

## 第2章 査証制度の創設

### 1. 改正の必要性

#### (1) 従来 of 制度

前述のとおり、特許権は、多数の者によって時や場所を問わず侵害されるおそれがあることから、侵害が誘惑的かつ容易である一方、その発見や防止は容易ではないという性質がある。この性質を踏まえて、特許法においては、特許権侵害訴訟について、民事訴訟法（平成8年法律第109号。以下「民訴法」という。）の特例が規定されている。

#### ① 書類提出命令等の特例（特許法第105条）

特許権の侵害及び損害の認定が容易ではないとの性質を踏まえて、特許法は、第105条において、民訴法第223条の文書提出命令に関する規定の特例を措置している。

#### (i) 書類提出命令と「正当な理由」（民訴法の文書提出命令との要件の違い） （第1項）

民訴法第220条は、自己負罪拒否権・名誉に関する文書（同条第4号イ）、公務秘密文書（同号ロ）、法定専門職秘密文書・技術職業秘密文書（同号ハ）、自己利用文書（同号ニ）又は刑事関係文書（同号ホ）に該当する場合を除いて、文書の所持者には提出義務が課せられるとして、文書一般の提出義務を規定し、民訴法第223条第1項は、裁判所による文書提出命令を規定している。他方、特許法第105条第1項は、書類の提出義務を負わない場合として、「正当な理由があるとき」という一般条項を規定し、民訴法のように提出義務の有無を形式的、画一的に判断しない旨を規定している。

すなわち、書類を開示することにより所持者が受ける不利益（主として営業秘密の漏洩）と、書類が提出されないことにより申立人が受ける不利益（訴訟進行上の必要性）とを比較衡量して、前者をより重視すべきときには、「正当な理由がある」として、提出義務が否定されることとなっている。

(ii) 書類提出の必要性及び「正当な理由」を判断するためのインカメラ手続（第2項）

特許法第105条第2項は、平成11年に創設された規定であり、同条第1項の「正当な理由」があるか否かを判断するに際して、裁判所のみが書類を実見する手続（インカメラ手続）を定めたものである。これは、裁判所が、書類を実見した上で、書類を提出することにより所持者が受ける不利益と、書類が提出されないことにより申立人が受ける不利益とを比較衡量することができる手続を創設し、営業秘密が不必要に開示されてしまう事態を防ぐための規定である。インカメラ手続は、元来、平成8年の民訴法改正により、同法第220条第4号所定の文書提出義務の除外事由の有無を認定するための手続として措置されたものであったが（同法第223条第6項）、同旨の規定が特許法第105条第2項にも措置された。

また、平成30年改正により、「正当な理由」があるか否かの判断の際のみならず、裁判所が「当該侵害行為について立証するため、又は当該侵害の行為による損害の計算をするため必要な書類」であるか否かを判断する際にも、インカメラ手続を用いることを可能としている。

(iii) インカメラ審理における書類の当事者等への開示（第3項及び第4項）

インカメラ手続は本来、裁判所のみが内容を確認する手続であるが、裁判所がインカメラ手続により対象書類の開示を受けて、必要に応じて裁判所が書類の所持者（被告）から記録内容について説明を受けることがある一方、申立人（原告）には何らの手続保障もない中で、被告製品は原告の主張と異なるものである（「正当な理由」がある）として原告の書類提出

命令の申立てを却下すると、原告が他に立証手段を有しないときは請求棄却の判決が出されることとなり、公正を欠くとの批判がなされていた。これを受けて平成16年の裁判所法等の一部を改正する法律で、侵害行為の立証の容易化と営業秘密の保護とのバランスを図る観点から、裁判所が当事者の意見を聴く必要があると認めるときは、インカメラ審理においてこれを相手方の当事者等、訴訟代理人又は補佐人に開示することができる旨が規定された（第3項）。

また、平成16年改正においては、インカメラ審理に関する規定とともに、第3項に規定する場合等に、当事者等、訴訟代理人又は補佐人に対し、秘密保持命令を発することができるようにする規定（特許法第105条の4から第105条の6まで）及び当事者尋問等の公開停止に係る規定（同法第105条の7）が整備された。これにより、インカメラ審理において書類を相手方当事者や代理人に開示する場合、秘密保持命令を発令することで、営業秘密の漏洩防止を図ることができることとなっている。

さらに、平成30年改正で、侵害立証等に必要書類であるか否かを判断する際のインカメラ手続においても当事者等への開示を可能とするとともに、当事者の同意を得た上で、民訴法第1編第5章第2節第1款に規定する専門委員への開示も可能とする改正がなされたところである（第4項）。

#### (iv) 検証物の提示への準用（第5項）

民訴法第232条は検証物の提示義務について、文書提出命令に関する規定を準用することを定めている。そこで、特許法においても、検証物の提示に際し、書類の提出に関する第105条第1項から第4項までの規定を準用することを、同条第5項に規定している。

#### ② 損害計算のための鑑定の特例（特許法第105条の2）

特許権侵害による損害額の立証のために必要な事項は、侵害品の販売数量等、侵害者が所持する証拠によらなければ立証できないものであるため、

上述のとおり特許法第105条で書類提出命令等の規定が措置されている。しかしながら、損害計算のために提出される書類の量は膨大であり、経理・会計の専門家ではない者にとっては、書類の内容を正確かつ迅速に理解することは容易ではない。また、提出書類が暗号表記を含んでいる場合や、コンピューター管理された帳簿類の打ち出しデータである場合には、説明を受けることなしにはその意味を理解できない。こうした問題を解決するために、同法第105条の2は、民事訴訟一般における鑑定の特則として、特許権侵害訴訟における損害計算のための鑑定において、当事者は、鑑定に必要な事項の説明義務を負う旨を規定している。民事訴訟一般における鑑定では、当事者も第三者も鑑定人の鑑定に必要な調査を受忍して、これに協力する義務はないが、特許権侵害訴訟においては、本条の規定により、当事者に鑑定人に対する説明義務が生じることとなる。なお、当該説明義務に応じなかった場合の制裁措置は設けられていない。

### ③ 特許法に基づく書類提出命令に従わなかった場合の効果

特許法第105条に基づく書類提出命令の効果については、特許法上、特段規定がない。よって、一般法たる民訴法が適用され、当該命令に従わない場合、同法第224条第1項の規定により、「文書の記載に関する相手方の主張を真実と認めることができる」という、真実擬制の効果が生じる。例えば、被告製品がAという構成を有することを示す文書について提出命令が発令された場合であれば、「当該文書には被告製品がAという構成を有することが記載されている。」という主張が認められ得ることとなる。

また、同条第3項は、「当該文書の記載に関して具体的な主張をすること及び当該文書により証明すべき事実を他の証拠により証明することが著しく困難であるとき」には、「事実に関する相手方の主張を真実と認めることができる」と規定されている。つまり、上記の例では、「被告製品はAという構成を有している。」という主張を真実と認めることができることとなる。

## (2) 改正の必要性

### ① 近年の方法の特許及びソフトウェア特許の増加

#### (i) 方法の特許の増加

特許権の対象となる「発明」は、「物の発明」と「方法の発明」に分類される（特許法第2条第3項参照）。前者は「技術的思想が『物』の形として体现されている発明」、後者は「時間的な流れに従って、複数の現象・行為等が組み合わされることによって技術的思想が実現されている発明」であり、具体的には、製造方法、計測方法、分析方法、通信方法、運転方法等に関する発明がこれに該当する。

