

## 9 保全手続

特許侵害の権利行使は、2002年頃までは刑事罰則に基づいて刑事訴訟法主導の時代が続いていたが、刑事罰が撤廃されてから、民事損害賠償と差止請求訴訟に切り替わった。民事訴訟は特許向こう審判などによって停止されることが良くあるから、市場での優位性を即時に確保するためには、仮処分と仮差し押さえなどの民事保全手段が試みられる。2003年9月の民事訴訟法改正で、仮処分の即効性が殺がれてきたが、その代わりに仮差押の制度が多用されるようになった。

### 9-1 仮処分

#### 9-1-1 仮処分の要件

債権者は金銭給付の請求以外の請求に関して、事後の強制進行を保全するために、仮処分を申請することができる。しかし、仮処分は請求される対象物の現状が事後強制執行ができない或いは執行が甚だ困難になる虞がある場合に限定されている。（民事訴訟法第532条）

知的財産権の権利者は自己権利を侵害行為から守るには、まず考え付くのは侵害者に対して知的財産権の侵害に関わる商品の製造・販売停止を要求することである。ただ、特許事件について、検察官は差押えが争議を引き起こしがちな手続であり、被告に対する影響が大きいとして、捜索状を発行しない可能性がある。また、相手方が権利者のトレードドレスを使用して商品を製造・販売していた場合、権利者は侵害者が刑事法に違反したことを主張することができず、唯一考えられるのは民事手続を通じて侵害者の製造・販売行為に仮処分を行うのみである（民事訴訟法第532条）。

仮処分はまず、裁判所に仮処分の裁定を申し立てることである。裁判所が許可した仮処分についての裁定には、権利者が義務者が関連商品の製造・販売を差し止めることができる旨の記載以外、権利者が提供すべき担保金の金額も含まれる。

権利者は裁定の内容により裁判所に担保金を供託した後、裁判所民事執行処に仮処分執行の申立をする。権利者からの申立を受けて、民事執行処は直ちに裁定に基づいて差し止めの命令を発し、又は訴訟代理人が立ち会いの上、書記官により差押えの手続を執行する。

#### 9-1-2 仮処分の執行

侵害事件の調査が始まってから訴訟が行われるまでの間、権利侵害者の侵害行為に対する差し止めは仮処分が最も効果的である。仮処分は金銭以外の請求を対象にする保全手段であり、訴訟係属前か訴訟係属中を問わず、申立により仮処分を執り行うことができる。その要件は次の通りである。

##### 1. 方式合法条件

- (1) 管轄裁判所に申し立てる。つまり、事件の管轄裁判所が管轄する。但し、差し迫った場合には、請求対象の所在地にある地方法院がこれを管轄する。
- (2) 手続に従うこと。請求と仮処分の原因について釈明しなければならないことに注意する。債権者は前記釈明をしていないが、債務者が受け得る損害について既に裁判所が決めた担保を提供したときは、仮処分の命令を妨げない。
- (3) 相互保護主義：外国人が申請する場合、その所属国が台湾と仮処分の手続きに関して相互承認の実績があること。勿論特許や商標乃至著作権に基づく仮処分の場合はそれぞれの実体権利の保護に関しても相互の国民に与え合う事実がある国の国民又は所属法人に限定されている。
- (4) 合法の委任：会社が請求する場合、その代理人が合法の委任を受けていること。
- (5) 前提権利があること：知的財産権の侵害行為を差し止める旨の仮処分を請求する場合、最低限特許権其又はその他の権利が存在していることを示す必要がある。一方、その権利が例え無効審判にかかっている場合でも、仮処分はそこまで実態状態を判断し確定するための手続きではないので、取りあえず拘らないことにする。又、権利が存在するばかりでなく、権利が侵害を受けている事実も釈明する必要がある。最近の裁判所の裁定によれば、鑑定意見書の提出に関しては一応形式上最低限の釈明義務と見なされる傾向がある。一方、鑑定意見書の釈明があっても、緊急性が存在するかの判断は又侵害の有無と切り離して当事者それぞれの営業や特許関連技術の実施状況と市場占有状況などを観察して決定される。要するに純粋な実体問題としての侵害事実の認定は仮処分命令を下す裁判所にとっては前提(必要)条件ではあるが、決して充分条件ではない。鑑定の対象と係争の侵害物品との一致性もよく争点になるが、そういう形式上の議論が優先に主張されるし、裁判所も先に注目する問題である。

## 2. 実体条件

- (1) 強制執行の対象となる非金銭的請求を保全するための請求がある。
- (2) 請求対象の現状が変更され、後日強制執行ができず、又は執行が難しい虞がある。重大な損害或いは緊急な危険を回避するため、若しくは其の他類似の状況があつて必要がある場合に限定されている。その点仮処分は仮差押より条件が厳しい。(民事訴訟法第 532 条)

### **\*ご留意：緊急性が欠如と見なされないように**

2002 年以降では、権利行使の原因となる事態が発覚してから数ヶ月経過した後に提起される仮処分請求に対して、権利者自身が権利行使への関心が低いように見えて、仮処分の緊急性が存在しないように裁判所が推考して仮処分の請求を却下した例が増える。そのため、仮処分を証する状況が発生してから、又はその事実を発見してから、なるべく早めに仮処分の請求を提起できるように準備を整えるほうが無難。一方、仮処分を提起するのに、適正な準備が必要なので、そのためにかかる時間が経過しても、不当に仮処分の提起を遅らしたとの主張に反論できる。例えば、事実の調査と弁護士を選定に相当時間がかかるのは普通で、大抵に三ヶ月間ほどの余裕が認められる。又特許権が侵害されている事実を示すために提示する必要のある「特許技術侵害鑑定(意見)書」の作成に関しても、適格で有能な、且つ利害衝突のない鑑定機関を選定すると、鑑定意見書自体の作成などに相当時間を費やす。およそ三ヶ月間ほどの余裕が認められる。それらの準備を速やかにすすめれば、侵害行為を発見してから四五ヶ月間ほど経過した場合でも不当に権利行使を怠ったと認定されることが多分ないだろう。

時間の経過の他、両方当事者がそれぞれ係争の事態において、どのような不利益を蒙ろうとする実況又は予想される未然の損害の規模、危険の重大さ、又それを回避する必要性の緊急性も仮処分の正当性を支える緊急性の重要な判断要素になってきている。例えば、特許権利者が中規模の会社で自社の特許権の技術を大規模に実施していない、若しくは実施があつても大した市場規模をもっていない場合、仮処分の緊急且つ必要性を巡る説得がやや困難な事例があつた。勿論その緊急性の判断は、必ずしも客観的且つ絶対的な数値でしか測れないだろう。例えば、例え権利者の実施が全体市場占有率が微小でも、権利者にとっては既に精一杯の業績で、逆に権利者のような中小規模の事業にとっては、ただでさえ限られた市場規模だからこそ、他社の無断実施による自社の固有市場に対する侵食が死活問題になるとの議論も出来る。こういう相対性の議論は、無断実施に携わる他社の状況に関してもよく展開される。他社が大規模な事業の場合は、無断実施による製品の事業規模はその会社にとって微少な売上をしか占めないが、侵害を受ける権利者にとっては莫大な被害をもたらす行為との主張もよくされる。

かつての事例から見れば次の事項が権利者側によってよく主張された：

■技術研究開発への投資の回収が無断実施によって極めて困難になる；

■過去の投資の金額を提示すること；

■係争知的財産権の独占運用によって確保されてきた市場地位

しかし、裁判所は仮処分による差し止めがない場合に、権利者がどの程度の具体的な損害を蒙り得る予想をより明確に開陳して欲しい旨の決定がよく見られる。

その上、当事者間が対立する直接の競合事業であるかどうかの考慮も仮処分の緊急必要性を判断する要素になる。また係争の対象権利或いは係争技術が差し止める対象事業に置ける運用される度合いも考慮される。例えば、無断にチップ専門開発の会社の特許技術を一部採用して開発されたチップを登録するノートブックを販売する第三者は、果たしてチップ特許権利者が請求する仮処分の制限を受ける義務があるかとなると、裁判官はもっと多方面に観察して定めるだろう。

