

東アジアにおける知的財産権に関する 共通国際私法原則の必要性と可能性

木 棚 照 一*

目 次

1. はじめに
2. 共通原則構築の方法及び性質
3. 共通原則の基本的視点
4. 結びに代えて

1. はじめに

1986年から1994年の約8年間のGATTウルグアイ・ラウンドの交渉の結果を受けて、1995年1月1日に「世界貿易機関の設立に関するマラケッシュ協定」(WTO協定)が発効した。その後、アジアの多くの国及び地域がWTOに加盟し、アジアの諸国においてもグローバル化の波が押し寄せている。知的財産権の問題との関連で見れば、WTO協定の付属協定としての「知的財産権の貿易的側面に関する協定」(以下、TRIPsと省略する)がWTO加盟国で発効し、TRIPsで示された基本原則や最低限の保護基準等を満たすために、多くの国で知的財産法を改正し、知的財産に関する法制度や紛争解決制度などが整備されている¹⁾。しかし、そもそもTRIPs自体が、貿易の側面から、従来の知的財産条約の原則を確認し、その最新の条約がより広くWTO加盟国で適用されるものとしたうえで、GATTの基本原則であった最恵国待遇の原則を知的財産権に適用するな

* きだな・しょういち 早稲田大学法学学術院法務研究科教授

どの基本原則を定めるとともに(第1部)、最低限の保護基準を定めた(第2部)協定であり、知的財産権に関する統一法を定めることを直接の目標とするものではない。この協定の直接の目標は、あくまで知的財産権に関する最低限の保護水準を引き上げるとともに、知的財産権の実効的行使(enforcement)を確保することであり、そのための国際的な枠組みを構築することにある。とりわけ、最低限の保護水準に関する規定は、それ以上の保護を加盟国が行うことを禁止するものではなく、むしろそれを推奨するものである。また、実効的行使の部分は、原則を定め、加盟国に放棄や制度の整備を行う一般的な義務を規定したものが多く、どのように規定するかについては、加盟国に広い裁量が認められている。また、TRIPsは、通商協定であり、基本的に加盟国を義務付ける規定が中心であり、伝統的な知的財産権の条約とは異なり、私人間の紛争に直接適用される性質の規定をほとんど含むものではない。知的財産権の保護は、各国の産業的、文化的発展の段階とも深くかかわるだけに、各国の利害が激しく対立してきた分野といえる。TRIPs発効後、TRIPsの改正に関するWTOの閣僚会議が必ずしも成功していないことは、この点に関する事情を反映しているように思われる²⁾。

とはいえ、TRIPsの発効によって知的財産権に関する各国の実質法規定がある程度調整され、国際私法原則や国際私法原則の国際的調整と調和に関する学問的検討の試みが可能となるような素地ができたことにも着目しなければならない。各国知的財産法の実質法的な調整をさらに促進することが困難であることが明らかになるに従い、各国実質法規定の相違を前提としながら、各国の知的財産権に関する国際私法原則の調整と調和を図り、知的財産権に関する国際私法上の紛争の解決の予見可能性を高めることが重要となる。それによって、判決の予見可能性を高め、知的財産権の実効的行使の観点からもよりよい結果が期待できるからである。このような試みは、1999年10月30日のハーグ国際私法会議特別委員会の「民事及び商事に関する国際裁判管轄及び外国判決に関する条約」の準備草案12条の

専属管轄との関連で、知的財産権についてどの範囲で専属管轄とすべきかに関する議論を契機として開始された。この草案12条4項では、「特許権、商標権、意匠権その他の寄託又は登記を要する類似の権利の登録、有効性、無効、[取消又は侵害]を目的とする手続については、寄託又は登録が申請され、行われ又は国際条約の条項によって行われたとみなされる締約国の裁判所が専属的管轄権を有する。前段の規定は、著作権又は著作隣接権を登録することができる場合であっても、それらの権利に適用しない。」と規定されていた。この規定について、登録を要しない商標権や意匠権をどのように取り扱うかが問題とされ、また、侵害について専属管轄とするかどうかについて意見が分かれた。この点に関する議論の中で、知的財産権の問題を国際私法ばかりではなく、知的財産権の専門家を含めてより本格的に検討される必要があるとされるとともに、裁判管轄権や外国判決の承認ばかりではなく、準拠法を含めたより本格的な議論をすべきであるという認識が高まっていった。このような認識に基づいて2001年1月に開催された「国際私法と知的財産に関する WIPO フォーラム」においては、準拠法を含めて報告、議論が行われたが、この問題の難しさが改めて確認される結果となった。その後、この条約は、合意管轄に対象が絞られ、著作権及び著作隣接権を除く知的財産に関する紛争には適用されないものとされたうえで、2005年6月30日のハーグ国際私法会議第20回外交会議で「管轄合意に関する条約（Convention of Choice of Court Agreements）」として採択された³⁾。

しかし、知的財産に関する国際私法原則の調和の作業が諦められたわけではない。アメリカ法律協会（ALI）のプロジェクトによって、あるいは、マックス・プランク協会の戦略的プロジェクトの一つとしての「知的財産権における抵触法に関するヨーロッパ・マックス・プランク・グループ（European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property, 以下、EMPG と略する）」によって、そのような作業が継続され、原則が具体的に提示されている。

まず、ALIの評議会(Council)は、2004年4月に「国境を越えた知的財産紛争に関する裁判管轄権、準拠法選択及び判決に適用される原則(Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law and Judgments in Transnational Disputes)」についてのプロジェクトを採択した。このプロジェクトは、ニューヨーク大学のドレフュス(Rochelle C. Dreyfus)教授とコロンビア大学のギンスパーク(Jane C. Ginsburg)教授のほか、スイス、ローザンヌ大学のデスモンテ(François Dessemontet)教授を報告者に加えて、つくられたものである。アメリカ合衆国国内だけではなく、外国の法学者や実務家31名をアドバイザーとしていた。このプロジェクトは、当初知的財産権問題に特化した単行条約案の作成を目指していたが、ハーグ国際私法会議における議論の方向を踏まえて、後に裁判所に影響を与えるソフト・ローの作成を目指すことになり、四つの予備草案、二つの評議会草案、一つの議論のための草案を公表し、討論したうえで、2007年5月14日のALI総会でその原則の最終草案が採択され、2008年6月にその成果をまとめた書物として出版されている⁴⁾。

