第 3 編　知的財産法の国際的側面

I　総論

教材 115 ページを開けてください。前回までで著作権法が終わりまして、本日は、今までお話ししてき知的財産権の国際的な問題を触りだけお話ししようと思います。

まず教材の総論 1 に、「知的財産法を設けた国がある」、と書いてあります。知的財産法というのは、理論的に言いますと、憲法とは違って必ず設けなくてはいけない法律だというわけではありません。原則フリー・ライドが自由だとすると、フリー・ライドが生じることで、新しい創作物を作ったり、新しい発明を作ったりする人が、やめてしまうことで過少投資になってしまうというときに、知的財産法を作るのです。

例えば国の規模や、あるいはその国の文化などの事情があって、特に知的財産法を設けなくても過少投資にはならないという国には、知的財産法は本来、要らないはずです。

例えば、モナコという国があります。フランスの南の方にある世界で 2 番目ぐらいに小さい国です。あそこではブランドショップがあるので商標権は要ると思いますが、世界で 2 番目に小さい人口 2 万人ぐらいの国で新しい発明がどんどんできるとは、私には思えませんので、特許権は要らないのではないかという気がします。

あるいは、南太平洋のトンガやサモアといった国は、発明をする人がいるのでしょうか。別に発明をしないからといって遅れた国だということではないですよね。魚を取って暮らせれば、それで十分です。そのような国は、知的財産法が本当は要らないのかもしれません。

ですから、日本のように、工業などの産業を発達させていくのだという国にはもちろん必要ですが、すべての国に必ずないと人間の基本的な生活や生存や尊厳が脅かされるというたぐいの法律ではないですね。

著作権法に関しては、自然権論、すなわち人間の精神的創作活動を保護するという立場に立ちますと、すべての国に必要だということになるのかもしれませんが、少なくともインセンティヴ論に立つとそうはなりません。

ところが、ある程度大きな国について、知的財産法を設ける国と設けない国に分かれるとしますと、実は知的財産法を設けた国の方が損をすると考えられています。仮に、東アジアの国を X、Y として、X の国には特許制度がある、Y の国にはないといたしましょう。そうすると、X では発明は 20 年間保護されて、新しい発明がどんどんできますが、その人の投資を守るために 20 年間は排他的な実施を認めることになります。Y の国ではフリー・ライド自由で、誰が模倣してもいい、特許を取ろうと思っても取れないとなります。

そうしますと、X の国では確かにいい発明がどんどんできるかもしれません。ですが、特許権を設けるということは、特許権者の方から見れば投資を回収する機会を与えられたということになりますが、逆に第三者の目から見ると、模倣ができないわけです。

第三者が模倣できないということは、社会全体でその発明者の投資を負担しているということになります。特許権は排他権ですから、結局、特許権者から多少投資回収分の費用が上乗せされた製品を売られて、私たちがそれを買うわけですから、広い目で見れば、社会全体でその発明者の投資を負担していることになります。そのように広く我々も少し負担をしているけれども、新しい発明の恩恵にあずかることができ、産業も発達するという好循環になるというストーリーです。ですから、特許制度があるということは、社会全体で、すなわちその国全体で、発明に掛かるコストを少しずつみんなが負担しているということになるわけ

です。

ところが、この X という国で作られた製品が Y の国に輸出されたといたします。輸出されてしまうと、この輸出先ではコピー自由です。この Y の国の人たちは、X の国の人たちのように発明に対する投資を負担していません。コピーすれば、セカンドランナーということになりますが、セカンドランナーは投資をほぼしていませんので、その分費用に上乗せされることがないわけです。ですから、Y の国の人たちは、X の国でできた発明に掛かった費用を負担していないということになります。

そうすると、X という国は、特許権があったばかりに、社会全体で新しい発明に関する投資を負担し、Y という国は、X という国でなされた発明に対する投資を負担せず、たまたま近くに特許制度がある国があったおかげで得をしていることになります。

したがって、特許制度を作ると、一つの国の中だけ見ればうまくいくけれども、ほかの国まで見ると、設けてある国と設けていない国では設けた方が損になると言われています。自国内で知的財産権が行使され、自国産業が知的財産権で利用が制約されるというコストや、特許庁を置いたり、裁判所で特許権の侵害かどうかを判断するための制度運用のコストが、投資の分として値段に上乗せされますから、知的財産法を作った方が損になります。

そうだとすると、今 2 つの国しか出していませんが、ほかに国があった場合、理論的には、どこか一国が知的財産法を作れば、ほかの国は知的財産法を作らなくても、そのおこぼれにあずかれるということになるわけです。

どこかの国が知的財産法を作れば、ほかの国は作らない方が得だとすると、ゼロの状態から一斉にスタートすると、誰も特許制度、知的財産制度を作らないということになってしまいます。そうすると、結局、どこの国でも産業が発達せず、みんな原始時代のままということになってしまいます。