**暫定状態を定める仮処分：**紛争にかかる法律関係において、重大な損害を防ぐために、又は緊急な危険を回避するために、若しくは其の他類似の状況がある場合、暫定状態を定める仮処分を請求することが出来る。これは本案訴訟で紛争にかかる法律関係を確定できる事案に限定されている。(第 538 条) これも一般に、特許権が侵害されると主張する権利者が侵害容疑者に侵害行為を差し止めることを目的とする仮処分の根拠となっている。

## 3. 被告側の対抗手段——反対担保金供託による仮処分の取消し及び反対仮処分

### (1) 反対担保金供託による仮処分取り消し

被告が反対担保金を提供して、仮処分取り消しを申し立てることが出来る。

反対担保金の供託を許容する旨の記載が仮処分の命令になくとも、被告は自ら反対担保金の供託によって仮処分の取消しを請求することができる。但し、それは次の特段の事情のもとでしか容認されない：仮処分が保全する請求は金銭の給付で目的を達せるもの、或いは債務者側が仮処分の執行によって補償しがたい重大な損害を受ける場合、又はその他の特別事情がある場合に限る。

その点、仮処分の決定は仮差押より被告側に厳しい。財産仮差押に関しては、原則上被告の反対担保金の供託によって取り消すことが出来るが、仮処分の場合は特段の事情が必要。(民事訴訟法第 536 条)

仮処分の取消しの理由は次に限定される：

- a 仮処分が保全する請求が金銭の支払いによって目的達成できるものの場合；或いは
- b 被告が当該仮処分によって保障しがたい重大な損害；または
- c その他の特別事情。

### (2) 反対仮処分

特許や商標などの知的財産権の権利者が、自分の権利が侵害された又はされていることを主張して、侵害する側の債務者の侵害行為を差し止めるために仮処分命令を下すよう請求するのが通常の仮処分だが、逆に権利侵害にならないとともに自分の特定行為を権利者が容認すべき旨の仮処分請求が債務者側によって提起されている。反対仮処分と略称する。台湾では最近反対仮処分を先に獲得して、権利者からの権利行使を先手で守る戦術を利用する向きが増えている。又、権利侵害行為差し止めの仮処分請求手続き継続中、または仮処分裁定が下付された後でも、それに対抗する反対仮処分請求を提起して、侵害容疑者側の行為をなお容認させようとする向きも増える。台湾の学者に、日本では権利者側の侵害行為差し止め仮処分より、権利行使の不作为を命じる反対仮処分のほうが優位に存続させるべきとの通説があると主張するものがある。実際日本にそういう通説の存在が確認されていないが、台湾の最高裁判所はその仮説を認めて、債務者側の後発の反対仮処分を優位に認め、先だった侵害行為差し止めの仮処分を獲得した権利者が提起した反対仮処分を取り消すための控訴を棄却した事例がある。

#### Q. 本当に反対の仮処分のほうが優位なのか？——権利侵害行為差し止めの仮処分が執行された後でも、反対仮処分を以ってそれに対抗することは可能か？

現在の実務前例に、権利侵害行為差し止めの仮処分の執行の前に提起された反対仮処分に対して、前者の執行以後にも尚後者の請求を許可した事案がある。又いわゆる反対仮処分優位論の仮説によれば、たとえ権利侵害行為の差し止めの仮処分が執行されたあとに提起される反対仮処分請求でも、そのまま許可すべきと主張するものもあるが、登録権利の実体効果が氣遣われる。

### (3) 仮処分命令に対する抗告

仮処分の裁定が下付された後に、債務者はそれに対してそれを取り消すべく控訴できる。

仮処分が下付されて執行されても、10 日以内に被告側が管轄の高等裁判所に対して抗告すれば、なおそれ命令を取り消す可能性がある。高等裁判所においては、実体上の審理を含め仮処分の担保金と下付する理由までその妥当性を判断し、担保金の改定(通常は引き上げ)や仮処分の取消しなどの決定を下す。

但し元の仮処分を取り消す旨の裁定が確定になるまでに、元の仮処分が既に執行された法律上の効果は、事後同仮処分が取り消された事実によって影響されることがない。(民事訴訟法第 528 条) そのため、仮処分裁定を得てから、速やかに執行に移ることも大切である。

**■裁判所の被告側意見聴取**：2003 年の改正民事訴訟法によって、債務者側の自由を拘束する仮処分を下す前には、通常債務者と債権者両方の口頭陳述を聴取する必要がある。例外的に裁判所がそれが妥当でないと判断する場合に限って両方当事者の口頭陳述の機会を与えなくてもよいが、この口頭陳述の手続きは、従来の規定では不用だった。この両方当事者による口頭陳述のプロセスが実践されると伴い、両方当事者が提示する資料と開陳する主張が極端に増加する一方で、裁判所仮処分の命令となる裁定を下すのに、更に時間をかけて慎重にしなければならなくなっている。そのため、仮処分の訴訟手続化の現象が発生して、従来から仮処分請求手続きに見られた比較的簡便な特色が大分曇っている。

■原告側に対して一定の期間以内に起訴することを要求する

本案がまだ提訴されて裁判所に繫属けいぞくしていない場合、裁判所は債務者側の請求によって、原告に一定の期間内に本案訴訟を提起するよう命じる必要がある。債権者が期限内に提訴しなければ、債務者は裁判所に許可された仮処分命令の裁定を取り消すよう要求することが出来る。(民事訴訟法第 529 条) この本案訴訟の訴訟対象も、よく当事者間で激しく主張が対立する。特に債務者側が反対担保の供託を申し出て仮処分を免除する動きがある場合、債権者が反対担保金を裁判所に高額に認定してもらうために、権利侵害による損害を極端に嚴重に、すなわち金額的に極めて高額に主張する場合、その損害を計上する金額がそのまま本案訴訟の請求金額に(場合によっては原告側の意向に反しても)裁判所によって認定されてしまい、膨大な訴訟費用の納付を余儀なくされてしまう場合がある。仮処分命令を請求する経過においても、債権者側が慎重に来るべき本案訴訟の訴訟対象に関して予め把握して、戦略を立てて臨むべきである。

#### 4. 所用期間、執行条件及び経費；

**所用期間** 従来の制度では、原告側の申立を受理して、裁判所はほぼ職権に基づく審査を経て、裁定を以って決定命令を下す段取りとるので、仮処分の申請より2週間から4週間ほどで普通決定が下される。

2003年以降の民事訴訟法改正法施行以来、裁判所が殆ど被告側の意見聴取をするようになり、被告側の反論や抗弁の内容も一層本訴らしき実体化、法律化、ひいては煩雑化と全面化が進み、本訴に負けないぐらいの法律訴訟手続き攻防戦が展開する事例が定着化している。そのため、数ヶ月から一年以上まで審理時間が長期化する傾向が見られてきている。

#### 費用

**弁護士費用** 弁護士費用は従来の制度ではNT二十万円程度ぐらしかかったが、2003年民事訴訟法の改正によって、手続きの長期化と煩雑化に拍車がかかり、出廷の回数が激増する中、弁護士費用も従ってかさむようになってきている。2004年現在では一件につき弁護士費用が50万元以上かかってしまうケースが増える。

#### 担保金算定

担保金が原告側が将来確定勝訴の場合、原告に戻される。逆に、仮処分の不当によって取り消されたり、或いは原告側が一定期間内に提訴しなかった場合、担保金が被告側が蒙った損害の賠償に優先的に宛てられる。不当な申立が増えていることに鑑みて、担保金の金額は申立人が一年間受け得る損失の2倍から3倍まで大幅に引き上げられた。近年の経験から見れば、仮処分に於ける担保金の認定に関する裁判官の独断がやや気遣われる。又、被告側の抗告によって、担保金が高等裁判所の二審裁定で一審の6000万円から2億円ほどに引き上げられる例もある。

申請する側が供託する担保金の金額は請求金額と被告側がこうむる予想損害の金額によって浮動する。2003年以降の新制度では、被告側の意見聴取が定例化してきて、担保金の勘案を巡る反論も多岐化して、意見の対立にさいなまれる裁判官の苦境が伺われる。ある事例では原告側が既に2億円ほどの担保金を算定して供託の準備を整えたのに、被告側からは数十億円に上る損害を主張されて、暫く事態が膠着した事例もある。

