

知的財産訴訟外国法制研究会報告書

平成 15 年 5 月

知的財産訴訟外国法制研究会メンバー

大淵哲也	東京大学教授
杉山悦子	一橋大学助手
茶園成樹	大阪大学教授
菱田雄郷	東北大学助教授
平嶋竜太	筑波大学助教授

目 次

第1章 専門家が裁判官をサポートするための訴訟手続への新たな参加制度（第2論点）

まとめ	3
国別報告書（アメリカ）（菱田雄郷研究員）	16
国別報告書（アメリカ）（平嶋竜太研究員）	32
国別報告書（イングランド）（菱田雄郷研究員）	48
国別報告書（イングランド）（茶園成樹研究員）	59
国別報告書（ドイツ）（杉山悦子研究員）	69
国別報告書（ドイツ）（大淵哲也研究員）	82

第2章 侵害行為の立証の容易化のための方策（第3論点）

まとめ	91
国別報告書（アメリカ）（菱田雄郷研究員）	106
国別報告書（イングランド）（菱田雄郷研究員）	125
国別報告書（ドイツ）（杉山悦子研究員）	136
国別報告書（フランス・ベルギー）（杉山悦子研究員）	153

第3章 侵害訴訟における無効の判断と無効審判の関係等（第1論点）

まとめ	177
国別報告書（アメリカ）（平嶋竜太研究員）	186
国別報告書（英国）（茶園成樹研究員）	215
国別報告書（ドイツ・EU）（大淵哲也研究員）	225

正誤表

誤		正
83頁脚注7行目	第1の4.(1)(頁)を参照。	第1の4.(1)(230頁)を参照。
87頁証言録取の制裁の項	この不出頭は,裁判所侮辱と看做される可能性があり,その場合,制	この不出頭は,裁判所侮辱と看做される可能性があり,その場合,制裁金ないし拘禁の制裁が課される。
225頁脚注5行目	第1の1.(3)(a)(頁)を参照。	第1の1.(3)(a)(83頁)を参照。
226頁脚注11行目	第1の1.(3)(a)(頁)を参照。	第1の1.(3)(a)(83,84頁)を参照。

第 1 章

専門家が裁判官をサポートするための
訴訟手続への新たな参加制度（第 2 論点）

第1章 各国の裁判機関及び専門家の参加制度（アメリカ・イングランド・ドイツ）（第2論点）

まとめ

1 はじめに

本章は、アメリカ、イングランド及びドイツにおける民事訴訟一般と知的財産関連訴訟に関し、各国の裁判機関及び専門家の参加制度についてその調査結果をまとめたものである。

各国とも専門家の参加のあり方については様々であるが、裁判官は多くの領域について広い知識を有するジェネラリストとしての法曹である。アメリカ及びイングランドでは、法廷への専門知識の提供は、原則として当事者が、専門家証人の供述等により行うことが多い。しかし、より客観的な専門知識の法廷への提供という見地から裁判所自身の専門性の強化についても関心が寄せられている。例えば、アメリカにおいては陪審の前にジャンクサイエンスが提出されることを防ぐために裁判所に門番としての機能が求められるようになり、ジェネラリストである裁判官を補助するため裁判所の主導で専門知識を導入するルートに関心が集まっている。またイングランドでは、訴訟の遅延・高コスト化・複雑化を解消するために裁判所主導で専門知識の導入を行っている。

他方、ドイツでは、英米とは異なり、裁判所に専門知識を提供するのは、原則として、裁判所が任命した鑑定人である。当事者も、自ら私鑑定で専門知識を提供することも可能であるが、これは例外的である。すなわち、英米法では原則として当事者主導で専門知識の導入を行うのに対して、ドイツ法では原則として裁判所主導で行っており、原則と例外が逆転している。

いずれにせよ、各国における民事訴訟及び知的財産訴訟において、専門家の参加は、必要不可欠な制度である。なお、このほか専門家による手続の透明性、中立性等に関する議論もあり、これらを保障するための工夫がそれぞれなされている。

2 裁判機関

(1) アメリカ

アメリカでは連邦裁判所の体系と州裁判所の体系が併存している。連邦裁判所の体系において、第1審として管轄権を行使するのは地方裁判所であり、

第2審として管轄権を行使するのは全国12の巡回控訴裁判所と連邦巡回控訴裁判所(CAFC)の計13の裁判所からなる巡回控訴裁判所である。第3審として管轄権を行使するのは、最高裁判所であるが、最高裁判所への上訴はほとんど許可されず、実際には、巡回控訴裁判所が最終審としての機能を担っている。CAFCは、連邦裁判所における判決について、各巡回区で一致しないという事態や、訴訟代理人が個別の案件に応じて有利な法解釈を適用することが期待される巡回区へ提訴するという実務、いわゆるフォーラムショッピングが日常化するという事態を解消するため、特許法における法解釈についてアメリカ国内全体で統一性をもたらすことを目指して設立されたものである。もっとも、特許控訴裁判所のほか関税控訴裁判所や旧クレーム裁判所等を引き継ぐ形で、1982年の連邦裁判所法改善法によって1983年に設立された。そのためCAFCは、著作権や商標権等以外の知的財産権に関連する訴訟の控訴審として専属管轄権を有しているが、知的財産権関係以外の事件も扱っており、全体の事件数からみると知的財産権関係の事件の数は必ずしも多くない。

(2) イングランド

イングランドの裁判機関としては、第1審裁判所に高等法院とカウンティコートとがあり、高等法院の衡平法部においては、特許及び登録意匠に関する事件を専門的に扱う一部門として、パテント・コートが設けられている。この部門の裁判官(現在5名)は、大法官によって任命され、科学に関わる経歴は必要とされていないが、実際には、すべての者が、主として弁護士として特許訴訟の実務に携わっていたことにより、技術に関する相当な経験を有している。また、特許及び意匠に関する事件について簡易迅速な手続をとるパテント・カウンティ・コート(裁判官1名)がある。

(3) ドイツ

ドイツの裁判権は、民事事件、刑事事件を扱う通常裁判権、行政事件を扱う行政裁判権、財政事件を扱う財政裁判権、労働事件を扱う労働裁判権、社会事件を扱う社会裁判権の5系列に分かれており、それぞれの系列ごとに裁判所が置かれている。いずれも、下級裁判所は各州の裁判所であるが、最高裁判所は連邦裁判所である。

特許裁判手続に関しては、無効手続・抗告手続と侵害訴訟手続の二つがあるが、無効手続・抗告手続については連邦特許裁判所が管轄し、例えば無効手続については2名の法律系構成員と3名の技術系構成員からなる合議体によっ

て審理判断する。なお、この連邦特許裁判所は、従前、特許庁内の機関であった抗告部・無効部が1961年の制度改正により移管されて裁判所となったものである。他方、侵害訴訟については民事訴訟一般と同様に地方裁判所が管轄しており、そこでは3名（又は1名）の職業裁判官によって審理判断される。

3 専門家の参加制度

(1) アメリカ

アメリカにおける専門家参加については、知的財産関連訴訟において特別の制度があるわけではなく民事訴訟一般と同じである。対審主義の見地から専門的知識の法廷への提出は当事者の責任となり、当事者の依頼する専門家証人が法廷へ専門知識を提供するのが原則である。これは、当事者による訴訟のコントロールを維持し、対立する当事者の攻防から効率的に真実を発見するために有効な手段である。ところが、近年、ジャンクサイエンスが陪審の前に直接現れないように、裁判所自身が、トライアル前に門番としての役割を果たすべきことも期待されるようになり、裁判所自身のイニシアティブによって専門知識を訴訟に導入するルートに関心が集まっている。具体的には、裁判所が職権により任命する専門家証人、スペシャルマスター、テクニカルアドバイザーなどがあり、いずれも裁判官の補助者である。

(2) イングランド

イングランドにおける専門家参加については、アメリカと同様に専門家は証人として関与するのが原則の形態であり、当事者が依頼する専門家がトライアルにおいて証言として専門知識を提供する。裁判所が専門家証人を任命することもできたが、そのためには当事者の申立てが必要とされていた。しかし、ウルフ・レポートにおいて、原被告の専門家は、互いに当事者を勝訴させることを目的としている結果、訴訟の迅速化にも、和解の早期締結にも反する結果を生み出しているということが指摘され、これを解決するために、裁判所が、強力な事件管理によって必要な専門家証人の範囲を限定した上で、裁判所自身が、適切な専門家を任命する方策が提示された。

そこで新規則においては、専門家証人は自分に対して報酬を支払った当事者に対してよりも裁判所に対して義務を負うとされており、また複数の当事者がそれぞれ専門家を申請した場合、裁判所は共同専門家として1人に絞るように指示することができることとした。

一方、裁判所が自らのイニシアティブで任命できる専門家である評価人もお

り、裁判官は評価人を臨席させ助力を受けながら事件を処理できる。また、知的財産関係訴訟においては、特許法に基づく手続きにおいてパテント・コートを補助する科学的補佐人がおり、特許事件においては、評価人を任命することは可能であるが、科学的補佐人を任命するのが現在の慣行である（なお、パテント・カウンティ・コート、控訴院、貴族院も、科学的補佐人の任命は可能である。）。

（３）ドイツ

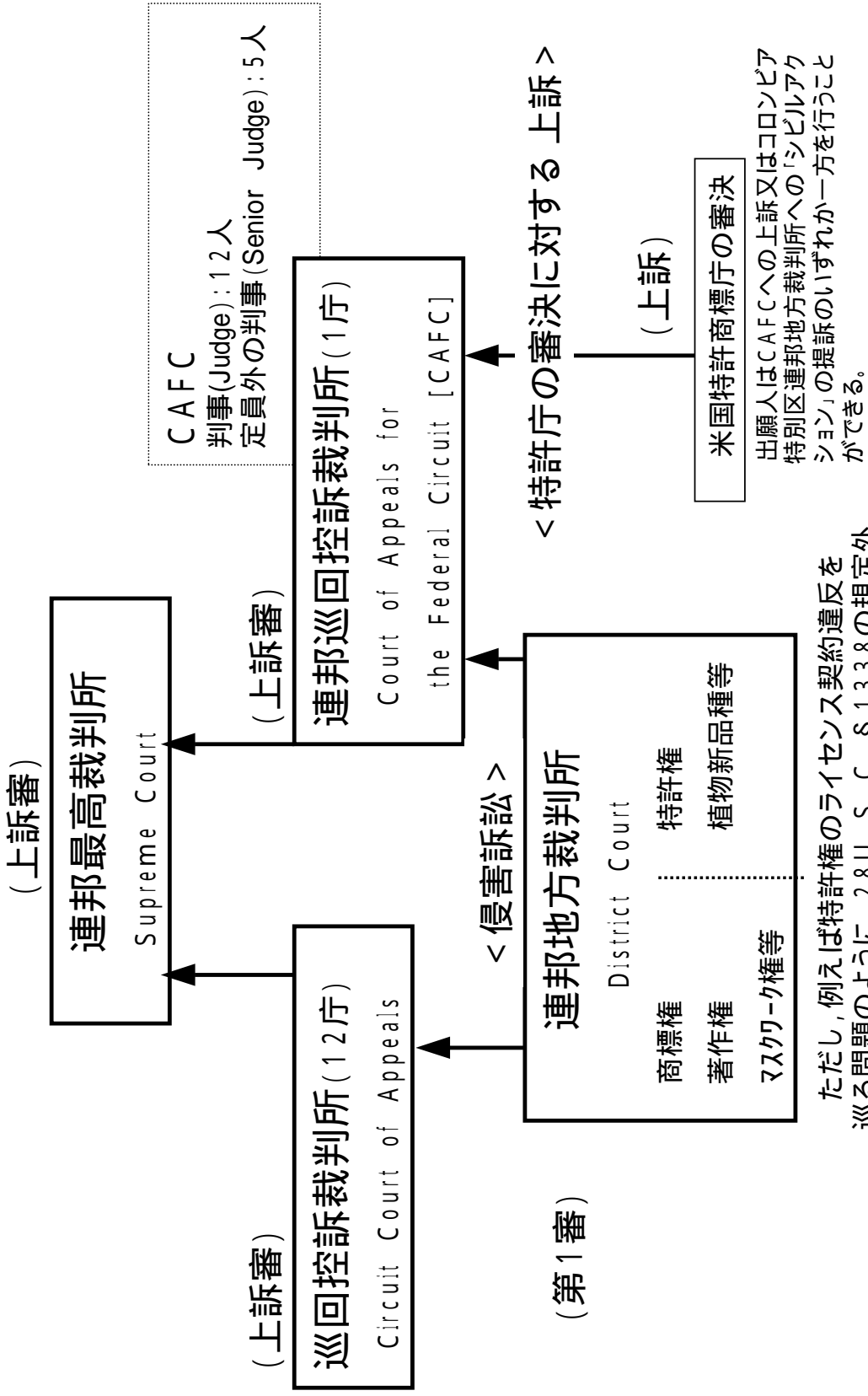
ドイツの民事訴訟において、専門家を利用する代表的な制度は鑑定である。職権鑑定が認められていること、裁判所が鑑定人を任命することから、鑑定は裁判所が主導して専門知識を入手する方法として位置づけられ、鑑定人は裁判官の補助者としての性質を有する。当事者が自ら専門家に鑑定を委託して、その結果を私鑑定書として裁判所に提出することも可能であるが、中立性の点において問題があるため、証明力は高くない。また、鑑定は証拠調べの方法の一つであり、したがって、鑑定人は証拠調べ方法である。これに対して、日本の裁判所調査官や専門委員のように、専門家を証拠調べ方法ではない助言者として参加させる制度はない。

また知的財産関連訴訟に関しても、我が国の工業所有権関係の裁判所調査官制度のような専門的補助職の制度はなく、民事訴訟法上の鑑定が利用される。

一般の民事事件では、原則としては参審制が認められていないが、農業事件を扱う農業裁判所や商業事件を扱う商事部などで職業裁判官以外の裁判官（名誉職裁判官）が裁判体に参加する参審制が採用されている。商事部は、商人を名誉職裁判官とすることで、その専門知識を鑑定を行わずに利用することを目的として設立されたが、実際には紛争解決に必要な専門知識を有していない場合が多く、鑑定の必要性はなくならない。なお立法論としては、専門的知見を要する民事事件において、専門家を裁判官として裁判体に参加させる専門参審制を導入することも考えられるが、専門知識の導入過程が不透明になるなどの理由により、否定的な見方が強い。

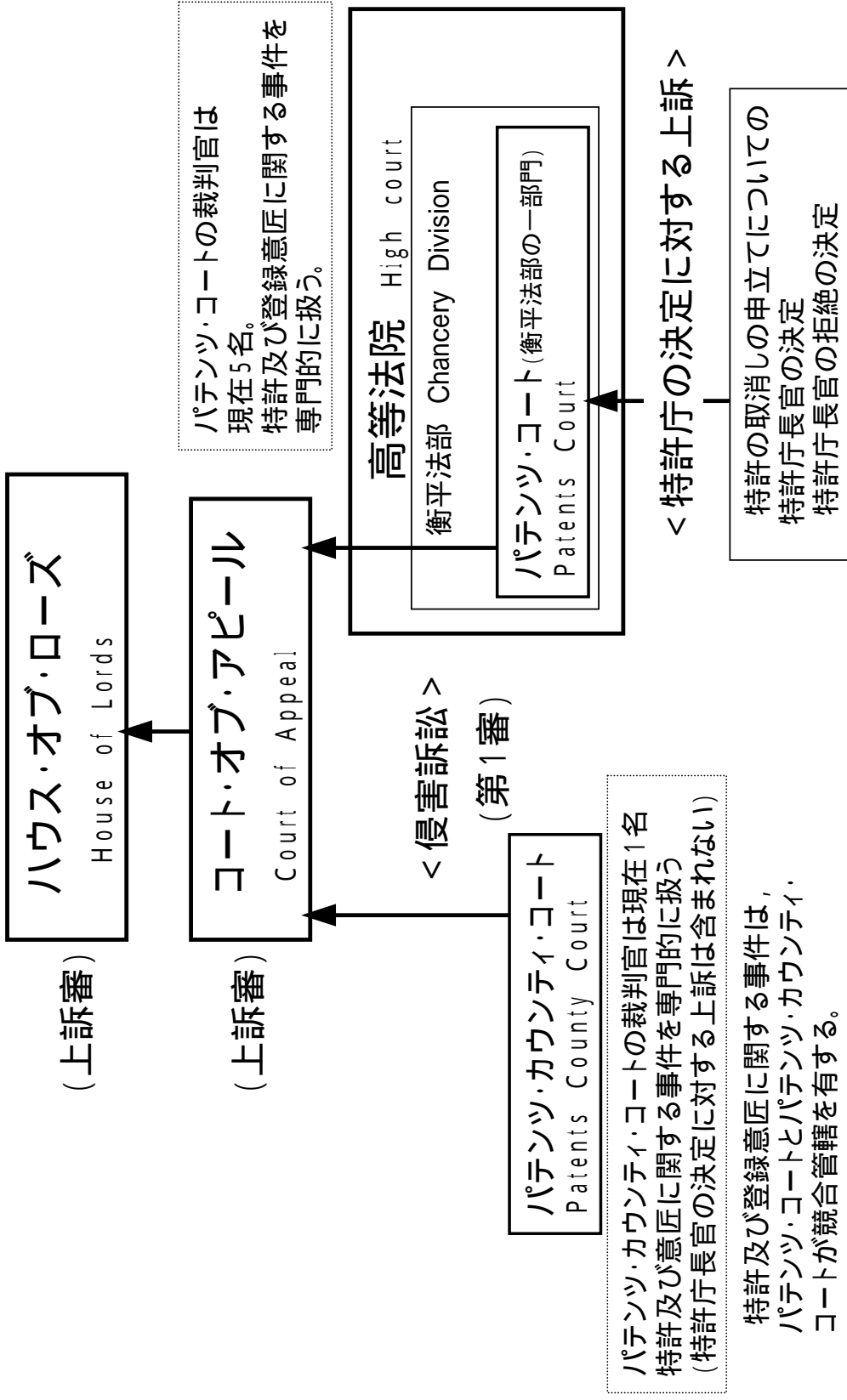
また、無効手続・抗告手続を管轄する連邦特許裁判所においては、法律系構成員と技術系構成員からなる合議体によって審理判断する。

知的財産関連訴訟に関わる裁判機関 < アメリカ >

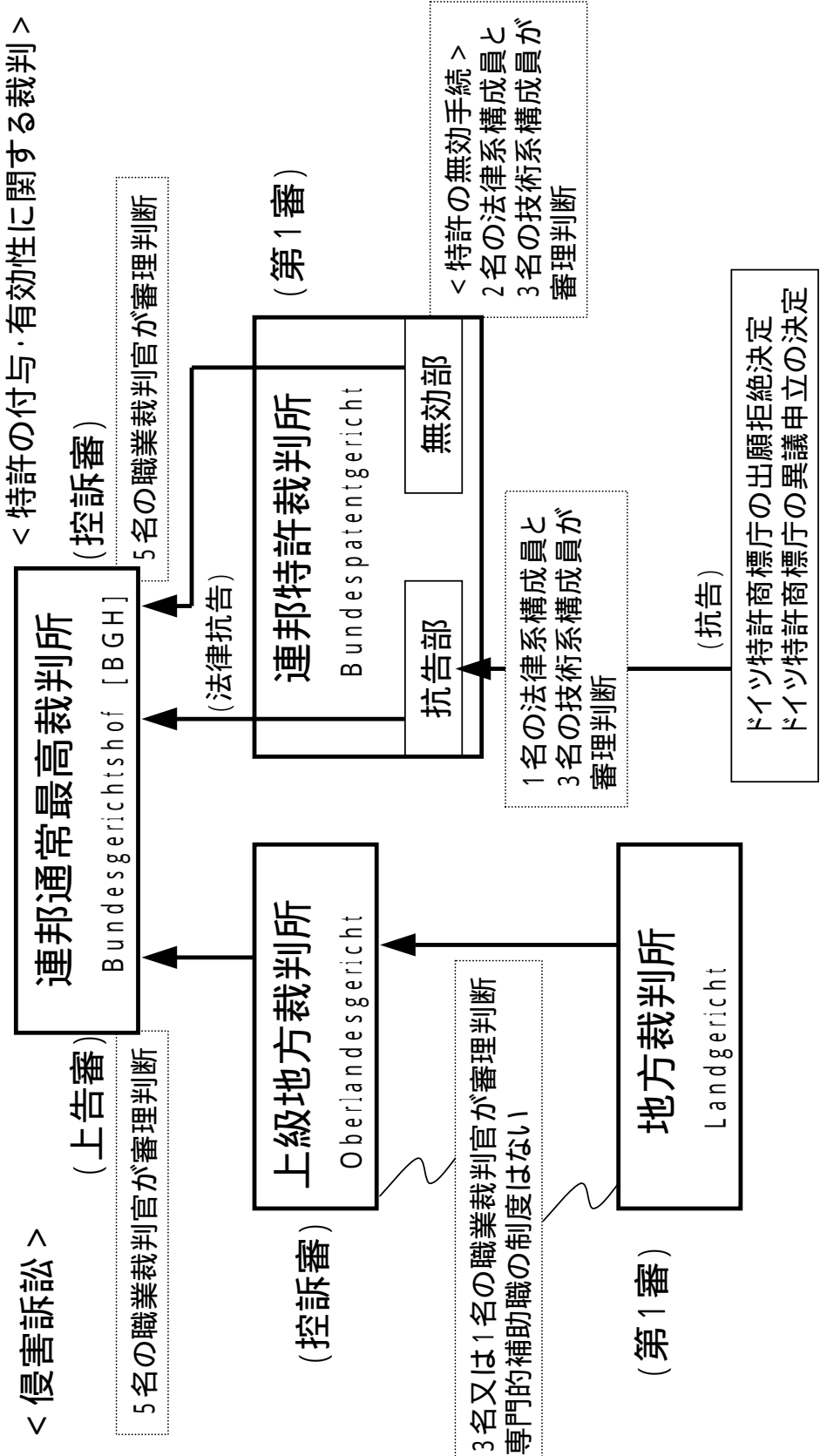


ただし、例えば特許権のライセンス契約違反を巡る問題のように、28 U.S.C. § 1338の規定外となるものは、原則として州裁判所の管轄となる。

知的財産関連訴訟に関わる裁判機関 <イングランド>



知的財産関連訴訟に関わる裁判機関<ドイツ>



民事裁判手続に対し専門家が参加する制度

アメリカ

		知的財産関連訴訟	
民事訴訟一般(知的財産関連訴訟も同じ)		知的財産関連訴訟	
スペシャリスト	裁判所が選任する専門家証人	テクノカルアドバイザー	連邦巡回控訴裁判所(CAFC)の構成
根拠規定	裁判所の本質的権限 (inherent authority)		(注) 12人の判事と5人の上席判事 ・自然科学系の学位を有する者が6名いるが任命資格として要求されるものではない。 そのほかの構成員 ・ロークラー 各事件の検討、判事との議論、判決草案の作成 ・上席テクノカルアシスタント 判決が裁判官によって起草された段階でCAFCの先例との間の内容的な抵触をチェック ・上席スタッフアトニー 申立書面の検討、ルーチンとして処理しうる請求内容についての仮の審理、メモランダムを作成し判事及びロークラーに提示し議論
趣旨	連邦民事訴訟規則53	連邦証拠規則706	
役割・権限	<p>裁判官が、専門的知識を要する事件において、適切に事件を管理し、gatekeeperとしての役割を果たすための補助者</p> <p>ディスカヴァリーの管理 専門家証人の信頼性判断 包括的事件管理 和解促進 本案の事実認定 クレーム解釈 救済過程における救済内容(差止判決の具体化、損害賠償額の算定など)の作成 救済過程の監視</p>	<p>専門家証人の信頼性判断 裁判官・陪審の教育 和解の促進 本案の争点に関する証言</p> <p>点については、テクノカルアドヴァイザーの職務とほぼ重なり、現実にも両者は区別なく用いられることが多い。</p>	<p>裁判官に対して、専門的知識を要する争点について非公開で助言を与える。</p>
手続開始のイニシアティブ・任命・資格	裁判所の職権	裁判所の職権又は当事者の申立て	裁判所の職権又は当事者の申立て
報酬			当事者が負担。但し、負担割合は裁判所の裁量で決定する。

民事訴訟一般(知的財産関連訴訟も同じ)		知的財産関連訴訟	
	スペシャリスト 裁判所が選任する 専門家証人	テクニカルアドバイザー	連邦巡回控訴裁判所(CAFC)の構成
給源	裁判官が個人的に面識のある専門家や科学者 専門機関(例えばCASEプロジェクト)に推薦依頼 当事者の作成したリスト		
報告書等	争点に関する判断が裁判所から委託された場合は、報告書の提出が要求される。	通常は、トライアルにおける証言 その他トライアル前の証拠に関する 審尋で報告等	裁判所からの要求があれば、報告書を用意する。
中立性・透明性を確保するための手当	弁護士に対し、候補者に質問し、異議を申立てる機会を与える 当事者一方と利益が相反する可能性がある事項を記録に記しておく 事後、マスターが一方当事者に雇用されることを禁じる	裁判所の専門家証人の任用の意図について当事者へ通知、それに対する当事者の異議申立ての機会確保 当該専門家証人の義務の範囲について当事者への通知 当該専門家証人による事実認定について当事者への通知 当該専門家証人の証言録取、求証言、反対尋問	当事者に対して、当該テクニカルアドバイザー候補の身分等について通知し、任用に対する異議を申し立てる機会を与える 裁判官は当該テクニカルアドバイザーの義務の範囲について明確に定める書面を作成し、そのような職務内容に関する書面(job description)を遵守することについて、当該テクニカルアドバイザー候補者は宣誓を提出する
指摘されている問題点	専門家と一方当事者との間の他の排除された協議が行われる場合、適正手続の観点から問題 不利な報告を為された当事者から報酬を徴収するのは困難である場合が多い 訴訟コストが増大する		当事者は、テクニカルアドバイザーを証言録取や反対尋問の対象にすることができない 当事者主義の潜脱

イングランド

		民事訴訟一般		知的財産関連訴訟	
		専門家証人	評価人	科学的補佐人	特許庁
根拠規定	民事訴訟規則35	民事訴訟規則35.15 最高法院法70条 カウンティコート法63条	最高法院法70条 カウンティコート法63条	最高法院法70条3項・4項	特許法第99A条
趣旨	裁判所主導のもとで専門家の専門知識を法廷に導入するため	両当事者が互いに専門家を依頼した場合に中立的な者によりそれぞれ専門家の意見を調整するため	評価人が互いに専門家を依頼した場合に中立的な者によりそれぞれ専門家の意見を調整するため	パテント・コート、パテント・カウンティ・コート等において裁判所を補助するため。	パテント・コートの手続において生じた事実や意見の問題について調査し報告するため。
役割・権限	専門家は、自分に対して報酬を支払った当事者に対してよりも裁判所に対して義務を負う。専門家は専門的知識の提供を職務とする。裁判所の指示があれば、審尋期日ないしトリアルにおいて口頭で証言することができるが、報告書を提出することが原則である。	評価人の専門知識が活用できる範囲であれば、裁判所は裁量で職務を決定できる。特に期待されているのは、専門知識を要する争点につき、事実調査を行い、裁判所に報告書を提出すること、トリアルに出席し、裁判官に助言を与えること。	評価人の専門知識が活用できる範囲であれば、裁判所は裁量で職務を決定できる。特に期待されているのは、専門知識を要する争点につき、事実調査を行い、裁判所に報告書を提出すること、トリアルに出席し、裁判官に助言を与えること。	報告書の作成 トリアルへの出席	事実又は意見に関する問題について調査し報告する
手続開始 の インシア ブ・任命 資格	複数の当事者がそれぞれ専門家証拠の申請を希望した場合、裁判所は1人に絞るように指示すること可(共同専門家joint expert)。 当事者間で合意が形成されない場合、裁判所は申請を希望した当事者にリストを提出させ、そこから選択することもできるし、別の方法を指示することもできる 争点に関連する専門分野が複数にまたがる場合、主要な分野の専門家を1人主任専門家とし、総論部分を記述させ、他の分野の専門家の記述を組み込む責任を課すことができる	裁判所の職権 何時、誰を評価人に任命するかは裁判所が裁量によって決定できる。但し、任命に際しては、評価人の氏名、評価人に期待される役割、評価人の資格を当事者に対して通知し(35PD7.1)、当事者による、評価人の個人的な適格ないし資格についての異議を受け付ける必要がある(35PD7.2)。	裁判所の職権又は当事者の申請(パテント・コートに精通しているために、補佐人が必要とされることがあまりないことから、実際に任命された事例は多くない。)	裁判所の職権又は当事者の申請	
報酬	敗訴者負担が原則	敗訴者負担が原則	敗訴者負担が原則	国会が提供する金銭から支払われる	当事者の申請の場合: 訴訟手続費用 ・職権の場合: 国会が提供する金銭から支払われる

