

フランスの民事事件における鑑定について

萩原貞正

- 一 はじめに
- 二 鑑定の開始
 - (一) 鑑定を命じる裁判
 - (二) 鑑定人の指名およびその受諾
 - (三) 裁判官の面前における事前協議
 - (四) 文書および一件記録の提出
 - (五) 予納金の供託
 - (六) 鑑定を命じる裁判に対する控訴
- 三 鑑定の進行
 - (一) 鑑定人の調査
 - (二) 裁判官および検察官の役割
 - (三) 和解
- 四 鑑定と対審の原則
 - (一) 意義
 - (二) 当事者の出席または代理

フランスの民事事件における鑑定について

- (三) 文書または情報の伝達
- (四) 当事者の意見または要求についての考慮
- 五 鑑定人の意見
 - (一) 鑑定人の意見陳述
 - (二) 鑑定人の報酬
 - (三) 訴訟の結果についての照会
- 六 おわりに

一 はじめに

フランスの民事訴訟においては今日、簡単な事件を除けば、鑑定 (expertise) の行われな⁽¹⁾い訴訟はないとさえ言われている。証拠調べの命じられる場合の平均八〇割を鑑定命令が占めているといわれている。⁽²⁾ とりわけ、鑑定は、不動産価額の評価、労働災害の被害者の廃疾 (invalidite)⁽³⁾ の等級、会計報告書および貸借対照表の調査において顕著である。しかし、今日では、かつてのように技術的な知識を得るために、常に鑑定に依存するようなことは避け、鑑定は、技術的な確認 (constatations) または単なる診断 (simple consultation) によって十分に解明され得ないような複雑な調査を前提にしているといえる。⁽⁴⁾ ところで、最も簡単な事件においては、裁判官は、執行吏のような非技術者によって行われてきた純粋に事実的な確認 (constatations purement materielles. これを constats とい⁽⁵⁾う) で足りるが、このような単なる事実状態の確認では足りない場合には、技術者の助力、すなわち、技術的な確認を求め⁽⁶⁾る必要があると⁽⁷⁾てくる。さらに、この技術的な確認では足りない場合には、裁判官は、純粋に技術的な問題ではあるが、技術者の複雑な調査を必要としない単なる診断⁽⁸⁾によって、意見を聴取することになる。従って、鑑定は、技術的な確認または単なる診断を行うことができないほど複雑な調査にあてられることになる。すなわち、裁判官は、技術的な確認によ⁽⁹⁾っても、

また単なる診断によっても十分な解明を得られない場合においてのみ、鑑定という証拠調べを利用することができるのである。鑑定は、この点から補充的な性格を有することになる⁽⁹⁾。

このようにして、これまで鑑定がもたらしてきた時間的ロス（訴訟進行の遅延）および無用な費用の支出を避けるために⁽¹⁰⁾、伝統的な証拠調べである鑑定に加えて、新らしく二つの技術的な証拠調べが置かれるに至ったのである。このため、裁判官は、かつてのように、迅速性に欠け、費用のかかる鑑定を常に利用しなくても、必要に応じて段階的に技術的な情報を得ることができるようになった。

わが国でも、民事紛争のなかに、その解決のために専門的知見を要する事件（知的財産権関係事件、医療過誤事件、建築瑕疵事件、労働関係事件等）が増加の一途にあり、これらの紛争に関わる民事訴訟においては、専門家の適切な協力がなければ、適正な判断を下すことができないばかりか、往々にして手続の遅滞を生じ、そのことが一般事件の迅速・適正な解決を妨げることにもなっている⁽¹¹⁾。そのために、様々な形態における専門家の紛争解決手続への関与を確保し、充実した審理と迅速な手続をもって、これらの事件に対処することは、現代の民事司法の重要かつ喫緊の課題であるとされる⁽¹²⁾。

以下では、フランスの鑑定制度を簡単に紹介しながら、それに若干の検討を加えたいとおもう。なお、フランス新民事訴訟法典（以下、新民訴法と略す）における証拠調べに関しては、一九八九年七月二〇のデクレ五一一号、一九九八年一月二八日のデクレ一二三号によって部分的な改革がなされている。

(1) 北村一郎「フランス民事訴訟における鑑定人の役割（一）」法学協会雑誌第一一〇巻第一号一頁。

(2) 北村・前掲「フランス民事訴訟における鑑定人の役割（一）」七頁。

- (3) 中村紘一・新倉修・今関源成Ⅱ「監訳」フランス法律用語辞典一七一頁。
- (4) 従って、裁判官は、最も簡単でかつ最も費用のかからないものを選び入れるよう努めて、紛争の解決のために充分であるものに措置（証拠調べ）の選択を限定しなければならない（新民訴法一四七条。以下、同法の場合には、本文、注ともに（ ）内は条文のみとする）。
- (5) Roger Perrot, *Institutions judiciaires* 9^e édi., p. 358.
- (6) 一九四五年一月二日のオルドナンス第二五九二号一条（一九五五年五月二〇日のデクレ第六〇四号により修正される）二項には、「執行吏は、そこで生じうる事実上または法律上の結論についてのすべての意見を排除した純粹に事実に確認を行うために、裁判所によって託されることができる。彼は、また同じ性質から私人の申請により、確認を行うことができる。どちらの場合でも、これらの確認は、単なる情報の価値しか有しない」と定められている。このような確認は、例えば、家屋賃貸の際の現状確認（état des lieux）、騒音・建築・特許違反の確認、さらには不貞行為の確認などに広く利用されている（山本和彦「フランス司法見聞録(4)―執行士―」一一頁）。証拠調べの目的、対象という観点から見ると、おおむねわが国の検証に対応するものといつてよい制度である（司法研修所編「フランスにおける民事訴訟の運営」一一八頁）。ちなみに、一九九七年において、フランスでは、執行吏は三二四一人を数え、その職業は女性にも開かれ、その数は、その頃で約五〇〇〇人の数に達していた。
- (7) ここにいう確認とは、例えば、事故後に機械の状態を確認することを技師に求めるというように、技術者の知識を必要とする事実問題についての確認であり、執行吏によってなされる事実状態の確認と同一視してはならないとおもわれる（Jean Vincent, *Serge Guinchard, Procédure civile*, 24 édi., p. 691, Gérard Couchez, *Procédure civile*, 6^e édi., p. 248, Serge Guinchard, *Droit et Pratique de la Procédure civile* p. 795）。従って、確認は、原則として、技術者に託されるが（例えば、鑑定人名簿に登録されている建築家や医師など）、実際には、従来より執行官（吏）の確認によって行われてきた事項に関わるときは、執行官（吏）が選ばれることが多いとされる（前掲「フランスにおける民事訴訟の運営」一一〇頁、Roger Perrot, *Institutions judiciaires*, 2^e édi., p. 457, Georges Bendjouya, *Procédure civile*, p. 127）。なお、確認を命じるか否かについては、他の証拠調べと同様に裁判官は自由であるが、希に確認を命じなければならない場合もある（フランス民典四九三―一条および一六〇―一二条以下、民法と略す）。
- (8) 確認と鑑定の間に位置する診断（二五八条）は、純粹に技術的な確認よりも単純でない、しかし複雑な調査を必要としない問題を対象とするところから、鑑定と区別されるが、その区別はかならずしも容易であるとはいえない。診断（例えば、医師の診断書を求めること）は、実務でも除々に活用され始めているようであるが、使用頻度は、非常に少なく、実務上使用されない規定となっていくおそれもないわけではないとされる（前掲「フランスにおける民事訴訟の運営」一三七頁）。
- (9) 技術者によって実施される様々な証拠調べのそれぞれの分野について、フランコン裁判官は、討論会において、次のような公式を

提示した。すなわち、確認は事実の写真であり、診断はすでにとられた写真の分析であり、鑑定はこれら二つの結合である (Jacques Normand, *Mélangés dédiés à Jean Vincent* p. 261.)。

(10) 北村・前掲「フランス民事訴訟における鑑定人の役割」(一)四頁参照。

(11) 司法制度改革審議会—中間報告(平成一二年一月二〇日)二八頁。司法制度改革審議会意見書—21世紀の日本を支える司法制度—平成一三年六月一二日)七頁。

(12) 前掲・中間報告二八頁。前掲・司法制度改革審議会意見書七頁。

二 鑑定の開始

(一) 鑑定を命じる裁判

鑑定は原則として自由である。しかし、例外として鑑定が職権で命じられ⁽¹⁾、または当事者が申し立てる場合においてのみ命じられることもある⁽²⁾。いずれにしても、鑑定が命じられると、鑑定人が指名されることになるが⁽³⁾、この場合でも、裁判官が数人を指名することが必要であると認める場合を除いて、一名しか指名されない⁽⁴⁾(二六四条)。ただし、訴訟によって提起された技術上の問題が複雑であり、または裁判官が必要であると認める場合には(同条)、数人の鑑定人が指名される。なお、鑑定人は、自らの専門知識とは異なる専門知識を行使するために、他の技術者の意見を取り入れることができる⁽⁶⁾(二七八条)。

鑑定を命じる裁判には、次のような事項が含まれる(二六五条)。

- (1) 鑑定を必要とする事項および必要のある場合には、数人の鑑定人の指名を必要とする事情を示すこと
- (2) 一人または数人の鑑定人を指名すること
- (3) 鑑定人の任務の内容を記述すること⁽⁸⁾

フランスの民事事件における鑑定について

(4) 鑑定人がその意見を提出しなければならない期間を付与すること

(二) 鑑定人の指名およびその受諾

鑑定人を指名する裁判が言い渡されると直ちに、裁判所書記官はその旨を通知するために、裁判の写しを通常郵便によって鑑定人に送付する(二六七条一項)。鑑定人は、送付された後遅滞なく、その任務を受諾するか否かについて裁判官に通知する(同条二項)。受諾するときには、裁判官が直ちに作業を開始することを命じる場合を除いて、鑑定人は当事者が予納金を供託したとの通知を受けた後直ちに、鑑定作業を開始しなければならない⁽⁹⁾(同条同項)。これに対して、鑑定人が任務を拒絶する場合には、鑑定人の交代が行われる(二三五条一項参照)。

