

民事訴訟法から見た計算鑑定人の意義と機能

杉 山 悦 子[※]

- I はじめに
- II 特許法改正の趣旨
- III 実務上の評価
- IV 秘密保護のための専門家の利用—ドイツの手続
- V 裁判官の負担軽減のための専門家の利用—アメリカの手続
- VI 計算鑑定人制度の可能性と手続規律
- VII 結びに代えて

I はじめに

1 特許権侵害による損害額の立証の困難さと救済規定

特許権とは、優れた発明を公開する代わりに、一定期間、この発明を独占して使用することができる権利である。したがって、特許権者に無断でこれを利用する行為、例えば、特許権者の許可なく特許製品を販売したりする行為は、特許権を侵害する行為に該当する。この場合、特許権者は、侵害者に対して、侵害行為の差止めを請求することも可能であるし（特許法100条）、侵害品の販売等により権利者が受けた損害については、民法の一般原則に基づき、不法行為による損害賠償を請求すること（民法709条）も可能である。ところで民法709条によると、この損害額の立証責任は、侵害の事実を主張する特許権者にあるため、特許権者は、侵害行為による逸失利益、すなわち侵害行為によってどれほどの販売数量が減少して、どれほどの利益を喪失したかを計算しなければならない。実際には、これを立証するためには、侵害品の販売数量全体のうち、権利者がどれほど販売することができたかを高度の蓋然性をもって示す必要がある。仮に、侵害者の販売数量全てについて権利者が販売できたという事情があれば、侵害者の販売数量

※ 一橋大学大学院法学研究科講師

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第3巻第1号2004年3月 ISSN 1347-0388

のみを把握すれば足りるのであるが、判例は、市場が同一であり、代替品や他の競業者が不存在であるという厳格な要件の下においてしか、このような事情を認めていなかった。すなわち、権利者の販売可能数量は、侵害者の販売努力や代替品の存在、権利者の実施能力など様々な要素によって影響を受けるため、実際には、侵害品の譲渡数量全てを権利者が販売することができたと立証することができるのは、市場が極めて単純な場合にしかありえず、したがって多くの場合、侵害行為と損害の因果関係を立証することはできなかつた。そして、判例においては、これが立証できなかった場合には請求を棄却するというオール・オア・ナッシング的判断が行われていたこともあり、侵害者には「侵害し得」の状態が生じ、特許権者は十分な保護を受けることができなかつた。

そのため、特許法では、従来から、侵害による損害賠償額の立証を容易化する特則を置いてきた。例えば、侵害者に対して損害額の立証に必要な書類の提出を命ずることができること（特許法105条）、侵害者が侵害行為によって得た利益を権利者の損害額と推定すること（旧特許法102条1項、現特許法102条2項）、最小限の損害額として通常の実施料相当額を補償することなどである（旧特許法102条2項）。しかしながら、前者については、侵害者の利益を正確に立証することが困難であった¹⁾、侵害者が利益を上げていない場合には賠償がなされないという問題もあった。また、後者についても、補償は「通常」の実施料相当額に限られるため、当事者間の業務上の関係などを配慮することができないという問題があった²⁾。

- 1) 判例は、権利者が実施していないときは、侵害者利益は粗利益（収入総額—製造原価、売上高—製造原価又は仕入原価）ではなく、純利益（粗利益—一般管理費、販売費等）であるとしていたが（東京地判平成2年2月9日判タ725号213頁）、純利益の立証に必要な資料が侵害者側に偏在しているために、正確な立証は困難であった。そのため、判例では粗利益を一応立証すれば純利益については被告に主張立証責任を負わせたり、粗利益を逸失利益とみなしたりする工夫もなされていた（田村善之『知的財産権と損害賠償』（弘文堂、1993年）236頁以下）。
- 2) 「通常」の実施料としては、権利者が第三者に設定した実施料や業界の相場、国有特許の実施料率などを考慮することができるにとどまり、当事者間の業務上の関係などを配慮することができないため、侵害者は、侵害が発見されなければ実施料を払うことを免れ、仮に発見された場合でも、既存の実施料を払えば足りるため、事前にライセンス契約を締結するインセンティブが働かず、侵害を助長する原因となっていた。

そこで、損害額の立証を容易化するために、平成8年の民事訴訟法改正では、損害の性質上立証が極めて困難な場合に裁判所が相当な損害額を認定することを認めたと(民訴法248条)、特許法でも平成10年、11年に改正が施された。まず、平成10年には、主に民事実体面からの改正がなされ、権利者が、侵害品の譲渡数量を立証した場合には、権利者製品の単位数量あたりの利益額を乗じた額を、権利者の実施能力に応じた額を超えない限度³⁾において損害額とすることができるとした(特許法102条1項)。ただし、侵害者の営業努力や代替品の存在など、権利者が侵害者の譲渡数量と同じ数量を販売できない事情を、侵害者が立証した場合には、その事情の相当する額を控除することとした⁴⁾。このように、従来立証が困難であった事項について立証責任を転換すると共に、立証ができなくても、因果関係を否定して請求棄却とするのではなく、一部認容とすることで立証負担を軽減した。また、権利者が「通常」受けるべき実施料相当額を保証した旧102条2項から、「通常」という文言を削除して、訴訟当事者間の具体的事情を考慮して実施料相当額を認定することを可能とした。

さらに、平成11年の改正では、訴訟手続面において立証容易化のための措置が施された。例えば、特許権者が主張する物や方法の具体的態様を否認するときは、相手方は自己の行為の具体的態様を明らかにしなければならないという積極否認の特則(特許法104条の2)や、書類提出命令の範囲を損害額の立証のみならず、侵害行為の立証に必要な書類にまで拡充すると共に、それに対応して整備されたインカメラ審理(特許法105条)など、侵害行為自体の立証を容易化する制度が

3) 権利者が個人で、侵害者が大企業の場合などがこれに該当する。

4) 東京地判平成13年7月17日(平成11年(ワ)第23013号)、東京地判平成14年3月19日(平成11年(ワ)第23945号)によると、特許法102条1項は、排他的独占権という特許権の本質に基づき、侵害品と権利者製品が市場において補完関係に立つという擬制の下に設けられた規定であるとして、「実施の能力」は潜在的能力で足りること、「侵害行為がなければ販売することができた物」は、侵害に係る特許権を実施する物であって、侵害品の市場において排他的な関係に立つ製品とする。そして、侵害者の営業努力や、市場に侵害品以外の代替品や競合品が存在したことなどは、「販売することができないとする事情」には該当しないが、市場において侵害品と権利者製品が補完関係にあってもなお、権利者が市場機会を喪失したと評価できないような事情があるときには「販売することができないとする事情」に該当する。(座談会「知的財産権紛争の現状と将来」ジュリ1227号(2002年)103頁[三村量一発言])。

置かれたが、それに加えて損害額の立証を容易化するための改正も進められた。例えば、特許法105条の3では、損害額の立証のために必要な事実の立証（販売数量などの間接事実の立証も含む）が当該事実の性質上極めて困難な場合には、裁判所は口頭弁論の前趣旨及び証拠調べの結果に基づいて、相当な損害額を認定することができる⁵⁾とされた⁶⁾。

2 立証容易化の一環としての計算鑑定人制度

平成11年改正では、これらと並んでさらに、経理、会計の知識を持った専門家（公認会計士等）を活用して、被告が提出した帳簿類などを分析させ、侵害品の販売数量、販売単価、利益などを計算させることに加えて、当事者にも計算に協力させることが立証負担の軽減に資するという理由から、特許法105条の2として次のような規定が置かれた。「特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟において、当事者の申立てにより、裁判所が当該侵害の行為による損害の計算をするため必要な事項について鑑定を命じたときは、当事者は、鑑定人に対し、当該鑑定をするため必要な事項について説明しなければならない。」

本条による鑑定人は、もっぱら損害額の計算に必要な事項を鑑定事項としているため、この鑑定人は「計算鑑定人」として、また、この制度自体が「計算鑑定人制度」として呼ばれることが多いため、本稿でもこの呼び方に従う。

すでに、計算鑑定人制度が導入されてから数年経過しており、後述のように、この制度を利用した裁判例も公開されるようになると共に⁷⁾、会計学の観点からも、計算鑑定人が計算の際に採用すべき方式（裁判官が指示すべき方式）も検討されるようになってきている⁸⁾。また、最近では、日本公認会計士協会が、計算鑑定

5) 102条は、①侵害行為があったために製品の値下げを余儀なくされた場合、②製品に対する特許発明の寄与度や利益率の算定が困難な場合には利用できないし、特定の地域の販売数量の立証に高いコストがかかる場合のように、102条の適用に必要な事項を把握するのが困難な場合が存在することに加え、民訴法248条は、損害の性質上立証が困難な場合に限定されるため、その適用可能性に問題があったのが改正の理由である。

6) 改正の経緯については、入野泰一「特許法等の一部を改正する法律」ジュリ1140号（1998年）71頁、入野泰一・滝口尚良「特許法等の一部を改正する法律（平成一〇年法律五一号及び平成一一年法律四一号）」ジュリ1162号（1999年）34頁、茶園成樹「特許権侵害による損害賠償」同49頁以下参照。

人のためのマニュアルを作成することで、会員に対して計算鑑定業務について周知させ、計算鑑定業務を積極的に引き受けて裁判所に協力する姿勢を示している⁹⁾。このような実務上の工夫が重ねられることによって、今後もこの計算鑑定人制度が利用される機会は増え続けていくものと予想される。

それに伴い、計算鑑定に際して遵守すべき手続規律についても、改めて確認する必要があると思われる。この規律は、特許法105条の2には明示されていないため、解釈に委ねられるところ、計算鑑定人制度は、あくまでも民事訴訟上の鑑定の特別規定であり、原則として民事訴訟上一般の規律に服するため、民事訴訟法上の通常の鑑定と同様の配慮が必要であると共に、他方で「特別規定」であるがゆえに、特許法の改正の趣旨なども考慮する必要がある。

3 検討の方向性

以下では、民事訴訟上の通常の鑑定制度を前提に、計算鑑定人制度が導入された立法趣旨を再確認した後に、実際の裁判例や実務家によるこの制度に対する評価を見て、計算鑑定人制度が通常の鑑定制度と比べて、機能や用いられ方の点においてどのような特殊性を有しているか、明らかにする。この特殊性を前提とし

-
- 7) 2002年前半の段階では、計算鑑定を実施した事例は東京地裁で2件、大阪地裁で1件であった。東京地裁の事件のうち、1件は後に紹介するウェスタンアーム事件であるが、いずれの事件も公認会計士を計算鑑定人に選任して、裁判所と計算鑑定人との間で計算鑑定書の記載内容などについて打ち合わせをして、計算鑑定人が被告会社に赴いて帳簿類などを検討して調査を行い、計算鑑定書を提出している（座談会「知的財産権訴訟の最近の実務の動向—東京地裁知的財産権部との意見交換会（平成13年度）—」判タ1095号4頁（2002年）13頁〔和久田道雄発言〕）。
 - 8) 会計学の観点からは、原価積み上げ方式、コストアプローチ、マーケットアプローチ、インカムアプローチなど様々な方式があり、いずれがよいかは比較衡量によって決まるべきであるという論者もある（牛島正晴「計算鑑定人制度と知的財産の評価」*パテント* Vol.55 No.2（2002年）61頁）。また、ウェスタンアーム事件では、102条2項の「利益」について限界利益説を採用したが、そのほかにも、純利益、粗利益など考えられるため、結局は具体的な裁判事例の積み重ねで指針を示すしかないとする論者もある（田中美登里「特許権侵害訴訟において計算鑑定を採用して損害賠償等の額を算定した事例」*知財管理* Vol.52 No.11（2002年）1705頁）。
 - 9) 「計算鑑定人マニュアル（中間報告）」について・*JICPA ジャーナル* No.567（2002年）175頁

