

# 鑑定とその評価

——ドイツ民事判例の検討——

豊 田 博 昭

- I はじめに
- II ライヒ裁判所1941年・42年判決
  - 1 父子関係事件の親子鑑定
  - 2 小括
- III 遺伝生物学鑑定の利用事件
  - 1 遺伝生物学鑑定
  - 2 ライヒ裁判所の判例
  - 3 連邦裁判所の判例
  - 4 連邦裁73年判決が引用する先例
- IV 自由な証拠評価の原則
  - 1 自由心証主義
  - 2 自由心証制限説
  - 3 旧時の判例から
  - 4 鑑定の不採用
- V 鑑定意見の対立
- VI おわりに

## I はじめに

親子関係訴訟における親子鑑定について、最近考察する機会をえた<sup>1)</sup>。血液型鑑定とDNA(型)鑑定が中心であったが、民事鑑定のいくつかの問題についてもわずかながら考えることができた。現代型訴訟または専門訴訟の増加に伴い、鑑定証拠の果たす役割はいつそう拡大していると思われる

---

1) 豊田「親子関係訴訟と親子鑑定」二宮周平編集代表・野澤紀雅編『現代家族法講座 第3巻 親子』(日本評論社, 近刊)。

が<sup>2)</sup>、これを統計でみると、わが国民民事訴訟手続における鑑定の利用はほぼ専門訴訟に限られている<sup>3)</sup>。他方で、家裁の「人事を目的とする訴訟」事件での鑑定の利用はきわめて少ない傾向が認められる<sup>4)</sup>。

最近の医事訴訟において、最高裁が原審の鑑定意見の証拠評価を経験則違反または採証法則違反として、原判決を破棄差し戻した事案<sup>5)</sup>をみると、

2) 稲垣喬『医師責任訴訟の構造』140頁(有斐閣, 2002年), 同「判批」民商136巻3号399頁, 野山宏「解説」最判解説民事篇平成9年度279頁, 西岡繁靖「医事関係訴訟における鑑定等の証拠評価について」判タ1254号29頁参照。

3) 最高裁判所事務総局『裁判の迅速化に係る検証に関する報告書(概況編)』8頁(2014年7月)によると, 平成24年の医事関係訴訟の鑑定実施率は12.9%, 瑕疵主張の建築関係訴訟では5.3%であり, 民事第一審訴訟(過払金等以外)は0.9%である。5年前の同「報告書」57頁, 151頁(2007年7月)と大きな違いはない(医事関係訴訟は控訴審の数値)。

4) 最高裁判所事務総局『司法統計年報 3 家事編 平成28年』77頁(法曹会)によると, 「人事を目的とする訴え」における鑑定実施率は9951件中89件(0.8%), 鑑定人質問も3件である。過去10年間遡ってその数値をみても, 平成24年の1%が一番高く, 鑑定人への質問は年々下がっている。

5) ①患者が風邪で約4週間医師の診療を受けたが, 投与された抗生物質等の薬剤が原因で顆粒球減少症にかかり死亡, その遺族らが開業医らに対し, 診療について注意義務違反があったと主張して損害賠償請求をした事案で, 最判平成9年2月25日民集51巻2号502頁・判時1598号70頁, ②顔面けいれんの根治手術である脳神経減圧手術後に脳内血種等により死亡した患者の遺族らが手術担当医師の術中操作に過失があったと主張して担当医師ら, 国に対し提起した損害賠償訴訟で, 最判平成11年3月23日判タ1003号158頁, 判時1677号54頁, ③80歳を超えた女性が脳梗塞で入院, その後, 安定期に移った頃に一般病室に移ったところ, メチシリン耐性黄色ブドウ球菌(MRSA)に感染して死亡した, その相続人から担当医師らに対し, 早期に抗生剤バンコマイシンを投与しなかったことでその消失を遅らせた過失等により同女を死亡させたとして, 損害賠償請求訴訟を提起した事件で, 最判平成18年1月27日判時1927号57頁, ④冠状動脈バイパス手術を受けた患者が術後に腸管え死となって死亡ことから, その相続人らが, 担当医師は腸管壊死を疑って直ちに回復手術を実施すべき注意義務を怠った過失があるとして, 病院開設者の相続人らに対して損害賠償請求訴訟を提起した事件で, 最判平成18年4月18日判時1933号80頁, ⑤ポリープ摘出手術を受けた患者が術後に出血性ショックにより死亡し, その相続人が主治医, 病院開設者に対し, 患者に対し十分な輸血と輸液を行って全身の循環状態が悪化しないように努めるなどしてショック状態の重篤化を防止すべき義務を怠った過失があるなどと主張して, 損害賠償訴訟を提起した事件で, 最判平成18年11月14日判時1956号77頁。

この種の訴訟において裁判所は提出された医学鑑定に基づいて医学的知見を理解・吟味・評価を行い、獲得した知見および他の証拠をしん酌して事実認定をしなければならないという、実に難しい証拠調べに迫られる状況をうかがい知ることができる<sup>6)</sup>。

先の研究で検討した親子関係判例において、(ア)大分地判平9年11月12日(判タ970号225頁)は、戸籍上の父から長男に対する親子関係不存在確認訴訟で、同じ鑑定人のDNA鑑定の結果を採らず、血液型鑑定の結果を採用して原告の請求を棄却した。同地裁は、自ら獲得した医学知識に基づきDNA鑑定の結果は100%の信頼がおけないと評価している。その控訴審(福岡高判平成10年5月14日判タ977号228頁)は第一審判決を取り消し、親子関係が存在しないことを確認する判断をしたが、大分地判の鑑定評価に対して、筆者は、ドイツのライヒ裁判所(Reichsgericht)当時の判例(1941年9月24日判決(RGZ 167,S.269ff.), 1942年5月30日判決(RGZ 169,S.193ff.))を参照して疑問を述べた。(イ)亡両親の戸籍上の長男から戸籍上の姉に対する、亡両親との親子関係不存在確認請求訴訟で、第一審の実施した第一鑑定(SLP法)と第二鑑定(STR法)の結論が異なり、第一審は第二鑑定を採用して請求棄却、これに対し東京高判平成17年7月26日(家月58巻5号78頁)はさらに第三鑑定を実施して、第一審判決を取り消し、請求を認容した。鑑定結果が対立した場合の解決策として、東京高判の処置方法に賛成したが、前掲最判では、事実審裁判所は、さらなる鑑定を実施せずに、対立鑑定の中から一方を優先させる事案もみられる<sup>7)</sup>。事

6) 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』1頁(日評, 1988年), 高橋謙・黒野功久・中田翔・山下真吾「鑑定」福田剛久・高橋謙・中村也寸志編『最新裁判実務体系 第2巻 医療訴訟』210頁(青林書院, 2014年), 石丸将利「医療訴訟における因果関係の認定」奥田隆文・難波幸一編『民事事実認定重要判例50選』403頁(立花書房, 2015年)など。

7) たとえば、(1)前掲・最判平成18年4月11日では、①第一審の裁判上の鑑定人の鑑定、および②控訴審で原告提出の私的鑑定書は、それぞれ被告医師の過失を肯定、他方、③被告・病院提出の私的意見書は過失を否定、控訴審は③を採用した。(2)また前掲・最判平成18年11月14日では、①第一審で原告提出の私的意見

件や提出された鑑定によって、その選択肢も異なることは予想されるが、このように複数の鑑定結果が対立する場合に、裁判所の判断につき何らかの要件・基準などがありうるのか、検討すべき問題はないかと思案した。(ウ) 最高裁は、平成26年7月17日判決で、いずれも訴訟外のDNA鑑定に基づき提起された3件の親子関係不存在確認訴訟で、原告の請求を退けている(民集68巻6号547頁, 判時2235号21頁, LEX/DB 25446513)。疑問は、これらの訴訟で原告が提出した私的DNA鑑定の入手、また事実審裁判所によるその扱いや審理方法にある。私的鑑定(私鑑定)の訴訟上の位置づけ、その取扱いについて考えられないかと思っている。

以上、先の考察の積み残しともいうべき疑問点について、本稿は、鑑定の利用がわが国以上に多くみられるドイツ民事訴訟の鑑定判例を考察してみることにした<sup>8)</sup>。出発点としてライヒ裁判所41年・42年判決を改めて考察し(Ⅱ)、—その結果として遺伝生物学鑑定の判例が多くなったのであるが—、同鑑定に関する他の判例も、教科書・判例などを参考に最後は任意的に選択して、読了・理解に努めた(Ⅲ)。ついで鑑定結果の証拠評価に関する判例(Ⅳ)、および鑑定結果が対立した事案に関する判例(Ⅴ)を、同様の方法で任意的に選択して考察した。確たる指針もなく、終わりなき作業だと直ぐに気づいたが、何件かのドイツ判例から先の疑問点の解消に向けて少し考えてみた。判例の「判旨」部分は、いずれも筆者の抄訳または要約によるもので、省略もある。また事件概要を自身で記憶するため、仮りの事件名を付した。ご了解をお願いする。

## Ⅱ ライヒ裁判所1941年・42年判決

### 1 父子関係事件の親子鑑定

この種の事件の代表的判例でもないと思われるが、ライヒ裁判所1941年

↘ 書(被告の過失肯定)、②控訴審で被告・病院提出の私的意見書(被告の過失否定)、控訴審は②を採用した。

8) 木川統一郎編著『民事鑑定の研究』1頁(判例タイムズ社, 2003年)参照。

9月24日判決（RGZ 167,S.269ff.）<sup>9)</sup>、および同裁判所1942年5月30日判決（RGZ 169,S.193ff.）を考察することから始めたい。両事件とも、現在の判例ではもはやみられない「遺伝生物学鑑定（erbbiologisches Gutachten）」が用いられている。

#### （一）ライヒ裁判所1941年9月24日判決

（1）**事案の概要** （ア）被告Yの母A女と離婚した元夫・X男が、Yは1938年6月19日に出生したが、X・A間の最後の性交渉（37年8月16日）はAの法定懐胎期間（37年8月16日から同年12月20日まで）以前の時期であり、XはYの父ではありえないと主張して、嫡出否認の訴え（ド旧々民1591条・1593条）を提起したという事案である。第一審（マインツ地裁）はXの請求認容、控訴審（ダルムシュタット高裁）はXの請求棄却、Xの上告により、ライヒ裁判所は原判決を破棄して事件を原審に差し戻した。

（イ）控訴審は、（a）YはX・A間の婚姻中の懐胎ではないが、医学的知見では、302日という法定懐胎期間（ド旧々民1592条）はぎりぎりに規定されていることは周知であり、立法者は、個別的事案では、妊娠期間はもっと長期間であると証明できることを認めている。この証明方法に制限はなく、Xとの性交渉後にAと他男の間に性交渉もなく、Xとの性交渉によってYは懐胎されたと主張することができる。 （b）控訴審は、K教授の鑑定によってもYに過熟児の兆しはなく、血液型鑑定もXを父として排斥せず、遺伝生物学鑑定（erbbiologisches Gutachten）もAの証言の信用性を反駁できていない。確かに、遺伝生物学鑑定の結果は、全体的にみて遺伝生物学的な状況は、「圧倒的な、ほぼ確実に近い蓋然性をもって」、XによるYの懐胎はないとしているが、鑑定書から判明するように、この結論は詳細に調査すると、正当とは認められないとする。 （c）他方で、Aは子宮が伸びていたという重要な証言をしており、これは医師の証言で確認されている。その場合、懐胎期間が性交渉後に長引くことはありうるものであり、Xとの性交渉（37年8月16日）を出生の原因とみることができる。 （c）控訴審は、Aの宣誓証言によって、Yは、出生の302日以前に遡る期間内に懐胎されたことが確定される、これにより、AはXだけと性交渉したことが証明され、同期間が懐胎期間とみなされ（ド旧々民1592条2項）、同時に、Yは嫡出子とみなされる（ド旧々民1591条1項1文）と判示した<sup>10)</sup>。

9) Rosenberg/Schwab,Zivilprozeßrecht,1974,11.Aufl.,§125 VI,S.655,Fn.1が、裁判官は鑑定に拘束されないと述べる際に41年判決を引用する。

10) ドイツ旧々民法1591条は「嫡出性要件、父子関係の推定」に関する規定であり、1項は、(1)婚姻締結後に出生した子は、妻が婚姻前または婚姻中に懐胎し、かつ、夫が妻の懐胎期間中に同衾したときに、嫡出子となる（1項1文前段）。婚姻が無効と宣言されたときも、同様である（1項1文後段）。(2)しかし、妻が夫から懐胎したことが、事情からみて明らかにありえないときは、子は嫡出子では

(オ) これに対し X は、事情からみて父子関係は明らかにありえない（ド旧々民 1591条 1項 2文）旨証明できるが、控訴審は、X はその証明に奏効していないとみる。X は、遺伝生物学研究所の鑑定を援用しているが、控訴審はこれを正当でないとする。また遺伝生物学的な特徴に基づく鑑定によっては、説得力ある認定はできず、「ほぼ確実に近い」という鑑定意見の表現は、別の可能性を判断する十分な余地を残しており、鑑定の推論は必要な証明をするのに適さないと判示する。

(2) 判旨 ライヒ裁判所は、(ア) 控訴審は遺伝生物学鑑定 (erbbiologisches Gutachten) を評価する際に、第一に、鑑定結果はきわめて不確実であるとし、第二に、鑑定人の結論は、個々の検査結果から導けないとしているが、これは、先例と異なり、二つの方向で法的に誤った判断をしていると指摘する。

(イ) まず前者について、判旨は、遺伝生物学鑑定は父子関係の問題を「確実に」または「確実に近い蓋然性をもって」肯定した場合に限り、決定的な意義を有する、つまり、父子関係は「明らかにありえない」（ド旧々民 1591条 1項 2文）との証明が奏効するという見解に対峙して、それを扱った先例を引用して、(a) 遺伝生物学の鑑定人の見解によると、「確実に近い蓋然性」が認定できるのはきわめて限られており、鑑定が「ほぼ確実に近い蓋然性」がある、それにより X の父子関係は排斥されると判断しているときは、特に高度の蓋然性が認められる。場合によっては、もっと低い蓋然性の程度でも足りると解している（1941年 1月 8日判決、1941年 6月 21日判決等を引用）。(b) そこで考慮すべきは、遺伝生物学の鑑定人によると、「確実に近い蓋然性」が認定できるのは、きわめて限られた場合であり、本件鑑定が「ほぼ確実に近い」蓋然性があると述べて、それにより X の父子関係は排斥されると判断できるとしているときは、特に高度の蓋然性が認められるとする。

↘ ない（1項 2文）、と定める。同条 2項は、夫は妻の懐胎期間内に同衾したものと推定される（1文）。懐胎時期が婚姻前の時期にあたる限り、推定は、夫が子の嫡出性を否認しないで、死亡したときにのみ適用される（2文）と定める。1592条 1項は、懐胎期間を子の出生前の181日から302日の時期とする。

(ウ) つぎに判旨は、(a) 裁判官は鑑定人の鑑定に拘束されない。しかし裁判官が常に考慮すべきは、最近になって初めて明らかになり、多数の医師の通じていない分野では、裁判官には直接的な専門知識が欠けており、このことは、裁判官が、鑑定を退けるだけでなく、鑑定人の判断に代えて自ら判断することを禁じている、とする。

(b) 控訴審は、ほぼ確実に近い蓋然性をもって、Xの父子関係は存在しないとする鑑定人の結論を採用しないで、検証による検査からは、Xの父子関係を否定するいかなる重要な事柄も明らかになっていない、との結論を導き出そうとしている。(c) 判旨は、これにより控訴審裁判官は、鑑定人に留保された領域に介入したと指摘する。すなわち、個別的結論を総合的に評価するには、一般的な推論能力をこえて、遺伝生物学の知識を要する。裁判官がその領域で活動しようとするれば、負うことのできない責任を引き受けることになる。(d) 裁判官は、鑑定が信頼できないとして従えないならば、疑問点を鑑定人に伝え、補充鑑定を促すのが好ましいし、必要があれば他の鑑定人を尋問しなければならないと述べる。

## (二) ライヒ裁判所1942年5月30日判決

(1) 事案の概要 父たる原告・X男が、子Yに対し父子関係不存在確認の訴えを提起した。先の上告審判決(40年9月5日)によって、Xの請求を棄却した第一審(ゾーゲン地裁)判決を維持した控訴審(ハム高裁)判決は、破棄差し戻された。差し戻後の控訴審(ハム高裁)は、再びXの控訴棄却。

(ア) 控訴審は、証人の証言、特にYの母A女の証言を評価して、Xは懐胎期間中に一度Aと性交渉をしたが、他男との性交渉はなかったとの結論に達し、XはYの血縁上の父であるとした。(イ) また控訴審は、遺伝生物学鑑定(erbbiologische Gutachten)は、そのように認定することを妨げないとする。鑑定内容は、証人Bの父子関係は高い蓋然性をもって証明があったとみなせない、しかし、Xは非常に蓋然性をもってYとの父子関係から排斥されるというものであるが、控訴審は、後者は正しくないとする。(ウ) すなわち、X・Y間で遺伝生物学的に大きな一致が確認できない場合、それは、メンデルの法則で知られているように、一世代または数世代が検査された可能性によることが否定できない。(エ) 控訴審による検証は、YはXとも証人Bとも似ていないが、どちらかというXに似ているという結果になった。(オ) したがって控訴審は、Xはその主張を証明できなかっただけでなく、XはYの血縁上の父であるという理由から、Xの請求を棄却した。

(2) 判旨 ライヒ裁判所は、Xの上告は一部理由があるとして、控訴審がXの父子関係を認定した判示部分を取り消した。

(ア) 判旨は、控訴審の遺伝生物学鑑定の評価には、法律上不服申し立てができるとする。先例は繰り返し、裁判官は当然に遺伝生物学鑑定人の鑑定に拘束されないとした場合、裁判官は十分な専門知識を欠いており、直ちに、鑑定人の知見を自らの異なった知見に代えてよいことにはならないと判示する。(イ) 裁判官は鑑定人の結論に従うことができないと考えたときは、鑑定人に疑問点を指摘して、それについて意見表明を促すか、別の機関の新しい鑑定を収集するしか途は残されていない。(a) 控訴審裁判官が、鑑定人の結論に対して、メンデルの法則を指摘しているが、これについては、鑑定人がその原則を知らないはずはないと反論しなければならない。つまり、控訴審裁判官は、鑑定人の結論をメンデルの法則を指摘して排除しているが、これはありえないことである。(b) また控訴審が、遺伝生物学の鑑定結果を自らの検証結果に置き換えていることも、支持できない。人がそれを、素人による検証結果で置き換えることができると考えた場合、遺伝生物学鑑定からあらゆる意義を奪うことになる。控訴審裁判官は、Bの一定の蓋然性に比べて、Xの父子関係の蓋然性の不存在はより大きいとする遺伝生物学鑑定人の結論を転換した点において、行き過ぎがある。(ウ) したがって判旨は、控訴審の見解はその根拠を失い、鑑定結果に従った場合、XがYの父と認定できるとした控訴審の見解は維持できないとする。

(エ) 先例は繰り返し、遺伝生物学鑑定の結果は、証人の証言を評価したときも、重大な意義を有すると判示している。それは当然、特に本件のように最初から決定的証人の証言の信用性に疑問がある場合にいえる。控訴審裁判官も、Aと証人Bの証言に最終的に従ったのであるが、判決理由では、主たる証人、特にBの証言の信用性に非常に重大な疑問を抱いたと詳述している。さらに、他の証拠調べの結果が、遺伝生物学鑑定の結果によって相当動揺された点と考えた場合、その証拠調べ結果はもはやXの父



子関係を認定するための基礎になりえない。控訴審判決が、Xは事実上Yの血縁上の父であると明示的に認定している点は、維持できない。

(オ) 判旨は、Xの上告は、Xの父子関係を肯定した認定に向けられている点では、成功しているとする。(a) 遺伝生物学鑑定の結果は、Aおよび証人Bの証言の信用性を、懐胎期間中に性交渉はありえたのではないかと推測させる程度に動揺させるが、しかし、確実に性交渉を認定することはできないし、Bは確実にYの父であると認定して、XはYの父として排斥されるという効果をもたらすこともできない。第三の男の存在について、確かな証拠はない。誰がYの父か、何らかの確実な認定はできない。(b) 控訴審が、Yの父ではないとの確認を求めるXの請求を認めなかった点において、判旨は正当であるとする。

## 2 小 括

### (一) 親子鑑定

(1) 41年判決は嫡出否認訴訟(仮に「マインツ事件」と呼ぶ。)、42年判決は父子関係不存在確認訴訟(仮に「ズイーゲン事件」と呼ぶ。)の事案であるが、いずれも父子の血縁関係の存否が要証事実と解される。その説明・事実認定のために用いられた親子鑑定は、(ア) 41年判決の原審では、(a) 妊娠期間の鑑定(Tragzeitgutachten)、(b) 血液型鑑定(Blutgruppen-gutachten)、そして(c) 遺伝生物学鑑定(erbbiologisch Gutachten)であり、(イ) また42年判決の原審では、遺伝生物学鑑定である。

42年判決の少し前、ライヒ裁判所1942年1月7日判決(RGZ 168,S.187ff.)も、前訴・父子関係確認および扶養請求訴訟で欠席判決を受けた男性から非嫡出子に対する父子関係不存在確認訴訟で、父たることを排斥する証明方法として、(a) 血液型検査、(b) 遺伝生物学検査、(c) 母の妊娠時期や出産時の子の成熟度の測定をあげている。

(2) ところで、41年・42年判決にいう「遺伝生物学鑑定(erbbiologisch Gutachten)」は筆者の直訳的な訳語であり、判例や文献では、(a) 「人類

学」を並べて「人類学的・遺伝生物学的鑑定 (anthropologische-erbbiologische Gutachtung, anthropologische-erbbiologischen Vaterschaftgutachten)」という概念が用いられたり<sup>11)</sup>, (b)「人類学鑑定」と同義に解して両者が併用されたり<sup>12)</sup>, (c)「類似性鑑定」と同義に扱われている<sup>13)</sup>, (d)「形態学 (morphologiache)」を加えて「遺伝生物学・形態学分析」といわれることもある<sup>14)</sup>。両判決はもっぱら「遺伝生物学鑑定」という概念を用いているが<sup>15)</sup>, 一応これらと同義の鑑定手法であるとの理解を前提にして, 以下の稿を進めさせて頂く。同様の疑問は, これも直訳的概念で恐縮であるが, 「遺伝学鑑定 (erbkunlich Gutachten)」(ライヒ裁判所1939年3月30日 (RGZ 160,S.61ff.) など) にもある。それが遺伝生物学的鑑定とどのように違うのか, 同じ判旨中で両者が並列的に用いられることもあるが(後掲・連邦裁1964年2月12日判決「家事手伝い母事件」(FamRZ 1964,S.253ff.= NJW 1964,S.1179ff.)), その相違も未検討である。この点をお詫び申し上げるとともに, 識者のご教示をお願いする次第である。

## (二) 鑑定の証拠評価

(1) ライヒ裁判所は, 両事件とも, 鑑定結果は裁判官を拘束しない, という考え方にたつ(41年判決は(二)2(ア), 42年判決は(二)1(ア))。そして両事件とも, 原審・控訴審裁判所は遺伝生物学鑑定の鑑定結果を採用しなかった。上告審ではこの点が問題になった。

11) Staudinger/T.Rauscher, Kommentar zum Bürgerlich Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen, 4. Bd., Familienrecht §1158-1600e, 1999, Vorbem zu §§1591ff., Rn. 158; I. Oepen, Bewertungskalen in anthropologische-erbbiologischen Vaterschaftgutachten, NJW 1979, S. 499ff.; J. Gernhuber/D. Coester-Waltjen, Familienrecht, 2006, §52, 10, S. 587.

