言われた場合は、尋問をしないよう当事者に了解を求めるとされたり[74]、「鑑定を採用する前に、双方当事者に対し、鑑定人の証人尋問は、原則として採用しない旨説明しておく」[75]とされたりもする。このように、実務の傾向としては、はじめから尋問をしないという前提で鑑定人を引き受けてもらうという方向に進んでいることが窺われる[76]。

しかし、鑑定人の尋問をなるべく回避するという傾向は、前章で検討した鑑定人尋問権の理論上の重要性に鑑み、

疑問なしとしない。また、実際にも、代理人である弁護士の側からは、鑑定人尋問が必要であるという意見が多い[77]。むしろ鑑定人尋問が、鑑定人にとって負担にならないよう、うまく機能するように持っていくべきではないかと考える。そのためには、なぜ鑑定人尋問がうまく行かないのか、その原因を明らかにする必要がある。

## 二　鑑定人尋問がうまく行かない原因

鑑定人尋問がうまく行かない、すなわち鑑定人への尋問が鑑定人への人格攻撃や的外れな質問になってしまうことは、鑑定人尋問という手続それ自体の問題なのであろうか。必ずしもそうではないと考える。むしろ、鑑定人尋問は、鑑定人にとってメリットとなる面がある。例えば、鑑定人は、自分の鑑定に完全に自信を持っているわけでないのに、それがそのまま採用され訴訟の結果を左右することが、鑑定書作成の際のプレッシャーとなると言われる[78]。その負担軽減の方法としては、複数鑑定人による鑑定[79]やアンケート方式による鑑定[80]などがあるが、裁判所や当事者と議論を通じて心証形成をしてもらうこともまた、負担軽減の手段である[81]。鑑定人は、鑑定を鵜呑みにしてもらうのではなく、裁判官の面前で、自らの鑑定を批判にさらしてもらい、裁判官にその当否を判断してもらう方が、鑑定書を書く際の負担としては軽くなる場合もある。加えて、例えば医者は、書面でのやり取りを好まないとされる[82]。そうだとすると、鑑定書を詳しく書くよりも、結論と理由のみを簡潔に書いた鑑定書を提出し、具体的な理由については鑑定人尋問において口頭で説明した方が、負担にならない場合もあるかもしれない[83]。

このように尋問という手続自体が悪いのではないとすれば、要するに尋問の内容が悪いということになる。実際、鑑定人の側も、ある程度、尋問の必要性は理解しているようであり[84]、問題は尋問の中身であると思われる。では、なぜ鑑定人に対する尋問が、人格攻撃、あるいは的外れな質問となってしまうのかと言えば、弁護士のモラルの問

題もあるかもしれないが、それを除けば結局、当事者側に専門知識が欠けているからにほかならない。すなわち、当事者としては、鑑定書の内容が正確に理解できないため、的確に反論することができず、的外れな質問になってしまうか、やむを得ず、鑑定人自体が信頼できない人物であることを裁判所にアピールするための人格攻撃になってしまう。

さらに、当事者の側にとっても、専門知識が欠けているということは、仮に尋問の機会を与えられても、それを有効に活用できないということを意味し、単に鑑定人尋問権を認めることのみでは、実質的な意味で、当事者権の保障として十分でないと言うことができる。

## 第二節　鑑定人尋問の実効化のための方策

### 一　説明の必要性

前節において、鑑定人尋問が機能しないことの原因は、尋問を行なう当事者に、専門知識が欠けていることにあるのではないかとの一応の結論を得た。そうだとすれば、鑑定人尋問を実効的なものにするための方策は、当事者がある程度の専門知識を持つということのほかはありえないように思われる。[85] 確かに、事前の尋問事項の決定や、尋問における裁判官の訴訟指揮によって、不適切な尋問は、ある程度制限され得る。しかし、尋問の制限によって、専門知識を持たない当事者が、内容のある尋問をすることができるようになるわけではないので、尋問の制限は当事者権の保障につながらない。よって、まずは内容のある尋問をすることができる状態に当事者を置くことが先決であり、その上で尋問の制限がなされなくてはならない。

当事者が専門知識を持つための方法としては、当事者が裁判外で個人的に専門家の助力を得るということや、[86] 弁護士が専門化するということが挙げられる。[87] このことによって、当事者は鑑定書を理解した上でチェックを行なうことができ、当該問題状況は一定程度改善されることは間違いない。しかしながら、今のところ、当事者が個人的に専門家の協力を得ることは制度化されておらず、そのアクセス、費用、信頼性について、十分に整備されているとは言えないであろう。[88] よって、訴訟手続内での対応もある程度必要であると言わざるを得ない。

そうだとすると、訴訟手続内で、当事者は、鑑定の内容について専門家から説明を受ける、ということが必要となる。ここでの専門家とは、必ずしも鑑定人でなければならないということはない。しかし、鑑定書を作成した本人が、最も鑑定の内容について分かっているはずなので、少なくとも鑑定の内容の説明は、基本的に鑑定人が行なうことが適切である。よって、訴訟手続内で当事者に必要な専門知識を与えるためには、鑑定人が、当事者に鑑定の内容について「分かりやすく」[89] 説明することが必要であると考える。この説明によって、当事者が鑑定内容に納得して鑑定人尋問を申立てなくて済むようになる場合もあり得るし、納得せずに鑑定人尋問を申立てても、鑑定内容を理解した上での、ある程度噛み合った尋問が期待できる。このことは、鑑定人の説明の負担を差し引いても、全体としては鑑定人の負担の軽減につながるのではないかと考える。そして、なによりも、当事者が当該鑑定、さらに当該訴訟に対する理解を深めることができ、「分かりやすい」裁判の実現へつながることが期待できる。

以上のように、鑑定人による分かりやすい説明が、鑑定人尋問の実効化、ひいては鑑定を通じての当事者の納得形成のための鍵であると考える。それでは、この鑑定人による分かりやすい説明の必要とは、いかなる法理論的根拠に基づくものであろうか。抽象的には当事者の手続保障のためであると言えるが、より具体的には、次のようなものを挙げることができる。

