

特集 シンポジウム報告

『科学の専門知を法廷でどう扱うか？』

—NSW土地環境裁判所長官プレストン判事を迎えて—

開催責任者

東北大学大学院理学研究科准教授 本堂 毅

立命館大学法学部教授 渡辺千原

特集 シンポジウム報告

『科学の専門知を
法廷でどう扱うか?』—NSW土地環境裁判所長官プレストン判事を迎えて—
開催責任者

東北大学大学院理学研究科准教授 本堂 毅
立命館大学法学部教授 渡辺 千原

本報告は、二〇一四年一〇月二四日に、東京の弁護士会館・講堂「クレオ」で行われた国際シンポジウム「科学の専門知を法廷でどう扱うか? NSW(ニューサウスウェールズ)土地環境裁判所長官プレストン判事を迎えて」の講演とパネルディスカッションをまとめたものである。

医療過誤、地球温暖化など、科学だけでは正解が出せない先端技術・未来予測などで、司法は専門的知識をどのように扱うことができるのか。科学者はどのような役割を果たすべきか。これらは今、世界中で問われている課題である。科学裁判の新しい手法として知られる「コンカレント・エヴィデンス」を生み出したオーストラリアNSW州土地環境裁判所の長官であり、環境法学者としても知られるブライアン・プレストン(Brian Preston)判事を迎えたシンポジウムでは、日豪一線で豊富な経験を持つ裁判官らが、両国の具体的工夫や制度を互いに紹介し、法学者・科学者と共に、これからの科学裁判の可能性と課題を明らかにした。

当日のプログラムは以下の通りである。

【目次】

① 「オーストラリアにおける専門的証拠のための特別な裁判手続」

オーストラリアNSW州土地環境裁判所長官ブライアン・J・プレストン

12

② 「専門的知見の獲得のための工夫：座談会方式の経験から」

東北大学法科大学院教授(元仙台地裁判事) 信濃孝一

二二

③ 「日本における専門的知見の獲得のための制度と方策」

東京地方裁判所判事 岡崎克彦 ……二五
パネル・ディスカッション

④ 登壇者：講演者三名
岡山家庭地方裁判所倉敷支部判事(現知財高裁判事) 寺田利彦
東京大学法学部准教授(民法、医事法、医師) 米村滋人

(司会) 渡辺千原、本堂毅 ……三二
本シンポジウム、報告をきっかけの一つとして、この重要な課題への取り組みが活発になることを、主催者として願うものがある。

シンポジウムは、(独)日本学術振興会・科学研究費補助金・基盤研究(A)「科学技術の不確実性と法的規制」学際的観点からの包括的的制度設計の試み」の主催、同・基盤研究(A)「科学の多様な不確定性と意思決定」当事者性から考えるトランスサイエンス」の共催で開催された。また、開催にあたって仙台弁護士会の佐藤裕一弁護士の協力を得た。

(一) 本堂毅「科学者から見た法と法廷」
亀本洋編・岩波講座「法と科学の動態(6)法と科学の交錯」(岩波書店、二〇一四)六三〇〜九一頁。科学者の視点によるコンカレント・エヴィデンスの解説。

(2) 渡辺千原「裁判と科学」フォーラムとしての「考察」法と社会研究一号(二〇一五)九九〜一三五頁。

ほんどうつよし・東北大学大学院理学研究科准教授
わたなべ ちはら・立命館大学法学部教授

① オーストラリアにおける 専門家証拠のための特別な訴訟手続

ブライアン・J・プレストン

訳・渡辺千原

目次

はじめに

I 専門家証拠の許容性に関する証拠規則

- 1 意見証拠の禁止
- 2 専門的知識に関する問題
- 3 意見証拠禁止の例外
- 4 専門家の意見の許容性のテスト
- 5 専門家証拠を排除する裁量

II アドバサラー・システムのもとでの 専門家証拠の問題

- 1 証拠の廉潔性の欠如
- 2 証拠への理解の欠如
- 3 裁判過程の非効率性

III ニューサウスウェールズ州土地環境裁 判所での専門家証拠への対応

- 1 専門家証人の行為規範の遵守
- 2 コンテンジェント・フィーの開示
- 3 専門家証拠の提出に対する裁判所の
統制

IV 専門家証拠に関する裁判所の指示

- 1 インポート
- 2 ジョイント・カンファレンスとジョ
イント・レポート

V 専門家証拠を得る諸手段

- 1 当事者各自の専門家
- 2 当事者の単一の専門家
- 3 裁判所任命の専門家
- 4 アセッサルの任命
- 5 レフェリーの任命
- 6 特別裁判所や専門審判所

結論

はじめに

証拠についての諸ルールは、長い年月をかけて開発され、試され、修正を重ねてきた¹。証拠規則は、もともとよく誤りを防ぎ、真実を引き出せるようにしくまれた調査方法を進化させてきた、何世代もかけて行われた営みの集大成なのである。オーストラリアでは、こうした証拠規則は、各州と特別地域の統一証拠法 (Uniform Evidence Acts) として成文化されている。これらの規則の目的は、裁判所がもつとも信頼できる証拠を確実に受け取れるようにすることである。本稿の目的に関わる証拠規則の一つが、意見証拠の禁止ルールと、専門家証拠の場合のその例外である。

専門家証拠は今日では、どの裁判所の裁判でも根本的な重要性を有するものとなっ

ている。² 科学技術がめざましく発展し、我々の生活のすみずみにまで浸透してきている現在、かつては、裁判所の常識に任ざられていてもよかつた事柄が、いまや専門的知識に照らされなければならない。昨日までの常識は、今日では意味を失っているかもしれない。裁判所の意見は、十分な情報に基づいていないと、奇妙だったり、ただ単に誤っているかもしれない。よって、専門家による意見証拠は、裁判に際して正しい推論するのに不可欠なのである。

このことは、環境法や、都市計画法 (Planning legislation) での管轄を有する特別裁判所や審判所では特に顕著である。^{3,4} 当事者主義的な裁判システム (アドバサラー・システム) では、専門家証人は各当事者に雇われて、その当事者の事件で証言するために裁判所に召喚される。このよう

な伝統的なアプローチでは、証拠の廉潔性 (Integrity) や、理解可能性 (Comprehensibility)、裁判プロセスの効率性に問題が生じてきた。それに対応して、裁判所は、「証拠の質をできるだけ高め、かつ裁判過程で証拠を得る際の効率性も達成できるように」改革を進めてきたのである。⁵ ニューサウスウェールズの土地環境裁判所 (The Land and Environment Court) は、専門家証拠を扱う手続等も含め、裁判実務や手続の「イノベーター」かつ、オーストラリアのリーダー」と言われてきた。

本稿では、当事者主義のもとでの専門家証拠の許容性ルールについて論じる。専門

家証拠の問題とそれへの対応、専門家の報告書と証拠についての裁判所の諸規則、専門家証拠を得る手段である、各当事者の専門家、両当事者選任の単一の専門家、裁判所任命の専門家、裁判所の持つ専門的知識についても論じていく。

I 専門家証拠の許容性に関する証拠規則

裁判所は、信頼性のある証拠を確実に得られるような証拠規則を採用してきた。そのなかに、意見証拠の禁止と、専門家証拠の場合のその例外がある。

1 意見証拠の禁止

証拠規則では、事実についての証拠と、意見証拠を区別している。一般的な規則では、証人は、事実についてのみ証言するもので、意見を述べてはならないことになっている。事実の証拠は、事実を五感を通じて直接に観察して得られるものである。意見証拠は、事実から得た推論や結論である。事実からの推論は裁判所の役目とされている。こうした一般規則は、裁判所がもつとも信頼できる証拠を得るためのものである。意見証拠の禁止は、もともと信頼性のある証拠を得られるよう法発展してきた数多くの規則のうちの一つなのである (他には、伝聞証拠禁止や、最良証拠規則などがある)。⁶

2 専門的知識に関する問題

意見証拠規則は、裁判官の通常の知識で

推論できる場合は、その機能を十分に果たせる。しかし、専門的知識が必要な事柄となると問題が生じる。裁判官には、必要な専門的知識がないので、証人が述べた事実から適切な推論ができない。

そういう場合として、例えば、絶滅危惧種に関する法が保護種としてリストアップしている絶滅危惧種の植物や動物の識別がある。事実についての証人であれば、ある植物について、葉や花や果実について外見上の形態を記述すればよい。しかし、植物についての専門知識がある人でないと、その植物が、分類学上のどの植物で、絶滅危惧種にリストされた種などと推論するのは無理だろう。

3 意見証拠禁止の例外

それゆえ、意見証拠禁止の例外は、専門知識が必要な事柄について発展してきた。ニューサウスウェールズの一九九五年証拠法 (Evidence Act 1995) の七九条は、「教育、研究、経験に裏付けられた専門知識を有する人が、その知識に全面的あるいはかなりの部分依拠して意見を述べた場合には、意見証拠禁止規則を適用しない」と規定している。

4 専門家の意見の許容性のテスト

専門家の意見証拠の許容性のテストには、(1)関連性、有用性 (helpfulness) のテスト(2)専門的知識 (the specialised knowledge) のテスト(3)資格 (qualification) のテスト(4)根拠 (basis) のテストの四つがある。

(1) 関連性・有用性のテスト

第一のテストは、裁判での判決形成の基本である。証拠は、事実の証拠か意見の証拠かにかかわらず、その事件の審理に関連性がある (relevant) 限りにおいて許容される。関連性のある証拠とは、「許容されれば、その審理で争点となっている事実の存否の蓋然性評価に(直接的または間接的に)影響を与えると合理的にいえるような証拠」である。合理的に考えて、裁判所の事実認定の助けにならないような証拠には、有用性がない。

関連性のテストは、争点に関わる事実と証拠の間に最低限の論理的なつながりがあることを求める。蓋然性の観点からは、その証拠がない場合よりもあるほうが、争点となる事実の存在の蓋然性をより高めるか、低める(つまり、蓋然性に影響を与える)場合、関連性があるといえる。この関連性のテストは、二つの概念からなる。つまり、証拠と事実の論理的関連性と、その証拠で究極的に証明しようとする事柄が裁判での争点に関わりがあるという要件である。

(2) 専門知識のテスト

二つ目のテストは、意見が「専門知識」に基づいているという要件である。一九九五年証拠法における「専門知識」という表現は、コモンローでの立場とほぼ同じものとされている。コモンローでは、専門家とされる人の意見は、専門家の証拠が必要と法が認めている分野のものでなければならぬ。コモンローのテストでは次のことを問う。

a. 意見の対象が、その知識分野の教育経験や、実際の経験がなくても、専門知識や経験のある人の助けなしに健全な判断ができそうな事柄なのか。

b. 意見の対象となる事柄が、十分に体系だった一体の知識経験の一部をなして、信頼できるだけの知識経験としてまとまりがあると認められるほどで、証人の意見は、それに特に通じているがゆえに、裁判所の助けになつていないのか?

最初の問いは、「通常人なら、その質問に対して、等しく正しい見解がもてる場合には、その証拠を排除する」ためのものである。二つ目の問いは、一定のまとまりのある健全な知識経験に基づいていない証拠は、「信頼性が不十分」なために排除しようとするものだ。

意見の対象となる事柄が、信頼性基準を法的に満たしているといえるだけの、体系的知識にかかわっているかどうかを判定するのに、裁判所はこれまで様々なテストを駆使してきた。その一つに、関連する科学・技術分野での一般的受容性のテストがある。もし、その意見の根拠となる専門知識が、当該科学・技術的分野で一般的に受容されていれば、その意見は証拠としての信頼性があるという結論を導ける。その他のテストでは、一般的受容性には焦点を当てずに、裁判所が直接、意見の信頼性の評価をしなければならぬ。よって、科学的証拠による意見の場合、その意見が、科学的方法によつて導き出され、既知の事実に基づく十分な根拠によつて適切に裏付けら

れなければならない。

(3) 資格のテスト

三つ目のテストが資格のテストである。証人は、認められた分野での資格があり、その「教育、研究、経験」にもとづいた専門知識を習得している必要がある。専門的知識の種類や、専門的知識を習得した手段は、当該知識分野によつて異なる。たとえば、ある共同体の態度についての経験があれば、その共同体のメンバーがとりそうな態度について意見をするには十分な専門知識があるといえよう。

しかし、問題となっている知識の分野が、科学の技術的な領域にかかわるものであるなら、適切な教育や研究に基づかない単なる経験では不十分ということになる。研究の性質や範囲は、科学の当該分野によつても異なる。専門家としてどのような資格が必要であるか、その証人にそうした資格があるかどうかを判定するには、専門家に証言を求めようとしている問いをはつきりと特定しておくことが必要だ。資格と問

(4) 根拠のテスト

四番目のテストは、専門家証人の実際の意見に焦点をあてて、その意見の根拠を評価する。意見の根拠を次の二つの角度から明らかにしなければならない。

a. 証人の意見は、専門的知識に「完全に、または相当程度基づいて」いなければならない。

b. その意見の事実上の根拠は開示され、許容しうる証拠によつて立証さ

れなければならぬ。

一つ目は、「特定の専門知識」と意見の間には連関があることを要求している。もし、その意見が証人の専門分野外のものであれば、連関があるとはいえない。同様に、たとえ証人の専門分野における意見であつても、その意見に違つたのに、「専門知識」が用いられていない場合には連関があるとはいえない。その上で、その意見が、専門知識に「完全にまたは相当程度基づいて」いなければならない。

二つ目は、専門家の意見の根拠となる事実や想定事実 (assumption of fact: 証拠による証明を要しない事実で、仮設事実ともいうが、意見の前提として想定される事実のこと) を開示しなければならないというものである。これらの事実、許容性のある証拠によつて証明できなければならず、意見が依拠している仮設事実を証明する証拠は許容されなければならない。

5 専門家証拠を排除する裁量

裁判所には、許容しうる専門家証拠でも、その利用を排除しないしは制限する裁量がある。裁判所は、その証拠上の価値よりも、一方当事者に不当に不利に働く危険性のほうが高い場合や、時間の無駄となるような場合には、その専門家証拠を許容しなくてもよい。裁判所は、証拠の利用が一方当事者にとって不公平に不利になる、あるいは誤解や混乱を来しうるような場合に証拠としての利用を制限することもできる。専門家証拠を裁量で排除する場合にも許容性の四つのテストについての考慮が妥当す

る。

II アドバナーサリー・システム(当事者主義)のもとでの専門家証拠の問題

アドバナーサリー・システムでは、専門家証人は、各当事者に雇われて、その当事者の事件について証言するために裁判所に召喚される。伝統的な当事者主義的なアプローチでは、専門家証拠は、証拠の廉潔性、理解可能性、裁判過程の効率性で問題を生じる。

1 証拠の廉潔性(Integrity)の欠如

アドバナーサリー・システムでは、専門家は、自分を雇っている当事者がわに肩入れしてその言い分を正当化する(そうでない限り、証言しない)。当事者によるバイアスを(意識的あるいは無意識的に)受けて証言して、自分の役割は、相手方当事者のために反対尋問をする弁護士と戦うことと自覚している。尋問の前の協議や、証言の際に相手方当事者の専門家と直接にやりとりすることはない。こういった事情が、専門家証拠の廉潔性を損なうことになる。

2 証拠への理解の欠如

一般的に、裁判所は、事実については素人であり、科学・技術・その他の専門家の専門分野についての知識はない。しかし、裁判所は、最高レベルの専門知識を有する専門家同士が争っているような紛争をも解決しなければならぬ。そこで、裁判所は、専門家証拠の信頼性の評価を助ける証

拠規則を適用するのである。これには、上述した、専門家証拠の許容性の四つのテストを含む。専門家証拠の廉潔性にかかわる諸問題は、信頼性に影響するため、これらのテストの目的達成を妨げかねないが、証拠の理解可能性に対してもマイナスの影響を与える。裁判所は、解決すべき争点について、専門家の、独立して冷静で客観的な証言を得られないし、専門家同士の純粹な対話からの恩恵も受けられない。そのため、裁判所は争点や争点について議論がどう対立しているのかを理解するのが困難となる。

3 裁判過程の非効率性

当事者の専門家証拠を口頭で順次出していくという伝統的な方法、すなわち主尋問(直接尋問)、反対尋問、再尋問(再直接尋問)を順番に行っていくという方法は、繰り返しが多く時間がかかる。一方の証人の証拠を相手方に提示してから、その逆も行う必要がある。その際に、専門家ではない弁護士が間に入って言い換えるために、その過程で証拠の意味がゆがめられたり失われたりするおそれがある。

III ニューサウスウェールズ州(NSW)土地環境裁判所での専門家証拠への対応

NSWの土地環境裁判所は、オーストラリアのNSW州の専門の上級の正式記録裁判所である。この裁判所は、専門家証拠についての改革を世界的にもリードしてきている。ここではアドバナーサリー・システム

での専門家証拠の諸問題に次のように対応している。

- ・ 専門家証拠に関する裁判所規則を採用
- ・ 専門家に、行動規範の遵守を求める
- ・ 専門家にジョイント・カンファレンスを求める
- ・ 専門家に、同時に証言することを求める
- ・ 単一の専門家、すなわち、両当事者の単一の専門家、または、裁判所任命の専門家の利用の指示
- ・ 裁判所の技術的専門家(コミッション)の専門家知識の活用

IV 専門家の報告と証拠についての裁判所規則

裁判所規則には、専門家証拠の信頼性確保のためのテストが反映されている。証拠規則が適用される場面で、証拠規則を補完し、党派性の問題にも対処している。NSWでは、二〇〇五年統一民事訴訟規則(UCPR)と、二〇〇七年土地環境裁判所規則が適用される。これらには以下のような規則を含んでいる。

