

鑑定

福永清貴

I 序——課題の限定

II 宣誓の方式（規則第一三二条二項）

- 一 書面による宣誓
- 二 書面による宣誓の趣旨の説明等

III 鑑定人の発問等（規則第一三三条）

- 一 立法経過およびその背景
 - 1 本条を新設した理由
 - 2 旧法下での実務の運用
 - 3 本条に関する意見
 - 4 「鑑定裁判」に対する批判とその検討
- 二 裁判所の専門的知識の補充

IV 職権鑑定

- 1 問題の所在
- 2 専門的知識の補充方法とその検討

一 旧法下での議論

- 1 問題の所在
- 2 学説の対立と今後の展望

- 二 改正過程における議論
 - 1 各界意見の概要
 - 2 各界意見の検討

V 結語

- 一 今回の改正の評価

鑑定

I 序——課題の限定

鑑定については、新民訴訟法のレベルでの固有の改正点はなく、ただ、新民規則で若干の点について新設規定を置いている（青山善充ほか「研究会・新民訴訟法をめぐって〔第16回〕」ジュリ一一二四号一一二頁「柳田幸三発言」（一九九七年））。例えば、新法二一六条は、尋問の順序の変更（二〇二条）・映像等の送受信による通話の方法による尋問（二〇四条）等の証人尋問についての実質改正と同様の改正を鑑定についても導入している。また、①鑑定を申し出た当事者による鑑定を求める事項を記載した書面の提出及び直送、②相手方による意見書の提出、③裁判所による鑑定事項の決定という鑑定事項を定めるための手続を規定した（規則二一九条）。さらに、鑑定人に対する忌避申立ての方式につき、期日において口頭でする場合を除いて書面性を要求した規定（規則一三〇条一項）等を置いている。ただ、本稿では、平成三年に公表された「民事訴訟手続に関する検討事項」の中で鑑定について取り上げられた事項の重要性に鑑み、それらを中心として検討する。すなわち、①鑑定人の宣誓は宣誓書を提出することによってもすることができるとの考え方、②裁判所は職権で鑑定を命ずることができるとの考え、③鑑定人は鑑定のため必要があるときは審理に立ち会い、(1)裁判長に証人等に対する尋問を定めることができるものとするとの考え方と、(2)(1)のほか、裁判長の許可を受けて証人等に対し直接に問を発することもできるものとするとの考え方についてである（「民事訴訟手続の検討課題」別冊NBL一三三号三七頁（一九九一年））。周知

の如く、②の職権鑑定を除き、今回の改正により規則として立法化された。以下において個別的に検討する。

II 宣誓の方式（規則第一三一条二項）

（宣誓の方式）

規則第一三一条二項 鑑定人の宣誓は、宣誓書を裁判所に提出する方式によってもさせることができる。この場合における裁判長による宣誓の趣旨の説明及び虚偽鑑定の罰の告知は、これらの事項を記載した書面を鑑定人に送付する方法によって行う。

旧三〇七条 宣誓書ニハ良心ニ従ヒ誠実ニ鑑定ヲ為スコトヲ誓ウ旨ヲ記載スルコトヲ要ス

一 書面による宣誓（同条二項前段）

旧法は、鑑定人を選任する場合について、証人尋問をする場合と同様に、鑑定人に裁判所の面前で宣誓書を朗読させなければならぬとしていた（旧三〇一条、二八八条一項）。そして、旧三〇七条の立法趣旨については、宣誓によって偏頗なく公平かつ誠実に鑑定をなすことを誓わせ、もって適正な鑑定がなされることを目的とするもので

