

博士論文

国際著作権法の研究

—国際特許法との対比において—

平成 26 年 3 月

広島大学大学院社会科学研究所

法政システム専攻

野間小百合

博士論文

国際著作権法の研究

—国際特許法との対比において—

指導教員 相澤吉晴教授

平成 26 年 3 月

広島大学大学院社会科学研究所

法政システム専攻

野間小百合

はじめに	1
第1部 国際著作権法	2
はじめに	3
第1章 ベルヌ条約と抵触法	3
第1節 ベルヌ条約の起草過程	3
第1款 スイス連邦議会提案綱領（1884年）	4
第2款 著作者の権利の保護の一般的同盟の創設に関する条約案（1884年）	5
第3款 原始条約（1886年9月9日の原文）	8
第4款 付属法およびパリ解釈宣言（1896年）	12
第5款 ベルリン改正条約（1908年11月13日のベルリン法）	17
1) ドイツ政府により提出された提案およびそれに先行する国際事務局の協力により作成された理由の説明書	17
2) 文学的および芸術的著作物の保護に関する国際同盟の創設に関する条約—暫定案	21
3) 希望および決議—条約の現行規定に関する希望	21
4) 国内立法に関する希望—立法の統一の原則	23
5) 会期の議事録—第2会期（1908年10月15日ジュディ）	24
6) 会議に付託された提案、対案および改正の対照表	26
7) 代表により新しく提案された修正理由の説明（1908年10月15日の会期）	27
8) 保護期間の統一（条約第2条）に関するフランス代表が提出した改正	28
9) 第3会期の議事録の付属書	29
10) 会議に付託された提案、対案および改正の対照表	35
11) ベルリン改正条約	37
(1) 内国民待遇の原則（4条1項）	37
(2) 無方式主義（4条2項1文）	39
(3) 権利独立の原則（4条2項2文）	49
(4) 保護国の法令の適用（4条2項3文）	61
(5) 保護期間（7条）	64

第6款	ストックホルム改正条約(1967年7月14日のストックホルム法)	65
第7款	パリ改正条約(1971年7月24日のパリ法)	66
第2節	現行のベルヌ条約	66
第1款	著作物の本国 (5条4項)	67
第2款	内国民待遇の原則 (5条1項、5条3項2文)	68
第3款	無方式主義 (5条2項1文)	70
第4款	権利独立の原則 (5条2項2文)	70
第5款	外人法規定 (5条2項3文)	71
第6款	普遍主義	71
第7款	保護期間 (7条8項)	72
第3節	総括的考察	72
第4節	おわりに	80
第2章	著作権の帰属(職務著作)の準拠法	88
第1節	はじめに	88
第2節	「法例」下における議論状況	89
第1款	「法例」下における判例	89
	「キューピー事件」 東京高裁平成13年5月30日判決	89
第2款	「法例」下における学説の議論状況	90
1.	ベルヌ条約が抵触法規定を含むとする見解	91
	保護国法説	91
2.	ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとする見解	91
	(1) 労働契約準拠法説	91
	(2) 本源国法説	93
第3節	「法適用通則法」下における議論状況	94
第1款	「法適用通則法」下における判例	94
	(1) 「DVD『中国の世界遺産』事件」 東京地裁平成23年7月11日判決	94
	(2) 「ハワイの写真ブログ無断掲載事件」 東京地裁平成24年12月21日判決	95
	(3) 「自衛隊ムック本事件」 東京地裁平成25年3月25日判決	96

第2款 「法適用通則法」下における学説の議論状況	97
1. ベルヌ条約が抵触法規定を含むとする見解	97
保護国法説	97
2. ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとする見解	98
(1) 労働契約準拠法説	98
(2) 本源国法説	100
(3) 絶対的強行法規説	101
(4) 保護国法説	102
第5節 総括的考察	103
第6節 おわりに	108
第3章 著作権譲渡の準拠法	111
第1節 はじめに	111
第2節 「法例」下における議論状況	112
第1款 「法例」下における判例	112
(1) 「キューピー事件」 東京地裁平成11年11月17日判決	112
(2) 「キューピー事件」 東京高裁平成13年5月30日判決	115
(3) 「ダリ展覧会事件」 東京高裁平成15年5月28日判決	117
(4) 「ケネス・ハワード『Von Dutch』事件」 知財高裁平成20年3月27日 判決	118
(5) 「中国ドラマCSデジタル放送事件」 東京地裁平成21年4月30日判決	121
(6) 「KOMCA著作権信託契約事件」 東京地裁平成24年5月31日判決	122
第2款 「法例」下における学説	124
1. 債権的法律行為と物権的法律行為とを区別し、前者については契約準拠法によ り、後者については著作権の準拠法によるとする見解	124
1) 物権的法律行為については著作権の準拠法として保護国法を適用し、その根 拠をベルヌ条約5条2項に求める見解	124
2) 物権的法律行為については著作権の準拠法により、その根拠をベルヌ条約上 の属地主義に求める見解	128

(1) 著作権の準拠法を保護国法とする見解	128
(2) 著作権の準拠法を権利付与国法とする見解	133
3) 物権的法律行為については著作権の準拠法により、その根拠をベルヌ条約に求めない見解（法廷地国際私法説）	134
(1) 物権準拠法を類推適用する見解	134
(2) 条理によるとする見解	136
2. 債権的法律行為と物権的法律行為とを区別しない見解	137
契約準拠法(法例7条)説	137
第3節 「法適用通則法」下における議論状況	138
第1款 「法適用通則法」下における判例	138
(1) 「『冬のソナタ』主題歌著作権管理事件」 東京地裁平成22年2月10日判決	138
(2) 「ハワイ風景写真ブログ無断掲載事件」 東京地裁平成24年12月21日判決	140
第2款 「法適用通則法」下における学説	142
債権的法律行為と物権的法律行為とを区別せず、法廷地国際私法を適用する見解	142
第4節 総括的考察	143
第5節 おわりに	147
第4章 著作権侵害の準拠法について	156
第1節 はじめに	157
第2節 「法例」下における議論状況	157
第1款 判例	158
(1) 「『XO鬻男と杏仁女』事件」 東京地裁平成16年5月31日判決	158
(2) 「ローマの休日事件」 東京地裁平成18年7月11日決定	159
(3) 「北朝鮮著作物事件」 東京地裁平成19年12月14日判決	160
(4) 「チャップリン監督映画事件」 東京地裁平成19年8月29日判決	161
(5) 「韓国楽曲の著作権信託譲渡契約事件」 知財高裁平成24年2月14日判決	162

第2款 学説	163
1. 差止請求と損害賠償請求とを区別する見解	163
(1) 差止請求については、著作権の効力に関する問題とし、損害賠償請求については、法廷地の国際私法による見解	164
(2) 差止請求については属地主義により、損害賠償請求については不法行為準拠法による見解	165
2. 差止請求と損害賠償請求を区別しない見解	167
1) ベルヌ条約が抵触法規定を含むとする見解	167
(1) 本源国法主義	167
(2) 保護国法主義	169
(a) 法廷地国を保護国とする見解	169
(b) 利用行為地国ないし侵害行為地国を保護国とする見解	169
(c) 権利付与国を保護国とする見解	173
(d) 最密接関係地国を保護国とする見解	174
(3) 著作権の成立と効力の問題を区別し、前者に関しては著作物の本国法を適用し、後者に関しては保護国法を適用する見解	175
2) ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとする見解	176
(1) 不法行為準拠法説(法例 11 条)	180
(2) 物権準拠法(法例 10 条)の類推適用説	182
(3) 条理説	183
第3節 改正にあたっての議論	185
第4節 「法適用通則法」下における議論	187
第1款 「法適用通則法」下における判例	187
著作権侵害の準拠法に関する「法適用通則法」下における判例としては、(1)	187
(1) 「ノルウェー工芸デザイン子供用いす事件」 東京地裁平成 22 年 11 月 18 日判決	187
(2) 「小型 USB フラッシュメモリ事件」 東京地裁平成 23 年 3 月 2 日判決	188
(3) 「DVD『中国の世界遺産』事件」 東京地裁平成 23 年 7 月 11 日判決	189

(4) 「小型 USB フラッシュメモリ事件」	知財高裁平成 23 年 11 月 28 日判決	190
(5) 「韓流スタートーク番組 DVD 事件」	東京地裁平成 24 年 7 月 11 日判決	191
(6) 「ハワイの写真ブログ無断掲載事件」	東京地裁平成 24 年 12 月 21 日判決	192
(7) 「自衛隊ムック本事件」	東京地裁平成 25 年 3 月 25 日判決	193
第 2 款 「法適用通則法」下における学説		194
1) ベルヌ条約が抵触法規定を含むとする見解		194
2) ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとする見解		195
(1) 例外規定(法適用通則法 20 条)により最密接関係地法を適用する見解 (法適用通則法 20 条)		195
(2) 法廷地国際私法によって保護国法を適用する見解		197
3) ベルヌ条約が抵触法規定を含むかどうかの点に関しては、態度決定を留保する見解		199
第 5 節 ベルヌ条約における諸原則		200
第 1 款 著作物の本国 (5 条 4 項)		200
第 2 款 内国民待遇の原則 (5 条 1 項、5 条 2 項 3 文)		203
第 3 款 無方式主義 (5 条 2 項 1 文)		203
第 4 款 「方式からの」権利独立の原則 (5 条 2 項 2 文)		204
第 5 款 外人法規定 (5 条 2 項 3 文)		204
第 6 款 普遍主義		206
第 7 款 保護期間 (7 条 8 項)		206
第 6 節 総括的考察		207
第 7 節 おわりに		216
第 5 章 インターネットにおける著作権侵害の準拠法		241
第 1 節 はじめに		241
第 2 節 「法例」下における議論状況		242
第 1 款 判例		242

1. インターネットにおける著作権侵害	242
2. 放送における著作権侵害	243
(1)「北朝鮮映画無許諾放送事件」 知財高裁平成 20 年 12 月 24 日判決	244
(2)「中国ドラマ CS デジタル放送事件」 東京地裁平成 21 年 4 月 30 日判決	245
第 2 款 学説	246
1. ベルヌ条約が抵触法規定を含むとする見解	247
保護国法説	247
(1) 発信国法主義	247
(2) 受信国法主義	248
(3) 著作権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求の問題を区別して、前者については属地主義により保護国法(権利付与国法)を適用し、後者については不法行為準拠法(法例 11 条)による見解	251
(4) 原則として発信国法によるが、例外的に受信国法による見解	252
(5) 最も密接な関係を有する国の法による見解	253
2. ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとする見解	253
(1) 不法行為準拠法(法例 11 条)説	253
(2) 条理説	256
(a) アップロード地法による見解	256
(b) 当事者自治の原則の拡張による見解	256
(c) 最密接関係地法による見解	257
(d) 著作権の帰属に関しては、本源国法により、著作権侵害については保護国法による見解	261
第 3 節 「法適用通則法」下における議論状況	261
第 1 款 判例	262
1. インターネットにおける著作権侵害	262
(1)「オークション出品作品無断複製事件」 東京地裁平成 21 年 11 月 26 日判決	262
(2)「UFC 動画無断投稿事件」 東京地裁平成 25 年 5 月 17 日判決	263
2. 放送における著作権侵害	264

「KOMCA 著作権信託契約事件」	東京地裁平成 24 年 5 月 31 日判決	264	
第 2 款	学説	265	
(1)	法廷地国際私法によって最密接関係地法(法適用通則法 20 条)によるとする 見解	266	
(2)	条理によって送信国法主義を採用し著作権法 30 条 1 項 3 号が適用されると する見解	266	
第 3 款	小括	269	
第 4 節	総括的考察	273	
第 5 節	事例の検討	275	
第 6 節	おわりに	280	
おわりに		286	
第 2 部	国際特許法	288	
はじめに		288	
第 1 章	職務発明の準拠法	289	
第 1 節	はじめに	289	
第 2 節	判例	289	
第 1 款	属地主義により各国特許法によるとする見解	290	
	「日立製作所職務発明事件」	東京地裁平成 14 年 11 月 29 日判決	290
第 2 款	特許を受ける権利の移転(譲渡ないし承継)の問題として性質決定する見解	292	
1.	債権的法律行為と物権的法律行為とを区別する見解	292	
1)	一般の契約準拠法説によるとする見解	292	
(1)	「三菱電機事件」	東京地裁平成 18 年 6 月 8 日判決	292
(2)	「大塚製薬シロルタゾール事件」	東京高裁平成 22 年 10 月 15 日判決	295
(3)	「日立製作所職務発明事件」	最高裁平成 18 年 10 月 17 日判決	299
(4)	「キャノン事件」	東京地裁平成 19 年 1 月 30 日判決	301
2)	特許法 35 条を労働契約法上の絶対的強行法規とする見解	305	

「味の素アスパルテーム事件」	東京地裁平成 16 年 2 月 24 日判決	305
2. 債権的法律行為と物権的法律行為とを区別しない見解		310
「日立製作所職務発明事件」	東京高裁平成 16 年 1 月 29 日判決	310
第 2 節 学説		318
第 1 款 特許権に関する問題として性質決定する見解		318
1. 特許権の準拠法による見解		319
2. 特許法 35 条を特許法上の絶対的強行法規とする見解		321
第 2 款 特許を受ける権利の移転(譲渡ないし承継)に関する問題として性質決定する見解		324
1. 債権的法律行為と物権的法律行為とを区別する見解		324
1) 債権的法律行為については譲渡契約と性質決定する見解		324
(1) 対価請求権については債権的法律行為として契約準拠法により、帰属、移転については物権的法律行為として特許権の準拠法による見解		325
(2) 帰属、対価請求については債権的法律行為として契約準拠法により、移転については物権的法律行為として特許権の準拠法による見解		328
(3) 帰属、移転、対価請求権については一括して物権的法律行為として特許権の準拠法による見解		330
(4) 権利の移転、対価請求権については特許法 35 条を契約法上の絶対的強行法規とし、帰属については物権的法律行為として国家行為理論によると考える見解		335
2) 債権的法律行為については労働契約と性質決定する見解		337
(1) 移転、対価請求権については債権的法律行為として労働契約準拠法により、帰属については物権的法律行為として特許権の準拠法による見解		337
(2) 対価請求権については債権的法律行為として労働契約準拠法により、帰属、移転については物権的法律行為として特許権の準拠法による見解		339
2. 債権的法律行為と物権的法律行為とを区別しないで、一括して譲渡契約準拠法による見解		344
第 3 款 労働契約に関する問題として性質決定する見解		346
1. 労働契約準拠法による見解		346
2. 特許法 35 条を労働契約法上の絶対的強行法規とする見解		352

第3節 総括的考察	359
第4節 おわりに	374
第2章 特許権侵害の準拠法	390
第1節 はじめに	390
第2節 「法例」下における判例	391
(1)「満州国特許事件」 東京地裁昭和28年6月12日判決	391
(2)「カードリーダー事件」 東京地裁平成11年4月22日判決	393
(3)「カードリーダー事件」 東京高裁平成12年1月27日判決	396
(4)「カードリーダー事件」 最高裁平成14年9月26日判決	400
(5)「サンゴ砂事件」 東京地裁平成15年10月16日判決	404
(6)「リサイクルインクタンク特許権侵害事件」 知財高裁平成18年1月31日判決	406
第3節 「法例」下における学説	408
第1款 パリ条約が抵触法規定を含むとする見解	408
第2款 パリ条約が抵触法規定を含まないとする見解	412
1. 特許権侵害に関する問題を「私法的法律関係」と解する見解	412
1) 差止請求と損害賠償請求を区別する見解	412
(1) 差止請求に関しては、特許権の効力として、法の欠缺として条理により保護国法を適用し、保護国法を登録国法と解し、損害賠償請求に関しては、不法行為として不法行為準拠法により行動地を結果発生地とする見解	412
(2) 差止請求に関しては、特許法に基づく属地主義を根拠に権利付与国法たる登録国法を適用し、損害賠償請求に関しては、不法行為として不法行為準拠法により結果発生地を不法行為地とする見解	416
(3) 差止請求に関しては、特許権の効力として物権準拠法を類推適用し、保護国法を登録国法と解し、損害賠償請求に関しては、不法行為として不法行為準拠法により行動地を不法行為地とする見解	419
(4) 差止請求に関する規定は強行法規として捉え、他方、損害賠償請求に関する問題は、不法行為として不法行為準拠法によるとする見解	420

(5) 差止請求に関しては、国家行為理論に基づいて処理されるとし、損害賠償請求に関しては、不法行為として不法行為準拠法により結果発生地を不法行為地とする見解	422
2) 差止請求と損害賠償請求を区別しない説	423
(1) 不法行為準拠法による見解	423
① 不法行為地を行動地とする見解	423
② 不法行為地を結果発生地とする見解	427
③ 不法行為地を最密接関係地とする見解	432
(2) 特許権の効力の問題として、特許権自体の準拠法による見解	433
① 条理により保護国法を適用する見解	433
② 条理によって登録国法による見解	436
③ 属地主義を根拠に保護国法主義を導く見解	437
(a) 権利付与国を保護国と解する見解	437
(b) 利用行為地国ないし権利付与国を保護国と解する見解	440
(c) 侵害行為地国ないし利用行為地国を保護国と解する見解	441
2. 特許権侵害に関する問題を「公法的法律関係」と解する見解	443
第4節 「法適用通則法」下における学説	444
第1款 特許法においては、差止請求に関する規定は強行法規として捉え、他方損害賠償請求に関する問題は、不法行為として不法行為準拠法による見解	444
第2款 差止及び損害賠償請求に関して、条理によって登録国法を適用する見解	445
第3款 特許権の効力に関する問題として、一括して特許権の準拠法として登録国法により、それよりも密接な関係を有する国の法がある場合にそれによる見解	446
第4款 特許権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求とを区別し、差止請求に関しては、国家行為理論により権利付与国法が適用されるとし、他方、特許権侵害に基づく損害賠償請求に関しては、不法行為準拠法が適用される見解	447
第6節 総括的考察	450
第7節 おわりに	459

おわりに	492
第3部 立法提案	493
第1節 早稲田大学グローバル COE プロジェクト立法提案	493
第2節 透明化プロジェクト立法提案	518
第4部 総括的考察	546
第1章 国際著作権法	546
第1節 ベルヌ条約と抵触法	547
第2節 著作権の帰属の準拠法	552
第3節 著作権譲渡の準拠法	555
第4節 著作権侵害の準拠法	559
第5節 インターネットにおける著作権侵害の準拠法	564
第2章 国際特許法	572
第1節 職務発明の準拠法	572
第2節 特許権侵害の準拠法	574
第3章 立法提案	575
第4章 国際著作権法と国際特許法との対比	577
第1節 著作権の帰属(職務著作)の準拠法と職務発明の準拠法	578
第2節 特許権侵害の準拠法と著作権侵害の準拠法	579
おわりに	581
文献目録	594

はじめに

情報通信技術の発達により我々は常に様々な情報を享受できる時代にある。そして、産業の発達により、企業は様々な技術的革新を繰り返すことで企業競争力を増し、さらに、企業という枠を問わず、あらゆる形であらゆる人が時間や場所を越えて独自の表現を行えるようになった。そういった時代にあって、形を持たない財産として知的財産が脚光を浴びている。知的財産に含まれるものとしては、産業財産権(特許権、実用新案権、意匠権、商標権)、著作権(著作権、著作隣接権)、その他の権利などが挙げられ、このような産業、社会の発達の加速に対して、これらの知的財産権の法的保護が追いついていないのが現状である。、権利者と利用行為者の相互の利益の保護という観点から調和のとれた法的整備が早急に望まれるのである。

本論文においては、この知的財産権の中でも特に、国際著作権法と、国際特許法を論じている。従来、国際著作権法と国際特許法とを知的財産権として一括りに議論されるといったケースが多数存在し、各々の特性の相違、各々に妥当する原則、扱う条約の規定といった点に踏み込んで考察を試みた文献は未だかつて存在していないように思われる。

国際著作権法の領域においては、外国著作物が日本で侵害され日本が法廷地となるような事例が生じた場合に、各同盟国間においてはベルヌ条約の適用が問題となる。特に、ベルヌ条約が著作権侵害に関する抵触法規定を含むか否かが問題の争点となってきた。この点に関する解決の糸口としては、ベルヌ条約の起草過程を紐解き、ベルヌ条約がどのような原則を採用しているのかを具体的な事例に沿って整理することにあり、本論文ではその点に則して一定の私見を導いた。

さらに、国際特許法の領域においては、外国特許権が日本で侵害され日本が法廷地となるような事例が生じた場合に、各同盟国間においてはパリ条約の適用が問題となる。この点に関する解決の糸口は、特に特許権に妥当する属地主義がどのようにして導かれ根拠は何であるのかということにあり、さらには、ベルヌ条約の規定とパリ条約の規定の違いに着目する点にある。

このような問題点に着目して、国際著作権法をメインテーマに、国際特許法との対比において、登録が要求される特許権と登録が要求されない著作権との性質の違いが準拠法の決定にどのような影響を与えるのかについて、国際著作権法の諸問題(「著作権の帰属の準拠法」、「著作権譲渡の準拠法」、「著作権侵害の準拠法」、「インターネットにおける

著作権侵害の準拠法」)を順に取り上げながら論じていきたい。その前提として、まず、第1部においては「国際著作権法」と題し、第1章において、「ベルヌ条約と抵触法」との関係論じ、第2章においては、ベルヌ条約の歴史にさかのぼり起草者の意思を探求し、歴史的考察の結果、導かれる結論を視座として、上に挙げた諸問題、すなわち、著作権の帰属の準拠法の問題、著作権譲渡の準拠法の問題、著作権侵害の準拠法の問題、さらには、インターネットにおける著作権の侵害の問題といった一連のテーマについて一貫して論じていきたい。次に、第2部においては、「国際特許法」と題し、第1章においては、「職務発明の準拠法について」、第2章においては、「特許権侵害の準拠法について」について論じたい。このような考察に基づいて、従来の議論においては、国際知的財産権法の枠組みの中で当面の問題を一括りに取り扱われてきたが、本論文においては、上に述べたように、国際著作権法と国際特許法とを比較して論じることで従来の研究に一石を投じるものとした。

第1部 国際著作権法

例えば、まず、(1)A 国人 X が A 国で自身の著作物を最初に発行した場合に、X は著作権者であるか、また、A 国人 X が A 国法人 Y 社と労働契約を締結し、当該職務中に著作物を作成した場合に、その著作物の権利の帰属が問題となる。(1)の事例は、“著作権の帰属の準拠法について”の問題である。次に、(2)仮に X が著作権者であり、当該著作物の著作権に関する著作権譲渡契約を日本にいる乙と締結し当該著作権を譲渡した。(2)の事例は、“著作権譲渡の準拠法について”の問題である。さらに、(3)著作権者 X が A 国で最初に発行した著作物を日本にいる丙が日本において無断で複製・販売した。その後、X は自身の著作権に基づいて丙に対して著作権侵害に基づく差止請求及び損害賠償請求を日本の裁判所に対して提起した。(3)の事例は、“著作権侵害の準拠法について”の問題である。最後に、(4)著作権者 X が A 国で A 国のサーバーに最初にアップロードしたデータを、日本にいる日本人 Y が日本において無断でダウンロードし自身の日本のサーバー乙に無断でアップロードした。さらにそれを日本にいる Z がダウンロード(受信)した場合に、X は自身の著作権に基づいて丁に対して日本の裁判所に差止請求及び損害賠償請求を提起した。(4)の事例は、インターネットにおける著作権侵害の準拠法についての問題である。

このような事例の下で、各々の問題に関して日本の裁判所はいかなる原則に基づいて準拠法を決定すべきであろうか。本論文においては、従来の判例および学説の整理・検討を通じて、これらの問題を解決できる原則を導きたいと考えている。

はじめに

『国際著作権法の研究——国際特許法との対比において——』と題した本論文においては、まず、第1章で扱うのは、「ベルヌ条約と抵触法」である。本章ではベルヌ条約の起草過程を跡づけ、ベルヌ条約において採用されている各原則を整理し、次章以降で述べる個別的な論点に対して、右原則がどのように機能するのかを明らかにしたい。この点、ベルヌ条約が、「著作権の帰属」、「著作権の譲渡」、「著作権侵害」に関する抵触法規定を含むかどうか重要な問題となる。実際、ベルヌ条約については、特に、著作権侵害に関しては、学説において、それが抵触法規定を含むかどうかをめぐって争われている。この点については、ベルヌ条約が著作権侵害について保護国法による抵触法規定を含むと解する保護国法主義と、ベルヌ条約が著作権侵害について著作物の本国法(本源国法)による抵触法規定を含むと解する本源国法主義とが対立している。さらに、ベルヌ条約は抵触法規定を含まないと解する見解も最近において有力である。本章の目的は、そうしたベルヌ条約を巡る議論についてベルヌ条約の起草過程を跡づけ、ベルヌ条約に規定されている原則を明らかにし、当該原則に基づく法的妥当な結論を提示することによって上記の論争について若干の問題提起を試みることにある。

次に、第2章から第5章においては、上記のような事例に基づいて、筆者の見解を明らかにしたい。

第1章 ベルヌ条約と抵触法

まず、第1章においては、「ベルヌ条約と抵触法」と題して、ベルヌ条約の起草過程から現行の規定に至るまでの条文の変遷を考察し、ベルヌ条約における諸原則の分析に基づいて、ベルヌ条約が著作権侵害に関する抵触法規定を含むかどうかを明らかにしたい。

第1節 ベルヌ条約の起草過程

以下では、「スイス連邦議会提案綱領(1884年)」、「著作者の権利の保護の一般的同盟の創設に関する条約案(1884年)」、「原始条約(1886年9月9日の原文)」、「付属法および

パリ解釈宣言(1896年)」、「ベルリン改正条約(1908年11月13日のベルリン法)」、「ストックホルム改正条約(1967年7月14日のストックホルム法)」、「パリ改正条約(1971年7月24日のパリ法)」を順に跡づけていくことにしたい。

第1款 スイス連邦議会提案綱領 (1884年)

まず、スイス連邦議会提案綱領(1884年)の規定を紹介しておこう。

1. (略)

2. 同盟国の臣民または市民は、その他の同盟国において文学および芸術作品の著作者の権利の保護に関してその国の法令が自国民に現在与えている便益または将来与えることがある便益を享有する。著作物の本国法の規定する方式および要件を履行することを条件として、権利侵害に対して自国民と同等の保護および法的救済を有する。

3. 同盟国の一の領域に住所を有するかそこにおいて著作物を発行した同盟の一部を形成しない国の臣民または市民は、同盟国の臣民または市民と同等の待遇を有する⁽¹⁾。

スイス連邦議会がまず各国代表に投げかけた問題は以下のようなものであった。すなわち、「あなた方に考慮して頂くべく提起される最初の問題は、一般的な条約の基礎として役立つべきシステムの問題である。各国が外国人に対して内国民待遇の原則を適用することに同意すべきか。それとも、ある法的アドバイザーが提案しているように、各国が本国法に従うべきか。連邦議会が提案しているように、最初のシステムが採用されれば、国ごとに異なる保護期間はどのようにして算定されるべきか。本国法に従うのか、内国法に従うのか。その期間はいずれの国においても本国における保護期間を超えないという原則に基づいて、両者とも基礎と考えるべきか。それとも、この点は、特別な合意において処理することに委ねられるべきか。いずれのシステムも長所および短所を有する」⁽²⁾と。したがって、スイス連邦議会によれば、ベルヌ条約が採用しているシステムは、本国法主義と内国民待遇の原則との組み合わせであるということであった。例えば、保護期間の算定の仕方が問題となるのである。

また、「連邦議会が提案している内国民待遇の原則によると、著作物が作者の本国よりも外国において長く保護されることが起こる。これは、公正であるとは思われないし、実際、実際的な困難を引き起こす。この短所は、同盟全体について統一的な保護期間を課すか、保護期間は本国において許与される保護期間を超えてはならないという趣旨の成文の原則を多数の条約に採択することによって回避できる」⁽³⁾と。したがって、連邦議会の

提案としては内国民待遇の原則のみの採用であったが、結論として、システムとしては、本国法の適用と内国民待遇の原則(内国法の適用)の両者を条約の基礎として考えるべきであるとする立場が採用された。

Ricketson によれば、「委員会が提案した(そして最終的には会議によって採択された)草案は、期間の事項に関しても方式の事項に関しても内国民待遇の原則を本国法に服せしめた」⁽⁴⁾と。すなわち、Ricketson によれば、保護期間の規定は特別規定ではなく、ベルヌ条約の一般的規定であって、外国人に対して内国民待遇の原則を適用したとしても、本国法で規定する以上の保護は与えられないとの理解である。

第2款 著作者の権利の保護の一般的同盟の創設に関する条約案 (1884年)

次に、著作者の権利の保護の一般的同盟の創設に関する条約案(1884年)の規定を紹介しておこう。

第2条

- (1) 同盟国の一の国民である著作者またはその権利の承継人は、同盟国の一において発行された著作物または未発表あるいは未発行著作物に関しては、その他の同盟国においてその国の法令が自国民に現在与えている便益または将来与えることがある便益を享有する。
- (2) 但し、右の便益は本国において権利が存続する間においてのみ相互的に同盟国の著作者に対して保証される。
- (3) 上記の便益の享有は、著作物の本国法または未発表あるいは未発行著作物の場合には著作者の本国法の規定する方式および要件を履行することを要する⁽⁶⁾。

委員会は、権利の享有期間に関して相互主義を採用すべきことを明らかにするにあたって次のように述べている。すなわち、「綱領の2条に関して生ずる問題は、内国民待遇が外国人著作者に対して純粹かつ單純に適用されるべきか、それとも『保護は本国において権利が存続する間においてのみ相互的に同盟国の著作者に対して保証され、その他の同盟国における権利の享有期間は内国著作者についてその国の法が定めている期間を超えてはならない』という趣旨の成文の原則を本条約に規定すべきか。起草の観点からは、委員会は、まず上記の条項の2文は、条約に成文化された内国民待遇の原則のうちに外国著作者は内国著作者より不利に扱われてはならないということが含まれているから、いずれにせよ不要であると判断した。実質的には、委員会は同盟の地域全体についての統一的な保護期間の

定めはかなりの前進であることを迷わず承認した。したがって、委員会は、様々な国々がその方向に努力を集中し、著作者の生存期間および死後一定期間著作物を保護することに少なくとも同意するという願望を表明した。しかしながら、この点に関する様々な特定の法すべての現在の相違からして、委員会は当該解決を無視しなければならないか、それとも外国著作者がその恩恵を受けるのは本国における権利が存続する間においてのみであるかを委員会は判断しなければならない。ドイツ代表が提案していた後者の選択肢は、投票が半々に分かれたため、最初は承認もされないし拒否もされなかった。その後、それは6票対3票で採択された。さらに、委員会は、その問題に対する解答がどうであれ、著作物がある国においては公有に帰しているのに別の国においては依然として保護されていることによって引き起こされる短所を回避できないことを指摘した。保護の享有に関して要求される要件に関して、委員会はドイツの代表が提案した文言を選択した。しかし、委員会は『形式的要件および実質的要件』という文言を『方式および要件』という表現に代えた。それは、連邦議会が提案したものであり、委員会にとっては本国において著作者の権利が保全されるために定められたすべての要件および手続を含むものと思われた⁽⁶⁾と。すなわち、委員会によれば、内国民待遇の原則が外国人に対して無制限に適用されるのか、あえて相互主義の規定を明文で定め、かつ、本国法の保護期間が内国法の保護期間よりも長い場合には、相互主義といえども内国民待遇の原則が機能し内国の保護期間を超えることができない旨を明文で定めるべきなのかという問題が提起された。これについては、権利の成立要件としての方式(形式的要件)および要件(実質的要件)に関して一定の定義がなされ、権利の効力は内国民待遇の原則によることが明らかにされている。すなわち、「Meyer 博士は、以下のように述べた：『それは、ドイツ代表によって提案された文言、『形式的要件および実質的要件』は『方式および要件』という文言にとって代えられ、『方式』という文言は『形式的要件』と同義と考えられ、例えば、登録、納本等を含み、『要件』という表現は我々の見解においては『実質的要件』と同義であり、例えば、所定の期間内における翻訳の完了を含むことを指摘するという問題に過ぎない。したがって、『方式および要件』という文言は、著作物に関して著作者の権利が成立するのに遵守されなければならないことすべて(ドイツ語では「要件」)を対象とし、保護の効力および効果(ドイツ語では『効力』)、特に保護の範囲に関しては内国民待遇の原則によらなければならない』⁽⁷⁾と。すなわち、委員会によれば、内国民待遇の規定は、外国人に対して純粋に適用されるものではなく、

本国で保護される範囲内で適用されるというドイツの提案を採用した。さらに、権利が享有されるための要件としては、当初の実質的成立要件および形式的成立要件という表現から、要件および方式という文言に変え、その内容は本国法上のすべての要件および手続きのことであると解され、保護の効力についての内国民待遇の原則によると解されるのである。

ベルヌ同盟事務局が同盟創立50周年に発行した記念冊子によれば、「さらに会議は、二度にわたって、保護を求める国の法律の厳格な適用をもたらすこの同化待遇の原則から、外れることになった。一方においては、本国の定めた条件と方式を守らなければならないこと、また他方において、同盟で与えられる保護期間は、本国法の定める期間をこえることができないことを決定した。著作者に対し、本国の条件と方式の履行を課する規則は、今日では嚴重なものにみえるが、当時のある二国間条約にくらべると、それでも注目すべき進歩であった。これらの二国間条約は、本国ならびに複製または上演のために輸入される国においても、同時に登録を要求していたのである。事実、会議において、輸入国の方式を本国のそれに代えることにすべきではないかとも論ぜられた。だが、スイス政府の提案が勝利を占めた。本国で登録や納本がないので保護されない著作物が、外国でさらにより待遇をうけるという考え方には、多くの代表は親しみをもつにいたらなかった。本国法は方式ばかりでなくその“条件”についても適用された。方式と条件の差異はなんであったか。ドイツ代表によると、方式は登録、寄託、著作物に附する留保の表示、すなわち保護の外部的または形式的条件を含むとされた。これに反し、内部的または実質的な条件は、条件中には“条件”という用語だけで示されている。したがって、ある特定の国における著作物の発行は、この国における保護の(実質的)条件であり、期間の遵守は、翻訳権存在の条件になり、新聞における記事の発行は、他の新聞への複製が場合により許されることに不可欠のものであるなどであった。本国における方式の履行は、保護の要求せられるべき他の同盟国におけるすべての方式からの解放を意味した。ここには、内国民待遇の原則に対する例外(それも喜ぶべき)があった。輸入国の方式は、条約関係においては廃止されたことになる(もっともこの簡易化の規則は、つねに守られたわけではない。ことにイギリス、スペインなどの裁判所において)。……不幸にして、会議が採択した“これらの利益は、本国におけるその権利の存続中にかぎり相互的に(著作者に)確保せらるべし”という文句は、締約国は、本国における保護期間をこえて同盟の著作物を保護する権能をもたないという見方をさせることとなった。この結論は、最低限保護の理論にも、また会議

の真意にも反するものであった」⁽⁸⁾と。この同盟創立50周年に発行した記念冊子の理解によれば、内国民待遇の原則の適用であるにもかかわらず、本国法の定める要件および方式さえ満たせばよいとの理解であった。すなわち、内国法の方式は満たさなくともよいというものであった。しかし、そもそも内国民待遇の原則からすれば、内国で定める要件および方式を満たした場合にのみ外国人は内国において保護されるのである。

この理解によれば、内国民待遇の原則一辺倒で解決するのではないということであった。さらに、本国法の定める要件および方式を遵守しなければならないということ、保護期間に関しては本国における保護期間を越えられないこと、すなわち、保護期間に関しては、本国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせとなった。したがって、委員会の採用した見解としては、結果的には、本国法と内国法との累積的適用によるということであった。

第3款 原始条約（1886年9月9日の原文）

さらに、原始条約(1886年9月9日の原文)の規定を紹介しておこう。

第2条

- (1) 同盟国の一の国民である著作者またはその権利の承継人は、同盟国の一において発行された著作物または未発行著作物に関しては、その他の同盟国においてその国の法令が自国民に現在与えている権利または将来与えることがある権利を享有する。
- (2) 右の権利を享有するためには、著作物の本国法の規定する要件および方式を履行することを要し、右の権利の享有は、その他の国において著作物の本国において許与される保護期間を超えることはない⁽⁹⁾。

原始条約2条2項において、権利の保護期間について文言の修正が行われた。すなわち、「さらに、『本国において権利が存続する間』という文言からは、保護が求められる国の法よりも本国法が彼にとって不利であっても、裁判所は保護期間という文脈以外においても、常に本国法を適用せざるを得ないという結論が下されるから、委員会はその表現は余りにも絶対的であると考えた。にもかかわらず、そのようなシステムは裁判所または発行者に対して特定の法すべてについての完全な知識を有することを要求するという重大な短所を有する。それは創設される同盟の構想に反するであろう。したがって、委員会は、保護期間は、本国以外のその他の同盟国においては本国において許与される保護期間を超えてはならないと規定して条文の文言をより明確にした」⁽¹⁰⁾と。すなわち、従来の規定にお

いては、どこからどこまでの範囲に本国法の適用が要求されるのかが明確ではなく、仮にすべての項目に完全な本国法主義の適用を徹底するとすれば、あまりにも裁判所あるいは著作物の発行者にとっての負担が非常に大きくなるという短所が目立った。この点を考慮して、原始条約においては、常に本国法主義を適用するのではなく、本国法主義が妥当する範囲を保護期間に限定することで、裁判所あるいは著作物の発行者に対して基準を明確に示したのである。したがって、1項では権利の享有についての内国民待遇の原則、さらに、2項においては、権利享有の条件としては要件および方式を履行しなければならないこと(著作物の本国法主義)、また、効力の一つとしての保護期間については、結果的には本国法と内国法との累積的適用によること(効力についての内国民待遇の原則)であるとの理解である。

まず、Ricketson によれば、「本法の2条2項の下では、内国民待遇は、著作者が著作物の本国法の定める要件および方式を履行した場合にのみ利用可能である。当時多くの同盟国は国内法に基づく保護の条件として何らかの方式の履行を要求していたので、この保護はかなり重要であった。例えば、条約に基づいてフランスにおいて保護を要求するイギリスの著作者は、イギリス法により要求される方式を履行したことを証明しなければならないであろう。しかしながら、彼は2条2項によりフランス国民と同視されるから、彼は保護を受けるのにフランス法に基づいて要求される方式を履行しなければならないのか。これは、以前の二国間条約の下では必要であり、条約に基づいて保護を受けることは、しばしば厄介な二段階過程であった。にもかかわらず、2条2項の文言は、そのような解釈に反していた:それは、内国民の権利の享有を著作物の本国の要件および方式の履行によらしめ、保護が要求される国の要件および方式を遵守しなければならないことに関しては何も述べていないから、著作物の本国の要件および方式の履行が、要求されるすべてであるという結論を下すことが合理的である。この解釈は、その他の同盟国における同盟著作物の迅速な保護を確保するという条約の目的とも調和する」⁽¹¹⁾と。したがって、Ricketson によれば、当時の同盟国は内国法による保護の条件として方式と要件の履行を要求していた。これに対して、条約によって本国法上の要件および方式の履行のみを規定したのである。たとえば、A国で発行した著作物の著作権をB国で主張しようとするA国人著作者は、2条2項の内国民待遇の規定があることで、B国においては、B国人と同様に扱われることになる。そうすると、A国では、本国法の規定によって方式と要件を満たさねばならないのは当然のこととして、さらにB国に移った場合にも、今度はB国人としてB国法の方式および要件

を満たさなければならないような非常に厳しい基準の下におかれることになる。このような状況の下、原始条約の2条2項の規定によれば、A 国法上の要件および方式のみを満たせば内国法上の方式および要件を満たさなくてもよいような構造となったのである。

次に、水野博士によれば、「故ニ同盟國ニ於イテ著作権ノ保護ヲ受ケントスルニハ著作物ヲ始メテ発行シタル國若クハ著作者ノ属スル國(即チ著作物ノ本國法)ノ國法ノ規定セル條件及ヒ方式ヲ履行セサル可カラズ、換言スレハ各内國法ノ規定セル條件及方式ヲ履行スルハ同盟國ニ於イテ著作権ノ保護ヲ受クル必要條件ナリ、條件トハ沸語ニテハ之ヲ Condition ト云ヒ方式ハ Formalité と云フ、獨逸ニテハ實質的條件(Condition materielle)ト形式的條件(Condition Formelle)トニ區別シ實質的條件ハ所謂條件ニシテ形式的條件ハ所謂方式ナリ、即チ條件ナルモノハ權利ノ發生ニ必要缺ク可カラサルモノニシテ著作権ノ保護ハ事項ノ存在ニ屬スルナリ、例ヘハ保護ヲ受クル著作物ハ學藝美術ノ範圍ニ屬スル著作物タルヲ要スルカ如キ、又著作物ハ同盟國ニ於テ始メテ発行シタルモノナルコトヲ要セルカ如キ是ナリ、之ニ反シ方式ハ保護ヲ受クルカ為メニ要スル手續ナリ、例ヘハ登録若クハ納本ノ如キ是ナリ」⁽¹²⁾と。したがって、水野教授の見解によれば、同盟国において著作権の保護を受けるための要件は、著作物の本国である当該著作物の最初の発行地、あるいは、未発効著作物の場合には、著作者の本国の法律の要件および方式を履行することであるとの理解である。また、この著作物に当たるものとしては、学術的・美術的著作物のことを意味し、同盟国において最初に発行されていることが必要条件である。これに対して、方式とは、登録・納本といった著作物が保護されるために必要な手続きのことであるとの理解である。

第11条

(3) 但し、裁判所は必要であれば第2条に従い著作物の本國法の規定する方式が履行された趣旨の管轄当局の證明書の提出を要求することができることが合意される⁽¹³⁾。

原始条約 11 条 3 項において、委員会は、著作者が権利を主張する場合には、本国の方式の履行を確認するような管轄当局が交付する証明書を提出することが著作者の義務であることを明確にした。すなわち、「条約によって著作者に与えられる権利の享有を著作物の本國法の規定する要件および方式の履行に依らしめる 2 条の規定は本条において維持されるべきであることが色々な箇所指摘された。11 条は、2 条によって履行が要求される実質的要件および方式とは區別される手続問題のみを指すことを草案の文言はずで示して

いるけれども、委員会は、2 条において規定される著作物の本国法の規定する方式を遵守したことを証明する管轄当局が発行する証明書の提出を裁判所は必要な場合には要求できることを明示的に規定することが何らかの役に立つであろうと考えた⁽¹⁴⁾と。委員会の見解によれば、方式の要件は『必要がある場合には』、本国の方式の履行を確認するような管轄当局が交付する証明書を提出することができるものであると解され、すなわち、著作者に対する権限規定であって義務規定ではないということを明示的に示したものであると解される。

Hilty は、この点について次のように述べている。すなわち、「ベルヌ条約11条3項によれば、著作者が権利を主張する場合には、本源国の方式の履行を確認するような管轄当局が交付する証明書を提出することが著作者の責任である。その際には、この規定に含まれている『必要であれば』という表現は、著作権の成立が一般的に方式に依存している場合にのみ、裁判所は提出を要求することができることを明らかにするものとされる。逆に、裁判所は当該証明書が提出された場合に証明書に拘束されるのか、それとも本国法の事後的審査の権限を有するのかが問題とされよう。なるほど、ベルヌ条約はこの問題に対して解答を与えていないが、方式が履行されていないという反対当事者の抗弁があった場合には、裁判所は適用されるべき本国の要件を考慮しなければならないことは明白である。方式の場合とは異なり、著作者は要件、すなわち著作物が保護を受けるために個別的に履行されるべき要件の履行を自ら一当局の要請なしに一通常の証明方法によって提出しなければならない⁽¹⁵⁾と。すなわち、原始条約11条3項の解釈としては、著作権の成立が方式に依存している場合にのみ、著作者は、方式の履行について証明書の提出義務を負い、要件の履行について、著作者は常に証明責任を負うことになる。したがって、Hilty によれば、方式の履行は著作者が自身の権利を主張する場合の権限規定であり、少なくとも、裁判所は反対当事者からの抗弁に対して、本源国の方式の履行を確認するような管轄当局が交付する証明書を提出するという方式の要件に拘束されるものであるとの理解である。これに対して、著作権が保護されるための要件に関しての履行は著作者に対する義務規定であるとの理解である。

Ricketson によれば、「そのような証明書の提出の効果^がどうであるかは、明らかにされていない：証明書において述べられている事実の最終証拠としてみなされなければならないのか、被告によって提出される証拠に基づいて反証されるのか。条約の下で著作物の保護を確保するにあたって著作者の利益に有利な解釈が採用されるべき解釈であると考

えるのが合理的であるけれども、これらは国内法が決定すべき事項である」⁽¹⁶⁾と。したがって、Ricketson によれば、本源国の方式の履行を確認するような管轄当局が交付する証明書を提出した際に発生する効力が被告に帰属するのか、著作者に帰属するのかといった点に関しては、国内法の問題であるとの理解である。

第4款 付属法およびパリ解釈宣言（1896年）

また、付属法およびパリ解釈宣言(1896年)の規定を紹介しておこう。

付属法

第2条

- (1) いずれの同盟国の国民である著作者またはその権利の承継人も、同盟国の一において発行された著作物または未発行著作物に関しては、その他の同盟国においてその国の法令が自国民に現在与えている権利または将来与えることがある権利を享有する。
- (2) 右の権利を享有するためには、著作物の本国法の規定する要件および方式を履行することを要し、右の権利の享有は、その他の国において著作物の本国において許与される保護期間を超えることはない⁽¹⁷⁾。

この規定によれば、1 項において権利の享有に関する内国民待遇の原則が規定され、2 項によれば、権利が享有されるための要件として本国法主義が規定されている。さらに、効力である保護期間に関しては本国法主義と内国民待遇の原則との組み合わせにより、その結果、本国法と内国法との累積的適用となる。すなわち、保護期間の短い国の法が適用され、著作物の本国における保護期間を超えることはできない。

付属法2条2項に関する Louis Renaut の報告を次に引用しておこう。すなわち、「本原文によれば、権利の享有は、その他の国において著作物の本国において許与される保護期間を超えることはない。この規則は、内国民待遇の原則と結合して、法律が異なる保護期間を規定する二つの国の間の関係においては、適用されるのはより短い保護期間、例えば、フランスとドイツまたはスイスの間の関係に関しては著作者の死後30年の期間である。しかし、フランスの著作物についてドイツまたはスイスにおいて30年以上の期間を主張するのに何の問題もないが、フランスが望めば、フランスが本国法の定める短い期間を考慮しないで自国法によって50年間ドイツまたはスイスの著作物に保護を与えることを妨げるものは何もない。条約は同盟国に対してこの期間の問題に関して完全な内国民待遇を与えるか否かという選択権を有する。条約はこのように行動するように同盟国を強制していない

し強制することもできない。さらに、同盟国は同盟の領域において発行された著作物に対して本国法に定められた保護期間より長い保護期間を享有させるのも自由である。スイスの提案はこの考えを明示的に定めようとした。委員会内部においては、いかなる反対も提起されず、委員会は条約の原文に触れる必要なく報告においてこれを説明すれば足りると考えた。2項に関するもう一つの提案は、実際に発生した問題に関係する点において重要であった。条約の原文によれば、著作権を享有するためには、著作物の本国法の規定する要件および方式を履行することを要する。この規定の意味は、重大に論議されているとは思われない。その結果、著作者はもっぱら本国法に従えばよく、本国において要求される要件および方式を履行すればよい。彼は保護を主張しようとするその他の国において方式を履行する必要はない。原文と軌を一にするこの解釈は、確かに1886年の条約の起草者の意思であり、複数の方式の必要性の廃棄を共同作業の最も重要な長所のひとつであると考えていた。しかし、同盟国の一の複数の裁判所は、その他の同盟国において発行された著作物はその国において内国著作物と同一の方式に従うことを承認でき、条約は外国著作物に課される方式を免除したに過ぎないと考えていた。委員会は、イギリス代表が親切にも与えてくれた説明から最近の多くの判例法によって放棄されてしまっていると思われるそのような解釈を受け入れることはできない。以前に示した理由で2条の原文自体を改正しようとしなくて、新たな規定の性格ではなくて条約の公権的解釈の性格を有する解釈宣言において、この原文に与えられる意味が記載されるべきことを委員会は会議に求める。2条2項によれば、条約において与えられる保護は著作物の本国法の規定する要件および方式を著作物の本国において履行することにもっぱら依存することがこの宣言に調印する国々の間で理解されるであろう⁽¹⁸⁾と。したがって、Louis Renautによれば、権利の享有に関して、本国法の要件および方式のみをみればよいとの理解である。さらに、2条2項の保護期間の規定に関しては、本国法と内国民待遇の原則との組み合わせによるとの理解である。

Röthlisberger も同様の趣旨を明らかにしている。すなわち、「起草者は、1896年総会のベルヌ会議の報告において、方式および条件に関して、以下の定義を与えた：方式とは、保護を取得し、著作者の権利の存在を証明するために著作者またはその権利の承継人が義務的見本の登録または納本によってあるいは登録簿への登録または官庁への意思表示によって官庁で行われなければならない措置である。要件とは、その言葉が示しているように、著作者が法律上の保護を求めようとするか放棄しようとするかに応じて著作者が自ら履行でき、できなかつたりする要件である（例えば、翻訳および雑誌記事における留保の使用；

一定の領域および一定の時間における著作物の公表の要件、利用期間、同盟国における国籍取得等々。)。したがって、要件とは、保護を受けるために著作者の著作物が具備しなければならない特性であり、方式とは、保護を取得するために著作者または権利承継人に課される外面的手段である。当局が協力する方式についてのみ11条の証明が必要とされ、要件については必要とされない。要件および方式の履行、すなわち、本源国法の遵守は保護の必要条件である。なぜなら、保護はこの遵守に依るからである。……要件および方式は、著作権の享有および法的行使の要件として規定されている」⁽¹⁹⁾と。したがって、Röthlisbergerによれば、方式とは11条によって証明された著作物の官庁における登録・納本をさし、要件とは著作物性の要件をさすとの理解である。

Hilty は、要件および方式と内国民待遇の原則について次のように述べている。すなわち、「原始条約においては、一方では、著作権の保護の効力—ここでは、内国民待遇の原則が完全に適用される(ベルヌ条約2条1項)—と、他方では、そのような保護についての実質的な成立要件と形式的な成立要件(《要件および方式》、2条2項)が明確に区別された；後者は、内国民待遇の原則とは別に本源国法から取り出されなければならない。なお、1896年5月4日の解釈宣言もまた同様の規則を含んでいる」⁽²⁰⁾と。したがって、Hiltyによれば、解釈宣言が内国民待遇の原則を採用し、方式の要件に関しては本国法の定める方式の要件を履行することを含んでいるものと理解である。

2条2項は、まず、①権利成立要件(要件および方式)の準拠法は著作物の本国法であること、つぎに、②著作物の本国における要件および方式の履行すなわち著作物の本国における保護の存在が、その他の同盟国における権利享有の要件であることを規定しているものとみてよい。

例えば、著作物の本国において権利の成立要件として一定の方式(例えば、登録)が要求され、実質的成立要件およびその方式を履行すれば著作物が保護される場合には、著作物の本国においては、その方式の履行は成立要件であると同時に権利享有の要件である。そして、②の原則の下では、その方式の履行はその他の同盟国における権利の享有の要件であるとされ、著作物の本国における方式の履行を証明しなければならず、著作物の本国において権利が成立し著作物が保護されていなければならない。また、著作物の本国において侵害訴訟の前提として一定の方式(例えば、納本)が要求されている場合には、著作物の本国においてはその方式の履行は成立要件ではなくて権利行使の要件に過ぎない。しかし、②の原則の下では、著作物の本国における方式の履行はその他の同盟国においては権利行

使の要件とはされていないから、その他の同盟国において権利行使として訴訟を提起するには、その方式の履行は必要ない。

また、外国人はその他の同盟国における権利の享有のために、内国民と同一の要件および方式の履行が2条1項の内国民待遇の原則により要求される。その結果、例えば、甲国において納本を必要とし、乙国において登録を必要とする場合において著作権の保護を享有するには、それぞれ別個にそれらの方式を履行しなければならないことになるが、著作者もしくは出版者はその煩雑さに耐えられないことになる⁽²¹⁾。この点を緩和したのが、2条2項であり、この趣旨を一層明らかにしたのが、次に取り上げるパリ解釈宣言1条である。

続いて、解釈宣言の規定を紹介しておこう。

解釈宣言

第1条

条約第2条第2項の規定に従い、上に挙げた文書によって保護が与えられるためには、専ら、著作物の本国法の要求する要件および方式を著作物の本国において履行することを要する⁽²²⁾。

パリ解釈宣言1条に関する Louis Renault の報告を次に引用しておこう。すなわち、「条約によって保護を主張する場合には、一方では、保護は著作物の本国における保護期間より長い期間主張できないし、他方では、条約の2条2項の解釈に従い、著作物の本国において規定された要件および方式を履行することで足りることになる。これらの二つの点に関して、ドイツの代表の改正はこのような趣旨の明示的な説明を与えた。……実際には非常に重要な……要件および方式の問題に関する疑問を除くために、委員会は解釈宣言において明示することを提案している」⁽²³⁾と。したがって、Louis Renault の報告によれば、委員会は外国で成立した著作物の保護について条約において本国法主義が採用され、その保護が内国で問題となった場合には内国民待遇の原則が機能すると解している。さらに、この内国民待遇の原則が機能する前提として、本国法上の要件および方式を履行することで足りるとの理解であると。このことに関して解釈宣言は明示的に宣言したものであるとの理解である。

Ricketson によれば、「これは、条約に基づいて要求する著作者は、保護が要求される国の法の方式を履行する必要はないことを明らかにしたものである」⁽²⁴⁾と。したがって、

Ricketson によれば、条約上の保護の要件としては、内国法上の方式の履行は不要であるとの理解である。

ベルヌ同盟事務局が同盟創立50周年に発行した記念冊子によれば、「ベルヌ条約のある規定を解釈する宣言は、条約第二条に定めた保護は、著作物の本国においてその国の法制により定められた方式の履行のみにかかることを明確にした(あるイギリスの裁判所は、そのほかに、輸入国の方式の遵守を求めた。それは、この裁判所によれば同盟国人は内国民に同化しなければならないからというにあった。この意見とは反対になっている。)」⁽²⁵⁾と。したがって、同盟創立50周年に発行した記念冊子によれば、解釈宣言が明らかにした条約の原則としては、条約の第2条が外国で発行された著作物の内国での保護の要件に関しては、本国法上の方式の履行で足りるとの理解である。

水野博士によれば、「故ニ我著作権法ニ於テハ著作権ノ侵害ニ對シ民事訴訟ヲ提起スルニハ著作権ノ登録ヲ受クルコトヲ要スルモ同盟國ノ著作者ハ自國ノ法律ニ從ヒ方式ヲ履行シタルトキハ最早我國ニ於テハ登録ヲ受ケスシテ民事訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルナリ例ヘハ佛國人ハ佛國著作権法ノ規定ニ從ヒ納本ヲ為シ英國人ハ英國著作権法ノ規定ニ從ヒ『ステーションナース、ホール』ニ於テ登録ヲ為シタルトキハ我國ニ於テ何等ノ手續ヲ為サスシテ著作権ノ保護ヲ受クルコトヲ得ルカ如シ」⁽²⁶⁾と。したがって、水野博士によれば、著作者は著作者の本国の登録を行っていさえすれば当該著作物が内国でも保護されるとの理解である。

パリ解釈宣言1条は、まず、①権利成立要件(要件および方式)の準拠法は著作物の本国法であること、つぎに、②著作物の本国における要件および方式の履行すなわち著作物の本国における保護の存在が、その他の同盟国における保護(権利の享有および行使)の必要十分条件であることを規定しているものである。なお、『もっぱら』という文言は、その他の同盟国における保護(権利の享有および行使)の要件として、著作物の本国における要件および方式(権利の成立要件)の履行のみで足りることを明らかにしているものとみてよいであろう。

しかし、外国人はその他の同盟国における権利の享有のために、内国民と同一の要件および方式の履行が2条1項の内国民待遇の原則により要求される。したがって、その他の同盟国において権利の成立のために一定の方式、例えば、登録が要求され、その方式を履行すれば権利を享有するとされ登録が権利享有の要件とされている場合には、上記の内国民待遇の原則によれば、権利享有の要件として登録を履行しなければならないことになるが、

権利享有の要件としてはもっぱら著作物の本国における要件および方式の履行で足りるから、その他の同盟国において登録を履行する必要はない。この点を明らかにしたのが、ベルリン改正条約の4条2項1文である。また、その他の同盟国において侵害訴訟の前提として一定の方式、例えば、納本が要求されている場合には、方式としての納本の履行が、その他の同盟国における権利行使の要件であると解され、権利行使として訴訟を提起するには、納本の履行を証明しなければならないことになる。それは遅延を招くことになる。この点を改正したのが、ベルリン改正条約の4条2項1文である。

著作物の本国において侵害訴訟の前提として一定の方式(例えば、納本)が要求されている場合には、著作物の本国においてはその方式の履行は成立要件ではなくて権利行使の要件に過ぎない。しかし、②の原則の下では、著作物の本国における方式の履行はその他の同盟国における権利の享有および行使の要件であるとされ、その他の同盟国において権利を享有し、権利行使として訴訟を提起するには、著作物の本国における方式の履行を証明しなければならず、本国において権利が成立し著作物が保護されていなければならないことになる。それは遅延を招くことになる。この不都合を緩和したのがベルリン改正条約4条2項2文である。また、著作物の本国において権利の成立要件として一定の方式(例えば、登録)が要求され、その方式を履行すれば権利を享有するとされている場合には、著作物の本国においては、その方式の履行は成立要件であると同時に権利享有の要件である。そして、②の原則の下では、著作物の本国における保護の存在は、その他の同盟国における権利の享有および行使の必要十分条件であるから、著作物の本国における方式の履行を証明しなければならず、著作物の本国において権利が成立し著作物が保護されるだけで、その他の同盟国において権利を享有・行使することができることになる。この不都合を緩和し、著作物の本国における保護の存在は、その他の同盟国における権利の享有および行使のための必要条件に過ぎないとしたのが、ベルリン改正条約4条2項2文である。

第5款 ベルリン改正条約 (1908年11月13日のベルリン法)

最も重要な改正を含むベルリン改正条約(1908年11月13日のベルリン法)の規定についての変遷過程を跡付けることにしよう。

1) ドイツ政府により提出された提案およびそれに先行する国際事務局の協力により作成された理由の説明書

理由の説明

保護の基本的基礎（条約、第2条）

提案

第2条

同盟国のいずれかの国民である著作者は、未発行著作物または同盟国において発行された著作物に関しては、その他の同盟国においてその国の法令が自国民に現在与えている権利または将来与えることがある権利およびこの条約が特に与える権利を享有する。

これらの権利の享有および行使には著作物の本国における保護の存在にかかわらないし、7条2項の規定のみを留保していかなる方式および外部的要件の履行をも要しない。保護の範囲、保護期間および著作者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法は、この条約の規定によるほか、専ら、保護が要求される国の法令の定めるところによる⁽²⁷⁾。

第2条

—保護の存在および保護の範囲ならびに保護期間の観点からも、一方では本国における著作物の様々な法律関係と、他方では輸入国における著作物の様々な法律関係との間の一切の依存性を廃止する効果を有する現行法の修正

—この修正は重要である。なぜなら、それは著作物の本国における法律関係とその他の同盟国の各々において著作者に対して設定されるべき法律関係との間の一切の関連性を消滅させるからである。したがって、本国において著作物を保護する規定がないため、あるいは方式の不履行により著作物が失効しているためあるいは保護期間の経過のため著作物が失効しているため、著作物が最初から公有に属していたとしても、同盟の保護は、全ての国において保障される。保護期間の問題に関しては、各国がその他の国における保護状態を気にかけずに純粋に単純に自国法により定められた期間を適用するかぎり、保護期間は明確に解決される。この制度は大いなる単純化の利点を示す。なぜなら、各同盟国において裁判所または利害関係者は著作物の本国法およびその他の同盟国において発行された著作物に関しては条約と結合した国内法をもはや調査する必要はないからである。現在においては、第2条第2項の原文によれば、裁判所は本国法により規定された要件および方式が履行されているかどうかを問題としなければならない。さらに、その他の同盟国における保護期間は決して本国における保護期間より長いものであってはならない。さらに、実際承認されている見解によれば、その構造的性質によって著作物は著作物の本国法が文学

的および芸術的著作物として保護する著作物の一でなければならない。したがって、条約を創設した1885年の外交会議は、委員会の報告書の以下のくだりが示しているように、文書の余りにも制限的な解釈をすでに裁判所に警告していた：《委員会は、著作物の本国において権利が存続している間という文言は余りにも絶対的なものであると考えた。なぜなら、そこから次のように結論することができるからである。すなわち、保護期間というコンテキストを離れても、裁判所は、著作物の本国法が保護を要求する国の法よりも著作者に対して有利でない場合にも常に著作者に対して著作物の本国法を適用する義務を負うことになる。しかし、そのようなシステムは、裁判所であろうと、出版者であろうと、彼らが特定の法の全体について完全な知識を有することを要求するという重大な欠点を有するだろう。それは、我々が創設することを望む同盟の理念に背くものである。それゆえ委員会は、次のように規定してその規定の文言をより明確にした。すなわち、保護期間は、他の同盟国においては、著作物の本国において許与される保護期間より長いものであってはならない。》と。この警告にもかかわらず、同盟国の裁判所は、依然としてその他の点においては、最初の発行地国法に準拠しなければならないとすれば、著作者の権利という複雑で大部分の裁判官がほとんど通曉していない問題において裁判所が常に外国法を解釈する際に誤りを犯し、それがこの誤りの主要な原因を除去する制度を推奨する主たる理由である。新しく提案された規定はベルヌ条約の背後に存する基本的な思想を発展させたものであり、それによれば同盟国の著作者は条約の定める保障を付屬的に伴いつつもすべての同盟国において内国の著作者と同等に取り扱われるべきである。現在でも、著作者が著作物の本国において類似の権利を享有しているかどうかにかかわらず、著作者が保護を要求する国の法が著作者の有する専有権の各々を決定する。現在でも、条約は相互性の問題を全然考慮しないでこの点に関して保護を与える。したがって、様々な同盟国法の間相違から引き出されるいかなる反対も、改正の目的に反対して提出できない。例えば、意匠目的に応用される著作物が保護される国においては、著作物の本国において保護されていなくても、すなわち相互性の要件がなくても、保護がそのような著作物に対して与えられなければならないことは疑いない。しかし、法律は著作物を保護する法的要件に関しては互いに異ならない。保護期間に関する相違はずっと大きい。しかし、これらの相違が実際的な重要性を有する著作物の数は比較的限定されている。この状況からして、同盟国がその法規定が寛容であるかどうかに応じて著作権の分野において互いに相互的に与える保障の価値を評価するのは、あまりにも狭量さを真に示すことになるであろう。著作者また

はその権利の承継者が外国において著作物の複製を広めるにせよ、複製権、翻訳権または公の上演権を譲渡する代わりに外国において適当な補償を受けるにせよ、外国において著作物を利用する範囲を決定するのは市場の規模であるから、実際、この点において決定的なのは、ある国の著作物が他の国において見つける市場の規模である。第2項第1文の新しい内容は、一般的に単に要件および方式の問題ではなくて方式および外部的要件の問題である点において現在の表現とは異なる。方式概念の定義は、いかなる疑問も提起しない。方式によって納本、登録簿への登録、当局への意思表示の通知が理解される。にもかかわらず、その解釈が疑わしい要件の概念が存在する。規定は著作者の様々な権利が依存する内部的要件、例えば、公衆に朗読する排他的権利が承認されるための著作物の未編集の要件を対象としないことを明確に表現することが重要である；これらの内部的要件は保護自体の一部を構成するから、保護が要求される国の法律により決定される。条約により保護される著作者は同盟国の法律により要求される外部的条件、すなわち、複製の明示的禁止、および権利の留保、著作者名の表示ならびに著作物の巻頭に置くべきその他の表示のように著作者が著作物の保護を保障されるのに履行しなければならない特定の行為だけが免除されなければならない⁽²⁸⁾。すなわち、本国法上の要件の履行が、同盟国における著作権の効力の発生について左右するものではなく、同盟国における保護は本国における保護とは独立して存在することを明らかにした規定であるとの理解である。現在は、保護期間の問題に関しては、本国法の要件および方式を履行しなければならない、保護期間の内容は本国の規定する保護期間を超えることはできない。この理解に関して、委員会の見解としては、著作物の本国法において権利が存続している限りにおいてという文言によれば、著作物の本国法が、保護が要求される国の法よりも、著作者によって不利な場合であっても、当該著作者は本国法によって義務を履行しなければならないという不利益が生じるとの理解である。この原則が徹底されるならば、裁判所や著作者に一定の国の法律の内容を熟知しなければならないことになり、著作物の普及を望む同盟国のシステムの理念に反するのではないかの理解である。したがって、ベルリン改正条約が規定する内容としては、本国法の適用を貫くものではなくて、あくまでも、保護期間について、本国法で定める期間以上のものであってはならないのであって、本国、すなわち著作物の最初の発行地国の法に準拠しなければならないものではないということである。この本国法からの離脱の背景としては、法廷地の裁判官が、常に外国法を参照しなければならないとすれば、法的解釈の時点で発生しかねない誤りを、内国法を参照することで足る制度にすることによって抑制

しようとするのが目的であった。新設されたベルヌ条約の基本理念としては、同盟国の著作者は、内国の著作者と同様に内国で保護されるという内国民待遇の原則であった。この原則によって、著作者が本国法上の要件にしたがって権利を享有しているのかどうかといった点に関係なく、すなわち、相互性の要件なくして、著作者の享有する権利を保護が要求される国の法が決定しなければならないのである。この点、著作物性の要件は各国の法律ごとに大きな相違は存在せず、保護期間の問題に関して大きな相違が生じるが、実際にその重要性を有する著作物の数は限定されると解している。また、新しい規定の第2項第1文の要件および方式の内容に関して、特に、方式については、納本、登録簿への登録、当局への意思表示の通知であると解され、要件については、同盟国の法律によって要求される外部的要件のみをさすとの理解である。

2) 文学的および芸術的著作物の保護に関する国際同盟の創設に関する条約—暫定案

第2条

同盟国において最初に発行した著作物の著作者またはその承継人はその他の同盟国においてその国の法令が自国民に現在与えている権利または将来与えることがある権利およびこの条約が特に与える権利を享有する。さらに、同盟国の一に属する著作者またはその承継人は未発行著作物に関してはその他の同盟国においては第1項所定の権利を享有する。

これらの権利の享有および行使には、著作者の本国あるいは著作物の発行地国における保護の存在にかかわらない。保護の範囲および著作者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法は、この条約の規定によるほか、専ら、保護が要求される国の法令の定めるところによる。同様に、この条約が定める全ての権利の享有および行使には、6条2項の規定を留保して、いかなる方式および外部的要件の履行をも要しない⁽²⁹⁾。

3) 希望および決議—条約の現行規定に関する希望

第2条

保護の範囲—方式—保護期間

第2条

同盟国の一に属する著作者またはその承継人はその他の国においてすべての著作物に関してその国の法令が自国民に現在与えている権利または将来与えることがある権利を享有する。

ある同盟国におけるこれらの権利の享有は、その他のすべての国における保護にかかわらない；それはいかなる方式および要件の履行をも要しない。

この条約に基づく保護期間は著作者の生存期間および死後50年に及ぶ。

死後に発行された著作物は発行後50年間保護される。

文学的および芸術的著作物の国際協会 1903年ワイマール；1904年マルセイユ；1905年リアージュ会議により起草され、1907年ノイシャテル会議により最終的に起草された改正準備草案

ベルヌ条約の将来の改正のため、原則の次元において会議は以下の点を望ましいと考える：

1. 登録および納本の方式の規制は文学的および芸術的著作物の保護に関する法律に規定されずに特別法の対象とされること；
2. ベルヌ条約の第2条第2項および第11条第3項が廃止され、著作権の国際的な保護のためには将来においてはいかなる方式も要求されてはならないこと。

文学的および芸術的著作物の国際協会 1896年ベルヌ

効果的な保護のために、要件および方式の履行を規定せずに、同盟に属する著作者のすべての著作物または同盟の領土において最初に発行された著作物に対して国際的な保護が与えられる。

文学的および芸術的著作物の国際協会 1905年ベルリン

同盟の現行の制度における方式の履行に関する便宜をもたらすために、会議の見解は以下のようなものである：

1. 創作物に関して規定された方式を本国において履行したことの確認で、その他の同盟国において著作物が出版される発行または再発行のその他の形態での保護を取得するには十分であること；
2. 承継人の資格を確定するためには、本国において定められた方式を履行したことで十分であること；
3. 本国法の方式の遅れた履行に関して定められた最も長い期間が経過した場合にのみ、公有がその他の同盟国において著作物に認められること；
4. 本国において著作者に認められる方式の免除はその他の国において尊重されなければならないこと；

5. 所定の法的な方式が履行されたことを確認する証明書の提出は、この履行が相手方によって争われた場合に限られるべきであり、条約の第11条第3項において使用されている「必要な場合には」という用語はこの意味で解釈されなければならない。

会議は、さらに以下の意見を述べた；

1. ベルヌの国際的事務局は条約の第11条第3項所定の証明書を交付する義務を負うこと；
2. すべての著作物または一定のカテゴリの知的な著作物について著作者の権利の享有を要件または特別な方式に法律が関わらわしていない国に関しては、国際事務局はこの意味での公式の宣言を取得する。

文学的および芸術的著作物の国際協会 1896年ベルヌ

履行すべき方式を著作物の本国法の定める方式のみに制限することに関するパリ解釈宣言に含まれている規定を条約自体に挿入させなければならない。

文学的および芸術的著作物の国際協会 1905年ベルリン

保護期間を同盟全体において著作者の死後50年と定めることが望ましい。

文学的および芸術的著作物の国際協会 1905年ベルリン⁽³⁰⁾

4) 国内立法に関する希望—立法の統一の原則

標準的法案

第2条

著作者の権利の行使はいかなる要件および方式の履行をも要しない⁽³¹⁾。

方式. 寄託

会議は登録および寄託の方式の規制は文学的または芸術的著作物の保護に関する法律において規定されるのではなくて特別法の対象となることが望ましいと宣言する。

文学的および芸術的著作物の国際協会 1896年ベルヌ

会議は著作者の権利の保障の問題は法的寄託の問題とは別であるという見解である。

国際的な編集者会議 1899年ロンドン

会議は著作者の権利の保護に関して寄託および登録の義務的な方式をすべての法律が廃止するという願望を表明する。

文学的および芸術的著作物の国際協会 1902年ナポリ

……

4. さらに会議は、以下の願望を表明する：

A) 著作物の発行時点において方式が定められている国においては、この方式はできるだけ簡単であること；

b) 方式の不履行は著作物の保護に関して影響を与えないこと。

国際的な編集者会議 1896年パリ；1897年ブリュッセル。

文学的および芸術的著作物の国際協会 1896年ベルヌ

会議は、著作者の権利の保護の承認に関してある国において現在課されている特別な寄託その他の一切の方式は廃止されるという願望を復活させる。

……

国際的な編集者会議 1906年ミラノ

方式の不履行は著作物の保護に関して影響を及ぼさないし、著作者の権利の失効をもたらさないし、権利が侵害された場合に訴えを提起する権利の失効をもたらさない。

文学的および芸術的著作物の国際協会 1896年ベルヌ⁽³²⁾

5) 会期の議事録—第2会期 (1908年10月15日ジュディ)

Osterrieth 博士

「内国民待遇の原則によって保護が要求される国の法律が統一規則以外にそれと並んで適用され、統一規則は同盟国がその他の国の国民に保障しなければならない保護の最低限を形成するに過ぎないことを報告しておこう。私が説明したい混合の制度は重大な不便を存続させる。内国民待遇の適用はその他の国において保護を保障されることを望むすべての同盟国の著作者に著作者の権利の承認または行使に関して内国民に課される方式要件を履行するよう強制することになる。したがって、ある国においては著作物の複数の納本を行い、他の国においては一定期間内に著作物を登録し、第三国においては、著作物上において何らかの留保の表示を加えなければならない。この要件を履行していないということは、著作物の最初の発行地国において保護されその他の国において輸入される著作物に関して著作者から全ての保護を奪うことになる。法律の抵触から生ずる不便を回避するために、いわゆる国際私法の分野に属する原則が条約において導入された。条約の第2条は、実際パリ会議によって起草された解釈宣言によれば、条約によって保障される権利の享有は本国法により規定された方式および要件にもっぱら従うことを規定した。これは、著作者は保護が要求される国においては著作物の最初の発行地国の法律に従っていれば、保護が要求される国で規定されている要件および方式を履行する必要はないことを述べようとしたも

のである。同時に、様々な同盟国において規定されている保護期間の不平等を考慮しなければならないと思われた。期間の点においては、相互主義を定めるために条約の第2条において外国著作物の保護期間は著作物の本国において与えられる保護期間を超えてはならないと規定された⁽³³⁾と。したがって、Osterrieth 博士によれば、内国民待遇の原則と統一規則が並立する混合制度であるとの理解である。同氏による内国民待遇の原則の理解としては、たとえば、A 国人 X が A 国で最初に発行した著作物の著作権を B 国で主張するためには、B 国法上定められる権利の承認および行使について課されている B 国法上の方式の要件を履行しなければならないというものである。この方式を履行することの義務を果たさなければ、当該著作者は一切の権利を B 国で保護されないのである。この法律の抵触を回避するために、国際私法上の原則がベルヌ条約に導入された、すなわち、ベルヌ条約は抵触法規定を含むという理解である。第2条の規定する「著作者の権利の行使はいかなる要件および履行をも要しない」と規定し、この解釈としては、著作者は保護が要求される国において権利を享有するためには、本国法上の要件および方式のみを履行していれば、保護が要求される国においても、その他の要件の履行をすることなく保護されるということであると理解している。また、各国で異なる保護期間の不平等性を是正すべく、相互主義に基づいて、本国法の規定する保護期間を超えることはできないと規定することによって解決を図っているとの理解である。

また、「全ての著作者またはその承継人が条約により与えられる便益を実現する最後の手段は裁判による行使である。普通法から排除された著作者の権利の事項は、適用が困難かつ難しく特殊であり、適用すべき法律家によって知られていないことをあなた方に長く説明する必要はない。裁判官が外国の法律および判例に準拠しなければならない場合に、この不都合は倍増する。さらに、利害関係者自身が、著作者であれ、その承継人であれ擁護または請求すべき権利の存在および範囲に関して明確であるのにかなりの利益を有している。ところで、条約の第2条は、本国法の適用を定めていた；1. 履行すべき方式に関して；2. 期間に関して。しかし、これは、1886年の条約の起草者の最初の考えであったとは思われないとはいえ、すべての同盟国とは言えないまでも大部分同盟国の判例および学説においては著作物の属人法の適用は著作物の成立要素の点においてはなお必要であったということを付け加えておかなければならない。一般的には、条約により要求される保護は、履行すべき方式の点は別としても著作物が本国において保護されていない場合には拒否される。例えば、オスカーワイルドのシャロームという演劇が、おそらくイギリスにおいて

はその冒瀆的性格のために保護が拒否されるためドイツにおいて保護されるかどうかドイツにおいてある時期に議論された。私の誤解でなければ、シャロームの最初の発行がフランスにおいて行われていれば、本件の場合においては異議は排除される。かなりの実際的な効果を有するこの理論からは、条約により主張されるすべての訴訟においては、原告は著作物が本国において保護されていることを証明しなければならない。本国法が問題を決定するために非常に明快であればこの仕事は比較的容易である。しかし、経験が証明していることだが、フランスの著作物が問題である場合には、フランスにおける著作権者の権利の完全な制度が1793年の法律の条文ではなくて全ての国の判例と同様にしばしば変化する矛盾する判例に基づく場合には、この仕事は極めて困難になる。これらの困難はすべて訴訟を長引かせ、明白な偽作の場合にも著作権者を敗訴の危険にさらし条約の機能を脅かす結果となる。これらの非常に重要な考慮が帝国政府をしてあなた方に重要な点において条約の制度を完全に変更すると認めなければならない第2条に関する二つの提案をさせることになった。実際以下が提案された：1. 条約の制度においては、何らかの方式の履行の必要性をすべて廃止すること；2. 保護の内部的要件、すなわち保護すべき著作物の構成要素および期間に関して権利独立の原則を規定すること。この最後の関係の下で、文学的および芸術的国際協会のマイアンス会期は条約の制度においては保護期間が同時に統一されて著作権者の生存期間および死後50年とされない限り、権利独立の原則に反対すると宣言したことを指摘しておかなければならない。期間の統一が一般的な統一の方法におけるかなりの進歩であることは争えない。しかし、国内立法の状態が現在すべての同盟国に対してこの願望を実現することを許すかどうかの問題とされる。他方では、権利独立の原則の採用はより短い期間の国民に対して代わりに与えられる便益より広い便益を与えるよう長い期間の国を強制する結果になることを承認しなければならない⁽³⁴⁾と。したがって、すべての著作者およびその承継人が、条約によって保護される権利を実現する手段としての裁判において、裁判官が外国法を適用する際に生じる不都合を指摘している。さらに、第2条が規定する本国法主義について、起草者の意思に反するものであると指摘している。

6) 会議に付託された提案、対案および改正の対照表

ドイツ当局

これらの権利の享有および行使は著作物の本国における保護の存在にかかわらず、7条2項の規定のみを留保していかなる方式および外部的要件の履行をも要しない。保護の範

困、保護期間および著作者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法は、この条約の規定によるほか、専ら、保護が要求される国の法令の定めるところによる。

フランス

ある同盟国におけるこれらの権利の享有および行使はその他のすべての同盟国における保護にかかわらないし、いかなる方式および要件の履行をも要しない。保護が要求される国以外の国において最初に発行された著作物に与えられる保護期間はすべての同盟国において同一である。この条約に基づく保護期間は著作者の生存期間および死後50年に及ぶ。死後に発行された著作物は発行後50年間保護される⁽³⁵⁾。

7) 代表により新しく提案された修正理由の説明 (1908年10月15日の会期)

条約第2条に対してドイツ政府が提案した修正に関してベルギー代表が提出した覚書

「第2条の現行の規定によれば、条約によって保障される権利の同盟国における享有は、二重の点で著作物の本国の法律に依存する：1. 権利の享有は著作物の本国において著作物の本国法の定める要件および方式を履行することを要する；2. 権利の享有は、保護が要求される国においては、著作物の本国法により承認される著作者の権利の期間を超えることはできない。……最後に、現行の第2条の制度の下では、保護はすべての同盟国のすべての著作物に対して適用される一般的な要件に従う；最初の発行が同盟の領土において行われていなければならない。ドイツ政府により第2条の第2項に関して提案された修正は、著作物の本国の法律関係と同盟各国において著作物に対して保障される保護との間の依存関係すべてを最終的に解消することを目的とする。同盟国の一に属するすべての著作者は、同盟の領土において著作物を最初に発行した著作者と同様に、今後は各同盟国において自国民に対して現在承認されているすべての権利および今後承認されるすべての権利—必要な場合にはさらに条約により特に承認された権利—の享有を要求することができ、一裁判官は著作物の本国の要件および方式ならびに保護期間を考慮せずに、それを知る必要もない。内国民待遇は、外国人著作者自身が本国において享有する待遇がどうであれ条約により保護される外国人著作者すべてに適用される。内国著作者に対して承認される全ての権利が、著作物の本国における権利の期間がどうであれ、外国人著作者に対して内国人著作者と同一期間承認される。外国人同盟著作者の権利は、場合によっては内国人著作者自身の権利より広いことがある。同盟国の法律が条約により特に承認された権利を承認していないかそれが承認している権利を何らかの外部的要件または一定の方式に依らしめている場合に

も事情は同様であり、条約により保護される外国人著作者は、本国によって規定されているものであれ、保護が要求される国の法律によって内国人に対して課されているものであれ、今後は全ての類似の要件、何らかの方式すべてを免除される。提案理由の説明が述べているように、同盟の保護は、《本国において著作物を保護する規定がないため、あるいは方式の不履行により著作物が失効しているためあるいは保護期間の経過のため著作物が失効しているため、著作物が最初から公有に属していたとしても、同盟の保護は、全ての国において保障される。》と。説明理由により非常によく正当化されたドイツ政府のこの最初の提案に賛成するのみである。その採用は著作者の権利の国際化の方法における重要な一步を記すものである。それはいかなる革命をも意味しない。それは、すべての同盟国において、場合によってはさらに条約により特に規定された保障を伴いつつも内国著作者と同様に同盟著作者は扱われなければならないとするベルヌ条約の基本的原則の通常的发展に過ぎない。1896年のパリ会議に示され、それ以後文学的または芸術的国際協会のすべての会議によって繰り返され展開された理念の進化の論理的かつ必然的な帰結に過ぎない⁽³⁶⁾と。

8) 保護期間の統一(条約第2条)に関するフランス代表が提出した改正

理由の説明

国際事務局と合意してドイツ政府が提出した条文の第2条に関して、条約の現行の第2条を代えるために、フランス代表は何らかの考察を提出すべきであると信じる。提案された条文は、同盟国において外国著作物に対してその国の法の範囲においてその様式に従い保護を与える結果となるのみならず、その本国において保護されないか存在しなくなった著作物に対して保護を実際に与えることになる。したがって、法的に存在しないか、それが保護する著作物とともに発生した国において無効となった権利が、外国においてその効力を発生する。さらに、この条文は同盟自身に関して非常に重大な不都合を有する。その創設者の考えでは、ベルヌ同盟は、同盟国間に最低限の共通原則を認めた。これらの原則の適用を徐々に展開し、共通の合意によって新たにそれらの原則を認めるという加盟国の関心は改正会議の規則的な開催の決定に表われている。保護期間に関して最初に提示された原則を破る提案を認めて、同盟は特別法の改正を研究するようその加盟国を誘導するのではなくて、加盟国のうち著作者の権利をまだ制限している法律を有する国にこの方法を保持するように勧めている。なぜなら、期間の判断においてより長い期間を外国人に対して

拒否しながら、内国の著作者に対しては、同盟は与えられる期間の最大限を取得するからである。したがって、同盟国の裁判所のために明白な長所を示すドイツ政府の提案を会議が採用すれば、会議はこの提案に対して論理的な帰結、すなわちそれが国際的な保護期間の統一を要求することが必要である。したがって、フランス代表は第2条第2項に対して以下の改正を会議の表決に提案する：

第2条

第2条

ある同盟国におけるこれらの権利の享有および行使はその他のすべての同盟国における保護にかかわらないし、いかなる方式および要件の履行をも要しない。保護が要求される国以外の国において最初に発行された著作物に与えられる保護期間はすべての同盟国において同一である。この条約に基づく保護期間は著作者の生存期間および死後50年に及ぶ。死後に発行された著作物は発行後50年間保護される⁽³⁷⁾。

9) 第3会期の議事録の付属書

委員会の名において会議に提出された報告によれば、まず、

「同盟の与える保護は以下のものを含む：

- (1) 同盟国の法令が自国民に対して現在与えている権利および将来与えることがある権利
- (2) 条約によってとくに与えられる権利

したがって、原則は、未発行著作物または同盟国において発行された著作物に関しては同盟国の国民はその他の同盟国の各々において内国民待遇をまず要求することができる；条約はそこで止まらなかった；条約は、例えば翻訳に関しては、いかなる事例であれ、かつ内国民待遇にかかわらず適用されなければならない一定の規則を制定した。したがって、要するに同盟国待遇と呼ばれるものはこれらの二つの要素から構成される。これまで我々は既存の権利に対するいかなる改正をも導入しなかった。ドイツ当局によれば、我々が提案している文言は1886年の条約の2条1項の純粹に形式的な変更を導入するに過ぎず、考えをより明確にすることを意図したものであった；したがって、草案の4条1項は以下のものであろう。：『同盟国のいずれかの国民である著作者またはその権利の承継人は、未発行著作物または同盟国において発行された著作物に関しては、その他の同盟国においてその国の法令が自国民に対して現在与えている権利または将来与えることがある権利およ

びこの条約が特に与える権利を享有する。』ドイツの前文が説明しているように、1項の初めに挿入された追加の文言は、発行著作物の場合には最初の発行地国が著作物の本国となることを明白に示している；著作者が同盟国の国民でない場合にも、著作者は著作物の本国においては内国の著作者に適用されるシステムにより、著作者自身の本国を含むその他の同盟国においては、著作者は同盟国待遇の便益を享受する。フランスで発行されたベルギー人の著作物はフランス法によってフランスの著作物とみなされる；それはベルギーを含むすべての同盟国において条約によって保護される；フランスにおいては、それは国内法によって保護される」⁽³⁸⁾と。したがって、委員会の名において会議に提出された報告によれば、著作物を未発効著作物と発行著作物に区別し、著作物の著作者は、その他の同盟国においては、条約上の権利によって、および、その他の同盟国における内国民待遇の原則によって保護される。また、発行著作物に関する本国とは、著作物が最初に発行された国であると解されている。

次に、同報告によれば、「これらの権利の享有および行使にはいかなる方式の履行をも要しない。ここで関係するのは、もっぱら条約によって主張される権利であることに注意しなければならない。著作物が発行され、発行というまさにその事実によって著作物を内国化する国の法は、その国における権利の存在または行使を、適当と考えるいかなる要件および方式にも従わせるのは全く自由である；それは純粋に国内法の問題である。発行地国以外のその他の同盟国においては、その国におけるいかなる方式をも完了する必要がないばかりでなく、著作物の本国における方式を履行したことを証明する必要もなく、保護を要求することができる。これは、一方ではこれから述べて説明する一般原則から、他方では1886年の条約の11条3項の削除から引き出されることである。11条3項は次のように規定している：『但し、裁判所は必要であれば2条に従い著作物の本国法の規定する方式が履行された趣旨の管轄当局の証明書の提出を要求することができることが合意される。』2条は、事実、2項の初めにおいて『これらの権利を享有するためには、著作物の本国法の規定する要件および方式を履行することを要する』と規定し、ある国において発生していた困難を取り除くためにパリ解釈宣言は……それは明らかに1886年の条約の起草者の考えであったが……保護はもっぱら著作物の本国法の要求する要件および方式を著作物の本国において履行することを要する。これは、すでに大いなる単純化であり、しばらく前までは外国における著作物の保護を保障するためには、国際条約による場合であっても登録しなければならず、しばしば一定期限内に外国において著作物を納本さえもしなければならな

い時代があったことを思い出せば評価されるであろう。新しい条約は証明を要求していないから、さらに一層問題を単純化する。著作物の本国の当局の証明書の提出……この提出は時には侵害訴訟の前提と考えられ、そのことが遅延を引き起こした……に関して困難が発生していた。新しい規定は、条約によって訴える者は、これらの方式の履行または不履行はいかなる影響をも及ぼしてはならないから、著作物の本国における方式が履行されたことを証明する必要はないことを意味している。しかし、特定の事実を証明する証明書を提出することが彼の利益になるのであれば、彼はそうすることを妨げられない(草案の規定は方式のみを指しているが、これは1886年の条約が指している要件および方式を含む意味である)。(39)と。したがって、委員会の名において会議に提出された報告によれば、著作物が保護されるための条件として、著作物が最初に発行された国の法、すなわち、本国法上の方式と、その他の同盟国法上の方式は無方式でよいとの理解である。このことによつて、裁判官や著作権を主張しようとする者による方式の証明等の手続き上の困難から解放され、迅速化が図れるとの理解である。したがって、方式の不履行自体がその他の同盟国における保護に影響を与えるものではないとの理解である。

さらに、同報告によれば、「我々は現在非常に重要な問題に到達した。ドイツ当局は既存の権利に対して根本的な改正を行うことを提案した。その既存の権利によれば、著作物の本国における保護と保護を要求する国における保護との間には関連性がある；著作者に与えられる権利を享有するためには、著作物の本国法の規定する要件および方式を履行することを要すると規定した後に、2条2項は以下のように続ける：『[右の権利の享有は]その他の国において著作物の本国において許与される保護期間を超えてはならない。』この関連性は保護期間に関してのみ存在するのか。ドイツ当局の前文はこの点に関して次のように述べている：『実際に承認されているある見解によれば、著作物は、さらにその構造的特徴によって著作物の本国法が文学的および美術的著作物として保護する著作物の一でなければならない。』と。しかし、同盟を創設した1885年の外交会議はすでに裁判所に対してこの規定の余りにも制限的な解釈を警告していた……それは、その委員会の次のような報告の以下の一節から分かる：『起草委員会は、「著作物の本国において権利が存続している間」という文言は余りにも絶対的なものであると考えた。なぜなら、そこから次のように結論付けることができるからである。すなわち、保護期間というコンテキストを離れても、裁判所は、著作物の本国法が保護を要求する国の法よりも著作者に対して有利でない場合にも、常に著作者に対して著作物の本国法を適用する義務を負うことになる。

しかし、そのようなシステムは、裁判所であろうと、出版者であろうと、彼らが特定の法の全体について完全な知識を有することを要求するという重大な欠点を有するだろう。それは、我々が創設することを望む同盟の理念に背くものである。それゆえ委員会は、次のように規定してその規定の文言をより明確にした。すなわち、保護期間は、他の同盟国においては、著作物の本国において許与される保護期間より長いものであってはならない。』と。この点に関して、条約に対して与えられるべき真の意味は何か。疑いの余地がある：ドイツ当局自身は、実際には条約は誤解されてきたことを納得したが、この解釈はかなり広く採用されていることを承認している；ドイツ当局は1885年の委員会が望んでいることを超える明示的な規定によっていかなる疑いをも除こうとしている。事実、ドイツ当局は無制限に次のように規定することを提案した：『その享有および行使は、著作物の本国における保護の存在にかかわらない。…保護の範囲および保護期間ならびに著作者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法は、この条約の規定によるほか、もっぱら保護が要求される国の法による。』と。したがって、著作物の本国法と保護が要求される国の法との間にはすべての観点から完全な独立性が存在するであろう。例えば、ドイツで発行された著作物に関しては、ドイツにおいては著作者の死後30年後には公有に帰するの、フランスにおいては著作者の死後50年間保護を主張できる；これに対して、フランスの著作物はドイツにおいては30年しか保護されない。ドイツ当局によれば、『新しく提案された規定はベルヌ条約の背後に存する基本的な思想を発展させたものであり、それによれば同盟国の著作者は条約の定める保障を付屬的に伴いつつもすべての同盟国において内国の著作者と同等に取り扱われるべきである。現在でも、著作者が著作物の本国において類似の権利を享有しているかどうかにかかわらず、著作者が保護を要求する国の法が著作者の有する専有権の各々を決定する。現在でも、条約は相互性の問題を全然考慮しないでこの点に関して保護を与える；したがって、様々な同盟国法の間から引き出されるいかなる反対も、改正の目的に反対して提出できない。例えば、意匠目的に応用される著作物が保護される国においては、著作物の本国において保護されていなくても、すなわち相互性の要件がなくても、保護がそのような著作物に対して与えられなければならないことは疑いない。しかし、法律は著作物を保護する法的要件に関しては互いに異なる。保護期間に関する相違はずっと大きい。しかし、これらの相違が実際的な重要性を有する著作物の数は比較的限定されている。この状況からして、同盟国がその法規定が寛容であるかどうかに応じて著作権の分野において互いに相互的に与える保障の価値を評価するのは、

あまりにも狭量さを真に示すことになるであろう。著作者またはその権利の承継者が外国において著作物の複製を広めるにせよ、複製権、翻訳権または公の上演権を譲渡する代わりに外国において適当な補償を受けるにせよ、外国において著作物を利用する範囲を決定するのは市場の規模であるから、実際、この点において決定的なのは、ある国の著作物が他の国において見つける市場の規模である。ドイツの提案は、まずその原則に関して争われ、つぎに保護期間に関する原則の帰結に関して争われた。それは事物の性質に反すると言われた；実際、保護は著作物の本国からその他の国へ及ぶのであり、著作物の本国における保護がその他の国における保護と関連していないと考えるのは難しい。属人性の観念も援用され、……著作権のような複雑な問題を良く知らない……裁判官が外国法を解釈することは難しいことに基づく根拠は法曹の威厳を代表して拒否された。実際、ある国においては全く保護されず、他の国においては保護される著作物は、かなり少数の事例においてのみ見出される。したがって、二つの法の独立性の問題は実際的に重要というよりはむしろ理論的に重要である。しかし、これは保護期間に関しては当てはまらない。したがって、ドイツの提案がこの点において強い反対にあったのは理解できる。いかなる国においても、人々が複製したり演じたいと望む著作物に関して、著作物がその本国において公有に帰した後も何年間も著作者の相続人の権利を考慮しなければならないということを世論は承認しないであろう。この場合には、著作者を最大限保護する国は著作者を最小限保護する国に対して相互性なしに便益を与えることになり、保護期間を延長することは、著作者を最小限保護する国に対してその法を改正するよう誘導することにはならないであろう。フランス代表は保護の独立の原則を承認しているが、保護期間はすべての同盟国において同一であり、著作者の生存および死後50年及ぶということを付け加えた。フランス代表は二つのことを関連付けている。なぜなら、独立性の問題と期間の問題はまったく別であるが、採用されている解決の主要な効果を気に掛けずに独立性の問題を解決できないという意味において実際には結合している。スウェーデン代表は、権利の享有は著作物の本国の定める要件および方式の履行を要し、保護期間はすべての同盟国において同一である(この点においてフランスの提案と同様)ということ認める提案をした。イタリア代表は、投票を円滑にするために二つの提案を行った。一方では、ドイツの提案の原則を繰り返し、他方では、期間に関するフランスの提案を利用した。二つの提案は多数によって可決され、多数が少数を拘束するとすればこれが我々があなた方に付託したフランス代表の提案である。事情は以上のものであり、期間の強制的な定めは反対にあいこれに譲歩しなければならない

かった。フランス代表およびフランス代表の意見に賛成する代表は、独立性の問題と保護期間の問題に関して与えられる二つの解決を分離することで合意した。この結論はモナコ代表が行った提案に合致していた。特別な条文により規定される保護期間に関しては後に論じよう(草案の第7条)。この段階では、著作権者の権利の行使は著作物の本国における保護の存在にかかわらないという非常に明確な規定に注意するだけで十分である。それは現実の原則に合致しているか。特許権に関して採用されている原則を論ずる試みがなされたが、その論拠は有効ではない。特許権はある国の当局によって付与される権利である；これは当然この当局が支配権を有するところではしか効力を有しない。逆に、それは発明が外国で特許化されたかどうかを考慮しないで効力を発生する。著作権に関しては、著作物自体が保護され、国際条約によって著作物の本国の保護が他の国に及ぶことはより容易に理解できる。しかし、ここで関係するのは原則の問題ではなくて便宜の問題である。異論なく、独立性の原則は適用するのがより容易である；それは、外国裁判所の前で慣習規定または判例法が証明するのがかなり難しいのに、著作物の本国における権利の存在についての明白な証拠を提出するよう権利の所有者に求める屁理屈屋と権利の所有者とが対立する些細なことに係る論争を妨げる』⁽⁴⁰⁾と。したがって、委員会の名において会議に提出された報告によれば、ベルヌ条約の起草過程では、ドイツ、フランス、イタリア、モナコ、スウェーデンの各国が条文の提案を掲げたが、最終的にはその折衷説が採用された。その折衷説の中で特にモナコの提出した提案が採用されたとの理解である。すなわち、モナコの掲げた提案によれば、ベルヌ条約が本源国主義を採用し、方式については無方式でよく、効力については本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによるとの説であった。さらに、委員会は、特許権と著作権について次のように区別している。すなわち、一方で、特許については、自国の特許は自国の領域にしか及ばないという属地主義の原則を採用し、他方で、著作権については、ある国で成立した著作権の効力が他国に及ぶという普遍主義の原則を採用しているものと解されている。この点を区別したうえで、ここでは原則の問題ではなく便宜の問題であると指摘している。すなわち、このことが意味することは、普遍主義の原則を否定しているのではなくて、普遍主義を認めるのであるが、外国たる本国で認めている明白な証拠(方式)を履行していることを、例えば、登録したか否かの証明は裁判官や権利を主張しようとする者にとってはかなり困難な作業であるため、この点について緩和すれば紛争手続きの迅速化が望めると。したがって、便宜、

すなわち方式のみをはずし、原則、すなわち本国法上保護される著作物であること(要件)は依然として残っているとの理解である。

また、同報告によれば、「草案の9条2項の下では、新聞記事の複製権は著作者が与えなければならない複製禁止に時には服する。これは、4条の意味での方式ではなくて、その要件の履行は権利を保障するのに必要である⁽⁴¹⁾」と。したがって、委員会の名において会議に提出された報告によれば、また、方式ではないけれども、方式ではない別の要件を満たさなければならない場合がある、すなわち、本国法上および内国法上の要件を満たさなければならないとの理解である。

10) 会議に付託された提案、対案および改正の対照表

ドイツ当局

これらの権利の享有および行使は著作物の本国における保護の存在にかかわらないし、7条2項の規定のみを留保していかなる方式および外部的要件の履行をも要しない。保護の範囲、保護期間および著作者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法は、この条約の規定によるほか、専ら、保護が要求される国の法令の定めるところによる。

フランス

ある同盟国におけるこれらの権利の享有および行使はその他のすべての同盟国における保護にかかわらないし、いかなる方式および要件の履行をも要しない。保護が要求される国井外の国において最初に発行された著作物に与えられる保護期間はすべての同盟国において同一である。この条約に基づく保護期間は著作者の生存期間および死後50年に及ぶ。死後に発行された著作物は発行後50年間保護される。

イタリア

ある同盟国におけるこれらの権利の享有および行使はその他のすべての国における保護の存在にかかわらないし、いかなる方式の履行をも要しない。保護の範囲および著作者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法は、この条約の規定によるほか、専ら、保護が要求される国の法令の定めるところによる。

この条約により与えられる保護期間は著作者の生存期間および死後50年に及ぶ。死後に発行された著作物は発行後50年間保護される。

モナコー補充的提案

これらの権利の享有および行使は著作物の本国における保護の存在にかかわらないし、いかなる方式要件の履行をも要しない。但し、保護期間はその他の国においては本国において与えられる保護期間を超えてはならない。

スウェーデン

これらの権利の享有は著作物の本国において定められた要件および方式を履行することを要する。保護が要求される国以外の国において最初に発行された著作物に与えられる保護期間はすべての同盟国において同一である。この条約に基づく保護期間は著作者の生存期間および死後50年に及ぶ。死後に発行された著作物は発行後50年間保護される⁽⁴²⁾。

したがって、まず、ドイツの掲げた提案は、著作物の本国法上の方式は無方式とし、効力についての内国民待遇の原則によるとの理解である。次に、フランスの掲げた提案によれば、内国民待遇の原則は内国法の要件を満たせば外国人に対して内国人と同様の権利を認めるということであるが、条約によってすべての条件を規律すべきであるとの理解である。保護期間に関しては、一律50年としている。さらに、イタリアの掲げた提案によれば、内国法上も本国法上も実質的成立要件は満たさなくてはならないが、方式に関しては、内国法上も本国法上も無方式であるとの理解である。保護期間に関しては、フランスと同様に一律50年であるとしている。続いて、モナコの掲げた提案によれば、この点、この解釈が、各国のかかげた提案の折衷的な規定であるとして、ベルヌ改正条約によって採用されたと考えられる。すなわち、最初の規定では、本国法上の要件と方式を満たすという規定があり、改正条約では方式は不要であると規定している。したがって、要件と方式から方式だけがなくなったわけであるから、要件の部分は依然として条約上野構造の中に存在しているのである。

【各国の提案：対照表】

	権利の享有・行使		効力	
	要件	方式		保護期間
ドイツ	△	×	内国民待遇の原則	
フランス	×	×		一律50年
イタリア	△	×	内国民待遇の原則	一律50年
モナコ	△	×		本源国主義 +

				効力についての内国民待遇の原則
スウェーデン	○	○		×

○：必要 △：言及無し(反対解釈として必要) ×：不要 (筆者の作成による)

11) ベルリン改正条約

第4条

(1) 同盟国のいずれかの国民である著作者は、未発行著作物または同盟国において発行された著作物に関しては、その他の同盟国においてその国の法令が自国民に現在与えている権利または将来与えることがある権利およびこの条約が特に与える権利を享有する。

(2) これらの権利の享有および行使にはいかなる方式の履行をも要しない；その享有および行使は、著作物の本国における保護の存在にかかわらない。したがって、保護の範囲および著作者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法は、この条約の規定によるほか、専ら、保護が要求される国の法令の定めるところによる⁽⁴³⁾。

(1) 内国民待遇の原則 (4条1項)

ベルリン修正条約4条第1項に関する Louis Renaut の報告を次に引用しておこう。すなわち、「同盟の与える保護は以下のものを含む：

- (1) 同盟国の法令が自国民に対して現在与えている権利および将来与えることがある権利
- (2) 条約によってとくに与えられる権利

したがって、原則は、未発行著作物または同盟国において発行された著作物に関しては同盟国の国民はその他の同盟国の各々において内国民待遇をまず要求することができる；条約はそこで止まらなかった；条約は、例えば翻訳に関しては、いかなる事例であれ、かつ内国民待遇にかかわらず適用されなければならない一定の規則を制定した。したがって、要するに同盟国待遇と呼ばれるものはこれらの二つの要素から構成される。

これまで我々は既存の権利に対するいかなる改正をも導入しなかった。ドイツ当局によれば、我々が提案している文言は1886年の条約の2条1項の純粹に形式的な変更を導入するに過ぎず、考えをより明確にすることを意図したものであった；したがって、草案の4条1

項は以下のものであろう。：『同盟国のいずれかの国民である著作者またはその権利の承継人は、未発行著作物または同盟国において発行された著作物に関しては、その他の同盟国においてその国の法令が自国民に対して現在与えている権利または将来与えることがある権利およびこの条約が特に与える権利を享有する。』ドイツの前文が説明しているように、1項の初めに挿入された追加の文言は、発行著作物の場合には最初の発行地国が著作物の本国となることを明白に示している；著作者が同盟国の国民でない場合にも、著作者は著作物の本国においては内国の著作者に適用されるシステムにより、著作者自身の本国を含むその他の同盟国においては、著作者は同盟国待遇の便益を享受する。フランスで発行されたベルギー人の著作物はフランス法によってフランスの著作物とみなされる；それはベルギーを含むすべての同盟国において条約によって保護される；フランスにおいては、それは国内法によって保護される」⁽⁴⁴⁾と。

したがって、Renauによれば、内国民待遇の原則の理解としては、外国人は、内国において、(1)同盟国の法令が自国民に対して現在与えている権利および将来与えることがある権利、(2)条約によってとくに与えられる権利を、内国民と同様の条件の下で享有することができるということである。この点、著作物とは未発行著作物と発行著作物が含まれ、発行著作物の場合には最初の発行地が当該著作物の本国と規定されている。例えば、同盟国であるA国人がA国で最初に発行した著作物の著作権は、同盟国であるB国でもB国人と同様の条件の下に認められるということである。

したがって、同盟国待遇は、(1)同盟国の法令が自国民に対して現在与えている権利および将来与えることがある権利、(2)条約によってとくに与えられる権利の二つの要素から構成される。

まず、権利の享有および行使の問題が権利成立の問題に先行し、外国人に権利の享有・行使が認められて初めてその権利の成立の問題が発生する。したがって、外国人はその他の同盟国において、4条1項の内国民待遇の原則により権利を享有・行使することができるかどうかの問題となる。そして、同盟国国民たる外国人がその他の同盟国において権利を享有するためには、4条1項の内国民待遇の原則により右の同盟国において内国民に課されるのと同じ要件および方式の履行が要求される。なお、例えば、外国で発行された内国民の著作物は外国法によって外国の著作物とみなされ、それは内国を含むすべての同盟国において条約によって保護されることに注意しなければならない。

(2) 無方式主義 (4条2項1文)

以下では、無方式主義に関しては、次の二つの問題点が存在する。すなわち、①形式的成立要件としての方式の中に実質的成立要件も含むか否か、②方式の中に、本国法における方式のみをさすのか、保護国たる内国における方式をも含むかどうかである。

① 「方式」の定義

権利の成立要件としては、実質的成立要件と形式的成立要件とが一般に区別され、前者は単に「要件」、後者は「方式」と呼ばれている。条約の解釈として「方式」(4条2項1文)の下で何を理解するかに関して見解は分かれている。

「方式」のもとに「要件」をも含めて理解する考えもみられる。

例えば、Taillefer によれば、「しかし、実際には、出席していた外交官の満場一致によってその文言が承認された報告書が述べているように、起草者の意思はすべての要件および方式の廃止であることは確かであり、この意味において条約は正しく解釈されなければならない⁽⁴⁵⁾と。したがって、Taillefer によれば、「これらの権利の享有および行使にはいかなる方式の履行をも要しない」という規定によって、本国法上のいかなる要件もいかなる方式も履行しなくてよいという理解であると解している。

また、Nordemann、Vinck、Hertin は、「同盟著作者が保護国において遵守する必要のない方式としては、すでに起草者は『方式および要件』すなわち著作者の権利の成立のための形式的要件および実質的要件を理解している⁽⁴⁶⁾と述べている。したがって、Nordemann、Vinck、Hertin も同様に、いかなる要件も方式も履行しなくてよいとの理解である。

しかし、このような理解は少数に留まり、権利の成立要件として、「要件(実質的成立要件)」と「方式(形式的成立要件)」とを区別し、「要件」の履行は依然として必要であるが、「方式」の履行は不要であるとする見解が多数である。

例えば、ベルリン修正条約9条2項に関する Louis Renaut の報告を次に引用しておこう。すなわち、「草案の9条2項の下では、新聞記事の複製権は著作者が与えなければならない複製禁止に時には服する。これは、4条の意味での方式ではなくて、その要件の履行は権利を保障するのに必要である⁽⁴⁷⁾と。したがって、Renaut によれば、要件と方式を区別し、複製禁止の表示は方式ではなくて要件とされその履行が要求されている。すなわち、要件は依然として履行しなければならないとの理解である。

次に、Wauwermans は、次のように述べている。すなわち、「『方式』によって、著作者が権利を承認されるのに著作者に課される純粋に形式的な義務を理解しなければならない。

それは権利行使の要件として考えられる。それは、納本、登録簿への登録、意思表示の回復、複製禁止の表示、著作者の名称の表示、留保の表示等々である⁽⁴⁸⁾と。したがって、Wauwermansによれば、4条2項における「方式」とは権利行使の要件としての形式的成立要件(方式)である。すなわち、実質的成立要件は依然として履行しなければならないとの理解である。

Potuは、方式と要件とを区別するにあたって次のように述べている。すなわち、「方式要件(非本質的要件、形式的要件、物的要件、方式等々…)と保護の実質的要件との区別は、我々には困難な解決を与えるはずであると思われる。あれこれの規定に直面して、権利の実質とは関係のない純粹に形式的な規定が問題であるか、これに反してその要素を証明することによって保護を実質的に設定する規定が問題であるかが問われる。第二の要件の遵守のみが同盟においては必要とされる⁽⁴⁹⁾と。したがって、Potuによれば、保護(権利の享有および行使)の要件としては、実質的要件の遵守のみが必要とされ、形式的要件の順守は必要とされていないということが指摘されている。

Rappert und Wagnerによれば、「著作物が一般に保護されるのに満たされなければならない要件および方式と、著作権保護の成立と関係しないが、その履行が同盟国によって要求される要件とは区別されなければならない。例えば、特別な法的抗弁、特別な保護の拡張、公法上、特に経済政策的な性質の規定である⁽⁵⁰⁾と。したがって、Rappert und Wagnerによれば、保護(権利の享有および行使)の要件としての成立要件(要件および方式)と保護の効力要件(例えば、特別な法的抗弁、特別な保護の拡張、公法上、特に経済政策的な性質の規定)が区別されなければならないとされる。すなわち、著作物の本国法上の形式的成立要件は満たさなくてもよいが、著作物の本国法上の実質的成立要件は満たさなければならないとの理解である。

また、WIPOベルヌ条約の解説は次のように述べている。すなわち、「まず第1に、いかなるものであれ方式の遵守を保護の条件とすることはできない。この「方式」という言葉は、権利が存在するのに必要な条件——国内法によって定められる行政上の義務で、これが満たされないときは、権利の喪失をもたらす——の意味に理解しなければならない。著作物の複製物の納本、なんらかの公共機関または公的機関への著作物の登録、登録料の支払いなどの1あるいは2以上がその例である。保護がこの種の方式の遵守を条件としている場合は、条約の違反となる。ただし、ここで問題となるのは、保護の承認と範囲であって、法律によって与えられる権利を利用することができる種々の方法ではない。例えば、同盟

国は著作物の利用の条件を規定するモデル契約を定めることができ、このことは方式とはみなされない。注意しなければならないのは、法律に定める規定が権利の享有と行使に関するものであるかどうかである⁽⁵¹⁾と。したがって、権利の享有および行使の要件としての方式は不要であるとの理解である。そして、方式とは、例えば、納本、登録等をさすことが明らかにされているものとみてよい。

同様に、Masouyé の独語訳も同様の趣旨を明らかにしている。すなわち、「まず第1に、条約上の保護はいかなる方式の履行にも依らない。この「方式」という表現は、権利の有効性の必要条件として理解されなければならない。；一般的には国内法によって定められる行政上の性質を有する義務で、その不履行は、権利の喪失または無保護をもたらす。著作物の見本の納本、なんらかの公共機関その他の行政機関への登録、登録料の支払いなどがその例である；その際には、いずれかの方式があるいはすべての方式が共通に規定されることもある；そのような方式が権利の成立の要件であり、保護の許与がその履行を要件としている場合には、この規定は条約の違反となる。ここで問題となるのは、保護の存在と範囲であって、著作物の利用の種々の現象形態ではない。例えば、立法者は著作物の利用を規律するモデル契約に準拠することを定めることができ、このことは上記の意味での方式とはみなされない。決定的なのは、法律の定める要件が権利の享有と行使自体に関するものであるかどうかである⁽⁵²⁾と。したがって、Masouyé によれば、同様に、方式は、行政上で必要とされている義務行為であり、納本や登録のことを指している。

Hilty は、当面の問題について次のように論じている。すなわち、「むしろ、著作権の保護の成立が依存する成立要件と保護の効力(特に保護の範囲)に関する要件が区別されなければならない；4条2項が関係しているのは、最初の種類の要件のみである。したがって、同盟国が著作権の成立について所定の方式(例えば著作物の見本の供託)を要求している場合には、この規定は内国著作者についてしか適用されない；これに対して、この規定は外国人たる同盟国国民の著作権の存続とは無関係である⁽⁵³⁾と。したがって、Hilty によれば、権利の享有および行使の要件としての成立要件と効力要件が区別されなければならない、4条2項は権利の享有および行使の要件としての成立要件のうち方式のみを指しているものとされる。すなわち、Hilty によれば、要件について、権利の成立要件と効力発生要件を区別しなければならないとされ、4条2項の規定する方式は、権利成立要件としての方式であると解され、内国人に対して課される効力発生要件としての方式は含まれないとの理解である。

Ricketson によれば、「方式の問題は、保護が要求される国の方式の履行の問題に関する場合を除いては、1896年のパリ会議においては議論されなかった(解釈宣言1条)。しかし、ベルリン改正において方式を履行する必要性が廃止され、保護の独立性の原則(4条2項、現在5条2項)と共に、現在の規定が採択された。この帰結として、著作物の本国における管轄官庁の証明書の提出に関する1886年法の11条の規定も削除された。ベルリン改正の4条2項の新規定は、「要件および方式」よりもむしろ「何らの方式」としか述べていないことが指摘される。この変更に対して何らかの意味が与えられるべきか。例えば、条約に基づく著作者は保護の前提として「方式」とは異なる「要件」を履行しなければならないことを意味するのか。なるほど、ドイツ代表は、「方式または外面的要件」と述べ、フランス代表は単に「方式または要件」と述べていたから、ドイツ代表およびフランス代表がベルリン会議において提案した草案の文言は、そのような区別の存在を考えていたように思われる。しかし、会議の報告においては、委員会は「方式」という文言は、1886年法における「要件も方式も」両者とも含むものと理解されなければならないと述べていた。

この解釈は、以後、議論されていないから、ストックホルム改正、パリ改正における「方式」という文言は、ベルン法に基づく「要件および方式」という表現と同じ意味を有する。これは、今後はそれがドイツ代表(Meyer)が1884年の会議において表明した見解、すなわち、「著作物に関する著作者の権利が成立することを保障するために履行しなければならないすべて」を指すという見解に従わなければならないことを意味する。これらは、登録、寄託または納本、料金の支払い、意思表示のような要件を含むであろう。そのような要件の例およびその結合は、1886年および1908年においても多数の同盟国においてみられた。著作物の各複製物が著作権を主張する表示(万国著作権条約に基いて要求される⁶⁴のような)を表紙に記載する要件がもうひとつの例である。Meyer の解釈を適用すれば、この種の規定は特に「保護の範囲に関して……保護の効力および効果」に関係する規定と対比される。この第二のカテゴリーは、「方式」という表現によって対象とされないから、2条2項の下では禁止の範囲から除かれる。権利の期間および範囲を制限する規定が例である：そのような規定は条約に基づく権利の承認または成立に関係しないから、条約に基づいて保護を主張する著作者は内国民待遇の効果としてのこれらの制限に従う⁽⁶⁴⁾と。したがって、Ricketson によれば、方式とは、著作物の著作者の権利に関する成立要件であるとされ、登録、寄託、納本、料金の支払い、意思表示がこれに含まれると理解されている。この方式の中に、要件および方式の両方を含むと解するのか、あるいは、方式のみを意味するのか

という見解の対立が存在し、ドイツにおいては方式には方式のみが含まれるとし、フランスにおいては、方式には要件および方式の二つの意味を含むとし、委員会も方式に要件および方式の両者を含むものと解していた。この点、この方式に関して、さらに、権利成立要件としての方式の意味と、効力発生要件としての方式という意味とが区別されていることを述べている。効力発生要件としての方式は満たさなくてもよいが、内国の実質的成立要件は満たさなければならないとの理解である。

以上に挙げた学説によれば、その履行を要しない「方式」とは、権利の享有および行使に関する方式を指すことになる。したがって、権利の享有の要件たる方式としては、例えば、権利の享有の要件としての登録が、権利の行使の要件たる方式としては、侵害訴訟の前提としての納本が考えられる。

② 「無方式主義」の意義

無方式主義(4条2項1文)については、著作物の本国における方式のみならず、その他の同盟国における方式をも指すとする見解と、その他の同盟国における方式のみを指すとする見解とがみられる。

前者の見解としては、まず、Rappert und Wagnerの見解が挙げられる。Rappert und Wagnerによれば、「ベルリン会議は、同盟の保護をいかなる方式の履行からも解放した。著作者に対してその権利の利用を保障するためには著作物の創作という事実だけで十分である⁽⁵⁵⁾」と。さらに、「著作権保護の成立は、原則として何らかの要件または方式の遵守に依らない。その際には、そのような方式が本源国において要求されているか、保護が要求されている国において要求されているかは重要ではない。同盟国(例えばスペイン)が著作権保護の成立または裁判所によるその実現を、二、三の著作物が官庁に納本されるか登録簿に登録されることに依らしめている場合には(内国著作者についてはこの規定は完全に有効であり、それはベルヌ条約に違反しない)、この方式を遵守していなくとも著作物が供託されていなくとも、登録されていなくとも同盟に所属する著作物にはこの国においては同盟の保護が与えられなければならない。この原則は、官庁に対する行為についてだけでなく著作権の保護がその履行に依存するその他の特別な措置または条件についても妥当する。同盟に所属する著作物は、一定の同盟国の規定によれば、例えば翻訳権の留保、写真上における氏名、商号または製造地の表示、プラスチック著作物上の著作者名の表示が要求され、これらのすべての要件が満たされていなくとも保護される」⁽⁵⁶⁾と。したがって、

Ricketson 同盟国の著作権は、著作物の本国法上の要件あるいは方式を欠いていても、その他の同盟国において当該著作権を保護国において保護されるという理解である。この意味で、方式には著作物の本国法における方式と内国における方式の両方の意味を含んでいと解されるものと考えられる。

次に、Wyler の見解が挙げられる。Wyler によれば、「ベルヌ条約は無方式の原則を規定している：条約によって与えられる権利の享有および行使はなんらの方式の履行にも依らない(ベルヌ条約4条2項)。著作権は、本源国または保護が要求される同盟国における方式を遵守しなくとも、ベルヌ条約によって自動的に保護される」⁽⁵⁷⁾と。したがって、Wyler によれば、ベルヌ条約は無方式主義の規定を採用し、その意味する内容としては、本国で著作物が方式を欠いていても、無方式主義の規定により本国では権利が成立したものとみなされ、保護国で方式を欠いていたとしても、無方式主義の規定により保護国で効力が発生するとの理解である。

