

ドイツの法律事務所が記入した回答を含む海外質問票¹

<設問>

Q1： 2010年4月以降の制度等の変更の有無

2010年4月以降、貴国において、先使用権に関する制度等の変化（法律の改正、規則・運用の変更、裁判上での運用の変更、勝訴・敗訴の割合の傾向の変化など）はありましたでしょうか。変化があった場合には、その時期、背景をお教えてください。なお、我々の理解は以下です。

<我々の理解>

制度等の変化無し

<回答>

2010年以降、非公開の先使用権制度について関連する変更はなされていない。

<設問>

Q2： 先使用権の根拠条文

先使用権に関する条文、規則について、以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教えてください。

<我々の理解>

ドイツ特許法第12条（Patent Law of Dec. 16, 1980, as last amended by Laws of Jul. 16 and Aug. 1998）。第12条

(1)特許は、出願時に既にドイツでその発明を実施していた者又は実施のために必要な準備をしていた者に対しては効力を有さない。当該人は、同人自身の事業の必要のために同人又は他人の工場若しくは作業場においてその発明を使用する権利を有する。この権利は、事業とともにする場合にのみ、相続又は譲渡することができる。出願人又はその前権利者が特許出願前にその発明を他人に開示し、かつ、特許が付与された場合の同人の権利を留保した場合は、当該開示の結果としてその発明を知った者は、同人がその開示後6月以内に取りった措置を第1文の規定に従って援用することはできない。

(2)特許所有者が優先権についての権利を有している場合は、(1)にいう出願日ではなく、先の出願の出願日が基準となる。ただし、この規定は、外国の国民が外国出願の優先権を主張したときに、優先権に関する相互主義を保証していない国の国民には、適用されない。

<回答>

その理解で正しい。

<設問>

Q3： 詳細な文書の有無

貴国の先使用権制度に関する詳細な文書の有無について質問します。貴国に、先使用権制度に関する施行規則等の詳細な規定がありましたら、その内容についてお教えてください。

<回答>

該当するような規則又は詳細なガイドラインは、ドイツ国内法には存在しない。

<設問>

Q4： 趣旨（経済説、公平説等）

貴国の先使用権制度の趣旨について、以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教えてください。

<我々の理解>

先使用権制度の立法趣旨は、公平の見地から先使用者の既存の営業的又は経済的占有状態を保護するところであり、発明を既に利用している既存の設備、又は、発明を利用する意思が実施の準備によって証明され

¹ 特許庁委託の平成27年度産業財産権制度問題調査研究において、海外質問票をドイツの法律事務所（HOFFMANN EITLÉ（回答責任者氏名・肩書き等：Dr. Esther Pfaff | ドイツ弁護士）<http://www.hoffmanneitle.com/en/>）に送付し、これに対して法律事務所が記入した回答を含む海外質問票の全文です。ドイツの法律事務所に対しては、英語で海外質問票及び回答を得たところ、法律事務所が記入した回答を含む海外質問票の全文の和訳を掲載しています。<我々の理解>の記載については、特段の記載がない限り、「平成22年度特許庁産業財産権制度各国比較調査研究等事業「先使用権制度に関する調査報告書」 社団法人日本国際知的財産保護協会 2011年3月」の結果を参考にして作成され、事前に回答者に示されたものです。また、<設問>又は<我々の理解>においてウェブサイトのURLを付記した情報は、海外質問票の送付時の当該ウェブサイト掲載内容に基づくものです。

ている既存の設備に注いだ労力、時間及び資金が無駄になるべきではなく、その種の占有状態が他者による特許出願によって無効になるべきではないという考えに基づくものである。先使用権によって保護されるのは、対応する事業の実施又は準備によって取得した占有状態である。

<回答>

その理解で正しい。

<設問>

Q5： 制度導入の背景（特定の国の法制等をモデルにしていた等の経緯があるか）

貴国の先使用権制度の導入の経緯あるいはモデルとなった法制について教えてください。

<回答>

現在のドイツ特許法第 12 条と同様の非公開の先使用に係る権利に関する規定は、既に最初の 1877 年ドイツ特許法の当時の規定に含まれていた。またその後、欧州において統一特許を確立する最初の試みであった 1975 年統一特許条約 (Unitary Patent Convention) に含まれていた。この 1975 年の条約は発効するに至らなかったが、あらゆる欧州特許法の重要なモデル規定となっており、今日の欧州特許法のほとんどが調和したものとなっている主な理由となっている。1975 年条約の起案においては、ドイツの学者が中心となって大きな影響を与えた。そのため、ドイツの先使用権に関する規定が、全ヨーロッパのこの適用除外に関する規定を導入する主な誘因となったと言ってもよいだろう。

<設問>

Q6： 先使用権が認められるための個別要件及びその解釈

ドイツ特許法第 12 条（又はその他）で認められる先使用権の個々の要件とその解釈について、以下のよう理解しております。追加情報、認識の誤り、2010 年 4 月以降の変更等、ありましたら、教えてください。

<我々の理解>

ドイツ特許法第 12 条によれば、先使用権が認められるために、以下が必要とされる。

A： 発明の所有、及び

B： 発明の実施（発明の「使用」）又は発明の実施を開始するための「必要な準備」により発明の所有が確認されること

ここで、「実施」又は「必要な準備」は、ドイツ国内で行われた場合のみ、先使用権の正当な根拠となり得る点に留意すべきである。したがって、ドイツ国外で行われた行為によっては、先使用権を成立させることができない。そのため、関連する特許が出願される前に、ドイツ国内で商品の製造、使用、販売等を行っていない日本企業は、ドイツにおいて先使用権が認められない。

また、先使用権制度は、特許権の排他的保護の例外として、抗弁と考えられていることに留意すべきである。先使用権は、特許権者の法的地位の抜け穴と例えられる。ドイツにおける法的実務に従えば、他人の権利に対する例外を規定する規則は、厳格に解釈されなければならない。したがって、ドイツの裁判所は、先使用権の成立要件については、厳格な規則を發展させてきた。

すなわち、裁判所は、先使用権を他者の出願前に生じた先使用又は活動の実際の対象に厳密に限定して認めている。そのため、ドイツに製品を輸入し、製品を販売するだけの企業は、輸入及び販売に限定して先使用権が認められるが、例えば、ドイツ国内での生産については、先使用権により保護されない。

「発明の所有 (possession)」とは、先使用者が、当該特許により得られる技術的な解決手段を、その複製を組織的に行うことが可能な程度に理解していることを意味する。

デュッセルドルフ地方裁判所が、“Desmopressin” 事件判決において判示したとおり、発明の所有は、先使用者が当該発明の技術的利用方法を知っている場合に証明される。当該先使用者は、当該発明の機能を総合的かつ科学的に理解していることを証明する必要はない。先使用者は、発明を説明し組織的に利用できなければならないが、当該発明の基礎となる科学的知識及びにその進歩性又は新規性を認識している必要はない。

“Desmopressin” 事件においては、被告は特許の付与された医薬品を複製することは可能であったが、当該被告の取った措置のうちのいずれかが当該医薬品の品質改良に貢献したかを認識していなかったことから、当該被告に先使用権は認められない、と原告は主張した。同裁判所は、当該被告が当該医薬品を組織的に複製する方法を理解していた以上、かかる主張は適切ではないとの判断を下した。

発明の所有が認められるには発明を実施する必要がある。「先使用者は、ドイツ特許法第 9 条及び第 10 条に定める行為、すなわち、特許製品の製造、販売の申出、販売、使用、輸入、若しくは実際の所持のうちの