あると説明されていた（斎藤秀夫ほか編『第2版』注解民事訴訟法⑧）六四頁（第一法規、一九九三年）、谷口安平ほか編『注釈民事訴訟法（6）』四五三頁「井上繁規」（有斐閣、一九九五年）。しかし、ただでさえ鑑定人の確保の困難性が指摘されている（加藤一郎・鈴木潔監修『医療過誤紛争をめぐる諸問題』三二〇頁（法曹会、一九七六年）、萩澤清彦「医療過誤訴訟の一事例」『科学裁判と鑑定』七六頁（日評、一九八八年）等）なか、宣誓のためだけに鑑定人の出頭を求めることは鑑定人の確保をより困難にするおそれがあり、また、裁判所が鑑定人の所まで出向くのも負担が大きいが、しかも、従来の実務では、鑑定書という書面の提出により鑑定の結果を報告するのが一般的であり、宣誓という行為をするだけのために、鑑定人が裁判所に出頭したり、裁判所が鑑定人の所まで出向くまでの必要はないと考えられていた（『条解民事訴訟規則』二二二頁（司法協会、一九九七年））。そこで、新民事訴訟規則は、新たに、宣誓書を裁判所に提出する方式による宣誓を認めた。

このように書面による宣誓は、宣誓手続だけのために鑑定人に出廷させる労力を省略したものである。各界意見の概要によれば、一部、宣誓は厳粛な行為であるから裁判官の面前ですべきであることを理由として反対する意見もあったようであるが、圧倒的多数が賛成している（『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「別冊NBL二七号三八頁（一九九四年）」。鑑定人の選任に苦しむ我が国の現状の下で、多少なりとも鑑定人の負担を減らそうとする本条の趣旨は首肯できる。ただ、従来の実務の運用では、鑑定人宣誓の機会を利用して当事者が立ち会い、鑑定人に対し鑑定事項の説明や資料の提供・説明なども行われていた。このような裁判所・当事者・鑑定人を交えた意見交換の有益性を前提とするならば（改正のポイント新民事訴訟法」別冊NBL四二二号二二二頁（一九九七年））、安易な書面宣誓の利用は慎むべきであろう。

二 書面による宣誓の趣旨の説明等（同条二項後段）

宣誓書を裁判所に提出する方法によつた場合には、通常の宣誓がされる場合のように、裁判長が宣誓前に口頭で宣誓の趣旨を説明し、虚偽鑑定への罰を告げること（規則一三四条により準用される規則一二二条五項）ができない。そこで、それに代わる方法として、裁判所に出頭しない鑑定人に対し、書面によりこれらの説明や警告をすることを認めることとした（前掲条解民訴規則二八二頁）。

本来、鑑定内容の公正性の担保は、サンクシヨンの存在によるものではなく、専門家の良心にもとづく以外になり（加藤一郎ほか「〔鼎談〕医学と裁判——水俣病の因果関係をめぐって」ジュリ八六六号六九頁「椿忠雄発言」（一九八六年））と思われる。ただ、書面宣誓の際に、書面により宣誓の趣旨を説明し虚偽鑑定への罰を告げることが、多少なりとも鑑定人の自覚を促すという、心理的効果が期待できよう。

III 鑑定人の発問等（規則第一三三条）

（鑑定人の発問等）

規則第一三三条 鑑定人は、鑑定のため必要があるときは、審理に立ち会い、裁判長に証人もしくは当事者本人に対する尋問を求め、または裁判長の許可を得て、これらの者に対し直接に問を発することができる。

一 立法経過およびその背景

1 本条を新設した理由

鑑定人が鑑定に必要な資料を収集する方法について、旧法では特段の規定がなかった。ただ、解釈上、鑑定人は鑑定のために必要があるときは証人等の尋問に立ち会うことができることとされていた。しかし、適切で充実した鑑定を行うためには、証人等の尋問の際、鑑定人が鑑定のために必要な事実関係について証言等を得ることができるようにすることも有益かつ必要であると考えられる（前掲条解民訴規則二八五頁、「民事訴訟手続に関する改正試案補足説明」別冊NB1二七号四三頁（一九九四年））。そこで、刑訴規則一三四条を参考にして、鑑定人に鑑定のため必要があるときの審理への立会権、証人又は当事者本人の尋問における裁判長に対する求問権及び直接の発問権を認める本条を設けた（前掲条解民訴規則二八五頁）。