- a. 専門家証人の行動規範の遵守。
 - b. コンテインジェント・フィーの開示。
 - c. 専門家証拠の提出に対する裁判所のコントロール。
 - d. 専門家証拠に関する裁判所の指示。
 - e. ジョイント・カンファレンスと報告。
- 1 専門家証人の行動規範の遵守
- (1) 行動規範の遵守義務
- 専門家証人は、UCPRのスケジュール

7に定める行動規範を遵守しなければならない。⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿

専門家証人は、雇用または選任された後、速やかに行動規範の写しを受け取らなければならない。⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿

専門家の報告書や口頭での証言は、その専門家が行動規範を読み、その制約を受けることに合意してはじめて証拠として受け取られる。⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿

裁判所に対する一般的な義務 裁判所の命令に従う義務、他の専門家証人と協力する義務を課している。

(2) 裁判所に対する一般的義務

専門家証人は、専門家証人の専門分野に関連する事項について裁判所を中立的に支援することを最優先する義務を負う。⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿

専門家証人の義務は、何よりも裁判所に対する義務であり、当該手続の（その専門家証人を雇っている人を含む）当事者に対するものではない。⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿

専門家証人は、一方当事者の擁護者ではないのである。

(3) 裁判所の指示に従う義務

専門家証人は、裁判所からのいかなる指示にも従わなければならない。⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿

その指示のなかに、他の専門家証人との協議とジョイント・レポートの準備も含まれている。

(4) 他の専門家証人と協力する義務

専門家証人は、何らかの争点について、裁判所からの他の専門家証人との協議や報告書の準備の指示に従う際には、

- a. 争点に関して独立した専門家としての判断をしなければならない。
- b. 争点に関して他の専門家と合意に至るよう努力しなければならない。
- c. 他の専門家証人との合意を差し控えたり避けたりするような指示や提案

に従って行動してはならない。⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿

(5) 専門家の報告書の内容

専門家の報告書（報告書のなか、あるいは添付文書）は、次の要素を含む必要がある。

- a. 報告書が対象としている争点についての専門家としての資格。
- b. 報告書の意見が根拠としている事実や、想定事実（説示の文書を添付しても良い）。
- c. 表明した意見それぞれに対する専門家としての理由付け。
- d. 特定の争点が、専門家の専門知識の範囲外となる場合には、そのことについての記載。
- e. その意見を裏付けるのに利用した文献その他の資料。
- f. 専門家が依拠した実験、試験、その他の調査結果。それらの実施者の資格の詳細も含む。
- g. 報告が長く複雑な場合には、報告書の簡潔な要約（その場合、報告書の冒頭につける）。

報告書を用意した専門家が、何らかの留保つきでないとその報告内容が不完全または不正確となると考える場合には、その留保を報告書に明記する必要がある。⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿

専門家が、自分の意見は、調査不足や、データ不足などの理由で最終的な結論ではないと考える場合、意見表明に際してそのことを申し述べる必要がある。

専門家証人が自分を雇った当事者（またはその法定代理人）に対して専門家の報告書を提出した後に、重要な点で自分の意見

を変更する場合、専門家証人は、その当事者（またはその法定代理人）に直ちに意見を変更する補足的な報告書を提出する必要がある。⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿

その報告書にはUCPRのスケジュール7の条項5(1)に当たる情報を含んでいる必要がある。

2 コンテンジエント・フィーの開示

専門家証人は、自分の専門家としての報告書のなかで、専門家証人の報酬や諸費用を手続の結果に応じて課金するのか、報酬や諸費用の支払いを延べ払いとしているのかといった取り決めについて開示しなければならない。

専門家の報告書にそのような取り決めがあることが記載されている場合、裁判所は専門家証人の雇用条件の開示を求めることができる。

3 専門家証拠の提出に対する裁判所の統制

裁判所規則は、専門家証拠の提出に際して裁判所がコントロールを保持していることを強調している。⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿

このことは、証拠の廉潔性を確保し、専門家証拠の範囲やコストと紛争の性質や争点となっている事項との間のつりあいをとり、真の争点に対して裁判で公正で安価な解決を実現するために必要なのである。

4 専門家証拠に関する裁判所の指示

裁判所は、手続の中でいつでも、専門家証拠の利用に関して適切と考える指示を与えることができ、それには次のような内容

- a. 専門家の報告を提出する時期についての指示。
- b. 特定の争点について専門家証拠を出さないようにという指示。
- c. 裁判所の許可による以外は特定の争点について専門家証拠を出さないようにする指示。
- d. 専門家証拠を、特定の争点についてのみ出すようにという指示。
- e. 特定の争点についての証拠を出すのに召喚しうる専門家証人の数を制限する指示。
- f. 特定の争点に関連して両当事者で単一の専門家 (single expert) を雇用・依頼するようにという指示。
- g. 特定の争点に関して裁判所が専門家を任命、依頼するという指示。
- h. 特定の争点に関して専門家の報告書を準備する前後で、同一の争点に関して、専門家同士で協議を行う旨の指示。
- i. 専門家が役割を果たすのに役立つと思われるその他のあらゆる指示。
- j. 手続に際して報告書を複数用意してきた専門家に対して、主たる意見を反映する報告書を一通準備するようという指示。

5 ジョイント・カンファレンスとジョイント・レポート

(1) 専門家証人同士でのカンファレンス

裁判所は、専門家証人に次のことを指示しうる。

- (1) 専門家証人同士でのカンファレンス
- (2) 専門家証人に次のことを指示しうる。

- a. 一般的に、あるいは特定の事項に關して協議すること。
- b. 争点となつてゐる事項について、合意に達するよう努力すること。
- c. ジョイント・レポートを用意すること。その際に、合意できた事項と合意できていない事項、合意できていない理由を明記すること。
- d. ジョイント・レポートを特定の事実や想定事実で根拠づけて作成すること。

裁判所は、専門家証人が報告書を提出する前後を問わずいつでも、そのような指示ができる。専門家証人が報告書を提出する前に協議の指示がなされるときには、裁判所は、専門家証人がジョイント・レポートで扱うべき争点、レポートが前提とすべき事実や想定事実について指示しうる。また、その指示には、利害関係当事者に、専門家証人への説示に合意するよう努めるようにとの指示も含まれる。

- a. 利害関係当事者と法定代理人の出席、あるいは出席しないこと。
- b. 当事者や法定代理人の出席の有無を当事者の選択にゆだねること。
- c. ファシリテーター(当事者から独立した存在で、問題となつてゐる事項についての専門家である場合と専門家ではない場合がある)の出席の有無。

協議を指示された専門家証人は、協議やジョイントレポートでは、独立した専門家としての判断をしなければならず、合意を

控えたり避けたりするようにとの(当事者や当事者の法定代理人などからの)教示や要請を受けて行動してはならない。そのような指示を受けた専門家証人は、専門家証人としての役割遂行に役立つと考えれば、追加の指示を裁判所に問い合わせることができる。

問い合わせをするには、指示を求める事項を明記して、裁判所に対する指示の要請を書面で送付しなければならない。専門家証人は、そのような問い合わせをする場合、他の専門家証人と当事者に対して、その要請の写しを送付しなければならない。

- (2) 協議のジョイント・レポート
 - 専門家証人のジョイント・レポートは、合意できた事項と、合意できていない事項と、不一致の理由を明記したものである。ジョイント・レポートは、合意された事項についての証拠としてトリアルに提出することができる。合意できていない事項に關しては、ジョイント・レポートは、証拠規則や裁判所実務規則に適合する限りにおいて利用・提出できる。当事者は、裁判所の許可がない限り、ジョイント・レポートで扱われた争点について、他の専門家による証拠を出すことはできない。ジョイント・カンファレンスで専門家証人のあいだでなされたやりとりの内容については、ジョイント・レポートの内容以外は、利害関係当事者が合意しない限りは、審理中、言及してはならない。

V 専門家証拠を得る諸手段

裁判所は、様々な方法で専門家による証

拠を得ることができる。

- a. 両当事者は、法廷で証言させるために各自で専門家を雇うことができる。
- b. 両当事者が単一の専門家を任用することを合意できる。
- c. 裁判所は、様々な方法で裁判所を補助するための専門家を任命することができる。
- d. 専門裁判所や専門審判所の場合には、裁判所は自ら有する専門知識を用いることができる。

1 当事者各自の専門家

伝統的には、当事者は自らの専門家を雇つて、裁判所に専門家の意見証拠を提出してきた。そうした専門家証拠は、専門家の報告書や専門家証拠に關する証拠規則や裁判所規則に従わなければならない。

- (1) ジョイント・カンファレンスと各自の専門家の報告書
 - 裁判所は、当事者の専門家に、ジョイント・カンファレンスを開催してジョイント・レポートを作成して裁判所に提出するよう指示しうる。ジョイントカンファレンスとジョイント・レポートがコンカレント・エвиденスの基礎となる。
 - (2) コンカレント・エвиденス
 - 裁判所は、専門家証人に同時に(Concurrently) 証言するよう求めることができる。この手続では、専門領域ごとに専門家が集つて、ともに宣誓して、証言席あるいはバーテーブル、その他の当事者や裁判官から見やすい場所に隣り合つて座る。その過程では、主催者たる裁判官が積

極的な役割を果たす。「儀式的主催者」として振る舞うのである。

まず、専門家証人の口頭での証言のためのアジェンダがまとめられる。アジェンダは、主要な争点、つまり通常はジョイント・レポートで一致をみなかった争点を解決すべく、専門家による議論が必要なトピックを列挙している。裁判所は、証拠の提出方式について指示を行う。通常は、各専門家は順次交代で各争点に応答し、他の専門家証人の意見に対して自分の意見を述べ、順序立てられた討議の形で対話が行なわれる。専門家は、相互に質問することができる。この対話の最後に、裁判所が質問をすることもできる。そのあとで、当事者には専門家を尋問する機会を与えられる。これは、主尋問と反対尋問を含みうる。ひとつの争点についての議論が終わると、次の争点についての議論が繰り返され、主要な争点すべてについての議論が終わるまで続けられる。

- (3) コンカレント・エвиденスの長所
 - ・ひとつのトピックについての専門家の証言が、すべて同時に提出される。
 - ・争点について、焦点の定まった、構造化された、順序だった分析がなされる。その結果、要点ごとの対比ができる。

・専門家の間で純粹な対話が行なわれる。
・相互の証拠に対して直ちにピアレヴェー
ーがなされる。

・裁判所によるコントロールによって、専門家には裁判所を補助する最優先の義務があることが強調される。
 ・専門家が党派的に行動する可能性を減らせる。
 ・反対尋問を行う弁護士との無意味な対決が少なくなる。
 ・時間や費用の面で効率的なプロセスとなり、特に伝統的なアドバースリアルな方法での専門家証拠に要していた時間や費用を大幅に削減することができる。

2 当事者選任の単一の専門家 (single expert)

(1) 選任と雇用

裁判所は、特定の争点や複数の争点について対応すべく、当事者に共通の一人のみの専門家(単一の専門家 single expert)を雇うよう命じることができる。争点や事件の種類によっては、単一の専門家の利用が有用である。単一の専門家は、当事者の合意にもとづいて選任されるが、合意がない場合には、裁判所の指示によって、あるいは指示の範囲内で選任される。

(2) 単一の専門家の報酬

単一の専門家の報酬は、利害関係当事者と専門家の合意によって確定するか、合意ができない場合には、裁判所の指示によってあるいは指示の範囲内で確定されなければならない。裁判所の指示に従って、単一の専門家の報酬に対しては利害関係当事者が連帯責任を負う。裁判所は、単一の専門家の報酬がいつ、誰によって支払われるか

についても指示しうる。

(3) 単一の専門家への説示

当事者は、専門家の意見にかかわる争点やレポートが依拠している事実や想定事実に関して、単一の専門家への書面での説示に合意するよう努力しなければならない。もし当事者が合意できない場合には、裁判所に指示を仰がなければならない。

(4) 単一の専門家による裁判所の指示の申請

当事者の単一の専門家は、いかなる点についても、専門家としての役割遂行に役立つような指示を裁判所に申請できる。申請は、指示を求める事項を明記した要請を書面で裁判所に送付しなければならない。単一の専門家は、その要請の写しを当事者に送らなければならない。

(5) 当事者に送る報告書

単一の専門家は、報告書の写しに署名して各当事者に送付しなければならない。写しは、同じ日に送付日を明記して送らなければならない。

(6) 報告書の補足説明 (clarification)

単一の専門家の報告書が当事者に送付されて一四日以内かつ報告書が証拠として提出される前であれば、当事者は、専門家への書面による通知で、報告書のどの部分についても補足説明を求めることができる。裁判所が命令しない限りは、当事者は、そうした通知を複数送ることはできず、また、通知は質問形式でなされ、質問は「○を越えてはならない」。

通知を送る当事者は、専門家に送付するのと同じ日に、他の当事者にもその写しを送

らなければならない。各通知にはそれぞれ送付日を明記しなければならない。単一の専門家は、通知が送付されて二八日以内に、その通知への回答の写しに署名した上で、各当事者に送付しなければならない。

(7) 報告書と回答書の証拠としての提出

裁判所が特段の指示をしない限りは、報告書やその補足説明の要請への応答としてなされた回答は何であれ、当事者のどちらからでも証拠として提出できる。

(8) 単一の専門家への交互尋問

当事者は、単一の専門家に対して交互尋問することができ、当事者からの合理的な通知に基づいてそのような要請があった場合、専門家は尋問や反対尋問のため出廷しなければならない。

(9) 他の専門家証拠の禁止

ある争点に関して単一の専門家が関与している場合には、裁判所の許可がない限り、当事者は、その争点については他の専門家の証拠を提出することはできない。

3 裁判所任命の専門家

裁判所は、証拠の提供や裁判所の補助のために、次のような専門家を任命することができる。

a. 特定の争点に関して調査し、裁判所に報告を行う専門家

手続のなかで生じた事項について裁判所を補助し、助言を行うアセッサ (assessor)

c. 特定の事項について調査・報告の照会を行うレフェリー (referee)

(1) 裁判所任命の専門家の選任と任命

裁判所は自ら専門家を任命して、どの争点についても調査と報告を求めることができる。裁判所は、当事者によって選任された人、裁判所によって選任された人、または裁判所に指示された方法で選任された人を、裁判所任命の専門家として任命できる。

(2) 裁判所任命の専門家の報酬

裁判所任命の専門家の報酬は、当事者と専門家の合意か、当事者が合意できない場合には裁判所の指示によって、または指示の範囲内で確定されなければならない。

(3) 裁判所任命の専門家の説示

裁判所は、裁判所任命の専門家が報告書で扱う争点および、報告書が根拠とする事実や想定事実に関して説示をすることができる。これには、利害関係当事者に対して、専門家への説示に合意するよう求める指示も含みうる。

(4) 裁判所任命の専門家の報酬

裁判所任命の専門家は、裁判所に指示を求めることができる。裁判所任命の専門家は、専門家の役割遂行に資する場合、どのような指示をも裁判所に申請できる。裁判所への指示の申請は、書面で行わなければならない。その場合、指示を求める事項を明記しなければならない。裁判所任命の専門家は、そうした申請をする場合には、各当事者にその要請の写しを送付しなければならない。

(5) 裁判所に送付する報告書

裁判所任命の専門家は、自らの報告書を裁判所のレジストラ（記録担当者、*Registrar*）に、その写しを各当事者に送らなければならない。裁判所が特段の命令をしない限り、レジストラが受け取った報告書は、その内容に関わる事項の審理で証拠として扱われる。

(6) 裁判所任命の専門家による意見の変更

裁判所任命の専門家は、報告書をレジストラに送付した後に、重要な事項について自分の意見を変更する場合には、変更のための補充の報告書をレジストラに速やかに提出する必要がある。

(7) 報告書の補足説明と交互尋問

当事者は、裁判所任命の専門家の報告書のどの部分についても、その内容の説明を求める許可を裁判所に申請できる。当事者は、裁判所任命の専門家に対して交互尋問することができる。専門家は、その要請が利害関係当事者による合理的な告知による場合には、尋問や反対尋問のために裁判所に出席しなければならない。

(8) 他の専門家証拠の禁止

裁判所任命の専門家が任命されている場合には、当事者は裁判所の許可がない限り、その争点については専門家による証拠は提出できない。

(9) 両当事者選任の単一の専門家と裁判所任命の専門家の長所

当事者選任の単一の専門家および裁判所任命の専門家の長所としては、単一の専門家の独立性と不偏性、一人しか専門家を活用しないことに由来する費用や時間の節減

が挙げられる。

4 アセッサー (*assessor*) の任命

事件の専門家の知識を必要とする部分について、裁判所の理解や判断を補助するために、裁判所は、専門知識のある者を一人ないし複数任命して、裁判官とともに在廷させる権限がある。どのような民事手続でも、裁判所は、手続上生じた事項について専門的な資格のある人の助けを得ることができ、その助言者の意見に基づいて行動することができ、その助言者はアセッサー (*assessor*) と称されることがある。

アセッサーは、「裁判所の専門ガイド」となる。裁判官が、専門的な事項を伴うような事件やその事件や争点の一部について判断を下さなければならない場合にはいつでもアセッサーを任用できる。アセッサーは、専門家証人と同様の専門的知識を裁判所にもたすが、専門家証人ではない。宣誓して証拠を出すことはできず、交互尋問されることもない。アセッサーは、裁判所の一部ではないが、裁判所に対する単なる助言者でもない。その役割は裁判所を補助し裁判所に助言をすることだが、事件について何らかの判断を行うことはしない。アセッサーはあくまで裁判官の補助や助言にとどまり、審理に積極的に参加することはない。専門家や他の証人の尋問や反対尋問も行わず、一方当事者の擁護することもない。

アセッサーは、裁判官に、裁判所が専門家証人の意見を検証したり、意見の意味を明らかにするために専門家証人にすべき質問を示唆することができる。アセッサーは、裁判官が証明された事実から適切に技術的推論するのを助けたり、一見して矛盾するように見えるような結論が、専門領域ではどの程度の違いがあるのかについて裁判官に助言することもできる。