近年、「方法の発明」に関する出願件数が増加しており、全出願件数の約28%（全出願件数約31万件中、約9万件（平成30年度））を占めている。近年の技術の進展に伴い、方法の特許についても高度な製造技術等を用いるものが増えているところ、こうした製造方法等に関する特許については、その侵害の有無等を書類や製造機械や製品といった検証物を調べるだけで判断することが容易ではない。

#### (ii) ソフトウェア特許の増加

また、近年、「物の発明」についてもプログラム関連のものが増えており、これに係るソフトウェア特許の登録件数が増加している。特許庁『平成30年度特許出願動向調査—マクロ調査—』（平成31年）によると、ソフトウェア特許（世界知的所有権機関（WIPO）が設定した技術分野「コンピューターテクノロジー」及び「ビジネス方法」に属する特許）の登録件数は、平成20年の約2.1万件から平成28年の約3.0万件へと増加している。

ソフトウェア特許を巡る侵害訴訟においては、製品（アプリケーション等）を調査することや、特許権の請求項と製品の特徴を比較することによって侵害の有無等を判断することは容易ではなく、製品のプログラムのソースコード（プログラミング言語で書かれたテキスト）まで辿る必要がある。しかしながら、ソースコードは改変が容易な上に、膨大な量に上ることが

多く、単にこれが証拠として任意に又は書類提出命令の結果として提出されたとしても、特許権侵害の有無等を裁判官が判断することは容易ではない。

また、近年の情報技術やAIの発達により膨大なデータベースが価値を有するようになってきているが、こうしたデータベースを用いたソフトウェア特許については、単にソースコードを調べるだけでは侵害等の判断をすることはできず、データベースの内容の調査が必要となり、書類提出命令等では対応が難しい事例が生じている。

## ② 中立的な専門家による証拠収集手続の強化の必要性

①で記載した方法の特許及びソフトウェア特許といった、高度に専門的な製造等工程やソフトウェアの作動状況を実見し、その詳細を理解した上で初めて特許権侵害等が立証できる特許に係る侵害訴訟においては、専門家による一定の拘束力を有する証拠収集手続を措置することが望ましい。

1. (1) ①から③までに記載のとおり、民訴法や特許法においては、文書(書類)提出命令、検証物提示命令及び鑑定人(特に計算鑑定人)といった証拠調べに関する諸制度が用意されているが、いずれも専門家による直接的な法的拘束力を有する証拠収集手続ではない。

この他、民訴法には、当事者照会制度(第132条の2及び第163条)や訴えの提起前における証拠収集の処分(第132条の4、文書送付嘱託(同条第1項第1号)、調査嘱託(同項第2号)、専門的知識経験を有する者に対する意見陳述嘱託(同項第3号)、執行官に対する現況調査命令(同項第4号))が規定されているが、いずれも証拠の所持者に強制力を及ぼす制度ではなく、任意の協力を得られる範囲においてなされるものであることから、実効性を欠く場合があると考えられる。

なお、多くの先進国では、強制的な証拠収集手続が法律上措置されており(米国の証拠開示(discovery)、英国の搜索命令(search order)や証拠開示(disclosure)、ドイツの査察(inspection)、フランスのセジー

(saisie-contrefaçon) 等)、こうした状況に鑑み、専門家による法的拘束力を有する証拠収集手続である査証制度を創設することとした。

[各国の証拠収集手続]

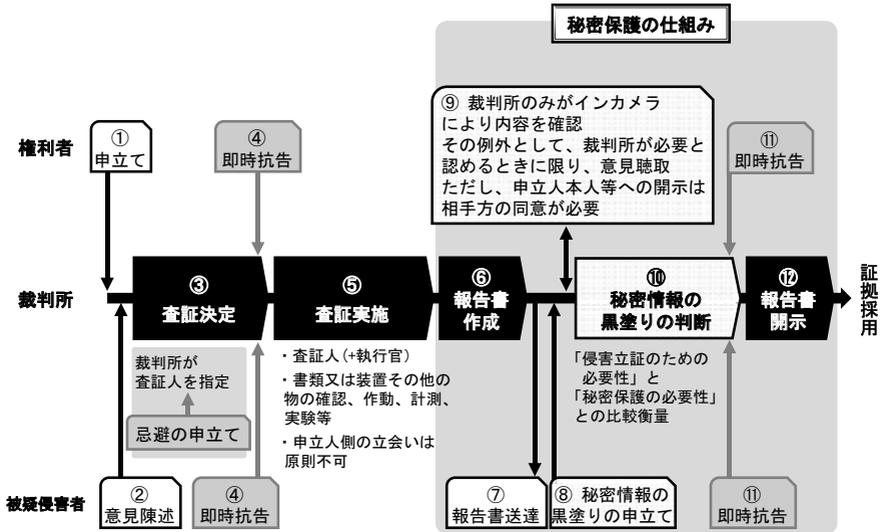
	アメリカ	イギリス		ドイツ	フランス
証拠収集手続	ディスカバリー	ディスクロージャー	搜索命令	査察	セジー
概要	当事者の請求に基づき、事案に関連する広範な証拠を互いに開示 裁判所は必要に応じ命令を発出	裁判所の命令に基づき、当事者は書類の開示リストを交付 相互に閲覧 ※開示範囲は限定的	裁判所が任命した執行官が立入り	裁判所が任命した専門家及び執行官が立入り	裁判所が任命した執行官及び専門家が立入り
利用時期	提訴後	提訴後	提訴前・後	提訴前・後 (提訴前が中心)	提訴前・後
強制力の担保	法廷侮辱行為認定 (禁固、罰金等)	法廷侮辱行為認定 (禁固、罰金等)	法廷侮辱行為認定 (禁固、罰金等)	刑罰	刑罰

## 2. 改正の概要

特許法第105条の2から第105条の2の10までを新設し、専門家（査証人）による法的拘束力を有する証拠収集手続である査証制度に関する規定を定めた。また、第200条の2を新設し、査証人の秘密漏洩等に関する罰則を

措置した。

[査証制度のイメージ]



### 3. 改正条文の解説

#### ◆特許法第105条の2（新設）

##### (査証人に対する査証の命令)

第五十五条の二 裁判所は、特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟においては、当事者の申立てにより、立証されるべき事実の有無を判断するため、相手方が所持し、又は管理する書類又は装置その他の物（以下「書類等」という。）について、確認、作動、計測、実験その他の措置をとることによる証拠の収集が必要であると認められる場合において、特許権又は専用実施権を相手方が侵害したことを

疑うに足りる相当な理由があると認められ、かつ、申立人が自ら又は他の手段によつては、当該証拠の収集を行うことができないと見込まれるときは、相手方の意見を聴いて、査証人に対し、査証を命ずることができる。ただし、当該証拠の収集に要すべき時間又は査証を受けるべき当事者の負担が不相当なものとなることその他の事情により、相当でないと認めるときは、この限りでない。

2 査証の申立ては、次に掲げる事項を記載した書面でしなければならない。

一 特許権又は専用実施権を相手方が侵害したことを疑うに足りる相当な理由があると認められるべき事由

二 査証の対象とすべき書類等を特定するに足りる事項及び書類等の所在地

三 立証されるべき事実及びこれと査証により得られる証拠との関係

四 申立人が自ら又は他の手段によつては、前号に規定する証拠の収集を行うことができない理由

五 第五条の二の四第二項の裁判所の許可を受けようとする場合にあつては、当該許可に係る措置及びその必要性

3 裁判所は、第一項の規定による命令をした後において、同項ただし書に規定する事情により査証をすることが相当でないと認められるに至つたときは、その命令を取り消すことができる。