(三) 裁判官の面前における事前協議

事件によっては、その状況からして鑑定人の任務の内容および鑑定人の意見を提出する期間を決めるに際しては、それが当事者および鑑定人の出席の下で行われる場合がある。そのときには、鑑定を命じる裁判は、鑑定人の任務、そして必要のある場合には、その作業の日程を明確にするため、鑑定を命じた裁判官またはその実施を監督しなければならない裁判官の面前に、鑑定人および当事者を出頭させる日を定めることができる(二六六条一項)。この協議のときに、鑑定人は鑑定に有用な文書の交付を受ける(同条二項)。

(四) 文書および一件記録の鑑定人への提出

鑑定人は、その任務の内容を十分に理解するために事件の一件記録(dossier de l'affaire)を知りかつ検討できるこ

とが必要である。事件の一件記録、すなわち、当事者が提出した当事者の一件記録⁽¹⁰⁾ (dossiers des parties) または文書は、仮に裁判所書記課に保存される。しかしながら、鑑定人が鑑定人の任務の実施とは何の関係もない書類、郵便物または文書の内容を知ることが望しいことではない。したがって、裁判官は、当事者に対し当事者の一件記録のあるいくつかの資料、文書を裁判所書記課から取り戻すことを許可することができる(二六八条一項)。しかし、このことは、却って当事者の助言者(弁護士または技術者など)に対して、事態を複雑にする原因となる恐れもある。⁽¹¹⁾ なお、鑑定人は、その任務を受諾する前であっても、裁判所書記課に保存されている当事者の一件記録および文書を調査することができる(同条同項)。そのため、鑑定人は、その任務の受諾を事前の調査にかからしめると否とにかかわらず、その受諾を裁判官に通知した後は直ちに、鑑定に必要な当事者の一件記録または文書を引き取ることができる(同条二項)。その際、鑑定人は裁判所書記官によって提出された文書の欄外に署名しまたは受取証を提出する(同条同項)。また、鑑定人は、一件記録または文書を郵便により送付するよう裁判所書記官に請求することができる(同条同項)。

(五) 予納金の供託

鑑定人が指名されると直ちに、鑑定を命じる裁判官または監督を託された裁判官は、鑑定人に支払われる報酬の内金として予納金 (provision) の額を定める⁽¹²⁾ (二六九条)。予納金は、可能な限り予測し得る最終的な報酬に近いものでなければならぬ。裁判官は供託金の規模に応じて分割払いによる供託がなされる各期日 (échances) を定めることができる(同条)。裁判官は、また定められる期間内に、裁判所書記課に予納金を供託しなければならない当事者の一人または数人を指定する⁽¹³⁾ (同条)。そして、数人の当事者が指定される場合には、裁判官は当事者の各人がいかなる割合で供託しなければならないかを指定する(同条)。裁判所書記官は、供託を命じられた当事者の一人または数人に対し、

定められた期間内にかつ方法で裁判所書記課に予納金を供託するよう促さなければならぬ（二七〇条一項）。裁判所書記官は、予納金の供託がなされたときはその供託を鑑定人に通知する（同条二項）。定められた期間内にかつ方法に従って供託がなされなかったときは、鑑定人の指名はその効力を喪失する⁽¹⁴⁾（二七一条）。ただし、正当な事由を主張する当事者の一人の申立てによって、裁判官が供託期間の延長⁽¹⁵⁾または指名の失効の取消しを決定する場合は除かれる（同条）。定められた期間内に供託がなされない場合でも、訴訟手続は鑑定が実施されなのまま続行される（同条）。ただし、裁判官は、供託の懈怠または拒絶からすべての結論を引き出すことが可能である（同条）。すなわち、鑑定人の調査に付することができない事実に関する主張の判断について、裁判官は彼にとって正当とおもわれるようなあらゆる結論を引き出すことができる⁽¹⁶⁾。

予納金が不十分になったことを鑑定人が証明する場合には、裁判官は補足的な予納金の供託を命じることができ（二八〇条二項）、裁判官によって定められた期間内にかつ方法に従って補足的な予納金の供託がなされなかった場合には、供託期間の延長がない限り、鑑定人はそのままの状態で報告（書）を提出する（同条同項）。鑑定人は、前払いをしたことを証明するときは、供託金からその前払金を受け取ることが許可される（同条一項）。

(六) 鑑定を命じる裁判に対する控訴

当事者が重大かつ正当な理由（*motif grave et légitime*）を証明できる場合には、本案についての判決から独立して、鑑定を命じる裁判に対し控訴を提起することが許される⁽¹⁷⁾（二七二条一項）。その場合は、当事者は、レフェレの形式で裁判をする控訴院々長から一カ月内に控訴を提起する許可を得なければならぬ⁽¹⁸⁾（同条二項）。申立てが認められるときは控訴院々長は、事件が本院によって審査される日を定め、指定期日（*Jour fixe*）の手続の事件におけると同様に、

事件を受理しかつ判決をする（同条三項）。控訴する許可を与え、または拒否する控訴院々長の命令に対する破毀申立ては受理され⁽¹⁹⁾ない。鑑定を命じる裁判が同時に管轄についても判断を示している場合には、当事者が抗義の申立てを提起しなかつたときであっても、控訴院は管轄についての争いを受理することができる⁽²⁰⁾（同条四項）。

なお、鑑定を命じることを拒否する裁判に民訴法二七二条が適用できるかどうかの問題については、判例が二分している。すなわち、一方では本条の厳格な解釈のほうを選び、⁽²¹⁾他方では本条による即時の控訴を認めている⁽²²⁾。

(1) 例えば、民法典一六七八条（後掲注(4)参照）。

(2) 例えば、民法典四六六条「未成年者ガ成年者間ニ有シタル効果ノ總テヲ未成年者ニ關シテ取得スル爲ニハ、分割ハ、相續開始ノ第一審裁判所ノ選任スル鑑定ニ依ル評價ヲ經テ裁判上之ヲ爲スコトヲ要ス」、六四二条「泉ノ所有者ハ更ニ又市町村部落ノ住民ニ必要ナル水ヲ奪フガ如キ方法ヲ以テ之ヲ使用スルコトヲ得ズ。但シ住民ガ法律行爲又ハ時効ニ依リテ其ノ使用權ヲ取得シタルニ非ザルトキハ、所有者ハ専門家ニ依リテ確定セラルベキ償金ヲ請求スルコトヲ得。」、六六二条「相隣者ノ一方ハ他方ノ同意ナクシテ、又其ノ拒絶アリタルトキハ、鑑定人ヲシテ新ナル工作物ガ他方ノ權利ヲ害セザル爲必要ナル方法ヲ定メシメルコトナクシテ、其ノ互有ノ牆壁ニ穴ヲ穿チ、之ニ倚セ又ハ之ニ依據シテ工作スルコトヲ得ズ。」、八二四条「不動産ノ評價ハ、關係當事者ヲシテ選定セシメタル鑑定人ヲシテ之ヲ爲サシメ、關係當事者其ノ選定ヲ拒ミタルトキハ職權ヲ以テ選任シタル鑑定人ヲシテ之ヲ爲サシム。」、八三四条「割當分ハ、共同相續人間ニ於テ選定ニ付合意成立シ且選定セラレタル者ガ其ノ任務ヲ承諾シタルトキハ、共同相續人中ノ一人ヲシテ之ヲ作ラシム。之ト異ル場合ニハ、割當分ハ受命判事ノ選任シタル鑑定人ヲシテ之ヲ作ラシム。」、一六四四条「第一六四一條及第一六四三條ノ場合ニ於テ買主ハ其ノ選擇ニ從ヒ目的物ヲ返還シテ代金ヲ返還セシメ、又ハ目的物を保有シテ鑑定人ノ判定ニ依ル代金ノ一部ヲ返還セシムルコトヲ得。」、一七一六条「履行ノ開始セラレタル口頭ニ依ル評價ヲ請求スルコトヲ得。比ノ場合ニ於テ鑑定人ノテハ、所有者ノ言ハ宣誓ヲ爲サシメタル上之ヲ信ズ。但シ賃借人ハ鑑定人ニ依ル評價ヲ請求スルコトヲ得。比ノ場合ニ於テ鑑定人ノ評價ガ賃借人ノ主張セル賃料ヲ超過スルトキハ鑑定ノ費用ハ賃借人ノ負擔トス。」、一七四七条「製造所、工場其ノ他大なる出資ヲ必要トスル建造物ニ在リテハ賠償額ハ鑑定人ニ依リ之ヲ定ム。」（現代外国法典叢書仏蘭西民法II〔IV〕）など。

(3) 裁判官の選択を容易にするために鑑定人名簿が古くから存在し、鑑定人の私的名簿がそれぞれの裁判所によって作成されていた。ただし、その選択は自由であった。しかし、刑事事件については、一九六〇年六月四日のオールドナンス五二九号によって公的な鑑定

フランスの民事事件における鑑定について

人名簿が設けられた。すなわち、破毀院理事部によって作成される全国名簿と各控訴院によって作成される名簿がそれである。同時に、同オールドナンスは刑事裁判官の自由な選択を制限し、原則として名簿に登録されていない鑑定人を裁判官が指名することは禁止された。

一九七一年六月二十九日の法律四九八号は、名簿の作成について刑事事件と類似する規定を民事事件に導入するに至ったが、鑑定人の選択については民事裁判官の自由を制限することはしなかった。一九七四年二月三日のデクレ一八四号一条によって民事事件と刑事事件に関する名簿の二元性は廃止され、毎年、全国名簿と控訴院名簿が作成され、それらの名簿に登録された鑑定人が民事事件についても刑事事件についても指名されることになった。

名簿は、鑑定人の専門および裁判所の必要に応じて自由に作成され、いくつかの項目から構成される。しかし、一九八五年一月二五日の法律九九号の三〇条および一九八五年二月二七日のデクレ一三八九号の八三条によれば、名簿の各々には企業診断鑑定人 (*expert en diagnostic d'entreprise*)、これは、新倒産法のもとで企業の裁判上・裁判外の再建に際し状況報告書を作成することを任務とする) の項目を含むことが義務づけられている(北村・前掲「フランス民事訴訟における鑑定人の役割(一)」一四頁)。また、一九八六年三月一八日のデクレ六五八号の一条により修正された社会保障法典の R・一四一一条は、社会保障に関する専門鑑定人の項目の設置を義務づけた。これによって、同法典の R・一四一一条の異議 (*contestations*) は、専門鑑定人の鑑定に付せられなければならない。ただし、同法典の R・一四一一条は、控訴院によって作成される名簿に専門鑑定人が登録されることについては明記しているが、全国名簿への登録については何も定めていない。

