

民事訴訟における法律家と専門家の協働 —法律家と専門家の違いを乗り越えて—

西口 元^(*)

社会及び経済の発展に伴い、医学知識等の専門知識が必要となる訴訟事件が増加している。そのような専門訴訟の適正かつ迅速な解決のためには、医師等の専門家の協力が必要となる。しかし、法律家と専門家との考え方の違い等から思わぬ誤解が生じたりして、両者の円滑な協力関係を築けないこともある。知財訴訟においても、法律知識のほかに工学等の専門知識が必要とされる。本稿では、法律家と専門家との円滑な協力を阻害している両者の考え方の違い等を分析し、法律家と専門家との円滑な協力関係を築くための一つの審理モデルを提案する。

I. はじめに

1. 平成 8 年の民事訴訟法改正

法制審議会民事訴訟法部会が、利用しやすく分かりやすい民事裁判を目指して、平成 2 年 7 月から審議を重ねてきた民事訴訟法改正法案は、平成 8 年 6 月 18 日、参議院本会議において可決され、平成 8 年法律第 109 号として、同年 26 日公布された。民事訴訟法の改正は、大正 15 年の全面改正以来、約 70 年ぶりの大改正であり、金と時間がかかると批判されてきた民事訴訟実務に大きな影響を与えた。

主要な改正点は、①争点整理手続の整備、②証拠収集手続の拡充、③少額事件訴訟の創設、④最高裁判所に対する上訴制度の整備である⁽¹⁾。

2. 平成 15 年の民事訴訟法再改正

しかし、近年の科学技術の進歩、社会・経済関係の高度化・国際化に伴って、高度な自然科学の知識等の専門知識を要する民事訴訟が増加している。このような民事訴訟の現状を踏まえて、平成 13 年 6 月 12 日に取りまとめられた司法制度改革審議会意見書において、専門訴訟への対応の強化などの民事訴訟法等の改正についての提言がされた。この提言を受けて、平成 13 年 9 月から、法制審議会の民事・人事訴訟法部会において、民事訴訟法の改正について検討が開始された。その後、「民事訴訟法改正要綱中間試案」を公表して、これをパブリック・コメント手続に付して、広く国民の意見を聴取し、その結果に基づいてさらに検討を加え、平成 15 年 1 月、「民事訴訟法の一部を改正する法律案要綱案」が決定され、同年 2 月には、「民事訴訟法の一部を改正する法律案要綱」が決定され、法務大

(*) 東京高等裁判所 判事

(1) 民事訴訟法の改正経緯については、柳田幸三ほか「新民事訴訟法の概要(1)」NBL600 号(1996 年)46 頁以下、法務省民事局参事官室編『一問一答 新民事訴訟法』3 頁以下(商事法務研究会、1996 年)を参照されたい。また、明治 23 年の民事訴訟法の制定から戦後の民事訴訟規則の制定等に至る民事訴訟制度改革の歴史については、小山稔「わが国における民事訴訟促進方策の歩み」判タ 601 号(1986 年)19 頁以下、小山稔「民事訴訟制度改革の軌跡」自正 40 巻 8 号(1989 年)32 頁以下、中野貞一郎「司法改革の軌跡」三ヶ月章先生古稀祝賀・民事手続法学の革新(上)1 頁以下(有斐閣、1991 年)をそれぞれ参照されたい。日本の民事訴訟制度改革は、争点整理の充実と集中証拠調べの実施という二本の軸を中心になされてきたが、いずれの改革も、所期の目的を達成することはなかった。争点整理メニューの充実と集中証拠調べの実現を目指す今回の民事訴訟法の改正も、基本的には従来の改革と軌を一にしている。この点をとらえて民事訴訟法の改正の成果に疑問を呈する論者もいるようであるが、私は、今回の改正は、裁判官と弁護士が協働して民事訴訟実務の改革に取り組んだ成果を取り入れたものであるという点において、ともすれば裁判所と弁護士会とが対立し、民事訴訟の現場の声が法改正作業に届きにくかった従来の法改正とは異なっており、ドイツ法の物真似から脱却した日本固有の民事手続を創造することのできる大きな手掛かりを与えるものだと考えている。実務の改善の提案については、西口元「争点整理及び人証拠調の充実策」佐々木宏教授古稀祝賀・早法 69 巻 4 号(早稲田大学法学会、1994 年)325 頁以下、井垣敏生ほか「＜パネル・ディスカッション＞争点整理及び集中証拠調べをめぐる諸問題」判タ 848 号(1994 年)4 頁以下、第一東京弁護士会民事訴訟促進等研究委員会「新民事訴訟手続試案(迅速訴訟手続要領)」ジュリ 914 号(1988 年)40 頁以下、第二東京弁護士会民事訴訟改善研究委員会「民事訴訟充実促進シンポジウム—民事訴訟充実促進マニュアル試案を基に—(上)(下)」判時 1338 号(1990 年)3 頁以下、1339 号(1990 年)3 頁以下、大阪弁護士会「民事裁判改善シンポジウム」判タ 758 号(1991 年)8 頁以下をそれぞれ参照されたい。平成 8 年の民事訴訟法改正の目玉である集中証拠調べについては、田村洋三「民事集中審理について—その実務的経験から—(上)(下)」判時 1383 号(1991 年)3 頁以下、1384 号(1991 年)13 頁以下、井垣敏生「民事集中審理について—体験的レポート—」判タ 798 号(1993 年)6 頁以下、西口元ほか「チームワークによる汎用的訴訟運営を目指して(1)～(5)—事前準備、争点整理及び集中証拠調べの一つのモデル—」判タ 846 号(1994 年)7 頁以下、847 号(1994 年)11 頁以下、849 号(1994 年)14 頁以下、851 号(1994 年)18 頁以下、858 号(1994 年)51 頁以下、西口元「民事訴訟の汎用的審理モデルを目指して—事前準備、争点整理及び集中証拠調べの一つのモデル—」民訴 41 号(日本民事訴訟法学会、1995 年)219 頁以下、伊藤眞ほか「＜座談会＞民事集中審理の実態—東京地裁・大阪地裁における試み—」判タ 886 号(1995 年)4 頁以下、西口元ほか「集中審理をめぐる—二一世紀の民事裁判の方向—」山形大学法政論叢 5 号(山形大学法学会、1996 年)77 頁以下、西口元ほか「『対話型審理』における裁判官と書記官との対話—対話、対席、対質—」井上正三ほか編『対話型審理』246 頁以下(信山社、1996 年)、西口元「対質尋問の実証的研究」中村英郎教授古稀祝賀『民事訴訟法学の新たな展開』265 頁以下(成文堂、1996 年)、西口元「争点整理の原点に立ち返って」判タ 915 号(1996 年)59 頁以下をそれぞれ参照されたい。