又、両方当事者ともその傾向はあるが、特に被告側の立場からすれば、かかってきた仮処分のために、例えば仮処分申立て人に巨額の負担を背負わせたい場合でも、必ずしも自社の営業状態、販売数字などを仮処分の担保金の算定のために明白に提示したいと思わない。その為、担保金適正金額の把握は、当事者からの申告に頼ることよりも、規模が大きい法人当事者の場合は特にそうだが、経済産業界の名声のある出版物に出た統計数字などをベースに算出することが良くある。

但し一旦担保金が裁判所によって定められた以上、例えば債務者側より担保金に対する不服の抗告が提起されても、指定の担保金さえ供託すれば原則上仮処分の裁定の下付に妨げることはない。

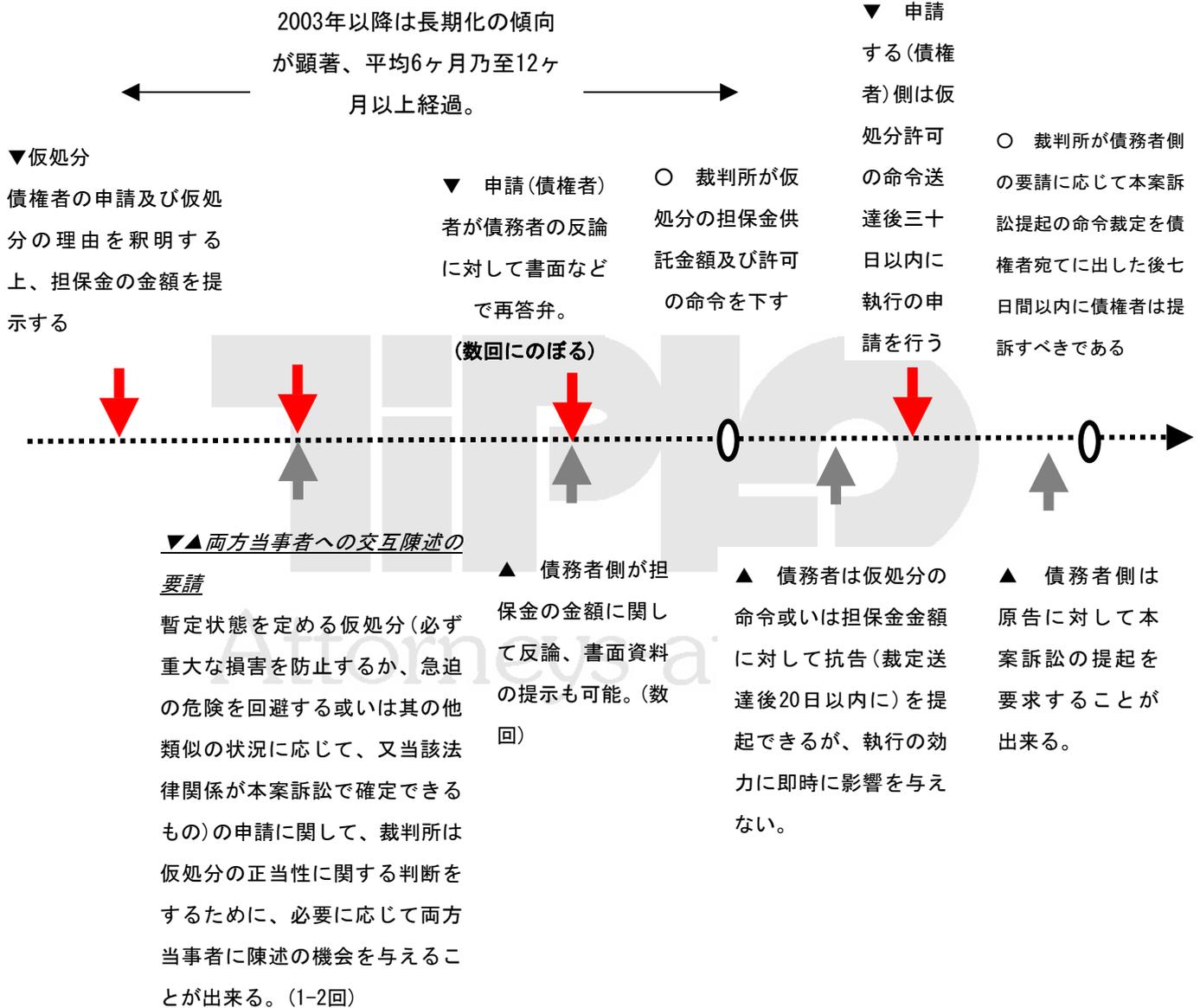
仮処分の担保金は被告が仮処分を受けた場合処分が解除されるまで、仮処分が将来無効と確定になったことを仮設して、被告がこれによって蒙った損害を想定した金額となる。

他方、仮処分の反対担保の供託による取り消しは全く禁止されるものではないが、但しそれは被告側に回復しがたい損害が予想される場合に限ると規定されている。その上、たとえ反対担保の供託を条件にもとの仮処分を取り消すことがあっても、反対担保の金額は、絶対元原告(仮処分の申立て人側)の供託した金額をそのまま援用するわけがなく、必ず原告側が(被告の行為を差し止める旨の)仮処分を取り消された場合蒙り得る損害を想定して計上された金額でなければならない。しかし、近頃では原告が納入した担保金と同等の金額の納付を認めて、仮処分裁定を取り消した事案が増えている。それも極めて法制度の御用の一環と考えられている。

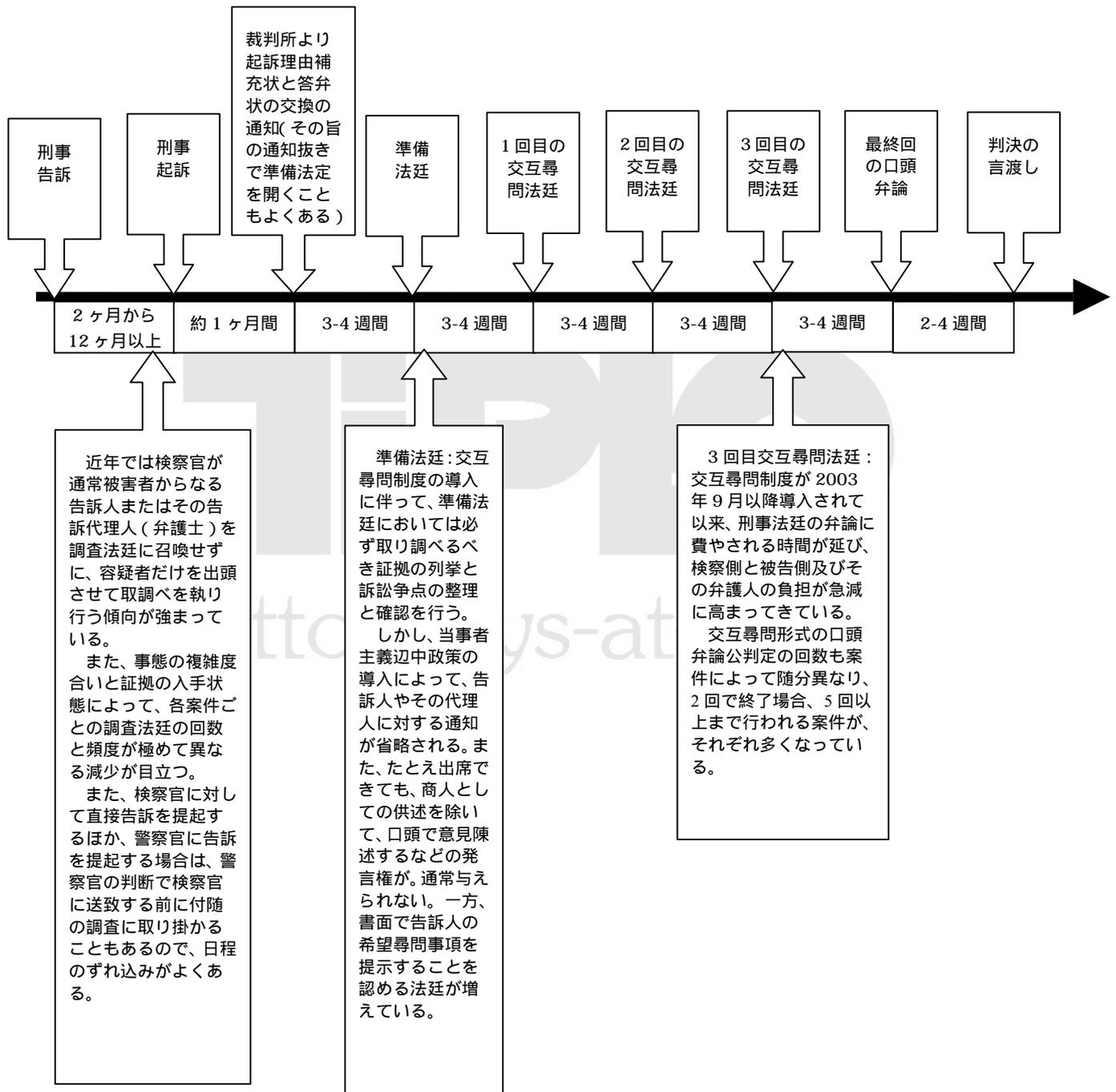
仮処分の原告側の担保金と被告側の反対担保金の計算基準を必ず峻別すべきである。

仮処分決定後に、30日以内に処分を受けた債権者側が強制執行の申し立てをしなければ決定が無効になる。執行の請求に別途執行料金がかかる。(強制執行法第132条及び第28-2条) 非財産行為又は不作為を強制する仮処分はNT3000円の執行費用がかかる。仮差押は債権金額の0.7%に相当する金額の執行費用がかかる。

