

イザール川の畔



TaylorWessing Partnerschaftsgesellschaft mbB

(弁護士知財ネット国際チーム所属)

日本国弁護士・Foreign Counsel

入野田 泰彦 LL.M. (IP)

1. ミュンヘン

2011年6月半ば、私は、夏の日差しも眩いミュンヘン空港に降り立って、同年秋から始まる Munich Intellectual Property law center (MIPLC)¹での留学に備えるべく準備を始めた。ミュンヘンというと、もちろん欧州特許庁 (EPO) とドイツ商標特許庁 (GPTO) とがある知財城下町なのであるが、私にとっては、映画で見たスピルバーグ監督作品の「Munich」²、或いはアドルフ・ヒトラーの第三帝国の発祥の地としてのミュンヘン一揆、或いはダッハウの収容所³のイメージの方が強かった。実際、私がミュンヘンでの留学を計画している旨を東京で暮らすユダヤ系の私の友人弁護士たち伝えたところ、彼らは、怯えたような険しい顔つきになったのを強く記憶している。その彼らに、MIPLCは、ドイツのみならず欧州でトップクラスの研究機関として知られるマックスプランク研究所Max Planck Instituteが中心になって設立された知財専門の教育機関であり、ほぼ全ての学生は世界中から来る留学生である旨を説明したところ、少し表情が和らいだが、このときの彼らの陰影を帯びた表情は、留学生活に加え、ミュンヘン地元の特許法律事務所及び欧州の大規模法律事務所勤務の足掛け5年に亘る欧州生活において、或いは、難民問題とISISのテロリスト攻撃に直面している欧州の現状に暮らすにおいて、通奏低音のように心に響き続けている。

1 Munich Intellectual Property Law Center は、ドイツで最も権威ある自然科学を中心とした研究機関Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e. V (マックスプランク研究所) が中心になって、George Washington University (ジョージワシントン大学ロースクール)、Universität Augsburg (アウグスブルク大学)、Technische Universität München (ミュンヘン工科大学) とともに設立した知的財産法・競争法専門のLLM教育課程。日本からは裁判官、特許庁から各1名ずつがほぼ毎年留学。夏季にはジョージワシントン大学によるサマープログラムも単位取得可能なコースとして組み入れられている。

2 2005年米国映画。Steven Spielberg監督作品。1972年開催のミュンヘンオリンピックで、イスラエル選手団が、アラブ系テロリストグループに人質に取られ、テロリストと現地ドイツ警察との銃撃戦の過程で全員が犠牲になったことへのイスラエルの報復作戦の史実に基づく。イスラエル政府は報復作戦の存在自体否定。

3 Dachau concentration camp ダッハウ強制収容所は、ナチス時代にできた最初の強制収容所。ユダヤ人、レジスタンスの犠牲者の他、多くのポーランド人カトリック聖職者が収容され、犠牲になった。現在は、当時の資料と共に年中無休で一般公開されている。別館はホームレスや難民等の収容施設となっている。

しかし、日本からの留学生や、官庁・裁判所や企業からの研修に来られる方々の多くは、こうした欧州の険しい側面からは幸いなことに無縁でいられる。長くても2～3年、欧州の中でも最も平和で富裕な、そして高らかに小鳥が囀る穏やかなミュンヘンを「第二の故郷」として、企業派遣の方々は、研修先のドイツの特許事務所から最高のゲストとして歓待され、オクトーバーフェストの大テントで旨いビールを飲み、地元の人々と肩を組んで踊り歌えば、受け入れられたという楽しい実感を持つであろう。バイエルン州は、ドイツ諸州の中で最も富裕で治安は良く、街中には高級スポーツカーが幌を開けたまま駐車されており、誰も気に掛けることはない。初夏のミュンヘンは穏やかな風が渡り、空高く鳥は囀り、日は長く夕刻9時過ぎまで明るい。都会とは言え、少々田舎のバイエルンに位置するため、人々は概ね素朴で親切であり、ギスギスした雰囲気は少なくとも表立っては全くない。テロだ、移民だ、と騒ぎがあるけれども、緊張が際立つこともない。少なくとも表面上は至って平和な町である。