12) Ermann/H. Holzhauser, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bd., 9. Aufl., 1993, §1592, Rn. 25, S. 1047.

13) K. Roth-Stielow, Der Abstammungsprozeß, 2. Aufl., 1978, S. 138.

14) Stein/Jonas/P. Schlosser, Zivilprozessordnung, 1993, IV, §644, Anhang I Einleitung, Rn. 1a, S. 505; J. Gernhuber/D. Coester-Waltjen, Lehrbuch des Familienrechts, 1994, §51VII9, S. 783.

15) Vgl. Gernhuber/Coester-Waltjen, Lehrbuch, §52III5, S. 809.

(2) 41年判決について、判例集は「遺伝生物学鑑定の評価問題について」という判示事項を掲げている。(ア)判旨は、原判決に対し、遺伝生物学鑑定が「確実に近い蓋然性」をもって父子関係の排斥を認定できるケースは限られるが、しかし、「ほぼ確実に近い」蓋然性をもって認定しているときは、「高度の蓋然性」ありとして事実認定に採用できる、それよりも低い蓋然性でよいとする先例を指摘する((2)(イ))。この点で、41年判決は「高度の蓋然性」より低い証明度で足りると解しているように読める。(イ)つぎに判旨は、裁判官は鑑定結果に拘束されないとする。しかし、多数医師も知らない新しい分野では、裁判官は直接的な専門知識を欠くため、「鑑定人の判断に代えて自らの判断を優先させることは禁じられる」と説く。この視点から判旨は、鑑定結果を採用せずに、母の証言および自らの検証結果を優先させた控訴審の証拠評価は、「鑑定人に留保された領域への介入」であると批判する。そうした評価には、「遺伝生物学の知識」が必要だからである((2)(a)(b)(c))。「遺伝生物学の知識」そして「鑑定人に留保された領域」という概念は、遺伝生物学鑑定を採用しないで、他の証拠調べの結果を優先させる判断をした控訴審の証拠評価を批難するキーワードであろうが、自由心証の事実上の制限を説く後掲学説(ピーパー説)は、これを裁判所の証拠評価全般に関連するものとして注目している<sup>16)</sup>。「遺伝生物学の知識」は、後述するように連邦裁判例の重視する「自らの専門知識」と重なるように思われる。(ウ)判旨は、鑑定結果に従わない場合に指摘する選択肢((2)(ウ)(d))は、「鑑定人の鑑定」以外の途はないことを示している。

(エ)判旨の前段部分は、証明度に関する判示である((2)(イ)(a)(b))。1930年代の半ばより、形態学・遺伝生物学鑑定、または遺伝生物学鑑定を用いて父子関係(不存在)の認定が行われるようになり<sup>17)</sup>、判旨も

16) H.Pieper,Richter und Sachverständiger im Zivilprozessrecht,ZZP 84.Bd.,S.16f.

17) Vgl. J.Grumbrecht,Der Beweis der »Offenbaren Unmöglichkeit« der Vaterschaft, 1967,S.130f.

そうした先例の展開を背景にしているものと思われる。当時の証明度に関する議論を十分に検討できないが、嫡出否認訴訟の事案で、連邦裁1952年7月14日判決（BGHZ 7,S.117ff.120f.）は、この41年判決を含むライヒ裁判所の判例を引用して、「事情からみて明らかにありえない」（ド旧々民1591条1項2文）という概念を、思考法則上または数学的な必然性をもって、あるいは自然科学が血液型の確定に基づいて父子関係の排斥を認める程度の確実性をもって、父子関係を否定する事実関係の存在は要求されない。そのような要求をすると、遺伝学鑑定（*erbkundlich Gutachten*）によるだけでは、ほとんど証明できなくなる。その基準は、裁判官は実生活で用いられる確信の程度でよしとするというレベルではなく、子の嫡出性を考えるのは健全な人間の理解と合わない、思慮ある判断者ならば誰でも、父子関係がないのは確実と思わせる事実があるとき、同概念ありと考えることができるし、考えなければならぬと判示する<sup>18)</sup>。認知訴訟の証明度（ド旧民1600条o）については先の研究で検討しているが<sup>19)</sup>、30年代半ば頃

18) 「明らかにありえない」（ド旧々民1591条1項2文）概念の当時の判例については、vgl.Grumbrecht,a.a.O.,S.119ff.連邦裁52年判決と同旨学説は、Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung,13.Aufl.,1985,ZPO §286,S.572;Zöller/D.Stephan,Zivilprozessordnung,13.Aufl.,1981,§286,IV,S.792.

19) 豊田・親子鑑定（注1の文献）参照。連邦裁1973年6月6日判決（BGHZ 61, S.165ff.;FamRZ 1973,S.596ff.）は、非嫡出子が父たる男性に対し、父子関係を確認して定期的扶養料の支払いを求める訴訟を提起した事案である。判旨に従って当時の法制（1969年法改正）をみると、(ア)裁判所は、父と名指された男が子を懐胎させたか否か確認しなければならず（ド旧民1600条o第1項）、いっそうの解明を期待させる、あらゆる使用可能な証拠を取調べなければならない。調査は、血縁関係が証拠に基づき、父子関係について「重大な疑い」が残らない（ド旧民1600条o第2項2文）程度に確実か否かにまで及ばなければならない、それにより懐胎中に母と同衾した男による懐胎の推定規定（ド旧民1600条o第2項1文）が働き、父子関係が確認される。しかし「重大な疑い」が残れば、請求は棄却される。(イ)そして判旨は、事実審裁判官は、心証形成にあたり、通常の枠に拘束されることなく、完全な心証を得ないときも、父子関係を認定できる。すべての証拠方法は間接的推論のみを許すが、一定の誤判リスクを伴なう。したがって、個別的事案での父子関係の認定の信頼性は、一方で、父子関係を誤って認定しないようにするため、他方で、必要以上にその認定を制限しないようにするため、どれだけの

から嫡出否認訴訟（旧民法1591条1項）において、従来の判例における厳しい証明要求を改める傾向が生じ、連邦裁によって上記証明度を軽減する考え方が確定されたといわれる<sup>20)</sup>。

(3)「ズイーゲン事件」の42年判決の判示事項は、「裁判官は、遺伝生物学鑑定の知見を直ちにそれと異なる自己の知見に置き換えることができるか」である。(ア)判旨は、裁判官が遺伝生物学鑑定に拘束されないのは当然として、鑑定とは異なる自己の知見と置き換えることはできないとする((2)(ア))。41年判決が「新しい」学問分野の専門知識を問題にしていたのに対し、42年判決は特に限定せず、「遺伝生物学鑑定人の鑑定」を対象にしている。判旨は、その理由として、裁判官は「十分な専門知識」を欠いていることをあげている。この点で、41年判決と同じ見解に立つ。(イ)また、裁判官が鑑定に疑問をもった場合の二つの選択肢の指摘も、41年判決と同旨である。(ウ)判旨は、事実審裁判官がメンデルの法則に言及して鑑定を排斥することはできないし、自らの検証結果である「素人の検証結果」

誤判リスクをなお許容しうるかにかかっていると。 (ウ) この許容しうる誤判リスクの判断は、事実審裁判官に委ねられ、裁判官に誤判リスクの限界線を定めたときは、裁判官の自由な証拠評価の原則に違反する。法律は、他の場合にも、あらゆる疑問から解放された心証を前提にしていない。裁判官は、疑わしい事案では、その疑いを完全に払拭しないが、それを鎮める程度の、日常生活で利用できる確実さで足りるとしてよいし、それで足りるとしなくてはならない。しかし、旧民法1600条o第2項2文の枠内では、父子関係の認定に際して、実際の生活需要を考慮した、もっと低い程度の確実性で足りるものとするのが、裁判官には認められている。上告審裁判所は、事実審裁判官が法律規定を遵守し、思考法則および経験則に反していないかを調査できるが、極端に高いまたは低い誤判リスクを基礎においている場合に限り、裁判は不服申し立てができる、と判示する。ここでは、旧民法1600条o第2項1文に関する「証明度軽減説」が述べられている。

20) Palandt/U.Diederichsen, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.7, 1977, §1591, 4), S.1445; ders., BGB, 46. Aufl., 1987, §1591, 4), S.1555; Ermann/Holzhauser, BGB, Bd.7, 9. Aufl., 1993, §1591, 7 c), Rn.14, S.1045; K.Rebmann/Mutschler, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Bd., Familienrecht, 2. Halbband (§§1589-1921), 2. Aufl., 1987, §1592 IV2, Rn.19ff., S.19ff.

を優先させるのは、「遺伝生物学鑑定のあるゆる意義」を失わせることになる、特に厳しく批判しているように思われる ((2) (イ) (ウ))。 (エ) 判旨はさらに、証人の証言と遺伝学鑑定の各証明力の観点からも、Xの父子関係を認定した原判決は維持できない ((2) (エ)) が、他方、遺伝生物学鑑定はA・B間の性交渉まで認定できないとして、原判決がXの父子関係不存在を認めなかった点は正当としている ((2) (オ) (a) (b))。この指摘は、親子鑑定の証拠力の限界を述べたもので、現時の親子鑑定にも通用するものであろう<sup>21)</sup>。

### Ⅲ 遺伝生物学鑑定の利用事件

#### 1 遺伝生物学鑑定

(1) 人類学的・遺伝生物学的鑑定 (anthropologische-erbblologische Begutachtung) とは、擬父と子の間の身体的特徴および味覚検査による鑑定方法<sup>22)</sup>、またはその外形的な類似性を比較する検査方法であるが、歴史的には第三帝国の人種政策と結び付いた鑑定方法として用いられ、子の

21) 親子鑑定の原理については、上田政雄「生物学的親子関係認定法の原理とその実際」太田武男編『現代の親子問題』27頁 (有斐閣, 1975年) など参照。vgl.K.-J. Grün, Vaterschaftsfeststellung und -anfechtung, 2. Aufl., 2010, S. 225ff.

22) Vgl. Roth-Stielow, Abstammungsprozeß, S. 138. たとえばシュトゥットガルト高裁 1972年7月10日判決 (FamRZ 1972, S. 584ff.) は、(ア) 非嫡出父子関係の確認訴訟で、血液型鑑定によると、被告の父子関係は排斥されず、フンメルの評価表に基づく血清統計学による父子関係委の蓋然性値は98.5%である。この値は「父子関係は非常に蓋然性がある」という評価にあたり、被告の父子関係に疑問はない。同鑑定は、1970年の連邦保健庁のガイドラインに従って当事者および子の母の血液形質の検査を実施しており、これに対して被告申立ての「人類学的・遺伝生物学的鑑定」を実施する必要はないとする。(イ) そして「遺伝生物学による類似性鑑定」は、(a) 子の母が被告男性と法定懐胎期間中に性交渉したことが確実な場合、(b) 母の多数関係を示す証拠がない場合、(c) 被告の父子関係を示す重要な証拠がある場合、実施しないことができると判示する。ここでは、「人類学的・遺伝生物学的鑑定」と「遺伝生物学による類似性鑑定」の概念は区別なく用いられ、遺伝生物学鑑定は補充鑑定として位置づけられていることがうかがえる。

母・子・擬父の500か所（2-300か所とも）の遺伝形質が検査された<sup>23)</sup>。その鑑定結果は、父子関係の排斥のみならず、その積極的認定も可能であるとして、統計を用いた蓋然性値を示す試みもなされた。しかしその後、こうした努力は成功しないとみなされるにいたった、という解説もみられる<sup>24)</sup>。ここでは、事実審裁判所の証拠調べにおいて遺伝生物学鑑定が利用された事件を考察してみることにする。

(2) 親子関係訴訟としては、当事者間の親子関係の存否の確認、子の嫡出性の否認、父子関係の認知の取消し、親権の存否確認を対象とする訴訟など（旧民訴640条参照）があり、親子鑑定は証拠調べの手続で証拠方法として用いられた。(ア) 嫡出否認訴訟の差戻し後の控訴審判決に対し被告・嫡出子の上告を扱ったライヒ裁判所1939年3月30日判決（RGZ 160, S.61ff.）は、当時の訴訟における専門機関の遺伝生物学鑑定の意義について判示する。41年・42年判決に先立つ判例として、取り上げた。(イ) しかし42年判決のすぐ後のライヒ裁判所1942年6月20日判決（RGZ 169, S.216ff.）は、遺伝生物学鑑定が高い蓋然性をもって原告を父として排斥していても、鑑定内容によっては、裁判所はそれ単独で父子関係を排斥する心証形成には利用できないと判示している。(ウ) 遺伝生物学鑑定に関する連邦裁判所（Bundesgerichtshof.「連邦裁」と略している。）の判決は、70年代の前半当時までみられる。引用頻度の高いこれらの判例を検討してみることにした。

## 2 ライヒ裁判所の判例

### (一) ライヒ裁判所1939年3月30日判決（RGZ 160, S.61ff.）

(1) 事案の概要 (ア) X男から子Yに対する嫡出否認訴訟で第一審（ケルン地裁）は請求棄却、控訴審（ケルン高裁）もXの控訴棄却、Xの上告により上告審で原判決の破棄差戻し、差戻し後の控訴審は証拠調べを実施して、XはYの父ではないとして、Xの請求認容。(イ) 控訴審判決は、鑑定がYとB男（Xの主張によると、Yの父である男性で、Yの母Aと傍系の親族関係にある）との間の身体的特徴

---

23) E.E.Pauli, Der sogenannte biologische Vater, 2016, S.14.

24) Pauli, a.a.O.

に多くの類似性があることを考慮して、BがYを懐胎させた大きな蓋然性があると認められると結論づけていることから、XはYの父ではないと認定した。Yは上告し、控訴審判決は「明らかにありえない」（ド旧々民1591条1項2文）という概念をあいまいな考慮と蓋然性で把握している、鑑定人は、AとBが傍系の親族関係にあるという事情を特に重視しているなどと批判している。Yの上告棄却。

(2) 判旨 ライヒ裁判所は、先例で遺伝生物学検査の特別な意義を指摘しているとして、(ア)人は、この分野の知識が常に発展する経験則によっていっそうの進歩を遂げ、その結果、専門機関の遺伝生物学鑑定は、いまやすでに血縁関係の問題を解明するためにはまったく不可欠の手段になっていることを認識できる。したがって、控訴審がXの父子関係は「明らかにありえない」（ド旧々民1591条1項2文）との認定を、もっぱら遺伝生物学鑑定のみによ拠させたことについて、原則として不服申立てはできないとする。(イ)確かに、鑑定自体は、全体的な考察方法で、XはYの父としては完全には排斥されない、かつ、Yの父はXではなく、Bであるとの大きな蓋然性が認められるとの結論に達している。(ウ)しかし他方で、控訴審は、事実審裁判官の評価の枠内での類似性検査の個別的结果に基づき、Xの父子関係は明らかにありえないと認められるとの判断に達している。その際に控訴審が、「明らかにありえない」（ド旧々民1591条1項2文）という法概念に誤った内容を与えたような手掛かりはない。(エ)控訴審は、その考慮にあたり、ド旧々民法1591条1項2文による証明は、厳格な要件を立てなければならないが、しかし、反駁できない確信を披歷するように要請することは、要件の誇張になると正当に強調している。控訴審が、鑑定の個別的認定から、Xの父子関係に蓋然性がないのは、明らかにありえないとみなしうるほどに大きいとの結論を導くことは、法的に妨げられない。

(3) コメント 仮に「ケルン事件」と呼ぶ。判旨は、(ア)遺伝生物学の知見の進展と、専門機関による遺伝生物学鑑定の証明力の一般的な承認を基礎に、同鑑定に基づく控訴審の事実認定は自由心証の範囲内のことで、上告審の審査対象にはならないとする((2)(ア))。(イ)判旨はまた、同



鑑定が「全体的な考察方法」,「類似性検査」からその結論を導き、原審がその結論を採用して上記判断をしたことに、法的瑕疵はないとする（(2) (ウ)）。判旨は、裁判所の自由な心証に基づく事実認定とその推論の過程を述べているものと解される（下民訴286条。後掲93頁参照）。ローゼンベルクは、その教科書（1927年版）において、(a) 裁判官は、鑑定人が、判決中で真実だと考える事実関係を前提においているか特に注視しなければならない、(b) また裁判官は、鑑定の論理的なまとまりと説得力を事後審査して、鑑定人が鑑定の基礎においている事実が、裁判官自身が証明ありとみなしうる事実と違ってないことを確信しなければならない、と指摘する<sup>25)</sup>。(ウ) 判旨は、旧々民法1591条1項2文の反証の証明度について、「反駁できない確信の披歴」まで要請すべきでないと判示する（この点については、前掲・41年判決参照）。

## (二) ライヒ裁判所1942年6月20日判決（RGZ 169,S.216ff.）

(1) 事案の概要 (ア) 前訴・扶養請求訴訟で子の母Aの多数関係を証明できずに敗訴した父Xから、非嫡出子Yに対して父子関係不存在確認訴訟が提起された。前訴・扶養訴訟で証言した二人の証人は偽証罪、Aは教唆罪によりそれぞれ刑事有罪判決を受けた。二人の証人とAは、懐胎時期以外の時点で性的関係があった。第一審（マイニンゲン地裁）はXの請求棄却、控訴審（イエナ高裁）は請求認容。上告審は原判決を破棄、第一審判決が確定した。

(イ) 控訴審は、XはYと血縁関係のある父ではないと判断した。(a) Xは懐胎期間中にAと性交渉をしているが、Aがその間に他男とも性交渉した蓋然性は非常に高い。Aの証言は信用性に欠け、本訴では証言を拒絶している。血液型および血液要素は確定できずに終わっており、遺伝生物学検査の結果が決定的となる。(b) 鑑定人は、Xは高い遺伝生物学の蓋然性をもって、Yの血縁上の父ではないと推認した、ただし、他男の氏名が不詳である点で、完全な確実性をもってXを父として排斥できたわけではないとしている。(c) 控訴審は、同鑑定につき、Xの父子関係を排斥する蓋然性は高く、Xの請求を認容するのに十分であると評価している。

(2) 判旨 ライヒ裁判所は、控訴審と異なり、証拠調べの結果によると、Xは十分な確実性をもってYの父として排斥されないとする。(ア) 遺伝生

25) L.Roseberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 1927, §122 II 3, V, S. 375f.

