

ペーター・ゴットバルト ドイツ民事訴訟における鑑定人の地位と鑑定の位置づけ

本 間 学 訊

1. 鑑定人の果たす役割

1. 知識の提供

ドイツ民事訴訟において、鑑定人は、裁判官が有していない知識を、裁判官に提供するものとされ、これにより裁判官は、店ざらしの事件を適切に裁判することができる。基本的な事件であれば、書証、検証、および証人の証言を基礎として、事実関係は十分に明らかにされる。それどころか事実関係にまったく争いのないこともある。しかしこれらの証拠から、たとえば過失による被告の義務違反や、原告の過失を認定するには、特別な専門知識を必要とする。このときに、必要な知見を裁判所に提供することが、鑑定人の任務である。その後になされる判決はこの知見を基礎とするため、結局のところ、誰が勝訴し、誰が敗訴するのかを決めているのは、鑑定人である¹。裁判所（少なくとも裁判官のうちの一）が、必要な専門知識を有しているならば、鑑定人を任命する必要はない。裁判所がどのようにしてかかる専門知識を獲得したか、つまり大学教育によるのか、専門書を読んだのか、あるいは日頃から同種の事件に従事しているのかは、重要ではない²。しかし裁判所が自らの知見を過大評価することは許されないから、疑問がある場合には、裁判所は鑑定人を委嘱するだろう。

民事事件における鑑定人の活動の全般的な中心は、建築紛争、交通事故紛

1 C. Meller-Hannich, Die Rolle des Sachverständigen im deutschen Zivilprozess, ZJP 129 (2016), 263.

2 H.-J. Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, 2015, Kap. 44 Rn. 25 ff.

争、各種給付の瑕疵に起因する紛争、医師責任訴訟、情報技術領域、ならびに不動産価値や農場価値の査定である³。

2. 事実の認定

もともと、義務違反に繋がりうる事実を認定するには、特別な専門知識を必要とすることが多い。このような場合に、裁判所が（単独で）検証を行っても、意味がないだろう。それゆえそのような場合には、事実関係を解明し、必要とされる事実に関する帰結を明らかにするために、裁判所は、鑑定人を委嘱することができる⁴。もちろんこの場合裁判所は、いかなる事実がすでに認定されており、いかなる事実が明らかにされる必要があるか、および当事者はどのような形で調査に関与できるのかを定めなければならない（民事訴訟法〔以下、ZPO という〕404a 条 3 項、4 項）。このような裁判所の委託による証拠調べの場合、鑑定人は強制権限を有しない。つまり、私人の不動産には、所有者の同意がある場合にのみ、足を踏み入れることができる⁵。

このような場合、裁判所は、一名または複数の鑑定人の立会いの下に、検証を実施することができる（ZPO372 条 1 項）。

3. 外国法の適用

裁判所が外国法の知識を有しているとは限らないことから、関連する法規を調査し、これを明らかにされた事実関係に適用するために、裁判所は同様に、鑑定人をおくことができる（ZPO293 条 2 文）。裁判所は本来、内国国際私法に精通しているはずだが、鑑定人は、国際私法により、そもそも外国法を適用できるのかも明らかにするよう求められるのが、実際にはほとんどである。

3 Vgl. *Bayerlein*, Praxishandbuch Sachverständigenrecht, 5. Aufl. 2015, §§ 46-52.

4 詳細については、*Ahrens* (Fn. 2), Kap. 47 Rn. 21 ff, 27 ff. を参照。

5 *Ahrens* (Fn. 2), Kap. 43 Rn. 22.

II. 中立の裁判官補助者としての鑑定人

1. 裁判所による任命

a) 証拠申出にもとづく任命。ドイツの理解によれば、裁判官の補助者としての鑑定人の役割から、裁判所自身がその補助者を任命するという帰結が導かれる（ZPO404条1項）。通常、鑑定人による証明は、具体的に争いのある事実につき証明責任を負う当事者により申し立てられる（ZPO402条、403条）。仮にこの事実が判決をなすに重要な事実であっても、予想される鑑定費用につき、挙証者が法定の予納をしなければ（裁判所費用法17条1項）、裁判所は相応する証拠決定を行わない。いいかえれば、鑑定を実施しない。挙証者に訴訟費用の援助が認められた場合に限り、かかる命令〔Anordnung〕はせずに済まされる。

b) 職権による任命。もともと裁判所は、ZPO144条1項1文にもとづき、申立てがなくとも、鑑定人による鑑定を職権で命じることができる。この場合、費用の予納は必要ではない⁶。かかる命令は、裁判所の裁量による⁷。商慣習や取引慣行が問題となると、特に職権による任命が用いられる。というのもこれら二つは、事件に関係する事実を認定するというよりも、法の適用に近いからである。職権による任命は、たとえば〔当事者から申立てがなされたが〕予納金の払込みがない場合にも、命じることができる。裁判所がそうすることを望まない場合には、挙証者にこの点を指摘し、同人に対し猶予期間を与えなければならない⁸。

2. 鑑定人〔Gerichtsgutachter〕と私鑑定人

a) 裁判官の補助者として、鑑定人は、裁判官と同様、中立かつ公正でなければ

6 BGH NJW 2000, 743.

7 Vgl. *Laumen*, in Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, 3. Aufl. 2016, Kap 3 Rn. 5.

8 Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 38. Aufl. 2017, § 144 Rn. 1.