2. Munich Intellectual Property law center 留学

少し前後するが、私が東京のBaker & McKenzie法律事務所で働いていた2010年夏、かねて弁護士雇用契約に特記されていた留学オプションを行使することにした。私以外で留学を希望した弁護士は、全員が北米留学を選択していた。しかし、私自身は、同事務所内で一緒に働いていた欧州人同僚の影響や、子供の頃の欧州滞在経験（ウィーン）もあって、できれば欧州で勉強したいという気がしていた。言語の問題があったけれども、MIPLCは、英語が指定言語ということもあり、出願書類を準備し、所内外の推薦を頂いて、明けて2011年初頭に入学許可となった。これには、マックスプランクで実績を挙げていた諸先輩、とりわけ毛利峰子弁護士にご紹介戴いたこと、及びB&M事務所のJean Denis Marx弁護士の推薦文によるところが大きかった。改めて両氏に御礼を申し上げたい。

欧州、米国、日本の三極の知財をすべて網羅するというMIPLCのスケジュールは、明らかに野心的に過ぎ、ひたすら忙しく、とりわけ語学のハンディがある日本人留学生にとっては、挫折感をもたらしかねないカリキュラムであった。各科目について、1週間毎日凝縮した授業が行われ、その試験が2、3週間後には行われる形で二十数科目に及び、そのうちのいくつかは、プレゼンテーションを教授や学生たちの前で行うことをも要求された。それに加えて、夏のわずか2か月弱の時間で、修士論文を10万数百語以上の最低ラインで作成をすることも求められた。9月中旬に、印刷が終わったばかりでまだホカホカ温もる修士論文を抱えて事務室に飛び込んで提出し、すべての課程が終わったときは、クラスメートと抱き合って喜んだが、ほっとしたと同時にひどく挫折感を味わった。英語力の問題もさることながら、自身の性格上、衆目監視の中で自分の意見を述べるというプレゼンテーションを行うことは拷問に等しかった。留学期間中は結局これを克服することはできず、惨めな思いを抱えていた。折しも、第二次大戦下の英国で、酷い吃音とあがり症に悩まされた英国王がそれを何とか克服していく様を描いたThe King's speech⁴という映画があったが、恐怖症ともいべき人前で話すことへの屈折した思いは、克服するまで実に3～4年を要した。日本の裁判実務、知財実務への欧州人の関心に応えるべく、Augsburg 大学、及びMainz大学においてそれぞれ学生達にお話しする機会を頂いたが、欧米人たちが喜々としてそのような機会をまさにチャンスととらえていたのに対して、私は、プレゼンテーションの準備の間は緊張で全く眠れず、非常に苦しい思いをした。しかし、数多の書面を作成するより

4 2010英国映画。第二次大戦開戦の英国王ジョージ六世の演説に至るまでの実話に基づく。

も、人を説得するには、やはり面と向かってしっかり話すことが何より重要だということを知らされ、それがためにずいぶん時間を費やし、精神を鍛えることになった。

なお、同校のLL.Mプログラムを日本人にお勧めするかどうかは、私自身、未だわからない。ある程度実務経験がある弁護士、弁理士の場合、果たしてあの詰め込み式が正しいか、疑問なしとしない。夏季にMIPLCの協力校の一角であるGeorge Washington Universityの教授陣からなるサマープログラムを受講した際、学生の自発性を引き出すスタイルの教授に何人か遭遇し、むしろ自分にはその方が合っていた。そして何より、MIPLCの授業量に照らすと、1年間ではあまりに短すぎた。わずか20数名の学生は、世界各国から来る俊英ではあるが、それはあたかも国連のようで、第三世界の政府機関から派遣された学生、それに中国から毎年8名に上る留学生が参加する一方で（この特別枠は2010年で終了）、欧州知財の中心国のうち、知財大国のドイツからは一名だけ、イギリス、フランス、及びベネルクスからは参加者なし、北欧諸国はノルウェーから一名のみの参加であった。また、修了者には、修士号は与えられるものの、ドイツの法曹資格、乃至そこへのアクセス方法は全くない。従って、欧州連合域外国出身の卒業生の欧州での就職はかなり困難である。日本人弁理士は、欧州特許庁への出願を数多行う企業へのケアのために、大手特許事務所への就職が可能であるが、その先は、欧州特許弁理士資格の取得⁵に向けた研修、及びドイツ語乃至フランス語の習得という道程が待っている。そうであれば、最初からそうした知財事務所へ就職した方が実務力は鍛えられるであろうし、時間の節約にもなりそうな気がする。

