

## 準拠法と国際裁判管轄をめぐる諸問題

寺本， 振透  
九州大学大学院法学研究院：教授

<https://hdl.handle.net/2324/19632>

---

出版情報：ジュリスト．(1405)， pp.58-68， 2010-08． 有斐閣  
バージョン：  
権利関係：



# 準拠法と国際裁判管轄をめぐる諸問題

九州大学教授・弁護士 寺本振透

## はじめに

知的財産権をめぐる国境を越えて発生する法的な紛争について、準拠法の選択あるいは裁判管轄が議論されるとき、属地主義、保護国法、結果発生地又は結果発生地法、加害行為地又は加害行為地法といった、また最近では ubiquitous infringement<sup>1)</sup> といったテクニカル・タームが駆使され、あたかも精緻なパズルの組み合わせのように論理が展開されるのが常だ。確かに、テクニカル・タームは、Invisible College<sup>2)</sup> における従前の議論の蓄積を利用しつつ、さらに議論を先に進めるといった営みを効率的に行うためには、非常

に有効な道具だ。なぜなら、テクニカル・ターム1つに、これまでの議論の成果が結晶している「はず」だからだ。だが、それにしては、本項目の問題に関する議論は、あまり噛みあってはいないようだ。なぜか？ 我々が、これらのテクニカル・タームが何を意味するのかについて考えを尽くさないままにパズルを解きにかかっているからではないか<sup>3)</sup>？ 知的財産権紛争について準拠法を選択する意味は何か、また、裁判管轄を議論する意味は何か、という問題に遡って問い直す必要がある。テクニカル・タームの由来を不問に付することが、かえって、本項目の問題に関する我々の議論が生産的なものとなることを阻んでいるのではないか<sup>4)</sup>？

1) 知的財産権法が適用される範囲が一国内にとどまるという理解に立つ限り、ubiquitous infringement というものが成り立つ余地はない。1つの行為によって様々な国で知的財産権侵害が疑われる事態が発生するという状況を指すのであれば、極めて multi-territorial infringement(s) というべきだ。

2) パラダイムを共有する多くの研究者らの非公式だが非常に密度の濃いネットワークは、しばしば “an Invisible College” と呼ばれる。この概念の歴史的な展開については、例えば、Alesia Zuccala, *Modeling the Invisible College*, 57 Journal of the American Society for Information Science and Technology 152 (2006), also available at <http://www3.interscience.wiley.com/journal/112157266/abstract> を参照。

3) 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年）168頁は、「属地主義」という語の用いられ方に混乱があることを指摘する。2010年5月22日に開催された平成22年度著作権法学会研究大会における「インターネットを通じた著作権侵害についての国際裁判管轄及び準拠法」に関する報告（道垣内正人、山本隆司）は、時間の制約により実質的な議論がなされるには到らなかったものの、テクニカル・タームについて理解のバラツキを確認する試みがなされた。

4) E. M. ロジャーズ（青池慎一＝宇野善康監訳）『イノベーション普及学』（産能大学出版部、1990年、E. M. Rogers, *Diffusion of Innovations* (3rd ed. 1982) の翻訳。版により扱うテーマの選択が異なることに注意）は、その「第2章 普及研究の系譜」の中で、Invisible College が研究の推進に大きな力となる反面、思考を拘束する仮定や概念の存在を認識したり克服したりすることを極めて困難にする足かせともなることを指摘する。

## I 何のために準拠法を選択するのか

準拠法の選択は、それをしなければ裁判所が判断を下せないから「仕方なしに」行うことなのか？ そうではない、という理解が専門家によって共有されているはずだ<sup>5)</sup>。専門家が共有する理解によれば、準拠法の選択とは、国境を越えて生ずる法的な問題を正義をもって解決するための第一の関門のはずだ。「正義」とは何か？ それは、ある国、ある当事者、又はある裁判所、仲裁機関等、様々なステークホルダーの価値観に基づく「正義」を意味してはならない。国により法的な価値観が異なり、したがって法制度もそれぞれに異なることを認めた上で、ある国又はあるステークホルダーの法的な価値観からの影響を注意深く抑止することによって、それぞれの法制度及び法的な価値観に対して平等な態度で準拠法を選択することこそが、この文脈における「正義」でなければならない<sup>6)</sup>。「正義」をそのように解さないならば、単純に法廷地法を準拠法とすれば事足りたはずだ。そうはしない、ということが法律家の共通の理解である以上、法律家は、準拠法選択における正義を追求しなければならない。

「彼の国は知的財産に対する保護が貧弱だ。だから、彼の国の知的財産権法を本件に適用すべきではない」といった主張は、あまりにもあからさまだから、準拠法選択における正義から著しく逸脱していることが明白だ<sup>7)</sup>。しかし、我々が、そこまであからさまではない偏向に囚われる危険は十分にある。そうした

5) 個々の事件を処理する実務家の本音が、時として「仕方なしに」という意識を伴うことを、筆者が知らないわけではない。

6) フリードリヒ・カール・フォン・サヴィニー（小橋一郎訳）『サヴィニー 現代ローマ法体系(8)』（成文堂、2009年）29頁（原著§348）、石黒一憲『現代国際私法(上)』（東京大学出版会、1986年）16頁、60頁～61頁。

7) とはいえ、そのような発言が、企業や企業の代理人から発せられることは珍しくはない。なお、石黒・前掲注6)82頁～83頁も参照。

8) 石黒・前掲注6)16頁、道垣内正人『ポイント国際私法〔総論〕〔第2版〕』（有斐閣、2007年）86頁～92頁。

9) Invisible College による思考の拘束に対して警鐘を鳴らすロジャーズ・前掲注4)ですら、無力感漂う Invisible College を想定していたわけではない。

