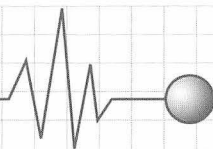


●解説 — 鑑定過誤訴訟



鑑定医が不当な鑑定を行ったと主張された「鑑定過誤」訴訟についての解説

関谷・宗像法律事務所 弁護士

宗像 雄

(被控訴人訴訟代理人弁護士)



1 はじめに(問題の所在)

いわゆる『医療過誤』に限らず、裁判所が事件について判断をするに当たって医学的知見が必要となる場合がある。この場合に鑑定が行われる。

裁判所は、第三者(鑑定人)に対し、医学的知見(具体的には、知見に属する経験則、知見を用いて得た事実の存否に関する判断)の提出を囑託する。これを受けて、当該第三者は囑託にかかる医学的知見を提出する。これが鑑定である。

他方、医師の本来の仕事は、診療と研究である。鑑定人となって鑑定を行うことではない。しかし、多忙を極める中であっても、医師は、裁判所から依頼があれば協力を惜しまない。地域的な特性や専門分野によっては、否が応でも鑑定人となることを引き受けなければならないこともある。

このように、医学的知見を有している医師の存在とその協力は、我が国における訴訟制度の円滑な運営に不可欠な構成要素(の1つ)である。訴訟制度の運営は医師の皆さんの献身的な協力によって支えられているといえよう。

近時、上記のような医師と訴訟制度との関係を破壊しかねない出来事が生じている。**鑑定人となった医師と前訴で敗訴した訴訟当事者との間でトラブルとなる、更には、医師が訴えを提起されて損害賠償を請求されるというケースを、度々耳にするようになった。**このような事態は、鑑定人となった医師にとって、まさに『踏んだり蹴ったり』である。

ところで、『訴えを提起されても勝訴すれば格別問題はない』との考えは、明白な誤りである。被告という地位にあるだけで、多大な応訴コスト(具体的には、心理的な圧迫を受ける、防御のための準備作業が必要となる、弁護士に依頼すれば高額な(?)費用がかかる等)を負担しなければならない。

献身的な協力の『見返り』が上記のような応訴コストでは、鑑定人となることを避ける医師が増加し、訴訟制度の運営に支障が生じるのではないかと。当職は、大いに危惧している。

小稿が、医師の皆さんにとって、鑑定人となる際の『安心材料』となり、また、『踏んだり蹴った

り』の状況から脱出するための『羅針盤』となることがあれば、望外の喜びである。



2 事件の概要

本事件は、前訴で敗訴判決を受けた訴訟当事者（太郎及びZ社。以下、まとめて「太郎ら」という）が、前訴で裁判所の囑託を受けて鑑定人となった者（A医師）を被告として、損害賠償を請求する訴えを提起したケースである。前訴で行われた鑑定の不当性が争点となる、いわゆる『鑑定過誤』のケースである。

前訴の概要と経過は、次のとおりであった。

交通事故の被害者である太郎らは、加害者を被告として、事故によって被った損害の賠償を請求する訴えを提起した。太郎らは、事故によって太郎の右肩関節部位の骨挫傷及び関節唇損傷（以下「本件損傷」という）が生じ、これにより腱板損傷（断裂）、可動域制限の障害（以下「本件障害」という）が生じた、と主張した。事故後に撮影されたCT画像その他の太郎の診療記録の取調べとともに、A医師を鑑定人とする鑑定が実施された。

A医師による鑑定は当初1回の予定であった。ただ、太郎らの要求もあって、後日2回目の鑑定（補充鑑定）が実施された。

証拠調べの結果、事故によって本件損傷が生じたとは認められないとして、太郎らの本件障害にかかる請求部分を棄却する判決がくだされた（以下、この判決を「前訴判決」という）。

その後、判決を不服とする太郎らによる控訴及び上告の各手続を経て、前訴判決が確定した。この間、太郎らは上記の主張を繰り返したが、前訴判決の内容（具体的には、事故によって本件損傷が生じたとは認められないこと）は変更されていない。