生物学鑑定が高い蓋然性をもってXを父として排斥するという場合、それは、父子関係の確認問題について、遺伝生物学的に高い蓋然性が肯定できるという意味である場合と、明らかに同義ではない。(イ) 鑑定においては、父と子についても、大きな、相当に大きな非類似性が認められる、もちろんそれは例外ではあるが、とはっきりと述べられている。(ウ) そのような事情においては、地裁と同様、人は、鑑定結果はそれ単独では、XがYの父ではないとの心証を形成するのに決定的に十分ではないと考えなければならない。控訴審のそれ以外の認定も、遺伝生物学検査の結果を強化するのに適さない。(エ) 判旨は、XはAと懐胎期間内に性交渉をしたことは確かであり、Aの多数関係者を確実に認定できないときは、遺伝生物学鑑定を考慮しても、十分な確実性をもってXはYの父として排斥されると認定することはできないとする。

(3) コメント 仮に「マイニンゲン事件」と呼ぶ。本件で、血液型鑑定は不成功に終わっており、判旨は、(ア) 遺伝生物学鑑定が、(a) 一方で、高い蓋然性をもってXの父子関係を排斥するが、(b) 氏名不詳の他男の存在ゆえに、完全な確実性はないとの留保付きの結果である、(c) 他方で、相当大きな非類似性も指摘している場合、他の認定を考慮しても、鑑定結果だけから父子関係の排斥という心証形成はできないと指摘する((ウ))。当時、血液型鑑定はまだ開発途上の頃であろうか。しかし、遺伝生物学鑑定の結果が上記のような内容である場合に、控訴審のその採用はまさしく採証法則違反というべきものであろう。(イ) 判旨の(ア) 部分は分かりにくいだが、つぎの(イ) の判旨部分も併せ考えると、鑑定による父子関係の肯定結果と、訴訟上の父子関係における蓋然性判断の違いを述べているものと解せようか。(イ) 本件と同様に、いわゆる「支払いの父」から父子関係不存在確認訴訟で、ライヒ裁判所1942年2月15日判決(RGZ 168,S.385ff)でも、血液型鑑定が証拠方法として役立たない旨判示されている。フンメル博士(K.Hummel)が、血液型鑑定は血縁関係の医学実務で傑出した意

義を有すると述べているのは、81年に公開の論文である<sup>26)</sup>。

### 3 連邦裁判所の判例

(一) 連邦裁判所1961年4月5日判決 (MDR 1961,S.583f.;FamRZ 1961, S.306; [https://www.jurion.de/urteile/bgh/1961-04-05/iv-zr-216\\_60/](https://www.jurion.de/urteile/bgh/1961-04-05/iv-zr-216_60/))

(1) 事案の概要 (ア) 原告XはA女の非嫡出子として出生 (1949年2月18日)、Aは当時未婚で、46年から48年までK夫妻宅で家事手伝い、この間にAは同家・主人Kと親密な関係にあり、法定懐胎期間 (48年4月22日から8月21日まで) 中もたびたび、特に48年5月16日にKと性交渉した。他方でAは48年5月、被告Y男と知り合い、Yが初めてK宅にAを訪ねた6月13日に、Yとの性交渉によってXは懐胎されたと主張した。

(イ) 本訴はXからYに対する父子関係確認訴訟事件であるが、それに先立ち3件の扶養訴訟が行われている。(a) XはYに対し扶養訴訟を提起 (49年)、Aの証人尋問後に訴えの取下げにより訴訟終了。(b) つぎのXのKに対する扶養請求は請求棄却。Aは証人として、懐胎期間中にK以外にYとの性交渉も証言、第一審 (ケルン区裁) は、Yとの父子関係は十分な確実性をもって排斥されるとはいえないと判示した。Xの控訴は欠席判決によって棄却。(c) Xは再度Yに対し扶養訴訟を提起 (56年12月3日)、同時にXはYとの血縁関係 (父子関係) の確認を求める訴えを提起。扶養訴訟は本訴を考慮して、手続中止。(ウ) Yは、Aとの性交渉を争い、K以外にもAは複数男性と懐胎期間中に性交渉をしていたと主張した。

(エ) 第一審 (ケルン地裁) は、Aの証人尋問、鑑定人B教授の遺伝生物学鑑定を実施して、Xの請求棄却、Xの控訴も棄却された。許可上告により、Xは上告を提起した。

(オ) 控訴審 (ケルン高裁) は、YがXの父であることの証明がされていないと判示した。鑑定人Bの遺伝生物学鑑定からは、その心証がえられない。しかしB鑑定は、YがXの父であり、他男は父でないと結論づけており、前訴で実施されたP博士の鑑定 (53年7月付け)、W博士の鑑定 (56年2月付け) も同じ結論であった。

(2) 判旨 連邦裁は、控訴審の判断に確実に法的過誤の影響なしとはいえないと判示して、原判決を破棄差し戻した。

(ア) 控訴審は、遺伝生物学鑑定は父子関係の存否について絶対的に確実な証拠をもたらさず、一方または他の方向で、比較的大きい、または、小さい蓋然性の程度を認定するにすぎないと考えているが、判旨は、これは、

26) K.Hummel, Das Blutgruppengutachten; seine Bedeutung vor Gericht, NJW 1981, S.605.

証拠方法の性質および要証事実の特性からの制約によるものであるとする。

(イ) 判旨は、同鑑定を用いた父子関係の認定とその証拠力の判定について詳細に判示したうえで、遺伝生物学による鑑定人は、特定の子と男性の父子関係について、裁判官が鑑定および他の証拠調べの結果を適切かつ自由に評価してその判断に従ったときは、父子関係の肯定・否定を同じように認定できるレヴェルの、高い蓋然性をもって、父子関係を肯定または否定できる結論を示すことは少なくない。これは、一般的に承認された法則であると述べる (RGZ 160,S.61,63; BGHZ 7,S.116,118 (MDR 1952,S.676; NJW 1954,S.83f.) を引用)。判旨の後段、コメントは後掲105頁。

(二) 連邦裁判所1964年2月12日判決 (FamRZ 1964,S.253ff.=NJW 1964, S.1179ff.)

(1) 事案の概要 原告XはA女と1947年に婚姻、55年にAはYを出産、61年地裁判決・63年高裁判決によりX・Aは離婚。Xは62年、Yに対し嫡出否認の訴えを提起。Xは、離婚訴訟中にAは氏名不詳の他男Bとしばしば一緒にいるのを見た、YはBに驚くほど似ているが、Xとは似ていないと主張し、血液型検査および遺伝生物学鑑定の証拠申立てをした。第一審は請求棄却、Xは控訴し、法定懐胎期間中のA・Bの性交渉を証明するため、Aの宣誓証人尋問を申し立てた。控訴審(デュッセルドルフ高裁)は、Xは他男の名前を特定して証拠申立てができず、Aは同一裁判所の離婚訴訟で婚姻違反の関係を一部宣誓証言して否認する証言をしているとの理由から、証拠申立てを却下して、控訴棄却。Xは上告により、別訴の証人証言の調査は事実主張の証明のために利用できるが、それによって本訴での証人尋問の申立ての意義がなくなることはない、懐胎期間中のAの多数関係を示すわずかな証拠もないとして、その申立てを認容しないのは、証拠結果の不適法な先取りであると批判している。連邦裁は原判決を破棄差し戻した。なお、連邦裁は、Xの鑑定実施の申立ては不適法な模索証明かという問題(この点につき、控訴審の終局判断はない)について、否定する。これに関する判旨は相当長く、本稿の関心から外れるので以下省略する。

(2) 判旨 判旨は「家事手伝い母事件」の前掲・61年判決(81頁)を引用して、(ア) 遺伝生物学鑑定の証明力はその性質上、原則的に限界はあるが、鑑定人は特定の子との関係で、裁判官が特定男性の父子関係を疑いなく、その認定を裁判の基礎に採用できる程度に、高い蓋然性をもって肯定または否定できることは少なくない。したがって、類似性鑑定を、その鑑

定の証拠価値が小さいとして、実施しないとはできないとする。夫婦が法定懐胎期間中に同棲していたことを考慮して、血液型検査の実施を不要とみなすとはできない。(イ) また判旨は、先例を引用して、(a) 嫡出否認訴訟の類似性鑑定は、事実審裁判官が、法定懐胎期間中の夫婦の性交渉なしとする原告の主張について、当事者および証人の証言によって証明ありとみなしたときは、不要であると判断してよい、(b) 他方で、子の血縁訴訟では、使用しうるあらゆる他の証拠方法（証人尋問、血液型検査）を尽くしたが、まだ異論のない完全な認定ができない場合に、しかし、類似性鑑定を実施すれば、事実関係のさらなる解明が期待できるときは、事実審裁判官は、類似性鑑定を実施しなければならない、という判示がされている。

(ウ) そこで判旨はこの原則を本件に適用すると、Xが、Aの懐胎期間中に関係があったとする他男を突き止めることができず、その名前も不詳という事案で、多数関係なしとする裁判所の心証は、原則的にAの証言だけに基づいているが、XがA証言の信用性を攻撃して、遺伝学鑑定の結果によればその信用性は動揺すると主張した場合、事実審裁判官は、その証拠申立てを不要であるとは言い難い。(a) 先例によると、単独男性の事案でも、宣誓して懐胎期間中の多数関係を否認した母の偽証罪を十分に証明できる。そのようなコントロールは母の証言は利害関係に影響されるため、望ましい。(b) 証人の証言と類似性検査の結果が一致しない場合に、検査結果が証言により失墜するのではなく、逆に、証言の信用性が鑑定内容により動揺することを考慮しなければならない。

(3) コメント 仮に「母不貞疑い事件」と呼ぶ。判旨は、(ア) 遺伝生物学鑑定の証明力を限定的に肯定する立場から、しかし、裁判官がそれに基づき「疑いなく」「高い蓋然性」をもって、父子関係を肯定または否定できることは「少なくない」と述べている ((2) (ア))。これは、前掲・61年判決(81頁)と同旨である。(イ) そこで判旨は、「嫡出否認訴訟」であるが、原告元夫の主張と証人母の証言が対立している場合に、控訴審裁判所の心

証形成は母の証言によっていたが、遺伝生物学鑑定を追加的に実施することで、争点の事実関係をさらに解明できると考えることができる。その場合、事実審裁判所は夫の証拠申立てを却下すべきでないとしている。先例（ライヒ裁判所42年1月判決RGZ 168,S.308.71頁参照）に従って、判旨は「母の証言の信用性」が鑑定によって動揺するのでであると指摘する（(2) (ウ) (b)）。

(ウ) 判旨は、「子の血縁訴訟」での事実審裁判所の遺伝生物学鑑定の実施義務を説いた先例を引用する。連邦裁はその後に、特に1988年・90年判決において、血縁訴訟における職権探知主義（旧ドイツ民訴640条・617条）に基づき、裁判所はできる限りすべての証拠方法を尽くして、事実関係を解明すべき義務があると述べているが<sup>27)</sup>、本件判旨もすでに同旨の判示をしていることが認められる。

### (三) 連邦裁判所1973年2月14日判決（NJW 1973,S.1411f.）

(1) 事案の概要 A女と離婚した元夫Xからその子Yに対する嫡出否認訴訟（ドイツ民1591条）の事件である。(ア) X・A間の婚姻は、先の確定判決（ミュンヘン地裁1967年5月11日）によって、双方の有責により離婚、Aの有責性が大きいと認定された。Yは62年6月19日に出生、Xは、法定懐胎期間（61年8月21日から12月20日まで）中の10月31日以前にAと性交渉した、Yは早産と聞いていたが、離婚後に早産でなかったと知った。Xは、血液型鑑定（68年12月19日付け）によって、YはXと血縁関係はありえないことを知ったと主張した。第一審はXの請求認容、Yの控訴棄却、許可上告も棄却された。

(イ) AがXから懐胎したことは事情からみて明らかにありえないとき、Yは非嫡出子となり（ドイツ民1591条1項2文）、その証明はXが負う。控訴審（ミュンヘン高裁）は、その証明ありとみなした。控訴審は、(a) 酸性赤血球ホスファターゼ（Sauren Erythrozyten-Phosphatasen. 以下、「SEPシステム」と略す。）システムからみて、XおよびY、そしてYの母Aの医学鑑定によれば、Xの父子関係は明らかにありえず、(b) それは人類学的な検査結果（anthropologischen Befunden）によっても疑問の余地がないとして、その心証を基礎づけている。

(ウ) 控訴審は、SEPシステムを、父子関係の排斥のための十分な証拠価値が備わった、学問上確実なものとした。(a) 同システムは、父子関係鑑定の最新の方法

27) 豊田「ドイツ父子関係訴訟に関する一考察」青山善充ほか編『石川明先生古稀祝賀 現代社会における民事手続法の展開 上巻』548頁（商事法務研究会、2002年）、同「ドイツ父子関係事件における血縁鑑定」修道40巻2号240頁。

として裁判実務で採用されているが、1963年に初めて Horkirson 等により発表され、法医学の教科書（Prokop 教授）や連邦保険庁の基本鑑定（67年）にも引用されている。(b) 右基本鑑定、控訴審の実施したミュンヘン大学法医学研究所（Spann 教授/Jungwirth 教授）の鑑定（70年6月9日付け）および Ritter 教授（チュービンゲン大学人類学・人間遺伝学研究所所長）の鑑定（71年6月29日付け）からは、ロベルト・コッホ研究所が1939年に設定し、法実務でも用いられる「父子関係は明らかにありえない」との評価可能な原則は、SEP システムにも適用できると評価されている。(c) さらに控訴審収集の連邦保険庁の情報（70年1月5日付け）でも、SEP システムは同様の適格が確認され、同庁の血液型鑑定実施のためのガイドライン（70年1月5日付け）では、現在の学術レベルによると（1970年初め）、SEP システムも法律にいう父子関係の排斥のための完全な証拠価値が認められる遺伝システムおよびその個別形質に該当するとされている。

(2) 判旨 連邦裁は、(ア) 控訴審は、SEP システムを、原則として父子関係排斥の認定をするため、十分な証拠価値が認められるほどに学問上確実であると判断したものとして、Y の上告を退けた。その限りで、控訴審はそれ以上の鑑定実施は必要なかったのである。(イ) これに対し、システムから明らかになる自然科学の経験則は、いかなる反証も排斥する絶対的な証明力を備えた証拠法則とみることはできないのであり、生活上の経験則と同様に、学問上の経験則も、一般的には、事実関係の形成または事象経過についてある程度に高度の蓋然性を表すだけである。したがって、その証拠価値の強度はさまざまであって、完全な証明にまで達することもありうる。(ウ) その証拠価値を調べて評価し、個別的事案で経験則の通用力を制限する他の証拠方法と比較衡量をするのは、原則として、事実審裁判官の自由な証拠評価の責務である。自然科学領域の経験則も原則として同様であり、当該専門分野の優れた専門家だけが、その経験則がどの程度の証拠価値を有するか、特に完全な証明力があるといえるかを判断することができる。(エ) 上告審裁判所は、その認定に要する知識は、訴訟記録中の専門鑑定を判断し評価する方法によってのみ獲得できるのが通常であろう。(オ) その際に注意すべきことは、自然科学においても、新しい知識は、いかなるときも、従来は変わらないと思われていた事項を疑問視する、それどころかそれを反駁する結果をもたらすことがあるという事実である。

また職権または証拠申立てにより、新しい知識であるか、それは従来の学問上の成果をどの程度動揺させるかを調査する任務も、上告審裁判所の任務ではない。(カ)したがって、経験則が個別的事実でどの程度に証拠価値を有するかを判断するのは、事実審裁判官に委ねられている。上告審裁判所は、事実審裁判官が認定の際に手続法規を十分に遵守し、一般的に承認された思考法則や経験則に違反していないかについて、調べることができるだけである。連邦裁は、2件の先例(BGHZ 2,S.6ff.=NJW 51,S.558;BGHZ 12,22=NJW 54,550)をあげて、これと異なった法見解にたつならば、それにはとどまれないとする。

(カ)判旨は、(a) SEP システムによる鑑定人の鑑定結果、(b) 鑑定人の質、(c) 鑑定結果の一致を指摘して、血液型形質の確定に誤りはないとした控訴審の判断に法的瑕疵はなく、認定にとって十分な証拠価値を血清学鑑定に認めることができたと判示する。

(キ)判旨はそれにつづけて、遺伝生物学に関する控訴審の扱いとその評価について判示して、Yの上告批判を退けている。(a)控訴審は遺伝生物学鑑定をさらに実施したが、同鑑定によって血清学鑑定の結果に問題はないとの結論に達している。(b)鑑定人リッター(Ritter)教授は、同鑑定において形態学による類似性比較(morphologischen Ähnlichkeitsvergleich)を行い、X Yの父子関係はありえないこともないが、Xの父子関係を肯定するより、それを否定すべきであるとの検査結果を報告している。(c)控訴審は、リッター鑑定は慎重に実施され評価されており、血清学鑑定の事前検査による同鑑定人の偏見も認められないとする。(ク)さらに控訴審は、遺伝生物学鑑定は血清学の鑑定結果と矛盾しないが、血清医学鑑定の証拠力を問題視するには不十分としている。判旨はこの点について、(a)遺伝生物学鑑定の結果は外形的な形質総体のみをおおむね主観的に評価して、その結果はメンデルの法則によっては叙述できないのに対し、(b)血清学鑑定の結果は十分に把握できて、均等かつ明確な遺伝様式で遺伝する個別的形質をその根拠においており、それは客観的な評価が可能である。



(b) これにより、遺伝生物学鑑定に比べて血液型鑑定に、より大きな証明力を認めることが正当化される、としている。

(3) コメント 仮に「SEP システム事件」と呼ぶ。時代は、親子鑑定として血液型鑑定が中心になる初期の頃と思われる。判旨のメインは新しい血液型鑑定「SPE システム」であるが、事実審裁判所の新しい知見の利用とその評価に関する連邦裁の考え方が判示されており、重要と思われる。判旨は、(ア) 自然科学の経験則は絶対的な証明力をもたず、事実審裁判官は、自由な証拠評価の枠内で、その証拠価値を調査・評価して、他の証拠方法と比較衡量してその採否を決すると述べる ((2) (イ) (ウ))。(イ) そして判旨は、自然科学の経験則は、「専門分野の優れた専門家だけ」がその証拠価値を判断できるという。再び「鑑定人に留保された領域」(41年判決)が思い出される。(イ) 他方で、判旨は、上告審裁判所の権限範囲は、事実審裁判官が手続法規を遵守し、一般的に知られた思考法則・経験則に違反していないかを、書面審理を通じて調べることにあるとして、見解を異にする2件の先例を指摘する。上告審の審査権限に関する本件判旨の考え方は、最近の学説の見解と一致している<sup>28)</sup>。(ウ) 判旨はさらに、新しいSPEシステムを用いた血液型鑑定の結果を採用した控訴審の扱いとその評価に法的瑕疵はないと判断している。判旨は、その際に控訴審が、(a) 学説の評価、(b) 連邦保険庁の評価、(c) 裁判上の鑑定人の鑑定意見の審査に基づいて右結論に達していることを確認している ((3) (ア))。

(エ) 本件と同年、嫡出否認訴訟を扱った連邦裁1973年12月5日判決(FamRZ 1974,S.181ff.=NJW 1974,S.606f.)は、血清統計学鑑定結果が、エッセンメラー方式による生物統計学データで98.5%の蓋然性値である場合に、多数関係を否認する母の宣誓証言を考慮して、請求を棄却した原判決

28) Rosenberg/Schwab/P.Gottwald,Zivilprozessrecht,18.Aufl.,2018,§145 IV,Rn.25, S.904;Thomas/Putzo/Reichhold, Zivilprozessordnung,38.Aufl.,2017, §546,2c),Rn.12, S.857;Prütting/Gehrlein/B.Ackermann Zivilprozessordnung,8.Aufl.,2016, §546,II1, Rn.8,S.1513;Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung,73.Aufl., 2015, §546,II5),Rn.12,S.1888.

(シュトゥットガルト高裁) に対し、遺伝生物学鑑定が原告の父子関係を否定する重大な間接事実を示すことがないではないとの理由から、補充鑑定として同鑑定の実施が必要であると判示している<sup>29)</sup>。

#### 4 連邦裁73年判決が引用する先例

「SPE システム事件」の前掲・連邦裁73年2月判決が見解を異にする2件の先例を引用しているが(86頁)、両事件とも嫡出否認訴訟における新しい学識の鑑定利用が問題になった事案である。これらを検討する。

##### (一) 連邦裁判所1951年4月12日判決 (BGHZ 2,S.6ff.;NJW 1951,S.558f.)

(1) 事案の概要 (ア) 原告は母Aと離婚した元・夫Xであり、婚姻中に出生した子Yに対し嫡出否認の訴えを提起した。Xは懐胎期間中のAとの性交渉を争っていないが、事情からみてAがXからYを懐胎したことは明らかにありえないと主張した。(イ) 第一審(アーヘン地裁)実施のE博士の鑑定によると、XはN血液型であり、その子はM血液型ではありえず、XはYの父として排斥されるとの結果である。上位鑑定人M博士も同じ鑑定結果であった。Aは宣誓のない証人尋問で、法定懐胎期間中またはそれ以前にX以外の男性と性交渉をしたことを否認した。

(ウ) 第一審は、二つの血液型鑑定に基づきXの請求を認容したが、控訴審はさらに遺伝生物学鑑定を実施した。鑑定人は、必要な確実性をもって血液型検査結果に反駁できず、Xの父子関係はわずかに可能性があるとの結論であった。控訴審は、遺伝生物学検査の結果は血液型検査の証拠価値に影響しないとして、Yの控訴棄却、Yの上告により、連邦裁は原判決を破棄差し戻した。

(2) 判旨 連邦裁は、(ア)血液型が正しく確定されたという前提で、それに基づく父子関係の排斥は、今日の学問水準からみて、無条件に確実とみなされる。したがって、ABO式血液型またはMN式因子の認定に基づく血液型鑑定の絶対的な証拠価値への疑問は、血液型が個別的事案で正しく確定されたかという方向でのみ存する。個人の血液型検査とその認定に際して、経験上、血液試料の取り違い、または血液特性を認定する際の技術的問題によって、誤りが入り込む可能性がある。多くの事案で、M型およびN型の認定、特にMs型・Ns型の認定は難しい。血液形質の正しい

29) この判決については、vgl.I.Oepen/H.Ritter, Das anthropologisch-erbbiologische Gutachten im Abstammungsprozeß, NJW 1977, S.2109.

