
 論 説

国際知的財産権侵害における暫定措置としての証拠保全序説

 —— 明細録取 (saisie description) と
 Tedesco事件法務官意見の検討を中心に ——

多 田 望

- 1 はじめに
- 2 知的財産権侵害事件における証拠保全としての明細録取 (saisie description)
- 3 Tedesco事件におけるKokott法務官意見
- 4 Kokott法務官意見の分析
- 5 日本法への示唆および将来的課題
- 6 終わりに

1 はじめに

現在、欧州連合 (EU) において、国際民事証拠保全が注目を集めている。議論の対象は、「民事に関する国際的な証拠保全⁽¹⁾」は、いわゆるEU

(1) 証拠保全という点、日本では民事訴訟法第2編第4章「証拠」第7節(234～242条)が想起される。一般には、「民事訴訟において証拠調べが必要とされる証拠方法について、その本来の証拠調べが行われるまでの間にこれを待っていたのでは取調べが不能又は困難となる事情が生じた場合に、あらかじめ証拠調べを行うことによりその結果を保全しておくための手続」(齋藤隆他「証拠保全」門口正人編集代表『民事証拠法大系 第5巻』157頁(青林書院、2005))と理解されている。しかしながら、後の記述で明らかになるように、国際民事訴訟法の対象としては一層の多様な広がりのある概念として理解して行く必要があるであろう。

論 説

証拠規則⁽²⁾上の国際司法共助⁽³⁾システムによって実施されなければならないか。それとも、証拠保全は暫定・保全措置の一種であり、いわゆるブリュッセル I 規則⁽⁴⁾ 31条⁽⁵⁾の適用の下、証拠所在地国での直接的な証拠保全命令の申立て・執行がされなければならないか。さらには、証拠規則とブリュッセル I 規則の双方が適用可能であり、司法共助と保全命令の申立てのいずれでもよいか」という問題である。これは言い換えると、証拠保全に関する証拠規則とブリュッセル I 規則の適用範囲の確定問題ないし排他性の有無の問題ということにもなるが、これが深刻に受け止められるのは、とりわけ権利侵害を立証するための証拠の保全・収集が極めて重要

-
- (2) 「民事又は商事に関する証拠の収集における構成国の裁判所間の協力に関する2001年5月28日の理事会規則 (EC) 第1206/2001号」(OJ 2001 L 174, 1)。同規則の翻訳を含む論稿として、春日偉知郎「ヨーロッパ証拠法 (「民事又は商事事件における証拠収集に関するEU加盟各国の裁判所間の協力に関するEU規則 (2001年5月28日)」) について」判例タイムズ1134号47頁 (2004) がある。
- (3) 証拠に関する国際司法共助についてはさしあたり、多田望『国際民事証拠共助法の研究』(大阪大学出版会、2000) 参照。
- (4) 「民事及び商事に関する裁判管轄及び判決の執行に関する2001年12月22日の理事会規則 (EC) 第44/2001号」(OJ 2001 L 12, 1)。同規則の翻訳として、中西康「民事及び商事事件における裁判管轄及び裁判の執行に関する2000年12月22日の理事会規則 (EC) 44/2001 (ブリュッセル I 規則) (訳) (上) (下)」国際商事法務30巻3号311頁、4号465頁 (2002) がある。同規則の前身は、いわゆるブリュッセル条約 (「1968年の民事及び商事に関する裁判管轄及び判決の執行に関する条約」(OJ 1972 L 299, 32) およびその時々の改正版) である。
- (5) ブリュッセル I 規則31条 (ブリュッセル条約では24条) は、「ある構成国の法が定める暫定措置 (保全措置を含む) は、他の構成国の裁判所が本案について管轄を有する場合であっても、その構成国の裁判所に申し立てることができる。」と規定する。そして、31条に基づく暫定・保全措置 (仮差押・仮処分など) は、承認執行対象を定める32条 (「この規則にいう『裁判』は、構成国の裁判所又は法廷によってされる全ての裁判 (判決、決定、命令、執行令状又は裁判所書記官による訴訟費用の決定など、その名称のいかんを問わない。) をいう。) が述べる「裁判」に該当し、他の構成国において承認執行されることになる。31条は同規則の中でも議論の多い条文であり、許容される暫定・保全措置の意義・範囲について欧州司法裁判所の多数の判例が蓄積する。的場朝子「欧州司法裁判所による保全命令関連判断——ブリュッセル条約24条 (規則31条) の解釈」神戸法学雑誌58巻2号99頁 (2008) 参照。なお国際民事保全の一般については、中野俊一郎「国際民事保全法の現状と課題」国際法学会編『日本と国際法の100年 第9巻 紛争の解決』54頁 (2001) など参照。

である知的財産権侵害の文脈においてである⁽⁶⁾。そして、特許権侵害事件に関してイタリア裁判所が要請した「明細録取」(saisie description⁽⁷⁾)という証拠保全機能を有する手続の司法共助要請がイギリス当局によって拒否されたために、イタリア裁判所が欧州司法裁判所に対して証拠規則適用の有無などに関する先決判断を付託したTedesco事件⁽⁸⁾は、正にこの問題に深く関係するものであった。

単純に考えると、証拠保全はあくまで証拠調べ・証拠収集に関する手続であるから司法共助によらなければ外国で実施できないものであり⁽⁹⁾、

- (6) 例えば, Katarzyna Szychowska, *Taking of Evidence in Intellectual Property Matters Under Regulations 44/2001 and 1206/2001*, [2006] I.R.D.I. 111; Project on Judicial Cooperation in Matters of Intellectual Property and Information Technology, *Taking Evidence in IP/IT Matters (2006)*, available at <http://www.ulb.ac.be/droit/ipit/docs/takeingevidence.pdf>; Burkhard Hess, *Preservation and Taking of Evidence in Cross-Border Proceedings — Comparative Remarks in the Context of IP Litigation*, in Arnaud Nuyts (ed.), *International Litigation in Intellectual Property and Information Technology*, 289 (2008) を参照。最初に掲げたSzychowska論文は、ブリュッセル I 規則施行 5 年後の状況を評価した公式報告書である Burkhard Hess, Thomas Pfeiffer & Peter Schlosser, *The Brussels I-Regulation (EC) No 44/2001* (2008) (この報告書は、<http://www.ipr.uni-heidelberg.de/studie2/index.htm>; http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc/study_application_brussels_1_en.pdfでも参照可能であるが、pdf版に最近の展開を付け加えて段落番号を新たに振り直して出版したものが書籍版であるので、本稿では書籍版の段落番号で引用する)の「知的財産権」の章(担当者はPeter Schollosser)において、報告書に大きな影響を与えたことが分かる形で依拠されている。同書para. 688参照(para. 640も)。なお同論文の入手に関しては、ベルギーのルーヴェン・カトリック大学・知的財産権研究所にご留学中の青野健作氏(上智大学大学院法学研究科博士後期課程)にご協力をお願いした。ここに記して、同氏に深く感謝申し上げる。
- (7) フランス語で、「セジィ・デスクリプション」。本稿では仮に、「明細録取」の訳をあてておく。明細録取について詳しくは、後述 2 参照。
- (8) 先決判断として付託された質問の内容のみは、まずもって、Case C-175/06: Reference for a preliminary ruling from the Tribunale Civile Di Genova lodged on 24 March 2006 — *Alessandro Tedesco v Tomasoni Fittings SrL, RWO Marine Equipment Ltd*, OJ 2006 C 154, 8に掲載されている。
- (9) 例えば, Reinhold Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, 6. Aufl., Rn 2540 (2009) ; Haimo Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 4. Aufl., Rn 710 (2006) など参照(Heinrich Nagel/Peter Gottwald, *Internationales Zivilprozessrecht*, 6. Aufl. 2007, § 15, Rn 72も同旨と思われる)。なお、いわゆるハーグ証拠取

論 説

本案判決の執行に備えた仮差押や仮処分といった民事保全処分とは性質が異なるのであって、証拠保全を保全処分と同様に扱ってこれに倣って命令を発することは適切でないように思われる。実は、欧州司法裁判所は *Tedesco* 事件以前に、*St. Paul Dairy* 事件⁽¹⁰⁾ で、「申立人が訴え提起の可否、請求を基礎づける理由の有無およびこの範囲内で提示される証拠の関連性を評価する目的のためにされる証人尋問の命令は、暫定・保全措置の概念に該当しない。」と判示したことがあり、証拠規則適用の結論が支持されているように見える。しかしながら、この先例がありながらも、EUにおいてはなお根強く、ブリュッセル I 規則 31 条の適用可能性を主張する見解が存在する。果たして、この問題が登場してきた背景には何があり、証拠保全を保全処分一般と同視して暫定・保全措置として処理することも可能とする考え方は正しいのか否か。

欧州司法裁判所の判断が期待されていた *Tedesco* 事件であったが、イタリアで原事件が終了したため、司法裁判所は証拠規則の適用範囲について判断する機会を失った⁽¹¹⁾。しかしながらその前に、司法裁判所では *Kokott*

集条約（1970年の「民事又は商事に関する外国における証拠の収集に関するハーグ条約」）では、証拠保全も囑託できることが条約の作成過程において確認されている（多田・前注（3）108頁、とりわけ注（47）参照）。ハーグ証拠収集条約がEU証拠規則のベースとなったが、この点については、後注（58）、（59）およびその本文も参照。

- (10) C-104/03 *St. Paul Dairy Industries NV v Unibel Exser BVBA* [2005] ECR I-3481; Rev. crit. DIP 2005, 743, note Étienne Pataut. ベルギー法人間で、契約の目的物の欠陥が原因で紛争が発生し、一方当事者が、オランダに住所を有する者について、オランダ裁判所に対して同国民事訴訟法186条の保全的証人尋問を申し立てたところ、他方当事者がオランダ裁判所の国際裁判管轄を争い、ブリュッセル条約24条（当時）の適用可能性が問題となった事件である。紹介・分析として、的場・前注（5）155頁、安達栄司「証拠保全手続とEC管轄執行条約24条」国際商事法務36巻6号796頁（2008）参照。
- (11) C-175/06 *Tedesco v Tomasoni Fittings Srl., RWO Maritime Equipment Ltd* [2007] E.C.R. I-07929; OJ 2007 C 315, 31. 経緯については、後注（39）およびその本文を参照。*Tedesco* 事件は、証拠規則に関する欧州司法裁判所の記念すべき最初の先決判断となるべきものとしても注目を集めていたが、第1号は先のこととなった。なお現在、ポーランドの裁判所から証人尋問費用の先払い請求の可否に関する先決判断が付託されており（Case C-283/09: Reference for a

法務官が意見¹²⁾を作成していた。本来ならば、司法裁判所の先決判断という公式の裁判がされて初めて検討・分析の価値があるのかも知れない。しかしながら、EU内においては、司法裁判所の正式な判断がないにもかかわらず、Kokott法務官意見の検討・分析およびそれを基にした議論の広がりが見られる¹³⁾。

本稿は、以上のような国際知的財産権侵害における証拠保全の注目度の高まりを背景に、EUにおける議論の動きをTedesco事件のKokott法務官意見を中心に検討するものである。以下では、第1に、前提的確認として、Tedesco事件で問題となった、知的財産権侵害における証拠保全として知られる「明細録取」(saisie description)について、その概念などの概説を試みる(後述2)。続いて、Tedesco事件のKokott法務官意見をまとめた上で(後述3)、これを分析する(後述4)。最後に、以上の検討から得られる日本法への示唆および将来的課題を論じて(後述5)、結びとする(後述6)。

preliminary ruling from the Sąd Rejonowy dla Warszawy-Śródmieścia (Poland) lodged on 23 July 2009 — *Artur Weryński v Mediateł* 4B, OJ 2009 C 244, 2)、順調にいけばこれが証拠規則に関する最初の先決判断になるであろう。

- (12) Opinion of Advocate General Juliane Kokott on 18 July 2007, Case C-175/06 *Alessandro Tedesco v. Tomasoni Fittings Srl & RWO Marine Equipment Ltd.*, [2007] E.C.R. I-07929. なお、このKokott法務官意見の仮訳を、熊本ロージャーナル4号(2010)に掲載する予定である。
- (13) 「最終的な判断はTedesco事件においてないけれども、Kokott法務官意見は時の経過とともに、司法裁判所の権威ある判断に次ぐものとしての役割を担うであろうことが期待される」と述べるのは、Jan von Hein, *Drawing the Line Between Brussels I and the Evidence Regulation: Note on the Opinion of Advocate General Juliane Kokott in Case C-175/06 of 18 July 2007*, [2008] Eu.L.F. 34, 35 [available at <http://www.simons-law.com/library/pdf/e/883.pdf>]. また、Benedetta Ubertzzi, *The EC Council Regulation on Evidence and the "Description" of Goods Infringing IP Rights*, [2008] Eu.L.F. 80, 81 [available at <http://www.simons-law.com/library/pdf/e/885.pdf>]は、Tedesco事件は、「今や終了した具体的事件を超越した、なお価値のあるいくつかの問題を提起している。」と述べる。積極的な議論を展開するわけではないが、I Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws, 14th ed., 1st Supplement, para. 8-063 (2007) も、Kokott法務官意見を紹介する。

2 知的財産権侵害事件における証拠保全としての明細録取 (saisie description)

日本の民訴法234条以下の証拠保全と比較し得る民事訴訟法上の一般的な手続としては、ドイツ民事訴訟法484条以下の独立証拠調べやフランス新民事訴訟法145条の証拠保全がよく知られる。これらにも相応の特徴がそれぞれあるが、各国にはその他にも、特別な事項に関して認められる証拠保全手続が存在する。以下で解説する明細録取 (saisie description) は、知的財産権侵害事件の場面において証拠保全機能を発揮する手続として、ヨーロッパを中心に展開しているものである。

(1) 明細録取 (saisie description) の一般概念

ア 意義

知的財産権の実効的な保護のためには、侵害があった場合にその立証を手助けするための証拠の保全・収集が決定的に重要である。そして、知的財産権者から裁判所への一方的な (ex parte) 申立てに基づいて、侵害者への事前通知なくその店舗や工場などへの立入が認められ、侵害物品自体はもちろん、その製造用の機械・装置や材料のほか、注文書・支払指図などの関連文書の情報 (写真、コピー、電子データなど) を記録・ファイル化する (侵害物品のサンプルを持ち帰ることもできる) という形で侵害物や侵害方法の明細を録取できれば、後日の侵害本案訴訟における立証作業の困難は飛躍的に軽減されるであろう。知的財産権侵害事件に関して明細録取 (saisie description) と呼び慣わされる手続は、このような証拠保全機能を多分に含む強力かつ効果的な手続であり、フランス⁽¹⁴⁾ やベルギー⁽¹⁵⁾

(14) フランス知的財産法は、個別の知的財産権ごとに明細録取の条文を置く。このうち、特許に関するL615-5条 (2007年10月29日法律第2007-1544号によって改正されたもの) については、末尾の<資料1>を参照。

(15) ベルギーでは、これまで司法裁判法 (Code judiciaire) の1481~1488条が明

などで発展してきた。その歴史は、ベルギーでは1885年の特許法や1886年の著作権法に遡ることができる⁽¹⁶⁾。そして同様の機能は、イギリスでも探索命令 (search order)⁽¹⁷⁾ が果たしていると言われる。

明細録取 (saisie description) では侵害物品のサンプルの持ち帰りも可能であるが、よりダイレクトに侵害物品自体や派生品などの関係物品の差押 (「現実の差押」 (saisie réelle⁽¹⁸⁾) と呼ばれる) により補強される。そして、この2つを併せたワンパッケージが、「知的財産権侵害差止等」 (saisie contrefaçon⁽¹⁹⁾) である。どちらかといえば、上位概念である後者の方がよく知られ、saisie contrefaçonとsaisie descriptionは互換的に用いられることもある。

イ イタリア法上の明細録取

Tedesco事件で問題となったイタリア法上の明細録取に関連する法規定

細録取を含む「知的財産権侵害に関する差止等」 (saisie en matière de contrefaçon) (後注 (19) およびその本文参照) の根拠条文であったが、2007年の同法改正により第3部第4編に第9章の2「知的財産権に関する手続」が新設され、その第1節 (1369条の1から1369条の10まで) が知的財産権侵害に関する差止等を定める (この改正については、Paul Van den Bulck & Marie de Bellefroid, *La Directive 2004/48 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, transposée en droit belge, available at* <http://www.droit-technologie.org/actuality-1046/la-directive-2004-48-relative-au-respect-des-droits-de-proprieete-intel.html>などを参照)。このうち、1369条の1第1項および第4項については、末尾の<資料2>を参照。

- (16) Olivier Mignolet et Dominique Kaesmacher, *La saisie en matière de contrefaçon: Le Code judiciaire à la rencontre des droits intellectuels*, Journal des tribunaux 2004, 57.
- (17) 探索命令 (search order) は、イギリスにおいてかつてAnton Piller orderと呼ばれていた判例法上の手続が条文化されたものである。現在、探索命令は、民事訴訟規則 (Civil Procedure Rules, CPR) 25.1条1項h号とセットで1997年の民事訴訟法 (Civil Procedure Act) 7条に基づいて認められる。民事訴訟規則25.1条 (仮の救済の命令) 1項h号と1997年の民事訴訟法7条 (証拠の保全等を命ずることのできる裁判所の権限) については、末尾の<資料3>を参照。
- (18) フランス語で、「セジィ・レエル」。本稿では仮に、「現実の差押」の訳をあてておく。
- (19) フランス語で、「セジィ・コントロールファソン」。本稿では仮に、「知的財産権侵害差止等」の訳をあてておく。ちなみに、ベルギーでは、saisie en matière de contrefaçon (知的財産権侵害に関する差止等) の語も用いられる。

論 説

は、Kokott法務官意見において次のようにコンパクトにまとめられている⁽²⁰⁾。

イタリア知的財産法128条⁽²¹⁾は、権利者は侵害物品の明細録取を求めることができると規定する。明細録取は、申し立てられた侵害およびその程度に関する証拠にも及ぶ。本案請求を審理する権限を有する裁判官は、不服申立てのできない命令によって明細録取を決定する。当該裁判官は、秘密の情報を保護する手段を講じる一方で、サンプルの差押も命じることができる。申立ては、命令の実効性を損なわないように、一方的 (*ex parte*) な手続により審尋することもできる。明細録取の申立てが本案の訴えの提起前にされた場合、裁判所は、本案の訴えの提起のために最大で30日間の期限を設ける。同法129条によれば、権利者は侵害物品の差押も申し立てることができる。同法130条は、とりわけ、明細録取および差押の処分が執行官によって (必要な限りにおいて鑑定人を従えて)、カメラなどの技術道具を用いつつ実施されるべきことを規定する。申立人、その代理人または指名された技術者が処分の実施に立ち会えることの許可が出されることがある。

イタリア知的財産法では、128条が明細録取の主たる条文であり、129条は現実の差押、そして130条は両者の実施主体に関する条文である。このまとめから、明細録取の基本事項 (例えば、明細が録取される対象の及ぶ範囲、明細録取に付随してできる差押等の処分の内容、発令手続の概要、明細録取の実施主体、本案起訴の期限など) を理解することができるであろう。なおTedesco事件では、上記の条文のうち、イタリア知的財産法128条と130条に基づいた明細録取のイギリスへの司法共助嘱託が問題となった⁽²²⁾。

(20) Opinion of AG Kokott, *supra* note 12, paras. 10-12.

