

特許権に基づく差止請求権と属地主義の原則

弁護士 大須賀 滋

要 約

本稿は、最高裁平成 14 年 9 月 26 日判決・民集 56 卷 7 号 1551 頁（以下「カードリーダー最高裁判決」という。）及び知財高裁令和 5 年 5 月 26 日大合議判決・令和 4 年（ネ）第 10046 号（以下「コメント配信システム大合議判決」という。）を素材とした設例を設けて、特許権に基づく差止請求権と属地主義の原則との関係を、国際法、国際私法、実質法の関係において検討しようとするものである。設例 1 の検討では、外国特許権に基づく我が国での差止請求の可否について、複数の学説を分析し、特許権に基づく差止請求権は私法上の権利であり、抵触法の対象となるものの、その準拠法は登録国法とする説の立場が正当であると結論付けた。設例 2 の検討では、国境を越える特許侵害における我が国特許権に基づく差止請求の要件について議論し、コメント配信システム大合議判決が示すように、特許発明の構成要件を成す要素が日本国内に存在し、かつ発明の効果が日本国内で発現していることが、属地主義の原則との整合性を図る上で重要であると結論付けた。

目次

1. はじめに
2. 設例 1 の検討
3. 設例 2 の検討

1. はじめに

平成 14 年のカードリーダー最高裁判決を受けて、特許権に関する差止請求権と属地主義の原則との関係についての議論が盛んに行われたが、コメント配信システム大合議判決によって、特許権に関する差止請求権と属地主義の原則との関係は新たな局面を迎えた。前者では主に国際私法上の属地主義の原則がとり上げられ、後者では実質法上の属地主義の原則がとり上げられている。他方、学説中には、条約又は慣習国際法という国際法レベルの問題と関連づけて検討しようとするものもある。そこで、本稿では、これらの判決の事案を素材にした設例を検討する形で、特許権に基づく差止請求権と属地主義の原則との関係について、国際法、国際私法、実質法の各レベルでの問題点を検討したい⁽¹⁾。

2. 設例 1 の検討

（設例 1）

我が国に住所を有する日本国籍の甲（個人）は、米国で物の発明（Z 発明）に関する特許権を有しているが、我が国では同一の発明についての特許権を有していない。日本に本店を有する乙（株式会社）は、我が国内で、Z 発明の技術的範囲に属する製品を製造して米国に輸出し、乙が 100% 出資した米国子会社丙が米国内において製品を輸入し、販売した。そこで、甲は、我が国の裁判所に対し、乙を被告として、乙の我が国内での製品の製造、輸出が米国特許法 271 条（b）項に規定する積極的誘導行為に当たるとして、我が国内での製品の製造、販売の差止めを求めた。米国では、特許権の直接侵害行為については、同法 271 条（a）項により、侵害となるのは米国内での行為に限定されているが、同条（b）項の積極的誘導行為については、判例法により、直接侵害が米国の領域内で

行われる限り、その領域外で積極的誘導が行われる場合を含むものと解されている。

(論点)

甲による米国特許権の侵害(271条(b)項)に基づく我が国内での乙の行為に対する差止請求権の行使は、我が国の抵触法(法の適用に関する通則法(以下「通則法」という。))の適用対象となるか(カードリーダー最高裁判決当時は、通則法の前身である法例が適用されたが、本稿では、通則法の規定に読み替えて検討する。)。適用対象となる場合、通則法上どのような解釈がされるべきか。

この問題については、学説の見解は分かれている。

A説 特許権の効力は公法としての特許法の問題であって、外国特許法は基本的に不適用であるから、我が国内での差止めを求めるのであれば、我が国特許法に基づくものでなければならず、甲が我が国では関係する特許権を有していない以上、請求棄却となるとする説⁽²⁾。

B説 属地主義の原則を国際私法上の強行的適用法規の国際的適用範囲の問題であるとした上で、特許権侵害の対象行為(設例では我が国内の行為)が保護国法(設例の事案では米国法)とずれている場合には、我が国が特許権侵害行為を属地的に限定する立場を維持するのであれば、その裏返しとして、外国特許権に関する法規(米国法)の国際的適用範囲も属地的なものとなされ、保護国(米国)の当該法規の第三国(我が国)での対象行為への適用が退けられるとする説⁽³⁾。

C説 特許権に基づく差止請求権は私法上の権利であって抵触法の規律対象となるが、その法律関係の性質は不法行為であり、通則法17条により加害行為の結果発生地の法を準拠法とする説⁽⁴⁾。

D説 特許権に基づく差止請求権は私法上の権利であって抵触法の規律対象となるが、その法律関係の性質は特許権の効力であり、準拠法選択のための連結点は登録国となる。設例1では登録国である米国法が準拠法として選択されるが、登録国である米国法の適用の結果は我が国の採る属地主義の原則に違反するため、公序によりその適用が排除されるとする見解⁽⁵⁾。

そこで、各説の当否について検討する。

A説は、特許権の効力をすべて公法の問題とし、抵触法の適用領域から排除する結果、法廷地法を適用することになる。しかし、ここで争われている内実は、米国特許法の侵害の有無であり、これに日本法を適用したとしても、何ら紛争の実質的解決に資するものではない。私人間で行使される権利の性質について、公法的側面を有することを重視しすぎているように思われる⁽⁶⁾。

次に、B説は、属地主義の原則に反する場合を強行的適用法規の適用場面として権利行使を排除しようとする点において、理論上の難点があるように思われる。すなわち、強行的適用法規の連結は、法規からのアプローチをとるものとされ、法廷地である我が国の強行的適用法規の場合には、通則法に対する特別法の関係に立つと理解されているものの、第三国の強行的適用法規については、特別連結は解釈論的には困難ではないかとされている⁽⁷⁾。そのため、設例の事例への適用に当たっては、我が国が特許権侵害行為を属地的に限定する立場を維持するのであれば、その裏返しとして、外国特許権侵害に関する法規の国際的適用範囲も属地的なものとなされるとしているが、「裏返し」という意味が理論的に不明瞭な点を残しているように思われる⁽⁸⁾。