さらに、ベルリン修正条約4条に関する Louis Renaut の報告を次に引用しておこう。すなわち、「これらの権利の享有および行使にはいかなる方式の履行をも要しない。ここで関係するのは、もっぱら条約によって主張される権利であることに注意しなければならない。著作物が発行され、発行というまさにその事実によって著作物を内国化する国の法は、その国における権利の存在または行使を、適当と考えるいかなる要件および方式にも従わせるのは全く自由である；それは純粹に国内法の問題である。発行地国以外のその他の同盟国においては、その国におけるいかなる方式をも完了する必要がないばかりでなく、著作物の本国における方式を履行したことを証明する必要もなく、保護を要求することができる。これは、一方ではこれから述べて説明する一般原則から、他方では1886年の条約の11条3項の削除から引き出されることである。11条3項は次のように規定している：『但し、裁判所は必要であれば2条に従い著作物の本国法の規定する方式が履行された趣旨の管轄当局の証明書の提出を要求することができる』2条は、事実、2項の初めにおいて『これらの権利を享有するためには、著作物の本国法の規定する要件および方式を履行することを要する』と規定し、ある国において発生していた困難を取り除くためにパリ解釈宣言は——それは明らかに1886年の条約の起草者の考えであったが——保護はもっぱら著作物の本国法の要求する要件および方式を著作物の本国において履行することを要する。これは、すでに大いな単純化であり、しばらく前までは外国における著作物の保護を保障するためには、国際条約による場合であっても登録しなければならず、しばしば一

定期限内に外国において著作物を納本さえもしなければならぬ時代があったことを思い出せば評価されるであろう。新しい条約は証明を要求していないから、さらに一層問題を単純化する。著作物の本国の当局の証明書の提出——この提出は時には侵害訴訟の前提と考えられ、そのことが遅延を引き起こした——に関して困難が発生していた。新しい規定は、条約によって訴える者は、これらの方式の履行または不履行はいかなる影響をも及ぼしてはならないから、著作物の本国における方式が履行されたことを証明する必要はないことを意味している。しかし、特定の事実を証明する証明書を提出することが彼の利益になるのであれば、彼はそうすることを妨げられない(草案の規定は方式のみを指しているが、これは1886年の条約が指している要件および方式を含む意味である)。」⁽⁵⁸⁾と。したがって、Louis Renaultによれば、著作権の問題がが渉外的要素を含む場合には、たとえ内国法上で要件および方式を課されている場合であっても、条約によって主張される権利としての著作権が問題となる場合には、著作物の本国法上で要求されている方式の要件は履行しなくてもよいとの理解である。すなわち、保護国法上は方式の完了も、その証明も必要としないままに保護されるのである。その根拠としては、裁判所や著作権を主張しようとする者の負担が大きいということから、1886年の条約の11条3項の規定を新规定において削除したことにあると解されている。著作物の本国法における方式も、保護国法たる内国法における方式も満たさなくてもよく、方式には要件および方式を含むものとの理解である。すなわち、著作物の本国において侵害訴訟の前提として一定の方式(例えば、納本)が要求されている場合には、著作物の本国における方式の履行が、その他の同盟国における権利行使の要件であると解され、その他の同盟国において権利行使の一環として訴訟を提起するには、著作物の本国における方式の履行を証明しなければならないことになる。それは遅延を招くことになる。そこで、その不都合を緩和するため、4条2項2文により、著作物の本国における権利の成立は、その他の同盟国における権利の享有および行使の要件ではないとされ、権利行使の一環として訴訟を提起するには、原始条約の11条3項の削除により、その方式を履行したかどうかをもはや証明する必要はなく、著作物の本国において権利が成立している必要はない。この場合には、著作物の本国において方式を欠き権利が成立していないからといって、その他の同盟国において権利を行使することができないということにはならない。著作物の本国において権利が成立していなくとも、その他の同盟国において権利を行使することができる。

同様に、Dubois もまた同様の趣旨を明らかにしている。すなわち、「権利の享有および行使はいかなる方式にもよらない。2項がもたらした非常に重要な第一の修正は以上である。これは単純化の意味での新たな進歩である。まず、保護は国際条約によるものであっても保護が要求される各々の国において内国法が定める要件および方式(登録、納本等)の履行によらしめられたのに、パリ解釈宣言は、1886年の条約の意味では、《保護はもっぱら著作物の本国法の定める要件および方式を著作物の本国において履行することに依存する》と説明した。この後者の要件も今日では削除され、同様に削除された旧11条3項に定められた証明を不要としている。本源国法所定の方式が満たされたことを管轄当局が交付する証明書によって事前に証明することをすべての侵害訴訟の前提として原告に要求することには実際重大な不便があった。……長い間、利害関係者のみによって要求されていた証明書の廃止は、保護が要求される国における保護は本源国における保護から絶対的に独立しているという条約によって認められた新たな原則の間接的な帰結として生ずる」⁽⁵⁹⁾と。したがって、Dubois によれば、従前の規定においては、本国法上の要件および方式を履行しなければならなかったことを挙げ、新规定においては、その後者、つまり、原告にとって非常に負担の大きい方式の履行とその証明は不要であるとされたとの理解である。

最後に、Petit は、次のように述べている。すなわち、「4条2項は、権利の享有および行使に関して述べている。以前の会議は享有のみに関して述べている；しかし、後者の会議は、全く明確であることが必要であると考えて、行使を付け加えた。これは若干余計であると思われる；なぜなら、権利を行使することは権利を享有する手段を有することではないのか。なるほど、会議はそれによって脅かされている権利を承認してもらうために出訴する権利がプログラムに入ることを示そうとし、この考えを示そうとした。しかし、その権利の享有および行使には、いかなる方式の履行をも要しないということを付け加えた。もっぱら条約によって要求される権利に関係することを指摘しておこう。我々はまだコーラー氏が抱いている夢の実現に至っていない。：同盟の著作者を内国著作者と同一視することである。これが真の発展の結果である。段階が踏まれて、各会議は以前の会議より少しずつ進歩した。以前の会議の規定が次の会議の規定とどの点において異なるかを示すために、各会議の規定を取り上げよう。1886年においては、権利の享有は著作物の本国法に規定される要件および方式の履行を要する。この最初の規定は、権利の享有を著作物の本国の方式の履行に依らしめている。最初の規定はそう述べている：しかし、最初の規定はこのことだけを要求するとは述べていない。何よりも、著作物の本国法に従わなければな

らない；しかし、これは、必ずしも履行すべき唯一の方式ではない：要求される方式に従わなければならない。これが、条約がこの時期に採用した個別の立法を非常に尊重した解決である。その後、1896年において、条文は以下のように変わる：《保護は、もっぱら著作物の本国法が規定する要件および方式を著作物の本国において履行することを要する》と。《もっぱら要する》と条文は述べている。したがって、これは、もはや欠くことができない先決要件ではなくて、それがなければ何事も実行できない必要十分な義務、いったん履行すれば十分な義務である。この相違は何か。それは、単純化のためである。著作物の本国によって保護が与えられていることで十分であると判断された。それが担保であるから。しかし、この制度は困難がないわけではなく、危険がないわけではなく、遅延がないわけではない。権利の証明を取得することが難しいことを計算して行政の遅延を考慮に入れなければならない。さらに、この方式の厳格な遵守は統計によれば訴訟の約7分の1の原因である；実際、行政の煩雑さに通じた著作者は、例えば見本を二つの場所で納本する。援助を要求する権利を有すると信ずる者に敗訴させるにはこの法的誤りで十分である。また、様々な会議で、例えば1905年のリジュ会議で、方式の廃止が要求された。ドイツ代表のエスターリッチ氏も、同盟のすべての領域において保護の権利を有するには創作で足りると主張した。さらに、本国における著作者の権利の存在を証明するために方式の履行を要求することは、提供すべき証明の複雑さを生み出し、これは裁判官が本国を気にかけずに法廷地法のみを適用して初めて消滅する。しかし、1908年の条約が推奨した解決すなわちこの独立性は、著作物の本国における保護の存在に対する無関心であると言えるが、リアジュ会議においてFoa氏の抗議を受けた。著作者が著作物の本国で方式を欠いているため保護されていないにも関わらず、国際的には保護されるというのは法に反すると言われた。しかし、権利独立性の原則が存在しているから、方式が著作物の本国において履行されていないことはその他の国にとってはどうでもいいことになる。すべての困難を回避するために、帝国政府は本国と保護が要求される国との間のすべての関係を断絶することを提案した。これはおそらく適用するのが容易な原則であるが、奇妙な結論に到達する原則である」⁽⁶⁰⁾と。したがって、Petitによれば、権利の享有のみならず、その権利の行使に関しては無方式主義であることが規定されたという点、すなわち、享有している権利を裁判所に対して行使するような場合にもその著作権に関する証明が不要とされること、また、もっぱら条約によって要求される権利として、外国人著作者も内国人と同様の条件の下に保護されるという内国民待遇の原則が規定されたことを指摘している。この点、前者につ

いては、すなわち、原始条約においては著作物の本国法上の要件も方式も履行しなければならない本国法主義が規定されていた。すなわち、統一的な方式ではなく、著作物の本国が要求する方式であり、その形態が様々であるということを意味している。しかし、原告の訴訟不経済を招くことにかんがみ、この方式の要件が無方式とされた。このことは、同じく条約が規定している権利独立の原則と連動して、本国で方式を欠いた著作物の著作権は、その方式から独立して保護国では本国において権利が成立したものとみなし、保護国でその効力が発生するというシステムを採用したのである

Ricketsonによれば、「1910年においては、国際事務局は、ベルヌ条約に関する100の事件のうち、少なくとも7分の1が方式の問題に関係すると評価していた。Ladas が指摘しているように、著作物の本国において要求されている数の著作物の複製を寄託しないというような、ささいな不備によって条約に基づく保護を著作者が失うことがあった。したがって、方式を廃止する論理がますます必要となり、この目標がベルリン改正会議において(イギリス政府の同意を含む)合理的な満場一致で達成された。この変更は、各同盟国は著作物の本国における保護の存在から全く独立しているというドイツ政府が行った過激な提案と結合していた」⁽⁶¹⁾と。

前者の見解によれば、著作物の本国における方式の履行の免除は、4条2項1文からの直接的帰結として、さらに、4条2項1文の権利独立の原則からの間接的帰結として引き出される。その結果、4条2項1文における方式は要件を含むと解されている。

これに対して、後者の見解に従い、Rappert und Wagner は、内国民待遇の原則と無方式主義との関係について次のように論じている。すなわち、「内国民待遇の原則は、著作者のためにベルヌ条約に固有な無方式主義によって破られる。同盟国においては、著作権の保護は、例えば見本の納本、登録簿への登録その他の何らかの方式の履行によるのに、この規定はその本国がその他の同盟国である著作物には妥当しない。同盟に固有な著作物は、この方式を遵守しなくとも完全に著作権の保護を享有する」⁽⁶²⁾と。

また、Nordemann、Vinck、Hertin も同様の趣旨を明らかにしている。すなわち、「その内国法を自由に形成する同盟国の自由は、さらに2項1文によって外国の同盟著作者のために制限される。内国人に対しては、著作物の見本の納本、登録その他の方式が要求されるのに、その国が同時に著作物の本国でない限り、その他の同盟著作者はつねに方式を免除される」⁽⁶³⁾と。

後者の見解によれば、4条2項1文により4条1項の内国民待遇の原則は無方式主義によって制限される。そして、同盟国国民たる外国人は、その他の同盟国における方式の履行は不要であるが、内国人に対してはその方式の履行が依然として要求されることが明らかにされている。

したがって、4条2項1文は、その他の同盟国における保護(権利の享有および行使)の要件として、複数の方式の履行を緩和するためその他の同盟国における方式の履行は不要であることを明らかにしているものとみてよい。したがって、その他の同盟国において権利の成立要件として一定の方式(例えば、登録)が要求され、その方式を履行すれば権利を享有するとされている場合には、方式の履行は権利享有の要件とされることになり、4条1項の内国民待遇の原則により、外国人は権利の享有の要件としてその方式を履行しなければならないが、4条2項1文によりその方式を履行する必要はない。また、その他の同盟国において侵害訴訟の前提として一定の方式(例えば、納本)が要求されている場合にも、4条2項1文により、権利行使(侵害訴訟)の要件として方式の履行を要しないとされ、権利行使として訴訟を提起するには、その方式を履行する必要がないものとされる。これに対して、4条2項1文の反対解釈により、その他の同盟国における実質的要件の履行は保護(権利の享有および行使)の要件となる。

(3) 権利独立の原則 (4条2項2文)

「権利独立の原則」に関しては、著作物の本国において権利が成立していなくともその他の同盟国においては保護されるとする理解がほとんどである。そして、著作物の本国における要件および方式ともに履行する必要はないとする見解と、方式については履行する必要はないとする見解がみられる。

前者の見解に立つものとしては、例えば、Ruffini の見解が挙げられる。すなわち、Ruffini によれば、「要するに：内国法に基づく権利、さらに強行的性格の条約上の規定に基づく権利である。この原則のすべての範囲での承認、すなわち、無条件の同化の適用は、本源国法に準拠せず、本源国法が著作物を保護していなくとも外国人に対して輸入国法の保護を与えることにならざるを得ない。これは明らかに属地法の純粹かつ単純な採択および属人法に対する属地法の完全な勝利を意味する。この制度に対しては権利独立性の原則という名称が与えられる」⁽⁶⁴⁾と。したがって、Ruffini によれば、著作物に対して属地

主義の原則が妥当すると解し、属地主義を根拠に、著作物の保護国において内国民待遇の原則によって本源国法からの権利独立の原則が成立するものとの理解である。

次に、Nordemann、Vinck、Hertinによれば、「2項1文後段は、保護国における同盟著作者の権利を本源国法から独立としている。著作物の本国が問題となる種類の著作物を、保護していなくとも、別の形で保護しているとしても、または保護の範囲を別に規定しているとしても、同盟著作者は保護国が内国人に与える権利および条約の最低限の権利を有する」⁽⁶⁵⁾と。したがって、Nordemann、Vinck、Hertinによれば、権利独立の原則は、本源国法主義からの完全なる権威の独立を意味し、内国民待遇の原則により、すなわち、本国法のいかににかかわらず、同盟著作者は内国で内国人と同様の権利を享有するとの理解である。

さらに、ベルリン修正条約4条に関する Louis Renaut の報告を次に引用しておこう。すなわち、「我々は現在非常に重要な問題に到達した。ドイツ当局は既存の権利に対して根本的な改正を行うことを提案した。その既存の権利によれば、著作物の本国における保護と保護を要求する国における保護との間には関連性がある；著作者に与えられる権利を享有するためには、著作物の本国法の規定する要件および方式を履行することを要すると規定した後に、2条2項は以下のように続ける：『[右の権利の享有は] その他の国において著作物の本国において許与される保護期間を超えてはならない。』この関連性は保護期間に関してのみ存在するのか。ドイツ当局の前文はこの点に関して次のように述べている：

『実際に承認されているある見解によれば、著作物は、さらにその構造的特徴によって著作物の本国法が文学的および美術的著作物として保護する著作物の一でなければならない。』と。しかし、同盟を創設した1885年の外交会議はすでに裁判所に対してこの規定の余りにも制限的な解釈を警告していた……それは、その委員会の次のような報告の以下の一節から分かる：『起草委員会は、「著作物の本国において権利が存続している間」という文言は余りにも絶対的なものであると考えた。なぜなら、そこから次のように結論することができるからである。すなわち、保護期間というコンテキストを離れても、裁判所は、著作物の本国法が保護を要求する国の法よりも著作者に対して有利でない場合にも常に著作者に対して著作物の本国法を適用する義務を負うことになる。しかし、そのようなシステムは、裁判所であろうと、出版者であろうと、彼らが特定の法の全体について完全な知識を有することを要求するという重大な欠点を有するだろう。それは、我々が創設することを望む同盟の理念に背くものである。それゆえ委員会は、次のように規定してその規定の文

言をより明確にした。すなわち、保護期間は、他の同盟国においては、著作物の本国において許与される保護期間より長いものであってはならない。』この点に関して、条約に対して与えられるべき真の意味は何か。疑いの余地がある：ドイツ当局自身は、実際には条約は誤解されてきたことを納得したが、この解釈はかなり広く採用されていることを承認している；ドイツ当局は1885年の委員会が望んでいることを超える明示的な規定によっていかなる疑いをも除こうとしている。事実、ドイツ当局は無制限に次のように規定することを提案した：『その享有および行使は、著作物の本国における保護の存在にかかわらない。…保護の範囲および保護期間ならびに著作者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法は、この条約の規定によるほか、もっぱら保護が要求される国の法による。』と。したがって、著作物の本国法と保護が要求される国の法との間にはすべての観点から完全な独立性が存在するであろう。例えば、ドイツで発行された著作物に関しては、ドイツにおいては著作者の死後30年後には公有に帰するのに、フランスにおいては著作者の死後50年間保護を主張できる；これに対して、フランスの著作物はドイツにおいては30年しか保護されない。ドイツ当局によれば、『新しく提案された規定はベルヌ条約の背後に存する基本的な思想を発展させたものであり、それによれば同盟国の著作者は条約の定める保障を付属的に伴いつつもすべての同盟国において内国の著作者と同等に取り扱われるべきである。現在でも、著作者が著作物の本国において類似の権利を享有しているかどうかにかかわらず、著作者が保護を要求する国の法が著作者の有する専有権の各々を決定する。現在でも、条約は相互性の問題を全然考慮しないでこの点に関して保護を与える；したがって、様々な同盟国法の間相違から引き出されるいかなる反対も、改正の目的に反対して提出できない。例えば、意匠目的に応用される著作物が保護される国においては、著作物の本国において保護されていなくても、すなわち相互性の要件がなくても、保護がそのような著作物に対して与えられなければならないことは疑いない。しかし、法律は著作物を保護する法的要件に関しては互いに異なる。保護期間に関する相違はずっと大きい。しかし、これらの相違が実際的な重要性を有する著作物の数は比較的限定されている。この状況からして、同盟国がその法規定が寛容であるかどうかに応じて著作権の分野において互いに相互的に与える保障の価値を評価するのは、あまりにも狭量さを真に示すことになるであろう。著作者またはその権利の承継者が外国において著作物の複製を広めるにせよ、複製権、翻訳権または公の上演権を譲渡する代わりに外国において適当な補償を受けるにせよ、外国において著作物を利用する範囲を決定するのは市場の規模であるか

ら、実際、この点において決定的なのは、ある国の著作物が他の国において見つける市場の規模である。ドイツの提案は、まず、その原則に関して争われ、次に、保護期間に関する原則の帰結に関して争われた。それは事物の性質に反すると言われた；実際、保護は著作物の本国からその他の国へ及ぶのであり、著作物の本国における保護がその他の国における保護と関連していないと考えるのは難しい。属人性の観念も援用され、——著作権のような複雑な問題を良く知らない——裁判官が外国法を解釈することは難しいことに基づく根拠は法曹の威厳を代表して拒否された。実際、ある国においては全く保護されず、他の国においては保護される著作物は、かなり少数の事例においてのみ見出される。したがって、二つの法の独立性の問題は実際的に重要というよりはむしろ理論的に重要である。しかし、これは保護期間に関しては当てはまらない。したがって、ドイツの提案がこの点において強い反対にあったのは理解できる。いかなる国においても、人々が複製したり演じたいと望む著作物に関して、著作物がその本国において公有に帰した後も何年間も著作者の相続人の権利を考慮しなければならないということを世論は承認しないであろう。この場合には、著作者を最大限保護する国は著作者を最小限保護する国に対して相互性なしに便益を与えることになり、保護期間を延長することは、著作者を最小限保護する国に対してその法を改正するよう誘導することにはならないであろう。……この段階では、著作者の権利の行使は著作物の本国における保護の存在にかかわらないという非常に明確な規定に注意するだけで十分である。それは現実の原則に合致しているか。特許権に関して採用されている原則を論ずる試みがなされたが、その論拠は有効ではない。特許権はある国の当局によって付与される権利である；これは当然この当局が支配権を有するところでしか効力を有しない。逆に、それは発明が外国で特許化されたかどうかを考慮しないで効力を発生する。著作権に関しては、著作物自体が保護され、国際条約によって著作物の本国の保護が他の国に及ぶことはより容易に理解できる。しかし、ここで関係するのは原則の問題ではなくて便宜の問題である。異論なく、独立性の原則は適用するのがより容易である；それは、外国裁判所の前で慣習規定または判例法が証明するのがかなり難しいのに、著作物の本国における権利の存在についての明白な証拠を提出するよう権利の所有者に求める屁理屈屋と権利の所有者とが対立する些細なことに関する論争を妨げる』⁽⁶⁶⁾と。したがって、Louis Renautによれば、完全なる本国法主義の採用は、裁判所や権利を主張する者に対して膨大な負担を要求するとの委員会の指摘を引用し、さらに、保護期間に関する理解としては、本国法主義ではなく、あくまでもそのまま保護国法により、例外的に本国法主義に

よると解すべきと主張するドイツの見解を引用している。すなわち、ドイツの提案によれば、ベルヌ条約が保護国法主義を採用し、内国民待遇の原則、つまり、著作者は内国の要件のみの履行によって内国人と同様に保護されるとの理解に従って保護されるのであると。つまり、ドイツの提案によって争われたのは相互性の要件および保護期間の規定が本国法主義によるかの理解であるか否かであった。本国法主義からの独立性と保護期間に関する依然とした本国法主義の妥当との矛盾が存在していたことをここでは指摘している。

Hilty によれば、「したがって、ベルリン改正以後、もはや本源国の規定を基準にしてはならないのであれば、4条2項2文(ないしパリ改正5条2項2文)はこの禁止との関係においては、以下の論理的帰結を押しつける：著作物が本源国自体において保護されているかどうかを基準にしようとするのは、条約上の保護は本源国の方式規定に関わりなく与えられなければならないとするベルリン改正を掘り崩すことになるであろう」⁽⁶⁷⁾と。したがって、Hilty によれば、本国法主義の禁止という表現を用いてベルヌ条約改正後は、従前の本国法主義の採用から、180度、保護国法主義への転換が図られたとの理解である。すなわち、本国で権利が保護されているかどうかの基準から独立しているとの理解である。

Ricketson によれば、「条約に基づいて保護される特許権その他の工業所有権の場合における保護の独立性が明白に定められているパリ条約に、その前例がみられるが、この第二の提案は、内国民待遇の適用を絶対的な形で具体化した。完全な保護の独立性は、保護期間に関して著作物の本国法をもはや参照する必要はないという帰結へ導く」⁽⁶⁸⁾と。したがって、Ricketson によれば、著作権侵害の準拠法の決定にあっても、特許権や工業所有権が採用する属地主義が同様に妥当すると解され、本国法における保護から独立しているとの理解である。

また、Wauwermans は、次のように述べている。すなわち、「著作者はすでに輸入国において要求される要件および方式を履行する義務を免除された。その著作物は方式の要件を満たした内国著作物と同等に輸入国において保護される。しかし、ベルヌ条約の下では、この権利の享有は本源国において課される方式および要件の履行を要する。したがって、裁判所は、外国法を解釈して期間の要素および形式的要件または外面的要件に関するのみならず内面的要件に関するも本源国における保護の法的存在を調査しなければならない。ベルリン会議はこの義務を廃止した：裁判官は、それが権利を確認するためのものであれ宣言するためのものであれ、訴訟を提起するためのものであれ、方式が履行されているかどうかをもはや審査する必要はない。その結果、旧11条(現行15条参照)が規定しているよ

うに、証明書の形でいかなる証明ももはや要求されない。これが権利独立の原則である。したがって、本源国においては著作物が最初からそれを保護する法規定が存在しないため公有に属していたとしても、あるいは方式を履行していないため著作物が本源国において消滅していたとしても、輸入国においては保護される。著作物はその構造的性格によって本源国法が文学的または美術的著作物として保護する著作物であるかどうかを、裁判官は確認する必要はない⁽⁶⁹⁾と。したがって、Wauwermansによれば、本源国法主義から保護国法主義へと180度変わったとの理解であり、本国法の要件も方式も満たさなくても内国で保護されるとの理解である。すなわち、方式に含まれる内容としては、「要件および方式」の両者であるとの理解である。

なお、Röthlisbergerも同様の趣旨を明らかにしている。すなわち、「著作物の本国以外の同盟国における著作者の権利の享有および行使は、著作物の本国において著作物が享有する保護から独立しているものとされる；法的保護が成立するために必要な成立要件が満たされているかどうかを探求するために本国法をもはや調査してはならない；保護の保全および範囲はもっぱら輸入国法すなわち保護が要求される国の法(法廷地法)に従い規律される。……著作者は、旧条約におけるように保護を要求する国における方式のみが免除されるだけではなくて、著作物の本国において規定される方式を履行したことをもはや証明する必要はない⁽⁷⁰⁾と。したがって、Röthlisbergerによれば、権利独立の原則は著作物の本国法上の権利から独立して、すなわち、本国法上の要件および方式の履行をすることなく保護国たる内国法のみによって権利の享有および行使を行わなければならないとの理解であるが、内国法上の方式は満たさなくてもよいとの理解である。

内務省が作成した「著作権保護同盟条約修正ニ關スル萬國會議報告書」によれば、「著作物ノ本國(pays d' origine de l' oeuvre)ト、著作物保護國トノ關係ニ就テハ、議紛出セリ。現行條約ニ於テハ、保護ヲ享有スルニハ、著作物ノ本國法ニ於テ定メタル方式及條件ヲ履行スル事ヲ要シ、且裁判所ハ場合ニヨリテ、其ノ証明書ヲ提出セシムルコトヲ得トノ規定アリ。然ルニ獨逸ノ提案ニ據レバ、著作権保護ノ享有ハ、何等ノ方式ニ繋ラサルコトヲ定メ、且其ノ享有行使ハ、著作物ノ本國ニ於ケル保護ノ存否ニ關係ナキコトヲ定メタリ。即チ著作物ノ本國ニ於ケル法律ニ關係ナク、保護ヲ為ス國ノ法律ニヨ依リテ、權利ノ存否ヲ定ムルトノ主旨ナリ。」⁽⁷¹⁾と。したがって、「著作権保護同盟条約修正ニ關スル萬國會議報告書」によれば、著作物の本国法の規定する要件および方式を履行しなくともよく、保護国法に従い権利の成立が判断されるとの理解である。

水野博士によれば、「第二項ハ現行條約ト全然其ノ主義ヲ異ニスル規定ナリ、現行條約ハ方式主義ヲ認メ同盟國ニ於テ保護ヲ享有スルニハ其ノ本國法ニ於テ要スル條件及手續ヲ履行スルヲ要ストセリ換言スレハ其ノ本國ニ於テ保護ヲ受クヘキモノニアラサレハ他ノ同盟國ニ於テモ保護セストノ主義ヲ採用シタルナリ、然ルニ修正案ハ方式主義ヲ廢セントセリ、即チ各國ニ於テ著作權ノ發生または其ノ實行ニ必要トスル方式手續(例ヘハ登録納本ノ如キ)ヲ廢シ著作權保護ニハ何等ノ方式手續ヲ要セストノ主義ヲ採用セントスルニアリ、故ニ假令其ノ本國ノ法律ニ於テハスル手續ヲ要スルモ條約ノ効カトシテハ本國法ニ於テ要スル方式手續ヲ履行セサルモ同盟國ニ於テハ之ヲ保護スルノ規定ヲ設ケタルナリ、即チ著作權保護ニ關シ最モ寛大主義ヲ採用セル沸國白耳義ノ著作權法ノ原則ヲ採リシモノニシテ苟モ學藝美術ノ範圍ニ屬スル著作物ハ無條件ニ之ヲ保護ストノ絶對主義ヲ認メタルナリ、本條第二項末段ノ『著作物ノ本國ニ於ケル保護ノ存在ニ關係ナシ』ト云フ規定ハ全く此ノ主義ニ出テタルナリ、故ニ現行法トハ全然反對ノ主義ヲ採用シタルモノト云フヘシ」⁽⁷²⁾と。したがって、水野博士によれば、ベルリン改正によって従前の規定において採用されていた本国法主義から保護国法主義へと180度転換が図られたとの理解である。すなわち、方式主義から無方式主義が採用され、著作物の本国から独立して、保護国においては無条件保護の絶對主義が採用されたのであるとの理解である。

同様に、水野博士によれば、「本條第二項ノ修正ハ重大ナル變革ニシテ現行條約トハ全然反對ノ主義ヲ採リタルモノト云フヘシ、現行條約ハ著作物ノ本國ノ法律ト保護ヲ與フル國ノ法律トノ連鎖ヲ認メタルモ新條約ハ全然此ノ連鎖ヲ絶チタリ。即チ同盟國ノ著作者ガ他ノ同盟國ニ於テ保護ヲ要求スルニハ其ノ本國即チ自己ノ属スル國または第一發行ノ國ノ法律ニ於テ定メタル手續ヲ履行スルコトヲ要セズ、又其ノ本國ニ於テ權利ノ存在スルコトヲ必要トセズ。從ヒテ其ノ本國法ニ從ヘハ權利ノ消滅シタル場合ニ於テモ、他國ニ於テ尚ホ保護ヲ享有スルコトヲ得ヘシ。獨逸政府ガスカル新主義ノ提案ヲ為シタル理由ハ此ノ主義ハ同盟條約ノ根本觀念ニ適合スルモノナリト云フニアリテ、保護ノ要求セラル、國ノ法律ニ於テ著作者ニ保護ヲ認ムル以上ハ他國ノ法律ニ於テ之ヲ認ムルト否トニ拘ラズ之ヲ保護スルヲ至當トス。加之著作權ニ關スル法律ハ極メテ特種ノ法律ナルガ故ニ著作權ニ關スル外國法律ヲ裁判所ニ於テ參照スルコトハ頗ル難事タルヲ免カレズ。然ルニ單ニ自國法ニヨリテノミ裁判スルノ主義ヲ採レバ此ノ困難ヲ除去スルヲ得ベシト云フニアリ。此ノ點ニ付テハ種々ノ議論アリタルモ結局獨逸提案ヲ認ムルコト、ナレリ。此ノ如ク本國法ト保護ヲ為サントスル國ノ法律トノ連鎖ヲ絶チタル以上ハ本國ノ法律ハ保護ノ存在及範圍ニ關シ

テ最早重要ニアラズ、只期間並ニ第一發行國ヲ定ムルノ點ニ關シテ其ノ必要ヲ見ルノミ。」⁽⁷³⁾と。すなわち、水野博士によれば、本国法主義から保護国法主義の採用へと180度転換されたとの理解である。本国法上の方式は無方式とされ、著作物の本国で保護されていないとも保護国で保護される。また、本国法において権利が存在しなくとも、保護国ではその権利を行使できる。この保護国法主義はベルヌ条約の理念に適うものであり、保護を要求する者および裁判官に対して課されていた本国法における方式の履行の証明という困難性を一掃したものと評価されている。なお、本国法の規定については、保護期間の算定および最初の発行地国の決定にあつたのみ参照されるのであると。

さらに、水野博士によれば、「先づ第一に今度の案で非常な変更と認めるのは著作物を発行した土地と保護を要求する土地との関係が全く無くなったことである。例へば日本人が日本で書物を出版した。さうして、英吉利で権利を侵されたとすると、日本の法律と英吉利の法律との関係がどうなるかという問題であります。現行の條約に依りますと、日本の法律で要する所の形式手續を履行することを要する。例へば日本で版權の登録を要すれば、日本で登録をして居なければ英吉利で保護しない。それから又保護の期間に付きましても、日本に於ける保護の期間が既に経過して居れば、英吉利では最早保護しない、言葉を換えて云へば著作物の本國の國法に依つて、保護の條件程度を極めると云ふ主義であるのであります。今度の修正案に依りますと著作権の保護は著作物の本國に於ける保護の存在に關係なく、保護を要求する國の國法によりて定まると云ふ主義を採つたのであります。である。から、日本では既に保護の期間を経過したとか、或は日本では登録の手續をして居らないものでも、英吉利では保護する。又之と反對に英吉利、獨逸の書物に付いて云へば、それ等の國の法律の定むる手續を行つて居らぬでも、日本では保護しなければならぬ。即ち著作権の保護は著作物の本國の法律と聯絡を絶つて仕舞うと云ふ主義を採つたのであります。是は著作権の保護に關し内外人平等主義を採ると云ふ根本精神より出たもので、即ち外國人を内國人と全然同一視すると云ふのが此案の主義である」⁽⁷⁴⁾と。したがって、水野博士によれば、外國人が外國で最初に発行した著作物の著作権が同盟國たる日本で侵害された場合には、従前の規定では、最初の発行地國たる本国法の規定する要件および方式を履行し、その証明を行わなければ日本で当該權利を主張することができなかつたのに対して、改正條約においては、たとえ当該著作物の本国で要件および方式を履行せず保護が与えられていなくとも、保護國において保護國法の方式を履行していなくとも、本国法上の保護から獨立して当該權利が保護されるとの理解である。

これに対して、後者の見解に立つものとして、Dungs によれば、「4条2項は、我々に従来の法的理解の非常に重要な変更および単純化をもたらす。従来は、複数の関係において、輸入国における著作権者の権利は本源国における保護に依存していた。まず、本源国法が規定している要件および方式が履行された場合にのみ保護が与えられた。つぎに、著作物は本源国より長く保護されることはない。最後に、著作物が保護に値する著作物ではないかその他の実質的な理由で著作権の対象とみなされないため、本源国において保護されない著作物には条約上の保護は与えられないということが一般的にも承認されていた。これらの法の下では、当局は多くの場合において理解しにくい外国法を事後的に審査しなければならないから、国際的な権利の行使の場合には重大な支障を生ずる。これらの理由から、新基準は本源国法からの条約上の保護の独立性を定めた。保護期間のみが、何れがより短いかに応じて保護が要求される国の法か本源国法により判断される。その他のすべての点においては、著作権者は保護が要求される国においてこの国の法が適用されることを要求することができる。したがって、保護は本源国において要求される方式が履行されることに依存しない。著作権者は他の国において規定されている方式をすでに従来履行する必要はなかったから、国際的な著作権保護においては著作権者は一般に一切の方式から解放される(4条2項1文)。著作物がその性質のため、例えば、その対象のために、2条に従い工業上のプラスチックの工芸品において保護されていないかどうか重要ではない。保護の範囲のみならずいかなる外面的要件の下で保護が行使されなければならないかという問題も本源国法の規定に関わりない。したがって、外国で訴えるフランス人に対しては、フランスにおいては訴訟の場合には納本を事前に履行しなければならないが、フランス人はまだ所定の著作物の見本を本国において納本していないと抗弁してはならない。方式に関しては、以前の表現は要件および方式(*condition et formalités*)と述べていた;現在は要件にはもはや言及されていない。これは、規定の拡張解釈を防止するために行われた。『方式』という表現は、さしあたり外面的行為:表示、登録、見本の納本のみを含んでいた。それと並んで、翻訳の場合の留保、音楽著作物、雑誌記事の表示等々は『要件』として理解される。しかし、その表現は今後は妥当しないことが少数説によって主張された:例えば、著作物の内容の公知、保護の特定の部分を著作物がまだ公表されていないことに依存させる規定、未公表の著作物の講演、著作権者の氏名の登録簿への登録の場合における保護の延長(1909年6月19日の著作権法11条1項、3項、31条)が含まれなければならないと。そのような規定も『要件』という表現に含めることが考えられているのではもちろんない。それらは、

著作者保護の実質的内容であり、4条は、保護の外面的要件のみを念頭に置いている。しかし、4条においては要件には言及されていないが、会議は正当に要件の下で理解される規定を『方式』に含めようとしていることは、委員会報告における明示的な指摘(ベルリン会議報告書29頁)だけからしても疑いない⁽⁷⁵⁾と。したがって、Dungsによれば、権利独立の原則とは、本国法主義から保護国章主義へと180度見解が変更されたことの現れであるとの理解である。すなわち、著作者の権利の保護は、本源国における権利の成立から独立して、保護国法の要件のみによって権利が成立するのであると。この点、方式に関しては無方式主義が妥当し、本国法における方式も内国法における方式も履行しなくてよいとの理解である。また、方式の内容としては、委員会の見解とは異なり、方式に要件は含まれないと解している。

WIPO ベルヌ条約の解説も次のように述べている。すなわち、「この規定は、条約によって要求される権利だけに関係のあるものである。いかなる方式とも関係のないこの自動的な保護は、著作物とその本国で享受する保護とは無関係に存在する。事実、これらの国がその国での著作物に関する権利の存在または行使を、適当と考える条件または方式に従わせるのは全く自由である。純粹に国内法の問題であるからである。しかし、同盟に属する国の著作者は、本国以外の全同盟国において、その国でのいずれかの方式に従う必要はなく、かつ、著作物の本国で要求されるなんらかの方式に合致することを証明する義務なしに保護を要求することができる⁽⁷⁶⁾と。したがって、WIPO ベルヌ条約の解説によれば、著作権を巡る問題に関して、渉外的要素を含むものと、国内事件とを区別し、その前者に対しては、条約によって自動的に保護されるためには著作物の本国で要求されている方式、および、保護国である内国の要求する方式の履行は不要であるとの理解である。

同様に、Masouyé の独語訳も同様の趣旨を明らかにしている。すなわち、「この規定は、条約によって要求される権利だけに関係のあるものである。したがって、いかなる方式とも関係のないこの無条件の保護の原則は、権利の享有および行使は著作物の本国における保護の存在に関わらないとする更なる帰結によって補充される。著作物の本国法がその国での保護権の存続および存在または行使を、正当と考える要件および方式に従わせるのは全く自由である；それはもっぱら国内法の問題であるからである。しかし、同盟に属する国の著作者は、本国以外の全同盟国において、その国でのいずれかの方式に従う必要はなく、かつ、著作物の本国のいかなる方式の履行をも証明する義務を負うことなしに保護を

要求することができる」⁽⁷⁷⁾と。したがって、Masouyéによれば、WIPO ベルヌ条約の解説と同様の理解である。

なお、ベルヌ同盟事務局が同盟創立50周年に発行した記念冊子によれば、「1886年および1896年の条約は、各締約国において同盟国人の著作物を内国著作物に同化する原則に二つの例外を定めている。一の例外は、著作権の期間に関し、他の例外は、本国で定められた条件および方式の遵守に関していた。この後者の義務は、実務上、著作権の行使ならびに擁護にきわめて妨げとなることが判明していた。偽作著作物の差押えに先立って、同盟国人著作者に対し各締約国は、本国における保護の証明書の提示を要求することができた。当然困難と遅延が生ずることになる。保護の要求される国の裁判官は、本国における方式や条件が有効にみたされているかという、かれにとっては微妙な問題を解決しなければならない。それに条約が「条件」という用語に与える意義にも固定したものはない。さらに、本国における保護は、保護が要求される国におけるものと等しかるべきものとする傾向があった。例えば、ドイツにおいて、イギリスで瀆神的な性質のために保護されないオスカー・ワイルドのある著作物は、ドイツ著作権法による保護から等しく除外せられるべきではないかという問題がある。会議の基礎案は、この点について根本的な方法を提議した。すなわち、輸入国においては、条件および方式についても、また、権利の期間についても、全く本国法から解放せられるべきであるとした。かくして、裁判官が自国法でない法を適用することから生ずるすべての困難を回避することができるとした。この提案は、条件と方式に関する限り重大な反対には会わなかった(スウェーデン代表部のみが反対した。)……ベルリン会議は、条約上の保護は、すべての方式のみから解放することとし、著作権の存在と内容に関しては、本国における保護とは独立なものであることのみを決定した。ベルリン条約第四条が保護の範囲といているのは、この第二の範囲(引用者注:特権の範囲)を指している……。……特権に関する著作権の範囲については、輸入国の法を適用する(…)。保護の組成要件であるやっかいな方式(登録、納本、留保の表示)を削除したので、ベルリン会議は、国際著作権について、この点においてかつてできなかったもっとも重要な進展を実現したことは疑いを入れない。この改革は、アメリカの諸国でいまだに方式制度に執着し、スペインの動きもその国内法においてはこれを放棄することができないと信じているくらいなのにくらべると、まことに顕著なことで、よろこぶべきものと思われる。方式が履行されていないという単純なこのために、いかに多くの高い価値のある著作物とその保護を失ったことか、また、これが著作者にたいしていかに重い負担であったこと

か。」⁽⁷⁸⁾と。したがって、同盟創立50周年に発行した記念冊子によれば、裁判上の手続きの困難性の回避のために、本国法主義の規定が、ベルリン改正条約において一掃され、すべて原則は保護国法によるとする保護国法主義が妥当することとなったとの理解である。ベルリン改正条約によって改正された部分は、本国法上の方式を無方式としたという点であり、著作権の存在と内容に関して本国における権利から独立しているとの理解である。

4条2項2文は、著作物の本国における権利の成立がその他の同盟国において権利の享有および行使の要件として問題となる場合において、①その他の同盟国における権利の享有および行使の問題と、②著作物の本国における権利の享有および行使の問題とは別個独立の問題であることを明らかにしている(権利独立の原則)。

4条2項2文によれば、著作物の本国における保護の存在は、その他の同盟国においては、権利の享有および行使の要件ではない。したがって、著作物の本国において権利が成立し著作物が保護されるからといって、その他の同盟国において権利を享有・行使することができるということにはならない。逆に、著作物の本国において権利が成立せず、著作物が保護されないからといって、その他の同盟国において権利を享有・行使することができないということにはならない。その他の同盟国における権利の享有および行使については、著作物の本国における保護の存在とは無関係に別個に判断しなければならない。すなわち、権利の享有および行使の問題は著作物の本国法の送致範囲に入っていない。

(1) 著作物の本国において侵害訴訟の前提として一定の方式(例えば、納本)が要求されている場合には、著作物の本国においてはその方式の履行は成立要件ではなくて権利行使の要件に過ぎない。しかし、パリ解釈宣言1条の②の原則の下では、著作物の本国における保護の存在、したがってその方式の履行はその他の同盟国における権利の行使の要件であるとされ、その他の同盟国において権利行使として訴訟を提起するには、著作物の本国における方式の履行を証明しなければならず、著作物の本国において権利が成立し著作物が保護されていなければならないことになる。それは遅延を招くことになる。この不都合を緩和したのがベルリン改正条約4条2項2文である。4条2項2文により、著作物の本国における保護の存在、したがって納本の履行はその他の同盟国における権利の行使の要件とはされないため、権利行使として訴訟を提起するには著作物の本国における方式すなわち納本の履行を証明する必要はない(原始条約11条3項の削除)。なお、この場合においては著作物の本国における要件の履行も権利の享有および行使の要件とはされない⁽⁷⁹⁾。

これに対して、(2) 著作物の本国における要件および方式の履行がその他の同盟国において問題となる場合、例えば、著作物の本国において権利の成立要件として一定の方式(例えば、納本)が要求され、実質的成立要件およびその方式を履行すれば権利を享有することができる」とされている場合には、著作物の本国においては、その方式の履行は成立要件であると同時に権利享有の要件でもある。しかし、パリ解釈宣言1条の②の原則の下では、著作物の本国における保護の存在、したがって、その方式の履行はその他の同盟国における権利の享有の必要十分条件であるから、著作物の本国における方式の履行を証明しなければならず、著作物の本国において権利が成立し著作物が保護されるだけで、その他の同盟国において権利を享有することができることになる。この不都合を緩和し、著作物の本国における保護の存在は、その他の同盟国における権利の享有の必要条件に過ぎないとしたのが、4条2項2文である。したがって、著作物の本国において権利が成立し著作物が保護されているからといって、その他の同盟国において権利を享有することができるということにはならない。著作物の本国において権利が成立し著作物が保護されていても、内国民待遇の原則(4条1項)により、その他の同盟国においてその権利が認められていなければ権利を享有することはできない。言い換えれば、4条2項2文は、著作物の本国における要件および方式の履行、したがって著作物の本国における保護の存在がその他の同盟国における権利の享有の必要条件であり、その他の同盟国における実質的要件の履行が権利の享有の十分条件であることを明らかにしている。

(4) 保護国の法令の適用(4条2項3文)

「保護の範囲」および「救済方法」の下で何を理解するかに関しては、ほぼ共通の理解がみられる。

例えば、WIPO ベルヌ条約の解説は次のように述べている。すなわち、「さらに、この項は、条約の特定の規定(条約上の最低限の保護)とは別に、保護の範囲はもっぱら保護が要求される法律の定めるところによると述べている。これには若干の説明が必要である。方式の場合と同様、ここで考えられているのは権利の享有、権利の範囲およびその存続期間である」⁽⁸⁰⁾と。したがって、WIPO ベルヌ条約の解説によれば、「保護の範囲」とは、権利の享有、権利の範囲、その存続期間を指すとの理解である。

同様に、Masouyé の独語訳も同様の趣旨を明らかにしている。すなわち、「5条2項は、一本来の同盟の権利は別として一保護の範囲はもっぱら保護が要求される法律の定めると

ころによると明示的に規定している。しかし、この規定の射程は説明が必要である。この規定が考えているのは一方式の場合と同様、一著作者に与えられる権利の基本的内容すなわちその権利の内容およびその存続期間である」⁽⁸¹⁾と。したがって、Masouyéによれば、権利の内容およびその存続期間についても、保護国法が適用されるとの理解である。

Ruffiniは、当面の問題について次のように述べてほぼ同様の趣旨を明らかにしている。すなわち、「保護が要求される国の法は、二重の影響を及ぼす。一方では、それは、保護される権利の性質、内容、限界および著作権侵害を構成する事実およびこの侵害の制裁を決定する。他方では、それは、著作者の権利侵害防止を保障するために著作者に与えられる法的手段(裁判管轄、手続上の方式等々)を指示している。一言で言えば、法廷地法が、まず同盟の著作者の権利の享有および行使を定める。これは、もちろん、同盟条約の強行規定またはさらに特別な条約の規定以外においてである」⁽⁸²⁾と。したがって、Ruffiniによれば、保護国法の内容を法廷地法であると解し、著作権自体の実質的な内容に関わる問題にも、著作権侵害に対する救済方法といった内容に関する問題にもその国の法が適用されるとの理解である。

Ricketsonによれば、「さらに、第2文は条約に基づいて保護を要求する著作者に対して適用される法に関して基本的な原則を含んでいる：この保護の範囲、保護を実施するために与えられる救済方法は、もっぱら保護が要求される国の法によって規律される。基本原則に対する一定の例外が存在することが指摘される。まず、それは、条約の規定が(‘この条約の規定によるほか’)別段のことを定めることを明示的に承認している。この種の二つの例が、期間の問題に関して著作物の本国法の指定が重要となる7条8項および追求権の承認のために相互主義が要求される14条の3にみられる。さらに、各同盟国は、条約に基づいて要求する著作者に対して‘条約によって特に与えられる権利’を認めなければならない。第二に、‘保護の範囲’および‘著作者の権利を保護する救済方法’という表現は、条約に基づいて保護される権利を実行するために提起される現実の侵害訴訟に規定の適用を制限していると思われる。これは、これらの権利に関する事項は、保護の範囲に関係しないから、もっぱら保護が要求される国の法によって規律される必要はないことを意味している」⁽⁸³⁾と。したがって、Ricketsonによれば、ベルヌ条約は著作権に間する抵触法規定を含んでおり、保護国法が保護の範囲および救済方法に対して適用されると解し、この原則に対する例外として、7条8項の保護期間、14条の3の追求権の承認のための相互主義の規定が置かれているとの理解である。

「保護の範囲」および「救済方法」の下で何を理解するかに関しては共通の理解がみられ、権利の享有、権利の内容(範囲)、存続期間、著作権侵害の事実、著作権侵害に対する制裁等々を指すものと解されている。

第5条

同盟国の一の国民である著作者は、その他の同盟国において著作物を最初に発行した場合には、その他の同盟国においてその国の国民と同一の権利を享有する⁽⁸⁴⁾。

ベルリン修正条約5条に関する Louis Renaut の報告を引用しておこう。すなわち、「同盟国国民が内国民である場合には、条約が彼らを規律する場合を取り扱わないのは当然である。なぜなら、その場合は全ての点において国内法の領域に入るからである；もし彼らが内国国民または内国市民でない場合には、その著作物は発行というまさにその事実によって内国において内国化され、そのような著作者はほとんどすべての同盟国の法の下で同盟国国民と同一視される」⁽⁸⁵⁾と。したがって、Louis Renaut によれば、外国人が内国で最初に発行した著作物の著作権が内国において侵害された場合には、内国民待遇の原則が適用されるとの理解である。

第6条

同盟国の一の国民でない著作者は、同盟国の一において最初に著作物を発行した場合には、最初の発行地国においてその国の国民である著作者と同一の権利を享有し、その他の同盟国においては条約によって与えられる権利を享有する⁽⁸⁶⁾。

ベルリン修正条約6条に関する Louis Renaut の報告を引用しておこう。すなわち、「1896年改正3条の下では、『同盟国の一の国民でない著作者が同盟国の一においてその文学的または美術的著作物を最初に発行するか最初に発行するよう誘引された場合には、そのような著作物に関してベルヌ条約およびこの付属書が与える保護を享有する』と。ドイツ当局は、この文言は同盟国の一の国民でない著作者は同盟の領域において発行される著作物について著作物の最初の発行地国においても条約の保護を享有するのか、その他の国においてのみ彼は条約の保護を享有するのかに関して疑いを残していると指摘した。後者の解決のみが正当である；それはその他の同盟国の国民によって発行された著作物に関して与えられる保護と軌を一にしている。この著作物は同盟国の著作者と同様に取り扱われなければならない。この点に関して原則を定めることによって我々は条約上の権利の範囲外

に踏み出していると感じられる。ロシア人の著作者がベルリンにおいて著作物を発行する場合を考えられれば、彼がドイツにおいて保護されるかどうかはベルヌ条約の範囲外であると思われる。ロシアはまだ条約当事者ではないから。しかし、ドイツで発行されたことによって著作者はその他の同盟国において保護されるということが承認されれば、彼は最初の発行がなされたドイツにおいても保護されるということがどうして承認されないのか。保護は本国から同盟関係にあるその他の国にまったく当然に及ぶが、本国において保護されていないということが、その他の国における保護の存在と両立することは困難であろう。したがって、保護は同盟の領域を通じて適用される；これは、パリ会議が発行地国における状況とその他の国における状況を明確に区別しないことによって行ったことである。この区別は原則のためになされた；それは実際には何ら大きな実際的な効果をもたらさないであろう」⁽⁸⁷⁾と。したがって、ベルリン修正条約6条に関する Louis Renaut の報告によれば、同盟国国民以外の者が同盟国において著作物を最初に発行した場合に、最初の発行地以外の同盟国において保護されるかという問題に関しても、同様に非同盟国国民たる著作者は同盟国において保護されることが明らかにされているとの理解である。

(5) 保護期間 (7条)

第7条

(1) この条約によって許与される保護期間は著作者の生存の間およびその死後50年とする。

(2) 但し、そのような保護期間がすべての同盟国において統一的に採用されない場合には、期間は保護が要求される国の法令により規律され、著作物の本国において定められる期間を超えることはない。したがって、締約国はそのような保護が国内法に反しない限りにおいて前項の規定を適用しさえすればよい⁽⁸⁸⁾。

ベルリン修正条約7条に関する Louis Renaut の報告を引用しておこう。すなわち、「したがって、本規定は全く明確である。著作者の死後50年の期間は、この段階ではその法令が一致する国の間においてのみ適用される。その他の国がこの規定を採用し恐らく多くの国がそうするのが望ましいが、それらは自らはそうしないであろう。ある著作物はある国においてはその国の法によって定められた期間しか保護されない。例えば、1901年に法律が改正されるまでは、ドイツにおいては30年しか保護されない；しかし、これで満足するのは不十分である。なぜなら、当時ドイツの著作物はフランスまたはベルギーにおいては5

0年間保護されなければならないものとされ、それは以前に示したように過剰である。したがって、著作物の本国における期間より長い期間保護されてはならないということを付け加えなければならない。言い換えれば、期間に関する限り、著作物の本国法と保護が要求される国の法との間でその他の点においては排除された相互依存性を我々は維持する；我々は1886年の条約の2条1項および2項の結合から生ずる規定を維持する⁽⁸⁹⁾と。したがって、ベルリン修正条約7条に関する Louis Renaut の報告によれば、保護期間に関しては著作物の本国法と内国民待遇の原則の適用の結合により結果的には本国法と内国法との累積的適用になる。その結果、保護期間の短い国の法である著作物の本国法によることになるとの理解である。

第6款 スtockホルム改正条約(1967年7月14日のストックホルム法)

第3条

- (1) 次の者は、次の著作物について、この条約によって保護される：
- (a) 発行されているかどうかを問わず、いずれかの同盟国の国民である作者の著作物；
 - (b) いずれの同盟国の国民でもない作者の著作物のうち、いずれかの同盟国において最初に発行されたもの並びに同盟に属しない国およびいずれかの同盟国において同時に発行されたもの
- (2) いずれの同盟国の国民でもない作者でいずれかの同盟国に常居所を有するものは、この条約の適用上、その同盟国の国民である作者とみなす。

(略)

- (4) 最初の発行の国を含む二以上の国において最初の発行の日から30日以内に発行された著作物は、それらの国において同時に発行されたものとみなす。

第5条

- (1) 作者は、この条約によって保護される著作物に関し、著作物の本国以外の同盟国において、その国の法令が自国民に現在与えておりまたは将来与えることがある権利およびこの条約が特に与える権利を享有する。
- (2) これらの権利の享有および行使には、いかなる方式の履行をも要しない；その享有および行使は、著作物の本国における保護の存在にかかわらない。したがって、保護の範囲および作者の権利を保全するため作者に保障される救済の方法は、この条約の規定によるほか、専ら、保護が要求される国の法令の定めるところによる。

(3) 著作物の本国における保護は、その国の法令の定めるところによる。もつとも、この条約によって保護される著作物の著作者がその著作物の本国の国民でない場合にも、その著作者は、その著作物の本国において内国著作者と同一の権利を享有する。

(4) 次の著作物については、次の国を本国とする：

- (A) いずれかの同盟国において最初に発行された著作物については、その同盟国；異なる保護期間を認める二以上の同盟国において同時に発行された著作物については、これらの国のうち法令の許与する保護期間が最も短い国；
- (b) 同盟に属しない国およびいずれかの同盟国において同時に発行された著作物については、その同盟国；
- (c) 発行されていない著作物または同盟に属しない国において最初に発行された著作物でいずれの同盟国においても同時に発行されなかったものについては、その著作者が国民である同盟国

第7条

- (1) この条約によって許与される保護期間は著作者の生存の間およびその死後50年とする。
- (8) いずれの場合にも、保護期間は、保護が要求される国の法令の定めるところによる；ただし、その国の法令に別段の定めがない限り、著作物の本国において定められる保護期間を超えることはない⁽⁹⁰⁾。

第7款 パリ改正条約(1971年7月24日のパリ法)

第1条——第20条(ストックホルム法と同一)⁽⁹¹⁾

第2節 現行のベルヌ条約

第5条

- (1) 著作者は、この条約によって保護される著作物に関し、その著作物の本国以外の同盟国において、その同盟国の法令が自国民に現在与えておりまたは将来与えることがある権利およびこの条約が特に与える権利を享有する。
- (2) (1)の権利の享有および行使には、いかなる方式の履行をも要しない。その享有および行使は、著作物の本国における保護の存在にかかわらない。したがって、保護の

範囲および著作権者の権利を保全するために著作権者に保障される救済の方法は、この条約に規定によるほか、専ら、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる。

(3) 著作物の本国における保護は、その国の法令の定めるところによる。もつとも、この条約によって保護される著作物の著作権者がその著作物の本国の国民でない場合にも、その著作権者は、その著作物の本国において内国著作者と同一の権利を享有する。

(4) 次の著作物については、次の国を本国とする。

(a) いずれかの同盟国において最初に発行された著作物については、その同盟国。もつとも、異なる保護期間を認める二以上の同盟国において同時に発行された著作物については、これらの国のうち法令の許与する保護期間が最も短い国とする。

(b) 同盟に属しない国およびいずれかの同盟国において同時に発行された著作物については、その同盟国

(c) 発行されていない著作物または、同盟に属しない国において最初に発行された著作物でいずれの同盟国においても同時に発行されなかったものについては、次の国を本国とする。

(i) いずれかの同盟国に主たる事務所または常居所を有する者が製作者である映画の著作物については、その同盟国

(ii) いずれかの同盟国において建設された建築の著作物またはいずれかの同盟国に所在する不動産と一体となっている絵画および彫塑的美術の著作物については、その同盟国

第7条

(8) いずれの場合にも、保護期間は、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる。ただし、その国の法令に別段の定めがない限り、保護期間は、著作物の本国において定められる保護期間を超えることはない。

以下では、ベルヌ条約が採用している原則について述べることにしたい。

第1款 著作物の本国 (5条4項)

ベルヌ条約は、5条4項において著作物の本国の決定に関して詳細な規定を置いている。この規定の理解としては以下の通りである。

まず注目すべきは、著作物の本国が次々と変動していくという点である。この著作物の本国の変動こそが、ベルヌ条約が本源国法主義を採用している最大の根拠となるからである。ベルヌ条約では著作物の本国を起点として、著作権の権利が成立する本源国を探していくことになる。著作物の本国を規定する理由としては、起点となるべき出発点をどこかに定めなければ議論を始めることができないからであり、注意すべきは、著作物の本国と本源国とはその意味が異なるということである。著作物はどこにでも存在しえるため著作物の本国は複数存在することになるのである。しかし、著作権が権利として成立する国である本源国は一つしか存在しえないのである。この点を混同して議論している場合が多々見受けられる。まず、①未発行の場合は著作者の本国あるいは常居所、次に、当該国において権利が成立しなければ、②著作物の発行を行い、最初の発行地国において権利が成立した場合には、著作物の最初の発行地、さらに、不成立の場合には、③同時発行⁽⁹²⁾を行い、当該著作物の保護期間の短い国が著作物の本国となるというように著作物の本国が変動していくのである。このような考え方は、「法適用通則法」13条2項における「動産物権における所在地変更のルール」にみられるものである。すなわち、ベルヌ条約は、その構造の中で「動産物権における所在地変更におけるルール」と同じような仕組みを採用しているものと考えられる。

なお、インターネットにおける著作権侵害の場合には、WIPO 著作権条約がベルヌ条約の2条から6条を準用していることから、ベルヌ条約5条4項に規定されている「発行」の概念を“アップロード”であるとみなして、最初の発行地を最初にデータがアップロードされたサーバーの所在地であると読み替えて考えることができる。なぜならば、準用ということは、必要がある場合には修正を加えて適用してもよいという考え方に基づくものであるからである。

第2款 内国民待遇の原則（5条1項、5条3項2文）

ベルヌ条約は、5条1項および5条2項3文において本国以外の同盟国における保護に関する内国民待遇の原則を規定している。この規定の理解としては以下の通りである。

内国民待遇の原則の理解としては、ある国で成立した著作権の効力を、日本で日本の内国民待遇の限度において条件付きで承認する(相対的普遍主義)ということである。

すなわち、この規定は、日本にいる外国人に対して適用される外人法規定であると考えられる。内国民待遇の“内国”とは侵害行為地国であると同時に法廷地国を指し、この侵

害行為地国および法廷地国が内国となった場合には、結果的には、本源国法と内国法との累積的適用となる。

このような考え方に基づいて、ベルヌ条約は、5条1項において「著作者は、この条約によって保護される著作物に関し、その著作物の本国以外の同盟国において、その国の法令が自国民に現在与えておりまたは将来与えることがある権利およびこの条約が特に与える権利を享有する。」として、本国以外の同盟国における権利の享有についての内国民待遇の原則を規定している。

さらに、5条2項3文では、「したがって、保護の範囲および、著作者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法は、この条約に規定によるほか、専ら、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる。」として、効力については内国民待遇の原則による旨を規定している。また、この効力としては、保護の範囲、救済方法を挙げている。この救済方法に含まれるものとしては、例えば、著作権侵害に基づく差止請求および損害賠償請求が挙げられる。

続いて、5条3項は「著作物の本国における保護は、その国の法令の定めるところによる。もっとも、この条約によって保護される著作物の著作者がその著作物の本国の国民でない場合にも、その著作者は、その著作物の本国において内国著作者と同一の権利を享有する。」とし、5条3項1文では、著作物の本国が内国である場合について、条約の規定ではなくて、内国国内法によることを規定している。さらに、5条3項2文では、著作物の本国たる内国における外国著作者の権利の享有についての内国民待遇の原則を規定している。

以下では、効力についての内国民待遇の原則に関して、著作物の本国以外の同盟国における保護の場合を例に説明しよう。

まず、本国であるA国で最初に発行された著作物がA国法上の実質的成立要件および形式的成立要件を満たし著作権として有効に成立した場合には、A国でA国法上の効力が発生するが、当該効力をそのまま日本において承認するのではなく、効力についての内国民待遇の原則(5条2項3文)により、日本法上の実質的成立要件および形式的成立要件(日本法上は無方式)を満たせば、本国法上認められている効力のうち、日本法上も認められる効力が発生することになる。したがって、結果的に、著作権の効力については、A国法と日本法との累積的適用となるのである。

第3款 無方式主義 (5条2項1文)

ベルヌ条約は、5条2項1文において無方式主義を規定している。この規定の理解としては以下の通りである。

ベルヌ条約5条2項1文は、「(1)の権利(その国の法令が自国民に現在与えておりまたは将来与えることがある権利およびこの条約が特に与える権利)の享有および行使には、いかなる方式の履行をも要しない。」と規定しているが、この規定は、著作物の本国法上の方式は満たさなくてもよいが、著作物の本国法上の実質的成立要件は満たさなければならないという理解である。すなわち、一方では、著作物の本国法の方式は満たさなくてもよいという意味、他方では、保護国たる内国における方式も満たさなくてもよいという意味の2つの内容の意味を含んでいるのである。

このような理解によれば、著作物の本国で方式を欠いた著作物は、著作物の本国においては権利として成立していないので本国法上は効力が発生しないが、保護国たる内国においては、著作物の本国における方式を欠いていても権利が成立したものとみなされる。しかし、もし『外国著作物が当該著作物の本国以外の同盟国において侵害された』場合には、無方式主義が機能し当該方式は要求されないので、著作物の本国における方式を履行していなくとも、保護国において、権利が成立したものとみなされ、保護国法上の効力発生要件としての要件(実質的成立要件)および方式(形式的成立要件:ここでは無方式主義により方式は不要)を満たせば保護国法上も著作権の効力が発生する。ただし、効力の内容については内国民待遇により制限されるものと思われる。

第4款 権利独立の原則 (5条2項2文)

ベルヌ条約は、5条2項2文において権利独立の原則を規定している。この規定の理解としては以下の通りである。

ベルヌ条約5条2項2文は「その享有および行使は、著作物の本国における保護の存在に関わらない。」とし、5条1項1文において無方式主義を導入した際に、その本国法上の権利が方式を欠いて効力を発生していなくとも、保護国においては権利が成立するものとした。すなわち方式からの独立を規定したのである。

第5款 外人法規定 (5条2項3文)

ベルヌ条約5条2項3文は、条約上の外人法規定を規定している。この理解としては以下の通りである。

ベルヌ条約5条2項3文は「したがって、保護の範囲および著作者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法は、この条約の規定によるほか、専ら、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる。」と規定し、効力については、条約上の規定によるほか内国民待遇の原則によるということを意味している。したがって、この規定は外人法規定であると解される。この点注意すべきは、条約の規定が優先するという点である。

これに対して、保護国法主義によれば、この規定を抵触法規定であると解することによって、保護国法主義の根拠であるとして保護国法を直ちに適用できると解しているが、本規定は外人法上の規定であり、保護国法を指定する抵触法規定ではない。

第6款 普遍主義

ベルヌ条約は、ある国で成立した著作権の効力が他国におよび(普遍主義)、その効力を内国において承認するという相対的普遍主義を全体的な構造において採用しているものと考えられる。このことの根拠は、効力についての内国民待遇の原則(5条2項3文)、および、保護期間(7条8項但書)に関する規定から導くことができる。すなわち、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則(条件付きで承認するという意味での相対的普遍主義)との組み合わせにより、本源国法と外人法とが累積的に適用されるというのがベルヌ条約の全体的な構造である。この点が、本論文の中で最も主張したい核心的な部分となる。なお、このような本源国法主義と内国民待遇の原則との組み合わせによるという考え方は、国際私法における法人の規律を決定する際の原則(「法人の設立準拠法と外人法の規定の組み合わせ」と同様のもの)であり、ベルヌ条約は独自の規定の中でこのような原則の採用を実現しているものである。

これに対して、保護国法主義を支持する見解の中には、ベルヌ条約が属地主義を採用していることを根拠に保護国法主義を導き出す見解もある。つまり、ある国で成立した著作権の効力は他国に及ばない、また、ある国で成立した著作権の効力を他国において承認しないという理解の下に成り立っているとの理解である。

また、著作権法における普遍主義とはベルヌ条約におけるそれとは異なり、刑法施行法27条は、「左に記載したる罪は刑法第3条の例に従う」と規定し、同第1号は、「著作権法に

掲げたる罪」と規定している。そして、27条1号が準用している刑法3条は、「この法律は、日本国外において次に掲げる罪を犯した日本国民に適用する。」として積極的属人主義を規定し、日本人による著作権侵害が非同盟国たる外国で行われた場合に、外国における著作権侵害に対し、日本で成立した著作権の効力が他国に及ぶということを前提としている。すなわち、日本人が国外で行った著作権侵害に対して域外適用を認め、効力についての普遍主義を前提としているのである。なお、内国が本源国の場合には、著作権法上の普遍主義から本源国法たる内国法の適用が導かれ、これは、一方的抵触規定である日本の著作権法の適用範囲のみを決定するものである。

第7款 保護期間 (7条8 項)

ベルヌ条約7条8 項は、保護期間の規定を規定している。この理解としては以下の通りである。

ベルヌ条約7条8 項は、原則として保護国法を適用すると規定するが、ベルヌ条約7条8 項但し書きによれば、著作物の本国における保護期間を超えられないと規定されている。

この規定こそが、まさに本源国法主義と効力については内国民待遇の規定によるというベルヌ条約の構造を導く根拠である。例えば、本国法上の保護期間が30年で、保護国法上の保護期間が50年であるとすれば、本国法上の保護期間たる30年が適用され、結果的に本国法と保護国法たる内国法の累積的適用となるのである。これに対して、保護国法主義によれば、この規定を例外規定であると解釈する。

第3節 総括的考察

以上のようなベルヌ条約の起草過程の分析に基づいて、以下ではベルヌ条約がどのような原則を採用しているのかについて考察していきたい。

はじめに、ベルヌ条約の条文の起草過程でどのような変遷を辿ったのか、すなわちどのような変更が加えられどのような原則が採用されていったのであろうか。そこでは、起草者の意思はどのようなものであったのであろうか。

まず、スイス連邦議会提案綱領(1884年)の規定においては、「1……(略)、2. 同盟国の臣民または市民は、その他の同盟国において文学および芸術作品の著作者の権利の保護に関してその国の法令が自国民に現在与えている**便益**または将来与えることがある**便益**を享有する。**著作物の本国法の規定する方式および要件を履行することを条件として、権利侵**

害に対して自国民と同等の保護および法的救済を有する。3. 同盟国の一の領域に住所を有するかそこにおいて著作物を発行した同盟の一部を形成しない国の臣民または市民は、同盟国の臣民または市民と同等の待遇を有する。」と規定されている。本規定の「便益」とは効力のことを意味し、現行のベルヌ条約における「権利」よりは広い概念であり、便益(効力)についての内国民待遇の原則が規定されている。さらに、「法的救済」という文言には著作権侵害に基づく差止請求および損害賠償請求が含まれる。そして、「著作物の本国の規定する方式および要件を履行することを条件として」という部分によって、ベルヌ条約において本源国法主義を採用していることが明らかされ、「権利侵害に対して自国民と同等の保護および法的救済を有する。」という文言によって、保護の効力についての内国民待遇の原則が規定されているのである。したがって、スイス連邦議会提案綱領(1884年)の規定においては、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則が規定されていたことが明らかである。

次に、著作者の権利の保護の一般的同盟の創設に関する条約案(1884年)の規定においては、「第2条(1) 同盟国の一の国民である著作者またはその権利の承継人は、同盟国の一において発行された著作物または未発表あるいは未発行著作物に関しては、その他の同盟国においてその国の法令が自国民に現在与えている便益または将来与えることがある便益を享有する。(2) 但し、右の便益は本国において権利が存続する間においてのみ相互的に同盟国の著作者に対して保証される。(3) 上記の便益の享有は、著作物の本国法または未発表あるいは未発行著作物の場合には著作者の本国法の規定する方式および要件を履行することを要する。」と規定されている。本規定においては、スイス連邦議会提案綱領(1884年)の規定においては、区別されていなかった、発行著作物と未発行著作物の概念が明らかにされ相互主義の規定が追加された。発行著作物の場合には「著作物の本国法」、未発行著作物の場合には「著作者の本国法」の規定する「方式および要件」を履行すれば、著作物の本国で著作権が成立し、効力が発生し、当該権利が存続することが条件とされていた。したがって、本規定においても、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則が規定され、権利の成立要件としては、依然として方式及び要件が要求されていたことが明らかになる。また、著作物を発行著作物と未発行著作物と区別することで、著作物の本国と著作物の本源国法とは同じではなく、著作物はその権利が成立する国を求めて転々と変動していくことが明らかにされているのである。

さらに、原始条約(1886年9月9日の原文)の規定においては、「第2条(1) 同盟国の一の国民である著作者またはその権利の承継人は、同盟国の一において発行された著作物または未発行著作物に関しては、その他の同盟国においてその国の法令が自国民に現在与えている**権利**または将来与えることがある**権利**を享有する。(2) 右の権利を享有するためには、**著作物の本国法の規定する要件および方式を履行することを要し**、右の権利の享有は、その他の国において**著作物の本国において許与される保護期間を超えることはない。**」と規定されている。本規定においては、上記2つの規定における「便益」と言う文言から「権利」という文言に変更された。本規定においても、「著作物の本国法の規定する要件および方式を履行することを要し」と規定され、依然として方式と要件の両者が権利の享有の要件として課されていることが明らかになる。権利の享有に関しては、本国における保護期間が内国における保護期間よりも短い場合には、本国における保護期間によることになる。そして、「著作物の本国において許与される保護期間を超えることはない」という規定こそが本源国法主義を端的に規定しているのである。本規定は現行のベルヌ条約の7条8項但書に引き継がれ、「ただし、その国の法令に別段の定めがない限り、保護期間は、著作物の本国において定められる保護期間を超えることはない。」と規定されている。したがって、現行のベルヌ条約においても本源国法主義と効力(特に、保護期間)についての内国民待遇の原則がそのまま採用されているのである。

また、現行のベルヌ条約にいたる起草過程において重要な規定が「付属法およびパリ解釈宣言(1896年)の規定」である。本規定においては、「付属法第2条(1) いずれの同盟国の国民である著作者またはその権利の承継人も、同盟国の一において発行された著作物または未発行著作物に関しては、その他の同盟国においてその国の法令が自国民に現在与えている権利または将来与えることがある権利を享有する。(2) 右の権利を享有するためには、**著作物の本国法の規定する要件および方式を履行することを要し**、右の権利の享有は、その他の国において著作物の本国において許与される保護期間を超えることはない。」と規定されている。本規定の目的は、「スイス連邦議会提案綱領(1884年)」、「著作者の権利の保護の一般的同盟の創設に関する条約案(1884年)」、「原始条約(1886年9月9日の原文)」の規定の変遷において発生した解釈上の疑義にベルヌ条約の解釈を統一するために設けられた規定である。本規定においても「著作物の本国法の規定する要件および方式を履行することを要し」と規定され、依然として方式と要件の両方を満たすことが権利の享有の要件とされていたのである。なお、解釈宣言第1条の規定においては、「条約第2条第2項の規

定に従い、上に挙げた文書によって保護が与えられるためには、専ら、著作物の本国法の要求する要件および方式を著作物の本国において履行することを要する。」と規定されていた。

続いて、起草された規定がベルリン改正条約である。本規定が現在に至る学説の混乱をもたらす源となった規定である。ベルリン改正条約の規定においては、「第4条(1) 同盟国のいずれかの国民である著作者は、未発行著作物または同盟国において発行された著作物に関しては、その他の同盟国においてその国の法令が自国民に現在与えている権利または将来与えることがある権利およびこの条約が特に与える権利を享有する。(2) これらの権利の享有および行使にはいかなる方式の履行をも要しない；その享有および行使は、著作物の本国における保護の存在にかかわらない。したがって、保護の範囲および著作者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法は、この条約の規定によるほか、専ら、保護が要求される国の法令の定めるところによる。」と規定されている。

本規定は、通説の見解によれば、本源国法主義から保護国法主義へと180度見解が修正されたものであると理解されているが、今までの起草過程を紐解けば、決して180度見解が修正されたものであるということとはできない。まず、本規定においては、新たに「この条約が特に与える権利を享有する」という一文が挿入された。この規定は、条約の部分で最低限の権利を統一する目的で起草されたものである。次に、核心的な規定となる「いかなる方式の履行をも要しない」という規定である。本規定は無方式主義を定めたものであり、訴訟提起の障害の原因となっていた方式に当たる登録や納本を行うことを不要としたのである。この点、「方式」という文言には、著作物の本国における方式も内国における方式も含まれるのである。しかしながら、今までの規定の変遷において、「著作物の本国法の規定する要件および方式を履行することを要し」（原始条約(1886年9月9日の原文))という文言の流れが存在するという背景を念頭に置けば、ベルリン改正条約においては、「いかなる方式の履行をも要しない」という無方式主義の規定は、方式の要件だけを外したと考えるのが論理的ではなかろうか。すなわち、著作物の要件(実質的成立要件)は依然として履行することを要するが、方式(形式的成立要件)については、履行する必要はない、と。このように考えるならば、ベルヌ条約は本源国法主義を依然として採用していることが起草過程の考察の結果から導かれるのである。決して保護国法主義に180度変更されたわけではない。そして、「その享有および行使は、著作物の本国における保護の存在に関わらない。」として方式からの独立を規定したのである。本規定は、無方式主義を採用したこと

で、本国において方式を欠いた著作物は権利として成立していないことになるが、そのために著作物の本国以外の同盟国において保護されないという事にはならないということの意味したものである。最後に、「したがって、**保護の範囲**および著作者の権利を保全するため著作者に保障される**救済の方法**は、この条約の規定によるほか、**専ら、保護が要求される国の法令の定めるところによる。**」と規定し、「保護の範囲」および「救済の方法」という文言によって、著作権に関する支分権の範囲、さらには、権利侵害に対する差止請求権及び損害賠償請求権を指し、したがって、効力については、「**専ら、保護が要求される国の法令の定めるところによる。**」とし、効力についての内国民待遇の原則を定めているのである。保護国法主義の論者はこの規定の部分を保護国法主義の根拠条文として挙げているのであるが、本規定は抵触法規定ではなくて外人法規定である。よって、ベルヌ条約の構造の理解としては、本源国法主義と、効力についての内国民待遇の原則の組み合わせであると考えられる⁽⁹³⁾。

現行のベルヌ条約の規定もこの原則を引き継いでいるものである。まず、ベルヌ条約は5条において、「(1) 著作者は、この条約によって保護される著作物に関し、**その著作物の本国以外の同盟国において**、その国の法令が自国民に現在与えており又は将来与えることがある権利及びこの条約が特に与える権利を享有する。」と規定され、ベルヌ条約が著作物の本国以外の同盟国における保護を念頭に置いた規定であることが明らかにされている。次に、「(2) (1)の権利の享有及び行使には、いかなる方式をも要しない。」という規定によって無方式主義が採用されていることが明らかにされている。著作物の本国における方式は満たさなくてもよいが、実質的成立要件は満たさなければならない。この規定が本源国法主義の根拠となる規定である。さらに、その無方式主義による矛盾を解消するために、「その享有及び行使は、著作物の本国における保護の存在に関わらない。」という一文が規定され、本国で方式を欠いて権利が成立していなくとも内国においては保護される仕組みが採用されているのである。「したがって、保護の範囲及び著作者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法は、この条約の規定によるほか、専ら、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる。」として、著作権に関する効力の側面に関して、まずは、条約が規定する本源国法主義によって保護し、その本源国において成立した著作権の効力を、効力についての内国民待遇の原則によって内国において制限するのである。今述べた規定は著作物の本国以外の同盟国における保護の規定であった。なお、著作権法6条3号は、「三 前二号に掲げるもののほか、条約により我が国が保護の義務を負う

著作物」として、外国人が外国で発行した外国著作物の場合が規定されている。このように、著作権法6条3号はベルヌ条約5条2項3文の規定を国内法化した外人法規定なのである。

続いて規定されているのが、著作物の本国における保護の規定である。「(3)著作物の本国における保護は、その国の法令の定めるところによる。」と規定されている。例えば、外国人の未発行著作物(5条4項(c)号)の著作権が外国では権利として成立しないため、日本において著作物を最初に発行したような場合(5条4項(a)号)、すなわち外国から日本へと本国が変動した事例において、外国人が日本で最初に発行した著作物の著作権が日本で侵害された場合に本規定が適用される。「もっとも、この条約によって保護される著作物の著作者がその著作物の本国の国民でない場合にも、その著作者は、その著作物の本国において内国著作者と同一の権利を享有する。」として、著作物の本国における内国民待遇の原則が規定されている。なお、著作権法6条2号においては、「二 最初に国内において発行された著作物(最初に国外において発行されたが、その発行の日から三十日以内に国内において発行されたものを含む。)」として、外国人の著作物に関して、外国において著作物として認められなくても、日本で最初に発行すれば著作物の本国が変動することを規定している。すなわち、未発行の著作物でも日本において発行されれば最初の発行地が日本となり、本国は日本となるのである。

続いて、ベルヌ条約5条4項においては、「(4)次の著作物については、次の国を本国とする。」として、著作物の本国の決定に関する規定を置いている。まず、「(a)いずれかの同盟国において最初に発行された著作物については、その同盟国。最も、異なる保護期間を認める二以上の同盟国において同時に発行された著作物については、これらの国のうち法令の許与する保護期間が最も短い国とする。」とし、発行著作物の場合には、著作物が最初に発行された場所が著作物の本国となる。同時発行の場合には、保護期間の短い国が著作物の本国となる。この規定が意味することは、著作物を創作する者は、その者の権利が最もよく保護される場所の法を選択することができるということであり、当該著作物が権利として成立する国を求めて本国が変動していくのである。次に、「(b)同盟に属しない国及びいずれかの同盟国において同時に発行された著作物については、その同盟国」として、非同盟国と同盟国との間で同時に著作物が発行された場合には同盟国が著作物の本国となる。さらに、「(c)発行されていない著作物又は同盟に属しない国において最初に発行された著作物でいずれの同盟国においても同時に発行されなかったものについては、その著作者が国民である同盟国。」として、未発行著作物の場合には著作者の本国が著作物の本

国となることが明らかにされている。「ただし、次の著作物については、次の国を本国とする。(i)いずれかの同盟国に主たる事務所又は常居所を有する者が製作者である映画の著作物については、その同盟国 (ii)いずれかの同盟国において建設された建築の著作物又はいずれかの同盟国に所在する動産と一体となっている絵画的及び彫塑的美術の著作物については、その同盟国」として、同盟国に事務所又は常居所を有する創作者の映画の著作物、同盟国における建築物、動産と一体となっている絵画的及び彫塑的美術の著作物の場合にはその同盟国が著作物の本国であることが規定されている。

この点、5条4項(c)号(i)においては映画の著作物の本国が決定された。すなわち、映画の著作物に関して本源国法主義によるとする抵触法規定をベルヌ条約が含んでいることを意味している。その点を踏まえて、映画の著作物に関して、さらに、ベルヌ条約14条の2第2項によれば、「(a) 映画の著作物について著作権を有する者を決定することは、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる。」と規定されている。本規定は、映画の著作物に関する著作権の帰属に関して、ベルヌ条約が本源国法主義を含んでいることを前提として、その効力を外人法で制限する旨を明らかにした規定であり、一般の著作物の著作権に関する権利の帰属に関しては本規定を類推適用することになる。

また、同条(c)号においては、映画の著作物に関する権利の譲渡に関して規定されている。本規定は、「(c) (b)に規定する約束の形式が(b)の規定の適用上書面による契約(これに相当する文書を含む。)によるべきかどうかの問題は、映画の著作物の製作者が主たる事務所又は常居所を有する同盟国の法令によって決定される。」として、ベルヌ条約が映画の著作物に関する譲渡について本源国法主義によるとする抵触法規定を含んでいることが明らかにされ、「もっとも、その約束が書面による契約(これに相当する文書を含む。)によるべきことを定める権能は、保護が要求される同盟国の立法に留保される。この権能を行使する同盟国は、その旨を宣言書により事務局長に通告するものとし、事務局長は、これを他のすべての同盟国に直ちに通報する。」として、効力についての内国民待遇の原則で当該効力を制限することが明らかにされている。すなわち、権利が移転される側面において書面が要求されていた場合には、結果的に、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによるものである。この点に関しても、映画の著作物の著作権に関する権利の帰属の場合と同様に、映画の著作物の著作権の権利の移転の側面に関する規定はベルヌ条約5条の規定する一般的な原則の下に映画の著作物と言う特殊性に鑑みて規定され

たものであると考えられる。したがって、一般の著作物の著作権の権利の移転の場合に本規定が類推適用されるのである。

以上のことを纏めると次のようになる。ベルヌ条約が本源国法主義によるとする抵触法規定を含むことが、5条2項1文(無方式主義)から明らかになり、この規定の反対解釈として、成立も効力も本源国法主義によるということが導かれ、本源国法によることとなる。さらに、7条8項但書きが規定する「著作物の本国において定められる保護期間を超えることはない」という規定によっても明らかになる。権利の享有については、5条1項により、条約上特に与えられる権利(例えば条約上特に与えられる権利としての追求権について、条約14条の3(2)項によれば、追求権の範囲について作者の本国法および内国法が認める場合にのみ要求できるとし、著作物の本国法と内国法が累積的に適用されることになることから明らかになる。

例えば、美術または音楽の著作物については、未発行の著作物であり(条約3条3項)、未発行著作物として作者の本国が著作物の本国となる(条約5条4項(c)号)。そして、追求権は条約上とくに与えられる権利ではあるが(条約14条の3(1)項)、その享有については内国民待遇の原則により制限される(条約14条の3(2)項)。すなわち、作者の本国法において追求権が認められているが、保護国法たる内国法において追求権が認められていない場合には、内国民待遇の原則により追求権は認められないことになり、作者は追求権を享有・行使することができない(条約14条の3(2)項の反対解釈)。これに対して、作者の本国法が原作品に関する追求権を認めず、保護国法たる内国法において追求権が認められている場合にも、作者の本国法において追求権が認められていないから、作者は追求権を享有・行使することができない(条約14条の3(2)項の反対解釈)。したがって、作者の本国法が原作品に関する追求権を認め、かつこの権利が保護国法たる内国法で法律に定められている場合にのみ、作者の本国法において認められている追求権を保護国たる内国においてそのまま認めても内国における利用行為者の利益を侵害することもないから、作者は保護国法たる内国法の認める範囲内に限り保護を要求することができるとしている⁽⁹⁴⁾(条約14条の3(2)項)。同様に、著作物の本国において意匠としてのみ意匠権により保護される応用美術の著作物(すなわち保護が登録にかかる著作物)については、保護国たる内国においても意匠としてのみ保護される⁽⁹⁵⁾(条約2条7項)。したがって、著作物の本国において権利が成立しているからといって、その他の同盟国において権利を享有するという事にはならない。著作物の本国において権利が成立している場合、内国民待遇の原則(5条1項)によ

り、その他の同盟国においてその権利が認められていなければ権利を享有することはできない。言い換えれば、5条2項2文は、著作物の本国における要件および方式の履行、したがって、著作物の本国における権利の成立がその他の同盟国における権利享有の必要条件であり、その他の同盟国におけるその実質的要件の履行が権利享有の十分条件であることを明らかにしている。

これについて、さらに、権利に関する5条1項および効力に関する5条2項3文の内国民待遇の原則として、日本法によるという要件が累積的に適用されるのである。また、先にも述べたように保護期間の問題がこの構造を端的に表現している。なお、効力に含まれるものとしては、支分権であるA権、B権、C権が当該問題となっている国において認められているのかどうかといった“保護の範囲”の問題、この支分権の一つ一つの中身を享有できるのかといった“権利の享有”の問題、権利の存続期間の問題である“保護期間”の問題、契約解除や契約不履行といったものに基づく損害賠償請求や差止請求の問題が挙げられ、“救済方法”という表現は、これら著作権の効力の内容にあたりと考えられる。

したがって、現行のベルヌ条約において採用されている原則としては、①ベルヌ条約5条4項の規定する著作物の本国、②ベルヌ条約5条1項、2項3文の規定する内国民待遇の原則、③ベルヌ条約5条2項1文の規定する無方式主義、④ベルヌ条約5条2項2文の規定する権利独立の原則、⑤ベルヌ条約5条2項3文の規定する条約上の外人法規定、⑥相対的普遍主義の原則、⑦ベルヌ条約7条8項の規定する保護期間である。これらがすべて機能したうえで、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則が導かれるのである。

第4節 おわりに

ベルリン改正における原則は、現行のベルヌ条約の規定においても引き継がれている⁽⁹⁶⁾。例えば、外国人が外国で最初に発行した著作物の著作権が日本で侵害された場合には、まず、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとして、本源国法主義による。現行のベルヌ条約5条4項は本国について規定している。まず、①未発行著作物の場合は著作者の本国、あるいは常居所、次に、そこで成立しなければ、②著作物を発行した場合には、著作物の最初の発行地、さらに、③同時発行の場合には、当該著作物の保護期間の短い国の法によるとして、著作物の本国が変動していく構造を規定しているのである。このような考え方は、「法適用通則法」13条2項における「動産物権における所在地変更のルール」に見られ、ベルヌ条約はその構造の中で「動産物権における所在地変更のルール」と同じような仕組みを採用

しているものと考えられる。次に、本国法上の要件および方式(現行のベルヌ条約5条2項1文により無方式)を充たすと、本国において著作物の著作権が成立し本国で効力が発生する。この点、現行のベルヌ条約5条1項(ベルリン改正条約4条1項)は本国以外の同盟国における権利の享有についての内国民待遇の原則を規定し、5条3項2文(ベルリン改正条約4条2項3文)は、効力について内国民待遇の原則による旨を規定している。これによって、日本で日本法上の要件の範囲内で本国法上の効力が発生する。なお、効力に含まれるものとしては、保護の範囲、権利の享有、保護期間、著作権侵害に基づく損害賠償請求や差止請求の問題である“救済方法”が該当すると考えられる。著作物が発行された場合には、最初の発行地が著作物の本国となる。そして、本国法上の要件および方式(無方式)を満たした場合に、著作物の本国で効力が発生し、内国民待遇の原則により保護国法たる内国法上の要件および方式(無方式)を満たせば、効力が保護国たる内国で発生する。しかし、その効力の範囲も内国民待遇の原則により制限され、結果的には、本国法と保護国法たる内国法との累積的適用となる。さらに、5条2項1文では無方式主義が規定され、著作物の本国法上の方式は満たさなくてもよいが要件は満たさなければならない。本国で方式を欠いた著作権は、著作物の本国においては、権利として成立していない。しかし、無方式主義により保護国(侵害地国)たる内国においては、本国において権利が成立し効力が発生したものとみなされる。しかし、保護国たる内国において効力を発生するためには、内国民待遇の原則により、効力発生要件として、保護国法たる内国法上の要件のみを満たさなければならない(方式としては無方式)。ただし、効力の内容については内国民待遇により制限されるものと思われる。続いて、5条2項2文(ベルリン改正条約4条2項2文)は権利独立の原則規定を規定し、5条2項1文(ベルリン改正条約4条2項1文)において無方式主義を導入した際に、著作権が方式を欠き、本国において権利が成立せず効力を発生していなくても、保護国においては本国において権利が成立するものとし、効力が発生するものとみなされる。続いて、5条2項3文(ベルリン改正条約4条2項3文)は、条約上の外人法規定を規定している。すなわち、効力については、条約上の規定によるほか内国民待遇の原則によるということを意味している。内国民待遇の原則により保護国法たる内国法上の要件および方式(無方式)を満たせば、効力が保護国たる内国で発生するということである。したがって、この規定は外人法規定であると解される。この点、注意すべきは、条約の規定が優先するという点である。さらに、現行のベルヌ条約7条8項本文(ベルリン改正条約7条2項)は、保護期間に関して規定し、原則として保護国法を適用すると規定するが、7条8項但書(ベルリン改正条約7条2項)によれば、

著作物の本国における保護期間を超えてはならないと規定されている。この規定こそが、ベルヌ条約が、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則の組み合わせによるという構造であるということを示している。例えば、本国法上の保護期間が30年で、保護国法上の保護期間が50年であるとすれば、保護期間の短い方によることになり、本国法上の保護期間たる30年が適用され、結果的に本国法と保護国法の累積的適用となるのである。次に、ベルヌ条約は、その構造として普遍主義の原則を採用しており、この原則の理解としては、ベルヌ条約は、ある国で成立した著作権の効力が他国におよび(普遍主義)、その効力を内国において承認する相対的普遍主義を採っているものと考えられる。この根拠は、効力についての内国民待遇の原則、7条8項の保護期間に関する規定から導ける。したがって、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則(条件付きで承認するという意味での相対的普遍主義である)との組み合わせがベルヌ条約の全体的な構造である。このような構造は、国際私法における「法人の設立準拠法」の決定において見られ、ベルヌ条約はそれ自体としてこのような原則を採用しているものである。なお、著作権法における普遍主義とは、ベルヌ条約におけるそれとは異なり、刑法施行法27条柱書は、「左に記載したる罪は刑法第3条の例に従う」と規定し、同1号は、「著作権法に掲げたる罪」と規定している。さらに、27条柱書及び1号が準用している刑法3条は、「この法律は、日本国外において次に掲げる罪を犯した日本国民に適用する」として、積極的属人主義を規定している。これは、日本人による著作権侵害が非同盟国たる外国で行われた場合に、外国における著作権侵害に対し、日本の刑法を適用することになり、そのことは、日本で成立した著作権の効力が他国に及ぶということを前提としている。すなわち、このことは、著作権法が、日本人が国外で行った著作権侵害に対して域外適用を認め、効力についての普遍主義を前提としていることを意味する。このことから本源国法主義が導かれるが、一方的抵触規定、すなわち日本の著作権法の適用範囲のみを決定するというものである。

以上が、ベルヌ条約の歴史的考察の結果導かれる原則の理解であり、通説が主張するように、ベルリン改正によって原始条約におけるベルヌ条約の構造(本源国法主義)が180度保護国法主義へと転換されたものではない

⁽¹⁾ THE BERNE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF LITERARY AND ARTISTIC WORKS FROM 1886 TO 1986(WIPO, 1986) (以下では、THE BERNE CONVENTION として引用する), p. 85.

-
- (2) THE BERNE CONVENTION, op. cit., pp. 87-88 . なお、塚越建太郎訳「ベルヌ条約創設会議の記録 スイスのベルンで開催された文学的及び美術的著作物の作者の権利の保護のための第1回(1884年)～第3回(1886年)国際会議」社団法人著作権情報センター(著作権シリーズ90)(1995年)19-20頁。
- (3) THE BERNE CONVENTION, op. cit., p. 90. なお、塚越・前掲注(2)30頁。
- (4) Sam Ricketson, The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986, 1987, pp. 196-197.
- (5) THE BERNE CONVENTION, op. cit., p. 94.
- (6) THE BERNE CONVENTION, op. cit., p. 94. なお、塚越・前掲注(2)42-43頁。
- (7) THE BERNE CONVENTION, op. cit., p. 95. なお、塚越・前掲注(2)44頁。
- (8) 野村義男訳編『文学的および美術的著作物の保護に関するベルヌ同盟の生成と発展——著作権法施行70周年記念——』(文化庁)昭和44年41-43頁。
- (9) THE BERNE CONVENTION, op. cit., p. 228.
- (10) THE BERNE CONVENTION, op. cit., p. 228. なお、塚越・前掲注(2)128頁。
- (11) Ricketson, op. cit., pp. 200-201.
- (12) 水野錬太郎「著作権ニ関スル方式ヲ論ス」法學協會雑誌第19巻第8號(1901年8月)636-637頁参照。
- (13) THE BERNE CONVENTION, op. cit., p. 228.
- (14) THE BERNE CONVENTION, op. cit., p. 122. なお、塚越・前掲注(2)141頁。
- (15) Reto M Hilty, Die Bedeutung des Ursprungslandes in der Übereinkunft, Die Berner Übereinkunft und die Schweiz, 1986, S. 211.
- (16) Ricketson, op. cit., p. 203.
- (17) THE BERNE CONVENTION, op. cit., p. 228.
- (18) THE BERNE CONVENTION, op. cit., p. 137.
- (19) Ernest Röthlisberger, Die Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst, 1906, S. 107.
- (20) Hilty, a. a. O., S. 210.
- (21) 水野・前掲注(12)643頁参照。
- (22) THE BERNE CONVENTION, op. cit., p. 229.

-
- (23) THE BERNE CONVENTION, op. cit., p. 139.
- (24) Ricketson, op. cit., p. 202.
- (25) 野村・前掲注(8)55頁。
- (26) 水野錬太郎『著作権法』水野錬太郎著作権シリーズ第四集 黎文社(1974年)153頁。
- (27) Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, Acte de la Conférence réunies a Berlin du 14 Octobre au 14 Novembre 1908 avec Actes de la Ratification(以下では、Acte de la Conférenceとして引用する), Bureau de l'union internationale littéraires et artistiques, 1910, p. 40.
- (28) Acte de la Conférence, op. cit., pp. 37-39.
- (29) Acte de la Conférence, op. cit., pp. 71-72.
- (30) Acte de la Conférence, op. cit., pp. 82-83.
- (31) Acte de la Conférence, op. cit., p. 102.
- (32) Acte de la Conférence, op. cit., pp. 104-105.
- (33) Acte de la Conférence, op. cit., pp. 162-163.
- (34) Acte de la Conférence, op. cit., pp. 168-169.
- (35) Acte de la Conférence, op. cit., p. 185.
- (36) Acte de la Conférence, op. cit., p. 193.
- (37) Acte de la Conférence, op. cit., p. 200.
- (38) Acte de la Conférence, op. cit., pp. 236-237.
- (39) Acte de la Conférence, op. cit., p. 237.
- (40) Acte de la Conférence, op. cit., pp. 237-240.
- (41) Acte de la Conférence, op. cit., p. 240.
- (42) Acte de la Conférence, op. cit., pp. 283-284.
- (43) THE BERNE CONVENTION, op. cit., p. 229.
- (44) THE BERNE CONVENTION, op. cit., p. 148.
- (45) A. Taillefer, Revision de la Convention de Berne Examen du texte vote par la conference de Berlin, 1909, pp. 10-11.

-
- (46) Wilhelm Nordemann, Kai Vinck, W. Hertin, Internationales Urheberrecht und Leistungsschutzrecht der deutschsprachigen Länder unter Berücksichtigung auch der Staaten der Europäischen Gemeinschaft, 1977, S. 59.
- (47) THE BERNE CONVENTION, op. cit., p. 149.
- (48) Paul Wauwermans, La Convention de Berne révisée par la protection des œuvres littéraires et Artistiques, 1910, p. 70.
- (49) Emile Potu, La Convention de Berne pour La protection des œuvres littéraires et Artistiques Révisée à Berlin le 13 Novembre 1908 et le Protocole Additionnel de Berne du 20 mars 1914, p. 57.
- (50) Walter Rappert und Egon Wagner, Internationales Urheberrecht, 1956, S. 74.
- (51) WIPO(黒川徳太郎訳)『ベルヌ条約(パリ規定、1971年)逐条解説』著作権資料協会(1979年)36頁。
- (52) Claude Masouyé, Kommentar zur Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst, 1981, S. 32.
- (53) Hilty, a. a. O., S. 212.
- (54) Ricketson, op. cit., pp. 222-223.
- (55) Rappert und Wagner, a. a. O., S. 73.
- (56) Rappert und Wagner, a. a. O., SS. 73-74.
- (57) Barbara Wyler, Die Gleichbehandlung in- und Ausländischer Urheber in der Schweiz, Die Berner Übereinkunft und die Schweiz, SS. 226-227.
- (58) THE BERNE CONVENTION, op. cit., p. 148.
- (59) Joseph Dubois, De la revision en 1908 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, Journal du droit international privé, 1909, pp. 955-956.
- (60) André Petit, Étude sur la Convention de Berlin de 1908 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 1911, pp. 35-38.
- (61) Ricketson, op. cit., p. 203.
- (62) Rappert und Wagner, a. a. O., 1956, S. 42.
- (63) Nordemann, Vinck, Hertin, a. a. O., S. 54.

-
- (64) Francesco Ruffini, De la protection internationale des droits sur les œuvres littéraires et artistiques, Recuei des Cours, 1926, p. 518 .
- (65) Nordemann, Vinck, Hertin, a. a. O. , SS. 58-59.
- (66) THE BERNE CONVENTION, op. cit. , pp. 148-149.
- (67) Hilty, a. a. O. , SS. 212-213.
- (68) Ricketson, op. cit. , pp. 203-204.
- (69) Wauwermans, op. cit. , pp. 69-70.
- (70) Ernest Röthlisberger, Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports créés par les unions internationales et notamment par l'union prototype de Berne de 1886, 1912, p. 15.
- (71) 内務省「著作権保護同盟條約修正ニ關スル萬國會議報告書」(昭和 42 年)65-66 頁。同様の趣旨を明らかにするものとして、水野鍊太郎「伯林に於ける著作権保護萬國會議の状況」太陽第 15 卷第 6 號(1909 年)47 頁参照。
- (72) 水野鍊太郎「著作権保護ニ關スル「ベルヌ」條約ノ改正」法學協會雜誌第 26 卷第 3 號(1908 年)116-117 頁参照。
- (73) 水野鍊太郎「著作権保護萬國會議ノ成果ト内國法」法學協會雜誌第 27 卷第 10 號(1909 年)1536-1537 頁参照。
- (74) 水野鍊太郎「著作権保護萬國同盟條約に關する伯林會議」『他山之石』(1909 年)173-174 頁。
- (75) Hermann Dungs, Die Berner Übereinkunft über internationals Urheberrecht, 1910, SS. 33-35
- (76) WIPO(黒川徳太郎訳)・前掲注(50)36-37 頁。
- (77) Masouyé, a. a. O. , SS. 32-33.
- (78) 野村・前掲注(8)65-66 頁。
- (79) ベルヌ條約 18 条 1 項によれば、條約が発行する時点において、保護期間の満了の結果著作物の本国においてすでに公有に帰している著作物は條約によって保護されないことは明白であるが(WIPO(黒川徳太郎訳)・前掲 112 頁参照)、著作物の本国における一定の要件または方式の不履行は、その他の同盟国における権利行使(條約による保護の要求)の要件とはならないことを明らかにするにあたって、Louis Renaut は次のように述べている。す

なわち、「一般原則は依然として同じである：期間に関する留保を別として(7条2項)、本国において保護されないかもはや保護されていない著作物についてある国において保護を要求することができるとする草案の4条2項所定の新たな規則を考慮することが適当である。したがって、例えば、一定の要件または方式を完了していないため著作物が本国において公有に帰してしまったという事実をもはや考慮する必要はない；このことは、著作物が法的に保護されるその他の国において、その著作物について条約の恩恵を援用することを妨げない。しかし、一般的な保護期間の満了のため本国において公有に帰した場合には、7条2項を維持することが必要であるから、これはもはや適用されないことは当然である」(THE BERNE CONVENTION, *op. cit.*, p. 158.)と。

(80) WIPO(黒川徳太郎訳)・前掲注(50)37頁。

(81) Masouyé, *a. a. O.*, S. 33.

(82) Ruffini, *op. cit.*, p. 540.

(83) Ricketson, *op. cit.*, p.225.

(84) THE BERNE CONVENTION, *op. cit.*, p. 229.

(85) THE BERNE CONVENTION, *op. cit.*, p. 149.

(86) THE BERNE CONVENTION, *op. cit.*, p. 229.

(87) THE BERNE CONVENTION, *op. cit.*, pp. 149-150.

(88) THE BERNE CONVENTION, *op. cit.*, p. 229.

(89) THE BERNE CONVENTION, *op. cit.*, p. 150.

(90) THE BERNE CONVENTION, *op. cit.*, p. 232.

(91) THE BERNE CONVENTION, *op. cit.*, p. 235.

(92) 著作権法6条2号は、著作物の本国における保護(ベルヌ条約5条3項2文)に相当する規定で、この規定を国内法化した外人法規定であり、例えば、外国人が日本において最初に発行した著作物(内国著作物)を保護するための規定である。著作権法6条2号括弧書きは、著作物が最初に外国において発行され、その外国において権利が成立しなかった場合で、その外国が本源国とならなかった場合に規定である。その場合には著作物の本国が変動し、30日以内に日本において再発行した場合に、日本において最初に発行した場合、すなわち、日本が著作物の本国となる場合と同様に扱い、著作物の本国における保護(ベルヌ条約5条3項2文)の場合と同様に考えるものとする規定である。著作物の本国

は、未発行著作物の場合には、著作者の本国、そこにおいて権利が成立しない場合には、著作者の常居所地国、そこにおいて権利が成立しない場合には、発行著作物の場合、最初の発行地国、そこにおいて権利が成立しない場合には、30日以内の再発行地国と著作物の本国が変動していくことになる。この過程でいずれかの国において最初に権利が成立した国が本源国となる。なお、同時発行とみなされる30日以内の再発行ではなくて、本来の意味での同時発行の場合には、発行地の優先順位を決定できないために、保護期間が異なる場合には、保護期間の短い国を著作物の本国とすることにしたのである。著作権法6条3号は、著作物の本国以外の同盟国における保護（ベルヌ条約5条2項3文）に相当する規定で、この規定を国内法化した外人法規定であり、例えば、外国人が外国において最初に発行した著作物（外国著作物）を保護するための規定である。

⁽⁹³⁾ 同様の見解を示唆するフランスの学説として、Michael M. Wlter, *La liberé contractuelle dans le domaine du droit d' auteur et les conflits de lois*, *Revue internationale du droit d' auteur* (1976), p. 46, 48.