刑事裁判官が原則として、名簿に登録された鑑定人を指名しなければならないのに対し(刑事訴訟法典一五七条)、民事裁判官はその選択が自由である。しかし、実際には、事件全体の中で選択される鑑定人は、ほとんどの場合、民事事件であろうと、刑事事件であろうと名簿に載っている者である。

ところで、裁判官にはかなりの選択の自由が残されており、極端な場合には、名簿に載っていないながら一度も指名されない者もあり、また、名簿に載っていない者であっても、裁判官の信頼を受けているが故に、非常によく選択される場合もある。そして、裁判官が常に、同一人を鑑定人として指名する傾向が鑑定人をしてある程度の「司法上の顧客」(*clientèle judiciaire*) たるしめ、かつ鑑定人に鑑定を職業であるという印象を与えてしまっている (Roger Perrot, *Institutions judiciaires 9^e éd.*, p. 369)。名簿への登録は一年間有効であるが、企業診断鑑定人についてはその登録は三年間有効である。名簿への登録の要件および手続は、前記の一九七四年二月三日のデクレによって明確にされている。同デクレの五条によると、自然人(例えば、医師、会計鑑定士、建築士など)または法人(例えば、研究所、特許事務所など)は、複数の控訴院の名簿に登録されることはできないが、全国名簿への登録とともに控訴院の名簿への登録をも併せ持つことはできる。また、鑑定人は、控訴院名簿または全国名簿に登録されるときは、その住所を管轄する

控訴院において宣誓をすることになっている（一九七一年六月二九日の法律四九八号六条）。この宣誓義務は、名簿に登録された鑑定人へのみ課せられ、名簿以外から選択される者については、民事事件に関し、宣誓する義務はない。ただし、名簿に登録されていない者でも、例えば、商法典一〇六条のように明文で要求されている場合は除かれる。しかし、名簿に登録されていない者でも、その任務を遂行する前に宣誓すべきであったとして、鑑定報告を無効とした一九八六年一〇月二二日のヴルサイユ控訴院判決もある（J. P. C. 1987. II. 20779, note. N. S.）

わが国では鑑定人の選任が困難という問題が深刻である。裁判所は、過去の鑑定事例等を参考にして鑑定人の選任に当たっているものの、(1)どの分野の専門家を選任するのが適切かわからないという問題があり、(2)当該分野にどのような専門家がいるかわからないという問題があり、(3)当該分野の専門家に引き受けてもらえないという問題がある。(3)については、特に医療過誤の分野で顕著であるが（二〇〇〇年一〇月八日付朝日新聞朝刊参照）、その理由として、鑑定書を書いて論文のように評価されるわけではなく、多忙な専門家が鑑定を引き受けるメリットがないこと、鑑定人尋問で不必要な弾劾的尋問を受けるといった心理的負担も大きいこと、一件記録もそのまま交付され、鑑定資料も整理されていないことによる負担もあり、鑑定書作成作業も負担であることが指摘されている（中村也寸志「ドイツにおける専門訴訟（医療過誤訴訟および建築関係訴訟）の実情」判例時報一六九六号三二―三三頁）。

(4) 事実の性質からして、いろいろな専門知識を有する技術者に依存することが必要な場合である（例えば、医学に関して）。

(5) 一九四四年七月一日の法律によって改正される以前の旧民事訴訟法典三〇五号によれば、当事者が一名の鑑定人のみを指名することに同意する場合でない限り、かならず裁判官は三名の鑑定人を指名しなければならなかった。そして、このことが鑑定を困難複雑にし、かつ遅滞させる原因となり、結果として費用の増加をもたらすことになった（Emanuel Blanc, *Nouveau code de procédure civile commenté dans l'ordre des articles*, p. 209）。したがって、三名の鑑定人が指名されることによって生じる遅滞と複雑さを避け、かつ費用を減じるために、同法律により、原則として鑑定人は一名のみが指名されることになった。三名の鑑定人が指名されなければならない場合（裁判所が鑑定人を三名指名することが必要であると判断する場合）は、非常に希なことである。例えば、民法一六七四条は、売主が不動産の実際の価値の二分の七を超える過剰損害を受けたときは、売主は売買の取消しを請求する権利を有すると定めるが（山口俊夫「フランス債権法」三七頁）、そのときの過剰損害を評価（算定）するためには、三名の鑑定人が指名されなければならないとし（同法一六七八条「此ノ証據は三人ノ鑑定人ノ報告ニ依リテノミ之ヲ爲ス。鑑定人ハ一ツノ共同ノ調書ヲ作成シ且多數決ニ依リ一箇ノ意見ノミヲ表明スルコトヲ要ス。」前掲佛蘭西民法^[IV]）、また、民法四九三―一条に定められた名簿に基づいて選択される三名の鑑定医師によって作成された報告（書）に基づいてのみ行われなければならないとする。

(6) 例えば、医師が事故の被害者を調べるために脳波を測定するというように、特別な専門家によってのみ行うことが可能とされる場

合には、鑑定人はその意見を取り入れることができる (E. Blanc, op. cit., p. 28)。なおこの「他の技術者」(autre technicien) のことは不適切にも「sapiteur」という名称で呼ばれているとされる (Tony Moussa, Dictionnaire juridique, Expertise matières civile et pénale 2^e édi., p. 387)。

- (7) 鑑定を命じる裁判の形式は、原則として、準備手続裁判官の命令 (七七一一条五号) または中間判決 (四八二条) であるが (Georges Bendjouya, op. cit., p. 127) 一番多いのはレフェレの命令であり (一四五条)、レフェレの命令は、本案訴訟の係属を前提とせずに (多くの場合、本案訴訟の係属前に)、本案訴訟とは別途の訴訟手続としてなされる、証拠保全的裁判である (前掲「フランスにおける民事訴訟の運営」一二四頁)。しかも、鑑定を命じるレフェレは、紛争が存在すること、本案訴訟が提起された場合にその審理に必要となることが証明されれば認容される。例えば、建築工事の瑕疵をめぐり当事者間に争いが生じている状況において、瑕疵の有無等につき鑑定を求めれば、ほぼ確実に発令される (徳田園恵「鑑定」の活用をめぐる問題について——フランスの実情と比較して) 判例タイムス一〇一〇号四四頁)。また、民事鑑定の八割ないし九割程度がレフェレにより命じられているが、その後に、本案訴訟が提起されるに至るのは、数割程度にとどまるようである (徳田・前掲四四頁)。

なお、鑑定を命じる裁判の形式には、これらのほかに、混合判決 (五四四条一項) がある。

(8) MISSION D'EXPERTISE

《Désigne (désignons) en qualité d'expert :

M.domicilié à (adresse complète), n° de téléphone.....

avec mission de

(Énumération détaillée des chefs de mission

.....

《Dit (disons) que l'expert commencera ses opérations dès l'acceptation par lui de sa mission, et qu'il donnera son avis par le dépôt de son rapport avant la (date : 1^{er} ou 15 du mois considéré), sauf prorogation de ce délai dûment sollicitée en temps utile auprès du juge du contrôle》。

《Dit (disons) que M..... (nom de la partie demanderesse à l'expertise, ou sans l'intérêt de laquelle cette mesure d'instruction a été ordonnée d'office), à qui incombera l'avance des frais d'expertise, consignera au greffe une provision de (montant) avant le (date : 1^{er} ou 15 du mois considéré), passé laquelle date sans consignation, il sera passé outre à l'expertise》。

Affaire :

c/

Jugement du : e Chambre

Ordonnance du :

Expert commis : M.

Date fixée pour le dépôt du rapport

(9) 新民訴訟（一九七五年一月五日のデクレ一三二二号によって制定される）以前の制度においては、鑑定人は弁護士による申立て、あるいは控訴院においては代訴士による申立てがあるまでは、鑑定作業を開始することはできなかったとされる（J. Vincent, S. Guinchar, op. cit., p. 694, note 1）。同法では「鑑定人は裁判官にその受諾を遅滞なく知らせ、直ちに鑑定作業を開始しなければならない」（二六七条二項）と定められていたが、パリ大審裁判所および商事裁判所の指示に従って、鑑定人は書記官によって供託を通知されたときにのみ、鑑定作業を開始することができることとされ、他の裁判所がこの実務に追従したために同法二六七条二項が一九八九年七月二〇日のデクレによって実務に適應するように修正された（T. Moussa, op. cit., p. 283）。つまり、同デクレは、鑑定人に対する報酬の支払いをより良く保証するために、「直ちに」という厳格さを緩和したとされる（J. Vincent, S. Guinchar, op. cit., p. 694, note 1）。

(10) 当事者の一件記録（dossiers des parties）については、弁論の一件記録（dossiers de plaidoiries）が問題であるとされているから（J. Vincent, S. Guinchar, op. cit., p. 694）これは、書記官によって作成される一件記録（七二七条一項）ではなく、それに添付されることになるような事件に関する証書（actes）・覚書（notes）・文書（documents）（七二七条二項参照）の一切を指しているものと思われる（法務大臣官房司法法制調査部編注釈フランス新民訴訟法典一九四頁。なお、新民訴訟法の訳については、同書を引用ないし参照させて頂いた）。

(11) J. Vincent, S. Guinchar, op. cit., p. 695.