3. ドイツ特許事務所における研修及びその後の外国弁護士生活

Baker & McKenzie法律事務所は、当地にもオフィスがあり、MIPLCの春季休暇の間、そちらでインターンシップの機会を頂いた。その知財セクションのヘッドのDr. Constanze Ulmer-Eifolt弁護士は、ドイツ・オーストリアの数か所に及ぶオフィスを束ねるmanaging partnerにも選出されたところであった。ただ、インターン期間は一か月弱とあまりに短かった。ちょうどその頃に、ドイツでは比較的規模の大きな特許法律事務所Meissner Bolte GbRから研修の誘いがあった。欧州の特許事務所にとって、日本企業は大変重要な顧客であり、そうした企業との橋渡しにはどうしても日本人が必要である⁶。他方、弁護士として8年以上の経験を持ちながらも、知財訴訟やM&Aにおいてしばしば決定的な実務知識となる特許出願手続prosecutionの勉強の必要性を強く感じていたので、それには非常に好都合であった。そうしたことから、この申し出をお受けすることにし、MIPLC修了後、暫し二つの事務所の名刺を持ち歩く身分となった。同事務所はまた、知財法務セクションもあり、実際に私自身のクライアント企業を原告とする特許侵害訴訟を受任し、その進め方の細部に渡り勉強になった。Meissner事務所は、イザール川と、その支流が流れる英国庭園の森に挟まれた非常に風光明媚な場所にある。その事務所が入居する

5 なお、欧州弁理士資格を取得するためには、技術背景が必要であり、又、欧州特許条約加盟国内において3年以上の実務研修が受験要件となる。ドイツ国内特許実務を行うためにはドイツ弁理士資格が必要であり、そのためにはドイツ語の習得が必要となってくる。

6 ミュンヘン当地で最も著名な特許事務所はホフマン・アイトレHoffman Eitle事務所であるが、同事務所には日本人弁護士や弁理士は現在のところ稼働していないものの、日本語に堪能な弁理士、弁護士が少なからずおり、数多の日本企業をそのクライアントとして抱えている。その他の上位にランクされる事務所はいずれも少なからず日本企業のクライアントを抱えている。市場では既に存在感を喪失した日本企業であっても、未だに多くの特許出願数を誇っているケースも珍しくない。

のは、バロック風の築百年以上の優雅な建物で、私は、壁面や天井にレリーフが施された大きな個室オフィスを与えられた。ここで3年間に亘り、名だたる日本の大企業の優秀な知財部員らと議論を交わし、又、私自身のクライアント企業の特許侵害訴訟の準備ミーティングに参加していた。同事務所には、6か月間の研修期間を経て、結局3年間に亘って在籍した。ちょうど3年間満了の今秋から、欧州の大規模法律事務所TaylorWessingに移籍し、Foreign Counselとして稼働を始めたところである。

こうしてみると、ご縁に恵まれた幸運な留学及び研修、その後の事務所生活のように見えるかもしれない。しかしながら、現地で働き始めれば、大なり小なり、欧州人の本音にぶつかることになる。まずは御決まりの差別。昼食をとりに入ったレストランで、偶々同じ勤め先のそれは華やかな女性がランチデートをしている隣のテーブルにそれと知らずに案内され、うっかり座ってしまったら、「中国人だか日本人だか知らないけど、あんな人たちのために働くのはいやだわ」と嫌味たっぷりに話すのを聞かされたりもした。差別にはずいぶん苦い思いがある。しかし、差別はそこに住み、働く者であれば少なからず直面する。特にテロの脅威が現実となった国々は、実は差別の本場でもある。宗教戦争のように言われるテロも、その実態は、国内の差別を始めとする社会問題が極度に先鋭化したに過ぎないとも思われる。留学先でも、教室から離れてレストランで晚餐などしようものなら、白人系の留学生の集まるテーブルと非白人系の集まるテーブルはぱっくり分かれていた。どんな理想を語っても、これが現実である。そして、ぐんと小さな話で恐縮ではあるけれども、ミュンヘン現地生活者としての実感を申せば、現地での限られた可処分所得の中から生活をやり繰りし、保障のない外国人として働くことは決して甘くはない。まず、ドイツは、弁護報酬は日本の大手事務所に比べてそれほど高くない。詳細なhourly rateは企業秘密なのでここではお伝えできないとしても、ドイツ特許訴訟の弁護士費用は、英米に比べると半額以下と言って間違いない。日本の特許侵害訴訟の弁護報酬と比べてもかなり控えめである。その上、所得税率47%（年収が低くてもこの税率はあまり変わらない）、消費税率19%が課せられるので、生活ぶりは東京の大手事務所勤務の弁護士のそれと比べるとずいぶん質素である。医療費や教育費が無料という恩恵はあるが（ドイツは大学の授業料まで無料）、さすがに収入の半分が税金となると、無駄な消費はできない。多くの企業駐在員が、「欧州市場は稼げない」と嘆かれるのは無理もない。

