

知的財産法における属地主義の原則 —抵触法上の位置づけを中心に

横 溝 大

一 はじめに

本稿の目的は、知的財産法における属地主義の原則について、その抵触法上の位置づけについて考察することにある。

近時益々知的財産権を巡る国際民事紛争は増加しており、我が国でも、知的財産権の国際的側面に関して次々に新しい裁判例が登場している。特許や商標の並行輸入は言うまでもなく¹、本稿でも言及する外国特許権侵害に基づく差止め等及び損害賠償請求や、外国著作権の帰属確認請求²、また、外国での職務発明や職務著作に関する事例³、さらに、外国著作権の譲渡に関する事例⁴等、そこでは実に様々な問題が生じている。このような状況の下、知的財産権の国際的側面に関する理論的検討は現在喫緊の課題であり、実際にも、特に所謂カードリーダー事件を契機として⁵、知的財産法及び抵触法の双方の研究者により、この分野に関する研究が我が国でも活発化したということが出来るだろう⁶。

しかしながら、始まったばかりのこれらの議論について既に若干の論稿がその整理を試みていることから伺えるように⁷、公表された論稿の多さにも拘らず、現在の議論は必ずしも着実に進展しているとは言えないように思われる。それは、この問題が、知的財産法と抵触法との双方に関する学際的な問題であるということにも起因するだろうが、そもそも抵触法自体の構造や役割といった、容易に答えの出すことの出来ない抵触法理論の根本的問題に関することにその主たる原因があるように思われる。

筆者も、抵触法研究者として、今後知的財産権の国際的側面について長期的に研究を深めて行きたいと思う者の一人であるが、今回は、研究の出発点として⁸、外国特許権侵害に基づく我が国での差止め及び損害賠償請

求の可否という問題を念頭におきながら、知的財産法における属地主義の原則の抵触法上の位置づけについて考察することにした。同原則は、知的財産権の国際的側面に関する諸問題において根拠として用いられることが非常に多く⁹、この原則を明らかにすることは、今後この分野に関する議論を進める上で重要な意義を有するものと思われる¹⁰。また、外国特許権侵害に基づく我が国での差止め及び損害賠償請求の可否という問題については、カードリーダー事件に関し近時最高裁判決が下されたこともあり¹¹、比較的議論の蓄積がある上に、属地主義の原則の抵触法上の位置づけがこの問題の鍵になっているとも思われるので、ここでの検討を抽象的なものに止めないためにも、この問題を念頭において議論を進めることは十分に意義のあることと考える。

以下では、外国特許権侵害に基づく我が国での差止め及び損害賠償請求につき、まず、属地主義の原則の沿革・内容・根拠(二)及びその抵触法上の位置づけ(三)、次に特許法の関連法規の抵触法上の性質について(四)、順次考察していく¹²。

二 属地主義の原則—その沿革・内容・根拠

(1) はじめに

さて、外国特許権に基づく我が国での差止め等及び損害賠償請求の可否が問題となった所謂カードリーダー事件において、最高裁は、外国特許権に基づく差止め等の請求と損害賠償請求とで区別した上で、前者については、その法律関係の性質を「特許権の効力」とし、条理に基づき、「特許権の効力は登録国法による」という準拠法選択規則を設定し、米国法を選択しつつも、我が国内での行為に対し米国法の適用により差止め請求を認めることが、属地主義の原則という我が国特許法の基本理念に相容れないとして、法例33条の公序則によりその適用を排除した。また、後者については、これを特許権特有の問題ではなく財産権侵害に関する民事上の救済の一環であるとして、法律関係の性質を「不法行為」とし、法例11条を適用している¹³。

最高裁が示したこのような判断枠組については、例えば条理によって設定された準拠法選択規則の特異性といった問題点も指摘出来るが¹⁴、以下

では、最高裁が公序則の中で採り上げた「属地主義の原則」について考えることとしたい。

特許法上の属地主義の原則については、我が国においては、所謂BBS事件に関する最高裁平成9年7月1日第3小法廷判決¹⁵が、「属地主義の原則とは、特許権についていえば、各国の特許権が、その成立、移転、効力等につき当該国の法律によって定められ、特許権の効力が当該国の領域内においてのみ認められることを意味する」、と述べている。だが、抵触法上その意味するところは必ずしも明らかではない。「属地主義」という概念は、現在、法例等の準拠法選択規則と関連し用いられる場合と、その公権力性の高さゆえに通常準拠法指定如何に拘らず適用される「強行的適用法規」¹⁶の国際的適用範囲を示す用語として用いられる場合、さらに外国国家行為の効力の国際的範囲を示す用語として用いられる場合とがあるが¹⁷、判旨は、法規ではなく各国の特許権に着目し、特許権に対して適用される法とその効力範囲と言う観点からこの概念を捉えており、この点からは、同判決が、「属地主義」を準拠法選択規則の一つとして位置づけていたようにも解される。だが他方、特許権の効力が当該国の領域内においてのみ認められる、とする判旨の後半部分は、私権の効力の国際的適用範囲を通常問題としない準拠法選択規則になじまず、「効力」という文言からは、むしろ特許権付与手続という国家行為の効力の国際的範囲の問題としてこの原則を位置づけていたと解する余地もまたあるように思われる。このように、同判決における「属地主義」の抵触法上の位置づけを判旨の文言から特定するのは困難だと言える¹⁸。

この属地主義の原則は、知的財産権に関して国際的に広く受け入れられている原則であると言われており¹⁹、また、知的財産権に限らず抵触法においても従来言及されてきたものである。そこで、知的財産法上の属地主義の原則の抵触法上の位置づけを明確にするためには、この原則に関する諸外国での議論を参照することが有益であろう。以下では、この原則が特許法を含む知的財産法固有の原則ではないことを確認した上で、抵触法上の属地主義の原則の沿革・内容・根拠について述べる。

(2) 知的財産法固有の原則としての属地主義の原則？

まず、ここでいう属地主義の原則が、特許法ないし知的財産法固有の原

則なのか、それとも抵触法上一般に言われている属地主義の原則から派生したものなのか、という点が問題となる。

この点、例えば我が国では、「属地主義とは、特許権はその権利付与国の領域内でのみ効力が認められるという実質法上の原則、及び特許権の成立、効力、消滅等が原則として権利付与国の法によるという抵触法上の原則をいう」²⁰というように、特許権ないし知的財産権固有の原則として理解されることが多いように思われる。但し、同原則が固有であることの根拠は明確にはされていない。

近時この問題を正面から扱った Bouche は、知的財産権上の属地主義の原則を抵触法上のそれと混同すべきではないことを強調しつつ²¹、知的財産権上の属地主義の原則を、制限的属地主義の原則 (Le principe de territorialité de limitation) と抵触法的属地主義の原則 (Le principe de territorialité de conflit de lois) に分ける。そして、前者は、知的財産に関する主観的権利は一定の領域内に限定されるという原則であり、知的財産権に限らずおよそ全ての主観的権利に共通する原則であるが²²、後者は、「知的財産に関する主観的権利の存在と効果は、原告により主張される領域国の法による」という双方向的抵触規則であり、これが知的財産固有の原則であるとしている²³。だが、Bouche が知的財産権上の (抵触法的) 属地主義の原則 (保護国法主義) を抵触法上の属地主義の原則と混同すべきではないとする根拠は、単に、保護国法主義という双方向的抵触規則が、物権に関する物の所在地法主義等と同様知的財産権に固有のものであるということに止まっており²⁴、物権や不法行為に関する抵触規則も属地主義の原則に基づく異なる規則であり、知的財産権に関する抵触規則もまたその一つであると説明出来る以上、知的財産法上の属地主義の原則が何故抵触法上のそれと混同されてはならないかは、依然として明らかではない。

