

# AUSTRALIAN EXPERIENCE OF CONCURRENT EXPERT EVIDENCE

## オーストラリアでのコンカレント・エヴィデンスの経験から

オーストラリア・ニューサウス・ウェールズ州最高裁判所

コモンロー首席判事

ピーター・マクレラン

近年私は、アジア太平洋地域の発展途上国の司法関係者とともに多くの会議に参加してきた。こうした国の多くが比較的貧しく、先進国では効果的な司法コンカレント・エヴィデンス(詳細)を実現する上で必要だとされている物理的設備に投じることのできる資金が不足している。中には、より進んだ国の植民地であったにも関わらず、紛争の調停者としての裁判所の役割を共同体が受け入れるような法的伝統を有していない国もある。司法と行政の間に緊張関係が発生するような国もある。そして多くの国で、慣習法を発展させるには、植民地時代から受け継がれた法制度との調和を図ることが必須となっている。

最近出席したトンガでの会議では、サモアの最高裁判所長官が慣習法の発展について演説を行った。その演説を聞きながら、認知されていたコモンローの厳しさの改善を図る一方で、問題への公正な解決法を提供するさまざまな原則を確立しようと裁判官たちが懸命に努力していた衡平法の初期のことを私は連想していた。アジア太平洋地域の司法関係者とやり取りをするたびに、法とは決して静止した存在ではないということに気付かせてくれた。社会は常に変化しており、そして法制度もその変化に対応する。そしてこの対応が保留され、共同体の多くの人の変化を要求するようになってから実行されることも少なくない。多くの場合、変化の必要性が明らかになるのは、当初はおそらく苛立たしいまたは瑣末なことと思われていた事柄が問題として定着してしまったことが遡及的評価によって確認された場合のみである。変化への対応としては、裁判所が自らやり方を変更し、訴訟手続きに関する規則の適用や変更を行う場合もある。一方、問題に「政治的」側面が見られるようになれば立法府が介入する場合もある。後者の場合は、変化が突然実行されることが多い。そして単に裁判所が達成可能なタスクを与え制度を洗練させることだけを目的に議会が介入することはま

れである。議会が介入する場合は、抜本的な変化を実行するためであることが多い。

以前は、専門家の支援が必要な争点があれば、裁判所が自ら用意した裁判所補佐人とも呼ばれる専門家と、当然ながら全当事者と無関係の専門家陪審員を用いていた。専門家陪審員の名簿には、特定の職業の慣行や習慣に関連する事項に通じている都市部にいる人物が名を連ねることが多かった。特定の職業に関わる紛争においては、「当該職業に携わる人物で構成される陪審団」の活用が単に周知されていただけでなく、14世紀全体を通じてロンドンでは一般的な方式として実施されていた。また、18世紀の首席裁判官(在任期間:1756~1788年)マンスフィールド卿の影響により、一時期の商事訴訟では、商業関連の問題の知識と専門家としての経験を買われて商人の陪審員が「法と商業をつなぐ恒久的橋渡し役」として採用されていた。

法廷専門家の歴史を包括的に扱った文献は存在していない。だが、すでに1299年にはロンドンの複数の内科医と外科医が、狼の肉の医学的な価値に関し裁判所への助言を行うべく召喚されたことを記した記録が複数存在している。14世紀には、複数の医療過誤訴訟において外科医が法廷に傷を評価するように要請されたという記録がある。17世紀には魔女に関連した複数の訴訟で内科医が法廷専門家として採用され、「自然現象に対する誤解」の真ただ中でその学識を提供し、「そうした自然現象の一部を、人類を悪の道に導かんとするサタンの企みによるものだとした」。また18世紀の初め以降、専門的な意味で解釈することが妥当な場合に、実務および商業関連の書類の言葉遣いの適切な解釈を行う際の補佐役を法廷専門家が担っていたことが記録されている。

海事裁判所でも裁判官の専門的助言役としての専門家の活用が一般的に行われていた。時にはこうした専門家が、裁判官にとっての「仲間の裁定員」と呼ばれることもあった。16世紀には、海事裁判所の裁判官を、船員の組合である水先案内協会の2名の年長の会員が補佐することも多かった。

法廷専門家と裁判所補佐人は、実際には一種の専門家陪審員であった。彼らは司法管理による制約を受けず、反対尋問を受けることは禁止されており、そして彼らの助言は非公開で行われることも多く、当事者への助言の公開は要求されていなかった。現在、ニューサウス・ウェールズ州の土地・環境裁判所が、本案の上訴において同様

の方式を採用している。

18 世紀後半から 19 世紀初めにかけて対審構造が成熟しつつあり、裁判官と弁護士は自信をもって当時受け入れられていた対審構造の原理を主張していた。多くの分野において裁判官の役割は裁定員としての役割に制限されており、専門家が裁判官の右腕として活用されることはなくなっていた。これは、裁判所補佐人または法廷専門家の助言への裁判官の依存度があまりにも高く、裁判官が自ら判定を下していないという認識が広がったためである。裁判所補佐人となる法廷専門家はもはや補助的な役割に留まっておらず、意思決定者としての司法の主たる役割が失われてしまっていると懸念されていた。