(21) なおイタリア知的財産法128条の英語訳が、Ubertaini, *supra* note 13, 80にある。

(22) Kokott法務官意見では、イギリスへの証拠共助の嘱託内容に言及した他の箇所のうち、イタリア知的財産法「129条」と130条を根拠条文として記すところが2カ所あるが (Opinion of AG Kokott, *supra* note 12, paras. 25, 96)、この「129条」は「128条」のミスプリであろう。

(2) EU権利行使 (enforcement) 指令による明細録取の法調和

ア 権利行使指令の作成経緯

EU構成国のすべてと欧州共同体（競争事項に限って）はTRIPS協定⁽²³⁾に拘束されているが、構成国法の間には、知的財産権の行使手段（証拠保全に用いられる暫定措置など）に関してなお相当の不一致が存在していた。そこでEUは、構成国の国内法を接近させて、共同体市場における知的財産権の同質的かつ高いレベルでの保護を確保することを目的として、「知的財産権の権利行使に関する2004年4月29日の欧州議会及び理事会の指令第2004/48/EC号」⁽²⁴⁾を作成した。指令7条は、明細録取 (saisie descriptive) を含む知的財産権侵害差止等 (saisie contrefaçon) ないし探索命令 (search order) をベースにして、知的財産権者にとって強力かつ有用な証拠保全措置・処分を定めている。

イ 権利行使指令7条

指令7条は、「証拠保全措置」の表題のもと、次のように定める。

- 1 構成国は、事件の本案の訴訟手続の開始前であっても、知的財産権が侵害されているとの主張又は侵害されるおそれがあるとの主張を裏付ける合理的に入手可能な証拠を提出した当事者の申し立てにより、権限のある司法当局が、秘密の情報の保護を条件として、申し立てられた侵害に関連する証拠を保全するための迅速かつ効果的な暫定措置を命ずることができることを確保する。これらの措置には、侵害物品の明細録取（サンプルの取得を伴うこともできる。）、並びに、侵害

(23) 1994年の知的所有権の貿易関連の側面に関する協定（世界貿易機関を設立するマラケシュ協定付属書1c）。

(24) Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights (OJ 2004 L 157, 45, 誤記訂正版として、OJ 2004 L 195, 16; OJ 2007 L 204, 27)。EU権利行使指令の紹介として、国際第2委員会第2小委員会「欧州連合（EU）における知的財産権活用のための法制度整備について（その2）（完）－主に知的財産権の執行に関する指令に着目して－」知財管理58巻7号947頁（2008）、JETROデュッセルドルフセンター「[14]EUエンフォースメント指令」知的財産権ニュース2004年創刊号（Vol. 1）[available at <http://www.jetro.de/j/patent/2004May/news.pdf>]など参照。なお後者には、EU権利行使指令の仮訳も掲載されている。

物品及び適当な場合には、その生産と流通の双方又はいずれかに利用される材料及び道具及びこれらに関連する文書の現実の差押を含ませることができる。かかる措置は、必要がある場合には、特に、遅延により権利者に回復できない損害が生じるおそれがある場合又は証拠が破棄される明らかな危険がある場合には、他方の当事者に意見を述べる機会を与えることなくとられることがある。

証拠を保全する措置が他方の当事者が意見を述べる機会を与えられることなくとられる場合には、影響を受ける当事者は、最も遅い場合においても、当該措置の実施後遅滞なく通知を受ける。当該影響を受ける当事者の申立てがあれば、当該措置の変更、取消し又は確認の決定について、意見を述べる機会の与えられる審査が当該措置の通知後合理的な期間内に行われる。

- 2 構成国は、証拠を保全するための措置が、第4項の規定によって定められている被申立人が被る損害の賠償を確保するための適当な担保又は同等の保証を申立人が提供することを条件としてとられることがあることを確保する。
- 3 構成国は、申立人が合理的な期間（国内法令によって許容されるときは、証拠を保全する措置を命じた司法当局によって決定されるもの。その決定がないときは、20執務日又は31日のうちいずれか長い期間を超えないもの）内に本案についての決定に至る手続を開始しない場合には、当該措置が、被申立人の申立てに基づいて取り消され又は効力を失うことを確保する。ただし、損害賠償の請求を妨げるものではない。
- 4 証拠を保全する措置が取り消された場合、証拠を保全する措置が申立人の作為若しくは不作為によって失効した場合又は知的所有権の侵害若しくはそのおそれがあったことが後に判明した場合には、司法当局は、被申立人の申立てに基づき、申立人に対し、当該措置によって生じた損害に対する適当な賠償を支払うよう命じる権限を有する。
- 5 構成国は、証人の個人識別情報を保護する措置をとることができる。

ウ 権利行使指令7条における明細録取

指令7条は、TRIPS協定における暫定措置（provisional measures）の規定である50条⁽²⁵⁾を基本的なモデルとし、これとはほぼ同じ内容の条文が少なからず見られる⁽²⁶⁾。指令7条1項第1段落が明細録取などを導入する

(25) TRIPS協定50条については、末尾の〈資料4〉を参照。

(26) 例えば、権利行使指令7条1項第1段落3文および第2段落、3項および4項は、TRIPS協定50条2項、4項、6項および7項にそれぞれ相当し、ほぼそ

国際知的財産権侵害における暫定措置としての証拠保全序説

証拠保全手続の本体部分であるが、証拠保全命令の基本的な要件は、①知的財産権侵害（その可能性でもよい。）の合理的に入手可能な証拠の当事者による提出である（7条1項第1段落1文）。証拠保全は、②本案訴訟の開始前であってもよく（同文）、また、③証拠が破棄される明らかな危険がある場合などは、相手方が意見を述べる事前の機会は与えられないことがある（同3文）⁽²⁷⁾。ただし、④証拠保全命令は、秘密の情報（営業秘密やプライバシーなど）の保護を条件とする（同1文）。なお証拠保全の実施は、申立人による担保などの提供を条件とすることもある（2項）。

命じられる「証拠保全のための迅速かつ効果的な暫定措置」の内容は、基本的には各構成国が定めるが、指令7条1項第1段落2文を見る限り、明細録取（saisie description）を含む知的財産権侵害差止等（saisie contrefaçon）ないし探索命令（search order）の実質的な導入が意図されているといえる。というのは、同2文によると、①侵害物品の明細録取、②サンプルの収集、③侵害物の差押、④侵害物の生産・流通に利用される材料・道具の差押、⑤関連する文書の差押が、「証拠保全のための迅速かつ効果的な暫定措置」の具体的な内容として例示されており⁽²⁸⁾、これらの導入がかなりの程度で誘引されているとの印象を受けるからである。これらの措置は、侵害を申し立てられている者だけでなく、第三者も対象とすることができる⁽²⁹⁾。なお、第三者証人については、その者の特定に

のままの文言が採用されている。

- (27) 証拠保全の実施後に通知されれば済むとの選択肢も認められている。7条1項第2段落1文参照。
- (28) 7条1項第1段落2文で掲げられている明細録取や差押などの処分がどのような法的性質を有するか、すなわち暫定・保全措置（保全・仮処分）か証拠保全かは、指令において述べられていない。この法的性質に関するKokott法務官意見については、後述3（2）ア（c）（iii）②前半を参照。なお後注（80）も参照。
- (29) Joaquim J. Forner Delaygua, *The Impact of the Enforcement Directive on the Brussels I Regime*, in Arnaud Nuyts (ed.), *International Litigation in Intellectual Property and Information Technology*, 257, 265 (2008) .

論 説

つながる氏名・住所などの個人識別情報は秘匿などにより保護されることがある（5項）。

証拠保全措置の通知がされた後、被申立人は、当該措置の変更・取消し・確認について審査（意見を述べる機会が与えられる。）を行うよう申し立てることができる（指令7条1項第2段落2文）。本案の起訴に関しては期限が設定されるところ、それを徒過した場合には被申立人の申立てに基づいて証拠保全処分は取り消される（3項）。そして、措置が取り消された場合や申立てが濫用的にされた場合などには、被申立人は申立人に対して損害賠償の請求ができる（4項）。

エ 構成国における権利行使指令の実施

EU権利行使指令の採択を受けて、各構成国は同指令の内容を自国法において反映・実施させるべく、国内法の調整を行っている。これまでに述べてきたフランス⁽³⁰⁾、ベルギー⁽³¹⁾、イタリア⁽³²⁾の法規定、また、ドイツの特許法などのいくつかの規定⁽³³⁾は、この指令を受けて関連する国内法が制定・改正されたものである⁽³⁴⁾。EUにおいてはこのようにして、明細録取（saisie description）を含む知的財産権侵害差止等（saisie contrefaçon）

(30) 前注(14)および<資料1>参照。

(31) 前注(15)および<資料2>参照。

(32) 前述2(1)イ参照。

(33) 例えばドイツ特許法140c条は、特許権者の実体的情報請求権（ドイツ民訴法935～945条の仮処分により実現できる。実体的情報請求権については、春日偉知郎『民事証拠法論集 情報開示・証拠収集と事案の解明』71頁以下（有斐閣、1995）など参照）をさらに強化することで、権利行使指令7条の要請に対応した。この点については、後注(92)、(124)およびその本文も参照。なお、ドイツ特許法の仮訳として、特許庁HP「外国産業財産権制度情報」（http://www.jpo.go.jp/shiryous/s_sonota/fips/pdf/germany/tokkyo.pdf）を、また、2008年ドイツ特許法改正のもととなった「知的所有権の権利行使の改善のための法律」政府草案の関連条文の和訳として、春日偉知郎『民事証拠法論 民事裁判における事案解明』278頁以下（商事法務、2009）を、さらに、改正前後のドイツの実務も交えた詳しい解説として、菊地浩明「欧州知的財産訴訟の最新事情 ドイツ特許法改正とクロスボーダー訴訟の現在（上）」判タ1310号24頁以下（2010）を参照。

(34) 実際のところは、実施リミット2006年4月29日（権利行使指令20条）を徒過

ないし探索命令 (search order) をベースとした強力かつ効果的な証拠保全処分手続が権利行使指令に基づいて導入され、各構成国ごとの相違・特徴はなおあるものの、知的財産権保護の強化を目的とした一定の法調和が達成されてきている。なお、付言しておかなければならないのは、権利行使指令では、国際司法共助や国際裁判管轄などの国際私法・国際民事手続法ルールの調和は目的とされていないことである。これらについては、知的財産にも原則として同様に適用される、「これらの事項に一般的に適用される共同体文書」(指令前文11参照)、すなわち証拠規則やブリュッセル I 規則などがすでに存在するのである。

3 Tedesco事件におけるKokott法務官意見

以上のような明細録取の司法共助が、Tedesco事件において議論の的となった。以下では、事実の概要を述べた後、Kokott法務官意見をまとめる。

(1) 事実の概要⁽³⁵⁾

2005年3月に、自己の発明品について特許を有すると主張するX (Tedesco氏) が、イタリアのジェノバ民事裁判所に対して、イタリア知的財産法128、130条による明細録取の命令の申立てを、イタリア法人Y1およびY1を販売店としてイタリアで営業を行っているイギリス法人Y2を相手として行った。Xの主張によれば、Y2はY1を通して、Xの特許の

した2006年10月になっても、少数の構成国を除いて実施が整っていなかったため、欧州委員会が2006年10月にフランス、ベルギー、ドイツを含む12の構成国に、指令の導入を公式に求めた。Ubertazzi, *supra* note 13, 80参照。ルクセンブルク、スウェーデン、ドイツについてはさらに、委員会の提訴(順にCase C-328/07、C-341/07、C-395/07)により、欧州司法裁判所で権利行使指令実施義務違反の確認判決が出された経緯がある(順にOJ 2008 C 92, 9、OJ 2008 C 171, 11、OJ 2008 C 183, 5)。

(35) 法務官意見の「III 事実および先決判断として申し立てられた問題」(Opinion of AG Kokott, *supra* note 12, paras. 13-19)を参照。

論 説

対象である技術様式を有する製品を販売している、とのことであった。2005年5月に、同裁判所は対象製品についての明細録取を命じる一方的な命令を発した。明細録取はまずイタリアにあるY1の店舗等で行われたが、続いて同年6月に、同裁判所はイングランドおよびウェールズの最高法院女王座部の上級主事の事務所に対して、証拠規則に基づいてY2の店舗等において明細録取を実施すべき旨の証拠共助要請書を送付した。嘱託された明細録取は、必要な範囲内においてという制限はついていたが、「制限列举でなく例示列举として」という文言と共に、送り状、納品書、支払指図、見積書、広告物、コンピュータに蓄積されたデータおよび通関文書も対象にし、嘱託事項にはさらに、あらゆる技術的手段の使用、専門家の援助、サンプルとしての物品の持ち帰りも含まれていた。なお、申立人およびその弁護士などは、関係書類の閲覧などができないとされている。

これに対して、要請を受けた上級主事は、物品および文書のこのような探索および差押は上級主事の代理人の職務外の事項であり、これらを要請書手続によって扱うことはできないことを理由に、明細録取の要請の実施を拒否する旨を非公式にジェノバ民事裁判所に伝えた。そこで2006年3月に、ジェノバ民事裁判所は、次に掲げる質問⁽³⁶⁾を先決判断として司法裁

(36) 実は付託された質問にはもう一つ、本文に掲げた「質問が肯定される場合に、共助嘱託が不完全であるかまたは証拠規則4条の定める要件に合致しないとき、嘱託を受けた裁判所には、①証拠規則7条の定める要件に従って受領の通知を送付する義務、②嘱託裁判所が要請書を修正などにより完全なものとするができるように、要請書が不完全である旨を指示する義務があるか？」というのがあった。Case C-175/06: Reference for a preliminary ruling, *supra* note 8, 8; Opinion of AG Kokott, *supra* note 12, para. 18参照。しかしながら、この第2の質問は、そもそも受託国（本件ではイギリス）がすべきものであり、また、仮定的な前提も含むものである。よってKokott法務官は、この質問の付託は不適法であるとの意見を述べ（*Id.* paras. 29-34）、法務官意見においてこの質問に対する回答は与えられなかった。

判所に付託した⁽³⁷⁾。すなわち、

「イタリア知的財産法128条および130条に基づく明細録取を求める証拠共助要請は、証拠規則の定める証拠収集の一つの型であり、同規則に基づいて構成国の裁判所は、他の構成国の裁判所に対して当該証拠を収集すべきことを囑託できるか。」

本件付託事件について欧州司法裁判所では、Xの他、イタリア、フィンランド、スウェーデン、スロベニア、ギリシャ、スペイン、アイルランド、連合王国および欧州委員会から意見書が提出された。このうち、ギリシャ、アイルランドおよび連合王国の意見書は、①明細録取は、証拠規則が適用されない探索・差押の命令である、②ハーグ証拠収集条約と同じく、証拠規則は暫定・保全措置に適用されない、③本件の保全措置の申立ては、ブリュッセル I 規則に基づいてイギリス裁判所に対してされなければならない、という根拠に基づいて、本件への証拠規則の適用に反対していた⁽³⁸⁾。

本件事件に対して、Kokott法務官は2007年7月18日に意見を出した。ところが、欧州司法裁判所の事件登録窓口に、「原事件が終了し、先決判断に付託された問題は目的を失った」というジェノバ民事裁判所2007年3月26日決定が同年9月21日に届いた。これを受けて本件付託事件は、同27日

(37) Tedesco事件ではまた、民事司法協力事項の欧州裁判所への先決判断の付託権限を「国内法上の司法救済が当該国内裁判所の裁判について存在しない裁判所」に限定する当時の欧州共同体設立条約68条1項との関係で、下級審裁判所であるジェノバ民事裁判所に付託権限はあるかという問題が、委員会およびスペインによって提起されていた (*Id. para. 20*)。Kokott法務官は、①問題となっている手続は一般に下級審裁判所の職務に属する事実認定に関するものであり、最上級審裁判所が本来取り扱う性質にないこと、②ジェノバ民事裁判所がした明細録取命令はイタリア知的財産法上、不服申立てができないこと（前述2(1)イ参照）に着目して、同裁判所の付託権限を認めた (*Id. paras. 23-28*)。なお、当時の68条のような付託権限の制限には反対意見が多く、これを受けて、2007年の欧州連合条約及び欧州共同体設立条約を改定するリスボン条約 (OJ 2007 C 306, 1. 2009年12月1日発効) では、2条67) により、この68条は削除され、欧州共同体運営条約 (欧州共同体設立条約からの名称変更) 267条 (付託権限の原則を定める旧234条) のみが妥当することとなった。この点の議論に関して、Ubertazzi, *supra* note 13, 81-82参照。

(38) Opinion of AG Kokott, *supra* note 12, para. 53.