ながら、計算鑑定に際してどのような規律を遵守すべきか、外国法の類似の制度と比較しながら検討していくことにする。

なお、侵害の事実や損害額の立証が困難であることは、特許権の侵害に限らず、その他の知的財産権である実用新案権、意匠権、商標権などの侵害があった場合にも同様に妥当するため、計算鑑定人制度は、他の様々な法律においても導入されているが（実用新案法30条、意匠法41条、商標法39条、著作権法114条の3、不競法6条の2）、本稿では特許法上の計算鑑定人制度を念頭において検討する。損害額の推定の仕方などは、権利の性質に応じた考慮が必要となってくるが¹⁰⁾、計算鑑定人制度については、権利間での違いはそれほどないからである。そのため、外国法の検討の場面など、必要が生じた場合を除き、原則として特許侵害訴訟における利用を念頭において検討したい。

II 特許法改正の趣旨

では、そもそも、特許法に特則を用意しなければ、裁判所は計算鑑定を利用することができないのであろうか。換言すれば、すでに民事訴訟法において、証拠調べとしての鑑定制度（民訴法212条以下）が用意されているにも関わらず、それに加えて特許法に計算鑑定人制度を置いた意義はどこにあるのであろうか。

1 民事訴訟法上の鑑定

まず、民事訴訟法上の鑑定制度について簡単に紹介することにしよう。これは、裁判官が有していない専門知識を提供することを目的とする制度であり、具体的には専門的な経験則を提供したり、事実これを適用した結果を報告したり、自ら専門知識を用いて調査等を行った結果を報告することで裁判官を補助する制度である。鑑定は当事者の申出に基づいて行われるが、鑑定人を任命するのは裁判官である。鑑定人には、中立性が要求されるため、これに反する場合には当事者は忌避をすることができる（民訴法214条）。鑑定人は、必要があれば、裁判長の

10) 例えば、特許法102条1項と同様の規定である商標法38条1項について、メープルシロップ事件（東京高決平成13年10月31日）は、商標権は市場において当然に相互補完関係が存在するとはいえないとして適用を否定している。

許可を得て訴訟記録を閲覧したり、証拠調べに立ち会って証人に問いを発したり（民訴規133条）、法廷外で第三者や当事者に対して質問を行ったり、文書等を入手するなどという方法で鑑定資料を収集することが可能である。鑑定人は、鑑定の結果を口頭又は書面で提出することができるが（民訴法215条）、口頭で意見を述べる場合にはまず鑑定人が意見を陳述し、裁判長から順に質問が行われる（民訴法215条の2）。裁判所は鑑定意見に拘束されず、その採否を自由に判断することができる（民訴法186条）。

2 特許法に計算鑑定人制度を導入した理由

このような制度があるにもかかわらず、特許法にあえて計算鑑定人制度を導入した理由は、以下のように説明されている。すなわち、①特許法第105条によると、侵害者に対して損害の計算に必要な書類の提出を求めることができるが、提出される文書は、多くの種類の帳簿類や伝票類であり、またこれらは日々の侵害者の経済活動を示すものであるため極めて膨大な量であり、経理・会計の専門家ではない裁判官や代理人である弁護士のみでは、これらを短期間に正確に調査・分析することが困難である。②提出された文書が侵害者特有の略語を使って表記されていたり、侵害者特有の帳簿体系の流れを取っていたり、コンピューター管理による帳簿を打ち出したデータであったりした場合には、文書の記載内容について、侵害者の説明を受けずに部外者のみで解析することは膨大な時間を要するのみならず、解析の正確性が担保されないため、端的に侵害者に説明を求めることがもっとも効率的であるが、特許法第105条では文書提出者に説明義務は課されていない。しかも、③提出された文書に対し、民事訴訟法の当事者照会制度（民訴法163条）や鑑定人の発問等の制度を活用しても、相手方が説明に応じなければ、これを理解することができない。

そこで、損害の立証の迅速化及び効率化を図るためには、侵害者の協力義務の下に、損害の計算に必要な文書を中立的な第三者に見せて、損害の計算に必要な事項を裁判所に報告させる制度を設けるのが妥当であるという理由から、計算鑑定人制度が導入された¹¹⁾。

3 計算鑑定人制度と通常の鑑定制度との関係

このように、現行民事訴訟法上の鑑定では不十分であるという理由から計算鑑定人制度が導入されたのであるが、そもそも計算鑑定人制度があくまでも民事訴訟法上の鑑定であることを前提とすると、立法理由として挙げられた事項が、通常の鑑定手続によっては、本当に実現することができないのか問題になろう。この点について、特許法105条の2を以下のような2つの部分に分けて検討してみたい。すなわち、第1に、裁判所が損害の計算につき必要な事項について鑑定を命ずるという部分、第2に、当事者は鑑定人に対して当事者が必要な事項を説明しなければならないという部分である。

まず、第1の点から見ると、民事訴訟法上の鑑定の役割には、裁判所に必要な専門的経験則を提供すること、この専門知識を適用した結果を提供することが含まれるため、この定義に従うと、裁判官が知識を有していない計算に必要な事項について鑑定を求めることも本来可能なはずである。例えば、帳簿に記載されている記号の意味、利益の算定方式のような抽象的な専門知識を聞くことは当然可能なはずである。また、かかる抽象的な専門知識を報告させるにとどまらず、実際に製品の売上高や利益率など（いわゆる間接事実）を導かせることも、会計学上の専門知識を適用するという作業が伴う以上、民事訴訟法上の鑑定の範疇に該当するであろう。通常の民事事件において、損害額の計算のためにどの程度鑑定制度が利用されているかは明らかではないものの、実際に、平成11年改正以前にすでに、特許侵害訴訟で鑑定人に計算に必要な事項を委ねた裁判例は存在していた。例えば、東京地判平成2年2月9日においては、損害額の計算のために鑑定人を選任し、被告が製品を販売した期間の、平均販売価格、売上高、売上原価、さらには販売費、一般管理費、営業外損益、特別損益を計算して、純利益額を計算、報告させている¹¹⁾。

では、第2の点についてはどうであろうか。この点、立法者は、鑑定人による質問等に対しては、当事者は回答する義務を負わないため、回答義務を負わせる

11) 特許庁総務部総務課工業所有権制度改正審議室編「平成11年改正工業所有権法の解説」(1999年)49頁、中山信弘編「注解特許法(第3版)上」(青林書院、2000年)1210頁〔青柳吟子〕

ためにこのような規定を置いたと説明している。確かに日本の民事訴訟法においては、ドイツ法のように鑑定を受忍する明文上の義務はないし¹³⁾、フランス法のように一般的な司法協力義務を定める規定¹⁴⁾が用意されていない以上、当事者が鑑定作業に協力する明文上義務は課されていない。その意味において、本条は創設的な規定であると評価することも可能である¹⁵⁾。

もっとも、この義務に違反した場合の制裁が用意されていないことを考えると、創設的な規定と評価したところでどれほどの意味があるかは疑問である。この点について補足すると、立法段階（工業所有権審議会など）においては、当事者が説明に応じない場合の制裁を設けることの当否や、説明義務に加えて鑑定に必要な書類の提示義務などを規定することの可否が検討されたものの、いずれも見送られている。これは、前者については、当事者が協力を拒んだ場合に当事者主張の事実を真実と擬制するという制裁も考えられなくはないが、裁判所による個別の審査を経ない鑑定人による協力要請に対する違反の制裁としては過大すぎることで、後者については、一般に当事者は鑑定人に対して書類を提示する義務を負うと考えるべきであり、文書の提出を強制したい場合は、文書提出命令の方法によ

-
- 12) 判タ725号213頁。公認会計士2名と税理士1名を鑑定人として、Yが提示した決算報告書、営業報告書、総勘定元帳、売掛台帳、売上伝票、納品書、製品受払帳、得意先別製品別売上高資料、買掛金台帳、仕入伝票、材料受払帳、棚卸表などを調査させている。鑑定書には、必要箇所の写しを添付しているが、責任者に対して行った質問に関する説明は記載されていなかったようである。（『注解特許法上』・前掲注11）1212頁〔青柳〕。
 - 13) ZPO144条1項「裁判所は検証や鑑定を命ずることができる。この目的の為に、当事者や第三者に対して、その所在地にある物の提出を命じ、期間を設定することができる。また1文の措置を受忍するよう命ずることができる。ただし住居に関する場合を除く。」
 - 14) C. Civ10条「I、何人も真実解明のために司法に協力する義務を負う。II、法的に求められているにも関わらず、正当な理由（motif légitime）なくこの義務に従わない者に対しては、この義務の履行を強制することができ、場合によっては間接強制、民事罰、損害賠償を求めることができる。」
NCPC11条1項「当事者は証拠調べに協力する義務がある。裁判官は懈怠又は拒絶からすべての結論を引き出すこともできる。」
 - 15) 『注解特許法上』・前掲注11）1210頁〔青柳〕、三木浩一「特許権侵害訴訟における当事者の情報収集手段の拡充」ジュリ1162号（1999年）55頁。三木教授によると、この義務は、訴訟上の信義則（民訴2条）に由来する一種の訴訟協力義務であり、違反した場合の制裁規定や効力規定がないため、弁論の全趣旨として斟酌することを認める。

るべきであるという理由に基づく。いずれにしても、特許法105条の2は制裁を伴わない訓示規定であるため、仮にこの義務に違反した場合であっても、弁論の全趣旨として不利に斟酌する可能性があるにとどまる。ここで民事訴訟上の鑑定
の規律に戻ると、確かに立法者が指摘したように実効性がないとしても、当事者
が当事者照会に対して回答する義務を負うことは否定することができないし、新
民事訴訟法において文書提出義務が一般的義務に拡大されていること、さらには
計算鑑定人制度の導入後ではあるが、平成15年改正において提訴前通知制度が設
けられた背景などをあわせて考えると、制裁がないものの、一般に信義則上の義
務として、当事者には真実解明に協力する義務を負っていると評価することは可
能である。そして、その現れとして、当事者が鑑定に協力し、鑑定人による発問
などに応ずる義務を負うことを導き出すことは不可能ではなかろう。仮に、証拠
として提出された書類の中に不明な点（特殊な記号等）があり、鑑定人が直接質
問しても相手方が回答しない場合には、裁判官は釈明権（民訴法114条）を行使
することも可能であり、この場合にはやはり当事者にはこれに回答する義務があ
る。このように考えられるのであれば、制裁を伴わない訓示規定として鑑定人に
対する説明義務を規定した特許法105条の2は、裁判官が鑑定人に計算に必要な
事項を委ねる権限を有することと、当事者が鑑定人に協力する義務を負うことを
確認した規定に過ぎないと評価する方が素直であるように思われる。

さらに、民事訴訟法上の鑑定制度が、あくまでも裁判官に対して専門知識を提
供することを主たる目的としているのに対して、計算鑑定人制度は当事者の立証
負担を軽減することを主たる目的として導入されたという点が異なるともいえよ
うが、計算鑑定人制度も裁判所を補助することをも目的としているため、決定的
な違いであるということではできないであろう¹⁶⁾。

しかしながら、他方で、仮に民事訴訟法上の鑑定の規律を確認したに過ぎない
としても、計算鑑定人制度が実際に発足することにより、これらの権限や義務が
導き出しやすくなり、積極的な利用が可能となっている点も否定できないであろ

