

付録 8 . 無効審判における主張と証拠について

小 目 次

はじめに	287
第 1 章 総説	288
1 . 主張と証拠との関係	288
2 . 証拠の意義	289
3 . 「証拠」の語の意味	289
4 . 証拠の種類	290
5 . 証明の対象と証明の必要性	290
6 . 証拠の評価	292
7 . 立証責任と主張責任	294
第 2 章 証拠調べと証拠の申出	298
1 . 証拠調べとは	298
2 . 当事者による証拠の申出	298
3 . 職権による証拠調べ及び職権審理	302
第 3 章 証拠調べの手続き	304
第 1 節 証拠調べの手續に関する総則的規定	304
第 2 節 証人尋問	306
第 3 節 当事者尋問	312
第 4 節 鑑定	314
第 5 節 書証	319
第 6 節 検証	326
第 7 節 証拠調べの記録、証拠調べ調書	330

無効審判における主張と証拠について

はじめに

無効審判は、当事者対立の審理構造を取る点で民事訴訟と共通しているうえ、審判手続について民事訴訟法の規定を数多く準用したり、民事訴訟類似の手続を採用するなどして、準司法的な手続によって審判が厳正に行われるようにしている（準司法的である点が、審判の専門性の点と併せ、審決取消訴訟で一審省略とする理由ともなっている）。そのため、無効審判は民事訴訟と類似のものとして議論されることが多いが、次のように、基本的な相違から手続的な相違まで、両者の間には多くの相違点があり、無効審判に固有の特徴を形成している。

民事訴訟は、当事者間の紛争の解決を目的とする。これに対し無効審判は、当事者間の紛争解決のみを目的とするものではなく、公益代表の立場に立つ審判官が、当事者以外の第三者の利害も含め、特許等の行政処分 of 瑕疵の有無について裁断するものである。

この制度目的の相違にも起因して、民事訴訟は原則として当事者主義・弁論主義（訴訟の主導権を当事者に与えるとともに訴訟資料の収集等も当事者の責任とする主義）に立脚しているが、無効審判は職権主義（審判の主導権を審判官に与えるとともに審判資料の収集も審判官が職権で行えるとする主義）に立脚している。

民事訴訟は、当事者の訴訟行為を口頭でしなければならないという口頭主義をとっており、判決手続においては原則として口頭弁論が必須とされている（なお、口頭弁論の概念があるため、これに対する弁論準備手続の概念もある）。これに対し、無効審判では、審理方式としての口頭審理・書面審理の区別はあるが、当事者の主張等を口頭でしなければ有効なものにならないという意味での口頭主義は取られていない。

行政手続である無効審判は迅速性の要請がより強いから、請求理由の記載要件、要旨変更補正の許否要件、審判請求書への証拠物件の添付義務、訂正請求可能な期間の限定など、早期に主張・立証が行われるようにする法律上又は省令上の措置が盛り込まれている。

したがって、無効審判の審理は、民事訴訟の考え方を援用しつつも、無効審判に固有な部分も多々ある点に留意する必要がある。そこで、本稿では、無効審判における当事者の主張と証拠の取り扱いに関して、民事訴訟上の考え方を紹介しつつ、無効審判における取り扱いを解説する。

第1章 総説

1. 主張と証拠との関係

実体法は、一定の法律要件を充足する事実があるときに一定の法律効果を生じるように作られているから、一定の法律効果を生じさせるためには、この法律効果を生じさせるための法律要件を充足する具体的事実が存在しなければならない。

民事訴訟法においては、当事者が自己に有利な事実、ひいてはそれにより生じる法律効果を陳述することを「主張」という。(事実の存否に関する主張を「事実上の主張」、法律効果に関する主張を「法律上の主張」と呼ぶ。また、特に後者のうち訴訟物であるような法律効果の存否に関する主張を「請求」という。)

他方、当事者によって事実の存否又は法律効果の存否に関する主張がされた場合、裁判所は、主張された事実又は法律効果の存否を確定することが必要不可欠になるところ、当事者の主張だけでは事実の存否や法律効果の存否は必ずしも確定できないから、その主張を裏付けるものが必要になる。そこで、裁判官に事実の存否につき確信を得させる資料となるのが「証拠」である。すなわち「証拠」とは、当事者の「主張」する事実の存否や法律効果の存否に関する裁判所の認定の客観性や公正さを担保するものである。

この基本構造は無効審判でも同様であり、本件特許発明が特許法第29条第2項の規定に違反してされたものであることを理由として特許を無効とすべき旨の特許無効審判を請求する場合を例にとると、審判請求人は、特許法第29条第2項の規定の要件を充足する事実を無効審判請求書の請求の理由の欄に記載することにより、法律要件を充足する事実の存在を主張するとともに、請求の趣旨の欄に本件特許を無効にするとの審決を求める旨を記載することにより、特許無効という法律効果を主張することになる。

そして併せて、その主張を裏付けるための証拠、例えば、出願前に頒布された刊行物を提示することが必要となる。

このように、当事者が主張する事実を証明しようとして提出されたものが証拠であるから、「主張」と「証拠」とは別概念のものである。

これは無効審判においても同様であるが、特に特許無効審判においては「主張(された事実)」と「証拠」とが密接不可分であるような事案が多いため、審理において両者の区別をすることに実益がない場合も多い(注1参照)。しかし、例えば平成15年改正における請求理由の記載要件や要旨変更の許可の規定などの適用に当たっては、両者の区別を明確にする必要がある場合があるので、留意する必要がある(その他の留意点として注2参照)。

(注1) 特許無効審判においては、特許法第29条第2項の発明の進歩性の有無、とりわけ出願前に頒布された刊行物に記載された発明(先行技術発明)に基づいて当業者が当該特許発明を容易に発明することができたか否かが審理の中心になることが多い。その場合、無効審判請求人の「頒布刊行物に或る発明が記載されている」旨の主張

と、その主張事実を裏付ける「頒布刊行物を証拠方法とする証拠」との関係を見ると、両者は密接不可分であるとともに、ほぼ一義的な対応関係にある（実質的内容が一致している）ことが多い。そのため、「主張（された事実）」と「証拠」とを峻別しなくても実質的な問題がないことも多い。

（注２）特許無効審判の審判官は技術専門家であり、職権審理にも慣れているため、審判請求人の主張内容（どのような事実の存在を主張しているか）について検討する以前に、提出された証拠（刊行物等）を取り調べれば先行技術発明の存否についての事実が容易に把握できる場合も多い（「論より証拠」）。審判請求人の主張事実と審判官が証拠から認定した事実とが一致する場合は、主張事実と証拠とを峻別する実益は多くないが、これらが一致しない場合は、審判請求人の主張事実と異なる事実認定をすることになるので、被請求人の意見聴取機会の要否等を検討する必要がある。

２．証拠の意義

無効審判において審判合議体が当該特許等が無効か否かの判断をするためには、その特許等が無効であるとの法律効果を生じさせるための法律要件を充足する具体的な事実の存否を確定しなければならない。このような事実の確定の客観性を担保するために、証拠による事実の認定が要請される。

当事者が主張する事実を証明しようとして提出したものが「証拠」である。特許無効審判において、ある先行技術が周知であると主張して、その周知技術が記載された文献を提出することは、その技術が周知であるという事実を証明するために提出されたものであるから、証拠の提出であって、参考資料の提出ではない。（平成１５年改正法の特§ 131 の２に規定する特許無効審判の請求理由の要旨を変更する補正の制限との関係では、審判請求人が、当初に記載していなかった新たな請求理由、すなわち新たな無効理由の事実を証明しようとして、参考資料と称するものを提出することがあるが、これは証拠の提出にはかならない。そして、その証拠の提出とともに、新たな無効理由の事実を主張した場合は、その主張は請求理由の要旨変更には該当する。）

一方、法令の解釈や適用は審判官の専権事項であるから、証拠によって証明する必要はなく、したがって法令の解釈のために審判官が参照するよう提出される判決例等は、参考資料と位置付けられる。

３．「証拠」の語の意味

訴訟において、「証拠」という語は、下記のような種々の意味に用いられるので留意が必要である。無効審判においても同様の意味で用いられる。

- (イ)当事者が裁判所に事実の存否につき確信を得させようとする行動という作用的な意味。この意味の場合は「立証」とも言う。
- (ロ)当事者が裁判所に確信を得させるためにその取り調べを求め又は裁判所が自ら取り調べる有形物という有形的な意味。この意味の場合は「証拠方法」とも言う。これには、人的証拠と物的証拠、直接証拠と間接証拠等の区別がある。

- (ハ)裁判所が証拠調べの結果感得した資料という無形的な意味。この意味の場合は「証拠資料」ともいう。
- (ニ)裁判所が証拠調べの結果に基づいて確信を得た原因という結果的な意味。この意味の場合は「証拠原因」とも言う。

4．証拠の種類

(1)本証と反証

「本証」とは、ある事実につき立証責任を負う当事者が提出する証拠方法、又はそのような立証活動のことを言い、裁判官に確信を抱かせることによって目的を達する。（原告が請求原因事実を立証するための証拠方法、及び、被告が抗弁事実を立証するための証拠方法は、通常、本証である。）

これに対して「反証」とは、事実を否認する相手方が提出する証拠方法、又はそのような立証活動のことを言い、本証により裁判官の確信を生ずることを妨害し、又は既に生じた確信を動揺させて真偽不明であるとの心証へ引き戻せば、その目的は達せられる。

無効審判においては、審判請求人が立証責任を負う無効の理由となる事実（例えば発明の進歩性欠如）を証明するのが本証であり、被請求人が、例えば、請求人の提出した刊行物の解釈についての請求人の主張を否定するような事実を証明するのは反証である。

(2)直接証拠と間接証拠

その証拠方法による証明の対象が「主要事実」であるか、「間接事実」又は「補助事実」であるかによる区別である。（なお、「主要事実」とは、法律効果の発生に直接必要な事実のことであり、根拠条文の法律要件を充足する具体的事実をいう。「間接事実」とは、主要事実の存在を推認させる事実のことをいう。「補助事実」とは、証拠能力（証拠の適格性）や証拠力（証拠の価値）を明らかにする事実のことをいう。）

「直接証拠」とは、主要事実を直接証明するのに役立つ証拠である。「間接証拠」とは、間接事実や補助事実の証明に役立つ証拠のことであり、これを通じて主要事実の推認をもたらす又は直接証拠の証拠力を明らかにするものである。

(3)人的証拠（人証）と物的証拠（物証）

証拠方法が人的なものか物的なものかによる区別である。人証には、「証人」、「当事者本人」、「鑑定人」があり、物証には「文書」、「検証物」がある。そして、それぞれの証拠方法に応じて、「証人尋問」、「当事者尋問」、「鑑定」、「書証」、「検証」などの証拠調べがある。

5．証明の対象と証明の必要性

審判請求の当否を判断するためには、適用条文の法律要件を充足する事実の有無が確定されなければならない。このように証明の対象は、通常は事実の存否である。

しかし例外的に、事実の存否の判断に必要な経験則や特殊な法規についても証明が必要となる場合がある。

(1)事実

適用条文の法律要件を充足する「主要事実」、主要事実の存在を推認せしめる「間接事実」、証拠の証拠能力や証拠力に関する「補助事実」が、証明の対象となる。

証明の必要性については、民事訴訟法においては「裁判所において当事者が自白をした事実」及び「裁判所において顕著な事実」については証明を要しないとされている（民訴 § 179）。（ただし、当事者が自白した場合に証明を要しないのは主要事実に限られ、補助事実・間接事実の場合は自白した事実でも証明を要する。）

これに対し、特許法においては「顕著な事実」のみを証明を要しない事項としており、当事者が自白をした（主要）事実についても証明を要するものとしている（特 § 151 で読み替え準用する民訴 § 179）。すなわち、審判においては、審判官に顕著な事実は証明を要しない事実（不要証事実）であり、それ以外の事実は証明を要する事実（要証事実）である。

このような差異が設けられている理由は、当事者主義・弁論主義を原則とする民事訴訟においては、当事者が自白をした事実は、当事者間に争いがない事実として裁判所を拘束し、裁判所はその事実を判決の基礎としなければならないとの立場に立っているのに対し、職権主義を原則とする審判においてはこれと異なり、審判合議体は当事者が自白した事実に拘束されず、合議体自らの証拠調べに基づいて事実認定をすることができるとの立場に立っているためである。

他方、審判においても、顕著な事実は証明を要しないものとされているから、当事者が証拠を提出する必要はないし、審判官も証拠によらずに顕著な事実の存在を認定することができる（特 § 151 で読み替え準用する民訴 § 179）。

「顕著な事実」とは、審判合議体が明確に知得し、かつ証拠による認定がなくとも合理的判断であるとして疑念をもたれない程度に客観性を担保されていることが明らかな事実をいう。顕著な事実には、「公知の事実」と「職務上顕著な事実」がある。公知の事実とは、通常の知識と経験を有する一般人が信じて疑わない程度に知れわたっている事実、例えば、歴史上有名な事件・天災など、をいう。（ここでは、発明の新規性・進歩性等の判断の際に用いられる先行技術のことを意味する「公知事実」とは異なる意味で用いられている。）職務上顕著な事実とは、合議体がその職務を遂行するにあたって、又はこれと関連して知ることができた事実であって、明確な記憶をもつものをいう。

(2)法規

審判官は、特許法の専門家であり、民事訴訟法等も含め、自らの法律に関する知

識に基づいて法を適用する職責を負うから、一般には法規を証明する必要はない。しかし、極めて特別な法規については、必ずしもその存在が審判官に明白であるとは限らないから、自己に有利な法規を主張する当事者が法規の存在を証明する必要がある。

(3) 経験則

日常の経験上、世上一般に認められている事実の判断に関する法則一般のことを「経験則」と言う。日常の経験上一般に知られている事物の性状についての知識（およそこの事物はこのような性状を有しているものであるという法則）や、日常の経験から帰納して得られる因果関係（このような原因があれば当然にこのような結果が生じるものであるとの法則）などが、経験則と呼ばれる。

日常生活の常識に属する思惟法則のほか、芸術・自然科学・商取引などにおける法則もある。いわゆる技術常識と呼ばれるもののうち、技術的な経験上一般に認められている法則も経験則である。