4 査証の命令の申立てについての決定に対しては、即時抗告をすることができる。

新第105条の2には、査証命令の要件等を規定した。

#### (1) 新たな証拠収集手続の概要と呼称

今般の法改正において創設する新たな証拠収集制度は、当事者の申立て

を受けて、裁判所が中立的な専門家に対して証拠の収集を命じ、中立的な専門家はこれを受けて、被疑侵害者が侵害物品を製造している工場等に立ち入り、証拠となるべき書類等に関する質問や提示要求をするほか、製造機械の作動、計測、実験等を行い、その結果を報告書としてまとめて裁判所に提出し、後に申立人が書証としてこれを利用する制度を想定している。つまり、上記証拠収集手続は、書証という証拠調べの前段階にある準備作業と位置付けることができる。

上記証拠収集制度は、専門家が行うという点で「鑑定」に類似するが、法的拘束力を有する点、専門家への尋問を主たる証拠調べの方式としていない点で、これとは異なる（鑑定においては、「裁判長は、鑑定人に、書面又は口頭で、意見を述べさせることができる。」と規定されており（民訴法第215条第1項）、また、鑑定人質問の規定が設けられ（同法第215条の2第1項）、裁判所は鑑定人の意見陳述後、鑑定人に対し質問をすることができる旨が規定されており、人証としての側面が重視されている。）。また、五感の作用によって事物の性質、形状、状況等を検査、観察する点で「検証」に類似するが、主体が裁判官ではない点でこれとは異なる。よって、これらの特例として位置付け、「特別鑑定」や「特別検証」という呼称を用いることは適切でない。

新設する証拠収集手続の要点は、裁判所の指名を受けた専門家が、相手方の製造現場等に立ち入り、侵害の立証に必要な証拠となるべきものを調査して特許権の侵害の有無に関する事実関係を明らかにすることにある。これに鑑みれば、「調査して証明すること」（新村出編『広辞苑（第七版）』（岩波書店））との原義を持つ「査証」という名称がふさわしいと考えられることから、これを新制度の名称とした。

なお、ドイツの証拠収集制度の日本における呼称である「査察」は、刑事罰で担保されるような強力な証拠収集手続を想起させるため、これを採用しなかった。

## (2) 査証の要件（新第1項）

査証とは、当事者の申立てに基づく裁判所の命令によって、裁判所から指定された査証人が特許権の被疑侵害者の工場等に赴いて、証拠を収集する制度である。民訴法に基づく文書等提出命令（同法第223条）や検証物提示命令（同法第232条）は、公法上の一般義務である文書提出義務（同法第220条）や検証協力義務に基づいて、被疑侵害者の保有する文書や検証物を提出するものである一方、査証は査証人が被疑侵害者の工場等に立ち入り、相手方への質問、書類提示の要求その他必要な措置をとり、その結果を報告書にまとめて裁判所に提出するものであり、かつ、相手方に対しても査証の受忍義務を課すものであることから、より厳格な要件が必要となる。

新第1項は、査証命令の要件として、①「立証されるべき事実の有無を判断するため、相手方が所持し、又は管理する書類又は装置その他の物（以下「書類等」という。）について、確認、作動、計測、実験その他の措置をとることによる証拠の収集が必要であると認められる場合」であること、②「特許権又は専用実施権を相手方が侵害したことを疑うに足りる相当な理由があると認められ」ること、③「申立人が自ら又は他の手段によつては、当該証拠の収集を行うことができないと見込まれる」ことを定め、ただし、④「当該証拠の収集に要すべき時間又は査証を受けるべき当事者の負担が不相当なものとなることその他の事情により、相当でないとするとき」には、査証の命令を発することができない旨を規定している。

- ① 立証されるべき事実（特許権侵害の事実等）の有無を判断するため、相手方が所持し、又は管理する書類又は装置その他の物（書類等）について、確認、作動、計測、実験その他の措置をとることによる証拠の収集が必要であること（必要性）（新第1項本文）

査証の第1の要件として、当然に、査証によって立証されるべき事実の有無の判断に、相手方が所持する書類等について確認等することが必要で

あることを規定した。

② 特許権等を相手方が侵害したことを疑うに足りる相当な理由があること（侵害の蓋然性）（新第1項本文）

上述のとおり査証が被疑侵害者にとって負担の大きいものであることを考慮し、査証の第2の要件として、特許権又は専用実施権を侵害したことを疑うに足りる相当な理由が必要であることを規定した。具体的には、当事者から任意に提出された書類等又は書類提出命令の結果得られた書類等の証拠によって、特許権等の侵害の高い可能性が認められるが、侵害を立証するためには査証によってさらに証拠を得る必要がある場合に、査証命令が発令されることを想定している。

③ 申立人が自ら又は他の手段によっては、証拠の収集を行うことができないと見込まれること（補充性）（新第1項本文）

査証の第3の要件としては、立証されるべき事実の有無の判断に必要な相手方が所持する書類等を、申立人が自ら又は他の手段によっては、立証されるべき事実の有無を判断できる程度に収集することができないと見込まれることを規定した。

査証は、専門家が製造現場等に赴き現地調査を行うものであり、相手方に一定の負担を課するものであることから、査証命令の発令要件として、補充性を規定している。具体的には、申立人自らの収集、相手方の任意提出、裁判所の書類提出命令等によって容易に証拠を収集できる場合は、補充性要件を満たさず、査証の発令要件は満たさない。しかしながら、必ずしも書類提出命令等の手続を経た後でなければ、補充性要件を満たさないといいものではなく、他の手段では十分な証拠を収集することができないと見込まれ、かつ、査証によって、より直截的かつ効率的に証拠を収集できる場合には、補充性要件を満たすものと考えられる。

④ 証拠の収集に要すべき時間又は査証を受けるべき当事者の負担が不相当なものとなることその他の事情により、相当でないと認められる場合でないこと（相当性）（新第1項ただし書）

査証は被疑侵害者に大きな負担を課すものであり、また、濫用のおそれも懸念されることから、民訴法第132条の4と同様、裁判所の裁量に基づいて査証の申立てを棄却できる旨を規定した。具体的には、(i)「(証拠の)収集に要すべき時間…が不相当なものとなる」場合（例えば、長期間の操業停止を強いられる査証が申し立てられた場合等）、(ii)「査証を受けるべき当事者の負担が不相当なものとなる」場合（例えば、過去の書類を大量に提示することが求められた場合等）、そして「その他の事情」がある場合（(i)(ii)以外で諸般の事情（請求の内容や証拠の必要性等）を考慮して、裁判所が査証をすることが相当でないと判断した場合）には、査証の申立てを棄却することを認めることとした。なお、相当性要件については、相手方が主張しなければならない申立棄却事由として運用されることを想定している。

⑤ 相手方の意見聴取（新第1項本文）

裁判所が査証の必要性を適切に判断し、査証の実効性を高めるためには、相手方の意見を聴くことが重要になることから、査証の命令の発令のためには、必ず相手方の意見を聴取することとした。

(3) 査証の申立事項（新第2項）

民訴法第132条の4を受けて、民事訴訟規則（平成8年最高裁判所規則第5号。以下「民訴規則」という。）第52条の5は、処分の申立ては書面で行なければならないこと（同条第1項）、書面の記載事項（同条第2項）等を規定している。