16) 同様に、裁判上の鑑定についても、当事者が私鑑定などの形で提出することがで
きなかつた事項を補うという意味で、立証を容易化するという機能を有する点は
否定できないであろう。

う。そして、以下に紹介する実務例を見ると、実際に計算鑑定人制度を利用することにより、立法者の意図とは異なる、あるいはそれ以上の意義が見出されているようである。

Ⅲ 実務の評価

1 実務上の評価

では、計算鑑定人制度は実務でどのように評価されているのであろうか¹⁷⁾。例えば、ある実務家によると、計算鑑定人制度は、文書提出命令などで膨大な量の文書が出された場合の分析を補助することを本来の目的としているため、裁判官が損害の内容と額の審理に要する時間を大幅に短縮すると共に、権利者側の代理人が証拠の分析、検討に要する時間を短縮することを可能にしているようである。加えて、損害額の立証を容易化するという点に関しては、計算鑑定人が調査をする過程が、侵害者の事務所などにおいて、帳簿等の資料の調査、担当者の説明の聴取などを行うという形で、強制的ではない形で第三者的な専門家が介入するため、当事者間で摩擦が生ずることもなく、早期に、より信頼できる損害額の計算をすることが可能となっているようである¹⁸⁾。

後者の点は、立法者が意図したところである、被告の任意の協力を得るという点に関係していそうであるが、これは以下のような運用が伴うことにより、実現されているようである。すなわち、鑑定人は、鑑定作業の過程で当該事件とは直接関係のない帳簿や伝票を見ることもあるが、鑑定書には、損害額の算定のために必要不可欠な情報のみ記載させ、被告製品と関係する帳簿や伝票についても、個別の取引先の名称や取引先ごとの取引の単価などは、損害額の計算には必要な

17) 以下では、東京地裁知的財産権部の裁判官による評価を紹介する。その他にも、あらかじめ、計算鑑定人に対する証人尋問の申請を差し控えるという了承を両当事者から得ておき、両当事者には事前に鑑定書を渡して検討の時間を与え、弁論準備手続期日で鑑定人に口頭で説明をしてもらい、当事者が質問した場合には、鑑定人が口頭でこれに対する回答を行う機会を与えるという運用がなされているようである。現行法ではこれらの手続は鑑定人質問の制度に則って行われることになろう。また、報酬については公認会計士の報酬基準に応じて決定しているようである。(座談会・前掲注7) 13・14頁 [三村発言]

18) 座談会・前掲注7) 13頁 [和久田発言]、14頁 [三村発言]

いため、鑑定書には書かないなどの工夫がされているようである¹⁹⁾。

また、個々の取引先などを開示していない場合であっても、原告が具体的な取引先を把握しているのであれば、それを証拠として提出して、被告がそれらを含めた帳簿や伝票を全て開示しているかなど、帳簿の信頼性などを検討するための素材を提供するという利用の仕方でも示唆されている²⁰⁾。これらの情報は、相手方が必要な証拠を全て開示したかを確認するために必要なものではあるが、損害額の立証には直接関係ないため、文書提出命令などによっても法廷には提出されない。そこで、必要な文書を全て提出しているかを確認させる目的で鑑定人に閲覧させているようである。

2 裁判例

(1) ウェスタンアーム事件の事案と判旨

計算鑑定人制度を用いた裁判例のうち、公刊されているものとしては、ウェスタンアーム事件²¹⁾がある。以下ではこの事件の事案と判旨のうち、計算鑑定人制度に関係する部分を中心的に紹介する。

これは、自動弾丸供給付玩具銃（モデルガン）の特許権者であるXが、姉妹会社でありモデルガンを製造販売するYらを相手に、特許権侵害を理由として、特許法65条1項の補償金及び損害賠償を求めた事案である。争点は、Yらが製造販売するモデルがXの特許権の技術的範囲に属するかという点と、補償金（特許法65条1項前段）及び損害賠償の額であった。本判決は、前者については、Yらの製品はXの特許発明の構成要件を充足するため、Yらの行為はXの特許権を侵害するものであったと判断した。これに対して、後者については、そもそもY製品の販売数や売上額、利益率、補償金の額の算定の基礎となる実施料の評価について当事者の主張や提出された書証に相違があったため、「損害額の認定を迅速かつ適正に行うため」Xの申立てにより計算鑑定を行い、その結果に基づいて算定された保証金と損害賠償額につき、Y1、Y2が連帯で支払う義務を負う

19) 座談会・前掲注7) 14頁【三村発言】

20) 座談会・前掲注7) 16頁【三村発言】

21) 東京地判平成13年2月8日判タ1092号266頁、判時1773号130頁

とした。

計算鑑定人に対する委託については、次のように述べられている。「公認会計士 A を計算鑑定人に選任して、Y 各製品の販売数、売上額、利益率について鑑定を命じ、これを受けて、同鑑定人は、同年 4 月から 6 月にかけて前後 6 回にわたり Y 社を訪れて Y 社の会計担当の従業員から任意に会計帳簿、伝票類の提示を受け、同従業員らからその内容の説明を受けるなどした上で、これを検討し、同年 7 月 11 日に計算鑑定報告書（以下「本件報告書」という。）を提出した。なお、この間、同鑑定人は、Y 社から、個別の取引先ごとの売り上げを記録した帳簿等を含めた一切の関係書類の開示を受け、個々の取引の内容を含め、すべての事項について必要な説明を受けたものであるが、本件報告書の内容としては、被告各製品の販売数、売上額、利益率についての概括的な調査の手順と最終的な調査結果が記されるにとどまり、個々の取引における販売先の名称など被告らの製造販売事業における企業秘密にわたる事項については、Y 社の利益に配慮して記載しないものとされている。」そして、この計算鑑定の結果に基づいて、Y 社の販売数、売上金額を認定した後に、本件特許権に係る実施料率は、販売価額の 12% と認めるのが相当であるとして²²⁾、認定した被告各製品の売上金額に実施料率 12% を乗じて実施料相当額を算定し、これを補償金額とした。

さらに、原告が請求できる損害賠償額について次のように判示している。まず、特許法 102 条 2 項の「侵害の行為により利益を受けているとき」の「利益」とは「侵害者が侵害製品の製造、販売のみに要する専用の設備や従業員のを新たに設置し、あるいは雇入れたといった例外的な事情がない限り、侵害製品の売上額から仕入れ、加工、梱包、保管、運送等の経費のうち侵害製品の製造、販売のみのために要した部分を控除した限界利益ともいうべきものを指すと解するのが相当である。」として、「限界利益」の意味については、財務会計上の観点のみならず、

22) その際、X と訴外 A 社との特許権実施許諾契約の実施料率を参考にしている。もっとも、他社との契約の対象とされているのは、関連するとはいえ本件特許権とは異なる特許権であるし、いずれも製品の販売数が 1 万個に満たないことから、実施料率の計算に際しては、事前に一括で支払われる金額の実施料に占める割合が高くなり、実施料が高めに計算されることが明らかであるとして、かかる料率を算定した。

特許法102条の規定の趣旨に照らして解釈し、「売上額から販売に直接要する費用である変動費を控除した利益（本件報告書にいう「限界利益」）ではなく、右利益の額から、更に固定費の中でも対象となっている製品に直接関連する経費（直接固定費）を控除して算出したもの（本件報告書にいう「貢献利益」）を指すものと解すべきである。」とした。そして、計算鑑定の結果から、Y各製品の販売数、売上金額、変動費、直接固定費を算定して、限界利益を算定した²³⁾。

Yらが控訴したが、控訴は棄却された²⁴⁾。もっとも、控訴審では、Yの特許権侵害の事実と、第一審が認定した実施料率をめぐって争いがあったに過ぎず、計算鑑定の結果や、そこからの売上高の認定、損害額の計算、利益の算定については争われなかった。

(2) 本判決での計算鑑定人制度の特色

本判決の背景には、被告から提出された帳簿や伝票が、その管理が不十分であるなどの理由で網羅的ではなく、原告からは被告が書類の一部を隠しているとの疑惑が表明されていたという事情があったようである。そして、被告が、会社の帳簿全体は鑑定人であれば開示すると回答したため、これらを鑑定人に開示させ、検討させるために計算鑑定人を選任したようである²⁵⁾。

これに加えて、本判決に現れている計算鑑定人制度の特殊性として、以下の点が挙げられる。まず、鑑定人は被告ら会社を訪れて、会計担当の従業員から任意に会計帳簿、伝票類（個別の取引先ごとの売り上げを記録した帳簿等を含めた一切の関係書類）の提示を受け、同従業員らからその内容等必要な説明を受けてい

23) 計算鑑定の結果からは、Y1については、変動費としては、損益計算書の売上原価の内訳科目である仕入高、外注費、包装費の他被告各製品に貼付する合格シールに係る費用が、直接固定費としては、金型の減価償却費と、売上高の割合で案分した限度での販売促進費、荷造運賃、消耗品費及び消耗工具費が含まれるとした。また、Y2については、変動費としては、Y1からの仕入高を、直接固定費としては、広告宣伝費のうち被告各製品の広告宣伝に用いられたものと、売上高の割合で案分した限度で修理のためのアルバイト従業者の人件費と製品の運搬に伴う運賃が含まれるとした。

24) 東京高裁平成14年1月30日判決・東京高裁平成13年（ネ）第1132号

25) これでは仮に文書提出命令を発令しても、全部提出されるとは限らず、最後は真実犠牲の問題になり、実りのある議論とはならないという判断が裁判所側にあったようである（座談会・前掲注7）14頁 [三村発言]。

るが、個々の取引における販売先の名称など、被告らの製造販売事業における企業秘密に当たる事項については、鑑定書には記載していない。また、書証としてどの程度の資料が提出されていたかは明らかではないが、鑑定人が被告から任意に会計帳簿等の開示を受けていることから、書証として提出されていない資料が鑑定基礎となっている可能性も否定できないが、この点については特に異議は提出されておらず、裁判所もこれをそのまま採用しているようである。

さらに、計算鑑定人の報告書には、各製品の販売数、売上額、利益率についての概括的な調査の手順と最終的な調査結果がまとめられている。これにより、特許法102条1項ではなく、従来は立証が困難であるとして利用が控えられていた102条2項に基づく計算に必要な情報が得られている。裁判所は、この計算鑑定書に記載されている販売数や売上高については、そのまま採用しているが、実施率については他社との契約と比較しながら自ら認定を行っているし、利益の計算に際しては、限界利益説を採用することを前提として、計算鑑定書の中からその算定に必要な変動費や直接固定費を引き出して自ら算定を行っている。鑑定人も限界利益を算定していたが、裁判所との間で算定式に対する理解が異なっていたため、最終的に裁判所が自ら限界利益を計算したようであるが、いずれにしても、計算鑑定人の主たる役割は、販売数量、売上高、利益の算定の基礎となる項目などを帳簿から引き出して整理することであり、これらの事項については、裁判所は鑑定結果をそのまま採用して計算を行っているということができよう²⁶⁾。

3 実務の評価、裁判例から分かる計算鑑定人の特徴

以上の限られた資料からは、計算鑑定人制度が、裁判官に専門知識を提供することを目的とする従来の鑑定制度と比較した場合に、以下のような特徴を有していることが分かる。

第一に、損害額等の計算に必要な資料のうち、顧客の名前のように営業秘密に

26) 損害を計算するのに必要な事項の解釈としては、立法者は、侵害者の販売数量、販売単価、利益率などを念頭においているが（入野・滝口・前掲注6）39頁）、102条1、2、3項の各項、及び特許発明の貢献利益率の鑑定を行わせることに本条の趣旨があるという論者もある（村林隆一・松本司・岩坪哲・鎌田浩「新特許侵害訴訟の実務」(2000年)224頁）。