裁判や審判にあたっては、事実の確定に際して経験則によらないわけにはいかず、裁判官や審判官は法規と同様にこれを運用する職責を持つ。

審判官は、担当する技術分野の技術常識を有するから、一般的な技術上の経験則は証明の必要がない。しかし、事件によっては、その発明の属する個別の技術分野に特有の技術上の経験則があり、このような専門的な経験則については証明の必要がある。

6．証拠の評価

(1) 自由心証主義と証拠共通の原則

民事訴訟法においては、「裁判所は、判決をするに当たり、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果を斟酌して、自由な心証により、事実についての主張を真実と認めるべきか否かを判断する」（民訴 § 247）こととされている。

無効審判においても、審判合議体の自由な心証により事実についての主張が真実か否かを判断すべき点では、共通すると考えられる。

他方、無効審判は民事訴訟とは異なり「口頭弁論」の概念がないから「口頭弁論の全趣旨」を斟酌対象と規定することに意味がない点、無効審判は職権主義を取るから「（当事者による）事実についての主張」だけでなく審判官が職権で探知した無効理由の事実についても審理判断することができる点で、民事訴訟とは異なる（したがって、民訴 § 247 は特許法に準用されていない）。

しかし、証拠の提出を当事者の責任とする民事訴訟であれ、審判官も職権で証拠を探知することができる無効審判であれ、当事者のいずれがその証拠を提出したかということに基づいて事実認定をしなければならない制約はない。提出された証拠を如何に評価するかについては裁判官や審判官は自由であり、一方の当事者が提出

した証拠はその者に有利な事実認定のためにのみ使用できるというような制約は存在しない。むしろ、証拠の提出者に不利な（相手方に有利な）認定のためにもその証拠を使用することができる。これを「証拠共通の原則」という。

したがって、審判合議体は、いずれの当事者から提出された証拠であるかを意識せずに事実の認定をすることができる。

(2) 証拠能力と証拠力

「証拠能力」とは、一定の証拠資料を心証形成のために利用することができるための適格性のことを言う（これとは若干異なるが、証拠方法として用い得る適格性を「証拠適格」と呼ぶ場合もある）。民事訴訟では自由心証主義の建前から、証拠能力に制限を認めないのが原則であるが、違法収集証拠の証拠能力を巡っては議論がある。

これに対し「証拠力」とは、その証拠資料が裁判官や審判官の事実認定に役立つ具体的な効果のことであり、証拠価値とも呼ばれる。換言すると、証拠の信憑性の度合いを指す用語である。

証拠方法が文書である場合は、証拠力の問題は更に、作成者の記載がない文書の場合のように、それが文書の作成者の意識を表示するものとして真正に成立したかどうか（「形式的証拠力」）の問題と、その文書の成立性が肯定された後における文書の内容の信憑性（「実質的証拠力」）の問題の２段階に分かれる。

(3) 証明と疎明

証拠の証拠力（信憑度等）の判定を裁判官の自由な判断に任せる自由心証主義を取るといっても、主張される事実等が証明されたといえるためには、一定の判断基準が必要である。

「証明」とは、ある事実の存在について、裁判官が確信を得た状態（証明された状態）のこと、又は確信を抱かせようとする当事者の努力（立証努力）のことをいう。この場合の「証明（確信を得た状態）」とは、科学的な疑いをまったく排斥する完全無欠の極めて高度の証明を求める趣旨ではなく、ある事実の存在について通常人が合理的な疑いを差し挟まない程度に高度の真実の蓋然性があれば足りるとされている。この必要とされる証明の度合いの考え方は、無効審判においても同様に適用できると考えられる。また、この考え方は、無効理由の事実について頒布刊行物のような文書で証明する場合であれ、証人のような人証で証明する場合であれ、同様に適用されると考えられる。

これに対し「疎明」とは、裁判官が事実の存在が一応確からしいとの認識を持った状態のこと、又はこれを得させるために証拠を提出する当事者の努力（立証努力）のことをいう。疎明は原則として明文で認められた場合に限られ、速やかな処理を必要とする場合、手続的な問題あるいは派生的な問題について認められている（審判においては、証言拒絶の理由を疎明しなければならない点で民事訴訟法を準用している（民訴 § 198 → 特 § 151）ほか、除斥・忌避の理由は疎明しなければならないとしている（特 § 142）、

特施則 § 60 の 2 ）。疎明は証拠調べを簡単迅速に行うことを目的とするので、その証拠方法は即時に取り調べることができるものに限定されている（民訴 § 188 → 特 § 151 ）。

(4) 厳格な証明と自由な証明

「厳格な証明」とは、証拠方法やその取り調べの手続が法律上厳格に定められている証明である。請求の当否の判断に必要な事実については、厳格な証明が要求される。無効審判の請求が成立するか否かに必要な事実、例えば、特許発明の進歩性欠如の無効理由の事実の存否については、厳格な証明が必要である。

これに対し「自由な証明」とは、法律上厳格に定められた証拠方法やその取り調べの手続によらなくても足りる証明のことである。職権調査事項（当事者の確定、当事者能力、手続能力等の一般的な訴訟要件など）については、裁判の公正さを害さない限り自由な証明で足りると解されている。

7 . 立証責任と主張責任

(1) 立証責任

(1) 立証責任の意義

民事訴訟においても無効審判においても、当事者間に争いのある主要事実の存在の有無を、証拠調べの結果に基づき自由心証により判断し、当事者の主張の成否を決することとなる。

しかし民事訴訟や無効審判において利用し得る認識手段にも自ずから限界があり、また、人間の認識能力にも限界があるから、裁判や審判の基礎をなす事実関係をくまなく解明することができずに終わることが起こる。このように当事者の主張が「真偽不明」な場合にも、裁判官や審判官は、事実関係の不明を理由に審決をしないということは許されない。

このような場合に、ある事実が証明できないことをもって一方当事者を不利益に扱うのが「立証責任」である。すなわち、立証責任を負う者が証明すべき事実について真偽不明の場合は、その者が不利益に扱われるとのルールが立証責任のルールである。

このような真偽不明の状態は職権主義を採用する場合においても生じ得るから、無効審判においても立証責任のルールは存在する。しかし、無効審判においては、公知技術との対比などの客観性の高い事項を判断対象とするうえ、当事者の主張立証のほか、一定限度において審判官の職権による審理や職権による証拠調べも可能であるから、審理を尽くした後にもなお真偽不明な状態であり立証責任によって決するほかないような事案が実際に生じることは多くはないと考えられる。

ただし、だからといって立証責任の分配のルールが大きな意味を持たないという

わけではない。立証責任の分配のルールは、真偽不明の場合の裁判や審判の判断規範であるというだけではなく、訴訟外（審判外）や訴訟前（審判請求前）の当事者の行動にも影響を与えうる（例えば、自分が立証負担を負う根拠条文に基づいて請求をする場合は、より慎重に証明の可能性を検討せざるをえないであろうし、その結果、和解への誘引も生じるであろう）。また、裁判や審判の手続の過程において、立証負担を負う当事者は、より積極的に証拠を提出する必要に迫られるし、その証拠が相手方当事者の反論にさらされる機会が多くなるという実態上の影響もある。

(四)立証責任の分配

いずれの当事者が立証責任を負うかという「立証責任の分配」の基本的法則については、特に法律に定めがないことが多く、法規の解釈によって立証責任の分配が明らかにされる。通説的見解によれば、以下のようなものである。

他人に対して一定の権利を主張する者は、権利の発生要件を定めた権利根拠規定の法律要件について立証責任を負う。

その権利の発生に対する障害を主張する者は、権利発生障害要件を定めた権利障害規定の法律要件について立証責任を負う。

その権利の行使を一時的に阻止することを主張する者は、権利行使を一時的に阻止する要件を定めた権利阻止規定の法律要件について立証責任を負う。

その権利の消滅を主張する者は、権利の消滅要件を定めた権利滅却規定の法律要件について立証責任を負う。

特許無効審判における立証責任の分配に関する通説によれば、特許法第123条第1項各号は無効事由の「リスト」に過ぎず、立証責任の分配は、そのリストに掲げられる具体的な無効事由の根拠規定の性格によって決められるとされている。

そして、例えば発明の進歩性欠如（特§29）を根拠とする無効審判においては、特§29が特許付与についての権利発生に対する障害要件を規定していることを理由に、無効審判請求人に立証責任があると解し、実施可能要件違反（特§36）を根拠とする無効審判においては、特§36が特許付与についての権利発生要件を規定していることを理由に特許権者（被請求人）に立証責任があると解している。

(八)立証責任の不転換及び軽減

いずれの当事者が立証責任を有するかは、手続の開始前から手続の過程を通じて個々の法律要件について一義的に定まっており、手続の途中で他方当事者に移動する性格のものではない。立証負担を有する者が証拠を提出した場合には、相手方当事者は裁判官や審判官の心証を動揺させるための反証の必要に迫られるが、これは立証責任の分配が手続途中で変更されたものではなく、真偽不明に終われば立証責任を有する者が不利益に扱われることには変わりがない。

しかし、立証責任を負う事実について立証が困難な場合に、立証の負担を軽減して証明を容易にするための手段は用意されており、これには下記のものがある。

法律上の推定

ある法規 A の法律要件要素（甲）に該当する甲事実を立証することが困難な場合に、乙事実の立証があれば、反対事実の証明がない限り、甲を推定するという法規 B が法律に規定されている場合がある。この場合、法規 B を推定規定、甲事実を推定事実、乙事実を前提事実と呼ぶ。この法律上の推定規定によれば、甲事実よりも立証の容易な乙事実に証明主題をずらし、立証の負担の軽減が図れる。無効審判に関係する規定においては、民事訴訟法における文書の成立の推定規定などが準用されている（民訴 § 228 → 特 § 151）。

事実上の推定

主要事実を直接証明すべき証拠（直接証拠）がない場合には、事実認定は多かれ少なかれ、間接事実と経験則の積み重ねによる間接証明の方法が採用される。このように、ある事実（前提事実）から他の事実（推定事実）を推認する場合に、他に特段の事情がない限りそのように推認するのが当然であると思われる経験則（当然の因果関係がある場合や、前提事実が推定事実を指し示す定型的事象である場合等）がある状況で「事実上の推定」が働く。事実上の推定は、無効審判においても用いられる場合がある。

(2)主張責任

(1)主張責任の意義

弁論主義を採用する民事訴訟においては、当事者が主張した事実のみを裁判の基礎とすることができるから、一定の事実が主張されない場合には、裁判所はその事実が存在しないものとして扱わなければならない。したがって、いずれの当事者も訴訟において主張を提出するよう強制されることはないものの、当事者が主張すべき事実について主張をしなければ、結果としてその当事者に不利益を生じることになる。この不利益のことを「主張責任」という。

ただし、裁判所は、民訴 § 247 の規定に基づき「弁論の全趣旨」（口頭弁論に現れた、証拠資料以外の一切の資料・模様・状態を言う。当事者又は代理人の陳述内容、その陳述の態度や時期、更には陳述以外の行為態度（釈明を求められたのに応じないこと等）あるいは、裁判所の釈明処分として行われた検証・鑑定や囑託調査の結果も含まれる。）を斟酌しなければならないから、主張責任を負わない当事者が提出した事実についても弁論の全趣旨として斟酌することになる（「主張共通の原則」）。したがって、主張責任を負う者が事実の存在を主張しなくても、相手方主張の事実を見ると相手方がその事実の存在を主張したに等しい結果になることがあり、この点で主張責任が事実上緩和される場合がある。また、裁判所は、当事者が主張すべき事実を主張していない場合に、その当事者に対してその事実を主張すべき旨を促すこともあるから、その点でも主張責任が事実上緩和されることがある。

無効審判には「口頭弁論」が存在しないから、民訴 § 247 の規定は準用されて

はいないが、審判の審理過程で現れた証拠資料以外の当事者等の陳述内容等の一切の資料・模様・状態等を審理判断の基礎とすることができる点では、民事訴訟と事情は同じと考えられ、その点で、主張共通の原則により主張責任が緩和されることがある。また、周知事実等については、審判官は当事者に対してその周知事実の存在を主張すべき旨を促すことも多い点でも、主張責任はより緩和されうる。更には、無効審判では、当事者が主張しない事実についても審判官が職権で審理することができる点でも当事者の主張責任は一層軽減されうる。しかし、当事者が主張すべき事実を主張しない場合において、審判官が、主張すべき事実を主張するようにその当事者を促さなかったり、その事実について職権審理しなかった場合は、その事実について主張責任を有する者が不利益を被る点で、無効審判においても主張責任の考え方は機能する。

(四)主張責任の分配

民事訴訟においては、いずれの事実についていずれの当事者が主張責任を負うかという「主張責任の分配」については、立証責任の分配の構造と一致するとされている。無効審判においても同様と解される。

(3)平成15年改正法の請求理由の記載要件と主張立証責任の分配

平成15年改正で導入された特許無効審判の請求理由の記載要件の規定（特§131）は、立証責任や主張責任の分配構造に関する規定として導入されたものではなく、単に被請求人の対応負担の軽減と迅速な審理の確保を目的としたものである。すなわち、無効審判を請求するに当たって請求理由として掲げる「特許を無効にする根拠となる事実」について、審判請求人に立証責任や主張責任を負わせることを目的とする趣旨のものではない。

したがって、請求理由の記載要件を満たすために、審判請求人が審判請求書において「特許を無効にする根拠となる事実を具体的に特定し」かつ「立証を要する事実と証拠との関係を記載」しなければならないとしても、そのことによって、その事実について真偽不明の場合に無効審判請求人が立証責任の不利益を被るということはない。同様に、請求理由の記載要件を満たすために、審判請求人が「特許を無効にする根拠となる事実を具体的に特定する」ことが必要であるにしても、この規定により、その事実についての主張責任が無効審判請求人側に存在するということにはならない。

例えば、無効審判請求人は、特許権者が立証責任を負うとされる実施可能要件（特§36）を満たさない旨の事実について具体的に特定したうえで証拠との関係を記載しなければならないが、審理の結果、実施可能要件を満たすとの事実が真偽不明であった場合は、特許権者の不利益に取り扱われると解される。また、無効審判請求人は、特許権者が立証責任（したがって主張責任）を負うとされる実施可能要件（特§36）を満たさないとの事実を請求理由に具体的に特定しなければならないが、審理開始後に、特許権者が実施可能要件を満たすとの事実の存在についての主張を何もしない場合は、特許権者が不利益に取り扱われることになると解さ