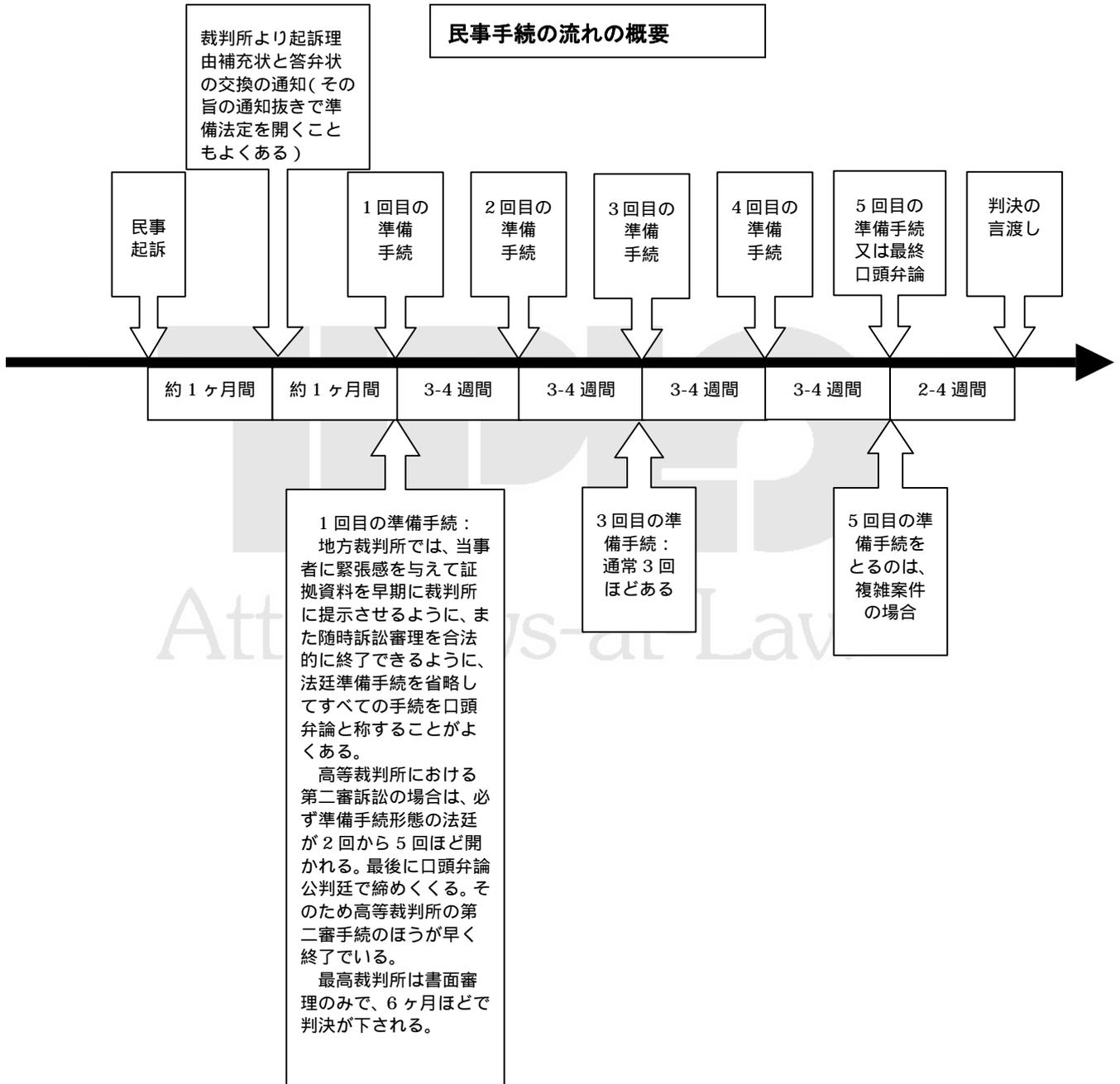
## 仮処分の流れ



刑事手続の流れの概要



民事手続の流れの概要



**(一) 化学・医薬品特許の権利行使に見られる仮処分の反対仮処分の攻防事案**

医薬品の特許訴訟がマーケットの救済に間に合わないがちなので、仮処分が多用される。

一例を挙げてみる。或医薬関係の特許を巡る侵害紛争事件で、特許侵害の容疑を受けた一方が NT. 3000 万元程の担保金を供託して、権利者の権利行使を禁止する旨の仮処分を申請し、数回に及ぶ上告を経て確定処分を得たが、権利行使する他方の当事者は、独占的許諾権者ではあるが、NT. 7000 万元程(二億日本円を超える)担保金を積み、侵害行為の差し止め仮処分の請求にやはり数回に渡る上告の挙げ句成功した。しかし、まったく逆らう二つの処分の執行が捗らずに、最後は当事者間の和解で収束した。事件は 2 年間ほど掛かった。

**< 事案 1 > 医薬品特許係争事件の仮処分**

**本件重点**

1	特許侵害事件における攻撃防御方法	特許侵害容疑者が逆担保を提供することによって仮処分を申し立てる場合、さらに本案訴訟を提起する必要があるか。もし本案訴訟を提起する必要があるとすれば、その訴訟目的物は何か。
2	仮処分の申立てがなされた後、本案訴訟における合法的訴訟目的物	仮処分申立て後、本案訴訟を提起した場合、その訴訟目的物と仮処分請求に係る目的物の「同一性」に関する認定原則。
3	事件に関わっている双方当事者がそれぞれ仮処分の申立てをした場合、如何に訴訟目的物により本案訴訟の提起が合法的になされるかどうかを認定するのか？	双方ともに仮処分を申し立てた場合、一方が起こした「本案訴訟」の目的物と他方が起こすべき「本案訴訟」での目的物の同一性を如何に認定するか？

**本件経緯 (当事者の間に繰り広げられている訴訟手続の進展)**

J による逆担保仮申立てをめぐって		R は裁判所に対し期間を限定して J に起訴することを命じるよう請求する		R による特許侵害差止めに係る仮処分	
0	R の代理人、TIPLo は内容証明で J 宛てに特許侵害に関する警告状を送付した				
1	1998 0616 J は R の代理人が送ってきた警告状について簡単に返答した。				
1-2	地方裁判所は J の仮処分申立てを却下した (87 年裁全字 2256 号) J は直ちに高等裁判所に抗告を提起。				
2	1998 0819 高等裁判所は J の抗告に対し地裁の原決定を破棄する旨の決定を告知 (89 抗字 1858)。				
3	1998 0919 地裁の執行命令				
4	1998 1228 R は最高裁判所に再抗告を提起する。				
		11	1999 0316 R は高裁に対し、J に期間を限定して起訴することを命じるよう請求した。		