危険を排するためには、準拠法選択のための紛争の性格付けを、実質法を見ることなく、国際私法独自の観点から行わねばならない<sup>8)</sup>。例えば、「加害行為」という語（法適用17条）は、我が国の民法709条にいう「他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した」とことと等値ではない。我が国の民法では「他人の権利又は法律上保護される利益の侵害」に当たらない行為が他の国の法ではそれに該当し、またその逆となることも、十分に有り得ることだし、また、それにもかかわらず、我が国の民法と他の国の法とは、準拠法選択の場面では、平等のはずだからだ。それが困難な営みであることを百も承知の上で、それでも「実質法を見ないなんて無理だ」という無力感に囚われることなく<sup>9)</sup>、関係し得るいずれの国の法的な価値観及び法制度に対しても平等な態度を堅持して、紛争の原因となった行為が、準拠法選択のための中立的な概念たる「加害行為」に該当するかどうかを探らなければならない。

## II 知的財産権紛争について「実質法を見ない」ことの困難さ

とはいえ、知的財産権紛争について、いずれの国の法的な価値観及び法制度に対しても中立であることが困難の極みであることは認めざるを得ない。なぜか？ 「知的財産権」というものが近代になって人為的にかたちづくられた制度である以上、具体的な法制度から離れて「知的財産権の侵害」を観念することができないからだ<sup>10)</sup>。さらに、知的財産権法制度なしには「知的財産」を観念することす

らできないはずだ<sup>10)</sup>。したがって、具体的な法制度から離れて「知的財産の利用」を観念することは非論理的だ。我々は、知的財産権又は知的財産について何かを語るとき、既に、我が国又は外国の、あるいは、論者の頭の中にあるいずれかの国の将来の知的財産権法制度を前提にしている。ならば、知的財産権紛争については、実質法を見ずに準拠法選択をなすことなど不可能だといって諦めるか？ 諦めるのはまだ早い。実質法を見ずに準拠法を選択を行うということが、実質法と「無関係な」法概念を使うことを意味するわけではない<sup>12)</sup>。数多くの国々の実質法を前提としつつ、それらに対して平等な法概念を使って、紛争の原因となった事実の性質決定を行い、連結点を探ることが、準拠法選択という営みだ。だとすれば、準拠法選択の目的のために、多くの国々の実質法の考え方を背景としつつも、個々の実質法には依存しない「知的財産権の侵害」あるいは「知的財産の利用」を観念することは可能なはずだ。もちろん、ある国の実質法に照らしたとき、そこでいう「知的財産権」には何らの権利も与えられていないかもしれないし、「知的財産」も何ら財産として

の意味を持たない単なる情報であるかもしれない。

どうすれば、個々の実質法に対して平等な法概念を見いだすことができるのか？ そのためには、いずれの国の知的財産権法制度にも実質的に通用するフィロソフィ、つまり「知的財産権法が何を目的としているのか」という問いに対する解を抽出しなければならない。そのフィロソフィは、いわゆる知的財産の保護が手厚い国の法制度においても、また、知的財産の保護に謙抑的な国の法制度においても、あるいは、グローバル市場で生き延びるためにやむなく知的財産の保護を強化した、またはしつつかある国<sup>13)</sup>の法制度においても共有されているものでなければならない。では、そのようなフィロソフィは存在するのか？ 知的財産権法の目的について専門家の間で共通の理解が成立しているわけではない<sup>14)</sup>。とはいえ、そうしたフィロソフィを見つけ出すための顕著な努力が確実に存在する<sup>15)</sup>。また、多くの国々が「知的財産権法制度が有るべきか無かるべきか」を議論しているのではなく、「現時点で妥当な知的財産保護の水準がどこにあるか」を議論しているという現状<sup>16)</sup>からし

ても、また、多くの国の知的財産権法制度の構造にある程度の相似性がしばしば見られる<sup>17)</sup>という現実からしても、そのようなフィロソフィが存在すると信ずることができる。

### III 準拠法選択の局面における「知的財産権の侵害」とは？<sup>18)</sup>

我々は、知的財産権法のフィロソフィを明確に示す言葉をいまだ獲得していないし、おそらくはそれゆえに、共通の理解にも達していない。だが、共通のフィロソフィがあり、そこに到達できるだろうという現実的な希望がある。ならば、現に存在する実質法と条約を手がかりとして、準拠法選択の局面における「知的財産権の侵害」という概念を探ることが可能なはずだ<sup>19)</sup>。

例えば、パリ条約は、明らかに、特許権が、特許発明の「実施」を排他的に行う権利であることを前提としている（例えば、5条・5条の3・5条の4）。TRIPS 協定（知的所有権の貿易関連の側面に関する協定）28条は、同じ理解を明示しつつ、「実施」の具体的な態様を示す。我が国特許法も、条約加盟国である以上は当然のことだが、同じ理解を規定し、「実施」の具体的な態様を規定する（2条3項・68条）。これらによれば、特許権者が排他的な権利を得る「実施」とは、新たな情報を創り出す行

為そのものではなく<sup>20)</sup>、また、新たな情報の implementation<sup>21)</sup>に最終的な需要者としてアクセスしてそれらを楽しむ行為でもない。「実施」は、物の生産、使用、譲渡その他、何れも、新たな情報の implementation に対する最終的な需要者によるアクセスを媒介するために必要であるか、又は、しばしば必要となる行為であることが分かる（図1）<sup>22)</sup>。最終的な需要者（end user1, end user2, end user3, end user4, end user5）のいずれも、生産を行う者（maker1, maker2）、輸入を行う者（importer）、販売を行う者（distributor1, distributor2, retailer1, retailer2）、貸渡しを行う者（lessor）、あるいは企業的な使用を行う者（enterprise user）が存在しなければ、新たな情報（creation）の恩恵を受けることができない。

また、ベルヌ条約は、著作権が、著作物の翻訳、複製、上演、演奏、放送、朗読、翻案、編曲、映画化、上映等を排他的に行う権利であることを規定する（8条・9条・11条・11条の2・11条の3・12条・14条・14条の2等）。我が国著作権法も、著作権の支分権として、複製権（21条）から翻訳権、翻案権等（27条）にいたる権利を挙げる。これらによれば、著作権者が排他的な権利を得る行為は、著作物の複製をはじめ、いずれも、新たな情報に対する最終的な需要者によるアクセスを