知的財産法上の属地主義の原則が同分野に固有であるというためには、この分野において同原則が条約により初めて導入されたという点等、特別の理由が必要であろう。すなわち、この原則が例えばパリ条約2条にいう内国民待遇、また、4条の2にいう「特許独立の原則」から導かれるといった説明である²⁵。だが、最近では、少なくとも属地主義の原則と特許独立の原則を明確に区別することが我が国でも意識されつつあるし²⁶、また、内国民待遇に関する2条については、この規定が外人法であると同時に保

護国法主義を規定する抵触法規であるとする立場もあるが²⁷、外人法に関する同条を抵触法規でもあると示す積極的根拠は乏しいように思われる²⁸。

寧ろ、20世紀初頭にこの点を扱った Pillet は²⁹、特許法が公序・公益と関連する法であり属地主義の原則に基づくことを所与とした上で³⁰、外国特許権の得喪が自国特許権に与える影響の如何という属地主義の原則では解決のつかない問題につき³¹、パリ条約4条の2がどのように解釈されるべきかを議論している³²。このように、属地主義の原則がパリ条約により導入されたのではなく、寧ろ条約成立以前から用いられていた概念であるという点からは、知的財産法でいう属地主義の原則も、同分野に固有な概念ではなく、従前より抵触法において議論されてきた属地主義の原則が派生したものとも見ることが出来るだろう³³。

(3) 抵触法上の属地主義の原則について

そこで次に、抵触法上の属地主義の原則についてであるが、この原則を最初に示したのは、一般には17世紀の Huber と言われている。彼は、その「抵触法論」において、抵触法理論の三つの基本原則のうちの一つとして、「およそ一国の法は、当該国家の領域内において、その効力を保持し、その臣民のすべてを拘束する。ただし、それ以外には及ばない」と述べている³⁴。これが属地主義の原則の出発点であるとされており³⁵、以後、Huber の理論は、例えば19世紀に Story を通じて英米法系へ受け継がれたように、抵触法学に非常に大きな影響を与えたとされる³⁶。但し、注意すべきは、属地主義の原則の内容、特に、自国法規適用の際の構成要件として外国で生じた事実関係を含めるか、という点につき、Huber 自体はこれを認めなかったものの³⁷、当時から見解が一致していなかったとされている点である³⁸。Huber がこのような原則を主張した背景には、16世紀後半から17世紀後半にかけて国家の性質が大きく変容し、人的関係が中心であり地域の役割が低かったそれまでの中世型国家から、絶対王政に基づく支配者の家族と国家の領域を土台とした近代型国家へと移り変わったということがあった点が、Vogel により指摘されている³⁹。注目されるべきは、Huber が、この原則の根拠を、黙示的な社会契約の存在といった何らかの理論に求めるのではなく、支配者の家族と国家の領域を土台としたこのような国家の性質と当時の法の適用に関する国家実行に求めていた、という点である⁴⁰。

当時の制度的歴史的な法的思考と現在の合理的な法的思考との間の差異についての具体的検討にここで立ち入る余裕はないが⁴¹、このように、属地主義の原則は、その出発点から、理論的根拠を必ずしも有してはいなかったのである⁴²。

その後、19世紀に入り国民国家が形成され、国家に対する人的帰属が再び前面に押し出されるようになると、属地主義の原則を支えていた制度的背景が徐々に失われることになる⁴³。そのような例として、例えば1840年代という早い時期に、刑法の分野で属地主義が緩和され、その適用範囲が次第に拡大されたことや⁴⁴、また、Savignyによる抵触法体系が私法の空間的普遍性を前提とし、私法分野という限定的な分野についてはあるが、属地主義の原則を放棄したこと⁴⁵、さらに、Manciniに代表される、抵触法における本国法主義の進展等が挙げられる⁴⁶。このように、制度的背景を失った属地主義の原則は、それまでのようにア・プリオリに存在し国家の法政策を制約する原則としての地位を失って形骸化することとなり⁴⁷、私法領域においては準拠法を選択する際の連結点の一つの選択肢となり⁴⁸、また、公法領域ではその多義性や理論的根拠のなさが強く批判されることになったのである⁴⁹。

(4) 小括

以上、非常に簡単に抵触法上の属地主義の原則について見てきたが、以下の点を確認することが出来よう。

まず、属地主義の原則とは、17世紀から存在し、各国法の国際的適用範囲を領域内に制限する原則であった、ということである。Savigny 以来の抵触法体系が、私法領域について法規からのアプローチではなく法律関係からのアプローチを採用し⁵⁰、その後講学上不法行為地や所在地といった土地に着目した連結政策をも属地主義の原則と呼んだせいで混乱が生じたが、この原則は、本来は、各国法の国際的適用範囲を領域内に限定する原則であったということが出来よう⁵¹。この点からは、知的財産法において、属地主義の原則が抵触法的原則か実質法的原則かがしばしば議論されているという現状も⁵²、無理なく理解されよう。すなわち、本来的観点から各国知的財産法の国際的適用範囲の問題としてこの原則を理解するのが現在実質法的原則としている立場であり、Savigny 型抵触法体系に基づ

きこれを登録地といった土地に着目した連結政策を意味するものと理解するのが抵触法的原則としている立場であると言える。属地主義の原則がこのように二通りに理解されるようになったのも、各国が Savigny 型抵触法体系を導入した必然的な結果であったと言えなくもないだろう。

次に、属地主義の原則は、支配者の家族と国家の領域を土台とした国家の性質や法の適用に関する国家実行といった社会的前提に依拠した原則であり、最初から理論的根拠を有していなかった、ということである。Vogel が既に明確に示しているように⁵³、属地主義の原則が依拠していた社会的前提が既に崩れ、刑法や行政法においても国際的適用が議論される今日⁵⁴、知的財産法においてこの原則が激しく批判されているのも、寧ろ当然のこのように思われる。

三 現代抵触法体系における属地主義の原則の位置づけ

さて、属地主義の原則についての以上のような理解を基に、以下では、現代抵触法体系において、この原則がどのように位置づけられるべきかという点について考察する。

Savigny 型と言われる現代抵触法体系において、法の適用には二つのアプローチがあるとされている。一つは、法例等に代表される準拠法選択規則であり、不法行為や契約といった単位法律関係につき、それぞれ不法行為地、当事者の意思、といったメルクマール(連結点)を定め、それに基づいて準拠法を選択しこれを適用するというアプローチである。もう一つは、刑法や独占禁止法等といった国家の社会的政策的政策を実現するための法規(強行的適用法規)につき、基本的に自国法の国際的適用範囲を確定するという法規からのアプローチである⁵⁵。

このように現代抵触法体系に二つのアプローチがあるのは、16世紀以降、法の空間的適用範囲が国家権力の観点から議論されていたのに対し、Savigny が、私法と国家とを切り離したことに因ると言われている。すなわち、Savigny は、国家と社会の対立という近代的二元論を前提として、国家に先行した法秩序としての私法を想定し、私法における国家の役割を立法によるその明確化に限定した⁵⁶。Savigny においては、このように私法が国家権力と切り離されているため、法的共同体に属する各国は、主権の

問題と関係なく、各国私法を自由に選択適用することが出来るとされたのである。その一方、その後の学説によれば、公法は国家権力そのものであって、法的共同体が形成されていないため⁵⁷、公法については、原則として自国法が適用され、その国際的適用範囲が問題となるのであり、私人間の国際民事紛争において私法的法律関係の前提問題として公法的法律関係が問題になるような限定的な場合にのみ外国公法の適用が認められてきた⁵⁸。このような立場の背景には、外国公法に基づいた請求を自国裁判所で認めることが、自国内での外国公権力行使を認めることにつながり自国の主権を脅かすことになるという発想があるとされている⁵⁹。