本事件では、太郎らは前訴判決を受けたのは鑑定人であるA医師が不当な鑑定を行ったためであったとして、A医師には不法行為（民法709条）が成立すると主張した。また、太郎らが損害（額）として主張した内容は、前訴判決において棄却された本件障害にかかる請求部分であった。



3 裁判所がした判断の内容の分析

本事件については、第一審裁判所において太郎らの請求を棄却する判決がくだされた。また、これを不服とする太郎らが控訴を提起したものの、控訴審裁判所において太郎らの控訴を棄却する判決がくだされた。

後に詳述するとおり、第一審裁判所がした判断の内容は、一部を除いて控訴審裁判所においてもそのまま維持されている。

本事件について第一審裁判所がした判断の内容を整理すれば、次のとおりである。

- (ア) 本事件は「確定判決の既判力ある判決と実質的に矛盾する損害賠償請求」を求めるものである（第一審判決「理由」第3、第2項（1）第3段落参照）。
- (イ) 訴訟当事者が異なる以上、訴え自体は適法である（第一審判決「理由」第3、第1項参照）。
- (ウ) 確定した判決の形成過程に関与をした鑑定人の行為について不法行為が成立する場合がある。
- (エ) 鑑定人の行為について不法行為が成立するのは、あくまでも次のいずれかの場合に限られる（第一審判決「事実及び理由」第3、第2項（1）参照）。
- (a) 原則として、再審事由に準ずる事実が存するような場合（同項（1）第3段落参照）
 - (b) 前訴の判決成立過程に関与した者の行為が著しく正義に反し、確定判決の既判力による法的安定性の要請を考慮してもなお容認し得ないような「特別の事情」がある場合（同第4段落参照）

以下、上記の内容について詳しく説明する。

(ア) は、本事件の「実質」が前訴における事実認定が誤りであったと主張することにある、と理解するものである。端的に言えば、本事件が前訴の『蒸し返し』であるということである。

これは、本事件で太郎らが主張する損害の内容が、確定した前訴判決において排斥された内容（具体的には、事故によって本件損傷が生じ、これにより本件障害が生じたこと）と同一のものであったためである。太郎らが、例えば、前訴で敗訴判決を受けたことによって被った精神的損害を主張する場合は、前訴の『蒸し返し』とはいえない。それゆえ、前訴とは別個の事件として審理されることになる（最1小判平成10年9月10日判例タイムズ990号138ページ参照）。

上記の内容は、見方を変えれば、『鑑定過誤』には、主張される損害の内容に従って次の2通りのケースがあり得る、ということである。

- (P) 損害として前訴判決において排斥された内容が再度主張されるケース
- (Q) 精神的損害など、排斥された内容とは別の事実が主張されるケース

本事件は（P）のケースである。そして、（イ）ないし（エ）の内容は、いずれも（P）のケースであることを前提にしたものである。

（イ）は、訴えの適法性に関係する。訴えが不適法である場合、裁判所は、訴え却下の判決をくだして手続を打ち切る。必ずしも事件の実体（内容）に関して審理及び判断することを要しない。そのため、応訴コストを比較的小さく押さえることができる点で、被告に有利である。

前訴と同一の事件であれば、裁判所がこれを新たに持ち上げて審理をすることは、訴訟資源の無駄遣いである。ただ、訴訟当事者（被告）が前訴とは異なることから、裁判所は、形式的には同一の事件とはいえないと判断して、訴えを適法としたのであろう。

なお、原告は前訴と同じ太郎らであり、太郎らからみれば、本事件は、確定した前訴判決において

排斥された内容について、裁判所に「二度目」の判断を求めるものにほかならない。訴え却下の判決は回避されたが、このことは、(工)の内容(とりわけ(a)の点)において反映されている。

