慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	民事訴訟における鑑定 : 裁判官の法律以外の専門知識と裁判発見
Sub Title	Der Sachverständigenbeweis im Zivilprozess : Nichtjuristische Fachkenntnisse des Richters und Entscheidungsfindung
Author	Lüke, Wolfgang(Mikami, Takehiko) 三上, 威彦(Honma, Manabu) 本間, 学
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2018
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.91, No.4 (2018. 4) ,p.1- 30
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20180428-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

資料

民事訴訟における鑑定

――裁判官の法律以外の専門知識と裁判発見――

ヴォルフガング・リュケ
三上威彦・本間学／訳

Ⅰ．はじめに

1．問題の現在性〔Aktualität der Fragestellung〕

一九七〇年代後半から八〇年代にかけて、鑑定法の問題はドイツの訴訟法文献において注目の的であったが、[1]その後、関連する手続規定にいくつかの改正があったにもかかわらず、この法制度とその理論的洞察に関しては、再び議論のない状態が続いた。[2]この状況にようやく変化を生じさせたのが、[3]第七〇回ドイツ法曹大会は、民事訴訟手続および裁判所構成法〔以下、GVGとする〕が、現在の形で、なお時代の要請を充たしているかという、一般的な問題に取り組んだ。この問題設定のもとで、鑑定意見書[4]の作成者であるカリエスは、鑑定とその改革の必要性についても検討を加えている。

おそらく議論の発端は、いくつかの高等裁判所によって行われた、とくに手続期間に関する調査であろう。[5]この調査により、手続期間の長期化の主たる原因は鑑定にあることが明らかとなった。いうまでもなくこの調査結果は、従前の規定の不備を補うことにより、この状況を変えるのに必要な前提条件を、立法者が作り出すきっかけとなった。

それゆえ問題は、とりわけ鑑定の質と手続効率性の改善にあり、これが鑑定を再び検討する端緒となった。[6]しかし、議論はこの点に限られたわけではない。むしろ制度全体が、

再検討の俎上に載せられた。その対象は、鑑定人の職務〔Tätigkeit〕の位置づけ、鑑定人と裁判所との関係から、鑑定人に裁判官たる地位を認める可能性、さらには報酬の問題、鑑定人と裁判所との間の抑制均衡関係に至るまで、多岐にわたった。

――とりわけ第七〇回ドイツ法曹大会を契機になされた――多種多様な論評や議論を注意深く見てみると、鑑定の理想形を作り上げる試みは、少なくとも大方の納得する成果をいまだ得ていないという印象を強くする。様々な観点からなされた鑑定に対する注文が互に大きく異なる点に、その理由の一つがあるのは確かである。そのため、改革提案もまた多種多様である。改革提案の中には、私鑑定を有効活用することによって[7]、効率性の獲得が可能かという問題が、一方で存在する。これとある意味相容れない反対説が、鑑定人を裁判官席〔Richterbank〕に配置するというものである[8]。この見解は、それが不可能ならば、裁判官は少なくとも法律以外の専門知識を有する者で補完されるべきだという。これらの両極の間に、訴訟対象からして適当と考えられる場合には、専門知識を有する助言者[9]〔Sachverständige Berater〕あるいはほかの専門裁判所の裁判官を呼び出すことが許されるとする見解も存在する[10]。鑑定制度にあまり目を向けず、抽象的に「民事訴訟における専門鑑定の組入れ〔Einbindung fachlicher Expertise in den Zivilprozess〕」という問題提起もなされている[11]。また、専門能力〔Kompetentz〕の向上が重要であるならば、特別の管轄を有する裁判体を作る必要があるという、さらに別の考えもある[12]。この見解は、これにより判決の質が改善されるという。

ドイツ法曹大会の際の投票結果からすると、個別に問題が判断されているとはいえ、まったくばらばらの評価がなされているようである[13]。目下の立法事実の数は極めて僅かであり、それは裁判実務について不正確な像を示すに過ぎない[14]。立法者の早まった措置により、誤った方向に進むことを避けるために、裁判手続に関する立法事実の観測がドイツで継続的になされたことはない。この点を以下の論述の前提として、予め断っておかなければならない。なぜなら筆者も、確かなデータを基礎として自らの説明をすることはできないからである。

2．検討されるべき課題領域

以下の論述は、次の二つの重要な点に限定される。いわゆる厳格な証明による証拠方法の中での鑑定の特殊性と、

この点との関係で考えられる鑑定の対象について簡単に言及したうえで（Ⅱ）、第一の重要問題、すなわち鑑定人を専門裁判官〔Expertenrichter〕で代替することが可能であるのか、またそれは意味のあることなのか、について検討する（Ⅲ）。この点はドイツにおいて、とりわけ従前の鑑定をめぐる議論の中心であった問題である。民事訴訟における専門的知見の活用を改善するために提案されている、その他の手段について二、三言及したうえで、第二の問題である、質の保証と鑑定人による鑑定の迅速化について検討する（Ⅴ）。ドイツ民事訴訟法〔以下、ＺＰＯとする〕における証拠法の最近の改正は、これらの点に寄与した。本稿では、このドイツにおける鑑定法改正とその背景を紹介する。さらに、ヨーロッパ法の観点から、考えられる今後の展望についても言及するつもりである。最後に以上をまとめ、本稿を閉じる（Ⅵ）。

Ⅱ．厳格な証明の証拠方法の中での鑑定

証拠方法としての鑑定人の難点は、とりわけ、その利用範囲が極めて広範囲にわたる点、および鑑定人は他の証拠方法とは一部で大きく異なる点にある。

1．証拠方法の概念

民事事件における裁判官の判決につき、事実に関する判断の基礎は、主張された事実経過〔Geschehen〕であり、かかる事実経過について裁判官は、確実性〔Sicherheit〕と境を接するほどの蓋然性をもって、自らの判断を基礎づけうるとの確信を抱かなければならない。争いのある事実主張は、証拠方法による証明を要する。この証明により、裁判官は判断に際し重要な事実経過についての確信を得る。したがって証拠方法は、見たこと〔Anschauung〕あるいは聞いたこと〔Überlieferung〕の担体である。[15] 周知のように、民事訴訟における証拠方法の数は限定されている（いわゆる厳格な証明）。検証物および文書のほかに、証拠方法として用いられるのが――証人であれ、鑑定人であれ、当事者であれ――人の供述〔die Aussagen von Personen〕である。証拠方法の後者のグループの中で、鑑定人は他の二つの証拠方法とは大きく異なる。証人および当事者は、自らが体験した事実を報告する。これに対して鑑定人の場合には、そのような報告を必ずしなければならないわけではない。鑑定人は、裁判所に自らの鑑定により、裁判所の知らない抽象的法則（たとえば、商慣習）を提供すること

もできる。[16] くわえて、経験則あるいは専門知識を用いる場合には、鑑定人は、これらを裁判所によって確定された事実に適用し、裁判所にその結果を報告することにより、補助することになるだろう。最後に、裁判官が鑑定人の助力なしには一定の事実を確定しえない場合がある。とりわけ医療の領域で、ある身体的損害の原因が医薬品であったか、あるいは当事者の健康状態がそもそも調査されるべきであったかを明らかにすべき場合に、そのような事態がしばしばみられる。鑑定人の鑑定は正しく評価されなければならず、肯定的な評価がなされた場合には、判決の基礎とされうる。

2．鑑定人の行為

一連の、鑑定法に関する広範にわたる改正提案は、次のような事情に起因する。すなわち、鑑定人の仕事はたしかに、理論的には事実に限定されるが、事実問題と法律問題を明確に区別することは、多くの場合、不可能であるというものである。[17] このことは、たとえば、性状が「普通であること〔Üblichkeit〕」や、使用方法が「通常であること〔Gewöhnlichkeit〕」といった曖昧な法概念の解釈が問題となる場合に、明らかとなる。[18]

かつては明らかに大多数が、鑑定人を裁判官の補助者として扱い、したがって鑑定人は――事実の認知に関する限りで――裁判官を補助するはたらきをすると表現していたが、こんにちでは一部に、証拠方法としての行為（ＺＰＯ四〇二条以下）と裁判所の助言者としての行為とを区別する見解がある。後者の行為に関する限りで、鑑定人による鑑定〔Sachverständigengutachten〕を職権で命じることを可能とする、ＺＰＯ一四四条一項一文が参照される。実務ではこの方法は十分に利用されているわけではないが、これが「きわめて意外な顚末」[19] をもたらす。この見解は、かかる事態を阻止するために、裁判官は、可能な限り早い段階で、鑑定人を呼び出す〔herbeiziehen〕べきだという。もっとも、このことが現行法で定められたルールに適合しているかは、少なくとも疑問であるように思われる。