Savigny が採っていた前提、すなわち法的共同体の存在や国家から独立した私法の存在は、20世紀に入り市民社会における国家の役割が増大すると共に失われていく⁶⁰。特に、国家から独立した私法という前提は実証主義に依拠したその後の学説においては必ずしも受け入れられなかったが⁶¹、それでも今日においても前述した二つのアプローチは継承され⁶²、公権力性の度合いが低くまた共通性が高い私法的な法規が準拠法選択の対象となり、公権力性の度合いが高い強行的適用法規については原則として自国法のみが適用されるというアプローチが、ヨーロッパや日本の抵触法において基本的に採用されていると言うことが出来るだろう⁶³。

さて、それでは、前章で述べた属地主義の原則は、現代抵触法体系における以上の二つのアプローチのいずれに位置づけられるべきなのだろうか。

本来的な属地主義の原則は、現代抵触法においても、強行的適用法規の国際的適用範囲につき、それを非常に限定する原則として位置づけられるべきであるということになる。他方、Savigny 型抵触法体系の導入により生じた新たな属地主義の原則については、準拠法選択規則における土地に着目した連結政策に関する呼称として位置づけられることになる。知的財産法における属地主義の原則は、20世紀初頭の Pillet のように特許法を公序・公益的観点から理解するのであれば前者に⁶⁴、知的財産法を私法の一部として理解するのであれば後者に位置づけられることになる⁶⁵。このように、知的財産法上の属地主義の原則を抵触法上現段階においてどのように位置づけるのかは、属地主義の原則がカバーしているとされる知的財産法の各法規の性質により決定されると言えよう。この点については、

差止めに関する法規の抵触法的性質を例として後述することとしたい。

但し、この段階で、少なくとも次のことを確認しておくべきであろう。すなわち、知的財産法における属地主義の原則が、保護国法主義（ないし効果国法主義）という双方向的抵触規則における連結政策以上の意味を有しないとした場合には、そのような抵触規則により準拠法とされた実質法の国際的適用範囲を再度確認することは出来ず、法例33条にいう公序則の内容に属地主義の原則⁶⁶が登場する余地はないということである。

我が国法例に代表される準拠法選択規則は、公権力性が低く普遍的な空間的適用範囲を持つ⁶⁷各国の私法的ないし民事的法規の中から一つを選択し、ある法律関係に適用される準拠法がどれかを決定しているが、これを裏から言い換えれば、ある外国実質法の国際的適用範囲が（我が国の観点から見て）どこまでかを画定するという機能を果たしている。各国実質法の国際的適用範囲を決定するという自体が準拠法選択規則の役割なので、準拠法を選択適用する際には、同様に国際的適用範囲を決定する役割を果たす外国法規範は抵触法規範であるとして、反致という例外を除いて、我が国の準拠法選択規則によって適用される実質法の範囲（送致範囲）に含まれないことになる⁶⁸。すなわち、ある法律関係につき準拠法として選択された外国法は、その時点で、当該法律関係をその国際的適用範囲に含んでいることが我が国において認められ、この点につき当該外国法秩序において何らかの制限を自ら設けていたとしても、それについては我が国においては考慮しない、というのが現代抵触法体系における準拠法選択の意味なのである。

但し、実質法規の中には、婚姻年齢といった性別に着目して差異を設けたり、宗教により差異を設けているのと同様の意味で、対象行為の行われる場所が国内であるか国外であるかにより差異を設けている規範がある⁶⁹。例えば、商品の発送が国内でなされたか海外でなされたかによって、商品紛失等に基づいて代理業者に損害賠償等を請求出来る期間を区別するような法規が挙げられる⁷⁰。このような自己制限的実質法規は、一見自ら国際的適用範囲を決定しているようではあるが、実際には国内実質法秩序の内部で土地に着目して規定に差異をおいているに過ぎないので⁷¹、準拠法選択規則により選択される範囲に矢張り含まれることになる。このような自己制限的実質法規と抵触法規との区別のメルクマールは、対象となる規

範に代わる代替規範を考えたとき、それが同一法体系の別の実質法規範か(その場合には自己制限的実質法規)、それとも別の法体系の実質法規範か(その場合には抵触法規)、という点にあるとされている⁷²、ここで議論している属地主義の原則の対象とされる知的財産法の様々な法規が、このような自己制限的実質法規に該当しないのは明らかであろう⁷³。

このように、準拠法選択規則が、外国実質法のみを適用し、当該外国法の国際的適用範囲を画する規範を適用しない、ということからは、各国法の適用範囲をその領域内に制限する原則としての属地主義の原則を、送致される外国法を排除するために公序則の内容とする必要がない、という帰結がもたらされる。この点につき、カードリーダー事件に関する前掲最高裁平成14年9月26日第1小法廷判決は、前述したように、法例33条にいう公序則の内容として属地主義の原則を掲げている。しかしながら、そのことは、とりもなおさず各国法の国際的適用範囲に関する法規が選択される準拠法のうちに含まれることを前提としているということであり、現代抵触法体系においては準拠法選択規則自体が各国法の国際的適用範囲を定めているのだという上述の点からは、理論上問題がある判旨であると言えるだろう⁷⁴ ⁷⁵。

四 特許法における各法規の性質を巡って

さて、以上のように、属地主義の原則が、本来的には抵触法上強行的適用法規の国際的適用範囲についてのアプローチの一つとして位置づけられるものの、Savigny型抵触法体系の導入により生じた新たな意味、すなわち土地に着目した連結政策を示すものとしても理解され得ることになれば、知的財産法上の属地主義の原則がいずれに(ないし両方に)該当するか、その意味を確定する必要が生じる。そして、そのためには、属地主義の原則がカバーしているとされる知的財産法上の様々な法規⁷⁶の抵触法的性質を明確にする必要がある⁷⁷。

まず、知的財産権の取得や有効性に関する法規が属地主義の原則の範囲内であることに特に異論はないだろう。そして、特に特許法や商標法のように権利の発生に行政庁の行政処分が介在している点や、知的財産法の産業政策的側面⁷⁸を強調するのであれば、これらの法規は公権力性の

度合いの高い強行的適用法規であるということになる⁷⁹。この場合には、知的財産法における属地主義の原則は、強行的適用法規の国際的適用範囲に関するものとして理解されることになる。他方、知的財産権の私権としての側面を強調するならば⁸⁰、これらの法規は私法のない民事法規として理解されることになり、属地主義の原則は、保護国法主義を示すものとして理解されることになる⁸¹。

この点は、個々の知的財産権の性質につき、個別に検討を重ねる必要があるが、少なくとも特許権に関して言えば、国内事件においても、特許の有効性の判断が現在でも尚原則として特許庁に委ねられており、裁判所にその権限がないとされている⁸²こととの整合性を考えれば、筆者としてはこれらの法規を強行的適用法規として捉える前者の立場に傾く。但し、この点は実際には重要な問題とはならないだろう。何故なら、これらの法規を強行的適用法規と解した場合であっても、ある本問題の前提として外国知的財産権の有効性が問題となるような場合には、従来の立場においても、外国強行的適用法規を適用することが可能であり、基本的には結論が異なるからである⁸³。問題となるのは、寧ろ、外国知的財産権侵害の救済に関する局面であろう。そしてこの場合、属地主義の原則がどの範囲の法規までカバーするかにつき立場が分かれ得ることにより、問題が複雑になる。問題を整理するため、知的財産権侵害に関する法規とその救済方法(損害賠償と差止めを念頭に置く)に分けて考えてみよう。

まず、知的財産権侵害に関する法規もその救済方法に関する法規も、属地主義の原則の対象に含める立場が考えられる。例えば、Boucheは、侵害行為の定義が内在的に権利の内容に与えられる定義と結びついており、侵害行為の定義が知的財産権の内容を否定的に定義するものであることから、知的財産権侵害については知的財産権の存在や効果と同様属地主義の原則が適用されると⁸⁴、また、制裁についても矢張り権利の内容と密接な関連があるとして、これをも属地主義の対象に含めている⁸⁵。次に、知的財産権侵害に関する法規もその救済方法に関する法規も属地主義の対象外であるとして、全て不法行為に委ねる立場が考えられる⁸⁶。この場合、知的財産法中にある侵害や差止めに関する法規は、抵触法上は不法行為法の特別法として位置づけられることになる。第三に、知的財産権侵害に関する法規は属地主義の原則の対象に含める一方、その救済方法に関す