17) 多くの国がパリ条約やベルヌ条約を含む国際条約に加盟し、それに拘束されている以上、当然の結果である。例えば、特許庁が提供する外国産業財産権制度情報（<http://www.jpo.go.jp/shiryou/s-sonota/fips/mokuji.htm>）、UNESCO Collection of National Copyright Laws（[http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL\\_ID=14076&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=14076&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)）、Frederick Abbott, et al., *The International Intellectual Property System: Commentary and Materials* (1999) 等を参照。

18) 本稿では、特許権及び著作権を前提として、それらが、創作物又は創作物の implementation へのアクセスを媒介する行為が競争的に行われる（はずの）場を制御するという理解を導きつつ、概括的な議論を行う。その他の知的財産権についても、その機能を明確にした上での議論を要する。本項目にいう知的財産権法は、当面、特許法及び著作権法を想定する。

19) 実質法としての我が国法と条約の関係及びその内容の整理については、例えば、木村照一『国際知的財産法』（日本評論社、2009年）146頁～200頁を参照。

20) もちろん「実施」に付随して新たな情報が創り出されることはあるし、それが排除されているわけでもない。

21) その情報だけを見せられても需要家にとってはほとんど使いようがないタイプの情報（「発明」はその典型例。通信の規格やデータ記録の標準も同様）を、需要家にとって意味のある製品、工程、役務等に具体化する営みを implementation 又は実装という。これまで法律実務家として筆者がともに歩んできた、技術をなりわいとし、あるいは技術に対する投資を行う人々の慣用的な表現だが、この文脈において最適と考え、拝借する。

22) ネットワーク図描画ツール Pajek による。Pajek については、ウオウター・デノイほか（安田雪監訳）『Pajek を活用した社会ネットワーク分析』（東京電機大学出版局、2009年）参照。

10) 例えば、Mark Rose, *Authors and Owners-The Invention of Copyright* (1993)、白田秀彰『コピーライトの史的展開』（信山社、1998年）、石井正『知的財産の歴史と現代——経済・技術・特許の交差する領域へ歴史からのアプローチ』（発明協会、2005年）等を参照。

11) Yoshiyuki Tamura (田村善之), *Conceptual Fallacies behind the Idea of an Area without Protection of Intellectual Works*, available at (<http://www.law.kyushu-u.ac.jp/programs/english/conference2010/draft02.pdf>).

12) 道垣内・前掲注8)90頁～91頁。

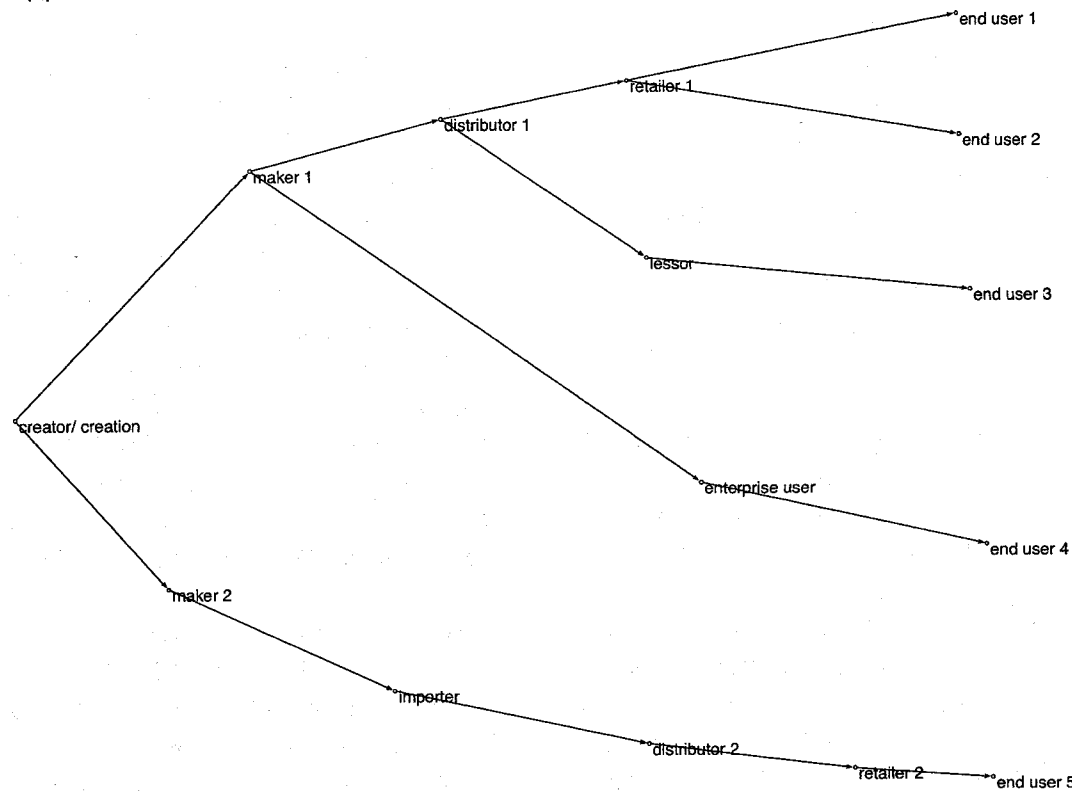
13) 明治時代に日本が著作権の保護を制度化した背景については、例えば、大家重夫「版権条例、版権法から著作権法へ」小野昌延先生古稀記念『知的財産法の系譜』（青林書院、2002年）417頁を参照。現在のグローバルな状況については、例えば、YiJun Tian, *Re-thinking Intellectual Property-The political economy of copyright protection in the digital era* (2009) を参照。また、その経済的及び制度的な背景について1つの見方を示すものとして、例えば、ジョセフ・E. スティグリッツ（楡井浩一訳）『世界に格差をバラ撒いたグローバリズムを正す』（徳間書店、2006年）170頁～211頁を参照。ただし、同書の原題が、Robert D. Putnam, *Making Democracy Work* (1993) を想起させる“*Making Globalization Work*”であり、内容もグローバリゼーションそのものを否定するものではないことに注意。

14) 種々の理解については、William W. Fisher III, *Theories of Intellectual Property* in Stephen Munzer (ed), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property* (2001) 168, also available at (<http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>), Tian・前掲注13)65頁～70頁による整理を参照。

15) Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property* (1996)、中山信弘『著作権法』（有斐閣、2007年）特に1頁～30頁、田村・前掲注11)など。

16) 例えば、工業所有権の保護に関するパリ条約（以下、単に「パリ条約」という）の加盟国及びその数（[http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty\\_id=2](http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=2)）、文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約（以下、単に「ベルヌ条約」という）の加盟国及びその数（[http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty\\_id=15](http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15)）、WIPO の加盟国及びその数（<http://www.wipo.int/members/en/>）を見よ。

図 1

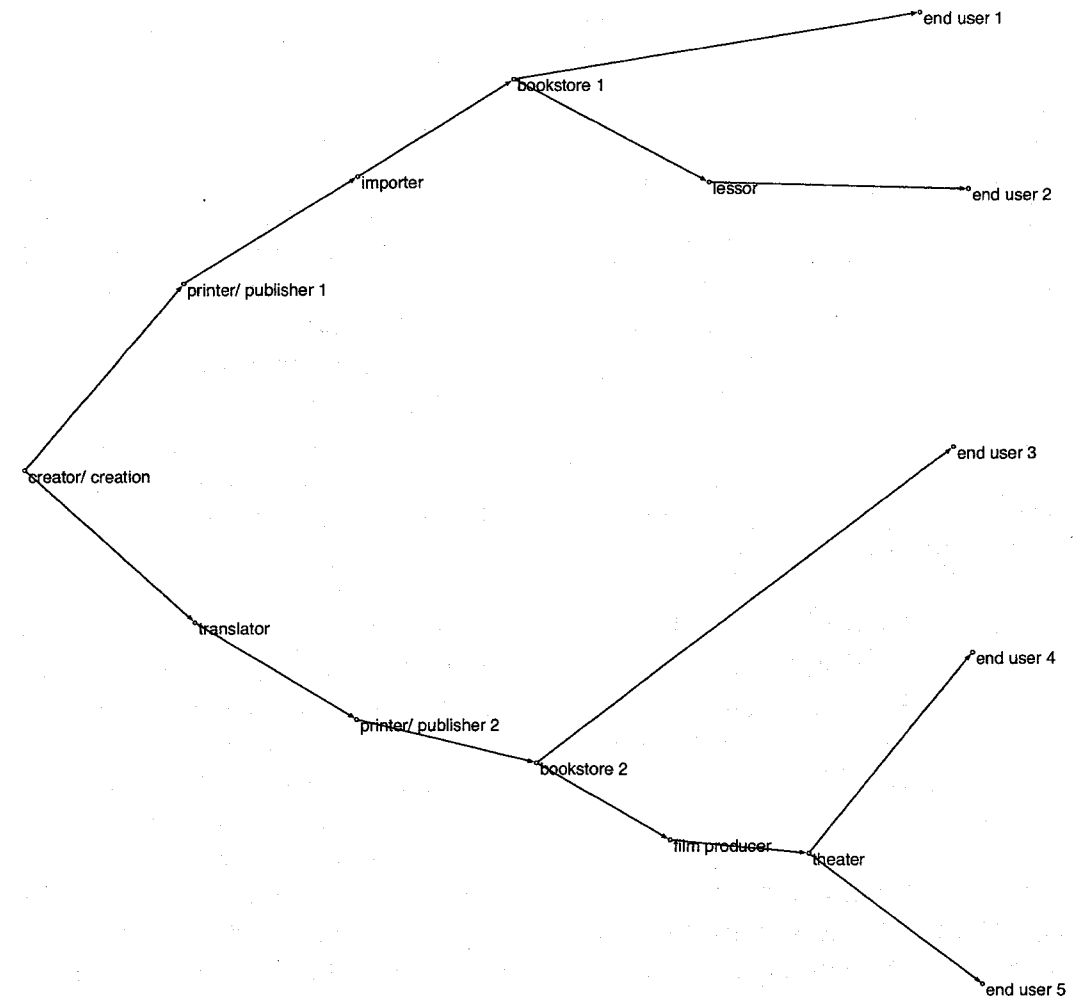


媒介するために必要であるか、または、しばしば必要となる行為である (図2)<sup>23)</sup>。

こうした雑駁な観察によっても、これらの行為が、いずれも、情報に対するか又はその implementation に対する需要家と、情報とをつなぐ媒介行為 (ネットワーク図では、そこを断ち切ると、情報から需要家が受益するためのルートが絶たれる、または別のルートを選ばざるを得なくなる bridge<sup>24)</sup>として表現されている) であることがわかる。知的財産権法がないところでは、こうした媒介行為について、自由競争が成り立ち得る。なぜなら、誰も、排他的な権利すなわち他人に対して「そのような媒介行為を止めよ」と求める権利を法律によ

って与えられていないからだ。知的財産権法は、権利者に対してこうした排他的な権利を与えることによって、媒介行為についての自由競争の成立を抑制する (図3)。だとすると、「知的財産権の侵害」とは、このような自由競争の抑制が無いかのように、権利者 (と主張する者) 以外の者が、媒介行為を行うことだ。権利者 (と主張する者) の創作物と競合する新たな創作が他人によってなされたという結果も、また、権利者 (と主張する者) と競合する者が需要者を奪ったという結果そのものも、「知的財産権の侵害」そのものではない。特許法も著作権法も、そのような法律を持つ国が、媒介行為について、その法律が適用される領域

図 2



における自由競争の成立を抑制するものなのだ<sup>25)</sup>。

#### IV パリ条約及びベルヌ条約の働き

その語の多義性にもかかわらず安易に使われることによって議論を錯綜させかねない「属

地主義」という語の使用を意識的に避けつつ議論を進める。多くの国々がそれぞれの特許法又は著作権法を有する環境において、それぞれの国がこれらの法律によって自由競争の成立を抑制する範囲を、それぞれの国の領域を越えて設定するとどうなるか<sup>26)</sup>? それぞれの国境を越える場所において、複数の国の特許法又は著作権法が重疊的に適用されるこ