ですから、ある程度産業が発達している国の間では、最低限の知的財産法を設けることを国際的な条約でお互いを縛り合っています。教材に書いてあるパリ条約やベルヌ条約です。パリ条約は、工業所有権（産業財産権）、すなわち特許庁関係の法律に関する条約です。ベルヌ条約というのは文化庁、文部科学省管轄であり、著作権に関する条約です。パリはフランスのパリです。ベルヌはスイスの首都で、普通は日本ではベルンと言いますが、なぜか条約のときだけベルヌと言います。

ちなみに、ベルヌ条約は 1886 年にできたもので、現在 154 カ国が加盟しているそうです。パリ条約は 1883 年ですので、ベルヌ条約より 3 年早く、現在 162 カ国が加盟しています。エッフェル塔はパリ万博のときにできましたが、パリ条約は、その前にできたものです。

ただ、最初にお話したように、知的財産法というのは必ずなければいけない法律だとは考えていません。ある程度産業が発達している国、市場規模の大きい国で知的財産制度が設けられれば、新しい発明なり新しい著作物なりが作られるわけですから、モナコやバチカン、キリバスなどには特許制度というのは要らないような気もします。このように、例えば人口が国全体で 20 万人しかいない国、島に車が 30 台しかないような小さい国では、特許制度を仮に作ったとしても、プラスになることはほぼありません。

他方で、特許制度がある国においては、その国の産業、その国の会社だけではなく、日本やアメリカなどの企業がその国で特許を取るということがあり得るわけです。特許があるということは模倣ができないということですから、その国の人は日本やアメリカの製品が欲しいとすれば、輸入品を買うしかないという状況になります。

特許がある国である会社が物を売っているということは、投資分の上乗せの費用が掛かっているはずで

すので、フリー・ライドがあった場合にも値段は高いわけです。そうだとすると、そのような小さい国にとっては、知的財産制度がある状態よりはむしろない状態の方がよく、先進国や産業が発達している国のおこぼれにあずかれれば十分ではないかというような考えもできるわけです。

ですから本当は、特にインセンティヴ論に立ちますと、知的財産制度はすべての国に必要ではないですし、条約あるいは文官外交で知的財産制度を押し付けるということは、本当はあってはならないことです。現在ではアメリカが強圧的にすべての国に知的財産制度を設けるようにと経済的、軍事的圧力を掛けておりますが、あれは現代の帝国主義です。

ほかの国に知的財産制度を拡張するということは、要するに、その国の会社が、国内だけでは投資が回収できないから、外国からも投資を回収しようと思っているということです。

日本では明治のころから外国の条約に入るということが 1 つのステータスだと思われてきていて、私が見るところでは今もその精神がぬぐえていません。ですから、条約があると、入った方がいいということになり、ほかの影響力を持っている国にも、入ったほうがよいとお勧めするわけです。

ですが、本当はそうではないということです。今では WTO の TRIPS 条約という、知的財産権に関する包括的で、かつ、パリ条約やベルヌ条約よりもう少し強い条約があります。旅行やパスポートに関する事柄を決めた条約ではありませんので、後ろに S が付いているという説もまことしやかにささやかれているのですが、最後の IP は Intellectual Property です。1994 年につくられ、現在 146 カ国加盟しているそうです。パリ条約やベルヌ条約に比べると、少し少ないですね。

TRIPS に入るということは、現代ではアメリカ帝国の属国になるということに等しいのですが、アメリカは、すべての国を TRIPS に入れることを目指して頑張っております。

TRIPS 条約に入りますと、自動的にパリ条約やベルヌ条約に入ったことになります。パリ条約とベルヌ条約を遵守せよという内容が TRIPS の条約として入っているので、あらためて入る必要はなくなります。ですから、今から知的財産に関する国際条約に入ろうという国は、たいていこの TRIPS 条約の方に入ります。

以上が総論としての、国際的な知的財産権に関する考え方です。日本は、国内産業を見ても、あるいは国際的な立場を考えてみても、当然条約には入らなければいけない立場ですし、ある意味、知的財産制度で世界を引っ張っていかなければいけない国です。

余談ですが、知的財産権の新聞報道を見ているときに、三極という言葉を聞くことがあるかもしれませんが、三極というのは、日本、アメリカ、ヨーロッパという意味です。知的財産のお話にしか三極という言葉は出てきませんが、ヨーロッパがひとくくりになっているのは、著作権を別として、特許や商標については、ヨーロッパ特許協力条約があり、ヨーロッパがほぼ一体化しているからです。権利行使は少し違いますが、少なくとも特許権、商標権を取得する場面では、比較的利害がそろっているので、ヨーロッパはほぼ 1 回の手続きで済みます。

II　属地主義

次に、属地主義についてです。知的財産権に関しては属地主義の原則が広く妥当すると一般には思われています。属地主義というのは、国際的な知的財産法の解釈について、日本における特許発明の実施行為が侵害になるかどうかは日本の法律が決める、ドイツにおける実施行為が侵害になるかどうかはドイツの特許法が決めるのだというのが、属地主義の原則です。法律の地理的効果から侵害になるかどう

かを考えていくというアプローチになります。

この属地主義というのは、現在では、本当にそれでいいのかということが非常に議論されているところです。これだけ国際取引が活発になり、あるいは、インターネットができたことで、情報の流通というのはほぼ国境がなくなったと言っても過言ではない状況で、この属地主義がどこまで通用するのかということが議論されています。