C説、D説は、いずれも、特許権に基づく差止請求権を私法上の権利とみた上で、双方主義的な立場に立って準拠法を選択しようとするものである⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾。

このうち、C説は、侵害行為からの救済が問題となる場面では、差止請求権と損害賠償請求権とは性質を異にするものではないことを理由とする。しかし、差止請求権は、物権的な請求権であって、故意・過失といった主観的要件を必要とせず、客観的に権利侵害行為があっただけで請求できるという不法行為に基づく損害賠償請求権とは異なる性質を持つ権利である⁽¹¹⁾。また侵害の場合の取扱いについても、米国法では、損害賠償請求に対する補充的な位置付けがなされるなど⁽¹²⁾、国際的にみてその取扱いは異なっており、国際私法上の法律関係の性質の判断において同一の取扱いをするのは適切とはいえない。

D説は、特許権に関する属地主義の原則の内容として、「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」とするが、これは双方主義の立場に立って、抵触法上の原則について述べたものと理

解される⁽¹³⁾。そうすると、そこにいる「特許権の効力」の一部をなす特許権に基づく差止請求権の内容は、各国の法律によって定められるものの、そのことが国際私法上の原則となっていることができる。したがって差止請求訴訟においては、準拠法として指定された各国法の差止請求権を適用するということになり、このことが各国に共通する法規として互換性をもつことになる。このようなその互換性の内容が抵触法上の属地主義の原則を形成しているというのであるから、抵触法上、特許権に基づく差止請求権が属地的性質を内在させていることを認めていることにほかならない。その意味で、「特許権の効力」に関する抵触法上の属地主義の原則は、「特許権の効力が当該国の領域内でのみ認められる」とする実質法上の原則と共通性を持つ。このような理解は、各国における登録を前提として私法上の権利としての特許権に基づく差止請求権が存在するという実態に即したものであり、この立場が正当である⁽¹⁴⁾。

しかし、D説に対しては国際私法学者からの批判が多いので、以下、個々の指摘について検討する。

まず、同判決が、特許権に基づく差止請求権の法律関係の性質を「特許権の効力」としたこと自体は認めつつも、その連結点を条理により「登録国」とし、登録国法を準拠法としたことが批判される⁽¹⁵⁾。しかし、準拠法の決定は国際私法の正義を実現するためのものであり、そのために国際私法の次元で存在を認められる国際私法的利益が考慮され、その結果、最も密接に関係に立つ地の法が準拠法として選択されるべきであるとされる⁽¹⁶⁾。そのような視点からみると、判決が掲げる理由（①特許権が出願、登録を経て権利として認められること、②特許権に関する属地主義の原則を採用する国が多いこと、③保護が求められる国は登録国であること）を理由として、条理により、最も密接な関係地を登録国としたことは正当というべきである。

次に、準拠法が選択された後にその地理的適用範囲を問題にすることは抵触法の基本的立場に反するとの批判がある⁽¹⁷⁾。しかし、カードリーダー最高裁判決は、「同法（筆者注：米国法）271条（b）項、283条によれば、本件米国特許権侵害を積極的に誘導する行為については、その行為が我が国においてされ、又は侵害品が我が国内にあるときでも、侵害行為に対する差止め及び侵害品の廃棄請求が認容される余地がある。」として、具体的に認容判決がされた場合を想定しており、その際、米国法に地理的適用範囲の制限があるとはしていない。そして、その仮定的な適用がもたらす結果について、我が国特許法秩序の基本理念である属地主義の原則に反する結果であるとして、通則法42条を適用しているのである。同判決を批判する説は、同判決が最終的な認容判断をしないまま、通則法42条を適用したことをもって、米国法の地理的適用範囲を限定したと理解するのであるが、そうではなく、同判決は米国法を地理的適用範囲を限定せずに仮定的に適用した結果が「公序」に反するとしているにすぎないから、その批判は当たらない。

さらに、同判決が通則法42条を適用したことが、米国法について地理的適用範囲の限定をしているという理解を前提として、これを批判する⁽¹⁸⁾。しかし、判決は、単位法律関係を特許権に基づく差止請求権とした上で、準拠法として選択された米国特許法の基本的侵害法規の一派形態である積極的誘導の規定について、これを地理的適用範囲を限定せず、仮定的に適用した結果について、前記のとおり我が国特許法の基本理念である属地主義の原則に反し、国際私法上の公序⁽¹⁹⁾に反するとしているのであって、批判は当たらない⁽²⁰⁾。

抵触法との関係で以上をまとめると、A説は、特許権に基づく差止請求権は公法の問題であって抵触法の対象とはならないとする立場、B説は抵触法の対象となるが、法規からのアプローチにより一方主義的な解釈をとる立場、C説、D説は、いずれも双方主義的立場から抵触法の対象とするが、C説は、特許権に基づく差止請求権の法律関係の性質を不法行為に基づく損害賠償請求権と同視する立場、D説は、特許権に基づく差止請求権の法律関係の性質が不法行為に基づく損害賠償請求権とは異なるとする立場であり、上記の検討の結果のとおり、D説の立場が正当である⁽²¹⁾。

3. 設例2の検討

（設例2）

発明の名称を「コメント配信システム」とする日本国特許権を有する甲が、米国人である乙が運営するインターネット上のコメント付き動画配信サービスのシステムが本件特許に係る発明の技術的範囲に属するものであ

り、乙が米国に存在する乙サーバから日本国内に存在するユーザ端末にサービスに係る乙ファイルを配信する行為が、乙システムの「生産」（特許法2条3項1号）に当たるとして、乙に対し、特許法100条1項に基づき、乙ファイルの日本国内に存在するユーザ端末への配信の差止めを求めた。