4. 海外実務から見た日本

実際、私は、欧州の中に入り込んでしまったアジアの孤児のような者である。Meissner Bolte事務所は、弁理士弁護士を合わせると60余名の比較的規模が大きな特許事務所ではあったが、アジア系の人間など絶無であったし、現在勤務するTaylorWessing法律事務所においても、日本人弁護士として雇用されているのは、世界で1400人いる所属弁護士の中で、我が身唯一人だけである。「何を物好きに、自己責任だろう」とお考え戴く分には誠にその通りである。しかし、日本は各方面ガラパゴス化し、何かどんどん内向的になっているように思える。法曹界も、知財界も然りである。海外市場で稼がねばならない日本企業をサポートするはずだった法律事務所の海外進出も、その多くは沙汰済みになってしまっている。そして、なにはともあれ海外留学して帰っていく優秀な若手弁護士は、「留学してネットワークを広げた」と仰るけれども、正直なところ、私は少し懐疑的にならざるを得ない。そもそも、MIPLCを始め、ドイツにせよアメリカにせよ、肝心の現地の人間が学んでいないLLMコースで、過密スケジュールの中で1年学んでも、それほどネットワークが広がるものだろうか。現地の実務家とよほど接点があるなら別であるが、少

なくとも、学校の外部の人物との接点はlecturer以外にはあまりなく、そして縦しんばあったとしても、その人と信頼関係が成立するに十分な時間はないはずである。そして残念なことに、アメリカ同様、ドイツでも、LL.Mへの評価はあまり高くない。理系の弁理士たちが、法学のLL.Mを取得する例は少なからずあるが、ドイツでは、やたらと博士号を持つ弁護士が多く、そもそも博士号がなくてパートナーにまで昇格できる人はあまりいない。

さらに、学んだ結果についても、LL.Mでは、あまりに短期間に過ぎ、十分に咀嚼できない不消化の状態ですべて帰国してしまう。MIPLCは、修士論文を卒業要件として課すのでまだしもではあるが、一般のLL.Mでは、論文までは必須ではない。論文の数は、国力をある程度比例するが、近時の日本の論文数の急激な減少は危機感を覚えずにはいられない⁷。また、スイス、オランダ、シンガポールを筆頭にして、天然資源以外で富裕な国々の人口一人当たりの論文数は非常に多く、近時は、東欧圏の人々の人口一人当たりの論文数は、すでに日本のそれを凌いでいる。日本は、円高で力を失ったのではなく、労働意欲、士気が衰えてきた結果が経済力にも反映されてきているに過ぎないようにも思われるが、知財界、法曹界の方々におかれては、そのような感覚を覚えてはおられないだろうか。

むしろ、英語の集中的な習得に時間を割いた方が実務上は明らかに力になる。しかし、それは残念ながら、実務に就いてからではちょっと遅すぎる。ドイツ政府は、20年も前に、英語力がビジネス上の決定的な要素となるという判断から、高校、大学在学中に英語圏への留学の機会を得るように奨励してきており、それが現在は実を結んでいる。そして、実務経験を積んだ弁護士、弁理士であれば、やはり現地の専門家たちと一緒に働いてみるべきではないかと思う。また、TOEFLのスコアは、必ずしも実務に必要な英語力と合致しない。さらに、頭の中での理解と、実際に物事を動かしてみたところでの感覚はやはり違う。収入が減ることを非常に気にされるのは、もちろん扶養家族がいれば当然のことではあるが、勝手なことを申せば、そもそも日本の大事務所のアソシエイトの給与が実力に照らすと高すぎる。

また、日本企業が派遣してくるライセンス交渉等の担当者のうち、英語を話せるメンバーが、しばしば不利な条件を進んで呑んでしまうことも珍しくない。それは、交渉相手が、英語ができる日本人を取り込む作戦をとるからである。英語が話せるメンバーが、足を掬われるように取り込まれ、黄信号、赤信号が灯っているのにやすやすと相手方の術中に嵌ってしまう。その是非はともかく、日本人の頭脳は、日本語で話しているときに最も良く働く。英語だけで対応しているとき、一種催眠状態になる日本人も見られる。英語を正確に理解していることに集中する結果なのかもしれない。交渉中であっても、日本人同士で、日本語で話しては如何かと思うのだが、これは少しも恥ずかしいことではないと思われる。英語が達者なドイツ人たちも、難しい問題にぶつかったときは同僚どうしでドイツ語に切り替わる。とても自然なことである。