5 レフェリー (*referee*) の任命

裁判所は、特定の事項についてレフェリー (*referee*) に照会を求めることができる。これは、多くの場合、技術的な事実や推論などの複雑な事項をともなう。レフェリーは、特定の分野での専門的な知識を有している。レフェリーは、手続全体にわたって、あるいは手続のなかで生じた何らかの問題について裁判所に照会された事項について調査、報告する。裁判所は、真の争点についての公正で迅速で安価な解決という手続上の目的を達成するのに最適と考えれば手続のどの段階においてもレフェリーに照会できる。

レフェリーは、ある事項についての自らの意見とその理由を記した報告書を裁判所に提出する。その報告書を受け取ると、裁判所は当事者にその写しを送る。裁判所は、

- a. その報告書を全体として、あるいは部分的に採用、修正、あるいは拒否

することができる。

b. レフェリーからの説明を求めることができる。

c. どの事項についても、レフェリーにさらなる考察を付託できる。

d. レフェリーのもつて採用した証拠に関するいかなる事項についても決めることができる。

裁判所は、レフェリーの報告書の採否についての裁量権を有している。裁量権の行使に当たっては、手続きの性質、長さや複雑さ、レフェリーの外観上の専門技能と専門知識、レフェリーが採用した手続きや証拠の性質、レフェリーの報告書に対して当事者から出された不満の内容や性質を考慮することになる。

6 特別裁判所や専門審判所

裁判所や審判所が、特定の分野について裁判をするために設立され、そのメンバーにその分野について専門知識や経験がある場合、審理や評議でその専門的知識や経験を活用することが期待される。土地環境裁判所には、裁判官のほかに、コミッショナーとして採用された、専門知識や経験がある人がいる。コミッショナーは、土地環境裁判所の管轄にかかわる、学問領域での資格や経験を有していなければならない。すなわち、地方政府の行政や市街計画、すなわち町やカウンティや環境計画、環境保護、環境アセスメントなどの環境科学、土地の価値評価、建築、エンジニアリング、建物の建設や調査、自然資源・王領地の管理、都市設計や文化遺産、アポリジニの土

地への権利、アボリジニに関する紛争や法などである。

ロジックショナーは、自らの専門知識や経験を利用も含め、適切と考ええる情報を得ることができるとする。ロジックショナーは、行政上や民事上の事項について、適宜、裁定や調整 (conciliate) した調停もすることができるとする。

そうした専門知識を用いる際には、手続的公正にかかわる諸ルールを監視する必要がある。特別裁判所や専門審判所のメンバーは、その事件の証拠と矛盾するような専門知識をもつていて推論していることと気づいたり、そうした提案を行う場合には、当事者に対してそのことを知らせ、当事者や証人にはそれに対応する機会を与えなければならない。

土地環境裁判所は、専門家証言を提出する場合に各事件の状況に応じて適切な方法を選択するよう推奨している。事件が異なれば、異なる方法をとることが正当化されるし、たとえ特定の事件においても、争点が異なれば異なる手段をとることが正当化できる。土地環境裁判所の実務ノート (Practice Notes) では、様々な手段としてその選択のためのガイドラインをまとめていっている。

結論

専門家証拠は、裁判所での判断形成にとって根幹にかかわる重要性を有する。伝統的なアドバースリー・システムでは、専門家証拠の廉潔性や理解可能性、裁判過程の効率性に問題を生じてきた。裁判所は、こ

うした問題に対して、専門家証拠に関する裁判所規則を採用し、専門家に行動規範を遵守させ、シミュレート・カンファレンスやレポートの作成を要求して、専門家たちが同時に証言させ、単一の専門家の利用を指示し、裁判所を補助するための各種専門家を任命し、裁判所の技術専門家の専門知識を活用して対処してきた。こうした革新は、裁判所における専門家証拠の信頼性や効率性を向上させるべき目標としている。

- (1) Brian J Preston, 'Science and the Law: Evaluating Evidentiary Reliability' (2003) 23 Australian Bar Review 1.
- (2) Ibid. See also R v War Pensions Entitlement Appeal Tribunal: Ex parte Bolt (1933) 50 CLR 228, 256; 39 ALR 538.
- (3) Preston, 'Science and the Law', above n 1, 1.
- (4) Malcolm Craig, 'Expert evidence in the Land and Environment Court of New South Wales: A Synopsis' (2012) 27(8) Australian Environment Review 269.
- (5) Michael E Rackemann, 'The Management of Experts' (2012) 21 Journal of Judicial Administration 168.
- (6) John Dyson Heydon, Cross on Evidence (LexisNexis, Service 175) [290011].
- (7) Evidence Act 1995 (NSW) s 56
- (8) Ibid s 55(1).
- (9) Australian Law Reform Commission, Evidence (Interim), Interim Report No 26 (1985) vol 1, [641].
- (10) Ibid.
- (11) HG v The Queen (1999) 197 CLR

414, 432; 160 ALR 554.

- (12) R v Borython (1984) 38 SASR 45, 46-47. See also Osland v The Queen (1998) 197 CLR 316, 336; 159 ALR 170; HG v R (1999) 197 CLR 414, 432; 160 ALR 554.
- (13) Preston, 'Science and the Law', above n 1, 6.
- (14) Ibid, 6-7.
- (15) Ibid, 7.
- (16) Ibid, 8-10
- (17) Evidence Act 1995 (NSW) s 79
- (18) Ylitz v R (1983) 11 A Crim R 115.
- (19) Clark v Ryan (1960) 103 CLR 486, 491-492; [1960] ALR 524; Stephen Odgers, Uniform Evidence Law (Thomson Reuters, 11th ed, 2014) 372.
- (20) R v Duncan [1969] 2 NSWLR 675, 678; (1969) 90 WN (Pt 1) (NSW) 150, 154-155.
- (21) Ajami v Comptroller of Customs [1954] 1 WLR 1405, 1408
- (22) Preston, 'Science and the Law', above n 1, 30.
- (23) NMF/M Property Pty Ltd v Citibank Ltd (No 7) (1999) 161 ALR 576, 577.
- (24) Randwick City Council v Minister for the Environment (1998) 54 ALD 682, 703.
- (25) Quick v Stoland Pty Ltd (1998) 87 FCR 371, 381, 382-383; Dastreaf Pty Ltd v Hawchar (2011) 243 CLR 588, [37], [42].
- (26) Bugg v Day (1949) 79 CLR 442, 462; R v Fowler (1985) 39 SASR 440, 442-443, 454; Arnotts Ltd v Trade Practices Commission (1990) 24 FCR 313, 348, 349, 350, 351.
- (27) Ramsay v Watson (1961) 108 CLR 642, 649; Paric v John Holland Constructions Pty Ltd (1985) 59 ALR 844, 846; 62 ALR 85; Makitia (Australia)

Pty Ltd v Sprolows (2001) 52 NSWLR 705, 743; Dastreaf Pty Ltd v Hawchar (2011) 243 CLR 588 at [68]-[90].

- (28) Evidence Act 1995 (NSW) s 135 and 136.
- (29) Evidence Act 1995 (NSW) s 135
- (30) Evidence Act 1995 (NSW) s 136.
- (31) Odgers, above n 19, 387-390.
- (32) Gary Edmond, 'Merton and the Hot Tub: Scientific Conventions and Expert Evidence in Australian Civil Procedure' (2009) 72 Law and Contemporary Problems 159, 160-161.
- (33) Peter McClellan, 'Expert Evidence: Aces Up Your Sleeve?' (2007) 8 The Judicial Review 215, 220.
- (34) Ibid 219-221; Megan A Yarnall, 'Dueling Scientific Experts: Is Australia's Hot Tub Method a Viable Solution for the American Judiciary?' (2009) 88 Oregon Law Review 311, 317-321.
- (35) Yarnall, above n 34, 313-317.
- (36) Steven Rares, 'Using the "Hot Tub" - How Concurrent Expert Evidence Aids Understanding Issues' (2013) 95 Intellectual Property Forum 28.
- (37) For a description and history of the Court, see Brian J Preston, 'Operating an Environment Court: The Experience of the Land and Environment Court of New South Wales' (2008) 25 Environmental and Planning Law Journal 385; and Brian J Preston, 'Benefits of Judicial Specialization in Environmental Law: The Land and Environment Court of New South Wales as a Case Study' (2012) 29 Pace Environmental Law Review 396.
- (38) McClellan, 'Expert Evidence',

②専門的知見獲得のための工夫

——座談会方式の経験から——

信 濃 孝 一

(お断り) 私の平成二六年一〇月二四日シンポジウムでの講演は、手持ち時間の関係で説明が十分でないおそれがあったため、詳細なレジュメを配布し、説明をその記載を引用する形で行った。本報告では、読者の便宜を考慮して、レジュメの記載を講演にはめ込んで記述したものであることを、あらかじめお断りしておく。

1 はじめに

東北大学の信濃でございます。
大学に来る前は、二六年間裁判官をしておりました。

仙台地裁に勤務していた平成一四年(二〇〇二年)に、ある医療過誤訴訟において、新しい方式による証拠調べを実施し、これを「座談会方式」と名付けました。

昨年、「座談会方式」はオーストラリアのコンカレント・エвиденスと非常に似通った証拠調べの方式であることを知りました。

このようなご縁で、本日、プレストン判事を迎えてのシンポジウムで座談会方式についてお話することになった次第です。

よろしくお願いたします。

2 本講演の要旨

「座談会方式」は、ラウンドテーブル法廷で、当事者双方の私的鑑定人を同席させ、座談会的な形式で専門家同士の意見交換を実施する尋問の方式であります。両当事者の提出した私的鑑定人における対立する見解の当否を私的鑑定人同士の議論の中から見極める点に最大の特徴があります。議論のすみ合わせが容易になり、双方の見解の当否、優劣が判断しやすくなるという長所を有します。本講演は、「座談会方式」の方法とその意義についてご報告するものであります。

詳しくは、信濃孝一・寺田利彦「座談会方式による私的鑑定人の尋問—専門訴訟の証拠調べにおける新たな試み」判例タイムズ二一三二一四頁以下をご参照下さい。

3 座談会方式の尋問を行った事案の概要

被告Y開設の公立S総合病院において、内視鏡による胆嚢摘出手術を受けた原告は、術後に現れた症状により、数日後に予定外の開腹手術を受けざるを得なくなり、消化機能の低下などの後遺症が残りました。これは、被告医師Yらの、胆嚢管を切

断すべきところ、誤って総胆管を切断した等の過失が原因であるとして、原告が、不法行為又は債務不履行を理由に、被告らに対し、これによって被った損害二〇〇万円の賠償を求めた事案です。

4 この事件の主たる争点

この事件の主たる争点は、次のとおりです。

- (1)第一回目の手術前に行った内視鏡的逆行性胆管腔造影(ERCP)の読影に誤りがなかったか
- (2)第一回目の手術の術式として内視鏡下の手術を選択したことは相当か
- (3)内視鏡による観察をしても位置関係が把握できないときは、術中胆道造影を行い、あるいは開腹手術に切り替えるなどの措置をとるべきではなかったか
- (4)第一回目の手術後の各種検査方法の順序・タイミングは相当か
- (5)術後に現れた症状と第一回目の手術との間に因果関係が認められるか
- (6)内視鏡下の手術により起こりうる危険の説明が十分になされたか

5 事件の経過

事件の経過は、次のとおりですが、要するに適切な鑑定人が得られなかったのです。

平成一〇・九 訴え提起
平成一一・五・一一

原告、被告それぞれO医師、K医師の私的鑑定書提出、被告医師Y₂の本人尋問、原告私的鑑定人O医師の証

人尋問各申請

平成一二・二・二五 被告医師Y₂の本人尋問実施

平成一二・二・二一 被告申出の鑑定採用

平成一三・三・三

鑑定人の選任手続に入るも選任できず、学会に依頼したが、推薦された鑑定人候補者と条件面で折り合いがつかず、選任を断念

その後鑑定人が見つからず
平成一四・一

裁判所、座談会方式の尋問を提案、原告、被告とも同意、原告・被告各私的鑑定人O医師、K医師の証人尋問申請
以後、弁論準備手続を四回重ねて打合せ

平成一四・五(第一二回口頭弁論)
座談会方式の尋問実施

6 問題の所在

この事案について裁判所が結論を出すには、

ア 原告と被告でどこに見解の違いがあるのか

イ その違いは、どういう考え方の相違によって生じたのか、なぜそういう見解をとったのか

ウ いずれの考え方が相当なのか、その理由如何

ということの見極めが必要なのですが、素人の裁判官が、見解を異にする専門家の各私的鑑定書の比較検討を自分で行ってこれらの点を見極めるのは至難の業であり、

通常は、裁判上の鑑定を行い、専門家鑑定人に検討してもらい、鑑定の結果に特段の不自然不合理がなければ、その見解に基づき判断するわけです。

ところが、鑑定ができないとなると、これらの判断が難しくなります。

しかしながら、前述の経過から、何とか鑑定抜きでその判断ができないかというところを検討した結果、争点ごとに、各私的鑑定書の作成者本人に説明して貰って、見解の相違をかみ合わせ、それぞれの考え方を解説してもらい、さらに他方の見解に対する意見を述べてもらい、それを比較することによって、その優劣を見極める方法にたどり着きました。

7 座談会方式の尋問の具体的方法。

考えた尋問の具体的方法は次のとおりです。

- (1) 双方の私的鑑定人O医師、K医師を証人として同時に調べる。
- (2) 前提事項確認のため、尋問には被告医師Y₂にも参加してもらう。
- (3) 私的鑑定人は、随時、被告医師Y₂に対して質問するなどして、必要な事実を確認する。私的鑑定人同士も、随時相手方の私的鑑定人に対して質問し、あるいは意見を述べる。
- (4) 尋問は、争点ごとに区切って行う。一つの争点について次の(5)の方式により尋問を行い、質問が尽きたところで、次の争点に移る。
- (5) 交互尋問方式ではなく、まず裁判長が、被告医師Y₂に実際に採った施術の内容

とその理由を説明してもらい、次いで、各私的鑑定人にそれぞれの見解を質問し、その上で、私的鑑定人同士で議論してもらう。次いで、裁判所、双方代理人の順に不十分な点について質問する。

(6) 尋問は、互いに顔を見ながら議論できるように、ラウンドテーブル法廷で行う。

この方法を対質尋問とみる見解もあるようですが、我々は、これを対質とは異なるもので、民事訴訟法・民事訴訟規則には直接これを定めた規定がないけれども、現行法でも何とか許容される証拠調と考えました。

(注) 尋問方法として、民事訴訟規則一

- 一八条は、証人相互の対質を、同一二六条は当事者本人同士又は当事者本人と証人の対質を規定するが、対質とは、証人等同士に言い合いをさせることではなく、裁判長が二人以上の人証を同時に目前に並べておいて、同一の問いを発し、或いは他の人証の供述を聞かせてその事実かどうかを聞くなどして、それぞれ自分の経験したことを供述させると共に、聞いていた他人の供述を反駁させたり、確かめさせることである(最高裁判所民事局「条解民事訴訟規則」(司法協会、一九九七)二六〇頁、菊井・村松「全訂民事訴訟法」(II)「日本評論社、一九八九」五四〇頁参照)。
- これに対して、対質では証人同士の討論も可能とする見解もある(西口元「対質尋問の実証的研究」中村英郎教授古希祝賀「民事訴訟法学の新たな展開(上)」(成文堂、一九九六)二七五頁以下。ただし、平成八年の新民事訴訟以前

のもの)。しかしながら、この見解をとっても、対質は、供述間の矛盾点について行うもので、一方の供述が疑わしい場合に行われるのが通常であって、専門家の意見の当否を判断するには適しない。

座談会方式は、供述間の矛盾点についての討論だけを想定してはいない。証人間の議論を通じて、争点に係る専門的知見に対する理解を深めようという目的も含まれている。この尋問によって、鑑定に代えようとするのであるから、当然である。

その違いは、尋問実施の形式(全証人が裁判所と対面する形ではなく、裁判所、証人、場合により当事者本人、訴訟代理人がラウンドテーブルを囲む形で行う)、調書の作成方法(証人誰か一人の証人調書に対質尋問の要領を記録し、他の証人の調書には対質を命じた旨と尋問の要領はその証人の調書に記載した旨を記載する対質尋問調書の方式ではなく、当初から座談会方式の尋問に参加した証人、当事者本人全員が調書を一通にまとめて作成し、宣誓書も全員のもを調書末尾に添付している)にも現れている。

8 座談会方式の尋問前に行った準備作業

尋問に先立って、裁判所側と当事者双方代理人とで入念に打ち合せ、次の準備作業を行いました。

- (1) 争点ごとに各見解の当否の判断要素を列挙した論点整理表(尋問の目次)を作成
- (2) 時間配分を調整して、タイムテーブルを作成
- (3) ラウンドテーブル法廷における座席

の配置の決定、機材の準備等

9 実際に作成した論点整理表

実際に作成した論点整理表の一部は次の内容のものです。

「2 胆管損傷(総胆管切断)の結果回避可能性

- (1) 腹腔鏡下胆嚢摘出術選択の是非
- ア 最初から開腹手術をすれば総胆管切断は回避可能であったか
- イ 一般的に見た開腹手術と腹腔鏡下胆嚢摘出術の各メリットとデメリット
- ウ 本件ERCPの読解を前提とした術式選択の是非
- エ 本件手術の目的(経過観察中の胆嚢ポリープが半年間で増大し、胆嚢嚢が疑われたことから、胆嚢を摘出して癌であるか否かの確定診断をつける)は術式選択に影響を与えるか

- (2) 術中胆道造影の必要性
 - ア 一般的に見た術中胆道造影のメリットとデメリット
 - イ 胆嚢嚢の可能性を考慮した場合の術中胆道造影の必要性、是非
 - (3) 術式切り替え(開腹手術への移行)の必要性