臣に答申された。この要綱に基づいて「民事訴訟法等の一部を改正する法律案」が閣議決定され、衆議院に提出され、衆議院及び参議院でそれぞれ可決され、平成15年7月16日、平成15年法律第108号として公布された。

平成15年の民事訴訟法の再改正は、計画審理、証拠収集手段の拡充等も目標にするものであるが、民事訴訟の解決のために医学知識等の専門的知識を要する専門訴訟(以下「専門訴訟」という。)の充実強化が大きな目標であった。専門訴訟に関する主要な改正点は、①専門委員制度の創設、②鑑定制度の改善及び③知的財産権関係訴訟の管轄等である⁽²⁾。

3. 法律家と専門家との協働の必要性

民法等の実体法は、ある法律要件の存在が確定されると、ある一定の法律効果(権利の発生、権利の発生障害、権利の消滅等)が発生するという規定である。そして、実体法の適用は、この抽象的な法規を大前提とし、法律要件に該当する具体的事実の存在の確定を小前提として、法律効果の発生という結論を導く「法的三段論法」である。

大前提となる抽象的な法規の解釈は、法律家の最も得意とする分野であるが、民事訴訟を担当していて苦勞するのは、小前提である具体的事実の存在の認定である。具体的事実の存在の認定においては、論理則と経験則が重要な役割を演ずる。論理則とは、正しく思考するためには従わなければならない法則であり、数学や論理学上の法則ごときものをいい、経験則とは、個別的経験から帰納的に得られた事物の性状や因果の関係等についての知識や法則をいう⁽³⁾。例えば、「地面が濡れている」事実があれば、通常、地面が濡れるのは、雨が降ったことによるから、その事実から「雨が降った」事実を認定するわけである。法的な事実の認定においても、例えば、A名義の100万円の領収証があれば、金銭を受領しないのに領収証を作成することは、通常、あり得ないことであるから、Aがそれを作成したことが認められる以上、100万円を受領(弁

済)したことを認定するわけである。このように事実認定の場面においても、ある事実に論理則及び経験則を適用して他の事実を推定するという上記の法的三段論法と同じような思考過程を経るわけである。

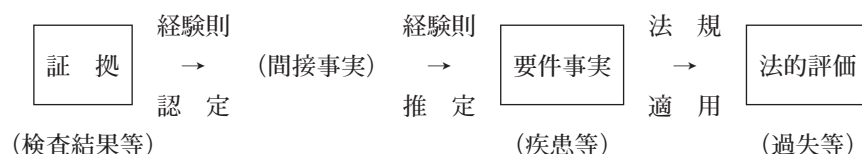
医療過誤訴訟を例にして、経験則の役割を図示すれば、次のとおりである。すなわち、医師等の過失が争点となっている場合、検査結果等の証拠から経験則を適用して、当該患者の疾患等を判断し、それに基づいて医師等の診療行為を評価して、医師等の過失の有無を判断していくことになるわけである。