れる。

第2章 証拠調べと証拠の申出

1．証拠調べとは

「証拠調べ」とは、証拠（証拠方法）を法定の手續に則って取り調べることをいう。民事訴訟法においては、証拠方法が、証人、当事者、鑑定人、文書、検証物のいずれであるかに応じて、証人尋問、当事者尋問、鑑定、書証、検証などの証拠調べの手續が定められており、これらの規定は審判においても準用されている（特§151）。

特許無効審判においては、先行技術文献等の文書が証拠方法であることが多く、しかもその文書は通常は公報等の頒布刊行物であるため、文書の原本が存在するかどうかや、文書が真正に成立するかどうか（形式的証拠力）などについてはほとんど争いにならない。そのため、文書の成立の推定規定などの証拠調べの規定を運用しなくても済むことが多い。

しかし、証拠方法として提出された文書を審判官が閲読して、その意味内容を係争事実の認定のための資料とする行為は、証拠調べ（「書証」）である。したがって、審判請求人が主張するように先行技術文献中に先行技術発明が記載されている事実が存在するか否かを評価するために、審判官が先行技術文献の記載内容の評価することも、証拠調べの一種である「書証」といえる。その意味では、無効審判の審理にあたって審判官は、ほとんどの場合に証拠調べを行っている。

また、書証が中心となる特許無効審判においても、公知・公用（特§29 - 特§29一・三）に基づく無効理由、冒認出願の無効理由、共同出願要件違反の無効理由などの場合は、書証以外の証拠調べである証人尋問、当事者尋問、検証等を行う必要がある事案が多い。また、これ以外の無効理由の場合であっても、当事者が提出した実験成績証明書の証拠力の評価をする場合等には、実験をした者を証人として証人尋問等の証拠調べを行うことが適切なことがある。

2．当事者による証拠の申出

(1) 証拠の申し出

証拠の申出とは

「証拠の申出」とは、当事者が特許庁に対して特定の証拠方法の取調べを要求する行為である。この証拠の申出は、当事者が自己の主張を証拠調べによって基礎付けるために行われる。

証拠の申出の時機

証拠の申出は、基本的には、審理の終結までいつでもすることができる。しかし、審理の迅速性の観点からは、できるだけ審判請求当初に証拠の申し出がなされるとともに、実際の証拠方法も早期に提出されることが望ましい。

そこで、施行規則上の義務として、審判請求書において、必要な証拠方法を記載するとともに、証拠物件があるときはそれを添付しなければならないものとされている（特施則 § 50 ）。（ただし、証人などの人的証拠については証人尋問等が必要になることから、文書などの物的証拠（証拠物件）に限って審判請求書への添付を義務付けている（特施則 § 50 ）。）

また、平成 15 年改正法においても、できるだけ審判請求当初に証拠を提出させるとの考え方を強化するべく、特許無効審判の請求書の請求理由の欄において「特許を無効とする根拠となる事実を具体的に特定し、かつ、立証を要する事実ごとに証拠との関係を記載」しなければならないこととした（特 § 131 ）。（もっとも、この改正規定は、審判請求当初に証拠を提出する義務を課したものではないが、進歩性欠如の無効理由などの場合に事実を「具体的に特定」するためには、通常は刊行物等の証拠を引用することが必要になるから、多くの場合には審判請求当初に証拠を提出することになると考えられる。）

また、審判請求後の手続においてもできるだけ早期に必要な証拠が提出されるように、答弁書、弁駁書その他の提出書面の提出時に、必要な証拠方法を記載して証拠物件を添付することを施行規則上の義務としている（特施則 § 50 ）。

他方、このように審判請求書、答弁書、弁駁書等に添付することができない証拠の申出（証人尋問等）については、独立して証拠の申出を行う必要がある（特施則 § 58、§ 60、§ 62 等）。

なお、証拠の提出ができるのは審理の終結までであるから、無効審判の審理が終結した後に証拠の提出の申出を採用しようとする場合には、まず審理を再開しなければならない、また証拠の申出を認めた場合は、必要に応じて相手方に答弁並びに反証提出の機会を与える必要がある。

証拠の申出の方式

(イ) 立証趣旨の記載義務

「立証趣旨」とは、「証明すべき事実」（取り調べを求める証拠方法によって証明されるべき具体的事実のこと。立証事項とも言う。）と「証拠方法」との関係のことであり、その証拠方法によって何を立証しようとしているかについての説明のことである。

特許法においては、もともと「証拠の申出は証明すべき事実を特定してしなければならない」として立証事項を特定すべきこととしていた（民訴 § 180→特 § 151）が、平成 15 年改正法では、更に、特許無効審判の請求書の請求の理由の欄において「特許を無効にする根拠となる事実を具体的に特定し、かつ、立証を要する事実ごとに証拠との関係を記載しなければならない」旨の記載要件の規定を導入し、立証事項

と証拠との関係（立証趣旨）を明確にすべきことを規定した（特§131）。したがって、無効審判の請求当初には、立証を要する事実と証拠との関係（立証趣旨）を記載する義務がある。

また、施行規則上の義務としても、審判請求書、答弁書、弁駁書等の提出の際に、必要な証拠方法を記載するとともに、その立証趣旨を明らかにすることを求めている（特施則§46 様式 62、§50 様式 65 の 3、§57 の 3）。また、審判請求書、答弁書、弁駁書等の提出時ではなく独立に証拠の申出をする場合も、証明すべき事実と証拠との関係を具体的に明示しなければならない（特施則§57 の 3）。

無効審判の請求書に立証趣旨が記載されていない場合は、特§131 の請求理由の記載要件の法律規定に違反することになるから、その審判請求書は不適式・不適法となる。他方、無効審判請求書以外の提出書面に記載すべき立証趣旨が記載されていない場合には、施行規則の規定に違反することになるから、それらの書面は不適式ではあるが、不適法な申出とまではいえない。しかし、立証趣旨の記載は証明すべき事項の特定のために重要であるから、立証趣旨の記載がないときは、合議体は必要に応じて審尋をすべきである。

(ロ)証拠方法の特定

審判請求書、答弁書、弁駁書等とともに証拠の申出をする場合も、独立に証拠の申出をする場合も、証拠方法を特定する必要がある。

証拠方法が文書である場合は、文書の記載から明らかなきを除き、文書の標目、作成者、立証趣旨を記載する（特施則§50 様式 65 の 3）。また、その文書に付すべき符号によりその文書を特定する（特施則§46 様式 62 備考 8、§47・47 の 2 様式 63、§47 の 3 様式 63 の 4）。

証拠方法が証人又は当事者の場合は、氏名、住所（居所）及び職業によりその証人又は当事者を特定するとともに、尋問事項と尋問に要する時間を明らかにする（特施則§58 様式 65 の 14、§58 の 2、§59 の 2、§46 様式 62 備考 8、§47・47 の 2 様式 63、§47 の 3 様式 63 の 4）。

証拠方法が鑑定人の場合は、氏名、住所（居所）及び職業によりその鑑定人を特定するとともに、鑑定事項を明らかにする（特施則§60 様式 65 の 20・様式 65 の 22、§46 様式 62 備考 8、§47・47 の 2 様式 63、§47 の 3 様式 63 の 4）。

証拠方法が検証物である場合は、検証の目的物を表示する（特施則§62 様式 65 の 26）。また、審判請求書等の場合には、その検証物に付すべき符号によりその検証物を特定する（特施則§46 様式 62 備考 5、§47・47 の 2 様式 63、§47 の 3 様式 63 の 4）。

(2)当事者による証拠の申出の採否

審判に関しては、当事者の申立てにより証拠調べをすることができる（特§150）とされており、証拠の申出があったときは審判合議体はその採否を決定しなければならない。

審判長は、証拠の申出の手續（特施則 § 57 の 3 ）が不適式な場合は補正を命じ、それが治癒しない場合はその手續を決定却下できる（特 § 133 ）。また、証拠の申出が不適法で補正できないものである場合は、弁明書の提出機会を与えたうえでその手續を却下することもできる（特 § 133 の 2 ）。

適式・適法になされた証拠の申出であっても、証拠の申出の採否は審判合議体の裁量であり、審判合議体が必要でないと認める証拠については取り調べることを要しない（民訴 § 181 → 特 § 151 ）。

ただし、合議体の裁量にすべて委ねられてよいというものではないことは言うまでも無い。証拠の申出の採否の決定の判断基準は、民事訴訟においては概ね次のように運用されており、無効審判においてもこの考え方が適用できる。

（立証事項の種類の観点からの採否の判断基準）

立証しようとする事項が裁判官の職責に属する法規や経験則ではなく「事実」である場合には、原則的に証拠の申出を採用しなければならない。ただし、次のような場合は証拠の申出を認めなくても差し支えない。（下記 及び は、無効審判の請求当初の審判請求書に証拠の文書等の添付がされている場合にも適用できる考え方である。）

必要な法律要件との関係で、法律上意味のない事実について証拠の申出がなされている場合。

不要証事実（顕著な事実）について証拠の申出がなされている場合。

すでに合議体が心証を形成している主要事実につき、さらにこれを基礎付けるための間接事実を証明するために証拠の申出がなされた場合。

同一争点につき、根源・出所が同一で、かつより有力と思われる他の証拠方法についてすでに取り調べが行われている場合。

（証拠方法の種類の観点からの採否の判断基準）

裁判官の知識を補充するに過ぎない鑑定については、証拠の申出の採否についての裁量範囲を広くしても差し支えないが、証人尋問などの証拠方法の場合は、単に証明力が弱いという理由だけで証拠調べをしないとすることは妥当でない。

（唯一の証拠）

当事者が申し立てた証拠が、当該争点に関して唯一の証拠である場合には、裁判所はその証拠を必ず取り調べなければならないとの最高裁判例がある。無効審判の場合、職権探知した証拠があれば、当事者が申し立てた唯一の証拠を必ず取り調べなければならないとは言えないと考えられる。

(3) 証拠の申出の撤回（証拠の撤回）

民事訴訟においては、証拠の申出の撤回ないしは証拠の撤回は、証拠調べに入る

前は任意にすることができるが、証拠調べに入れた後は、証拠共通の原則により、その証拠資料が相手方の有利に用いられる訴訟上の利益を生ずるから、撤回するためには相手方の同意が必要であるとされている。また、証拠調べの終了後には、既に裁判官の心証が形成されているから、撤回はできない。また、証拠の申出に対して証拠調べがなされなかった場合も、審理の終結後は撤回はできないとされている。

無効審判にも同様の考え方が適用できるが、無効審判では、証拠の申出が撤回された場合であっても職権によりその証拠方法について証拠調べをすることができるから、撤回が事実上無意味である場合もある。

3．職権による証拠調べ及び職権審理

職権審理の権限と限界

当事者主義・弁論主義を原則とする民事訴訟とは異なり、無効審判においては、職権主義の原則が取られている。

したがって、当事者が証拠の申出をしない場合にも、審判合議体は職権で証拠調べをすることができる（特§150）。同様に、当事者が申し立てない理由（当事者が主張しない事実等）についても、審判合議体は職権で審理することができるものとされている（特§153）。

ただし、当事者が申し立てない請求の趣旨については職権審理することができない（特§153）から、職権審理においては、当事者の請求の趣旨の範囲内（例えば、無効審判請求人が無効審判を請求した請求項 被請求人が審判の請求棄却を求めた請求項）についてしか職権審理をすることができない。

そこで、審判合議体は、審判請求人が特許無効審判を請求した請求項についてのものである限り、審判請求人が申し出ない証拠（先行技術に係る刊行物等）を職権で探索し、発見した証拠に基づいて、審判請求人が申し立てない理由（発明の進歩性欠如等の特許無効の根拠となる事実等）を職権で認定し、特許を無効にすべき旨の審決をすることができる。

また逆に、被請求人が申し立てない理由を職権で認定し、審判請求人の請求（特許を無効にする旨の審決を求める請求）が成立しない旨の審決をすることもできる。

職権審理の結果に対する当事者の意見陳述機会の確保

職権で証拠調べをした場合は、その結果を双方当事者及び参加人に通知（「職権証拠調べ結果通知」）し、相当の期間を指定して、意見を申し立てる機会を与えなければならない（特§150）。

また、当事者が申し立てない理由（事実）について職権で審理したときも、審判長は、その審理の結果を双方当事者及び参加人に通知（「職権審理結果通知」）し、相当の期間を指定して、意見を申し立てる機会を与えなければならない（特§153）。

このように、職権証拠調べの結果についても職権事実審理の結果についても、当事者への通知と意見陳述機会の確保が義務付けられている。

(職権審理結果通知と職権証拠調べ結果通知との重複排除)

職権証拠調べの結果に基づいて職権で事実審理を行った場合に、特 § 153 の職権審理結果通知 (無効理由通知) と特 § 150 の職権証拠調べ結果通知との双方を通知しなければならないかどうかについては、職権審理結果通知 (無効理由通知) において、職権探知した証拠 (先行技術文献等) を提示したうえで職権審理した無効理由の事実を示していれば、前者が後者を包含しているから、重ねて職権証拠調べ結果通知を行う必要はない。

したがって、特許無効審判において審判官が職権で探知した証拠 (先行技術文献) により進歩性欠如の無効理由の事実を発見した場合において、その結果に基づき特許を無効にすべき審決をしようとするときは、特 § 153 の規定に基づく職権審理結果通知 (無効理由通知) を通知して意見陳述の機会を与えれば足りる。

(結果通知の要否)

どのような場合に職権証拠調べ結果通知や職権審理結果通知 (無効理由通知) をする必要があるかについては、職権証拠調べの結果、特許等の無効理由の証拠を探知できた場合は結果通知による意見聴取が必要であるが、特許等を無効にすることについて何ら関連する証拠を探知できなかった場合は結果通知をする必要はない。しかし、被請求人が主張した事実を積極的に肯定する証拠や、審判請求人が主張した無効理由の事実を積極的に否定する証拠を職権で探知した場合は、その証拠について職権証拠調べ結果通知 (又はこれを包含する職権審理結果通知) を行い、当事者、とりわけ審判請求人の意見を聴くことが必要である。

なお、審判合議体が、職権で裁判所等に文書の送付を囑託した場合は、送付された文書の内容について閲読した結果、無効理由の事実の存在又は不存在に関する心証を得たときに、上記と同様の取り扱いをすれば良い。しかし、審判合議体が職権で官公署等に調査囑託をした場合や職権で証人尋問等をした場合は、その証拠調べの結果に基づき無効理由の事実の存在を認めうるか否かにかかわらず、両当事者に職権証拠調べ結果通知 (又はこれを包含する職権審理結果通知) を行い、意見陳述の機会を与えることが必要である。