多種多様な鑑定人の行為を根本的に異なる二つの鑑定人の職務領域で論じる点も、[20] 疑問があるように思われる。ＺＰＯ（一四四条一項一文）によれば、鑑定人による鑑定〔Sachverständigengutachten〕を命ずることで、証拠調べをすることが認められるが、このことから職権による鑑定人の呼出〔Beiziehung〕は導出されない。[21] ――第七〇回ドイツ法曹大会での議論が示すような――事案に関する専

門的問題について、原則的として鑑定人に質問をする必要が裁判官の側にある場合があるとしても、この点に変わりはない。ここで、おそらくとくに重要であるのは、それぞれの専門領域の基本をよりよく理解することであろう。[22] このような基本理解は――繰り返し指摘されているところであるが[23]――事案に適した証拠決定をするために必要である。もっとも、かかる目的で鑑定人を呼び出すことは、鑑定人による鑑定を職権で命じる裁判所の権限によって基礎づけられることはない。

むしろこの規定によれば、証明を義務付けられる当事者が鑑定を求める申立てをしていなくとも、鑑定を実施することができる。しかしその要件は、裁判所が事実主張につき証明の必要を認識したことである。したがって裁判所は、証明対象を必要とする。争いがあり、かつ判決をするに重要な事実主張についてのみ、証明が許される。

するとこの要件からすれば、裁判所の専門能力を向上させるために鑑定を命ずることや、事実関係の一部へのアクセスを裁判所に可能とするためにだけに、鑑定を利用することはできない。これは、鑑定人に別の機能、すなわち鑑定人も〔事件を〕処理しなければならないという助言者の役割を、単純に付与することでも回避できない。この種の働きを鑑定人が有するとしても、それは証拠調べと鑑定人の仕事の範囲の中においてである。その他の証拠方法についての職権による証拠調べも定める、ＺＰＯ一四四条の位置づけは、そのような解釈[24]を導出しない。ＺＰＯ二七三条二項四号を参照することも、かかる解釈の理由とはならない。たしかに鑑定人は、期日の準備のために呼び出される可能性はある。しかしそれは、口頭での鑑定が可能と考えられるようなごく稀な場合にすぎない。[25] しかもこの規定は、鑑定人が証拠方法である点に変更を加えていない。

自らの有する専門知識が、事件について判断するために十分でないと裁判官が認識していない場合、判決には手続上瑕疵があり、[26] 上訴審[27]においてはじめて取り消されうる。[28]

3. かつての改正提案と現在

一部[29]に、鑑定人が裁判官の地位に就くこと、あるいは裁判官が一定の領域での活動を望む場合には、医学あるいは工学の自然科学教育を修了していることを要求する見解がある。[30] これに対して別の見解は、裁判官に近似した、裁判所の助言者たる地位を、鑑定人に認めるべきとする。この考えのモデルは、イタリアの訴訟法であった。[31] 同訴訟法では、とりわけ、証拠決定の作成、証人尋問、あるいは助言

および判決作成への協力が重要であり、これらの場合、裁判所は職権により鑑定人を用いることが許されるという。さらに踏み込んだ提案として、独立した補助機関として裁判所が自由に利用できる、いわゆる鑑定人委員会〔Sachverständigenbeiräten〕を設けることも、時として、主張された。

裁判官は、一定の要件のもとで現行法においても、鑑定人による鑑定意見に拘束され、この場合、その学術的知見は、絶対的証明力〔absolute Beweiskraft〕を有するとされる。そして、専門知識を有しないがために、多大な労力を費やしても裁判官が判断をすることができない、極めて複雑な事実問題〔Sachfrage〕についても、これと同様のことがいえるとする見解がある。このような理解について決定的であるのは次のような考え方であった。すなわち、学術的・技術的〔wissenschaftlich-technisch〕知見や経験則の探査が問題となり、それらから結論や評価が導かれる場合には、鑑定人の事実の認知はいずれにしても証人の報告とは区別されるというものである。(32)

以上すべての提案は、とくに、鑑定人の呼出しを一般に不要とするよう、裁判所そのものに多くの専門知識を獲得させるという目的に寄与するとされている。裁判所がそれでもなお鑑定を必要とする場合であっても、よりよい専門的判断をすることが可能になるという。これらの提案は——いずれにしてもこれまでは——実現に至っていない。(33)

Ⅲ．鑑定人の行為から導かれる鑑定人の地位

1．鑑定人に代わる技術系裁判官〔technischer Richter〕？

まさに鑑定人が事実を確定し、結論を導き出す点では、たとえその行為が——法律以外の——他の専門領域で行われるとしても、それは、裁判官の行為と類似する。このことは、鑑定人を裁判官と同列に置くという考えを容易に想起させる。過去においても、鑑定人に裁判官の地位を——将来的に——認めようとする試みの中に、このような考えがなかったわけではない。

a．技術系裁判官の長所

この考えはいくつかの長所をあわせもつだろう。すなわち、手続処理の実効性の点では、鑑定人が裁判官として関与することは、早い段階での専門家としての職務活動のみならず、裁判官としてのそれも可能とする。その職務活動は命令〔Anordnung〕を必要としないし、当事者の事実

主張や証明対象に左右されることなく、また手続のいずれの段階においても自由に行うことができる。裁判所の構成員であるから、訴訟費用のほかに、別途の費用は生じない。くわえてこの場合、裁判官の行為と鑑定人の職務をどのように協働させるのか、という困難な問題を解き明かす必要もない。

地方裁判所の商事部（GVG一〇五条）における状況と、この状況とは多少類似している。商事部の場合、職業裁判官は裁判官席で二名の商事裁判官による助力を受ける。この商事裁判官は商人から選ばれ、素人裁判官として活動する。この規律は、次のような考え方を基礎とする。すなわち、陪席する商事裁判官は、自らの職業上の活動にもとづいて、特別の専門知識を手続に提供し[34]、裁判長に問題となりうる商慣習の情報を与える立場にある、というものである。この点、ベテランの商事部裁判長について、この種の助力がどの程度必要であるのかは、十分に評価されてはいないといわれている[35]。

b. 特許裁判所における技術系裁判官

かかる規律は、特許裁判所の手続法に類例があるといわれている。特許裁判所には、いわゆる技術系裁判官〔technische Richter〕が存在する。技術系裁判官は、抗告部〔Beschwerdesenat〕および無効部〔Nichtigkeitssenaten〕の構成員である。裁判対象に応じて、抗告部は二名ないし四名の技術系裁判官と一名の法律系裁判官〔rechtskundige Richter〕で構成される。抗告部において、裁判体の技術系構成員と法律系構成員のいずれが裁判長となるのかもまた、訴訟対象によって決まる。無効部の状況もまったく同様である。無効部にも、裁判官席に技術系構成員が置かれる。抗告部の場合と同様に、法律系構成員と技術系構成員の数および裁判長となる者は様々である。

本稿では、規律の詳細について立ち入る余裕はないが、連邦特許裁判所での手続では、裁判体の構成は対象に応じて、三名から五名の間で変化することから、結果的にその大方の姿は明らかとなる。手続法は、法律系構成員と技術系構成員とを区別している。前者には、ドイツ裁判官法の一般規定が適用される。連邦特許裁判所の裁判官は、他の裁判権の裁判官とは異なり、同法の要件を充足する必要はない。

裁判所の技術系構成員については、特許法が、特許庁の技術系構成員に適用される規定〔特許法〔以下、PatGとする〕二六条三項〕を準用している。特許庁の技術系構成

員とは異なり、裁判官たる者に伴う前提は、必須のものである。技術系裁判官は、大学において[36]、工学あるいは理学の大学専門教育を修了しなければならない。この教育を、国家試験あるいは大学の試験に合格することによって、終えなければならない〔PatG 六五条二項で準用する二六条三項〕。さらに、技術系裁判官に任命されるには、原則として、理学あるいは工学の領域での最低五年の実務経験と法律知識が必要である。技術系裁判官への任命により、この者はあらゆる領域でその活動を行うことが可能となり、自身が精通している問題に関する領域に活動は限定されない[37]。そのほか、技術系裁判官の職務は、裁判官の職務と一般的に合致する。

この規律で追求される目的は、裁判所にふさわしい専門知識を調達することである。鑑定の方法による理解の獲得と比較して、かかる規律は、鑑定を行うよりも効率的である点に長所がある。しかしこのような効率性の高さには、限界がある。たしかに、しかるべき業務分担をすることにより、理学専門の技術系裁判官が工学の領域での裁判に携わることはなくなる。しかしこれによって、技術系裁判官あるいは理学系裁判官の実際の専門能力が担保されるわけでは決してない。――理学あるいは工学の――各領域は、裁判官が自身に専門知識のない技術的問題について裁判を余儀なくされる事態を回避するには、あまりに広範にすぎる。――いずれにしても一定の限界のもとで――技術系裁判官の特殊性を根拠に憲法上認められるとされる[38]、裁判体に定員より多くの人員を常時配置する対応をしたとしても、この点に変わりはない。このような状況を裁判所は、これまでと同様、鑑定人を任命することによって、切り抜けなければならない。技術系裁判官の存在にもかかわらず、特許裁判所で鑑定人がどの程度任命されているのかは、明らかではない。