## 二　法的観点指摘義務の類推

鑑定人は、当事者に、自ら作成した鑑定書の内容を、当事者に分かりやすく説明すべきである、ということは、法的観点指摘義務の議論から、導かれると考える。法的観点指摘義務とは、裁判所が当事者の気づいていない法的観点に基づいて裁判しようとするときは、その法的観点を当事者に指摘し、当事者との間でそれについて議論を尽くす義務である。ドイツにおいて、法的観点指摘義務は、一九七七年七月一日に施行された簡素化法によって、ZPO二七八条三項に「当事者が明らかに見落としているか、重要でないとみなしている法的観点について、それが附随的請求のみに関するものでない限り、裁判所は当事者にその点について意見を表明する機会を与えた場合にのみ、その観点を裁判の基礎とすることができる。」と規定され、そこでは判決による不意打ちを防止することが目的とされ、法的審問請求権の保障がその根本にある。法的観点指摘義務については、わが国においても、すでに多くの紹介・検討がなされており[90]、この義務の存在は認められる傾向にある。

鑑定を、「当事者の納得形成のためのプロセス」として把握する本稿の立場では、鑑定人による鑑定結果の報告は、当該事件で問題となる専門的経験則あるいはそれを適用して得られる判断の、当事者への指摘として捉えられる。そして、専門的経験則は、「法」に類似すると考えることができる。すなわち、経験則違背がなぜ上告理由となるかという説明において、経験則は裁判において大前提として機能する以上、経験則違背は法令違背と同様に扱われるべきであるということ[91]において、法と経験則の類似性が指摘できる。そして、経験則と専門的経験則を比較すると、通常の経験則は当事者にとって自明のものであるのに対して、専門的経験則は当事者がそれを知らないことについて責めを負わず、指摘されることが必要である点で、専門的経験則は法に類似している。したがって、専門的経験則は、法に準じて、法的観点指摘義務における指摘の対象となると解される[92]。

なお、右のＺＰＯ二七八条三項は、二〇〇二年一月一日に施行された現行のＺＰＯにおいては、一三九条二項へと移され、「法的観点」を「観点」と変更して、規定されている。これは、実際上、法的観点と事実的観点はしばしば互いに区別するのが困難であり、事実的観点は法的観点と同様に法的紛争の結果について大きな意義があるということを考慮したものである。[93] 改正前の取り扱いにおいても、その区別は明確でなかったため、[94] 実質的には、今回の改正によってその内容に変化はないと言えるが、指摘の対象が法的観点に限られないということの例として挙げておく。

ところで、二章においては、裁判官が専門的な知識・経験則を持っていた場合でも、鑑定を行ない、そのような知識・経験則の存在を確かめることが要求されるかという問題を取り上げた。この場合、私見によれば、裁判官が、適用される専門的経験則ないし判断を当事者に分かりやすく指摘し、攻撃防御の機会を与えることができるならば、必ずしも鑑定を行なわなくてもよいと解する。[95] この指摘によって、当事者へ意見表明の機会は一応与えられたと言えるからである。このような裁判官による指摘は、基本的に釈明義務ないし法的観点指摘義務の問題であると解される。

法的観点指摘義務における指摘は、法的観点が当事者にとって理解できる方法でなされなくてはならない。すなわち、弁護士に対しては、特定の規定・法学上の専門用語の使用で足りるが、弁護士に代理されておらず法的知識を持たない当事者には、当事者に理解できるかたちで法律問題の言い換えがなされなくてはならない。[96] 攻撃防御の機会を与えるということは、実質的なかたちでなされなければならないのである。これを鑑定にあてはめると、専門的経験則は、当事者に単に示すだけでは足りず、当事者に理解できるかたちで示されなくてはならないということになる。そのために必要なのが、鑑定人による分かりやすい説明である。

## 三　説明の方法

それでは、鑑定人が当事者に説明を行なう場としてはどのようなものが考えられるだろうか。まずは、鑑定書提出後の説明会という形式が最もオーソドックスなものであると考える。そこにおいて、当事者（ならびに裁判所）は、鑑定人に鑑定書の内容について説明を受けることができる。当事者が説明を受けて、鑑定の内容を理解した上で、もしその内容に不満があれば、鑑定人を尋問をすることができる。実務では、鑑定人尋問を避ける意味で、説明会という形で鑑定の内容を補足しているとされる。[97] もちろん、説明会における鑑定人の説明に当事者が納得し、結果的に、当事者が鑑定人尋問の申立てをしなくて済むというのは、望ましいことである。しかし、説明会の位置づけは、それによって鑑定人尋問を代替するものとしてではなく、鑑定人尋問を前提とし、それを実効化するものとして位置づけなければならない。

また、近時は、争点整理過程への専門家の関与のあり方が議論されているが、[98] このような専門家の関与もまた、結果的に、当事者の鑑定結果への理解を助け、さらに尋問の実効化に寄与すると言えるであろう。実務で提唱されている運用上の工夫としては、鑑定人を争点整理手続に関与させるための方法として、釈明処分としての鑑定（一五一条一項五号）や証拠調べとしての鑑定の早期採用、が挙げられている。[99] また、関与する専門家は鑑定人に限られない。近時は、付調停の活用によって、専門家調停委員のもとで争点整理を行う方法が多数報告されている。[100] 当事者が連れて来た専門家を補佐人（六〇条）として関与させることもある。[101] 簡易裁判所では司法委員として専門家が活用されている。[102] 地方裁判所では知的財産関係と租税関係に限られるが、調査官（裁判所法五七条）の活用もある。[103] 前述の説明会は、争点整理手続においても行なわれる。[104] さらに、立法論として、専門委員制度、[105] 専門家参審制度[106]の導入も検討されている。

これらの、さまざまな争点整理過程への専門家の関与の方法は、それぞれに固有の論点を含むので、ここでは、個別にその適否を検討する余裕はないが、少なくとも、このような関与は、鑑定書の理解を助け、鑑定人尋問を実効的なものにするために役立つ面があると、一応言えるのではないかと考える。もちろん、この争点整理段階への専門家の関与が、鑑定人尋問の実効化という観点からのみ正当化されるわけではなく、あくまでも争点整理を充実させるという観点を中心に、争点整理段階での専門家の関与は正当化されるべきである。