民事訴訟一般		知的財産関連訴訟	
	専門家証人	科学的補佐人	特許庁
給源	<p>専門家証人</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 専門家が所属する団体 ・ The Academy of Experts ・ Expert Witness Institute等 	<ul style="list-style-type: none"> ・ 大学教授 ・ エンジニア等 	特許庁
報告書等	<p>報告書内で、専門家自身の資格、依拠した文献、依拠した事実及び教示、依拠した実験の実験者名、その資格、専門家の監視下で為されたか否か、争点について諸説ある場合は、諸説の要約と、専門家自身の見解及びその理由、結論の要約、裁判上の義務を理解し遵守したことを明記する。相手方は、報告書に対しては、報告書を明確にするためだけに1回に限り、質問書を送付することができる。</p>	<p>評価人がトライアル前に報告書を作成した場合、報告書の謄本は各当事者に送付されるが、評価人は、口頭証拠を提出せず、反対尋問又は質問を受けない。</p>	<p>科学的補佐人がトライアル前に報告書を作成した場合、報告書の謄本は各当事者に送付されるが、科学的補佐人は、口頭証拠を提出せず、反対尋問又は質問を受けない。</p>
中立性・透明性を確保するための手段	<p>専門家は申請当事者と自由に接触することが認められているが、そこで為されたコミュニケーションは秘密特権によって守られず、専門家は報告書において、当事者から為された説明のうち、報告の基礎となった事項は全て挙げてなければならない。</p>	<p>裁判所は各当事者に書面で、評価人、評価人の補助が求められる態様、その補助を与える評価人の能力について通知。</p> <p>ある者が評価人として任命されている場合、当事者はその者に対する異議をなす。専門家の設けたガイドラインでは、評価人が当事者と直接コンタクトを取ることが禁じられている。</p>	<p>裁判所は各当事者に書面で、科学的補佐人にしようとする者の名前、科学的補佐人の補助が求められる態様、その補助を与える科学的補佐人の能力について通知。</p> <p>ある者が科学的補佐人として任命されている場合、当事者はその者に対する異議をなす。専門家団体の設けたガイドラインでは、科学的補佐人が当事者と直接コンタクトを取ることが禁じられている。</p>
指摘されている問題点	<p>Law Societyの構成員に対するアンケート結果では、特にマルチトラックに流れる事件について、結局当事者の依拠した専門家と裁判所の任命する専門家の3人が登壇し、費用が高くなるのではないかと言われている。</p>		

ドイツ

民事訴訟一般

知的財産関連訴訟

	民事訴訟一般			知的財産関連訴訟	
	鑑定(知的財産関連訴訟も同じ)	専門家団体の知識の利用(官庁鑑定及び官公庁への照会)	私鑑定	参審制(名誉職裁判官)	裁判機関の構成
根拠規定	民事訴訟法402条以下	官庁鑑定: 民事訴訟法上は規定がないが、刑事訴訟法S: P083条3項等からの解釈上認められる 官公庁への照会: ZPO118条2項、273条2項2号、358a条2号、437条2項 個人の専門家が有する偏頗性を緩和するため、また組織による大規模な調査を可能にするため	鑑定意見の反駁	各種立法によって特に認められた場合にのみ設置される(DRIG44条)	
趣旨	裁判所が必要な専門的知識を得るため		鑑定意見の反駁	裁判所ごと異なる。 ・商事部はより適正、迅速な裁判をするため、及び商人の専門知識を利用するため。	
役割・権限	民事訴訟において専門家を利用する代表的な制度であり、証拠調べの方法の一つ 外国法規や専門的経験則の報告 一般的専門知識に基づいて確定された事実(前提事実)に専門的な経験則を適用してその結果を推論 専門的知識を用いて事実を調査、認定 独立的証拠調べや争点整理手続での利用も可能	<p><官庁鑑定> 例えば特許庁は、2つの鑑定意見が対立した場合に裁判所の要請に応じて鑑定を行う義務を負う。</p> <p><官公庁への照会> 裁判所は、必要があれば、官公庁に対して職権で情報の照会を求めることができる。</p>		職業裁判官と同じ権利と義務、口頭弁論やそれに付随する裁判、合議、判決作成に参加する権利と義務を負う(DRIG45条1項、GVG112条)。 ・商事部: 1人の職業裁判官と2人の商事裁判官	<p><民事訴訟> 職業裁判官のみが関与し、名誉職裁判官の関与無し</p> <p><無効手続> 連邦特許裁判所無効部(1審) 2名の法律系構成員、3名の技術系構成員の双方からなる合議体 連邦通常最高裁判所(控訴審) 5名の職業裁判官からなる合議体</p> <p><抗告手続> 連邦特許裁判所技術抗告部 例えば出願拒絶決定に対する抗告等は、1名の法律系、3名の技術系構成員からなる合議体 連邦通常最高裁判所(法律審) 5名の職業裁判官の合議体</p>
手続開始の インシアティブ・ 任命・資格	職権または当事者の申立て。 ・鑑定人は自然人であり、その任命と人数の決定は原則として裁判所が行う。ただし、当事者が合意した場合に、公選鑑定人がいる場合には、原則としてその中から任命しなければならない(ZPO404条)。	裁判所が具体的な官庁を指定するが、実際の作業者については官庁自身が指定する。	当事者が選任する。	・商事裁判官: 商人や法人取締役などの中から商工会議所が任命する(GVG108条、109条1項)。 ・商事裁判官は、ドイツ裁判官法による裁判官の資格を有する者でなければならない。 ・技術系構成員は、原則として、総合大学、工業・農業大学又は鉱業大学において技術又は自然科学を専攻し、国家又は大学の最終試験に合格し、その後少なくとも5年間、技術又は自然科学の分野における専門的職業に従事し、かつ、必要な法的知識を有している者に限られる(特許法26条2項)。	
報酬	・証人及び鑑定人の費用補償に関する法律のよって費用の補償を受ける(ZPO413条)。敗訴者が負担。	左に同じ	委任契約に基づいて委託当事者が支払うが、私鑑定によって当事者の主張に証が可能になった場合には訴訟費用として扱われる。	原則として無報酬であるが、名誉職裁判官の補償に関する法律によって、日当、旅費、宿泊費を受け取ることができる。	

		民事訴訟一般		知的財産関連訴訟 裁判機関の構成	
	鑑定(知的財産関連訴訟も同じ) 鑑定の専門家 ＜公選鑑定人＞ ・商工会議所、手工業会議所、建築技術委員会、州の農業庁、税理士会などが選任する専門家	専門家団体の知識の利用(官庁鑑定及び官公庁への照会) 官公庁、例えば、特許庁、商工会議所、手工業会議所、農工会議所、公証人会議所、州の建築会議所、建築鑑定委員会、保健衛生局、連邦銀行、税理士会、国立図書館、気象台、州の医師会など。	私鑑定 両当事者が合意すれば鑑定として扱うことができる。学説が多い。私鑑定の証明力を重視せず、裁判上の鑑定意見の信憑性を覆し、第一鑑定を行うきつかけとなるにすぎないという考え方が有力である	参審制(名誉裁判官) 商事部は、商人、法人取締役などから選ばれる。	
給源					
報告書等	裁判所は、鑑定意見を自由に評価して、その採否を判断することができる(ZPO286条)。判例によって高度な信憑性が承認された経験則(絶対的経験則)の場合は、事実上、鑑定意見に拘束される。	＜官公庁への照会＞ 判例、学説が分かれているが、職務上作成された記録のような容易な報告に限定され、複雑な調査は鑑定手続によって行われなければならない。			
中立性・透明性を確保するための手当	偏頗性を有する場合には回避。当事者は鑑定人への指定期日に立ち会うことにより、指示内容を知る機会が保障されている。	＜官庁鑑定＞ 自然人を前提とする忌避規定や宣誓規定は適用できないが、鑑定人尋問に関する411条3項を修正して、担当者に書面鑑定を説明を求め、可能(実際に作業を行った者を忌避することや、尋問に出頭した者に宣誓を行わせることなどは認められるという論者もある。)		ZPO41条以下の裁判官の除外、忌避、回避の制度が適用される。	
指摘されている問題点	裁判官に鑑定意見を理解する専門知識が欠けているために、十分に吟味することができないままに、鑑定意見をそのまま採用せざるを得ない場合が少なくない。	明文的根拠がない。	・中立性に欠ける。 ・明文の根拠がない。	＜商事部等に対する批判＞商事裁判官が記録を閲覧して事件を把握することは稀。また、商事裁判官の参加を常に要求すると訴訟遅延になる。商工会議所の鑑定などが容易に利用できるため実務的に意味がない。 ＜参審制を専門訴訟に導入することについて＞裁判所は専門的な問題の解決能力が不足しているのび広く専門参審制を採用すべきという主張がある。またこれに対して次の批判がある。専門分野が多様であり、大規模な裁判所での実現できない、管任の場合には特に適切な専門家を得ることが困難。合議体の法律問題の解決能力が低下、法律問題を職業裁判官、専門的な問題を専門家裁判官に委ねるといふ分業が不可能。専門家が合議体の中で不当に大きな影響力を行使する可能性もある。	

アメリカの一般の民事訴訟における専門家の参加

1 連邦民事司法制度の概観¹

(1) 裁判所

アメリカにおいて連邦の権限は合衆国憲法によって慎重に限定されており、残余は各州に留保されている。司法においても連邦裁判所の体系と州裁判所の体系が併存している。

連邦の司法権は、合衆国憲法第 3 編によって、最上級審である 1 つの最高裁と、合衆国議会が設立する下級裁判所によって、同編 2 節 1 項²に規定された事項について行使される、と定められている。この定めに応じて、現在は、第 1 審裁判所として、地方裁判所 district courts が、各州に 1 ないし 4、第 2 審裁判所としては、全国 12 の巡回控訴裁判所と連邦巡回控訴裁判所の計 13 の裁判所が設けられており、さらに、特別な事件についてのみ管轄を有するものとして、国際通商裁判所が存在する。以上の裁判所を「第 3 編に基づく裁判所 Article III court」と呼ぶ。

第 3 編に基づく裁判所であれば、連邦の管轄に属するあらゆる事件について管轄権を付与しなければならない、というわけではない。特定の事件についてのみ管轄を有する専門的な第 3 編に基づく裁判所を設けることも可能である。しかし、現在では、連邦巡回控訴裁判所および国際通商裁判所を除く全ての裁判所に広範な管轄権を認められている。これは、終身の身分保障を受けた裁判官を増加させることで、裁判官の質を低下させることは好ましくない、特定の法分野に専門化した裁判官は避けるべきである、という政策判断が採用された帰結であるが³、今日、このような政策判断が妥当であるか否かについては、後述するように議論がある。

¹ 以下の記述については、浅香吉幹『現代アメリカの司法』(1999年、東京大学出版会)に大きく依拠している。

² 合衆国憲法、合衆国の法律および合衆国の権限に基づいて締結される条約のもとで発生する事件、大使その他の外交使節及び領事が関係する事件、合衆国が当事者である争訟、2以上の州間の争訟、1州と他州の市民による争訟、相異なる州の市民間の争訟、同じ州の市民間の争訟で相異なる州から受けた権利付与に基づき、同一の土地につき権利を主張するもの、ならびに1州またはその市民と他の国家または外国の市民もしくは臣民との間の争訟。

³ 専門的な知識を有する裁判官を配する特別裁判所の設置に対しては、視野の狭い裁判官による判断となる (Simon Rifkind, A Special Court for Patent Litigation? The Danger of a Specialized Judiciary, 37 A.B.A. J. 425, 425-26 (1961)), 公共の利益ではなく、特定の利益団体によって裁判所の判断が操作されやすくなる (R. Posner, The Federal Courts 153-157 (1985, Harvard UP)) といった批判が繰り返し為されている。

また、Richard Posner, The Federal Courts(1996, Harvard UP), 246 は、裁判官が主体的に事実を解明する欧州と異なり、当事者対立構造から事実を解明するアメリカにおいては、相対的に特別裁判所の必要性が小さかった、とも指摘する。

ところで、連邦には、「第3編に基づかない裁判所 non-Article III court」も存在する。連邦請求裁判所，軍事裁判所，租税裁判所，退役軍人上訴裁判所，破産裁判所，連邦直轄領裁判所である。これらの裁判所も合衆国憲法で認められた立法権限に基づいて設立されたものであるが，第3編に基づく裁判所の管轄を制限することは，問題を孕む。第3編に基づかない裁判所の裁判官には身分保障が為されていないため，権力分立原則および当事者に対する公正な判断の保障と緊張関係に立つからである。そこで，実体権の存否に関する事実認定など，司法権の本質的属性と考えられる権限は，第3編に基づく裁判所から奪い得ず，第3編に基づかない裁判所がそのような権限を行使する場合であっても，第3編に基づく裁判所は，再審査を行なうことができる，とされる⁴。

(2) 裁判官

第3編に基づく裁判所の裁判官は，上院の承認を要件として，大統領によって任命される。法曹としての経験は形式的には要件とされていない。いったん任命されれば，終身裁判官の地位を保持することができる。これは，裁判官の独立性と公平性を担保するための要請である。地方裁判所の裁判官の任命に際しては，政権政党の政策が色濃く反映され，近時は，司法制度を国民の代表に近づけるため，女性，黒人，ヒスパニックなど少数派から優先的に任命する傾向にあると言われている⁵。

以上のように，いかなる裁判官を任命するかは，政権政党の政策次第ではあるが，第3編に基づく裁判所としての特別裁判所が極めて限定されたこととも対応し，特別な法領域に強い裁判官よりも，多くの領域について広い知識を有する裁判官の方が望まれる傾向にあったと言われている⁶。また，いったん任命した裁判官に制度的に専門的教育を施すことも，十分に為されてきたとは言いがたい⁷。もちろん，一定の訴えが多く提起される裁判所は，存在するが，一般的には，専門性の高い裁判官が十分に存在するとは言えず⁸，その意味で，連邦裁

⁴ Northern Pipeline Constr. Co. v. Marathon Pipe Line Co., 458 U.S. 50,80-83 (1982). ただし，伝統的に憲法上の例外として認められてきた，第3編に基づかない裁判所については別論である。

⁵ Richard Posner, *The Federal Courts*(1996,Harvard UP) at 14-15

⁶ *ibid.*,at 246

⁷ *ibid.*,at 246 は，キャリアの初めから裁判官としての途を歩む欧州モデルと異なり，アメリカでは，中年になって初めて裁判官となるのが通常であり，そこから専門的教育を施すのは困難であると指摘する。もっとも，連邦裁判官の教育を使命とする Federal Judicial Center は，科学的方法に関する基礎的情報を提供するために，*Reference Manual on Scientific Evidence* (Second Edition 2000) を公開し，裁判官の利用に供するなど，科学的知識に関する裁判官の教育にも一定の関心を払っている。

⁸ George D. Marlow, *From Black Robes to White Lab Coats: The Ethical Implications of*

判所における裁判官は、一般にジェネラリストである、と評することができよう。

裁判所に係属した事件については、プリトリアル段階も含め、同一の裁判官が一貫して対応するというのが原則である。地方裁判所に配属されているマジストレイト⁹や裁判所外の専門家に、職務の一部を委ねることはあり得るが、その場合も、裁判官が責任を負っていることには変わりはない。

2 専門家の裁判所への関与

(a) 専門家証人

対審主義を旨とするアメリカ合衆国においては、専門的知識の法廷への提出も当事者の責任となるのが原則であり、当事者の依頼する専門家証人が法廷へ専門知識を提供する。これは、当事者による訴訟のコントロールを維持し、対立する当事者の攻防から効率的に真実を発見するために有効な手段であり、この基本的枠組みそのものを放棄する動きは無い。

しかし、対審主義の過度の強調は次のような問題を引き起こすことも広く認識されている。第 1 に、当事者の一方にとって都合が良いだけで、科学的な方法論に基づいているとは言えない証言が科学の衣をまとって（これをジャンク・サイエンスという）陪審の前に現れ、それを陪審が見抜けない恐れがある、という問題がある。慣れない議論に直面した陪審は、その議論の質よりも、論拠の数、議論を提示する者の資格または外観によって議論の説得力を評価する可能性があるのである¹⁰。

この問題を解決するためには、ジャンク・サイエンスが陪審の前に提出されることを排除するのが有益である。そして、従来、この機能を担っていたのは、科学的共同体自身であった（*Frye v. United States*, 293 F. 1013 (US App. D.C. 1923)）。問題となる専門家証言が属する科学的共同体内において当該専門家証

a Judge's Sua Sponte, Ex Parte Acquisition of Social and Other Scientific Evidence During the Decision-Making Process, 72 St. John's L. Rev. 291, 333 (1998) では、「18 年間、裁判官として職務に従事し、弁護士およびロークラークとして更に 18 年間を過ごしたが、academic credentials を有し、または、上質の科学的調査と、瑕疵のある調査とを見分けるに足る経験を有する裁判官は殆どいない」という実務家の言葉が紹介されている。⁹ 退職した裁判官や弁護士から選任される任期付の職員である。

¹⁰ Joel Cooper and Isaac M. Neuhaus, The “Hired Gun” Effect: Assessing the Effect of Pay, Frequency of Testifying, and Credentials on the Perception of Expert Testimony, 24 Law & Hum. Behav. 149, 150 (2000) もっとも、Neil Vidmar & Shari Seidman Diamond, JURIES AND EXPERT EVIDENCE 66 Brooklyn L. Rev. 1121 (2001) のように、陪審が専門的証拠を評価する能力に劣るとい証拠はないとの主張もあり、一般の陪審に対する否定的な評価が経験的に裏付けられるものなのかどうかは明らかでない。

言の基礎となる方法論が一般的に承認を受けている場合にのみ、トライアルへの提出が許可されたのである。しかし、その後、最高裁は、この門番 gatekeeping 機能を裁判所に委ねるといふように方針を転換した (Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993))。科学的共同体が一般的に承認しているか否かは 1 ファクターにすぎず、科学的な方法論に基づいているか否かは、様々なファクターから裁判所が判断しなければならない、というのである¹¹。なお、このような判例法理の展開は、2000 年の連邦証拠規則 (以下、FRE) 702 条の改正によっても追認されている¹²。

第 2 に、専門的情報の供給源を当事者に求めることは、争点の絞込みまたは和解交渉を停滞させる、という問題も惹起する。争点を絞り込み、和解をまとめるためには、両当事者の認識を共通にする必要があるが、当事者から依頼を受けた専門家は、客観的な評価というより、当事者の望む、しばしば過大な評価を行なう傾向にあるのである¹³。

この第 2 の問題を解決するためには、裁判官が早期から積極的に当事者に対して客観的な判断を提示し、両当事者の認識を近づける必要があろう。

以上のように、専門家証言の取扱いについては、裁判官に大きな役割が期待されているものの、全ての裁判官にその能力があるということは到底期待できない。専門家証言の信頼性を判断し、当事者に客観的な判断を提示するためには、裁判官自身が専門的知識を有していなければならないからである。そこで、近時は、裁判所自身のイニシアティブによって専門知識を訴訟に導入するルート

¹¹ このような判例変更を、Daubert 判決自身は、1975 年に、専門家の証言に寛大な連邦証拠規則が制定されたことによって、Frye 判決は覆された、と以上の動向を説明する (588-591)。なお、Daubert 判決の法理は、科学的な証言についてだけでなく、専門知識一般に妥当することも明らかにされている (Kumho Tire Co. v. Carmichael, 526 U.S. 137, 151 (1999))。

¹² 2000 年改正によって、FRE702 条には、以下のように但し書きが追加されている。「科学的、技術的、または、他の専門的知識が、事実認定者による証拠の理解または、争点である事実の認定に資する場合、知識、技術、経験、訓練または教育によって専門家と看做される証人は、意見その他の形式で、それについて証言することができる。但し、(1) その証言が十分な事実またはデータに基づいており、(2) その証言が、信頼できる原則及び方法の産物であり、かつ (3) 証人が、その原則及び方法を、信頼できる形で、事件の事実に適用した場合に限る。」

ところで、FRE702 には、信頼性を判断する際の考慮要素が条文化されていない。Daubert 判決は、専門的証言の信頼性を判断する際の考慮要素として、専門家の技術、理論が、検証可能か否か、当該技術または理論が、peer review ないし公表の対象となっているか、当該技術または理論の潜在的誤謬率、当該技術または理論が、科学的共同体において一般的に受入れられているか等のファクターを掲げているが、Daubert 判決自身、網羅的でないことは認めており (593)、裁判所の裁量に委ねた方が望ましいと判断されたためである。

¹³ Ellen E. Deason, MANAGING THE MANAGERIAL EXPERT, 1998 U. Ill. L. Rev. 341(1998)が、この問題に対する対応策について詳細な検討を試みている。

に関心が集まっている。

(b) 裁判所の任命権限

まずは、裁判所に、自らのイニシアティブで専門知識を訴訟に導入する権限がいかなる根拠で認められるのかを明らかにしよう。

実定規定上の根拠としては、2つが考えられる。FRE706条と連邦民事訴訟規則（以下、FRCP）53条である。

FRE706条¹⁴は、裁判所が、職権で専門家を任命することを認める。もっとも、任命の際には、当事者に意見を聞かなければならない。また、任命された専門家の負う義務及び彼の認識した事実は当事者に知らせなければならず、当該専門家の証言は、反対尋問や証言録取の対象ともなる。

以上のように、FRE706条は、証言を行なう専門家を任命することのみを規定するが、裁判所には、同条、または、本質的権限 inherent authority に基づいて、裁判官に対して助言を与えることのみを職務とし、証言を行わない専門家を任命する権限が存在することも認められている¹⁵。このような専門家を特にテクニカル・アドヴァイザーと呼ぶことも多い。実際にも任命の際には、柔軟な利用を可能にするため、FRE706条と本質的権限とを重疊的に援用する例が見られる¹⁶。

¹⁴ FRE706条 裁判所が選任する専門家

(a) 任命。裁判所は、職権で、または、当事者の申立により、専門家証人が任命されるべきでない理由を示すことを命じ、かつ、当事者に対して名簿の提出を求めることができる。裁判所は、当事者が合意する専門家証人を任命することも、自ら選んだ専門家証人を任命することもできる。証人が同意しない限り、専門家証人は裁判所によって任命されない。任命された証人は、証人の義務について、そのコピーをクラークに提出した上で書面によって、または、当事者が参加する機会ある協議会において知らされる。任命された証人は、あれば、証人の事実認識について当事者に対して助言を与える。証人の証言録取はどの当事者によっても行い得る。そして、証人は裁判所または当事者によって証言するため召喚される。証人は証人を呼んだ当事者を含め、各当事者による反対尋問の対象となる。

(b) 報酬。任命された専門家は、裁判官が許容する額の合理的な報酬を得る。確定された報酬は、刑事事件、及び、修正5条の下で公正な報酬を含む民事事件及び手続において、法によって設けることができる基金から弁済を受けることができる。他の民事事件、及び、手続においては、この報酬は、裁判所が指定した割合と時において当事者によって弁済され、その後、他の費用と同様に課される。

(c) 任命の開示。裁量を行使する際、裁判所は裁判所が専門家証人を任命したという事実を陪審に対して開示する権限を有する。

(d) 当事者が選任した専門家。本条は、自ら専門家を選任する当事者の権限を制限しない。

¹⁵ Ex parte Peterson, 253 U.S. 300, 314 (1920).