具体的な専門領域に関する能力に関わりなく、技術系裁判官は、証拠調べ手続の準備に有用であろうといわれている。技術系裁判官は、彼らが受けた教育を理由に、法律の素養しか有しない裁判官よりも、理学に関する問題や工学に関する問題を調査し、文書作成するだけの学識を有するとされている。この点はある種の長所に違いない。このことが技術系裁判官の将来世代にどの程度当てはまるのかは、専門の細分化が絶えず進展し、大学教育もこれに条件づけられた、窮屈なものとなっている点を考え合わせると、疑問が残る。

2．民事裁判権にも技術系裁判官？

上述した、裁判官席に専門的知見を取り込むという長所にもかかわらず、一般民事裁判権にもこの種の技術系裁判官を任命することは、あらゆる議論で否定された。かかる否定の論拠には、様々なものがある。

a．効率性の獲得への疑念

この点、意図された効率性を実際に実現できるのか、という疑念が本質的な問題である。特許裁判所の手続では、対象となる事件類型は、通常、構造的にきわめて類似しており、また専門で区分されるのに対し、民事裁判所の手続に関しては同じことはいえない。

この点は、商事裁判権における素人裁判官で、実証されている。商人としての活動だけでは、商事法や会社法上のほかの問題との関係で、専門知識に裏付けられた能力は担保されない。したがって、商人は事業評価という複雑な問題を考察する専門的知識を平均的に有している、という前提から出発すべきではない。この問題はあまりに難しい。根本的な障害は、鑑定人を裁判官席に配置する場合、専門能力に裏付けられた能力の限界線をどれほど厳格に引くのかという問題に、絶えず答えなければならない、という点にあるのは明らかである。この問題は、特許裁判所の場合とは異なり、広範な管轄を有する裁判権において生じる。この点と関連して、裁判官が事案に必要な専門知識を有しているのかも、疑わしい[39]。

たとえば出生に際する侵害と関連して、処置の過誤に関する評価が問題となる場合、一般医を医事法に関する事件を管轄とする裁判体の裁判官とする[40]以上のことは、通常はなされないだろう。実際には、神経学者あるいは新生児学者によって回答されるべき問題である。扶養手続で児童心理学の知見にもとづいた鑑定意見を作成することも、一般医にはできないだろう。一般医が、鑑定人のためにせめて医学的質問ぐらいは作成できるといえるかは、確実なことはいえないように思われる。この場合、法律系裁判官は気づかないだろうが、主観的評価と実際の事実が大きく異なる可能性がある。

同様の問題は、専門裁判官が裁判官として仕事をするあらゆる領域に存在する。かりに、さらに専門的かつ限定的に、たとえば家庭裁判所で、心理学あるいは精神医学の教育を受けた裁判官たる者のみに権限を認めるとしても、児童心理学者が、認知症患者に後見が必要であるかを、専門的知見にもとづいて判断できる立場には、ほとんどの場合

ない。

b．憲法上の枠組み

上述した問題は、必要と能力に応じて、裁判体にそのつど組み入れるよう、技術系裁判官を何らかの方法でプールしておくことにより、あるいは解決されるかもしれない。これはしかるべき業務分担〔Geschäftsverteilung〕により制御されるが、このような制御が、たとえば法律上の裁判官（基本法一〇一条参照）という憲法上の要請と適合するのか、という問題を提起することになろう。そこでつぎに、憲法上の限界について検討することにする。その際、二つの問題が検討される。第一に、法律の素人を裁判官として任命することに限界があるのか、第二に、如何なる範囲で裁判に携わる裁判官を定めておかなければならないか、である。

aa．基本法は、裁判官職を担う者の要件を定めていない。広く一致しているのは、裁判官職からもたらされる帰結とその要件とは明確に区別されるべきである、という点である。つまり、独立性や中立性は、裁判官職の要件ではなく[41]その帰結である。反対説によれば、裁判官の資格の剝奪（Entzug）によってのみ、当該人の裁判官職が終了することとなろう。一般にはそのように解するのではなく、裁判官とは、基本法二〇条一項二文の意味での司法の一部として、複数の裁判官によって構成される裁判主体と理解され、他の二つの国家権力――立法権および行政権――と明確に区別されるべきものとされている[42]。これは、司法権の行使を裁判官――組織法上独立した裁判主体――のみに委ね[43]る、基本法九二条の意味するところでもある。

裁判官職に関するその他の要件として、いわゆる「法学修得者〔Rechtsgelehrtheit〕」がある。しかしこの要件により、法学を修得していない者――すなわち法律の素人（参審員、商事裁判官、労働裁判所、社会裁判所、財政裁判所、行政裁判所の名誉裁判官、さらには連邦知財裁判所の専任技術系裁判官）――の司法への関与が認められないわけではない[44]。もっともこの場合、これらの者の関与につき正当性が必要である[45]。くわえて裁判所による裁判は、常に、法的素養を有する職業裁判官の協力の下で行う必要がある[46]。名誉裁判官が裁判をする場合には、その者に事前に十分な法的教育がなされる必要がある[47]。もちろんこれは、必ずしも裁判官職に就くための資格（裁判官法五条）を必要とするわけではない。

法律家でない専門家を裁判官として配置することは、連邦特許裁判所の技術系裁判官の存在からすれば、特別の専門知識を理由に完全に正当化される。もちろん、このような考え方によれば、現行法とは異なり、この種の専門裁判官を関与させるべきすべての場合で、合議制裁判所の管轄を予定することになろう。したがって、憲法上の観点からは、この種の、少なくとも期間を限定して任命された裁判官を組み込むことは、基本的には問題ないだろう。

bb. もっともこれは、基本法一〇一条の要件のもとでのみ可能である。この規定は、それ自体、法律上の裁判官の原則を認めている。同原則のねらいは、個別事案のために裁判官が任命されることを防ぐ点にある。それゆえこの原則は、立法者に、裁判官の管轄の根拠となる規範を要求している。この規則は、裁判をなすべき裁判官となる者への影響力の行使を、はじめから排除するように構成されなければならない。[48] この原則の個別問題については、本稿との関係では深く立ち入ることはできないが、法律上の裁判官という法は、管轄の変更をまったく認めないものではないと解されている。またこの原則は、具体的な人物を裁判官とするよう求める権利を認めるものでもない。

各裁判所において、法律上の裁判官は、いわゆる業務分担計画を作成することで保障されている。[49] この計画が法律上の要請を充足していない場合、これにもとづき配置された裁判官は、基本法の意味での法律上の裁判官ではない。この業務分担計画をもとに、各事件を担当する裁判官が明らかにならければならない。基本法一〇一条が裁判所を拘束する事項の範囲については、細部で大きな争いがある。かかる見解の相違の背景には、この種の計画には事案に即した運用が不可欠であるという事情がある。一部の見解は、各事案で裁判職務〔Rechtsprechungsaufgabe〕を裁量により分配することは、実務上、必要不可欠であり、これを違法かつ恣意的な処分、したがって基本法一〇一条に違反するものとみるべきではないという。もっとも、憲法上の原則をこのように制限すること、および裁量判断を用いて裁判官を定めることで、ルールを取り換えることは、否定されるべきである。[50] 反対説は、濫用のおそれをもたらすだろう。むしろ、この場合、合議体の枠を超えた〔interkollegialen〕業務分担で切り抜けなければならない。そしてこのような業務分担は、特別の場合――たとえば負担過剰――に、同一裁判所内の他の裁判体の構成員による代行を、あらかじめ計画に組み入れている。

したがって法律上の裁判官は、これまでの説明から明らかであろうが、追加的な技術系裁判官を裁判体の構成員に「補充的に任命する」といったことを認めない。かりに当事者と裁判所が任命すべき者につき意見の一致をみていたとしても、そうである。さらに、各手続でアドホックに裁判官を任命することはできず、法律上の裁判官の要請を縮減することも望まれていない。技術系裁判官のプールから選出された技術系裁判官を、追加の裁判官として手続や具体的な手続についての裁判体に加えるような制度の憲法上の許容性は、以上の点に鑑みれば、かなり疑問がある。もっとも、この種の裁判官が、そのときどきの領域――たとえば、建築法や医事法など――について特別の管轄を有する、各裁判体に配置されることは考えられる。憲法上の許容性の観点からして、そのようなシステムは問題ないであろう。[51] 裁判体の定員を大きく超えた状態で業務がなされる場合に限り、個別事情に影響を受けない、憲法上の枠も設定される。[52] 専門分野を明確に示したシステムによれば、この問題は、少なくとも一定の範囲では解決される。[53]

c．民事裁判権における技術系裁判官の有用性

これに対して、医師責任法に関する裁判体に医師を任命すること、あるいは欠陥建築紛争に関する裁判体に技術者を任命することが、法律系裁判官にとって負担軽減となるかは、多くの点で疑問があるように思われる。他の裁判官は、通常、その同僚である専門裁判官の説明に盲従してしまう。というのも、その裁判官も自身に十分な専門知識があるとは考えていないからである。それゆえに、専門家が裁判官として活動する場合はたいてい、そのときどきの専門的問題について、裁判官と技術系裁判官との間で掘り下げた議論がなされることはない。専門知識が不十分な場合には、鑑定人が任命されるはずだが、そのようにもならない。専門知識が不十分であると当事者が認識し、この者がこれに対して不服を申し立てるか[54]は、少なくとも疑問であるように思われる。かりに裁判官が同僚裁判官に集中的に質問をすることで、その説明の弱点を――少なくとも部分的に――明らかにすることができたとしても、これにより一般的な前理解問題（Vorverständnisfrage）についての鑑定をするために、鑑定人が任命されるということにはならない。