新設する査証制度は、民訴法第132条の4の定める提訴前証拠収集処分とは異なり、これに正当な理由なく従わない場合には真実擬制の効果が生

じ得るものであることから、より慎重な手続が必要となる。よって、査証の申立書の記載事項等についても、特許法上にこれを規定することとした。これは、裁判所が査証の発令要件を満たすか否かを適切に判断できるよう、必要事項を申立人に明らかにさせる趣旨にもよる。

① 特許権等を相手方が侵害したことを疑うに足りる相当な理由があると認められるべき事由（侵害の蓋然性）（新第1号）

民訴規則第52条の5第2項第5号を参考に、査証の要件の一つである特許権等を相手方が侵害したことを疑うに足りる相当な理由があると認められるべき事由を申立書の記載事項として規定した。

② 査証の対象とすべき書類等を特定するに足りる事項及び書類等の所在地（新第2号）

民訴規則第52条の5第3項第3号及び第4号並びに第4項を参考に、査証の対象とすべき書類等を特定するに足りる事項及び書類等の所在地を申立書の記載事項として規定した。なお、その記載内容については、査証人が査証を行うべき場所と対象を認識できる程度に特定できれば足りると考えられる。

③ 立証されるべき事実及びこれと査証により得られる証拠との関係（新第3号）

民訴規則第52条の5第2項第4号を参考に、立証されるべき事実及びこれと査証により得られる証拠となるべきものとの関係を申立書の記載事項として規定した。なお、同号は、民訴法第132条の6第5項により同法第180条第1項の規定が準用されていることから、証拠収集処分の申立てをするには、その証拠により証明すべき事実を特定していなければならないことを受けて措置されたものである。

査証の発令要件のうち、必要性 ((2)①) については、本号に基づいて判断されるものと思料される。

④ 申立人が自ら又は他の手段によっては、査証により得られる証拠の収集を行うことができない理由（補充性）（新第4号）

民訴規則第52条の5第2項第5号を参考に、査証の要件の一つである証拠収集の困難性（補充性）に関する理由を申立書の記載事項として規定した。

⑤ 査証のために必要な措置として裁判所の許可を受けようとする場合（新第105条の2の4第2項）にあつては、当該許可に係る措置及びその必要性（新第5号）

特許法新第105条の2の4第2項に規定のとおり、査証において査証人は、工場、事務所その他の施設への立入り、書類等を保有する査証を受ける者への質問、書類等の提示要求、装置の作動、計測、実験のほか、「査証のために必要な措置として裁判所の許可を受けた措置」をとることができる。よって、条文に明示的に規定する行為のほか、査証のために必要であり裁判所に許可を求める措置を申立書の記載事項として規定した。

(4) 査証命令の取消し（新第3項）

新第3項は、裁判所が査証命令をした後に、相当性を欠くと認められるに至ったときは、職権により、査証命令を取り消すことができる旨を規定した。

(5) 査証命令の申立てについての決定に対する即時抗告（新第4項）

新第4項は、査証命令の申立てについての決定、つまり、査証命令の申

立てを認容する決定又は査証命令の申立てを棄却又は却下する決定については、即時抗告をすることができる旨を規定した。なお、特許制度小委員会の報告書「実効的な権利保護に向けた知財紛争処理システムの在り方」（平成31年2月）では、「制度を円滑に運用するため、迅速な審理が期待される。」と指摘されており、即時抗告の審理には、一定の審理期間を要することになるが、迅速な審理が期待される。

#### ◆特許法第105条の2の2（新設）

##### （査証人の指定等）

第百五条の二の二 査証は、査証人がする。

2 査証人は、裁判所が指定する。

3 裁判所は、円滑に査証をするために必要と認められるときは、当事者の申立てにより、執行官に対し、査証人が査証をするに際して必要な援助をすることを命ずることができる。

新第105条の2の2には、査証の主体、その指定方法、執行官の援助を規定した。

##### (1) 査証の主体（新第1項）

査証は、一定の専門的知見を備えた者が、五感の作用によって直接に事物の性質、形状、状況等を検査、観察して獲得する事実判断を査証報告書に記載する証拠収集手続であることから、新第1項には、査証は、査証人がする旨を規定した。

##### (2) 査証の主体の指定方法（新第2項）

新第2項には、査証人は裁判所が指定する旨を規定した。

査証人は、裁判所から査証命令を受けて証拠となるべきものを収集する

者であるため、中立公正な第三者が指定される必要がある。また、侵害が争われている特許権等に応じた専門的知見を備えている者が査証人となることも必要である。こうした理由から、査証人については、民訴法上の鑑定人と同様に、裁判所が指定することとした（民訴法第213条参照）。なお、具体的には、裁判所は特許権侵害訴訟の分野に応じて、当該分野の専門的知見を有する弁護士、弁理士、学識経験者等を査証人として指定することを想定している。

### (3) 執行官の援助（新第3項）

査証は被疑侵害者の工場等に立ち入り、機器の検査や観察、機械の作動等を行うものであることから、査証を受ける者の反対が強く、査証人のみでは円滑に査証をすることが困難な場合も想定される。査証の主たる実施主体はあくまで査証人であるが、このような場合に備えて、新第3項において、裁判所が円滑に査証をするために必要と認めるときは、申立てにより、執行官に対し、査証人が査証をするに際して必要な援助をすることを命じることができる旨を規定した。具体的には、執行官は査証人による質問や書類等提示要求等の補助を行うことを想定している。なお、民事執行法（昭和54年法律第4号）第6条や同法第57条第3項に類する規定はないため、執行官は抵抗を排除するために威力を用い、又は警察上の援助を求めたり、また、閉鎖した戸を開くための必要な処分をしたりすることなどはできない。

### ◆特許法第105条の2の3（新設）

#### （忌避）

第百五条の二の三 査証人について誠実に査証をすることを妨げるべき事情があるときは、当事者は、その査証人が査証をする前に、これを忌避することができる。査証人が査証をした場合であつても、

その後、忌避の原因が生じ、又は当事者がその原因があることを知つたときは、同様とする。

2 民事訴訟法第二百十四条第二項から第四項までの規定は、前項の忌避の申立て及びこれに対する決定について準用する。この場合において、同条第二項中「受訴裁判所、受命裁判官又は受託裁判官」とあるのは、「裁判所」と読み替えるものとする。

査証人は鑑定人と同様、専門的知見を有する者が裁判所から指定されることとしている。よって、鑑定人の忌避事由を定める民訴法第214条の規定に倣い、新第105条の2の3において査証人の忌避事由を規定した。

#### (1) 忌避事由（新第1項）

新第1項には「誠実に査証をすることを妨げるべき事情があるとき」には、当事者は査証人を忌避することができる旨を規定した。この点、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」とは、当事者の主観的事情ではならず、「鑑定人と当事者との関係、鑑定人と事件との関係から、鑑定人が不誠実な鑑定をなすであろうとの疑惑を当事者に起こさせるに足る客観的事情」でなければならないと判示されている（東京高決平成17年5月19日）。これと同様に、査証人につき誠実に査証をすることを妨げるべき事情とは、訴訟当事者からみて誠実に査証することを期待することができないとの疑惑を社会通念上是認することができるかどうかという点から判断することを想定している。

なお、鑑定人の忌避事由は、裁判官についての除斥事由を含むと解されており、具体的には、①鑑定人と当事者の一方との間に密接な関係があること、②鑑定人が事件について特別の利害関係を有すること等も忌避事由に該当するとされる。査証人については、専門的知見を活用するという点で鑑定人と類似していることから、同様の解釈を採ることが適当である。