10 尋問時間のタイムテーブル

それぞれの論点につき予定した尋問時間の割当ては、別紙「タイムテーブル」の

とおりで、尋問予定時間は、休憩を除いて合計二時間半です。

別紙一 タイムテーブル

時刻	時間	テーマ
13 30	60'	1 尿管管癒着の可能性
	20'	(1) 第2回目の手術時の所見の是非
	20'	(2) 本件E R C Pの読解
	20'	(3) E R C Pの結果から見た尿管管癒着の予見可能性
14 30	75'(60')	2 尿管挿入(尿道管切断)の結果回避可能性
	35'	(1) 腹腔鏡下尿管挿入術選択の是非
15 05	15'	(休憩)
15 20	15'	(2) 術中造影造影の必要性
	10'	(3) 術式切り替え(開腹手術への移行)の必要性
15 45	15'	3 第1回目の手術後の尿道に対する処置の是非
16 00	15'	4 術後の体置減少等と第1回目の手術との因果関係
16 15	計165' (150')	

11 座談会方式の尋問の進行

尋問は、先の方針に従い、各テーマごとに次の手順で進行しました。

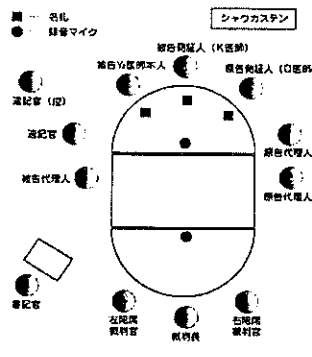
- (1) 被告医師Y₂に端的に採った見解を述べてもらう。
- (2) (1)に対し、原告側私的鑑定人O医師、被告側私的鑑定人K医師にそれぞれの意見を述べてもらう。
- (3) 一通り意見が出そろったところで、各私的鑑定人医師同士直接に議論(質問・反論・補足説明など)をしてもらう。
- (4) 裁判所から、不明な点について質問する。
- (5) 当事者(代理人)から、不明な点について質問する。

(6) 質問が尽きたところで、次のテーマに移る。

12 ラウンドテーブル法廷における配置

尋問に使用したラウンドテーブル法廷における配置は別紙二「法廷の配置」のとおりです。

別紙二 法廷の配置



13 実際にやってみた結果

(1) 尋問は、予定より早く、一六時前に終了しました。

(2) 議論は比較的冷静に進み、専門家同士で口論・激論や非難の応酬になることはありませんでした。

(3) 議論の展開がわかりやすく、各テーマ(争点)ごとの考え方の筋道とあるべき結論につき、思ったよりも容易に見極めができました。書面上だけでは、各専門家の意見の対応関係を把握すること自体容易でないのが通常であります。

(4) 裁判所と両当事者(代理人)とで(3)についての理解が共通になりました。

14 訴訟指揮上注意した点

訴訟指揮上、注意した点は次のとおりです。

- (1) 訴訟指揮に当たっては、私的鑑定人同士又は私的鑑定人と被告医師の間で、議論が過度に白熱し、感情的になるなどして、相手の見解の非難に終始する形の議論にならないように注意しました。
- (2) 専門家の個性・雄弁さで勝敗が決まるおそれはないか、被告側は担当医師も出席しているため、数の優劣が問題にならないかにも、気を使いました。後者の点は、特に原告代理人としては気になることであり、被告医師には、実際に採った施術の内容とそのようにした理由を説明してもらうにとどめる運用を心がけました。

15 事件の結果

この事件の結果ですが、尋問後、裁判所が当事者双方に和解勧告をして、その後三回の和解協議を経て、第一六回口頭弁論で裁判上の和解が成立しました。

16 座談会方式による私的鑑定人の尋問のメリット

実際にやってみての、座談会方式による私的鑑定人の尋問のメリットとしては、次の点が挙げられます。

- (1) 専門家同士が、互いに相手方の見解の持つ弱点を指摘し、推論の前提とした事

実についての疑問を出して説明を求めるため、核心に触れた議論がされず。

- (2) 担当医師に対して議論に必要な事実を確認することができるため、前提事実に対する共通の認識が確保でき、異なる前提に立つことによる議論のすれ違いがなくなります。ただし、このメリットは、その必要があつて担当医師を尋問に参加させたときです。
- (3) 私的鑑定人からの自発的発言が可能のため、尋問の途中で、専門家の観点から、裁判所や代理人の気付かないような点でも、的確に補足し、説明してもらえます。専門家がこの点は裁判所に知識がないと正確な理解を得るのが難しいと思つた場合は、裁判所に自己の見解の前提となる専門的知識を随時提供できます。

(4) 争点単位で各見解を対比しながら尋問を進めるため、ある争点についての尋問が終わる段階では、その争点についての心証が概ね形成されています。これにより、順調に進めば、尋問が終了する時点では、裁判所と当事者間で各見解の優劣とその理由についての理解が共通になり、裁判所は判決が書ける状態になります。

- (5) 争点ごとに、対立する意見を併せて吟味するため、尋問時間が短縮できます。
- (6) 裁判上の鑑定と異なり、どのような専門家が鑑定人になるのか、予想外の鑑定結果が出てきほしきかという危惧から、代理人として鑑定に消極的になる、という事態は回避できます。
- (7) これは、今回の経験ではありません

が、専門家の国際化にも対応できるのではないかと思えます。

一方当事者側に国内にふさわしい専門家がいない場合(他方当事者側の証人が、国内で最も有力な専門家であるなどの場合、このようなことがあり得ます)でも、当事者側の依頼で、海外の外国人専門家に私的鑑定人になってもらい、議論に参加してもらうことが可能になるでしょう。それとともに、テレビ会議システムの利用可能な制度など国際化に対応した法整備が求められていると思えます。

17 デメリットの有無

以上のメリットに対して、何かデメリットはあったかという点、特段問題になるデメリットは感じられませんでした。

この方式は、一見、裁判所の負担が重いように見えますが、尋問の中で心証形成ができ、判断が容易に付くようになるので、最終的な判断作業まで考えると、むしろ大いに負担が軽減されます。

準備の過程でも尋問終了後でも、訴訟代理人側からも困難やデメリットは特に聞いておりません。

18 残った課題

残った課題の主なもの、次のとおりです。

(1) 裁判所に出てきて議論したがいらない私的鑑定人、裁判所に私的鑑定人を出したがいらない訴訟代理人の問題をどう解決するか

ア 当事者側は、どうやって、適切な私的鑑定人を確保するか(とりわけ、裁判所で反対の見解の専門家と議論してくれる専門家を得ることの困難が考えられます)

イ 裁判所側としては、いかにして、訴訟代理人に座談会方式での尋問を承諾させるか

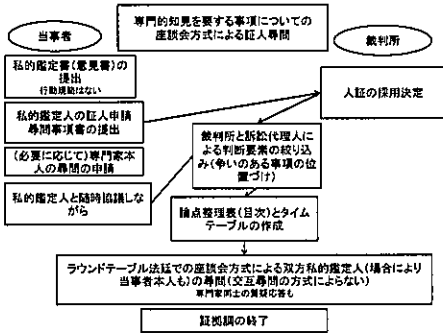
(2) 私的鑑定人が党派性を有し、特定の見解に固執して、議論が先に進まなくなったら、どうするか

(3) 私的鑑定人同士の議論が白熱して、議論の收拾が付かなくなることはないか

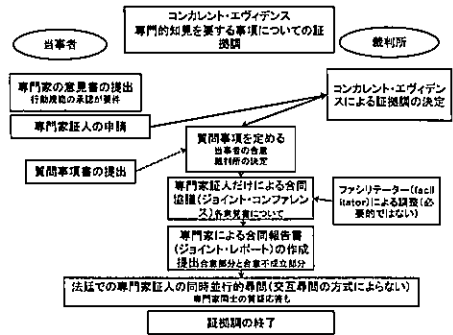
19 座談会方式とコンカレント・エヴィデンスのイメージ

座談会方式のイメージ図は別紙三、オーストラリアのコンカレント・エヴィデンスのイメージ図は別紙四です。

別紙三



別紙四



20 座談会方式とコンカレント・エヴィデンスとの類似性

座談会方式とコンカレント・エヴィデンスとの類似性ですが、大きなものとして、次の点が挙げられます。

(1) 裁判所が鑑定人を選任するのはなく、当事者が選んだ専門家(私的鑑定人)を証人として尋問する点と同じです。裁判所は中立的な鑑定人を探さなくて、また、当事者は、自己の見解に立つ専門家を選べるわけです。

適切な鑑定人が見つからない問題についても、当事者の責任で専門家を探して、ことにより、尋問が実施できます。

(2) 各専門家ごとに一人ずつ交互尋問を重ねるのではなく、専門家を一堂に集めて

尋問を行うことも共通しています。このため、尋問時間が短縮できます。

(3) 専門家同士が直接議論をするため、専門的知見に基づく見解が歪みなく反映されます。

(4) 尋問は争点ごとに行うため、それだけの問題ごとの見解の違い、その理由、優劣がわかりやすいかたちで議論されます。

21 座談会方式とコンカレント・エヴィデンスとの相違点

次に、座談会方式とコンカレント・エヴィデンスとの相違点ですが、

(1) 座談会方式では、尋問の実施につき、当事者の承諾を得る必要がありますが、コンカレント・エヴィデンスでは、訴訟規則等に定めがあるので、その必要はありません。

(2) 座談会方式では、争点の絞り込みは裁判所と当事者代理人が行い、尋問目次は裁判所が作成しますが、コンカレント・エヴィデンスでは、合同会議 (Joint Conference) は代理人を加えずに行い、共同報告書 (Joint Report) も専門家のみで作成し、合意が不成立の部分のみを尋問の対象にするものです。

これに対しては、法律家が争点設定をしないまま専門家のみで共同報告書を作成させると、裁判においては的外れな争点整理がされることになってしまわないかという懸念もありませんが、コンカレント・エヴィデンスでは、当事者は、質問事項書を提出でき、質問事項は当事者の合意

により、これが成立しないとき又は不適切なときは裁判所が決定するものです。また、合同会議においては専門家の議論の司会役として、中立的なファシリテーター (facilitator) を入れて調整させることもあります。これによって、争点の絞り込みの的確性を担保しているようです。

(3) 今回の座談会方式では、被告医師も尋問に参加させましたが、コンカレント・エヴィデンスでは、当事者の尋問参加は予定していません。

しかしながら、座談会方式でも、被告医師の参加は不可欠の要素ではなく、前提問題の把握に欠けるところがなければ、参加させる必要はないと考えます。

なお、この点は、座談会方式とコンカレント・エヴィデンスの方式の違いではありませんが、「専門家証人」の行動規範 (code of conduct) の存在がコンカレント・エヴィデンスの成功・普及に大きく役立っているように思われます。あとで、プレストン判事に伺ってみたいと思っております。

以上です。

ご静聴ありがとうございました。

(しなの こういち)

東北大学法科大学院教授・元仙台地裁判事

③ 日本における専門的知見の獲得のための制度と方策

岡崎 克彦

一 はじめに

審理・判断のために科学や技術に関する専門的な知見を要する「専門訴訟」は、複雑で困難な訴訟の代表例といえる。これに対するオーストラリアの最近の注目すべき取組をプレストン判事からご報告いただいたのを受けて、私からは、近時の我が国において、どのような制度改革や運営改善が行われてきたかの一端を紹介することとする。

(一) 本稿は、シンポジウムにおける私の報告を基に、加筆修正を加えたものである。

二 専門的知見を獲得するための法制度

専門訴訟では、裁判官や当事者(弁護士)が審理・判断に必要な専門的知見を必ずしも有していない中で、争点を整理することが容易ではない上、争点の整理ができて裁判官が争点に対する判断をすることは困難である。そのため、専門家から何らかの方式により審理・判断に必要な知見を得ることが要請されるが、世界各国におけ

る専門的知見を獲得するための法制度を大別すると、鑑定を中心とする大陸法系と専門家証人を中心とする英米法系とに分かれる。

大陸法系の法制度では、基本的には、証人とは区別された鑑定人によって審理・判断に必要な専門的知見が獲得される。鑑定人は、証拠方法であるとともに裁判官の補助者とされ、中立的な立場で手続に関する。鑑定人の人選は裁判所が行う一方で、当事者は誠実に鑑定することを妨げるべき事情がある鑑定人について忌避の申立てをすることができる。

これに対し、英米法系の法制度では、主張立証に関する当事者の責任を強調するアドバンスリー・システム(当事者対抗主義)の下で、基本的には、各当事者が自ら依頼した専門家を証人として尋問することにより、専門的知見を法廷に導入する。専門家証人は、一方当事者により人選されることから党派性を有するが、交互尋問の中で証言の信用性が吟味されることになる。

我が国の制度は、民事訴訟法が証人尋問とは区別された独立の証拠方法として鑑定

を規定を設けており、大陸法系に属すると見える。もっとも、鑑定を多用するフランスやドイツの実務と比較すると、鑑定の実施率は低く、専門家を民事調停委員や簡易裁判所の司法委員として選任したり、知的財産や租税に関する事件では常勤の裁判所調査官を関与させたり、近時、後述の専門委員制度が導入されたりするなど、大陸法とは異なる独自の発展を遂げている。また、当事者が自ら依頼した専門家によって作成された私的鑑定書又は意見書が書証として提出されることもしばしば見られ、専門家を証人として尋問することもあるなど、英米法的な要素が一部に採り入れられているといえる。

(2) 小島武司「専門家証人の中立化」同「裁判運営の理論」(有斐閣、一九七四)二八五頁、特に二九一頁、中野貞一郎「鑑定の現在問題」同「民事手続の現在問題」(判例タイムズ社、一九八九)一四一頁、特に一四八頁参照。杉山悦子「民事訴訟と専門家」(有斐閣、二〇〇七)は、ドイツ、フランス、アメリカの法制度について歴史的経緯を踏まえながら詳細に検討した労作であり、法制度を裁判所委託原則型、当事者委託原則型、並存型に分類している(三四一頁以下)。

三 専門訴訟の問題状況

1 従来の審理の問題点と審理の長期化
我が国では、民事訴訟一般の問題点として、従来、審理に時間がかかることが指摘されてきた。とりわけ専門訴訟については、典型的に長期化する事件とされ、この点が専門訴訟における最大の問題と考えら

れており、一般の民事訴訟が平成一〇年施行の民事訴訟法改正により相当程度迅速化した後も、残された課題となっていた。

その第一の要因として、争点整理に専門的知見を要することから、この段階での審理に時間を要することが挙げられる。我が国では、従来、弁護士専門分業が進んでおらず、例えば、医療訴訟において、患者側の代理人が協力医などの専門家に相談をすることなく医師の過失を主張するため、適切な注意義務の設定に時間を要することや、建築訴訟において、施主側の代理人が建築の専門家に相談をせずに依頼者から指摘される欠陥現象を総花的に取り上げ、その整理に時間を要することなど、当事者（弁護士）の専門性の不足により時間を要することも多かった。これに対して、裁判官も専門的知見を背景とした争点整理ができないまま審理が漂流することも、しばしば見られたところである。

第二の要因として、人証調べに時間を要することが挙げられる。従来は、民事訴訟全般において現在のような集中証拠調べは行われていなかったが、特に専門訴訟では、争点整理が不十分であったことと相まって網羅的な尋問するために時間を要していた上、反対尋問は主尋問の調書を検討した上でできないとする当事者からの要請も強く、集中証拠調べの導入が最も困難な分野であった。

第三の要因として、鑑定に時間を要することも大きかった。我が国では、鑑定を行う場合に、鑑定事項が異なる専門分野にま

たがるものでない限り、単独の鑑定人を選任する方式（単独鑑定）が採用されてきた。③ 鑑定の申請がされると、裁判所は、過去の鑑定事例、民事調停委員からの推薦、大学その他の機関などからの推薦等のルートを通じて鑑定人を選任するが、従来は組織的な支援策が不十分であり、鑑定人の選任は事件を担当する裁判官・書記官の個人的な努力に依存していた。選任された鑑定人は、書面により鑑定結果を報告するのが通例であり（書面鑑定）、これを受けて必要がある場合には鑑定人に対して証人尋問の方法により質疑応答が行われることが多かった。このような従来の鑑定の方式では、① 専門家にとって鑑定書を作成することは責任と精神的負担の重い作業である、

② 訴訟資料を読み込み、文献を調査した上で鑑定書に見解をまとめるには、多大な時間を要するが、多忙な専門家にはその時間がない、③ 不適切な鑑定事項が見られたり、膨大な訴訟記録を整理せずに鑑定人に丸投げしたりするなど、鑑定の手法において鑑定人に対する配慮が足りない、④ 鑑定人に対する尋問において、一問一答方式で進められるため鑑定事項について十分な意見が述べられず、不利な鑑定結果を受けた当事者から攻撃的な質問を受けることもあり、⑤ 苦勞をして鑑定しても、何の業績にもならず、かえって狭い専門分野において他の専門家から恨まれることもある、などの問題があり、一般に専門家が鑑定を引き受けることに消極的となっており、特に医師の鑑定人の確保については深刻な問題

であった。そのため、鑑定人の選任に多大な時間を要し、仮に引き受け手が見つかったとしても、上記の問題点から鑑定人が鑑定書の作成に時間を要することとなっており、何度も断られながらやっと見つかった鑑定人に対して、裁判所は強く督促をすることもできないまま、鑑定書の提出までに相当の時間を要することも多かった。

(3) 前田順司ほか「専門的な知見を必要とする民事訴訟の運営」(司法研究報告書第五二輯第一号)(法曹会、二〇〇〇)八頁以下参照。医事関係訴訟について、我妻堯ほか「医師からみた医療過誤訴訟の問題点」鈴木忠一ほか監修『新・実務民事訴訟講座(五)』(日本評論社、一九八三)三七頁(畔柳達雄発言)参照。