25) このような自由競争の成立を抑制する目的については、それが創作者本来の権利を保護することになる、創作又は創作に対する投資へのインセンティブを目論むものである、あるいは、企業の媒介行為に対する投資へのインセンティブを目論むものである等種々の考え方があるし、そのような考え方は、立法又は法解釈の態度に影響を与え得る。だが、いずれの考え方を採るにせよ、既に述べた観察の結果が変わるわけではない。

26) 知的財産権法の本質と準拠法選択との関係を浮き彫りにするために、いわゆる域外適用の可否に関する一般論を持ち出すことを意識的に避けつつ、このシミュレーションを行う。

図3

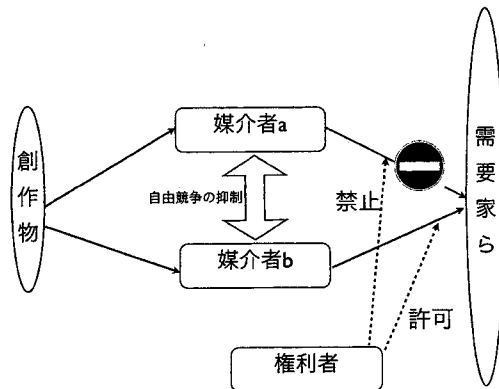
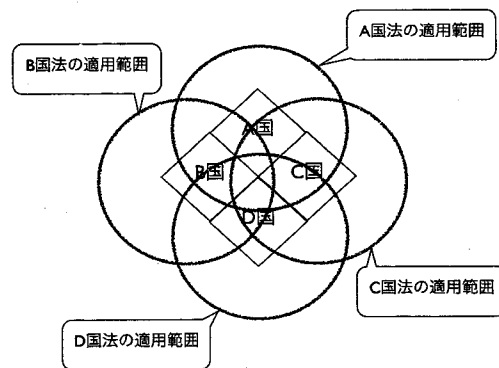


図4



とによって矛盾する結果が生ずる、という不都合が生ずる(図4)といつて終わりにするわけにはいかない<sup>27)</sup>。1つの国(A国)が、その特許法又は著作権法により、A国領域内の自

由競争に対して、制約を及ぼすか及ぼさないかという秩序を設定しようとしているのだ。その秩序に対して、他の国(B国)が、その特許法又は著作権法によって介入すること(図5)は許されてはならない<sup>28)</sup>。

パリ条約4条の2のいわゆる「特許独立の原則」が、ある国の特許法がある発明に与えた特許は、外国の特許法が同じ発明に特許を付与するか否かに限らず有効である(あるいは、ある国の特許法が特許を与えることを拒絶した発明は、外国の特許法が同じ発明に特許を付与するか否かに限らず、特許を与えられないままである)、という実質法上の意味を有することに疑いはない<sup>29)</sup>。しかるに、ある国の特許法がある発明に特許を付与し又は与えない(もしくは保護期間を終了させる)ことは、発明のimplementationへのアクセスを媒介する行為が競争的に行われる(はずの)場(以下、便宜的に「媒介のための競争の場」と称する。後に示すように、需要家はその「場」の外に居る可能性があるから、ことさらに、取引の当事者双方ともそこに居ることを含意し得る「市場」という表現を避けた)に対して、その国が制御を及ぼし又は及ぼさないことと「等価」だ<sup>30)</sup>。前者(特許の付与又は非付与)の反射的な効果として後者(自由競争の制御又は非制御)が生ずるのではない。特許権が自由競争の制御そのものである以上、自由競争を制御し又は制御しないという国家の

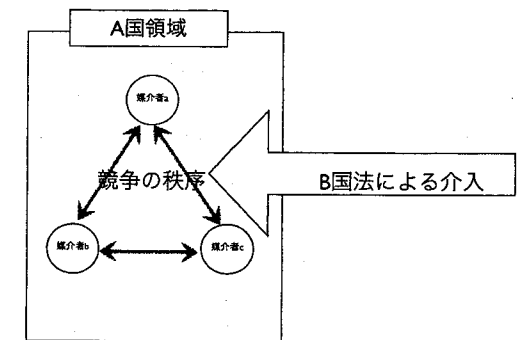
意思の現れが特許権の付与又は非付与だからだ。ならば、ある国の特許法がある発明に特許を付与し又は付与しないことの有効性が外国の特許法から独立であるということは、ある国の「媒介のための競争の場」に対して外国の特許法が介入することを許さないということと「等価」である。結局、パリ条約4条の2は、ある国の「競争の場」に対して外国の特許法を導入させない、つまり、ある国の「媒介のための競争の場」において生じた事件に対しては当該国の特許法を適用する、という準拠法選択のルール<sup>31)</sup>を設定していることになる<sup>32)</sup>。

著作権も、著作物へのアクセスを媒介する行為が競争的に行われる(はずの)場(これも、以下、便宜的に「媒介のための競争の場」と称する)に対する、国による制御と「等価」である。したがって、ベルヌ条約5条2項3文は、パリ条約4条の2と同じく、実質法上の意味と、準拠法選択のルールとしての意味を持つことになる<sup>33)</sup>。

## V 特許権又は著作権の侵害が主張されているケースにおける準拠法の選択

以上の議論によれば、特許権又は著作権の侵害が主張されているケースにおいて、準拠法を選択するためには、原告がいずれの国の特許法又は著作権法に基づく権利を持ち出す

図5



かにかかわらず、まず、特許権又は著作権の侵害に当たると主張されている行為が、いずれの国の「媒介のための競争の場」に自由競争を持ち込むものであるかを認識する必要がある。確かに、実体法上の請求権を基準にして訴訟物を認識するならば<sup>34)</sup>、一見、そのような結論が導かれるように見えかねない。だが、実体法説を採ったとしても、訴訟物は、準拠法選択の目的におけるいわゆる性質決定の過程を経て「同じ法的性質を持つものと認識された事実ごとに」1つと考えるべきだ。そう考えないと、原告の考え次第で準拠法が定まることになるから、国際私法による準拠法の決定は不要だというおかしな結論になる<sup>35)</sup>。カードリーダー事件最判は、「米国特許権に基づく差止め及び廃棄請求については、その法律関係の性質を『特許権の効力』と決定すべきである」(『』は筆者が付した)とする。どこの国の法律に基づくかということとは中立