る法規は対象外として不法行為法に依らしめる立場が考えられる⁸⁷。最後に、知的財産権侵害及び差止めに関する法規は属地主義の原則の対象に含め、損害賠償に関する法規は対象外として不法行為の準拠法に含めるとする立場が考えられる⁸⁸。この立場の背景には、差止めという救済方法は損害賠償と異なり、特許権者の独占性の回復のための手段として特許権の性質自体と結びつきの強いものであるという発想がある。

知的財産法上の属地主義の原則をどのように理解するにしても、第二及び第三の場合には、我が国において外国知的財産権侵害に基づいた損害賠償及び差止め請求が可能になる⁸⁹。第一の場合⁹⁰、及び、救済方法の一部である差止めに関する法規が属地主義の原則に含まれるとする第四の場合において、属地主義の原則をどのように理解するかが問題となるのである⁹¹。このように考えると、属地主義の原則がカバーする知的財産法上の法規の抵触法上の性質だけではなく、同原則がカバーする範囲を決定することもまた重要であると言えるだろう。

この点につき、前掲最高裁判平成9年7月1日第3小法廷判決は、特許権の成立、移転、効力等を属地主義の原則の対象にしており、また、近時東京高裁平成16年1月29日判決⁹²はこの点を敷衍し、「特許権が付与される手続的、実体的要件、特許権が有効に移転されるための手続的、実体的要件、及び特許権自体の差止請求権等の効力」をその対象とした。尚、前述したように、Bouche はこの点につき、属地主義の原則がカバーする範囲として、知的財産権の発生、存在、条件、保護期間、内容、最初の権利者、譲渡可能性、消滅を挙げている⁹³。知的財産法制度の制度的統一性という観点からは、このように、知的財産権という権利自体の性質と密接に関連した事項を属地主義の原則の対象として含めるべきであるということになる。また、Bouche も言うように、知的財産権侵害は、知的財産権の内容自体と密接不可分の関係にあるので、侵害行為に関する法規も属地主義の原則の対象に含めるべきであろう。では、救済方法である差止めや損害賠償についてはどのように考えるべきなのだろうか⁹⁴。

ここにおいて、属地主義の原則をどのように考えるかが議論の方向に矢張り影響を与えるように思われる。すなわち、これを土地に着目した準拠法選択規則上の連結政策と考える場合、いずれも救済方法であるという点で共通する差止めと損害賠償とで区別する意義を見出すのは困難である

と考えられる⁹⁵。だが次に、属地主義の原則をこのように考えた場合には、これらの救済方法に関する法規を、矢張り知的財産権自体の内容と直接結びついたものとして属地主義の原則の対象に含めるべきか、それともこれを同原則の対象外として法例11条に依らしめるべきか、という問題を決定するのは、非常に困難であるように思われる。前者の場合⁹⁶、知的財産権侵害に関する救済が保護国法により判断されることになるが、そうすると、この保護国法主義に基づいた準拠法選択規則と法例11条との関係が不明確なものとなる⁹⁷。他方、後者の場合には⁹⁸、知的財産権侵害の判断を保護国法に委ねながら救済方法のみを不法行為地法に依らしめる必然性を説明する必要があるが、この点を正当化するのは難しいであろう⁹⁹。結局、属地主義の原則を土地に着目した連結政策と考えた場合の帰結は、知的財産権侵害については、その救済方法に関する問題も含め、全て保護国法による、とするのが、理論上一番自然であるように思われる¹⁰⁰。

一方、筆者のように属地主義の原則を強行的適用法規の国際的適用範囲に関するものとする場合、私人の権利保護以外の社会・経済政策的要素が混入した救済方法とそれ以外とで区別する契機が生じ、前者については属地主義の原則にこれを含め¹⁰¹、後者については、これを不法行為法の特別法として法例11条が選択する準拠法の送致範囲に含める、という処理をすることになる¹⁰²。但し、この場合にも、差止めという救済方法が前者で損害賠償が後者であると、救済方法に基づいて一義的に区別することは実は出来ないように思われる。各国の不法行為法において、差止めという救済方法が知的財産法に限らず一般的に認められている場合もあるだろうが、その場合には、法例11条の適用を通じて¹⁰³、我が国において差止めが認められる余地があるからである¹⁰⁴。また、我が国では採用していないものの、将来競争政策的観点から数倍額ないし懲罰的損害賠償制度等が導入された場合には、損害賠償ではあってもそれらは属地主義の原則がカバーする対象に含まれることになると考えられる。そうすると、結局この場合にも、請求の基礎となる外国法規の抵触法的性質を個別具体的に判断し、強行的適用法規に該当するか否かを考えることにならざるを得ないのではないだろうか¹⁰⁵。

そこで、具体的にいかなる救済方法が強行的適用法規に該当するかを考える際の参考として、我が国の場合をみてみよう。例えば、特許権侵害に

基づく損害賠償請求については、我が国においては特許法に特に規定がなく、民法709条にその判断が委ねられており、数倍額の損害賠償を課すといった形での救済方法が特許法中に特に存在してはいない¹⁰⁶。そこで、特許権侵害に対する損害賠償に関しては、当該法規範は強行的適用法規に該当しないと考えられる¹⁰⁷。これに対し、我が国においては、差止請求権は、不法行為法としてではなく、権利付与法である知的財産法により付与される権利の効果の一つとして捉えられている¹⁰⁸。特許法100条に敢えて規定が置かれているように、差止めは特許権者の独占性の回復のための手段として特許権の性質自体と結びつきの強いものであり、また、我が国の不法行為法においても差止請求権が不法行為の一般的効果としては必ずしも受け入れられていないという点を考えると¹⁰⁹、特許法100条は強行的適用法規であるとして属地主義の原則の対象とすべきであると思われる^{110 111}。

五 結 語

以上、外国特許権に基づく我が国での差止め及び損害賠償請求の可否という問題を念頭におきながら、知的財産法における属地主義の原則の抵触法上の位置づけについて考察した。属地主義の原則は、本来的には、強行的適用法規の国際的適用範囲についてのアプローチの一つとして位置づけられるべきものであるが、Savigny 型抵触法体系が確立した現在では、準拠法選択規則における土地に着目した連結政策に関する呼称として位置づけられる余地もあること、準拠法選択規則の適用プロセスにおいて公序則の内容にこの原則を含めることには問題があること、知的財産法における属地主義の原則をどのように解するにしても、そのカヴァーする範囲の明確化が重要であること、知的財産法侵害とその救済方法については、知的財産法侵害に関する法規は属地主義の原則に含まれるべきであり、救済方法に関する法規については、請求の基礎となる個々の外国法規の趣旨目的から、抵触法上当該法規が強行的適用法規であるか否かについて検討する必要があること等を述べた。知的財産権の国際的側面を巡っては、今後職務発明や他の知的財産法を検討する場合にも、抵触法上は、まず対象となる法規の性質を確定する作業が必要となる。これらの問題については、各国法での動向も見ながら、今後研究を進めたいと考えている¹¹²。

最後に、残された問題として、知的財産法における属地主義の原則を強行的適用法規の国際的適用範囲に関するものとして解した場合の、外国強行的適用法規の我が国での適用について若干言及する。

