

# 特許権に係る属地主義の原則

早稲田大学教授 鈴木 將文



## 要約

本稿は、特許権に係る属地主義の原則についての基礎的事項を、法的観点から検討する。

私見では、特許権に係る属地主義とは、特許権の効力が当該特許権を付与した国（または複数国にまたがる地域）の領域内においてのみ認められるという実質法上の属地主義と、特許権の成立、移転、効力等については保護国法によるという抵触法上の属地主義とからなる。そして、両者の関係は、実質法上の属地主義が国際法に基づき要請され、これと整合する抵触法上のルールとして、必然的に保護国法主義という抵触法上の属地主義が要請されるというものであると考えられる。

特許制度がグローバル化に適切に対応するためには、属地主義を前提としつつも、これを緩やかに解し、実施概念等についての解釈（場合によっては立法）を通じて対応していくことが現実的かつ有益と考える。

## 目次

1. 序
2. 属地主義の法的位置づけ
  2. 1 属地主義とは
  2. 2 属地主義の法的根拠
    - (1) 総論
    - (2) 内国民待遇原則・特許独立の原則
    - (3) 属地主義を前提としている諸制度・規定
    - (4) 各国の制度運用
    - (5) 結論
  2. 3 属地主義と準拠法選択の関係
3. 「市場地法説」について
4. 結語

## 1. 序

本稿は、属地主義の原則（以下、単に「属地主義」という。）についての基礎的事項を、法的観点から検討する。一般に、属地主義は、いわゆる登録型の知的財産権および著作権について認められると解されているが、ここでは、特許権に係る属地主義に焦点を当てる<sup>(1)</sup>。

我が国の裁判実務では、最高裁判所の判決をはじめとする多くの裁判例が、特許権について属地主義が適用されることを確認している<sup>(2)</sup>。実際、国内外において発明に関係する活動を行う事業者等は、特許権の取得、侵害の回避、ライセンス、権利行使等の特許に関係するあらゆる面で、属地主義を前提とする行動をとっていると考えられる。わが国における実務上の争点は、最近のドワング事件で問題となったように、この原則を前提としつつ、これをどの程度柔軟に適用できるかという問題であるといえる<sup>(3)</sup>。

しかし、学界では、そもそも属地主義は法的に要請される原則とはいえ、これにとらわれることなく、法の解釈・適用をすべきであるとする見解が、以前から唱えられている<sup>(4)</sup>。そして、近年、上記の見解に立ちつつ、全面的に国外で行われる行為であっても我が国の特許権の侵害と認めることができる旨を明言する説が、有力に主張さ

れている。具体的には、行為による結果発生地、すなわち「市場地」が日本であれば、行為地に関わらず、準拠法選択により、当該行為に我が国特許法を適用して我が国の特許権の侵害を問うことができるとする説（以下、「市場地法説」という。）である<sup>(5)</sup>。

市場地法説は、昨今のデジタル化・グローバル化の一層の進展に対応して、特許権の実効的な保護を図ることを目指して、新たな解釈論を提示するものであり、その意図は理解できる<sup>(6)</sup>。しかし、市場地法説が前提とする、属地主義の法的意義を否定する考え方は、適切なのだろうか。属地主義は、一国の政策的判断により「脱却」できるような、脆い原則なのであろうか。また、実質的にも妥当性を欠く、意味のない原則なのであろうか。属地主義の否定から導かれる市場地法説に、問題はないのだろうか。このような問題意識を背景として、本稿では、実務的には定着している属地主義について、そもそも論を、あえて論じることとしたい。

以下では、まず、属地主義の法的位置づけについて検討する。そのうえで、市場地法説についての疑問点を示すことを通じて、属地主義が実質的にも意義のある原則であることを述べることにしたい。

## 2. 属地主義の法的位置づけ

### 2. 1 属地主義とは

多くの論者が指摘してきたとおり、属地主義は多義的な用語である。その中で、最高裁判決は、「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を意味する」と述べている<sup>(7)</sup>。この説明については、一般に、前半（「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」）が抵触法上の原則、後半（「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」）が実質法上の原則をそれぞれ述べたものと解されている<sup>(8)</sup>。

私見では、特許権に係る属地主義とは、特許権の効力が当該特許権を付与した国（または複数国にまたがる地域<sup>(9)</sup>）の領域内においてのみ認められるという実質法上の属地主義と、特許権の成立、移転、効力等については保護国法（発明の利用行為ないし侵害行為が行われる国の法）によるという抵触法上の属地主義とからなる。そして、両者の関係は、実質法上の属地主義が、国際法に基づき要請され、これと整合する抵触法上のルールとして、必然的に保護国法主義という抵触法上の属地主義が要請されると考えられる<sup>(10)</sup>。

### 2. 2 属地主義の法的根拠

#### (1) 総論

さて、属地主義はいかなる法的根拠に基づくのだろうか。歴史的経緯として、特許権が君主から付与される特権として認められたことにより、その効力は当然に君主が統治する領域内に限られたという事情はある。しかし、ここで問題にするのは、属地主義が、現在有効な法に支えられる原則といえるか、である。

最高裁は、属地主義の法的根拠を明確にしていない。カードリーダー事件最判を担当した調査官は、「属地主義は、内国規範であり、国家を超えたレベルで属地主義があるわけではない」と説明している<sup>(11)</sup>。また、わが国では、特許権の属地主義について、法的根拠があいまいな、あるいは具体的法的根拠を欠く、一種の政策判断として選択されているにすぎないという論者が多いように見受けられる<sup>(12)</sup>。