## 四　小括

実務では、鑑定人の負担軽減のために鑑定人の尋問を行なうことを避ける傾向にあるが、当事者の鑑定人尋問権の保障、さらには鑑定による当事者の納得形成の観点からすると、このような傾向は適切とは言い難い。鑑定人の負担軽減は、鑑定人尋問の回避ではなく、鑑定人尋問を中身のあるものにすることによってはかられるべきである。鑑定人尋問がうまく行かない理由が、当事者に専門知識が欠けていることだとすれば、当事者がある程度の専門知識を持つことが必要である。そのためには、鑑定人が当該専門知識を、当事者に分かりやすく説明する必要があり、説明会等を行なうことが望ましい。この説明会等によって、結果的に鑑定人尋問の必要がなくなる場合もあり、実務では鑑定人尋問の代替として説明会が行われるが、鑑定人尋問を行なうか否かを決めるのは当事者であって裁判所ではない。あくまでも説明会等は、鑑定人尋問を実効的なものとする方法の一つとして位置づけられるべきである。

(71)　このような報告は枚挙に暇がないが、さしあたり、「医療鑑定に関する鑑定人等協議会要録」前掲注(7)・二四頁の医師の意

見を参照。

(72) 大阪地方裁判所医療過誤訴訟検討プロジェクトチーム・前掲注(6)・四八頁。

(73) 司法研修所編・前掲注(7)・一〇八頁、東京地方裁判所プラクティス第一委員会・前掲注(7)・四〇頁、山下寛＝岩口未佳＝渡部五郎「紛争類型別審理モデルについて――商品先物・証券取引訴訟、医事関係訴訟――」判例タイムズ一〇七二号(二〇〇一年)四頁、一三頁など。蒲田ほか・前掲注(7)・三七頁［村田発言］によると、千葉地裁松戸支部においては、ここ三年ぐらいの間に鑑定を採用した一五件のうち、鑑定人が法廷で証言した事例はないとされる。

(74) 嶋原文雄「民事交通事件における鑑定の実務的諸問題」自由と正義四四巻六号(一九九三年)二一、二五頁。

(75) 園尾隆司「鑑定に関する訴訟指揮」浅井登美彦＝園尾隆司編『現代裁判法体系⑦』(一九九八年)八一、九一頁。

(76) 山浦ほか・前掲注(7)・(第二回)四〇頁記載の、千葉地裁作成のパンフレット「理想的な医事鑑定制度をめざして」には、「鑑定書の内容に疑問があるときには、書面でお尋ねします(鑑定証人として、裁判所に出向くことが少なくなりました。)。」と記載されている。

(77) 例えば、藤田謹也「訴え提起後の医療過誤事件の処理について」東京弁護士会弁護士研修センター運営委員会編『平成一二年度春季弁護士研修講座』(二〇〇〇年)二一五、二二二頁、東京地方裁判所民事裁判実務研究会・前掲注(7)・二一頁［森谷、小海発言］、吉川孝三郎「医療集中部の審理を体験して」判例タイムズ一〇七二号(二〇〇一年)三三、三五頁。また、「医療鑑定に関する鑑定人等協議会要録」前掲注(7)・二六頁においても、尋問の必要性を述べる弁護士の意見が多い。これに対して、弁護士においても鑑定人を尋問することに消極的な見解もある(例えば、黒木俊郎「被告代理人の訴訟活動」浅井登美彦＝園尾隆司編『現代裁判法体系⑦』(一九九八年)三一、四一頁、シンポジウム・前掲注(7)・一九頁［金田、松原発言］など)。

(78) 蒲田ほか・前掲注(7)・三六頁［森田発言］、四二頁［山浦発言］。

(79) 山浦ほか・前掲注(7)・(第二回)二七頁以下の議論によれば、複数鑑定には、複数の鑑定人が複数の鑑定書を書く方法と、複数の鑑定人が一つの鑑定書を書く方法の二つがあり、後者は通常、共同鑑定と呼ばれる。

(80) 司法研修所編・前掲注(7)・九八頁、赤西ほか・前掲注(7)・七二頁、前田・前掲注(7)・五二頁など。

(81) 蒲田ほか・前掲注(7)・三六頁［森田発言］。

(82) 医者の側からの発言として、「書面でのやり取りという部分で、どうしてももう一つ気持ちが交流しない部分がある」(蒲田

ほか・前掲注(7)・三九頁［笠原発言］）、「一字一句に神経使っちゃって」「ペーパーは、我々大変苦手」（山浦ほか・前掲注(7)・（第一回）一三頁［山浦発言］）などがある。

(83) 口頭鑑定の活用につき、司法研修所編・前掲注(7)・九七頁、東京地方裁判所建築瑕疵紛争検討委員会＝東京地方裁判所プラクティス第一委員会・前掲注(7)・二五頁など。

(84) 蒲田ほか・前掲注(7)・四〇頁［舘野、森田発言］。

(85) 瀬木・前掲注(26)・一一三頁は、「尋問に先だって当事者、裁判所とも基本的知識を得ておき、これにより適切な尋問が行われるようにすべき」とする。

(86) 医療訴訟対策検討会・前掲注(7)・三〇頁では、「当事者には、鑑定書提出後の検討についてもあらかじめ相談できる医者を見つけておくなど準備を促しておく必要がある。」とされるとし、同三二頁では「弁護士が専門の医師に相談できるシステムが整備されることが望ましい」とされる。

(87) この場合、弁護士との関係で専門知識から当事者本人が疎外されないよう、弁護士が当事者本人によく説明することが必要となる。

(88) 東京地方裁判所民事裁判実務研究会・前掲注(7)・一二頁［我妻発言］は、患者側の相談に乗る医者は少ないのが現状だとする。

(89) 川嶋四郎「齋藤哲著『市民裁判官の研究』を読む：新たな裁判官像を求めて」カウサ一号（二〇〇二年）八四、八五頁は、「市民に分かりやすく説明でき、また、市民の素朴な疑問に耳を傾け、それゆえに市民から信頼を受けることができる存在であるという点に、専門性の価値を見いだしたい。」と述べる。