属地主義の源流というのは、実はよく分かっていないところがあります。教材には、内国民待遇から導く学説があるけれども、うまくいっていないということが参考までに書いてありますが、どうして属地主義になっているのかということについては、実はパリ条約にもベルヌ条約にも書いていません。

ただ、この教材、あるいは田村先生の教科書には、利用者の予測可能性にその根拠を求めるべきだと書いてあります。ここについて私自身は、説を考えていないところです。田村先生は、ある実施者がいるとして、そのいる国の法律が適用になるということが、一番予測可能性を害しないでしょうという、ごく当たり前のことを言っているわけです。

この利用者というのは第三者、つまり潜在的な被疑侵害者ということになるわけです。潜在的な被疑侵害者ですから、法律を守らなければいけない人ということです。法律を守らなければいけない場合に、法律を調べるときには、その人が今立っている国の法律が一番分かりやすいのではないかという、ごく簡単な分かりやすい説です。

知的財産法について、原則は、なくてうまくいくのであればない方がいいが、フリー・ライド問題があるので、必要最小限だけ作らなければいけないという立場をとると、やはりこのような理由付けになります。原則自由ですので、その原則が問題になる潜在的被疑侵害者、すなわち利用者の予測可能性は最大限担保されるべきだというところにあります。自然権を採用するか、あるいは権利者の方を重視すると考えれば、権利者が権利行使をしたい国の法律や、さらには権利者の本権所在地、住所地を基準とするような説もあるわけです。

ただ、その利用者がいる国の法律といっても、限界があるわけで、ある程度例外を認めていくべきではないのかというのが、属地主義の例外のところです。1 つ目が共同不法行為です。共同不法行為を簡単に言うと、侵害の教唆・幇助です。侵害の教唆・幇助を他の国で行っている場合は、自国の法律を適用すべき場合があるのではないかということが、教材に書いてあることです。

教材本文の説明には、日本の特許権侵害行為の教唆・幇助などが国外で行われた場合に、日本の特許権侵害に向けられたこれらの行為を日本法で規律しても予測可能性を奪わないと書いてあります。これはどのようなことかといいますと、日本で特許があって、この特許はA、B、Cという3つのパーツを合体させてできるものですという特許権だといたします。これがクレームだとすると、アメリカで A、B、C という 3 つの部品を作って、1 個の箱に入れて日本に輸出しますと、まだ合体していないので、特許権は侵害していないですね。A、B、C はともに間接侵害の要件を満たさない部品だとすれば、ばらばらに作って合体させない状態で輸出するという行為は、何ら問題がないわけです。

これが日本に入ってきて、例えばユーザーの手元で合体させると、私的実施になり、業としての実施ではありませんので、特許権の侵害になりません。すり抜けが起こってしまうわけです。ですが、このような行為は日本法を適用して特許権侵害とすべきではないか、というのが教材に書いてあることです。理由は、法例 11 条と書いてありますが、これは通則法 17 条に直してください。これについては後で話します。この解釈として日本法を適用すると書いてあります。

どうしてこのようになるのかというと、輸出する人の行為に注目しているわけです。パッケージ化して日本へ向けて輸出するという行為をしているので、この人は自分で日本へ輸出するということは当然分かっているわけです。日本に輸出するときには輸出先の法律に気を付けなさいと言っても、決して予測可能性を奪うことにはならないでしょう、ということです。

パッケージがアメリカの中で転々譲渡され、どこへ売られてしまうか分からないというときは当てはまらないかもしれませんが、パッケージして、直接に日本に輸出するという場合には、輸出先はもう分かっていますので、輸出先の法律に気を付けなさいと言うことは別に予測可能性を奪うことにならないでしょう、というのが教材に書いてあることです。

この法例改め法の適用に関する通則法（通則法）という法律は、いわゆる国際私法と言われているものです。国際私法というのは、日本では法の適用に関する通則法で、昔の名前は法例です。この法例の「例」は、命令の「令」ではないので、誤字ではありません。

国際私法、通則法を適用する場合というのは、一般的には渉外事件です。渉外的要素が絡んだ事件は、まず通則法を通しますというきまりになっています。論理的に言うと、渉外事件でなく、外国の問題でも通則法を通しています。

通則法は、どの国の法律を適用するかを決める法律です。ですから、このような権利がありますとか、このようなときはこのようなことはやってはいけませんといったことは書いていません。例えば、日本で日本の特許権者がアメリカ人に対して訴訟を起こすとします。アメリカから物が輸入されてくるので、日本人が日本国でアメリカの会社を相手取って、アメリカから物が入ってくるのでそれを止めたいというときはどうするかというと、いきなり日本の特許法で判断するべきだということにはならず、渉外事件なので、最初に通則法を裁判所が判断します。

通則法には、このような事件の場合は日本法を適用しなさいとか、このような事件の場合は訴えられている人の国の法律を適用しなさいということが書いてあります。最初にその点について判断をして、この事件は日本法を適用すると裁判所が決めたら、日本の特許法が適用になります。ここが最初のステップです。