以上の点とは別に、ひとつの手続の中で、別々の問題に別々の鑑定人が必要とされるような場合に、どのように対応がなされるべきかも問題となる。この場合、裁判のため

に、一度に複数の技術系裁判官を任命するのだろうか。この問題も、「裁判官モデル（Richter-Modell）」では、解決されない。

そのうえ、いずれにしても自然科学領域では、各領域に極めて多様な学派が存在する。技術系裁判官がある学派に属している場合、その者は他の学派の原理にもとづく判断に疑念を抱き、これを排斥する。それゆえ、技術系裁判官は、同僚の裁判官に、自身の学派に方向づけられた一面的な見解を述べる危険が大きい。法律系の同僚裁判官は、技術系裁判官の見解を吟味できる立場にないことが多いだろう。さらに、技術系裁判官の見解についての評価は、同僚への配慮や――自らに専門知識がないことによる――遠慮から自由ではない。以上のことは、鑑定人による鑑定を吟味する場合には生じないだろう。この場合、裁判所は、信頼に足るといえるかにかかる審査〔Plausibilitätsprüfng〕の範囲内で、鑑定人に書面あるいは口頭で照会をし、鑑定意見の信用性〔Belastbarkeit〕に関して、後に意見を述べさせるだろう。陪席裁判官〔Mitrichter〕と同僚関係にある場合、同様のことは行われない。このことは、技術系裁判官の場合には別の形、すなわち裁判官はむしろ、――鑑定意見を作成させることなく――工学あるいは理学に関する問題についての理解を主張し、同僚裁判官は通常、この見解に従うことになるだろう。この場合は、関係人間に適度の距離感がないだけではなく、通常、鑑定人の鑑定意見に相当するような意見が、裁判所に対して提出されることはない[55]という事情も影響する。

このように、技術系裁判官職を民事裁判権に転用することでは、専門的知識に裏付けられた能力があるかを自ら適切に判断できないという問題を解決することはできない。このことは、より正確にいうならば、技術系裁判官にもあてはまる。まさに技術系裁判官は、自身の能力を不当にアピールする誘惑にかられるだろう。一方では、彼はこの目的のために技術系裁判官に任命されたのであり、それゆえこの任務を全うしようとするだろう。技術系裁判官が不適切な評価をする危険は大きい。その他、裁判体の中に、その者の能力に疑問を投げかける、専門を同じくする者は存在しない。また手続をできる限り迅速にするために、専門を同じくする者も、自身の同僚の自己評価に従う傾向にある。

d. 技術系裁判官のコスト

技術系裁判官をより一層専門化することは、それに伴う、

専門裁判官をあらゆる専門分野に「あてがう」経費に鑑みると、この問題の現実的な解決策ではないように思われる。あらゆる専門家が裁判官に任ぜられ、報酬を支払われることになるだろう。したがって、これに伴うコストは膨大であり、少なくとも効果に対する疑念に弁明できないだろう。——たとえば、労働裁判権あるいは地裁商事部の領域における——素人裁判官制度の存在も、これに対する反論とはならない。参審員職も素人裁判官職も、せいぜいのところその職務遂行につき補償がなされる、期間付きの名誉職である。[56] これらすべては、本稿でみたような、標準的な技術系裁判官職とは異なる。

Ⅳ．裁判手続に専門的資質を取り込むその他の形態

1．諮問委員会〔Beirat〕

ここではごく簡単にのみ、すでに冒頭で言及した、手続に第三者の専門能力を取り込むそのほかの形態について触れておくことにする。すなわち、諮問委員会の創設である。[57] もちろんこの種の制度もこれまでに編み出されている。もっとも、ＺＰＯのシステムの中では異物であろう。事実に関する認識の調達方法としては、これまでに二つのものが存在する。裁判官が自らの知識を自由に利用し、手続にそれを持ち込む方法、または証拠方法を用いる方法である。他方、裁判官が第三者に助言を求める場合、その経過を当事者は追体験できず、当事者はこれに影響を及ぼすことができない可能性がある。これは当事者の当事者権を切り詰め、手続を部分的に、一種の秘密司法にしてしまうだろう。かかる手続への当事者の関与の問題のほか、たとえば公開原則もこの点と関係する。これに対し、その他の、当事者権と公開の利益を考慮した形態は、鑑定人と比較した場合のメリットを失ってしまい、そのような諮問委員会の設置は時代遅れとなるであろう。

2．裁判体の専門化

その他の、上記とは区別される問題であるが、この関係で言及されるべきものとして、裁判体の専門化の問題がある。この点については、過去の経験から次のようなことがいえる。すなわち、法をそのつど適用するために、あるいは技術上の問題が生じるのが通常であるために、主題に関して一定程度精通している必要がある場合には、この種の専門化は推奨されるべきである。この点、モデルとなるものとして、医事法事件あるいは建築契約紛争に関する特別

管轄があげられる。多くの者にとって近寄り難い倒産法関係の紛争についても、倒産法関係の特別管轄を設けることにより、公刊された裁判に関する理解が深まり、当然、裁判の質も高まるだろう。もっともこの点についても、これまでにこれを確証する立法事実上のデータはない。その結果いずれにしても、効率性の向上に関しては確かなことをいうことはできない。[58]

すでに法律上の基盤を有する、[59]このような専門化は、いずれにしても、裁判官に追加講習〔Zusatzausbildung〕を施すよりも、場合によっては裁判官がいわゆる複数学位取得者である場合よりも、望ましいといわれる。[60]後者は、過去に時折主張されたものであるが、まったく非現実的であると思われるし、ついには、この種の裁判官にふさわしい報酬はどの程度かという問題も生じさせた。ドイツにおいては、このような専門化は、鑑定の質の問題を、一部で緩和する可能性があるという点では基本的に一致している。というのも裁判所は、専門化の程度が向上すれば、より事案に適合した証明対象を示すことができ、また鑑定の信頼性に関する専門的な審査を、より適切に行うことができるからである。

V. ドイツにおける鑑定法の新たな展開

鑑定をめぐる新たな議論は、とりわけ、鑑定の提出までに長期間を要することによる訴訟遅延の問題、および鑑定の質の改善が対象となっている。これは、二〇一五年の第七〇回ドイツ法曹大会の際に議論がなされた問題領域でもある。立法者はついに、この目的に資するように、――きわめて慎重に――これまでの鑑定法に対していくつか手を加えた。[61]全体として新たな規定は、経済界および実務において好意的な評価を得ている。以下では新たな規定と、これに関連する期待について述べることにする。

1. 鑑定人の中立性の確保

従前の規定によれば、当事者は、鑑定人の有する必要な専門知識に関する質問を、終盤の時点で初めてすることができた。ＺＰＯ四一一条三項にもとづき当事者は、鑑定人を口頭で意見聴取する期日において、これをすることができ、先行してなされる書面鑑定に関する報告〔Aussprache〕の後に行われる。いいかえれば、このときに初めて当事者は、指定された立証主題について、鑑定人

として呼ばれた者の専門知識が欠けていると異議を述べることができる。立法者は、これを遅きに過ぎると考えた。立法者の理解によると、法律にもとづき、当事者および関係人がより早い段階で、鑑定人たる者に意見を述べることができれば、実際的であるという。そのような機会は、裁判所が鑑定人を選任するための根拠事実をよりよいものとするであろう。法律に項を付加する形をとったため（ＺＰＯ四〇四条二項）、どの時点でそのような聴取を行うかは、依然として、裁判官の判断に委ねられる。聴取の時点は、個別具体的な事案に左右されるだろう。とりわけ裁判所が早期第一回期日を行うか、あるいは書面による事前手続を行うか否かの判断に影響を受けるだろう。これらの場合、相手方に訴状を送達させる、あるいは相手方に対して定められた期間内に答弁することを命じる、裁判所の処分が問題となる。立法者は、社会裁判所の手続を参考にしているが、同裁判所の手続ではこの聴取は、準備的手続開始措置〔vorbereitender verfahrensleitender Maßnahme〕あるいは審議期日〔Erörterungstermin〕（社会裁判所法一〇六条）において行われる。