該当するものの、計算の正当性を検討する際には必要ない事項については、鑑定人には開示されているが、鑑定意見書には記載しないという形で、裁判所や相手方当事者には開示しないように配慮しているようである。

第二に、第一の点とも関係するが、文書提出命令では提出されない資料が計算鑑定人には提示されているようである。書類提出命令は「正当な理由」がある場合にはこれを拒むことができるため、インカメラ手続が新設される以前は、「正当な理由」と主張するのみで容易に提出を拒むことが可能であったし、インカメラ手続が新設された後であっても、全ての資料の提出を命ずることができるとは限らない。そこで、被告が必要な文書を全て開示したか否かを調査させるという役割も、計算鑑定人には期待されているようである。

以上の点は、鑑定人が、当事者の秘密が不当に開示されないようにするための緩衝材としての役割を果たしていると言い換えることも可能であろう。特許侵害訴訟において、原告の立証を容易化するためには、被告の有する証拠へのアクセスを拡大する必要があるが、それに伴い、これらの手段が、競争関係にある被告の営業秘密を模索するために悪用される危険性も高まる。当事者に訴訟に協力する義務、証拠を提出する義務を課したとしても、直接は関係のない秘密事項が相手方に全て開示されるというのでは、当事者の協力を得ることは事実上困難である。しかしながら、秘密事項が計算鑑定人にのみに開示され、相手方には開示されないという保証があれば、鑑定に協力することができ、その結果、立法者が意図したような「当事者の立証を容易化する」という効果をもたらすことができるといえよう。実際にも、従来は明らかにしにくかった被告の売上高や利益が明らかになっているのは、このような理由によるものと考えられる。

第三に、本来の鑑定人は裁判官の補助者として、裁判官が専門書を閲読するのみでは入手することができない専門知識を提供することを目的としており、計算鑑定人制度も、民事訴訟法上の鑑定的一种である以上、主たる機能はここにあるはずである。もっとも、背景事情を度外視して裁判例を見ると、裁判所は自ら、あるいは専門家の助言を得ながらであっても、帳簿等を閲覧して引き出すことが可能であると思われる、販売数量や売上高などの数値を引き出すことを鑑定人に委託している。この場合、計算鑑定人制度は専門知識の提供を受けるということ

よりも、裁判官の負担を軽減するという機能も有していそうである²⁷⁾。

以上を整理すると、計算鑑定人制度を導入した立法者の主たる目的は、被告に協力義務を負わせて損害額に関する立証負担を軽減する点にあったが、第一、第二の点からは、この目的は被告の営業秘密を不当な開示から保護することを前提として実現されていることが明らかであるし、第三の点からは、立法者が意識していた以上に、裁判所の負担を軽減する機能も果たしているようである。

もっとも、実際に利用がされているとしても、このような利用が、民事訴訟法や特許法の趣旨から見て許容されるかは別問題である。また、仮に許容されるのであれば、その限界がどこにあるかも問題になる。以下では、この問題につき、諸外国の民事訴訟手続において、公認会計士らの専門家に計算等を委ねる制度と比較した上で検討することにしたい。まず、第一、第二の点との関係では、ドイツ法の制度、具体的には、裁判上の鑑定はもちろん、日本の文書提出命令と類似する情報請求権行使の際の秘密保護の方法を紹介する。また、第三の点との関係で、アメリカで類似の機能を有する制度を紹介することにする。

IV 秘密保護のための専門家の利用—ドイツの手続

1 秘密手続 (Geheimverfahren) の適法性

ドイツの民事訴訟においては、日本法と同様に、鑑定制度が用意されている。ドイツの鑑定制度について簡単に紹介すると²⁸⁾、職権で鑑定を行うことができる点など、若干の点を除くと、日本の鑑定制度とほぼ同じ規律に服する。そして、計算鑑定人制度のような特別法上の制度こそないものの、鑑定人として公認会計士などの会計の専門家を任命して、計算に関する事項を委ねることは可能である。ところで、ドイツでは、鑑定人に計算の作業を委ねる場合はもちろん、それ以外

-
- 27) 牛島・前掲注8) 63頁によると、本判決のように、計算鑑定人が裁判所からの指示に含まれている業務(原価構造分析)をするのみであると、裁判所が指示した段階で賠償額の概略は定まってしまうし、裁判官が指示を詳細にすればするほど、鑑定人は会計的裏づけ資料を確認整理するに過ぎなくなると懸念している。
- 28) ドイツの鑑定制度の発生史と現行の制度については、拙稿「民事訴訟と専門家—専門家の訴訟上の地位と手続規律をめぐって(1)~(3)」法協120巻4号637~716頁、同8号1550~1616頁、9号2031~2100頁(2003年)。

の場合であっても、鑑定人にのみ開示され、相手方当事者に対して開示されていない事項に基づいて作成された鑑定を判決の基礎とすることの是非が従来から問題とされてきた。このような手続は、秘密手続 (Geheimverfahren) と呼ばれるが、以下では秘密手続の適法性をめぐる学説や裁判例を紹介、分析する。

(1) 学説

学説では、秘密手続の適法性について見解が分かれている。現行法の解釈論としても、また立法論としても、この適法性を否定する見解は、以下のような理由を挙げる。すなわち、裁判に必要な資料は両当事者に開示して十分な攻撃防御の機会を与えなければならないという、法的審問の原則、当事者公開主義の原則 (GG103条1項、ZPO357条) は、当事者の秘密保護の利益よりも重視すべき原則であり、当事者によって放棄することはできない²⁹⁾。

これに対して、秘密手続の適法性を肯定する見解は、法的審問請求権、当事者公開主義の原則といえども、無条件に保護されるのではなく、権利保護の必要性がある場合、具体的には訴訟当事者の営業秘密を保護する必要性がある場合には制限を受けると解する。もっとも、これを肯定する論者も、当事者に秘密を開示することなく、当事者の法的審問請求権を保護するための代替策を提示している。例えば、当事者ではなく、当事者の代理人が鑑定手続に立ち会うことを許容すると共に、代理人には秘密保持義務を課すという方法や、裁判官自身が当事者の代理人的な立場で鑑定手続に立ち会い、これを監督するという方法などである。しかしながら、前者の方法については、守秘義務を課したところで代理人が当事者に秘密を開示しないという保証はなく、後者の方法については、裁判官の立会いによって当事者の防御権が十分に保護されるのか疑念が残らざるをえないという問題がある。そのため、裁判所が選任した別の代理人を立ち合わせ、当事者に秘密を漏洩しない義務を課す方法を提唱する論者が多くなっている³⁰⁾。

(2) 判例

裁判例を見ると、控訴審レベルでは、鑑定人を利用した秘密手続の適法性が肯

29) Wolfgang Kürschner, Parteiöffentlichkeit vor Geheimnisschutz im Zivilprozeß, NJW 1992-1804, Lachmann, Unternehmensgeheimnisse im Zivilrechtsstreit, dargestellt am Beispiel des EDV-Prozesses, NJW 1987-2206

定されてきたが³¹⁾、連邦通常裁判所 (BGH) は、1991年11月21日の判決³²⁾において、この適法性を否定している。

本判決の事案は以下のとおりである。XはB新聞という広告紙を発行する業者であり、これをH市を含めた地域の家庭に毎週無料でこれを配布していた。YはH市でR新聞という日刊紙を発行する唯一の業者であったが、H市との契約で、H市から報酬を得て、H市の公報を挿入した広告誌を無料で発行していた。Xは、公報をこの無料広告誌に挿入する形で、市とYが共謀してH市における無料広告配布の競争を排除していると主張して、これによる損害賠償額の支払いと無料広告誌配布の差止めを請求した。第1審、2審ともにおいて原告の請求は棄却されたため、Xが上告したところ、上告審は、競争相手を排除する目的で、かつ費用がカバーできない価格で販売を行った場合 (例えば著しくコストが上昇するにも関わらず無料で発行した場合) には、不当な排除 (GWB26条2項)、不公正な取引 (UWG1条) に当たるところ、原審が、Yが費用がカバーできない販売によってXを排除しようとしたかを調べるために行った、鑑定の方法は不当であるとして、原判決を一部破棄し、原審に差し戻した³³⁾。

問題とされた鑑定について、判決理由では次のように述べられている。「…控訴審で任命された鑑定人は (控訴審が認めるように)、原告に報告することなく、

30) Musielak, ZPO, §357 Rn. 4, Albrecht Zeuner, Gedanken zum Spannungsverhältnis zwischen Offenheit zivilgerichtlicher Rechts- und Wahrheitsfindung und Geheimhaltungsinteressen in der Beziehung der Beteiligten, Festschrift für Hans Friedhelm Gault, 1997, S. 845

31) 例えば、1984年のニュルンベルク高等裁判所の決定がある (BB1984-1252)。これは、コンピュータープログラムのコピーを不正に入手して利用した被告に対する著作権侵害訴訟である。原告が企業秘密を理由にプログラムの著作権としての保護価値について明らかにしなかったため、裁判所は職権で鑑定を行い、鑑定人に事実の確認を行わせると共に、企業秘密の部分については被告に開示することなく利用した結果、原告のプログラムには保護価値があるとして原告の請求を認めた。被告が異議を申立てたが、鑑定人は最高の知識と良心を持って鑑定を行う義務があること、被告が口頭説明を求めなかったことを理由に、訴訟法違反も法的審問権違反もないとした。

32) NJW 1992-1817

33) そのほかにも、原審が、Yの行為がGWB1条に反しないとした点は、Yには競争を排除する目的はなく、副次的な結果として競争が排除されたに過ぎない点からは妥当であるとした。また、GWB26条2項のいう不当な排除も、Xの地位は著しく悪化していない以上、存在しないとした。

被告の下で、鑑定作成のために知ることが必要と考えた営業書類（特に、毎年の決算報告書と、被告によって内部の目的で作られた費用負担期間会計）を閲覧して鑑定を準備した。この書類は、それ以降も、裁判所にも原告にも知らされなかった。書面鑑定でも補充書面意見陳述でも、鑑定人は、被告の営業秘密に該当すると考えて、鑑定の重要な基礎を開示しなかった。原告は訴訟で再三にわたり、強調して鑑定の方法に異議を唱えた。かかる状況で作成された鑑定は、原告の法的審問権（GG103条1項）にも、裁判所が鑑定人の鑑定書を入念かつ批判的に評価する義務を負うというZPO286条の条文に反する。この義務の履行は、鑑定人が鑑定の重要な事実的基礎を開示することを前提としているからである。…」

これは損害額等の計算のためというよりも、不公正な取引、不当な排除に当たるかを判断する前提として、Yの収益計算書等を閲覧して費用の分析をすることが不可欠であったため、公認会計士に鑑定を行わせた事例であるが、損害額の計算を委ねた場合にも同様の規律が適用されると思われる。