の命令によって欧州司法裁判所の登録から抹消された⁽³⁹⁾。

(2) Kokott法務官意見

Tedesco事件は欧州司法裁判所の判断がされることなく終了したが、明細録取への証拠規則の適用可能性に関するKokott法務官意見⁽⁴⁰⁾をまとめると、次の通りである。

ア 証拠規則の適用可能性

(a) 証拠収集の概念の解釈⁽⁴¹⁾

証拠規則1条1項⁽⁴²⁾ a号にいう「証拠の収集」は、ブリュッセルI規則のいくつかの概念と同様に、自律的に解釈されなければならない。証拠共助の簡素化により域内市場の適正な営みに寄与するという証拠規則の目的は、その共助の仕組みが可能な限り多くの情報収集に適用される場合に達成されるので、「証拠の収集」の概念はあまり厳格に解釈されるべきでない。嘱託の対象事項は、広く、証人尋問、書証、検証、鑑定などを含み(1条1項、4条1項⁽⁴³⁾ e号・f号など参照)、また厳密な意味での「証拠の収集」に限定されない。イタリア裁判所によって命じられた明細録取の処分において列挙されていた、製品のサンプル並びに送り状、納品書、支払指図、見積書、広告物、コンピュータに蓄積されたデータおよび通関文書は、裁判所自身が直接に取り調べ可能であるか、または専門家の鑑定

(39) C-175/06 *Tedesco*, *supra* note 11, 31参照。なお原事件の終了は、当事者が和解したことを原因とするようである。Ubertazzi, *supra* note 13, 81参照 (von Hein, *supra* note 13, 34も簡単に言及する)。

(40) 法務官意見中の「IV 評価」のうち、「B 第1の問題」の部分である。「A 付託の許容性」の部分で扱われた2つの問題については、前注(36)および(37)を参照。

(41) Opinion of AG Kokott, *supra* note 12, paras. 40-45.

(42) 証拠規則1条1項は、次の通り規定する。

「この規則は、民事又は商事に関して、構成国の裁判所が自国の法律に従い、次のことを要請する場合に適用される。

(a) 他の構成国の権限のある当局が証拠の収集をすること。又は

(b) 他の構成国において直接に証拠を収集すること。」

(43) 証拠規則4条1項については、末尾の<資料5>を参照。

に適する文書や物である。したがって、本件処分に列挙された物は、原則として、証拠規則において証拠収集の対象事項となるべきものである。

(b) 知的財産権侵害事件における証拠の保全および収集⁽⁴⁴⁾

本件付託は、知的財産権侵害事件における特別な証拠保全手続に関する司法共助という文脈で理解されなければならない。知的財産権侵害においては、その証拠が侵害者や第三者の手中にあるので、権利者はしばしば、証拠の特定または入手ができないという困難に直面する。また、侵害から生じる損害を食い止めて、証拠が破棄される前にこれを保全するためには、迅速性が決定的に重要である。したがって、知的財産権の実効的な保護を確保するために、TRIPs協定50条は裁判所に対して、迅速かつ効果的な暫定措置、すなわち、侵害物品の流通の阻止および侵害に関する証拠の保全の双方を命ずる権限を与えている。権利行使指令7条はこの協定50条を基盤とするが、イタリアでは知的財産法128条以下が指令を実施する。この点、確かに権利行使指令自体は国際司法共助に関する統一規則の制定を目的としなないけれども、指令の規定および目的は、「[国際司法共助]を一般的に規律し、かつ、原則として知的財産にも同様に適用される共同体文書」である証拠規則⁽⁴⁵⁾の解釈に考慮されるべきである。したがって、知的財産権の実効的な保護を確保するために、証拠規則による司法共助が、権利行使指令の定める証拠保全手続について利用されるべきことが示唆される。

(c) 証拠規則の適用に反対する見解について

関係国のほとんどは、本件のような証拠保全手続への証拠規則の適用に好意的であるが、ギリシャ、アイルランドおよび連合王国はこれに反対するので⁽⁴⁶⁾、以下、検討する。

(44) Opinion of AG Kokott, *supra* note 12, paras. 46-52.

(45) 前述2(2)エ参照。

(46) 前注(38)およびその本文を参照。

(i) 証拠規則の明細録取への適用可能性⁽⁴⁷⁾

反対の見解は、①「証拠の収集」は人や物の実際の取調べ自体のことを指し、その前にされるこれらの入手のための探索・差押（すなわち明細録取）は「証拠の収集」に該当しない、②証拠規則は探索・差押の際における対象者の権利の保護規定を有していないという。

しかしながら、まず①に関しては、そもそも証拠の収集の前提条件は、裁判所または権限を与えられた者が証拠にアクセス（到達・入手）できることである。明細録取の命令は、これらの主体が証拠にアクセスすることの甘受を証拠所持人に要求するものであり、証拠の収集と分かちがたく結びついている。このことはまた、裁判所が証拠収集の対象を現場で即座に取り調べせず、他の者に対象物の整理・ファイル化やサンプルの持ち帰りをさせて、ファイルされたコピー、写真、媒体に蓄積されたデータなどやサンプルが、直接に裁判所に対して、事後的にのみ提出される場合にもあてはまる。

次に②に関しては、証拠規則上、まず、要請書の実施に際しての受託国法の原則（10条2項⁽⁴⁸⁾）における受託国法上の相手方当事者および第三者の権利保護がある。また、「特別の手続」における嘱託国法の適用（10条3項⁽⁴⁹⁾）に際しても、権利行使指令の枠内における権利保護の調和およびその枠外での一般原則上の権利保護（例えば、人権及び基本的自由の保護に関する欧州条約（ECHR）によって保障される公正な審尋を受ける

(47) Opinion of AG Kokott, *supra* note 12, paras. 54-65.

(48) 証拠規則10条2項は、「受託裁判所は、その属する構成国の法に従って要請書を実施する。」と規定する。

(49) 証拠規則10条3項は、「嘱託裁判所は、付属書の様式Aを用いて、その属する構成国の法が定める特別の手続に従って要請書を実施すべきことを求めることができる。受託裁判所は、この手続がその属する構成国の法と相容れない場合、又はこの手続が実際上の重大な困難により不可能である場合を除き、その求めに応じる。受託裁判所がこれらの理由により求めに応じない場合、受託裁判所は付属書の様式Eを用いてその旨を嘱託裁判所に通知しなければならない。」と規定する。

権利や家庭・財産の保護を受ける権利)を念頭に置くべきである。さらに強制力の行使には、受託国法が排他的に適用されるのである(証拠規則13条⁽⁵⁰⁾)。

以上を本件についてみると、イギリス裁判所は拒否事由を主張しない限り、原則としてイタリア知的財産法128、130条の定める明細録取の命令を「特別の手續」として実施しなければならない。証拠の収集はまず、問題となっている製品および関連する文書・データの記録をとってファイル化することである。これは、鑑定人による分析や証拠の直接的取調べのための裁判所への提出に必要な限りにおいて、文書などの移動も含む。権利行使指令7条1項の秘密の情報の保護義務は受託裁判所と囑託裁判所の双方に課せられるところ、イタリア裁判所は、申立人およびその訴訟代理人の明細録取への立会を許可した一方で、収集された文書の閲覧は認めず、文書は封のされた封筒の中に入れられることを求めている。同裁判所は、特許侵害が存在するという確証を文書記録に基づいて得た場合にのみ、取扱いに注意が必要な商業上の文書の訴訟手續への顕出を許すであろう。また、相手方が任意に物を提供しない場合、受託国法であるイギリス法が強制力を認め、かつ、強制力の行使が証拠の収集に必須である場合に、例えば製品のサンプルが差し押さえられることになる。

したがって、イタリア裁判所によって囑託された明細録取はおおよそ証拠規則の適用範囲に入らないと、一般的な言い方で主張することは正しくない。

(ii) 事実審理前ディスカヴァリの禁止⁽⁵¹⁾

証拠規則1条2項は、「要請書は、係属中又は将来の裁判手續において

(50) 証拠規則13条は、「必要な場合には、受託裁判所は要請書の実施に際して、自国の当局又は当事者からの強制方法の求めを実施するにあたって受託裁判所の属する構成国の法上定められている限度において、適当な強制方法を用いる。」と規定する。

(51) Opinion of AG Kokott, *supra* note 12, paras. 66-75.

用いることを目的としない証拠を収集するために用いることはできない。」と規定する⁽⁵²⁾。本件要請書が完全にこの要件を満たすか否かが、明細録取の対象である「送り状、納品書、支払指図、見積書、広告物、コンピュータに蓄積されたデータおよび通関文書」について、要請書が「制限列挙でなく例示列挙として」という文言を付していることから問題となる。

証拠規則はハーグ証拠収集条約（23条⁽⁵³⁾）と異なり、事実審理前ディスクカヴァリに関する明文規定を有さないが、その採択時にEU理事会は、「証拠規則の適用範囲は、事実審理前ディスクカヴァリ（いわゆる「証拠漁り」）を含まない。」という見解第54/01号⁽⁵⁴⁾を発表した。この理事会見解は、証拠規則1条2項の「係属中又は将来の裁判手続において〔証拠として〕用いること」の要件を明らかにすることにつながるが⁽⁵⁵⁾、本案訴訟の開始前におけるあらゆる証拠収集を排除するものとは解釈されない。その趣旨は、過剰な開示要求には服従しなくてもよいことであり、よって証拠は、司法共助が証拠対象の人・物自体と直接に関連するものであって、裁判手続と間接的にしか関係しない事情に関連するものではないことが十分明確に分かる程度に、特定されていなければならない。

例えば文書提出についていうと、求められている文書が証拠となりうる人・物の情報を導くのみであり、それ自体は訴訟において証拠として機能しない場合、その命令は認められない。このような場合は、証拠は単に間

(52) 証拠規則1条2項の文言は、ハーグ証拠収集条約1条2項に由来する。後注(58)、(59)およびその本文を参照。

(53) ハーグ証拠収集条約23条は、「いずれの締約国も、署名、批准又は加入の時に、コモン・ローの国における正式事実審理前の文書開示手続（pre-trial discovery of documents）のための要請書は実施しない旨の宣言をすることができる。」と規定する。同条の解釈については、多田・前注（3）122頁以下参照。

(54) 理事会文書の毎月のサマリーである2001年7月4日のDocument No 10571/01, 16 (<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/01/st10/st10571.en01.pdf>で参照可能)を参照。

(55) Kokott法務官は、確立した判例法によれば理事会の見解は、その内容が法規の文言に言及し、一般的な概念を明確にすることに貢献する場合には、解釈において考慮することができる述べ、いくつかの司法裁判所の判例を引用する。Opinion of AG Kokott, *supra* note 12, para. 69 and footnote 31.

接的に用いられるに過ぎないのであって、「裁判手続において用いること」の要件は具備されない。これに対して、対象の文書が特定性ないし十分な明確性を有し、紛争の対象と直接に関連する場合、その命令は認められる。このようなやり方によってのみ、相手方当事者の犠牲において行われる、紛争の対象を越えた過剰な資料収集は、回避される。

イタリア裁判所の本件明細録取命令は、その対象である送り状、納品書、支払指図、見積書、広告物、コンピュータに蓄積されたデータおよび通関文書の中から証拠になるものを見つけることに役立つ。すなわち、これらの文書などを用いて、特許侵害自体やその範囲を証明したり、損害賠償額を算定したりすることが意図されているのである。この証拠が係属中または将来の裁判手続において用いられることを目的としている限りにおいて、共助要請書は許容できる。しかしながら、イタリア裁判所の命令では、これを超えて、「制限列举でなく例示列举として」という十分な明確性を欠く文言により、特定されていない文書も対象とされている。よって、この文言の部分に関しては、共助対象として許容できない。

(iii) 証拠収集と暫定・保全措置の区別

反対の見解は、物品の明細録取処分（文書の差押およびサンプルの持ち帰りを含む）は「暫定・保全措置」であり、証拠規則の適用される「証拠の収集」でないと主張する。これは、次の2つの前提に基づいている。①暫定・保全措置は証拠規則の適用範囲外であること、②本件で問題になっている証拠保全処分はかかる暫定・保全措置であること、である⁽⁵⁶⁾。

①暫定・保全措置は証拠規則の適用範囲外であるか？⁽⁵⁷⁾

証拠規則作成のもととなったドイツによる2000年の提案⁽⁵⁸⁾は、適用範

(56) *Id.* para. 76. この点に関する連合王国などの主張は、前注(38)の本文の理由②、および、本件の証拠保全処分は暫定・保全措置であり、暫定・保全措置はブリュッセル I 規則の適用を受ける事項であることを前提としての前注(38)の本文の理由③に相当するものである。

(57) *Id.* paras. 77-79.

(58) OJ 2000 C 314, 1.

囲の定義について、ハーグ証拠収集条約1条⁽⁵⁹⁾に対応する文言を用いていた。すなわち証拠規則は、「証拠の収集」および「その他の裁判上の行為」（文書の送達と「暫定・保全措置」⁽⁶⁰⁾を除く）の要請書に適用されることが意図されていたのである。この点、除外事項はそれぞれすでに、送達規則⁽⁶¹⁾やブリュッセル条約が適用範囲に含む事項であった。その後、証拠規則は、「その他の裁判上の行為」を適用範囲に含むことをやめて、単に「証拠の収集」を対象事項にするだけになった。これにより、暫定・保全措置をその適用範囲から除外する旨の文言は不要となった。よって、暫定・保全措置が証拠規則の適用範囲外であるという前提①は、正しい。

②証拠保全手続は暫定・保全措置に該当するか？⁽⁶²⁾

しかしながらこのことは、以下に述べるように前提②も正しいことを意味しない。最初に、暫定措置は、目的に応じて2つの型、すなわち、「判決内容の実現自体（執行）を保全するための処分」と「証拠を保全するた

(59) ハーグ証拠収集条約1条は、次の通り規定する（同条の解釈については、多田・前注（3）103頁以下参照）。

「①締約国の司法当局は、民事又は商事に関し、他の締約国の権限のある当局が証拠の収集その他の裁判上の行為を行うよう、自国の法律に従い、要請書により囑託することができる。

②要請書は、係属中又は将来の裁判手続において用いることを目的としない証拠を収集するために用いることはできない。

③「その他の裁判上の行為」は、裁判上の文書の送達、判決若しくは命令を執行する令状の発布、又は仮の処分若しくは保全処分の命令の発布を含むものではない。」

(60) 除外事項のドイツ提案原語は、正確には「Maßnahmen der Sicherung oder Vollstreckung（保全または執行の措置）」であった。ところが、連合王国政府がその主張において依拠する英語版では、「measures for the preservation of evidence or enforcement（証拠の保全または執行の措置）」と訳されている（なおフランス語版は、「mesures conservatoires ou d'exécution（保全または執行の措置）」であり、ドイツ語版に忠実である）。Kokott法務官はこの点に関して、英語訳が不正確であるように見えると指摘し（Opinion of AG Kokott, *supra* note 12, foot note 35）、この英語訳の不正確さが誤解の原因の一つであることを暗に示唆している。

(61) 民事又は商事に関する裁判上及び裁判外の構成国における送達に関する2000年5月29日の理事会規則（EC）第1348/2000号（OJ 2000 L 160, 37）。

(62) Opinion of AG Kokott, *supra* note 12, paras. 80-93.