ところで、論理則や経験則には、一般常識的なものから専門家しか知り得ないようなものまである。例えば、医療過誤訴訟において、A疾患の場合には、B症状があるというのは、専門家である医師の意見を聴かなければ分からないことである。ここに民事訴訟における医師等の専門家(以下「専門家」という。)の協力の必要性が生まれる。民事訴訟においては、いろいろな場面で専門家の協力が必要となるが、法律家と専門家との思考方法等の違いもあり、専門家から、「法律家は、所詮素人だから真実が分かるはずがない」などと批判されることもある。そのような批判の中には、民事訴訟の性格等についての理解が不足しているものもあるが、法律家の側においても、専門分野の基礎的理解が不十分であることが多々ある。本稿は、法律家と専門家との協力が必要な分野を概観し、法的思考と専門的思考との差異を明らかにした上で、法律家と専門家との協働の在り方を提示するものである。

II. 法律家と専門家との協働の場

1. 民事訴訟のプロセス

民事訴訟は、原告が提示した審判の対象である訴訟物(権利又は法律関係)の存否の確認を目標にして、事実及び証拠に関する争点を整理した後、争点に関する証拠調べを行った上で、訴訟物に関する要件事実を認定し、途中、適宜和解を試み、和解が不調となった場合には、認定した要件事実に従って訴訟物についての



(2) 平成15年の民事訴訟法再改正については、小野瀬厚ほか「民事訴訟法等の一部を改正する法律の概要(1)(2)」NBL768号(2003年)14頁以下、769号(2003年)48頁以下、武智克典「民事訴訟法等の一部を改正する法律の概要」金法1685号(2003年)22頁以下をそれぞれ参照されたい。

(3) 中野貞一郎ほか『新民事訴訟法講義』350頁(有斐閣、第2版補訂版、2006年)参照。

判断を示すことに尽きる。このように民事訴訟手続は、「争点整理」、「証拠調べ」及び「和解」に分類することができる。以下においては、民事訴訟の各手続ごとに法律家と専門家との協働の必要性を概観することとする⁽⁴⁾。

2. 争点整理段階における協働の必要性

専門訴訟においては、当事者から、医学知識等の専門知識を記載した準備書面や専門書等の書証が提出される。そのような当事者の主張や書証を理解するためには、医学用語等の基礎知識が必要であるのみならず、術式や薬の投与方法等の専門的知識が大切となってくる。しかし、争点整理段階では、これらの専門家の協力を得ることは少ない。多くの場合、裁判官は、事件で問題となっているような専門的知識を有していないのであるから、乏しい知識で争点整理をすることになり、争点整理に時間もかかり、場合によっては、争点を十分把握しないまま、鑑定を実施することにもなりかねない。その結果、鑑定事項が多岐にわたり、鑑定結果が出るまで長期間を要することになるし、鑑定結果が出て、それを理解するだけの基礎的知識がないことも手伝って、鑑定結果を理解するためにさらに専門家証人の尋問等が必要となって、訴訟が泥沼化することにもなる。

平成15年の民事訴訟法再改正においては、争点整理段階等での専門家の協力を得る手段として、専門委員制度が導入された⁽⁵⁾。専門委員は、裁判所が当事者の意見を聴いて事件ごとに選任する非常勤の裁判所職員であり、争点整理のみならず進行協議、証拠調べ及

び和解にも関与することができる。専門委員は、原則として、裁判長が指定した期日において、口頭で、説明を行うこととなるが、争点整理又は進行協議においては、例外的に、裁判長が、書面で説明させるか、口頭弁論又は弁論準備手続の期日において口頭で説明させるかを決定することができる(民事訴訟法92条の2第1項後段)。

3. 証拠調べ段階における協働の必要性

争点整理が行われて真の争点が明確になった後は、その争点について証拠調べを実施することになる。争点が明確になっても、専門家の行為の適否が問題となる場合には、その判断のためには、専門家の協力が不可欠である。例えば、争点整理の結果、薬の副作用が患者の死亡の原因であって、薬の投与の是非が争点とされたとしても、当時の患者の状態等に照らして、その薬を投与するのが相当であったか否かについて、医学知識の乏しい裁判官が判断することは困難である。そのような場合には、専門家である医者等の協力が不可欠である。そこで、民事訴訟法は、専門家の協力を得る手段として、鑑定という証拠調べを規定している⁽⁶⁾。しかし、鑑定書が提出されても、裁判官のみならず当事者の代理人である弁護士も、鑑定書を理解するために必要な基礎的な知識を持っていないことも多いので、鑑定結果の信用性の判断に迷うことになる。