本判決以降のOLG Köln1995年3月3日決定³⁴⁾も、本判決と同様の見解を採用している。詳細は明らかではないが、鑑定を命じられた会計士が、被告の事務所で資料収集等を行った際に、被告が、原告の立会いを排除して、職業上守秘義務を負う信頼できる会計士のみ立ち会うように申し立てたところ、申立ては却下された。その理由は次のように述べられている。原告の法的審問権と自由心証主義（ZPO286条）の原則は、鑑定手続では、原告（及び裁判所）に対して、鑑定人が必要と考える被告の営業書類を開示して始めて実現できるのであり、被告が営業秘密を理由に開示を拒むこと、すなわち秘密手続は不適法である。原告には、被告の事務所における鑑定人の活動に立ち会う権利と、重要な書類の閲覧が認められるが、これは鑑定人に対して守秘義務を負う代理人の立会いによっては代替することができない。なぜなら、原告は、訴訟当事者として認められている、鑑定に重要な全ての事実を知る権利が否定されるからである。すなわち、この裁判例は、秘密手続の適法性を否定するのみならず、有力な学説が唱えているように、秘密手続を原則として肯定しながら、代替策として代理人のみを立ち合わせると

34) OLGR Köln 1995, 327, NJW-RR 1996, 1277

いう方法も否定している。

これに対して、連邦労働裁判所（BAG）は1992年3月25日の決定において、公証人を利用した秘密手続、すなわちある組合員が被告企業の従業員であるかを、被告に開示することなく公証人に確認させた手続の適法性を肯定している³⁵⁾。

(3) 判例、学説から分かるドイツの秘密手続

このように、学説でも判例でも、秘密手続の適法性に関しては見解が分かれている。このうち、判例間の相違については、連邦通常裁判所と連邦労働裁判所との違いはもとより、秘密手続に介在した第三者が鑑定人であるか公証人であるかという違いに基づくと説明することも可能である³⁶⁾。したがって、一般には、相手方や裁判所に開示されていない資料に基づく鑑定意見をそのまま採用することについては否定的な傾向があり、鑑定作業に代理人を立ち合わせることができるといふ点においてのみ、判例と学説が異なっていると評価することができよう。

もっとも、秘密手続を不適法とする判例を前提とした場合であっても、鑑定人に計算書類等を得させて、損害額等の計算をさせる場合には、必然的に全ての資料を開示しなければならないという結果にはならないであろう。BGHの事例では、鑑定の基礎資料がまったく開示されていなかったため、かかる手続は不適法であるとされたにすぎず、BGHも、「鑑定の重要な事実的基礎」が開示されれば

- 35) NJW1993-612 労働組合が使用者に対して集会のために工場への立ち入りを求めたところ、労働組合の組合員が工場で就業しているかが問題となった事例である。原告が組合員の氏名を明示して証人として申請することを拒んだため、高等労働裁判所は、公証人に組合員が被告企業の従業員であるかを確認させ、調査結果を事実証明書として裁判所に提出させた。被告が手続の違法性を理由に抗告したがBAGは抗告を棄却した。第1に、裁判所は公証人に証拠調べを委ねたのではなく、書証の方法で宣誓に基づく証明という間接的証拠方法を評価したのであるから、直接主義には違反しないこと、第2に、労働組合員の労働法上の権利を保障するためには間接的な証明で満足することができること、第3に、当事者には決定に対して意見を表明する機会が与えられており、また法的審問請求権は特定の証拠方法を求める権利ではないのでこの原則にも違反しないことが挙げられている。被告は連邦憲法裁判所に上告したが、不受理決定が出された（NJW1994-2347）。
- 36) その原因の一つとしてツォイナ－は、証拠方法の違いを挙げる。すなわち公証人の場合、陳述内容自体が証拠資料であり、不開示の陳述部分は証拠資料とはならないが、鑑定の場合は不開示でも証拠資料となるからである。（Zeuner・前掲注30）S.845

足りるとしている。OLGの場合も、事案は明らかではないが、鑑定基礎資料が書証には限定されないこと、ただし、原告は、鑑定作業への立会権と、鑑定に重要な基礎を知る権利があることを確認している。もっとも、原告が鑑定作業に立ち会うことが模索的証明の手段となつてはならないという制限を課していることから、原告が、鑑定作業への立会権を根拠として、鑑定とは直接関係ない、あるいはあまり重要ではない被告の秘密を知ることまでは禁じているといえよう³⁷⁾。

2 情報請求権行使の際の秘密保護

同様に、公認会計士らが当事者間の秘密開示の緩衝材となっている例として、情報請求権を行使する場面を紹介する。

(1) 前提—情報請求権とは

ドイツでは、実体法上や、契約関係や法律関係のある当事者間で、情報や文書の提出を求める権利（実体法上の情報請求権）が定められている場合がある³⁸⁾。また、判例では、損害賠償請求権などを行使する前提として、信義則などを根拠に相手方に必要な情報や計算を求める権利が認められている（これを「準備的情報請求権」と呼ぶ。）³⁹⁾。例えば、特許侵害訴訟に基づく損害賠償請求（PatG139

37) この点、フランスでの扱ひも参考になる。フランスの民事訴訟では、対審の原則（防御権の保護）が重視されており、鑑定手続においても、両当事者やその代理人を呼び出したり、鑑定意見の基礎資料等を両当事者に開示したり、当事者に意見を述べる機会を与えたりすることが必要となっている。しかしながら、公認会計士が帳簿等を閲覧する場合など、当事者の顧客の秘密や企業秘密が関係する場合には、当事者の立会いが否定される（*Régime GENIN-MÉRIC, Mesure d'instruction exécutées par un technicien*, J.Cl.pr.civ. Fasc 662, 1995, p. 14, Tony MOUSSA, *dictionnaire juridique expertise matières civile et pénale* (2éd, 1988 Dalloz), p. 74~, J.-P. ROUSSE, *Le respect du principe du contradictoire dans le déroulement des operation d'expertise*, Gaz.Pal. 1978. 2. doct. 627, Michel OLIVIER, *Mesures d'instruction confiées à un technicien*, Rep.pr.civ. (1990), p. 30)。裁判例や学説においても、鑑定作業への立会いを否定した上で、鑑定人が、事後的に当事者が作業内容について議論できる程度に情報を開示することによって、対審の原則との調和が図られるとする（Cass. 17 avril 1974, Bull. Civ. 1974, 3, No 150等）。さらに、当事者の防御権をより保護するためにも、各当事者が専門家を選任して手続に立ちあわせ、専門家には秘密を口外しない義務を負わせる方法も提唱されている（Pierre FEUILLET, /Félix THORIN, *Guide pratique de L'expertise judiciaire*, Litec, 1991, p. 53)。

条) を行使する前提としてもかかる情報請求権が認められる。

このような情報請求権は、訴えを提起して履行を請求することも可能である。しかも、主たる給付請求と併合して提起し、情報請求訴訟から審理を行い、その結果を利用して主たる請求権の特定を事後的に可能にするという段階的な審理方法(段階訴訟、ZPO254条)も可能である。さらに、かかる情報請求権を有していることは、文書提出命令の必要条件ではないが、これに基づいて文書提出命令を発令することも可能である(ZPO142条、421条以下)。

(2) 公認会計士などを利用した秘密保護

情報請求権には、会計書類などの提出や計算結果を求めるものが多い。とくに、損害賠償請求権行使の前提である準備の情報請求権には、会計報告や計算書類の提出を求めることが当然、含まれる。これらの書類の中には営業秘密も含まれることがあるため、無条件に情報を求めることを認めると、競業者である相手方当事者の営業秘密を入手する手段として悪用される可能性があるし、他方で、相手方当事者が営業秘密を理由に情報提供を拒むことを許容すると、情報請求権は無に帰することになる。

そのため、準備の情報請求権を行使する前提としては、主たる請求権の基礎となる損害の発生が確からしいことの立証を要するのに加え、古くから、相手方の営業秘密の保護と情報請求権との調和を図るために、公認会計士が活用されてきた。具体的には、競業関係にある当事者間で、計算書類等の開示を請求する場合に、計算書類の中に記載されている顧客や納入業者の名前や住所が相手方に知られないようにするため、義務者が自己の費用で会計士を選任し、これらの事項については相手方ではなく、会計士に報告することが認められている。会計士はこれらの事項につき守秘義務を負い、情報請求権者が、計算書類の中に特定の顧客

-
- 38) 民法259条、260条1項、666条、667条、675条、681条、713条、740条2項、402条、444条、1698条、1890条や、商法384条2項などである。また、かかる個別規定が存在しない場合であっても、信義則(BGB242条)に基づく情報請求権も認められている(BGH 81-21, 24, BGHZ 95-274-279等)。
- 39) RGZ108-1, 7 準備の情報請求権は、主たる請求権である損害賠償請求権が存在することを前提とするため、権利侵害、すなわち違法性や故意過失や、損害の存在が確からしい(wahrscheinlich)ことが必要となる(Rudolf Busse, Patentgesetz, 5 Auf., §140 b, Rainer Schulte, Patentgesetz mit EPÜ, 6 Auf., §139)。

の名前や住所が含まれていたか、具体的に質問した場合にのみ回答することができる。これは、請求権者が、義務者が情報を完全に開示したかを確認するためにも利用される。顧客名簿などの、秘密事項が、会計士のところで留保されるため、この制度は、会計士留保（Wirtschaftsprüfervorbehalt）などと呼ばれている。

会計士留保の制度を認めた裁判例としては以下のものがある。例えば、BGH 1976年2月13日の判決⁴⁰⁾では、損害賠償請求訴訟の準備として、相手方に対して会計書類の提出を求めたところ、販売価格などは損害額の立証に必要なであるが、顧客の名前などは立証に不要であるのに加え、権利者が得た情報を悪用する可能性がある以上、会計書の内容を守秘義務を負う会計士に報告し、原告からの個別具体的な質問に対してのみ回答義務を負うことにした会計士留保は適法であると判示している。また、BGH 1984年7月3日の判決⁴¹⁾は、特許侵害訴訟において、原告は慣習法上、損害額の立証に必要な会計を提出する義務を負うところ、被告が情報を完全に提供したかを確認する迅速かつ簡単な方法として、義務者の費用により、中立な公認会計士にチェックさせることが可能であると判旨している。ただし、顧客の名前などについては会計士に留保することが可能である。また、この判決では、義務者が提出した書類に基づいて会計士に計算を行わせることは認められないとしている。

このように、会計士留保の制度は、判例上認められてきた制度であるが、代理商の手数料をめぐる訴訟において、手数料計算や帳簿の抜粋の正確さ・完全性について調査するために、中立の会計士が商業帳簿を閲覧、調査して、裁判所に報告する商法87c条4項⁴²⁾などが引き合いに出されることがある。これは、情報提供義務者が自ら守秘義務を負う公認会計士などを選任して、権利者の費用で資料を閲覧させて情報の完全性を調査させる制度である⁴³⁾。今日では、この条項を類

40) GRUR 1978-52 MDR 1976-735 これは、テレックスリストを作成、販売する当事者間の訴訟であり、Xが、タイトルのみ変更して新版を出したYに対して、紛らわしい広告であることを理由に損害賠償請求訴訟を提起すると共に、その前提として、Yの旧版の売り上げや経費、納入業者、顧客等の開示を求めた。第1審、2審ともに、Xの請求を認めたが、上告審は、Xには会計提出請求権はなく、情報請求権があるに過ぎないとした

41) GRUR 1984-728, NJW 1984-2822

推適用して、その他の情報請求権を行使する場面においても、公認会計士などに、相手方から提供された情報の完全性、正確さを調査させる方法も提唱されている⁴⁴⁾。

(3) 会計士留保制度の特徴

この会計士留保の制度を利用するに際しては、情報提供義務者はその必要性を示さなければならず、他方で、裁判所は、両当事者の利益を考慮した上で、その可否を判断しなければならない⁴⁵⁾。