いずれかを行うことにより、かかる要件を満たすこととなる。」「1 回限りの先使用行為及びドイツ特許法第 10 条に定める間接侵害も当該要件を十分に満たすとされている。」しかしながら、先使用行為は、先使用者の当該製品の商業化に向けた真摯な意思を明白に示すものである必要がある。先使用者が、かかる行為を優先日時点において行っていない場合にも、発明の使用を開始するために必要な準備を行っていれば十分である。

上述のとおり、発明の使用若しくはそのための必要な準備は、ドイツ国内において行われていたことを要する。「欧州における「物の移動の自由原則」(EU 条約第 34 条から第 36 条まで) 上は、他の EU 加盟国において行われた先使用行為に対して国内における先使用行為と同一の法律上の効力を認めることを求められてはいない。」

また、デュッセルドルフ裁判所は、製品を商業化する真摯な意思を先使用権の追加的な要件として求めている。これらの判例によれば、「かかる真摯な意思は、例えば、当該発明の機能をテストする目的若しくは潜在的顧客に紹介する目的で製作若しくは考案された試作品若しくは模型からは推測できないとされている。」

さらに、ドイツ特許法第 12 条の要件を解釈する場合には、当該規定の目的を踏まえて当該解釈が行われる必要があることに注意が必要である。ドイツ特許法第 12 条は、先使用者の行った努力及び出資が、第三者の特許により無駄にされることを防止することを目的としている。したがって、「当該特許権者とは無関係に当該発明が所有されるに至ったことが不可欠である。」この原則の適用上、先使用者が特許権者と契約関係にあり、当該契約の履行により当該発明を所有した場合には、発明は独自に所有されたとはいえない。「発明を使用する権利は当該契約自体に基づき生じるものであり、当該発明の使用者はこれとは別に先使用権を主張することはできない。

<回答>

その理解で正しい。

<設問>

Q7： 善意の意味（条文上の有無と定義の有無）

ドイツ特許法第 12 条は、諸外国の条文に見られる、善意 (in good faith) を要件としていないと我々は理解しています。追加情報、認識の誤り、2010 年 4 月以降の変更等、ありましたら、お教えください。

<回答>

上記の理解は完全に正しいという訳ではない。つまり、少なくとも、誤解を与え得るものだといえる。ドイツ特許法第 12 条の文言は、確かに善意での行為を直接的に要求してはいないが、善意という概念は間接的に、同規定の適用に関連している。したがって、先使用権は、内密に先使用を行っていた者が当該の発明を特許権者から悪意によって取得した場合には、成立しない（連邦通常裁判所、BGHZ 6, pg. 172; GRUR 1964, pg. 673; BGHZ 182, pg. 231）。その後、先使用権者が、そのような悪意によって発明を実施する場合、先使用権を行使することはできない。

例えば、特許権者と非公開の先使用権者との間に従前の契約関係があった（例えば、契約生産の場合など）が、当該の関係において先使用権が譲渡されていない場合には、先使用権は与えられない。この場合、先使用権者は、その開発に関与していたとしても、その発明を実施する権利を付与されることを善意で期待することはできない。例えば、発明が守秘義務を課してのみ伝えられていた場合、又は従業員が自分の会社が開発した発明を秘密で実施する準備していた場合などには、悪意による行為をなす（例えば、デュッセルドルフ上級地方裁判所 1980, pg. 170 を参照）。

さらに、悪意の行為の一例は、第 12 条 (1) 第 4 文により、実際に先使用行為が行われる 6 か月前までに先使用権者と特許権者の間で開示がなされ、かつ、この開示において、特許権者が発明に対する権利を留保していた場合と定義されている。

<設問>

Q8： 当該特許権に係る発明者から発明を知得していた場合に認められるか

出願人から発明を知得していた場合に先使用権は認められるか否かについて質問します。

ドイツ特許法第 12 条では、「出願人又はその前権利者が特許出願前にその発明を他人に開示し、かつ、特許が付与された場合の同人の権利を留保した場合は、当該開示の結果としてその発明を知った者は」とあります。この条文について、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010 年 4 月以降の変更等、ありましたら、お教えください。

<我々の理解>

先使用者が後に出願された特許の1以上の発明者／出願人から発明を知った場合でも先使用権に影響を及ぼさない。したがって、当該特許権に係る発明者から発明を知得した場合でも、一般的には先使用の主張が認められる。しかしながら、出願人又はその権利承継者が発明を特許出願前に他の者に開示し、かつ、その際、特許が付与された場合の自己の権利を留保した場合には、ドイツ特許法第12条(1)第4文から直接導かれるとおり、先使用について判断する際に、こうした開示の後6か月以内に先使用者が取った手段は考慮されない。

<回答>

この理解は完全に正しいという訳ではない。先使用権者が後願特許出願の発明者又は出願人から発明について知得した場合、その後、先使用権者が、悪意によって行為し、優先日より前に独自の目的のために当該発明を実施するとしたら、その先使用権に影響してくる。この悪意の要件は、上記で指摘されているような特許権者による開示又は権利の留保とは無関係に存在している。

<設問>

Q9：先使用権の基準日はいつか

ドイツ特許法第12条(2)には、「特許所有者が優先権についての権利を有している場合は、(1)という出願日ではなく、先の出願の出願日が基準となる。」とあります。この特許出願日について、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教えください。

<我々の理解>

ドイツ特許法第12条に従って、先使用権の基準日は「特許出願の出願時」である。しかしながら、もし特許権者が優先権を主張している場合には、サブパラグラフ(1)の「特許出願の出願時」は「優先出願の日」に置き換えられなければならない。

ドイツ特許法第12条(2)が、パリ条約第4条に基づく優先権を対象としているだけでなく、特に、先の国内出願に基づく優先権(ドイツ特許法第40条)、並びに、相互主義が保証されていることを条件として、パリ条約の同盟国ではない国において行われた外国出願に基づき成立し得る優先権についても対象とされている。

<回答>

その理解で正しい。

<設問>

Q10：実施の準備の意味(定義の有無)

ドイツ特許法第12条では、「実施のために必要な準備をしていた」とあります。この条文の意味について、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教えください。

<我々の理解>

ドイツ特許法第12条(1)は、先使用権は、ドイツにおいて発明の実施を始めるのに必要な「準備」が特許出願日／優先日以前にドイツにて行われることにより成立する旨を規定している。

連邦通常裁判所がTaxilan事件判決(1963年5月21日)において特定しているように、先使用権を主張する企業は、特許／実用新案の出願日／優先日以前に発明を商業的に実施するとの明確かつ無条件の(unconditioned)決意をしなければならず、このような発明を実施するための準備(実際に、この発明を実施するという決定が実行されている)により先使用権が認められる。

その後、連邦通常裁判所は「実施のために必要な準備」について次の二つの要件を確立した。

A：発明を実施するための準備は、発明を後になって実施することを意図するものでなければならない。

B：準備は、発明を近い将来に実施する真剣かつ明確かつ無条件の(unconditioned)意図を示すものでなければならない。

上記の要件は、個別事例の特殊な事情に鑑みて適用される必要がある。

模型の製造で十分であるとライヒ裁判所判決にて判断されたことがあったが、これより後の判決では、例えば、連邦通常裁判所が1963年1月22日の判決において決定したように、かかる製造では十分ではなく、「必要な準備」を示すものではないと判断されている。

さらに、特許又は実用新案の出願又は出願の準備では十分ではないとされている。この理由は、この行為が当該発明を近い将来実施する明確かつ無条件の(unconditioned)意図を示すものではないためである。

したがって、各事例について、それぞれの個別事情を鑑みて、検討しなければならない。

また、デュッセルドルフ地方裁判所は、“Wirbelkammer”の判決においても、Draft Version Iと称する組立図の作成は、単に当該事業者がその技術的思想を認識していることを示すにとどまり、当該事業者がかかる技術的思想を商業化する意思を有していることを明白に示すものではないことから、先使用行為としては不十分であるとの判断を下した。

