

## いわゆる「知的財産法における属地主義」の 多義性とその妥当性

申 美穂  
しん みほ

財団法人知的財産研究所特別研究員

はじめに

- 1 問題の所在
- 2 属地主義の意義と根拠
- 3 抵触法における属地主義の原則の位置づけ

おわりに

はじめに

知的財産権に関しては、国際的な文脈にあってその他の財産権から区別される最大の特性として、「属地主義の原則」が妥当していると伝統的に考えられてきた。このような発想は国際的に広く共有されてきたものであり、わが国においても、少なくとも特許権に関しては、最高裁判例（BBS事件判決<sup>(1)</sup>およびカードリーダー事件判決<sup>(2)</sup>）によって認められている。

しかしながら、この属地主義の原則は、論者によってその具体的な定義、射程範囲、解釈等が様々に異なっており、現実にはきわめて多義的で曖昧な概念となっている。また、属地主義の原則は、条約上の諸規定や客体の特性と結びついたりして、知的財産権が関わる渉外的法律関係を規律する法を決定する抵触規則を提供すると考えられることがある一方で、法廷地国際私法の適用を排除したり、あるいは準拠法の適用を制限したりするように機能することもあり、抵触法上これがどのように位置づけられるかについても、諸説対立しているという状況にある。したがって、知的財産権に係る渉外的法律関係の抵触法的規律について考察する際には、まず、この属地主義の原則についての議論を尽くすことが必要不可欠である、と言えよう<sup>(3)</sup>。

本稿は、このような視点から、属地主義の原則に関する議論が活発化する契機となったカードリーダー事件に代表される国際知的財産権侵害を主な題材として、属地主義の原則の多義的性質と妥当性について考察するものである。

## 1 問題の所在

### (1) 属地主義の多義性

知的財産法の領域において言われる属地主義の原則に関しては、その意義内容のみならず、根拠や射程についても対立がある。

具体的には、以下に列挙するような命題のいずれか、あるいはそのうちのいくつかを複合的に表す概念として、属地主義の原則は様々に援用されている。第一に挙げられるのは、知的財産権の効力がそれを付与した国の領域内に限定されるとする命題である。第二に、知的財産権はその領域について保護が求められる国の法（保護国法）によって規律される、とする命題（いわゆる保護国法主義）が挙げられる。これら二つの命題を表裏一体のものとして知的財産法上の属地主義の原則ととらえ、場合によっては前者を実質法上の属地主義、後者を抵触法上の属地主義と呼ぶというのが従来の、とくに知的財産法学者間における通説の見解である<sup>(4)</sup>。前記BBS事件最高裁判決及びカードリーダー事件最高裁判決も、「特許権についての属地主義の原則とは、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」と定義していることから、判例も属地主義の原則を通説のごとく解しているものと整理できよう。保護国法は、しばしば利用行為地または侵害行為地と読み替えられている<sup>(5)</sup>が、「保護国」という概念を用いていても、カードリーダー事件に代表されるような現実の侵害行為地と援用される権利の付与国が異なる隔地的な知的財産権侵害の事案においては、その具体的内容がしばしば論者によって異なっている（当事者が援用する権利の付与国に着目する見解と、現実の行為地に着目する見解との間に対立がある<sup>(6)</sup>）。

また、属地主義の原則は、しばしば、外国の知的財産法ないしは外国の権利との関係に着目した説明が加えられている。すなわち、属地主義ゆえに、内国

における知的財産権の成立・効力・変動などを規律するのはもっぱら内国法であり、原則として各国は知的財産権に関して外国の知的財産法を適用することはないし、外国の知的財産権が内国の領域内で承認されることもない、と言われることがある<sup>(7)</sup>。また、権利の帰属や承継に関する裁判例においては、属地主義の原則は、各国法による多元的規律を意味するものと読み替えられている<sup>(8)</sup>。ただし、以上の説明は、上記通説を言い換えたものとも解されうることからすれば、必ずしも属地主義の原則の別の意義を述べたものではない、との整理も可能であろう。

他方において、属地主義の原則を、知的財産法に固有の概念とは位置づけず、他の法領域において言われる属地主義になぞらえて説明する見解も見出される。まず、とくに保護国法主義を、抵触法分野において言われる属人(法)主義に対置される概念としての属地(法)主義によるものと説明する立場<sup>(9)</sup>がある。また、知的財産法における属地主義を、公法的法規の場所的適用範囲につき妥当している属地主義と同種のもので解する見解<sup>(10)</sup>も見出すことができる。この点につき横溝助教授の分析によれば、属地主義の原則とは、本来的には各国法の国際的適用範囲を領域内に限定する原則を示すものであった。その後、この属地主義の原則は、サヴィニー型抵触法の導入によって、土地に着目した連結政策という意味合いを込めて援用されるようになったが、これは公権力性の低い私法領域において採られるアプローチであり、公法その他の公権力性の高い強行的適用法規に関して属地主義の原則と言う場合には、これは依然として本来の意味におけるもの、すなわちその国際的適用範囲を領域的に限定する原則であると理解され、この場合には原則として自国法のみが適用されるのであって、外国の強行的適用法規は私人間の紛争解決において必要とされる前提問題の解決等の例外的な場合にしか適用されることはない。そして、知的財産法の属地主義の原則を現代的意義におけるものと解するならば、それはいわゆる保護国法主義として理解され、本来の意味におけるものと解する場合には、強行的適用法規の国際的適用範囲を限定する原則と理解されることとなる。そして、知的財産法上の属地主義が抵触法上どちらの意味におけるものと位置づけられるかは、この原則に包含される法規の性質・目的等に鑑みて個別に判断

しなければならない、と説明されている<sup>(11)</sup>。

そして、これらの命題を基礎づける根拠もまた多様である。とくに上記通説の意義における属地主義の原則の根拠に関しては、最高裁が沈黙している<sup>(12)</sup>一方で、学説上様々なものが挙げられている。まず、条約に属地主義の原則の根拠をみる見解がある。これには、知的財産権に関連する国際条約上の個別規定(独立の原則〔工業所有権の保護に関する1883年3月20日のパリ条約4条の2等〕<sup>(13)</sup>、とくに保護国法主義の根拠として文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約5条2項<sup>(14)</sup>および内国民待遇の原則<sup>(15)</sup>)から形式的に導かれるとする見解と、属地主義は条約の暗黙の前提であると説く見解<sup>(16)</sup>がある。さらに、知的財産権ないしは知的財産制度固有の特性といった実質的根拠が援用されることがある。すなわち、無体物に対する権利であるという特性<sup>(17)</sup>などである。また、とくに工業所有権に関しては、行政機関によって付与される権利であるという点<sup>(18)</sup>や、君主による特権付与という歴史的沿革<sup>(19)</sup>、国家の産業政策や政策判断との密接関連性<sup>(20)</sup>などが強調されることも多い。

他方において、とくに保護国法主義の根拠として、利益衡量や当事者の予測可能性<sup>(21)</sup>などのごく一般的な性格のものが挙げられることもある。さらには、条約の個別規定を根拠にまず属地主義の一つの意義(実質法上の属地主義)を導き、そこから属地主義の別の意義(抵触法上の属地主義)が演繹される<sup>(22)</sup>、と主張されることもある。

これに対して、知的財産法の属地主義を公法の属地主義と同視する見解の根拠としては、とくに工業所有権に関して、権利の創設に国家行為が関与するという点<sup>(23)</sup>などが挙げられている。そして、どのような根拠によるかによって属地主義の強度も異なっている。たとえば、条約にその根拠をみるならば、それを放棄することは国際法違反であって認められない<sup>(24)</sup>、といったごとくである。

さらに、属地主義の原則の射程も定義や根拠によって異なっている。たとえば、保護国法主義を唱える前記通説の立場が、一般に知的財産権の成立・効力・消滅・変動といった事項をここに含めるのに対して、知的財産法の国際的適用の問題を外国強行的適用法規の適用問題と同列に位置づける立場においては、工業所有権の成立や、知的財産権侵害行為の差止を命ずる法規等をその射程

に含め、他方において損害賠償請求に関する法規は私法上のものとして除外する、という構成が採られる<sup>(25)</sup>。また、工業所有権の創設が国家行為として行われる点に属地主義の根拠を見出す見解にあっては、権利が無方式で発生する著作権はその射程外とされている<sup>(26)</sup>。

## (2) 抵触法上の位置づけ

属地主義の原則が抵触法上どのように位置づけられるかについても争いがある。たとえば、カードリーダー事件では、控訴審判決<sup>(27)</sup>が、属地主義ゆえに「外国特許権に基づく差止め及び廃棄の請求権については、法例で規定する準拠法決定の問題は生じる余地がない」と判示したのに対して、最高裁判決においては、属地主義の原則が妥当していることで「外国特許権に関する私人間の紛争において、法例で規定する準拠法の決定が不要となるものではない」と判示された。つまりは、第一に、知的財産法の属地主義の原則は公法に関して言われる属地主義と同様のものであるといったような発想に立てば、いわゆる外国公法不適用の原則との関係から、内国における外国知的財産法の適用可能性が疑問視されることとなる。

第二に、外国知的財産法の適用可能性を否定しないとしても、これが属地主義の原則との関係で、国際私法上どのように適用されることになるかが必ずしも明らかではない。すなわち、上記最高裁判決では、登録国法により権利が規律されるとの意味における属地主義を、抵触法上の準拠法すなわち最密接関連法を探索する条理の内容として考慮する一方で、権利の効力の領域的限定の意味における属地主義を法廷地公序(法例33条との関係において)ないし法廷地実質法(法例11条2項との関係において)の内容として援用し、準拠法の適用を排除するための根拠としたが、このような最高裁の手法は、準拠法上の場所的適用範囲を再確認するに等しいものであるとして、抵触法学者からの厳しい批判<sup>(28)</sup>にさらされている。最近では、その実定法上の根拠薄弱さや論理一貫性のなさから、知的財産法において言われる属地主義の原則(とくに通説的理解におけるそれ)の抵触法上の存在意義そのものに否定的な見解<sup>(29)</sup>や、その修正を試みる見解<sup>(30)</sup>も見出される。

また第三に、属地主義の原則それ自体が適用法規を定めているとも解されることがあるため(保護国法主義)、その部分を強調するならば、外国知的財産法の適用可能性自体は否定されないとしても、法廷地の双方的抵触規則による規律可能性、又は不法行為や物権等に関する個別抵触規定との適用関係も問題となりうる。換言すれば、法廷地抵触規則による自律的規律を排するような属地主義の原則の射程が問われなければならない。

以下では、以上に整理した多種多様な諸学説の立場を出発点として、知的財産法の属地主義の原則の意義と妥当性、そして抵触法におけるその位置づけに関して考察する。

## 2 属地主義の意義と根拠

### (1) 属地主義の意義——知的財産法の国際的適用のあり方

(a) 知的財産法において叫ばれる属地主義の原則の意義のうち、とくに疑義が持たれることが多いのが、通説が唱える権利の効力の領域的限定の意味における属地主義(実質法上の属地主義)である。この通説の立場に関しては、実定法上の根拠に欠けるとの批判があるとともに、とくに権利の効力の領域的限定という発想に拘泥してはクロスボーダーな知的財産権侵害の救済の可能性を閉ざし、権利の実効的保護が阻害される、あるいはこれを考慮することは従来の抵触法の理論構造とは相容れないものであるとして、知的財産法上の属地主義は最早抵触法の領域においては考慮に値しないと批判されていることはすでに述べたとおり<sup>(31)</sup>である。したがって、本章における考察は、まず、効力の属地的限定という意義の検討から始めたい。

しかしながら、権利の属地性という一側面のみを分断して取り上げて、その是非を論ずるといふ問題設定が、ここでの検討に適しているとは思われない。権利の効力の領域的限定という意義の妥当性について検討するならば、その際には法の効力のそれとともに語るべきではなかろうか。というのは、権利、ひいてはその直接的効力を及ぼしうる範囲が特定の領域に限定されるという意味における属地性とは、それ自体が単独で成り立ちうるものではなく、法の適用の“結果”、ないし一種の状態を表しているにすぎないと考えられる<sup>(32)</sup>からで

ある。

詳述するならば、以下のごとくである。すなわち、権利は本来、その権利を生ぜしめた法の及ぶ範囲、極言すれば当該法を適用する国家の主権の及ぶ範囲内においてしか、実効性を伴う権利として成り立ちうるものではない。権利（観念ないしは抵触法上の概念としての権利ではなく、特定の法律上の具体的権利である）とは、法が適用された後に現れる一種の結果、いわば法の所産物である<sup>(33)</sup>。換言すれば、特定の客観的法によっていずれかの法主体に与えられる主観的権利は、当該法が存在し適用されうる範囲内においてしか、法律上の保護、突き詰めれば司法手続を通じた強制的実現（救済）という利益を、享受することができるものではない<sup>(34)</sup>。かかる意味において、権利の（直接的）効力の属地性は、そもそも、法の存在とその適用、そしてその領域的限界を所与の前提とするものである、と言えよう<sup>(35)</sup>。

このような発想からすれば、特定の法律上の具体的権利の効力の領域的限界という発想が妥当であるか否かは、結局のところ、当該権利を生み出した法の効力の領域的限界、すなわちその場所的（国際的）適用範囲の領域的限界を前提としうるか否かに左右されるということになるのであろう。

(b) しかしながら、以上のように整理した法と権利の効力に関する説明は、少なくともサヴィニー型といわれる現代の国際私法の規律しうる、いわゆる私法といわれる領域においては、当然に前提とできるものではない。そこで行われているのはむしろ、私法の属地性ならぬ普遍性を前提とした、価値中立的な抵触法上の概念たる単位法律関係と、いずれの実質法が最も密接な関連性を有するのかという議論、いわゆる“法律関係からの出発”であり、双方向的抵触規則の世界にあっては、そもそも、特定の客観的法によって生み出された主観的権利を当然に前提とするということも、その効力の及ぶ領域的範囲を問うということもない。

すなわち、双方向的抵触規則の世界では、私法関係を規律する法についてはこれを普遍的な価値観に基づくものと捉えたうえで、問題となる渉外的私法関係につき、内外の法のなかから原則として最密接関連性を有する法を法廷地の立場から一つ選択し、その適用範囲を法廷地が再画定することで適用する、とい

う手法を採用している。そして、法廷地の立場から選択された法律に照らして有効であるとみなされる権利や法的地位ならば、それは法廷地において法律上有効なものとして扱われている。たとえば、ある外国所在の動産に関して、法廷地の立場から最密接関連法として選択された当該動産の所在地法を適用した結果、ある人物が権利者として認められるならば、当該人物を法廷地において権利者とする、といったごとくである<sup>(36)</sup>。

そして、この動産の所有者すなわち物権の権利者は、当該動産が外国に所在するがゆえに内国ではその動産を物理的に支配し得ないが、内国において権利者としての地位を失っているわけではない。またそもそもこの文脈においては、内国の権利（内国法に基づいて成立している物権）と外国の権利（外国法に基づいて成立している物権）とを区別して、内国において実効的効力を伴う権利として認められるのは内国法に基づいて成立した権利のみとする、といったような発想がない。これは、法廷地抵触法の立場から最密接関連性を有しているとみなされる法であるならば、問題となる法律関係を規律する法が内国法であるか外国法であるかを問わないという前提（内外法平等）の下で、現代の抵触法による法選択と適用は原則的に行われている<sup>(37)</sup>からである。

このような内外法平等という前提に基づく法の選択と適用というプロセスを経ることによって、法廷地は、外国（実質）法に基づいて成立した外国法上の権利であっても内国において実効性を伴う有効な権利として認めている。このことからすれば、当該準拠法の適用範囲とそれによって付与される権利の直接的効力は、（少なくとも法廷地の主観としては）準拠法所属国の領域外にも及んでいるものである。つまり、私法に関しては、そもそもその領域的限界（属地性）を前提としないからこそ（むしろ法の普遍的効力を前提とする）、サヴィニー型の抵触法的手法が成り立つ余地があるのであり、またそれゆえに権利の効力についても属地的という表現が妥当し難いのである。

(c) 知的財産法もまた、以上のような渉外事案における私法の選択と適用に関する一般論が妥当する私法として国際私法上位置づけられうるならば、最早はじめに述べたような法や権利の属地性について語る余地は存在しないであろう。たしかに、知的財産法は、私人間の権利義務関係を規律する法規でもある



ことから、国際私法上私法であるとして位置づけられうる（そしてそれゆえに双方向的な抵触法的手法が妥当しうると考えられる）要素をも持つ法である<sup>(38)</sup>。しかしながら、知的財産法の場合は、法の適用手法をめぐる状況がその他の私法とは著しく異なっている、と言わざるをえない。

知的財産法とその他の私法との間に横たわる最大の相違点は、知的財産の保護とりわけ権利の付与に関しては、後述のとおり（本章(2)以下参照）、各国は自国領域内における知的財産の保護に関しては自国法のみを適用して自国法に基づく権利を与え、そこでは原則として外国法の適用が想定されていない、という点である。各国は知的財産権の付与について、条約上の例外を除けば、様々な手続的要件・実体的要件を自律的に定めている。そして、ある国において（より正確に表現するならば、当該国領域について）知的財産権の付与に関して参照されている法は、当該国で妥当している法のみである。