前述のように、外国強行的適用法規の我が国での適用に関しては、現状では主たる問題を判断する際の前提問題に当たる場合等例外的にしか認められないとされている。その例外的適用の場合の要件であるが、一般的には、当該法律関係と最も密接に関連する国の法が適用されると言われている¹¹³。そこで、知的財産権においては、保護国法をそれとみなすことに特に問題はないだろう¹¹⁴。但し、カードリーダー事件において問題となったように、対象行為が保護国法とずれている場合には、特許権侵害に関する保護国の法規の国際的適用範囲に当該行為が含まれるか否かを我が国の基準から判断する必要があるだろう。我が国がこの点について特許権侵害行為を属地的に限定する立場を維持するのであれば、その裏返しとして、外国特許権侵害に関する法規の国際的適用範囲も属地的なものとみなすべきであり、このような場合には保護国の当該法規の第三国での対象行為への適用が退けられることになるだろう。だが、前述したように、国家の性質や国家実行といった社会的前提の崩れた現在において、知的財産法においてのみ属地主義の原則を維持する必要はないように思われる。アメリカの特許権侵害に関する法規や我が国独占禁止法の国際的適用の例にならって、我が国でも知的財産法における強行的適用法規の国際的適用範囲を検討する時期にさしかかっているのではないだろうか。

次に、より重要な問題として、近時、外国強行的適用法規の適用につき、これを前提問題等の例外的な局面のみではなく、主たる問題においても認めるべきであるとする動きが見受けられるということがある。前述のように、実は、自国裁判所を通じた外国国家の公権力行使を各国が認めるのを禁止する国際法は存在しない¹¹⁵。勿論、「各国は、他国の同意のない限り他国領域内で執行を行うことはできない」という所謂執行管轄権の属地的制約というルールは国際法上存在しているが¹¹⁶、自国が自らの裁判所において外国国家の公権力行使を認めることについては、国際法上特に制約はないと言える。そこで、例えばある外国の特許権侵害に基づく差止めに関する法規が我が国抵触法上強行的適用法規であるとされた場合に、同法規に基づいた差止請求が我が国での民事訴訟において認められるか否かと

いった問題は、国際法によりア・プリオリに決定される問題ではなく、寧ろ我が国憲法秩序における私人の基本的権利の保護、すなわち、自らが属していない外国の公権力行使により私人の法的地位が影響を被ることが我が国憲法上容認されるか、といった観点や、外国公権力行使に我が国がどの程度協力すべきか、例えば、ある問題につき外国が自国と類似した法政策を採用している場合、外国強行的適用法規の適用は寧ろ自国の法政策の実現に寄与するのではないかと、といった観点から、政策的に決定される必要があると思われる。

この点につき、筆者は、現在のところ、外国の法政策の実現につき我が国裁判所が積極的に関与することについては、我が国の司法コストという面からもまた被告になる私人の基本的権利の保護という点からも否定的に考えており、ある外国の差止めに関する法規が強行的適用法規であるとされた場合に、それに基づいた差止請求を認めるべきではないと考えている¹⁷。このように、この問題については、我が国では従来余り論じられることがなかったが、我が国が民事訴訟においてどこまで外国強行的適用法規を適用し、外国法政策の実現に協力して行くかという観点から、今後議論が必要であろう。

〔付記〕本稿執筆に際し、北海道大学大学院法学研究科田村善之教授から有益なご示唆を頂いた。この場を借りて謝意を表したい。

¹ 特許製品の並行輸入に関する事例として、最高裁平成9年7月1日第3小法廷判決民集51巻6号2299頁、商標権に関する並行輸入を扱った事例として、最高裁平成15年2月27日第1小法廷判決判例時報1817号33頁。

² 最高裁平成13年6月8日第2小法廷判決民集55巻4号727頁。

³ 職務発明に関する事例として、東京地裁平成14年11月29日判決判例時報1807号33頁、その控訴審判決である東京高裁平成16年1月29日判決判例時報1848号25頁、また、東京地裁平成16年2月24日判決判例集未登載。また、職務著作に関する事例として、東京高裁平成13年5月30日判決判例時報1797号111頁。

⁴ 東京高裁平成13年5月30日判決判例時報1797号111頁、東京高裁平成15年5月28日判決判例時報1831号135頁。

⁵ この分野に関する先駆的業績がなかったわけではない。例えば、桑田三郎『国際商標法の研究—並行輸入論—』(1973年)、同『国際商標法の諸問題』(1992年)、

木棚照一『国際工業所有権法の研究』(1989年)、石黒一憲『情報通信・知的財産権への国際的視点』(1990年)等が挙げられよう。

⁶ カードリーダー事件に関する学説の現状については、拙稿・判例評釈・法学協会雑誌120巻11号(2003年)2299頁、特に2304頁以下参照。

⁷ 早川吉尚「国際知的財産法の解釈論的基盤」立教法学58号(2001年)188頁、小泉直樹「いわゆる属地主義について—知的財産法と国際私法の間—」上智法学論集45巻1号(2001年)1頁。

⁸ 但し、筆者は、この分野について既に若干の言及を行っている。拙稿・判例評釈・ジュリスト1184号(2000年)140頁、同「電子商取引に関する抵触法上の諸問題」民商法雑誌124巻2号(2001年)163頁、172頁以下、185頁以下、同「国境を越える不法行為への対応」ジュリスト1232号(2002年)126頁、129頁以下、135頁等。これらの論稿においては、検討が不十分な点や内容の不明確な点が少なからずあり、本稿は、これらの点を補完し発展させる意味をも有する。

⁹ 例えば、職務発明に関する前掲東京地判平成14年11月29日は、属地主義の原則から直截に、外国における特許を受ける権利に我が国特許法35条が適用又は類推適用されないという結論を導いている。

¹⁰ 実際、フランスにおいては、近時この問題を正面から扱った博士論文が公表されている。Nicolas Bouche, *Le Principe de territorialité de la propriété intellectuelle* (L'Harmattan, 2002)。

¹¹ 最高裁平成14年9月26日第一小法廷判決民集56巻7号1551頁。

¹² 尚、本稿は、2003年12月20日に、北海道大学 COE 研究会において筆者が行った報告を基にしている。

¹³ 前掲注(11)。

¹⁴ 本判決は、連結点を特許権の登録に求めているが、登録という行為が一定の国においてのみなされるものであることからすれば、「特許権の効力は登録国法による」というルールは、例えば原告が米国特許権侵害に基づいて差止め等を請求してきた場合には、米国特許権の効力は米国特許法による、ということと同義になる。このようなルールは、その文言とは異なり双方向的なものであるとは言えず、原告の請求の立て方に関係なく中立的に準拠法を決定する法例等の準拠法選択規則とは異質なものであると言え、従来の抵触法理論では説明出来ないと思われる。拙稿・前掲注(6)2308頁。後述。

¹⁵ 前掲注(1)。

¹⁶ 学説上は、「即時適用法」「介入規範」「絶対的強行法規」等様々な名称で呼ばれるが、以下では便宜上この語を用いる。「絶対的強行法規」という用語は「相対的強行法規」の存在を前提にした用語であるが(例えば、石黒一憲『国際私法』(1994年)46頁以下)、抵触法上「相対的適用法規」という概念が特に必要であるとは思

われない。そこで、「強行法規」と呼んでも差し支えないように思われるが、実質法上の強行法規と混同しないため、敢えて異なる名称を用いることにした。この法規を巡る議論については、例えば、折茂豊『当事者自治の原則』(1970年)287頁以下、井之上宣信「国際私法における内国介入規範の適用について」高岡法学2巻1号(1991年)193頁以下参照。

¹⁷ 以上につき、拙稿・判例評釈・ジュリスト1184号(2000年)141頁以下。

¹⁸ 拙稿・同上142頁。

¹⁹ Bouche, supra note (10), at 17.

²⁰ 仙元隆一郎『特許法講義〔第四版〕』(2003年)86頁。

²¹ Bouche, supra note (10), at 351-354.

²² Bouche, ibid., at 56-69. 各国抵触法が異なる現状においては、各国は抵触法により自由に準拠法を選択するのであり、そのため、準拠法の適用の結果生じる主観的権利も、当該法廷地に特有なものとして属地的にのみ捉え得ることになる、というのがその主張の骨子である。

²³ Bouche, ibid., at 351-419. Bouche はこれを、「保護国法」よりも寧ろ「効果国法 (la loi du pays d'effet)」と呼ぶことを提唱する。Bouche, ibid., at 559-560.