それに対し、EMPGは、ブラッセル条約などヨーロッパ的な規則を基礎としながらも世界全体で適用することができる共通原則を明らかにするために、2005年にマックス・プランク財団の戦略的プロジェクトの一つとして認められ、ハンブルクの外国私法・国際私法研究所の所長のバセドー(Jurgen Basedow)教授とミュンヘンの無体財産研究所の所長であるドレクセル(Josef Drexler)教授を含む14人のメンバーが中心となって、研究会を継続的に行ってきた。そして、2009年4月8日に「知的財産における抵触法に関する原則(Principles for Conflict of Laws in Intellectual Property, 以下、CLIPと略する。)」の第一次予備草案を公表し、次いで、2009年6月6日に第二次予備草案を公表し、10月23、24の両日ミュンヘンのマックス・プランク無体財産法研究所でヨーロッパだけではなく、広く他の地域からも研究者を招聘して、この第二次予備草案をめぐりWorkshoppを開催した。この議論を踏まえて、2010年6月16日に第三次予備草案を公表し

た。なお、EMPG は、2010年11月22日付の「予備（Preliminary）」という言葉を削除した「草案（DRAFT）」を準備しているようである。しかし、これは未だグループ内部で非公開とされているようなので、本稿では、CLIP 原則とのみいうときは、第三次予備草案を指すものとする。現在、2011年11月4日、5日にベルリンで開催することが予定されている最終草案の報告会に向けて研究が続けられている。

このようにアメリカの ALI とヨーロッパの EMPG という二つのプロジェクトによる提案が示されているだけではなく、早稲田大学のグローバル COE のわたくしが企画責任者となっているプロジェクトにおいても（東）アジアにおける知的財産権に関する国際私法原則が日本と韓国の国際私法学会のメンバーが中心となって作成されようとしている⁵⁾。また、日本においては、九州大学の河野俊行教授が中心となって、文部科学省の特定研究「日本法の透明化」がこの問題を検討し、2009年5月8日、9日に EMPG グループのメンバーを招いて東京で公開の研究会を開催し、その成果を『知的財産権と涉外訴訟』（弘文堂、2010年）としてその日本法についての立法提案を公表している⁶⁾。

わたくしたちのグループも2010年9月26日と27日のソウル大学における研究会で「知的財産権に関する国際私法原則（日韓共同提案）」を作成している。中国、日本や韓国をはじめとするアジア諸国は、ヨーロッパや英米の法制度を継受し、それぞれの国の現状に適合するように工夫しながら運用し、発展してきた。一方では、TRIPs によって知的財産権の最低限の保護基準と制度の整備が行われ、各国の知的財産権法制の調整が行われ、共通の国際私法原則の研究を可能とする最小限の基礎がつくられてきた。他方で、ALI の原則や EMPG の CLIP 原則の予備草案をはじめ、参考とすることができる検討の成果がみられ、東アジアの立場からこの問題を本格的に検討できる可能性が生じている。この時期にアジアにおける知的財産権に関する国際私法の共通原則が明確にできれば、この原則に基づいて、この地域における知的財産権の新たな移転や知的財産紛争の解決のシステ

ムを研究し、そのようなシステムの研究・開発を通じて共通原則を改善、修正していくことができる可能性が生じる。また、そのような研究を進め、アジアにおいて広く受け入れることが可能となる共通原則を提示することができれば、将来的にこの地域における FTA や EPA の形成など経済的連携の促進にも役立つものとなるであろう⁷⁾。同時にまた、本稿では、このような原則構築の方法や原則の性質について考察するとともに、原則の内容に関する重要な部分について触れることにしたい。わたくしとしては、韓国と日本だけではなく、広く他のアジアの諸国においても支持され得る原則にしたいと願っている。

2. 共通原則構築の方法及び性質

わたくしたちの研究は、あくまで研究者間の自由な学問的な討論、研究から出発しようとするものである。その場合に、共通原則をどのような方法で、どのような性質をもつものとして構築していくかについてはいろいろな意見が成り立ち得るであろう。例えば、条約案として考えるか、裁判所の判断に影響を与えるソフト・ロー条の原則として考えるか、それとも、各国の立法に影響を与えるモデル法として考えるか、などである。条約案として考えたとしても、全世界的に適用することを目指す多国間条約案か、それとも二国間で締結する条約案かで異なるところが生じるであろう⁸⁾。しかし、国際機関や国家機関の授権がなく、かつ、それらの機関でその案が採択される可能性も明確ではないのに、研究者や実務家が学問的な議論の場で条約案を検討することは、学問の性質上不可能とはいえないとしても、有意義なことかどうか疑問が生じるであろう。しかも、わたくしたちのグループは、日本と韓国の国際私法学会のメンバーを中心とするが、そのテーマに関心を持つ研究者や実務家が自由に集まり、早稲田大学グローバル COE 研究所のプロジェクトとして共同研究を始めたものである。条約案をわたくしたちのグループで提案しようとする意図はないのである。

ALI の原則も EMPG の CLIP 原則も当初は、知的財産に関する国際私法に関する単行条約やハーグ条約草案の補充条約案の作成から出発した後に、ハーグ国際私法会議におけるその後の議論を踏まえ、条約案とは異なる性質の原則を作成することを目指している。

