

目次

編者はしがき	中野貞一郎	1
鑑定をめぐる実務上の二、三の問題	野田 宏	1
科学鑑定の評価	中野貞一郎	27
医療過誤訴訟の一事例	萩澤 清彦	61
科学裁判と鑑定	梅 善夫	89
医療過誤訴訟における鑑定の評価	本井 巽	113
医療裁判と医療鑑定	米田 泰邦	131
医療事故訴訟と鑑定	畔柳 達雄	167
◎ 法医学および医事法学の立場からみた鑑定の問題	松倉 豊治	209
民事裁判における鑑定に関する主要文献一覧	梅 善夫	

よる交互尋問制を採用したものはあるが、裁判所の主導的な尋問権を留保している点では不徹底であり、運用によっては、逆戻りの可能性さえあることを危惧されるのである。

(8) 問題は鑑定人である。昭和二三年の法改正は、鑑定人の地位を証人と同じように変質させたのであろうか。あるいは、変えなかったであろうか。前記図式にしたがえば、「裁判所の鑑定人」から「当事者の鑑定人」となることを、立法者達は、考え、予定していたのであろうか。この点は、必ずしも審らかではない。尋問の形式面に関し、僅かに、「鑑定の性質上書面による陳述が許されているし（三〇八条）、実務ではむしろ書面による場合が相当多いから、口頭陳述を原則とする第二九九条の準用はない。」（菊井・村松・II三四七頁）こと、「しかし誘導尋問の禁止、意見を求める尋問の禁止の規定（現則三五条）は準用されない。」（岩松・兼子・法律実務講座V三一七頁）ことなどが指摘されているに過ぎない。

しかし、先ほど、「裁判所の証人」という言葉になぞらえて「裁判所の鑑定人」と表現したが、鑑定人に代替する意味での専門家証人の問題はあるけれども、一般的にいつて、裁判所に対する関係での証人と鑑定人との役割、機能は全く異なっており、法改正によって、鑑定人の裁判所に対する役割、機能までが変質させられたとは、到底考えられないのである。その意味で、鑑定人尋問を、単に形式のみならず、その実質まで証人尋問と同一視するべきだとする考え方が、仮りに存するとすれば、それは疑問である。

しかるに、現実の医療事故訴訟の鑑定人尋問の中には、往々にして弁護士が、鑑定人を証人と同視しているとしか考えられない尋問、やり取りが散見されるのである。のみならず、眼前に、当事者代理人の不当な尋問形式を現認しながら、全く介入することなく漫然と放置する裁判所の、いささか消極的に過ぎる訴訟指揮に遭遇することも、決して珍らしいことではない（その典型的な例が、鑑定人に対して、我が田に水を引くための、イエス、ノウ、肯定、否定の回答だけを求める質問の繰り返しであり、鑑定人がその答えの出できた理由を説明しようとする、鑑定（証）人は、問われたことにだけ答えればよいのだと述べて、鑑定人の答えを一方的に制止して、自己の用意した次の質問

に移るといふ尋問方式であり、裁判所が、これを当然であるかのように傍観している場面である。他方、裁判所に出頭した経験のある鑑定人からは、人を呼び寄せておきながら、十分に理由をいわせないのは、おかしいではないか、というような不満として語られており、私的にではあるが、同じような疑問を何回となく聞くのである）。これらの事実を彼我総合すると、鑑定人尋問については、それ程多いとは思われないものの、証人尋問と同じであるとする意識が、法律実務家の一部に存在していると考えざるを得ない。

ところで、そもそも、鑑定（証）人が、法廷に出頭することになった所以は、裁判所によって書面による鑑定を求められ、鑑定書を書いたからであり、その書面についての訴訟関係者の疑問に答えることを求められたためである。したがって、前後一貫して鑑定人である本質は全く変わっていないのである。そうだとすると、訴訟関係者と鑑定（証）人との質疑応答は、弾劾的反対尋問の場合の典型とされる一問一答方式よりは、ある程度包括的な自由叙述方式の方が、事態及び目的に合致しかつすぐれていることになる。否、叙述方式がいかなる形式にかかわらず、鑑定人を³₄⁵して自由かつ十分に語らしめ、正確な知識と判断を裁判所に提供させることこそ、鑑定の本来あるべき姿なのである。

(9) 右に述べたように、鑑定人尋問は基本的には、できるだけ自由な形式、雰囲気下に、すべてを鑑定人から聞き尽くすことを目指して実施されるべきだというのが、われわれの主張である。もっとも、そのことは、鑑定人尋問について、ときに、反対尋問の必要性が生ずることを否定するものではない。けだし、鑑定（書）というものが、言葉（文字）で表現されるものである以上、実体に比して過剰あるいは過少に表現されることは避け難い。また、事実認識の誤解あるいは錯覚などが前提となり、誤った結論を出すことも、人間のすることである以上ありえないことではない。これらの過剰表現、過少表現を修正させ、誤解偏見、誤判断を正す手段として、反対尋問は最有力な手段の一つと思われるからである。