31) せっかく明確になったルールに対して多義的な語を充てて意味を不鮮明にすることを避けるべく、「保護国法」という語はここでは持ち出さない。

32) 特許権の意味自体を前提問題として議論しない木棚・前掲注19)244頁～252頁は、パリ条約が準拠法選択のルールと無関係だとする。これに対し、特許権が市場の制御そのものだという正当な認識を前提とする石黒・前掲注3)127頁～419頁は、当然、反対の結論を示す。

33) 著作権の意味自体の議論を前提に置かない木棚・前掲注19)127頁～131頁、244頁～252頁は、ベルヌ条約についても、準拠法選択のルールを読み込まない。著作権が市場の制御だと認識する石黒・前掲注3)127頁～419頁は、当然、反対。条約がそこにある以上は準拠法選択のルールを読み込んだ方がよい(平成22年度著作権法学会研究大会[同年5月22日開催]における道垣内正人発言の趣旨)という実利もきりながら、特許権又は著作権が何であるかという根本的な問題を脇に置いたまま条約を読んだり国際私法上の議論をしていてよいのか、あるいは、このような根本的な問題を議論してその成果を国際私法の専門家に対して提供するという責任を知的財産権の専門家が果たして来たのか、という根本的な問題が背景にある。

34) いわゆる実体法説。なお、訴訟物論争については、例えば、新堂幸司『新民事訴訟法(第4版)』(弘文堂、2008年)293頁～314頁を参照。

35) カードリーダー事件最判が原審の誤りを指摘するとおり。

27) このような観察は、確かに間違っていない。だが、個別の国が設定する法秩序の独立性という視点が抜け落ちた観察である。ここからは、特許権又は著作権の侵害が主張されているときであっても、一般の不法行為の事件と同様に準拠法を選択すれば足りる、という結論しか導かれない。すると、我が国の領域内の市場を舞台とするはずの行為に対してうっかり外国法を適用してしまいかねない、ということになる。そうすると、案の定、我が国の法秩序に外国法が介入する結果が生ずることに気が付き、泥縄的に「公の秩序」を持ち出して、最終的には外国法による我が国の法秩序への介入をなんとかして排除しようとするに到る。最判平成14・9・26民集56巻7号1551頁(以下、「カードリーダー事件最判」と称する)の判決理由は、そうした混乱を含んでいる。

28) カードリーダー事件最判の判決理由中、(米国特許法に基づく差止め等を認めることが属地主義——この語にどういう意味を与えたのかは、曖昧でよくわからない——に反するという理由に比べると)付けたり的な書き方がされているものの、「また、我が国とアメリカ合衆国との間で互いに相手国の特許権の効力を自国においても認めるべき旨を定めた条約も存しないから、本件米国特許権侵害を積極的に誘導する『行為を我が国で行ったことに米国特許法を適用した結果我が国内での行為の差止め又は我が国内にある物の廃棄を命ずることは、我が国の特許法秩序の基本理念と相いれないというべきである』」とあるうち、筆者が『』を付した部分は、まったく正当である。なお、高部真規子「本判例解説」Law & Technology 19号(2003年)81頁は、前記『』部分に記述の重心を置く。

29) 木棚・前掲注19)124頁～127頁。

30) William M. Landes & Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law* (2003) を引くまでもない。条約及び各国の特許法の条文から明らかである。

に、単に『特許権の効力』といていることに注目すべきだ。

上記Ⅲの議論によれば、(どこの国の法律に基づくかということとは中立な)「特許権の効力」とは「媒介のための競争の場における自由競争を制御することの可否」という問題と等価だ。しかるに、上記Ⅳで議論したとおり、パリ条約もベルヌ条約も準拠法選択のルールを指し示しており、かつ、それらの条約は、我が国において自動執行性を持つ(憲98条2項)。これらの条約は、ある国の「媒介のための競争の場」を制御するか否かという秩序に対して外国の特許法又は著作権法の介入を認めない。ならば、特許権又は著作権侵害に当たると主張されている行為(カードリーダー事件最判のケースであれば、日本国内におけるカードリーダーの製造及び米国に向けた輸出)が、「どこの国の」、「媒介のための競争の場」に自由競争を持ち込むものであるかを認識すればよい。その国の特許法又は著作権法を適用するという結論が得られることになる。

カードリーダー事件最判は、条約が準拠法選択のルールを指し示していることを見落としたか、又はその確信が得られなかったがために、まずは、法例(現在であれば、法の適用に関する通則法〔以下、「通則法」と略称する〕)を見に行き、そこには直接の定めがないことを発見し(通則法にも規定はない)、結果、条理に基づいて判断しようとした(「特許権の効力の準拠法に関しては、法例等に直接の定めがないから、条理に基づいて、……」)<sup>36)</sup>。仮に、条理に基づいて準拠法を選択するのだとしても、最高裁自身が性質決定したとおり、問題は(どこの国の法律に基づくかということとは中立な)「特許権の効力」(あるいは、著作権侵害が主張されているのならば〔どこの国の法律に基づくかということとは中立な)「著作権の効力」)なのだから、やはり、特許権又は著作権侵害に当たると主張されている行為が、「どこの国の」、「媒介の

ための競争の場」に自由競争を持ち込むものであるかを認識し、その上で、その国の特許法又は著作権法を適用することになるはずだ。カードリーダー事件最判のように、ある国で登録された特許権の効力が争われているからといって、その国の特許法を準拠法としたのでは、その前段階でせっかく行ったはずの、どこの国の法律に基づく権利が当事者によって主張されているかとは中立的になされた性質決定のプロセスを無駄にしたことになる。