(4) 単独鑑定を行ない心証形成ができなかった場合等に、第二の単独鑑定(再鑑定)が行われるという事案(いわば異時的な複数鑑定)はあり、例えば、ランバール事件(最二判昭50・10・24民集二九・九・一四一七)では、差戻審も含めると六回にわたりおのおの同趣旨の鑑定事項を含む鑑定が実施された(秋澤清彦「医療過誤訴訟の事例」中野貞一郎編「科学裁判と鑑定」(日本評論社、一九八八)六一頁、特に七三頁参照)。

2 専門訴訟の審理・判断の質

他方で、専門訴訟の審理・判断の質の高さについては、審理期間の問題に比べれば、これまでやや意識が薄かったようにも思われる。専門訴訟でも、質の高い審理を行い裁判所の判断が適正になるよう努めるべきであることは当然であり、特に、裁判所の判断が訴訟の対象とされた分野におけ

る注意義務を設定することにつながるなど、判決に当該事件の解決にとどまらない波及効果が見られるような場合には、適切な専門的知見を導入して、質の高い審理、判断を行う必要性が高い。

しかしながら、これまで医事関係訴訟など多くの専門訴訟では、最終的に鑑定に依頼せざるを得なくなった場合に、ともすると専門家の確保という難題を前にして、鑑定人の適格性にまで目配りする余裕がない場合もあったように思われる。

確かに、英米法の専門家証人が、典型的には当事者によって選定・依頼され当該当事者の側に立って証言をする者であって、党派性を有することを特徴とするのに対して、大陸法系の鑑定人は、裁判所によって選任され、中立の立場から裁判所の補助者として裁判に関与することから、専門家の選任という観点からは、鑑定人は専門家証人と比べて制度的に中立的で誠実な者に関与させるのに優れている。また、我が国の鑑定人選任の実態として、多くの場合、過去に鑑定人として訴訟に関与した実績のある者や中立的な第三者からの推薦のある者を鑑定人の候補者とし、これを鑑定人に選任することについてあらかじめ当事者に意見を述べられる機会を設けてきたものと思われ、偏頗な鑑定がされるおそれがあるような候補者を鑑定人に選任しないよう努めてきたように思われる。これらのことが、我が国において鑑定人の適格性に関してそれほど問題が指摘されてこなかった背景にあるといえよう。加えて、鑑定の結果の証拠

評価の観点からも、我が国の裁判所は、鑑定の結果に安易に依拠することの問題点を踏まえ、診療録などの記録や文献、他の専門家の意見などを慎重に検討し、合理的な証拠評価になるよう努力してきたと考えられる。

しかし、鑑定人の中立性が確保されているからといって、鑑定人によつてもたらされる専門的知見が必ずしも客観性のあるものといえるわけではないし、もともと裁判所の専門的知見が不足することから鑑定を行っている中で、裁判所による鑑定結果の証拠評価の検討には限界もある。

そこで、専門訴訟においては、その一層の迅速化に努めるのみならず、客観的で信頼性のある専門的知見を獲得し、質の高い審理・判断を実現していくことも課題となる。

(5) 我妻堯ほか前掲注(3)三四一頁は、医事関係訴訟における判決の波及効として、開業医が面倒なケースを大病院に送ってしまうこと(委縮医療)、むやみに検査をしたり、高額の治療機器を使ったりするようになり、医療費に跳ね返ってくる可能性があること(過剰医療)のほか、医学的にはまだ論争があるのに判決で先に白黒をつけてしまい、それが医療界の基準になってしまうこと(保身医療)などを挙げる「我妻発言」。

(6) 英米法の専門家証人の制度に対しては、真実発見の困難や訴訟遅延の深刻化といった弊害が指摘され、専門家証人の中立化の試みが行われている(アメリカについて、小島前掲(2)三〇二頁、杉山前掲(2)二四一頁、小

川嘉基「アメリカの連邦裁判所における専門家証人の活用」判タ一四九号七〇頁参照、イギリスについて、荒谷謙介「イギリス医療訴訟における専門家証人の役割」判タ一九九号六三頁参照)。例えば、アメリカの連邦裁判所では、裁判所が選任する中立的証人(Neutral expert witness)や、専門的知見に基づいて裁判官に助言をする専門的助言者(Expert advisor)などの制度が導入されており、また、複雑な事件で裁判所に報告書を提出するなどにより裁判官又は陪審員の判断作業を補助するスペシャリストの制度が専門的知見の導入策として用いられる場合があるとされている(小川前掲七三頁以下参照。ただし、これらの利用は概して低調であることが紹介されている)。

また、イギリスでも、一九九九年施行の現行民事訴訟規則では、裁判所は、専門家証人の使用を制限することができるとされ、専門家証人は裁判所に対して義務を負うことが明記されるとともに、可能な場合には当事者双方が協力して一人の共有専門家証人(Single joint expert)を選任することとされ、当事者双方がそれぞれ専門家証人を選任した場合でも、裁判所は専門家証人同士の直接の討論により争点を確認し、可能であれば共通の見解に至るよう命ずることができ、その結果は共通の報告書にまとめることとされている(荒谷前掲六三頁以下参照)。プレストン判事のオーストラリアに関する報告も、こうした専門家証人の中立化の文脈で理解することができる(増尾崇「ニューサウスウェールズ州最高裁判所及びオーストラリア連邦裁判所における専門家証人制度の改革」判タ二二五二号九八頁参照)。

(7) 医事関係訴訟において鑑定の結果

を採用しなかった最高裁判例として、注(4)のルンバール事件判決のほか、最三判平9・2・25民集五一・二・五〇二、最三判平11・3・23判タ一〇〇三・一五八等がある。そのほか、鑑定や私的鑑定の評価に関する最近の判例として、最二判平18・1・27判タ二一〇五・一四六、最三判平18・4・18判タ二二〇・六七、最三判平18・11・14判タ二二〇・八八参照。

四 専門訴訟における近時の法改正と運営改善

1 司法制度改革審議会における検討と法改正

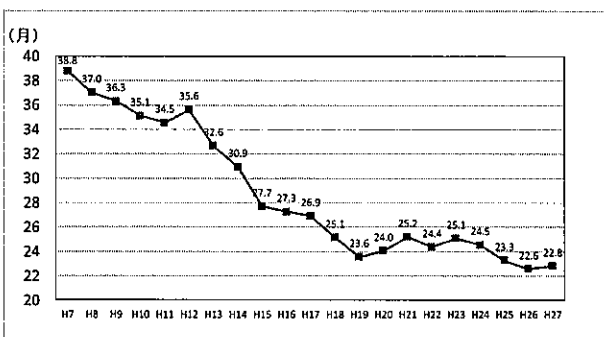
平成十一年から司法制度の在り方について調査・審議を行った司法制度改革審議会は、平成十三年六月、意見書を公表した。

論点は多岐にわたるが、そのうち民事司法制度の改革の一つの柱として、「専門的知見を要する事件への対応強化」が挙げられた。ここでは、専門訴訟の審理期間が長期化していることを踏まえ、これをおおむね半減することを目標として、第一に、専門委員制度の導入、第二に、鑑定制度の改善、第三に、法曹の専門性強化が提言された。この意見書の提言を受けて、法制審議会での議論を経て、民事訴訟法が改正された。関連する最高裁判所規則も制定・改正されて、いずれも平成一六年四月に施行された。

2 医事関係訴訟事件の平均審理期間
司法制度改革審議会の意見書が公表される前後には、専門訴訟の運営改善も行われた。法改正や運営改善の具体的な内容を紹

介する前に、同審議会が専門訴訟の長期化の指標として挙げた医事関係訴訟の平均審理期間について、その推移を見ることとする。

図一 医事関係訴訟事件の平均審理期間の推移



図一「医事関係訴訟事件の平均審理期間の推移」のとおり、平成七年頃には、既済事件の平均審理期間が四〇か月近くであったのが、平成一〇年の新しい民事訴訟法の施行を経て、審議会が行われていた平成一二年には三五・六月となり、その後、相当の迅速化が実現した。平成二六年は、二二・六月となり、平成二二年の約三分の二以下まで期間が短縮しており、司法制度改革審議会の意見書が目標とした「おおむね半減」とまではいかないものの、かなりの

成果を上げたといえる。そこで、このような審理期間の改善につながったと考えられる近時の法改正と運営改善について見てみることにする。

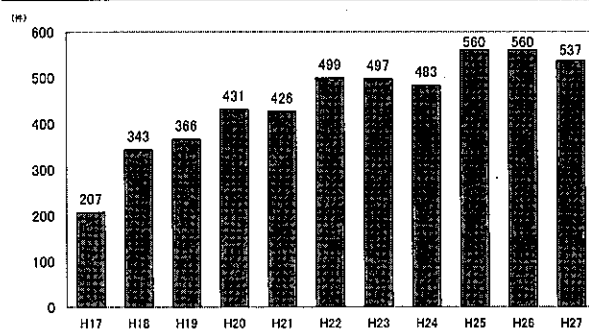
3 専門委員制度の導入

平成一六年四月施行の民事訴訟法の改正によって新たに設けられたのが専門委員制度である。この制度は、専門訴訟の争点整理、証拠調べ、和解において、裁判所がその補助機関として中立、公平な専門家を専門委員として関与させる旨の決定をし、専門委員から専門的な知見に基づく説明を聴取する手続である。従来、訴訟において専門家を活用する一般的な手段としては鑑定しかなかったが、専門委員制度は、手続の早い段階から裁判官の知見を機動的に補うことができるようにしたものであり、専門訴訟において適正かつ迅速な審理を実現するための有力な手段を提供するものといえる。ただし、専門委員がすることができないのは、専門的な知見に基づいた説明に限られており、鑑定人の意見とは異なり、これを証拠資料として用いることはできないとされている。

専門委員は、最高裁判所が二年間の任期で任命する非常勤の裁判所職員であり(専門委員規則一条、三条)、医療、建築、コンピュータソフトウェア、機械、知的財産、税理士、公認会計士などの各種の専門家が全国で約二〇〇〇名任命されている。それぞれの専門委員は所属する裁判所が定められていて(同規則四条)、受訴裁判所は原則として自らに所属する専門委員の中

から手続に関与させる専門委員を指定するが、他庁に所属する専門委員を職務代行として活用することもできる(同規則五条)。そのため、全国の専門委員の中から適任者を選任することが可能となっている。

図二 専門委員関与件数の推移



全国における関与件数の推移は、図二「専門委員関与件数の推移」のとおりである。五〇〇件弱で推移していたが、近時、各裁判所において利用促進策が検討され、利用はやや増加している。専門訴訟の適正・迅速化の観点からは、専門委員制度の更なる活用が期待されることである。

(8) 専門委員の活用状況については、山本和彦ほか「座談会 専門委員の活

用について」判タ一三七三号四頁、平野麻耶「専門委員の活用状況について」同三九頁参照。専門委員の活用に関する大阪地裁の検討について、林圭介「専門委員の関与のあり方」判タ一三五一号四頁参照。

4 鑑定制度の改善

司法制度改革の論議を踏まえた民事訴訟法等の改正のもう一つの柱が鑑定制度の改善である。

その内容としては、①鑑定人が鑑定書を提出するなどして意見を述べた場合に、その内容を明瞭にしたり根拠を確認したりするために、鑑定人に更に意見を述べさせることができることとし、鑑定人が鑑定書を提出した後に行われる尋問は、鑑定人による意見陳述の一環として位置づけられることを明らかにしたこと(民法法二二五条二項、民事規則一三二条の二)、②鑑定人に対する尋問について証人尋問の規定を包括的に準用していたのを改め、新たに鑑定人質問の制度を設けることとし、その中では、まず、質問に先立ち鑑定人から意見を陳述することとし、質問の順序は裁判長、当事者の順となるようにされたこと(民法法二二五条の二、民事規則一三二条の三)、③そのほか、鑑定事項等の鑑定人との事前協議(民事規則二一九条の二)、鑑定書の提出期限の設定(民事規則一三二条二項)、鑑定人質問の際の当事者による侮辱的質問の制限等(民事規則一三二条の四)、テレビ会議による鑑定人質問の導入(民法法二二五条の三、民事規則一三二条の五)が挙げられる。これらは、前記二で指摘した従来の鑑

定方式の問題点の一部に対応するものであり、改正後は、鑑定事項の設定や鑑定人質問の手続が相当程度改善されたのではないかとと思われる。

鑑定制度自体の改善と並んで、平成一三年六月には最高裁判所規則として医事関係訴訟委員会規則と建築関係訴訟委員会規則が制定され、最高裁判所に両委員会が設置された。これによって、医療と建築の分野に限定してではあるが、各裁判体が自助努力により鑑定人の選任をすることができない場合には、両委員会ルートにより関係学会を通じて鑑定人の候補者の推薦を受けることが可能となった。このほか、最高裁判所事務総局民事局を通じて、公益社団法人土木学会からも鑑定人や専門委員の候補者の推薦を受けることができることとされている。

5 実務における専門訴訟の運営改善

このような法改正の動きのほかに、実務の運営改善も活発に検討された。

まず、専門訴訟においても、争点整理の重要性が意識されるようになってきた。集中証拠調べが抵抗感なく受け入れられるようになった。特に集中証拠調べの採用は人証調べの迅速化に貢献しているし、的確な争点整理と集中証拠調べの実施により判断に必要な専門的知見が得られることも多くなった。このような事件では、鑑定を行わずに判決又は和解に至ることも可能になり、鑑定をすることも鑑定事項を真に必要なものに絞ることができるようになり、鑑定に要する時間の短縮につながっている。

る。我が国では、もともと、医療訴訟など多くの専門訴訟において、鑑定人の確保が容易ではないことや鑑定の手続に時間と費用を要することなどが相まって、実務的には、鑑定は、当事者の主張と書証に基づき審理を進め、証人尋問等の他の証拠調べを行い、和解の勧誘も奏功せず、他の主張立証のみでは心証を形成して判断することができない場合に実施される、専門的知見の導入のいわば最後の手段として扱われてきたように思われるが、近時、当事者から専門家の意見書や専門文献が提出されることが多くなって心証形成が容易になったり、専門委員制度を活用したりするなどして、ますます鑑定に依存しない審理が行われる傾向が強まっているものと考えられる。

また、専門訴訟の中でも医事関係訴訟では、医師が鑑定を引き受けたがらないという事態を改善するため、各地の裁判所では、医療機関、弁護士会との間で鑑定に関する運営改善のための協議等が行われた。その結果、全国でいくつかのローカルルールが形成されるに至ったが、特に、審理の迅速化と鑑定によって導入される専門的知見の質の向上という観点から注目すべき運用として、千葉地裁の複数鑑定と東京地裁のカンファレンス鑑定がある。これらについては、項を改めて説明することとする。

(9) 前田掲注(3)は、運営改善の先駆けとして行われた司法研究の報告書である。その後、東京地裁や大阪地裁等の医療や建築の専門部・集中部を中心として、運営改善に関する多数の

書籍や論文が刊行されている。

(10) 例えば、医事関係訴訟(第一審)の鑑定実施率は、平成一六年に二二・四%であったが、平成二六年には一〇・四%まで減少している。その背景には、大規模又は中規模地裁に医療集中部が作られ、医事関係訴訟で必要とされるノウハウ等の蓄積が進み、医学文献、専門家の意見書その他の書証や集中証拠調べの実施により判断が可能となる事件が増えている可能性があることが考えられる(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」平成二五年七月版、概況編七二頁、平成二七年七月版三八頁)。

(11) その一部は公刊物で発表されている(高橋誠「鑑定/鑑定総論」門口正人ほか編「民事証法大系(5)」(青林書院、二〇〇五)一四頁掲記の文献参照)。

(12) このほか、横浜地裁の医療集中部では、専門委員に鑑定事項の検討と鑑定人候補者リストからの候補者の推薦をしてもいい、原則として複数の鑑定人を選任する方式が採用されており、専門委員制度と複数鑑定を組み合わせた方式として参考になる(太田雅之ほか「横浜地裁における医療訴訟の審理の実情」判夕二二九五号五三頁)。

6 新しい鑑定の手法

(1) 複数鑑定(千葉地裁方式)

千葉地裁の医療集中部では、平成一三年一二月以降、複数鑑定方式が採用されている。この方式は、同一の鑑定事項について三名(又は二名)の鑑定人を選任し、相互に独立して他の鑑定人の鑑定書を参照することなく同時に鑑定書を提出してもらうというものである。

成一三年三月に、全国に先駆けて医療機関と弁護士会との協議会を行ったが、その席上、医療機関側から、従来の単独鑑定では公平さが保たれるのかという不安があるの(2)鑑定人選任及び鑑定書作成に要する時間を大幅に迅速化でき、鑑定を経た医事関係訴訟の平均審理期間を大幅に短縮できること(鑑定採用から鑑定書提出まで約二〜三か月ということである)。(3)鑑定人となる医師の精神的負担を軽減できること、などが挙げられる。

(2) カンファレンス鑑定

千葉地裁の複数鑑定では、鑑定を要する事実があると、県内の一六の病院から選択された三つ(又は二つ)の病院の院長に鑑定人の推薦依頼をし、推薦された候補者について、裁判所は、当事者の意見を聴いて鑑定人を選任する。鑑定人は、三名(又は二名)であるが、お互いに誰が鑑定人であるかを知らされないまま、相互に独立して同時に鑑定書を作成する。鑑定意見が二対一になったり、三者三様になったりすることもあるが、その場合には、まずは、意見が分かれた部分が結論に影響するか、影響するとしても、鑑定書の論理的整合性や証拠との整合性から鑑定意見に優劣が付けられないかを検討し、それでも必要な場合には、意見が異なる鑑定人の鑑定結果を明らかにした上で補充鑑定を実施することになる。もともと、実際に補充鑑定が必要になるのは一割程度のようなのである。