我が国特許法の適用により甲の差止請求が認められる場合があるか。認められる場合があるとして、その抵触法上の根拠は何か（論点1）。特許権に基づく差止請求の対象に国境を越える部分がある場合に、属地主義の原則と矛盾しないものとして、実質法上の差止請求権の行使が認められるための考慮要素をどのように考えるべきか（論点2）⁽²²⁾。

（論点1）

甲の請求が認められる場合があるか、認められる場合があるとして、その抵触法上の根拠は何か。

カードリーダー最高裁判決は、「各国の特許権は当該国の領域内においてのみ効力を有するにもかかわらず、本件米国特許権に基づき我が国における行為の差止め等を認めることは、本件米国特許権の効力をその領域外である我が国に及ぼすものと実質的に同一の結果を生ずることになって、我が国の採る属地主義の原則に反する」として、属地主義の原則を厳格に判断しているようにも見える。そこで、甲の請求は認められないとする立場もある⁽²³⁾。

しかし、近時は、ネットワーク関連発明⁽²⁴⁾については、属地主義の原則を厳格に適用する考え方（実施行為の一部でも外国で行われる場合には、属地主義の原則により我が国特許権の侵害とはならないとする考え方）では適切に対応できないとする理解が多数であり、そのような立場では、属地主義の原則の緩和が抵触法の適用場面で行われるのか、それとも、実質法の適用場面で行われるのかが問題とされている。

A説 特許権をめぐる問題を公権力性の低い「私法的法律関係」と位置付ける場合には、抵触法により準拠法が指定される際に、準拠法とされる実質法規が有している場所的適用範囲は無視され、抵触法自身が当該実質法規の場所的適用範囲を設定することになるから、抵触法上、いったん日本特許法が準拠法とされれば、実質法としての属地主義に基づき、日本特許権の効力が問題とされる余地はないとし、特許権の侵害については、差止請求・損害賠償請求を問わず、不法行為と性質決定した上で、通則法17条により、加害行為の結果発生地の法を準拠法とすれば足りるとする説⁽²⁵⁾。

B説 属地主義が国際法規範（条約又は慣習国際法）となっていることを前提として、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、保護国法主義の内容として抵触法上は行為地を基準とする。そして、実質法上の属地主義については、「発明の実施」という規範的な概念で決定される行為の場所であって、実施行為が全面的に国内で完結することが厳格には求められていないとする説⁽²⁶⁾

C説 準拠法の選択については、カードリーダー最高裁判決に従い、抵触法上の属地主義の原則を考慮して登録国法を準拠法として選択するものとし、その上で、実質法上の属地主義の原則の緩和のための考慮要素を検討する見解⁽²⁷⁾

A説は、抵触法によって準拠法が選択された後には、地理的適用範囲は問題にならないとして、実質法の適用を属地主義の制約から解放し、結果発生地が我が国内にありさえすればよく、たとえ、全部の行為が国外で行われていたとしても、国際裁判管轄が認められる限り、我が国の特許権に基づく差止請求権を行使することができる⁽²⁸⁾。しかし、設例1の検討で述べたとおり、抵触法の対象となる互換性を有する共通法規の内容として、特許権に基づく差止請求権の属地的性質が内在していると解釈することが正当であるから、準拠法が選択された後にも、選択された実質法における属地的性質の問題が解消されるわけではなく、属地的性質を考慮の対象外とするA説の立場を採用することはできない。

B説は、実質法の解釈においてはC説と類似するが、その前提となる国際法の解釈及び抵触規則のルールの内容についてC説と異なることから、これらの相違点について検討する。

同説は、パリ条約5条の3、TRIPS協定28条1項、特許協力条約2条(iv)、同条(iii)、パリ条約5条A、TRIPS協定31条(f)、TRIPS協定31条の2第1項、同協定31条の2第3項の「このことは、関係する特許権の属地的な性格に影響を及ぼすものではない」との文言を根拠として、属地主義は条約上の要請であるといってよい

とする⁽²⁹⁾。しかし、これらのうち、TRIPS 協定 31 条の 2 第 3 項以外は、属地主義に関する文言が使用されているわけではない。条約に関するウィーン条約⁽³⁰⁾ 31 条 1 項は、「条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする」としており、属地主義という各国の国家主権に関わる重要な問題について定めるのであれば、やはり特許権に関する属地主義についての用語の通常の意味が明確に示され⁽³¹⁾、それに従うものであることの明確な文言が必要であると解されるから、属地主義をうかがわせる程度では条約上属地主義の原則が定められているとは言い難いと思われる⁽³²⁾。

次に、慣習国際法は、締約国のみを拘束する条約と異なり、全ての国を拘束する普遍的な国際法である⁽³³⁾。このような慣習国際法が成立するためには、一般慣行（客観的要素）と法的信念（主観的要素）という 2 つの要件が必要であるとされる⁽³⁴⁾。特許権に関する属地主義は、特許権の活用が進んでいるかなりの数の国においては、国家慣行として確立しているものとみることにはできるものの、一般慣行とまでいえるかは疑問がある。また、法的信念とは、国の行為が、行為を行う義務があるという認識又は信念に基づいて行われることが必要であるとされるところ⁽³⁵⁾。A 説の引用する TRIPS 協定 31 条の 2 第 3 項の「属地主義」という文言の使用方法をみても、強制許諾という特殊な状況における属地主義への配慮の記載であり、そこから特許権に関する属地主義を一般的に維持する義務についての法的信念が存在しているとまではいえない⁽³⁶⁾。以上によれば、特許権に関する属地主義の原則が慣習国際法として成立しているともいえないものと考ええる。