					18	1999 0316	RはJによる特許侵害の差止めに関する仮処分を申し立てる。
					19	1999 0416	地裁はRの仮執行申立てを却下(88裁全字1279号)
5	1999 0428	最高裁はRの再抗告について原決定を破棄し(88抗字149号)、新たに決定をするよう高裁に差し戻す。					
					20	1999 0430	Rは(19番の【88裁全字1279号】に対して)抗告を提起する
6	1999 0526	高裁は逆担保を許可する決定をする(88抗更字13号)					
					22	1999 0531	Rは【88裁全字1279号】について迅速な決定をするよう高裁に申し立てる。
					21	1999 0527	高裁は原決定(88裁全字1279号)破棄の決定(88抗字1580号)を下す。 Rが6000万円を担保に供することで、特許侵害容疑者による係争物の製造販売、輸入等の行為を差し止めることが認められる。
			12	1999 0610	Rによる前記申立て(期間を限定した起訴命令)について高裁は却下の決定(88声字28)		
7	1999 0715	地裁の執行命令					
			13	2000 0715	Rは前記高裁の却下決定に対し最高裁に抗告を提起。		
8	1999 0722	Rは【88抗更字13号】について再抗告を提起した。					
					23		執行?
					24	1999 0816	Jの抗告を却下。抗告は法定期限を超える(88年抗字1580号)
					25		Jから再審の申立て
					28	1999 0902	台北市政府からTIPL0宛てに仮処分の関連事項を訊問する書簡が届く
					26	1999 0908	JはR及びTIPL0に対し21番の仮処分の命令及び執行は違法であることを警告する。

					29	1999 0908	台北地裁は TIPLO に対し、執行の申立てはなぜ 30 日間の期限が過ぎてからするのか、そのわけを尋ねる。	
			14	1999 0910	最高裁は高裁に差し戻す旨を決定 (88 台抗字 402 号)			
						30	1999 0916	TIPLO は地裁の前記訊問に返答するための陳述書 (民事上) を提出。
			15	1999 1006	高裁による申立却下の決定 (88 年度声更 (一) 字 7 号)			
			16	1999 1020	R は最高裁に抗告を提起。			
			17	2000 0331	最高裁による抗告却下の決定 (89 年度台抗字第 113 号)			
10	2000 0914	R の申立てを却下とした最高裁の決定 (87 年度台声字 44 号)						
		J の逆担保仮執行命令確定申立てを執行するか。						

(二) 製造装置特許の権利行使に見られる仮処分の反対仮処分の攻防事案  
 <事案 2> 製造装置特許の侵害事件

本件重点

	重 点	
1	権利行使のもととなる権利の取得の重要性	模造品の発覚は権利行使のきっかけになるが、権利行使を可能足らしめるのはやはり健全な権利の存在に限る。登録を条件とする特許と商標に関しては、権利は出願だけではなく、権利を付与する審決を経て、公告になる (特許) 又は公告期間が満了してから (商標) 権利が発生する。早急な権利取得が重要。
2	製造装置に関する特許に抵触する模造品製造装置の取り締まりの難点と留意事項	製造装置の模造品はサンプル当の証拠の入手と押収の困難さから、権利行使の展開が複雑。顧客を介して競合の模造装置製造販売に係る業者を検出する方法はあるが、顧客が板挟みになる。極端な場合は顧客の模造品を使用する行為自体の不法性を摘発する可能性を示唆する手段もあるが、厚誼を損ないかねないし、恐喝罪の容疑も心配。
3	困難な権利行使をあえて展開する必要性と反省	万障を乗り越えて模造容疑の装置を検察官の指定機関に鑑定してもらった段階になっても、クレームの用語問題や鑑定機関の見解等によって有利に展開してくれない場合もある。しかし、権利を行使しないままでは、模造装置の製造販売が更に蔓延る。製造装置の本体の値段と製造量による現金生産高等で換算される仮差押えの供託金が高額になり過ぎる傾向にあるので、仮処分の申請も逡巡しがち。

本件経緯

第一段階：権利取得及び最初の調査

1997-08	原告 A 社
---------	--------

		被告 B 社 原告は、台湾での顧客を通して、B 社が A 社製品 X1 に類似の装置 Y を販売していることを知った。
1	1997-09	どう対応すべきか、TIPL0 に相談を持ち掛けた。 TIPL0 は、その装置 X について特許権を即急に取得するようアドバイスした。(当該装置は特許出願中である)
2	2000-01-01	A 社特許出願中の案件が他の代理人から TIPL0 に移管された後、TIPL0 は主務官庁に働きかけ、審査を迅速に行うよう促した結果、ようやく 2000 年 1 月 1 日に査定公告となった。
3	2000-01-28	A 社の日本代理人 F 事務所から、訴訟及び差押さへの準備作業について詳しく質問する手紙が届いた。
	2000-02-03	TIPL0 は前記書簡に対して返答した。
4	2000-02-04	公告中の A 社製品 X2 (被告 B 社製品 Y2 装置に対応) に対する異議申立てがあった。 これについて TIPL0 に対策を尋ねた。
5	2000-05-11	X1 の特許公告期間が満了、特許料の納付も完了、特許証書を受領した。A 社は FAX で、模造機の押収が困難な場合、ライセンス供与の方向で交渉を進めるなどその後の対策を尋ねてきた。
6	2000-05-18	TIPL0 は、特許侵害の立証は技術の比較に関わるもので、具体的な侵害事実の教示を A 社にお願いした。
7	2000-05-18	A 社が TIPL0 の返答について疑問に思う箇所を列挙して電子メールで送ってきた。
8	2000-05-23	TIPL0 は前記メールに内容再確認の返事をした。
9	2000-05-17	A 社は係争装置について B 社製品と比較したリストを渡した。
10	2000-05-23	A 社は早速、同社特許装置と模造機との比較表を添付して返信を送った。

第二段階：警告状の送付

11	2000-06-23	TIPL0 は B 社への警告状の内容について A 社に確認を求めた。
12	2000-06-26	A 社は、第三者又は代理人等専門家の客観的意見に基づいて作成された鑑定書の欠如を心配して、補充書類として検察関連機関に提出するための鑑定書の作成を TIPL0 に依頼した。
13	2000-07-04	A 社の依頼に対し、TIPL0 は、「警告状の送付の際に添付する鑑定書は、第三者或いは指定機関によるものに限定していない。特に本件係争物はものを成形させる装置で、実物を取得するのはさほど容易なことではない。実物が欠けていては有効な鑑定書の作成は無理であろう。また現段階での鑑定書は単に参考に供するものに過ぎないので、鑑定書作成の主体に拘るには及ばない。」と返事した。
14	2000-07-04	A 社は TIPL0 の見解を了承した。なお、同社にて新たに侵害事実が判明したので、その結果に合わせて鑑定書の追加修正を依頼した。
	2000-07-11	B 社宛てに警告状を発送した。7 日間の期限付きで回答を求める。
15	2000-07-13	TIPL0 は A 社に対し第一回の費用請求をするとともに、Y2 に関する警告状を 2000 年 7 月 11 日に B 社宛てに送付したことを報告する。
16	2000-08-01	A 社は、7 月 11 日に警告状を発送した後、相手方の B からどのような応答があったかを尋ねた。
17	2000-08-04	TIPL0 は B 社の応答について報告した。
18	2000-08-08	A 社は、B 社の代理人 (弁護士) と協議をすべきかどうかについて、TIPL0 に意見を求める。
19	2000-08-15	TIPL0 は対応策を提言する。
20	2000-08-22	A 社は、B 社にライセンス供与をしない考えを示し、しかるべき法的手段をとる方針であると表明した。
21	2000-08-24	TIPL0 は A 社に対し特許侵害に係る民事、刑事手続を説明する。
22	2000-08-25	A は、直ちに B 社を相手取って刑事告訴を提起するよう TIPL0 に指示する。

第三段階：刑事告訴

23	2000-09-01	TIPL0 は、刑事告訴の提起には鑑定書が必要であることを手紙で A 社に知らせる。
24	2000-09-05	前記書簡に続いて、民事、刑事手続提起のタイミング及びそのメリット・デメリットについて補足説明した。
25	2000-09-06	A 社は、さらに民事、刑事手続をあわせて運用することについて詳しく質問した。
26	2000-09-08	TIPL0 は A 社の意向を確認し、告訴の段取りを説明する手紙を送った。
27	2000-09-04	A 社の別の特許代理人 W から、X2 に対する異議申立てが不成立となったが、9 月 1 日に異議申立人は不服としてさらに訴願を提起した旨の報告があった。
28	2000-09-14	B 社模造機の販売状況に関し、A 社は警察や調査機関による捜査での出荷実績情報の入手を指示した。
29	2000-09-29	1 週間以内に捜索令状を申請し、捜査活動を本格的に展開する見込みを A 社に報告する。