したがって、鑑定（書）によって不利益を受けた当事者は、鑑定（書）における前記のような問題点を解消させる目的のために必要な限度で、鑑定人に対する（反対）尋問をなすべきである（岩松・兼子・法律実務講座V三一八頁

(3) 鑑定人尋問にかぎらず、専門家に対する尋問を「一問一答方式で行うことに最初に疑問を出されたのは新堂幸司教授であり中野貞一郎教授である。」

座談会「医師からみた医療過誤訴訟の問題点——我妻堯徳長に聞く」の中で、次のように発言されている。「新堂『どうも一問一答というのは、専門家については非常に危険だという感じを受けるんですね。私の聞いていることだけに答えなさい。イエスカノーカ』と。そして考え込むと、「お答えがないんですね。もういいです」(笑)とかね。あれは専門家相手にはちょっとね。……新堂『留保事項がいっぱいあるはずなんです。それは聞かないというのでは。ほかにいっぱい反論の余地があるものが全然出てこないのでしょうか。』中野『たしかに一問一答というのは危険ですね。周辺から一部分を切り取って、これはどうだというふうなことになりますから、医者を使っているのと、弁護士が考えているのとで概念が食い違うということもありますから。』(新実務民事訴訟講座5三六二頁下段参照)。

(4) J. D. J. Hayward, The Medical Malpractice Position in the United Kingdom Law, Medicine & Health Care Vol. 14 p. 175 (1986) は、著者ハワード博士(連合王国のパリスター、英国医師会幹事、元英国法医学会会長)が、一九八六年シドニーで開かれた「保健医療の法と倫理に関する国際会議」で行った同じ題名の報告をまとめたものである。それによると著者は、英国の法制と大陸法の鑑定制度とを比較しながら、裁判所が専門的事項を、科学的な講話として聞くことができる鑑定人からではなくて、交互尋問に曝されなければならない Expert Witness から、証人尋問という形式でしか聴取できないということ述べたりえで、そのことによって生ずる問題点を指摘している。その指摘の中に、弁護士、裁判官の質問が誤っており、あるいは不適切であることが原因で、重要な事実(証拠)が法廷に現われなまま終ってしまう危険性などが説かれている。鑑定人尋問を英米型の証人尋問方式に委ねた場合には、裁判所が十分に後見的機能、監督的機能を果さない、多かれ少なかれ、ここで指摘されたような問題点が生じうるのである。

(5) 青柳文雄「医療過誤事件における鑑定」判例時報九七七号は、鑑定人尋問につき交互尋問制を採用することの可否について、英米人と日本人との精神構造、生活態度、文化の差にまでさか上って問題を論じた興味ある論文である。著者は制度それ自体の側面と日本人論の側面から、鑑定人尋問に交互尋問制を導入することに深い疑問を呈する。著者の日本人論が正しいか否かは暫く措き、制度それ自体の問題については、次のように主張される。「精緻な問題を決定することの多い鑑定が交互尋問による吟味に適しないことは当然である。大陸法における鑑定は当事者の武器なのではない。それは裁判官の知識補充とい

うことから出発している。知識を補充されるべき裁判官は自ら理解を全うするまで公判廷で或いは公判廷外で鑑定人を尋問すべきであって、その尋問を当事者に一任してしまつてよいわけではない。「証言が当事者の一方に偏するものが当然である」との思考の下では、利害関係のない裁判官よりも利害関係の対立する当事者の方が、反対尋問による吟味に必要な事実を熟知している、真実の発見という意味でも適当なものであろう。しかし、鑑定の場合は多くの場合に当事者双方ともに専門事項を熟知しているわけではない。そこで反対尋問は英米法の事例から見ても、適正手続という観点からも、疑問であり、真実の発見という観点から見ると全く寄与するものではない。大陸法の訴訟が民事でも刑事でも鑑定人の尋問を交互尋問によって行っていないのも当然である。著者の主張は、この記述だけを読むと、いささか過激であり、かつ、やや独断的ではあるが、その解決策として「鑑定人尋問の若干の工夫」の項で提案されているところは、実務的に十分実施可能な、極めて穏当なものである。すなわち、「……鑑定人の尋問はまずその申立をした当事者が行い、次いで相手方が尋問するのは特に差支えないが、裁判所は自ら納得しない場合には納得の得られるまで補充尋問をすべきであらう。補充尋問によつてもなお理解が得られなければ補充的に書面の提出を求める……ことも可能である。」とされるのである。