2 旧法下での実務の運用

ところで、旧法下での鑑定の運用は、宣誓をした鑑定人に鑑定事項を渡し、当事者や裁判官から若干の説明をして鑑定作業に入り、鑑定結果を報告書として提出してもらうというものである。新法の立法担当者によれば、本条は、そのような運用にとどまらず、鑑定人がその審理・事件の内容をよく把握した上で、場合によれば証人についても必要な事項を聴いた上で、鑑定作業に入る方が妥当ではないかという考え方に立つものである。これによって、証拠調べの直前や争点整理の最終段階という早い段階で鑑定を採用することもできる。また、最後の争点整理

には鑑定人も参加させ、人証の取り調べにも鑑定人を立ち会わせて上で鑑定に入ってもらうことも可能となると説明されている（前掲ジュリ一二四号一一三頁「福田剛久発言」）。この点、旧法下の実務でも争点整理段階で専門家の協力を得る手段として、次のような方策が採られていた。すなわち、あえて専門家を手続内に参加させる手続をとらなくても、それぞれの当事者が専門的知識について相談している専門家に事件の争点についての見解をまとめたと上申書（鑑定型陳述書）を提出してもらい、専門家を含めて裁判所と当事者が説明会（弁論兼和解期日）を開き、この「鑑定型陳述書」を前提として争点を理解するために必要な基礎的知識の説明を受ける。そして、医療過誤事件では、原告が訴えを提起するに当たって、証拠保全手続で得たカルテ等に基づいて専門家に相談していることを前提に、まず、原告からその専門家の所見を陳述書として提出し、被告もこれを専門家の立場から検討した上での所見を「鑑定型陳述書」として提出し、必要があれば専門家を交えた説明会を開いて、裁判所と当事者双方がそれぞれ所見が異なる点について十分理解した上で、鑑定事項等を検討する（『民事訴訟の新しい審理方法に関する研究』八一―八二頁（法曹会、一九九六年）ただし、実務で多用されている陳述書については、その問題点も指摘されている。山本克己「人証の取調べの書面化―『陳述書』の利用を中心に」自正四六卷八号五四―六〇頁（一九九五年）、那須弘平「争点整理における陳述書の機能」判タ九一九号一九頁（一九九六年）、高橋宏志「陳述書について―研究者の視点から」判タ九一九号三六頁（一九九六年）、高田昌宏「民事訴訟における証人尋問の書面化の限界（一）」早法七二卷四号二〇三頁（一九九七年）等）。またそれ以外にも、専門家を補佐人（新法六〇条）に選任して、争点整理期日に出席させ説明をしってもらうという実践例も報告されている（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―」早法七二卷四号四二〇頁（一九九七年））。しかし、本条により争点整理段階において鑑定人の

協力を得ることが可能となり、その点では、より専門家の協力を得ることが容易になったといえよう。

3 本条に関する意見

本条に関しては、証人に対する尋問権を鑑定人に与える必要性があるのか疑問であるうえ、實際上、機能しないのではないかといい見解（加藤新太郎ほか「民訴改正『要綱試案』の検討2」判タ八七六号七二頁「池田辰夫発言」（一九九五年））や、鑑定人が審理に立ち会ったり、裁判長に尋問等を求める必要がある場合はたしかに存在するが、直接証人に尋問するのは証拠方法である鑑定人としては行き過ぎであるという見解（前掲判タ八七六号七二頁「小林秀之発言」）もある。確かに、鑑定証拠の証拠方法としての側面をより重視するのであれば、そのようにいえる。ただ、今回の改正は、新設された規定をみる限り、鑑定人の中立的補助者としての側面を重視し、鑑定人の権限を強化するものと評価できよう。とするならば、本条は、鑑定を充実させ質を高めることにもなる措置であるといえる（前掲判タ八七六号七二頁「加藤新太郎発言」）。また、専門的知識に基づく鑑定人の証人に対する質問が供述内容を豊かにするメリットも期待できる（前掲判タ八七六号七二頁「倉田卓次発言」）。さらに、鑑定人による発問は、専門的知識がないと証人に適切な尋問ができないという場合に裁判官に代わって鑑定人に質問してもらうという趣旨であるから、大いに活用すべきであろう（前掲ジュリ一一二四号一一四頁「竹下守夫発言」）。