この方式のメリットとしては、①複数の鑑定人の関与により、鑑定の公平性・客観性が高まり、鑑定結果の説得力が増すこと(その結果、補充鑑定が必要になることは少なく、鑑定後の和解率も高いようである)。

東京地裁の医療集中部では、平成一五年一月以降、カンファレンス鑑定の方式を採用するようになった。カンファレンス鑑定は、原則として三名の鑑定人が公開の法廷に集まり、原則として一日の期日において口頭で鑑定意見を述べ、引き続き裁判所及び当事者からの質問に答えるという複数鑑定方式であって、医師が患者の診療に当たって日常的に行っている判断手法をそのまま訴訟の場に持ち込んだことを特徴とする。

導入の経緯としては、医療機関、弁護士会との協議の席で、医療機関の側から、普段の診療の中で医師たちが治療方針を決定したりする際に行っているカンファレンスを鑑定にも持ち込んでみてはどうかとの提案があり、実施されるに至ったものである。

カンファレンス鑑定では、鑑定事例があると、裁判所は、都内二三大学医学部附属病院のうち三つの大学病院に対して鑑定人の推薦依頼をし、二週間から一か月程度で鑑定人候補者が推薦される。裁判所は、当事者の意見を踏まえて、三名の鑑定人を選任し、鑑定人に鑑定資料を交付して、鑑定

事項に対する結論と理由を記載した簡潔な意見書を提出してもらう。その上で、三名の鑑定人が公開の法廷に集まり、鑑定事項に対する意見を述べ、裁判所及び当事者からの補充的な質問に答える。鑑定人間で意見が割れた場合には、鑑定人間で議論してもらうことも予定されているが、実際にはそれほど例はないようである。期日は、午後一杯の半日で行うのが大半のようである。

カンファレンス鑑定の特徴として、①複数の専門家が同席して議論を交わすことにより、問題点や各鑑定人の意見の異同、その理由が明確になり、鑑定結果の信頼性が確保され、心証を形成しやすくなること、②公正さや専門性、客観性が確保されやすいこと、③原則として三名の鑑定人によることから鑑定人の精神的負担は軽減され、詳細な鑑定書を作成する必要がないため時間的負担も軽減されること、④鑑定人の選任と鑑定の実施に要する時間が大幅に短縮され、審理の迅速化につながっていることなどが挙げられ、鑑定人からも好評ということである。

(3) 新しい鑑定手法の評価

千葉地裁の複数鑑定と東京地裁のカンファレンス鑑定は、いずれも医事関係訴訟において鑑定人の選任が極めて困難であり、審理期間が長期化していた状況の下で、医療界と法曹界とが協議をする中で現状の打開策として編み出された実務の工夫例である。これらの複数鑑定の方式が考案された契機は、従来の単独鑑定の問題点を踏ま

え、千葉と東京の主要な医療機関が鑑定人の推薦システムを構築することに協力できる鑑定方法がこれらの方式であったというものであって、当初の主たる目的は鑑定人の確保と審理の迅速化にあったものと考えられ、こうした観点から大きな成果を上げたといえる。また、同時に、これらの複数鑑定の方式は、事案を複数の目で検討することによる鑑定の質の向上をも目指したものであり、実施例が増えるに従って、複数の鑑定人の意見が分かれる場合がしばしばあることが明らかとなり、微妙な事案では従来の単独鑑定によつたのでは適正な鑑定結果が得られないおそれがあることが意識されるようになり、鑑定の質の面で複数鑑定の優位性が認識されることとなった。

他方で、複数鑑定に対しては、一人の鑑定人が鑑定結果について全責任を負うことによつてこそ鑑定の質が保たれる、という立場からの批判もあり、複数鑑定を採用するにしても、個々の事案の運用において留意すべき点といえよう。また、千葉や東京の方式は、それぞれ地元の主要な医療機関の深い理解と献身的な協力の下に成り立っているものであるが(例えば、鑑定人には三名合計で従来の単独鑑定の鑑定料とおおむね見合う鑑定料で引き受けてもらっている)、大都市部以外の地域で同様の態勢を構築することは、医療機関の数が限られていることもあって容易ではなく、他方で、鑑定人推薦システムを構築した大都市部の医療機関が、他の地域の裁判所に所属した医事関係訴訟のために鑑定人の推薦をする態勢を整えることは極めて困難である。さ

らに、カンファレンス鑑定については、期日において他の鑑定人の意見も踏まえ、事前に提出された意見書とはニュアンスの異なる意見が述べられた事案もあることが報告されており、鑑定結果の質の面で書面鑑定にはない利点があるように思われるが、そのような充実した意見交換を行うには、裁判所は事前準備のために多大な時間と労力をかけることが必要となるため、やや重たい手続になつており、多くの医事関係訴訟を集中的に担当してノウハウを蓄積している医療集中部を有する裁判所では対応可能であるとしても、それ以外の裁判所においては、このような方式を採用することは容易ではなからう。この点は、当事者サイドについても同様に対処は、医事関係訴訟を専門としない弁護士が、カンファレンス鑑定において協力医に相談をしないとまもなく即座に適切な質問をすることは、至難の業ではないかと思われる。このように、複数鑑定の方式が全国的に汎用性のあるモデルになるには、なお乗り越えるべきハードルは高いように思われ、現在のところ、医事関係訴訟以外では基本的には行われておらず、医事関係訴訟においても東京地裁、千葉地裁、横浜地裁のほか大阪地裁で実施例があるといった程度にとどまっているようである。

(13) このほか、複数の鑑定人が裁判所・当事者のいないところで一堂に会し、討議を経た上で、共同して一通の鑑定書を提出するという「討議方式」も許容されているが、この方式はほとんど採用された例がないということである。千葉地裁の複数鑑定について

は、千葉県医事関係裁判運営委員会複数鑑定制度検証小委員会「複数鑑定制度の検証に関する報告書(上)」(ト)一判タ一三三九号一七頁、一三四〇号六七頁及び判タ一三三九号三〇頁に掲記の文献参照。また、裁判官サイドの評価として、小磯武男「医学鑑定 その現状と課題」判タ二九四号二二頁、弁護士サイドの評価として、山下洋一郎「千葉地方裁判所の医療事件の複数鑑定制度」判タ一九一四号三三頁がある。

(14) カンファレンス鑑定については、東京地方裁判所医療訴訟対策委員会「東京地方裁判所医療集中部における鑑定の実情とその検証(上)(下)」判時一九六三号三頁、一九六四号三頁、秋吉仁美「カンファレンス鑑定の現状と課題」法の支配一五〇号四頁参照。

(15) 歴史的には、一八〇六年のフランス民事訴訟法典(三〇三条、三二八条)では、鑑定人の人数は原則として三名とされ、鑑定人は多数意見に基づいて一通の鑑定書を作成し、全員の見解が異なる場合には名前を伏せて各自の意見を理由とともに示すものとされている。十九世紀までのドイツ普通法下の実務では、裁判官の能力に対する不信を背景として、当事者双方と裁判所が各一名(合計三名)の鑑定人を選任し、意見が分かれた場合には多数意見に従う方式が採用されていた(杉山前掲注(2)二二・一七九・一八三・三六五頁参照)。しかし、フランスでは、一九四四年の民事訴訟法改正において、手続の簡素化、迅速化と費用の削減を目的として、鑑定人の人数は原則として一名とされた(杉山前掲注(2)一九三頁)。また、ドイツの現行民法(ZPO四〇四条一項)によれば、裁判所は鑑定人の人数を自由に決めることができるものとされているものの、実際に

は、同一の鑑定事項について同一の専門分野の専門家を複数名鑑定人を選任する複数鑑定の方法は行われていないようである(一宮なほみ「ドイツ連邦共和国における鑑定制度の実情の調査について」判タ一〇九五号三六頁参照)。このように大陸法系の国で廃れていった複数鑑定が、我が国において、医事関係訴訟という限定した分野ではあるものの脚光を浴びるようになったことは興味深いところである。

(16) 最高裁判所医事関係訴訟委員会(医事関係訴訟委員会答申)判タ一一七九号九頁参照。また、カンファレンス鑑定について、安原幸彦弁護士が同旨の発言をしておられ(判時一九六四号一八頁)、カンファレンスという医師の判断手法をそのまま裁判の場に持ち込むことの相当性が問題となろう。

(17) 注(14)の判時一九六三号一〇頁以下、一九六四号三頁以下に紹介された事例のほか、東京地判平25・6・27判タ一四一七・二二〇参照。

(18) 例えば、三名の不動産鑑定士を鑑定人に選任し、その評議により鑑定意見を形成させた事例として、東京地判平7・8・29判タ九二六・二〇〇がある。

7 専門家調停

最後に、我が国特有の制度として、専門家調停委員による民事調停がある。民事調停は、裁判官と二名以上の調停委員から構成される調停委員会が、当事者間の話し合いをあっせんする手続であるが、その調停委員として専門家を任命することができる。民事訴訟として係属した事件を調停に移行させることも可能であり(付調停)、かねて建築訴訟を中心として活用され、一

定の成果を上げている。

(19) 拙稿「建築関係訴訟の運営について」民事調停手続の活用を中心として、東京大学法科大学院ローレビュー 四号 一一九頁 (http://www.silj.u-tokyo.ac.jp/04/papers/v04part08_tokazaki.pdf) 参照

五 我が国における改善策の特徴

1 制度設計の多様性

我が国の民事訴訟法は、ドイツ・オーストリア法系に属しており、専門訴訟の審理では、裁判所の選任する鑑定人を活用するのが、元来の姿であった。しかし、これまでに見えてきたとおり、独自の制度として、裁判所が任命した中立の非常勤職員である専門家調停委員による民事調停手続の活用など、鑑定以外の制度設計が発展してきており、先の民法改正により専門委員制度が導入されたことによつて、更に選択可能な審理方式が増えた。また、当事者が依頼する専門家の意見を書証又は証人尋問により法廷に導入することも近時しばしば行われるようになってきている。そして、医療や建築などの専門分野については、専門家・集中部が設けられて裁判所のノウハウが蓄積されるとともに、司法研修所では他の分野も含めて専門的知見を要する訴訟の審理運営について充実した研修プログラムが組まれ、裁判官の専門性の向上が図られている。このように、我が国では、ノウハウや基礎的な専門的知識を有する裁判官が、多様なメニューの中から事件にふさわしい審理方式を選択することができ、トータルと

しての制度の中で適切な紛争解決を図ることができるようになっていることが、我が国の専門訴訟の特徴の一つであるといえることができる。

2 専門家の協力を得ることの困難性

我が国では、医事関係訴訟のように専門家による協力が得にくい分野が多く存在しており、専門訴訟の運営改善は、いかにして専門家の協力を得て審理を迅速化するかという観点から考察されたものであることも、特徴の一つである。この点、同じく鑑定により専門的知見を獲得しているドイツでは、専門分野によつては商工会議所等が選任する公選鑑定人の制度があったり、医師の場合には鑑定を一定数引き受けていることが上位の医師に昇格するための要件とされたりするなど、社会システムの中に鑑定が取り込まれており、客観的な鑑定を行うことが専門家の責務であるとの認識が共有されていて、鑑定人の確保に何ら苦労がないとされていることと比べると、我が国の裁判実務が置かれた現状は、近時、専門家の意識の面で一定の改善が見られるとはいえ、今なお厳しいものがある。

(20) 中村也寸志「日本の専門訴訟の問題はどこにあるか」ドイツの実務と比較して」判タ一〇一一号一六頁参照。

なお、ドイツの専門訴訟の問題点を論ずる最近の論文として、島本吉規「専門訴訟における第一審裁判官の苦悩」ドイツの場合」判タ一四二六号一七頁がある。ドイツでは、近時、鑑定の質や鑑定人の能力、中立性に対する批判が関係者やメディアによって表明されているという(同二三頁)。

3 当事者主義の限界

我が国の民事訴訟は当事者主義を基調としているが、専門訴訟においては、弁護士が諸外国に比べて専門分化していないことや、専門家の訴訟への協力態勢が十分でない分野もあることも相まって、当事者に専門的知見の導入を委ねたものでは、充実に審理に支障を来す場合もあり、裁判官が主導的に手続を運営する必要性が高い。そのため、最後は専門家を裁判所の側で選任する制度に依拠せざるを得ないことも、我が国の特徴の一つである。

また、仮に当事者が専門家に依頼することができたとしても、オーストリアのコンカレント・エビデンスと同様に、法廷で相手方が依頼した専門家との間で党派的な立場を離れて円滑な議論ができるのかは、我が国の専門家が自分とは反対の立場からの意見に対して冷静に対応することができるのかにかかっているが、現状ではそれほど容易なことではないようにも思われる。この点は、信濃教授からご報告いただいた仙台地裁の座談会方式に見られるとおり、予想以上にうまくいく事例も出てくることは考えられるが、当事者主義を基調とする証人尋問のみにより専門的知見を導入する運用を標榜的な実務としていくには、なお困難が予想される。

(おなきまかつひこ・東京地方裁判所判事)

④ パネルディスカッション

登壇・ブライアン・プレストン

信濃孝一 岡崎克彦 寺田利彦 米村滋人

司会・渡辺千原 本堂毅

本堂：時間になりましたので、これからパ

ネルディスカッションを始めたいと思います。パネルディスカッションのほうは、私、本堂と渡辺先生の二人で行いたいと思います。まずパネリストのご紹介をしたいと思います。

先ほどご講演をいただきましたプレストン判事、岡崎判事、信濃教授に加えまして、裁判官で現在岡山家庭裁判所倉敷支部の判事でいらつしやる寺田判事、それから東京大学法学部准教授の米村滋人先生にパネリストとしてご登壇いただいております。寺田判事は、信濃判事の左陪席として仙台地方裁判所で行われた座談会方式の私的鑑定人の尋問を実施された経験がおります。それでは寺田判事のほうから信濃教授のご講演を聴かされての補足あるいは感想等をお願いいたします。

寺田：岡山家庭裁判所倉敷支部からまいりました、裁判官の寺田と申します。よろしくお願いたします。

私は倉敷支部のほうには昨年の四月に赴任しまして、ちょうど今年二回目とい

うことになります。

振り返りますと、裁判官に任官して最初に配属されたのが仙台地裁の第一民事部でございました。当時の部長が、今隣にいらつしやる信濃部長で、また右陪席の裁判官が岡崎裁判官でございました。任官したばかりの裁判官は左陪席として最初に合議事件の主任裁判官を務めることになっておりまして、主任裁判官として事件記録をよく読み込んで、進行メモを作成したり、合議メモを作成したり、最終的には判決起草をするということになるわけです。

ところで、当時の仙台地裁第一民事部は難しい合議事件が山積みになっていく状態で、その事件の一つが、この総胆管の事件でございました。先ほどの訴訟経過でも説明があつたのですけれども、私が着任したときには、もうすでに前任者の方が一年近くかけて大変な苦勞をされて鑑定を進めていたのですが、いよいよ正式に鑑定を依頼するという段階になりました、条件面がどうも折り合わなかつたというこ

とで鑑定人に断られるという形で頓挫してしまいました。「さあどうしよう」という、そういう段階で主任裁判官を引き継いだのが、私がこの事件を担当することになったいきさつになります。

もともと医療訴訟というのは、医療上の判断や措置の是非が争われるということで、内容的に非常に難しいことはいうまでもないのですが、特に駆け出しの裁判官にとつては、最終的な結論を導き出すというのはもちろんのこと、まずその争点を正確に把握したうえで、どうして双方の見解がこれだけ異なっているのかということを理解すること自体がなかなか難しいという面があると思います。この事件も医療訴訟の中では特に難しい部類に属するのではないかと思うのですが、私が着任したときには、すでに原告、被告それぞれの立場から、異なる見解に立つ専門家の意見書、私的鑑定書と呼ばれるものが提出されておりました、そうしたところ中立公平な立場から意見を述べてもらうことができるはずの鑑定人

が見つからない、こういう状況の下で、ではこれらの私的鑑定書を訴訟の中でどのように扱ひ、どのようにして結論を導き出していくか、こういう課題に直面しておりました。

そうしたところ信濃部長から、この座談会方式のアイデアを教えてくださいまして、信濃部長のご指導の下に無我

夢中で議題やタイムテーブルを練り、また、書記官や当時の速記官などとも意見交換を重ねながら準備を進めたという記憶がございます。

実際に立ち会つての感想を申し上げれば、やはり非常に分かりやすかつたということは当時から実感しておりました、尋問直後に信濃部長と、「今すぐにも判決が書けるような状態だね」というようなやりとりをさせていただいたのを記憶しております。

このようにして、この事件では、鑑定人が見つからない場合のいわば次善の策という形で、座談会方式という一つのプラクティスを得たわけですけども、私としては、その後また同じような実践を重ねる機会がなかつたというのがひとつ残念なところでございます。今日あらためてオーストラリアのお話を伺いまして、大変貴重な経験をしたのだと実感しました。またこのシンポジウムでいろいろなことを吸収して、今後の審理に役立てていきたいと思っております。どうぞよろしくお願いたします。

本堂：ありがとうございます。それでは次に米村先生のほうから簡単なコメントをいただきたいと思います。米村先生は現役の医師でもいらつしやるということで、よろしくお願いたします。

米村：東京大学の米村です。

私は二〇〇〇年に医学部を卒業した医師でございます。専門は循環器内科

で、内科診療を数年経験した後に法学の領域に入ってきたという経歴を有しております。現在の専門は民法ですが、他にも、医療関係の法律、医事法の分野を併せて専門としておりまして、医療過誤訴訟の様々な問題についても私の研究テーマの一つということになります。そのような観点から本日お招きいただいたものと思っておりますので、その点を含めてコメントをさせていただきますたいと存じます。