そのうち、ALI の原則は、アメリカ合衆国等における裁判所の原則形成に果たす役割の大きさに着目して、主として裁判所の判断に影響を及ぼし得るソフト・ローとしての原則を目指したものである⁹⁾。EMPG の CLIP 原則第三次予備草案は、むしろ EU の現在までに形成されてきたシステムと適合し、将来ヨーロッパの規則や各国国内立法に取り入れられ得るモデル法としての原則を提示することを目指したものである¹⁰⁾。アジアの諸国の多くは、制定法であり、司法機関に法原則を左右する大きな裁量の範囲を与える判例法のような法制をとらない。したがって、わたくしたちの共通原則は、将来アジアの諸国で受け入れられ得るモデル法を目指すべきである。その場合に注意しなければならないのは、一方では、アジア諸国の現状に着目しながら、アジアの諸国の発展に適合し、それを促進するような原則を目指すべきことである。他方では、グローバル化されていくアジア諸国の将来にも目を向け、できる限り普遍性を持ち得る知的財産権に関する国際私法原則を探る必要があることである。知的財産権に関する国際私法原則も、各国のこれまで形成してきた訴訟等の法制度や伝統的に形成されてきた法意識を全く考慮しないで独自に提示されたとしても説得力を持つものではない。しかし、同時に、知的財産権が国際的な企業間の競争でも重要な要素となるだけに、この原則は、各国の実質法規定とともに、各国への外国からの投資、技術移転などに大きな影響を及ぼし得る性質を持つ。これらの点からみれば、アジアの地域の特殊性を考慮しながら、できる限り普遍性を持つ原則を目指す必要はないであろう。とはいえ、はじめから普遍性を持つ国際私法原則を見出すことは極めて困難である。例えば、ALI 原則と EMPG の CLIP 原則第三次予備草案を比較してみても、保護国法¹¹⁾ やユビキタス侵害¹²⁾ の定義や

解釈など、一見同一に見える原則もよくよくみれば、かなりその内容や適用範囲などが異なっている。したがって、むしろそれらの原則から学びながらも、望ましい原則がどの点について認められるかを独自に判断してゆかざるを得ないのである。

それでは、この原則にどのような問題がどのように含まれるべきであろうか。国際私法を狭義に捉えれば、準拠法選択原則を指すことになるであろう。しかし、知的財産権に関する国際私法原則についての国際的な議論の展開をみればわかるように、議論の契機はむしろ国際裁判管轄権と外国裁判の承認・執行に関する規則の議論にあったので、これらの問題が当然に含まれるものと考えられる。ALI 原則は、第1部 定義および原則の適用範囲(101条[定義],102条[本原則の範囲及び適用可能性],103[条裁判管轄権と準拠法の区別],の3カ条),第2部 裁判管轄権(201条~207条[被告に対する対人管轄権],211条~214条[事物管轄権],221条~223条[並行訴訟の調整]の3章,14カ条),第3部 準拠法(301条~302条[総則],311条~317条[権利の帰属及び移転],321条~324条[準拠法に関するその他の原則]の3章13カ条),第4部 国境を越えた事例における外国判決の承認及び執行(401条~403条[総則],411条~413条[救済]の2章,6カ条)の全36カ条の構成となっている。

それに対して、EMPG の CLIP 原則第三次予備草案は、第一部 適用範囲(1:101条),第二部 裁判管轄権(2:101条[一般管轄],2:201条~2:209条[特別管轄],2:301,302条[(付加的)合意管轄(Prorogation of Jurisdiction)],2:401,402条[専属管轄],2:501条[保全処分を含む仮処分],2:601条~2:604[一般規定],2:701条~2:706条[複数手続の調整(Coordination of proceeding)]の7節,25カ条),第三部 準拠法(3:101条~3:103条[総則],3:201条[権利の原始的帰属(Initial Ownership)],3:301条[移転可能性],3:401条~3:402条[共同所有],3:501条~3:508条[契約及び関連問題],3:601条~3:605条[侵害及び救済方法],3:701条[制限及び例外,放棄可能性],3:801条

～3：806条〔補則〕の8節，27カ条），第四部 承認及び執行（4：101条～4：103条〔総則〕，4：201条～4：204条〔管轄の審理〕，4：301条〔保全処分及び仮処分〕，4：401条～4：402条〔公序〕，4：501条〔その他の外国判決承認拒絶事由〕，4：601条〔実質的再審査の排除〕，4：701条～4：703条〔手続〕，4：801条〔（裁判上の）和解〕の8節，16カ条）の全69カ条となっている。

いずれも，裁判管轄権，準拠法，（外国判決の）承認及び執行の三部を中心にする点では類似する。ALI 原則は，第一部で定義，本原則の範囲及び適用可能性，裁判管轄権と準拠法の区別，の3カ条を置き，アメリカ法に独自の取り扱いに一定の制限を付けている。それに対して，EMPGのCLIP 原則は，第一部では，適用範囲に関する1カ条を置くにとどめ，必要なことは各部の規定で定めている。

また，各部における章の分類は，CLIP 原則の方が，体系的により細かな章分けをし，より詳細な規定を置く。例えば，第二部7章，第三部と第四部を8章に分けたうえで，第二部裁判管轄権では，侵害訴訟に関する管轄の範囲（2：203条），刑事手続から生じる民事上の請求（2：204条），第三部準拠法では，最近企業の発明活動の形態から問題とされている知的財産権の共有者間の関係（3：402条），契約準拠法の適用範囲（3：506条），第三部承認及び執行では，管轄原因事実の認定（4：203条），裁判上の和解（4：801条）などを含め，詳細な規定を置く。それに対して，ALI 原則は，第二部裁判管轄権では，被告に対する対人管轄，事物管轄，並行訴訟の調整の3章に分け，第三部では，総則，権利の帰属及び移転，準拠法に関するその他の原則の3章に，第四部では，総則，救済の2章に分けるにとどまる。

わたくしたちのグループは，これらの草案を参考にしながら，さしあたりアジアの諸国で池入れ可能な最小限の原則をモデル法として提示することを目指した。一方では，アジアの多くの国は，制定法国であるので，ALI 原則のように，裁判所の判断に影響を与えるソフト・ローとして，