認定は、多くの事案で特に慎重な検査実施と特別な検査方法の適用を必要とする。

(イ) 裁判官は一定の限度で血液型鑑定の信頼性を事後審査できるが、血液型鑑定が提出されているのに、どのような要件で、どのような範囲で裁判官がさらに解明義務を負うか、定まったルールはたてられない。この問題は裁判官の評価に広範に委ねられ、遺伝生物学的な類似性比較の結果も、個別的な事案では血液型検査の実施要件に疑問を呈し、再度の血液型鑑定の実施を促すことができる。

(ウ) 控訴審は血液型検査の結果を疑い(Aの証言、およびXがA・他男間の性交渉の主張を証明できなかったことに基づく)、二つの一致した血液型鑑定があるのに、さらに遺伝生物学鑑定の申立てに応じた。その鑑定結果は、むしろX・Y間で相当数の類似性形質を認定し、Xの父子関係は可能性があるとおり、疑いを除去するには適さなかった。

(エ) しかし判旨は続けて、遺伝生物学鑑定において、Yに弱いN型、またはXに弱いM型が認められるとき、Xの父子関係はありえないこともないことを明らかにする特別な研究方法(ピテルスキー(Pietrusky)とウェーバー(Weber)の見解)があることを指摘して、それが実施されていないとする。判旨はこれを学説の経験則を看過したものとして、原判決は、もしかしてそのような違反に基づいているかもしれないと指摘する<sup>30)</sup>。

## (二) 連邦裁判所1953年12月17日判決 (BGHZ 12,S.44ff.)

(1) 事案の概要 (ア) XはYの嫡出性を否認、Yは自分からの懐胎ではない、Yの母A女と懐胎期間中に性交渉したが、Yは証人Mから懐胎されたと主張し、Xは、Yは自分の嫡出子でないことの確認を求めて嫡出否認の訴えを提起した。Yは、Aが懐胎期間中に他男と性交渉をしたことを争った。第一審(ドューイスブルク地裁)は、血液型鑑定および遺伝生物学鑑定を実施してXの請求認容、控訴審(デュッセルドルフ高裁)は、Yの血縁関係不存在の証明ができなかったとして、Xの請求棄却。Xの上告棄却。

(2) 第一審実施のケルン大学人類学研究所の遺伝生物学鑑定(B博士)は、Xは

30) 51年判決を引用するのは、B.Wieczorek,ZPO,2.Bd.,1976,§286 IIIc4;Rosenberg/Schwab,Zivilprozeßrecht,1974,11.Aufl.,§125,VI,S.655.

確実に接した蓋然性をもって父子関係から排斥されるとの結果になり、地裁はこれに基づきXの請求を認容した。(ア)控訴審によると、XはAと法定懐胎期間中に性交渉したのであり、父子関係が明らかにありえないことの証明責任はXにあるが、その証明ありとはみなせない。血液型検査は、Xは父としてありえないこともないとの結果であり、父子関係が明らかにありえないことの証明はできなかった。(イ)また控訴審は、第一審の遺伝生物学鑑定を、Xの父子関係が明らかにありえないと証明できるほどに、証明力ありとはみななかった。(ウ)そこで控訴審は、レンズ(Löns)博士の検査方法により、その検査結果を遺伝生物学検査の結果と比較して、さらに遺伝生物学鑑定が必要か、その手掛かりを得るため、Yの血縁関係の検査を実施した。

(オ)レンズ検査は、Xを積極的に父として位置づけた。これにより控訴審は、第一審の遺伝生物学鑑定(B博士)の証明力に疑問を強くして、新たな遺伝生物学鑑定を命じた。新しい鑑定人は、Xは疑いなくYの父であると結論づけた。控訴審は、そこにレンズ検査の正当性を認め、第二の遺伝生物学鑑定の結果は、第一鑑定(B博士)結果より大きな蓋然性を有しているとの理由で、Xの請求を棄却した。(オ)血液型鑑定によると、証人Mは父として排斥されないかもしれないが、証拠調べでは、M・Aの性交渉は明らかにならず、Aが懐胎期間内にX以外の男性と性交渉したか確定できない。

(2) 判旨 Xは上告を提起して、控訴審は、二つの遺伝生物学鑑定の間で決定的判断をするためにレンズ検査の結論を用いた、それにより同鑑定は、瑕疵の頻度に合わない証拠価値をえたことになると主張したが、連邦裁はこれを退けた。

(ア)判旨は、レンズ検査について説明し、学会の評価では、レンズ検査による父子関係確定の二つの主要要件は、まだ学説上の確実な経験的知見として承認されていない。(イ)レンズ博士も、同検査による血液検査の結果を、独立して単独で父子関係の証明・排斥に十分な証拠方法として用いることができる程度に確実であるとはみていない。しかし、同検査結果の正当性について一定の蓋然性はあるとして、同博士は、他の証拠方法の補充のための証拠として用いることができると考えている。裁判上の鑑定でもこの見解に同調する立場もあり(ボンソルド教授(ミュンスター大学)、クラウベルク教授(ベルリン大学))、ボンソルド教授(長年の共同研究者)は、最近の論文で、新しい研究に基づき、レンズ検査は証拠価値のある付加的な間接事実を示すと確信するとする。しかし他の研究者は、レンズ検

査によって、父子関係の存否の蓋然性はまだえられないとの見解をとる。

(イ) 学説の対立している見解のいずれも一般的承認をえられていない限り、レンズ検査の証拠価値は、自由な証拠評価の方法で事実審裁判官の判断形成に委ねなければならない。その際、裁判官は、全力でその問題に関する学術論文、必要な場合には鑑定を依頼して、同検査についての肯定・否定の情報収集に努めることになる。しかし、裁判官は鑑定人の意見または専門家の論文から導いた最終結論に責任を負わなければならない場合、どの鑑定人およびどの専門家の意見に、より大きな信頼をおくかについては指示されない。鑑定人の選任も、自己責任を意識した裁量に委ねられる。

(ウ) ここで判旨は、(a) ライヒ裁判所の見解（1941年2月21日判決）に従うとする。同判決によると、裁判官が自身の十分な専門知識を欠くため、いつ、どの程度に鑑定人の鑑定に従うかは、事実審裁判官の評価事項である。(b) 上告審にとっては、鑑定人の意見が裁判官にとって首尾一貫があり、説得力があるときは、それで足りる。(c) その際に、思考法則違反は裁判所が責任を負うことではなく、また、鑑定人が、事実審裁判官が従った重要な手続資料または経験的事実を看過して結論に達していたことは問題にならないとする。

(エ) またライヒ裁判所は、民訴法286条による鑑定の自由な証拠評価に際して、第一に、鑑定人への信頼性の評価も考慮されると強調している。そして、レンズ検査の証拠価値の判断に関して、自由な裁判官の裁量を制限できるのは、同検査の価値・無価値について一般的な経験則が確立したときに初めて可能である。しかし、本件のレンズ検査の適用性の評価は定まっていない。

(3) コメント (ア) 連邦裁73年2月判決の説く上告審裁判所の審査権限の射程（(2) (カ), 86頁）からみると、51年判決（仮に「MN 式血液型事件」と呼ぶ。）が弱いMN型の「特別な研究」を具体的にあげる判示（(2) (エ), 89頁）は、上告審として行き過ぎた審査と解されようし、53年判決（仮に「レンズ検査事件」と呼ぶ。）が、鑑定人の思考法則の違反、重要な

手続資料または経験的事実の看過を審査不問としている判示 ((3) (ウ) (c), 91頁) も、認容できないものと思われる。73年判決の指摘はこの点と思われる。(イ) これ以外の点では、両判決からは興味ある判示もみられる。(a) 73年2月判決は自然科学の経験則に、「絶対的な」証明力は認められないと判示する ((2) (イ), 85頁) のに対し、51年判決は、血液型鑑定 (ABO 式, MN 式) に「絶対的な」証拠価値が認められるとする ((2) (ア), 88頁)。もっとも、前者は「自然科学」全般を述べ、「完全証明」もありうることを認めている点では、その違いは必ずしも明確ではない。(b) また51年判決の指摘する、血液型が正しく確定されたかという方向での反駁方法 ((2) (ア), 88頁) は、最近の DNA 鑑定, 特に私的 DNA 鑑定の利用にも通用させてよいと考える。(ウ) 53年判決は、鑑定評価には、鑑定人への「信頼性」評価が含まれると指摘する ((2) (エ))。鑑定人の所属、職務、学位などの肩書が明記されるのは、鑑定人としての職務遂行に必要な専門知識の確認作業と思われる。それを基礎にして、特に新しい学識が用いられる事件では、学会における当該学説の「専門性および確実性の程度」が審査されるという趣旨であろう。専門知識を欠いた裁判官にそのような証拠評価は無理であり、かえって裁判官に不必要な証拠調べを強制すると批判<sup>31)</sup>があるが、「当該専門分野の優れた専門家」の判断 (73年2月判決, (2) (イ), 85頁) を前提におく判例からすれば、むしろ一貫した要請といえよう。

(エ) 判旨からは、遺伝生物学鑑定の「当時の」利用の方途もうかがえる。(a) 元夫から離婚妻の出産した子に対する嫡出否認訴訟で、原審実施の血液型鑑定の結果は、原告・元夫および妻の再婚相手のいずれも子の父として排斥できないという内容で、原審が元夫の控訴を棄却したという事案で、連邦裁1951年6月21日判決 (JZ 1951,S.643) は、血縁関係訴訟では裁判所はすべての証拠を利用して事実関係を徹底して解明すべき義務があ

---

31) Piper,ZZP Bd.93,S.27.

り、他の使用しうるすべての証拠方法（証人証拠、血液型検査）を取り調べてもなお完全な認定ができず、類似性鑑定の実施に事実関係のさらなる解明が期待できるときは、類似性鑑定が考えられるとして、子が2才になって類似性検査が可能となるまで、手続を中止すべきであるとする。

(b) また非嫡出子から、懐胎期間中の母との性交渉相手に対する父子関係の確認および定期的扶養料の支払いを請求した訴訟で、原審は血清学鑑定および血清統計学鑑定を実施、被告は原告の父でないこともない、父子関係の蓋然性はエッセンメラー方式によると79%、母と性交渉の相手とされる他男を証人尋問、以上の証拠調べの評価により被告の父子関係に重大な疑いは残らない（旧民1600条の第2項2文）として、他の証拠調べの申立てを却下して被告の控訴を棄却した事案で、連邦裁1974年6月26日判決（FamRZ 1974,S.598ff.）は、職権探知の枠内で遺伝生物学鑑定も含めたさらなる鑑定の実施による解明義務を尽くすため、原判決を破棄差し戻している。

(オ) スタウディングアーのコンメンタール（2000年版）によると、53年判決のレンズ検査は現在では利用されていない鑑定カタログにあげられている<sup>32)</sup>。

## IV 自由な証拠評価の原則

### 1 自由心証主義

#### (一) ドイツ民訴法286条

(1) 現行法は、裁判所は、口頭弁論の全趣旨および証拠調べの結果をしん酌して、自由な心証により、事実主張が真実とみなしうるか否かを判断し（旧民訴286条1項）、裁判官の心証原因となった理由を判決で明らかにしなければならない（同条2項）と規定する。

(2) 1877年のCPO理由書によると、(ア) ドイツ刑事手続で、事実問題

32) Staudinger/Rauscher,BGB V,2000,Vorbem zu §§1591ff.VIII3b)aa),Rn.80,S.107.

は裁判官の自由心証に服するという原則が承認されて以降、民事訴訟手続でも事実問題の判断につき、裁判官を法律による拘束から解放しようという動きが学説、実務、ラント法典で顕著になり、新法が「時代遅れ」という批難を免れるためにその動きに同調したという<sup>33)</sup>。(イ)そして、裁判官は自由な心証によって鑑定結果を評価する。このような自由な地位を裁判官に認めるのは、ドイツの裁判官の「教育、高潔性、独立の地位」を信頼したからであり、裁判官には、心証形成の理由を慎重に考慮するため、判決中でその理由を記載することが命ぜられる、と述べている。

## (二) 鑑定証拠との関係

(1) ライヒ裁判所41年判決、42年判決も含めて、判例はいずれも、鑑定人の鑑定は裁判所の自由な証拠評価に服するという原則を繰り返している。支配的な学説をみても、旧時の学説から、現在の学説にいたるまで同旨を述べる<sup>34)</sup>。(ア)自由心証主義は今日の訴訟法の最も重要な成果であり、中心的な意義を有する<sup>35)</sup>。自由心証の対象は、事実上の主張が真実であるか、

33) 理由書は、これに対して、民事訴訟の争訟関係は当事者が支配し、裁判官は、刑事訴訟の裁判官のような心証形成手段を持たないという批判（これを「沈黙の異議」と称している）がみられたが、民訴手続の口頭主義、および裁判官に広い訴訟指揮権限（Prozeßleitungsamte）が認められる点をあげて、むしろ自由な証拠評価の長所を断念する方が立法政策的に正当でないと述べている。Hrsg.von E.Stegemann/C.Hahn,Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd.2,Materialien zur Zivilprozeßordnung,Abt.1,2. Aufl.,1881,Neudruck 1983,§249, S.275.

34) T.Seuffert,Civilprozessrechts zur CPO,Bd.II,1902,§412I,S.606;Rosenberg, Lehrbuch,S.376;J.W.Planck,Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts,2.Bd. Besonderer Theil,1896,S.276;A.Nikisch,Zivilprozeßrecht,2.Aufl.,1952,S.356;Lent/Jauernig,Zivilprozessrecht,17.Aufl.,1974,S.177;Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann,ZPO,35.Aufl.,1977, §286,2 A,S.649,§412,1,S.904;Zöller/D.Stephan, Zivilprozeßordnung,13.Aufl.,§286,II1),S.791;Stein/Jonas/D.Leipold,ZPO,§§300-510b,20.Aufl.,II12,1987,§412,II,Rn.1,S.52;Wieczorek/Schuetze/H.-J.Ahrens, Zivilprozeßordnung und Nebengesetze,3.Aufl.,2.Bd.,3.Tb.,2.Teil,§§ 355-510c,2010, §412,II a)aa),Rn.1,S.601;Prütting/Gehrlein/H.-W.Laumen, Zivilprozeßordnung Komm, 2016,§286,A,Rn.1ff.,S.863f.

35) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann,ZPO,73.Aufl.,§2864),Rn.4,S.1216.



証拠方法の証拠価値、さらには経験則の証拠価値<sup>36)</sup>にも及ぶ。ただし、自由心証も思考法則、自然法則、経験則によって、事実上、制限されるともいわれる<sup>37)</sup>。画一的な証拠規則の放棄は、合理的基準からの免脱ではなく、むしろそれを貫くべきであり、裁判官はこれらの原則を一貫して尊重しなければならない<sup>38)</sup>。

(2) 鑑定人の主たる任務は、事実審裁判所の命を受けて、①裁判所に欠けた法規範や経験則を伝える、②経験則または専門的知見に基づき認定した事実から推論を行う、③特別な専門的知見に基づき事実認定を行うことである<sup>39)</sup>。鑑定人は裁判官の「助言者」または「補助者」と称される。ここで自由な証拠評価との関係では、他の証拠方法と異なり、鑑定人の鑑定意見はむしろ裁判所を拘束するという考え方が、大陸法系の法制史において長い歴史を有してきた<sup>40)</sup>。ドイツ普通法の時代もそうであったが<sup>41)</sup>、フランス民訴法典の影響を受けて、1877年CPOの鑑定証拠に対する裁判所の自由評価の原則は導入されたものである<sup>42)</sup>。「裁判官と鑑定人の関係」は重要なテーマとして関心を集め議論されているが、若干の考察を試みる。

36) 嫡出否認訴訟において、連邦裁1956年9月19日判決 (NJW 1956,S.1716) は、経験則の証拠価値を確認し、鑑定が対立している場合も、一定の心証形成をするのが、事実審裁判官の自由な証拠評価の任務であると述べている。

37) Roseberg/Schwab/Gottwald,ZPO,§114 I1,Rn.3,S.683 (日常的な理論は除く); H.-J.Musielak/W.Voit/U.Foerst,ZPO,13.Aufl.,2016,§286 II2b)aa),Rn.10a,S.1058; Prütting/Gehrlein/Laumen,ZPO Komm,2016,§286,IV1,Rn.11,S.866;Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann,ZPO, 73.Aufl.,§286,4D,Rn.7,S.1216.

38) Musielak/Voit/Foerst,ZPO,13.Aufl.,§286 II2b)aa),Rn.10a,S.1058.

39) Rosenberg/Schwab/Gottwald,ZPR,18.Aufl.,§122,I1Rn.4ff.,S.749.

40) 民事訴訟における鑑定人の歴史については、杉山悦子『民事訴訟と専門家』8頁以下(有斐閣,2007年)が詳しい。

41) D.Olzen,Das Verhältnis von Richtern und Sachverständigen im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung,ZZP Bd.93 (1980),S.74ff.

42) Olzen, ZZP Bd.93,S.75.

## 2 自由心証制限説

(1) 鑑定結果に対する自由な証拠評価の原則は、しかし、現行法においても事実上制限されていると解する見解がある<sup>43)</sup>。

(ア) 研究者の所説として、ピーパー説<sup>44)</sup> やオルツェン説<sup>45)</sup> が知られている<sup>46)</sup>。ピーパー説によると、(a) 鑑定人が裁判官に欠けている専門知識を伝え、当該問題について裁判官が自ら判決できるようにするという見方は、フィクションである。鑑定人による鑑定の教示をえても、裁判官が特別な問題を自ら判断できる結果にいたらないときは、常に、裁判官の心証は、鑑定の追思考的な内容ではなく、専門家として承認された当該鑑定人の評判、学術的な名声と地位に基づいているのである。(b) この視点からピーパー説は、鑑定証拠の自由な評価を認め、それと異なって判断できるとした判例も、さまざまな制限に服しているとして、それら判例を批判的に検討する。(c) 裁判官の専門知識の欠如は鑑定に対する事後審査を不可能にすると述べる際に、「鑑定人に留保された領域」文言(ライヒ裁判所42年判決)を引用する<sup>47)</sup>。(c) 血縁鑑定が実施される扶養事件や身分関係事件においては、血縁鑑定はもっぱら自然科学の方法に基づいており、自由心証の余地はほぼない。血液型形質が遺伝するという考え方は、今日の学識レベルによると、裁判官はもはや疑問視できない経験則であり、血液型の鑑定は、それが瑕疵なく行われたときは、他の証拠方法によるいかなる反証も原則的に排する絶対的な証拠力を有する。ここでは、自由な証拠評価の原則はありえない<sup>48)</sup>。(d) ピーパー説はこのような認識に基づき、当時の法制下での鑑定法の改革案(本稿では考察外)を提言している。

43) この問題についても、杉山・前掲書112頁以下が詳しい。

44) H.Pieper,Richter und Sachverständiger im Zivilprozeßrecht,ZZP Bd.84 (1971), S.1ff.,insbs.S.28.

45) Olzen,ZZP Bd.93,S.77ff.

46) Vgl.Stein/Jonas/Leipold,ZPO,1989,§412,Fn.1,S.52.

47) Piper, ZZP Bd.84,S.25ff.

48) Piper,a.a.O.,S.28f.

オルツェン説もほぼ同旨を展開する。有力学説がピーパー説等を支持する<sup>49)</sup>。

(イ) 実務家の見解として、プロス説<sup>50)</sup> (当時の肩書は連邦裁判所裁判官) に注目してみる。(a) プロス説は、裁判官は広い範囲で鑑定人の履行補助者以上になれず、自ら気に入らないごくわずかな事件でのみ、異なった判断をするという見解、法律家は医学を過度に尊敬する傾向があり、医師が鑑定した訴訟を判決するのに、事実理解や判断力で鑑定に依存することが多くなるという見解を引用して、中核部分には賛成と述べる。(b) プロス説は、医学鑑定と技術鑑定では区別すべきであるとして、裁判官は多くの事件で医学鑑定の再検査はできないと確信しているという。裁判官は、血液型はO型という鑑定結果を自ら再検査・批判できず、鑑定人の仕事に疑問があれば、別の鑑定人に依頼するしか方法はない。また骨折の処置方法に関して、裁判官は鑑定人のあげていない方法を用いた自らの判断で、鑑定結果を取り換えることもありえない<sup>51)</sup>。

(c) これに対し技術鑑定の場合、さまざまな専門分野での自らの生活上・職業上の経験をベースに、鑑定人の鑑定を基礎にして自身の判断を獲得することができる。道路計画の近隣住民への騒音受忍について、裁判官は自らの経験に基づき自家用車とトラックの割合が正当か追思考できるし、建築訴訟の規制強化についても、視覚的に認識しうる事実関係であって、裁判官は人生経験・職業経験に基づき判断することができる。しかし特許訴訟になると、裁判官は技術的な知識を欠くため、大きな壁に直面する<sup>52)</sup>。

(d) 他方で、プロス説は、「半端な教養人の裁判官」の途は最初からとれないと述べる。鑑定人の援助が必要な分野で、鑑定人をもっとコント

49) Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann,ZPO,35.Aufl.,§372a,3)IA,S.843,§412,1),S.904;Rosenberg/Schwab,Zivilprozessrecht,13.Aufl.,§124,S.735,Fn.39.

50) S.Broß,Richter und Sachverständiger,dargestellt anhand ausgewählter Probleme des Zivilprozesses,ZZP Bd.102 (1989),S.413ff.

51) Broß,a.a.O.,S.417.

52) Broß,a.a.O.,S.418.