また、この場合の公認会計士は、主として情報提供義務者が自己の費用で選任しているため、裁判上の鑑定人とは異なる。したがって、BGHの判決にも示されたように、この制度は、あくまでも、情報の完全性を調査したり、顧客や納入業者の名前と住所が相手方当事者に開示されないようにするために用いられるのであり、これらに加えて、当事者から提出された計算書類に基づく計算を会計士に行わせることまでは認められない⁴⁶⁾。計算を行わせたい場合は、民事訴訟法上の鑑定手続によることになる。

そして、会計士が行った報告の正当性を担保する方法としては、会計士自身が宣誓することに加えて、必要に応じて、当該会計士を証人として尋問する方法も認められる⁴⁷⁾。

V 裁判官の負担軽減のための専門家の利用—アメリカの手続

また、立法者の説明や実務の評価から明らかになった計算鑑定人制度の第三の

42) 「商業帳簿の抜粋が拒絶され、または、計算や帳簿抜粋の正確さあるいは完全性について合理的な疑いがある場合、代理商は経営主の選択により経営主又は経営主が指定する公認会計士もしくは公認の帳簿鑑定人のいずれかの者が、計算若しくは帳簿抜粋の正確さあるいは完全性を確認するために必要な限りで、商業帳簿またはその他の書類を検査するよう求めることができる。」

43) Münchener Kommentar HGB Bd 1 (1996)

44) Rolf Stürner, Die gewerbliche Geheimshäre im Zivilprozeß, JZ 1985-461, Helmut Köhler, Der Schadenersatz-, Bereicherungs- und Auskunftsanspruch im Wettbewerbsrecht, NJW 1992-1481

45) BGH1981年2月13日決定 (GRUR 1981-535)

46) Schulte, PatG, §139, Busse, PatG, §140 b

47) BGH 10 Zivilsenat. Urt. vom 8. Januar 1985 BGHZ 93-191

機能として、文書提出命令で大量の資料が提示された場合の資料の分析など、本来裁判官ができる作業を裁判官に代わって行い、裁判官の負担を軽減するという役割も考えられる。単に計算に際して会計学などの専門知識が必要な事項の説明を受けるのみであれば、通常の鑑定と同じであるが、計算鑑定人制度には、裁判官の専門知識を補うためのみではなく、裁判官の負担を軽減するために専門家を利用するという側面もありそうである。このような機能を有することを肯定することはともかく、かかる目的のみに基づく利用が許されるかが問題となる。この点、アメリカの民事手続においても、同様の問題意識に基づいて、古くから裁判官がマスターという第三者に計算を委託する慣行があったため、以下では、このマスター制度を概観してこの問題を整理したい。

1 計算のためのスペシャルマスター

(1) マスター制度

アメリカの民事訴訟では、損害額の計算が問題となった場合に、裁判官に代わって計算などをスペシャルマスターという補助者に行わせる制度がある⁴⁸⁾。そもそも古くから、裁判官は自らの負担を軽減するために、裁判官に代わって争点整理や証拠調べの一部などの処理をマスターなどの補助者に委託する固有の権限を有することが判例上認められてきた⁴⁹⁾。その中には、損害額の計算などが複雑な場合に、マスターを任命することも含まれてきた。

このように、マスターに対して計算を委ねることが認められてきた理由は、以下のように説明されている。計算は、一般的な知識に基づいて帳簿等の調査を行い、その結果に計算原則を適用するという作業であり、特に法的知識を要しないものの、多くの記録を調査しなければならず、膨大な時間と労力が必要となる。

48) マスター制度については、拙稿「民事訴訟と専門家—専門家の訴訟上の地位と手続規律をめぐって(5)」法学協会雑誌121巻4号(2004年)掲載予定参照。もちろん、各当事者が公認会計士を専門家証人として提出することも可能である。

49) In re PETERSON, 253 U. S. 300 「…エクイティ裁判所では当事者の合意の有無に関わらず、証言を聴取したり計算をしたり、争点を決めるために、スペシャルマスターやオーディターなどの補助者が利用されてきた。判例では、原則として裁判官の裁量としつつも、計算が複雑であったり、証拠が大量である場合は委託するのが良いとされる。…」

裁判所にこの作業を全て課すことは、裁判所の人的資源が限られていることを考えると好ましくない。また、仮に第三者であるマスターに計算を委ねても、計算ミスなどについては裁判所によって事後的な訂正を受けるため、誤った裁判がなされる危険性は低い⁵⁰⁾。

そして、今日では、連邦民事訴訟規則 (FRCP) 53条に、マスターを任命する制定法上の根拠が与えられている。FRCP53条は、2003年の12月に改正がなされたが、改正前後で変わらず、一般には、マスターを利用するためには、「例外的な事情」が必要であるとされている。これは、裁判官が、自己の負担を減らすために、安易にマスターに自己の任務を丸投げすることを防止するためである。これに対して、計算を委ねる場合には、「例外的事情」が存在する必要性はなく、「会計やその他損害額の難しい計算をする場合」であれば許容される⁵¹⁾。マスターは裁判官によって選任され、裁判官に代理して正式の証人尋問を行うなどの広範な調査権限を有する。例えば、証拠の保持者に対してその提出を命ずるなど、調査のために必要な措置を講ずることも認められている⁵²⁾。さらに、マスターの報告書は、旧法においては、非陪審事件では明らかな誤りがない限り、拘束力を有し、陪審事件では明白な証拠として扱われていたが、新法においては、原則と

50) Irving R. Kaufman, *Masters in the Federal Courts, Rule 53*, 58 Colum. L. Rev. 453, 456 (1958) 後述の La Buy 事件でも、責任を認定した後は、時間がなければ計算を委ねることは可能とする。

51) 旧53(b)「マスターへの照会は例外的であって、原則ではない。陪審事件では、付託は争点が複雑な場合にのみなされる。非陪審事件では、会計や損害額の難しい算定の場合を除いて、例外的な事情によって必要とされることを示した場合のみ付託がなされる。…」

新53(a)「(1)特に規定がない限り、裁判所は、以下のためにマスターを任命することができる。(A)当事者が合意した任務を果たすため。(B)トライアル手続を行い、陪審無しで裁判所が決定する争点に関する事実認定を行いまたは推薦すること。ただし、任命が(i)例外的な事情、または、(ii)計算をする又は損害額の難しい計算を解決する必要性に基づくこと。…」

52) 旧53(3)「会計事項がマスターに委ねられた場合、マスターは会計が提出される要式を規定し、適切な場合には証人として呼ばれる公認会計士の陳述を証拠として求め、受け取ることができる。当事者が項目について異議を申し立て、又は報告書の形式が不十分であると述べたら、マスターは異なる計算書を提出するように求めたり、当事者の口頭尋問や質問書、又はマスターが指名する他の方式によって、計算や特定の項目を証明するように求めたりすることができる。」
新法でも同様の規律は妥当する。

してかかる拘束力は否定され、裁判官はマスターの報告を再度審査しなければならないが、当事者が合意によって拘束力を肯定することも可能とされている。

(2) マスターの規律—裁判例と学説

マスターに計算を委託することは、一般の事件はもとより、特許侵害訴訟においても多く認められている⁵³⁾。例えば、Modern Art Printing Co. v. Skeels⁵⁴⁾は、特許権者が、侵害行為の差止め、利益計算、侵害物の破棄を訴えて勝訴した事例であるが、侵害による損害額の計算は、陪審ができない場合には裁判官によって評価されなければならないが⁵⁵⁾、マスターに計算を委託するという以前からの慣行は排除されないとしている。また、同じく特許侵害訴訟である American Cyanamid Co. v. Ellis-Foster Co.⁵⁶⁾も、損害額として侵害行為による売上の減少額を計算させるために、スペシャルマスターを選任した原審の判断を、裁量の枠内であると評価している。

このように、マスターに計算を委託する事例は少なくないが、これをあまりに広く認めると、裁判官の権限の安易な丸投げともなりかねない。前述のように、一般にはマスターへの委託には「例外的事情」が必要とされているのは、マスターの利用をあまり広く認めると、裁判官が自己の任務と権限を丸投げすることを許容することになり、当事者の裁判を受ける権利が害される結果になるためである。同様の趣旨は、マスターに計算を委託する場合であっても妥当するため、裁判例の中にも、マスターへの委託に制約を加えようとするものも現れている。

多くの裁判例は、一般に計算をする必要性さえあれば、マスターに委託するこ

53) その他にも、Kilgore Mfg. Co. v. Triumph Explosives (1941), 37 F. Supp. 766, Dysart v. Remington Rand, Inc. (1941, DC Conn) 40 F. Supp. 596, Gold Seal Importers, Inc. v. Morris White Fashions, Inc. (1945, DC NY) 4 FRD 386, Zenith Radio Corp. v. Dictograph Products Co. (1947, DC Del)6 FRD 597, Aetna Ball & Roller Bearing Co. v. Standard Unit Parts Corp. (1952 DC 3) 103 F Supp. 26 などがある。

54) 1954, DC NJ, 123 F. Supp. 426

55) 35 U. S. C. 284

56) 298 F.2d 247 化学会社の X に、特許権者の Y が、ジョイントベンチャー終了後に、非排他的で無料のライセンスを付与した。X が特許製品を販売製造していたが、製品の輸出先のドイツで、ライセンスを得ていた企業から異議が出されたため、Y が特許権侵害を主張したところ、X は特許を侵害していないとの宣言訴訟と、侵害の主張による売上の減少分の損害賠償を求めたところ、Y も侵害訴訟を提起し、両者が併合された。

とができることを前提としているが⁵⁷⁾、それ以上の制約を課すものもある。例えば、Buckley v. Altheimer⁵⁸⁾は、計算をマスターに委託するのは裁判所の裁量によるものではあるが、計算を行う必要性を示す十分な証拠が必要であるし、基礎となる権利について決定的な要素は裁判所が認定する必要があるとしている。

さらに、計算が必要であるのみではならず、複雑でかつ時間がかかることが必要であるという判例が多いが⁵⁹⁾、逆に、損害の計算が複雑であれば、裁判所の裁量は広く認められ、マスターへの委託は適法とされているようである⁶⁰⁾。

また、マスターへの委託の適法性は、マスターが損害額の算定の際に利用する基礎資料とも関係を有する。この点に関する判例としては、反トラスト訴訟ではあるが、Arthur Murray, Inc. v. Olivier⁶¹⁾がある。これは、裁判所が、トラスト法違反を認定した後に、証拠の中の帳簿や記録、データ、会計検査報告書などを調べて原告の損害を計算するために、会計の専門家をマスターとして選任したとこ

57) Brosious v. Pepecy-Cola Co. (1943, DC Pa) 3 FRD 335

58) 1945, CA 7 152 F.2d. 502 死亡者の不動産管理人が会計と土地の取戻しを求めた事例。裁判官がマスターに事件を委託しなかったことに対して異議を提出したが却下された。計算訴訟 (suits for accounting) でも、計算を行う必要性がなければならぬとしている。

59) Hanover Ins. Co. v. Emmaus Municipal Authority and the First National Bank of Allentown (1965, ED Pa) 38 FRD 470 ここでは、下水道工事の委託者と受託者の勘定を調査させている。