4. 和解段階における協働の必要性

平成15年の民事訴訟法再改正までは、専門的知識の補充としては、証拠調べとしての鑑定が実施される

- (4) これまで現状の民事訴訟実務は、法曹を中心に運営しているという意味で極めて強い「専門性」を有する反面、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」を有していた。この意味での民事訴訟の過度の専門性が利用者に対して民事訴訟の敷居を高くし、その素人性が民事裁判に対する利用者の信頼を損ねているのであれば、民事訴訟の持つ「専門性と素人性の二重人格」を打破しなければならない。そこで、Nコート(ナチュラル・コート。手続保障に配慮した無理のない自然な訴訟運営を試みた私達の審理モデルは、一般に「Nコート」といわれる。)は、民事訴訟のギルド的な専門性を改革して、当事者本人も気軽に民事訴訟に参加できるようにするため、当事者参加型の訴訟運営を実施し、他方、素人性を打破するために、専門家の説明会等の工夫をすることによって専門家の協力を得ることとした。なお、民事訴訟の素人性と専門性の交錯については、西口元「民事訴訟の汎用的審理モデルを目指して―大阪地裁における審理充実の試み―」井上正三ほか編『対話型審理』95頁以下(信山社、1996年)を参照されたい。井上治典ほか「＜座談会＞民事訴訟改正への視点―いま、なぜ、改正なのか―」法時66巻1号(1994年)34頁〔吉村発言〕によれば、長期化した事件のうち、最も多かった事件は、税金、建築、土木、医学等の専門家の協力を要する事件であり、二番目は、鑑定や検証に時間を要した事件であったとのことである。
- (5) 専門委員制度の運用については、小山穂・西口元編集代表『専門訴訟大系1 医療訴訟』155頁以下〔西口元〕(青林書院、2007年)が詳しい。
- (6) 鑑定に関する最近の主な文献としては、教科書及び注釈書を除くと、内田恒久「民事事件における鑑定の諸問題―不動産鑑定の諸問題―」自正29巻7号(1978年)57頁以下、藤田耕三「民事事件における鑑定の諸問題―土木建築工事等に関する鑑定―」自正29巻7号(1978年)65頁以下、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29巻7号(1978年)70頁以下、畔柳達雄「医療過誤訴訟と鑑定」判タ413号(1980年)10頁以下、野田宏「鑑定をめぐる諸問題」『新・実務民事訴訟講座2』153頁以下(日本評論社、1981年)、梅善夫「科学裁判と鑑定」『講座民事訴訟5』247頁以下(弘文堂、1983年)、中野貞一郎編『科学裁判と鑑定』(日本評論社、1988年)、加藤新太郎「民事鑑定をめぐる二、三の問題」判時1261号(1988年)3頁以下、小林秀之「現代型訴訟と鑑定」民事訴訟法の争点＜新版＞(有斐閣、1988年)268頁以下、島原文雄「民事交通事件における鑑定の実務的諸問題」自正44巻6号(1993年)21頁以下、木川統一郎＝生田美弥子「民事鑑定の欠陥の原因」判タ844号(1994年)21頁以下、門口正人編集代表『民事証拠法大系第5巻各論・鑑定その他』3頁以下〔高橋謙〕、41頁以下〔前田順司〕(青林書院、2005年)がある。ところで、民事訴訟における専門家の性格としては、裁判官の補助者としての性格を有するドイツ型の鑑定人(Sachverständiger)と党派性の強いアメリカ型の専門家証人(Expert Witness)の二つのタイプがある。ドイツ型の鑑定人の役割については、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』111頁以下(法曹会、1995年)を、アメリカ型の専門家証人の役割については、モリソン・フォースター法律事務所『アメリカの民事訴訟』179頁以下(有斐閣、1995年)をそれぞれ参照されたい。

程度であって、争点整理段階での専門家の協力はほとんどなかったし、ましてや和解において専門家の協力を得るということは話題にのぼることすらなかった。その原因としては、専門家の協力を得ることが費用等の面で困難であるということのほか、裁判官の専門的知識の補充のための補助者という日本の鑑定人の性格から、争点整理や証拠調べが終了した段階で行われることが多い和解においては、既に証拠調べ等において裁判官の専門的知識を補充していることから、新たに専門家の協力を得る必要性が乏しかったのではなかろうか。

しかし、和解協議の席では、和解条項の規定の仕方によって、譲渡所得税等の税額が変わることもあり得るので、和解に応ずるか否かの判断をする上で税理士等の専門家の協力が必要になることもある。また、建築瑕疵事件等の専門的知識が必要になる事件においても、争点整理や証拠調べにおいては、工事の瑕疵自体が争点となっているので、仕入材料等の原価は審理の対象となっていないことが多いが、和解に応ずるかどうか判断する際には、被告の建築請負業者は、仕入材料の原価や人夫賃等から割り出した原価を割ることはできないので、それまでは審理の対象とされていなかった仕入材料の単価等が問題となってくる。

Ⅲ. 法律家と専門家との思考方法等の差異

以上のように、民事訴訟の各分野ごとに法律家と専門家との協力が必要であるが、法律家と専門家との思考方法等が異なることから、思わぬ誤解が生ずることもあり、そのことが互いの不信感を招いて、結果として民事紛争の解決に専門家が協力しないという事態が生ずることも予想される。以下においては、法律家と専門家との協力の障害となる両者の思考方法等の違いを概観してみたい。