忌避の申立ての時期について、鑑定人は陳述前に忌避することが原則で

あるが、鑑定人に誠実に鑑定をすることを妨げる事由を当事者が当初から知っているとは期待することができないし、忌避の原因が鑑定の過程で生ずることもあるため、例外的に陳述後の忌避を認めている（民訴法第214条第1項後段）。査証人についても事情は同様であることから、新第1項後段に同旨の規定を措置することとした。

(2) 忌避の申立て、忌避を理由があるとする決定に対する不服申立て及び忌避を理由がないとする決定に対する不服申立て（新第2項）

民訴法第214条第2項は、鑑定人についての忌避の申立ては、裁判所にしなければならない旨を規定している。また、同条第3項は、忌避を理由ありとする決定に対しては、当事者は不服を申し立てることができないと規定している。これは、当事者は再鑑定の申立てによって保護を受けることができるためである。さらに、同条第4項は、裁判所の忌避理由なしとする決定に対しては、忌避の申立てをした当事者は即時抗告ができると規定している。

これらの事情は査証人についても該当するため、新第2項において、同条第2項から第4項までの規定を準用することとした。なお、これらの規定を準用するに当たっては、特許法上、「受訴裁判所」、「受命裁判官」、「受託裁判官」といった用語を用いていないことから、単に「裁判所」と読み替えることとした。

◆特許法第105条の2の4（新設）

（査証）

第百五条の二の四 査証人は、第百五条の二第一項の規定による命令が発せられたときは、査証をし、その結果についての報告書（以下「査証報告書」という。）を作成し、これを裁判所に提出しなければならない。

- 2 査証人は、査証をするに際し、査証の対象とすべき書類等が所在する査証を受ける当事者の工場、事務所その他の場所（次項及び次条において「工場等」という。）に立ち入り、又は査証を受ける当事者に対し、質問をし、若しくは書類等の提示を求めることができるほか、装置の作動、計測、実験その他査証のために必要な措置として裁判所の許可を受けた措置をとることができる。
- 3 執行官は、第五條の二の二第三項の必要な援助をするに際し、査証の対象とすべき書類等が所在する査証を受ける当事者の工場等に立ち入り、又は査証を受ける当事者に対し、査証人を補助するため、質問をし、若しくは書類等の提示を求めることができる。
- 4 前二項の場合において、査証を受ける当事者は、査証人及び執行官に対し、査証に必要な協力をしなければならない。

新第105条の2の4には、査証人及び執行官の具体的な権限並びに査証を受ける当事者の協力義務等を規定した。

#### (1) 査証（新第1項）

新第1項には、査証人が査証の命令を受けたときは、査証を行い、その結果について報告書としてまとめ、これを裁判所に提出しなければならない旨を規定した。

ここで査証人に査証の結果を査証報告書として提出させる理由は、特許法新第105条の2の6に定める非開示手続を経て、後に（非開示部分を除いたものを）書証として証拠調べの対象とすることを想定しているためである。査証人を鑑定人と同様に証拠調べとして尋問した場合、営業秘密の漏洩の危険が極めて高いことから、査証報告書を直ちに証拠調べの対象とするのではなく、非開示手続を設けることで、営業秘密の不要な漏洩を防止している。

## (2) 査証人の査証における権限（新第2項）

新第2項は、査証人の具体的権限として、①査証の対象とすべき書類等が所在する査証を受ける当事者の工場、事務所その他の場所（以下「工場等」という。）に立ち入ること、②査証を受ける当事者に対して質問をすること、③査証を受ける当事者に対して書類等の提示を求めること、④装置の作動（例えば、被疑侵害物品を製造する機械を実際に作動させる等）、⑤計測（例えば、被疑侵害工程における中間生成物の形状、硬度、濃度、光度、臭気を測定する等）、⑥実験（例えば、被疑侵害工程における中間生成物の成分分析、安全性試験等）を行うことができると規定した。

査証は当事者の申立てを受けて、裁判所の命令に従い証拠となるべきものを収集するものである。査証人は、立証されるべき事実に関する証拠となるべきものを収集すべく、相手方の工場等に立入り、質問、書類等提示要求、装置の作動、計測、実験を行う。しかしながら、特許の種類によっては、これらの措置以外の措置によって証拠を収集することが必要となる場合が想定される。こうした場合においては、当該措置の妥当性を担保する必要があることから、これを査証人に求める場合、申立人はあらかじめ当該措置とその必要性を裁判所に申し立て（特許法新第105条の2第2項第5号）、裁判所の許可を受けなければならないこととしている。査証人が査証報告書を正確に作成するために必要な記録（メモ取り、写真・動画の撮影等）は、査証に当然内在する措置であり、裁判所の許可なく実施できると解される。なお、裁判所の許可は、基本的には、査証命令の発令と同時になされることを想定している。

## (3) 執行官の査証における権限（新第3項）

上述のとおり、円滑に査証をするために必要と認めるときは、裁判所は、執行官に査証人が査証をするに際して必要な援助をすることを命じることができる（特許法新第105条の2の2第3項）。具体的には、査証人による、①工場等への立入り、②質問、③書類等提示要求についての補助を行うこ

とを想定していることから、これらに関する権限を新第3項で執行官に付与することとした。

他方、④装置の作動、⑤計測、⑥実験、⑦裁判所の許可を受けた措置については、査証人がその専門的知見を活かして行うものであることから、これらの行為に関する権限については、執行官には付与しないこととした。

#### (4) 査証への協力義務（新第4項）

新第4項は、査証を受ける当事者の査証協力義務を定めている。現行民法訴訟法上、真実発見の観点から文書提出義務（同法第220条）や検証協力義務が認められているところ、特許権侵害訴訟における証拠の偏在という特殊性や、特許権保護の必要性に鑑み、新たに査証を受ける当事者に対する協力義務を課している。

なお、実際の査証においては、査証を受ける当事者の営業秘密保護の観点から、査証を受ける当事者及びその代理人の立会いは認められるが、査証の申立人及びその代理人や第三者の立会いは、相手方の特段の同意等がない限り、想定していない。

#### ◆特許法第105条の2の5（新設）

##### （査証を受ける当事者が工場等への立入りを拒む場合等の効果）

第五條の二の五 査証を受ける当事者が前條第二項の規定による査証人の工場等への立入りの要求若しくは質問若しくは書類等の提示の要求又は装置の作動、計測、実験その他査証のために必要な措置として裁判所の許可を受けた措置の要求に対し、正当な理由なくこれらに応じないときは、裁判所は、立証されるべき事実に関する申立人の主張を真実と認めることができる。

新第105条の2の5には、査証を受ける当事者が査証人の要求に正当な

理由なく応じない場合の制裁（真実擬制）を規定した。

査証の実効性を担保するためには、査証の不当拒絶に対する制裁を担保する必要がある。民訴法上、文書提出命令や検証物提示命令に従わない当事者に対しては、真実擬制（同法第224条第1項及び第3項）の制裁が措置されているが、これは、訴訟当事者の最も恐れる事態が当該訴訟における敗訴であることに鑑み、命令に従わない場合の制裁として、書類等の記載に関する相手方の主張又は書類等により証明すべき事実に関する相手方の主張を真実と認めることができるとしたものである。

文書提出義務や検証協力義務は、真実発見のための公法上の義務であるが、査証協力義務も同様の義務であることから、これに従わなかった場合の制裁も同様に措置することが適切である。よって、査証協力義務違反の制裁として、真実擬制を措置した。