第四段階：捜索の展開

	2000-10-04	TIPL0 の申請により、検察官は捜索令状を発行し、同日午前 11 時に警察、関係者らが一斉に捜索を開始した。捜索の結果、カタログ及び帳簿を証拠物として押収した。
30	2000-10-30	捜索後、検察官は取調べ法廷を開き、調査を続行する。B 社は侵害事実がないことを証明するために自ら鑑定報告を提出した。
30	2000-11-03	TIPL0 は A 社に捜索の過程及び結果を報告する。
31	2000-11-06	A 社は侵害物品が押収されていないことが心配で、再鑑定の必要があるかを尋ねた。
32	2000-11-10	TIPL0 は A 社を代表して、検察官に B 社に係争装置を再鑑定に提供することを命じるよう請求した。これに対し、被告 B は、再鑑定のため顧客に装置を提供させることはその顧客の権益に損害をもたらしかねないとして拒否した。
33	2000-12-28	B と第三者との間に行われている訴訟等の実体を調べて状況を把握しようとした A 社の要求に対し、TIPL0 は調査の結果を報告した。また、B 社の顧客の Q に対して、鑑定に成形機を提供すれば損害賠償の請求はしないという交換条件の提示を A 社に建議した。
	2001-04-04	地方検察署で引き続き取り調べが行われ、検察官は TIPL0 による再鑑定の申立てに同意した。再鑑定は「財団法人技術研究院」に委託することになった。
34	2001-04-09	A に再鑑定の許可及び鑑定の方法を報告する。鑑定の対象となる機器は B 社が提供する。機器の大きさを考慮して、A 社、TIPL0 及び鑑定機関の鑑定関係者ともに当該機器が設置されている場所へ行き、鑑定を行うことになる。
35	2001-06-19	A は TIPL0 に報告書の提出を催促する。
36	2001-07-20	地検署から鑑定を予定する日時及び場所についての電話を受け、早速現場検証の準備作業に取り掛かる。

(三) 偽造酒品商標の権利行使に見られる仮処分反対仮処分の攻防事案

<事案 3> 偽造酒品商標侵害事件

本件重点

1	積極的に情報収集。	警察当局の消息筋によって発覚された犯行のフォローが大切。発覚した偽造品は往々多種類有り、捜査調書の記載から漏れないよう留意する必要がある。又、追跡調査をタイミングよく続行するのも重要。
2	訴追を徹底すること。	有罪判決を得るまでは和解金の示談などを飲み込んだり或いは積極的に和解の交渉を提案したりしたら、警察当局の立場が悪くなり、協力姿勢に悪影響を与える。又露骨に訴追の取り下げと引き換えに若い賠償金を要求する場合、恐喝罪になり兼ねないので要注意。
3	真偽を洞察し、被告の言い逃れを即座に指摘する。	刑事訴訟に於いては、第一時間に作成された調書が事後の裁判の結果を左右する重要な書類なので、犯行を示唆する記載を明確

		にすべきであれば、有罪判決に導く。その代わりに、被告は拷問などを主張して、調書に記載された内容を爾後に否定しようとする傾向もまれにあるが、かかる主張の真実性は提起される時点と拷問の描写の明確さなどを観察すれば判明できるはず。調書が作成される時点以前でなければ、幾ら拷問の苦情があっても、調書の真実性を否定することはない。
--	--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

**本件経緯**

1	19990913	複数の新聞紙によって、S社の商標とブランドを偽造した酒品が警察当局の捜査によって発覚された消息が報道された。
	19990215	S社の台湾販売店C社から上記の新聞記事切り抜き数則付きの連絡がTIPL0に送られてきた。
2	19990223	TIPL0から上記消息をS社に対する報告の書簡。
	19990225	酒品偽造の容疑者に対して再度警察当局がレードを行った。
3	19990303	TIPL0による追跡調査のレポート。
4	19990922	法律費用の請求書。
5	19991920	19990225のポリすれ一度に続くはずの親交がないため、検察側に対しだしんし、その状況をS社に報告。
6	19991206	19990213のポリスレードに続き検察官の長査定が開催。
	19991206	上記の長査定に関して、TIPL0がS社に報告。
7	20000405	19990213のレードの被告人が起訴され、公判庭の調査尋問手続きが執り行われた。被告人Hung氏が闇に偽造酒品の製造に係る人間がいると主張。
	20000410	上記の進行につき、TIPL0からS社に報告。
8	20000529	第2回目の公判庭が開かれた。被告のHung氏が真犯人と主張するWu氏が見つからず、Hung氏の言い分が不確実に思われる。
	20000602	公判庭のレポート。
9	20000821	第3回目の公判庭が開かれ、裁判官は被告が真犯人として主張するWu氏を確認したが、当人は強盗事件で勾留されているもので、本件と関係していないはずと認定した。被告のHungは漠然と偽造酒品の製造犯行を否定し続けたが、理由があやふや。
	20000828	上記公判庭レポート。
10	20000911	第4回目の公判庭が行われた。被告のHungがTsaiと言う人間、即ち本件の張本人Suに債務返済を強制したものを証人に指名したが同証人Tsai氏は被告が偽造に関与していないことも立証できなければ、Suが偽造酒品の製造に取り掛かっていたことも立証できない。
	20000915	上記公判庭レポート。
11	20001023	第5回目の公判庭開催。被告の指名するもう一人の証人が出廷できずと吃っている。又、被告は供述が強制拷問によってなされたものと主張した。
	20001026	上記公判庭レポート。
12	20001116	地方裁判所判決送達。被告は商標法第62条の連続犯行と刑法第339条の詐欺罪及び第212条特別許可の文書の偽造と当偽造文書の行使等の罪名が認められ、2年6ヶ月の懲役刑に処することとした。
	20001128	上記公判庭レポート。
13	20001205	請求書の送付。
14	20001207	被告が高等裁判所に対して控訴提起。
	20010104	高等裁判所第1回目の公判。被告はほぼ前言を繰り返し、調書記載の犯行を否認した。
	20010108	上記公判庭レポート。
15	20010118	高等裁判所第2回目公判。
	20010129	証人LiuとGuが出廷したが両者の証言が矛盾。その上、主要証人が依然欠席。拷問の説が発。
16	20010208	召喚された二者の証人にLiという警官だけが出廷した。被告の勾留中の同

		室者 Wu が出頭しなかった。Li は家宅拷問に参加しなかったことを強調したが、被告は同人に殴られたと断言。一方、被告が拷問を受けた時点は捜査時の告訴調書尋問の前ではないと供述したのに、調書の内容を覆す理由がないと TIPL0 の弁護士が質疑。尚、被告の自身に外傷が検出されていないし、拷問の立証が困難。
	20010212	上記公判庭レポート。
17	20010606	請求書送付。
18	20011101	高等裁判所本件進行につき催促の結果を S 社に報告。
19	20020123	高等裁判所より判決下付。 法律の改廃と没収の対象品等若干の欠陥によって、原判決を破棄したが、詐欺と酒造許可偽造並びに行使の罪の確立に基づき、同じく 2 年 6 ヶ月の懲役刑の実刑判決を下した。請う祖父化の事件なので、本件終了。
20	20020205	最終回請求書送付。

**(三) キャラクター模造品事件の権利行使に見られる仮処分反対仮処分の攻防事案**  
**<事案 4> キャラクター模造品事件**

**本件重点**

1	積極的に情報収集。	模造品の関連情報を入手する情報網は、現地法人が押さえる場合がお追い。無論調査会社の専門調査が不要なわけではないが、アンテナを適切に調整して常に情報が入る心がけが必要。警察当局も次第に権利者自身の情報力を期待している。
2	模造品を根絶するための証拠集め	模造品の流通ルートを押さえる手段として、製造元を根絶するのがポイント。販売ルートだけ止めても、供給さえあればまたして市場に出回るに必至。 普通は販売業者から製造業者へとたどり着くけど、時折工場の踏み込み捜査の最大量の拳銃を発覚するケースもあるほど、暴利が絡む場合極道が経営する工場まで白状しない被告も少なくない。そのため、販売者の家宅店舗の捜査の最、伝票と帳簿の押収が必要である。
3	真正品と偽造品の差異を常に洞察し、警察と司法当局に自信を与える準備を日頃から重ねる。	真正品と偽造品の見分けがつかないと感嘆するときもあるが、それは検察官の目には立案し難い曖昧な事案に映る。警察当局も冤罪を被せるまいと恐れて、紛らわしすぎたケースを忌避する。そのため、模造品の特徴を日頃から把握し、いざ証言を求められる際検察官や警官の前ですばり真偽を断言できる自信が大切。