こうした懸念を解消するために、訴訟の当事者が専門家証人を裁判に呼ぶことが増えていった。これらの証人は「特別」証人と呼ばれており、彼らによる証拠は意見証拠を禁止するコモンローの規則の例外として扱われた。専門家証人は「新たな対審的な制度における変わり者」と呼ばれてきた。つまり「相容れない、調和しない存在だが、現代の対審的な法廷では不可欠かつ大きな影響力を有する」という意味である。

Folkes 対 Chadd 訴訟(港における腐食の過程について専門家が説明した訴訟)が行われる頃には、訴訟プロセスへの司法の直接関与は減少していた。各当事者が、自らの申し立てを主張し自ら証拠を出す権利を有していた。つまり一方に偏った専門家証言が認められていたのだ。専門家証人が関わった訴訟は、織物貿易から税や迷惑行為に関する訴訟にまで及んでいた。だが問題は、現在我々もよく知るとおり、専門家ではない陪審員には、一方の当事者が召喚した専門家証人から信頼できる専門的な指導を受けるだけの能力があるか否かということであった。この問題への対処法として、「対審的な機構」と紳士的な社交の作法に従う「科学界の人々」を組み合わせることで公正な結果を得ることができるとされた。

産業革命は多くの変化をもたらしたが、法への影響も多大であった。そして多くの紛争で、産業公害、迷惑行為ならびに様々な機械による事故で生じた損害の結果が争われるようになった。そして新たな発明や製品の創出に伴い、特許法が発展した。専門家は多くの訴訟において極めて重要な証人となり、訴訟の数もまた大幅に増えた。専門家陪審員や裁判所補佐人とは違い、専門家証人は当事者から独立した存在で

はなく、意思決定過程において独立した役割を演じることはなかった。専門家証人の誠実性ならびに彼らが法廷で述べる意見の統一性について、批評家たちは懐疑的な目を向けるようになった。1860年の“Chemical News”誌では、科学的証拠に対する幻滅が語られている。

「Palmer 訴訟、Turbane Hill 鉱物訴訟、Smethurst 訴訟 は、当該訴訟では科学が全く信頼に値しないものであることを世界に知らせるように科学者たちが誘導された例だと言える。大衆は、司法調査において化学者や顕微鏡使用者が公正さを保証するやり方で法廷で真実を示すことができると信じ込まされてきたが、そのため、専門家の間でも真実に関する意見が一致しないことがあるとわかったことは大きな打撃であった。(中略)そして現在、裁判官も大衆も、中毒関連の訴訟においては科学的証拠に一切信頼を寄せていないということは認めざるを得ない。」

また、Tal Golan 博士は著書『人間の法と自然の法』(*Laws of Men and Laws of Nature*)で、専門家証拠に関する当初の社会的な不信について述べている。

「コモンローにおける科学的専門知識に対する不満は、科学者である専門家証人の登場以来続いてきたものであり、19 世紀中盤にはこうした衝突の意味とその解決策を巡る議論には、現在軽率にも新たに持ち上がったと考えられているあらゆる特徴がすでに備わっていた。(中略)どちらかといえば、これはおそらく現在の衝突がより深く根付いたものであることを示すものであり、(中略)これらの衝突は、人間と制度的な病理の産物であるというよりはむしろ、人間の法律と自然の法則を調和させ真実と正義を人間の基準へと合わせるために必要な現行の社会的交渉の複雑性を示すものであるということを明らかにしている。」

20 世紀にも法制度は大きな変化を経験した。深刻な犯罪では今も陪審裁判が採用されているが、刑事裁判の 90%以上が陪審を用いずに処理されている。民事的文脈の陪審裁判はほぼ消滅した。この方式は、非専門家の陪審員を通じて共同体の価値観を示すことが重要だと考えられている名誉棄損裁判で今も維持されている。これを除けば、少なくともニューサウス・ウェールズ州では民事での陪審裁判は稀である。

20 世紀後半になって、裁判における対審構造の多くの側面が疑問視されるようになった。二つの要素がこれに影響している。共同体における生活水準の向上に伴い、あらゆる業種で人件費の単価も上昇した。製造業や農業だけでなく、訴訟においても同様である。その結果、最終的な成果を得るまでの経費が手頃となるような手続きの効率性を求める要求が高まった。過去 30 年間で冷蔵庫や自動車やワインの価格が実質的に下がっているにも関わらず、裁判制度では同様の経費の減少は見られないのである。そして Anthony Mason 卿の表現を借りれば、その結果として対審構造に対する「信頼の低下」が生じている。そして「対審的裁判の将来」と題された論文中で 彼はこう論じている。「訴訟に伴う厳格さと複雑性、訴訟にかかる時間の長さ(政府・当事者双方にとっての)経費の高さは長い間批判の対象として注目されてきた。」