ですから、日本で日本人が日本の特許権に基づいて訴訟を起こしたとしても、必ず日本法が適用になるわけではありません。アメリカ法が適用になる場合もあります。教材では、このように、アメリカ人が日本に向けて輸出をしているというときは、日本でも日本法が選ばれるべきではないのか、ということが書いてあります。

実は通則法の中には、知的財産権侵害の場合はどのように判断するかということが書いていません。改定のときに加えようかということが議論になったそうですが、結局見送られました。ですから、物権法や不法行為法についての規定から類推してくるしかないのです。

物権については通則法の 13 条で、どの国の法律が適用になるのかということが書いてあります。動産または不動産に関する物権及びその他の登記をすべき権利は、その目的物の所在地法による、というように書いてあります。

17 条は不法行為なので、不法行為によって生ずる債権の成立及び効力は加害行為の結果が発生した地の法律による、と書いてあります。「これこれの地の法による」ということについて、これがアメリカだということになれば、日本国で日本の裁判官がアメリカの法律を適用するということがあります。先ほどの例では、ここで通則法 17 条の解釈として日本法が適用されるべきだということになるわけです。

いったんこの通則法でどこの国の法律なのかということが決まった後は――決まった法律のことを実質法と呼びますが――、通常は実質法の地理的効力範囲というのは考えないというのが原則です。ですから、先の例で、日本国特許法が選ばれた後は、裁判官は、本当は日本国の特許法の地理的効力はどこまで及ぶかということは考えてはいけないというのが原則です。

国際私法について、2 つお話をしました。渉外的要素が絡む事件では、最初に実質法を判断するのではなくて、通則法という法律で振り分けをします。通則法というのは、どこの国の法律が日本の法廷で適用になるかという振り分けの法律です。最初に振り分けをした後、選ばれた国の法律を適用します。その国の法律を適用する場合は、その法律の地理的範囲は考えないというのが原則です。

ですから、もし日本の裁判所に日本法が選ばれたということになれば、日本国の特許法の効力の及ぶ範囲はどこまでかというのは考えてはいけないというのが原則です。

国際私法は、「私」の法律です。刑法については法律の方からのアプローチになりますから、民事関係の法律関係の場合だけの話です。

以上が国際私法のごく簡単な説明です。現在では、日本でもこの国際私法としての通則法を通して日本の知的財産法が判断されるという場面が増えてきています。教材 115 ページの一番下に書いてあるのが、カードリーダー事件（FM 信号復調装置事件）という事件ですが（最判平成 14.9.26 民集 56 巻 7 号 1551 頁［FM 信号復調装置（カード式リーダー）］）、この事件は先ほどの例と逆です。アメリカでアメリカ人が特許権を持っていて、日本でばらばらに売り、アメリカに輸出する行為です。それを日本の国でアメリカ法を適用して止めることができるのかというのが、ここで争われた事件です。訴えは日本で、特許はアメリカです。

この事件の原告としては、特許を持っているのはアメリカであり、アメリカ法を適用すれば、日本のばらばらの部品を作っている行為を侵害にできるので、日本でアメリカ法の適用を求めたわけです。

日本の特許権侵害の教唆・幇助などの合意が国外で行われた場合、侵害者の予測可能性を奪わない範囲で考えるべきだという考えを通すと、逆もまたしかりになるはずです。すなわち、日本人は、アメリカに輸出するのであれば、アメリカの法律に気を付けなさいと言うことができるので、アメリカ法を適用して、侵害を認めていいんだという判決になりそうですが、この最高裁はそうは言いませんでした。

準拠法というのは、適用する法律という意味です。裁判においては、法令 33 条（通則法の 42 条）によりアメリカ法が選ばれ、日本の裁判所で日本の裁判官がアメリカ法を適用してこの事件を裁くとされましたが、いったんはそう言っておきながら、損害賠償請求については法例 11 条 2 項（通則法 22 条）によって、アメリカ法はこの事件には適用できないとした判決です。

日本で外国の法律を適用するということはもちろんありますが、やはり外国の法律は何を決めているかは分かりません。アメリカ法なり日本法なり、選択する先の実質法がこの事件について何と決めているかを判断して適用法、準拠法を決めてはいけないというのがもう 1 つのルールです。「暗闇への跳躍」と言うものです。だから、準拠法を決定する段階では、これから選ぶ法律が適用されるとこの事件はどうなるのか、分からない状態で選ばなければいけないのです。

そうだとすると、恐ろしく無茶な結論が出る可能性があります。それはさすがに困るというので、この法例 33 条（通則法 42 条）、及び法例 22 条を、いわば日本の法定で外国法が適用になる場合の安全弁として機能させて、アメリカ法は適用できないので、この事件は非侵害という結論を出したのが、有名なカードリーダー事件（FM 信号復調装置事件）です。

この判決は、特に国際私法の学者からの評判が非常に悪い判決です。

裁判官もアメリカ法なんて勉強したくないでしょうから、実は私は国際私法、通則法は要らないという説です。通則法は本当に必要なのかどうかというのも、実は争いになっています。