なお、「正当な理由なくこれらに応じないとき」とは、査証を受ける当事者が査証人の工場等への立入り要求等を不当に拒む場合のみならず、提示すべき書類を滅失させる場合や、虚偽の内容を記した書類を提示する場合等も含むものと解される。

#### ◆特許法第105条の2の6（新設）

##### （査証報告書の写しの送達等）

第二百五条の二の六 裁判所は、査証報告書が提出されたときは、その写しを、査証を受けた当事者に送達しなければならない。

2 査証を受けた当事者は、査証報告書の写しの送達を受けた日から二週間以内に、査証報告書の全部又は一部を申立人に開示しないことを申し立てることができる。

3 裁判所は、前項の規定による申立てがあつた場合において、正当な理由があると認めるときは、決定で、査証報告書の全部又は一部を申立人に開示しないこととすることができる。

4 裁判所は、前項に規定する正当な理由があるかどうかについて査証報告書の全部又は一部を開示してその意見を聴くことが必要であると認めるときは、当事者等、訴訟代理人、補佐人又は専門委員に対し、査証報告書の全部又は一部を開示することができる。ただし、当事者等、補佐人又は専門委員に対し、査証報告書の全部又は一部を開示するときは、あらかじめ査証を受けた当事者の同意を得なければならない。

5 第二項の規定による申立てを却下する決定及び第三項の査証報告書の全部又は一部を開示しないこととする決定に対しては、即時抗告をすることができる。

特許法新第105条の2の4第1項により査証人から裁判所に提出された査証報告書（以下「原査証報告書」という。）は、訴訟の対象となっている特許権の侵害立証に関係のない営業秘密等や、侵害立証に関係のある営業秘密等であるものの、訴訟追行上の必要性が営業秘密漏洩による不利益に劣後するもの等が含まれており、これを査証の申立人に開示することは妥当ではない。よって、これらの営業秘密等を非開示とする手続を新第105条の2の6に規定した。

なお、平成30年改正後の同法第105条第2項においても、書類提出命令の必要性及び「正当な理由」を判断するためのインカメラ手続が認められており、書証という証拠調べの前段階にある準備作業として、提出命令の対象となるべき書類の提示手続が存するが、本条の定める査証報告書の非開示手続もこれと同様に、証拠調べのための準備作業（査証）の一部（非開示のためのインカメラ手続）と位置付けることができる。

#### (1) 査証報告書の査証を受けた当事者への送達（新第1項）

新第1項において、裁判所は、特許法新第105条の2の4第1項の規定により原査証報告書が提出されたときは、その写しを、査証を受けた当事

者に送達しなければならない旨を規定した。

(2) 査証を受けた当事者による非開示の申立て（新第2項）

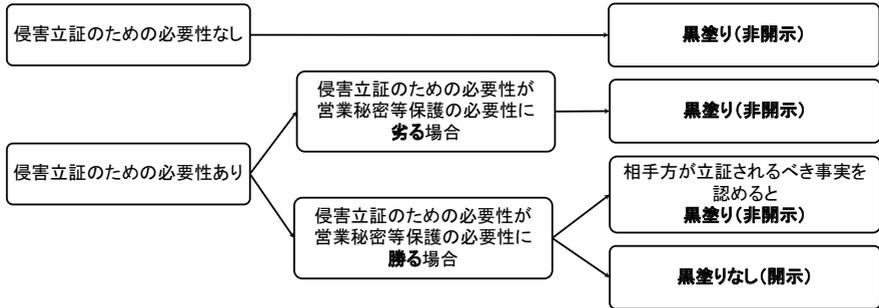
新第2項において、前項の規定により原査証報告書の写しの送達を受けた当事者は、原査証報告書の写しの送達を受けた日から2週間以内に、原査証報告書の全部又は一部を開示しないことを申し立てることができることと規定した。

(3) 裁判所の非開示決定（新第3項）

新第3項において、裁判所は、新第2項の申立てがあった場合において、「正当な理由」があると認めるときは、決定で、原査証報告書の全部又は一部を開示しないこととすることができる旨を規定した。

原査証報告書の全部又は一部を申立人に開示しない「正当な理由」の判断は、書類提出命令の手續と同様、侵害立証のための必要性和営業秘密等保護の必要性和を比較衡量して判断されるものと思料される。例えば、侵害立証のために有用な営業秘密等であるが、当該営業秘密等を証拠としなくても、他の証拠により侵害立証が可能である場合、侵害立証のための必要性は営業秘密等保護の必要性に劣ると判断され、非開示とされよう。他方、重要な営業秘密等ではあるが、特許権の侵害立証のための決定的な証拠である場合、侵害立証のための必要性が営業秘密等保護の必要性に勝るとして、当該営業秘密等は開示されるものと考えられる。なお、査証を受けた当事者が当該営業秘密等の開示を回避したい場合には、査証により立証されるべき事実を認めることで、当該営業秘密等を非開示とすることを選択できると考えられる。

[侵害立証のための必要性和営業秘密等保護の必要性の比較衡量]



(4) 当事者等への意見聴取（新第4項）

原査証報告書については、後述のとおり、特許法新第105条の2の7第2項の規定により、何人も、閲覧若しくは謄写、その正本、謄本若しくは抄本の交付又はその複製を求めることができない。しかしながら、「正当な理由」があるかどうかについては、裁判所が必要と判断した場合には、原査証報告書の全部又は一部を当事者等、当事者の訴訟代理人若しくは補佐人又は専門委員に開示して、これらの者に意見を聴くことができることが、裁判所の適当な判断や当事者にとって納得感のある審理を行う上で望ましい。よって、同法第105条第3項と同様、新第4項において、当事者等への意見聴取手続を措置することとした。

上記意見聴取手続による営業秘密漏洩の危険は、同法第105条の4の秘密保持命令によって防がれることとなる。

なお、専門委員への書類等の開示については、平成30年改正後の同法第105条第4項において、当事者の同意を要件としていることから、これに倣って、当事者の同意を得た上で原査証報告書を専門委員に開示することとした。

また、裁判所が提出を命じた書類と比べて、原査証報告書には、査証人が実際に被疑侵害者の工場等に立ち入り、装置の作動等を行った上で収集した侵害の有無に関する事実が記載されていることから、一般書類と比べ

て多分に営業秘密が記載されており、その漏洩を防止する措置をより厳重に講じるべきである。よって、インカメラ手続において原査証報告書を開示する際、当事者の同意を要する開示先について、専門委員に加えて、当事者等及び補佐人を追加することとした。

なお、訴訟代理人に対する開示については、当事者の同意は必要とされていないが、これは訴訟代理人（弁護士及び弁理士）については、弁護士法（昭和24年法律第205号）及び弁理士法（平成12年法律第49号）による懲戒等によって、十分に営業秘密の漏洩を防止する措置が講じられているためである。

#### (5) 即時抗告（新第5項）

新第2項による非開示の申立てを却下する決定及び新第3項の査証報告書の全部又は一部を開示しないこととする決定がなされた場合、査証を受けた当事者には、営業秘密等漏洩の危険が生じ、また、査証を申し立てた当事者には、立証のために必要な査証報告書の記載が開示されない可能性が生ずることとなる。よって、新第5項において、当該決定に対しては、即時抗告をすることができる旨を規定した。