ロールしよう、それを取って代わろうとして、裁判官が独学で知識をえようとする試みは、厳しく拒絶しなければならない。「半端な教養人はまったくの無教養より危険である」という命題が、適用になる。裁判官が職務活動とともに、別の学術分野で高いレベルに到達することが、能力的に可能かという問題は措くとして、「副次的な領域」に対する裁判官の適格性について、当事者も管理者もコントロールできないという問題がある。鑑定人の適性はさまざまな方法で事後審査できるのに、裁判官はできないことになる。(e) プロス説は、「技術的裁判官」構想を批判して、裁判官は、敗訴者の費用負担の問題はあるが、鑑定人の利用をもっと増やすべきであり、法的安定性および正義のためには、技術的科学的問題の判断は、鑑定人を優先させるのがよいとして、鑑定人および鑑定のコントロールの方法を主張している<sup>53)</sup>。

(ウ) 遺伝生物学鑑定に関する相当古い論稿であるが、フランツ説(当時の肩書はライヒ裁判所裁判官)は<sup>54)</sup>、裁判官は当然に鑑定に拘束されないが、当該領域の専門知識を欠くため、一般的には鑑定人の判断に従う。素人の裁判官が、親子が類似しているか否かについて自ら印象をもてるかは疑問であり、実際のところは、裁判所は結論の明確な方の鑑定を評価するのが通常である、と述べている。

### 3 旧時の判例から

自由心証主義と鑑定証拠の関係について特に判示した判例ではないが、(ア) 婚姻無効判決を受けた元妻 A 女が婚姻中に出産した子に対する父からの嫡出否認訴訟で実施された新しい血液型検査方法 (A 型内の型検査) に関するライヒ裁判所1936年11月30日判決 (JW 1937,S.620f.,Nr.9)、(イ) 婚姻無効確認訴訟で実施された精神鑑定に関するライヒ裁判所1939年12月

53) Broß,a.a.O.,S.419f.

54) Franz,Die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Ehelichkeitsanfechtung (§§1591ff.Bürgerliches Gesetzbuch),JW 1940,S.1553.

15日判決（RGZ 162,S.223ff）を取り上げる。（ウ）また多くの連邦裁判例が、この問題に関する最初の判例として引用する、注射施術過誤による損害賠償訴訟に関する連邦裁判所1951年3月7日判決（NJW 1951,S.566f.）を検討する。

（一）ライヒ裁判所1936年11月30日判決（JW 1937,S.620f.,Nr.9）

（1）**事案の概要** 原告Xは、婚姻無効判決を受けた元妻A女が婚姻中に出産した子Yに対し、嫡出否認の訴えを提起した。第一審はXの請求認容、控訴審は請求棄却。Xの上告に基づき、ライヒ裁判所は原判決を破棄差し戻した。（ア）婚姻締結前に懐胎されたYはX・Aの婚姻中に出生した。したがって、婚姻中にAと性交渉のあったXが、Xからの懐胎は事情からみて明らかにありえないことを証明できない限り、YはXの嫡出子である（ド旧々民1591条1項2文）。（イ）第一審は、Xは父でないとするL教授の血液型検査の結果に従った。L鑑定は、周知の血液型およびMN型検査に対して、新しい検査方法（A型内の型検査（Typendiagnose）<sup>55））を用いた。（ウ）これに対し控訴審は、Xはその証明（ド旧々民1591条1項2文）ができなかったと判断した。今日の学問レベルによれば、L鑑定は単独では、父ではありえないことの証明はできない。ロベルト・コッホ・プロイセン伝染病研究所の鑑定によると、L鑑定の方法は無条件に確実であるとの学会評価はまだなく、依拠した事実資料も十分でないと評価される。控訴審は、L鑑定は他の重要な間接事実と結びついて、特に価値ある間接事実になりうるが、他の十分な間接事実が認められない、と述べている。</sup>

（2）**判旨** ライヒ裁判所は、（ア）嫡出推定が明らかにありえない（ド旧々民1591条1項2文）という概念の解釈にあたり、（a）控訴審が、嫡出子としての家庭を維持する子の利益を考慮する考え方を引用するのを疑問であるとして、（b）国家社会主義思想によって浄化された民意およびドイツ法によると、血縁関係およびそこから導かれる血族関係が真に重要事項であるとする。子の地位が真実の血縁関係に一致していない場合、嫡出子という法的地位は、絶対的に保護すべき意義はない。（c）しかしそうだとすると、「明らかにありえない」（ド旧々民1591条1項2文）という概念の

55) 「A型内の型検査」について、A型の血液型の中で「亜型」と呼ばれる血液型（A1・A2）があるが、L鑑定がそれにあたるのか判旨からは不明である。山本文一郎『ABO血液型がわかる科学』78頁以下参照（岩波書店、2015年）。他方で、Stein/Jons/Schlosser,ZPO,IV,1993,§644 Anhang 1,2 a),Rn.5,S.510は、別の事件であるが、「下位グループA1A2」と述べている。

証明に厳格な要件を定めておくことは必要であり、その法規制は法的安定性の要請と身分関係の保護にかなったものである。(d) 他方で判旨は、血縁関係の重要性は、その審査に際して、裁判所に対し、訴訟法規に従って、使用しうるあらゆる認識源を完全に尽くすことを要請しているとして、控訴審はそれを果たしていないと評価する。(イ) しかし控訴審が、ロベルト・コッホ研究所の鑑定に基づいて、L鑑定の証明力は学会の評価がないとして、それに従わなかった点は、事実審裁判官の権限の範囲内のことであり、判旨は、これに不服申し立てはできないとする。(ウ) 他方、控訴審は、L鑑定に別の手掛かりとなる証拠が加わったときは、重要な間接事実になると指摘しながら、Aの証人尋問を求めるXの証拠申立てを却下した点に、民法286条違反があるとする。控訴審は、Aの証言(他男Gとの性交渉)は信用できず、その証言内容は変わらないと考えたためであるが、Aは基準時での他男との性交渉の有無について質問を受けてなく、他男の血液型検査の結果によっては、Aが検査結果に従って証言を変更したり、また他男との性交渉が認定されたときは、その血液検査または検査拒否の態度も新たな間接事実になる。

(3) コメント 仮に「A型検査事件」と呼ぶ。判旨は、(ア)当時の政治体制の影響が推想されるが、「血縁関係」、「血族関係」を重視する考え方を明確にして、真実の血縁関係に一致しない嫡出子の地位は絶対に保護すべきでない<sup>(2)</sup>と強調している((2)(ア)(b))。この当時、形態学・遺伝生物学鑑定が利用されるようになり、遺伝生物学鑑定が複数男性のうち誰が父かを確定することができるようになったといわれる<sup>56)</sup>。しかし、本件鑑定は新しい血液型検査である。(イ)判旨は、使用しうるあらゆる認識源の調査が裁判所に要請されるとする((2)(ア)(d))。この判旨部分は、ライヒ裁判所によってその後繰り返されたといわれるが<sup>57)</sup>、連邦裁判例にも引

56) Vgl.Grumbrecht,Beweis(oben Fn.17),S.130.

57) Franz,JW 1940,S.1553.離婚した元夫から元妻の出産した子に対する嫡出否認訴訟で、ライヒ裁判所1941年6月21日判決(DR 1941,Nr.23,S.2197f.)は、血縁訴訟

き継がれている（1951年6月判決92頁，64年2月判決100頁，86年9月判決123頁）。（ウ）第一審のL鑑定は，新しい血液型検査（A型内の型検査）に基づきXの父子関係を否定する内容であった。これに対し，控訴審は，専門機関の消極的評価を理由にあげて，L鑑定を採用していない。判旨は，L鑑定の不採用は，事実審裁判官の自由心証の枠内のことであり，上告審の審査は及ばないとする（（2）（イ））。後掲判例からみると，正当な評価になろう。（エ）他方で，L鑑定に他の証拠が加わった場合に，重要な間接事実になるとしながら，控訴審は母Aの証人尋問の申立てを却下した点に，判旨は民訴法286条違反を認めている。また，あらゆる認識源の調査要請，特にL鑑定があるのに，証人尋問の申立てを却下した原審判断に対し，自由心証違反（職権探知義務違反ではなく）が認定されている<sup>58)</sup>。（オ）証明度については（2）（a）～（d）, 上述した（73頁）。

## （二）ライヒ裁判所1939年12月15日判決（RGZ 162,S.223ff）

（1）**事案の概要** A男と離婚した前妻X女が，その後Aと婚姻したY女を相手取って，Aの病気による精神障害を理由に，A・T間で締結された婚姻の無効確認訴訟を提起した。第一審（ドレスデン地裁）はXの請求認容，控訴審（ドレスデン高裁）は請求棄却，Xの上告により原判決は破棄差戻しとなった。

（ア）鑑定に関する判旨部分のみを検討すると，第一審では，S博士およびT博士による二つの裁判上の鑑定，さらにXからU博士の私的鑑定が提出された。これに対し控訴審は，ザクセン州内務大臣（Sachsischen Minister des Innern）の上位鑑定のための鑑定委員会による上位鑑定に基づき，AがYとの婚姻締結の当時，病気による精神障害の状態であったとの証明はできなかつたと結論づけた。（イ）控訴審は，鑑定委員会の上位鑑定の結論は，精神障害の状態であったとの蓋然性は認められず，Aは自由に意思決定ができており，A・Xの離婚判決に対するAの上訴放棄の

で裁判所は使用しうる認識源および証拠方法をすべて調べ尽くす義務があると判示している。この事件の第一審は血液型検査に基づき原告の請求棄却，控訴審で実施された遺伝生物学鑑定は，当事者と母だけを対象として，原告の父子関係は蓋然性がない，しかし，明らかにありえないことはない（ド旧々民1591条1項2文）との結論により，原告の控訴は棄却された。ライヒ裁判所は，遺伝生物学鑑定に証人である他男が含まれていない点で，上記義務違反があるとして，原判決を破棄している。

58) 当時の親子関係事件における職権探知主義の規定の導入・内容については，畑瑞穂「人事訴訟における職権探知主義について」家月56巻3号17頁以下参照。

意思表示も無効でないことが証明された、と判断している。

(2) 判旨 ライヒ裁判所は、Xの民訴法286条に基づく手続法違反の申告批判は理由があるとする。(ア)控訴審が誤って鑑定委員会の上位鑑定に拘束されると考えていたとは思えないが、控訴審が委員会の上位鑑定を自ら責任をもって調査したのか、いかなる考慮から上位鑑定を決定的とみて、地裁の二つの裁判上の鑑定、X提出の私的鑑定の説得力を認めないのか、控訴審は明らかにしていない。これは、民訴法286条1項(正しくは「2項」であろう。筆者)が判決理由の記述に求めた要請に違反する。(イ)控訴審は、委員会の上位鑑定が他の鑑定を動揺させるまたは反駁するのに十分か、その見解を明らかにしなければならなかったとしている。

(3) コメント 仮に「精神鑑定事件」と呼ぶ。判旨は、(ア)控訴審が、第一審の三つの鑑定(裁判上の鑑定であるS鑑定とT鑑定、私的鑑定のU鑑定)に対し、控訴審が実施した「上位鑑定」を優先させて、それを採用した「理由」を明らかにしていない点に、理由明記の要請(ドイツ民訴法286条2項)違反をみている。(イ)控訴審の実施した「上位鑑定」という概念は、ドイツ民訴法上に規定はない。裁判所は、鑑定結果を不十分とみた場合、同じ鑑定人または別の鑑定人の「新しい鑑定」を命ずることができる(ドイツ民訴法412条1項)。「再鑑定」という概念も用いられる。(a)当時の連邦裁判例の検討に基づき<sup>59)</sup>、連邦裁は別の鑑定人・再鑑定人・上位鑑定人の概念を同義で用いるが、論者は、「上位鑑定」は再鑑定の特別な場合という語感があり、概念をすっきりさせるには同概念を用いないことも考えてよいと説く。(b)上位鑑定は再鑑定であるが、逆に、すべての再鑑定は必ずしも上位鑑定とは考えられない。上位鑑定人は平均的鑑定人より上位レベルと考えられ、当該専門領域での知見・判断力の優秀さの点で、平均的鑑定人よりも信頼性・説得力のある意見を裁判官に伝えたり、優れた研究方法を用いて解明が期待できる。上位鑑定の実施は裁判所の裁量判断に委ねら

59) H.Walter/M.Küper, Die Einholung medizinischer Gutachten und Obergutachten im Zivilprozeß, NJW 1968, S.182ff.



れるが、特に難しい問題について鑑定結果が対立しているため、上位鑑定人の鑑定にその解決の可能性が期待できる場合、その実施は必要であるといわれる<sup>60)</sup>。これに対しヴィクトワールレクのコメンタールは、「新しい鑑定」概念（ド民訴412条）について、上位鑑定の語が実務上用いられるが、最初の鑑定より優位であるという誤った印象を与えるもので、誤解を生じさせると批判する<sup>61)</sup>。

### (三) 連邦裁判所1951年3月7日判決（NJW 1951,S.566f.）

(1) **事案の概要** 原告Xは被告Yの病院の患者であったが、看護実習生Aの注射施術ミスによって坐骨神経を損傷し、神経麻痺による歩行障害が生じたとして、Yに対し損害賠償訴訟を提起した。第一審、控訴審ともXの請求を認容した。Yの上告棄却。

(2) **判旨** 連邦裁は、(ア)控訴審は、ドイツ民法831条によるYの損害賠償義務を正しく判断したとする。同条は、履行のために他人を任命した者に対し、その他人による履行上の加害行為につき賠償責任を定める。Aの注射施術はYの指示によるもので、Yはそれによる損害につき自ら責任を負わなければならない、Aの責任は問題にならない、とする。

(イ) Yの上告は、依頼者の責任免除（ド民831条1項2文）の証明を認めなかった控訴審の判断を批判する。K教授の鑑定結果と異なり、控訴審がAに対する特別な指導および教育は必要なかったとの意見に従わなかった点について、判旨は、上告批判は正当でないとする。(a) 医師たる鑑定人の鑑定も、裁判所の自由心証（ド民訴286条）に服する。これにより裁判所は、鑑定人の見解を採用しない十分な理由がある限り、その鑑定意見と異なる見解をとる権限を有する。(b) 本件はそれであり、Aに注射薬の危険性を教示する必要はないとしたK鑑定になぜ同意できないのか、控訴審

---

60) Walter/Küper,a.a.O.,S.183f.

61) Wiczorek/Schütze/H.J.Ahrens,ZPO,§412,II,Rn.25,S.611,Fn.76. 社会裁判所の手続において同様に批判的なのは、Hrsg.v.A.P.F.Ehlers/E.Stevens-Brtol,Medizinisches Gutachten im Prozess,3. Aufl.,2005,S.86.

は詳細に判示しているとする。控訴審はその方向で、K鑑定中の意見（鑑定人自身も、Aは注射施術のミス危険性についてYから正確に教えを受けなければならなかったと述べている）を指摘して、Aは指示された仕事の遂行について十分な程度に教授を受けなかった、特に個々の薬の特別な危険性について教授の必要があったとの結論を導いている。これは、純然たる事実審裁判官の考慮内のことである。

(ウ) 判旨は、控訴審がなぜK鑑定と異なる見解をとったのか、十分な程度に理由をあげていると評価して、これに賛成する。(a) 控訴審が、Aは教授内容を基礎にして、注射ミスの効果についてイメージすることができなければならなかった。(b) またAが注射ミスの危険性について教授を受けていたならば、ミスのない注射施術が大きく保障された、と述べている。しかし、これらは事実審の権限内に属する考慮であり、上告審では不服申立てはできないとする。

(3) コメント 仮に「注射ミス事件」と呼ぶ。連邦裁も、ライヒ裁判所と同様に、裁判官の自由心証が鑑定結果に及ぶことを一おそらく初めて一明らかにしている((2)(イ))<sup>62)</sup>。(ア) K鑑定は、看護実習生Aに対し、Yは注射薬の危険性について教授する必要を認めなかった。しかし控訴審は、同鑑定を採用しない理由として、Aに対する教授内容は「十分な程度」ではなく、特に注射薬の危険性、および注射ミスの効果が教授されていないと指摘する。判旨は、これを十分な不採用の理由づけとみた。連邦裁も、前掲・39年判決「精神鑑定事件」(102頁)と同様に、鑑定結果を採用しない場合、裁判所はその理由を明らかにしなければならない(ド民訴286条2項)との考え方を明示したものと見える。(イ) 判旨の説示((イ)後段、(ウ)後段)部分からは、Yに証明責任のある免責事由(民法831条1項2文)<sup>63)</sup>

62) Wiczorek,ZPO,§286 IIId5,§402 IIIc2;Olzen,ZZPBd.93,S.78,Fn.76;Zöller/Stephan,ZPO,§286,III,S.741.

63) Prütting/Wegen/Weinreich/Schqaub,BGB Kommentar,4.Aufl.,2009,§831,Rn.16ff.,S.1689f.

に関する事実認定の問題には、上告審の審査は及ばない旨判示されているものと解される。

#### 4 鑑定の不採用

連邦裁51年判決では、原審は鑑定不採用の理由を明示していると判断された。そこで、事実審裁判所が鑑定結果を採用しなかった事案として、どのような事件があるか、またどのような理由によるものか、問題になった若干の判例を検討してみる。

##### (一) 前掲・連邦裁判所1961年4月5日判決

(1) 事案の概要 前述した(81頁)。

(2) 判旨 連邦裁は、控訴審の判断に法的過誤の影響なしとはいえないと判示する。先の判旨に続けて、(ウ)裁判官は証拠調べの結果の評価により、父子関係存否の蓋然性の程度について、鑑定人の心証に従わないこともありうる。(a) この場合に裁判官は、鑑定人と異なった心証形成をした理由を述べなければならず、かつ、その理由は、鑑定人との見解の違いは裁判官に専門知識が欠けていたことの影響によるものではないことを、認識させなければならない。(b) 特に裁判官が鑑定人の認定および学問上の見解の重要な点を誤解した結果でないことを、明らかにしなければならない。(c) 判旨は、①控訴審の鑑定評価に関する判示部分を疑問とし(指紋比較によるとKの父子関係が認められる旨の判示は、鑑定中に根拠がない)、②鑑定内容の誤った理解を指摘する(鑑定人が三つの遺伝的特徴から導いた最終結論の証拠価値を等置する旨の控訴審判断は、遺伝生物学鑑定の経験則と一致するか、疑問である。)、③そして、B鑑定の基本的な考え方である、提出された身体特徴において認定された類似性には圧倒的な重みがあり、血縁問題を総合的に評価した場合、その他の身体特徴に類似性がない点に決定的意義は認められないという考え方を、自ら専門知識をもたずに、不当と判断することはできなかつたはずであると指摘する。しかし、控訴審がそのような専門知識を有していたことは判旨からうかがえ

ない。(d) 控訴審は、自らの考え方が正しいか疑問をもったときは、それについて鑑定人に質問する、または別の鑑定人を尋問しなければならない。

(エ) 鑑定人の鑑定は、遺伝生物学の観点からは、Yの父子関係に疑問はないとしている点では、明確である。(a) 遺伝生物学による間接事実に基づく証拠調べの原則的な限界を考えると、これは、事実審裁判官は、当該鑑定に面して、父子関係の存否の調査を、利用しうる別の証拠方法に拡大すべき義務を免れる、という意味ではない。もちろん、先例がライヒ裁判所 (RG 168,386. 後掲 (3) (エ) 参照) に従って強調したように、遺伝生物学の検査結果が証人の証言と一致した場合、原則として肯定的評価をしてよいが、そうでない場合は、特に慎重な評価が必要になろう。しかしそうだととしても、後者から安易に鑑定の証拠力を批判する基準を取り出してはならない。本件のように、鑑定結果やその基礎におかれた個別的認定が、前訴での他の鑑定人による鑑定 (P 鑑定, W 鑑定) と基本的に同じ結論であって、より高い程度の客観性をえている場合は、特にいえることである。(b) 本件鑑定の証拠価値を他の証拠方法、特に証人の証言と比較した場合、Kの父子関係は、X・Y間の類似性を考えなくとも、数値・重みからみて、最高度に蓋然性はないとした鑑定結果は決定的に重要である。また鑑定中の認定は、他の証拠調べの結果によると、別の第三の男が懐胎期間中にAと性交渉したと考える明確な証拠がないときは、Yの父子関係の蓋然性をもっと著しく高めよう。

(3) コメント 仮に「家事手伝い母事件」と呼ぶ。連邦裁は、(ア) 事実審裁判所は自由な証拠評価により、父子関係存否の蓋然性の程度について鑑定結果に従わないことがある旨判示する。その場合、「注射ミス事件」の51年判決と同様に、不採用の「理由明示」を求め、同判決よりもさらに踏み込んで、(a) それは「専門知識の欠如」が影響したり、(b) 「鑑定人の認識」や「学問上の見解」を誤解した結果ではないことを明らかにしなければならないと要求する ((2) (ウ) (a) (b))。(イ) 判旨はこの視点から、(a) B 鑑定を採用しなかった原判決は、その鑑定結果の評価や内容の理解

に問題があると批判する。(b) また、B 鑑定人の基本的考え方を不当と判断するためには、「自ら専門知識」を有していることが必要であるが、原判決からはそれが認められないと指摘する ((2) (ウ) (c) ③)。(c) 判旨はその場合に、①鑑定人への質問、②別の鑑定人の尋問の方法をあげている。(ウ) (c))。(ウ) 判旨はさらに、遺伝生物学鑑定の証明力は限定的であるが、証人母 A の証言よりも証明力がある、鑑定結果は別訴における二つの鑑定結果とも異ならないと指摘して、控訴審の証拠評価を批判している ((2) (ウ) (c))。