職権審理と当事者の主張・証拠に基づく審理

審判合議体は、いずれの当事者が主張したものであれ、当事者が主張した事実を事実認定の基礎とすることができる (主張共通の原則)。また、いずれの当事者が提出したものであれ、当事者が提出した証拠を事実認定を裏付ける証拠として採用することができる (証拠共通の原則)。

更には、無効審判は、職権主義に基づいて、当事者の主張 (自白等) に拘束され

ずに、専門行政庁たる審判合議体が審理するものであるから、当事者が提出した証拠について審判合議体が積極的に解釈を行い、それに基づいて当事者の主張を補完しつつ事実を認定することも可能であると解される。

このように、当事者の主張・証拠に基づいて審理可能な範囲が広いことから、上記のような、当事者が提出しない証拠についての職権証拠調べや、当事者が申し立てない理由（事実）についての職権審理を行うべき局面は、実際にはそれほど多くはない。

第3章 証拠調べの手続き

証拠調べについては、5つの証拠方法の種類（証人、当事者、鑑定人、文書、検証物）に応じて5つの証拠調べ（証人尋問、当事者尋問、鑑定、書証、検証）があり、それぞれに詳細な手続が定められているが、証拠方法の種類によらずに適用すべき総則的規定もある。

そこで、先ず第1節において総則的規定について説明した後、第2節～第6節において、証拠方法の種類に応じた5種類の証拠調べ手続に応じた個別的な規定について説明する。また、第7節において、証拠調べ調書等について説明する。

なお、無効審判においては、5つの証拠調べのうち、もっとも多いのは書証であり、頻度はずっと少ないが、証人尋問と検証がこれに続く。当事者本人尋問や鑑定は例外的である。

第1節 証拠調べの手続に関する総則的規定

1. 当事者が不出頭の場合の取扱い

証拠調べは、当事者が証拠調べの期日に出頭しないときでも行うことができる（民訴 § 183→特 § 151）。

当事者不出頭の証拠調べの期日においては、当事者が出頭していなくても実施できる範囲で証拠調べを行えば足りる。当事者が不出頭の場合の証拠調べの実施が問題となるのは、証人尋問等の人証の場合及び検証の場合であるが、例えば、証人尋問等の人証調べにおいて、証人等に示すべき書証を所持している当事者が欠席したとしても、それまでに提出されている書証に基づいて証人尋問等を実施すれば足りる。

無効審判の審理は、民事訴訟と異なり、職権による審理が可能であるから、当事者が出頭しない場合、合議体ができる範囲で、出頭しない当事者が行うべき証拠調べの行為も積極的に行うべきであろう。

なお、当事者の双方が不出頭の場合は、これを理由として証拠の申出の採用決定を取り消すことも可能である。

2．外国における証拠調べ

証人等の証拠方法が外国にある場合には、証人等が任意に特許庁に出頭して証拠調べを実施することは問題がないが、審判合議体が自ら外国において証拠調べを実施したり、外国にいる証人等を日本の特許庁に呼び出すことには、主権の問題や強制力の問題など様々な問題がある。

そこで外国において証拠調べを実施する場合には、外国の管轄官庁又は外国に駐在する日本の大使等に証拠調べを囑託して実施することとされている（民訴 § 184→特 § 151）。

3．特許庁外における証拠調べ

証拠調べは、公開主義の原則に基づき、審判合議体が特許庁の審判廷において行うことが基本であるが、特定の建物内に設置された機械を検証する場合や、その機械のそばで証人尋問を行った方が尋問に都合がよい場合など、特許庁外で証拠調べを行うことが適切な場合がある。

そこで審判合議体が相当と認めるときは、特許庁の審判廷以外の場において証拠調べをすることができるものとしている（民訴 § 185→特 § 151）。この場合は、公開主義の原則の例外となる。

「相当と認めるとき」とは、一般には、審判合議体が審理上必要であると認めたときであると解される。ただし、「受命審判官」（特施則 § 57、§ 58 の 18）が行う証人尋問については、他の合議員が直接に証拠調べをしないこととなるので、相当性についてさらに特別の制限が課されている（民訴 § 195→特 § 151）。

4．調査の囑託

民事訴訟法（これを準用する特許法）においては、証拠調べの公正を確保するために証人の宣誓義務や反対尋問権の保障など種々の規制を設けているが、公正さに疑問を抱かせないような客観的な事項については、このような証拠調べの規制は必ずしも必要ではない。例えば、刊行物の発行日について、国会図書館に、その受入れ日の調査を委託するような場合がこれに当たる。

そこで、手元にある資料に基づいて容易に調査することができる客観的な事項について、官公署等の公正さを有すると考えられる者に対して調査を委託して、その調査報告を証拠資料とする簡易迅速な証拠調べとして「調査の囑託」が規定されている（民訴 § 186→特 § 151）。囑託事項としては、証人や書証に代わる事実の報告だけでなく、法規・経験則に関する知識の報告を求めるものでもよい。

調査の囑託は、当事者の申立てのほか、職権でも行える。囑託先は、官庁もしくは公署、外国の官庁もしくは公署、又は学校、商工会議所、取引所その他の団体である。団体であれば、公的団体のみならず、会社等の私的団体も含まれるし、権利能力のない社団又は財団でもよい。しかし、自然人には囑託できず、証人尋問又は鑑定によることになる。

調査報告書を証拠資料とするために、当事者がその調査報告を援用する必要まではない。ただし、その調査報告書について当事者に意見陳述の機会を与える必要がある（特 § 150 ）。

第 2 節 証人尋問

1 . 証人尋問とは

「証人尋問」とは、証拠方法が「証人」である場合に、その証人に対して口頭で質問し、当事者間に争いのある事実につき、その者が経験した事実を供述させて、その証言を証拠とする手続である（民訴 § 190、191、195、196、197、198、199 、201、202、203、204、206、278 → 特 § 151 ）。

「証人」とは、自己が過去に経験した具体的事実を法廷で陳述することを命じられた第三者（当事者本人及びその法定代理人以外の者）のことである。

2 . 証人能力、証人適格

証人として尋問され、その聴取された供述が証拠に付されうる一般的適格性を「証人能力」という。証人能力を制限した規定はなく、当事者又は法定代理人などの訴訟追行者以外の者は、年齢や知能・精神状態に関係なく証人能力を有する（ただし、証言の証拠価値は問題になる）。

これに対し、特定の訴訟や審判において証人として尋問されうる個別的適格を「証人適格」という。その訴訟や審判において当事者に代わって訴訟・審判を追行する法定代理人（特 § 7 ）には、証人尋問ではなく当事者尋問の規定が適用される（民訴 § 211→特 § 151 ）ので、当該訴訟における証人適格を有しない。

3 . 証人義務及びその免除

(1)証人義務（出頭義務、宣誓義務、証言義務）

証人として出頭し、宣誓をし、証言をするのは、国家に対する公法上の義務であり、特許法においても、審判合議体は、特別の定めがあるときを除き、何人でも証人として尋問することができる（民訴 § 190→特 § 151 ）とされ、一般人に証人義務があることを明らかにしている。

(イ)出頭義務

証人尋問への呼び出し（特施則 § 58 の 3 ）を受けた証人が出頭できない事由があるときは、直ちにその事由を明らかにして届け出なければならない（特施則 § 58 の 4 ）。呼び出しを受けた証人が正当な理由なく出頭しない場合は、10 万円以下の過料に処せられる（特 § 203 ）。

(D)宣誓義務と宣誓の手続

宣誓は、それによって証人に真実を供述させる決意をさせて、その証言の真実性を担保しようとするものである。証人に対しては、原則的に宣誓義務が課される（民訴 § 201→特 § 151）。証人が正当な理由なく宣誓しない場合は、10 万円以下の過料に処せられる（特 § 203）。

宣誓は、原則として尋問の前にさせ、特別の事由があるときは、尋問後にさせることができる（特施則 § 58 の 5）。特別の事由があるときとは、宣誓能力を有するかどうか不明である者や宣誓拒絶権を有するために宣誓を免除することができる者を尋問する場合等が考えられる。審判長は、宣誓の前に、宣誓の趣旨をできるだけ分かりやすく説明し、かつ、偽証罪の罰について告げなければならない（特施則 § 58 の 5）。

宣誓書には、「良心に従って真実を述べ、何事も隠さず、また、何事も付け加えないことを誓う」旨を記載する（特施規則 § 58 の 5）。審判長は、証人に宣誓書を朗読させ、かつ、これに署名押印させなければならない。証人が朗読できない場合は、審判書記官に朗読させなければならない（特施則 § 58 の 5）。また、宣誓は起立して厳粛に行う（特施則 § 58 の 5）。起立する者の範囲は審判廷内の全員とする。

(H)証言義務と証言拒絶権

(i)公務員に対する証人尋問

公務員又は公務員の職にあった者は、職務上知ることができた秘密を守る義務を法律で課されている（国公 § 100、地公 § 34）。

これらの者を証人として職務上の秘密について尋問する場合には、この守秘義務と証言義務との対立が生じる。そこで、これらの者を証人として職務上の秘密について尋問する場合には、監督官庁等の承認を必要とすることとともに、その監督官庁等が承認を拒むことができる要件を規定している（民訴 § 191→特 § 151）。

この承認は、公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがある場合を除き、拒むことができない。

(ii)証言拒絶権

証言拒絶権は、証人義務の存在を前提とし、証人義務を負う者が証言を要求された場合に、その証言を拒絶できる公法上の抗弁権である。

証言拒絶権は、法定の事由がある場合だけ認められるものであって、当事者との私法上の契約では設定できない。証言を拒絶できるのは、以下の場合である（民訴 § 196、§ 197→特 § 151）。

証人又は証人と一定の関係を有する血族若しくは姻族の関係にあるものが、

刑事訴追、有罪判決を受けるおそれがある事項に関する証言である場合、又は、これらの者の名誉を害すべき事項に関する証言である場合。

公務員の守秘義務に係る事項に関する証言（上記(i)を参照）。

医師、弁護士、弁理士等、職業の性質に照らして他人の秘密を知ることが多い一定の者について、職業上知りえた事実で黙秘すべきもの。

技術又は職業の秘密に関する事項（証人が証言をすると技術又は職業の秘密が公開されてしまってその技術の存在価値が失われ、又はその職業を維持することが困難になることを防止し、その技術の存在価値又は職業の維持遂行を保護するために認められたものである。この規定は、技術・職業の秘密のすべてではなく、そのうちの保護に値する秘密に対してのみ証言拒絶権を認めるものである。）

証人が証言を拒絶しようとするときは、その理由を疎明しなければならない（民訴 § 198 → 特 § 151）。証言拒絶の可否については、上記 の場合を除き、審判合議体が当事者を審尋して決定する（民訴 § 199 → 特 § 151）。証人が正当な理由なく証言を拒んだと認められる場合は、10万円以下の過料に処せられる（特 § 203）。

証人は、証言拒絶の理由があれば、証言をする前まではいつでも証言拒絶できる。証人は、証人呼出状を受取った後から期日前にも、証言が始まった後の途中のどんな段階でも、具体的事項につき証言を拒絶できる。また、書面でも、口頭でも証言拒絶は可能である。

(iii) 正当な理由のない証言拒絶、虚偽陳述

証人が正当な理由なく証言を拒んだ場合は、10万円以下の過料に処せられる（特 § 203）。また、宣誓した証人が虚偽の陳述（偽証）をしたときは、3月以上10年以下の懲役に処せられる（特 § 199）。

4. 証人尋問の申出及び職権による証人尋問

証人尋問は、基本的には当事者の申立てに基づき実施するものであるが、審判においては、職権で証人尋問をすることもできる（特 § 150）。

当事者が証人尋問を申し出るにあたっては、証明すべき事実（立証事項）を特定して申出をしなければならない（民訴 § 180 → 特 § 151）とともに、立証事項と証拠との関係（立証趣旨）を具体的に明示しなければならない（特施則 § 57 の 3）。また、証人を指定し、かつ尋問に要する見込み時間を示した「証人尋問申出書」を提出しなければならない（特施則 § 58）。（なお、証人尋問申出書に、立証事項等が記載されていれば、重ねて証拠申出書（特施則 § 57 の 3）を提出しなくても差し支えない。）

また、証人尋問申出書とともに、尋問事項を記載した「尋問事項書」を提出しなければならない（特施則 § 58 の 2）。尋問事項書はできる限り個別的かつ具体的に記載されなければならない。これには、相手方当事者に反対尋問の準備をさせる意味がある。また、証人尋問を申請する当事者が当該証人と事前に打ち合わせできる場

合には、相手方に対する証拠開示の意味があり、事前に接触できない場合には予告・記憶喚起の意味もある。

5．証人尋問の手続

(1) 尋問の順序と尋問事項

証人尋問の主体者は、その尋問の申出をした当事者、他の当事者、及び審判長である。そして、尋問は、原則としてこの順番で行われる(民訴 § 202 → 特 § 151)。しかし、審判長は、適当と認めるときは、当事者の意見を聞いて尋問の順序を変更することができる(民訴 § 202 → 特 § 151)。

当事者又は参加人による証人尋問は、基本的に交互に行われる(「交互尋問」)ものとされている(特施則 § 58 の 6)。また、交互尋問の順番ごとの尋問事項は、基本的に次のとおりである(特施則 § 58 の 7)。

尋問の申出をした当事者・参加人による尋問(「主尋問」)...立証すべき事項及びこれに関連する事項について行う。

相手方の尋問(「反対尋問」)...主尋問に現れた事項及びこれに関連する事項並びに証言の信用性に関する事項について行う。

尋問の申出をした当事者・参加人による再度の尋問(「再主尋問」)...反対尋問に現れた事項及びこれに関連する事項について行う。

以下、「再反対尋問」、「再々主尋問」等々と続く。(ただし、審判長の許可を要する(特施則 § 58 の 6)。なお、この審判長の許可に対しては異議を申し立てることができる、その場合は審判合議体で異議の可否を決定する(特施則 § 58 の 10)。