わが国が締結している条約上、属地主義自体を正面から言明する規定が見られないのは、確かである。しかし、以下に述べるように、属地主義（特に実質法上の属地主義）は、特許制度に関係する条約において、多くの規定の前提となるとともに、これを確認する規定も設けられており、国際法上の規範と認めるべきである。

#### (2) 内国民待遇原則・特許独立の原則

学説上、属地主義を根拠づける規定として挙げられることの多い、内国民待遇原則と権利独立の原則については、次のように考える。

まず、内国民待遇（パリ条約2条・TRIPS協定3条）は、条約締結国の国民に対し、自国民に与える待遇よりも不利な待遇を与えてはならないとの原則である。一部論者によって、この原則は、属地主義（主として、抵触法

上の属地主義としての保護国主義)を根拠づけると主張されている<sup>(13)</sup>。しかし、内国民待遇原則は、(条約締結国の)外国人と自国民とに対する待遇の同等性を求めるにとどまり、待遇の具体的内容を特定するものではなく、同原則から、特許権の効力の地理的制限や保護国法主義を導くことはできないと考えられる<sup>(14)</sup>。パリ条約2条の定める内国民待遇は、不正競争の防止にも適用があり(同条約1条2項参照)、かつ、不正競争行為については属地主義が適用されないと一般に解されていることから、内国民待遇と属地主義を結びつけることには問題がある<sup>(15)</sup>。

次に、特許独立の原則(パリ条約4条の2)を属地主義の根拠として挙げる見解は、国内外で有力である<sup>(16)</sup>。確かに、例えば、同一発明についてA国特許権およびB国特許権が併存し、A国でA国特許権者が特許発明を実施する行為について、A国裁判所において、B国特許権者がB国特許権の侵害を主張してこれが認められるのは、独立原則に反するという考え方があり得ると思われる(ただし、特許権の性質を専用権説によって理解することが前提となろうか)。他方、特許独立の原則が求めているのは、複数国による同一発明の扱いの独立性であり、例えば上記の例で、B国では当該発明について特許出願もなされていないような場合に、A国特許権の効力がB国の領域内にまで及ぶと解しても直ちに特許独立の原則に反することにはならないと思われる。したがって、特許独立の原則のみから特許権の属地性を一般的に導くことは難しいと考えられ、同原則は、属地主義(実質法上の属地主義)を部分的に基礎づけるものと理解することが妥当と思われる。

### (3) 属地主義を前提としている諸制度・規定

属地主義を前提としている諸制度・規定は、多数存在する。以下に例を挙げる。

①パリ条約5条の3 特許付与国の領域内に一時的または偶発的に入った船舶等における特許発明の実施について、特許権侵害を否定するこの規定は、特許権の効力が特許付与国の領域内に及ぶという原則に対する例外として定められていると解され、特許権の属地性を示していると考えられる。

②TRIPS協定28条1項 特許権の効力を定める同規定は、例えば物の発明に係る特許の場合、「当該物の生産、使用、販売の申出若しくは販売」または「これらを目的とする輸入」に権利が及ぶ旨を定めている。「これらを目的とする輸入」という文言から、使用等の行為は国内で行われるものが想定されていると解するのが、素直な解釈であろう。

③特許協力条約2条(iv) 同規定は、特許権の効力の地理的範囲が国の領域であることを前提としているとともに、同条(iii)の定める「国内特許」が1か国において効力を有する特許を意味することを示している<sup>(17)</sup>。

④パリ条約5条A、TRIPS協定31条および31条の2等 これらの規定は、いわゆる強制実施権に関するものである。強制実施権の制度は、特許権の属地性と深く結びついている。すなわち、元々強制実施権は、国家が特許権を付与する以上、国内で特許発明を実施させ、国内産業の技術水準を向上させるという特許制度の趣旨との関係で、国内での発明実施を強制するための手段として、パリ条約に定められた<sup>(18)</sup>。

そして、強制実施権発動の要件を詳細に定めるTRIPS協定31条は、(f)項において、「主として当該他の使用〔強制実施権が対象とする実施形態を意味する。〕を許諾する加盟国の国内市場への供給のために許諾される」旨を定めている。この要件は、端的に言えば、輸出目的の実施行為について強制実施権を利用してはならないということであり、その背景には、強制実施権に基づき生産された相対的に低廉な製品が、特許権者の権利が及ばない国に供給されたり、権利が及ぶ国であっても国際消尽が認められて供給されたりすることへの懸念があったと思われる。

しかし、TRIPS協定31条(f)の要件は、WTOにおいて、20世紀末以降、公衆衛生との関係で大きな問題となった。HIV等の感染症への対応に迫られた途上国が医薬品(特許の対象となっている創薬)を求めたところ、多くの国は自国で薬品を生産する能力がないため、他の生産能力を持つ国(主として、インド、ブラジル等の新興国)に生産してもらおうとしたが、上記要件との関係で、後者の国が他国への輸出を目的とする生産のために強制実施権を発動することができず、結局、医薬品を必要とする国に強制実施権を活用して薬を供給することが困難であるという問題が生じたためである。この問題については、2001年のWTOドーハ閣僚会議で議論され、「TRIPS協定と公衆衛生に関する宣言」により、生産能力が不十分な国に配慮した強制実施権の制度についての検討が行わ