その一方で、医薬品の販売承認を申請する行為は、発明を商業化する意思を十分に明示するものであるとされた。

<回答>

その理解で正しい。

一般には、「必要な準備」の要件について、裁判所は高い基準を設定していると見ることができる。当該の準備は、実際に発明を実施できる段階に近いところまで来ている必要があり、発明を実施する真摯な意図を示すだけでなく、当該の実施が目前に迫っていることを示さなければ十分ではないのかもしれないと言えることができる。

<設問>

Q11： 実施又は準備の実行場所

実施又は実施の準備が先使用権の要件となっている場合、その行為は、どこで行うことが求められていますか（国内、条約締約国の範囲内等）。

<回答>

先使用権は、いわゆる国内における抗弁であるので、その実施又は準備はドイツ国内で行われなければならない。

<設問>

Q12： 特許出願前に実施していたが、基準日には実施していない場合に認められるか

基準日以前には実施していたが、その後実施を中断し、基準日には実施していなかった場合について質問します。

先使用権の要件である実施について、その実施は出願日以前に実績があれば十分なのか、あるいは実施の開始から基準日まで継続していなければならないのか、特に、基準日（出願日あるいは優先日）に、実施を中断していた場合でも先使用権は認められるのか、これらの点について、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教えてください。

<我々の理解>

先使用権が発明の「実施」に基づき認められるものである場合には、発明の出願日／優先日までこの「実施」が中断することなく継続していることは必要とされない。装置又は方法が先使用権者の「目録」（これは、必要に応じて企業が適用する装置又は方法を意味する）に含まれるものであれば、十分である（フランクフルト地方裁判所，GRUR 67, 136, 137）。特に、ストライキ、火事、原材料の不足等の不可抗力により一時的な中断があった場合には、先使用権の成立を妨げる原因とはならない。

しかし、出願前に技術的その他の理由から自発的かつ最終的に実施が中断される場合には、先使用権が損なわれるか、又はその確立は妨げられる（連邦通常裁判所，GRUR 65, 411, 413 Lacktränkeeinrichtung, 69, 35, 36 Europareise）。

このように、先使用の対象となる「実施」に関しては、使用を中断することは可能であり、主に先使用権者の意図によって異なるので、正確な期限を定めることはできない。

ただし、この点は、ドイツ特許法第12条にいう発明の実施のために「必要な準備」については異なっている。というのは、必要な準備は、それぞれの特許又は実用新案の出願日まで中断することなく継続して行われていなければならないのである。つまり、一切中断することは許されない（連邦通常裁判所，GRUR 69, 35, 37; Europareise）。何らかの中断がある場合、それは発明の対象を近々実施する意図が欠如するものと解釈される。もっとも、この近々実施する意図は維持されなければならない、また実施される行為によって持続的に確認されなければならない。

少なくとも先使用権者が積極的に障害を克服しようとする場合には、不可抗力による中断のみ、（特にそれが原料がないことと関連している場合）余り関係のないものだと考えることができる（連邦通常裁判所，GRUR 52, 564, 567, Wäschepresse）。例えば、判事に説明できないような2年以上の中断期間があることを理由として、先使用権が否定されている。

さらに、実施するための準備がドイツ国内において開始され、出願前にはかかる準備がドイツ国外でしか継続されていなかった場合には、先使用権は認められない（連邦通常裁判所，GRUR 69, 35, 37）。

<回答>

その理解で正しい。この質問に関連する全ての判例は上記に掲載されている。

<設問>

Q13： 輸入行為が対象となるか

貴国において輸入する行為は先使用権の対象となるのかについて、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教えてください。

<我々の理解>

先使用権の対象となる。「使用」とは、ドイツ特許法第9条に定める全ての侵害行為を指し、輸入行為（市販を目的とする輸入行為）は侵害行為に該当することが明確に定められている。その一方で、製品がドイツ国内を通過したことにより先使用権が生じることは、ほとんどないものと思われる。

<回答>

その理解で正しい。

<設問>

Q14： 輸入販売の先使用権

外国企業が自国で生産した製品を貴国で輸入販売しようとする場合に、先使用権を確保するために留意すべき事項について、お教えてください。

<回答>

外国企業が輸入販売に基づき先使用権を行使したい場合については、考慮しなければならない特定の要件は存在しない。既に述べたとおり、ドイツ特許法第9条に基づき国内での侵害行為とされる行為は全て先使用権を生じさせ得る。したがって、国内での販売は、先使用権の根拠となり得る行為としての資格を有する。外国企業がその権利について、輸入行為を根拠としたいのであれば、輸入が単なるドイツ国内の通過ではなく、確実にドイツ国内における商業的（かつ侵害する）行為のために行われるようにしなければならない。後に侵害訴訟のリスクがある場合に備えて、何らかの証拠を準備することを考慮するのであれば、当然のことながら輸入について文書で十分に裏付けておくべきである。特に、輸入された製品の時点及び仕様を明確に証明しなければならない。タイムスタンプのような証明手段については、後で詳しく採り上げる。

<設問>

Q15： 輸出行為が対象となるか（純粋な輸出行為が特許侵害となる場合）

貴国において、輸出行為が先使用権の対象となるのかについて、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教えてください。

<我々の理解>

先使用権の対象となる。ドイツ特許法第9条は、「輸出」を明確に侵害行為として定めてはいないが、確立した判例によれば、「輸出」は市販に該当する可能性がある。」したがって、ドイツ国内において市販が開始された場合であれば、先使用権を認めるためには十分であるものと思われる。

<回答>

その理解で正しい。

<設問>

Q16： 実施の意味（新規性との関連：公然実施されていた場合の当該特許の新規性は喪失しないか）

ドイツ特許法第12条では、先使用権の要件として「既にドイツでその発明を実施していた」が規定されています。この「実施」に「公然」が含まれるとすると、当該特許の出願日あるいは優先日の時点で公知であるとも考えられ、先使用権の問題ではなく、当該特許の新規性の問題とも考えられます。これらを踏まえ我々は先使用権の要件である「発明の実施」と特許の無効との関係について、以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教えてください。

<我々の理解>

先使用権制度の立法目的は、公平性の見地から、発明を使用するため若しくはそのための準備をするために行われた努力及び出資を無駄にするべきではないという考えに基づき、先使用者の地位を保護することである。

発明がその関連分野における先行技術となるような態様によって公然実施されていた場合には、当該発明はドイツ特許法第3条(1)の規定により新規性を喪失する。新規性の喪失は特許の無効事由を構成する。この場合、先使用者は、先使用権を立証しなくとも当該発明を引き続き使用することができる。しかしながら、発明の使用若しくはそのための準備が行われれば常に発明が先行技術の一部となるという意味での公知となるわけではない。例えば、会社は、競争上の優位性を獲得するため、その製造過程において発明を開示せずに発明を使用することもある。

先使用行為が同時に新規性を喪失の原因にも該当する場合には、被告は、特許権侵害について訴えられた場合にはその抗弁において当該被告の先使用権並びに（当該特許の）新規性の喪失のどちらも主張することができる。この二つの抗弁は相互排他的なものではない。

<回答>

その理解で正しい。

<設問>

Q17: 先使用権者が実施できる範囲（物的範囲）

ドイツ特許法第12条には、先使用権者が実施できる範囲について、「当該人は、同人自身の事業の必要のために同人又は他人の工場若しくは作業場においてその発明を使用する権利を有する。」とあります。この条文の意味について、お教えてください。