究極的な形での対審構造はかつては最も効果的な紛争解決法として受け入れられていた。共同体が司法手続きの時間と経費に現在ほど関心を抱いておらず、いかなる事例でも経費の問題が現在ほど面倒ではなかった時代には、大半の人が対審制度の長所があらゆる短所を上回っていると認めていた。そして対審制度で認められていた個人の自律性も優先されていた。だが現在ではもはやそうはいかない。対審制度には、すでに多くの地域で修正が加えられている。Glesson 最高裁長官は刑事裁判に関連して、以下のような対審制度についての発言を最近行っている。

「この方式の欠点の一つは、対立する当事者間に合理的な力の均衡(「武器対等の原則」と呼ばれることもある)を想定していることである。甚だしい不均衡があった場合は制度が無効となる可能性もあり、不均衡を是正するために裁判官が積極的な役割を演じることを余儀なくされる場合もある(中でも先例のない被告人に対する刑事裁判は最も顕著な例である)。」

過去 30 年間、ほぼ全てのコモンロー管轄区域において、民事裁判手続きの詳細かつ批判的な検討が行われてきた。他の問題も扱われており、その対応策が考案されてきたが、裁判所による訴訟管理は現在では一般的であり、専門家証拠は現在も引き続き重要な問題とされている。

訴訟経費の問題とは別に、特に医療に関わる争点について、専門家証拠が用いられ

る場合の司法による意思決定の質についても疑問が寄せられてきた。だが批判の対象は裁判官ではない。裁判官が判決を下す際に拠り所としなくてはならない証拠の統一性が問題視されているのだ。意思決定者としての陪審を廃止することは、代わりに司法官が論理的に考えた判決を下すことを意味する。これらの理由は、専門家を含む個人の出す証拠が裁判官に及ぼす影響ならびに彼らの証拠が問題解決において果たしてきた役割を明らかにするであろう。そしてこのことによって、両当事者やそれ以外の者が、裁判官の論法が健全か否かを判断し、裁判官が誤解したり証拠に基づいて誤った考えに陥ったりしているか否かを評価することが可能となる。決定を行う上で不可欠な学識分野について特別な知識を有する人物は、裁判官が適用した「科学」が当該分野の一流の人物たちが受け入れている科学と一致しているか否かを評価することができる。裁判官が誤った考え方をしている場合は、当該分野の専門家がその過ちを特定することができる。いかなる過ちであっても、司法手続きに対する信頼を失わせる可能性がある。そして過ちが繰り返されれば、多大な社会不安が生じる可能性もある。

専門家証言の収集と精査にあたり当事者にかかる経費の高さと、証言の統一性に関する疑問を理由に、多くの批評家が従来の手続きを受け入れることの是非に関する懸念を表明してきた。こうした懸念はほぼ世界的に見られ、これに対する対応策は今後の課題である。

これらの問題については、裁判所が引き続き対処することが極めて重要である。多くの管轄区域での経験から判断する限り、裁判所が、特定の紛争の解決について共同体が寄せる期待に応えられるように自らのやり方を修正できないのであれば、立法府が行動することになる。その行動が既存の制度の修正に留まらない場合もあり、ニューサウス・ウェールズ(NSW)における労働災害補償訴訟に見られるように、意思決定機関としての裁判所の廃止につながる可能性もあるのだ。NSWにおける自動車事故・人身傷害法の大幅な改革は、紛争解決における裁判所制度の不適切性が認知されていることへの対応策でもある。

こうした紛争解決の際の問題に対する議会の対応が他の訴訟分野で繰り返されない理由はない。これに対し、専門家向けの裁定機関で、専門家の過失に関する訴えを解決することも可能であろう。またはニュージーランドで行われたような普遍的な「無

過失」事故補償計画を考案することも可能であろう。裁判所が、共同体の紛争を解決する上での現在の役割を維持するつもりであれば、実践専門家と協力して、できる限り手続きの効率性と意思決定の統一性を保証するような手法を考案することが重要である。

## **EXPERT EVIDENCE IN NSW ニューサウス・ウェールズにおける専門家証拠**

2006年12月以来、統一民事訴訟規則(UCPR)ならびにニューサウス・ウェールズ州最高裁判所コモロ部門のための実践指示書によって、民事訴訟での専門家証拠の扱い方に様々な変更が加えられた。これらの変化は、専門家証拠の統一性と信頼性の向上を目的とするものである。民事訴訟法(2005年版)の「最優先目的」では、「当事者が支払う経費を係争中の問題の重要性と複雑性に比例するものとする」ために、裁判所が可能であれば訴訟を管理する必要があることが確認されている。

専門家証拠という制度の変更には、(1)既存の、裁判所の任命による専門家というオプションに加え、全当事者間の合意によって任命された単独専門家を置くこと、(2)専門家の数ならびに証言のやり方を管理する権限を裁判所へ付与すること、が含まれる。こうした変更は、2005年にNSW法改革委員会が「専門家証人」と題された報告書で述べた結論を反映したものである。

### **Court-controlled use of expert evidence 裁判所管理による専門家証拠の利用**

(英国で知られる)「許可規則」が完全な形で採用されなかったにも関わらず、UCPRの修正点は、裁判所による専門家証拠の管理の度合いを大幅に高めている。修正された規則では、裁判所が召喚する専門家の数を制限すること、ならびに特定の争点で専門家による証拠提示の許可を与えないことが認められている。