今一つは、生活力の問題である。ゲストとして滞在するだけではあまり経験せずに済むようなことも、そこで生業を得て生活するにおいては、差別や偏見など不条理なことから逃れられない。しかし、そうしたことも含めての現実を乗り越えないと、海外生活も、「A面だけの経験」になるように危惧している（古い表現で恐縮）。エリートでも何でもなしの雑草のような自分は、だんだんと差別にも耐性が出来てしまい、むしろ打たれ強くなっていった。ドイツ以外の小国出身の欧州人たちとはとりわけ親交を深め、何か不条理な扱いを受けると、彼ら彼女たちは、私の

7 日本の論文数をめぐっての国際ランキングについては、豊田長康元三重大学長のブログに危機的状況がわかりやすくまとめてある。Thomson Reuters社の2014年の調査結果に基づく。 <http://blog.goo.ne.jp/toyodang/e/2b1307b461f2ed4d9c5bb8d13e31ae89>

強さ弱さをよく理解し、心の支えになってくれた。ドイツ人同僚の中でも、心を許せる人もできて、別れ際には男女問わずしっかりハグをするようになった。お互いに不信感があると、そうはならない。握手がせいぜいである。

ところで、日本企業からの出願案件が欲しいドイツの特許事務所の専門家は、日本の知財関係者に対しては、最新の知財情報を、非常にわかりやすくまとめて、無料で提供している。この内容たるや、留学先の大学等で、げんなりするほどの資料を読んで、高名な学者らの抽象的な講義を聞くよりも、はるかに分かりやすく、実務的にも役に立つ。他方、このような機会に恵まれることは全くない南欧、東欧圏の優秀な人々は、奨学金で糊口を凌ぎながら、こつこつと調べ、少ない機会を生かすように必死にやってくる。欧州人同士の方が実は厳しい差別乃至序列づけがあるのだが、それに抗して健気に頑張る彼らの努力とその成果に鑑みると、多くを他人に準備されてもらうことに慣れてしまうことの危うさを私は指摘せざるを得ないのである。

他方で、南欧、東欧圏出身の彼ら彼女らには、ドイツという国は決して甘くない。公には「差別」が撤廃されていても、人の心の奥底に棲む差別感情というのは決してなくなることはない高い壁であり、しばしば心を深く傷つける扱いを受けるドイツから、ベルギー、オランダ、オーストリアへと彼らは居を移してより良い働き口を見つけていく。近時、ドイツ政府が、シリアを中心とする中東地域からの難民・移民を受け入れた背景には、政府が欲しいような「容貌の同じ」「宗教が同じ」労働者のうち少なからぬ数の人々が、ドイツの労働環境の実態を厭う結果、著しい少子高齢化を背景に、人口減に歯止めをかけるための止むに止まれぬ政治的帰結ではないかとすら言われている。

もうひとつ、日本国内では、「完全主義」を地で行くような「精密司法」「精密知財」を遂行してきたように思われる。そして、企業は、毎年何件と決まった数の特許出願を行い、出願件数を競い合うような状況が長らく続いていた。しかし、その出願は必ずしも海外市場をカバーせず、或いは新興国での権利化が行き届かなかった結果、新興国の新たな競争者は、合法的且つ廉価に最新技術情報を手中に収めた。国内での出願競争は、もはや日本企業の間でかなり変容したとは思われるが、国の内外を問わず、出願数を競うような方針は明らかに誤りである。ドイツに限らず、特許事務所は、How many cases? 「何件くれるのか？」という質問が大好きである。しかしそれは、クライアント企業の技術情報を守るべき彼らの生業が、技術情報の公開によって支えられているということがもたらす矛盾から自由ではいられないことを表している。技術情報を、営業秘密として社内秘中の秘として守るべきか、特許出願するべきか否かの相談相手として、特許事務所はその立場からして必ずしも相応しくはない。企業は、その技術情報をいかに守り、市場を制するかを自らの頭で考え抜かなくてはならない。そして、敢えて出願公開せず、市場の競争者に打ち勝つ方策としての営業秘密として管理するべき重要技術がある場合、自社の研究者たちの処遇をどうするべきかは、もっと深刻な問題である。ドイツでは、職務発明関連の法制度は複雑で、その処理は実に面倒である。これ専門の弁護士が存立できてしまうほどである。