<回答>

この規定は、その目的に照らして解釈されなければならない。Q4への回答で指摘したとおり、先使用権制度の立法目的は、先使用権者の地位と現在の事業を手に入れるためになした努力を保護することにある。既存の事業に費やした労働時間と資金は無駄にされるべきではなく、またそのような地位の所有は、他者の特許出願によって無効化されるべきではないという考え方が基礎にある。これは、先使用権者が自身の事業の必要のために当該発明を実施する権利を有する、すなわち、優先日前に又は特許の出願前に行った努力を継続する権利を有することを意味する。もっとも、先使用権者は、先使用権を資産として譲渡したり、例えば被許諾者に引き渡したりする権利は有さない（連邦通常裁判所、GRUR 1992, pg. 432）。この解釈は、先使用権が増殖するのを避けるものである。というのは、そうでなければ、保護は関連する時点における先使用権者の現状の単なる保護以上のものとなってしまふと考えられるからである。

先使用権者は、自らが行った投資及び努力が保護されるので、自身の行った全ての事業上の努力から完全に利益を享受する権利を有する。それに関しては規模の制限は適用されない。先使用権者が、優先日前に適用していたものと同じの実施行為を続ける限りは、先使用権者は、事業の許す限り、自由にその生産量を増加させることができる。「同人又は他人の工場若しくは作業場」という語句は、これに関連して、先使用権者には、契約生産業者を雇用することが認められており、この者が同人の工場における先使用に対する権利から恩恵を受けることを示唆している（連邦通常裁判所、2012年5月22日、X ZR 129/09 Nabenschaltung III）。契約生産業者が先使用権の恩恵を受ける場合、これは先使用権が実際に増殖することにはならない。つまり、それが譲渡された場合と同様である。契約生産業者は先使用権者の指示に従って実施するだけであるので、契約生産業者は、独立した経済主体ではなく、先使用権者の事業の延長として考えるべきである。

この原則の例として、Nabenschaltung III 判決では、自転車の製造業者が特許で保護されていた遮断装置の製造に係る先使用権を保有していた。自転車製造事業が、先使用権とともに譲渡されたが、契約上の取決めにより、買い手は売り手と協力し続けた。売り手は、引き続き自身の工場では遮断装置の個々の部品を製造し、それらを買手手に販売し、買手はそれらを組み立て、完成品として販売した。ミュンヘンの上級地方裁判所は、控訴審として、売り手の場所において現在も製造の一部が行われているので、買手は先使用権を行使できないと判示した。控訴裁判所によれば、先使用権を分割することはできないので、そのような内容の取決めはできない。連邦通常裁判所は、この判決を破棄し、全体のプロセスについて経済的に管理しているのが買手であること、そして売り手が委託製造業者として参加しているだけであることを理由として、先使用権は分割されることなく、買手がこれを保有しているのが明らかであると判示した。このように判示されたのは、買手が最終製品の外観を示すことができ、売り手には部品に変更を加える権利がなかったからである。また、最終的に製品を市場に置いたのは買手であった。したがって、買手のみが市場に参加しているため、このような契約上の取決めは、先使用権の増殖にはつながらない。

<設問>

Q18： 生産規模の拡大の可否

先使用権者は、他者の出願後に、生産規模を拡大することが認められるのか、認められるとすれば、どの程度までの拡大が認められるのかについて、お教えてください。

<回答>

上記で説明した通り、先使用権者が同じ先使用行為を続ける限りは（Q21 への回答も参照）、規模に制限はない。

<設問>

Q19： 輸入数量の拡大の可否

先使用権者は、他者の出願後に、輸入数量を拡大することが認められるのか、認められるとすれば、どの程度までの拡大が認められるのかについて、お教えてください。

<回答>

他者の出願後の輸入量についても、同じことが言える。既に優先日前に輸入が先使用権者の行っていた活動の一つであった場合には、先使用権が分割、移転又はライセンスされていない限りは、規模に制約はない。

<設問>

Q20： 実施地域の変更の可否

先使用権者は、他者の出願後に、実施地域の変更をすることが認められるのかについて、お教えてください。

<回答>

先に指摘したとおり、先使用権は、国内において侵害に対する抗弁となる。これは、ドイツ国内において先使用権が生じるためには、優先日前にドイツで実施が行われていなければならないということである。先使用権者は、先使用権を譲渡したり分割したりせず、受託生産業者を介して自身で実施するだけである限りは、自由に実施地域を変更することができると考えられる。というのは、先使用権者の事業全体が別の地域へと移るからである。地域の変更について明確に関連する連邦通常裁判所の判例は存在しない。先使用権者が地域を変更する権利は、自身の事業の範囲内（連邦通常裁判所, GRUR 2012, 895 Tz. 35 - Desmopressin; RC Düsseldorf InstGE 10, 12; and decisions of the former Reichsgericht, RGZ 78, 363, 365; RGSt. 6, 107, 110 f.）、又は、他人の工場若しくは作業場（Q17、特に、連邦通常裁判所、2012年5月22日、X ZR 129/09 Nabenschaltung III を参照）の範囲内で発明を実施する先使用権利から生ずる。

なお、その工場若しくは作業場（例えばその受託生産業者）は自身の事業と同様、その地域を変更することができる。

<設問>

Q21： 実施行為（製造、販売、輸入等）の変更の可否

先使用権者は他者の出願後に、実施行為（製造、販売、輸入等）の変更をすることが認められるのか、認められるとすればどの程度の変更までが認められるのかについて、お教えてください。

<回答>

先使用権の趣旨は、優先日前になされた努力を保護することのみであるので、先使用権者は、一般に優先日前に自身が発明について行っていた実施行為にのみ限定される。例えば、先使用権者が問題となっている発明を譲渡しただけで、それを自身で製造していない場合、先使用権は、先使用権者に対し製造工場を始める権利を与えない。もっとも、優先日前の活動に、当該発明の製造も含まれていた場合には、包括的な実施権により、申出、販売等の将来的な活動が含まれるというのが長年の判例法となっている。

<設問>

Q22： 実施形式の変更（製法の変更）の可否

先使用権者は、他者の出願後に、他者の出願の出願前に実施していた発明の実施形式と、出願後に実施している発明の実施形式が異なるなどの実施形式の変更（例えば、他者の出願前に、塩酸を使用する A 合

成方法を実施していたが、出願後に硝酸を使用する A 合成方法へ実施行為を変更する。特許権は、酸（塩酸、硝酸の上位概念）を使用する A 合成方法とするなど、生産工程が変更される場合が想定されます。）をすることが認められるのか、認められるとすればどの程度の変更までが認められるのかについて、お教えください。

<回答>

先に指摘したとおり、先使用は、通常の特許権の例外であるので、ドイツの裁判所は、これを厳密にかつ非常に狭く解釈している。そのため、実施形式への僅かな変更、すなわち、製造方法への変更であっても、先使用権者の先使用権の範囲から外れることとなる。

上記の例に関して述べれば、どちらの製造方法も特許権の対象となる。もっとも、先使用権の範囲により、先使用権者は、優先日前に適用していた製造方法に制限される。どちらの方法も、特許に実施形態として含まれているときは、ドイツ判例法に基づき、先使用権者が優先日前には知らなかった実施行為、又は同様に特許の対象となっているにもかかわらず単に実施しなかっただけの実施行為に変更することはできない

（連邦通常裁判所、GRUR 2012, pg. 895 Desmopressin）。上記の例では、特許は、上位概念しか使用していない。そのため、先使用権者は、一つの例外があるが、塩酸を使用して A を合成する製造方法に制限される。その変更が当業者にとって自明だと考えられるものである場合、つまり、最初の工程が実施されたときに既に開示／理解されていると考えられる場合には（例えば、両物質が明らかに代替物であるため）、その変更は先使用権に含まれる（RG, MUW 13, 379; 連邦通常裁判所、GRUR 2002, pg. 231, Biegevorrichtung）。