たとえば、外国においてある発明につき取得された特許権は、日本においてもそのまま行使されうるとは考えられていない。実態として、日本において与えられ、また実効性を伴う特許権として認められているのは、日本法に基づいて日本特許庁において登録された日本実質法（特許法）上の特許権のみである。日本の国際私法は、たとえば当該発明が外国で行われたということを理由に、その外国法が最密接関連性を有するとみなして、自国領域内における事象すなわち自国における知的財産の保護という法律関係について準拠法として適用し、当該外国法上有効に取得せられた特許権であれば、それを日本においても有効な特許権として認める、ということはない。

これは、国際私法の立場からは以下のように説明することができよう。すなわち、知的財産権（殊に工業所有権の成立）に関しては、他の私法上の権利に関して実践されているような内外法の互換性を前提とした抵触法的手法ではなく、自国領域内における知的財産の利用に関しては自国法のみが規律するという手法が採用されているのだ、と。換言すれば、知的財産法はその他の私法とは異なって普遍性を持つ法とはみなされず<sup>(39)</sup>、その国際的（場所的）適用範囲が抵触法を通じて再画定されることなく自国領域内における事象については——公法のごとく——自国法のみが適用されている、という状態にある。すなわち、

抵触法上、ある有体物を支配する権限を有するのは誰かという法律問題を規律する準拠法が探求されることはあっても、ある発明やアイデアを利用する権限を有するのは誰かという法律問題を規律する準拠法が探求されているということはない。知的財産権をめぐる国際的紛争において出発点に据えられるのは、つねに、具体的な国家法に基づいて成立している具体的な権利、すなわち特定の法律上の特定の知的財産権であって、知的財産の保護や利用という、法の選択と適用につき価値中立的な法律関係ではない。

その他の私権とは異なって、知的財産権がこのような特殊な状態にあるのは、繰り返すように、ある国の領域において（より正確に表現するならば、当該国領域について）適用されている知的財産法は、当該領域において妥当している法のみとされているからである。換言すれば、知的財産の保護をめぐる法の国際的適用の手法については、双方的手法すなわち「法律関係からの出発」的構成が採られることなく、つねに一方的手法すなわち「法規からの出発」的構成が妥当している。かくて知的財産権はそもそも、抵触法を通じた内外法の双方的な適用によって得られる、上述の意味における普遍的効力を持ちえないのであり、またそれゆえに権利の効力の領域的限界を問う余地があると言っているのである<sup>(40)</sup>。

(d) これまで見てきたとおり、知的財産法の適用は、通常の私法とは異なる極めて特殊な状況におかれている。知的財産法に関しては、その他の私法の領域において妥当しているような法の国際的適用の手法（双方的手法）が採られていない。それは、知的財産法については法の普遍性（換言すれば、内外法平等あるいは内外法の互換性）という、国際私法的構成を採るために必要な理論的前提が成立せず、知的財産法は各々の法所属国のみにおいて（換言すれば、当該法所属国の領域のみについて）属地的に適用されている、ということに由来するものである。

しかしながら、このこと（各国における知的財産法の属地的適用）だけをもってして、そこから直ちに知的財産法の適用範囲の属地性（ひいては、それによって生み出される知的財産権の効力の属地性）を導くことはできないという批判が、あるいは、ここで加えられるかもしれない。というのも、自国領域内における

知的財産の保護については自国法のみを適用するという姿勢を貫きつつも、その適用範囲を属地的には構成していないという法制が存在するのもまた事実であるからである（属地主義を原則としつつ例外的に属人主義や保護主義によってその適用範囲を域外にも拡張している公法と状況は同じである）。実際に、この点を指摘して、知的財産法についても法の抵触が存在しているために抵触規則による調整が必要である、と説く学説<sup>(41)</sup>もある。

たしかに、いわゆる公法など、本来的には属地的にのみ（すなわち、当該法の所属国の領域内においてのみ）適用されていると想定されるような性質の法規が、その適用範囲を一方的に自国領域外における行為や事象にまで及ぼしている（いわゆる域外適用である）ことは多々ある、と言わざるをえない。しかしながら、そのような法によって生み出された権利ならば、法の適用範囲が領域外に及んでいることからして当然に域外的効力を持ちうる、とも言えまい。というのは、法それ自体が有している場所的適用範囲に関する明示または黙示の意思（立法管轄権）は、たとえ公法的なものであっても必ずしもその領域内にとどまるものではないが（すなわち、その場所的適用範囲につき、必ずしも属地主義が妥当しているわけではない）、「域外適用を定めているときであっても、自国においてその適用とそれに基づく執行をなしうるにすぎない」<sup>(42)</sup>のであって、その強制的実現（執行管轄権）については、規律対象となる行為が行われている国がそれを自発的に容認するような場合（たとえば、外国判決の承認・執行など）を除けば、各国はそれぞれに領域主権を有しているがゆえに、領域的制約を事実上受けざるをえない<sup>(43)</sup>と考えられるからである。

他方において、そのような他国法規定の効果が自国領域内にまで及ぶことをある国が自発的に容認することについては、必ずしも国際法上の制約は存在していない、という現状にある<sup>(44)</sup>。このため、本来あるべき執行管轄権の限界を超えて、ある国の知的財産法の適用範囲が領域外に現実に及ぶ——結果として当該国法上の知的財産権の直接的効力が国外にまで及ぶ——ということも、まったくもって考えられないわけではない。しかしながら、そのような判断は各国が自主的にのみなしうるもの<sup>(45)</sup>であろう。米国独禁法の域外適用を受け容れよと日本の裁判所がカナダに命じることはできまい。

そもそも、自国領域内における知的財産の利用に関しては自国法のみによるという態度を各国が貫いている以上、そこで外国知的財産法の域外適用が受け容れられる可能性は——それは結果として同一知的財産に関する自国法上の権利の行使を制限することに繋がりがかねないのであるから——低かろう。また後述のとおり、国際法上の要請からしても、各々の国の領域内における事象は専ら各々の国の知的財産法のみが規律すると考えられるべきである。したがって、主観的にはどうであれ、客観的には知的財産法の場所的適用範囲は属地的であると——そして、それゆえに権利の直接的効力が及ぶ範囲が属地的に留まると——みなさざるを得ないのではなからうか。また現実問題として、知的財産が無体物である以上は、そうでなければ各国知的財産権の並存は成り立ちえないであろう。かくして、知的財産法の属地的適用、すなわち各国において自国内における事象につき適用される知的財産法が当該国法のみであるということをもってして、各国の知的財産法の適用範囲は属地的であると（少なくとも客観的には）みなしうる、と考えられるのである。

(e) ところで、属地主義の原則の全体あるいは一部の意義に関して否定的な立場からは、権利の効力が特定の領域内に限定されるという現象は知的財産権に固有のものというわけではなく、他の私法上の権利や法的地位についても同様に妥当する<sup>(46)</sup>、と述べられることがある。

たとえば *Bouche* は、主観的権利はいずれも特定の実質法の成果物であり、そのために当該権利の効力が及ぶ範囲は、当該権利を生み出した法が及ぶ領域的範囲に限定されるという意味において属地的であるという発想を前提としつつ、以下のように述べる。すなわち、そのような実質法の適用が抵触規則を通じて行われたことをもってして、ある主観的権利の効力が域外的効力を持ちうるとみなすべきではなく、そのような内国または外国の実質法の適用結果たるある権利の効力も、内国の抵触規則を通じてもたらされた成果物である以上は、当該内国法（すなわち内国の国際私法規則）の及ぶ領域的範囲に限定される。これは、異なる法域において同一の法が準拠法として適用されていたとしても同様であって、そのことはその複数の法域において同一法に基づく権利の域外的効力が承認されたということを意味するものではなく、それらもまた区別されるべ

き二つの内国抵触規則の適用結果たる二つの異なる主観的権利であるにすぎない。そして以上に鑑みれば、この現象は知的財産権にのみ留保されるものではなく、あらゆる主観的権利におしなべて妥当するものである<sup>(47)</sup>、と。果たして、このような見解はいかなるものとして位置づけられるべきか。

たしかに、抵触法の適用結果として見出された（場合によっては外国法上の）権利の効力もまた、抵触法が問題となる法律関係を当該外国法の適用範囲に含めるという選択をしたからこそ内国において認められているものである。してみれば、抵触法が強行法として適用されるべき公法的性格を有する国内法規範の一部として存在している<sup>(48)</sup>以上は、これもまた普遍性に欠け自国領域内でのみア・プリオリにその妥当性が推定される内国（抵触）法を適用したことの結果というべきものであろう。このことに鑑みれば、その効力（突き詰めれば、執行可能性）も原則的には内国の主権の及ぶ範囲すなわち内国領域内に留まるものであり、したがって客観的には（すなわち、事実上は）属地的である。すなわち、現代の抵触法はたしかに私法の普遍的効力を前提とするものであるけれども、そのような前提を採用する内国の抵触法の効力もまた、外国がそれを意識的に容認するようごく例外的な場合を除けば（たとえば反致によって）、内国においてしか及ぶものではない。換言すれば、内国において適用される抵触法が、知的財産法と同じく内国法上のそれのみであり、内国抵触法の及ぶう範囲が内国の領域内に限られている以上は、その効力もやはり内国にとどまるものである。抵触法を通じて適用された法律によって得られた権利の効力は、一国の抵触法の主観からすればたしかに普遍的であるが、それもまた結局のところ一定の領域的限界を伴うものであるにすぎない。上述の私法上の権利の効力の属地性は、まさにこのような性質のものと理解することが許されるならば、一概に理由なしとして批判することも適切ではあるまい。

つまり、知的財産法の効力の属地性も抵触法の効力も、ともに最終的には国家管轄権に基づく領域的限界に服すものであるという点では同様である。その意味において、たしかに知的財産権もその他の私権も、等しくその効力の及ぶ範囲が領域的に一国の主権の及ぶ範囲内に限定されている、と言いうるものである。

しかしながら、私権一般の効力の属地性が（実質法の普遍性を前提とした）抵触法の属地性に由来するものであるのに対して、知的財産権の効力の属地性は、上述のとおり実質法（知的財産法）それ自体に内在する属地性（知的財産法の属地的適用については知的財産法の適用範囲の属地性）に由来するものである。したがって、知的財産権の効力の属地性は、やはり、他の私法上の権利や地位の効力に関して妥当する属地性とは異なる固有のものと考えられるべきである。然るに、私法上の権利の効力の及ぶ範囲も事実上属地的であることを根拠として、知的財産法の属地主義の存在意義を否定する上記立場に与することはできないということになろう。

(f) 以上の考察を纏めれば、およそ以下のようなものとなろうか。すなわち、知的財産法の国際的適用関係は一たとえ知的財産法を私法と位置づけることが理論上可能であったとしても一他の私法におけるそれとは異なる極めて特殊な状況にある。サヴィニー型の双方的抵触規則の世界では、通常、ある法域の立場からみて、一の目的物ないしは法律関係に適用されるべき法は一つであり<sup>(49)</sup>、なおかつその法は内国法であることもあれば外国法であることもある（内外法平等）。

これに対して、知的財産の場合には、内国における知的財産の保護に関して適用されるのは内国法のみであり（属地的適用）、ある外国における知的財産の保護（殊に当該国における権利の成立）に関して適用されているのは当該外国法のみである。すなわち、同じ知的財産を対象としていても、領域ごとに適用されている法律が異なるというモザイク状態にあるのであり、かたやこのような特殊な法の国際的適用のあり方すなわち各国における知的財産法の属地的適用から、法の適用範囲に関する属地性が段階的に推論される<sup>(50)</sup>。つまり、本稿の理解は、本来的には、知的財産法について言われる属地主義の原則を公法について言われる属地主義と同様のものと整理する前記立場<sup>(51)</sup>に等しいものである。

したがって、通説のごとく、属地主義の原則ゆえに適用されるべき法が定まる（すなわち、抵触法上の属地主義ともいわれるいわゆる保護国法主義である）と言うことはできるが、それは各国の知的財産法の国際的適用範囲が属地的であると少なくとも客観的には捉えざるを得ないがゆえに、各々の地における事象に

関して適用されるべき法が既定されているという現象をあたかも抵触規則のように説明しているにすぎないものであって、厳密にはこれは抵触法上のルールと言うべきものではない<sup>(52)</sup>。換言すれば、その適用範囲につき属地主義が妥当している法規が規律する事項に関しては、そもそも適用されるべき代替可能性のない法<sup>(53)</sup>が自明的に、各国領域についてモザイク的に(換言すれば、多元的に)定まっているために、法の抵触が生じておらず、またそれゆえに適用されるべき法の決定に関して抵触法的構成を採る余地が存在しない。「法律の場所的適用範囲がすでに限定されているのであれば、準拠法選択の問題は生じない」<sup>(54)</sup>のである。

他方において、権利の効力の属地性に関していえば、はじめに述べたように、これは法が及ぶ範囲が属地的であればこそ導かれるものである。したがって、そもそも知的財産法の適用範囲が属地的であるとみなされうるならば、知的財産権の直接的効力が及ぶ範囲もまた、その法の及ぶ範囲内に領域的に限定されるとみなされざるを得ない、と言っているのである<sup>(55)</sup>。

また、外国知的財産法ないし外国知的財産権との関係に着目した属地主義の説明<sup>(56)</sup>に関していえば、各国が自国領域について自国法のみを属地的に適用しているという前提のあるところで、外国法を適用しないのは当然のことであり、また自国領域内における知的財産の保護に関しては外国法を適用しない以上、外国知的財産権の直接的効力が及ばないのは当然の帰結である、と言えよう。

かくて、知的財産法における属地主義の原則の名の下に従来唱えられてきた多種多様な意義のほとんどは、その源泉を辿れば、知的財産法の属地的適用ひいてはその場所的適用範囲に関する領域的限定——公法において言われる属地主義と機能的に等しいそれ——に収斂すると言ってよい。いずれの意義も、結局のところ、上記の意味における属地主義からもたらされる特定の帰結を、特定の視点から断片的に捉えただけのものに過ぎないのである<sup>(57)</sup>。

## (2) 属地主義の根拠

これまで見てきたとおり、知的財産法における属地主義とは本来的には知的財産法の場所的適用範囲の属地性と捉えられるべきであり、このような意味に

における属地主義は、各国における知的財産法の特殊な適用のあり方すなわち各国における属地的適用から推論されうるものである。となれば、次に問われるべきは、知的財産法の適用範囲に関する属地主義をもたらす知的財産法の属地的適用という法状況が何故にもたらされるかという点、すなわち属地主義の根拠であろう。したがって、そのような知的財産法の属地的適用がそもそも何故に導かれるかについて検討する必要がある。

内国におけるある行為や事象に対して内国法のみを適用（すなわち、属地的適用）するとの姿勢も、結局のところ、一国の政策的判断の一つであるにすぎない<sup>(58)</sup>。このような発想から、そこで外国法を適用しないとすむいかなる必然性も存在せず、したがって内国法のみ属地的適用をもたらすようないかなる「原則」も存在しない、と説く見解<sup>(59)</sup>もある。

たしかに、国家は、自国法の内容を各種の政策に基づき定める自由（立法主権）を有しているのであるから、自国における知的財産の保護についても、自国法のみを適用するという旧態依然の方針を改め、内外の知的財産法を普遍的価値観に基づくものと位置づけることで、他の私権に妥当せしめている抵触法的手法を知的財産権に関しても採用する（すなわち、ある知的財産の利用や保護という法律関係につき適用されるべき法を、それがいずれの領域において利用されるかに関わらず、内外法のなかから一つ選択するという手法による）自由をも、本来は有しているはずである<sup>(60)</sup>。してみれば、知的財産権の属地主義が主権に関連づけて説明されるならば、それは法選択に関しては何らの意義も有さない、と述べられることがしばしばある<sup>(61)</sup>が、このような指摘は、この観点からすればたしかに正鵠を得ている、と評価できよう。

しかしながら後述のとおり、各国における知的財産権を各々別個のものとして同一の知的財産に関する権利の並存を容認し、自国における知的財産権の付与については自国法のみが規律するという各国の姿勢に立脚した条約が登場した<sup>(62)</sup>ことで、このような知的財産法の適用手法に関する各国の態度は国際法によっても追認されることとなり、そして国際法がそれを求める時間的及び事項的範囲内にあるは、一国の（国際私法の）立場から、知的財産法の普遍的効力を前提とした双方向的抵触規則による準拠法の選択と適用という枠組みに方向転



換することは最早叶わなくなった。このことによって、ある国の領域内においてある知的財産を利用する権限を付与する国際法上の正当な権限を有するのは当該国（ひいては、当該国の法）のみとなり、各国の知的財産法が等しく属地的に適用されるようになった結果、各国の知的財産法の適用範囲はその領域内に留まることが国際法上も求められることとなった、と言えよう。かくて知的財産法の属地主義は、それ自体はたしかに不文ではあるけれども実質的な制度的根拠を得ることとなったと同時に、少なくとも条約同盟国間の知的財産法に関しては等しく妥当していると容易に確認できるようになったのである。

また、各国が自国領域内における知的財産の保護に関しては自国法のみを適用するという姿勢を貫いたところに条約があるという視点に立ってみれば、条約が、優先権制度や内国民待遇の原則など、自国法のみによつて生じる可能性のある弊害を排除して各国の利害を調整し、出願者等の利便性を確保するための規定を置いている、ということが無理なく理解されよう。したがって、この意味からすれば、しばしば主張されているように<sup>(63)</sup>、属地主義の原則は条約の暗黙の前提である、と言うことは許されよう。