審判長による尋問(「補充尋問」)...主尋問が不十分であったり、反対尋問を聴いても事実関係が不明瞭な場合等に審判長が行う。

尋問の原則的な順序は、以上のとおりであるが、審判長は必要がある場合はいつでも自ら尋問(「介入尋問」)できるし、当事者の尋問を許すこともできる(特施則 § 58 の 6)。例えば、反対尋問しようとする内容が、主尋問に現れた事項についてのものでない場合であっても、その尋問をその時点で許可する方が、後の再度の証人尋問等が不要になり効率的であると認めるときには、その尋問を反対尋問として許可することができる。(なお、この審判長の許可に対しては異議を申し立てることができる、その場合は合議体で異議の可否を決定する(特施則 § 58 の 10)。

また、合議体の構成員である陪席審判官も、審判長に告げて尋問することができる(特施則 § 58 の 6)。

尋問の順序ごとの尋問事項については、上記の通りであり、尋問事項が上記の内容以外の事項に関するものであって相当でないと認めるときは、審判長は、申立てにより又は職権で、これを制限することができる(特施則 § 58 の 7)。(当事者は、この審判長の尋問内容制限の職権の発動を促すことができる。逆に、この審判長の制限に対して

は異議を申し立てることもでき、その場合は合議体で異議の可否を決定する（特施則 § 58 の 10 ）。）

(2) 尋問の内容制限

質問は、できる限り、個別的かつ具体的にしなければならない（特施則 § 58 の 8 ）。当事者又は参加人は、下記 ～ のような質問をしてはならない。ただし、～ については、正当な理由があれば質問ができる。

下記 ～ のような質問がされた場合、審判長は、申立て又は職権により、質問を制限することができる（特施則 § 58 の 8 ）。（当事者は、この審判長の質問制限の職権の発動を促すことができる。逆に、この審判長の制限に対しては異議を申し立てることもでき、その場合は合議体で異議の可否を決定する（特施則 § 58 の 10 ）。）

証人を侮辱し、又は困惑させる質問

誘導質問（質問者が答えを先に言いながらする質問等）

既にした質問と重複する質問

争点に関係のない質問

意見の陳述を求める質問

証人が直接経験しなかった事実についての陳述を求める質問

(3) 文書等を利用した質問

当事者又は参加人は、審判長の許可を得て、文書、図面、模型等の物件を利用して証人に質問することができる（特施則 § 58 の 9 ）。（なお、この審判長の許可には異議を申し立てることができ、その場合は合議体で異議の可否を決定する（特施則 § 58 の 10 ）。）

(4) 文字又は図の筆記をさせる尋問

審判長は、必要があると認めるときは、証人に対し、文字又は図の筆記その他の必要な行為をさせることができる（特施則 § 58 の 12 ）。これは、審判合議体が、証人の筆跡等を利用して文書の作成者かどうかを確認したり、証人の図面の書き方を見てその記憶の正確性を判断したりする場合などに利用される。

(5) 書類に基づく陳述の禁止

証人は、審判長の許可がない限り、証人が予め作成してきたメモなどの書類を見ながらこれに基づいて質問に答えることはできない（民訴 § 203 → 特 § 151 ）。

証人がこのようなことをすると、証人のありのままの記憶に基づく自由な証言が阻害されるおそれがあり、偽証もしやすくなるからである。

このようなおそれがない場合、例えば、証人がその経歴などについて予め作成してきた書面に基づいて証言するような場合には、審判長の許可を得てその書面によって陳述することも可能である。

(6)書面による陳述

審判合議体は、相当と認めるときは、証人尋問に代えて、書面の提出で回答をさせることができる（民訴 § 278→特 § 151）。その場合は、審判合議体は、尋問の申し出をした当事者の相手方に対して、当該書面において回答を希望する事項を記載した書面を提出させることができる（特施則 § 58 の 17）。

これは、病気等の理由により、特許庁への出頭が困難と予想される場合において、書面による回答が期待でき、反対尋問が実施されなくても信用性の高い陳述が得られる見込みがあるなどの事案において利用される。

(7)難聴者又は聾啞者の証人

耳が聞こえない証人に書面で質問したときや、口がきけない証人に書面で答えさせたときは、審判長は、審判書記官に、その質問又は回答を朗読させることができる（特施則 § 58 の 15）。（上記(6)とは、証人が在廷している点で異なる。）

(8)証人隔離の原則

証人が複数いる場合は、証人どうしが影響を受けないように、一人ずつ別に尋問するのが原則（「証人隔離の原則」）であり、後に尋問する証人は退廷させた上で先の証人の尋問を行う。しかし、必要があると認めるときは、審判長は、後に尋問する証人に在廷を許すことができる（特施則 § 58 の 13）。

(9)対質

上記のように、複数の証人を尋問する場合は、一人ずつ別に尋問するのが原則であるが、いずれの証人を信用してよいかわからないときには、審判長は、裁量で、証人と他の証人との「対質」を命ずることができる（特施則 § 58 の 11）。

「対質」とは、証人どうしに言い合いをさせることなく、二人以上の証人に対し、同時に同一の問いを発し、あるいは他の証人の供述を聞かせておいた上でその事実はどうかと尋ねるなどして、それぞれ自分の経験したことを証言させるとともに、聞いていた他人の証言に反駁させたり、確かめさせることである。

対質を行うときは、審判長がまず証人を尋問することができる（特施則 § 58 の 11）。なお、対質を命じたときはその旨を調書に記載させなければならない（特施則 § 58 の 11）。

(10)傍聴人の退廷

証人が特定の傍聴人の面前では威圧されて十分な陳述ができないと認めるときは、審判長は、当事者及び参加人の意見を聞いて、その証言の間、その傍聴人を退廷させることができる（特施則 § 58 の 14）。

(11)TV会議システムによる尋問

証人尋問は、原則として審判廷で行われる必要がある。しかし、証人が遠隔地に居住する場合において、健康上の理由等で審判廷まで出かけることが困難なことがあり、しかもそれらの証人の重要性、出頭に要する費用等を考慮すると、審判廷に出頭させるまでもないと考えられるときもある。

このような場合には、当事者及び参加人の意見を聞いて、審判長は、当事者及び参加人を特許庁に出頭させ、証人を最寄りの経済産業局へ出頭させ、テレビ会議システムを用いて尋問をすることができる（民訴 § 204→特 § 151、特施則 § 58 の 16）。

6．受命審判官による証人尋問

証拠調べは、公開主義・直接主義の原則により、原則として審判廷において審判合議体の全員によって行われるべきものであるが、この原則を貫くと、当事者など関係者の時間と労力を増大させる場合があるので、審理促進の見地及び経済的な見地から、公開主義・直接主義の例外として「受命審判官」（合議体の一部の審判官）が特許庁外において証拠調べをすることが認められている（民訴 § 195→特 § 151）。（なお、審判合議体が特許庁外で証拠調べをすることも認められている（上記第 1 節 3．参照））

証人が遠隔地に住んでいるために、出頭するに時間を要して証人に著しい迷惑をかける場合、現場において証人を尋問することが事実を発見するために必要であるとき、当事者に異議がないときなどに、受命審判官による証人尋問が認められる。

受命審判官の権限に関しては、受命審判官が証人尋問を行う場合には、受命審判官が審判官及び審判長の職務を行うこととされている（特施則 § 58 の 18）。

第 3 節 当事者尋問

1．当事者尋問とは

「当事者尋問」とは、「当事者本人」を証拠方法として、その見聞した事実についての供述を証拠資料とするための証拠調べである。

当事者本人は、審判事件の主体として事実関係についての陳述を行ったり、審判合議体による釈明処分に応じて出頭して事実関係についての陳述を行うが、この場合の陳述はいずれも「事実に関する資料」の提出である。書面審理のほか、無効審判の口頭審理期日において当事者が行う陳述はこれに当たる。これに対して、当事者尋問における当事者の陳述は、証拠調べ期日における陳述であり、「証拠資料」の提出に相当する。

なお、当事者本人ではないが、当事者の意思と関係なくその「身代わり」として訴訟を追行する「法定代理人」（特 § 7）に対する尋問の手続きも、第三者である証人を尋問する証人尋問の手続きと区別して、当事者尋問に準ずるとされている（民訴 § 211→特 § 151、特施則 § 59 の 3）。

2．当事者尋問の手続

(イ)当事者尋問の申出及び職権による当事者尋問

審判合議体は、当事者の申立てにより、当事者本人を尋問することができるほか、職権でも当事者本人尋問をすることができる(民訴 § 207 → 特 § 151、特 § 150)。

当事者が当事者尋問を申し出るにあたっては、証明すべき事実(立証事項)を特定して申出をしなければならない(民訴 § 180 → 特 § 151)とともに、立証事項と証拠との関係(立証趣旨)を具体的に明示しなければならない(特施則 § 57 の 3)。また、当事者を指定し、かつ尋問に要する見込み時間を示した「当事者尋問申出書」を提出しなければならない(特施則 § 59 の 2 で準用する § 58)。(なお、当事者尋問申出書に立証事項等が記載されていれば、重ねて証拠申出書(特施則 § 57 の 3)を提出しなくても差し支えない。)

また、当事者尋問申出書とともに、尋問事項を記載した「尋問事項書」を提出しなければならない(特施則 § 59 の 2 で準用する § 58 の 2)。

(ロ)当事者の出頭義務、宣誓義務、陳述義務

当事者尋問への呼び出し(特施則 § 59 の 2 で準用する § 58 の 3)を受けた当事者が出頭できない事由があるときは、直ちにその事由を明らかにして届け出なければならない(特施則 § 59 の 2 で準用する § 58 の 4)。呼び出しを受けた当事者が正当な理由なく出頭しない場合は、10 万円以下の過料に処せられる(特 § 203)。

しかし、無効審判は真実探求を基本とする職権主義を原則としていることから、当事者主義・弁論主義を原則とする民事訴訟とは異なり、当事者の不出頭の場合等の制裁(裁判所は相手方の主張を真実と擬制できる)(民訴 § 208)については、特許法に準用されていない。

審判合議体は、当事者についても宣誓をさせることができる(民訴 § 207 → 特 § 151)。当事者が正当な理由なく宣誓を拒んだ場合は、10 万円以下の過料に処せられる(特 § 203)。宣誓をさせる場合の手続は、証人尋問と同様である(民訴 § 210 で準用する § 201 → 特 § 151、特施則 § 59 の 2 で準用する § 58 の 5)。

当事者は証人と異なって自分の利害のあることについて陳述を強いられる点について斟酌する必要があるものの、陳述を拒絶する正当な理由があるかどうかは、基本的には証人の証言拒絶権の場合に準じて考えることができる(民訴 § 196、197 → 特 § 151)。当事者が正当な理由なく陳述を拒んだ場合は、10 万円以下の過料に処せられる(特 § 203)。また、宣誓した当事者が虚偽の陳述をしたときは、10 万円以下の過料に処せられる(特 § 202。証人や鑑定人と異なり、当事者には特 § 199 の偽証罪は適用されない)ほか、詐欺の行為の罪(特 § 197)の問題が生じ得る。

(ハ)証人尋問と共通する手続

当事者尋問は、当事者本人が見聞した事実を証拠資料とするための証拠調べの手

続であるから、証人が見聞した事実の証言を証拠調べとする証人尋問手続と共通している。

そこで、当事者尋問の申出や当事者尋問の手続等には証人尋問に関する規定が準用されており、概ね証人尋問と同様に行われる(民訴 § 210→特 § 151、特施則 § 59 の 2)。

具体的には、以下のように、証人尋問と概ね同様の手続が当事者尋問にも用意されている。

尋問の順序(民訴 § 210 で準用する § 202→特 151、特施則 § 59 の 2 で準用する § 58 の 6・§ 58 の 10)

質問の制限(特施則 § 59 の 2 で準用する § 58 の 7、§ 58 の 8、§ 58 の 10)

質問における文書・図面等の利用(特施則 § 59 の 2 で準用する § 58 の 9、§ 58 の 10)

当事者に文字又は図面を筆記させること(特施則 § 59 の 2 で準用する § 58 の 12)

書類に基づく陳述の禁止(民訴 § 210 で準用する § 203→特 151)

書面による尋問(特施則 § 59 の 2 で準用する § 58 の 17)

書面による質問又は回答の朗読(特施則 § 59 の 2 で準用する § 58 の 15)

傍聴人の退廷(特施則 § 59 の 2 で準用する § 58 の 14)

TV会議システムによる尋問(民訴 § 210 で準用する § 204→特 151、特施則 § 59 の 2 で準用する § 58 の 16)

受命審判官の権限等(民訴 210 で準用する § 195・§ 206→特 151、特施則 § 59 の 2 で準用する § 58 の 18)

(二)当事者尋問に固有の手続

証人尋問とは異なる当事者尋問に固有の手続規定として、以下のものがある。

証人尋問と当事者本人尋問とを同期日にするときは、原則としてまず証人尋問を行う(民訴 § 207 →特 § 151)。

当事者同士の対質(特施則 § 59 の 2 → § 58 の 11)に加えて、当事者と証人との対質が可能とされている(特施則 § 59)。

常に在廷すべき当事者への尋問であるから、後に尋問すべき証人の在廷の許可に関する規定(特施則 § 58 の 13)は、当事者尋問には準用されていない(特施則 § 59 の 2)。

第4節 鑑定

1. 鑑定とは

「鑑定」とは、特別の学識経験を有する第三者(「鑑定人」)に命じて、その学識経験に基づき、法規や経験則についての知識、あるいはそれらを具体的事実に適用した結果についての判断や意見を報告させ、審判官の知識・判断を補充する証拠調べである。(ただし、当事者の攻撃防御方法としての側面も有する。)

鑑定は、鑑定意見を書面で報告するときでも「鑑定人」を証拠方法とすることに

変わりはないから、物証ではなく、証人尋問と同様の人証の一種である。しかし、鑑定意見は審判事件の最中に審判合議体の命令により形成した判断の報告であるのに対し、証人の証言は審判請求前又は審判事件外において形成した認識・判断の報告である点で、鑑定と証人尋問は相違する。

鑑定の対象となる事項には、審判や事実認定の大前提となる法規や経験則（特殊技術分野における技術的経験則等）と、小前提となる事実判断（筆跡や陰影の異同、特殊技術分野に属する特定の発明の効果の有無等）の二つがある。後者の場合でも、鑑定の結果はあくまでも審判合議体の判断を補充する証拠の一つに過ぎず、最終的に当該事実の認定判断をするのは審判合議体である。

2．鑑定の申出と職権による鑑定、鑑定事項の決定、鑑定人の指定

民事訴訟とは異なり審判は職権主義を採用しているから、審判合議体は、当事者の申出によるほか、職権でも鑑定をすることができる（特§150）が、審判官は専門家であるので職権で鑑定を依頼する事案は多くない。