<設問>

Q23： 実施形式の変更（改造等）の可否

先使用権者は、他者の出願後に、生産装置の改造等（他者の出願の出願前に使用していた装置の一部を改造し、改造後の装置も特許のクレーム範囲に含まれる場合を想定しています。）の実施形式の変更をすることが認められるのか、認められるとすればどの程度の変更までが認められるのかについて、お教えください。

<回答>

先使用権者が実施した装置を改造する場合、装置の改造後も先使用権者が特許のクレーム範囲に含まれるかではなく、それによって特許権の意味における製造方法が変更されるかが決定的な点となる。技術的に見て、装置の更新によって、製造方法の改変がもたらされない場合には、装置のそのような変更は認められるだろう。

製造方法が変更された場合、Q22 と同様の制限が適用される。

<設問>

Q24： 下請企業と元請け企業の先使用権

生産形態の一つとして、我が国では下請生産（他の企業に対して製法等を開示して、その指揮命令により生産を行って、製品の全量を引き取る形態）というものがあります。先使用権が認められると仮定して、下請企業と下請元企業のどちらに、先使用権が認められるのか、また、仮に、下請元企業に認められる場合に、下請先の変更は可能なのかについて、お教えください。

<回答>

先に指摘したとおり、ドイツ特許法第 12 条の規定には、既に先使用権者が下請企業を利用できることが定められている（連邦通常裁判所の Nabenschaltung III 判決に言及している Q17 の説明も参照）。

<設問>

Q25： 対抗要件（登録要否）

貴国の先使用権制度に関して、これを登録するような制度が設けられているのかについて、以下のよう理解しております。追加情報、認識の誤り、2010 年 4 月以降の変更等、ありましたら、お教えください。

<我々の理解>

登録する制度は設けられていない。

<回答>

その理解で正しい。

<設問>

Q26： 第三者に効力が及ぶか（再販売）

他者の出願後（優先日以降）において、先使用権者が製造した製品を、第三者が購入して「使用・販売（転売）」することは特許権侵害となるのかについて、お教えてください。

<回答>

一般に、ある製品が先使用権者により製造されている場合には、この製品の購入者も適用除外からの利益を受けることになる（連邦通常裁判所, X ZR 13/69, decision of 17. 11. 1970; OLG Düsseldorf InstGE 11, 193）。ただし、並行特許が有効ではあるが、国内における先使用権が存在しない別の国に当該製品が輸出された場合には特許権侵害となる（Benkard, Commentary to the German Patent Act, § 12, marg. nr. 4）。輸入が優先日前に既に行われていた場合には、輸入者自身も独自の先使用権を所有し得ることに留意されたい。

<設問>

Q27： 移転の可否・態様・譲渡要件等（一般承継に限られるか、事業の実施と伴にする必要があるか等）

ドイツ特許法第 12 条では、先使用権は「事業とともにする場合にのみ、相続又は譲渡することができる。」と規定されております。この条文の意味について、お教えてください。

<回答>

先に指摘したとおり、先使用権は、本質的に先使用が行われていた事業と結び付いている。先使用権者は、それを別の主体に譲渡したり分割したりすること（例えば、数人の被許諾者に分割するなど）はできない。しかしながら、事業全体が譲渡される場合には、先使用権は、当該事業に関連のある資産だとみなされる必要がある。同様の制限は、当然、事業の購入者にも適用される。

<設問>

Q28： 大が小を飲む合併

先使用権を有する企業の買収や先使用権を有する企業の分社により、先使用権がどのように移転するか
の具体的なケースについて、お教えてください。

<回答>

このようなケースを扱った判例法は多くない。

個別のケースにおいて、企業が売却されるグループ企業の一部になった場合が採り上げられている。Schweißbrennerreinigung 事件では、子会社の一つが有する先使用権に基づき、親会社が使用権を請求した。連邦通常裁判所は、これは先使用権の増殖につながると判示した。ある会社が他の会社を支配しているとはいっても、二つの会社は別の主体であるので、先使用権は、先使用権が生じた事業とともにのみとどまる（連邦通常裁判所, GRUR 2005, pg. 567 Schweißbrennerreinigung）

<設問>

Q29： グループ企業で先使用権を共有

例えば、グループ企業の一企業に先使用権が認められた場合、他のグループ関係企業にも先使用権が認められるのか、また、子会社に認められた先使用権は親会社にも認められる、あるいは、親会社に認められた先使用権は子会社にも認められるのかについて、お教えてください。

<回答>

先使用権は、それが生じた事業と密接に関連がある。親会社と子会社という法律上の関連があるというだけで、自動的に、グループ企業全体に先使用権が適用されることはない（連邦通常裁判所, GRUR 2005, pg. 567 Schweißbrennerreinigung）。

<設問>

Q30： 外国製品の輸入販売で製造の先使用権が得られるか

グループ企業や親会社と子会社が国内外をまたぐ場合に、グループ企業や子会社が海外で生産した製品の輸入販売している国内企業には、輸入販売のみでなく、生産についても先使用権は認められるのかにつ

いて、お教えてください。

<回答>

先使用権は、優先日前に行われていた実施態様に制限される。国内企業が後から特許権で保護されるようになった製品の輸入のみを行っていた場合には、その先使用権は、当該の輸入についてのみ認められる。なお、先使用権が国内において抗弁として主張され、国内で行われた行為を根拠としてのみ認められ得ることに注意されたい。

国境をまたいで製造が行われる場合には、これにより、ドイツ国内において先使用権が認められることはできないし、その反対もまた然りである。

<設問>

Q31： 移転の対抗要件（移転後の登録）

貴国において、先使用権の移転が認められる場合、移転について登録する制度がありますか。設けられている場合には、どのような場面、方法で登録するのか（例：移転の対抗要件）、及びその効果について御説明ください。なお、我々は調査により以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教えてください。

<我々の理解>

移転を登録する制度は設けられていない。

<回答>

その理解で正しい。

<設問>

Q32： 再実施許諾の可否

貴国法における先使用権者の再実施を許諾する権原の有無について、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教えてください。

<我々の理解>

再実施を許諾する権原はない。

<回答>

その理解で正しい。この理解は、複数の連邦通常裁判所による決定から確立されている（GRUR 92, 432, 433 - Steuereinrichtung; GRUR 66, 370, 373 - Dauerwellen II）。

<設問>

Q33： 先使用権の消滅又は放棄（事業の廃止、長期の中断との関係）

一旦認められた先使用権が消滅又は放棄されたと判断されることが、例えば、事業の廃止、あるいは長期の中断があった場合にあるのかについて、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教えてください。

<我々の理解>

先使用者は、当該発明の所有若しくは使用を継続しなかったとしても、その先使用権を喪失しない。事業の廃止が決定的になった場合、又は事業が先使用権を除いて承継若しくは取得された場合にのみ、先使用権は消滅する。

先使用者は任意にその先使用権を放棄することができる。先使用権を放棄する意思は明確に示されなければならない。例えば、単なる別の製品の製造という変更があったことにより、推測されるものではない。

連邦通常裁判所は、「先使用者が当該特許出願後数年間にわたり発明の使用を停止したが、当該特許権者がその発明のマーケティングに成功した後になって製造を再開した場合、先使用者はその先使用権を喪失する」との判断を下した。

<回答>

その理解で正しい。

<設問>

Q34： 先使用権の対価

先使用権が認められた場合、先使用権者は特許権者に対して、対価を支払う必要があるのかについて、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教えてください。