また、日本では、特定の有名な実務家に訴訟案件は集中し、日本国内の知財訴訟の数は頭打ちになっている。そればかりか、例えば意匠権侵害の訴訟などほとんどないのではないかと。訴訟の数がほとんどないからと言って、直ちに権利行使していないことにはならないのはもちろんである。しかし、数年に渡って非常に限られた数しか提起されていないとするというのが実態とすれば、欧州のデザインパテント侵害訴訟とは以て比較にならない。実用新案権もまた同じである。ドイツの実用新案権は、そのあまりに融通無碍な使い勝手の良さから、市場における強力な武器になっている。しかし、このことは、日本国内の「実用新案権」の閑古鳥が鳴く実務状況故か、当地で権利行使の経験がある日本企業は別にして、あまり日本では知られていない。また、ドイ

特許侵害訴訟の原告勝訴率は、実に6割から7割前後に達するが⁸、その証拠収集の方法の充実ぶり、クレーム解釈における権利者有利性、いずれも根本的な思想、或いは感受性に違いがあると思われる。日本の実務を再考する上で非常に重要ではあるが、さりとて直輸入するのはあまりお勧めできない。

海外に駐在する少なからぬ数の日本企業法務知財部員は、日本国内での知財権利行使、とりわけ訴訟は自らが被告になる場合は除き、基本的に今後はやめること、むしろ海外での権利行使に注力することが社内で決定されている旨を私に教えてくれた。この決定が持つ意味について二つのことに留意しなければならない。

まず、このような決定は、むしろ当然といえば当然である。知財権を以て企業の開発投資及びその努力を防衛しなければならないのは、何といても海外市場だからである。日本は海外市場で稼がなければどうにもならない。しかし、もはや日本製品は、安さでは市場で勝負できない。知財権利行使は、ますます重要になってくる。しかし、私が強調したいのは、知財権というのは、当該市場を知らずには生きてこないとということである。

海外市場では、日本国内の競合企業のみならず、海外現地、或いは多国籍企業との競争に打ち勝たねばならないが、そこでは必ずしも最先端技術だけが死命を決するわけではない。市場において受け入れられる価値を持っているかどうか、という別な角度からの価値を勝ち得なければならない。そこでは、生活財であれば、当該市場に住む人々がいかなる生活習慣を持っているか、いかなる価値基準において行動しているか、それを知る必要があるだろう。それを知ってこそ、適切な知財権を選択できる。それにはやはり土地に根差した生活をしてみるのがやはり一番確実である。しかし、多くの企業は、「金がかかるから」という理由で、駐在員を日本に戻してしまっている。現地に全く溶け込めないが故にバカバカしい程に異様に優雅な「駐在妻」など全くナンセンスだが、少なくとも現地で光も影も肌身の感覚として体験する機会を経ずにしてどうして市場を理解できようか。制度を知識として知るだけでなく、その市場を良く知り、どのような知財権を以てすればその市場を制することができるか、という視点なくして、ただ机上の比較や議論を続けても、それは自ら理論のための理論を積み重ねてしまうだけなのではないか。その市場を知ったならば、無審査で迅速に権利化できる欧州デザインパテント、ドイツ実用新案権の使い勝手の良さから、おそらく多くの企業は、権利化のハードルの高い欧州特許よりも魅力を感じることであろう。また、特許出願も、日本特許庁からPCT経由でEP出願というルートから、直接欧州特許出願へという時代が来るとされる。折しも、欧州単一特許制度が目下準備中である。これが一つの転換点になるかもしれない。

次に、言語の問題はもちろんのことだが、日本国内の実務がガラパゴス化しているのではないかという強い懸念である。日本語という高い言語障壁に守られて、外資の参入がないというのはもしかすると知財業界において良かったのかもしれないが、参入障壁が市場の停滞をもたらすのは何も特定の業界に限ったことではない。そして、これに関連して、裁判実務が、「信義則」を多用し過ぎているように思われる。企業活動においては、単に訴訟のスピードやコストだけではなく、いかなる基準で、いかなる対策を立てていけばよいか、という予見可能性predictabilityはより重要なのだが、信義則を多用する形であるとする、いかにその内容を定義し、要件を立ててみたところで、casuisticな判断なのではないかという懸念は全く消えない。どんどん複雑化

8 特許侵害訴訟に精通した裁判所であるDüsseldorf地方裁判所における特許権者勝訴率は60%から70%に達する（“Where to win:patent-friendly courts revealed” 米国フィネガン法律事務所Finneganによるまとめ <http://www.finnegan.com/>）。

する要件を日本人専門家から聞くにつれ、優秀な欧州の同僚たちが溜息をつき、落胆していくのを何度も経験してきた。相手に「面倒くさい」「わかりにくい」と思われれば、日本市場は彼らの関心から外れていく。それでも、はっきりした事実、証拠に基づく判断であればまだ救いがあるけれども、証拠収集の方法について、日本の法制度は十分に整備されているとは言い難い。米国のディスカバリー程でないにせよ、ドイツにも、訴訟提起前のインスペクション制度があり、この制度を通じて重要な証拠を収集し、勝敗がかなり早い段階で判明することにもなる。このインスペクション制度には、ドイツ特許実務の神髄が表れている。