規則 31.17 では、専門家証拠に関連する第 31 部の第 2 節に規定された主目的を包括的に説明している。この目的は、「訴訟における真の争点の公正、迅速かつ安価な解決法」であり、第 56 項で規定される民事訴訟法 2005 年版(CPA)と UCPR の最優先目的に照らして理解されなくてはならない。

規則 31.17 ではこの主目的を以下のように説明している。

- (a) 裁判所が専門家証拠の提示を管理できるようにすること。
- (b) 訴訟における専門家証拠を、これを解決する上で合理的に必要とされる証拠に制限すること。
- (c) 複数の専門家を抱える訴訟当事者にとっての不必要な経費の発生を防ぐこと。
- (d) 裁判の利害を損なうことなく実際に可能であれば、当事者が契約した、または裁判所が任命した単独証人が争点について訴訟中に専門家証拠を提示することを可能とすること。
- (e) 訴訟で公正な裁判を実施する上で必要であれば、2 名以上の専門家(ただし必要以上の人数は認めない)が争点について訴訟中に証拠を提示することを認めること。
- (f) 裁判所ならびに訴訟の当事者との関係から専門家証人の義務を宣告すること。

この変更はその直後に、当事者が裁判での専門家証拠の提示を希望する場合または提示する可能性があることが明らかになった場合にまず裁判所の指示を仰がなくてはならないと規定した規則 31.19 に反映されている。この規則では、裁判所が別途の命令を出さない限り、指示がなければ裁判所で専門家証拠を提示してはならないということを明確に定めている。規則 31.20 には、裁判所が検討の上で出す可能性がある指示の多岐にわたるリストが含まれている。いずれの規則も、あらゆる裁判での専門家証拠の使用に対する多大な管理権限を裁判所に与えるものである。

規則 31.20 に規定される指示の例を以下に挙げる。

- ・ 特定の争点においては、専門家証拠を提示することができるかもしれないし、そうではないかもしれないこと。
- ・ 特定の争点において、証拠を提示するために呼ぶことができる専門家証人の数を制限すること。
- ・ 特定の争点において、当事者側の単独専門家あるいは裁判所指名専門家の責任内容とそれを説明したものを提供すること。
- ・ 同様の争点に関しては、特定の争点に関係する専門家報告書を作成する前後に、



専門家が協議するよう要求すること。

裁判所が訴訟を管理することは、その柔軟性の維持に劣らず重要である。「可能な限り最大の柔軟性を認める専門家証言に関する制度」は、複雑性や重要性の程度も様々である多様な種類の問題に関する様々な裁判所の様々な要件や慣行の調整を図る役目を果たす。英国とは異なり、NSW の裁判所は、「許可規則」を不要とする CPA と UCPR を通じて「訴訟管理権限を大幅に強化」してきた。訴訟管理により完全に対審構造を排除するのではなく、裁判所は訴訟管理を行うことによって実際に起きていることにより関心を抱き、提示したいと希望する証拠を得る上での「当事者の責任と特権」を整理することができるのである。策定された訴訟管理の枠組み内で専門家証拠の提示についての管理が行われるが、この枠組みには、個々の訴訟で当事者の希望を司法の利害にフィットさせることが可能な柔軟性や能力が認められている。

#### **Single experts 単独証拠**

Woolf 改革 (Woolf Reforms) 以降、英国での単独合同専門家の利用については賛否両論がある。こうした専門家は、「専門家証拠に関する Woolf 卿の報告書の中でおそらく最も意義があり、かつ議論を呼ぶ提案」と表現されてきた。全当事者が合意し裁判所が任命する単独証人は、ニューサウス・ウェールズの土地・環境裁判所では4年以上に渡り広く活用されている。

当事者が召喚する合同専門家証人について、NSWLRC の報告書では次のように述べている。

「合同専門家証人を任命する主たる目的は、偏りのない代表的な専門家の意見を促すことによって裁判所が公正な判決を下すのを補佐することである。もう一つ重要な目的は、この方式をとらなければ提示されるであろう専門家証拠の量に制限を加えることで、当事者ならびに裁判所が負担する経費と遅れを最小限に抑えることである。」

UCPR 第 31 部第 2 節第 2 段(規則 31.37~31.45)では当事者の単独証人について規

定している。裁判所は、訴訟のいかなる段階であれ、全当事者が合同で専門家と契約するように命じることができる。「当事者単独証人」は、全当事者の合意により契約・選定される。ここで主導権を握るのは当事者である。そして当事者による専門家の選定は合同専門家証人のコンセプトにとって不可欠である。この変更について、NSWLRC の報告書は以下のように述べている。

「委員会は、合同専門家証人を用いることで、現在各当事者が専門家証人を召喚する方式と結びついている党派的側面を弱めることが可能となり、均衡の取れた代表的な意見を持つ専門家の利用を促進することができると考えている。同様に、合同専門家証人の利用は、多くの場合において、民事訴訟で生じる公的ならびに私的な経費と遅れを減らす潜在的な可能性を秘めている。こうした理由から、裁判所が利用できる一連の選択肢に合同専門家証人を追加すれば、訴訟における実際の争点の公正かつ迅速で安価な解決が促進されと見込まれる。」