4 「鑑定裁判」に対する批判とその検討

本条に関する各界意見の概要をみると、鑑定人の審理への立会権や証人尋問・当事者尋問における裁判長に対す

る求問権については賛成する意見が多数であり、直接の発問権についても賛成する意見が相当数の団体等から寄せられているようである。ただ、鑑定人への依存度を高めることは「鑑定裁判」になるおそれがあることを理由にいずれの考え方にも反対する意見も複数あった、と報告されている（前掲「各界意見の概要」別冊NBL二七号三九頁）。特に、日弁連は、鑑定人による発問について、鑑定人の発問が前面に出過ぎると鑑定人による裁判との誤解を招きかねず、しかも鑑定が裁判所の判断の補助であることから、鑑定人が自ら発問することはなるべく避けることが望ましい、と主張している（前掲「改正のポイント」別冊NBL四二号一三二頁）。

しかし、一般的に鑑定の必要性が高いといわれる現代型訴訟を念頭に置くならば、鑑定を有効に活用した裁判という意味での「鑑定裁判」にならざるを得ないのではないか。すなわち、特殊専門的な知識や法則を経験則として利用しなければならぬ場合には、そのような情報を裁判官が知悉していると期待することはできない。また、そのような特殊専門的知識や法則を適切妥当に適用して事実認定をする能力を有していると期待することもできない場合が多いであろう（前掲注釈民訴（6）三九九頁（太田勝造））。とすると、判決事実の認定に際し、特殊専門的経験則の適用を必要とする争点に関する判断には鑑定が要求されざるを得ない。したがって、そのような裁判において鑑定制度が有効に機能するのであれば、「鑑定裁判」はむしろ望ましいものといえよう。前述の鑑定裁判を危惧する立場は、現在の鑑定制度に対する不信感が背後にあるものと思われる（加藤良夫「鑑定をめぐる実務上の問題点」日本医事法学会編『年報医事法学2』四〇頁（日評、一九八七年））。その不信感を払拭するためにも、専門家を利用した証拠調べ手続きである鑑定制度を有効に機能させることが何より重要である。つまり、鑑定が、中立かつ第三者的な専門家の専門的知識を訴訟の中で十分に提供できるシステムでなければ、特殊専門的経験則の適用等を必要と

する裁判はうまく機能していかないだろう（前掲ジュリ一一二四号一一三頁「福田発言」）。

二 裁判所の専門的知識の補充

1 問題の所在

従来より指摘されているところではあるが、訴訟における争点の判断に高度の科学技術上の専門知識を要する事件が増えている。医療過誤・公害・薬害などのいわゆる現代型訴訟はその顕著な例であるが、従来型の事件でも程度の差はあれ専門知識を要する場面が多い。そのような高度の科学技術上の専門知識については、裁判官も、素人の域を出ないのが普通である（中野貞一郎「鑑定の現在問題」『民事手続の現在問題』一四二頁（判夕社、一九八九年）、西口・前掲早法七二卷四号四一一頁注（4）。西口判事は、同論文において、現状の民事訴訟実務は、法律以外の専門分野については、医者等の専門家の協力を得ることが少ないという点で極めて強い「素人性」を有していると指摘され、民事訴訟の素人性を打破するために専門家の協力を図る方策を模索されている）。そのため、そのような事件を審理する裁判所の専門的知識をどう補充するかが問題となる。

2 専門的知識の補充の具体的方法とその検討

立法担当者の説明によれば、今回の法改正でも裁判所の専門的知識をどう補充するかが一つのテーマであり、一つの考え方として、簡易裁判所だけにある司法委員制度を地裁まで広げて専門的知識のある司法委員から裁判官がアドバイスを受けるという考え方が検討されたようである（前掲ジュリ一一二四号一一二頁「福田発言」）。しかし、