5. ドイツ特許侵害訴訟の体験とその醍醐味（但し、権利者）

ドイツ特許訴訟は原告の勝率が6割から7割ほどに及ぶ。特許侵害性の立証方法の充実ぶりと、クレーム解釈の広さ、それに欧州特許からのブランチオフによるドイツ実用新案権に基づく権利行使の三点は、日本と大きく異なる。ここでは、特に喫緊研究課題とされているらしいインスペクション制度に関して、経験したところを述べてみたい。詳細な法解釈や判例に関しては、今後機会を見て是非お伝えしたいと考えている。

(1) インスペクション制度

方法クレームを含む場合や、侵害疑品が高価である場合等、権利者において侵害立証のための証拠の入手が困難である場合、侵害訴訟の提起前に、特許権者が裁判所に対し、inspection orderの申立を行うことがしばしば行われる。裁判所はこの申立に基づき、当事者から中立な、当該侵害性判断に必要な専門的知識背景を有する者をinspectorとして任命し、特許侵害性に関して、その充足性の判断をさせることができる。インスペクターは、侵害疑品の存在が推測される場に赴き、当該特許侵害性の有無につき、クレーム毎に充足性判断に必要な情報を適宜収集し、この検討結果を意見書にまとめ、裁判所に提出することになる。この証拠収集方法は、訴訟提起前に、侵害性を基礎づける決定的な証拠を獲得できる手段として、非常に有用である。しかし、この手続きは、日本人実務家にとっていささかショッキングな制度でもある。

(2) 有用な点

まず、ポジティブな点について述べたい。

日本の実務では、十分な証拠を得ることは困難な場合が多く、しばしば訴訟開始後の文書提出命令を当てにするような苦しい場合もある。しかし、ドイツの実務では、インスペクション命令が得られれば、訴訟提起前に、「中立的立場」の専門家が相手方乃至第三者のサイトにおいて、侵害性立証に必要な限りあらゆる関連証拠を収集し、その場の相手方・第三者の従業員に対してヒアリングを行うこともある。これらによって得た客観・主観証拠に基づき、侵害性について、インスペクターは専門的識見に基づいて侵害性の判断を下す。この意見を得ることで、早期に侵害性に関する立証の見通しがつく。

(3) 留意すべき点

次に、私の個人的経験に基づいて、出来る限り客観的に留意点についてお伝えしたい。

実務では、まず、インスペクターとして誰が相応しいかが非常に重要である。このインスペクターが、裁判官に対して説得的であるかどうかによって、其の帰趨が分かれてくるのは容易に想像がつくところであると思う。それゆえ、インスペクターの専門性、中立性については、高いレ

ベルで透明性が確保されるものという理解でいた。

しかし、この点で、私が実際に経験したことは、私の想定を超えていた。つまり、柔軟過ぎのように思われた。まず、インスペクターの中立性についての驚きである。特許権者は、インスペクターとして相応しい専門的識見がある者を自ら選んで、インスペクションオーダーの申立において、裁判所にインスペクターとして申請する。裁判所は、この候補者の背景などに関し、積極的に中立性を害するような事情が判明しない限り、この申立に基づいてインスペクターを選任してしまっていた。かかる候補者が、申立権利者の研究所で働いていた等の事情が判明しない限り、「多少」の特許権者との関連性は問われていない。

そして、次に、インスペクション手続において、インスペクターに紛争の核心を如何に理解してもらえるかは、権利者側にとって非常に重要になってくるところ、インスペクションオーダーが裁判所によって決定された後、インスペクションに着手する前に、インスペクターは、特許権者の代理人事務所において、特許権者及びその代理人から、特許権の内容及びその特許製品に関する技術説明を受け、これを通じて「問題の所在を理解する」のである。インスペクターは、特許権者の代理人から、特許製品のビデオを見せられて、それを元に再度特許明細書及びクレームを咀嚼し、相手方の製造している侵害被疑品をテーブル上に、相手方の誰も同席していない場所で説明を受けていた。

更に、インスペクションの実行の際、相手方の抵抗によって実効性を損なわれる可能性が高い場合には、警察力で強制的に抵抗を排除することもできるし、また、相手方の同席がない場合であっても、証拠隠滅のリスクが高い場合には、インスペクションを実行できるように事前に裁判所に付帯請求の形で求め、これが裁判所によって認められれば、相手方の臨席なくしてインスペクションを実行できてしまう。