¹⁶ CASEプロジェクトにおける「裁判官のためのハンドブック」の命令書式には、「FRE706、生来及び制定法上の権限に基づく」という文言が記載されている。なお、CASEプロジェクトについては、「(e) 裁判外の動き」の項を参照。

FRCP53 条¹⁷は、裁判所が法廷内外の人材をスペシャル・マスターとして任命

17 FRCP53 条 スペシャル・マスター

(a) 任命と報酬。訴訟が係属する裁判所は、そこで特別なスペシャル・マスターを任命することができる。本規則で用いられるように、「スペシャル・マスター」という言葉は、審理人 referee, 監査人 auditor, 検査人 examiner, 評価人 assessor を含む。スペシャル・マスターに許される報酬は裁判官によって定められ、それは、当事者の負担となるか、または、裁判所が指示できるよう裁判所の管理下にある、当該訴訟の基金または係争物から支払われなければならない。報酬に関する本規定は、合衆国治安判事が、スペシャル・マスターとして職務に従事する場合には、適用されない。スペシャル・マスターは、スペシャル・マスターの報酬に対する担保として、スペシャル・マスター報告書を留置できない。しかし、裁判所によって許された報酬を支払うよう命じられた当事者が、裁判所によって通知を受け、指定された時間内に支払わなかった場合、スペシャル・マスターは、義務を懈怠した当事者に対する強制執行令状を得ることができる。

(b) 委託。スペシャル・マスターに対する委託は、例外であり原則ではない。陪審トリアルにかけられた訴訟においては、委託は争点が複雑である場合にのみ為すものとする。陪審によらないトリアルにかけられる訴訟では、会計事項及び困難な損害額の計算の場合を除き、委託は、例外的な状況がそれを要求していることが示された場合にのみ為すことができる。当事者の同意があれば、本項の規定に関わらず、連邦マジストレイト・ジャッジを特別なスペシャル・マスターとして指名することができる。

(c) 権限。スペシャル・マスターに対する委託命令は、スペシャル・マスターの権限を特定し、または制限することができ、スペシャル・マスターに対し、特定の争点についてのみ報告すること、または、特定の行動を為すこと、または、証拠を受領し報告することのみを指示することができ、かつ、審尋を開始し、終了する時と場所及びスペシャル・マスター報告書を提出する時と場所を指定することができる。命令に記載された特定と制限に従って、スペシャル・マスターは、スペシャル・マスターの前における各審尋についての全手続を規制し、かつ、命令におけるスペシャル・マスターの義務を効率的に履行するために必要または適切であるあらゆる行為を行い、あらゆる手段を行なう権限を有し、かつ、行使しなければならない。スペシャル・マスターは、委託に関わるあらゆる事項につき、それに適用可能なあらゆる書籍、論文、会計書類、文書、書物を含め、スペシャル・マスターの前に証拠を提出することを要求することができる。スペシャル・マスターは、委託命令によって異なる指示が為されていない限り、証拠の許容性につき判断することができ、証人に宣誓をさせ、彼らを尋問し、当事者を召喚し、宣誓の上で尋問する権限を有する。当事者が要求する場合、スペシャル・マスターは、陪審無しの法廷のために連邦証拠規則で規定されるのと同様の方法及び制限の下で、提出されたが排除された証拠の記録を作成するものとする。

(d) 手続

(1) 会合。委託が為された場合、クラークは直ちに、スペシャル・マスターに対して委託命令のコピーを交付する。その受領によって、委託命令が異なる定めをしていない限り、スペシャル・マスターは直ちに当事者または彼らの弁護士の前回の第1回会合のための日時を、委託命令後20日以内に設定し、当事者または彼らの弁護士に対し通知しなければならない。合理的な注意を持って手続を進めるのはスペシャル・マスターの義務である。いずれの当事者も、当事者及びスペシャル・マスターに通知した上で、裁判所に対し、スペシャル・マスターに手続を早め、かつ、報告書を作ることを要求する命令を求める申立を為すことができる。当事者が、指定された日時に出席しなかった場合、スペシャル・マスターは一方の出席のみで手続を進行させ、または、欠席当事者に対して休廷の通知を為すとともに、手続を将来に延期することができる。

し、裁判所の権限の一部を委譲することを認めるものである。

証言に限られない点で、FRE706 条以上に広範な適用対象を有するが、条文上は、スペシャル・マスターの任命に対して極めて厳格な要件が設けられている。FRCP53 条は、スペシャル・マスターの任命は例外である、と述べた上で、

(2) 証人。当事者は、45 条に従った罰則付召喚状の発行及び送達によってスペシャル・マスターの前における証人の出席を求めることができる。適切な理由無しに証人が出席せず、または証拠を与えなかった場合、証人は侮辱によって制裁を受け、37 条及び 45 条に規定された効果、制裁及び救済の対象になる可能性がある。

(3) 会計報告。会計事項がスペシャル・マスターの前で争点となっている場合、スペシャル・マスターは、計算書を提出するための書式を定めることができ、かつ、適切な事件においては、証人として召喚された公認会計士による報告書を証拠として要求し受領することができる。そのように提出された計算書の各項目に対する当事者の異議、または、計算書の書式が十分でないことの証明に基づいて、スペシャル・マスターは、提出されるべき計算書に異なる書式を要求し、または、その勘定もしくは特定の項目につき、会計を行なった当事者が。口頭尋問によって、または、書面による証言録取もしくは、スペシャル・マスターが指示する別の方法で証明することを求めることができる。

(e) 報告

(1) 内容と提出。スペシャル・マスターは、委託命令によってスペシャル・マスターに委託された事項について報告書を準備し、かつ、事実を認定し、法的な結論を出すことを要求されている場合、報告書にそれを記載しなければならない。スペシャル・マスターは、裁判所のクランクに報告書を提出し、全当事者に提出の通知をしなければならない。非陪審トライアルに付される事件については、委託命令によって異なる定めが為されていない限り、スペシャル・マスターは、報告書と共に、手続及び証拠の記録及び原証拠を提出しなければならない。委託命令で異なる定めが為されていない限り、スペシャル・マスターは、報告書のコピーを各当事者に送達しなければならない。

(2) 非陪審トライアル。非陪審トライアルに付される事件において、裁判所は、明らかに誤りでない限りスペシャル・マスターの事実認定を受入れる。報告書提出の通知送達後 10 日以内に当事者は、それに対する書面による異議を他の当事者に送達することができる。報告書及びそれに対する異議についての審理を求めるための裁判所への申し立ては、6(d) に記載された申立と通知によって為されなければならない。審尋の後、裁判所は報告書を承認し、修正し、全部または一部を拒絶し、更なる証拠を受領し、説示とともに再度付託することができる。

(3) 陪審トライアル。陪審トライアルに付される事件においては、スペシャル・マスターは証拠を報告するよう指示されてはならない。スペシャル・マスターに付託された争点に関するスペシャル・マスターの事実認定は、報告書に対して出され得る、法的観点に関する異議についての裁判所の判断に服しつつ、事項に関する証拠として許容され、陪審に読み聞かされる。

(4) 認定に関する合意。スペシャル・マスターの報告書の効果は、当事者が委託に同意を与えたか否かに関わらず同様である。しかし、当事者が、スペシャル・マスターの事実認定を終局的なものとする合意を締結した場合、その後は、報告書から生じる法的問題のみが考慮される。

(5) 報告草案。スペシャル・マスターの報告書を提出する前に、スペシャル・マスターは、彼らの示唆を得るために全当事者の代理人に対してその草案を送付することができる。

(f) 治安判事に対する適用。治安判事は、治安判事に対して一定の事項を委託する命令が明示的に、委託は本規則の下為された旨を規定した場合に限り、本規則に従う。

裁判官によるトライアルの場合は、例外的状況であることを証明することが、陪審トライアルの場合は、事件が複雑であることが要件とされているのである。もっとも、この要件は、現在、そう厳格に解されておらず、本案に関する事実調査以外のトライアル前およびトライアル後に属する職務については、緩やかに委託が認められている上¹⁸、裁判所には、FRCP53 条に拠らず、本質的権限としてスペシャル・マスターを選任する権限が存するとすら考えられている¹⁹。

(c) 裁判所によって任命される専門家の現実の利用状況

以下では、裁判所によって任命される専門家が現実にもどのように利用されているかについての先行調査を紹介する。現実には、FRE706 条ないし本質的権限によって裁判所が選任する専門家、テクニカル・アドバイザー、FRCP53 条ないし本質的権限によって任命されるスペシャル・マスターの役割は重複する部分も少なくなく²⁰、特に前二者については、選任する側も特に区別して選任していない場合が極めて多い。そこで、本稿では、便宜的に、(i)「裁判所が選任する専門家」で両者を一括して説明し、次いで、スペシャル・マスターについて(ii)で説明を加えることにする²¹。

(i) 裁判所が選任する専門家

FRE706 条が制定された 1975 年以降も、利用は低調であったが²²、使われる頻度は徐々に増えているようである。実際、1988 年における 537 の連邦地方裁判所判事を対象とした調査では、20%以上が、FRE706 条に基づいて専門家証人を任命した経験を有する、という結果が出ている。実際に任命された者の 2/3 は、人身傷害事件における医師、特許や営業秘密に関する事件における技術者、商取引関係事件における会計士であるが、彼らが具体的に委託される

¹⁸ Manual for Complex Litigation 3rd Edition (1995), 112, 9-53 Moore's Federal Practice - Civil § 53.03 .

¹⁹ Ex parte Peterson, 253 U.S. 300,312-313 (1920) .

²⁰ 9-53 Moore's Federal Practice - Civil § 53.02.

²¹ 以下の記述は、主として、Joe S. Cecil and Thomas E. Willging, SCIENTIFIC AND TECHNOLOGICAL EVIDENCE: ACCEPTING DAUBERT'S INVITATION: DEFINING A ROLE FOR COURT-APPOINTED EXPERTS IN ASSESSING SCIENTIFIC VALIDITY, 43 Emory L.J. 995(1994) ,Margaret G. Farrell, SCIENTIFIC AND TECHNOLOGICAL EVIDENCE: COPING WITH SCIENTIFIC EVIDENCE: THE USE OF SPECIAL MASTERS, 43 Emory L.J. 927(1994)による連邦地方裁判所判事を対象とした実態調査に依拠している。

²² 低調だった理由としては、FRE706 条の存在自体が、当事者の依頼による専門家に対して緊張感を与え、裁判所任命の必要性を減少させた、適切な専門家を選択するのが困難である、専門家を選任する手続を開始する段階が明らかでない、専門家に対する報酬を当事者が払う保障がない、という理由が挙げられている。

役割は以下のようなものである。

専門家証人の信頼性判断：Daubert 判決以来，専門家証人の証言の信頼性を判断し，ジャンク・サイエンスが陪審の前に現れるのを阻止する責任は裁判所に委ねられている。実際，豊胸に関する製造物責任訴訟において，当事者が申請する専門家証人の信頼性を判断するため，専門家がテクニカル・アドバイザーとして（証言をせず，報告書を提出するのみであったため，テクニカル・アドバイザーとされている）任命された例がある²³。

裁判官・陪審の教育：当事者の依頼した専門家証言のみでは，陪審にとっても，裁判所にとっても，当該専門家の証言が問題となる専門領域においてどのような位置付けを得ているのか判断するのが困難な場合がある。典型的には，両当事者の専門家が当事者の弁護人となって激しく対立している場合，または，一方当事者のみが専門家を利用している場合である²⁴。このような場合，当該専門領域における議論状況の概観を行なわせるため，裁判所はしばしば専門家を任命する。陪審に対する教育は，トライアルにおいて証言の形で行なわれるのに対し，裁判所に対する教育は，より早期の段階から行なわれ得る。

争点に関する判断：事実認定主体への教育を超え，専門知識を要する一定の事実を調査するため，専門家が任命される場合がある。先述した豊胸に関する製造物責任訴訟では，複数の専門家が，学術文献を調査し，シリコンのインプラントが，一定の症状を引起すと結論付けるだけの科学的基礎があるか否かを報告することが命じられた。彼らは，報告書を提出すると共に，証言録取の段階で，両当事者から尋問を受け，更にトライアルにおいても尋問を受けている²⁵。

和解促進：専門的な争点について両当事者の認識を一致させ，和解を締結させるために専門家が任命されることがある²⁶。但し，多くの裁判官は，和解を促進させるために専門家を任命するのは最後の手段と考えているようである。

²³ Hall v. Baxter Healthcare Corp., 947 F. Supp 1387,1392-1393 (D.Or. 1996) .

²⁴ また，一般論としても当事者に任せるのみで審理に必要な情報が全て提出される保障はない，という点も指摘されている（Ellen E. Deason. Court-Appointed Expert Witnesses: Scientific Positivism Meets Bias and Defence, 77 Or. L. Rev. 59(1998), 81-98）。

²⁵ 学説においては，トライアルで裁判官に任命された専門家証人が証言することに対して警戒的なものも存在する。例えば NOTE, Court-Appointed Expert Panels: A Comparison of Two Models, 32 Ind. L. Rev. 225,257-258(1998)は，トライアルで専門家証人が証言することは，当事者による自律的な証拠提出を侵害し，それは翻ってプリトライアル段階における当事者の準備に対する誘因を失わせることになる，と主張する。

²⁶ Liddell v. Board of Educ., 105 F.3d 1208, 1211 (8th Cir. 1997), B.H. v. Murphy, 984 F.2d 196, 198 & n.2 (7th Cir. 1993), Ohio Pub. Interest Campaign v. Fisher Foods, Inc., 546 F. Supp. 1, 4 (N.D. Ohio 1982).

(ii) スペシャル・マスター

FRCP53 条によってスペシャル・マスターに任命された専門家は、以下に例示したような職務の一部または複数を委託される。

専門家証人の信頼性判断：裁判所が選任する専門家の場合と同様である。

事実認定者の教育：裁判所が選任する専門家の場合と同様、中立的な立場から裁判所ないし陪審に対して専門的領域についての議論状況の概観、または、特定の証拠についての説明・評価を行なわせるため、スペシャル・マスターが任命される場合はある²⁷。但し、スペシャル・マスターは反対尋問の対象にならない。

争点に関する判断：FRCP53 条が予定している職務である。特許訴訟において、侵害の有無について報告するため、技術的証拠について判断するためスペシャル・マスターが任命された例も報告されている²⁸。スペシャル・マスターが争点について為した事実または法律上の判断は、裁判官によってトライアルがなされる場合、明確な誤りでない限り裁判所に受け入れられる。陪審によるトライアルが為される場合は、証拠として許容されるのみであるが（それでも事実上は決定的な重みを持つ）、当事者は、スペシャル・マスターの事実認定を終局的なものとする旨の合意を為すこともできる。

以上のように、証言するにすぎない FRE706 条で任命された専門家とは異なり、スペシャル・マスターが事実認定について極めて大きな権限を与えられていることは、却って、多くの裁判所に対し、本案に関する事実認定をスペシャル・マスターに委託することを慎重にさせているようである。連邦裁判官以外の者が本案に関する事実認定を行なうことが憲法 3 条に抵触する疑いがあるからである。複雑訴訟マニュアルにおいても、スペシャル・マスターに委託する事項は、裁判所ないし陪審の事実認定権を侵害しないように、資料収集、情報分析に限定されるべきである、と指摘されている²⁹。

ディスカバリーの管理：ディスカバリー過程を管理するため、マジストレイトがスペシャル・マスターに任命されることはしばしばあるが、専門的な知識を要求される訴訟においては、ディスカバリーの管理を法廷外の専門家に委ねることもある。ディスカバリー過程全体に渡って専門家が管理の役割を担う場合もあるし、特定の資料につき、関連性の有無や、秘匿特権の対象性の有無を判断するために任命されることもある。

²⁷ William Schwarzer and Joe Cecil, Management of Expert Witness, in Preference Manual on Scientific Evidence(second edition,2000) at 43 は、第 1 次トライアル会議において、裁判官に専門知識をレクチャーさせるためにスペシャル・マスターを選任することを推奨している。

²⁸ Farrell, supra note 20, at 960-961.

²⁹ Manual for Complex Litigation 3rd Edition (1995), 111-112.

和解促進：ディスカバリーを管理するため任命されたスペシャル・マスターが和解の調停に当たる例も報告されている³⁰。裁判所が選任する専門家と同様、事件について客観的な評価を加え、和解を促進するというのが主たる任務である。

救済過程における救済内容の作成：いわゆる制度改革訴訟においては、被告の責任が認定された後、いかなる救済を与えるか、という段階が重要である。救済内容を決定するためには、広範な社会的影響を考慮しなければならないからである。そこで、スペシャル・マスターが専門知識を提供し、より合理的な救済内容を作成するために任命されることがある。

救済過程の監視：作成された救済内容の履行を促進するためには監視が必要である。現実に履行が為されているか否かを判断するためには専門知識が要求される場合には、スペシャル・マスターが任命されることがある。

その他：FRE706条または本質的権限に基づいて任命される専門家の選択、または、任命された専門家の監督を担わされる場合もあるようである。

(d) 専門家に関する規律

(i) 専門家の選択

専門家の選択については、裁判官に広範な裁量が委ねられている。FRCP53条は何ら規律を用意していないし、FRE706条も、裁判所が自らの裁量で専門家を選択することを認めているのである。

実際の選択にあたっては、専門機関に推薦を依頼する場合や、当事者からの推薦を求める場合もあるが、1988年段階で最も頻繁に用いられたのは、裁判官が、自らの知り合いの専門家から選択するという方法だったようである。これは、証拠の評価など、本案の事実調査の補佐を委ねるに際して、信頼できる専門家を選択する最善の方法と考えられているためである。それに対し、和解促進などを委ねる場合には、当事者からの推薦を活用することが多いようである。

但し、学説においては、以上のように専門家の選択にあたって、当事者の関与を限定することは問題とされており、まず当事者双方に、合意によって専門家を推薦するように促し、それができない場合にも、当事者が作成したリストから選択することが望ましいと説かれている³¹。連邦裁判所の調査および連邦裁

³⁰ In re New York City Asbestos Litig., 142 F.R.D. 60 (E.D. & S.D.N.Y. 1992), Active Prods. Corp. v. A.H. Choitz & Co., 163 F.R.D. 274, 283-84 (N.D. Ind. 1995), In re DES Cases, 142 F.R.D. 58 (E.D.N.Y. 1992).

³¹ See, NOTE: IMPROVING JUDICIAL GATEKEEPING: TECHNICAL ADVISORS AND SCIENTIFIC EVIDENCE, 110 Harv. L. Rev. 941 (1997).

裁判官が専門家とのネットワークを作っていくのは、弁護士として活動している時期であるが、そのネットワークは弁護士時代における依頼者の層に偏ったものとなる可能性が

判官の教育を目的として、1967年に議会によって設立された Federal Judicial Center のマニュアルは裁判所が選任する専門家、スペシャル・マスター双方について、中立性と当事者の信頼を確保するため、当事者が選任手続への関与を保障することが望ましいとしている³²。

また、スペシャル・マスターについては、その事実認定は明白に誤りで無い限り、裁判所をも拘束するとされている以上、中立性要件を課すべきである、という主張は根強い。現に、多くの裁判官は、専門家を選択する過程で中立性を調査するステージを設け、また、中立性を損なう事態の発生を未然に防止する措置を講じている。具体的には、弁護士に対し、候補者に質問し、異議を申立てる機会を与える、当事者一方と利益が相反する可能性がある事項を記録に記しておく、事後、専門家が一方当事者に雇用されることを禁じる、といった措置である³³。

(ii) 専門家と裁判所との間の他を排した協議

専門家が裁判所と直接コンタクトを取ることは、FRCP53 条 も FRE706 条 も特に規制していない。しかし、専門家が裁判所に直接コンタクトを取ることは、専門家の意見に対して当事者が反論を行なう機会を失わせ、という危険を有する。

もちろん、専門家が、プリトリアル段階での裁判所の補佐など多様な役割を果たすことを考えると、裁判所と専門家が直接コンタクトを取ることを全く禁じるのは現実的ではないが、Federal Judicial Center のマニュアルは裁判所任命専門家については、例として以下のような手続的セーフガードを設けること

ある。そこで、ABA の訴訟部、民事トライアル実務スタンダード 11 は次のように、選任過程に制限を置くことを提案する。

11 a 選択

裁判所は両当事者に推薦させる。

合意が得られなければ、両当事者に、それぞれの経歴と、それが事件に適合する理由を説明した上で名簿を提出させる。

裁判所は、その内の 1 人または複数を選ぶこともできるし、それを拒絶し独自に選ぶこともできる。

但し、独自の選択をする前に、裁判所は、関連領域の専門知識を有するものの資格評価に責任を持つ組織または学界からの推薦を探り、当事者には、偏見、資格、経験を理由とする異議申し立ての機会を与えるべきである。

³² Manual for Complex Litigation 3rd Edition (1995), 111, 124-125; Civil Litigation Management Manual (2001), 98-99, 112-113.

³³ Farrell 自身は、裁判機能を担う限りで、利益相反が生じる可能性のある事件は回避するという高度の倫理をスペシャル・マスターにも課すべきだ、と主張している (Farrell, supra note 19 at 970-973)。

を推奨している³⁴。 裁判所と直接コンタクトを採るか否かを事前に明らかにしておく。 専門家が裁判所に与えた助言は書面化して、当事者に通知する。

なお、スペシャル・マスターについてもマニュアルは、事実調査に関する報告を委託された場合、裁判所と秘密裏にコンタクトを採るのは望ましくない、としている³⁵。

(iii) 専門家と一方当事者との間の他を排した協議

スペシャル・マスターが事実に関して為した判断は、法律上、極めて重い意味を有する。従って、その判断の基礎となる資料は、対審的手続によって収集されることが要求されている³⁶。

しかし、今日のスペシャル・マスターは、争点に関する判断だけでなく、ブリトライアル段階における開示手続や和解の管理まで委託されるため、そこで対審手続を経ないで得た資料が争点に関する判断の基礎となる危険が大きくなっている。

そのため、多くの専門家は、一方当事者から聞いた重要な事実を他方に通知したり、一方的な事情聴取によって為された事実認定については、裁判所に報告する前に、他方当事者に回覧し、異議申立の機会を与えたりすることによって、適正手続への侵食を最小限に止めようとしている。裁判官の中にも、裁判機能を委託された専門家が他の当事者を排して一方当事者のみから事情を聴くことは望ましくない、と説くものが存在する³⁷。

裁判所が選任する専門家が、事実に関する判断を行なう場合も、当事者一方とのコンタクトは問題である。裁判所が選任する専門家がテクニカル・アドバイザーとして裁判所に助言を行なう場合は、当事者一方と裁判官との秘密の協議と同様の問題が生じるし、裁判所任命専門家がトライアルで証言するに過ぎない場合であっても、その証言は、当事者の依頼に基づく専門家の証言以上の重みを持ってしまうからである。

FRE706 条は専門家による資料収集について規律を用意していないが、Federal Judicial Center のマニュアルにおいては、一方との協議をどの程度

³⁴ Manual for Complex Litigation 3rd Edition (1995), 111.

³⁵ 学説においては、一般的知識ではなく、事件に特殊な事実について裁判官が専門家から 1 対 1 で報告を受けるのは、予断の問題、当事者の反論機会剥奪の問題が生じるので望ましくないとの主張がある (Deason, supra note 28 at 212-214)

³⁶ Manual for Complex Litigation 3rd Edition (1995), 114.

³⁷ ABA の前掲スタンダードは次のような規律を提供している。

11 c 当事者と専門家との間の全交渉は各当事者に、以下の方法で知らせなければならない。

全当事者の出席を許す。

全ての交渉を記録する。

認めるかは、任命の段階で当事者間の合意によって決定するのが望ましいとされている³⁸。

(iv) 専門家に対する報酬

FRE706 条, FRCP53 条はいずれも、専門家の報酬は、裁判所が決定し、当事者が負担するのが原則である、と規定する。報酬額決定の際には、当該専門家が市場で得られるであろう報酬を基準とすることが多いが、当事者と専門家との交渉に委ねる裁判官も存在する。

当事者の負担割合も裁量的に決定される。一方に資力がない場合や、一方の有責性によって任命が余儀なくされた場合などは、それを勘案した負担割合となる。

以上のことは、テクニカル・アドバイザーについても概ね同様と解されているようである³⁹。

実際には、専門家の任命に反対した当事者から報酬分を取立てることが困難である場合が多く、それが専門家の任命を妨げる要因になっている。また、裁判官の中には、係争利益が十分に大きい場合を除いて、この報酬が当事者にとって過度の負担になると考え、スペシャル・マスターの任命に消極的な者も存在する。

(e) 裁判外の動き

1998 年の秋、AAAS (American Association for the Advancement of Science) ⁴⁰が CASE (Court-Appointed Scientific Expert) という、事実審裁判所に対して中立的かつ能力のある専門家を提供するプロジェクトを開始した。以下では、このプロジェクトにおける、専門家の裁判所への供給プロセスについて紹介する。

- ・ 中立的な専門家を必要だと考える裁判所が CASE に対して専門家紹介を要請。

³⁸ Civil Litigation Management Manual,99. また, Cecil and Willging, supra note 19, at 1067-1068 も当事者の身体検査や秘密情報に関する保護命令の審査を行なわせる場合以外に一方当事者との協議を認める必要はない、としている。

³⁹ CASE プロジェクトの専門家に対するガイドラインにおいては、テクニカル・アドバイザー、専門家証人いずれの身分で選任されるかに関わらず、専門家は、当事者負担によって報酬を期待できる、と記載されている
(<http://case.aaas.org/handbooks/experts/index.html>)

⁴⁰ 1848 年に、科学に関わる全ての専門領域を統合し、国民レベルでの科学の発展を目的として、創設された団体である。現在では、140000 の個人、および 300 の科学技術団体を会員に持つ、世界で最も大きい団体となっている。法と科学との関わる問題についても、1974 年に American Bar Association と提携して以来、指導的役割を果たしてきた。

- ・ CASE は裁判所に簡単な質問票を送付。その返答を勘案し、要請に答えられるか否かを判断。
- ・ 要請に答えられる可能性が高いと判断されたら、裁判所は、CASE に対して専門家調査命令の発令。
- ・ 命令を受けた CASE のスタッフは、事案毎に最適な専門家を調査する。そのための手段は以下の 3 つ。第 1 に、既存のデータ・ベース。第 2 に、AAAS と提携関係にある学術団体において専門家を特定するために、当該団体の資料を用いることを許された人物。第 3 に、主要な分野から選任され、専門家調査作業に従事する 26 人の専門家パネル。
- ・ 候補者が見つかったら、候補者に利益相反が無いかなど、例えば、当事者の一方と特別な関係に無いかなど⁴¹、争点となっている事項に関する利益団体と関わっていないかなどをチェックする（利益相反テスト）⁴²。
- ・ 利益相反テストをパスしたものの中から、2,3 人を裁判所に推薦する。
- ・ 裁判所はその中から（もちろん、その中から選ばなくてもよい）、自らの責任で専門家を任命する。

(f) 事実認定主体の専門化

事実認定の主体は陪審であるのが原則であるから、アメリカにおける専門家は多くの場合、事実認定の補佐という限定的な役割を担うことになる。裁判官が事実認定主体となる場合のスペシャル・マスターは例外的に事実認定そのものに深く関与することも認められているが、逆にそうであるがゆえに違憲の疑いも生じ、スペシャル・マスターによる事実認定の委託は慎重になる結果、結局のところ、ジェネラリストである裁判官が事実認定の主要部分を担うことになる。

しかし、事実認定主体が素人であること自体への懐疑がアメリカでもないわけではない。現在のところ、あくまでも 1 部の動向というに止まるが、以下、概観する。

(i) 専門的裁判官

⁴¹ 例えば、タバコ会社が関係する訴訟において、タバコ会社から援助を受けて研究してきた科学者などは、利益相反ゆえに排除される。科学者自身、利益会社のコンサルタント、株主、取締役役に就任し、研究開発を支援している場合も同様である。

⁴² Ellen E. Deason, Court-Appointed Expert Witnesses: Scientific Positivism Meets Bias and Deference, 77 Or. L. Rev.59(1998),112-113 は、外部から明らかな利益相反以外に、科学者自身が研究過程で、ある種の仮説に対して一定の利益を有してしまうことがあることを指摘する。CASE のガイドラインには明示されていないが、限定列举では無いので、このような場合も利益相反として排斥されるであろう。

CAFC については創設以来、裁判官の専門性を高める一方であるといえる。創設時には、同裁判所の裁判官のうち、特許弁護士出身者は 2 人しか存在しなかったが、1989 年には 8 人中 5 人が知的財産関係の弁護士出身者になっている。

ただ、現状ではトライアル裁判所のレベルにおける専門化が十分に進んでいるとはいえない。そこで、学説においては、科学的知見を持った裁判官による特別裁判所の創設⁴³、更には特許・商標局を第 3 編に基づく裁判所へと改組し、CAFC の第 1 審として位置付け、そこに属する専門家を終身身分保障の裁判官とする可能性⁴⁴まで主張されている。

(ii) 特別陪審

知的財産訴訟においても、損害賠償が絡めば陪審審理を受ける権利は発生する。だからこそ、ジェネラリストである陪審の前にジャンク・サイエンスが現れないように様々な工夫が検討されるのであるが、陪審自身を専門家にする、という提案も主張されている（特別陪審または blue-ribbon jury）。通常の陪審のように、選挙人名簿等から無作為に抽出するのではなく、分野毎に専門知識を有する者をプールしておき、そこから陪審を選任するというものである（その変形として、陪審の半数のみを専門家にするというアイデアもある）。

もっとも、この特別陪審という考え方はそう新しいものではない。20 世紀前半には、アメリカの各地で見られたし、イングランドでも用いられる方法である。現在でも、デラウェア州は、複雑訴訟において特別陪審の利用を認めている⁴⁵。連邦裁判所でも当事者の合意によって特別陪審に事実認定を行なわせることは可能だと考えられている⁴⁶。

⁴³ Arti K. Rai, SYMPOSIUM: PATENT SYSTEM REFORM: Specialized Trial Courts: Concentrating Expertise on Fact, 17 Berkeley Tech. L.J. 877 (2002).

⁴⁴ LeRoy L. Kondo, Untangling the Tangled Web: Federal Court Reform Through Specialization for Internet Law and Other High Technology Cases, 2002 UCLA J. L. Tech. 1.

⁴⁵ 10 Del. C.

§ 4506. 特別陪審

裁判所は、複雑な民事事件においては、当事者の申立によって、特別陪審を命じることができる。特別陪審を申立てた当事者は、特別陪審によって生じた費用を支払わなければならない、それは、訴訟費用の 1 部として許可することもできる。

⁴⁶ In re: Richardson-Merrell, 624 F. Supp. 1212 (S.D. Ohio 1985) は、裁判官が特別陪審を用いることを当事者に勧めたが、当事者の拒絶によって実現しなかった、という事案である。

アメリカの知的財産関連訴訟における専門家の参加

1 知的財産権関連訴訟に関わる裁判組織

アメリカにおける知的財産権関連訴訟を審理する裁判組織としては、連邦民事訴訟法において、連邦地方裁判所の専属的管轄が規定されている¹ことから、連邦地方裁判所がまず挙げられる。

1338条(a)では、特許、植物新品種保護、著作権、商標に関連する各法の下での民事訴訟、(b)では、これらに関連して不正競争行為に基づく請求がなされている民事訴訟、(c)では、マスクワーク保護法、船体デザイン保護法における排他権についても(a)(b)の規定がそれぞれ適用されると規定されている。そこで、ここでの「知的財産権」とは、特許権、著作権、植物新品種に関する排他権、連邦法の下での商標権、マスクワーク権、船体デザイン保護に関する排他権、及び、これらの権利に関連する不正競争行為に対する法的保護を受ける権原、を包含する概念といえよう。ただし、例えば、特許に関する法的紛争であっても、特許事件(patent cases)と特許に関する問題(patent questions)を区別しており、必ずしも本規定によって連邦地裁の専属的管轄に

¹ 28 U.S.C. § 1338

Section 1338. Patents, plant variety protection, copyrights, mask works, designs, trademarks, and unfair competition

(a) The district courts shall have original jurisdiction of any civil action arising under any Act of Congress relating to patents, plant variety protection, copyrights and trademarks. Such jurisdiction shall be exclusive of the courts of the states in patent, plant variety protection and copyright cases.