当事者が鑑定の申出をするにあたっては、証明すべき事実（立証事項）を特定して申出をしなければならない（民訴§180→特§151）とともに、立証事項と証拠との関係（立証趣旨）を具体的に明示しなければならない（特施則§57の3）。

また、「鑑定の申出書」を提出しなければならない（特施則§60）。（なお、鑑定の申出書に立証事項等が記載されていれば、重ねて証拠申出書（特施則§57の3）を提出しなくても差し支えない。）

また、「鑑定の申出書」とともに、鑑定を求める事項を記載した「鑑定事項書」を提出しなければならない（特施則§60）。ただし、鑑定事項書を同時に提出できないやむを得ない事由があるときは、審判長の定める期間内に提出すれば足りる（特施則§60 但し書き）。

相手方は、鑑定事項書に対して意見があるときは、審判長に「意見書」を提出しなければならない（特施則§60）。

審判合議体は、鑑定の申出書及び鑑定事項書に基づき、相手方の意見書をも考慮したうえで、鑑定事項を定め、これを鑑定人に送付する（特施則§60）。また、職権で鑑定をするときは、職権で鑑定事項を定め、審判合議体が定めた鑑定事項を鑑定人に送付する（特施則§60）。

当事者による鑑定の申出を採用するかどうかは、審判合議体がその必要性を判断して自由に決する。本来職権事項である法規や経験則については審判合議体の判断の補充であるから、鑑定の必要性は低いのに対し、具体的事実については鑑定の必要性は相対的に高い。

鑑定人の指定に関しては、証人尋問とは異なり鑑定の申出においては、当事者は特定の鑑定人を指定する必要はない。たとえ当事者が特定の鑑定人を指定しても、合議体はこれに拘束されず、必要な学識経験を有すると認める者の中から適当な鑑定人を指定できる（民訴§213→特§151）。したがって、当事者間に合意があっても、

その者を鑑定人にするのが不相当とする事情があるときは、審判合議体は他の者を鑑定人として指定できる(したがって、特施則 § 60 の 6 の準用範囲には § 58 は含まれない)。

3 . 鑑定人の義務と欠格事由等

(イ)鑑定人となる義務と欠格事由

鑑定に必要な学識経験を有する者は、鑑定をする義務を負う旨が規定されており、鑑定人になるのは公法上の国民の義務とされている(民訴 § 212 → 特 § 151)。

ただし、特定の証言拒絶権・宣誓拒絶権を有する者等については、公正さを疑わせる虞があることから鑑定人となることができないとの欠格事由の規定がある(民訴 § 212 → 特 § 151)。

(ロ)鑑定義務(出頭義務、宣誓義務、鑑定意見陳述義務)

証人尋問とは異なり、書面(鑑定書)の提出による鑑定結果の報告が認められている(民訴 § 215 → 特 § 151)ことから、鑑定人は必ずしも呼び出しされるわけではないが、呼び出しを受けた鑑定人(特施則 § 60 の 6 で準用する § 58 の 3)が出頭できない事由があるときは、直ちにその事由を明らかにして届け出なければならない(特施則 § 60 の 6 で準用する § 58 の 4)。呼び出しを受けた鑑定人が正当な理由なく出頭しない場合は、10 万円以下の過料に処せられる(特 § 203)。

鑑定人にも、原則として宣誓義務が課されている(民訴 § 216 で準用する § 201 → 特 § 151)。宣誓の詳細については、証人尋問における証人の宣誓に関する規定が準用されており(特施則 § 60 の 6 で準用する § 58 の 5)、「良心に従って誠実に鑑定することを誓う」旨を宣誓しなければならない(特施則 § 60 の 3)。ただし、証人尋問とは異なり、書面(鑑定書)の提出による鑑定結果の報告が通例化している状況下で宣誓のためだけに特許庁に出頭させる手間を省くために、宣誓書を提出することによっても宣誓することができる旨の特則がある(特施則 § 60 の 3)。しかし、正当な理由なく宣誓を拒んだ場合は、10 万円以下の過料に処せられる(特 § 203)。

鑑定人についても、証人の証言拒絶権と同様に、正当理由があれば鑑定拒絶権が認められる(民訴 § 216 で準用する § 197、198、199 → 特 § 151)。しかし、正当な理由なく鑑定を拒んだ場合は、10 万円以下の過料に処せられる(特 § 203)。また、宣誓した鑑定人が虚偽の鑑定をしたときは、3 月以上 10 年以下の懲役に処せられる(特 § 199)。ただし、実務上は、鑑定候補者の事前の内諾を得たうえで鑑定人に指定するので、制裁の事例は考えにくい。なお、鑑定人が公務員等の場合には、監督官庁の承認が必要となる場合がある(民訴 § 216 で準用する § 191 → 特 § 151)。

4 . 鑑定人に対する忌避

鑑定人は審判合議体の判断の補助者であることから中立性が要求される一方で、鑑定人には代替性がある(自己が過去に実際に経験したことを記憶に基づき陳述する証人の

場合とは異なり、特定の学識経験に基づき鑑定を行いうる者は複数存在しうる)ため、誠実な鑑定を妨げる事情がある者を排除して鑑定人を指定することが可能である。

そのため、鑑定人について誠実に鑑定をすることを妨げるべき事情があるときは、当事者が鑑定人に対して忌避を申立てることができる規定が設けられている(民訴 § 214 ~ → 特 § 151)。(これに対し、証人に対しては忌避の規定はない。)

忌避の申立ては、原則として、鑑定人が鑑定意見の陳述を始める前にされなければならないが、例外として、鑑定人の意見陳述後に忌避原因が生じ又は当事者が忌避原因を知ったときは、それ以後でも忌避の申立てができる(民訴 § 214 → 特 § 151)。ただし、当事者はその点について疎明しなければならない(特施則 § 60 の 2 、東京高裁昭和 56.1.28 判決)。

忌避の申立ては、審判合議体又は受命審判官に対して行い(民訴 § 214 → 特 § 151)、審判合議体又は受命審判官がした忌避の決定に対しては不服を申し立てることができない(民訴 § 214 → 特 § 151)。

忌避の申立ては、原則として書面によってしなければならない(特 § 142 の類推適用により特施則 § 48 の 2 様式 64 に準じた書面)が、口頭審理又は証拠調べにおいては、口頭をもってすることができる(特施則 § 60 の 2)。

5 . 鑑定の手続

(イ)鑑定人の陳述の方式等

鑑定人については書面陳述が認められており、書面・口頭いずれで意見を述べさせるかは審判長が定めることができる(民訴 § 215 → 特 § 151)。したがって、証人尋問のような「書類に基づく陳述の原則禁止」の規定は適用されない(民訴 § 216 では § 203 を特別の定めある場合として準用しない→特 § 151)。

また、鑑定人が口頭・書面で述べた意見の内容を明瞭にするために必要と認める場合等は、申立てにより又は職権で、更に鑑定人に意見を述べさせることができる(民訴 § 215 → 特 § 151、特施則 § 60 の 4 の 2 但し書き、同条)。

複数の鑑定人に共同鑑定を命じた場合は、共同・各別いずれで意見を述べさせるかも審判長が定めることができる(特施則 § 60 の 4)。

(ロ)鑑定人への質問

(i)質問の順序

先ず専門家の意見を聴くと言う鑑定の性質に適合するように、まず鑑定人から鑑定事項についての意見の陳述を行い、次いで、審判長の質問、鑑定の申出者の質問、他の当事者の質問の順番で質問を行う(民訴 § 215 の 2 → 特 § 151、特施則 § 60 の 4 の 3)。しかし、審判長は、適当と認めるときは、当事者の意見を聴いて、質問の順序を変更できる(民訴 § 215 の 2 → 特 § 151)。このほか、審判

長はいつでも自ら鑑定人に質問できるし、当事者の質問を許すこともできる（特施則 § 60 の 4 の 3 ）。陪席審判官も、審判長に告げて質問できる（特施則 § 60 の 4 の 3 ）。当事者は審判長の許可を得て更に質問できるが、必要性応じて審判長の裁量で許否が決められる（特施則 § 60 の 4 の 3 ）。なお、審判長の許可に対しては異議を申し立てることができ、その場合は審判合議体で異議の当否を決定する（特施則 § 60 の 5 の 2 ）。

(ii) 質問の内容制限

鑑定人に対する質問は、鑑定人の述べた意見の内容やその根拠を明瞭にするために必要な事項について行い、出来る限り具体的な質問としなければならない（特施則 § 60 の 4 の 4 ）。

下記 ～ のような質問はしてはならない。ただし、及び については、正当な理由があれば質問できる。これらの質問がされた場合は、審判長は、申立て又は職権で質問を制限することができる（特施則 § 60 の 4 の 4 ）（当事者は、この審判長の質問制限の職権の発動を促すことができる。逆に、この審判長の許可に対しては異議を申し立てることもでき、その場合は審判合議体で異議の当否を決定する（特施則 § 60 の 5 の 2 ））

鑑定人を侮辱し、又は困惑させる質問。

誘導質問。

既にした質問と重複する質問。

鑑定人が述べた意見の内容やその根拠を明瞭にするために必要な事項とは関係のない質問。

(ハ) 鑑定人の発問

鑑定人には、鑑定のため必要があるときは、(i) 証拠調べに立ち会うこと、(ii) 審判長に証人若しくは当事者本人に対する尋問を求めること、又は、(iii) 審判長の許可を得てこれらの者に対し直接質問することなどの権限が認められている（特施則 § 60 の 5 ）。これは鑑定人の資料収集方法を規定したものである。ただし、鑑定人の資料収集方法がこれに限られるものではない。なお、この審判長の許可に対しては異議を申し立てることができ、その場合は審判合議体で異議の当否を決定する（特施則 § 60 の 5 の 2 ）。

(ニ) TV 会議システムによる鑑定

鑑定は原則として審判廷で行われる必要があるが、証人尋問と比べて直接対面の必要性が低いので、鑑定人が遠隔地に居住する場合に加えて、その他相当と認めるとき（多忙である等の事情がある場合）も TV 会議システムを利用することができる。こうした場合、審判長は、当事者等の意見を聴いて、当事者等の特許庁に、鑑定人を最寄りの経済産業局にそれぞれ出頭させ、TV 会議システムを用いて尋問す

ることができる（民訴 § 215 の 3 → 特 § 151、特施則 § 60 の 4 の 5 ）。

(ホ) 証人尋問と共通する手続

鑑定人は人証である点で証人尋問と共通するため、上記の固有の手続を除き、鑑定の手続等には証人尋問に関する規定が準用されており、概ね証人尋問と同様に行われる（民訴 § 216 → 特 § 151、特施則 § 60 の 6 ）。具体的には、以下のような点については、証人尋問と概ね同様の手続が鑑定にも該当する。

ただし、上記のように鑑定人には書面陳述が認められているから、下記 は、口頭陳述を選択した場合のみ適用がある。また、鑑定人は証人と異なり、他の鑑定人の陳述によって影響を受けることが少ないため、証人尋問の場合のような「証人隔離の原則」を取る必要はないから、特別の事情がない限り、他の鑑定人を在廷させてよいと解される（したがって、特施則 § 60 の 6 ではそもそも § 58 の 13 は準用されない）。

口頭陳述の場合における質問における文書・図面等の利用（特施則 § 60 の 6 で準用する § 58 の 9 ）

受命審判官の権限等（民訴 216 で準用する § 206 → 特 151、特施則 § 60 の 6 で準用する § 58 の 18 ）

6 . 鑑定証人

その鑑定人が「過去に経験した事実」に関する尋問は、その者が特別の学識経験によってその事実を認識し得た場合であっても、証人尋問として行うこととされており、その場合は鑑定の手続ではなく証人尋問の手続が取られる（民訴 § 217 → 特 § 151、特施則 § 60 の 7 ）。

「鑑定人」と「鑑定証人」の差異は明確でないことも多いが、鑑定人と証人との区別に関し、「鑑定意見」は訴訟中（審判事件の審理中）に裁判所（審判合議体）の命令により形成した判断の報告であるのに対し、「証言」は訴訟前又は訴訟外（審判請求前又は審判外）において形成した認識・判断の報告である旨の通説がある。なお、証人（鑑定証人）とすべき者を鑑定人として尋問しても、当事者が異議を述べなかったときは質問権の放棄により鑑定人尋問は有効となる。

7 . 鑑定の囑託

必要な学識経験が個人では保有困難な場合や、鑑定のために相応の組織設備を必要とする場合があることから、審判合議体は、必要があると認めるときは、自然人以外に、官庁、公署又は相当の設備を有する法人などに鑑定を囑託することができるものとされている（民訴 § 218 → 特 § 151 ）。鑑定を官庁等に囑託した場合は、宣誓に関する規定は準用されないが、その他の規定については鑑定人が自然人である場合と同様の扱いとなる（民訴 218 → 特 § 151、特施則 § 60 の 8 ）。

官庁等に鑑定を囑託する場合は、鑑定事項を明らかにして書面でし、鑑定結果は鑑定書を提出する方法で報告される。提出された鑑定書に不明確・曖昧な点がある

ときは、嘱託先の官庁、公署又は法人の指定した者を出頭させ、その説明をさせることができる（民訴 § 218 → 特 § 151）。

第5節 書証

1. 書証とは

「書証」とは、「文書」という証拠方法に記載されている作成者の意思や認識を合議体が閲読して、その意味内容を係争事実の認定のための資料とする証拠調べをいう。「文書」とは、作成者の意思や認識を文字その他の記号により表現したものである。

したがって、特許無効審判において審判請求人が提示した刊行物等の先行技術文献（の写し）はここでいう「文書」に相当し、その意味内容を評価して先行技術発明の存否などを評価判断する行為は、文書についての証拠調べであって「書証」に相当する。（なお、特許法においては「文書」の代わりに「書類」という用語を使う場合があるが、証拠調べの文脈では同義である。）

文書に準じる物件として、図画・写真・録音テープ・ビデオテープその他の情報を表すために作成された物件があるが、これらも「準文書」として文書と同様の取り扱いがされ、書証による証拠調べが行われる。

なお、稀には検証（第6節）において文書が証拠資料になる場合もあるが、検証の場合は、文書の存在自体や文書の外形（紙質や形状等）を証拠資料とするための証拠調べである点で、文書の意味内容を証拠資料とするための書証とは異なる。