⁽⁹⁴⁾ WIPO(黒川徳太郎訳)・前掲注(50)102頁。

⁽⁹⁵⁾ WIPO(黒川徳太郎訳)・前掲注(50)25頁。「ただし、意匠に特別な保護を与えていない国は、応用美術の著作物を美術の著作物として、言い換えれば、著作権により、かつ、なんらの方式を要せず、常に保護しなければならない」(前掲注(51)・25頁)とされる。これは、その他の同盟国において意匠として保護されていない場合には、5条1項の内国民待遇の原則により、意匠権と類似の権利である著作権として5条2項1文により方式を履行することなく保護されることを明らかにしているものとみてよい。

⁽⁹⁶⁾ スtockホルム改正条約(1967年7月14日のStockホルム法)における関連規定については、THE BERNE CONVENTION, *op. cit.*, p. 232. 参照。パリ改正条約(1971年7月24日のパリ法)における関連規定については、第1条乃至第20条の規定はStockホルム法と同一である。この点については、THE BERNE CONVENTION, *op. cit.*, p. 235. 参照。

第2章 著作権の帰属（職務著作）の準拠法

第1節 はじめに

国際著作権法の諸問題として取り上げられるべき最初のテーマは、第1部の冒頭に掲げた事例の(1)A国人XがA国で自身の著作物を最初に発行した場合に、Xは著作権者であるか、

また、A 国人 X が A 国法人 Y 社と労働契約を締結し、当該職務中に著作物を作成した場合に、その著作物の権利の帰属についての問題である。本章では、“著作権の帰属の準拠法について”の問題を論じていこう。

例えば、A 国人 X は A 国法人 Y 社の出版する雑誌に自身のデザインしたマスコットを Y 社が日本において費用負担して掲載した。(A 国人 X は Y 社と労働契約を締結している。その後、A 国法人 Y 社は日本において Z 社の出版する雑誌に当該マスコットを掲載し出版した。これに対して、A 国人 X は日本の裁判所に自身に帰属する著作権に基づいて、侵害行為の差止請求および損害賠償訴訟を提起した。その先決問題として著作権の帰属が問題となった場合に、すなわち、職務上作成された著作物についての権利の帰属(原始的所有者)の確定が問題となった場合には、いずれの国の法によって権利の帰属が判断されるべきかが問題となる。

この点、判例は、労働契約の問題であるとしてベルヌ条約は抵触法規定を含んでおらず労働契約準拠法説を採用している。これに対して通説は、著作権自体の問題であるとしてベルヌ条約が抵触法規定を含むとして、保護国法主義を採用している。

本稿では、判例および、学説の見解を整理し、上に掲げた事例を基に総括的考察を行い、おわりに、筆者の採用する見解と他説との相違を明らかにしたい。

第2節 「法例」下における議論状況

以下では、著作権の帰属の準拠法に関する判例および学説の見解を論じることとする。

第1款 「法例」下における判例

職務著作の準拠法に関する「法例」下における判例としては、「キューピー事件」(東京高裁平成13年5月30日)判決が挙げられる。

「キューピー事件」 東京高裁平成13年5月30日判決

1 事実の概要

事案の概要は以下の通りである。

アメリカでアメリカ人イラストレータ甲は自身が作成したイラストをアメリカ法人乙社の出版する雑誌に掲載した。そのイラストに基づいて甲によって作成されたキューピー人形の(本件著作物)にかかる著作権を、日本人 X (控訴人)は甲の遺産財団である丙から、譲

り受けた。その後、日本法人Y(被控訴人)は、1953年から日本国内において、キューピーを自社用にアレンジし宣伝用マスコットとして、そのイラストをポスター等の広告物として複製して使用し、これを基にした人形を作成し景品として頒布した。これに対して、XがYに対して、著作権侵害に基づく差止請求を提起した事案である。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

「控訴人が主張する本件著作権は、我が国における著作権であるが、職務著作に関する規律は、その性質上、法人その他の使用者と被用者の雇用契約の準拠法に於ける著作権法の職務著作に関する規定によるのが相当であるから、被控訴人主張の職務著作物該当性については、アメリカ合衆国法によることになる。1909年アメリカ合衆国著作権法は、『著作者』という用語は職務著作の場合における使用者をも含むと規定するにとどまっていたが、連邦最高裁判所の判例により、純然たる使用者と被用者の関係に限らず、法人等とその被用者でないものとの関係においても、前者が後者に作品の制作を依頼した場合においては、一般に、このような依頼を受けた者は、著作権を当該作品自体とともに、依頼を行った者に移転する旨の黙示の合意をしたものと推定されていた。……ローズ・オニールは、本件イラスト著作物を発表した後、キューピーの人形を作ってほしいとの子供たちの手紙を受け取ったことから、戯れにキューピーの小さな彫像(本件著作物)を彫ったのであって、その制作について、レディース・ホーム・ジャーナル等から依頼を受けたとは認められない。さらに、本件著作物は、上記認定事実に照らし、ローズ・オニールを著作者として公表されたと認められるのであり、上記出版等の著作者名義で公表することが制作当初から予定されていたものとはいえない。したがって、本件著作物について、被控訴人主張の職務著作物と認める余地はなく、本件著作権は、本件著作物の制作により、原始的にローズ・オニールに帰属したものというべきである。」⁽¹⁾と。

したがって、東京高裁は、職務著作の準拠法に関して、労働契約の準拠法によるとして、アメリカ合衆国法を適用している。

第2款 「法例」下における学説の議論状況

以下では、著作権の帰属の準拠法に関する「法例」下における学説の議論状況について論じることとする。学説の見解としては、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとする見解とベ

ルヌ条約が抵触法規定を含まないとする見解とに大別される。前者の見解を採用するものとしては保護国法説が挙げられる。他方、後者を見解を採用するものとしては、労働契約準拠法説と、本源国法説が挙げられる。

1. ベルヌ条約が抵触法規定を含むとする見解

保護国法説

まず、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとして、保護国法が適用されるとする見解が挙げられる。この見解を採用するものとして稲垣教授の見解が挙げられる。すなわち、稲垣教授によれば「(3)この問題は、職務著作に関する規定が存しない国もあることに鑑みると、抵触法上は、前述のように使用者と被用者のいずれに原始的に著作権が帰属するのかという問題として捉え、その上で、権利の帰属は、その存在だけでなくその内容からも切り離せないことから……、著作権に関する問題一般につき規定しているベルヌ条約5条(2)により『保護国法』が適用されると解される……。」⁽²⁾と。したがって、稲垣教授によれば、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとして、ベルヌ条約5条2項を抵触法規定であると解し、保護国法を適用するものであるとの理解である。

2. ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとする見解

(1) 労働契約準拠法説

次に、ベルヌ条約が抵触法規定を含んでおらず、法廷地国際私法により、労働契約準拠法が適用されるとする見解が挙げられる。この見解を採用するものとして、まず、森田教授の見解が挙げられる。すなわち、森田教授によれば、「判旨Ⅱは、職務著作の準拠法に関する初めての判示であり、職務著作に関する規律は雇用契約の準拠法国における著作権法の職務著作に関する規定によるとする。著作権が使用者と被用者のどちらに帰属するかという問題は、両者間の利益配分の一環である。したがって、両者に最も密接に関連する労働関係の準拠法で一元的に処理すべきである……。これに対して、実質法上この規律は被用者の創作意欲に関係するから各国の政策によって決定されるべきであるとか、原始的な権利の取得者に関する規律は各国の法律でなければ決められないというような理由から、保護国法によるべきだとする考え方もありうる。しかし、職務著作につき被用者が創作時に意識する法律は、労働関係の準拠法以外にあまり考えられないのではないか。」⁽³⁾と。

したがって、森田教授の見解によれば、判例の見解を支持し、職務上作成された著作権の帰属の問題について当事者間の労働契約の準拠法を適用するものであるとの理解である。

次に、同様の見解を採用するものとして、田村教授の見解が挙げられる。すなわち、田村教授によれば、「職務著作に関する規律は、著作物を利用する第三者の問題というよりは、むしろ使用者と被傭者の法律関係に係る要素の方が大きく、そうだとすると、準拠法の選択の仕方、第三者の著作物の利用地に焦点を合わせ(属地主義)、各国毎に多元的に規律される(ex. A国での第三者の利用に対してはA国著作権法の職務著作の規定により使用者が著作権者となり、B国での利用に対してはB国法の規定により被傭者が著作権者となる)とするのではなく、使用者と被傭者の労働関係の準拠法国の著作権法の職務著作の規定により一元的に処理すべきであろう。」⁽⁴⁾と。したがって、田村教授によれば、職務上作成された著作物の著作権の決定に際して被用者と使用者の關係に着目し労働契約準拠法を適用するものであると解される。

さらに、同様の見解を採用するものとして高林教授の見解が挙げられる。すなわち、高林教授によれば、「特許の場合も同じなのであって、権利を成立させるときにはそれぞれの国で登録を得なければなりません、発明を完成させることによって日本における特許を受ける権利というものを各別に取得したのでしょうか。そして、それは別に、観念的にいろいろな国の特許を受ける権利というものを同時に取得したというのでしょうか。出願手続きはそれぞれの国に別々にしなければならないけれども、特許を受ける権利とか、その帰属とかいうものは、従業員の雇用されているところの国の法律によって決するということで、職務著作の場合にも統一的に解釈すべきではないか」⁽⁵⁾と。したがって、高林教授によれば、職務著作においても職務発明と同様に労働契約準拠法を適用するものであるとの理解である。

また、同様の見解を採用するものとして、金准教授の見解が挙げられる。すなわち、金准教授によれば、まず「一般の著作権の帰属の問題か職務著作の著作権の帰属の問題かで分けて考え、職務著作に関しては、職務発明の場合のように、その法律關係を使用者と労働者間の問題として性質決定し、最も密接な關係を有する法として雇用契約の準拠法によるべきである。」⁽⁶⁾と。金准教授によれば、一般の著作物と職務上作成された著作物を区別し、後者に関して、その権利の帰属の問題には労働契約の準拠法が適用されるものとみてよい。

最後に、同様の見解を採用するものとして、木棚教授の見解が挙げられる。すなわち、木棚教授によれば、「むしろ、職務発明や職務著作などに関する使用者等と従業者等との関係は、私人間の関係としてみればその国における従業者の待遇とも係わり、国家の観点から見ればその国における従業者発明等の奨励に役立つようにする目的で制定されたものであるから、雇用契約その他の契約関係と密接不可分な関係があるので、これらの関係を支配する国の法によるべきであろう。」⁽⁷⁾と。したがって、木棚教授によれば、職務上創作された著作物の著作権の帰属に関して、産業的な側面に着目し私人間および国家の観点から、そして契約関係における目的を達成するという観点から労働契約準拠法を適用するものであると解される。

(2) 本源国法説

さらに、法例には、職務著作に関する規定がないとして条理によるとする見解がある。条理の内容として本源国法説を採用するものがある。

このような見解を採用するものとして、まず、土井教授の見解が挙げられる。すなわち、土井教授によれば「AがX国で、ある著作物を作ります。Aがベルヌ同盟の一国の国民であるか、または、同盟の一国でその著作物を最初に発行すると、その著作物について、日本を含め少なくとも155の同盟国で自動的にそれぞれの国で著作権が発生します。日本の著作権法の下でこのようにして発生した著作権について、だれが著作者であるか、まただれが著作権を所有するかは、著作物が作成された国の法によるのか、あるいは著作物の作成および利用に関与する当事者の契約に定めた準拠法によるのか。」という問題に対して、「日本を含む多くの国で同時に発生する著作権について、だれが著作権を所有するかは、著作物が作成された国または最初に発行された国の法によるべきだ。」⁽⁸⁾と。したがって、土井教授によれば、著作権の帰属の問題についてはベルヌ条約が抵触法規定を含んでいないとして、著作物の最初の発行地である本源国法が適用されるものであるとの理解である。

また、同様の見解を採用するものとして野一色教授の見解が挙げられる。すなわち、野一色教授によれば、「著作者が誰かは事実の問題であり著作者の権利の発生の起点である。著作権の移転の問題ではない。著作者が誰かを定める法は著作物創作地国である。国際条約により著作物は国際的広がりのもとに利用される。事実の一つである。著作者が誰であるかが準拠法によって異なる結果を生むことは避けたい。」⁽⁹⁾と。したがって、野一色教授によれば、ベルヌ条約の規定には触れず、著作物の著作権者が誰であるかは著作権の発

生の問題であり移転の問題とは区別し、著作物創作地国法(本源国法)を適用するものであると解されるものである。

第3節 「法適用通則法」下における議論状況

以下では著作権の帰属の準拠法に関する「法適用通則法」下における判例および学説を論じることとする。

第1款 「法適用通則法」下における判例

職務著作の準拠法に関する「法適用通則法」下における判例としては、(1)「DVD『中国の世界遺産』事件」東京地裁平成23年7月11日判決、(2)「ハワイの写真ブログ無断掲載事件」東京地裁平成24年12月21日判決、(3)「自衛隊ムック本事件」東京地裁平成25年3月25日判決が挙げられる。

(1)「DVD『中国の世界遺産』事件」 東京地裁平成23年7月11日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

著作権者たる中華人民共和国法人である国営放送局 X(控訴人)は、放送用として記録映画を製作した。当該記録映画を日本の株式会社 Y(被控訴人)が無断で複製又は翻案した。これに基づいて、著作権者 X は自身が著作権者であるとして、不法行為に基づく損害賠償請求を日本の裁判所に提起した。第一審では、本件請求が一部認容され、各敗訴部分の取消しを求めて X から Y に対して控訴された事案である。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

「1著作権法による保護と準拠法について

(1) 著作権法による保護

我が国と中華人民共和国は、文学及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約(以下『ベルヌ条約』という。)の同盟国であるところ、本件各原版は、中華人民共和国の国民が著作者であり、同国において最初に発行された著作物であると解されるから、同国を本国とし、同国の法令の定めるところにより保護されるとともに(ベルヌ条約2項(1)、3条(1)、5条(3))

(4)、我が国においても著作権法による保護を受ける(著作権法6条3号、ベルヌ条約5条(1))。また、ベルヌ条約14条の2(2)(a)は、映画の著作物について著作権を有する者を決定することは、保護が要求される同盟国の法令に定めるところによると規定する。) ……他方で、本件各原版については、その全体的形成に創作的に寄与した者(著作権法16条本文)は定かではない。しかしながら、中華人民共和国著作権法15条本文において、映画著作物の著作権は製作者が享有すると規定されており、映画製作に参加する者はその著作権が製作者に帰属することを認識して参加していると推認される上、参加約束なくして映画製作に関与するとは考え難いのであるから、本件各原版の全体的形成に創作的に寄与した者について参加約束があったものと認め、映画製作者である原告に本件各原版の著作権が帰属した(著作権法29条1項)と認めるのが相当である(著作権法6条3号、ベルヌ条約5条(1)、14条の2(2)(a)。)⁽¹⁰⁾と。

したがって、本判決の見解によれば、映画の著作権の帰属の準拠法に関しては、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとし、ベルヌ条約14条の2(2)項(a)号の規定により、保護国法たる日本法が適用されたものである。

(2) 「ハワイの写真ブログ無断掲載事件」 東京地裁平成24年12月21日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

原告Xは、職業写真家であり、ハワイ州に居住するアメリカ合衆国の国民である。原告Xは、ハワイの芸術品・美術品の販売のほか、写真のライセンス事業を業務とするハワイ州の法律に基づき設立された有限責任会社Aを営んでいる。旅行業Bを営む被告Yは、原告Xが著作権を、原告会社が独占的利用許諾権をそれぞれ有し、アメリカ合衆国で最初に発行された本件写真(1)「夕暮れのナパリ海岸(Napali Coast at Sunset)」および本件写真(2)「たそがれ時のサーファー(Picture of Surfer at Twilight)」について、被告Yがその運営するブログに無許諾で本件写真を掲載したことについて、不法行為に基づく損害賠償を求めた事案である。この点に関して、裁判所は、被告Yが、本件写真の利用について、その利用権原の有無についての確認を怠ったものであって、本件写真をダウンロードして複製したこと及びアップロードしてブログに掲載し公衆送信したこと(複製権及び公衆送信権の侵害)について、過失があると認められるとして、原告の請求を一部認容した事例である。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

「1 準拠法について

(1)本件では、本件写真の著作物性、著作者及び著作権者について争いがあるが、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『ベルヌ条約』という。)5条(2)によれば、著作物の保護の範囲は、専ら、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによるから、我が国における著作権の帰属や有無等については、我が国の著作権法を準拠法として判断すべきである。我が国とアメリカ合衆国は、ベルヌ条約の同盟国であるところ、本件写真は、アメリカ合衆国において最初に発行されたものと認められ(前提事実(2))、後記2のとおり、その著作物性と同国の国民である原告Aが著作者であることが認められるから、同国を本国とし、同国の法令の定めるところにより保護されるとともに(ベルヌ条約2条(1)、3条(1)、5条(3)(4))、我が国においても著作権法による保護を受ける(著作権法6条3号、ベルヌ条約5条(1))。』⁽¹¹⁾と。

したがって、本判決の見解によれば、一般の著作権の帰属の問題に関して、ベルヌ条約5条2項が著作権の帰属の問題にも適用され、保護国法たる日本法によるとの理解である。

(3)「自衛隊ムック本事件」 東京地裁平成25年3月25日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

原告Xはアメリカ合衆国で最初に制作した本件映画に係る著作権者である。被告Yは日本において自身の執筆した著書の中で本件映画の内容に関わる部分を含むような記述を行った。このような行為に基づいて、原告Xから被告Yに対して、その著者の一人である被告書籍中の被告執筆部分に、原告が制作した本件映画に係る原告の著作権(翻案権)又は著作者人格権(同一性保持権)を侵害する部分が含まれていると主張して、著作権法112条1項に基づき、被告書籍の出版等の差止めを求めるとともに、著作権又は著作者人格権侵害に基づく損害賠償を求め、また、著作権法115条の著作者としての名誉又は声望を回復するための適当な措置として、謝罪広告の掲載を求めた事案である。この点に関して、日本の裁判所は、本件映画の本件字幕部分と被告記述部分を対比すると、両者は訳文としての具体的表現において大きく異なるものであるから、訳語及び訳文の選択における原告の表

現上の工夫を被告記述部分から感得することはできず、両部分はその本質的特徴を異にするものであるというべきであるとして、原告の請求をいずれも棄却したものである。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

映画の著作物に関する著作権の帰属について、「なお、ベルヌ条約14条の2(2)(A)によれば、映画の著作物について著作権を有する者を決定することは、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによるとされるから、本件映画の著作権の帰属に関しても、我が国の著作権法により判断すべきこととなる。」⁽¹²⁾と。

したがって、本判決の見解によれば、映画の著作権の帰属の準拠法に関しては、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとし、ベルヌ条約14条の2(2)項(a)号の規定により、保護国法たる日本法が適用されたものである。

第2款 「法適用通則法」下における学説の議論状況

以下では、「法適用通則法」下における学説の議論状況を論じることとする。学説の見解は、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとする見解とベルヌ条約が抵触法規定を含まないとする見解とに大別される。前者を採用する見解としては、保護国法説が挙げられる。他方、後者を採用する見解としては、労働契約準拠法説、本源国法説、絶対的強行法規説、保護国法説が挙げられる。

1. ベルヌ条約が抵触法規定を含むとする見解

保護国法説

ベルヌ条約が抵触法規定を含むとして、保護国法を適用するとの見解が挙げられる。

このような見解を採用するものとして、道垣内教授の見解が挙げられる。すなわち、道垣内教授によれば、「これは、最初の著作者の決定の問題である。ベルヌ条約の解釈に関する保護国法準拠法説および法廷地著作権法説によれば、同条約に準拠法決定ルールがあるとされるのは、『映画の著作物について著作権を有する者を決定すること』(14条の2第2項(a))だけであるので、それ以外の問題について、他方、法廷地国際私法説および外人法説によれば、通則法に規定がない以上、著作権の原始的帰属に関するすべての問題について、それぞれ条理により準拠法を定める必要がある。条理の内容としては、保護国法によ

るとの見解、著作物の本源国法による見解、そして、特に職務著作や共同著作について雇用契約の準拠法や創作地法による見解、以上の3つの見解がありうる。保護国法による見解および著作物の本国法による見解の根拠は、(1)の著作権の発生・消滅についてのそれぞれの見解の根拠と同じである。これに対して、第3の見解は、著作物の創作行為に最も密接に関係する地の法によるべきであるとの一般論を立て、職務著作については雇用契約の準拠法によるし、共同著作については創作地法によるとする。その理由として、著作権の原始的帰属は、著作物を利用する第三者の問題というよりは、むしろ、使用者・被用者間の法律関係に関わる要素の方が大きいことが指摘され、また、共同著作については関係者の間で問題となる限り、創作行為に最も密接に関係する地の法によるべきであるとされている。そして、このような処理には一元的に著作者が決まるというメリットがあるとされる。裁判例としても、アメリカでの職務著作による日本の著作権の権利者については、『職務著作に関する規律は、その性質上、法人その他使用者と被用者の雇用関係の準拠法国における著作権法の職務著作に関する規定によるのが相当である』としたものがある。しかし、第3の見解に対しては、著作権の原始的帰属について、関係者の間での問題と第三者との関係で生じる問題とを分けることが可能なのか否か疑問である。おそらく、保護国法による見解が一般的であろう。この保護国法準拠法説によれば、たとえば、ライセンス契約等の場合には、対象となる国の著作権ごとに誰が最初の著作権者であるかを確認する必要があることになる。」⁽¹³⁾と。したがって、道垣内教授によれば、ベルヌ条約14条の2第2項(a)号が映画の著作権に関して保護国法による旨の規定を置き、この規定を抵触法規定であると解しているが、それ以外については通則法に規定が無いとして著作権の原始的帰属については条理により保護国法によるものとの理解である。

2. ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとする見解

ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとする見解には、(1) 労働契約準拠法説、(2) 本源国法説、(3) 絶対的強行法規説が挙げられる。

(1) 労働契約準拠法説

次に、ベルヌ条約が抵触法規定を含まず、法廷地国際私法により、労働契約準拠法を適用するとの見解が挙げられる。労働契約準拠法説は、職務上作成された著作物の著作権の帰属に関して、被用者と雇用者の関係に着目し、その性質上、通常の著作物の著作者が有

するのと同様の権利を被用者である著作者に帰属させるのではなく、雇用者の下で行った著作活動は雇用者側に帰属するものであるとして、「法適用通則法」下において労働契約準拠法を適用するものである。

まず、この見解を採用するものとして、金准教授の見解が挙げられる。すなわち、金准教授によれば、「権利の原始的取得の準拠法の問題と、雇用関係を前提にする職務発明および職務著作の準拠法の問題とを、性質決定の段階において明確かつ自覚的に区分することである。……職務発明および職務著作のように、雇用関係にある者が職務遂行の過程で発明または創作した場合の権利の帰属の場合は、属地主義が働く保護国法主義ではなく、雇用関係の問題として雇用関係と最も密接な関係を有する雇用契約の準拠法によるべきであろう。」⁽¹⁴⁾として、労働契約準拠法説を採用している。さらに、「日本の場合、通則法の規定の中に、かかる問題に対する客観的連結規定を設けていない以上、通則法12条の解釈によるしかない。」⁽¹⁵⁾と規定し、通則法12条の規定を適用している。また、「一方、サヴィニー的伝統的国際私法方法論においては、法廷地の絶対的強行法規は、準拠法と関係なく適用されることになるので、法廷地の職務発明および職務著作に関する規定が絶対的強行法規であると判断される場合は、当事者間について適用されることになる。」⁽¹⁶⁾と。したがって、金准教授によれば、職務著作及び職務発明の問題を、雇用関係の問題であるとして最密接関係地法たる労働契約準拠法を適用するものであると解されよう。

次に、同様の見解を採用するものとして山口講師の見解が挙げられる。すなわち、山口講師によれば、「この『雇用契約を規律する国の法』を準拠法とするということは、すなわち、法廷地国際私法に従って導き出された、従業員・使用者間の雇用契約を規律するための準拠法を、当該著作物に係る著作物の原始的所有者を特定するために代用するということを意味しよう。つまり、我が国においては、通則法7条、12条に従い、準拠法を決定するということになろう。その場合、同法12条1項、すなわち、労働者保護のための第三国の強行規定の実施を認める規定の適用可否が問題となるが、その答えがいずれになるにせよ、それを明示する規定を別途設置する必要がある。……したがって、このような憂慮がある以上、現時点での私見としては、『雇用関係に基づき(従業員によって)創作された著作物』については、『保護国法』以外を準拠法とする例外規定を設置するという選択肢もないわけではないということを指摘するにとどめたい。」⁽¹⁷⁾と。したがって、山口講師によれば、著作物の権利の帰属に関する準拠法の問題を著作物の原始的所有者の問題であると

して、「代用する」という表現を用いて、『雇用契約を規律する国の法』への連結を示唆している。すなわち、労働契約準拠法を適用することに好意的であるとの理解である。

最後に、同様の見解を採用するものとして、村上研究員の見解が挙げられる。すなわち、村上研究員によれば、「通則法は職務著作に関する特別な規定を有しないので、準拠法の決定は解釈にゆだねられる。職務著作の準拠法は労働契約準拠法によるとすると、労働契約に関する特則(12条)の導入は、職務著作の準拠法の決定方法に変化をもたらすであろう。法例から通則法への改正が職務著作の準拠法の決定に及ぼす影響を明らかにするためには、この問題が労働契約準拠法によるか、そもそも保護国法によるかを決定しなければならない。著作権の帰属は、その存在だけでなくその内容からも切り離せないとして、保護国法説が伝統的に支持されてきた。しかし、(i)著作物の多数性、(ii)公示・登録の不存在、そして(iii)著作権の利用形態という三つの観点からすると、各国の著作権の帰属主体をばらばらに決定する保護国法説には賛成しがたい。労働契約準拠法により、各国の著作権の帰属主体を一元的に決定すべきであると考えられる。職務著作の準拠法は労働契約準拠法によるとすると、通則法の枠組みにおいては12条の規定が適用され労働者に対して最密接関係地法中の強行規定による保護が保障されよう。……雇用の過程において創作された著作物に関わる著作権の原始的帰属は労働契約準拠法によると解される。通則法の枠組みにおいては、12条の規定により準拠法が決定されよう。法改正により、準拠法決定ルールは法例7条から通則法12条に変化することとなる。」⁽¹⁸⁾と。したがって、村上研究員によれば、職務著作の準拠法は、労働契約準拠法であるとして、通則法12条が適用されるものと理解されよう。

(2) 本源国法説

さらに、ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとして、法廷地国際私法により本源国法を適用するとの見解が挙げられる(ここで挙げる本源国法説は筆者の見解として主張している本源国法説とは異なる)。この見解を採用するものとして、木棚教授の見解が挙げられる。すなわち、木棚教授によれば、「筆者は、著作権の最初の帰属者の決定を容易にし、著作物の活用を促進する立場からも本源国法により、一元的に決定するほうが妥当である。ベルヌ条約5条2項の『保護が要求される同盟国の法令』は、筆者の見解からすれば、抵触規定を含む法廷地の法例を意味するにすぎない。そうとすれば、映画の著作権に関するベルヌ条約14条の2、2項(a)『映画の著作物について著作権を有するものを決定することは保護

が要求される同盟国の法令に定めるところによる』とする規定は、前述の意味における保護国法の適用を指定する抵触規定を含むものではなく、法廷地となった同盟国の抵触規定を含む全法秩序に委ねるという意味になる。日本が法廷地となる場合において、映画の著作物の著作権の帰属を本源国法により決定するのが日本の国際私法原則として妥当であるとするれば、ベルヌ条約14条の2、2項(a)の規定によっても著作物の本源国法により得ることになる。判旨のこの部分では『保護が要求される同盟国の法令』の意義について明確には言及されていない点で疑問がある。」⁽¹⁹⁾と。また、木棚教授によれば、別の論文においても同様の見解を採用している。すなわち、「著作権の最初の帰属者の決定を容易にし、著作物の活用を促進する立場からも、本源国法により、一元的に決定するほうが妥当である」と考える。……ベルヌ条約上の『保護が要求される同盟国の法令』(5条2項)は、筆者の見解からすれば、抵触規定を含む法廷地の法令を意味するにすぎない。そうとすれば、日本が法廷地となる場合において映画の著作物の著作権の帰属を本源国法により決定するのが日本の国際私法原則として妥当であるとするれば、ベルヌ条約14条の2(2)(a)の規定によっても著作物の本源国法により得ることになる。」⁽²⁰⁾と。したがって、木棚教授によれば、ベルヌ条約は抵触法規定を含まないとして、法廷地国際私法により、条理によって、本源国法によるものとの理解である。

(3) 絶対的強行法規説

続いて、著作権法29条1項を絶対的強行法規と考える見解が挙げられる。この見解を採用するものとして横溝教授の見解が挙げられる。すなわち、横溝教授によれば、「この点につき、筆者は、『保護が要求される同盟国の法令』という文言の文言解釈、ベルヌ条約内での整合性、1908年改正の経緯等から、ベルヌ条約にいう『保護が要求される同盟国の法令』は法廷地法を意味するが、同条約は各国が自国の抵触法上進んで外国法を適用することを否定するものではないという見解を既に示しており、このことは14条の2第2項(a)についても当てはまると考える。そこで次に、著作権の原始的帰属という問題につき、我が国抵触法が如何に処理しているかが問題となる。……著作権の原始的帰属に関する法規は、創作に関わる者のインセンティブや労働条件に影響を及ぼすという意味で、国家の文化政策の非常に重要な部分を構成しており、抵触法上は準拠法選択に拘わらず通常常に適用される強行的適用法規と見做すことができる。そこで、我が国著作権法16条や29条1項は、我が国における著作権の原始的帰属が問題となる場合に、常に適用されると考えるべきであ

ろう。」⁽²¹⁾とし、「ところで、複数の法秩序間で法律関係を整合させるのは抵触法の役割であり、準拠法選択には、各国実質法の相違の大小に拘わらず法律関係を整合させることができるという利点がある。そこで、もし本件において裁判所が日中間での本件各原版についての著作権者の同一性に配慮するのであれば、寧ろ、ベルヌ条約14条の2第2項(a)が準拠法選択規則であることを否定した上で、著作権の原始的帰属につき本(源)国法主義を条理により採用し、準拠法選択の方法により正面から中国法を選択・適用すべきであつたらう。だが、前述の通り、著作権法29条1項が我が国の文化政策を体現する強行的適用法規であることからすれば、そもそも本件について映画著作物の原始的帰属につき、日中2国間で著作権者の同一性に配慮することには疑問がある。本判決は、同様の結論を導くとしても、2国間における法律関係の整合性を前面に出した解釈によるのではなく、例えば、29条1項にいう参加約束を参加するという単なる意思の表明と見做す通説的見解を採用し、『参加約束なくして映画製作に関与するとは考え難い』として、当該既定の趣旨・目的のみに基づいた解釈によるべきだつたのではないだろうか。」⁽²²⁾と。したがって、横溝教授の見解によれば、日本の著作権法16条や29条1項は、我が国における著作権の原始的帰属が問題となる場合に、常に適用されると考えるべきであり当該既定を絶対的強行法規と捉えるものであると解される。

(4) 保護国法説

ベルヌ条約が職務著作に関する準拠法の規定を含んでいないとして法廷地国際私法により保護国法を適用するとする見解を採用するものとして山口講師の見解が挙げられる。すなわち、山口講師によれば、まず、ベルヌ条約が職務著作に関する準拠法規定を含んでいないことを明らかにするにあたって、「ベルヌ条約はそもそも著作物をどのように保護するかということに主として焦点を当て、誰が保護されるかということに関してほとんど手引を示していないことから、この事実を考慮して、映画以外の著作物の原始的著作権者の問題に関しては条約上、規定が欠缺していると素直に捉えるのが適切であると思われる。したがって、わが国が遵守すべき統一国際私法は、少なくとも映画の著作物以外の著作物に係る著作権の原始的帰属については存在せず、よって、この法律関係は国内国際私法による解決に委ねられているとすることができよう。」⁽²³⁾と述べている。したがって、山口講師によれば、ベルヌ条約は映画以外の著作物の原始的帰属(職務著作を含む)についての準拠法に関する抵触法規定を含んでいないと解される。さらに、職務著作の準拠法に関し

ては、保護国法主義を採用するにあたって次のように述べている。すなわち、「思うに、著作物が世界中で利用されうるということは事実であるから、保護国法を当該準拠法にしたとしても、著作権者の予測可能性を損なうことにはならないのではないかと思われる。むしろ、保護国法によれば、被用者、法人その他使用者、著作物の利用を望む第三者の予測可能性を公平に確保することができるのではないだろうか。そのため、本法律関係の準拠法を保護国法とすることは私人間の国際私法上の利益に適い、また、実質法上の法政策ではあるが、わが国の著作権法の目的、すなわち、著作権等を保護しつつ、著作物等の公正な利用を確保することにより文化の発展を目指す(同法1条)という姿勢に沿うものではないかと思科する。」⁽²⁴⁾と。したがって、山口講師によれば、職務著作の準拠法に関して、条理によって保護国法を適用するものであると解される。

第5節 総括的考察

以上では、日本における判例および学説の見解を整理してきた。このような議論状況の下、以下では、職務著作の準拠法の探求に当たり、各国の法制度の内容がどのような制度を採用しているのかを整理し、比較実質法的考察の結果に基づいて、総括的考察および事例の検討を行っていきたい。

各国の法制度によれば、職務著作の概念が存在する国と存在しない国とに分けられる。まず、前者に属するアメリカにおいては、著作権法の中に職務著作に関する規定を置き、使用者に著作権が帰属する旨を規定している。また、イギリスにおいても、同様に著作権法の中で職務著作に関する規定を置き、反対の定めのない限り使用者に著作権が帰属するとされている。次に、後者に属するフランスにおいては、職務著作の概念はなく創作者が原始取得するとされている。さらに、ドイツにおいても、職務著作の規定はなく創作者が著作権を原始的に取得するものであるとされている。最後に、日本は前者のグループに属し、著作権法の中に職務著作の規定を置き別段の規定がない限り使用者が著作権を取得するとしている⁽²⁵⁾。

以下の表は、上記の比較実質法的考察を基に筆者が作成したものである。

	アメリカ	イギリス	フランス	ドイツ	日本
職務著作の規定	著作権法の中で規定	著作権法の中で規定	職務著作の概念が存在	職務著作の概念が存在	著作権法の中で規定

			しない	しない	
著作権の帰属者	著作者に帰属		創作者に原始的に帰属	創作者に原始的に帰属	
職務上作成された著作物の著作権の帰属		反対の定めのない限り使用者に帰属			別段の定めのない限り使用者に帰属

このように各国の法制度を見てみると、職務著作の概念が存在する国においても職務著作は一般の著作権に関する問題として捉えられていると考えられる。したがって、職務著作の問題はいずれの国においても著作権の問題として捉えられ⁽²⁶⁾、創作者の利益が最優先に保護されるよう構成されているのである。すなわち、このような比較実質法の観点からも、職務著作という独立した単位法律関係の下で考えていないのであり、著作権自体の準拠法によるべきであり労働契約準拠法によるのは妥当でないように思われる。この点に関して、労働契約準拠法説によれば、「法適用通則法」12条が規定する労働契約準拠法が適用されるが、この規定によるならば、職務発明の場合について、当事者が選択した国の法であれ、労働提供地法であれ、創作者たる労働者が労働契約締結以前に準拠法を予測できず創作者である労働者の利益の保護が確保されない結果となろう。さらに、各国においては原則として創作者に著作権が帰属し、職務著作に該当する場合には例外的に使用者に著作権が帰属するという制度が採用されている。以上のような比較実質法に基づく考察の結果を国際私法においても重視するならば次のように考えられるであろう。すなわち、国際私法においても同様に職務著作の問題を著作権自体の問題であるとして性質決定し、本源国法主義により著作者の権利を保護し、さらに、同時に使用者の利益をも保護するために当該権利を内国民待遇の原則によって制限することになる。したがって、著作権自体の問題と考え、権利の享有について本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによれば、創作者は自分で発行地を選択することができ、そのことを以て著作権者としては自分の利益になるような地を選択することができるので著作者の利益を担保する

ことができる。同時に、効力についての内国民待遇の原則によって、内国における使用者は自国の法律の内容に留意して行動していればよいので、使用者の利益の保護をも担保できるといえる。このように考えるならば、職務著作という独自の単位法律関係を設定する必要はないものと言わざるを得ない。さらに、著作権自体の問題であると性質決定した場合には、学説は、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとする見解と、ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとする見解とに分かれる。前者は、保護国法説であり、後者は、条理説である。条理説はさらに、保護国法説と本源国法説とに分けられる。なお、保護国法説は、利用行為者の利益保護を念頭に置いているものであると考えられる。この説は、ベルヌ条約が規定する映画の著作物に関する著作権者の決定に関して14条の2第2項(a)号を抵触法規定であると解するが、それ以外については法の欠缺があるとして条理により保護国法によるとする。しかし、この規定は内国民待遇の原則を定めた外人法規定であり、著作権の帰属に関する準拠法を決定するものではない。

以下では、以上の結論を具体的な事例にあてはめて考察していこう。

【設例1】

A 国人 X は X のデザインしたマスコットを A 国法人 Y 社の出版する雑誌に掲載した。当該掲載は日本において Y 社が費用を負担して掲載されたものである。その後、A 国法人 Y 社は日本において Z 社の出版する雑誌に当該マスコットを掲載し出版した。なお、A 国人 X は Y 社と労働契約を締結している。

このような事情の下で、A 国人 X は A 国法人 Y が Z 社の出版する雑誌において当該マスコットを掲載した行為について日本の裁判所に対して X に帰属する著作権に基づいて、侵害行為の差止請求および損害賠償訴訟を提起した。

このような著作権侵害に基づく差止請求および損害賠償請求を論じる場合には、その先決問題として著作権の帰属が問題となる。すなわち、職務上作成された著作物についての権利の帰属(原始的所有者)の確定についていずれの国の法によるべきかということが問題となり、いずれの国の法によって権利の帰属が判断されるべきかが問題となる。

職務著作についての準拠法の決定に関しては、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによるものである。なぜならば、職務著作の問題は、労働契約の一側面として考えられるものではなく、著作権の帰属の問題と考えられ、ベルヌ条約の適用範囲内の問題であるとして、著作権自体の準拠法によるものであるからである。そして、

第1章において論じてきたように、ベルヌ条約は著作権侵害に関する抵触法規定を含んでおり、著作権侵害の先決問題である著作権の帰属の準拠法に関しても当然に抵触法規定を含んでいるものと考えられる。ベルヌ条約14条の2(2)項(a)号によれば、「映画の著作物について著作権を有する者を決定することは、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる」と規定され、本規定は抵触法規定ではなく、外人法規定である。したがって、本源国法主義を前提として、内国における外国著作物の保護が問題となる場合には、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせにより、結果的には本源国法と内国法との累積的適用になる。なお、発行著作物については当該著作物が最初に発行された国が著作物の本国となる(ベルヌ条約5条4項(a)号)。

本件の場合には、ベルヌ条約が職務著作の準拠法に関する抵触法規定を含んでいるとして、本源国法主義により、当該著作物は発行著作物であるので、最初の発行地であるA国が著作物の本国となる。ここで、A国法上、職務上作成された著作物の著作権が誰に帰属するのかをA国法によって判断することになる。A国は職務著作の概念が存在しない国で創作者主義を採用している国である。他方、日本においては、職務上作成する著作物の著作者は、その作成の時にける契約、勤務規則その他に別段の定めがない限り法人等に帰属する(著作権法15条)。

したがって、著作物の本国法たるA国法の要件を満たしていれば権利が成立しA国が本源国となる。そして、A国法上Xに権利が帰属する。Xがこの権利を日本で行使するためには同時に日本法の要件も満たさなければならない。日本の著作権法15条の規定により、XとYとの間でXに権利が帰属する旨の契約を締結するか勤務規則においてその旨を定めておかない限りYに権利が帰属することになる。したがって、XとYとの間にXに権利が帰属する旨の別段の定めがあればXに権利が帰属することになり、XはYに対して著作権侵害に基づく差止請求および損害賠償請求を行うことができる。

これに対して、別段の定めがなければYに権利が帰属することになり、XはYに対して著作権侵害に基づく差止請求および損害賠償請求を行うことができない。

【設例2】

A国人Xは日本法人Y会社の出版する雑誌に自身のデザインしたマスコットをY社が日本において費用負担して掲載した。(A国人XはY社と労働契約を締結している。)

日本法人Y社はA国においてZの出版する雑誌に当該マスコットを掲載し出版した。

これに対して、A 国人 X は日本の裁判所に自身に帰属する著作権に基づいて、侵害行為の差止請求および損害賠償訴訟を提起した。

本件は【設例1】掲げた事例と逆の事例である。内国著作物が外国で侵害され日本が法廷地となった場合である。この場合の職務著作についての準拠法の決定に関しては、発行著作物については当該著作物が最初に発行された国である日本が著作物の本国となり（ベルヌ条約5条4項(a)号）、本源国法主義によれば、日本で権利が成立すれば、日本の著作権法の規定による。日本の著作権は職務上作成する著作物の著作者は、その作成の時にける契約、勤務規則その他に別段の定めがない限り法人等に帰属する（著作権法15条）。

したがって、著作物の本国法たる日本法の要件を満たしていれば権利が成立し日本が本源国となる。そして、日本法の要件を満たせば X に権利が帰属する。日本の著作権法15条の規定により、X と Y との間で X に権利が帰属する旨の契約を締結するか勤務規則においてその旨を定めておかない限り Y に権利が帰属することになる。したがって、X と Y との間に X に権利が帰属する旨の別段の定めがあれば X に権利が帰属することになり、X は Y に対して著作権侵害に基づく差止請求および損害賠償請求を行うことができる。

なお、同盟三国間に跨る場合にはベルヌ条約の適用範囲外として、例えば、A 国において成立した著作権の効力は B 国には及ばないという権利の効力についての属地主義によることになる。例えば、同盟国たる A 国は職務著作の概念が存在しない国で創作者主義を採用し、他方、同盟国たる B 国は職務著作の概念が存在する国で当事者による別段の合意がない限り使用者に権利が帰属する国であるとしよう。そして、創作者たる労働者 X が A 国において最初に発行した著作物を使用者たる Y が B 国において利用（例えば、複製・出版）し、X が Y に対して著作権侵害に基づく差止請求権および損害賠償請求訴訟を日本の裁判所に提起したとしよう。この場合には、最初の発行地国たる A 国が著作物の本国となり（ベルヌ条約5条4項(a)号）、B 国が利用行為地国となる。そして、X が著作物の本国法たる A 国法の実質的成立要件を満たせば A 国が本源国となり、本源国法たる A 国法により（本源国法主義）、創作者たる X に権利が帰属することになる。しかし、同盟三国（A 国・B 国・日本）間に跨る場合には B 国は外国であるから「効力についての内国民待遇の原則」は適用されず、その権利の効力が利用行為地国たる B 国に及ぶことはなく（属地主義）、B 国においては創作者たる X に権利は帰属せず、X は B 国においては権利を享有・行使することはできない。したがって、X の Y に対する著作権侵害に基づく差止請求および損害賠償請求は認められない。

第6節 おわりに

「著作権の帰属の準拠法」について、第1部「国際著作権法」の「はじめに」において挙げた事例の(1)を基に論じてきた。著作権の譲渡や侵害の準拠法の問題を論じるにあたり、そもそも著作権者として設定してあるX自身が真の著作権者であるのかどうかといった問題が著作権の準拠法決定の先決問題となるからである。

すなわち、職務上作成された著作物についての権利の帰属（原始的所有者）の確定が問題となり、いずれの国の法によって権利の帰属が判断されるべきかといった問題が著作権侵害の準拠法を決定する上での先決問題となる。

まず、職務著作の準拠法に関する「法例」下における判例としては、「キューピー事件」（東京高裁平成13年5月30日）判決が挙げられる。次に、職務著作の準拠法に関する「法適用通則法」下における判例としては、(1)「DVD『中国の世界遺産』事件」（東京地裁平成23年7月11日判決）、(2)「ハワイの写真ブログ無断掲載事件」（東京地裁平成24年12月21日判決）、(3)「自衛隊ムック本事件」東京地裁平成25年3月25日判決が挙げられる。以上に上げた判例の見解としては、職務著作の問題と雇用契約の問題であると性質決定し、ベルヌ条約が職務著作の準拠法に関する抵触法規定を含んでいないとして、労働契約準拠法説によるものであるとするものである。

さらに、職務著作の準拠法に関する「法例」下における学説の見解としては、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとする見解と、ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとする見解とに分かれる。前者は、保護国法説であり、後者は、労働契約準拠法説と本源国法説とに分けられる。また、職務著作の準拠法に関する「法適用通則法」下における学説の見解は、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとする見解と、ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとする見解とに分かれる。前者は、保護国法説であり、後者は、労働契約準拠法説、本源国法説、絶対的強行法規説、保護国法説とに分けられる。この点に関して、通説は、職務著作の準拠法の決定の問題を著作権自体の問題であると性質決定し、ベルヌ条約が職務著作の準拠法に関する抵触法規定を含むものであるとして、保護国法説を採用している。これに対して、労働契約準拠法によれば、通則法12条の規定が適用される。

このような状況の下、私見によれば、著作権の帰属の準拠法については、ベルヌ条約の歴史的考察の結果から導かれた原則である「本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせ」によるという見解を採用するものである。この見解に立つならば、

使用者と被用者の双方の利益の保護を実現するような法的に妥当な結論を導くことができるのである。例えば、外国人によって職務上創作された著作物の著作権が日本で日本人によって侵害された場合に、当該著作物の著作権が外国人著作者に帰属するのか、あるいはその使用者である会社に帰属するのかといった問題が、著作権侵害の準拠法決定の問題を考えるにあつての先決問題となる。この様な問題の解決にあたっては、職務著作を独立した単位法律関係として捉えるのではなく、著作権自体の問題として、ひいては権利の享有の問題として捉えるべきである。この根拠となる規定は、ベルヌ条約14条の2第2項(a)号「映画の著作物について著作権を有する者を決定することは、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる。」という規定から導かれる。本規定は、保護国法説の採用するような抵触法規定ではなく、内国にいる外国人に適用される外人法の規定であるため、権利の帰属については内国民待遇の原則によるとする旨を定めたものであると考えられる。したがって、職務発明の準拠法の決定に関しては、ベルヌ条約が抵触法規定を含み、本源国法主義と権利の帰属についての内国民待遇の原則との組み合わせによるものと考えられ、結果的には、本源国法と日本法との累積的適用となるのである。

このように第2章では、職務著作の準拠法について論じてきた。続く第3章においては、著作権譲渡の準拠法について論じていこう。このテーマに関してもベルヌ条約が抵触法規定を含みベルヌ条約の構造から導かれる原則が妥当するのであろうか。この点に関して以下で、さらに検討することにした。

(1) 判例時報 1797 号 143 頁参照。

(2) 稲垣佳典「著作権譲渡及び職務著作をめぐる国際法的適用関係」知的財産研究法政策学研究 Vol. 5(2005 年)66 頁。

(3) 森田博志「1913 年米国内発行著作物の職務著作・我が国著作権譲渡等の準拠法」ジュリスト 1248 号(2003 年)147-148 頁。

(4) 田村善之『著作権法概説(第 2 版)』有斐閣(2001 年 11 月)565 頁参照。

(5) 高林龍「職務著作と職務発明」コピーライト 504 号(2003 年)11 頁。

(6) 金彦叔『知的財産権と国際私法』中山信弘編 財団法人 知的財産研究所 信山社 (2006 年 9 月)170 頁。

(7) 木棚照一『国際知的財産法』日本評論社(2009 年)478 頁。

(8) 土井輝生「著作活動と発明活動をめぐる雇用関係の準拠法」コピーライト(2004 年)1 頁。

-
- (9) 野一色勲「キューピーの人形等を複製頒布した被告らの行為が先に発行された別のキューピー人形のイラストを原著作物としてこれを立体的に表現した点において創作性を有する二次的著作物の著作権を侵害しないとされた事例」 発明 Vol. 100[2003]137 頁。
- (10) TKC 法律情報データベース 文献番号 25444309、TKC 法律情報データベース 文献番号 25443793
- (11) TKC 法律情報データベース 文献番号 25445207
- (12) TKC 法律情報データベース 文献番号 25445635
- (13) 道垣内正人「知的財産権」『注釈国際私法 第1巻 法の適用に関する通則法 § § 1～2 3』 櫻田嘉章・道垣内正人 640-642 頁。
- (14) 金彦叔『国際知的財産権保護と法の抵触』 信山社(2011年)228-229 頁。
- (15) 金・前掲注(14)230 頁。
- (16) 金・前掲注(14)231 頁。
- (17) 山口敦子「著作権の原始的所有者を特定するための準拠法」『法と政治』 関西学院大学法学会編(2011年)61巻4号 297-298 頁。
- (18) 村上愛「国際的な職務発明・職務著作紛争の国際裁判管轄及び準拠法」 知財研紀要(2010年)6 頁。
- (19) 木棚照一「映画著作物の著作権侵害を理由とする中国法人からの損害賠償請求等に関する事例(判例評釈164)」 知的財産権法判例研究会 発明 110 巻3号(2013年3月)55 頁。
- (20) 木棚照一「中国法人からの著作物の著作権侵害を理由とする損害賠償請求と映画の著作物に関する著作権の帰属」 ジュリスト No. 1446(2012年10月)124 頁。
- (21) 横溝大「中国で製作された映画著作物についての日本での著作権の帰属」 TKC ローライブラリー(新・判例解説 Watch 国際私法 No. 10) <https://www.lawlibrary.jp/index.html> (2013年1月)3 頁。
- (22) 横溝・前掲注(21)4 頁。
- (23) 山口敦子「雇用関係の中で創作された著作物の原始的著作権者の準拠法」『国際私法年報14』(2012年)102頁。
- (24) 山口・前掲注(23)112頁。
- (25) 駒田泰土「職務著作の準拠法」 知的財産法政策学研究 Vol. 5(2005年)31-32 頁。駒田教授の見解によれば、「現段階でベターであると筆者が考えるのは、職務創作をめぐる基本的法律関係につき一国の法に連結して一元的にこれを規律することである。この観点から、

職務発明・職務著作ともに労務給付地法の規定を適用する案、職務発明は労務給付地法によるが、職務著作に関しては本源国法による案を試案として提示してみた。そして、わが職務創作規定の適用に当たっては、外国の権利ないし外国での事案を読み込めないと解する理由はないと論じた。」(同「第5章 職務創作の抵触法的規律」大阪大学法政実務連携センター編『企業活動における知的財産』大阪大学出版会(2006年)163頁)と。

⁽²⁶⁾ 駒田・前掲注(25)31-33頁。

第3章 著作権譲渡の準拠法

第3章においては、著作権譲渡の準拠法について論じていくことにする。

第1節 はじめに

ベルヌ条約の加盟国であるA国においてA国人甲によって著作物が最初に発行された。本件著作物の著作権について甲と日本人Xとの間で譲渡契約が締結され、その履行行為としてXに著作権が譲渡された。その後、この著作権が甲により日本にいる日本人Yにも二重に譲渡された。なお、A国法によれば、著作権移転の対抗要件として登録が要求されている。このような事例の下で、まず、XはYに対して、有効に著作権が譲渡されたものとして自己の著作権に基づきYに対して著作権侵害に基づく差止請求および損害賠償請求を提起することができるのであろうか。このような問題に関して、従来は判例および学説において次のような見解が提唱されている。

まず、一方では、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)を区別し、前者については契約準拠法により、後者については著作権の準拠法による見解がある。この見解は、さらに、①物権的法律行為については著作権の準拠法として保護国法を適用し、その根拠をベルヌ条約5条2項に求める見解、②物権的法律行為については著作権の準拠法により、その根拠をベルヌ条約上の属地主義に求める見解、③物権的法律行為については著作権の準拠法により、その根拠をベルヌ条約に求めない見解(法廷地国際私法説)に分類される。他方では、債権的法律行為(原因行為たる譲渡行為)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とを区別しない見解として、契約準拠法説による見解が挙げられる。以下では、このような議論状況の下で、著作権譲渡の準拠法をどのよう

に決定すべきかを、上記の判例及び学説を整理・検討し、具体的な事例に基づいて論じていきたい。

第2節 「法例」下における議論状況

以下では、著作権譲渡の準拠法に関する「法例」下における判例および学説の見解を論じることとする。

第1款 「法例」下における判例

著作権譲渡の準拠法に関する「法例」下における判例としては、(1)「キューピー事件」(東京地裁平成11年11月17日判決)、(2)「キューピー事件」(東京高裁平成13年5月30日判決)、(3)「ダリ展覧会事件」(東京高裁平成15年5月28日判決)、(4)「ケネス・ハワード『Von Dutch』事件」(知財高裁平成19年10月26日判決)、(5)「中国ドラマCS デジタル放送事件」(東京地裁平成21年4月30日判決)、(6)「KOMCA 著作権信託契約事件」(東京地裁平成24年5月31日判決)が挙げられる。

(1) 「キューピー事件」 東京地裁平成11年11月17日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

外国人甲が外国で最初に作成した著作物の著作権について、日本人 X(原告)は甲から著作権の譲渡を受けた。その後、日本で日本の Y 株式会社(被告)が当該著作物に非常によく似た著作物を自社のマスコットとして X に無断で使用した。このような Y の利用行為に対して、X は甲から譲り受けた著作物の著作権に基づいて、行為の差止および損害賠償を請求し、原審では原告の請求がいずれも棄却された事案である。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

著作権譲渡の準拠法の決定に関して、「(1)相続人が、その相続に係る不動産持分について、第三者に対してした処分に権利移転の効果が生ずるかどうかという問題に適用されるべき法律は、法例10条2項により、その原因である事実の完成した当時における目的物の所在地法であって、相続の準拠法ではないことは、判例とするところであるから、本件著作

権の譲渡は、アメリカ合衆国国民であり同国ミズーリ州において死亡した亡ローズ・オニールの相続財産の処分ではあるけれども、本件著作権の譲渡について適用されるべき準拠法は、相続の準拠法として同州法とされるべきでないことは、上記判例の趣旨からも明らかである。そして、著作権の譲渡について適用されるべき準拠法を決定するに当たっては、譲渡の原因関係である契約等の債権行為と、目的である著作権の物権類似の支配関係の変動とを区別し、それぞれの法律関係について別個に準拠法を決定すべきである。」として、著作権譲渡について、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と、物権的法律行為(著作権の移転行為)とを区別している。一方で、前者については、「まず、著作権の譲渡の原因である債権行為に適用されるべき準拠法について判断する。いわゆる国際仲裁における仲裁契約の成立および効力については、法例7条1項により、第一次的には当事者の意思に従ってその準拠法が定められるべきものと解するのが相当であり、仲裁契約中で上記準拠法について明示の合意がされていない場合であっても、主たる契約の内容その他諸般の事情に照らし、当事者による黙示の準拠法の合意があると認められるときには、これによるべきものとされている。著作権移転の原因行為である譲渡契約の成立および効力について適用されるべき準拠法は、法律行為の準拠法一般について規定する法例7条1項により、第一次的には当事者の意思に従うべきところ、著作権譲渡契約中でその準拠法について明示の合意がされていない場合であっても、契約の内容、当事者、目的物その他諸般の事情に照らし、当事者による黙示の準拠法の合意があると認められるときには、これによるべきである。控訴人の主張する本件著作権の譲渡契約は、アメリカ合衆国ミズーリ州法に基づいて設立された遺産財団が、我が国国民である控訴人に対し、我が国国内において効力を有する本件著作権を譲渡するというものであるから、同契約中で準拠法について明示の合意がされたことが明らかでない本件においては、我が国の法令を準拠法とする旨の黙示の合意が成立したものと推認するのが相当である。」と。したがって、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)についてはベルヌ条約が抵触法規定を含んでいないとして法廷地国際私法により契約準拠法(法例7条)を適用するものであると解される。他方、後者については、「次に、著作権の物権類似の支配得喪の要件等は、目的物の所在地の法令を準拠法とすべきものとされ、法例10条は、その趣旨に基づくものであるが、その理由は、物権が物の直接的利用に関する権利であり、第三者に対する排他的効力を有することから、そのような権利関係については、目的物の所在地の法令を適用することが最も自然であり、権利の目的の達成および第三者の利益保護という要請に最も適合することにあると解される。著作権は、

その権利の内容および効力がこれを保護する国(以下『保護国』という。)の法令によって定められ、また、著作物の利用について第三者に対する排他的効力を有するから、物権の得喪について所在地法が適用されるのと同様の理由により、著作権という物権類似の支配関係の変動については、保護国の法令が準拠法となるものと解するのが相当である。そうすると、本件著作権の物権類似の支配関係の変動については、保護国である我が国の法令が準拠法となるから、著作権の移転の効力が原因となる譲渡契約の締結により直ちに生ずるとされている我が国の法令の下においては、上記の本件著作権譲渡契約が締結されたことにより、本件著作権は遺産財団から控訴人に移転したものであるべきである。」と。すなわち、物権的法律行為(著作権の移転行為)については、物権準拠法(法例10条)を類推適用すると解される。さらに、本件著作権の第三者への譲渡については次のように述べている。すなわち、「遺産財団から控訴人に対する本件著作権譲渡による物権類似の支配関係の変動については、本件著作権の保護国である我が国の法令が準拠法となるから、本件著作権について、ジョゼフ・カラスに対する譲渡と控訴人に対する譲渡とが二重譲渡の関係に立つにすぎず、控訴人に対する本件著作権の移転が効力を失うものではない。我が国著作権法上、被控訴人は、本件著作権について、譲渡を受け、または利用許諾を受けるなど、控訴人が本件著作権譲渡の対抗要件を欠くことを主張し得る法律上の利害関係を有しないから、控訴人は、被控訴人に対し、対抗要件の具備を問うまでもなく、本件著作権を行使することができる。なお、本件著作権譲渡の法律効果について我が国著作権法が適用されるということは、著作権譲渡の対抗要件についても同様であることを意味するところ、控訴人は、遺産財団から本件著作権の譲渡を受けたことについて、我が国著作権法77条1号に基づく著作権の登録申請手続を行い、平成10年8月25日に登録を受けた結果(甲39)、上記対抗要件を具備していることは上記2(1)認定のとおりであるから、この点においても、被控訴人の主張は理由がない」⁽¹⁾として、著作権譲渡の対抗要件(著作権の効力)についても保護国法である日本法を適用している。

したがって、本判決の見解によれば、著作権の譲渡の準拠法の決定に関しては、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とを区別するものである。前者については、法例7条1項を適用し、同条1項に基づいて、当事者自治の原則により、当事者による準拠法選択が行われていたかどうかの判定の場合には、明示の意思表示のみならず黙示の意思表示をも含めるものであると解される。この点に関して、本件の場合には、日本法を準拠法とする旨の黙示的合意があったものと認定している。これに対

して、後者については、ベルヌ条約が抵触法規定含むものではなく、法廷地の国際私法により、物権準拠法の類推適用を行っている。その場合に、法例10条の類推適用に基づいて目的物所在地を保護国と解し、本件においては、保護国法たる日本法を適用するものとの理解である。

(2) 「キューピー事件」 東京高裁平成13年5月30日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

原審において、外国人甲が外国で最初に作成した著作物の著作権について、日本人控訴人 X(一審原告)が甲から著作権の譲渡を受けた。その後、日本で日本の被控訴人 Y 株式会社(一審被告)が当該著作物に非常によく似た著作物を自社のマスコットとして X に無断で使用した。Y の使用行為に対して、X は甲から譲り受けた著作物の著作権に基づいて、行為の差止および損害賠償を請求し原審においては、原告の請求をいずれも棄却した。この判決に対して、控訴人 X(一審原告 X)は、被控訴人 Y(一審被告 Y)の日本での本件人形のイラストにかかる製造、販売する商品の商標、商品包装、商品容器、テレビ番組及びインターネット・ホームページにおいて、複製して使用し、被控訴人人形を、自己の製造した商品と共に配布した行為に基づいて、控訴人 X が被控訴人 Y に対して、当該複製等が控訴人の本件著作物の我が国における本件著作権の侵害に該当するとして、被控訴人に対し、これら行為の差止め等を求めるとともに、当審において請求を追加し、被控訴人に対し、控訴人が本件著作権の著作権者であることの確認を求める事案である。控訴審においても本件控訴が棄却されている。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

著作権譲渡の準拠法の決定に関しては、「…著作権の譲渡について適用されるべき準拠法を決定するに当たっては、譲渡の原因関係である契約等の債権行為と、目的である著作権の物権類似の支配関係の変動とを区別し、それぞれの法律関係について別個に準拠法を決定すべきである。」として、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とを区別している。一方で、前者に関しては、「(2)まず、著作権の譲渡の原因である債権行為に適用されるべき準拠法について判断する。いわゆる国際仲裁にお

ける仲裁契約の成立及び効力については、法例7条1項により、第一次的には当事者の意思に従ってその準拠法が定められるべきものと解するのが相当であり、仲裁契約中で上記準拠法について明示の合意がされていない場合であっても、主たる契約の内容その他諸般の事情に照らし、当事者による黙示の準拠法の合意があると認められるときには、これによるべきものとされている(最高裁平成9年9月4日第一小法廷判決・民集51巻8号3657頁)。著作権移転の原因行為である譲渡契約の成立及び効力について適用されるべき準拠法は、法律行為の準拠法一般について規定する法例7条1項により、第一次的には当事者の意思に従うべきところ、著作権譲渡契約中でその準拠法について明示の合意がされていない場合であっても、契約の内容、当事者、目的物その他諸般の事情に照らし、当事者による黙示の準拠法の合意があると認められるときには、これによるべきである。控訴人の主張する本件著作権の譲渡契約は、アメリカ合衆国ミズーリ州法に基づいて設立された遺産財団が、我が国国民である控訴人に対し、我が国国内において効力を有する本件著作権を譲渡するというものであるから、同契約中で準拠法について明示の合意がされたことが明らかでない本件においては、我が国の法令を準拠法とする旨の黙示の合意が成立したものと推認するのが相当である。」⁽²⁾と。したがって、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)については、法例7条1項により、当事者の黙示の意思表示があったものとして、日本法を準拠法とする選択があったものと認定された。

他方、物権的法律行為(著作権の移転行為)について、「本件著作権の控訴人に対する譲渡について (1)相続人が、その相続に係る不動産持分について、第三者に対してした処分に権利移転の効果が生ずるかどうかという問題に適用されるべき法律は、法例10条2項により、その原因である事実の完成した当時における目的物の所在地法であって、相続の準拠法ではないことは、判例とするところであるから(最高裁平成6年3月8日第三小法廷判決・民集48巻3号835頁)、本件著作権の譲渡は、アメリカ合衆国国民であり同国ミズーリ州において死亡した亡ローズ・オニールの相続財産の処分ではあるけれども、本件著作権の譲渡について適用されるべき準拠法は、相続の準拠法として同州法とされるべきでないことは、上記判例の趣旨からも明らかである。」として、物権的法律行為としての著作権の移転行為に関しては、法例10条2項により、原因事実完成時点における目的物の所在地法によるとの理解である。

したがって、本判決の見解によれば、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)の成立及び効力の準拠法は、法例7条1項により、当事者自治の原則により、準拠法に関する明示的

合意が存在しないが、日本法によるとする黙示的合意が存在すると認定され、他方、物権的法律行為としての著作権の移転行為に関しては、相続財産の処分に関して法例10条2項により、原因事実完成時点における目的物の所在地法によるとの判例の趣旨によるとの理解である。

(3) 「ダリ展覧会事件」 東京高裁平成15年5月28日判決

1事 実の概要

事実の概要は以下の通りである。

外国人甲(サルバドル・ダリ)が外国で最初に発行した著作物の著作権を、外国法人X(原告・被控訴人)が甲との間で、当該著作物の著作権に関する譲渡契約を締結した。その後甲が死亡し、甲の生前の遺言に基づき外国文化省 Y1が甲の全財産の包括承継し、その後、日本の地方団体・百貨店 Y2ら(被告・控訴人)が Y1から当該著作権の管理権および・利用権についての譲渡を受けた。これに対して、Xは Y1、Y2に対して、甲により譲渡された当該著作物の著作権に基づいて、差止請求および損害賠償請求を行った事案である。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

著作権の譲渡の準拠法について、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と、物権的法律行為(著作権の移転行為)とを区別し、前者について、「著作権の譲渡について適用されるべき準拠法を決定するに当たっては、譲渡の原因関係である契約等の債権行為と、目的である著作権の物権類似の支配関係の変動とを区別し、それぞれの法律関係について別個に準拠法を決定すべきである。著作権の譲渡の原因である債権行為に適用されるべき準拠法については、法例7条1項により、当事者の意思に従って定められるべきものであり、本件契約は、準拠法をスペイン法とする合意がされたから(本件契約第10条第1項)、これに従うべきことは当然である。」と。したがって債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)に関しては、法例7条1項により契約準拠法(スペイン法)を適用するものであるとの理解である。他方、後者については、「これに対し、本件著作権の物権類似の支配関係の変動について適用されるべき準拠法は、スペイン法ではなく、我が国の法令であると解される。すなわち、一般に、物権の内容、効力、得喪の要件等は、目的物の所在地の法令を準拠法とすべきであること、法例10条は、その趣旨に基づくものであるが、その理由は、物権が物の直

接的利用に関する権利であり、第三者に対する排他的効力を有することから、そのような権利関係については、目的物の所在地の法令を適用することが最も自然であり、権利の目的の達成および第三者の利益保護という要請に最も適合することにあると解される。著作権は、その権利の内容および効力がこれを保護する国(以下「保護国」という。)の法令によって定められ、また、著作物の利用について第三者に対する排他的効力を有するから、物権の得喪について所在地法が適用されるのと同様の理由により、著作権という物権類似の支配関係の変動については、保護国の法令が準拠法となるものと解するのが相当である。」と。したがって、物権的法律行為に関しては、法廷地の国際私法により物権準拠法(法例10条)を類推適用し、目的物所在地を保護国と解している。さらに、以上のような理解の下で、「スペイン国および我が国は、いずれも文学的および美術的著作物の保護に関するベルヌ条約パリ改正条約の同盟国であるから、同条約3条(1)(A)および我が国著作権法6条3号により、スペイン国民であったダリの本件著作物に係る本件著作権は、わが国においても保護される。我が国において保護される本件著作権の物権類似の支配関係の変動については、保護国である我が国の法令が準拠法となることは上記の通りであるところ、我が国の法令は、著作権の移転の効力が原因となる譲渡契約の締結により直ちに生ずるとしているから、ダリと被控訴人が本件契約を締結したことにより、第三者に対する対外的関係において、ダリ作品に係る本件著作権は、ダリから被控訴人に移転したものであるべきである。」⁽³⁾として、ベルヌ条約の加盟国であるスペインにおいて作成された著作物を同じく同盟国である日本でも保護されると解し、そのことを以て著作物の保護国である日本法によって譲渡契約の締結により移転の効力が直ちに生ずるとして第三者に対する著作権移転の有効性を認めている。

したがって、本判決の見解によれば、著作権の譲渡の準拠法について、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とを区別し、前者については法例7条1項により、当事者の意思に従って定められるべきものであり、スペイン法が準拠法となる。これに対して、後者に関しては、有体物に関する規定である目的物所在地法主義(法例10条)の規定を無体財産である著作物に関して類推適用し、さらに日本法を保護国法として適用するものと解している。

(4) 「ケネス・ハワード『Von Dutch』事件」 知財高裁平成20年3月27日判決

1 事実の概要

事実の概要は次の通りである。

米国人著作者 A は、「VON DOUCH」(本件著作物)というニックネームで、その名前をサインした著作物を作成し、米国で活動していた。A の死亡後はその子供である B および C が当該著作権を相続した。さらに、それが日本の会社 D に譲渡(本件譲渡契約1)されたのち、米国人である控訴人 X(原告)に再び譲渡(本件譲渡契約2)された。この譲渡契約によって控訴人 X(原告)は本件著作物に関する登記(対抗要件)を備えている。しかし、相続人である B および C によって韓国法人である被控訴人 Y(被告)にも本件著作権(本件譲渡契約3)が譲渡されていた。控訴人 X(原告)は D から譲り受けた著作権に基づいて被控訴人 Y(被告)に対して、控訴人 X(原告)が本件著作物に関する著作権を有することの確認および、控訴人 X(原告)に対する真正な登録名義の回復を原因とする著作権譲渡登録手続きをすることを求めるとともに、予備的に、本件譲渡に関する登録の抹消手続きをすることを求めた事案である。

2 判旨

原審(平成19年10月26日判決)の判断は以下の通りである。

著作権譲渡の準拠法の決定に関して、「(1)相続人が、その相続に係る不動産持分について、第三者に対してした処分に権利移転の効果が生ずるかどうかという問題に適用されるべき法律は、平成18年法律第78号による改正前の法例(以下「法例」という。)10条2項により、その原因である事実の完成した当時における目的物の所在地法であって、相続の準拠法ではない(最高裁平成6年3月8日第3小法廷判決・民集48巻3号835頁)。上記判例の趣旨に照らせば、本件著作権の譲渡は、アメリカ合衆国カリフォルニア州で出生した同国国民であった亡ケネス・ハワードの相続財産の処分であるものの(甲34、35)、本件著作権の譲渡について適用されるべき準拠法は、相続の準拠法ではない。著作権の譲渡について適用されるべき準拠法を決定するに当たっては、譲渡の原因関係である契約等の債権行為と、目的物である著作権の物権類似の支配関係の変動とを区別し、それぞれの法律関係について別個に準拠法を決定すべきである。」として、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とを区別すべきであると解している。そして、前者については、「著作権移転の原因行為である譲渡契約の成立および効力について適用されるべき準拠法は、法律行為の準拠法一般について規定する、法例7条1項の規定により、第1次的には当事者の意思に従うべきところ。著作権譲渡契約中でその準拠法についての明示

の合意がなされていない場合であっても、契約の内容、当事者、目的物その他諸般の事情に照らし、当事者による黙示の準拠法の合意があると認められるときには、これによるべきである。」として、法例7条1項により契約準拠法を適用して、「……日本法を準拠法とする旨の黙示の合意が成立していたものと推認するのが相当である。」として、日本法を準拠法とする黙示的合意を認定している。

これに対して、後者については、「著作権の物権類似の支配関係の変動について適用されるべき準拠法は、保護国の法令が準拠法となるものと解するのが相当である。すなわち、一般に、物権の内容、効力、得喪の要件等は、目的物の所在地の法令を準拠法とすべきものとされる(法例10条)。その理由は、物権が物の直接利用に関する権利であり、第三者に対する排他的効力を有することから、そのような権利関係については、目的物の所在地の法令を適用することが最も自然であり、権利の目的の達成および第三者の利益保護という要請にも最も適合することにあると解される。著作権は、その権利の内容および効力がこれを保護する国の法令によって定められ、また、著作権の利用について第三者に対する排他的効力を有するから、物権の得喪について所在地法が適用されるのと同様に考えるべきである。そして、本件著作物の著作者であるケネス・ハワードはアメリカ合衆国国民であったので、文学的および美術的著作物の保護に関するベルヌ条約3条(1)(A)および著作権法6条3項により、本件著作権は、我が国の著作権法の保護を受ける。そうすると、本件著作権の物権類似の支配関係の変動については、保護国である我が国の法令が準拠法となる。」⁽⁴⁾として、法例10条の類推適用により目的物の所在地法として保護国法である日本法を適用しX(原告)の請求を棄却している。

控訴審の判決は以下の通りである。

準拠法の決定に関しては原審と同様の理論に基づくが、審理の内容の一部を次のように改正している。すなわち、「本件についてみると、AおよびBと上野商会との間の本件譲渡契約1については、同契約に関わる契約書(甲2、乙5の1・2)において、日本法を準拠法とする旨の合意(10条)が存するから、本件譲渡契約1については、日本法が準拠法となる。他方、AおよびBと被控訴人との間で締結された旨被控訴人が主張している本件譲渡契約3については、準拠法に関する記載のない本件譲渡証明書および単独申請承諾書(乙2の1)以外には、同契約に関して締結された契約書等の書面は提出されておらず、準拠法についての明示の合意がなされていると認めることはできない。しかし、被控訴人は、本件譲渡契約3

について、アメリカ合衆国国民である A および B が、韓国国民である被控訴人に対し、我が国国内において効力を有する本件著作権を含むケネス・ハワードから承継した知的財産権を譲渡することを内容とするものである旨主張していること、被控訴人は、当時、日本国内において「Von Dutch」ブランドに関する事業を行っていたこと、被控訴人は、日本国内(大阪市内)に事務所を有していたこと(甲31の1、弁論の全趣旨)などに照らすと、本件譲渡契約3の成否およびその効力については、日本法を準拠法とすることが、当事者の合理的意思に合致するものと認めるが相当である。」⁽⁵⁾と。

したがって、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とを区別し、前者について原審の認定をあらため、本件譲渡契約1については、法例7条1項を適用し明示的合意による日本法の適用を導き、本件譲渡契約3については、日本法を準拠法とする黙示的合意があったものとして X について著作権譲渡契約による著作権が認められ、Y に対して著作権譲渡登録の抹消手続きをする旨の判決を下した。

(5) 「中国ドラマ CS デジタル放送事件」 東京地裁平成21年4月30日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

原告 X は中国において放送事業を営むことを目的とする中国法人であり、中国において譲渡人甲が著作権を有する本件ドラマに関する著作権の譲渡を受け、原告 X の放送局において本件ドラマを放送していた。電気通信役務利用放送事業者である被告 Y1 およびその委託を受けた被告 Y2 は、原告が著作権を有する本件ドラマの CS デジタル放送を行い、本件ドラマの著作権(公衆送信権)を侵害した。この行為に基づいて、原告 X は、被告 Y らに対し、著作権侵害に基づく損害賠償等を求めた事案である。この点に関して、日本の裁判所は、本件認定事実によれば、原告 X は、本件譲渡契約に基づいて、譲渡人甲が有していた本件ドラマの日本における著作権の譲渡を受けたことが認められ、さらに、被告 Y らは、譲渡人甲から原告 X への本件著作権の移転につき対抗要件の欠缺を主張するについて正当な利益を有しないものであって、著作権法77条1項柱書の「第三者」に当たらないとして、請求の一部を認容したものである。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

著作権譲渡の準拠法の決定に関して、「さらに、本件においては、本件ドラマの著作権の譲渡の有無について争いがあるところ、著作権の譲渡について適用されるべき準拠法を決定するに当たっては、譲渡の原因関係である法律行為と、目的である著作権の物権類似の支配関係の変動とを区別し、それぞれの法律関係について別個に準拠法を決定すべきものと解する。」として、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とを区別すべきであると解している。前者に関しては、「すなわち、本件著作権の譲渡の原因行為である法律行為の成立及び効力については、平成18年法律第78号附則3条3項により、なお従前の例によることとされた同法による改正前の法例7条(以下、単に『法例7条』という。)によって適用されるべき準拠法を決定し」として、法例7条1項により契約準拠法を適用するものである。他方で、物権的法律行為に関しては、「本件著作権の譲渡(移転)の第三者に対する効力に係る物権類似の支配関係の変動について適用されるべき準拠法は、保護国の法令である我が国の著作権法が準拠法となるものと解する(東京高等裁判所平成13年5月30日判決(平成11年(ネ)第6345号)参照。)」として、保護国法により日本法を適用するものであるとの理解である。

このような理解に基づいて、「以上を前提に、本件の各争点について判断する。2 争点1(北京華録の原告に対する本件著作権の譲渡の有無)について(1)原告と北京華録間の本件譲渡契約の締結の有無 原告主張の原告と北京華録間の本件譲渡契約は、中国法人である両当事者が中国で締結した契約であり、原告と北京華録間には、本件譲渡契約の成立及び効力についての準拠法は中国の法律とする旨の合意が存在するものと認められるから(甲2、弁論の全趣旨)、法例7条1項により、その準拠法は、中国の法律である。」⁽⁶⁾と。

したがって、本判決の見解によれば、著作権の譲渡に関して、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)に区別して、前者については、法例7条により中国法が適用される。他方、後者については、物権準拠法を類推適用して保護国法である日本法が適用されるとの理解である。

(6)「KOMCA 著作権信託契約事件」 東京地裁平成24年5月31日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

原告 X らは、大韓民国において最初に本件各楽曲を作詞又は作曲した著作権者である。被告 Y は、日本において本件各楽曲を無断で業務用通信カラオケで配信するといった利用

行為を行ったものである。この行為に基づいて、原告 X から被告 Y に対して、不法行為(著作権侵害)に基づく損害賠償が請求された事案である。この点に関して、日本の裁判所は、原告 X らは、韓国の著作権管理団体(KOMCA)と日本の著作権管理団体(JASRAC)との間の相互管理契約発効前に本件各楽曲の著作権を KOMCA へ信託譲渡し、これを保有していなかったとして、原告らの請求をいずれも棄却したものである。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

著作権譲渡の準拠法の決定に関して、「本件においては、原告らと KOMCA との間の信託譲渡に伴う本件各楽曲の著作権の帰属について争いがあるところ、信託譲渡に伴う著作権の帰属について適用されるべき準拠法を決定するに当たっては、信託譲渡の原因関係である法律行為と、目的である著作権の物権類似の支配関係の変動とを区別し、それぞれの法律関係について別個に準拠法を決定すべきものと解する。」として、債権的法律行為と物権的法律行為とを区別している。前者については、「すなわち、本件の著作権の信託譲渡の原因行為である法律行為の成立及び効力については、通則法附則3条3項により、なお従前の例によることとされた同法による改正前の法例7条(以下、単に「法例7条」という。)によって適用されるべき準拠法を決定し」として、法例7条が適用されるものであると解し、後者については、「本件著作権の譲渡(移転)の第三者に対する効力に係る物権類似の支配関係の変動について適用されるべき準拠法は、保護国の法令である我が国の著作権法が準拠法となるものと解される(東京高等裁判所平成13年5月30日判決(平成11年(ネ)第6345号)参照)。」として、物権準拠法を類推適用して保護国法たる日本法が適用されると解している。また、債権的法律行為の側面に関して、「そして、原告らと KOMCA が著作権信託契約約款に基づき締結した本件各信託契約は、韓国人である原告らと韓国の著作権管理団体である KOMCA が韓国で締結した契約であり、原告らと KOMCA との間には、著作権信託契約の成立及び効力についての準拠法は韓国の法律とする旨の合意が存在するものと認められるから(甲7の1ないし9の各1、2、弁論の全趣旨)、法例7条1項により、その準拠法は、韓国の法律である。」⁽⁷⁾と結論付け、法例7条1項によって韓国法が適用されるものであるとの理解である。

したがって、本判決の見解によれば、著作権の譲渡に関して、債権的法律行為(原因行為としての信託契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)に区別して、前者については、法

例7条により韓国法が適用される。他方、後者については、物権準拠法を類推適用して保護国法である日本法が適用されるとの理解である。

第2款 「法例」下における学説

以下では、著作権の帰属の準拠法に関する「法例」下における学説の見解を論じることにする。学説の見解は、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)を区別し、前者については契約準拠法により、後者については著作権の準拠法による見解と、債権的法律行為(原因行為たる譲渡行為)と物権的法律行為(著作権の移転行為)を区別しない見解に大別される。

1. 債権的法律行為と物権的法律行為とを区別し、前者については契約準拠法により、後者については著作権の準拠法による見解

この見解は、さらに、三つに区別される。すなわち、1) 物権的法律行為については著作権の準拠法として保護国法を適用し、その根拠をベルヌ条約5条2項に求める見解と、2) 物権的法律行為については著作権の準拠法として保護国法を適用し、その根拠をベルヌ条約上の属地主義に求める見解、3) 物権的法律行為については著作権の準拠法により、その根拠をベルヌ条約に求めない見解(法廷地国際私法説)である。

1) 物権的法律行為については著作権の準拠法として保護国法を適用し、その根拠をベルヌ条約5条2項に求める見解

物権的法律行為(著作権の移転行為)については著作権の準拠法として保護国法を適用し、その根拠をベルヌ条約5条2項に求める見解を支持するものとして、まず松岡教授の見解が挙げられる。松岡氏によれば、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)に関しては、判例評釈の中で、「本件 [判旨] 一が著作権譲渡契約の準拠法と著作権の移転の準拠法とを区別したこと、そして前者を契約中で当事者が明示に指定したスペイン法としたのは正当である。」⁽⁸⁾として、著作権譲渡契約の準拠法と著作権の移転の準拠法をし、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)については法例7条の明示的選択を採用した判例の見解を支持している。さらに、物権的法律行為に関しては、「むしろ私見としては、ベルヌ条約加盟国間では、各国の著作権についての実質法の統一ができない範囲において、国際私法規則を統一し、判決の国際的調和を達成するために、著作権につき五条二項で保護国法主義を明

文で採用したいと考えたい。また保護国法主義のいう『保護が要求される国の法令による』との文言自体もベルヌ条約の規定から導き出されたものである。かくして、ベルヌ条約上の国際私法規則としての保護国法は、特則として法例10条の所在地法の規則を排して適用されることとなる。もっともその根拠をいずれに求めようと保護国法の適用という結論は異なる。」⁽⁹⁾として、ベルヌ条約が抵触法規定を含むと解しその根拠をベルヌ条約5条2項によるものと解している。また、保護国の内容については、「思うに、保護国とは当該訴訟において問題となっている著作権の利用行為・侵害行為が行われた国であると解すべきである。」⁽¹⁰⁾として利用行為地あるいは侵害行為地を考えている。その根拠として「かりに複数の国で本件著作権の利用行為・侵害行為が行われたとすれば、複数の異なる保護国法が適用される場合があると解すべきである。著作権が国ごとに存在し、保護されることを考えるとそれは当然の帰結である。従って、保護国法とは「保護が要求される法廷地法」を意味するものではない。」⁽¹¹⁾としている。さらに、保護国法の適用範囲について「これに対して条約5条2項3文の文言によれば、保護国法の適用範囲は、著作権の保護の範囲、救済の方法と幾分限定的であるかのように読める。しかし、この規定により保護国法が適用される事項は、例示的列挙であるとみて、その趣旨を広く[判旨]のいう著作権の物権類似の支配関係の移動とその対抗要件の問題にも保護国法が適用されると解してよいと考える。」⁽¹²⁾としている。したがって、松岡教授によれば、著作権譲渡の準拠法の決定に関しては、債権的法律行為と物権的法律行為とを区別し、前者に関しては、法例7条の明示的選択を認め、後者に関しては、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとして、保護国法により、保護国の内容としては利用行為地国ないし侵害行為地国と理解するものである。さらに、対抗要件についても物権的法律行為として保護国法を適用するものと解している。

次に、稲垣教授によれば、「著作権の権利自体に関わる問題について、ベルヌ条約によって規律されるとする前述した私見の立場からは、著作権譲渡に関して、著作権の移転については、それが著作権自体と深く結びついていることから、ベルヌ条約の適用範囲に含まれることになり、一方、それ以外の契約の側面については、著作権自体とは切り離して考えられる問題であることから、通常の準拠法選択規則によって規律される範囲として残されると説明することが可能である。」⁽¹³⁾として、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為とを区別し、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)に関してはベルヌ条約が抵触法規定を含んでいないとして、法廷地国際私法により、物権的法律行為についてはベルヌ条約が抵触法規定を含むとして保護国法を適用するものと解している。保

護国法による根拠としては、「日本およびアメリカ合衆国が加盟しているベルヌ条約5条(1)、(2)および(3)により、各国毎に著作権が独立しているという所謂(実質法上の)属地主義が導かれ、その帰結として必然的に抵触法上の準拠法選択においても、同条約5条(2)に基づき準拠法としての『保護国法』即ち、『その領域において保護が求められる法』が我が国においては憲法98条2項により自動執行性を有するベルヌ条約の上記規定から直接的に導かれることになる」と解される。また、同条5条(2)1文および2文を受けて、3文が『従って』という文言で始まっていることから、同条項3文が法的救済と手続に関する準拠法選択規則を規定していると限定的に解釈する必要はなく著作権に関わる問題一般(例えば、権利の発生、消滅など)について規定していると考えられる。⁽¹⁴⁾として、ベルヌ条約の5条2項によって保護国法主義が導かれるとの理解である。したがって、稲垣教授によれば、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とを区別し、後者については著作権の準拠法として保護国法を適用し、その根拠をベルヌ条約5条2項に求めるものであると解される。

さらに、小泉教授によれば、「著作権自体の準拠法とは異なりまして、契約準拠法についてはライセンスに特化しておりませんが、現行の法例の中に規定がございます。法例7条1項は『法律行為の成立および効力については当事者の意思に従い何れの国の法律によるべきかを定める』と規定しておりまして、基本的に契約当事者の自治に委ねております。当事者の意思が不明な場合には、2項で、行為地法によるとされており、9条2項で、契約の成立および効力の行為地法とは、申し込みの通知を発信した地をいう定めがあります。……著作権契約に密接な関連を有する連結点の候補としては、契約地よりは著作権契約の当事者であるライセンサー、ライセンシーの本拠地であるとか、あるいは権利保護国法の法がむしろ有望であるようにも思われます。」⁽¹⁵⁾と。さらに、「……当事者自治を前提としつつ、一方で、選択がない場合にはより類型化された客観的連結を模索すべきこと、他方で、合意があった場合でも契約関係に密接な関連を有する国の強行法規の優先適用を考慮されるということがあること、の二点である。」⁽¹⁶⁾として、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とを区別し、前者に関しては、当事者による法選択がある場合には(法例7条1項)、当事者自治の原則に基づきながらも、強行規定の適用を考慮し、当事者の意思選択がない場合には(法例7条2項)、最密接関係地法への連結を行うものである。また、後者については、「権利の移転の合意と、そもそもその権利が譲渡できるかというルールが複数の国の別の法律で決まるというのは非常に妙な気

がします。少なくとも著作権の契約に関する限り、譲渡の許容性も保護国法によるという考え方を支持しておきたいと考えます。なお、保護国法の範囲が広すぎると、という批判が予想されますけれども、そもそも通説が著作権契約について民法の原因行為と物権行為とのアナロジーを当てはめているということ自体に、どれだけの合理性があるかを疑ってみる必要があるのではないのでしょうか。」⁽¹⁷⁾として、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとして、保護国法によるものである。したがって、小泉教授によれば、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とを区別し、後者については著作権の準拠法として保護国法を適用し、その根拠をベルヌ条約5条2項に求めるものでかると理解される。

また、同様の見解を採用するものとして、嶋教授の見解が挙げられる。すなわち、嶋教授によれば、「……譲渡契約と著作権の支配関係の変動を区別して準拠法を選択している点については首肯できるものの、その根拠として物権との類似性を指摘する点については同意しかねる。端的に本件事案が著作権の移転という著作権自体に関わる問題か否かという点に重点を置いて、その法適用関係を区別すれば足りたものと思われる。」⁽¹⁸⁾と。したがって、嶋教授の見解によれば、著作権譲渡の準拠法に関して、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とを区別して、前者については、法例7条によって契約準拠法を適用し、後者については、著作権自体の準拠法として保護国法を適用するものであるとの理解である。

なお、「法適用通則法」下においても同様の見解を主張するものとして、道垣内教授の見解が挙げられる。すなわち、道垣内教授によれば、「著作権の属性・効力に関する問題は、たとえそれが先決問題として登場する場合にも、保護国法による。したがって、たとえば、著作権譲渡の場合、債権的契約の部分は通則法7条以下により準拠法を定めるとしても、物権的な部分については保護国法によることになる。」⁽¹⁹⁾として、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とを区別し、前者については法廷地国際私法により契約準拠法を適用し、後者についてはベルヌ条約が抵触法規定を含むとして保護国法を適用するものと解している。

2) 物権的法律行為については著作権の準拠法により、その根拠をベルヌ条約上の属地主義に求める見解

この見解は著作権の準拠法を何に求めるかによって二つの見解に大別される。(1) 著作権の準拠法は保護国法による見解と、(2) 著作権の準拠法は権利付与国法による見解に分けられる。

(1) 著作権の準拠法を保護国法とする見解

著作権の準拠法を保護国法とする見解として、まず、羽賀教授の見解が挙げられる。すなわち、羽賀教授によれば、「属地主義の見解に立ちつつ、その権利性を意識する時を問題となる著作権の利用行為・侵害行為の時と考え、この地に意思決定することは可能であろう。すでに述べたように、著作権は登録を必要としない知的財産権であり、その存否や範囲は各国の法制度によって異なるものである。同一の著作物につき各国で著作権が併存するという著作権の性質や近年の国境を越えた著作物の利用の増加、各国の著作権法制の調和を考慮すると、その権利を定める保護国法に送致するのが妥当であるように思われる。したがって、著作権の支配関係変動の準拠法として保護国法を採用した本判決は妥当であろう。しかしながら、保護国法への連結の根拠として法例10条を挙げた本判決の理由付けには賛成できない。」⁽²⁰⁾とし、「その著作物が複数の国において侵害された場合に適用されるべき法はそれぞれの国の法であるべきであろうから、保護国法を問題となる著作権の利用・侵害行為の法とする見解に賛成である。」⁽²¹⁾として保護国を利用行為地ないし侵害行為地であると解している。また、著作権の対抗要件に関しても、同様に、「ある国における著作権の第三者効が問題となるのは、その国における利用が問題となるときであろう。であれば、この問題も著作権それ自体と同様に保護国の法によって規律されてよいものと考え。」⁽²²⁾として保護国法を適用している。したがって、羽賀教授によれば、物権的法律行為(著作権の移転行為)の準拠法に関しては、著作権の準拠法により、保護国違法を適用し、保護国を利用行為地国ないし侵害行為地国であるとの解されている。

次に、木棚教授によれば、著作権の譲渡に関して、通説を批判して次のように述べている。すなわち、「しかし、著作権の譲渡についてまで物権変動の準拠法に準じて考えるのが妥当かどうかは、十分に検討しておく必要のある問題であるように思われる。なぜならば、特許権をはじめとする工業所有権は、物権のような有体物に対する支配権ではないが、その保護対象を登録を通じて公示し、保護対象に対して絶対的支配権を付与し、たとえ登

録後にまねすることなく独自に保護対象を創作したとしても、それを利用することが許されないという意味において絶対的支配権であり、物権により近い性質を有する。その点で工業所有権は、著作権のように原則的に無方式で成立し、その権利の中核となるのが複製権であり、基本的には模倣を排除する権利である知的財産権と区別することができる。つまり、同一ないし類似の著作物を創作した者は、時間的にそれ以前に他人により創作した著作物があったとしても、それを独自に創作したのであり、模倣したものでないことを証明することができれば、その著作物を利用する権利を有することになる。この点では、著作権は有体物である客体、特に不動産に対する絶対的な支配権である物権と異なる側面を有する。例えば、日本法上特許権の移転(相続その他の一般承継によるものを除く)および専用実施権の設定、移転、変更等については登録が効力発生要件とされ(特許法98条1項1号、2号)、他の工業所有権にこれが準用されている(実用新案法26条、意匠法36条、商標法35条)のに対し、著作権の移転や処分の制限については登録が対抗要件とされている(著作権法76条)にすぎないのもこれと関連するであろう。それだけに、著作権の譲渡については、工業所有権の譲渡以上に物権変動になぞらえて考えるのが妥当ではない側面を有する。とりわけ、著作権に関する物権的な処分行為は、その原因となる債権行為と区別されずに実質法上規定され、ドイツ法にみられるような物権の処分行為に独自の行為を要求されることがないから、抵触法上もこれらを峻別するのが困難な側面を有することになる。マックス・プランク無体財産研究所の元所長であるウルマー(Eugen Ulmer)教授の名前が出された無体財産に関する国際私法原則についての草案において、著作権の譲渡および利用許諾に関し、保護国法によるべき問題と譲渡および利用許諾の債務負担に関する契約の準拠法によるべき問題を具体的に挙げて規定しているのはこの点と関連があるように思われる。その後これを展開し、これらの問題について原則として契約準拠法に統一的によらしめて、例外的に権利自体の準拠法中の強行法規によるべき事項が、何にであるかを個別的に検討して、権利自体の準拠法によるべき問題に限って強行法規の特別連結に類するものとみて権利自体の準拠法によるとするアプローチがドイツにおいて有力に主張されているようである。もっとも、本件のように著作権譲渡の対抗要件としての登録が争点になる場合には、どのアプローチを採っても権利自体の準拠法によるべきことになり、結論自体に相違が生じないことになるであろう。しかし、著作権譲渡の準拠法の決定を物権変動に関する法例10条2項(法適用通則法13条2項)によって決定すべきものとみて、著作権の準拠法である保護国法を物権における所在地法と同視する見解は、今後検討すべき課題を残していることを

指摘しておきたい。」⁽²³⁾と。したがって、木棚教授によれば、著作権の譲渡については、工業所有権における場合と著作権における場合とを区別し、著作権に関する物権的な処分行為は、その原因となる債権行為と区別されずに実質法上規定され、権利自体の準拠法によるべきことになり、著作権譲渡の準拠法の決定を物権変動に関する法例10条2項(法適用通則法13条2項)によって決定すべきものとみて、著作権の準拠法である保護国法を物権における所在地法と同視する見解には賛成できないとしている。さらに、「むしろ、保護国法の原則をベルヌ条約5条2項の文言から導くよりは、ベルヌ条約を含む伝統的な知的財産権条約が暗黙の前提としてきた属地主義から理論的に導かれる原則として保護国法を『その領域について保護が求められる国の法』と定義したほうがよかったのである。もっとも、ベルヌ条約の歴史にさかのぼってこのように考察することに対して、『解釈論上または実際上の意味があるものではない』とする学説もある。しかし、条約の解釈は条約の歴史を無視して解釈すべきではないであろう。むしろ、ウルマー教授が行ったように条約の文言を根拠の技術として利用することは法解釈の方法としてあり得ることである。しかし、その結果、保護国の概念につき混乱が生じ、かえって国際的コンセンサスを難しくするようであれば、この方法自体に反省が迫られるであろう。それよりも、私たちは、保護国法の原則がベルヌ条約や法例(法適用通則法)に直接根拠を持つ厳格な原則とみることは少なくとも著作権との関係では妥当でないことを認識すべきであろう。ベルヌ条約上も『保護国法』ではなくて著作物の本源国法が適用されることを予定する事項が、例えば、著作権の保護期間に関するベルヌ条約7条8項などにみられることに注意すべきである。また、著作物の最初の権利者や権利の譲渡性の決定のように著作物の本源国によるほうが妥当な問題があることも忘れるべきではない。」⁽²⁴⁾として、著作権譲の準拠法について、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)を区別し、前者については契約準拠法により、後者については著作権自体の準拠法によるとし、属地主義を根拠に原則として保護国法によると解している。例外的に著作権の帰属の問題、権利の譲渡の許容性については本源国法によるとの理解である。

また、譲渡契約の準拠法については、「さらに、判旨のこの部分は、法適用通則法の解釈適用について先例としていかなる意義を有するかは慎重な検討が必要である。法適用通則法8条は、7条による当事者による準拠法選択がない場合につき、法律行為当時における最密接関係法を準拠法として(1項)、一方の当事者のみが特徴的給付を行う場合には、特徴的給付者の常居所地法、当事者がその法律行為に関係する事業所を有する場合にはその事

業所の所在地法によること(2項)を規定している。この点からみれば、黙示意思を広く解して当事者の合理的意思を推認するという方法は法適用通則法の下では使用すべきではないということになる。本件判決が原審判決を修正して『当事者の合理的意思に合致する』としたのは、あるいは法適用通則法の黙示的意思の認定の先例とならないことをあえて示す趣旨が含まれているのかもしれない。ただ、最密接関係法の推定に使われている特徴的給付の理論は、単純な契約についてはともかく、知的財産権の譲渡や実施許諾のような契約上譲受人や実施許諾者が特別の義務を負担する複雑な契約の場合には使いにくいことが多い。したがって、黙示意思を認定して処理するほうが、妥当な事例が少なくないことも否定することができないであろう。」⁽²⁵⁾として、法適用通則法7条の当事者自治の原則を採用し、8条による場合には、黙示意思を広く解して適用するとの理解である。

なお、別の著書においても同様の見解を示している。すなわち、「特徴的給付の理論は、あくまで最密接関係地法の決定についての推定規定である点に着目すると、個別的な検討を行う方が妥当であるように思われる。のみならず、同じ特徴的給付の理論を取りながら、発展途上国では、原則として実施権者の給付を特徴的給付とみて、先進諸国では実施許諾者の給付を特徴的給付とみる傾向がある。それだけに、国際的な判決の調和という観点からは、個別的に契約をみて、どのような要因があるときは実施許諾者が特徴的給付を負担すべきものとみるべきであり、どのような要因があるときはむしろ実施権者が特徴的給付を行うものとみるべきか、についての議論を深め、一致点を探っていく必要があるのである。そのような状況にある特許実施許諾契約のような場合には、これまで判例によってとられてきた黙示的意思の探求によって当該特許権の保護国法による方が当事者の期待や予見可能性の保護という点で妥当であり、かつ、説得的な方法である場合もあることを忘れてはならないように思われる。また、知的財産に関する実施・利用許諾契約についても特徴的給付の決定に係わり複雑な内容を持つ場合には、特徴的給付の理論により推定される準拠法よりもより密接な関連を有する地の法が別にあるものとみて、例えば、不動産を目的とする契約について不動産所在地法を最密接関係地法と推定する(法適用通則法8条3項)のと同様に、当該知的財産の保護国法とより密接な関係があるものとみることができよう。これらの解釈はいずれがひとつが妥当で他は認めないというよりは、事例の特徴に応じてこの二つの方法を使い分けた方が説得的でより妥当な結論を導くことができるように思われる。」⁽²⁶⁾として、特徴的給付の理論を適用するのではなく、より複雑な事例である著作権の譲渡契約の場合には、最密接関係地の理論を採用し、最密接関係地の場合に

は、明示的意思と黙示的意思を使い分けるとの理解である。さらに、物権的法律行為については、「確かに、このような見解は、明示的な準拠法選択がない場合における準拠法の予測の困難性を回避して、法的安定性の確保に役立つ面がある。しかし、従来契約準拠法に拠ってきた問題に関し当事者間では債権的効力が生じるかどうかまで常に保護国法上の要件を満たすことを要するとするのは、知的財産権に関する対象の特殊性への配慮の余り、かえって保護国法の適用範囲を拡張し過ぎ、債権契約の成立に過重な要件を課すことになるように思われる。無体物を対象とする知的財産権に関する譲渡契約や実施・使用・利用許諾契約については、物権変動に関するように債権行為と物権行為を実質法上明確に分ける立法例が見られないだけに、債権的要素と物権的要素を峻別することが困難な面があることを否定できない。しかし、これらの要素は国際私法的にみて区別できないわけではない。知的財産権の譲受人や実施・使用・利用権者は、それらの契約によって第三者に対抗し、第三者の妨害行為を禁止・排除することができる排他的権利を取得するが、このような権利がいかなる実質法上または方式上の要件のもとに、誰のいかなる行為によって取得され、維持されるかに関する問題は、物権的要素として抽出することができる。実施・使用許諾契約は多くの諸国で債権契約とみなされており、専用実施・使用契約について知的財産権の一部譲渡契約の性質を持ち物権契約と考えられている諸国においても、通説の見解によると、通常実施・使用権を許諾する契約は実質法上債権契約と考えられている。」⁽²⁷⁾

と。さらに、「著作物は無体物であり、その内容を知ることができれば、誰でも、いつでも、どこでも利用することができる性質、いわゆるユニキタス性ないし遍在性を持つ。したがって、それにつき所在地を擬制してその所在地法によることになじまない権利ということができる。それにもかかわらず、あえてこのような構成を採っているのは、著作権譲渡を物権変動に類似するものとみて法律構成をしたことと関連するように思われる。確かに、古くは、ヴォルフ(Martin Wolff)やヌスバーム(Arthur Nussbaum)の学説のように、このような性質を持つ客体に関する権利についても客体の所在地を擬制する有力な見解があった。しかし、このような擬制そのものに無理があるだけでなく、もし、このような所在地の擬制によって保護国に権利の客体が所在するものと擬制し、著作権の準拠法を保護国法とするとすれば、保護国概念の混乱を招くことは避けがたい。また、著作権については、登録によって生じる工業所有権より偏在性が強いだけに、本源国における所在の擬制も可能になり、そのいずれがより妥当な擬制かは決着が付きにくいものになるであろう。保護国をそのような客体の所在の擬制から導くとすれば、保護国概念が不明確になり、む

しろこれを用いないほうがいいともいえそうである。さらに、そもそも法例10条の所在地は、このような擬制的所在地を含むものと解するべきではない。」⁽²⁸⁾と。したがって、木棚教授によれば、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とが区別され、物権的法律行為の準拠法は著作権の準拠法としての保護国法であると解されている。

(2) 著作権の準拠法を権利付与国法とする見解

著作権の準拠法を権利付与国法とする見解として、土井教授の見解が挙げられる。土井教授によれば、「著作権を保護する制度は、おなじく知的創作物である発明を保護する特許制度と共通に解する点が多い。基本的には、著作権の保護についても、属地主義が支配する。著作権は、各国ごとに独立して保護され、一国で付与される著作権は、その国の領域をこえては、効力がおよばない。」⁽²⁹⁾として、著作権の属地主義を根拠に保護国法主義を採用している。「著作権保護の属地的性質から、著作権の侵害については、法律の抵触は生じない。一国の著作権の侵害は、その国の領域内においてのみ成立する。著作権を譲渡したり、使用許諾したりする契約は、特定の国の著作権について行われる。契約の効力および解釈については、法例7条のもとに、当事者が指定した準拠法によるが、契約の目的たる著作権の範囲、これに対する制限、存続期間等、その著作権に固有の問題は、著作権の所属する国の法によらなければならない。」⁽³⁰⁾と。また、別の論文においても、「著作権の全部または一部の譲渡、質権の設定など、著作権の処分については、基本的には、原因行為すなわち著作権処分契約の債権的な面と、著作権の全部または一部の移転そのもの、すなわち準物権的な著作物の支配関係の変動とを区別し、前者の関係については法例第7条により準拠法を決定し、後者については著作物の本国法ないし著作権を許与した国の法律によると考えるべきであろう。」⁽³¹⁾と。すなわち、土井教授によれば、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)を区別し、前者に関しては契約準拠法を適用し、後者に関しては著作権の準拠法である保護国法(権利付与国法)を適用している。

3) 物権的法律行為については著作権の準拠法により、その根拠をベルヌ条約に求めない
見解（法廷地国際私法説）

この見解は、さらに、次の二つに大別される。すなわち、「法例」に規定がないとして、
(1) 物権準拠法を類推適用する見解と、(2) 条理によるとする見解である。

(1) 物権準拠法を類推適用する見解

物権的法律行為については著作権の準拠法によるが、法例に規定がないとして、物権準拠法を類推適用する見解がある。

物権的法律行為については著作権の準拠法により、その根拠をベルヌ条約に求めない見解(法廷地国際私法説)として、まず、江口教授および茶園教授の見解が挙げられる。江口教授および茶園教授によれば、「このような譲渡契約および実施契約の準拠法と工業所有権の準拠法との関係について、通説は、物権についての原因行為の準拠法と物権行為の準拠法に類似した関係と捉えて、前者については契約準拠法、後者については保護国法によるとする。著作権の譲渡契約および利用許諾契約については、あまり議論されていないが、工業所有権と別異に扱う必要はないであろう。」⁽³²⁾として、著作権の譲渡の準拠法を工業所有権の準拠法と類似したものとして理解し、著作権の譲渡に関して、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とを区別するものと解している。さらに、「工業所有権の譲渡契約および実施契約の準拠法については、他の債権契約と同様に、当事者による指定が認められる(法例7条1項)。当事者による明示的な指定がない場合には、ただちに行為地法(同条2項)つまり契約締結地法によるのではなく、当事者の黙示的意思が探求されなければならない。通常は、工業所有権の準拠法である保護国法を契約準拠法とする黙示的合意があったとするのが合理的であろう。しかし、工業所有権に関する契約、特に実施契約は多様であるから、保護国以外に当該契約に最も密接な関係を有する国が認められ、保護国法とは異なる準拠法が黙示的に合意されていると解するほうが合理的な場合も少なくない。」⁽³³⁾と。すなわち、江口氏教授および茶園教授によれば、著作権譲渡の準拠法を、工業所有権の譲渡の準拠法と同様に解し、特に、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)の準拠法に関して、明示的意思・黙示的意思によって場合分けがなされる。前者の場合には法例7条により当事者自治の原則に基づき、後者の場合には7条2項により保護国法を適用するものである。このほかにも、最密接関係地法への黙示的選択があったものと解するとしている。

さらに、佐藤教授によれば、「一般的に、実質法上、債権行為と物権行為が単一の行為でなすことが認められていても、債権法と物権法の規律原則は異なるのが普通である。そのことは法規の強行性の度合いの相違として現れ、それが物権行為について厳格な要式性、あるいは物権の登録の必要性等に表れてくるといえる。したがって、『せいぜい』といわれるが、このことがまさに契約の方式に関する問題として顕れてくるのは当然ともいえるのであり、その要式性は決して軽くとらえられるべきものではなかろう。債権と物権の規律原理の相違は、実質法よりもむしろ国際私法において、その連結政策に如実に現れているといえよう。債権分野において当事者自治の原則をとる以上、渉外的に強行性を有する法の適用をいかに考えるかは、知的財産権のみならず一般に問題となるものである。そしてこれは、むしろ契約のどの要素の問題というよりも、一体どの規定が渉外的にも強行性を有すべき法であるのかと、問題を裏返して見ていくほうが各国の法政策を直視することができるのではないかと考える。いずれにせよ、債権行為と物権行為につき、別個に準拠法を決定するという本判決の姿勢には賛成である。」⁽³⁴⁾として、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とを区別し、後者について、「一般に無体財産に限らず、権利については権利性を付与する国法があり、そのようにして生まれた権利の所在はある意味ではまさに *ubiquitas* なのである。つまり、権利そのものは有体性を持たず、このような有体性のない権利については所在地は一般的には決定できないといわざるを得ない。ただ、その権利性が露わになるのは観念的存在としての権利という「力」を行使すべきときである。そしてこれが有体物に関する権利と無体財産権とで現れ方が如実に違ってくる場面となるのである。著作権において一番権利性が明確に現れるのは、侵害行為のあったところであろう。そして、そういう意味でその地を権利の所在地と擬制することは可能であろう。」⁽³⁵⁾として、法例10条を類推適用し目的物の所在地を侵害行為地たる権利の所在地であると解している。なお、「無体財産権については渉外的に『保護国法』に連結させるという考え方が通説のようであるが、それが無体財産権の国際的条約における『内国民待遇の原則』から導かれる抵触法規則であるということには、筆者にはまったく納得できない考え方である。『内国民待遇の原則』とは所詮『外国人の権利も我が国において保護しなければならないときには国民と同様の方法・限度で保護するものである』という以上のことはいってないのであって、それが『保護国法』への連結を認めているということは、前述のとおり、意味をなさないからである。」⁽³⁶⁾としてベルヌ条約が抵触法規定を含むものではないとしている。すなわち、債権的法律行為(原因行為たる譲

譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とを区別し、前者に関しては、契約準拠法により、後者に関しては、ベルヌ条約が抵触法規定を含むものではないとして、法例10条の目的物所在地法を類推適用するものである。

続いて、早川教授によれば、「……準拠法選択規則を導くにあつたて著作権のいかなる特性が重視されるべきかという②の点についても争いがある。この点本判決は、著作権が『物権類似の支配関係』を持つということに着目し、物権準拠法につき規律する法例10条の趣旨に依拠して規律を導こうとしている。……そしてかかる観点からは『目的物が物理的に存在している限りにおいては』『当該目的物が所在している地の法を適用するという準拠法決定ルール』が『当該目的物がどこに所在しているのかの調査』を『関係者に当然に期待でき、かつ、その調査コストも低いという点で』合理的なルールといえる」⁽³⁷⁾と。そして、「著作権においては『目的物』は物理的に存在していないが、ベルヌ条約の力によって、実際には各国ごとに『目的物』が併立しているのと同様の状況になっており、また、その状態は関係者に十分に認識されている。とすれば、利用行為(他方からは侵害行為)が行われる国ごとに当該地の法を適用するというルールが、合理的なものとして導かれるといえよう。……ただ、以上の理論を経た上で、本判決は、最終的に③『保護国法』が適用されるとする。この点『保護国法』になる概念は結局のところ『保護すべき国の法で保護すべきである』というトートロジーであるともいえ……。より明確性を期するためには上記のように『利用行為地(または侵害行為地)が行われる国』と表現した方が望ましかったように思われる……。」⁽³⁸⁾として、目的物の所在地を利用行為地(侵害行為地)であるとしている。したがって、早川教授によれば、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とを区別し、後者に関しては、ベルヌ条約が抵触法規定を含むものではないとして、法例10条の目的物所在地法である利用行為地ないし侵害行為地法を類推適用するものであると解される。

(2) 条理による見解

物権的法律行為(著作権の移転行為)については著作権の準拠法によるが、法例に規定がないとして、条理に求める見解がある。まず、斎藤教授によれば、「多面、著作権につき条約および国内法が画一的な規定を設けていれば抵触の問題は生じないが、現実はそのような状況ではない。」としてベルヌ条約が抵触穂規定を含んでおらず、「著作権の譲渡契約についてはどうか。……この種の場合、一つには契約の面に注目することができる一方、

著作権の処分にも注目できるわけである。前者、すなわち、契約の解釈については契約当事者の意思を尊重する点から契約準拠法によって判断することになり、後者(引用者注:著作権の処分)となると、保護国法による判断となる。したがって、著作権者が第三者に対抗できるか否かについても、保護国法が準拠法となる。」⁽³⁹⁾として、著作権譲渡の準拠法の決定に関して債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為、特に、処分および対抗)とを区別して、後者については条理によって保護国法を採用するものと考えている。

次に、同様の見解を採用するものとして、高杉教授の見解が挙げられる。すなわち、高杉教授によれば、著作権譲渡契約の準拠法に関しては、「著作権譲渡契約の準拠法につき、学説上、法例7条に基づき当事者自治を認める見解が多数である。著作権譲渡契約も当事者間でのみ効力を有する債権的な合意であって、他の契約と別異に扱うべき理由が存しないからである。」⁽⁴⁰⁾として、契約準拠法である法例7条の規定を適用するとし、著作権移転の準拠法に関しては「著作権移転の準拠法を直接に定める規定は、日本の法例には見あたらない。物権(法例10条)、債権譲渡(同条12条)等の規定が適用されないとすれば、条理に基づき法選択規則を導き出すほかない。」⁽⁴¹⁾として条理によるものである。また、「通説によれば、『保護国』とは、一般に、『利用行為または侵害行為が行われた国』と意味する。本判決も、通説を前提にしているのかもしれないが、そうであるならば『ベルヌ条約』ではなく『利用行為・侵害行為』に言及すべきであったのではなからうか。」⁽⁴²⁾として、ベルヌ条約が抵触法規定を含むものではないと解している。したがって、高杉教授の見解によれば、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とを区別し、後者については、ベルヌ条約が抵触法規定を含むものではなく、条理によって保護国法(利用行為地法・侵害行為地法)を適用するものである。

2. 債権的法律行為と物権的法律行為とを区別しない見解

契約準拠法(法例7条)説

著作権の譲渡の準拠法決定に関して、譲渡の原因関係である契約等の債権的法律行為と物権的法律行為とを区別せず、両者を一括して契約準拠法(法例7条)を適用するものとして、まず、山本教授の見解が挙げられる。山本教授によれば、「著作権の法的性質をどのように定めるにせよ、また譲渡の性質をどのように考えるにせよ、著作権譲渡の場合、そこに必ず譲渡契約(遺言処分の場合、さらにその方式に従うとして)があるはずであるから、一

般の契約の場合の準拠法と同じく、当事者の自治的な決定に委ねてよい。」⁽⁴³⁾として、両者を区別せずに契約準拠法によるとされる。

次に、同様の見解を採用するものとして、森田教授によれば、「しかし、譲渡当事者間に関する限り、当事者に最も密接に関連する譲渡契約の準拠法で一括処理すれば足りる著作権譲渡契約における準拠法の決定に関して、譲渡の原因関係である契約等の債権行為と、目的である著作権の物権類似の支配関係の変動とを区別せずに、法廷地国際私法における契約準拠法(法例7条)を適用するとする見解として、まずいのではないか。」⁽⁴⁴⁾として、契約準拠法によるとされる。

また、金准教授によれば、「著作権などの知的財産権の譲渡契約の準拠法について、もっぱら債権の準拠法と一本化することはできないであろうか。……抵触法的政策決定や利益考慮が応急される性質決定段階において、このような点を考慮した準拠法決定が必要であると思われる。」⁽⁴⁵⁾として、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とを区別することなく契約準拠法として法例7条を適用する必要があるとの理解である。

このように以上の3つの見解は、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とを区別せず、一括して、法廷地国際私法における契約の準拠法により、法例7条を適用するものと解されている。

第3節 「法適用通則法」下における議論状況

以下では、著作権譲渡の準拠法に関する「法適用通則法」下における判例および学説の見解を論じることとする。

第1款 「法適用通則法」下における判例

「法適用通則法」下における判例としては、(1)東京地裁平成22年2月10日判決、(2)東京地裁平成24年12月21日判決が挙げられる。

(1)「『冬のソナタ』主題歌著作権管理事件」 東京地裁平成22年2月10日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

原告 X は著作権等管理事業者であり、韓国の楽曲について著作権の信託譲渡を受けたと主張するものである。被告 Y は音響機器のリース及び販売等を目的とする株式会社でありいわゆる通信カラオケ業者である。被告 Y は、原告 X が信託譲渡を受けたとされる本件著作物に関する複製又は公衆送信を自らの製造に係る業務用通信カラオケ装置を用いて行った。この行為に基づいて、原告 Y は被告 Y に対して、著作権(複製権、公衆送信権)侵害に基づく損害賠償(民法709条、著作権法114条3項)または不当利得の返還を求めた事案である。これに関して、日本の裁判所は、韓国法人であった譲渡人甲と原告 X(譲受人)は、譲渡人甲が現に有する著作権および将来取得する著作権を、原告 X に信託譲渡し、原告 X がこれを管理する旨の著作権信託契約を締結したが、同契約は、譲渡人甲により有効に解約されたと認められ、この信託の終了については、残存信託財産が帰属権利者に移転するまで、原信託の延長としての法定信託が存続すると解するのが相当であるところ、本件では、帰属権利者が、原告 X に対し、信託の清算事務として、本件訴訟における使用料相当額の損害賠償請求権を行使すること、および、訴訟を迫行することを認めるとの意思を表明している場合に限り、原告 X に上記の著作権侵害に基づく損害賠償請求権が帰属し、かつ、これを行使することができるというべきであるとしたものである。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

著作権譲渡の準拠法の決定に関して、「一般に、物権及び知的財産権の内容、効力、得喪の要件等は、当該物権又は知的財産権の所在地の法令を準拠法とすべきものとされている。法の適用に関する通則法13条は、物権に関して、その趣旨に基づくものであるが、その理由は、物権が物の直接的利用に関する権利であり、第三者に対する排他的効力を有することから、そのような権利関係については、目的物の所在地の法令を適用することが最も自然であり、権利の目的の達成及び第三者の利益保護という要請に最も適合することにあると解される。著作権は、その権利の内容及び効力がこれを保護する国(以下「保護国」という)の法令によって定められ、また、著作物の利用について第三者に対する排他的効力を有するから、物権の得喪について、所在地法が適用されるのと同様の理由により、著作権という物権類似の権利の支配関係の変動については、保護国の法令が準拠法となるものと解される。なお、準拠法を韓国法とする原権利者・TMA 契約19条は、譲渡の原因関係である契約等の債権行為に適用があるにすぎない。」⁽⁴⁶⁾と。

したがって、本判決の見解によれば、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とを区別し、前者については、契約準拠法として韓国法が適用される。他方、後者については、物権準拠法(法適用通則法13条)の類推適用により保護国法が適用されるとの理解である。

(2) 「ハワイ風景写真ブログ無断掲載事件」 東京地裁平成24年12月21日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

アメリカ合衆国の写真家である原告 X らは、本件写真を撮影し、アメリカ合衆国において最初に発行した。本件写真について、原告 X が著作権を、原告 X 会社が独占的利用許諾権をそれぞれ有している。被告 Y は日本においてその運営するブログに無許諾で本件写真を掲載した。この行為に基づいて、原告 X から被告 Y に対して、不法行為に基づく損害賠償を求めた事案である。この点に関して、日本の裁判所は、被告は、本件写真の利用について、その利用権原の有無についての確認を怠ったものであって、本件写真をダウンロードして複製したこと及びアップロードしてブログに掲載し公衆送信したこと(複製権及び公衆送信権の侵害)について、過失があると認められるとして、原告の請求を一部認容したものである。

2 判旨

判旨は以下のとおりである。

著作権譲渡の準拠法の決定に関して、「(1)本件では、本件写真の著作物性、著作者及び著作権者について争いがあるが、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「ベルヌ条約」という。)5条(2)によれば、著作物の保護の範囲は、専ら、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによるから、我が国における著作権の帰属や有無等については、我が国の著作権法を準拠法として判断すべきである。我が国とアメリカ合衆国は、ベルヌ条約の同盟国であるところ、本件写真は、アメリカ合衆国において最初に発行されたものと認められ(前提事実(2))、後記2のとおり、その著作物性と同国の国民である原告 A が著作者であることが認められるから、同国を本国とし、同国の法令の定めるところにより保護されるとともに(ベルヌ条約2条(1)、3条(1)、5条(3)(4))、我が国においても著作権法による保護を受ける(著作権法6条3号、ベルヌ条約5条(1))。(2)また、本件では、原告

Aは、原告会社に対し、本件独占的利用許諾権を付与した(前提事実(3))のであるから、このような利用許諾契約の成立及び効力については、当事者が契約当時に選択した地の法を準拠法とし(法の適用に関する通則法7条)、他方、選択がないときは、契約当時において契約に最も密接な関係がある地の法が準拠法である(法の適用に関する通則法8条1項)。そして、本件独占的利用許諾権の付与が譲渡と同じ法的性質であると解したとしても、譲渡の原因関係である債権行為については同様に解するのが相当である。そこで検討するに、本件独占的利用許諾権の付与は、原告Aがハワイ州公証人の面前において自ら署名した宣誓供述書をもって行ったものであり(前提事実(3))、その相手方である原告会社が同州に所在する会社であることも併せると、アメリカ合衆国ないしハワイ州の法を選択したものと解するのが相当である。そして、アメリカ合衆国著作権法101条は、『『著作権の移転』とは、著作権または著作権に含まれるいずれかの排他的権利の譲渡、モゲージ設定、独占的使用許諾その他の移転、譲与または担保契約をいい、その効力が時間的または地域的に制限されるか否かを問わないが、非独占的使用許諾は含まない。』と規定するから、本件独占的利用許諾権の付与は同条にいう『著作権の移転』に含まれる。また、同法204条(a)は、『著作権の移転は、法的作用によるものを除き、譲渡証書または移転の記録もしくは覚書が書面にて作成され、かつ、移転される権利の保有者またはその適法に授権された代理人が署名しなければ効力を有しない。』と規定するが、原告Aは、自ら署名した宣誓供述書をもって、本件独占的利用許諾権を付与したのであるから(前提事実(3))、本件独占的利用許諾権の付与は効力を有すると解される。加えて、原告Aは、本件独占的利用許諾権の付与以前に、原告会社との間で非独占的代理店契約を締結しており(前提事実(3))、前同様にアメリカ合衆国ないしハワイ州の法を選択したものと解されるが、これらの法に照らし、非独占的代理店契約の成立及び効力を否定する根拠は見当たらないから、本件独占的利用許諾権によって変更された非独占的利用許諾権以外の条項については、なお効力を有するものと解される。」⁽⁴⁷⁾と。

したがって、本判決の見解によれば、利用許諾契約は譲渡契約と同じ性質であると理解され、譲渡と同様に債権的法律行為(原因行為たる利用許諾契約)と物権的法律行為(利用権の移転)とが区別され、特に前者については、法適用通則法7条、8条によるが、同7条により選択された法としてハワイ州法が適用されるとの理解である。

第2款「法適用通則法」下における学説

債権的法律行為と物権的法律行為とを区別せず、法廷地国際私法を適用する見解

「法適用通則法」下における学説の見解としては、駒田教授の講演録が挙げられる。すなわち、駒田教授によれば、「さて、もう一度ベルヌ条約に戻りたいと思います。ベルヌ条約は、基本的には外人法条約だと申し上げました。ただ、抵触規則を全く含んでいないかということ、それは言い過ぎになってしまいます。じつは、映画の著作物に関して、目立たない規定なのですが、ベルヌ条約の中に明確に抵触規則とみてとれるものがあるのです。その14条の2第2項(b)は、著作者が映画製作に参加する約束をした場合、原則として映画製作者の利用行為に反対することができないとした上で、2項(c)第1文は、当該約束が書面によるべきかどうかは、映画製作者の主たる事務所又は常居所地法によるとしています。以下の条文をご覧ください。……ここで興味深いのは、2項(c)第2文が、『もつとも、その約束が書面による契約……によるべきことを定める権能は、保護が要求される同盟国の立法に留保される』と規定していることです。第1文は、映画製作参加の約束が書面でされなければならないかどうかは、映画製作者の本拠地法によるとしています。第2文で、そういう書面要件というのは保護国が自由に設けてもよい、ということを決めているわけです。第2文にいう『保護国』を、著作物の利用地と解釈することはできないでしょう。映画の著作物の利用地など個々の著作物に応じて決まるものですし、そのようなケース・バイ・ケースで決まる国が、条約によってそういう立法をする自由を与えられているというのは、甚だ奇妙です。ですから、『保護が要求される同盟国』とは、ここでも文脈上、各同盟国のことだと解釈できるわけです。各同盟国は、映画製作参加の約束を書面でしなければならないと規定してもよい。だが、著作者の権利行使を制限する上でそのつど適用されるのは、映画製作者の本拠地の法だというわけです。このように、ベルヌ条約の他の規定にいう『保護国』を著作物の利用地と解釈できない、単に各同盟国の意と解釈しなければならないとすると、5条でも同じ意味に解釈するのが適当でしょう。条約であれ、法律であれ、特別な理由がない限りは、同じ文言は同じ意味に解釈すべきだからです。」⁽⁴⁸⁾と。したがって、駒田教授によれば、映画の著作物の著作者の権利を規定するベルヌ条約14条の2の規定を取り上げて、映画の著作物に関してはベルヌ条約が抵触法規定を含むと指摘しながらも、以上の規定から導かれる結論としては、14条の2(c)号第2文に規定する保護国については、条約による立法の自由が認められることを肯定しておらず、したがって、保護国を利用行為地国として解釈するのではなくて、法廷地の国際私法によるべきであると理解され

るものと思われる。すなわち、駒田教授によれば、ベルヌ条約が映画の著作物の作者の権利に関して抵触法規定を含んでおらず、法廷地の国際私法が適用されると解される。

第4節 総括的考察

著作権譲渡の準拠法の決定に関して、判例及び学説の見解を整理してきた。これらの見解は次のように整理することができる。まず、「法例」下における判例としては、(1)「キューピー事件」(東京地裁平成11年11月17日判決)、(2)「キューピー事件」(東京高裁平成13年5月30日判決)、(3)「ダリ展覧会事件」(東京高裁平成15年5月28日判決)、(4)「ケネス・ハワード『Von Dutch』事件」(知財高裁平成19年10月26日判決)、(5)「中国ドラマCSデジタル放送事件」(東京地裁平成21年4月30日判決)、(6)「KOMCA 著作権信託契約事件」(東京地裁平成24年5月31日判決)が挙げられる。次に、「法適用通則法」下における判例としては、(1)「冬のソナタ」主題歌著作権管理事件(東京地裁平成22年2月10日判決)、(2)ハワイ風景写真ブログ無断掲載事件(東京地裁平成24年12月21日判決)が挙げられる。続いて、「法例」下における学説としては、1. 債権的法律行為と物権的法律行為とを区別し、前者については契約準拠法により、後者については著作権の準拠法による見解と2. 債権的法律行為と物権的法律行為とを区別しない見解が挙げられる。前者の見解はさらに、1) 物権的法律行為については著作権の準拠法として保護国法を適用し、その根拠をベルヌ条約5条2項に求める見解と、2) 物権的法律行為については著作権の準拠法により、その根拠をベルヌ条約上の属地主義に求める見解〔(1) 著作権の準拠法を保護国法とする見解と、(2) 条理による見解〕とに分けられる。他方、後者の見解としては、契約準拠法(法例7条)による見解が挙げられる。最後に、「法適用通則法」下における学説としては、債権的法律行為と物権的法律行為とを区別せず、法廷地国際私法を適用する見解が挙げられる。

このような見解が挙げられる中、筆者は、第1章において導いて来たベルヌ条約の諸原則に基づいて、著作権譲渡の準拠法の決定に関しても、ベルヌ条約が抵触法規定を含み、本源国法主義と効力(譲渡)についての内国民待遇の原則との組み合わせ(ベルヌ条約14条の2(c)号)によるものと考えられる。

以下では、具体的な事例に基づいて、私見を提示したい。

【設例】

ベルヌ条約の加盟国であるA国において著作権者であるA国人甲によって著作物が最初に発行され、本国たるA国で当該著作権が有効に成立しA国が本源国となった。本件著作物に関わる著作権について甲と日本人Xとの間で(原因行為たる)譲渡契約が締結され、Xに著作権が譲渡されA国で登録を行った。後に、この著作権が甲により日本にいYにも二重譲渡されYは日本でこれを利用していた。なお、Yは著作権を譲り受ける際に登録等の要件を備えていないものとする。また、甲とX間の譲渡契約の準拠法はA国法とされており、契約締結地は日本とする。

このような事例の下で、XはYに対して、有効に著作権が譲渡されたものとして自身の著作権に基づき、Yに対して著作権侵害に基づく損害賠償を請求することができるのであろうか。なお、日本においては、著作権移転の要件としては、債権契約として売買契約の成立(方式として書面は不要)のみで足りる。日本が法廷地(同時に利用行為地)であるものとする。また、本件契約においてはA国法を準拠法とする旨の当事者間での明示的選択があったものとする。

以下では、事例の検討の前に、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)の準拠法と物権的法律行為(著作権の移転行為)の準拠法との関係を論じることとする。

1. 債権的法律行為の準拠法と物権的法律行為の準拠法との関係

法適用通則法は「債権的法律行為」(原因行為たる譲渡契約：成立および効力については通則法7・8・9条、方式については10条)と「物権的法律行為」(著作権の移転行為：成立および効力については通則法13条1項、移転については通則法13条2項)を区別している。したがって、著作権の譲渡の準拠法を考える場合には、著作権の移転には債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)のみで足りるのか、あるいは物権的法律行為(著作権の移転行為)、すなわち物権的意思表示(著作権を移転するという意思表示の合致)および方式(書面)をも必要とするかどうかの問題となる。この点、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)が契約の準拠法上無効である場合に物権的法律行為が無効になるかどうかについては、債権的法律行為の準拠法としての契約準拠法によることは適当ではなく、物権的法律行為(著作権の移転行為)の準拠法(著作権自体の準拠法)による。そして、著作権自体の準拠法によれば、債権的法律行為が要求されている場合には、契約の実質的成立要件は先決問題として契約の準拠法により、特に債権的法律行為に書面を必要とするかどうかについては先決問題として契約の方式の準拠法(通則法10条)による。

2. 債権的法律行為と物権的法律行為との関係

「法適用通則法」においては、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とを区別し、前者については、原因行為たる譲渡契約の実質的成立要件の準拠法に関する通則法7・8・9条が適用される。同7条によれば、当事者間において明示的・黙示的選択があればそれにより、準拠法が選択されていない場合には同8条1項により最密接関係地法が適用される。この点、最密接関係地法については同8条2項の特徴的給付の理論により、譲渡人の常居所地法が最密接関係地法と推定される。また、方式の準拠法に関しては同10条1項および2項が適用され、実質的成立要件の準拠法と行為地法との選択的適用となる。次に、後者については、成立および効力に関しては同13条1項、移転に関しては同13条2項が適用される。この点、物権的法律行為としての著作権移転の準拠法に関しては、ベルヌ条約が抵触法規定を含むと解されるので、「法適用通則法」の規定に優先してベルヌ条約が適用される。すなわち、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによることになるのである。なぜならば、ベルヌ条約14条の2(2)項(c)号の規定(同条約第5条4項(c)号(i)により、著作物の本国法としての映画の製作者の主たる事務所または常居所地法の適用と、内国民待遇の原則の組み合わせ)が類推適用されるからである。なお、同盟国三国間に跨るような場合には、ベルヌ条約の適用範囲外として外国著作物は保護されないので外国著作権も成立せず、外国著作権の譲渡も考えられない。

3. 事例の検討

上記の分析の結果に基づいて以下では事例を検討していこう。

著作権の移転の方式としては、書面によらなければ著作権の移転を認めない国が多く、日本のように債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)だけで著作権が移転する国は少数であり、移転の第三者対抗要件としての登録については、登録を要求する国と要求しない国とがある。したがって、以下では、下記のような事例を検討する。

1) 本源国であるA国で成立した著作権に関する譲渡の準拠法の決定に関して、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)を区別するとし、債権的法律行為に関しては著作権の移転行為としての意思表示と書面によることを要求している。

ここでは、(i)A国が対抗要件として登録を要求している場合と、(ii)A国が登録を要求していない場合に分けて検討する。なお、日本は法廷地(利用行為地)であるとする。このような事例の下でXはYに対して著作権に基づく損害賠償請求をすることができるのであろうか。

著作権の移転に関しては、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)および物権的法律行為(著作権の移転行為)の成立が要求される。私見によれば、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とを区別するという考え方に立ち、まず、物権的法律行為である著作権の移転の準拠法に関しては、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとして、本源国法主義と内国民待遇の原則との組み合わせによる(ベルヌ条約第14条の2(2項)(c)号の類推適用)。

(1) A国が登録を要求している場合

まず、A国が登録を要求している場合が問題となる。この場合には、著作権自体の準拠法を決定することになる。本源国法たるA国法によると債権的法律行為のほか、物権的法律行為に関しては、著作権移転の意思表示と書面によることが要求されている。なお、A国法上、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)が物権的法律行為(著作権の移転行為)に影響を与えないとされている場合には、債権的法律行為が要求されない場合も考えられる。

次に、契約の準拠法の決定に関しては、著作権が移転するために前提となる契約の実質的成立要件に関しては契約準拠法(通則法7・8・9条)が適用される。形式的成立要件に関しては方式の準拠法(通則法10条)が適用される。本件事例の下では、甲X間で譲渡契約の準拠法が選択されているため、通則法7条の当事者自治の原則により、原因行為たる譲渡契約の準拠法はA国法となる。また、方式の準拠法に関しては10条1項および2項が適用され、実質的成立要件の準拠法(A国法)と行為地法(日本法)との選択的適用となる。この点、日本法によれば、無方式であるため、契約の方式としての書面は不要である。