ばならない（ZPO406 条 1 項 1 文）。ドイツ法によれば、たとえば各当事者が、解明を要する専門知識について自己の鑑定人に尋問するよう求めることはできず、むしろたいていは裁判所が、鑑定人となる者を自ら選任する。その際、通常は、（費用上の理由から）鑑定人を一名選任するにとどめている（ZPO404 条 1 項 1 文、2 文）。

b) この点でドイツ法は、証明責任を負う当事者が、いずれにしても自らの専門家証人〔expert witness〕を尋問するよう求めることが普通である、コモンローとは異なる。たしかにドイツの民事手続においても、私鑑定を入手し、これを裁判所に提出することは可能である。しかしそのような私鑑定は、法的には、適格な当事者の陳述の一部にすぎない。相手方当事者がその正しさについて争うと、裁判所は（中立である）鑑定人を委嘱しなければならない⁹。

実務上、私鑑定は次の二つの場合に行われる。一つは、たとえば大規模建築現場での障害や事故の場合のような、専門家の助言がなければ、有理性のある訴えの提起がおよそ不可能である場合である。というのも当事者は、誰が障害や事故を引き起こしたのか分からないからである。もう一つは、裁判所により任命された鑑定人の鑑定意見を、当事者が誤りであると考えている場合である。この場合当事者は、しかるべき私鑑定の助力を得て、鑑定意見の正しさにつき、少なくとも重大な疑念を裁判所に抱かせる¹⁰ことを試みる。その結果、裁判所は状況に応じて、補充鑑定または「再鑑定〔Obergutachten〕」を依頼するか、控訴審において別の鑑定人を委嘱することになる。上述した二つの場合において、私鑑定の費用一般は、ZPO91 条にもとづき敗訴当事者が負担する、償還されるべき当事者の費用と考えられている¹¹。

9 Ahrens (Fn. 2) Kap. 44 Rn. 36 ff.

10 Ahrens (Fn. 2) Kap. 44 Rn. 43.

11 Vgl. Thomas/Putzo/Hüfstege, ZPO, 38. Aufl. 2017, § 91 Rn. 49 f.

3. 鑑定人の選任

a) 裁判所が選任した鑑定人は、実際に専門知識を有し、真に中立であるべきであろう。それゆえ当然のことながら、裁判所は、真に適格な鑑定人を任命しなければならないはずである。もっともこれは容易なことではない。個別の場合であれば、裁判所は、たとえば過去のケースから、誰が理想的な鑑定人であるかがわかる。しかし裁判所には、多くの場合、一般的な鑑定人リストが示されるにすぎない。それゆえ、鑑定人の選任ミスは稀ではない。そこで、2016年10月11日の鑑定法の改正に関する法律¹²は、この問題を除去するために、次のような規定を置いた。すなわち、裁判所は鑑定人を任命する前に、鑑定人となる者につき当事者に意見を聴くことができる（ZPO404条2項）。当事者が鑑定人を、予断を抱いていることを理由に忌避することが危惧される場合（ZPO406条）には、この意見聴取は重要である。かかる忌避は手続を遅延させ、費用を高額化させる。他方で、意見を求めることは、鑑定人の選任及び活動の開始を遅らせる。それゆえ立法者は、意見聴取を推奨するに過ぎず、義務とはしていない¹³。

b) 裁判所が一般的な鑑定人リストしか実際には利用できないとすると、専門性の強い領域の鑑定人については、適切な鑑定人を指名するよう当事者に求める（ZPO404条4項）ことが考えられる。この点につき当事者は、裁判所よりも情報を有していることが稀ではない。当事者が特定の者を鑑定人とする旨の合意をした場合、この者が任命されなければならない（ZPO404条5項）。その者の鑑定を十分でないと考えた場合には、裁判所はいつでも、新たな鑑定人を任命することができる（ZPO412条）。

12 BGBl. I S. 2222.

13 *Meller-Hannich*, Z郑 129 (2016), 263, 272.

4. 鑑定を実施する義務

鑑定人は、だいたいは事前の意見聴取なしに、裁判所により委嘱される。原則として、委嘱された者に鑑定を作成する義務はない。ただし、その者が商工会議所（GewO36条）や手工業会議所（HwO91条1項8号）によって公に選任された鑑定人¹⁴である場合、鑑定の前提となる知識にかかる技芸または営業に公的に従事する場合は除かれる（ZPO407条1項）。この例外に、自己の専門領域についての大学教授や、医療行政、森林行政あるいは建築行政に携わる公務員も該当する¹⁵。裁判所は、委嘱が負担過多を理由に拒絶された場合、ふつうはこれを認め、鑑定人に対してその義務を免除する（ZPO408条1項2文）。もっともこの場合、新たな鑑定人を見出さなければならず、そうすると手続は遅延する。もちろん鑑定人は、明示にもしくは異議なく応諾すると、鑑定作成義務を負う（ZPO407条2項）。

5. 鑑定人への指示

a) 事前の意見聴取なく鑑定人に委嘱がなされるとすると、選任ミスや委託内容についての誤解が生じるおそれがある。そこで法は、裁判所は、証拠決定をする前に、鑑定人から意見を聴き、委託につき鑑定人と協議することができるものとした（ZPO404a条2項）。こうした意見聴取により、証拠決定は正確に行われ、後に鑑定が補充され、これによって遅延や追加費用が生じる事態は回避される¹⁶。

b) 裁判所は鑑定人に、その行為の種類や範囲について指示を与えることもできる（ZPO404a条1項）。とりわけ、事故原因や瑕疵の原因を解明する必要があり、そのために現状の建築状態への介入、またはその他の介入が必要

14 Vgl. *Böttger*, in *Bayerlein* (Fn. 3) § 2 Rn. 2.

15 *Münchener Kommentar/Zimmermann*, ZPO, 5. Aufl. 2016, § 407 Rn. 2; *Ahrens* (Fn. 2) Kap. 43 Rn. 6.

16 *Ahrens* (Fn. 2) Kap. 47 Rn. 11.

とされる場合に、このような指示がなされる¹⁷。鑑定人に指示をするために、裁判所は、当事者の立会いのもとで、特別の期日を開くことさえ可能である(ZPO404a 条 5 項)。

6. 任命後の鑑定人の一般的義務

a) 個別の事案において、立証主題が鑑定人の専門分野に合致していない、鑑定人が過去に当事者のいずれか一方のために、鑑定あるいは鑑定以外の仕事をしていた、また鑑定の迅速な作成が不可能であるといったことが、任命後になって初めて明らかとなることがありうる。ごく最近まで、鑑定人は照会(裁判所による任命)を一旦そのままにしておき、後に回答をすることができた。これがしばしば著しい訴訟遅延を招来し、急を要する事案では証明妨害さえも生じさせた。