(b) The district courts shall have original jurisdiction of any civil action asserting a claim of unfair competition when joined with a substantial and related claim under the copyright, patent, plant variety protection or trademark laws.

(c) Subsections (a) and (b) apply to exclusive rights in mask works under chapter 9 of title 17, and to exclusive rights in designs under chapter 13 of title 17, to the same extent as such subsections apply to copyrights.

服さない場合もありうる。

たとえば、特許権のライセンス契約違反を巡る問題のような場合については、特許権の有効性を巡る議論が生じうるものではあるが、原則としては、1338条の規定による専属的管轄に服するものではなく、一般の民事事件の管轄に服する²ことになる。

次に、連邦地裁の判決に対する控訴審として、連邦控訴裁判所がある。知的財産権に関する事案の場合、第一審の連邦地裁に対応する巡回区の控訴裁判所ではなく、連邦巡回控訴裁判所（CAFC）の排他的管轄に服する場合が連邦民事訴訟法において規定³されている。もっとも、連邦地裁判決のうち、すべての知的財産権関連訴訟の控訴審としての排他的管轄をCAFCが有しているのではなく、著作権、マスクワーク権、連邦法以外の商標に関する事案については、必ずしもCAFCの排他的管轄に服するものではない。

CAFCは、1982年の連邦裁判所改善法⁴によって1983年に設立された⁵。

CAFC設立の背景としては、アメリカにおける連邦法に関する司法制度全般が抱えていた問題状況がある。すなわち、訴訟件数の増加に伴って、連邦裁判所における判決において、一つの法解釈を巡っても巡回区毎の連邦裁判所の間で一致しないという、いわば抵触（conflict）の事態が生じ、本来このような

² Chisum on Patents(2002), § 21.02 Jurisdiction and Venue[1]

³ 28 U.S.C. §1295

Section 1295. Jurisdiction of the United States Court of Appeals for the Federal Circuit

(a) The United States Court of Appeals for the Federal Circuit shall have exclusive jurisdiction -

(1) of an appeal from a final decision of a district court of the United States, the United States District Court for the District of the Canal Zone, the District Court of Guam, the District Court of the Virgin Islands, or the District Court for the Northern Mariana Islands, if the jurisdiction of that court was based, in whole or in part, on section 1338 of this title, except that a case involving a claim arising under any Act of Congress relating to copyrights, exclusive rights in mask works, or trademarks

⁴ Federal Court Improvement Act of 1982, 28 U.S.C.1295, 35 U.S.C.141-146

⁵ 設立を巡る経緯については、例えば、John D.Livingstone, Comment, 50 Emory L.J.323,344-349(2001)、及び、以下本文で引用する文献も参照。

事態を解決する機能が期待されているはずの連邦最高裁ではその処理能力として対応できるものではなく、結果として合衆国内全体としての法解釈の統一性が取れないという不確実な状態が存在していたことが挙げられる。このため、訴訟代理人としては個別の案件に応じて有利な法解釈を適用することが期待される巡回区へ提訴するという実務、いわゆるフォーラムショッピングが日常化するという事態を招いていた。

また、これらの問題とあわせて、訴訟の遅延も問題視されていた。

このため、巡回区毎の法解釈の抵触を解消した統一性の確保、連邦最高裁への上告の増加の緩和を目的として、新たな裁判機構の創設の必要性が認識されるようになった。

そこで、連邦政府は、1971年に連邦控訴裁判所制度改革委員会（the Commission on Revision of the Federal Court Appellate System）⁶を創設し、合衆国全体の巡回区への分割のあり方についての調査研究、連邦控訴裁判所制度の構造及び内部手続についての調査研究の2つのフェーズに分けた詳細な調査研究を行った。後者の目的については、実務家、研究者をはじめ多くのヒヤリングがなされ、その結果として、1975年に報告書として、いわゆる、Hruskaレポートが公表された。CAFCの設立は、このHruskaレポート⁷の提言によるところが大きいといえる。

もっとも、その後、Hruskaレポートの提言内容が必ずしも完全に反映されたというわけではない。すなわち、連邦議会における立法過程において、既存の関税特許控訴裁判所とクレーム裁判所の機能の統合と連邦税法における判例の統一を目指した裁判所が提案されたが、最終的には税法及び環境法に関する管轄は外し、国際貿易委員会や農務省、商務省といった他の行政組織における行政決定に対する再審理についての管轄を含めた裁判所として、最終的に現在のCAFCが設立された⁸。

Hruskaレポートでは、7人の判事より構成される全国レベルの控訴裁判所（the National Court of Appeals）の創設を提言している⁹。この裁判所は、

⁶ P.L.92-489,86 Stat.807

⁷ the Commission on Revision of the Federal Court Appellate System Report, "Structure and Internal Procedures: Recommendations for Change" (June 1975), 67 F.R.D. 195. 上院議員 Roman L Hruska が委員長であったことから、Hruska レポートと呼称されることが多い。

⁸ Landmark Judicial Legislation, (連邦巡回控訴裁判所ホームページ (<http://www.fedcir.gov/>))

⁹ Supra note 7,237

「第3編に基づく裁判所 Article court」である。またこの控訴裁判所は、いわゆる大法廷(en banc)による審理のみを行なうものであって、他の連邦控訴裁判所を拘束する先例となる判決を下す役割を果たすものとしている。そして、管轄については、連邦最高裁からの付託(reference)による管轄(reference jurisdiction)及び他の連邦控訴裁判所からの移送による管轄(transfer jurisdiction)によるものとしている¹⁰。

すなわち、Hruska レポートにおいては、連邦控訴裁判所間における法解釈の温度差を吸収するための裁判機構を、控訴審レベルで設けることを提言しているのであって、その意図するところとしては、訴訟案件処理負担(caseload)の増加に対して、いかにして統一性のある法解釈を連邦控訴裁判所レベルで実現するのかというところに向けられているものである。ここで、全国レベルの控訴裁判所が取り扱う分野は特定されているものではなく、幅広い分野を対象とすることが当然前提とされている。

したがって、CAFC 設立のための議論の当初から、特定分野についての控訴事件を専属的に審理するための裁判組織の必要性という視点は、それほど存在しているものではなかったという点が注目される点である。むしろ、Hruska レポートにおいては、そのような、いわゆる特別裁判所(Specialized Courts)の意義についても、相当の議論を尽くした上で、当該委員会の目的を実現するための解決策としては、特別裁判所(Specialized Courts)の創設は望ましいものではないという否定的な結論を導いている¹¹のである。

その一つの理由としては、特別裁判所においては、裁判官の視野が極めて狭いものになってしまう(tunnel vision)ことが懸念されている。その他、裁判官が自らの政策的見解を判決に反映させる可能性がありうること、地域毎の差異についての視点が薄まること、裁判官の任用に際して特定の利益団体の影響を受ける可能性があること、といったものを挙げている。

また、これらの議論とあわせて、やはりフォーラムショッピングへの対応という観点から、特許関連事件について控訴審レベルで単一の法廷に集中させるという提案についても議論されたようである。この点について、特許関連の実務家の意見としては2分したといい、委員会としては、結局のところ、このような特許についての控訴事件についての特別裁判所を特段も受ける必要性はないと結論し、全国レベルの控訴裁判所(the National Court of Appeals)によって対処可能であるとした。

¹⁰ Supra note 7, 238-239

¹¹ Supra note 7, 234-236

CAFC は、既に述べた規定に定められているように、著作権や商標権等以外の知的財産権に関連する訴訟の控訴審として排他的管轄を有しているものではあるが、上述のような設立の経緯という観点からも、現実の組織構造としても知的財産権の専門裁判所というわけではない点について十分留意する必要がある。例えば、国際貿易委員会 (International Trade Commission, ITC) における関税法 337 条の下での決定についての再審理 (review)¹²、国際取引裁判所 (the United States Court of International Trade) の判決に対する控訴¹³、等々についての排他的管轄も有している。そこで、資料によっては、CAFC が扱っている全事件のうち、特許事件は 30% 程度に過ぎない¹⁴とされている。

CAFC の構成としては、現在、12 人の判事 (Judge) と 5 人の上席判事 (Senior Judge) より構成されており、そのバックグラウンドとしては、自然科学系の学位を有する者が、判事では 6 名いる¹⁵。そのほかの構成員としては、ほかにロークラーク (law clerk, 裁判所調査官)¹⁶、上席テクニカルアシスタント (Senior Technical Assistant, STA) 部のスタッフ¹⁷、さらに上席スタッフアトニー (Senior Staff Attorney)¹⁸が存在する。これらの構成員についても、

¹² 28 U.S.C. § 1295(a)(6)

¹³ 28 U.S.C. § 1295(a)(5)

¹⁴ 浅見 節子・米国における特許訴訟・発明 95 巻 8 号 88 - 93 頁 (1998)

この 30% という数字自体は、設立当初でも、最近でも、あまり変わらないようである。1997 年に上院議会の委員会で Archer 判事が証言した数字でも特許事件は全体の 3 分の 1 以下であったとされているようであり (Chris J Katopis, *The Federal Circuits Forgotten Lessons?* 32 J. Marshall L. Rev. 581, 603 (1999) note 127) 一方、設立当初の 2 年でも、特許事件は全体の事件数の 3 分の 1 以下であった (Howard T. Markey, "A Review of Recent Decisions of the United States Court of Appeals for the Federal Circuit" 34 Am. U. L. Rev. 595, 597 (1985) 同様) である。

¹⁵ 連邦巡回控訴裁判所ホームページ (<http://www.fedcir.gov/>) に記載された各判事の履歴 (Judicial Biographies) による。(2002 年 4 月現在のデータとされている。) ここで自然科学系の学位とは、学部レベル以上の自然科学系学位 (B.S.) とした。技術的バックグラウンドを有する判事としては、Gajarsa 判事、Linn 判事、Lourie 判事、Newman 判事の 4 人としている文献もみられるところである。(Arti K. Rai, *Specialized Trial Courts*, Berkeley Tech L.J. (2002)) なお、CAFC 判事の任命資格として、自然科学系学位を有していることが特段要求されているものではない。

¹⁶ ロークラーク (law clerk) の役割としては、各事件の検討、判事との議論、判決草案の作成などとされている。浅見、前掲注 8

¹⁷ テクニカルアシスタント (Technical Assistant) の役割については後述する。

¹⁸ スタッフアトニーの役割としては、申立書面の検討、ルーチンとして処理

学部レベル修了者のバックグラウンドとしてはかなり幅広い範囲にわたる専門分野をカバーしうるものであるとする見解が見られる¹⁹。

このように、CAFCにおいては自然科学系のバックグラウンドを有する判事やその他多様なバックグラウンドを有する構成員が現に数多く存在していることは確かといえる。とはいえ、CAFCにおいても、裁判所の構成員として、特許事件のような技術的専門性の高い事件についての技術的専門知識という側面で判事をサポートするための特定の専門職が配置されているわけではなく、裁判組織の構成上という観点から、他の連邦控訴裁判所に比べて技術的専門性の強い知的財産関連訴訟に適合した組織体制が特段作られているということまではいえないであろう。また、たとえ自然科学系のバックグラウンドを有している判事が配置されているとしても、CAFCに係属する個別事件における高度な専門技術をすべて理解できることを期待すること自体困難であるという指摘もみられる²⁰ところである。

連邦控訴裁判所に対する上告審として連邦最高裁判所が存在するが、そこでの審理がなされる前提として、いうまでもなく、certiorari が認められなくてはならないのであって、知的財産訴訟について審理される事案は極めて少ない²¹。このため、連邦控訴裁判所が、特許をはじめとする知的財産訴訟における事実上の最終審（the de facto “court of last resort”）であるといえる。

しうる請求内容については仮の審理を行い、メモランダムを準備・作成した上で、判事及びロークラークに提示し、議論を行なうというものである。昨今の連邦控訴裁判所においては、一般にスタッフアトニーの果たす役割がかなり増えていると指摘されている。Jeffrey O. Cooper, Douglas A. Berman, *Passive Virtues and Casual Vices in the Federal Courts of Appeals*, 66 *Brooklyn L. Rev.* 685, 699 (2001) 浅見、前掲注 8 も参照。

¹⁹ Lawrence M. Sung, “Stranger In A Strange Land: Biotechnology and the Federal Circuit”, 2 *Wash. U. J.L. & Pol’y* 167 (2000) note.5 参照。

同論文は、また、CAFCでは特定技術分野に関する事案については特定の裁判官の下で審理される傾向が強い（例えば、バイオテクノロジー分野については、化学分野のバックグラウンドのある Lourie 判事が担当することが多い。）ということも指摘しているが、この点については、制度上の特段のルールが背景にあることを意味するものではない。

²⁰ Arti K. Rai, *supra* note 10

²¹ LeRoy L. Kondo, *Untangling The Tangled Web: Federal Court Reform Through Specialization For Internet Law And Other High Technology Cases*, 2002 *UCLA J.L. Tech.* 1, 27-27

2 知的財産訴訟における専門的知見の導入・専門家参加

アメリカにおいては、科学技術を中心とする専門的知見を訴訟手続においていかに取り入れるのか、とりわけ民事分野における事実審理(trial)において、科学的証拠について裁判官がいかに正確に審理できるように専門的知見を確保するのかという問題について、古くから議論されている²²ものと考えられる。

そして、この点、従来の判例²³によれば、専門家証人(Expert Testimony)が属している分野において、一般的に受容される考え方であれば、その証言内容についても証拠として認容し得るものであるといった判断基準が提示されており、このような考え方が幅広く支持されてきた。これは、提示された専門的知見を含む証拠の審理に際して、裁判官がその内容について深く理解することまでが要求されるものではなく、当該専門知識に関連する領域分野における状況について明らかにして判断を行えば足りるという点でも現実的な基準であったといえるのかもしれない。

しかし、その後 1993 年の連邦最高裁判決である Daubert 事件判決²⁴において、このような考え方は大きく修正されるようになった。Daubert 事件判決では、連邦証拠規則 702 条²⁵に関して、事実審の裁判官は、科学的証言及び証拠については、適切であるか否かの判断ではなく、信頼しうるものであるということを保証しなくてはならないという判断が示された。すなわち、事実審の裁判官は、科学的証拠が認容しうるに足りるほど信頼性のあるものであるということ判断することが求められるようになったといえるのであって、裁判官

²² Learned Hand 判事は、その論考において以下のような問題提示を行っている。"No one will deny that the law should in some way effectively use expert knowledge wherever it will aid in settling disputes. The only question is as to how it can do so best." 15 Harv.L.Rev.40(1901)

また、全般的な状況について、Kondo, Supra note 16, 1-9 も参照。

²³ Frye v. U.S., 293 F.10138D.C.Cir.1923)

²⁴ Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc., 509 U.S.579(1993)

²⁵ Fed Rules Evid R 702

Rule 702. Testimony by Experts

If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise, if (1) the testimony is based upon sufficient facts or data, (2) the testimony is the product of reliable principles and methods, and (3) the witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case.

自身に、専門的知見の正否判断を行う「門番」("gatekeeper")としての役割²⁶を担わなくてはならないという考え方へと改められたことになる。

とはいえ、裁判官のほとんどは個別具体的な科学的専門知識に通じているわけではなく、このような考え方を実践すること自体に相当な負担を裁判官に強いるものであることが考えられる。そのため、Daubert 事件判決以降、裁判官の審理に際して、適切な専門的知見を導入しうる方法についての議論や試みがみられるようになってきた。さらにその後の連邦最高裁判決である General Electric V. Joiner 事件判決²⁷において、Breyer 判事は、その同意意見の中で、事実審理を行う判事は、スペシャルマスター (Special Master) (後述) や専門知識を有するロークラーク (裁判所調査官) を任用しうるという見解を示した。これらの連邦最高裁判決を併せてどのように整理すべきかについては議論の残る²⁸ところではあるが、これらの判決を受けて、訴訟手続において専門家参加を促すことによって専門的知見を取り入れようとするという気運は高まってきているものといえよう。

ところで、これまでも科学的証拠及び証言の審理について、判例における考え方の推移を概観してきたが、専門的知見、特に科学技術に関する複雑な知識を前提とする訴訟事案であれば、幅広くこのような問題の議論対象となっているものと考えられる。たとえば、医療過誤訴訟、製造物責任訴訟、公害環境訴訟、企業会計等の経済会計的専門知識を要する訴訟、知的財産訴訟といったものが挙げられよう。

このため、今回の検討課題となっている、知的財産訴訟における専門的知見の導入に際しての特則のようなものは特段に置かれているものではなく、むしろ科学的証言及び証拠についての審理のための専門的知見の導入の方策に関する議論一般に包含されるものとして認識されているものと考えられる。従って、専門家参加についても、知的財産訴訟固有の特則が置かれているものではないといえるであろう。

そこで以下では、他の検討項目と重複することも予想されるところではあ

²⁶ Supra note 19

²⁷ General Electric V. Joiner, 522 U.S. 136 (1997)

²⁸ Robert L. Hess, , Judges Cooperating with Scientists, 54 Vanderbilt L. Rev. 547, 567 (2001) は、Daubert 事件判決では当事者主義に忠実であることを提示しているものの、連邦法上のルールで裏付けられた、それ以外の選択肢について何ら制約は課していないのであって、General Electric V. Joiner 事件判決における Breyer 判事の意見がまさに新たな選択肢への道を開いたものとして、両判決は調和するものであるとする。

るが、民事訴訟における科学的専門知識の導入についての枠組みの概要について検討する。専門的知見導入の方法論としては、基本的には当該専門的知見を有する専門家が何らかの形で審理手続に参加し、裁判官を支援する方法を前提とするものであるが、専門家がいかなる法的根拠に基づいて、事実審理といかなるかわりをもって、専門的知見を提供するのか、当事者とはどのような関係にあるのか、といった諸点において差異がみられる。

裁判所が選任する専門家 (Court-Appointed Experts)

いわゆる専門家証人 (Expert Testimony) については、各当事者が自らに有利な証言をさせるために用いるのに対して、裁判所が選任する専門家 (Court-Appointed Experts) の任用は、裁判官が上述の「門番」("gatekeeper") としての役割を全うするための手法の一つとして、Daubert 事件判決でも言及されている。ただし、判決では、どのようにして任用を行うべきかという点についてはなんら言及していない。裁判所が選任する専門家 (Court-Appointed Experts) を任用する法的根拠としては、連邦証拠規則 706 条²⁹に加えて、裁

²⁹ Fed Rules Evid R 706

Rule 706. Court Appointed Experts

(a) Appointment. The court may on its own motion or on the motion of any party enter an order to show cause why expert witnesses should not be appointed, and may request the parties to submit nominations. The court may appoint any expert witnesses agreed upon by the parties, and may appoint expert witnesses of its own selection. An expert witness shall not be appointed by the court unless the witness consents to act. A witness so appointed shall be informed of the witness' duties by the court in writing, a copy of which shall be filed with the clerk, or at a conference in which the parties shall have opportunity to participate. A witness so appointed shall advise the parties of the witness' findings, if any; the witness' deposition may be taken by any party; and the witness may be called to testify by the court or any party. The witness shall be subject to cross-examination by each party, including a party calling the witness.

(b) Compensation. Expert witnesses so appointed are entitled to reasonable compensation in whatever sum the court may allow. The compensation thus fixed is payable from funds which may be provided by law in criminal cases and civil actions and proceedings involving just compensation under the fifth amendment. In other civil actions and proceedings the compensation shall be paid by the parties in such proportion and at such time as the court directs, and thereafter charged in like manner as other costs.

(c) Disclosure of appointment. In the exercise of its discretion, the court may authorize disclosure to the jury of the fact that the court appointed the

判所の「本質的権限 (inherent authority)」にもよるといふ議論がみられるところである。もっとも、後者の根拠については、裁判所が選任する専門家 (Court-Appointed Experts) よりも形式的でないテクニカル・アドバイザー (Technical Advisor) を任用するための根拠であるとする指摘³⁰もみられる。

ここでは、後述のテクニカルアドバイザー (Technical Advisor) と区別する (ただし、ここでの整理の都合上であって、概念上はテクニカル・アドバイザーについても裁判所の選任する専門家に包含されるものといえる。) のため、連邦証拠規則 706 条の下での裁判所が選任する専門家 (Court-Appointed Expert Witnesses) を念頭に置いて検討する。

まず、このような専門家証人については、その任用をどのように行うのかを巡って課題が存する。裁判官の多くは、様々な分野における専門家を知りえないし、どのような判断基準で任用すべきなのかということも明らかではない。従来は、裁判官が個人的に面識のある専門家や科学者を裁判所の専門家証人として任用する場合もあったとされており、この場合、判断の中立性についての疑念が残るといえる。

連邦証拠規則 706 条では、専門家証人による権限の濫用を防ぐためのセーフガードとして、の上で、4つの要件が設けられている。第一に、裁判所が専門家証人の任用を意図していることについて当事者は通知されていなくてはならないのであって、加えて、それに対して異議を申し立てる機会が与えられなくてはならない、第二に、当該専門家証人の義務の範囲について当事者は知らされていなくてはならない、第三に、当該専門家証人による事実認定について当事者は通知されなくてはならない、第四に、いずれの当事者も当該専門家証人を証言録取し、証言を求め、相互審尋することをなすうる。

なお、従来はこのような形での専門家証人の利用は非常に稀であったという調査研究³¹もみられる。

テクニカルアドバイザー (Technical Advisor)

expert witness.

(d) Parties' experts of own selection. Nothing in this rule limits the parties in calling expert witnesses of their own selection.

³⁰ Note, Improving Judicial Gatekeeping, 110 Harv. L. Rev. 941 (1997)

³¹ Joe S. Cecil, Thomas E. Willging, Court-Appointed Experts, Reference Manual on Scientific Evidence (Federal Judicial Center, 1994) 535-537 によると連邦地裁判事を対象とした質問によって、連邦証拠規則 706 条の下で専門家を任用したことのある判事は、回答者の 20% に過ぎなかったという。

裁判所は、必要に応じてテクニカルアドバイザー（Technical Advisor）も任用しうるものと考えられる³²が、その任用の根拠は、連邦証拠規則 706 条であるという考え方もある反面、一般的には、テクニカルアドバイザーの任用についての明確な判断を提示した判例でも提示されているように、裁判所の「本質的権限（inherent authority）」を根拠とするという見解のほうが一般的であるように考えられる。連邦最高裁においても、裁判所は自らの義務を行うために必要とされる適切な仕組みを自ら備える本質的権限を、それに明らかに反する法が存在している場合を除いては有するものである、としてコモンロー上の権限を認めている³³ことから、裁判所が有する本質的権限を根拠として、テクニカルアドバイザーの任用を裁判所に認めることは理論的にも可能といえるのであろう。

このように裁判所の本質的権限を根拠としてテクニカルアドバイザー（Technical Advisor）の任用を認めた判例³⁴では、テクニカルアドバイザーなるものの法的性質については、裁判官の下でのスタッフの一員、端的には専門的知見を有するロークラーク（裁判所調査官）として位置付けられており、非公開で裁判官に助言等を行い、証人として出廷し証言を求められるものでもないとされている。

しかしながら、このことは反面で、民事訴訟手続上大きな疑問を提示することになる。すなわち、テクニカルアドバイザーの任用自体は、裁判所の本質的権限を根拠とするものであって、連邦証拠規則 706 条を根拠とする専門家証人（Court-Appointed Expert Witnesses）の場合のようにテクニカルアドバイザー自ら事実認定を行うものではないとされており、当事者は、その証言録取や出廷、交互尋問もなしえないことになる。しかしながら、事実認定を行う裁判官に非公開で助言等を行う以上、テクニカルアドバイザーの活動が事実審理において実質的に影響を及ぼしうるものであることは容易に想像がつくものであって、専門家証人の場合については比較的厳格なセーフガードが設けられている状況と対比しても著しくバランスを欠く恐れは否定できない。学説においても、当事者主義の大原則を潜脱しうるという懸念³⁵が表明されている。判例においても、何らかの手続的保障が当事者に対して提供されるべきであるという認識を示しており³⁶、テクニカルアドバイザーの任用の前提として、

³² General Electric V. Joiner 事件判決における Breyer 判事意見

³³ Ex parte Peterson, 253 U.S. 300 (1920)

³⁴ Reilly v. United States, 863 F.2d 149, 156 (1st Cir. 1988)

³⁵ Robert L. Hess, , Supra note 23

³⁶ Supra note 29

当事者に当該テクニカルアドバイザー候補の身分等について通知され、任用に対する異議を申し立てる機会が提供されるべきであること、裁判官は当該テクニカルアドバイザーの義務の範囲について明確に定める書面を作成し、そのような職務内容に関する書面（job description）を遵守することについて、当該テクニカルアドバイザー候補者は宣誓書を提出すること、等が望ましいと指摘³⁷している。一方、当事者が直接テクニカルアドバイザーに対してアクセスすることについては、判例でも特段明らかにされていないし、テクニカルアドバイザーが書面による報告書を提出する必要性については、これを否定する判例もある反面で、そのような報告書の作成及び提出によって当事者側がコメントをする機会が提供されるという利点を指摘する判例³⁸もみられる。したがって、テクニカルアドバイザーによって作成された報告書の当事者への開示についても、当事者によりテクニカルアドバイザーへのアクセスがなされ、コメントを提供する機会が与えられること自体を肯定的に解する立場を前提とするのであれば認められるべきという結論へとつながるものといえようが、判例としての確定した見解は現状では明らかではないといえよう。

なお、テクニカルアドバイザー（Technical Advisor）に類似した名称であるために、訴訟における専門知識を提供する立場と混同される専門職としてテクニカルアシスタント（Technical Assistant）が存在するため、ここで簡単に触れておきたい。CAFCにおいては、上席テクニカルアシスタント（Senior Technical Assistant）部が設けられたことが特徴の一つとして挙げられている³⁹。上席テクニカルアシスタントの重要な職務内容として、判決が裁判官によって起案された段階で、CAFCの先例との間に内容的な抵触が存在していないか否かをチェックし、裁判官に対して知らせるという作業がある。すなわち、CAFCという一つの裁判所における判決における見解の抵触や混乱を避け、統一性のある判例を提供するという目的を果たす上で極めて重要な機能を担っているとされているところである⁴⁰。しかしながら、テクニカルアシスタントの業務は、訴訟における科学技術的な専門知識の提供とは全く別の意味での専門的職務に関するものであって、ここで検討対象としている専門家参加とは無関係であることに留意されなければならない。

³⁷ id.

³⁸ Hemstreet v. Burroughs, Corp., 666 F.Supp. 1066 (N.D. Ill. 1987)

³⁹ William C. Rooklidge & Matthew F. Weil, "EN BANC REVIEW, HORROR PLENI, AND THE RESOLUTION OF PATENT LAW CONFLICTS" 40 Santa Clara L. Rev. 787, 808 (2000)

⁴⁰ id.

スペシャルマスター (Special Master)

スペシャルマスター (Special Master) とは、連邦民事訴訟規則 53 条⁴¹において、その任用や補償、権限、報告事項等詳細に規定されているところであるが、事実審理前手続、ディスカバリー、和解交渉及び仲裁、損害賠償及び差止といった法的救済、といった局面において、裁判官を補助する者として、裁判所が任用する弁護士及び大学教授等の者⁴²である。その意図するところは、特定の争点について事実認定を行う者 (裁判官または陪審) に対して教育を行うことにあるとされている。

しかしながら、あくまでも例外的な状況において配置されるものであって、その権限についても、あくまで裁判官を補助する性質のものであって、独立した権限を有するものではない。

特許事件においては、このようなスペシャルマスター (Special Master) という仕組みはしばしば用いられてきたとされている⁴³ものの、一方では、訴訟コストが増大するという批判⁴⁴もみられるとのことである。

3 知的財産訴訟における専門家参加を巡る議論と事例

専門家参加の枠組みは、上で検討したように、専門的知見導入における中心となるものであるが、知的財産関連訴訟固有のものは、アメリカにおいても特に用意されていないようである。しかしながら、特許権侵害訴訟等をはじめとして、知的財産訴訟において複雑な技術的問題や専門知識についての十分な理解が審理にとって不可欠なものも多いことは強く認識されているようである。

⁴¹ Fed. R.Civ.P.53(a)

Rule 53. Masters

(a) Appointment and Compensation.