次に、物権的法律行為(著作権の移転行為)の準拠法の決定に関して、著作権の移転の要件については、結果的には、A国法と内国民待遇の原則により日本法との累積的適用となるため、移転の方式としてA国法上書面が要求されている以上、A国法上の書面の要件をも満たさなければならない。

さらに、第三者対抗要件は著作権の効力の問題であるので、第三者対抗要件としての登録の要件については、著作物の本国法たるA国法と内国民待遇の原則により日本法との累積的適用となる。したがって、A国法が登録を要求している以上、A国法上の登録の要件を

も満たさなければならず、さらに、日本法上も登録が要求されているので、日本においても対抗要件としての登録を日本で行っていないなければならない。

(2) A国が登録を要求していない場合

次に、A国が登録を要求していない場合が問題となる。物権的法律行為(著作権の移転行為)の準拠法の決定に関しては、著作権の移転の要件について、結果的には、A国法と日本法(内国民待遇の原則)が累積的に適用される。したがって、移転の方式としての登録は日本法において要求されていないが、A国法においては書面が要求されている以上、A国法における書面の要件をも満たさなければならない。

さらに、第三者対抗要件は著作権の効力の問題であるので、第三者対抗要件としての登録の要件については、結果的には、著作物の本国法たるA国法と日本法(内国民待遇の原則)との累積的適用となるため、A国法において登録は要求されていないが、日本法において登録が要求されているので、日本においても対抗要件としての登録を日本で行っていないなければならない。

2) 本源国であるA国が著作権の譲渡を認めていない場合

本源国たるA国が著作権の譲渡の制度を認めていない場合には、著作権移転の準拠法については結果的には、本源国法たるA国法と日本法との累積的適用となるため、そもそも著作権の譲渡が認められない。

第5節 おわりに

本章においては、著作権の譲渡に関して問題となる具体的な事例を提起し、従来の判例・学説の見解を整理・検討してきた。

比較実質法法的にみれば、日本においては著作権移転に関して債権的意思表示を満たすということのみで著作権が移転されるのに対して、各国の法制度上は債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とが区別され、著作権の移転に関して、物権的意思表示の他に、形式的成立要件としての方式(書面)を要求している国が多数見受けられる。したがって、このような比較実質法の下で導かれる結論としては、著作権の譲渡に関する準拠法の決定に関して、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とを区別すべきであると思われる。なぜならば、諸国の法制度上、著作権の移転の方式として書面が要求されているので、契約準拠法に委ねてしま

うと第三者の予測可能性を害することになってしまうからである。著作権の移転については、ベルヌ条約が抵触法規定を含んでおり、ベルヌ条約14条の2(2)項(c)号の規定(同条約第5条4項(c)号(i))により、著作物の本国法としての映画の製作者の主たる事務所または常居所地法の適用と、内国民待遇の原則の組み合わせ)の類推適用によって導かれる。

したがって、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則によることが望ましいと思われる。著作物の本源国で成立した権利が、日本においては、その効力発生要件として内国民待遇の原則の下で制限されるということである。筆者の見解である「本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則」との組み合わせに基づいて、著作権譲渡についての準拠法の決定の際には、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とを区別して、後者については、著作権自体の準拠法たる本源国法と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせとなるものである。このことから導かれるのが、ベルヌ条約がそれ自体の構造として動産物権の準拠法(所在地の変更を含む原則)を適用するという制度を実現しているものであるということである。国際私法上の物権準拠法の議論に照らした場合には、第三者の利益が重視されると考えられる。なぜならば、特に、目的物たる動産は譲渡人によって転売されることを前提として作られた規則であり、社会活動の円滑な促進上、利用行為者が利用行為地の法のみに従って行動できるように構造されているのである。このことは取引の相手方の利益を保護するように規定されているからである。しかし、利用行為者のみを中心にした理論構成を著作権についても当てはめてしまうことは妥当ではない。なぜならば、著作権においては著作者を保護するための権利としての側面が重視されていることを忘れてはならず、利用行為者または著作権者のみの利益の保護に偏る議論を進めることは妥当ではないからである。このように考えるならば、抵触法規定としての本源国法主義と外人法規定としての内国民待遇の原則との組み合わせにより、一方では、本源国法を適用するという面では著作権者を保護し、他方では、著作権の譲渡が日本で問題となった場合に、結果的に著作物の本国法のみならず日本法も累積的に適用されるという構造をとることで、利用行為者の保護をも図ることができる。このように、利用行為者の側からすれば、日本法のみを念頭において行動していればよいのである。そして、この仕組みこそが、ベルヌ条約がその構造自体の規律の中で実現している仕組みなのである。すなわち、著作物の本国を起点として、著作物の本国法に従い、そこで権利が成立すれば、そこが本源国となり、そこで権利が成立しなければ、著作物の本国が変動してゆくのである。したがって、ベルヌ条約はそれ自体として、動産物権における所

在地変動に関する準拠法決定の制度を実現しているものと考えられる。さらに、第三者対抗要件は著作権の効力の問題であるので、第三者対抗要件としての登録の要件についても、本源国法主義と内国民待遇の原則との組み合わせによることになるのである。

このように第3章では、「著作権譲渡の準拠法」についてベルヌ条約の規定に基づいて論じてきた。続く第4章においては、「著作権侵害の準拠法」について論じていこう。このテーマに関してもベルヌ条約が抵触法規定を含みベルヌ条約の構造から導かれる原則が妥当するのであろうか。この点に関して以下で、さらに検討することにしたい。

(1) TKC 法律情報データベース 文献番号 28042692 本判決の評釈として、駒田教授は、「著作権譲渡契約の準拠法は、法適用通則法7条により当事者が選択した地の法となる。たとえ当該準拠法についての明示の合意が存在しなくとも、当該契約関係における諸般の事情から黙示の準拠法の合意があると認められれば、これによることになる。」とし、「そのなかでもとくに標準的と評価しうる見解は、原則として著作物の利用を可能とする譲渡人/ライセンサーが特徴的給付を行うと考えられるのでその常居所地法等によるが、排他的な権利の移転やそのようなライセンスが付与された場合、または譲受人/ライセンシーが利用義務を負う場合には、後者の常居所地等がより密接な関係を有するのでそれらの法によるとするものである。」(駒田泰土「著作権の譲渡」『国際私法判例百選(新法対応補正版)』別冊ジュリスト No. 185(2007年1月)99頁。)としている。

(2) TKC 法律情報データベース 文献番号 28061154

(3) 判例時報 1831号 135-148頁。私法判例リマークス 29(下)(2004年)136-139頁。本判決の評釈としては、まず、佐藤教授の見解が挙げられる。保護国の認定に関して、「本判決が結果として日本法に準拠した点については賛成であるが、法例10条を準用して、直ちに所在地法=保護国法とする理由付けには以上のような意味で賛成できないものである。」(佐藤やよひ「サルバドル・ダリ事件」コピライト 514号(2004年)30頁参照。)と。したがって、佐藤教授によれば、本判決の見解に対して批判的な見解が示されている。次に、早川教授によれば、「目的物が物理的に存在している限りにおいては『当該目的物が所在している地の法を適用するという準拠法決定ルール』が『当該目的物がどこに所在しているかの調査』を『関係者に当然に期待でき、かつ、その調査コストも低いという点』で合理的なルールと言える。」として肯定的な見解を示しているが、「本判決は、最終的に③『保護国法』が適用されるとする。この点、「保護国法なる概念は結局のところ、「保護

すべき国の法で保護すべきであるトートロジーであるともいえ、より明確性を期するためには上記のように『利用行為(または侵害行為)が行われる国』と表現した方が望ましかったように思われる。」(早川吉尚「著作権譲渡の準拠法」『著作権判例百選(第4版)』別冊ジュリスト No. 198(2009年)227頁参照)と。

(4) TKC 法律情報データベース 文献番号 28132314

(5) TKC 法律情報データベース 文献番号 28140772

(6) TKC 法律情報データベース 文献番号 25440666 判例時報 2061 号 83 頁。判例タイムズ 1318 号 251 頁。

(7) TKC 法律情報データベース 文献番号 25444600

(8) 松岡博「一 外国法を準拠法に指定した外国人画家の著作権に関する契約につき当該外国法の解釈を示した例 二 我が国を保護国法とする著作権の移転およびその対抗要件の準拠法——サルバドール・ダリ事件控訴審判決——」私法判リマークス 29 (下) (2004年)139 頁。

(9) 松岡・前掲注(8)139 頁。また、別の文献においても同様の見解を示している。同「第三節 ダリ事件を巡る判例・学説の状況と問題点の検討」松岡博編『国際知的財産法の潮流』帝塚山大学出版会(2008年3月)26 頁。

(10) 松岡・前掲注(8)139 頁。

(11) 松岡・前掲注(8)139 頁。また、別の文献においても同様の見解を示している。同・前掲注(9)27 頁。

(12) 松岡・前掲注(8)139 頁。

(13) 稲垣佳典「著作権譲渡及び職務著作を巡る国際的法適用関係」知的財産法政策学研究 Vol. 5(2005年)64 頁。

(14) 稲垣・前掲注(13)60-61 頁。

(15) 小泉直樹「国際著作権契約法序説」著作権研究 No27(2000年)90-91 頁。

(16) 小泉・前掲注(15)100 頁。

(17) 小泉・前掲注(15)93 頁。

(18) 嶋拓哉「日本における中国著作権侵害に関する準拠法について——テレビドラマ『苦菜花』事件——」知的財産法政策学研究 Vol. 31(2010年)298 頁。

-
- (19) 道垣内正人「知的財産権 I 第三章 準拠法に関する通則」櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法 第一巻 法の適用に関する通則法 § § 1～23』有斐閣コンメンタール(2011年12月)642頁。
- (20) 羽賀由利子「著作権の移転及びその対抗要件につき保護国法を準拠法とした事例」「外国の法解釈にあたり外国判決の存在を考慮した事例」国際私法判例研究 九州大学法学 96号(2008年)93頁。
- (21) 羽賀・前掲注(20)94頁。
- (22) 羽賀・前掲注(20)94頁。
- (23) 木棚照一『国際知的財産法』日本評論社(2009年)452-453頁、456-457頁。また、工業所有権に関して、同『新版 国際経済法』青林書院(1993年)354-355頁参照。
- (24) 木棚照一「著作権の譲渡登録と譲渡契約の準拠法——著作権の二重譲渡に当たるとしても背信的悪意者に該当するから対抗要件である譲渡登録なしに対抗することができる」とされた事例」知的財産権法判例研究会 判例評釈 155、発明 No. 9(2009年)61頁。
- (25) 木棚・前掲注(24)60頁。
- (26) 木棚・前掲注(23)452-453頁。
- (27) 木棚・前掲注(23)456-457頁。
- (28) さらに、木棚教授によれば、工業所有権に関する別の論文において次のような見解を明らかにされている。すなわち、「確かに、無体財産を客体とする工業所有権については、有体物に対する物権に関するように実施法上も債権行為が分けられている立法例がないので、債権的要素と物権的要素を峻別することが困難な点があることは否定できない。しかし、これらの要素は区別できないわけではない。工業所有権の譲受人や実施・利用権者は、それらの契約により第三者に対抗し、第三者の妨害行為を禁止するような物的権利、準物的権利、あるいは、単なる排他的権利などと呼ばれる権利を取得するが、このような権利がいかなる要件の下で、いかなる行為によって取得され維持されるかが、物権的ないし準物権的な要素として抽出できよう。たとえば、実施契約は多くの国で債権契約とみられており、専用実施権の許諾については工業所有権の一部譲渡の性質をもち物権契約とみるべきものと考えられている諸国においても、通説によると、通常実施権を許諾する契約は実質法上債権契約と考えられている。そこで、一方では、通常実施契約については専ら契約準拠法にのみよることになり保護国法と矛盾を来すおそれがあるのではないかとの懸念も

生じる。しかし、通常実施契約にも物権的要素つまり工業所有権的側面があるのであって、たとえば、通常実施権も登録することによりその後の特許権等を譲り受けたものや専用実施権を取得した者に対してその効力を主張することができ、第三者に対抗することができるものとされる。……この問題はたんなる方式の問題ではなく、権利自体の効力に関するものと法性決定することができる。したがって、このような問題については保護国法により、たんに当事者間のみの債権的な効力については契約準拠法によることになる。」(木棚照一『国際工業所有権法の研究』日本評論社(1989年)285頁参照。)と。したがって工業所有権に関して、債権的法律行為と物権的法律行為とを区別し、前者に関しては、契約準拠法により、後者に関しては、物権的ないし準物権的な性質を有する者であるとの理解である。さらに、別の論文においては、両者を区別した上で、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約、実施契約)に関しては、「まず、譲渡契約や実施契約について、他の債権契約と同様に、当事者による準拠法の指定が認められる(法例第7条1項)。問題となるのは、むしろ、当事者による明示的な指定がない場合にどのように解すべきかである。すぐに契約締結地法による(同条2項)べきではなく、当事者の黙示的意思が探求されるべきである。その際、工業所有権の準拠法である保護国法による黙示的合意があったものとみる見解がある。このような見解は、保護国法によるべき事項と契約準拠法によるべき事項を区別する必要がないという利点をもつ。たしかに、譲渡契約についてはこのような見解は妥当性をもつであろう。しかし、実施契約の場合には、単一の契約で複数の国に存在する工業所有権に関する実施契約を締結することもまれではないので、各保護国ごとに異なる法によることになり、契約を分裂させることになり妥当ではない。そこで、この場合に限り実施権者の常居所地法によることになる。しかし、実施契約は多様性を持つので、当該実施契約と最も密接な関係を有する国がより具体的、類型的に探求されるべきである。例えば、通常実施契約であって、実施権者の債務が実施料の支払いに限られている場合には、実施許諾者の常居所地法が適用され、実施権者が工業所有権の利用義務を負担するか、実質的にこれと同視できる専用実施契約の場合には実施権者の常居所地法が適用されるものと解するのが、原則として合理的であろう。」(木棚・前掲注(23)354頁参照)として、法例7条によって、当事者による準拠法の指定を認めている。この場合、同条1項による当事者による明示的意思表示がなければ、譲渡契約については、同条2項によって黙示的意思表示を認め、実施契約については、実施契約の性質が多面的な側面を持つことから、同条8条

により事案に応じて当該実施契約の最密接関係地法を採求すべきであるとされる。また、契約準拠法と工業所有権の準拠法の関係については、「……物権についての原因行為の準拠法と物権行為の準拠法に類似した関係とみて、前者については契約準拠法、後者については保護国法によるのが通説的な見解である。……したがって、当事者間でのみ効力を持つ債権的な合意の問題と第三者に対しても効力をもつ工業所有権の問題を区別して、債権的な合意に関する限りは契約準拠法による通説的な見解がなお妥当性を持つように思われる。このような区別は、工業所有権についても物権と同様不可能でないであろう。」(木棚・前掲注(23)354-356 頁参照)と。したがって、木棚教授によれば、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とを区別し、前者に関しては、法適用通則法7条の当事者自治の原則を採用し、8条による場合には、黙示意思を広く解して適用するとの理解である。

⁽²⁹⁾ 土井 輝生「第9章 無体財産権」山田鎌一・沢木敬郎編『国際私法講義』青林講義シリーズ 青林書院新社(1970年)223頁。

⁽³⁰⁾ 土井・前掲注(29)225頁。この点、工業所有権の譲渡の準拠法について次のように述べている。「技術援助契約のうち、特許権・実用新案権・意匠権・商標権など、技術援助契約の準拠法制定法によつて保護された工業所有権の譲渡または実施ないし使用許諾にかんする部分についての準拠法決定の問題は、前節に述べた工業所有権の属地的性質からつぎのように解決すべきことになる。まず、基本的には、原因関係たる契約ないし債権行為と、客体たる工業所有権の支配関係の変動とを区別して、それぞれの法律関係について、別個に準拠法を判断しなければならない。動産または不動産の売買契約において、売買契約の債権的な面は、売買契約の固有の準拠法により(法例七条)、かつ目的物の支配関係の変動すなわち物権的側面は、物権準拠法たる物の所在地法によるとされ(法例一〇条)、また、債権譲渡契約の準拠法決定において、原因行為たる売買または贈与契約と債権譲渡行為とを区別し、かつ、債権譲渡行為と、その客体たるべき債権自体とを区別するのと同様である。原因関係たる債権行為、すなわち、工業所有権の譲渡契約または実施ないし使用許諾契約自体の準拠法は、法例第七条一項により、当事者の意思を連結点として定められる。当事者の明示の準拠法指定意思のない場合には、黙示意思の探求、または周囲の事情から、当事者の意思を推定ないし擬制しなければならない。当事者の明示の指定がない場合に、その意思を採求するにあたって、契約の他のいかなる要素よりも、目的たる独占的権利が

重要であると考えられれば、その工業所有権を付与した国の法律によると判断するのが妥当であろう。ただし、のちに述べるように、いかなる契約条項が当該工業所有権の譲渡または実施許諾にかんするか、および、その範囲については、当該工業所有権の準拠する法律ばかりでなく、その国の独占禁止法によつて判断すべき場合がでてくる。つぎに、目的たる工業所有権の支配関係の変動、すなわち、譲渡または実施ないし使用許諾の成立要件、手続、態様、第三者にたいする対抗要件など、当該工業所有権自体の問題については、法例第一〇条一項が適用されると否とにかかわらず、その工業所有権の付与された国の法律によらなければならない。工業所有権は、これを付与した国の領土内においてのみ効力を有し、その領土外においては、なに人も、自由にその発明または考案、意匠あるいは商標を利用することができる。したがつて、たとえば、XがA国において、自己の発明について特許をうけた場合、XがB国において、同一の発明について同様の独占権を享有するためには、B国において、B国の特許法にしたがつて出願し、B国の特許をうけなければならない。国際的な特許の実施許諾契約とは、通常、このようにして、XがB国において取得したB国の特許を、B国のYに実施許諾することである。A・B両国が工業所有権保護同盟条約の加盟国であれば、XはB国の特許をうけるについて、B国に住所・居所または営業所をもつ必要はない。ここで、その原因たる特許実施許諾契約自体は、当事者が指定する準拠法によるが、特許実施権の移転・範囲・効果・登録要件などについては、この特許を付与した国の法律によることになる。一個の契約によつて、同一の発明にかんする数国の特許の実施を同時に許諾する場合には、その契約自体の準拠法は法例第七条によつて決定されるが、各特許権固有の問題については、それぞれこれを付与した国の法律によらなければならない。」(同「技術援助契約の準拠法」早稲田法学会 39 卷 1 号(1964 年)95-97 頁。)

と。したがつて、土井教授によれば、工業所有権の譲渡の場合に関しては、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(工業所有権の移転行為)とを区別し、前者に関しては、法例第七条一項により、当事者の意思を連結点とし、明示的意思表示のない場合には、黙示的意思表示の認定に関しては、その工業所有権を付与した国の法律によるものと解される。これに対して、後者(工業所有権の移転行為、特に、譲渡または実施ないし使用許諾の成立要件、手続、態様、第三者にたいする対抗要件)に関しては、工業所有権の権利付与国法を適用するものであるとの理解である。また、土井教授によれば、別の論文においても、「基本的には、原因関係たる契約ないし債権行為と、目的たる工業所有権の

支配関係の変動とを区別して、それぞれの法律関係について別個に準拠法を判断しなければならない。動産又は不動産の売買契約において、売買契約の債権的な面、売買契約の固有の準拠法により(法例7条)、かつ目的物の支配関係すなわち物権的な面は、目的物の所在地法によるとされ(法例10条)、また債権譲渡契約の準拠法決定において、原因行為たる売買契約または贈与契約と債権譲渡行為とを区別し、かつ譲渡行為とその客体たるべき契約または不法行為に基づく債権自体とを区別するのと同様である。まず、原因関係たる債権行為の準拠法は、法例7条により、当事者の意思を連結点として定められる。当事者の明示の準拠法指定意思がないばあいには、黙示意思の探求、または周囲の事情から、当事者の意思を推定または擬制しなければならない。当事者の明示の指定がないばあいに、その意思を探求するにあたって、契約の他のいかなる要素よりも、目的たる独占的権利が重要であると考えられれば、その工業所有権を付与した国の法律によると判断するのが妥当であろう。ただし、のちにのべるように、いかなる契約条項が当該工業所有権の譲渡または実施許諾にかんするか、およびその範囲については、当該工業所有権の準拠する法律ばかりでなく、その国の独占禁止法によって判断すべき場合がでてくる。つぎに、目的たる工業所有権の支配関係の変動、すなわち譲渡または実施ないし使用許諾の成立要件、手続き・態様・第三者にたいする対抗要件など、当該工業所有権の問題については、法例10条1項が適用されると否とにかかわらず、その工業所有権を付与した国の法律によらなければならない。」(同『国際私法講座』有斐閣 国際法学会 第3巻(1964年)817-818頁。)

としている。したがって、土井教授によれば、工業所有権の譲渡の場合に関しては、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(工業所有権の移転行為)とを区別し、前者に関しては、法例第七条一項により、当事者の意思を連結点とし、明示的意思表示のない場合には、黙示的意思表示の認定に関しては、その工業所有権を付与した国の法律によるものと解される。これに対して、後者(工業所有権の移転行為、特に、譲渡または実施ないし使用許諾の成立要件、手続き、態様、第三者にたいする対抗要件)に関しては、工業所有権の権利付与国法を適用するものであるとの理解である。

(31) 土井輝生「外国著作物の無断翻訳出版をめぐる国際私法問題」綜合法学6号2巻(1963年)59頁。

(32) 松岡博編『現代国際取引法講義』NJ叢書(1996年)192頁。

(33) 松岡・前掲注(32)191頁。

-
- (34) 佐藤・前掲注(3)29頁。
- (35) 佐藤・前掲注(3)30頁。
- (36) 佐藤・前掲注(3)30頁。
- (37) 早川・前掲注(3)227頁。
- (38) 早川・前掲注(3)227頁。
- (39) 斎藤博「著作権の譲渡」『涉外判例百選』(1976年)249頁。
- (40) 高杉直「著作権の譲渡契約及び著作権移転の準拠法」ジュリスト No. 1269(2004年)287頁。
- (41) 高杉・前掲注(40)287頁。
- (42) 高杉・前掲注(40)287頁。
- (43) 東京区裁昭和11年12月28日の判決の評釈として、山本桂一「著作権譲渡」『涉外判例百選(増補版)』別冊ジュリスト16号(1976年)14頁参照。
- (44) 森田博志「1913年米国内発行著作物の職務著作・我が国著作権譲渡等の準拠法」涉外判例研究 No. 1248(2003年)148頁。
- (45) 金彦叔『国際知的財産権保護と法の抵触』信山社(2011年)178頁。
- (46) TKC 法律情報データベース 文献番号 25441851
- (47) TKC 法律情報データベース 文献番号 25445207
- (48) 駒田泰士「著作権に係る抵触法の領分と実質法の領分」コピーライト 2013年6月号(2013年6月)14頁。

第4章 著作権侵害の準拠法について

本章においては、はじめに、著作物における著作権侵害に関する事例を掲げ、次に、「法例」下における判例および学説を整理・検討し、さらに、改正にあたっての議論を跡づけ、
「法適用通則法」下における判例・学説を整理検討し、また、当面の問題に対するベルヌ条約における諸原則の適用を検討し、その成果に基づいて総括的考察を行い、最後に当面の問題に関する私見を提示することにした。

第1節 はじめに

外国著作物が、日本において無断で複製され、その複製物が利用行為者によって自身の著作物として日本において発行され、著作者が権利を侵害されたとして、日本の裁判所に著作権侵害に基づく差止請求および損害賠償請求などの訴えが提起された。この問題に関しては、いずれの国の法が適用されるべきかという問題があり、この点に関しては、本源国法主義と保護国法主義との見解の対立がある。しかし、そのような学説状況であっても一定の傾向が認識できる。つまり、保護国法主義については緻密な分析が従来なされ⁽¹⁾、解釈論として展開する可能性も示唆されるに至っているが⁽²⁾、本源国法主義を前提とした解釈論の展開の可能性が十分に追求されているとは言えない⁽³⁾。

例えば、ベルヌ条約の同盟国であるA国国民Xが甲国で最初に発行した著作物を、日本人Yが日本で複製、販売しXの権利を侵害した。XがYの行為により権利が侵害されたとして、日本の裁判所に著作権侵害に基づく差止請求および損害賠償請求などの訴えを提起した⁽⁴⁾。このように著作権侵害の問題が国際的規模において生じた場合に、いずれの国の法が適用されるべきであろうか。なお、衛星放送・インターネットを初めとする様々なメディアにおける著作権侵害を契機として近時において注目を浴びている。

まず、以上のような著作権侵害の準拠法の決定に関しては、日本がベルヌ条約の加盟国であることから、条約の規定が優先的に適用されると考えられる。この点、準拠法の決定に関しては、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとする本源国法主義及び保護国法主義、ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとする法廷地国際私法説といった見解の対立がある。本章では、まず、「法例」の下での著作権侵害の準拠法決定における判例および学説の展開を整理・分析し、その内容がどのようなものであるかを明らかにする。次に、総括的考察において、上記の判例および学説におけるベルヌ条約の基本的枠組みの理解の仕方について(1)著作物の本国、(2)内国民待遇の原則、(3)無方式主義、(4)権利独立の原則、(5)外人法の規定(6)普遍主義の原則、といった観点から考察を加える。おわりに、具体的な事例に基づくシミュレーションを行い、準拠法がどのように決定されるのかについて論じたい。

第2節 「法例」下における議論状況

以下では、著作権侵害の準拠法に関する「法例」下における判例および学説の見解について論じることとする。

第1款 判例

著作権侵害の準拠法に関する「法例」下における判例としては、(1)「『X〇鬻男と杏仁女』」事件(東京地裁平成16年5月31日判決)、(2)「ローマの休日事件」(東京地裁平成18年7月11日決定)、(3)「北朝鮮著作物事件」(東京地裁平成19年12月14日判決)、(4)「チャップリン監督映画事件」(東京地裁平成19年8月29日判決)、(5)「韓国楽曲の著作権信託譲渡契約事件」(知財高裁平成24年2月14日判決)が挙げられる。

(1)「『X〇鬻男と杏仁女』事件」 東京地裁平成16年5月31日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

本件は、同盟国国民である中国人Aが最初に発行した著作物の著作権が日本人Yによって日本で侵害された事例である。Aの相続人である原告Xらが、被告Yらに対し、被告Yが被告小説を執筆し被告会社が被告小説を出版等した行為につき、①上記行為がAの有していた本件詩に対する著作権(翻訳権)を侵害すると主張して、著作権に基づく被告小説の印刷、製本、販売および頒布の差止め並びに不法行為に基づく損害賠償を請求し、②上記行為がAの有していた本件詩に対する著作者人格権(氏名表示権および同一性保持権)を侵害すると主張して、著作権法116条に基づく被告小説の印刷、製本、販売および頒布の差止め、謝罪広告並びに不法行為に基づく損害賠償を請求するとともに、③上記行為がAの名誉を毀損すると主張して、不法行為に基づく損害賠償を請求する事案である。なお、原告らは、我が国における著作権、著作者人格権および名誉を問題とするものである。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

著作権侵害の準拠法の決定に関して、「我が国および中国は、文学的および美術的著作物の保護に関するベルヌ条約(昭和50年条約第4号。以下『ベルヌ条約』という。)の同盟国であるところ、本件詩は、中国人であるAが著作者であり、中国において最初に発行された著作物であるから、中国を本国とし、中国の法令の定めるところにより保護されるとともに(ベルヌ条約2条(1)、3条(1)、5条(3)(4))、我が国においても、我が国の著作権法による保護を受ける(著作権法6条3号、ベルヌ条約5条(1))。そこで、本件各請求がいずれの国の法律を準拠法とするのかについて検討する。(1)まず、著作権に基づく差止請求は、著作

権の排他的効力に基づく、著作権を保全するための救済方法というべきである。したがって、その法律関係の性質が、著作権を保全するための救済方法であると決定すべきである。著作権を保全するための救済方法の準拠法に関しては、ベルヌ条約5条(2)により、保護が要求される国の法令の定めるところによると解するのが相当である。本件において保護が要求される国は、我が国であり、上記差止請求については、我が国の法律を準拠法とすべきである。著作権侵害を理由とする損害賠償請求の法律関係の性質は、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。上記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、被告小説の印刷および頒布行為が行われたのが我が国であること並びに我が国における著作権の侵害による損害が問題とされていることに照らし、我が国と解すべきである。よって、同請求については、我が国の法律を準拠法とすべきである。」⁽⁵⁾と。

したがって、本判決の見解によれば、著作権侵害の準拠法の決定に関して、著作権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求とを区別し、前者については、ベルヌ条約の適用範囲内として保護国法を適用する(ベルヌ条約5条2項)。これに対して、後者についてはベルヌ条約の適用範囲外として法廷地国際私法により不法行為準拠法(法例11条)を適用するものであるとの理解である。

(2) 「ローマの休日事件」 東京地裁平成18年7月11日決定

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

本件は、同盟国国民であるアメリカ法人の債権者 X が最初にアメリカで公表した映画の著作権を、日本にいる債務者 Y が無断で製造し頒布した。映画の製作および配給等を主たる事業とする X が、保護期間が満了した映画の DVD 商品の製造販売を主たる事業とする Y に対し、平成15年改正著作権法により映画の著作物の保護期間が70年となったとして、本件映画の著作権に基づき、債務者の本件 DVD の製造頒布行為につき著作権(複製権および頒布権)侵害を理由として、差止等の仮処分を求めた事案である。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

著作権侵害の準拠法の決定に関して、「(1)本件の債権者はアメリカ合衆国法人であり、本件映画は同国において最初に公表されたものである。我が国とアメリカ合衆国は、『文学的および美術的著作物の保護に関するベルヌ条約』(以下『ベルヌ条約』という。)に加盟している(顕著な事実)。著作権に基づく差止請求は、著作権の排他的効力に基づくものであり、その法律関係の性質は、著作権を保全するための救済方法と決定すべきである。著作権を保全するための救済方法の準拠法に関しては、ベルヌ条約5条(2)により、保護が要求される国の法令の定めるところによる。よって、我が国における本件DVDの製造頒布行為の差止請求の準拠法は、ベルヌ条約5条(2)にいう『保護が要求される同盟国』である我が国の法律である。そして、本件映画は、著作権法6条3号により、我が国の著作権法による保護を受ける。また、本件映画の保護期間については、ベルヌ条約7条(8)本文により、『保護が要求される同盟国』である我が国の法律が適用される。」⁽⁶⁾と。

したがって、本判決の見解によれば、著作権侵害に基づく差止請求については、「著作権を保全するための救済方法」にあたるものであり、ベルヌ条約の適用範囲内の問題であるとして、ベルヌ条約5条2項によって保護国法を適用し、映画の保護期間に関しては、ベルヌ条約7条8項により保護国は日本法であるとの理解である。

(3)「北朝鮮著作物事件」 東京地裁平成19年12月14日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

本件は、同盟国国民でない外国人Xらが外国で最初に公表した映画の著作権を、日本人Yが日本で無断で利用した事例である。朝鮮民主主義人民共和国の行政機関である原告X¹および同原告との間で本件映画著作権基本契約を締結している原告X²が、同国の国民が著作者である映画を、被告がその放送に係るニュース番組で使用した行為は、原告A著作権(公衆送信権)を侵害するものであり、かつ、今後も侵害するおそれがあるととも、原告X²の利用許諾権を侵害する不法行為に当たるとして、被告に対し、不法行為に基づく損害賠償を求めた事案で、我が国は、未承認国である北朝鮮との間でベルヌ条約上の権利義務関係を有するものではなく、北朝鮮に対し、ベルヌ条約3条(1)(A)に基づく義務を負うことはないから、本件各映画著作物は、著作権法6条3号の「条約により我が国が保護の義務を負う著作物」とはいえないとして、請求を棄却した事案である。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

著作権侵害の準拠法の決定に関して、北朝鮮の著作物に関する我が国における著作権法による保護の可否について「(1)原告輸出入社の差止請求については、外国である北朝鮮の著作物の著作権に基づく請求であるという点で、渉外的要素を含むものであるから、準拠法を決定する必要がある。著作権に基づく差止請求は、ベルヌ条約5条(2)により、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによることとなり、我が国の著作権法が適用される。また、原告らの損害賠償請求については、被侵害利益が北朝鮮の著作物の著作権ないしその利用許諾権であるという点で、いずれも渉外的要素を含むものであるため、準拠法を決定する必要がある。上記法律関係の性質は不法行為であるから、準拠法については、法例11条1項(法適用通則法附則3条4項により、なお従前の例によつて、法例の規定が適用される。)によつて決すべきである。そして、同条項にいう『原因タル事実ノ発生シタル地』は、原告らに対する権利侵害という結果が生じたと主張されている我が国であるというべきであるから、本件における損害賠償請求については、民法709条が適用される。」⁽⁷⁾と。

したがって、本判決の見解によれば、著作権侵害の準拠法の決定に関して、著作権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求とを区別し、前者については、ベルヌ条約の適用範囲内として保護国法(日本法)を適用するものである(ベルヌ条約5条2項)。これに対して、後者については、ベルヌ条約の適用範囲外として法廷地国際私法により不法行為準拠法(法例11条)により、結果発生地たる日本法を適用するものであるとの理解である。

(4)「チャップリン監督映画事件」 東京地裁平成19年8月29日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

本件は、リヒテンシュタイン公国の法人である原告Xは、チャールズ・チャップリンが監督等を務めた映画の作品の著作権を保有・管理している。この著作物を、被告Yは日本において無断でパブリックドメインとなった映画について複製し、頒布した。これらの被告Yの行為に対して、原告Xはチャップリンが監督等を務めた本件9作品の各DVD商品の複製および頒布の差止め等を日本の裁判所に提起した事案である。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

著作権侵害の準拠法の決定に関して、「(Ⅰ)本件9作品は、チャップリンが監督等を務めた映画の著作物であり、少なくともチャップリンは、その著作者の1人であることに争いはないところ、チャップリンは英国国民であったので、ベルヌ条約3条(1)(A)および著作権法6条3号により、我が国の著作権法の保護を受けることになる。(Ⅱ)そこで、本件における準拠法について検討すると、著作権に基づく差止請求は、ベルヌ条約5条2により、『保護が要求される同盟国の法令』の定めるところによることとなり、我が国の著作権法が適用される。(Ⅲ)また、著作権侵害に基づく損害賠償請求については、その法律関係の性質が不法行為であると解されるから、法例11条1項(法の適用に関する通則法(平成18年法律第78号)附則3条4項により、なお従前の例によつて、法例の規定が適用される。)によつてその準拠法が定められることになる。そして、本件において、『原因タル事実ノ発生シタル地ノ法律』(法例11条1項)は、本件DVD商品や本件レンタルDVD商品の頒布が行われたのが日本国内であること、我が国の著作権法の保護を受ける著作物の侵害に係る損害が問題とされていることから、日本の法律と解すべきであり、日本法が適用される。」⁽⁸⁾と。

したがって、本判決の見解によれば、著作権侵害の準拠法の決定に関して、著作権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求とを区別し、前者については、ベルヌ条約の適用範囲内として保護国法(日本法)を適用するものである(ベルヌ条約5条2項)。これに対して、後者については、ベルヌ条約の適用範囲外として法廷地国際私法により不法行為準拠法(法例11条)により、頒布行為地法たる日本法を適用するものであるとの理解である。

(5)「韓国楽曲の著作権信託譲渡契約事件」 知財高裁平成24年2月14日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

著作権等管理事業者である原告Xは、第一審において、韓国における楽曲についてA社より著作権の信託譲渡を受けたと主張している。通信カラオケ事業者である一審被告Yは当該著作権をXに無断で使用した。この行為に基づいて、一審原告Xは一審被告Yに対して、著作権侵害に基づく損害賠償又は不当利得返還を日本の裁判所に提起した。これについて、請求が一部認容され、双方が控訴した事案において、A社・原告契約は、信託契約の解除通知により終了したものというべきであり、原告の受託財産である原権利者の有す

る著作権は直ちに委託者であるA社に移転した、著作権の侵害を理由とする被告に対する損害賠償請求権もA社に移転すると解するのが相当であるとし、一審原告の控訴を棄却し、一審被告の控訴に基づき、原判決を変更した事案である。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

著作権侵害の準拠法の決定に関して、「(2)一審被告により侵害されたとする原権利者の著作権は韓国法に基づく権利であり、その権利が、本件では平成14年6月28日から平成16年7月31日までの間、日本において一審被告により侵害された、というものである。ところで、原権利者の有する著作権は韓国法に基づく権利であるが、日本と韓国は、『文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約(昭和50年3月6日条約第4号)』の同盟国であるから、原著者が創作した著作物は日本においては日本著作権法の保護を受け(同法6条3号)、本件における損害額の算定に当たっては、不法行為に関する日本の法律(民法等)に基づきこれを行うべきこととなる(平成19年1月1日から施行された前記『通則法』によっても、その附則3条4項により、施行日前に加害行為が発生した不法行為によって生じる債権の成立及び効力については旧法である『法例』によるところ、不法行為について定めた『法例』11条によれば原因発生地の法がその準拠法となるから、結局、一審被告による侵害行為がなされた日本の法がその準拠法となる。)。」⁽⁹⁾と。

したがって、本判決の見解によれば、著作権侵害に基づく損害賠償請求の準拠法に関しては、ベルヌ条約が抵触法規定を含んでいないとして、法廷地国際私法により、不法行為準拠法(法例11条)により、侵害行為地法として日本法が適用されるとの理解である。

第2款 学説

以下では、著作権侵害の準拠法に関する「法例」下における学説の見解を論じることとする。「法例」下における学説の分類としては、1. 差止請求と損害賠償請求を区別する見解と、2. 差止請求と損害賠償請求を区別しない見解とに大別される。

1. 差止請求と損害賠償請求とを区別する見解

まず、1. 差止請求と損害賠償請求とを区別する見解は、さらに、(1)差止請求については、著作権の効力に関する問題とし、損害賠償請求については、法廷地の国際私法によるとす

る見解と、(2)差止請求については属地主義により、損害賠償請求については不法行為準拠法による見解とに分けられる。

(1) 差止請求については、著作権の効力に関する問題とし、損害賠償請求については、法廷地の国際私法による見解

差止請求については、著作権の効力に関する問題とし、損害賠償請求については、法廷地の国際私法による見解を採用するものとして、まず、茶園教授の見解が挙げられる。すなわち、「著作権を含む知的財産権の準拠法は属地主義の原則によって決定されると解されている。この原則は一般的な理解によれば、ある国で付与された知的財産権は、その国の領域内においてのみ効力が認められるという実質法上の原則(以下「属地的効力主義」という)、およびそのような権利の成立、効力、消滅等は原則として権利付与国、より正確に言えばその領域内において権利の保護が要求される国の法(保護国法)によるという抵触法上の原則(以下「保護国法主義」という)を意味する。ここでいう保護国法とは法廷地法と明確に区別されるべきもので、具体的に言うと知的財産の利用行為あるいは侵害行為の行なわれる地の法である。よって、ある国における著作物の利用行為については、当該国の著作権のみが及び、著作権の成立や効力等は当該国の著作権法によることになる。」⁽¹⁰⁾と。したがって、茶園教授によれば、保護国法主義を採用する根拠を属地主義の原則から導き、その保護国は権利付与国であるとの理解である。続けて、「著作権の侵害は、属地的効力主義の下では、保護国内でしか成立し得ないことになり、保護国と不法行為地は一致しよう。また、属地的効力主義を前提としなくても、保護国法主義それ自体が利用行為あるいは侵害行為の行われる地の法によって著作権の存立や効力等が規律されるというものである以上、侵害行為地とは別に不法行為地を決定することは不適切であるし、そのような決定は利用者に予測可能性をもたらそうとする保護国法主義の趣旨に反することになる。したがって、著作権侵害に法例11条1項が適用されるかどうかにかかわらず、保護国法が準拠法となると考えられる。」⁽¹¹⁾と。また、「保護国法主義は、その条約上の根拠を『文学的および美術的著作物に関するベルヌ条約』5条2項に求めることができる。同項は『…保護の範囲および著作者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法は、この条約の規定によるほか、専ら、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる。』と規定しており、この『保護が要求される同盟国の法令』を保護国法であると考えるのである。……前述したように、著作権侵害を不法行為と性質決定し、法例11条1項により不法

行為地法を適用するのであるならば、結局のところ、保護国法が準拠法となるから、端的に『保護が要求される同盟国の法令を』保護国法と解すれば十分である。そして、ベルヌ条約5条2項によると、『保護の範囲』とともに『著作者の権利を保全するために著作者に保障される救済の方法』も、専ら、保護国法によって決定されるのである。後者に著作権侵害に対する差止請求が含まれることは明らかである。……これに対して、損害賠償は『著作者の権利を保全するため』という文言を重視すれば、条約5条2項の適用除外となり、日本法を適用したとしても条約違反とはならないであろう。」⁽¹²⁾と。このように、茶園教授の見解によれば、ベルヌ条約は各国抵触法上の規定を統一したものだと解され、「保護の範囲および著作者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法は、この条約の規定によるほか、専ら、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる。」(ベルヌ条約5条2項)という規定を根拠に、“保護が要求される同盟国の法令”を保護国法であると解され、ベルヌ条約は属地的効力を認めたものであるとの理解である。さらに、保護国の内容としては、権利付与国であり、また利用行為地でもあるとの理解を示している。結果的に、判例と同様の理解に立ち、差止請求はベルヌ条約5条2項を根拠に条約によって可能であるとし、損害賠償請求については“著作者の権利を保全するため”に該当しないと条約の適用外であるとしている。

次に、同様の見解を採用するものとして、山本教授の見解が挙げられる。すなわち、山本教授によれば、ベルヌ条約5条2項について、「ベルヌ条約5条2項は、著作権の効果である差止請求権等の準拠法を保護国法(権利付与国法)と規定するにとどまり、不法行為に基づく損害賠償請求権については規定していないと解すべきである。」⁽¹³⁾と。したがって、山本教授によれば、著作権侵害の準拠法の決定に関して、著作権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求とが区別され、前者についてはベルヌ条約が抵触法規定を含むとして5条2項により保護国法(権利付与国法)を適用するものであるが、他方、後者については、ベルヌ条約の適用範囲外であるとの理解である。

(2) 差止請求については属地主義により、損害賠償請求については不法行為準拠法によるとする見解

差止請求については属地主義により、損害賠償請求については不法行為準拠法によるとする見解を採用するものとして、まず、山本隆司教授によれば、「著作権侵害に基づく差止請求権に関しては、ベルヌ条約5条2項の適用を待つまでもなく属地主義の原則によって、

保護国法(権利付与国法)が適用される。」⁽¹⁴⁾とされる。他方、「……損害賠償請求権の準拠法は、不法行為の準拠法を定める法例11条によって規律される。」⁽¹⁵⁾とし、不法行為地の決定については、「……不法行為は損害の公平な分配を目的とする制度であるから、結果発生地を連結点とするのが最も適当であると考え。」⁽¹⁶⁾と述べて「結果発生地」をもって不法行為地とする。したがって、山本教授によれば、ベルヌ条約が抵触法規定を含んでおらず、著作権侵害に基づく差止請求に関しては属地主義を根拠に保護国法(権利付与国法)を適用し、損害賠償請求に関しては不法行為準拠法(法例11条)によって結果発生地法を適用するものであるとの理解である。

次に、同様の見解を採用するものとして、横溝教授の見解が挙げられる。すなわち、横溝教授によれば、著作権法が「文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作権等の権利の保護を図り、もって文化の発展に寄与することを目的」とし(著作権法1条)、その侵害が罰則により担保されている(著作権法119条)ことから、著作権侵害に関する法規を公法的規定(絶対的強行法規)として把握され⁽¹⁷⁾、著作権の成立や範囲又その侵害の問題は当該著作権と最も密接な関連を有する国の著作権法によって判断し、損害が発生していた場合には、損害賠償の範囲および損害額の算定の問題は不法行為準拠法によるべきであるとされる⁽¹⁸⁾。また、別の論文においては、「そもそも、準拠法選択の問題の前提となる、外国知的財産権に基づく内国での請求の可否という問題についてベルヌ条約は何ら言及していないのであって、この点は現在でも各国抵触法に委ねられていると言える。……ベルヌ条約は、自国の知的財産権に関する請求についてのみ加盟国が審理する、言い換えれば、準拠法を選択しない自由を各国に認めているのである。ベルヌ条約がそのような自由を加盟国に認めながら、準拠法選択規則を有していると考えerことは困難であろう。このように考えれば、現在の状況の下で考えてみても、ベルヌ条約に何らかの準拠法選択規則が存在するという解釈は矢張り取れないように思われる。以上、5条2項の解釈としては、結局保護国法を法廷地法と解す外ないように思われる。尚、ベルヌ条約は、各国が本国等の外国法を適用しないことを前提に、内国民待遇原則と保護の最低基準を定めているのみであって、各国が自国の抵触法上進んで外国法を適用することを否定するものではないと考えられる。」⁽¹⁹⁾と。したがって、横溝教授の見解によれば、ベルヌ条約は抵触法規定を含まず、保護国を法廷地法と解し法廷地国際私法によるものと理解している。また、属地主義の原則に関しては、「……ベルヌ条約5条2項には、属地主義の内容上の一構成要素ともいえる……著作権独立の原則が存在する。」⁽²⁰⁾とし、特許権と著作権を同様に解し、属地主義の原則を採

用し、いずれも公法的な色彩を帯びていると解している。すなわち、外国で成立する主権的権利を自動的に承認しないことという理解の下に普遍主義を採る本源国法主義を否定しているものと思われる。また、救済方法に関しては、「一方、筆者のように属地主義の原則を強行的適用法規の国際的適用範囲に関するものとする場合、私人の権利保護以外の社会・経済的政策的要素が混入した救済方法とそれ以外とで区別する契機が生じ、前者については属地主義の原則にこれを含め、後者については、これを不法行為法の特別法として法例11条が選択する準拠法の送致範囲に含める、という処理をすることになる。但し、この場合にも差し止めという救済方法が前者で損害賠償が後者であると、救済方法に基づいて一義的に区別することは出来ないように思われる。」⁽²¹⁾と。したがって、横溝教授によれば、著作権侵害の準拠法の決定に関して、ベルヌ条約が抵触法規定を含んでいるのではなく、著作権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求とを区別し、前者については属地主義により、損害賠償請求については不法行為準拠法によるものであるとの理解である。

2. 差止請求と損害賠償請求を区別しない見解

差止請求と損害賠償請求とを区別しない見解は、さらに、1) ベルヌ条約が抵触規定を含むとする見解と、2) ベルヌ条約が抵触規定を含まないとする見解とに大別される。

1) ベルヌ条約が抵触法規定を含むとする見解

ベルヌ条約が抵触規定を含むとする見解は、(1)本源国法主義、(2)保護国法主義、(3)著作権の成立と効力の問題を区別し、前者に関しては著作物の本国法を適用し、後者に関しては保護国法を適用する見解に分けられる。

(1) 本源国法主義

ベルヌ条約が著作権侵害の準拠法の決定に関する抵触法規定を含むとする見解として、本源国法主義が挙げられる。この見解を採用するものとして、まず、三井教授の見解が挙げられる。すなわち、三井教授によれば、「ベルヌ条約パリ改正条約5条(2)の『(1)の権利の享有および行使には、いかなる方式の履行も要しない。その享有および行使は、著作物の本国における保護の存在にかかわらない。したがって、保護の範囲および著作者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法は、この条約の規定によるほか、専ら保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる。』と云う規定を、立論の根拠にすべき

ではない。この規定は、1908年11月13日のベルリン修正条約により採用された無方式主義との関連で理解すべきであり、縦令本国では著作権の成立に何等かの方式や手続きを課しているとしても、苟も著作物が存在する以上、かかる方式や手続きを欠きそのために本国で著作権が成立していない事は、その著作物を他の同盟国で保護するのに影響を与えない事を明らかにしたに過ぎない。」⁽²²⁾と。したがって、三井教授の見解によれば、ベルヌ条約5条2項1文は、「いかなる方式の履行をも要しない」という文言を反対解釈することにより、本国における方式の履行は要らないが、本国における著作物の実質的成立要件を満たしていなければならないと解するものと理解される。さらに、ベルヌ条約が無方式主義を採用したという文言の直後に「その享有および行使は、著作物の本国における保護の存在にかかわらない」と続けていることに着目している。これは、本源国法主義に立つと、無方式主義を採用した結果、著作物の本国で保護の対象となる著作物として認められるための要件として、著作物の実質的成立要件だけでなく、形式的成立要件(方式)も満たしていなければならない場合に、著作物の本国において方式の要件を具備していなければ、著作権が成立しないという事態が発生する。この事態を防ぐために、『あらかじめ方式の要件は必要ないが本国における方式を満たさないからといって、著作物の本国以外の同盟国において保護されない』ということにはならないという理解を明らかにしたものと解釈できる。したがって、三井教授によれば、この5条2項1文の反対解釈から、本国における実質的成立要件は満たさなければならず、このことをもってベルヌ条約が本源国法主義を採用したものであると理解したのであると思われる。

次に、三井教授の見解とほぼ同様の趣旨を明らかにするものとして斎藤教授の見解が挙げられる。すなわち、斎藤教授の見解によれば、「ベルヌ条約が著作権に内国民待遇を認めるのは、条約前文からも明らかのように、その普遍性を促進する趣旨に基づく。」⁽²³⁾と。つまり、内国民待遇の原則は外国で成立した著作権を承認するという理解である。さらに、「私見は、……ベルヌ条約5条は、権利自体の成立に関する準拠法を定めるものではないとの見解を支持する。しかし、その準拠法を定める基準はベルヌ条約中にはないとする点は疑問である。ベルヌ条約成立の時点では、著作権は一国で成立しており、その効力を他国がどのように承認していくのかと議論がなされていたとみるのが自然であろう。」⁽²⁴⁾と。ベルヌ条約5条を根拠にベルヌ条約が抵触法規定を含んでいると理解されている点が疑問であるとされる。したがって、斎藤教授によれば、ベルヌ条約の構造自体から、著作権に関する権利の成立に関する準拠法の決定基準が導き出されるものであるとされ、それは、

一旦成立した著作権の効力を承認するという構造であるとの理解である。すなわち、本国で有効に成立した著作権の効力を保護国で承認するという構造であるとの理解である。

(2) 保護国法主義

ベルヌ条約が抵触法規定を含むとする見解として保護国法主義が挙げられる。この見解は保護国の理解の仕方によって、(a) 法廷地を保護国とする見解、(b) 利用行為地ないし侵害行為地国を保護国とする見解、(c) 権利付与国を保護国とする見解、(d) 最密接関係地国を保護国とする見解に分けられる。

(a) 法廷地国を保護国とする見解

ベルヌ条約が抵触法規定を含んでいるとして、保護国法主義を採用する立場に立ち、保護国の内容を法廷地であると解する説を採用するものとして、澤木教授の見解が挙げられる。すなわち、澤木教授によれば、内国民待遇の原則を規定したベルヌ条約ローマ改正条約4条1項(=パリ改正条約5条1項)、同2項(=パリ改正条約5条2項)の規定を挙げて、ベルヌ条約は保護国法の適用を規定しているとした後に、「ここで採用されている属地主義は絶対的なものではなく、ローマ改正条約7条2項(筆者注：パリ改正条約7条8項但し書き)にみられるように、保護期間について、著作物の本国法を考慮するような場合がある。」⁽²⁵⁾とされる。そして、「ベルヌ条約の規定は、抵触法と外人法とが結合しているという批判もあるが、条約の解釈としては、保護国法の適用を認めるべきであると考え。」⁽²⁶⁾とされている。したがって、澤木教授は、ベルヌ条約が抵触法規定を含み、保護国法主義を採用し、保護国を法廷地とするものであるとの理解である。

(b) 利用行為地国ないし侵害行為地国を保護国とする見解

保護国法主義を採用し保護国を利用行為地ないし侵害行為地であると理解するものとして、まず、田村善之教授の見解が挙げられる。すなわち、「属地主義の原則とは、著作権にあっては、日本における著作物の利用行為が著作権侵害となるか否かはもっぱら日本の著作権法によって判断され、ドイツにおける著作物の利用行為に関してはもっぱらドイツの著作権法によるということの意味している。ために、結果的に、日本の著作権の効力は日本国内にのみおよび、ドイツの著作権の効力はドイツ国内にのみ及ぶということになる。著作権に関しては、属地主義の根拠をベルヌ条約5条2項に求めることができる(ただし、

厳密には、同条5条4項にいう著作物の『本国』における保護について属地主義が妥当する根拠は、5条3項に求められる)。同項は著作権に基づく権利の行使は、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる旨、定めている。」⁽²⁷⁾と。このような理解によって、ベルヌ条約は抵触法規定を含んでおり、属地主義の根拠を5条2項に求め、利用行為地を保護国とする理解が導かれる。

次に、同様の見解を採用するものとして、作花教授の見解が挙げられる。すなわち、「ベルヌ条約においては、内国民待遇の原則とともに、属地主義の考え方の下に著作権法が利用される地の著作権法（保護国法）が適用される旨の原則が定められていると解される。」⁽²⁸⁾と。続けて、「5条1項の規定により、著作物が創作された場合に、内国民待遇原則により、その本国のほか、同盟国においても当該国の国民に付与されるのと同じ権利が（同条(2)第1文の規定により無方式で）付与され、つまるところ観念的には著作物の創作と同時に、条約加盟国それぞれにおいて当該著作物に係る著作権が発生することになる。この観念的に生じている権利が実際に認識されることとなるのは、当該著作物が(適法または違法に)利用される場合であり、その場合において当該利用地の国の著作権法により権利関係が規律されることとなると解される（この点設定登録により権利が発生する特許等の場合には、当然のことながら当該権利に係る発明等が利用されるか否かにかかわらず、実際にも当該国において権利の存在が認識されている）。同条(2)第2文、第3文の規定により、当該著作物に係る権利の享有および行使は本国の保護とはかかわらず、保護の範囲および救済の方法は『保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる』こととされているが、『保護が要求される同盟国』とは、まさに当該著作物の利用地の属する国であり、この『保護国』(protecting country)の法が準拠法になるとの原則を規定していると解することが合理的であると考え。」⁽²⁹⁾と。したがって、作花教授によれば、ベルヌ条約が抵触法上の規定を含んでいると解し、さらにベルヌ条約が内国民待遇の原則と属地主義の原則を含んでいるものと理解している。また、「著作権侵害による不法行為とは、権利者の排他的権利が及ぶ著作物の利用行為を無許諾で行うことであり、法例第11条の不法行為地法主義を適用した場合でも、条約上の属地主義に基づく著作物利用行為地法原則を適用した場合と同様の結果になると考えられる。」⁽³⁰⁾として、保護国を利用行為地と解している。

さらに、同様の見解を採用するものとして、申講師の見解が挙げられる。すなわち、「不法行為の問題と性質決定した結果選択された準拠法が、結論的に属地主義に照らして適用されるべき法と一致するならば、そのような手法によることも、あるいは許容されうるで

あろう。しかしながら、連結点たる原因事実発生地を柔軟に解する余地の存在した法例11条においてはまだしも、法適用通則法における不法行為準拠法の規定ぶりとその多様性に鑑みると、そのような結論に至る可能性は必ずしも高くないと思われる。したがって、そもそも国際私法上、知的財産権侵害を不法行為に関する抵触規則の射程範囲内の問題とは位置付けないほうが妥当であるように思われる。なお、過去に筆者は属地主義の原則には何らの抵触法的合意も存在せず、属地主義によっては知的財産権侵害の準拠法は定まらな
いとして、知的財産権侵害を不法行為の問題と性質決定し、法例11条を適用しつつも属地主義と矛盾しない連結点の選択手法を採用すべきと主張していたが（拙稿・前掲注(128)2号79頁以下および3号94頁以下）、以上のような従来の私見はここで改めたい。」⁽³¹⁾とし、
「5条2項が求めているのは、結局のところ、『保護の存在』は本国の法制に影響を受けず（したがって権利の存在に関して本国法を参照することはなく自国法のみによる）、かつ、『保護の範囲』と『救済の方法』がそれぞれ専ら各国法によって定められる、ということである。したがって、これらの事項に関しては、各国はその領域内において、自国法のみに基づいて規律することが、条約によって求められていると言える。」⁽³²⁾と。また、「属地主義の原則の射程内の問題であるということは、それに関してある国の知的財産法が規律するのは当該国領域内における知的財産の利用行為に関してのみ、ということである。したがって、ある行為が知的財産権侵害を構成するか否かは、当事者の援用する権利の付与国法にではなく、いずれの国の領域内でその知的財産が利用されたか、という観点から定まった法（保護国法）に基づいて判断されるべきである。」⁽³³⁾と。したがって、申講師の見解によれば、ベルヌ条約は抵触法上の規定を含むと解し、保護国法に立ったうえで、その根拠を属地主義から導いている。

続いて、同様の見解を採用するものとして、山口講師の見解が挙げられる。すなわち、山口講師によれば、「しかし筆者は、保護国法がこの問題の準拠法として適切だと思われる。」⁽³⁴⁾とし、「以上により——保護国法の根拠はベルヌ条約5条2項を準拠法（保護国法）規定と解する立場（本文の(3)③保護国法説）を支持したい」⁽³⁵⁾と。続けて、「以上より『著作者の権利を保全するために保障される救済の方法』という文言については、『著作者の著作物の財産的利益を保護するために著作者が有する権利を、保護するため著作者に保障される救済の方法』と捉え、差止請求、損害賠償請求の両方が適用されると解するのが妥当であると思われる。」⁽³⁶⁾と理解している。さらに、「ベルヌ条約5条2項の定める準拠法は“the laws of the country where protection is claimed”（『保護が要求される国の

法』)であり、これは“the law of the country for which protection is claimed”(『その領域において保護が要求される国の法』(lex protection))と読み替えることとなる。そして、同規定をサヴィニー型国際私法と解するならば、この保護国法が前節で述べた単位法律関係の最密接関係地法ということになる。⁽³⁷⁾とし、「したがって『保護国法』の解釈には、……『使用または利用行為地法、侵害行為地法(lex loci delicti)』と解するのが適切だと思われる。」⁽³⁸⁾と。したがって、山口講師の見解によれば、ベルヌ条約の5条2項を根拠にベルヌ条約が抵触法上の規定を含み、保護国法主義によって差止請求および損害賠償請求ともに保護国法を適用できるとしている。また、保護国は利用行為地であるとの理解である⁽³⁹⁾。

最後に、同様の見解を採用するものとして、道垣内教授の見解が挙げられる。すなわち、道垣内教授によれば、「ベルヌ条約5条2項は、権利の行使に方式の履行は要らないこと、そして、著作権の享有と行使は、本国でそれが保護されていることを前提とするわけではないことを定めている。その上で、『したがって』、著作権の保護の範囲およびその権利を保全するために著作者に保障される救済の方法については、『この条約の規定によるほか、専ら、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる』とされている。この規定を既述のサヴィニー型国際私法の枠組みから読みますと、『著作権の保護の範囲およびその権利を保全するために保障される救済の方法』という単位法律関係について、『保護が要求される同盟国』という連結点によって準拠法を定めていると読むことができます。」⁽⁴⁰⁾として、ベルヌ条約が抵触法規定を含み、ベルヌ条約5条2項は無方式主義を採用したと同時に本国の保護から独立したものと解して、著作権の保護範囲および救済方法を保護国法によるとの理解である。また、「実質法の統一条約の中で、統一がどうしてもできなかった問題については準拠法決定のルールの一だけをしておくという方法は、合理的な判断であると考えられます。統一ができなかった問題をそのまま放置しておきますと、各締約国の国際私法ルールは同じとは限りませんので、異なる準拠法が適用されるおそれがあるからである。国際私法の国際的統一は理論上不可欠のことであり、国際私法規定を実質法統一条約の中に盛り込んでおくことは次善の策と策としてあるべき姿であると評価されます。以上のことから、『保護が要求される国の法律による』という抵触法上の規定がベルヌ条約の中に組み込まれていると解すべきだと思える。全体としては、ベルヌ条約は法の統一を図った条約なのだけれども、できないところについては、抵触法上の規定を入れたと理解するわけである。『保護が要求される国』とは、著作権が問題となる国という趣

旨であると解されます。つまり、『著作権の保護の範囲およびその権利を保全するために著作者に保障される救済の方法』とか『映画の著作物についての著作者の決定』という問題については、それが問題となる国ごとにそれぞれの国の法律が適用されるということである。言い換えると、A国、B国、C国での著作権侵害が行われた場合には、A国での侵害についてはA国法が、B国での侵害についてはB国法が、C国での侵害についてはC国法がそれぞれ適用されるということである。なお、著作権侵害のなされた国は『保護が要求される国』である。が、だからといって、逆に、『保護が要求される国』が著作権侵害のなされた国というわけではありません。著作権侵害などなくても、権利の内容が問題となるのであって、常に著作権としての保護の範囲を評価する法として準拠法が観念されているはずだからであります。」⁽⁴¹⁾と。したがって、道垣内教授によれば、著作物の権利の内容に着目して、ある国(保護国)で侵害された著作物が問題となっている国の法が適用されると理解している。すなわち、保護国とは、侵害行為地国ではなく、利用行為地国であるとの理解である。さらに、別の論文においては、「ベルヌ条約に準拠法決定のルールがあるとの立場から、……同条約5条(2)の単位法律関係は、「保護の範囲および著作者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法」(“the extent of protection as well as the means of redress afforded to the author to protect his rights”)である。この文言のドラフトも精緻さを欠くが、損害賠償請求は含まれないとの解釈は必然的ではなく、この規定から損害賠償請求は外れ、それは各国の国際私法の不法行為についての準拠法決定ルールにゆだねられると解することは、条約の趣旨を勘案した合理的な解釈論とはいえないであろう。」⁽⁴²⁾と論じている。すなわち、道垣内教授の見解によれば、ベルヌ条約は抵触法規定を含み、保護国法説に立ち、保護国を利用行為地であると解している。また、著作権侵害に基づく差止請求、および損害賠償請求については、著作権の効力の問題としてベルヌ条約5条(2)により保護国法を適用するものとの理解である⁽⁴³⁾。

(c) 権利付与国を保護国とする見解

次に、同様の見解を採用するものとして、紋谷教授の見解が挙げられる。すなわち、紋谷教授の見解によれば、「知的財産権の分野においては、殊に他の財産権とは異なって、属地主義の原則が支配している。これは、国際私法上の属人主義と対立する概念ではない。それは保護国法主義の義で、一国における権利の認められた事情は、他国においてその承認という効果を有しない点で異なっている」⁽⁴⁴⁾として、著作権を知的財産権として一括り

に捉え属地主義が妥当するものであるとの理解である。さらに、紋谷教授は属地主義について次のように説明している。すなわち、「属地主義の原則は、一国で認めた知的財産権の効力はその国の統治権の及ぶ領域内に限られ、その成立、変動および効力などは、条約の定める範囲外においては、総てその権利を認める国の法律によるとするものである。その結果、各国は原則として、自国の認めた知的財産権について外国法を適用しないし、また外国法によって認められた知的財産権を自国の領域内において承認しない。」⁽⁴⁵⁾として絶対的属地主義を根拠に権利付与国法によるとの理解である。そして、ベルヌ条約上の属地主義について、「ベルヌ条約は著作物の範囲、著作権の成立、効力等に立ち入った規定を設けている。この意味で、著作権における属地性は緩和されている。しかし、この原則は同条約5条2項2文、3文の中に明文化されている」⁽⁴⁶⁾との理解である。したがって、紋谷教授によれば、属地主義とは、権利独立の原則および保護国法主義を意味し、ベルヌ条約上、その根拠は5条2項2文、3文に求められているものとみてよい。

(d) 最密接関係地国を保護国とする見解

保護国法主義を採用し最密接関係地国を保護国と理解する見解として、松永准教授の見解が挙げられる。すなわち、松永准教授によれば、「したがって、5条2項は抵触規範であると考え。……しかし、保護国の定義を一義的に固定するべきではない。あくまで文字どおり『保護が要求される同盟国』であるべきである。そして、6条の2第2項における『保護が要求される同盟国』は本源国法と解することもできよう。」⁽⁴⁷⁾とし、「筆者は、既に述べたように、5条が抵触法規範であるとみるべきであろうと考えているが、保護国とは何かについて、通説のように必ず利用地であると考えてのには疑問である。保護国の概念が両規定の間で異なっても、それは問題ではない。ベルヌ条が5条2項および6条の2第2項が『保護国法』による旨を規定したのは、それが問題に対する最も密接な関連のある場合であろうからであると考えているのであり、それゆえ、条約の『保護国』の解釈は最密接関係地を導き出すための媒介に過ぎない。そして著作権の侵害がなされその救済方法について規定する5条、および著作者人格権が侵害された場合の救済方法について規定する6条の2第3項における保護国とは、それぞれ問題となっている法律関係ごとに最密接関係地であるべきであり両者の保護国が異なることはしかるべきことであろう。むしろ、利用地に固定するのは硬直的ではあるまいか。」⁽⁴⁸⁾と解している。したがって、松永教授によれば、ベルヌ条約が抵触法規定を含み、保護国法説を採用していると主張しているのである

が、しかし、松永准教授の見解によれば、これは実質的にみれば、最密接関係地へと連結させることになる。これでは、結果的にベルヌ条約が抵触法上の規定を含んでいないと言っているのと同じことのように思われる。また、内国民待遇の原則について「ベルヌ条約5条の内国民待遇の国際私法的性質は、一方的抵触規定でしかなく、ベルヌ条約は、外国人に対して適用される場合のみに対する保護を与えることになる。」⁽⁴⁹⁾と理解しているが、この内国民待遇の規定は抵触法規定ではなく、内国法によるという外人法の規定であり、抵触法として外国法の適用を定めるものではないと思われる。

(3) 著作権の成立と効力の問題を区別し、前者に関しては著作物の本国法を適用し、後者に関しては保護国法を適用する見解

著作権の成立と効力の問題を区別し、前者に関しては著作物の本国法を適用し、後者に関しては保護国法を適用する見解を採用するものとして、澤木教授の見解が挙げられる。すなわち、澤木教授によれば、「著作権をめぐる抵触法上の問題としては、第一に著作権成立の準拠法の問題がある。この点については条約による解決が試みられ、その限りで国際私法の範囲が狭くなっているが、例えばベルヌ条約第4条では、『著作権ノ本国』という言葉を用い、著作物が最初に公にされた場所、公にされていないときは、著作者の属する国で権利が成立するものとしている。これと関連して外国人が他国で著作物を最初に公にしたとき、その国の著作権を享有しうるかという外人法上の問題が生じるわけであるが、この問題も条約によって解決され、ほぼ完全な内外人平等が実現されている。このようにベルヌ条約で実現されたのは、著作権の成立に関し内外人を平等に扱うことであったが、著作権成立の準拠法ということを考えておきながら、抵触法の問題を看過し、著作権の保護の範囲、すなわち著作権の効力の問題を全く保護の要求せられるべき国の法に依らしめてしまった。しかし権利の準拠法という観念が完全に失われたものでないことは、保護期間に関し、第7条第1項で、これを著作者の生存の間およびその死後50年と定めつつ、同条第2項が『前項ノ期間ガ同盟ノ一切ノ国ニ依リ等シク採用セラレザル場合ニ於テハ保護ノ期間ハ保護ノ要求セラルル場合ニ於テハ保護ノ期間ハ保護ノ要求セラルル国ノ法律ニ依ルベク且著作物ノ本国ニ於テ定メラレタル期間ヲ超過スルコトヲ得ザルベシ』としていることから察知されうるのである。ベルヌ条約が外国著作権についてその権利者に内国民待遇を与えることを主眼としている限り、このことは当然の帰結ではあろうが、同条約第4条第2項の『其ノ享有及行使ハ著作物ノ本国ニ於ケル保護ノ存在ニ係ルコトナシ』というような

ことは、権利の準拠法ということを考え合わせて、その法律の意味が吟味されねばならないであろう。」⁽⁵⁰⁾と。また、澤木教授によれば、「著作権についてその準拠法を議論する実益はさして大きくない。なぜなら、一国で成立した著作権が他国で承認され、保護を受ける場合、その保護の内容は、保護を与える国の国内法によるとされているからである（ベルヌ条約5条(1)、万国著作権条約2条）」⁽⁵¹⁾と。したがって、澤木教授によれば、ベルヌ条約は抵触法規則を含んでいると解され、著作権の成立と効力の問題を区別し、前者に関しては著作物の本国法を適用し、後者に関しては保護国法を適用しているものと考えられる。

2) ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとする見解

最近では、ベルヌ条約が抵触法規定を含まないという見解が有力である。このような見解を採用するものとして、まず、元永教授の見解が挙げられる。すなわち、「ベルヌ条約5条2項の『保護が要求される同盟国の法令』にはその国の国際私法が含まれる、とするものである。このような解釈自体は妥当なものといえよう。そうではなく、『保護が要求される同盟国の法令』は法廷地著作権法と解すると、最も厚い保護を受けられる国で訴えを提起しようというインセンティブを与えることになり、法廷地漁り(フォーラムショッピング)を誘発するからである。」⁽⁵²⁾とし、ベルヌ条約は抵触法規定を含むものではなく、法廷地国際私法によるものであると解している。「しかし、自国民である著作者であっても、その著作権の侵害については国際私法によって選択された準拠法による保護を受けるのであって、必ずしも常に自国著作権法による保護を受けられるわけではないという前提の下で、外国人についても内国人と同様に、場合によっては自国著作権法の保護を受けられるとは限らないとしても、自国民待遇の原則には反しないであろう。したがって、内国民待遇が求められるからといって常に法廷地著作権法の適用が要求されるわけでもないと思われる。……もっとも、自国民待遇の原則を上述のように解すると、自国民待遇原則それ自体は抵触法問題の解決については何らの寄与もしないことになる。つまり、少なくとも論理的には、自国民待遇の原則は、法廷地法主義のような抵触法上の立場とは全く関係がないことになる。」⁽⁵³⁾として、内国民待遇の原則は外人法の規定であって、抵触法規定ではないという理解のものに、内国民待遇の原則がすなわちベルヌ条約が抵触法規定を含んでいる根拠とはならないと指摘し、よって法廷地国際私法により準拠法決定をしたとしても、外国人を充分保護できないわけではないと考えている。そして、「結局のところ、自国民

待遇の原則から法廷地法主義が導かれることを大筋で認めながら、侵害地が法廷地と異なるときには条約に定めがない場合であるとして別異の処理をするという説明には疑問を禁じえない。むしろ、自国民待遇の原則は、抵触法的问题とは無関係であるとした方が理論的にすっきりすると思われる。」⁽⁵⁴⁾と結論付けている。したがって、元永教授によれば、ベルヌ条約は抵触法上の規定を含んでおらず、法廷地国際私法によるとの理解である。

次に、同様の見解を採用するものとして、駒田教授の見解が挙げられる。すなわち、「つまり、ベルヌ条約は、保護国法という文言で法廷地同盟国の全法秩序に送致し、その中には当該国の国際私法が含まれ、著作者の権利の準拠法を含む様々な私法問題は、同国の国際私法によって解決されなければならないのである。換言するならば、同条約は、著作者の権利の準拠法を定める抵触規定を実質的に欠いており、この準拠法の問題は各国の国際私法に委ねられているというべきである。」⁽⁵⁵⁾とし、さらに「著作者の権利が侵害された場合の損害賠償の範囲や方法について……私が採用した方法によれば、かかる問題について……加害者および被害者の共通本国法ないし共通住所地法によらしめる国際私法立法を行うことも可能なのである」⁽⁵⁶⁾と。このように駒田教授の見解によれば、ベルヌ条約は抵触法上の規定を含んでおらず、各国の国際私法に委ねられ、損害賠償等についても各国国際私法規定によると考えている。また、駒田教授の別の論文によれば、「5条(2)後段は一見抵触規定に見えるが、実は外人法規定であると割り切るのである。」⁽⁵⁷⁾とし、このことから、ベルヌ条約は抵触法上の規定を含んでいないとする説を採用しているものと考えられる。

さらに、同様の見解を採用するものとして、石黒教授の見解が挙げられる。すなわち、「『ベルヌ条約5条2項にいう『保護が要求される同盟国の法令』によるとの主義も、突き詰めれば侵害地法……すなわち不法行為地法……によるとの一般の国際私法のルールに沿うものであると把握することが出来る』と。但し、私はそこで、『一般の不法行為準拠法の決定』の問題の先で『さらに問われるべき』問題のあることを、『著作権もまた……国ごとにバラバラな、いわゆる属地的権利だから』ということ的前提に、匂わせておいた。」⁽⁵⁸⁾と。続けて、「要するに私は、同前書(国際的視座)(1990年刊)において、ベルヌ条約5条1項・3項の内国民待遇、同条2項の前記の規定から“一定の距離”を置き、条約規定から直接的に一定の準拠法選択のルール(プロセスとしてのそれ)が導かれるのではないとしつつ、他方、まさにダイレクトに同条約に基づき、『各国でその国の領域内に効力を基本的に閉ざした、属地的権利が創設されること』(いわゆる〔条約に基づく“実質法”上の〕属

地主義)——特許権についてはパリ条約4条の2から、(各国)“特許権独立の原則”として、それが一層ダイレクトにもたらされる——が、一般の抵触法的処理(侵害についての不法行為地主義)に“更なる”影響を及ぼしえることを示唆していたのである。」⁽⁵⁹⁾と。このことから、石黒教授によれば、ベルヌ条約が抵触法規定を含んでおらず、著作権を含む知的財産権においては属地主義が妥当し各国の抵触法上の規定を適用するものと考えられる。さらに、「そもそも、『保護が要求される同盟国』とは一体どこなのかすら、法廷地国内でその国の(属地的)権利が侵害された単純なケースは別として、5条2項からは判然としない。それは、条約の解釈問題のようでありつつ、実は、元永・前掲や道垣内・前掲、そして、既に示した私見の前提とする、複数国に跨る侵害のケースにつき、何の具体的指針をも、与えてくれない。少なくとも、『条約の規定をめぐって各国の解釈が分かれる場合には、法廷地国際私法を介して準拠法』の選択が必要となる(石黒・前掲国際的視点205頁)し、当面する5条2項については、“保護国法”によることの先の(あるいはそこに至るプロセスについての)抵触法上の問題は、何ら『解決されていない』……と言うべきである。」⁽⁶⁰⁾と。したがって、石黒教授によれば、ベルヌ条約が抵触法規定を含んでおらず、各国の抵触法上の規定を適用すると考えているものと思われる。

また、同様の見解を採用するものとして、金准教授の見解が挙げられる。すなわち、「条約に基づく権利の属地的独立性という意味での実質法上の属地主義の帰結として、抵触法的属地主義としては、保護国法主義が導かれ、かかる保護国法への連結の理論的基礎となるのは、海外諸国の学説および判例において認められているように、実質法上の属地主義の原則であるとされている。かかる保護国法への連結の実質的根拠となるのが、著作権の場合は、『保護が要求される同盟国』という文言から『保護国法』への連結の明確な規定は存在しないが、ベルヌ条約の保護国法主義との整合的解釈と条約上の知的財産権の実質法上の属地主義により同じく保護国法主義が導かれているというのが、海外においても一般的に主張されている。また、具体的な保護国法の適用プロセスは各国の国際私法ルールに委ねられているのである。」と。したがって、金准教授によれば、ベルヌ条約は抵触法規定を含んでおらず、属地主義を根拠に各国抵触法上の規定によるものであるとの理解である。また、「保護国法主義を広く認め、保護国法の意味を当該紛争事実に応じて柔軟に解釈するという私見によると、権利の有効性についても(単独で問題となるのか侵害事件の先決問題として問題になるのかに拘わらず)、保護国法主義を適用し、その具体的な保護国の決定にあたっては、各国の国際私法ルールに基づき、事案ごとに当該紛争事実に即した

判断をすればよいことになる。有効性問題に関しては、本源国法主義を採るべきであって、その限りでは、保護国法主義が制限されるとの解釈をとるのではなく、保護国法の当該事案に応じた柔軟な解釈をすべきであると思われる。」⁽⁶¹⁾とし、「結論的にいえば、著作権の帰属の問題については、どこか本源国か明確化できない本源国法によることによって保護国法主義の制限が制限されたというべきではなく、権利の成立・内容・消滅などの準拠法とおなじく保護国法主義によるべきである。そうしたうえで、その具体的な保護国法の決定にあたって、各事案ごとに、一般の著作権の帰属の問題か職務著作の著作権の帰属の問題かで分けて考え、職務著作に関しては、職務発明の場合のように、その法律関係を使用者と労働者の労働関係の問題として性質決定し、最も密接な関係を有する法として雇用契約の準拠法によるべきであると思われる。このように、著作権の帰属の問題についても、保護国法主義が制限されるとの解釈を採るのではなく、保護国法の当該事案に応じた柔軟な解釈をすべきである。」⁽⁶²⁾と。したがって、金准教授によれば、保護国法を法廷地国際私法であるとし、その決定に当たっては個別具体的に判断されるものと考えている。

最後に、同様の見解を採用するものとして、中川講師の見解が挙げられる。すなわち、中川講師によれば、判例評釈において、「準拠法については、準拠法を日本法とした結論は妥当であるが、法性決定の手法、ベルヌ条約の規定を抵触規定と解したこと、そして連結点の確定において問題がある。」⁽⁶³⁾として、判例の結論に関しては支持するものの、その結論に至るプロセスについては支持していない。また、「他方、ベルヌ条約五条(2)等からは適用されるべき法を直接的には導き出すことができないとする見解として、第三の見解は、ベルヌ条約第五条(2)の規定する『保護が要求される同盟国の法令』には法廷地の国際私法が含まれることから、我が国が法廷地である場合には我が国の国際私法により準拠法が決定されると主張する。」⁽⁶⁴⁾と言及し、さらに、「尚、近時では、第四の見解として、ベルヌ条約は保護国法主義を採っているが、保護国法を如何に決定すべきかを具体的には明らかにしないので、同盟国の国際私法による同原則を尊重した補足が行われるとする見解もある。」⁽⁶⁵⁾との見解を上げたうえで、「各請求について別個に準拠法を決定することに関しては、その不合理性ゆえに支持することはできない。次に、準拠法の決定に関しては、……現段階では第三の見解若しくは第四の見解が妥当であると考える。」⁽⁶⁶⁾と。したがって中川講師の見解によれば、ベルヌ条約が抵触法上の規定を含んでいないとの理解である。

抵触法規定を含まないとする見解は、さらに、(1)不法行為準拠法説(法例11条)、(2)物権準拠法(法例10条)の類推適用説、(3)条理説に大別される。以下では、各見解を個別に見ていくことにする。

(1) 不法行為準拠法説(法例11条)

ベルヌ条約が抵触法規定を含まず、各国の国際私法規定による場合に、不法行為準拠法による見解を採用するものとして、まず、山本桂一教授の見解が挙げられる。山本教授によれば、日本における偽作(無断上演)が問題となった事件の評釈において次のように述べている。すなわち、「ところで偽作は、その効果として損害賠償請求権を発生させるから、不法行為と同視してこれに関する法例の規定により、原因である事実の発生地法律によらせることができないかということである(法例第11条I)。これによれば、本件ではYの侵害行為は、日本でなされているから、準拠法は日本法になる。ただ著作権侵害は、その効果として損害賠償請求のほか、侵害行為の差止めや侵害の手段結果の廃棄のような請求を認めるから、単純に不法行為と同視してよいか疑問があり、法例の規定をそこまで拡大することは、異論があるかもしれない。」⁽⁶⁷⁾と。したがって、山本教授によれば、著作権侵害を単純に不法行為と同視することに躊躇しながらも、結論的には不法行為として性質決定し、法例11条1項により不法行為地法を適用する見解が示唆されているものとみてよい。

次に、同様の見解を採用するものとして、高桑教授によれば、著作権それ自体の問題と著作権侵害行為およびそれに対する救済の問題とは法律関係の性質を異にするので、後者については法例11条によって定まる準拠法によるべきであるとされる⁽⁶⁸⁾。

さらに、同様の見解を採用するものとして、駒田教授の見解が挙げられる。すなわち、駒田教授によれば、「侵害の有無と侵害による責任の内容を抵触法上区別することが不可能とまではいえないのではないかと考える。やはり著作権侵害は不法行為と性質決定し、法例11条を適用すべきであると考える。ただし、著作権の存否および内容は、不法行為の先決問題として、著作権自体の準拠法によるべきである。」⁽⁶⁹⁾と。また、他の論文においても同様の趣旨が明らかにされている。すなわち、「著作権侵害については、現行法例上とくに個別の特則もないことからすれば、一般の不法行為同様、11条によるべきである。それゆえ侵害行為の差止めや損害賠償が認められるための要件等については、同条により定まる準拠法による。……もっとも、侵害の有無自体は、裏返せば権利の効力の範囲がお

よび範囲の問題であるから、著作権自体の準拠法によるべきである。」⁽⁷⁰⁾と。したがって、駒田教授によれば、侵害の有無自体と侵害の法的効果とが区別され、侵害の有無自体については著作権自体の準拠法により、侵害の法的効果については不法行為準拠法によることになる。また、準拠法については、「第一に著作権の効力が各国領域内に限定されるとする属地主義には明確な根拠がない。第二に、この原則はインターネット等著作物の送信越境利用についての規制を困難にするため、むしろ廃棄するべきである。(単純に保護国法によるとか、利用地法によるといったほうが害はない)。第三に、ベルヌ条約は著作権の準拠法を定めた抵触規定を含まないと解すことができ、またこの解釈は実際上有効であると思われる。第四に、著作権の一部につき本源国法に連結することを説く見解があるが、その際にはデプサージュに伴う処理の複合性の兼ね合いなど、抵触法上の利益衡量にかかっているといえる。第五に、差止および損害賠償など著作権侵害の法的効果は、不法行為の問題と性質決定すべきである。第六に、インターネットによる侵害の場合に、その法的効果の準拠法を各受信国法に立つのであれば、各国法により評価の対象となる損害は必然的にその国に生じた損害に限られるというべきである。」⁽⁷¹⁾と。したがって、駒田教授の見解によれば、著作権に関して属地主義が妥当するものではないと理解し、ベルヌ条約の規定は抵触法上の規定を含まず、著作権について属地主義は機能しないとしている。法廷地国際私法により不法行為準拠法で解決するという立場に立つものと解される。

また、同様の見解を採用するものとして、實川教授の見解が挙げられる。すなわち、實川教授によれば、「国内抵触法理論において、著作権侵害を独立の単位法律関係とし、保護国法によるという独立抵触規定によらしめることの意義は今のところ、まだ十分に明確にされているとはいえないのではあるまいか。それゆえ、著作権侵害を不法行為として性質決定し、法例11条によって規律するであろう主張および実務の立場には、今まだ説得力があるように思われる」⁽⁷²⁾として、ベルヌ条約が抵触法規定を含んでおらず、著作権侵害について不法行為準拠法(法例11条)を適用するものであるとの理解である。

最後に、同様の見解を採用するものとして、申講師の見解が挙げられる。すなわち、申講師によれば、「知的財産権に関する種々の条文に、各締約国を拘束するような抵触規則は包含されていない。」⁽⁷³⁾として、ベルヌ条約は抵触法規定を含んでおらず法廷地国際私法によるものと察知される。さらに、「ベルヌ条約の成立過程および発展過程を踏まえた考察からも、内国民待遇の原則が保護国法主義を包含しているとする国際的合意があったとは言えず、それどころかむしろ本源国法(パリ条約につき)ないし法廷地法(ベルヌ条約に

つき)の適用に有利に働くとの結論が導かれており、このことからしても、内国民待遇の原則から保護国法主義を導く見解に賛同することは出来ないであろう。……結局条約上の内国民待遇の原則の中に、保護国法によるとする抵触規則が定められていると考えることにつき正当な理由があるとは考えられない。後述のとおり、保護国法主義を採ること自体に全く根拠がないとも思われぬが、あえてその源泉を条約上の内国民待遇の原則の中に求める必然性も必要性もないであろう。」⁽⁷⁴⁾として、内国民待遇の原則を根拠にする保護国法主義を否定する見解に立ち、ベルヌ条約は抵触法規定を含んでいないとし、法廷地国際私法によるものと理解している。さらに、「少なくとも、現行の11条にあつては、1項により原因事実発生地すなわち不法行為地に連結した場合と保護国に連結した場合とは、同じ結果をもたらすことになる。これは、保護国法が『利用行為または侵害行為がなされた国』であることからすれば、当然の帰結であるとも言うる。このような状況にあつて、あえて明文の規定たる11条の適用を排除すべき理由はないであろう。したがって、私見によれば、少なくとも現行の条文がある限り、知的財産権侵害を不法行為の問題と解して法例11条によらしめるとするのは妥当であると考え。しかし、今後法例改正を経て不法行為準拠法が多様化した場合には、不法行為地法が保護国法と一致しなくなる可能性も存在するであろう。」⁽⁷⁵⁾とし、法廷地国際私法によつた場合に採用すべき準拠法として法例11条の不法行為準拠法を挙げている。この点に関しては、法例改正における条文の内容変更に伴い見解の変更があることを示唆している。したがって、申講師によれば、ベルヌ条約は抵触法規定を含んでいないとし、法廷地国際私法により、不法行為準拠法(法例11条)が適用されるものであるとの理解である。

(2) 物権準拠法(法例10条)の類推適用説

ベルヌ条約が抵触法規定を含まず、法廷地国際私法により物権準拠法を類推適用する見解を採用するものとして、駒田教授の見解が挙げられる。すなわち、駒田教授によれば、「さしあたりベルヌ条約5条1項は権利の『享有』に関して定めており、この意味においてそれは外人法規定の域を出ていない。……しかしテキストによれば、『保護の範囲』だけでなく、権利を保全する『救済の方法』までもがこの方によってカバーされることに注意せねばならない。著作物の使用差止の仮処分等、権利の保全処分は法廷地法によるべきことに恐らく異論は存しないだろう。それゆえ『保護が要求される同盟国の法令』とは、法定地法を意味すると解されるべきである(なおベルヌ条約10条の2は、『制裁』に関して『保

護が要求される同盟国の法令』の適用を定めているが、この事実も私見を一層支持するものといえる)。とはいえ、ベルヌ条約は『保護の範囲』に関して著作権の準拠法を(抵触法の観点からは問題の多い)法廷地法としているのではなく、法定地国際私法を含む総括指定によって、問題の適切な処理を同盟国に委ねていると解されるべきであろう。要するにベルヌ条約は、著作権に関する有効な抵触規則を始めから含んではいないのである。」⁽⁷⁶⁾と。このように、保護国を法廷地と解し、ベルヌ条約が抵触法規定を含まないと理解している。さらに、「頒布権とその他の著作権を抵触法上切り離すことを正当化しうるであろう。そしてこの権利のための適切な準拠法は何かという問いが提起されるならば、私には、——この権利が客体を直接かつ排他的に支配する権利であることに鑑みて——『著作物が物理的に固定された複製物の所在地法』と回答されるべきであるように思われる。」⁽⁷⁷⁾とし、法廷地国際私法によった場合には、物権の準拠法(法例10条)を類推適用するものと考えている。この点、「そうすると頒布権のために法例10条が有効な抵触規則となりうるかが当然問題となるが、目下のところ私は明確な見解を持つに至っていない。」⁽⁷⁸⁾と補足し、自身の見解の不明確な点を指摘している。したがって、駒田教授によれば、ベルヌ条約が抵触法規定を含まず、法廷地国際私法により物権準拠法を類推適用するものであるとの理解である。

(3) 条理説

ベルヌ条約が抵触法規定を含まず、法廷地国際私法による場合、「法例」に規定がないとして条理によるものとして、まず、駒田教授の見解が挙げられる。すなわち、駒田教授によれば、「それゆえ法例10条は退けられる。しかしなお個々の属地法が管轄を保持するのであり、これは著作物の原作品ないし複製物の所在地法——より適切ないい方をするならば、原作品ないし複製物が利用される地の法——である。この解決は、とりわけ頒布権に関していえば、国際的なコモンセンスに全く合致するであろう。」⁽⁷⁹⁾として、法例10条の適用を退け、条理によって利用行為地法によるとしている。また、学会報告要旨においても、同様の趣旨が明らかにされている。駒田教授は、属地主義の原則について「無体財産権の成否および効力は、『総てその権利を認める国の法律』によらねばならない。この定式は、権利を認める国の法律に従って権利の成否を判断するという意味でトートロジーであるにもかかわらず、伝統的に強力に主張されてきたものである」⁽⁸⁰⁾と述べたうえでこれを退ける。そして、「抵触法においては経済的権能と人格権的権能の双方に同じ連結点

をあてがうことが適切であるとする(抵触法的一元論)⁽⁸¹⁾とすれば、「客体の無体性のゆえに、著作者の権利を法例10条にいう「物権」に包摂させることはできないであろう。しかし、海事物権や債権質の場合と同様に、「条理上の物権」と位置づけることができるはずである⁽⁸²⁾」とする。さらに「法例10条が適用可能でないとしても、その背後にある趣旨を参照し、それを生かす道が残されている。Les rei sitae の原則は、なかんずく公益の保護、そして取引保護を背景としている。従って、無体物である著作物にこの連結政策を応用すると、次の抵触法ルールがもたらされるであろう。すなわち、著作者の権利の準拠法は、著作物が再製され利用される地の法である。この解決こそが、公益と取引保護の要請にもっともかなうように思われるのである。それゆえこの法律が、著作者の権利の成立、内容、制限、譲渡性の如何および消滅事由を決定すべきである。しかしながら、著作者の権利が物権の一であるとすれば、国際物権法において支配的な考え方——既得権理論——がここでも通用するのではないだろうか？もし当該の理論をあてはめるとすれば、その論理的な帰結は次のようなものとなる。著作者の権利は、著作物の利用が行われるたびに、利用地の法が認める権利に置換ないし配置される。しかし基本的には、それは創作地法が成立させた権利であり、同国の法の刻印を帯びたものにとどまる(もっとも、創作地を客観的に特定することは困難であるので、便宜上公表地がこれと同視される)。つまりこの権利の本源はそこにある。従って、そもそも本源国法が当該の権利を成立させないなら、著作者は世界的に権利を取得することはない。」⁽⁸³⁾と。しかし、駒田教授によれば、「しかし無体物の場合は果たしてどうだろうか？著作物は同時に様々な国において利用可能であり、一方において本源国(A国)、他方でB国においても再製可能なものである。それゆえ、通常物権とのアナロジーを、ここにおいても貫徹する必然性は存在しない。私はこう思うのだが、創作地がどこであろうと、それとは無関係に利用国の法のみを利用することが簡便であるし、事物の性質にも適合するのである⁽⁸⁴⁾」と。そして、結論としては、「著作者の権利は、経済権だけでなく著作者人格権も含めて、著作物の利用・再製国の法に服するのが適当である」⁽⁸⁵⁾とする。したがって、駒田教授によれば、ベルヌ条約が抵触法規定を含まず、法廷地国際私法による場合、「法例」に規定がないとして条理による理解である。その場合には、属地主義(権利付与国法主義)が否定された上で、著作権の成立・効力については条理により利用行為地国法が準拠法とされ、著作権侵害は著作権の効力に関する問題として性質決定され条理により利用行為地国法が適用されるものとみてよい。

次に、野村教授の見解によれば、「日本の国際私法の解釈としては、ベルヌ条約の規定ではなく、直裁に条理により、著作権の侵害および救済は保護国法によるという国際私法規則を導くべきである。」⁽⁸⁶⁾との理解である。したがって、野村教授によれば、ベルヌ条約は抵触法規定を含まず、法廷地国際私法によって、「法例」に規定がないものとして条理により保護国法によるものであるとの理解である。

第3節 改正にあたっての議論

我が国の「法例」には知的財産権の侵害に関する準拠法が存在しなかったため、「法適用通則法」への法改正にあたり、知的財産権に関する何らかの特則を設けるか否か、またその内容はどのようにすべきかの検討がなされた。

知的財産権の準拠法として検討された法例研究会の案としては、甲案と乙案があり、以下それぞれについて著作権を中心に触れることにする。

「甲案では、『知的財産権の侵害については特則を設けないとする。』とされ、乙案では、『知的財産権の侵害については、当該権利の保護が[要求される／を与えている]国の法による』との規定を設ける。」⁽⁸⁷⁾とされた。

甲案のメリットとしては、従来の知的財産権に関する準拠法決定の考え方を維持することが挙げられる。他方、甲案のデメリットとしては、(a)知的財産権侵害について、我が国の不法行為に関する抵触規則が適用されるか否かが明らかにならないため、従来の解釈論上の争いが存続すること、(b)我が国の不法行為に関する抵触規則を適用する立場に立った場合、法令改正に際して不法行為地以外への連結方法を定めるときには、当事者間の同一常居所地や、その原因となる法律関係(特に契約関係)の有無等によって準拠法が左右され、知的財産権そのものとは密接な関係をもたない準拠法となってしまう可能性があること、などが挙げられる⁽⁸⁸⁾。

乙案のメリットとして、(a)多数説によって認められている保護国法の適用を明文化できること、(b)侵害知的財産権の侵害の問題を不法行為と性質決定するか、または知的財産権の効力と性質決定するかという問題について、いずれによっても同じ法律を適用することとなるので、考え方の違いが具体的結果の違いを惹起するという可能性を排除できること、(c)ベルヌ条約5条2項が保護国法の適用を定める抵触規則を含んでいるとする立場にたっても、乙案のルールが同じ原則を再確認しているに過ぎず、他方、条約5条2項が法廷地高裁私法の適用を定めているとする立場にたっても、乙案のルールは同じ結論を導くに過ぎな

いため、いずれの立場とも親和的であること、(d)知的財産権の保護と密接に関係する不正競争について、市場地法を適用するルールが採用される場合には、この乙案のルールと平仄が合うこと、などをあげることができる。他方、乙案のデメリットとして、(A)ベルヌ条約やパリ条約との適用関係が不明確となること、(b)インターネットや衛星放送の普及に伴って、知的財産権の侵害が一時に広範囲にわたって発生するようになり(拡散型の知的財産権侵害)、それによって保護国法主義の弊害も指摘されるようになってきているところ、このように国際的に流動的である中で、保護国法主義の明確な採用に踏み切ることが時期尚早ではないかとの批判があり得ること、などを挙げることができる⁽⁸⁹⁾。

また、『法の適用に関する通則法関係資料と解説』における議論によれば、「知的財産権について、諸外国においては、『保護国法』を準拠法とすると考えられている。しかし、我が国の学説上、諸外国において用いられる『保護国がいかなる国を指すのかについては争いがあり、『保護国という』概念は非常に多義的なものになっているため、その内容を明確化しない限り、規定を設けることは困難であると考えられる。そこで審議会においては、保護国法を、『知的財産権を侵害する行為が行なわれた地(行動地)』の法律とし、それを準拠法とする旨の特則規定を設けることについて検討された。このような特則規定を設けることによって、現行の行動が行なわれた地の法律によって保護されている知的財産権のみが侵害の対象となることになるが、このことは、ある国の知的財産権の効力はその国の領土内に限られる、言い換えれば、ある国の領域外の行為によってその国の知的財産権が侵害されことはないという、国際的に承認された属地主義の原則とも平仄が合うものである。なお、このような特則規定が設けられた場合国際的な特許権の侵害に関する最判平成14年9月26日民集56巻7号1551頁と同様の事件が起こった場合には、被告が行動した地の法律である日本法が特許権の侵害に基づく不法行為の準拠法となると思われる。このような提案については、実務的に承認された属地主義を明確化する規定であり望ましいとする意見が述べられた一方、知的財産権の侵害に関し『保護国法』を行動地の法律と確定することは疑問であるとする意見や、この点に関する規定を設けることは時期尚早であるとの意見もだされたため、審議会においては、この点についての特段の規定を設けず、なお解釈に委ねることとされた。」⁽⁹⁰⁾とされている。したがって、改正における議論においては、概ね著作権を知的財産権として一括りに捉え、知的財産権に属地主義が妥当することから、著作権にも同様に属地主義が妥当するものとし、保護国法(権利付与国法)を適用するのが望ましいものであるとの理解である。

第4節 「法適用通則法」下における議論

以下では、著作権侵害の準拠に関する「法適用通則法」下における判例および学説の見解を論じることとする。

第1款 「法適用通則法」下における判例

著作権侵害の準拠法に関する「法適用通則法」下における判例としては、(1)「ノルウェー工芸デザイン子供用いす事件」(東京地裁平成22年11月18日判決)、(2)「小型 USB フラッシュメモリ事件」(東京地裁平成23年3月2日判決)、(3)「DVD『中国の世界遺産』事件」(東京地裁平成23年7月11日判決)、(4)「小型 USB フラッシュメモリ事件」(知財高裁平成23年1月28日判決)、(5)「韓流スタートーク番組 DVD 事件」(東京地裁平成24年7月11日判決)、(6)「ハワイの写真ブログ無断掲載事件」(東京地裁平成24年12月21日判決)、(7)「自衛隊ムック本事件」(東京地裁平成25年3月25日判決)、が挙げられる。

(1) 「ノルウェー工芸デザイン子供用いす事件」 東京地裁平成22年11月18日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

同盟国国民たる外国人原告 X¹ が外国(ノルウェー)で最初にデザインし、当該権利を承継した原告 X² 者によって外国発行された著作物の著作権が、日本にある被告 Y 社によって、製造され、販売された。この行為に基づいて、原告 X¹、同社が有する原告製品のデザインに係る著作権を侵害するとして、さらに、原告²社が、同社の原告製品に係る著作権の独占的利用権を侵害するとして、被告 Y に対して、被告 Y の製品の製造、販売等の差止め及び廃棄等を日本の裁判所に提起した事案である。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

著作権侵害の準拠法の決定に関して、「エーベルヌ条約は、応用美術については、その保護の範囲及び保護条件を定める際の準拠法を各同盟国の国内法と定めているから(同条約5条1項、2項、2条1項、7項)、ベルギー等諸外国における立法や裁判所の判断は本件の判断に影響するものではない。」⁽⁹¹⁾と。

したがって、本判決の見解によれば、応用美術の著作物に関する著作権侵害行為について保護国法たる日本法が適用されるものであるとの理解である。

(2) 「小型 USB フラッシュメモリ事件」 東京地裁平成23年3月2日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

同盟国国民である台湾法人の原告 X がは、小型 USB フラッシュメモリを台湾において最初に製作した。被告 Y は自身の台湾の会社に製造委託してこれを輸入・販売した。この行為に基づいて、原告 X は被告 Y に対して、X 自身が製造した商品の形態を Y が模倣したものであるとして、日本の裁判所に対して、著作権侵害に基づく損害賠償を請求した事案である。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

著作権侵害を理由とする損害賠償請求権についての準拠法の決定に関して、「台湾及び日本は、WTO の加盟国であって、TRIPS 協定9条1項により、その加盟国は、ベルヌ条約の規定を遵守する義務を負うことから、日本は、台湾に対し、ベルヌ条約に基づく義務を負う。そして、台湾法人である原告が著作者である著作物は、ベルヌ条約3条(1)A 及び著作権法6条3号により、我が国の著作権法の保護を受けることになる。」として、台湾人が著作権者である著作物について日本法による保護が認められると解されている。そして、著作権侵害に基づく損害賠償請求権についての準拠法に関しては、「ア 著作権侵害に基づく損害賠償請求の性質は、不法行為であると解されるから、通則法附則3条4項により、同法の施行日(平成19年1月1日)前に加害行為の結果が発生した不法行為によって生ずる債権については法例11条1項により『原因タル事実ノ発生シタル地』の法律が、通則法の施行日以後に加害行為の結果が発生した不法行為によって生ずる債権については通則法17条により『加害行為の結果が発生した地』の法律が、それぞれ準拠法となる。そして、本件において、原告が著作権侵害であると主張する行為は、原告設計図1及び2から被告各商品を製造する行為であるところ、前記第2の1の争いのない事実等のおり、当該行為は台湾で行われていることからすれば、『原因タル事実ノ発生シタル地』(法例11条1項)及び『加害行為の結果が発生した地』(通則法17条)ともに台湾であると認められ、台湾法が準拠法となると解さ

れる。なお、原告は、ベルヌ条約5条(2)により、台湾法が準拠法となると主張する。しかしながら、前記のとおり、著作権侵害に基づく損害賠償請求は、その被侵害利益が著作権であるというほかは、不法行為一般の問題であって、同規定にいう『保護の範囲及び著作者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法』とは認められないから、法例11条又は通則法17条によるのが相当である。このほか、原告は、法例又は通則法には著作権の準拠法に関する明文の規定がないから、条理によって準拠法を決定すべきであると主張するが、前記のとおり、著作権侵害に基づく損害賠償請求の性質は、不法行為であると解され、法例及び通則法には、不法行為によって生ずる債権の準拠法につき明文の規定(法例11条、通則法17条)があるから、原告の主張は、失当である。イ 以上のとおり、法例11条1項又は通則法17条により、台湾法が準拠法となるところ、損害賠償請求が認められるためには、法例11条2項又は通則法22条1項により、『外国ニ於テ発生シタル事実』又は『外国法を適用すべき事実』が日本法によっても不法となることが必要である。なお、原告は、これらの各条項の意味につき、日本において、翻案権侵害が違法とされていけばよいという意味であると主張するが、条文の文言自体、『発生シタル事実』又は『外国法を適用すべき事実』として、『事実』それ自体を問題としていること、公序に基づき日本法を重量適用するというこれらの規定の趣旨に照らして、単に翻案権侵害が違法とされればよいというものではなく、事実それ自体、すなわち、本件においては、原告設計図1及び2から被告各商品を製造する行為が、日本法上、不法であることを要すると解すべきである。」⁽⁹²⁾と。

したがって、本判決の見解によれば、著作権侵害に基づく損害賠償に関しては、ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとして法廷地国際私法により不法行為準拠法(法例11条または法適用通則法17条)により台湾法が適用されるとの理解である。

(3) 「DVD『中国の世界遺産』事件」 東京地裁平成23年7月11日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

同盟国である中華人民共和国法人の原告 X は、中国において記録映画を最初に製作し著作権を有している。被告 Y は当該記録映画の DVD として、複製又は翻案等の製作を行い、販売した。この行為に基づいて、原告 X は被告 Y に対し、不法行為に基づく損害賠償を請求した事案である。原告 X が著作権を有する著作物の利用について契約を締結するにあた

って、契約の相手方の利用許諾権限の有無を確認することを怠った被告 Y には、本件各原
版の利用について過失があると認められるから、被告 Y は原告 X に対し不法行為責任を負
うとして、原告 X の請求を一部認容した。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

著作権侵害の準拠法の決定に関して、「原告は中華人民共和国法人であり、被告は日本
法人であるから、準拠法が問題となる場所、著作権侵害を理由とする不法行為に基づく
損害賠償請求については、本件において、原告が本件各原版的複製権又は翻案権が侵害さ
れ、被告各 DVD が販売されたと主張するのは我が国であるから、『原因タル事実ノ発生シ
タル地』（法例〔平成11年法律第151号による改正後のもの。以下同じ。〕11条1項）、『加
害行為の結果が発生した地』又は『加害行為が行われた地』（法の適用に関する通則法17
条〔平成19年1月1日施行〕、同法附則3条4項参照）として、日本法が準拠法となる。」⁽⁹³⁾
と。

したがって、本判決の見解によれば、著作権侵害に基づく損害賠償に関しては、ベルヌ
条約が抵触法規定を含まないとして法廷地国際私法により不法行為準拠法(法例11条または
法適用通則法17条)により日本法が適用されるとの理解である。

(4) 「小型 USB フラッシュメモリ事件」 知財高裁平成23年11月28日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

同盟国である台湾法人の一審原告である控訴人 X は、台湾で最初に日本法人で小型 USB
フラッシュメモリを作成した。一審被告である被控訴人 Y は、当該小型 USB フラッシュメ
モリを台湾にある自分の会社に製造委託してこれを日本に輸入して販売していた。この行
為に基づいて、控訴人 X は被控訴人 Y に対して、被控訴人 Y の上記輸入・販売は著作権侵
害行為に該当するとして著作権侵害にとづく損害賠償を日本の裁判所に提起した事案であ
る。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

著作権侵害の準拠法の決定に関して、著作権侵害を理由する損害賠償請求権の準拠法については、「原判決は、法例11条2項又は通則法22条1項により、本件では、台湾法のみならず、日本法によっても不法となる必要があると解した上で、かかる重畳適用について、日本法上、『単に翻案権侵害が違法とされればよいというものではなく、事実それ自体、すなわち、本件においては、原告設計図1及び2から被告各商品を製造する行為が、日本法上、不法であることを要すると解すべき』(原判決89頁)と判示する。しかしながら、この判断は誤りである。学説の多数説によれば、日本法上の評価とは、同種の権利の侵害行為が日本法上も違法性を有し不法行為とされるか否かということであり、その権利は管轄権のある法律によって成立した権利であれば足り、同種の権利の侵害が日本法上違法であって不法行為と評価されれば足りるとされている。被控訴人の行為は、著作権の一支分権たる翻案権の侵害であるところ、同種の権利たる日本法上の翻案権の侵害も不法行為であって損害賠償請求が認められることに異論はない。したがって、本件の『被告の台湾著作権法違反行為』は、日本法上も『不法』であるから、台湾著作権法違反による損害賠償請求は本件において可能というべきである。」⁽⁹⁴⁾と。

したがって、本判決の見解によれば、著作権侵害に基づく損害賠償請求の準拠法に関しては、ベルヌ条約が抵触法規定を含んでいないとして、法廷地国際私法により、不法行為準拠法(法例11条または法適用通則法17条)により、台湾法が適用され、さらに、法例11条2項又は通則法22条1項により、本件では、台湾法と日本法との累積的適用により不法行為が成立するとした。

(5) 「韓流スタートーク番組 DVD 事件」 東京地裁平成24年7月11日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

同盟国である大韓民国の法人である原告 X は、DVD である本件商品の映像の著作権を有すると主張する。日本法人である被告 Y は、大韓民国の法人である原告 X から A 社を通じて購入した本件商品を販売した。この行為に基づいて、原告 X は被告 Y に対して、著作権法112条1項に基づき、本件商品の販売、頒布の差止めを求め、および、民法709条、著作権法114条2項又は3項に基づき、不法行為準拠法に基づく損害賠償を求めた事案である。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

著作権侵害の準拠法の決定に関して、「ア 原告は外国人であるため、本件差止請求及び損害賠償請求の準拠法についてまず判断する。イ 著作権に基づく差止請求については、『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『ベルヌ条約』という。）5条(2)により、『保護が要求される同盟国の法令』の定めるところによることとなり、我が国の著作権法が適用される。ウ 著作権侵害に基づく損害賠償請求については、『法の適用に関する通則法』17条により、不法行為地すなわち被告が本件商品を頒布した地の法である日本法が適用される。」⁽⁹⁵⁾と。

したがって、本判決の見解によれば、著作権侵害に基づく差止請求の準拠法に関しては、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとして、ベルヌ条約5条2項により保護国法として日本法が適用される。他方、著作権侵害に基づく損害賠償請求の準拠法に関しては、ベルヌ条約が抵触法規定を含んでいないとして、法廷地国際私法により、不法行為準拠法(法適用通則法17条)により、頒布地法たる日本法が適用されるとの理解である。

(6) 「ハワイの写真ブログ無断掲載事件」 東京地裁平成24年12月21日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

同盟国であるアメリカ合衆国ハワイ州の原告 X がハワイ州で最初に発行した著作物たる本件写真について、原告会社が独占的利用許諾権をそれぞれ有していた。被告 Y はその運営するブログに無許諾で本件写真を掲載した。この行為に基づいて、原告 X は被告 Y に対して、不法行為に基づく損害賠償を日本の裁判所に提起した事案である。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

著作権侵害の準拠法の決定に関して、「(3)そして、著作権侵害を理由とする損害賠償請求の法律関係の性質は、不法行為であるから、その準拠法は法の適用に関する通則法17条によるべきであり、『加害行為の結果が発生した地』は、我が国における著作権侵害による損害が問題とされているのであるから、我が国と解するのが相当である。そうすると、当該請求については、我が国の法律が準拠法である。」⁽⁹⁶⁾と。

したがって、本判決の見解によれば、著作権侵害に基づく損害賠償請求の準拠法に関しては、ベルヌ条約が抵触法規定を含んでいないとして、法廷地国際私法により、不法行為準拠法(法適用通則法17条)により、結果発生地法たる日本法が適用されるとの理解である。

(7) 「自衛隊ムック本事件」 東京地裁平成25年3月25日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

原告Xは同盟国であるアメリカ合衆国において本件映画を最初に製作した。被告Yは被告の製作した書籍においてXが著作権を有する本件映画に係る内容を含むような記述を用いていた。この行為に基づいて、原告Xから被告Yに対して、原告Xの著作権(翻案権)又は著作者人格権(同一性保持権)を侵害する部分が含まれていると主張して、著作権法112条1項に基づき、被告書籍の出版等の差止め、および、著作権又は著作者人格権侵害に基づく損害賠償を日本の裁判所に提起した事案である。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

著作権侵害の準拠法の決定に関して、「前記前提事実(2)アのとおり、本件映画は米国内で製作されたものであるが、日本国民である原告の著作物であるから、我が国の著作権法による保護を受ける(著作権法6条1号)。また、我が国は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『ベルヌ条約』という。)の同盟国であるところ、著作権を保護するための救済方法の準拠法に関しては、ベルヌ条約5条(2)により、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによるべきとされるから、日本国内における利用行為の差止請求等の準拠法は『保護が要求される国』である我が国の法律である。さらに、著作権侵害を理由とする損害賠償請求及び謝罪広告請求の法的性質は不法行為であり、法の適用に関する通則法17条により準拠法を決定するべきであるところ、本件において、同条にいう『加害行為の結果が発生した地』は日本国内であると認められるから、我が国の法律がその準拠法となる。」⁽⁹⁷⁾と。

したがって、本判決の見解によれば、著作権侵害に基づく差止請求の準拠法に関しては、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとして、ベルヌ条約5条2項により保護国法として日本法が

適用される。他方、著作権侵害に基づく損害賠償請求の準拠法に関しては、ベルヌ条約が抵触法規定を含んでいないとして、法廷地国際私法により、不法行為準拠法(法適用通則法17条)により、結果発生地法たる日本法が適用されるとの理解である。

第2款 「法適用通則法」下における学説

以下では、著作権侵害の準拠法に関する「法適用通則法」下における学説の見解を論じることとする。学説の見解は、1) ベルヌ条約が抵触法規定を含むとする見解と、2) ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとする見解に大別される。1) ベルヌ条約が抵触法規定を含むとする見解は、さらに、(1) 保護国を利用行為地国とする見解、(2) 原則として差止め請求と損害賠償請求とを区別しないで保護国法によるが、日本著作権法の域外的適用を例外的に認める見解とに分類される。

2) ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとする見解は、さらに、(1) 例外規定により最密接関係地法を適用する見解(法適用通則法20条)と、(2) 法廷地国際私法により保護国法を適用する見解に分けられる。

1) ベルヌ条約が抵触法規定を含むとする見解

ベルヌ条約が抵触法規定を含むとする見解には、保護国を利用行為地国とする見解が挙げられる。

このような見解を採用するものとして道垣内教授の見解が挙げられる。すなわち、道垣内教授によれば、「ベルヌ条約に準拠法決定ルールがあるとの立場から、まずは、ベルヌ条約がどの範囲の問題を保護国法によると定めているかを見極める必要がある。同条約5条(2)の単位法律関係は、『保護の範囲および著作者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法』……である。この文言のドラフトも精緻さを欠くが、損害賠償請求は含まれないとの解釈は必然的ではなく、この規定から損害賠償は外れ、それは各国の国際私法の不法行為についての準拠法決定ルールに委ねられると解することは条約の趣旨を勘案した合理的な解釈論とはいえないであろう。」⁽⁹⁸⁾と解される。したがって、道垣内教授によれば、差止め請求と損害賠償請求を区別せずにベルヌ条約5条2項により保護国法によるものとされる。なお、道垣内教授の教科書においても、「以上の保護国法主義は、ベルヌ条約が適用されない場合にも、条理として妥当すべき考え方であるということができよう。」⁽⁹⁹⁾とされている。

次に同様の見解を採用するものとして、嶋教授の見解が挙げられる。すなわち、嶋教授によれば、「私見では、以下に掲げる理由から、知的財産権の侵害について差止請求と損害賠償請求を区別せず、一体として性質決定を行うべきとする見解を支持したい。」⁽¹⁰⁰⁾とし、「ベルヌ条約5条3項を抵触規定として位置付け、当該既定により準拠法たる保護国法(=利用行為地法)が指定されるとの本判決の見解を支持する。」⁽¹⁰¹⁾と。したがって、嶋教授の見解によれば、ベルヌ条約が抵触法規定を含み、著作権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求とを一括して保護国法によるものであるとの理解である。

2) ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとする見解

ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとして、(1) 例外規定(法適用通則法20条)により最密接関係地法を適用する見解(法適用通則法20条)と、(2) 法廷地国際私法により保護国法を適用する見解に分けられる。

(1) 例外規定(法適用通則法20条)により最密接関係地法を適用する見解(法適用通則法20条)

ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとして、(1) 例外規定(法適用通則法20条)により最密接関係地法を適用する見解(法適用通則法20条)を採用するものとして、木棚教授の見解が挙げられる。すなわち、木棚教授によれば、「わたくしの見解によると、わが国の制定法においてこれと異なる趣旨の特別の規定がない以上、著作権侵害についてはベルヌ条約が黙示的に認めている保護国法、つまり、その領域について保護が求められている国の法によることを前提としているものと推論されることになる。——損害賠償と差止めその他の救済方法をそれぞれ別の法律関係として法性決定して、異なる準拠法を適用するとすれば、場合によっては適応問題が生じる可能性がある。このような法性決定はできるだけ避けるべきである。しかし、さらに良い方法としては、知的財産権侵害の準拠法を不法行為についてだけでなく不当利得を含めて、不法行為については、法適用通則法20条、不当利得については同法15条によって『明らかにより密接な関係がある地の法』としての保護国法によるべきものと解釈することであろう。そうすれば、知的財産権侵害の法性決定をどのようにしようとも、結果的に知的財産権侵害に関する準拠法は保護国法とみることができることになる。ヨーロッパ諸国におけるこの点に関する最近の展開をみれば、このような見解と結果的に類似するようと思われる。『契約外債務の準拠法に関するヨーロッパ機

会および理事会の規則(2007年864号)』(ローマⅡ規則という)第二章不法行為の8条1項によると、『知的財産権侵害から生じる契約外債務に適用される法は、その領域について保護が求められている国の法とする』とし、同条2項によると『共同体の統一知的財産権侵害から生じ契約外債務の事例においては、当該共同体の協定が適用されない問題についてはいずれも、その領域において侵害行為が行われた国のほうが準拠法になるものとする』とし、同条3項によると『本条に基づく準拠法は(法選択の自由を定めた)14条に従った合意によって逸脱することはできない』と定める。⁽¹⁰²⁾と。このように、木柵教授によれば、ベルヌ条約は抵触法規定を含んでいないものとし、法廷地国際私法によって不法行為準拠法を指定するものと思われる。したがって、法適用通則法20条の例外規定で処理し最密接関係地へと連結した結果、侵害行為地法が保護国法となると考えられる⁽¹⁰³⁾。

次にベルヌ条約が抵触法規定を含まない見解として、金准教授の見解が挙げられる。すなわち、「個々で注目すべき規定が、ベルヌ条約5条2項第2文である。同規定は保護が要求される国の法、つまり、保護国への連結という抵触法上の属地主義を明確に規定しており、かかる抵触規定は実質法上の属地主義を前提にしているものと解することができる。」⁽¹⁰⁴⁾とし、「しかしながら、同条約は、条約上保護国法への連結を絶対的なものとしているにもかかわらず、具体的な保護国の決定方法については明確な規定は設けていないため、具体的な保護国法は、具体的な事案における各国の国際私法のルールによって決められることになる。」⁽¹⁰⁵⁾とている。また、法廷地国際私法によった場合に適用される準拠法に関しては、「準拠法としての具体的な保護国法の決定は、既に検討したように、保護国法主義の適用範囲を、知的財産権の成立から内容・消滅および侵害に至るまで広く認めたいうえで、条約上もたらされた知的財産権の属地主義の原則の制約を受けつつも、各国の国際私法ルールに基づいて、事案に応じた柔軟な解釈により、最も密接な関係を有する国をその具体的な保護国として決めていくことになる。」⁽¹⁰⁶⁾とし、「すなわち、個々の紛争事実をみてから、当該紛争事件において最も直接的に影響を受ける知的財産権秩序は何処の国なのか、どこの知的財産法秩序に center of gravity があるかを定めるのが大前提にあるのである。」⁽¹⁰⁷⁾と。したがって、金准教授によれば、法廷地国際私法により、その場合の準拠法としては、それぞれの事案に応じた個別具体的な最密接関係地法が適用されるものとの理解である。