116 ページにいきまして、属地主義のもう 1 つの例外です。最初の例外の共同不法行為の事件は、特許権者と侵害者の間のお話になります。知的財産権というのはそのような争いが多いですが、他方で、内部関係が問題になる場合もあります。職務発明を思い出してください。従業者発明、企業内発明の場合は、企業と発明者の間の争いになる場合があるわけです。

職務発明については、その対価を発明者が会社から受け取ることができる職務発明対価請求権があり、強行規定であるというお話をしましたが、そのような権利の譲渡に関する争いというのもないわけではありません。これは誰かが誰かの権利を侵害するという話ではなく、権利者はどちらなのか、あるいは、この 2 人の間で対価をいくら払わなければいけないのかという争いです。

その場合は、使用者と従業者の間の労働関係に適用される法律で考えるべきだということが教材に書いてあります。例えば、日本でいい発明をして、その会社が日本とドイツも含めて世界中に特許を出したとします。売れれば職務発明に関する対価請求権をもらえるはずです。けれども、その算定をするときに、日本国内だけの売り上げをベースに算定するのか、あるいは、日本とドイツの合計の売上額をベースに算定するべきなのか、ということが争いになることがあります。

特許は基本的には属地主義ですので、日本で特許権を行使したければ日本で特許を取る、ドイツで特許権を行使したければドイツで特許を取るというように、1 個ずつ権利を取っていかなければいけないわけです。ですから、一見すると権利は分かれているわけです。特許発明行為といっても、日本で行う行為は日本国法が適用になっているから、独占的な実施ができ、ドイツはドイツの特許法でもそうなっているから、ドイツでも売れるということです。

対価請求権というのは、日本にしかありません。日本の法律で対価を請求したいという場合には、会社の方から言えば、日本の特許権に基づいた対価請求権だから、日本の売り上げだけを考慮すべきと主張し、他方、従業者の方としては 1 銭でも多くほしいですから、合計することを主張することになるわけです。

侵害の場面ではないので、予測可能性という話にはなりません。職務発明の場合、多くの場合は労働契約であるとか、会社の発明規定に左右されますので、彼らがその契約なり規定を作った前提の国の法律で考えればよろしい、というのが教材に書いてあることです。

対価請求権の算定ベースが世界中の売り上げになるので、会社にとっては不利な解釈です。日立の事件の最高裁判決も、ドイツの売り上げも含めるとしました（最判平成 18.11.17 民集 60 巻 8 号 2353 頁［光学的情報処理装置（日立）］）。

今までの話、あるいは日本の通則法の適用の前提においても、インターネットについてあまり考慮していません。物が行き来するときには、土地、地面を経由しなければいけないというのを原則に考えられているわけですが、インターネットというのは、そうではないですよね。カナダにサーバーが置いてあって、会社の所在地はなぜかニューギニアであり、なぜかホームページは日本語だというようなサイトがたくさんあるはずです。あるいは、自分は日本のプロバイダーと契約して日本でやっているつもりだけれども、プロバイダーの都合で、実はサーバーはメキシコにあるということもありえます。インターネットの世界ですとそのようなことがありますから、もはや属地主義といって切り分けていられません。

ではどのように考えるかというと、日本人は実は簡単に考えることができます。日本語というのはほぼ日

本国でしか通用しないですね。ですから、日本語で提供されているサービスについては、準拠法はすべて日本国法でいいだろうというふうに考えているわけです。送信国はメキシコかもしれませんが、知的財産権を侵害されるのは、結局日本の権利者です。例えば日本文学、日本語で書かれた小説は、ほぼ日本人しか読めないわけですから、日本国法を適用していいだろうと考えられます。適用される方にしても、日本語でサービスを提供していて、日本語を読める人はほとんど日本人なのだから、その国の法律に気を付けなさいということはできるでしょう。

ただ、これは日本語、あるいはハングル語のような特殊な言語についてしか言えないことです。英語やスペイン語については、この解釈はうまくあてはまりません。以上が国際的な属地主義のお話です。

III 並行輸入

もう 1 つの国際的な問題が並行輸入についてのお話です。

並行輸入の話は、実はもうすでに商標と特許のところで 1 回ずつお話をしました。

日常用語でも並行輸入という言葉を聞いたことがあると思います。何となく悪そうだな、という感じを受ける人もいるかもしれませんが、並行輸入というのは、実は、決して海賊版ではないのです。例えば、特許権の権利者 A さんがいて、アメリカと日本の両方での権利を持っているとします。日本でも特許のある車を売っていて、アメリカでも同じ特許権を持って同じ車を売っているという場合に、アメリカでは 100 万円で、日本では 200 万円で売っているという場合があります。これが内外価格差です。

並行輸入というのは、アメリカで 100 万円で A さんから車を買った B さんが、日本に 150 万円で輸出をするという話です。B さんはアメリカの権利者から正当に 100 万円で買ってうます。ですから、コピーを作ったわけではありません。A さんから 100 万円で買った車を 150 万円で売ることにより、マージンの 50 万円を稼ぐわけです。