1. 証明の程度

(1) 民事訴訟における証明の程度

民事訴訟においては、自由心証主義が採られ、裁判官の自由な心証に基づいて事実が認定される。そして、裁判官の心証の程度に応じて、「証明」と「疎明」が区別されている。証明とは、事実の存否について、裁判官の「確信」が生じた状態をいう。確信の証明度は、

事実が存在することの「高度の蓋然性」が必要であり、通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ち得るものでなければならない⁽⁷⁾。訴訟物の判断に必要な要件事実の認定においては、このような確信が必要とされる。他方、疎明とは、事実の存否について、一応確からしいという程度の証明度で足りる。疎明は、原則として、明文でこれを許容している場合に限られ、迅速な処理が必要とされる保全処分等や証言拒絶の理由(民事訴訟法 198 条)等の手続問題・派生問題について認められている。

しかし、民事訴訟上の事実の認定は、絶対的真実の追求を目的とする自然科学的証明ではなく、「歴史的証明」で足りる⁽⁸⁾。民事訴訟は、市民が社会生活を送る上で守るべきルールである民法等の実体法を適用して、円滑な市民生活の阻害要因となる紛争を解決するためのものであるから、民事訴訟における事実の認定については、通常の市民が日常生活を送るために安心して従うことのできる程度の証明度で足りる。例えば、歴史上の事実とされる「大化の改新」が真実あった否かは、100パーセントの確率で認定されたものではない。古文書等の種々の文献等から「おそらく存在したであろう」と推測しているにすぎない。現代の市民が日常生活を送る上では、その程度の事実の認定で十分なのである。民事訴訟上の事実の認定が歴史的証明で足りるとされる所以である。

(2) 自然科学上の証明の程度

これに対し、物理学等の自然科学上の証明の程度は、100パーセント間違いがないという客観的証明が必要とされる。例えば、ガリレオが発見した「地球が太陽の周りを回っている」という事実については、「間違いなく」地球が太陽の周りを回転していることが証明できなければ、暦の計算等が不能となり、その事実を前提とする他の自然現象の説明が根拠を失うこととなる。確かに、自然科学の分野においても、未知の分野においては、ある事実から他の事実を推測することがあるが、少なくとも「法則」等といわれるものについては、絶対的確信が必要とされる。未知の事項については、そのような絶対的確信から出発して合理的な根拠に基づいて推測していくことになる。民事訴訟上の事実の認定は、自然科学上の未知の事項についての推測と似た面がある。

(7) 最判昭和 50 年 10 月 24 日民集 29 巻 9 号 1417 頁。

(8) 最判昭和 23 年 8 月 5 日刑集 2 巻 9 号 1123 頁。

2. 弁論主義

民事訴訟は、財産関係をめぐる私的紛争を対象としている。このような財産関係については、当事者の自主性を尊重した私的自治が認められている。民事訴訟の審判の対象である財産関係において当事者の自主性が認められているのであるから、その審理においても、当事者の自主性を認めるのが相当であろう。このような観点から、民事訴訟においては、審理のために必要な事実及び証拠の提出については、当事者の自主性を認める「弁論主義」が採られている⁽⁹⁾。

弁論主義の内容として三つのテーゼがある。第1に、裁判所は、当事者の主張しない事実を裁判の資料としてはならない(主張責任)。第2に、裁判所は、当事者間に争いのない事実(自白された事実)は、そのまま裁判の資料として採用しなければならない(自白の拘束力)。第3に、当事者間に争いのある事実を証拠によって認定する際には、必ず当事者の申し出た証拠によらなければならない(職権証拠調べの禁止)。

以上のように民事訴訟においては、弁論主義が採られているから、例えば、証拠調べの結果、当事者間に争いのない事実の存在に疑いを持ったとしても、裁判所は、自白された事実を前提にして、事実認定をせざる得ないこととなる。ここでは、当事者の自主性を尊重するために、真実発見の要請が一步後退していることになる。

3. 証明責任

民事訴訟においては、上記のとおり、絶対的真実が追求される自然科学上の証明とは異なり、歴史的証明で足りる。しかし、歴史的証明で足りるとしても、証拠調べの結果、歴史的証明の証明度である確信に至らず、真偽不明(ノンリケット)の状態にとどまることもある。このような場合には、紛争の適正かつ迅速な解決を目標にしている民事訴訟においては、訴訟を引き分けとすることはできないから、証明の対象となる事実が存在しないものとして扱わざるを得ない。その結果、当事者の一方は、その事実を要件事実とする法律効果の発生又は不発生が認められないという不利益を被ることとなる。このような証拠調べの結果不利益を受けるという結果責任を証明責任という⁽¹⁰⁾。例えば、貸金返還請求訴訟において、被告が弁済の抗弁を提出し、これを立証する書証や人証の取調べをしても、確

信に至らない場合には、国民が納得する一定の時期までに結論を出さざるを得ない民事訴訟の宿命として、それ以上の証明を尽くすことはせず、弁済がなかったものとして取り扱い、被告に対し、敗訴の判決を言い渡すこととなる。