(ウ)は、第一審判決には明示はされていないが、(工)の内容の論理的な前提となるものである。そして、(ウ)には以下の内容が含意されている。

鑑定人は、裁判所から嘱託を受けて鑑定を行う。鑑定人と裁判所との間には準委任契約(民法 656 条)が成立しており、鑑定人の義務(鑑定義務)は、本来的には契約の相手方当事者(委託者)である裁判所に対するものである。ただ、それだけにはとどまらない。

不法行為が成立するためには、行為者に「故意または過失」(民法 709 条)がなければならない。また、過失の実体は注意義務(結果回避義務)に違反したことにある。それゆえ、鑑定義務は裁判所のほか訴訟当事者に対する義務でもあり、この訴訟当事者に対する義務に違反したことが過失を構成する。

契約の当事者が、相手方当事者以外の第三者に対しても義務を負うことがある。このような義務は一般に「保護義務」と呼ばれる。鑑定義務には、この「保護義務」としての面があるということであろう(以上について、春日偉知郎『民事証拠法論集』(有斐閣・1995 年)300～301 ページ参照)。

(工)が、裁判所の判断の核心をなす部分である。すなわち、上記のとおり、鑑定義務には訴訟当事者に対する「保護義務」としての面があるとしても、鑑定人の行為について不法行為が成立する場合は、極めて限定的である。具体的には、(a)か(b)のいずれかに該当する場合に限定される。

そもそも、前訴で敗訴判決を受けた訴訟当事者が、敗訴判決を受けたことによって被った損害の賠償を請求する訴えを提起するケースには、被告が誰であるかによって次の2通りのものがある。

- (Ⅰ) 前訴の相手方当事者が被告とされるケース
- (Ⅱ) 相手方当事者以外の者が被告とされるケース

本事件は(Ⅱ)のケースである。

そして、(a)及び(b)の内容は、従前裁判所によって判断されていた内容を踏襲したものである。詳しくいえば、(a)の内容は(Ⅱ)のケースについての判示内容を、(b)の内容は(Ⅰ)のケースについての判示内容を、それぞれ踏襲している。

すなわち、(Ⅱ)のケースである、前訴で証人となった者が被告とされたケースについて、裁判所は、「判決の成立過程に不正があったとして、前訴の判断内容と相反する事実を前提に、右不正行為をなしたとする者に対し不法行為による損害賠償請求をすることができるのは、右不正行為につき有罪判決が確定する等の明白に公序良俗に反する事実が存する場合に限られる者と解すべきである」と判示した(東京地判昭和 58 年 9 月 19 日判例時報 1108 号 105 ページ参照)。また、本事件と同じく前訴で鑑定人となった者が被告とされたケースについて、裁判所は、「鑑定人の鑑定結果等、判決成立過程の裁判関与者の行為に不正があるとして、当該鑑定その他の証拠及びそれと符合する判決等と相反する事実関係を前提に、鑑定人ら裁判関与者の私法上の責任を追及できるのは、当該鑑定等が直接的な権利侵害を伴うものであるとか、当該鑑定等につき虚偽鑑定罪等の有罪判決が確定している等、明らかに公序良俗違反の事実があるような例外的場合に限られると解すべきである」と判示した

（福岡地判昭和62年7月7日判例時報1258号110ページ参照）。なお、このケースは、本事件とは異なり、前訴が上告審に係属中であり、敗訴判決は未だ確定していない状況であった。

以上によれば、不法行為が成立する範囲は「明白に公序良俗に反する事実が存する場合」に限定される、とするのが裁判所の見解であろう。また、「鑑定等が直接的な権利侵害を伴うものである」場合や「鑑定等につき虚偽鑑定罪等の有罪判決が確定している」場合は、その例示であると考えられる。

そして、(a)の内容は、上記の裁判所の見解を前提にしたものである。具体的には、第一審判決は、不法行為が成立する範囲が「明白に公序良俗に反する事実が存する場合」に限定されることを前提に、その例示として「再審事由に準ずる事実が存するような場合」を挙げた、と考えられる（春日偉知郎『前掲』305ページ参照）。すなわち、証人や鑑定人が虚偽の陳述をすることは犯罪を構成し（刑法169条、171条）、証人や鑑定人の「虚偽の陳述が判決の証拠となったこと」は再審事由（民事訴訟法338条1項7号）となる。それゆえ、「再審事由に準ずる事実が存するような場合」とは、上記の裁判所の判示内容の「不正行為につき有罪判決が確定する」場合ないし「鑑定等につき虚偽鑑定罪等の有罪判決が確定している」場合に相当する。また、第一審判決が「原則として」という言葉を用いているのは、例示であることを示唆する意味であろう。