裁判所が当事者に、鑑定人たる者を指名するよう求めることができる点に、変更はない。この場合、あるいは裁判所からの求めによらずに当事者または関係人が人物を提案した場合には、相手方当事者またはほかの関係人が、この提案について意見聴取を受ければ、それで十分である。事案に特段の事情があることを理由に、そのような聴取がなされないことが正当化される場合がある。かかる特段の事情は、たとえば迅速手続〔Eilverfahren〕や、特に迅速であることが必要とされる手続について認められる。後者の例として、家事手続法〔FamFG〕一五五条一項にもとづく親子関係事件における手続があげられる。同様のことは倒産法についても、開始要件を判断する鑑定人を任命する場合にあてはまる。当事者および関係人の聴取に方式性はなく、むしろこの聴取は、事案に適した鑑定人の任命のために必要な事実認識を向上させるためのものである。それゆえ聴取は、当事者が選任予定の鑑定人たる者に対してすでに意見を述べている場合、あるいは鑑定されるべき問題が非常に特殊で、その結果、鑑定者がそもそも少ない場合には、不要である。個別事案で、当事者あるいは関係人の聴取が、その人数の多さを理由に実施されないことさえありうる。新たな規定によって、裁判所の選任手続は、従前よりも「見通しのよい」ものとなり、したがって鑑定人の独立性と中立性への信頼は向上し、専門知識を有した鑑定

人の任命が担保されるはずである。

2．鑑定人の義務の拡大

任命された鑑定人には、従前の法によっても、広範な義務が課されていた。すなわち、鑑定人は遅滞なく、自らに対する鑑定委託が自身の専門領域に該当するか、また、他の鑑定人の助力を得ることなく処理できるかを吟味しなければならない。現行法ではこれに加え、裁判所が定めた期間内に鑑定委託を処理できるのかも、鑑定人は吟味しなければならない。さらに鑑定人は、いずれにしても遅滞なく、自らの中立性に対し疑念を抱かせる事由が存在するかも審査しなければならない。このような新たに加えられた義務とその不履行には、受訴裁判所によりしかるべき秩序金（Ordnungsgeld）が科されることで、制裁が加えられる可能性がある（新ＺＰＯ四〇七ａ条二項）。ＺＰＯ四一一条一項によれば、裁判所は鑑定人に、鑑定人の署名を付した鑑定意見書を送付すべき期間を設定しなければならない。上述の審査義務および報告義務は、鑑定人に早期に過度の負担を負っている状況を認識させ、鑑定人がこれを届け出ることを可能にする。過度の負担であるとの届出がなされた後に、どのような処置を講ずるのかは、裁判所に委ねられている。まず、鑑定人に対して、より長期の期間を与えることができる。また、ＺＰＯ四〇八条一項二文にもとづき、鑑定委託を免ずることもできる。鑑定委託の期間内の処理を妨げる事情の報告を、鑑定人が怠った場合、このことは鑑定人に認められた報酬に影響を与える可能性がある。鑑定人が報酬を受けるのは、鑑定人の鑑定意見を目的にしたがい〔bestimmungsgemäß〕利用できる場合に限られる。

報告義務は、上述したように、鑑定人の独立性に疑念を生じさせ得る事由についてまで広げられている。したがって鑑定人は、自己の鑑定意見の証拠力を減殺あるいは消失させる可能性のある、考えられる利益相反の存在を審査するよう仕向けられる。かかる義務は、当事者の義務〔Obliegenheit〕と競合している。当事者が訴訟中に、鑑定人の独立性や中立性に対し、合理的な疑念を抱いた場合には、ＺＰＯ四〇六条にもとづいて、不公正のおそれを理由に鑑定人を忌避することができる。当事者にとって当該事由を認識することは、困難であることが多い。それゆえ忌避事由は、極めて空疎なものとなるだろう。この点につき新たな規定は、考えられる利益相反につき裁判所へ自ら遅滞なく報告するよう、鑑定人に義務付けることで対策を

講じようとしている。裁判所は上述の事由を審査し、場合によっては別の鑑定人を任命しなければならない。くわえてこのような報告義務は、――新たな規定は明示的に定めているわけではないが――鑑定人の義務を免じる、その他の事由についても存在する。この場合も、上で記した義務の違反により、鑑定人は報酬請求権を失う結果となる。もちろんこのことは、鑑定人が不履行の責任を負う必要がない場合には、当てはまらない（司法報酬・補償法八ａ条一項）。鑑定人の新たな義務は、鑑定人に、任命直後の段階だけではなく、鑑定人の鑑定の全期間にわたって課されるものと解される。

鑑定人の義務に対応するのが、裁判所の新たな義務である。ここで特に強調されるべきは、書面による鑑定意見の作成を委託する場合に、鑑定人に対して鑑定意見を提出する期間を設定する、上述の義務である。これにより立法者は、作成期間の短縮を期待している。義務が履行されなかった場合、鑑定人に秩序金が科されるが、秩序金は三〇〇〇ユーロを超えてはならない。鑑定証明において書面を用いることで、遅延は減少するとみるのが、実務上有力である。それゆえ新たな規定は、書面による説明あるいは書面での鑑定意見の補充を鑑定人に命じることも可能としている。この規定が鑑定意見作成の迅速化に寄与するのか、寄与するとしてそれがどの程度なのかは、はっきりとしない。この点に関する見解は、――立法手続においても――様々であった。一部の見解からは、この規定は歓迎された[62]。これに対し、かかる期間設定義務に反対する見解もあった[63]。期間設定という方法がこれまで用いられてこなかったという事情からすると、少なくとも裁判所は、期間の設定により手続が短縮されるとは考えていないといえる。また、仮に一度設定された期間を延長できるとしても、期間の設定により専門知識のある鑑定者を思うように用意できなくなる可能性もある[64]。この点で、反対説が参考となるだろう。また多くの場合裁判所は、期間設定との関係で、鑑定意見の作成にどれほどの負担がかかるかを評価できないことも問題である[65]。

独立性を疑わせる事由についての自己情報に関する限りでいえば、かなり漠然とした鑑定人の情報提供義務によって、立法者の目的が達成されるのかが少なくとも問題となるように思われる。仲裁手続における、仲裁人に係る情報提供義務に関する経験は、むしろマイナス材料を提供する。鑑定人が鑑定意見を作成する意欲がある場合、少なくとも中立的な観察者の目からすれば独立性に疑念が残る事由を、

鑑定人は自分には問題のないものと性質づける傾向にある。かかる事由が鑑定人の独立性に疑問を投げかけるかを評価するよう鑑定人に義務付けるのではなく、一定の事由につき情報提供を求める具体的な質問表を鑑定人に送付することによってのみ、裁判所はこの問題を予防することができるだろう。しかし、そのような踏み込んだ鑑定人への質問を、法律の規定が内容として含んでいるのかは、少なくともかなり疑問があるように思われる。

さらに、過去においてすでに、鑑定人に仕事の余力〔Arbeitskapazität〕がないために、鑑定人の任命が失敗に終わっている点も見逃すべきではない。しかし裁判所は、多くの事例において、特定の人物、あるいはごく限られた人脈に、鑑定人を頼らざるを得ない。鑑定人を別の者へ変更したり、あるいは人脈を広げたりすると、質の喪失につながる。結局、再度、鑑定意見を入手する必要がある場合、判決の質に目を瞑るか、手続を延長するかのどちらかになるだろう。私の一三年余の高裁での裁判官としての職務経験からすると、専門知識を有する鑑定人の確保は、医学領域であれ、工学・理学領域であれ、きわめて難しいといえるだろう。前者については、通常、専門につき高名な医師が対象となるが、そのような者には、結局、医師としての職務とともに、鑑定者としての任務を引き受けるだけの余力はほぼない。前者の活動を行わないと、しばしば学問の最先端から取り残される。したがって、資質のある鑑定者の数が限られていることを考慮して、手続法の領域で新たな立法措置をしたとしても、遅延の根本的な問題は一定程度までしか解決されない。鑑定人により高い報酬を与えたならば、個々のケースごとに、鑑定意見作成のメリットと負担過剰の衡量がなされるだろうが、この問題の防止には、全体として、金銭的なインセンティブもほとんど効果がないように思われる。

3. 質の向上

とりわけ家事事件手続の領域、また親子関係事件に関する限りであるが、非訟事件手続の領域で、質の欠如が顕在化している。家庭裁判所での鑑定の領域での学術調査は、驚くべき結果を示した[66]。家庭裁判所では、家族心理学に関する鑑定が重要な役割を果たしている。年間一〇〇〇〇件近くの鑑定意見が作成されているが[67]、鑑定人の一〇％近くは、一度も十分な職業資格を明示していない。このような資質の欠如をみたとき、この理由だけで、一〇〇〇件近くの家族心理学の鑑定書に誤りがある可能性がある。かかる