The court in which any action is pending may appoint a special master therein. As used in these rules, the word "master" includes a referee, an auditor, an examiner, and an assessor. The compensation to be allowed to a master shall be fixed by the court, and shall be charged upon such of the parties or paid out of any fund or subject matter of the action, which is in the custody and control of the court as the court may direct; provided that this provision for compensation shall not apply when a United States magistrate judge is designated to serve as a master. The master shall not retain the master's report as security for the master's compensation; but when the party ordered to pay the compensation allowed by the court does not pay it after notice and within the time prescribed by the court, the master is entitled to a writ of execution against the delinquent party.

⁴² Kondo, Supra note 16, 114-121

⁴³ id

⁴⁴ id.

とりわけ、この分野については、専門家裁判官によって構成される特別裁判所の創設を巡る議論も活発に行なわれているようである⁴⁵。一つの議論としては、特許事件については、その技術的内容の複雑さのため、連邦地裁における事実審理が必ずしも適切に行なわれないために、結果的に CAFC において新たに (de novo) 事実審理が行なわれている事例が多いという事態を問題視し、控訴審レベルで事実審理のプロセスが再度行なわれることを要しない、専門化した事実審を行なう裁判所の必要性が指摘されている。

以下では、最近の知的財産権関連訴訟において、上で検討したような専門家参加がどのように捉えられているのか、幾つかの判例を検討することで概観したい。

Techsearch L.L.C., v. Intel Corp.,⁴⁶

マイクロプロセッサに関する特許権侵害訴訟において、事実審の段階でテクニカルアドバイザーが任用されたが、控訴審段階において、当該テクニカルアドバイザーの任用について、裁判所の裁量権の濫用にあたるという主張がなされた。この点、テクニカルアドバイザー任用の根拠にまで遡って詳細な検討を行った結果、当該テクニカルアドバイザーの任用は適切なものであったし、当該テクニカルアドバイザーも裁判所の判断については過度に影響を及ぼすものではなかったという判断を示している。また、少数意見として、Dyk 判事⁴⁷は、結論としては多数意見に賛成するものの、地裁の判事は、summary judgement を下す状況において、ややもすればテクニカルアドバイザーに依存する傾向があることを指摘し、地裁判事がテクニカルアドバイザーを適切な範囲内で活用することの重要性を喚起している点が注目される。

Amgen, INC., v. Hoechst Marion Roussel, INC⁴⁸

医薬品に関する特許権侵害訴訟において、両当事者が同意する専門家リストのなかから、裁判所が、背景となる知識を得るための専門家が任用された。本件事案における専門家参加の特徴としては、当該専門家と裁判官とのやりとりについては記録され、当事者には開示されないものの、控訴審において必要であれば任意に利用可能な状態とされていた。

Data Generation Corp., v. IBM⁴⁹

コンピュータシステムに関する特許権侵害訴訟において、クレームの文言

⁴⁵ Kondo, Supra note 16, Arti K. Rai, Supra note 10

⁴⁶ 286 F.3d 1360 (Fed. Cir. 2002)

⁴⁷ ちなみに Dyk 判事とは、Timothy B. Dyk 判事である。

⁴⁸ 126 F.Supp.2d 69 (2001)

⁴⁹ 93 F.Supp.2d 89 (2000)

解釈に際して、いわゆるマークマンヒヤリング(Markman Hearing)⁵⁰を行い、関連する証拠についての審理を行うに際して、専門的知識が十分でないことを裁判所が認識し、両当事者の同意を得た上で、テクニカルアドバイザーを任用した。

Penn Fabrication (U.S.A.) Inc., v. El-Com Hardware, Inc.,⁵¹

機械に関する特許権侵害訴訟において、裁判所の任用した専門家によって作成された報告書及び検査結果を判断材料の一つとして被告側のサマリージャッジメント (summary judgement) の申立てについて判断した。

Datapoint Corp.,v. Standard MicrosystemsCorp.,⁵²

LAN に関する特許権の侵害訴訟において、スペシャルマスター (Special Master) によってクレーム解釈がなされ、その適否について争われた事案である。結論としては、スペシャルマスターによるクレーム解釈は適切なものであるという判断が下された。スペシャルマスターがクレーム解釈をしようという点については特段争点となっていない。

4 科学的専門家任用のための試み

これまでも検討してきたように、昨今では、事実審理において専門的知見を導入するために積極的に専門家参加を行う事例も比較的増えているといえる。しかしながら、依然として、訴訟手続に参加して専門的知識を提供しうる適切な専門家をいかにして探し出し、選択すべきなのか、専門家と裁判官の関わり合いの在り方をどのように構成することで、訴訟手続の大原則を逸脱することなく維持できるのか、という問題は大きな課題として残っている状況にあるといえるのだろう。

一方、前者の専門家の確保という課題に対しては、新しい試みが目下進め

⁵⁰ マークマンヒヤリング (Markman Hearing) とは、特許権侵害訴訟において、法律問題として裁判官が特許クレームを解釈 (claim construction) する前提として、事実審 (トライアル) の段階において、クレームの文言を解釈するために行なわれる特別のヒヤリングのことをいう。Markman v. Westview Instruments, Inc., 52 F.3d 967, 973 (Fed. Cir. 1995)において、特許クレームの解釈は裁判官によってなされるべき法律問題であること、及び特許クレーム解釈がなされる具体的な方法論について言及され、以降、事実審を行う連邦地裁において広くこのような手法が取り入れられるようになったことから、このように呼ばれている。

⁵¹ 1999 U.S. Dist. LEXIS 21955; 55 U.S.P.Q.2D (BNA) 1055

⁵² 31 Fed. Appx. 685; 2002 U.S. App. LEXIS 3617

られている。これは、先の Breyer 判事による同意意見を受ける形で、裁判所によって任用される専門家証人となりうる科学者等の専門家を見つけしやすくすることによって、裁判官と科学者との協調を容易にすることを目指したプロジェクトであり、アメリカ科学振興協会(American Association for the Advancement of Science, AAAS)によって1998年秋から5年間を試行プロジェクトとして開始されているCASE (Court Appointed Scientific Experts)⁵³プロジェクトである。

CASEの仕組みの概要は極めて単純なものである。すなわち、CASEプロジェクトのスタッフが、一定の制約の下で専門知識を提供することを受け入れ、一定水準の専門家を選び、集めておき、判事からの要請があれば、求められている要求に沿ってふさわしい専門家を推薦するというものである。CASEプロジェクトは、幾つかの委員会から構成されているが、とりわけ、教育小委員会では、判事及び専門家のための教材を開発しており、専門家を対象の教材では、としては当事者主義のプロセスや任用された専門家の役割について記述されているという。

⁵³ CASEの詳細については、AAAS内に設けられたCASEのホームページ (<http://www.aaas.org/spp/case/case.htm>) を参照。

イングランドの一般の民事訴訟における専門家の参加

1 民事司法制度の概観¹

(1) 裁判所

(a) 第1審裁判所

イングランドの第1審裁判所²には、ハイコートとカウンティコートとがあり、ハイコートの中には、チャンセラーディヴィジョン、クイーンズベンチディヴィジョン、ファミリーディヴィジョンという3つの部が存在する。

クイーンズベンチディヴィジョンは、主に契約及び不法行為に関する事件を扱う。また、クイーンズベンチディヴィジョン内には海事裁判所と商事裁判所³も存在し、前者は主に海上における衝突事件を取り扱い、後者は商事事件を扱う。また、クイーンズベンチディヴィジョンの中には、官庁ないし公務員の行為について第一審として審理する裁判所も存在する⁴。

チャンセラーディヴィジョンは、企業倒産、個人倒産、通商産業紛争、担保権実行、専門家責任、知的財産事件、遺言・検認事件を扱う。チャンセラーディヴィジョンも専門裁判所として、会社裁判所と特許裁判所⁵を用意している⁶。

¹ 近時のイングランドの司法制度について概観する邦語文献としては、我妻学『イギリスにおける民事司法の新たな展開』（2003年、東京都立大学出版会）、長谷部由起子「イギリス（イングランド）の法曹制度我」広渡清吾編『法曹の比較法社会学』（2003年、東京大学出版会）113頁以下がある。

² 民事事件の第1審裁判所としては、主に家庭内事件を扱う治安判事裁判所 magistrates courts も存在する。

³ かつては、商事事件もクイーンズベンチディヴィジョンで包括的に処理されていたが、その判決に対する不満が高まったため、1895年には、適切な知識と経験を持つ裁判官の判断を受ける事件のリスト、すなわち商事リストが設けられることとなり、1970年には、商事裁判所に格上げされることとなった。1963年には、商事リストを担当する裁判官は1人であったが、現在は、海事裁判所の裁判官を含めて13人である。See, J.R.Spencer, Jackson's Machinery of Justice(1989,Cambridge UP)45;Senior Judiciary List(Lord Chancellor's Department) <http://www.lcd.gov.uk/judicial/senjudfr.htm#part6>.

⁴ クイーンズベンチディヴィジョンに所属する裁判官の職務は多岐に渡る。治安判事裁判所 magistrates courts の判断に対する上訴の審理、審判所 tribunals の監視、Crown Courts における重要な刑事事件の裁判、補助裁判官による中間手続に関する紛争の審理、控訴院刑事部の審理などがその例である。See, Spencer supra note 3 at 48-51.このような多様な職務を、部内でどのように分配しているのかは明らかでないが、Lord Woolf, Access to Justice (Interim Report) (1995)Ch.11 では、クイーンズベンチディヴィジョンの裁判官は、負担過多で3週間以上、同一事件につき審理することはできない状態である、と評されている。

⁵ 必要な専門性を確保するため、1977年に設けられた裁判所である。1989年には、2人の裁判官が所属していたが、事件が少なかったため、残りの勤務時間は、チャンセラーディヴィジョン内の一般的な事件を処理していたようである（Spencer supra note 3 at 55）。特許裁判所といっても、チャンセラーディヴィジョンの1部だ、ということであろう。現在でも、特許裁判所では、特許リストに載せられた事件の他に、一般チャンセラーリストに

ファミリーディヴィジョンは、離婚、子の看護、養子縁組等の事件を扱う。

また、ハイコートには、技術及び建築裁判所が設けられており、同裁判所が、クイーンズベンチディヴィジョンまたはチャンセラーディヴィジョンから照会を受け、事実に関する困難または技術的な争点进行处理する（建築紛争が多い）。技術及び建築裁判所は、かつて、オフィシャル・レフェリーと呼ばれる裁判官によって構成されていたものである。

ハイコートは主にロンドンの法廷で開かれるが、ロンドン外においても、主要都市にハイコート・センターが設けられており、これらのセンターは、基本的にロンドンのハイコートと同一の機能を有している⁷。但し、チャンセラーディヴィジョンの機能を果たすることができるセンターは限定されているし、商事裁判所、海事裁判所等のハイコート内の特別裁判所も、全てのセンターに設けられるとは限らない。

カウンティコートは、イングランドとウェールズに 220 ほど存在する。1846 年に、少額債務を救済する簡易なシステムとして設けられたものであり、当初は 20 ポンドを越えない契約及び不法行為事件に管轄を限定されたが、その後徐々に管轄を拡大していった（1850 年には 50 ポンド、1903 年には 100 ポンド...）。1991 年のハイコート・カウンティコート管轄命令によって、契約、不法行為、土地返還については、訴額に関わり無く管轄を認められ、エクイティ事件についても 30000 ポンドを超えないファンドについての管轄を与えられるに至っている。

(b) 上訴審裁判所

ハイコートの各部における裁判及びカウンティコートにおける裁判に対する上訴について管轄を持つのは、コート・オブ・アピールである。マジストレイツコートの裁判に対する控訴は、ハイコートのファミリーディヴィジョン内の裁判所が管轄を持つ。

載せられた事件についても担当することがあるようである。See, Patent Court Guide 3 (http://www.courtservice.gov.uk/using_courts/guides_notices/notices/pats/pats_guide.htm).

⁶ チャンセラーディヴィジョンの裁判官は、財産を管理し得ない精神状態となった者のために財産管理人を選任するための裁判所 Court of Protection を構成するという職務も負う（Spencer *supra* note 3 at 56）。もっとも、チャンセラー・ディヴィジョンの裁判官は（巡回する 2 名の裁判官を除いては）、クイーンズベンチディヴィジョンの裁判官ほど多忙を極めるといわけではないらしい（Lord Woolf, *supra* note 4 at Ch.11）。

⁷ Spencer, *supra* note 3 at 40 によると、26 のセンターが設けられている。また、訴状の発給に代表される中間手続に関しては、全国に 100 以上設けられているディストリクト・レジストリーを利用することもできる。See, Judicial Statistics Annual Report 2001 (Lord Chancellor's Department) 33.

コート・オブ・アピールの裁判に対する上訴については、ハウス・オブ・ローズが管轄を有す。ハウス・オブ・ローズは、特別に任命された裁判官と、大法官及び前大法官によって構成される。

(2) 裁判官

イングランドにおける訴訟手続は、分業によって行なわれる。ハイコートには、ハイコートジャッジと呼ばれる裁判官が存在するが⁸、彼らは主としてトライアルを担当する。トライアルに至るまでの手続(中間手続)を担当するのは、マスターと呼ばれる補助裁判官である⁹。

このような分業体制はカウンティコートでも基本的に同じである。カウンティコートにおける裁判官、すなわち、サーキット・ジャッジが主としてトライアルを担当し、中間手続は、ディストリクト・ジャッジが担当するのである¹⁰。

また、裁判官の専門化が進んでいるということも 1 つの特徴として挙げられる。海事裁判所、会社裁判所などの専門裁判所には、それぞれに属する重要な事件について審理した経験のある裁判官が配置されるし¹¹。主として、土木工学、機械工学、建築に関する複雑な事件を取り扱う、建築および技術裁判所に所属する裁判官は、サーキット・ジャッジやレコーダーの内、専門知識を有する者の中から選任される。

もちろん、現在は、専門的な裁判官と、ジェネラリストたる裁判官が併存しているという状況であるが、後述するウルフ・レポートにおいては、複雑な事件の増加および事件管理の必要性の増大によって、裁判官の専門性を更に強化すること、および、専門性を強化された裁判官に、適切な事件を割当てるシステムを構築する必要が高まった、と評価されている¹²。

⁸ 2003 年 1 月 1 日現在、クイーンズベンチディヴィジョンはロードチーフジャスティスの下、73 人の裁判官、チャンセラーディヴィジョンはヴァイス・チャンセラーと 17 人の裁判官、ファミリーディヴィジョンはプレジデントと 17 人の裁判官によって構成される (<http://www.lcd.gov.uk/judicial/judapp.htm>)

⁹ 但し、Lord Woolf, *supra* note at 4 Ch.11 は、このような分業体制に対しては、裁判官が積極的に事件管理を行なうべきであるという観点から改善の余地がある、と述べている。継続して事件にあたることで事件を熟知した裁判官の方が実効的な事件管理を行なうことが期待できるからである。もっとも、直ちに特定の裁判官が全過程を処理するという体制へ直ちに移行することの困難性も認識されており、チームとして事件管理に当たるべし、と提言されている。

¹⁰ 2003 年 1 月 1 日現在、サーキット・ジャッジは 622 人、ディストリクト・ジャッジは 410 人存在する。

¹¹ Michael Zander, *Cases and Materials on the English Legal System*(7th Ed. 1996 Butterworths)3-4.

¹² Lord Woolf, *supra* note at 4 Ch.11 .但し、単一の専門性ではなく、(もちろん可能な範囲で)複数の専門性を獲得すべきである、とも述べている

2 民事訴訟における専門家の関与

(1) CPR 制定以前

中世における専門家は、陪審として、または、裁判所の選任する評価人として裁判に関与するのが通常の形態であった。しかし、近代に至り、専門家は証人として関与するのが原則の形態となった¹³。つまり、当事者が依頼する専門家が、トライアルにおいて証言として専門知識を提供する、という状況である。

もっとも、近代法も、裁判所が自らのイニシアティブによって専門家の助力を得ることを全く認めていないわけではない。

(a) 専門家証人

ハイコートにおいては、専門家証人を要するような問題が含まれる事項を陪審によらないで審理する場合、裁判所が職権で、当該事項の調査・報告を行なわせるために裁判所専門家を任命することが認められていた(最高法院規則 40)。しかし、任命を行なうには当事者の申立が必要とされていたため、この権限が発動されることは稀であった。当事者は、裁判所に任命されたという除去しがたい公平な外観を持つ裁判所専門家が、自己に不利益な見解を採ることを恐れたため、申立を為さなかったのである¹⁴。

また、カウンティコートには、最高法院規則 40 に対応するルールそのものが存在しなかった。カウンティコート法 76 条は、カウンティコートにも、原則として最高法院規則が適用されると述べているけれども、カウンティコートの権限はハイコートと同様ではない、という裁判例もあり (McCreaugh v. Freason(1921)91 L.J.K.B. 365)、カウンティコートにおいて裁判官に任命権限があるか否かは明らかでなかった。

以上のように、裁判所が自らのイニシアティブで専門家証人を任命することを認める実定規定は使いやすいものではなかった。裁判官の中には、裁判所には自らのイニシアティブで証人を召喚する本質的権限があるとの考えが根強く存在した、と言われているが¹⁵、この権限も、現実に使われる場合がどれだけあったかは明らかでない。

(b) 評価人

以上のように、専門家証人を自らのイニシアティブで任命する裁判所の権限は極めて限定されていたが、評価人 Assessor と呼ばれる専門家の任命権限は広く認められていた。

¹³ Tristram Hodgkinson, *Expert Evidence Law and Practice*(1990 Sweet & Maxwell)6-9.

¹⁴ *Ibid.*,61-62.

¹⁵ *Ibid.*,66.

ハイコートについては、最高法院法 70 条(1)において、裁判所が適切と考えれば、評価人を選任し、彼を臨席させ、彼の助力を全部または一部受けながら事件を処理できる、と規定され¹⁶、更に、最高法院規則 33.6 が、評価人選任の方法及び評価人の助力を受けた審理の方法について裁判所に広範な裁量を与えているのである。その結果、裁判官は、専門的事項を含む事件ないし争点を判断しなければならない場合は常に評価人を選任することができることとなった¹⁷。

このように、ハイコートにおける評価人の任命はかなり自由に行い得たのであるが、実際にこの権限を頻繁に用いたのは、海事裁判所のみだったようである¹⁸。

また、カウンティコートにおける選任権限についてもカウンティコート法 63 条が、ハイコートとほぼ同様の規律を用意している。

(2) ウルフ・レポート

以上のように、裁判所に対する専門的情報の供給源は、殆どの場合、当事者の依頼を受けた専門家証人のみ、というのが新規則制定前の状況であったが、これは、ウルフ・レポートにおいて批判の対象となった。1980 年後半以降のイングランドでは、訴訟の遅延及び高コスト化（と法律扶助財源の悪化）によって、司法へのアクセスが著しく損なわれているという問題意識が極めて鮮明に現れたが、その原因の 1 つに、専門家証人制度の不全が挙げられたのである。

ウルフ・レポートは、訴訟の遅延・高コスト化・複雑化の原因を、専門家の党派性に見た。原告の専門家は、互いに当事者を勝訴させることを目的としている結果、容易に自白せず、むしろ争点を拡散させていき、訴訟の迅速化にも、和解の早期締結にも反する結果を生み出しているというのである。

そこで、この問題に対する処方箋として提示されたのは、裁判所が、強力な事件管理によって必要な専門家証拠の範囲を限定した上で、裁判所自身が、適切な専門家を任命するというものである。もちろん、任命においては、まず当事者が合意で任命されるべき専門家を選出することが認められるし、事件によっては、従来通り、両当事者が専門家に依頼することも認められる場合がある。しかし、その場合でも、専門家が第 1 次的に義務を負うのは、当事者に対してではなく、裁判所に対してである、とされた。これは、専門家は当事者（及びその弁護士）に対して第 1 次的な義務を負うとすると、専門家同士で交渉させ

¹⁶ もちろん、評価人は証人ではないから、宣誓、反対尋問の対象とならず、他の証人を尋問することもできない。

¹⁷ もちろん、裁判所の裁量にも限界はある。裁判官が事実認定を評価人に丸投げすることも許されないし、証言の信憑性の評価も裁判官自身が行なうべきである。評価人は、証明された事実から引出されるべき技術的な推論について助言を行なうに止まる。

¹⁸ Lord Woolf, *supra* note at 4 Ch.23 .

ても、互いに譲歩し争点の縮減ないし和解締結へと近づくことが期待できない、という理由に基づく提案である¹⁹。

もっとも、以上のことを可能にするためには、裁判における自らの義務を認識し、かつ、十分な能力を有する専門家が十分に存在しなければならない。そこで、ウルフ・レポートは、専門家に対して、法的な訓練を提供するコースの設定ないし出版物の提供の促進も提案する²⁰。

(3) 民事訴訟規則

新たに制定された民事訴訟規則は全てというわけではないが、概ねウルフ・レポートの提案に基づいている。以下、紹介しよう。

(a) 専門家証人

(i) 任命

新規則においては、専門家の専門知識を法廷に導入するための当事者の権限は著しく制限されている。専門家証拠は、事件処理に必要な範囲に限定されなければならない(民事訴訟規則 35.1, 以下, 民事訴訟規則については番号のみ記す), 実際に用いるためには, 裁判所の許可が必要とされているのである(35.4)。

専門知識導入における裁判所主導が最も色濃く現れているのは、共同専門家 joint expert である。複数の当事者がそれぞれ専門家証拠の申請を希望する場合であっても場合、裁判所は 1 人に絞るように指示することができるのである。そのように 1 人に絞られた専門家を共同専門家と呼ぶ。誰を共同専門家に任命するか、は当事者が合意によって決定できる。しかし、合意が形成されない場合は、再び裁判所が主導することになる。裁判所は申請を希望した当事者にリストを提出させ、そこから選択することもできるし、別の方法を指示することもできるのである(35.7)²¹。

もちろん、事件によっては対審主義の利点を生かすために、各当事者が自ら指名した専門家を利用することを許可することもあるが、それも、係争利益が相当高額であり、更に対象となる専門知識自身流動的な状況である、または、

¹⁹ 旧規則の下でも、争点縮減のため、専門家間で交渉を行なわせるということがしばしば為されたが、専門家は、当事者の弁護士から合意する権限を与えられておらず、結局奏功しないことが多かったようである。

²⁰ Lord Woolf, *supra* note 4, Ch. 23. しかし、専門家証人となる資格を認定する機関を設けるという考え方に対しては、能力ある専門家を失う可能性があるという理由から反対している。

²¹ 別の方法としては、専門家の職業団体に対して任命を要請することが想定されている。なお、争点に関連する専門分野が複数にまたがる場合、主要な分野の専門家を 1 人主任専門家とし、総論部分を記述させ、他の分野の専門家の記述を組み込む責任を課すことができる(民事訴訟規則 35 に関する通達(以下 PD35)の 6)。

原告の利害関係が先鋭に対立している場合に限定されるようである。

(ii) 職務

専門家は、専門的知識の提供を職務とする。裁判所の指示があれば、審尋期日ないしトリアルにおいて口頭で証言することができるが、報告書を提出するのが原則である²²。

以上の職務を果すために必要な情報は、専門家を申請した当事者から説明 instruction という形で専門家に与えられるのが通常であり（相手方が情報を有している場合は、裁判所の命令によって、当該情報の開示が求められる(35.9)）、申請当事者と自由に接触することも認められている。但し、そこで為されたコミュニケーションは秘匿特権によって守られず、専門家は報告書において、当事者から為された説明のうち、報告の基礎となった事項は全て挙げなければならない(35.10)。

当該専門家を申請したのではない当事者は、報告書に対して、報告書を明確にするためだけに1回に限り、質問書を送付することができる。その際、専門家が質問に答えない場合、裁判所は、当該証拠の援用を禁じ、または、当該証拠の費用は申請者が負担すべき旨の命令を出すことができる(35.6)。

以上のことは、共同専門家を任命した場合も同様である。専門家を申請した当事者は、専門家に対して説明することができるが、説明した内容が秘匿特権で守られない上²³、共同専門家に対して説明を為した場合は、その内容は同時に、他の申請当事者に対して送達しなければならない(35.8(2))。専門家を申請しなかった当事者が質問を為すことができるのも同様である。

ところで、両当事者が自ら指定する専門家を利用する場合、または共同専門家が任命されたにも関わらず、一方当事者が自ら指定した専門家を利用することを許可された場合には、専門家間の論争によって争点が拡散する可能性がある。そのような場合、裁判所は、専門的争点を特定し²⁴、可能であれば争点につ

²² 報告書内では、専門家自身の資格、依拠した文献、依拠した事実（専門家自身の知識に基づくか否かも明示）及び教示、依拠した実験の実験者名、その資格、専門家の監視下で為されたか否か、争点について諸説ある場合は、諸説の要約と、専門家自身の見解及びその理由、結論の要約、裁判上の義務を理解し遵守したことを明記しなければならない(PD35の2.2)。

²³ 両当事者は、専門家に対して共同して説明する義務を課されているわけではない。しかし、John O'Hare, Kevin Browne, *Civil Litigation* (2001, Sweet & Maxwell) 399 は、専門家が不完全、不適切な説明を受けることを避けるため、可能な限り共同説明の合意を為すべきである、と推奨する。

²⁴ Chris Makin, *ADR and the role of the expert*, 152 *NLJ* 7057 は、争点の絞込みや ADR

いて合意を得るために、専門家間で議論させ、その際、合意に至った点、合意に至らなかった点、及びその理由を明らかにする準備をするよう指示することができる(35.12)。

もっとも、専門家が当事者に対して当事者の利益を守る義務を負うとすれば、容易に相手方の専門家と合意できる保証はない。そこで新規則は、専門家は、自分に対して報酬を支払った当事者に対してよりも裁判所に対して義務を負うと定めた上で(35.3)²⁵、更に次のような規律を設け、専門家間での自由な議論を保障しようとしている。

第1に、2(3)(a)(ii)で紹介した専門家間の議論によって、専門家が当事者から責任を問われることは無い。第2に、その反面として、専門家間の議論が当然にトライアルで証拠となることはないし、専門家の合意が直ちに当事者の合意になるわけではないとして(35.12(4)(5))、当事者の側の利益も配慮している。

(iii) 報酬

専門家への報酬は、各当事者が負担するアメリカと異なり、敗訴者負担となるのが原則である。但し、この原則を利用して相手方に圧力をかけるために専門家に高い報酬を約束するという戦略がとられることがしばしばあったため、新規則は、裁判所に対して、相手方から回収できる報酬額を制限する権限を認めている(35.4)。

共同専門家に対する報酬についても、当事者間では最終的には敗訴者が負担するのが原則であるが、専門家に対しては専門家証拠を申請した各当事者が全額について負担することになる(35.8(5))。

への移行を促進するため、専門家が初期段階から訴訟に関わることはますます重要になってくる、特に複雑な事件では、主張の強弱を専門家に評価してもらい、訴訟のコストを回避することが重要である、と指摘する。

²⁵ この内容は、通達によって更に具体化されている。専門家証拠は当事者の圧力から影響を受けないものであるべきである(PD35の1.1)。客観的・公平な意見を述べるべきであり、弁護人の役を引受けてはならない(PD35の1.3)。専門家は彼の意見と外れる事柄も含め全てを考慮に入れなければならない(PD35の1.4)。専門家は、情報不足で明確な結論に達し得ない場合、それを明示しなければならない(PD35の1.5)、報告後、見解を変えた場合は速やかに全当事者に伝えなければならない(PD35の1.6)。また、報告書は、裁判所に直接提出するとされているのも、中立性を象徴するものである(PD35の2.1)。

このような中立的な立場を裏から担保するのが、報酬規制である。勝訴した場合に、相手方に償還を請求できる報酬の範囲を限定する権限を裁判所に与えているのも(35.4(4))、専門家と当事者との利害が過度に一致するのを防ぐためと理解できる。この観点からは、成功報酬の合意が最も望ましくないものであるが、The Academy of Experts 及び Expert Witness Institute が定めるガイドラインは、いずれも成功報酬の合意を禁じている。なお、両団体については、(4)を参照。

なお、専門家に対する報酬は、報告書自体に対する報酬、準備のための時間給、審尋期日に出廷するための日当から成るのが通常である。

(iv) 訴訟前における専門家の役割

以上は、訴訟手続内における専門家の規律であるが、訴訟前における専門家と当事者の接近についても、プロトコルという形で一定の事件に関して規律が設けられている。例えば、人身傷害事件については以下のようなプロトコルが用意されている²⁶。

原告は専門家に相談する前に、被告に対して、適任と考える専門家のリストを送付する。被告は14日以内に、異議がある専門家をチェックする。原告は異議の無い専門家に対して相談することができる。被告が全てに異議を唱えた場合、原告は自ら選択することができる。この場合、原被告いずれが不合理な行動を採ったかは訴訟開始後に判断され、不合理な行動を取った側に一定の制裁が課される。

(b) 評価人

新規則は、裁判所が、職権で評価人を定める権限を明示している(35.15)。これは既に、最高法院法70条、カウンティコート法63条によって与えられた権能であるが、その手続をより使いやすくすることを目的としたものである。具体的に想定されているのは、両当事者が互いに専門家を依頼した場合、中立的な調査人が、それぞれの専門家の意見を調整するという事態であり、係争利益が相当高い事件でしか任命は適切ではないだろう、と言われているが²⁷、以下、評価人に関する新規則の規律を紹介する。

(i) 任命

何時、誰を評価人に任命するかは裁判所が裁量によって決定できる。但し、任命に際しては、評価人の氏名、評価人に期待される役割、評価人の資格を当事者に対して通知し(PD35の7.1)、当事者による、評価人の個人的な適格ないし資格についての異議を受け付ける必要がある(PD35の7.2)。

(ii) 職務

職務についても、評価人の専門知識が活用できる範囲であれば、裁判所が裁量で決定することができる。特に期待されているのは、専門知識を要する争点につき、事実調査を行い、裁判所に対して報告書を提出することと、トライア

²⁶ http://www.lcd.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/protocols/prot_pic.htm

²⁷ Lord Woolf, Access to Justice (Final Report) (1996)Ch.13 .