伝統的に認められてきた裁判所の裁量権を強化することにより問題の解決を図ろうとする方法をそのままとることはできない。とはいえ、ALI 原則の目指している普遍性を持つ部分については、大いに参考にさせていただいた。他方では、EMPG の CLIP 原則のような、現在かなりの程度存在する知的財産権の実質法についての共通規則を前提として、また、EU 域内での国境を越えた民事訴訟法や抵触法上の共通原則やそれに関する EC 裁判所の判例などとの抵触を回避しながら、将来 EU 規則や各構成国のモデル法となり得るような原則を提示しようとすることもできない。モデル法的性質を有する原則をつくりだすという点では一致していても、東アジアの諸国で取り入れることができる原則は EU の構成国における場合と様相を異にする。アジアの諸国は、ヨーロッパの大陸法系諸国の法とアメリカを中心とする英米法系諸国の法の双方をそれぞれ部分的に継受しながら、自国の法状況に合うように工夫して立法し、解釈・運用してきた。今回のわたくしたちの研究を基礎とした共同提案は、知的財産権に関する国際私法原則という今後の東アジアの諸国の経済的連携を促進するために必要となる分野についての重要な学問的議論を喚起する契機となることを目指すものであり、自らを発展途上国と位置付ける韓国と先進国としての日本の両国の学者による共同研究の成果である点に着目してほしい。

3. 共通原則の基本的視点

知的財産権という用語は、19世紀の末にドイツのコラー（Joseph Kohler）やベルギーのピッカート（Edmoind Picard）によってつくられたものである。これは、ローマ法以来の権利の三分法になじまない、知的創造者の人格権と知的創造物のという無体物に対する財産権が緊密に結合されている新たな権利の成立を認めたものである¹³⁾。それによって、これまでばらばらに捉えられてきたこれらの権利の保護を統合的に捉え、これらの権利の性質を理論的により明確に説明し、これらの財産の国際的保護の

推進力としようとしたものといえよう。これらの権利保護は、沿革的にみれば、封建領主の付与した特権に由来する。例えば、特許については、1623年のジェームズ1世の専売特許条例（Statute of Monopolies）が近代特許制度発生の萌芽とされ、発明者権のマグナカルタ（Magna Caruta of the Rights of Inventors）と呼ばれている。著作権については、1710年のthe Act of Anne が世界最初の著作権法といわれている。これらの君主の付与した権利は、その主権が及ぶ地理的範囲においてのみ効力を有した。この点が知的財産権の属地主義の起点となった。

しかし、国際的な交通、通信が発達し、知的財産の価値が認識されるに伴い、知的財産権保護に関する国際同盟形成の必要性が高まった。知的財産という無体物に関する権利の保護が国境によって限界づけられるということは、国際的な、公正な競争秩序の形成という観点からも決して望ましいものではない。このような認識に基づく知的財産権の国際的保護運動の広がりにより、1883年の工業所有権の保護に関するパリ同盟条約や1886年の文学的、美術的著作物の保護に関するベルヌ同盟条約がつくられた。このような同盟条約は、知的財産権の属地性を少しでも克服し、その国際的保護を強化しようとすることを目的とするものであるから、属地主義を明確に規定するものではなかったことに注意する必要がある。内国民待遇の原則が属地主義の抵触法的反映としての保護国法主義を導くとする有力な見解があるが、妥当ではない。たとえ、内国民待遇の原則が涉外的事例を想定した外国人法の前提として存在する抵触規定を内包すると解することができるとしても、この前提として存在する特別抵触規定が直ちに一般抵触規定としての国際私法原則に内包されるとは言えないことを看過してはならないであろう。確かに、一般規定としての国際私法上の抵触規定が、別段の定めがなければ、原則として外国人法上の抵触規定として妥当するかどうかについては、議論が分かれる。これを肯定するのが多数説であるといえよう。しかし、このことは、逆に、外国人法という特別の目的をもった法の論理的前提となる特別抵触規定が直ちに国際私法上の原則とし

ての一般抵触規定となることを論証するものではない。これまでの学説上は、この点を明確に説明していないように思われる¹⁴⁾。

これらの条約上の規定には、知的財産権の属地性を暗黙の前提としていると思われる規定が存在しないわけではない。知的財産権の保護は、その性質上、各国の産業政策や文化政策と密接に関連する。また、とりわけ、工業所有権に関しては、後に第三者が自らの研究、工夫の中で同一の知的創造物を作ったとしても、その権利を認めないものであるから、保護されるべき知的創造物の範囲を公示しておく必要がある。このような公示に関わる登録は、その国の取引秩序と密接に関連するので、属地主義の原理が暗黙の前提とされてきた。例えば、知的財産の登録に関する問題が保護国(登録国)の専属管轄に属するものと考えられ、このような問題に関する準拠法として保護国法が指定されるのは、この点と関連する。しかし、このような歴史的に暗黙の前提とされてきた原則が緩和されなければ、知的財産権の保護が適切に行われないと危惧されるような現象も生じている。例えば、インターネットの登場、普及に伴って、従来の伝統的理論に従った、いわゆるモザイク理論では、適切な知的財産権の保護が困難になることは次第に明らかにされてきた。ALI原則やEMPGのCLIP原則がいずれも知的財産権侵害の特則としてユビキタス侵害の規定を置くのは、このことに関連するであろう。また、現在の優れた発明の多くが多数の研究者の国際的協力により完成されることが少なくないことからすれば、これらの発明の完成によって生じる権利の帰属や発明者への報酬請求権が属地主義によって各国ごとにばらばらに与えられることは、発明の保護としての適切性を欠くことになるであろう。この点については、従来より広い範囲で当事者自治の原則が認められるべき問題が増加していることを示すものである。

このような現代的現象に対する対処方法は、ALI原則とEMPGのCLIP原則では異なっている。例えば、ALI原則は、並行訴訟についての第一受訴裁判所に強力な調整権限を認め(221条)、このような裁判所が一定の