そこで、2016年10月11日の鑑定法改正に関する法律は、任命された鑑定人の義務を強化した。ZPO407a 条 1 項 1 文によれば、鑑定人は、委託を受領すると、自らに当該鑑定につき資質があるかを、遅滞なく検討しなければならない。くわえて鑑定人は、委託が自己の専門領域に合致しているか、裁判所により設定された期間内に実際に処理可能であるかを、確認しなければならない。そうではない場合、鑑定人は裁判所にこれらを遅滞なく通知し、委託を受けない旨、回答しなければならない(ZPO407a 条 1 項 2 文)。

b) 同時に、任命された鑑定人は、同じく新たに設けられた ZPO407a 条 2 項にもとづいて、自己の公正さに疑念を抱かせうる事由があるかを、検討しなければならない。かかる事由を鑑定人は、裁判所に遅滞なく報告しなければならない。この報告により裁判所は、当事者の意見を聴取したうえでこの点につき裁判をすることができる。そうすることで、鑑定が作成され、その後になって忌避の申立てがなされる事態を、裁判所は阻止できる。鑑定人が適時に報告する

17 Ahrens (Fn. 2) Kap. 47 Rn. 13.

ことを怠った場合、鑑定人には秩序金（最大 1000 ユーロ）¹⁸を科すことができる（ZPO407a 条 2 項 3 文）。当事者は鑑定人を、裁判官と同じ事由で、忌避することができる（ZPO406 条 1 項 1 文）¹⁹。しかし、当事者が忌避できるのは鑑定人のみであり、その補助者を忌避することはできない²⁰。

c) 個別の事案において、鑑定人は、仮に証人として尋問されたならば、証言拒絶権を有する場合には、鑑定を作成を拒絶することができる（ZPO408 条 1 項 1 文）。

d) 裁判所は専門知識を十分に有しているわけではないため、鑑定人が何をなすべきかが精確には分からないような形で、証拠決定がなされることがありうる。この場合鑑定人は、不明な点を裁判所への質問を通じて明らかにすることができる（ZPO407a 条 4 項 1 文）。鑑定を作成にかかる時間やそれに伴う費用を、裁判所が正確に見積もることは、多くの場合、不可能である。手続の訴額に見合わない費用²¹、あるいは支払済みの予納金を相当程度（つまり、およそ 20%以上）超える費用が、鑑定により生じることが予測される場合、当事者が対応できるよう、鑑定人は適時にこの点を指摘しなければならない（ZPO407 条 4 項 2 文）²²。

7. 鑑定意見の作成義務

a) 鑑定人の主たる義務は、委託された鑑定意見の作成である。弁論で鑑定人を尋問することによる、口頭での鑑定実施〔*mündliche Erstattung*〕も可能であ

18 刑法施行法（EGStGB）6 条 1 項 1 文にもとづく。

19 詳細については、*Ahrens* (Fn. 2) Kap. 46 Rn. 16-36.

20 *Ahrens* (Fn. 2) Kap. 46 Rn. 3.

21 見解は、訴額の 50 % から 100 % の間で揺れ動いている。vgl. *Münchener Kommentar/-Zimmermann* (Fn. 15), § 407a Rn. 11.

22 *Ahrens* (Fn. 2) Kap. 47 Rn. 76 ff.

る（ZPO402条、395条以下）。これはたとえば、少額損害の場合や、ある種の医学上の問題について行われる。もっとも民事訴訟では、口頭による鑑定はまれである。昨年、口頭で行われた鑑定人による鑑定は、すべての鑑定案件のうち約4%に過ぎない²³。裁判所による検証を、（ZPO372条1項にもとづいて）鑑定人の立会いのもとで行うことが命じられた場合、鑑定人にもさしあたっての意見を述べるよう求めるのは、当然である²⁴。

通常、裁判所は鑑定人に、訴訟関係書類を証拠決定とともに送付し、書面による鑑定を求める。鑑定意見の作成期間は、ここ数年の平均で、約7か月であり、これは手続期間全体の40%に相当する²⁵。立法者はこれを長過ぎると考えた。したがって、2016年の法改正後においては、裁判所は、必ず期間を設定しなければならない（ZPO411条1項）。この期間内に、鑑定人は鑑定意見を作成し、訴訟関係書類とその他の証拠書類とともに、これを裁判所に提出しなければならない。もっとも、優良な鑑定人が負担過多の状態にあると、このような期間設定をしても、あまり有効ではない。なぜならこの場合、鑑定人は委託を直ちに断るか、裁判所が期間を延長するかのいずれかとなるからである。このほかには、鑑定に対する形式上の要求はない。もっとも鑑定の結果は、検証可能なように理由の説明がなされるべきだろう²⁶。

鑑定人がこの期間を徒過した場合、法によれば、鑑定人に猶予期間を与え、3000ユーロ以下の秩序金を科すとの警告をすることができる。猶予期間を徒過すると、秩序金が科されることとなるはずであり、再度猶予期間を徒過した場合には、再度秩序金を科すことができる（ZPO411条2項3文、4文）。もっとも実際には、裁判所は、期間を徒過した場合であっても、鑑定意見を入手することを望んでおり、それゆえに、大多数の場合、状況に応じて、期間が満了

23 *Keders/Walter*, Langdauernde Zivilverfahren – Ursachen überlanger Verfahrensdauern und Abhilfemöglichkeiten, NJW 2013, 1697, 1701.

24 Vgl. *Grossam*, in Bayerlein (Fn. 3), § 18 Rn. 8 ff.

25 *Keders/Walter*, NJW 2013, 1697, 1701.

26 *Ahrens* (Fn. 2) Kap. 48 Rn. 14.