証明責任については、もう一つ問題がある。それは、証明責任の分配である。民事訴訟において、原告の提示した訴訟物の有無を判断するためには、多数の要件事実についての判断が必要となるが、どの要件事実についてどちらの当事者が証明責任を負うかという「証明責任の分配」が必要となる。証明責任の分配については、種々の基準が提唱されているが、実務では、法律要件分類説に従っている。すなわち、これは、当事者間の公平を基本として、当事者は、自己に有利な法律効果の発生を定める法条の要件事実について証明責任を負うとする立場である。ここにおいても、真実追求の要請は、当事者間の公平及び紛争解決という目標の前に一定の譲歩をしていることになる。

IV. 法律家と専門家の協力の在り方

1. 法律家と専門家の協力の前提

(1) 民事訴訟における事実認定についての専門家の理解

まず、専門家において留意すべき点を述べよう。民事訴訟における事実認定に対しては、専門家から、「専門的にみて間違っている」などの批判がある。しかし、上記のとおり、民事訴訟においては、私的な紛争の適正かつ迅速な解決を目標にして、当事者の自主性や当事者間の公平を維持するために、自然科学上の事実の証明とは異なり、歴史的証明で足り、必ずしも絶対的真実を追求する必要はないのであるから、上記批判は的外れことが多い。確かに、民事訴訟においても、客観的真実を追求するという姿勢は大切であるが、私的な紛争を適正かつ迅速に解決するという民事訴訟の目的の前では、一定の制約があることを十分に理解する必要がある。当事者は、民事訴訟に自然科学論争を期待しているのではない。

(2) 専門家の協力の対象

次に、専門家が犯しやすい誤りを指摘したい。民事訴訟においては、専門家は、事実認定の際に用いる専門的経験則又はこれを当該事案に適用して得た結論を

(9) 弁論主義等の民事訴訟における審理の基本原則については、春日偉知郎「民事訴訟における審理の基本原則」民事訴訟法の争点<第3版>156頁以下(有斐閣、1998年)を参照されたい。

(10) 証明責任については、門口正人編集代表『民事証拠法大系第1巻総論I』68頁以下〔井上哲男〕(青林書院、2007年)が詳しい。

提供するにすぎない。専門訴訟における専門家の過失についての判断は、専門家にいかなる注意義務があるかという価値判断を前提にするものであるから、法律家である裁判官が判断すべきことである。医師等の鑑定人は、当該事案において医師等に過失があったと判断することは許されない。鑑定書等の中には、医師等の専門家が当該医師等に過失があるなどと判断しているものもあるが、民事訴訟においては、その判断自体は価値が乏しい。

（３） 専門家の意見の尊重

他方、法律家においても反省すべき点が多々ある。専門家の意見を民事訴訟に導入する方法としては、鑑定が最も利用されている。鑑定人を選任する際には、当事者の意見を聴いて、専門的知識及び中立性の観点から最もふさわしい人物を選任する。したがって、裁判官等の法律家は、専門家が提出した鑑定書に対しては、敬意を払い、鑑定の前提事実が誤っているなどの特段の事情のない限り、鑑定意見を尊重すべきである。しかし、法律家の中には、医学文献等を読み、これで専門的知識としては十分であるなどとして、安易に鑑定結果を否定する者がいるが、法律家は、基礎的な専門的知識がないことを自覚すべきである。専門家の意見を尊重するという姿勢があれば、専門家から「非常識な判決」であるなどと批判されることも減ってくるであろう。

（４） 専門家の意見の評価

医師等の専門家の中には、専門家がした手術等の適否については、専門的知識の乏しい裁判官等の法律家が判断することはできないなどと主張する者もいる。確かに、法律家は、医学知識等の専門的知識を有しない単なる市民にすぎないが、市民が円滑な日常生活を送る上で支障となっている私的紛争を適正かつ迅速に解決するというのが民事訴訟の目的であるから、判断者は、医師等の専門家である必要はない。法律家は、一般的な市民の代表として、専門家の意見を理解することができる程度の知識を有し、健全な常識を働かせて専門家の意見の当否を判断することができれば足りるのであるから、「偉大なるゼネラリスト」であるべきであろう。

２． N コートの審理モデル

私は、自然な無理のない訴訟運営を目指して、「N

コートモデル」を作って、書記官や弁護士等の協力の下、種々の試みを実施してきた。N コートは、多くの問題点を指摘してきたが、専門家を巻き込んだ民事訴訟モデルの実践も、N コートの大きな特徴である。以下においては、鑑定人を中心としたN コートの専門家巻き込みの実践例を紹介したいと思う⁽¹¹⁾。