れることとなった。そして、その後の交渉を経て、2005年にTRIPS協定が改正され、31条の2が設けられ、同規定は2017年に発効した。

TRIPS協定31条の2は、同協定31条(f)の要件に対する例外として、医薬品を他国に輸出するための国内生産についても強制実施権の設定を認めるための特例を定めている。そして、属地主義との関係で特に注目されるのは、31条の2第3項である。すなわち、同規定は、締約国の半数以上が後発途上国である地域貿易協定の締約国である途上国又は後発途上国が、同じ協定の締約国である他の途上国又は後発途上国に医薬品を輸出するために強制実施権を設定する場合には、31条(f)を適用しない(31条の2第1項の特例を受ける必要がない)旨を定め、「このことは、関係する特許権の属地的な性格(the territorial nature of the patent rights in question)に影響を及ぼすものではないと了解する」としている。この文言は、実質的には、同協定31条の2第3項が適用される場合であっても、輸入国側に対応特許権が存在する場合、輸入国においても強制実施権の設定が必要であることを確認している点に、意義がある<sup>(19)</sup>。

以上のような、WTOにおける強制実施権を巡る経緯は、特許権の属地主義との関係でも大きな意義を持つ。すなわち、第一に、A国への輸出を目的としてB国で製品を生産する場合において、当該製品がA国およびB国のいずれにおいても特許権の対象とされているとき、B国における生産行為について許諾が求められるのはB国特許権であるとの理解を前提に、交渉が行われ、TRIPS協定31条の2に基づく制度が構築されたということである。問題を先取りしていえば、この理解に対し、後に検討する市場地法説の考え方は整合しない。市場地法説によれば、上記の場合、B国特許権でなく、むしろA国特許権についての強制実施権が必要となると考えられるためである。しかし、そのような措置は、WTO加盟国の理解と異なるだけでなく、B国内の行為に対してA国が強制実施権を発動できるのかという、強制実施権制度の根幹に関わる問題を惹起することになる。

第二に、条約上、「特許権の属地的な性格」という文言が明記されたことである。この文言は、直接的には「関係する特許権」について述べているが、文脈に照らすと、一般的に特許権が属地的な性格を持つことから、当然に、関係する特許権も属地的性格を持つという趣旨の定めと解される。TRIPS協定31条の2第3項は、特許権の属地主義の根拠規定という性格のものではないが、属地主義を明示的に確認した規定として注目すべきである。

#### (4) 各国の制度運用

属地主義が国際法規範となっていることを間接的に示す事情として、各国の法令およびその運用が、特許権の属地主義を前提としたものとなっていることも指摘できる。例えば、米国、英国、ドイツ等は、特許法上、特許権の効力が国の領域内のみ及ぶことを示す規定を有している<sup>(20)</sup>。

#### (5) 結論

以上を踏まえると、特許権の属地主義(特に実質法上の属地主義)は、条約により部分的に根拠づけられるとともに、条約において明示的に確認され、かつ、多くの条約上の規定の前提となっているといえる<sup>(21)</sup>。したがって、属地主義は、条約上の要請といってよいと思われる<sup>(22)</sup>。また、仮に理論的観点から、この程度では条約に位置付けられているとまではいえないということであれば、慣習国際法と捉えてよいのではなかろうか<sup>(23)</sup>。

### 2. 3 属地主義と準拠法選択の関係

以上のように、特許権について実質法上の属地主義および抵触法上の属地主義(としての保護国法主義)が、国際法上認められるというのが、私見である。

これに対し、国際法のレベルにおける属地主義を認めるか否かとは別の問題として<sup>(24)</sup>、国内実質法に属地主義が採用されている場合、渉外的要素を持つ特許権侵害訴訟における準拠法選択および侵害成否の判断にどう関係するかが議論されているので、簡単に触れておきたい。例えば、わが国の特許法につき、特許権の効力をわが国の領域内に限るとの立場をとっていると解されるとして、わが国裁判所において、(国際裁判管轄が認められることを前提として)外国の行為についてわが国特許権の侵害を認めることがあり得るか、という問題である。妥当か否か

ではなく、理論的に可能か否かという観点から検討する。

この問いに関し、国際私法研究者の意見は分かれている。大まかには、以下の二つの基本的な考え方に分けることができると思われる。

第一に、準拠法選択において、適用する実質法の地理的適用範囲についての定めは無視されとし、したがって特許権の属地性は否定されとする見解がある<sup>(25)</sup>。この立場の論者は、実質法の属地主義が当然に特定の準拠法選択ルールに結び付くことを否定するとともに、準拠法として選択された特許法（上記例では、日本の特許法）における地理的領域の限界に係る規定（意思）、すなわち特許権の属地性は無視されとする。この見解に対しては、有力な国際私法研究者からの異論もある<sup>(26)</sup>。

第二に、準拠法選択において、実質法上の属地主義を踏まえた選択を行うとともに、選択された法の地理的限界を含めて（権利の属地的性格を踏まえて）適用をする見解も多い<sup>(27)</sup>。

国際私法を専門としない筆者としては、上記2説の当否を論じる能力を持たないが、第1説にしたがい準拠法選択の結果として特許権の属地性を否定することについては、結果的に、侵害事件において特許権の属地性が一切否定されることになり、国際法上の規範が無視されることから、妥当でないと考える<sup>(28)</sup>。現に、第1説を述べる国際私法研究者も、特許法を公法的法規または強行的適用法規ととらえることにより、特許権の属地性と整合する法適用を行うことを示唆している<sup>(29)</sup>。

私見としては、属地主義を肯定し、かつ、準拠法選択については第2説によるのが妥当と考える（実務上は、国際的にこちらが主流と思われる。）<sup>(30)</sup>。