めの処分」の2つが区別されなければならない。本件を例にすると、次のように説明できる。すなわち、仮にXが勝訴した場合、この判決はYらの侵害行為の差止（および損害賠償）を認めるものであるだろう。権利侵害を止めさせる権利を確保する実効的な手段は、侵害物品やその製造に使われる装置などの差押である。そして、本件で求められている明細録取の手続は、将来下される判決の執行を確保するこのような差止の処分（例えば、流通を阻止するためにY製品の全在庫を差押えること）とは無関係である。すなわち、このような差止処分はイタリア知的財産法129条に基づくものであるが、本件でイギリス裁判所に対して求められたのは、同法128条による証拠の保全処分である。

権利行使指令7条は、残念ながら、これらの2つの型を混同している。同条1項は証拠の保全処分に言及するが、その第1段落2文によると、「侵害物品（適当な場合には、侵害物品の生産と流通の双方又はいずれかに利用される材料および道具並びにこれらに関連する文書）の現実の差押」が含まれている。前述したように、これらは実際には証拠保全処分ではなく、本案請求の内容自体の実現を確保するための暫定措置である。確かに、権利行使指令の枠組みだけを見れば、これらの処分の法的性質の厳格な区別はあまり必要ないかも知れない。しかしながら、証拠規則の適用範囲の決定に関しては非常に重要である。というのは、証拠規則は本案請求の内容実現の確保を目的とする暫定措置にはまったく適用されず、証拠の保全処分に適用されるものだからである。

また、このような暫定措置の2つの型の区別は、証拠規則とブリュッセルI規則を適用範囲の段階で区別することを確実にする。すでに述べたように、ブリュッセルI規則の適用範囲内に入る暫定・保全措置は、証拠規則における「証拠の収集」の概念から除外されなければならない。しかしながら、アイルランドおよび連合王国政府は、さらに進んで、本件で問題になっている証拠の保全処分はブリュッセルI規則31条⁽⁶³⁾に基づいてイ

(63) 前注(5)参照。

ギリス裁判所において直接に求めることができたはずであり、よって、証拠規則の適用は排除されると主張する。

この点、欧州司法裁判所はSt. Paul Dairy事件⁽⁶⁴⁾において、ブリュッセル条約24条（ブリュッセルI規則では31条）は、訴訟開始前における証拠の収集・保全の処分には適用されないと判示した。その根拠はとりわけ、同条における「暫定・保全措置」は、同条約の適用範囲内の事項に関して、本案の国際裁判管轄権を有する裁判所による確認が求められている権利を保護するために事実上または法律上の状態を保全することを目的にしている、ということであった。よって同条は、本案請求自体の実現確保を目的とする処分には適用されるが、証拠収集のような手続上の処分には適用されない⁽⁶⁵⁾。さらに司法裁判所は、ブリュッセル条約24条に基づいて、証拠保全・収集の処分が本案管轄を有しない裁判所において直接に求められ得るとすると、証拠規則の定める司法共助ルールが迂回されるおそれがあると指摘した。すなわち司法裁判所は、証拠保全の処分は証拠規則のいう「証拠の収集」として性質づけられなければならないことを暗に示唆しているのである。

このように、司法裁判所の判例に照らせば、ブリュッセルI規則31条に基づいて、証拠が所在する地の裁判所によって直接に証拠が保全される方法（これは、アイルランドおよび連合王国が好ましいと考えるアプローチ

(64) 前注(10) およびその本文を参照。

(65) Kokott法務官意見では同旨として、ロンドンにおけるビルの建設上のトラブルをめぐって出されたフランスの暫定的命令について、作業状況を調査する鑑定人の指名および申立人による追加的作業の実施の部分は、当事者間の法律関係を規律しないし当事者の財産権に影響も及ぼさない（「手続事項」のみの命令である）とは言い切れないことを理由にブリュッセル条約25条の「裁判」への該当性を認めて、イングランドにおける承認執行を認めた*CFEM Facades SA v Bovis Construction Ltd* [1992] I.L.Pr. 561 QBd（ただし、証人への質問を鑑定人に認めるなどの部分は承認執行できないとした）と、Peter F. Schlosser, *EU-Zivilprozessrecht*, 2. Aufl. (2003) の「ブリュッセルI規則32条」の段落7、「ハーグ証拠収集条約1条」の段落4が引用されている。なお、後者は現在、第3版（2009）が出版されている。

である)は、受け入れることができない⁽⁶⁶⁾。証拠保全の処分はブリュッセル I 規則の適用範囲から外されるので、他の構成国における証拠保全を共同体法に基づいてできるようにするためには、証拠規則に従った司法共助の実施が明らかに必要となる。

(d) 小括⁽⁶⁷⁾

以上のことから、イタリア知的財産法128、130条に基づく物品の明細録取は、証拠規則1条による「証拠の収集」の処分である。受託裁判所は、収集されるべき証拠と手続(将来のもの可能性もある)との間の関連性があることについて十分な明確性をもって当該処分が記載され、かつ、拒否事由が存在しない場合には、要請書を実施すべきである。

イ 拒否事由⁽⁶⁸⁾

証拠規則14条2項b号は、「要請書の実施が、受託裁判所の属する構成国の法によれば司法権に属しない場合」を拒否事由としている。また、本件でイタリア裁判所は、イタリア知的財産法に従って物品の明細録取がされることをイギリス当局に求めている。これは、10条3項⁽⁶⁹⁾が定める

(66) ここでKokott法務官は、次のような注目すべき脚注 (Opinion of AG Kokott, *supra* note 12, footnote 42) を付けている。すなわち、まず、「申立人は司法協力の手段による証拠の収集と証拠所在地の裁判所による証拠の収集の双方ができ、その選択権を持つべきでないか、という問題を議論することは確かにできる。後者のルートは、より円滑かも知れないが、外国で収集される証拠が本案の裁判管轄権を有する裁判所によって認められないかも知れないという懸念がある。」と述べた後で、司法裁判所の判断への批判的見解の例として、Peter Mankowski, *Selbständige Beweisverfahren und einstweiliger Rechtsschutz in Europa*, JZ 2005, 1144 (なお、後注 (114)、(117) 参照) と、Burkhard Hess/Cui Zhou, *Beweissicherung und Beweisbeschaffung im europäischen Justizraum*, IPRax 2007, 183 (なお、後注 (112) およびその本文を参照) を挙げる。そして、「この問題が肯定されるべきか否かおよび肯定される場合にはどのような条件で認められるかということにかかわらず、ブリュッセル条約またはブリュッセル I 規則を独立的証拠収集手続に適用することは望ましく、上記の論者は、すべての場合において証拠規則がこれらの手続を規律することを疑問視しない。」と続ける。この脚注の評価として、後注 (81) 参照。

(67) Opinion of AG Kokott, *supra* note 12, para. 94.

(68) *Id.* paras. 95-112.

(69) 前注 (49) 参照。

論 説

「特別の手續」による実施を求めるものであり、受託国はそれが自国法と相容れないか、またはそれに実際上の重大な困難があるときに限って、それに従わないことができる（同項2文参照）。

これらの拒否・不服従の可能性は、受託国法が定めるところによって判断される。この点、司法裁判所は確かに、国内法上どのような権限を当該国の司法機関が有するか、またはどのような方法の証拠収集が当該国の国内法と相容れないかもしくは実際上の理由によって実施され得ないかを判断するために、当該国の国内法規定を解釈することはできない。しかしながら、司法裁判所の判例からは、共同体法の規定が国内法を指定する場合、構成国は当該共同体法の目的を阻害するおそれのある措置をとることはできないということが導かれる。証拠規則は、その実際上の実効性を害することのないように国内法立法に対して外在的な制約を課しており、司法裁判所は、この制約の遵守を確保するように証拠規則を解釈する義務がある。そして、この点に関して留意されるべき一般的な指針は、証拠規則の実効性を確保するために、要請書の実施拒否は狭く限られた例外的な事情に限定されるべきこと（証拠規則前文11参照）である。

連合王国とアイルランドは、コモン・ローによれば「証拠の収集」は裁判所の職務に属しないと主張する。これは、証拠は当事者自身が収集しなければならず、探索命令⁽⁷⁰⁾を送達・実施する監督的ソリシタは裁判所の成員ではあるが、裁判所の機関ではないことに基づく。しかしながら、スウェーデン、フィンランドおよび委員会は、私見によれば正しくも、証拠の収集を求める処分の「命令」とその「実施」との間に区別の線を引かなければならないと主張する。すなわち、重要なのは、裁判所が求められた処分を命じる権限を有するか否かであり、イギリスの1997年の民事訴訟法7条は民事訴訟規則25条と組み合わせ⁽⁷¹⁾、証拠収集の適切な命令権

(70) 前注(17) および<資料3>参照。

(71) 前注(17) および<資料3>参照。

国際知的財産権侵害における暫定措置としての証拠保全序説

限をイギリスの裁判所に与えているように思われる。さらに、司法権は必ずしも、機関的な意味において裁判所組織の一部である者によってのみ行使されるというわけではない。裁判所によって雇われて、探索命令の適切な送達・実施を確保する監督的ソリシタは、司法権を行使する者とみなされ得る。もしも裁判所自体によって実施される証拠収集のみが司法権の範囲内に入るものであるとすると、例えば鑑定人によって作成される鑑定書も除外されることになり、証拠規則の実際上の実効性は過度に阻害されてしまうであろう。

したがって、証拠保全のための処分（例えば、イタリア知的財産法128、130条における物品の明細録取のようなもの）が受託国法上、裁判所によって雇われて、司法組織から独立した機関（裁判所の成員）によって実施される場合であっても、受託事項が司法権に属しないことを理由にして実施拒否を正当化することはできない。

コモン・ロー上、証拠収集の責任は当事者にあるという異議は、証拠規則10条3項2文への依拠とみることができるが、注意しなければならないのは、受託国は、囑託されている外国法上の処分が自国法および国内実務と正確に合致しないことのみを理由にしては、この規定を用いることができないことである。現実には同規定に基づいて要請書の実施拒否をすることは狭き門であり、受託裁判所がまず為すべきは、とりうる手段が許す限りにおいて、囑託国法上の手段を実施するあらゆる可能な努力を試みることである。それでも「特別の手続」による実施が不可能であることが明らかになった場合、要請書はまったく実施されないまま単に返送されるわけではない。受託国は、求められた処分を修正して実施しなければならない。これさえもが不可能であっても、国内法に従って受託事項に相当する手続を行う可能性がまだ残っている。

本件事件の現段階においては、しかしながら司法裁判所は、利用可能な拒否事由を定める証拠規則の関連規定の決定的な解釈を出すことは求められていない。実のところ、これらの問題を提起できるのは、まずもって受

論 説

託裁判所である。受託裁判所が拒否事由規定の適用範囲に関して疑問を抱くことになった場合に、当該裁判所が司法裁判所への付託権限の条件の下、司法裁判所に付託する。

ウ 結論⁽⁷²⁾

イタリア知的財産法128条および130条による物品の明細録取命令のような証拠の保全・収集の処分は、証拠規則1条の適用範囲に入る証拠の収集であって、その要請書は拒否事由の存在しない限り実施しなければならないものである。

4 Kokott法務官意見の分析

以上のようにKokott法務官意見は、「明細録取のような証拠保全は、証拠規則の適用範囲に入る」と結論付けた。ただし、特定されていない証拠にかかる部分は適用範囲に入らないという留保と、要請書は拒否事由がない限り実施されなければならないとの付言がある。本来ならばこの結論部分のみで、付託された質問への回答として十分なのであるが、Kokott法務官意見は、イギリスなどの反対の見解に反論ないしはこれを論破する形をとっているため、本件明細録取のような証拠保全は暫定・保全措置としてブリュッセルI規則31条の適用を受けるか否かの問題についてまで、若干踏み込むものになっている。以下、この2つの部分に分けて、分析を試みる。

(1) 証拠規則適用の結論

ア 証拠規則適用のポイント

証拠規則適用を結論づけた本体部分について、今一度ポイントを絞って以下にまとめてみる。①自律的概念である「証拠の収集」は、証拠規則作

(72) Opinion of AG Kokott, *supra* note 12, para. 113.

国際的財産権侵害における暫定措置としての証拠保全序説

成の目的達成のために広範に解釈されるべきところ、明細録取の対象物は「証拠」に該当する（前述3（2）ア（a））。②知的財産権の実効的保護という権利行使指令の目的のために、証拠規則の司法共助は同指令の定める証拠保全（明細録取）に適用されるべきである（前述同（b））。③「証拠の収集」概念は、証拠の取調べ行為自体はもちろん、証拠の「入手行為」（明細録取における証拠のファイル化や後の取調べのための対象物の持ち帰り）も含む（前述同（c）（i）前半）。④証拠規則は、「暫定・保全措置」（すなわち、本案判決の執行自体を確保するための処分）には適用されないが、証拠の保全処分には適用される（前述同（c）（iii）①、②前半）。⑤明細録取の対象者の権利保護は証拠規則においても十分可能であり、同規則の明細録取への適用の妨げとならない（前述同（c）（i）後半）、ということになるであろうか⁽⁷³⁾。

(73) 結論に対する留保・付言の部分について、若干コメントする。まず、「証拠規則は、特定されていない証拠には適用されない」（前述3（2）ア（c）（ii））との留保の部分は、実際に「例示列举として」の部分で指弾しており、注目に値する（EU内にも米国のディスカヴァリと同様の広範性を有する手続制度・実務が存在する証左になろう）。しかしながら、明細録取制度に関してはこのような「例示列举」は知的財産権侵害立証の容易化のために有益であり（イギリスの探索命令でも、1997年の民事訴訟法7条8項後段を見ると、広範性ないしある程度の不特性の容認が伺える）、Kokott法務官意見による「特定性の要求」は明細録取の効果を減殺することにならないか、効果的な証拠保全の要請（権利行使指令7条1項参照）の観点からは気にかかるところである。次に、拒否事由に関する付言の部分（前述3（2）イ）についてであるが、これはKokott法務官意見自身も認めるように仮説的かつ傍論的な回答である（Opinion of AG Kokott, *supra* note 12, para. 112）。この点では、付託された2つ目の質問（前注（36）参照）と同じはずであるが、おそらくその重要性のためにあえて付言したのであろう。この部分に関しては、とりわけ「受託事項の内容が受託国法上、裁判所自体でなく裁判所に雇われている者（例えば鑑定人）によって実施されるべきものであっても、受託国法上その内容に相当する事項の命令権限が裁判所にある場合、それが司法権に属しないことを理由にして要請書を拒否することはできない」（前述同イ中盤）の部分が注目に値する。というのは、これは国際司法摩擦との関連で、ディスカヴァリの特徴であり、かつ、司法摩擦の一原因でもある「証拠収集主体の英米法における非権力性」（多田・前注（3）17、158頁参照）に対する明瞭な反論としても機能するからである。ただし他方で近時、「鑑定」は公権力行使性を欠き、鑑定人は外国で自由に鑑定（証

イ 証拠規則適用の結論に対する評価

Kokott法務官意見の証拠規則適用の結論は、一般に好意的に受け止められているようである。例えば、Hess論文は、「イギリス裁判所の法的立場は正しくない。ジェノバ裁判所の要請書には証拠規則が適用されるので、イギリス裁判所は証拠規則10条の拒否事由がない限り、これを実施しなければならないからである。Kokott法務官は正当にも、受託裁判所は、ブリュッセル I 規則31、32条が優先すると主張して申立ての実施を拒否することはできない、と強調している」と述べる⁽⁷⁴⁾。またvon Hein評釈は、「Juliane Kokott法務官は〔イギリスなどの見解〕を、すばらしく見事に仕上げられ、文献を良く考察した上での、かつ思慮に富む意見において却下した。」と、相当な賛辞的表現で高く評価する⁽⁷⁵⁾。さらにUbertazzi論文も、Kokott法務官の結論とその根拠を肯定的に捉えている⁽⁷⁶⁾（他方で、精緻かつ多角的な法解釈の観点から根拠の補強が独自に試みられており⁽⁷⁷⁾、注目に値する）。最後にHeinze評釈は、「証拠の収集」概念の解説の部分でKokott法務官意見を適宜引用し⁽⁷⁸⁾、一定の評価を示している。

拠収集）行為ができるとの見解がドイツでも有力であること（Geimer, *supra* note 9, Rn 2542; Schack, *supra* note 9, Rn 710など参照）との関係が興味深い。

(74) Hess, *supra* note 6, 298-299.

(75) von Hein, *supra* note 13, 35.

(76) Ubertazzi, *supra* note 13, 84.