民事手続きにおける医療鑑定の問題というのは大変難しい問題です。私自身、医師としてですが、ある事件において私的鑑定というものを行った経験があります。そういった際の経験も踏まえますと、本日、プレストン判事からご紹介いただいた「コンカレント・エヴィデンス」、あるいは信濃判事からご紹介いただいた「座談会方式」、また岡崎判事からご紹介いただいた、二裁判所における現在の様々な鑑定の工夫、実務的な工夫の試みといったものは、共通して次の二つのメリットがあると考えております。

まず一点目です。専門家の意見が相互に異なっているように見える場合でも、それが何に由来するのかを明らかにすることによって、実はそれほど異なった意見ではない、という事が判明する場合があります。医師が複数おられますと、それぞれの見るポイントが違

うということもあり得るわけです。そういうことは、複数の診療科の医師がそれぞれ鑑定を行っているような場合に顕著に見られる現象です。専門診療科が異なりますと経験してきた症例も異なりますが、同じ患者の診療を行うに当たってもそれぞれ重視するポイントが少しずつ異なってくるということはおそらくあることで、それに伴って結論が違ってくるように見えるということもしばしば起こります。しかしながらそれは専門家同士で、「これはこの点を見るとこういうふうにも見えるのではありませんか」というような対話を行うことによって、容易に解決できる問題であることも多いわけです。そのような手続が、従来の、私的鑑定書を裁判所に提出するという方式では実現できなかったということがありました。それが可能になっているというのが一つの大きな重要なメリットであろうというふうに考えております。

第二点目としては、そもそも鑑定手続に登場する医師のクオリティが変わってくるということがあります。こういう言い方をしますと、「あまりにも率直な物言いだ」というお叱りを受けそうですが、正直なところ医師も様々です。すべての医師がその専門性を確実に体得しているというわけではありません。私的鑑定では、その医師が本当に確実な専門性を有した医師であるの

かということを検証するプロセスがありません。その私的鑑定によって出た意見書を裁判所が見たとしても、はたしてどういうバックグラウンドの医師がそれを書いたのかということがすぐには分からないわけです。しかしながらこのコンカレント・エヴィデンス、また座談会方式を採用した場合に、専門家同士の討論が可能になっていきますので、そういう側面がかなり明らかになってくる。そうすると、「自分

はあまり専門的なことは詳しくない」と自覚している医師は、のちの手続においてそのことが明らかになるのであれば、そもそも鑑定は引き受けられないということになる可能性も高くなります。逆に、むしろかなり日常業務が多く、クオリティは高いのだけれども時間がない医師は、鑑定書を書く必要がない。そのため時間のロスが少ないこの手続においてはより参加しやすくなるのが予想されます。その結果、全体的に鑑定に出てくる医師のクオリティが向上するのではないかとこのことを感じた次第です。

この手続、もちろんメリットばかりではなく、デメリット、留意点というものもあるかと思えます。一つだけ指摘させていただきますと、こういった手続を行う際には、特にわが国の運用においては、それぞれの医師の間の関係と申しますか、立場の違いという

ものが意見に反映してくる可能性が皆無ではありません。そういったことに對する配慮が一定程度なされるのであれば、十分な鑑定制度になりうるであろうということを感じた次第です。

短い時間ですので若干雑ばくなコメントになりましたが、以上です。

本堂・米村先生、ありがとうございます。では、これまでのご講演、コメントを受けまして、プレストン判事から一言だけいただけますでしょうか。

プレストン（特にないとジェスチャー）



渡辺…それでは、これからフロアからいただいた質問をまとめさせていただきます。各演者の方にご質問をしていきたいと思うのですが、時間の関係上、質問をこちらのほうでまとめさせていただきます。その際に原質問から少し変わってしまうおそれもありますので、書いてくださった方のお名前等は割愛させていただきます。また質問の中には扱えないものも出てくるのですけれども、ご了承いただければと思います。

それでは最初ですけれども、信濃教授が、先ほどまずプレストン判事に聞きたいとおっしゃっていた事柄と、それから信濃判事への質問をいくつかご紹介したいと思いますのですが、最初に、プレストン判事にお聞きになりましたかという点につきましてお聞きしましょうか。お願いします。

信濃・ブレ斯顿判事には本当に興味深いご講演ありがとうございました。コンカレント・エヴィデンスは、オーストラリア法では非常に評判がいい、普及した制度だと伺っています。先ほどの話を伺って、日本の問題状況とどこが違うのかというふうに考えましたところ、第一に思いついたのが、専門家の行動規範、コード・オブ・コンダクトを定めている、それに従って専門家は裁判所での証拠方法としての役割を果たす、そういうご説明だったのですが、

質問としてはいくつかあるのですが、(一)まず行動規範というのは民事訴訟規則で定めているものでしょうか、それともそれ以外にも行動規範を定めた規則とか規定というものはあるのでしょうか。(二)それから、この行動規範というものはどういう経緯で定められたものなのか。(三)この行動規範は実際にどの程度遵守されているのか。この規範はコンカレント・エヴィデンスにおいてどういう機能を果たしているのか。(四)これがなければコンカレント・エヴィデンスはうまくいかないとお考えか、それともこの行動規範の有無はコンカレント・エヴィデンスの成功とはあまり関係がないというふうにお考えか。(五)この行動規範のない時代からコンカレント・エヴィデンス方式はとられていたのか、あるいはこの行動規範が基になってコンカレント・

エヴィデンスができあがったものなのか。行動規範がない時代には、これに代わるものとして何かあったかということ。以上の点です。よろしくお願います。

ブレ斯顿・信濃先生ご質問ありがとうございました。行動規範は、統一民事訴訟規則の一部であり、同規則の要請です。統一民事訴訟規則は、民事訴訟法の下で制定されましたので、制定法と同じ効力を持ちます。民事訴訟法と統一民事訴訟規則はニューサウスウェールズ州の総ての裁判所で適用されています。従って、土地環境裁判所だけでなく、(州) 最高法院、地方裁判所、簡易裁判所、労務関係裁判所など、全ての裁判所で適用されております。

時期的には、民事訴訟法は二〇〇五年に導入されました。同法は、ニューサウスウェールズ州で施行された初めての包括的な民事手続制度でした。それ以前は、各裁判所がそれぞれの規則やルールを持っていました。それでは非効率で、裁判所が異なると採用されている規則も異なりました。そこで、一つの統一民事手続を採用することで、裁判所と、裁判所に来る訴訟関係者は、どの裁判所においても、同じ手続に従うことができるようになりました。統一民事訴訟規則の施行以前に行動規範は存在しませんでした。

統一民事訴訟規則の施行以前にも、土

地環境裁判所はコンカレント・エヴィデンス(同時複数証人尋問)を導入しておりました。信濃先生のご質問にお答えしますと、ニューサウスウェールズ州においては、行動規範の出来る前にコンカレント・エヴィデンス方式が用いられていたということになります。とはいえ、行動規範や、訴訟規則におけるコンカレント・エヴィデンスの手続やその他の裁判所の任命した専門家に關する手続は、専門家証言の党派性や信頼性について、単に土地環境裁判所だけでなく、すべての裁判所において表明されてきた懸念に対する対策であったということができると思います。

先生は、行動規範がコンカレント・エヴィデンス手続の役に立つかどうか質問されました。もちろん役に立ちます。行動規範は、あらゆる種類の専門家証言において有益なので、コンカレント・エヴィデンス手続が存在せず、各当事者がそれぞれの専門家に証言を求める場合でも、例えば、専門家は当事者ではなく裁判所に対して責任(訳注、日本語の「真実義務」を負うことを定め、私が述べたような仕方では報告書をまとめるように定めた行動規範は必要です。

また、質問の一つに答えておりませんでした。行動規範は遵守されているか

どうか。答えは、はい、大部分の事件で遵守されております。きちんと強制(強行)されております。行動規範が継続的に遵守されていることを確保するために、これを強制する必要があります。行動規範の違反があったために裁判所が専門家証言を採用しないということが少しでもあると、それは当事者に伝わり、全ての専門家と、専門家を用的当事者の側で、行動規範の遵守を徹底するようになります。従って、行動規範の違反を抑止し遵守を徹底する目的のために懲罰が必要だとしても、それは非常に限定的です。この制度はうまく行っていると思います。なので、違反があるとすれば、全体のパーセントくらいだと申しておきましようか。しかし、全体のパーセントでは、証拠を排除して違反を罰する必要があります。

◇

渡辺・ありがとうございます。次に信濃先生へのご質問をご紹介します。先生へのご質問はブレ斯顿判事への質問でもあったのですが、その裏返しとして、このようなルールがない、自由心証主義をとっている日本の裁判所においてこのような方法を——座談会方式はかなり近い方法だと思っておりますけれども——とるとということにはどのような問題があるでしょうか、という質問として少し信濃先生にお

聞きたいと思います。それから信濃先生に合わせて答えていただけたらと思うのですが、座談会方式につきましては被告の医師も同席するという形で行われたということなのですが、自分の身が本場に係っているという裁判所に同席するというで、問題は無いのでしょうか、というご質問です。よろしくお願いします。

信濃…まず、後のほうの質問に対してお答えします。被告本人が座談会方式の尋問に加わっていることで懸念されることというのは、一つは、自分の過失を否定している本人を前にして私的鑑定人がその人に不利な意見を率直に言えるのか、遠慮するんじゃないかというのが一つ。それからもう一つは、加わっている被告医師が、私的鑑定人同士の意見の交換、議論に首をつっこんで強く自分の立場を主張して、私的鑑定人同士の議論を妨げる、あるいはねじ曲げることはないか。この二つをわれわれは懸念しました。

先ほどの講演でもかいつまんでお話しした点に入っていましたけど、被告医師の役割を、私的鑑定人同士で議論する際の前提問題として必要な事実の補充にとどめる。つまり判断の前提事実としてはどういふものがあるか。それがそれまでの議論あるいは弁論で出ていないような事実に係るものだった場合には、推論が異なってくる可能性が

あるものですから、そういう場合にために前提問題を提供する役割を果たしていただくというだけ、それにとどめようとした。それからもう一つ、遠慮の点については、やはりそういう役割だけで被告本人が座っているわけですから、私的鑑定人、原告・被告それぞれに専門家、決して遠慮しないで率直にお話をしていただきたいということは念を押ししたつもりです。法廷の配置、レジメに付けていると思えますけれども、被告本人は私的鑑定人両名の外側に座席が置いてあります。それは、議論に割って入る余地がないようにしようと思つてそういう配置にしたつもりです。

それから前者の質問で、行動規範がないのに座談会方式を採用するということは可能なかどうかという、そういうご主旨だろうと思つていますが、結果的にはわれわれは、寺田判事が感想を述べましたように、座談会方式に成功したと思つています。ただそれはプレストン判事がいまご説明になったような、強制力のある行動規範の存在で担保されるようなものではありませんでした。ですから、ある意味では今の時点で「われわれの成功はラッキーだった」と言うしかありません。ただ、できればわが国でも行動規範のようなものを、専門家証人の場合につくり上げていただければ座談会方式はもつと確

実に普及できるのではないか、そういうふうと考えています。

寺田さん、何か補足することがあれば。

寺田…いま信濃教授がおっしゃったとおりなのですが、座談会方式にかかわらず、日本で専門家の方を証人として尋ねるといふときに、プレストン判事が紹介されたような行動規範があるかといふ点についてはないと思つています。で、それに担保されているわけではないところは一つの課題なのだろうと思つています。日本でも専門的知見を得る方法というのは、鑑定や専門委員制度などいろいろあつて、これらにあるのは、もともと中立公平な立場で関与するものとされ、また、一定の場合には忌避が認められるなど、公平さを保つ手当てもある程度されているのですが、それでは鑑定人ではなくて専門的知見を有する人を証人と呼ぶ場合に何かそういう行動規範があるか特別なルールがあるかという点、それはないので、そういう意味では、信濃部長がおっしゃったように、今回の座談会方式がうまくいったのはたまたまたたつたのかもしれないということになるかと思つています。

本堂…ありがとうございます。では補足いただけますか。

信濃…ちよつといいですか。本堂…どうぞ。

信濃…質問をされた方の質問の主旨は、われわれのご説明とは必ずしも一致してないようですが、証拠能力を否定することはいわば行動規範に反するような専門家の意見を排除するということが、日本法ではできない。自由心証主義の下でどのように解決すればよいかということですが、確かオーストラリア法でも、いまプレストン判事のご説明された中に出てきましたけれども、証拠能力を排除するというようなはっきりした形でやらなくても、やはりそういう行動規範に反するようないわば証言とか証言態度をとった当事者については、それだけ裁判所にとっては信頼性が薄い。言つてみれば信頼性の判断をそういうふうに行ふことによつて、結果的にそういうような意見については採用しないということ、事実上排除するようなことは可能だろうと思つています。実際に法廷で専門家の議論をお聞きになれば分かると思つていますけれども、やっぱり信用できる意見というものは、それなりに節度を持つて、しかも相手の言い分をよく聞いて自分の意見を表明する、そういうようなことだろうと思つていますので、自由心証主義の下でもある程度は解決できるのではないかと。しかしギリギリのところまで行くと、やはり今の日本法ではなかなか行動規範に反するような専門家、

いや、オーストラリアの行動規範に反

するような専門家については決定的な解決法がないだろうと思っております。渡辺：これに関連しましてプレストン判事、もし何かコメントがあればお願いします。

プレストン：ご質問の最初の部分についてお答えしますと、信濃教授のご説明になった（日本の）座談会方式と（オーストラリアの）コンカレント・エヴィデンス（同時複数証人尋問）の違いは何かということによろしいでしょうか？第一点は、コンカレント・エヴィデンスは柔軟で、どんな座談会的方式でも取り込めるので、本質的な違いはないと思います。

被告が議論に参加できるかどうかという点については、それは珍しいことですが、不可能ではないと思います。いうまでもなく、日本での試験事例は医療過誤でしたので、被告自身が専門家でした。したがって、その意味では、被告という専門家が他の専門家にまじって議論するのは不適切ではありませんでした。もし、被告が専門家でなければ、そういう被告が被告という地位において専門家の座談会に参加することは正当化されることはありません。信濃教授のご説明によりますと、被告医師が座談会に参加した目的は、専門家としての見解（訳注、俗に「専門家証言」と言われるもの）を開陳するということではなく、被告がしたことに

ついて、他の医師がそれぞれの見解を表明する基礎となる事実関係を明らかにすることでした。実は、我々も、似たようなアプローチを採用したことがあります。私の報告でも、我々が多様な専門家と呼び寄せるとき、中には、ある領域の専門家たちの意見が、他の領域の専門家の見解に依拠している場合もあります。従って、例えば、不動産や資産の評価においては、特定の不動産の位置、広さ、形状、特色、あるいは開発の可能性について、基礎データが必要でしょう。専門家証言にもピラミッド型の上下関係があると考えれば、上の方の専門家の証言は、下の方の専門家の証言を基礎としています。そういう場合には、そういう関係にある専門家同士を呼び寄せることができるのです。

信濃教授が指摘し、私が言及する価値のあると思うもう一つの点は、信濃教授の最後のスライドで、座談会方式では裁判所と当事者の代理人が争点を確定するのに対し、コンカレント・エヴィデンスでは専門家が確定することになる点について、懸念があるかも知れないとおっしゃいました。それは、コンカレント・エヴィデンス手続において、懸念になり得ます。専門家たちは、重要争点は、裁判所が重要だと考えている争点と違うと捉えることもあるかも知れません。この問題に対する

回答は、私は、裁判所が統制しなければならぬということだと思います。裁判所は、専門家たちが一緒に協議するように方向づける必要があります。専門家たちが協議すべき争点に関して指示を出すというようなことです。また、ジョイント・レポートが提出されたときも、裁判所が統制して、法廷における専門家同士の議論でも、法廷での証拠調べの目的にそって、その議題を設定しなければならぬということ

です。私の個人的なやり方は、審理前の指示として、当事者の代理人に対して専門家会議の議題と、法廷での証拠調べで議論する争点を準備するように指示します。それが用意されて裁判所に提出されると、私が点検し、不同意であれば、不同意と言い、争点の修正を要請し、法廷で議論されるべき争点は本物の争点であり、その事件について私が判決を下すべき争点であると納得のいくようにします。従って、争点は、当事者の専門家が報告書において独断で決めたものではないわけです。しかし、当事者の専門家が争点であると同意するものと、当事者の代理人が争点であると同意するものと、裁判所が争点であると考えられるものとの間には相関関係がある場合は多く、そういう場合は、この制度はうまく機能するので、これを基礎に手続を進行させることが

できます。もし、専門家同士が争点として妥協的に合意したものは本当の争点ではない、修正が必要かもしれない、と裁判所が考える場合は、裁判所は指揮権を行使し、争点を変えることができるという点は、強調されなければならぬでしょう。

その他の点として、当事者の専門家が提出する争点が不適切である、あるいは専門家同士のジョイント・レポートがあまり役に立たない、という場合もあり得ます。裁判所は、さらなるカンファレンスの開催を命じることができ、さらなる合同会議は進行役（ファシリテーター）を入れて行うこともできます。それで、裁判所は、一旦法廷を開いた場合でも、（休廷して）専門家に法廷外でもう一度集まり、進行役を任命して法廷外でのジョイント・カンファレンスの議事進行を促進し、もっと有益なジョイント・レポートを持つて帰ってくるように、指示を出すことができます。裁判官は、専門家の与えるものを受け取るだけではないのです。それが有益ではない場合、裁判官は専門家に再び会議を開き、有益な報告書を出すように命じることができます。その意味で、座談会方式で議論されたような程度の裁判官によるコントロールなら、コンカレント・エヴィデンスでも実現できるように思います。それは指揮する裁判官によります。以上で