²⁴ Bouche, ibid., at 351-354.

²⁵ そのような議論については、木棚・前掲注(5)82頁以下参照。

²⁶ 木棚照一・判例研究・特許管理35巻3号(1985年)283頁、同・前掲注(5)70頁以下、桑田三郎『工業所有権における比較法』(1984年)299頁以下、特に335頁以下。また、仙元・前掲注(20)89頁も、「属地主義の原則が理論的に特許独立の原則に結びつく必然性はない。属地主義の原則の立場のみからすれば、各国は産業政策から有利であれば、自国で成立する特許権を特許権者の本国で成立した特許権の成立、消滅に従属させることも立法上可能である。両者は異なる原則である」と指摘している。尚、Bouche, supra note (10), at 509-510も、ベルヌ条約上の各国著作権独立の原則は準拠法についていかなる示唆も与えないとしている。Bouche は、両者が歴史的にしばしば混同された理由として、既得権理論の影響を挙げる。すなわち、属地主義の原則と対比された普遍主義的前提を採用していた既得権理論が、各国の知的財産権を従属関係で捉えていたことから、同原則が各国の知的財産権の独立性と結び付けられたとするのである。Bouche, supra note (10), at 266-268.

²⁷ Bouche, supra note (10), at 539-541. 「保護」という考えが黙示的だが必然的に保護国法の適用を示しているとされる。

²⁸ 木棚・前掲注(5)87頁、桑田・前掲注(26)333頁以下。

²⁹ Pillet, *Le régime international de la propriété industrielle* (1911).

³⁰ Pillet, ibid., at 11.

³¹ そのような問題は、例えば Pillet においては、所謂既得権理論といった別の原則

で説明される。Pillet の既得権理論については、Pillet, "La théorie générale des droits acquis", *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye* [以下、RCADI とする], 1925. III. p. 489.

³² 以上、Pillet, supra note (29), at 11-15.

³³ このことは、Pillet が、属地主義の原則の内容の一つとして、以下に紹介する Huber の第二公理である内国民待遇を含めていることから肯定出来よう。Pillet, ibid., at 4.

³⁴ 塚場準一『ウルリクス・フベルス「法抵触論」註解』(1996年)39頁。他の二つの原則は、「およそ当該国の領域内に在る者は、永住者たると一時的滞在者たるとを問わず、すべて当該国の臣民である、と看做される」、及び、「およそ一国の法が、当該国の領域内で、施行されている以上、その効力が如何なる場所においても承認されるように、各国の為政者は、友好的配慮・譲歩の精神をもって、努力するものとする。ただし、他の国および其の市民の主権あるいは権利の侵害を招く場合は、この限りではない」、である。

³⁵ Vogel, *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm* (1965), at 28.

³⁶ Vogel, ibid., at 35-42. また、ジュラール・ルネ・デ・フロート(山内惟介訳)「国際私法における『オランダ学派』について」法学新報93巻3・4・5号(1986年)139頁、特に159頁以下。

³⁷ Vogel, ibid., at 68-69.

³⁸ 例えば、Huber がその考えを受け継いだとされる Paul Voet が、外国で生じた事実関係をも法適用の際の構成要件とすることに肯定的であった点につき、Vogel, ibid., at 65-68.

³⁹ Vogel, ibid., at 43-59.

⁴⁰ Vogel, ibid., at 64.

⁴¹ 詳細は、Vogel, ibid., at 81-88.

⁴² 尚、Vogel, ibid., at 80では、属地主義の原則から、構成要件を自国内で生じた事象に限る必要が必ずしも論理的には導かれないことが指摘されている。

⁴³ Vogel, ibid., at 127.

⁴⁴ Vogel, ibid., at 90-91.

⁴⁵ Vogel, ibid., at 92-94.

⁴⁶ Vogel, ibid., at 94-97.

⁴⁷ Vogel, ibid., at 96-97.

⁴⁸ Vogel, ibid., at 120は、連結点として用いられる属地主義が、Huber の発想と如何に離れたところにあるかを指摘する。

⁴⁹ Vogel, ibid., at 97-101.

⁵⁰ 両者のアプローチにつき、簡単には、道垣内正人『ポイント国際私法 総論』(1999

年) 59頁以下。但し、Savigny が、両者のアプローチを、出発点において異なるが、問題自体においては同一であると考えていたことには注意を要する。田中耕太郎「サヴィニーに於ける國際主義と自然法思想」山田教授還暦祝賀論文集(1930年) 319頁以下。

⁵¹ この点につき、Bouche は、知的財産権に関する属地主義の原則を、主観的権利の範囲に着目して考えるべきであるとし、客観的法の国際的適用範囲という観点から捉えることに反対する。Bouche, supra note (10), at 76-81. だが、このような主張は、属地主義の原則が上述のような沿革を有していることと相反する上、そもそも、Bouche がその根拠として、国際私法により各国法は諸外国においても適用され得るので、ア・プリオリに法が属地的にのみ適用されるということは出来ない、という点を挙げている点も、特に説得力があるようには思われない。

⁵² 桑田・前掲注(26) 323頁以下参照。

⁵³ Vogel, supra note (35), at 89-150.

⁵⁴ 例えば、拙稿・判例評釈・ジュリスト1220号(2002年) 143頁(刑法175条)、同・判例評釈・ジュリスト1126号(1998年) 351頁(弁護士法25条1号)、同・判例評釈・ジュリスト1177号(2000年) 208頁(独占禁止法)。一般には、石黒一憲『国際民事訴訟法』(1996年) 34頁以下参照。

⁵⁵ 道垣内・前掲注(50) 59頁以下。但し、後者のアプローチにおいても、実は外国強行的適用法規の適用可能性につき検討する必要があることについては、結語において触れる。

⁵⁶ Vogel, supra note (35), at 217; Andreas Bucher, "L'ordre public et le but social des lois en droit international privé", RCADI, 1993-II (tome 239) 9, at 61; Paolo Picone, "La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé", RCADI, 1986-II, 229, at 245-246.

⁵⁷ Cf. Vogel, *ibid.*, at 191.

⁵⁸ Neumeuwer を中心とした公法の国際的適用関係に関する学説の展開については、Vogel, *ibid.*, at 153-193が詳しい。

⁵⁹ Vogel, *ibid.*, at 201. だが、Vogel 自身は、外国行政法の適用とは自国主権の自発的制限であり、国際法上これを各国に禁止する慣習法があるわけではないとし、主たる問題についても外国刑法や一部の行政法が19世紀まで適用されてきたこと、また、外国公法の適用が自国公法利益の実現に寄与する場合もあることなどから、公法分野に関し基本的に自国法の適用のみを考える一方的抵触規則の方法を採用すべきであるとする従来の立場の根拠を疑問視する。Vogel, *ibid.*, at 194-214. とはいえ、Vogel は、公法規範を国家権力そのものであるとし、また、規範を双方化する際には一定の歴史的條件が整う必要があるということから、公法一般についてはなく、個々の事例に個別に、ないし、一定の狭く限定された類型においてのみ、そ

の双方化が可能であるとしている。Vogel, *ibid.*, at 237-240.

⁶⁰ Bucher, supra note (56), at 60-63.

⁶¹ Picone, supra note (56), at 245-246.

⁶² 尚、前提を共有しない Savigny と所謂 Savigny 型の抵触法体系が似て非なるものであることにつき、Étienne Patout, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (Étude de droit international privé)* (L.G.D.J., 1999), at 20-22; Bucher, supra note (56), at 64.

⁶³ 尚、現在でも、私法に関しては、私法秩序と国家との間に一定の距離があると説明されていることにつき、Vogel, supra note (35), at 206.