日本では同じ車が 200 万円で売られているので、この並行輸入品を皆さん買いますよね。そうすると、日本で車を 200 万円で売っている A さんが困る、というのが並行輸入のお話です。

並行輸入されている物は正規品なのです。ですが、日本の権利者は面白くないわけです。日本では 200 万円で売り、アメリカでは 100 万円で売るというマーケティング戦略が、並行輸入を認めてしまうと崩れてしまうわけです。ですので、権利者としてはこれを止めたい思考します。

アメリカで例を出しましたが、中国の例を考えてみてください。中国の物価は、物にもよりますが日本の 2 分の 1 から 3 分の 1 です。日本と同じ値段で同じものを売っていたのでは、中国では売れません。ですから、現地の価格を考慮して価格を決めることになるのです。それが内外価格差です。

並行輸入が全部よいということになると、メーカーが一番損をします。一番安い国の価格が、事実上市場価格になってしまうわけです。そうすると、購買力がある、あるいは同じものについて高いお金を払ってくれる国でも、結局安いお金しか回収できないということになってしまいます。これをブロックするために知的財産権が使われることがあります。特に特許権です。

1 つの国でこのような行為が行われているとした場合は、非侵害になります。すでに特許のところでお話をした、用尽法理です。

特許の用尽のお話は、教材の 78 ページです。いったん特許権者が販売した真正品については、以後の転々譲渡や使用はすべて非侵害だというのが用尽法理だということはお話をしました。特許権者としては、最初の販売のところで以降の対価をすべて回収するべきだということになります。いつまでたっても特

許権者が B さんに対しても C さんに対しても権利行使ができるとすると、流通の自由を妨げますので、1 回 A さんの特許権の行使のチャンスがあれば、後は全部非侵害というのが用尽法理でした。用尽法理があることで、転々譲渡がすべて非侵害になったのです。

並行輸入も、国境をまたいでいるけれども、転々譲渡です。B さんが A さんから真正品を買って、B さんが C さんに売るということです。ですので、この行為が国内で完結しているとすると、用尽法理で非侵害になるはずの行為です。

これを国際用尽、あるいは国際的用尽の問題と言いますが、国際用尽を認めるべきかどうかについては、昔から争いがありました。産業側は、内外価格差を維持できないから、国際用尽が認められてはたまったものではありません。特許権者の方としては、国内用尽について争う人はいませんが、国際用尽については認めないでくれと主張するわけです。輸入を差し止めたい、もう一度権利行使をさせてくれという言い方になるわけです。

流通の自由を重視する人は、たまたま間に国境線が引かれていただけであり、買っているのは A さんからであり同じものだから、用尽というのは国際、国内問わず非侵害にするべきだと主張していました。

従来は、用尽は国内だけで、国際的な用尽はないと考えられていました。ですが、最高裁平成 9 年の BBS の事件がありました（最判平成 9.7.1 民集 51 巻 6 号 2299 頁［BBS 特許上告審］）。ドイツの自動車のホイールなので、BBS ではなくて「ベーベーエス」と呼んでいます。結論は引っ繰り返していないのですが、理論は引っ繰り返したのです。地裁からは二転三転しています。地裁は、国際用尽をしない、だから権利を再行使できると言ったのですが、高裁は、国際用尽をするので再行使できない、並行輸入は止められないとしましたので、地裁と高裁で判断が分かれたのです。

最高裁の判断が待たれたわけですが、最高裁は、結論としては権利再行使できないとしました。けれども、原則としては国際的な用尽はないとしています。原則として消尽はないけれども、今回の事件では、商品に並行輸入してはいけないと書いていなかったため、書いていない場合は、流通の自由が優先すると思った並行輸入をする人の予測可能性が守られると言って、結論的には再行使は認めませんでした。すなわち、輸入を止めなかったのです。

やはり最高裁判決なので、非常に玉虫色の判決です。私や田村先生のように国際的な用尽を否定したい人は、最高裁の理屈は素晴らしいとして、今回はたまたまであり、原則はだめなのだと言うし、国際用尽を肯定する人、すなわち再行使を否定し、並行輸入を肯定する人は、この判決は原則を守りつつ、非常に大きな例外を開けたのだから、事実上、原則並行輸入はよいとしたと主張します。

いまひとつどちらかよく分かりません。私は、理論的にはどちらにでもなると思っていますが、やはりメーカーにいた立場としては、これを認めてしまうと、産業の空洞化というのが起こると思います。どうして日本では 200 万円で売るのかということを考えると、200 万円で買う人がいるから売っているというのも 1 つの理屈ですが、実は日本の工場で造るから 200 万円になってしまうのです。つまり、日本よりも中国は人件費が安いので、同じものを作っていてもコストが同じではなく、日本で作る場合、よりコストが掛かります。

でも、だからといって、コストの安い国に工場を全部移してしまうと、やはり産業の空洞化がおこり、工場が日本からなくなってしまいます。皆さんは、工場と言うと、煤煙を噴き上げている公害のもとというような印象を持たれるかもしれませんが、実際会社に入ってみると、工場というのは、地元の雇用を確保するという意味で非常に大きな役割を果たしています。工場のある土地の高卒の人たちがそこで働いているわけです。工場は、そのように若い人たちに職を与えていますし、あるいは工場があれば固定資産税がそ