### 3. 「市場地法説」について

最後に、属地主義に関し、私見と対極にある立場を前提とする市場地法説について、若干述べることにしたい。

本稿の冒頭で言及したように、市場地法説とは、行為による結果発生地、すなわち「市場地」が日本であれば、行為地に関わらず、準拠法選択により、当該行為にわが国特許法を適用してわが国の特許権の侵害を問うことができるとする説である。具体的には、この説によると、次のような事例について、わが国特許権の侵害を認める可能性がある。

〈設例〉Xは日本で特許権を有している。Yは、A国内の工場で、Xの特許発明をXに無断で利用して、明らかに日本向けの用途のみを有する製品を生産している。Xは、日本の裁判所（国際裁判管轄が認められるとする。）に特許権侵害訴訟を提起し、Yの生産行為の差止めと損害賠償を請求した。

市場地法を提唱する論者は、上記設例につき、XがA国において特許権を有しているか否かに関わらず、「Yが日本市場をターゲットとした実施行為を行っており、その結果が日本で発生する蓋然性が極めて高いと判断される場合には、日本法が準拠法として適用されるべきである」（そして、日本の特許権の侵害を主張し、請求を認めてもらうことが可能である）と論じている<sup>(31)</sup>。

これに対し、私見では、この設例については、発明の利用地であるA国（保護国）の法を適用し、XがA国に特許権を有していればその特許権の侵害の成否を審理することになる<sup>(32)</sup>。

仮に、市場地法が上記の設例で日本の特許権の侵害を認める可能性を肯定する場合、種々の疑問点を感じざるを得ない。以下、主なものを挙げてみよう。

- ・仮にYが日本の特許法に基づき先使用権を主張する場合、どのように処理すべきか（特に、特許法79条の定める「日本国内において」という文言をどのように解釈・適用するか。）。
- ・Yが、日本向け製品だけでなく、B国向けの製品も同時に生産している場合、どのように処理するか。
- ・Yが、A国において同一の発明について特許権を有している場合、その事実をどのように評価するか。
- ・A国において、同一発明についてZが特許権を有しており、YがZからライセンスを受けて日本向け製品を生

産していた場合、その事実をどのように評価するか。YがZからライセンスを受けておらず、A国裁判所でZから特許権侵害訴訟を提起され、これが認容された場合、日本における特許侵害訴訟で、その事実は考慮されるか。

- ・設例と異なり、日本において、Yが米国およびドイツ向けの製品を生産しており、当該行為は、その製品に利用されている発明に係るXの米国特許権と欧州単一特許権を侵害するとして、Xが特許権侵害訴訟を日本の裁判所に提起した場合、日本の裁判所は、米国特許法およびEU単一特許規則における特許権の効力に対する地理的制限の定めを、どのように扱うべきか。
- ・設例と異なり、日本において、YがC国向けの製品を生産しており、当該行為はXのC国特許権を侵害するとして、Xが特許権侵害訴訟を日本の裁判所に提起した場合において、C国では新規性要件について世界公知でなく国内公知が基準とされており、C国特許権の出願時に、その対象である発明が、日本では公知であった（しかしC国では非公知であった）とき、日本の裁判所は、どのように処理するべきか。
- ・解釈上の問題として、少なくとも差止請求との関係では、準拠法決定における結果発生地とは、発明の実施行為が行われた地と解すべきではないか<sup>(33)</sup>。

以上は、疑問点の例であり、実際には、さらに種々の問題を解決する必要があると思われる。既述のとおり、市場地法説の意図は理解できるが、同説を純粹に貫くと、現実のビジネスに多大な不確定要素を持ち込み、かえって国際的な経済活動の妨げになりかねないのではなからうか。予測可能性という現実のビジネスにとって切実な要請に応えるためには、やはり属地主義を前提として、行為地を基準とする保護国法主義にしたがうことが、基本的には適切ではなからうか。

#### 4. 結語

本稿では、特許権に係る属地主義について、基礎的な考察を行った。主として、法的根拠に焦点を当て、属地主義が法的根拠を有することを論じた。さらに、実質的にも、特許権の属地主義は、事業者等特許に関わる主体にとっての予見可能性の確保の観点から利点があり、かつ、現実それを前提としてビジネスが動いているという実態に配慮すべきである。

付言すると、近年、標準必須特許をめぐる一種のフォーラムショッピングや国家間の紛争解決権限に係る争いが生じていることに照らせば<sup>(34)</sup>、属地主義という枷がはずれ、諸国が自国特許権の効力を国外に及ぼし始めれば、特許権に関する紛争処理が国際的に無秩序状態になりかねないことが危惧される。

他方、本稿で属地主義について論じた意図は、属地主義の厳格な適用を求めることではない。むしろ、特許制度が経済活動のデジタル化・グローバル化に適切に対応することが喫緊の課題となっている中、属地主義についてあいまいな認識のまま議論を展開するのではなく、その法的位置づけを確認したうえで、国際的にも調和のとれた現実的な対応を検討することに役立てたいということである。

筆者としては、すでに別稿で述べたように、属地主義は、かなり柔軟に適用することが許される原則であると考えている<sup>(35)</sup>。この点は、本稿で検討した国際法上の規範や海外における議論に照らしても、十分可能な解釈と考えられる。我が国としては、属地主義を前提としつつも、これを緩やかに解し、実施概念等についての解釈（場合によっては立法）を通じて対応していくことが、現実的かつ有益と考える。また、長期的には、地域的な特許制度の構築に向けた検討も進めるべきであろう。

#### (注)

(1) 以下、「属地主義」は、特に断りのない限り、特許権に係るそれを意味する。なお、筆者は、特許権に係る属地主義に関する議論をそのまま他の知的財産権に（著作権はもとより、他の産業財産権にも）応用することには慎重であり、それぞれの権利・制度ごとに検討する必要があると考えている。