2. 書証の申出と職権による書証

当事者主義・弁論主義を原則とする民事訴訟においては、文書に関する証拠調べ（書証）の申出は、当事者又は参加人の申出によることを原則としている。しかし、職権主義を取る無効審判においては、職権で文書についての証拠調べ（書証）をすることができる（特 § 150）。

当事者が文書についての証拠調べ（書証）を申し出る場合は、審判合議体に文書が提出されなければならないが、その文書の提出の方法としては、当事者又は参加人（挙証者）自らが所持する文書を提出すること（民訴 § 219→特 § 151）、相手方又は第三者が所持する文書であって、その提出義務を負うものについて文書提出命令の申立てをすること（民訴 § 219→特 § 151）、文書の所持者が任意に提出に協力する見込みのある文書について文書の送付嘱託の申立てをすること（民訴 § 226→特 § 151）の3つの方法がある。

(1) 当事者自らによる文書の提出

(イ) 文書の提出の時機

当事者が自ら所持する文書について書証の申出をする時機については、原則として審理終結まで何時でも良いが、提出の時期が遅れると審理の遅延に結びつくので、審判においては、証拠物件として必要な文書があるときは、審判請求書に添付しなければならないものとしている（特施則 § 50）。また、審理開始後に答弁書や弁駁書などの特許庁に提出する書面があれば、証拠物件として必要な文書をそれらの書面に添付しなければならないものとしている（特施則 § 50）。

また、直接に文書の提出義務を課したものではないが、平成 15 年改正法では、特許無効審判の請求書の請求理由の欄において要証事実と証拠との関係を記載しなければならないこととしている（特 § 131）（また、証人尋問等において使用する予定の文書は、原則として、その尋問開始の相当期間前までに提出しなければならない（特施則 § 57 の 4））。

(ロ)書証の申出の方式

当事者が書証を申し出るにあたっては、証明すべき事実（立証事項）を特定するとして申出をしなければならない（民訴 § 180 → 特 § 151）。

また、立証事項と証拠との関係（立証趣旨）を具体的に明示した「証拠申出書」を提出しなければならない（特施則 § 57 の 3）。

しかし、審判請求書、答弁書、弁駁書等に証拠物件たる文書を添付して書証の申出をする場合（特施則 § 50）は、それらの提出書面において立証趣旨が具体的に記載されていれば、重ねて証拠申出書を提出しなくても差し支えないと考えられる。そこで、審判請求書、答弁書、弁駁書等の提出書面に証拠物件としての文書を添付するときは、文書の記載から明らかな場合を除き、文書の標目、作成者、及び立証趣旨を明らかにした「証拠説明書」を提出しなければならないこととしている（特施則 § 50）。他方、それ以外の場合、すなわち審判請求書等の提出書面とは独立の時期に書証の申出をする場合は、証拠申出書の提出が必要である。

(ハ)提出すべき物

文書の提出は、原則として、「原本」、「正本」又は「認証謄本」によらなければならない（特施則 § 61 の 5）。

（注）文書には、原本・正本・謄本・抄本の種類がある。「原本」は、その作成者が最初に作った確定的な文書をいう。「正本」は、原本と同一の効力をもたせるために公証権限を有する公務員が正本として表示して作成した写しをいう。「謄本」は原本の内容をそのまま写したものであるが、このうち公証権限のある公務員が原本と相違なき旨を付記したものを「認証謄本」という。「抄本」は、原本の一部を写したものをいう。したがって、「文書の写し」の中には、正本と認証謄本のほか、認証のない謄本などが含まれる。

したがって、文書の写しを提出する場合、「正本」と「認証謄本」以外の写し（単なる写し）を提出してする書証の申出は、原則として不適法である。しかし、実務

上は、証拠調べの対象となる文書が、特許掲載公報などの内国公報又は外国公報、工業所有権総合情報館に所蔵された刊行物、原簿、の場合は、これらの正本や認証謄本以外の写し(単なる写し)であっても差し支えないものと取り扱っている。

このように取り扱う理由は、(i)こうした文書については相手方が原本の存在と成立を争わず、その写しを持って原本の提出に代える事に異議がないことが多いため、単なる写しにより文書の提出があったものと解して差し支えないこと、(ii)通常は挙証者もこれらの原本を有していないこと、(iii)相手方当事者も容易に工業所有権情報館に置かれた原本にあたるができること、(iv)仮に争いがあった場合も、審判合議体が容易に職権調査できること等による。

こうした実務を前提とした上で、審判合議体は、原本の存在や成立に争いがある場合など必要と認めるときは、原本の提出を命じることができるものとされている(特施則 § 61 の 5)。

上記のように単なる写しで足りる文書以外の文書について書証の申出があった場合において、原本の存在に争いがあるときは、口頭審理が行われる場合には、口頭審理の期日に原本を携帯して提出させ、その場で原本の確認をする。また、書面審理で行う場合には、相手方当事者も含めて面接を行い、その場で原本の確認を行う。

原本が確認された後は、原本の写しのみを残し、文書の原本は当事者の申出に従って返還するのが原則(特施則 § 15)であるが、文書によっては、原本の記載や体裁などを再度確認しなければならない場合もある。そこで、必要な場合には、原本を留置することができるものとされている(民訴 § 227→特 § 151)。

(二)訳文の添付

外国語で作成された文書については、取り調べを求める部分についての翻訳文の提出が義務づけられている(特施則 § 61)。文書のうち、翻訳文がある部分のみが証拠となり、翻訳文はその書証の一部をなす。相手方は、その翻訳の正確性について意見があるときは、書面によって意見を述べなければならない(特施則 § 61)。

(2)文書提出命令の申立て

(イ)文書提出命令を申し立てることができる文書

相手方又は第三者が所持する文書については、これらの者が法律で規定する提出義務を負う場合に、これらの者に対する審判合議体の文書提出命令を求めることにより、書証の申出をすることができる。これは、証拠の偏在を是正して当事者対等を図り、真実発見の実現を目指すことを目的としている。

審判合議体の提出命令に対して相手方又は第三者が文書の提出義務を負うのは、以下の場合である(民訴 § 220→特 § 151)。

当事者が、審判において引用した文書を自ら所持するとき。(自己が引用した文書)

拳証者が、文書の所持者に対し、その引渡し又は閲覧を求めることができるとき。(拳証者が所持者に対して法令上又は契約上の引渡し・閲覧請求権を有する文書)

文書が拳証者の利益のために作成され(領収書や委任状等の利益文書)又は拳証者と文書の所持者との間の法律関係について作成された(契約書や商業帳簿等の法律関係文書)とき。

そのほか、以下に該当しない文書。(これについては、文書提出命令によって書証の申出をする必要がある場合のみ認められる(民訴 § 221 → 特 § 151))

- ・ 文書の所持者が証人尋問を受けたとすれば証言拒絶権(民訴 § 196、§ 197 → 特 § 151)を行使することができるような事項が記載された文書。
- ・ 公務員の職務上の秘密に関する文書で、提出により公務に著しい支障を生じるおそれ等があるもの。
- ・ 専ら文書の所持者の利用のための文書であって行政文書以外のもの(日記や備忘録等)。
- ・ 刑事訴訟や少年保護事件等に関する文書。

(ロ) 文書提出命令の申立ての方式、文書の特定のための手続

文書提出命令の申立ては、文書の表示、文書の趣旨、文書の所持者、証明すべき事実、文書の提出義務の原因、を記載した書面を提出してしなければならない(民訴 § 221 → 特 § 151)。

上記の記載事項のうち、文書の表示や文書の趣旨を明らかにすることが著しく困難な場合は、申立時にこれらの事項に代えて、文書の所持者がその文書を識別できる事項を明らかにすれば足りる(民訴 § 222 → 特 § 151)。その際、拳証者は、これらの事項を明らかにすることを文書の所持者に対して求めるべき旨の申出を審判合議体に対して行わなければならない(同)。相手方は、当該事項を明らかにすべき旨の申出について意見があるときは、意見書を提出しなければならない(特施則 § 61 の 2)。

審判合議体は、文書提出命令の申立てに理由がないことが明らかな場合を除き、文書の所持者にその旨を求めることができる(民訴 § 222 → 特 § 151)。

(ハ) 文書提出命令の申立ての許否の決定

相手方は、文書提出命令の申立てについて意見があるときは、意見書を提出しなければならない(特施則 § 61 の 2)。

審判合議体は、文書提出命令の申立てに理由ありと認めるときは、文書の所持者に対して提出命令の決定をする。決定の際、その文書中に取り調べ不要の部分や提出義務のない部分があるときは、その部分を除いて提出を命じる。(民訴 § 223 → 特 § 151)

公務員の職務上の秘密に関する文書については、監督官庁の意見の聴取などの手続が規定されている(民訴 § 223 ~ → 特 § 151)。

また、証言拒絶権にかかわる文書や職務上の秘密にかかわる文書については、審判合議体が文書提出義務の有無を判断するために必要な場合は、その文書の提示をさせた上で、「イン・カメラ審理」（審判合議体以外の何人も文書の開示を求めることができない審理手続）をすることが規定されている（民訴 § 223 → 特 § 151）。その際、審判合議体は、提示された文書を一時保管することができる（特施則 § 61 の 3）。

(2) 文書提出命令への不服従の制裁

文書提出命令を受けた保持者が、正当な理由なく文書を提出しなかったときは、10万円以下の過料に処せられる（特 § 204）。しかし、当事者主義・弁論主義を原則とする民事訴訟とは異なり真実追求のために職権主義を取る審判では、当事者が文書提出命令に従わない場合の制裁（真実擬制）を規定した民訴 § 224 は、準用されていない。

(3) 文書の送付の嘱託

文書の所持者が任意に提出に協力する見込みのある文書については、当事者は、文書の所持者に対する文書の提出の依頼を審判合議体に申し立てることによって、書証を申し出ることにもできる（民訴 § 226 → 特 § 151）。

文書送付嘱託は、上記(2)の文書提出命令の対象たりえない文書提出義務を負っていない者についてだけでなく、文書提出命令の対象になりうる提出義務を負っている者に対しても用いることができる。

送付嘱託を受けたものが、これに応じなかったとしても制裁はないが、官公署は、原則としてこれに応じる義務があると解され、私人も審判に協力する趣旨でこれに応じるのが妥当である。

他方、特許原簿の謄本、特許庁に置かれた特許に関する書類の謄本・抄本等、当事者が文書の所持人に対し、法令によって文書の正本又は謄本の交付を求めることができる場合には、当事者自らその交付を受けてこれを書証として提出すべきであり、このような文書については、送付の嘱託は認められない（民訴 § 226 但書 → 特 § 151）。

送付された文書については、実務上は、当事者が送付された文書の中から必要なもののみを改めて書証として提出することが多い。

3 . 文書の形式的証拠力と実質的証拠力

(1) 文書の形式的証拠力（文書の成立）

「書証」とは、「文書」という証拠方法に記載されている作成者の意思や認識を合議体が閲読して、その意味内容を係争事実の認定のための資料とする証拠調べのことであり、「文書」とは、作成者の意思や認識を文字その他の記号により表現したものである。

したがって、文書を取り調べるにあたっては、まず、その文書が作成者の意思や

認識に基づいて作成されたことを確認する必要がある。そこで、その文書が作成者の意思や認識に基づいて作成されたものであるかどうか（文書が真正に成立しているかどうか）は、証明を要するものとされている（民訴 § 228 → 特 § 151）。

拳証者が作成者であると主張する特定人（作成名義人）の意思に基づいてその文書が作成されたということが確認されることを「文書が真正に成立した」といい、これにより文書の形式的証拠力が備わる。その際、実務上重視される観点は、その文書が作成者とされている者によって実際に作成されたものが否かということである。

特許無効審判において提出される文書としては、特許掲載公報などの公報類が最も多いが、これらは、その方式及び趣旨により公務員が職務上作成したものと認められるものであり、真正に成立した公文書であると推定され（民訴 § 228 → 特 § 151）、通常はその推定を覆すことは困難であるし、そのような争いをする当事者もいないと考えられる。ただし、ある種の公文書の成立について疑いがあるような例外的事案については、審判合議体は、職権で当該官庁等に照会することも可能である（民訴 § 228 → 特 § 151）。

特許無効審判において、私人が発行した刊行物（非特許文献）を先行技術文献として提出する場合は、私文書に相当するが、その私文書に作成者本人又はその代理人の署名又は押印があるときは、当該私文書が真正に成立したと推定される（民訴 § 228 → 特 § 151）ものとされており、しかも作成者の署名は本人の意思に基づけば代筆や単なる記名でも良いと解されていることから、通常は成立性が推定される。

これに対し、公知・公用の事実を証明するために提出される私人の証明書、設計図面、私企業のカatalog等も、私文書に該当するが、その私文書に作成者本人又はその代理人の署名又は押印がないために、私文書の成立の推定（民訴 § 228 → 特 § 151）が働かないことも多い。

ただし、この規定による推定を受けない私文書であっても、相手方が成立性を争わない場合や、拳証者が成立性を証明できた場合は、真正に成立するし、その逆に、成立性を推定された私文書であっても相手方がその推定を覆す反証をすることも可能である。なお、文書の成立の真否の証明は、筆跡又は印影の対照によってもすることができる（民訴 § 229 ~ → 特 § 151、特施則 § 61 の 8）。

したがって、私人の証明書、設計図面、私企業のカatalog等の私文書が提出された場合は成立性についての争いが生じる可能性があるから、相手方にその文書についての認否をさせる必要がある。認否の内容は、文書の成立を認める、成立について不知とする、文書の成立を否認する、のいずれかである。

相手方が文書の成立を否認する場合は、その文書が偽造文書であると主張するに等しいから、その理由を明らかにさせなければならず（特施則 § 61 の 7）、合議体はその結果を見て成立性を判断する。なお、民事訴訟法においては、故意又は重大な過失により真実に反して文書の成立を争った者に対して過料を課す規定（民訴 § 230）があるが、無効審判においては、文書の成立を争う局面がごく例外的であること等

から、準用されていない。また、不知との答弁の場合は、民事訴訟では相手方が文書の成立を争っているわけではないことを前提に弁論の全趣旨によって成立を認めることが許されており、無効審判の場合も同様に、合議体が成立性を判断する。