す。



渡辺：では、次に岡崎判事へのご質問を、ご紹介したいと思います。ちよつとまとめてご紹介させていただきたいと思えます。まず一つ目としましては、専門委員制度に関してです。専門委員制度の利用が増えているということですが、その理由は何でしょうか。また、医療過誤訴訟などでの利用はいかがでしょうかということ。それから医事訴訟において、カンファレンス鑑定による場合と専門委員制度を活用する場合、これは鑑定と専門委員制度ということにもつながると思えますが、その使い分けについてどのような基準があるのでしょうか。あと、割合的にはどの程度でしょうかというご質問です。それから少し大きな質問になりますけれども、専門家を裁判所側で選ぶ際に述べられたこととして、日本では当事者主義に限界があると述べられたことにつきまして、それはどのような原因があるのでしょうかというご質問。それから、もう少し裁判官が釈明権を發揮するということが当事者の主張をより充実させるという方法もあるのではないのでしょうかというご質問です。

以上です。ちよつとまとめまして申し上げます。ちよつとまとめまして申し上げます。ちよつとまとめまして申し上げます。

岡崎：まず専門委員制度について、最近活

用されるようになってきているということですが、これも現場の裁判官が専門委員の利点にだんだん気づき始め、活用法を工夫し始めたことがそれなりに大きな要因になっているのではないかと思います。

もつとも、分野によるところもございまして、例えば、ご質問の医療訴訟の分野でどのくらい専門委員が使えるかという問題があります。これは地域によつてまったく千差万別でございまして、例えば横浜地裁などでは、鑑定を採用するような事件については、まずその前段階で原則として専門委員を選任して、鑑定人をお願いする鑑定事項を専門委員も入った弁論準備の場で練り上げます。その上で、専門委員に鑑定候補者を推薦していただくといったことをやっています。そのほか大阪地裁などでも大変によく使われているようです。

これに対して、活用が難しい地域もございまして。これは、専門委員制度ができたときに、特に弁護士会と裁判所との間で専門委員の活用方法について協議をしているわけですが、そういう中で、弁護士会から専門委員を積極的に活用することにより安易に心証形成されることにつながるのではないかと懸念が出てきて、必ずしも気軽に使えない協議結果になっている地域がございます。裁判所から活用を提

案しても、代理人に反対されてしまうことになり、そうするとなかなか利用は伸びてこないということになります。

専門委員と鑑定との使い分けの基準についてもご質問いただきました。専門委員は、いわば裁判官のアドバイザーとして専門的知見に関する「説明」を行い、その説明内容を直接の根拠として心証形成をしないところに特徴があるのに対し、鑑定人は、証拠そのものとして鑑定結果を直接の根拠として心証形成をすることになるところに、役割の違いがあります。このような役割の違いに応じた使い分けがされているものと考えられます。カンファレンス鑑定は、鑑定の一つのやり方として、これは医療訴訟のみにおいて行われているのですが、専門委員とは役割が異なるものといえます。

このところ鑑定の実施率はかなり減ってきております。どうしているかと申しますと、都市部の弁護士が多い地域ですと、医事関係訴訟を多数こなしておられる、いわば医療問題を専門とする弁護士もいらつしやいます。このような弁護士さんが受任されている場合などは、協力医の方の意見書が医学文献とともに出てくる場合が多いです。そういう場合には、協力医の意見書や文献をよく読んで、裁判所から分からないところを当事者に聞き、議論をするわけです。このような釈明権の行使

と口頭の議論をしつかり行うと、その後の集中証拠調べと相まって自ずと心証が形成できるという事件が多くなっているのだと思います。

そういうわけで鑑定はいわば最後の手段で、その前に釈明権の行使と口頭での議論を行うわけですが、そのときにどうしても裁判官だけでは分からないような問題が出てきた場合には、専門委員に入ってもらつて、分からないところに関して説明をしてもらおう。「この分野ではこういう場合にこういうような表現を使うんですよ」とか、「一般にはこういう場合にはこういうことが起きることが多いと思えます」とか、こういうような説明をしてもらおう。典型的には、そのような運用をしている場合が多いのではないかと思っています。

それから、当事者主義の限界の問題は、民事訴訟全般に通ずる大きな問題ですが、専門訴訟との関係では、例えば、医事関係訴訟に典型的に見られるように、当事者双方が有する情報や提出し得る証拠方法に偏りがあるわけです。当事者主義を徹底させると、双方から専門家証人を出してもらつて原則とするという考え方もあり得るのですが、日本では、患者側に立つて意見を述べてくれるような一定のレベルの専門的知見を有する医師がまだそれほどおられないという実情がありまして、このような審理をしたのでは、当

事者間の実質的な公平が維持できないと考えられます。そのため、専門家の選任を裁判所が行う制度に軸足を動かざるを得ないのが現状と思っております。

◇

渡辺：次にプレストン判事にたくさん質問が来ているのですけれども、少しまとめさせていただいて、分けながら質問させていただきます。

かなり多くの方からいただいた質問の中で、やはり日本では協力していただける専門家を探すのが大変難しいという課題がありますので、オーストラリアではそのように専門家を選任することに困難はないのでしょうかという質問。それから実際に専門家が出てきた場合に、専門家同士の意見が違ったり、関係が悪かったりするような場合に問題は起こらないのでしょうかという質問がかなり多くありましたので、まずはそれから質問させていただきますと思います。

プレストン：最初の質問は、専門家を得るのが難しいかどうかでした。答えは、一般的に否です。先ほど説明致しました通り、二〇〇五年以来の新しい専門家制度は、質の高い専門家を得ることを容易にしていると思います。新制度の導入前は、法廷で証言する用意のある専門家は、私の言葉で「法廷専門家」であって、通常は、あの人は原告の専門家、この人は被告の専門家というよ

うに、依頼する当事者に有利になるように出廷することに慣れている専門家でした。それが専門家というものの仕事になっていて、問題がありました。

当事者性が高く、偏見のある専門家でした。アドバーサリ・システムの裁判であるため、より独立心の強い専門家は審理方式になじみず、法廷に出ることを嫌がるようになります。しかし、新制度の下では、専門家は法廷に対する最優先義務（訳注「真実義務」）を負い、当事者から独立する義務を負い、同じ専門家との議論に参加する機会が与えられるので、本物の専門家の出廷意欲を助長します。かつての当事者対決方式の、いわゆる法廷闘争には専門家は顔を出したがりませんでした。が、今や、裁判所の仕事を手伝うために出廷することに前向きになりました。従って、この新制度は、専門家として出廷することに意欲的な科学者の数を増やすことができたと思います。

第二の質問について、はい、専門家同士の間で見解の隔たりが大きい場合は、裁判所の仕事も困難になるのは明らかです。しかし、興味深いことに、専門家のジョイント・カンファレンスとコンカレント・エヴィデンスと真実義務という新しい制度は、専門家の見解を接近、収斂させる効果があります。以前は、（訳注 手を広げる動作をする）相違がこんなに大きかったのに、

今は、その差がずっと小さくなっています。制度がそうなるように機能します。専門家同士の議論から党派性や偏見を取り除くことは有益です。専門家が依頼人の代言にとどめるのではなく、その専門知識と経験知を動員し、同じ専門家と対話し、隣同士に座って証言するようにする。そういう新制度のすべてが見解の幅を小さくします。新制度を使えば、有益です。私は、法律家として三〇年以上訴訟に関わってきましたので、訴訟手続において実際に大きな変化があったことを目撃してきたということを述べておかなければなりません。新制度はこれまでのところずっと役に立っています。

裁判所が決定を下す過程に即して説明すれば、事実と事実の推定をありのまま提示し、各専門家の理由づけの道筋とそれぞれの方法論を明確にすれば、裁判官は、ある専門家の意見を、他の専門家の意見よりも良いと判断しやすくなります。というのは、従来は、裁判官が事実と論理に支持されているかどうか拘らずにナマの専門家意見に曝されるのに対し、新制度の下では、裁判官も論理的で合理的な根拠の上で選択ができるからです。

信濃：いまのプレストン判事のお話について、専門家、科学者としての専門家の本堂先生はどういうふうにお考えですか。特に専門家同士の意見が分かれる

場合についてのご質問があつて、いまのプレストン判事のご説明がありましたけれども。

本堂：専門家の意見が分かれる背景の一つには、専門的意見が推論に基づくことがあります。推論には様々な理論を使いますが、理論には前提条件としての事実が必要になります。その事実を正確に把握できないために意見が分かれる場面があります。

実際、私も科学者として意見を求められる場面が少なからずありますが、前提としての事実がよく分らないと正確に答えられないのです。そのため、意見が食い違う場合は、その方と議論をして前提条件を整理したいと思えます。議論をすれば、少なからぬ場面で意見の表面的違いの原因を明らかにできます。もし、その前提の違いが重要であれば、そこが争点になるかもしれません。科学者が学会とかセミナーで、意見が違ふ人と議論するのも同様の目的があります。そのため、一線、プレストン判事の表現を借りれば、本物の専門家なら、意見の違いを冷静に議論することができはずです。コンカレント方式にしても、カンファレンスにしても、あるいは座談会方式にしても、科学者の日常の議論に近い環境であれば、率直に意見を出し、その違いを整理できると思います。渡辺：いまの質問にも少しかわると思う

のですけれども、専門性の類型ということにかかわる質問がいくつかございます。

手続きという面でいいますと、このコンカレント・エヴィデンスの方式を利用することが向いている類型、あるいは向いていない類型というのはありますか、ということになるのですが、専門性ということに関して、自然科学の立場からいま本堂先生からのコメントがございましたけれども、社会科学が問題になるような場合、社会科学というのはかなり自然科学と、「科学」と名は付いても性質が違いますので、このような方式でうまくいくのでしょうか。もっと細かい質問を端折ってしまっても申し訳ないのですが、そのような質問がございます。この点についていかがでしょうか。プレストン判事、お願いいたします。

プレストン：コンカレント・エヴィデンスは、社会科学にとっても、自然科学にとっても適切だと思います。あらゆる分野で適切です。社会科学は一般論として経験的に厳密でないというところは言えるでしょう。社会科学には価値判断がより多く介在します。しかし、最終的に、裁判所はどの社会科学者の意見が認容できるかということを決めなければなりません。専門家の最終的な意見の基礎にはどんな前提があるの

か、社会学者がそれらの前提から最終的な意見に至る論理的な道筋は何かについて、証拠開示が必要です。使用された方法論や、前提（推定）について、もっと争われることもあるかも知れません。しかし、社会科学も、社会

学者同士の間で見解を異にし、不同意点について議論を重ねることに、自然科学者以上とは言わなくとも、同様に慣れているように思います。私自身、多数の専門家を呼び寄せて、例えば諸々の活動の社会に与える影響の評価や、何等かの企画の市場価値と市場外価値を動員した損益分析を行う経済学など、専門家がそういった評価や分析のためにどのように役に立つかをみて、それぞれの案件で、専門家同士の対話をさせてみたことが成功につながった経験があります。ひよっとすると、私は、まだ法廷で社会学者が他人の意見に同意するということは見たことがないかもしれません。社会科学者は、他人の意見に反対するものですよ。しかし、ある特定の争点について、ある一人の専門家の意見と他の専門家の意見を互いに突合せ、対話させ、議論させる、その過程は裁判所にとって大変有益で、裁判官の意思決定過程を確かに容易にします。従って、私は新制度は社会科学でも有益だと思います。もしかすると、それぞれの争

点についてのそれぞれの意見の背後にある事実と前提と論理の筋道を明らかに出すために、裁判官はもう少し直接的にならなければならぬかも知れません。

◇

渡辺：それでは少し細かい質問がいくつかございます。少し時間は超過しているのですが、せっかくの機会ですのでお聞きしたいと思います。プレストン判事へのご質問なのですが、コンカレント方式は土地環境裁判所以外でも行われているのですかという質問。それからコンカレント・エヴィデンスの成果物は公衆に公開されるということはあるのでしょうかということ。それから、少し時間を端折っていただいて十分な説明をしていただけなかったのですが、裁判所補佐人、コミッショナーの人数等の実態について教えていただきたいということ。それから付け加えるにもなるのですが、レジュメにあってはありますが、レフェリーについても説明していただく時間が十分なかったかと思えますが、かなり日本の専門委員制度と似ているのではないかと印象も受けたのですけれども、先ほどの専門委員のご説明を聞かれて、同じようなものなのか違うものなのかということについて、もしお答えいただけたらお答えいただきたいと思えます。

プレストン：はい、コンカレント・エヴィデンスは多くの裁判所で利用されています。州最高法院で、民事事件、とくに医療過誤事件で利用されております。連邦裁判所で、独占禁止法事件を含めて、その他の連邦事件で利用されております。オーストラリア全土の色々な審判所、行政審判所で利用されています。ニュージーランドでも利用されています。あらゆる裁判所という訳ではありませんが、新制度は多数の裁判所で利用されています。

次の質問は、専門家のジョイント・カンファレンスとコンカレント・エヴィデンスの結果は公開されるものかどうかです。答えは、はい、公開されます。オーストラリアの裁判所手続はすべて公開です。従って、誰でもコンカレント・エヴィデンスを傍聴できますし、裁判所に出されて、許容された証言・証拠は公開の情報です。例外は、裁判所が様々な理由で児童や性犯罪被害者などの特定につながる情報の公開を禁止する決定を下した場合です。そういう人たちの特定につながる情報を秘匿することはできませんが、あくまでも例外に過ぎません。原則は、すべて公開で、みんながアクセスできるということです。

裁判所のコミッショナーは、常勤のコミッショナーと、非常勤のコミッショ

ナーがいます。私たちの裁判所では常勤のコミッショナーが九人、非常勤のコミッショナーが一五名から一六名います。コミッショナーの専門分野は様々です。例えば、設計士、技師、計画をする人、自然科学者、不動産経済・調査士、天然資源や鉱物資源についての専門知識を持つ人、様々な科学者と幾人かの法律家。非常勤のコミッショナーは、事件ごとに必要とされる専門分野に応じて招集されます。社会学者と経済学者が必要な事件があれば、その特定の事件に必要な非常勤のコミッショナーのリストから要員を選びます。

レフェリーは、日本の専門委員とは少し違います。レフェリーは、私の見方では、裁判所が争点を委託する、または争点を調べて裁判所に報告するよう委託する外部の人を指します。報告書が裁判所に届くと、裁判所は、報告書、その中に記された事実や意見とともに、採用することができず。裁判所が報告書を採用すれば、報告書に記された事実や意見は、裁判所の認定した事実や意見となります。これは、この席で説明された日本の専門委員の役割とは異なります。我々も専門委員は持つていて、コミッショナーはしばしば裁判官に助言し補佐します。しかし、我々の所では、コミッショナーと

別に、全ての裁判所が外部から専門委員を招く権限を持ちます。ただし、土地環境裁判所では、部内に専門委員がいますので、そういうことはあまりありません。しかし、争点によっては、部内の専門委員では経験知が足りないとい裁判官が思料する場合、事件ごとに臨時に外部の専門委員の助言を求めることがあり、私も裁判所でそうすることもあります。私の報告では、これをアセツサーと呼びました。これで回答になりましたでしょうか。

渡辺：ありがとうございます。パネラーの方で何かコメントしたい点がありましたら、おありでしたら。

米村：すみません、最後の点についてお尋ねします。いまレフェリーについて詳細にご説明いただきましたが、私は、日本の専門委員制度と近いのはアセツサー(裁判所補佐人)のほうではないかという印象を受けました。この両者の役割分担はどうなっているかという点につき、お伺いしたいと思います。渡辺：すみません、最後にもう一回、プレストン判事、よろしくお願ひいたします。

プレストン：アセツサーは日本人のパネリストのいう専門委員に近いものです。裁判官が事件について審理するに当たり助言し補佐するものです。しかし、アセツサーに決定権はありません。従

って、アセツサーが、事件の最終的結論や、特定の事実の認定について投票するようなことはできません。レフェリーは事件の結論を出すことはありませんが、専門的意見は出します。レフェリーは、事実を認定し、認定した事実から結論を導き出し、理由づけを行い、報告書にまとめます。そして報告書は裁判所に提出されます。裁判所は、両当事者にこの点について意見を聴取される機会を与えた後、レフェリーの報告書の全部ないし一部を採用ないし排除することができず。裁判所が採用した報告書はそのままその争点についての裁判所の決定となります。

レフェリーは、例えば、特定の薬品が一定の有害な副作用を起こすかどうか、専門家の間で争いがあつて、それを検査する必要のあつた事件で利用することができました。最終的に、裁判所は、ある特定の薬品に特徴的な痕跡が残っているので、「その薬品を使って、主張されたような副作用があるかどうか注意深く実験する」ように専門化学者を任命しました。化学者が実験をしまして、当事者の専門家たちも実験に参加して、レフェリーがどのように実験を行うか、実験の立案から実験の実施、そして実験結果の記録に至るまで、これを注意深く観察することができました。この事件では、レフェリー

の実験結果が、原告の主張を支持したので、最終的に、その結果をもとに和解が成立しました。そのレフェリーの報告書は裁判所に採用されました。このように、レフェリーは裁判所から委託された仕事をこなすに当たり、非常に糾問的(職権的)になり得ます。これで違いの説明になりましたでしょうか。

本堂：ありがとうございます。まだ質問はすべてご紹介できておりませんが、私自身質問したいことがたくさんあるのですけれども、だいぶ時間を超過いたしましたので、本日はこれでおしまいにしたいと思います。おかげさまで、皆さまの協力を得ましてとても充実した会にできたかと思ひます。

ブライアン・J・プレストン(Brian J. Preston)・N

SW土地環境裁判所長官

しなのこういち・東北大学法科大学院教授・元仙台地裁判事

おかざきかつひこ・東京地方裁判所判事

てらだとしひこ・岡山家庭裁判所倉敷支部判事

事・現知財高裁判事

よねむらしげと・東京大学法学部准教授・医師

わたなべちほら・立命館大学法学部教授

ほんどうつよし・東北大学大学院理学部研究科准教授

授