(2) 法廷地国際私法によって保護国法を適用する見解

ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとして、法廷地国際私法により保護国法を適用する見解として、駒田教授の見解が挙げられる。すなわち、駒田教授によれば、「5条1項は、いわゆる内国民待遇の原則を定めています。2項第1文はいわゆる無方式主義を定めております。これらは一般に外国人の法的地位に関するルールが外人法上の原則と解されております。正確に言いますと、著作物の本国が外国である場合のルールですので、著作者の国籍ではなくて著作物の国籍が基準とされていますが、それでも伝統的に外人法に属するルールだといわれているのです。外人法は、外国人の法的地位ないし権利義務の内容について定めたルールですから、実質法上のルールです。内国民待遇というのは、外国人を内国民と同様に扱うという意味で実質法なのです。それ自体、著作権の準拠法を決定する機能をもったものではありません。2項第1文の無方式主義が実質法規則だということは、理解しやすいと思います。X国は、X国以外の国を本国とする著作物について、著作権を享有するための条件として方式の履行を要求してはいけないというルールですから。次の第2文には、いわゆる独立の原則が定められています。これは例を挙げて説明したいと思います。ある著作物の利用について、Y国の法が準拠法になったとします。Y国法を選んでいるのは抵触法です。そのY国が、ベルヌ同盟国であるにもかかわらず、外国を本国とする著作物の著作者は、本国法上著作権を享有する場合に限り、内国民待遇を享有するという内容の「F条」という条文を定めているとします。断っておきますが、ここでY国法が準拠法を本国法に変更したわけではありません。準拠法はあくまでY国法です。ただし、Y国法の中身をみると、その著作権の成立や存続が本国のそれに従属する旨が定められているのです。これは独立の原則違反です。独立の原則によれば、Y国著作権の消長は、本国著作権の消長から独立していないといけませんのです。したがって、独立の原則もまた実質法上の原則であります。それは抵触規則の内容を直接決定するものではありません。何らかの抵触規則によって準拠法が本国以外の国の法とされた場合に備えた規定である、ということはいえるでしょうが、特定国の法を準拠法として指し示すものではないのです。」⁽¹⁰⁸⁾と。

したがって、駒田教授によれば、ベルヌ条約は外人法規定を含んでおり、実質法上の規定であって抵触法規定を含んでいるものではないとの理解である。さらに、権利独立の原則の理解としては、本国で成立した著作権が他国において利用される場合に、例えば、本国で当該著作権が消滅したとしても、Y国において利用される著作権に影響を与えるものではないという意味であり、この点も外人法規定であると解されている。続けて、「ベルヌ

条約は1886年に創設され、原始条約から一貫して各同盟国における内国民待遇得を保障する規定を有してきました。ただ、その内国民待遇は、当初はかなり条件付きのものでした。原始条約2条は、各同盟国における内国民待遇の条件として、著作物の本国法が定める方式面も含めた権利成立要件の充足と、同法が定める保護期間を超過していないことを要求していたのです。先ほどの設例でいいますと、Y国法のまさに「F条」のような規律になっていたわけですね。この本国法の規律に対する留保、あるいはそれへの従属関係を定めた規定は、そのまま1896年のパリ改正によっても維持されます。ただ、本国以外の同盟国が内国民待遇を与える上で、本国法と一緒に自国法が定める方式の履行まで要求するということがまみられたために、『専ら』、本国法の方式は履行しないといけないという考え方が、解釈宣言という形で明らかにされました。ですが、外国人の著作者にとって、著作物の本国で権利が成立・存続しているということの証明は、しばしば困難でした。そこでもう、本国法の規律への従属をやめてしまおうじゃないかということになりました。そうした解釈の可能性を完全に取り去ってしまおうとしたのが、1908年のベルリン改正です。この改正によって、一番新しパリ改正条約の5条2項に相当する文言が成立することになります。つまり、内国民待遇の原則から、著作物の本国法に対する従属関係という条件が明確に除去されました。そして、そのために必要とされたのが、ベルリン改正条約4条2項であり、1971年パリ改正条約5条2項の規定に相当する条文です。各同盟国における著作権の享有・行使は、本国法の影響を受けないのであると、そこにはっきりと規定されたのです。そして、この旨を再度強調する趣旨で、『専ら』保護国法によると規定されたのではないのでしょうか。つまり、本国法を参照しないで、専ら各同盟国の規律によりなさいという趣旨ではないかと思われるのです。ですから、ベルヌ条約にいう保護国というのは、各同盟国という意味なのです。そうすると、ベルヌ条約は基本的には外人法条約だ、ということになります。ただし、念のために申し上げておきますが、著作権を享有しているかどうかというのは、裁判をやっているところで最も精鋭化する問題ですから、外交会議の記録においては、『保護が要求される同盟国』を法廷地と同視しているように読める政府代表の発言もみられます。ただ、それでも、こうした発言をした人には、著作権の準拠法を法廷地法とする意図は全くなかったらと思うのです。各同盟国の一つとして、法廷地を念頭に置いた発言がされただけという感じがするのです。このようにベルヌ条約5条の文言形成に係る歴史を踏まえますと、条約起草者たちの意図がかなり明確になってきます。彼らは5条2項第3文に抵触規則を導入しようという意図をさらさら持っていなかった。それは単

に、独立の原則という実質法規則をもう一度確認しているだけなのだということがわかります。ですから、『したがって』で始まるのですね。」⁽¹⁰⁹⁾と。したがって、駒田教授によれば、ベルリン改正以前に規定されていた著作物の本国法の要件の充足がベルリン改正によって180度転換され一切必要なくなったと解され、「専ら」という文言によって意味されるのは、各同盟国における著作権の享有・行使が、著作物の本国法によって左右されないことが明確に規定されたものであるとの理解である。さらに、「……第3文は、各同盟国の法を適用しなさいとっているわけではありません。そのように解すると、各同盟国の法律という枠の中で本国法を参照することが可能になります。そうではなくて、第3文は、同盟国がその固有の法形式で保護の範囲等を規律しなさいとっているのだと思います。このように解釈して初めて、第3文は第2文と並んで独立の原則を定めているのだということが出来ます。つまり私の解釈は、第3文は、一見すると抵触規則、準拠法を定めた規則のようにみえますが、じつは外人法規則である、実質法規則でしかないと割り切るわけですね。そして、そうだとしますと、外国人著作者が具体的にどのような範囲で保護されるかは、各同盟国の抵触法によって決定された準拠法によるほかありません。それが、ベルヌ同盟国の法とされれば、内国民待遇や独立の原則が保障されることになるでしょう。抵触法というのは、裁判所がそれを用いるときは常に法廷地のそれになります。そうであれば、その場合の保護国法とは法廷地法であるということになるでしょう……そうであれば、ベルヌ条約5条の規定からは著作権の準拠法を導くことができないと解釈するのが賢明であるように思われます。」⁽¹¹⁰⁾と。したがって、駒田教授によれば、ベルヌ条約が著作権の準拠法に関する抵触法規定を含んでいないと解し、法廷地国際私法により保護国法を適用するものであると理解されよう。

3) ベルヌ条約が抵触法規定を含むかどうかの点に関しては、態度決定を留保する見解

ベルヌ条約が抵触法規定を含むかどうかの点に関しては、態度決定を留保する見解として、原則として差止め請求と損害賠償請求とを区別しないで保護国法によるが、日本の著作権法の域外的適用を例外的に認める見解があげられる。このような見解を採用するものとして、前田氏の見解が挙げられる。すなわち、「著作権侵害に関しては、差止め請求と損害賠償請求を区別することなく保護国法による。しかしながら、特定の要件を満たした場合には、特則として日本著作権法を適用する。例えば、国内において著作権者に無断で許諾・複製等の行為が行われ、かつ国外で行われた行為による間接効果が国内に及び、か

つ被告が日本国民もしくは日本会社である場合が考えられる。これらの要件に該当する場合には、特則として日本著作権法を優先して適用し、次にこれに当たらない場合には本則に戻って保護国法が適用されることになる。」⁽¹¹¹⁾と。したがって、前田氏によれば、原則として差止め請求と損害賠償請求とを区別しないで保護国法によるが、日本著作権法の域外的適用を例外的に認める見解を採用するものと解される。

第5節 ベルヌ条約における諸原則

本節においては、ベルヌ条約においては、著作権侵害の問題は著作権の効力に関する問題として捉えられているので、著作権侵害の準拠法の問題を論ずるにあたっては、ベルヌ条約の規定は無視できず、ベルヌ条約における諸原則を、以下で当面の問題との関連において分析しておかなければならない。

第1款 著作物の本国（5条4項）

ベルヌ条約5条4項は著作物の本国に関する詳細な規定を置いている。まず、① 同盟国国民の未発行著作物については著作者の本国（非同盟国国民については同盟国たる常居所地国）が著作物の本国とされる（条約5条4項(c)号）。次に、② 同盟国において最初に発行された著作物については最初の発行地国が著作物の本国とされる（条約5条4項(a)号）。さらに、③ 非同盟国で最初に発行されたがいずれの同盟国においても同時発行されない同盟国国民の著作物については著作者の本国（非同盟国国民については同盟国たる常居所地国）が著作物の本国とされる（条約5条4項(c)号）。また、④ 2つの同盟国における同時発行著作物については保護期間が異なる場合には保護期間の短い国が著作物の本国とされる（条約5条4項(a)号）。最後に、⑤ 非同盟国と同盟国において同時に発行された著作物については同盟国が著作物の本国とされる（条約5条4項(b)号）。

したがって、条約は、同盟国国民の著作物については、未発行の場合には、(a) 著作者の本国、発行済みの場合には、(b) 最初の発行地国、同盟国における同時発行の場合には、(c) 保護期間の短い国、非同盟国および同盟国における同時発行については、(d) 同盟国、非同盟国のみにあつては、(e) 著作者の本国と、著作物の本国が変動することになる。これに対して、非同盟国国民の著作物については、未発行の場合には、(a) 常居所地国、発行済みの場合には、(b) 最初の発行地国、同盟国における同時発行の場合には、(c) 保護期間の短い国、非同盟国および同盟国における同時発行については、(d) 同盟国、

非同盟国のみにおける最初の発行の場合には、(e)常居所地国と、著作物の本国が変動することになる。

例えば、同盟国に属する外国たる A 国で A 国人著作者 X が最初に発行した著作物が、日本において日本人 Y に侵害された場合の準拠法決定はどのようになされるのであろうか。

まず、本国がどこになるのかを決定しなければならない。

本件事例の場合、著作物は発行されているので、ベルヌ条約5条4項(a)号の規定する発行著作物にあたり、その本国法は、著作者の本国となる。

次に、そこで著作物が著作権として A 国で成立するかどうかを見ていくことになる。なぜならば、当該著作物の著作権が A 国において権利として成立していなければ著作権侵害の問題とはならないからである。著作物が著作権として A 国で成立するためには、A 国法上の実質的成立要件(著作物性の要件)および形式的成立要件(登録や納本)すなわち方式を満たしていなければならない。ここでは、要件を満たすかどうかについて、はじめに、(1)実質的成立要件および形式的成立要件をともに満たした場合。次に、(2)実質的成立要件は満たしているが、形式的成立要件を満たしていない場合。最後に、(3)両者をともに満たしていない場合の3つに場合分けてして検討を行っていくことにする。

まず、(1)著作物の実質的成立要件および形式的成立要件(方式)をともに満たした場合には、A 国で問題なく著作権が成立し、A 国が本源国となる。続いて、日本における承認の問題が発生する。日本における承認の際には、権利の享有についての内国民待遇の規定である5条1項の規定および効力についての内国民待遇の規定である5条2項3文が機能し、A 国法上の効力をそのまま承認するのではなく、効力発生要件としての実質的成立要件および形式的成立要件を満たしているかどうかを見ていくことになる。

この点、日本の著作権法17条2項は無方式主義を採用しているため、形式的成立要件については無方式となり、実質的成立要件のみを満たせば日本で、A 国法上認められている効力のうち日本法上認められている範囲内でその効力が日本で発生することになる。すなわち、結果的に A 国法と日本法との累積的適用となる。この結果、A 国でも、日本でも、著作権侵害に基づく差止請求権および損害賠償請求権が認められているとすると、日本の裁判所は、X から Y に対する本請求を認めることができる。

次に、(2)実質的成立要件は満たしているが、形式的成立要件(方式)を満たしていない場合には、本国法上は、要件を満たしていないので、本国における侵害の場合には、本国法が適用され形式的成立要件を満たしていないので権利は成立せず侵害も成立しないが、本

件のように侵害地が日本の場合には、条約の適用となり、ベルヌ条約5条2項1文の無方式主義が機能する。これによって、法廷地国である日本においては、本国で本国法上の著作権が成立し効力が発生したものとみなし、それを5条2項3文の規定する効力についての内国民待遇の原則に従って、効力発生要件としての日本法における実質的成立要件および形式的成立要件(著作権法17条2項により無方式)を満たせば、結果的には、効力については本国法と日本法との累積的適用により、両者によって認められている効力の範囲内で効力が発生することになる。この点の処理は(1)における場合と同様である。

続いて、(3)実質的成立要件も形式的成立要件もともに満たしていない場合には、本国たるA国で権利が成立しない。これでは本源国が定まらないため、著作権が権利として成立する国すなわち本源国を探すことになる。

ここで、ベルヌ条約5条4項(a)号の同時発行の規定が問題となる。ベルヌ条約5条4項(a)号後段が「もっとも、異なる保護期間を認める二以上の同盟国において同時に発行された著作物については、これらの国のうち法令の許与する保護期間が最も短い国とする」と規定し、したがって、同時発行の場合には、保護期間の短い国の法が適用されるのである。例えば、A国の保護期間が30年で、日本の保護期間が50年である場合には、保護期間の短いA国法が適用されるのである。このように著作物の本国は変動するが、著作権として権利が成立する本源国は一つに定まるということが重要なポイントとなる。この著作物の本国の変動こそがベルヌ条約が本源国法主義を採用している最大の根拠となる。ベルヌ条約では本国を起点として、本源国へと著作権の権利が成立する本源国を探していくことになる。本国を規定する理由としては、事例を検討していく場合に起点となるべき出発点をどこかに定めなければ議論を始めることができないからであり、注意すべきは、本国と本源国とはその意味が異なるということである。著作物の本国は複数存在する。なぜならば著作物はどこにも存在しえるからである。、しかし、著作権が権利として成立する国である権利付与国、つまり本源国は一つしか存在しえないのである。ここを混同して議論している場合が多々ある。まず、未発行の場合は著作者の本国、あるいは常居所、そこで成立しなければ、②著作物の発行を行い、成立した場合には、著作物の最初の発行地、不成立の場合には、③同時発行を行い、当該著作物の保護期間の短い国の法によるとして、著作物の本国が変動していくのである。このような考え方は、法適用通則法13条2項における「物権の所在地変更のルール」に見られる。すなわち、ベルヌ条約はその構造の中で「物権の所在地変更におけるルール」と同じような仕組みを採用しているものと考えられる。

第2款 内国民待遇の原則（5条1項、5条2項3文）

ベルヌ条約5条1項および5条2項3文は内国民待遇の原則を規定している。すなわち、ベルヌ条約5条1項は、「著作者は、この条約によって保護される著作物に関し、その著作物の本国以外の同盟国において、その国の法令が自国民に現在与えておりまたは将来与えることがある権利およびこの条約が特に与える権利を享有する」（ベルヌ条約5条1項）と規定している。さらに、ベルヌ条約5条2項3文は、「もっとも、この条約によって保護される著作物の著作者がその著作物の本国の国民でない場合にも、その著作者は、その著作物の本国において内国著作者と同一の権利を享有する。」（ベルヌ条約5条3項2文）と規定している。私見によれば、ベルヌ条約は、著作物の本国以外の同盟国については、5条1項において権利の享有に関して内国民待遇の原則を規定する。これに対して、著作物の本国については、5条2項2文において、効力についての内国民待遇を規定している。すなわち、外国で有効に成立した著作権の効力を内国において内国民待遇の限度で承認するということである。ベルヌ条約のこのような規定は外人法規定であると思われる。

第3款 無方式主義（5条2項1文）

ベルヌ条約5条2項1文は無方式主義を規定している。すなわち、「(1)の権利(その国の法令が自国民に現在与えておりまたは将来与えることがある権利およびこの条約が特に与える権利)の享有および行使には、いかなる方式の履行をも要しない。」と規定している。

この点に関して、まず、保護国法主義によれば、著作権の本国法上の実質的成立要件も、形式的成立要件(方式)も満たさなくてよいという注意規定に過ぎないことになる。これに対して本源国法主義を採用する三井教授によれば、「この規定は、1908年11月13日のベルリン修正条約により採用された無方式主義との関連で理解すべきであり、縦令本国では著作権の成立に何等かの方式や手続きを課しているとしても、苟も著作物が存在する以上、かかる方式や手続きを欠きそのために本国で著作権が成立していない事は、その著作物を他の同盟国で保護するのに影響を与えないことを明らかにしたに過ぎない。」⁽¹¹²⁾との理解である。すなわち、著作物の本国法上の方式は満たさなくてもよいが実質的成立要件は満たさなければならないという理解である。この点からも、ベルヌ条約が本源国法主義を採用していることが導き出される。

このような理解の下に、本国で方式を欠いた著作物の著作権は、本国が侵害地国である場合には本国においては権利は成立せず、本国法上効力は発生しないままである。しかし、

もし「外国著作物が当該著作物の本国以外の同盟国において侵害された」場合には、無方式主義が機能し当該方式は要求されないので、著作物の本国において方式を履行していなくとも、内国たる保護国においては本国法上の権利が成立し効力が発生したものとみなし、さらに、保護国たる内国において内国法上の効力発生要件としての実質的成立要件および形式的成立要件(ベルヌ条約5条2項2文を国内法化した著作権法17条2項により無方式)を満たせば内国たる保護国において著作権の効力が発生する。ただし、効力については内国民待遇により制限されるものと思われる。

第4款 「方式からの」権利独立の原則 (5条2項2文)

ベルヌ条約5条2項2文は権利独立の原則を規定している。すなわち、「その享有および行使は、著作物の本国における保護の存在にかかわらない。」(ベルヌ条約5条2項2文)と規定している。この点に関しては、第3款で述べた無方式主義によって、外国人が外国で最初に発行した著作物に関しては、最初の発行地国が著作物の本国となるが、当該著作物の本国法上の方式(形式的成立要件)を欠き、権利として成立していなくとも、保護国においては当該著作物を保護されると説明した。しかし、そのように解すると本源国法主義を採用した場合に、本国法上では著作権として保護されないこととなり、本国で著作権が成立していないことになり、効力が発生しないことになる。そのために、ベルヌ条約5条2項2文を挿入したと考えられる。

したがって、ベルヌ条約5条2項2文は「権利の享有及び行使にはいかなる方式の履行をも要しない。その享有および行使は、著作物の本国における保護の存在に関わらない。」旨を規定することで、5条1項1文において無方式主義を導入した際に、本国で権利が成立していなくとも、保護国においては著作物の本国において権利が成立したものとするための規定であると思われる。。

第5款 外人法規定 (5条2項3文)

ベルヌ条約5条2項3文は効力(保護の範囲・救済方法)についての内国民待遇の原則を規定している。すなわち、「したがって、保護の範囲および著作者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法は、この条約の規定によるほか、専ら、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる。」(5条2項3文)と規定している。この条文の理解については、①抵触法上の規定とする見解と、②外人法上の規定とする見解とに分けられる。

この点に関しては、効力については条約上の抵触法規定(無方式主義および条約上特に与えられる権利)によるほか内国民待遇の原則による(なお、条約上の規定があればそちらが優先する)ということであり、後者に関しては、同盟国である内国の実質法を指定しているのである。したがって、この規定は外人法の規定であると解され、この規定から保護国法主義を導き出すことはできない。すなわち、抵触法的次元の問題ではなく、外国人が内国において権利を享有できるという実質法的次元の問題を規定しているのであって、この規定をもって条約上の抵触法規定、すなわち、保護国法主義を導くことはできないと思われる。

例えば、未発行著作物については、著作物の本国は、著作者の「本国」であるが、著作者の本国において権利が成立すれば、著作者の本国が著作物の「本源国」(権利付与国)となる。しかし、著作者の本国において権利が成立しなければ、著作物の本国が変動し、著作物が発行されれば、最初の発行地国が著作物の「本国」となる。そして、最初の発行地国において権利が成立すれば、最初の発行地国が「本源国」となる。したがって、ベルヌ条約は抵触法規定を含み、本源国法主義を採用している事が導き出される。また、ベルヌ条約5条2項1文の反対解釈によれば、著作物の本国法上の方式は満たさなくてもいいが、実質的成立要件は満たさなければならないということになり、この点からも、ベルヌ条約が本源国法主義を採用していることが導き出される。すなわち、抵触法規定が指定するところは本源国法主義という準拠法に関する部分である、これに対して、外人法規定は外国人の身分的地位に関する内容を規定しているのである。ベルヌ条約は、その構造上、抵触法規定の部分と、実質法(外人法)規定の部分との両方から構成されていることがここに明らかになる。

なお、刑法施行法27条柱書は、「左に記載したる罪は刑法第3条の例に従う」と規定し、同1号は、「著作権法に掲げたる罪」と規定している。さらに、27条柱書及び1号を準用している刑法3条は、「この法律は、日本国外において次に掲げる罪を犯した日本国民に適用する」として、積極的属人主義を規定している。これは、日本人による著作権侵害が非同盟国たる外国で行われた場合に、外国における著作権侵害に対し、日本の刑法を適用することになり、そのことは、日本で成立した著作権の効力が他国に及ぶということを前提としている。すなわち、このことは、著作権法が、日本人が国外で行った著作権侵害に対して域外適用を認め、効力についての普遍主義⁽¹¹³⁾を前提としていることを意味する。このことから本源国法主義が導かれるが、一方的抵触規定、すなわち日本の著作権法の適用範

囲のみを決定するというものである。すなわち、侵害地国が同盟国の場合には、条文の構造から本源国法主義が導かれ、非同盟国の場合には、著作権法における普遍主義から本源国法主義を導くことができる。

第6款 普遍主義

ベルヌ条約は、その構造として、ある国で成立した著作権の効力が他国に及び(普遍主義)、その効力を内国において承認するという相対的普遍主義を採用しているものと考えられる。このことの根拠は、効力についての内国民待遇の原則、および、以下で説明するベルヌ条約7条8項の保護期間に関する規定から導かれる。また、特許権におけるパリ条約との比較において、パリ条約では「著作物の本国における保護」の規定(ベルヌ条約5条3項2文)に相当する規定、すなわち、パリ条約2条の内国民待遇の原則のみが規定されているのに対し、ベルヌ条約においては、本国以外の同盟国における保護(ベルヌ条約5条2項)の規定がおかれ、この規定は、ベルヌ条約においては、外国で成立した著作権の効力を内国において条件付きで承認するという意味での相対的普遍主義が妥当することを前提とした規定である。この点、パリ条約においては、それに相当する規定が欠けており、外国で成立した特許権の効力を内国において承認しないという意味での属地主義が妥当している。すなわち、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則(相対的普遍主義)との組み合わせがベルヌ条約の全体的な構造である。この点が、本論文の核心的な部分である⁽¹¹⁴⁾。

第7款 保護期間 (7条8 項)

ベルヌ条約7条8 項は、保護期間に関する規定を置いている。すなわち、「いずれの場合にも、保護期間は、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる。ただし、その国の法令に別段の定めがない限り、保護期間は、著作物の本国において定められる保護期間を超えることはない。」と。この規定の理解としては、原則として保護国法を適用するものであるが、ベルヌ条約7条8 項但書きによれば、著作物の本国における保護期間を超えられないと規定することによって、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによるというベルヌ条約の構造を端的に表しているものと言える。例えば、本国法上の保護期間が30年で、保護国法上の保護期間が50年であるとすれば、本国法上の保護期間たる30年が適用され、結果的に本国法と保護国法の累積的適用になるのである。これに対して、保護国法主義によれば、この規定は例外規定であるとの理解である。

第6節 総括的考察

著作権侵害の準拠法の決定に関して、ベルヌ条約上の規定を考察するに当たり、まずは、日本の著作権法がどのような規定および原則を採用しているかを、以下見ていくことにする。著作権法の規定は、ベルヌ条約の規定を国内法化している。まず、著作権法3条は著作物の発行について規定し、外人法規定としての著作権法6条は、保護を受ける著作物として、日本国民の著作物、外国人が最初に日本で発行した著作物である内国著作物、外国人が外国で最初に発行した外国著作物を挙げている。次に、著作権法17条は無方式主義についての規定であり、ベルヌ条約5条2項1文を国内法化した規定である。さらに、著作権法21条は著作者に対して複製する権利を認めている。次に、著作権法51条は保護期間についての規定を置き、原則的に著作者の死後50年であるとしている。この点、著作権法58条は本国における保護期間が日本の保護期間より短いものに関しては、短い国の法である本国法が適用される。しかし、この例外規定に関しては、日本人が日本で最初に発行した著作物については適用されない。この場合には原則である50年が保護期間として適用される。さらに、著作権法112条は著作者が自分の著作物を他の者に侵害された場合には侵害行為者に対して差止を請求する権利が認められている。また、著作権法114条3項では、著作者が侵害行為者に対して著作権侵害に基づく損害賠償請求をすることができる旨を規定している。

次に、ベルヌ条約5条の規定を中心に考察して行くことにする。ベルヌ条約5条を中心として、その構造としては、最初の発行地である著作物の本国(ベルヌ条約5条4項)を起点とし、そこでの要件を備えると本源国が決定される。次いで、内国民待遇の原則(本国以外の同盟国に関しては、ベルヌ条約5条1項および同5条2項3文、本国におけるものに関しては、同5条3項)、無方式主義(ベルヌ条約5条2項1文)、権利独立の原則(ベルヌ条約5条2項2文)、条約上の外人法規定(ベルヌ条約5条2項3文)、保護期間(ベルヌ条約7条8項)の諸原則が妥当する。ベルヌ条約は本国以外の同盟国における保護の場合の、効力についての内国民待遇の原則を規定するという構造をとることで相対的普遍主義を採用しているのである。

したがって、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせにより、一方で、著作者は、発行地を自らの選択する行為に基づいて、著作者自身によって一層保護の厚い国を選択することができ、他方、利用行為者は、利用行為者自身が利用行為を行う国の法のみを留意して行動をすればよいのであり、双方の利益が保護され、双方の予測可能性をも担保するものである。

では、このような原則の下で、ベルヌ条約が適用されるような具体的な事例とはどのような場合であるかを、以下で説明することにする。ベルヌ条約が適用される典型的な例としては、加盟国に属する外国人が外国で最初に発行した著作物、すなわち外国著作物の著作権が、同じく加盟国である日本で侵害され、法廷地が日本である場合である。すなわち、ベルヌ条約は、ベルヌ条約に加盟する同盟二国間のみ適用される。なぜならば、ベルヌ条約は5条2項3文において外人法を規定しており、内国における外国人に関する規定であり、法廷地が日本(内国)になる場合にしか問題とならないのである。

B 国人が B 国で最初に発行した著作物の著作権が A 国で侵害され日本の裁判所に訴えが提起されたような場合である。この場合には、三国間に跨る著作権侵害の場合に当たるためベルヌ条約の適用範囲外であると考えられる。この場合には、法廷地の国際私法が適用される。B 国人が B 国で最初に発行した著作物の著作権が A 国で侵害され日本の裁判所に訴えが提起されたような場合である。この場合には、三国間に跨る著作権侵害の場合に当たるためベルヌ条約の適用範囲外であると考えられる。この場合には、法廷地の国際私法が適用される。B 国人が B 国で最初に発行した著作物の著作権が A 国で侵害され日本の裁判所に訴えが提起されたような場合である。この場合には、三国間に跨る著作権侵害の場合に当たるためベルヌ条約の適用範囲外であると考えられる。この場合には、法廷地の国際私法が適用される。B 国人が B 国で最初に発行した著作物の著作権が A 国で侵害され日本の裁判所に訴えが提起されたような場合である。この場合には、三国間に跨る著作権侵害の場合に当たるためベルヌ条約の適用範囲外であると考えられる。この場合には、法廷地の国際私法が適用される。

【ベルヌ条約の適用範囲】

		本源国			
侵害 行		同盟国 A	同盟国 B	日本	非同盟国
		同盟国 A	① 本源国法 (A 国法)	④適用範囲外 法廷地国際私法	⑦本源国法 (日本法)

為 地 国			(不法行為準拠法)		
	同盟国 B	② 適用範囲外 法廷地国際私法 (不法行為準拠法)	⑤ ①と同様 本源国法 (B国法)	⑧本源国法 (日本法)	
	日本	③ 適用範囲 ベルヌ条約の典 型例(相対的普遍 主義) 本源国法+効力 についての内国民 待遇の原則(日本 法)(5条2項)	⑥ ③と同様 ベルヌ条約の典 型例(相対的普 遍主義) 本源国法+効力 についての内国 民待遇の原則 (日本法)(5条2 項)	⑨国内事件 (日本法) (5条3項) 同盟国国民た る外国人(内国 民待遇の原則 (5条3項2文)	⑪適用範囲 外 法廷地国際 私法(不法行 為準拠法)
非同盟国			⑩一方的抵触 規定(日本法) 普遍主義(刑法 施行法27条1 号)		

上の図は、筆者がベルヌ条約の適用範囲について整理したものである。この図に基づいて、以下で具体的な事例を簡単に紹介していこう。

まず、①としては、A 国人が A 国で最初に発行した著作物の著作権が A 国で侵害され日本の裁判所に訴えが提起されたような場合である。この場合には、本源国法の適用となり、A 国法が準拠法となる。

次に、②としては、A 国人が A 国で最初に発行した著作物の著作権が B 国で侵害され日本の裁判所に訴えが提起されたような場合である。この場合には、三国間に跨る著作権侵

害の場合に当たるためベルヌ条約の適用範囲外であると考えられ、法廷地である日本の国際私法による。

さらに、③としては、A 国人が A 国で最初に発行した著作物の著作権が日本で侵害され日本の裁判所に訴えが提起されたような場合である。この場合が、ベルヌ条約が念頭に置いている典型的な事例であると考えられ、ベルヌ条約が採用する本源国主義と効力についての内国民待遇の原則により、結果的にはA 国法と日本法との累積的適用となる。

また、④としては、B 国人が B 国で最初に発行した著作物の著作権が A 国で侵害され日本の裁判所に訴えが提起されたような場合である。この場合には、②の場合と同様に三國間に跨る著作権侵害の場合に当たるためベルヌ条約の適用範囲外であると考えられ、法廷地である日本の国際私法が適用される。

続いて、⑤としては、B 国人が B 国で最初に発行した著作物の著作権が B 国で侵害され日本の裁判所に訴えが提起されたような場合である。この場合には、①の場合と同様に本源国法の適用となり、B 国法が適用される。

次に、⑥としては、B 国人が B 国で最初に発行した著作物の著作権が日本で侵害され日本の裁判所に訴えが提起されたような場合である。この場合も⑦と同様に、ベルヌ条約が念頭に置いている典型的な事例であると考えられ、ベルヌ条約が採用する本源国主義と効力についての内国民待遇の原則により、結果的にはB 国法と日本法の累積的適用となる。

さらに、⑦としては、日本人が日本で最初に発行した著作物の著作権が A 国で侵害され日本の裁判所に訴えが提起されたような場合である。この場合には、本源国法の適用となり、日本法が準拠法となる。

また、⑧としては、日本人が日本で最初に発行した著作物の著作権が B 国で侵害され日本の裁判所に訴えが提起されたような場合である。この場合には③の場合と同様に、本源国法の適用となり、日本法が準拠法となる。

続いて、⑨としては、外国人が日本で最初に発行した著作物の著作権が日本で侵害され日本の裁判所に訴えが提起されたような場合である。この場合には、5条3項の適用となり、ベルヌ条約が適用されるのは本国の決定に関してまでであり、国内事件として、日本の著作権法の規定による。

次に、⑩としては、日本人が日本で最初に発行した著作物の著作権が非同盟国で侵害され日本の裁判所に訴えが提起されたような場合である。この場合には、刑法施行法17条1号により著作権侵害については刑法3条が適用され、積極的属人主義により行為者が日本人

の場合には日本の著作権法が域外的に適用される。このことは日本で成立した著作権の効力が外国に及ぶという効力についての普遍主義を前提としていることになる。したがって、このことから日本で成立した著作権については日本法を適用するという一方的抵触規定が導かれる。

最後に、⑩としては、非同盟国国民が非同盟国で最初に発行した著作物の著作権が日本で侵害され日本の裁判所に訴えが提起されたような場合である。この場合には、ベルヌ条約の適用範囲外の問題であるとして、法廷地の国際私法の規定による。

以下では、総括的考察として、具体的な事例に基づいて私見に基づいて考察を行いたい。

【設例1】ベルヌ条約5条2項

ベルヌ条約の同盟国であるA国国民XがA国で最初に発行した著作物の著作権が、日本において日本人Yの行為により侵害されているとして、日本の裁判所に著作権侵害に基づく差止請求および損害賠償を請求した場合

① 著作物の本国法上の実質的成立要件(要件)、と形式的成立要件(方式)をともに満たしている場合

本件事例はベルヌ条約が念頭に置いている典型的な事例である。本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによれば、最初の発行地国たるA国が著作物の本国となり(5条4項(a)号1文)、当該著作物がA国法上の実質的成立要件および形式的成立要件(以下方式とする：登録・納本等)を満たすとA国で権利が成立し、本国が本源国となる。次に、ベルヌ条約は、本源国法と外人法規定との結合で構成されているものと考えられるので、日本においてどのような効力が認められるのかが問題となる。ここでは著作物の本国で発生したすべての権利について、その本国で認められた権利の効力が日本でそのまま承認されるのではなく、“日本で保護の対象となるかどうか”(日本での効力発生要件)を確認し、日本法上の実質的成立要件と方式とを両方満たせば日本でも(A国で成立した権利の効力が日本法においても認められる効力の範囲内で)保護されるのである。この点、日本で承認される効力は本源国法においても認められている効力の範囲内であり、結果的に本源国法と日本法との累積的適用となる。なお、方式の要件に関しては5条2項1文を国内法化した著作権法17条2項により無方式となる。また、実質的成立要件の一つである著作物性の要件に関しては当該著作物が条約上保護される著作物であればよいが、その他の要件は日本法上の要件を満たさなければならない(日本は同盟国であるため条約に規定されている

要件は条約により、規定されていない部分は日本法による)。したがって、実質的には、日本法上の実質的成立要件のみを満たせば日本において効力が発生する。例えば、もしA国法上の権利としてa、b、c、dの支分権、日本法上の権利としてa、b、c、eの支分権が認められているとすると、日本で認められている支分権がすべて効力を発生するのではなく、両国で認められている権利の共通部分であるa、b、cの支分権のみが日本で効力を発生する。なぜならば、日本ではA国法上の効力に関する規定と条約上の内国民待遇の原則との累積的適用になるからである。

② 著作物の本国法上の実質的成立要件は満たしているが方式を欠いている場合

本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによれば、当該著作物はA国法上の方式を欠くためA国においては権利が成立せず、A国において効力も発生しない。このためA国内での侵害の場合にはA国法上の権利を行使できない。しかし、日本での侵害が問題となっている場合には、無方式主義(5条2項1文)により、著作者は本国以外の同盟国において本国法上の方式を欠いていても、日本における著作権侵害行為についてはA国において著作権が成立したものとしてみなされるのである。この点、著作物の本源国法を適用した結果、当該著作物が本国で登録を要求されているにもかかわらず本国法上の方式としての登録を欠いている場合には、本国において著作権が成立せず、日本においても著作物は保護されないのではないかと思われる。しかし、ベルヌ条約は、この点を考慮して5条2項2文を規定することで無方式主義による矛盾を修正したのである。つまり、本国法上の方式を欠いている著作物であっても、本国法上の実質的成立要件さえ満たせば同盟国である日本においても著作物は保護されるのである。すなわち、効力については内国民待遇の原則(5条2項3文)により、日本法上の効力発生要件としての実質的成立要件と方式(無方式:5条2項1文)を満たさないといけないということである。また、効力の内容は①の事例と同様、共通部分(a、b、cの支分権)のみが権利として行使できる。さらに、①②の事例における保護期間に関して、ベルヌ条約7条8項但書を国内法化した著作権法58条の規定により、本国法の保護期間と日本法の保護期間とを比べて短い国の保護期間による。但し、著作物の本国における保護期間を超えることはない。例えば、A国法上の保護期間が30年間、日本法上の保護期間が50年間(著作権法51条2項)であった場合には、本国法上の保護期間である30年を越えることはできない。よって、保護期間は30年間となる。また、救済の方法も著作物の本国法と外人法規定(効力についての内国民待遇の原則)によって本

国で成立し発生した効力について日本法上の効力発生要件である要件および方式(無方式)を満たせば、本国法と日本法との累積的適用により共通の効力範囲に該当する救済に関する権利の行使が認められる。したがって、本源国法上認められる救済に関する権利については、日本における実質的成立要件および方式(無方式)を満たせばA国国民Xは日本において救済(差止請求については著作権法112条、損害賠償請求に関しては著作権法114条)に関する権利を行使することができる。

③ 著作物の本国法上の実質的成立要件と方式をともに満たしていない場合

本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則によれば、本国法上の実質的成立要件と形式的成立要件(方式)とを満たしていない場合には、本国で著作権が成立せず、A国は本源国とならない。このため当該著作物は日本においてもその著作物の侵害行為の救済を請求することはできないので、本源国を別に探すことになる。例えば、本国であるA国で権利が成立しない場合に、日本で当該著作物を30日以内に再発行したとすると、A国と日本のうち保護期間の短い国が日本であれば日本が著作物の本国となる(ベルヌ条約3条4項および、5条4項(a)号2文)。よって、本国たる日本法上の要件を満たせば日本で権利が成立し日本が本源国となる。保護期間および救済の方法については日本法によることになる。

これに対して、①②③の事例において、保護国法主義によれば、保護国を侵害行為地であると解した場合に、日本が侵害行為地であるので、日本法が適用される。日本の著作権法により差止請求および損害賠償請求が行使可能であり、保護期間に関しては、日本の著作権法の規定によるため、本国における保護期間を超えられない(著作権法51条)。このように、典型的な事例の場合には、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによる場合と保護国法主義による場合とでは適用される国の法が異なることに注目したい。なお、【設例1】の場合の著作物が日本人であった場合にも、ベルヌ条約の適用範囲内の事例に当たる。しかしながら、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによれば、条約上の権利の享有は認められるけれども条約上の効力についての内国民待遇の原則は働かない(5条2項3文)。よって、日本では、著作権の効力(権利の享有、保護の範囲、救済方法、保護期間)に関してはA国法上の効力に関する規定と日本の外人法規定(著作権法6条1号)が結果的には累積的に適用される。なお、保護期間に関しては、日本法が適用される(著作権法51条2項)。よって、A国法における保護期間が30年で、

日本法における保護期間が50年であった場合には、日本法上の50年が保護期間となる(著作権法58条括弧書)。これに対して、保護国法主義によれば、保護国を侵害行為地国であると解した場合に、侵害地国法たる日本法が適用される。保護期間および救済の方法も日本法によることになる。

【設例2】ベルヌ条約5条3項1文

ベルヌ条約の同盟国であるA国国民Xが日本で最初に発行した著作物の著作権が日本において日本人Yの行為により侵害されているとして、日本の裁判所に著作権侵害に基づく差止請求および損害賠償請求をした場合

本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによれば、最初の発行地国である日本が著作物の本国となり(内国著作物の場合)、国内事件としてベルヌ条約5条3項の適用が問題となる。ベルヌ条約5条3項2文において、日本における外国人の内国民待遇の原則を認めている。国内事件となるため条約上の抵触法規定は働かず、日本の著作権法が適用され、日本において実質的成立要件と方式(無方式)とを満たしていれば、A国国民は日本において権利を享有することができる(ベルヌ条約5条3項2文=著作権法6条2号)。さらに、保護期間に関しても、国内事件となるため著作権法6条2号が適用される。したがって、日本の著作権法51条2項の適用により保護期間は50年となる。これに対して、保護国法主義によれば、保護国を侵害行為地国と解した場合に日本が侵害行為地国となるため日本法が適用される。したがって、日本法により差止請求と損害賠償請求とが行使可能である。さらに、保護期間も日本の保護期間が適用され50年とされる。本件事例においては、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによる場合と保護国法主義による場合とは結論を異にしない。なお、著作物の本国が外国の場合(外国著作物の場合)には、ベルヌ条約の適用範囲内として、本源国法主義によればA国著作権法の適用になる。また、ここでは本国法のみ適用であり、効力についての内国民待遇の原則および無方式主義は働かないのでA国法上の実質的成立要件と方式のいずれも満たしている場合でなければ著作権が成立しない。よって、著作物の本国における要件および方式を満たせば著作物の本国において著作権が成立しA国が本源国となるので、XはA国法に基づき著作権侵害に基づく差止請求および損害賠償請求が可能となる。さらに、保護期間に関しても本源国法の適用となる。例えば、A国法上の保護期間が50年であれば、A国法上の50年が保護期間として適用される。また、救済の方法に関しても、本源国法の適用になるので、A

国法において認められる範囲の救済に関する権利を行使することができる。したがって、A国において差止請求および損害賠償請求が認められていれば行使が可能である。これに対して、保護国法主義によれば保護国を侵害行為地国であると解した場合にA国が侵害行為地国となるためA国著作権法が適用される。したがって、A国法において差止請求および損害賠償請求が認められていればその権利の行使が可能である。また、保護期間についてもA国法の適用となり保護期間は30年である。本件事例の場合には、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによる場合と保護国法主義による場合とで結論を異にしない。

【設例3】

日本人Xが日本で最初に発行した著作物の著作権がA国において日本人Yの行為により侵害されているとして、日本の裁判所に著作権侵害に基づく差止請求および損害賠償請求をした場合

①侵害地国たる外国が同盟国の場合

本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによれば、侵害地国たる外国が同盟国である場合にはベルヌ条約の適用範囲内の問題であるとし、最初の発行地国である日本が著作物の本国となる(5条4項(a)号1文)。日本での実質的成立要件および方式(著作権法17条2項により無方式)を満たせば日本が本源国となる。よって、ベルヌ条約の抵触法規定たる本源国法主義により日本の著作権法が適用される。

これに対して、保護国法主義によれば保護国を侵害行為地国であるとした場合に侵害行為地国たるA国法が適用される。本件事例の場合には、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによる場合と保護国法主義による場合とで結論を異にする。

②侵害地国たる外国が非同盟国の場合

本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによれば、侵害地国たる外国が非同盟国である場合にはベルヌ条約の適用範囲内の問題とし、最初の発行地国である日本が著作物の本国となる(5条4項(a)号1文)。日本が著作物の本国となり、日本法上の実質的成立要件と方式(著作権法17条2項により無方式)とを満たしていれば日本が本源国となる。この点、刑法施行法27条柱書は、「左に記載したる罪は刑法第3条の例に従う」と規定し、同1号は、「著作権法に掲げたる罪」と規定している。さらに、27条柱書及び1号

を準用している刑法3条は、「この法律は、日本国外において次に掲げる罪を犯した日本国民に適用する」として、積極的属人主義を規定している。これは、日本人による著作権侵害が非同盟国たる外国で行われた場合に、外国における著作権侵害に対し、日本の刑法を適用することになり、そのことは、日本で成立した著作権の効力が他国に及ぶということ为前提としている。すなわち、このことは、著作権法が、日本人が国外で行った著作権侵害に対して域外適用を認め、効力についての普遍主義を前提としていることを意味する。したがって、普遍主義から本源国法主義が導かれ、本源国法たる日本の著作権法が適用される。なお、本源国法主義による場合には、日本法の適用となり保護国法主義を採用した場合に発生するコピーライトヘブンの問題は生じない。

これに対して、保護国法主義によれば、保護国を侵害行為地であるとしたならば、非同盟国が保護国となり A 国法の適用となる。A 国法上、複製権が認められていなければ、この場合にコピーライトヘブンの問題が発生し、保護国法主義を採用した場合の弊害が顕著に現れる。

【設例4】ベルヌ条約の適用範囲外

ベルヌ条約の同盟国である A 国国民 X が A 国で最初に発行した著作物の著作権が B 国において日本人 Y の行為により侵害されているとして、日本の裁判所に著作権侵害に基づく差止請求および損害賠償請求をした場合

本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによれば、A 国著作権が第三国である B 国で侵害され日本が法廷地となった場合のみがベルヌ条約の適用範囲外の問題であり(ベルヌ条約が念頭に置いているのが二国間に跨るケースのみであるため)、法廷地国際私法によることとなる。この場合には、不法行為準拠法(法適用通則法17条)が適用されるものであると思われる。

第7節 おわりに

外国人が外国で最初に発行した著作物の著作権が日本人によって日本で侵害され日本の裁判所に訴えが提起された事件において、渉外的要素を含む著作権侵害では、どのように準拠法を決定するのが望ましいのであろうか。

この点に関して、ベルヌ条約が抵触法規定、すなわち、準拠法決定の原則を含んでいるかということが問題となる。もし、ベルヌ条約がそれ自体として抵触法規定を含んでいる

のであれば、著作権侵害の準拠法についての決定を各国が個別に自国の抵触法規定を用いて行うのではなく、条約によって統一された解釈が行えるものであると考えられる。

まず、著作権侵害の準拠法に関する「法例」下における判例としては、(1)「『XO鬻男と杏仁女』事件」(東京地裁平成16年5月31日判決)(2)「ローマの休日事件」(東京地裁平成18年7月11日決定)(3)「北朝鮮著作物事件」(東京地裁平成19年12月14日判決)(4)「チャップリン監督映画事件」(東京地裁平成19年8月29日判決)(5)「韓国楽曲の著作権信託譲渡契約事件」(知財高裁平成24年2月14日判決)が挙げられる。次に、著作権侵害の準拠法に関する「法適用通則法」下における判例としては、(1)「ノルウェー工芸デザイン子供用いす事件」(東京地裁平成22年11月18日判決)、(2)「小型USBフラッシュメモリ事件」(東京地裁平成23年3月2日判決)、(3)「DVD『中国の世界遺産』事件」(東京地裁平成23年7月11日判決)、(4)「小型USBフラッシュメモリ事件」(知財高裁平成23年11月28日判決)、(5)「韓流スタートーク番組DVD事件」(東京地裁平成24年7月11日判決)、(6)「ハワイの写真ブログ無断掲載事件」(東京地裁平成24年12月21日判決)、(7)「自衛隊ムック本事件」(東京地裁平成25年3月25日判決)が挙げられる。これらの判例の見解としては、著作権侵害の準拠法の決定に関しては、著作権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求とを区別し、差止請求については、ベルヌ条約が抵触規定を含むとして、ベルヌ条約5条2項3文により保護国法を適用するものである。これに対して、損害賠償請求に関しては、ベルヌ条約は抵触法規定を含んでおらず法廷地国際私法によるものとして不法行為準拠法(法例11条、法適用通則法17条)によるものであるとの理解である。このように、判例は差止請求と損害賠償請求の問題とを分けて考えている⁽¹¹⁵⁾。

続いて、著作権侵害の準拠法に関する「法例」下における学説の見解としては、1. 差止請求と損害賠償請求とを区別する見解と、2. 差止請求と損害賠償請求を区別しない見解とに大別される。差止請求と損害賠償請求とを区別する見解は、さらに、(1) 差止請求については、著作権の効力に関する問題とし、損害賠償請求については、法廷地の国際私法による見解、(2) 差止請求については属地主義により、損害賠償請求については不法行為準拠法による見解に分類される。差止請求と損害賠償請求とを区別する見解は、さらに、1)ベルヌ条約が抵触法規定を含むとする見解と、2)ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとする見解とに大別される。ベルヌ条約が抵触法規定を含むとする見解には、(1) 本源国法主義と、(2) 保護国法主義が含まれる。保護国法主義を採用する見解は、さらに、保護国の決定に関して、(a) 法廷地国を保護国とする見解、(b) 利用行為地国ないし侵害行

為地国を保護国とする見解、(c)権利付与国を保護国とする見解、(d)最密接関係地国を保護国とする見解、(3)著作権の成立と効力の問題を区別し、前者に関しては著作物の本国法を適用し、後者に関しては保護国法を適用する見解に分類される。同様に差止請求と損害賠償請求とを区別するが、2)ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとする見解に含まれるものとしては、(1)不法行為準拠法説(法例 11 条)、(2)物権準拠法(法例 10 条)の類推適用説、(3)条理説が挙げられる。最後に、著作権侵害の準拠法に関する「法適用通則法」下における学説の見解としては、1)ベルヌ条約が抵触法規定を含むとする見解、2)ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとする見解、3)ベルヌ条約が抵触法規定を含むかどうかの点に関しては、態度決定を留保する見解に大別される。まず、1)ベルヌ条約が抵触法規定を含むとする見解としては保護国を利用行為地国とする見解が挙げられる。次に、2)ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとする見解としては、(1)例外規定(法適用通則法 20 条)により最密接関係地法を適用する見解(法適用通則法 20 条)、(2)法廷地国際私法によって保護国法を適用する見解が挙げられる。最後に、3)ベルヌ条約が抵触法規定を含むかどうかの点に関しては、態度決定を留保する見解としては、原則として差止め請求と損害賠償請求とを区別しないで保護国法によるが、日本著作権法の域外的適用を例外的に認める見解が挙げられる。

通説の見解としては、まず、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとして保護国法を適用する保護国法主義が主張されている。保護国法主義によれば、利用行為者を保護するという観点から、当該著作権が侵害された、あるいは、利用された国の法を適用するというものである。その根拠としては、著作権にも属地主義の原則が妥当するとし、唯一侵害地国においてのみ著作権が発生するということからである。また、「したがって保護の範囲および著作者の権利を保全するために著作者に保障される救済の方法は、この規定によるほか、専ら、保護が要求される国の法を適用する。」(ベルヌ条約5条2項3文)の規定のみに基づいて保護国法によると解釈している。保護国法をとった場合のメリットとしては、利用行為者の立場に立って利用行為者が活動する国の法を適用できることであるが、デメリットは日本が著作物の本国となった場合に、侵害地国がベルヌ条約の非同盟国であった場合には、コピーライトヘブンの問題が発生するということである。

これに対して、筆者の見解であるベルヌ条約が抵触法規定を含み、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせ(純粋な本源国法主義とは異なる)によれば、まず第一に、著作権者の保護の観点から著作物の本源国法を適用し、効力についての内国

民待遇の原則(ベルヌ条約5条1項および5条2項3文)によって保護国法上の効力発生要件としての実質的成立要件および形式的成立要件(方式：ベルヌ条約5条2項2文は、無方式主義および方式からの権利独立の原則を採用しているため、実際は実質的成立要件のみ)を満たせば、結果的には、効力については著作物の本国法と日本法との累積的適用により、両国で認められている効力(権利の範囲、救済方法、保護期間)の範囲においてのみ権利の行使が可能となる。

以上では、著作権侵害における準拠法の決定に関する学説および判例の展開を整理・検討してきたが、議論の争点となっているのは、ベルヌ条約が抵触法規定を含むかどうかである。そこで、以下では、ベルヌ条約の構造を中心に考察しておきたい。

まず、ベルヌ条約は本源国法である抵触法規定と効力についての内国民待遇の原則である外人法規定とが結合して成り立っている構造であると考えられ、外国著作物の保護を主として目的としている。すなわち、抵触法規定である本源国法主義により最初に著作権の成立に関して実質的成立要件および形式的成立要件を判断し、その成立した権利を、今度は外人法規定である効力についての内国民待遇の原則によって制限する構造となっているのである。このことは、ベルヌ条約5条1項および5条2項3文に規定されている内国民待遇の原則から読み取ることができる。また、ベルヌ条約は、著作物の本国以外の同盟国における保護を主として念頭においているものである。

ベルヌ条約5条1項は、「著作者は、この条約によって保護される著作物に関し、その著作物の本国以外の同盟国において、その国の法令が自国民に現在与えておりまたは将来与えることがある権利およびこの条約が特に与える権利を享有する。」として、権利の享有に関する内国民待遇の原則を規定している。また、この規定は外人法規定であると解される。さらに、ベルヌ条約5条2項1文において、「(1)の権利の享有および行使には、いかなる方式の履行をも要しない。」と規定している。この規定は条約上の実質法規定であると解され、無方式主義の規定である。すなわち、“著作物の本国および保護国における方式を具備しなくても保護国では保護される”ということの意味している。続いて、ベルヌ条約5条2項2文は、「その享有および行使には、著作物の本国における保護の存在に関わらない。」と規定し条約上の実質法規定である。5条2項2文において無方式主義を採用した際に、本国法で方式の要件を備えていない著作物であっても、日本法上の効力発生要件として、実質的成立要件および形式的成立要件(なお、著作権法17条2項により無方式)を備えれば、日本においても本国法上の効力が日本法上の効力の範囲内で認められるのである。その結

果、方式からの権利独立の原則によって本国法における方式の要件を欠いているため著作権が権利として成立していなくとも保護国では著作物として保護される。

次に、5条2項3文では、「したがって、保護の範囲および著作権者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法は、この条約の規定によるほか、専ら、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる。」と規定し、条約上の外人法規定である。この規定は、保護国法の規定よりも条約の規定が優先することを認めている。また、『この条約の規定』の内容としては、内国民待遇の原則(権利の享有については5条1項、効力については5条2項3文)、無方式主義(5条2項1文)、権利独立の原則(5条2項2文)などが含まれると解される。さらにこの規定が意味するところは、5条1項・2項の規定を受けて、『したがって』という言葉で結ぶことによって、以上の規定をすべて網羅的に受けるということである。そして、その結論として、『したがって』保護の範囲および著作権者の権利を保全するために保障される救済方法が5条1項および2項で挙げた外人法(この条約)の規定および保護国法の実質法規定によって適用されることを定めている。

続いて、ベルヌ条約5条3項は「著作物の本国における保護は、その国の法令の定めるところによる、もっとも、この条約によって保護される著作物の著作者がその著作物の本国の国民でない場合にも、その著作者は、その著作物の本国において内国著作者と同一の権利を享有する。」と規定している。本規定の1文においては、著作物の本国における保護の場合に該当する規定を置き、国内事件として内国法を適用する事を規定したものである。また、2文は、著作物の本国における保護の場合に、当該著作物の著作者が外国人の場合についての内国における権利の享有を定めている外人法の規定である。なお、この規定は、著作物の本国(例えば、未発行著作物についての著作者の本国)において権利が成立していない場合に、著作物の本国が変動し、内国が著作物の本国(例えば、発行著作物についての最初の発行地国)となった場合の規定である。

以上において、ベルヌ条約5条2項の構造を分析してきたが、ベルヌ条約において採用されている原則について以下に私見に基づき整理しておきたい。

第一に、「本国の変動」が挙げられる。ベルヌ条約5条4項は、本国の決定に関する規定を置き、本国が変動することを規定している。

第二に、「内国民待遇の原則」が挙げられる。この原則は、日本における外国人に対して、日本人と同等の権利を保障するという原則であり、ベルヌ条約5条1項および5条2項3

文および5条3項2文により保障される。ベルヌ条約のこのような規定を外人法の規定と呼んでいる。

第三に、「無方式主義」が挙げられる。ベルヌ条約5条2項1文は無方式主義を採用することで、方式の要件は不要であり、実質的成立要件に関しては満たさなければならないとする条約上の規定を置くことにしたものである。この点が本源国法主義を採用する根拠となる規定である。

第四に、「方式からの権利独立の原則」が挙げられる。ベルヌ条約5条2項2文の規定は、5条1項1文において無方式主義を導入した際に、その本国法上の権利が方式を欠いている為、本国において効力を発生していなくとも、保護国で保護されることを明らかにしたものである。なお、ベルヌ条約の構造としては、著作権者の保護の観点から本源国法主義を採用し、本国法上発生した著作権の効力について内国民待遇の原則によりその効力を制限することによって、内国における利用行為者の保護を図り著作権者の利益の保護と、利用行為者の利益の保護の調和を図っているものと考えられている。

第五に、「条約上の外人法規定」が挙げられる。ベルヌ条約5条2項3文は、内国において権利を行使する外国人が内国で権利を享有し、行使する場合には、条約の規定が優先して適用されることを保障し、効力(権利の範囲、救済方法)に関しては内国民待遇の原則によるとする外人法規定であって抵触法規定ではない。

第六に、「普遍主義の原則」が挙げられる。ベルヌ条約は全体の構造として相対的普遍主義を含んでいる。相対的普遍主義とは、外国で成立した著作物の効力を内国において条件付きで承認するということである。なお、この原則に対置されるものとして、「属地主義の原則」が挙げられる。属地主義の原則においては二つの側面がある。一方では、一国で発生した著作権の効力は、他国に及ばないということと、他方では、他国の著作権の効力が自国に及んできた場合も著作権の効力を自国では承認しない(不承認の意味での属地主義)。というものである。この点、ベルヌ条約は著作権の効力が他国に及ぶことを前提としているので、属地主義の原則は妥当せず、相対的普遍主義を採用しているものと考えられ、パリ条約は、外国で成立した特許権の効力が外国で侵害されることを承認するという意味での相対的属地主義が採用されている。

最後に、「保護期間」の規定が挙げられる。ベルヌ条約7条8項は、内国民待遇の原則を規定している外人法の規定である。

これらの原則は、第1章の「ベルヌ条約と抵触法」において検討した歴史的考察の結果導かれる原則である。ベルリン改正によって、本源国法主義が保護国法主義へと180度転換されたのではないということは第1章においても触れたが、ベルヌ条約がその構造として相対的普遍主義を採用し、パリ解釈宣言において採用されていた本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによるという仕組みから導かれるものである。

このように第4章では、「著作権侵害の準拠法」についてベルヌ条約の規定に基づいて論じてきた。続く第5章においては、「インターネットにおける著作権侵害の準拠法」について論じていこう。このテーマに関してもベルヌ条約が抵触法規定を含みベルヌ条約の構造から導かれる原則が妥当するのであろうか。この点に関して、以下では、さらに分析を進め私見を提示したい。

(1) 工業所有権一般における保護国法主義の分析については、桑田三郎『工業所有権法における比較法』中央大学出版部(1984年)299頁以下参照。また、著作権における保護国法主義の分析については、實川和子「国際私法における準拠法について——フォンバル教授の見解を中心として——」法学新報103巻1号(1996年)181頁以下参照。

(2) 工業所有権一般における法例の解釈論ではあるが、著作権をも視野に入れた立論として、桑田・前掲注(1)338-339頁参照。

(3) 實川講師によれば、實川論文においてはあまり言及されなかった「本国法主義の検討を加えると、この領域における理論的研究の余地はまだ残されているようにも思われる」(實川・前掲注(1)194頁)とされている。

(4) 判例に基づいた事例の検討に関する文献として、山口敦子「現代社会と著作権法」野村豊弘・牧野利秋編集代表編『斎藤博先生御退職記念論集』弘文堂(2008年6月)参照。

(5) TKC法律情報データベース 文献番号28091774 平成16年5月31日判決の評釈として次のようなものがある。第一に、駒田教授によれば、「5条(2)後段は一見抵触規定に見えるが、実は外人法規定であると割り切るのである。……保護国の概念を通説のように解したならば、本判決が示したように著作者の死後その人格的権利を行使する主体についても、著作物の利用地法により判断しなければならなくなる。しかしこのことを認めると、請求権者が利用地ごとに区々となる可能性が生じ、著作物の国際的な利用が阻害される懸念が生じうる。また、映画の著作物の著作権者も利用地ごとに区々となってしまう、同様の問題が生じうる。……以上の観点から、ベルヌ条約5条の解釈に関し通説の立場に従った本

判決には、大いに疑問が残るところである。」(駒田泰土「中国を本国とする著作物の保護につきベルヌ条約に基づいて日本法を準拠法とし、被告からの引用の抗弁を認めなかった事例」判例時報 1962 号(2007 年 6 月)197-200 頁。)とされ、判例の見解を支持されていない。同様に、山口講師によれば、「5 条(2)項の対象としている救済方法にあたるか否かという検討が、本判決においてはなされなかった。しかし、著作権の場合、ベルヌ条約 5 条(2)項を準拠法ルールとして適用する限りは、そのような検討が必要であったと思われる。」(山口敦子「著作権及び著作者人格権の侵害に関する準拠法——ベルヌ条約 5 条(2)項、6 条の 2(2)、(3)項を中心に——」法と政治 58 巻 3・4 号(2008 年 1 月)108 頁)とされ、「差止請求と損害賠償請求に関する国際私法独自の概念について、例えば木棚教授は、以下のように述べている。『比較法的にみれば、差止および廃棄請求は、権利侵害の効果として損害賠償請求とともに全体として調和するように規定されたり、捉えられたりすることが多いように思われる。国際私法上の法性決定をどのようにすべきかについては議論のあるところではあるが、比較法的観点を踏まえて国際私法独自に行うべきであるという点ではほぼ一致する。そうとすれば、少なくとも抵触法上は差止・廃棄請求も損害賠償請求とともに違法な侵害に対する法的効果として一体に捉えれば足り、敢えてこれらを異なるように法性決定する必要はない。』このような立場から見ると、著作権侵害に基づく差止請求も損害賠償請求と同様、違法な侵害に対する法的結果として一体に考えるのが適切だと思われる。よって、本判決が著作権侵害に対する差止請求と損害賠償請求で、法性決定を異にしたことに賛成できない。」(山口・同前 109-110 頁。)と結論付け、「したがって著作権侵害に基づく損害賠償請求を『不法行為』と性質決定して、導き出される不法行為の準拠法が、保護国法よりも事件とより密接な関係を有するのであればまだしも、むしろその逆の可能性のあることから、そのような結果を招く恐れのある方法を敢えて採る必要はないと思われる。以上より、『著作者の著作物の財産的利益を保護するために著作者が有する権利を、保護されるために保障される救済の方法』と捉え、差止請求・損害賠償請求の両方が含まれると解するのが妥当と思われる。また、差止請求と損害賠償請求を違法な侵害として一体にとらえるという上述の見解から見ても、これは適切な解釈であるといえよう。したがって 5 条(2)項を著作権侵害全般の準拠法ルールとして解することが、理論的にも、実質的な適用の点からも適切だと思われることから、本判決のように両請求を別個に法性決定し、差止請求についてのみ同項を適用することに賛成できない。」(山口・同前 113

頁。) という理解を示している。この見解によれば、山口講師によれば判例の見解を支持されていない。また、別の評釈において、山口講師によれば、「すなわち本判決は、著作権侵害を保護するための差止および謝罪広告請求と、著作者人権侵害を理由とする損害賠償請求を別々に法性決定し、その結果、適用する法選択規則も請求によって異なることとなった。これに関して、『少なくとも抵触法上は差止・廃棄請求も損害賠償請求とともに、適法な侵害に対する法的効果として一体的に捉えれば足り、敢えてこれらを異なるように法性決定する必要はない』との立場があり、本判決もこれに依拠するのが妥当であると思われる。したがって、パリ改正条約6条の2(3)項を法選択規則と解するならば、まずは違法な侵害に対する法的結果として一体的に捉えた著作者人格権に対する差止および謝罪広告請求、損害賠償請求が、同条同項の『この条約によって認められる権利を保全するための救済方法に』該当するかどうかを検討し、それに該当するならば本規定の適用を、該当しないならば国内国際私法に委ねるという判断をする必要があったのではないかと思われる(この点、本判決の法性決定を支持することはできない。)(山口敦子「『保護が要求される同盟国の法令』との定めがあるベルヌ条約の諸規定：法選択規則性の観点から」法と政治 59 卷 4 号(2009 年 1 月)270-271 頁。))と。さらに、中川教授によれば、「準拠法については、準拠法を日本法とした結論は妥当であるが、法性決定の手法、ベルヌ条約の規定を抵触規定と解したこと、そして連結点の確定において問題がある。次に、引用については、本件では被告小説の特性及び引用の具体的態様について更に検討した上で引用の可否を判断すべきであったと考える。また、同一性保持権の侵害については、不正確なものを含む本件詩の翻訳がこれに当たるとした点は正当であるが、題号の切除はこれに当たらないとする余地があり、特に本件詩の利用態様について更に検討すべきであったと考える。」(中川浄宗「著作権及び著作者人格権の侵害に関する準拠法を日本法と決定し、翻訳権並びに同一性保持権の侵害を認めた事例——『X0 醬男と杏仁女』事件——」東海法学 第 38 号(2007 年)78-79 頁)とし、「私見では、まず、上記各請求は、いずれも本来的には知的財産権の排他的効力を害されることに対する救済方法であり、知的財産権が侵害されたことの結果に過ぎないのであるから、知的財産権の侵害を規律する単一の準拠法によって規律されるべき問題即ち単一の単位法律関係に属する問題であると考え。換言すれば、著作者の死後における人格的利益の保護のための差止請求並びに著作権及び著作者人格権の侵害を理由とする損害賠償請求も、著作権に基づく差止請求と同様に、遡れば知的財産権の排他

的効力に基づくものであると考えられる。もちろん、上記各請求権は救済方法としてそれぞれに特性を有しているものと思われる。しかしながら、上記のように救済方法により準拠法の決定を分けることになれば、必然的に内容に齟齬のある別個の準拠法が適用される可能性が生じることになる。救済方法としてそれぞれの特性が、上記各請求権についてそれぞれ準拠法決定を行うことによって生じる右の可能性に起因する種々の問題を受忍しなければならない程に合理的な理由付けになるとは思われない。本判決はベルヌ条約の各規定が抵触規定であるという見解に立ったが故に、その単位法律関係に合わせるために、上記のように細分化された形での法制決定を行ったものと考えられる。ベルヌ条約の規定が次に検討するように抵触規定でないとするならば、本判決のように、個々の請求に細分化して準拠法を決定すべき合理的な理由は存在しない。私見では、上記各請求は全て著作権等の侵害に対する救済手段に過ぎず、著作権等の侵害を規律する単一の準拠法により規律されるべき問題である。」(中川・同前 83 頁)という理解のもとに、これらの理由から、「私見では、まず、本判決はベルヌ条約第 5 条(2)等の規定する『保護が要求される国』を著作権に基づく差止請求について連結点としているが、『保護が要求される国』は、少なくともその文言上、準拠法を特定することができない程に不明確な概念であり、それ故に同規定は抵触規定としてほとんど機能し得ないものと考えられる。」(中川・同前 85 頁。)と言う理解を示している。したがって、判例の見解の示すように、差止請求と損害賠償請求を別々の準拠法によらしめるのではなく、どちらも、著作権の排他的効力に基づいて同一の単位法律関係によらしめるものが妥当であるという見解に立っている。

⁶⁾ TKC 法律情報データベース 文献番号 28111508、判例時報 1933 号 68 頁、判例タイムズ 1212 号 93 頁。本判例の評釈とし作花教授の見解が挙げられる。すなわち、作花教授によれば、「差止請求は法例 11 条 1 項を根拠とするという峻別論、つまり、ベルヌ条約 5 条(2)項は差止請求についてのみ準拠法ルールを定めているという理解の仕方については違和感がある。ベルヌ条約 5 条(2)項が準拠法決定ルールを定めているという前提に立つ場合、差止請求にしても、損害賠償請求にしても、いずれの救済方法についても、当該ルールを定めていると捉え(条約の法制定趣旨やその文言の不明確さはあるとしても、属地的な考え方に基づき、著作物利用(著作権侵害)行為地の法を適用する原則を定めるものと捉える事が合理的と考えられる)、我が国の領域内で著作物利用(著作権侵害)行為がなされた場合には、当該ルールに則り、同時に当該ルールと同様の基本的考え方の下に制定されている我が国

の著作権法に基づき、差止請求を行い、ならびに著作権法及び民法に基づき損害賠償請求を行い得るものと捉えるべきではないかと思われる。」(作花文雄「映画の著作物の保護期間延長に関わる著作権法改正法の経過措置規定の立法趣旨が問われた事例——『ローマの休日・格安 DVD 差止仮処分』事件決定——」判例時報 1947 号(2007 年 1 月)185-194 頁。)

(7) TKC 法律情報データベース 文献番号 28140156

(8) TKC 法律情報データベース 文献番号 28172004 判例時報 2021 号 108 頁。

本判決の評釈として道垣内教授の見解が挙げられる。すなわち、道垣内教授によれば、「判旨Ⅰ・Ⅱに賛成。判旨Ⅲに反対。(Ⅱと同様に扱うべきである。)……本判決は、著作権に基づく差止請求については上記のとおりベルヌ条約5条(2)により保護国法によるとしているものの、著作権侵害に基づく損害賠償請求については、「不法行為」であると性質決定し、時際規定により適用される法例11条によるとしている。……このように、ある権利に基づく差止請求のように、その権利の本質的な効力と見ることができるものと、その権利が侵害された場合に不法行為により与えられる損害賠償請求権を区別する考え方は、最判平成14・9・26民集56巻7号1551頁(カードリーダー事件)により採用されている。ある権利には、その本質的な効力というものがあり、例えば、A国所在の不動産の占有者がその占有を妨害されたときに妨害排除請求権を有するか、有する場合にはどのような効力の請求権かといった問題は、不法行為の問題ではなく、物権自体の準拠法によるべきであるとする考え方には一般論としては賛成することができる。物権の場合には、通則法13条の所在地法と17条の結果発生地法とは一致することになるため、その区別が必要となることは一般にはないものの、不法行為の問題と性質決定した場合には、通則法20条・21条が適用され、例えば、当事者による事後的な準拠法変更が可能になるという扱いは、A国所在の不動産についてB国法上の妨害排除請求の行使を認めるということの意味し、受け容れがたいからである。同様のことは特許権侵害の場合においても妥当すると考えられる。では、著作権の場合にもそうであろうか。これを考えるには、ベルヌ条約に準拠法決定ルールがあるとの立場から、まずは、ベルヌ条約がどの範囲の問題を保護国法によると定めているかを見極める必要がある。同条約5条(2)の単位法律関係は、『保護の範囲及び著作者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法』(“the extent of protection, as well as the mean of redress afforded to the author to protect his right

s”)である。この文言のドラフトも精緻さを欠くが、損害賠償請求は含まれないとの解釈は必然的でなく、この規定から損害賠償請求は外れ、それは各国の国際私法の不法行為についての準拠法決定ルールに委ねられると解することは、条約の趣旨を勘案した合理的な解釈論とはいえないであろう。このように考えると、判旨Ⅲのように、損害賠償請求の部分を不法行為と性質決定するのではなく、これについても判旨Ⅱにおいて一緒に扱うべきことになる。」(道垣内正人「チャップリンの映画の著作権侵害についての準拠法」ジュリスト 1395号(2010年3月)172-175頁。)とし、判例の見解を支持していない。

(9) TKC 法律情報データベース 文献番号 25444351

(10) 茶園成樹「インターネットによる国際的な著作権侵害の準拠法」国際税制研究 3号(1999年)79頁。

(11) 茶園・前掲注(10)79-80頁。

(12) 茶園・前掲注(10)79-80頁。

(13) 山本隆司「著作権侵害の準拠法と国際裁判管轄権」著作権研究 27号(2003年)236頁参照。同「公衆送信権侵害の準拠法」森泉章他編『著作権法と民法の現代的課題』半田正夫先生古希記念論集 法学書院(2003年3月)261-262頁参照。

(14) 山本・前掲注(13)261頁参照。

(15) 山本・前掲注(13)247頁。同・前掲注(13)261-262頁参照。

(16) 山本・前掲注(13)249頁。

(17) 横溝大「電子商取引に関する抵触法上の諸問題——解釈論的検討を中心として——」民商 法雑誌第 124 卷第 2 号(2001年5月)18頁。駒田泰土「著作権をめぐる国際裁判管轄および準拠法について」国際私法年報第 6 号(2004年)74頁参照。

(18) 横溝・前掲注(17)24-25頁参照。

(19) 横溝大「知的財産に関する若干の抵触法的考察」田村善之編著『新世代知的財産法政策学の創成』21世紀COE知的財産研究叢書(4)(2008年2月)461頁。

(20) 横溝・前掲注(19)463-464頁。

(21) 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No.2(2004年)29頁。

(22) 三井哲夫「フランスで出版された画集の輸入・国内販売が差止められた事例」ジュリスト 934号(1989年)146-148頁。

-
- (23) 斎藤彰「国際私法的視点から見たインターネットと著作権に関する覚書——法律による規律の限界を突き破るために——」『知的財産権の法的保護Ⅱ』関西大学法学研究所 法学叢書 第20冊(2000年)40頁。
- (24) 斎藤・前掲注(23)39頁。
- (25) 澤木敬郎「判例評釈〔東京地判昭和61年3月3日〕」『著作権判例百選』有斐閣 別冊ジュリストNo.91(1987年2月)209頁。
- (26) 澤木・同評釈注(25)209頁。
- (27) 田村善之『著作権法概説(第2版)』有斐閣(2001年11月)560-561頁。
- (28) 作花文雄『著作権法(第3版)』ぎょうせい(2005年1月)653頁。
- (29) 作花・前掲注(28)657-658頁。
- (30) 作花・前掲注(28)659頁。
- (31) 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(2007年)282頁。
- (32) 申・前掲注(31)248頁。
- (33) 申・前掲注(31)264頁。
- (34) 山口敦子「インターネットを通じた隔地的な著作権侵害の準拠法に関する一考察」法と政治 59巻1号(2008年4月)115頁。
- (35) 山口・前掲注(34)333頁。
- (36) 山口・前掲注(5)113頁。
- (37) 山口・前掲注(34)335頁。
- (38) 山口・前掲注(34)337頁。
- (39) また、別の論文における山口講師の見解によれば、「三つ目の、パリ改正条約5条(2)項後段を『保護国法』の根拠とする見解については、以下のような解釈の上に成り立つことになる。すなわち、同条同項の『保護が要求される同盟国の法令(“the law of the country where protection is claimed”)』には主として三つの解釈が主張されるが、そのうちの一つである保護国法説(多数説)を採る場合に、本規定は『保護国法』の根拠となりうる。この保護国法説とは、前章でも述べたように上記文言を『その領域において保護が要求される国の法(“the law of the country for which protection is claimed)』と読み替え、それを『保護国法』を意味する準拠法と解釈する見解である。本稿はこの保護国

法説を支持し、パリ改正条約5条(2)項後段に『保護国法』の根拠を求めるという立場を採りたい。なぜなら、保護国法説を採るということは、著作権関係を完全に網羅するような国際的に統一された実質法が存在しない状態において、(その規定が定める当該法律関係について、)国際的な統一国際私法が存在するということを意味する、つまり条約に則した適切な準拠法でその国際私法上の統一を実現し得ると思われるからである。換言すると、ベルヌ条約5条(2)項後段を順守する必要がある国は現在170カ国以上あることから、仮に本規定を法選択規則として機能させうるとすれば、その規定が定める法律関係について、世界的に影響力のある、国際的な著作権関係に関する国際私法上の統一が達成されるということになる。また『保護国法』という準拠法は、ベルヌ条約の主たる原則である内国民待遇の原則に反しないという点で、妥当な準拠法だと思われる。したがって、ベルヌ条約5条(2)項後段の解釈については、この保護国法説を支持し、同条同項が『著作権の一般的な法選択規則は保護国法である』という一般的な理解の根拠になるということを前提に論を進めていきたい。」(山口・前掲注(5)254-256頁。)とし、「ベルヌ条約(パリ改正)条約5条(2)項後段の『保護が要求される同盟国の法令』を『その領域について保護が要求される同の法(保護国法)』という準拠法と解し、本規定を法選択規則と解釈するという立場に依拠すると、その規定が定める当該法律関係について、国際私法上の統一を実現しようということになる。これと同様に、5条(2)項後段以外で『保護が要求される同盟国の法令』という語を有する規定(すなわち、6条の2(2)、(3)項、7条(8)項、10条の2(1)項、14条の2(2)項(a)、(c)号)のその語についても、上記立場のように準拠法(保護国法)と解し、これらの規定を法選択規則と解釈できるとすれば、当該規定が定める法律関係についても、国際私法上の統一を実現しようということになる。このように国際私法上の統一が達せられるということは、著作権関係を完全に網羅するような国際的に統一された実質法が存在しないという現状において、大変意義のあることだと思われる。そこで、本稿では、議論があまり見られない5条(2)項後段以外の規定についても、保護国法を準拠法とする法選択規則と解する余地はあるのかということについて、考察を試みてみた。結論としては、6条の(2)、(3)項、7条(8)項、10条の2(1)項、14条の2(2)項(a)、(c)号は、理由は個々に異なるが保護国法を準拠法とする法選択規則を解する余地はあるのではないかと思われる。このため、第2章で述べた『著作権の一般的な法選択規則は保護国法である』という見解が従来からあることから、これに基づき、これらの規定をひとまず、保護国法を準拠

法とする法選択規則として解釈したい。」(山口・同前 310-311 頁。)として、保護国法をとる根拠として、統一私法の機能面を主張している。また、「ただ、近時、一部の国際的な著作権関係に関しては保護国法の準拠法の妥当性について疑問視する声もあることから、上記規定(5条(2)項後段も含む)が対象とする法律関係について、『保護国』は最密接関係地であるかどうか、『保護国』は準拠法として妥当かということを検討する必要があると考える。……ベルヌ条約は全会一致の原則を採っているため、ベルヌ条約自体を改正することは不可能に近い。その代わりに、同条 20 条の『特別の取極め』として、保護国でない国の法を準拠法とする法選択規則を創設するということは、方法としてあり得るのではないかと考える。ただ、保護国ではない国の法を準拠法とする法選択規則を創設するということは、同条但書『その取極めは、……この条約に規定に抵触する規定を有しないものでなければならない』との定め反するという恐れがあり、そのような場合は、『特別の取極め』としてそれを創設できないということの意味しよう。しかしながら、ベルヌ条約の諸規定を法選択規則として機能させる以上は、既述の法選択規則を優先することが妥当だと考える。つまり、保護国でない国の法を準拠法とする法選択規則を創設するということが、『この条約の規定に抵触する』としても、それが当該法律関係にとって真の最密接関係地であるならば、そのような規定は例外的に『特別の取極め』として定めるとしてもよいのではないだろうか。確かに、この方法によるとベルヌ同盟国内で準拠法が二分化(『保護国法』と『保護国でない国の法』)する恐れはあるが、例えば、ある規定を法選択規則とすることを止め、当該著作権関係については国内国際私法に委ねるとすると、準拠法は多分化することになる。このため、上記の方法によれば、ある程度の判決の国際的な調和を達成することが可能となることから、既述の通り、国際的に統一された著作権実質法が存在しない現状においては有効な方法だと思われる。したがって、保護国法を準拠法とする法選択規則と解したベルヌ条約の規定のうち、その規定が定める法律関係にとって保護国が妥当でない場合には、同条約 20 条の『特別の取極め』として、当該法律関係にとって、真の最も密接な関係ある地を連結点とした法選択規則を創設するということが、方法としてあり得るのではないかと考える。そしてその際は、ベルヌ条約のその他の規定に留意しつつ、著作権の性質のほか、特に現代の通信手段の目覚ましい発展に伴い、著作物が国際的に利用される機会が増えたということに鑑みて、法的安定性や取引の安全性、予測可能性等にも十分配慮した、最密接関係地法を探求する必要があるのではないかとと思われる。」

(山口・同前 310-314 頁。) と。このように、山口講師の見解によれば、ベルヌ条約は抵触法規定を含んでおり、ベルヌ条約 5 条 2 項後段を根拠に保護国法主義を採用している。また、最密接関係地法への連結(ベルヌ条約 20 条)も考慮に入れて考えている。

(40) 道垣内正人「著作権をめぐる準拠法及び国際裁判管轄」コピライト(2000 年 8 月)14 頁。

(41) 道垣内・前掲注(40)14-15 頁。

(42) 道垣内・前掲注(8)172-175 頁。

(43) この点に関して、同様の見解が、江口教授および茶園教授によっても明らかにされている。すなわち、両教授によれば、著作権については属地主義が支配し、著作権はその権利付与国の領域内においてのみ効力を有し、権利付与国法ないし保護国法によるとされる。そして、ベルヌ条約 5 条(2)項 3 文は、著作権侵害の準拠法について保護国法主義を規定していると解される。すなわち、「保護が要求される同盟国」とは、その領域において保護が求められる同盟国、つまり権利の利用行為あるいは侵害行為が行われる同盟国と解すべきである。したがって、自己の権利を侵害された著作者の救済は、その侵害行為が行われた国の法によることになる。ただ、「著作者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法」は、権利を侵害する著作物の頒布の差止等を含むが、権利の侵害から生じる法定債権(損害賠償請求権・不当利得請求権)を含まないと解しうるが、そのように解しても、後者についても、結局保護国法が準拠法になるであろう、(江口順一・茶園茂樹「第 6 章 国際取引と知的財産」松岡博編『現代国際取引法講義』法律文化社(NJ 叢書)(1996 年)195 頁。) と。また、「ベルヌ条約 5 条(2)は、著作者の本国以外の同盟国における内国民待遇を規定する同条(1)を受けたものであるから、第 3 文は著作物の本国において適用される法を定めていないことになる。これについては、同条(3)が『著作物の本国における保護は、その国の法令の定めるところによる』と規定しており、その場合の保護国法であるところの本国法が適用される」(江口・茶園・同前 188 頁。) と。次に、樋爪助教授も、「より統一私法的な性質を有するベルヌ条約には、明確な抵触規則が存在し、保護国法主義であることが明らかである。」(樋爪誠「知的財産の並行輸入と国際私法」愛知学院大学・国際研究センター紀要第 2 号(1999 年)82 頁参照。) として、5 条 2 項 3 文を保護国法主義の根拠規定であるとする。同様に、大塚弁護士によれば、「保護が要求される同盟国」とは著作物の利用行為に対する保護が要求されている国であり、同項は著作物の利用地の国の法

律が適用されると規定していると解すれば足りる。」(大塚章男「国際的な知的財産紛争の裁判管轄と準拠法」国際商事法務(2001年)第29巻第10号1172頁参照。)と。さらに、松岡教授の見解が挙げられる。すなわち、松岡教授によれば、「まず問題とすべきは、保護国法の適用の根拠を法令10条の規定に求めるか、それともベルヌ条約5条2項3文の『保護の範囲及び著作者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法は、この条約の規定によるほか、専ら保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる』との規定に求めるかである。……しかしながら、不動産の場合とはかく、有体動産についてさえ、移動中の物や船舶などについて物理的所在地法を物権準拠法とすることが妥当でないとして、所在地法主義に修正が加えられていること、著作権は無体財産であり、所在地を確定できないことを考えると、法例10条の所在地法主義から著作権における保護国法の適用を導き出すことは論理的にも実質的な根拠からも相当に無理な解釈であろう。むしろ私見としては、ベルヌ条約加盟国間では、各国の著作権についての統一ができない範囲において、国際私法規則を統一し、判決の国際的調和を達成するために、著作権につき、5条2項で保護国法主義を明文で採用したと考えたい。また、保護国法主義のいう『保護が要求される同盟国の法令による』との文言自体もベルヌ条約の規定から導き出されたものである。かくして、ベルヌ条約上の国際私法規則としての保護国法は、特則として法例10条の所在地法を排して適用されることとなる。もっともその根拠をいずれに求めようと保護国法の適用という結論は異なる。」(松岡博「一 外国法を準拠法に指定した外国人が画の著作権に関する契約につき当該外国法の解釈を示した例、二 わが国を保護国とする著作権の移転及びその対抗要件の準拠法——サルバドル・ダリ事件控訴審判決」私法判例リマックス29〈下〉(2004年)139頁)と。また、「保護国とは具体的にどの国を指すかである。思うに、保護国法とは当該訴訟において問題となっている著作権の利用行為・侵害行為が行なわれた国であると解すべきである。」(松岡・同前139頁。)として、保護国を侵害行為地・利用行為地であると解している。このような理解の下に、松岡教授は、ベルヌ条約は抵触法上の規定を含み、ベルヌ条約5条2項3文の規定を根拠に保護国法主義を採用している。

⁽⁴⁴⁾ 紋谷暢男「知的財産権の国際的保護」澤木敏郎＝畑場準一編『国際私法の争点(新版)』(ジュリスト増刊)有斐閣(1996年7月)25頁。

-
- (45) 紋谷・前掲注(44)25頁。同「無体財産権の国際的保護」『無体財産権法概論(第7版)』有斐閣双書(1997年)195頁参照。
- (46) 紋谷・前掲注(44)26頁。
- (47) 松永詩乃美「ベルヌ条約における著作物の国際的保護——国際私法の視点から——」松岡博編『国際知的財産法の潮流』帝塚山大学出版会(2008年)69頁。
- (48) 松永・前掲注(47)70頁。
- (49) 松永・前掲注(47)60頁。
- (50) 澤木敬朗「著作物使用をめぐる国際私法上の23の問題」ジュリスト179号(1959年6月)24-25頁。
- (51) 澤木敬郎『国際私法入門(第3版)』有斐閣双書(1990年05月)218頁。
- (52) 元永和彦「著作権の国際的な保護と国際私法」ジュリスト938号(1989年)58頁。なお保護期間に関しては、「ベルヌ条約の中には、5条2項の他にも『保護が要求される同盟国の法令』という字句が出てくる。このうち、7条8項では、保護期間は保護が要求される同盟国の法令によるとしながら著作物の本国において定められる保護期間を超えることはできないとして相互主義をとっている。この場合の『保護が要求される同盟国の法令』は、実質法たる著作権法であるとするのが通説の理解であろう。同様のことは、追求権について定めた14条の3第2項に関しても言える。しかし、この場合も、『保護が要求される同盟国の法令』には法廷地国際私法が含まれると考え、それによって選択された国の著作権法と著作物の本国の著作権法を比較して決すればよいと解することは不可能ではないと思われる。」(元永・同前59頁。)とし、保護期間に関しては相互主義であるとし法廷地国際私法によって選択された国の法と、著作物の本国法の比較に関しての可能性を示唆している。
- (53) 元永・前掲注(52)59頁。
- (54) 元永・前掲注(52)59頁。
- (55) 駒田泰士「ベルヌ条約と著作権に関する国際私法上の原則」国際外交法雑誌98巻4号(1998年)58頁。
- (56) 駒田・前掲注(55)59頁。
- (57) 駒田・前掲注(5)199頁。

-
- (58) 石黒一憲「二 いわゆる属地主義(特許独立の原則)とパリ条約——準拠法選択の基本的な在り方との関係において——」『国境を越える知的財産』信山社(2005年)164頁。
- (59) 石黒・前掲注(58)174頁。
- (60) 石黒・前掲注(58)177頁。
- (61) 金彦叔『知的財産権と国際私法』中山信弘編 財団法人 知的財産研究所 信山社(2006年9月)166頁。
- (62) 金・前掲注(61)170頁。
- (63) 中川・前掲注(5)78頁。
- (64) 中川・前掲注(5)84頁。
- (65) 中川・前掲注(5)84頁。
- (66) 中川・前掲注(5)88頁。
- (67) 山本桂一「判例評釈」『著作権判例百選』有斐閣 別冊ジュリストNo. 91(1987年2月)209頁。
- (68) 高桑昭「英字新聞の日本語抄訳の作成頒布差止の仮処分が認められた事例——東京高判平成6年10月27日」ジュリスト1090号(1996年6月)168参照。
- (69) 駒田泰土「IV. インターネットの普及に伴う知的財産侵害をめぐる諸問題 2. インターネットによる著作権侵害の準拠法」『知的財産紛争と国際私法上の課題に関する調査研究』財団法人知的財産研究所(2000年3月)105頁参照。同「第4章 準拠法・裁判管轄 プロバイダーの責任——国際裁判管轄/準拠法問題」『「電子商取引時代における著作権問題の研究」委員会—サービス・プロバイダーの責任—中間報告書』社団法人著作権情報センター(2000年12月)59頁参照。
- (70) 駒田・前掲注(69)74頁参照。
- (71) 駒田・前掲注(69)75頁。
- (72) 實川和子「ドイツ国際私法における著作権侵害の準拠法に関する一考察」青森中央学院大学研究紀要第3号(2001年3月)227頁参照。
- (73) 申美穂「国際的な知的財産権侵害事件における抵触理論について(一)」法学論叢 京都大学法学会誌 154巻2号78頁。
- (74) 申・前掲注(73)77頁。

-
- (75) 申美穂「国際的な知的財産権侵害事件における抵触法理論について(二)・完」法学論叢京都大学法学会誌 154 卷 3 号(2003 年 12 月)97 頁。
- (76) 駒田泰土「合衆国で適法に販売されたビデオカセットの輸入、販売の許否」ジュリスト 1117 卷(1997 年)210 頁。
- (77) 駒田・前掲注(76)211 頁。
- (78) 駒田・前掲注(76)211 頁。
- (79) 駒田泰土「著作者の権利の性質決定と法律の抵触」筑波大学博士(法学)学位論文(1998 年)375 頁。
- (80) 駒田・学会報告要旨 4-5 頁。
- (81) 駒田・前掲注(80)6 頁。
- (82) 駒田・前掲注(80)6 頁。
- (83) 駒田・前掲注(80)6-7 頁。
- (84) 駒田・前掲注(80)7 頁。
- (85) 駒田・前掲注(80)7 頁。
- (86) 野村美明「3 日本の知的財産権判例における保護国法の意義」木棚照一編『知的財産の国際私法原則研究——東アジアからの日韓共同提案——』早稲田大学比較法研究所叢書 40 437 頁。
- (87) 『法例の見直しに関する諸問題(2)——不法行為・物権等の準拠法について——』法例研究会別冊 NBL、No. 85 商事法務(2003 年)92 頁。
- (88) 前掲注(87)96-97 頁。
- (89) 前掲注(87)92-99 頁。
- (90) 『法の適用に関する通則法関係資料と解説』別冊 N B L 編集部編 商事法務(2006 年)90-91 頁。
- (91) TKC 法律情報データベース 文献番号 25442859
- (92) TKC 法律情報データベース 文献番号 25443536
- (93) TKC 法律情報データベース 文献番号 25443793
- (94) TKC 法律情報データベース 文献番号 25444183
- (95) TKC 法律情報データベース 文献番号 25444909
- (96) TKC 法律情報データベース 文献番号 25445207

(97) TKC 法律情報データベース 文献番号 25445635

(98) 道垣内・前掲注(8)175頁。

(99) 澤木敬郎・道垣内正人編『国際私法入門(第6版)』(2007年)275頁。

(100) 嶋拓哉「日本における中国著作権侵害に関する準拠法について——テレビドラマ『苦菜花』事件——」知的財産法政策学研究 Vol. 31(2010年)289頁。

(101) 嶋・前掲注(100)295頁。。

(102) 木棚照一『国際知的財産法』日本評論社(2009年)388-389頁。

(103) なお、別の論文において木棚教授は、知的財産権侵害について、次のように論じている。すなわち、木棚教授によれば、「内国民待遇は、あくまで外人法上の原則に過ぎず、そこから導かれるのはせいぜい一方的抵触規定に過ぎず、そこから直ちに国際私法規定を導くことは困難である。……独立の原則は、いったん成立した工業所有権が他国の工業所有権の運命によって左右されてはいけないという実質法上の原則に過ぎず、保護国法の原則をその中に含むものではない。知的財産権を公法関係に含ませる見解は、古い時代の特権理論を髣髴させるものであり、妥当ではない。少なくとも成立した知的財産権が財産権として国際私法の規律対象になることは今日では広く認められている。また、確かに、沿革的に見れば知的財産権の問題は国際私法上物権の問題との関連で位置づけられることが多い。しかし、法例10条は、犠牲的所在地を基礎とする動産不動産区別主義を克服して動産不動産統一主義を採るものであるから、有体物に関する物権をその現実的所在地の法によろうとする規定であり、無体物である知的財産についてまで所在地を擬制して適用すべき性質の規定と解釈されるべきではない。また、保護国法の原則は遠隔的に認められてきた知的財産権の属地性を国際私法的に表現したものであるから、単に利益考量のみで保護国法の原則を基礎づけることも妥当とはいえない。結局知的財産権条約は同盟国の自主的決定を尊重しながら、同盟国がこれと異なる決定をしない限り認められる暗黙の前提として保護国法の原則が認められているとみるべきであろう。……知的財産権侵害は、素直にみれば不法行為と考えられるべきである。(木棚照一「国際的な知的財産紛争の準拠法」民事法研究会L&T16号(2002年7月)54-56頁。)と。したがって、木棚教授の見解によれば、内国民待遇は外人法の規定であり抵触法上の規定ではないとして、実質法上の原則である、この原則によってベルヌ条約が抵触法規定であるとすることはできず、すなわち、ベルヌ条約が抵触法規定を含んでいないとし、法廷地国際私法によって準拠法の決定がなされる

ものとする。この場合に適用される規定として不法行為準拠法によるのが妥当であると解される。

(104) 金彦叔「知的財産権の国際的保護と法の抵触(3)」法学教会雑誌 126 巻 10 号(2009 年) 29 頁。

(105) 金彦叔「知的財産権の国際的保護と法の抵触(4)」法学教会雑誌 126 巻 11 号(2009 年) 112 頁。

(106) 金・前掲注(105)126 頁。

(107) 金・前掲注(105)126 頁。なお、これに続けて、特許権の場合を例に挙げて、「侵害事件の場合、自然な形で登録国が保護国となるのは、特許権の侵害行為の全体が登録国の領域内でなされ、かつ、その登録国で訴訟が提起された場合であろう。したがって、直ちに侵害地または登録国を保護国とすべきではなく、事案の諸事情に照らしてそれを探求し、当該紛争事実関係を考慮した場合、どこの知的財産法秩序に center of gravity があるかを柔軟に判断していくべきであろう。もちろん、この場合にも、条約に基づく実質法上の属地主義の原則の制約をうけることになる。」(金・同前 126 頁)とし、個別具体的に最密接関係地への連結を検討していくべきものとする見解を示している。

(108) 駒田泰土「著作権に係る抵触法の領分と実質法の領分」コピーライト 2013 年 6 月号(2013 年 6 月)11-12 頁。

(109) 駒田・前掲注(108)12-13 頁。

(110) 駒田・前掲注(108)13 頁。

(111) 前田実紀「著作権法における域外適用アプローチと準拠法アプローチ」『国際私法年報14』(2012年)190頁。

(112) 三井・前掲注(22)148 頁。

(113) この点に関して、作花教授によれば「刑法施行法 27 条 1 号において、著作権法に掲げている罪は刑法第 3 条の例に従うと規定されている(因みに、同号では他に『移民保護法ニ掲ゲタル罪』が規定されている)。そして、刑法第 3 条では日本国外において所定の罪を犯した日本国民に刑法を適用することとしている。つまり、日本国民が外国において日本国著作権法の罰則に規定する罪を犯した場合には、日本に帰国したときに、公訴時効期間内であれば、しょぼつされることになる。同条では、現在建造物放火罪や強制わいせつ罪、強姦罪、殺人罪、傷害罪、名誉棄損罪、窃盗罪、強盗罪、詐欺罪などの罪が掲げられてい

る。これらの罪と並んで、なぜ知的財産権の中でも、著作権法だけがこのような取扱いを受けているのか、必ずしも判然としない。これは、ベルヌ条約上の属地主義とは次元を異にする問題だとおもわれるが、……。」(作花・前掲注(28)661頁)と指摘しているが、このような解釈がされることこそ日本の著作権法自体が本国法主義を採用していることの現われであるからであり、保護国法主義に立つから稔然としないと言う結論に至るのであり、本国法主義によれば当然の帰結なのである。

⁽¹¹⁴⁾ 従来議論として、保護国法主義を支持する見解の中には、ベルヌ条約が属地主義を採用していることを根拠に保護国法主義を導き出すという見解が見受けられる。つまり、保護国法主義によれば、ある国で成立した著作権の効力は他国に及ばない、また、ある国で成立した著作権の効力を他国において承認しないという理解の下に成り立っているとの理解である。なお、国際私法における属地主義の原則の一般的な理解としては、いわゆる「公法の属地性の原則」である。その原則についてはこれまでおよそ二つの理解が示されていたといわれている。一方で、一国の「公法」はその国の領土内において生じた事実関係を規律するが、領土外で生じた事実関係を規律しないという理解である。他方で、一国の「公法」はその国の裁判所によってのみ適用され、一国の裁判所は外国の「公法」を適用しないという理解である(『国際関係法辞典(第2版)』国際法学会編 三省堂(2005年)564-565頁)。では、知的財産権に関する属地主義の理解とはどのようなものであろうか。すなわち、「属地主義とは、知的財産権法の効力が各国の領域内に限定されることを指す。」(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——上智法学論集 45 卷 1 号(2001年9月)2頁。)という理解である。通説の見解としては、「第一に、各国知的財産権の発生、変動、消滅については各国の自由に定めうる国内法に委ねる。この第一の意義における“属地主義”は、各国が内国における知的財産権の保護を内国法に基づき外国法に委ねることも、国内法の効力を外国に及ぼす旨規定することも妨げない。……第二に、一国で付与した知的財産権の効力はその国の統治権の及ぶ範囲に限られる。……第三に、各国は、外国の法律によって認められた知的財産権を自国の領域内において承認しない。」(小泉・同前6頁。)ということであるとされる。そして、「原則として、ある国で発生した知的財産権はそれ以外の国で権利として認められるということはない。同じ知的財産権に関わるものであっても、各国の知的財産権はそれぞれ異なる権利であり、ある国は実質法上、自国の知的財産権のみを保護するのであって、他国における保護

を考慮することはない。すなわち、既定の事実ないし現象として、ある国の知的財産権はその国でのみ発生し、結果としてその効力はそれが発生した国の領域内に限られる、と考えられている。このような権利の効力の属地性の意味における属地主義は、実質法に属するものであると考えられるから、一般に実質法的意義における属地主義ないし実質法上の属地主義と呼ばれている。他方、知的財産権の属地主義は、単に効力が属地的に制限されるという意味のみならず、知的財産権のかかわる問題は保護が求められる国(保護国法)によって規律するという抵触法上の原則(保護国法主義)をも含むものと解されてきた。(申・前掲注(73)79-80頁。)と。すなわち、属地主義の原則には、大きく分けて、実質法上の属地主義と、抵触法上の属地主義があり、一方、前者は、①一國で成立した著作権の効力はその国の領土内にしか及ばないという意味と、②一國で有効に成立した著作権の効力が他國に及んだ場合でもその効力を承認しないという二つの意味を含んでいる。他方、後者は、実質法上の属地主義の原則から導かれる原則であり、「内國抵触法は外國の抵触法を指定せず、内國の実質法の適用範囲だけを確定すべきである」(『國際關係法辭典(第2版)』國際法學會編 三省堂(2005年)627頁。)と理解される。これをもって保護國の國際私法は保護國の著作権法を適用することの根拠となる。ゆえに、属地主義によってベルヌ條約が抵触法上の規定を含むとする保護國法主義が導かれる。この点に関して、金准教授によれば、「保護國法主義のみならず、本源國法主義も権利の独立性を意味する実質法上の属地主義の原則を前提にしていると解することもできようが……。」(金・前掲注(61)94頁。)と理解されているが、この点に関しては、権利付与國法主義と著作権の効力についての普遍主義の組み合わせであると思われる。さらに、属地主義の理解に関して、横溝教授によれば、「1908年にこの原則が導入されたのは、普遍主義的前提をとる本源國法説を否定するためであった。すなわち、各加盟國が、本國で成立した著作権の存在を(とりわけ既得權理論に基づいて)承認することを義務付けられないようにするためであった。この点から導かれるのは、著作権独立の原則の趣旨は、外國で成立する主觀的權利を自動承認しないことに過ぎないということである。」(横溝・前掲注(22)464頁。)と指摘されている。しかしながら、思うに、自動的に承認しないということは、すなわち一定の要件を具備した場合には承認することもあるということであり、各國の裁量に委ね、内國民待遇の限度で承認するように義務付けたものである。また、ここで述べられている内容は属地主義を採用するのではなく、効力を承認するかしないかといった内容のことで、それを保護國が自由に決め

られるかということである。このように考えるならば、横溝教授自身が述べている見解から導かれる帰結は本源国法主義を採用した場合に導かれる帰結そのもののように思われ、動産物権の所在地変更のルールと類似の原則を構成しているのではないだろうか。さらに、横溝教授によれば、「属地主義の原則、或いはその一要素である著作権独立の原則をこのように解するならば、条約上各国に課される義務は、外国で成立した知的財産権の内国での効力を当然には認めないといことに過ぎないように思われる。すなわち、この原則は、各国が自国の知的財産権の成立・移転・消滅に外国での法的状況を考慮することを妨げるものでは決してないのである。さらに、この原則が外国知的財産権の異同承認を迫られる加盟国の裁量を尊重するために成立したということからすれば、その趣旨に照らし、各国が相互に特別の取極に基づいて相手国で成立した著作権を承認したり、或いは、国内法によって積極的に外国法を適用し自国において著作権を成立させたり、一定の手続的要件の下に外国著作権の承認を行うとしても、必ずしもこれを妨げるものではないと解釈することも、十分可能であると考えられる。以上のように、ベルヌ条約において著作権独立の原則から導かれるのは、各国が外国で成立した著作権を承認する必要はないという裁量のみであり、何らかの義務を負うと考えることは出来ないと考える。尚、外国法や外国で成立した権利の承認という局面でこの原則を理解した場合、そこから準拠法選択規則が導かれることがないのは言うまでもないだろう。」(横溝・前掲注(22)464-465頁。)と。このような横溝教授の表現からは、原則として本源国法主義により、内国民待遇の限度で承認していることを述べている事に繋がるのではないかとと思われる。すなわち、本国で成立した著作権を自動的に承認しないと述べているにすぎないのであって、裏を返せば場合によっては承認することもあることを述べているのである。したがって、以上のような理解によれば、ベルヌ条約は属地主義を採用するものではなく、普遍主義を採用しているものであると考えられる。なお、著作権法における普遍主義と、ベルヌ条約における普遍主義とは意味するところが異なることを付言しておきたい。すなわち、著作権法上の普遍主義の理解としては、刑法施行法 27 条 1 号の規定刑法 3 条の積極的属人主義の規定を、日本人による著作権侵害が非同盟国たる外国で行われた場合に、外国における著作権侵害に対し、日本で成立した著作権の効力が他国に及ぶということを前提としているものである。このことは、日本人が国外で行った著作権侵害に対して域外適用を認め、効力については普遍

主義を前提としており、このことをもって本源国法主義が導かれるが、一方的抵触規定、すなわち日本の著作権法の適用範囲のみを決定するものである。

(115) 現行の法適用通則法の下でも、同様の見解が主張されている。すなわち、高部氏によれば、「損害賠償については、法律関係の性質は不法行為であり、法の適用に関する通則法17条により、『加害行為の結果が発生した地の法』が準拠法となる。また、差止請求については、特許権と異なり『登録国』は存在しない。これに相当するのは、ベルヌ条約5条(2)の『保護の範囲及び著作権者の権利を保全するために著作権者に保障される救済の方法は、この条約の規定によるほか、専ら、保護が要求される国の法の定めるところによる』旨の規定である。」(高部眞規子「渉外的著作権訴訟の論点」野村豊弘、牧野利秋編『現代社会と著作権法』(2008年)130頁。)と。また、別の箇所において、「差止請求については、ベルヌ条約の『保護が要求される国』、損害賠償請求については、法の適用に関する通則法17条にいう『加害行為の結果が発生した地の法』(法例11条1項にいう『原因タル事実ノ発生シタル地』)がいずれの国であるかの問題に帰着する。」(高部・同前133頁。)と解されている。

第5章 インターネットにおける著作権侵害の準拠法

第1節 はじめに

通信技術の発達により世界規模での通信ネットワークを通じた情報の送信・伝達が行われている⁽¹⁾。このような時代にあつて、ある者の知的創作によって作成された著作物が他の者によってインターネットを介して侵害されるといった問題が深刻になり、その準拠法の決定に関しての議論が過熱している。例えば、A国人X(著作権者)がA国で最初にデータをA国のサーバー甲にアップロードした場合である。それを、日本で日本人Y(利用行為者)が無断でダウンロードし、YのPC上に蓄積した。さらに、それをYが日本のサーバー乙にアップロードし送信可能な状態においた。続いてB国人Zが①これを日本で受信しダウンロードした場合、②B国で受信しダウンロードした場合である。まず、Yによるダウンロード行為については複製権侵害が、次に、Yが送信可能な状態に置いた行為については、YによるXの送信可能化権の侵害が、Yによる送信行為については、YによるXの公衆送信権の侵害が、さらに、Zによる日本でのダウンロード行為、B国でのダウンロード行為については、ZによるXの複製権の侵害が問題となる。このような場合に、各々の侵害行為について、いずれの国の法を適用して問題の解決に当たるのが法的に妥当であろうか。このよ

うな事例に関して、本稿では、まず、「法例」における議論状況として判例・学説の展開を跡付け、次に、「法適用通則法」における議論状況として判例・学説の展開を跡付け、さらに、総括的な考察を行い、また、具体的な事例を挙げて検討し、おわりに、検討の成果をまとめることにしたい。

第2節 「法例」下における議論状況

以下では、インターネットにおける著作権侵害の問題に関する「法例」の下での判例および学説の見解を論じることとする。

第1款 判例

「法例」下における判例としては、1. インターネットにおける著作権侵害の準拠法に関する判例と、2. 放送における著作権侵害の準拠法に関する判例とに大別される。

放送における著作権侵害の準拠法の決定に関しても、インターネットにおける著作権侵害の準拠法の決定の場合と同様に、公衆送信権侵害が主要な争点となり、放送における場合も、インターネットにおける場合と同様に考えることができることから、判例の内容をインターネットにおける著作権侵害の準拠法に関する判例と、放送における著作権侵害の準拠法に関する判例とに区別して論じることとした。

1. インターネットにおける著作権侵害

「法例」下でのインターネットにおける著作権侵害の準拠法の決定に関する判例として、「ファイルログ事件」（東京高裁平成17年3月31日判決）が挙げられる。

「ファイルログ事件」 東京高裁平成17年3月31日判決

1 事実の概要

事案の概要は以下の通りである。

原審において認められている事実としては、日本法人である原告 X(著作権者：被控訴人)が最初に音楽著作物の MP3形式に係る電子ファイル(原判決添付の楽曲リスト(以下『本件楽曲リスト』という。))記載の楽曲の音楽著作物(以下『本件管理著作物』いう。))をカナダのサーバーにアップロードした。それを日本で日本法人である被告有限会社 Y(利用行為者：控訴人会社)が無断でダウンロードし、同社が「ファイルログ」(File ROGUE)という名称

で運営する電子ファイル交換サービスにより送受信された。XはYに対して、送信可能化権および自動公衆送信権を侵害するとして、著作権侵害に基づく差止請求および損害賠償請求をした。この点に関して、原審においては、「本件楽曲リスト」記載の楽曲の「本件管理著作物」について、控訴人会社Yが被控訴人Xの著作権を侵害していると認定した上で、MP3形式に係る電子ファイルの送受信の差止めを命じ、控訴人らに対する損害賠償請求についてその一部を認容した。そこで、控訴人会社Yらが敗訴部分について控訴した事案である。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

インターネットにおける著作権侵害の準拠法の決定に関して、「控訴人会社は日本法人であり、控訴人会社サイトは日本語で記述され、本件クライアントソフトも日本語で記述されていることから、本件サービスによるファイルの送受信のほとんど大部分は日本国内で行われていると認められる。控訴人会社サーバがカナダに存在するとしても、本件サービスに関するその稼働・停止等は控訴人会社が決定できるものと本件サービスにおける著作権侵害行為は、実質的に日本国内で行われたものといえることができる。そして、被侵害権利も日本の著作権法に基づくものである。上記の事実からすれば、本件においては、条理(差し止め請求の関係)ないし法例11条1項(不法行為の関係)により、日本法が適用されるものというべきである。」⁽²⁾として本件各控訴を棄却した。

したがって、本判決の見解としては、インターネットにおける著作権侵害の準拠法の決定に関して、著作権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求とを区別し、差止請求については、法例に規定がなく法の欠缺が存在するとして条理によって侵害行為地国法を適用し、著作権侵害に基づく損害賠償請求については不法行為準拠法(法例11条)によるとした。

2. 放送における著作権侵害

なお、インターネットにおける著作権侵害の準拠法に関する判例ではないが、同じく公衆送信権が問題となった判例としては、(1)「北朝鮮映画無許諾放送事件①」(知財高裁平成20年12月24日判決)、(2)「中国ドラマ CS デジタル放送事件」(東京地裁平成21年4月30日判決)が挙げられる。

(1)「北朝鮮映画無許諾放送事件」 知財高裁平成20年12月24日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

本件は、非同盟たる朝鮮民主主義共和国国民たる著作権者 X が同国で最初に作成した映画の映像の一部を利用行為者 Y が日本でその放送に係るニュース番組において無断で使用した。この行為に基づいて、著作権者 X の著作権(公衆送信権)を利用行為者 Y が侵害するおそれがあるとして、放映の差止めおよび不法行為に基づく損害賠償を求めた事案の控訴審である。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

インターネットにおける著作権侵害の準拠法の決定に関して、原審の判決を次のとおり改めている。すなわち、「(1)控訴人輸出入社の差止請求は、同控訴人が北朝鮮の法人であり、また、北朝鮮の著作物についての著作権に基づく請求であるという点で、渉外的要素を含むものであるから、準拠法を決定する必要がある。我が国が加入しているベルヌ条約5条(2)第3文は、『したがって、保護の範囲および著作権者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法は、この条約の規定によるほか、専ら、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる。』と規定しているところ、この規定は、著作権の『保護の範囲』および『著作者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法』という単位法律関係について、『保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる』という準拠法を定める抵触規則であると解される。そして、著作権に基づく差止請求の問題は、『著作者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法』であると性質決定することができるから、ベルヌ条約によって保護される著作物の著作権に基づく差止請求は、同条約5条(2)により、保護が要求される同盟国の法令、すなわち同国の著作権法が準拠法となる。もともと、本件においては、北朝鮮の著作物が我が国との関係でベルヌ条約3条(1)(a)によって保護される著作物に当たるか否かが争われており、このような場合にベルヌ条約5条(2)の抵触規則を適用して準拠法を決定することができるのかどうか問題となり得るところである。しかしながら、ベルヌ条約の加盟国数は、平成20年12月現在、全世界163か国にも及んでおり、我が国とこれら多くの加盟国との間においては、著作権に基づく差止請求という法律関係については同条約5条(2)の定める抵触規則が適用されること、この抵触規則は、

世界の多くの加盟国において適用される国際私法の規則となっていることおよび著作権の属地的な性質からすれば、保護が要求される国の法令を準拠法とすることに合理性があること等に鑑みれば、ベルヌ条約で保護されない著作物についても、上記抵触規則を適用ないし類推適用して保護が要求される国の法令を準拠法と指定することが相当である。したがって、ベルヌ条約によって保護される著作物に当たるかどうか争われている北朝鮮の著作物に係る著作権に基づく差止請求についても、ベルヌ条約5条(2)の定める抵触規則が適用ないし類推適用されるから、控訴人輸出入社の差止請求については、我が国の著作権法が適用されると解すべきである。また、控訴人らが損害賠償請求において主張する被侵害利益は、北朝鮮の著作物に係る著作権ないしその利用許諾権(以上、主位的請求)あるいは北朝鮮の著作物という知的財産の利用により享受し得る要保護性のある法的利益(予備的請求)であるという点で、いずれも渉外的要素を含むものであるから準拠法を決定する必要がある。上記法律関係の性質は不法行為であるから、準拠法については、法例11条1項(法適用通則法附則3条4項により、なお従前の例によつて、法例の規定が適用される。)によって決すべきである。そして、同条項にいう『原因タル事実ノ発生シタル地』は、控訴人らに対する権利ないし法的利益の侵害という結果が生じたと主張されている我が国であるというべきであるから、本件における損害賠償請求(主位的・予備的とも)については、民法709条が適用される。」⁽³⁾と。

したがって、本判決によれば、著作権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求を区別した上で、前者についてはベルヌ条約5条2項により保護国法を適用し、これに対して、後者については、ベルヌ条約に規定が無いとして法例11条により不法行為地法によるとの理解である。

(2)「中国ドラマ CS デジタル放送事件」 東京地裁平成21年4月30日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

中国において放送事業を営むことを目的とする中国法人である原告 X が同国で本件ドラマを最初に作成し放送した。電気通信役務利用放送事業者である被告 Y1 およびその委託を受けた被告 Y2 は、日本で、原告 X が著作権を有する本件ドラマの CS デジタル放送を行った。この行為に基づいて、原告 X は被告 Y らに対して、本件ドラマの著作権(公衆送信権)を侵害したとして、著作権侵害の不法行為に基づく損害賠償等を求めた事案である

2 判旨

判旨は以下の通りである。

インターネットにおける著作権侵害の準拠法の決定に関して、「本件は、中国法人である原告が、日本法人である被告らに対し、中国のテレビドラマである本件ドラマの著作権侵害に基づく損害賠償及び差止めを求める点において、渉外的要素を含むものであるから、準拠法を決定する必要がある。本件ドラマは、中国法人である北京華録ほか1社が撮影制作した映画の著作物であり前記第2の2(2)ア)、その著作者が中国法人であることに争いが無いものと認められ、また、中国はベルヌ条約の『同盟国』であるから、ベルヌ条約3条(1)(a)及び著作権法6条3号により、本件ドラマは、我が国の著作権法の保護を受ける。原告の著作権侵害に基づく差止請求は、ベルヌ条約5条(2)により、『保護が要求される同盟国の法令』の定めるところによることとなり、我が国の著作権法が適用される。また、原告の著作権侵害に基づく損害賠償請求については、その法律関係の性質が不法行為であると解されるから、平成18年法律第78号附則3条4項により、なお従前の例によることとされた同法による改正前の法例11条によってその準拠法が定められることになる。そして、本件において、『原因タル事実ノ発生シタル地ノ法律』(同条1項)は、本件ドラマの放送が行われたのが日本国内であること、我が国の著作権法の保護を受ける著作物の侵害に係る損害が問題とされていることから、日本の法律と解すべきであり、日本法が適用される。」⁽⁴⁾と。

したがって、本判決の見解によれば、著作権侵害に基づく差止請求に関しては、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとして、ベルヌ条約5条2項により保護国法として日本法が適用されるとの理解である。他方、損害賠償請求の準拠法に関しては、ベルヌ条約が抵触法規定を含んでいないとして、法廷地国際私法により、不法行為準拠法(法例11条)により、放送地法たる日本法が適用されるとの理解である。

第2款 学説

以下では、インターネットにおける著作権侵害の準拠法に関する「法例」下における学説の見解を論じることとする。学説の見解は、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとする見解と、ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとする見解とに大別される。

1. ベルヌ条約が抵触法規定を含むとする見解

保護国法説

ベルヌ条約が抵触法規定を含むとして保護国法説を採用する見解は、さらに、(1) 発信国法主義、(2) 受信国法主義、(3) 著作権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求の問題を区別して、前者については属地主義により保護国法(権利付与国法)を適用し、後者については不法行為準拠法によるとする見解、(4) 原則として発信国法によるが、例外的に受信国法によるとする見解、(5) 最も密接な関係を有する国の法によるとする見解とに分けられる。

(1) 発信国法主義

インターネットにおける著作権侵害の準拠法の決定に関して、ベルヌ条約が抵触法規定を含み、保護国を発信国であるとする見解を採用するものとして、まず、道垣内教授の見解が挙げられる。すなわち、道垣内教授によれば、インターネット上で他人の著作物を無断で使用するといった不法行為や著作権侵害の問題について、「『サイバースペースにおける』不法行為・著作権侵害と捉えるか、『インターネットを通じた』不法行為・著作権侵害と捉えるかによって、導かれる解に大きな違いが生じてくる。……筆者の立場はこれとは異なる。法律問題は現実世界で生じていると考えるべきであり、あくまでも、『インターネットを通じた』不法行為・著作権侵害と考えるべきである。」⁽⁵⁾とし、インターネットを通じた著作権侵害であると捉えている。さらに、インターネットを通じた一般の不法行為の準拠法について次のように隔地的不法行為について述べている。すなわち、「インターネットにアクセスできる法域が損害発生地であって、そのもととなる情報をどの国でアップロードしたかにかかわらず、そのアップロード行為と損害発生とを一体として捉えて損害発生地法により評価するのである。」⁽⁶⁾と。この点を踏まえたうえで、著作権侵害の準拠法について「著作権侵害についての準拠法は、ベルヌ条約5条等に組み込まれた国際私法ルールにより『保護が要求される国の法』すなわち、保護の対象となる事象が発生した国の法律である。」⁽⁷⁾として保護国法主義を採用し、インターネットにおける著作権侵害に関しては、「外国において作者の許可なくインターネットに接続しているコンピュータに作品をアップロードし、日本の公衆からの求めに応じて自動送信可能な状態にした場合には、当該外国法がその事象についての準拠法ということになる、そして、当該外国法が未だ送信可能化権を作者の権利として作者は保護を求めることはできないとい