弁護士会の反対により見送られている。その理由は、司法委員の意見が当事者に明らかにされるわけではないため、司法委員から当事者のわからない形で裁判官に意見が伝えられる。それではその意見が間違っていたとしても、当事者としてはそれに対する反論・反証の機会が失われてしまい、適正な裁判が害される危険があるというものである。また、そもそも司法委員の制度は、本来、国民に親しみやすい手続で民間人の常識・感覚等を裁判に反映させる趣旨のものであって、一種の司法への国民参加であるといわれている（前掲『民事訴訟の新しい審理方法に関する研究』一九一頁）。確かに、司法委員に専門家を選任することは可能である。しかし、専門家の知識の利用という点からは、本来、鑑定制度が存在しており、鑑定とは別に新たに司法委員の制度を地裁にも設けるという方は、現行鑑定制度の利用を妨げ、鑑定制度の改革を放棄することにもなりかねない。むしろ、現行の鑑定制度を十分に機能させる方策を検討すべきであろう。

例えば、一部の実務で行われているような鑑定人との打合せ・鑑定人の説明会・専門家である補佐人による尋問等が注目される（西口・前掲早法七二巻四号四二一―四二四頁）。前述の如く、新法下においても多少の改革が行われたが、鑑定制度全体に及ぶ抜本的な改革には及んでいない。その意味で、新法下においてもこの実務の取り組みは有効であろう。また、従来から指摘されているように、鑑定事項の厳選・鑑定書の簡易化・フォーム化、すなわち、鑑定事項の確定にあたり、鑑定意見を報告し易いように鑑定事項をできる限り箇条的に詳細・具体的に示し、かつ前提事実の存否に問題がある場合には、存在する場合と存在しない場合にわけて意見を求めるなどの工夫をする必要がある。その他にも、鑑定人候補者の制度化・リスト化（加藤Ⅱ鈴木・前掲『医療過誤紛争をめぐる諸問題』三二二・三二三・三二七頁、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―』自正二九巻七号七三

頁（一九七八年）、梅善夫「科学裁判と鑑定」中野貞一郎編『科学裁判と鑑定』九五頁（日評、一九八八年）、木川統一郎・生田美弥子「民事鑑定書の構造」判タ八四九号六頁（一九四四年）、前掲注釈民訴（6）四三六・四三七頁〔畑郁夫〕等、同四三六頁は、最高裁事務総局が「民事事件鑑定等事例集」を逐次刊行し各裁判所に配布し、鑑定人名簿としての活用にも資していると報告している。また、民間の医療事故情報センターでは、医療過誤訴訟の「鑑定書集」を発行している。）、鑑定料の基準の明確化（前掲「各界意見の概要」別冊NBL二七号三九頁）等を実現すべきである。さらに、口頭鑑定一般化も効果的であろう（戸田弘「鑑定のプラクティスについて」判タ二一八号二頁（一九六八年）、瀬木比呂志「医療過誤訴訟における鑑定」判タ六八六号一一二頁（一九八九年））。また、鑑定人の義務の強化、すなわち証拠の偏在する医療過誤訴訟・公害訴訟・製造物責任訴訟等の現代型訴訟においては、鑑定人に真実追及のため適確に裁判所をリードする義務を認めるという見解（木川生田・前掲判タ八四九号一一頁）も検討されてよい。ただ、これらのことは従来より主張され続けてきたことであるにもかかわらず、未だに実現されていない。それだけ困難な問題であることの証左であろうか。しかし、これらの改革なくしては鑑定の機能を高めることはできないであろう。

IV 職権鑑定

一 旧法下での議論

1 問題の所在

職権鑑定については、改正過程において賛成の意見と反対の意見とが拮抗した（前掲「各界意見の概要」別冊NB 一七号三九頁）ため、今回の改正では見送られた。

そもそも旧民事訴訟法は、昭和二三年の改正の際、一般的な職権証拠調べを認める二六一条の規定を削除したが、なお職権証拠調べに関する若干の規定を従前どおり存続させていた（旧二六二条・三二〇条・三二三条二項・三三四条・三三六条・三四七条。これらの規定は、今回の改正でも、新法一八六条・二一八条・二二八条三項・三三三條・二〇七条一項・二三七条として残されている。）。そのような中で、職権鑑定に関する規定がなかったため、旧法の解釈上争いがあった（菊井維大・村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅱ』五五〇頁（日評、第二版、一九八九年））。