したことを丁寧に問い合わせるに過ぎない²⁷。

さらに鑑定の実施を拒んだ場合には、秩序金に加えて、鑑定の実施の拒絶により生じた費用を、鑑定人に負担させるものとする（ZPO409 条 1 項 1 文）。もっともここでいう費用とは、適時に鑑定がなされなかったことにより一方当事者に生じた損害ではなく、必要のない期間を配慮したことによる損失にすぎない²⁸。この場合、まともな鑑定はほぼ期待できないため、裁判所はおそらくこの鑑定人を解任し、新たな鑑定人を任命するであろう（ZPO404 条 1 項 3 文）。

b) 鑑定意見の作成義務は、個人の義務である。ドイツ法によれば、通常、個人が鑑定人に任命される。すなわち、この者が鑑定意見を作成し、署名し、裁判所に提出しなければならない（ZPO411 条 1 項）。

ZPO407 条 3 項 1 文によれば、鑑定人は、自己に委託された事項を他の者に委託することは許されない。もっとも鑑定人は、鑑定の実施に当たり、自らを補助する者を置くことが許されている。技術的な補助・準備業務または筆記業務に関する限りでは、このことは自明である²⁹。しかし鑑定人は、検査の必要がある場合や鑑定意見そのものを執筆する場合にも、鑑定人が署名をすることにより鑑定意見につき責任を負い、協力の範囲を明示する限りで、助手を置くことが許される（ZPO407 条 3 項 2 文）³⁰。

二人以上の複数の鑑定人の共同作業で鑑定意見を作成するのが最適である、難易度の高い証明問題の場合には、いわゆるチーム鑑定〔Team-Gutachten〕も可能である。これは、裁判所がそのような委託をした場合、あるいは必要など

27 *Keders/Walter*, NJW 2013, 1697, 1702.

28 *Musielak/Voit/Huber*, ZPO, 13. Aufl. 2016, § 380 Rn. 3, § 409 Rn. 1.

29 *Roefner*, in *Bayerlein* (Fn. 3), § 10 Rn. 19 ff; *Ahrens* (Fn. 2) Kap. 47 Rn. 62 ff.

30 *Mayr*, in *Bayerlein* (Fn. 3), § 29 Rn. 16; (とりわけ病院における) かかる実務に批判的なものとして、*Ahrens* (Fn. 2) Kap. 47 Rn. 68 f.

きにさらに鑑定人を引き込む権限を鑑定人に与えた場合に、認められる³¹。

c) もっとも特別の場合には、官庁に鑑定を依頼することができる。たとえば特許法 29 条および商標法 58 条は、裁判所に相異なる複数の鑑定が提出された場合には、上位鑑定人〔Obergutachter〕としての特許庁に鑑定委託をすることができる旨を定める。建設法 193 条 1 項 4 号によれば、地価の調査のための鑑定人委員会は、裁判所からの、建付地と更地の取引価格に関する鑑定委託を実施する。通説によれば、この場合、鑑定人による鑑定であり、仮に鑑定人が自然人であることを前提とする規定の適用が不可能であっても、単なる職務上の情報というわけではない³²。

以上のような法律上の例外を除けば、民間の研究所、あるいはその他の組織そのものを、鑑定人に任命することは、実際にはそれが行われることが稀ではないとしても³³、本来はできない。裁判所は、具体的な人に委託をしなければならず、その選任を研究所や病院に委ねることは許されない。もっとも、研究所の助手が鑑定を作成し、瑕疵が指摘されなかった場合、瑕疵は、ZPO295 条 1 項にもとづき治癒される。

8. 鑑定人への意見聴取

すべての当事者は、裁判所での法的審問を求める権利を有する（基本法 103 条 1 項）。それゆえ当事者は、適切な期間内であれば、書面鑑定に対する異議や補充質問をすることができる（ZPO411 条 4 項 1 文）。かかる異議が提出された場合、裁判所は、書面による説明ないし補充をすることを、鑑定人に命じることができる（ZPO411 条 3 項 2 文）。もっとも裁判所は、鑑定人に口頭弁論への出頭を命じ、自己の鑑定意見につき説明をさせてもよい（ZPO411 条 3

31 *Grossam*, in *Bayerlein* (Fn. 3), § 13 Rn. 27.

32 *Thomas/Putzo/Reichold* (Fn. 11), § 404 Rn. 5. *Grossam*, in *Bayerlein* (Fn. 3), § 13 Rn. 23, meint, Gutachter sei die von der Behörde benannte Einzelperson.

33 Vgl. *Ahrens* (Fn. 2) Kap. 45 Rn. 34 f.

項1文)。鑑定人が書面による説明を提出しない場合、当事者は、鑑定人に対し口頭弁論で、鑑定意見につき質問をする権利を有する。このことは、裁判所が鑑定意見を十分なものと考えているかどうかにかかわらず、妥当する³⁴。裁判所が鑑定意見の正しさに疑念を抱いている場合、あるいは鑑定意見が理解困難である場合には、裁判所は、ZPO411条3項にもとづいて、職権で、鑑定人に対する意見聴取を命じなければならない³⁵。これを受け、鑑定人はこれらすべての場合に口頭弁論に出頭し、裁判所や当事者の質問を受けなければならない。

9. 鑑定人の宣誓

鑑定人は、当然のことながら、必要な注意を払いつつ、正しい鑑定意見を作成しなければならない。もっとも、証人の場合と同様、鑑定人の宣誓は裁判所の裁量のもとに置かれている。この場合鑑定人は、「中立かつ最も良く知るところ及び良心に従って」鑑定意見を作成した、あるいは作成することを請け合わなければならない（ZPO410条1項）。ほとんどの場合には、宣誓はなされない。というのも当事者は通常、裁判所の考えに従い、宣誓させることをあきらめるからである（ZPO402条で準用する391条）。ZPO410条によっても、結果は異ならない。この規定は、裁判所が例外的に宣誓を必要と考えた場合に、どのようにこれをなすべきかを定めているにすぎない。

10. 鑑定人の責任

a) 鑑定人は裁判所の補助者と考えられるため、過誤ある鑑定意見についての責任は、裁判官のそれと同様、一般不法行為と比べて制限されている。2002年に民法典に挿入された、839a条1項によれば、故意又は重大な過失による過誤ある鑑定意見にもとづいてなされた、裁判所の裁判の結果として生じた損

34 *Ahrens* (Fn. 2) Kap. 48 Rn. 28 ff.

35 *Ahrens* (Fn. 2) Kap. 48 Rn. 21 ff.