の市町村に入りますから、地域を支えているという言い方もできます。また、製造技術というのは、やはり工場がないと維持できないものなのです。

特許権の再行使を認めないと、やはり日本の産業は空洞化するだろうと思っているので、私は反対の立場ですが、空洞化してもいいだろうということになれば、それは理由がなくなるので、理論的にはどちらにもなるのだろうと私は思っています。

教材 117 ページに書いてあるのは、1 つの理屈です。国際用尽を認めてしまう、つまり、権利が再行使できないとすると、特許制度の意味がなくなるという 1 つの理屈です。順に説明していきましょう。

まず、例 1 です。日本の特許権者が、特許制度のない国 A で製造販売している製品が日本国内に並行輸入されたときどうなるか。日本国では特許があります。例えば、アメリカでは特許がない状態で売っていて、日本は特許があるという状態だといたしましょう。そのときどうなるかというと、そのときは権利行使できるべきであり、日本人は輸入を止めることができるべきだと考えられています。

それはなぜかというと、この例 1 はアメリカで特許がなかったという例なので、特許権はまだ 1 回も行使されていません。用尽を認めるべき理由は、1 回特許権が行使されているからです。

でも、アメリカで特許を取っていなくて、日本でしか取っていなかったとすると、アメリカでの販売行為は特許の実施ではないわけです。特許権は 1 回も行使されていません。ですから、1 回も権利行使されていない製品が日本に入ってきてしまったら特許の意味がなく、輸入を止めるという行為はまだ 1 回目の特許権の権利行使だから、この場合は国際用尽しない、そもそも用尽ではないと言うわけです。そうすると、アメリカで特許を持っていなくて、日本で持っているという場合は、日本に入ってくる行為を止めることができるはずだということになります。

例 2 を飛ばして例 3 にいきます。では、アメリカで特許を持っていた場合は、最初の販売が 1 回目の権利行使なので、並行輸入は 2 回目だから権利行使できないという話になりますと、特許を持っている A さんから見ると、アメリカで特許を取ると損をすることになります。

すなわち、日本だけで特許を取って、アメリカでは特許を取らない方がいいのかという話になると思いますが、やはりそれはおかしいでしょう？　逆のことだって起こるわけです。アメリカで特許を取っていて、日本で特許を取らない方がいいということにもなるわけです。

そうすると、特許を出願する人がいなくなってしまうだろうというのが、ここでの矛盾になるわけです。その国に特許が出願されなければ、その国で新しい技術の情報が公開されないわけですので、その国の産業の発達は、特許を出願された場合よりも遅くなります。

これでは、アメリカも日本もお互い損をするだろうということになってしまうわけです。ですから、特許を取らない方が有利になるという結論はおかしいということで、この問題については、特許を取った場合でも、日本の輸入を止めるべきなのではないかということが教材に書いてあることです。

例 2 は、特許制度があるけれども、何らかの理由で取れなかった場合の話ですが、例 1 と例 3 が理解できていればよろしいです。この場合も、特許を取った方が損をすることになってしまい、やはりそれはおかしいので、権利の再行使は認められるべきだと書いてあります。

ただ、並行輸入について考えるとき、内外価格差が現実には存在しますが、世界が世界統一市場であれば問題ありません。世界の市場が統一されていて、皆さんがコンビニでお弁当を買うがごとく、インド人が日本車を買えるというような状態になっていれば――何百年かすると、もしかしたらそうなっているかもしれませんが――、つまり、世界が 1 つの市場だと考えられるのであれば、国際用尽が認められてもいいと

思います。そのときにはもう国際という言葉はなくなっているかもしれませんが。

ですが、内外価格差が現実に存在していて、世界の市場が統一されているとはとうてい思えませんので、やはり再行使を認めていかなければ、産業の空洞化、内外価格差の崩壊ということになると考えるのが、実質的な根拠だろうと思えます。変わっていく可能性はあると思います。でも、私はやはり会社にいた立場から、日本の産業を守るという考えからも、国際用尽には否定的です。

国際用尽を認めるべきと主張している人は、私から言わせると、どこか夢を見ているところがあるのです。国際私法もそうです。国際私法というのは18世紀後半から19世紀のフランス革命の時代、民主主義が発達し始めたころに想定されたことです。公法関係は仕方ないとしても、私法関係についてたまたま間に国境があるおかげで国の法律が違っているのはおかしいとして、本当は、公法はともかく民法みたいなものは、世界で統一するべきであり、その過渡期のものとして、国際私法を抵触法規と考えているのです。

並行輸入も同じです。世界の市場は 1 つなのだから、国際用尽を認めるべきだというような、理念先行のところが感じられます。市場が 1 つだといっても、それは夢にすぎません。実際には世界の市場は統一されていないのだから、統一されるまでは国際用尽は認めない方がいいというのが私の考えです。