(90) 徳田和幸「法領域における手続権保障」吉川大二郎博士追悼『手続法の理論と実践［上巻］』（一九八〇年）一二五頁、栗田陸雄「『法的観点の開示』について」法学研究五九巻一二号（一九八六年）三一三頁、山本克己「民事訴訟におけるいわゆる"Rechtgespräch"について」法学論叢一一九巻一号（一九八六年）一頁、三号一頁、五号一頁、一二〇巻一号一頁、山本和彦「情報開示による民事訴訟――法律問題指摘義務論――」同『民事訴訟審理構造論』（一九九五年）一七頁、原竹裕「訴訟物理論と法的観点指摘義務」一橋論叢一二一巻一号（一九九九年）三七頁、阿多麻子「法的観点指摘義務――裁判官の行為準則として」判例タイムズ一〇〇四号（一九九九年）二六頁など。なお、私見については、上告審から見た評価規範の観点を中心に論じるものであ

るが、園田賢治「釈明義務違反による破棄差戻しについての一考察」九大法学(二〇〇一年)八一号三二七頁。

(91) 三ケ月・前掲注(13)・四二三頁。

(92) 加藤編・前掲注(14)・三一八頁［山本(和)発言］では、専門委員を作った場合、釈明義務あるいは法的観点指摘義務の延長として、専門委員から得た経験則については、裁判所に開示義務を負わせるということが考えられるとされる。

(93) Hannich / Meyer-Seitz / Engers, ZPO-Reform(2002), S.185.

(94) BGH NJW 1984, 731, BGH NJW 1989, 2756.

(95) 木川統一郎「民事鑑定における心証形成の構造」石川明先生古希祝賀『現代社会における民事手続法の展開［下巻］』(二〇〇二年)二九、五一頁。また、常に鑑定を必要とするならば、裁判所における医療集中部などの専門部を設ける利点があまりなくなるであろう。医療訴訟対策検討会・前掲注(7)・二九頁によれば、東京地裁の医療集中部に平成一三年七月末の時点で係属している未済事件は一〇五件で、そのうち鑑定を採用しているのはわずか七件であるとされる。

(96) Leipold, in : Stein / Jonas , Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 21.Auflage Band 3(1997), §278 Rdnr.56 ; Foerste, in : Musielak, Kommentar zur Zivilprozeßordnung,(1999), §278 Rdnr.14.

(97) 西口・前掲注(70)・一八〇頁、山浦ほか・前掲注(7)・(第一回)一一頁［及川発言］。西口元「医療過誤訴訟と鑑定」太田幸夫編『新・裁判実務大系第一巻』(二〇〇〇年)五〇九、五二一頁では、「説明会方式」による鑑定人尋問が紹介されている。

(98) 裁判所からはおおむね、争点整理への専門家の関与に積極的な意見が出されることが多いが、医療過誤訴訟において、争点整理への専門家の関与に消極的な見解として、園尾隆司「医療過誤訴訟における実務上の諸問題」日本弁護士連合会編『日弁連研修叢書　現代法律実務の諸問題［平成一一年版］』(二〇〇〇年)一五三、一六八頁。

(99) 司法研修所編・前掲注(7)・七九頁、大阪地方裁判所建築関係訴訟検討プロジェクトチーム・前掲注(7)・一三頁、東京地方裁判所建築瑕疵紛争検討委員会＝東京地方裁判所プラクティス第一委員会・前掲注(7)・二〇頁、角＝田中＝中本・前掲注(7)・五二頁など。鑑定人が鑑定事項をつくることに対する反対として、藤田・前掲注(77)・二二頁。

(100) 司法研修所編・前掲注(7)・七五頁、東京地方裁判所建築瑕疵紛争検討委員会「建築瑕疵紛争事件の適正かつ迅速な処理のために～調停制度の活用を中心として～」判例時報一七一〇号(二〇〇〇年)三頁、大阪地方裁判所付調停等検討プロジェクトチーム「大阪地方裁判所における付調停事件への取組み――専門的知見を要する事件を中心にして」判例タイムズ一〇三五号

（二〇〇〇年）四頁、一宮なほみ「医療過誤訴訟における調停の活用」判例タイムズ一〇四二号（二〇〇〇年）四四頁、同「医療過誤訴訟以外の事件における医師の専門家調停委員による調停の活用について」判例タイムズ一〇六一号（二〇〇一年）一八頁、大阪地方裁判所建築関係訴訟検討プロジェクトチーム・前掲注（7）・一一頁、東京地方裁判所建築瑕疵紛争検討委員会＝東京地方裁判所プラクティス第一委員会・前掲注（7）・一九頁、角＝田中＝中本・前掲注（7）・五二頁など。このようなかたちでの付調停の活用に対して、山本（和）・前掲注（30）・四九頁は、合意型の手続と裁断型の手続の区別の点から懐疑的である。

（101）西口・前掲注（70）・一七九頁、西口・前掲注（97）・五一二頁、司法研修所編・前掲注（7）・八四頁、大阪地方裁判所建築関係訴訟検討プロジェクトチーム・前掲注（7）・一五頁。

（102）津国秀夫「専門家司法委員としての役割」判例時報一七二七号（二〇〇〇年）一二頁、大塚利定「争点整理段階における司法委員と当事者との開かれた議論の実践例」判例時報一七五六号（二〇〇一年）五一頁。

（103）西口・前掲注（70）・一八〇頁、司法研修所編・前掲注（7）・八二頁。

（104）西口・前掲注（97）・五一二頁、最高裁判所事務総局民事局監修・前掲注（7）・一三九、一六七頁。

（105）司法研修所編・前掲注（7）・一三一頁。

（106）司法研修所編・前掲注（7）・一三三頁。

## 第四章　鑑定作業における当事者の立会権

前章までは、鑑定人尋問権を中心に検討し、鑑定人尋問権の保障が、鑑定に対する当事者の納得形成のあり方として重要であることを示した。鑑定人尋問権ならびに鑑定人による説明の必要といったものは、鑑定書が提出された後に、当事者に意見表明の機会を保障するものである。これに対して、鑑定作業自体を当事者にとって透明なものにすることもまた、鑑定に対する当事者の納得形成にとって意義があるものと思われる。[107] 鑑定書が提出される前