（１） 鑑定人の説明会

平成 15 年の民事訴訟法再改正までは、鑑定は、一般的には、鑑定人が鑑定書を裁判所に提出するだけで終了していた。これでは、素人の裁判官や代理人は、鑑定書を理解することも困難である。そこで、N コートは、鑑定人の口頭陳述(旧民事訴訟法 308 条、新民事訴訟法 215 条)の制度を活用して、鑑定人から鑑定書が提出された後、鑑定人に鑑定書の説明会をしてもらうことにしていた。その期日は、鑑定人尋問期日とし、ラウンド・テーブル法廷等において、オーバー・ヘッド・プロジェクターやスライド等を活用して、鑑定人に鑑定書の内容を分かりやすく説明してもらった。そして、当事者に対しても、可能な限り専門家を同行してくるよう依頼し、鑑定人尋問期日においては、適宜、当事者が同行した専門家にも鑑定人に対して質問してもらうようにしていた。その記録としては、立ち会った書記官が鑑定人の説明の骨子を記載した鑑定人尋問調書を作成するとともに、スライド等を利用した鑑定人の説明については、鑑定人尋問調書ではその状況を忠実に再現することが困難であるので、その状況をビデオに録画した。その上で、当事者から要望があれば、鑑定人に対し、説明会において当事者から出された疑問を踏まえて追加鑑定書を作成するように依頼することになっていた。

その結果、専門的知識の乏しい裁判官や代理人も鑑定書を理解することが容易になる上に、当事者が同行した専門家による鑑定人に対する質問を通じて、専門家間の議論が自然に行われるようになって、無理のない形で真の争点が浮かび上がるようになった。そして、鑑定人も含めて出席した専門家の間では、その争点については、専門家の間でも見解の分かれるところであるから、和解するしかないとの結論に達することが多かった。

（２） 輔佐人による尋問

現在の実務においては、専門家証人に対する尋問は、素人の代理人が尋問するわけであるから、的を射ない

(11) N コートにおける専門家の巻き込みの工夫例については、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 72 巻 4 号(早稲田大学法学会、1997 年)407 頁以下を参照されたい。

質問等が多く、反対尋問が成功することは少ない。そこで、Nコートでは、争点整理段階で効果を発揮した輔佐人の専門的知識を証拠調べ段階でも活用して、専門家証人に対する反対尋問が成功するような配慮をすることとした⁽⁵⁾。すなわち、輔佐人に証拠調べにも出頭してもらって、尋問の際に必要な当事者の専門知識を補充してもらうことを通じて、証拠調べを充実することにしたわけである。そして、Nコートでは、当事者から要望があった場合に、輔佐人が証人尋問等を行うことを認めたところ、専門家証人が、通常であれば、専門的知識を駆使して反対尋問をする代理人を煙に巻くことのできた場合でも、輔佐人は、専門家証人に対して的確な反対尋問を行い、事案解明に大きく貢献したように思われる。

(3) 鑑定方法

① 鑑定人の陳述の方式 鑑定人は、書面又は口頭で、意見を述べることができる(民事訴訟法 215 条 1 項)。その鑑定意見の内容が不明瞭であったり、又はその根拠が不明確である場合には、申立て又は職権で、鑑定人に更に意見を述べさせることができる(同条 2 項)。

裁判所は、鑑定人に口頭で意見を述べさせる場合には、鑑定人が意見の陳述をした後、鑑定人に対し質問をすることができる(民事訴訟法 215 条の 2 第 1 項)。この規定は、平成 15 年の民事訴訟法再改正によって追加されたものである。

それまでは、鑑定人の尋問については、多くの場合、鑑定人を証人として尋問するという方法が採られていたが、鑑定人を個人的に攻撃するような尋問が多く、そのことが鑑定人の確保を困難にしていた。そこで、実務においては、中立の専門家としての意見を聴くという鑑定人尋問の本来の目的にふさわしいように、裁判所が主導して鑑定人の意見を求めるという尋問方法を採ることが増加していた。上記新設規定は、そのような実務の運用を立法化したものにすぎない。

また、実務においては、ほとんどの場合、鑑定書の提出によって鑑定意見が述べられている。その上で、当事者双方から、鑑定書に対する意見を出してもらい、裁判官において、それらを調整して質問書を作成し、それを鑑定人に送付していた。鑑定人は、その質問書に対し、補充鑑定書を提出していた。鑑定人の口頭の説明が必要であると判断される場合に

は、Nコートでは、後記のとおり、電話会議システム等を利用して、鑑定書等について、鑑定人の説明を求めているが、平成 15 年の民事訴訟法再改正によって追加された民事訴訟法 215 条 2 項は、このような実務を追認して、提出された鑑定書について、その内容を明瞭にすることなどのために、鑑定人に補充鑑定を命ずることができる旨規定した。

さらに、実務においては、多くの場合、1 人の鑑定人に鑑定書を作成してもらって、鑑定は終了している。しかし、1 人の鑑定人に鑑定書を作成してもらうという方法は、鑑定人の負担が重い上、鑑定結果の信用性も、1 人の鑑定人の能力等に左右されることとなり、問題が多い。そこで、複数の鑑定人に対して鑑定意見の陳述を求めるという工夫がされるようになった⁽¹²⁾。ここでは、鑑定実務の工夫例の一つとして、Nコートの説明会方式を紹介したい。