また改正された規則では、裁判所の証人であり、「当事者の単独専門家」とは異なる「裁判所指名専門家」の役割も引き続き認めている。

当事者の単独専門家が特定の争点に関連して召喚された場合に、裁判所の許可なくして両当事者がその争点に関してさらなる専門家証拠を提示することを規則 31.44 では禁止している。規則 31.52 も特定の争点に関して裁判所が任命した専門家の証拠に関連して同様の規制を設けている。これらの規則では、一つの争点について一人の専門家を置くことを想定している。

比較的議論の余地の少ない争点である場合や、または理論や考え方の衝突を生じるほどに賛否両論のあるものではない場合は、単独合同専門家を用いることが望ましいだろう。最近、Casey 対 Cartwright [2007] 2 All ER 78 訴訟という低速時の道路交通で生じた人身傷害に対する損害賠償訴訟では、英国の控訴院が単独専門家証人の利用について論じている。同控訴院は、訴訟を訴訟経費と請求損害賠償額との関係を適切に保ちながら遅延なく完了しなくてはならないという最優先原則を参照することで専門家証拠の許可の可否を決定する際の、自由裁量権の行使についてコメントしている。Dyson 控訴院裁判官(ならびに Keene および Hallett 両裁判官)の発言

を以下に紹介する。

「単独合同専門家についても発言すべきであろう。こうした専門家は訴訟全般、特に争われる金額が低い訴訟において重要な役割を果たす。だが我々は、(中略)いずれにせよいくつかのテストケースとなる訴訟で高裁レベルでの判決が出されるまでは、裁判官は、因果関係に関する争点では、単独合同専門家による専門家証言を命じるにあたっては慎重を期すべきだということを認めている。なぜなら、因果関係に関わる争点は議論を呼ぶものであるからだ。」

UPCR の規則 31.35 (c) ~ (h) は、コンカレント・エヴィデンスの手続きの利用について規定する。これは、専門家が2名以上であれば、専門家が共同して裁判所に証拠を提示する手続きのことである。

NSWLRC はこの方法を支持しており、以下のような多くの利点を認めている。

- ・ 適切な専門家が二人以上いる場合、この手続きは時間を節約することができる。つまり、裁判前準備にかかる時間を最小限にすることができ、重要な点を迅速に確認し議論することができる。
- ・ この手続きは、関連する分野の同業者間でのまとまった専門的な議論を目指して専門家に質問するという意味で、訴訟代理人のときとはいくぶん違ったかたちで進行する。
- ・ 従来 of 反対尋問という訴訟形態とは違い、この手続き下では、専門家は概して、より譲歩し、より率直にかつ合理的に発言する。
- ・ 従来 of 反対尋問でなされる種類の質問に比べ、より建設的で有益な質問がされる傾向にある。
- ・ 専門家証拠を共同で提出するという手法はある場合には他の場合よりうまくいくというのは疑いのないことだろう。また、ある種の訴訟決定、ある訴訟のタイプによっては、コンカレント・エヴィデンスは非常に有益である。
- ・ コンカレント・エヴィデンスは、裁判所が正しい決定を下せる状況を高めてくれる計り知れない可能性をもっている。

規則 31.15 では、実施可能な多数の手順を認めている。

- ・ 一人の専門家が宣誓したならば直ちに次の専門家が宣誓を行う。
- ・ 専門家は、他の専門家証人の意見に対し自分の意見を述べてもよいし、お互いに質問をし合ってもよい。
- ・ 一度にひとつの問題について、それぞれの争点ごとに、全ての専門家証人の連続した反対尋問や再尋問を行う。

## **CONCURRENT EVIDENCE コンカレント・エヴィデンス**

オーストラリアの民事裁判手法におけるこれまでの最重要改革の一つが、専門家証拠収集のためのコンカレント方式の採用である。コンカレント・エヴィデンスはオーストラリアで最初に開発され、ニューサウス・ウェールズ州最高裁判所のコモロ部門、同州の土地・環境裁判所、クイーンズランド州の土地・資源法廷、オーストラリア連邦裁判所、行政上訴法廷等のオーストラリアの様々な裁判所や裁定機関で利用されている。また陪審無しで裁判官が開廷したニューサウス・ウェールズ州の3件の殺人に関する裁判でもこの方式が採用されている。

ニューサウス・ウェールズ最高裁判所におけるコンカレント・エヴィデンスについては、実務指針において特別に規定されている。以下がその規定である。

「単独専門家が任命される場合や、裁判所がこれに代わる方式での専門家証拠の提示を認める場合を除き、全ての専門家証拠はコンカレント方式で提示されるものとする。」

また「統一民事訴訟規則 2005」(NSW)にも、コンカレント・エヴィデンスを推進するための規定が含まれている。該当規則は r 31.35 であり、この内容については別表 A に引用する。