(2) 最高裁判決として、最判平9・7・1民集51巻6号2299頁（BBS事件）、最判平14・9・26民集56巻7号1551頁（カードリー

- ダー事件)。
- (3) 知財高判令 4・7・20 平成 30 (ネ) 10077 号 (ドワンゴ第 1 事件)、知財高 (特別部) 判令 5・5・26 令和 4 (ネ) 10046 号 (ドワンゴ第 2 事件) 参照。
- (4) 出口耕自「競争法・知的財産法」国際法学会編『日本と国際法の 100 年第 7 巻国際取引』118、130 頁 (三省堂、2001) (属地主義を「ありもしない『原則』』という。)、同「判批」コピライト 501 号 30 頁 (2003) (「最高裁は、判例変更によって属地主義という概念を否定すべきである」と述べる。)、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」上智法學論集 45 巻 1 号 1、9 頁 (2001) (「知的財産法上の」属地主義とは、「一定の結論そのものを指すもの」であり、「条約等によって実定化された根拠について疑義を残している」とする。)、駒田泰土「『属地主義の原則』の再考」日本工業所有権法学会年報 27 号 1、12 頁 (2004) (属地主義は「ドグマ」であり、これに拘泥する必要はないとする。) 等。
- (5) 愛知靖之「IoT 時代における『属地主義の原則』の意義—『ネットワーク関連発明』の国境を越えた実施と特許権侵害」牧野利秋編『最新知的財産訴訟実務』262 頁 (青林書院、2020)、同「特許権の越境侵害—近時の二つの裁判例を素材として—」特許研究 74 号 6 頁 (2022)、同「続・特許権の越境侵害—知財高判令 4・7・20 平成 30 (ネ) 10077 号の検討を中心に—」法学論叢 192 巻 1~6 号 275 頁 (2023) (「属地主義からの脱却」を意図し、特許権侵害の準拠法につき、差止請求および損害賠償請求のいずれについても不法行為と性質決定したうえで、法の適用に関する通則法 17 条により加害行為の結果発生地の法を適用すべきであるとする。そして、結果発生地とは、特許発明に対する需要が奪われた、または奪われるおそれが生じた地、すなわち市場地であるとする。)。また、小島立「準拠法—(1) 知的財産権侵害の準拠法」河野俊行編『知的財産権と涉外民事訴訟』280 頁 (弘文堂、2010) は、知的財産権侵害の準拠法につき、「知的財産の利用行為の結果が発生した地」、すなわち (特許についていえば) 発明実施行為がターゲットとした市場の法によるとするルールを提唱している。この小島説は、立法提案として主張されたものであるが、現行国際法と整合的であるとの理解を前提としていると解され、実質上、愛知説に近いと思われる。ただし、小島教授は、後に、この立法提案は「一つの思考実験」であり、修正の必要性を示唆しておられる。小島立「インターネット環境における多数国での同時発生的な著作権侵害 (いわゆる『ユビキタス侵害』) についての国際裁判管轄と準拠法に関する各原則の検討」著作権研究 46 号 53、65 頁 (2020)。
- (6) 筆者自身も、同様の目的で、ドワンゴ事件の判決等について論じたところである。鈴木將文「越境的要素を有する行為による特許権侵害に関する一考察」L&T98 号 11 頁 (2023) 参照。なお、本稿は、同論文において属地主義について論じた部分を大幅に加筆修正したものである。
- (7) 前掲注 2 に挙げた 2 つの最高裁判決。
- (8) 高部眞規子「判解」『平成 14 年最高裁判例解説民事法篇 (下)』710 頁以下 (2005) 参照。
- (9) ここで「地域」とは、複数国が広域特許 (特許協力条約 2 条 (iv) 参照) を設けている場合の、その複数国を意味する。EU の単一特許制度に係る参加加盟国が、その例である。ちなみに、EU において、知的財産権侵害についての準拠法は原則として保護国法とされているところ (ローマ II 規則 8 条 1 項)、EU 単一特許のような共同体知的財産権の侵害については、侵害行為が行われた地の法によるとされている (同条 2 項)。
- (10) 属地主義に関する筆者の理解は、茶園成樹「特許権侵害の準拠法」国際私法年報 6 号 33 頁 (2004) が述べるところ (同 38 頁以下) と基本的に同旨である (ただし、同 49 頁以下の、損害賠償請求の準拠法についての見解は、私見と異なる。私見では、差止請求と損害賠償請求を区別せず、いずれも準拠法は保護国法 (侵害行為地法) とすることが妥当と考える。)。最高裁判決の説明とは、抵触法上の属地主義の理解が異なる。すなわち、最高裁判決のいう抵触法上の属地主義 (「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」る原則) は、「特許権の成立した国を連結点として、準拠法を決定する」という原則、すなわち登録国主義と解されているところ (高部・前掲注 8・711 頁)、抵触法上の属地主義としては、行為に着目する保護国法主義と理解することが適切と考える (茶園・同・39 頁参照)。なお、登録国主義と保護国法主義とを同視する説明がなされることもあるが (例、山田鎌一『国際私法 [第 3 版]』386 頁 (有斐閣、2004))、両者は区別すべきであろう。属地主義について、異なる見解が種々主張されていることについては、茶園・同のほか、前掲注 4 に挙げた諸論文等を参照。また、属地主義の法的根拠をめぐる諸説についての網羅的研究として、金彦叔『知的財産権と国際私法』(信山社、2006) も参照。
- (11) 高部・前掲注 8・713 頁。
- (12) 前掲注 4 に挙げた文献のほか、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 17 頁 (2004)、同「知的財産に関する国際条約の抵触法への影響」田村善之編著『新世代知的財産法政策学の創成』445 頁 (有斐閣、2008) 参照。
- (13) 例えば、東京高判平成 7.3.23 知的裁集 27 巻 1 号 195 頁 (BBS 事件控訴審) (「内国民待遇の原則を規定するパリ条約 2 条や前記 4 条の 2 の規定等に照らすと、我が国の特許法も、同法の適用及び効力範囲を我が国の領域内に限って認める旨のいわゆる属地主義の原則を採用していることは明らか」と述べる。)、桑田三郎『工業所有権法における国際的消耗論』42 頁 (中央大学出版部、1999) (「属地主義の原則は、パリ条約 2 条のうちにその基礎を持って、わが国の特許法上も重要な解釈原則を提供している」とする。)、James J. Fawcett & Paul Torremans, Intellectual Property and Private International Law 687, 690 (2d ed. Oxford Univ. Press 2011) (パリ条約 2 条により、保護国法主義が導かれるうえ、さらに TRISP 協定 3 条 1 項の「保護」の定義に係る注 3 の存