う結論に至ることになる。もちろん、日本で生じた事象について保護を求めることについては日本法が準拠法となる。しかし、日本法上も、公衆がインターネット上のホームページにアクセスして無断でそこに掲載されている作品を鑑賞することを禁ずることはできない。」⁽⁸⁾と。すなわち、道垣内教授によれば、WIPOの準用しているベルヌ条約が保護国法主義を採用していると考え(ベルヌ条約5条2項)、利用行為者の立場に立ち、複製行為に関しては、侵害地国の法を適用している。さらに、公衆送信権に関しては、著作者が契約しているサーバーにアップロードされている著作物をダウンロードした利用行為者がさらに自身の契約しているサーバーにアップロードし公衆送信可能化の状態にした地である発信国を侵害地国とし、その国の法を適用するものである。

次に、同様の見解を採用するものとして、駒田教授の見解が挙げられる。すなわち、駒田教授によれば、「それゆえ、送信可能化権は、著作物がウェブ上で利用される場合には、著作者にとってとくに強力な武器となるであろう。しかし送信可能化という利用行為は、いかように解釈しようとも、発信国の領域内で行われるものと解さざるをえないのではなかろうか。そうすると、送信可能化という利用行為の保護がその領域について要求される国(保護国)とは、サーバーの所在地—発信国—とならざるをえないであろう。つまり、属地主義の原則からすれば、発信国以外の国の法がこの権利の準拠法とされる余地はないのである。したがって、ネットワークカーは、コピーライト・ヘブンを探しあて、そのサーバー上にわずかな操作でコンテンツをシフトするだけで、著作者から効果的にこの権利を奪いさることができよう。」⁽⁹⁾と。したがって、駒田教授によれば、インターネットにおける著作権侵害について属地主義の原則を根拠に保護国法によるとし、保護国の内容は発信国であると解される。

(2) 受信国法主義

インターネットにおける著作権侵害の準拠法の決定に関して、ベルヌ条約が抵触法規定を含み、保護国を受信国であるとする見解を採用するものとして、まず、道垣内教授の見解が挙げられる。すなわち、道垣内教授によれば、「インターネットを通じた著作権侵害、たとえば、A国でコンピュータに他人の著作物を無断でアップロードし、世界中からアクセスできるようにした場合に、いずれの国の法律によって著作権侵害の有無・効果を判断するかを検討する。なお、この場合、A国での複製行為、ダウンロードするB国等での複製行為について、それぞれA国法、B国法等が適用されるのは当然であり、問題は、自動

公衆送信権(WIPO 著作権条約8 条、日本の著作権法23条)といったタイプの支分権において顕著に表れる。基本的な考え方としては名誉毀損の場合と同じである。どの大きさと1つの著作権侵害を捉えるかが決め手であり、上記のような場合に重要な点はそのアップロード行為によって世界中からアクセスできる状態を作出したことにあり、それを含めて一体として対象を捉えるべきであると解される。そうすると、その侵害発生地国はアクセスしてくる各国であり、複数の著作権侵害が同時に発生しており、それぞれの国における損害についてそれぞれの著作権法を適用することになる。」⁽¹⁰⁾と。したがって、道垣内教授によれば、各国で他人の著作物を無断でアップロードする複製権の侵害行為に関しては保護国法により各侵害行為地法の適用となるが、自動公衆送信権については、受信行為すなわち、行為者がサーバーにアップロードしたデータを受信者がダウンロードした行為を侵害行為とみなし受信国の法を適用するものであると解される。

次に同様の見解を採用するものとして、茶園教授の見解が挙げられる。すなわち、茶園教授によれば、複製行為に関して、「著作物がサーバーにアップロードされるときには、通常、①その著作物がサーバーに蓄積される。これは著作物の複製物であり、複製権を侵害するかどうかの問題となる(ベルヌ条約9条1項、わが国著作権法21条参照)。②アップロードされた著作物はサーバーにアクセスするユーザーに送信されるが、③ユーザーによるブラウジングの際に、その著作物はユーザーのコンピュータ・メモリー上に一時的に蓄積される。さらに、ユーザーはハードディスク等にダウンロードすることもある。これらについても複製権侵害が問題となる。複製権が認められている理由は、作成された複製物によって著作物の需要が満足されることに対する対価を著作者に与えることにある。この需要の満足は複製物が作成されて存在する場所で生じることから、複製行為はその場所で行われると解される。よって、①についてはサーバー所在地法が、③についてはユーザー所在地法が準拠法となる。」⁽¹¹⁾とし、送信行為に関して、「公衆に対する伝達(送信)について権利が認められているのは、送信自体を問題としているからではなく、発信された著作物が公衆に受信されることにより、当該著作物に対する需要が失われて、著作権者の利益を害するからである。著作権者の利益侵害は公衆の受信によって現実化するものであるから、公衆に対する伝達権(わが国法の公衆送信権)は受信国において侵害されているというべきである。さらに、WIPO 著作権条約8 条については、締約国は公衆に対する伝達権以外の、頒布権等の適用によっても実施することができると解されているが、頒布権を及ぼす場合には、頒布先の国つまり受信国の法を準拠法とするのが自然であろう。」⁽¹²⁾と。したがっ

て、茶園教授によれば、複製行為と送信行為を区別し、複製行為については、著作物がサーバーにアップロードされたサーバー所在地法を適用し、ユーザーがダウンロードする或いはサーバーに蓄積する時にはユーザー所在地法を準拠法とし、送信行為に関しては受信国法を適用する。

また、別の論文においても茶園教授によれば、知的財産権に属地主義の原則が妥当し、ベルヌ条約5条2項によって、保護の範囲および著作権者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法も保護国法によることを明らかにした上で⁽¹³⁾、インターネットにおける著作権侵害においてWIPO著作権条約がベルヌ条約5条を準用していることから、「著作権法上の行為の把握方法として、著作権の権利内容が著作物の利用に係る特定の行為の態様に即して構成されていることに照らせば、著作権法では公衆への送信については発信行為が問題となると考えられよう。これに対して、公衆への送信行為について権利が認められているのは、送信自体を目的としているからではなく、発信された著作物が公衆に受信されることにより、当該著作物に対する需要が失われて、著作者の利益を害することによるとの理解に基づけば、著作者の利益侵害は公衆の受信によって現実化するものであるから、発信国と受信国が異なる場合には、著作権は受信国において侵害されているといえることができるであろう。」⁽¹⁴⁾として受信国法説を採用する。これに対して、発信国法説については、「発信国法説は、一般的に、準拠法が明確に定められるため、利用者に予測可能性を与え、侵害事件において準拠法の決定・適用を簡明なものにするといえよう。また、また権利処理が簡潔なものとなることによって、著作物の利用の促進に資するであろう。しかしながら、しばしば指摘されるように、著作権の保護の薄い国や著作権保護が全くない国におかれたサーバーから発信されることにより、他国における著作権の保護が迂回されてしまうという、いわゆるコピーライト・ヘブンの問題が生じる。また、ネットワークにおいては、発信国法説は必ずしも確実性をもって適用されえないとの批判もなされている。…しかし、この見解によれば、コピーライト・ヘブンに常居所を有する著作権者には救済が与えられないことになるが、それでいいかという問題があるし、そもそも保護国法主義から完全に逸脱することになり採用し難い。」⁽¹⁵⁾として、コピーライトヘブンの問題を取り上げ批判的な見解を示している。この点、受信国法説については、「受信国法説では、発信地がどこかは関係ないから、コピーライト・ヘブンの問題は生じないが、この説によると、多数の受信国の著作権法が適用されることになる結果、利用者の予測可能性が損なわれるという問題がある。」⁽¹⁶⁾としながらも、「受信国法説によっても、現実問題として、

適法に送信しようとする者と権利者は、準拠法に拘らずに多数の受信国を一括して交渉することができるから、適用される法律の数が多いことはあまり問題とならないだろう。そして、以下に見るように、侵害事件において、実際に提起される侵害訴訟、特に差止請求がどのようになるかを考えれば、受信国法説のデメリットはそれほど大きいものではないと思われる。」⁽¹⁷⁾として、利用行為者の予測可能性が損なわれることに言及しながらも、そのデメリットはそれほど大きくないと指摘している。したがって、茶園教授によれば、インターネットにおける著作権侵害について、WIPOの準用するベルヌ条約が抵触法規定を含むとして保護国法により、保護国の内容を受信国であるとして受信国法を採用するものであるとの理解である。

(3) 著作権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求の問題を区別して、前者については属地主義により保護国法(権利付与国法)を適用し、後者については不法行為準拠法(法例11条)による見解

著作権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求の問題を区別して、前者については属地主義により保護国法(権利付与国法)を適用し、後者については不法行為準拠法(法例11条)による見解を採用するものとして、山本隆司教授の見解が挙げられる。すなわち、山本隆司教授によれば、「著作権の性質に立ち返れば、著作権は市場に対する排他的支配権であり、差止請求権等はその本質的効果である。したがって、著作権侵害に基づく差止請求に対しては、ベルヌ条約5条2項の適用を待つまでもなく属地主義の原則によって、保護国法(権利付与国法)が適用される。これに対して、損害賠償請求権は、不法行為という一般的制度に基づく効果であって、著作権の直接の効果ではない。したがって、ベルヌ条約5条2項は、著作権の効果である差止請求等の準拠法を保護国法(権利付与国法)を規定するにとどまり、不法行為に基づく損害賠償請求権については規定していないと解すべきである。したがって、YがXの著作物を無断でA国からB国の公衆に向けて送信する場合を考えると、Xは、その著作物についてA国においてはA国法に基づいてA国著作権を保有し、同時にB国においてはB国法に基づいてB国著作権を保有する(=著作権の準拠法の問題)。YのA国における送信行為は、XのA国著作権の支配権である公衆送信権を(公衆送信権が送信行為を権利内容として構成しているならば)侵害し、これに対する差止請求権は保護国法であるA国法に基づいて成立する。他方、YのB国における公衆に受信させる行為は、XのB国著作権の支配権である公衆送信権を(公衆送信権が公衆に受信させる行為を権利内容

として構成しているならば)侵害し、これに対する差止請求権は保護国法であるB国法に基づいて成立する。」⁽¹⁸⁾と。さらに、公衆送信権侵害に基づく不法行為損害賠償請求権の成立については、「したがって、たとえば、①Aが日本からX国の公衆に向けて無断でBの著作物を送信した場合、日本が発信主義をとっていれば日本国公衆送信権の侵害が存在し、同時に、X国が受信国主義を採っていればX国公衆送信権の侵害が存在する。このとき、第一に、日本国公衆送信権の侵害に基づく不法行為については、行動地説をとっても結果発生地説(権利侵害の結果は日本において生じている)をとっても日本法を準拠法として損害賠償請求権が成立する。第二に、X国公衆送信権の侵害に基づく不法行為については、結果発生地法説をとればX国法を準拠法(法例11条2項)として、行動地説をとれば日本法を準拠法として、損害賠償請求権が成立することになる。また、②AがX国から日本の公衆に向けて無断でBの著作物を送信した場合、X国が発信主義をとっていればX国公衆送信権の侵害が存在し、同時に、日本が受信主義をとっていれば日本国公衆送信権の侵害が存在する。このとき、第一に、日本国公衆送信権の侵害に基づく不法行為については、結果発生地説をとれば日本法を準拠法として、行動地説をとればX国法を準拠法として(法例11条2項)として、損害賠償請求権が成立する。第二に、X国公衆送信権の侵害に基づく不法行為については、行動地説をとっても結果発生地説(権利侵害の結果はX国において生じている)をとってもX法を準拠法(法例11条2項)として損害賠償請求権が成立することになる。」⁽¹⁹⁾と。したがって、山本隆司教授によれば、インターネットにおける著作権侵害の準拠法の決定に際して、著作権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求についてそれぞれ異なる準拠法が適用されるとしている。一方で、差止請求については、WIPO著作権条約の準用するベルヌ条約が抵触法規定を含み保護国法により、保護国の内容を権利付与国であると解されている。他方で、損害賠償請求については、ベルヌ条約の適用範囲外であるとし、公衆送信をした国、された国の法がどのような主義を採用しているかをそれぞれの国の法で判断する。つまり、侵害の成立が、関係している複数の国で成立する可能性があるとし、その一つ一つに公衆送信権の侵害が認められている。

(4) 原則として発信国法によるが、例外的に受信国法によるとする見解

原則として発信国法によるが、例外的に受信国法によるとする見解を採用するものとして作花教授の見解が挙げられる。すなわち、作花教授によれば、基本的には情報発信地の法を準拠法として、当該法に基づく一元的な権利処理がなされるようにすべきであるが、

「コピーライト・ヘブンのように情報発信地が条約非加盟国である場合または当該送信行為に係る排他的権利の設定がなされておらず、発信行為について何らの規制もできない場合において、それを奇貨として送信者がそのような地にある情報発信設備を経由して著作物を送信する場合には、情報の発信行為ではなく、公衆への伝達行為に着目して権利行使を認めるべきである。また、公衆送信等に関して、本来、権利が働く地から無許諾で送信した者についても同様に扱うべきである」⁽²⁰⁾と。したがって、作花教授によれば、インターネットにおける著作権侵害について、WIPO 著作権条約の準用するベルヌ条約が抵触法規定を含み保護国法により、保護国の内容は発信国であるが、発信国を採用した場合にコピーライトヘブンが発生するような場合には受信国法を適用するものとされている。

(5) 最も密接な関係を有する国の法による見解

最も密接な関係を有する国の法による見解を採用するものとして、田村教授の見解が挙げられる。すなわち、田村教授によれば、「送信行為が主として念頭に置いている受信者層が特定国に集中していることが明らかな場合には、当該国の法が適用され、その他の場合には行為態様に鑑みて、最も関連の深い国の法を適用すべきであり、場合によっては複数の国の法の重疊的な適用が認められるべきであるとされる。」⁽²¹⁾と。したがって、田村教授によれば、インターネットにおける著作権侵害について WIPO 著作権条約が準用するベルヌ条約は抵触法規定を含むとし、最密接関係国法によると理解されている。

2. ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとする見解

ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとする見解は、さらに、(1) 不法行為準拠法(法例11条)説と、(2) 条理説に分けられる。

(1) 不法行為準拠法(法例11条)説

ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとして不法行為準拠法を適用する見解を採用するものとして、中山研究員の見解が挙げられる。すなわち、中山研究員によれば、「私見としては、不法行為地法に基づき、行動地法を原則とし、受信国法上保護が認められないものについては保護を認めないとし、またコピーライト・ヘブンなど保護が認められないまたは不十分な場合には別個の連結を考慮して補正的連結を採用し、行動地法と結果発生地法との調整を図るべきと考える。そして、ここで「行動地」は、従来行動地の欠点として主張

されていたサーバーの所在地に一元的によるものではない。インターネットの特性に鑑み、侵害者の「行動地」を機能的に特定する必要がある。インターネットにおいて事業に従事する企業や個人の行動地を柔軟に解釈し、その企業の活動範囲を対象としていた消費者や市場、地域、個人の活動を目指した地域などから限定していくべきであろう。この点、受信国法による見解とも類似すると思われる。しかしながら、受信国法が行為者の予測し得ない地域で侵害責任を問われる可能性が生じるのに対して、あくまで行為者の観点から、いかなる地域や場所を目的として視野に入れて活動していたか考察する点で、行為者の予測可能性を確保している。そして、活動がコピーライト・ヘブンを保護の存しないあるいは不十分な国の場合は補正的連結によって侵害者の所在地、被害者の常居所地や本拠地によることが妥当であろう。もっとも、情報伝達の仲介者としての責任を負うインターネット・サービス・プロバイダーについてはその責任の存否は本拠地法によるべきである。これは「域内市場における、特に電子商取引の情報会社のサービスの法的側面に関する欧州議会および欧州理事会の2000年6月8日の指令」(2000/31/EC)3条において採用されているルールである。そして、ユーザーとサーバーの責任については、一元的に同一の法によって判断することが必要になろう。ユーザーが音楽CDやDVDなどをファイルに圧縮し、インターネットにおいてサーバーを通じてウェブサイトにおいてアップロードし、サーバーが関与する場合は、サーバーと契約関係にない第三者たるユーザーの不法行為責任についてもサーバーで活動したと見て、サーバーの責任と同一の法によるべきである。さらに、システム製作者についてはその不法行為の行動地としてソフトウェアをアップロードしてユーザーに利用可能にした地、特定できなければその製作地として営業の本拠地法に依拠するのが妥当と思われる。ユーザーのダウンロード地による見解もあるが、そもそもソフトウェア製作者はソフトウェア製作時点でいかなる場所のユーザーにダウンロードされるかを予測し得ないのであり、妥当でない。さらに、ユーザー間で直接情報交換を行う Peer to Peer による情報交換の形態では、双方向の通信であり、行動地の具体的な特定は困難だが、それぞれファイル交換を行ったユーザーの所在地とするのが妥当である。」⁽²²⁾と。したがって、中山研究員によれば、WIPO 著作権条約が準用するベルヌ条約がインターネットにおける著作権侵害に関する準拠法決定の抵触法規定を含んでいないとし、法廷地国際私法によるものとする。この場合に適用される準拠法は、インターネットにおける著作権侵害を不法行為であると考え不法行為準拠法(法例11条)によるものとする。この点、不

法行為地の決定に関しては原則として行動地であるとし、例外的に侵害者の所在地、被害者の常居所地や本拠地によるとする。

次に、同様の見解を採用するものとして、野村教授の見解が挙げられる。すなわち、野村教授によれば、加害行為によって最終的には著作権者に財産的な損害が発生するのであり、この財産的な損害が発生した場所は被害者の常居所地であること、インターネットの場合、仮想的なサイバースペースで権利侵害が行われているのであり、そもそもどこで不法行為が行われているのか、加害者がどの場所でインターネットにアクセスしたかや、著作権侵害を侵害する情報が物理的にどこに存在するサーバーに蓄積されているのかはあまり大きな意味がないことから、被害者の常居所地を結果発生地として不法行為の準拠法を考えることができると解されている⁽²³⁾。

さらに、同様の見解を採用するものとして、駒田教授の見解が挙げられる。すなわち、駒田教授によれば、「ベルヌ条約は著作権の準拠法を含まないと解することができ、またこの解釈は実際上有用であると思われる。」⁽²⁴⁾として、「著作権侵害については、現行法例上とくに個別の特則もないことからすれば、一般の不法行為同様、11条によるべきである。」⁽²⁵⁾と。これを踏まえて、「第一に、著作権の効力が各国領域内に限定されるという属地主義には明確な根拠がない、第二に、この原則はインターネット等著作物の送信越境利用についての規整を困難にするため、むしろ廃棄されるべきである(単純に保護国法によるか、利用地法によるかといった方が害がない。)……第五に、差止めおよび損害賠償など著作権侵害の法的効果は、不法行為の問題と性質決定すべきである。第六に、インターネットによる侵害の場合に、その法的効果の準拠法を各受信国法とする立場に立つのであれば、各国法により評価の対象となる損害は必然的にその国で生じた損害に限られるというべきである。」⁽²⁶⁾と。したがって、駒田教授によれば、WIPO 著作権条約が準用するベルヌ条約は抵触法規定を含まず、インターネットにおける著作権侵害に関して法廷地国際私法を適用すると解される。すなわち、著作権侵害の有無と法的効果を区別し、前者は著作権自体の準拠法により、後者は不法行為準拠法が適用されるとの理解である。この点、著作権自体の準拠法に何がなるかは特に触れていないものと思われる。

(2) 条理説

この見解は、さらに、(a)アップロード地法による見解、(b)当事者自治の原則の拡張による見解、(c)最密接関係地法による見解、(d)著作権の帰属に関しては、本源国法により、著作権侵害については保護国法による見解に分けられる。

(a) アップロード地法による見解

ベルヌ条約が抵触法規定を含んでいないとして、法廷地国際私法によるが、法の欠缺が存在するとして条理によって保護国法を適用し、保護国をアップロード地国とする見解を採用するものとして宮下教授の見解が挙げられる。すなわち、宮下教授によれば、複製権の侵害についてはサーバーの所在地国法によるべきであるが、送信可能化権に関しては、他国のサーバーに日本からアップロードがなされた場合には入力行為が日本においてなされたことを理由に日本法を適用することができるのではないかとの理解である⁽²⁷⁾。

(b) 当事者自治の原則の拡張による見解

ベルヌ条約が抵触法規定を含んでいないとして、法廷地国際私法によるが、法の欠缺が存在するとして条理により、当事者自治の原則の拡張による見解を採用するものとして、斎藤教授の見解が挙げられる。すなわち、斎藤教授によれば、「サイバー・スペースという無国籍空間における紛争の当事者にとって最も厄介な問題は、どの国家法が適用されるかについての予測可能性が確保できない点にある。現時点でこれを確保するには、著作権侵害を例に考えれば、著作権者に、著作物の公表の時点において、自己の著作についての準拠法を選択させることであろう。侵害著作物のアップロード地を連結点とすれば、インターネットの特性から、それを侵害者が人為的に操作することは比較的容易である。また、受信地を連結点とすれば、それが世界中のどの国になるかはほとんど予測不可能となり、インターネットで情報を公開する者は行為規範を失い、また予測に反する著作権侵害の加害者として訴えられる可能性もある。インターネットでの著作物の利用に関する範囲で、著作権者自身が自分の著作権侵害についての準拠法を予め選択することを認めるのは、理論的には多少奇異にみえるかもしれないが、最もプラクティカルな解決であるように思われる」⁽²⁸⁾と。したがって、斎藤教授によれば、WIPO 著作権条約の準用するベルヌ条約はインターネットにおける著作権侵害についての抵触法規定を含んでおらず、法廷地国

際私法によるものと捉え、当事者自治の原則の拡充によって準拠法の決定を行うものであると解される。

(c) 最密接関係地法による見解

ベルヌ条約が抵触法規定を含んでいないとして、法廷地国際私法によるが、法の欠缺が存在するとして条理により、保護国を最密接関係地とする見解を採用するものとして、山口講師の見解が挙げられる。すなわち、山口講師によれば、「ベルヌ条約5条2項を準拠法規定と解することで、国際私法の統一を達成しうるのであれば、それは一つの手段として非常に有効ではないだろうか。」⁽²⁹⁾として、ベルヌ条約が国際私法の規定を含んでいるとした上で、「したがって、ベルヌ条約5条2項の解釈については、国際私法上の統一を達成し、なおかつ国際的な私法秩序を維持しようとする国際私法の統一を達成し、③の保護国法説が適切だと思われる。」⁽³⁰⁾として保護国法主義を採用している。これに対して、インターネットにおける著作権侵害の場合には、「保護国では機能し得ないと考えられるインターネットを通じた隔地的な著作権侵害についての準拠法規定(保護国法を準拠法としない)をベルヌ条約5条2項の例外規定として、それをベルヌ条約20条の特別取極めとして立法ないしモデル・ローを提案するのが望ましいのではないかと思われる」⁽³¹⁾とし、次の様なインターネットを通じた隔地的な著作権侵害に関する準拠法を提案している。「【インターネットを通じた著作権侵害に関する準拠法の提案】(1)当事者による準拠法選択。(2)それがない場合、紛争と密接な関係を有する地の法(但し、保護国法以外で単一の法)。(3)それでも決まらなければ、保護国法(受信国法)(ベルヌ条約5条2項)。(4)但し、(1)(2)の場合、その適用の結果が各々の著作権の保護国法によってもたらされる結果と異なる場合、当事者はそれを主張証明することができる。そして救済の際、それが考慮される。上記提案について、若干の説明を付言する。まず著作権に関する提案をする際、法の適用範囲から保護国法を導く「属地主義の原則」に基づくのではなく、主として国際私法上の概念に基づき、必要な場合に実質法上の属地主義を尊重するのが適切だと思われる。著作権侵害の前提となる「著作権の存立等の問題」および主たる問題である「著作権侵害の問題」の準拠法について、これは最密接関係地法の原則に依拠し、侵害の最密接関係地である侵害地の法(*lex loci delicti*)つまりその同義語とされる保護国法を準拠法とするのが適切だと思われる。但し、前者の問題に関しては、ベルヌ条約5条2項の単位法律関係に含まれるとすれば、問題とならないであろう。後者の問題、すなわち「著作権侵害の問題」の準拠法を

保護国法(最密接関係地法)とすると、インターネットを通じた隔地的な著作権侵害においては、その保護国法の解釈から送信地国法および受信地国法のいずれかを準拠法として適用することになり、そのいずれの立場を採するとしても、上手く機能しえないと考えられる。したがって、このような侵害については、明確性および法的確実性を重視する最密接関係地法の原則によるよりも、柔軟性および、具体的妥当性を優先しうる最密接関係地法以外の準拠法規則の方が、適切な結果を得られるのではないかと思われる。そのため、それに適う当事者自治の原則や紛争と密接な関係を有する地の法を準拠法とすることは適切だと思われる。但し、これらは一部または全部の著作権にとって、保護国以外の国の法を適用することになる可能性がある。その場合、各々の権利の内容が尊重されず、妥当な結論(救済を要する権利のみが救済される)が導き出せない可能性がある。そこで(4)を併用することにより、それを担保する。このような方法は、結果的に、実質法上の属地主義を尊重することになるだろう。(2)の「紛争と密接な関係を有する地の法」については、保護国法以外で、当事者間および当事者と事件との関係を有する地の法、たとえばALIの原則の321条1項の各号で例示されているようなものが有効だと思われる。上記二つの方法でも準拠法が決まらない場合は、最密接関係地法である保護国法を準拠法とする。この(3)の規定は、本提案がベルヌ条約5条2項の例外規定であることを明確にするものである。また、(1)(2)が最密接関係地法の例外規定である以上、その原則をおく必要があるだろう。ちなみに、わが国の通則法20条のような規定、すなわち不法行為地よりも明らかに事件と密接な関係を有する地を連結点とする方法を用いなかったのは、著作権侵害の場合、保護国以外の最密接関係地が存在しないと思われるからである。つまり、このような方法をとると、(2)を規定する意味がなくなるからである。」⁽³²⁾と。したがって、山口講師によれば、インターネットにおける著作権侵害の準拠法の決定に関しては、ベルヌ条約が抵触法規定を含み、保護国法の内容を最密接関係地法であると解し、その事情に応じて、送信国法あるいは受信国法を使い分けるとの理解である。

次に、同様の見解を採用するものとして、石黒教授の見解が挙げられる。すなわち、石黒教授によれば、「私は、「伝統的な理解によれば、国際的な著作権侵害の準拠法は、保護が求められる国の法、一層正確には侵害地の法(Lex protectionis)である。かかる法が多数存在する、ということが、サイバースペースにおける問題の出発点となる」と述べ、その際、「不法行為の準拠法」としてそれを論じておいた……。具体的には、……受信国法のそれぞれの適用、ということである。」⁽³³⁾としている。

さらに、同様の見解を採用する金准教授の見解が挙げられる。すなわち、金准教授によれば、知的財産権に関して、「ネットワーク上の知的財産権の侵害の場合にも、保護国は、単にサーバーが置いてあるところではなく、アクセスして利用し、侵害が実際起きている国、つまり当該知的財産法秩序に最も影響を受けた国の法によるべきであろう。」⁽³⁴⁾として、最密接関係地法への連結を示唆している。さらに、「……内国からはアクセスのみだが、外国でアップロードした行為が直接内国の侵害行為をもたらすような場合は、当該知的財産法秩序に最も影響を受けた国の法は、アップロードした外国の法ではなく、アクセスして利用し、侵害が実際起きている国であるので、その国が保護国法であるのである。これが、伝統的国際私法ルールにしたがって center of gravity を探求する抵触法的処理であるのである。」「極めてやっかいな問題ではあるが、インターネットによる、かかる侵害においても、属地主義の原則との関係を考慮して、権利者側にとって最も有効な保護を与える法などの一国の法のみを適用するのではなく、当該紛争事実と最も密接な関係を有する国の法として、各侵害地国それぞれの知的財産法を適用すべきであろう。インターネットの特性などによって、このような同時的、不特定多数国での侵害が問題視されているとしても、実際紛争となった場合には、全世界で発生した損害を対象に訴訟を起こすことは極めて難しいし、権利者は訴えの利益のある地を特定して訴訟を起こすことになるであろう。」⁽³⁵⁾と。したがって、金准教授によれば、一つの国でのみ侵害が発生するのではなく、複数の国で侵害が発生すると考えている。ベルヌ条約は抵触法規定めを含んでおらず、著作権にも属地主義が妥当することを根拠に保護国法による。保護国の内容としては侵害行為地を意味し、すなわち受信国法を適用するものと思われる。

さらに、金准教授によれば、「……知的財産権の成立から内容・消滅・および侵害に至るまで、知的財産に関する条約の規定から明確な閑居を有する保護国法主義の適用範囲内にあるとすべきであろう。また、権利の有効性や著作権の帰属問題等についても、本源国法主義を主張し、その限りでは、保護国法主義は制限されるとする見解もあるが、前者の問題は、権利の有効性について保護国法主義を適用し、その具体的保護は事案に応じて決定すればよいのであって、保護国法主義の制限の問題ではないと解すべきであり、また、後者の問題についても、同じく保護国法主義を適用し、具体的な保護国法の決定の際には、一般の著作権の帰属の問題か職務著作の著作権の問題かで分けて考え、職務著作の場合は労働関係の問題として性質決定し、最も密接な関係を有する法として雇用契約の準拠法によればよいのである。このように、保護国法主義の適用範囲を広くみても、各紛争事実に

対する具体的な保護国法の決定は、各国の国際私法ルールに委ねられており、当該紛争事実に対する性質決定をし、保護国は必ずしも登録国あるいは侵害国ではなく、事案に応じた具体的な保護国が決められることになるので、インターネットの発達等の関係で、保護国法主義を制限する必要はないのではないかとと思われる。」⁽³⁶⁾と。したがって、金准教授によれば、ベルヌ条約が抵触法規定を含まず、属地主義を根拠に、著作権の成立、内容、消滅、侵害に至るまで一貫し保護国法主義により最密接関係地法を適用するとの理解である。このような理解に基づいて、帰属の問題に関しても本源国法によるとする見解を批判し、最密接関係地法としての労働契約準拠法を保護国法と解している。しかしながら、思うに、金准教授の理解から導かれる理論としては、ベルヌ条約が抵触法規定を含む保護国法によると解されるのではなかろうか。ただ、保護国の内容は各国国際私法が決定するとして、結局はベルヌ条約は抵触法規定を含んでいないとする見解と同様である。

また、金准教授によれば、インターネットにおける著作権侵害に関しては、「サイバースペースとの関係においても、サーバー所在地国によるという硬直な準拠法決定ではなく、国外のサーバーを用いる場合であっても、当該紛争を全体として把握し、アクセスして利用し、侵害が実際起きて当該知的財産法秩序に最も影響を受けた国を保護国として指定すべきであり、たとえばインターネットを通じた著作権侵害において、アクセスしてくる国において侵害が行われた場合、国際私法上の center of gravity は、かかるアクセスした行為、「受信」した行為にあり、保護国法として当該受信国法によることになる。しかし、知的財産権の属地主義の原則の下で、多数国からの侵害が発生した場合にも、実際に著作権侵害のあった全ての国の著作権法を、その国での被害についてそれぞれ適用するのであって、権利者側にとって最も有効な保護を行える法などの一国の法のみを適用するのではない。また、外国のアップローディング行為が国内で直接的な侵害行為をもたらしている場合にも、国内の直接的な侵害に内国の知的財産法をもって内国での知的財産権が侵害されているかが判断され、内国での救済が図られるものであって、その行為に対して、当該外国に存する知的財産等を考慮せず、直接内国法を域外適用し、差止などを求めるのは、知的財産権の属地主義の原則に反するものとみるべきである。」⁽³⁷⁾と。したがって、金准教授によれば、保護国は侵害行為地を指し、侵害行為地については最密接関係地であるとして、最密接関係地法を適用するとしている。以上に挙げた見解は、それぞれの論文においてはベルヌ条約が抵触法規定を含むと述べるものもあるが、これらの叙述の内容からは、

保護国の内容は法廷地の国際私法が決定するとして、結局は、ベルヌ条約が抵触法規定を含んでいないものとするのと考えるのと同じことであるように思われる。

(d) 著作権の帰属に関しては、本源国法により、著作権侵害については保護国法によるとする見解

ベルヌ条約が抵触法規定を含んでいないとして、法廷地国際私法によるが、法の欠缺が存在するとして条理により、保護国の決定に関して、著作権の帰属については、本源国法により、著作権侵害については保護国法によるとする見解を採用するものとして、木棚教授の見解が挙げられる。すなわち、木棚教授によれば、「前述の設例で、A がサービス・プロバイダーのサーバーに蓄積して流した情報がある丁国人Dの著作物であったとしよう。この場合に、D の著作物が著作権法上保護されるものであるか、どの範囲で保護されるのか、権利が認められるとして誰に帰属するのかなどの問題を決定する準拠法はどこ国の法になるであろうか……他人の著作物をインターネットで供給する場合における著作物の本源国法は、サーバーの所在地ではなく、保護されるべき著作物がある本源国を持っている国、つまり、その著作物が最初にDによって公表された国、それが無い場合には著作者Dの本国である丁国というべきである。著作物の本国法をサーバー所在地である乙国と見るのは妥当ではない。」⁽³⁸⁾と。さらに、「わたくしは、著作権が侵害を主張するものに帰属するかどうかは、インターネットなどの発展によって容易かつ迅速に著作物が流通される必要が生じているところからみて、著作物の本源国法によるべきであり、サービス・プロバイダーや情報発信者であるその顧客の行為が著作権侵害になるかどうかは保護国法によって判断すべきと考える。」⁽³⁹⁾と。したがって、木棚教授によれば、著作物の権利の帰属に関する準拠法の決定に関しては、本源国法主義を採用し、インターネットにおける著作権侵害の準拠法の決定に関しては保護国法主義を採用している者と解される。この点、木棚教授が本国と本源国とを明確に区別されているのかは定かではない。

第3節 「法適用通則法」下における議論状況

次に、「法適用通則法」下における判例および学説の議論状況はどのようなものであるかを以下に検討していくものとする。

第1款 判例

「法適用通則法」下における判例としては、1. インターネットにおける著作権侵害の準拋法に関する判例と、2. 放送における著作権侵害の準拋法に関する判例とに大別される。

放送における著作権侵害の準拋法の決定に関しても、インターネットにおける著作権侵害の準拋法の決定の場合と同様に、公衆送信権侵害が主要な争点となり、放送における場合も、インターネットにおける場合と同様に考えることができることから、判例の内容をインターネットにおける著作権侵害の準拋法に関する判例と、放送における著作権侵害の準拋法に関する判例とに区別して論じることとした。

1. インターネットにおける著作権侵害

「法適用通則法」の下におけるインターネットにおける著作権侵害の準拋法に関する判例としては、「オークション出品作品無断複製事件」(東京地裁平成21年11月26日判決)、(2)「UFC 動画無断投稿事件」(東京地裁平成25年5月17日判決)が挙げられる。

(1)「オークション出品作品無断複製事件」 東京地裁平成21年11月26日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

原告 Y らは絵画等の美術品の著作権者である。被告 Y はオークションの出品カタログ等に原告らが著作権を有する美術品の画像を掲載し、また、その一部をインターネットで公開した。この行為に基づいて、原告 X らは被告 Y に対して、原告の複製権及び公衆送信権を侵害したとして、不法行為に基づく損害賠償を求めた事案である。この点、本件カタログ等の作品紹介部分は、作者名、作品名、画材及び原寸等の箇条書きがされた文字記載とともに、本件著作物を含む本件オークション出品作品を複製した画像が掲載されたものであったことが認められるものの、この文字記載部分は、資料的事項を箇条書きしたものであるから、著作物と評価できるものとはいえないなど、本件著作物の掲載が「引用」に該当すると認めることができず、請求の一部を認容したものである。

2 判旨

判旨は以下のようである。

インターネットにおける著作権侵害の準拠法の決定に関して、「準拠法について(1)本件における原告らの請求は、我が国に在住する原告らが著作権を有する著作物の画像を被告が複製または送信可能化したことを理由とする損害賠償請求であるから、このような損害賠償請求権の成立および効力に関して適用すべき法は、我が国の法と認められる(法の適用に関する通則法17条)。(2)被告は、次のとおり主張し、香港法が適用される旨主張する。本件オークションは、香港で開催されるものであるから、主催会社である被告が日本の会社であるという理由では、カタログを通常の国際慣行とは異なるものにするにはできなかった。オークション開催地の法律は適法であるのに、日本国内での複製や配布が認められないことは、日本のオークション会社が世界ではハンディを負わねばならないことを意味するのであり、そのような解釈は、我が国文化の発展にとっても不利益となり、不当であることは明らかであり、本件オークションにまつわる一連の行為については、その中心的行為がされる地である香港の法を準拠法とするべきである。(3)しかしながら、複製権の侵害が問題とされている本件フリーペーパー、本件パンフレットおよび本件冊子カタログは我が国国内で配布されたことが認められ、かつ、いずれの当事者も我が国国内に住所および本店を有することからすれば、香港が我が国と比べて明らかに密接な関係がある地であると認めることはできないから、被告の主張する事情は、上記(1)の判断を左右するものではない。」⁽⁴⁰⁾と。

したがって、本判決の見解は、一般の著作権侵害とインターネットにおける著作権侵害を区別しないで、著作権侵害に基づく損害賠償請求について、不法行為と性質決定し法適用通則法17条によるものとしている。

(2) 「UFC 動画無断投稿事件」 東京地裁平成25年5月17日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

原告Xは総合格闘技の大会及び試合を撮影・編集した映像作品である本件各作品の著作権を有している。被告Yは本件各作品を動画投稿サイトに最初に日本でアップロードした。この行為に基づいて、原告Xは被告Yに対して原告Xの公衆送信権を侵害したと主張して、著作権侵害の不法行為による損害賠償を求めた事案である。なお、本件各作品に係る被告の侵害行為により、本件各作品が再生される毎に、原告に損害が生じたものと認められ、

インターネット配信のライセンス料相当額である500円に再生回数を通じ、更に60%を通じた金額に相当する額を損害額とみるのが相当であるとして、原告の請求を認容した。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

インターネットにおける著作権侵害の準拠法の決定に関して、「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『ベルヌ条約』という。)5条(2)によれば、著作物の保護の範囲は、専ら、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによるとされるから、我が国における著作権の有無等については、我が国の著作権法を準拠法として判断すべきである。我が国とアメリカ合衆国(以下『米国』という。)は、ベルヌ条約の同盟国であるところ、本件各作品の著作者は、米国人である原告であると認められるから(甲1の1ないし37)、我が国において著作権法による保護を受ける(著作権法6条3号、ベルヌ条約5条(1)、2条(1))。なお、著作権侵害を理由とする損害賠償請求の法的性質は不法行為であり、法の適用に関する通則法17条により準拠法を決定すべきであるところ、本件において、同条にいう『加害行為の結果が発生した地』は日本国内であると認められるから、我が国の法律がその準拠法となる。」⁽⁴¹⁾と。

したがって、本判決の見解によれば、著作権侵害に基づく損害賠償請求の準拠法に関しては、ベルヌ条約が抵触法規定を含んでいないとして、法廷地国際私法により、不法行為準拠法(法適用通則法17条)により、結果発生地法たる日本法が適用されるとの理解である。

2. 放送における著作権侵害

放送における著作権侵害の準拠法の判例として、「KOMCA 著作権信託契約事件」(東京地裁平成24年5月31日判決)が挙げられる。

「KOMCA 著作権信託契約事件」 東京地裁平成24年5月31日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

原告 X らは韓国において最初に本件各楽曲を作詞又は作曲した。被告 Y らは本件各楽曲を業務用通信カラオケで配信した。この行為に基づいて、著作権侵害(不法行為)に基づく損害賠償を請求した事案である。この点、原告 X らは、韓国の著作権管理団体(KOM

CA)と日本の著作権管理団体(JASRAC)との間の相互管理契約発効前に本件各楽曲の著作権をKOMCAへ信託譲渡し、これを保有していなかったとして、原告らの請求をいずれも棄却したものである。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

「本件は、韓国人である原告らが、日本法人である被告らに対し、原告らが作詞又は作曲した本件各楽曲の著作権侵害に基づく損害賠償を求める点において、渉外的要素を含むものであるから、準拠法を決定する必要がある。本件各楽曲は、原告らが作詞又は作曲した音楽の著作物であり、その著作者である原告らが韓国人であるところ、日本と韓国は、「文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約(昭和50年3月6日条約第4号)」(以下「ベルヌ条約」という。)の『同盟国』であるから、ベルヌ条約3条(1)(a)及び著作権法6条3号により、本件各楽曲は、我が国の著作権法の保護を受ける。原告らの著作権侵害に基づく損害賠償請求については、その法律関係の性質が不法行為であると解されるから、法の適用に関する通則法(平成18年法律第78号。以下『通則法』という。)附則3条4項により、なお従前の例によることとされた同法による改正前の法例11条によってその準拠法が定められることになる。そして、本件において、『原因タル事実ノ発生シタル地ノ法律』(同条1項)は、本件各楽曲の楽曲データを複製し、かつ、公衆送信する行為が行われたのが日本国内であること、我が国の著作権法の保護を受ける著作物の侵害に係る損害が問題とされていることから、日本の法律と解すべきであり、日本法が適用される。」⁽⁴²⁾と。したがって、本判決の見解によれば、著作権侵害に基づく損害賠償請求の準拠法に関しては、ベルヌ条約が抵触法規定を含んでいないとして、法廷地国際私法により、不法行為準拠法(法例11条)により、日本法が適用されるとの理解である。

第2款 学説

「法適用通則法」の下での学説としては、ベルヌ条約が抵触法規定を含んでおらず、(1)法廷地国際私法によって、最密接関係地法(法適用通則法20条)が適用されるとする見解と、(2)条理によって送信国法主義を採用し著作権法30条が適用されるとする見解が挙げられる。

(1) 法廷地国際私法によって最密接関係地法(法適用通則法20条)による見解

「法適用通則法」の下での学説としては、ベルヌ条約が抵触法規定を含んでおらず、法廷地国際私法によって最密接関係地法(法適用通則法20条)による見解を採用する者として、種村氏は、上記の判例を評釈するにあたって自身の見解を明らかにしている。「ところで、判旨のように著作権侵害を不法行為と法性決定する場合には、準拠法決定に際して法適用通則法17条以下の規定との関係を考える必要が生じる。とりわけ、本件においては、同条20条の明らかなり密接な関係がある地の法の適用が、知的財産権侵害の準拠法決定につき格別の不都合を生じさせるかどうかが問題となる。これに関しては、むしろ同条の適用により、例えば、Yのウェブサイト上に公開された本件パンフレットが複数の国でダウンロードされていた場合など、保護国法主義の弊害が指摘されるインターネットを通じた拡張型の著作権侵害について、その全体につき最も密接な関係を有する地の法を適用することも考えられるのであり、その限りではこれらの問題の解決が容易になるといえる。」⁽⁴³⁾と。したがって、種村氏は、インターネットにおける拡散型の著作権侵害については、法適用通則法20条により最密接関係地法によるものと解される。

(2) 条理によって送信国法主義を採用し著作権法30条1項3号が適用されるとする見解

ベルヌ条約が抵触法規定を含んでおらず、法廷地国際私法による場合に、法廷地国際私法には規定が存在していないとして、条理によって送信国法主義を採用し著作権法30条1項3号が適用されるとする見解を採用するものとして、駒田教授の見解が挙げられる。すなわち、駒田教授によれば、「この点で気になるのは、30条1項3号でございます。……この規定は、著作権を侵害する送信と知らずするデジタル録音等を私的複製の概念から外す、若しくは複製権の侵害とするという規定ですが、括弧書の中に、『国外で行われる自動公衆送信であつて、国内で行われたとしたならば著作権の侵害となるべきものを含む』とあります。この括弧書の規定によって、わが国の公衆送信権が伝達権構成になっていないことが、かえってうかがい知れるわけです。それはさておき、この規定の作りとしては、国内でするダウンロードに関する限り、常に30条1項が適用されるのだという前提で作られていると思います。一般抵触法、つまり通則法によって準拠法が何法になつたとしても、ことダウンロードに関する限り、30条1項1号の適用があるのだということです。私個人の見解を言えば、国内でするダウンロードについては、一般抵触法上も日本法が準拠法とされるべき、と考えますが、仮にそうはならなかったとしても、30条1項1号が特別に連結さ

れるのだということでもあります。その意味で、この規定は特別な抵触規則でもあるのだらうと思います。」⁽⁴⁴⁾として、著作権法30条1項の規定を外人法規定であると理解されている。続けて、「また、国内でのダウンロードについて30条1項1号が当然に適用されるとしまして、そこでいう『著作権を侵害する』の著作権は、どの国の著作権かといえば、これは日本法上の著作権以外にあり得ないのではないかと思います。条文にはっきりとは書かれていないのですが、『国外から行われる自動公衆送信であつて、国内で行われたとしたら……』という括弧書のところを読む限り、そのように解釈するのが自然だと思います。この規定の背後にあるのは、おそらくは『立場2』のような属地主義の考え方でしょう。国内で送信される場合には、日本法以外の法が準拠法になることはありえない、逆に国外から送信される場合には、日本法が準拠法になることはありえないという前提で、このような規定がつけられたのではないのでしょうか。私の立場では、それは単なる思い込みであつて、そのような原則を厳格に堅持しなければならない理由は何もありません。国外からの送信であっても、最密接関連地は日本であるという理由で日本法を準拠法にすることは理論上禁じられていないし、国内からの送信であっても、ときには外国法を準拠法にしてもよいのです——そのような抵触法の解釈をすることに十分な妥当性があれば、ということが条件になりますが。でも、30条1項3号の規定が導入されたときは、国外からの送信が日本法によって規律される場合というのは、おそらく考えられていなかった。この点を非常に重視しますと、一般抵触法のレベルでも、これに対応した双方向的な抵触規則を条理解釈として導くことが適当ではないかということになります。つまり、インターネット送金の準拠法についてはいまだにコンセンサスがないけれども、送信国法を準拠法にすべきではないか、なにしろ30条1項3号のような規定があるのだから——ということです。しかし、ひとたびそのような呵責をしてしまいますと、Copyright Haven が送信国となった場合に厄介な問題が生じることになる。ダウンロードは規制できても、送信そのものを規制できなくなるのです。30条1項3号の導入にあたって漠然と前提とされたであろう考え方を一般化して、インターネット送信に関する準拠法を決定することはできないということです。」⁽⁴⁵⁾として、ベルヌ条約が抵触法規定を含んでおらず、法廷地の国際私法によつても抵触法的艇を含んでいないとして、条理によつて送信国法を適用するものとの理解である。さらに、「30条1項3号の規定にいう『著作権を侵害する』場合とは、日本法上の著作権を侵害する場合と考えるべきでしょう。これは、条文上、国内で行われている自動公衆送信によつて侵害される著作権に対応しています。国外から行われる自動公衆送信の場合も、国内

送信に置き換えられて、日本法でその適法性がチェックされます。その送信の準拠法がどの国の法であるかという問題とは別に、そのダウンロードを規制することができるか否かの判断をする前提として、ダウンロード元となった送信の適法性を日本法でチェックするということです。ここでは、送信に関して日本法の規律が参照されているにすぎません。それは、抵触法の次元ではなく実質法の次元で行われることです。この日本法との整合性のチェックですが、どこまでやるべきかという問題があります。日本法の権利制限規定が使えれば問題ありません。日本法が定める保護期間が満了している場合も問題ないでしょう。それらに該当しない場合、つまり自由利用できる場合に当たらないときは、その送信は権限を有する者による送信といえなければなりません。『日本の』著作権を保有する者か、あるいはその者から許諾を受けた者が送信していることまでが要求されるのではないかと、という考え方が一つありえます。条文に則して、素直な解釈です。そうではなく、準拠法国の著作権を保有する者か、その者から許諾を受けた者が送信していれば、それで十分だという考え方もありうるでしょう。こういう議論は、国ごとに著作権が分割譲渡された場合に意味を持てますが、当該譲渡によって日本の著作権を保有していた者、あるいは引き続き保有している者は、そこから対価を得ているから、国外で行われる自動公衆送信の派生的効果として、わが国で行われるダウンロードについても目をつむるべきだという考え方です。私自身は、30条1項3号が日本法との整合性をチェックすることについて強くコミットしている以上、あまり複雑に考えないで、文字どおり、日本法上の権限を有する者による送信であることが求められると解したほうがよいのではないかと考えています。とくにインターネット送信の準拠法がはっきりしていない現状では、ダウンロード者の予測可能性の観点からも、そうしたほうがよいでしょう。ですから、たとえば、専ら送信国の著作権に基づいて送信している旨を明確にクレームしているウェブサイトがあったとしまして、わが国のユーザーがそれにアクセスしてダウンロードした場合には、やはり30条1項3号が働くだろうと思うのです。他方で、この30条1項3号と似たような規定——こちらのほうがずっと昔からありますが——113条1項1号の規定に関しては、そこまで厳密に解釈する必要もないのではないかと、思います。ここでも、『日本法』との整合性チェックが求められていると私は思いますが、仮に複製物等を作成した者が、輸入時点で作成場所の著作権しか保有していなかった場合には、条文上は『国内で作成したとしたならば』侵害となるべき行為によって作成されたということになってしまうでしょう。日本法上の権限を有していない者が作成したものと評価されるからです。ですが、これではすわりが悪いと私は思います。譲渡権に関しては、国外において譲渡権に相当する権利を有する者により譲渡された著作物の複

製権を国内で譲渡することは、侵害にならないという規定があります(26条の2第2項5号)。もちろん、譲渡と作成は違いますが、前者については国外で権限を有する者が譲渡しているという問題はないとされているのに、後者については作成国で権限を有する者が作成した場合でも、日本の著作権じゃないからアウトだというのは、すこしバランスが悪いでしょう。ですから、113条1項号では、作成者の有する権利が日本法に基づくものか否かまでは厳しくチェックされていないと解すべきでしょう。作成地の『著作権者』が作成した、それは日本からみても、ぜんぜん侵害とは評価されない——その程度に軽く解釈すべきではないでしょうか。」として、条理によって送信国法主義によった場合には、日本法により日本の著作権法30条1項3号が適用されるものと解される。したがって、駒田教授によれば、ベルヌ条約がインターネットにおける著作権侵害に関する抵触法規定を含んでおらず、法廷地国際私法にも規定が存在しないとして、条理によって送信国法主義を適用し、著作権法30条1項3号が適用されるものであるとの理解である。

第3款 小括

インターネット(および放送)における著作権侵害の準拠法の決定に関して、著作権侵害の準拠法の決定と同様に、ベルヌ条約が抵触法規定を含むか否かが問題となる。

まず、判例においては、インターネットにおける著作権侵害の準拠法の判例と、放送における著作権侵害の準拠法の判例とに分類して論じている。放送における著作権侵害の準拠法の決定においても、インターネットにおける著作権侵害の準拠法の決定の場合と同様に公衆送信権の侵害が問題となり、本論文においては、インターネットの場合と同様に論じることができるからである。判例における一般的な理解としては、著作権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求とを区別し、したがって、本判決の見解としては、インターネットにおける著作権侵害の準拠法の決定に関して、著作権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求とを区別し、いずれの場合にも、ベルヌ条約が抵触法規定を含むものではなく、差止請求については、法例に規定がなく法の欠缺が存在するとして条理によって侵害行為地国法を適用し、著作権侵害に基づく損害賠償請求については不法行為準拠法(法例11条)によるとの理解である。

次に、学説においては、まず、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとして、保護国法主義によるとする見解が挙げられる。保護国法主義は、さらに、(1)発信国法主義と(2)受信国法主義(通説)とに大別される。(3)差止請求については、WIPOの準用するベルヌ条約が抵触法規定を含み保護国法により、保護国の内容を権利付与国であるが、損害賠償請求につい

では、ベルヌ条約の適用範囲外であるとし、公衆送信をした国、された国の法がどのような主義を採用しているかをそれぞれの国の法で判断するという見解、(4)保護国の内容は発信国であるが、発信国を採用した場合にコピーライトヘブンが発生するような場合には受信国法を適用する見解、(5)最密接関係地国法による見解が挙げられる。

一方で、発信国法主義は、利用行為者がデータを発信した地の法を適用するものであり、発信国法説を利用した場合のメリットは発信地が必ず一つに定まるという点である。しかし、ここで問題となるのが、相手国が非同盟国であった場合にコピーライトヘブン(Copyright Haven)の問題が生じることである。この点、日本でアップロードしたデータを相手国が非同盟国である国にいる者に侵害された場合であっても、民事事件の場合には、本源国法主義により日本法の著作権法が適用され、刑事事件の場合には、行為者が日本人であれば、刑法施行法27条柱書及び1号を準用している刑法3条が規定する積極的属人主義によって、日本人による著作権侵害が非同盟国たる外国で行われた場合に、外国における著作権侵害に対し、日本の刑法を適用することになり、そのことは、日本で成立した著作権の効力が他国に及ぶということを前提としている。すなわち、日本の著作権法が域外適用されるため、コピーライトヘブンの問題は生じないのである。

ここで、日本の著作権法30条の規定を挙げておこう。

著作権法第30条

著作権の目的となつている著作物（以下この款において単に「著作物」という。）は、個人的に又は家庭内その他これに準ずる限られた範囲内において使用すること（以下「私的使用」という。）を目的とするときは、次に掲げる場合を除き、その使用する者が複製することができる。

一 公衆の使用に供することを目的として設置されている自動複製機器（複製の機能を有し、これに関する装置の全部又は主要な部分が自動化されている機器をいう。）を用いて複製する場合

二 技術的保護手段の回避（第二条第一項第二十号に規定する信号の除去若しくは改変（記録又は送信の方式の変換に伴う技術的な制約による除去又は改変を除く。）を行うこと又は同号に規定する特定の変換を必要とするよう変換された著作物、実演、レコード若しくは放送若しくは有線放送に係る音若しくは影像の復元（著作権等を有する者の意思に基づいて行われるものを除く。）を行うことにより、当該技術的保護手段によつて防止される行為を可能とし、又は当該技術的保護手段によつて抑止される行為の結果に障害を生じな

いようにすることをいう。第百二十条の二第一号及び第二号において同じ。)により可能となり、又はその結果に障害が生じないようになった複製を、その事実を知りながら行う場合

三 著作権を侵害する自動公衆送信（国外で行われる自動公衆送信であつて、国内で行われたとしたならば著作権の侵害となるべきものを含む。）を受信して行うデジタル方式の録音又は録画を、その事実を知りながら行う場合

2私的使用を目的として、デジタル方式の録音又は録画の機能を有する機器（放送の業務のための特別の性能その他の私的使用に通常供されない特別の性能を有するもの及び録音機能付きの電話機その他の本来の機能に附属する機能として録音又は録画の機能を有するものを除く。）であつて政令で定めるものにより、当該機器によるデジタル方式の録音又は録画の用に供される記録媒体であつて政令で定めるものに録音又は録画を行う者は、相当な額の補償金を著作権者に支払わなければならない。

私見によれば、本規定が適用される場合として想定される事例は、日本にサーバの所在地を有するデータ（したがって日本が著作物の本国となる）が、非同盟国たる外国（自動公衆送信権が認められていないような国）において自動公衆送信（利用行為が行われた）されたような場合である。このように日本の著作権が非同盟国たる外国において侵害された事例において、日本の著作権法30条が適用されるのであろうか。本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによる見解によれば、データが最初にアップロードされたサーバの所在地を起点に考えていくことになる。この場合には、非同盟国における利用行為であるため、本源国法主義のみの適用となり、日本の著作権法が適用される。著作権法30条1項3号の規定が意味するところは、上で既に述べた著作物の場合における刑法施行法27条柱書及び1号を準用している刑法3条が規定する積極的属人主義によって日本の刑法が域外適用される規定と同じように、デジタル行為にもとづく著作権侵害の場合において日本の著作権法の規定が域外適用される旨を定めた規定であると思われる。したがって、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによれば、コピーライトヘブンの問題が生じることはないのである。

他方で、受信国法主義（通説）は、利用行為者が受信した国の法を適用するというものであり、この場合には、上で挙げたような発信国法主義のようにコピーライトヘブンの問

題は受信国の法を適用するため発生しないが、受信国は複数存在しその特定が困難であるという問題が生じる。

次に、本源国法主義が挙げられる。上記に挙げた本源国法主義とは、筆者の採用する見解とは異なり、著作物の本国を、利用行為者が最初にアップロードしたサーバーの所在地と理解するものではない。すなわち、発行著作物のデータの場合には、最初の発行地国の法、未発行著作物のデータの場合には作者の本国法を適用している。

私見によれば、WIPO著作権条約の準用するベルヌ条約2条ないし6条を準用しているので、ベルヌ条約5条4項の準用により、著作権者が最初にデータをアップロードするサーバーの所在地を以て最初の発行地国と解される。そして、著作物の本国において権利が成立すればそこが本源国となるのである。

通説をはじめほとんどの学説が利用行為者の保護を念頭に置いているが、私見によれば、まず、本源国法主義の適用をもって作者自身に最初にデータをアップロードするサーバーの所在地を選択することを可能にすることによって作者の権利を保護し、その保護を内国民待遇の原則によって条件付きで承認するというので、今度は同時に利用行為者は内国法の要件にのみしたがって利用行為を行えばよいのであって利用行為者の保護をも図っているのである。なお、インターネットにおける著作権侵害の準拠法の決定については、公衆送信可能化権および公衆送信権の問題が議論の焦点となる。

この他に、③差止請求については、WIPOの準用するベルヌ条約が抵触法規定を含み保護国法により、保護国の内容を権利付与国であるが、損害賠償請求については、ベルヌ条約の適用範囲外であるとし、公衆送信をした国、された国の法がどのような主義を採用しているかをそれぞれの国の法で判断するという見解は、侵害の成立が関係する複数の国で成立する可能性があるとし、その一つ一つに公衆送信権の侵害を認めている。

さらに、④保護国の内容は発信国であるが、発信国を採用した場合にコピーライトヘブンを発生するような場合には受信国法を適用する見解が挙げられる。

また、⑤ベルヌ条約が保護国法主義を採用し最密接関係地法を適用するものであるが、その中身自体には言及していないので、法廷地国際私法を適用し、事案との関係で最も密接な関係を有する国の法を適用する見解がある。

以上はベルヌ条約が抵触法規定を含むとする見解を順番に見てきたが、これに対して、ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとして、「法例」下における学説の見解としては以下のようなものである。まず、法廷地国際私法によるとする見解が挙げられる。この見解としては、

一方で、(1)インターネットにおける著作権侵害を不法行為であると考え不法行為準拠法によるものとするという見解が挙げられる。他方で、(2)条理による見解が挙げられる。この見解にはさらに次のような見解が含まれている。すなわち、(a)アップロード地法による見解が挙げられる。この見解によれば、複製権の侵害についてはサーバー所在地法によるべきであるが、送信可能化権に関しては、他国のサーバーに日本からアップロードがなされた場合には入力行為が日本においてなされたことを理由に日本法を適用することができるのではないかと理解できると考えられる。次に、(b)当事者自治の原則の拡張による見解が挙げられる。この見解によれば、著作権者に、著作物の公表の点で、自己の著作物についての準拠法を選択させられると理解できると考えられる。さらに、(c)最密接関係地法による見解が挙げられる。この見解によれば、事案との関係で最も密接な関係を有する地の法によると理解できると考えられる。最後に、(d)著作権の帰属に関しては、本源国法により、著作権侵害については保護国法による見解が挙げられる。最後に、「法適用通則法」下における学説の見解としては、以下のようである。ベルヌ条約が抵触法規定を含んでおらず、(1)法廷地国際私法によって、最密接関係地法(法適用通則法20条)が適用されるとする見解と、(2)条理によって送信国法主義を採用し著作権法30条が適用されるとする見解が挙げられる。

続く第4節においては、これまで述べてきた判例及び学説の整理に基づいて、私見による総括的な考察を行っていきたい。

第4節 総括的考察

WIPO著作権条約は1条4項において、ベルヌ条約1条から21条までの規定を遵守するとし、2条において著作物の保護に関する規定を定め、3条において締約国が条約上の保護に関してベルヌ条約2条から6条までの規定を準用する旨を規定している。さらに、8条では著作者に公衆への伝達を許諾する排他的権利を認めている。

インターネットを通じた国際的な著作権侵害についての準拠法がどのように決定されるかについて以下で見ていくことにする。

A国人XがA国で最初に発行した著作物(データ)をA国でサーバー甲にアップロードした。それを、日本人Yが日本でダウンロードし、YのPCに蓄積した後、日本のサーバー乙にアップロードし送信可能な状態に置いた。これを日本にいるB国人Zが日本で受信したような場合、あるいは、B国にいるB国人ZがB国で受信したような場合の事例を考えて

いくことにしよう。この点、A 国法でも日本法でも、B 国法でも、複製権、公衆伝達権、公衆送信可能化権、公衆送信権がそれぞれ認められているものとして考えていくことにする。

まず、著作権が権利として A 国で成立し、それを日本で内国民待遇の原則に従って日本法上の要件も満たし、A 国法および日本法上ともに認められている効力が発生することを前提に以下の話を進めていくことにする。

A 国人 X が A 国のサーバーに自分のデータをアップロードする。この行為が、著作権侵害の場合の最初の発行に当たると考えられる。この根拠は、WIPO 著作権条約がベルヌ条約の2条から6条までを準用しており、準用ということは、ベルヌ条約の考え方を必要な場合には修正を加えてもよいということが根拠にあるからである。そのデータを日本にいる日本人 Y が無断でダウンロードするとこの段階で、Y から X に対する複製権の侵害が問題となる。

ここで、複製権の侵害については、ダウンロードした場所の法が侵害地国法となり、複製権についての実質的成立要件を、データを最初にアップロードしたサーバーの所在地法および侵害行為地法に従って満たしている場合(本源国法と効力についての内国民待遇の原則の組合せ)に、複製権が本国で成立し、それを、日本の内国民待遇の原則に基づいて、A 国および日本での複製権侵害の成立要件を満たせば、Y から X への複製権侵害が成立し、X は Y に対して、複製権侵害に基づく差止請求および損害賠償請求を行うことができる。

また、Y が蓄積したデータを日本のサーバーにアップロードすると、Y は X の公衆送信可能化権の侵害が問題となる。公衆送信可能化権が侵害されたかどうかについては、まず、公衆送信可能化権の成立については公衆送信可能化権の実質的成立要件について本源国法および侵害行為地法の累積的適用となり、結果的に、「著作権者が最初にアップロードしたサーバーの所在地国法」(本源国法)と利用行為地国である、「日本人利用行為者 Y がデータをアップロードし送信可能な状態に置いたサーバーの所在地法」(内国民待遇の原則)との累積的適用により両国法の要件を満たしている場合に、公衆送信可能化権が成立する。さらに、公衆送信可能化権の侵害について、A 国および日本で公衆送信可能化権侵害の成立要件を満たせば、Y から X に対する公衆送信可能化権侵害が認められることになる。

このアップロードされたデータを日本にいる B 国人が受信したような場合には、Y から X に対して公衆送信権の侵害の問題が発生する。公衆送信権の成立については、本源国法と日本法の累積的適用により、両国で実質的成立要件を満たしていれば、日本で公衆送信権

が成立し、さらに、A 国法および日本法上の公衆送信権侵害の成立要件を満たせば Y から X に対する公衆送信権侵害が成立する。

これに対して、B 国人 Z が当該情報を B 国でダウンロードしたような場合には Z から X への複製権の侵害が問題となります。これは三国間にまたがる問題であり、ベルヌ条約の適用範囲外の問題となる。この場合には、法廷地の国際私法によることになる。私見によれば、A 国著作権が B 国で侵害されても、A 国から B 国に著作権の効力は働かない。

仮に、受信した Z が日本国内にいる場合には、A 国から日本に著作権の効力が及ぶことになる。A 国法および日本法に従い複製権侵害の成立要件を満たせば、Z から X に対して複製権侵害が成立し、さらに、A 国法および日本法に従い公衆送信権侵害の成立要件を満たせば、Y から X に対して公衆送信権の侵害が行われたことになる。

これに対して、保護国法主義によれば、通説は受信地法を適用するので日本法の適用になる。

第5節 事例の検討

第5節においては、総括的考察の結果、導かれた諸原則等を以下の事例に当てはめて検討していく。なお、以下の事例においては日本が法廷地となるものとする。

【設例1】

A 国人 X(著作権者)が A 国で最初にデータを A 国のサーバー甲にアップロードした。それを、日本で日本人 Y(利用行為者)が無断でアクセスしダウンロードし、さらに、Y の PC 上に蓄積した。続いて、それを Y が日本のサーバー乙にアップロードし送信可能な状態においた。続いて B 国人 Z が①これを日本で受信しダウンロードした場合、②B 国で受信しダウンロードした場合。なお、A 国および日本は、WIPO 著作権条約の加盟国であり、A 国法および日本法によれば複製権・公衆送信権・送信可能化権が認められている。

WIPO 著作権条約が準用しているベルヌ条約においては、著作物の本国は外国著作物が最初に発行された国である(ベルヌ条約5条4項(a)号)。この点、本件のようにインターネットにおける著作権侵害の場合に“発行”という概念をどのように考えるかが問題となる。この点に関しては、著作権者が当該データをサーバに最初にアップロードしたことをもって最初の発行であると考え⁽⁴⁶⁾、“著作権者がデータを最初にアップロードしたサーバーの所

在地”が著作物の本国となる。その上で、当該データについてA国で著作権が成立するかどうかを検討する。

本件データはA国で最初にアップロードされているので、A国が本国となる(5条4項(a)号の準用)。次に、当該データがA国法上の実質的成立要件も形式的成立要件も満たしている場合には、A国で著作権が成立する(5条2項1文の準用)。この段階でA国は本源国(権利付与国)となる。次に、ベルヌ条約は本源国法主義と外人法(「効力についての内国民待遇の原則」：ベルヌ条約5条1項および5条2項3文)との結合で構成されていると考えられるので、A国で有効に成立した著作権の効力が利用行為地国たる日本で承認されるのかが問題となる。

当該データが効力発生要件としての日本法上の実質的成立要件および形式的成立要件(無方式：ベルヌ条約5条2項1文を国内法化した著作権法17条2項)を満たせば、著作権者Xは、日本でA国法上の著作権の効力を行使することができる。この点、A国法における効力の全てが認められるのではなく、あくまでも、日本法において認められている効力の範囲内で効力が発生するのである。したがって、結果的にはA国法と日本法との累積的適用となる。本件の場合には著作権の効力として複製権、公衆送信可能化権、公衆送信権が効力を発生する。

以上のことを基礎として、以下において具体的な事例の検討を行うことにする。

(1)YによるXの複製権の侵害

A国人XがA国のサーバー甲にアップロードしたデータを日本にいる日本人Yが無断でアクセスしダウンロードした時点で、YからXに対する複製権の侵害が問題となる。この場合、複製権の侵害について複製権侵害の成立要件を満たすかどうかについて、本源国法と効力についての内国民待遇の原則(侵害行為地法)との組み合わせにより判断する。すなわち、結果的には、「著作権者Xが最初にデータをアップロードしたサーバーの所在地国」であるA国法(本源国法)と日本人利用行為者Yダウンロードした場所である日本法(利用行為地法)との累積的適用の結果、YによるXの複製権の侵害が判断される。さらに、複製権の侵害の成立要件を満たしているかどうかについても、本源国法と日本法との累積的適用により、両国法上の複製権侵害の成立要件を満たした段階で最終的に日本において、YからXへの複製権侵害が認められる。

(2) Y による X の送信可能化権の侵害

続いて、Y が蓄積したデータを日本のサーバーにアップロードすると、Y から X への送信可能化権の侵害が問題となる。送信可能化権が侵害されたかどうかについても、本源国法と効力についての内国民待遇の原則(侵害行為地法)との組み合わせにより判断される。すなわち、結果的には、「著作権者 X が最初にアップロードしたサーバーの所在地国」である A 国法(本源国法)と「日本人利用行為者 Y がデータをアップロードし送信可能な状態に置いたサーバーの所在地国」である日本法(利用行為地法)との累積的適用による。さらに、Y による X の送信可能化権の侵害の成立についても、結果的には、本源国法と日本法との累積的適用により、両国法上の送信可能化権侵害の成立要件を満たせば X は Y に対して送信可能化権侵害を主張することができる。

(3) Y による X の公衆送信権の侵害

さらに、アップロードされたデータを、B 国人 Z が①日本で受信したような場合、②B 国で受信しダウンロードしたような場合に、Y による X の公衆送信権の侵害が問題となる。公衆送信権についても、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組合せにより、A 国で認められている公衆送信権が日本で侵害されたかどうかについても、結果的には、本源国法と「利用行為者たる日本人 Y がデータを最初にサーバにアップロードし送信可能な状態に置いた場所の法(利用行為地法)」である日本法との累積的適用となる。A 国法及び日本では公衆送信権が認められているので、公衆送信権侵害の成立要件についても、本源国法たる A 国法と内国法たる日本法との累積的適用により、両国法上の公衆送信権侵害の成立要件を満たした段階で Y から X への公衆送信権侵害が認められる。

(4) Z による X の複製権侵害

① Z による日本でのダウンロード行為

(1)と同様に、結果的には本源国法である A 国法と Z がダウンロードした場所の法である日本法との累積的適用となる。

② Z による B 国でのダウンロード行為

本源国法である A 国、データをダウンロードした場所である B 国、法廷地国である日本の三国に跨るので条約の適用範囲外となり、法廷地国である日本の国際私法の問題となる。

このように本源国法主義と効力についての内国民待遇の組合せによる検討の際には、まず著作権の支分権については、本源国法(5条2項1文の反対解釈)と効力についての内国民待遇の原則(5条1項、5条2項3文)との組合せにより検討を行い、両国で各支分権が認められていれば、次いで、各支分権の侵害の成立要件についても同様に本源国法と効力についての内国民待遇の原則との累積的適用の結果、両国で要件を満たせば侵害が成立する。

【設例2】

A 国人 X が A 国で最初にデータを A 国のサーバー甲にアップロードした。それを、A 国で日本人 Y が無断でダウンロードし、Y の PC 上に蓄積した。さらに、それを Y が A 国のサーバー乙にアップロードし送信可能な状態においた。続いて、これを B 国人 Z が①日本で受信しダウンロードした場合、②B 国で受信しダウンロードした場合。なお、A 国および日本は、WIPO 著作権条約の加盟国であり、A 国法および日本法によれば複製権・公衆送信権・送信可能化権が認められている。

本件事例は、著作物の本国(外国)における保護の問題である。

本源国法主義によれば、まず、データが A 国で X によって最初にアップロードされているので、この場合のアップロードされたサーバーの所在地は A 国となり、A 国が著作物の本国となる(ベルヌ条約5条4項(a)号)。次に、そのデータについて A 国で著作権が成立するかという問題については、A 国の実質的成立要件および形式的成立要件を満たす必要がある。A 国でこの要件を満たしたとすると、A 国で著作権が成立し、A 国が本源国(権利付与国)となる。

次に、A 国人 Y が A 国で著作権者 X のデータを違法にダウンロードしている点については、A 国内での権利侵害であるため、ベルヌ条約の内国民待遇の原則は機能せず、本源国法のみ適用となる。したがって、Y がダウンロードした行為については、A 国法により複製権侵害の成立要件を満たした場合には、A 国で複製権侵害が成立する。さらに、Y がサーバー乙にアップロードし送信可能な状態に置いた行為については、Y の X に対する送信可能化権の侵害の問題となり、A 国法上、送信可能化権の侵害の成立要件を満たした場合には、送信可能化権の侵害が成立する。

公衆送信権の侵害については、利用行為者 Z がサーバー乙にアクセスし、サーバー乙がその情報を受信し、サーバー乙からデータが送信されることによって初めて Y による X の

公衆送信権の侵害が問題となるから、Z がサーバー乙にアクセスしサーバー乙から自動的にデータが送信された場所(発信地)すなわちサーバー乙の所在地が侵害行為地であると考えられる。Y による X の公衆送信権の侵害行為地は、Z がサーバー乙にアクセスしサーバーから自動的にデータが送信された場所(発信地)すなわち A 国である。したがって、内国民待遇の原則は機能せず、専ら本源国法である A 国法のみ適用となる。よって、Y の送信行為については、A 国法上、公衆送信権侵害の成立要件を満たした場合には、公衆送信権の侵害が成立する。

【設例3】

日本人 X が日本で最初にデータを A 国のサーバー甲にアップロードした。それを、A 国で A 国人 Y が無断でダウンロードし、Y の PC 上に蓄積した。さらに、それを Y が A 国のサーバー乙にアップロードし送信可能な状態においた。続いて日本人 Z がこれを A 国で受信しダウンロードした場合。なお、A 国および日本は、WIPO 著作権条約の加盟国であり、A 国法および日本法によれば複製権・公衆送信権・送信可能化権が認められている。

①侵害地国たる外国が加盟国の場合

WIPO 著作権条約が準用するベルヌ条約の適用範囲内の問題とし、X が最初にデータをアップロードしたサーバー甲の所在地国たる日本が著作物の本国となる。次に、日本での実質的成立要件(無方式)を満たせば日本が本源国となる。よって、ベルヌ条約の抵触法規定たる本源国法主義により日本の著作権法が適用される。したがって、Y の X に対する複製権、送信可能化権、公衆送信権、および、Z の X に対する複製権の侵害が問題となる場合には、日本法により各々の権利侵害の成立要件を満たした場合には、各々の権利の侵害が成立する。

②侵害地国たる外国が非加盟国の場合

WIPO 著作権条約が準用するベルヌ条約の適用範囲内の問題とし、X が最初にデータをアップロードしたサーバー甲の所在地国たる日本が著作物の本国となる。次に、日本での実質的成立要件(無方式)を満たせば日本が本源国となる。この点、日本の刑法施行法27条は当該著作権侵害が日本人によって行なわれた場合には刑法の域外規定の適用を認めており、非同盟国たる A 国にも著作権の効力が及ぶことになる。すなわち、日本で成立した著作権

の普遍的効力を前提にしていると考えられる。よって、普遍主義から本源国法主義が導かれ、本源国法たる日本の著作権法が適用される。したがって、YのXに対する複製権、送信可能化権、公衆送信権、および、ZのXに対する複製権の侵害が問題となる場合には、日本法によって各々の権利侵害の成立要件を満たせば、各々の権利侵害が成立する。なお、本源国法説を採用した場合には、日本法の適用となり保護国法説を採用した場合に発生するコピーライトヘブンの問題は生じない。

これに対して、保護国法説は、保護国を侵害行為地とし発信地であれ、受信地であれ、非同盟国が保護国となりA国法の適用となる。A国法上、複製権が認められていなければ、この場合にコピーライトヘブンの問題が発生し、保護国法説を採用した場合の弊害が顕著に現れる。このことから、本源国法説の妥当性がうかがえる。

第6節 おわりに

インターネットにおける著作権侵害に関する準拠法の決定に関して、「法例」下における判例の見解は、著作権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求とを区別し、差止請求に関しては、「法例」に規定が存在しないとして条理により侵害行為地国法を適用し、損害賠償請求については、不法行為準拠法(法例11条)を適用するものである。

これに対して、「法例」下における学説は、ベルヌ条約が抵触法規定を含むか否かで大きく二つに分かれる。まず、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとする見解として、保護国法主義が挙げられる。保護国法主義の内容としては、①発信国法主義と②受信国法主義(通説)などがあげられる。

①発信国法主義は、利用行為者がデータを発信した地の法を適用する。発信国法主義を利用した場合のメリットは発信地国が必ず一つに定まるという点である。これに対して、デメリットとしては、相手国が非同盟国であった場合にコピーライトヘブンの問題が生じることである。

この点、日本でアップロードされたデータが相手国が非同盟国たる外国にいる日本人によって侵害された場合であっても、民事的事件の場合には、本源国法主義により日本法の著作権法の適用となり、コピーライトヘブンの問題は生じない。なぜならば、刑法においては行為者が日本人である場合に、刑法施行法27条柱書が、「左に記載したる罪は刑法第3条の例に従う」と規定し、同1号が、「著作権法に掲げたる罪」と規定し、さらに、27条柱書及び1号を準用している刑法3条は、「この法律は、日本国外において次に掲げる罪を犯

した日本国民に適用する」として、積極的属人主義を規定していることから、日本人による著作権侵害が非同盟国たる外国で行われた場合に、外国における著作権侵害に対し、日本の刑法が域外適用され、日本で成立した著作権の効力が他国に及ぶということを前提としているからである。

他方で、通説である②受信国法主義は、利用行為者が受信した地の法を適用するという見解である。この場合には、上であげたような発信国法説のようにコピーライトヘブンの問題は受信地国の法を適用するため発生しないが、受信地国は複数存在しその特定が困難であるという問題が生じる。

これらに加えて、保護国法主義を採用する見解の中には、③差止請求については、WIPO著作権条約が準用するベルヌ条約が抵触法規定を含み保護国法により、保護国の内容を権利付与国であるとし、損害賠償請求については、ベルヌ条約の適用範囲外であるとし、公衆送信をした国、された国の法がどのような主義を採用しているかをそれぞれの国の法で判断する見解がある。つまり、侵害の成立が関係する複数の国で成立する可能性があるとし、その一つ一つに公衆送信権の侵害を認めているのである。

さらに、④保護国の内容は発信地国であるが、発信地国を採用した場合にコピーライトヘブンが発生するような場合には受信地国法を適用する見解、⑤最密接関係地法は、ベルヌ条約は保護国法主義を採用しているが、その内容は示していないので、法廷地国際私法を適用し、事案との関係で最も密接な関係を有する国の法を適用する見解があげられる。

これに対して、ベルヌ条約は抵触法規定を含まないとして、法廷地国際私法による見解がある。まず、(1)インターネットにおける著作権侵害を不法行為であると考え不法行為準拠法によるものとするという見解。さらに、条理によるとして、(a)アップロード地国法による見解。この見解によれば、複製権の侵害についてはサーバー所在地法によるべきであるが、送信可能化権に関しては、他国のサーバーに日本からアップロードがなされた場合には入力行為が日本においてなされたことを理由に日本法を適用することができるものである。また、(b)当事者自治の原則の拡張によるとする説では、著作権者に著作物の公表の点で自己の著作権についての準拠法を選択させるとする見解、次に、(c)最密接関係地法によれば、事案との関係で最も密接な関係を有する地の法による見解⁽⁴⁷⁾、最後に、(d)著作権の帰属に関しては、本源国法により、著作権侵害については保護国法による見解が挙げられる。

続いて、「法適用通則法」の下では、判例は「法例」の下での判例を継承しインターネットにおける著作権侵害に基づく損害賠償請求については不法行為準拠法(法適用通則法17条)によるものとする。なお、学説としては、著作権侵害に基づく損害賠償請求については不法行為と性質決定し最密接関係地法(法適用通則法20条)によるものがある。

筆者の見解は、WIPO 著作権条約がベルヌ条約を準用していることに着目し、インターネットにおける著作権侵害の準拠法の場合にも、著作物における著作権侵害における準拠法の決定と同様の原則に基づいて行われるものと思われる。このような考え方に基づき、ベルヌ条約の構造の理解として導かれるものは、本源国法主義(抵触法規定)と効力についての内国民待遇の原則(外人法規定)との組み合わせであると考えられる。

ベルヌ条約によれば、発行著作物の場合には最初の発行地が本国となり(5条4項(a)号)、本国で権利が成立した場合には、著作物の本国が本源国となる。この場合の本源国とは権利付与国のことを指し、利用行為者が発信したサーバーの所在地ではない。なお、未発行著作物については著作者の本国が本源国となる(ベルヌ条約5条4項(c)号)。この点、この場合の最初の発行地を、著作権者が最初にデータをアップロードしたサーバーの所在地であるとする。つまり、WIPO 著作権条約はベルヌ条約を準用していることから、必要な場合には修正を加えてもよいものであり、発行をアップロードと読み替えるのである。

まず、第一に、上記の構造を端的に表現している規定は、5条2項1文(無方式主義)であり、この規定の反対解釈として、成立も効力も本源国法主義によることが導かれるということ。第二に、7条8 項本文は保護期間について原則として外人法としての内国民待遇の原則により保護国法による旨の規定を置き、なお、但し書きが本国法の定める期間を超えることはできないと規定していることは、保護国法主義の論者が述べるように、単なる例外規定としてではなく、この条文こそが、まさに本源国法による旨の規定であるということ、この二点を中心として、ベルヌ条約の本源国法主義が導かれる。

続いて、権利の享有に関する5条1項および、効力に関する5条2項が規定する内国民待遇の原則として、結果的に、日本法が累積的に適用されるのである。

著作権侵害の準拠法の決定についての筆者の見解をさらに応用発展させた形で、インターネットにおける著作権侵害の準拠法の決定の問題が解決される。例えば、外国著作物について、その権利がインターネットを經由して日本で侵害された場合に、いずれの法によって準拠法が決定されるかが問題となる場合には、WIPO 著作権条約が準用するベルヌ条約の構造により、本源国法主義(抵触法規定)と効力についての内国民待遇の原則(外人法規定)

の組み合わせによることになる。その結果、本国法と内国法との累積的適用となり本国においても侵害地国たる内国においても権利が認められなければならない、その権利の侵害の成立要件についても両国の要件を満たした場合に侵害が成立するというものである。

このように、インターネットにおける著作権侵害の準拠法の決定の場合にも、第4章で論じた著作権侵害の準拠法の決定の場合と同様の原則に基づいて妥当な結論を導くものができるものである。

⁽¹⁾ わが国の著作権法においては、公衆送信とは、「公衆によって直接受信されることを目的として無線通信又は有線電気通信の送信(電気通信設備で、その一つの部分の設置の場所が他の部分の設置の場所と同一の構内(その構内が二以上の者の占有に属している場合には、同一の者の占有に属する区域内)にあるものによる送信(プログラムの著作物の送信を除く。)を除く。)を行うことをいう。」(2条1項7の2)と定義している。さらに、自動公衆送信とは、「公衆送信のうち、公衆からの求めに応じ自動的に行うもの(放送又は有線放送に該当するものを除く。)をいう。」(同条9の4)と定義している。また、送信可能化とは、「次のいずれかに掲げる行為により自動公衆送信し得るようにすることをいう。」(同条9の5)とする。次に、公衆送信等に関して、「①著作者は、その著作物について、公衆送信(自動公衆送信の場合にあつては、送信可能化を含む。)をおこなう権利を占有する。②著作者は、公衆送信されるその著作物を受信装置を用いて公に伝達する権利を享有する。」(23条1項、2項)と定義している。また、WIPO著作権条約8条に規定される「公衆伝達権」はわが国の著作権法が規定する公衆送信権を意味する。著作権に関する世界知的所有権条約(WIPO条約)は、ベルヌ条約第2条から第3条までの適用に関して、「締約国は、この条約に定める保護について、ベルヌ条約第2条から第6条までの規定を準用する。」(第3条)と規定している。

⁽²⁾ TKC 法律情報データベース 文献番号 28100714

⁽³⁾ TKC 法律情報データベース 文献番号 25440215

⁽⁴⁾ TKC 法律情報データベース 文献番号 25440666 判例時報 2061 号 83 頁。判例タイムズ 1318 号 251 頁。原審(東京地方裁判所平成 19 年 12 月 14 日判決)(TKC 法律情報データベース 文献番号 28140156)、控訴審(TKC 法律情報データベース文献番号 25440215)、上告審(最小判平成 23 年 12 月 8 日判決)。

⁽⁵⁾ 道垣内正人「インターネットを通じた不法行為・著作権侵害の準拠法」日本国際経済法

学会年報第 8 号(1999 年)160-161 頁。

(6) 道垣内・前掲注(5)161 頁。

(7) 道垣内・前掲注(5)169 頁。

(8) 道垣内・前掲注(5)169 頁。

(9) 駒田泰士「特別論文 インターネット送信に係る著作権の準拠法と属地主義の原則に関する覚書」『「電子商取引時代における著作権問題の研究」委員会—サービス・プロバイダー責任—中間報告』社団法人 著作権情報センター附属著作権研究所(2000 年)122 頁。

(10) 道垣内正人「国境を越える不法行為」多賀谷一照・松本恒雄編『情報ネットワークの法律実務』第一法規出版(1999 年)6198 頁。同「著作権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(2000 年 8 月)8 頁。同様の趣旨を明らかにするものとして、同「国境を越えた知的財産権の保護をめぐる諸問題」ジュリスト No. 1227(2002 年)56-57 頁参照。同「IV インターネットの普及に伴う知的財産権侵害をめぐる諸問題 1. インターネットを通じた著作権侵害の準拠法」財団法人知的財産研究所『知的財産紛争と国際私法上の課題に関する調査研究』(2000 年 3 月)98 頁参照。

(11) 茶園成樹「第 6 章 国際取引と知的財産権 論点 16 インターネットを通じた著作権侵害の準拠法」渡辺惺之・野村美明編『論点解説 国際取引法』法律文化社(2002 年 3 年)162 頁。

(12) 茶園・前掲注(11)163 頁。

(13) 茶園成樹「国境を越える知的財産権」多賀谷一照・松本恒雄編『情報ネットワークの法律実務』第一法規(2000 年)6067-6069 頁。

(14) 茶園・前掲注(13)6073 頁。

(15) 茶園・前掲注(13)6073-6074 頁。

(16) 茶園・前掲注(13)6074 頁。

(17) 茶園・前掲注(13)6074 頁。

(18) 山本隆司「公衆送信権侵害の準拠法」森泉章他編『著作権法と民法の現代的課題』半田正夫先生古希記念論集 法学書院(2003 年 3 月)261-262 頁。

(19) 山本・前掲注(19)270-271 頁。なお、別の論文において同様の趣旨を明らかにしている。山本隆司「著作権侵害の準拠法と国際裁判管轄権」著作権研究 27 号(2003 年)236、247 頁。

-
- (20) 作花文雄『詳解著作権法』ぎょうせい(1999年)552頁参照。同「インターネット・衛星放送と準拠法——グローバル・ネットワーク時代における秩序の形成に向けて——」コピーライト 1999年2月号 53頁参照。
- (21) 田村善之「インターネット上の著作権侵害の成否と責任主体」『情報・秩序・ネットワーク』(北海道大学法学部ライブラリー3)北海道大学図書刊行会(1999年)252-253頁参照。同『著作権法概説』(1998年)前掲書 471-472頁参照。
- (22) 中山真理「インターネットにおける知的財産に関する適用規範をめぐる諸問題」知的財産研究所 知的財産研究フォーラム 61号(2005年)43-44頁。
- (23) 野村憲弘「第二章 著作権はどこまで保護されるべきか」藤原宏高編『サイバースペースと法規制』日本経済新聞社(1997年)125頁参照。
- (24) 駒田泰士「著作権をめぐる国際裁判管轄及び準拠法について」国際私法年報 第6号(2004年)75頁。
- (25) 駒田・前掲注(24)第6号(2004年)74頁。
- (26) 駒田・前掲注(24)75頁。
- (27) 宮下佳之「サイバー・スペースにおける著作権問題について」コピーライト 439号(1997年)12-13頁参照。
- (28) 斎藤彰「4. 国際化社会における知的財産と国際私法」『知的財産を巡る国際的な紛争に関する調査研究報告書』財団法人知的財産研究所(2001年)107頁参照。
- (29) 山口敦子「インターネットを通じた隔地的な著作権侵害の準拠法に関する一考察」法と政治 59巻1号(2008年4月)348頁。
- (30) 山口・前掲注(29)349頁。
- (31) 山口・前掲注(29)402頁。
- (32) 山口・前掲注(29)402-405頁。
- (33) 石黒一憲「二 いわゆる属地主義(特許独立の原則)とパリ条約——準拠法選択の基本的な在り方との関係において——」『国境を越える知的財産』信山社(2005年)205頁。
- (34) 金彦叔「国際知的財産権保護と法の抵触」信山社(2011年)191頁。
- (35) 金彦叔「知的財産権の国際的保護と法の抵触(4)」法学協会雑誌 126巻11号 143頁。
- (36) 金彦叔『知的財産権と国際私法』中山信弘編 財団法人 知的財産研究所 信山社(2006年9月)198-199頁。

-
- (37) 金・前掲注(36)199-200頁。
- (38) 木棚照一「サービス・プロバイダーの法的地位と責任——国際私法上の課題——」著作権研究 28 号(2001年)105頁参照。
- (39) 木棚・前掲注(38)106頁参照。
- (40) TKC 法律情報データベース 文献番号 25441712
- (41) TKC 法律情報データベース 文献番号 25445647
- (42) TKC 法律情報データベース 文献番号 25444600
- (43) 種村佑介「著作物のオークションカタログ等への掲載と著作権侵害の準拠法」ジュリスト 1422 号(2011年5月)155頁。
- (44) 駒田泰土「著作権に係る抵触法の領分と実質法の領分」コピーライト 2013年6月号(2013年6月)15頁。
- (45) 駒田・前掲注(44)15頁。
- (46) 著作物の発行については、著作権法3条に規定され、著作権者がアップロードした行為を著作物の発行と考える。
- (47) 最近、立法提案として同様の趣旨を明らかにするものとして、木棚照一「日本および韓国からみた知的財産に関する国際私法原則 知的財産権に関する国際私法原則案——日本グループの準拠法に関する部分の提案」(<http://www.globalcoe-waseda-law-commerce.org/activity/pdf/19/20.pdf>)早稲田大学 21 世紀 COE 《企業法制と法創造》総合研究所 企業と法創造(2009年12月)168頁。当該案は、「知的財産権に関する国際私法原則案第18条」において、侵害が不特定かつ多数の国で生じ又は生じ得る場合には侵害行為の最密接関係地法を適用し、裁判所は、その決定に関して侵害者の常居所又は営業中心地、その侵害の主たる結果の発生地、権利者の主たる利害関係の中心地等の諸要素を考慮しなければならない旨の規定を検討している。

おわりに

第1部「国際著作権法」においては、第1章において、ベルヌ条約について起草過程を跡づけ、ベルヌ条約に規定されている原則を明らかにするということを核心的な課題として検討してきた。その結果として導かれた原則は、ベルヌ条約が著作権の問題に関する抵触

法規定を含んでいるということであった。そして、ベルヌ条約の5条の規定を中心に引き出される原則としては、「本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせ」という原則である。さらに、この原則は、例えば、(1) A 国人 X が A 国で自身の著作物を最初に発行した場合に、X は著作権者であるか、また、A 国人 X が A 国法人 Y 社と労働契約を締結し、当該職務中に著作物を作成した場合に、“著作権の帰属の準拠法について”の問題においても妥当する。すなわち、本源国法主義(ベルヌ条約5条2項1文)と、権利の帰属についての内国民待遇の原則(ベルヌ条約14条2項(a)号)との組み合わせによる。次に、(2) 仮に X が著作権者であり、当該著作物の著作権に関する著作権譲渡契約を日本にいる乙と締結し当該著作権を譲渡した。このような、“著作権譲渡の準拠法について”の問題においても同様である。すなわち、本源国法主義(ベルヌ条約5条2項1文)と、権利の譲渡についての内国民待遇の原則(ベルヌ条約14条の2第2項c号)との組み合わせによる。さらに、(3) 著作権者 X が A 国で最初に発行した著作物を日本にいる丙が日本において無断で複製・販売した。その後、X は自身の著作権に基づいて丙に対して著作権侵害に基づく差止請求及び損害賠償請求を日本の裁判所に対して提起するといった、“著作権侵害の準拠法について”の問題においても同様である。すなわち、本源国法主義(ベルヌ条約5条2項1文)と、権利の譲渡についての内国民待遇の原則(ベルヌ条約5条2項3文)との組み合わせによる。最後に、(4) 著作権者 X が A 国で A 国のサーバーに最初にアップロードしたデータを、日本にいる日本人 Y が日本において無断でダウンロードし自身の日本のサーバー乙に無断でアップロードした。さらにそれを日本にいる Z がダウンロード(受信)した場合に、X は自身の著作権に基づいて丁に対して日本の裁判所に差止請求及び損害賠償請求を提起するといった“インターネットにおける著作権侵害の準拠法”においても同様である。特にインターネットにおける著作権侵害については、わが国も加盟している1996年のWIPO著作権条約の3条はベルヌ条約の2条ないし6条の規定を準用している。したがって、インターネットにおける著作権侵害の準拠法の場合には、著作権侵害の準拠法について論じた“著作物の最初の発行地”を、“データの最初のアップロードしたサーバーの所在地”と読み替えて適用することになる。

従来の見解においては、これら4つのテーマを矛盾なく一貫した見解に基づいて論じたものは存在しない。それどころか、個々のテーマを一つ一つ切り離した形で、テーマごとに別々の見解を提示する文献が少なからず存在する。このような状況では、著作権者にとっても利用行為にとっても法的に安定した著作物の創作ないし利用を実現することは不可能

であろう。本研究において私見を提示する際には、著作権者と利用行為者双方の法的利益の保護を如何にして図るのかという点を常に念頭に置きながら、ベルヌ条約の規定に忠実に「国際著作権法」の領域における解決原則を導いたものである。そして、本研究の成果としては、「国際著作権法」に関するあらゆるテーマに関して、「本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせ」による原則を一貫してに適用し諸問題を解決できることであろう。

このように第1部においては、ベルヌ条約を中心に「国際著作権法」を論じてきた。続く第2部においては、「国際特許法」を扱うことにしよう。「国際特許法」の領域においては、いかなる原則が妥当するのであろうか。果たして通説が主張するように、知的財産権として、「国際著作権法」と「国際特許法」が同様に扱われてもよいのであろうか。以下では、最終章において両者を正確に対比できるように、まずは個別の論点を整理していきたい。

第2部 国際特許法

「国際特許法」を論じるに当たり以下のような事例に基づいて考察を行っていききたい。例えば、(1) A 国人 X が A 国で自身の特許を登録した場合に、X は特許権者であるか、また、A 国人 X が A 国法人 Y 社と労働契約を締結し職務中に発明した場合に、その権利の帰属が問題となる (1) の事例は、特許権の帰属の準拠法についての問題である。次に、(2) 特許権者 X が A 国で登録した特許を日本にいる Y が日本で自分の発明のために利用した。その後、X は自身の特許権に基づいて特許権侵害に基づく差止請求及び損害賠償請求を日本の裁判所に対して提起した。(2) の事例は、特許権侵害の準拠法についての問題である。このような事例の下で、各個別の問題に関して日本の裁判所はいかなる原則に基づいて準拠法を決定すべきであろうか。本論文においては、従来の判例および学説における分析に基づいて、これらの問題を解決できる原則を導きたいと考えている。

はじめに

第1部においては、「国際著作権法」に関する一連のテーマをベルヌ条約に基づく一貫した見解に基づいて論じてきた。第2部においては、「国際特許法」と題して、第1章においては、職務発明の準拠法について論じ、第2章においては、特許権侵害の準拠法について論じていくことにする。職務発明の準拠法に関しても、特許権の準拠法の決定に関しても、数多くの文献が存在し、パリ条約の解釈、特に属地主義を中心とした解釈の問題が

議論の中心となっている。しかしながら、従来の見解によれば、判例や学説の簡単な分類に留まり、国際特許法を巡る法的問題の解決に至る一定の法的視座を見つけるには至っていないのが現状である。そこで、本論文では、そのような「国際特許法」を「職務著作の準拠法」および「特許権侵害の準拠法」という二つのテーマに関して分析・検討し私見を提示したい。さらには、「国際著作権法」と「国際特許法」とを比較することで、知的財産権として一括りに議論される傾向の強かった両者の法的性質の相違を明らかにすることが本論文の目的である。

第1章 職務発明の準拠法

第1部では、「国際特許法」として、まず、第1章においては、職務発明の準拠法を論じていこう。

第1節 はじめに

日本人 X は、日本法人 Y 社の研究所において、Y の研究費を使って世界ではまだ特許を取得されていない製品の開発に成功した。当該発明に関しては、外国における特許を受ける権利の帰属が問題となり、これに基づく対価請求が X から Y に対して日本の裁判所に請求された。なお、XY 間には日本において雇用契約が締結されているものとする。さらに、XY 間に外国における特許を受ける権利に関して日本において譲渡契約が締結され、契約準拠法として日本法が指定されている。このような事例の下で、当該発明に関する問題(①特許を受ける権利の帰属、②当該権利の移転、③対価請求権)がどのように扱われるのであろうか。この点に関しては、判例及び学説において、職務発明に関する問題を、(1)特許権の成立に関する問題と性質決定する見解、(2)特許権の移転(譲渡ないし承継)に関する問題と性質決定する見解、(3)労働契約に関する問題と性質決定する見解が主張されている。判例においては、主に③対価請求に関する問題が中心に論じられているが、本論文においては、当該発明に関する3つの論点(①特許を受ける権利の帰属、②当該権利の移転、③対価請求権)に基づいて、判例の見解を整理し、さらに、学説の議論状況を分析し、続いて、事例に基づいて総括的考察を行い私見を提示したい。

第2節 判例

判例の見解は、特許権の成立に関する問題として性質決定する見解と、特許を受ける権利の移転(譲渡ないし承継)の問題として性質決定する見解に大別される。

第1款 属地主義により各国特許法による見解

当面の問題を属地主義により各国特許法による見解として、日立製作所職務発明事件 第一審判決(東京地裁平成14年11月29日判決)が挙げられる。

「日立製作所職務発明事件」 東京地裁平成14年11月29日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

原告 X は、研究員として被告 Y 社に在職し、その間に被告の業務範囲に属し、かつ、原告の職務に属する職務発明(本件各発明)を完成させた。被告 Y は、光技術製品を含む電気関連製品の開発、製造、販売等を行う総合電器メーカーである。原告 X は、本件各発明の特許を受ける権利を被告 Y に対して譲渡した。被告 Y はこの発明を利用して製品調査・売込戦略の策定、ライセンス交渉等を経て、ライセンス契約の締結に成功し、実施料を獲得したものである。本件は、本件各発明につき、被告 Y の元従業員であった原告 X が、被告 Y に対し、本件各発明は被告在職中にした職務発明であり、被告 Y に特許を受ける権利を承継させたので、特許法35条3項に基づき、その相当の対価(内金)の支払等を求めた事案である。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

まず、職務発明に係る外国における特許を受ける権利に関して、「(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、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いう、いわゆる属地主義の原則(最高裁判所平成9年7月1日第三小法廷判決・民集51巻6号2299頁参照)に照らすと、我が国の職務発明に当たるような事案について、外国における特許を受ける権利が、使用者、従業員のいずれに帰属するか、帰属しない者に実施権等何らかの権利が認められるか否か、使用者と従業員の間における特許を受ける権利の譲渡は認められるか、認められるとして、どのような要件の下で認められるか、対価の支払義務があるか等については、それぞれの国の特許法を準拠法として定められるべきものであるということが出来る。そうすると、特許法35条は、我が国の特許を受ける権利にのみ適用され、外国における特許を受ける権利に適用又は類推適用

されることはないというべきである。したがって、本件請求のうち、外国における特許を受ける権利についての特許法35条3項に基づく対価の請求は理由がない。」として、外国における特許を受ける権利については、当該国の特許法によるとの理解である。しかしながら、本件においては、外国における特許を受ける権利に関しては、絶対的属地主義に基づいて、当該外国法による判断を行わず請求棄却とした。

次に、「(2)本件譲渡契約は、日本において、日本人である原告と日本法人である被告との間で締結されたのであるから、法例7条1項又は2項により、本件譲渡契約のうち、外国における特許を受ける権利の譲渡契約の成立及び効力の準拠法は、日本法であると認められる。しかし、特許法35条が外国における特許を受ける権利に適用されるものではないことは前示のとおりであって、譲渡契約の成立及び効力の準拠法によって定められるものではない。」として、譲渡契約の準拠法については法例7条により日本法によるが、対価請求権の問題は、譲渡契約の準拠法ではなくて属地主義により各国特許法によると判示した。

さらに、外国における特許を受ける権利の対価請求権の問題に関しては、「原告は、職務発明に係る外国特許を受ける権利が企業に移転された場合、企業と従業員との間では、物や権利の売買につき明示の合意はされたものの、売買代金につき明示の合意がなかった場合に準じて処理されるべきであるから、裁判所において相当額を確定すべきであると主張する。確かに、有償の譲渡契約がされた場合に、相当額(時価)で譲渡するとの合意が認められる場合には、裁判所において、相当額を確定して、その支払を命じるということがあり得るが、本件譲渡契約がされた当時、原告と被告との間で、相当額(時価)で譲渡するとの合意がされたものと認めるに足りる証拠はなく、そうである以上、原告の上記主張を採用することはできない。また、原告は、企業が従業員から不当な対価で職務発明に係る外国特許を受ける権利を譲り受けたときは、公序良俗に違反し権利移転は無効となると主張するが、外国における特許を受ける権利については、上記(1)のとおり、当該国の特許法によって規律されるのであるから、譲渡契約で相当額で譲渡するとの合意がされなかったとしても、直ちに、その契約が公序良俗に反して無効となることはないものというべきである。そして、他に、本件譲渡契約が公序良俗に反して無効であるというべき事情は認められない。(3)以上のとおり、本件請求のうち、外国特許権に関する請求は理由がない。」⁽¹⁾と。したがって、外国における特許を受ける権利に関する対価請求権の問題については、当該国の特許法、即ち外国法によることになるが、外国法を適用することなく、請求を棄却したものである。

第2款 特許を受ける権利の移転(譲渡ないし承継)の問題として性質決定する見解

当面の問題を特許を受ける権利の移転(譲渡ないし承継)の問題として性質決定する見解は、特許権の譲渡に準じて、債権的法律行為と物権的法律行為とを区別する見解と、債権的法律行為と物権的法律行為とを区別しない見解とに分類される。区別する見解は、特に、対価請求権については債権的法律行為として、1) 譲渡契約に関する問題として性質決定する見解と、2) 労働契約に関する問題として性質決定する見解が対立している。区別しない見解としては、労働契約準拠法によるが、労働契約準拠法いかに拘わらず特許法35条を労働法上の絶対的強行法規とする見解が提唱されている。

1. 債権的法律行為と物権的法律行為とを区別する見解

1) 一般の契約準拠法説によるとする見解

債権的法律行為(対価請求権)と物権的法律行為(譲渡ないし承継)とを区別し、対価請求権の問題を債権的法律行為の問題として一般の契約準拠法によるとする見解としては、(1) 「三菱電機事件」(東京地裁平成18年6月8日判決)、(2) 「大塚製菓シロルタゾール事件」(東京地裁平成18年9月8日判決)、(3) 「日立製作所職務発明事件」(最高裁平成18年10月17日判決)、(4) 「キャノン事件」(東京地裁平成19年1月30日判決)が挙げられる。

(1) 「三菱電機事件」 東京地裁平成18年6月8日判決

1 事案の概要

事実の概要は以下の通りである。

原告X(日本人)は使用者である被告Yの会社の元従業員であった。原告Xは被告Yの会社において半導体不揮発性記憶装置等に関する特許発明5件及び考案1件を在職中に発明した。被告Yは、各特許発明等について、職務発明及び職務考案であるとして、社内規程により原告から特許及び実用新案登録を受ける権利を承継し、本件第1、第2特許発明の実施品を製造販売すると共に、他社に対して実施許諾することにより、多額の実施料収入を得ていた。発明者である原告Xは被告Yに対して、特許発明のライセンス契約のみならず特許発明の実施についても相当の対価の請求権を有しているとして、平成16年改正前の特許法35条及び実用新案法11条3項に基づき、職務発明及び職務考案の相当対価の一部請求をした事案である。この点に関して、日本の裁判所は、本件第1特許発明に関する被告の貢献度

は95%と認めるのが相当であり、また、被告による本件第3、第4特許発明の実施については、被告が本件第3、第4特許発明による禁止権の行使により超過売上を得ていたと認めることはできないなど、原告が本件各特許発明等に関する相当の対価として受領した額は、特許法35条に定める相当の対価の額に不足するものと認めることができないとして、請求を棄却したものである。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

まず、外国において特許を受ける権利の承継に関する準拠法について、「ア 職務発明に係る外国の特許を受ける権利等の承継の準拠法について原告が本件規程等により本件第3特許発明に係る特許を受ける権利を外国において特許を受ける権利も含めて被告に承継したことは前提となる事実と認定したとおりであり、この承継については、その対象となる権利が職務発明についての日本国及び外国の特許を受ける権利である点において、渉外的要素を含むものであるから、その準拠法を決定する必要がある。上記承継について、外国の特許を受ける権利の承継の効力発生要件や対抗要件等の法律関係については、これと最も密接な関係を有する各国特許法により規制されるべき事柄であるとしても、承継契約の成立及び効力発生要件等の法律関係については、これと最も密接な関係を有する使用者と従業者との契約の準拠法によるものと解すべきである。本件で問題となるのは、日本法人である被告と、日本国に在住してその従業員として勤務していた日本人である原告とが、原告がなした職務発明について、日本国においてなされた承継契約であるから、その承継契約の成立及び効力についての準拠法をどの国の法律とするかについての当事者の明示の意思がないとしても、その黙示の意思を推認すれば、それが日本法であることは明らかである。したがって、本件第3特許発明の特許を受ける権利(外国の特許を受ける権利も含む。)の承継契約の準拠法は、法例7条1項により、日本法であると解すべきである。また、当事者の意思が明確ではないとするとしても、法例7条2項により、その準拠法は日本法となることが明らかである。」と。本判決は、外国特許を受ける権利の承継に対する特許法35条の適用について、外国の特許を受ける権利の承継の効力発生要件や対抗要件等の法律関係(物権的法律行為)と、承継契約の成立及び効力発生要件等の法律関係(債権的法律行為)とを区別し、本件事例を後者に当たると解して、最も密接な関係を有する使用者と従業者との契約の準拠法、すなわち一般の契約準拠法によるものと解すべきであるとしている。

次に、特許法35条の適用に関する問題については、「特許法35条1項は、使用者等は、従業者等が職務発明について特許を受けたときは、その特許権について通常実施権を有することを規定し、同条2項は、使用者等が、勤務規則等により、職務発明についてあらかじめ特許を受ける権利等を承継することを定めることができることを規定し、同条3項は、従業者等が職務発明について使用者等に特許を受ける権利等を承継した場合に、『相当の対価の支払を受ける権利を有する』と規定している。この規定は、職務発明について特許を受ける権利が当該発明をした従業者等に原始的に帰属することを前提に(同法29条1項参照)、職務発明について特許を受ける権利等の帰属及びその利用に関して、使用者と従業者等のそれぞれの利益を保護するとともに、両者間の利害を調整することを図るための規定であり(最三小判平成15年4月4日民集57巻4号477頁参照)、これにより『発明の保護及び利用を図ることにより、発明を奨励し、もって産業の発達に寄与することを目的とする。』(特許法1条)との特許法の目的を達成しようとするものである。このように、特許法35条は、我が国における従業者と使用者との間の雇用契約上生じた職務発明の帰属及び利用に関する利害関係の調整を図る規定であることからすると、日本国においてなされた職務発明により従業者等に原始的に生じた特許を受ける権利(外国の特許を受ける権利も含む。)の帰属、利用及び承継については、使用者と従業者が属する我が国の産業政策に基づき決定された法律により一元的に決定されるべき事項であると解すべきである。なお、いわゆる属地主義の原則は、特許の成立、移転、効力等、特許権が付与される手続的、実体的要件、特許権が有効に移転されるための手続的、実体的要件、及び特許権の効力がそれぞれの国の特許法により定められることを意味するものであるから(最三小判平成9年7月1日民集51巻6号2299頁参照)、特許を受ける権利等の移転の前提となる、それらを対象とする承継契約の成立及びその効力、あるいは、同契約における、それらの権利の移転の対価についてまで、これを各国の特許毎に各国の特許法等の法律にゆだねることを意味するものではないことは明らかである。日本国においてなされた職務発明により従業者に原始的に発生する日本国及び外国の特許を受ける権利等の承継契約の効力については、上記のとおり、従業者等と使用者間の雇用契約上の利害関係の調整を図り、発明を奨励するとの要素も考慮した上で、その国の産業政策に基づいて定められた法律により一元的に律せられるべき事柄である(なお、職務発明により生じた国内及び国外の特許を受ける権利の帰属及び利用関係を法律により一元的に処理することは世界の主要国(米国を除く。)の大勢とも合致するものである。)。外国における特許を受ける権利に対し、特許法35条が適用されるとしても、特許

法の文言解釈に反するものではないと解すべきである。確かに、特許法33条、34条、38条、49条7号、123条1項6号等に定める『特許を受ける権利』は、日本国の特許を受ける権利について規定したものであるが、これは、特許の成立、移転、効力は、属地主義の原則により、各国の特許法により律せられるべきものであることから当然の規定である。しかし、特許法35条は、前記のとおり、使用者と従業者との間の雇用関係において生じる職務発明の帰属、利用及び承継に関する法律関係、すなわち、職務発明の承継契約における「相当の対価」について定めた強行規定であり、我が国の産業政策に基づき、使用者と従業者発明者との間の利害関係を調整しながら、特許法1条が定めた目的を達成するために設けられたものであるから、この点において属地主義の原則の適用はなく、特許法における他の規定とは異質なものであると解すべきである。特許法35条中の『特許を受ける権利』との用語を特許法の他の規定と同じ意味に解さなければならない合理的理由がない以上、同条における『特許を受ける権利』は、その規定の趣旨を合理的に解釈し、我が国の職務発明について、日本国のみならず外国の特許を受ける権利等も含む意味であると解すべきである。」と。したがって、本判決は、契約準拠法が日本法となるので、外国の特許を受ける権利についても日本法が適用されるとの理解である。よって、「以上によると、我が国の従業者等が、使用者に対し、職務発明について特許を受ける権利等を譲渡したときは、相当の対価を受ける権利を有することを定める特許法35条3項の規定中の『特許を受ける権利』等には、当該職務発明により生じる我が国における特許を受ける権利等のみならず、当該職務発明により生じる外国の特許を受ける権利等を含むものと解すべきである。」⁽²⁾と。したがって、本判決は、本件について、職務発明(対価請求権)の特許権の承継(移転)の問題として性質決定し、債権的法律行為(効力発生要件、対価請求)と物権的法律行為(効力発生要件、対抗要件)とを区別し、対価請求権の問題を債権的法律行為の問題として一般の契約準拠法によるとの理解である。

(2)「大塚製薬シロルタゾール事件」 東京高裁平成22年10月15日判決

1 事案の概要

事実の概要は以下の通りである。

一審原告 X は、雇用者である一審被告 Y の従業員であった。一審原告 X が一審被告 Y の下で発明した特許に関する特許権を被告 Y に対して承継した。この行為に基づいて、原告 X は被告 Y に対して、本件各特許権に関して、相当の対価として少なくとも451億8 000万

円の内金である10億円等の支払いを求め、原審が相当対価の額を3439万6062円と定めたことから、一審原告 X・一審被告 Y の双方が控訴した事案である。この点に関して、東京高等裁判所は、特許法旧35条4項の「その発明により使用者等が受けるべき利益の額」を、当該発明の独占的实施による利益を得た後、あるいは、第三者に当該発明の実施許諾をし実施料収入を得た後の時点において、これらの独占的实施による利益あるいは実施料収入額をみてその法的独占権に由来する額として算定した上で、本件各特許発明の実施によって一審被告が得た利益の額を、本件各特許発明に関する一審被告の貢献度を94パーセント、相当対価の額を計5653万円と定め、一審原告の控訴に基づき原判決を変更したものである。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

まず、職務発明により生じた外国の特許を受ける権利等の承継の準拠法について、「一審原告が、被告取扱規程により、その職務発明である本件各米国特許発明及び本件ドイツ特許発明に係る特許を受ける権利を一審被告が承継し、一審被告がこれらについて特許出願をし、特許を得たことは、原判決の『第2事案の概要』『1前提となる事実』のとおりであり、この承継については、その対象となる権利が職務発明についての外国の特許を受ける権利である点において、渉外的要素を含むものであるから、まずその準拠法を決定する必要がある。上記承継は、日本法人である一審被告と、我が国に在住して一審被告の従業員として勤務していた日本人である一審原告とが、一審原告がした職務発明について被告取扱規程に基づき我が国で行ったものであり、一審原告と一審被告との間には、原判決も認定するように上記承継の成立及び効力の準拠法を我が国の法律とする旨の黙示の合意が存在すると認められる。そして、外国の特許を受ける権利の譲渡に伴って譲渡人が譲受人に対しその対価を請求できるかどうか、その対価の額はいくらであるかなどの特許を受ける権利の譲渡の対価に関する問題は、譲渡の当事者がどのような債権債務を有するかという問題にはかならず、譲渡当事者間における譲渡の原因関係である契約その他の債権的法律行為の効力の問題であると解されるから、その準拠法は、平成18年法律第78号として制定された法の適用に関する通則法の第7条(同条の規定は、それ以前の法条である法例〔明治31年法律第10号〕7条1項とほぼ同じ。上記通則法7条は、附則2条により、遡及適用される。)により、第1次的には当事者の意思に従って定められると解するのが相当である(最高裁平成18年10月17日第三小法廷判決・民集60巻8号2853頁参照)。本件においては、一審原

告と一審被告との間には、承継の成立及び効力につきその準拠法を我が国の法律とする旨の黙示の合意が存在しているのであるから、特許を受ける権利の譲渡の対価に関する問題については、我が国の法律が準拠法となるというべきである。」と。したがって、本判決によれば、当面の問題は、外国の特許を受ける権利の承継の問題であるとして、債権的法律行為(対価請求権)と物権的法律行為(承継)とを区別し、対価請求権の問題を債権的法律行為の問題として一般の契約準拠法による見解である。

次に、外国の特許を受ける権利の承継に対する特許法35条の適用については、「我が国の特許法が外国の特許又は特許を受ける権利について直接規律するものではないことは明らかであり、旧35条1項及び2項にいう『特許を受ける権利』が我が国の特許を受ける権利を指すものと解さざるを得ないことなどに照らし、同条3項にいう『特許を受ける権利』についてのみ外国の特許を受ける権利が含まれると解することは、文理上困難であって、外国の特許を受ける権利の譲渡に伴う対価の請求について同項及び同条4項の規定を直接適用することはできないといわざるを得ない。しかし、同条3項及び4項の規定は、職務発明の独占的な実施に係る権利が処分される場合において、職務発明が雇用関係や使用関係に基づいてされたものであるために、当該発明をした従業者等と使用者等とが対等の立場で取引をすることが困難であることにかんがみ、その処分時において、当該権利を取得した使用者等が当該発明の実施を独占することによって得られると客観的に見込まれる利益のうち、同条4項所定の基準に従って定められる一定範囲の金額について、これを当該発明をした従業者等において確保できるようにして当該発明をした従業者等を保護し、もって発明を奨励し、産業の発展に寄与するという特許法の目的を実現することを趣旨とするものであると解するのが相当である。そして、当該発明をした従業者等から使用者等への特許を受ける権利の承継について両当事者が対等の立場で取引をすることが困難であるという点は、その対象が我が国の特許を受ける権利である場合と外国の特許を受ける権利である場合とで何ら異なるものではない。また、特許を受ける権利は、各国ごとに別個の権利として観念し得るものであるものの、その基となる発明は、共通する一つの技術的創作活動の成果であり、さらに、職務発明とされる発明については、その基となる雇用関係等も同一であって、これに係る各国の特許を受ける権利は、社会的事実としては、実質的に1個と評価される同一の発明から生じるものであるということが出来る。さらに、当該発明をした従業者等から使用者等への特許を受ける権利の承継については、實際上、その承継の時点において、どの国に特許出願をするのか、あるいは、そもそも特許出願をすることなく、

いわゆるノウハウとして秘匿するのか、特許出願をした場合に特許が付与されるかどうかなどの点がいまだ確定していないことが多く、我が国の特許を受ける権利と共に外国の特許を受ける権利が包括的に承継されるということも少なくない。ここでいう外国の特許を受ける権利には、我が国の特許を受ける権利と必ずしも同一の概念とはいえないものもあり得るが、このようなものも含めて、当該発明については、使用者等にその権利があることを認めることによって当該発明をした従業者等と使用者等との間の当該発明に関する法律関係を一元的に処理しようというのが、当事者の通常の意味であると解される。そうすると、同条3項及び4項の規定については、その趣旨を外国の特許を受ける権利にも及ぼすべき状況が存在するというべきである。したがって、従業者等が旧35条1項所定の職務発明に係る外国の特許を受ける権利を使用者等に譲渡した場合において、当該外国の特許を受ける権利の譲渡に伴う対価請求については、同条3項及び4項の規定が類推適用されると解するのが相当である(最高裁平成18年10月17日第三小法廷判決・民集60巻8号2853頁)。本件においては、一審原告は、旧35条1項所定の職務発明に該当する本件各特許発明をし、それによって生じたアメリカ合衆国、ドイツ等の各外国の特許を受ける権利を、我が国の特許を受ける権利と共に一審被告に譲渡している。したがって、本件各米国特許発明及び本件ドイツ特許発明に係る特許を受ける権利の譲渡に伴う対価請求については、同条3項及び4項の規定が類推適用され、一審原告は、一審被告に対し、上記各外国の特許を受ける権利の譲渡についても、同条3項に基づく同条4項所定の基準に従って定められる相当の対価の支払を請求することができるというべきである。なお、外国特許を受ける権利の対価算定に際し、その減額要素として旧35条1項(いわゆる法定通常実施権)を考慮するのかという論点が残るが、前記のとおり、当該発明をした従業員等と使用者等との間の当該発明に関する法律関係を一元的に処理しようとする前記の立場を前提とすれば、法定通常実施権を認めない外国特許の場合であっても、少なくとも譲渡対価算定という債権関係の処理としては、旧35条1項の類推適用を肯定した上でその対価を算定すべきものと解するのが相当である。」⁽³⁾と。