要素を考慮して、訴えについての協力，併合またはその二つを併用することを決定しなければならないものとしてその判断につき詳細に規定し（222条），その場合の他の受訴裁判所における訴えの取り扱いを定める（223条）。準拠法についても，従来のモザイク論を克服する特則としてユビキタス侵害の準拠法を定める規定を置き（321条），「被疑侵害行為がユビキタスであり，複数の国の法の適用が主張されている場合」とのみ定めるので，この規定が広く適用される可能性を持つ。また，承認及び執行についても，その原則の定める管轄原因が認められない場合等だけではなく，この原則の定める準拠法に関する規定に従っていない場合にも，執行国裁判所は，承認執行の義務を負わないことを定める（403条2項b号）。それに対して，EMPGのCLIP原則は，「インターネットのようなユビキタス・メディアを通して行われた侵害」について，準拠法についてだけではなく，裁判管轄権についても特則を定めている。まず，ユビキタス侵害をユビキタス・メディアを通して行われた侵害に限っており，原則に対する例外をできる限り制限的にとらえようとしている点に注意が必要である。裁判管轄権については，法廷地国に実質的影響がないとしても，侵害者が常居所を有し，又は，常居所が複数ある場合にそのいずれかがあるときは，侵害全体を継続する実質的活動がそこでなされた（2：203条2項a号）か，侵害の結果もたらされた損害が侵害全体との関係で重要である場合（同条同項b号）には，管轄権を有するものとする。また，ユビキタス侵害の準拠法についても，先の定義規定のほか，「信号受信が可能なすべての国において侵害が生じる可能性が高い場合」に最も密接な関係を有する単一の法によることができるものとし（3：603条1項），最も密接な関係を有する国を決定する際には，侵害者の常居所地法（3：603条2項a号），侵害者の主たる営業所（同条同項b号），侵害全体の継続に実質的に寄与した行為が行われた地（同条同項c号），当該侵害全体との関係において実質的な損害が発生した地（同条同項d号）を考慮に入れなければならないものとする。

わたくしたちの原則は、管轄権については、「被害が複数の国で発生した場合には」「主な侵害行為が行われた国の裁判所が、その侵害行為から発生したすべての被害に関する請求に裁判管轄権を有する」ものとし(203条1項)、これによって生じ得る広がりすぎる裁判管轄権については、「特別の事情」の考慮によって個別的に管轄権を否定できるものとした(211条)。また、インターネット等ユビキタス・メディアまたはそれに類似する手段による知的財産権侵害について、特則を306条で定め、侵害につき全体として最も密接な関連を有する国の法によるものとして(306条1項)、その際に考慮すべき次の三つの要素を挙げている(同条2項)。つまり、知的財産権を侵害したとされる者の常居所地、侵害を起こす活動が主に行われるか、向けられる国及びその侵害の主な結果の発生地、権利者の主な利害関係の中心地、である。

ALI原則も EMPGの CLIP原則も、当事者の意思をできる限り考慮できるようにされている。例えば、管轄合意については、ALI原則202条は、当事者が管轄合意をした場合には、別段の合意がない限り、指定された裁判所が専属管轄を有するものとされ(202条1項)、指定された裁判所は管轄権の行使を拒絶してはならないものとする(同条2項)。標準書式契約上の管轄合意条項は、当該条項の合理性、契約締結時に起草者でない当事者にアクセスが制限されていないこと、契約締結後に裁判所及び当事者に参照可能であることが有効要件とされ(同条4項)、合理性判断のための四つの要素を挙げている。それに対して、CLIP原則は、裁判管轄合意について当事者の管轄権を限定する意思を示していない限り専属的なものとし(2:301条1項)、合意の有効性を同条3項から5項の規定に反しない限り指定された裁判所所属国の国内法によるものとする。3項で合意の方式に関する規定を置き、2:401条の専属管轄規定に反する合意を無効とする(4項)とともに、そのような合意をその他の契約条項から独立したものとして取り扱うべきことを定める(5項)。

わたくしたちの共通原則では、管轄合意が書面(205条1項)または電

磁的記録で書面とみなされるもの（同条2項）によって行わなければならないものとし、そのような合意について特別の事情のない限り専属的管轄合意と推定するととどめている（同条3項）。専属管轄を認める事項については、合意の効力を認めないが、それらが先決問題として争われる場合はこの限りではないものとする（同条5項）。

準拠法の合意についても ALI 原則と CLIP 原則で相違がみられる。ALI 原則302条は、当事者は、紛争の発生の前後を問わずいつでも、当該紛争の全部または一部を規律する準拠法を選択することができるものとするが（1項）、権利の属地性に由来する一定の事項については準拠法合意を認めず（同条2項）、準拠法合意が第三者の権利を害してはならないものとする（同条3項）。標準書式契約中の準拠法条項については、管轄権の場合と同じような有効要件を要するものとし、合理性の要件を判断する要素として裁判管轄権の場合と異なる二つの要素を定める（同条5項）。それに対して、CLIP 原則3：501条は、準拠法選択が契約条項のほか当事者の行為によっても契約の全部または一部につき明示的になされることを認めたとうえで、黙示的な場合は、相当な確実性をもって当該事案の状況に示されることを要するものとし、管轄権の合意がある場合には、合意した裁判所が所属する国の法を準拠法として選択したものと推定する（1項）。準拠法の事後的選択も認めているが、第三者の権利に影響を与えてはならないものとし（同条2項）、3：504条に方式の有効性、3：505条に同意及び実質的有效性を定め、この要件を満たさなければならないものとする（同条3項）。共同所有者間の関係については、企業内協約等当事者間の関係に適用される法によるものとする（3：402条）。また、このようにして選択された契約準拠法の適用範囲についても明文で明らかにする規定を置く（3：506条）。

わたくしたちの準拠法に関する原則では、当事者がいつでも、紛争の一部または全部について準拠法を合意することができるものとし（301条1項本文）、知的財産権の成立、有効性、消滅など知的財産権自体に関わる

問題及び移転可能性に関する合意は、当事者間に限ってその効力を及ぼす(301条1項ただし書)とし、当事者の準拠法の合意に最大限の効力を与えるものとした。また、そのような合意は、その合意以前に発生した第三者の権利に影響を及ぼさず(同条2項)、合意の成立と効力は、合意によって指定された準拠法によるもの(同条3項)とし、できる限り単純でわかりやすい規則とすることを目指した。また、知的財産権の最初の帰属者につき保護国法による(308条1項)としながら、著作物に関する最初の帰属を最初に創作された国の法によらせ(同条2項)、著作権の移転性についても、当事者間の合意によって最初に創作された国の法によらしめることができるものとした(309条2項)。アジアの諸国においてはこの点に関する法原則が必ずしも確立しておらず、著作権の利用契約も定着していない点を考慮して、できる限りこのような契約が普及するような法原則の提言を行うよう試みたつもりである¹⁵⁾。さらに、知的財産権が雇用契約その他の当事者間の関係から生じている場合には、その知的財産権の最初の帰属に関しては、このような契約または関係の準拠法によることにした(308条3項)。先に述べた共同発明者間の複雑な問題についても、基本的にこの規定で解決することとした。