害についてのみ、鑑定人は責任を負う。同条項によれば、責任要件は以下のとおりである。(1) 裁判所鑑定人の任命、(2) 過誤ある鑑定意見の作成、(3) 裁判所の裁判との因果関係、(4) 主張する損害との因果関係、(5) 鑑定意見の作成の際に、鑑定人に故意又は重大な過失があったことである。これらすべての要件については、被害者に証明責任がある。

b) 被害者が、法律上の手段を利用することにより損害を防ぐことを怠った点で、責任がある場合、この損害賠償責任は認められない（ドイツ民法〔以下、BGB という〕839a 条 2 項で準用する 839 条 3 項）。この点につき、鑑定意見に関する口頭説明のために、鑑定人の呼出しを申し立てること（ZPO411 条 3 項 1 文）は、法律上の手段と考えられる。くわえて鑑定人の地位を保障するために、ZPO72 条 2 項 1 文（2007 年に挿入）は、いかなる当事者も、原手続〔Ausgangsverfahren〕において、鑑定人に訴訟告知することはできない旨を定めている。これにより、鑑定意見が好ましいものでないことを理由に、鑑定人が補助参加人〔Nebenpartei〕とされ、これにより辞任を強制させられることが、防止されることになる。また原手続の裁判から、鑑定人に対する損害賠償請求訴訟について拘束力が生じることも、阻止される。

c) 裁判所が裁判をするに至らなかった場合、鑑定人は責任を負うのか、負うとすれば、それはどのようなものかについては、法は定めを置いていない。たとえば、当事者が過誤ある鑑定意見にもとづいて和解をしたり、原告が鑑定意見にもとづいて訴えを取り下げたり、あるいは（ZPO485 条にもとづく）独立証拠調べで訴え提起前に、原告に不利な鑑定がなされた場合には、訴え提起を断念することもあるだろう。判例・文献の一部は、BGB839a 条の規定は最終的なものであり、その結果、鑑定人はこのような場合、責任を負うことは全くないと考えている³⁶。たしかに立法者は、同条をそのように解していたかもし

36 このようにいうものとして、Ahrens (Fn. 2) Kap. 43 Rn. 53; Palandt/Sprau, BGB, 76. Aufl.

れない。しかしそれは、とりわけ裁判所が、まさに鑑定意見を考慮して、訴訟上の和解や訴えの取下げを勧誘した場合には、不適切であるように思われるし、また基本権とも相容れないはずである。それゆえ、裁判所による裁判がなされなかった場合も、BGB839a 条を類推適用して、鑑定人に責任を負わせるか、不法行為の一般規定に立ち返るものとされている。個人的には、過誤ある鑑定意見の作成により刑事罰を科される場合に、BGB823 条 2 項で準用する StBG153 条以下、163 条にもとづき、鑑定人に責任を負わせるのが、最も説得力があるように思われる³⁷。

ところで BGB839a 条は、鑑定人の責任を、その鑑定意見を考慮した場合に、限定する。鑑定人が鑑定の準備の際に、当事者本人、あるいはその財産を侵害した場合、鑑定人は、BGB823 条 1 項あるいは 826 条にもとづき、制限を受けることなく責任を負う。

11. 鑑定人の報酬

a) 裁判所は鑑定人を任命し、報酬も支払う。鑑定人は、当事者に対しては、報酬請求権を有しない。鑑定人を相手に契約は締結されておらず、むしろ鑑定人は国家高権にもとづき任命される。したがって鑑定人は、2004 年の鑑定人等の報酬に関する法律、司法報酬・補償法（以下、「JVEG」という）にもとづき、自身の活動につき法定の報酬を得る。JVEG9 条によれば、16 の報酬区分により等級づけられた、作業時間当たり 65 ユーロから 125 ユーロまでの時間報酬を、鑑定人は得る（場合により、付加価値税が課される）。さらに特別の支出が補償される（JVEG12 条）。

b) もっとも、多くの鑑定人にとってこの報酬は、その他の通常の収入に比べ

2017, § 839a Rn. 4; MünchKomm/-Wagner, BGB, 7. Aufl. 2017, § 839a Rn. 25. も同様。

37 この点につきたとえば、Staudinger/Wöstmann, 2013, § 839a Rn. 19; Jauernig/Teichmann, BGB, 16. Aufl. 2015, § 839a Rn. 2; Soergel/Spickhoff, BGB, § 839a Rn. 34.

明らかに劣るものである。私の（勝手な）印象によれば、埋合せのために、多めの時間数で報酬計算されることも稀ではなく、文句も付けられはしない。しかし、鑑定人が法定の報酬表では納得しないであろうと事前に予測される場合には、関係人は、ある種のより高額な報酬（上限はない）につき合意をすることも可能である。このような合意は、比較的頻繁に行われている。この場合、鑑定人は、当事者が国庫に、それに応じた予納金を支払った場合に初めて、委託される（JVEG13条1項1文）。

c) 開示義務に違反したこと、過誤ある仕事を行ったこと、または事後的に忌避事由に該当したことを理由に、鑑定意見を利用できない場合、その報酬は減額されるか、完全にカットされる（JVEG8a条）。計算された報酬が訴訟物の価額と釣り合っていない、あるいは予納された金額を著しく超過している場合で、かつ鑑定人がこれらの事情を適時に指摘しない場合には、裁判所は、公正な裁量にもとづいて報酬を決定する。その結果、訴訟物の価額と適切に見合うようになるか（JVEG8a条3項）、または報酬が予納された費用の範囲に限定される（JVEG8a条4項）。

III. 証拠手続と証拠評価

1. 証拠手続

a) 裁判所は、当事者の証拠申出による場合（ZPO403条）であれ、職権による場合（ZPO144条1項1文）であれ、証拠決定により、鑑定人による証明を命じる。鑑定人による鑑定あるいは前提となる事実の認定につき、当事者の協力が必要である場合、裁判所は、住居に関わらない限り、当事者に必要な行為を受忍するよう命じることができる（ZPO144条1項3文）。

b) 鑑定人による鑑定意見の作成は、手間のかかる、また時間を要する業務であることが稀ではない。同一の事実問題を明らかにする手続が別に行われる

と、従前は、各別の事件において、別に鑑定意見を用意しなければならなかった。しかし 2004 年以降は、裁判所はこれに代わり、ZPO411a 条にもとづいて、先行する手続で作成された鑑定意見を利用することができる。法は、鑑定証明として、鑑定を利用することを認めており、(従前も可能であった) 書証としての利用に限られるわけではない。もっとも当事者には、新たな手続において、鑑定意見に関して法的審問(基本法 103 条 1 項)が保障されなければならない。このことは、相手方当事者が(追加的に)関与する場合だけではなく、同一当事者が再び争う場合であっても、当てはまる。なぜなら、既判力による拘束力のほかに、ある手続における証拠調べが、他の手続に対し拘束力を及ぼすことはないからである。それゆえ当事者は、先になされた鑑定の事実に関する基礎を争うこと、鑑定人を(新たな情報にもとづいて)忌避すること、あるいは口頭での意見聴取を申し立てることができる。しかし実務は、これまで、このような方法をほとんど用いてはいない³⁸。それゆえ、新规定の実際の利用は、おそらくそれほど多くないであろう。