<我々の理解>

先使用者が特許権者に報酬若しくはロイヤリティを支払う必要はない。先使用権制度の目的は、先使用者によって特許出願日前に行われた努力及び出資について、当該先使用者に報酬を与えることであり、また、先使用権の範囲は当該発明の実施若しくは先使用者がその使用のために既に準備を行っていたものに限られるからである。

<回答>

その理解で正しい。

<設問>

Q35：先使用権制度の普及啓発

貴国で先使用権制度について普及啓発活動が行われている場合、その概要を御紹介ください（文書が出されている場合には、その入手方法を明示してください）。

<回答>

ドイツにおけるそのような活動については、承知していない。

<設問>

Q36：先使用権の利用状況

貴国での先使用権制度の利用頻度について、お教えてください。

<回答>

非公開の先使用に係る権利を抗弁として主張することに関する判例は余り多くはない。

恐らく、この理由は、裁判所による狭義の解釈の下では、この抗弁が認められるための基準がかなり高くなっていることであろう。特許出願及び／又は優先日前に適用された方法／製品からの当該方法／製品への僅かな改造も、既に侵害に該当することになる。

また、より実際的な見地から述べれば、優先日前に行われていた正確な実施行為を立証するには、証人喚問が必要となるケースがあり、その場合には、実際に行われた先使用を的確に判断することができないことが多い。

<設問>

Q37：先使用権の判例の利用可否

貴国において、先使用権を争った裁判例について、データが公表されていたら、入手の方法を御教示ください（インターネット、刊行物等）。

<回答>

裁判判決は、民間の業者のデータベースで公表されている。ドイツ民事裁判所による一般的な公的データベースはあいにく存在しない。また先使用権に関する訴訟に特化したデータベースは、民間では提供されていない。

<設問>

Q38：先使用権主張の目的（抗弁か確認）

貴国で先使用権制度が利用される場面について、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教えてください。

<我々の理解>

侵害裁判における、非侵害の抗弁。

<回答>

その理解で正しい。

<設問>

Q39：先使用権が認められた典型的な例

我々は先の調査において、先使用権に関連した以下の判決を入手しています。先使用権に関連した判決について、より新しい判決が出されていたら、以下の表に事案を追加するとともに、追加表で、それぞれの「事件名」、「判決日付」、「判決番号」、「判示事項」及び「事件の概要」を御紹介ください。

<我々の理解>

- Wirbelkammer 4 O 417/01 Regional Court

05.09.2002

- Tilidinhydrochlorid 4a O 264/06 Regional Court Dusseldorf 28.08.2007

- Befestigungsband-lasche 4a O 26/07 Regional Court Dusseldorf 27.05.08

- Desmopressin I 4b O 402/06 Regional Court Dusseldorf 04.09.2008

- Desmopressin II 4b O 127/07 Regional Court Dusseldorf 04.09.2008

- Tandempumpe 4a O 208/07 Regional Court Dusseldorf 07.10.2008

- Matratze 4a O 52/09 Regional Court Dusseldorf 09.06.2009

- G-CSF 4a O 29/09 Regional Court Dusseldorf 09.06.2009

- Leuchtenschirm 4b O 98/08 Regional Court Dusseldorf 14.07.2009

- Anhänger-Steckdose 4b O 67/08 Regional Court Dusseldorf 27.08.2009

- Abgasreinigungsanlage 4a O 205/08 Regional Court Dusseldorf 06.10.2009

- Grill I-2 U 109/03 Higher Regional Court Dusseldorf 26.10.2006

- Klimagerät I-2 U 65/05 Higher Regional Court Dusseldorf 11.01.2007

- - X ZR 72/99 Bundesgerichtshof 03.06.2003

- Schweißbrennerreinigung X ZR214/02 Bundesgerichtshof

01.02.2005 GRUR 2005, 567, 568

- Extracoronales Geschiebe X ZR 79/04 Bundesgerichtshof 22.11.2005

- Füllstoff Xa ZR 18/08 Bundesgerichtshof 10.09.2009 GRUR-Prax 2009, 13

上記リストの内、最高裁判決のみ詳細

[案件名]

Judgment by default, no name issued

[日付]

2003年6月3日

[事件番号]

X ZR 72/99

[事件の概要]

この事件において、原告は複数のラミネート織物から構成される吸収体を含む織物についての特許権侵害を申し立てた。被告はその抗弁において、主に病院のベッドに使用される、吸収性のある下層織物の製造に1986年から関与していることから、先使用権を有すると主張した。被告は、連邦通常裁判所への上訴においては、当該上級地方裁判所が被告の先使用権の成否について判断しなかったのは誤りであると主張した。連邦通常裁判所は、被告の陳述によれば、被告が先使用権を有する可能性を排除することはできないと判断して、当該訴訟を当該上級地方裁判所に差し戻した。

[案件名]

Schweißbrennerreinigung

[日付]

2005年2月1日

[事件番号]

X ZR 214/02

[判示事項]

(これらの事実認定は裁判所による公式見解ではない。)

1. 先使用権は、かかる権利の発生に係る事業に付随する。当該事業が合併された場合又は他の会社により取得された場合には、当該先使用権の拡大及び分割は認められない。
2. 事業が取得されたこと及び他の主体の支配下に入ったことにより、取得会社若しくは支配会社が自己の先使用権を取得することはできない。

[事件の概要]

両当事者は溶接トーチの洗浄装置を販売している。原告は本件洗浄装置について特許権を有しており、(かかる権利につき) 侵害訴訟を提起した。被告らは、第二被告が 1983 年以来発明を所有しており、会社を通じて当該発明を販売していたことから、先使用権を有すると主張した。後に、被告らは新たな会社を設立して引き続き当該洗浄装置の販売を行った。裁判所は、新たに設立された会社が当初当該発明を所有していた会社と同一の会社ではないことから、被告らは当該新たに設立した会社につき先使用権を主張することはできないとの判断を下した。

[案件名]

Extracoronales Geschiebe

[日付]

2005 年 11 月 22 日

[事件番号]

X ZR 79/04

[判示事項]

連邦通常裁判所は、特許の範囲に及ぶ当該製品の更なる開発は、先使用権の対象とはならないとの判断を再度下している。これにより、裁判所は、先の判決 Biegevorrichtung を再度確認した。

[案件名]

Füllstoff

[日付]

2009 年 9 月 10 日

[事件番号]

Xa ZR 18/08

[判示事項]

発明の所有者と発明者が契約関係にあり、当該発明の所有が当該契約の履行の一部として生じた場合には、ドイツ特許法第 12 条の規定による先使用権は成立しない。

[事案の概要]

原告は合成充填材につき特許権を所有していた。被告は、侵害者とされた会社の破産管理人であり、破産財団の一部として先使用権を主張した。上級地方裁判所は、当該会社が 2001 年以来当該発明を所有していたことにより、被告に対し先使用権は認められるとの判断を下した。連邦通常裁判所はかかる事実認定を訂正して、先使用権が認められるには、先使用者は独自に発明を所有していなければならないとの判断を下した。発明の所有が特許権者との契約関係により生じた場合、当該発明を所有し使用する権利は当該契約のみに基づき生ずる。したがって、かかる状況において先使用権は適用されないとの判断が下された。

<回答>

連邦通常裁判所による関連する最近の判決：

- Biegevorrichtung, GRUR 2002, pg. 231;_
- X ZR 72/99 Bundesgerichtshof 03.06.2003;
- Schweißbrennerreinigung X ZR214/02 Bundesgerichtshof 01.02.2005 GRUR 2005, 567, 568;
- Extracoronales Geschiebe X ZR 79/04 Bundesgerichtshof 22.11.2005;
- Füllstoff Xa ZR 18/08 Bundesgerichtshof 10.09.2009 GRUR-Prax 2009, 13;
- Nabenschaltung III German Federal Court of Justice, May 22, 2012, X ZR 129/09;