(77) ①イギリスの国内先例の存在 (*Id.* 85. なお、そこで挙げられている証拠規則適用事例であるイギリス女王座部の裁判は、Szychowska, *supra* note 6, 119が証拠保全への証拠規則の適用先例として引用するものと同じであろう)、②委員会による「証拠収集規則の適用に関する実務ガイド」における証拠の概念 (Ubertazzi, *supra* note 13, 85で出てくるこの実務ガイドは、http://ec.europa.eu/civiljustice/evidence/evidence_ec_guide_en.pdfで入手可能である)、③権利行使指令における自律的証拠概念と証拠規則の統合的解釈 (Ubertazzi, *supra* note 13, 85-86)、共同体法（権利行使指令）と国際法（TRIPS協定）から成る複合的法システムの文脈における証拠規則の解釈 (*Id.* 86)、証拠に関する人権（ECHR6条）とこれについて判断したイタリア憲法裁判所判例との整合的な解釈の必要性 (*Id.* 88) などである。

(78) Christian Heinze, *Beweissicherung im europäischen Zivilprozessrecht*, IPRax 2008, 480, 481.

国際知的財産権侵害における暫定措置としての証拠保全序説

Kokott法務官意見は、知的財産権侵害における証拠保全の重要性を国際的な文脈において説得的にわれわれに示している点で、高く評価できる。例えば、侵害を受けた権利者が自己の居住地国において、他国に所在する証拠に関して自国の証拠保全法が認める限りにおいて自国裁判所に証拠保全申立てをし、当該裁判所が他国に対して証拠保全の司法共助嘱託をすることができるとの結論は、知的財産権ないし権利者の保護の建前から、とりあえずは首肯できるものである。また、証拠保全および明細録取が「証拠の収集」に含まれること、情報の整理・入手行為も「証拠の収集」の一要素であって証拠共助の対象になること、さらには、侵害物品の全在庫などの現実の差押は証拠規則の適用範囲ないし「証拠の収集」の概念に入らないが、明細録取の部分（保全・調査目的のためのサンプルの持ち帰りも当然含まれるであろう）は入ると明確に示したことは、とりわけ「証拠の収集」概念の解釈に一層貢献し⁽⁷⁹⁾、実務的有用性は大きい。このような点から、Kokott法務官意見の証拠規則適用の部分に関する結論が肯定的に受け止められていることは十分頷ける。このように、知的財産権侵害差止等 (saisie contrefaçon) ないし探索命令 (search order) をベースとする明細録取 (saisie description) は、証拠規則における「証拠の収集」に該当するという結論は、今や一般に広く受け入れられていると言ってよい⁽⁸⁰⁾。

(79) *Ibid*; Peter F. Schlosser, *EU-Zivilprozessrecht*, 3. Aufl. (2009), Art. 1 EuBVO, Rn 6.

(80) ただしKokott法務官の指摘に従うと、権利行使指令7条1項第1段落2文のうち、侵害物品および文書の差押の部分は「証拠の収集」を超えているので (Opinion of AG Kokott, *supra* note 12, paras. 82-85; 前述3(2)ア(c)(iii)②前半参照)、これらは明細録取と同時に命令が出されていても、証拠共助の対象となる「証拠の収集」概念に当たらないことになる。なお、この侵害物品および文書の差押の部分については、St. Paul Dairy事件で問題となった証拠保全でなく通常の「暫定・保全処分」であるので、ブリュッセルI規則32条に基づく承認執行の対象になるであろうと、Hess, *supra* note 6, 296-297は述べる。しかしながら、これらの命令は一般に「一方的」な申立てにより、被告への事前の告知なくされるため、ブリュッセルI規則第III部の適用範囲に入らない (Denilauer事件。的場・前注(5)116頁など参照) との指摘があること (Marta Portegás Sender, *Cross-Border Enforcement of Patent Rights*, para. 4.156 (2002) 参照) に注意すべきである。

(2) 証拠保全へのブリュッセル I 規則の適用可能性の問題

ア ブリュッセル I 規則31条の不適用

これに対して、Kokott法務官意見がSt. Paul Dairy事件を引用しつつ、証拠保全を暫定・保全措置とみてブリュッセル I 規則により命令を発する可能性を否定していると見られる箇所⁽⁸¹⁾（前述3（2）ア（c）（iii）②後半）に関しては、議論がある。例えばHess論文は、証拠規則適用の結論について賛成した（前述4（1）イ参照）後で、「しかしながら、訴え提起前における証拠保全をブリュッセル I 規則31条の適用範囲から完全に排除してしまうことは望ましくないであろう。」と批判している⁽⁸²⁾。証拠保全に同条31条は適用されるとする説はTedesco事件以前から非常に根強いものであるが⁽⁸³⁾、ただし留意すべきは、ここでの批判はKokott法務官意見

(81) Kokott法務官意見がブリュッセル I 規則31条の適用の可能性を「完全に」排除するつもりなのかどうかについては、微妙な面もある。確かに、Kokott法務官は、証拠規則とブリュッセル I 規則の適用範囲を「暫定措置」概念の2つの区別（前述3（2）（c）（iii）②前半）に直結させて、適用範囲の段階から両規則が重なり合わないようにする趣旨を述べているので（Opinion of AG Kokott, *supra* note 12, paras. 86, 93）、両規則の適用範囲に関して相互に排他的であるとの見方を示している。しかしながら、本文の部分は「司法裁判所の判例によれば」という形で述べられており、また、意見中の脚注42（前注（66）参照）で、司法共助と暫定・保全措置の双方ができる可能性に配慮した記述がされている。この脚注42を捉えて、Kokott法務官意見はこの問題に決着をつけていないとの評価もある。Hess, *supra* note 6, 299; von Hein, *supra* note 13, 36参照。

(82) Hess, *supra* note 6, 299参照（Heinze, *supra* note 78, 483も）。これに対して、Ubertazzi論文はこの点について積極的に議論を展開していない（Ubertazzi, *supra* note 13, 84-85）。また、von Hein評釈は、この点も含めてKokott法務官意見に肯定的なように見えるが、後注（95）、（107）を参照。

(83) Szychowska, *supra* note 6, 122-123参照。実のところ、ベルギー破産院が1999年に、外国特許権の侵害事件に関してベルギーに所在する証拠の明細録取申立てをブリュッセル条約24条に基づいて容認していた。Pertegas Sender, *supra* note 80, paras. 3.168, 5.199; Szychowska, *supra* note 6, 122-123; Project on Judicial Cooperation, *supra* note 6, para. 6参照。なお、Pierre Treichel, *Die französische Saisie-contrefaçon im europäischen Patentverletzungsprozeß Zur Problematik der Beweisbeschaffung im Ausland nach Art. 24 EuGVÜ*, GRUR Int. 2001, 690は、このベルギー破産院判決はもちろん、フランスの当時の制度の解説も包括的に行い、saisie contrefaçonへのブリュッセル条約24条の適用を認める。

に向けられたものというよりは、St. Paul Dairy事件において司法裁判所がした先決判断⁽⁸⁴⁾に向けられたもの、言い換えると、同判断はすべての情報収集・証拠保全に一般化され得るのか否か、ないしその射程範囲は狭く捉えられるべきでないかという問題提起⁽⁸⁵⁾がなお継続していると考えの方が、事の実質的理解として正しいことである。

そして、さらに注意しておかなければならないのは、ブリュッセル I 規則31条の適用を認める説は、一般に証拠保全についての同条のみの排他的適用を主張しているのではなく、証拠保全については証拠規則の適用が基本的にあるところ、さらにブリュッセル I 規則31条の適用も認めて（つまり、証拠規則にも排他性はない）、同条に基づく証拠所在地国における保全処分命令の迅速かつ効果的な実施を権利者が選択できることを主張しているにすぎないことである。その意味で、イギリスなどが証拠規則の適用を否定して、ブリュッセル I 規則31条のみの適用を求めていたのは行き過ぎた主張だったのである⁽⁸⁶⁾。もう一つ、この説に関して留意しておく必要があるのが、同31条で発せられる証拠保全命令の効力は証拠の所在する発布国限りであって、同規則32条以下による承認執行はおよそ考えられていないことである。あくまで、証拠保全命令の「外国における執行」が必要になる場合、証拠規則によることが前提とされている⁽⁸⁷⁾。また、これと密接に関連する重要問題である在外証拠の域外的直接的収集・保全命令の可

(84) 前注 (10) およびその本文、前注 (64) の本文を参照。St. Paul Dairy事件の読み方としては、原則として広く証拠保全全般について暫定・保全措置に該当しないと判示したものと見解が有力である。Pataut, *supra* note 10, 750-751 および後述 4 (2) ウ (a)、(b) を参照。

(85) Hess, Pfeiffer & Schlosser, *supra* note 6, paras. 610, 637参照。

(86) この点は、証拠保全処分へのブリュッセル I 規則の不適用説を批判するHess論文が、前注 (74) の本文においてイギリスなどの見解を強く批判していることから分かるであろう (Hess, *supra* note 6, 299)。

(87) Heinze, *supra* note 78, 485; Hess, Pfeiffer & Schlosser, *supra* note 6, paras. 639-640, 691; Burkhard Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht*, § 8 IV, Rn 85 (2010) 参照。なお、証拠保全結果の承認については、別途議論があり得る。後注 (125)、(126) およびその本文を参照。

論 説

否については、特に鑑定を認める事例もあり、ヨーロッパの動向が注目される⁽⁸⁸⁾。

イ ブリュッセル I 規則31条適用説の背景

学説の状況を全般的に述べる前に、「ブリュッセル I 規則31条は証拠保全処分にも適用される」とする根強い考え方を特に取り上げて、その背景にある論理ないし根拠について分析を加えておく。

(a) 証拠保全処分の多様性とその法的性質の相違

まず重要であるのが、証拠保全処分には多様なものがあり、かつ、その法的性質の理解は各国において異なることである。①日本の証拠保全（民訴法234条以下）のような、証拠調べをベースとした手続法上の制度であるものの他、②St. Paul Dairy事件で問題となった、本案請求の勝敗の手応え判断のためのオランダ民訴法186条の保全的証人尋問や和解促進機能も期待されるドイツ民訴法485条以下の独立証拠調べ、さらには③明細録取のような、基本的には証拠の取調べ行為でなく情報の整理・入手行為に尽きる制度（さらに言えばその中には、イギリスの探索命令のようなタイプもある）など、証拠保全のバリエーションは豊富である。そして各国法において、証拠保全を証拠調べ・証拠収集の特別手続と性質づけるか、それとも暫定・保全措置と性質づけるか、その態度は一致しない。日本やドイツは、証拠保全を証拠調べ・証拠収集の一種として条文上位置づけるが、比較法的に見るならば、少なくともEUにおいては、証拠保全を暫定・保全措置と性質づける方が優勢のようである。すなわち一般的には、ベルギー、デンマーク、フランス、ギリシャ、アイルランド、イタリア、ルクセンブルクおよびスウェーデンは暫定・保全措置と性質づけ、フィンランド、ド

(88) 例えば、Arnaud Nuyts, *Le règlement communautaire sur l'obtention des preuves: un instrument exclusif?*, Rev. crit. DIP 2007, 53, 74-80; Szychowska, *supra* note 6, 119-121; Hess, *supra* note 6, 300-301など。米国ディスカバリの域外的直接的適用ないしハーグ証拠収集条約の排他性の問題（多田・前注（3）153頁以下など）との比較が非常に興味深いのが、本稿では検討の対象外とせざるを得ない。

国際知的財産権侵害における暫定措置としての証拠保全序説

イツ、オランダ、ポーランド、スコットランドおよびスペインは特別な証拠調べと性質づけるとの分析がされている⁽⁸⁹⁾。このことからすると、「証拠保全は暫定・保全措置であるので、ブリュッセル I 規則31条が適用される」という説は、実は必ずしも驚くべきものでないことになる⁽⁹⁰⁾。なおこの点に関して興味深いのは、オーストリアのように両者の混合型もあることである⁽⁹¹⁾。ドイツも特に知的財産権に関しては、混合型であるとの指摘があったところ⁽⁹²⁾、実体的情報請求権強化の法改正以降、このことがさらに鮮明になったことに注意すべきである⁽⁹³⁾。

(b) 国際証拠保全の国際裁判管轄

続いて、これはブリュッセル I 規則を有するEU独自の事情であるが、証拠保全手続が同規則31条の適用を受けない場合、その国際裁判管轄は同規則 2 条および 5 条以下によって決定される、という前提である。この前提は、証拠保全が問題となっている事件自体は「民事または商事」に関す

(89) Burkhard Hess, *Study No. JAI/A3/2002/02 on Making More Efficient the Enforcement of Judicial Decisions Within the European Union: Transparency of a Debtor's Assets, Attachment of Bank Accounts, Provisional Enforcement and Protective Measures*, 126-127 (2004), [available at http://ec.europa.u/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc/enforcement_judicial_decisions_180204_en.pdf; <http://www.ipr.uni-heidelberg.de/studie/General%20Report%20Version%20of%2018%20Feb%202004.pdf>]を参照。Hess/Zhou, *supra* note 66, 186 (ただし、2 度目のイタリアはミスプリであろう) や、Christian Heinze, *Einstweiliger Rechtsschutz im europäischen Immaterialgüterrecht*, 104 (2007) も参照。

(90) さらに、TRIPS協定50条 1 項 b 号が「暫定措置」の一つとして「証拠保全」を位置づけていること、ブリュッセル条約の改正議論の中で、「暫定・保全措置」(当時の24条)に「証拠保全」を含ませる案 (*Proposal for a Council Act establishing the Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters in the Member States of the European Union*, Article 18a (2), COM (97) 609 final, OJ 1998 C 33, 20) があったことも、法的性質の見方として興味深い。

(91) Hess, *supra* note 89, 127.

(92) Heinze, *supra* note 89, 104-105のほか、Peter Schlosser, *Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation*, 284 *Recueil des cours*, 166 (2000) も参照。

(93) 前注 (33) 参照。この点に関しては、後注 (124) およびその本文も参照。

る事項である限りブリュッセル I 規則の適用範囲に入るため、その裁判管轄は同規則によって判断されなければならないという考え⁽⁹⁴⁾に基づいている。そして、仮に暫定・保全措置について国内法管轄規定の例外的な適用を認める31条の適用がない場合、当該事項の国際裁判管轄は、被告住所地原則（2条）や、義務履行地・不法行為地に代表される特別裁判籍など（5条以下）の本案管轄を定めるブリュッセル I 規則によって決定されることになる。手続事項の一つに過ぎない証拠保全の裁判管轄が、このような規律によって決定されるのは、ドイツや日本における訴訟手続法観からは奇異な感じがするであろう。特にドイツ（や日本）は、独立証拠調べ手続について本案管轄と別個の、独立証拠調べ専用の管轄規定（ZPO486条。特に2、3項）を定めているので、これがブリュッセル I 規則の管轄規定の適用を受けるというのは、にわかには賛同しにくい前提であると思われる⁽⁹⁵⁾。

(94) 例えば、Szychowska, *supra* note 6, 119, 121, 125; Heinze, *supra* note 78, 483, 484; Pataut, *supra* note 10, 749; Schlosser, *supra* note 79, Art 1 EuGVVO, Rn 6参照。この考えは、St. Paul Dairy事件で欧州司法裁判所がブリュッセル I 規則31条不適用の根拠の一つとして、もしも同条が適用されることになれば、2条および5条以下の本案管轄規則が潜脱されること（その結果、要するに、被告の予測を超えた地で訴えが提起されるおそれや、同一事件について本来の本案管轄以外の多くの管轄が発生するおそれがあること）を指摘していたことからすると（C-104/03 St. Paul Dairy, *supra* note 10, paras 18-20）、欧州司法裁判所の採用する前提ということにもなる。

(95) 現にドイツでは、証拠保全の国際裁判管轄についてはZPO486条が適用され、ブリュッセル I 規則（ブリュッセル条約）は適用されないという見解が、Geimer, *supra* note 9, Rn 2540; Geimer, Art 31 EuGVVO, Rn 32, in Reinhold Geimer/Rolf A. Schütze, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 3. Aufl. (2010); Schack, *supra* note 9, Rn 429（特にその脚注4では、「St. Paul Dairy事件をもって、31条のみ不適用であってブリュッセル I 規則2条以下は不適用ではないとみることは誤りでであろう」と述べられている）によって有力に主張されている（Stefan Leible, Art 31 Brüssel I-VO, Rn 13, in Thomas Rauscher (Hg.), *Europäisches Zivilprozessrecht*, Bd. 1, 2. Aufl. (2006); Jan von Hein, Art 1 EGBewVO, Rn 52, in Rauscher, *supra*, Bd. 2も同旨）。Delaygua, *supra* note 29, 268-271も、証拠保全には、ブリュッセル I 規則31条のみでなくブリュッセル I 規則自体も適用されず、証拠保全の管轄は各国の国内法が決めるとする。