(6) 田辺公二「事実認定の研究の将来」民事訴訟の動向と背景(一九六五年)所収は、裁判科学と裁判実務の「架橋」ということを問題にされた論文である。その冒頭部分で科学的鑑定人の選任および尋問の方法を取りあげている。すなわち、「鑑定人尋問の方法である。裁判官による尋問制度という、わが国の訴訟制度の歴史的な沿革からやむを得ないところであらうが、わが国では、従来訴訟当事者、特に弁護士が、鑑定人の尋問によつてその鑑定信頼性を検討する方法について、必ずしも十分な研究がせられていなかった。」と、当時の状況を集約したうえで、「素人である法律家の尋問は、しよせん、専門家たる鑑定人の証言の価値を左右し得るものではないという反論は、私の米国の法廷視察の経験からいっても、首肯できない。弁護士が、十分な尋問の準備を行なう限り、その尋問によつて鑑定人に進んでその誤りを認めさせるようなことはたとえできないとしても、現在の科学レベルからはしかく断言的な判定を下し得ないことを承認させるとか、あるいは、その鑑定の表現に若干の誇張もしくは不当な一般化があることを認めさせるようなことはたしかに可能なのであり、そのことは、裁判の結果にも重要な影響をもち得るのである。また、弁護士が、鑑定人の調査のアプローチについて一応の理解ができる限り、その調査の結果を左右する別のデータを提供することも決して不可能とはいえないであらう。」とされているのである。

(7) 鑑定人からしばしば聞く不満の一つに、鑑定人尋問を受けた後で、尋問調書が交付されないというものがある。特に、法

3/3

5. 技術説明会

特許侵害訴訟において、技術的な争点について、公開法廷で説明したり、証人調べをすることは、あまりふさわしいことではなく、裁判官に^{ひな壇}から下へ降りて来て貰って、図面を広げ、模型や写真を見せ、ビデオテープの再生画像を見ながら、「こうですよ。」「ああですよ。」と説明する方が、説得しやすいし、より事案の真相に近付けることができると考えられる。そこで、考えられたものが「技術説明会」である。なお、現在は^{ひな壇}のないラウンドテーブル法廷も設置され、大阪地裁第21民事部でもラウンドテーブル法廷が利用されて、裁判官は黒い法服を着用しないで弁護士同様に背広姿で審理に当たっており、裁判所も一昔前からみずいぶん変わったとの感がある。

技術説明会が、口頭弁論か釈明処分(民訴法151条)かどうか議論があったが、改正民訴法において、進行協議期日を規定した(民訴規則95条1項)。進行協議期日は、口頭弁論期日外で、審理の充実を目的として、当事者双方が立ち会って、口頭弁論における証拠調べと争点との関係の確認その他訴訟の進行に関して協議を行なう手続で、その立法趣旨は、これまでも口頭弁論期日とは別に、訴訟の進行について打ち合わせを行なったり、特許等の専門的な問題についての説明会を開いて成果を挙げていることから、新規則でこれを認知し、所要の規定を設けたとされている。技術説明会は、進行協議の枠を越えた争点整理ないしは心証形成に踏み込む側面を有するとの日弁連の指摘があるが、手続の性質はともかく(弁論準備手続でもよい)、審理の充実のためには必要なことであり、これによって裁判所に技術について理解してもらうためのよい機会であるから、この機会を十分生かすべきである。

技術説明会は、当事者双方が、例えば原告1時間、被告1時間と持ち時間を限って説明する方法で行なわれており、原告も被告も十分な準備と説明に工夫を凝らすことが肝要である。

しかも、この技術説明は、訴訟代理人がすべきであり、補佐人はあくまでこれを補佐する体制が望ましい。もちろん、発明者や社内技術者も同席させて、裁判所から質問があれば、直ちに答え得る体制を準備しておくべきであ

るが、説明の中心はあくまで訴訟代理人であることを忘れてはならない。

そして、原告としては、

- ① 本件特許発明の目的・課題解決手段
- ② 本件特許発明の内容・特徴(構成要件・作用効果)
- ③ イ号物件の説明
- ④ イ号物件が技術的範囲に属すること

の説明をすべきであって、その他の議論は全く不要である。

そして、被告から直接質問があっても、一々答える必要はない。被告にも技術説明の機会が与えられており、そこで、自己の技術説明をすればよいのであり、あくまで技術説明会は裁判所に技術を理解してもらう場であって、相手方を「やっつける場」ではないから、お互いが簡潔に分かり易く説明すればよいのである。

なお、技術説明会は、証拠調の一種としての検証でもなく、裁判所書記官による調書は作成されない。従って、当事者は予め説明内容を記載した「技術説明書」を作成して、裁判官・調査官及び相手方の分を提出し、これに基づいて説明した後は訴訟記録に^{べんてい}編綴されて残るので、前記の模型、写真、ビデオテープ等と対応させて、説得しやすい技術説明書を作成することが大切である。

6. 三者の協同作業の必要性

特許権者、訴訟代理人及び補佐人の三者の協同作業の重要性を忘れてはならない。弁護士は、訴訟代理人として、訴訟の流れや問題点を最も良く理解しているので、立証事項について、ここをもっといろいろな資料で補強できないかとか、このウィーク・ポイントを埋める何か資料がないか、というような問題提起をすることは得意である。類似判決の検索もすぐにできる。被告主張の弾劾についても、この辺から突っ込めないかどうかといった意見も出せる。一方、弁理士も、例えば、均等論の要件を立証するために公知文献を調査したり、分析したりできる特技がある。しかし、補佐人も具体的にど