つまり、知的財産法の属地的適用から演繹される知的財産法上の属地主義は、そもそもは知的財産の保護について自国法のみを適用してきたという各国の政策的判断に端を発するものであるけれども、現状にあつては、知的財産権関連条約による国際的保護の枠組み、すなわち同一の知的財産に関して各国領域ごとに各国法に基づいた権利が成立することを条約が容認したという事実それ自体によつて基礎づけられると考えるべきである。これまで多くの論者が指摘してきたように、現在の知的財産制度のあり方に、国家の文化・産業政策との密接関連性や、知的財産法の公法的性質、特権付与という歴史的沿革といった背景事情が少なからぬ影響を及ぼしたであろうことは疑いがない。しかしながら、国際的な文脈における知的財産制度の最大の特色とも言われる属地主義の原則は、このような背景から直接に演繹されうるものではなく（現に、そのような背景から直接属地主義を根拠づけようとする見解は、ことごとく反駁されている<sup>(64)</sup>）、そのような背景事情ゆえに、各国が自国領域内における知的財産の保護に関しては自国法のみが規律するという政策を変更せず、また国際法上の制約もあつ

て各国がそのような変更を行えなくなった結果、知的財産法の適用範囲が普遍化されえなかったことに由来する<sup>(65)</sup>、とすべきである。

ただし、知的財産権という枠組みで捉えられうる権利であっても、工業所有権と著作権では、国際法による保護の枠組みのあり方が若干異なっている。このため、具体的にどのような事項につき、各国法の属地的適用が条約上求められていると言えるかについては、個別に検討する必要がある。したがって以下では、各々の条約上の個別規定の意義や射程に焦点を当てつつ、知的財産権関連条約による国際的保護の枠組みそれ自体が知的財産権の属地主義を基礎づけるという上記私見につき、一層の検討を加える。

(a) 工業所有権に関する属地主義の原則の根拠

すでに述べたように、属地主義の原則は、とくに工業所有権に関しては、条約上の権利独立の原則（パリ条約4条の2、および6条）と同視されたり、この原則に依拠して説明されることが少なくなかった<sup>(66)</sup>。わが国では両者を異なるものと位置づけるのが現在の通説・判例の立場であるが、独立の原則に依拠する見解<sup>(67)</sup>も今なおしばしば唱えられている。したがってまず、条約上の独立の原則が属地的適用すなわち各国工業所有権法のモザイク的（あるいは、多元的）適用を求めるものであるのか否かについて検討する。

権利独立の原則は、権利成立後の権利に関する規定と説明されることがある<sup>(68)</sup>が、権利の成立をもその射程に含んでいると解されることもある<sup>(69)</sup>。しかしながら、その事項的範囲をどのように画定するにせよ、各国における工業所有権の保護は、そもそも、権利として保護するという判断を国家が下す時点、つまりは権利の成立の段階で、すでに相互に独立の関係に立っていることが明らかである。各国は、条約によって定められた例外<sup>(70)</sup>を除いて、自国の立場から、保護を与えるための様々な実体的・手続的要件を定め、それを満たした者に対して自律的に保護を与えている。このことは、とくに商標権に関して、明文規定（パリ条約6条1項）によっても確認されている。各国は、条約が定める例外を除いて、権利付与の際に外国法を適用することはせず、外国における権利状態に左右されることもなければ、外国における権利付与に関与することもない。各国は、自国において工業所有権を付与する際には自国法のみを属地的

に適用している。したがって、各国の工業所有権法の国際的適用範囲は、権利付与の時点ですでに属地的である、と言えよう。

他方で、パリ条約が定める権利独立の原則は、条約締約国の自律性のある意味で制限するものである。すなわち、国家は本来、自国法の内容を様々に定める自由を有しており、他国の法の内容や他国の知的財産権の運命に、自国における当該知的財産に関する保護を従属させるような内容の法を立法することも本来はその国家の自由であるが、独立の原則によれば、そのような内容の法を制定することは許されない<sup>(71)</sup>。したがって、独立の原則が妥当する事項については、条約の他の規定で特に定める場合を除いて、同盟国が、内国において外国法を参照することも、反対に内国法が外国領域における知的財産の保護に介入することも、条約上行い得ないのである<sup>(72)</sup>。

かくして、知的財産法の国際的適用範囲に関する属地主義は、とくに工業所有権については、各国毎に別々の知的財産権を成立させるといふ、条約の制度的枠組みそれ自体によってすでに根拠づけられうるものであるが、条約上の明文規定である権利独立の原則によって、権利の付与のみならず、その権利の保護の範囲や消滅に関してもさらに貫徹されている、と言えよう。すなわち、「工業所有権独立の原則は、属地主義の原則を前提としたものであるが、その論理的帰結ではない。しかし、それは属地主義の原則を徹底したものとして把握され、各国国内立法における工業所有権規制において、外国法の規定に関連を持たせうる自由に対するパリ条約上の制限として、各国国内法による属地主義の修正の限界を画する一面をも有している」<sup>(73)</sup>のである。以上のことに鑑みれば、パリ条約上の権利独立の原則は属地主義とは異なるものとする前記通説・判例の立場は、必ずしも誤りではない、と評価できよう。けだし、属地主義の原則を、権利の成立に関する独立性を黙示の——ただし商標の登録に関しては、明文上の——出発点とし、それが成立後の権利に関する、明文の独立の原則によって特定の事項について定める法規についてさらに徹底されていると説明する本稿の立場からすれば、条約法理としてある権利独立の原則は、一般法理としてある属地主義とは当然に区別される存在である<sup>(74)</sup>からである。

ところで、パリ条約上の独立の原則の事項的適用範囲は、明文規定を見るか

ざり、特許権に関しては保護の範囲（4条の2の1項）、無効または消滅理由、そして存続期間（同2項）である。この規定は意匠権と実用新案権に対しても類推適用されると解されている<sup>(75)</sup>ほか、商標に対しても同様の規定（6条2項、3項）が置かれている。

したがって、特許権・意匠権・実用新案権の成立に関しては当然に、そして、商標の成立と、成立後の権利の内容や消滅に関しては明文規定からして、各国が自国の領域内において自国法のみに基づいてそれぞれに規律し、そこでは外国法の適用が論じられる余地のないことが、条約の枠組みから演繹される。つまりは、工業所有権の成立、保護の範囲（権利の内容）、存続期間、消滅等の問題に関しては、各国法の規律対象が、それぞれの国における事象（つまりは、その領域内における知的財産の利用）に限られる、という意味において、法の国際的適用範囲に関して言われる属地主義と、その論理的帰結としての権利の直接的効力の属地性が、依然として妥当している、ということになる。

他方で、条約上の内国民待遇の原則（パリ条約2条）を属地主義の原則の根拠とする立場に関して言えば、これを外人法上の原則と解して保護国法主義の根拠とする諸外国多数説<sup>(76)</sup>に対して、わが国においてはそのような立場を支持する見解はほとんど見いだされず、むしろ外人法もまた実質法の一つであって抵触法とは区別され、そこからは当然には抵触法は導かれない、とする立場が有力<sup>(77)</sup>である。しかしながら、そもそもこの規定には、必ずしも実質法の内容のみに係るものと、また外国人の権利能力や権利の享有のみに係るものと解すべき明確な根拠は見出されず、それは実質法と抵触法の双方の面において内外人を区別しないことを求める規定であるとの指摘<sup>(78)</sup>もある。

パリ条約2条は知的財産に関する各種の権利や利益の享有につき内外人を平等に扱うということを求めている規定であるとする条文解説<sup>(79)</sup>などからは、たしかに、内国民待遇の原則がいわゆる外人法、すなわち外国人の（実質）私法上の地位のみについて定める規定と解する必然性は見出されない。以上に鑑みれば、内国民待遇の原則は、むしろ、各同盟国に対して、内外民を区別する内容の実質法を定めることは無論のこと、内国法の人的適用範囲から外国人を排斥することを求めるものと解するべきではなかろうか。

このような解釈を前提とすると、パリ条約の各同盟国は、独立の原則があることで、この原則の射程に含まれる事項に関しては他国法を参照することができないばかりか、内国民待遇の原則（パリ条約2条）があることで、内国民性の有無の如何によって待遇を変更する内容の実質法および抵触法を立法することも許されていない、ということになろう。したがって、これらの条約上の原則から、ある同盟国の領域内における知的財産の保護に関しては、当事者の国籍等に関わりなく、等しく当該同盟国内において妥当している、その土地の知的財産法（いわゆるところの属地法である）のみが適用される、という帰結が導かれる<sup>(80)</sup>。換言すれば、工業所有権法に関しては、普遍主義に対置される概念としての属地主義と、（抵触法の領域において言われる）属人（法）主義に対置される概念としての属地（法）主義という二つの意味における属地主義が、共に妥当しているのである。前者が、条約が立脚している不文の制度的前提が明文の独立の原則によって一層貫徹されたものと捉えられうるのに対して、後者は内国民待遇の原則から導かれうる<sup>(81)</sup>。したがってこの意味からすれば、一部の学説<sup>(82)</sup>が唱えるとおりに、知的財産法において言われる属地主義を、抵触法上の属地（法）主義によるものと説明することは許されよう。

Fawcett & Torremans も、パリ条約上の独立の原則から、各同盟国の法は各々の領域内でのみ（within）適用されるということが論理的に導かれると説く一方で、「知的財産法の場所的適用範囲と、それによって付与される権利は、当該権利付与国の領域内に限定される。これが2条の文言から演繹される属地主義の原則である」とも述べている<sup>(83)</sup>。以上のように解することが許されるならば、内国民待遇の原則から属地主義の原則が導かれるという見解も——既述のとおりわが国ではほとんど支持者を見出すことができない立場であるが——それほど不自然に感じられるものではない。

知的財産法（工業所有権法）の領域において従来叫ばれてきた属地主義の原則は、主に前者の意味の属地主義に関わるものである。すなわち、条約に基づく知的財産の国際的保護の枠組みが、たとえ同一の知的財産に関してであっても、各国毎に内容の異なる権利を成立せしめるという前提の上に立脚し、かつ各国法による多元的規律を求めるかぎりは<sup>(84)</sup>、各同盟国の法の場所的適用範囲は

各々の国の領域内に留まるとみなさざるを得ない。またそうであるからこそ、権利の直接的効力がその領域内に限定されるのであり、さらに言えばその領域内においてその権利を規律している法は、当該領域内において妥当している法にはかならない<sup>(85)</sup>。

つまり、内国において外国工業所有権法を適用しようといったとしても、そのことが意味するのは、外国における発明等の利用に関する紛争につき、内国裁判所において当該外国法を適用して問題を解決することが許容されるというだけであって、内国における（すなわち、内国領域についての）当該発明等の利用に関して外国工業所有権法を適用することまでが肯定ないしは推奨されるというわけではない。

そして、かかる論理的帰結をもたらす工業所有権法の適用範囲に関する属地主義は、確かに明文で定められているものではないものの、国際法上の要請でもあり、またとくに条約の個別規定がそれを要請する事項的範囲においては、「原則」の名を冠するにふさわしく、各国の立場から「採用」<sup>(86)</sup>したり、緩和したり、放棄したりすることのできる性質のものではない、と言っているのである。

#### (b) 著作権に関する属地主義の原則の根拠

著作権と工業所有権とは、国際法上の規律の仕組みが若干異なっている。しかし、現在の著作権の国際的保護の枠組みを構築しているベルヌ条約もまた、内容の異なる各国の保護権の並存状態を前提として、それらの関係を相互に調整する役割を担った条約であり、国際的保護の大まかなあり方に関して言えば、工業所有権と状況が大きく異なるものではない。同一の著作物に基づくものであっても、各国が自国領域内における保護に関しては専ら自国法のみを適用するという態度を留保し、各国の著作権が相互に区別されるべき存在とされる以上は、各国の著作権は各国の著作権法によって各々規律されていると言いうる<sup>(87)</sup>のであり、そのような制度的枠組みがある以上は、各国の著作権法の場所的適用範囲は属地的に限定され、その結果、各国の著作権の直接的効力は、それを付与した国の領域内に限定される<sup>(88)</sup>。したがって、「特許侵害のばあいと同じく、著作権侵害については、法律の抵触は生じない」<sup>(89)</sup>のである。

ただしベルヌ条約は、パリ条約とは異なり、権利の成立と、条約上保護を受

けるべき著作物の範囲及び保護期間など、同盟国が付与しなければならない最低限度の保護の水準について、条約が統一的に定めている。とくに注目されるのは、条約上の保護を受ける著作物に関しては、著作権の発生に関して、無方式主義を採用している点である。したがって、著作権に関しては、権利付与に関する法を自律的に定める各国の自由が条約によって奪われていると言える。しかしながらこれは、本国において本国法に基づいて成立している権利をそのまま内国でも有効な権利として認める、という趣旨の規定ではない。各国は、外国に由来する著作物に関しても、自国領域内における保護については、内国民待遇の原則のもとで、内外人を問わず自国法が規律するとの立場を保持しており、それゆえに当該国の保護の実効的効力は、著作者の国籍等に係わらず属地的に定まる、と言っているのである。

このように解することは、5条2項後段において、「保護の範囲」と「著作者の権利を保全するために著作者に保障される救済の方法」が「保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる」と定められていることとも、整合的であるように思われる。5条2項が求めているのは、結局のところ、「保護の存在」は本国の法制に影響を受けず（したがって権利の存否に関して本国法を参照することはなく自国法のみによる）、かつ、「保護の範囲」と「救済の方法」がそれぞれ専ら各国法によって定められる、ということである。したがって、これらの事項に関しては、各国はその領域内において、自国法のみに基づいて規律することが、条約によって求められていると言える。

なお、ベルヌ条約は、内国民待遇の例外として、保護期間や追及権等の一部の問題については相互主義を採用し、各国が本国法に従属することを許している。しかしながら、たとえば保護期間に関していえば、相互主義によるか否かは同盟国の判断に委ねられており<sup>(90)</sup>、そこで本国法の適用が命じられているわけではなく、本国において保護期間の満了した著作物については保護する必要がないことを意味しているにすぎない<sup>(91)</sup>から、これらの事項についてもやはり本国法との間に法の抵触が生じているわけではない。したがって、これもまた法廷地の立場からいずれかを選択しようという性質のものではないことは明らかである。

つまり、著作物に関しても、各国は自国の領域内において、条約が要請し、自国法が認める範囲でのみ著作物を保護し、条約上定められた例外を除いて外国法を参照することもなければ、外国法によって内国における保護が干渉を受けることもない、という現状にあることからして、工業所有権と同じく、法の国際的適用範囲に関して属地主義が妥当しており、そして、その論理的帰結として、権利の直接的効力がそれを保護する国の領域的に限定される、と言っているのである。5条2項後段は、双方的抵触規則の形を取っているように見えるものの、結局はこのことを確認しているに過ぎないもの、と解することもできる。

なお、最近では、5条2項後段の「保護が要求される同盟国の法令」を、行為地法ではなく、国際私法を含む法廷地法と解する見解<sup>(92)</sup>も有力に唱えられている。しかし、かりにそのように解しえたとしても、著作権が国毎に多元的に構成される権利とされる前提に変更がもたらされなければ、法廷地の立場から行い得る法選択の幅も必然的に狭まるものであることは明らかであろう。ただし、権利の成立に関して無方式主義が採られている以上、少なくとも権利の内容（保護の範囲）は、いずれかの国の法に一元的に送致されるのではなく、各国法によって別々に規律されるという状況になれば、そもそも各国の権利が相互に区別される別々の権利であるという条約の制度的前提が成り立ち得ないからである<sup>(93)</sup>。

### (3) 小 括

米国内で婚姻したある米国人の夫婦が来日したとき、その夫婦は日本で婚姻届を提出していないということのために、日本滞在中は夫婦とはみなされず、独身に戻るといったことはない。わが国際私法上最密接関連法とみなされる法律に照らして、その夫婦の婚姻が形式的にも実質的にも有効であると認められるのであれば、かりにその法律が外国法であったとしても、その婚姻は依然として有効であり、日本滞在中も二人は法律上夫婦とみなされる。

ところが、知的財産権の場合は状況が異なる。ある日本人が米国内で画期的な発明を完成させ、米国において当該発明に関する特許権を取得したとする。



その日本人発明者が帰国したとき、自身の発明に関して米国法によって与えられた排他的独占権は、日本でもそのまま有効とされるわけではない。日本でもその発明に関して法律上の保護を受けたいと願うならば、その発明者は、特許庁に赴いて、再度「日本の」特許権を取得しなければならない。わが国の国際私法は、たとえば当該発明が米国で行われたということを理由に、その発明の保護については米国法が最密接関連法であると定めて、米国法上有効な特許権であると認められれば、日本においても有効な権利として扱って、その権利の行使を認める、ということはない。

すなわち、知的財産権以外の領域では、渉外的要素を帯びる一法律関係につき、適用されるべき法は原則として一つだけであり、しかもそこで適用される法律は、内国法であることもあれば外国法であることもある。しかしながら、知的財産権の領域では、同じ一つの知的財産に関して、各国は自国領域内においては自国法のみに基づいて保護を与え、そこで外国法を適用することはしない。ここに、知的財産権をめぐる法適用関係の最大の特徴がある。

知的財産法に関して言われる属地主義の原則は、まさに、この点に由来するのである。知的財産法に属地主義の原則が妥当しているのは、知的財産法が公法的法規であるからでも、国家の産業政策と密接な関わりを有しているからでも、知的財産が無体物であるからでも、権利の発生に国家の高権的行為が関与するからでもない。そのような背景事情が存在するがゆえに、各国が自国領域内における知的財産の利用に関しては自国法のみが規律するという政策的判断を変更せず、内外の知的財産法の国際的適用範囲を抵触法を通じて再画定することもなく属地的にのみ適用してきたことに端を発するというべきである。