⁶⁴ 尚、法規が属地的に限定されていることを、当該法規が強行法規(mandatory rule: ここでいう強行的適用法規)であることの根拠とする立場があることにつき、James J. Fawcett/Paul Torremans, *Intellectual Property and Private International Law* (Oxford, 1998), at 580-584. 尤も、著者は、そのような方法が知的財産法の財産権の側面については意味を持ち得るが、一般的に全ての側面にこのようなアプローチをあてはめることは出来ないとしている。

⁶⁵ 後者の場合には、保護国法主義(ないし効果国法主義)といった知的財産権固有の連結政策が存在するのか、それともそのようなものが存在せず、例えば不法行為や物権に関する特別法として知的財産法を考えることになるのか、という点が次の段階として議論されることになる。

⁶⁶ ここでいう公序則の内容としての属地主義の原則は、土地に着目した連結政策ではなく、各国法の国際的適用範囲を限定する原則ということになる。

⁶⁷ サヴィニーが私法を空間的に無制限なものとして捉えていたことにつき、Vogel, supra note (35), at 92.

⁶⁸ 久保岩太郎『国際私法概論』(1946年) 70頁、折茂豊「国際私法の本質」国際法学会『国際私法講座第1巻』(1952年) 24頁。

⁶⁹ これらの法規は、通常自己制限的(*autolimité*) 実質法規と呼ばれている。自己制限的実質法規については、例えば、Patrick Kinsch, "L'autolimitation implicite des normes de droit privé matériel", *Rev. crit. DIP*, 92 (3) juillet-septembre 2003, 403; Arnaud Nuyts, "L'application des lois de police dans l'espace", *Rev. crit. DIP*, 88 (1) janvier-mars 1999, 31, at 67-74. 我が国においては、横山潤「地域的に条件づけられた外国実質法規の適用」独協法学14号(1980年) 1頁。

⁷⁰ Kinsch, *ibid.*, at 406に挙げられるフランス民法旧108条。

⁷¹ Kinsch, *ibid.*, at 405.

⁷² Kinsch, *ibid.*, at 410.

⁷³ 尚、知的財産法分野に限らず、一般に、属地主義の原則の妥当する法規範を、自己制限的実質法規であるとする議論は見受けられない。

⁷⁴ 拙稿・前掲注(6)2308頁以下。因みに、知的財産権上の属地主義の原則の一つを「知的財産に関する主観的権利の存在と効果は、原告により主張される領域国の法による」という双方向的抵触規則として捉える Bouche においても、属地主義の原則が法廷地法と区別される以上、法廷地法による通常適用される準拠法を排除する仕組みである国際私法上の公序によって属地主義の原則を説明することは出来ない、とされている。Bouche, supra note (10), at 374-375.

⁷⁵ その意味では、寧ろ二審判決が、外国特許権に基づく差止め及び廃棄の請求権について、属地主義の原則を根拠にしつつ、法例で規定する準拠法決定の問題が生じる余地がないと述べたことの方が、現在の抵触法理論には整合的であると言えるように思われる。但し、この場合には、属地主義の原則を、強行的適用法規の国際的適用範囲に関する原則として理解することになる。

⁷⁶ Bouche, supra note (10), at 375は、属地主義の原則がカバーする範囲として、知的財産権の発生、存在、条件、保護期間、内容、最初の権利者、譲渡可能性、消滅を挙げている。

⁷⁷ 注意すべきは、属地主義の原則が知的財産法上の全ての法規範をカバーしているわけでは必ずしもないということである。例えば、Bouche は、事案の分断性のリスクを回避し、知的財産権の全体としての一貫性を維持するため、主観的権利の発生とその最初の資格者に関する問題を、特許権侵害の問題も含めて属地主義の原則(保護国法主義)の対象とし、その一方で、権利の事後的な移転や事後の資格者の決定等の問題は別問題であるとして、属地主義の原則の対象外であるとする。Bouche, supra note (10), at 431-437. また、陳一「特許法の国際的適用問題に関する一考察—BBS事件最高裁判決を出発点としつつ—」金沢法学46巻2号(2004年)71頁、83頁も、職務発明に関し、「特許を受ける権利及び専用実施権の成立要件・効力については特許権のそれと密接に関連する事項であると思われるため、これらについては同原則の範囲に属するが、他の点については直接の関係がな」く、別途検討する必要があるとする。

⁷⁸ 中山信弘『工業所有権法(上)特許法[第2版増補版]』(2000年)24頁、30頁、299頁以下。特に、中山・同上31頁は、「独禁法と工業所有権法の究極の目的は同一であり、両者は無関係に存在するものではない。つまり、工業所有権法の目的である産業の発達という観点からすれば、その解釈に必然的に競争法的考慮が入らざるをえない。競争法的配慮が欠如したままで産業の発達に最もよいシステムを考えることなどできない。特にこれからの情報化時代の知的財産法は、より強化される潮流にあり、ますます独禁法との関係が問題となろう」と述べている。

⁷⁹ 特許や商標を公益と結び付けて捉える Pillet, supra note (29), at 4は、特許法や商標法をこのように捉えていたと解することが出来よう。また、特許や商標などの知的財産権の保護は公共機関の介入を前提としているという点で国家機関の抵触

(conflit d'autorités)の問題であり、保護は登録国法に基づいて与えられるとする Pierre Mayer/Vincent Heuzé, *Droit international privé* (7e éd. Montchretien 2001), at 429-430も同様であろう。尚、Bouche, supra note (10), at 417-418が、Mayer/Heuzéの立場を保護国法主義と区別せずに論じている点には疑問がある。因みに、著作権が情報の自由に直接に関係することから著作権法を loi de police (ここでいう強行的適用法規)とみなすべきであることを明言するものとして、G. G. Nonnenmacher, "Le cinéma et la télévision face au droit international privé", RCADI 1971 (Tome 134), 7, at 65. 我が国での学説の状況については、拙稿・前掲注(6)2305頁以下に譲る。

⁸⁰ TRIPs 協定前文もこの点を確認する。だが、そのことが必ずしも知的財産権の発生や範囲に関する法規を抵触法上私法的ないし民事的な法規と見なければならぬことにはならないように思われる。

⁸¹ その場合の問題点については、拙稿・前掲注(6)2308頁、後掲注(85)参照。

⁸² この点につき近年下された所謂キルビー事件に関する最高裁平成12年4月11日第三小法廷判決民集54巻4号1368頁においても、裁判所の権限は、「特許に無効理由が存在することが明らかであるか否か」の判断に限定されている。但し、その後の下級審裁判例が、進歩性欠如による無効までも判断する傾向にあることにつき、仙元・前掲注(20)186頁。また、現在提出されている特許法改正案においては、裁判所が特許無効の抗弁を判断出来ることが明定されるに至っている(104条の3)。

⁸³ 但し、これらの法規を強行的適用法規と解した場合には、国内事件との整合性という観点から、外国で成立した知的財産権の有効性の判断を我が国裁判所が行うことに一定の制限がかけ得る点、また、外国特許無効確認の訴えが制限され得る点が、これらの法規を私法的法規と解する場合は異なる。

⁸⁴ Bouche, supra note (10), at 449-450.

⁸⁵ Bouche, *ibid.*, at 451. 同様の立場と解し得るものとして、Kropholler, *Internationales Privatrecht* (1997), at 476; *Münchener Kommentar, BGB Band 10 (Internationales Privatrecht)*, (3. Auf. 1998), at 2257 (Kreuzer). 尚、Bouche における属地主義の原則とは、保護国法主義に基づく準拠法選択規則を指すが、このように知的財産権侵害やその救済方法までも属地主義の原則に含めるのであれば、この原則を準拠法選択規則における連結政策を意味するものとして解する欲求が高くなるのも理解出来る。このような保護国法主義に基づく準拠法選択規則については、原告の請求の立て方により適用される準拠法が決定してしまう点で、当事者の請求に中立的な通常の準拠法選択規則とは異質であるのではないかという疑問が生じる。拙稿・前掲注(6)2308頁。この点につき、Bouche, supra note (10), at 414は、準拠法選択における原告の役割の決定的重要性を強調してはいるものの、準拠法決定が非常に容易になるものとしてこのような規則を肯定的に評価しており、その構造的な問題点は特に気にしていないようである。これは、Bouche が、知的財産

権は通常の性質決定と準拠法の連結という通常の準拠法選択方法に適合しない特別な権利であると考えていることに依ると思われる。Bouche, supra note (10), at 376-377.