在により、同協定上内国民待遇原則により保護国法主義が義務付けられることが一層明らかになった旨を主張する。)

なお、内国民待遇と抵触法ルールを結びつける議論は、主に著作権法分野で展開されてきた。これは、ベルヌ条約5条1項により、著作権保護について本国法(著作物が最初に発行された国の法)を選択する制度をとることができないと解されるためである。しかし、同項から、それ以上の抵触法上のルールを導くことは困難との主張も有力であり、議論は分かれている。Paul Goldstein & P. Bernt Hugenholtz, *International Copyright: Principles, Law, and Practice* (4th ed. Oxford Univ. Press 2019) 123 (内国民待遇原則と抵触法ルールとしての保護国法主義の関係を肯定。); Sam Ricketson & Jane Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond 1320* (3d ed. Oxford Univ. Press 2022) (内国民待遇原則が保護国法主義という準拠法選択ルールを提供するとする。)。著作権に関しては、むしろベルヌ条約5条2項の解釈(抵触規定であるか否か)が主に争われているが、著作権に特有の問題であることから、本稿では深入りしない。

- (14) 木棚照一『国際工業所有権法の研究』89頁(日本評論社、1989)、山田(鎌)・前掲注9・386頁、茶園・前掲注10・40頁等。
- (15) Eugen Ulmer, *Intellectual Property Rights and the Conflict of Law* (Kluwer 1978) 11, 19-20がこの点に触れている。
- (16) 東京高判・前掲注13、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』219頁(信山社、2005)(パリ条約4条の2の定める特許独立の原則によって、実質法上の属地主義が「一層明確化・絶対化された」とする。)、金・前掲注10・91頁。海外では、例えば2019年に世界知的所有権機関(WIPO)とハーグ国際私法会議(HCCH)が裁判官向けガイドとして公開した“*When Private International Law Meets Intellectual Property Law: A Guide for Judges*” (<https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4465>)。執筆者は、それぞれ豪州またはベルギーの裁判官である Annabelle Bennett と Sam Granata) は、「知的財産権の属地性は、権利独立の原則を通じて、知的財産に係る国際条約において明らかにされている(underscored)」、「独立原則が定められた知的財産権は、保護地の領域内で機能する(operate within the territorial boundaries of local protection)」と説明している(同書15頁)。Sam Ricketson, *The Emergence and Development of the International Intellectual Property System, in The Oxford Handbook of Intellectual Property Law* 198, 205 (Rochelle Dreyfuss & Justine Pila eds., Oxford University Press 2017) も、特許権、商標権および著作権につき、独立の原則が、パリ条約およびベルヌ条約による、同盟国の地理的領域に限定された権利の創設という重要点を明らかにしている(underscore)と述べる。
- 以上に対し、特許独立の原則と属地主義は無関係であるとする意見も、特にわが国で有力であり、例えば、高部・前掲注8・713頁は、同原則が「外国特許権の効力を他国が否定すべきことまで命じるものと解することはできない」と述べる。
- (17) 特許協力条約2条(iv)は、「広域特許」につき、「2以上の国において効力を有する特許を与える権限を有する〔当局〕によって与えられる特許」と定義し、効力の地理的範囲が国の領域であることを示している。さらに、広域特許と対比される「国内特許」は、当然の解釈として、1か国において効力を有する特許を意味することになる。仮に、市場地法説のようにわが国特許権の属地性を否定するのであれば、わが国の特許は特許協力条約上の広域特許に当たると主張することになるが、国際的には非常に奇異な説明と受け取られるであろう。
- (18) 1925年のパリ条約ヘーグ改正により、強制実施権に係る規定が導入され、最終改正版(ストックホルム・アクト)でも5条A2項等が残っている。鈴木将文「特許権者の国内実施要件に関する一考察－条約整合性と政策的意義の検討」田村善之＝山根崇邦編『知財のフロンティア第2巻』279頁(勁草書房、2021)参照。
- (19) 輸入国側の強制実施権設定が必要となることとの関連で、TRIPS協定31条の2に係る改正に際して同協定に追加された附属書5項は、広域特許制度の採用の促進をうたっている。そのように、複数国市場における同時的な強制実施を実現するために広域特許制度が必要である旨の認識が示されていることは、強制実施権の設定が国単位であるという特徴が、強制実施権設定行為に係る国家管轄権の問題というよりも、そもそも特許権の効力が国単位で認められるという特許制度自体の原則に基づくものであるという理解を示していると思われる。
- (20) 米国特許法271条(a)(「米国内における」生産等、および「米国への」輸入が特許権を侵害する旨を規定)、同条(c)(寄与侵害につき「米国内における」販売等と規定)、英国特許法60条(「連合王国内において」実施する行為を侵害行為と定める。)、ドイツ特許法9条2項(「本法施行領域内における」使用のための方法の提供が、侵害になる旨を規定)、同10条(「本法施行領域内での」特許発明の実施のために「本法施行領域内」で行う一定の行為が間接侵害となる旨を規定。二重の内国要件(doppelter Inlandsbezug)と呼ばれる。)、EU単一特許規則(Regulation (EU) No 1257/2012 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection)5条1項(単一特許の効力が加盟国領域内に及ぶ旨を規定。)等。Alexander Peukert, *Territoriality and Extraterritoriality in Intellectual Property Law* (2010), available at <https://ssrn.com/abstract=1592263>, at 2は、その他オランダおよびスイスの法を例示している。わが国の特許法についても、例えば、69条2項1号および2号、101条(間接侵害を構成する行為につき、輸出を挙げていないことは、外国において直接侵害が成立しないことに配慮していると解される。)等を挙げることができる。