そして、このような各国の政策に立脚した複数の条約によって形作られている知的財産権の国際的保護の枠組みが、同一の目的物に関する各国の知的財産権の並存状態を許容してそれらを峻別し、かつ、独立の原則その他の個別規定を通じてもっぱら各国法による多元的な規律を求めるところでは、知的財産の保護に関して定める法規は否応なく属地主義に支配されることになる。すなわち、日本の知的財産法が規律しうるのは日本の領域内における知的財産の保護のみに関してであり、他方、韓国知的財産法が規律しうるのは韓国における知

的財産の利用のみである。

そして、このように各国の知的財産法の適用範囲が一国の領域内に属地的に限定されているとみなされることの結果として、ある国の知的財産法によって発生した権利の直接的効力は、それを生ぜしめた法の及ぶ範囲内に留まらざるをえない。また、当該領域内における知的財産の利用は当該国法のみによって規律されるのであって、条約によって定められた例外を除けば、抵触法を通じてそれ以外の法を選択し適用するという余地が存在しない。他方において、外国知的財産権に関する問題を内国裁判所で審理しようとの前提に立つと、少なくとも条約同盟国との関係においては知的財産法の属地主義は内外のいずれの法にも等しく妥当していると考えられるために、適用法規がほぼ自明的に定まるこのプロセスが、結果的に双方向的抵触規則の「外観」<sup>(94)</sup>(属地主義ゆえに、適用範囲が抵触することなくモザイク的に定まっている内外の知的財産法を一般化して保護国法と呼ぶことが許されるならば、保護国法主義)を呈することもある、と言える。結局のところ、これらはすべて、知的財産権の国際的保護の枠組みを前提とし、知的財産法の国際的適用範囲の領域的限界すなわち属地性を出発点として導かれる、相互に有機的に結びついたいくつもの論理的帰結にすぎないのであって、そのうちのいずれが妥当であるか、いずれを放棄しようかという性質のものではないのである。

したがって、知的財産法の適用範囲と知的財産権の直接的効力に関して妥当している属地性は、各国毎に独立した別々の権利が成立するということを前提とする国際知的財産制度すなわち条約の枠組みに変更がもたらされない限りは、たとえ抵触法を介して外国知的財産法を適用することを許容するとしても、あるいは、知的財産をめぐる渉外的私法関係を規律する法を準拠法と呼ぶとしても貫徹されるのである(ある一つの知的財産の保護や利用につき、抵触法を通じて法廷地の立場から最密接関連法として一つの準拠法が選択されるわけではなく、外国の領域内におけるその知的財産の利用は当該外国法が当然に規律し、内国の領域内におけるその知的財産の利用に関しては内国法が当然に規律する)。

ただし、以上のような内容を伴う属地主義の原則があることで、知的財産法の国際的適用に関するあらゆる問題が解決するわけではない。残された課題と

して、法廷地国際私法において知的財産権をめぐる法律関係はどのように位置付けられるのか、という問題がある。これには、“法の抵触”が生じていない中で、外国知的財産法はそもそも内国裁判所において適用されるのか、適用されるとしても、いかなる手法ないしは資格において適用されるのかといった問題や、法廷地国際私法の留保条項などの一般規定の適用可能性の問題、属地主義の原則が妥当する法規の射程外として、法廷地国際私法による自律的な準拠法選択が許される事項はあるか、といった問題が含まれる。次章においては、これらの問題について論じる。

### 3 抵触法における属地主義の原則の位置づけ

#### (1) 外国知的財産法の適用可能性

すでに明らかにしたように、各国の知的財産法上の諸規定の多くは、その国際的適用範囲が属地的に限定されている（と少なくとも客観的には把握せざるを得ない）がゆえに、各国の知的財産権に関する問題について適用されるべき法規は、ほとんどの場合には自ずと定まっている。したがって、権利の存否、保護の範囲（権利の内容）、保護期間、消滅といったような、この意味における属地主義が妥当すると考えられる法規が規律する事項については、そもそも法の抵触は生じていないわけであるから、法廷地国際私法が自らの立場から準拠法選択を行う余地はない。

結局のところ、このような発想は、公法領域における法の適用範囲に関して言われる属地主義の原則と、それに付随する法の国際的適用の手法に、少なくとも機能的には等しいものである。したがってまず、はじめに整理したとおり、いわゆる外国公法不適用の原則との関係から、外国知的財産法それ自体の内国における適用可能性が問題視されることがあろう<sup>(95)</sup>。

外国知的財産法の適用可能性如何の問題は、突き詰めれば外国知的財産法を内国裁判所において適用し、実体的判断を下すことが認められるか否かの問題であろうから、知的財産権訴訟の専属管轄化の是非という議論とも密接に関わる。しかしながら、外国工業所有権の登録や有効性に係わる行政的法規<sup>(96)</sup>や刑事制裁を命じる法規の解釈・適用に関する訴訟であるならばいざ知らず、国際

民事紛争に関しては各国の国内裁判所が分担してその解決に努める<sup>(97)</sup>という前提のあるところで、外国知的財産権をめぐる民事紛争解決を目的とする法規に関しても、外国知的財産法の適用を拒む（すなわち、その部分に関しては請求棄却又は請求自体を却下とする）積極的根拠があるとは思われない<sup>(98)</sup>。けだし、知的財産法の適用範囲につき妥当しているとみなされる属地主義が、機能的に公法の適用範囲につき言われるものと等しいことは確かであるが、すでに見たとおり、知的財産法の属地主義は、知的財産法が国家の産業政策と密接な関連性を有する公法であるというようなことから直接導かれるものではなく、そのような背景事情から各国が自国領域内における知的財産の利用に関しては自国法のみが規律するという態度を変更せず、同一の知的財産に関してであっても各国領域毎に内容の異なる別々の権利が並存するという国際的枠組みが構築されたことに由来すると言すべきものである。したがって、知的財産法の属地主義は、抵触法上知的財産法をすべて公法として扱うこと、すなわち、外国知的財産法の内国における適用を拒絶するものではない<sup>(99)</sup>。

知的財産法の属地主義が意味しているのは、内国における知的財産の利用行為に関しては内国知的財産法が適用され、外国における知的財産の利用行為に関しては当該外国知的財産法が適用されるということである。ここから導かれるのは、内国における知的財産の利用に関して外国法を適用することや、外国における知的財産の利用に関して内国法を適用することをしないということであって、知的財産法の属地主義は、外国における知的財産の利用をめぐる民事紛争につき当該外国の知的財産法を適用して、客観的基準に基づき当該外国の裁判所に代わって内国裁判所が紛争を解決することまでも厳格に禁ずるものではない。また、かりに属地主義の原則が外国知的財産法の不適用という結論を支持する根拠となるのならば、著作権をめぐる紛争についても裁判管轄を有するのは各々の付与国、それも自国法の著作権をめぐる紛争についてのみということになろう。しかしながらこのような立場はほとんど見出すことができない。

では、外国知的財産法一般の適用可能性を否定しないとしても、差止や廃棄処分を命じる外国法規のみに関してであれば、カードリーダー事件控訴審判決

のごとく、内国裁判所においてその適用を拒み、当事者の請求を棄却又は却下とすることは妥当と認められるか。かつて、このような見解は、それが法廷地の国外における行為に向けられた差止命令（いわゆる域外差止命令またはクロス・ボーダー・インジャンクション）である場合に、実効性に欠けるという観点から唱えられていた<sup>(100)</sup>が、わが国で最近唱えられている学説は必ずしもそのような趣旨のものではない。

たとえば、特許権や商標権は国家行為によって創設されるものであるために属地主義の原則が妥当し、特許権の本質的な効力の一部であるところの差止請求権の有無は公法としての特許法の問題であることからして、特許権侵害に関して、日本国内における行為に関して差止や廃棄処分を請求するのであれば、それは日本法に基づくものでなければならない、とする見解<sup>(101)</sup>がある。この見解によれば、外国法に基づく内国における行為の差止・廃棄処分のみならず、外国特許法に基づく当該外国における行為の差止・廃棄処分に関しても同様に認められないという<sup>(102)</sup>。ただし、著作権に関しては権利の発生にそのような国家行為が介在しないことから、著作権に関する法規は、刑事罰について定める部分を除けば私法であるために国際私法の規律対象となり、準拠法の送致範囲には差止について定める法規も含まれるとされている<sup>(103)</sup>。

この説において、特許法をはじめとする工業所有権法が、外国法の適用の排除という効果をもたらす公法と位置づけられることの根拠は、畢竟、権利の成立に国家行為が介在しているがゆえに当該法規に関しては属地主義の原則が妥当するというところにある。しかしながら、権利の発生に原則としてそのような国家行為が介在しない著作権（法）に関しても、各国ごとに峻別される権利の並存状態という前提が保持されるかぎりには、同様に属地主義が妥当することは既に明らかにした。したがって、工業所有権の侵害に基づく差止と著作権侵害に基づく差止を区別して、前者のみに関しては外国公法不適用の原則が妥当するとの立場に与することはできない。

他方において、知的財産法の属地主義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する立場<sup>(104)</sup>からは、差止を命ずる外国法規を原則的に法廷地においては適用されることのない強行的適用法規として位置づける可能性が

検討されている。ただし、外国法上の差止に関するある法規がそのように位置づけられるか否かは、差止という救済方法につき定めているということで一義的に定まるものではなく、問題となる外国法規範の性質を、「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」<sup>(105)</sup>であるか否かに照らして個別的に検討しなければならないという。したがってこの見解もまた、外国法に基づき差止請求それ自体を否定するものではない。

そもそも、一般論として、先決問題の処理が求められるときなどの例外的な場合を除いて、内国裁判所においては適用が認められない外国公法的規定、すなわち“外国公法不適用の原則”が妥当する法規が存在するという発想には賛同できる。上述のとおり、工業所有権の有効性等に関する規定、知的財産権侵害に対する刑事罰に関して定める規定などがまさにここに含まれよう<sup>(106)</sup>。

他方において、知的財産権を侵害する私人の行為に対して差止を命ずる法規に関してはどうか。差止に関するある外国法規が抵触法上強行的適用法規であるといえるような上記要素を含む法規か否かについて判断する際に主に行われている議論は、結局のところ、差止が不法行為一般においても認められている救済方法か、それとも知的財産権侵害ということで特別に与えられている救済方法かというものである。そして、判断の一例として、日本特許法上の差止請求権に関する規定（特許法100条）はこの観点から強行的適用法規であると主張されている。しかしながら、わが国特許法上の差止請求権は物権的請求権と解され<sup>(107)</sup>、かつ物権的請求権を定める法規についても一般に国際私法の規律対象となると考えられている<sup>(108)</sup>ことからすると、差止請求権が不法行為一般において認められている救済方法であるとは言えないとしても、同条を私人の権利保護の枠内における救済方法について定めた規定と位置づける余地は存在するであろう。したがって特許権侵害行為に対する差止請求権を認める日本特許法100条の規定が、損害賠償請求権に関する規定と比べて、内国における適用を排除する根拠となるまでの公権力性の高さを備えていると言えるものか疑問が持たれる。

知的財産法のうち、その場所的適用範囲が属地的に限定されているのみならず、内国裁判所におけるその適用が排除されるような性質を持つ法規、すなわ

ち、国際私法上公法と位置づけられるような法規は存在する。しかしながら、それは当該法規の性質や趣旨目的（行政的あるいは刑事的法規であるという点）に由来するものであって、その場所的適用範囲について公法について言われる属地主義と機能的に同等の属地主義が妥当しているということのみをもって導かれるものではない。他方において、知的財産法上特別に規定されている差止請求権に関する法規が、性質上その適用が内国裁判所において排除されるような公法であると位置づける一部の見解にも、それに賛同するに足る十分な根拠を見出すことはできない。したがって、外国における知的財産をめぐる私法上の紛争を解決するために、内国裁判所において当該外国知的財産法を適用することは許容される、と云うるのである。

## (2) “準拠法”か“適用法”か

つぎに、外国知的財産法の内国裁判所における適用可能性を否定しないとしても、これは果たして双方的抵触規則を通じて定まる準拠法として適用されるのか、また適用されるとすればどのように適用されるのか、という問題がある。繰り返しになるが、知的財産法に関しては、ある国における知的財産の利用に関する行為は当該国法のみが規律するという意味において、その場所的適用範囲につき公法に関して言われる属地主義に機能的に等しい属地主義が妥当していると考えられるために（知的財産法が公法であるために、ではない）、適用されるべき法がほとんどの場合には自明的・モザイク的に定まっており、したがってそもそも、法廷地国際私法の立場から最密接関連法を探求する余地が存在しないからである。

内国における行為による外国特許権侵害が問題になったカードリーダー事件の最高裁判決に関しては、米国特許法を国際私法によって準拠法として選択しつつもその適用段階で属地主義（権利の効力の領域的限定）を考慮したことにつき、国際私法学者から多くの批判<sup>(109)</sup>が投げかけられたことは既述のとおりである。たしかに、サヴィニー型といわれる現代の国際私法すなわち双方的抵触規則の一般的理解に基づけば、法の国際的適用範囲の画定は国際私法に課せられた任務であって、準拠法それ自体が有している場所的な適用意思は原則とし

て無視されることになる<sup>(110)</sup>。このような一般論にのみ基づけば、準拠法の適用段階において、属地主義の原則が、権利の効力がそれを付与した国の領域内に限定されるという側面から再検証される余地はないという、カードリーダー事件の最高裁判理に対する前記批判には——知的財産法の適用に関する議論であるという部分を捨象すれば——国際私法の原則論に則ったものということができ、根拠がある。けだし、知的財産法の適用範囲が属地的に限定されるならば、その法に基づいて発生した権利の効力もまた属地的に限定されるのであって、知的財産法の適用範囲が、そもそも法廷地抵触法による再画定を許容するような普遍的な性格を有するものであるならば、最早権利の直接的効力の属地性について語る余地は存在しないからである。

しかしながら、すでにみたように、知的財産法の場所的適用範囲の属地性は、今や条約によっても暗黙のうちに確認され制度化されているものであって、連結点の定め方次第で法廷地国際私法の立場から場所的適用範囲を法所属国の領域外に拡張することが許容される性質のものではない。換言すれば、知的財産法は、知的財産権をめぐる問題を「私法的法律関係」<sup>(111)</sup>と位置づけ、知的財産法を双方向的抵触規則を通じて適用するという手法を選択するならば、属地的に適用せよ、あるいは域外適用せよといったような適用意思のごとくは法廷地においては無視され、他方、「公法的法律関係」と位置づけるという立場を選択するならば、知的財産法の適用の際にそれらが尊重される、という択一的かつ単純な関係に立つものではない。知的財産法は、どのような法理論に基づいて、あるいはどのような資格のもとで適用するにしても、その場所的適用範囲に関しては属地主義が妥当しているものとみなされざるをえない特殊な性質を有する種類の法規である。

しかしながら、このことは即座に、知的財産権をめぐる紛争をすべて「公法的法律関係」に妥当している法の国際的適用の手法によらしめることを意味するわけではない。「公権力性が高い『公法的法律関係』については……適用法規の属する国と法廷地が一致するいわゆる『並行原則』が守られ、専属管轄としての取扱いがなされる」<sup>(112)</sup>のであって、当該法所属国以外の国において適用されることは原則としてない。しかしながら上述したように、工業所有権の有



効・無効に係わる法や刑事罰について定める規定等を除けば、外国知的財産法を抵触法上、内国裁判所における紛争解決の際に原則的に適用されることのない公法として扱わなければならない理由はないからである。

そもそも、知的財産法の場所的適用範囲の属地性を尊重しつつ、それを国際私法を通じて適用することは、必ずしも論理矛盾を引き起こすものでも、国際私法の原則的理解に反するものでもないとの指摘<sup>(113)</sup>がある。これに関して Fentiman<sup>(114)</sup>は、場所的適用範囲が属地的であるという特性を持つ知的財産法を、「自己制限 self-limitation」的法規の一種と位置づけ、これは特定国の法の特性というわけではなくて、体系的なもの、すなわち知的財産法の内在的・普遍的特徴であると説く。そして、条例理論のごとくの一方的手法にかからしめる可能性を否定するとともに、「法選択プロセスを重視するということ、準拠法の関連する規定がその準拠法によって求められている通りに適用されなければならないということを求めることは、なんら矛盾しない」<sup>(115)</sup>と述べている<sup>(116)</sup>。他方において Fentiman は、知的財産権の問題を法選択プロセスによらしめるとしても、法廷地国際私法の立場から、知的財産法の自己制限性（すなわち、場所的適用範囲の属地性）を無視して任意の連結点を定め、場合によっては本来（すなわち、属地主義というモザイク的法適用のあり方によれば）適用されることのない法を準拠法とするというアプローチによることには—それが論理的に必ずしも不可能ではないとの理解を示しつつも—反対している<sup>(117)</sup>。

同様の指摘は内国学説にも見出せる。「“保護国法”として選択された特許権侵害の準拠法たるそれは、まさにその“地理的適用範囲”が限定されている『という存在なのである』」<sup>(118)</sup>。法選択プロセスを通じて知的財産法を適用するならばその適用範囲に関して属地主義は無視されるというのは、まさに、「過度の一般論」と言うべきもの<sup>(119)</sup>であって、賛同することができない。

内国裁判所において（内国における知的財産の利用に関して、ではない）外国知的財産法を適用して国際的紛争を解決することを許容するとしても、国際私法を介して適用するという手法によらないのであれば、直接適用という手法によらざるをえないということになろう。実際に、とくに職務発明に係る特許を受ける権利の帰属や承継に関する問題に関連して、このような見解が意識的に唱