段階での鑑定への当事者の関わりの機会として、鑑定作業への当事者の立会、例えば、建築関係訴訟において鑑定人が現地に赴いて当該建物を調査する場合における当事者の立会が考えられる。したがって、本章では、鑑定作業における当事者の立会権を検討する。以下では、まず第一節において、わが国において立会権がどのように扱われているかを参照し、第二節においては、ドイツにおける議論を概観する。そして、第三節で若干の検討を行う。

## 第一節　日本における立会権

### 一　判例

わが国においては、鑑定作業における当事者の立会権について言及した裁判例としては次のものがあり、いずれも、当事者を立会わせなくても違法ではないとする。

まず、大審院時代の下級審判例であるが、大阪控判大正八年一二月二七日（法律新聞一六五九号一一頁）が挙げられる。事案は、被告の工場から排出された有毒ガスが原告の耕作物に損害を与えたとして、原告が被告に対して損害賠償を求めたものである。耕作物の損害の原因が工場から排出されたガスであるかについて、鑑定が行なわれた。その際の鑑定人の調査について、裁判所は、「鑑定人が鑑定資料を採取するに付当事者の立会することは法定の要件にあらず。唯鑑定人が鑑定資料を採取するに付当事者の指導を必要と認めたる時は其立会を求むべく、然らざる場合は之が立会を必要とせず」と判示した。

最高裁の判例としては、最判昭和三五年三月一〇日（民集一四巻三号三八九頁）が挙げられる。事案は、土地家屋の所有者Xが、隣地の土地家屋所有者Yに対し、Yが両地の境界に築造したコンクリート煉壁が設置保存の瑕疵の

ため一部崩壊し、Xの住家に倒れ掛かって建物を大小破し、器物を破損したことを理由に、損害賠償と残存石垣の崩壊予防工事を請求したというものである。そこでは、X所有建物の中の小破部分の修理費用の認定のために鑑定がなされた。被告は、上告理由の中で、「唯鑑定人が同年九月二十二日一人で現地に赴き被上告人のみが立会い、上告人の立会がなく鑑定が為されたのみである」と述べたことに対して、本判決は、「鑑定人が鑑定のための資料を蒐集しようとする場合必ずしも当事者の立会を要するものではないから、たとい上告人の立会なくして所論鑑定が行われたとしても違法とはいえない（所論は、被上告人のみに立会わせたものの如く主張するが、被上告人は所論鑑定人が被上告人方に赴いて調査を始めた際、偶々その場に居合わせただけのものであることが記録上窺える）。」と判示した。

## 二　学説と実務

前述の最高裁判決についての調査官解説・判例評釈[108]をみても、立会の部分については、全くコメントがなされておらず、わが国においては、このような立会権の問題について、あまり議論がなされていない。一応、鑑定人の行なう事実の調査については、当事者公開原則は適用されず、当事者を立会わせなくても違法ではないというのが通説とされるが[109]、踏み込んだ検討はなされていない。

また、この問題が、実務でどのように取り扱われているのかも明らかでない。もっとも、鑑定人が調査を行う際の、手続の透明性の確保には注意が払われているようであるし[110]、立会のときに得た情報が鑑定書の内容を検討するときに役に立つと、立会の利点を説く見解もある[111]。しかし、そこで立会が当事者の権利として認識されているかどうかは分からず、どのような場合に立会が認められ、どのような場合に認められないのかについても、明らかではない。

このように、鑑定作業における当事者の立会権は、わが国においては従来ほとんど議論がない問題であるが、近時、立会権を認める有力な見解が主張されている。[112] そこでの議論は主にドイツ法を参照したものであり、実際、ドイツにおいては、立会権について議論があり、概して、立会権は肯定されている。よって、ドイツにおける議論は、わが国の議論にとって示唆が大きいと思われるので、次節以下において、ドイツにおける立会権をめぐる議論を概観し、検討を加えたい。

## 第二節　ドイツにおける立会権

### 一　概観

ドイツにおいて、鑑定人によってなされる調査への当事者の立会権についての見解は、三つに分類して紹介される。[113] すなわち、立会権を否定する見解（否定説）、立会権を肯定する見解（肯定説）、立会権を原則として否定するが立会が有意義な場合には立会権を肯定する見解（中間説）であり、肯定説が通説[114]である。しかし、これらの見解の区別はさほど明確でないように思われる。なぜなら、否定説とされるものは、確かに鑑定作業に対する当事者公開原則の妥当を否定するのであるが、中間説のように立会権を認める場合があるのかどうかはっきりせず、その区別が曖昧であるし、肯定説においても一定の場合には立会権が認められない例外があるとされるので、結論的に中間説と変わらない可能性もあり得るからである。よって、以下では、三つの見解を並列的に比較することはせず、次の二つに論点を分けて検討を行なうことにする。

第一に、否定説と中間説は原則として立会権を否定し、肯定説は認めることから、まずは、一般論ないし原則論

として立会権が肯定されるか否かという論点である。第二に、肯定説においても常に立会が認められるべきとするわけではなく、一定の場合には例外が認められるので、具体的にどのような場合に立会権が認められ、あるいは認められないのかという論点である。以下、それぞれについての議論を、必ずしも網羅的でないが、参照し得た範囲で紹介する。

## 二　原則論としての立会権の有無

鑑定人が裁判外で行なう調査について、原則として、当事者に立会権があるのか、すなわち当事者公開原則が適用されるのか。この問題については、まず、「当事者は、証拠調べに立会うことができる。」と証拠調べにおける当事者公開原則を規定したＺＰＯ三五七条一項が、この場合にも適用されるのかという問題として議論される。これについては、直接の適用を認める見解[115]に対して、ＺＰＯ三五七条はその文言より、裁判所の行なう証拠調べにしか適用されず、鑑定人による調査は証拠調べでないとして、直接の適用を否定する見解がある。[116]しかし、ＺＰＯ三五七条の直接の適用を否定する見解の中にも、類推適用を認める見解[117]や、別の観点の考慮から立会権を肯定する見解[118]もあり、ＺＰＯ三五七条が形式的に適用されるか否かということによって、必ずしも立会権の有無が決まるわけではない。むしろ、立会を認めるべき実質的な根拠が問われなければならない。