なお、米国特許法271条(b)は、米国内における直接侵害に対する外国からの積極的誘導行為をも間接侵害と認める規定と解されているところ(Honeywell, Inc. v. Metz Apparatewerke, 183 USPQ 387 (7th Cir. 1975)等)、これを属地主義の例外ととらえる見解もある(高部・前掲注8・713頁)。しかし、米国の間接侵害は、いわゆる従属説に基づき、直接侵害の成立を前提とすると解されていることに照らすと、上記規定は米国内における直接侵害に対して国内外からそれを積極的に誘導する行為を規律するも

のであって、属地主義に反しないという説明もあり得よう。また、米国については、次のような特殊性があることに留意する必要がある。第一に、わが国のように条約が国内法に優位するわけではない（自動執行力のある条約が連邦法と同等とされる。条約に整合しない連邦法を後法として制定することもあり得る）。この点において、米国が属地主義に整合しない制度を有しているから、属地主義は国際的な規範ではないと説明することは（高部・前掲注8・713頁）、疑問である。第二に、抵触法に関し、いわゆる「法規からのアプローチ」（実質法規範から出発して、それがいかなる場合に適用されるのかを探ることにより、準拠法を選択するアプローチ）が採られている（中西康ほか『国際私法〔第3版〕』17頁（有斐閣、2022）参照）。

(21) 欧州司法裁判所は、著作権に関する判示ではあるが、属地主義が国際法により確認されている（“recognized by international law”）と述べている（ECJ Case C-192/04 Lagardère v. SPRE [2005] ECR I-7199, para. 46）。また、International Law AssociationのGuidelines on Intellectual Property and Private International Law（“Kyoto Guidelines”）は、侵害事件の準拠法として保護国法原則を提案するに当たり、「国際知的財産条約から導かれる知的財産権の基礎をなす属地主義」と述べる（同ガイドラインコメント66参照）。さらに、WIPOとHCCHが共同で刊行した裁判官向けハンドブックが、属地主義は国際条約上明らかにされていると述べていることにつき、前掲注16参照。

なお、属地主義について懐疑的な論者の一部も、属地主義が「条約の暗黙の前提とみなしうる」ところまでは認めている。小泉・前掲注4・8頁、駒田・前掲注4・10頁。

(22) よって、わが国特許法の解釈・運用においても、属地主義を前提とする必要がある。特許法26条参照（ただし、わが国では、条約が法律に優位すると解されていることから、同規定は確認規定である）。

(23) 横溝・前掲注12「抵触法への影響」・467頁参照。慣習国際法については、差し当たり、岩沢雄司『国際法〔第2版〕』50頁以下（東京大学出版会、2023）、酒井啓吾ほか『国際法』144頁以下（有斐閣、2010）参照。なお、わが国では、慣習国際法は憲法98条2項を通じて国内に受容される（岩沢・同507頁）。

(24) 実際には、国際法レベルでの属地主義は否定しつつ議論する論者が多いと思われる。

(25) 典型的には、早川吉尚「国際知的財産法の解釈論的基盤」立教法学58号188頁（2001）、同「国境を跨がる特許侵害と国際知的財産法の解釈論的基盤」IPジャーナル2号15頁（2017）。道垣内正人「判批」ジュリ1246号278頁、同「知的財産権」櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法 第1巻』628頁（有斐閣、2011）、横溝大「判批」法協120巻11号183頁等も基本的に同旨。ちなみに、早川・前掲2論文は、国際私法の「解釈基盤」や「基本構造」を説明する中で、法律関係を「私法的法律関係」と「公法的法律関係」に二分し、国際私法が準拠法選択の対象とするのは「私法的法律関係」に限られるという説明を図式的に述べるが、この点は、上に挙げた国際私法研究者からも疑問が提起されている（道垣内正人『ポイント国際私法〔総論〕』81頁以下（有斐閣、1999）、横溝大「グローバル化時代の抵触法」浅野有紀ほか編著『グローバル化と公法・私法関係の再編』109頁（弘文堂、2015）等。また、茶園・前掲注10・43頁も参照）。