(エ) その際に引用されたライヒ裁判所1942年2月25日判決 (RGZ 168,S. 385ff.) は、前訴で非嫡出子の父であると確認され、扶養料の支払いを命じられた原告からの父子関係不存在確認訴訟の事案であるが、控訴審は被告母の証言に基づき原告の請求棄却、上告は、控訴審が遺伝生物学鑑定の実施の申立てを認めなかった点を批判したが、上告は棄却された。上記引用に関わる判旨部分で、ライヒ裁判所は、(a) 血縁訴訟における裁判官の事実関係の解明義務、(b) 類似性鑑定の検査に氏名不詳の他男が含まれていなくとも、子、母、血縁関係を否認する男性を対象にした鑑定は、不要ではないとする。そして (c) 証人の証言と類似性鑑定に違いがある場合、証言により鑑定結果が失墜するのではなく、むしろ証言の信用力が鑑定の内容によって動揺するのでであると判示している。「母不貞疑い事件」の前掲・連邦裁64年判決は、この判旨の最後部分を引用している (83頁参照)。

## (二) 連邦裁判所1981年6月5日判決 (NJW 1981,S.2578f.)

(1) 事案の概要 (ア) 79歳の被相続人 A は73年12月27日付け公証契約により、土地の一部を息子 Y に委譲、残りの土地を原告 X に譲渡する旨の契約締結。A は翌年に死去、唯一の相続人・被告 Y も80年に死去、現在は遺産保護人 (Nachlaßpfleger. ド民1961条) が訴訟を進行している。X は Y に対して土地の引渡し等を訴求した。(イ) 第一審は、契約締結時に A は行為能力がなかったとして X の請求棄却。第一審は、医学鑑定人 L 博士の鑑定に基づき、A は71年以來、卒中発作の影響とその後の脳の動脈硬化に伴う病気による障害で、上記契約の意味を理解できていなかったと判断した。鑑定人は右判断を、診断書および A の態度から結論づけている。(ウ) 控訴審 (デュッセルドルフ高裁) は X の請求認容。鑑定人は説得力のある鑑定理由

を示さず、行為能力の欠如を示す事情のみを考慮し、証明状態を看過していると指摘して、L鑑定者の結論に従わず、契約締結時にAは行為能力がなかったというYの主張は、証明不成功と判断した。Yの上告により、連邦裁は原判決を破棄差し戻した。

(2) 判旨 連邦裁は、事実審裁判官はそのような仮定および推論に基づいた疑念だけで簡単に鑑定を排斥してはならず、まずは鑑定を補充するか、口頭による鑑定の説明を働きかけなければならないという上告の主張を、正当とする。

(ア) 確かに、鑑定も他の証拠方法と同様に、自由な証拠評価に服し（ド民訴286条）、事実審裁判官は鑑定を採用しないことは差し支えない。しかし、鑑定人は裁判官に専門分野で欠けている専門知識を伝えるのであり、裁判官は、鑑定に対する疑問点を、他の鑑定人のいかなる援助も受けることなく、判決の基礎におくことができるか、それを調査しなければならない。これは裁判所の裁量判断である。そして上告審においては、控訴審裁判所は自身の専門知識を十分に基礎づけて、鑑定と十分に向き合って検討したのか否か、事後審査を受ける（BGH,NJW 1951,566「注射ミス事件」；BGH,NJW 1961,2061を引用）。

(イ) 判旨は、原判決はこの要請に応じていないとする。(a) 控訴審は、①鑑定人は事実関係を不完全かつ一面的に評価している、②行為能力の判断基準となる全体像の断片的一面のみを評価し、③疑問点を解明するために、補充鑑定または口頭による説明を鑑定人に促すべき当然の考慮をしていないと批判し、これは法的瑕疵があるとみる（BGH,VersR 1977,733,734;NJW 1981,2009を引用）。(b) さらに判旨は、①動脈硬化症に罹患した人間の行為能力の問題に関しても、死亡後の回顧にあたり、生存当時を確認できた精神的欠落症状の程度が問題になり、裁判官の重要な手掛かりも、死者の生前の態度に関する証拠であり、裁判所は鑑定人の助言を利用しないままであってはならないと指摘する。②裁判官が鑑定の瑕疵を理由にして他の鑑定人への依頼が必要であると考えない以上、裁判官は裁判前に不

完全または不明確な鑑定を補充または説明させることも、それに含まれる。

(3) コメント 仮に「死者行為能力鑑定事件」と呼ぶ。判旨は、(ア) 事実審裁判所が鑑定結果に疑問をもち、それを採用しないと判断する場合に、「自らの専門知識」を確認して、補充鑑定または口頭説明を鑑定人に要求しなければならない、という ((2) (ア))。控訴審は、第一審実施の L 鑑定の評価を誤り、補充鑑定・口頭説明も求めていないし、自ら鑑定を実施することもしていない。この点で、控訴審は「自らの専門知識」をもって、鑑定と十分に向き合ったかという、上告審の事後審査基準に合格しないと判定されたものであろう。「自らの専門知識」がなければ、自由心証の下でも、鑑定の実施は必須ということになる。(イ) 本件は死者の契約時の行為能力が問題であるが、「鑑定人の助言」が必要であるし、別の鑑定人の依頼を不要と考えるときも、鑑定の補充・説明は必要である ((2) (イ) (b))。ところが、控訴審判決はその要請に応じないで、「自らの専門知識」なしで、判決をしたことなる。

(ウ) 41年・42年判決では、原審裁判所は検証結果を「自らの専門知識」として鑑定結果と取り換えたところ、「鑑定人に留保された領域」介入 (41年判決)、「遺伝生物学鑑定のあらゆる意義」を奪った (42年判決) と批判された。他方、本件では原審裁判所が「自らの専門知識」をもたずに判決した点が、法令違反と批判されたことになる。では、裁判官が専門訴訟で、「自らの専門知識」を確認して、鑑定人に依頼することなく、裁判しうるのは、どのような場合かという疑問が生ずる<sup>64)</sup>。

(エ) 裁判官の「自らの専門知識」に関して、連邦裁1967年3月22日判決 (JZ 1968,S.670f.) がひとつ参考になろう。事案の詳細は不明であるが、自律神経失調症と訴追との因果関係が争点になった損害賠償訴訟事件である。

(a) 控訴審は、別の損害賠償請求訴訟において、神経医学・医学の大学病

64) 裁判官の私知利用の禁止原則との関係も問題になろう。この原則に関して、高田昌宏「裁判官の私知」の利用禁止について」高田裕成ほか編『高橋宏志先生古稀祝賀論文集 民事訴訟法の理論』511頁以下参照 (有斐閣, 2018年)。

院の指導的医師の報告にかかる、多数の神経医学・内科医の上位鑑定から教示を受けたとして、自律神経失調症と訴追との因果関係の問題は、その病気が訴追中かその直後に対外的に発症したときのみ討議できる、しかし終戦から3年半後の発症は、いかなる場合にも、因果関係を肯定するより否定すべきである、と判示した。

(b) これに対し連邦裁は、控訴審は、別訴の鑑定からえた経験則を援用し、そこからえた自身の専門知識を訴訟に導入することを怠ったとの上告批判を、正当とする。(c) 裁判官は自己の知見および経験をもって、法発見に寄与しなければならない。裁判官は一定の限度で、普通にはアクセスできない分野において特別な知識を獲得できる、特に、同種訴訟の担当を通じて、反覆的な問題点について多くの鑑定人の鑑定報告に接する。これにより裁判官は、鑑定を批判的に評価できる能力だけでなく、判決で利用できる自己の知見も獲得できる。そのようにしてえた医学的知見により、裁判官は、鑑定人に依頼することなく、自らの専門知識に基づいて、医学問題を正しく判断することができる。したがって、原則として医師である鑑定人の協力が必要な場合にも、裁判官は鑑定人に依頼しなくて済むのである。

(d) では、それはいかなる場合に可能か。その要件について、2件の先例は、事実審裁判官は書証の方法で、当事者の異議があるときも、別訴の鑑定を利用してよいとする。これらの事案は、訴訟への鑑定・知見の導入に当事者の異議がなかったケースであるが、本件控訴審は、口頭弁論において専門知識をえた鑑定を開示することも、専門知識を述べることもしていない。事実審裁判官は、裁判の基礎においた事件や鑑定を明示する必要はなく、特別の事情がない限り、裁判官としての長年の経験に基づき、因果関係の問題を、医学的見地からも一定の意味で判断できる旨の指摘にとどめることができる。(e) そこでいかなる要件がある場合に、その指摘が必要か。控訴審が同種事件の鑑定からえた専門知識を、訴訟で自ら実施した鑑定に従う理由づけに用いる場合は、裁判官は、鑑定人の鑑定に基づき、



鑑定の評価過程で、自身の専門知識を追加的に引用すれば足りる。裁判官は、自身の裁判官としての経験やその根拠を事前に説明する義務はない。(f) しかし本件のように、裁判官が医学判断に際して、多くの鑑定から獲得した自らの専門知識に依拠する場合、裁判官はその専門知識を訴訟に導入しなければならない。裁判官が自身の経験に基づき獲得した経験則であり、一般的な日常経験の領域外にあるものだからである。医学分野の経験則の知見の獲得は、当事者には予見できないことであり、裁判官は、裁判の基礎として利用しようとする場合は、当事者にそれを開示して、意見表明の機会を与えなければならない。本件では、裁判官は、一般的な日常生活の領域外の経験則の知見を裁判の基礎にする旨当事者に伝えてないないとして、連邦裁は、原判決を破棄差し戻した。

(エ) 上記67年判決の判旨 (f) からは、裁判所は「自らの専門知識」は別訴の同種事件の審理から獲得できるが、その利用にあたっては、当事者に開示して、意見陳述の機会を与える手続を踏む必要があるということになろう。ところで、第一次司法現代化法 (Erstes Gesetz zur Modernisierung des Justiz, 2004年8月24日公布, BGBl, S. 2198) によって、ドイツ民訴法411条 a が新しく導入され、裁判所は別訴で収集された裁判上の書面鑑定を取り寄せて、当該訴訟において利用することができる旨規定された<sup>65)</sup>。規定の趣旨は、別訴の裁判上の鑑定を鑑定証拠として利用できるとすることで、不必要な重複鑑定を回避し手続の軽減・迅速化をはかり、またコストおよび費用の節約にもあるとされる<sup>66)</sup>。同条の適用は、要証命題が同一か、相当に重なっている場合、同種の対象物の場合である<sup>67)</sup>。裁判所は、裁量によって、他の手続の鑑定を取り寄せるかを決定する。当事者にはあらかじめ態度表明の機会が与えられなければならないと解される (連邦裁

65) その後、検察官の収集した鑑定も追加されている (2006年12月22日の第二次司法現代化法。BGBl, S. 3416)。

66) Prütting/Gehrlein/Katzenmeier, ZPO-Kommentar, §411a, Rn. 1, S. 1254.

67) Prütting/Gehrlein/Katzenmeier, ZPO, §411a, 2, Rn. 5, S. 1254.; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 38. Aufl., §411a, Rn. 1, S. 1254.

2011年11月21日決定 FamRZ 2012,S.297f.)<sup>68)</sup>。鑑定人の鑑定結果に対し当事者双方が異議を申し立て、新鑑定の実施を求めている場合、弁論主義を理由に裁判所はその申立てに拘束されるとする説<sup>69)</sup>と、手続の促進という規定の目的から、裁判所はそれに拘束されず、職権によっても取り寄せることができるとする説<sup>70)</sup>が対立している。

### (三) 連邦裁判所1984年1月10日判決 (NJW 1984,S.1408f.)

(1) 事案の概要 (ア) 原告Xの母Aは出産経験があるが、再度の妊娠に際して被告Yによる医療看護を受けた、Yは妊娠終期に胎児の骨盤位(=逆子)を確認し、それについてAとも話し合っていた。Aは約3週間後の74年6月17日夕方に陣痛が始まり、Yの受診、出産の介助を受けた。Xは74年6月18日2時頃生まれたが、出産時にXはYにより、完全な臀位の状態で、手で取り出された。Aは最後の段階で麻酔処置を受けた。新生児の最初の検査では、アプガースコア(Apgar-Wert)は10点であった。同日18時頃、XはK小児病院に転院したが、その一般の状態は低下していた。臀部と辜丸、左後頭部等に血腫、また鎖骨骨折などがみられ、Xはさらに重篤な脳および精神的障害を伴う脳損傷を被っていた。XはYの責任を主張し、慰謝料請求および将来の損害に対する賠償義務の確認を求めた。

(イ) 控訴審は、違法かつ有責的にXに傷害を生じさせた点でYは損害賠償義務があると判断した。(a) 控訴審は、提出された鑑定結果および実践的産科学の教科書からえた知識によって、必要な帝王切開に代えて、経陰分娩処置は医学知識の周知の法則に違反すると判断した。(b) 控訴審はさらに、Yによる経陰分娩処置はAの自己決定権に違反し違法とした。控訴審は、Aは妊娠中から帝王切開による分娩をたびたび希望していた、Yはそれを思いとどまるように助言していたが、帝王切開による分娩処置も否定していなかったとする。(c) したがって、控訴審は、YはAのリスク考慮を尊重しなければならない、YがAの助産処置を断らない限り、

68) 原告が被相続人の公正証書遺言によって共同相続人になった、予備的に受遺者たる地位をえたと主張してその確認を求めた訴訟事件で、差戻し後の原審・控訴審は、遺言証書手続(家事非訟352条以下)で実施された、被相続人は分裂情動的な精神病に罹患しており、遺言書署名当ても「明るい瞬間」はなかったとする二名の鑑定人の鑑定結果(他の精神病医の見解とは異なる見解)をドイツ民法411条aにより取り寄せ、原告の控訴を棄却した。これに対し連邦裁は、控訴審は被相続人の遺言能力に関する遺言証書手続における鑑定人の鑑定を利用したが、それを原告に事前に通知せず、意見表明の機会を与えていない点で、原告の法的審尋を求める権利(基本法103条1項)を侵害しているとして、原判決を取り消し、事件を原審に差し戻している。

69) Prütting/Gehrlein/Katzenmeier,ZPO,§411a,II,Rn.7,S.1254.

70) Saenger/H.Eichele,ZPO,6.Aufl.,2015,§411a,II2,Rn.3,S.1174.

Aの判断に拘束されるとして、提出された証拠から、Yによる分娩方法の選択がXの損害の原因になったと判断した。

(ウ) 控訴審は補助的に、経膈分娩の途中でもXの現状につながる処置上の過誤があったとしている。いくつかの間接事実、特に分娩中に生じた鎖骨骨折および頭部の血腫がそれを物語っている。Yの分娩記録は十分ではなく、Yは専門的に適正に分娩処置をしたことを証明しなければならなかったが、その証明は成功していない。

(2) 判旨 連邦裁は、Yの上告は理由がある、とりわけ控訴審の手續批判(ド民訴286条)は正当として、原判決を破棄差し戻した。(ア)判旨は、経膈分娩をとったYの判断は過誤ある処置であり、医療契約および民法823条1項(他人の自由・身体等に対する違法な侵害に対する損害賠償義務)・同847条(身体損傷等の対する慰謝料支払い義務)に基づき、Xの損害に対し責任を負うべきであるとした控訴審の認定は、十分ではないとする。

(イ) 控訴審の見解は、裁判上の鑑定人の医師の見解と異なっている。鑑定意見によると、本件では、完全多数の医学実務によると、帝王切開のほかには選択的な適用はないとしている。これに対し控訴審は、同鑑定を採用しない理由として、骨盤位であることや鑑定では考察されていない一連の危険因子をあげている。

(ウ) 判旨は、上告が正しく批判するように、(a) 鑑定人はこれらすべての事情を鑑定時に承知しており、その視点から必要と思われる限り、考慮していた。控訴審は種々の点についてもっと詳細な検討をしていないと気づいた場合、鑑定の補充を働きかけ、必要ときには鑑定人に口頭で質問することができたし、質問しなければならなかったであろう。(b) しかし控訴審は、説明もせず、医学的に複雑な事件ではありえないが、自ら有する専門知識を基にして、推定によって鑑定の不備を補填してはならないと思われる。

(エ) 医学教科書の論述は、裁判所の専門知識を基礎づけるのに適さないし、鑑定の一部、特にその結論を反駁するにも適さない。確かに、医学鑑定の批判的な再調査は、事実審裁判官の重要かつ不可避の任務である。当該専門分野の文献の学習も、その手段である。ただし、(a) 事実審裁判官

は、そのようにして獲得した必要的な断片的知識を、専門家の論述に優先させてはならない。事実審裁判官は、鑑定人の医学的論述に不備や矛盾点があると推定したときは、専門家にそれを指示してよいし、指示すべきでもある。(b) しかし事実審裁判官は、原則として、鑑定人の意見、場合によっては口頭弁論でのその論述を聞いた後に初めて、争点についての自己の判断を基礎づけるため、鑑定の内容および価値を理解することができる。(c) 本件で控訴審が選択した、一般的教科書から必要的に獲得した専門知識をもって、鑑定人である専門医の見解と異なる医学的判断をしたことは、自由な証拠評価の原則（ド民訴286条）ともはや一致しない。

(オ) 判旨はまた、控訴審は、Yの経膣出産の選択は処置上に過誤があったと結論する前に、鑑定に対する疑問点を鑑定人と討論する必要があった。控訴審は、Yの職業上の経験にかんがみ骨盤位の経膣出産技術に意味を認めようとする以上は、上告が指摘するように、まずはYにそれについて陳述の機会を与えるべきであった。書証で提出されたYの書面陳述は、それに代替できない。

(カ) 同様に、原判決中の認定では、経膣出産の際の、Yの処置上の過誤を考えるのに十分ではない。鑑定人の見解によると、あげられた間接事実もYの過誤を示さない。控訴審も、Yの過誤を認定するのに証拠調べの結果は十分でないとしている。控訴審は、分娩経過の記録の不十分は、Xのために証明責任の転換を生ずるとしているが、連邦裁は、これは誤った法見解であり、手続瑕疵を指摘する。

(3) コメント 仮に「逆子出産事故事件」と呼ぶ。逆子出産事故による医事訴訟は、最近のわが国最高裁判例（最判平成17年9月8日判時1912号16頁）でもみられる<sup>71)</sup>。(ア) 連邦裁84年の原審・控訴審は、支配の見解に

71) 原告夫婦は、胎児が骨盤位であることなどから帝王切開術による分娩を強く希望していたが、担当医師は経膣分娩を勧め、一応の説明を行っていたが、出産に際しては骨盤位牽出術の実施により胎児は仮死状態で出生し、約4時間後に死亡した。原告夫婦が担当医師に対して不法行為により、同医師が勤務する病院の設置管理法人に対し債務不履行または不法行為に基づき損害賠償請求をした事件で、

従って帝王切開による出産を相当とする鑑定意見に対し、骨盤位であること、および鑑定で検討されていない危険因子をあげて、それを不採用と判断した<sup>72)</sup>。(イ)判旨は、控訴審のあげる不採用の「理由」を批判して、鑑定人はそうした考慮をしており、裁判所は検討不足に気づけば、むしろ鑑定人に質問すべきであったと批判する((ウ)(a))。同様の指摘は、ライヒ裁判所42年判決もメンデルの法則について行っている((2)(イ)(a))。(ウ)本件判旨も裁判所の「自らの専門知識」を前提におく。判旨は、「医学的に複雑な事件」で、裁判所が「自ら専門知識」をもっていることはありえないと指摘しつつ、裁判所は鑑定の不備に気づけば、補充鑑定、口頭質問をすべきであり、「専門知識」を基にして鑑定の不備を補ってはならないとする。(ウ)また判旨は、「自らの専門知識」は「医学教科書の独学」によっても獲得できないとする((2)(エ))。判旨は、「半端な教養人の裁判官」を戒めるプロス判事の考え方(前掲97頁)と重なる。学説も、独学は鑑定の正当性への疑問を基礎づけることはできても、自ら本案判決をするのには足りないと解している<sup>73)</sup>。医学教科書の独学でえた断片的知識を専門家の意見に優先させることはできないし、鑑定の内容・価値は鑑定人の口頭陳述後に初めて理解できる。判旨は、鑑定に対する疑問点を鑑定人と討論する必要がある、被告医師の意見陳述の機会も与えるべきであった(書面陳述は不可)と指摘する。(エ)このようなドイツ法の判例・学説からみれば、前掲・大分地判平成9年判決(判タ970号225頁)の鑑定評価(65頁)は疑問ありということになろう。筆者はこれに賛成する。

↙ 最判平成17年9月8日判時1912号16頁は、帝王切開術を希望する上告人らの申出では「医学的知見」に照らし相応の理由があったということができるとして、被告医師は、上告人らが胎児の最新の状態を認識し、経膈分娩の場合の危険性を理解したうえで、担当医師のもとで経膈分娩を受け入れるか否かを判断する機会を与えるべき義務があった、しかし、被上告人医師は、その説明義務を尽くしたとはいえないとして、原判決を破棄差し戻した。具体的な鑑定意見の引用はみられないが、「医学的知見」の指摘がある。

72) Thomas/Putzo,ZPO,13.Aufl.,§286,2b),S.573.

73) Roseberg/Schwab/Gottwald,ZPR,18.Aufl.,§122 III2,Rn.19,S.751.

(四) 連邦裁判所1993年3月2日判決 (NJW 1993,S.2378f.)