ほかにも、条文上の理由づけとしては、ＺＰＯ四〇四ａ条四項[119]において、「裁判所は……いつ鑑定人は当事者に調査への関与を認めることができるかについて決定する。」と規定される部分が立会権を前提としていることが挙げられる。この条文は、一九九一年施行の司法簡素化法によって新設されたものであるが、その立法過程は立会権の検討にあたって示唆を含むと思われるので、以下において紹介する。

当初、鑑定準備作業における当事者の立会権を明文化する提案が行なわれた。すなわち、一九八五年の連邦政府草案において、ＺＰＯ四〇七ａ条二項として「鑑定人は、裁判所が別段の決定をしない場合、求めに応じて、調査への参加を当事者に許さなくてはならない。」[120]という条文が提案された。その理由は、鑑定人による裁判外での調査への当事者の立会権はＺＰＯ三七五条の基本的考えから生じるが、明確な法律上の規定を欠き、しばしば実務では立会なしに調査が行われるので、明文で規定する必要がある、というものであった。[121]しかし、これに対しては、連邦参議院から反対意見が出された。すなわち、「調査」の概念が非常に広く、実験による調査や医学的調査など立会が合理的でなく、望ましくない場合にも立会が認められることになり、鑑定人と当事者で立会について意見が分かれた場合、裁判所が判断しなければならず、手続が遅延するというものであった。[122]結局、反対意見を受け入れ、この立会権の条文の立法は見送られ、ＺＰＯ四〇四ａ条四項において、裁判所の鑑定人に対する指揮の問題として、裁判所は「いつ鑑定人が当事者に調査への関与を認めることができるかについて決定する。」と規定されるにとどまった。ただし、一九八八年の連邦政府第二草案におけるＺＰＯ四〇四ａ条四項の理由において、この規定は証拠調べの当事者公開原則を前提としており、現地調査への立会は認められなければならないとする旨の説明がなされている。[123]以上の立法過程から、当事者の立会権を、ＺＰＯ四〇四ａ条四項から導く見解も主張されている。[124]

また、ＺＰＯの適用ではなく、審問請求権（ＧＧ一〇三条一項）から直接に、立会権を肯定する見解もある。例えば、ミュンヘン高等裁判所一九八三年一一月三日判決（NJW 1984, 807）は、鑑定人の現地調査はＺＰＯ三五七条一項が適用される裁判所の証拠調べではないとしながらも、「法的審問原則により、各当事者は、すべての証拠法上重要な期日に立会う権利を持つ」として立会権を肯定した。[125]ここでは、証拠法上の重要性の観点も挙げられているのも注目される。[126]Müllerによれば、鑑定においては鑑定人の調査した事実の結果しか陳述されないので、鑑定作業に

立会う機会が当事者に与えられなければ、裁判上重要な事実の認定に関与する機会が失われるとされる。[127] しかし、このような審問請求権から立会権を認める見解に対しては、審問請求権は、参加者が前もって意見を表明できなかった事実あるいは証拠調べの結果に判決が基づかないことを保障するのみであるという批判もある。[128]

さらに別の観点からの理由づけとしては、当事者が立会うことによる鑑定人の調査への貢献、[129] そして調査段階で当事者の吟味を経ることになり、後で再鑑定や補充鑑定をしなくて済むことによる訴訟経済の観点など、[130] さまざまに理由づけられる。

## 三　立会権が認められない場合とその基準

仮に原則として立会権を肯定するとしても、例外が認められる。まず、前提として、その専門分野の一般的な経験的事実や経験則を一般に公開されている資料から調査する場合は、立会権が存在しない。[131]

そして、立会が認められない場合として挙げられるのは、立会が法的に不可能な場合である。例えば、身体の調査などにおいては、立会によって、人格権ないしプライバシーを侵害される。この場合に立会が認められないということは争いがない。[132] これに対して、立会が事実上不可能な場合、例えば、海底に沈んだ船を調査する場合については、見解が分かれる。[133] また、法的・事実的に立会が不可能な場合のほかにも、実験室での調査や、当事者に調査を通知すると当事者が調査対象物に細工をしてしまう場合なども、立会権は否定されるのが通常であるが、そこで挙げられる基準は、期待不可能性・不適当性・不必要性といったものである。[134] このように、立会権には例外が認められるが、どのような場合に立会が認められ、どのような場合に立会が認められないのか、その基準は抽象的なものにとどまる。

## 第三節　検討

### 一　立会権の根拠と範囲

前節においてのドイツ法の検討から、わが国の鑑定作業における当事者の立会権について若干の示唆を得たいと考えるが、すでに述べたように、わが国においては、この点に関しての議論が少なく、また、実務の取り扱いも明らかでないため、具体的な解釈論や運用論へ踏み込むことは困難である。したがってここでは、鑑定作業への立会権を本稿の議論の中でどのように位置づけるのかという方向性を述べるにとどめ、立会権の具体的な内容については今後の課題としたい。

立会権の根拠としては、ドイツにおいてさまざまなものが挙げられたが、ここでも鑑定人尋問権と同様に、審問請求権が挙げられていることが注目される。これは、ＺＰＯ三五七条が規定する証拠調べについての当事者公開原則（ＺＰＯ四〇四ａ条四項も前提とする）は、法的審問の保障を目的としていることからすれば、当然のことと言えよう。[135]

立会権の根拠を審問請求権と捉えるとすれば、鑑定人尋問権と根拠が共通し、両者を連続したものとして捉えることができる。鑑定作業への立会権は、それ自体で議論するのではなく、鑑定人尋問権とのつながりで、議論することがさしあたり有効なのではないかと考える。というのは、ＺＰＯ四〇四ａ条の立法過程でも議論があったように、「鑑定作業」ないし「鑑定人による調査」といった場合のその内容が曖昧だからである。そもそも、鑑定人が鑑定書の作成のために行なうことはさまざまであり、問題設定の段階で必ずしもその範囲は明らかではないように