えられるようになってきている<sup>(120)</sup>。

たしかに、これまで述べてきたとおり、各国の知的財産法は、その領域内における知的財産の利用に関して適用されるべくして適用される法であって、あくまで準拠法との名称を冠するのは法廷地の双方向的抵触規則の立場から最密接関連法として選択された法のみとする定義を前提とすれば、これはたしかに準拠法と呼ぶべき存在ではない。しかしながら、「国際的私法関係に適用すべき法律のことを国際私法上準拠法 (applicable law [英], maßgebendes Recht [独]) という」<sup>(121)</sup>との定義説明に鑑みれば、知的財産権をめぐる渉外的私法関係について規律する各国の知的財産法の個別規定もまたその定義に包摂されると見る余地は存在するであろう。また、属地主義を前提としつつも準拠法を観念することは不可能ではない<sup>(122)</sup>し、上述のとおり、法が本来有している適用意思を考慮しつつ国際私法上の準拠法として適用するというのは、法理論上も必ずしも許されないことではない。さらに言えば、知的財産権に関する問題を規律する法であっても、これを国際私法上の準拠法と呼ぶことは——極言すれば、これはネーミングの問題にすぎないものではあるが——諸外国の態度とも一致する<sup>(123)</sup>。

また、外国知的財産法の内国裁判所における適用可能性を否定することなく、知的財産法を国際私法を介さずして渉外的私法関係に直接に適用される法と位置づける(それが法理論上許容されるものであるか否かの点は措くとして)となれば、いかなる資格で、又はいかなる法理論に拠ってそれが適用されることになるのが判然としない<sup>(124)</sup>。加えて、そのような手法による場合には、知的財産権をめぐる国際紛争に関しては内国の抵触法が介入することが困難となり、たとえば留保条項の適用を実現する理論的根拠に欠けることになるといった可能性も憂慮されるのではなかろうか。

以上に鑑みれば、普遍的・内在的制約として場所的適用範囲につき属地主義が妥当している法規を国際私法上の準拠法と呼ぶことがまったく不適切と言い切ることもできないように思われるし、また知的財産権をめぐる私人間の民事紛争という文脈においては、その必要性もあるということができよう<sup>(125)</sup>。

### (3) 属地主義の原則の射程——法例及び法の適用に関する通則法による規律可能性

属地主義の原則の射程に含まれる事項については、そもそも法廷地が自律的に法選択を行う余地はない。しかしながら、これは換言すれば、知的財産権に関する問題であっても属地主義の原則の射程外と見ることができるならば、法廷地国際私法規定すなわち法例又は法の適用に関する通則法（以下、法適用通則法と略称する）による自由な規律も許容される、ということである。属地主義の原則の射程内の問題であるかということは、より正確に表現するならば、その場所的適用範囲につき属地主義が妥当している法規の事項的適用範囲に含まれる問題であるか、ということである。

従来、このほとんど唯一の例外とされてきたのが、知的財産権の実施許諾契約や譲渡契約の成立・効力を規律する準拠法である。しかし最近では、知的財産権侵害、権利の原始的帰属、職務発明・著作物をめぐる法律関係といった問題に関しても、権利の実効的保護という観点から、属地主義の射程範囲外の問題として、法廷地国際私法の立場から別の法に、場合によってはいずれの国の権利であるかを問わず一元的に送致するという可能性がしばしば検討されている。紙幅の制約もあり、これらすべてに関して属地主義の原則の射程を検討することはできないので、ここでは、カードリーダー事件に考察の示唆を得たこともあり、知的財産権侵害に関する事項に絞って検討する。

ある国の領域内においては、知的財産権の成立、保護の範囲、無効または消滅理由、そして存続期間に関して、当該国法のみが規律することは、条約の要請でもあり、それ以外の法の適用が論じられる余地がほとんど存在せず、少なくともこれらの事項を規律する法に関しては、代替可能性がなく法の抵触がそもそも存在していないことは既に明らかにした。したがって、知的財産権侵害に関係するある事項に関して、属地主義の原則の射程外として法廷地国際私法による自律的な規律を許容しうるかについて考えるということは、すなわち、当該事項を規律する法規が、普遍性を持つ代替可能性のある法規であるか否かを検討することにはかならない。

ある行為が知的財産権侵害を構成するか否かは、事実問題ではなく法律問題

である。ごく一般的に言って、知的財産権の積極的効力の範囲に属する無権利者の行為は、法律上定められた例外を除いて、侵害を構成する（直接侵害）。またこれ以外にも、そのような直接侵害を必然的に惹起する行為を侵害とみなす規定が置かれていることが多い（法制によって、擬制侵害、間接侵害、寄与侵害、二次的侵害などと呼ばれる<sup>(126)</sup>）。つまりは、何が知的財産権侵害を構成するかは、本質的に権利の存否、そしてその内容や範囲と表裏一体に結びついている問題である。このことに鑑みれば、侵害の存否を判断する法は権利の範囲や内容について規律する法（すなわち、いわゆるところの保護国法である）以外にはありえないのであるから、これもまた属地主義の原則の射程範囲内の法規が規律する問題と言うべきである<sup>(127)</sup>。したがってまず、知的財産権侵害の成立に係わる問題、すなわち行為の違法性の判断をはじめとした、因果関係、損害発生の要否といった客観的違法性の問題のほか、故意・過失等の主観的違法性の問題も、もっぱら属地主義の原則ゆえに規律する資格を有すると考えられる法のみが規律し、法廷地国際私法によってそれ以外の法に送致されるべきではないという帰結がここから導かれよう。

わが国の多数説は、知的財産権侵害を抵触法上不法行為の問題と性質決定し、知的財産権侵害に係る不法行為の成立と効力を不法行為準拠法によらしめている<sup>(128)</sup>。たしかに、違法な行為によって他人に損害を与えた者をしてその損害を賠償せしめるという不法行為の制度目的<sup>(129)</sup>に鑑みれば、このような多数説の立場に全く根拠がないとも言えまい。しかしながら、知的財産権侵害を双方向的抵触規則において不法行為と性質決定する余地が存在するからといって、法廷地国際私法上不法行為の準拠法として選択された法であれば、知的財産権侵害をも規律するに相応しい法であるとは一概には言いえない。けだし、少なくとも知的財産権侵害の成立を判断する法は、双方向的抵触規則の連結対象となりうる普遍性・代替可能性のある法ではないからである。上記のとおり、知的財産権侵害を規律する外国法を国際私法上の準拠法として内国裁判所において適用すること自体は許容されうるとしても、法例ないしは法適用通則法の規定に従って、最密接関連法を独自に決定する余地はない。

なお、法例の改正によって不法行為準拠法は多様化し、当事者による準拠法

の事後的合意(法適用通則法21条)、共通常居所地法等のより密接な関連性を有する地の法への送致(同20条)なども認められるようになったが、これらの多様な不法行為準拠法に関しても、適用を無制限に認めるべきではないことは言うまでもない。また、カードリーダー事件最高裁判決のように、不法行為準拠法の規律対象を損害賠償請求に限ったところで、あるいは差止・廃棄請求を知的財産権の効力の問題と性質決定したところで、結論的に送致される法が属地主義の原則ゆえに適用されるべき法と異なるのであれば同様である。

また、不法行為の成立について、わが国の国際私法は日本法の累積的適用を認めているが(法例11条2項、法適用通則法22条1項)、属地主義の原則ゆえに自国の知的財産法が定めるのは自国領域内における知的財産の利用に関するのみであり、外国における知的財産の保護に関して内国法が介入することはないという現状にあることに照らせば、これらの特別留保条項の適用可能性もまた否定的に解する方向に傾く。したがって、知的財産権侵害の成立は、国際私法上不法行為の問題と性質決定するべきではなく、条理(というよりも、属地主義の原則)に照らして、各国領域ごとに適用されるべく定まっている法(保護国法)によって規律されるべきである<sup>(130)</sup>。

他方において、知的財産権侵害の効力については、権利の効果もまた権利の範囲・内容と密接関連性を有する問題であるとして、属地主義の射程内の問題と考える立場<sup>(131)</sup>と、射程外の問題と捉える立場<sup>(132)</sup>が対立している。思うに、知的財産権侵害の効果の問題として、具体的に想起されるのは、救済方法、請求権の消滅時効、賠償額の算定基準といった事項であろうが、まず、これらの問題に関して権利の存否や範囲、権利の内容が、侵害の成立と同様に決定的な役割を果たしているとは言うのは困難であるように思われる。また、これらの事項に関しては、民法の不法行為に関する一般規定と、知的財産法における特別規定が相互補完的に規律していること<sup>(133)</sup>や、この文脈においては当事者の利益が重要な要素であるという指摘<sup>(134)</sup>等に鑑みると、これらの事項に関してまで属地主義の射程内の問題と位置づける論理必然性は存在しないように思われる。

ただし、救済方法に関して、損害賠償請求や不当利得返還請求といった金銭

的賠償のみならず、差止請求の可否についても、属地主義の原則すなわち保護国法の射程外と考えるかについては疑問が持たれる。たとえばスイス国際私法では、知的財産権の有効性、保護の範囲、帰属といった権利の本質に係わる事項は保護国法によって規律される(110条1項)と定める一方で、知的財産権の侵害に基づく請求につき当事者が事後的にスイス法を選択することを認めているが(同2項)<sup>(135)</sup>、差止請求権や妨害排除請求権は排他的独占権たる知的財産権の核心部分であるとして、法選択が認められる範囲に含めるべきではないとする学説<sup>(136)</sup>がある。かりに、保護国法以外の法に基づいて法廷地が差止命令を発したとしても、当該差止は、問題視されている行為が行われている国において実現されなければ無意味である。しかしながら、たとえば、当該国においては、知的財産権侵害に認められている救済方法が金銭的賠償のみであったとしたら、その判決が当該国において承認・執行される可能性は極めて低い(もっとも、差止を命じた外国裁判所の判決が承認・執行される可能性自体疑問視されるころではあるが、承認国法以外の法に基づいた差止命令となれば、その可能性はさらに低くなることは疑いがないであろう)。したがって、知的財産権侵害に基づく差止・廃棄請求の可否に関しては、属地主義の射程範囲内の問題として保護国法によらしめるべきであろう。

他方において、金銭的賠償請求に関しては、理論的には法廷地国際私法の立場から別の法に送致する余地が存在するように思われる。しかしながら、著作権に関しては、「保護の範囲」と「救済の方法」につき「保護が求められる同盟国の法令の定めるところによる」と規定するベルヌ条約5条2項が存在するため、そのような解釈が条約上許されない、という制約がある(ただし、この条項の解釈に関しては諸説が対立しており、なかでもこれを国際私法も含めた法廷地法によらしめていると解する見解が有力に唱えられていることはすでに述べた<sup>(137)</sup>)。

上述のスイス国際私法110条2項は当事者自治による準拠法変更を認めるものであり、学説上もまず当事者自治により、当事者による準拠法指定がない場合には当事者の共通常居所地法、さらにそれも存在しない場合には両当事者間の最密接関連法によるとする段階的連結を提案する見解<sup>(138)</sup>が存在する。わが国において知的財産権侵害の効力に関して主観的連結を導入しようとするなら

ば、当事者による不法行為準拠法の変更を認める法適用通則法21条に依拠することになる。上記のとおり<sup>(139)</sup>、知的財産権侵害の効力の問題を不法行為と性質決定すること自体に障壁は存在しないと考えられることから、第三者の権利を害しない範囲内でこれを認めることに特に大きな問題は生じないと思われる。しかしながら、客観的連結に関して言えば、法適用通則法20条の解釈論として、事案により密接な関連性を有している法としてまず想起されるのは知的財産権侵害の成立を規律する法すなわち保護国法であろう。共通常居所地法が両当事者にとって関連性のある身近な法であることは疑いが無いが、どのような場合であればそれが知的財産権侵害の成立を規律する法よりも密接な関連性を有する法であるかという点に関しては、事案毎の検討を要すると思われる<sup>(140)</sup>。なお、知的財産権侵害の効力の問題に関しては、成立の問題とは異なり、法例11条3項及び法適用通則法22条2項による日本法の累積的適用も肯定されよう。

なお、訴訟において当事者の請求が基づいているところの権利の存否自体は、先決問題として当該権利付与国法に従って判断されることは言うまでもない。しかし、このことは、当事者が援用する権利が被疑侵害行為によって真に侵害されたかという問題までもが、必然的に当該権利を成立せしめた法に服するということを意味するものではない。

繰り返しになるが、属地主義の原則の射程内の問題であるということは、それに関してある国の知的財産法が規律するのは当該国領域内における知的財産の利用行為に関してのみ、ということである。したがって、ある行為が知的財産権侵害を構成するか否かは、当事者の援用する権利の付与国法にではなく、いずれの国の領域内でその知的財産が利用されたか、という観点から定まった法（保護国法）に基づいて判断されるべきである<sup>(141)</sup>。そして、そのようにして定まった保護国において有効な知的財産権を当事者が有していないならば、知的財産権侵害に基づく請求はそもそも根拠がないということになる<sup>(142)</sup>。つまり、知的財産権に関しては、知的財産権の存否もまた行為地法に基づいて判断されることになるのである<sup>(143)</sup>。ここで問われるべきは、当事者の援用する特定国の権利の有無や有効性ではなくて（そのような問題設定であれば、前述のとおり

り当然に当該国法に基づいて判断することになる)、問題となっている被疑侵害行為が行われている国の領域内において有効と認められる当該国法上の知的財産権を当事者が有しているか否かである<sup>(144)</sup>。この意味からすれば、当事者の援用する権利の付与国と、被疑侵害行為の行為地が異なるカードリーダー事件のような事案において適用されるべき法(すなわち、いわゆる保護国法である)は、当事者の請求が基づいているところの知的財産権の付与国法ではなく、現実の利用行為地国法と考える方向に傾くことは明らかであろう<sup>(145)</sup>。

## おわりに

いわゆる「知的財産法における属地主義」は、そもそもは、法の場所的適用範囲を領域的に限定するという意味における属地主義と解すべきである。しかしながら、各国が内外私法の適用範囲を抵触規則を通じて拡張してきたことに鑑みても、また公法の適用範囲について、属地主義が属人主義や保護主義と並んで説明されることに鑑みても、属地主義は、言ってみればデフォルト・ルールに過ぎず、特定の法規の適用範囲に関して無条件に妥当するとみなされるべき絶対的な「原則」であるというわけではない。知的財産法の属地主義は、条約(国際法)という他の法領域にはない裏づけがあるからこそ、動かしがたい客観性ないしは拘束性を伴った「原則」として存在していると言えるのである。したがって、「原則」としての限界も自ずからその点にあると考えられるのであり、かくして、少なくとも条約同盟国間において等しく妥当していると見ることのできるこの「原則」の射程は、上述のとおり各国法による多元的規律を求める条約の個別規定の事項的適用範囲の如何に左右されることとなろう。

本稿においては、知的財産権侵害に焦点を絞ってその射程を検討してきたが、権利侵害以外の法律関係、すなわち権利の帰属や譲渡、実施許諾、職務発明や著作物に関する問題などについても、条約が属地主義すなわち多元的・モザイク的な法適用のあり方を求めるか否かが、今後個別的に問われていかなければならないと思われる。ただし、条約の射程外といえる問題であっても、各国が自国領域内における事象または行為については自国法のみを適用するという姿勢を崩していない場合がありえようし、またそれとは反対に、属地主義のくび



きから解き放たれていることを、双方向的抵触規則による規律を採用することによって<sup>(146)</sup>明示しているという場合もありえよう。そのような各国の多種多様な姿勢が、一国の抵触法のなかでどのように評価されることになるのかは、また別途検討を要する問題であるように思われる。いずれ、これらの問題についても稿を改めて論ずる機会を持てればと思う。

他方において、領域ごとの規律という発想のもとで各国法が適用されている以上は、インターネット上の知的財産権侵害について各国法の抵触が生ずるのはいっそ必然的ですからある。“場所”という物差しに基づいた法規の適用範囲の限界付けが(観念的にはともかくとして事実上)不可能なこの特殊な領域において、属地主義が妥当しているルールが有効に機能しえないのは最早当然の帰結であると言えよう。この意味では、属地主義に拘泥しては知的財産ないしは知的財産権の十分な保護が達成されえないという批判は、すくなくともこの領域に関してはまさにそのとおりと首肯するほかなく、そこになんら加えるべき反論の言を筆者は持たない。

現在の国際知的財産法制度は、しかしながら繰り返すように国際法に裏付けられた属地主義すなわち各国領域ごとのモザイク的規律という発想に根ざしたものであって、権利が実効的に保護されないからといってそれを一国の立場から一方的に放棄すればよいという性質のものではない、という背景事情があるのもまた上述のとおりである。となれば、問題の解決にあたって求められるのは——知的財産法上の属地主義が国際法によって根拠づけられる以上は——最終的にはやはり国内法レベルではなく国際法レベルでの議論ではなかろうか。しかしながら少なくとも、属地主義の原則という前提が保持されるかぎりには、なんらかの方法によって場所的要素を“擬制”する形で、領域ごとの保護を実現していくほかはないように思われる。実際に、最近のモデル法草案などの試みを参照してみると、アップロード地やダウンロード地、サーバの所在地、使用言語、ディスクレマー等を通じて、特定の場所との結びつきを何らかの形で探求することによって、各国法の適用範囲の抵触を調整するという解決を提案するものが多い<sup>(147)</sup>。国際法レベルにおける問題解決が現実味を帯びているとは言いがたいであろう今、これらの提案を参考に、一国の抵触法の立場から