外国判決の承認、執行の対象となる裁判については、ALI原則は、言渡国で終局的であることを要求しているが(401条2項)、終局的というのは、言渡国で執行可能であり、効力が停止されていないこととしている(101条2項)。EMPGのCLIP原則は、法廷地国における判決手続の名称いかに拘わらず、裁判所や審判廷によって下された判断をいうものとして広く捉えられている(4:101条)。これらは権利者の請求を迅速に承認、執行の対象としようとするものである。わたくしたちの原則でも、確定判決に狭く限るのではなく、保全命令(405条)などの裁判を含むものとした。承認、執行の要件については、ALI原則401条1項a号は、判決裁判所が準拠法に関する規定を含めその原則に従って判断したことがこの原則による承認には要求されている。これは、なるべく多くに裁判所がこの原

則によることを確保しようとする趣旨である。しかし、EMPGのCLIP原則は、そこまで要求していない（4：102条）。わたくしたちの共同提案も、この点につき慎重に議論したが、判決国の裁判所が共同提案に定める準拠法に従って判断したことまで承認や執行の要件としないことにした（401条1項）。

4．結びに代えて

わたくしたちの提案は、各条文のいずれ中国語や英語などの翻訳と簡単な解説を付けて、公表することになっている¹⁶⁾。わたくしたちの共同提案は、日本と韓国の国際私法学会の会員である一部の研究者によってなされるものである。残念ながら、現在のところ中国をはじめその他のアジアの諸地域や諸国の研究者の意見を反映することができてはいない。アジアの諸国において知的財産権に関する共通の国際私法原則を明らかにすることができれば、それらの国における知的財産権に関する紛争の解決の予測が少しでもより一層容易になり、知的財産権紛争の解決方法の構築にも役立つであろう。さらに、将来的には、これらの諸国における知的財産権の移転システムの研究に進み、知的財産権の新たな移転システムの構築にも貢献することができるであろう¹⁷⁾。このような研究は、第一歩であるかもしれないが、アジアの諸国における経済的連携を深め、強めるための法的枠組みの研究の一つとして不可欠のものと考えている¹⁸⁾。

1) この点については、例えば、木柵照一「アジアにおける知的財産法の展開 WTO/TRIPsの成立とその影響」今泉信也編『国際ルール形成と開発途上国 グローバル化する経済法制改革』（アジア経済研究所，2007年）83頁以下参照。

2) WTO成立後のラウンドとして2001年11月24日のカタールの第4回閣僚会議における「ドーハ閣僚宣言」を起点とするドーハ・ラウンドと呼ばれるものが継続している。この宣言の中には、最低限の保護基準をむしろ緩める方向のものがある。例えば、「TRIPsと公共医療に関するドーハ宣言」が含まれている。これは、インド、ブラジルのような制約能力の高い国がエイズ、マラリアなどについてのジェネリック薬品を強制実施権を発動して製造して、合法的に必要とする途上国の市場に供給することを認めようとするものであ

る。その場合に、その薬品の輸出が利潤追求でなく人道的な目的で行われること、輸入国と輸出国が一つ一つ個別的な協定を結んで行うこと、ブランド薬品と異なるばっけ維持や色を使うなどして、他国に流出した場合に識別することができるようにすることの要件を満たすときは、強制実施により製造された製品の国内市場への供給許諾に限定することを定めるTRIPs 31条f号の効力をTRIPsが改正されるまで停止することを定める。このほかに、特許出願人に関するTRIPs 29条に2を加え、生物資源および関連する伝統的知識から派生した発明、あるいはそれを用いて開発された発明についてその出所国を拜辞させ、その取得についての事前同意や利益配分に関する証拠を提出させる法的義務を課すなどの提案も出されている。さらに、途上国側からは、知的財産権が技術移転の障害とならない措置を求めるなどで、先進国の主張と激しく対立している。2003年9月のメキシコ・カンクン閣僚会議、2005年12月の香港閣僚会議、2009年11月のジュネーブ閣僚会議などでもこの問題を含めて包括的な交渉が行われた。当初の日程より大幅に遅れているが、交渉成立のめどは立っていない。なお、この点については、「WTO ドーハ・ラウンド交渉その課題と展望」関税と貿易58巻3号(2010年3月)4頁以下などに連載中の日本の交渉関係者の論文が参考になる。

- 3) この条約の成立経緯、条約の内容や解釈については、道垣内正人〔編著〕『ハーグ国際裁判管轄条約』(商事法務、2009年)に詳細な説明や資料が掲載されている。
- 4) Principles of the Law, ALI, Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgement in Transnational Disputes (2007)
- 5) 日本の国際私法学会のメンバーは、松岡博(元学会理事長、大阪大学名誉教授、帝塚山大学教授)、渡辺惺之(大阪大学名誉教授、立命館大学教授)、桜田嘉章(前学会理事長、京都大学名誉教授、甲南大学教授)、道垣内正人(早稲田大学教授)、野村美明(大阪大学教授)、中野俊一郎(神戸大学教授)とわたくしの7人である。そのうち、2009年3月の会議で韓国との共同提案作成については、野村教授、中野教授とわたくしの3名が当たることになった。韓国側のメンバーは、チェ・コンウン(崔公雄、学会名誉会長、韓国知的財産法院初代所長)、ソン・キョンハン(孫京漢、学会副会長、韓国成均館大学教授)、ソク・カンヒョン(石光現、ソウル大学教授)、ノ・テアック(盧泰嶽、韓国知的財産法院部長判事)イ・ギョホ(李聖昊、ソウル高等法院部長判事)イ・ギョホ(李圭鎬、韓国中央大学教授)の7人である。
- 6) この本は、英語版として、Jürgen Basedow, Toshiyuki Kono, Axel Metzger (eds.), Intellectual Property in the Global Area: Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition of Judgements in Europe, Japan, and the US., Mohr Siebeck (2010) が出版されている。
- 7) このような共同提案を作成する方法としては、まず、それぞれの国の知的財産権に関する国際私法原則の研究から始め、つぎに、ALI原則やCLIP原則をそれぞれのグループからも報告者を招いて研究、討論し、そのうえで、日本と韓国のそれぞれの案を責任担当者を決めて、作成した。例えば、2008年12月15日の日本案とその英訳については、早稲田大学グローバルCOE研究所、『季刊 企業と法創造』6巻2号(2009年)243頁以下、2006年12月11日の韓国案については、同誌同号258頁以下参照。なお、2010年3月26日の韓国国際私法学会で承認された韓国案の日本語版及び英語版については、韓国国際私法学会