(2)文書の実質的証拠力（証拠価値）

書証においては、上記(1)のような形式的証拠力をもった文書に対してはじめて、実質的証拠力を持つか否かが検討される。

文書の成立が真正であるといっても、それは文書が作成者の意思に基づいて作成されたことが認められるだけであって、文書の記載事項や内容までが真実であると認められるわけではない。後者は文書の実質的証拠力の問題であって、実質的証拠力の有無や程度は、審判官の自由心証によって定まる。すなわち、当事者が、その文書によって証明しようとする事実を審判官に確信させることができるか否かということである。

特許法第29条第1項第3号に該当する頒布刊行物に記載された先行技術発明の認定は、その頒布刊行物が実質的証拠力をもつか否かを判断することである。頒布刊行物に記載された発明を認定するときには、その刊行物の作成者が誰であるかということよりは、それを読んだ当業者がどのような発明を認識するかを判断するので、文書の成立性は実際上は実質的な意味は少ない。

また、刊行物が実際に頒布されたか否か、いつ頒布されたかについても、文書の成立性の問題ではなく実質的証拠力の問題である。刊行物の発行日を示す記載（一般の刊行物の奥付の記載）が事実であるか否かの認定は、自由心証主義のもとで審判官が判断する。なお、我が国においては、定期刊行物に記載されている発行日は、通常実際の発行日より約1月早い日付が記載されており、少なくとも、実際の発行日が刊行物に記載された発行日より遅れることはないという経験則に従って判断される。

その他の文書、例えば、私人の作成した証明書などについては、作成者がどのような資格でこれを書いたか、どんな形式で記載されているか、作成者と当事者との間にはどのような関係があるか、作成者は、証明しようとする事実を知る立場にあったか、等を考慮して、その証拠価値を見極めなければならない。

4．文書に準ずる物件の取り扱い

図面、写真、録音テープ、ビデオテープなどは、文字を使用しない点で、文書には当たらない。しかし、これらのうち情報を表すために作成されたものは、「準文書」として文書と同様に扱われ、書証の規定が準用される（民訴§231→特§151、特施則§61の9）。

準文書に固有の規定としては、写真、録音テープ、ビデオテープ等を準文書として提出して証拠の申出をするときは、その証拠説明書において、撮影、録音、録画等の対象やその日時・場所を明らかにしなければならない（特施則§61の10）。

また、録音テープを準文書として提出して書証の申出をした場合には、申出をした当事者は、審判官又は相手方の求めに応じて、録音テープを反訳した書面などの録音テープの内容を説明した書面の提出をしなければならない（特施則 § 61 の 11）。この逆に、録音テープ自体を準文書として提出して書証の申出をするのではなく、録音テープを反訳した文書を提出して書証の申出をするときは、相手方の求めに応じて、録音テープを交付しなければならない（特施則 § 61 の 6）。

第 6 節 検証

1. 検証とは

「検証」とは、審判官がその感覚作用によって直接に事物の性状・現象を検査・観察して得た認識を証拠資料とする証拠調べである。検証の対象は、人の五感の作用によって感知しうるものであればよく、有体物が無体物か、生物が無生物かを問わず、人の身体も対象となる。検証の対象となるものを「検証物」とか「検証の目的(物)」という。

このように、検証以外の 4 つの証拠調べは、審判官以外の者がした事実判断を審判官に伝達するものであるのに対し、検証は、審判官が対象となる事物に接して直接事実判断をする点で、他の 4 つの証拠調べと大きく異なっている。

また、検証は審判官が対象に接して性状等を直接認識することに意義があり、文書の記載や人の陳述内容からその思想内容を認識することに意義がある書証や人証とは異なる。したがって、文書を対象とする場合でも、その記載内容ではなくその紙質や筆跡等进行检查するのは書証ではなく検証であり、人を対象とする場合でも、その陳述内容ではなく顔形や声音などの身体の特徴を検査するのは尋問ではなく検証である。

2. 検証協力義務（検証物提示義務、検証受忍義務）

検証申出者の相手方又は第三者が検証物を所持する場合に、その検証物を審判合議体に提出すべき義務を検証物提示義務と言う。また、その提出が不可能又は困難な場合に、その所在場所で検証物を検証するのを所持者が受忍すべき義務を検証受忍義務と言う。両者を併せて、検証協力義務と呼ばれており、これは、証人義務と同様に、国民の公法上の一般的義務であり、正当な事由がない限りこの義務を免れないと解するのが通説である。

この通説の解釈を前提に、改正民訴法においても、当事者が裁判所の検証物提出命令に正当理由なく不服従の場合の真実擬制の制裁効果（民訴 § 232 で準用する § 224）が規定されているほか、第三者が裁判所の検証物提出命令に正当理由なく不服従の場合の過料（民訴 § 232 ）が規定されている。他方、職権主義を取る審判においては、当事者が不服従の場合の真実擬制の効果については規定されていないが、第三者が正当理由なく不服従の場合の過料については、同様の規定がある（特 § 204）。

3．検証の申出と職権による検証

当事者主義・弁論主義を原則とする民事訴訟においては、検証の申出は、当事者又は参加人の申出によることを原則としている。しかし、職権主義の原則を取る審判においては、職権で検証をすることができる（特 § 150）。

当事者が検証を申し出るにあたっては、証明すべき事実（立証事項）を特定して申出をしなければならない（民訴 § 180 → 特 § 151）とともに、立証事項と証拠との関係（立証趣旨）を具体的に明示しなければならない（特施則 § 57 の 3）。また、証明すべき事実及びそれと証拠との関係（立証趣旨）を明示し、検証の対象となる目的物を表示した「検証申出書」を提出する必要がある（特施則 § 62）。（なお、検証申出書に立証事項等が記載されていれば、重ねて証拠申出書（特施則 § 57 の 3）を提出しなくても差し支えない。）

検証の目的物の表示は、それを特定できる程度に詳しく記載する必要がある（例えば、検証物の所在地、占有者、品名、数量等）。

検証の申出は、書証の申出と同様に、挙証者自らが検証物を提示すること、検証物の所持者に対してその提示を命じることを審判合議体に申し立てること、検証物の所持者にその検証物の送付を嘱託することを申し立てること、の 3 つのいずれかによって検証の申し出をすることとされている（民訴 § 232 で準用する § 219・§ 223・§ 226 → 特 § 151）。

挙証者自らによる検証物の提示

検証申出者が検証物を所持している場合は、この方法による（民訴 § 232 で準用する § 219 → 特 § 151）。検証物の移動が困難なときは、いつでも検証の用に供しうる準備があることを申し出ればよい。審判合議体は、検証の申出について検証の必要性を検討し、必要がなければ検証を実施しない（採否の判断は、第 2 章 3 参照）。

検証物提示命令又は検証受忍命令の申立て

検証申出者の相手方又は第三者が検証物を所持していて、その所持者が検証協力義務を負う場合において、任意の提出や検証の受忍が期待できないときは、この方法による（民訴 § 232 で準用する § 219・§ 223 → 特 § 151）。なお、検証物が人の場合は出頭命令の申立をする。

ただし、検証協力義務はあくまで一般的義務であることから、文書提出義務に関する規定（民訴 § 220）は準用されていない。

審判合議体は、検証の必要性、相手方又は第三者の所持の事実、検証協力義務の存否などを検討し、これらが認められるときに検証物提示命令又は検証受忍命令を発する。この場合、取調べの必要がないと認める部分や、提示義務があると認められない部分を除いて提示を命じることができる（民訴 § 232 で準用する § 223 → 特 § 151）。

また、公務員の職務上の秘密に関する検証物については、監督官庁の意見の聴取などに関する文書提出命令の手続が準用されている（民訴 § 232 で準用する § 223 ~ → 特 § 151）。

そのほか、文書提出命令の場合と同様に、検証物提示義務の存否の審理のために、「イン・カメラ審理」において、検証物の提示を受けて審理することもできる（民訴 § 232 で準用する § 223 → 特 § 151）。その際、審判合議体は、提示された検証物を一時保管することができる（特施則 § 62 の 2 で準用する § 61 の 3）。

検証物の送付嘱託の申立て

検証申出者の相手方又は第三者が検証物を所持している場合で、任意の協力が期待できるときは、所持者の検証協力義務の有無にかかわらずこの方法によることができる（民訴 § 232 で準用する § 226 → 特 § 151）。

4 . 検証の手続

検証は、当庁審判廷又は検証物の所在地において行う。審判官は、提示又は送付を受けた検証物を直接検査、観察し、検証を実施する。

検証が実施された後は、当事者の申出に従って検証物を返還するのが原則（特施則 § 15）であるが、滅失・毀損・偽造・変造の防止などのために必要があると認めるときは、検証物を特許庁に留置することができるものとされている（民訴 § 232 で準用する § 227 → 特 § 151）。

このように、審判廷で検証を行っても検証物はいずれ返還しなければならず、特許庁外で検証する場合は、検証が終了すれば再度その検証物を検証する機会を得ることは困難である。他方、検証においては、審判官がその感覚作用によって直接に事物の性状・現象を検査・観察して得た認識を証拠資料としなければならないから、検証の結果を後日の審理に適切に利用できるように、詳細かつ正確な記録を作成しておくことが極めて重要である。このためには、まず、具体的な検証事項について詳細に決めることが必要になる。

そのため、通常は、挙証者に「指示説明書」を提出させ、検証物のどの個所の何についてどのように検証するのか、といった具体的な事項を詳細に説明させる（形状、寸法、色彩、塗装状態、貼付物の有無、構造、動作、機能、性質等）。次いで、相手方に、これに対する否認の形式によって相手方が望む指示説明をさせる。しかし、両当事者とも検証に慣れていないことが多いので、審判官が、その後の審理に必要と思われる事項について積極的に指示説明をすることが適切である。（例えば、公用（販売）の事実の立証のための販売カタログ掲載製品と検証物の製品とが同じ物である点を証明する検証においては、検証物の各部分のうち、無効審判で直接に争点になっている発明に係る部分だけでなく、検証物の製品のその他の部分の寸法・色彩や製品の全体の寸法・形状についても検証して記録を取っておけば、⁴⁰⁴ 掲載製品と検証物との異同について、正確な事実認定と適切な審決の記載が可能になる。）

また、その結果を検証調書に正確に記録しておくことが必要である（検証調書に記載した事項のみを検証事実とすることができる）。検証調書に何をどのように記載するかも争いになることが多いので、両当事者の意見を聴きながら、できるだけ詳細かつ正確に記載する。

5．検証の際の鑑定

化学分析やコンピュータの作動のように、具体的事実判断に特別の専門的知識や能力を必要とする場合には、審判合議体は、検証をするに当たって、必要に応じ鑑定を命じることができる（民訴 § 233→特 § 151）。検証の際の鑑定を命じた場合には、審判官が鑑定人とともに検証を実施し、鑑定人はそれにより得た具体的事実判断を審判官に報告する。

なお、特別の専門知識や技能を要しない単純労務を通じて検証を補助する者は、検証補助者であって、鑑定人ではない。

第7節 証拠調べの記録、証拠調べ調書

(イ)証拠調べにおける記録

審判合議体は、必要と認めるときは、申立てにより又は職権で、録音装置を使用して証拠調べにおける陳述を録取させることができる（特施則 § 57 の7で準用する § 53）。他方、審判廷における写真の撮影、速記、録音、録画又は放送は、審判長の許可を得なければすることができない（特施則 § 57 の7で準用する § 54）。

(ロ)証拠調べ調書の意義と作成義務

証拠調べ期日における証拠調べ手続の経過や内容を明らかにするとともに、これについて確実な証明文書を残すことは、審判の的確性や安定性を確保するために重要であるとともに、審判手続が適法に行われたことを明確にする意味でも重要である。

そこで、証拠調べをしたときは、審判書記官は、証拠調べの期日ごとに、証拠調べの要旨その他必要な事項を記載した「証拠調べ調書」を作成しなければならないこととされている（特 § 151 で準用する特 § 147）。証拠調べ調書の具体的な記載事項については、施行規則に規定されている（特施則 § 57 の5）。（ただし、成立性等に争いのない文書に関する書証については、基本的には証拠調べ調書は作成されないが、口頭審理において当事者立ち会いの上で原本を取り調べた場合には、その結果が口頭審理調書に記載される。他方、第6節に述べたように、検証における証拠調べ調書はとりわけ重要な意味を持つ。）

証拠調べの結果は審判の判断の基礎になるものであるから、調書の記載について当事者その他の関係人が異議を述べた場合は、審判書記官自らがその異議を正当と認めるか、又は審判長が正当と認めて書記官に訂正を命じたときは、書記官は調書

の記載を訂正する。しかし、異議理由なしとして調書の訂正をしないときは、異議の申立てがあったことを調書に記載しなければならない（特 § 151 で準用する特 § 147 で更に準用する民訴 § 160 ）（ただし、実務上は、調書異議意見申立書や同趣旨の上申書を審判記録に連綴することによって異議申立の調書への記載に代えている。）

また、証拠調べ手続が適法に行われたことを明確にするために、わざわざ独立の官職である審判書記官を立ち合わせるとともに調書を作成させていることから、証拠調べ手続が適法に行われたかどうか後に争いにならないように、調書の記載に絶対的な信用を置き、証拠調べ手続の適否に関しては調書以外の方法による証明を許さないものとしている（特 § 151 で準用する特 § 147 で更に準用する民訴 § 160 ）。

(ハ)証拠調べ調書の作成手続

調書の作成の際には、書面、写真、録音テープ、ビデオテープその他審判合議体が適当と認めるものを引用し、かつ審判事件の記録に添付して、調書の一部とすることもできる（特施則 § 57 の 7 で準用する § 56 ）。

また、審判書記官は、審判長の許可があったときは、証人等の陳述を録音テープ又はビデオテープ等に記録することにより、調書の記載に代えることができる。この場合は、当事者又は参加人は審判長の許可について意見を述べることができる。また、審決の謄本の送達までに当事者等の申出があったときは、証人等の陳述を記載した書面を作成しなければならない（特施則 § 57 の 6 ）。また、審判合議体が相当と認めるときは、録音テープを反訳した調書を作成しなければならない（特施則 § 57 の 7 で準用する § 53 ）。

なお、書証の場合と検証の場合において、受命審判官に証拠調べをさせる場合は、審判合議体は、その証拠調べの調書に記載すべき事項を定めることができる（特施則 § 61 の 4。 § 62 の 2 で準用する場合を含む。）。

証拠調べ調書には、審判書記官が記名押印の上、審判長（又は陪席審判官）が認印しなければならない（特施則 § 57 の 5 で準用する § 57 ）。