インターネット領域における内外知的財産法の国際的適用関係を調整していくことは、十分に検討に値する有効な手当のうちの一つと言えるのではなかろうか。今後の課題の一つとしてここに記し、本稿の結語に代えたい。

- (1) 最高裁平成9年7月1日第三小法廷判決（民集51巻6号2299頁，判時1612号3頁）。
- (2) 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，判時1802号19頁）。
- (3) わが国においても、とくに最近になって、属地主義の原則に関する論考が多く公表されている。石黒一憲「知的財産権と属地主義—特許独立の原則の再評価」（以下、石黒I）相澤英孝・大淵哲也・小泉直樹・田村善之編集代表『知的財産法の理論と現代的課題』弘文堂（2005）511頁，横溝大「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」知的財産法政策学研究2号（2004）17頁（以下、横溝I），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）1頁，駒田泰土「『属地主義の原則』の再考—知的財産権の明確な抵触法的規律を求めて—」日本工業所有権法学会年報27号（2004）1頁（以下、駒田I），梶野篤志「特許法における属地主義の原則の限界」知的財産法政策学研究1号（2004）159頁等。最近の諸外国のものとしては、Nicolas Bouche, *Le Principe de Territorialité de la Propriété intellectuelle*, L'Harmattan, 2002. が詳細な検討を行っている（Boucheの学説に関しては横溝上掲・20頁以下が詳しい）。
- (4) 茶園成樹「特許権侵害に関連する外国における行為」NBL679号（1999）15頁（以下、茶園I），江口順一・茶園成樹「国際取引と知的財産」松岡博編『現代国際取引法講義』法律文化社（1996）185頁，仙元隆一郎『特許法講義』（第四版）悠々社（2003）86頁，作花文雄「インターネット・衛星放送と準拠法—グローバル・ネットワーク時代における秩序の形成に向けて—」コピライト38巻455号（1999）47頁，井関涼子「日本国内の行為に対する米国特許権に基づく差止及び損害賠償請求」知財管理50巻10号（2000）1562頁，田村善之『知的財産法』（第四版）有斐閣（2006）490頁，高部真規子「特許権侵害訴訟4 内外管轄と準拠法」金融・商事判例（増刊号）1236号（2006）（以下、高部I）35頁等。他方，小泉・前掲注(3)6頁以下は、「各国知的財産権の発生，変動，消滅については各国の自由で定めうる国内法に委ねられる」という意味における属地主義は、「各国が，内国における知的財産の保護を内国法に基づき外国法に委ねることも，国内法の効力を外国に及

はず旨規定することも妨げない」とする。

- (5) Eugen Ulmer, *Intellectual Property Rights and the Conflict of Laws*, Kluwer, 1978, p. 8. また、茶園・前掲注(4) (茶園 I) 15 頁。
- (6) カードリーダー事件最高裁判決は、「保護国 (法)」という表現は用いていないが、差止請求の準拠法決定に関連して、「当該特許権の保護が要求される国は、登録された国である」とする部分がある。これに対してたとえば茶園成樹「特許権侵害の準拠法」国際私法年報 6 号 (2004) 47 頁 (以下、茶園 II) は、「原則的に行動地が保護国となると解されるべき」とする。
- (7) 紋谷暢男『知的財産権法概論』有斐閣 (2006) 297 頁以下 (以下、紋谷 I)。とくに著作権に関して、土井輝生『著作権の保護と管理』同文館出版 (1985) 259 頁 (以下、土井 I)。
- (8) たとえば、日立製作所事件第一審判決 (東京地判平成 14 年 11 月 29 日判時 1807 号 33 頁) においては、職務発明をめぐる各種の問題は「属地主義の原則……に照らすと……それぞれの国の特許法を準拠法として定められるべきもの」と判示されている。
- (9) 石黒一憲『国際知的財産権 サイバースペース vs. リアルワールド』NTT 出版 (1998) (以下、石黒 II) 164 頁注 14, 高部真規子「カードリーダー事件判解」L&T 19 号 (2003) 85 頁 (以下、高部 II)。このような位置づけに否定的な見解として、紋谷・前掲注(7) (紋谷 I) 298 頁。
- (10) 道垣内正人「国境を越えた知的財産権の保護をめぐる諸問題」ジュリスト 1227 号 (2002) (以下、道垣内 I) 54 頁以下。
- (11) 横溝・前掲注(3) (横溝 I) 21 頁以下。なお、横溝説に関しては、注(10)に対応する本文以下も参照。
- (12) ただし、カードリーダー事件最高裁判決の後に下された味の素事件判決 (東京地判平成 16 年 2 月 24 日判時 1853 号 38 頁) においては、これにつき言及する部分がある。「上記属地主義の原則の根拠は、特許権が、国家がその産業政策に基づき発明に付与する独占権であり、条約上も前提とされてきたものであると求められる」(なお、味の素事件判決を下した裁判官の一人は、カードリーダー事件最高裁判決時の調査官であった)。
- (13) 石黒・前掲注(3) (石黒 I) 514 頁以下とくに 517 頁、土井輝生「工業所有権」国際法学会編『国際私法講座第三巻』有斐閣 (1964) (以下、土井 II) 807 頁以下 (なお、土井説では、とくに工業所有権の属地主義につき、行政行為によって付与される権利であるとする点も強調されている)。内国民待遇と独立の原則を合わせて属地主義の根拠とする見解として、金彦叔『知的財産権と国際私法』信山社 (2006)

90頁以下。

- (14) 田村・前掲注(4) 491頁, 松本直樹「日本国内で著作された著作物であっても, 外国における利用権についてはその所在地が我が国にあるということとはできないとして, 著作権確認等請求事件につき我が国の国際裁判管轄が否定された事例」判例評論 494号(2000) 216頁。
- (15) Vgl., Karl Kreuzer, Internationales Immaterialgüterrecht, Münchener Kommentar zum BGB, Band 10 Art. 1-38 EGBGB IPR, 1998, nach Art. 38. Anh. II, Rn. 3.; Ulmer, *supra note* (5), p. 9 et seq. また, Fawcett & Torremans も, パリ条約2条の内国民待遇の原則から保護国法主義を演繹する。Fawcett & Torremans, *Intellectual Property and Private International Law*, Oxford University Press, 1998, p. 477 et seq.
- (16) 小泉・前掲注(3) 8頁, 木棚照一編著『国際知的財産侵害訴訟の基礎理論』経済産業調査会(2003)(木棚照一) 281頁, 木棚照一『国際工業所有権法の研究』日本評論社(1989)(以下, 木棚Ⅰ) 71頁以下。
- (17) 木棚照一「国際知的財産権紛争の国際裁判管轄権と準拠法—最近の判例における属地主義の原則との関連における展開を中心に—」特許研究 38号(2004)(以下, 木棚Ⅱ) 16頁以下。
- (18) 土井・前掲注(3)(土井Ⅱ) 807頁。
- (19) Ulmer, *supra note* (5), no. 14, p. 7 et seq. また, 紋谷暢男「知的財産権の国際的保護」国際私法の争点(新版)(1996)(以下, 紋谷Ⅱ) 25頁。
- (20) 作花・前掲注(4) 47頁, 茶園・前掲注(6)(茶園Ⅱ) 40頁。
- (21) 田村・前掲注(4) 490頁。
- (22) 石黒・前掲注(3)(石黒Ⅰ) 517頁以下, 石黒一憲『国境を越える知的財産 サイバースペースへの道程と属地主義』信山社(2005)(以下, 石黒Ⅲ) 178頁以下, 金・前掲注(3) 94頁以下。
- (23) 澤木敬郎・道垣内正人『国際私法入門』(第6版)有斐閣(2006) 273頁。
- (24) 石黒・前掲注(3)(石黒Ⅰ) 514頁以下。
- (25) 横溝・前掲注(3)(横溝Ⅰ) 29頁以下(ただし, 横溝説は差止を命ずる法規であるというだけで無条件に属地主義の射程内とするものではない)。
- (26) 澤木・道垣内・前掲注(23) 273頁以下。
- (27) 東京高裁平成12年1月27日判決(判時1711号131頁)。
- (28) 木棚照一「米国特許権に基づく, 被告の日本国内における米国特許の積極教唆・寄与侵害行為に対する差止・廃棄請求および損害賠償請求の許否」判例評論 498号(2000) 222頁(以下, 木棚Ⅳ), 元永和彦「特許権の国際的な保護についての一考察」筑波大学大学院企業法学専攻十周年記念論集『現代企業法学の研究』信山社

- (2001) 581頁(以下、元永Ⅰ), 横溝大「アメリカ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」法学協会雑誌120巻11号(2003)2308頁以下(以下、横溝Ⅱ), 早川吉尚「特許権の効力」国際私法判例百選(2004)(以下、早川Ⅰ)93頁, 道垣内正人「米国特許権の侵害」平成14年度重要判例解説(2003)280頁(以下、道垣内Ⅱ)等。
- ㉨ 出口耕自「米国特許権に基づく損害賠償等請求事件—カードリーダー事件—」コピーライト2003年1号(以下、出口Ⅰ)27頁以下, また同「競争法・知的財産法」国際私法学会編『日本と国際法の100年第7巻』三省堂(2001)(以下、出口Ⅱ)130頁以下。
- ㉩ とくに権利の属地的効力の意味における属地主義の克服を唱える見解として, 梶野・前掲注(3)165頁, 駒田・前掲注(3)(駒田Ⅰ)8頁以下, 駒田泰士「インターネット送信と著作権侵害の準拠法問題に関する一考察—属地(的効力)主義の桎梏を超えて—」東京大学社会情報研究所紀要63号(2002)(以下、駒田Ⅱ)104頁, 梶野・前掲注(3)165頁等。
- ㊱ 注㉨以下に対応する本文参照。
- ㊲ 「法律関係の効力範囲についても、『属地性』という言葉は、いずれにしろある法状態を指すものに過ぎず、それを根拠づけるものでも明らかにするものでもない」パウル・ハインリッヒ・ノイハウス(櫻田嘉章訳)『国際私法の基礎理論』成文堂(2000)195頁。
- ㊳ 「主観的権利はすべて、ある限定された法秩序の『成果物』であり、その法秩序に相関的なものである。すなわち、権利は、それを創設した法秩序においてしか意味を有さないし、存在しない。それゆえ、潜在的には、同一の目的物に関して、法秩序ごとに異なる主観的権利が存在しうるのである。そして、各々の主観的権利は、その存在と効力につき、それを生み出した法秩序がカバーする領域に、地理的に制限されることになるのである。」Bouche, *supra note* (3), p. 262.
- ㊴ いわゆる既得権説が循環論であるとして批判されてきた理由もこの点にある。特定の主観的権利の効力を出発点とする以上、そこで適用される客観的法は既定されているのであり、権利を法と切り離して論ずることは許されない。折茂豊『国際私法研究』有斐閣(1992)(以下・折茂Ⅰ)8頁参照。
- ㊵ 「国際無体財産権法の意味における属地主義が、主観的な、いずれかの内国法によって認められた無体財産権の効力を場所的に(=実質的に)制限しているということからすれば、これは抵触法ではなくて実質法に属するものである。これは、内外の無体財産権法の適用可能性を判断するわけではなくて、むしろ準拠法の決定をすでに前提としている。抵触法は、いわば世界的に定められている実質的な法律状

況から、連結に関する推論を演繹しているにすぎない。」Kreuzer, *supra* note (15), Rn. 14, S. 2253. 同様の指摘として、「国際無体財産権の領域では……連結原則を創設するという抵触法上の問題には決着がついている。というのは、見てきたように、実質〔法上の〕属地主義は、無体財産権の場合には、いわば必然的にすでに抵触規則を定めているからである。」Bernd von Hoffmann, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch/IPR, Art. 38-42 EGBGB, 2001, Rn. 388, S. 590. また、著作権に関しては、von Bar の指摘がある。「主観的な著作権は、それが客観的な著作権法から由来するものであるがゆえに、すでに連結されている」von Bar, *Kollisionsrecht, Fremdenrecht und Sachrecht für internationale sacheverhalte im Internationalen Urheberrecht*, in: UFITA 108, 1988, S. 29 f. (邦訳については、實川和子「国際私法における著作権の準拠法について—フォン・バル教授の見解を中心として—」法学新報 103 巻 1 号 (1996) 185 頁を引用した。)

㉞ この例は、Novier が挙げたものを引用した。Mercedes Novier, *La propriété intellectuelle en droit international privé suisse*, Librairie Droz, 1996, p. 45 et seq.

㉟ 櫻田嘉章『国際私法』(第五版)有斐閣(2006)16頁(以下、櫻田Ⅰ)参照。

㊱ 元永・前掲注㉞(元永Ⅰ)570頁以下。

㊲ とくに特許法(特許権)に関しては以下のような指摘がある。「特許については、条約上各国の専属的な立法管轄権が認められており、ある国の特許について、複数の国の特許法が適用可能性を有するものではなく、その国の特許について定めた法のみが適用され得るのであって(これは複数の関連法の中から最密接関係地法として適用されるのではない)、それ以外の国の法が適用される余地はない。その意味で私法の普遍的効力を前提としながら、内外法平等を前提に、問題とされている法律関係と最密接関係地法を適用するという抵触法の手法を採る余地がない。」櫻田嘉章「外国の特許を受ける権利を使用者等に譲渡した場合の対価請求」平成18年度重要判例解説(2007)293頁(以下、櫻田Ⅱ)。

㊳ ノイハウスはこの相違を「絶対的普遍性」と「相対的属地性」と整理する。「現代国際私法の原則の場合」は前者に含められ、「外国法律関係が内国でその起源国におけるのと同じの法的効力を有する」。これに対して知的財産権の保護は後者の相対的属地性の例として挙げられ、「当該国についてのみその外国法に直接的効力が認められ、内国については場合により間接的効力が認められるに過ぎない」。ノイハウス・前掲注㉞191頁以下。ただし、ノイハウス自身は、知的財産権についてもいずれ普遍的な発想に立つ保護制度に(個々の権利は属地的に規定されたままとしても)移行すべきとの立場である(同194頁)。また、Paul Heinrich Neuhaus, *Frei-*

*heit und Gleichheit im Internationalen Immaterialgüterrecht*, RabelsZ 40 (1976), S. 194.

- (41) たとえば, 元永・前掲注(2) (元永 I) 572 頁以下。
- (42) 高桑昭『国際商取引法』(第二版) 有斐閣 (2006) 11 頁。
- (43) 「公法の適用範囲は必ずしも属地的ではないが……, なお効力の絶対的属地性は存続する……。むしろ直接の効力, すなわち高権による強制により実現されるという可能性だけが——特別の条約が存在しない限りは——当該国の領域内に限定されるのであるが, 他方私法上の『反射効 (Reflexwirkung)』は内国においても確定され主張されうるのである。」ノイハウス・前掲注(2) 192 頁。国家管轄権の競合に関して, 山本草二『国際法』(新版) 有斐閣 (1994) 240 頁以下及び 244 頁以下参照。
- (44) 横溝・前掲注(3) (横溝 I) 31 頁。また外国国家行為の承認に関連して, 駒田・前掲注(3) (駒田 I) 6 頁参照。
- (45) 駒田・前掲注(3) 6 頁参照。
- (46) 出口・前掲注(2) (出口 I) 28 頁「ある法律上の権利の効力が法制定国の領域内に事実上限定されることは, なにも特許権に固有のことではない」。
- (47) Bouche, *supra note* (3), p. 56 et seq.
- (48) 溜池良夫『国際私法講義』(第三版) 有斐閣 (2005) 19 頁及び 23 頁。
- (49) 累積的適用や配分的適用などの場合は一の法律関係に複数の法律が適用されることはありうるが, この場合も法所屬国の領域ごとに異なる内容の権利や法的地位を生ぜしめるという結果に至るわけではない。なお, 適用されるべく選択された法が各国抵触法の内容の相違ゆえに法域によって異なっているということは確かにありうるが (抵触法の効力につき, 本章(1)(e)参照), 少なくともある法廷地において, ある一つの目的物又は法律関係につき適用されている法律は原則として一つであり, たとえば A 国における婚姻関係, B 国における婚姻関係といったように, 一の法廷地の立場から領域ごとに区別するという発想にはない。また, 特定の作為ないし不作為という, 知的財産と同じく無形のものに対する権利である債権も同様であり, 内国における債権債務関係, 外国における債権債務関係というように, 領域ごとに区別するという発想はなく, いずれの場所におけるものかが特に問題視されることなく, ある債権債務関係という法律関係に適用されるべき最密接関連法が内外法のなかから一つ選択されるのみである。
- (50) つまり, 知的財産法の国際的適用においては, 各国の知的財産法が本来的に有している主観的な適用意思がすべてそのままの形で尊重されるわけではなく, 客観的にはその適用範囲に関して属地主義が妥当しているとみなされることとなる。そもそも外国法の域外適用を受け容れなければならないような国際法上の義務を各国は

有しておらず、各国が自国領域について自国法のみを適用するという態度を保持している以上は、その実行は領域的制限を受けるものと一応は推定されると考えられるからである（反対に、対象国がそのような外国の域外適用を受け入れることが客観的に自明であると言いうるならば、そのような法適用のあり方を認容する余地もありえよう）。各国の知的財産法の適用意思が外国においてもすべて尊重されなければならないとすれば、域外適用規定を定めた者勝ちということになってしまうであろう。