(26) 例えば、ケンブリッジ大学のFentiman教授は、サヴィニー以来の抵触法の考え方によれば、本文の第1説のような考え方があり得るとしつつも、それは「大胆でひどく破壊的な戦略」（a bold and deeply subversive strategy）である、特定の問題について最も重要な関係を持つ国内法を選択するという抵触法（準拠法選択）プロセスの究極的な目的、そして、裁判所は準拠法選択を通じて外国法が意図していない効果を与えてはならないという基本的原則（cardinal principle）を無視するものである、知的財産権の属地的性格を無視することは、準拠法選択プロセスを支離滅裂（incoherent）にする、知的財産権の最も特徴的な性質である属地性と整合的な準拠法は保護国法となるのが論理必然的である、などと述べている。Richard Fentiman, *Choice of Law and Intellectual Property*, in *Intellectual Property and Private International Law* 129, 143-148 (Josef Drexl & Annette Kur eds., Hart 2005). 石黒・前掲注16・394頁以下も参照。

(27) 国際的には、こちらの立場の方が多く見受けられる。石黒・前掲注16・228頁は、海外では、保護国法主義（という抵触法上の原則）を実質法上の属地主義で基礎づけることが、最近に至るまで一般に広くなされてきているとしている。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」中山信弘先生還暦記念『知的財産法の理論と現代的課題』511、518頁以下（弘文堂、2005）も参照。わが国の他の国際私法研究者も、例えば、種村佑介「判批・国際私法No.37」TKCローライブラリー『新・判例解説 Watch』（2023）は「侵害の認定を実質法の解釈問題とする私見からは、準拠法となる特許法が有する地理的規定が『侵害行為として、どこまで把握するのかということを決めている実質法上のルール』と評価されるかぎり、これを送致範囲に含めることはありうる」（脚注を省略）と述べる。また、Fentiman, *supra* note 26, at 143は、知的財産権の属地性を準拠法における自己制限（self-limitation）にとらえる考え方を示す（実質法における自己制限的規定については、横山潤「地域的に条件づけられた外国実質法規の適用」獨協法学14号1頁参照）。ただし、わが国では、知的財産法を自己制限的な実質法規であるとする見解は「皆無」という（種村佑介「知的財産権侵害の準拠法と不法行為準拠法との関係」知財研紀要21号20-6頁（2012））。

(28) 実質論としても、国際裁判管轄および準拠法選択ルールについて国際的な合意のない中、特許権の属地性を否定すれば、事業者は事業活動の場所を問わずに突然どこかの国の特許権者から侵害責任を問われることにもなりかねず（日本のルールだけを議論しても不十分である）、事業活動に支障をきたすであろう。

(29) 前掲注25の各文献を参照。これに対し、準拠法選択を行い、特許権の属地性を無視した扱いをすべきであると主張する説が、愛知・前掲注5の諸論文である。

- (30) 鈴木・前掲注 6・16 頁では、特許法を公法的法規または強行的適用法規と捉える説も選択肢としてあり得るとしたが、その立場では、日本の裁判所で外国特許権の侵害について争うことができなくなると思われることから（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）569、571 頁、茶園・前掲注 10・44 頁）、第 2 説に賛成したい。なお、私見のように、抵触法上の属地主義として保護国法主義をとる場合には、特許権の属地性に沿った準拠法選択となり、本文で論じような、特許権の効力を国外に及ぼすことが問題となる可能性は低いと考えられる。
- (31) この設例は、小島・前掲注 4「準拠法」291 頁が挙げる「設例 2」に基づくものである。小島教授は、立法提案の文脈で、かつ、「一種の思考実験」として（前掲注 4 を参照）、本文に述べたような説明をしておられる。なお、愛知・前掲注 5 の諸論文は、この設例のような事例について明示的に論じていないが、その一般論に照らすと、日本の特許法を適用し、日本の特許権侵害を認め得るとの結論をとると推測される。
- (32) 私見では、カードリーダー事件最判と異なり、準拠法選択につき差止請求と損害賠償請求とで区別すべきでないとする。
- (33) 特許権侵害による差止請求訴訟において、法益侵害とは、発明の実施に係る排他的権利の侵害を意味すると解される。実施行為の結果生産された製品が市場に拡布されることによる損害の発生（またはそのおそれ）は、差止請求の要件事実でもないはずである。通則法 17 条における結果発生地とは、加害行為による直接の法益侵害の結果が発生した地を意味することにつき、櫻田＝道垣内・前掲注 25『注釈国際私法』445 頁〔西谷祐子執筆〕参照。
- (34) その背景には、標準必須特許権の行使自体については属地主義に服することを認めつつも、同特許権に係る FRAND 実施料については、外国に係る実施料もまとめて一国の裁判所が判断できるとする裁判慣行が広がっていることがある。鈴木將文「標準必須特許に関する最近の 2 つの動き - Anti-suit injunction をめぐる紛争と EU の SEP 規則案」田村善之先生還暦記念論文集『知的財産法政策学の旅』311 頁（弘文堂、2023）参照。
- (35) 鈴木・前掲注 6 参照。なお、属地主義に関する主要諸国の運用については、同論文が紹介するほか、一般財団法人知的財産研究教育財団「令和 4 年度産業財産権制度各国比較調査研究等事業 プログラム関連発明における国境を跨いで構成される実施行為及び複数主体により構成される実施行為に対する適切な権利保護の在り方に関する調査研究報告書」（2023）（[https://www.jpo.go.jp/resources/report/takoku/document/zaisanken\\_kouhyou/2022\\_01.pdf](https://www.jpo.go.jp/resources/report/takoku/document/zaisanken_kouhyou/2022_01.pdf)）が詳細な情報を提供している。（付記）本稿は、JSPS 科研費 22K01283 の助成を受けた研究の成果である。

（原稿受領 2023.9.14）