ルに出廷し、当該争点について裁判官に助言を与えることである(35.15(3))。評価人がトライアル前に報告書を裁判所に提出した場合、裁判所は当該報告書を当事者に送付しなければならず、当事者はその報告書を証拠として用いることができる(31.15(4))。

このように、評価人は共同専門家以上に裁判所の補助者という色彩が強い。その結果、報告書の内容について、評価人自身がトライアルにおいて口頭で証言したり、反対尋問を受けたりすることは予定されていないし(PD35の7.4)、独立性を担保するため、(4)で述べる the Academy of Experts のガイドラインは当事者と直接コンタクトを取ることを禁じている(CPR Code of Guideline for Experts and those instructing them,25.2)。

(iii) 報酬

評価人に対する報酬は、裁判所が決定する。この報酬は手続費用となり、敗訴者が負担するのが原則である(31.15(5))。

(4) 裁判所外における動き

新規則の下での運用は、当事者の双方が合意できるような中立かつ能力のある専門家がどれだけ調達できるかにかかっている。ウルフ・レポート自身、そのような専門家を育て上げる機関の設立に期待しているが、それに呼応した動きがある²⁸。

従来、法廷に立つ専門家が所属し得る団体は、The Academy of Experts のみであったが²⁹、1996年には、ロード・ウルフ自身をパトロンとする Expert Witness Institute³⁰が設立された。いずれも、専門家に対する訓練、認定、認定を受けた専門家の紹介を目的とする団体であり、実際に厳しい審査が為されている。

その他にも専門家の利益の代弁を主たる目的とし、または、専門家検索サービスの提供を主たる目的とする機関は存在するが³¹、現在、司法制度と密接な関わりを持ちながら、専門家の認定及びガイドライン作成に関与しているのは以上の2団体のみである。

²⁸ 以下の叙述は、Dr Christopher Pamplin, Are expert witness organisations "anti-competitive"?, NEW LAW JOURNAL 25 July 1997 に拠る。

²⁹ 団体の概要については、http://www.academy-experts.org/default_in.htm参照。

³⁰ 団体の概要については、<http://www.ewi.org.uk/homepage.asp> 参照。

³¹ 前者の団体として1996年に発足した THE SOCIETY OF EXPERT WITNESSES が、後者の団体として、やはり1996年に発足した Expert Witness がある。

(5) 新規則制定後の動向

新規則施行後の運用状況については、2002年8月に Lord Chancellor's Department が報告書をまとめている³²。それを下に、新規則制定後における専門家の機能を概観する。

同報告書では、カウンティコートにおける、1994年から1997年までの旧規則の下での運用と、2000年及び2001年における新規則の下での運用とが比較されているが、全事件に対する専門家の利用される事件割合は、旧規則の下では20%強だったのに対し、新規則では30%強となっている。また、新規則の下では、専門家を利用した事件の半数以上で共同専門家を利用している。これについては、従来、専門家が利用できなかった事件で共同専門家が利用されているということを示していると評価されている。

2001年の終わりには、Expert Witness Institute の構成員に対してアンケートが行なわれたが、そこでも回答者の74%が共同専門家として任命された経験を有し、そのうち42%は10回以上の経験を持つと答えている。また、多くの構成員は、新規則で導入された、専門家間の議論は和解促進に効果を発揮していると回答している。

ソリシタの団体である Law Society の構成員に対するアンケートに対しても、殆どは共同専門家の質に対して満足している、と回答されている。ただ、共同専門家の任命は、時間と費用の節約、和解促進につながると回答したのは44%に止まり、残り56%は、特にマルチトラックに流れる事件について、結局当事者の依頼した専門家と裁判所の任命する専門家の3人が登場し、費用が高くなるのでは、との懸念を表明している。

これは、ファストトラックで共同専門家を利用するソリシタの82%が満足しているのに対し、マルチトラックでは54%しか適切と感じていないということにも現れている。

人身傷害事件では、共同専門家の利用は歓迎されている。原告が2,3人の候補者を選択し、被告となった保険会社がその中から1人を選ぶというのが通常の流れである。しかし、医療過誤訴訟だと、特に責任の有無を認定する段階で共同専門家を任命するのは適切ではない、という回答があった。

³² Further Findings - A continuing evaluation of the Civil Justice Reforms [30 August 2002].

イングランドの知的財産関連訴訟における専門家の参加

1. 知的財産関係訴訟に関わる裁判機関

(1) イングランドの民事第一審裁判所は、高等法院 (High Court) とカウンティ・コート (County Court) である。前者の管轄権は原則として無制限である。これに対して、後者は、従来、相対的に少額の事件 例え、契約や不法行為等のコモン・ロー上の事件については原則として請求額が 5,000 ポンド以下の事件 を管轄していた。しかしながら、1990 年裁判所及び司法サービス法 (Courts and Legal Services Act 1990) の制定とその後の改革により、契約、不法行為等については請求金額上の管轄の上限が撤廃された。そのため、多くの事件で高等法院とカウンティ・コートの管轄が競合することになっているが、重要な事件や複雑な事件は原則として高等法院で扱われるという方針が採用されている¹。

(2) 高等法院においては、知的財産に関する事件は衡平法部 (Chancery Division) が扱うが²、1977 年特許法第 96 条第 1 項により、衡平法部の一部門として、特許及び登録意匠に関する事件を専門的に扱うパテント・コート (Patents Court) が設けられた。なお、同条は、1981 年最高法院法 (Supreme Court Act 1981) によって廃止されたが、この法律に同じ内容の規定が定められている。

最高法院法第 6 条第 1 項(a)は、「衡平法部の一部門として、パテント・コートが存する。」と規定し、同法第 62 条第 1 項は、「パテント・コートは、1977 年特許法が付与する管轄に属する特許に関する手続、及びその他の特許又はその他の事項に関する手続を行う。」としている。CPR (Civil Procedure Rules) 49E Practice Direction 1 によると、パテント・コートは、(a)1949 年ないし 1961 年及び 1977 年特許法に基づく請求、(b)1949 年ないし 1961 年登録意匠法に基づく請求、(c)1958 年防衛契約法に基づく請求、及び(d)高等法院の本来的管轄に基づく、特許 (若しくは特許出願) に関する問題の決定又は確認のためのすべての手続、を取り扱う。

パテント・コートの裁判官は、大法官によって任命され、現在 5 名である³。形式的には科学に関わる経歴は必要とされていないが、実際には、多くの者は高度な科学的学識を備え、すべての者が、主として特許訴訟の実務に携わって

¹ 濱野亮「イングランドのカウンティ・コート(一)」立教法学 60 号 1, 5~7 頁(2002 年) 司法研修所編『イギリスにおける民事訴訟の運営』(法曹会、1996 年) 6 頁。

² 1981 年最高法院法 schedule 1 第 1 条(i)は、「次に掲げる事項に関するすべての訴訟は、衡平法部に割り当てられる。……(i)特許、商標、登録意匠、著作権又はデザイン権」と規定している。

³ C.I.P.A. Guide to the Patents Act (5th ed. 2001) para.96.08.

いたことにより、技術に関する相当な経験を有している⁴。

(3) また、カウンティ・コートについても、特許及び意匠に関する事件を専門的に扱う裁判所として、パテント・カウンティ・コート (Patents County Court) がある。これは、高等法院での特許訴訟の手続が複雑で時間・費用がかかり、特に中小企業が特許権を行使するのが困難であるという問題があったために、簡易迅速な手続をとる裁判所として設置されたものである⁵。1990年に、最初のパテント・カウンティ・コートとして、北ロンドンのウッドグリーン所在のエドモントン・カウンティ・コートが指定され、1994年から、このパテント・カウンティ・コートはセントラル・ロンドン・カウンティ・コートに移転した。その他にパテント・カウンティ・コートとして指定されたものはない。

パテント・カウンティ・コートの管轄は、「(a)特許若しくは意匠に関する手続、又は(b)特許若しくは意匠に関する手続に付随する手続若しくはその手続と同一の対象に基づく手続」に及ぶ(1988年著作権・意匠及び特許法第287条第1項。なお、「意匠」には登録意匠とデザイン権が含まれる)。女王は勅令によりパテント・カウンティ・コートの管轄に属する事件について請求金額の上限を設けることができるが(同法第288条) 現在までのところ、そのような限定は定められていない。よって、特許及び登録意匠に関する事件は、パテント・コートとパテント・カウンティ・コートが競合管轄を有するが、パテント・カウンティ・コートの管轄には、パテント・コートとは異なり、特許庁長官の決定に対する上訴事件は含まれない(1994年パテント・カウンティ・コート(指定及び管轄)命令第4条)。

パテント・カウンティ・コート創設時にその裁判官となった Peter Ford 判事は、欧州特許庁の審判部に11年在職し、技術に関する知識・経験を有した者であった⁶。2001年に任命された Michael Fysh 判事は、オックスフォード大学で化学の学位を取得し、知的財産の分野で法律実務に携わってきた者である⁷。

⁴ Campbell, "United Kingdom", Reid (ed.), Sweet & Maxwell's European Patent Litigation Handbook (1999) 1-03. 沖中康人「イギリスにおける特許訴訟の実情について」最高裁判所事務総局行政局監修『アメリカ、イギリス、ドイツ及びオランダにおける特許訴訟の実情』(法曹会、2001年)105, 110頁、同「英国における特許権侵害訴訟の実情について」判タ1055号80, 81頁(2001年)によると、5名のうち4名は理科系大学教育を受けているとのことである。

⁵ Ford, The Patents County Court, London – Four Years' Experience, 27 IIC 235 (1996); 大場正成「新しい英国の特許裁判所」発明89巻6号22頁(1992年)、Rackham (佐藤辰彦訳)AIPPI37巻8号461頁(1992年)参照。現在の状況を説明するものとして、Fysh, The Work of the Patents County Court (11 February 2003), <http://www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP0303.html>.

⁶ 大場・前掲25頁。

⁷ "CIPA welcomes new Patent Judge (24 October 2001)" (<<http://www.cipa.org.uk>> から入手)。

(4) パテント・コートとパテント・カウンティ・コートの両方の管轄にも属する事件については、原告がいずれの裁判所に提訴するかを選択することができるのであるが、パテント・コートは、当事者の財政状況等を考慮して、手続をパテント・カウンティ・コートに移送することができる。また、反対に、パテント・カウンティ・コートは、手続をパテント・コートに移送することができる(1988年著作権・意匠及び特許法第289条第2項)。

(5) 知的財産に関する事件の控訴は控訴院(Court of Appeal)で、上告は貴族院(House of Lords)で扱われる。

2. 専門家の参加

2-1 はじめに

知的財産関係訴訟において、専門的知見を導入するために、次のような専門家が関与することが認められている。それは、専門家証人、評価人(assessor)、科学的補佐人(scientific adviser)、特許庁である。専門家証人と評価人に関しては別稿⁸において詳しく検討されているため、以下では、特許関係訴訟に特有の科学的補佐人及び特許庁の参加について述べる。

2-2 科学的補佐人

2-2-1 科学的補佐人に関する法律規定等

1981年最高法院法第70条は、次のように規定している。

「(1)高等法院における訴訟(cause or matter)において、裁判所は、適切と思料するときは、一又は複数の特に有能な評価人を求め、その補助を得て全体的又は部分的に訴訟を審理し処理することができる。

(2)手続に関連して第1項の規定に基づく評価人の事務のために評価人に支払われる報酬は、裁判所によって決定され、手続費用の一部となる。

(3)裁判所規則は、1949年特許法及び1977年特許法に基づく手続においてパテント・コートを補助する科学的補佐人の任命並びに補佐人の任務の規律に関する規定を定める。

(4)補佐人の報酬は、大法官が公務員省の同意のもとに決定し、国会が提供する金銭から支払われる。」

第1項・第2項は、評価人について規定するものである。評価人は、その者が能力と経験を有する事柄について裁判所を補助することを職務とするものであり(CPR 35.15(2))、特に海事事件において用いられている⁹。これに続く第3

⁸ 菱田雄郷「イングランドにおける専門家の参加」

⁹ Smith, Bailey & Gunn on the Modern English Legal System (4th ed. 2002)

項・第4項が、パテント・コートを補助する科学的補佐人に関する規定である。これらの規定は、控訴院を補助する科学的補佐人についても適用される¹⁰。また、パテント・カウンティ・コートも、科学的補佐人を任命することができる¹¹。

CPR 35.15(3)によると、評価人（科学的補佐人を含む）は、裁判所の命令に従って手続に関与し、とりわけ裁判所は、(a)評価人に対して、手続におけるいずれかの争点に関して裁判所のために報告書を作成するよう命じることができ、及び(b)評価人に対して、そのような争点に関して裁判所を補助するためにトライアルの全部又は一部に出席するよう指示することができる。また、評価人が、トライアル開始前に、裁判所のために報告書を作成する場合には、(a)裁判所はその謄本を各当事者に送付し、(b)当事者はそれをトライアルにおいて援用することができる（CPR 35.15(4)）。

評価人は、一般的に、手続において能動的な役割を果たすことは許されず、よって証人を尋問することはできない¹²。また、評価人が作成する報告書の謄本は各当事者に送付されるのであるが、評価人自身が口頭で証言することはなく、反対尋問や質問を受けることはない（CPR 35 Practice Direction 7.4）。

報酬に関しては、CPR 35.15(5)・(6)は、「(5)評価人に対してその事務のために支払われる報酬は、裁判所によって決定され、手続費用の一部となる。(6)裁判所は、評価人の手数料に関して特定額の金銭を裁判所に予納することを命じることができ、その場合には、評価人は、その額の金銭が予納されるまで、事務を行うことを求められない。」と規定している。しかし、科学的補佐人については、前述した1981年最高法院法第70条第4項が定めるように、その報酬は国会が提供する金銭から支払われるため、上記CPR 35.15(5)・(6)は適用されない（CPR 35.15(7)）。

評価人と科学的補佐人は、上述した報酬以外にどのような違いがあるのかは明らかではない。ともかく、特許事件において、評価人を任命することは可能

para.15-009.

¹⁰ 1981年最高法院法第54条第9項は、「第70条第3項及び第4項の規定（1949年特許法及び1977年特許法に基づく手続においてパテント・コートを補助する科学的補佐人）は、パテント・コート及びこれらの法律に基づく手続に関して適用されるように、控訴院民事部及びこれらの法律に基づく手続におけるパテント・コートの判決からの控訴による手続に関して適用される。」と規定している。

¹¹ 1988年著作権・意匠及び特許法第291条第3項は、次のように規定する。「カウンティ・コート規則は、パテント・カウンティ・コートに対して、その特別な管轄に属する手続において、当事者の申請に基づき又は当事者の申請なしに、次に掲げる権限を与える規定を定める。(a)裁判所を補助する科学的補佐人又は評価人を任命すること、又は、(b)特許庁に対して事実若しくは意見に関する問題について調査し報告することを命じること。」

¹² Halsbury's Laws of England, vol.37 (4th ed. 2001), para.1076.

ではあるが¹³、裁判所を補助する者として任命されるのは科学的補佐人であるのが最近の慣行である¹⁴。

2 - 2 - 2 科学的補佐人が任命された事例

パテント・コートにおいて科学的補佐人が任命された事例としては、次のものがある。いずれも補佐人は1名である。

[1] Western Electric Co v. Racal-Milgo Ltd, [1981] RPC 253

[2] Codex Corp. v. Racal Milgo Ltd, 31 July 1981

[3] Compagnie Francaise de Television SA v. Thorn Consumer Electronics Ltd, 4 Oct. 1983

[4] Chiron Corp v. Organon Teknika Ltd(No. 3), [1994] FSR 202

控訴院の事例では、次のものがある。

[5] Valensi v. British Radio Corp, [1973] RPC 337, [1972] FSR 273

[6] Compagnie Francaise de Television SA v. Thorn EMI Ferguson Ltd, 3 April 1985

[7] Oy v. The Wellcome Foundation Ltd, 18 April 1984

[8] Genentech Inc' s Patent, [1989] RPC 147

[9] Willemijn Houdstermaatschappij BV v. Madge Networks Ltd, [1992] RPC 386

[10] Biogen Inc v. Medeva plc, [1995] RPC 25, [1995] FSR 4

[11] Imperial Chemical Industries v. Montedison (UK) Ltd, [1995] RPC 449

[12] Chiron Corp v. Murex Diagnostics Ltd, 3 July 1995

科学的補佐人の人数は、[6]事件、[7]事件、[10]事件では2名であり、その他の事例では1名である。[6]事件は、[3]事件の控訴審であるが、2名の補佐人のうちの1名は[3]事件での補佐人のようである¹⁵。

貴族院においても、[13] Biogen Inc v. Medeva plc, [1997] RPC 1において、2名の科学的補佐人が任命されている。

科学的補佐人は、裁判官が事件の技術的な側面を理解するのを助けるものとして、肯定的に評価されているようであるが、実際に任命された事例は多くない¹⁶。パテント・コートに関しては、裁判官が技術に精通しているために、補佐人が

¹³ see Mullard Radio Valve Co v. Philco Radio, (1935) 52 RPC 261.

¹⁴ C.I.P.A. Guide to the Patents Act (5th ed. 2001) para.96.12.

¹⁵ C.I.P.A. Guide to the Patents Act (5th ed. 2001) para.96.12によると、[2]事件の控訴審でも2名の補佐人が任命され、そのうちの1名は[2]事件での補佐人であった。

¹⁶ The General Tire & Rubber Co v. The Firestone Tyre and Rubber Co, [1972] RPC 457, [1971] FSR 417, CA では、裁判官は代理人に対し、当事者の利益になるのであれば、科学的補佐人の任命を申請するよう指示したが、その申請はなされなかった。

必要とされることがあまりないことが、その理由として挙げられよう¹⁷。

2 - 2 - 3 科学的補佐人の任命

(1) 裁判所は、必要な場合は自らが進んで、又は当事者の申請により、科学的補佐人を任命する(see CPR 49E Practice Direction 11.3(b))。科学的補佐人を任命する手続については、CPR 35 Practice Direction に次のように定められている。

「7.1 評価人は、規則 35.15 に基づき裁判所を補助するために任命することができる。その任命を行う日より 21 日以上前に、裁判所は各当事者に書面で、評価人にしようとする者の名前、評価人の補助が求められる態様、その補助を与える評価人の能力について通知する。

7.2 ある者が評価人として任命されようとしている場合、個人的に又はその者の能力に関してかを問わず、いずれの当事者もその者に対する異義を申し立てることができる。

7.3 そのような異義は、書面でなされ、7.1 項の通知を受領してから 7 日以内に裁判所に提出されなければならず、任命を行うか否かの決定において裁判所によって考慮される(1984 年カウンティ・コート法第 63 条第 5 項)。」

(2) [12]事件は、科学的補佐人の任命に関する事件であり、控訴院が Brenner 博士を、控訴人の反対をしりぞけて科学的補佐人に任命したことに關するものである。同博士は、Companion of Honour であり、世界的に傑出した科学者であった。Fellow of King's College, Cambridge Fellow of the Royal College of Physicians、Honorary Fellow of the Royal Society of Edinburgh であり、名誉博士号を、英国の大学に限っても Glasgow、London、Oxford 大学から得ていた。控訴人側代理人は、Brenner 博士の専門的知識と誠実さを認めていたが、彼が被控訴人と金銭的關係を有する会社に關与しているとして、その独立性を問題とした。

控訴院は、科学的補佐人の任務について、「科学的補佐人の任務が、当然、法廷においてであれ陰に隠れてであれ、専門家証人として活動するものでないことを強調する必要がある。科学的補佐人は主張者では全くない。その任務は、

¹⁷ Cornish and Llewelyn, *The Enforcement of Patents in the United Kingdom*, 31 IIC 627, 629 (2000) (この論文の邦訳として、コーニッシュ＝ルウェイン「英国における特許エンフォースメント」ヒース＝ペティ編『主要国における特許権行使』(経済産業調査会、2003年)10頁); *Genetic Institute Inc v. Kirin-Amgen Inc (No.2)*, 149 A.L.R. 247(17 Sep. 1997, Federal Court of Australia); 沖中康人「イギリスにおける特許訴訟の実情について」最高裁判所事務総局行政局監修『アメリカ、イギリス、ドイツ及びオランダにおける特許訴訟の実情』(法曹会、2001年)124頁、同「英国における特許権侵害訴訟の実情について」判タ 1055号 80, 84頁(2001年)。

複雑な科学的考え方を、その分野の詳しい学問的知識を持たない者が理解できるように説明しようとするに限られる。」と述べた。そして、控訴人が補佐人の候補者として推す者についても、Brenner 博士と同様の問題があり、これは、HCV ウイルス及び血液試験に関わる本件で問題となるような狭い分野では驚くことではなく、この種の問題を提起されない別の科学的補佐人を見つけることができるかは極めて疑わしいと指摘した後、次のように述べて、控訴人の異義を認めなかった。「結局、問われるべき根本的な質問は、次のようになる。それは、専門家が、彼に期待される任務を果たすうえで完全な独立性なしに行動するという危険が少しでもあるか、あるいは合理人であればそのような危険があると考えるか、ということである。思うに、両方の質問に対する答えは、全く、否である。私の意見では、裁判所に提示された新しい資料に関わらず、Brenner 博士の専門的知識、誠実さ、独立性及び公正性は疑問の余地がないほど明白である。繰り返すが、前述した彼の任務は、単に『単に』は、ある意味では不適切な言葉であるが この種の科学的に複雑なことを裁判官のために解釈しようとするものであり、Brenner 博士と裁判官は、博士がそれ以上のこともそれ以下のこともしないようにすることに注意するであろう」。

(3) [12]事件以外の事例において、任命された科学的補佐人がどのような者であるかを、判決文から分かる範囲で紹介する。カラーテレビ受信器に関する特許権侵害事件である[3]事件の補佐人は、BBC の元 Chief Engineer Television であった。また、カラーテレビに関する特許権侵害事件である[5]事件では、BBC の Chief Engineer, Research and Development が補佐人に任命された。[7]事件は、医薬品の製造方法に関する特許権侵害に関わるものであり、補佐人 2 名は Fellow of the Royal Society であり、この事件で問題となる分析化学分野の専門家であった。

[13]事件の補佐人 2 名は、Dundee 大学教授と Glasgow 大学教授であり、原審である[10]事件の 2 名の補佐人も大学教授であった¹⁸。[9]事件の補佐人も、Essex 大学教授であった。

[8]事件は、DNA 技術に関する特許の取消と侵害が争われた事件であり、補佐人となったのは、CH, FRS, Director of the Molecular Genetics Unit of the Medical Research Council である Brenner 博士であった。この博士は、[4]事件の補佐人でもある¹⁹。なお、PCME Ltd v. Goyen Controls Co. U.K. Ltd, [1999] FSR 801 では、特許庁の職員がトライアルの初期の段階で裁判官を補助したと述べられており、審査官が補佐人となったのではないかと思われる。

¹⁸ 定かではないが、[13]事件の補佐人 2 名と[10]事件の補佐人 2 名は同一人のようなものである。

¹⁹ 名前から、[12]事件の補佐人である Brenner 博士と同一人物ではないかと思われる。

2 - 2 - 4 科学的補佐人による補助

前掲 CPR 35.15(3)によると、裁判所は、補佐人に対して、報告書の作成やトリアルへの出席を命じることができる。[12]事件で述べられたように、科学的補佐人は補助機能のみを有するが、実際に裁判官をどのように補助したかは、補佐人が任命された事例の多くにおいて、判決文から明らかではない。[5]事件は 1935 年以降に初めて補佐人の任命がなされた事件であるが、控訴院は、「我々は、……科学的補佐人に正式な報告書を作成することを求めなかった。控訴人・被告の代理人は、ヒアリング開始時に我々に対し、現時点ではそのような報告書の作成を求めるつもりはないと述べ、実際いずれの側からも報告書が求められることはなかった。我々は、ヒアリングの間に補佐人から時々受ける技術的な補助が、規則の意味における報告書を構成するとは考えない。」と述べている²⁰。また、[9]事件では、科学的補佐人は、「裁判所に証拠の技術的側面を説明した。彼は、事件における証拠の範囲を超えようとはしなかったし、特許を解釈するように求められることもなかった。」と述べられた²¹。[8]事件では、科学的補佐人が判決の技術的部分を作成した²²。この判決においては、補佐人が裁判所の判断過程に関与せず、彼の補助が科学的事実に関する情報を提供する以外には判断過程に何らの影響も与えなかったことが付記されている²³。ある論者によると、補佐人は、出廷する以外には実際の手続に関与しないが、内々に裁判官に助言を与え、判決の技術的な最初の部分を記載するのであり、よって、当事者はその助言がどのようなものかを知らない²⁴。

ちなみに、ニュージーランドの *Beecham Group Ltd v. Bristol-Myers Co*, [1980]1 NZLR 185, 1979 NZLR LEXIS 326 (11 May 1979, Supreme Court, Wellington) では、科学的補佐人の任命に対して、被告側代理人が、科学的補佐人の役割が不明確であり、補佐人は容易にその適正な役割を逸脱し、当事者が争いたいと争う機会が与えられない見解を裁判官に示すことができると批判したため、この批判を和らげるために、補佐人による補助について次のように判示された。

「(a)裁判所は、ヒアリング開始時に、科学的補佐人の役割を定めなければならない。私に関する限り、科学的補佐人の役割は、提出物 (submission) を検討し、裁判官室において裁判官が提出物を理解するのを補助することだけであろう。補佐人が、提出物に反して又は裁判所が検討すべき追加的事項として、自

²⁰ [1973]RPC 337, 350.