ではこの方式は、どのように機能するのであろうか？ 特定の訴訟の必要性に応じて変更を加えることは許容されるが、コンカレント・エヴィデンスでは全当事者が契約した専門家が従来の方式で意見書を作成することが求められる。この意見書は交換され、そして現在豪州内の多くの裁判所で行われているように、当該専門家たちは当事

者やその他の代理人抜きで接触し、意見書について議論をしなくてはならない。この議論は対面でも電話でも行うことができる。次に当該専門家は、彼らが合意した事柄、そしてさらに重要な合意できない事柄の要約を含めたポイントをまとめた文書を作成することを求められる。専門家たちは合同で宣誓を行い、裁判官が弁護団と共に、合意しなかった事柄の要約を用いて、裁判官を議長とする合意に至らなかった争点についての「指示による」議論の検討課題目録を決定する。この手続きは特定の争点、またはその下位区分となる争点について、法廷で自らの意見を述べる機会を各専門家に与えるものである。そして専門家たちが互いに質疑応答を行うことが推奨されている。また弁護団も、専門家のある特定の意見が十分に明確な表現となり、かつ反対意見に対する検証が行われるように、議論の途中で質問をすることができる。手続きの終了時には裁判官が、全ての専門家が自らの立場を十分に説明する機会を得られたことを確かめるために全体的な質問をすることになる。

これまでに私は土地・環境裁判所でも最高裁判所でも多くの場面でコンカレント・エヴィデンスの手続きを活用してきた。2006 年には、心停止に陥り重篤かつ永続的な脳の損傷を負った当時 18 歳の若者による賠償請求について裁判官を務めたことがある。若者は担当していた一般開業医を訴えていた。この訴訟の争点では、原告の状況を想定した上での医師の義務について他の一般開業医からの証言が求められた。また心臓病学に関する重要な争点も含んでいた。

偶然にも両当事者は計 5 名の一般開業医を呼んでいた。この開業医たちはコンカレント方式で証拠を提示した。彼らは法廷のテーブルに座り、1 日半かけて、構造的かつ協力的なやり方で、自分たちの専門知識に該当する争点について議論した。開業医たちはそれ以前にも数時間会合を開いており、合同意見書を作成し、これを提出していた。おそらく従来のやり方で彼らから証拠を集めるのであれば、少なくとも 5 日間は要したであろう。そして彼らのお互いへの質問や、さらに価値あるその質問への回答という利点を享受することもできなかったであろう。

また 4 名の心臓内科医も共同で証拠を提示した。うち 1 名は米国から衛星通信により参加し、残りの 3 名は法廷内のテーブルに座って参加した。彼らからの証拠については 1 日を要した。この医師達は、効果的に心臓病に関する複数の問題を一つの疑問点にまとめてこれを明確に示し、そして見解の相違もあったが、この疑問点に関する

各時の立場を明確に説明した。報告書を見たところ、心臓内科医たちならびに当事者の弁護士たちはこの手続きを歓迎していたと考えられる。

私が弁護士になって35年以上になるが、法廷でのこの一日は私の経験の中でも最も意義のある一日だった。全員が最高レベルの専門知識を有する4名の医師達が、究極的な問題の解決にあたり私を補佐すべく争点について議論を繰り広げたこの場に居合わせて議長役を務めたのは名誉なことであった。

コンカレント・エヴィデンスは、専門家たちが従来採用してきた意思決定手続きを法廷内で実現する手法である。仮に我々が外傷を負い、入院を余儀なくされ、そして命を救うための大手術が必要になる可能性がある場合、医師団がやってきて協議して手術の実施の是非を決定するだろう。医師団には、外科医、麻酔医、内科医、そしてもしかすると心臓内科医や、神経科医、または多くの専門分野の中でも特に我々の抱える問題の専門知識を有する専門家が含まれるだろう。この専門家たちは会合を開き、状態を論じ、主任にあたる人物が手術実施の是非を最終的に決定するであろう。この議論の中では全員の見解が示され、分析され、議論の対象となる。この病院が訴訟を起こすことはないであろう。これが従来型の専門家による意思決定手続きであるとしたら、この方式を法廷でも採用すべきではないと考えられるのは何故だろうか？

これまでの経験から、もし全員が最初からこの手続きを理解しており、特にそれが専門家と弁護士間の議論ではなく、裁判官に情報を提供することを目的とする構造的な議論になることを理解しているのであれば、こうした審問の管理は困難ではない。それを推奨するというわけではないが、隣に座っている専門家同士が最後にはファーストネームで呼び合っていることも多い。議論開始時の短い時間の中で、緊張感から開放されるのが感じられ、これが通常型の証拠収集手続きにも好影響を及ぼす。そして通常は内気な人物や遠慮がちな人物もリラックスして議論に集中することができるのだ。

これまでに、コンカレント方式での証言を行ったことのある多くの証人ならびにこの方式が用いられた訴訟に出席していた弁護士と話す機会があった。通常は不慣れなこともあって参加前には弁護士が乗り気でない場合もあるが、一度この方式を経験した