そして、インスペクションの結果は、インスペクターによって報告書の形でまとめられ、侵害性についてクレーム毎に当てはめ、判断がなされる。この結果そのものに対して、侵害被疑品の製造者等は、反対尋問等の機会は保障されず、もはやチャレンジできない。これは、インスペクションオーダーは、裁判所の決定にかかるもので、インスペクターは当事者どちらか一方の側の人物ではないとされるからである。従って、侵害性を争う側としては、訴訟開始前から、かなり不利な状況に追い込まれてしまう。

(4) 技術優位思想？

上記のようなインスペクションの実務は、日本での実務経験、すなわち、強制的な手続を行う場合には、当事者双方に対して、厳格な手続保障が必須の要件となるべきであるという大原則を実践してきた身からすると、やはり違和感は拭えなかったが、これこそがドイツの *patentee favorable* (権利者優位) な実務の真骨頂である。その極意は、おそらく、ドイツでは、技術革新による企業の発展こそが国家の礎であり、特許はその技術革新を支える基盤となる根幹をなす制度であるところ、特許された技術は、客観的データ等によってその内容が客観的に担保され得る。すなわち、裁判手続の手続保障を多少権利者側にシフトしても、その権利行使において、技術的裏付けがあったならば、十分にその侵害性の判断の正当性を客観的に担保し得る、という技術優位思想である。

インスペクション制度の淵源は、フランスにあるのだが、どうやらこのような技術優位思想に基づく実務の在り様は、オリジナルとは相当に異なっている。

日本にインスペクション制度を導入することで、証拠収集を充実させるべきだという動機には、私も大いに共感する。但し、上記したように、ドイツの制度の「直輸入」には懐疑的である。

それは、自身の経験から、果たして日本の実務家に、「技術優位思想」をここで導入して果たして違和感を覚えないだろうか、という肌身感覚による。技術に関連する以上、確かに「客観的判断」は可能であろうが、他方で手続保障も重要な裁判のバックボーンであり、また、技術的判断が、判断者の主観から全く自由かというところでもない。導入にあたっては、上記の実態を十分考慮された上で行われるのが望ましいと思われる。

6. その他

少しだけ、ドイツ実用新案権と、機能的解釈の二点につき言及しておきたい。

ドイツでは、欧州特許出願がgrantされる前、或いはそれが異議手続にかかっている間は、ドイツ実用新案権へのブランチオフ出願が可能である。これには、審査手続がないため、出願後ほぼ一か月以内に権利化できてしまう。それゆえ、競合他社は、出願人の欧州特許出願がまだgrantされていないからといって、うかうかしてられない。突如攻撃を受ける可能性がある。逆に、出願者側からすれば、未だgrantされていないうちから、競合他社の侵害疑品が出てきたならば、ブランチオフによって、実用新案権を権利化し、その権利行使によって侵害品を排除できる可能性がある。実用新案権といえども、ドイツでは特許権と同様に扱われる。審査手続がなく権利化されても、権利行使に当たっての権利有効性の判定など不要である。

次に、ドイツの特許侵害訴訟では、均等論によることなく、「クレームの機能的解釈」により、かなり広範な文言侵害性が認められている。日本の実務では、均等の主張は、いわば文言解釈によればクレームの射程外であることを権利者自らが認めた上での主張の形になり、原告としては文言解釈ではカバーできないことを自ら言わざるを得ないように思われるが、ドイツの実務では、機能的解釈により、非常に広く文言侵害性を肯定するため、原告はあくまで文言侵害性を強く主張していく形となる。

こうした事情により、非常に高い原告勝訴率が確保されているのであるが、この背景には、実務家の練度の高さ、裾野の広がりもあるように思われる。

7. 結 語

本稿では、ドイツでの体験談を軸に、欧州知財事情をもう少し広くカバーする予定にしていた。しかし、今秋、急遽、ミュンヘンの最も風光明媚なイザール川の畔の英国庭園に面した特許事務所から、ミュンヘン中心部の欧州特許庁にもほど近い処に位置する欧州の大法律事務所のミュンヘンのブランチオフィスに移籍が決まり、クライアント企業へのあいさつと案件処理のために数度日本との往復に加え、欧州のブランチオフィスにあちこち飛ばねばならず、こうした個人的事情から、とても時間が足りなくなり、伝えきれないもどかしさを抱えたままになってしまった。様々な事情については、今後改めて機会を見つけて、お伝えするようにしたい。