思われる。それゆえ、一般的に立会権を肯定するという見解に立ったとしても、立会には一定の例外が認められることとなるが、そこでいかなる場合に例外に該当するかについての基準が曖昧にならざるを得ない。立会権の根拠が審問請求権、すなわち、当事者が立会わなければ、裁判の基礎となる事項に対して意見を表明できない、ということにあるとすれば、立会が認められるべき鑑定人の調査か否かは、それが当該裁判上重要か否かということから決まってくることになり、調査の対象・方法そのものからは決まらないと思われる。

鑑定人尋問権との関係で立会権を捉えれば以下のように解される。裁判所は、鑑定書の内容に拘束されず、自由心証によってそれを評価することができる。すなわち鑑定人が調査を行なって認定した事実は裁判官によって再評価される。そして、本稿の立場によれば、当事者は鑑定人尋問権を持つので、鑑定人の調査結果は当事者の批判にもさらされる。このように、通常は、鑑定人尋問権の保障により、当事者の意見表明の機会は保障されている。このような場合には、必ずしも立会権を認める必要はない。そうすると、少なくとも、鑑定作業に立会わなければ、後に効果的な尋問ができない場合に立会権を認めるべきということになる。

## 二　鑑定内容の説明としての立会

右のように、鑑定人尋問と連続したものとして、すなわち当事者による効果的な尋問を保障するものとして、立会を捉えると、立会権は次のように位置づけられると考える。

前章で検討したことは、鑑定人尋問の実効化、ひいては鑑定に対する当事者の納得形成のために必要なのは、鑑定人による鑑定内容の分かりやすい説明であるということであった。鑑定作業への立会もまた、鑑定内容の説明の方法の一つであると言うことができる。すなわち、鑑定作業の過程を、当事者に見せ、そこで説明することによっ

て、鑑定内容に対する当事者の理解は容易になる。立会は、まさに現場でのリアルタイムの説明であるので、場合によっては、鑑定書提出後の事後的な説明よりも、より分かりやすいものとなる可能性がある。

理論的に立会が認められなければならない場合を限界づけるとすれば、当事者が立会わなければ後で鑑定書の内容の正しさを判断できず、鑑定に対する意見表明ができない場合となる。ただし、このことを、これから鑑定作業を始めるにあたって正確に判断することは、恐らく困難であると思われる[136]ので、運用上は、できるだけ鑑定作業を当事者にオープンにするという姿勢で鑑定作業が行なわれることが望ましい。

## 三　小括

以上の考案から、差しあたり次のように言うことができるであろう。ドイツでは原則として立会権を認める見解が多数を占めるが、例外も多く、具体的にどのような場合に立会が認められ、あるいは認められないのかということについては、その限界が必ずしも明確でない。鑑定人の鑑定作業の多様性からすると、立会を認めるべき具体的な範囲の確定は、困難であると思われる。しかし、立会権を、鑑定の内容を当事者が理解し、そのことによって、後で鑑定に対する意見表明を可能にするための説明のあり方の一つとして位置づければ、少なくとも、当事者が立会わなければ後で鑑定書の内容の正しさを判断できず、鑑定に対する意見表明ができない場合には、立会を認めなければならないと言えるのではないかと考える。鑑定作業への当事者の立会を認めて鑑定のプロセスを透明化することは、分かりやすい鑑定を実現し、鑑定を通じての当事者の納得形成を促進するために意義があるものと思われる。

(107) 鑑定手続のルールの明確化という観点から、山本(和)・前掲注(30)・六九頁は、鑑定手続の透明性を確保することによって、鑑定の事後の手続を簡易化していく可能性を指摘する。

(108) 井口牧郎・法曹時報一二巻五号六三頁、増田幸次郎・民商法雑誌四三巻二号二八二頁、竹下守夫・法学協会雑誌七八巻二号二四四頁、植林弘・法律時報三三巻二号九五頁。

(109) 岩松＝兼子編・前掲注(40)・三一五頁、兼子ほか・前掲注(27)・一〇二四頁［松浦］、斎藤ほか編・前掲注(27)・二〇頁［斎藤＝松山＝西村］。ただし、いずれも通常は当事者に立会の機会を与えることが適切であるとする。

(110) シンポジウム・前掲注(7)・三一頁に記載の「鑑定についてのお願い」には、「あらかじめお願いした以外の診察、検査や現場調査等を必要とする場合は、事前に担当書記官に連絡してください。」とある。また、大阪地方裁判所建築関係訴訟プロジェクトチーム・前掲注(7)・一八頁では、当事者の一方から鑑定人に直接資料が交付されない配慮が必要である旨が述べられ、手続の透明性への配慮が窺われる。

(111) 齋藤大巳「借地借家関係訴訟における不動産鑑定について」自由と正義四四巻六号(一九九三年)五、九頁。

(112) 木川統一郎＝生田美弥子「鑑定人の鑑定準備作業における当事者公開原則について」判例タイムズ八五六号（一九九四年）三三頁、木川統一郎「訴訟原則と民事鑑定」判例タイムズ一〇五七号(二〇〇一年)四八、五五頁。

(113) Schnapp, Parteiöffentlichkeit bei Tatsachenfeststellungen durch den Sachverständigen?, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes : Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburstag (1985) S.557, 558; Daub, Die Tatsachenerhebung durch den Sachverständigen (1997), S.196.

(114) Rosenberg / Schwab / Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15.Auflage (1993), S.722. 判例としては、連邦通常裁判所によるものとして、明示的に述べたものではないが、BGH, ZZP 67, 295. 連邦労働裁判所によるものとして、BAG, AP § 402 ZPO, Nr.1, Bl.100; BAG, AP § 402 ZPO, Nr.2, Bl.911.