2 学説の対立と今後の展望

旧法下での通説は、二六一条（補充的職権証拠調べ）を削除した旧法が、裁判所の中立的補助者としての鑑定人の役割よりも当事者の攻撃防御方法としての党派的性格を重視し、当事者にその利用のイニシアチブを与えて当事者主義を實現しようとする趣旨である（兼子一『新修民事訴訟法体系 増訂版』二六二頁（酒井書店、一九六五年）、三ヶ月章『民事訴訟法 補正版』四五九頁（弘文堂、一九八一年）、太田・前掲注釈民訴（6）四一六頁）として、解釈上職権鑑定を認めることには消極的であった（岩松三郎『経験則論』民訴雑誌一号二七頁（一九五四年）、岩松三郎・兼子一編『法律実務講座民事訴訟編』第四卷三〇六頁・三〇七頁注（一）（有斐閣、一九六一年）、兼子・前掲二六二頁、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』二頁（日評、一九八八年）、菊井・村松・前掲五五一頁、齊藤ほか・前掲注解民訴（8）一七頁）。これに対し、有力説は、鑑定の二面性（裁判官の中立的な補助者として

の側面と当事者の党派的な側面）を肯定しつつも、裁判官の中立的な補助者としての役割が鑑定の本質的内容である（二ヶ月章『民事訴訟法』四一八頁（有斐閣、一九五九年）、吉野正三郎「シンポジウム『医療訴訟と鑑定』／報告 訴訟法・比較法学からの問題提起」日本医事法学会編『年報医事法学2』八二頁（日評、一九八七年）。畔柳達夫『医療事故訴訟の研究』九九頁（日評、一九八七年）、中野貞一郎「科学鑑定の評価」中野貞一郎ほか『科学裁判と鑑定』四九頁（日評、一九八八年）、梅・前掲「科学裁判と鑑定」九七頁）とし、また、特に医療過誤訴訟のような現代型訴訟における職権鑑定の必要性を強調し（黒田直行「医療過誤訴訟における審理上の諸問題」鈴木忠一監修『新実務民事訴訟法講座5』三一九頁（日評、一九八三年）、梅・前掲「科学裁判と鑑定」九七頁、稲垣喬「医療過誤訴訟と鑑定」『医事訴訟理論の展開』一二〇頁（日評、一九九二年）、解釈上職権鑑定を認めることが可能であると主張していた（職権鑑定の可否に関する学説の詳細については、拙稿「医事訴訟上の鑑定―職権鑑定の可否を中心として―」『民事訴訟法学の新たな展開』（成文堂、一九九六年）参照）。しかし、結局今回の改正でも職権鑑定の規定もしくは（補充的）職権証拠調べの規定は設けられなかったため、状況は旧法下と同じである。今後も、同様な解釈上の争いが続くことになろう。ただ、旧法下における職権による証拠調べの規定をそのまま残し、しかも新たに規則で証人・当事者本人尋問における鑑定人の直接の発問権を定めた新法の立場は、鑑定人の中立的補助者としての機能をより重視したものと評価することができよう。そうであるなら、今回、立法化は見送られたが、新法の下では、職権鑑定を立法化する方向で再検討することになろう。

二 改正過程における議論

1 各界意見の概要

職権鑑定の立法化に賛成する意見の中にも、費用負担の問題につき補足意見を付記するものが相当数あつたようである。例えば、次のような意見である。①職権鑑定の制度を採用する場合には、費用の予納および負担についても規定すべきである。②予納命令にもかかわらず費用が予納されないときは、鑑定を命ずる決定を取り消すほかない。③予納命令にもかかわらず費用が予納されなるときは、いったん国庫が仮に支弁し、最終的に訴訟費用として敗訴者の負担とすべきである。④費用は当事者双方が平等に負担すべきである。⑤費用は国庫の負担とすべきである。⑥費用を当事者が負担するのであれば、当事者の了解なしに職権鑑定をすることはできないものとすべきである。