- 61) 注(0)およびそれに対応する本文参照。
- 62) 契約外債務の準拠法に関する欧州のローマII 2003年規則案8条が知的財産権侵害につき定める保護国法主義に関する指摘であるが、中川浄宗「渉外的な知的財産権の侵害における保護国法主義についての一考察—『契約外債務の準拠法に関する欧州議会及び理事会規則（ローマII）案』を通して—」東海法学36号（2006）100頁も同旨。すなわち、「ある国の領域内の行為については当該国の法だけを適用するということが前提にあるならば、知的財産権の侵害について『保護が要求される国の法』即ち『侵害が為された国の法』が適用されると言っても、それは領域毎に問題を解決するというをさも抵触規則のような外観をもって言い換えたに過ぎないからである。」また、「属地主義の原則は、双方的抵触法の意味における準拠法決定の原理ではないというべきである（公法か否かとも必ずしも関係がない）。」櫻田・前掲注(9)（櫻田II）294頁。
- 63) たとえば、Sandrockもまた、知的財産法は、公法における場合と同様に（ただしSandrockは、知的財産法が公法であるとは断言していない）、代替可能性の存在しない法であって、それゆえにその法によって与えられる保護はその領域内における利用行為に関してしか求められない、と説く。Otto Sandrock, *Die kollisionsrechtliche Behandlung der Deliktshaftung bei der Verletzung von Gewerblichen Schutzrechten*, in: von Caemmerer, *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Privatrechts der Außervertraglichen Schuldverhältnisse*, Mohr, 1983, S. 427.
- 64) 出口・前掲注(29)（出口I）28頁。なお、出口教授は、結論としては属地主義の原則という概念を否定すべきとの立場である。
- 65) つまり、知的財産法の領域において属地主義の原則が妥当しているというとき、それがそもそも対象としていると考えるべきは知的財産「法」の側、より厳密に言えば知的財産法の個別規定の適用範囲に関してであって、知的財産「権」や知的財産権をめぐる渉外的私法関係全体についてではない（権利の効力等に関する属地性や保護国法主義は、知的財産法の適用範囲に関して属地主義が妥当しているとみな



されることから導かれる付随的效果にすぎない)。

- (56) 注(7)およびそれに対応する本文参照。
- (57) なお、知的財産法における属地主義を抵触法上の属地(法)主義と同視する前記の立場については、本章(2)(a)において後述する。
- (58) Ludwig Baeumer, *Anmerkungen zum Territorialitätsprinzip im internationalen Patent- und Markenrecht*, in FS für Wolfgang Fikentscher, hg. von Großfeld, Sach, Möllers, Drexel und Heinemann, Mohr Siebeck, 1998, S. 807.
- (59) 出口・前掲注(29) (出口Ⅱ) 131頁。
- (60) 属地主義によるか否かも、本来は各国の自主的立法権の枠内にある問題である。桑田三郎「工業所有権の属地性とその体系的位置づけ」比較法雑誌 12 卷 2 号 (1979) 40 頁 (桑田教授の見解については、注(74)も参照)。
- (61) たとえば van Eechoud は、各国は立法主権を有するがゆえに、抵触規則を自由に定めることができるのであるから、準拠法が保護国法である必然性はなく、したがって属地主義ないしは保護国法主義の根拠を国家主権に見ることはできない、と説く。Mireille M.M. van Eechoud, *Choice of Law in Copyright and Related Rights Alternatives to the Lex Protectionis*, Kluwer Law International, 2003, p. 97; Jürgen Andermann, *Territorialitätsprinzip im Patentrecht und Gemeinsamer Markt*, Duncker & Humblot, 1975, S. 83 ff.
- (62) 工業所有権の国際的保護に関するパリ条約の成立史に関する研究を紐解くと、工業所有権の国際的規整に関しては、ある国で取得された工業所有権の効力がそのまま他の国でも認められるような世界特許の成立が当初目指されたものの、各国による利益対立が激しく、そのような方針が早々に断念されたことが記されている。木棚・前掲注(16) (木棚Ⅰ) 6 頁以下参照。
- (63) 注(16)参照。
- (64) たとえば、駒田・前掲注(3) (駒田Ⅰ) 8 頁以下。
- (65) 「すなわち、国家は、特別の行為または制定法によって、自国が付与した特権のみを保護しているのである。このことから、各国の工業所有権法の適用は、その領域内に限定せられ、特許権その他の工業所有権の成立および効力は、その権利を付与した国の法律によるという属地主義 (système de la territorialité, Territorialitätsprinzip) が支配している。」(下線筆者) 土井・前掲注(3) (土井Ⅱ) 807 頁。
- (66) 大阪地裁昭和 44 年 6 月 9 日判決 (無体裁集 1 卷 160 頁、いわゆる中古ボーリング事件判決) 等。また木棚照一「パリ条約と属地主義」ジュリスト 939 号 (1989) (以下、木棚Ⅲ) 170 頁における解説を参照。
- (67) 石黒・前掲注(3) (石黒Ⅰ) 517 頁。Baeumer, *supra note* (58), S. 807 ff. Pertegas

Sender は、反対に、属地主義の原則から、特許権の効力が領域的に限定されるという命題と、そして各国権利相互間の独立性（独立の原則）が導かれると説く。Pertergás Sender, *Cross-Border Enforcement of Patent Rights*, Oxford Univ. Press, 2002, no. 2. 15, p. 21.

- (68) 木棚・前掲注(6)（木棚Ⅰ）72頁，木棚・前掲注(6)（木棚Ⅲ）170頁。
- (69) たとえばBBS事件最高裁判決は、パリ条約4条の2について「右規定は、特許権の相互依存を否定し、各国の特許権が、その発生、変動、消滅に関して相互に独立であること、すなわち、特許権自体の存立が、他国の特許権の無効、消滅、存続期間等により影響を受けないということを定めるもの」（下線筆者）と述べている。
- (70) パリ条約上の優先権制度のほか、テル・ケル商標など。また、特許協力条約（PCT）や欧州特許条約（EPC）などにおける出願手続の統一も挙げられる。したがって、これらの制度は、手続面において属地主義の原則を緩和するものである（紋谷・前掲注(7)〔紋谷Ⅰ〕318頁，320頁）。
- (71) 木棚・前掲注(6)（木棚Ⅲ）170頁。
- (72) 職務発明に係る外国における特許を受ける権利の対価請求権に対する日本特許法35条（平成16年改正前）の適用が争われた日立製作所事件の最高裁判決（最判平成18年10月17日民集60巻8号2853頁，判時1951号35頁）においては、「我が国の特許法が外国の特許又は特許を受ける権利について直接規律するものではない」ことの根拠として、パリ条約4条の2（特許独立の原則）が挙げられている。
- (73) 紋谷・前掲注(9)（紋谷Ⅱ）26頁。なお、紋谷教授によれば、輸入特許（外国で特許されている発明を最初に国内にもたらした者に権利を与えるとする制度であり、元になっている外国特許権が消滅すればこの特許権も消滅するため、当該外国特許権との間に従属関係がある）は独立の原則の射程外と説明される（同26頁。Baeumer, *supra note* (5), S. 812. も同様）。これに対して、木棚教授によれば、これは権利の有効性を外国法によらしめているという意味において、属地主義の例外であると説明される（木棚・前掲注(6)〔木棚Ⅰ〕73頁。仙元・前掲注(4)86頁も同様）。このことから、独立の原則と属地主義の原則との近接性が垣間見られよう。
- (74) 桑田教授は、クンツ—ハルシュタインを引用しつつ、以下のように述べる。「条約法理としての『権利独立の原則』が目指しているところは、各国の自主的立法権——属地主義の原則はその枠内にある——の制限ということにほかならない。……いずれにしても、条約上の法理としての『権利独立の原則』と、一般法理としての『属地主義の原則』とは明確に区別されねばならない。」桑田・前掲注(6)39頁以下。
- (75) 木棚照一「知的財産法の統一と国際私法」国際私法年報3号（2001）（以下、木棚Ⅴ）176頁，播磨良承『国際工業所有権法—パリ条約とその権利保護』（増補版）

中央経済社 (1979) 102 頁および 132 頁。

- (76) ドイツにおいては、学説と判例の双方においてそのように解されている。Vgl. Kreuzer, *supra note* (5), Rn. 3.
- (77) 木棚・前掲注(6) (木棚 I) 85 頁以下, 小泉・前掲注(3) 8 頁以下, 金・前掲注(3) 66 頁等。
- (78) Pertegás Sender は、内国民待遇の原則は内外人に等しく抵触法も含んだ法廷地法の適用を求めているものであると解している (Pertegás Sender, *supra note* (67), no. 5.49, p. 223.)。石黒教授もまた、条約上の内国民待遇の原則につき、それが外国国民のみならず自国民に対しても等しく保護国法の適用を求めるものであると解する立場から、これを“外人法”と呼ぶ内外の一般的理解に疑問を呈しつつ、「実質法……抵触法の双方に対し、但し、抵触法的には一定限度での、“枠”をはめている。」と述べる。石黒・前掲注(72) (石黒 III) 190 頁。
- (79) 後藤晴男『パリ条約講和』(第 12 版) 発明協会 (2002) 93 頁。
- (80) 豊崎教授は、各国の工業所有権法制が依然として大きな相違を残しており、このような実質法の相違に対処する一つの方法として国際私法があるという前提をまず認める。しかしながら、工業所有権に関しては、自国産業との関わりから、当初は保護主義が採られていたという。そして、「今日ではこのような態度はむしろ棄てられ、人的適用範囲については、外国人に対しては平等主義を採らないまでも、少なくとも相互主義 (principe de réciprocité) がとられているが、各国法の地域的適用についてはやはり自国産業保護の精神に基づく属地主義 (Territorialitätsprinzip, système de la territorialité) や所在地法 (lex rei sitae) の原則が依然として行われている。その結果、或る国で付与された特許権の効力はその国の領土内に限られ外国には及ばぬから、外国で同じ発明について保護を受けたいならば、各国毎に出願をして特許を得ねばならない。」と説く (豊崎光衛『工業所有権法』[新版・増補] 有斐閣 (1980) 35 頁以下)。国際私法ルールによる各国実質法の相違の調整という手法が存在する中であって、工業所有権法の場所的適用範囲に関しては属地主義が貫徹され (そして、その結果効力の属地性が導かれ)、他方において人的適用範囲に関しては内外人の差別的取扱いが (条約によって) 失われている、という状況を的確に説明するものであろう。
- (81) なお、無体物である以上、知的財産そのものの所在地は観念できないのであるから (佐藤やよひ「サルバドール・ダリ事件」コピライト 2004 年 2 号 30 頁参照)、ここでいうところの属地法は、結局のところ行為地法に相当しよう。したがってその適用範囲につき属地主義が妥当している法であるがゆえに、ある知的財産の利用行為につき先験的に適用されるとみなされる法を一般化して保護国法と呼んだとき、

それを利用行為地法または侵害行為地法と言い換えることは（注⑤）及びそれに対応する本文参照）、この観点からすれば必ずしも根拠がないわけではない。ただしそれは通常の双方向的抵触規則における連結点として行為地という場所的概念を用いているわけではないことに留意すべきである。

⑧② 注⑨およびそれに対応する本文参照。

⑧③ Fawcett & Torremans, *supra* note (15), p. 478.

⑧④ パリ条約上の独立の原則は条約起草時から定められていたわけではなく、優先権を主張して取得された権利が第一国出願国において取得された特許の運命に従属するという解釈を防止するために後日挿入されたものである（木棚・前掲注⑩〔木棚Ⅰ〕71頁以下参照）。したがって、権利の成立について定める法規の属地主義は条約が各国ごとの権利の並存という枠組みを前提としたパリ条約が発効した時点から、他方において独立の原則によって根拠づけられる権利取得後の規律に関する各国法の属地主義は、当該規定が発効した時点から、国際法上の義務となったと解されるであろう。

⑧⑤ この意味からすれば、石黒教授が指摘するように、いわゆる実質法上の属地主義（権利の効力の領域的限定）と抵触法上の属地主義（保護国法主義）は、たしかに「『連続的』なもの」（石黒・前掲注③〔石黒Ⅰ〕517頁）であると言うことができよう（注⑧②およびそれに対応する本文参照）。しかしながら、知的財産権の効力の属地性は、条約の独立の原則それ自体ではなくて、権利の成立に係る各国法の属地的適用、ひいてはそれを前提とした国際知的財産制度の枠組みそれ自体に由来すると見るべきである。権利成立後の事項に関する独立の原則は、そのような法適用のあり方を同盟国にさらに徹底させたものと解されるにすぎない。

⑧⑥ カードリーダー事件最高裁判決においては、「わが国は、特許権について前記属地主義の原則を採用しており……」と述べられている。たしかに、知的財産法の属地性は、そもそもは各国が、自国領域内における知的財産の利用に関しては自国法のみが規律する、という手法を「採用」したことに端を発すると言うことができようが、それが条約の枠組みによって強固に制度化された以上は、各同盟国がそれを採用するか放棄するかを選択権を有しているとは言えまい。

⑧⑦ 注⑧⑤で挙げた von Bar の指摘を参照。

⑧⑧ 澤木・道垣内・前掲注⑧③ 273頁以下は、工業所有権は国家行為として創設されるがゆえに、当然にその国の法によるのであり、したがって準拠法の決定の問題は生じる余地がなく、国際私法の規律対象外であって、またこのことより属地主義の原則は当然に導かれるとするが、他方、著作権に関してはそのような国家行為が介在しないということを理由に、その適用に関して属地主義が採られているという表現

が用いられるべきではなく(道垣内正人「著作権をめぐる準拠法及び国際裁判管轄」コピライト2000年8月号〔以下、道垣内Ⅲ〕12頁以下も参照)、国際私法の規律対象となると述べる(ただし、ベルヌ条約5条2項後段が条約によって定められた抵触規則であると解する)。しかしながら、工業所有権であれば権利の発生に必ずそのような国家行為が介在するというものではない(たとえば、意匠に関しては権利の発生に無審査主義ないしは無方式主義を採用している法制も存在する。高倉成男『知的財産法制と国際政策』有斐閣(2001)43頁、また木棚照一「意匠に関する国際私法上の諸問題」紋谷暢男教授還暦記念論文集刊行会編『知的財産権法の現代的課題(紋谷暢男教授還暦記念)』発明協会(1998)〔以下、木棚Ⅵ〕271頁以下参照)。また、著作権に関しても、無方式で権利を付与しなければならないのは条約上の権利のみについてであり、国内の著作者に対して権利の発生につき登録などの方式要件を課すことは条約上禁止されていない(このような態度を採る立法例として、米国内法やスペイン法がある。高倉・上掲・110頁及び注45、また中島暁「知的財産権の国際裁判管轄問題と国際取引への影響」〔下〕国際商事法務32巻10号(2004)1323頁参照)。したがってたとえば、米国を本国とする著作物に関して、条約によって与えられるわが国における保護(すなわち、当該著作物に関する日本国著作権)に関しては無方式で権利が与えられなければならないが、当該著作物に関する米国著作権侵害がわが国裁判所で争われる場合には、先決問題としての当該米国著作権の形式的有効性は米国内法の方式規定に依拠するということになる。

89) 土井・前掲注(7)(土井Ⅰ)263頁。

90) ベルヌ条約7条8項。「いずれの場合にも、保護期間は、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる。ただし、その国の法令に別段の定めがない限り、保護期間は、著作物の本国において定められる保護期間を越えることはない。」(下線筆者)。日本著作権法は、保護期間につき相互主義を採用している(58条)。

91) 土井・前掲注(7)(土井Ⅰ)261頁。

92) 駒田泰土「インターネット送信と著作権侵害の準拠法問題に関する一考察—属地(的効力)主義の桎梏を越えて—」東京大学社会情報研究所紀要63号(2002)(以下、駒田Ⅲ)102頁以下、駒田泰土「ベルヌ条約と著作者の権利に関する国際私法上の原則」国際法外交雑誌98巻4号(1999)(以下、駒田Ⅳ)57頁以下。インターネットの知的財産権侵害に焦点を当てたものではないが、元永和田彦「著作権の国際的な保護と国際私法」ジュリスト938号(1989)(以下、元永Ⅱ)58頁。

93) 他方において、5条2項にいう「保護が要求される同盟国の法令」が国際私法を含む法廷地法と解する場合、「救済の方法」に関しては、法廷地双方向的抵触規則の立場から、別の法に連結する余地がある(3(3)参照)。なお、ここで詳細に論じる

ことはできないが、5条2項の解釈も含めて、条約が必ずしも各国毎の権利の成立という結論を求めるものではなく、むしろ世界的に妥当する普遍的著作権の成立を求めていると言えるならば、適用法規に関する結論もまた自ずと異なるものとなるう。

94 中川・前掲注②100頁。

95 たとえば、中村達也「国際知的財産権紛争をめぐる基本的問題」最先端技術関連法研究第2・3合併号(2004)7頁は、国際工業所有権侵害に関する内国学説は、保護国法が適用されるという抵触法ルールによるという見解と、工業所有権法の属地的適用によるという見解に大別されるが、結論において両者に実質的相違はないと整理した上で、後者の立場によれば外国公法不適用の原則ゆえに外国法に基づく請求は棄却されることになって権利救済の道が閉ざされることになるため、これを採用することはできない、と説く。