これに対し、(b)の内容は、(I)のケースについての裁判所の判示内容（例えば、最3小判昭和44年7月8日民集23巻8号1407ページ、最1小判平成10年9月10日判例タイムズ990号138ページ参照）を下敷きにしたものである。すなわち、(I)のケースについての裁判所の判示内容では「前訴の訴訟当事者」とされていた部分が、第一審判決では「前訴の成立過程に関与した者」に変更（拡大）されている。これは、鑑定人を含めるためである。

第一審判決において(b)の内容に言及されているのは、原告である太郎らが、(I)のケースについての判示内容を前提に自らの主張を組み立てていたことが関係しているのであろう（第一審判決「事実及び理由」第2、第3項(2)（原告らの主張）イ参照）。それゆえ、第一審判決における(b)の部分については、仮定的な内容（具体的にいえば、仮に太郎らの主張を前提にするとしてもという意味）にすぎないと理解することもできよう。

ただ、本事件はあくまでも(II)のケースである。そして、例えば、「前訴の訴訟当事者」は互いに「信義に従い誠実に民事訴訟を進行しなければならない」（民事訴訟法2条参照）地位にあるのに対し、証人や鑑定人など「前訴の訴訟当事者」以外の「前訴の成立過程に関与した者」はそのような地位にはない。それゆえ、「前訴の訴訟当事者」に対する規律の内容を証人や鑑定人にそのまま及ぼすことには、大いに疑問がある。したがって、前者については、不法行為が成立するのは専ら(a)の場合（具体的には、「明白に公序良俗に反する事実が存する場合」）のみに限られる、と考えることが正当である。

事実、控訴審判決は、第一審判決の(b)の内容に関して判示した部分と(b)の内容を前提とする「特別の事情」の有無の判断に関して判示した部分を、全て削除した（控訴審判決「事実及び理由」第3、第1項(1)及び(2)参照）。これは、本事件が(II)のケースであることを踏まえて、(I)のケースに関する(b)の内容が適切ではないと考えたためであろう。

なお、(a)や(b)の場合を除いて不法行為が成立しないのは、不法行為の成立要件としての「違

法性」を欠くためである、と考えられよう。

我が国では、不法行為の成立要件として「(加害の) 違法性」を要求するとともに、加害の違法性を具体的に判断するには、加害の事実を被侵害利益と侵害行為の両面から検討する必要がある、とする見解が一般的である(いわゆる相関関係説)。具体的にいえば、「被侵害利益があまり強固なものでない場合には、侵害行為の不法性が大きくなければ、加害に違法性がない」(以上について、加藤一郎『不法行為〔増補版〕』(有斐閣・1974年)106ページ参照)。

そして、訴訟当事者が前訴において勝訴判決を受けることができた利益は、訴訟の性格に鑑み、被侵害利益として強固なものとはいえない。他方、鑑定は、訴訟における証拠調べの一方法にすぎず、くだされた判決の形成に対する寄与の程度は必ずしも大きいとはいえない。また、訴訟当事者には、証言や鑑定の内容については反対尋問等によって是正をする機会が保障されているうえ、これを証拠としてくだされた判決については上訴による不服申立ても認められる。それゆえ、鑑定人が行った鑑定の不当性が極めて大きなものであった場合に限り、「違法性」が認められ、不法行為が成立する。

4 おわりに(若干の提言)

以上の内容を踏まえて、医師の皆さんに若干の提言を試みたい。参考になれば幸いである。

鑑定人となった後に『鑑定過誤』を理由に損害賠償を請求する訴えを提起された場合は、まず、それが、前訴における事実認定が誤りであったと主張するものであり、前訴の『蒸し返し』であるか否かを確認する必要がある。