鑑定意見を別に利用することにつき、鑑定人に情報提供がなされることはない。鑑定人はそのような二次利用を、鑑定意見書の中にメモ書きすることで、排除することもできないし、偶然それを知った場合も、反対することはできない。鑑定人に追加の報酬が支払われることもない。仮に、鑑定意見の説明をするために、新たな手続で口頭弁論に呼出された場合であっても、そうである³⁹。

2. 証拠評価

a) 裁判所は、鑑定人による鑑定の結果を、(他のすべての証明の結果と同様) 独立して自由に評価する(ZPO286 条 1 項 1 文)。もっとも、裁判所が十分な専門知識を有している場合には、鑑定意見は全く必要ではなく、むしろ事件を

38 Meller-Hannich, ZJP 129 (2016), 263, 277.

39 Münchener Kommentar/Zimmermann (Fn. 15), § 411a Rn. 14 ff.

自ら判断することが可能である。それゆえ、鑑定意見の正しさを検証することは、実際には限界がある。そのため裁判所は、鑑定意見がそれ自体論理的に纏められているか、つまり矛盾がないか、またこれまでの生活上の経験からして裁判官を納得させるものか、鑑定人が証明された事実と異なる評価をしていないかを審査できるにすぎず、また審査する必要があるのはこれらのみである。かかる審査は、当事者が異議申立てをしたかにかかわらず、裁判所に義務付けられる。もっとも、一定の専門知識がなければ、この審査もほぼ不可能である。それゆえ、多くの事案において裁判所は、鑑定人に、多かれ少なかれ盲目的に従うはずである。このことはしばしば非難されており、専門知識を有する裁判官の任用が求められている。もっとも、裁判官として鑑定人を任用することは、大多数の者から賛同を得ていない⁴⁰。いずれにしてもドイツの立法者は、2018年1月1日より⁴¹、銀行・金融取引、建設・建築契約、治療行為、保険契約に起因する紛争について、裁判官の専門知識を改善するために、地方裁判所に必ず特別の専門部を設け、これにより、これらの、当事者の財産ないし身体に関わる分野について、この専門部の裁判体の専門知識を向上させるべく、立法的手当をした。

b) 裁判所が鑑定意見に疑念を抱いた場合、まずは鑑定人に質問をしなければならない (ZPO411 条 3 項 1 文)。もちろん、裁判所が鑑定結果と異なる判断をすることは、直ちには不可能である。裁判所は補充鑑定を求めるか、新たな鑑定人を委嘱しなければならない。このような解明処置を終えて初めて、裁判所は、提示された意見を熟慮し、理由を付して自らの判断を行わなければならない。

40 Vgl. Ahrens (Fn. 2), Kap. 43 Rn. 2; Meller-Hannich, ZJP 129 (2016), 263, 288.

41 2017年の法 BGBI I 969による。

IV. 評価

鑑定証明は、実務上、問題が多い。鑑定人の委嘱は、訴訟を高額なものとし、また長期化させる。くわえて裁判所は、現実には、鑑定人に関する判断力の一部を失っている。さらに、法律家と鑑定人との間で意思疎通をすることが難しいという事情も存在する。両者は、無条件に、同じ用語を使用するわけではない。これらの問題の結果、ドイツの立法者は2016年に、裁判所と鑑定人がよりよく協働するよう、この両者の義務を定めた。このような義務の強化が、基本問題に多くの変更をもたらすのかは、どちらかといえば疑問である。秩序金を科せば、鑑定人がより迅速に仕事をするだとか、より良い仕事をするということには、まずならないからである。これに対して、鑑定人に指示をする、証明問題を鑑定人と協議するといった裁判所の義務を強化したことは、正当であるように思われる。専門領域について、地裁の専門部に管轄を定め、これにより判断を下す裁判官の専門知識を漸次的に向上させるよう、新たな義務を導入したことも、状況の改善に向けた一歩であると考ええる。

<主要参考条文>

* 基本的に ZPO の条文訳は、法務大臣官房司法法制部編『ドイツ民事訴訟法典—2011 年 12 月 22 日現在—』によった。条文訳中のイタリック部分は、2016 年の鑑定に関する ZPO 改正により、挿入・修正が加えられた部分であり、訳者が試訳した。

ZPO

144 条①裁判所は、検証の実施及び鑑定人による鑑定を命じることができる。裁判所はこの目的のために、当事者又は第三者にこの者が所持する目的物の提出を命じ、かつ、そのための期間を定めることができる。裁判所は、住居に関わらない限り、第 1 文による処分を受忍を命じることができる。

②以下省略

293 条 外国法、慣習法及び規約は、それが裁判所に知られていない限り、証明を必要とする。これらの法規範の調査に際しては、裁判所は、当事者の提出した証拠に制約されない。裁判所は、他の認識源を用い、かつ、それを用いるために必要な事項を命じる権限を有する。

295 条①手続に関する規定の違反、特に訴訟行為の方式に関する規定の違反については、当事者が、その規定の遵守を放棄したとき、又は当該手続に基づいてなされ若しくはこれを引用してなされた次の口頭弁論において、出頭し、かつ、その瑕疵を知り若しくは知ることができたにもかかわらず、その瑕疵について責問しなかったときは、もはやこれを責問することができない。

②略

372 条①受訴裁判所は、検証の実施に当たり、1 名又は複数名の鑑定人を立ち合わせるべき旨を命ずることができる。

②略

391 条 証人は、第 393 条に基づく例外を除き、供述の重要性を考慮し又は真実に則した供述を導き出すために裁判所が必要であると認め、かつ、当事者が宣誓を放棄しない場合には、宣誓をしなければならない。