(12) 予納金の額に関する裁判（決定）に対しては不服を申し立てることはできなく（Paris, 3 déc. 1979.: Gaz. Pal. 1980, 254）。なお、裁判援助（一九九一年七月一〇日の法律六四七号によって法律援助と名称が変更される）の申立てがあっても、予納金の供託期間の進行は停止されなく（Civ. 2^e, 8 avril. 1981 : Gaz. Pal. 1981. 578, note Viatte）。しかし、裁判援助（法律援助）の受益者は鑑定費用

フランスの民事事件における鑑定について

- の供託を免除される (Civ. 2^e, 26 févr. 1992 : D. 1992, 495, note Laroche de Roussane)。
- (13) 供託をしなければならぬ当事者を指名する裁判には、理由づけはなく、不服申立ての余地もない (北村一郎「フランス民事訴訟における鑑定人の役割」(二・完)「法学協会雑誌第一一〇巻第二号一九二頁〜一九二頁、二〇八頁注(133)。
- (14) 鑑定人の指名が失効するということは、一九八九年七月二〇日のデクレ以前にはあり得なかった (J. Vincent, S. Guinchard, op. cit., p. 695)。
- (15) 監督を託された裁判官は、付与された期間内に供託がなされない場合には、その説明を提出するよう当事者を促した後でなければ、予納金の供託期間の延長を拒否することはできない (Paris, 20 juin 1980 : Gaz. Pal. 1980, 725)。
- (16) 二七一条の規定は、本人尋問 (comparution personnelle) に関する一九八条の「裁判官は、当事者の陳述、当事者の一方の不出頭又は返答拒絶から、あらゆる法律上の効果を引き出すことができ、かつまた、それを書面による証拠の端緒 (commencement de preuve par écrit) に相当するものとみなすことができる。」という規定に類似している (J. Vincent, S. Guinchard, op. cit., p. 695)。
- (17) 証拠調べを命じる裁判に対しては、原則として、本案についての判決から独立して控訴の対象とすることはできないが (一五〇条、五四五条参照)、二七二条一項の規定はその例外を定めている。
- (18) 一ヶ月の期間は不変期間である (Paris, 10 sept. 1974, Gaz. Pal. 5-7 janv. 1975, Rev. trim. 1975, 366, obs. Perrot)。
- (19) Civ. 2^e, 16 mai 1979 : Gaz. Pal. 1979, 398, note J. V. ; D. 1981, IR 145, obs. (crit.) Julien (avec Civ. 2^e, 11 juin 1980 : Bull. II, n. 137).—8 mars 1989 : Bull. II, n. 60.—26 Fév. 1997 : Procédures 1997, n. 83 et RTD civ. 1997, 748, obs. Perrot.
- (20) 裁判官が管轄について判決をし、かつ証拠調べを命じた場合に、管轄を理由とする判決に対する攻撃については、当事者は抗議の申立ての方法によってのみ行うことができる (八〇条二項参照)。しかし、二七二条四項は、鑑定を命じる裁判が同時に管轄についても判断している場合には、その例外を定めている (八〇条二項但書)。すなわち、鑑定を命じる裁判を争う当事者が一ヶ月の期間内に控訴院々長から控訴を提起する許可を得た場合には、たとえ、管轄を理由とする判決に対する抗議の申立てが一五日の期間内に提起されなかったとしても (八二条一項)、控訴院は受訴裁判所の管轄についての争いを受理することができる。控訴院が受訴裁判所に管轄がないと判断する場合には、鑑定人の指名は取り消される。
- (21) CA Dijon, 21 mars 1989, Gaz. Pal. 1990, 11, note M. Renard.
- (22) CA Aix, 18 avr. 1984, Bull. avoués 1985, 46.

三 鑑定の進行

(一) 鑑定人の調査

鑑定人は自己の任務を遂行するために、情報の提供を受ける必要がある。そのために、鑑定人は、裁判所書記課に保存されている当事者の一件記録 (*dossiers des parties*) または文書を引き取り、あるいは送付してもらうことができる(二六八条参照)。さらに鑑定人は、その任務の遂行のために必要と認められるあらゆる文書を直接、当事者に対して提出するよう要求することができる。⁽¹⁾ そのときは、当事者はこれらの資料を遅滞なく鑑定人に提出しなければならない(二七五条一項)。当事者がその提出を怠たり、または拒否する場合には、鑑定人はその旨を裁判官に通知する。この場合、裁判官は職権により、場合によっては間接強制をもって文書の提出を命じ、⁽²⁾ あるいは鑑定人に不提出のまま鑑定作業を続行すること、または不提出のままの状態で報告(書)を提出することを許可することができる(同条二項)。判決裁判所は、鑑定人への文書の伝達がない場合には、そのことからあらゆる法律上の結論(*consequence*)を引き出すことができる(同条同項)。これは、新民訴訟法⁽³⁾ 一条の一般原則を取り入れたものである。当事者が意見(*observations*) または要求(*réclamations*) を有するときには、それらを口頭により陳述することができる、またそれらが書面により提出される場合には、当事者が要求するときに限り、鑑定人はその書面(文書)を自己の意見(書)(*avis*)に添付しなければならない(二七六条一項)。鑑定人はまた、当事者の意見または要求に関して取るべき措置を自己の意見(書)(*avis*)に記載しなければならない(同条二項)。

なお、鑑定人は、自ら他の技術者の意見を取り入れることができるが、この場合は自己のものと異なる専門分野に限られる(二七八条)。すなわち、鑑定人は、他の技術者の知識を必要とする判断する場合には、自己の専門分野とは

異なることを条件としてその者の助力を借りることができる。⁽⁴⁾

数人の鑑定人がいるときは、常に、協力して作業を行わなければならない。鑑定人は、作業の進行および遂行される勤勉さについて裁判官に知らせなければならない(二七三条)。

(二) 裁判官および検察官の役割

裁判官は、つねに鑑定作業に立ち合うことができ、そのときは、裁判官自らの確認、鑑定人の説明ならびに当事者および第三者の陳述を調書に記入することができる。調書には裁判官および鑑定人が署名をする(二七四条)。また、鑑定人は、その任務の遂行を妨げる困難に出合うとき、またはその任務の拡張が必要であるときには、その旨を裁判官に報告をする(二七九条一項)。その場合には当然、裁判官は、鑑定人がその意見を提出するために付与された期間を延長することができる(同条二項)。他方、検察官はつねに、証拠調べに立ち合うことができる(一六三条)。そして、検察官が証拠調べ(鑑定作業)に立ち合うときに検察官の要求があれば、検察官の意見(observations)は鑑定人の意見書(avis)の中に記載され、鑑定人はそれに関して取るべき措置を付記する(二七七条)。検察官が主たる当事者(partie principale)である場合には、検察官は、当事者の召喚に関する方式に従って鑑定人によって召喚される(民法一六〇条参照)。検察官が共同当事者(partie jointe)(四二四条以下参照)の場合に関しては別に規定はないが、召喚は必要であると考えられる。⁽⁵⁾

(三) 和解

鑑定作業中に当事者が和解(conciliation)によって紛争を終了させることに合意するときは、鑑定人は自己の任

務が対象を失ったことを確認し、遅滞なくそのことを裁判官に報告する（二八一条一項）。裁判官は、当事者の要求により当事者間に成立した合意を表示した証書に執行力（force exécutoire）を付与することができる（同条二項）。しかし、鑑定人には、当事者に和解を勧誘する権限はない⁽⁶⁾（二四〇条参照）。当事者を和解させることは、裁判官の任務に含まれる（二二一条）。

(1) 新民訴訟法二七五条は、同法二六八条にみられる文書では足りないという場合に対処するための規定である（前掲・注釈フランス新民訴訟法典一九七頁）。フランスの新民訴訟法のいう文書概念はかなり広義に用いられ、通説ではカセットテープ、磁気テープ、ビデオ、設計図など、必ずしも文字による思想を内容としないものも含むとされる。実際の鑑定実務においては、検証物にあたる洋服生地、意匠にかかわる見本品、特許侵害品などの鑑定人への提出も求めるし、現場の検証も行う（木川統一郎・生田美弥子「ドイツ・フランスの民事鑑定から学ぶ」判例タイムス八四一号一〇頁）。

(2) なお、文書提出命令と他の証拠調を別の手続として構成するフランスの新民訴訟法では、鑑定の規定として定められた文書の提出命令は、同法一四二条に定められる文書提出命令とは一応分けて考え、鑑定という証拠調の一環であるとされる。例えば、文書提出命令はあくまで当事者の請求を待って出されるのに対し、証拠調は職権によっても開始することができる（一四三条）。よって、裁判官は、鑑定手続を遂行するため、必要であると考えた場合は、当事者からの請求を待つことなく文書の提出を命ずることができる。これは、同法一四二条の文書提出命令の存在とはかわりがないと考えられている（以上、木川生田・前掲一頁）。

(3) 「当事者は、裁判官が懈怠または拒絶からすべての結論を引き出すという留保つきで、証拠調べに協力しなければならない」（二一条）。

(4) 鑑定の過程で鑑定人の能力を超える技術的な問題に直面し、その問題の解決が彼の任務の遂行に不可欠である場合には、第二の鑑定を避けるために他の技術者に補佐してもらうことができる。なお、他の技術者の意見を求めるについて、鑑定人は裁判官の事前の許可を得ることを要求されてはいないが（Civ. 3^e, 23 oct. 1984 J. C. P. 1985. IV. 5; Bull. civ. III, n^o 172）、それを必要とする理由は、裁判官に明示されることが望ましいとされる（T. Moussa, op. cit., p. 387）。

(5) T. Moussa, op. cit., p. 242）。

(6) しかし、「裁判官は、当事者を和解させる任務を技術者に付与することはできない」（二四〇条）とする規定は、鑑定人の主導によるフランスの民事事件における鑑定について

らないで(一二七条参照)当事者間に成立した和解による合意を無効にする効果はない(Civ. 2^e. 21 mars 1979. Bull. II, n^o 91, P. 64)。従って、鑑定人が和解の可能性をデッサンすることに気を配り、和解への達成に助力することは、何ら妨げられるものではない。

なお、新民訴法二八一条の規定は、当事者が遷延的な方法として和解を利用するときは、手続の遅延の原因となる可能性がある。実際、合意に達するための期間についての規定が置かれずまま、鑑定が和解によって中断されている(S. Guinchard, Droit et pratique de la procédure civile, p. 801)。

四 鑑定と対審の原則

(一) 意義

(1) 対審の原則は、新民訴法一六条一項によって「裁判官は、あらゆる場合において、対審の原則を遵守させ、また自ら遵守しなければならない」と定められているように、民事手続きの石柱といわれている⁽¹⁾。対審の原則は、当事者にとって必要不可欠なものであり、この原則によって当事者は、攻撃、防御の方法を自由に提出し、また提出された文書、供述された証言を知りかつ争うことができ、そして証人尋問または鑑定のような証拠調べ手続に立ち合うことができるのである⁽²⁾。

(2) 対審の原則を鑑定に適用すると、それは、鑑定が当事者の出席の下で行われ、または当事者が適式に召喚されること、および当事者が鑑定作業のあらゆる過程において鑑定人の意見が依拠する資料のすべてを予じめ伝達されまたは知らされ、それらの資料を検討することができるようになった後で鑑定人の意見を問題にすること、の二つを意味する⁽³⁾。何故なら、「対審的でなければならぬ」ということ、それは、ただ単に鑑定人の結論について討議することではない。それは、鑑定作業それ自体が対審的でなければならぬ」ということを意味する⁽⁴⁾。さらに、鑑定が命じられた訴訟手続