**本件経緯**

1	1998/11/27	台湾支店から模造品発覚の通報
2	1998/11/27	日本 S 社本社からの返事
3		刑事告訴委任状の作成（紫成社宛て）
4	1998/11/27-1998/12/01	商標権侵害容疑事件調査報告書
5	1998/12/10	調査報告書の要約報告
6	1999/02/04	刑事告訴委任状の作成（緻美社宛て、押印の要請）
7	1999/02/04	S 社から返事、既に送付したとのこと
8	1999/02	刑事告訴委任状の作成（菲英社宛て）
9	1999/02/09	第一回目のポリスレード
9	1999/03/06	上記ポリスレードの報告及び案件の分析（追加告訴容疑者の浮上と追跡調査継続の余地等につき）
10	1999/03/10	S 社より返事（追跡調査と追加告訴の要請）
11	1999/03/18	追跡調査報告書
12	1999/04/01	追跡調査の連絡の要約報告
13	1999/04/01	追跡調査の結果につき台中調査防犯組への連絡
14	1999/04/08	S 社よりフォロー調査の指示

15	1999/03/16	認証済み委任状の送付の通知
16	1999/08/10	起訴状の日記と報告（紫成社の責任者呉氏に対する起訴状）
17	1999/08/26	第一回目調査法庭報告書及び要約報告書簡
18	1999/09/21 2000/02/11	台中大震災発生 関連警官による検証の実施及びその報告
19	2000/03/27 2000/04/12	第一回目刑事公判庭 報告書及び要約報告書簡
20	2000/04/12 2000/04/21	第二回目刑事公判庭 報告書及び要約報告書簡
21	2000/05/05 2000/05/19	判決書送達 判決内容報告
22	2000/05 2000/06/13 2000/07/05	被告呉から高等裁判所に対して控訴が提起された 高等裁判所第一回目の公判庭 上記公判庭の報告
23	2001/07/13	法律費用、請求書送付

**Q. 権利者でもない第三者が、権利行使を未然に排除するために特定の製造販売行為を権利者から差止を受けたい旨の反対仮処分を申請することが合理的なのか？ 実際発生しているか？ 反対仮処分と仮処分を取り消すための反対担保は果たして合法的な法手段か？**

- (1) 特許権侵害の被告となりうるものが先手を打って、特許権利者の差止を排除する旨の反対仮処分を申請して許可を貰う事例は、5年程前から台湾の実務員に見られるようになって、このごろますます風潮のようにはやってくる。事情の釈明と共に膨大な担保金も納付してあるケースが殆どだが、しかしそれによって特許権利者の本来の権利行使が極めて困難な状態にされるので、その不当な側面が次第に明らかになりつつ、近頃司法当局も寄生すべき現象として課題視して、将来の取り扱いを巡って盛んな討議を進めている。
- (2) 特許の係争事件に於いて、権利者は本件訴訟に入る前に、差し止めなどの実効的な手段を講じるべく仮処分を申請する傾向が高い。しかし、反対に、被告となる人間が予め権利者の差し止め要請を拒否するために、自分の特定の製品の製造販売行為が特許権に拘束されないような仮処分命令を獲得する風潮も5年程前からはやってきた。このような反対仮処分は、全く権利基礎がないままに、逆に権利者の権利行使のために設けられた保全手続きを先制する効果を生じるものなので、特許権の根本的な実益を否定する恐れがあり、極めて不当な措置と考えられる。

又、権利者側の仮処分に対抗して、被告側は最近、権利者側の供託した担保金と同一額の反対担保金を供託して、裁判官に元の差し止め仮処分を取り消してもらおう事案が増えている。仮処分の反対担保の供託による取り消しは全く禁止されるものではないが、但しそれは被告側に回復しがたい損害が予想される場合に限り規定されている。その上、たとえ反対担保の供託を条件にもとの仮処分を取り消すことがあっても、反対担保の金額は、絶対元来原告（仮処分の申立て人側）の供託した金額をそのまま援用するわけがなく、必ず原告側が（被告の行為を差し止める旨の）仮処分を取り消された場合蒙り得る損害を想定して計上された金額でなければならない。しかし、近頃では原告が納入した担保金と同等の金額の納付を認めて、仮処分裁定を取り消した事案が増えている。それも極めて法制度の御用の一環と考えられている。

**Q. 反対仮処分優位論で侵害行為差止め仮処分を牽制する事案**

A 権利者側・元仮処分進捗		B 侵害容疑者側・反対仮処分進捗
A <sup>^</sup> (Aの親会社)の名義で元仮処分請求提起 7000 万元ほどの担保金	2002-1101	
A 地裁 元仮処分請求許可	2002-1231	
A 地裁 元仮処分執行	2003-0108	
	2003-0113	<b>反対仮処分提起 400 万元ほどの担保金</b> 戦術: A <sup>^</sup> 社の他、その子会社 A 社まで B 社の行為を容認する主体に指定して、元の A <sup>^</sup> の仮処分の請求人と若干主体上の相違を装って、後発の反対仮処分の不法性を粉飾する。
	2003-0120	<b>B 地裁 反対仮処分許可</b>
A <sup>^</sup> が担保金に関して反論し、20 億元ほど主張した	2003-0204	<b>B が A<sup>^</sup>に本案訴訟の提起を要請、</b> 戦術: 訴訟費用に関しては A <sup>^</sup> が主張する権利侵害による損失の金額である 20 億元が相当と主張する。
	2003-0320	<b>B 地裁 反対仮処分停止裁定下付</b>
	2003-0331	<b>B 地裁 反対仮処分執行通知書送付</b>
	2003-0430	<b>高裁 B 地裁の反対仮処分を棄却</b>
<b>高裁 元仮処分維持</b>	2003-0514	
<b>最高裁 元仮処分を維持</b>	2003-0717	
	2003-0925	<b>最高裁 B 地裁の反対仮処分を維持</b>
<b>A 地裁に対して本案訴訟提起</b> <b>訴訟金額 17 億元</b>	2003-1121	
<b>高裁 元仮処分維持</b>	2004-0213	
	2004-0304	<b>高裁 A 抗告却下(反対仮処分維持)</b>
<b>B 地裁に対して改めて提訴</b> <b>訴訟金額が 2 億元ほどに</b> 戦術: A 地裁に対して提起された元の本案訴訟は訴訟金額が高すぎる見地を取り下げる意向だが、訴訟費用納付期限内に案件管理が別系統である B 地裁に対して他共同被告を増加して改めて提訴することによって期限内に有効に本案訴訟を提起する条件を満たすことを計った。	2004-0423	
	2004-0719	<b>最高裁 A 社再抗告却下(反対仮処分維持)</b>
	2004-1117	<b>最高裁 A 社再審却下(反対仮処分維持)</b>

- 疑問点 1. 元の仮処分が執行された後でも、反対仮処分請求の提起も尚容認され得るのか？
- 疑問点 2. 元の仮処分が執行された後でも、それに対する公告と反対仮処分請求などの成立によって、執行の効果が殆ど無意味にされないのか？それを同処理すればよいか？
- 疑問点 3. 仮処分と反対仮処分の担保金が極端に異なる理由は何か？
- 疑問点 4. 権利者の本案訴訟の訴訟金額は、侵害によって発生し得る損害に相当するはずなのか？しかし本件の場合、なぜ侵害容疑者の反対仮処分のための担保金がわずか 400 万元に定められたのに、逆に権利者の本案訴訟の訴訟金額が 17 億元もあるとされたのか？
- 疑問点 5. 仮処分の前提条件にある「緊急措置を要する状況」は、特許権利者の立場からすれば、鑑定意見書で特許が侵害されていることを示す技術上の釈明をする以外に、何が必要だろうか？管理者自身或いは合法のライセンスによる大規模な実施があり、既存の市場に侵食が発生する現象の示唆が必要か？特許権に抵触するだけの証明では必ずしも仮処分でもって他人の権利侵害容疑の行為を差止めることが出来ないのか？
- 疑問点 6. 部品メーカーに対するか付された販売差し止めの仮処分があっても、その部品を使用する製品メーカーに対する製品販売差し止めの仮処分の成立が保障されるか？