⁹⁶ 拙稿・前掲注(6) 2306頁に挙げた法例11条による見解は、この立場であると思われる。

⁹⁷ このような立場は、少なくとも我が国には存在しないようである。

⁹⁸ カードリーダー事件に関する最高裁判決は、この場面では属地主義の原則という用語こそ用いていないが、米国特許権に基づく差止め等の請求を「特許権の効力」として登録地法に依らしめており、ここでいう保護国法主義を連結政策とする準拠法選択規則という意味での属地主義の原則に含めていると言える。また、拙稿・前掲注(6) 2304頁以下の論者の立場も、属地主義の原則の理解こそ違うものの、その範囲という点からはこの立場に含まれる。

⁹⁹ 第二、第三の立場の相違は、不法行為の準拠法に含まれる送致範囲の違いにある。第三の場合、知的財産権侵害は保護国法で判断され、不法行為法においては、知的財産権侵害が不法行為に該当するかという点とその救済方法が判断されることになる。

¹⁰⁰ 属地主義の原則から、外国特許権侵害に基づくフランスでの請求の受理可能性を否定する Batiffol/Lagarde, *Droit international Privé*, Tome II (7e éd. 1983), at 206 は、第一の場合において属地主義の原則を強行的適用法規の国際的適用範囲に関するものと理解していると位置づけることが出来よう。

¹⁰¹ この場合、属地主義の原則を強行的適用法規の国際的適用範囲の問題として捉える立場からは、外国知的財産権侵害に基づく差止め請求が(外国懲罰的損害賠償制度に基づく損害賠償請求同様)我が国では受理されないことになり得る一方、同原則を保護国法等土地に着目した連結政策として解する立場からは、準拠法が不法行為法ではなく保護国法になった上で、差止め請求も認められることになる。

¹⁰² 判例時報1848号25頁。

¹⁰³ Bouche, supra note (10), at 375.

¹⁰⁴ 尚、差止め請求と損害賠償請求を区別して議論する立場は諸外国には見受けられなかった。

¹⁰⁵ 拙稿・前掲注(6) 2306頁に示したように、特許権侵害に基づく差止め関連の法規を準拠法選択規則の対象とする立場の殆どは、両者を区別していない。

¹⁰⁶ 前述した第一の立場である。

¹⁰⁷ この場合、保護国法主義を法例11条にいう「不法行為地」の解釈の中に織り込むか、「知的財産権侵害とその救済は保護国法による」という準拠法選択規則を条理により導くことになる。だが、前者に対しては、保護国法主義がカバーする事項は不法行為に関するものだけでなく、これを不法行為に関する準拠法選択規則

と混同すべきではないという Bouche, supra note (10), at 376の指摘が当てはまらう。結局、この場合条理により説明せざるを得ず、知的財産権侵害については、法例11条の出番は全くなくなるように思われる。

⁹⁸ 前述した第三の立場である。

⁹⁹ この問題を法例11条の問題としようとするのであれば、結局、特許権侵害自体についての判断も法例11条に依らしめるべきということになる(第二の立場)。だが、前述したように、いかなる場合に知的財産権が侵害されるかという問題は、知的財産権の内容自体と密接不可分な関係にあり、この点を属地主義の原則の対象から外すことは出来ないように思われる。

¹⁰⁰ だが、条理に基づく準拠法選択規則の設定については、ルール選択の恣意性という問題がある。拙稿・前掲注(8) ジュリスト132頁以下。

¹⁰¹ この場合、外国の強行的適用法規の適用に関する従来の議論に従えば、そのような法規に基づく救済を主たる請求とした訴えは我が国では出来ないということになる。但し、例外的処理の可能性があることについては後述。

¹⁰² この場合、知的財産権侵害までが前提問題として保護国法により判断され、その上で、不法行為該当性とその救済が不法行為の準拠法により判断されることになる。

¹⁰³ 法例11条3項の制約がかかることは勿論である。

¹⁰⁴ 拙稿・前掲注(8) 不法行為130頁注35。

¹⁰⁵ 拙稿・前掲注(8) 民商173頁以下、同上130頁において、救済方法により一律に区別し得るかの如き表現が用いられているが、その本旨は、本文で述べたところにある。

¹⁰⁶ 尚、損害額の特則に関する102条、過失の推定に関する103条、また相当な損害額の認定に関する105条の3は、いずれも我が国不法行為法を前提とした特別則であり、強行的適用法規には該当しないと思われる。尚、所謂電子消費者契約法3条が、単なる日本民法の特別則であり強行的適用法規とは言えないことにつき、拙稿「電子商取引と各国法の抵触—解釈論的検討を中心に」中里実＝石黒一憲編『電子社会と法システム』(2002年) 358頁注117。

¹⁰⁷ これに対し、アメリカ特許法284条(2)で規定される三倍額賠償については、実損額を超える部分については特許権の保護に関するアメリカの法政策と密接に結びついた強行的適用法規であると考えられる。従って、我が国での請求を認めないべきであろう。

¹⁰⁸ 中山・前掲注(78) 331頁。

¹⁰⁹ 但し、総合研究開発機構・高橋宏志共編『差止め請求権の基本構造』(2001年) 114頁(森田修執筆)。

¹¹⁰ 石黒一憲「著作権保護の原点と競争政策、そして抵触法(Conflict of Laws)」コ

ピライト2001年10月号3頁、8頁においては、差止めや廃棄等「救済手段が知的財産一般について、不正競争防止法も含めて強すぎる」点を指摘しているが、このような現象は、各国が産業政策的配慮から知的財産権の保護を強化している結果であると考えられないだろうか。

¹¹¹ このように知的財産法における差止め一般につきこれを強行的適用法規とすべきか否かについては議論もあろう。差止めという救済方法の性質という観点から、今後さらに検討したい。但し、カードリーダー事件で問題となった米国特許法271条(b)及び283条のような、広範囲な差止めを認める法規を強行的適用法規と見ることには、特に問題がないように思われる。従って、筆者の立場からは、前掲最高裁判決の結論自体は支持出来る。

¹¹² 尚、職務発明の国際的側面に関しては、差し当たり、拙稿・判例解説・ジュリスト別冊国際私法判例百選(2004年・近刊)参照。

¹¹³ この問題については、例えば横山潤「外国公法の適用」池原季雄＝早田芳郎編『涉外判例百選<第三版>』41頁、同「国際契約と官庁の許可」遠藤浩＝林良平＝水本浩監修『現代契約法体系(8)』(1983年)145頁、同「外国の輸出管理と国際私法」国際法外交雑誌91巻5号1頁等参照。

¹¹⁴ カードリーダー事件に関する前掲最高裁判決も、特許権の保護が要求される国である登録国を、特許権と最も密接な関係がある国であるとしている。

¹¹⁵ 前掲注(59)参照。

¹¹⁶ 石黒一憲『国際民事訴訟法』(1996年)41頁。

¹¹⁷ 尚、近時下された東京地判平成15年10月16日判例集未掲載のように、外国における相手方の差止請求権の不存在を確認するような請求の場合で、当該外国の差止めに関する法規が強行的適用法規とみなされた場合には、前提問題において外国強行的適用法規を適用する場合と同様、裁判所が私人に対し何かを強制するわけではなくただ法的地位を確認するだけなので、この程度の関与なら認めても良いようにも思われるが、前提問題としてその適用を考える場合と異なり、確認判決が当事者間に既判力を生じさせるという意味で当事者に対し爾後に手続的な制限を与えるという点を重視するならば、矢張り不存在確認請求の場合であっても認められないように考えるべきだろう。