60) Sims Consolidated, Ltd. v. Irrigation & Power Equipment Inc., Layne & Bowler Pump Company, A. O. Smith Corporation, 518 F.2d. 413 (10th Cir. 1975), Cert. Denied 423 U.S.913 これは、オーストラリアのポンプ製造会社 X とアメリカの会社 Y との間で、フランチャイズ契約を締結したところ、Y が契約の終了を申し立てたため、X が、契約の維持の宣言を求める判決、ロイヤルティの支払い、不法行為の差し止め等を求めた事例である。証人の都合により、ビデオによる証言録取を用いたトライアルか、マスターへの委託を選ぶよう打診したところ、当事者が前者の手続を合意したため、証言録取によるトライアルを経て、X 勝訴の判決を出した。Y が上訴して、証言録取は不適法であると主張したが、マスターへの委託という選択肢もあったこと、損害の計算が複雑であるに加え、証人の都合が悪いため、例外的事情があり、マスターへの委託は不適法でなかったこと、それにも関わらず前者を選んだため問題はないとした。

Southern Agency Co. v. La Salle Casualty Co. (1968, CA 8 Mo) 398 F.2d 907, 12 FR Serv 2 d 1102 においても、計算が難しい場合は広く裁量を認めている。これは、保険契約の不当終了が争われた事例であるが、当事者間の一定期間の取引勘定(保険料の未払い分などの)の計算を委託したことの適否が問題となった。マスターに計算以外の事項も委ねてはいるが、仮に計算だけであったとしても計算が複雑であるため委託は適法であるとしている。

ろ、当事者が証拠として提出した資料では不十分であるとして、被告に全ての会計文書、貸借対照表など逸失利益の算定に必要な書類を書記官に提出するように求めたため、マスターには、証拠である原告の帳簿から利益の概算を出すこと、原告があえて提出しなかったため、記録には含まれていない被告の資料から利益の概算を出すことを命じた事例である。第二審は、原告が提出した証拠で十分であり、それ以上の情報を得ることは、時間の無駄に過ぎず、FRCP53(b)が構成する「例外的事情」に該当しないとした。

2 文書などを整理するためのマスター

マスターは、計算をする以外にも、文書提出命令で提出された資料等を整理するためにも利用されることがある。ただし、単に計算のみを行う場合とは異なり、マスターに委託する際の一般的な要件を充たす、すなわち「例外的事情」が存在する必要がある。一般には、裁判所が忙しいというのみでは、「例外的事情」は認められないとされてきたが⁶²⁾、文書の整理のみを委託する場合には、比較的マスターの利用が認められやすいようである。

例えば、In re United States Department of Defense⁶³⁾では、プリトリアル・ディスカバリにおいて、文書提出命令を出すか否かを判断する際に、あまりに多くの文書が存在していたこと、ロークラークなどの適切な補助者を得ることができなかつた等の事情があったため、例外的な事情があるとして、文書の調査、選択をマスターに委託したことは、裁判官に争点の最終的決定権限がある限り、適法であるとされている。また、Collins & Aikman Corp. v. J. P. Stevens & Co.⁶⁴⁾においても、ディスカバリ手続において、ワークプロダクトの保護の必要性、書類の多さを配慮してマスターを任命したことは適法であると判示されている。

61) 364 F.2d 28 (8th Cir. 1966)

62) La Buy v. Howes Leather Company, 352 U. S. 249 (1957)

63) 848 F.2d. 232 (D. C. Cir. 1988)

64) 51 F. R. D. 219 (1971, DC SC)

3 マスター制度のまとめ

マスターに計算を委託することは、特許侵害訴訟に限らず、それ以外の場面でも比較的多いようである。しかしながら、安易な丸投げは許されないこと、トライアルでのマスターを委託することを制限した新法の趣旨などを考慮すると、無条件の委託に対しては否定的な傾向も見られる。

第一に、前述の判例においても、明文上の要件でもあるように、計算が複雑であることを厳格に要求しているし、学説を見ても、計算が簡単、かつ短期間のできる場合、委託は正当化されないと考えられている⁶⁵⁾。第二に、計算が難しい場合であっても、全ての事項をマスターに委託することは認められず、その前提となる責任の存在を認定してから計算を委託すべきであると考えられている⁶⁶⁾。第三に、判例では、マスターが計算をする場合の基礎資料を、記録に含まれるものに限定している。もっとも、詳しい事情は明らかではないが、左の事例では基礎資料を原告が証拠として指定しなかったため利用が禁じられたのであり、原告に資料が開示されていなかったためではなかったといえよう。すなわち、ドイツの秘密手続を巡る議論のように、相手方の手続保障が害されるからではなく、時間の無駄であることが、不適法となった理由である。最後に、マスターは大量に提出された文書の整理などのためにも用いられる。この場合には、「例外的な事情」が必要であるが、これを肯定した事例を見ると、その背景には、裁判所が多忙であったことに加え、その他の補助者を入手することができなかったこと、裁判官に最終的な判断権限があることが影響しているようである⁶⁷⁾。

VI 計算鑑定人制度の可能性と手続規律

1 計算鑑定人制度の可能性

以上のような、計算鑑定人制度に類似した外国の制度と照らし合わせながら、あらためて日本の計算鑑定人制度が有する機能と規律について考えてみることに

65) Kaufmann, *supra note 50* at 453, 456

66) *Ibid.*

67) Patricia M. Wald, "Some exceptional condition" - the anatomy of a decision under federal rule of civil procedure 53 (b), 62 St. John's L. Rev. 407 (1987/88) Wald はこれらの判例を、例外的事情を比較的ゆるく解した例として挙げている。

する。繰り返しになるが、立法者は計算鑑定人制度を民事訴訟上の鑑定の特則、創設的な規定と考えていたようであるが、実際には確認規定としての色合いの方が強く、あえて特則を置いた意味はそれほど大きくないようである。しかしながら、計算鑑定人制度が、実際に損害額の立証を容易化している点、例えば、従来は立証が困難であった特許法102条2項の算定の基礎となる事項を導き出すことが可能となっている点では、立法者の意図は実現されているようである。その際留意すべきことは、この立証容易化という機能は、鑑定人が両当事者間の秘密が開示されることの緩衝材となることによって実現されているということである。換言すれば、計算鑑定人制度には、鑑定人が両当事者の秘密が開示されることを避けながら、必要な資料を入手することで、立証の容易化に貢献するという機能があるといえる。さらに、単に裁判官の専門知識を補うという本来の目的以外にも、裁判官の作業を補助して負担を軽減させるという機能をも有していそうである。これらの機能を有する限りにおいて、民事訴訟上の鑑定とは異なる配慮が必要となる。

しかしながら、いずれの機能も現行法上どの程度正当化されるのかについては検討を要しよう。同じような機能を果たしている外国の制度を見ても、必ずしも無条件にこれらを肯定しているのではなく、前者については、相手方の秘密保護の利益と権利者の手続保障と調整するための配慮が、後者の場合は裁判官の職務を安易に丸投げする結果、当事者の裁判を受ける権利が安易に害されないようにするための配慮がなされているからである。このことを踏まえながら、以下で順に検討を加える。

2 秘密保護を図りながら立証を容易化する側面

まず、鑑定人が当事者間で秘密が開示されることの緩衝材となっているという側面から検討する。本来であれば、損害額の計算に必要な資料については当事者から任意に提出されるか、あるいは書類提出命令によって提出され、それを書証の手続によって、すなわち裁判官が文書の真正等を調べた上で、これに基づいて損害額の計算を行うことになるが、書証として提出されたものであれば、相手方当事者にもその内容が開示されるため、秘密事項も一緒に開示される結果となる。

したがって、鑑定人がかかる役割を果たすとすれば、書証として提出しない文書、あるいは書証として提出予定の文書を調査する場面が想定されよう。

ところが、損害額の計算に必要な文書の中に営業秘密が記されている場合には、これらの資料を全て書証として提出することを防ぐ方策として、現行法においても、次のような手当てが施されている。まず、文書提出命令との関係では「正当な理由」があれば提出義務が否定される⁶⁸⁾ところ、これは、営業秘密を開示することによって所持者が被る不利益と、書類の不提出により申立当事者が受ける不利益とを比較衡量して判断される⁶⁸⁾。そして、正当な理由の存否については実際に文書を見ないと判断することができないため、平成11年改正では、裁判官のみが文書を閲覧してこれを判断するインカメラ手続が創設されている。

以上の制度により、書証として提出予定の計算書類のうち、顧客名のように直接には損害額の立証に必要な部分については、正当な理由があるとして提出することを免れることができそうである。しかしながら、インカメラ手続は申立当事者の立会いなく裁判官が文書の閲覧をする手続であるため、申立当事者の手続保障が図られないという問題があるし、提出義務のない資料まで含めて裁判官が閲覧することにより、そこから本案に関する心証を得てしまうという問題点も指摘されている。このうち、前者については、両当事者が同意をして代理人の立会いを認めるなどの方策も考えられている⁶⁹⁾、両当事者の同意がえられなければ利用することができない上に、本人訴訟の場合にも利用することができない。後者の問題は、計算書類を閲覧する場合にはあまり顕在しないかもしれないが、仮にこのような問題が生じた場合、代理人の立会いを認めるという方法のみで十分に監督することができるかは疑問であり、やはり限界がある。

また、民事訴訟法上の文書の一部提出の制度を活用して、営業秘密の部分を黒

68) 工業所有権審議会「特許法等の改正に関する答申」(平成10年12月14日)33頁。東京高決平成9年5月22日(判時1601号143頁)も、営業秘密が記載されているのみの理由では「正当な理由」は認められないとする。

69) 伊藤真「イン・カメラ手続の光と影」新堂幸司先生古稀祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築(下)』(有斐閣、2001年)208頁。なお、司法制度改革推進本部知的財産訴訟検討会では、インカメラ審理の手続の透明性を図るために、裁判所の裁量によって、申立人や代理人に文書を開示して意見を聴取すると共に、秘密保持義務を課す方向で検討がなされている(同検討会第15回会合・同HP参照)。

塗りした上で文書を提出させることも可能である。例えば、東京地裁では、以下のように、訴訟指揮権に基づいて、提出された文書の閲覧、謄写を代理人等に限定して秘密保持義務を課すと共に、資料の用途、書証として提出する条件などを詳細に定めることで、相手方や第三者に不当に秘密が開示されないようにしている⁷⁰⁾。すなわち、原告代理人や補佐人、原告代理人が委任した公認会計士らに限定して、提出された文書を閲覧させ、一定の要件の下でメモや謄写を認めた上で、原告らに、文書の内容を伝達することや写しを持ち出すことを禁止した上で、写しを書証として提出する際には、予め書証として提出予定の部分の写しを被告訴訟代理人に交付させ、各被告に証明事項に関連がないとして秘匿を希望する部分を黒塗りさせ、原告訴訟代理人は、黒塗り済みのものを訴訟遂行上必要な範囲でしか原告に見せられないとしている。

この方法によっても、営業上の秘密を相手方に漏洩することなく、立証に必要な文書を提出させ、しかもその過程で当事者の手続保障を図ることが可能となる。特許侵害訴訟では管轄が集中しているため、訴訟指揮権が比較的統一されやすいことを考えると、この方法を用いた運用が増加することは期待できよう。しかしながら、手続が非常に複雑であるのに加えて、文書の所持者が必要以上に文書を黒塗りする可能性は否定できない。この点につき、東京地裁の実務では、閲覧を認められた代理人らに、黒塗り部分が適当であるか検討させ、黒塗り部分が立証に必要であると判断すれば、黒塗りのないままの資料を書証として提出することを認めているが、この場合、ほとんどの黒塗り部分が無効とされる可能性もある。また、閲覧した者には原告や第三者に対してその内容について守秘義務を課しているが、被告の立場からは、閲覧者が原告らと何らかの関係を有する以上、情報が漏洩されるという不安は払拭されていないし、ドイツの会計士留保の手続のように、原告自身が、被告から必要な情報が完全に提供されたかを確認する手段が用意されていない。