国際的財産権侵害における暫定措置としての証拠保全序説

しかしながら、この前提（言い換えると、ブリュッセル I 規則31条の不適用は同規則の不適用を意味せず、同規則 2条および 5条以下の原則的管轄規定の適用がされる）は、あまり問題とされることなく議論の基礎とされることも少なくなく、これをもとに、次のような論理が展開される。すなわち、被告の住所が構成国にある場合、もしも証拠保全が、国内法管轄規定（証拠所在地など）を使うことのできる31条の暫定・保全措置に該当しないならば、一般管轄（2条）および特別管轄（5条以下）の規定に拘束され、国内法管轄規定は適用できない（3条）。例えば、保全すべき証拠がA国に所在するところ、ブリュッセル I 規則の管轄規定（2条、5条以下）に照らせばA国には本案の国際裁判管轄が認められない場合、A国裁判所に対して直接に証拠保全を申し立てることはできない。よって、ブリュッセル I 規則で本案管轄が認められる国（例えばB国）で本案訴訟を開始して（またはB国の手続法が許すならばB国で証拠保全申立てをして）、B国からA国に対して証拠保全の司法共助を囑託しなければならないのである。これはまさに、St. Paul Dairy事件の司法裁判所判断が描いた帰結（A国が証人居住地であるオランダ、B国が本案管轄を有するベルギー）であるが⁹⁶⁾、いかにも迂遠である。迅速かつ効果的な証拠保全が特に要求される知的財産権侵害事件においては到底受け入れられない結論であり⁹⁷⁾、証拠所在地国の裁判所に対して直接に証拠保全を申立て、そこですぐさま実効的な証拠保全を実施してもらえることが、侵害に直面した知的財産権者の切実な願いであるだろう。すなわち、「証拠保全にブリュッセル I 規則31条の適用がある」とする説の本音の部分には、「2条および

(96) St. Paul Dairy事件判断に関して、Pataut, *supra* note 10, 752は、本案の訴え提起を強制して当事者から証拠所在地での直接的証拠保全申立ての手段を奪い、証拠保全を本案管轄裁判所に集中管理させることは不合理ではないだろうと述べる。

(97) 例えば、Heinze, *supra* note 78, 483; Hess, Pfeiffer & Schlosser, *supra* note 6, para. 610参照。

5条以下の原則的管轄規定の適用を免れて、証拠所在地国で直接にその国の裁判所に証拠保全を申し立てて、迅速かつ効果的な証拠保全の保障を受けたい」という目的があるのである⁽⁹⁸⁾。

(c) 証拠共助の有用性に対する疑念

かつて国際司法摩擦において、証拠収集の非主権行使性やハーグ証拠収集条約上の共助手段の不便宜性などを主張した米国の域外的ディスクヴァリに強行に抵抗したのは、イギリス、フランス、ドイツなどのヨーロッパ諸国であった⁽⁹⁹⁾。しかし現在、ヨーロッパにおいて司法共助の有用性に対する考え方が変わってきているように思われる。例えば、司法共助は時間がかかり過ぎて面倒であるとの指摘⁽¹⁰⁰⁾がされる。また、権利行使指令によって法調和が進んだ明細録取の共助要請が、進歩的な改善が一層進んだはずの証拠規則をもってしても、Tedesco事件において受託国によってまずは拒否された現実を見ると、司法共助の手段には、「実際に囑託してみないと分からない」というような相当の困難がなお潜んでいる⁽¹⁰¹⁾。さらに、鑑定には主権行使性がないので司法共助によらなくて良いとの説⁽¹⁰²⁾には、鑑定の卓越した機動性・機能性およびその実効性の確保が重

(98) なお、国際証拠保全の国際裁判管轄にはブリュッセル I 規則の適用はないとの考え（前注(95)参照）によっても、証拠所在地国の国内法上の管轄規定に基づいて、迅速な証拠保全の保障は達成され得る。

(99) さしあたり、多田・前注(3) 16頁以下、153頁以下参照。

(100) von Hein, *supra* note 13, 34参照。証拠保全に関する困難および問題点（さらには証拠規則への今後の期待も含む）を述べたものとして、Anja Petersen-Padberg（服部誠訳）「証拠調べに関する新EU規則と国際の特許侵害訴訟」AIPPI 49巻6号424-427頁（2004）。不意打ちの効果と迅速性が特に要求される知的財産権侵害訴訟との文脈で、Szychowska, *supra* note 6, 117, 1190, 126を参照。また、「原則として、外国での証拠保全手続の実施が理にかなっている」と指摘するGeimer, *supra* note 9, Rn 2540も参照。

(101) Hess, Pfeiffer & Schlosser, *supra* note 6, para. 611は、Tedesco事件のような共助拒否の例があるから、証拠所在地裁判所に対する直接的な証拠保全処分の申立ての方法が有用であるという。

(102) 前注(73)の末尾参照。

要との考えも背景にあるとも考えられる。迅速かつ効果的な証拠保全が決定的に重要である知的財産権侵害事件に関しては、証拠共助への有用性・実効性に一層の疑念が持たれて、その方法の回避が図られ、その代わりに、ブリュッセル I 規則上、迅速かつ効果的な実施の実績⁽¹⁰³⁾が積み重ねられてきている「暫定・保全措置」の利用が追求されても、致し方ないことも知れない。

ウ 現在の状況

Tedesco事件のKokott法務官意見以前の学説・判例の状況も含めて、現段階での学説状況は非常に錯綜した状態にある。問題として念頭に置かれているケースは、St. Paul Dairy事件と同じく、「明細録取などによって保全されるべき証拠はA国に所在するけれども、A国にはブリュッセル I 規則上の本案管轄は認められない。他方、両当事者の住所や紛争の発生地などはB国にあり、訴えは将来、B国で提起される予定である」という設例である。そして、この事例において問われる設問は、「当事者は、A国の裁判所に対して直接に証拠保全の申立てができるか」である。説の分かれるポイントは、大きく、①St. Paul Dairy事件における欧州司法裁判所の先決判断をどのように捉えるか（すなわち、ブリュッセル I 規則31条が適用されない「証拠保全」はどのような範囲か）と、②ブリュッセル I 規則31条が適用されない場合には、ブリュッセル I 規則の管轄規則の適用が尚あると考えるか否か（すなわち、証拠保全の管轄はブリュッセル I 規則の本案管轄規定に従わなければならないか、それとも国内法管轄規定の適用ができるか）である。

（a）証拠保全全般について証拠規則を適用する説

まず、証拠保全全般についてブリュッセル I 規則31条の適用はなく、証

(103) 31条適用説は、一連の司法裁判所判例における31条の解釈事例で登場し、その卓越した効用が広く知られることとなった、オランダのkort geding、フランスのréféré provision、イギリスのfreezing orderなどの実施実績のイメージに、明細録取の将来を重ね合わせたいのかも知れない。

論 説

拠規則が適用されるとする説がある。この説は、ブリュッセル I 規則31条の適用はなくても同規則自体の適用は尚あるとの前提の下、St. Paul Dairy 事件判断に単純に従う説であり、Tedesco事件のKokott法務官意見が採用する考え方と思われる（前述3（2）ア（c）（iii）②後半参照）。Kokott法務官意見では「証拠保全」の概念として、本案請求自体の執行を確実にする処分と対比される、「証拠の保全・収集のための手続的処分」への言及が度々されており⁽¹⁰⁴⁾、これは明細録取をはじめ、独立証拠調べなども広く含むものであり、この裏返しとして、独立証拠調べや明細録取は「暫定・保全措置」から除外されることになる⁽¹⁰⁵⁾。この説によると、先の設例においては、A国での証拠保全申立ては封じられ、B国で訴え提起または（司法共助を予定した）証拠保全申立てをした上で、証拠規則により証拠共助がされなければならないことになる⁽¹⁰⁶⁾。よって、先の設問に対する回答は「No」である。しかしながらこの説に対しては前述（4（2）イ（b）参照）の通り、司法共助は迂遠なため、証拠保全の迅速性および実効性が害されるとの批判がある。

（b）証拠保全全般について国内法管轄規定を適用する説

次に、証拠保全全般についてブリュッセル I 規則31条の適用はなく、また、ブリュッセル I 規則の適用もないと考える説がある。論理は異なるものの、St. Paul Dairy事件判断の結論部分とは同旨であり、GeimerやSchackなどが採用する考え方である⁽¹⁰⁷⁾。この説によると、証拠保全の管轄は当

(104) Opinion of AG Kokott, *supra* note 12, paras. 85, 91並びに前注(65)およびその本文を参照。

(105) この点の示唆として、例えば、Jens Adolphsen, *Europäisches und internationales Zivilprozessrecht in Patentsachen*, 2. Aufl. Rn 882 (2009) 参照。

(106) Tedesco事件では、まさにこのような形で明細録取の司法共助が証拠規則に従ってされていたことになる。しかしながら、この説によっても、同事件では潜在的な被告Y2の住所地の本案管轄（ブリュッセル I 規則2条）がイギリスに認められるので、イギリスなどが主張したように（前注(38)の本文③参照）、証拠所在地であるイギリスでXが探索命令を申し立てることはできたであろう。

(107) 前注(95)を参照。なお、Rauscher/von Hein, *supra* note 95, Rn 51; von Hein, *supra* note 13, 35, 36は、暫定・保全措置と証拠保全の区別について、当

国際的財産権侵害における暫定措置としての証拠保全序説

該証拠の所在地国の国内法に従うことになる。よって、(a) 説が証拠規則適用を帰結する前述の設例の場合でも、A国の国内法管轄規定に従いつつ、A国で直接に証拠保全申立てができ⁽¹⁰⁸⁾、証拠保全の迅速性および実効性は害されない。よって、先の設問に対する回答は「Yes」である。もちろん、(a) 説と同じく、B国で訴え提起または(司法共助を予定した)証拠保全申立てをした上で、証拠規則によるA国に対する証拠共助に期待することもできる。しかしながらこの説に対しては、証拠保全の管轄を各国が国内法によって定めることとなるので、「ヨーロッパ民事手続法の統一的发展」が阻害されるとのとの批判がある⁽¹⁰⁹⁾。

(c) 一定範囲の証拠保全にブリュッセル I 規則31条を適用する説

続いて、St. Paul Dairy事件判断の射程範囲の縮小解釈を試み、同事件の射程範囲外にある一定範囲の証拠保全についてはブリュッセル I 規則31条の適用がある、とする説がある⁽¹¹⁰⁾。St. Paul Dairy事件先決判断との衝

該手続が「実体的」権利を実現するものとして定められているか、それとも純粹に「手続」的な方法として定められているかの基準を提唱する (*Ibid*)は自説の根拠として、Kokott法務官意見が引いた区別の線(前注(65)の本文参照)を引用するが、厳密にはKokott法務官意見の区分と、von Heinの区分は一致していない。この区別に対しては、例えば権利行使指令7条の国内実施にあたり、実体的情報請求権の法的構成とするか純粹な証拠保全手続のそれとするかの国内実施法の決め方次第で共同体法である証拠規則やブリュッセル I 規則の適用・不適用の結果が異なってしまうとの批判(Heinze, *supra* note 89, 106-107)がある。

(108) なお、本案地であるB国に訴訟が係属している場合であってもB国からA国への証拠共助の方法が証拠規則に基づいて強制されることはなく、当事者は、証拠所在地国であるA国で直接に証拠保全申立てができることになると思われる。

(109) Heinze, *supra* note 78, 483. なお、Hess, Pfeiffer & Schlosser, *supra* note 6, para. 637も参照。

(110) 例えば、Szychowska, *supra* note 6, 123-126; Hess, Pfeiffer & Schlosser, *supra* note 6, para. 637; Heinze, *supra* note 78, 483; Heinze, *supra* note 89, 112-113; Nuyts, *supra* note 88, 62参照。なお、「暫定・保全措置」に関する一連の欧州司法裁判所ルール(特にVan Uden事件など。的場・前注(5)128頁、越山和広「ヨーロッパ民事訴訟法における国際保全処分の新動向」石川明古稀記念論文集「EU法・ヨーロッパ法の諸問題」471頁(信山社、2002)など参照)を、証拠保全命令がクリアしているとの論証として、Szychowska, *supra* note 6, 121-122; Heinze, *supra* note 78, 484. 証拠保全は「事実上・法律上の状態を保全する」ものであり、また「現実の関連」の要件は、保全命令発布国が証拠の所在地であることから、その充足が認められるとされる。

突を回避し、それとの両立を目指す説であるが、この説は、同事件の射程範囲に入るためにブリュッセル I 規則31条が適用できない証拠保全については尚、同規則の管轄規定が適用されることを前提としている。この説では、St. Paul Dairy事件の射程範囲をどのように解するか、逆から言うと、ブリュッセル I 規則31条に依拠できる証拠保全の範囲を決める具体的な基準はいかなるものかについて、さらに見解が分かれる。例えば、①St. Paul Dairy事件は「勝訴見込み判断目的『のみ』」の訴え提起前証拠収集手続を対象にしたものであると解し、証拠の「保全」目的「も」有する証拠保全（明細録取も）はブリュッセル I 規則31条の暫定・保全措置に含まれるとする基準の見解⁽¹¹¹⁾、②問題となっている証拠保全を規定する国の国内法上、それが暫定・保全措置として性質付けられている場合には少なくともブリュッセル I 規則31条の適用もあるとする基準の見解⁽¹¹²⁾、若干変則的であるが、③原則として証拠規則が適用されるが、例外的に、証拠共助の方法が訴訟当事者の権利保護に実効的または十分でないと考えられ

(111) Szychowska, *supra* note 6, 124-126; Hess, Pfeiffer & Schlosser, *supra* note 6, para. 637; Heinze, *supra* note 78, 484-485; Heinze, *supra* note 89, 112-114; Schlosser, *supra* note 79, Art. 31 EuGVVO, Rn 27; P. Vlas, F. Ibili, M. Zilinsky & J.F. Vlek, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Europe*, [2009] *Netherlands Int' L. Rev.* 245, 269-270. おそらく、Marta Pertegas Sender, Article 31, para. 24, in Ulrich Magnus & Peter Mankowski (eds.), *Brussels I Regulation* (2007) も同旨と思われる。Szychowska, *supra* note 6, 123-126は、明細録取への関心から出発し、知的財産権侵害の証拠を現に保全する目的の存在、および、その処分と本案訴訟との密接な関係の存在（明細録取に関しては、一定の期間内に本案の訴え提起がなければその保全の成果が失効してしまうので（前述2（2）参照）、St. Paul Dairy事件で問題となった勝訴見込み判断目的の単なる保全的証人尋問と異なり、その本案訴訟との結びつきが密接である。Id. 124.）などを理由に、St. Paul Dairy事件の判旨の論理は明細録取に及ばないと結論付ける。

(112) Hess, *supra* note 6, 299; Hess, *supra* note 87, Rn 85, 87; Hess/Zhou, *supra* note 66, 188-190. なおこの見解は、証拠保全に関する構成国内法上の法的性質づけの相違が大きいこと（前述4（2）イ（a）参照）に鑑みて、この点に関するブリュッセル I 規則31条の「暫定・保全措置」の概念について、通説・判例の認める自律的解釈を不適切とするものであることに注意すべきである。

国際知的財産権侵害における暫定措置としての証拠保全序説

る場合には証拠所在地国での直接的措置ができるとする基準の見解⁽¹¹³⁾など⁽¹¹⁴⁾である。

この説によると、各々の見解の基準に従ってブリュッセル I 規則31条の「暫定・保全措置」に入る証拠保全の場合は、同条に従ってA国で⁽¹¹⁵⁾直接に証拠保全申立てができ⁽¹¹⁶⁾、証拠保全の迅速性および実効性は害されない。よって、先の設問に対する回答はおおむね「Yes」といってよい。もちろん、(a) および (b) 説と同じく、B国で訴え提起または(司法共助を予定した)証拠保全申立てをした上で、証拠規則によるA国に対する証拠共助に期待することもできる。しかしながらこの説に対しては、St. Paul Dairy事件先決判断はこのような射程範囲の縮小を本当に許容する趣旨なのか、との批判がまずあり得る⁽¹¹⁷⁾。さらに、具体的な基準の内容に関して、例えば基準②に対しては、各国法の定め方次第で証拠保全か暫定・保全措置かが変わるの、ヨーロッパ民事手続法の統一的解釈を害するとの批判がある⁽¹¹⁸⁾。

エ 若干の考察

国際証拠保全に関するブリュッセル I 規則と証拠規則の適用問題は、

(113) Nuyts, *supra* note 88, 68, 83. Nuyts論文では、知的財産に関して不意打ち効果が求められる明細録取も、自説の論理の考慮要素とされている。Id. 64.

(114) なお、Mankowski, *supra* note 66, 1145ff.は、独立証拠手続に関して様々な観点から検証し、St. Paul Dairy事件判断に対立する形で、その暫定・保全措置該当性を結論づける。「独立証拠調べは(間接的に)保全的性質を有する」と述べてはいるが(Id. 1150)、保全の性質を基準にするか否かははっきりしない。

(115) ブリュッセル I 規則31条に従えばA国の保全部管轄はA国の国内法によることになるが、A国の国内法の適用を待つまでもなく、「事件を受理した裁判所の国の領域に証拠が存在するという事実が、当該裁判所の管轄権行使を正当化する」とも主張されている。Hess, Pfeiffer & Schlosser, *supra* note 6, para. 637; Hess, *supra* note 6, 299.