〔Nコートの説明会方式〕

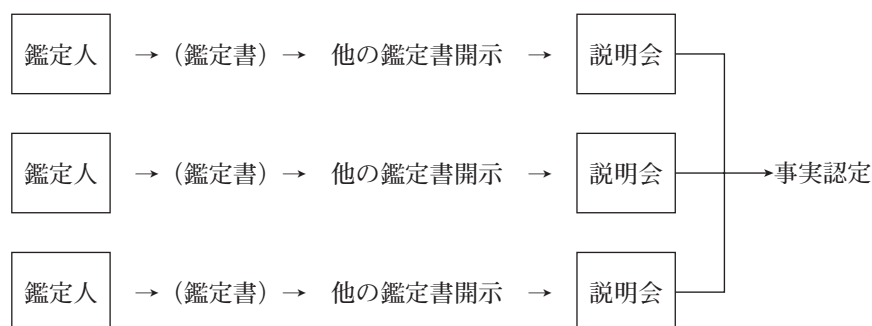
Nコートでは、複数の鑑定人に別個に鑑定書を提出してもらい、その後、各鑑定書について疑問があれば、事案に応じて、補充鑑定書の提出を求めるか、又は電話会議等を利用して説明会を実施している。

鑑定人が一堂に会して説明するか、各鑑定人が別個に説明するかについては、両当事者の意見を聴いた上、鑑定人が自由に発言することができるか否かを基準に決める。鑑定人の日程調整が困難なことも多く、鑑定人ごとに別個に行くことが多くなると思われる。鑑定人ごとに別個に説明会を行う場合でも、他の鑑定人の鑑定書を事前に読んで説明会に臨むことは、鑑定の精度を高める上で効果のあることである。したがって、両当事者の意見を聴いた後、他の鑑定人の氏名が事前に分かった場合には、その鑑定人に対する遠慮等から適正な鑑定がされない危険性もあるので、他の鑑定人作成に係る鑑定書の鑑定人名を伏せるなどの工夫をした上で、説明会の前に他の鑑定人の鑑定書を読んでもらうことが重要である。

Nコートの「説明会方式」を図示すれば、次のとおりである。

「説明会方式」は、鑑定人の豊富な専門的知識を提供してもらうと同時に、鑑定書の微妙なニュアンスを鑑定人に口頭で説明してもらうという目的のために、開発されたものである。Nコートの「説明会方式」による鑑定人質問は、既に平成 10 年の新民事訴訟法施行の前から行っていたものであるが、それに複数鑑定

(12) 医療過誤訴訟における複数鑑定の工夫例については、小山・西口・前掲(注 5)医療訴訟 203 頁以下〔西口元〕が詳しい。



の長所を取り入れたものである。

② 鑑定意見の評価

裁判所は、書面又は口頭による鑑定意見について、裁判所が認定した診療経過等の前提事実を照らして、その合理性を検討していくこととなる。Nコートでは、鑑定意見の合理性を判断する際には、次の点に留意している⁽¹³⁾。

ア 主文と理由との整合性

鑑定書は、主文と理由からなる。第1に検討すべき点は、鑑定書自体において、主文と理由とが齟齬せず、確かな医学的根拠等に基づいて理由が述べられているかどうかである。まれに、鑑定書の主文と理由とが対応せず、理由についても、医学的根拠等が述べられていない鑑定書に出くわすことがある。このような鑑定書は、他の医学文献等を検討するまでもなく、信用性が乏しいというべきであろう。

イ 前提事実の確認

鑑定は、カルテ等によって容易に認定することができる診療経過等の前提事実を基に行われる。したがって、鑑定意見の前提となっている診療経過等に明らかな事実誤認があれば、その鑑定意見は、信用性を失うこととなる。

ウ 訴訟上の証明と科学上の証明の峻別

訴訟上の証明は、上記のとおり、自然科学上の証明とは異なり、真実であることの「高度の蓋然性」で足りる。鑑定人は、科学的正確さを追求するあまり、断定的判断を避ける傾向がある。訴訟上の証明は、通常人が疑いを差し挟まない程度に真実性の確信を持ち得ることで足りるのであるから、「断定できない。」などといった鑑定人の意見に盲従することなく、「高度の蓋然性」で足りるという訴訟上の証明の観点から、鑑定意見を再検討することが大切である。

V. 終わりに

社会及び経済の発展に伴い、医学知識等の専門的知識が必要となる訴訟事件が増加している。そのような専門訴訟の適正かつ迅速な解決のためには、医師等の専門家の協力が必要となる。しかし、法律家と医師等の専門家との考え方の違い等から思わぬ誤解が生じたりして、両者の円滑な協力関係を築けないこともある。知財訴訟においても、工学等の専門的知識が必要とされる。法律家と専門家との協力について検討した本稿が知的財産権をめぐる紛争の適正かつ迅速な解決に役立つことがあれば、望外の喜びである。

(13) 鑑定意見の評価基準については、門口・前掲注(6)38頁以下〔高橋譲〕が詳しい。