このように、当事者から書証として提出する予定の文書を、インカメラ手続で審査する、あるいは黒塗りの方法で一部に制限させ、そこから計算を行うという

70) 東京地決平成9年7月22日(判時1627号141頁)、東京地決平成10年7月31日(判時1658号178頁)

方法には一長一短があるため、専門家に書証として提出されていない資料について、秘密事項も含めて調査させ、秘密事項については開示することなく、必要な資料のみに基づいて計算を行うという方法を導入する意義はあると思われる。

導入の方法としては、2つのものが考えられる。1つは、立証に必要な全ての資料が書証として提出されているか、営業秘密に関係する事項、損害の立証に必要な事項のみが黒塗りの形で伏せられているかという点のみを、専門家に調査させるという方法である。特に、秘密事項が適切に伏せられているかを調査する場合は、専門家は損害額の計算をするのではなく、裁判官によるインカメラ手続を代理して行っているものと評価することができるが、当事者が必要な資料を全て提出しているかを調査する点では、書証として提出を予定していない資料、文書提出命令の対象とはなっていない資料まで調査する可能性があるため、単なる裁判官の代理以上の機能を果たしうる。ここで、このような形での第三者による裁判官の任務の代理が可能であるかは問題であるが、インカメラ審理を裁判官が行わなければならない必然性はなく、むしろ危険性のほうが指摘されていること、計算に必要な事項については専門家のほうが適切に判断しうることから、他の補助者に行わせることは十分に考えられよう。ドイツではかかる目的で利用される公認会計士らは、情報提供義務者に選任されるため、裁判上の鑑定人としては扱われていない。したがって、日本法でこのような利用をする場合に、計算鑑定人制度の枠組みで用いることが可能であるかが問題となるであろうが、かかる作業にも会計上の専門知識が必要となる点、当事者が選任した場合、守秘義務を課すのみでは情報の漏洩の危険が払拭されないことを考えると、裁判上の鑑定、すなわち計算鑑定の枠組みで行うことは可能であると考えられる。

もっとも、このような利用の仕方が認められるとすれば、さらに進めて、一般的にインカメラ審理の段階で、専門家を利用する可能性も考えられよう。ドイツでは、情報請求権を行使する際に、実体的な侵害の有無を判断するために第三者の介入を認める裁判例もあるからである⁷¹⁾。しかしながら、侵害の有無に関する書類については、損害額の計算に必要な資料の場合以上に、本案に関する知識が必要であるため、侵害態様の特定のための鑑定人の利用は困難であろう⁷²⁾。

計算鑑定に戻ると、前述のような利用の仕方では、専門家に与えられる役割は

極めて限定されるため、加えて、鑑定人自身に、必要な資料を閲覧した上で、情報の選別や計算などをさせて鑑定意見書を作成させることも考えられる。この場合、後述するような裁判官の負担を軽減するという機能も有しうる。この前提として、鑑定人は書証として提出されていない文書を、自ら入手してそれらを鑑定意見の基礎とすることは可能であるかを検討する必要がある。この点、鑑定の基礎となった資料は、鑑定書に添付すれば、鑑定意見の一部として証拠資料になるのであるから、裁判所がこれを裁判の基礎とするためには、書証として提出するよう促すことが望ましいが、必ずしも書証として提出されている必要はなく⁷¹⁾、鑑定の基礎資料に対して相手方当事者に防御の機会を保障すれば足りると考えられる。具体的には、当事者に鑑定作業への立会いを認めたり、基礎資料を開示したりすることになろう。しかしながら、このような手続保障を認めると、鑑定の基礎資料に営業秘密が含まれる場合、相手方が鑑定人に資料を開示することを拒む可能性があり、結局は秘密文書を書証として提出する場合と同じ問題が生じうる。このように、営業秘密が漏洩する恐れがあれば、信義則上鑑定人に協力する義務があるといっても、その履行は期待できず、これが、立法者が、鑑定人による発問権が機能しないという認識を抱いた背景事情となっていると思われる。この点に関して、ドイツでは、鑑定の基礎資料を開示することなく作成された鑑定意見を無効とする、すなわち鑑定人を利用した秘密手続の適法性が否定されてい

71) BGH2002年5月2日判決 (BGHZ 150-377, GRUR 2002-1046)。ファックスカルテの類似性をめぐる訴訟である。YのソフトシステムはXのシステムの一部を前提とするがゆえに著作権違反、競争法違反と主張し、段階訴訟で会計提出と損害計算の提出を要求した。一審では請求が棄却され、二審では一致が認められたデータの開示を求める予備的請求を追加したが、控訴は棄却され、予備的請求も棄却された。Xが予備的請求部分のみ上告をしたところ認容され、原審判決を破棄差戻した。その中で、BGHは次のように述べている。開示請求を認めるか否かの判断に際しては、その他の立証方法や、相手方の営業秘密が害されないか、守秘義務を負う第三者の介入、すなわち秘密事項については守秘義務を負う第三者のみに開示してX製品との類似点について報告するという方法によって営業秘密への侵害が認められるかも考慮しなければならないと。

72) 座談会・前掲注7) 16頁 [三村] も、インカメラに代わる鑑定人の利用は困難であると指摘している。

73) もっとも、この点については見解が分かれる。例えば、「注解特許法上」・前掲注11) 1213頁 [青柳] は、書証として提出されたものしか鑑定の基礎としてはならないとする。

ることを紹介したが、日本においても、基礎資料等を相手方や裁判所にまったく開示することなく作成された鑑定意見を、そのまま裁判の基礎とすることは、その正当性を判断するための当事者の手続権を奪うことになり、やはり問題がある。他方で、当事者が鑑定意見とは関係ない資料についてまで、鑑定作業への立会権などを根拠としてその内容を知ること、すなわち模索的証明は好ましくない。

これを防ぐ方策としては、さしあたり、鑑定人が、顧客名などのように計算には直接関係ない資料については、自ら閲覧してもこれを鑑定資料に記載しないという方法によって、秘密事項が不当に相手方当事者に開示されないような役割を果たすことは期待できよう。しかしながら、この場合であっても、鑑定人は鑑定にとって重要な資料について開示しなければならないのであり、鑑定には関係ない事項や秘密事項のみを不開示とすることができるにとどまる。また、鑑定の基礎となっていない部分については、これを開示する必要はないが、この部分についても、必要な資料を十分に開示したかどうかを確認させるために利用することは可能であろう。すなわち、ドイツで情報請求権を行使する際に会計士を利用する場合のように、原告が鑑定人に対して、具体的な顧客名などを指摘して、これが被告の文書に含まれているかを回答させることで、被告が全ての情報を開示したかを確認することは可能であろう。

3 裁判官の負担軽減のための計算鑑定人

さらに、計算鑑定人が、裁判官の専門知識を補うという、本来の鑑定の役割に加えて、それ以上に、裁判官の負担を軽減する可能性があることについては、立法者自身が意識していたことはもとより、実際の利用例を見ても明らかである。先に述べたように、計算鑑定人制度の機能のうち、秘密開示の緩衝材となりながら立証を容易化するという機能は、その他の方法によってもある程度代替しうるが、アメリカのマスターのように裁判官を代理して、その負担を軽減するという側面は、独自の意義を有しうる。ここで、裁判官の代理という意味には、裁判官自身が行う任務を肩代わりして行うという側面と、鑑定人が下した判断に裁判官がそのまま拘束されるという側面がありうるが、事実上、計算鑑定人がかかる機能を有することが認められるとしても、このような利用がどこまで可能であるか

は、当事者の裁判を受ける権利との関係で個別に判断する必要がある。というのも、裁判官が自己の負担を軽減するために、第三者に自己の監督の下で任務を委託することを正面から認めているアメリカのマスターの例においてすら、当事者の裁判を受ける権利を不当に害しないためにも、安易な委託に対しては否定的な姿勢を示しているからである。例えば、計算が必要であれば無条件に認めるのではなく、計算が難しいことや計算の前提となる責任を認定すること、まずはロークラークなど、他の補助者の利用可能性を検討するなど、一定の制限を加えている。かかる任務の委託を原則として否定することから出発する日本法では、このような目的での利用にはなおさら慎重にならなければならない。例えば、専門知識に基づいて資料を分類したり、書証として提出された書類の中に顧客名などの営業秘密が含まれていないかを調査したりする場合であれば、これを鑑定人に委託しても裁判を受ける権利が直接に侵害されるとは評価できないため、比較的広く認めうるが、加えて、鑑定人に具体的な計算まで委ねる場合には、当事者の裁判を受ける権利とも密接に関わりうるため、鑑定人に委託することのできる事項を制限的に解し、しかも安易に拘束力を認めないような配慮が必要である。

これを特許法105条の2の文言中、「計算に必要な事項」の意味との関係で見ると、計算に必要な事項には、記号の意味や計算式というような抽象的な専門知識を提供することのみならず、帳簿等を閲覧してこれらの知識を適用して売上高や原価などを報告することも含まれると考えられる。これらの事項については、専門家の判断に委ねるのが適切であり、計算鑑定人に委ねることは認められるが、裁判官は鑑定人が十分な資料に基づいて算定を行ったかについて、事後的に調査する必要がある。その前提として、鑑定人は鑑定意見に重要な資料の添付をする必要があり、これらをふまえて裁判官が調査した結果、十分な資料に基づいて鑑定書が作成されたといえるのであれば、そのまま鑑定結果を採用することは可能であろう。これに対して、実施率や特許発明の売り上げへの寄与度のような事項は、単に会計上の知識のみならず、それ以外の様々な考慮が必要となるため、鑑定人の意見を聞くこと自体は可能であるが、最終的には裁判官が自ら、それ以外の要素も勘案しながら判断しなければならない。

Ⅶ 結びに代えて

以上から、民事手続法の観点から考えられる計算鑑定人制度の特殊性として、第一に、当事者の秘密事項について、相手方に開示することなく入手して計算の基礎とすることができること、第二に、裁判官の負担を軽減することが挙げられる。もっとも、第一の点については、全ての情報を不開示とすることは禁じられ、鑑定の基礎となった重要な事項については開示しなければならない。鑑定の基礎とならない事項についても、鑑定資料が十分であるかを判断するために、具体的な質問が提出されたら回答する必要がある。このような機能は、書証として提出される文書から、秘密事項を黒塗りするなどして、立証に必要な事項に限定するという方法でも代替可能であるが、このような利用の仕方には、第二の機能である、裁判官の負担を軽減するという機能はあまり見出せない。これに対して、前者のような利用の仕方の場合、第二の機能である裁判官の負担軽減という側面が強く現れる。というのも、鑑定は裁判官の専門知識を補うことを目的としているが、計算鑑定の場合はそれ以上に裁判官に代理して煩雑な作業を行うという機能も有していると考えられるからである。しかしながら、鑑定人は裁判官の代理人ではないため作業を肩代わりさせるという目的のみで安易に委託することは認められず、鑑定意見を採用する際も、基礎資料が十分であるかなど、会計学以外の専門知識を要しない事項については自ら検討を加えなければならない。

以上、計算鑑定人制度について考えられる手続上の規律について、不十分ながら考察を試みてきた。この制度をめぐることは、会計学の観点も含め、より実務的な見地から検討を要すると思われるが、筆者の能力の関係上、このような検討はできなかったため、今後の課題として本稿を閉じることにしたい。

*本稿は、平成15年度科学研究費（若手研究(B)・課題番号1573046）による研究成果の一部である。