#### ◆特許法第105条の2の7（新設）

##### （査証報告書の閲覧等）

第一百五条の二の七 申立人及び査証を受けた当事者は、前条第二項に規定する期間内に査証を受けた当事者の申立てがなかつたとき、又は同項の規定による申立てについての裁判が確定したときは、裁判所書記官に対し、同条第三項の規定により全部を開示しないこととされた場合を除き、査証報告書（同項の規定により一部を開示しないこととされた場合にあつては、当該一部の記載を除く。）の閲覧若しくは謄写又はその正本、謄本若しくは抄本の交付を請求するこ

とができる。

2 前項に規定する場合のほか、何人も、その提出された査証報告書の閲覧若しくは謄写、その正本、謄本若しくは抄本の交付又はその複製を求めることができない。

3 民事訴訟法第九十一条第四項及び第五項の規定は、第一項に規定する査証報告書について準用する。この場合において、同条第四項中「前項」とあるのは「特許法第百五条の二の七第一項」と、「当事者又は利害関係を疎明した第三者」とあるのは「申立人又は査証を受けた当事者」と読み替えるものとする。

新第105条の2の7には、査証報告書の閲覧等について規定した。

#### (1) 査証報告書の閲覧請求等（新第1項）

新第1項の査証報告書（非開示の申立てがされなかった原査証報告書又は一部非開示決定がされた査証報告書）について、申立人及び査証を受けた当事者は、当該査証報告書の閲覧等を請求し、必要に応じてその後の訴訟手続で証拠として活用することとなる。

民訴法上、訴訟記録については、何人も閲覧を請求することができる（同法第91条第1項）、また、当事者及び利害関係を疎明した第三者のみが謄写、その正本、謄本若しくは抄本の交付又は訴訟に関する事項の証明書の交付を請求することができる（同条第3項）。他方、同法第132条の4に基づく訴えの提起前における証拠収集の処分により収集された事件記録については、同法第132条の7により、閲覧等について、申立人及び相手方のみがこれらの請求をすることができる。これは、提訴前証拠収集処分が、提訴前の手続であり一般公開が予定されたものではなく、その記録についても一般公開の必要がないことに加えて、資料が訴訟に証拠として提出されれば、その時点で訴訟記録を構成し、一般公開の対象となるため、それで足りると考えられたためである。

非開示手続を経た査証報告書についても、提訴前に収集された証拠と同様、これが訴訟に証拠として提出された段階で公開の対象とすれば十分と考えられる。よって、新第1項において、申立人及び査証を受けた当事者のみが、裁判所書記官に対し、査証報告書の閲覧等の交付を請求することができる旨を規定した。具体的には、①査証報告書の写しの送達を受けた日から2週間以内に、査証を受けた当事者から報告書の非開示の申立てがなかったとき、又は、②非開示の申立てについて、全部開示、一部非開示、全部非開示といった裁判が確定したときには、査証の申立人又は査証を受けた当事者は、裁判所書記官に対し、全部非開示の場合を除いて、査証報告書（一部非開示とされた場合は、非開示部分を除くもの）の閲覧等を請求することができることとしている。査証の申立人又は査証を受けた当事者は、当該査証報告書について、必要に応じて書証として提出し（同法第219条）、その後の訴訟手続で利用することとなる。

なお、非開示手続後の査証報告書にも営業秘密等が記載されていることから、同法第92条の規定に基づき、裁判所は当事者の申立てにより、当該査証報告書の閲覧等又はその複製の請求をすることができる者を当事者に限ることができる。

## (2) 当事者以外による査証報告書の閲覧請求等（新第2項）

査証報告書には、訴訟の対象となっている特許権の侵害立証に関係のない営業秘密や、侵害立証に関係のある営業秘密であるものの、訴訟追行上の必要性が営業秘密漏洩による不利益に劣後するもの等が含まれている。このため、新第2項には、新第1項の場合のほか何人も閲覧等又はその複製を求めることができない旨を規定した。これは、査証報告書に記載された営業秘密に配慮して、当事者以外の閲覧等又はその複製を禁じたものである。

### (3) 民訴法第91条第4項及び第5項の規定の準用（新第3項）

民訴法上、裁判所書記官は、裁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し、これをもって調書の記載に代えることができる（民訴規則第68条第1項）。また、口頭弁論調書には、録音テープやビデオテープ等を引用し、訴訟記録に添付することによって調書の一部とすることができる（同規則第69条）。

しかしながら、訴訟記録の一部となっている録音テープ又はビデオテープ等については、同法第91条第3項の「謄写、その正本、謄本若しくは抄本の交付又は訴訟に関する事項の証明書の交付」という概念になじまない。よって、同条第4項は、録音テープ又はビデオテープ等に関する適用除外を規定するとともに、当事者又は利害関係を疎明した第三者の請求があるときは、裁判所書記官はその複製を許さなければならないと規定している。また、同条第5項は、「訴訟記録の閲覧、謄写及び複製の請求は、訴訟記録の保存又は裁判所の執務に支障があるときは、することができない」と規定し、濫用的な請求を拒むことができる旨を規定している。

同法第132条の4に基づく訴えの提起前における証拠収集の処分により収集された事件記録についての、同法第132条の7第1項による閲覧等請求については、同条第2項の規定により、同法第91条第4項及び第5項が準用されている。よって、証拠収集処分申立事件記録に録音テープやビデオテープ等が含まれる場合、証拠収集処分の申立人又は相手方の請求により、その複製が許されることになる。また、証拠収集処分申立事件記録の閲覧、謄写及び複製の請求は、記録の保全又は裁判所の執務に支障があるときは、することができない。

査証報告書についても、その一部に録音テープやビデオテープ等が含まれる可能性があり、また、濫用的な閲覧、謄写及び複製請求の弊害を防止することが必要である。よって、新第3項において、訴えの提起前における証拠収集処分と同様、同法第91条第4項及び第5項の規定を準用するとともに、必要な読替えを行った。

◆特許法第105条の2の8（新設）

（査証人の証言拒絶権）

第百五条の二の八 査証人又は査証人であつた者が査証に関して知得した秘密に関する事項について証人として尋問を受ける場合には、その証言を拒むことができる。

2 民事訴訟法第百九十七条第二項の規定は、前項の場合に準用する。

新第105条の2の8には、査証人の証言拒絶権について規定した。

(1) 査証人又は査証人であった者の証言拒絶権（新第1項）

民訴法第197条第1項第2号は、医師、弁護士及び宗教等の職にある者又はこれらの職にあった者が職務上知り得た事実で黙秘すべきものについて尋問を受ける場合には、証言を拒むことができる旨を規定している。これは、職業の性質上、他人から秘密や弱点を打ち明けられて相談にあずかることの多い専門的職業従事者を列挙して、訴訟における証人尋問によって他人の信頼を裏切らないことができるようにするものである。

査証人は、他人の工場等に立ち入り、装置の作動等を行うことで、営業秘密を始めとする秘密を知得することが想定される。そのため、査証によって他人の営業秘密を知得した査証人又は査証人であった者についても、当該査証が行われた訴訟はもとより、全ての訴訟において、査証に関して知得した秘密に関する事項について証人として尋問を受ける場合、証言を拒むことができるよう措置する必要がある。

よって、同法第197条第1項第2号に倣い、新第1項に査証人又は査証人であった者についての証言拒絶権を規定した。

(2) 黙秘の義務の免除（新第2項）

民訴法第197条第2項には、証人が黙秘の義務を免除された場合には、

証言拒絶権を失うこととなる旨が規定されている。

査証人についても、守秘義務を負う（新第200条の2）が、証人としての黙秘の義務を免除された場合には証言拒絶権を失うこととすることが適切であることから、新第2項において同法第197条第2項の規定を準用することとした。