また、B 説は、抵触法上の属地主義を行為地を基準とする保護国法主義であるとするが、同説は、論点 2 で述べるとおり、実質法上の属地主義の解釈における「発明の実施」という規範的概念の解釈においては、少なくとも構成や工程の一部を担うサーバが外国に存在するという場合の処理として、発明の作用効果がどこで実現しているかを考慮要素とすべきであるとしており⁽³⁷⁾、抵触法と実質法の解釈の整合性が明らかでない。

以上から、B 説の立場は採用できないものと考ええる。

C 説は、登録国を最も密接な関係地であるとして準拠法選択をした後に、実質法レベルで属地主義の原則に従った解決を図るというものである。設例 1 で正当とした D 説の立場を前提とするものであり、かつ、各登録国における実質法の解釈を合理的、整合的に行い得るものであって、この立場が正当である⁽³⁸⁾。

（論点 2）

特許権に基づく差止請求の対象に国境を越える部分がある場合に、属地主義の原則と矛盾しないものとして、実質法上の差止請求権の行使が認められるための考慮要素をどのように考えるべきか。

この点についても、論点 1 の見解に対応して、3 つの立場がある。

A' 説 準拠法のレベルで地理的適用範囲の問題はクリアーされているので、属地主義の問題は考慮要素とはならない。ネットワーク関連発明については、発明の開発・創作のための投下資本の回収やそれを上回る利潤の獲得を容易にし、もって創作インセンティブを保障するという特許制度の趣旨から、他者がそのようなシステムの無断利用を行った結果、特許発明に対する需要（投下資本回収等の機会）が奪われ、又は、奪われるおそれが生じた地（市場地）という結果発生地を考慮要素とすればよく、実施行為地を考慮要素とする必要はないとする説⁽³⁹⁾。

B' 説 特許権の属地性との関係で問題となるのは、「発明の実施」が国内で行われたかであり、究極的な立証問題は、「発明の実施」という規範的な概念で決定される行為の場所である。構成や工程の一部を担うサーバが外国に存在するという場合の処理としては、被疑侵害者が国内において発明の効果の発生に直接的に関係する行為を行っており、現に特許発明の効果が我が国で発生している場合に、我が国における発明実施行為を肯定してよいとする説⁽⁴⁰⁾。

C' 説 我が国特許法が準拠法として選択された場合、実質法である我が国特許法の解釈として、属地主義の原則が適用されるので、属地主義の原則との関係を検討する必要が生じるが、「ネットワーク型システムを新たに作り出す行為が、特許法 2 条 3 項 1 号の「生産」に該当するか否かについては、当該システムを構成する要素の一部であるサーバが国外に存在する場合であっても、①当該行為の具体的態様、②当該システムを構成する各要素のうち国内に存在するものが当該発明において果たす機能・役割、③当該システムの利用によって当該発明の効果が得られる場所、④その利用が当該発明の特許権者の経済的利益に与える影響等を総合考慮し、当該行為が我が国の領

域内で行われたものとみることができるときは、特許法2条3項1号の「生産」に該当すると解するのが相当である。」とする立場⁽⁴¹⁾。総合考慮説と呼ばれる。

A'説は、準拠法の選択により日本法が準拠法とされた場合には、地理的適用範囲の問題を生じず、したがって、属地主義の原則を検討する必要はないとするものである。しかし、論点1で検討したとおり、準拠法の選択により日本法が準拠法とされた場合でも、地理的適用範囲とは異なる実質法上の属地主義の原則の問題は解消するものではなく、賛成することはできない。

B'説とC'説は、行為と効果の両面から検討する点において共通性を持つが、B'説は、論点1におけるB説を前提とするものであり、その点において採用できない。のみならず、実施概念を規範的に解釈する際に「被疑侵害者が国内において発明の効果の発生に直接的に関係する行為」をすることを要求するが、後述のとおり、行為について、効果の発生との関係でそこまでの強い結びつきを要求する必要はないと考えるので、その点においても採用することができない。

C'説の評価の前提として、コメント配信システム大合議判決の判示の構造をみると、特許法2条3項1号の「生産」該当性を判断する前に、まず、FLASH版⁽⁴²⁾における被告システム1を「新たに作り出す行為」について認定し、その後同号の「生産」該当性を判断している。これは、国境を越える事実上の「生産」である「新たに作り出す行為」が、属地主義の原則との関係で、同号の「生産」とは評価できない場合があることを前提とした判断である。したがって、判決は属地主義の原則との関係が問題となる場合には、実施行為についての規範的評価がされるものと理解していると解される。

具体的には、「新たに作り出す行為」については、「ユーザ端末が上記各ファイル（筆者注：HTMLファイルとSWFファイル）を受信した時点で、本件発明1の全ての構成要件を充足する機能を備えた被告システム1が新たに作り出された」とし、一旦、事実上の「生産」である「新たに作り出す行為」についての判断をし、その上で、属地主義の原則との関係についての評価を含めた同号の「生産」について検討し、その中で、前記①ないし④の考慮要素を挙げている。

各考慮要素についてみると、考慮要素の①は、②ないし④の判断するための前提となる事実であるから⁽⁴³⁾、実質的な考慮要素とはいえない。

②は、「当該システムを構成する各要素のうち国内に存在するものが当該発明において果たす機能・役割」とされており、国内に存在する要素の機能・役割に注目している。その具体的内容は、「国内に存在する上記ユーザ端末は、本件発明1の主要な機能である動画上に表示されるコメント同士が重ならない位置に表示されるようにするために必要とされる構成要件1Fの判定部の機能と構成要件1Gの表示位置制御部の機能を果たしている。」とされており、国内に存在するユーザ端末の機能が認定されている。このように、判決は、国内に存在する要素が構成要件の一部を構成していることを指摘しているものと解される。

このように、判決は、特許請求の範囲に記載されて公示された発明の構成要件の一部を成す要素が日本国内に存在することを、属地主義の原則を満たすための考慮要素としているものと解することができる。そして、ユーザ端末が果たす構成要件1F、1Gの機能は、判決が「生産」の主体を被控訴人（被告）としていることからみて、構成要件の主要な要素ということとはできない⁽⁴⁴⁾。したがって、判決の理解としては、構成要件の一部を成す要素（主要な要素である必要はない）が日本国内に存在することを要求しているものと解するのが相当である。