(116) なお、前注(108)で述べたことが(c)説にも該当するであろう。Heinze, *supra* note 78, 484-485参照。

(117) 例えば、St. Paul Dairy事件先決判断の射程範囲はドイツの独立証拠調べに及ばないとするMankowski, *supra* note 66, 1150(前注(114)も参照)に対しては、明らかに司法裁判所の判示に反するとの批判がある。

(118) Heinze, *supra* note 78, 483.

「EU司法協力の未解決問題」として認識されている⁽¹¹⁹⁾。現在の困難な状況を作り出した最大の原因は、度々登場する2005年のSt. Paul Dairy事件欧州司法裁判所先決判断であることは間違いがないであろう。同判断の存在が手かせ・足かせとなり、学説が苦しんでいる状況がある。そして、欧州司法裁判所が同判断に至った原因の一つとして、皮肉なことに、証拠共助方法を大幅に改善し、おそらく世界最高の進歩性を有すると思われる証拠規則が登場したことが考えられる⁽¹²⁰⁾。しかしながら、いくら一層の改善を施したとしても所詮間接的な方法でしかない証拠共助は、証拠所在地における直接的な暫定・保全措置と、迅速性・実効性の点では現状において比べるべくもないところである。

前述のいずれの見解が有力であるかということ、ブリュッセルⅠ規則施行5年後の状況を評価した公式報告書が、知的財産権の部分に関する結論としてではあるが、同規則には知的財産権訴訟に関していくつかの点で不備があるところ、「情報収集のための訴え提起前の処分が、ブリュッセルⅠ規則31条の条文に明文で挿入されるべきである」と提案していることからすれば⁽¹²¹⁾、今後の改正議論の中で、(一定の)証拠保全にも同31条の適用

(119) Hess, *supra* note 87, Rn 82ff.

(120) St. Paul Dairy事件のColomer法務官意見 (Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer on 9 September 2004, Case C-104/03 *St. Paul Dairy Industries NV v. Unibel Exser BVBA.*, [2005] ECR I-3481) と同事件の最終的な先決判断を読み比べると、証拠規則がEU司法協力のエースとして共同体の目的に大きく貢献するものであるとの先入観が欧州司法裁判所内に生まれたことが推測される。

(121) Hess, Pfeiffer & Schlosser, *supra* note 6, para. 692. この公式報告書を受けてブリュッセルⅠ規則改正の議論を進めるための2009年4月の委員会報告書でも、St. Paul Dairy事件における司法裁判所の結論が紹介された後で、「情報・証拠の収集を目的とする保全命令が、どの範囲まで一般的な事項としてブリュッセルⅠ規則31条の適用範囲から除外されるかは、完全には明らかでない。本案管轄を有する裁判所の裁判管轄に加えて、情報・証拠の所在地国の裁判所の裁判管轄を認めるならば、よりよい司法アクセスが確保されるとの主張がされている。このことは特に、申し立てられている侵害の証拠が探索命令、知的財産権侵害差止め等または明細録取によって保全される知的財産および海事に関して重要である。」と述べられている。Report From the Commission to the European

国際的財産権侵害における暫定措置としての証拠保全序説

があるとする説（前述4（2）ウ（c）参照）が採用される可能性が高いのかも知れない。証拠所在地国の国内法管轄規定に基づく証拠保全申立てを認める説（前述4（2）ウ（b）参照）でも結論的には同じであろうが、統一的なEU民事手続法の理念の下、ブリュッセルⅠ規則を証拠規則の補完として利用し、国内法による規律を可能な限り排して、あくまでEU法の枠内での統一的法解釈を希求するのであれば¹²²⁾、ブリュッセルⅠ規則31条の適用も認める説に軍配が上がるのであろう。そうであるとするとなら、そこでの提訴前情報収集処分ないし証拠保全の具体的概念が問題になって行くであろう。

ここで重要な知見として触れておきたいのが、これまで対象としてきた「証拠所在地国における直接的な証拠保全申立て」は、St. Paul Dairy事件における問題の取扱い方に反して、本当は証拠規則の適用範囲に入らないとの指摘の存在である。すなわち、この問題は、単に「当事者が証拠所在地国で証拠保全を申し立てることができるか」に過ぎず、何ら国家間の越境的要素を含んでいない。よって、これは「外国における（証拠収集）」の要件を欠き、そもそも証拠規則の適用範囲外である、との見方が有力に展開されている¹²³⁾。多分に正当性を含み、傾聴に値する指摘であると思

Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of Council Regulation (EC) No 44/2001 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, COM (2009) 174 final, 8.

- (122) 「証拠規則が適用されない限りにおいて（特に、嘱託裁判所の裁判管轄、証拠方法の所在地における裁判所による直接的な証拠保全、および証拠調べの要素のない情報請求権の行使に関しては）、証拠規則の規定は、ブリュッセルⅠ規則の適用によってヨーロッパ自律的管轄規定の構築のために補完され、ブリュッセルⅠ規則の暫定・保全措置の規定は、これに伴って継続的に発展していく。」と述べるHeinze, *supra* note 78, 485に、EU民事手続法の枠内での統一的法解釈の理念ないしひたすらな願いがよく表れている。
- (123) Rauscher/von Hein, *supra* note 95, Rn 53; Mankowski, *supra* note 66, 146; Heinze, *supra* note 78, 483; Heinze, *supra* note 89, 107-110, 328; Hess, Pfeiffer & Schlosser, *supra* note 6, para. 610など参照。この問題については、確かに個別の国際司法共助条約の適用範囲に入らないとの考え方が正しいとしても、国際

われる。

さらに、以上のような議論の中で注意したいのは、ドイツの知的財産権に関しては、証拠保全手続と暫定・保全措置の混合ないし併存型であり（前述4（2）イ（a）参照）、当事者は要件の整う限りで、独立証拠調べと強化された実体的請求権の保全のための仮処分のいずれでもを用いることができることである。よって、ブリュッセルI規則31条に基づいては独立証拠調べをできないと解されるSt. Paul Dairy事件判断の下でも、実体的情報請求権保全の仮処分命令を同条に基づいて出すこと（および他国におけるその承認執行も）は妨げられず、結果的に、この問題状況から免れていることが興味深い¹²⁴⁾。

なお、ブリュッセルI規則31条に従って証拠所在地国で実施された証拠保全の結果は、その国ではもちろんその国の法に従って効力を有するが、将来において本案訴訟が提起された国では、どのような形で利用ないし顕出されるか。この問題については、ブリュッセルI規則32条以下に従って当該証拠保全結果の承認が可能であるとの考えがある一方で¹²⁵⁾、証拠調べ結果は同規則32条の「裁判」に該当せず、法廷地裁判所の自由な証拠評価の枠内でのみ考慮されるとの説¹²⁶⁾などもあり、見解が分かれる。

司法共助概念における「囑託主体」の拡張として捉えると、国際司法共助の概念にはなお入ることに注意すべきである。多田・前注（3）15頁参照。

(124) Adolphsen, *supra* note 105, Rn 882, 883参照。権利行使指令7条の国内実施にかかる法改正（前注（33）参照）は、単にそれまでの実体的情報請求権の法的構成の路線を踏襲したまでだと思われるが、St. Paul Dairy事件判断で窮屈になってしまった独立証拠調べでなく、より安定的に国際的な効果も発揮できる保全処分によって、知的財産権侵害に関する証拠保全の強化が結果的にしろ達成されることの意義は大きい。

(125) Hess, Pfeiffer & Schlosser, *supra* note 6, paras. 642, 691.

(126) Rauscher/von Hein, *supra* note 95, Rn 54など参照（Heinze, *supra* note 78, 485; Heinze *supra* note 89, 468-469も結論的には同旨）。なおドイツの実務は、外国での証拠調べ結果の考慮を否定するようである。

5 日本法への示唆および将来的課題

以上、EUにおいては、明細録取という知的財産権侵害の立証容易化のための証拠保全機能を有する制度があるところ、外国に所在する証拠の保全の実施に関して、権利者は、まずは自国の裁判所に本案ないし証拠保全申立てをした上で証拠規則に基づいて当該証拠所在地国に証拠共助を要請しなければならないか、それとも証拠所在地国に赴いてその地の裁判所に対して直接に当該地での暫定・保全措置としての証拠保全をブリュッセル I 規則31条に基づいて申し立てることができるか、という問題を巡る法状況に関して、明細録取への証拠規則の適用を認める *Tedesco* 事件 *Kokott* 法務官意見を中心に考察した。*Tedesco* 事件で付託された問題自体は、実は証拠規則の適用の有無のみを問うものであって、必ずしもブリュッセル I 規則31条の適用問題をカバーするものではなかったが、*Kokott* 法務官意見ではこの点についても十分な配慮が払われていた。*Kokott* 法務官意見は結局のところ、明細録取による証拠保全には証拠規則の適用しかないと述べているように見えるが、ブリュッセル I 規則31条の適用も選択的に認めるべきであるとの解釈論が根強く、同規則の改正議論の土台となる公式報告書においては、証拠保全ないし提訴前証拠収集処分への同規則31条の適用を立法的に明確にすべきであるとの提案がされている。このようなEUにおける議論から得られる日本法への示唆を、若干検討してみる。

(1) 日本における問題処理の枠組みとそこで生じる問題点

ア 問題処理の基本枠組み

まず日本には、EUにおけるようなブリュッセル I 規則や *St. Paul Dairy* 事件のような前提事情がないので、証拠が所在する外国での保全という本稿で検討した問題に関しては、日本で日本法の許す限りで本案訴訟の提起または（司法共助を予定した）証拠保全申立てをした上で証拠保全の国際

司法共助を願い出ること、また、当該証拠所在地である外国の裁判所に対して、当該外国の法に従って直接に暫定・保全措置なり証拠保全の申立てをすることもできると思われる。逆に、日本に証拠が所在する場合の証拠保全に関しては、日本法が許す限りで、外国の権利者も証拠保全その他の処分が可能であると思われる。

イ 国際証拠保全管轄に関する問題点

ただしこの枠組に関しては、次のような問題が、EUにおける問題状況ないし議論から示唆される。まず、国際証拠保全の管轄である。民訴法235条は証拠保全の土地管轄を定めるが、これは国際証拠保全管轄も定めるものか。二重機能を持たせた上でのものと思われる分析があるが⁽¹²⁷⁾、本案請求や保全処分の国際裁判管轄の従来の議論がここでは参考にならないのか否か、深い研究は今までなかったように思われる。同条の二重機能を前提にすると、例えば、外国に居所を有する証人については（同条2項）、たとえ本案の管轄原因が日本にあっても、訴え提起前には日本で（証拠共助を予定した）証拠保全申立てをして、司法共助囑託を願い出る方法はとれないことになる。すなわち、本案の訴え提起をしてからでない（同条1項参照）、日本ではこれを申し立てることはできないのである。もちろん、証拠保全の実務的有用性は司法共助で大きく失われること⁽¹²⁸⁾を考えれば、そもそも司法共助は実際的ではないけれども、同条が、潜在的な本案管轄地であることに基づいて提訴前の（証拠共助を予定した）証拠保全管轄を日本に認める道を拒絶する趣旨を定めているというのは、行き過ぎなようにも思われる。

また、同一事件について証拠となるべき物件が日本以外に外国にも所在する場合に、民訴法7条の類推適用は可能か⁽¹²⁹⁾。EUにおいてはあくまで

(127) 小杉丈夫「外国での証拠調べ」高桑昭＝道垣内正人編『新・裁判実務大系 3 国際民事訴訟法（財産法関係）』222頁（青林書院、2002）。

(128) 証拠保全の最大のメリットである迅速性は、半年から1年以上かかると言われる証拠共助（多田・前注（3）97頁注130参照）では大きく失われる。

(129) 日本の国内民事法上の議論として、齋藤他・前注（1）166頁以下参照。

「当該証拠の所在」が現実的・密接的な関係性を基礎づけるようであり、一般的に否定すべきもののように思われるが、国際証拠保全管轄に関してはこれまで考えられてこなかった問題であろう。

ウ 外国の証拠保全結果の利用

他方、正式な司法共助に基づく証拠保全の結果は別にして（民訴184条2項）、直接的申立てに基づいて外国で実施された証拠保全の結果の日本裁判所における利用方法については、これまで議論がないように思われる。EUでも関心があるところであるが、外国での直接的な証拠保全の方が実務的に有用性が高いことからすれば、その結果の日本における効果について検討しておく必要性は大きい。ただし、日本の民訴法118条上、外国保全命令に承認適格は認められないことが通説・判例であり⁽¹³⁰⁾、このような結果の効果も承認執行の問題であるとする、日本において単なる書証として改めて一般の証拠調べの対象とするしかないことになる⁽¹³¹⁾。

(130) 学説として、兼子一他『条解民事訴訟法』645頁（弘文堂、1986）、雛形要松「第118条」三宅省三他編『注解民事訴訟法<2>』547頁（青林書院、2000）など。判例として、最判昭和60年2月26日家月37巻6号25、26頁。ただし、中野貞一郎『民事執行法 [増補新訂5版]』186頁（2006）は、解釈論として例外を認める余地を示唆する。

(131) なお、知的財産に関しては迅速かつ効果的な権利保護が求められるところでもあり、そもその議論として外国保全命令の承認執行を容認することが必要であるように思われる。文部科学省科学研究費補助金特定領域研究「21世紀におけるわが国の国際取引関係法の透明化と充実化——Doing Cross-border Business with/in Japan のために」の国際知的財産権法班と国際民事訴訟法班の共同開催による「国際シンポジウム『知的財産権と渉外民事訴訟』」（2009年5月）では、知的財産事件に関する外国保全命令の執行が立法提案されている。外国証拠保全命令の執行自体は同案では予定されていないが、外国で実施された証拠保全結果の承認については、別途考察する余地はある。河野俊行＝多田望＝申美徳「知的財産に関する外国判決の承認及び執行」[available at http://www.tomeika.jur.kyushu-u.ac.jp/chizai/symposium/paper/009_JPN_09May09_Kono-Tada-Shin.pdf]（その条文の修正版は、*Proposals of the Project "Transparency of Japanese Law": Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, Articles 401, 403, 404*, [available at <http://www.tomeika.jur.kyushu-u.ac.jp/ip/pdf/Transparency%20RULES%20%202009%20Nov1.pdf>]を参照。また、同シンポジウムで報告されたマックス・プランク研究所の「知的財産における抵触法グループ」（CLIP）による立法提案は、情報・証拠の取得を目的とする外

(2) 提訴前証拠収集処分 of 国際的実施

ア 訴えの提起前における証拠収集の処分等

2003年の民事訴訟法改正において、「訴えの提起前における証拠収集の処分等」(132条の2～9)が導入された¹³²⁾。これは、証拠保全があくまで証拠調べの一種であるために証拠収集機能の点で機動性があまり発揮できなかったことから、提訴予告通知のもと、相手方への照会(132条の2、同3)および裁判所への証拠収集処分 of 申立て(132条の4)ができるようにしたものである。後者の証拠収集処分 of 内容は、申立てを受けて裁判所が行う、①文書所持者への送付囑託(132条の4第1項1号)、②官公署など¹³³⁾に対する調査囑託(同2号)、③専門家への意見陳述囑託(同3号)、および④執行官への現状調査命令(同4号)である。知的財産権侵害事件においては例えば、被疑侵害物品の形状・販売数量などに関する文書送付の囑託、また、執行官による現況調査命令に関しては、被疑侵害物品の形状・占有関係の現況のほか、被疑侵害者による発明・意匠・商標などの使用状況や被疑侵害者の工場における製造過程の現場の現況などの調査が具体的に考えられる¹³⁴⁾。

国暫定・保全措置の執行が予定されている(4:101条以下によって承認執行される暫定・保全措置は、2:501条によって定義される暫定・保全措置を前提とする)。European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, *Principles for Conflict of Laws in Intellectual Property, 2nd Preliminary Draft*, (2009) [available at <http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/draft-clip-principles-06-06-2009.pdf>]

(132) 提訴前証拠収集処分等に関してはさしあたり、濱崎録「提訴前の証拠収集手続をめぐる一考察——ドイツ法における「事前手続」と本案手続の関係に焦点をあてて——」九大法学90号30頁(2005)、出口雅久「提訴前情報証拠収集制度と紛争解決に関する若干の考察」法雑55巻3・4号158頁(2009)など参照。

(133) 132条の4第1項2号の定める調査の囑託先には「外国の官庁若しくは公署」も入っているが、これは基本的には「日本に所在する」外国の官公署を指し、当然には「外国に所在する」外国の官公署は指していないと思われる。後者に対しては、司法共助による方法が用いられることになるであろう(132条の6第5項参照)。

(134) 詳しくは、「知的財産権訴訟の最近の実務の動向(4) 東京地裁知的財産権部との意見交換(平成15年度)」判タ1160号30頁以下(2004)における東海林保判事による説明を参照。