## 9-2 仮差押え

### 9-2-1 仮差押えの要件

権利者が侵害者の侵害行為について損害賠償を主張するに足りる十分な証拠を把握しているときは、これらの証拠を根拠に侵害者の財産を対象に裁判所に仮差押えの申立をすることができる。権利者が侵害者の場所に権利侵害に係る商品が保管されていることを知り得たときは直ちに仮差押えの裁定を申立て、仮差押えの裁定を執行する形で事件の関連模造品を差押えることができる。

仮差押えの執行にあたっては、まず裁判所に仮差押えの裁定の申立をしなければならない。

仮差押えの裁定により、債務者が一定の金額を担保に入れば、仮差押えが取消されることもある。そうすれば、債務者は権利者の仮差押えを取消することができ、事件に関連する商品も差押えられずにすむ。この意味では、資産の価値と担保金の金額の大きさ及び被告者の資産規模との関係次第で、仮差押えは仮処分のような効果が期待できない。

また、特許権の侵害に対する刑事罰の廃止と伴って、より効果的に第三者の侵害行為を牽制するのにやはり先に仮処分を掛ける必要が切実になりつつある。一方、2003年の民事訴訟法の改正によって、仮処分が原告申告主義から両方当事者進行主義に切り替わったので、仮処分の迅速性も著しく低下してきた。また、例仮処分を合法に提起できて許可を得た場合でも、何れ本訴の提起が必要なので、そのためには、実体権利の有効な確保が絶対不可欠な要素であることは変わらない原則である。

2004年以降では、長期化しつつ仮処分の代わりに、特許侵害の容疑者側の製造設備などの資産を損害賠償金の担保として仮差し押さえを加える手法が多用されるようになってきた。特に中小企業の被告にとって、抵当など担保権つきの製造機材や重要資産が押収されると、銀行に対する融資信用が破綻して銀行から取引拒否を受けることになり兼ねなく、絶大なインパクトがあるので、即効を相当期待できる。又特許侵害の実体面の審理を一切行わないし、担保金の金額も押収される資産の時価の二分の一乃至三分の一程度で収まるので、原告側にとっては実に便宜的なプロセスである。ただ侵害に関する技術上の実体鑑定をすべて先送りして経済的な打撃を即時に与えるこのやり方は、権利の乱用に流れる傾向も見受けられるので、何れ裁判所の対応が慎重に或いは消極的に変わるかもしれない。

一方、台湾の現地企業も次第に特許紛争事件への対応方法を心得てきている。特許侵害の警告や提訴を受けるや、一気に複数の無効審判を権利者の特許に対して提起して強気に反撃をかけるケースが増える。その際権利者の特許権の有効性があらゆる観点から検証され、改めて特許出願時期の先行技術への切抜けから翻訳の性格度までの追求の重要性を痛感する。

中小企業の被告はよく資産を家族の名義に変更などして資産隠蔽を図るが、早急に資産を凍結できれば、膨大な損害賠償責任で再犯防止と業界に見せしめの効果を計れる。

仮差押えはつまり金銭的請求又は金銭的請求になり得るものを保全する強制執行であり、(付帯)民事損害賠償訴訟を提起するかどうかを決めるにあたって、まず被告の財産状況を調査し、賠償金の支払いに十分な財力があるかどうかを確認するとともに、差押えに供する財産の価値をも評価すべきである。訴訟係属前か訴訟係属中を問わず、仮差押えの執行は申立により始まる。その要件は次の通りである。

#### 1. 合法条件

- (1) 管轄裁判所に申し立てる。事件の管轄裁判所、及び仮差押えの対象の所在地にある地方法院(地裁)、両方とも管轄権を有する。
- (2) 手続に従うこと。請求と仮処分の原因について釈明しなければならないことに注意する。債権者は前記釈明をしていないが、債務者が受け得る損害について既に裁判所が決めた担保を提供したときは、仮処分の命令を妨げない。

#### 2. 前提条件

- (1) 強制執行の対象となる金銭的請求又は金銭的請求になり得るものを保全するための請求がある。
- (2) 後日強制執行ができず、又は執行が難しい虞がある。

#### 3. 所用期間、執行条件及び経費

**所用期間** 従来の制度では、原告側の申立を受理して、裁判所はほぼ職権に基づく審査を経て、裁定を以って決定命令を下す段取りとるので、仮処分の申請より3乃至4週間ほどで普通決定が下される。仮処分制度と対照して、被告の財産隠匿の懸念があるので、仮差押の管轄裁判所

は被告側の意見聴取をしないまま原告の主張と釈明に基づいて審理して、3週間ほどまでの期間内で裁定を下すのが普通。

#### **費用**

**弁護士費用** 弁護士費用は従来の制度ではNT二十万元程度ぐらしかかったが、2003年民事訴訟法の改正によって、手続きの長期化と煩雑化に拍車がかかり、出廷の回数が激増する中、弁護士費用も従ってかさむようになってきている。2004年現在では一件につきおよそNT40万元から50万元ほどの弁護士費用を見積もる。

仮差押さえ決定後に、30日以内に処分を受けた債権者側が強制執行の申し立てをしなければ決定が無効になる。執行の請求に別途執行料がかかる。（強制執行法第132条及び第28-2条）

#### **9-2-2 仮差押えの担保金**

申請する側が供託する担保金の金額は請求金額と被告側がこうむる予想損害の金額によって浮動する。仮処分の担保金は被告が仮処分を受けた場合処分が解除されるまで、仮処分が将来無効と確定になったことを仮設して、被告がこれによって蒙った損害を想定した金額となる。

申立から裁判所の裁定下付まで、通常約3~4週間がかかる。仮差押えは権利侵害の容疑者には損害賠償と弁護士費用の支払いに十分な財産があることを確保する手続である。もし、被告が受け得る損害について既に担保金を供託したのであれば、請求及び仮差押えの原因についての釈明は免除されることになる。請求及び仮差押えの原因は釈明されたとはいえ、裁判所はなお債権者に担保を提供させることができる。したがって、仮差押えの裁定を請求するに前に、通常担保金を預けなければならない。

担保金の金額は原則として執行名義となる債権の金額の二分の一乃至三分の一を基準とする。また、差押えられた動産の価値が極めて高い場合には、裁判所は請求の対象を考慮して担保金の額を引き上げることもある。担保に供するものは現金のほか、裁判所の許可のもとに有価証券ないし定期預金をもって現金に代わることもできる。

他方、仮差押えの反対担保の供託によって原則上仮差押はとりけされるのでこの意味では、資産の価値と担保金の金額の大きさ及び被告者の資産規模との関係次第で、仮差押えは仮処分のような効果が期待できない。

仮処分決定後に、30日以内に処分を受けた債権者側が強制執行の申し立てをしなければ決定が無効になる。執行の請求に別途執行料がかかる。（強制執行法第132条及び第28-2条）

#### **【関連規定】**

特許法の定めるところにより、他人の特許権を侵害するために使用されるもの又はその侵害行為により生じるものについて、被害者の請求により仮差押えを執り行い、賠償すべき旨の判決が下された後、それを賠償金の一部に当てることができる。これにより、模造品及びその生産設備も最後の剰余価値を発揮することができる。ただ、一つ注意すべきなのは、模造品のような流通を禁止されているものを販売したり、金銭と引き換えたりすることができないということである。原則として模造品は没収しなければならない（刑法第38条）。

#### **9-3 証拠の保全**

相手方の侵害を裏付ける証拠を取得することが困難な事件で、裁判所に証拠保全の申立をすることが考えられる。例えば、製法特許に関連する事件で、相手方が果たして権利者の方法特許の内容を使用しているかどうかを取得することができない場合（民事訴訟法第368条）。

証拠保全の申立が成功するかどうかの重要なカギは、証拠が滅失する虞、又は使用困難の虞があることを釈明することにある。

証拠保全は基礎の前より管轄裁判所に対して申し立てることが出来る。しかし、通常では裁判所は証拠保全の申立に対する対応が極めて慎重で、申し立て人が主張する事実をある程度証明できる具体的な証拠がなければ、公権力に基づく証拠の提示させる命令を下すことを避けている。そのため、証拠保全の申立の実質的な異議が限られている。