#### ◆特許法第105条の2の9（新設）

##### （査証人の旅費等）

第百五条の二の九 査証人に関する旅費、日当及び宿泊料並びに査証料及び査証に必要な費用については、その性質に反しない限り、民事訴訟費用等に関する法律（昭和四十六年法律第四十号）中これらに関する規定の例による。

新第105条の2の9は、査証人の旅費等について、民事訴訟費用等に関する法律（昭和46年法律第40号）の規定の例によることを定めている。

民事訴訟費用等に関する法律においては、例えば第18条において、証人の旅費の請求等について定めており、証人、鑑定人及び通訳人（証人等）は、旅費、日当及び宿泊料（旅費等）を請求することができること（同条第1項）、鑑定人及び通訳人は、鑑定料又は通訳料を請求し、及び鑑定又は通訳に必要な費用（鑑定等費用）の支払又は償還を受けることができること（同条第2項）、証人等は、あらかじめ旅費等又は鑑定等費用の支払を受けた場合において、正当な理由がなく、出頭せず、又は宣誓、証言、鑑定若しくは通訳を拒んだときは、その支払を受けた金額を返納しなければならないこと（同条第3項）を規定している。また、第26条において、第18条第2項等により支給すべき鑑定料、通訳料等の額は、裁判所が相当と認めるところによると規定している。

本条は、査証人の旅費等についても、訴訟費用として民事訴訟費用等に

関する法律の規定の例によることとし、査証人についても旅費等を請求できること（ただし、正当な理由なく査証を拒んだ者を除く。）、査証料を請求できること、査証に必要な費用の支払等を受けること、査証人があらかじめ旅費等又は査証料や査証に必要な費用の支払等を受けた場合において、正当な理由なく、査証を拒んだときは、その支払を受けた金額を返納しなければならないこと、査証人に支給すべき査証料の額は、裁判所が相当と認めるところによること等を規定したものである。

本規定により訴訟費用とされる査証関連の費用は、民訴法第61条の規定により、敗訴の当事者の負担となる。

なお、必ずしも訴訟費用には含まれない費用であって、査証を受けた当事者に発生する費用（例えば、査証のために提供した中間生成品にかかる費用等）については、民訴法上の鑑定や検証と同様、査証を受けた当事者の負担となるが、査証命令の発令要件に相当性（特許法新第105条の2第1項ただし書）を規定することで、当事者に過度な負担が発生する査証は回避されるよう措置している。

#### ◆特許法第105条の2の10（新設）

##### （最高裁判所規則への委任）

第百五条の二の十 この法律に定めるもののほか、第百五条の二から前条までの規定の実施に関し必要な事項は、最高裁判所規則で定める。

新第105条の2の10には、査証に関する規定の実施に必要な細目事項については、最高裁判所規則で定める旨を規定した。

## ◆特許法第200条の2（新設）

第二百条の二 査証人又は査証人であつた者が査証に関して知得した秘密を漏らし、又は盗用したときは、一年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。

新第200条の2には、査証人又は査証人であった者が秘密を漏らした場合の罪を規定した。査証制度においては、その主体となる査証人は、専門的知見を有する者が裁判所により指名され、被疑侵害者の工場等に立ち入り、装置の作動等により証拠となるべきものを収集することになるが、その際に査証を受ける当事者の営業秘密を始めとする秘密を知ることになる。当該秘密の漏洩を防止すべく、本条は、査証人の秘密漏示又は秘密盗用に対する罰則（1年以下の懲役又は50万円以下の罰金）を措置している。

なお、守秘義務の対象となる秘密の範囲については、不正競争防止法（平成5年法律第47号）で規定される営業秘密（同法第2条第6項）に限らず、査証の実施に関して知得した秘密全般とする。

### 【関連する改正事項】

## ◆特許法第65条

（出願公開の効果等）

第六十五条（略）

2～5（略）

6 第百一条、第百四条から第百四条の三まで、第百五条から第百五条の二の十一まで、第百五条の四から第百五条の七まで及び第百六十八条第三項から第六項まで並びに民法（明治二十九年法律第八十九号）第七百十九条及び第七百二十四条（不法行為）の規定は、第一項の規定による請求権を行使する場合に準用する。この場合に

において、当該請求権を有する者が特許権の設定の登録前に当該特許出願に係る発明の実施の事実及びその実施をした者を知つたときは、同条第一号中「被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知つた時」とあるのは、「特許権の設定の登録の日」と読み替えるものとする。

補償金請求権（第65条第1項又は特許法第184条の10第1項の規定による請求権）は、出願が公開された結果、自己の発明を第三者に実施されたことによる出願人の損失を填補するために認められるものである。

この補償金請求権を行使する場合においても、書類等提出命令（同法第105条）や損害計算の鑑定（現行の同法第105条の2）と同様、査証制度を適用できることとした。

#### ◆特許法第105条の2（新第105条の2の11）

（損害計算のための鑑定）  
第百五条の二の十一（略）

特許法第105条の2から第105条の2の10までを新設して査証制度を創設したことに伴い、現行の第105条の2（損害計算のための鑑定）の条番号を修正し、新第105条の2の11とした。

#### ◆特許法第105条の4

（秘密保持命令）  
第百五条の四 裁判所は、特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟において、その当事者が保有する営業秘密（不正競争防止法（平成五年法律第四十七号）第二条第六項に規定する営業秘密をいう。以下

同じ。)について、次に掲げる事由のいずれにも該当することにつき疎明があつた場合には、当事者の申立てにより、決定で、当事者等、訴訟代理人又は補佐人に対し、当該営業秘密を当該訴訟の追行の目的以外の目的で使用し、又は当該営業秘密に係るこの項の規定による命令を受けた者以外の者に開示してはならない旨を命ずることができる。ただし、その申立ての時までに当事者等、訴訟代理人又は補佐人が第一号に規定する準備書面の閲読又は同号に規定する証拠の取調べ若しくは開示以外の方法により当該営業秘密を取得し、又は保有していた場合は、この限りでない。

一 既に提出され若しくは提出されるべき準備書面に当事者の保有する営業秘密が記載され、又は既に取り調べられ若しくは取り調べられるべき証拠(第五条第三項の規定により開示された書類、第五条の二の六第四項の規定により開示された査証報告書の全部若しくは一部又は第五条の七第四項の規定により開示された書面を含む。)の内容に当事者の保有する営業秘密が含まれること。

二 (略)

2～5 (略)

第105条の4について、非開示手続前の原査証報告書中にある営業秘密の漏洩を防ぐため、インカメラ手続により原査証報告書を開示された者に対しても秘密保持命令を発令できる規定とした。なお、第105条の2の7第1項により開示される査証報告書又は第105条の2の7第3項において読み替えて準用する民事訴訟法第91条第4項により複製される査証報告書中の録音テープ又はビデオテープ(これらに準ずる方法により一定の事項を記録したものを含む。)についても、第1号に規定する「取り調べられるべき証拠」に含まれることとしている。

なお、査証制度は、上述のとおり方法の特許やソフトウェア特許といった、高度に専門的な製造等工程やソフトウェアの作動状況を実見し、その詳細を理解した上で初めて侵害を立証できる特許に係る侵害訴訟において必要となる制度であることから、実用新案法、意匠法及び商標法には同様の制度を設けないこととした。