イ 司法共助と国際裁判管轄

EUにおける議論から得られる示唆として、国際民事証拠保全法の観点からは、これらの証拠収集処分等も含めて、「証拠保全」の概念を広く考えて行くことが必要であろう。この点に関しては、なんと言っても、提訴前証拠収集処分のうち文書送付、調査および専門家意見陳述の各嘱託については、外国への国際司法共助嘱託が認められており（132条の6第5項による184条1項の準用）、注目に値する。これらの処分嘱託も国家権力行使の一環と考えられることから認められた準用のようであるが⁽¹³⁵⁾、一般の証拠調べの司法共助との比較において実際の効用が気にかかるほか、具体的な司法共助条約または二国間取決め上、このような処分も本当に適用範囲に入っているのか、嘱託先の外国における外国執行官による現況調査の共助嘱託も考えられてよかったのではないかなどの将来の課題を指摘することができる。他方、132条の5には証拠収集処分の管轄が、証拠保全と同じく特別に定められている。この規定が証拠収集処分の国際裁判管轄規定としても機能するのか、議論すべき問題であろう⁽¹³⁶⁾。

ウ 外国において訴えを提起しようとする者

EUにおける議論からの示唆として最も重要であるのは、これらの処分等の利用者として予定されている「『訴え』を提起しようとする者」（132条の2）に「『外国における訴え』を提起しようとする者」は含まれるか、という解釈上の問題であると思われる⁽¹³⁷⁾。EUで議論の対象となった基本

(135) 秋山幹男他『コンメンタール民事訴訟法Ⅱ 第2版』640-641頁（日本評論社、2006）参照。

(136) 提訴前証拠保全の235条2項と異なり、提訴前証拠収集処分の132条の5第1項では、文書などの所在地のほかに申立人と相手方の普通裁判籍所在地が管轄原因として入っている。国内土地管轄としては首肯できるとしても（秋山他・前注（135）633頁参照）、国際裁判管轄としてこれをそのまま認めることは、EUにおける議論に照らしても困難であろう。

(137) なお、「訴えの被告となるべき者」（132条の2）に関しては、「日本国の裁判権の及ばない者に対して予告通知がされたとしても、それは本法所定の効果を生じない」との説明が、秋山他・前注（135）593頁でされている。ただし、この部分は、その後述べられている「天皇や外国国家・外交官等」を念頭に

的な事例になぞらえると、「日本に国際本案裁判管轄が認められない知的財産権侵害事件について、外国での訴え提起を考えている知的財産権利者が、被疑侵害者への提訴予告通知後に、日本に所在する文書の送付嘱託や日本に所在する被疑侵害物品の現況調査命令などの処分を、直接に日本の裁判所に対して申し立てることができるであろうか」⁽¹³⁸⁾。少なくとも知的財産権侵害事件に関しては、知的財産権の「迅速かつ効果的な」保護の視点（日本でも効力を有するTRIPS協定50条1項参照）からこれを認めるべきものと考えられる。しかしながら、提訴前証拠収集処分における訴訟法上の義務の理論的根拠として一般に主張される「準訴訟法律関係」⁽¹³⁹⁾との関係で、日本に国際裁判管轄が認められない事件についてもこの「準訴訟法律関係」という基盤が国境を越えて認められるか否かなど、理論的に検討すべき課題があると思われる。

6 終わりに

知的財産権保護の国際的向上・調和が世界的に注目を集めているが、近時、その関心の対象が、これまでの特許法・著作権法などの実体法部分を中心にした国内的保護の向上・調和から、知的財産権を巡る国際民事紛争の処理手続上の保護の向上・調和に移ってきているように思われる⁽¹⁴⁰⁾。

置いた記述のようであり、「訴えの被告となるべき者」が外国に居住する者である場合についても、依然問題は残るであろう。

(138) 派生問題としては、外国の提訴予告制度（例えばイギリスのプリ・アクション・プロトコール）は日本の提訴予告通知の代替となるか、すなわち、前者を利用した者が直接に日本の裁判所に処分申立てをすることはできるか、という問題もあるであろう。

(139) 秋山他・前注(135)587頁など参照。

(140) 前注(131)の透明化プロジェクト案やCLIP原則、そして、アメリカ法律協会(ALI)の原則(American Law Institute, *Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes* (2008))などの登場は、その表れであろう。

国際知的財産権侵害における暫定措置としての証拠保全序説

TRIPS協定が保障する保護は国内事件を対象に考えておけば事足りていたようであるが、だんだんと、国際民事手続法の与える保護の質が問われ出してきているようである。本稿は、このような関心に基づいて、国際知的財産権侵害における証拠保全について、EUにおける議論を中心に検討し、日本法への示唆も考察した。この中で、日本における国際民事証拠保全法の課題とその解決方針の提示を若干試みたところであるが、それはまだまだ根本的な検討にはほど遠い。今後とも、民事保全処分（実体的情報請求権の国際的保全の問題も含む）との関連も視野に入れて、研究が進められる必要があると思われる。

また、本稿における研究の中で明らかになった別の課題は、日本における知的財産権侵害立証容易化に特化した証拠保全手続の改革・強化である。日本の知的財産権侵害立証のための証拠保全・収集の手続は、EUの権利行使指令で採用されている明細録取（*saisie description*）を含む知的財産権侵害差止等（*saisie contrefaçon*）や探索命令（*search order*）に比較して、手続的にかなり脆弱なものである⁽¹⁴¹⁾。これらの「迅速かつ効果的な暫定措置」制度の包括的な研究は日本において今まであまり見られないよう

(141) Larry Coury, *C'est What? Saisie! A Comparison of Patent Infringement Remedies Among the G7 Economic Nations*, 13 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.* 1101 (2003) は、2003年のものではあるが、非常に興味深い比較法研究を提示する。そこでは、他の6カ国においては、「明細録取および差押（*description and seizure*）」の項があるが（アメリカ合衆国に関してはそのタイトルの項はないけれども、最初に、「広範囲かつ包括的なディスカヴァリ」がヨーロッパのそれに相当する、より費用のかかるものとして紹介されている）、「日本」の章にはない。日本の章では、「日本法は、被疑侵害者の不動産への立入や侵害物品の検証・明細録取の権限を含まない」と記されるのみである。確かに日本法上も、一般的な制度としては侵害者の店舗等への立入や侵害物品の検証、また侵害物品の現状調査も存在するが、ヨーロッパにおける明細録取のような強力かつ特別の制度として構築されていないことは確かであり、他の6カ国と比較して、それが一つの特徴となってしまう。TRIPS協定50条1項b号の証拠保全に関する日本のエンフォースメント状況として、民訴法234条（http://www.jpo.go.jp/shiryoutoushin/shingikai/21_san08.htm参照）や132条の2以下の一般法的規律のみだけで、国際的に見ても他国に誇れる知的財産権侵害用証拠保全制度の質といえるか、真正面から取り組む必要があるであろう。

あるが、その導入が知的財産法学のみならず、民事手続法学や国際私法学も併せた総合的な視野においてもっと議論されてよいと思われる⁽¹⁴²⁾。ちなみにアメリカ合衆国には、強力なディスカヴァリ制度が存するところではあるが、この自国の証拠収集・保全制度と、ヨーロッパの知的財産権侵害差止等 (saisie contrefaçon) との比較が研究されている⁽¹⁴³⁾。この点も含めて、本稿が日本における知的財産権侵害事件の国際証拠保全に関する議論の活性化に役立てば、筆者としては望外の幸せである。

<資料>

1 フランス知的財産法 L 615-5条

- ①侵害 (contrefaçon) の証明は、あらゆる手段を用いてすることができる。
- ②前項の目的を達成するため、侵害の責任を追及する訴訟を提起する資格のある者は、その申立てに基づいて管轄民事裁判所によって出される命令により、いつでも、執行吏が単独で又は申立人によって指名される鑑定人の助力を得て、詳細な明細の録取 (サンプルの収集もできる。) 又は侵害物であると主張されている物若しくは方法及びこれらに関する文書の現実の差押の処分をする手続を求める権利を有する。
- ③裁判所は、証拠として用いるために、侵害物であると主張されている物の生産若しくは流通又は方法の実施に利用される材料及び道具の現実の差押を命ずることができる。
- ④裁判所は、命じられる処分の実行に関して、侵害の責任を追及する訴訟が後に請求の認容に至らなかった場合又は処分が失効した場合に被告が被るおそれのある不利益に対する補償を確保するための担保を申立人が差し入れることを、条件とすることができる。
- ⑤被告に対する本案に関する訴え (民事のものか刑事のものかを問わない。) が

(142) 春日教授も、前注 (33) の『民事証拠法論』37-39、75-77 (フランスのsaisie contrefaçonの紹介)、275-276頁などからすると、同様のご関心のもと、より効果的な証拠保全・収集の手続の議論・研究を志向するものと推察される。

(143) 例えば、Esther Seitz, *Fact-Gathering in Patent Infringement Cases: Rule 34 Discovery and the Saisie-Contrefaçon* (2009) 参照。

国際知的財産権侵害における暫定措置としての証拠保全序説

法で定められた期間内に提起されない場合、処分（明細録取を含む。）は、処分を受けた者の申立てによりその効力を失う。この場合において、処分を受けた者はその申立ての理由を述べる必要はなく、かつ、損害賠償の請求は妨げられない。

2 ベルギー司法裁判法1369条の1第1項および第4項

1 発明特許、補充的保護証明書、新品種改良者の権利、半導体の設計、意匠、商標、地理的表示、原産地表示、著作権、隣接権又はデータベースの作成者に関する法律に基づいて知的財産権侵害の責任を追及する訴訟を提起する資格のある者は、申立てに基づいて発せられる商事裁判所長及び第1審裁判所長の許可を得て、その裁判所の管轄にそれぞれ属する事項に関して、いつでも、裁判所の司法官が指名する鑑定人が、申し立てられている侵害の証拠となるあらゆる物、文書又は方法並びにその発生源、目的地及び内容についての明細を録取することを求めることができる。

4 裁判所長は、申立人によって主張されている知的財産権の保護に必要であり、かつ、事件の状況を考慮に入れて相当であると判断する場合、同一の又は別個の命令によって、侵害物であると申し立てられている物、その生産又は流通に利用される材料及び道具及びこれらに関する文書の所持者に対して、これらの破棄若しくは移動又はこれらの性質に影響を及ぼすあらゆる変更を禁止することができる。裁判所長は、これらの物の保管者の指名及び封印を許可すること、並びに収益が発生している場合には、その源が、申し立てられている侵害に直接に見い出される限りにおいて、その保全処分を認めることができる。

裁判所長は、処分を命ずる前に、法廷内において、申立人の立ち会いの下、処分の対象者を審尋することができる。この場合においては、この者と呼び出す前に、裁判所長は、この者の審尋を行うことを申立人に通知する。申立人は、処分の申立てを取り下げること及び申立てを明細録取に縮減することができる。処分の対象者は、申立書の写しを同封した裁判所封書によって呼出しを受ける。申立人の代理人は、通常の封書によって呼出しを受ける。

3 イギリス民事訴訟規則25.1条h号および民事訴訟法7条

民事訴訟規則25.1条1項h号

(1) 裁判所は、次に掲げる仮の救済を認めることができる。……

(h) 1997年の民事訴訟法第7条に基づく命令（証拠を保全するために当事者に対して、相手方当事者による不動産への立ち入りを認めること等を求める命令。以下、「調査命令」という）

論 説

民事訴訟法 7 条

- (1) 裁判所は、裁判所に係属中の又は訴えの提起がされる予定の訴訟事件に関して、次に掲げる保全を目的としてこの条に基づいて命令を出すことができる。
 - (a) 関連する又はその可能性のある証拠の保全
 - (b) 訴訟の対象である若しくはその可能性のある財産又は訴訟において提起される若しくはその可能性のある問題に関係する財産の保全
- (2) 裁判所における訴訟の当事者又は当事者となる可能性のある者として裁判所に出廷するものは、前項に掲げる命令の申立てをすることができる。
- (3) 第 1 項にいう命令はあらゆる者に対して、命令に記載された者が次に掲げる行為をできること又はその行為をできることを確保すべきことを指示することができる。
 - (a) イングランド及びウェールズにある不動産に立ち入ること。
 - (b) 不動産に所在する間、命令が定める条件に従って、次項に掲げる措置をとること。
- (4) 前項にいう措置とは、次のことをいう。
 - (a) 命令に記載されたあらゆる物の調査又は検証を実施すること。
 - (b) 命令に記載されたあらゆる物の複写、写真、サンプル又は他の記録をとること。
- (5) 命令は、関係者に対して、次に掲げることを指示することもできる。
 - (a) 命令に記載された者に対して命令に記載された情報又は物件を引き渡すこと又はかかる引渡しを確保すること。
 - (b) 命令に記載された者が命令に記載されたあらゆる物を安全に保管するために留置すること又はかかる留置を確保すること。
- (6) この条に基づく命令は、命令に記載された条件に従って効力を有する。
- (7) この条は、命令に従った場合には自己又はその配偶者が刑罰又は制裁に晒される可能性のあることを理由として行為を拒むことのできる権利を害するものではない。
- (8) この条において、

「裁判所」とは、高等法院をいう。

「不動産」とは、乗り物を含む。

この条に基づく命令は、あらゆる事項を、種類などにより概説的に記載することができる。

4 TRIPS協定50条

- (1) 司法当局は、次のことを目的として迅速かつ効果的な暫定措置をとることを命じる権限を有する。
- (a) 知的所有権の侵害の発生を防止すること。特に、物品が管轄内の流通経路へ流入することを防止すること（輸入物品が管轄内の流通経路へ流入することを通関後直ちに防止することを含む。）
- (b) 申し立てられた侵害に関連する証拠を保全すること
- (2) 司法当局は、適当な場合には、特に、遅延により権利者に回復できない損害が生じるおそれがある場合又は証拠が破棄される明らかな危険がある場合には、他方の当事者に意見を述べる機会を与えることなく、暫定措置をとる権限を有する。
- (3) 司法当局は、申立人が権利者であり、かつ、その権利が侵害されていること又は侵害の生じる差し迫ったおそれがあることを十分な確実性をもって自ら確認するため、申立人に対し合理的に入手可能な証拠を提出するよう要求し、並びに被申立人を保護し及び濫用を防止するため、申立人に対し十分な担保又は同等の保証を提供することを命じる権限を有する。
- (4) 暫定措置が他方の当事者が意見を述べる機会を与えられることなくとられた場合には、影響を受ける当事者は、最も遅い場合においても、当該暫定措置の実施後遅滞なく通知を受ける。暫定措置の通知後合理的な期間内に、当該暫定措置を変更するか若しくは取り消すか又は確認するかの決定について、被申立人の申立てに基づき意見を述べる機会の与えられる審査を行う。
- (5) 暫定措置を実施する機関は、申立人に対し、関連物品の特定に必要な情報を提供するよう要求することができる。
- (6) (1) 及び (2) の規定に基づいてとられる暫定措置は、本案についての決定に至る手続が、合理的な期間（国内法令によって許容されるときは、暫定措置を命じた司法当局によって決定されるもの。その決定がないときは、20執務日又は31日のうちいずれか長い期間を超えないもの）内に開始されない場合には、被申立人の申立てに基づいて取り消され又は効力を失う。ただし、(4) の規定の適用を妨げるものではない。
- (7) 暫定措置が取り消された場合、暫定措置が申立人の作為若しくは不作為によって失効した場合又は知的所有権の侵害若しくはそのおそれなかったことが後に判明した場合には、司法当局は、被申立人の申立てに基づき、申立人に対し、当該暫定措置によって生じた損害に対する適当な賠償を支払うよう命じる権限を有する。

論 説

- (8) 暫定措置が行政上の手続の結果として命ぜられる場合には、その手続は、この節に定める原則と実質的に同等の原則に従う。

5 証拠規則 4 条 1 項

1 要請書は、付属書の様式 A 又は適当な場合には様式 I を用いて作成される。要請書には、次の事項を記載する。

- (a) 囑託裁判所、及び適当な場合には受託裁判所
- (b) 裁判手続の当事者の氏名及び住所、並びに代理人がいるときはその氏名及び住所
- (c) 事件の性質及び係争事項並びに事実の簡単な説明
- (d) 実施されるべき証拠の収集の詳細
- (e) 要請が人の尋問である場合、次の事項を記載する。
 - 尋問すべき者の氏名及び住所
 - 尋問すべき者に対する質問事項又はその者に対して尋問すべき事実
 - 適当な場合には、囑託裁判所が所属する構成国の法によれば証言を拒むことができる権利
 - 宣誓又はその代わりに確約の下で尋問が行われるべきこと及びこれらについて用いられるべき特別の方式適当な場合には、囑託裁判所が必要と認めるその他の情報
- (f) 要請がその他の証拠収集である場合には、検証すべき文書又はその他の物
- (g) 適当な場合には、第 10 条第 3 項及び第 4 項に従った要請並びにこれらの適用にあたって必要なすべての情報