状況に鑑みれば、立法者は早急に対策を講じる必要があった。法は、しかるべき新規定により、鑑定人の職業資格に関する最低基準を定めた。もっともこれは極めて広範であり、心理学、精神療法学から、医学、さらには教育学あるいは教育社会学の職業資格に至るまで多岐にわたる（新家事非訟事件手続法一六三条）。これによって立法者は、鑑定の質の向上を期待している[68]。この点に鑑みると、問題のある記載〔die beschriebenen Missstände〕を減らすためには、一般推薦の利用を続けることはできなかった。法に列挙された資格について、立法者は十分なカタログを作ることに成功したかについては、本稿ではこれ以上立ち入るつもりはない。親の監護、交流権〔Umgangsrecht〕および子の引渡しの裁判に関して、教育学、教育社会学あるいは医師の職業資格がこれらの手続で要求されていない、との批判がしばしばなされている[69]。心理学の職能団体の中には、心理学あるいは医学の大学の卒業と、補充的に法社会学に関する資格付与〔Qualifizierung〕を要求するものもある[70]。法定の資格表にこのような要件を取り込むことは、立法手続において、ある連邦州の拒否権により最終的には実現しなかった。

この種の資格を列挙することの根本的な問題は、このような批判から明らかとなる。十分な資格を、はっきりと示すことは困難な場合が多い。このことはまた、大学教育の問題についてもあてはまる。少なからぬ事案や領域では、実務経験をともなわない基礎理論教育よりも、職業経験の長さの方がより重要であろう。つまりある問題につき、大学卒業資格を有するが、実務経験が少ないかもしれない建築技術者よりも、何十年もの間の建築監督業務経験を有することが、建築鑑定人たる者により高い専門能力があるという評価につながることもありうる[71]。私の見るところ、鑑定意見は――仮にこれが教育を受けた外科学の専門医によって作成されたものであったとしても――その質はまちまちである。したがって、教育が同等であることは、質が同等であることを決して担保しない。それゆえ、最低限の基準が、最低限の質を担保するのがせいぜいのところである。これに対して、鑑定人が裁判所にとって利用可能な鑑定意見を作成するためには、民事訴訟における証拠方法として、自らの鑑定が果たす役割について正しい理解を有することが、より重要であるように思われる[72]。この点、本来は鑑定人を任命する前に、そのような――補充的な――教育に関する証明を要求するべきであろう。鑑定人との対談からは、自身のした鑑定の機能、つまり訴訟における自身

の活動の意味をよりよく評価できるよう、鑑定人の側もこの点に関心を有しているとの報告がなされている。

一部の見解は、現行法上存在する、鑑定の質を向上させる一連の方法が、これまで利用されずにきたことを批判する。かかる方法には、被任命経験者〔Bestellkörperschaft〕をデータベース化した名簿の作成と閲覧のほかに、鑑定人候補者バンクの構築への専門団体、手工業会議所ならびに商工会議所による協力がある。その対象者は、営業法にもとづき公に任命され、宣誓した鑑定人だけではなく、とりわけ認定、あるいは資格付与された鑑定人も含まれることになる。[73] この鑑定人に、たとえばドイツ技術審査認定機関〔Deutsche Akkreditierungsstelle〕による、DIN EN ISO/IEC 17024[74] にもとづいて資格付与された鑑定人は該当し、強度の監督に服している。[75] まさに後者の点に特別の価値があるのだろう。なぜなら、資格付与はそれ自体、資格の付与後短い期間で、実質的には意味を失う可能性があるからである。

かかる措置は、認証要件が適切であり、それが遵守されるよう継続的な監査を義務付けられているならば、質の向上に寄与するだろう。

4. 私鑑定の活用

当事者側から鑑定の委託をすることは、訴訟の準備時間を含めるならば、時間的には手続の迅速化をもたらさない。反対説は、手続の準備のための〔verfahrensvorbereitend〕鑑定を、手続期間に含めないことで、手続の短縮を手にしている。このことは、アングロアメリカ法における方法に対応する。アングロアメリカ法によれば、トライアルはきわめて短期集中的な手続であるが、多かれ少なかれ広範な証拠探査（*discovery*）を前提としている。手続期間に関して有用な命題は、結局のところ、証拠調べ手続も手続期間に算入した場合にのみ、手にすることができる。

私鑑定の利用強化は、たとえばイギリス法の規律に対応する。イギリス法では、鑑定人そのものは独立の証拠方法ではなく、むしろ専門家証人〔*expert witness*〕として証人のルールに服する。このルールには交互尋問も含まれる。つまり鑑定人は、ヒアリングの範囲内で、相手方からの徹底的な質問にさらされる。これはいずれにしても、ドイツ訴訟法とは異質であり、目に見える長所を伴わない。まったくに逆にかかるルールによれば、相手方も自らの見解を正当化するために、鑑定意見を提出することになる。したがって、必ずしも質の改善が伴うわけではないのに、手続

に投入される鑑定意見は増加する。

多くの事案では、――これは推測だが――鑑定人を、最初から、思うように用意することはできないだろう。なぜなら、鑑定人はこのような手続を引き受けたがらないからである。すると、そのような手続でより信頼に足ると思わせるのは、必然的により良い鑑定人ではなく、手続において「より良い外観」を演じる者である。それゆえイギリスの弁護士は、自分と懇意の鑑定証人を起用する傾向がある。そして鑑定人がこれまで様々な手続において相手方からの尋問を切り抜けてきた点を、弁護士が前提とするのであれば、検討対象である証明問題に関する具体的な専門能力の点では、この鑑定証人は他の者と比べて適切ではない。

欧州特許条約および統一特許裁判所の創設に関する条約[76]〔EPGÜ〕の手続ルールにもとづいた規律を一般民事手続に導入できるかを考えた場合、疑念は強まるはずである。そこでは、当事者鑑定〔Parteigutachten〕を裁判所鑑定に優先させることが試みられている。統一特許裁判所手続規則〔以下、EPGVerfという〕一八一条によれば、一方当事者は鑑定人の書面による鑑定意見を委託することができ、鑑定人は独立性および中立性を保障される。この方式は、EPGVerf一八五条一項にもとづく職権による裁判所鑑定に対して優先する。

ドイツにおいて、これまで裁判手続において当事者鑑定は、非独立性および非中立性に対する当然の疑念を理由に、大きな役割を果たしてはいなかった[77]。当事者は裁判前の手続で、訴訟の見通しを立てるために、また訴えの提起、あるいは訴えの棄却に必要な陳述をする目的で、この種の鑑定意見を入手する。この場合この鑑定人は、自らの裁判前の行為を理由に、またいずれにしてもこの行為による独立性と中立性に対する疑念を理由に、裁判所の鑑定人としては除外される。連邦通常裁判所も、通常、鑑定に代わる当事者鑑定は適切ではないことを前提としている。もっとも裁判所が、証明問題について、法的な誤りなく確信ある回答に達した場合には、当事者鑑定から心証形成をすることは許されるとする。つまり当事者鑑定は、当事者双方が鑑定に対して異議を述べなかった場合にのみ考慮される。この場合、――証拠方法としてではなく、むしろ適格な陳述として――当事者鑑定により、裁判所は自らの専門知識を形成し、鑑定人を呼出すことなく事件に関する裁判をする。全体として、私鑑定のさらなる活用は、これまで述べてきた、鑑定人の独立性および中立性の観点からは、問題である。資格証明や刑事責任もしくは民事責任により、一面的

な鑑定を阻止できるとする考え方にも疑問がある。責任については、民法八三九ａ条が類推適用されるはずである。くわえて、従前まで頻繁に利用されてきた免責や責任制限規定を目にすれば、そのような責任を第三者に対して追及することは難しいはずである。刑事責任の基礎は、いずれにしても、現行法にはない。

結局、当事者鑑定を優先させるような制度を一般民事訴訟に導入することを正当化し得るほどの、決定的な検討結果は存在しない。

Ⅵ．まとめ

鑑定は、厳格な証明のほかの形態とは著しく異なる。鑑定人の行為は、構造的に裁判官のそれと極めて類似している。しかしその力点は、仮に個々の場合において、事実問題と法律問題を完全に区別することが難しいとしても、鑑定人の鑑定の領域にある。「専門家〔Experten〕」に裁判官の役割を認めることによっては、鑑定人の特殊性と結びついた問題は、解消されない。たしかにこの種の整理は、憲法上は、将来的に一定の条件のもとで可能であり、若干の効率性をもたらす余地がある。しかし結局は、そのような効果は決して確実なものではないし、判決獲得がかなり見通しのきかないものとなり、また正当化できない負担を甘受しなければ、実現できない。