したがって、本判決の見解によれば、外国の特許を受ける権利の譲渡に伴う対価の請求について特許法35条3項及び同条4項の規定を直接適用することはできないとしたうえで、外国の特許を受ける権利に関する労働者と使用者の通常の意味を勘案し、同条3項及び4項の規定が外国の特許を受ける権利にも影響を及ぼすべき状況が存在すると解されている。すなわち、従業者が特許法35条1項所定の職務発明に係る外国の特許を受ける権利を使用者

等に譲渡した場合に伴う対価請求については、同条3項及び4項の規定が類推適用されるとの理解である。

(3) 「日立製作所職務発明事件」 最高裁平成18年10月17日判決

1 事案の概要

事実の概要は以下の通りである。

一審原告 X は使用者である一審被告 Y の日本人従業員であった。一審原告 X は使用者たる一審被告 Y の日本にある総合電機メーカーにおいて、その職務上発明した本件各発明を被告 Y に承継させた。これに関して、原告 X から被告 Y に対して当該職務発明に関する日本及び外国において特許を受ける権利について、日本の裁判所に相当の対価の支払を求めた事案の上告審である。上告審においては、被上告人 X (一審原告) が、職務発明について、我が国の特許を受ける権利と共に外国の特許を受ける権利を上告人 Y (一審被告) に譲渡し、その際に、上告人 (一審被告 Y) は、表彰規程等として、「発明、考案等に関する表彰規程」、「発明考案等取扱規則」、「発明考案等に関する補償規程」及び「発明考案等に関する補償基準」を定めていた。これらの事情に基づいて、被上告人 X (一審原告) は上告人 Y に対して、特許法35条3項所定の相当対価の支払を求めたところ、支払いが認められたため、上告人 Y が上告したものである。この点に関して、日本の裁判所は、従業者が特許法35条1項所定の職務発明に係る外国の特許を受ける権利を使用者等に譲渡した場合において、当該外国の特許を受ける権利の譲渡に伴う対価請求については、同条3項および4項の規定が類推適用されると解するのが相当であるとし、上告を棄却したものである。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

まず、職務発明により生じた外国の特許を受ける権利等の譲渡の準拠法について、「(1) 本件譲渡契約に基づく特許を受ける権利の譲渡の対価に関する問題については、その対象となる権利が我が国及び外国の特許を受ける権利である点において涉外的要素を含むため、その準拠法を決定する必要があるところ、本件譲渡契約は、日本法人である上告人と、我が国に在住して上告人の従業員として勤務していた日本人である被上告人とが、被上告人がした職務発明について我が国で締結したものであり、上告人と被上告人との間には、本件譲渡契約の成立及び効力の準拠法を我が国の法律とする旨の黙示の合意が存在すると認

められるから、法例7条1項の規定により、その準拠法は、外国の特許を受ける権利の譲渡の対価に関する問題を含めて、我が国の法律である。(2)特許法35条3項にいう『特許を受ける権利』には、我が国の特許を受ける権利のみならず、外国の特許を受ける権利が含まれるから、被上告人は、上告人に対し、外国の特許を受ける権利の譲渡についても、同条3項に基づく同条4項所定の基準に従って定められる相当の対価の支払を請求することができる。」として、外国において特許を受ける権利の譲渡及び対価請求の問題を債権的法律行為の問題であるとして、例7条1項の規定により、日本法が適用されると解される。そして、従業員は使用者に対する対価請求権が認められるものと解される。また、「第2 上告代理人末吉互ほかの上告受理申立て理由第3について 1 外国の特許を受ける権利の譲渡に伴って譲渡人が譲受人に対しその対価を請求できるかどうか、その対価の額はいくらであるかなどの特許を受ける権利の譲渡の対価に関する問題は、譲渡の当事者がどのような債権債務を有するののかという問題にほかならず、譲渡当事者間における譲渡の原因関係である契約その他の債権的法律行為の効力の問題であると解されるから、その準拠法は、法例7条1項の規定により、第1次的には当事者の意思に従って定められると解するのが相当である。」として、外国で特許を受ける権利の当該当事者間における譲渡の原因関係である契約には、法例7条により、一般の契約準拠法が適用されるとの理解である。さらに、日本において特許を受ける権利が外国でそのまま承認されるのかという点については、「なお、譲渡の対象となる特許を受ける権利が諸外国においてどのように取り扱われ、どのような効力を有するのかという問題については、譲渡当事者間における譲渡の原因関係の問題と区別して考えるべきであり、その準拠法は、特許権についての属地主義の原則に照らし、当該特許を受ける権利に基づいて特許権が登録される国の法律であると解するのが相当である。2 本件において、上告人と被上告人との間には、本件譲渡契約の成立及び効力につきその準拠法を我が国の法律とする旨の黙示の合意が存在するというのであるから、被上告人が上告人に対して外国の特許を受ける権利を含めてその譲渡の対価を請求できるかどうかなど、本件譲渡契約に基づく特許を受ける権利の譲渡の対価に関する問題については、我が国の法律が準拠法となるというべきである。以上と同旨の原審の判断は、正当として是認することができる。論旨は採用することができない。」⁽⁴⁾として、日本において特許を受ける権利の外国での効力については、属地主義により特許登録国法が妥当すると理解される。

したがって、本判決の見解によれば、債権的法律行為(対価請求権)と物権的法律行為(移転)を区別し、前者(対価請求権)の問題を債権的法律行為の問題として一般の契約準拠法によるものと解される。

(4) 「キャノン事件」 東京地裁平成19年1月30日判決

1 事案の概要

事実の概要は以下の通りである。

原告 X は使用者である被告 Y の株式会社の従業員であり、原告 X は被告 Y の会社において「ゴースト像を除去する走査光学系」を職務上発明し被告 Y に対して当該職務発明を承継した。一連の行為に基づいて、原告 X は被告 Y に対して、「ゴースト像を除去する走査光学系」に係る特許を受ける権利に関して、その相当対価の支払を求めた事案である。この点に関して、東京地方裁判所は、被告取扱規程は労働協約及びそれに基づく労使協議の上で制定されているものの、本件各特許発明の承継についてこれまでに支払われた額が、本判決で認定判断する本件各特許発明の承継の相当の対価と比較すると、その額が低額であることからすれば、被告取扱規程が定める相当対価の算定方法は、特許法35条4項の趣旨・内容に到底合致するものということとはできないとし、請求を一部認容したものである。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

職務発明により生じた外国の特許を受ける権利の承継についての準拠法について、「原告が、被告取扱規程により、その職務発明である本件各米国特許発明及び本件ドイツ特許発明に係る特許を受ける権利を被告に承継し、被告がこれらについて特許出願をし、特許を得たことは前提となる事実認定したとおりであり、この承継については、その対象となる権利が職務発明についての外国の特許を受ける権利である点において、涉外的要素を含むものであるから、その準拠法を決定する必要がある。上記承継は、日本法人である被告と、我が国に在住して被告の従業員として勤務していた日本人である原告とが、原告がした職務発明について被告取扱規程に基づき我が国で行ったものであり、原告と被告との間には、上記承継の成立及び効力の準拠法を我が国の法律とする旨の黙示の合意が存在すると認められる。そして、外国の特許を受ける権利の譲渡に伴って譲渡人が譲受人に対しその対価を請求できるかどうか、その対価の額はいくらであるかなどの特許を受ける権利

の譲渡の対価に関する問題は、譲渡の当事者がどのような債権債務を有するのかという問題にほかならず、譲渡当事者間における譲渡の原因関係である契約その他の債権的法律行為の効力の問題であると解されるから、その準拠法は、法例7条1項の規定により、第1次的には当事者の意思に従って定められると解するのが相当である(最高裁平成16年(受)第781号平成18年10月17日第三小法廷判決)。本件においては、原告と被告との間には、承継の成立及び効力につきその準拠法を我が国の法律とする旨の黙示の合意が存在しているのであるから、特許を受ける権利の譲渡の対価に関する問題については、我が国の法律が準拠法となるというべきである。なお、譲渡の対象となる特許を受ける権利が諸外国においてどのように取り扱われ、どのような効力を有するのかという問題については、譲渡当事者間における譲渡の原因関係の問題と区別して考えるべきであり、その準拠法は、特許権についての属地主義の原則に照らし、当該特許を受ける権利に基づいて特許権が登録される国の法律であると解するのが相当である。」と。したがって、本判決によれば、外国における特許を受ける権利の承継の問題であるとして、債権的法律行為(対価請求権)と物権的法律行為(承継)とを区別し、対価請求権の問題を債権的法律行為の問題として一般の契約準拠法によらし、法例7条1項の当事者による日本法を準拠法とする黙示の選択があったものとの理解である。

次に、外国の特許を受ける権利の承継に対する特許法35条の適用について、「我が国の特許法が外国の特許又は特許を受ける権利について直接規律するものではないことは明らかであり(1900年12月14日にブラッセルで、1911年6月2日にワシントンで、1925年11月6日にヘーグで、1934年6月2日にロンドンで、1958年10月31日にリスボンで及び1967年7月14日にストックホルムで改正された工業所有権の保護に関する1883年3月20日のパリ条約4条の2参照)、特許法35条1項及び2項にいう『特許を受ける権利』が我が国の特許を受ける権利を指すものと解さざるを得ないことなどに照らし、同条3項にいう『特許を受ける権利』についてのみ外国の特許を受ける権利が含まれると解することは、文理上困難であって、外国の特許を受ける権利の譲渡に伴う対価の請求について同項及び同条4項の規定を直接適用することはできないといわざるを得ない。しかしながら、同条3項及び4項の規定は、職務発明の独占的な実施に係る権利が処分される場合において、職務発明が雇用関係や使用関係に基づいてされたものであるために、当該発明をした従業者等と使用者等とが対等の立場で取引をすることが困難であることにかんがみ、その処分時において、当該権利を取得した使用者等が当該発明の実施を独占することによって得られると客観的に見込まれる

利益のうち、同条4項所定の基準に従って定められる一定範囲の金額について、これを当該発明をした従業者等において確保できるようにして当該発明をした従業者等を保護し、もって発明を奨励し、産業の発展に寄与するという特許法の目的を実現することを趣旨とするものであると解するのが相当である。そして、当該発明をした従業者等から使用者等への特許を受ける権利の承継について両当事者が対等の立場で取引をすることが困難であるという点は、その対象が我が国の特許を受ける権利である場合と外国の特許を受ける権利である場合とで何ら異なるものではない。また、特許を受ける権利は、各国ごとに別個の権利として観念し得るものであるものの、その基となる発明は、共通する一つの技術的創作活動の成果であり、さらに、職務発明とされる発明については、その基となる雇用関係等も同一であって、これに係る各国の特許を受ける権利は、社会的事実としては、実質的に1個と評価される同一の発明から生じるものであるということが出来る。さらに、当該発明をした従業者等から使用者等への特許を受ける権利の承継については、實際上、その承継の時点において、どの国に特許出願をするのか、あるいは、そもそも特許出願をすることなく、いわゆるノウハウとして秘匿するのか、特許出願をした場合に特許が付与されるかどうかなどの点がいまだ確定していないことが多く、我が国の特許を受ける権利と共に外国の特許を受ける権利が包括的に承継されるということも少なくない。ここでいう外国の特許を受ける権利には、我が国の特許を受ける権利と必ずしも同一の概念とはいえないものもあり得るが、このようなものも含めて、当該発明については、使用者等にその権利があることを認めることによって当該発明をした従業者等と使用者等との間の当該発明に関する法律関係を一元的に処理しようというのが、当事者の通常の意味であると解される。そうすると、同条3項及び4項の規定については、その趣旨を外国の特許を受ける権利にも及ぼすべき状況が存在するというべきである。したがって、従業者等が特許法35条1項所定の職務発明に係る外国の特許を受ける権利を使用者等に譲渡した場合において、当該外国の特許を受ける権利の譲渡に伴う対価請求については、同条3項及び4項の規定が類推適用されると解するのが相当である(最高裁平成16年(受)第781号平成18年10月17日第三小法廷判決)。本件においては、原告は、特許法35条1項所定の職務発明に該当する本件各特許発明をし、それによって生じたアメリカ合衆国、ドイツ等の各外国の特許を受ける権利を、我が国の特許を受ける権利と共に被告に譲渡している。したがって、本件各米国特許発明及び本件ドイツ特許発明に係る特許を受ける権利の譲渡に伴う対価請求については、同条3項及び4項の規定が類推適用され、原告は、被告に対し、上記各外国の特許を受ける権利の

譲渡についても、同条3項に基づく同条4項所定の基準に従って定められる相当の対価の支払を請求することができるというべきである。被告は、特許法35条は外国特許を受ける権利の帰属に関する法律関係について適用を予定した規定ではないとして、本件各米国特許及び本件ドイツ特許について、特許法35条3項及び4項に基づいて対価請求することはできないと主張する。しかし、被告の主張は、上記最高裁判決に照らし、採用することができない。また、被告は、上記最高裁判決は、使用者等と従業者等との間の職務発明に係る特許を受ける権利の譲渡契約における通常の意味解釈を根拠として、特許法35条3項及び4項の類推適用を認めるものであって、労使間の協議により成立した労働協約に依拠して制定され、法的拘束力のある就業規則として就業者に周知徹底されていた被告取扱規程に基づきなされた本件の外国特許を受ける権利の承継は、労使対等の立場での特許を受ける権利の譲渡であるから、同条項を類推適用する余地はないと主張する。しかし、外国の特許を受ける権利も含めて法律関係を一元的に処理しようというのが、当事者の通常の意味であると解されるところ、被告取扱規程においても、我が国の特許を受ける権利と、外国の特許を受ける権利の取扱いを異にすることを予定しておらず、これを一元的に処理しようとするものであることは、第2・1『前提となる事実』において認定した被告取扱規程の内容から明らかであり、また、被告取扱規程が労働協約に依拠して制定されているとしても、同規程が定める対価の額と対価決定の手續が、同条4項の基準に従って定められる一定の範囲の金額について、従業員等において、これを十分に確保し得るものとみることができないものであることは、争点2において説示するとおりである。したがって、本件についても、特許法35条3項及び4項の類推適用を肯定すべきであって、これを否定すべき事情を認めるに足りる証拠はなく、被告の主張は採用することができない。」⁽⁵⁾と。

したがって、本判決の見解によれば、外国における特許を受ける権利について、特許法35条を直接適用することはできないとしながらも、労働者及び使用者の当事者の意思を勘案し、準拠法の統一の観点等を考慮して、類推適用することができるとの理解である。

上記4つの判例は、当面の問題を外国における特許を受ける権利の承継として、債権的法律行為(対価請求権)と物権的法律行為(承継)とを区別し、対価請求権の問題を債権的法律行為の問題として一般の契約準拠法による見解である。

2) 特許法35条を労働契約法上の絶対的強行法規とする見解

特許法35条を労働契約法上の絶対的強行法規とする見解としては、(1)「味の素アスパルテーム事件」(東京地裁平成16年2月24日判決)が挙げられる。

「味の素アスパルテーム事件」 東京地裁平成16年2月24日判決

このような見解を採用するものとして、「味の素アスパルテーム事件」判決が挙げられる。

1 事案の概要

事実の概要は以下の通りである。

原告Xは使用者である被告Yの会社の従業員であり、被告Yの会社において人工甘味料アスパルテーム(APM)を工業的規模で製造する工程の一部をなす工業的晶析法等の各発明を共同発明し当該発明を被告Yに対して承継させた。原告Xは被告Yに対し、本件各発明が職務発明であり、被告に対し特許を受ける権利を承継したとして、特許法35条3項に基づき、外国に出願された特許をうける権利の承継の対価も含めて相当の対価の一部の支払を求めた事案である。この点に関して、東京地方裁判所は、本件請求は、雇用契約の準拠法によるべきであり、我が国の法律を準おもうにおいて特許を受ける権利を除外するものではないから、外国において特許を受ける権利の承継の対価を含めて対価の額を算定するのが相当であるとしたものである。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

まず、外国における特許を受ける権利の対価請求の準拠法に関して、「原告は、特許法35条3項に基づき、外国出願に係る本件特許3ないし10についての承継の対価をも請求するところ、被告は、同条項の『特許を受ける権利』には、『外国において特許を受ける権利』は含まれず、同条項は、外国において特許を受ける権利の承継に対する対価請求には適用されない旨主張する。そこで、まず、特許法35条3項に基づき、外国において特許を受ける権利の承継に対する対価を請求することができるか否かについて、検討する。本件請求は、本件両当事者が住所又は本店所在地を我が国とする日本人及び日本法人であり、我が国においてされた発明に関する請求ではあるが、対価の対象が外国におけるものを含む特許を受ける権利に関する請求であるという点において、涉外的要素を含む法律関係である。本

件請求は、私人間において上記対価請求権の存否が問題となるものであって、準拠法を決定する必要がある。(2) 準拠法の決定 職務発明に係る特許を受ける権利の承継に対する対価請求の準拠法を定める前提としては、まず、承継の効力発生要件や対抗要件の問題と、承継についての契約の成立や効力の問題とに分けて検討すべきである。そして、前者の承継の効力発生要件や対抗要件の法律関係の性質については、承継の客体である特許を受ける権利であると決定し、これと最も密接な関係を有する特許を受ける権利の準拠法によるものと解すべきである。他方、後者の契約の成立や効力の法律関係の性質については、契約であると決定し、これと最も密接な関係を有する使用者と従業者の雇用契約の準拠法によるものと解すべきである。本件で問題となるのは、職務発明に係る特許を受ける権利の承継の対価であるから、後者により、使用者と従業者の雇用契約の準拠法による。そして、雇用契約の準拠法は、法例7条によって決定すべきところ、本件においては、当事者の明示の意思によっては定められていないが、日本人である原告と日本法人である被告の意思として、日本法によるとする意思であるものと推認することができる。また、条理によって決定するとしても、日本人である原告と日本法人である被告の雇用契約と最も密接な関係を有するのは、従業者である原告が労務を供給し、使用者である被告が本社を置き、かつ本件各発明が行われた我が国である。なお、いずれの準拠法選択をした場合であっても、絶対的強行法規の性質を有する労働法規は適用されるべきであるところ、特許法35条もまた、上記の性質を有する労働法規と解される。そうすると、本件各発明に係る特許を受ける権利の承継の対価請求の準拠法は、いずれにせよ、我が国の法律であると解するのが相当である。」と。したがって、本判決によれば、当面の問題については、外国における特許を受ける権利の承継契約の成立や効力の法律関係(債権的法律行為)と、承継の効力発生要件や対抗要件の法律関係(物権的法律行為)とを区別し、特許を受ける権利の対価請求権の問題を債権的法律行為の問題であるとして、最も密接な関係を有する使用者と従業者の雇用契約の準拠法、すなわち、労働契約準拠法によるが、労働契約準拠法いかに拘わらず特許法35条を労働法上の絶対的強行法規とするとの理解である。

次に、外国において特許を受ける権利に対する特許法35条の適用について、「特許法35条は、〔1〕使用者等が従業者等の職務発明に関する特許権について通常実施権を有すること(同法35条1項)、〔2〕従業者等がした発明のうち職務発明以外のものについては、あらかじめ使用者等に特許を受ける権利及び特許権を承継させることを定めた条項が無効とされること(同条2項)、その反対解釈として、職務発明については、そのような条項が有効と

されること、〔3〕従業者等は、職務発明について使用者等に特許を受ける権利及び特許権を承継させたときは、相当の対価の支払を受ける権利を有すること(同条3項)、〔4〕その対価の額は、その発明により使用者等が受けるべき利益の額及びその発明につき使用者等が貢献した程度を考慮して定めなければならないこと(同条4項)などを規定している。このように、同条は、職務発明について特許を受ける権利が当該発明をした従業者等に原始的に帰属することを前提に(同法29条1項参照)、職務発明について特許を受ける権利及び特許権の帰属及びその利用に関して、使用者等と従業者等のそれぞれの利益を保護するとともに、両者間の利害を調整することを図った規定である(最高裁平成13年(受)第1256号同15年4月22日第三小法廷判決・民集57巻4号477頁参照)。我が国の特許法において、特許を受ける権利は、発明の完成と同時に発生するものであり、原始的に発明者に帰属するものである(特許法29条1項)。特許を受ける権利は、これを移転することができるが、共有に係るときは、他の共有者の同意を得なければ、その持分を譲渡することができない(同法33条1項、3項)。そして、発明者又は特許を受ける権利を承継した者がした特許出願でなければ特許を受けることができないが(同法34条1項、49条7号、123条1項6号)、特許出願は、各国においてそれぞれ独立に行われ、他方、特許出願することなくノウハウ等としてこれを使用することもできる。特許を受ける権利の承継には、特許出願前における承継と特許出願後における承継があるところ(同法34条1項、4項参照)、本件請求は、原告が本件各発明を完成して、その特許を受ける権利を被告に承継したことに基づくものであり、ここで問題となっているのは、発明の完成により発生した特許出願前における特許を受ける権利の承継である。特許法35条3項自体は、特許出願後の特許を受ける権利及び特許権のみならず、特許出願前の特許を受ける権利についても規定している。そして、特許出願前における特許を受ける権利について、我が国において特許を受ける権利と外国において特許を受ける権利とに区別することが可能であるとしても、特許法35条3項にいう『特許を受ける権利』に、外国において特許を受ける権利が含まれないと解すべき理由はない。使用者等は、職務発明について外国において特許を受ける権利を使用者等に承継させる意思に従業者等が有しているか否かにかかわらず、使用者等があらかじめ定める勤務規則その他の定めにおいて、上記特許を受ける権利が使用者等に承継される旨の条項を設けておくことができるのであり、また、その承継について対価を支払う旨及び対価の額、支払時期等を定めることも妨げられることがないといえることができる。そして、勤務規則等に定められた外国において特許を受ける権利を含む対価の額が特許法35条4項の趣旨及び内容に合致して初め

て同条3項、4項所定の相当の対価に当たると解することができる。(4)被告の主張について

ア 被告は、最高裁判決の採用する属地主義の原則によれば、準拠法は当該外国における法律であり、かつ特許法35条が外国において特許を受ける権利を予定していないと解すべきである旨主張する。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(最高裁平成7年(オ)第1988号同9年7月1日第三小法廷判決・民集51巻6号2299頁参照)。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(最高裁平成12年(受)第580号平成14年9月26日判決・民集56巻7号1556頁)。しかしながら、上記最高裁9年7月1日判決は、国外において特許製品を譲渡した事情と特許権の行使の可否の問題が属地主義の原則とは無関係である旨を判示したにすぎず、また、上記最高裁平成14年9月26日判決も、特許権侵害を理由とする差止請求についての準拠法決定が属地主義の原則を理由として不要となるものではないことを判示するとともに、特許権の効力の準拠法の決定等に当たって属地主義の原則を適用したにすぎず、職務発明に係る特許を受ける権利の承継の対価請求の準拠法の決定に当たり、直ちに属地主義の原則が妥当するわけではない。そして、上記属地主義の原則の根拠は、特許権が、国家がその産業政策に基づき発明に付与する独占権であり、条約上も前提とされてきたものであるところに求められるところ、雇用関係で結ばれた使用者と従業者という私人間の特許を受ける権利の承継の対価に、特許出願先の国家の産業政策が直接関係するわけではなく、属地主義の原則を理由に、我が国の特許法が外国において特許を受ける権利の承継の対価について適用されないとは解することはできない。また、特許を受ける権利は、発明者に広く認められるべき普遍的な権利であり、ある国において特許出願することにより無体物である発明に対する排他的独占権を取得する以前のものであるから、排他的独占権を付与するための要件や効力の問題とは異なるものである。なお、外国において特許を受ける権利の承継に関する契約の成立や効力につき、日本法を適用することと、それが特許として登録され、当該外国における特許権の侵害が問題となる場面において、差止請求は登録国の法律により、損害賠償請求は不法行為があった地の法律によることとは、別個の法律問題として両立し得るのである。イ そして、被告の主張によれば、各国の特許法を準拠法として、従業者である発明者が一つの発明に係る世界各国において特許を受ける権利の承継の対価を請求

するために、世界各国の法律に基づき逐一請求すべきことになる。しかしながら、そのような解釈は、職務発明制度の利用を当該国を雇用関係の準拠法とする者に限定する法制を採る国が多数ある現状においては(甲54、70)、法的安定性を害し、従業者に外国において特許を受ける権利の承継の対価請求を事実上閉ざす結果となりかねない。また、ドイツの従業者発明法のように、所定の期間内に使用者側が手続を履践することを職務発明の要件とする立法例もあり(甲54、55、57)、特許を受ける権利の予約承継を定めた使用者の期待を害するおそれもある。ウ 被告は、我が国の特許法は、その目的、文言及び趣旨からして、日本における特許権や日本において特許を受ける権利についてのみ規定しているものであり、特許法35条にいう『特許を受ける権利』も外国において特許を受ける権利を含まない旨主張する。我が国の特許法は、我が国の産業政策に基づいて定められているものであり、特許法のうち、例えば、特許出願や審判等に関する規定は、行政手続を定めたものとして、また罰則に関する規定は、刑事罰ないし行政罰を定めたものとして、我が国においてのみ適用されるべきものである。しかしながら、特許法35条が職務発明について特許を受ける権利の帰属及びその利用に関して、使用者等と従業者等のそれぞれの利益を保護するとともに、両者間の利害を調整することを図るという性質を有することは前記(3)で判断したとおりであり、このような性質を有する同条について、これらと同列に論じることはできない。エ 被告は、特許法35条3項、4項が外国において特許を受ける権利の承継について適用されるとすれば、その結果従業員発明に支払う金額は使用者が全く予想していない金額になり、我が国における研究開発の停滞をもたらすなどと主張する。しかしながら、相当な対価につき従業者に有利な規定を有する我が国の現行法制の下において、企業の国際的競争力の点で不利になるおそれがあるとしても、そのことは、従業者に対する発明のインセンティブと企業の国際的競争力との政策的なバランスの問題であって、我が国の産業政策においてそれをどう考えるかという、立法政策の問題であり、それが特許法35条3項、4項が外国において特許を受ける権利について適用されるか否かの解釈に影響を与えるものではない。(5)小括 以上のとおり、本件請求は、我が国の法律を準拠法とすべきであり、我が国の特許法35条3項にいう『特許を受ける権利』は『外国において特許を受ける権利』を除外するものではない。したがって、外国において特許を受ける権利の承継の対価、すなわち本件特許3ないし10により被告が受けるべき利益を含めて、対価の額を算定するのが相当である。」⁽⁶⁾と。

したがって、本判決の見解によれば、日本法が準拠法として適用される結果、特許法35条が外国における特許を受ける権利についても適用されると解される。

このように、上記判決は、職務発明(対価請求権)の問題を特許権の承継の問題として性質決定し、債権的法律行為(対価請求権)と物権的法律行為(移転ないし承継)を区別し、対価請求権の問題を債権的法律行為の問題とし労働契約準拠法によるが、労働契約準拠法いかに拘わらず特許法35条を労働法上の絶対的強行法規とする見解である。

2. 債権的法律行為と物権的法律行為とを区別しない見解

債権的法律行為と物権的法律行為とを区別しない見解としては、(1)「日立製作所職務発明事件」(東京高裁平成16年1月29日判決)が挙げられる。

「日立製作所職務発明事件」 東京高裁平成16年1月29日判決

1 事案の概要

事実の概要は以下のようである。

一審原告 X は使用者である一審被告 Y の日本人従業員であった。一審原告 X は使用者たる一審被告 Y の日本にある総合電機メーカーにおいて、その職務上発明した本件各発明を一審被告 Y に承継させた。本件控訴審においては、一審被告 Y の従業員であった一審原告 X が、一審被告 Y に対し、在職中にした発明につき、特許法35条3項に基づく相当の対価の支払を請求し、原判決がその一部を認容しその余を棄却したのに対し、当事者双方が、これを不服として、控訴を提起した事案である。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

まず、職務発明に係る外国の特許を受ける権利の準拠法に関しては、「本件譲渡契約は、その対象となる権利が職務発明についての日本国及び外国の特許を受ける権利である点において、涉外的要素を含むものであるから、その準拠法を決定する必要がある。本件譲渡契約は、日本法人である一審被告と、日本国に在住してその従業員として勤務していた日本人である一審原告とが、一審原告がなした職務発明について、日本国において締結した譲渡契約である。本件譲渡契約の成立及び効力についての準拠法をどの国の法律とするかにつ

いての当事者の明示の意思は存在せず、当事者の黙示の意思を推認すれば、それが日本法であることは明らかであるから、法例7条1項により、準拠法は、本件各発明に係る外国の特許を受ける権利の譲渡の合意に関する部分も含めて、日本法であると解すべきである。また、当事者の意思が明確ではないとするとしても、法例7条2項により、その準拠法は日本法となることが明らかである。仮に、本件譲渡契約の準拠法について、法例7条が適用されないとしても、そのときには条理によりこれを決すべきであり、条理にかなうのは、使用者と従業者との間の雇用関係に最も密接な関係を有する国の法律を準拠法とすることであるということになるというべきである。この場合においても、本件譲渡契約については、日本法人である1審被告と日本人である1審原告との雇用契約が締結され、かつ、1審原告の勤務地であった日本国の法律を準拠法とすべきことになる。」として、職務発明(対価請求権)の準拠法に関して、譲渡契約に関する問題として、法例7条によるか、あるいは、条理により、労働契約の準拠法によるとしている。さらに、「1審被告は、FM 信号復調装置最高裁判決を前提にすれば、本件譲渡契約中の、外国の特許を受ける権利の承継に関する部分については、属地主義の原則の観点から、外国の特許を受ける権利に基づき特許が登録されることとなる当該外国の特許法が準拠法となると解すべきである、と主張する。しかし、同最高裁判決は、ベーバーエス最高裁判決を引用して、『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。』と判示した上で、『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。』と判示したものである。この判決は、特許権の付与の手続と効力について属地主義の原則を確認したにすぎないのであるから、本件譲渡契約中の外国の特許を受ける権利の譲渡の合意における『対価』の部分が、同判決の射程外であることは明らかである。同判決は、特許権の『成立、移転、効力』、すなわち、特許権が付与される手続的、実体的要件、特許権が有効に移転されるための手続的、実体的要件、及び、特許権自体の差止請求権等の効力について、『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』いることを述べたものであり、その前提となる特許を受ける権利等の譲渡契約における『対価』の問題について、これを各国の特許法等の法律にゆだねることを述べたものでないことが明らかである。むしろ、同判決は、『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種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。』と判示し、特許権に関するものではあっても、特許権特有の問題ではないものについては、属地主義の原則を採用しないことを明言しているのである。以上からすれば、1審被告の上記主張は採用し得ず、本件譲渡契約の準拠法は日本法である、と解すべきである。」と。したがって、本判決の見解によれば、職務発明に関する問題を特許権譲渡に準ずる問題として性質決定し、債権的法律行為と物権的法律行為とを区別し、職務発明(対価請求権)を前者の問題に関するものとして契約準拠法によるとの理解である。

さらに、「職務発明中の外国の特許を受ける権利等の譲渡と特許法35条について 原判決は、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という、いわゆる属地主義の原則から、特許法35条は、我が国の特許を受ける権利等についてのみ適用され、外国の特許を受ける権利等について適用又は類推適用されることはない、と判示した。しかし、原判決のこの判断は、採用することができない。(ア)特許法35条3項及び4項は、従業者等が職務発明について使用者等に特許を受ける権利等を譲渡した場合に、「相当の対価の支払を受ける権利を有する」と規定する。この規定は、従業者と使用者との間の職務発明に係る譲渡契約の対価を強行法規により定めることによって、従業者と使用者との間の雇用契約上の利害関係の調整を図り、これにより「発明の保護及び利用を図ることにより、発明を奨励し、もって産業の発達に寄与することを目的とする。」(特許法1条)との特許法の目的を達成しようとするものである。このように、特許法35条は、特許法中に規定されているとはいえ、我が国における従業者と使用者との間の雇用契約上の利害関係の調整を図る強行法規である点に注目すると、特許法を構成すると同時に労働法規としての意味をも有する規定であるといえることができる。職務発明についての規定がこのようなものであるとすると、職務発明の譲渡についての「相当の対価」は、外国の特許を受ける権利等に関するものも含めて、使用者と従業者が属する国の産業政策に基づき決定された法律により一元的に決定されるべき事柄であり、当該特許が登録される各国の特許法を準拠法として決定されるべき事柄ではないことが明らかである。原判決が、特許法35条3項の『特許を受ける権利若しくは特許権』が、外国の特許を受ける権利及び外国の特許権を含まないと判断した根拠となった属地主義の原則(ベーバーエス最高裁判決)とは、特許の成立、移転、効力、すなわち、特許権が付与される手続的、実体的要件、特許権が有効に移転されるための手

続的、実体的要件、及び、特許権の効力がそれぞれの国の特許法により定められることを述べたものであり、特許を受ける権利等の移転の前提となる、それらを対象とする譲渡契約における、それらの権利の移転の対価についてまで、これを各国の特許毎に各国の特許法等の法律にゆだねることを述べたものではない。各国における特許の成立、移転、効力についての手続的及び実体的要件というような、各国の特許に特有の事項については、各国の特許法の定めるところによりこれを律すべきであるとしても、職務発明により原始的に発生する日本及び外国の特許を受ける権利等の移転の対価については、上記のとおり、従業者と使用者間の雇用契約上の利害関係の調整を図り、発明を奨励するとの要素も考慮した上で、その国の産業政策に基づいて定められた法律により一元的に律せられるべき事柄であるから、従業者と使用者が属する国の法律により解決されるべきである。このような従業者と使用者間の雇用契約上の利害関係の調整事項を、特許を受ける各国の特許法等の法律により多元的に決すべきであると解する合理的な理由はない(例えば、当該発明につき特許が認められていない国については、当該国の特許を受ける権利等自体が存在し得ないことになり、結果として、当該国との関係においては、職務発明について特許を受ける権利等の対価を考える余地はないことになる。しかし、それは、移転の対象の大小、換言すれば、財産権としてみた場合の職務発明の価値が各国の特許制度によって影響され得ることを物語るだけであり、何ら上述したところと矛盾するものではない。)。1審被告は、ある発明が職務発明に該当するのか、職務発明に該当するとした場合に、特許を受ける権利はだれに帰属するのかなど問題は、その国の国家的利益と密接に結びつく問題であるから、属地主義の原則が適用され、特許付与国の法律によって定められるべきである、と主張する。しかし、職務発明に該当する場合に、特許を受ける権利をだれに帰属させるか、その対価をどのように規制するかは、その国の使用者と従業員発明者との間の利害関係の調整及びその国の発明の奨励及び産業の発達に関する産業政策に密接に関連する問題であるからこそ、使用者と従業者とが属する国の法律により一元的に定めるべき問題となり、使用者と従業者とが属する国の国家的利益に密接に結び付く法律問題となるのである。1審被告の上記主張は採用し得ない。(イ)1審被告は、特許法33条及び34条に規定されている『特許を受ける権利』は、日本国の特許を受ける権利のみを意味することは明白であり、特許法35条3項が規定する『特許を受ける権利』についてのみ『外国の特許を受ける権利』をも含むものと解釈することはできない、と主張する。確かに、特許法33条及び34条(あるいは38条、49条7号、123条1項6号等)に規定されている『特許を受ける権利』は、日本国

の特許を受ける権利について規定したものである。ベーバーエス最高裁判決がいうとおり、特許の成立、移転、効力は、属地主義の原則により、各国の特許法により律せられるものであるから、特許法33条、34条等が、日本国特許庁への特許出願後の日本の特許を受ける権利について規定しているものであることは明らかである。しかし、特許法35条は、上記のとおり、使用者と従業者との間の雇用関係において生じる職務発明に関する法律問題、すなわち、職務発明の譲渡契約における『相当の対価』について定めた強行法規であり、我が国の産業政策に基づき、使用者と従業員発明者との間の利害関係を調整しながら、特許法1条が定めた目的を達成するために設けられたものであり、特許法における他の規定とは異質の規定であると解すべきである。特許法35条が、特許法の他の規定と比べ異質なものであり、同条中の用語を他の特許法の規定と同じ意味に解さなければならない合理的理由がない以上、同条における『特許を受ける権利』は、その規定の趣旨を合理的に解釈し、上記のとおり、我が国の職務発明について、日本国のみならず外国の特許を受ける権利等をも含む意味であると解すべきである。1審被告の上記主張は採用し得ない。(ウ)仮に、特許法35条3項及び4項が我が国の職務発明について我が国の特許を受ける権利等についてのみ適用があり、外国の特許を受ける権利等について適用がなく、各登録国の特許法が適用になるとの原判決の立場を採用すると、次に述べるとおり、これと異なる職務発明制度を採用している世界の主要国との調和を欠くことになり、従業員発明者はいずれの国においても保護を受けられない事態が生じたり、また、裁判所も、外国の特許を受ける権利の譲渡の対価について、外国法に基づく請求があれば、各登録国の法制度を調査し、各登録国の法制度に従って、これを判断する必要が生じるなど、極めて煩瑣な事態が生じる結果となる。このような結果を招く解釈を合理的なものとすることはできない。(a)1977年イギリス特許法39条及び40条は、一定の要件を満たす職務発明(従業者発明)が使用者に原始的に帰属すること、及び、使用者が従業者に適切な補償金を支払うべきことを規定している(強行法規)。そして、同法43条2項は、職務発明の準拠法について、『発明を行った時点において、当該従業者が、a 主として連合王国内で雇用されていたか、又は、b 主たる雇用地が存在しないか雇用地が特定できないが、使用者が連合王国内に事業地を有し、右従業員がその地に配属されているか、のいずれかの条件が満たされない場合を除き適用される。』と規定している。そのため、日本において雇用され、勤務していた1審原告は、本件各発明について、イギリス特許法上の職務発明の規定による保護を受けることはできない。また、イギリス特許法43条4項は、『40条から42条までにいう特許又は出願中の権利には、連合王

国の法律に基づくものであるか、外国において適用される法であるか、条約・国際約束に基づくものであるかを問わない。』と規定しており、イギリスにおける職務発明の補償金の算定においては、外国の特許から得られる利益をも考慮しなければならないことが規定されている。(甲301、甲311、乙106)(b)ドイツにおいては、職務発明は、従業員発明者に原始的に帰属し、1957年従業者発明法により、従業員発明者は、使用者に職務発明を譲渡するについて相当の補償金を受ける権利を有する(同法9、10条。強行法規)。そして、ドイツでも、職務発明の譲渡契約の準拠法については、雇用契約の準拠法によることと解されており、当事者が合意により明示又は黙示に準拠法を指定することができ、その指定がない場合は、常時労務供給地法、それが無い場合には使用者の営業所所在地法によることを原則としている。そのため、日本国において雇用され、勤務していた1審原告は、本件各発明について、ドイツ法上の職務発明の規定による保護を受けることはできない。また、ドイツ法が適用される場合には、補償金額については、1959年に制定され、1983年に改正された『民間雇用における職務発明の補償に関するガイドライン』が連邦労働大臣により定められており(11条)、その26号によると、発明の価値(補償金)を国内利益と同様に外国における把握し得る業務上の利益をも考慮して決定することを定めている。(甲301、甲311、乙106、乙119)(c)フランスにおいても、1992年に制定されたフランス知的財産法(1978年特許法を引き継いだもの)611条の7、615条の21により、一定の要件を満たす職務発明(従業者発明)が使用者に原始的に帰属すること、及び、使用者が従業者に「追加の補償」を支払うべきことを規定している(強行法規)。そして、準拠法については、フランス法に基づく雇用契約下にある従業員についてこの規定が適用されると解されている。そのため、日本国において雇用され、勤務していた1審原告は、本件各発明について、フランス知的財産法上の職務発明の規定による保護を受けることはできない。また、フランス法が適用になる場合には、フランスの特許だけでなく、外国特許により使用者が得た利益も考慮した上で、追加の補償を定める、とした判例があり、同様の考え方の学説が有力である。(甲311、乙106)(d)ヨーロッパ特許条約(EPC)60条1項第2文は、職務発明(従業者発明)の準拠法について、『発明者が従業者である場合、欧州特許を受ける権利は、従業者が主に雇用されている国の法律に従って決定される。従業者が主に雇用されている国を決定することができない場合、適用されるべき法律は、従業者が属している使用者の営業所のある国の法律とする。』と規定しており、職務発明の譲渡の対価若しくは補償金については、雇用国の法律によって一元的な解決を図っている。(甲301、甲311、乙119)(e)以上からすれば、本件

のように、日本法人である1審被告の従業者として日本国で勤務し、本件各発明(職務発明)をした1審原告について、属地主義を根拠として、特許法35条の適用を日本国の特許を受ける権利に限定し、外国の特許を受ける権利等についてこれを認めず、登録国の特許法等によるものとの立場を採用すると、1審原告のような従業員発明者は、外国の特許を受ける権利等の承継について、上記各国の特許法によっても、日本の特許法35条によっても、職務発明の規定に関する強行法規による保護を受け得ないこととなる(準拠法についてどのように考えても、外国の特許を受ける権利等の承継について、いずれの国の実体法によっても保護されないことに変わりはない。多くの日本人従業者は、1審原告のように日本国において勤務していることが通例であるから、同様の結果となろう。)。そして、上記各国の法律は、職務発明についての規定を雇用契約に関する法規としてもとらえているため、その補償金の算定においては、使用者が外国特許により得た利益も考慮しているのであり、属地主義の原則に基づく前記のような立場は、前記各国の法制度と調和しないものであることが明らかである。(エ)1審被告は、特許法35条の『特許を受ける権利』が外国の特許を受ける権利を含むものと解した場合には、例えば、出願前の『特許を受ける権利』の承継を認めないアメリカ合衆国の法律との関係においては、解決不可能な矛盾を生じさせる、と主張する。アメリカ合衆国の特許法においては、発明は発明者に原始的に帰属するものとされているから、職務発明に係る特許を受ける権利等の譲渡という問題が生じ得る。しかし、職務発明に関する規定が存在しないため、職務発明に係る特許を受ける権利等の譲渡については、使用者と従業者との契約にゆだねられている。ただし、各州の判例法に反する契約は無効とされる。判例法によれば、一般に、職務発明は、従業者から使用者への譲渡義務が発生する発明(発明をすることが雇用契約の内容となっている場合に認められる。)、使用者にいわゆるショップライト(shop right)が与えられる職務発明、上記以外の自由発明に分類され、八つの州では、自由発明について予約承継契約を禁止している。(甲301、乙106、乙119) 仮に、アメリカ合衆国が、出願前の『特許を受ける権利』の承継を認めない国であるとしても、出願後の承継契約は可能なのであるから、我が国の使用者と従業者は、特許法35条に基づき、その職務発明について特許を受ける権利の譲渡契約を締結する際に、出願前の譲渡契約を認めない国については、これを譲渡契約の予約とすることを合意する、あるいは、譲渡契約の合理的解釈により、譲渡契約の予約と同趣旨のものとして解釈するなどの方法により、従業員発明者がアメリカ合衆国で特許出願をし、その後、使用者が特許を受ける権利を承継する手続をとる、とすることも可能であり、これにより、特許

法35条の趣旨に合致した結果を導くことができる。特許法35条は、我が国の使用者と従業者との間の、職務発明についての特許を受ける権利等(外国の特許を受ける権利等を含む。)の譲渡契約における、これらの権利の譲渡の対価の額を『相当の対価』とすることを強行法規として規定したものであり、これらの権利の譲渡の時期あるいは各国における特許出願の時期について規定したのではないから、アメリカ合衆国の特許法と相矛盾する内容のものと解する必要はない。同条の趣旨は、我が国の使用者と従業者との間において、職務発明について、外国における特許を受ける権利等も含めて、「相当の対価」をもって譲渡がされればよい、というだけのことであり、このことと、特許出願前の譲渡を認めない法制とが、相矛盾する考え方であると見る必要は全然ないのである。(オ)以上からすれば、我が国の従業者等が、使用者に対し、職務発明について特許を受ける権利等を譲渡したときは、相当の対価の支払を受ける権利を有することを定める特許法35条3項の規定中の「特許を受ける権利若しくは特許権」には、当該職務発明により生じる我が国における特許を受ける権利等のみならず、当該職務発明により生じる外国の特許を受ける権利等を含むと解すべきである。」⁽⁷⁾と。

したがって、本判決の見解によれば、職務発明に関する問題を特許権譲渡に準ずる問題として性質決定し、債権的法律行為と物権的法律行為とを区別し、職務発明(対価請求権)を前者の問題に関するものとして契約準拠法によるとの理解である。

以上のように、まず、属地主義により各国特許法によるとする見解〔「日立製作所職務発明事件」第一審判決(東京地裁平成14年11月29日判決)〕は、①特許を受ける権利の帰属、②権利の移転、③対価請求権の問題に関して、一括して各国特許法による。この点、外国において特許を受ける権利に関しては絶対的属地主義により外国法を適用せず請求を棄却している。

次に、特許を受ける権利の移転(譲渡ないし承継)の問題として性質決定し、一般の契約準拠法による見解〔(1)「三菱電機事件」(東京地裁平成18年6月8日判決)、(2)「大塚製薬シロルタゾール事件」(東京地裁平成18年9月8日判決)、(3)「日立製作所職務発明事件上告審」(最高裁平成18年10月17日判決)、(4)「キャノン事件」(東京地裁平成19年1月30日判決)〕は、債権的法律行為(対価請求権)と物権的法律行為(譲渡ないし承継)とを区別し、対価請求権の問題を債権的法律行為の問題として一般の契約準拠法による。

さらに、特許法 35 条を労働契約法上の絶対的強行法規とする見解としては、「味の素アスパルテーム事件」（東京地裁平成 16 年 2 月 24 日判決）が挙げられる。

最後に、債権的法律行為と物権的法律行為とを区別しない見解としては、「日立製作所職務発明事件控訴審判決」（東京高裁平成16年1月29日判決）は、一括して法例7条によるか、あるいは、条理により、労働契約の準拠法によるとしている。

なお、判例は対価請求の問題についてのみを中心に論じていることに注意したい。特許法35条の規定が、職務発明を特許を受ける権利の譲渡ないし承継と性質決定していることから、多数の判例は、国際私法上も譲渡ないし承継の問題として捉え、債権的法律行為（対価請求権）と物権的法律行為（承継の効力発生要件や対抗要件等）とを区別し、職務発明の問題を前者に関する問題として捉え、契約準拠法ないし労働契約準拠法によるものとしている。この点を踏まえたうえで、以下では、①特許を受ける権利、②当該権利の譲渡、③対価請求の3つの論点に分けて、学説を整理・検討していくことにする。

第2節 学説

第2節においては、学説を整理・検討していくことにする。職務発明に関する問題としては、①特許を受ける権利の帰属の問題、②特許を受ける権利の譲渡の問題、③対価請求権の問題に分けられる。以下では、③対価請求権の問題を中心に学説の議論状況を分析していきたい。

まず、学説においては、職務発明に関する問題についての見解としては、特許権に関する問題として性質決定する見解、特許権の譲渡ないし承継に関する問題として性質決定し、債権的法律行為と物権的法律行為とを区別する見解、労働契約に関する問題として性質決定する見解に大別される。

第1款 特許権に関する問題として性質決定する見解

職務発明に関する問題を特許権に関する問題として性質決定する見解は、さらに、特許権の準拠法による見解と、特許法35条を特許法上の絶対的強行法規とする見解とに分けられる。

1. 特許権の準拠法による見解

まず、職務発明(対価請求権)の問題を特許権の準拠法による見解を採用するものとして、花村教授の見解が挙げられる。すなわち、花村教授によれば、「日本特許法は、発明という事実行為をなし得るのは自然人のみであることから、それを法的にどのように評価するかを問題とすることなく、特許に関する権利は、原始的に発明者に帰属すると考える。しかし、イギリス特許法あるいはフランス特許法とは異なり、発明の完成により成立する特許を受ける地位を、特許を受ける権利と構成し、これを譲渡し得る権利としている(特許法33条1項)。したがって、実際に発明を行っていない使用者であっても法人であっても、特許を受ける権利あるいは特許権の主体となることができる。職務発明の場合には、当事者の契約による実施権の設定とは異なり、使用者に法律上当然に(したがって、無償の)通常実施権が認められている(同条35条1項)。また、あらかじめ特許を受ける権利あるいは特許権を使用者が従業者から承継取得することが認められている(同条2項)。これらのことから考えれば、日本法においても職務発明の問題は(広い意味においてではあるが)特許権の成立に関する問題と考えることができる。確かに、職務発明に関する問題の保護国法による解決には問題がある。すなわち、保護国法による場合には、問題が発生しそうなすべての国において使用者の権利が認められるように予め従業者との間の契約等で決めておく必要がある。これは現実性の点において必ずしも妥当とはいえず、また、法的安定性を害する危険すらある。むしろ、これを雇用契約の問題と考えて、解決する方が結果について妥当性があるといえる。すなわち、使用者の立場からいえば、問題を一律に解決することができることになる。これは、問題の統一的解釈基準を明らかにするという点で現実的妥当性を有するし、また、法的安定性にも資することになる。また、職務発明に関する問題が涉外性を有するのは、主として企業による経済活動のグローバル化とそれに伴う雇用のグローバル化から生ずるものであり、この意味で涉外性を有する職務発明の問題を雇用に関する問題と考えることは自然ともいえる。原則として保護国法によりながらも、合理的理由がある場合にはこれに対する例外を認め得るとの考えに立ち、職務発明の問題の場合にはこの例外にあたるとする説も主張されている。しかし、これを雇用関係に関する問題として、一般の雇用関係の問題と同じように解決することにも問題がある。日本の国際私法である法例には、直接明文で雇用関係に関して規定した条文はない。そこで、職務発明の法的性質について、これを雇用関係の問題であると解した場合、どのように考えられるか検討してみる。雇用関係については、一般に、法律行為の成立及び効力に関する法例7

条により解決されることになる。法律行為の成立および効力に関して、一般的に、準拠法選択に関して当事者の明示的意思がある場合、根拠に関し学説は分かれるが、一定の場合に当事者の意思は制限される点では一致している。次に、準拠法選択に関して、当事者の明示的意思がない場合につき。法例7条は『行為地法ニ依ル』（同条2項）旨定めるが、黙示的意思が探求されるべきとされている。その上で、雇用関係に関する場合、当該雇用関係と最も密接な関連を有する地の法が適用されることになる。この点、雇用関係の形態にはさまざまなものがあり、当該雇用関係を最も密接な関連を有する地としても、企業の営業所所在地、雇傭契約締結地、あるいは労務供給地などが考えられるが、一律に決定し得るわけではない。したがって、問題を一律に解決することには必ずしもならない。また、本来、思想の創作たる発明は特定の場所と関連を有するものとはいえない。ただ、使用者の利益を考慮する際にいずれの場所に連結するのが最も妥当かの問題である。したがって、雇用関係と最も密接な関係を有する地を連結点としうるかがそもそも問題であろう。以上より、職務発明に関する問題は、特許権の成立に関する問題として、保護国法により解決されるべきことになる。」⁽⁸⁾と。したがって、花村教授によれば、職務発明の問題に関しては、一括して特許権の問題として特許権自体の準拠法により保護国法によるとの理解である。

次に、同様の見解を採用するものとして、相澤教授の見解が挙げられる。すなわち、相澤教授によれば、「外国において特許を受ける権利については、改正に盛り込まれなかった。その趣旨は、前記の日立事件・味の素事件の判決のように、外国において特許を受ける権利について、特許法35条を適用するという趣旨ではなかった。そもそも、外国において特許を受ける権利について、日本の特許法35条を適用することは、国際私法の解釈上も35条の解釈上も大きな疑問がある。職務発明に係る特許を受ける権利の帰属や従業者への補償という問題は権利の帰属の問題として、登録国法によるべきであるし、日本の特許法35条は、外国において特許を受ける権利についても適用することを意図したものではない。さらに、研究開発に与える影響も無視しえない。労働契約の準拠法が日本法となる場合にはすべからず日本の特許法35条が適用されるものとするれば、日本法が法廷の職務発明の対価が世界一高い状況である以上、使用者の合理的選択としては、日本の特許法の適用可能性のない外国へ研究所を避難させることになる。このことは、技術開発を進めようとする我が国の産業措置と齟齬することになる。」⁽⁹⁾と。したがって、相澤教授によれば、職務

発明に係る特許を受ける権利の帰属および補償の問題は権利の帰属の問題であるとして、特許権自体の準拠法により登録国法によるとの理解である。

2. 特許法35条を特許法上の絶対的強行法規とする見解

職務発明(対価請求権)の問題を特許権自体の問題として特許権の準拠法によるとして、特許法35条を絶対的強行法規とする見解を採用するものとして、陳教授の見解が挙げられる。すなわち、陳教授によれば、特許法35条に関して、「同35条1項は、『職務発明』の意義について、従業者が『その性質上当該使用者等の業務範囲に属し、かつ、その発明をす
るに至った行為がその使用者等における従業者等の現在又は過去の職務に属する発明』と定義した上で、職務発明について従業者等が特許を受けた時などの場合に、使用者等にその特許権についての通常実施権を与えている。同条2項は、自由発明について予め使用者に特許を受ける権利等を承継させ、または使用者のための専用実施権を設定する契約等を無効とするものである。そして3項は、契約または勤務規則等により職務発明について使用者に特許を受ける権利を承継させ、または使用者のための専用実施権を設定した時に、従業者が相当の対価支払を使用者に請求できる権利を与えている。4項は3項の規定を受けて、かかる対価の額はその発明により使用者が受けるべき利益の額とその発明について使用者が貢献した程度を考慮すべき旨定めるものである。このように、特許を受ける権利等の承継及び専用実施権の設定の合意に関する部分を除けば、同条各項の規定は、純然たる内国の事案について強行法規であると言える。ここで属地主義の原則との関係に関する論点に戻るが、特許を受ける権利及び専用実施権の成立要件・効力は特許権のそれと密接に関連する事項であると思われるため、これらについては同原則の範囲に属するが、他の点については直接の関係がないと言えよう。従って、これら以外の点については、抵触法上の処理について別途検討する必要がある。前記のように、特許を受ける権利等の承継及び専用実施権の設定の合意以外の事項については、同法35条の規定形態から見ると純然たる内国の事案については強行法規であるということが出来るが、これらの部分が絶対的強行法規であるかどうかについて検討する必要がある。中山教授は同法における職務発明制度の趣旨について、『発明の奨励は国家の重大な任務の一つ』であり、そして『現代において発明を奨励するためには、従業者とその使用者との双方に、発明への、あるいは発明に対する投資へのインセンティブを与える必要』があり、『発明から生じる権利や利益を使用者と従業者との間で、そのように分配するのが発明奨励にとって最も効率的かつ近郊にかな

っているかという点がここでの問題である』とする。そしてそれは、互いに関連しあうところの、『発明の奨励』、『発明従業者の保護』及び『使用者と従業者との利害調整』という価値の均衡点においてはじめて実現すると言えるが、このような趣旨から、同法における職務発明制度は前期各目的・価値を国家の強い政策目的の下に実現しようとしていることをその前提としていると言えよう。そうであるならば、ある発明が同法35条の適用範囲内に属するものである限り、使用者と従業者間の権利承継・設定契約の準拠法または雇用契約の準拠法如何にかかわらず同条が適用されるというべきであろう。」⁽¹⁰⁾と。また、「そこで、次に検討すべきは、同法35条の空間的適用範囲及び物的範囲如何の問題についてであるが、前者については、前記の通り、特許を受ける権利及び専用実施権の成立・効力については特許権のそれと密接に関連する事項であるため、属地主義の原則が妥当すると思われるが、これら以外の事項については別に考える必要がある。ここでも、同条の制度の趣旨・目的から検討すべきと思われる。同制度に関係する前記各価値は国家が前記各法分野における関連制度を通して実現させるものであるため、日本との密接関連性の観点から探求する必要があると思われる。筆者の試論としては、職務発明にかかる活動の中心地が日本にあるかどうかというメルクマールが前記趣旨にかなうのではないかと考える。実際、研究職務に携わる者にとっては、そのような中心地は労務給付地と同じ地となる場合が多いと思われる。しかしながら、前記東京地裁判決でも争点となった同法35条3、4項の物的範囲の問題、即ち外国特許がそこに含まれるか否かについては、空間的適用範囲の問題とは別のアプローチによって判断すべきと考える。即ち、かかる物的範囲如何の問題は、前記三で論じたように、日本特許法の解釈として外国での事象(この場合は主に外国での特許取得)を考慮すべきかどうかという日本特許法の内在的問題に属する事項であると考え筆者の立場から見ると、同条項の空間的適用範囲内に属する職務発明を取り巻く環境と当該外国特許との間にどのような関係が存在するかという問題に置き換えられる。つまり、当該職務発明をもたらした研究開発行為及びそれへの使用者の投資と当該外国特許との関係如何、並びに、そのような関係付けに対する国家の政策の強度如何によって判断すべきではないかということである。一般論としては、前者の関係が密接である限り、国家の政策としても、当該外国特許を含めた方が発明の奨励という特許法の目的に合致するので、その限りにおいては当該外国特許を同法の前記条項の物的範囲に含めてもよいのではないかと考える。従って、この問題を考える前提として外国特許を先験的に同条項の物的範囲から排除しないという結論になる。」⁽¹¹⁾と。したがって、陳教授の見解によれば、

職務発明の問題を特許権の問題として特許権自体の準拠法によるとして、特許法35条を絶対的強行法規とするとの理解である。

次に同様の見解を採用するものとして、横溝教授の見解が挙げられる。すなわち、横溝教授によれば、「……特許法35条の抵触法上の性質を考察し、同法における職務発明制度が、『発明の奨励』、『発明従業者の保護』及び『使用者と従業者の利益調整』という各目的・価値を国家の強い政策目的の下に実現しようとしていることをその前提にしている以上、使用者と従業者間の権利承継・設定契約の準拠法または雇用契約の準拠法如何に拘わらず同法35条が適用されるというべきであろうとし、35条を絶対的適用法規であるとした上で、『職務発明にかかる活動の中心地が日本にある』場合に同条が適用されるべきであると主張する。また、同条3・4項に外国特許が含まれるか否かについては、『日本特許法の解釈として外国での事象……を考慮すべきかどうかという日本特許法の内在的問題に属する事柄』であり、一般論としては、『外国特許を先験的に同条の物的範囲から排除しない』ことになると述べる(……私見はこの立場をほぼ全面的に支持する)。」⁽¹²⁾と。

また、横溝教授は、別の論文においても同様の見解を詳細に述べている。すなわち、「学説は、職務発明に関する法律関係を労働契約ないし雇用契約であると捉える立場と、特許法35条(乃至その3・4項)を抵触法上強行的適用法規であるとして、その適用基準について考える立場とに基本的には大別出来る。」⁽¹³⁾とし、「陳一教授は、『特許を受ける権利及び専用実施権の成立要件・効力については特許権のそれと密接に関連する事項であると思われるため、これらについては同〔属地主義の一評釈者注〕原則の範囲に属するが、他の点については直接の関係がないといえよう』とし、特許を受ける権利及び専用実施権の成立要件・効力を除く(同条のどの条文を指すか明示されていないが、内容上1項及び2項を指すと思われる)特許法35条の抵触法上の性質を考察する。そして、同法における職務発明制度が、『発明の奨励』『発明従業者の保護』及び『使用者と従業者との利益調整』という各目的・価値を国家の強い政策目的の下に実現しようとしていることをその前提にしており、『そうであるならば、ある発明が同法35条の適用範囲内に属するものである限り、使用者と従業者間の権利承継・設定契約の準拠法または雇用契約の準拠法如何に拘わらず同法が適用されるというべきであろう。』とし、35条がここでいう強行的適用法規であるとする。その適用は、『職務発明にかかる活動の中心地が日本にあるかどうかをメルクマールにして行われる。但し、同条3・4項に外国の特許を受ける権利が含まれるか否かについては、『日本特許法の解釈として外国での事象…を考慮すべきかどうかという、日本特許

法の内在的問題に属する事柄』であり、『当該職務発明をもたらした研究開発行為及びそれへの使用者の投資と当該外国特許との関係如何、並びに、そのような関係付に対する国家の政策の強度如何によって判断すべき』であるとされ、一般論としては、『外国特許を先験的に同条項の物的範囲から排除しない』とする(以上、陳一『特許法の国際的適用問題に関する一考察——BBS 事件最高裁判決を出発点としつつ——』金沢法学46巻2号(2004年)71頁、82頁以下。尚、評釈者は、1・2項と3・4項との区別を含め、この立場に略全面的に賛成する。拙稿・前掲97頁)⁽¹⁴⁾として、陳教授の見解を支持している。したがって、横溝教授によれば、職務発明の問題を特許権の問題として特許権自体の準拠法によるとして、特許法35条を絶対的強行法規とするとの理解である。

第2款 特許を受ける権利の移転(譲渡ないし承継)に関する問題として性質決定する見解

特許を受ける権利の移転(譲渡ないし承継)に関する問題として性質決定する見解は、さらに、債権的法律行為と物権的法律行為とを区別する見解、債権的法律行為と物権的法律行為とを区別しないで、一括して譲渡契約準拠法による見解に大別される。

1. 債権的法律行為と物権的法律行為とを区別する見解

債権的法律行為と物権的法律行為とを区別する見解は、さらに、債権的法律行為については譲渡契約と性質決定する見解、債権的法律行為については労働契約と性質決定する見解に分類される。

1) 債権的法律行為については譲渡契約と性質決定する見解

債権的法律行為については譲渡契約と性質決定する見解は、さらに、(1)対価請求権については債権的法律行為として契約準拠法により、帰属、移転については物権的法律行為として特許権の準拠法による見解、(2)帰属、対価請求については債権的法律行為として契約準拠法により、移転については物権的法律行為として特許を受ける権利の準拠法による見解、(3)帰属、移転、対価請求権については一括して物権的法律行為として特許権の準拠法による見解、(4)権利の移転、対価請求権については特許法35条を契約法上の絶対的強行法規とし、帰属については物権的法律行為として国家行為理論による見解に分類される。

(1) 対価請求権については債権的法律行為として契約準拠法により、帰属、移転については物権的法律行為として特許権の準拠法による見解

対価請求権については債権的法律行為として契約準拠法により、帰属、移転については物権的法律行為として特許権の準拠法による見解を採用するものとして、まず、中吉教授の見解が挙げられる。すなわち、中吉教授によれば、「しかし、職務発明という制度自体、普遍的なものではなく、その内容が各国において様々であり、その中で種々の権利関係が規律されているものであって、権利の帰属の問題をも含めて、各国の産業政策的見地から整合的に制度が構築されている。従業者による発明であるという事実のみをもって、特許を受ける権利の帰属や移転の可否などの権利そのものの問題(権利の取扱に関する問題)についても雇用契約の準拠法や労務供給地法を準拠法として適用するのであれば、特許を受ける権利が使用者側に原始的に帰属するという法制や、特許を受ける権利の譲渡を許さないという法制を採る国の権利について、その国の法制と整合しない結果を招くおそれが生じることになるが、それは、特許を受ける権利が各国の産業政策的な見地から各国の法律によって定められ、各国ごとに別々のものとして存在することと本質的に相容れず、その不都合は看過し得るものではない。そもそも、上記の不都合は、従業者による発明であるという事実のみをもって、従業者による発明に関するあらゆる問題を一つの準拠法によらしめようとしたところに起因するものと考えられるところである。譲渡による権利の移転や帰属の問題と譲渡の原因行為によって生じる譲渡当事者間の債権的な問題とを区別し、前者について特許権を付与することになる各国の法律によると考えれば、この不都合を回避しながら、少なくとも対価請求の可否やその額等の問題については対応すべき法律が一つとされて、B1、2説の企図したところを実現し得るものと考えられる。他方、特許を受ける権利の譲渡については、従業者による発明の場合に、種々の規律がされているとはいえ、必ずしも従業者による発明の場合だけに問題となるものではないし、我が国の職務発明制度のように、会社の役員による発明についても従業者による発明と同様に規律する法制も存するところであり、特許を受ける権利の譲渡につき雇用関係を前提とした従業者による発明の場合だけを別の単位法律関係として切り出してよいかどうかについては疑問もある。そもそも、特許を受ける権利の譲渡の対価請求の問題は、特許を受ける権利を移転させることを内容とする法律行為がされたことに伴い、譲渡人と譲受人との間にどのような債権債務関係が生じるのかという問題の一つにほかならない。我が国の実質法をみても、特許法35条3項は、特許を受ける権利の譲渡という法律行為(契約の場合もあれば、使

用者による勤務規則の制定という場合もある。)がされたことを前提として、その法律行為の客体が職務発明に係る権利であることを理由に、それに伴って譲受人たる使用者等に対価の支払い義務が生じるとするとともに、その対価の額の決定に当たり、譲渡人たる従業者等の意思に反して相当の対価を下回る額とすることはできない旨の制限を加えたものであって(それゆえに、従業者等は、対価額につき使用者等の定めた規定に拘束されずに、相当の対価を請求し得る。)、職務発明の場合における特許を受ける権利の譲渡に伴って生じる債権債務関係のあり方を定めたものと解することができる。そうすると、特許を受ける譲渡の対価請求については、職務発明以外の発明に係る特許を受ける権利を譲渡した場合も含めて、財産権の譲渡の一態様として、物権変動や債権譲渡の準拠法と同様の考え方により、特許を受ける権利が譲渡された場合における譲渡の原因行為の債権的な効力の問題として、その準拠法を決定するのが相当である(もっとも、譲渡当事者間の債権的な問題の準拠法について、当事者の黙示の意思探求などによって、結果的に雇用契約の準拠法等と一致するということは、当然にあり得る。)。」⁽¹⁵⁾と。さらに、別の論文においても中吉教授は同様の見解を示している。すなわち、「特許を受ける権利とは、一般に、発明について特許出願をして、特許権者となり得る法的地位と理解されており、特許権自体が各国の法律によって付与され、特許を受ける得る地位も各国の法律によって定められるものである以上、特許を受ける権利は各国ごとに別々のものとして存在するものと観念されている。各国の特許を受ける権利は、いずれも共通する一つの技術的創作活動の成果を基礎とするものであり、社会的事実としては、実質的に1個と評価される同一の発明から生じるものであるといい得るが、発明者にどのような法的地位または厭離を与えるかということ自体が各国によって異なっているのであるから、法律的には、それぞれ別個のものであるといわざるを得ない。したがって、特許を受ける権利の譲渡に伴う対価請求についても、その譲渡対象が外国の特許を受ける権利である以上、渉外的要素を含む私法的法律関係であるといえ、準拠法を決定する必要が生じる(なお、わが国の特許を受ける権利の譲渡に伴う対価請求については、他に渉外的要素を含むものでない限り、準拠法決定の問題は生じず。我が国の法律が適用される。)」⁽¹⁶⁾と。さらに、「……職務発明という制度自体、その内容が各国においてさまざまであり、その中で種々の権利関係が規律されていることからすれば、国際私法上の単位法律関係として職務発明を持ち出すことは相当ではないと思われる。また、職務発明に係るものである以上、特許を受ける権利の帰属や譲渡の可否などの権利そのものの問題(権利の取扱に関する問題)についても雇用契約の準拠法等によると考

えるのであれば、特許を受ける権利が使用者側に原始的に帰属するという法制や、特許を受ける権利の譲渡を許さないという法制をとる国の権利について、その国の法制と整合しない結果を招来してしまうというおそれもある。わが国の実質法をみても、特許法35条3項は、特許を受ける権利の譲渡という法律行為(契約の場合もあれば、使用者による勤務規則の制定という場合もある)を前提とし、それに伴う対価の額の決定について、その譲渡の対象が職務発明に係る権利であることを理由に、従業者の意思に反して相当の対価を下回る額とすることはできない旨の制限を加えたもの(それゆえに、従業者は、対価額につき使用者の定めた規定に拘束されずに、相当の対価を請求し得る)と解されるところであり、同項所定の相当の対価請求も、国際私法上は、特許を受ける権利を譲渡した場合においてどのような債権的効力が生じるかが問題となる場面にほかならないといえ、職務発明を理由とした所定の制限は、職務発明に関する具体的規律が各国によってさまざまである以上、むしろ準拠法として指定された実質法の内容またはその適用結果の問題であると考えられる。そうすると、特許を受ける権利の譲渡の対価請求については、職務発明以外の発明に係る特許を受ける権利を譲渡した場合を含めて、財産権の譲渡の一態様として、物権変動や債権譲渡の準拠法と同様にその準拠法を決定するのが合理的であるというべきである(もっとも、譲渡当事者間の債権的な問題の準拠法について、当事者の黙示の意思探求などによって、結果的に雇用契約の準拠法等と一致するということは、当然にあり得る)。本判決の判断も、このような考慮にもとづくものと思科される。なお、法例は、平成18年法律第78号によって全部改正され、法の適用に関する通則法が制定された(平成19年1月1日施行)が、外国の特許を受ける権利の譲渡の対価に関する問題の準拠法は、新法下でも同様に解され、同法7条の規定により、第1次的には当事者の意思に従って定められることになる。また、わが国で認められているように、勤務規則による一方的意思表示によって特許を受ける権利を承継された場合についても、当事者の意思に従って準拠法が定められることになるかと解されよう。ただし、その場合でも、当事者双方の意思によって定められる必要があり、使用者が一方的に準拠法を選択し得るものではないと解される(……。仮に当事者が準拠法として選択した外国法の適用の結果がわが国の公序良俗に反するというのであれば、法の適用に関する通則法42条によってその適用が排除され、わが国の法律が適用されることになる。」⁽¹⁷⁾と。なお、中吉教授にれば、対価請求権に関する問題は債権的法律行為として契約準拠法により、権利の帰属及び移転は物権的法律行為として特許権の準拠法によるとの理解である。

(2) 帰属、対価請求については債権的法律行為として契約準拠法により、移転については物権的法律行為として特許権の準拠法による見解

帰属、対価請求については保護国法による見解に反対して⁽¹⁸⁾、債権的法律行為として契約準拠法により、移転については物権的法律行為として特許権の準拠法による見解を採用するものとして、紺野教授の見解が挙げられる。すなわち、紺野教授によれば、「以上より、外国出願権の権利自体の効力に関する部分はともかく、外国出願権の譲渡契約の債権的側面とりわけ対価請求権に関してはこれを債権契約として、他の債権契約と同様に、その固有の準拠法を認め、その決定には当事者自治が認められてよいものとする。従って、職務発明の外国出願権について使用者及び従業者が、わが国特許法35条を準拠法とする旨明示的に合意していれば、法例7条1項に従い、わが国特許法35条により外国出願権の譲渡契約の成立および効力を定めることができる。このように、当事者自治を認めることで、職務発明についての外国出願権を統一的に単一の法で扱うことができる。(3) しかし、本稿が考察の対象としている、わが国の企業で一般的になされている上述したような譲渡証による譲渡契約では、当事者の明確な準拠法指定が行われたとは言い難い。このように当事者間で明示的合意が無い場合にどのように解するべきか。この場合、わが国の通説及び最近の判例(東京高判平13. 5. 30(平成11年(ネ)第6345号)〔キューピー事件〕)は、ただちに法例7条2項の行為地法によるべきではなく、契約の内容、当事者、目的物その他の諸藩の事情を考慮して、契約類型化しつつ広く当事者の黙示的な意思を探求しなければならないとする。日立製作所事件判決は次のように述べる。『本件譲渡契約は、日本において、日本人である原告と日本法人である被告との間で締結されたのであるから、法例7条1項又は2項により、本件譲渡契約のうち、外国における特許を受ける権利の譲渡契約の成立及び効力の準拠法は、日本法であると認められる。しかし、特許法35条が外国における特許を受ける権利に適用されるものではないことは前示のとおりであって、譲渡契約の成立及び効力の準拠法によって定められるものではない。』上述の通り、この判決では職務発明についての外国出願権には保護国法が適用されるとしているが、それとの整合性はともかく、この部分の前半の判断が、職務発明についての外国出願権の譲渡契約に当事者自治による準拠法の指定を認めているものとするれば、裁判所は当事者の黙示的な意思を探求しなればならなかったものとする。さて、当事者が黙示的に指定した準拠法としては、まず保護国法が考えられる。物権類似の支配関係については目的物の所在地の法

を適用することが自然であると考えることができ、よって、外国出願権が保護を受け、特許権として成立する国の法によるとの黙示的意思があったとみることができるからである。

しかしながら、職務発明を含めて発明のような無体物はその所在地を持つものではなく、それはあくまで擬制的なものに他ならない。また、債権契約の準拠法と外国出願自体の準拠法とが一致することは一見利点としてうつるが、先に述べたように、保護国法が準拠法となると、当事者は保護国法ごとに職務発明に関する規定を調査する等の一般的に困難な作業を強いられることになる。また、保護国法の数だけ複数の契約があることになるが、当事者がそのような複雑な法律関係を望んでいるとは到底思えない。よって、当事者が黙示的に保護国法を準拠法として指定していたとする合理的根拠はないと考える。ここで、職務発明についての外国出願権の譲渡契約によって従業者及び使用者がどのような給付を負担しているのかを具体的に見てみると、従業者については、外国出願権の使用者への移転のための協力(例えば、各国が定める方式に従った譲渡証書への署名等)および保護国における特許権取得のための協力(例えば、特許明細書の作成、審査手続き中のクレームの補正の助言等)がその主な内容となる。また、使用者は、譲渡の対価としての金銭的給付の義務を負う。そして、これらの給付ないし債務に最も適切な連結点を探求すれば、保護国よりも、発明完成地または常時労務提供地が妥当するのではなかろうか。本稿が考察の対象としている、わが国において事業活動を行っている日本企業に雇用されている日本人が、日本においてなした職務発明についていえば、発明完成時または常時労務提供地はわが国であり、わが国特許法35条の適用を当事者は黙示的に合意していたと推認すべきであろう。

また、わが国企業における発明報奨規定は、日本出願及び日本特許権の補償金または対価を、外国出願および外国特許権のそれと併記しているのが一般的であろう。日立製作所事件判決によれば、この事件でも、使用者が規定した職務発明補償基準では、国内出願と外国出願とを併記してその補償額等を規定していたようである。このような規定ぶりから当事者の合理的な意思を探求すれば、職務発明について、わが国における特許を受ける権利と外国出願権とに同一の法を適用するとの意思を読みとることができ、その同一の法とは他でもないわが国特許法35条である。さらに、黙示的合意の存在が不明であっても、法例7条2項からわが国特許法35条の適用を認める余地は残る。日立製作所事件では、外国出願権の譲渡契約の準拠法について、当事者の合意が明確でなかったがゆえにその黙示的な意思の探求が必要となった。実務的には、外国出願権については対価の額も含めてわが国特許法35条を適用して決定する、との文言を就業規則あるいは個別の譲渡証に明示しておくこ

とが望ましいと考えられる。」⁽¹⁹⁾と。すなわち、紺野教授によれば、職務発明における対価請求権の問題は、一括した準拠法に依ることが望ましいとし、当事者自治の原則に基づいてそのような準拠法の決定を行うことが従業者及び使用者双方の予測可能性の担保に適うとの理解である。さらに、「譲渡契約の準拠法と、外国出願権の権利自体の準拠法との関係については、譲渡の原因行為である債権的行為と、譲渡の目的である権利の物権類似の支配関係の変動とを区別して、前者については債権契約の準拠法が、後者については保護国法とする見解……が妥当すると考えられる。その結果、例えば、米国特許法のように出願権の譲渡を認めない場合であっても、少なくとも契約当事者間では、契約準拠法上これが認められるならば、有効である。一方、物権類似の支配関係の変動は米国特許法によることとなり、例えば、譲渡証を米国特許庁に登録しない限り、その譲渡を第三者に対抗しえない場合がある(米国特許法261条)。」⁽²⁰⁾と。したがって、紺野教授によれば、特許を受ける権利の帰属及び対価請求権に関する問題と、移転に関する問題とを区別し、前者について債権的法律行為であるとして契約準拠法により、後者については物権的法律行為として特許権の準拠法によると解される。

(3) 帰属、移転、対価請求権については一括して物権的法律行為として特許権の準拠法によるとする見解

帰属、移転、対価請求権については一括して物権的法律行為として特許権の準拠法によるとする見解としては、西谷教授の見解が挙げられる。すなわち、西谷教授によれば、特許を受ける権利の帰属に関しては、「職務発明にかかる特許を受ける権利の帰属は、わが国における特許出願において、わが国の行政機関が誰を権利主体として特許権を付与するかという問題に還元される。したがって、わが国特許法の解決論上は、わが国において特許を受ける権利に関するかぎり、契約準拠法及び労働供給地の如何にかかわらず、特許法35条が直接適用されると解すべきであろう。」と。したがって、特許権の性質が、行政権限による付与行為をとともなう権利である点を考慮して、特許法35条を適用し、特許権が使用者に帰属するとの理解である。また、対価請求権に関して、「私見によれば、以下のような理由から、非適用説の立場に立つべきであると解される。まず、第一に、我が国特許法には、上述のドイツ従業者発明法14条のような明文規定がない。つまり、外国で特許を受ける権利の譲渡に基づく対価請求権についても特許法35条が適用されることを積極的に示すような実定法上の根拠はなく、立法資料からもそのような意図を窺うことはできない。

第二に、上述のごとく、特許法35条3項の規定は実質法上、『片面的強行規定』であるとされており、使用者と従業者による対価額の合意が合理的に欠けている場合には、その効力を否定し、従業者に対価請求権を与えている(同条4・5項)。また、たとえばドイツ従業者発明法9～12条及びオーストリア特許法8～11条は、従業者が職務発明につき自己に原始的に帰属している権利を使用者に譲渡した場合の対価について、当事者による合意の有行為要件及び対価請求権の成立要件を定めている。これらの規定に鑑みれば、従業者の対価請求権は、国際私法上、単純な請求権として、特許を受ける権利の規律と密接に関係していると考えられるであろう。第三に、特許法35条3項に基づく対価請求権が、外国で特許を受ける権利の譲渡にも適用されるとしたところで、英国、フランス、スイス、イタリアのように、職務発明にかかる権利が原始的に使用者に帰属している国との関係では、そもそも従業者から使用者に対する権利の譲渡が存在しないため、対価請求権の対象がないことになってしまう。この場合に、これらの国の法は—スイス法を除いて—いずれも従業者が適切な補償を受けることを認めているため、わが国特許法35条を適用しても矛盾はないという反論もありえようが、特許法35条が本来予定するような『特許を受ける権利』の譲渡に対する対価請求権ではありえず、論理的整合性に欠けるといわざるを得ない。第四に、わが国特許法35条1項は、使用者に特許を受ける権利又は特許権が譲渡されなかった場合について、使用者に無償で法定通常実施権を認めているが、この規定は、特許に関する『属地主義の原則』に照らすと、わが国の特許権だけを対象としていると解さざるを得ない。この法定通常実施権は、特許の登録と同時に発生し、登録なくして第三者に対抗しようという属性をもつが(特許法99条2項)、このような権利を、わが国特許法が外国特許権について設定することはできないからである。また、特許法35条3項は、『特許を受ける権利』の譲渡のみならず、『特許権』の譲渡及び『専用実施権』についても定めているが、後二者のような特許権の処分に関する規定は、わが国の特許権だけを規律対象としていると解すべきであり、同じ法理は同項が定める特許を受ける権利についても当てはまるであろう。このように、わが国の実定法規である特許法35条3項の解釈論としては、従業者の対価請求権は、わが国で特許を受ける権利だけを規律対象としているものと解される。論理的観点からも、職務発明における従業者の対価請求権又は補償請求権は、特定の特許を受ける権利の使用人への譲渡又は原始的帰属を原因として法律上発生する請求権であると見ることができ、当該権利を規律する各国法によるべき問題であると解される。もっとも、各国法の規律に反しないかぎりには、当事者が別異の合意をすることは何ら差し支えなく、その債

権的合意の成立及び効力は契約準拠法によって判断される。なお、わが国特許法35条の解釈上、使用者が特許を受ける権利の譲渡を受けたが、当該技術をノウハウとして利用し、特許出願しない場合についても、同条に基づく対価請求権が認められている。この点は、適用説の根拠として挙げられているが、特許を受ける権利の本旨は、あくまで潜在的に特許出願する権利を与える点にあり、実際に出願がなされるか否かとは無関係に、特許法35条の場所的適用範囲は一括して画定されなければならない。そこで、上述の非適用説の場合は、使用者が職務発明をノウハウとして使用する場合にも、当然に妥当するものと解される。この場合の対価請求権については、使用者が当該発明をわが国で利用することによって受益する分だけが算定対象となろう。」と。なお、特許法35条を絶対的強行法規として直接適用する見解に対して次のように批判している。すなわち、「そもそも法廷地の絶対的強行法規の適用問題は、当事者間の外国法を準拠法とする契約関係の修正法理として出てくるものであり、この学説も契約準拠法説を出発点としている点で、私見とは相容れないものであるが……。」として、「問題は、特許法35条がこのような法規に当たるかどうかという点である。一般に、労働法規の中でこの絶対的強行法規に当たるとされるのは、わが国で労務供給を行う労働者を保護するための法規であり、労働基準法、労働組合法、最低賃金法、労災保険法などの労働条件、組合活動の保護、そして安全・衛生管理に関する法規がその対象となる。男女雇用機会均等法が、絶対的強行法規であるか否かについては見解が分かれているが、判例上の解雇権濫用の法理……については、第一義的には私人間の権利義務関係の調整を目的としていることを理由に、否定的に解する学説が多い。翻ってみると、特許法35条は、職務発明における使用者と従業者との間の特許を受ける権利等をめぐる権利義務関係に関する規定であって、雇用関係の中でも、発明及び特許権に関する限られた側面だけを規律するものである。つまり、特許法35条は、労働基準や労働組合法のように、労務給付地における——労働条件、解雇制限、組合活動の保護、集团的労使関係などの——雇用・就労関係自体の規律を目的としているわけではない。そこで、たとえば外国企業の従業員が数年間、その日本にある研究施設において労務供給を行っている間に職務発明をした場合であっても、当該発明がノウハウとして利用される地又は特許出願がなされる国が外国だけであり、わが国における特許を受ける権利の行使が問題とならないような事業においては、当該権利関係を特許法35条によって規律する必然性及び合理性は見出されないように思われる。その意味では、特許第35条は、わが国で労務供給が行われ、職務発明がなされたことを根拠として、当然に属地的に適用されるべき法規である

と見るべきではないであろう。さらに、特許法35条1項の『従業者等』には、使用者の指揮命令に服しながら、従属的な地位において労務を供給する労働者のみならず、法人の役員、国家公務員、地方公務員なども含まれており、管理職として、労働者による労務供給を指揮・監督する立場にある者も対象となっている。そして、上述のごとく、特許法35条の立法趣旨は、従業者の保護だけにあるわけではなく、衡平の見地から資金や資材等の提供者である使用者の利益も保護すること、そして発明へのインセンティブを与え、わが国産業の振興を図ることにある。この点に鑑みれば、特許法35条は、わが国の産業及び特許政策を体現している法規であるとするべきであり、わが国で労務供給を行う労働者を保護し、労働関係を規律することを目的としている絶対的強行法規であるとは解されないであろう。このように、私見によれば、特許法35条は、わが国が労務供給地である場合に、契約準拠法如何にかかわらず当然に属地的に適用されるべき絶対的強行法規とは解されない。むしろ、わが国において特許を受ける権利が——ノウハウとしての利用又は特許出願によって——問題となるかぎりにおいて、直接適用される法規であるというべきである。」⁽²¹⁾と。したがって、「特許を受ける権利の譲渡に関する使用者と従業者との債権的合意は、契約準拠法によって規律されるのに対して、ある発明が職務発明に該当するか否か、職務発明にかかる特許を受ける権利の内容、譲渡可能性、譲渡の要件などは、当該権利に固有の問題として、各国特許法によって規律される。本稿においては、さらに職務発明にかかる特許を受ける権利の帰属、そして従業者の対価又は補償請求権についても、特許を受ける権利について規律する各国の法によって判断すべきであること、わが国の実定法である特許法35条の解釈論としては、同条は、あくまでわが国において特許を受ける権利の帰属及びその譲渡に基づく従業者の対価請求権についてだけ適用され、外国において特許を受ける権利には適用されないことを論じてきた。このように解釈すると、一つの職務発明について、わが国及び複数の外国で特許を受ける権利が譲渡された場合の対価請求権については、法適用関係が複雑化するという批判もあろう。この点は、適用説の有力な根拠として挙げられてきたとおりである……。しかし、本稿において示された非適用説の立場は、特許権が各国ごとに独立しており、特許を受ける権利についても、その存否、内容、譲渡可能性、帰属などの問題が、各国法によって規律されざるを得ないという問題の特殊性に由来するものである。そして、わが国の実定法規である特許法35条の解釈としては、上述のごとく、わが国において特許を受ける権利だけを対象としていると解さざるを得ない。この点に鑑みれば、実務上の便宜のために、特許法35条を外国において特許を受ける権利にまで拡張

して適用するという議論は、本末転倒であり、妥当ではないといわざるをえないであろう。もとより、当事者が各国法の規律に反しない限りで別異の合意をすることは許されるのであり、その債権的合意の成立及び効力は、契約準拠法によって判断されることになる。」⁽²²⁾と。したがって、職務発明の問題(特許を受ける権利の帰属、移転、対価請求権)を特許権に関する問題であるとして、特許権自体の準拠法による理解である。また、職務上発明した特許権の譲渡が行われていた場合には、「……少なくとも、職務発明にかかる特許を受ける権利の譲渡に関する使用者と従業者との合意は、一種の契約であって、その成立及び効力が、——譲渡契約を雇用契約とは独立の契約と観念するか否かはともかく——契約準拠法によって規律されるという点においては、ほぼ異論はないであろう。問題は、特許を受ける権利の譲渡及び対価請求が、国際私法において契約の問題として性質決定されるか否かという点である。……そもそも国際私法上、売買契約などの法律行為によって物権が譲渡される場合、債権行為の成立及び効力は法例7条の定める契約準拠法によって規律されるのに対して、物権の譲渡可能性、物権移転の要件及び時期、その効果などの物権行為に関する問題は、法例10条の定める物権の準拠法、すなわち物の所在地法によって規律される。これを論理的に敷衍すれば、職務発明にかかる特許を受ける権利の譲渡についても、その権利の内容、譲渡可能性、譲渡の要件などは、債権行為とは区別され、その固有の規律に服することになる。それでは、職務発明にかかる特許を受ける権利の内容及び譲渡可能性等について規律する法は、どのように決定すべきであろうか。特許を受ける権利については、それが発明者に広く認められるべき普遍的な権利であり、特許出願することによって発明に対する排他的独占権を取得する以前のものであるため、特許権とは性質上区別されるという議論もある……。しかし、発明自体は事実行為として、普遍的な性格をもっているといえようが、特許を受ける権利の本質は、国家に対して特許付与を請求し、潜在的に特許権者となりうる法的地位にある。その権利の内容及び属性は、わが国においては、特許法33・34条において詳細に規定されている通りである。そして、上述のごとく、特許権は各国の公的機関の審査を経て付与されるものであって、その本質は、当該国家の領域内における排他的独占権であること、そして各国の特許権は相互に独立していることに鑑みれば、特許を受ける権利も各国特許法によってそれぞれ規律されているとみるべきであろう。」⁽²³⁾と。したがって、西谷教授によれば、債権的法律行為と物権的法律行為とを区別し、その権利の内容、譲渡可能性、譲渡の要件に関しては、物権的法律行為であるとして、各国特許法による理解である。

次に、同様の見解を採用するものとして、島並教授の見解が挙げられる。すなわち、島並教授によれば、「しかし、従業者から使用者へ外国の特許を受ける権利が譲渡され、その対価について何らかの合意があった場合には、それが契約(真の合意)に基づくものであれ使用者の一方的な取り決め(犠牲された合意)に基づくものであれ、合意(法律行為)である以上はその成立と効力が契約準拠法に従って規律されるのが、当事者自治の原則を踏まえた法例7条1項の規定と趣旨に合致する一方、たとえばわが国の特許法35条3項は、約定額が相当でない場合に相当額に充つるまでの追加請求が可能であると定めているであり、このような約定額を超える請求権は、一定の政策を実現するための手段として国家が契約に介入し特別に承認されたものと考えられ、その証左に相当対価請求権は片面的強行規定だと解されているのである(その限りで当事者自治の原則は部分的にしか妥当しない)。要するに、上述の契約上の請求権と、このような法律上の請求権とは、相当に性質が異なるものといわざるを得ないのであって、適用法の判断にもその性質の違いを反映させることが、事柄の本質に即したきめ細かい対応を可能とするように思われる。結論として、日本特許法35条3項に限らず、各国法が特別に承認する約定額を超えた事後的追加請求については、当該国家の政策実現意図に鑑みて、当該法規の側からみたその場所的適用範囲の問題という思考枠組み(B 説)をとることにより、当事者の意思はもちろん事案の最密接関連法にとられることなく、特許登録国の法が属地的に直截適用されると解すべきである。」⁽²⁴⁾と。したがって、島並教授によれば、対価請求権については、物権的法律行為として性質決定し、特許権の準拠法によるとされ、当事者が契約準拠法を指定した場合には、それは特許権の準拠法上の強行規定に反しない限りにおいてのみ妥当することになり、実質法的指定に過ぎないことになろう。

(4) 権利の移転、対価請求権については特許法35条を契約法上の絶対的強行法規とし、帰属については物権的法律行為として国家行為理論によると考える見解

権利の移転、対価請求権については特許法35条を契約法上の絶対的強行法規とし、帰属については物権的法律行為として国家行為理論による見解として、道垣内教授の見解が挙げられる。すなわち、道垣内教授によれば、「(1)本件で問題となっている特許を受ける権利の承継等の問題は、その可否や第三者に対する効力(対世効)という物権的な問題ではなく、承継等に係る契約の当事者間での問題という債権的な問題であるので、『属地主義』の外の問題であり、特許を受ける権利の承継等に係る債権契約の準拠法は法適用通則法7条以下

により決定されることになり、本件では日本法が準拠法となる。(2)しかし、従業員に発明を促すとともに産業の発展に寄与するという職務発明制度の趣旨を抽象的に考えると、日本を労務供給地(発明地)とする従業者等の特許を受ける権利には、外国特許も含むすべての特許について、特許を受ける権利の承継等に係る契約の準拠法のいかに関わらず、適用されてしかるべきであると考えられる(仮に従業員発明法を新たに立法するのであれば、このような適用範囲とすることが考えられる)。(3)特許法35条は、(2)のように、契約の準拠法に関わらず自らの地理的適用範囲に入るものには適用していくという『絶対的強行法規』であるが、特許法35条(現規定であっても)の下では、『特許』に『外国特許』が含まれるとの解釈は無理であり、結局、日本を労務供給地とする従業員等の日本特許を受ける権利の承継等についてのみ適用されると解するほかない。最高裁判決が示された以上、実務としては当面はそれに従って行為せざるをえないが、理論上は上記のとおり考えるべきであり、その方向での立法的な解決に期待する。」⁽²⁵⁾として、「特許法35条旧3項・4項(現3項から5項)を絶対的強行法規とみて、通常の国際私法ルールである法適用通則法7条以下の適用の域外において適用が定まると考える」⁽²⁶⁾と。さらに、「特許権成立の要件、特許権の消滅(存続期間満了、死亡した発明者の相続人不存在等)等の特許権の存否・有効性(成立・消滅)の準拠法をどのように定めるべきか。前掲最高裁平成14年9月26日判決の事案ではこの点は問題とならないものであったため、明示的には触れられていないものの、特許権の効力は登録国法によるとした理由づけ(後述)は、特許権の成立・消滅の問題にも当てはまるものであると考えられる。学説上も、この点について直接に触れるものは見当たらないが、準拠法決定ルールを適用するとの見解によれば、おそらく登録国法(保護国法)によることになる。他方、外国国家行為の承認の枠組みで特許権の有効性を考えるとの立場からは、この問題は準拠法を定めて判断するという手法によるのではなく、いずれかの国が特許を付与している以上、問題はそのまま承認するか否かということになる。なお、外国特許権について当該外国では有効とされている場合に、日本でそれを無効と扱うことができるのかという問題がある。準拠法決定ルールによるとの見解に従えば、登録国法(保護国法)である当該外国法を適用することになり、その法律上、裁判所による無効の判断をすることが可能とされているのであれば、日本の裁判所が無効と判断してもよいことになる。しかし、実際には、国際裁判管轄ルール上特許権付与の国家的性格の故に、外国特許が無効であることの確認を求める裁判については日本の裁判所は管轄がないので、(民訴3条の5第3項〔同行の『効力』は有効性の意味である〕の準用)、直接に無効と判断すること

はできないことになる。他方、外国国家行為の承認の枠組みによる見解によれば、外国で有効とされている以上は、その承認が日本の公序に反するような場合でない限り、これをそのまま承認するほかはないことになる。ただ、いずれの見解によっても、特許法104条の3の準用によりまたは法廷地法上の一般原則としての権利濫用の法理により、外国特許侵害に係る訴訟において、当該外国特許が無効にされるべきものと認められるときには、その特許に基づく権利行使を認めないという扱いをすることは可能であろう（これは特許権の効力の問題と位置づけられる）。」⁽²⁷⁾とし、この見解に基づいて、特許権の帰属の問題に関しても、「特許権、特許を受ける権利、専用実施等が誰に帰属するかという問題は、特許の存否・有効性の不可欠の一部を構成しており、準拠法決定ルールによるにせよ、外国国家行為の承認の枠組みで考えるにせよ、(1)で述べたところがほぼそのまま当てはまる。」⁽²⁸⁾と。したがって、道垣内教授によれば、債権的法律行為と物権的法律行為とを区別し、職務発明の問題を債権的法律行為の問題であるとして契約の準拠法によるが、契約準拠法いかに拘わらず、特許法35条が絶対的強行法規として適用されるとの理解である。

2) 債権的法律行為については労働契約と性質決定する見解

債権的法律行為については労働契約と性質決定する見解は、(1)移転、対価請求権については債権的法律行為として労働契約準拠法により、帰属については物権的法律行為として特許権の準拠法による見解と、(2)対価請求権については債権的法律行為として労働契約準拠法により、帰属、移転については物権的法律行為として特許権の準拠法による見解とに大別される。

(1) 移転、対価請求権については債権的法律行為として労働契約準拠法により、帰属については物権的法律行為として特許権の準拠法による見解

移転、対価請求権については債権的法律行為として労働契約準拠法により、帰属については物権的法律行為として特許権の準拠法による見解を用するものとして、村上研究員の見解が挙げられる。すなわち、村上研究員によれば、「〔設例2〕X(英国人従業員) Y(英国に本社を有する製薬会社) Z(Yの日本研究所) 英国国籍を持つXは、英国に本社を有する製薬会社Yの日本研究所Zにおいて医薬品の研究開発に携わった。XYの雇用契約には、準拠法は英国法とし、紛争の際は英国の裁判所にのみ訴えを提起できる旨の専属的な管轄合意が存在した。XはYに対して開発した医薬成分の技術情報を開示し、この技術情

報を所有する Y は日本、英国、米国においてそれぞれ特許権を取得した。Y を退職した後、X は、日本の裁判所において、主位的に本件発明の特許を受ける権利は発明者である X に原始的に帰属し、会社に承継されないとして、日本の特許権の一部(共有持分)の移転登録等を求め、予備的に、仮に本件発明の特許を受ける権利が Y に承継されているときは、特許法35条に基づき職務発明の相当の対価として一億円を請求した。本件請求について、日本に国際裁判管轄が認められるとすると、主位的請求、予備的請求はそれぞれいずれの国の法による判断されるか。また、予備的請求につき日本法が適用されるときは、特許法35条にいう権利の承継とその対価の対象となる権利は、日本の権利に限定されるか、それとも外国の権利も含めて一元的に処理されるか。」⁽²⁹⁾との問題提起に基づき、「通則法の枠組みにおいて、外国の特許を受ける権利の譲渡とその対価のうち、譲渡の原因関係である契約その他債権的法律行為は『労働契約』と性質決定され、12条の規定が適用され则认为られる。特許法35条3項以下の趣旨・目的、そして抵触法上の法律効果に照らして考えると、同規定は国際的強行法規たる性質を有さず、通則法12条の枠組みにおいて適用され则认为られる。したがって、従業者は、外国法が選択された場合であっても、日本が最密接関係地である限り特許法35条3項以下の規定の適用を要求することができよう。労働契約準拠法の射程に含まれるのは、職務発明制度のうち権利の移転と金銭補償(の債権的側面)である。原始的帰属は公権的側面にかかわるため、保護国法によるべきであると考えられよう。それでは、通則法の下で〔設例2〕はいかにして解決されるか。まず、主位的請求である日本の特許権の一部(共有持分)の移転登録等の請求の前提となる特許を受ける権利の原始的帰属主体は、保護国法により決定されよう。したがって、日本の特許を受ける権利は日本法により従業者、英国の特許を受ける権利は英国法により使用者、そして米国の特許を受ける権利は米国の法により従業者に原始的に帰属すると判断される。予備的請求である職務発明に係る権利の譲渡及び金銭保証は契約準拠法による。〔設例2〕においては、英国法が当事者により選択されてはいるものの、通則法12条の下では、労務提供地である日本の法が最密接関係地法である限り従業者は日本の特許法35条3項以下の適用を求めることができると考えられる。」⁽³⁰⁾と。したがって、村上研究員によれば、債権的法律行為と物権的法律行為とを区別し、対価請求権の問題は債権的法律行為の問題として、労働契約準拠法によるとの理解である。なお、権利の移転は債権的法律行為として、労働契約準拠法により、他方、権利の帰属は物権的法律行為として特許法の準拠法としての保護国法によるべきであるとの理解である。

(2) 対価請求権については債権的法律行為として労働契約準拠法により、帰属、移転については物権的法律行為として特許権の準拠法による見解

対価請求権については債権的法律行為として労働契約準拠法により、帰属、移転については物権的法律行為として特許権の準拠法による見解を採用するものとして、布井教授の見解が挙げられる。すなわち、布井教授によれば、日立製作所職務発明事件上告審(最高裁平成18年10月17日判決)に関する判例評釈において、「本件事案を考察する前提としての一般論として、属地主義の原則が支配する特許法上の規定は、職務発明においては、当該発明ないし当該発明についての特許付与を求める権利が、使用者かそれとも従業者の何れに帰属するのかの問題をも包含するものであり、保護国(当該特許権の登録国)の法律(特許法)がその基準となる。そして、当該保護国の法律が、当該発明ないし当該発明についての特許付与を求める権利につき、使用者の原始的取得を規定している場合には、当該発明ないし当該発明についての特許付与を求める権利は使用者に帰属することになり、従業者は、原則として使用者に対し、職務発明による従業者の使用者に対する対価請求権を行使し得ないことになる。これに対し、当該保護国の法律が、当該発明ないし当該発明についての特許付与を求める権利につき、使用者の従業者よりの承継的取得を規定している場合には、当該権利は一旦従業者に帰属し、被用者は従業者より当該権利を、法律の規定による譲渡……または譲渡を求める法律上の請求権あるいは譲渡契約等により承継することとなり、この場合に初めて使用者と従業者との間の労働関係が生じ、職務発明の対価請求権についても労働契約の準拠法が適用せられることになると結論づけられる。……本件判決2において、『……上告人と被上告人との間には、本件譲渡契約の成立及び効力につきその準拠法を我が国の法律とする旨の黙示の合意が存在するというのであるから、……本件譲渡契約に基づく特許を受ける権利の譲渡の対価に関する問題については、我が国の法律が準拠法となるというべきである。』との判示は、前項(1)において述べた如く、職務発明において当該発明ないし当該発明についての特許付与を求める権利が、使用者か、それとも従業者の何れに帰属するのかの帰属主体の問題は、属地主義の原則により当該権利の保護国の法律が適用せられるのであり、この属地主義の原則は、当事者の合意または外国の法規範によるも変更され得ないものとされている……。本件事案は、アメリカ合衆国・カナダ・イギリス・フランス・オランダおよびドイツでの職務発明の対価請求に関するものであり、本件判示においては、特許を受ける権利が既に従業者に帰属していることを前提として同権利の使用者への譲渡契約の準拠法を問題としているが、前項(1)において考察した

如く、特許を受ける権利が従業者に帰属するか使用者に帰属するかの問題については、属地主義の原則により当該保護国の法律が適用されることになり、当該保護国の法律が使用者の原始的取得を規定している場合には、原則として従業者の使用者に対する特許を受ける権利の譲渡の対価請求権は発生せず、承継的取得を規定している場合にのみ、特許を受ける権利の譲渡についての従業者の対価請求権が問題となり、この場合の譲渡契約は労働法上の労働契約として、労働契約についての準拠法が適用せられることになる。したがって、本件事案においては、前記問題となる各国の職務発明規定において、使用者の原始的取得を規定するものか、承継的取得を規定するものであるか、を検討しなければならないことになる。……本件事案においては、外国の特許を受ける権利の譲渡に伴う対価請求については、その前提要件事実として当該外国の特許を受ける権利の帰属が法的評価の基準となるが、当該権利の帰属には属地主義の原則が適用され、さらには、使用者の報酬支払義務については、ヨーロッパ各国において特別労務給付原理と独占理論の対立があり、その法的評価にとり一致しているとは言い得ないが故に、わが国特許法35条3項および4項の規定を、外国の特許を受ける権利の譲渡に伴う対価請求に類推適用すべきであるとする判旨には賛同し得ない。」⁽³¹⁾と。したがって、布井教授によれば、特許を受ける権利の帰属および移転の問題については、属地主義の原則により当該保護国の法律が適用されるとし、当該保護国の法律が使用者の原始的取得を規定している場合には、原則として特許を受ける権利に関する対価請求権の問題は発生せず、例外的に承継的取得を規定している場合にのみ、特許を受ける権利に関する対価請求権の問題が発生するとの理解である。他方、対価請求権に関しても、労働法上の労働契約として、労働契約準拠法が適用されるとの理解である。

次に、同様の見解を採用するものとして、申講師の見解が挙げられる。すなわち、申講師によれば、「発明又は特許を受ける権利の帰属や承継の問題は、それが特許権の成立と密接に結びついている特許出願権の帰属や承継としての性質を色濃く有する文脈において問題となるときには、これは原則として属地主義の射程内として、選択の余地なく各出願国法によらしめられる。ただし、その場合には、各国の実質規定のみならず、当該実質法中に存在する適用範囲に関する定め(一方的抵触規則)たる当該国の国際私法中に存在する定め(双方向的抵触規則)も参照して、当該国の関係官庁において規律されているように規律することが必然である。この文脈においては、当事者や法廷地の国際私法がいずれかの準拠法を自律的に選択し、それによって権利変動の側面も含めて一括して規律するといった

次元の問題にはなり得ない。他方において、特許を受ける権利の帰属や承継が問題となる文脈においても、関係当事者の内部にとどまる問題においては、国際私法を通じて一の準拠法によって規律するという手法を採る余地がある。しかしながら、特に職務発明の文脈においては、各国の法規が当事者間の関係についても通常の契約法理から離れたところで様々な強行法規を定めていることにかんがみると、当事者内部にとどまる問題であるからといって、法選択のレベルにおいても完全に当事者自治に委ねられると考えるべきではない。本稿においては、いずれの国においても出願せずノウハウとして発明を実施する場合や、包括的権利承継がなされる場合を題材として検討を加えたが、いずれにおいても職務発明に関しては法適用通則法12条により定まる雇用契約準拠法に付従的に送致すべきと考える。したがって、わが国特許法35条は、わが国における特許を受ける権利の物権類似の支配関係の変動について定める強行法規と位置づけられる一方で、法適用通則法12条2項という強行法規として、当事者間の内部関係についてのみ、出願国を問うことなく、わが国を労務給付地とする従業者の意思表示みよっても適用され得る。ただし、35条に基づいてなされた従業者から使用者への出願国を特定しない包括的権利承継も、本質的には債権的な効力しか有するものではなく、各出願国において何らかの実体的・手続的要件が求められている場合には、それを満たさない限り特許を受ける権利は真に使用者に移転されたものとはみなされない。35条3項の『相当の対価』は、同条が当事者間の内部関係を規律する法であり、かつ承継の目的物となった発明が同条1項所定の『職務発明』であるときに、最終的に使用者に帰属した特許権等から得られた利益を、出願国の如何を問うことなく考慮に入れて算定し得る。」⁽³²⁾と。したがって、申講師によれば、特許を受ける権利の帰属および移転の問題については、属地主義の原則により当該保護国の法律が適用されるとし、当該保護国の法律が使用者の原始的取得を規定している場合には、原則として特許を受ける権利に関する対価請求権の問題は発生せず、例外的に承継的取得を規定している場合のみ、特許を受ける権利に関する対価請求権の問題が発生するとの理解である。他方、対価請求権に関しては、労働法上の労働契約として、労働契約準拠法が適用されるとの理解である。

さらに、同様の見解を採用するものとして、渡辺教授の見解が挙げられる。すなわち、渡辺教授は、外国における特許を受ける権利の移転に伴う対価請求の問題に関して次のように論じている。すなわち、「第一段階として、職務発明にかかる特許を受ける権利の従業者・使用者間の移転・承継に伴う対価の請求という問題について、いかなる法が適用

されるべきかという準拠法決定の問題である。この判断により相当対価請求の問題の準拠法が日本法とされた場合に、第2段階として、特許法35条3項が外国特許にかかわる相当対価請求にも適用されるかという日本特許法の解釈問題が生じる。この第2段階の問題について判決は直接適用を否定したうえで、類推適用は認めているので、どのような場合に類推適用がなされるかという条件の検討が必要となる。第1段階は国際私法の問題で、相当の対価請求の問題についてどのような場合に日本法が準拠法となるかという問題である。この点に関する判示は曖昧な部分を残している。判決は相当対価請求の問題を、特許を受ける権利の移転や帰属の問題とは区別し、移転の原因となる当事者間の契約から生じる債権の問題とし、当該の契約準拠法によるべきであるとする。実際には、この移転の原因関係は、雇用契約に包括されている場合、雇用契約とは別に個々の職務発明に関して権利移転契約が交わされる場合など一様ではない。判決はその表現から相当対価請求の準拠法は権利の移転契約の準拠法と考えられていると思われる。もともと『相当な』対価請求の制度は、当事者間で約定された対価の支払い請求ではなく、(それも含むが)裁判所が利益調整的に介入算定する『相当な』対価の支払請求であって、雇用関係にある従業者・使用者間での対価算定の公正さを保障する制度趣旨を考えると、基本的には雇用契約に随伴する制度と考えるべきである。そこからは、雇用契約の準拠法とは別に特許を受ける権利の移転契約がなされている場合であっても、相当対価請求に関しては、原則的には従業者・使用者間の雇用契約の準拠法によるべきであると考えられる。このように考えると、第1段階としては、従業者・使用者間の雇用契約が日本法と合意されている場合、および、日本法以外の法が準拠法と合意されている場合でも、法適用通則法12条により、日本が労務給付地で従業者が使用者に対して特許法35条の適用の意思を表示した場合に、外国の特許を受ける権利に関しても同条が類推適用されるかが問題となる。しかし、特許を受ける権利の譲渡契約の準拠法と考える立場では、法適用通則法12条の適用はないことになる。したがって、この点に関する判決の曖昧さは今後の実務に困難を残したといえよう。第1段階の判断により、対価請求について日本法が適用されることになった場合、次に、特許法35条の相当対価請求制度が、外国特許に関する特許を受ける権利の移転対価にも類推適用されるかの検討が必要となる。どのような場合に類推適用されるかについて、最高裁判決は直接には要件を判示してはいない。しかし、類推適用の根拠として先述の①②③をあげているので、これらが妥当しない場合に類推適用するのは適当ではないと考えられる。そこから類推適用の要件を解釈により導くことは可能である。まず、①使用者・従業者間では、職務発明

に係る特許を受ける権利の移転・承継に関して対等な立場で交渉することが困難であることがあげられている。これは特許を受ける権利の移転・譲渡がなされる環境として、使用者・従業者という雇用関係にあることは、一般的に対等な交渉が困難な事情と考えられ、その点に関しては、権利の内外による違いはないという趣旨と解される。したがって、権利の移転交渉に際しての一般的な交渉環境を指摘するもので、個々の交渉取引において対等か否かを要件的な意味で問題にしたと解すべきではないであろう。したがって、たとえば具体的な権利の移転・譲渡の交渉が対等・公平に行われたことを証明して、類推適用を妨げることはできないと解するべきである。しかし、いかなる事情があっても類推適用の排除はないとするまでの趣旨ではないであろう。次に、②内国・外国と特許権は異なるとしても、雇用関係は一つで、発明も社会的には一つの事実であり、特許を受ける権利の承継も包括的になされる場合が多いことがあげられている。したがって、同一の発明に係る特許を受ける権利について、雇用関係を前提とした包括的な内外の権利移転が行われたと認められることが必要とされよう。この点について、調査官による解説記事では、わが国の特許を受ける権利と外国の特許を受ける権利とが包括的に承継される場合に限り、類推適用を肯定する趣旨ではないとされている。しかし、たとえば、特定の国の特許権は発明者自らが権利者となる等、国ごとに権利の違いを明確に意識して、移転契約をしたような場合にまで、日本特許に関する対価請求の制度の類推適用が適当かは疑わしい。もちろん、実質的には包括的な承継であるのに、特許を受ける権利の内外により権利移転の合意文書や合意条項を分けて作成するなど、単に外形的にのみ区別した取扱いをしていると認められる場合は、類推適用を妨げることはない。この点は、当事者に内外の権利移転を一元的に処理する意思が認められる場合という、③の根拠判示からも導かれる。なお、順序は逆になるが、これらの個々の類推適用の要件の検討に先立ち、特許法35条の適用自体が類推適用の前提として必要かという問題も検討を要する。まず、そもそも職務発明の概念にあてはまらないような場合は、特許法35条による相当対価請求権自体が成立しないので、外国特許に関しての類推適用も考える必要もない。判断が難しいのは、職務発明という前提は満たすが、日本特許権に関して相当の対価請求がなされていないようなケースである。たとえば日本特許については従業者が権利者となり、外国特許に関してのみ使用者が特許権を取得する合意が、従業者・使用者間でなされていた場合である。このような場合も外国特許権にかかる請求について特許法35条の類推適用が考えられるかである。最高裁判決によれば相当対価請求は固有の特許法35条の類推適用が考えられるかである。最高裁判決

によれば相当対価請求は固有の特許法マターではないので、論理的には類推適用は考えられる。しかし、実際にそこまでこの最高裁判決の射程を及ぼしてよいかには疑問があり、ここでは消極的に考えておきたい。つまり日本特許に関して相当な対価請求が提起されていた場合にのみ、外国特許に係る同様な請求について類推適用が問題となると考えておきたい。」⁽³³⁾と。なお、対価請求に関する問題は、外国における特許を受ける権利が移転される場合であっても、労働契約の問題であると性質決定し、当該準拠法として日本法が指定された場合の特許法35条の相当の対価に関して、外国における特許を受ける権利に関しても特許法35条が類推適用されるとの理解である。

2. 債権的法律行為と物権的法律行為とを区別しないで、一括して譲渡契約準拠法による見解

債権的法律行為と物権的法律行為とを区別しないで、一括して譲渡契約準拠法による見解を採用するものとして、花村教授の見解が挙げられる。すなわち、花村教授によれば、「渉外的要素を有する職務発明の問題は、日本企業と日本人従業者との関係における日本における発明に関しても生じ得る。外国特許を受ける権利の譲渡の問題である。特許を受ける権利の譲渡の準拠法に関しては、今まで述べてきたように、一元的に密接関連地としての労務提供地法等として日本法が準拠法となると考えることができる。それでは、相当の対価の額の算定についてはどうであろうか。前述したように、職務発明の問題が社会的、政治的、法的に関心を集めているが、その焦点のひとつが相当の対価の額の問題であろう。職務発明である場合に、特許を受ける権利又は特許権を使用者等に帰属させることに対して、相当の対価の額を算定するに際し、外国特許を受ける権利の譲渡について、特許法35条が類推適用されるか、外国特許の特許を受ける権利の優勝移転による対価請求権の有無という問題である。」⁽³⁴⁾とし、さらに、「裁判所は、属地主義の原則から、特許法35条は日本の特許を受ける権利の問題と考えている。したがって、この点からは、結果として、相当な対価の額の算定に際しても、外国特許を受ける権利を35条3項で考慮することはない。しかし、光ディスク事件は直接に特許を受ける権利の準拠法について争ったものではなく、相当の対価の額を算定する前提として外国特許及び外国の特許を受ける権利が問題とされたものである。特許を受ける権利の譲渡の準拠法については、これを一元的に構成すべきとする考え方からは別の結論が導き出せるのではなかろうか。」⁽³⁵⁾と。したがって、外国の特許を受ける権利の帰属、譲渡、対価請求権の問題を一括して密接関連地

としての労務提供地法等として日本法を準拠法とするとの理解である。さらに、「まず、発明は、知的創作活動の成果である。知的創作活動の成果としての発明は、特許権として成立していなくとも、すでにそれだけで何らかの手段により法的保護を受け得るものである。したがって、特許を受ける権利(又は地位)は、将来的には特許権となり得るものではあるが、そこにいたるまでは別のものであると考えることができる。また、連続性という考え方は、特許権発生後から考えてのものである。次に、発明という知的創作活動は、それぞれの国の法により、別々に評価されるべきものではなく、一つの法的評価を経た事実として評価されるべきものである。また、単に発明の完成にとどまっている段階にあっては、特許権と同様の絶対的意味における排他性を有しているわけではなく、相対的意味における排他性を有しているに過ぎない。従って、特許を受ける権利(又は地位)を準物権的なものと必ずしも見るべきではない。以上より、特許を受ける権利(又は地位)の譲渡については、これを特許権の譲渡と同様に考えるべきではない。したがって、具体的な準拠法決定においては、準物権的なものとは考えないことから、法例の適用規定が問題となるが、法例上に規定がない以上、条理によると考えることとなる。その結果、最も密接な関係を有する法が適用されることになる。なお、職務著作に関する準拠法の問題に関するキューピー事件において、裁判所は準拠法に関する部分について、必ずしもその根拠を明確にしているわけではないが、以下のように述べている。『……、職務著作に関する規律は、その性質上、法人その他使用者と被用者の雇用契約の準拠法国における著作権法の職務著作に関する規定によるのが相当である……。』⁽³⁶⁾と。したがって、花村教授によれば、債権的法律行為と物権的法律行為とを区別しないで、一括して譲渡契約準拠法によるとする

最後に、同様の見解を採用するものとして高杉教授の見解が挙げられる。すなわち、高杉教授によれば、「私見によれば、国際私法の基本的な法政策は、判決の国際的な調和、関係者間の公平な私益調整、事案に関連する国家の間の公益調整、確実性と柔軟性の均衡にあると解する。この見地から検討するに、第1に、判決の国際的調和をより達成できるのは、労働関係準拠法説ないし譲渡契約準拠法説である。例えば、米国では、一般に、職務発明に関する特許を受ける権利の譲渡の対価の問題は、契約法によって規律されており、またヨーロッパにおいても、この問題については、ヨーロッパ特許条約をはじめ比較的多数の国が労働関係ないし労働契約の準拠法に依るとしている。第2に、関係者間の利益調整の見地からは、職務発明の関する関係者は従業者と使用者であり、これら双方にとって中立的で予見可能な法を準拠法とすべきことになる。ここでも労働関係準拠法説ないし譲渡

契約準拠法説が支持されよう。第3に、この問題に関連する国家間の公益としては、一般に、発明保護・産業振興に関する国家的利益、労働者保護に関する国家的利益が考えられる。前者は特許登録国法説に親和的であり、後者は労働関係準拠法説に傾くであろう。ただし、国際私法においては私人間の利益調整が主であって、国家間の公益調整については従たる考慮要素でしかない点にも注意すべきである。第4に、現実性と柔軟性の均衡の点については、制定法である我が国の法解釈としては、法的現実性を一層重視すべきである。この点で、条理に基づく労働関係準拠法説よりも、法例の明文規定による譲渡契約準拠法説の方が説得性を有する。以上を総合判断すると、法例の下における解釈論としては、原則として譲渡契約準拠法説によるべきであり、当事者自治を認めることによる不当な結果や労働者保護の実現は、公序条項によって処理すべきであると解する。従って、譲渡契約の問題として法例7条を適用し、当事者の黙示意思を根拠に日本法を準拠法とした最高裁判決に賛成する。」⁽³⁷⁾と。したがって、高杉教授によれば、債権的法律行為と物権的法律行為とを区別しないで、一括して譲渡契約準拠法により、法例7条を適用すると解される。