<設問>

Q40： 外国企業の裁判例

先使用権について裁判で争った事例のうち、外国籍企業等が先使用権を主張した事例があれば、御紹介ください。

<回答>

そのような判例についてはあいにく承知していない。

<設問>

Q41：先使用権立証の証拠

ある発明者が発明の詳細を開示すると、それが模倣される危険性があることを考えて、特許出願することなく発明を実施し、事後に第三者に特許権が付与されたとしても、先使用権を主張すれば、継続して実施が可能であると考えたとします。裁判において先使用権を主張する場合に、あらかじめ、どのような証拠を準備すべきかについて、お教えてください。

<回答>

この問いに回答するのは、理論上、難しいことであるのは当然である。先使用権を立証するために求められる特定の種類の証拠はない。むしろ、一定の時点と明確に結び付けることのできる文書証拠を持っておくことが推奨される。例えば、実験レポートが用いられている場合には、それを価値のある証拠とするためには、レポート内に客観的に時間を示すものがなければならない。発明者は、将来的に特許が出願された場合に備えて、関連する発明の全ての詳細が確実に文書化されるようにすべきである（特に関連する場合には、製品及び／又は製造のために使用される方法の明細書など）。証人の証言は、補強のためにのみ利用すべきである。

<設問>

Q42：公証制度の有無（宣誓供述書の利用）

我が国では証拠書類等について、その作成日付や非改竄性を証明するため、公証制度やタイムスタンプサービスが利用されています。貴国において類似の制度があるかについて、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教えてください。

<我々の理解>

ドイツに日本の公証制度やタイムスタンプサービスに類似するものはないが、例えば、日本でタイムスタンプを付与された書類を、ドイツの訴訟において利用することはできる。また、特定の実験ソフトが電子タイムスタンプ機能を提供していることを認識している。ドイツの訴訟手続においては、日本において慣行となっている公式のタイムスタンプサービスのように、書類の作成された日付に関する情報が自動的に承認されることはないが、かかる情報があることにより、相手方当事者は書類作成日時に関する事実に対して異議申立をすることが困難となる。

<回答>

その理解で正しい。

<設問>

Q43：公証制度

貴国において公証制度を提供している代表的な機関の連絡先、HP、料金、利用方法について、お教えてください。

<回答>

公証サービスは、個々の公証人事務所が実施している。

詳しくは、連邦公証人会議所のウェブサイト (<http://www.bnotk.de/en/admission.php>) を参照にされたい。公証人が課す費用については、法律上の規定により決められている。簡単なサービス（文書や製品の証明など）であれば、料金はそれほど高額ではない。

<設問>

Q44：提供される具体的な公証サービスの内容

我が国では公証サービスとして、確定日付、私署証書、事実実験公正証書、電子公証等が提供されています。ドイツにおいて、公証制度のもと提供される公証サービス（タイムスタンプを除く）について具体的に教えてください。

<回答>

ドイツの公証人が提供するサービスは、上記のサービスと非常に似通っている。以下で詳しく説明するように、公証人は、提出された商品又は文書の内容及びそれを受理した日について、証明することができる。

<設問>

Q45： 公証の裁判での法的効力

貴国において、公証によって保証される裁判での法的効力についてご説明ください。

<回答>

公正文書は、ある署名が特定の作成者によるものであること、又は、ある文書又は物品がその形態で特定の時点で公証人に提出されたことを法律上前提させるものであるため、文書の公証により信頼性が高まる。公証によってもたらされる法律上の前提は、ある文書の内容などの題材の正確性にまで及ぶ訳ではないのは確かである。

証拠が公証されることはそれほど頻繁ではないことに留意する必要がある。通常は、不動産の売買契約など、法律により公証が義務付けられている証書のみが公証を受ける。また著作権法に関連して、ある著作物を公証人に提出し、公証人が、所与の時点において既に特定の著作物が存在していたことを証明するための受領の確認もかなり一般的となっている。

<設問>

Q46： 公証の裁判事例

貴国において、公証（タイムスタンプを除く）の証拠力が裁判で争われた事例がありましたら、お教えください。

<回答>

そのような裁判については、承知していない。

<設問>

Q47： 製品に対する公証の活用方法

例えば、製品そのものを、先使用権の証拠として保管したい場合、どのように公証制度が利用されるか、また、よく利用されている方法について、お教えください。

<回答>

公証人の実務では、「製品の公証」に関して特定の手続は存在しない。該当する「製品の公証」とは、公証人が「タイムスタンプ」の提供者としての役割を担う状況に言及しているものと理解する。タイムスタンプのシステムについては、以下に詳しくコメントする。

公証人に特定の製品を提出して、事後に証拠として利用するために、その製品を公証人事務所に保管するよう求めることは可能である。公証人は、当該の形態でその製品が特定の時点で自分に渡されたことを確認することができる。次に、時間の表示については裁判所から問題にされることはないが、公証人が欺かれたなど、相手方当事者がその表示が正しくないことを立証する必要がある。

先使用権に関係する事件では、これは多くの場合、試作品などについて行われる。

<設問>

Q48： 映像に対する公証の活用方法

例えば、製造方法を記録した映像を、先使用権の証拠として保管したい場合、どのように公証制度が利用されるか、また、よく利用されている方法について、お教えください。

<回答>

一定の時点における映像の存在、又は一定の時点における特定の主体による映像の所有が論証される必要がある場合には、当該映像を公証人に提供し、保管させることができる。特定の手続規則は適用されないが、手続は、Q47の回答で指摘したことと同じである。

<設問>

Q49： 企業での公証の利用状況

貴国の企業が、先使用権の証拠を確保するために、公証制度を具体的にどのように活用しているかについて、公表された資料あるいは貴事務所での知見があれば、その入手方法と、代表的な企業について利用の概略を、その企業の技術的分野（機械、化学、電気）とともに、例示してください。

<回答>

我々の経験によれば、公証は、証拠を確保するために、先使用をめぐって展開される裁判においては、大

した役割を果たしていない。しかしながら、Q47 への回答で説明したとおり、保管のために試作品が公証人に手渡されることはかなり頻繁にある。

<設問>

Q50： タイムスタンプ機関及び運営主体等

貴国において、タイムスタンプサービスを提供する機関、運営企業等について、その主体、開始時期、サービス概要、運用実績について、お教えてください。

<回答>

タイムスタンプが公式にドイツの法律に導入されるのは、下記で述べるように 2016 年 7 月の eIDAS 規則によってである。しかしながら、2000 年以降からタイムスタンプ提供事業者は数社存在しており、その数は増えている。提供されているサービスには、通常は同様のパターンがある。依頼人は、一定のソフトウェアをダウンロードして、スタンプを受けるために当該サービスに電子文書を提供することができるようにする必要がある。

こうしたサービスの利用がどの頻度で行われているかについて、あいにく確実なコメントをすることができない。実務において、また特に先使用权の主張に関連して、我々はこれまでにタイムスタンプを付された文書に遭遇したことがほとんどない。通常必要とされるのは、間接証拠又は書類中の表示からある書類又は製品／方法の実施の関連する時点を証明することである。

重要なノウハウなどを含む決定的な情報について、当該サービスを利用することの信頼性又は安全性についても、コメントすることができない。こうしたサービスのほとんどは、ISO 認証を受けていると理解しているが、当該サービスを直接利用した経験もなければ、当該サービスの利用について依頼人と検討したことすらない。