前訴の『蒸し返し』であれば、「確定判決の既判力ある判決と実質的に矛盾する損害賠償請求」を求めるものであるから、鑑定人の行為について不法行為が成立するのは、あくまでも(a)の場合に限られることになる。それゆえ、これらの点に的を絞った応訴が可能となる。

次に鑑定人が行った鑑定が不当なものであったといわれたいためには、何より、事前に、鑑定人がしなければならない行為の範囲をできるだけ明確にしておくことが重要である。

鑑定をする場合、裁判所は、鑑定人を定めるとともに、「鑑定事項」を定める(民事訴訟規則129条4項前段)。鑑定人は、裁判所から交付を受けた訴訟記録を読んで、「鑑定事項」について自らの意見を述べる。それゆえ、鑑定が不当なものであるか否かは、「鑑定事項」として定められた内容との関係で決まる。

「鑑定事項」が抽象的ないし概括的な内容にとどまる場合、鑑定に当たって鑑定人の裁量の範囲が広がる反面、その裁量のあり方について責任を追及される余地が生じる。

また、ほとんどの場合、「鑑定事項」には、医学的知見を用いて得た事実の存否に関する判断(例えば、本件傷害が事故によって生じたものであるか否か)が含まれている。この場合、判断の方法(判断の基礎とすべき事実の範囲や判断基準)が定められてないと、鑑定人は自らの責任で適切な方法を選択しなければならない。その選択を誤れば、鑑定が不当なものであったと指弾されることになる。

また、『鑑定過誤』を理由に紛争が生じるのは、前訴で鑑定人となった場合だけではない。『医療過

誤』に関する前訴で、患者側の『協力医』となって自らの意見を述べたケースでも、敗訴した患者側との間でトラブルとなり、更には損害賠償を請求する訴えを提起されることがあり得る。

(当職は患者側の代理人となることがないため直接体験したことはないが、) 当職が医療機関側の代理人となった事件にかかる訴訟の終了後に、敗訴したのは『協力医』の意見が誤っていたためであると主張する患者側と『協力医』との間でトラブルとなった、という噂を耳にしたことがある。まさに『昨日の友は、今日の敵』である。

医師の皆さんにおかれては、『協力医』として患者側に対して知見を提供する際にも、上記の内容を踏まえて慎重な態度をとることが望ましいであろう。

最後に、どうしても当職の所感を申し述べておきたい。果たして、前訴において鑑定を実施する必要が本当にあったのか、という点についてである。

A 医師による鑑定が実施されたのは、交通事故の発生後 6 年 4 ヶ月が経過した時期であった。また、鑑定事項の核心をなしていたのは、事故によって本件損傷(太郎の右肩関節部位の骨挫傷及び関節唇損傷)が生じたか否かという点であった。当職は、医学に関してはズブの素人であるが、過去に患者の診療に従事していない医師が、患者に生じた本件損傷が 6 年以上前の事故によるものであるかどうかを正確に判別することができるとは、およそ思えない。事実、前訴判決においても、結論に至る理由付けとして A 医師による鑑定の結果が重視されているとはいえない。

もとより、訴訟の審理には訴訟当事者を納得させるという意味があることは否定しない。ただ、当職の管見ではあるが、医療訴訟に関しては、裁判所による訴訟指揮が患者側に『手厚すぎる』と感じられることも少なくない。前訴に関しては、既に判決に熟しているとして、裁判官が鑑定の申立てを却下する余地が十分にあったのではないか。これが当職の率直な感想である。

患者側に『手厚すぎる』訴訟指揮の結果として、鑑定人となった医師が紛争に『巻き込まれた』とすれば、慨嘆せずにはいられない。

【参考文献】

本文中に掲げたもののほか、三木浩一・笠井正俊・垣内秀介・菱田雄郷『民事訴訟法 第3版』(有斐閣・2018年)