弁護士から批判的な意見を聞くことはほとんどなかった。手続きの変化に対し、専門家ならびに彼らの属する専門的な組織からは圧倒的な支持が寄せられている。それは、この方式であれば自分の意見をよりうまく伝えることができ、弁護士からの質問への回答だけに役割が制限されないので、より効果的に自らの見解を述べ、他の専門家(たち)の見解に意見を述べるのが可能だと彼らも気付いたからである。相手側の弁護士ではなく専門家である同業者に対して回答しなくてはならないため、彼らの出す証拠がより入念に検討されるということを彼らは躊躇なく認めている。また弁護士の手管によって自らの証拠が不正に歪められるリスクが少なくなるとも彼らは考えている。つまりこの方式は、従来のやり方よりも大幅に効率的なのである。現在のやり方であれば、主に尋問とさらに反対尋問に多くの日数を要する可能性がある証拠を、他のやり方で必要な時間の半分またはわずか 20%の時間で得ることができるのだ。

担当した訴訟の一部では、一度に 8 人が証言したこともあった。ある訴訟では 12 人もいた。そして 4 人の専門家が協力して証拠を証言した訴訟は数多い。私の経験では、意思決定者に関する限り、問題についてお互いに会話中の専門家を観察する機会が得られ、かつ、お互いの質問に対する質疑を行うことも可能であることから、どの専門官の意見を受け入れるかを裁判官が判断する能力は大幅に高まると言える。ある人物の専門知識に弁護士による翻訳または粉飾が加えられたり、周知のように時に弁護士の影響力が多大きであったりする状況の代わりに、専門家の意見が自らの言葉で表現されるようにするのがこの方式である。また判決文を書く上での利点もある。裁判官は、訴訟中の同じ時点での全く同じ質問に各証人が答えている時の筆記録を入手できるからである。

コンカレント・エヴィデンスはより弁の立つ証人にとって有利であり、口下手な証人にとって不利ではないかという質問を受けることも多い。だが私の経験ではそうした事態にはならない。各専門家は同業の専門家に彼らの前で回答をしなくてはならないので、回答の専門的な内容から注意が逸れる場面は少なくなる。弁護士に対し回答しなくてはならないことについては、論理的な見解を述べる討論の場というよりは最終的に勝たなくてはならない論争にあたると多くの専門家が考えているが、コンカレント・エヴィデンス方式では、この義務から解放されることで、経験が少ない人物や、もしかすると内気な人物であっても、はるかに有能な証人へと変貌するのである。私の経験では、内気な証人にとっては、従来型の証拠収集方式で狡猾な弁護士を相手にす

るほうが、法廷の監視のもとで共に適切な知的レベルでの議論を維持しなくてはならない状態で同業者の専門家を相手にする場合よりも、はるかに威圧されてしまう可能性が高い。私がそれを必要だと感じたことは稀であるが、もちろん裁判官が介入して各証人が自らの意見を表現する適当な機会を確実に手にするように働きかける機会も裁判官には与えられることになっている。

コンカレント・エヴィデンスとは本質的には、争点を特定し可能であれば共通の解決法に達することを目指して様々な専門家と全当事者、その弁護士、そして裁判官が参加する、裁判官を議長とした議論である。合意が不可能な争点について裁判官を議長役とする構造的な議論を行うことで、専門家は、お互いに直接応答することが可能な討論の場で、弁護士による制約を受けることなく、自らの意見を述べるができる。そして裁判官にとっては、一人のアドバイザーの意見に縛られずに、法廷で厳しく尋問を受ける複数のアドバイザーの意見を活かせるという利点がある。

## **THE PHASED TRIAL 段階的裁判**

ニューサウス・ウェールズ州最高裁判所のコモンロー部門は、裁判手続きの進化に向けさらなる大きな一歩を踏み出した。

コンカレント方式の専門家証言を採用した結果、従来型の民事裁判構造の見直しが余儀なくされた。従来型の手続きでは、被告が非専門家証拠と専門家証拠を提示する前に、原告は陳述を完全に行い、非専門家証拠と専門家証拠の両方を提示し、さらに「陳述を完了」しなくてはならない。この順序は被告側にとって有利である。いわば被告側に原告を「待ち伏せ」する機会を与えるようなものだからだ。宣誓に則り原告側の事情説明が行われてしまえば、被告側はこれらの事情に関する原告側専門家の見解を把握した上で自らの方向性を計画することができる。被告側には、自らが利用できる非専門家証言について選択を行う自由があり、選択の結果、一部の証人を使わない可能性もある。原告側の証拠に照らし合わせた結果、被告側にとっては不利になりかねないと思われる証人を使わないことを被告側が選ぶ可能性はさらに高くなる。経験を積んだ弁護士であれば誰しも、戦略的な抜け目のない決定を行う機会を察知することができる。この原告側には与えられていない法廷での有利性は、原告側が証明の義務を負うという考えからこれまで正当化されてきた。



従来型の手続きは、裁判を非効率化する場合がある。専門家は、関連性のある事実履歴について受けた指示に関連して自らの証拠を準備することが求められている。こうした事情の説明が変更される可能性があるのは、原告側の非専門家証言の提示中、あるいは原告側の証人の反対尋問中であり、特に後者の場合が多い。また、被告側が自らの非専門家証言を行う際にも、時には大幅な説明の変更がなされる場合がある。指示に変更があれば専門家の意見も、時には極めて大幅に変わらざるを得なくなるのだ。