(1) **事案の概要** 原告Xは86年8月12日、被告Y1・整形外科医院にて、被告Y3・執刀担当医師により行われた腰の手術 (Hüftoperation) 過誤を理由に損害賠償請求訴訟を提起した。被告Y2が主任医師である。(ア) Xは、股関節 (Hüftgelenksleiden) の痛みを理由にすでに2回調整手術を受けている (74年, 75年) が、42歳になって痛みが強まり、Y1病院で再び右脚の股関節調整の手術 (セラミック製の人工義肢を手術で装着) を受けた。Xは手術当日に同意書に署名したが、「神経損傷」等のおそれは記載されていた。手術の説明内容は、当事者間で争いがある。手術においてXの右脚は、大腿骨頭 (大腿骨の先端の球形の骨脛の少し下にあるくびれた部分) を相当に切除した後に、通常の状態より約2cm伸ばす処置がされた。その後89年には、左脚の手術が行われた。

(イ) Xは、第一審・控訴審で右脚の神経障害は手術過誤で生じたと主張した。(a) 人工の股関節 (künstlichen Hüfte) の装着は、年齢や先の手術を考えると、必要ではなかった、(b) 障害は手術前より広がり、介助なしでは歩行できず、階段を登ることもできなくなった、(c) 手術前に神経損傷の可能性、肥満や手術によるリスクの増大について説明はなく、説明があれば手術を中止するか、体重が減るのを待つか、また60歳ないし65歳になるまで手術を延期していたと主張した。XはYらに対し、最低3万マルクの慰謝料請求、および86年の手術による将来の実体的・精神的な全損害に対する損害賠償義務の確認を請求した。第一審・控訴審とも請求棄却。Xの上诉状より、連邦裁は原判決を破棄差し戻した。

(ウ) 控訴審 (ブラウンシュバイク高裁) はつぎのように判示している。(a) 第一審で実施したL博士の鑑定および調停所のA教授による鑑定によれば、神経損傷は手術過誤によるものではなく、典型的な神経医学上の合併症であり、高い注意を払っても個別的事案で発生する。(b) またY3が大腿骨の骨頭を相当深く切除した点にも、有責としうる手術過誤は認められない。処置上の過誤は認められないとするA鑑定およびL鑑定の総合的な認定に基づき、控訴審は、二人の鑑定人は切除の範囲を適正とみたものと考えている。(c) 人工義肢 (Totalendoprothese) の装着に対し、材質またはXの年齢を理由に不服申し立てはできない。後者の点について、Xは1980年版の古い教科書によって反対見解を基礎づけているが、これに対して、裁判所の問合せに応じてYらが提出した新しい文献は、そのような人工義肢は絶対に必要であるとしている。(d) さらに請求権は、Yらの説明義務の懈怠によって基礎づけることもできない。Xは、神経損傷の効果やさまざまなリスク上昇について指摘を受けたか明らかにできず、きちんとした説明があれば、手術中止の葛藤にあったかを主張せず、説明の事実上の範囲は明確でない。むしろ手術前の痛みやそのリスクにもかかわらずXが手術に同意したことは、Xは他のリスクの説明を受けていても手術を決断したものと推認できる。第一審では、Xは、きちんとした説明があれば、手術は中止していたかもしれないと陳述しただけである。特にXの手術への積極性は、86年と同じリスクはあったにもかかわらず、89年に左脚の手術を受けている点から

認められる。

(2) 判旨 連邦裁は、控訴審の判示に対するXの上告批判は正当と判示する。(ア)判旨は、控訴審は、X申立ての鑑定を実施しないで、処置上の過誤を認めていない点について、上告の批判は成功しているとする。(a)人工義肢の装着の適応性の問題に関して、Xは、控訴審において、86年に手術はなぜ必要ではないとされなかったのかを詳細に陳述し、80年当時の外科学実務の教科書を引用して、鑑定の実施を申し立てた。(b)Yらは、同教科書は古いと主張し、自ら新しい文献を提出した。控訴審はこれにより、鑑定人を依頼することなく、人工義肢の装着は絶対的に必要とみなされたと結論づけている。

(イ)上告は、ドイツ民訴法286条を引用して、控訴審は、医学問題の判断に必要な専門知識を有していることを説示していないと批判しているが、判旨はこれを正当と評価する。

(a)判旨は、前掲・84年判決「逆子出産事故事件」で判示したように、医学教科書の指摘は、原則として、裁判所が必要な専門知識を有していることを基礎づけるのには適さないと判示する。なぜなら、関連する専門文献の学習は、どうしても一般化された考察方法であるために、医学の素人に対し、もっぱら断片的な知識のみを伝えることができるだけであるからである。(b)確かに、事実審裁判官にとって、専門文献に基づいた独自の学習は、個別的事案において、医師による鑑定を批判的に審査するために必要である。(c)しかし裁判官が医学問題に関する自身の判断を、たとえば、専門文献において意見が対立している事例で、鑑定人に依頼しないで、特定の見解を優先させることによって基礎づけようとする場合、裁判官は、専門文献の利用について必要な医学的専門知識を有していることを説明しなければならない。(d)さらに、控訴審がX提出の専門文献を、Y提出の文献がより新しい日付であるという理由で、古いと判示している点も疑問がある。そのような発行基準だけでは、ある学説を優先させるのに十分とはいえない。(e)判旨はさらに、Xの年齢でセラミック製の人工義肢を適

切とみた調停所の A 鑑定の扱いについて、原判決では、その点に関する A 鑑定意見の評価がみられず、控訴審が書証の方法で評価するのに、同鑑定が十分に明確であったのか不明であるとする (BGH,NJW 1987,S.2300を引用)。

(ウ) 被告 Y3が大腿骨を深く切除しすぎたという X の主張につき、控訴審は、第一審の L 鑑定および調停所の A 鑑定の各見解により反駁されたとするが、判旨は、それに対する上告の批判は正当とする。(a) 控訴審において、X は、人工義肢は骨製の縁がないため緩んだと主張し、鑑定を申し立てた。判旨は、控訴審がそれに応じなかったという上告の批判を正当とする。(b) 確かに、事実審裁判官は、要証問題について、従前なされた鑑定意見が提出され、連邦裁87年5月19日判決 (NJW 1987,S.2300) が判示するように、それが書証の方法で評価できるときは、鑑定を実施しないことができる。(c) しかし上告が正当に指摘するように、両鑑定とも、切除の範囲からの X の推論について検討していない。調停所の A 鑑定人は、神経損傷は手術過誤の結果かという問題に関連して、切除はきわめて十分で、人工義肢を骨で囲う必要もなかったと述べているのみで、控訴審は、切除の過誤問題に対する反駁手段として A 鑑定を評価することはできない。(d) また L 鑑定も、神経損傷は手術過誤によるかという問題に限られており、控訴審は、同鑑定の見解だけから、X の主張を正当ではないとの結論を引き出すことはできなかった。判旨は、その点についての控訴審の評価も民訴法286条に違反して、不十分な事実認定に基づいており、維持できないと判示する。

(3) コメント 仮に「股関節手術事件」と呼ぶ。本件では、第一審実施の L 鑑定と調停所の A 鑑定が提出されている。(ア) 判旨は、人工義肢の装着の必要性問題について、原告 X が80年版の医学実務書を引用して鑑定実施の申立てをしたのに対し、被告 Y 側からは86年版の文献に基づき反論がなされた、しかし、控訴審が鑑定を実施せずに、装着を必要と判断したのは、民訴法286条違反があるとする。(イ) 判旨は、控訴審が医学問題の



判断に必要な「自らの専門知識」を有していないと指摘する。(a)「逆子出産事件」の前掲・84年判決に従って(113頁)、医学教科書の学習・参照は原則としてそれに適さないとしたうえで、(b)医学教科書による学習の限界をさらに述べている。特に医学文献で学説の見解が対立している事例について、裁判所は、鑑定人の援助なしで判断するには、医学文献の評価に必要な「専門的な医学知識」を有していることを述べる必要があるとする((2)(イ)(a)~(c))。(c)また判旨は、控訴審が、文献の発行年の新旧基準によってX提出の文献を古いとした点、控訴審が、A鑑定(Xの年齢で人工義肢の適切性)の評価に触れていない点をそれぞれ批判する((2)(イ)(d), (e))。(ウ)担当医師の大腿骨頸部の切除範囲に関して、判旨は、Xの鑑定申立てに応じないで、A鑑定とL鑑定に基づきXの主張を退けているが、両鑑定の内容を確認して、その問題点は検討されていないと批判する((2)(ウ)(c)(d))。判旨は、この点も民法286条に違反した不十分な事実認定とみる。

(エ)判旨の引用する連邦裁判所1987年5月19日判決(NJW1987, S2300ff.)は、右腕動脈の血栓治療後に右腕切断に至った原告から担当医師に対する損害賠償請求訴訟の事案で、事実審裁判所は、医事訴訟において鑑定所・調停所(Gutachter-Schlichtungs)の鑑定が書証の方法で提出されたときは、それを評価することができる旨判示している<sup>74)</sup>。

## V 鑑定意見の対立

古くは「ケルン事件」のライヒ裁判所39年判決でも、鑑定人の鑑定意見の対立がみられた(77頁)。その場合に、裁判所はどのように審理し、どの

74) この事件では被告医師側から同機関所属の医師は長期間実務に就いてなく、その専門知識を疑問とする主張が提出された。連邦裁は、裁判官はそのような異議を慎重に扱わなければならない、控訴審は新しい鑑定人によって治療過誤があったか鑑定を行うべきであるとして、原判決を破棄差し戻している。なお、ドイツのこの種の紛争解決機関については、我妻学「ドイツにおける医療紛争と裁判外紛争処理手続き」都法45巻1号49頁以下など参照。

ような評価や判断を行っているか、また行うべきなのか。少年の不法行為時の責任能力が問題になった連邦裁1961年12月19日判決（FamRZ 1962,S.115）、交通事故による損害賠償訴訟で、事故との因果関係が問題になった連邦裁1986年9月23日判決（NJW 1987,S.442;Rpflger 1987,S.73）、同様に交通事故の後遺症が問題になった連邦裁1993年5月11日判決（NJW 1993,S.2382f.）を検討してみた。

（一）連邦裁判所1961年12月19日判決（FamRZ 1962,S.115）

（1）**事案の概要** 1959年3月、原告X所有の木造住宅と納屋は、少年Y（8歳6日）が納屋の入り口にあった紙切れに火をつけたことで、全焼した。XはYに対し、2万882マルクの損害賠償請求を行った（火災保険金分は控除）。Yは請求棄却を求め、事件当時は、責任を弁識するのに必要な判断力がなく（ド民828条2項）、過失ある行為をしたと自らを非難することもできなかった、当時の年齢では、火をつけた紙切れが温風で燃え上がり、少しの風で納屋にまで燃え移ることなど思いもよらなかったと主張した。第一審は請求認容。控訴審（ツェレ高裁）はYの控訴棄却。Y上告、連邦裁は原判決を破棄して、原審に事件を差し戻した。

（2）**判旨** 連邦裁は、Yの損害賠償義務は、Yが紙切れに火をつけた際に、責任を弁識するのに必要な判断力を有していたか（ド民828条2項）、および、過失により損害を生じさせたという非難ができるか（ド民276条）にかかっており、第一審、控訴審とも両問題を肯定した。（ア）前者の問題について、控訴審は、Yは事件当時、自身の行為について責任を負うと判断しており、判旨はこれについて法的瑕疵はないとする。（イ）しかし判旨は、Yの過失ある行為というためには、その年齢および発達段階の少年が、取引きで必要とされる慎重さを適用したとき、紙切れに火を付けると納屋と住宅をも巻き込む事態になることを予見していなければならなかった場合に限られる、控訴審もそれを前提にしているが、判旨は、その要件があったと考えている点には疑問があると判示する。

（ウ）Yが事件当時の発達段階で、火が紙切れだけでなく納屋のワラにも燃え移る可能性を予見できたかという審理にあたって、控訴審は、Y提出の専門心理学者（Fachpsychologee）K博士の鑑定、さらに第一審の実施した精神科医（Nervenarzte）S博士の鑑定を用いた。控訴審は相互に異なっ

た鑑定を評価して、Yはその損害を予見できたとするS鑑定意見に従っている。(a) 上告が正しく批判するように、この判断について、控訴審は二つの鑑定のどちらを優先させるかを判定するために必要な専門知識をもっていたのか、という疑問が向けられる。(b) K博士はその鑑定において、心理学文献を引用して、少年心理学の知見に従って、少年の発達段階に特有の精神的要因を述べている。K博士は特に、その年齢の少年は、知りたい衝動および試みたい衝動に支配されると、すべての精神的動きはそれに従うことになる。彼の関心が紙切れに火を付けたいという方向に向かうと、少年は完全にその行動にのめり込み、その知覚範囲は、さらなる事態（納屋とワラ）をもはや捉えられないほど狭くなる。執着的で集中的な注意力は企てだけに向けられ、他のことには及ばなくなると述べる。

(エ) 第一審は、Y提出の私的鑑定(K鑑定)では足りないとして、自ら鑑定人に助言を求めており、判旨はこれを正当と評価する。ただし、少年心理学領域の本件問題を判断するのに、専門心理学者ではなく、精神科医の鑑定人を用いることに瑕疵はなかったかという上告指摘の問題について、判旨は、控訴審はS鑑定では足りないとしており、それを判断しなくてよいとする。(オ) 判旨は、S博士の見解は専門心理学者Kの見解とは異なっているが、十分な程度にK見解を検討していないと指摘する。控訴審は、このように対立ある問題で自身の考え方を形成しなければならなかった。それが可能となるのは、控訴審の従ったS鑑定がそのために必要な自らの専門知識を伝えていたときに限られるが、判旨は、本件ではそれはないと評価する。控訴審の従った精神科医S鑑定は、この簡易といえない問題の判断のための十分な基礎を提供していないからである。とりわけS博士が精神病学の鑑定人として、子供がそうした状況に陥ったときの精神状態を、裁判所の真実探求に必要な確実性をもって判断し認定できたかは、疑問に思われる。そうした場合、控訴審は追加的に専門心理学者を鑑定人として尋問するのが、適当かつ必要であった。

(3) コメント 仮に「少年放火事件」と呼ぶ。(ア) 本件では、被告Yの

事件当時における損害拡大の予見可能性について、第一審実施の精神科医 S 鑑定と、Y 提出の専門心理学者 K の私的鑑定が対立している。控訴審は S 鑑定を採用して、Y の予見可能性を認定、X の請求を認容した第一審判決を維持している。(イ) これに対し判旨は、控訴審が二つの鑑定の一方を優先させるという判断をするために、「自らの専門知識」を有していたかは疑問と指摘する ((2) (ウ) (a))。控訴審は、自らの考え方を形成する必要があるが、判旨は S 鑑定の問題点として、対立の K 私的鑑定の十分に検討していない、また精神科医の鑑定人 S が、確実性をもって子供の精神状態を判断・認定できたかは疑問として ((2) (オ))、S 鑑定は、控訴審に問題判断のための「十分な基礎」を提供できていないと指摘する ((2) (オ))。判旨は、専門心理学者の鑑定の追加実施が必要であるとす。判旨からは、裁判所は裁判上の S 鑑定と K 私的鑑定の同等に位置づけて、K 鑑定に S 鑑定を批判する適格を肯定していることが認められる<sup>75)</sup>。

(ウ) 判旨に従えば、事実審裁判所は鑑定意見が対立し、その採否を決定する際にも、「自らの専門知識」を形成する必要がある、鑑定はそれに必要な鑑定内容であるか、また鑑定人の質ないし適格についても審査する必要があることになろう。また前掲・ブロス説は、裁判所の鑑定人・鑑定に対するコントロールの観点として、(a) 鑑定人は正しい事実を前提にして、記録内容を完全に考慮しているか、(b) 鑑定人の調査および検査は完全であり、一般に承認された法則に従っているか、(c) 鑑定は所定の手続に則して成立しているか、(d) 鑑定は一定の納得のいく内容であり、矛盾点にも目を配らせ、首尾一貫性を有しているか、(e) 鑑定に対する異議をどのように評価し、異議はどちらの当事者から提起されているか、をあげている<sup>76)</sup>。

75) Vgl.C.Meller-Hannich,Die Rolle des Sachverständige im deutschen Zivilprozess, ZJP Bd.129 (2016),S.276ff.

76) Broß,ZJP Bd.102,S.419f. T.Schnorr,Teilabdankung des Richters?—Zur Nachvollziehbarkeit von medizinischen Sachverständigengutachten,DRiZ 1995,S.54ff.,57 は、医学鑑定書の評価項目をあげている。

(エ) ところで、鑑定人の質は、「SEP システム事件」の連邦裁73年2月判決でも指摘されているが(86頁)、近時、特に家庭裁判所の離婚事件等における家族心理学鑑定の「質」問題に対する批判が強くなり<sup>77)</sup>、立法者も裁判所が任命する鑑定人の独立性と中立性を確保し、鑑定の質を改善するための法改正を行っている。民訴法の追加された鑑定規定をみると、(1) 鑑定人の選任に先立ち、当事者は鑑定人となる人物について尋問を受けることができる(404条2項)、(2) 鑑定人は、中立性に対して疑いを生じさせる事由があるかを遅滞なく調査し、裁判所に報告しなければならない、違反があれば秩序罰が課される(407条a第2項)。(3) またドイツ家庭非訟163条aは、親の保護、面会交流、子の引渡し等の手続における鑑定は、最低限でも、精神療法、少年・青年精神病学、精神病学、医学、教育学または社会教育学の職業資格を有する適格な鑑定人によって行われなければならない旨新たに規定する<sup>78)</sup>。

(二) 連邦裁判所1986年9月23日判決 (NJW 1987,S.442;Rpflger 1987,S.73)

(1) **事案の概要** 事実関係の詳細は不明であるが、交通事故による損害賠償請求訴訟で、原告Xの減収と事故との因果関係について鑑定が実施されている。(ア) 控訴審は、Xの主張は立証できなかったとして請求棄却。控訴審は、第一審で提出された、鑑定結果の対立している鑑定人M教授とN教授の二つの鑑定を評価して、両鑑定のどちらも優位していないと判断した。連邦裁は、Xの上告を容れて、原判決を破棄差し戻した。

(2) **判旨** (ア) 上告は、控訴審が、第一審の相対立する鑑定人の意見に基づき、訴えは証明がなかったと判断しながら、対立点を解明していない点を批判している。連邦裁は上告の批判を正当とする。(イ) 複数鑑定人の

77) 家庭裁判所の心理学鑑定の問題点の指摘や法改正の要請などについて、vgl. J.Lüblinghoff,Mehr Transparenz für die Auswahl der Gerichtsgutachter!,DRiZ 2014, S.135,ders.,Justizminister will Qualität von Gutachter verbessern,DRiZ 2015,S.194ff.;S. Stürmer /C.Salewski,Studie:Viele Fehler Gutachten,DRiZ 2014,S.282f.

78) Vgl.Gesetzentwurf der Bundesregierung,Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Sachverständigenrechts und zur weiteren Änderung des Gesetzes über in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit,BT-Drucksache 18/6985,1ff.;E.Stößer,Änderung im Sachverständigenrecht,FamRZ 2016,S.1902ff.