<設問>

Q51： タイムスタンプの証拠力をさらに高める公的機関

タイムスタンプが付与された資料の証拠力を高めるサービスを提供する公的機関があれば、その具体的内容とともに教えてください。

<回答>

インターネットで調査した際に、ドイツ連邦印刷会社 (Bundesdruckerei) がタイムスタンプサービスを提供していることを知った。Bundesdruckerei (以下「連邦印刷会社」) は、ドイツの正式な紙幣、切手、身分証明書、旅券、査証、運転免許、車両登録証の製造会社である。同社のサービスをこれまでに利用したことはないが、同機関が国営企業であるという公式の性質を持つ以上、提供しているサービスは、信頼できるものと理解すべきである。

D-Trust Timestamp と呼ばれている同社の製品についての詳細は、ホームページを参照されたい。

<https://www.bundesdruckerei.de/en/782-d-trust-time-stamp>

<設問>

Q52： タイムスタンプ会社と ISO の関係

貴国において、タイムスタンプサービスを提供している会社は ISO (ISO/IEC 18014) に準拠しているかについて、お教えてください。

<回答>

例えば、連邦印刷会社 (Bundesdruckerei) の D-Trust Time Stamp Service は、同社のウェブサイトの情報によれば、ISO/IEC 18014 に準拠している。認定業者は全て ISO/IEC 18014 に準拠しなければならないと予想される。

<設問>

Q53： タイムスタンプの証拠力

貴国において、タイムスタンプの証拠力について法上の規定は存在するかについて、お教えてください。

<回答>

現時点では、該当する規定はない。下記で採り上げるように、タイムスタンプやその証明力への言及がド

イツの法律に取り入れられるのは、ドイツ民事訴訟法第 371a 条によってであり、2016 年 7 月から施行される。

<設問>

Q54： タイムスタンプの裁判事例

貴国において、タイムスタンプの証拠力が裁判上争われた事例について、詳細にお教えてください。

<回答>

そのような裁判例については、承知していない。

<設問>

Q55： 外国のタイムスタンプの訴訟での有効性

(1) 貴国におけるタイムスタンプの訴訟上の有効性について、以下の判例及び法律が存在すると認識しているが、そのような理解で間違いはないでしょうか？また、その対象となるタイムスタンプの範囲、及び、法的効力について、関連する判示事項や条文を特定した上で説明してください。

－ドイツ電子署名法及びその補足としてのドイツ電子署名施行規則

－適格電子タイムスタンプを含む証拠能力強化に関するドイツ民事訴訟法第 371a 及び 371b 号

－1987 年 9 月 28 日、連邦通常裁判所判決、事件番号 II ZR 35/87 =NJW - RR 1988、881 頁

<回答>

その理解で正しい。しかしながら、1987 年 9 月 28 日の事件において採り上げられた「タイムスタンプ」は、典型的なタイムスタンプではなく、銀行が発行した文書の中の銀行印によって時間が表示されたものである点に注意する必要がある。したがって判決では、銀行機関により適用された該当スタンプの信用性が論じられている。

ドイツ民事訴訟法に第 371a 条が導入されれば、当然さらに判例が出される可能性がある。

<設問>

Q55： 外国のタイムスタンプの訴訟での有効性

(2) EU では、eIDAS 規則が 2016 年 7 月より施行されると理解していますが（下記 URL）、上記(1)で提示した貴国の国内法と本規則との関係も踏まえて、以下の観点をお教えてください。

・本規則の施行により国内法の改正は行われないか？

・どのようなタイムスタンプが本規則の対象となるか（ISO 等の標準規格に従っている必要があるのか、タイムスタンプ発行機関として政府等により承認された必要なのか等）？

・他の加盟国で発行されたタイムスタンプが、貴国の訴訟において、どのような技術的手段で本規則の対象となるタイムスタンプであることを確認するのか？

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3A0J.L_.2014.257.01.0073.01.ENG

REGULATION (EU) No 910/2014 OF THE EUROPEAN

PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 23 July 2014

SECTION 6 Electronic time stamps

Article 41 Legal effect of electronic time stamps

<回答>

その理解で正しい。国内法は、eIDAS 規則のため、特にドイツ民事訴訟法の電子文書の証明力に関する条文について、改正する必要がある。タイムスタンプは、新第 371a 条に含められる。

新規則は、電子文書へのタイムスタンプを含むことになる。当該のタイムスタンプが正確であるとの法律上の前提を持たせることを予見している。相手方がこの前提に立ち向かおうとする場合には、時間の表示が誤っている理由を示すだけでなく、その表示が誤っていることを立証する、つまり、タイムスタンプが虚偽の表示を含んでいる証拠を提供する必要がある。

タイムスタンプ発行機関は、ISO 規則に従って認証される必要があるが、認証された提供機関であることは第 371a 条では求められない。この規範ではむしろ、以下の理論上の要件が述べられている。

・以下を使用しての高度電子印

・正しい時間の情報源と

・その情報源の世界時計とのつながりと、

・日時と文書の確実なつながり

現時点では、外国で付されたタイムスタンプが eIDAS 規則に準拠していることを確認するために適用される技術手段については、承知していない。当事者の提示は、選択した提供機関が上記で指摘した理論上の要件を満たしていることを立証し、またこれに関連して証拠を提供する必要がある。

<設問>

Q55： 外国のタイムスタンプの訴訟での有効性

(3) 他国（EU 加盟国以外を含む）で発行されたタイムスタンプが国内法及び EU の規則の対象である適格性を満たさないものであった場合、当該タイムスタンプが貴国の訴訟で具体的にどのような法的効果をもって扱われるのか？（(1)の国内法令と(2)の規則との関係も踏まえて教えてください。）

<回答>

あいにく、我々には、そのような状況を取り上げた判例法を指摘することができない。しかしながら、ある文書に海外で発行され、EU 規則の要件を満たしていないタイムスタンプが付されている場合には、上記で説明された法律上の前提は適用されない。その場合には、裁判所の裁量により、そのタイムスタンプにどの程度の信頼性を与え得るのかが評価される。

<設問>

Q56： 企業のタイムスタンプの利用状況

貴国の企業が、先使用权の証拠を確保するために、タイムスタンプサービスを具体的にどのように活用しているのか、公表された資料あるいは貴事務所の知見があれば、その入手方法と、代表的な企業について利用の概略を、その企業の技術的分野（機械、化学、電気）とともに、例示してください。

<回答>

今のところ、そのような情報については承知していない。

<設問>

Q57： 裁判において、タイムスタンプが付された電子データの存在を立証する手段

貴国の裁判において、タイムスタンプが付された電子データの存在を立証するための一般的な手段（例えば、裁判所にどのような書類を提出するか、等）をお教えてください。

<回答>

上記で指摘したとおり、裁判の証拠としてタイムスタンプが付された書類が提出されたことについて、我々には経験がほとんどない。

<設問>

Q58： 公証、タイムスタンプ以外の証明力を高める手段

貴国において、公証、タイムスタンプ以外に証拠資料の証明力を高めるため訴訟において有効的な手法がありましたら、お教えてください。

<回答>

そのような手段については、承知していない。

<設問>

Q59： 裁判において、タイムスタンプが付与されていない電子データに関して、その存在を立証する一般的な手段

貴国の裁判において、タイムスタンプが付与されていない電子データの存在を立証（電子データの日付の立証、当該日付以降に電子データの変更・改ざんがないことの立証等）する有効的な手法がありましたら、お教えてください。

<回答>

特定の手段については、承知していない。日付の表示を含むデータが提供される場合には、相手方は当該の表示が誤っていると考える理由についての証拠を提出する必要がある。

<設問>

Q60：先使用権制度改正の動き

貴国において、先使用権制度についての法改正の予定あるいは法改正を前提とした論議はあるかについて、お教えください。

<回答>

今のところは、法改正の議論は一切行われていない。