2 各界意見の検討

①については賛成である。しかし、②の見解では、職権鑑定を立法化する実益がないのではないか。つまり、当事者が鑑定の申請を行わないケースについてはじめて職権鑑定が必要となるにもかかわらず、当事者の意思により費用を予納せず職権鑑定を否定できることになってしまうのでは現状と何ら変わるころはない。③の見解については、訴訟費用敗訴者負担原則の根拠の妥当性について再検討が試みられている（金子宏直『民事訴訟費用の負担原則』（勁草書房、一九八八年）参照）ことに鑑みれば、職権鑑定の費用を敗訴者負担とすべき根拠に説得力があるか

なお検討を要する。⑤の見解は、司法サービス公共財理論からすれば理想的であろう。しかし、現在の限られた司法予算では実現困難であり現実的でない。⑥の見解は、当事者の了解を求めるのであれば、当事者からの鑑定申請が十分に可能といえるので、②の見解と同様に立法化する実益に乏しい。職権鑑定が必要となるのは、後述するように例外的なケースであり、そのような場合に当事者の一方にだけ費用を負担させるのは公平とは言えないであろう。私見は、当事者双方が平等に費用を負担すべきであるという④の見解を支持する。

これに対して、反対意見の理由としては、費用負担の上で問題があることのほか、①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、②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こと等があげられている（前掲「各界意見の概要」別冊NBL二七号三八頁）。

しかし、①の反対意見には与しない。職権鑑定が必要となるケースは証拠調べを当事者のイニシアチブにゆだねていては真実の発見が困難である場合、また裁判官がすでに顕出された証拠だけでは判断できないような場合である。確かに、対等な当事者対立構造の中で鑑定制度を考えた場合、職権鑑定の必要性はさほど大きくない。つまり、鑑定を必要とする場合には、当事者の能力において鑑定の申請が十分に可能であろう。問題は、証拠の偏在等対立当事者間の力の差が大きい現代型訴訟のような場合である。このようなケースでは、前述した職権鑑定の可否に関する有力説が主張しているように、釈明権の行使という迂遠な方法に頼らず職権鑑定を認める必要性があり、立法化する実益もあるといえる。また、②の反対意見にも与しない。前述したように、鑑定制度が有効に機能するのであれば、「鑑定裁判」はむしろ望ましいものと考ええる。ただ、いずれにしても職権鑑定の立法化を見送った新法の下においては、今後とも旧法下での実務の運用が継続されるものと思われる。すなわち、裁判官が鑑定を要す

べきと判断した場合には、釈明権の行使により当事者による鑑定申請を促し、それでも、当事者が鑑定を拒否する場合には証明責任によって解決することになる。

V 結語

一 今回の改正の評価

今回の改正では、鑑定制度全体の見直しまではいかず、基本的には従来の実務の運用を規則化するにとどまった。それでも、複雑化・専門化した現代の裁判における鑑定の役割の重要性に鑑みれば、鑑定人の審理への立会権・求問権・発問権を認めて鑑定の実効性を高めようとする立法者の意図は首肯し得るものである。今回の改正は、書面宣誓制度とともに、専門家が民事訴訟の審理に協力しやすい環境づくりを目指したものとして積極的に評価することができよう（西口・前掲早法七二巻四号四二八頁）。

二 今後の課題

しかし、鑑定についていえば、その問題点はより根本的なところにあり、今回のような小手先の改正では対応しきれないのではないか。すでに過去において、鑑定制度の種々の問題点が指摘されていたにもかかわらず、今回の改正ではそれらの検討が先送りされた。もちろん、その背景には、立法によっても解決困難な問題が存在すること