③は発明の効果が日本国内で発現していることを認めるものである。発明の効果は、発明の技術的内容が実現されたことを示すものであり、発明の実質を成すものであるから、それが日本国内で発現することが要求されるものと考えられる。判決は、「コメントを利用したコミュニケーションにおける娯楽性の向上という本件発明1の効果は国内で発現」しているとする。

④は、具体的認定において「システムを国内で利用して得る経済的利益に影響を及ぼし得るものである。」とされているとおり、効果の発現による経済的利益への影響に言及したものであり、積極的な要件とまで見る必要はないものと考えられる⁽⁴⁵⁾。

以上によれば、属地主義の原則の範囲内であることが認められるためには、構成要件を成す要素が日本国内に存

在すること、及び日本国内で発明の効果が発現していることが認められれば足りるものとする。構成要件を成す要素が日本国内に存在すれば、我が国と無関係の事実が我が国の司法権（外国との関係では国家主権の一部）を行使しているのではないかという属地性に関する疑念を外形上低減させることができるし、このことに発明の効果が日本国内で発現しているという実質が加わることによって、属地性についての疑念を払拭することができるからである⁽⁴⁶⁾。A'説のように、日本国内で効果が発生していれば、日本国内で行為がされることを要しないとする見解もあるが⁽⁴⁷⁾、効果が日本国内で発現していることのみで、日本国内に構成要件を成す要素が存在しない場合には、属地主義の原則に違反するのではないかという疑念を払拭することはできないものとする⁽⁴⁸⁾。

以上から、コメント配信システム大合議判決は、構成要件を成す要素が日本国内に存在し、かつ、発明の効果が日本国内で発現していることを認定し、それをもって属地主義の原則の要請を満たすと判断したものと理解できるのであって、そのような理解を前提として、C'説の立場を支持できるものとする。

（追記）脱稿後にコメント配信システム大合議判決の上告審である最判令和7年3月3日第二小法廷判決（令和5年（受）第2028号）に接した。同判決は、「本件配信による本件システムの構築は、…我が国所在の端末を含む本件システムを構成した上で、我が国所在の端末で本件各発明の効果を当然に奏させるようにするものであり、…本件システムが、被上告人に経済的な影響を及ぼさないというべき事情もうかがわれない。」と判断した。基本的に私見と同様の立場であると理解される。

（注）

- (1) 特許権に基づく請求としては、損害賠償請求権についても属地主義の原則との関係が問題となるが、カードリーダー最高裁判決が、損害賠償請求の法律関係の性質を不法行為としており、差止請求権と比較すると生じる問題点が少なく、本稿では差止請求権の問題に限定して検討する。
- (2) 道垣内正人「米国特許権の侵害」ジュリスト1246号平成14年度重要判例解説280頁
- (3) 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23、29、31頁。我が国国際私法の大部分が採用しているアプローチは法律関係からのアプローチであるとされるのに対し、この説は法規からのアプローチを採用するものである（各アプローチについては、中西康・北澤安紀・横溝大・林貴美「国際私法第3版」14、15頁参照）。また、強行的適用法規については、同書132頁以下参照。
- (4) 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270、271頁
- (5) カードリーダー最高裁判決の見解である。高部真規子・最高裁判所判例解説民事篇平成14年度（下）713頁は、権利の付与手続に公法的性質があるとしても、私人間の権利紛争である特許権侵害に基づく差止請求を、直ちに私法的法律関係に当たらないという結論を導くことは難しいとする。
- (6) 元永和彦「特許権の国際的な保護についての一考察」井原宏・庄子良男・渡辺章編集代表・現代企業法学の研究—筑波大学大学院企業法学専攻十周年記念論集571頁は、「このような場合には裁判を行わない（特許侵害にかかる訴訟については、日本の特許法を適用すべき場合にのみ国際裁判管轄を認める）とすると「当事者の公平、裁判の適正・迅速を期するという理念」にそぐわない結果となる虞がある。」とする。茶園成樹「特許権侵害の準拠法」国際私法年報第6号44頁も、「『公法』と捉えてしまうと、外国公法不適用の原則により、我が国裁判所に外国特許権侵害訴訟を提起することができなくなってしまい、権利者は侵害者が当該外国に財産を有していない場合に実際上の保護が受けられない等の不利益を被ってしまう。」とする。A'説の立場に立つ道垣内教授も、「著作権法をめぐる準拠法及び国際裁判管轄」コピーライト2000年8月号12頁においては、「『私法の公法化』といわれる社会立法が多くなっている今日、消費者や労働者といって弱者保護の法律を私法に分類するか公法に分類するかによって180度異なる方法が適用されることになるわけでありまして、とにかく割り切れればそれでいいのかという問題が残る」として、社会立法については公法・私法の割り切りの困難さを指摘されている。横溝・前掲注(3)論文24頁は、「公権力の度合いが低くまた共通性が高い私法的な法規が準拠法選択の対象となり、公権力性の度合いが高い強行的適用法規については原則として自国法のみが適用されるというアプローチが、ヨーロッパや日本の抵触法において基本的に採用されている」とする。
- (7) 中西ほか・前掲注(3)概説書18、136、137頁
- (8) 櫻田嘉章・道垣内正人編「注釈国際私法第1巻」44、45頁（横溝大執筆）でも、「特に問題となるのは外国強行的適用法規の国際（立法）管轄だが、外国判決承認の場合の管轄審査と同様、対応する自国の強行的適用法規があれば、基本的にはそれによって判断すべきであろう。」とされる。元来、強行的適用法規の特別連結論は、「当事者によって選択された契約準拠法とは別個独立に、第三国の強行法規の適用を認める理論」として紹介されており（横山潤「外国公法の適用と“考慮”—いわゆる特別連結論の検討を中心として—」国際法外交雑誌82巻6号42、43頁、檜崎みどり「国家管轄権と国際私法上の連結—ドイツにおける特別連結論、

公法抵触法、経済抵触法—」国際法外交雑誌 116 巻 3 号 92 頁以下においても、ドイツにおける特別連結論の学説が紹介されているが、そこでも、契約関係への介入が議論されている。)、契約関係とは異なる特許権に基づく差止請求権の行使が強行的適用法規の場面となり得るのか、という疑問もあるように思われる。

- (9) 現在では、知的財産権を私権ととらえる見方が一応定着したといえることとされる(中西ほか・前掲注(3)概説書 285 頁)。道垣内正人・中西康・竹下啓介・中村知里「判例百選で学ぶ国際私法」(以下「学ぶ国際私法」という。) 141、142 頁も、カードリーダー最高裁判決が特許権に基づく差止請求権の法律関係の性質を「特許法の効力」としたことに疑問を提示しつつ、各国法の内容の違いが大きいからといって、国際私法アプローチを否定することはできないとする。
- (10) 西谷祐子「外国法の適用をめぐる課題と展望」柏木昇・池田真朗・北村一郎・道垣内正人・阿部博友・大嶽達哉編・日本とブラジルからみた比較法 411 頁は、普遍主義的な国際私法の方法論について、「抵触する内外私法が平等で互換性をもつことを前提として、その中から最も密接な結び付きのある国の法を価値中立的に選択指定する手法であり、双方向的抵触規則として構成される。」と説明する。
- (11) 中山信弘「特許法第 5 版」384、385 頁
- (12) 2006 年の eBay 事件米国最高裁判決は、差止請求によるエクイティ上の救済を得るためには、以下の 4 つの要素を満たす必要があるとした。①権利者が、侵害行為により回復し難い損害を被っていること、②金銭賠償のようなコモンロー上の救済では、損害を補償するのに不十分であること、③衡平法上の救済(=差止命令)が与えられた場合に原告・被告が受ける影響のバランスを考えても、差止命令を認めることが妥当であること、④差止命令により公益が害されないこと、である(以上につき、井関涼子「米国における特許権侵害差止請求の制限—eBay 最高裁判決以後の裁判例の動向—」) パテント 66 巻 5 号 135 頁)。
- (13) 同判決は、「特許権についての属地主義の原則とは、①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、②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ものである」(番号は筆者による)としており、この①の部分抵触法上の原則を定めたものであり、②の部分実質法上の原則を定めたものであるとされている(高部真規子・最高裁判所判例解説民事篇平成 14 年度(下) 710、711 頁)
- (14) 申美穂「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」国際私法年報第 9 号 259 頁は、「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。」とする。
- (15) 道垣内・前掲注(2)判例解説 279 頁は、「本件では米国法による判示をしていることからすると、出発点としている単位法律関係は本件特許権としているとしか考えられない。しかし、それでは米国特許権の効力は米国法によると言っているにすぎず、全くナンセンスである。そもそも登録という行為は特許法により要求されるものであり、登録は既に一定の特許法を前提としているのであって、それを連結点とする点で論理が破綻している。」と批判する。また、道垣内ほか・前掲注(9)「学ぶ国際私法」142 頁でも、登録国が複数となる場合の問題点を指摘する。登録国が複数の場合の問題点については後に検討するが(注(27))、カードリーダー最高裁判決の事案においては、米国には登録された特許権が存在したが、我が国には同一内容の特許が存在しなかったから、連結点である登録国は 1 つしかなく(連結点に該当する事実は弁論主義の対象となるものとされている(中西ほか・前掲注(3)概説書 65 頁))、その結果、最も密接な関係地である登録国として米国法が選択されたものと解される。同判決が、権利者側の適用意思を考慮して準拠法を定めたとする批判もあるが(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第 27 号 13 頁)、そのような批判は当たらないものとする。茶園成樹・前掲注(6)論文 59 頁(同頁の注(54))では、登録国が一般的に特許権の効力について最も密接な関係を有する国であるとして自ら正当であるが、これだけでは、どの国の特許権が問題となるのかを決めることができないと批判する。しかし、当該事案においては、登録国が米国であることのみであったことから、その点が問題とならないことは前記のとおりである。
- (16) 山田鎌一「国際私法第 3 版」42、43 頁。同書 391 頁は、特許権に基づく差止請求について、特許権の効力の問題として特許権が登録された国の法とすることを肯定する。
- (17) 道垣内・前掲注(2)判例解説 280 頁は、「外国法がどのように地域的に適用されるかは、それが「私法」であれば国際私法に委ねられていることであり、日本では日本の国際私法だけが私法的地域的適用関係を定めるのであって、反致を除き、外国の国際私法を適用することはあり得ない。…米国法が米国法上どのような地域的適用範囲を有するかは米国国際私法上のことであり、日本ではそのことは視野に入っていないはずであり(送致範囲に入らない)、そうすると、その点が公序に反するということもあり得ない。」とする。この点を、早川吉尚「国際知的財産法の解釈論的基盤」立教法学 58 号 192、193 頁は、「例えば、国際私法が、日本における日本人とフランス人との間の契約関係を規律する準拠法をフランス法と指定したとする。その際、していされたフランス法が、そもそもフランスの地以外で適用されることなど全く考えていなかったとしても、その点は無視され日本において当該法律関係に適用される。すなわち、国際私法というものは、実質法規が有している地理的適用範囲に関する意思は無視した上で、自らが当該実質法規の地理的適用範囲を設定し直す形で準拠法を選択するという存在なのである。」(同・「国境を跨ぐ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 17 頁も同旨である。)と分かりやすく説明する。
- (18) 道垣内・前掲注(2)判例解説 280 頁。道垣内ほか・前掲注(9)「学ぶ国際私法」143 頁でも、公序則の適用は、「外国法の実質

- 的内容が日本法のそれを異なることが根底にあって、その発露としての適用結果を問題としている」のに、判決は「米国特許法の実質的内容ではなく、それが適用されること自体を問題視して」おり、「自分でした準拠法決定自体が公序に反すると評価しているに等しく、これは自己矛盾である。」とする。これも選択された米国特許法における実質的内容において地理的適用範囲は問題とならないとの見解を前提とした上で、その適用結果は異常なものではないから、その適用結果を異常と評価することは、準拠法決定自体が公序に反しているとするのと等しいとするものと理解される。
- (19) 通則法 42 条の「公序」が国際私法の立場から判断されるものであって、我が国の実質法の立場から検討されるものでないことにつき、中西ほか・前掲注 (3) 概説書 114 頁参照。
- (20) 櫻田嘉章・道垣内正人編「注釈国際私法第 2 巻」341 頁 (河野俊行執筆) は、通則法 42 条の他の要件である内国関連性が十分にある場合には、外国法の内容の異質性が極めて高い場合、極めて限定的であるが、直ちに公序違反の結論に至り得るとして、その例としてカードリーダー最高裁判決を挙げている。
- (21) 1995 年 (平成 7 年) に発効した TRIPS 協定前文では、「知的所有権が私権であることを認め」としている。近時 EU では、カードリーダー最高裁判決における差止請求の準拠法に関する処理を正面から肯定し、属地主義の原則を準拠法選択後の実質法の適用範囲の問題として位置付け、また公序により外国法の適用を排除するために用いることが、契約外債務の準拠法に関するローマ規則 8 条 1 項の解釈論上有力に主張されていることが紹介されている (横溝大「国境を越える特許権侵害—抵触法の観点から」日本工業所有権法学会年報第 47 号 101、102 頁)。
- (22) 本稿では、議論の混乱を避けるため、複数主体による侵害の問題については除外して検討する。
- (23) コメント配信システム大合議判決の一審である東京地判令和 4・3・24 (令和元年 (ワ) 第 25152 号) の立場であり、属地主義の原則を厳格に解する立場から、甲の請求を否定する。國分隆文「いわゆる属地主義の原則と特許発明の「実施」に関する試論—国境をまたぐ「システム」の「生産」を中心に—」大鷹一郎・田村善之代表編集・清水節先生古稀記念論文集「多様化する知的財産権訴訟の未来へ」403 頁は、「生産」に比し市場需要の充足との距離がより近い「使用」を「実施」行為として捉えることで、属地主義との抵触を避けることができるとする。
- (24) 一般財団法人知的財産研究教育財団・知的財産研究所「ネットワーク関連発明における国境をまたいで構成される侵害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」では、「ネットワーク関連発明」を「ネットワークを介して接続された複数のコンピュータ (例えば、サーバ、クライアント等) の組合せによって実施され得る発明 (物の発明と方法の発明の双方を含む。)」(5 頁) と定義した上で、そのような発明に関する特許権侵害について検討している (以下、本稿でも、「ネットワーク関連発明」を上記の意味で用いる。)
- (25) 愛知・前掲注 (4) 論文 266、267、271 頁
- (26) 鈴木將文「特許権に係る属地主義の原則」パテント 76 巻 14 号 7、11 頁、同・「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」Law and Technology 98 号 21 頁
- (27) コメント配信システム大合議判決の立場である。この立場に立つ場合、同一内容の特許について複数の登録国が存在する場合の準拠法の選択が問題となるが、この場合には、原告の選択に従って準拠法が選択されるものと考えている。横溝・前掲注 (21) 論文 101 頁によれば、契約外債務の準拠法に関するローマ II 規則は、8 条 1 項により、知的財産権侵害の準拠法について保護国法主義 (登録国主義と親和性を有する) を採用しているが、その保護国法の意味について、近時、これを原告の請求に従って決定される主観的連結とみなす見解が有力に主張されているということである。そして、そのような処理は、属地主義の原則を知的財産法における他国の政策的選択の域外適用に対抗する実効的手段としての機能を有する場合に可能となるとされている。したがって、原告が他国の域外適用に対抗する手段として、そのような準拠法の選択をすることが認められることになる。駒田泰士「特許権の属地性—ドイツ法の現状からみえてくるもの」日本工業所有権法学会年報 47 号 54 頁でも、ドイツでは、近年、いわゆる保護国法主義を、原告に法選択を許す抵触規則と解する見解が通説的地位を占めつつあるとされる。
- (28) 愛知・前掲注 (4) 論文 276 頁
- (29) 鈴木・前掲注 (26) パテント論文 8、9 頁。ただし、同 9 頁では、「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。」とする。
- (30) 条約に関するウィーン条約は、批准国は 110 余りにとどまるが、ほとんどの規定が慣習国際法になっているとされる (岩沢雄司「国際法 [第 2 版] 82 頁)
- (31) 岩沢・前掲注 (30) 概説書 105 頁
- (32) この点、TRIPS 協定 31 条の 2 第 3 項には「特許権の属地的な性格」という文言が使用されているが、強制実施権との関係で付言されている内容にすぎないので、これをもって条約上、特許権の属地性が宣明されていると解するのは難しいように思われる。
- (33) 岩沢・前掲注 (30) 概説書 48、51 頁
- (34) 岩沢・前掲注 (30) 概説書 53 頁、松井芳郎・佐分晴夫・坂元茂樹・小畑郁・松田竹男・田中則夫・岡田泉・薬師寺公夫「国際法 [第 5 版] 24~26 頁 (佐分晴夫執筆)、中谷和宏・植木俊哉・河野真理子・森田章夫・山本良「国際法 < 第 4 版 > 81~85 頁 (森田章夫執筆)。このほか、小寺彰・岩沢雄司・森田章夫編「講義国際法 [第 2 版]」39~49 頁 (小森光夫執筆) では、2 要件に関する多様な見解が紹介されている。この 2 要件について述べる国際司法裁判所 (以下「ICJ」という。) の判決として、ICJ1969・2・20