(115) Huber, in : Musielak, Kommentar zur Zivilprozeßordnung (1999), § 404a Rdnr.6. また、Kürschner, Parteiöffentlichkeit vor Geheimnisschutz im Zivilprozeß, NJW 1992, 1804, 1805.は、ＺＰＯ四〇四ａ条四項(後述)は秘密手続への扉を開かないとし、当事者公開原則の適用を前提としている。Hartmann, a.a.O.(45), § 404a Rdnr.7.も、ＺＰＯ四〇四ａ条四項(後述)は、「原則として当事者公開(三五七条)を制限しない」として、鑑定人の調査への三五七条の適用を前提としている。

(116) Chr.Berger, in : Stein / Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 21.Auflage Band 4 Teilband 2(1999), §357 Rdnr.8; Damrau, a.a.O.(45), §404a Rdnr.11; Rüßmann, Alternativkommentar zur ZPO(1987), §357 Rdnr.3.

(117) Chr.Berger, a.a.O.(116), §357 Rdnr.8.では、当事者に立会権を認めないと、専門知識を持った裁判官は鑑定人を関与させないので三五七条が当然に適用され立会が認められるが、専門知識を持たない裁判官は鑑定人を任命するので立会が認められないことになり、当事者の立会権が、証明主題に対する裁判官の専門知識の(裁判官によって異なる)範囲に左右されることになるとされる。

(118) なお、Damrau, a.a.O.(45), §404a Rdnr.11; Greger, a.a.O.(45), §402 Rdnr.5a.は、武器対等の観点から、一方当事者が立会う場合の相手方の立会権を導く、これは基本的に鑑定人の中立性・忌避の問題と解され、ここで問題としている立会権とは性格を異にする。

(119) ZPO四〇四a条四項「必要とされる限り、裁判所は、鑑定人がどの範囲で証明すべき問題の解明について権限を有しているか、どの程度まで鑑定人は当事者と関係を持つことが許されるか、また、いつ鑑定人は当事者に調査への関与を認めることができるかについて決定する。」(法務大臣官房司法法制調査部編・前掲注(44)の訳による)。

(120) BT-Drucks 10 / 3054, 4.

(121) BT-Drucks 10 / 3054, 27.

(122) BT-Drucks 10 / 3054, 55.

(123) BT-Drucks 11 / 3621, 40.

(124) Daub, a.a.O.(113), S.197.

(125) 他にも、法的審問原則から立会権を肯定するものとして、OLG Düsseldorf, BauR 1974, 72.

(126) 法的審問原則には触れていないが、証拠法上の重要性から立会権を認めるものとして、OLG Köln, DB 1974, 1111.

(127) Müller, Der Sachverständige im gerichtlichen Verfahren, 3.Auflage(1988), Rdnr.554a.

(128) BverwG, MDR 1954, 653; Pohle, Anmerkung zur BAG, AP §402 ZPO, Nr.1, Bl.102.

(129) Müller, a.a.O.(127), Rdnr.554a.

(130) Diederichsen, Anmerkung zur BAG, AP §402 ZPO, Nr.2, Bl.914.

(131) Chr.Berger, a.a.O.(116), §357 Rdnr.10.
(132) OLG München, NJW-RR 1991, 896; OLG Köln, NJW 1992,1568.
(133) 立会を否定する見解として、Rosenberg / Schwab / Gottwald, a.a.O.(114), S.722; Damrau, a.a.O.(45), §404a Rdnr.11. 肯定する見解として、Chr.Berger, a.a.O.(116), §357 Rdnr.10.
(134) Schnapp, a.a.O.(113), S.567; Damrau, a.a.O.(45), §404a Rdnr.11. また、Daub, a.a.O.(113), S.204 は「利益が欠けていること」を挙げる。
(135) Chr.Berger, a.a.O.(116), §357 Rdnr.1; Schnapp, a.a.O.(113), S.561.
(136) 木川＝生田・前掲注(112)・三八頁は、ドイツにおける中間説に対する批判として、当事者の立会が有意義であるかどうかを予め判断することは至難であるとする。

## おわりに――専門訴訟の脱専門化へ向けて

本稿は、鑑定を、裁判所の判断の補助手段、あるいは当事者の単なる攻撃防御方法としてだけではなく、当事者が当該事件で問題となる専門知識に対して関わっていき、納得を形成するためのプロセスとして捉えることから出発した。まず、鑑定人尋問権は、このような鑑定の役割を担保するための最も中心となる当事者権であり、その保障が必要であることを述べた。そして、その保障を実効的なものとするためには、単に当事者に尋問の機会を与えるだけでは足りず、鑑定人が当事者に分かりやすい形で専門知識を説明する場が必要であるという結論へ至った。また、鑑定作業における当事者の立会も、鑑定内容の理解のための方法の一つとして位置づけるべきことを示した。

本稿では、鑑定における弁論権を中心に検討したが、当事者の納得を形成するためのプロセスとして鑑定を捉え

る視点は、本稿で扱えなかった鑑定の諸問題を論じるにあたっても、意味があるものと考える。この点についての具体的な検討は今後の課題としたい。また、本稿は、専門訴訟が抱える問題のなかで、鑑定の問題に絞って議論したが、当事者権の保障は、鑑定の場面に限られず、専門訴訟への専門的知見の導入のためのさまざまな場面において、運用を行なう際にも、制度設計を行なう際にも、決して欠けてはならない。専門訴訟の迅速化、ひいては訴訟全体の迅速化が叫ばれる中、そこで当事者権が等閑視されていないか、注意深く観察していかなければならないと考える。この点もまた、今後の課題としたい。

さらに、本稿で示したことは、当事者にとって「分かりにくい」専門知識が、鑑定のプロセスを通じて「分かりやすい」通常の知識へと変化し、ある意味、専門訴訟が手続の中で専門訴訟でなくなるということの可能性を示すものである。そして、このことは、これまで特別なものと位置づけられていた専門訴訟の捉え方それ自体を改めて問いなおす契機を含むものと考える。すなわち、当事者から見れば、通常訴訟も専門訴訟もなく、「自分の」訴訟であって、そこで問題になっている事柄について理解したいという思いは変わらないということである。専門訴訟の問題点は、訴訟全体の問題点にほかならない。そこでいかに「分かりやすい」訴訟手続を実現するかということもまた、訴訟の迅速化と同等、もしくはそれ以上に大切なことではなかろうか。