も否定できない。例えば、特殊専門的な問題についての専門家の数が少ないことや、わが国では未だ医師や科学技術者が広く民事訴訟のため進んで鑑定人を引き受けようとする気風も熟成していないという実情（畑・前掲注釈民事（6）四三六頁）、当事者・代理人に鑑定人となる専門家に対する不信感が根強く残っていること等が推察される。これらは鑑定制度自体のみならず司法制度全体に関わる困難な問題であるが、今後、より抜本的な改正をめざして議論を深めつつ、当事者が法律事項以外の専門事項の判断を素人の裁判官にゆだねることを好まないという気風を一般化させる努力も必要であろう（木川統一郎ほか「シンポジウム民事訴訟の促進について」『民事訴訟法雑誌』三〇号一三二頁「三宅弘人発言」（一九八四年））。

また、我が国の鑑定制度は、沿革的には、ドイツ普通法の鑑定に関する法則の影響を受けているが、日本民事訴訟法の解釈としては、鑑定人を証拠方法であると同時に裁判官の補助機関であると解さざるを得ない（松岡義正『民事証拠論』三九一頁（巖松堂、一九二五年））。しかし、大正一五年の改正により、補充的職権証拠調べの規定（旧旧二六一條）が設けられ、さらに昭和二三年の改正により同条が削除され、平成八年の改正においては鑑定人の直接の発問権等が立法化された。鑑定に関わるこのような一連の立法経過をみると、それぞれの立法当時の社会情勢などを背景とした立法担当者の鑑定に対する考え方が推測できる。そこで今後は、「裁判官の中立的な補助者としての役割」と「当事者の党派的な攻撃防御方法としての役割」という鑑定の持つ二面性の間でバランスを図りながら、推測される立法者の考え方を参考に、鑑定制度の改革や運用・解釈を行うことが必要となつてこよう（太田・前掲注釈民事（6）三九七頁）。例えば、鑑定制度全体に関わる具体的な立法論として、「裁判所の補助としての鑑定人」と「当事者の攻撃防御方法としての専門家証人」との二本立ての制度の創設を主張する見解がある。すな

わち、前者は、裁判所の補助者としての鑑定人の中立的性格を純化したものであり、公の費用負担のもとに職権で行い、当事者に忌避権が認められるとともに、鑑定人には当事者や第三者に対して資料の提出や和解の勧告などを行う権限を与えるものである。これに対して、後者は、当事者の選任する専門家の意見を裁判の場に提出させて判断資料とするものであり、当事者の忌避権は認められず、中立性は証拠力の評価で考慮することになる。費用は原則として各自負担とする。これは、当事者の攻撃防御方法としての性格を純化したものであり、実務において多用されている私鑑定を制度化したものと位置づけられている（太田・前掲注釈民訴（6）四二〇―四二一頁）。前述の如く、費用国庫負担の実現可能性については疑問もあるが、極めてダイナミックな立法論であり、傾聴に値する。また、昭和二三年の民事訴訟法の一部改正により削除されたが、補充的職権証拠調べを認めていた旧旧二六一条のよきな規定を設けることも検討されてよいのではなからうか。

さらに、ドイツでの立法論の議論も参考にならう。例えば、①従来の役割分担を維持しつつ裁判官と鑑定人の関係を改善しようとする立場で、（a）裁判官と鑑定人の間の権限・義務をより明確にしようとする方向、または（b）裁判機関に専門分野毎に特別部をつくり、裁判官の科学技術上の専門知識の不足を補う方法、あるいは②「裁判官としての専門家」というモデルで裁判機関それ自体に専門家を加えようとする見解（これにはその裁判機関を法律の他自然科学・工学・医学などの教育を受けた裁判官により構成するか、法曹とともに必要な専門分野の専門家を裁判官に任用するかで対立がある）、③鑑定人に裁判所の補助機関としての地位を承認する立場等である（高木敬一「紹介 Peter Marburger, Wissenschaftlich-technischer Sachverstand und richterliche Entscheidung im Zivilprozess, 1986」民訴雑誌三四号二四三・二四四頁（一九八八年））。

なお、本稿では、これらの立法論について具体的に検討するまでには至らなかった。それらの検討については、他日を期したい。

（名古屋経済大学助教授）