質の獲得は、裁判主体の一層の専門化によって実現される。これに対して、最近、立法者によりなされた、鑑定法の領域での法改正は、手続期間の縮減に部分的に寄与するに過ぎない。法が施行されてまだ間もないため、現時点で、改正の実際の効果については言及を控える。私鑑定のより一層の活用は、ＺＰＯのシステムに内在する限界が存在する。この限界は、とりわけ、私鑑定人の独立性と中立性に対する疑念から生じる。また、効率性の実現も直接には実現しえない。

［訳者付記］

本稿は、平成二九年三月二八日に慶應義塾大学で行われたセミナーにおいて報告して頂いた、ドイツ連邦共和国ドレスデン工科大学法学部ヴォルフガング・リュケ教授の報告原稿を翻訳したものである。

リュケ教授は、一九八三年に第二次司法試験に合格された後、わが国の民事訴訟法学界とも関係が深かった、フライブルク大学故ペーター・アレンス教授の助手をされたほ

か、同教授のもとで博士論文を書かれている。その後シカゴ大学に留学され、法学修士の称号を得られた。帰国後は再びフライブルク大学に戻られ、そこで教授資格論文を書かれている。そして、コンスタンツ大学を経て、一九九二年にドレスデン工科大学法学部の正教授として赴任され、現在に至っている。また、一九九五年から一九九七年まで同大学法学部長、また就任以来現在に至るまで外国及び国際的法統一研究所の所長として活躍されている。また、一九九六年から二〇〇九年までドレスデン高等裁判所判事を務められ、その後、二年間にわたってミュンヘンで弁護士業務にも携わっておられる。

この経歴から解るように、リュケ教授は、単に理論だけでなく、民事裁判実務に対しても造詣の深い方であり、今回の講演のテーマである鑑定についての報告にはまさにうってつけの人物である。

本稿は、専門的な事件に専門家が裁判官としてかかわる可能性を指摘された上で、その当否を、様々な角度から分析・評価されている（Ⅲ）。続いて、専門家を裁判官という形態以外で関与させる可能性を検討され（Ⅳ）、ドイツにおける鑑定をめぐる最新の議論を紹介し、それを丹念に検討した上で評価をされている（Ⅴ）。

現在わが国の民事訴訟法においては、専門家を訴訟に関与させる制度として、鑑定人・専門委員の制度があるが、いうまでもなく、これは完全無欠の制度ということはできない。したがって、本稿は、わが国の専門家の裁判関与の制度を考える上で、豊富な比較・検討の材料を提供するものといえ、わが国の民事訴訟法学会にも裨益するところが大きいと思われる。よって、リュケ教授とのセミナーを開催したことを契機として、リュケ教授の報告原稿を訳出した次第である。

リュケ教授を囲むセミナーには、慶應義塾大学法学部・法科大学院のスタッフや他大学からも多くの方々に参加して頂いた。そして当日は、それらの方々とリュケ教授との間で、和やかな中にも真剣な議論が展開された。この場をお借りして、お忙しいなかセミナーに参加し、意見交換をして下さった方々には心からお礼申し上げる次第である。本稿は、本間准教授と私の共訳となっているが、実質的な下訳は全面的に本間准教授にして頂いた。改めて感謝申し上げたい。

なお、石川明教授記念手続法研究所では、原則として、毎年二名の民事手続法の分野の研究者ないし実務家を外国からお招きして、セミナーや講演会を開催している。今回

もその一環としてリュケ教授を招聘したものであるが、期待通りの成果が上がったと思っている。同教授の招聘に当たっては、石川明教授記念手続法研究所から多大なご援助を賜った。記して感謝する次第である。

（三上威彦）

※ 本研究は、平成二八年度電気通信普及財団研究助成による研究成果の一部である。

（1） たとえば、*Arens*, in: Rehbinder (Hrsg.), Recht im sozialen Rechtsstaat, 1973, S. 279; *Marburger*, Wissenschaftlich-technischer Sachverstand und richterliche Entscheidung im Zivilprozess, Karlsruhe 1986; *Pieper*, ZZP 84 (1971), 1 ff.; *Pieper/Breuning/Stahlmann*, Sachverständige im Zivilprozess, München 1982; *Olzen*, ZZP 93 (1980), 66 ff. など。また、各文献ではさらに多くの文献が紹介されている。

（2） ただし、*Danner*, Justizielle Risikoverteilung durch Richter und Sachverständige im Zivilprozess, Berlin 2001 をみよ。

（3） たとえば、*Hans-Jürgen Ahrens*, ZRP 2015, 105 ff.; *Greger*, NZV 2016, 1, 4 f.; *Meller-Hannich*, ZZP 129 (2016), 263 ff.; *Schobel*, MDR 2014, 1003 ff.; *Seibel*, NJW 2014, 1628 ff.; *Stamm*, ZZP 124 (2011), 433 ff.

（4） *Callies*, Der Richter im Zivilprozess – Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß? in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Band I, Gutachten, Teil A, München 2014, S. A 105 ff.; 討議については、I 65 頁以下、ならびに I 92 頁以下（*Hans-Jürgen Ahrens*, u.a.）も参照。

（5） Präsident des Oberlandesgerichts Hamm, Langdauernde Zivilverfahren – Eine Untersuchung der OLG Hamm, Jena und Nürnberg sowie dem KG, http://epub.sub.uni-hamburg.de/epub/volltexte/2013/17880/pdf/LangdauerndeWPMALSV.pdf, S. 88, 136 ff.（二〇一七年一月二八日閲覧）

（6） たとえば、二〇一五年一二月九日の鑑定法の改正ならびに家事事件手続および非訟事件手続に関する法律のさらなる改正に関する法律〔*Gesetzes zur Änderung des Sachverständigenrechts und zur weiteren Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*〕案の改正理由、BT-Drs. 18/6985, S. 1 を参照。

（7） この点につき、（欧州）統一特許裁判所（EPG）手続規則案の観点から論じるものとして、とりわけ、*Ahrens*, ZRP 2015, 105.

（8） *E. Schmidt*, JZ 1961, 585 がすでにこの問題を刑事手続について提起している。この点については、*Pieper*, ZZP 84, (1971) 1, 38 ff. も参照。

（9） そのように表現するものとしてたとえば、*Pieper*, in: ders./Breunung/Stahlmann, S. 36 を参照。ピーパーは、裁判官に非常に近い、同時に助言者である独特の主体を念頭に置いている。

（10） そのようにいうものとしてたとえば、*Lotz*, Referat zum 70. DJT (Der Richter im Zivilprozess – Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß?), Band II, 1, S. 114, sowie These 1.4, S. 124.

（11） *Schobel*, MDR 2014, 1003 の論文のタイトルがそうである。

（12） たとえば、第七〇回ドイツ法曹大会の決議第一項を参照。

（13） たとえば、提案第六項および七項の票決を参照。

（14） 四つの高裁管区に限ったものであるが、前掲注（5）を参照。また、*Meller-Hannich*, ZZP 129 (2016), 263 ff. も参照。もっとも同論文は、信頼できる、少なくとも彼女の基準により検証できる立法事実にもとづいていない。

（15） そのようにいうものとしてたとえば、*Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., 2010 § 110 Rn. 19.

（16） この点については、*Arens*, 1. Deutscher Landesbericht, in: Nicklisch (Hrsg.), Der technische Sachverständige im Prozeß, Heidelberg 1984, S. 29 ff., 37 ff.

（17） この点を指摘するものとして、*Meller-Hannich*, ZZP 129 (2016), 263, 266 ff.; *Danner*, aaO. (Fn.2), S. 37 f.; *Wagner*, in: Nicklisch/Schottelius/Wagner, Die Rolle des wissenschaftlich-technischen Sachverstandes bei der Genehmigung chemischer und kerntechnischer Anlagen, Karlsruhe 1982, S. 107, 110 ff. も参照。

（18） たとえば、仕事の瑕疵を明らかにする場合の、ＢＧＢ六三三条二項二文二号を参照。

（19） *Stamm*, ZZP 124 (2011), 433, 440.

（20） *Stamm*, ZZP 124 (2011), 433, 439 f. はそのように論じる。同論文は、この関係で「スプリッツ〔Spagat〕」や「手足を広げること〔Spreizung〕」という言葉を用いて、「一人二役〔Personalunion〕」（鑑定人とは、証拠方法として側面と助言者としての側面がある）と理解し、これを立法者の「卓越した手管」とみる。つまるところ、このようにみることで、意図していなかった、また法で定められていない事柄に法律や立法者は服するのか、という問題が無理に設定されている。

（21） もっとも *Stamm* aaO. (Fn.19) は、これを導出する。

（22） *Stamm*, ZZP 124 (2011), 433, 439 は、「裁判官にない専

門知識の埋め合わせ」が重要であるという。つまるところ、*Stamm* は、このような役柄を用いて、能力を欠く事態を解消することができるとする。これは、非現実的な考えであるだけではなく、さらに法律が特許裁判所の技術系裁判官について定める要件に反する考えである。

(23) *Stamm*, ZZP 124 (2011), 433, 443 のみを参照。*Stamm* はＺＰＯ二七三条二項四号を指摘する。

(24) もっとも、*Stamm*, ZZP 124 (2011), 433, 437 f. はそのような解釈をとる。これに同調するものとして、*Schobel* MDR 2014, 1003, 1004.