²¹ [1992]RPC 386, 388.

²² [1989]RPC 147, 159.

²³ *ibid*, p.235.

²⁴ Cambell, United Kingdom, in Reid (ed.), Sweet & Maxwell' s European Patent Litigation Handbook (1999) 1-03 n.13.

己の見解を提示した場合には、裁判官は代理人の意見を求めなければならない。

(b)裁判官は、補助人に対して、立法府は決定権限を裁判官にだけ認めており、そのため補佐人は純粋に補佐人であるというその役割を逸脱してはならないことを明らかにしなければならない。

(c)ヒアリング終結時に、私は、科学的補佐人の事務が終了すると予想する。この段階までに、裁判官は、補佐人の助けを受けて、争点を十分に把握しておかなければならない。」

同判決は代理人が適当な者の任命について合意するように求めた。

その後の *Beecham Group Ltd v. Bristol-Myers Co*, [1980]1 NZLR 192, 1980 NZLR LEXIS 506 (20 Feb. 1980, Supreme Court, Wellington)によると、代理人の合意により、Ferrier 教授 (PhD(Edinburgh), DSc(London), FRSNZ, Professor of Organic Chemistry at Victoria University of Wellington) が科学的補佐人に任命された。そして、補佐人による補助の範囲が拡大された。すなわち、「代理人と十分な議論を行ったうえで、私は、判決が保留された後に、この判決において科学的事実や原則に関して述べていることが正しいものであることを確かめるために、補佐人と相談するのが適当と考えた²⁵」。

2 - 3 特許庁

特許法第 99A 条は、1988 年著作権・意匠及び特許法によって新設されたものであるが、次のように、パテント・コートが手続において生じた事実や意見の問題について、特許庁に対して調査し報告するよう求めることができる旨を定めている。

「(1)裁判所規則は、パテント・コートが、この法律に基づく手続において、当事者の申請に基づき又は当事者の申請なしに、特許庁に対して事実又は意見に関する問題について調査し報告するよう命じることができる規定を定める。

(2)裁判所が当事者の申請に基づきそのような命令をなすときは、特許庁に支払われる手数料は、裁判所規則に従って決定される額となり、裁判所が別段の命令をなす場合を除き、手続費用となる。

(3)裁判所が自ら進んでそのような命令をなすときは、特許庁に支払われる手数料は、大蔵省の承認を得て大法官によって決定される額となり、国会が提供する金銭から支払われる。」

また、パテント・カウンティ・コートに関して類似の規定が、1988 年著作権・

²⁵ 控訴院も、Ferrier 教授を科学的補佐人に任命した。 *Beecham Group Ltd v. Bristol-Myers Co*, [1981] 1 NZLR 600, 1981 NZLR LEXIS 572 (22 Dec. 1981, Court of Appeal, Wellington).

意匠及び特許法第 291 条第 3 項(b)、第 4 項、第 5 項に定められている²⁶。

もっとも、99A 条が予定する裁判所規則は未だ定められておらず、特許庁からの補助が求められたことはないようである²⁷。

なお、欧州特許条約第 25 条は、国内裁判所は、侵害事件又は特許取消事件において、欧州特許庁に対して、問題となる欧州特許に関する技術的意見を求めることができる旨を規定しているが²⁸、欧州特許庁の技術的意見が求められたこともないようである²⁹。

²⁶ 日本貿易振興会『英国における特許訴訟制度（経済貿易動向等調査レポート・平成 10 年度）』14 頁は、パテント・カウンティ・コートの説明の中で、特許庁が作成する報告書に対して当事者に意見を述べる機会が与えられる、と述べている。

²⁷ C.I.P.A. Guide to the Patents Act (5th ed. 2001) para.99A.03, 99A.04.

²⁸ see Guidelines for Examination in the EPO, Part E, Chapter E-XII ; Kolle, The European Patent Office as a Technical Expert in Patent Litigation, 18 IIC 632 (1987)..

²⁹ C.I.P.A. Guide to the Patents Act (5th ed. 2001) para.99A.05.

ドイツの一般の民事訴訟における専門家の参加

一、ドイツの司法制度

ドイツの裁判権は、民事事件、刑事事件を扱う通常裁判権、行政事件を扱う行政裁判権、財政事件を扱う財政裁判権、労働事件を扱う労働裁判権、社会事件を扱う社会裁判権の 5 系列に分かれており、それぞれの系列ごとに裁判所が置かれている。いずれも、下級裁判所は各州の裁判所であるが、最高裁判所は連邦裁判所である。

具体的には、通常事件は、各州に置かれた区裁判所 (Amtsgericht)¹、地方裁判所 (Landgericht)、上級地方裁判所 (Oberlandesgericht)、カールスルーエに置かれた最上級審裁判所である連邦通常裁判所 (Bundesgerichtshof) で扱われる。財政事件は、各州に置かれた財政裁判所 (Finanzgericht) と、ミュンヘンに置かれた上級審である連邦財政裁判所 (Bundesfinanzhof) で、行政事件は、各州に置かれた行政裁判所 (Verwaltungsgericht) と上級行政裁判所 (Oberverwaltungsgericht)、ベルリンに置かれた最上級審である連邦行政裁判所 (Bundesverwaltungsgericht) で扱われる。社会事件は、各州に置かれた社会裁判所 (Sozialgericht)、州社会裁判所 (Landessozialgericht)、カッセルに置かれた最上級審である連邦社会裁判所 (Bundessozialgericht) で、労働事件は、各州に置かれた労働裁判所 (Arbeitsgericht)、州労働裁判所 (Landesarbeitsgericht)、エアフルトに置かれた最上級審である連邦労働裁判所 (Bundesarbeitsgericht) で扱われる。

ただし、憲法問題については、連邦憲法裁判所や州の憲法裁判所が排他的に管轄を有する。また、特許事件については連邦特許裁判所が設置され、上訴審は連邦通常裁判所となっている。

多くの裁判所では、国家試験に合格して修習を経た職業裁判官以外の者が裁判官として参加している (参審制)。ドイツでは裁判所の系列が分かれており、しかも裁判所によっては、当該分野に通じている者が裁判官として裁判に関与しているため、その限りにおいて裁判所の専門分化が図られているといえることができる。もっとも、通常裁判所の民事事件は、扱う事件の種類が広範であるにも関わらず、職業裁判官のみによって裁判するのが原則となっているため、第三者である専門家の意見を聴取する必要性は、他の裁判所と比べても高いといえよう。本報告では、通常裁判所の民事事件において、専門家を利用する様々

¹ 訴額が 5000 ユーロ以下の事件や (GVG23 条 1 号) 訴額とは無関係に、住宅賃貸借事件、引退農民扶養料事件、公示催告手続 (同条 2 号) 督促手続 (ZPO689 条) 破産手続 (InsO2 条 1 項) 強制執行手続 (ZPO764 条 1 項) 農業事件 (LwVG2 条 1 項) など扱う。区裁判所係属の事件は、原則として控訴審である地方裁判所が最終審となる (ZPO545 条 1 項)。

な方法について紹介する。

二、 鑑定制度

民事訴訟において専門家を利用する代表的な制度は鑑定である。鑑定は、証拠調べの方法の一つであり、民事訴訟法(ZPO)402条以下に規定されている。鑑定は、口頭弁論前にも行うことはもとより、独立的証拠調べによって訴訟係属前にも行うことが可能である。

1、 証拠調べの方法としての鑑定 (Beweris durch Sachverständige)

(1) 鑑定の対象、鑑定人の役割

鑑定人の役割は、外国法規や専門的経験則の報告(第一類型)²、一般的専門知識に基づいて確定された事実(前提事実、Anknüpfungstatsachen)に専門的な経験則を適用してその結果を推論すること(第二類型)³、専門的知識を用いて事実を調査、認定すること(feststellen)である(専門事実、Befundtatsachen)(第三類型)⁴。第一類型のうち、外国法や慣習法については鑑定以外の方法によっても入手することが可能であることが影響して(ZPO293条)第一類型の鑑定は少なく、第二、第三類型の鑑定が多い。鑑定人は証拠方法ではあるが、本質的には裁判官の補助者である。

(2) 鑑定の開始

鑑定は、当事者が申し出た場合のみならず(ZPO403条)裁判所が職権で行うことも可能である(ZPO144条)。もっとも、実際には、当事者の申立てによって鑑定が開始される場合が多い。

いずれの場合であっても、裁判所は裁量に基づいて鑑定の必要性を判断することができる。立法によって鑑定を行う義務が定められている場合には、鑑定を行わなければならないが⁵、それ以外の場合であれば、自ら専門文献を閲読することや、過去に類似の事件を扱った経験から、必要な専門知識を得ることができれば、鑑定を行わないことも可能である。しかしながら、判例や通説は、裁判所が、鑑定を行わずに安易に自己の知識を利用することに対しては消極的な姿勢を示しており、自己の知識を利用する場合には、開示を必要としている⁶。

² 例えば、専門用語の意味、商事慣習の存在、アルコール濃度と運転能力の関係、血統の調査方法など。

³ 例えば、けがと死亡の因果関係や、就業能力の低下の判断など。

⁴ 例えば、騒音の認定、診察、血液型の調査、建築瑕疵の調査など。

⁵ 成年後見の判断(BGB1896, FGG68b) 被後見人の収容(FGG70e条)など。

⁶ RG1941年9月24日判決(RGZ167-269) BGH1967年3月22日判決(JZ1968-670) BGH1978年5月9日判決(NJW1978-1683) Baumbach/Leuterbach/Albert/Hartmann,

(3) 鑑定人

原則として、鑑定人は自然人であり（例外については後述三参照）、その任命と人数の決定は裁判所が行う。ただし、当事者の合意がある場合には、その専門家を鑑定人に選任しなければならない、公選鑑定人（Öffentliche bestellte Sachverständige）がいる場合には、原則としてその中から任命しなければならない（ZPO404条）⁷。公選鑑定人とは、各種業法に基づいて業界団体や州の所轄官庁が選任し、一般的な宣誓をしている専門家である⁸。公選鑑定人は、裁判所による鑑定の依頼を引き受ける義務を負うとともに（ZPO407条1項）⁹、個々の事件における宣誓を免除される点で（ZPO410条2項）¹⁰、他の鑑定人とは異なる。

鑑定人には、専門知識を具備することに加えて中立性が要求される。偏頗性を有する場合には忌避されうる（ZPO406条1項）¹¹。

(4) 鑑定手続の規律

ZPO (59 Auf., 2000), Übers§402 Rn.12,13, Kerameus, Die Entwicklung des Sachverständigenbeweises im Deutschen und Griechischen Zivilprozeßrecht, 1963, S.44 ff., Jessnitzer/Günter/Ulrich, Der gerichtliche Sachverständige, 11., neu Auf., S.73 ff., Stein/Jonas, ZPO(21Auf.), Vor§402, Rn.30

⁷ ZPO404条

「、立ち会うべき鑑定人の選任、及びその人数の指定は受訴裁判所がこれをなす。受訴裁判所は、鑑定人の指定を一人に制限することができる。受訴裁判所は最初に指定された鑑定人に代えて、他の鑑定人を指定することができる。

、ある特定の種類の鑑定のために鑑定人が公に選任された場合には、特別な事情によって必要とされる場合に限り他の鑑定人が選任されるものとする。

、裁判所は、鑑定人として尋問するのに適した者を指定するよう当事者に求めることができる。

、当事者双方がある特定の者を鑑定人とするについて合意した場合には、裁判所はその合意に従わなければならない。しかし裁判所は、当事者のなす選任を一定の人数に制限することができる。」

⁸ 選任主体としては、商工会議所（GewO36条1項）、手工業会議所（HandwO91条1項8号）、建築技術委員会、州の農業庁、税理士会などがあり、リストが作成される。

⁹ ZPO407条1項「鑑定人に選任された者は、必要とされる種類の鑑定をなすについてその者が公的に選任された場合、又はその者がその知識が鑑定の前提をなす学問、芸術、若しくは営業を公的に業務として行う場合、又はその者がその業務を行うために公的に選任され、若しくは授權されている場合には、その選任に従わなければならない。」

¹⁰ ZPO410条2項「鑑定人が、該当する種類の鑑定をなすについて一般的に宣誓を行った場合には、なされた宣誓を引用すれば足り、この引用は、書面による鑑定においてもまたこれをなすことができる。」

¹¹ ZPO406条1項「鑑定人は、裁判官の忌避に関する原因と同一の原因によってこれを忌避することができる。しかし、鑑定人が証人として尋問されたことを忌避の原因とすることはできない。」

1990年の司法簡素化法によって、裁判所と鑑定人が協力する義務が詳細に規定されている¹²。

これによると、裁判所は、鑑定人に立証主題、任務の内容や範囲を詳細にするなどして、鑑定人の活動を指揮しなければならない（ZPO404a条1項）。ただし、裁判所は、立証主題を作成するに先立って鑑定人の意見を聞くことができる（ZPO404a条2項）。

他方で、鑑定人は、公選鑑定人を除き、裁判所の委託を引き受ける義務はないが、委託を受けた場合に、当該問題が自己の専門分野に属するものであるかなど返答する義務がある（ZPO407a条1項）。また、鑑定人は他人に任務を委託することなく、自ら行う義務を負う（同条2項）。さらに、委託事項、費用の点に関して疑問が生じた場合には、これを裁判所に伝える義務を負う（同条3項）。

このように、裁判所と鑑定人の間で、鑑定事項や任務内容に関して緊密に情報交換することが奨励されているが、他方で、当事者にも、鑑定人への指示期

¹² ZPO404a条

「、裁判所は鑑定人の活動を指揮しなければならず、また鑑定人に活動の種類及び範囲について指示を与えることができる。

、特別な事情がある限り、裁判所は立証主題の作成前に鑑定人の意見を聞き、鑑定人になすべき課題を指示し、求めに応じて委託について解説を加えるものとする。

、事実関係について争いがある場合には、裁判所はどの事実を鑑定人が鑑定の際の基礎とすべきかを定める。

、必要とされる限り、裁判所は、鑑定人がどの範囲で証明すべき問題の解明について権限を有しているか、どの程度まで鑑定人は当事者と関係を持つことが許されるか、また、いつ鑑定人は当事者に調査への関与を認めることができるかについて決定する。

、鑑定人への指示は、当事者に通知することを要する。鑑定人への指示について特別の期日が開かれる場合には、当事者にはその期日への出席が認められなければならない。」

ZPO407a条

「、鑑定人は、委託された事項が自己の専門に該当するかどうか、また、他の鑑定人の意見を必要とすることなく解決できるかどうかを遅滞なく吟味しなければならない。委託された事項が自己の専門に該当しない場合、又は他の鑑定人の意見を必要とする場合には、鑑定人は裁判所に遅滞なくその旨を通知しなければならない。

、鑑定人は委託された事項を他の者に囑託する権限を有しない。他の者の協力を得た場合において、それが副次的な意味を持つに過ぎない補助的業務でない場合には、鑑定人はその者の名前を挙げ、かつその者が協力した範囲を告げなければならない。

、鑑定人が、委託された事項の内容及び範囲について疑問をもつ場合には、鑑定人は、遅滞なく裁判所による解明を求めなければならない。鑑定に見込まれる費用が訴訟物の価格に比して明らかに過大である場合、あるいは要求された予納費用を著しく超過する場合には、鑑定人は適時にこれを指摘しなければならない。

、鑑定人は裁判所の要求がある場合には、書類その他の鑑定に援用された資料及び調査の結果を遅滞なく引き渡すか、又は通知しなければならない。鑑定人がこの義務を履行しない場合には、裁判所は引渡しを命じうる。

、裁判所は鑑定人にその義務についての指摘を行う。」

日に立ち会うことによって、指示内容を知る機会が保障されている（ZPO404a 条 5 項）。さらに裁判所は、必要があれば、鑑定人と当事者が関わりを持つ程度や、当事者が調査に関与できる範囲を定めることができる（ZPO404a 条 4 項）。

また、鑑定事項のうち、第二、第三類型では以下のような規律が課されている。まず、第二類型の場合、鑑定人が経験則を適用すべき前提事実は、裁判所が、当事者間で争いのない事実、あるいは証拠調べによって確定された事実から示さなければならない（ZPO404a 条 3 項）¹³。前提事実の確定に専門知識が必要であれば、鑑定人が自ら調べることによって定めることが可能であるが（第三類型）、証人尋問などの、前提事実の認定過程に鑑定人が立ち会って、自ら証人に対して質問をすることも認められている¹⁴。

第三類型では、鑑定人に対して認定を委ねることのできる事実は、専門的知識を要する事実（専門事実）に限られる。通説によると、専門知識を要しない事実の認定を委ねることは認められないが、仮に鑑定人が鑑定作業中にかかる事実を認定した場合には、追加事実（Zusatztatsachen）として、鑑定人を証人尋問することによって、利用が可能となる。

当事者は、憲法上の法的審問請求権（GG103 条 1 項）あるいは証拠調手続への立会権（ZPO357 条）を根拠に、鑑定作業に立ち会うとともに、鑑定意見の内容を事前に知る機会が与えられる。

（ 5 ）鑑定意見の評価

判例によって高度な信憑性が承認された経験則（絶対的経験則）¹⁵の場合などを除くと、裁判所は、鑑定意見を自由に評価して、その採否を判断することができる（ZPO286 条）。必要があれば、鑑定人を尋問したり、再鑑定を行ったりすることができる。

しかしながら、実際には、裁判官に鑑定意見を理解する専門知識が欠けているため、十分に吟味することができないままに、鑑定意見をそのまま採用せざるを得ない場合が少なくないことが問題となっている。この問題点を解消する方法として、後述のような専門参審制や専門助言者の制度の導入が提唱されている。

（ 6 ）鑑定人の報酬

¹³ この方法によると、裁判官が鑑定命令に先立って心証を開示する結果となる。

¹⁴ BGH1957 年 1 月 30 日判決（NJW1957-506）。Kessler, Die Tatsächlich Grundlage des Sachverständigengutachtens – Zugleich eine vergleichende Betrachtung der verschiedenen Verfahrensordnung, 1974, S.78 ff., Jessnitzer/Günter/Ulrich, 前掲（注 6）S.189 ff. 刑訴法 80 条 1 項を類推適用する。

¹⁵ 例えば、血液型と親子関係との関係などが挙げられる。

鑑定人は、証人及び鑑定人の費用補償に関する法律によって費用の補償を受ける（ZPO413条）。この補償や鑑定に必要な費用は訴訟費用となり、敗訴者が負担する。

また、鑑定作業に先立ち、申立人から費用の前払いを受けることもできる（ZPO402条、379条）。

2、 独立的証拠調べ（Selbständiges Beweisverfahren）

1990年の司法簡素化法で、独立的証拠調べ（ZPO485条2項）が創設されたことによって、証拠調べの場面以外にも鑑定を行うことが可能となった。すなわち、訴訟係属中やそれ以外の場面で、相手方の同意がある場合、または証拠方法の滅失、利用が困難になる恐れがある場合にはもちろん（ZPO485条1項）、このように証拠保全の目的がなくても、訴訟係属前に、ある者の容態又はある物の状態若しくは価格、人的損害、物的損害又は物についての瑕疵の原因、人的損害、物的損害又は物についての瑕疵の除去に要した費用の確定について、法的利益があれば書面による鑑定を命ずることができる¹⁶。訴訟の回避に役立つ可能性があれば、法的利益があるものとみなされる（ZPO485条2項2文）。独立的証拠調べの結果に基づいて、当事者が任意に話し合いを行うことで和解が成立することもあるが（ZPO492条3項）、その後の本案訴訟の中でその結果を提出した場合には、独立的証拠調べに相手方当事者が欠席した場合を除き、鑑定意見として利用することができる（ZPO493条）。

3、 準備手続における専門家の利用

民事事件は原則として1回の期日（主要期日）で処理されなければならないため（ZPO272条1項）、事前に入念かつ包括的な準備が必要となる。そのために、早期に第一回期日を指定して争点整理を行い、主要期日に集中証拠調べをする方法（早期第一回期日方式）と、当事者間の書面交換によって争点整理を行う方法（書面先行手続方式）が用意されている。早期第一回期日では一切の訴訟行為をすることができるため、鑑定を含めた証拠調べを行うこともできる。

裁判所は、早期第一回期日前、または書面先行手続方式では主要期日前において、証拠決定をすることが可能である。鑑定や、後述の官公庁への照会については、加えて証拠調べまで行うことができる（ZPO358a条）。

また、裁判長や裁判官が各期日の準備のために必要な処分を行うことができる。しかしながら、これは証拠方法を用意するための処分に限られ、官公庁に対する照会を行うことは可能であるが、鑑定を行うことはできない（ZPO273

¹⁶ 例えば、建築瑕疵の原因と修繕費用を調査するために、鑑定人を現場に派遣することができる。

条、378条)。

三、 専門家団体の知識の利用

前述のように、原則として鑑定人は自然人であり、団体や法人に対して鑑定を委ねることは認められない。これは、実際に作業を行う者が明らかでなく、裁判所や当事者の監督が困難になるからである。他方、今日では、個人の専門家が有する偏頗性を緩和するため、また、組織による大規模な調査を可能にするため、団体に鑑定を委託する必要性も高まっている。原則としては、団体の構成員を鑑定人として任命し、その鑑定人が補助者を利用して調査等を行わなければならないが、以下の場合には例外が認められている。

1、 官庁鑑定 (Behördengutachten)

刑事訴訟法では、規定上、官庁や公的団体に対して鑑定を委託することを認められている (StPO83条3項)¹⁷。また、特別法の中では、これらの団体が鑑定を行う義務が定められている場合もある。例えば、特許庁は、2つの鑑定意見が対立した場合において、裁判所の要請に応じて鑑定を行う義務を負う¹⁸。

そのため、民事訴訟上は規定がないが、刑事訴訟法と特段の区別をする必要がないこと、様々な特別規定が存在することを理由に、これらの団体に鑑定を委ねることが解釈上認められている。これらの団体による鑑定結果について、従来の判例や学説は、書証や後述の官公庁への照会として扱ってきたが、最近では、鑑定として扱い、鑑定規定を修正して適用する見解が多い。例えば、自然人を前提とする忌避規定や宣誓規定は適用できないが、鑑定人尋問に関する411条3項¹⁹を修正して、担当者に書面鑑定の説明を求めること、書面で質問すること等が可能である²⁰。

¹⁷ StPO83条3項「重大な事例においては、専門官庁の鑑定を求めることができる。」

¹⁸ PatG29条1項、GebrMG21条、MarkenG58条1項。その他にも以下の団体には鑑定を行う義務がある。商工会議所 (IHKG1条1項)、手工業会議所 (HWO91条2号)、農業会議所 (Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen 32条)、公証人会議所 (BNot67条4項、78条2項4号)、州の建築会議所、建築鑑定委員会 (BauGB192条1項、193条1項4号)、保健衛生局、連邦銀行 (Gesetzes über die Deutsche Bundesbank 34条3項。紙幣や硬貨の真正。)、税理士会 (StBerG76条2項7号)、国立図書館 (歴史鑑定)、气象台、州の医師会など (Jessnitzer/Günter/Ulrich (前掲注6) S.52 ff.参照)

¹⁹ ZPO411条3項「裁判所は、書面による鑑定の解説のために、鑑定人の出頭を命じることができる。」

²⁰ Jessnitzer/Günter/Ulrich,前掲(注6),S.59, Musielak, ZPO(3 Auf.), §404, Rn.2 ただし、実際に作業を行った者を忌避することや、尋問に出頭した者に宣誓を行わせることなどは認められるという論者もある。

2、 官公庁への照会 (Amtliche Auskunft)

裁判所は、必要があれば、官公庁に対して職権で情報の照会を求めることができる (ZPO118 条 2 項、273 条 2 項 2 号、358a 条 2 号、437 条 2 項)²¹。規定上は期日の準備段階などで利用することが予定されているが、実際には証拠調べの手段としても利用されている。

官公庁への照会の法的性質、鑑定との関係については、判例、学説が分かれているが、証人尋問や鑑定規定が適用されないため、これらの規律を回避しないように、職務上作成された記録の再現のような容易な報告に限定され、複雑な調査は鑑定手続によって行わなければならないという見解が多い²²。

四、 私鑑定 (Privategutachten) 等

私鑑定とは、当事者の委託に基づいて行われる鑑定である。裁判上の鑑定意見を反駁する目的などで提出される。この訴訟上の位置付けについては規定がなく、争いがあったが²³、最近では当事者の主張として扱い、両当事者が合意すれば鑑定意見と同じ扱いをすることができるとする判例、学説が多い²⁴。また、私鑑定の証明力については、裁判官が私鑑定から十分に知識を得られれば、鑑定を行わずに判決で利用することができるという考え方もあるが、私鑑定には中立性の点で問題があるため、その証明力を重視せず、裁判上の鑑定意見の信憑性を覆し、第二鑑定を行うきっかけとなるにすぎないという考え方が有力で

²¹ ZPO273 条 2 項 2 号「すべての期日を準備するために、裁判長又は受訴裁判所の裁判長が定めた陪席裁判官は、特に、以下のことをなすことができる。…官庁又は公職者に対し証書の提出又は職務上の情報の提供を求めること。」

ZPO358a 条 2 号「裁判所は、口頭弁論前に既に証拠決定を行うことができる。決定は、それが以下の事項を命じるときに限り、口頭弁論前にこれをなすことができる。…官署の報告の取り寄せ。」

ZPO437 条 2 項「裁判所は、真正について疑いを持つ場合には、文書が作成されたとされる官公庁又は前項の者に対して職権によっても真正に関する陳述を求めることができる。」

ZPO118 条 2 項「裁判所は、申立人に事実に関する主張を疎明する旨求めることができる。裁判所は、事実調査をなすことができ、特に書類の提出を命じ、また報告を取り寄せることができる。…」

²² 以上につき、Ulrike Hohlfeld, Die Einholung amtliche Auskunft im Zivilprozeß, 1995, Lutz Sonnemann, Amtliche Auskunft und Behördengutachten im Zivilprozeß, 1995 参照。

²³ 20 世紀初頭の判例は、当事者の合意がある場合に限って書証として扱っていたが (RG1910 年 1 月 25 日判決 (JW1910-191) \ RG1922 年 3 月 28 日判決 (JW1924-962)) 同意がなくても書証の形で利用することが認められるようになった (BGH1956 年 11 月 8 日判決 (VersR1956-63) \ BGH1962 年 2 月 13 日判決 (VersR1962-450))。

²⁴ BGH1982 年 5 月 27 日判決 (NJW1982-2874) \ OLG Karlsruhe1984 年 8 月 22 日判決 (VersR1984-1194) \ BGH1986 年 5 月 5 日判決 (NJW1986-3077,3079) \ BGH1993 年 9 月 29 日判決 (NJW-RR1994-225) \ BGH1997 年 4 月 22 日判決 (MDR1997-880) \ Stein/Jonas, ZPO, Vor§402, Rn.56~59

ある²⁵。私鑑定人の報酬や費用は、委任契約に基づいて委託当事者が支払うが、私鑑定がなされたことによって、当事者の主張立証が可能になった場合には訴訟費用として扱われる²⁶。

その他でも、刑事訴訟など他の手続きで提出された鑑定意見は、書証の形で利用することができ、場合によってはその鑑定人を証人尋問することができる。また、医療関係の分野では鑑定委員会が設置されており、当事者は訴訟外で仲裁を求めることができるが、委員会が行った鑑定は、書証として訴訟に提出することができ、この場合には証拠資料となる²⁷。

五、 専門参審制

1、 現行法上の参審制

ドイツでは、一部の裁判所において、職業裁判官以外の裁判官（名誉職裁判官）が裁判体に参加する制度（参審制）が採用されている点が特徴的である²⁸。名誉職裁判官は各種立法によって特に認められた場合にのみ設置される（DRiG44条）。参審制が採用された趣旨は様々であるが²⁹、通常裁判所の民事事件に目を向けると³⁰、商事事件を扱う商事部（GVG93条以下）のように、名誉職裁判官である商人の専門知識を利用することを目的として参審制を採用するところもある³¹。そこで、以下では商事部の参審制について紹介する。