において当事者として関与したことが必要である。⁽⁵⁾

(3) かくして、対審の原則を尊重することは、裁判官に対すると同様、鑑定人に対しても要求される義務であり、その義務の不履行は、鑑定を無効とし、または対抗し得ないものとされる。⁽⁶⁾ 従って、鑑定人は、その鑑定作業のすべてが対審的性格を帯びていること、すなわち、(i)当事者または代理人が鑑定に出席することが保証されていること (ii)鑑定人に提出され、または鑑定人が手に入れたあらゆる文書および情報が当事者に伝達されていること (iii)鑑定人が当事者の意見または要求を考慮に入れていること、に絶えず注意を払わなければならない。⁽⁷⁾ ただし、離婚事件に関する民法二八七―二条および新民訴訟法一〇七八条に定められる家庭環境調査⁽⁸⁾ (enquête sociale) は、新民訴訟法二二二条にいうところの技術者によって実施される証拠調と同一視することはできない。従って、調査員 (enquêteur) は、対審の原則によって鑑定人に課せられる義務を尊重する必要はない (例えば、ある者から情報を得てもその者の身分を開示する義務はない⁽⁹⁾)。しかし、調査の実施中に対審の原則が適用されなくても、調査の結果については対審の原則が十分に尊重されなければならない。すなわち、調査の結果は当事者の討議に付せられなければならない。⁽¹⁰⁾

(二) 当事者の出席または代理

(1) 鑑定は、当事者が出席しまたは代理され、あるいは適式に呼び出されない限り当事者に対抗することはできない。この原則に従って⁽¹¹⁾、委託された鑑定人は、その任務を実施するためには、一定の方式によって当事者を召喚し、かつ当事者の弁護士へ通知しなければならない (一六〇条参照)。そして、当事者、参考人あるいは助言者 (counsel) 弁護士または技術者など) によって提出された説明が余計なもの、不必要なものであり、何の解明をももたらさないと判断することによって、鑑定人は、この原則を免かれることはできない。⁽¹²⁾

(2) 召喚は、鑑定人自身によってなされなければならないが、鑑定人の協力者のうちの一人によって鑑定人の名においてなされる召喚も、対審の原則に反しない⁽¹³⁾。いずれにしても、当事者および当事者の助言者または代理人は、最初の会合 (reunion) ばかりでなく、原則として以後のすべての会合にも⁽¹⁴⁾ (たとえば、それが技術的な確認の方式で行われようとも)⁽¹⁵⁾ 召喚されなければならない。鑑定人による対審の原則の不遵守の場合には、鑑定人に対して民事責任が課せられる⁽¹⁶⁾。しかし、鑑定人には、当事者の技術顧問 (counsellors techniques) を召喚する義務はない⁽¹⁷⁾。

(3) 適式に召喚された当事者が自らの行為により鑑定作業に立ち合わなかった場合には、鑑定作業を対審的でない⁽¹⁸⁾とみなすことはできない。たとえば、当事者が鑑定作業に代理してもらおうことが困難であったとしても同じことである⁽¹⁹⁾。また、当事者が住所を変更したことを鑑定人に知らせなかったために、鑑定人が会合を開くことができなかった場合には、鑑定人が実際の住所を知らなかった場合に限り、裁判官は鑑定を適式なものと認めることができる⁽²⁰⁾。しかし、鑑定人が住所の表示を誤ったために召喚状が当事者に送達されなかった場合は、利害関係人が会合または作業の場所および日を知っていたことが証明されない限り、当事者の欠席において開かれた会合または実施された作業は、当事者に対抗することができない⁽²¹⁾。いずれにしても、召喚における誤りから生じる不適式性は、当事者のすべてに対する新たな召喚と当事者欠席のままに実施された作業の全体的なやり直しによってカバーされる⁽²²⁾。

(4) 召喚された当事者は、本人自ら鑑定の実施に同行することができ、かつ弁護士または代訴士、その他各裁判所における特別規定に従って当事者を代理しまたは補佐する資格を認められた者⁽²³⁾、あるいは技術顧問によって補佐してもらうことができる⁽²⁴⁾ (一六一条一項参照)。当事者はまた、鑑定がその本人尋問 (audition personnelle) を含まない場合には、鑑定に立ち合いませんることができ (同条二項参照)、その時には、代理してもらおうことができる⁽²⁵⁾。ただし、これは、鑑定人が本人尋問を必要でないと判断する場合に限られ、その場合には、鑑定人はそのことを召喚状に明記し

なければならぬ⁽²⁶⁾。鑑定を命じた裁判所において当事者を代理し、または補佐する者は、どのような場所であろうと、その実施に同行し、たとえ、当事者の欠席においても、その実施に関して意見（書）を提出し、かつ要求を提出することができ（一六二条参照）。

(5) 召喚に関して対審の原則が満たされた後は、鑑定人は当事者またはその代理人の立合いにおいて鑑定作業を行わなければならないが、この立合いは常に要求されるわけではない。例えば、当事者は、技術的な確認について当事者の立ち合いなしに行われることに同意することができる⁽²⁷⁾。この場合には、当事者または代理人の立ち合いなしに、鑑定⁽²⁸⁾の対審的性格を侵害することなく、鑑定作業を遂行することができる。

(6) 鑑定の本来的性格からして当事者の関与が許されないような学術的な研究を実施するために（例えば、医事鑑定⁽²⁹⁾）、あるいは当事者が鑑定を歪めるような予防的措置を講ずることを阻止するために（例えば、工場の騒音調査⁽²⁹⁾）、あるいは純粹に物的な性格を有する調査を行うために（例えば、不動産の測量⁽³⁰⁾）、あるいは土地台帳を調べるなどのため⁽³¹⁾には、当事者の立ち合いなしに鑑定作業を行うことができる。また、鑑定人が参考人の陳述を当事者に伝達することを条件にして参考人を審問するために⁽³²⁾、あるいは二回目の調査が一回目の鑑定の過程において行われた調査の継続にすぎないときに補完的な任務を実施するために⁽³³⁾、あるいはその補完的な任務の遂行が一回目の鑑定⁽³⁴⁾のときに収集された情報資料の使用を必要とするにすぎない場合には⁽³⁴⁾、同じく、鑑定人は当事者の立ち合いなくして作業を行うことができる。最後に、鑑定人は、当事者を審問した後、とりわけ遠隔地を理由に、当事者に鑑定人の結論を知らせかつ作業の結果を討議できるようにすることを条件として、当事者の立ち合いなしに作業を行うことができる⁽³⁵⁾。また、鑑定人は、例外的に、当事者の一方から他方に各々の意見を伝達することを条件として、当事者を分離して尋問することができる⁽³⁶⁾。鑑定人は、他の技術者の意見を取り入れることができるが（二七八条）、その場合、技術者は、当事者の立合いが不可欠である場

合（例えば、健康診断）を除いて、当事者を召喚し、または当事者の立合いにおいて作業を行う必要はない。⁽³⁷⁾ いずれにしても、このようにして得られた他の技術者の意見は、当事者が討議することができるように、鑑定人によって当事者に知らされ、かつ報告書に添付されなければならない。⁽³⁸⁾（二八二条三項）。

（三） 文書または情報の伝達

（1） 鑑定人は、対審の原則を尊重するためにその意見書中に引用するあらゆる文書または情報を当事者に伝達⁽³⁹⁾し、かつその出所（source）をかならず開示しなければならない。伝達は、原本、その写し、その写真複写などの送付によって行われる。

（2） 伝達されるべき文書は、自発的に、または鑑定人の要求によって、あるいは裁判官の命令に基づいて当事者から鑑定人に提出される文書である（二七五条）。当事者から提出されたすべての文書（piece）は、厳密な意味での文書（document）であれ、あるいは当事者またはその代理人によって作成されかつ署名された意見書または要求書であれ（二七六条参照）、すべての相手方に伝達されなければならない。⁽⁴⁰⁾ 実務では、伝達は、文書を所持する当事者または意見書あるいは要求書を提出する当事者（二七六条参照）によって行われる。鑑定人は、対審の原則を尊重するために、当事者の一方から鑑定人に提出された係争事実に関する文書が相手方に伝達されたことを確認⁽⁴¹⁾し、もし伝達がない場合には鑑定人自ら伝達をしなければならない。⁽⁴²⁾ また、第三者から提出される文書（二四三条参照）またはすべての者から鑑定人によって取得される情報（二四二条参照）についても伝達されなければならない。最後に、鑑定人は、報告書の写しを当事者の各々に直接送付または交付しなければならない。⁽⁴³⁾（一七三条参照）。

(四) 当事者の意見または要求についての考慮

(1) 鑑定人は、当事者の意見または要求を考慮しなければならない(二七六条)。そのために、当事者の召喚、出席または代理、および文書の伝達が行われなければならない。

(2) 鑑定人は、要するに、鑑定報告が無効とされたりまたは当事者に対抗し得ないものと宣言されたりしないために、すべての鑑定作業について対審の原則が保証されかつ尊重されたことをその報告書に記載しなければならない。⁽⁴⁴⁾

また、対審の原則の不遵守を証明する責任は、それを主張する当事者側にあることが報告書に明記される。⁽⁴⁵⁾ さらに、鑑定人は、報告書を提出する前に、最後の会合に当事者を召喚し、当事者の意見を集め、かつそれに回答するようにすることが望しいとされる。⁽⁴⁶⁾

(1) 対審の原則については、前掲・注釈フランス新民事訴訟法典五二頁以下、徳田和幸「フランス民事訴訟における防禦権と法適用」民事訴訟雑誌二六号三一頁以下、北村一郎「判事は対審の原理をみずから遵守しなければならない」判例タイムズ四三五号六六頁以下、山本和彦「民事訴訟における法律問題に関する審理構造(1)」法学協会雑誌一〇六卷四号五三〇頁以下、ロジェ・ペロ(北村一郎訳)「対審の原理と判事による法的攻撃防禦方法の職権摘示」ジュリスト九二九号九九頁以下参照。

(2) J. Vincent, S. Guinchard. op. cit., p. 432.

(3) 鑑定は、一つの訴訟手続のなかで事実審理の重要な一環として、当事者が費用を負担して挿入される《鑑定人面前手続》として現象するのであり、それは、それ自体、対審の原理が適用されるミニ訴訟手続なのである(北村・前掲「フランス民事訴訟における鑑定人の役割(一)六頁」。鑑定の対審的手続は、多くの判例によって絶えず明確にされてきた(Civ., 11 décembre 1883, D. P. 1889-1-423; 18 février 1907, D. P. 1907-1-136; 3 février 1925, D. P. 1925-1-113; Civ. 2^e, 9 janvier 1958, D. 1958-292; 14 décembre 1964, D. 1965-80; Civ. 2^e, 21 janvier 1966, Bull. II, n° 96, p. 70)。

(4) R. Perrot, Rev. trim. dr. civ. 1978, 731, obs. sous Civ. 3^e, 15 nov. 1977.

(5) ある者が最初の訴訟手続のときに第三者として(例えば、技術顧問としての建築技師)、あるいは参考人としてまたは間接的にフランスの民事事件における鑑定について

(例えば、保険会社の一員、つまり、保険業者)鑑定作業に立ち合った者が、後日、第二の訴訟手続において当事者となる場合には、新たな鑑定を命じる必要はなく、場合によっては、討議するために鑑定報告を彼らに伝達すれば足るとしたが (Civ. 3^e, 23 nov. 1988, Civ. 2^e, 1^{er} mars 1989, Gaz. Pal. 1990 Somm. 5, obs. Guinchard et Moussa) 今日では、鑑定報告が当事者に対抗できるためには、利害関係人が当事者として鑑定作業に立ち合ったことが必要であるとされる (Civ. 3^e, 9 juin 1993, J. C. P. 1993, IV, 2018)。

- (9) T. Moussa, op. cit., p. 74. 鑑定の対審的性格は本質的なものであり、それを欠くときは鑑定は無効とされる (Civ. 1^{re}, 8 juin 1982, Bull. I, n° 219, p. 188, Rev. trim. dr. civ. 1983, p. 294, obs. R. Perrot)。

なお、パリでは、一九九七年に、「パリ控訴院管内鑑定人継続研修センター」が設立され、鑑定人名簿登載者に対する研修が実施されており、そこでは、とりわけ対審の原則の遵守がいかに重要であり、その遵守のために現実にどう対処すべきかについて、力を注いだ説明がなされている (徳田園子・前掲判例タイムス一〇一〇号四五頁)。

- (7) T. Moussa, op. cit., p. 74~75.

- (8) 前掲・フランス法律用語辞典一二九頁。

- (9) T. Moussa, op. cit., p. 75.

- (10) この義務の遵守が対審の原則を満たし、かつヨーロッパ人権条約六条によって明確にされた人権の尊重をも満たすことになる (T. Moussa, op. cit., p. 75)° Civ. 2^e, 28 mai 1984, J. C. P. 1984, IV, 252; Gaz. Pal. 1985, J. 500; Civ. 1^{re}, 5 mai 1987, D. 1987, I, R. 125; J. C. P. 1987, IV, 233; Gaz. Pal. 8-9 juill. 1987, Somm.

- (11) この原則は、破毀院によって何度も繰り返し返されかつ要請されてきた。最近のものとしては、Civ. 3^e, 26 mai 1983, J. C. P. 1983, IV, 242. が挙げられる。

ただし、鑑定人は、付随的な作業については当事者を召喚することなしに行うことができる。例えば、当事者と現場に赴いた後に土地台帳を調べるために役所に行くようなときである (Civ. 3. 3 déc. 1975, D. 1976, Inf. rap. 48; Gaz. Pal. 1975, I, Somm, 21)。しかし、付随的な作業と主要な作業とのはっきりした区別の基準を見い出すことは困難であり、学説のあるものは、第一回の会合のときに鑑定人によって行われた評価または予測に重大な変更をもたらすおそれのある、または紛争の解決に重要な要素を伴うすべての作業を《重要なまたは主要な》ものとみなすことを提案する (Mélenec et Sicard, 《Le caractère contradictoire de l'expertise civile en matière médicale》, Gaz. Pal. 1975, I, Doctr. 377.)

- (12) Civ. 1^{re}, 21 juin 1976, Gaz. Pal. 1976, 2, Somm. 276.

- (13) Com. 26 févr. 1980, J. C. P. 1980, IV, p. 184.

- (14) Com. 23 mai 1977, J. C. P. 1977, IV, p. 186; Paris 19 oct. 1976, Gaz. Pal. 23 juin 1977, Somm; Civ. 1^{re}, 9 juin 1982, Bull. I, n°

219, p. 188; J. C. P. 1982. IV. 297; Rev. trim. dr. civ. 1983, 194, obs. Perrot. 最初の会合は、普通、鑑定人事務所で開かれ、原則として、情報収集的な性格を有し、必要があればその後、数回の会合が開かれる。なお、最初の会合で十分であると判断するときでも、鑑定人は、報告書の提出前、調査終了後、および結論に達した後には、再度、会合を開くことが得策であるとする (T. Moussa, op. cit., p. 360)。

- (15) Civ. 3^e, 15 mai 1984, Gaz. Pal., 1984, Pan. 296.
- (16) T. G. I. Nanten, 6 mars 1985, Gaz. Pal. 1985, J. 303, note Caratini. さらに、鑑定作業の全部にわたり対審を尊重しないという鑑定人についての行為は、重大な職務上の過失を構成し、懲戒処分の対象とされる (Civ. 1^{re} juin 1999, D. 1999 Inf. Rap. 192)。
- (17) T. Moussa, op. cit., p. 76. 技術顧問とは、訴訟法上の概念ではないが、当事者の一方の側に立ち、専門家としてアドバイスを報酬を得る仕事とであり、新民訴訟一六一条、一六二条の補佐人に該当する (前掲「フランスにおける民事訴訟の運営」一七八頁)。
- (18) Civ. 1^{re}, 28 mai 1975, J. C. P. 1975. IV. 231 et Com. 26 févr. 1980, J. C. P. 1980. IV. 184, Com. 26 janv. 1982, J. C. P. 1982. IV, p. 132.
- (19) Paris, 7^e ch. B, 30 mars 1984, Gaz. Pal. 4-5 mai 1984, Somm.
- (20) Civ. 3^e, 17 mai 1972, Bull. civ. 1972. III, p. 225.
- (21) Civ. 2^e, 28 oct. 1975, D. 1976. IR. 8.
- (22) Civ. 3^e, 7 nov. 1972, Bull. civ. 1972. III, n^o 581, p. 427. および新民訴訟一七七条。
- (23) 例えば、新民訴訟七五一条 (大審裁判所)、同法典八二七条・八二八条 (小審裁判所) など。
- (24) この場合の補佐人は、弁護士などに限られないようであり、例えば、医学鑑定事件であれば、当事者は主治医または他の開業医とともに出頭することができるし、また、損害の鑑定であれば当事者は建築技師などに補佐してもらうことができる (前掲・注釈フランス新民訴訟法典一五八頁〜一五九頁)。
- (25) T. Moussa, op. cit., p. 76. なお、保険会社は、鑑定において保険契約者によって代理されるとは考えられない。つまり、鑑定が保険会社にとって共通に行われず、また、保険会社がその批判を鑑定人に述べかつ鑑定人がその供述に対して答えるよう仕向けられる状態に置かれなかった以上、鑑定は保険会社に対抗することはできない (Civ. 3^e, 19 juin 1984, J. C. P. 1984. IV.)。
- (26) T. Moussa, op. cit., p. 76.
- (27) Civ. 3^e, 21 dec. 1982, J. C. P. 1983. IV 79.
- (28) Paris, 27 avr. 1959, Gaz. Pal. 1959. 2. 30. しかし、慣例により相手方当事者の申立てに基づいて実施される鑑定に当事者の相談医が相容れないと許される (L. Melennec et J. Sicard, op. cit., p. 376)。

フランスの民事事件における鑑定について

- (23) Civ. 3^e, 14 mars 1978, J. C. P. 1978. IV, p. 160, Civ. 3^e, 14 mars 1978, Bull. civ. III. n° 117, p. 91 ; Rev. trim. dr. civ. 1978. 731, obs. Perrot.
- (30) Civ. 2^e, 18 juin 1986, Gaz. Pal. 1987, Somm. ann., obs. S. Guinchard et T. Moussa ; Civ. 2^e, 18 juin 1986, Bull. civ. II. n° 94, p. 64.
- (31) Civ. 3^e, 3 déc. 1975, Gaz. Pal. 1976. I Somm. 21.
- (32) Civ. 3^e, 1^{er} oct. 1975, Bull. civ. III. p. 205 et 15 janv. 1976, Bull. civ. III, p. 14.
- (33) Civ. 3^e, 14 oct. 1975, J. C. P. 1975, IV, p. 354 ; Civ. 2^e, 11 juin 1981, Gaz. Pal. 1981. 2. 733, note J. Viatte.
- (34) Civ. 2^e, 6 févr. 1980, Bull. civ. II. n° 26, p. 19 ; Civ. 2^e, 6 févr. 1980, D. 1981. I. R. 216, obs. P. Julien.
- (35) Civ. 2^e, 15 janv. 1975, J. C. P. 1975. IV. 69 et Civ. 3^e, 15 janv. 1976, J. C. P. 1976. IV. 78
- (36) Civ. 1^{re}, 20 juin 1979, Bull. civ. I. n° 190, p. 152 ; Civ. 1^{re}, 20 juin 1979, J. C. P. 1979. IV, p. 288.
- (37) T. Moussa, op. cit., p. 78. Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 1995, Bull. inf. C. cass. 1966, n° 104.
- (38) T. Moussa, op. cit., p. 78.
- (39) Paris, 2 févr. 1962, D. 1963. 280, note Max Le Roy. 文書または情報の伝達に関して、最近、鑑定報告の基礎となる資料のすべてを当事者に伝達する鑑定人の義務と、医療鑑定における医療の秘密という対立する関係について興味深い破毀院判決がある (Civ. 1^{re}, 8 déc. 1987, Bull. civ. I. n° 337, p. 242. Rapport de la cour de cassation 1988)。
- これは、保険に関する紛争のために、故人が冒された病気の調査を目的とする鑑定が命じられ、鑑定人は、故人が病気の治療を受けていた公立医療センターから医療記録を入手した。しかし、故人の相続人は、鑑定人が病気の医療記録の資料を相続人に伝達しなかったという事実を理由として、鑑定の無効を主張した。これに対して、破毀院は、たとえ、病人の被扶養者に対してさえも医療上の秘密に関しては、つねにかなり厳格な考え方を有している。すなわち、病人の被扶養者は、病人の医療記録によって明らかにされる病人の私的な秘密のすべてを知る必要はないという (例えば、Civ. 13 octobre 1970, Bull. n° 258, p. 212)。しかし、鑑定に関しては、対審の原則を考慮しなければならない。一二月八日の判決によって民事第一部は「病人自身と同様、その相続人も病院の医療記録を直接伝達されることはできない。しかし、彼らは、鑑定作業の過程で、医療文書の内容を知ることができる医師を指名することができるとした。」
- (40) Civ. 2^e, 17 janv. 1985, J. C. P. 1985. IV. 120.
- (41) T. Moussa, op. cit., p. 79.
- (42) T. Moussa, op. cit., p. 79.