(25) Zöller/*Greger*, ZPO, 31. Aufl., 2016, § 273 Rn. 11.

(26) 裁判所のこの行為は、この場合、裁量の瑕疵である。*Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, 13. Aufl., 2016, § 144 Rn. 5 f. m.w.N.; s. auch BGH, Urteil vom 16.10.1986 – III ZR 121/85, MDR 1987, 212 (für den Fall der eingestandenen Unkenntnis).

(27) OLGR Frankfurt 2008, 67, 68; *von Selle*, in: Beck'scher Online-Kommentar ZPO, 23. Edition (Stand 01.12.2016), § 144 Rn. 11.

(28) 専門能力の自己評価が不適切であった場合、上訴、その他の法的救済が認められないことにより、ＺＰＯ三一一ａ条にもとづく審問に関する異議〔Anhörungsrüge〕を根拠づけることは、通常はできないと考えられている。法的審問の侵害に関する問題については、BGH, Beschluss vom 26.08.2014 – X ZB 1912, GRUR 2014, 1235 を参照。

(29) 論争について概観するものとして、*Kahlke*, ZZP 94 (1981), 50, 55 ff.; *Olzen*, ZZP 93 (1980), 66, 82 ff. を参照。

(30) *Koch*, JR 1956, 369 f.; *Probst*, DRiZ 1975, 359, 362; *Rudolph*, JZ 1975, 316, 320.

(31) たとえば、*Pieper*, ZZP 84 (1971), 1, 40 を参照。そのほかにこの点を指摘するものについては、*Marburger* aaO. (Fn.1), S. 16 Fn. 16 を参照。

(32) 詳細については、*Pieper*, ZZP 84 (1971), 1, 40; *ders.*, in: Pieper/Breunung/Stahlmann, aaO. (Fn.1), S. 17 ff. を参照。また、*Wagner*, in: Nicklisch/Schottelius/Wagner, aaO. (Fn. 17), S. 107, 112 f. ～参照。

(33) *Marburger*, aaO. (Fn.1), S. 21 ff. を参照。

(34) *M. Jacobs*, in: Stein/Jonas, ZPO, Bd. 10, 22. Aufl., 2011, § 109 Rn. 1.

(35) 基本的に商事裁判官（ドイツ裁判官法四五条）の意義に疑問を抱くものとして、*Zimmermann*, in: MünchKomm-ZPO, 4. Aufl. 2013, § 105 GVG Rn. 1.

(36) 大学の代わりに、工業大学ないし経済大学〔technische oder landwirtschaftliche Hochschulen〕または国内、ＥＵ構成国内あるいは欧州経済圏の締約国内の鉱山大学〔Bergakademien〕も考慮に値する。

(37) 通説である。たとえば、BGH, Beschluss vom 26.10.1962 – I ZB 18/61, BGHZ 38, 166; BGH, Beschluss vom 30.9.1997 – X ZB 17/96, GRUR 1998, 373; *Schäfers/Schwarz*, in: Benkard, Patentgesetz, 11. Aufl., 2015, § 65 Rn. 20.

(38) この点につき詳細は、BGH, Beschluss vom 30.9.1997 – X ZB 17/96, GRUR 1998, 373; 同判決につき、*A. Bender*, GRUR 1998, 969; また、*Bruchhausen*, Festschrift Vieregge, 1995, S. 91 ff. も参照。

(39) この場合、定数より多く裁判官を配置することが、知財裁判所と同様に憲法上正当化されるかは、決して確かではないが、このことは他の民事裁判権の多くの領域についてもいえることである。この点については前掲注（38）を参照。

(40) この問題については、*Pieper*, ZZP 84 (1971), 1, 39 も参照。

(41) *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand 78. EL (09/2016), Art. 92 Rn. 66.

(42) *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand 78. EL (09/2016), Art. 92 Rn. 67 m.w.N.

(43) *Hillgruber*, aaO. (Fn.42).

(44) *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand 78. EL (09/2016), Art. 92 Rn. 68.

(45) *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand 78. EL (09/2016), Art. 92 Rn. 72.

(46) *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand 78. EL (09/2016), Art. 92 Rn. 69.

(47) *Hillgruber*, aaO. (Fn.46).

(48) *Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand 78. EL (09/2016), Art. 101 Rn. 8.

(49) この点については、たとえば、*Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand 78. EL (09/2016), Art. 101 Rn. 42 ff. を参照。

(50) 全体について、*Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand 78. EL (09/2016), Art. 101 Rn. 44 を参照。

(51) *Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand 78. EL (09/2016), Art. 101 Rn. 4. を参照。

(52) BVerfG (Plenum), Beschluss vom 08.04.1997 – 1 PBvU 1/95, BVerfGE 95, 322.

(53) BVerfG aaO. (Fn.41); *Bruchhausen*, Festschrift Vieregge, 1995, S. 91, 95 f.

(54) この点については、前掲注（26）参照。

(55) 一部で鑑定人について要求されているように、裁判官に通説のみを報告するように義務付けることもできない。

(56) 商事裁判官については、微々たるものにすぎない。この点については、GVG一〇七条を参照。さらに、労働裁判官については、JVEG一五条、五条以下を参照。労働

裁判官は商事裁判官と異なり、ＪＶＥＧの意味での名誉職業裁判官であるが、商事裁判官について同じことは明らかに当てはまらない。ＪＶＥＧ一条一文二号参照。

(57) *Pieper*, ZZP 84 (1971), 1, 34 ff. m.w.N.; *Friedrichs*, ZZP 83 (1970), 394, 417.

(58) *Hirtz*, NJW 2014, 2529, 2532.

(59) ＧＶＧ二一ｅ条一項、ＺＰＯ三四八条一項二文参照。

(60) たとえば、*Arbab-Zadeh*, NJW 1970, 1218 f. を参照。異動〔Umsetzung〕の可能性を欠くことを理由に否定するものとして、*Olzen*, ZZP 93 (1980), 66, 85 f.; *Schobel*, MDR 2014, 1003, 1006 も参照。同論文は、裁判官の継続教育義務の問題についても言及する。

(61) *Gesetz zur Änderung des Sachverständigenrechts und zur weiteren Änderung des FamFG sowie zur Änderung des SGG, der VwGO, der FGO und des GKG* vom 11.10.2016, BGBl. I, 2222; この点については、*Lüblinghoff*, ZRP 2016, 45 ff.

(62) そのようなものとして、連邦議会法務委員会におけるドイツ弁護士会の意見書がある。

(63) 立法手続における議論と呼び出される鑑定人に関する種々の見解について詳細は、*Meller-Hannich*, ZZP 129 (2016), 263, 283.

(64) *Meller-Hannich*, ZZP 129 (2016), 263, 283.

(65) *Meller-Hannich*, ZZP 129 (2016), 263, 283.

(66) *Stürmer/Salewski*, DRiZ 2014, 282 f.

(67) 詳細については、次の研究を参照。*Stürmer/Salewski*, Qualitätsmerkmale in der familienpsychologischen Begutachtung, http://www.fernuni-hagen.de/psychologie/qpfg/pdf/Untersuchungsbericht1_FRPGutachten_1.pdf.

(68) BT-Drs. 18/6985, S. 17 を参照。

(69) *Kannegießer*, NZFam 2015, 620, 621 f.

(70) *Hartman-Hilter*, NZFam 2015, 600, 601.

(71) 家族心理学の鑑定の領域に関する前掲注（67）の *Stürmer/Salewski* の研究を、他の領域に転用するのは説得力がない。おそらく別様に解するものとして、*Meller-Hannich*, ZZP 129 (2016), 263, 274.

(72) *Kannegießer*, NZFam 2015, 620, 621 も同様。同調するものとして、*Meller-Hannich*, ZZP 129 (2016), 263, 275.

(73) *Ahrens*, ZRP 2015, 105, 106 f.; *Meller-Hannich*, ZZP 129 (2016), 263, 275.

(74) ドイツ連邦鑑定人・専門鑑定者協会〔Bundesverband Deutscher Sachverständiger und Fachgutachter e.V.〕のＷｅｂページ〔http://www.bdsf.de/zertifizierung-fuer-sachverstaendige/din-en-iso-iec-17024〕を参照。

(75) *Meller-Hannich*, ZZP 129 (2016), 263, 275.

（76） この点については、*Sedemund-Treiber*, GRUR 2001, 1004 を参照。同論文は、当時、欧州知的財産権手続でも技術系裁判官を任命するよう主張していた。

（77） かかる観点については、*Meller-Hannich*, ZZP 129 (2016), 263, 276 ff., insbes. 278.