鑑定結果が相互に異なっている場合、事実審裁判所はどうすべきか。判旨は、1980年3月4日判決（VersR 1980,S.533;Rpflger 1980,276を引用）を引用して、(a) 裁量の範囲をこえることなく、かつ、説得力をもって論理的に追思考しうる理由づけをしないで、一方の鑑定を優先させる方法で鑑定人の対立を裁判してはならないとする。したがって、(b) さらなる解明の可能性が考えられ、成功を期待させるものであるときは、それを利用しなければならない。(c) 当然ながら、事実審裁判所がどちらの鑑定人も他の鑑定人より説得力はない、どちらも優先させることはできないと考えたときも、同様である。

(ウ) 個別的事案では、証拠評価の結果になるかもしれないが、鑑定人の対立見解が相互に比較検討されていること、そして、異なった観点が析出されたうえで、それ以上に解明の可能性はないことが明らかになるものでなければならない。(a) 鑑定人の見解の対立は、事実の受け取り方 (*tatsächlichen Annahmen*) の違いによる可能性がある。この場合、事実審裁判官は、必要ならばさらに解明を進めた後に、心証形成の基準となる事実を認定する、または、証明不成功の場合は、その原因と不利益を受ける者を基礎づける必要がある。(b) 他方で、鑑定人の意見対立の原因が、鑑定すべき事実関係を異なって判断している点にあることもある。この場合、事実審裁判所は、異なった評価を批判的に考慮して、どちらの鑑定がより説得力があるか、新たな鑑定がさらなる解明を約束するか、また、鑑定意見のどちらも優先させることができず（これは少ない）、その結果、鑑定問題は証明責任を負った当事者に不利益な判断になる、ということもありうる。

(エ) 判旨は、控訴審は以上の原則に違反しているとする。(a) 控訴審は、第一審と同様に、M鑑定人とN鑑定人の対立意見を並べ、どちらの鑑定を優先すべきか明らかにできないと判示するのみである。(b) 第一審で両鑑定人は対立意見を提出し、口頭で質問を受けた。記録によると、鑑定人は対立した見解のみを申述しているが、地裁はその対立を解明しようとしていない。(c) しかし控訴審はそれを補う必要があり、そのときに初め

て、さらなる解明の可能性があるかを決定できたはずである。

(オ) 原判決は、そのような手続瑕疵に基づいており、控訴審は、さらなる解明後に、Xの主張期間中の低収入が、交通事故(76年6月2日)の損害に原因するとの結論に到達したことは、ありえないでもない。

(3) コメント 仮に「交通事故減収事件」と呼ぶ。判旨は、複数鑑定が対立している場合に、事実審裁判所による審査方針とでもいうべきものを判示している。(ア) まず裁判所は、(a) 自由な証拠評価の枠内で、「説得力ある追思考しうる理由」を明示したうえで、優先させるべき鑑定を定めなければならないとする。(b) さらなる解明を期待させる可能性が考えられるときは、期待させるものであれば、その可能性を利用しなければならないとする((2)(イ))。つぎの判示も考えると、鑑定の対立の場合に、さらなる解明の「可能性」は新たな鑑定の実施となるはずである。(イ) そもそも鑑定意見の対立はなぜ起きるのか。判旨のあげる原因について、(a) 事実の評価・理解の違い、または(b) 事実関係の判断・認定の違い(と、筆者は理解したが)と分類して、前者では、基準となる事実を認定し直す、後者では対立点を再評価して、鑑定の証明力を考えるとする。もっとも、「レンズ検査事件」の連邦裁53年判決でみられるように(90頁以下)、鑑定人の採る学識やそのレベルの違いも影響するであろう。

### (三) 連邦裁判所1993年5月11日判決(NJW 1993,S.2382f.)

(1) 事案の概要 原告Xは被告Yに対し、交通事故(83年5月24日)によって将来発生する実体的・精神的な全損害に対する賠償義務の確認を訴求した。(ア) Yの損害賠償義務については、当事者間で争いはない。Xは、事故により頸椎に痛みが生じ、頸椎捻挫を被った、これは、現在から将来にわたり、慢性的に苦痛を感じると主張した。これに対しYは、Xの継続的な損害主張を争った。頸椎捻挫の症状は全治しており、Yの現在の苦痛は事故と関係のない原因によると主張した。第一審は請求棄却、控訴審(ミュンヘン高裁)はXの控訴棄却、Xの上告により、連邦裁は原判決を破棄差し戻した。

(イ) 控訴審は、頸椎捻挫の現在の痛みは、交通事故に起因するというXの主張について、民法287条(損害の発生・損害額・賠償利益の額に争いがある場合、裁判所は自由な心証により裁判する)によって十分とみられるだけの相当な蓋然性を示していない、と判示した。それは、損害について証明義務のあるXの不利益となる。

X提出のM博士の私的鑑定(神経医学)およびB博士の私的鑑定(整形外科)は、説得力がないとしている。

(ウ)控訴審は、(a)M私的鑑定(神経医学)の正当性について、同裁判所の別の2件の手続におけるM医師の総合判断による認定は、それぞれ被害者に有利となる内容であって、裁判上の鑑定人の鑑定意見と明らかに矛盾している点で、相当に疑問があると述べる。(b)本件手続においても、M私的鑑定の総合判断は、別の2人の神経医学者の鑑定結果、すなわち、第一審で委嘱されたA教授(神経医学)およびY委任のP教授(神経医学)の鑑定結果とも一致しない。それは、鑑定人の説明の批判的な評価、およびとりわけ、Yの提出にかかる、著名な専門家として控訴審に知られた整形外科医のZ教授の私的鑑定(整形外科)と比較しても、明らかであると述べる。控訴審は、こうした状況においてさらなる裁判上の鑑定人を依頼する必要はないとした。

(3)判旨 連邦裁は、控訴審が、Xの将来の損害の可能性は十分に証明できなかったと判断している点につき、手続瑕疵があると判示する。(ア)上告は、控訴審はXの現在の痛みを神経医学により判断する枠内で、第一審のA鑑定、およびY依頼のP私的鑑定に依拠して判断しながら、X提出の私的鑑定人で、Xを処置してきた神経医学者M博士の意見を検討していない点を批判している。連邦裁は、上告のこの批判を正当とする。

(イ)判旨によると、事実審裁判官は、裁判上の鑑定による医学鑑定に対する当事者からの異議を真剣に受け止めて、検討しなければならない(NJW 1988,S.762を引用)。当事者が裁判上の鑑定人の認識と異なる私的な医学鑑定を提出したときも、同様である(NJW 1988,S.752;NJW 1992, S.1459を引用)。二人の裁判上の鑑定人の対立した鑑定があるとき、裁判所は、裁量の枠をこえることなく、鑑定人の対立点を、納得できる、かつ論理的に追思考しうる理由づけをしないで、その一方を優先させてはならない(NJW 1987,S.442掲「交通事故減収事件」;NJW 1992,2291を引用)。

(ウ)神経医学による判断について、裁判上のA鑑定人とY提出のP私的鑑定人の重要な認識・推論は、Xを神経医学者として長年診察してきたM私的鑑定人の意見内容と矛盾している。判旨は、その相違点に関する控訴審の判示は、法律上、異論がないこともないとする。(a)M博士の認識の価値および正当性について、とりわけ、M博士が、Xの関与しない別の



二つの裁判手続において、裁判上の鑑定人と異なり、被害者に有利となる相当に重大な侵害を認定した医師であるという理由から、控訴審はそれを知り、かつ、その意見を疑っている。(b) これに対し判旨は、別の手続でのまったく異なった関係でなされた鑑定人の認定が相違したことから、当該鑑定人の訴訟上の意見の価値に対し、その正当性資格をばく奪する形で逆推論をすることは、原則として、相当に慎重さが必要と思われると指摘する。(c) そして判旨は、控訴審は、その手続をとる前、M博士の認識を適法に訴訟に取り込み、かつ当事者にそれに対する意見表明の機会を与えなければならないとする。本件ではそれは行われず、控訴審は判決中で初めて二つの別の手続とM博士の役割を指摘している。判旨は、これを不適法とする。

(エ) 上告は、整形外科による鑑定について、控訴審が同鑑定を実施しなかった点を手続瑕疵と批判している。連邦裁はこの上告批判も正当とする。(a) Xは、持続的痛みを事故の頸椎捻挫によるものとしている。そのような損傷の影響の判定は、第一に整形外科の専門領域である。その限りで重要な整形外科医による評価について、控訴審は、主としてY提出のZ私的鑑定に依拠している。しかし、Xはこれに同意せず、複数回、整形外科医による裁判上の鑑定を申し立てた。(イ) 事実審裁判官は、私的鑑定を徹底して評価してよい。私的鑑定は、原則としてドイツ民訴法355条以下の規定にいう証拠方法ではなく、適格な(qualifizierten)書面にされた当事者の申立てである(VersR 1981,576,577;NJW 1992,1459を引用)。事実審裁判官が単独でその書面にされた当事者の申立てに基づいて、法的瑕疵なく、証明問題を信頼できる解答に到達できるときは、裁判所の自らの証拠調べ、裁判上の鑑定人の鑑定の実施は、私的鑑定によって行われないことがある(BGH,VersR 1987,1007,1008;1989,587を引用)。私的鑑定は、双方当事者の同意があるときのみ、証拠方法という意味で鑑定人の鑑定として引用することができる(BGH,NJW 1986,3077,3079を引用)。

(オ) 整形外科医による鑑定として、本件では二つの私的鑑定が対立して

いる。一方はX提出のB私的鑑定、もう一方はY提出のZ私的鑑定である。両鑑定人の見解は、大学病院の部長による見解であり、いずれも基準分野で専門知識をもって活躍してきた人物である。(a)判旨は、控訴審は、そうした事情のもとでは、申立てのあった専門整形外科医の裁判上の鑑定を実施することなく、一方の私的鑑定に、もう一方の不利となる形で従ってはならないとする。(b)確かに、控訴審は、種々の点で、なぜB私的鑑定より、Z私的鑑定の方がより説得力があるのか、理由づけようとしている。しかし、控訴審は、裁判上の鑑定人の助言なしで、そのような判断ができるだけの自らの専門知識があることを説明できていない。(c)控訴審の見解と異なり、B私的鑑定が、Xの脊柱変化は一方で変性しているとしつつ、他方で事故の影響とみなされると述べている場合、それを直ちに矛盾とみることはできない。B私的鑑定は、「トラウマ（精神的外傷）後の退化的変形」と明言しており、これは、退化的傾向が事故による損傷で助長・促進されたという趣旨に理解しても矛盾はないからである。控訴審は、これを整形外科医による裁判上の鑑定を実施しないで、単独で確定的に判断することはできなかつたはずである。

(カ)判旨はさらに、控訴審判決からは、B私的鑑定は、控訴審が不当とみなしたM博士の神経医学の見解に無批判に従っているという理由から、Z私的鑑定をB私的鑑定に優先させたことが推認できると指摘する。(a)控訴審のM私的鑑定に対する評価は、上記手続瑕疵が認められる点で、判旨は、そのような評価は認容できないとする。(b)また判旨は、控訴審は、整形外科医による裁判上の鑑定のX申立てを不当に無視していると指摘する。神経科医である第一審実施のA鑑定は、整形外科問題の解明に十分ではない。A教授は、地裁の尋問で、整形外科分野の専門問題に関して、Z私的鑑定とB私的鑑定の意見対立に意見表明はできないと断言している。

(3) コメント 仮に「頸椎捻挫事件」と呼ぶ。(ア)本件では、私的鑑定を含めて、5人の鑑定人の鑑定意見が提出されている。第一審が実施した裁判上の鑑定人A鑑定（神経医学）、原告X提出のM私的鑑定（神経医学）

およびB私的鑑定（整形外科）、被告Y提出のP私的鑑定（神経医学）およびZ私的鑑定（整形外科）であり、控訴審は鑑定を実施していない。（イ）判旨は、裁判上の鑑定による医学鑑定に対して当事者から私的鑑定を含む異議申立てがあれば、慎重な対応が必要であり、対立鑑定的一方を優先させる判断にあたっては、説得力のある、論理的に追思考しうる理由を明示しなければならないとする（(3)（イ））。これは、「交通事故減収事件」の前掲・連邦裁86年9月判決と同旨であり、私的鑑定も裁判上の鑑定と「対立」する鑑定として位置づけている。（a）連帯債務に基づく強制執行の認容を求める請求に対して、損害賠償請求の反訴が提起されたという事案においても、連邦裁1986年3月6日判決（NJW 1986,S.1928ff.）は、鑑定の不完全・不明確・疑問点の解明方法として、①鑑定人に書面による補充鑑定を依頼する、②鑑定人を口頭弁論に呼び出して質問する、③難しい事案では再鑑定を収集する、という方法をあげる。（b）裁判上の鑑定に対する当事者の「異議」も重要な契機であり、同判決は、①当事者自身が異議を考える場合、②当事者が専門家に質問して専門通になって異議を提出する場合、③当事者が依頼して私鑑定を提出する場合があると述べている。

（イ）判旨は、M私的鑑定の証拠評価にあたり、控訴審が本訴当事者とは無関係の別訴でのM鑑定人に対する評価を、本訴でマイナス評価した点を疑問として、それを不適法とする（(ウ)（a）～（c））。判旨がいう、M博士の見解を事前に訴訟に取り込み、当事者に意見表明の機会を与えるという手続方法は、前掲・連邦裁67年3月判決（111頁）と同旨と解せよう。新しいドイツ民法411条aを考えるまでもなく、公平性、手続保障の観点から、判旨は正当と考える。（ウ）私的鑑定の性質に関する判旨（(3)（エ））は、「証拠方法」ではなく「当事者の申立て」と解するドイツの判例・通説の見解を述べたものであろう。交差点での自動車同士の衝突事故に基づく損害賠償訴訟において、控訴審は事故との因果関係を認めず、請求を棄却した。ところが、原告提出の私的鑑定書が訴訟記録に含まれてなく、判決中でもそれに判示がされていないと上告で主張された事案で、連邦裁

2000年10月10日判決（NJW 2000,S.77f.）は、原告提出の私的鑑定書は、実質的に、書面に記された原告の当事者申立ての性質を有し、裁判所はそれをしん酌しなければならなかった、その点に手続違反があるとして、原判決を破棄差し戻した。これも判例・通説に基づく判示である<sup>79)</sup>。

（ウ）本件では整形外科問題について、X提出のB私的鑑定（整形外科）とY提出のZ私的鑑定（整形外科）が対立しており、控訴審はZ鑑定を採用した。判旨は、両鑑定人の職業・地位から、鑑定人の適格および鑑定の質の審査・確認をしている。そして判旨は、両鑑定の対立の解消は「裁判上の鑑定」の実施以外にないと述べている。控訴審に対して、判旨は、判断のための「自らの専門知識」の説明が欠けていると批判する。判旨はさらに、連邦裁のB私的鑑定のマイナス評価を批判するとともに、A鑑定の指摘看過にも言及する。

（エ）ドイツ判例の考え方に従うと、わが国の前掲・東京高判平成17年判決は、二つの対立鑑定的一方を選択する「自らの専門知識」はなく、第三鑑定を実施して「自らの専門知識」を形成して第二鑑定を選択、その事実認定に基づき判決を下した点（65頁）で、正当と評価できる。これに対し、最判平成26年の原審（札幌高裁および大阪高裁）が私的なDNA鑑定を採用した点（66頁）については、裁判上の鑑定人の助言なく、そのような判断をするための「自らの専門知識」を説明できるのか、という疑問が向けられよう。また鑑定の「質」も明らかにされていない。

79) 抵当権設定（Verpfändungserklärungen）証書の署名の真正が問題になった事案で、連邦裁1982年5月27日判決（NJW 1982,S.2874f.）参照。Broß,ZZP Bd.102, S.433f.;Thomas/Putzo/Reichold,ZPO,38.Aufl.,§402 Vorb 2,Rn.5,S.730;Rosenberg/Schwab/Gottwald,ZPR,18.Aufl.,§122,II4,Rn.14,S.750;Prütting/Gehrlein/Katenmeier,ZPO,Vor §§402ff.,II2b),Rn.8,S.1226f. ;Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann,ZPO,73.Aufl.,Übers ,§402,11) A,Rn.21,S.1654. 私的鑑定に関するドイツ議論の詳細は、木川・民事鑑定91頁以下に詳しい。

## VI お わ り に

紙幅も省みず、ライヒ裁判所の判例を起点に当初の疑問点に関連しそうな判例を探索するうち、なんとも体裁の悪い稿になった。お詫び申し上げなければならない。前半では遺伝生物学鑑定に関する判例、後半では自由心証と鑑定証拠に関する判例を取り上げたが、全体的には、上告審からみた事実審裁判所の鑑定証拠の評価という内容になった。しかし、父子関係訴訟（当時）と通常訴訟の判例を混在させて取り上げており、父子関係訴訟でも最近の親子鑑定（血液型鑑定，DNA（型）鑑定）<sup>80)</sup>の検討までに及ばず、学説（特に批判学説）による各判例評価も考察できていない。こうした問題点は認識しているが、本稿では果たせなかった。当初の疑問点に対する私見は文中で述べた（115頁，130頁）。そこで最後に、筆者の理解したドイツ判例について、読後感程度のことを述べて結びとさせて頂く。

(1) ライヒ裁判所41年・42年判決は、事実審裁判所が、鑑定人の鑑定を採用しないで、他の証拠調べに基づく心証によって判決を下したとき、裁判所自身の「遺伝生物学の知識」、「十分な専門知識」を欠いていると指摘している。連邦裁が「自らの専門知識」を要求するのは（「少年放火事件」の61年判決、「死者行為能力事件」の81年判決、「股関節手術事件」の93年3月判決など）、どうやらライヒ裁判所の上記考え方に追従しているように思われる。自らに専門知識を欠いているために、裁判所は鑑定人を委嘱するのである。したがって、裁判官に欠けた知識は、説得力のある、論理的に追思考しうる理由づけをした鑑定（「交通事故減収事件」の86年判決）、信頼できる適格な鑑定人の鑑定（「レンズ検査事件」の53年判決）を介して裁判所に伝えられ、裁判所「自らの専門知識」として心証形成に用いられなければならない。そうでないと、裁判所は対立した鑑定の優先判断をできないのである。ドイツ最上級審の事実審裁判所の鑑定証拠に関して説く基

80) 豊田・血縁鑑定・修道40巻2号235頁は、父子関係訴訟における事実審裁判所のさらなる証拠調べの問題を扱い、鑑定評価については検討できていない。

準というべきものは、ライヒ裁判所から現在の連邦裁まで基本的には一貫しているのではないかと、そんな思いをしている。

(2) 破棄判例の検討が多かったせいもあるが、自由心証主義（ド民訴286条）にもかかわらず、事実審裁判所による鑑定結果の自由な評価は相当に制約されている印象である。「理由の明示」要請（ド民訴285条2項）により、裁判所は、鑑定の不採用に際して、「専門知識の欠如」や「学識の誤解」によるものではないことを明示しなければならない（「家事手伝い母事件」の61年判決）。しかし、自然科学の経験則の証拠価値は、自然科学の当該専門分野の優れた専門家「だけ」が判断できるのである（「SEPシステム事件」の連邦裁73年2月判決）。鑑定人の対立点を、説得力のある、論理的に追思考しうる理由づけをしないで、一方の鑑定を採用するという判断はできない（「頸椎捻挫事件」の93年判決）。対立した鑑定を不十分にしか検討していない鑑定は、裁判所に自身の心証形成に足りる専門知識を伝えることはできない（「少年放火事件」の連邦裁61年判決）。したがって、裁判所は、鑑定に疑問や不足があると判断したときは、さらに鑑定人への質問、補充鑑定の提出を促し、または別の鑑定人を委嘱しなければならない（「少年放火事件」の61年判決、「逆子出産事件」の84年判決）。こうした判旨からは、この種の訴訟で心証形成に必要な専門知識を獲得するための積極的な事実審裁判官の審理方法がうかがえるが、そのハードルの高さゆえに自由心証制限説の指摘もそれなりの説得力が感じられる。ドイツ法の「裁判官と鑑定人」という視点からも研究する必要があったと、悔やんでいる<sup>81)</sup>。

(3) 親子事件の鑑定方法として、遺伝生物学鑑定への期待が高かった1930年代から血液型鑑定の補足的な位置づけとなった70年代前半頃までの判例

81) 本稿で参照したのは、前掲・自由心証制限説の文献に限られる。またvgl. Meller-Hannich, ZJP Bd.129 (2016), S.263ff. なお、合衆国の専門家証人については、小島武司『裁判運営の理論』285頁（有斐閣、1974年）、椎橋邦雄『アメリカ民事訴訟法の研究』109頁（信山社、2019年）参照。

を一瞥した。最初は過去の、すでに放棄されたように思われる鑑定方法の判例の検討は、正直なところ疑問を抱きつつの作業であった。それでも、前掲(1)で述べた最上級審の考え方の継受を知ることができたのではないかと思っている。加えて、かつて「新鑑定に基づく原状回復の訴え」(ド旧民訴641条i)について研究したとき<sup>82)</sup>、必ずしも確認できていなかった「学問の進展」(立法趣旨)を遺伝生物学鑑定に関する判例の今回の検討を通じて、それなりに実感できた思いである。そして新しい学識が訴訟に登場した場合に、事実審裁判所のとるべき審理方法や審査内容については、連邦裁の判旨は参考になりそうである(「A型検査事件」の51年判決、「レンズ検査事件」の53年判決、「SEPシステム事件」の73年判決)。

(4) 本稿で取り上げた父子関係訴訟は、現在では家庭非訟事件手続法の適用される「血縁関係事件」(家庭非訟法169条)となっている<sup>83)</sup>。ところで旧法下で、連邦裁はさらなる証拠調べを要求して原判決を破棄差戻しする際に、職権探知主義の手続において利用可能な証拠調べを尽くすべき裁判所の解明義務を強調している。どうやら、この考え方もすでにライヒ裁判所によって説かれていた枠組み(「A型検査事件」の36年判決、「ケルン事件」の39年判決)が連邦裁に継受されていることを確認できたと思われる。そしてライヒ裁判所は、破棄理由を自由心証違反(ド民訴286条)に求めている。

(完)

82) 豊田「父子関係事件における新しい鑑定による再審の訴え(一)、(二・完)」  
修道23巻2号249頁、24巻1号31頁。

83) 父子関係の否認手続では、片面的職権探知が適用され(ド家庭非訟177条1項)、証拠調べは民法の定める厳格な証明が行われ(同条2項1文)、自由心証主義も適用される。なお、関係者間で合意のある血縁鑑定がある場合、裁判所が鑑定の認定と関係者の合意の正当性、完全性について疑問をもたないときは、同鑑定を鑑定人による鑑定に置き換えることができると規定されている(家庭非訟177条2項2文)。私的な血縁鑑定の利用が可能となり、訴訟経済に資すると説明されている。vgl.Thomas/Putzo/HuBstege,ZPO,§178 FamFG,2 cc),Rn.8,S.1822;Keidel/H.Engelhardt,Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit,2009,16.Aufl.,§177,III2,Rn.8,S.1203.

【付記】「修道法学」という研究舞台で、永らく勉強の機会を頂くことができました。心からお礼を申し上げます。在職中の最終号ぐらい、ピリッとした論稿で終わりたいと思いましたが、相変わらずまとまりの悪い本稿で終わることになりました。文中の医事訴訟の専門用語については、本学保健室の古武節子氏、松本エリ氏、伊藤直子氏に相談にのって頂きました。訳語確定の責任は私にあります。ご協力に感謝申し上げます。また本稿で用いた旧時の判例は、本学赴任当時に掲載雑誌の所蔵がなく、現中央大学法科大学院教授二羽和彦氏、当時日本比較法研究所職員吉田篤子氏にたびたび収集をお願いしました。当時の文献をまだ参照していますが、心安さからお二人にはきちんとお礼を申し上げていませんでした。時機にずいぶん後れましたが、ここに記してお礼申し上げます。