- (43) このコピーの送付等は、当事者自身ではなく、その助言者に対しても有効になすことができる (T. Moussa, op. cit., p. 79)。
- (44) T. Moussa, op. cit., p. 80.
- (45) T. Moussa, op. cit., p. 80.
- (46) T. Moussa, op. cit., p. 80.

五 鑑定人の意見

(一) 鑑定人の意見陳述

(1) 鑑定が簡単であるために報告を書面によって作成する必要がない場合には、裁判官は、鑑定人が弁論期日において口頭によりその意見を述べることを許可することができ、その場合には調書が作成される(二八二条)。ただし、事件が終審として裁判される場合には、調書の作成は、判決中になされる単なる記載をもって足りる(同条)。これに対して、事件が控訴の対象となり得る場合には調書が作成される。しかし、鑑定人が口頭で意見を述べることを許可されることは、例外的なことであり、⁽¹⁾大抵の場合は、鑑定人は意見を詳述した報告書を作成し、それを裁判所書記課に提出しなければならぬ⁽²⁾(同条二項)。報告書の作成については、⁽³⁾法律には何らの特別な形式は定められてはいないが、一般的には、報告書は二つの主要な部分から構成されている。すなわち、記述的な部分と本質的な部分がそれである。

(イ) 記述的な部分 この最初の部分は、主として鑑定の適式性、およびなかでもその対審的性格の尊重を裁判官が確認することを可能にするためのものである。この部分では、鑑定人は、鑑定人および当事者ならびに弁護人の氏名および住所、鑑定を命じる裁判、そしてその任務のすべてを記載する。その後、遂行された作業をできる限り完全な形で記述する。すなわち、鑑定人の承諾の日、当事者および弁護人の召喚の日、召喚の方式、集会の日時および場所、召喚された者の出席および欠席の通知、第三者の参加、鑑定人に提出された資料の列挙、当事者の供述および鑑定人の行

った調査のすべての開示である。この最初の部分では、鑑定人は、事実を討議することなくかつ意見をさし挟むことなく、事実を正確に、客観的に記載することにとどめなければならない。鑑定人は、またこの部分を当事者または弁護人の出席において作成することができる。この部分に記載されている叙述は、鑑定作業の進展に関する確認のすべてが、鑑定人によって自ら行われ、かつ鑑定人の任務の枠内にあるという条件の下で、公署証書偽造の申立てのときまで、証拠となるから、非常に強い証拠力を有する⁽⁴⁾（鑑定報告は、公務の実施によって作成される以上、公署証書である）。

(ロ) 本質的な部分 この部分は、裁判官によって提起される問題に対する回答を含むところから、報告の本質的な部分を成す。鑑定人は、この中で彼の意見を提出するが、その前提として、裁判官が確信を得、かつ当事者が意見を提出できるために、理由を示さなければならない。そうでなければ、鑑定は無効とされる虞れがあり、または鑑定人は補充的な説明を提出するために、呼び出されることがある（二八三条参照）。従って、鑑定人は、鑑定の過程で収集した資料のすべてを完全かつ客観的な討議に付し、当事者の供述に答え、妥当とおもわれる仮説のすべてに言及しなければならない。そして、確かな、反論の余地のない意見、あるいは反対に、ニュアンスのある意見を述べるに至った理由を明確に説明しなければならない。論理構成は、鑑定人が知っているとみなされる現在の科学的資料または情報を考慮して展開され、そして法的関係（*ordre juridique*. 二三八条三項参照）のすべての評価を除いた結論に到達しなければならない。その結論の総和が探し求められている意見（*avis*）を作り上げる。

その意見は、裁判官によって提起された問題のすべてに明瞭な回答を提示しなければならない。そして、ある回答が明確でない場合には、その理由が述べられなければならない。鑑定人は、適法に収集され、かつ調査すべき問題について説明をもたらした情報のすべてを報告書（意見書）の中で知らせなければならない（二四四条一項、三項参照）。つまり、鑑定人は、その情報の出所を開示しなければならない⁽⁵⁾。鑑定人がその任務に際して知り得たその他の情報は、い

かなる場合であろうと開示されてはならない（同条二項）。それに違反する場合には、鑑定人は、民事責任ばかりでなく、刑事責任をも負わされることになる。

数人の鑑定人が委託された場合であっても、報告書は一通だけが作成され、意見に相違のある場合には、各鑑定人は、理由を付して各自の見解（*opinion*）を表示する⁽⁶⁾（二八二条二項）。

(イ) 日付および署名 鑑定人は、報告書に日付を書き入れ、かつ署名をしなければならぬ。署名は、主要な形式的要件であり、それを欠くときは、遅滞なく補正されない限り、鑑定は無効とされる。この署名によって、報告書に公署証書の性格が付与される。数人の鑑定人がいる場合には、各鑑定人の署名が必要となる。しかし、二人の鑑定人によって作成された報告書が一人の鑑定人のみによって署名された場合には、二人の鑑定人が協力し、かつ彼らの意見が同一であることが明らかであるときは、二人のうちの一人の署名が欠落していても、鑑定は無効をもたらさない⁽⁷⁾。これに対して、意見に相違がある場合には、各鑑定人が署名をしなければ、鑑定は無効となる。

(ロ) 添付書類 鑑定人は、彼の結論を支持し、それを明らかにし、あるいは完全なものにするための種々の資料を報告書に添付しなければならない。すなわち、写真、放射線透過写真、当事者によって提出された書類の写し、図面、取引明細書、録音・録画されたもの、フィルムなどである。

(2) 鑑定人が自己の専門分野とは別の分野において他の技術者の意見を取り入れた場合には（二七八条）、その意見は、場合に依りて、弁論期日に作成される調書、あるいは裁判所書記課に提出される報告書に添付される（同条三項）。裁判官は、報告書において十分な説明を見出すことができない場合には、鑑定人から口頭による補足的な説明を得るために、当事者を出席させまたは呼び出した後で、鑑定人を弁論期日に召喚し、審問することができる（二八三条。なお、すべての技術者に共通する規定として二四五条一項参照）。

(3) 裁判官は、鑑定人の意見に何ら拘束されることなく、自由にその意見を採用し、または排斥することができる⁽⁸⁾（二四六参照）。鑑定人は、法的関係についての評価を加えてはならない⁽⁹⁾（二三八条三項および二三二条参照）。従って、鑑定人は、事故または災害に関する責任を探索する任務を引き受けることはできない⁽¹⁰⁾。また、裁判官は、鑑定人に対して、土地の所有権に関して意見を述べ、⁽¹¹⁾あるいは契約などの有効性⁽¹²⁾またはその呼称⁽¹³⁾（性質）、⁽¹⁴⁾解釈に関して意見を示すよう求めることはできない。しかしその任務が分譲地に適用し得る規制について問い合わせることを、建築および都市計画の法律問題のスペシャリストである鑑定人に託するときは、やむを得なければ、単なる事実の探求であると認めることができる⁽¹⁵⁾。従って、事実の確認と法的関係の評価の区別は、時として微妙な問題を含んでいる。しかし、この点に関しては、判例によれば、この義務の不遵守を無効とする規定は何もないとされるところから、新民訴訟法二三八条二項は、結局、訓示規定にとどまることになる⁽¹⁶⁾。

(4) 鑑定人の意見は、その公表が私生活の内部またはその他のすべての正当な利益に侵害をもたらすときには、裁判官の許可に基づくか、あるいは利害関係を有する当事者の同意をとまなう場合でない限り、訴訟手続外で使用することはできない（二四七条参照）。

(5) 前訴において作成された鑑定報告を後訴において使用することは、原則としてできないが、対審の原則が尊重されている場合には、その例外が認められる。したがって、同一当事者間における別訴においては、前訴の鑑定報告は、当事者のすべてが対審的に討議することができるように、当事者のすべてに鑑定報告が伝達されていることを条件にして、裁判の資料として裁判官に提出することができる⁽¹⁷⁾。

(二) 鑑定人の報酬

(1) 鑑定人は、その任務を完了したときは、行われた任務の期間報酬⁽¹⁸⁾ (vacations) および支出した費用の計算書を裁判官に提出する⁽¹⁹⁾。裁判官は、報告書が提出されたときは直ちに、とりわけ、遂行された勤勉さ (diligences)、付与された期間の遵守、そしてなされた仕事の質を考慮して、鑑定人の報酬を定める (二八四条一項)。裁判官は、書記課に供託されている金銭 (二六九条および二七〇条) を、支払われるべき限度まで交付してもらうことを鑑定人に許可する⁽²⁰⁾ (同条二項)。鑑定人は、いかなる形であるにせよ、裁判官の裁判に基づかなければ、たとえ立替金の償還としてであっても、報酬を当事者から直接受け取ることは禁止される (二四八条参照)。供託された金銭が鑑定人に支払われるべき金銭よりも多いときは、その残余金は供託をした当事者に返還される (二八四条二項)。これに対して、鑑定人に支払われる金銭が供託された金銭を超えるときは、裁判官は補充的な金銭の支払いを命じることになる (同条同項)。必要な場合には、鑑定人は、自己に支払われるべき金額を取り立てるために、裁判官から執行名義を交付してもらうことができる (同条四項)。しかし、裁判官は、鑑定人の報酬を請求された金額よりも低い金額に定めるときには、事前に、鑑定人に意見を提出するよう促さなければならない (同条三項)。鑑定人の報酬は、訴訟費用に含まれるから (六九五条四号参照)、原則として、敗訴当事者の負担とされるが、理由の付された裁判によって、その全部または一部について相手方当事者の負担とすることができる (六九六条参照)。