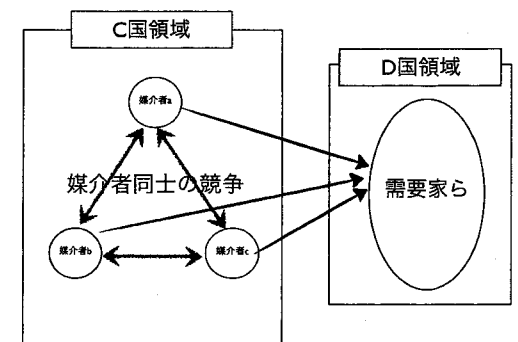
先に進む。では、特許権又は著作権の侵害に当たると主張されている行為が、「どこの国の」媒介のための競争の場に自由競争を持ち込むものであるかをどうやって認識するか? 従来は、それが自明な場合が多かった。発明をimplementした製品を製造したり、販売したり、著作物を複製したり、複製物を販売したりするという行為が行われている場所は、物理的に、はっきりしていた。

では、発明をimplementした製品の製造、あるいは著作物の複製といった行為がC国内で行われているが、それにより作り出された製品の需要家もつぱらD国内に所在するときはどうか(カードリーダー事件最判のケース)? つい、D国内に自由競争が持ち込まれたと考えそうになる。だが、上記Ⅳで議論したとおり、パリ条約及び特許法又はベルヌ条約又は著作権法が着目しているのは、需要家ではなく、媒介行為そのものである。需要家が外国に居るからといって、媒介行為の場所が勝手に動くわけではない。媒介行為つまりbridgeの所在はC国内のままでなければならない。そこには、確実に、外国の需要家に向けて、競いあって製造、複製等を行う企業群が存在し、特許法又は著作権法は、そのような自由競争に対する制御を行い、又は行わないこととする(図6)。とりわけ、特許法が、自国内に実施行為を誘導するための産業政策であるという色彩を帯びるとすれば<sup>37)</sup>、ますます、

需要家の所在によって準拠法の選択が左右されるという考えは不合理だ。

確かに、現在ますます盛んになりつつある、著作物の複製がウェブサーバにアップロードされて、世界中でダウンロード可能とされるようなケースでは、どこの国に媒介活動の自由競争が持ち込まれたのかを認識することが難しくなる。このようなケースでは、アップロードを行う者がどこに所在し、また、ウェブサーバがどこに所在するかに関係なく<sup>38)</sup>、媒介行為を行う者同士の自由な競争が生ずる。だから、媒介活動の自由競争がアップロードを行う者の所在地に持ち込まれたと言い切ることはできないし(もちろん、持ち込まれている可能性もある)、ウェブサーバの所在地に持ち込まれたと言い切ることもできない(持ち込まれている可能性もある)。他方、特許権も著作権も媒介行為の自由競争を制御する仕組みなのだから(前述Ⅲ)、ダウンロードをする(または、なし得る)者がそこに居るというだけで、そこに媒介活動の自由競争が持ち込まれたと結論するのも早計だ。具体的な事案ごとに、媒介活動の所在を丹念に探る必要がある<sup>39)</sup>。少なくとも、典型的なクラウド・コンピューティング・サービスを前提とするときは、情報をダウンロードする者にとっては、媒介者があたかも自らの頭上に位置する雲の如くあり、そこから慈雨のごとく情報が降ってくるように感じられるのだし、媒介者もそれを狙っているのだから、媒介行為の自由競争が持ち込まれた地、つまり、雲の所在地は、情報をダウンロードする者の所在地と考えることがで

図6



きる場合が多いと予想できる。

なお、特許権又は著作権の侵害に基づく損害賠償請求について、我が国において民法上の不法行為を根拠とするからといって、差止請求と別の手順(つまり、通則法17条による)で準拠法を選択することは、準拠法選択の場面で実質法を見ているに等しいから相当ではない<sup>40)</sup>。もっとも、仮に通則法17条によったとしても、「加害行為の結果」が発生した地というのは、「媒介行為に自由競争が持ち込まれた地」以外のなにものでもないのだから、結論は変わらない。もちろん、先にクラウド・コンピューティング・サービスについて述べたとおり、その地を認識するために需要家の所在を勘案すべきケースが多々あることを否定はしない。

## Ⅵ 裁判管轄について

与えられた分量を既に著しく逸脱しているから、簡単な指摘に留める。

38) そもそも、クラウド・コンピューティングの普及は、アップロードを行う者の所在も、ウェブサーバの所在も、無意味にしてしまう。濱野敏彦「クラウド・コンピューティングが変える法律実務①クラウド・コンピューティングの概念整理(1)」NBL918号(2009年)24頁参照。

39) しばしば ubiquitous infringement と呼ばれるが正確には multi-territorial infringement(s) と呼ぶべき事態における準拠法選択について、CLIP Principles for Conflict of Laws in Intellectual Property (Second Preliminary Draft, available at <http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/draft-clip-principles-06-06-2009.pdf>) Article 3: 603 も、ALI Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes § 321 も、『日本法の透明化』グループによる提案(弘文堂より近刊予定)の302条も、簡単に結論を出すことなく、このような探索をなすための要素を提示するという考え方を示す。もっとも、そこから、適用される準拠法を強引に1個又は少数に絞り込もうとするならば、準拠法選択における正義が損なわれることになる。だが、いずれの提案も、準拠法について law or laws と複数となる可能性を認識した表現を採用する慎重さを備える。

40) 石黒・前掲注3)371頁～376頁も参照。

36) この判断経路には賛成しないが、同情はする。實は、具体的な事件の解決を見据えたかたちで特許権又は著作権の本質を議論してこなかった知的財産権法の専門家らにある。

37) 中山信弘『工業所有権法(上)〔第2版増補版〕』(弘文堂、2000年)32頁～51頁。

## 知的財産事例による独禁法の覚醒

東京大学教授 白石忠志

## I 本稿の内容

独禁法には、議論を覚醒する機能がある。知的財産法をめぐる議論もその例外ではなく、独禁法によって覚醒され、あるいは、既に起こりつつあった議論が独禁法によって後押しされることがよくある。

このことは、以前から指摘されていたことであった。

独禁法による覚醒が進み、知的財産が独禁法の聖域でなくなって、「知的財産関係独禁法事例」が増えると、今度は逆に、そのような知的財産事例によって独禁法一般の眠れる議論が覚醒される例も、いくつか観察されるようになった。