商事部は、1人の職業裁判官と2人の商事裁判官から構成され（GVG105条）

²⁵ 前者の例として Jessnitzer/Günter/Ulrich,前掲(注6),S.17ff、後者の例として Stein/Jonas, ZPO, Vor§402, Rn.56~59がある。

²⁶ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO,§91 Rn.297

²⁷ OLG Köln1989年10月19日決定（VersR1990-311）

²⁸ 例えば、行政裁判所の第一審や一部の上級裁判所、財政裁判所の第一審では、職業裁判官のほかに、一般市民から選任される名誉職裁判官の参加が認められている（FGO4条3項、VwGO5条3項、9条3項）。刑事裁判所では一般市民が参審員として参加する（GVG29条、76条）。また、労働裁判所では全ての審級において労使双方から選ばれた名誉職裁判官が（ArbGG16、35、41条）社会裁判所では全ての審級において、保険者、被保険者、保険医などから選ばれた名誉職裁判官が参加する（SGG3条、30条1項、38条2項）。

²⁹ 行政裁判所や財政裁判所は、一般市民による行政のコントロールを可能にすることを目的としているし、労働裁判所や後述の商事部は、職業裁判官よりも同業者の方がより適正、迅速な裁判をすることが可能であるという古くからの思想が背景にある。

³⁰ 民事裁判所では、原則として参審制は採用されていない。ただし、商事部の他にも、農業事件を扱うために区裁判所の中に設置される農業裁判所（LwVG1条）控訴審の農事部では、裁判所の管轄内で自営業として農事に従事している者が従事していた者が名誉職裁判官として参加している。これらの裁判官は、上級地方裁判所長が候補者名簿に基づいて選任する（LwVG3条1項、4条1項）。その他にも、有価証券整理法30条1項では、地方裁判所に「有価証券審査部」を設置し、1人の職業裁判官と2人の名誉職裁判官の関与を認めるが、実際にはほとんど利用されていないようである（齊藤哲『市民裁判官の研究』（信山社、2001年）148頁注1）。

商事裁判官は商人や法人取締役などの中から、商工会議所によって任命される（GVG108条、109条1項）。商取引や商慣習に関する商事裁判官の専門知識は、鑑定を行わずに利用することが認められている（GVG114条）。

名誉職裁判官は、職業裁判官と同じ権利と義務を有する。したがって口頭弁論やそれに付随する裁判、合議、判決作成に参加する権利と義務を負うし（DRiG45条1項、GVG112条）³²、職業裁判官と同等の評決権を有している。また、職業裁判官と同様に中立性、公正さが求められ、それを保障するために、ZPO41条以下の裁判官の除斥、忌避、回避の制度が適用される。

なお、名誉職裁判官は原則として無報酬で職務を行うが、名誉職裁判官の補償に関する法律³³によって、日当や旅費、宿泊費などを受けることができる。ただし、商事裁判官の場合はこれらの補償も制限される（GVG107条参照）。

2、参審制に対する批判

もっとも、参審制に対しては様々な問題点も指摘されている。

（1）商事部に対する批判

商事裁判官に対しては以下のような批判がある。まず、商事裁判官が事件記録を閲覧して事件の内容を把握することは稀であり、裁判長が記録を閲覧し、その内容を説明せざるを得ないことが多い。また、商事裁判官は常任ではなく、利用できる日が限られているため、商事裁判官の審理への参加を常に要求すると、次回期日までの期間があき、訴訟遅延が引き起こされうる。したがって、実務では、商事裁判官を利用するのは簡単な事件に限定し、審理に時間を要することが予想される複雑な事件では、当事者の合意を得た上で、職業裁判官のみで審理、裁判が行われている³⁴。また、商事部設置の最大の目的は、商事裁判官の専門知識を利用するという点であったが、必ずしも商事裁判官が紛争解決に必要な商事慣習の存在を熟知しているとは限らないため、鑑定を行う必要性は依然として残り、また、商事慣習の存在などについては、商工会議所の鑑定が容易に利用できるため、今日では、その存在意義自体が疑問視されている³⁵。

（2）参審制を専門訴訟に導入することの利点と問題点

³¹ Kissel, GVG, §114

³² したがって、質問権、記録閲覧権を有すると共に、釈明義務を負う（Kissel, GVG, §112）。

³³ Gesetz über die Entschädigung der Ehrenamtlichen Richter in der Fassung der Bekanntmachung v. 1. Oktober 1969, BGBl. 1. S.1753

³⁴ Heinz Weil, Der Handelsrichter und sein Amt, 3., neu Auf., 1981, S.35 ff. 同様の問題は、一般市民が名誉職裁判官として参加する裁判所においても生じているようである。

³⁵ Hans Jacob Maier, Das Ende der Kammern für Handelssachen, DRiZ1977-280, Münchner Kommentar ZPO (1992), GVG§114

現在の裁判所には、専門的な問題を解決する能力が不足しているという問題点、とくに鑑定意見を理解することができないという問題点を解決するために、立法論として、以上の制度のほかに、専門的知見を要する訴訟では広く専門参審制を採用すべきであるという主張もある。専門参審制には、専門的な問題に適切な対応をすることが可能となり、鑑定を行う必要性が減少するのみならず、仮に鑑定を行う場合であっても、鑑定事項の決定、鑑定人の選任が容易になるのみならず、鑑定意見の理解が容易になることなどの利点が指摘されている³⁶。

しかしながら、この立法論に対しても批判が多い。

まず、実効性の点で問題がある。すなわち、専門分野が多様であることを考慮すると、都市部の大規模な裁判所でしか実現可能性がないと考えられる。また、単独裁判官の事件では利用することができないし、専門家裁判官を常任とした場合にはとくに、適切な専門家を得ることが困難であると予想される。

また、専門裁判官が紛争解決に必要な専門知識を有していない場合もあり、鑑定を行う必要性が全くなくなるとは限らない³⁷。

それ以外にも、専門的な問題以外の問題、とくに法律問題について合議体の解決能力が低下すること、専門的な知識が要求されない事件においては専門裁判官は意味を持たないことが問題視されている。もちろん、合議体の中で、法律問題は職業裁判官、専門的な問題は専門家裁判官に委ねることになるだろうが、このような分業は合議体の構成員全員が全ての問題について責任を負うべきであることを考慮すると適切ではない。

さらに、合議体の中で専門家が職業裁判官に対して一方的に専門知識を提供することになるため、鑑定の場合よりも、専門家の利害関係、自己の見解に固執する可能性に対する当事者の監督が困難になるため、専門家の意見が過大評価され、専門家が合議体の中で不当に大きな影響力を行使する可能性がある³⁸。とくに、当事者に、専門的な知識が欠けている場合には、このような監督はより困難となる³⁹。

このような問題があるために、鑑定制度の改正を検討した 1975 年に民事訴訟

³⁶ Kurt Rudolph, Möglichkeiten und Grenzen einer sachkundigen Besetzung der Richterbank, JZ1975, S.318 ff., Pieper/Brennung/Stahlmann, Sachverständige im Zivilprozeß, 1982, S.62

³⁷ Pieper/Brennung/Stahlmann, 前掲(注 36), S.62, Olzen, Das Verhältnis von Richtern und Sachverständigen im Zivilprozeß unter besonder Berücksichtigung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung, ZZP93(1980), S.83 f.

³⁸ Olzen, 前掲(注 37), S.83, Horst Sendler, Richter und Sachverständige, NJW1986, S.2910, Peter Arens, Deutschen Landesbericht, Der Technische Sachverständige im Prozeß, S.34 f., Pieper, Richter und Sachverständiger im Zivilprozeßrecht, ZZP84(1971), S.39, Franzki, Der Sachverständige – Diener oder Herr des Richters?, DRiZ1991, S.316, Rudolph, 前掲(注 36) S.318 ff.

法委員会による報告書の中でも、専門参審制を拡大することは否定されている⁴⁰。また、専門参審制の採用を主張する論者の中においても、専門家の役割を鑑定意見の理解に限定したり、参審制を採用する裁判所を上級裁判所に限定したり、当事者に専門家を陪席裁判官にする請求権を認めるなどして、その利用場面を制限する論者が多い⁴¹。

(3) 特許裁判所の例外と侵害訴訟への参審制の拡大の可否

ここで、同様の批判は、技術裁判官の参加を肯定する連邦特許裁判所にも妥当するのではないかという疑問も生ずる。この点に対して、ゼンドラーは、専門参審制一般に対しては否定的な態度を示しながらも、以下の理由により、特許裁判所の参審制は許容することができると論じている。まず、連邦特許裁判所の審理対象が限定されており、専門的問題が無制限に拡大する可能性がないため、先に指摘したような問題点が顕在する可能性は極めて低い。また、当事者自身が専門家であるため、専門的な議論を理解することが十分に可能であり、当事者によって技術裁判官の中立性や知識の妥当性を監督することが十分に期待できる。さらに、連邦特許裁判所には多種多様な専門部が用意されており、専門裁判官が単なる「専門ジェネラリスト」にとどまらず、当該専門分野に精通しているために、多くの問題について鑑定を行う必要性がない。このことは、BGHの特別部が1つしかないため、すべての専門分野に対応することはできず、鑑定を行わざるをえなくなっている点からも明らかである⁴²。これに対して、侵害訴訟に専門参審制を採用する場合は、一般的な批判がそのまま妥当する。

六、 立法論

ドイツでは、専門家を、合議体の構成員、裁判官の助言者 (Berater) 助言機関として専門的な問題に関して助言を行い、審理過程全般、場合によっては合議や判決の作成段階にも参加させる制度は用意されていない。

立法論として、このような制度を導入することを提唱する論者もある⁴³。この立法論に対しては、鑑定事項の作成、鑑定人の選任が容易になり、専門的な問題や鑑定意見に対する正しい理解が可能になるという理由で、肯定的な評価も

³⁹ Sendler, a.a.O., S.2914

⁴⁰ Bericht der Kommission für das Zivilprozeßrecht, S.138 f.

⁴¹ Franzki,前掲(注 38)S.316, Rudolph,前掲(注 36)S.318 ff., Sendler,前掲(注 38)S.2914

⁴² Sendler,前掲(注 38),S.2918 f.

⁴³ Pieper,前掲(注 38)S.39, Pieper/Brennung/Stahlman,前掲(注 36)S.33 ff., Helmet Pieper, Perspektiven des Gerichtsgutachtens – Der Sachverständigenbeweis im Rechtspflege - Vereinfachungsgesetz, WiVerw1981, S.52

なされているが⁴⁴、批判も少なくない。

まず、適切な専門家を得ることが物理的、経済的に不可能であるのみならず、とくに合議への参加を認めた場合、手続が不透明であるため、当事者によるコントロールが不可能となり、基本法上保障されている法的審問請求権（GG103条1項）が害されるのみならず、助言者の意見が過大に評価される危険性がある⁴⁵。

もっとも、提唱者は、このような批判に対して、そもそも口頭弁論後に裁判官が専門書を閲読することができることとの均衡からは、専門家に助言を認めることは当然認められるべきであるし、助言者の役割を口頭弁論や準備手続に限定すれば手続の透明性が害されたり、専門家の意見が過大評価される危険を回避することができるし、仮に口頭弁論終結後に専門家の助言が必要となった場合には、弁論を再開する等の方法によって当事者に助言内容を知る機会を保障すれば足りると反論を加えている⁴⁶。

⁴⁴ Franzki,前掲(注 38),S.316, Arens,前掲(注 38),S.36

⁴⁵ Franzki,前掲(注 38),S.336, Rudolph,前掲(注 35),S.317, Bericht der Kommission für das Zivilprozessrecht, S.138 f., Olzen,前掲(注 37)S.85

⁴⁶ Pieper/Brennung/Stahlmann,前掲(注 36),S.63 ff.

ドイツの知的財産関連訴訟における専門家の参加

以下においては、標記の点について概観する。なお、本研究会におけるその重要性等に鑑みて、特許訴訟を中心とし、その他の知的財産訴訟については、特許訴訟との対比において必要な限度にとどめる。また、専らドイツ国内法を対象とし、欧州法（条約等）については、ここでは触れないこととする^{*1}。

第1 特許訴訟関係^{*2}

1. 特許訴訟関係の手續・機関等の概要

(1) 序

ドイツにおける特許裁判手續に関しては、侵害訴訟手續の系統（通常の民事訴訟手續）と無効手續・抗告手續の系統（連邦特許裁判所という特別の裁判所が関与する手續）からなる。後記の地方裁判所、上級地方裁判所、連邦通常最高裁判所、連邦特許裁判所のいずれも、ドイツにおける5つの裁判権系列^{*3}のうちの一つである通常裁判権（ordentliche Gerichtsbarkeit）に属するものである。ちなみに、上記のうち、地方裁判所、上級地方裁判所は、ラント（Land）の裁判所であり、連邦通常最高裁判所、連邦特許裁判所は、連邦（Bund）の裁判所である^{*4}。そして、連邦通常最高裁判所は、特許訴訟においては、多様な役割を有し、侵害訴訟（民事訴訟）の上告審（Revisionsinstanz）、無効手續の控訴審（Berufungsinstanz）、抗告手續の法律抗告審（Rechtsbeschwerdeinstanz）と

*1 別稿「ドイツ法及び欧州法（条約等）における特許侵害訴訟と特許無効等について」において、まとめて取り扱う。

*2 特許訴訟関係のドイツ法については、拙著『特許審決取消訴訟基本構造論』（平成15年、有斐閣）（以下、『基本構造論』として引用する）17頁以下を参照されたい。

*3 通常裁判権（民刑事裁判権等）、行政裁判権（Verwaltungsgerichtsbarkeit）、社会裁判権（Sozialgerichtsbarkeit）、財政裁判権（Finanzgerichtsbarkeit）、労働裁判権（Arbeitsgerichtsbarkeit）の5つの裁判権の系列である。なお、これら以外に、特別の地位を占めるものとして、憲法裁判権がある。

*4 上記の5つの各裁判権系列においては、各系列の最高裁判所だけが連邦裁判所であり、下級裁判所はラント裁判所であるのが原則であるが、この例外として、連邦特許裁判所等がある。

しての役割を併有する。このように、各最終審が連邦通常最高裁判所^{*5} という単一の裁判所であることは、特許関係の判例の統一に大きく資するものとされている^{*6}。

(2) 侵害訴訟手続

特許権の侵害等については、通常の民事訴訟の1つとして、侵害訴訟手続が存在する。第1審が地方裁判所 (Landgericht)、第2審 (控訴審) が上級地方裁判所 (Oberlandesgericht)、第3審 (上告審) が連邦通常最高裁判所 (Bundesgerichtshof [BGH]) である。一般の民事訴訟事件については、第1審は、訴額等に応じて、区裁判所 (Amtsgericht) と地方裁判所という2つの可能性があるが、特許侵害訴訟事件については、明文の規定により、訴額等にかかわらず、地方裁判所 (民事部) が第1審となっている^{*7}。

後述のように、特許侵害裁判所には、当該特許権の有効性について判断する権限はないとされている^{*8}。

(3) 無効手続、抗告手続

(a) ドイツ特許商標庁 (Deutsches Patent- und Markenamt [DPMA]^{*9} (以下、「特許庁」又は「ドイツ特許庁」という) の審査課 (Prüfungsstelle) (審査官 (Prüfer)) の特許出願拒絶決定^{*10} に対する不服申立は、連邦特許裁判所 (Bundespatentgericht [BPatG]) (抗告部 (Beschwerdesenat)) に対する抗告 (Beschwerde) である^{*11}。また、付与された特許に対しては、異議申立期間 (3月) 内に限り、異議 (Einspruch) の申立が可能であり^{*12}、この申立については、

*5 特許関係は、第10民事部 (10. Zivilsenat) という単一の部が担当している。ただし、ドイツの場合、連邦通常最高裁判所においても、各部は非常に細分化されている点には、注意を要する。

*6 W. Bernhardt/R. Kraser, Lehrbuch des Patentrechts, 4. Aufl. 1986 S. 290.

*7 特許法 (Patentgesetz [PatG] (BGBl. 1981 I S. 1)) 143条1項。

*8 この点については、別稿「ドイツ法及び欧州法 (条約等) における特許侵害訴訟と特許無効等について」の第1の4.(1) (頁) を参照。

*9 従前はドイツ特許庁と呼ばれてきたが、1998年11月からは上記のように呼ばれている。なお、特許法上は、「特許庁 (Patentamt)」とされている。

*10 特許法 48条。

*11 特許法 73条1項。

*12 特許法 59条1項。

特許庁の特許部 (Patentabteilung) が決定をなすが^{*13}、この決定に対する不服申立も、連邦特許裁判所 (抗告部) に対する抗告である^{*14}。そして、これらの連邦特許裁判所 (抗告部) の決定に対しては、連邦通常最高裁判所に対する法律抗告 (Rechtsbeschwerde) が可能である^{*15}。

(b) 付与された特許に対しては、上記異議申立期間経過後には、異議手続が係属中でない限り、連邦特許裁判所 (無効部 (Nichtigkeitssenat)) に、無効手続 (Nichtigkeitsverfahren) を提起することができる^{*16}。そして、この連邦特許裁判所 (無効部) の決定 (Entscheidung) に対しては、連邦通常最高裁判所に対して、控訴 (Berufung) を行うことができる^{*17}。この控訴審が無効手続の最上級審である。このように、最高裁判所である連邦通常最高裁判所が控訴審 (事実審 (Tatsacheninstanz)) であるのは、他に例を見ないものとされている^{*18}。

(c) なお、上記の抗告手続と無効手続については、現行制度では、連邦特許裁判所の抗告部と無効部が管轄しているが、1961 年の制度改正以前は、特許庁の抗告部と無効部が管轄していた。この改正前の制度では、戦前から引き続き、特許庁の出願拒絶決定等の決定に対する不服申立は、特許庁抗告部が最終審であったが、公権力による権利の侵害に対する裁判所への不服申立を保障する憲法 (ボン基本法) 19 条 4 項との関係が問題とされた。この点に関して、連邦行政最高裁判所 (Bundesverwaltungsgericht) の 1959 年 6 月 13 日判決^{*19} は、ドイツ特許庁はボン基本法の意味における裁判所ではなく、その抗告部の決定は行政行為であり、行政裁判所において取り消し得るものであると判示した。この判決を受けて、1961 年に、ボン基本法の改正^{*20} も伴った上で、連邦特許裁判所という連邦裁判所を新設し、従前は特許庁内の機関であった抗告部・無

*13 特許法 61 条 1 項。なお、2002 年から 2004 年の 3 年間は、特許異議については、特許庁ではなく、連邦特許裁判所 (抗告部) が管轄権を有することとされている。同法 147 条 3 項。"Das Bundespatentgericht" (herausgegeben von der Stelle für Presse und Öffentlichkeitsarbeit, Januar 2002) S. 6 (連邦特許裁判所 HP 掲載) 参照。

*14 特許法 73 条 1 項。

*15 特許法 100 条。その名のとおり、法律問題だけが法律抗告事由となる。

*16 特許法 81 条 1 項・2 項。

*17 特許法 110 条 1 項。

*18 Bernhardt/Kraser, a.a.O., S. 302; R. Busse, Patentgesetz, 5. Aufl. 1999 vor 110 Rn. 1 [Keukenschrijver] 参照。

*19 NJW 1959, 1507 = GRUR 1959, 435.

*20 同改正によるボン基本法 96 条 1 項 (現在の条項) は、連邦は、工業所有権 (gewerblicher Rechtsschutz) の事件のため、連邦裁判所を設置することができる旨規定する。

効部を、この新設裁判所に移管するという大制度改革がなされた^{*21}。抗告部・抗告手続と無効部・無効手続につき正しく理解するためには、上記のような歴史的経緯の理解が不可欠なものといえよう。

2. 前記各手続における専門家の参加、専門性の確保等について

(1) 侵害訴訟手続

第1審の地方裁判所^{*22}においては、3名（又は1名）の職業裁判官からなる裁判体によって審理判断される^{*23}。控訴審の上級地方裁判所においては、3名（又は1名）の職業裁判官からなる裁判体によって、審理判断される^{*24}。上告審の連邦通常最高裁判所においては、5名の職業裁判官からなる裁判体によって審理判断される^{*25}。このように、侵害訴訟においては、職業裁判官のみによって、審理判断がされ、名誉職裁判官（非職業裁判官）の関与はない。なお、後述の無効手続・抗告手続におけるような技術系構成員の関与はない。また、我が国における工業所有権関係の裁判所調査官制度のような専門的補助職の制度もない。

他方、技術的な専門的知見の補充が必要と認められる場合には、民事訴訟法（Zivilprozessordnung）上の鑑定（Sachverständige）の制度（同法402条以下）が用いられるが^{*26}、この点では、専門的知見が必要とされる他の種類の訴訟の場合と異なるものではないといえよう。侵害訴訟において、鑑定が用いられる頻度については、裁判所（裁判体）ごとに、かなりの違いがあるようである^{*27}。

なお、第1審の地方裁判所については、ラント政府（ないしラントの司法行政部門）が、複数の地方裁判所の管轄を1つの地方裁判所の管轄に集中するこ

*21 以上の歴史的経緯の詳細については、『基本構造論』21-25頁参照。

*22 なお、前記1.(2)参照。

*23 特許侵害訴訟の第1審は、地方裁判所の民事部が担当するが、地方裁判所の民事部では、職業裁判官3名（又は1名（単独裁判官の場合））によって構成される裁判体による（裁判所構成法（Gerichtsverfassungsgesetz [GVG]）75条）。ちなみに、地方裁判所の商事部においては、1名の職業裁判官（裁判長）と2名の名誉職裁判官によって構成される裁判体による（裁判所構成法105条）。

*24 裁判所構成法122条1項。

*25 裁判所構成法139条。

*26 なお、鑑定制度を含むドイツ民事訴訟一般における専門家の利用の詳細については、杉山悦子「ドイツ民事訴訟における専門家の利用」に譲る。

*27 これは、鑑定を用いると、審理が長期化する傾向があることにも関係があるようである。

とができるとされている^{*28}。これにより、比較的少数の地方裁判所に管轄が集中され、裁判所の専門性が図られている。

(2) 無効手続、抗告手続

(a) 無効手続

まず、無効手続の第1審の連邦特許裁判所無効部においては、2名の法律系構成員と3名の技術系構成員の双方からなる合議体によって審理判断がなされる。法律系構成員のうちの1名が裁判長（Vorsitzender）となる^{*29}。

なお、法律系構成員は、ドイツ裁判官法（Deutsches Richtergesetz）による裁判官職の資格を有するものでなければならない。また、技術系構成員は、技術分野において専門知識を有するものでなければならないが、国家又は大学の最終試験に合格した者でなければならないことを条件として、特許法26条2項（原則として、総合大学、工業・農業大学又は鉱業大学において技術又は自然科学を専攻し、国家又は大学の最終試験に合格し、その後少なくとも5年間、技術又は自然科学の分野における専門的職業に従事し、かつ、必要な法的知識を有している者に限られる）が準用される^{*30}。

次に、無効手続の第2審（控訴審）である連邦通常最高裁判所においては、5名の職業裁判官からなる合議体によって審理判断がなされる。前述のように、最上級審ではあるが、控訴審（つまり事実審）であり、実際上も、新たな無効事由や新たな事実・証拠の提出がなされることも稀ではない^{*31}。しかるに、ここでも、我が国における工業所有権関係の裁判所調査官制度のような専門的補助職の制度はない。技術的な専門的知見の補充が必要と認められる場合には、民事訴訟法上の鑑定制度が用いられるにとどまる。

(b) 抗告手続

抗告審である連邦特許裁判所抗告部においては、出願拒絶決定、特許の維持、取消、減縮の決定に対する抗告、特許法130条、131条、133条の決定に対する抗告については、法律系構成員1名と技術系構成員3名（うち1名は裁判長）の合議体^{*32}によって扱い、特許法23条4項、50条1項・2項の決定に対する抗告については、法律系構成員1名（裁判長）と技術系構成員2名の合議体に

*28 特許法143条2項。

*29 以上につき、特許法67条2項。

*30 以上につき、特許法65条2項。

*31 『基本構造論』29-34頁参照。

*32 なお、このように、偶数名（4名）による合議体であるが、評決において可否同数の場合には、裁判長の意見によることとされる（特許法70条2項）。

よって扱い、特許法 31 条 5 項の決定に対する抗告については、法律系構成員 2 名（うち 1 名は裁判長）と技術系構成員 1 名の合議体によって扱うが、その余の抗告については、法律系構成員 3 名の合議体によって扱う^{*33}。法律抗告審である連邦通常最高裁判所においては、5 名の職業裁判官の合議体により審理判断がなされるが、これは、前述のとおり、法律審である。

第 2 補論--その他の知的財産訴訟関係

その他の知的財産訴訟関係については、特許訴訟関係との対比において必要な限度で、その概略を述べるにとどめることとする。

1. 侵害訴訟関係

実用新案法、意匠法、商標法、不正競争防止法、著作権法等のいずれにおいても、侵害訴訟については、前述の特許法の場合と基本的に同様である。そして、侵害訴訟（民事訴訟）の第 1 審は、地方裁判所であり、かつ、前記第 1 の 2.(1)と基本的に同様の管轄集中がなされ、専門性が図られている^{*34}。

そして、上記各法の侵害訴訟等においても、専門的知見の補充が必要な場合には、民事訴訟法上の鑑定制度が利用可能であると解されるが、実際の利用については、個別の事案ごとに決せられることとなろう。この点でも、民事訴訟一般の場合と同様であるといえよう。

2. その他の裁判手続関係

(1) 実用新案法^{*35}

出願拒絶決定（特許庁実用新案課）や 実用新案登録の抹消（Loschung）の請求に対する決定（特許庁実用新案部）に対しては、連邦特許裁判所への抗告が可能である^{*36}。については、法律系構成員 2 名、技術系構成員 1 名の合議体により、については、法律系構成員 1 名、技術系構成員 2 名の合議体により、審理判断がなされるが、いずれの場合も、法律系構成員が裁判長となる^{*37}。

*33 特許法 67 条 1 項。

*34 実用新案法 27 条 1 項・2 項、意匠法 15 条 1 項・2 項、商標法 140 条 1 項・2 項、不正競争防止法 27 条 1 項・2 項参照。ただし、著作権法においては、管轄集中はなされているが、第 1 審が地方裁判所の専属管轄ということはなく、地方裁判所レベル（第 1 審・控訴審）と区裁判所レベルとで、それぞれ管轄集中がなされている（同法 105 条）。

*35 Gebrauchsmustergesetz [GebrMG].

*36 実用新案法 18 条 1 項。さらに、この連邦特許裁判所抗告部の決定に対しては、法律問題に限り、連邦通常最高裁判所への法律抗告が可能である（同法 18 条 4 項）。

*37 実用新案法 18 条 3 項。

(2) 意匠法^{*38}

意匠法に基づく特許庁の決定に対する抗告手続は連邦特許裁判所（抗告部）においてなされるが^{*39}、法律系構成員 3 名の合議体によって審理判断がなされる^{*40}。

(3) 商標法^{*41}

特許庁の商標課（Markenstelle）及び商標部（Markenabteilung）の決定に対しては、商標法 64 条 1 項の不服申立（Erinnerung）がなされていない限りにおいて、連邦特許裁判所（抗告部）への抗告が可能である^{*42}。この抗告については、法律系構成員 3 名の合議体によって審理判断される^{*43}。

(4) 不正競争防止法、著作権法

不正競争防止法^{*44}、著作権法^{*45}については、上記に対応するような特別の手続は存在しない。

以 上

*38 Gesetz betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen (Geschmacksmustergesetz).

*39 意匠法 10a 条 1 項。さらに、この連邦特許裁判所抗告部の決定に対しては、法律問題に限り、連邦通常最高裁判所への法律抗告が可能である（同法 10a 条 2 項）。

*40 意匠法 10a 条 1 項。

*41 Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (Markengesetz).

*42 商標法 66 条 1 項。さらに、この連邦特許裁判所抗告部の決定に対しては、法律問題に限り、連邦通常最高裁判所への法律抗告が可能である（同法 83 条）。

*43 商標法 67 条 1 項。

*44 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG].

*45 Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz).