HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	カードリーダ事件最高裁判決の理論的考察
Author(s)	駒田, 泰土
Citation	知的財産法政策学研究, 2, 43-62
Issue Date	2004-05
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43402
Type	departmental bulletin paper
File Information	2_43-62.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

カードリーダ事件最高裁判決の理論的考察

駒　田　泰　土

Ⅰ．はじめに

本稿が主に検討するのは、いわゆるカードリーダ事件最高裁判決（平14・9・26民集56・7・1551）である。本判決は、外国法上の特許権の侵害について、その抵触法的規律を論じたわが国初めての最高裁判決であり、その実務上の意義はきわめて大きいといわねばならない。

しかし、本判決の理論的側面に関する学界の評価は、概して芳しくない。たとえば国際私法学界では、すでに「本判決は理論的に破綻しており、先例としての価値を有しない」[1]とか、「全くナンセンス」、「論理が破綻している」、「国際私法の構造に対する無理解に基づくもの」[2]と、かなり辛らつな評価が下っている[3]。知的財産法学界においても、最高裁を擁護する声が聞かれることもあるが、「属地主義の原則を考慮して選択された準拠法を、属地主義によって排除」[4]している等の矛盾が指摘されている。

これらの批判は、筆者が見る限り、かなりバイタルなものである。実際、上に掲げた片言の引用からも、本判決は単に理論的に難があるというにとどまらず、本来どうやっても成立するはずのない法律構成に基づいて判断を下しているとの印象を強くしよう。

---

[1] 第108回国際私法学会（2003年５月10日）における出口耕自教授の発言。

[2] 道垣内正人・判批（最判平14・9・26）平成14年度重判（ジュリ1246号）279-280頁（2003年）。

[3] 横溝助教授も次のように評している。「しかしながら、本判決は、抵触法理論上様々な問題点を孕んでおり、その理論的意義は決して高いものとは言えないように思われる」。横溝大・判批（最判平14・9・26）法協120巻11号188頁。

[4] 茶園成樹「知的財産権侵害事件の準拠法―カードリーダー事件判決を中心として―」（第108回国際私法学会報告レジュメ）６頁（2003年）。

何ゆえに本判決についてかように辛い評価が下されるのか？それはおそらく、国際私法学において通常前提とされている共通理解が本判決では尊重されていないように見えるからではないか。あるいは、より正確にいえば、国際私法学の共通理解に従う外観を呈しながらも、それを結局貫徹していないからではないかと考える。そして、後述するように、このような見方には無理もない面があるといえる。

しかし、である。国際私法の構造的理解というのは必ずしも一枚岩ではない。いわゆる共通理解の外側に――斯学においてはあまり注目されていないけれども――もう一つの考え方が提唱されている。このもう一つの考え方を前提とするならば、一見すると問題の多い本判決も、あるいは合理的に読み解くことが可能となるのではないか？

本稿は上記着想に基づいてこれを実行に移したみたものである。すなわち、すでに「ナンセンス」とも「論理が破綻している」ともいわれる本判決をかなり意訳的に読み解くことで、それをできるだけ国際私法の学説的理解に近づける試みを追求しようとしている。

もっとも、そのように意訳的に読んだ結果得られた特許権の抵触法的規律を、私見として最終的に支持するわけではない。その意味で、予めお断りしておかねばならないが、本稿の試みは筆者にとって若干思考遊戯的な性格をもつ。しかし、だからといって、そのような試みが即無意味なものとなるわけでもないと考える。その理由としてはとくに次の二点があげられよう。

第一に、それが妥当であるかどうかはともかくとして、最高裁の判断に一定の学理的裏付けを与えうることである。第二に、そのような裏付けをも含めて本判決を批判的に検討することで、知的財産権の抵触法的規律に関する議論により広がりと深みをもたらしうることである。

Ⅱ．事実及び判旨

それではまず、カードリーダ事件の事実関係と、下級審判決及び本判決を簡単に紹介することとしたい。

1．事実の概要

X（原告、控訴人、上告人）は、「FM信号復調装置」に関する米国法上の特許権を保有する者である。Y（被告、被控訴人、被上告人）は、本件発明の技術的範囲に属する(またはXが属すると主張する)製品(以下、「Y製品」)を日本国内において製造し、米国におけるYの子会社を通じてY製品を米国に輸出・販売していた者である。Xは、Yの日本国内における行為がXの保有する米国特許権の侵害を誘導する行為（米国特許法271条（b））に当たり、Yは侵害者としての責任を負うと主張して、Yに対し、Y製品を米国に輸出する目的で日本国内にて製造してはならないこと、Yの子会社等に米国においてY製品の販売又は販売の申し出をするようわが国で誘導してはならないこと、Yが日本国内で占有するY製品の廃棄及び損害賠償を求めて、本訴を提起した。

2．一審判決

一審の東京地裁は、一国一特許、属地主義、特許独立の原則に照らすと、「特許権に基づく差止め及び廃棄請求に関しては、当該特許権が登録された国の法律を準拠法とすべきものと解するのが相当である」とし、本件の場合は米国特許法が準拠法となるとした。米国特許法271条（b）は米国外で行われるある種の行為についても同法が適用可能であることを定めているが、「米国の……域外適用規定を我が国の国内における行為に対して適用することは、我が国の法秩序の理念に反するものであるから、法例33条により、これを適用しない」として公序を理由に請求を認めなかった。損害賠償請求については、「……特許権特有の問題ではなく、あくまでも当該社会の法益保護を目的とするものであるから、不法行為の問題と性質決定し、法例11条によるべきとするものと解するのが相当である」とした。そして、本件においては同条1項にいう原因事実発生地は日本であり、日本法が準拠法となるが、「我が国においては、外国特許権について、我が国の特許権と同様ないしこれに準ずる保護を与える法令上の規定は存在せず」、「我が国においては属地主義の原則が妥当し、これによれば外国特許権の効力は当該国の領域内においてのみ認められ、日本国内にはその効力が及ばないのであるから、米国特許権は、我が国の不法行為法によって保護される権利には該当しない。したがって、米国特許権の侵害にあたる

行為が我が国でされたとしても、右行為は日本法上不法行為たり得ないと解するのが相当である」として、請求を棄却した（東京地判平11・4・22判時1691・131）。

3．二審判決

二審の東京高裁は、特許権についてはいわゆる属地主義の原則が適用され、「特段の法律又は条約に基づく規定がない限り、外国特許権に基づく差止め及び廃棄を内国裁判所に求めることはできない」ので、「Xの米国特許権に基づく我が国内における本件差止め及び廃棄請求は理由がない」とした。損害賠償請求については、わが国際私法上これを不法行為の問題と性質決定し、法例11条１項によるべきであるとした。そして、本件においては原因事実発生地は日本であり、日本法が準拠法となるが、「我が国においては属地主義の原則を排除して米国特許権の効力を認めるべき法律又は条約は存在しないので、米国特許権は、我が国の不法行為法によって保護される権利には該当しない」から、「……Xの損害賠償請求を認めることはできない」とした（東京高判平12・１・27判時1711・131）。

4．本判決

本判決はまず属地主義を次のように定義した上で[5]、本件紛争における準拠法決定の必要性を説いている。いわく、「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を意味するものである……すなわち、各国はその産業政策に基づき発明につきいかなる手続でいかなる効力を付与するかを各国の法律によって規律しており、我が国においては、我が国の特許権の効力は我が国の領域内においてのみ認められるにすぎない。しかし、このことから、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……」。

[5] 本判決が定義した属地主義の原則であるが、その前段（各国法上の特許権の成立・移転・効力等がその国の法律によって定められること）は自明の理を述べたにとどまり、後段（特許権の効力の領域限定）は（本文でも記したように）特許権の存在や効力を定めた規定の域外適用禁止の法理をいうものと理解できる。もっとも、高部氏は、前段を「準拠法を決定する抵触法上の原則を定めたもの」と説明しており、茶園教授も同旨の見解を述べている。高部眞規子・判批（最判平14・９・26）Ｌ＆Ｔ19号85頁（2003年）、茶園・前掲注（4）１頁。しかし、その理由は全く明らかでなく、疑問の多い解釈である。出口教授も、前段について「単に特許権に関する現状を説明しただけではないか」としており、筆者とほぼ同意見である。出口耕自「国際知的財産権侵害と法例11条２項―外国特許権の侵害に基づく損害賠償請求―」（第108回国際私法学会レジュメ）１頁（2003年）。

ついで、本件差止め・廃棄請求の準拠法を明らかにしている。いわく、「米国特許権に基づく差止め及び廃棄請求は、……米国特許権の独占的排他的効力に基づくものというべきである。したがって、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」。「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、当該特許権と最も密接な関係がある国である当該特許権が登録された国の法律によると解するのが相当である。けだし、(ア)　特許権は、国ごとに出願及び登録を経て権利として認められるものであり、(イ)　特許権について属地主義の原則を採用する国が多く、それによれば、各国の特許権が、その成立、移転、効力等につき当該国の法律によって定められ、特許権の効力が当該国の領域内においてのみ認められるとされており、(ウ)　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以上、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ことに照らせば、特許権と最も密接な関係があるのは、当該特許権が登録された国と解するのが相当であるからである」。「したがって、……本件差止請求及び本件廃棄請求については、本件米国特許権が登録された国であるアメリカ合衆国の法律が準拠法となる」。

しかしながら、本判決は、準拠法として導いた米国特許法の本件事案への適用は属地主義に反するとして、公序によりその適用を排除している。いわく、「しかし、……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ものであり、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、……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」。「したがって、米国特許法の上記各規定を適用してYに差止め又は廃棄を命ずることは、法例33条にいう我が国の公の秩序に反するものと解するのが相当であるから、米国特許法の上記各規定は適用しない」。

次に本件損害賠償請求についてであるが、本判決は、下級審判決と同様、不法行為の準拠法によるべきであるとした。しかし、下級審判決とは異なり、法例11条1項にいう原因事実発生地は日本ではなく米国であるとしている。そして、以下のように述べて、結局、当該請求を認容しなかった。「……特許権侵害を理由とする損害賠償請求については、特許権特有の問題ではなく、財産権の侵害に対する民事上の救済の一環にほかならないから、法律関係の性質は不法行為であり、その準拠法については、法例11条1項によるべきである」。「本件損害賠償請求について、法例11条1項にいう『原因タル事実ノ発生シタル地』は、本件米国特許権の直接侵害行為が行われ、権利侵害という結果が生じたアメリカ合衆国と解すべきであり、同国の法律を準拠法とすべきである。」「米国特許法284条は、特許権侵害に対する民事上の救済として損害賠償請求を認める規定である。本件米国特許権をアメリカ合衆国で侵害する行為を我が国において積極的に誘導した者は、米国特許法271条（b）項、284条により、損害賠償責任が肯定される余地がある。」「しかしながら、その場合には、法例11条2項により、我が国の法律が累積的に適用される」。「属地主義の原則を採り、米国特許法271条（b）項のように特許権の効力を自国の領域外における積極的誘導行為に及ぼすことを可能とする規定を持たない我が国の法律の下においては、これを認める立法又は条約のない限り、特許権の効力が及ばない、登録国の領域外において特許権侵害を積極的に誘導する行為について、違法ということはできず、不法行為の成立要件を具備するものと解することはできない」。「したがって、本件米国特許権の侵害という事実は、法例11条2項にいう『外国ニ於テ発生シタル事実カ日本ノ法律ニ依レハ不法ナラサルトキ』に当たるから、Yの行為につき米国特許法の上記各規定を適用することはできない」。

なお、上記判旨には、藤井正雄裁判官による反対意見のほか補足意見等があるが、その詳細な紹介は割愛することとし、以下、適宜必要に応じてそれらに触れることとする。

Ⅲ．本判決のどこが理論的に破綻しているといわれているのか

本件の事実関係及び本判決の要旨は以上のとおりであるが、既述のように、学界における本判決の理論的評価はきわめて低い。では、具体的に、どのような点が本判決の欠陥として指摘されているのであろうか。

1．属地主義と条理上の準拠法選択規則との関係の不明確性

まず第一に、「最高裁のいう属地主義すなわち領域限定を前提とすれば、準拠法選択の問題は生じないはず」[6]であるにもかかわらず、属地主義とは別に条理によって準拠法を定める必要を認めたことである。

各国特許権の効力範囲が属地的であること――これを素直に敷衍するならば、特許権の効力に関する各国法規の地域的適用範囲は、それぞれの領域内に限定されることになろう。そして、このような交通整理がすでに属地主義によって済んでしまっているのであれば、ある場所で生起した事実に対しいずれの国の特許法が適用されるかについて悩む必要はもはやなくなる。それは、論理必然的に、その地を統治する国の法によるのである。この点に関して論者らが判旨を疑問視することは、至極当然であるといわねばならない。これは、国際私法学における共通理解がいかなるものかを問う以前の問題であるといえよう。

2．「登録国」という連結点の問題性

第二に、そのように条理に従って導かれた準拠法が「登録国法」とされたことである[7]。

---

[6] 出口耕自「米国特許権に基づく損害賠償請求事件―カードリーダー事件―」コピライト2003年1月号28頁。

[7] 本判決以前にも、工業所有権の準拠法は登録国法（権利付与国法）であると述べる学説は散見されたが、そこでは権利効力の領域限定（すなわち属地主義）が前提とされ、その派生命題として登録国法主義が説かれていたにすぎない（たとえば、土井輝生「第12節　工業所有権」国際私法学会編『国際私法講座　第三巻』［有斐閣・1964年］807頁、紋谷暢男「知的財産権の国際的保護」澤木敬郎＝烏場準一編『国際私法の争点（新版）』［有斐閣・1996年］25頁、松岡博編『現代国際取引法講義』［法律文化社・1996年］185-188頁（江口順一＝茶園成樹）など）。本判決は、

登録国法を準拠法とするのであれば、結局、その選択にあたっては登録という事実だけが重要となる。それゆえ、「……問題となる発明利用行為がどこで行われたかは無関係」に「準拠法は、原告がどの国の特許権の侵害を主張したかで決まる」[8]ということになりかねない。すなわち、登録という事実が複数国に及べば、当然のことながら登録国法が複数あることから、そのいずれを選択すべきかがさらに問題となってしまうのである。

あるルールを準拠法選択ルールというためには、事案に関連する全ての国の法を予断のない目で眺めた上で、そのいずれかを準拠法として確実に選択できる形式を具備したものでなければならない。しかるに「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」[9]といわざるをえないのである。

3．公序則の発動

第三に、属地主義に反するとして法例33条所定の公序側が発動されたことである。

特許権の効力について属地主義が妥当するのであれば、そもそも米国特許法の域外適用が問題となるはずがなかろう。それゆえ本稿の冒頭で示したように、「属地主義の原則を考慮して選択された準拠法を、属地主義によって排除」[10]しているとの批判を受けることになる。

ところで、準拠法選択規則が依拠する「サヴィニー型」といわれる国際私法の方法論[11]は、基本的に、内外の法を平等に扱い、ある法律関係に最も密接な関連を有する国の法を選択し、適用するというスタンスに立っている。したがって、公序という形での留保が認められるのは、必然的に、準拠外国法の内容自体によるのではなく、その適用を認めると不当で異常な事態が発生するという場合に限られることになる。

しかし、本判決はこのような共通理解に従ってはいない。「判旨は、米国特許法の適用を認めると米国特許権の効力をわが国に及ぼすと同一の効力を生じ、わが国の採る属地主義の原則に反すると一般的に述べるにとどまり、その具体的な結果の検討には至っていない」[12]のである[13]。

4．法例11条２項の解釈

第四に、法例11条２項により不法行為が成立せず、本件損害賠償請求が認められないとしたことである[14]。

本判決のこの判示部分は、昭和28年６月12日の東京地裁判決（いわゆる満州特許事件判決）を想起させる。同判決は、「日本国内においては……外国特許権は何ら権利としての存在を有しない（従って日本国内において外国特許権を侵害するも不法行為が成立しない）ことは多言を要しないところで」あり、「日本の法律によって外国特許権が認められない以上法例11条２項の規定によって不法行為とはならない」と判示しているからである。なお、本件の下級審判決が（一審・二審判決とも）、属地主義を理由に米国特許権は「我が国の不法行為法によって保護される権利には該当しない」と判示していることからすれば、これらの判決も満州特許事件判決の論旨を忠実に踏襲するものと評価できよう。

しかし、学説は、正当にもほぼ一致して満州特許事件判決が採用した上記の論理を強く批判している。問題の権利が存在しているか否かは権利準

属地主義と登録国法主義を切り離したため、理論的な混乱を生じさせたということができる。

[8] 茶園・前掲（4）6頁。

[9] 道垣内・前掲注（2）279頁。

[10] 樋爪誠・判批（最判平14・9・26）Ｌ＆Ｔ18号39頁（2003年）も同旨。

[11] わが国をはじめとする多くの国の実定国際私法は、サヴィニー（F. C. von Savigny）が約150年前に提唱した方法論に基本的に依拠している。道垣内正人『ポイント国際私法　総論』［有斐閣・1999年］59頁以下参照。

[12] 木棚照一・判批（最判平14・9・26）発明100巻６号101頁（2003年）。

[13] もっとも、石黒教授及び茶園教授は、Ｙが本件米国特許権と同一の発明に係る日本法上の特許権を保有していることを公序則発動の正当化理由としている。石黒一憲・判批（東京地判平11・4・22）私法判例リマークス（2000年下）153頁、茶園成樹「特許権侵害に関連する外国における行為」ＮＢＬ679号19頁注18（1999年）。しかし、大野弁護士が正当にも述べているように、「本件において、対応日本国特許権を有することは、被上告人が米国特許権を間接侵害することに対して何ら正当化根拠を与えるものではな」いといわねばならない。大野聖二・判批（最判平14・9・26）ＡＩＰＰＩ48巻３号12頁（2003年）。

[14] なお、出口教授は、「最高裁のいう属地主義が、法例11条2項により適用されるというのであれば、ここでもまた、そこにいう属地主義の性質について理解の困難を感じざるをえない」と述べている。出口・前掲注（6）29頁。

拠法の守備範囲であって、同準拠法により一旦その存在が肯定されたものが、不法行為の準拠法を定める法例11条、とりわけ同条2項によって覆されることはありえないというのがその骨子である[15]。なお、藤井裁判官による反対意見もこの点についてのものであり、学説とほぼ同旨の批判を展開していることを指摘しておこう。

大体以上であるが、念のため付言するならば、本判決は他のさまざまな観点からも批判されている。たとえば、特許権侵害の問題は、国際私法のルートには乗せずに公法の適用問題の一環として扱うべきとの指摘もなされている[16]。また、特許権侵害を理由とする差止めや廃棄請求も、損害賠償請求と同様、不法行為の問題と性質決定すべきとの批判もなされている[17]。町田顯裁判官は、法例11条1項にいう原因事実発生地とは、本件の場合、やはり日本と解すべきであったとの意見を述べている[18]。しかし、これらは、本判決に対する批判としては比較的弱く、「よりベターな処理はこちらである」と説くレベルにとどまるものといえなくもない。反対に、先に示した第一から第四までの批判はいずれも強力であり、本判決の看過できない欠陥として指摘されているものである。

Ⅳ. 本判決の「もう一つの読み」の試み

ところで、通常、わが国際私法の構造として理論的に前提とされているのは、既述のサヴィニー型といわれる方法論である。そしてサヴィニー型の方法論に依拠した準拠法選択規則は、ふつう「双方主義」的である。双方主義とは、自国法だけでなく他の全ての国の私法についてその地域的適用範囲を法廷地国が定めるという立場である。法例の大多数の規定はこのような立場を採用しており、それゆえわが国際私法は比喩的に「天下無双」

[15] 山田鐐一『国際私法』[有斐閣・1992年] 323頁、同『国際私法　新版』[有斐閣・2003年] 367頁注6、389頁。ほか、石黒一憲・判批（東京地判昭28・6・12）特許判例百選（第二版）229頁（1985年）及びそこに引用されている多数の学説を参照。

[16] 道垣内・前掲注（2）280頁。

[17] 木棚・前掲注（12）100頁、樋爪・前掲注（10）38頁。

[18] 石黒・前掲注（13）150頁も参照。

であるともいわれているのである[19]。

これらを基礎とした国際私法のパラダイムを前提とすると、本判決はいかにも理論的に重大な欠陥を抱えたものに見えてくる。まず、そもそも属地主義とは何であるのか？最高裁の定義によれば、それは、法律関係から出発していずれかの国の法に連結する準拠法選択規則ではない。むしろ法規の側から出発して、その制定国の領域内というように地域的適用範囲を画定している。このような抵触規則は、国際私法の歴史においてサヴィニー型に移行する前に採用されていたそれに近似することから、仮に「スタテュータ型」[20]の抵触規則と呼ぶことができる。本判決が属地主義というスタテュータ型の国際私法を措定しているようにみえるところに、通常の国際私法学者であればまず違和感を覚える[21]。

しかし、現行国際私法の構造的理解としては、別段サヴィニー型に限定して考える必要はないとの見解がかねてから国際私法学において主張されていることに注意すべきである。この学説によれば、国際私法はサヴィニー型の方法論もスタテュータ型の方法論も採用しうる多元的なもので

[19] 道垣内・前掲注（11）210頁。

[20] サヴィニー以前においては、法規を分類してその地域的適用範囲を画定する法規分類説ないしスタテュータ（statuta）の理論が支配的に行われていた。道垣内教授は、法規の側からその適用範囲を定めていく方法論の原型を、このスタテュータの理論に求めている。いわゆる公法の適用はこの方法論に傾くが、外国公法は基本的に不適用である。道垣内・前掲注（11）59-82頁。なお、Sandrock は、すでに知的財産権の属地主義に関連して「……保護規定の国際的な適用範囲は、『法則学派的に（statutistisch）』に決定されなければならない」と述べており、示唆的である。O. Sandrock, "Das Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs zwischen dem internationalen Kartellrecht", GEDÄCHTNISSCHRIFT FÜR LEONTIN-JEAN CONSTANTINESCO, 1983, S. 633. 本論文は山内惟介教授により訳出されている。O・ザンドロック「国際無体財産法および国際カルテル法間における不正競争抵触法」B・グロスフェルト他『国際企業法の諸相』（日本比較法研究所翻訳叢書27）[中央大学出版部・1990年] 349頁以下。

[21] しかし、知的財産権については属地主義が従前から強調されてきたこともあり、この領域を専門とする実務家には、スタテュータ型の発想が一番しっくりくるようである。2000年12月に開催された著作権法学会シンポジウム（「国際著作権法の課題」）における伊藤真弁護士の発言を参照。著作権研究27号142-143頁（2003年）。

ありうるのである[22]。

さらにこの学説によれば、渉外的な法律関係の性質によっては、双方主義ではなく「一方主義」を採用することも可能であるという[23]。一方主義とは、各国抵触法は自国法の地域的適用範囲のみを画定するという立場であり、たとえばわが国の国際私法はわが国の実質法の地域的適用範囲しか画定しない。同一の事実についてフランス法が適用されるかどうかは、専らフランスの抵触法によるのである。

そして、この多元的なパラダイムを前提とするならば、本判決を合理的に読み解くこともある程度可能となるのではないかと思われる。では、以下にそれを実際に試みてみることにしよう。

1．Ⅲ1の批判について

まず前章に示した第一の批判について。たしかに、属地主義を定義した判示部分においては、同原則は見かけ上完全に双方主義的な抵触規則とされている。だが実は、同判示は、自国特許法の域外適用否定（属地主義(a)）、他国特許法の自国領域内適用否定（属地主義（b））という法政策に言及しているのであり、しかも、概して当該の法政策を実定法上採用している国が多いという事実を述べるにとどまっているのである。そして、そのような事実状態があるからといって、直ちに本件に適用される準拠法が決まるわけではないと言っているのである。

このように解するなら、属地主義を承認しながらも条理により準拠法を導いたとの批判を免れることができよう。ちなみに、本判決は属地主義を

[22] サヴィニー型の抵触規則とスタテュータ型の抵触規則には本文で示したような違いがあるが、厳密にいえばこれらは見方の相違であり、いずれの方法論も実質法の地域的適用範囲を画定する機能を営むことにかわりはない。重要であるのは、国際私法が単に「法律関係」を対象とすると解するとサヴィニー型の方法論しか成立しないのに対し、「法規」を対象とすると解すると両方法論が成立する多元的な構造となることである。佐藤やよひ『ゼミナール国際私法』［法学書院・1998年］2-4頁、6-7頁、47頁参照。

[23] 佐藤・同上。なお、パウル・ハインリッヒ・ノイハウス『国際私法の基礎理論』（櫻田嘉章訳・成文堂・2000年）107-108頁には、「一方的抵触規定の体系」についての短い説明がある。

定義するにあたり最判平成９・７・１民集51巻６号2299頁（ＢＢＳ特許製品並行輸入事件判決）を引用しているが、後者の最高裁判決も、単に世上属地主義といわれるものはこういうものであるということを示すにとどまり、わが実定法上属地主義なる原則が存在するとまでは明言してはいないことに注意すべきであろう[24]。

2．Ⅲ2の批判について

前章に示した第二の批判について。本判決は「準拠法」という言葉を用いているが、これは「事案に適用される法」というくらいの意味である。そして、本判決が「準拠法に関しては……条理に基づいて……登録された国の法律による」としているのは、事案に適用される法の決定は登録国の抵触法に委ねるという趣旨である（「特許権の効力は」といわず、その「準拠法に関しては」と述べているところがミソである）。要するにこれは、特許権の効力問題に関しては、既述の一方主義の立場に立つということである。そうすると各国特許法中の適用地域画定規定（明文の場合もあれば不文の場合もあろう。）を参照する必要が生まれ、この限りで、法律関係から出発するサヴィニー型の方法論ではなく、法規の側からその適用地域を画するスタテュータ型の規律にも移行しうることになる。

前章に示した第二の批判とは、要するに登録国という連結点では準拠法が恣意的になるのではないか、またそれが決まらない場合もあるのではないかというものであった。しかし、既述のように解するならば、そもそも最高裁は諸外国の特許法が準拠法とされる基準について判示するつもりはなかったと回答することができよう。いついかなる場合に諸外国の特許法が準拠法となるかは、本判決によれば、それぞれの国の抵触法によって決まるのである。

3．Ⅲ3の批判について

前章に示した第三の批判について。本判決が一方主義を採用しているのであれば、既述の属地主義（a）を採らない米国特許法の域外適用が問題

[21] 出口耕自「第5章　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』［三省堂・2001年］136頁注62。

とならざるをえない。そして、ここで公序の濫用が指摘されていることはすでに見たとおりである。

たしかに、外国法の適用結果の異常性を排除するために公序則を発動するというのが通説の説く公序のあり方（消極的公序）である。だが、公序の理解はこれに限られるものではない。本判決は、わが特許法を「公序法」と位置づけ、自国領域内では同法が絶対的・強行的に適用されるべきこと（積極的公序）を明らかにしたものと解しうる（既述の属地主義（b）を参照）。法例33条にいう「外国法ニ依ルヘキ場合」とは、単にわが国際私法により外国法が準拠法として指定された場合をいうにとどまらず、一方主義の下で事案が当該外国法制定国の定めた地域的適用範囲に入る場合も含む。本判決は、法例33条を適用することにより、米国特許法の適用地域画定規定受容の限界を明らかにしたのである[25]。

双方主義的なサヴィニー型国際私法のパラダイムを前提にすると、積極的公序の考え方を導入するのに無理が伴うことはすでに述べたとおりである。しかし、一方主義を採用した場合には、法廷地実質法は法廷地抵触法がその適用を欲するがゆえに適用されるのであって、もともと例外的なものではない。したがって、この立場の下で公序を発動するのであれば、積極的公序を認めることこそがむしろ理論的に一貫するのである[26]。

4．Ⅲ4の批判について

以上は多元主義という考え方に基づいて本判決の論旨の再構成を試みたものであるが、前章で示した第四の批判については、特段、多元主義の考え方を援用せずとも、これに反ばくすることが十分可能であるように思う。

それというのも、本判決を熟読するならば、それは、本件下級審判決がしたように、外国特許権の日本国内における効力を認めない属地主義（属地主義（b））のゆえに本件米国特許権がわが国の不法行為法によって保護

[25] これは、「適用しない」という形でわが国が米国特許法の地域的適用範囲を画したことを意味するから、この限りにおいて例外的に双方主義的規律が採られたことになる。佐藤・前掲注（22）7－8頁、94頁。

[26] 佐藤・前掲注（22）93-94頁。

される権利には該当しないと言ってはいないことに気づくからである[27]。むしろ、わが国が自国の特許権の効力を域外に及ぼさない属地主義（属地主義（a））を採用しているがゆえに、（特別の立法ないし条約が存しない以上は）日本法上不法行為にならないとしているのである。すなわち、この判示部分は、仮にわが国が自国の特許権の効力を域外に及ぼす立場を採用していたなら、その逆の場合（自国の領域内における外国特許権の侵害が主張された場合）においてもある種バーター的に日本法上不法行為を成立させてもよいが[28]、そうではないので不法行為の成立を認めないと言っているのではないか。

本件下級審判決の論理では、行為地が外国であっても、当該外国特許権は日本法上保護される権利には該当しないから、法例11条2項により不法行為が成立することはありえない。実際、両判決がその論理を借用した満州特許事件判決は、まさにそのような判断を下したケースであった。しかし、本判決が採用した論理では、外国特許権の当該外国における侵害が主張されている事案であれば、法例11条２項の下でも不法行為が成立する可能性が十分にある。

もっともこの点については、「……同項が問題としているのは行為の不法性（悪性）自体であって、その判断においては法の地域的適用関係は視野の外に置かれていると解すべきであ」り、「特許権侵害行為を誘導する行為は日本法上も違法であるので、損害賠償請求は認められる余地が十分

[27] この点、樋爪・前掲注（10）40頁は、「判旨・多数意見は、米国特許権の効力は日本に及ばないので、日本におけるＹの行為は違法とはいえず、不法行為は成立しないと判断している」と論じ、「判旨・多数意見に疑問がある」としているが、本文で示したように、判旨の理解としてはむしろ日本法上の特許権の効力が領域内に限定されていることを理由に損害賠償請求を認めなかったと解すべきであろう。そして、筆者のこの読み方を前提とする限り、藤井裁判官による反対意見も焦点を外しているということになると思われる。なお、大野弁護士も「最高裁多数意見の論理は、満州国特許権事件判決の実質的な焼き直しであり、妥当なものとはいえない」と批判しているが（大野・前掲注（13）15頁）、やはり実質的な焼き直しではないと考えるべきであろう。

[28] もともとわが国の特許法が域外適用されていれば、外国特許権を国内で侵害したことによる不法行為の成立を認めても、当事者の予測可能性がさほど害されなかったであろうとのニュアンスが判旨から読み取れるように思われる。

にあ」[29]るとの指摘もなされている。たしかに、同項が問題としているのは行為の悪性それ自体であるだろう。しかし、悪性の評価において地域的なファクターを考慮することが常に不当とまでは言えないのではないだろうか。また、本判決がすでに（その結論の妥当性はともかく）いかなる特許権の侵害もないとした以上、同じ事実による不法行為の成否について上記のような慎重な立場をとったことは、わが民法の解釈としてはむしろ首肯すべきことのように思われるのである。

Ⅴ.「もう一つの読み」の批判的検討

あえて前章に示した読み方をすることで、理論的に重大な欠陥があるといわれる本判決に対しても、一定の学理的裏づけを与えることができたのではないかと思われる。ここで確認のため、前章で読み直した本判決の構造を箇条書きの形で再述してみよう。

①本判決にいう属地主義とは、自国特許法（中の特許権の存在・効力に関する規定）の域外適用否定（属地主義（a））、他国特許法（中の特許権の存在・効力に関する規定）の自国領域内適用否定（属地主義（b））という法政策を指す[30]。

②特許権の効力については法例上明文の規定を欠くので、条理により一方主義を採用する。したがって、ある行為が各国の特許権を侵害するかどうかは、その登録国の抵触法による。いずれにせよ、事案に適用される法（準拠法）は常に登録国法となる。登録国特許法の適用地域画定規定に従う場合、サヴィニー型でないスタテュータ型国際私法に移行する。

③特許権の存在及び効力に関するわが国の法規は公序法であり、絶対的・強行的に適用される。属地主義（b）が導かれるのは、この結果である。

④わが国は自国の特許権について属地主義（a）を採っている。そうである以上、わが民法の解釈としては、わが国で生じた米国特許権侵害（と

[29] 道垣内・前掲注（2）280頁。同旨、横溝・前掲注（3）199-200頁。

[30] 当然、本判決が引用するＢＢＳ特許製品並行輸入事件最高裁判決にいう属地主義も、同様に解する。

主張された）事実による不法行為の成立を認めるのは適当でない。

多元主義という考え方に依る場合には、以上のような特許権の抵触法的規律（とくに①～③）も十分に考えられると思われる。実際、欧州で知的財産権に関する国際私法条約案（1975年）が起草された際に、このような規律を採用すべきことが理由書の中で提唱されたことがある。起草の任に当たったUlmer教授は、知的財産権の準拠法をいわゆる保護国法（その領域について保護が要求される国の法）とし、その上で侵害行為（保護が求められる行為）の場所は保護国法がこれを決すべきであるとした[31]。これはつまり、保護国法の適用地域を画する侵害行為の場所は法廷地抵触規則ではなく専ら当該保護国法が決するということであるから、結局Ulmer教授はここで一方主義の採用を説いていると解されよう。

しかし、理論的可能性として多元主義の採用がありうるとしても、またそれに基づいて上記のような本判決の読み方がありうるとしても、Ⅰで述べたように筆者はそれを私見として支持することはできない。その理由は以下のとおりである。

そもそも、一方主義に立つということは、各国特許法の適用地域を画する抵触規則を調べつくす必要があるということを意味する。そして元永助教授がいみじくも述べられるように、「各国実質法の適用範囲を確定する作業は必ずしも容易ではない」[32]のである。

この点、本判決が登録国法を準拠法とするにあたり各国で属地主義が採用されていることを考慮したのは、ある国で生起した事実に適用を欲するその他の国の特許法が存するような場合は実際には多くないということ

[31] E. Ulmer, INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS AND THE CONFLICT OF LAWS, 1978, no. 26, p. 14. なお、Sandrockも、「いつ保護違反が『国内で（im Inland）』で行われたかは、保護国自らこれを決しなければなら」ず、「裁判官は、内国の無体財産権が侵害されたのであるか、それとも外国のそれが侵害されたのであるかを、内国のまたは外国の各保護規定のその都度の精神（ratio legis）に基づいて決定しなければならない」としており、やはりこれも一方主義を説くものと解される。Sandrock, a. a. O.(20), S. 631.

[32] 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刊行委員会編『現代企業法学の研究』［信山社・2001年］574頁。

を述べたものとも解しえよう。しかし、そうであっても、それは単なる見込みにすぎず、「侵害行為が行われた場所が属する国以外にその侵害行為に自国特許法の適用を欲する国がないかどうかを確認する必要がある」[33]ことに変わりはない。すなわち「理論上は、現在存在するすべての特許法についてこの作業を行う必要がある」[34]はずなのである。

筆者は、わが国際私法の解釈論上多元主義を採用する余地はありうるにしても、軽々に一方主義を認めることは慎むべきという立場である。一方主義は一般に各国が他国からの容喙ないし干渉を嫌う分野について妥当しやすいようであるが、少なくとも特許権について一方主義を採らねばならない必然性は未だ十分に論証されていない[35]。特許権の存在や効力を国際私法の枠組みにおいて扱うのであれば、やはり原則的には双方主義的な抵触規則の下でこれを規律すべきであろう。

次に、本判決は属地主義（a）を採用しているが、これが種々の実際的問題をもたらすことになるのではないか。このような指摘はすでに各方面でなされているところであり、早急な検討が必要である。

たとえば、外国企業が日本国内で資力のない子会社をわら人形的に使用してわが国特許権を侵害した場合に、属地主義（a）によればこの子会社の責任を追及するほかはないが、実際上権利者保護が不十分になるのではないかと懸念されている[36]。また、情報ネットワークを応用したビジネス方法等の特許発明は、必ずしも一国内で完結して実施されるものではない。権利効力の領域限定という不明確な基準に固執したままでは、これら先端

[33] 同上。

[34] 同上。

[35] 佐藤教授は「氏」について一方主義に基づく規律を提唱しているが、その根拠として、氏をめぐる規制が各国各民族の文化・歴史等に結びついており一番他国からの干渉を嫌う分野であることをあげている。佐藤やよひ「渉外婚姻と夫婦の氏――民法750条の適用をめぐって」星野英一先生古稀祝賀・中川良延他編『日本民法学の形成と課題下』［有斐閣・1996年］1067頁以下、特に1101-1102頁。

[36] 大野・前掲注（13）17頁。他方、後藤弁護士は、解釈論による属地主義の緩和にはやや消極的であり、日本法上の特許権の侵害を教唆・幇助する行為が外国で行われた場合にその行為に対し当該特許権の侵害責任を肯定する立法が望ましいとしている。後藤晴男「米国特許権の侵害に基づく差止め、侵害品の廃棄及び損害賠償の請求を我が国の裁判所に提起できるか」ＡＩＰＰＩ48巻４号25頁（2003年）。

技術に関する特許権の弱体化を招来するおそれなしとしない[37]。

そもそも、属地主義というスタテュータ型の抵触規則が何ゆえに特許権について妥当しなければならないのか、その理由は全く明らかではなく、この点は近時様々な学説からも批判されている[38]。そうであれば、上記のような実際上の不都合をもたらしかねない属地主義を承認してしまった（筆者の読みに従えば定義どおりには承認してはいないが、それでも部分的には承認した）本判決は、やはり妥当でないと言わざるをえない。まさに、「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。そこまでいかないとしても、最低、この概念をその根拠や性質も含めて明確にしなければならない。下級審においても、本判決が無批判に前提とされるなどということは、あってはならない」[39]のである。

Ⅵ. おわりに

私事に関することで恐縮であるが、筆者は、平成15年夏に、日本工業所有権法学会にて知的財産権の属地主義に関する報告を行った。この報告の時点では、筆者の本判決に対する見方は一般的な評価と何ら異なるものではなかった。本判決は国際私法学の共通理解を逸脱しており、理論的に重大な欠陥を抱えている――このように結論していたし、実際にそうした趣旨のコメントを学会報告において行った。

しかし、学会終了後、一方主義をも容認する“多元的な”国際私法という考え方の下で本判決を読み解いてみるというアイデアが脳裏に浮かび、

[37] 同様の指摘を行うものとして、本多正樹＝亘理光＝相澤英孝「第Ⅳ章　国境を越えた電子マネーの流通と特許」相澤英孝編著『電子マネーと特許法　増補版』［弘文堂・2000年］289-290、304頁がある。なお、平成13年12月の産業構造審議会知的財産政策部会報告書においても、この点についての指摘がなされたようである。産業構造審議会知的財産政策部会『ネットワーク化に対応した特許法・商標法等の在り方について』（平成13年12月）67頁（同報告書は、特許庁のホームページよりダウンロード可能。http://www.jpo.go.jp/shiryou/toushin/toushintou/1312-055.htm）。

[38] 出口・前掲注（24）126頁以下、小泉直樹「いわゆる属地主義の原則について――知的財産法と国際私法の間――」上智法学論集45巻１号４－９頁（2001年）。

[39] 出口・前掲注（6）30頁。

これをもとに論文を書いてみたいと考えるようになった。そのような試みを経た後も、筆者の結論としては相変わらず本判決を支持することはできないのであるが、知的財産権の抵触法的規律をめぐる議論が漸く盛んになりつつある折、本稿の考察がそこに一石を投じることができればと念じる次第である。

なお、本研究を行う機会を与えてくださった田村善之教授及び北海道大学21世紀ＣＯＥプログラム関係のスタッフの方々に、この場を借りてお礼を述べさせていただく。

［追記］　本稿脱稿後、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創刊号159-186頁（2004年）に接した。本判決にいう属地主義が、いかなる実際的問題を惹起させるかを詳細に説明している。