『国際知的財産訴訟原則（Principles on International Intellectual Property Litigation）』（2010）参照。2010年の韓国案の内容は、『季刊 企業と法創造』7巻2号128頁以下また、2009年7月26日の日本案については、同誌120頁以下参照。

これと並行して共同提案に関する議論が行われた。2007年12月の早稲田大学での第8回日韓共同研究会、箱根での日韓合宿研究会の後、日本グループは、2008年3月の合宿研究会で日本側の共同提案作成の担当者として野村、中野の両教授と、木棚があたることに決定した。2009年9月9-10日韓国中央大学での研究会の議論で共同提案の内容が固められたので、ここでの議論を中心に早稲田大学グローバル COE の RA である崔紹明、種村佑介、金知萬の3氏の協力を得て原案をまとめ、野村、中野両教授の意見を聞いたうえで木棚の責任で共同提案の条文及び解説の原案を作成し、2010年9月25-26日のソウル大学での研究会で若干の修正を加えて共同提案を確定した。

- 8) ドイツのミュンヘンにあるマックス・プランク知的財産法、競争法及び税法研究所が2001年春に作業グループを立ち上げたときは、1999年10月31日のハーグ国際私法会議特別委員会の草案12条4項以下の知的財産権に関する専属管轄権と特許権侵害に関する裁判管轄権に関する規定を補充することを目標としていた。この作業グループの成果については、Josef Drexl, Annette Kur (eds.), *Intellectual Property and Private International Law Heading for the Future*, HART Publishing (2005) 参照。その後、2004年3月2-3日のハンブルクの外国私法、国際私法研究所における両研究所の合同研究会を通じて、両研究所の知的財産権に関する裁判管轄権についてだけではなく準拠法や外国判決の承認・執行を含む抵触法原則に関する共同研究の方向性が確認された。この研究会の内容については、Jürgen Basedow, Joseph Drexl, Annette Kur & Axel Metzger, *Intellectual Property in the Conflict of Laws*, Mohr Siebeck (2005) 参照。また、当初の ALI プロジェクトの基礎となった作業については、Rochelle C. Dreyfuss, Jane C. Ginsburg, *Draft Convention on Jurisdiction and Recognition of Judgements Intellectual Property Matters*, 77 *Cin-Kent L. Rev.* (2002) pp. 1065ff.; 伊藤敬也「インターネットにおける知的財産権侵害とアメリカ法律協会による条約提案」木棚照一編『国際知的財産侵害訴訟の基礎理論』（経済産業調査会、2003年）391頁以下参照。
- 9) もっとも、この原則は、手続的及び実体的な公正（fairness）を目指すものであり、裁判所間だけでなく、当事者間の協力を推進することを目指すものとされている。例えば、ALI, *op. cit.*, (Fn. 1), p. 4 参照。
- 10) この点については、CLIP (www.cl-ip.eu) の Part 1 の前文第二文参照。
- 11) ALI 原則301条は、登録知的財産権については登録国法（1項a号）、その他の知的財産権については、保護国法（同項b号）によることを規定する。EMPG の CLIP 原則3：102条は、このような知的財産権の区別により連結点を変更せず、保護国法を知的財産権の準拠法とする。ここでいう保護国法の定義自体は同じように見えるが、異なっている。2004年の第二次予備草案では、非登録知的財産権については、market impact theory をとっていた。2005年の第三次予備草案では、保護国法をA案とし、市場へのインパクトがあった国の法とするB案が並列されていた。2006年の第四次予備草案ではじめて、保護国法を準拠法とするようになった。しかし、以前の見解を完全に捨て去ったものではないの