教材 118 ページにいきましょう。田村先生もこの教科書も国際用尽には否定的ですが、例外的な場合はあるだろうというのが、ここに書いてあるただし書きです。例えば、特許権の再行使とはいっても、製品のごくわずかな部分、例えば自動車でしたら、自動車全体はほとんど特許権フリーで、特許権の掛かっているのは自動車のエンジンとプラグの先端だけだという場合に、その自動車にはエンジンが載っていて、そのエンジンにはプラグが載っていて、そのプラグの先端には特許が使われているからその自動車の輸入を禁止するというのは、特許権の濫用でしょうというのが、(1)に書いてあることです。

製品のごくわずかな部分に特許権が引っ掛かっているということを理由に、製品全体の差止めを認めるのはやり過ぎだということです。その場合は、すでにほとんどはアメリカで特許料上乗せ分を回収しているはずだということになります。

(2)は、製品を輸入することによって市場を独占されてしまうような場合です。その場合は独禁法などを考慮に入れながら並行輸入を認めていく余地がある、ということが書いてあります。

(1)についても(2)についても、国境をまたいでいるということは考慮しています。ですから、純粋に国内行為だった場合には、自動車のエンジンのプラグの先端に特許がある場合に、ほんの小さい部分に特許がついているからといって、通常日本ではそれを権利濫用とは言いません。やはり自動車全体が差止めになる場合もあります。

ここで、そのような小さい特許がかかわっているにすぎない場合は、国際用尽を認めるべきであり、並行輸入してもよい、と書いてあるのは、もうすでにアメリカの方で特許権を1回行使しているからというところが考慮に入っています。(2)も同じです。ほかの国で 1 回特許権の権利を行使しているからということが理由になっています。純粋に国内行為であれば、簡単にはこうはいきません。以上が特許権のお話です。

次に、著作権のお話ですが、実は、国境をまたいでいるということは、特許権と著作権の場合は少し事情が異なります。権利が国ごとに分かれているということは同じですが、著作権は条約の関係で無法式主義が採用されています。

著作権の発生については何らかの方式や手続きを必要としないとベルヌ条約で決まっておりますので、日本で創作をすると、ベルヌ条約、及び TRIPS 条約の同盟国に限られますが、世界中の著作権を取得することができます。

ですから、アメリカで特許を持っている場合と持っていない場合というのが、著作権の場合はあり得ないのです。日本で創作が完成すれば、同時にアメリカでもドイツでもイギリスでも、権利の内容は若干違いますが、著作権を取得します。

ですので、実は著作権については 26 条 2 の第 2 項第 4 号で、明示的に国際用尽にすると書いてあります。国際用尽にするということは、並行輸入が認められるということです。

商標権につきましては、すでにこの話を 1 度したと思います。商標権の場合も並行輸入と現象は同じです。車のマークにホンダと書いてあって、車の方には特許権は何もないけれども、商標権があるという場合があり得ます。その場合、転々譲渡はどうなるのかというお話です。

一般用語で並行輸入と言う場合は、むしろ商標権のブランドについての方が多いです。私も 2 年前にリモアという銀色のスーツケースをドイツから 1 個並行輸入してきました。並行輸入してきたというか、買って帰ってきただけですが。銀色の無骨なスーツケースです。

実は、このリモアのスーツケースは、日本で買うと 15 万円ぐらいします。私はドイツのミュンヘンで買ったのですが、そこでは 7 万円です。これが内外価格差です。もちろん、リモア本店で買ってきましたので、本物です。もちろん、日本に入ってきているものも本物です。

通常は、スーツケースそれ自体には特許権はなく、リモアという商標に商標権があるということで、2 回目も権利を行使できるのかという同じ現象が起こります。商標権についても日本では同じく、真正品であれば以後の転々流通は自由ですが、商標の場合は用尽とは言いません。用尽と言っている人もいますが、明らかに理解力不足だと思われます。なぜなら、権利を用い尽くされたから転々譲渡が自由だと考えるわけではないからです。

商標権の場合に真正品の転々流通が許されるのは、出所表示機能が害されていないからです。真正品である以上は、リモアの製品には「リモア」と付いているので、どこの卸売り、小売りに行っても、需要者は誰しもリモアのマークを見ると、これをリモアが作ったものだと思います。大丸にリモアのスーツケースが売っているからといって、大丸がリモアを模倣したと思う人はいないと思います。大丸がリモアから仕入れてきたと思うわけです。

だから、需要者がリモアを見て、リモアが作った本物だと思って、事実その通りだというのであれば、出所表示機能は害されていません。需要者が「リモア」というマークを見て正確に出所を判断しているわけです。

商標権の並行輸入については、実は特許よりも昔から、パーカー万年筆の事件について下級審裁判例があり、昔から非侵害だと言われています。

私のリモアの並行輸入も適法です。どこの会社も、並行輸入はやはり基本的にはやってほしくないことなのです。業者の方としては、あらゆる手を使って並行輸入をブロックしようとしています。私は、発明については並行輸入を問題だと思いますが、商標については問題ないと思います。

並行輸入の問題は、独禁法などもかなり関係するところです。知財の方では、基本的には特許はだめ、商標と著作権はオーケーという振り分けになっているということをお知らせしておきます。