本稿は、以上のようなことを明らかにし、知的財産事例による独禁法の覚醒の典型例として、搾取規制（優越的地位濫用規制）をめぐる議論の展開を少々紹介するものである。

## II 独禁法による知的財産法の覚醒

## 1 覚 醒

知的財産の法的保護によって、不当な模倣・ただ乗りが防止され、創作活動や信用増進活動が促進されて競争の活発化につながる、と指摘されることがある。だから知的財産法と独禁法は共通の政策目的をもっている、というのである。確かにそのとおりであるが、芥川賞によって文学作品の競争が活発化するから芥川賞も競争政策の一種だ、と述べるのと同じで、わざわざ言うほどのことか、当たり前ではないか、という印象を拭えない。

むしろ、「知的財産法と独禁法」という場合、その議論の多くは、知的財産法にとって上記とは全く逆の方向のもの、すなわち、独禁法・競争政策の観点からの知的財産保護の縮減、という問題を扱ってきた。保護することが競争政策である、という方向ではなく、その逆で、過度の保護を縮減して是正することが競争政策である、という方向での議論である<sup>1)</sup>。

1) 白石忠志『「知的財産法と独占禁止法」の構造』中山信弘先生還暦記念『知的財産法の理論と現代的課題』（弘文堂、2005年）。

民事訴訟法及び民事保全法の一部を改正する法律案（閣法第34号、平成22年3月2日国会提出）には、3条の5第3項として「知的財産権……のうち設定の登録により発生するものの存否又は効力に関する訴えの管轄権は、その登録が日本においてされたものであるときは、日本の裁判所に専属する」という規定がある<sup>41)</sup>。

では、特許権侵害訴訟等が特許権の登録国でない国の裁判所に係属したときに、いわゆる無効の抗弁（我が国特許法ならば104条の3）を提出することは許されるか？ 我が国特許法104条の3第1項が「当該特許が特許無効審判により無効にされるべきものと認められるときは」という、裁判所に行政処分のsimulationを求めるかのごとき表現を採用していることに照らすと、外国の裁判所がそれを判断することが相当ではないのではないかと、という疑いが生じ得る。だが、いわゆる無効の抗弁が、権利濫用の抗弁<sup>42)</sup>と実質的には異ならない機能を果たしている以上、外国の裁判所がそれを判断することを不可と考えるべき理由はない<sup>43)</sup>。

次に、特許権等の移転登録手続請求の裁判管轄は、どう考えるべきか？ 上記法律案によれば、登録地の裁判所の専属管轄に属することになるというのが素直な読み方だ。これに対しては、一般的には特許権等の移転登録手続請求が通常の財産権の帰属に関する争いに伴うものにすぎない以上、登録地の裁判所の専属管轄に服させる必要がないとの実務家の主張がある<sup>44)</sup>。もっとも、特許権等の財産権登録制度は、国がその領域の市場における取引を安定させるためのインフラストラクチュアとして用意しているものであること、したがって、登録制度に対する信用を維持することが国の権限でありかつ義務でもあることからすると、このような主張に左袒することには躊躇を覚える<sup>45)</sup>。ある権利の移転登録は、当事者だけに影響するのではなく、その登録に依拠して行われる以降の譲渡、担保権設定、倒産手続等にも大きく影響するというのを忘れてはならない。

（てらもと・しんとう）

41) ハーグ国際私法会議の1999年条約案12条4項も同様。

42) 我が国民法1条3項、また、同条項導入の契機となったといわれる最判平成12・4・11民集54巻4号1368頁（いわゆる「キルビー特許事件」）も参照。

43) もっとも、特許庁における審査、審判、そして審決取消訴訟という一連のトラックは、一連の行政処分と、それに対する裁判所によるレビューだから、もっぱら、マニュアル（典型的には、わが国特許庁の特許・実用新案審査基準）と先例に従った効率性が重んじられ、個々のケースの個性には大きな比重が置かれられない傾向が生じ得る。そもそも、個々のケースの個性を重視しすぎると、行政の効率性が損なわれ、ひいては国民の利益に反することになる。一方、侵害訴訟とそこにおける無効の抗弁というトラックは、典型的な民事訴訟の1つだから、先例を十分に参酌しつつも、個々のケースの個性を重視して、具体的なケースに対して妥当な結論を導こうとする傾向が生じ得る。前者のトラックのマニュアルを修正せよという事実上の勧告は、そのトラックの延長上にある審決取消訴訟のみならず、後者のトラックからも得られる。個別のケースに対して妥当な解決を図る過程から得られた知見を前者のトラックのマニュアルに反映することで、マニュアルの硬直化を防ぐことは、行政と司法のチェック・アンド・バランスを維持するためにも相当な手段だ。そう考えるならば、我が国特許法104条の3第1項が「当該特許が特許無効審判により無効にされるべきものと認められるときは」と規定していることは、裁判所が、前者のトラックのあるべき姿をシミュレートして判断を下すことによって、前者のトラックのマニュアルに対して事実上の勧告を与えることが期待されていると読むことができる。もちろん、それは勧告（それも「事実上の」）にすぎないのだから、行政側からの抵抗もあり得べきことだし、それがあってはならないというわけでもない。もちろん、延々と抵抗がなされることで効率性が妨げられるならば、それは、本来の行政のあるべき姿を見失うことになる。条文の成り立ちの背景に裁判所と特許庁との主導権争いがあったと考え得ること（村林隆一「特許法第104条の3の解釈論——最高裁平成12年4月11日判決（民集54巻4号1368頁）に因んで(3)」パテント57巻11号〔2004年〕48頁）へのこだわりからは離れて、その文言を素直に読むことによって、あるべき行政と司法との関係を追求すべきだ。

以上は、印象論にとどまるが、制度設計上は無視できないことと考える。この問題については、穴戸充弁護士による審決取消訴訟の裁判官と侵害訴訟の裁判官の思考パターンの相違についての観察からも大きな示唆を得た。

44) 大野聖二ほか「〔座談会〕知的財産実務にみる国際裁判管轄」Law & Technology 48号（2010年）4頁。

45) 大野ほか・前掲注44)21頁【小島立発言】参照。