判決（北海大陸棚事件・国際法判例百選第3版10頁）、ICJ2012・2・3判決（国家の裁判権免除事件・同百選8頁）がある。

- (35) 岩沢・前掲注(30) 概説書56頁
- (36) 阿部達也「慣習国際法の認定過程の理論構成（一）一法の明確性の確保という観点から」法学論叢150巻4号98号は、「条約と慣習法は、*opinio juris*（筆者注：法的信念）の証拠という文脈においては、基本的に特別法と一般法の関係」にあり、「条約をもって条約とは別個の「規範」の規範性を認定することはできず、条約は *opinio juris* の証拠とはなりえない」とする。
- (37) 鈴木・前掲注(26)「一考察」論文21頁
- (38) 加藤紫帆「インターネット上の情報のグローバルな削除を命じる差止命令」国際法外交雑誌122巻3号17頁以下は、特許権侵害に基づく差止請求権を直接的な検討対象とするものではないが、インターネット上で知的財産権侵害が問題となる場合、特許権については問題となる個々の登録国法ごとに差止めの可否が検討されることになる（同30、31頁）。
- (39) 愛知・前掲注(4) 論文275、276頁
- (40) 鈴木／前掲「一考察」論文21、23頁
- (41) コメント配信システム大合議判決の立場である。
- (42) FLASH版と同じく、被告システム1を構成するHTML5版は、動画ファイル及びコメントファイルの送信が、ユーザの動画再生ボタンの操作を介することなく自動的に行われる点で異なるが、基本的動作は同じである。
- (43) ①の要素の位置づけについては、「本判決が示した判断手法は、対象となる行為の具体的態様を認定した上で、当該具体的態様の下における②ないし④の考慮要素を認定し、これらを総合考慮し、当該行為が我が国の領域内で行われたものとみることができるか否かという基準で判断するものである。」とされている（大鷹一郎「ネットワーク型システム発明の「生産」の差止めと属地主義について」高部真規子・森義之編集代表・三村量一先生古稀記念論集「切り拓く一知財法の未来」26頁）。田村善之「WLJ判例コラム第297号」判例評釈も、当該行為の具体的態様は、「他の3要素を考慮する際に必要となる一般論的な心構え述べるもの」5.3) ①であるとし、平嶋竜太「特許権の域外的効力の解釈—ドワンゴ事件知財高裁大合議部判決を踏まえて」*Law and Technology*34号42頁も、「前提条件を正確に把握するためにこそ具体的態様を考慮要素の一つとする最大の意義がある」とする。
- (44) コメント配信システム大合議判決に先行する知財高判令和4・7・20（平成30年（ネ）第10077号）は、大合議判決と同一の当事者間で争われた事案において、別特許（表示装置、コメント表示方法、及びプログラム）に基づく差止請求が認容された事案である。同事件では、プログラム特許について、その「電気通信回線を通じた提供」（特許法2条3項1号）が問題となったものであり、本稿で対象とするネットワーク関連発明（ネットワークを介して複数のコンピュータの組合せによって実施され得る発明）とは異なるが、判決は、プログラムの提供が、米国から日本国内までの日本の領域外で行われる部分を含むことから、属地主義の原則との関係を検討し、「問題となる提供行為については、①当該提供が日本国の領域外で行われる部分と領域内で行われる部分とに明確かつ容易に区別できるか、②当該提供の制御が日本国の領域内で行われているか、③当該提供が日本国の領域内に所在する顧客等に向けられたものか、④当該提供によって得られる特許発明の効果が日本国の領域内において発現しているかなどの諸事情を考慮し、当該提供が実質的かつ全体的にみて、日本国の領域内で行われたものと評価し得るときは、日本国特許法にいう「提供」に該当すると解するのが相当である。」（番号は筆者が付した）とした。ここでは、属地的観点から、日本国内で行われた行為（②）及び日本国内での効果（④）が重視されているといえることができる。
- (45) 山内貴博「特許権等の属地性『実務の視点』」日本工業所有権法学会年報第47号86頁は、経済的効果まで含むと外延が曖昧になりすぎるとし、発明の作用効果が発現している場所では、通常は経済的な効果も生じているとする。
- (46) 高部「実務詳説特許関係訴訟【第4版】356頁は、カードリーダー最高裁判決のいう実質法上の属地主義の原則の部分について、ある国の特許法は他の国家を拘束しないという、公法的な法律関係としての属地主義を定めたものでもあるとする。
- (47) 田村・前掲注(43)判例コラム(7・3)は、基本的には発明の効果の発現地を重視する立場である（なお、SOFTIC *Law Review* 創刊号「座談会 ソフトウェア特許と越境侵害—「コメント配信システム事件」を題材として—」（39頁以下）における田村教授発言（44頁）参照。同座談会（他の出席者：水谷直樹〈司会〉、飯田圭、上野剛史、高部真規子、紋谷崇俊）においては、属地主義の原則を緩和するための考慮要素について多様な議論が展開されている。）。)
- (48) 知財研・前掲注(24)報告書91頁以下では、「主たる行為」地と「市場地」を考慮要素として検討している。紋谷崇俊「越境侵害の否決と属地主義のバランス」前掲注(43)三村古稀記念377頁以下は、属地主義の緩和に慎重な立場をとり、「国内行為との関係ないし因果性等を考慮し、より明確に外延を画することが望まれる」（302頁）とする。他方、服部誠「ネットワーク型システム発明の国境を跨いだ実施に関する大合議判決について」同古稀記念319頁は、「国内に存在する構成要素が発明の本質的部分を奏することを、侵害を肯定するための要件と捉えるべきではない」とする。

(原稿受領 2025.1.29)