402 条 鑑定による証明に関しては、以下の条文において別段の規定がない限り、証人による証明の規定を準用する。

403 条 証拠の申出は、鑑定すべき事項を表示してこれを行う。

404 条①関与すべき鑑定人の選任及びその人数の指定は、受訴裁判所が行う。受訴裁判所は、鑑定人の任命を一人に限定することができる。受訴裁判所は、最初に任命された鑑定人に代えて、他の鑑定人を任命することができる。

- ②任命に先立ち、当事者に、鑑定人となるべき者につき意見を聴くことができる。
- ③特定の種類の鑑定のために鑑定人が公的に選任された場合には、特段の事情により必要とされるときに限り、他の鑑定人を選任すべきものとする。
- ④裁判所は、当事者に対して、鑑定人として尋問を受けるに適する者を指名するよう求めることができる。
- ⑤当事者双方が、特定の者を鑑定人とするを合意したときは、裁判所は、この合意に従わなければならない。ただし、裁判所は、当事者の行う指名を一定人数に制限することができる。

404a 条①裁判所は、鑑定人の行為を指揮しなければならない、その行為の種類及び範囲について指示を与えることができる。

- ②特段の事情により必要な限り、裁判所は、証明問題を作成するに先立って鑑定人から意見を聴き、その役割を指示し、求めに応じて委託した事項について説明すべきこととする。
- ③事実関係について争いがあるときは、裁判所は、鑑定人がどの事実を鑑定の実施に際して基礎とすべきかを定める。
- ④必要とされる限り、裁判所は、鑑定人が証明問題の解明についてどのような範囲の権限を有しているか、鑑定人がどの程度まで当事者と接触できるか、また、鑑定人はいつ当事者に鑑定人の調査への関与を認めなければならないかについて定める。
- ⑤鑑定人に対する指図は、当事者に通知しなければならない。鑑定人に対して指図するために特別の期日を開くときは、当事者が立ち会うことを認めなければならない。

406 条①鑑定人については、裁判官の忌避に相当する原因と同一の原因に基づいて忌避することができる。ただし、忌避原因は、鑑定人が証人として尋問されたことを理由とすることはできない。

- ②忌避の申立ては、鑑定人を選任した裁判所又は裁判官に対して、尋問前であって、遅くとも選任の決定の告知又は送達がなされた後 2 週間以内に行われなければならない。これ以後の忌避の申立ては、申立人が、忌避原因をこれ以前に主張することが自己の責めに帰すべからざる事由によりできなかつたことを疎明した場合に限り認められる。忌避の申立ては、裁判所事務課において調書にこれを陳述することにより行うことができる。

- ③忌避原因は、疎明しなければならない。当事者が宣誓に代わる保証をすることは認められない。
- ④忌避の裁判は、第2項に掲げる裁判所又は裁判官が決定により行う。
- ⑤忌避の理由があるとする決定に対しては、不服申立てをすることができず、忌避を理由がないとする決定に対しては、即時抗告することができる。

407条①鑑定人に選任された者が、必要とされる種類の鑑定を実施するために公的に選任された場合、その者が、鑑定を行う上で自己の知識の前提となっている学問、技芸若しくは営業を公的に業務として行う場合、又はその者がそうした業務を行うために公的に選任され若しくは授權されている場合には、この者はその選任に従わなければならない。

②裁判所において鑑定を実施することを応諾している者も、鑑定を実施する義務を負う。

407a条①鑑定人は、委託された事項が自己の専門に該当するかどうか、他の鑑定人の関与なくして解決できるかどうか、及び裁判所により定められた期間内に処理できるかどうかについて、遅滞なく検討しなければならない。自己の専門に該当しない場合又は他の鑑定人の関与を必要とする場合には、鑑定人は裁判所に遅滞なくその旨を通知しなければならない。

②鑑定人は、自らの中立に対する疑念を理由づけるにふさわしい事由が存在するかどうかを遅滞なく検討しなければならない。鑑定人は、裁判所にこのような事由を遅滞なく通知しなければならない。鑑定人がこれを怠った場合、秩序金を科すことができる。

③鑑定人は、委託された事項を他の者に囑託する権限を有しない。鑑定人が他の者の協力を求めたときは、それが副次的な仕事でない限り、その者の名前を挙げて、その者の協力の範囲を示さなければならない。

④鑑定人が、委託された事項の内容及び範囲について疑問を有するときは、遅滞なく裁判所による説明を求めなければならない。鑑定について見込まれる費用が、訴訟物の価額に比して不相当であることが明らかな場合又は求められた予納費用を著しく上回る場合には、鑑定人はこれを適時に指摘しなければならない。

⑤鑑定人は、裁判所の要求がある場合、書類及び鑑定のために供されたその他の資料並びに検査結果を、遅滞なく引き渡し又は通知しなければならない。鑑定人がこの義務に従わないときは、裁判所は、引渡しを命じる。

⑥裁判所は、鑑定人に対してその者の義務について指摘をすべきものとする。

408条①証人に証言を拒絶する権利が与えられるのと同一の事由によって、鑑定人は鑑定を拒絶することができる。裁判所は、他の理由によっても鑑定人に対して鑑定を実施する義務を免除することができる。

- ②裁判官、公務員又は公務に従事するその他の者を鑑定人として尋問することについては、公務員法上の特別の規定が適用される。連邦政府又は州政府の構成員については、これらの者に規準となる特別の規定が適用される。
- ③裁判所の裁判に関与した者については、裁判の対象を構成した問題について鑑定人として尋問してはならない。

409 条①鑑定人が、義務を負っているにもかかわらず出頭又は鑑定の実施を拒んだ場合、又は書類その他の資料を留置している場合には、これによって生じた費用を負担させることとする。同時にこの鑑定人に対しては秩序金を科す。鑑定人が繰り返し義務に従わないときは、秩序金を再度科すことができる。

- ②この決定に対しては即時抗告することができる。

410 条①鑑定人は、鑑定を実施するに先立って又は実施後に宣誓をする。宣誓文は、鑑定人が自己に求められた鑑定を中立かつ最も良く知るところ及び良心に従って行い又は行った旨のものとする。

- ②鑑定人が、該当する種類の鑑定を実施することにつき一般的な宣誓を行ったときは、行った宣誓を引用すれば足りる。この引用は、書面による鑑定においてもこれを行うことができる。