鑑定人の報酬に関して争いが生じる場合には、確認者および診断者の報酬 (二五五条、二六二条) に関する争いと同様に、控訴院々長に対する特別な不服申立てに服することになる (七二四条一項)。

(三) 訴訟の結果についての照会

鑑定人は、自己の意見を検討して言い渡された判決の写しを送付または交付するよう裁判所書記に対して請求するこ

フランスの民事事件における鑑定について

とができる(二八四―一条)。これによって特に、鑑定人は自己の意見がゆがめられなかったか否かを確認することができる。⁽²¹⁾

- (1) G. Couchez, *Procédure civile*, 11^e édi., p. 289. また、新民訴訟二八二条は、手続の進行を迅速にするために定められたものであるから、非常に簡単な事件においてのみ適用されるにすぎない。従って、非常に複雑な事件において行われる鑑定については、実務上、この規定は死文化している(T. Moussa, op. cit., p. 69.)。
- (2) 通常は、報告書の提出は鑑定作業が終了した後であるが、建築の分野のように鑑定作業が複雑なものになる場合には、作業が一段落した時点で鑑定人が事前報告書(*prerapport*)を提出することが慣行化している(北村・前掲「フランス民事訴訟における鑑定人の役割(二・完)」一八六頁)。Paris, 14^e ch. B, 27 mai 1987, D. 1987. IR. 156は「鑑定人が事前報告書を提出することは、たとえそれが鑑定の使命のなかに明示に予定されていなかったとしても、技術家がそうするための資料を有する以上、新民訴訟法典のいかなる規定も禁止するところではない」としている(北村・前掲「フランス民事訴訟における鑑定人の役割(二・完)」二〇三頁注(113))。
- (3) T. Moussa, op. cit., p. 317~319.
- (4) T. Moussa, op. cit., p. 318. なお、公署証書偽造の申立て(*inscription de faux*)については、前掲・フランス法律用語辞典一六七頁参照、新民訴訟法三〇三条以下)。
- (5) Paris, 2 févr. 1962, D. 1963. 280, note Max Le Roy.
- (6) 不動産の価額の損害に関して、もし三名の鑑定人が相違する意見を有する場合には、彼らの共同の報告書には理由が記載される。ただし、各鑑定人は、いかなる意見(*avis*)をも表示することが許されない(民法一六七九条)。他方、別々のかつ違った報告書が寄託されても、それによって訴訟当事者に対する鑑定人の責任が負わされることはない(Civ. 2^e, 12 oct. 1983, *Gaz. Pal* 1984, *Panor.* 41, note S. Guichard, D. 1984. I. R. 74)。
- (7) Civ. 1^{ère}, 24 juill. 1973, *Bull. civ.* I, p. 224.
- (8) ただし、登記・登録に関するおよび当事者が予じめ鑑定人の結論に服することを約したとき(そのときは、当事者は鑑定人を仲裁人として選ぶことになる)は、鑑定人の意見は裁判所を拘束する(Jean Larguier, Philippe Conte, *Procédure civile*, *Droit judiciaire privé*, 15 édi., p. 148)。また、医学鑑定などでは、裁判官が鑑定人の意見に従わないことは不可能ではないにしても、困

難であらうとつわられてくる (Schmidt, Mesures d'instruction exécutées par un technicien J. Cl., Fas. 660, N. 106. 前掲・ノランヌ
新民事訴訟法典一八七頁〔注〕)。

- (9) しかし、鑑定人がその任務の限界(事実問題の解明)を越えて法的関係についての意見を述べた場合に、裁判官がその意見に合わせることは可能である (Civ. 3^e, 29 mai 1985: JCP 1985. IV. 278)。
- (10) Paris 25 oct. 1953, D. 1953. 688; Civ. 2, 19 déc. 1975, J. C. P. 1974. II. 17790, note Y. Assouline, Rev. trim. dr. civ. 1974. 857, obs. R. Perrot.
- (11) Civ. 21 avr. 1958, J. C. P. 1958. IV. 86; comp. Soc. 10 déc. 1975. Bull. civ. V, n° 602, p. 508.
- (12) Rouen (Ord. prem. prés.) 27. févr. 1979, Gaz. Pal. 1972. 2, Somm. 363, v° Prud'hommes.
- (13) 給油ポンプが賃貸借契約の対象になるのか、または売買契約の対象になるのか、の点について鑑定人に意見を示すよう求めらるることはきならず (Com. 11 mas 1968, Bull. civ. IV, n° 101, p. 88; Grenoble (Ord. prem. prés.) 4 mars 1975, Gaz. Pal. 1975. 2. 776, note Barbier (vente ou échange))
- (14) Civ. 3, 13 nov. 1974, Bull. civ. III, n° 415, p. 317, J. C. P. 1974. IV. 427; Paris 9 nov. 1977, J. C. P. 1978. II. 18842; Civ. 1, 8 janv. 1980, Bull. civ. I, n° 16, p. 13, J. C. P. 1980. IV. 110)°
- (15) Civ. 3, 27 juin 1972, Bull. civ. III, n° 427, p. 310.
- (16) Civ. 2^e, 16 déc. 1985, D. 1986. 419, note Tony Moussa, I. R. 228, obs. Julien.
- (17) 同一当事者間での境界確定訴訟での鑑定報告書を後の不動産返還訴訟において利用することができるとした (Civ. 1er 8 oct 1959, Bull. civ. I, n° 394, p. 328. (北村・前掲「フランス民事訴訟における鑑定人の役割(二・完)」一八九頁、二〇六頁注(126))°
- (18) 前掲・フランス法律用語辞典三〇一頁。
- (19) Pau, 5 oct. 1982, D. 1983. I. R. 153, obs. Julien.
- (20) 確認者の報酬(二五五条)、診断者の報酬(二六二条)に関する規定と同様である。
- (21) J. Vincent, S. Guincharad, op. cit., p. 700. わが国でも「鑑定人にとって鑑定の結果がどのような形で審理に生かされたかを知りたいと思うのは当然である。裁判所側では、一方的に鑑定を依頼するだけでこの点に対する配慮に欠けていたことは否定し難い。そこで鑑定人に対して訴訟の終局結果や鑑定の活用結果を報告する運用を行う」ことが考えられよう(中村・前掲四三頁)°

六 おわりに

フランスにおいては、鑑定人名簿が専門分野別に整備されており、そのため裁判官は、困難を伴わずに鑑定人を選任することができる。鑑定人は、鑑定作業の過程においては、いわば裁判官に準じた立場で、当事者の主張した事実および提出した証拠を整理する作業を行う主宰者的役割を果たしている⁽¹⁾。したがって、フランスの鑑定制度は、単なる技術的情報の参照手段ではなく、歴とした訴訟手続の一環であり、更には、それ自体が一つのミニ訴訟手続であると言われる⁽²⁾。この観点から、訴訟の事実調べに対する判事の関与の度合が、少くとも「事実中心主義」とすら評し得るほど中心的な意味を有する日本の場合と比べると、フランスではそれが大幅に低いことが看取される⁽³⁾。しかも、民事鑑定は八割から九割程度がレフェレにより命じられており、この鑑定を命じるレフェレの手続は、証拠保全的機能を果たしている他に、鑑定作業の過程において、鑑定人の見解が早期に示されるとともに、徹底した対審手続により、相手方の主張内容と手持ちの証拠が明らかになることを通じて、双方が一致点を見出し、鑑定人の報告書の作成をまたずに合意による解決が実現することが相当多い⁽⁴⁾。また、民事鑑定がレフェレにより命じられた後に本案訴訟が提起されるに至るの(5)は数割程度にとどまるように、鑑定レフェレの制度が紛争の迅速適正な解決手段として重要な機能を果たしている。

わが国においても、現在の証拠保全の規定を拡充するなどして、フランスの鑑定レフェレのような起訴前鑑定手続を導入すれば、早期の段階で公正・中立な専門家の判断が得られることを手がかりとして、本案訴訟提起に至らずに解決していく紛争も少なからずあるのではないかと思われる⁽⁶⁾。また、専門訴訟において迅速かつ的確な争点整理を行うためには、争点整理段階から専門家の協力を得ながら手続を進めることが有効な手段であると考えられ、例えば、建築関係訴訟では、この方法による鑑定の早期採用が行われている例があり、この場合において鑑定人は審理に必要な証拠資料

を指摘するなどして、争点整理を迅速かつ的確に行うことができる、⁽⁷⁾ いう評価を得ている。いずれにしても、裁判所が、真に鑑定人にふさわしく、かつ、裁判所の鑑定依頼を受諾する意思を有している者を登載するなど、鑑定人名簿を作成し、さらにこれを定期的に更新していく、などの体制作りが急務であると思われる。⁽⁸⁾

司法制度改革審議の中間報告（平成一二年一月二〇日）の中でも「専門的知見を要する訴訟の充実・迅速化を図るには、まず裁判官に対する専門的知見の提供のための伝統的制度である鑑定の活用が不可欠であるが、実務上その事件に適切な鑑定人を見だし、鑑定を引き受けてもらうことが困難」であるから、「裁判所において、鑑定人の名簿を組織的に整備することに加え、専門家団体との継続的な連携を図るなど、鑑定人推薦のためのシステムを強化する方策をとる」べきであるとの提言がなされているが、同感である。⁽⁹⁾

- (1) 徳田園恵「鑑定の活用をめぐる問題について―フランスの实情と比較して」判例タイムズ一〇一〇号四六頁。
- (2) 北村・前掲「フランス民事訴訟における鑑定人の役割（二・完）」一九五頁。
- (3) 北村・前掲「フランス民事訴訟における鑑定人の役割（二・完）」一九五頁。
- (4) 徳田・前掲四四頁。
- (5) 徳田・前掲四四頁。
- (6) 前田順司・高橋謙・中村也寸志・近藤昌昭・徳田園恵「専門的知見を必要とする民事訴訟の運営」判例タイムズ一〇一八号一九頁。

(7) 前田他・前掲一一頁、一二頁。

(8) 前田他・前掲一八頁。

(9) 前掲・中間報告二八頁。なお、「21世紀の司法制度を考える―司法制度改革に関する裁判所の基本的な考え方―」（裁判所時報第一二六〇号九〇頁）も、裁判に専門家の知識を反映させる必要性を説き、現状では、鑑定人を得ることは難しく、また、適切な専門家の協力を得ることも困難であるところから、このような状況を改善するための制度整備が必要であると主張している。