で、保護国を market impact の延長線上に捉える理解が生じる可能性があり、登録国は保護国と別の独立の連結点とされている。

- 12) いずれの原則もユビキタス侵害に関する特則を置く。EMPG の CLIP 原則3:603条は、「ユビキタス侵害をインターネットのようなユビキタス・メディアによって生じる侵害」に限るのに対して、ALI 原則321条は、「被疑侵害行為がユビキタスであり、複数の国の法の適用が主張されている場合」とし、より広く捉えているようである。
- 13) Stephen P. Ladas, *The International Protection of Literary and Artistic Property* (1935) p. 9f.
- 14) この点をもう少し補充的に説明しておこう。典型的な知的財産条約、例えば、パリ条約2条やベルヌ条約5条2項で規定されている内国民待遇の原則から論理的に当然に属地主義の原則およびその国際私法上の表現としての保護国法の原則を導き出せるという見解が有力に主張されている。とりわけ、ベルヌ条約5条2項の「保護が要求される国」という表現が Eugen Ulmer 教授の保護国の概念と類似しているところから、このように主張されることがある。しかし、この条項自体は、もともと1908年のベルヌ条約ベルリン改正会議で挿入されたものであり、1886年の原条約2条2項が条約上の権利享有を「本源国法に定められた条件と方式を満たす限り (the accomplishment of the conditions and formalities prescribed by law in the country of origin of the work)」と定められていたのを改正して、無方式主義を採用することに関連して規定されたものである。この改正条約4条2項(現在の5条2項)に「保護が要求される国の法にのみにより規律される (exclusively according to the legislation of the country where the protection is claimed)」とされたこととかがわる。これは、あくまで本源国法の条件と方式を廃止する (abolishing the conditions and formalities of the law in the country of origin) ことに関連していたのである。したがって、「the country where the protection is claimed」というのは、これまでのように著作物の本源国法による必要はなく、もっぱら法廷地法によれば足りるということを明らかにしたものであった。したがって、ベルヌ条約5条2項の文言から保護国法の原則を導き出すことはできない。また、パリ条約の2条で定める内国民待遇の原則はあくまで外国人法上の原則である。ここからある抵触法規則を導き出せるとしても、それはあくまで外国人法に関する特殊な抵触法規定に過ぎないのである。国際私法は、もともと最も密接な関係を有する国の内国的関係に適用されるために制定された規定を渉外的な法律関係にいわば借用して適用する法であり、法の場所的な抵触を解決するための法である。外国人法上の抵触規定と性質や目的を異にしている。例えば、外国人法上の抵触規定は、主として外国人の地位に関する自国法の規定がいかなる範囲で適用されるかを問題とする一方的抵触規定 (einseitiges Kollisionsnorm) である。それに対し、国際私法上保護国法という場合には、外国法の適用を含めて問題とする双方向的抵触規定 (zweiseitiges Kollisionsnorm) としての性質を持つ。したがって、条約上の内国民待遇の原則から抵触規則を導き出せるとしても、それは同盟国である法廷地の外国人法を適用するという趣旨の特殊な抵触規定に過ぎない。たとえ、法廷地法に国際私法原則を含むと解したとしても、条約上は知的財産権に関する準拠法選択原則に直接触れていないことになる。したがって、内国民待遇の原則に保護国法の原則という国際私法原則が含まれている

ということとはできないと考える。

- 15) 2010年10月28日に可決、公布され、2011年4月1日より施行されることになっている「中国涉外民事関係法律適用法」第7章知的財産権48条では「知的財産権の帰属および内容は、保護国法による」と定めるけれども、同時に、49条では、「当事者の合意により、知的財産権の譲渡及び実施許諾の適用法規を選択することができる」とし、50条では、「知的財産権の侵害は、保護国法による。当事者は、侵害行為が発生した後に、合意によって法廷地法を選択することができる。」としている。これらの規定は、準拠法選択を広く認める傾向があるように思われる。
- 16) わたくしたちの共同提案の条文及び解説については、早稲田大学グローバル COE（《企業法制と法創造》総合研究所の機関誌である『季刊 企業と法創造』7巻3号（通巻25号）に掲載する予定である。共同提案原案の条文については、『季刊 企業と法創造』7巻2号（通巻24号）140頁以下参照。また、これらについては、日本語及び韓国語のほか、英語、中国語にも翻訳して公表し、2011年1月29～30日に早稲田大学国際会議場第一会議室でこれらに関する国際シンポジウムを開催する予定である。
- 17) 国際的技術移転や実施等の許諾のイメージについて少しだけ説明しておきたい。わたくしが差し当たり考えているのは、まず、大学で開発した技術を産業界と協力し、実用化し、技術移転や許諾に結びつける TLO（Technology Transfer Organization）の活動を東アジアにおいて国際的に展開できないか、これを東アジアで国際的に展開する場合にどのような法的問題が生じるか、それを防ぐためにはどのようにしたらよいか、などを研究することから始めることである。例えば、現在早稲田大学が持っているこのような権利は、情報通信、機械、電気・電子、バイオなど多様な技術分野に及んでいる。また、このような TLO は、一大学で持っているとは限らず、数大学で共同して持つこともあり、技術分野や量・質ともに需要者の選択の可能性はより大きいものになる。このような機関では、特許庁その他の機関や企業から派遣された人達を中心に技術移転の専門家であるアドバイザーがあり、また、養成されている。このような技術移転システムが、国内では、とりわけ中小企業を中心に一定の役割を果たしているように思われる。もっとも、これらの機関は、現在のところほとんど国内出願することが多く、国際出願をすることは稀である。しかし、この点の改革は、技術市場を広げることにより可能になるように思われる。これらのシステムをインターネットなどを使い結び付けて国際化し、他の類似の機関とも協力しながら、東アジアにおける国際技術市場（International Technomart）を形成できないかと考えている。

TLO は、アメリカ合衆国の法制などを参考にして日本をはじめ東アジアの諸国に導入されている。しかし、一方では、日本の市場だけでは技術市場が狭く、効果的な技術の移転や許諾を十分に展開するのが困難な面がある。他方では、中国や韓国の大学その他の機関でも最近では注目すべき技術開発が進んでいるといわれている。東アジアにおける国際的な技術市場を可能とするような法的枠組みを構築することができれば、これらの地域の大学やその他の研究機関が開発した技術の市場をより広い地域で構成することができ、技術開発や移転・許諾の効率化を図ることも可能になり、投下した資金等の回収もより効果的に行うことができることになるであろう。

さらに、日本が FTA や EPA を締結した諸国との間で最小限の知的財産法に関係する法原則を調整し、この市場に参加する企業や個人の間で紛争をできる限り未然に防ぐようなシステム契約の作成し、紛争が生じた場合にも、それを解決するための仲裁条項などを入れ、独自の紛争解決方法を組み込むことができれば、単なる夢物語とばかりは言えないであろう。技術移転の専門家の支援もアジアの諸国にある JETRO の支部などとインターネット等により結び付ければ、不可能とはいえないであろう。

- 18) 本稿は、2010年11月20-21日に北京の Prime Hotel で開催された中国社会科学院国際法研究所の“International Rule of Law in the Post-Crisis Era”と題するシンポジウムでの英文の報告の基礎となったものに若干の説明を加えたものである。本来、名古屋時代以来いろいろとお世話になってきた松井芳郎教授の記念論文であるので、より本格的な論文を書きたかった。しかし、いろいろな事情でそれができないので、本稿でお許し頂くことにした。かつて名古屋大学の国際関係法の研究会で報告した「発展途上国の特許法と多国籍企業」(木村『国際工業所有権の研究』(日本評論社、1989年)311-354頁所収)における問題意識の展開とみて頂ければ幸いと考える。