411 条①書面鑑定が命じられたときは、裁判所は鑑定人に対して、署名のある鑑定を送付しなければならない期間を定めるべきものとする。

- ②鑑定の実施義務を負った鑑定人がその期間を徒過したときは、鑑定人に秩序金を科すことができる。秩序金は、事前に猶予期間を定めて命じなければならない。徒過が繰り返される場合は、秩序金は同様の方法で再度科すことができる。各秩序金は 3000 ユーロを超えてはならない。第 409 条第 2 項を準用する。

- ③裁判所は、書面鑑定を説明させるために、鑑定人の出頭を命ずることができる。裁判所は、鑑定の手面による説明又は補足を命じることができる。

- ④当事者は、適切な期間内に、鑑定に対する異議、鑑定に関する申出及び書面鑑定に対する補充質問を裁判所に対して通知しなければならない。裁判所は、当事者に対してそのための期間を定めることができる。第 296 条 1 項、第 4 項を準用する。

411a 条 書面鑑定については、他の手続によってなされた裁判所又は検察庁の鑑定を利用することにより、代替することができる。

412条①裁判所は、鑑定が不十分であると認めるときは、同一の鑑定人又は別の鑑定人による新たな鑑定を命じることができる。

②裁判所は、鑑定の実施後に鑑定人について忌避が認められたときは、別の鑑定人による鑑定を命じることができる。

413条 鑑定人は、司法報酬・補償法に従い報酬を受ける。

414条 認知するについて特別の専門知識が必要とされる過去の事実又は状態を証明するために、専門家を尋問すべき場合には、証人尋問に関する規定を適用するものとする。

BGB

823条①故意又は過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有権又はその他の権利を違法に侵害した者は、その他人に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。

②他人の保護を目的とする法律に違反した者も、前項と同様とする。法律の内容によれば過失（Verschulden）がなくとも違反が生じる場合には、賠償義務は、過失があるときに限り生じる。

839条①公務員は、故意又は過失により第三者に対して負う職務上の義務に違反したときは、その第三者に対し、これによって生じた損害を賠償しなければならない。その公務員に過失のみがある場合においては、被害者は、他の方法で賠償を得ることができないときに限り、賠償を請求することができる。

②公務員は、訴訟における判決に際し職務上の義務に違反した場合においては、その義務違反が犯罪を構成するときのみ、これによって生じた損害について責めに任ずる。この規定は、義務に違反して職務の執行を拒絶し、又は遅延したときは、適用しない。

③賠償義務は、被害者が法律上の手段の行使によって損害を防止することを故意又は過失により怠ったときは、生じない。

839a条①裁判所により任命された鑑定人が、故意又は過失により正確でない鑑定を作成した場合、鑑定人は、この鑑定に依拠した裁判により手続関係人に生じた損害の賠償を義務付けられる。

② 839条3項は、これを準用する。

〔訳者後記〕

1. 本稿は、2017年10月22日に石川四高記念文化交流館、11月6日に立命館大学朱雀キャンパスにおいて開催された、ドイツ・レーゲンスブルク大学ペーター・ゴットバルト名誉教授によるセミナーの原稿を翻訳し、参考条文を付したものである。原題は、“Die Stellung des Sachverständigen und seines Gutachtens im deutschen Zivilprozess”である。

本稿の著者であるゴットバルト教授は、わが国でも「ローゼンベルク／シュワープ／ゴットバルト」の略称で知られるドイツ民事訴訟法の体系書の著者であり、バイロイト大学、レーゲンスブルク大学の正教授を歴任されたほか、ドイツ国際民事手続法学会および国際訴訟法学会の理事長の要職も務められるなど、日本においても著名な、ドイツを代表する民事訴訟法学者の一人である。また、バンベルクおよびミュンヘンの高等裁判所において、裁判官として仕事をされたご経験もお持ちである。

ゴットバルト教授は今回、2017年度立命館大学客員教授として同大学法学部の招聘により来日されたが、各地で講演をされた。本稿との関係では、上記のとおり金沢と京都でセミナーが開催された。金沢で開催されたセミナー（第198回金沢大学民事法研究会）には、台風による暴風雨にもかかわらず、学内の研究者、大学院生、法科大学院生のほか、石川日独協会会員など多くの方が参加し、活発な議論が交わされた。京都でのセミナーでは、関西圏の民事訴訟法研究者および弁護士が数多く参加し、理論と実務の両面から突っ込んだ議論がなされた。

2. 2014年9月16日から19日にかけてハノーファーにおいて開催された第70回ドイツ法曹大会において、その訴訟法部会に、カリエス（Calliess）から、「民事訴訟における裁判官—民事訴訟法および裁判所構成法はいまなお時代に合ったものか？（“Die Richter im Zivilprozess – Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß）」と題する鑑定意見書が提出されたが、その中で鑑定証明も取り上げられ、改革

の必要性が主張されていた。その中心的論点は、鑑定の一質の改善と手続の効率性にあった（この議論の詳細は、ヴォルフガング・リュケ〔三上威彦＝本間学共訳〕「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—」法学研究（慶応）91巻4号1頁以下を参照）。これを受け、改正議論が活性化し、最終的には、2016年10月11日の鑑定法改正に関する法律（Gesetz zur Änderung des Sachverständigenrechts vom 11.10.2016）に結実した。本稿は、この改正されたドイツ民事鑑定法の概要を情報提供するものである。

わが国の民事訴訟法における鑑定制度は、職権鑑定の制度がない一方、専門委員制度が存在するなど、ドイツにおける鑑定制度と異なる点も存在する。しかし、専門訴訟の役割が増大する現代社会において、専門家の知見を裁判においてどのように利用するかという問題は、いずれの国も抱える共通の課題である。本稿は、最近のドイツにおけるこの問題への対処を知る上で、有益であるといえよう。

なお、訳文中の（ ）は原文中のカッコ、〔 〕は訳者による補足である。また、訳文につき、名津井吉裕 大阪大学教授から貴重なご意見を頂いた。記して感謝申し上げます。もとより、思わぬ誤訳が存在するとすれば、それはすべて訳者自身の責任に帰されるべきものである。

〔付記〕本稿は、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。