96 特許権の有効性訴訟の専属管轄化について言及した内国裁判例として、いわゆるサンゴ砂事件判決(東京地判平成15年10月16日判タ1151号109頁)がある。曰く、「特許権の成立を否定し、あるいは特許権を無効とする判決を求める訴訟については、一般に、当該特許権の登録国の専属管轄に属するものと解されている。」このような態度は諸外国の立法例も採用するところである(スイス国際私法109条、欧州のブリュッセル条約16条4号〔現ブリュッセルI規則22条4号〕等)。ただし、サンゴ砂事件においても問題になったように、侵害訴訟における権利無効の抗弁などに対して、先決問題として当事者間限りの判断を権利付与国以外の裁判所が下しうる管轄を有するかについては、内国のみならず諸外国においても争いがある。拙稿「知的財産権侵害訴訟に関する国際裁判管轄について」(二・完)法学論叢155巻5号(2004)68頁以下参照。なお、欧州司法裁判所は、最近になって、特許権等の寄託または登録を要する知的財産権の登録及び有効性に関する訴訟を登録国の専属管轄とするというブリュッセル条約16条4号(現ブリュッセルI規則22条4号)の解釈として、同条の規定は、特許権の登録または有効性が本案として問題になったか抗弁として問題になったかに拘らず、これらの争点に関するあらゆる手続を包含するという意味に解されなければならないと判示している(GAT v. LuK, ECJ 13.6.2006, C-4/03)。

97 池原季雄「国際的裁判管轄権」鈴木忠一・三ヶ月章『新・実務民事訴訟講座7』日本評論社(1982)4頁。

98 「侵害訴訟は私的な権利としての他人の特許権を侵害する行為であり性質上は私人間の不法行為紛争である。国家により付与された特許権の有効無効の紛争とは性質が異なり、当然には登録国以外の国の裁判を排除すべき事物的管轄の問題とはい

えない。」木棚編・前掲注⑩ 138 頁 (渡辺惺之)。また、とくに法廷地漁りの防止、当事者の公平・裁判の適正などの観点から、外国特許法の適用可能性を積極的に肯定する見解として、元永・前掲注⑧ (元永 I) 571 頁。

- ⑨ 知的財産法 (とくに工業所有権法) は公法的性質を帯びる法規であるがゆえに国際私法の規律対象とはならないと主張する見解も、内国裁判所における外国知的財産法の適用可能性は否定していない。井関・前掲注(4) 1562 頁、大塚章男「国際的な知的財産権紛争の裁判管轄と準拠法」国際商事法務 29 卷 10 号 (2001) 1171 頁以下および 1174 頁、茶園・前掲注(4) 15 頁 (茶園 I) 以下等。
- ⑩ 土井・前掲注③ (土井 II) 826 頁。
- ⑪ この立場に関しては、注⑧参照。
- ⑫ 道垣内・前掲注⑧ (道垣内 II) 280 頁。
- ⑬ 澤木・道垣内・前掲注③ 274 頁以下。
- ⑭ 横溝助教授の属地主義の原則の理解に関しては、注⑪に対応する本文参照。
- ⑮ 横溝・前掲注(3) (横溝 I) 29 頁。
- ⑯ ただし、このような種類の法規も、法所属国以外の国における適用可能性が完全に存在しないと考えられるわけではなく、私法的法律関係の前提問題として問題になる場合には例外的に適用する余地が存在する (とくに侵害訴訟の前提として問題となる工業所有権の有効性に関する法規の適用につき、注⑯も参照)。横溝・前掲注(3) 24 頁。また「外国公法不適用の原則」の限界について、折茂豊『当事者自治の原則』創文社 (1970) 388 頁以下参照。
- ⑰ 中山信弘『工業所有権法(上)特許法』(第二版増補版) 弘文堂 (2000) 331 頁。
- ⑱ たとえば、櫻田・前掲注⑦ (櫻田 I) 189 頁以下。
- ⑲ 注⑧およびそれに対応する本文参照。
- ⑳ 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) (以下、早川 II) 192 頁以下。
- ㉑ 本稿でいう「私法的法律関係」「公法的法律関係」という呼称と、それぞれの「法の抵触」の解決手法の峻別は、早川教授の整理に倣った。早川・前掲注⑩ (早川 II) 192 頁以下参照。
- ㉒ 早川・前掲注⑩ (早川 II) 194 頁。
- ㉓ 元永・前掲注⑧ (元永 I) 572 頁参照。
- ㉔ Richard Fentiman, *Choice of Law and Intellectual property*, in Josef Drexel & Annette Kur (eds.), *Intellectual Property and Private International Law*, Hart Publishing, 2005, p. 137-143.
- ㉕ *Ibid.*, p. 143.

- (10) これに対して、知的財産法を自己制限的法規と捉えることに反対する見解として、横溝・前掲注(3)（横溝Ⅰ）25頁以下、横溝・前掲注(8)（横溝Ⅱ）2309頁。また、自己制限的法規に関しては、横溝潤「地域的に条件づけられた外国実質法規の適用」獨協法学14号（1980）1頁以下参照。
- (11) Fentiman, *supra note* (14), p. 143. ノイハウスも以下のように述べている。「ある規定は、所属抵触法による連結が空間的要素を示し、従ってその規定の適用範囲つまりそれが効果法として準拠されるべき事案の総体が空間的（場所的）に画定されている場合には属地的である。……時に事項規定の法律要件要素……から既に空間的制約が生じるのであるが、（明示又は黙示で）内国についてのみ付与される工業所有権については初めからそれが存在している。この場合には自己抑制を問題としない。」ノイハウス・前掲注(8) 189頁。
- (12) 石黒・前掲注(2)（石黒Ⅲ）396頁。
- (13) 同上。
- (14) 西谷祐子「職務発明と外国で特許を受ける権利について」法学（東北大学法学会）69巻5号（2006）764頁および769頁以下、島並良「外国特許を受ける権利に関する職務発明相当対価請求の可否」ジュリスト1296号（2005）82頁以下、同「外国で特許を受ける権利の承継対価について日本特許法35条が類推適用された事例一日立製作所光ディスク事件上告審一」L&T34号（2007）48頁等。
- (15) 溜池・前掲注(4) 10頁以下。
- (16) たとえば、工業所有権のみに関する議論であるが、山田録一『国際私法』（第三版）有斐閣（2004）385頁。
- (17) 知的財産権に関する渉外的法律関係（とくに侵害）を規律する法を定めるルールを法体系上国際私法に含める法制は多い。たとえば、オーストリア国際私法34条、スイス国際私法110条、韓国国際私法24条、イタリア国際私法54条、欧州連合の契約外債務準拠法に関する欧州議会及び理事会規則修正提案（2006年）9条（See, COM（2006）83 final, p. 15.）等。
- (18) もっとも、準拠法決定プロセスを介することなく、外国法の適用意思を尊重して適用する、という方策が全く存在しないわけではない。いわゆる強行法規の特別連結論がそれである。しかしながら、少なくともわが国国際私法の解釈論としては、外国強行法規の特別連結論を採用することはそもそも困難ではないかとの疑問が持たれているところであるし（たとえば、神前禎・早川吉尚・元永和彦『国際私法』（第二版）有斐閣（2006）328頁）、そもそも知的財産法をすべてそのような公権性の高い法規であるとみなすにはいささか根拠に欠けることは既にみたとおりである。しかも、この法理の一般的理解によれば、当該強行法の適用意思の如何が重視



されることになるため、域外適用が定められていた場合には、原則としてそれに従うということになろう。しかしながら、そのような法適用のあり方に問題があることはすでに述べたとおりである。いわゆる双方的抵触規則によって選択されるまでもなく適用される法規であるという点を強調するならば、知的財産法の（直接）適用も、あるいは特別連結の一種と言い得るかもしれない。しかしながらすでにみたように、知的財産法の適用関係がそのような状態にあるのは、知的財産法が強行的に適用されるべき公権力性の高い法規であるからという理由によるものではない。

(26) なお、国際的知的財産権紛争において適用されるべき法を見出す基準となる、知的財産の利用行為地は、その行為の客体が無形物であるがゆえにしばしば不明確である（被告の行為は日本国内における行為か米国における行為かというカードリーダー事件における原被告間の対立は、このことに由来すると言えるであろう）。しかしながら、これは属地主義の原則それ自体や条約によっては定まらない。このため、なんらかの基準にしたがってその作業を行うということになろうが、渉外的私法関係を規律する法を選択する国際私法がその役割を担うことは、極めて自然な発想であるように思われる（後述、注(24)参照）。

(27) 紋谷・前掲注(7)（紋谷 I）239 頁以下参照。

(28) 著作権のみに関連した議論であるが、van Eechoud, *supra* note (6), p. 210. 「ある行為が著作権ないしは著作隣接権の侵害を構成するか否かという問題は、権利が（今なお）存在しているか、そしてその権利の範囲がいかなるものであるかに依拠しているのであるから、行為の合法性（違法性）もまた保護国法にしたがって判断されなければならない。」

(29) 拙稿「国際的な知的財産権侵害事件における抵触法理論について」法学論叢 154 巻 2 号（2003）68 頁以下参照。

(30) 山田・前掲注(22) 357 頁の定義による。

(31) 不法行為の問題と性質決定した結果選択された準拠法が、結論的に属地主義に照らして適用されるべき法と一致するならば、そのような手法によることも、あるいは許容されうるであろう。しかしながら、連結点たる原因事実発生地を柔軟に解する余地の存在した法例 11 条においてはまだしも、法適用通則法における不法行為準拠法の規定ぶりとその多様化に鑑みると、そのような結論に至る可能性は必ずしも高くないと思われる。したがって、そもそも国際私法上、知的財産権侵害を不法行為に関する抵触規則の射程範囲内の問題とは位置づけない方が妥当であるように思われる。なお、過去に筆者は、属地主義の原則にはなんらの抵触法的含意も存在せず、属地主義によっては知的財産権侵害の準拠法は定まらないとして、知的財産権侵害を不法行為の問題と法性決定し、法例 11 条を適用しつつも属地主義と矛盾しな

い連結点の選択手法を採用すべきであると主張していたが<sup>(31)</sup> (拙稿・前掲注<sup>(2)</sup> 2号 79頁以下および3号 94頁以下)、以上のような従来の私見はここで改めたい。

- (31) Kreuzer, *supra note* (3), Rn. 26, S. 2257; Bouche, *supra note* (3), p. 451.
- (32) 著作権のみに関連して、なおかつ属地主義の原則の存在意義を否定的に解する立場における議論であるが、van Eechoud, *supra note* (6), p. 213 et seq. また、スイス国際私法 110条 2項参照。
- (33) たとえば、わが国における規律構造を参照してみると、知的財産権侵害に基づく損害賠償請求権や不当利得返還請求権及びそれらの時効に関しては民法上の一般規定によって規律されている一方で、差止・廃棄請求権と、損害額の算定基準に関する特別の規定が知的財産法の中に置かれている。
- (34) 著作権のみに関連した議論であるが<sup>(35)</sup>、van Eechoud, *supra note* (6), p. 213.
- (35) Novier, *supra note* (3), p. 168 et seq.
- (36) Frank Vischer, *Das internationale Privatrecht des immaterialgüterrechtes nach dem schweizerischem IPR Gesetzentwurf*, 1987, GRUR int., S. 680; See, Pertegás Sender, *supra note* (7), p. 238.
- (37) 注<sup>(2)</sup>及びそれに続く本文参照。
- (38) van Eechoud, *supra note* (6), p. 221.
- (39) 注<sup>(2)</sup>に対応する本文参照。
- (40) 一例として、同一当事者間で複数の知的財産権侵害が一の訴訟で争われていた場合などが想定される。しかしながら、各法制で考慮されているであろう、差止請求権と金銭的請求権の相互補完性やバランスなどに鑑みると、基本的には同一の法(すなわち、侵害論を判断する保護国法)に則った統一的处理が行われることが望ましいように思われる。したがって、かりに損害賠償請求に関して準拠法変更を認めるとしても、上記のような極めて例外的な場合に限るか、あるいは当事者間で合意が成立したときのみとするべきではなかろうか。
- (41) したがって、カードリーダー事件最高裁判決のごとく、知的財産権侵害に基づく差止請求のみに関連してであっても、特許権の効力の問題として、いずれの国における行為であるかを特に問うことなく一律に当事者の援用する権利の「登録国法」によらしめるべきではない。原告の米国特許権侵害に基づいた内国における被告行為の差止請求を認めなかった判旨の結論自体は妥当と評価しうが、適用法規の選択とそれに至る法理論の構築においては最高裁は判断を誤ったものと言うほかない。
- (42) See, Fentiman, *supra note* (14), p. 140.
- (43) Neuhaus, *supra note* (40), S. 192 f.
- (44) これは、視点を変えれば当事者が援用する権利の付与国法が適用されるのは、原

則として当該法所属国の領域的限界の内部における行為のみに関して、ということである。しかしそれでは「ある(被疑侵害)行為」の合法性・違法性を評価すべき法が、場合によっては存在しないということにもなりうる。繰り返して述べてきたように、知的財産権(法)は基本的に「法規からの出発」の枠組みで適用されかつ、その場所的適用範囲について「属地主義」が採られている、と解される法である。これを「法律関係からの出発」＝「ある行為に適用される法律は何か」という双方型抵触規則の問題設定に読み替えたときは、本来の法適用のあり方＝属地主義(モザイク的適用)と矛盾しない結論が導かれるべきであり、その意味では、結論としては従来の私見(注<sup>100</sup>参照)に等しいものとなろう。

- (45) しかしながら、知的財産法の適用範囲につき妥当している属地主義の原則は、内国知的財産権を侵害する行為の違法性の評価において、侵害の構成要件要素がすべて一国内で完結していることを求めるものではなく、外国における事情等を考慮することは認められると解すべきである。つまり、侵害行為の構成要件要素の一部が外国において行われていたとしても、そのことだけのために、権利侵害に対する救済が拒絶されるということにはならない(なお、ここで詳細に論ずることはできないため、以下では現時点における私見の結論を示すに留める)。属地主義が妥当している知的財産法によって与えられる保護の範囲は、たしかに属地的に限定されるが(たとえば、内国の知的財産権に基づいて外国における行為の差止を求めることはできないと解するべきである)、複数国に渡る行為によってある国の知的財産権が侵害されていると主張されたときに、知的財産権侵害を構成するか否かの判断において、外国における事実を考慮することは許されると考えられる。保護国外におけるいかなる行為を考慮するか、換言すれば、クロスボーダーな行為の領域限定、すなわち複数の国に関与しているような知的財産の利用行為をいかなる国の領土に結び付けるかは、知的財産法固有の適用意思によってではなく、国際私法によって解決されるべきである(Vgl. Frank Peter Regelin, *Das Kollisionsrecht der Immaterialgüterrechte an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, PETER LANG, 2000, S. 230 ff. また、石黒・前掲注<sup>102</sup>〔石黒Ⅲ〕191頁参照。石黒説においては、保護国をどのように定めるかのプロセスについては、条約は沈黙しており、したがってその部分について法廷地国際私法による“欠缺補充”がなされなければならない、と主張されている)。したがって、たとえばカードリーダー事件を題材としてみれば、原告が訴求した日本国内における被告行為の差止は、米国特許権に基づいた請求である限りはそもそも認められない。他方において、日米二カ国に渡る行為が全体として米国特許権侵害を構成するとの評価が米国法上下されるならば、被告は、原告が米国内において被った損害のみに関して、米国特許権侵害に基づく賠償責任を負わされる

との結論に至る余地は存在すると考えられる。つまり、域外適用を定めた明文規定を有していなければ、まったく領域外における事情を参照あるいは斟酌しえなくなるというわけではないし、他方において、域外適用規定を定めれば外国における行為に向けた差止命令を内国知的財産権に基づいて発することが認められるというわけでもないのである。このように解することは、外国における事実の参照を国内法令において定めたり（たとえば、公知技術の判断につき）、解釈において考慮（たとえば、前掲 BBS 並行輸入事件最高裁判決）したりすることが認められていることも平仄が合うように思われる（参照、仙元・前掲注(4) 86 頁および横溝大「方法の発明の工程の一部が国外で行われる場合の特許権侵害の有無」ジュリスト 1322 号 (2006) 179 頁以下）。

- (46) たとえば、職務発明をめぐる法律問題を労働契約準拠法に送致する明文の抵触規則を有するオーストリア国際私法 34 条 2 項、欧州特許条約 60 条など。
- (47) ドイツのマックス・プランク知的財産法・競争法及び税法研究所 (MPI) による提案 (See, *Applicable Law : An Alternative Proposal for International Regulation - The Max - Planck Project on International Jurisdiction and Choice of Law*, 30 *Brook. J. Int' L.L.*, p. 951.) や、アメリカ法律協会 (ALI) による提案 (*The American Law Institute, Intellectual Property : Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes.*) など。ALI のプロジェクトに関しては、ロシェル・ドレフュス＝ジェーン・ギンズバーグ (伊藤敬也訳) 「国際知的財産紛争の裁判管轄及び法選択、判決の係る原則—知的財産に関するアメリカ法律協会プロジェクトの目的及び射程、アプローチ」*青山法学論集* 45 卷 4 号 (2004) 212 頁参照。2004 年 1 月の時点での草案については、条文及び理由書 *commentary* が、財団法人知的財産研究所『国際私法上の知的財産権をめぐる諸問題に関する調査研究報告書』財団法人知的財産研究所 (2004) 345 頁以下に、また、Jürgen Basedow, Josef Drexl, Annette Kur & Axel Metzger (eds.), *Intellectual Property in the Conflict of laws*, Mohr Siebeck, 2005, p. 233 et seq. にも条文のみ掲載されている。なお、両提案ともにこれ以後数回に渡って改訂版が作成されており、ALI 原則については、2007 年 5 月に最終版が公表された模様である。