ニューサウス・ウェールズの統一民事訴訟規則では現在、専門家証人が「原告が陳述を完了する前であれ完了後であれ、裁判のいかなる段階であっても証拠を提示する」ように裁判官が指示を出すことが認められている。そして裁判所はこの規則のもとで「訴訟における専門家証拠の利用に関連して、裁判所が妥当だと考える指示を出す」全般的な権限を維持している。オーストラリア首都特別地域の規則にも同様の裁判所の権限が規定されている。

その効率性、さらに専門家の裁判手続きにおける自らの役割に関する認識に実際に変化を引き起こす見込みがあることから、証拠提示の順番の変更も一般的に行われている。いかなる理由であれそれが特定の訴訟において不適切となるのではない限り、今では全ての事実証拠は一切の専門家の召喚前に収集することになっている。何らかの複雑性を伴う訴訟である場合は、事実証拠に続いて短期間の休廷、場合によっては数日間またはそれ以上の休廷期間を設けることができ、その間に専門家は筆記録を確認する機会を与えられる。これにより専門家は、関連する事実説明の一貫性の度合いや相違のある箇所を理解することができる。そして専門家が、受け入れられた事実と議論が分かれる事実とを明確に理解した状態で証言を行うことが可能になる。この手続きは当てずっぽうの考えを排除し、議論を洗練させる。そして正しい結論を導こうとする裁判官を補佐するにあたっての専門家同士の協力が促進される。この方式を我々は「段階的裁判」と呼んでいる。この方式が用いられるようになってからまだ日は浅いが、この方式は裁判手続きの統一性と効率性の両面で大幅な利点をもたらすと我々は考えている。そして今や様々な州裁判所、連邦裁判所、そして家庭裁判所の裁判官が、関連する事実証拠の一部または全てが出されるまで専門家証拠の証言を延期する権限を有することが認められている。

## 別表 A

### 統一民事訴訟規則 2005(NSW)

#### 規則 31.35 — 専門家証人による意見証拠

二者以上の当事者が、同一の争点または類似した複数の争点に関する意見証拠を提示するために専門家証人を召喚するあらゆる訴訟、またはその目的で専門家証人を召喚する意思を裁判所に示すあらゆる訴訟において、裁判所は以下の指示のうち、どの一つ以上の指示を出してもよい。

(a) 裁判において以下の行動を求める指示：

(i) 該当する一つまたは複数の争点に関連する全ての事実証拠、または裁判所が指定する証拠が提示された後に、専門家証人は証拠を提示すること、あるいは

(ii) 原告が陳述を完了する前であれ完了後であれ、裁判のいかなる段階であっても専門家証人が証拠を提示すること、あるいは

(iii) 二名以上の専門家証人を召喚することを希望する各当事者が、該当する一つまたは複数の争点に関連して自らの当事者側の陳述を完了すること。ただしその後裁判内で専門家証人の証言を提示する場合に限られる。

(b) 争点に関連する全ての事実証拠、または裁判所が指定する証拠が提示された後、各専門家証人が以下の内容について述べた宣誓供述書または供述書を提出することを求める指示。

(i) 専門家証人が、すでに提示された何らかの意見を支持しているか否か、あるいは

(ii) そうした証拠に照らし合わせて、専門家証人がすでに提示された何らかの意見を修正することを望んでいるか否か。

(c) 専門家証人が以下の行動をとることを求める指示：

(i) (パラグラフ (d)、(e)、(f)、(g)、(h)に従って供述を行い、主尋問と反対尋問で尋問を受けることが可能になるように)前の専門家に続いてすぐに宣誓を行うこと、ならびに

(ii) 証言を行う際は、法廷内の証言を行うのに適した場所(必ずしも証人台でなくてもよい)を占有すること。

(d) 各専門家証人が、該当する一つまたは複数の争点について、自らの一つまたは複数の意見の口頭説明を行うことを求める指示、

- (e) 各専門家証人が、別の専門家証人による一つまたは複数の意見について自らの一つまたは複数の意見を述べることを求める指示、
- (f) 特定の方式または順序で、各専門家証人が反対尋問を受けることを求める指示、
- (g) 以下の方式で、パラグラフ (c) で言及される状況で証拠を提示する専門家証人に対する反対尋問または再尋問を行うことを求める指示：
  - (i) 別の専門家証人の反対尋問と再尋問を開始する前に、一人の専門家証人の反対尋問と再尋問を完了する方式、または
  - (ii) 全ての専門家証人の反対尋問と再尋問が完了するまで、一つの問題に関連する争点ごとに、または一度に一つの争点について交代で各専門家証人の尋問を行う方式、
- (h) パラグラフ (c) で言及される状況で証拠を提示する専門家証人が、言及されるやり方で共に証拠を提示する証人と共同で、他のいかなる専門家証人に対しても質問することを認めることを求める指示、
- (i) パラグラフ (c) で言及される状況での証拠の提示に関する裁判所が適切だと考えるその他の指示。