第3款 労働契約に関する問題として性質決定する見解

労働契約に関する問題として性質決定する見解は、さらに、労働契約準拠法による見解と、特許法35条を労働契約法上の絶対的強行法規とする見解に分けられる。

1. 労働契約準拠法による見解

労働契約準拠法による見解を採用するものとして、まず、茶園教授の見解が挙げられる。すなわち、茶園教授によれば、「職務発明に関する権利の帰属等の問題は、出願がなされた国との関連性は薄く、必ずしも属地主義の原則に服するものとする必要はないといえることができる。そして、この原則に基づいて準拠法を決定するとすれば、出願がなされた国ごとに異なる法律が適用されることになるが、当事者、特に使用者が出願された各国の法に従うことは困難であろうし、法的安定性が害されるおそれがある。そのため、職務発明に関する権利の帰属等の問題は属地主義の原則の対象外にあると解し、複数の国で出願がなされる場合にも統一的に規律できるような準拠法の決定が指向されるべきであろう。学説においては、近時、使用者と労働者の労働関係と最も密接な関係を有する国の法を準拠法とする見解が有力に主張されている……。職務発明に関する権利の帰属等の問題は、労働関係の中から生起するものであるから、この見解は妥当である……。これにより、国際的に統一的な規律が可能になる。そして、労働関係と最も密接な関係を有する国

として従業者の労務供給地の法が準拠法となれば、国家の産業政策と唯一関係する自国内でなされた職務発明の問題が自国法によって規律されるという適切な結果を得ることができよう。少なくとも、我が国で行われた職務発明に関して、当事者が選択した外国法を適用した結果が特許法35条を適用した結果に比して、発明者たる従業者の利益を不当に害することになる場合には、法例33条にいう公序に反するとして、当該外国法の適用が排除されよう。」⁽³⁸⁾と。さらに、茶園教授によれば、別の論文においても同様の見解が明らかにされている。すなわち、「しかしながら、職務発明に係る権利が譲渡ないし承継されなかった場合に、当該権利が使用者と従業者のいずれに帰属するか、また帰属しない者に実施権等の何らかの権利が認められるか否かが問題となるところ、これらの問題については雇用契約の準拠法によることはできるが、譲渡契約の準拠法によることはできない。前述したように、職務発明をめぐる法律関係に含まれるいくつかの問題について、準拠法は同一であるべきであるから、対価請求についても雇用契約の準拠法によると解するのが適切であろう。そして、雇用契約に最も密接な関係を有する国として従業者の労務供給地の法が準拠法となれば、国家の産業政策と唯一関係する自国内でなされた職務発明をめぐる法律関係が自国法によって規律されるという適切な結果を得ることができる。」⁽³⁹⁾と。したがって、茶園教授によれば、特許を受ける権利の帰属、移転、対価請求権の問題は一括して労働契約準拠法によるとの理解である。

次に、同様の見解を採用するものとして、田村教授の見解が挙げられる。すなわち、田村教授によれば、「……使用者と従業者間の職務発明に関する法律関係については、外国における特許を受ける権利や特許権等に関するものを含めて、両者の労働関係に適用される準拠法国の特許法により一元的に処理される、と解すべきである。」⁽⁴⁰⁾として、職務発明にかかる特許を受ける権利については、労働契約準拠法によって規律されるべきであるとの理解である。

さらに、同様の見解を採用するものとして、駒田教授の見解が挙げられる。すなわち、駒田教授によれば、「職務創作についての準拠法選択にわが国の職務創作規定が特別に介入しないとすれば、当該準拠法を定めるルールをいっそう明確化する必要がある。既述のように、職務発明については保護国法説と雇用関係準拠法説がすでに提唱されているほか、その規律は特許を受ける権利の譲渡(承継)契約の問題と法性決定される旨説く裁判例がある。このうち、保護国法説は事実上説得力を喪失しているといえる。仮にこの立場を採用するとなれば、使用者が権利を取得したい国ごとに異なる手続きの履践を求められること

になり、権利承継の対価額等もそれぞれの国ごとに算定せねばならず、その事務的コストは膨大なものとなる。他方、特許を受ける権利の譲渡契約としての法的決定は、わが特許法35条3項に示されるように、当該権利が当事者の合意によって移転するとは限らない点に鑑みると処理が一面的にすぎると思われる。さらにこの法性決定では、特許を受ける権利を使用者に原始的に帰属させる立場をとる諸外国の法制に対応できない。3-3判決が譲渡契約と法性決定しつつも結局は雇用関係につき適用される法に連結しているのは、善解するならば、かかる配慮に基づくものといえなくもない。ゆえに立法例等においても、雇用関係に着目した統一的な連結を支持する者が多い、たとえば、欧州特許条約(1973年)60条1項は、『欧州特許を受ける権利は、従業者が主として労務を付している国の法により決定され』、この国を特定できない場合には『従業者が属する使用者の営業所所在地国の法律』によると規定している、『EEC 加盟国の国際私法に関する条約中の知的財産権に関する規定のための草案』(1975年) I 条2項も、欧州特許条約の上記規定をほぼ踏襲している。英国特許法43条2項は、主たる労務給付地(これを特定しえないときは従業者が属する使用者の営業所所在地)が英国である場合に、職務発明に関する同法の規定が適用されるとしている(なお、同条4項は、外国の権利が問題となる場合でも、同条2項の規定するとおりに扱うとしている)。オーストリア国際私法34条2項は、『従業者の労働条件の枠内におけるその活動と関連する知的財産権については』、同法44条により雇用関係につき送致される法によることを規定している(44条の規定の内容は、契約債務の準拠法に関するEC条約(1980年)6条にほぼ相当する)。ドイツにおいても、明文の規定こそ存しないものの、通説的見解はこの問題につき雇用契約の準拠法によるとしている。また同様の処理は、フランスCNS(職務発明国家委員会)が採用するところでもあるという。以上の諸外国における実務の趨勢からすれば、わが国としても雇用関係に着目した連結規則によるべきであろう。かかる国際的動向に反してまで、これとは異なる立場——保護国法により多元的に処理するという立場ないし特許を受ける権利の譲渡契約と法性決定する立場——によるとする積極的な理由は見出しがたい。もちろん、特許を受ける権利や特許権の承継は準物権の変動とみなしうるから、わが国際私法学の通説的な見解に従えば、その効力発生や対抗の要件について権利準拠法である各保護国の法に従うことになる。しかし、職務発明をめぐる法律関係すべてに権利準拠法による必要はないし、さらにいえば、当事者である労使間の関係に関する限り権利準拠法による必要は全くないと解することもできる。なお、特許権に関しては属地主義の原則が二つの最高裁判決により承継されているが、これらの判決が認知

しえるのは『権利効力の領域限定』を旨とする原則にとどまる。権利の原始的帰属の決定や従業者への対価の支払い義務等の問題は、論理的にはこの原則に直接関連しないのであり、それらについての準拠法ルールを模索するに当たり、この原則との一貫性を特段考慮する必要も存しないというべきであろう。雇用関係準拠法説は、既述のごとく、主観連結を説くもの(法例7条)と客観的連結を説くもの(条理)に分類される。雇用関係の問題とみる以上、どちらかといえば前説が素直な解釈のあり方であろう。ただし、職務発明固有の事情もあり、他の雇用関係の問題一般と完全に同視してよいのかといえば疑問も残る。筆者は、2006年の通則法成立前に、主観連結に関して次のデメリットが認められると論じたことがある。第一に、当事者の法選択は明示のみならず黙示のそれも考慮されるので、ケースによっては職務発明の準拠法が不確実性を帯びる可能性があること。職務発明の規律は、通常の債権債務関係よりも高度な予測可能性が要求されると考えられるので、これは基本的に望ましい状況ではない。第二に、雇用契約の準拠法が従業者ごとに異なることも考えられるが、共同発明の場合には規律が複雑化する虞があること、第三に、法例7条は例外なく当事者自治を採用するクラシックな規定であることから、使用者との力関係において、発明をした従業者を保護する関連国の強行法規の潜脱が容易になるという欠点を内包していること。以上の点に鑑み、筆者は前説よりも後説の方を支持すべきではないかと論じた。すなわち、大きくみれば雇用関係の問題ではあるが、なお特許法的な考慮を要するとして、雇用契約の単位法律関係から除外し、条理に基づいて労務供給地法(これを特定しえない場合には、使用者の営業所所在地法)に連結するという立場である(上述の立法例も多くは客観連結を採用する)。この立場に対しては、法的安定性を欠くとの批判がすでになされている。このように批判する論者は、わが特許法35条をむしろ公法的規定と解する立場を説く。しかし、同条に限らずおよそ強行規定は何らかの政策的考慮に基づいて創作されるのが常であり、同条程度のものを公法的規定と解するならば、わが国実質法のかなり広い範囲にわたって公法的規定の存在を認めざるをえなくなるのではなかろうか。そしてその分、明文の準拠法選択規則が無意味化することにならないか。すなわち、法的安定性という面では論者の立場も同様に難点を有しているのではないかと思科されるのである。かかる議論状況の中で、既述のように2006年に通則法が成立した。同法12条1項は最密接関連地強行規定の特別連結を許容し、同条2項は労務給付地法を最密接関連地法と推定している。このように主観連結(同条7条及び9条参照)に対する修正法理が明文の規定によって導入されたわけであるが、同条によれば当該強行規定の特別な適用は労働者の意思表示に委ねられてお

り、かかる規律が、特許を受ける権利の原始的帰属等高度な予測可能性を要する職務発明の問題を扱う上で適切かといえれば疑義が生じる。ゆえに、通則法成立後も、既述の条理解釈の必要性は残されたというべきかもしれない。」⁽⁴¹⁾と。さらに、「現段階でベターであると筆者が考えるのは、職務創作をめぐる基本的法律関係につき一国の法に連結して一元的にこれを規律することである。この観点から、職務発明・職務著作ともに労務給付地法の規定を適用する案、職務発明は労務給付地法によるが、職務著作に関しては本源国法による案を試論として提示してみた。そして、わが職務創作規定の適用に当たっては、外国の権利ないし外国での事実を読み込めないと解する理由はないと論じた。」⁽⁴²⁾と。したがって、駒田教授によれば、職務発明の問題は雇用契約に関する問題として性質決定され、労働契約準拠法によるとの理解である。

また、同様の見解を採用するものとして、大友教授の見解が挙げられる。すなわち、大友教授によれば、職務発明の問題に関する性質決定に関して、日立製作所職務発明事件上告審(最高裁平成18年10月17日判決)に関する判例評釈において、「通常の国際私法のルールに従い、職務発明の問題に関する性質決定を行う必要がある。」⁽⁴³⁾とし、さらに、比較法の観点から、「各国の関心は、原則、その領域内で従業者の発明活動が行われるのか、という点にあり、これを労務給付地と見ることが通常であろう。そして、労務給付地が明確でない場合には、法の関心は、従業者に具体的な発明活動は任せながら、実際には、発明から生じる利益を活用し産業を活性化させる使用者の活動の中心である営業所に向かうこととなる。国際的な取引が当たり前となり、企業の活動も最適な地に分散もしくは集中される現代においては、従業者の実際の労務給付地よりも企業の活動の中心地のほうが重要性を増していることも考えられるが、特許法との関係では、各国法の比較からも、そのような意思を見つけることはできない。したがって、職務発明に関する問題は、これを従業者の発明に従業者と使用者との間の関係を最適化することにより、発明を奨励しようとする制度から生じる発明者の権利に関する問題と位置づけ、したがって、準拠法は条理により従業者の通常の労務給付地、これが明確でない場合には、使用者の営業所のある地とすることが適当であると考え。なお、すでに述べたように、特許権は私権であり、発明活動により生じる特許を受ける権利も私権としての性質を有する以上、通常の国際私法のルールにより準拠法を選択する方法に問題はないと考える。」と。したがって、職務発明の問題を私法的法律関係に属するものである解し、国際私法上のルールに従い労働契約準拠法に関する問題として性質決定した上で、法例下においては労働契約準拠法が規定され

ていなかったため条理によって、労務給付地法、あるいは、それが無い場合には、営業所所在地法が適用されるものであるとの理解である。さらに、特許法35条おける相当の利益に関しては、「現行法に関する立法者意思は、この点について、我が国の特許に基づく利益に限定する意思を有していなかったとするのが妥当な解釈であり、平成16年特許法改正作業においても、『外国特許に基づく対価にも特許法35条を適用する可能性を模索して検討が行われた』が結果としてコンセンサスが得られなかったことを考慮すると、35条の解釈は同条の目的から探求されなければならない。この点、米国を除く各国が国の利益を考慮している点、一つの発明が特許もしくはノウハウとして国際市場において利益を上げることが企業の発展にとって不可欠となっている現状をも考慮すると、特許法35条の『相当な対価』には外国の特許を受ける権利から生じた利益をも含めて算定すべきものとする。」⁽⁴⁴⁾と。したがって、大友教授によれば、職務発明の問題は雇用契約に関する問題として性質決定され、労働契約準拠法によるとの理解である。

なお、「法適用通則法」下における学説の見解においても、同様の趣旨が明らかにされている。すなわち、高杉教授によれば、「法適用通則法」下において同様の見解を採用するものとして高杉教授の見解が挙げられる。すなわち、高杉教授によれば、「第一に、外国特許を受ける権利の譲渡対価の問題について、特許法35条を直接適用するのではなく、国際私法によって準拠法を決定するという点(判旨1A＝特許法直接適用説の不採用)は、通則法の下でもそのまま妥当すると解する。通則法の制定過程での議論でも、絶対的強行法規の扱い等については解釈に委ねられることとされており、従来判例の下における状況と変わらないからである。第2に、譲渡の対象である特許を受ける権利の成立・帰属・効力の問題とは別個の問題と性質決定する傍論(判旨1b＝特許登録国法の不採用)も、特許権等に関する規定を置かず、法例下と同様、解釈に委ねるとされた通則法の下でも、依然として妥当するだろう。第3に、この問題を譲渡契約の準拠法による点(判旨1A＝譲渡契約準拠法説の採用)は、問題となり得る。というのは、法例の下では、契約の成立・効力の問題について法例7条しか置かれていなかったのに対し、通則法の下では、一般の契約に関する通則法7条・8条のほか、消費者契約の特則(通則法11条)および労働契約の特則(通則法12条)が規定されているからである。従って、労働関係準拠法説においても、条理ではなく、通則法12条という明文規定を根拠とすることが可能となり、法的確実性の点での解釈上の難点を克服できることになった。そうであれば、前述の通り、労働政策に関する国家的利益も考慮すれば、譲渡契約準拠法説よりも労働関係準拠法説が一層妥当である。もっ

とも、通則法12条の『労働契約』の定義に該当するかが解釈問題となろう。仮に、『労働契約』の定義に該当するかが解釈問題となろう。仮に『労働契約』と性質決定できない場合であっても、若干苦しい解釈ではあるが、労働者と使用者の間の特許を受ける権利の譲渡契約を、『消費者契約』とみる余地もあろう。結局のところは、労働契約の特則を定めた通則法12条の趣旨に従い労働契約の概念を決定した上で、そこから外れる場合には、通則法11条の消費者概念(『事業として又は事業のために契約の当事者となる場合におけるものを除く』個人)の解釈により、国際私法上、妥当な性質決定を行うべきであろう。これにより、発明者・労働者の属性や個々の事案の状況に応じた適正な判断が可能となろう。」⁽⁴⁵⁾と。したがって、高杉教授によれば、労働契約準拠法により法適用通則法12条を適用し、労働契約の概念を決定し、それに該当しない場合には、法適用通則法11条の消費者契約の準拠法を適用するとの理解である。

2. 特許法35条を労働契約法上の絶対的強行法規とする見解

職務発明の問題を雇用契約に関する問題として性質決定し、特許法35条を絶対的強行法規とする見解を採用するものとして、まず、小泉教授の見解が挙げられる。すなわち、小泉教授によれば、「……わが国職務発明制度の趣旨に最もかなうのは、使用者と従業者の雇用関係の法律問題としての性質決定であろう。そして、雇用関係に最も密接な関係を有する一つの国の法によりすべての関連国の特許を受ける権利および特許権からあがる利益を一括請求できるものと解することが、従業者の利益にかなう。使用者の側としても、一国の職務発明制度への対応を行えば済むという点で、効率的な処理が可能となる。雇用関係の法と性質決定した後の準拠法決定にはさらに二つの選択肢があろう。……第二の選択肢は、職務発明制度を労働契約の対等の契約問題とみるのではなく、まずは従業者保護制度であると位置づけたうえで、①国際私法上の条理に基づき、35条の適用については従業者の労務給付地がわが国にあれば外国特許権についてもこれを肯定し、さらに、②従業者の労務給付地が決定できない場合には、使用者の営業所が日本国内にある場合にも35条の適用を肯定する、とする方法である。私見によれば、この方法が、各登録国に送致した場合に生じうる上記不都合を回避し、かつ、使用者による35条の回避をも防止しうる点で、我が国職務発明制度の趣旨・目的に沿うものである。……以上、本件においては、原告の労務給付地、被告の営業所地、さらには契約締結地のいずれもが日本であり、結論としては、本件については、特許法35条を、日本、外国を問わず原告の『発明』から生ずる対価

請求について適用すべきである。」⁽⁴⁶⁾と。また、小泉教授によれば、「本稿の結論は、1. 特許法35条3項にいう『特許を受ける権利若しくは特許権』には、日本国特許のみならず、外国特許を受ける権利若しくは特許権も含まれる、2. 外国特許・出願権に基づき使用者が当該外国においてあげた利益も、同条4項の『その発明により使用者等が受けるべき利益の額』の算定の基礎とすることができる、というものである。第1に、涉外性を有する事案における職務発明の帰属、実施権、対価の決定に関する法律問題については、いわゆる特許権の属地主義を適用して各特許登録国に委ねるのではなく、国際私法上の条理に基づき、雇用関係に関する法、具体的には従業者の労務給付地、労務給付地が決定できない場合は使用者の営業所所在地の法を準拠法として適用し、一次的に処理することが、制度趣旨である従業者と使用者等の利益の調整にもっとも適う。」⁽⁴⁷⁾と。したがって、小泉教授によれば、職務発明の問題を雇用契約に関する問題として性質決定し、特許法35条を絶対的強行法規とするとの理解である。

次に、同様の見解を採用するものとして、高畑教授の見解が挙げられる。高畑教授によれば、「こうして発明の原始的帰属やその譲渡の対価は私法的法律関係として扱い準拠法を選択すべきことになるが、いかなる単位法律関係に含まれると見るべきか。この点、原始的帰属については労働成果の帰属に関する問題として労働契約として性質決定されるべきである。というのも、民法の一般原則からすれば、従業者が有体物を制作した場合、その所有権は使用者から当然に取得するのに対し、法人発明を認めていない我が国特許法からすれば、発明という従業者の行った精神的な活動については、使用者に当然に帰属されることはできず、その原始的帰属先を従業者とすべきとなる。そしてこれらの問題は、従業者の行った生産行為によって生じた財貨の帰属の問題であるから、これらの問題を解決する上で、当事者間の雇用関係がもっとも重要視されるべきであると考えられるからである。また、その譲渡の対価についても、基本的には契約の問題であろう。ただ、当事者間の労働契約という特殊関係のゆえに『当事者間の力関係に委ねると〔契約は〕使用者が一方的に有利に締結される傾向にある』……ことから、特許法35条は従業者の権利を特別に保護する労働法上の特則と捉えるべきである（なお、比較法的に見ても職務発明の譲渡については労働準拠法によるとするのが世界的な趨勢である。この点については、対価の準拠法につき当事者間の労務関係を規律する法律を準拠法とする欧州特許条約60条1項の影響があるとする言及もなされている。判決の国際的な一致という国際私法の理念からしてもこの問題を労働契約と性質決定することが妥当と思われる……）。このような解釈が我が国

特許法上許容されるかについては、疑問の余地もあろう。しかし、特許とは別個の権利である発明は特許発明とは明確に区別されており、また我が国特許法上の発明の定義それ自体にも疑問が投げかけられており、我が国特許制度と密接に関わるものとは思われない。このように見ると、こと発明に関する限り我が国特許制度から切り離して考えることは不可能ではないと考える。最後に労働契約の準拠法について付言する。この問題は、法例7条によるのが通説・判例であるが……当事者自治の制限や強行的法規の特別連結などの主張がなされており、現在改正作業が進んでいる……。筆者としては、現行法例の解釈としては法例7条によらざるを得ないものの、職務発明の譲渡に対する対価についていえば、特許法35条が『属地的に限定された効力を有する公序としての労働法』……として、我が国が労務供給地である限り労働契約準拠法が外国法であっても適用されると見るべきであると考え（このように考えれば、未だ特許付与に至っていない職務発明の譲渡に対する対価については、労務供給地が我が国にある限り、外国特許を受ける権利も含め常に我が国特許法35条3項が適用されることとなる。その際、研究会においては派遣労働者をいかに考えるかが問題として挙げられたが、この問題については労務供給地の認定を柔軟にすることで解決が可能と思われる。具体的には、労務供給地の認定にあたり、当該労働者が国境を越えた派遣労働者である場合には現実の労務供給地ではなく、本来の勤務地を労務供給地と考えるものである。我が国においては、労務供給地の認定について未だ十分な議論がなされていないが、ドイツではこのような考え方が通説的な立場を形成している……。我が国でも検討する必要があると思われる）。したがって本件では、外国特許の譲渡に対する対価についても、我が国特許法35条3項が労働準拠法として適用されるべきであったと考える。」⁽⁴⁸⁾と。したがって、高畑教授によれば、職務発明の問題を雇用契約に関する問題として性質決定し、特許法35条を絶対的強行法規とするとの理解である。

さらに、同様の見解を採用するものとして、早川教授の見解が挙げられる。すなわち、早川教授によれば、「……②この問題は、かかる準拠法の送致範囲には属せずに(当事者自治の原則には依らない)他の単位法律関係として性質決定される、あるいは、譲渡契約の準拠法が如何なる国の法であろうとも直接的に適用される絶対的な強行法規の介入を受けると理解する立場がある…。この見解に従えば、譲渡契約の準拠法が如何なる国の法であるかはさして重要ではない、すなわち、当事者自治を認める法例7条に従って準拠法を決定することに格別の問題があるわけではないため、この点において、本判決(及び原審判決)は支持されるということになる。」と、また、「(b)特許法35条を『従業者と使用者との

間の雇用契約上の利害関係の調整を図る強行法規』であり、『労働法規としての意味をも有する規定である』とした上で、『職務発明の譲渡についての『相対の対価』は、外国の特許を受ける権利等に関するものも含めて、使用者と従業者が属する国の産業政策に基づき決定された法律により一元的に決定されるべき事柄』であるとし、『当該特許が登録される各国の特許法を準拠法として決定されるべきことがらではない』として、原審判決とは逆の結論を導いたため、非常に注目されたのであった。」として、この②(b)の説を挙げ、「……この問題を譲渡契約の準拠法国の規律に依らしめようとする①の立場は、準拠法決定が本判決(及び原審判決)のように当事者自治を認める法例7条の下でなされるとすると、使用者側に有利な準拠法で合意される可能性が高くなるため、条理を根拠とする労務供給地を連結点とする準拠法選択規則に従うことをその前提にしている。その背後には、労務供給地(発明がなされる地)が日本である限り、日本の(「相当の対価」の支払い義務付けという)法政策に基づいた介入がなされるべきであるという価値判断がある。問題は、そのような価値判断を実現するためには、法例に定めるもの以外に解釈によって独自の準拠法選択規則を創設できるとする、その態度にある。そのようなことが解釈論として一般に許されるのであれば……、法的安定性は明らかに害される。①を主張する論者は、要は、当事者がどのような合意をしていようと労務供給地の職務発明関連規定が適用されるべきであると考えているのであり、そうであるとすればより直裁に、当該既定を法例7条の下で、如何なる準拠法が選択されたとしても絶対的に適用される強行法規として位置づければ足りるのではなからうか。現実に、かかる解釈方法は、わが国の下級審裁判によってなされているのであり……、同様の処理、すなわち②(b)の立場で十分であるように思われる。」⁽⁴⁹⁾と。したがって、早川教授によれば、職務発明の問題を雇用契約に関する問題として性質決定し、特許法35条を絶対的強行法規とするとの理解である。

また、同様の見解を採用するものとして、河野教授の見解が挙げられる。すなわち、河野教授によれば、「……特許法35条の立法趣旨は労働法的性質を色濃く帯びているから、その適用根拠は他の労働法規と同じであると理解するのがそもそも論理的である。さらに、このことは同条の機能からも根拠付けることができる。特許法35条に類似する機能を果たす一般労働法上の制度としては、労基法28条、最低賃金法の定める最低賃金制度がある。というのも、最低賃金は被用者の労務提供にみあう最低限度の対価支払を法定して確保しようとするものであるが、特許法35条も、被用者の勤務としての発明行為に対して支払うべき対価を法定して保障するものだからである。最低賃金の場合、わが国で労務を提供す

る限り、被用者が日本人であれ外国人であれ、法定の金額すなわち法が定める内容をそのまま実現しなければならず、労働契約の準拠法上の賃金水準を考慮した低い賃金支払い…や公序による個別事案ごとの賃金確定、といったことは許されない。かかる意味において最低賃金に関わる法規は、強行法規として直接に適用されてその内容がストレートに実現されなければならないものである。とすれば、類似の機能を有する特許法35条の『相当の対価』も法定の対価として直接的に実現されるべきものである。つまり、準拠法や公序とは無関係に、特許法35条は直接に適用されなければならないことになる。こうして特許法35条が直接に適用されるのは、その労働法的性格に鑑み、わが国が労務供給地である場合である。当事者の国籍を問わない。他方、労務供給地が外国であって、その国で得られた発明を根拠として、わが国において特許出願をする法的地位を取得し、わが国において特許出願をする場合、同条は適用の根拠を欠くと解すべきであろう。ところでこのように特許法35条は準拠法決定メカニズムを介さずに直接に適用されるとの考え方に対しては、これはいわゆる強行法規の特別連結論ではないか、強行法規の特別連結論はわが国国際私法の解釈論としては無理なのではないか、との指摘がありうる。しかし強行法の特別連結論で問題視されるのは、この見解が『外国』の強行法規の適用可能性を認めようとする点にあるのであり、わが国が労務供給地である場合にわが特許法35条の直接適用を主張するにとどまる私見に対してかかる批判は妥当しない。」⁽⁵⁰⁾と。さらに、河野教授によれば、「(1)発明によって発明者が取得する地位は、各国の立法政策の問題であり、普遍的に妥当する特許を受ける権利を則取得するのではない。(2)特許法35条の立法趣旨は、発明者主義を前提にして、労使関係を規律する労働法的性格の規定であるが、実績保障を求めるものではない。(3)労働法的性格の規定は、他の労働法規同様、準拠法決定・適用という古典的国際私法メカニズムを介さずに直接適用されるべきものである。(4)直接適用されるには、労務供給がわが国でなされることを要する。(5)直接適用される特許法35条が外国特許を受ける権利を含むと明言する立法資料は存在しない。(6)特許法35条は、その立法趣旨から、被用者の保護を確実に図るものでなければならない。同条の労働法的保護は、外国の立法政策次第で左右されるものであってはならず、わが国の立法政策のみを前提とすべきものである。それゆえわが国特許法上の特許を受ける権利のみを射程範囲に置くもの、と理解できる。また実績保障を使用者に求めるものではないから、外国特許を考慮に入れることも求められていない。(7)特許法35条が外国特許を受ける権利もカバーすると理解しないと発明者に十分な保護が与えられない、との考慮は、実質法上の結果如何を問題にしないわ

が国の(あるいは大陸法型の)国際私法においては極めて異質の発想方法である。(8)発明の奨励という特許法全体の目的のみでは結論は導き出せず、また労働法的規定である同法35条の目的と同列には論じ得ない。(9)特許権の属地主義と、特許権の効力につき準拠法決定の必要性を説くカードリーダー事件最高裁判決の事例は、特許法35条が問題となる事例とは事案を異にする。」⁽⁵¹⁾と。したがって、「特許法35条は、すぐれて労働法的性質を持つ規定であること、それゆえ準拠法決定や公序を介することなく、直接に適用されるべきことが明らかとなった。そこで次に課題は、かかる直接適用に基づいて適用される同条の『特許を受ける権利』は、外国における特許を受ける権利も含むものであるのか、という同条の適用範囲如何の問題である。この点につき、筆者は同条の適用範囲は日本における特許を受ける権利のみであると考えている。」⁽⁵²⁾と。すなわち、「……特許法35条は、わが国で労務供給がなされれば、準拠法決定メカニズムも公序も介することなく直接に適用される。その際、35条によってカバーされるのはわが国の特許を受ける権利だけであり、外国特許を受ける権利はカバーされない、と解すべきである。」⁽⁵³⁾と。要するに、河野教授によれば、日本の特許法35条が直接適用されるのは日本の特許を受ける権利に対してのみであるとの理解である。

なお、同様の見解を採用するものとして、高桑教授の見解が挙げられる。すなわち、高桑教授によれば、「特許に関する法律関係について」は、「わが国では私法上の法律関係における法の抵触について、法例以来いわゆるサヴィニー型の抵触規定によって解決する原則をとっているのであるから……抵触規定を適用する前提のための法令であることによる。」とし、「強行法規の特別連結による実質法適用の条件としては、それが内国の重要な法秩序を形成する強行法規(いわゆる絶対的強行法規)であること及びそれが渉外的法律関係にも適用すべきであると解すべきことが考えられる。このことは法廷地強行法規でも第三国強行法規でも同様であろう。ただし、第三国強行法規の適用の結果が法廷地の公序に反するときは、その適用はありえない。職務発明との関連でいえば、従業者の使用者に対する対価請求権については、その第三国とは労務供給地又は雇入れた使用者の事業所の所在地の属する国ということになる(従業者の常居所地ではない)。そこで特許法35条は絶対的強行法規かということになるが、これが従業者の保護のための我が国の特色ある立法である(わが国の学説の多数の見解)とすれば、そこに外国の特許を受ける権利が含まれるか否かにかかわらず、絶対的強行規定ということにならないだろうか。法の適用に関する通則法のもとでは、同法7条によって労働契約の準拠法について当事者の選択を認めても、

従業者は同法12条1項によって労働契約に最も密接な関係のある地の特定の強行法規を適用すべき旨を主張しうるし(同条2項で労務供給地法がその最密接関係地法と推定される)、また、当事者による労働契約の準拠法の選択がない場合には、労務供給地法が最密接関係地法と推定されるので(同3項)、本件のように日本の会社に雇われ、日本で研究に従事していた者については、強行法規の特別連結として(同条1項、2項)又は労働契約の準拠法の規定として(同条3項)、特許法35条が適用される可能性は多い。」と。さらに、特許法35条の適用に関しては、「この問題は特許を受ける権利の対価の算定に関して注目されるところとなったのであって、約十年前までは外国の特許を受ける権利が特許法35条の特許を受ける権利が特許法35条の特許を受ける権利に含まれるかどうかについて特に言及したものは見当たらない。同条はその立法の沿革からみて……、わが国における特許を受ける権利として立法され、そのように解されてきた。これは国ごとに特許制度を作ることができるとの前提に立っていたためであろう。そうすると、特許法35条にいう『特許を受ける権利』について1項、2項では日本の特許を受ける権利と解し、3項以下では外国の特許を受ける権利を含むと解することは、法文の解釈上困難である。従って、本件判旨のいうように同条3項以下は外国の特許を受ける権利にも類推適用されるというのが穏当なところであろう。しかし、その根拠をパリ条約4条の2に求めることには賛成できない(ここではこの問題に立ち入らないが、パリ条約を引き合いに出すまでもないと考える)。」と。また、日立製作所職務発明事件上告審判決を支持して、「本判決は外国で特許を受ける権利の対価請求について法例7条1項を適用し、当事者の指定した準拠法があればそれによるとし、当事者間で日本法によるとの黙示の合意を認めた。この結果、強行法規の特別連結、絶対的強行法規などの問題に触ることなく、法廷地の実質法を適用すれば足りることになった。これは法例のもとだけではなく、法適用通則法のもとでも同様であろう。学説では(d)説である。…筆者は本判決を支持する。」とし、「(d)説によって、法例7条の適用ありとすれば、雇傭または委任契約の準拠法となり、内国法の適用が回避される可能性はあるが、法廷地強行法規の特別連結によって当事者(実質的には使用者)の準拠法指定によって生じうる不都合を防ぐことは可能になる(いわゆる機能的公序論でも同様であろう)。」⁽⁵⁴⁾と。したがって、高桑教授によれば、債権的法律行為と物権的法律行為とを区別し、対価請求権の問題を債権的法律行為の問題として、労働契約準拠法によるとの理解である。

最後に、同様の見解を採用する者として、金准教授の見解が挙げられる。すなわち、金准教授によれば、「職務発明および職務著作と関連して、客観的連結点として挙げられて

いるのが、主に、労務給付地法、これが特定できない場合には、使用者の営業所所在地、というものであるが、労働者保護の観点からは、(立法論としては)労務給付地法という単一の準拠法によらしめるべきであると思われる。もし、それが特定できない場合は、どこが労務給付地に準ずる地となり得るかを、事案に応じて決定すべきである。日本の場合、通則法の規定の中に、かかる問題に対する客観的連結を設けていない以上、通則法12条の解釈によるしかない。この場合、職務発明および職務著作に関する具体的な規定がないということを経由し、条項により客観的連結をしようとするのは、樹夫理の国際私法上の法源としての脆弱性からも、無理があるように思われる。」⁽⁵⁵⁾と。さらに、「これらの裁判所の判断のように、日本においては、特許法35条は、雇用関係の準ずる如何にかかわらず適用されるべき絶対的強行法規として判断されているのが有力であり、このような判断によると、雇用契約の準拠法が外国法となった場合にも、特許法35条の規定は法廷地である日本の絶対的強行法規として直接適用される可能性が高い。特許法35条の、発明の奨励、発明従業者の保護、使用者と従業者との利益調節などの趣旨や理念からして、同条を準拠法如何にかかわらず適用される法廷地の絶対的強行法規としてみるべきであり、同条の解釈としては、外国の特許を受ける権利も含むものとして判断するのが妥当であると思われる」⁽⁵⁶⁾と。したがって、金准教授によれば、職務発明の問題を雇用契約に関する問題として性質決定し、特許法35条を絶対的強行法規とするとの理解である。

第3節 総括的考察

日本人 X は、日本法人 Y 社の研究所において、Y の研究費を使って世界ではまだ特許を取得されていない製品の開発に成功した。当該発明に関して、Y が A 国で特許を出願・登録し特許権を取得した。X は当該特許を受ける権利の譲渡に基づいて Y に対して日本の裁判所に当該権利の移転に基づく対価を請求した。この場合には、①特許を受ける権利が XY のいずれに帰属するか(権利の帰属)、②当該権利が X から Y に移転するか(権利の移転)、③は Y から対価を請求することができるのであろうか(対価請求権・金銭的補償)といった3つの局面が問題となる。なお、X と Y との間では日本において雇用契約が締結されているものとする。さらに、X と Y との間では外国における特許を受ける権利に関して日本において譲渡契約が締結され、契約準拠法として日本法が指定されている。

職務発明の準拠法に関する判例および学説の見解は以下のように整理されよう。まず、職務発明の準拠法に関する判例の見解は、属地主義により各国特許法による見解と、

特許を受ける権利の移転(譲渡ないし承継)の問題として性質決定する見解とに大別される。前者に関する判例としては、「日立製作所職務発明事件 第一審判決」(東京地裁平成14年1月29日判決)が挙げられる。これに対して、後者に関する見解は、さらに、特許権の譲渡に準じて、1. 債権的法律行為と物権的法律行為とを区別する見解と、2. 債権的法律行為と物権的法律行為とを区別しない見解とに分類される。

この点、1. 債権的法律行為と物権的法律行為とを区別する見解は、特に、対価請求権については債権的法律行為として、1) 譲渡契約に関する問題として性質決定する見解と、2) 労働契約に関する問題として性質決定する見解が対立している。2. 債権的法律行為と物権的法律行為とを区別しない見解としては、労働契約準拠法によるが、労働契約準拠法いかに拘わらず特許法35条を労働法上の絶対的強行法規とする判例の見解が提唱されている。

まず、1. 債権的法律行為(対価請求権)と物権的法律行為(譲渡ないし承継)とを区別し、対価請求権の問題を債権的法律行為の問題として一般の契約準拠法によるとする見解に含まれる判例としては、(1)「三菱電機事件」(東京地裁平成18年6月8日判決)、(2)「大塚製薬シロルタゾール事件」(東京地裁平成18年9月8日判決)、(3)「日立製作所職務発明事件」(最高裁平成18年10月17日判決)、(4)「キャノン事件」(東京地裁平成19年1月30日判決)が挙げられる。

次に、特許法35条を労働契約法上の絶対的強行法規とする見解としては、「味の素アスパルテーム事件」(東京地裁平成16年2月24日判決)が挙げられる。さらに、2. 債権的法律行為と物権的法律行為とを区別しない見解としては、「日立製作所職務発明事件」(東京高裁平成16年1月29日判決)が挙げられる。

続いて、学説の見解は次のようである。まず、職務発明に関する問題についての見解としては、特許権に関する問題として性質決定する見解、特許権の譲渡ないし承継に関する問題として性質決定し、債権的法律行為と物権的法律行為とを区別する見解、労働契約に関する問題として性質決定する見解に大別される。

職務発明に関する問題を特許権に関する問題として性質決定する見解は、さらに、1. 特許権の準拠法によるとする見解と、2. 特許法35条を特許法上の絶対的強行法規とする見解とに分けられる。

次に、債権的法律行為と物権的法律行為とを区別する見解は、さらに、1) 債権的法律行為については譲渡契約と性質決定する見解、2) 債権的法律行為については労働契約と性質決定する見解に分類される。

また、1)債権的法律行為については譲渡契約と性質決定する見解は、(1)対価請求権については債権的法律行為として契約準拠法により、帰属、移転については物権的法律行為として特許権の準拠法による見解、(2)帰属、対価請求については債権的法律行為として契約準拠法により、移転については物権的法律行為として特許を受ける権利の準拠法による見解、(3)帰属、移転、対価請求権については一括して物権的法律行為として特許権の準拠法による見解、(4)権利の移転、対価請求権については特許法35条を契約法上の絶対的強行法規とし、帰属については物権的法律行為として国家行為理論による見解に分類される。

最後に、労働契約に関する問題として性質決定する見解は、1.労働契約準拠法による見解と、2.特許法35条を労働契約法上の絶対的強行法規とする見解とに分けられる。

以上のように判例および学説を整理することができる。以下では、各見解を先に掲げた事例に基づいて検討を行うことにしよう。

【設例】

日本人Xは、日本法人Y社の研究所において、Yの研究費を使って世界ではまだ特許を取得されていない製品の開発に成功した。当該発明に関して、YがA国で特許を出願・登録し特許権を取得した。Xはこの譲渡に基づいてYに対して日本の裁判所に当該移転に基づく対価を請求した。この場合には、①特許を受ける権利がX・Yのいずれに帰属するか(原始的帰属)、②当該権利がXからYに移転するか(権利の移転)、③はYから対価を請求することができるのであろうか(対価請求権・金銭的補償)。なお、XY間には日本において雇用契約が締結されているものとする。さらに、XY間に外国における特許を受ける権利に関して日本において譲渡契約が締結され、契約準拠法として日本法が指定されている。

はじめに、判例の見解として、まず、属地主義により各国特許法による見解〔日立製作所職務発明事件〕によれば、①特許を受ける権利の帰属、②権利の移転、③対価請求権を各国特許法により、①外国において特許を受ける権利の準拠法に関しては判断することなく請求棄却している。

次に、債権的法律行為と物権的法律行為とを区別し、対価請求権の問題を債権的法律行為の問題として一般の契約準拠法による見解〔(1)「日立製作所職務発明事件」(東京高裁平成16年1月29日判決)、(2)「三菱電機事件」(東京地裁平成18年6月8日判

決)、(3)「大塚製薬シロルタゾール事件」(東京地裁平成18年9月8日判決)、(4)「日立製作所職務発明事件」(最高裁平成18年10月17日判決)、(5)「キャノン事件」(東京地裁平成19年1月30日判決)]によれば、③対価請求権の問題のみを判断し、それによれば、契約準拠法たる日本法が適用される。

最後に、労働契約に関する問題として性質決定し、特許法35条を労働法上の絶対的強行法規とする見解〔「味の素アスパルテーム事件」(東京地裁平成16年2月24日判決)]によれば。外国において特許を受ける権利においても、①特許を受ける権利の帰属の問題、②権利の移転の問題、③対価請求の問題に関して、労働契約準拠法の如何に拘わらず労務給付地が日本にある限り特許法35条は労働法上の絶対的強行法規として直接適用される。

他方において、学説の見解として、職務発明の問題を特許権の成立に関する問題と性質決定し、特許権の準拠法による見解によれば、①特許を受ける権利の帰属、②権利の移転、③対価請求権の準拠法に対して特許権の準拠法である保護国法が適用され、外国における特許を受ける権利が問題となる場合には保護国法たる外国法が適用される。

次に、職務発明の問題を特許権に関する問題と性質決定し、特許法35条を特許法上の絶対的強行法規とする見解によれば、外国において特許を受ける権利においても、①特許を受ける権利の帰属の問題、②権利の移転の問題、③対価請求の問題に関して、契約準拠法如何に拘わらず職務発明の活動の中心地が日本にある限り特許法35条は特許法上の絶対的強行法規として適用される。

さらに、譲渡契約に関する問題として性質決定する見解は、①特許を受ける権利の帰属、②権利の移転、③対価請求権の3つの問題について、債権的法律行為と物権的法律行為のいずれに分類される問題なのかは、学説によって異なるところである。

また、特許を受ける権利の移転の問題であるとして、債権的法律行為と物権的法律行為とを区別し、債権的法律行為については、譲渡契約と性質決定する見解によれば、外国において特許を受ける権利については、債権的法律行為については譲渡契約の準拠法によるが、物権的法律行為については特許を受ける権利の準拠法である外国特許法によることになる。

さらに、この見解は4つの見解に分類される。

まず、(1)対価請求権については債権的法律行為として契約準拠法により、帰属、移転については物権的法律行為として特許を受ける権利の準拠法による見解によれば、①特許を受ける権利の帰属の問題と、②譲渡契約に基づく権利の移転の問題は、物権的法律

行為であるとして特許を受ける権利の準拠法が適用される。したがって、本件事例の場合には日本法が適用される。これに対して、③対価請求権に関しては、債権的法律行為であるとして契約準拠法による。したがって、本件事例においては、契約準拠法として日本法が適用される。

次に、(2)帰属、対価請求については債権的法律行為として契約準拠法により、移転については物権的法律行為として特許を受ける権利の準拠法によるとする見解によれば、①特許を受ける権利の帰属の問題、③対価請求権の問題については契約準拠法が適用され日本法による。これに対して、②権利の移転の問題は、物権的法律行為であるとして、特許を受ける権利の準拠法により、外国において特許を受ける権利が問題となる場合には外国特許法による。

また、(3)帰属、移転、対価請求権については一括して物権的法律行為として特許を受ける権利の準拠法によるとする見解によれば、外国において特許を受ける権利に関しては、①特許を受ける権利の帰属、②権利の移転、③対価請求権の問題には一括して特許を受ける権利の準拠法たる外国特許法が適用される。

最後に、(4)権利の移転、対価請求権については特許法35条を契約法上の絶対的強行法規とし、帰属については物権的法律行為として国家行為理論による見解によれば、外国において特許を受ける権利に関しては、①特許を受ける権利の帰属には外国特許法が適用され、他方、②権利の移転、③対価請求権に関しては、契約準拠法如何に拘わらず、労務供給地(発明地)が日本にある限り、特許法35条が契約法上の絶対的強行法規として適用される。

これに対して、特許を受ける権利の移転の問題であるとして、債権的法律行為と物権的法律行為とを区別し、債権的法律行為については、労働契約と性質決定する見解によれば、労働契約準拠法が適用される。この見解はさらに3つの見解に細分される。

まず、(1)移転、対価請求権については債権的法律行為として労働契約準拠法により、帰属については物権的法律行為として特許を受ける権利の準拠法によるとする見解によれば、外国において特許を受ける権利が問題となる場合には、①特許を受ける権利の帰属の問題に関しては、特許を受ける権利の準拠法たる外国特許法により、②権利の移転、③対価請求権に関しては労働契約準拠法たる日本法による。

次に、(2)対価請求権については債権的法律行為として労働契約準拠法により、帰属、移転については物権的法律行為として特許権の準拠法によるとする見解によれば、外国にお

いて特許を受ける権利が問題となる場合には、①特許を受ける権利の準拠法は外国特許法となり、②権利の移転、③対価請求権は契約準拠法である日本の特許法による。

最後に、(3)特許法35条を労働法上の絶対的強行法規とする見解によれば、①特許を受ける権利の帰属、②権利の譲渡、③対価請求権に関しては、労働契約準拠法如何に拘わらず労働給付地が日本にある限り特許法35条が労働契約法上の絶対的強行法規として適用される。

これに対して、まず、労働契約に関する問題として性質決定し、労働契約準拠法による見解によれば、①特許を受ける権利の帰属の問題、②権利の移転の問題、③対価請求の問題は一括して労働契約の準拠法である日本法による。

次に、労働契約に関する問題として性質決定し、特許法35条を労働法上の絶対的強行法規とする見解によれば、外国において特許を受ける権利が問題となる場合であっても、①特許を受ける権利の帰属の問題、②権利の移転の問題、③対価請求の問題に関しては、労働契約準拠法如何に拘わらず、特許法35条が労働契約法上の絶対的強行法規として適用される。

以上が判例および学説による具体的な事例への適用の帰結である。

続いて、各国の実質法の規定がどのような制度を採用し、誰の利益を保護しようとしているのであろうかといった比較実質法的考察を行うことにする。なぜならば、国際私法における性質決定にあたり各国法において採用されている制度に基づいて準拠法決定のあり方を考察していくことが不可欠だからである⁽⁵⁷⁾。これらの問題は、特許権に関する問題として属地主義の射程範囲に入るのか、契約に関する問題として、譲渡契約ないし労働契約準拠法によるのであろうか。

問題となる論点としては、①特許を受ける権利が従業員 X と使用者 Y のいずれに帰属するのであろうか(原始的帰属)、②当該権利が従業員 X から使用者 Y に移転するのであろうか(権利の移転)、③従業員 X は使用者 Y から当該権利の移転に基づく対価を請求することができるのであろうか(対価請求権・金銭的補償)という3つの論点が挙げられる。この論点に沿って各国の職務発明の制度を検討してみることにする。

まず、①イギリス⁽⁵⁸⁾においては、職務発明に関する権利は、原則として使用者に帰属する(39条1項)が、使用者が著しい利益を得る等の場合には、従業者は従業者からの申請に基づき、使用者に対して、相当の対価の支払いを求めることができる(40条1項)。次に、②フランス⁽⁵⁹⁾においては、職務発明は、反対の定めがない限り、使用者に原始的に帰属し、従業

者には追加的報酬の機会が保障される(611-7条1項)。さらに、③アメリカ⁽⁶⁰⁾においては、職務発明に関する明文の規定は存在せず、発明者主義の規定(101条)により、従業者に原始的に帰属し、各州の契約法に基づいて使用者は権利を承継する。判例法において、一定の場合には、労働者は使用者に対して譲渡義務を負い、それに伴う対価請求に関しては、事前に発明者に対して相当の報酬を給与の形で補償しており、対価請求が問題とされることは少ない。また、④ドイツ⁽⁶¹⁾においては、職務発明に関する権利は従業者に帰属するが(6条1項)、使用者は無制限又は制限付きの権利請求をすることができ(6条2項)。使用者は従業者に相応の補償をしなければならない(9条、10条1項)。最後に、⑤日本⁽⁶²⁾においては、職務発明に関する権利は従業者に帰属し、使用者は、通常実施権を有し(35条1項)、契約等の定めにより、特許を受ける権利を承継することができる(35条2項)。従業者は使用者に対して対価請求権を有する(35条3項)。

以下の表は、上記の比較実質法的考察を基に筆者が作成したものである。

	イギリス	フランス	アメリカ	ドイツ	日本
① 特許を受ける権利の帰属	使用者(39条1項)	反対の定めのないかぎり使用者(611-7条1項)	(職務発明の規定なく)発明者主義 従業者(101条)	(従業者発明法の規定より)発明者主義 従業者(6条1項)	(職務発明の規定より)職務発明に関する権利は従業者、通常実施権は使用者
② 特許を受ける権利の移転	—	—	各州契約法により承継可能	無制限・制限付きの権利請求可能(6条2項)	契約等の定めにより承継可能
③ 対価請求権	使用者の著しい利益の獲得等により、相当の対価の支払いを求	追加的報酬の機会が保障される(611-7条1項)	問題とならない。一般の給与報酬で填補	相応の補償義務(9条、10条1項)	対価請求権を有する(35条3項)

	めることが できる(40条1 項)				
--	-------------------------	--	--	--	--

以上のように各国法における制度を分類することができる。以下では私見を提示するとともに、このような各国の制度を先に掲げた事例にあてはめ、私見によれば国ごとにどのような結論が導かれるかを概観していこう。

職務発明に関する問題には、当該発明に関する①特許を受ける権利の帰属の問題、②当該権利の移転の問題、③対価請求権の問題が含まれる。

外国における特許を受ける権利は特許権を登録する前の権利であるため、特許権の侵害の場合に問題となったパリ条約の規定を直接論じることは問題とならない。しかし比較実質法による考察の結果として、各国の実質法上の制度においては、職務発明に関して個別に従業者発明法により規律しているドイツ法を除いては、多数の国々においては、特許法の規定によって規律され、特許を受ける権利の譲渡ないし承継の問題として捉えられている。それゆえ、国際私法上も「職務発明」という独立した単位法律関係を設定する必要はなく、職務発明に関する問題に関して、特許を受ける権利の譲渡ないし承継に関する問題として性質決定すべきであると考えられる。さらに、これらの諸外国の法制度においては、特許を受ける権利の帰属に関して使用者主義を規定しているのはイギリス法のみであり、使用者主義を採用しているフランス法においても、反対の定めのないかぎりという条件付きであるという点、あるいは、アメリカ、ドイツ、日本においては、従業員に特許を受ける権利が原始的に帰属する点などを考慮すれば、各国の法制度においては、従業員に原始的に権利が帰属するような傾向にある。したがって、特許を受ける権利に関して、①特許を受ける権利の帰属、②当該権利の移転、③対価請求権の各論点について、①特許を受ける権利の帰属に関しては、特許権の準拠法を適用し、例えば、日本法により従業員に帰属するのに対して、②当該権利の移転、及び、③対価請求権の問題を契約準拠法あるいは労働契約準拠法、例えば外国法に服させ分断する見解によれば、特許を受ける権利が従業員に帰属しているにもかかわらず、対価請求権の問題に関しては、外国法により従業員が対価請求権を有するという矛盾をきたすことになるであろう。この点、①②③のすべての論点を一括して労働契約準拠法による見解は、こういった論理破綻を回避するものと

も思われる。しかしながら、労働契約準拠法による場合であっても、労働契約の準拠法が指定される場合には、使用者の側から労働者に不利な準拠法を押し付けられることになり、労務給付地法が適用される場合であっても、従業員が労務給付地を事前に予測することはできず、結果的に、雇用関係においては、使用者の側の利益が強く働くことになり、弱者である従業員の保護を衡平に担保することができないであろう。使用者及び従業員双方の予測可能性を確保するといった点からも、各国の比較実質法の観点からも、使用者の側の利益よりも従業員の側の利益を保護するのが優勢であり、国際私法上も、やはり、①②③のすべての問題を一括して特許を受ける権利の準拠法により、従業員の側の予測可能性を保障すべきである。

したがって、私見によれば、①特許を受ける権利の帰属の問題、②移転の問題、③対価請求権の問題についての問題を物権的法律行為として性質決定し、譲渡の対象となる権利、すなわち特許を受ける権利の準拠法によるのが妥当であると考えられる。職務発明における移転に関しては、法律による移転の場合と、契約による移転の場合とが考えられるが、契約による移転の場合にも職務発明以外の発明のように完全に契約自由の原則に委ねられているわけではなく、各国においては法律による移転と捉える傾向が優勢である。そのため、職務発明の場合には、帰属、移転、対価請求権については一括して物権的法律行為として特許を受ける権利の準拠法(上記の事例1の場合にはA国法、事例2の場合には日本法)によることになろう。比較実質法的考察の結果、各国が法律によって権利の帰属者を従業員であるとしていることに鑑みれば、結果的には、債権的法律行為と物権的法律行為とに区別することを待つまでもなく、法律による移転の問題として処理することになり、最終的には、特許権の問題として、①特許を受ける権利の帰属の問題、②移転の問題、③対価請求権の問題についての問題を、特許権の準拠法によらしめることになろう。物権的法律行為については特許を受ける権利の準拠法により、特許を受ける権利については特許権の準拠法の決定方法を類推すべきである。したがって、特許権自体の準拠法の決定方法の類推適用による場合には、発明が完成した時点において各国毎に特許を受ける権利が成立すると解することになろう(権利独立の原則)。そして、発明完成時点における権利付与国法が適用されることになろう。すなわち、外国において特許を受ける権利については、当該外国法が、日本において特許を受ける権利については、日本法が適用されることになろう。権利付与国法主義を採用することによって、発明者(従業員)は自分にとって権利付与国法として保護の厚い国の法を選択することができ、同時に発明者は特許を受ける権利が自

己に帰属するかどうか、権利の移転の要件はどのようなものか、対価請求権が発生するかを予測することができ、発明者の利益の保護を図ることができる。したがって、「権利付与国主義と相対的属地主義との組み合わせ」を類推適用するのである。なお、「属地主義と権利付与国主義との組み合わせ」については、特許権自体（侵害）の準拠法として、第2章の「特許権侵害の準拠法」において詳細する。

以下では具体的な事例に基づいて、いずれの国の法が適用されるのかをみていくことにしよう。

発明が完成した時点において、権利独立の原則により、各国毎に特許を受ける権利が成立する。

1. 発明の完成地国(権利付与国)と登録国(利用行為地国)とが一致し、共に外国である場合 (外国において特許を受ける権利が外国において登録される場合)

例えば、日本人がパリ条約の同盟国たる A 国で行った発明が A 国において完成し、当該発明の特許を受ける権利が A 国において登録された事例である。特許を受ける権利に関しては、当該発明が完成した時点で、あらゆるパリ条約の同盟国において、当該発明に関する特許を受ける権利が成立する(権利独立の原則:パリ条約第4条の2の類推適用)。つまり、A 国での特許を受ける権利、日本での特許を受ける権利等々、特許を受ける権利の束が存在するのである。このような場合には、特許権自体の準拠法決定方法を類推適用し、権利付与国法主義(発明完成時点における権利付与国法の適用)と相対的属地主義との組み合わせによる。この場合には、A 国において特許を受ける権利に関する A 国における効力について日本において承認できるのかが問題となる。まず、本件事例における権利付与国の決定に関しては、私見によれば、発明が完成した時点において各国が権利付与国になると考えられる。本件の場合には、発明完成地国たる A 国が権利付与国となり、権利付与国と登録国とが一致する事例である。この点、A 国において特許を受ける権利については A 国においてのみ権利が成立することになり、A 国において特許を受ける権利の A 国における効力については、パリ条約の締約国の間ではその効力を内国においても承認することができるものと考えられる。このように考えるならば、当該権利が日本で問題となる場合には、外国において特許を受ける権利については同盟国である外国におけるその効力については内国において承認される(相対的属地主義)。したがって、権利付与国法たる A 国法が適用される。

2. 権利付与国と登録国とが異なり、前者が外国で後者が内国である場合

(外国において特許を受ける権利が内国において登録される場合)

例えば、日本人がA国で行った発明がA国で完成し、当該発明の特許を受ける権利が日本において登録された事例が考えられる。本件事例の場合には、権利付与国法主義(発明完成時点における権利付与国法の適用)と属地主義(不承認の意味での)との組み合わせによれば、当該発明に関する特許を受ける権利がA国においても、日本においても同時に成立することになる(権利独立の原則：パリ条約第4条の2の類推適用)。このような場合には、当該特許をA国で登録することも可能であり、日本で登録することも可能である。この点、上記1のような、「外国で特許を受ける権利の外国における効力の承認の場合」とは異なり、本件事例の場合には、「外国における特許を受ける権利の内国における効力の承認の場合」であるので、仮に、外国において特許を受ける権利の効力が及んで来たとしても、日本ではそれを承認しないのである(不承認の意味での属地主義)。このように考えるならば、A国で発明が完成し、日本で登録されるといった事例の下では、発明が完成した時点において、日本においても日本における特許を受ける権利が成立し、日本も権利付与国となる。したがって、外国において特許を受ける権利については、外国で成立した外国において特許を受ける権利に関しては、その効力が日本に及んでくる場合には承認しないことになる(不承認の意味での属地主義)。そして、日本において特許を受ける権利については日本法が適用されることになる。

3. 権利付与国と登録国とが異なり、前者が内国で後者が外国である場合

(内国において特許を受ける権利が外国において登録される場合)

例えば、日本人が行った発明が日本で完成し、当該発明の特許を受ける権利がA国において登録された事例が考えられる。当該特許を受ける権利は、発明の完成時点で、A国において特許を受ける権利、日本において特許を受ける権利が同時に成立することになる(権利独立の原則：パリ条約第4条の2の類推適用)。本件の場合には、権利付与国法のみ適用となり日本法が適用される。この場合には、パリ条約の同盟国間では日本の特許を受ける権利の効力が及ぶこともありうる。この点、相手国が非同盟国の場合には、日本の特許権の効力を相手国に押し及ぼすことはない。なぜならば、特許法においては、非同盟国において日本人の行った著作権侵害の場合に日本の著作権法が域外適用されるというような規

定が存在しないことから、日本人の行った外国における特許権侵害については日本の特許法を域外適用することがないと考えられるからである。したがって、内国において特許を受ける権利は外国にその効力が及び(普遍主義)、権利付与国法たる日本法が適用されると考えられる。

4. 権利付与国と登録国とが一致し、共に内国である場合

(内国において特許を受ける権利が内国において登録される場合)

例えば、外国人が日本で行った発明が日本で完成し、当該発明の特許を受ける権利が日本において登録された事例が考えられる。日本国内における事例であるので、内国法（日本法）が適用されると考えられる。

以下では、A国に具体的な国を当てはめてみた場合の私見を考察していくことにしたい。

【設例1】

日本人 X は、日本法人 Y 社の研究所において、Y の研究費を使って世界ではまだ特許を取得されていない製品の開発に A 国で成功した。当該発明に関して、Y が A 国で特許を受ける権利を出願・登録し特許権を取得した。X はこの譲渡に基づいて Y に対して日本の裁判所に当該移転に基づく対価を請求した。この場合には、①特許を受ける権利が X・Y のいずれに帰属するか(原始的帰属)、②当該権利が X から Y に移転するか(権利の移転)、③は Y から対価を請求することができるのであろうか(対価請求権・金銭的補償)。なお、X・Y 間には日本において雇用契約が締結されているものとする。さらに、XY 間に外国における特許を受ける権利に関して日本において譲渡契約が締結され、契約準拠法として日本法が指定されている。

①A国がイギリスである場合

特許を受ける権利の帰属の問題、②権利の移転の問題、③対価請求の問題については一括して物権的法律行為として特許を受ける権利の準拠法による。特許を受ける権利の準拠法については特許権の準拠法決定方法を類推適用する。特許権に関しては、権利付与国法主義と属地主義(相対的属地主義)の組み合わせが妥当する。発明完成時点における権利付与国法たるイギリス法が適用される。イギリスにおいて特許を受ける権利が問題となる場合には、特許を受ける権利のイギリスでの効力が日本において承認される(相対的属地主

義)。そして、イギリス法によれば、まず、①特許を受ける権利については使用者に帰属し、使用者たる A 国人 Y に帰属することになる(39条1項)。

本件の場合には、特許を受ける権利に関して使用者に原始的に帰属するため、②当該権利の移転の問題は生じないが、使用者主義を採用している場合であっても、③対価請求権の問題に関しては、使用者が当該権利に関して著しい利益を得る等の事情に基づいて、X は Y に対して対価請求を行うことができる(40条1項)。なお、対価請求額の算定にあたっては、従業者及び使用者の貢献度等が考慮される(41条4項)。

②A 国がフランスである場合

特許を受ける権利の帰属の問題、②権利の移転の問題、③対価請求の問題については一括して物権的法律行為として特許を受ける権利の準拠法による。特許を受ける権利の準拠法については特許権の準拠法決定方法を類推適用する。特許権に関しては、権利付与国法主義と属地主義(相対的属地主義)の組み合わせが妥当する。発明完成時点における権利付与国法たるフランス法が適用される。フランスにおいて特許を受ける権利が問題となる場合には、特許を受ける権利のフランスでの効力が日本において承認される(相対的属地主義)。そして、フランス法によれば、まず、①特許を受ける権利については反対の定めのないかぎり使用者に帰属し、本件事例の場合に労働者から使用者に対して反対の定めがないものとして考えるならば、使用者たる A 国法人 Y に帰属することになる(611-7条1項)。特許を受ける権利に関して使用者に原始的に帰属するため、②当該権利の移転の問題は生じないが、使用者主義を採用していても、③対価請求の問題に関して、労働者は使用者に対して追加的報酬の機会が保障されている(611-7条1項)。なお、追加的報酬額等については、団体協約、就業規則、個別雇用契約による(611-7条1項)。

③A 国がアメリカである場合

特許を受ける権利の帰属の問題、②権利の移転の問題、③対価請求の問題については一括して物権的法律行為として特許を受ける権利の準拠法による。特許を受ける権利の準拠法については特許権の準拠法決定方法を類推適用する。特許権に関しては、権利付与国法主義と属地主義(相対的属地主義)の組み合わせが妥当する。発明完成時点における権利付与国法たるアメリカ法が適用される。アメリカにおいて特許を受ける権利が問題となる場合には、特許を受ける権利のアメリカでの効力が日本において承認される(相対的属地主義の類推適用)。そして、アメリカ法によれば、まず、①特許を受ける権利については、

職務発明に関する明文の規定がないため、発明者主義に関する規定により従業者に原始的に帰属することになり(101条)、発明者たる A 国人 X に帰属する(39条1項)。

次に、②当該権利が労働者と使用者の間で契約法に基づいて移転されることも可能であり、なお、③対価請求権の問題に関しては、発明者に対しては、職務発明に対する対価という形ではなく、一般の給与報酬で事前に十分に保障されており、この点が問題となることはない。

④A 国がドイツである場合

特許を受ける権利の帰属の問題、②権利の移転の問題、③対価請求の問題については一括して物権的法律行為として特許を受ける権利の準拠法による。特許を受ける権利の準拠法については特許権の準拠法決定方法を類推適用する。特許権に関しては、権利付与国法主義と属地主義(相対的属地主義)の組み合わせが妥当する。発明完成時点における権利付与国法たるイギリス法が適用される。ドイツにおいて特許を受ける権利が問題となる場合には、特許を受ける権利のドイツでの効力が日本において承認される(相対的属地主義の類推適用)。そして、ドイツ法によれば、まず、①特許を受ける権利について従業者発明法の規定により、発明者に原始的に帰属し(6条1項)、労働者たる A 国人 X に帰属する。さらに、②当該権利の移転の問題に関しては、Y は X に対して、4か月の期間内に職務発明に対し無制限又は制限付きの権利請求ができる(6条2項、7条1項)。また、当該権利が労働者から使用者に対して移転された場合の③対価請求権の問題に関しては、X は権利請求に対する相応の補償を請求できる(9条、10条1項)。補償の額や方法は使用者・従業者間の協定で決めることとされている(12条4項)。さらに、紛争が生じた場合の解決のためにドイツ特許庁に設置される地裁機関に申立てが可能である(28 条)。

【設例2】

A 国人 X は、A 国法人 Y 社の日本研究所において、Y の研究費を使って世界ではまだ特許を取得されていない製品の開発に A 国で成功した。当該発明に関して、Y が日本で特許を受ける権利を出願・登録し特許権を取得した。X はこの譲渡に基づいて Y に対して日本の裁判所に当該移転に基づく対価を請求した。この場合には、①特許を受ける権利が X と Y のいずれに帰属するか(原始的帰属)、②当該権利が X から Y に移転するか(権利の移転)、③は Y から対価を請求することができるのであろうか(対価請求権・金銭的補償)。なお、XY 間には雇用契約が締結されているものとする。

本件では、日本において特許を受ける権利が問題となっている。

本件事例の場合には、権利付与国法主義と属地主義(不承認の意味での)との組み合わせによれば、当該発明に関する特許を受ける権利がA国においても、日本においても同時に成立することになる(権利独立の原則：パリ条約第4条の2の類推適用)。このような場合には、当該特許をA国で登録することも可能であり、日本で登録することも可能である。この点、上記1のような、「外国において特許を受ける権利の外国における効力の承認の場合」とは異なり、本件事例の場合には、「外国において特許を受ける権利の内国における効力の承認の場合」であるので、仮に、外国において特許を受ける権利の効力が及んできたとしても日本ではそれを承認しないのである(不承認の意味での属地主義の類推適用)。このように考えるならば、A国で発明が完成し、日本で登録されるといった事例の下では、日本においては日本における特許を受ける権利が成立し、日本が権利付与国となる。したがって、外国において特許を受ける権利については、外国で成立した外国における特許を受ける権利に関しては、その効力が及んでくる場合には承認しない(不承認の意味での属地主義の類推適用)ことになる。

特許を受ける権利の帰属の問題、②権利の移転の問題、③対価請求の問題については一括して特許を受ける権利の準拠法による。このような理解に基づいて、A国で発明が完成し、日本で登録されるといった事例の下では、日本においては日本における特許を受ける権利が成立し、日本法が適用されることになろう。したがって、日本において特許を受ける権利の準拠法は権利付与国法たる日本法となり、まず、①特許を受ける権利について労働者に原始的に帰属するとし、使用者は通常実施権を有することになり、A国人Xに帰属することになる(35条1項)。さらに、②当該権利の移転の問題に関しては、日本法上は、契約・勤務規則等その他の定めにより、労働者から使用者に対して特許を受ける権利を承継することができる(35条2項)。したがって、YはXから当該権利を譲り受けることができる。また、そのような場合の③対価請求権の問題に関しては、労働者は使用者に対して『相当の対価』の支払うことを請求することができ、XはYに対して対価請求を行うことができる(35条3項)。この点、使用者は従業者との協議によって当該権利に対する相当な対価を決定しなければならない(35条4項)。使用者が対価に関する定めを設けていない等の場合には、裁判所によって、相当の対価を算定され、その際には、『その発明により使用者が受けるべき利益の額』と『その発明に関連して使用者が行う負担、貢献及び従業者の処遇その他の事情』が考慮される(35条5項)。

第4節 おわりに

第1章においては、「職務発明の準拠法」について論じてきた。職務発明の準拠法に関しては、①特許を受ける権利の帰属、②当該権利の移転、③対価請求(金銭的補償)が問題となる。判例の見解は、1. 属地主義により各国特許法を適用する見解と、2. 特許を受ける権利の移転(譲渡ないし承継)の問題として性質決定する見解とに大別される。後者の見解はさらに、1)債権的法律行為と物権的法律行為とを区別する見解と、2)債権的法律行為と物権的法律行為とを区別しない見解に分けられる。一方で、区別する見解としては、(1)一般の契約準拠法説による見解と、(2)特許法35条を労働契約法上の絶対的強行法規とする見解とが挙げられる。他方、区別しない見解としては、一括して譲渡契約準拠法による見解が挙げられる。次に、学説の見解は、1. 職務発明に関する問題を特許権に関する問題として性質決定する見解〔(1)特許権の準拠法による見解、(2)特許法35条を特許法上の絶対的強行法規とする見解〕と、2. 職務発明に関する問題を特許を受ける権利の移転(譲渡ないし承継)に関する問題として性質決定し、債権的法律行為と物権的法律行為とを区別する見解〔(1)債権的法律行為として性質決定する見解、(2)物権的法律行為として性質決定し、特許権の準拠法による見解〕、3. 労働契約に関する問題として性質決定する見解〔(1)労働契約準拠法による見解、(2)特許法35条を労働契約法上の絶対的強行法規とする見解〕に分類される。

このような見解が挙げられる中、各国の法制度においては、従業員に原始的に権利が帰属するような傾向がみられた。そのような比較法的考察の結果、私見としては、①特許を受ける権利の帰属の問題、②移転の問題、③対価請求権の問題についての問題を物権的法律行為として性質決定し、譲渡の対象となる権利、すなわち特許を受ける権利の準拠法によるのが妥当であると考え。このように考えるならば、職務発明に関する限りは職務発明における移転の問題が法律による移転であるという性質上、①②③を債権的法律行為と物権的法律行為とに区別する必要性は薄いように思われる。したがって、最終的には、特許を受ける権利の準拠法については、特許権が特許を受ける権利に準じたものとして、特許権自体の準拠法決定方法の類推適用によることになろう。なお、私見の提示する特許権自体の準拠法の決定方法の類推適用による場合には、発明が完成した時点において各国毎に特許を受ける権利が成立すると解することになろう(権利独立の原則)。そして、発明完成時点における権利付与国法が適用されることになろう。すなわち、外国において特許を

受ける権利については、当該外国法が、日本において特許を受ける権利については、日本法が適用されることになろう。権利付与国法主義を採用することによって、発明者（従業員）は自分にとって権利付与国法として保護の厚い国の法を選択することができ、同時に発明者は特許を受ける権利が自己に帰属するかどうか、権利の移転の要件はどのようなものか、対価請求権が発生するかを予測することができ、発明者の利益の保護を図ることができる。また、第2章「特許権侵害の準拠法」において導かれるような「権利付与国法主義と相対的属地主義の組み合わせ」によることになるため、外国法が適用される場合があることもここでは述べておきたい。この点に関しては、次章に譲ることにしたい。

次章では、「特許権侵害の準拠法」について、どのような原則が妥当するのかをみていくことにしよう。

⁽¹⁾ TKC 法律情報データベース 文献番号 28080390 判例時報 1807 号 33 頁。判例タイムズ 111 号 96 頁。また、本判決の評釈として、熊谷教授によれば、「まず、特許法 35 条が外国における特許を受ける権利についても適用されるか否かを検討する際には、特許を受ける権利の性格からの考察が十分にされるべきであるということである。特許を受ける権利は、発明の完成により発生するものではあるが、その移転及び効力については、それぞれの国(登録国)の特許法の下において規定されているものであることから、それを前提としたうえでの考察が行われるべきであろう。その意味において、特許を受ける権利及びその対価の準拠法は、法例 10 条又は条理により、登録国の法とすべきであるとの観点からも十分な検討が行われるべきではなかろうか。また、我が国の特許法における特許を受ける権利の解釈についても十分な検討がなされるべきということである。法令中で同一の法律用語が用いられる場合、同一の解釈がなされるべきであることは当然なことであり、特定の条文においてのみ異なる解釈を行うことの必然性についても十分な検討が行われるべきではなかろうか。さらに、立法政策上の観点からの考察も十分に行われるべきであるということである。従業者と使用者との利益の調整及び発明の奨励を如何にして図るかは、立法政策上の問題であり、特許法の立法時において、外国における特許を受ける権利についても特許法 35 条を適用することについてのコンセンサスが形成されている場合はともかく、立法政策上の観点から、外国における特許を受ける権利についても特許法 35 条を適用するのであれば、相当の理由づけが求められ、種々の観点から、十分な検討が行われるべきであろう。これらの点に関する十分な検討がなされたうえで、外国における特許を受ける権

利に特許法 35 条を適用すべきか否かの検討がなされるべきであろう。」(熊谷権一「外国における特許を受ける権利についての相当の対価——」『平成 16 年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊 No. 1291(2005 年 6 月)268-269 頁。)と。以下では本判決に関する評釈を紹介しておこう。清水節「職務発明に係る外国特許を受ける権利等の譲渡契約の成立及び効力についての準拠法を日本法とした上、特許法 35 条(平成 16 年法律第 79 号による改正前のもの)の規定は、外国において特許を受ける権利等の譲渡についても適用されるとし、包括的ライセンス契約及び包括的クロスライセンス契約について使用者等が受けるべき利益の額を算定して、従業員からの職務発明についての対価の請求を認容した事例」判例タイムズ No. 1184(2005 年)230-231 頁。早川吉尚「職務発明に関する対価の支払請求と外国の特許を受ける権利」私法判例リマックス 30(2005 年)129-132 頁。

(2) TKC 法律情報データベース 文献番号 28111392

(3) TKC 法律情報データベース 文献番号 25440465

(4) TKC 法律情報データベース 文献番号 28112208 民集 60 卷 8 号 28 53 頁。判例時報 195 1 号 35 頁。判例タイムズ 1225 号 190 頁。最高裁判例速報「1 外国の特許を受ける権利の譲渡の対価に関する問題の準拠法 2 従業者等が特許法 35 条(平成 16 年法律第 79 号による改正前のもの)にいう職務発明に係る外国の特許を受ける権利を使用者等に譲渡した場合における対価請求と同条三項及び四項の類推適用」民事法情報 No. 244(2007 年 1 月)。最高裁判決速報「一 外国の特許を受ける権利の譲渡の対価に関する問題の準拠法 二 従業者等が特許法(平成 16 年法律第 79 号による改正前のもの)35 条にいう職務発明に係る外国の特許を受ける権利を使用者等に譲渡した場合における対価請求と同条三項及び四項の類推適用」民事法情報 No. 244(2007 年)32-34 頁。本判決に関する評釈としては次のようなものが挙げられる。櫻田嘉章「外国で特許を受ける権利を使用者等に譲渡した場合の対価請求」『平成 18 年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊 No. 1332(2007 年 4 月)292-294 頁。牧野知彦「外国の特許を受ける権利の承継対価について特許法 35 条が類推適用された事例」『最新判例知的財産法 小松陽一郎先生還暦記念論文集』青林書院 (2008 年 5 月)77-91 頁。

(5) TKC 法律情報データベース 文献番号 28130601

(6) TKC 法律情報データベース 文献番号 28090895

(7) TKC 法律情報データベース 文献番号 28090696 判例タイムズ 1146 号(2004 年 6 月)134-175 頁。また、本判決の評釈としては次のようなものが挙げられる。まず、竹田氏によれ

ば、「判決は、本件譲渡契約は法例7条1項又は2項により、本件譲渡契約のうち、外国における特許を受ける権利の譲渡契約の成立及び効力の準拠法は日本法である、としたが、いわゆる属地主義の原則……により、外国における特許を受ける権利が、使用者、従業員のいずれに帰属するか、帰属しない者に実施権等何らかの権利が認められか否か、認められるとして、どのような要件の下で認められるか、対価の支払義務があるか等については、それぞれの国の特許法を準拠法として定められるべきものである、とし外国特許権に基づく対価請求を否定した。この判示は従来学説上も明確に論じられたこともなくこれまでの判決にもみられなかった新しい見解である。工業所有権については譲渡の原因関係である債権行為の準拠法と物権類似の支配関係変動の準拠法を別個に決定するのが通説とされている。対価請求権は、譲渡の原因関係である債権契約に基づく債権といえるが、それと表裏をなす特許法35条1項により使用者に与えられる無償の通常実施権は目的物たる特許権の直接的利用に関するもので物権類似の支配関係についてのものであるから、その発生の有無については、目的物の所在地の法令を適用するのが自然である。難しい問題ではあるが判旨を正当とすべきであろう。」(竹田和彦「職務発明の帰属と対価をめぐる問題——青色LED・光ディスク両判決を踏まえて——」法律のひろば Vol. 56(2003年2月)44頁。)と。したがって、竹田氏によれば、債権的法律行為と物権的法律行為を区別し、職務発明を物権的法律行為として帰属の問題を特許の準拠法によるとし、対価請求は債権的契約として債権準拠法を適用するとの理解である。次に、駒田教授によれば、「職務発明における権利関係の規律という特殊な要素を内包する法律関係という面を重視して、これを法例7条の単位法律関係から外し、条理により労務給付地法に送致する小泉説が結論的には支持されうるのではないかと考える。これは、どちらかといえば立法上の不備から行うやむをえない解釈であるので、労働関係の規律に関する法例の規定の現代化が切に望まれよう……。付言すれば、改正特許法35条は、相当の対価算定基準の策定が諸状況に照らし合理的と認められる場合には、その内容を問わず尊重する原則を打ち出したものといわれる(4項参照)。この部分に関しては、公法的規定ということはさらに難しくなったように思われる。もっとも、対価支払の手續に不備がある場合には、改めて当事者間の関係に介入し公平を期する従来型の仕組みも確保されている。」(駒田泰士「外国における特許を受ける権利についての相当の対価請求」ジュリスト No. 1276(2004年)167-169頁。)と。さらに、横溝教授によれば、「……特許法35条の趣旨・理念として、発明の奨励、発明従業者の保護、使用者

等と従業者等との利益調整が挙げられており……、その社会・経済政策的度合いが高いことを考えると、この規定を、抵触法上強行的適用法規と位置づけることに特に問題はないだろう。従って、本判決はこの点からは評価出来る(但し、本判決が志向するこの問題の『一元的』な決定という点を重視すれば、本判決が、『職務発明に関する問題は使用者と従業者が属する国の法による』という準拠法選択規則を設定したと解する余地も一応残される。だが、そのように解する場合には、譲渡契約の準拠法が原則として法例7条とされていることとの関係を明確化する必要がある。) だが、本判決の示す、特許法35条の適用条件である『使用者と従業者とが属する』場合が如何なる場合かは明らかでない。本判決は、例えば職務及び発明の双方を考慮して決定される『職務発明地』が日本にある場合、等のように、その基準をさらに明確にすべきではなかったのではないだろうか。また、本件では日本の特許法が適用されたが、職務発明の問題は『使用者と従業者とが属する国の法律』に依るべきであるという双方向的な言及をする本判決が、外国特許法中の職務発明に関する法規に基づいた我が国での請求をも認める主旨か否かもまた、判旨からは必ずしも明らかではない(本判決が、基本的には我が国特許法35条にいう『相当の対価』を問題にしている点や、外国法に基づく請求を招く解釈を非合理的としている点からは、一応否定的に解し得る)。さらに、特許法35条3項・4項にいう『特許を受ける権利』に外国で特許を受ける権利が含まれるか否かは、(我が国に使用者と従業者とが『属する』ものとして)同条が適用された後で問題となる、趣旨・目的から導かれる層状の解釈問題であり……、同点本判決は、職務発明の譲渡についての『相当の対価』の『一元的』な決定の要請にその根拠を求めているが、仮にこの要請を根拠とするとしても、特許法35条の適用の有無の場面ではなく、むしろ35条の解釈において、このような要請を挙げるべきだったのではないだろうか(だが、この点はむしろ、我が国における発明の奨励に結びつくか否かといった観点から論ずるべきであろう。)(横溝大「特許法上の職務発明」『国際私法判例百選』別冊ジュリストNo.172(2004年7月)94-95頁。同「特許法上の職務発明」『国際私法判例百選(新法対応補正版)』別冊ジュリストNo.185(2007年1月)96-97頁。)と。

⁽⁸⁾ 花村征志「国際私法における職務発明」清和法学研究第3巻第1号(1997年)197-199頁。

⁽⁹⁾ 相澤英孝「職務発明をめぐる」ジュリストNo.1265(2004年)5頁。

(10) 陳一「特許法の国際的適用問題に関する一考察：BBS 事件最高裁判決を出発点として」(松野みどり教授 退官記念論文集) 金沢法学 46 巻 2 号(2004 年 3 月)83-84 頁。

(11) 陳・前掲注(10)84-85 頁。

(12) 横溝大「特許法上の職務発明」『国際私法判例百選』別冊ジュリスト No. 172 (2004 年 7 月)95 頁。

(13) 横溝大「職務発明を巡る国際的法適用関係」知的財産法政策学研究 Vol. 18(2007 年)20 8 頁。

(14) 横溝・前掲注(13)211 頁。横溝教授は、日立製作所職務発明事件上告審判決の評釈において次のような見解を示している。すなわち、横溝教授によれば、「そもそも本判決は、傍論においてとはいえ、譲渡の対象となる特許を受ける権利が諸外国においてどのように取り扱われ、どのような効力を有するのかという問題については、当該特許を受ける権利に基づく特許権の登録国法であると述べている。したがって、譲渡契約等の準拠法が外国であり特許権が登録される国が日本である場合、またはその逆の場合に、特許法 35 条 1 項・2 項と 3 項・4 項がそれぞれの事案において切り離されて外国法と共に適用される可能性を、本判決はその一般論において肯定しているのである。このように、国際事案において我が国特許法が分断されて部分的に適用される可能性を正面から認めるのであれば、属地主義の原則がカバーするとされる特許権の成立、移転、効力に関する法規や、特許を受ける権利の取扱いや効力に関する 35 条 1 項・2 項と、契約準拠法の対象となる 35 条 3 項・4 項を整合的に解釈する必要は、国際事案においてははないのではないだろうか……。したがって、今後は、類推適用という手法が踏襲されるのではなく、譲渡契約等の準拠法が日本法とされた場合には、それが日本の特許を受ける権利だけを指す場合であれ外国の特許を受ける権利を含む場合であれ、当事者の譲渡契約等において対象とされた権利全体につき、35 条 3 項・4 項が直接適用され相当の対価が決定されることが抵触法的観点からは望まれる……。なお、一般に、職務発明の譲渡は法人の役員や請負型の研究者雇用の場合等……。弱者保護的要請が働かない場合にもなされ得るとされており、通則法の下で、譲渡契約等の原因関係一般について 12 条が常に適用されると考えることは困難であると思われるが、権利移転が勤務規則に基づき雇用契約の内容として当然に行われている場合等一定の場合においては、通則法上これを労働契約(の一部)と見做すこともあり得よう。12 条が適用される場合には、譲渡契約等の準拠法が外国法である場合に我が国特許法 35 条 3

項・4 項が排除されることに伴う不都合もその限りで回避されることになろうが、同条にいう強行規定の適用が労働者による意思表示を条件とする点を含め、従業者保護としてこれで十分かが今後検証されねばならないだろう。」(横溝大「特許法上の職務発明」『国際私法判例百選(第2版)』別冊ジュリスト No. 210(2012年6月)106-107頁。)と。

(15) 中吉哲郎「1 外国特許を受ける権利の譲渡の対価に関する問題の準拠法 2 従業者等が特許法 35 条(平成 16 年法律第 79 号による改正前のもの)35 条にいう職務発明に係る外国の特許を受ける権利を使用者等に譲渡した場合における対価請求と同条 3 項及び 4 項の類推適用」最高裁判所判例解説 61 卷 3 号(2004 年)275、276 頁。

(16) 中吉哲郎「1 外国特許を受ける権利の譲渡の対価に関する問題の準拠法 2 従業者等が特許法 35 条(平成 16 年法律第 79 号による改正前のもの)35 条にいう職務発明に係る外国の特許を受ける権利を使用者等に譲渡した場合における対価請求と同条 3 項及び 4 項の類推適用」重要判例解説 L&T No. 35(2007 年 4 月)84 頁。

(17) 中吉・前掲注(16)85 頁。

(18) 紺野昭男「職務発明についての外国における特許を受ける権利の扱い——その準拠法の決定——」パテント Vol. 56、No. 10(2003 年)10 頁。

(19) 紺野・前掲注(18)11-13 頁。

(20) 紺野・前掲注(18)13-14 頁(注(9))参照。

(21) 西谷裕子「職務発明と外国で特許を受ける権利について」東北 69 卷 5 号(2005 年)768-769 頁。

(22) 西谷・前掲注(21)770 頁。

(23) 西谷・前掲注(21)759 - 760 頁。

(24) 島並良「外国で特許を受ける権利の承継対価について日本特許法 35 条が類推適用された事例——日立製作所光ディスク事件上告審——」L&T No. 34(2007 年)48 頁。

(25) 道垣内正人 高林龍編「第 13 章 特許法 35 条と外国特許」『知的財産法制の再構築』(2008 年)358-359 頁。

(26) 道垣内・前掲注(25)336 頁。

(27) 道垣内正人「知的財産権 I 第三章 準拠法に関する通則」櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法 第 1 卷 法の適用に関する通則法 § § 1~23』有斐閣コンメンタール(2011 年 1 2 月)644 頁。

-
- (28) 道垣内・前掲注(27)645頁。
- (29) 村上愛「19 国際的な職務発明・職務著作紛争の国際裁判管轄及び準拠法」知的財産紀要(2010年)2頁。
- (30) 村上・前掲注(29)5頁。
- (31) 布井要太郎「職務発明における属地主義と労働法との交錯」判例タイムズ No. 1254(2008年1月)68-69頁。
- (32) 申美穂「国際私法における特許を受ける権利の承継——いわゆる日立製作所事件最高裁判決を契機として——」(財)知的財産研究所(2008年)45-46頁。
- (33) 渡辺惺之「職務発明による外国で特許を受ける権利の移転対価の請求問題——国際私法からみた日立光ディスク最高裁判決の特徴と実務——」L&T, No. 38(2008年1月)16-18頁。
- (34) 花村征志「職務発明に関する国際私法上の問題についての一考察」『特許関係訴訟と審判』日本工業所有権法学会 第27号(2003年)29-30頁。
- (35) 花村・前掲注(34)30-31頁。
- (36) 花村・前掲注(34)28-29頁。
- (37) 高杉直「第5章 国際的な特許出願と職務発明——外国特許を受ける権利の対価請求の準拠法を中心に——」松岡博編『国際知的財産法の潮流』帝塚山大学出版会叢書(2008年3月)130-131頁。また、同様の見解を採用するものとして、大山教授の見解が挙げられる。すなわち、大山教授によれば、「本判例は、特許法35条を他の規定とは異質なもので、労働法規としての意味を有するとし、法例7条1項・2項および条理を用いて判断しており、概ねこのような立場に沿ったものと思われ、その結論も支持できる。」(大山盛義「職務発明に対する『相当の対価』および準拠法の問題」労働法律旬報 No. 1604(2005年7月)63頁。)と。また、相当の対価に関する問題については、「……『相当の対価』を決定するための使用者の『貢献』については、『職務内容』や『発明に至る経緯』に加え、発明の『権利化』や『事業化』といった発明『後』の事情を含めるとの判断が判例ではほぼ固まりつつあるものといえよう。思うに、もうひとつの要素である『その発明により使用者が受けるべき利益』について発明後の事情(実績)等を考慮するならば(判旨3および4(1))、『その発明がなされるについて使用者等が貢献した程度』についても、発明『後』の事情も含めて考慮する方が合理的であり、一貫性もあるように思える……。なぜなら、当該発明が使用者等にもたらした利益とは、結局使用者等の特許出願やライセンス契約締結等における

巧拙といった発明『後』の事情(貢献)も少なからず影響するものであり、こうした使用者等の努力を考慮せずに使用者の『もうけ』のみを判断するのは衡平ではないからである。したがって、本判決が判断のために発明後の事情を考慮したことは妥当なものといえよう。」(大山・同前 64 頁。)と。さらに、「本件各発明は米国その他の国で特許権が成立していた。このように職務発明が外国の特許を得ていた場合、『相当の対価』の算定基礎に外国での実績分を含めるべきか否か、すなわち外国特許分について日本の特許法 35 条が適用されるかという準拠法が問題となる。」(大山・同前 62 頁)、「特許法 35 条の『従業者等』は労働者のみならず会社の取締役等、雇用関係にあるすべての者を含んだ広い概念である……が、労働者を含めている以上少なくとも労働関係も規律する法といえよう。債権契約に関する準拠法決定には、当事者の明示・黙示の意思といった当事者自治によるほか、当事者意思を貫くことが適切でないような契約(労働契約や消費者契約等)においては労務給付地や消費者の常居所地の強行法規を準拠法とするのが有力とされている……。本判例は、特許法 35 条を他の規定とは異質なもので、労働法規としての意味を有するとし、法例 7 条 1 項・2 項および条理を用いて判断しており、概ねこのような立場にそったものと思われ、その結論も支持できる。」(大山・同前 63 頁。)、 「本判決は、特許法 35 条を強行法規であり、労働法規としての意味をも有する規定であると示した点に意義があるといえよう。かかる解釈が日本法を準拠法にすると結論を導き、また、『相当の対価』額を決定する場合に、包括的クロスライセンス契約における『使用者の受けるべき利益』についての従業者の立証負担を軽減するなどの役割を果たしているからである。特許法 35 条のこのような性質規定は、発明者に対し、『相当の対価』を保証するという点において、従業者(労働者)と使用者間の衡平を図ろうとする本条の趣旨に合致するものといえ、正当なものとして評価することができる。本件で認定された『相当の価格』額が、原判決で約 3500 万円、本判決では約 1 億 6000 万円と大きく隔たりがある(使用者の貢献度の認定は同じ割合である)。これは、本判決が外国特許分も含めて本件発明の寄与率を認定したこと、また、S 社との包括的クロスライセンス契約によって Y 社が受けた利益を原判決は 3000 万円、本判決は 6 億円と認定したこと等による。」(大山・同前 66 頁)と。

⁽³⁸⁾ 茶園成樹「職務発明の相当の対価」知財管理 Vol. 53 No. 11(2003 年)1576 頁。

⁽³⁹⁾ 茶園成樹「国際私法上の知的財産権をめぐる諸問題に関する調査研究報告書」財団法人知的財産研究所(2004 年)231 頁。また、同様の見解を採用するものとして、君島教授の

見解が挙げられる。すなわち、君島教授によれば、「……それぞれの国の労働事情に見合った法が準拠法となり、各国の労使関係にそれぞれの国の従業者発明制度が一律に適用されるから、複数の国に出願され、成立する対応特許権の取扱いに関する予測可能性も確保することができる。さらに、他国における従業者発明の準拠法に関する考え方とも一致することが多いと思われ、知的財産を巡る国際私法の調和に向けた国際的努力にも合致すると解する。」(君嶋裕子「日本における職務発明と外国特許出願 日立製作所事件東京地裁判決を契機として」特許ニュース No. 11005(2003年)8-9頁。)として、労働契約準拠法による理解である。

(40) 田村義之「職務発明にかかる特許を受ける権利の晶系の対価の準拠法」『平成16年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊 No. 1291(2005年6月)295、297頁。

(41) 駒田泰土「第5章 職務創作の抵触法的規律」大阪大学法政実務連携センター編『企業活動における知的財産』大阪大学出版会(2006年)156-160頁。同「職務発明に関する規律と準拠法」田村義之・山本敬三編『職務発明』(2005年3月)225-229頁においても同様の趣旨を明らかにしている。同「職務発明の準拠法」知的財産法政策学研究 Vol. 5(2005年)29-49頁をも参照。

(42) 駒田・前掲注(41)156-163頁。

(43) 大友信秀「特許法35条に基づき外国の特許を受ける権利の譲渡の対価が認められた事件——日立製作所職務発明事件上告審判決——」判例時報1974号(2007年)200頁。

(44) 大友・前掲注(42)201-202頁。

(45) 高杉・前掲注(37)132-133頁。

(46) 小泉直樹「特許法35条の外国特許権に対する適用」L&T No. 19(2003年4月)32-33頁。

(47) 小泉直樹「特許法35条の適用範囲」民商法雑誌128巻4・5号(2003年)575-576頁。

(48) 高畑洋文「職務発明の準拠法が問題となった事例」ジュリスト No. 1261(2004年)200頁。

(49) 早川・前掲注(1)129-132頁。

(50) 河野俊之「外国特許を受ける権利に対する特許法35条の適用可能性について(1)——国際私法の観点から——」民商法雑誌132巻4・5号600頁。

(51) 河野・前掲注(50)862-863頁。

(52) 河野・前掲注(50)852-853頁。

⁽⁵³⁾ 河野・前掲注(50)857頁。

⁽⁵⁴⁾ 高桑昭「外国の特許を受ける権利の譲渡の対価に関する問題の準拠法——日立製作所職務発明事件上告審判決」私法判例リマークス 36(2008年2月)150-153頁。

⁽⁵⁵⁾ 金彦叔『国際知的財産権保護と法の抵触』信山社(2011年)230頁。

⁽⁵⁶⁾ 金・前掲注(55)232頁参照。

⁽⁵⁷⁾ 職務発明の制度に関して論じた文献としては、永野秀雄「職務発明について」予防時報 221(2005年)26-31頁。また、同様に職務発明の制度に関して論じた文献としては、岩井勇行「職務発明制度の在り方に関する調査研究」知財研紀要(2003年)15頁が挙げられる。この他にも、村上研究員は職務発明に関する制度について次のように論じている。すなわち、村上研究員によれば、「職務発明制度は、(i)原始的帰属、(ii)権利の移転、(iii)金銭補償の三つの要素に分けて考えることができる。(i)原始的帰属について、日本法上、発明完成と同時に発生する権利は、『特許を受ける権利』と呼ばれ、自然人たる発明者に原始的に帰属する(特許法 29 条、発明者主義)。日本と同様、従業者に権利が原始的に帰属するとする国(ドイツ、韓国、米国、カナダ、オーストラリア等)、そして使用者に権利が原始的に帰属するとする国(英国、フランス、イタリア等)がある。(ii)権利の移転について、従業者に権利が原始的に帰属するとする国においては、使用者は従業者から権利を取得することができる。日本法上、使用者は、法定の(無償の)通常実施権を取得するほか(特許法 35 条 1 項)、契約、勤務規則その他において権利の承継等を事前に定めることができる(特許法 35 条 2 項)。諸外国においては、従業者との個別契約によることなく(ドイツ)又は従業者の明示の合意がなくとも(米国)使用者に権利を取得させる制度が見られる。(iii)金銭補償について、現実に発明をした従業者は、使用者に権利が帰属する見返りとして金銭補償請求権を取得し得る。日本法は、情報・交渉力において劣位に立つ従業者を保護するために、従業者が取得する対価が相当なものでなければならないと規定し(3 項)、相当の対価の決め方について特別なルールを定めている(4 項・5 項)。諸外国においては、日本と同様、従業者は発明の対価を請求することができる国(イタリア)、従業者は追加的な報酬を受けることができると規定する国(フランス)、そして多大な利益が発生する等特別な発明に限り従業者は金銭補償を受けることができる国(オーストリア、スペイン、英国)等が見られる。」(村上・前掲注(29)3頁。)と。

⁽⁵⁸⁾ イギリスにおける職務発明の制度に関して、横山教授の論文において次のように述べられている。すなわち、「イギリス特許法は、職務発明については使用者に権利が帰属することを定めるとともに(39条1項)、職務発明に係る特許権が使用者に著しい利益(outstanding benefit)をもたらし、かつ使用者が発明に対価を支払うことが公正(just)である場合には、従業者からの申請に基づき、裁判所又は特許庁長官が補償金(compensation)を裁定し、その支払いを使用者に命ずることができるとされている(40条1項)。補償額の算定にあたっては、従業者の業務の性質や従業者の努力の度合い、他の共同発明者の貢献度、使用者の貢献度等が考慮される(41条4項)。ただし、実際に補償金の支払いが認められたケースはいまだ存在しない」(横山久芳「職務発明をめぐる最近の動向について」日本労働研究雑誌 No. 541(2005年)6頁。)と。次に、駒田教授の論文においては、次のように述べられている。すなわち、「英国特許法は、職務発明を次のように定義している。すなわち、『従業者の通常の業務又は通常の業務以外の業務であって特に当該従業者の任務とされるものの遂行の過程においてなされた』発明で、その成立が合理的に期待できるもの(39条1項A号)、または『発明時に、その業務の性質及び当該業務から生じる特別な責任のゆえに、使用者の事業の利益を増進する特別な義務を負っていた』従業者の『業務遂行の過程においてなされた』発明(同項b号)である。以上の要件を充足し職務発明に該当するものは、使用者に原始的に帰属することになる(39条1項。職務発明以外の発明は従業者に帰属)。このように使用者による原始取得を認める英国特許法であるが、発明をした従業者の保護も一定の範囲で図っている。すなわち、職務発明に係る特許権が使用者に著しい利益(outstanding benefit)をもたらしている場合、または職務発明以外の発明に係る特許権の譲渡契約により受ける利益が、当該特許権から使用者が受ける利益に比して不相当(inadequate)である場合には、従業者からの申請に基づき、裁判所または特許庁長官が、補償金(compensation)を裁定し、その支払いを使用者に命ずることができるとされている(40条)。」(駒田・前掲注(41)208頁。)と。

⁽⁵⁹⁾ フランスの職務発明の制度に関して、横山教授の論文においては次のように述べられている。すなわち、「フランス特許法では、職務発明は、反対の定めがない限り、使用者に原始的に帰属し、従業者には追加的報酬……を受領する機会が保障される(611-7条1項)。報酬の額は、団体協約・就業規則・個々の雇用契約により定められることになる。」(横山・前掲注(58)6頁。)と。また、駒田教授の論文においては次のように述べられてい

る。すなわち、「フランス特許法は、職務発明を『発明を目的とする職務又は明示的に委託された研究及び調査業務の遂行の過程においてなされた発明』と定義する。これに該当するものは、反対の定めのないかぎり、使用者に原始的に帰属する(611-7条1項)。該当しないものは、従業者に帰属する(同条2項)。しかし、後者の発明であっても、当該発明が、業務中、業務領域の中でまたは使用者の資源に依存してなされた場合には、使用者は、コンセイユ・デタの命令により定められる条件及び起源に従い、特許権または利用権の全部もしくは一部を取得できるとされている(同項)。以上のように、フランス特許法においては、職務発明は原則として使用者に原始的に帰属するが、従業者には追加報酬……を受領する機会がある。その額等については、団体協約、就業規則、個別雇用契約によりこれを定めるとされている(611-7条1項)。さらに、職務発明以外の発明でコンセイユ・デタ命令で使用者に権利が帰属した場合についても、従業者は公正な対価……を取得する権利をもつことが規定されている(611-7条2項)。対価の額に付き当事者間で協議が成立しない場合には、法務官主宰の共同調停委員会により決定されるか、調停不服により第一審裁判所に当事者のいずれかが提訴した場合、同裁判所により決定される(同項。615-21条)。」(駒田・前掲注(41)208-209頁。)と。

⁽⁶⁰⁾ アメリカ合衆国の職務発明の制度に関して、横山教授の論文においては次のように述べられている。すなわち、「アメリカ連邦特許法は、職務発明に関する規定を特に設けていない。発明者主義を定める明文規定から(101条)、発明に関する権利は従業者に帰属し、使用者は従業者から契約により権利を承継することとなる。権利の承継の成否は、各州の契約法により規律される。ただし、使用者と従業者の間に明示の契約がない場合にも、判例法上、従業者の行った発明に関して使用者に一定の権限が認められる場合がある。まず、発明を目的とする研究業務に雇用された従業者が職務発明を行った場合には、特に合意がなくも、従業者は使用者に権利を譲渡する義務を負う。また、従業者の職務又は使用者の業務と関連している発明か、使用者の設備等の資源を使用してなされた発明については、使用者に無償の実施権(shop right)が与えられることになる。一方、アメリカでは、使用者が発明に関する権利を取得した場合の従業者の報酬は、給与その他の一般的な給付で十分であると考えられているため、発明の対価が別途、問題となることは少ない。アメリカでは、各企業が優れた研究者を確保するために、発明者に最初から高額の報酬を支給して

いるため、雇用に対する報酬が発明者にとって発明創作へのインセンティブとして機能している。また、転職の自由が広く浸透しているアメリカでは、発明者が現在の企業の処遇に不満を持てば、いつでも雇用を解消して、自己を適切に処遇する企業へと移籍することで自己の経済的利益を確保することができる。したがって、使用者が発明者を適切に処遇していないということがそれほど大きな問題として捉えられることはないようである。」(横山・前掲注(58)6-7頁。)と。また、駒田教授の論文においては次のように述べられている。すなわち、「米国特許法には職務発明に関する規定はない。発明者主義が明文の規定により定められており(101条)、従業者も例外なく発明を原始取得する。従業者・使用者間での発明の取扱いは、各州の契約法により判断される。もっとも、同国の判例法は、使用者に対し一定の便宜を与えている。その第1は、発明任務のために雇用された従業者の職務に関連する発明については、使用者への譲渡義務が発生するとされていること、その第2は、従業者の職務または使用者の業務に関係しており、使用者の設備等の資源を使用してなされた発明については、使用者に shop right と呼ばれる無償の実施権が与えられることである。なお、連邦政府公務員の職務発明については、連邦政府がすべての権利を取得する(shall obtain)ことが商務省経済庁規則に規定されている。」(駒田・前掲注(41)207頁。)と。

⁽⁶¹⁾ ドイツの職務発明制度に関して、横山教授の論文においては次のように述べられている。すなわち、「ドイツは、特別法とは別に、『従業者発明法……』という職務発明制度を規律する特別の立法を制定している。同法によれば、職務発明に関する権利は従業者に帰属するが(6条1項)、使用者は発明の通知を受けてから4ヶ月経過するまでの間、従業者に対して、無制限又は制限付きの権利請求をすることができる(6条2項)。使用者がこの期間内に請求しない場合、発明は自由発明となる(8条1項3号)。無制限権利請求とは、職務発明に関する排他的権利は従業者に帰属し、使用者は通常実施権を取得するというものである。いずれの場合も、使用者は従業者に相応の補償……をしなければならない(9条、10条1項)。補償額の算定にあたっては、特に職務発明の経済的利用可能性、企業における従業者の任務と地位、職務発明の成立における企業の貢献度が重要とされる。補償の額や算定方法については、ガイドライン……が作成されている(11条)。」(横山・前掲注(58)7頁。)と。また、駒田教授の論文においては次のように述べられている。すなわち、「ドイツにおいては、同国の特許法とは別に従業者発明法が制定されており、後者の法に

より職務発明に関する規律がなされている。同法によれば、『雇用期間中になされた発明』で『職務から発生したもの』または『企業若しくは公共機関の経験や労働に決定的に起因しているもの』が職務発明に該当する(4条2項)。当該発明は発明者たる従業者に原始的に帰属するが、使用者は、4か月の期間内に職務発明に対し無制限又は制限付きの権利請求ができる(6条2項、7条1項)。制限付き請求とは、排他的でない権利を取得することである。なお、公務員の職務発明についても同様の規定が適用されるが、公共の利益による制約が課されている(40条)。従業者発明法によれば、従業者は権利請求に対する相応の補償……を請求できる(9条、10条1項)。補償の額や方法は使用者・従業者間の協定で決めることとされており、ドイツ労働大臣が交付した補償金額算定のためのガイドラインがある。従業者は2ヶ月以内に補償金額に対する異議を申し立てることができ(12条4項)、かかる紛争の解決のためにドイツ特許庁に設置される地裁機関に申立てを行うこともできる(28条)。なおドイツでは、近時、従業者発明法の改正機運が高まっており、2001年10月には改正法案が同国法務省により公表されている(大7章参照。)(駒田・前掲注(41)209、210頁。)と。

⁽⁶²⁾ 日本の職務発明の制度に関して、横山教授の論文においては次のように述べられている。すなわち、「わが国では、職務発明に関する権利は従業者に帰属するとしつつ、使用者は当然に無償の通常実施権を取得するほか(35条1項)、契約・勤務規則等その他の定めにより、特許を受ける権利を承継することができる(35条2項)。権利の承継に従業者の個別的な同意は不要であり、使用者は職務発明規程などを設けることで従業者から一方的に権利を承継することが可能である。その代わりに従業者は使用者に対して『相当の対価』を支払うことを請求する権利を持つ(35条3項)。使用者は従業者との協議や意見聴取を行い、合理的に対価を決定する必要がある(35条4項)。使用者が対価に関する定めを設けていない場合や、使用者の定めに従って対価を支払うことが不合理である場合には、裁判所が相当の対価を算定することとなるが、その際には、『その発明により使用者が受けるべき利益の額』と『その発明に関連して使用者が行う負担、貢献及び従業者の処遇その他の事情』が考慮されることになる(35条5項)。既述のとおり、現行法は、平成16年法改正により実現したものである。旧法では、現在の5項に該当する相当の対価の算定方法のみが規定されていたが(旧35条4項)、対価の額に関する争いが急増したため、使用者が対価の算定手続きを合理的に行っている場合には使用者の支払った対価を『相当の対価』と認

めることとし、使用者の自助努力を通じて訴訟発生リスクを低下させることができるようにしたのである。同時に、改正法は、従業者の意向が対価に反映される余地を認めることで、対価に対する従業者の納得感を高め、対価が従業者のインセンティブとして有効に機能するようにも配慮している。」、「我が国の職務発明制度の特徴をなすのは、特許を受ける権利が使用者ではなく発明者に最初に帰属するという点、その結果として、使用者が自らの選択により権利を承継した場合に従業者に支給すべき金銭が権利の譲渡対価としての性格を有するという点である(以下、権利譲渡方式と呼ぶ)。(横山・前掲注(58)7-8頁。)と。また、駒田教授の論文においては次のように述べられている。すなわち、「わが特許法は、その性質上『使用者、法人、国又は地方公共団体(以下『使用者等』という。)]の『業務範囲に属し』、かつ、発明行為がその使用者等における『従業者、法人の役員、国家公務員又は地方公務員(以下『従業員等』という。)]の「現在又は過去の職務に属する発明を職務発明と定義しており、この点は改正の前後において特に変わりはない。職務発明はこれをした従業者に原始的に帰属するが、使用者は無償で通常実施権を取得するほか、『契約、勤務規則その他の定めにより』、特許を受ける権利もしくは特許権を自身に承継させ、または自身のために専用実施権を設定することができる。このような使用者に対する権利承継・設定がなされた場合、従業者には『相当の対価』を受領する権利が与えられる。これらの点も、改正の前後において変わりはない。しかし、特許法旧 35 条 4 項は、『相当の対価』の額につき、『その発明により使用者等が受けるべき利益の額及びその発明がされるについて使用者等が貢献した程度を考慮して定めなければならない』と規定しており、使用者より支払われた発明報奨金等がこの額に満たないと認められる場合には、従業者はなおその差額を請求できると解されてきた。他方で、『相当の対価』の額をどのように定めるかについての基準は、条文上まったく明確ではなかった。そのため各方面より批判が相次ぎ、2004 年の法改正にいたったのである。改正された特許法 35 条は、『相当の対価』額を決定する基準の策定に際し、『使用者等と従業者等との間で行われる協議の状況、策定された当該基準の開示の状況、対価の額の算定について行われる従業者等からの意見の聴取の状況等を考慮して、その定めたところにより対価を支払うことが不合理と認められるのもであってはならない』と規定して(4 項)。そして、対価の支払いが不合理なものと認められる場合には、従来どおり、いくつかの考慮要素の下で客観的に定まる額の対価を従業者は請求できるとも規定されている(5 項)。これは、逆にいえば、使用

者・従業者間で可能なかぎりフェアな対話を行って対価額の決定基準を策定しておけば、それに基づく対価の支払いは、一応は裁判所によっても尊重されることを意味するものと解される。このような、いわば『手続重視』の制度を構築することによって、発明をした従業者を一定の範囲で保護するとともに、従来のわが国職務発明規定にはなかった予測可能性を担保しようとしたわけである。なお、不合理と認められる場合の相当対価額の決定についてであるが、新設された35条5項の規定は改正前よりも考慮要素を多く掲げている。すなわち、『その発明により使用者等が受けるべき利益の額』に加えて、『その発明に関連して使用者等が行う負担、貢献及び従業者等の処遇の他の事情』を考慮して対価の額を決定することが必要とされている。」(駒田・前掲注(41)211頁。)と。

第2章 特許権侵害の準拠法

第1章においては、「職務発明の準拠法について」論じてきた。続いて、第2章では、「特許権侵害の準拠法について」を論じることにしよう。

第1節 はじめに

例えば、パリ条約の同盟国であるA国国民XがA国で最初に特許を登録した場合において、A国の特許権を有するXが、日本人Yに対し、Yが日本で製品を製造し販売するなどの行為がXのA国特許権の侵害にあると主張して、右行為の差止及び損害賠償請求を求めた。このような事件の準拠法決定に関しては、日本はパリ条約の加盟国であることから、条約の規定が優先的に適用されると考えられる。この点、特許権侵害の準拠法の決定に関しては、パリ条約が抵触法規定を含まないとして、一方では、差止請求と損害賠償請求を区別し、前者については保護国法を適用し、後者については法廷地の国際私法により不法行為準拠法(法例11条)を適用するとする見解と、他方では、差止請求と損害賠償請求を区別せず、一括して保護国法を適用するといった見解の対立がある。この点に関して、判例は、差止請求と損害賠償請求とを区別して、前者については、保護国法を適用し、後者については、法廷地の国際私法によって不法行為準拠法を適用する見解である。本章では、はじめに具体的な事例を掲げ問題を提起し、次に、「法例」及び「法適用通則法」の下での著作権侵害の準拠法決定における判例及び学説の展開を整理・分析し、その内容がどのようなものであるかを明らかにする。さらに、総括的考察においては、パリ条約の基本的

枠組みの理解の仕方について、(1) 内国民待遇の原則、(2) 特許独立の原則、(3) 属地主義、といった観点から考察を加える。おわりに、具体的な事例に基づくシミュレーションを行い、準拠法がどのように決定されるのかについて論じたい。

第2節 「法例」下における判例

特許権侵害に基づく判例としては、「満州国特許事件」(東京地裁昭和28年6月12日判決)、「カードリーダー事件」(東京地裁平成11年4月22日判決、東京高裁平成12年1月27日判決、最高裁判所平成14年9月26日判決)、「サンゴ砂事件」(東京地裁平成15年10月16日判決)、「リサイクルインクタンク特許権侵害事件」(知財高裁平成17年11月4日判決)が挙げられる。

(1) 「満州国特許事件」 東京地裁昭和28年6月12日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

被告会社Yは、甲社からその製作に係る多極真空管を購入し、これを使用してラジオ受信機を製作し満洲国に輸入した。これによって、日本及び満州国特許権者である原告Xの外国における特許権が当該外国で侵害された。この行為に基づいて、原告Xは被告Yに対して日本の裁判所に不法行為に基づく損害賠償請求をした事件である。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

本判決は、本件事件が特許権侵害を構成するものではなく、不法行為をこうせいするものであるとして次のように判決を下している。すなわち、「原告の本訴請求の要旨は、原告は、昭和十二年六月十五日登録に係る満洲国特許第二九八〇号の特許権者である。訴外松下無線株式会社は、右特許と同一内容の日本特許第八七三四八号を実施して製作せられた各種多極真空管を他より大量に購入しこれを使用してラジオ受信機を製作し、昭和十四年五月頃から同十八年十二月三十一日に至るまでの間、右ラジオ受信機合計十九万五千五百台を満洲国に輸入して右多極真空管を拡布し、因つて原告に対し右満洲国特許権の侵害によりその実施料相当額の損害を蒙らせたものであるところ、昭和十九年中右訴外会社を吸収合併してその債務を承継した被告会社に対し右損害の賠償を求めるというにある。要するに、本訴は、外国で発生した外国特許権に対する損害によつて生じた損害の賠償を求める

ものであるところ、法例第十一条第二項は、外国で発生した事実が日本の法律により不法でないときは、不法行為による債権が成立しない旨を規定している。この規定は、たとえ、行為地たる外国の法律により不法行為を構成してもそれが日本の法律(法廷地法)によつて不法行為を構成しない場合には、不法行為による債権を成立せしめて被害者に救済を与える必要がないとしたものと解すべきである。換言すれば当該事実につき行為地法と日本法とを累積的に適用し、両者の要件をともに具備した場合に限り、不法行為として日本の裁判所においてこれによつて蒙つた損害の賠償を請求しうるものとしたのである。さて、特許権については、いわゆる特許独立の原則が行われ、日本国内においては、日本の特許権のみが権利として認められ、外国特許権は何ら権利としての存在を有しない(従つ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、この理は満洲国と満洲国の特許権についても何ら異るところがない。従つて外国特許権を外国において侵害した行為は、日本の法律によつて外国特許権が認められない以上法例第十一条第二項の規定によつて不法行為とならないのである。けだし、外国法(行為地法)によつて不法行為たる事実につき、日本法(法廷地法)を累積的に適用するということは、その行為が法廷地において行われたならば法廷地法によつて不法行為となるか否かを論ずることである。法廷地において行われた場合において不法行為を構成しないにかかわらず、行為地において認められる権利だからといつて、その侵害を不法行為なりとすれば、外国法による不法行為を内国において裁判上主張せしむるにつき、法廷地法たる内国法の干渉をみとめた法例第十一条第二項の規定の趣旨を没却するにいたるであろう。されば、満洲国特許権を侵害すべき物を満洲国に輸入拡布する行為は、もとより、同特許権の侵害として同国法律による不法行為を構成すべきであるが、右の事実により日本の法律を適用するときは、満洲国特許権が日本の法律により権利として認められない結果、不法行為の成立すべき余地がない。原告の請求は、既にこの点において主張自体失当であるから、その他の争点について判断するまでもなく、棄却を免れないのである。……原告の請求を棄却する。」

(1)と。

したがって、本判決の見解によれば、特許権には特許独立の原則及び属地主義が妥当するとして、本件においては、特許権侵害ではなく、不法行為と性質決定し、法例11条2項が適用されると解される。すなわち、不法行為地法(外国法)と法廷地法(日本法)との累積的適用により、外国特許権が外国で侵害された場合は、法例11条1項により外国法による判断

を行うことなく、日本法によれば、当該外国特許権の成立を認めないとして、法例11条2項によれば、不法行為を構成しないためXの請求は認められないとの理解である。

(2)「カードリーダー事件」 東京地裁平成11年4月22日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

日本人X(原告)は米国の特許権を有する特許権者である。日本人Y(被告)は日本において被告製品を製造し米国に輸出するなどを行った。この行為に基づいて、原告Xは被告Yに対して米国特許権の侵害に当たると主張して、右行為の差止め及び被告製品の廃棄並びに損害賠償を求めた事案である。この点に関して、東京地方裁判所は、米国の領域外の行為についても米国特許法の規定を適用すべき旨を定めた域外適用規定は、我が国の特許制度の基本原則ないし基本理念と相いれないものであり、法例33条により、これを適用しないとし、請求を棄却したものである。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

第一審は、特許権侵害の準拠法の決定に関して、パリ条約が抵触法規定を含んでいないとして、特許権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求を区別し、差止請求については次のように判示している。すなわち、「原告の差止め及び廃棄請求は、日本国内における被告の行為が米国特許権の侵害に当たるとを理由とするものである。まず、本件の差止め及び廃棄請求は、我が国に住所を有する日本人と我が国に本店を有する日本法人との間での、同法人の我が国の国内の行為に関する請求であるが、米国特許権に基づく請求であるという点において渉外的要素を含むので、どの国の法律を準拠法とすべきか(特許権に基づく差止め及び廃棄請求の法性決定)が問題となる。この点に関しては、法例等の我が国の法律に準拠法の定めがある場合には、その規定に従うこととなるが、特許権に基づく差止め及び廃棄請求の準拠法に関しては法例等に直接の定めがない。また、特許権に基づく差止め及び廃棄請求は、特許権の排他的効力の現れであり、各国の法制上このような請求が認められるかどうかの点を含めて特許権の効力の問題と考えるべきであるから、これを不法行為の問題と性質決定して法例一一一条一項によるべきものと解するのも妥当ではない。特許権の効力の準拠法に関しても法例等に直接の定めがなく、類推適用すべき規定があるともい

えない。したがって、特許権に基づく差止め及び廃棄請求の準拠法については、正義及び合目的性の理念という国際私法における条理に基づいて、これを決定すべきである。」として、法の欠缺があるとして条理によって保護国法を適用している。さらに、保護国に関しては、「そして、(1)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ること、(2)特許権に関しては、前記のとおり属地主義の原則が採られ、各国の特許権の効力等は当該国の法律によって定められていること、(3)各国の特許権は、その発生、変動及び消滅に関して相互に独立であり、特許権自体の存立が他国の特許権の無効、消滅、存続期間等により影響を受けないとされていること(いわゆる『特許権独立の原則』)。工業所有権の保護に関する一八八三年三月二〇日のパリ条約四条の二参照)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。したがって、本件の差止め及び廃棄請求については、『米国特許法が準拠法になるというべきである。』として、特許独立の原則によって、特許権には属地主義が妥当することを根拠に、権利付与国、すなわち、特許の登録国であるアメリカ法であると判示した。しかしながら、「ところで、米国特許法は、特許発明を権限なく実施する行為すなわち特許権を直接侵害する行為に関しては、これが米国内の行為に限られる旨を規定している(米国特許法二七一条(A)項)のに対し、特許権を侵害するよう他の者を積極的に教唆する行為(積極教唆)や、特許発明の主要な部分を構成する部品等で他に実質的な非侵害用途のないものを、それが特許権侵害行為に使われることを知って販売等する行為(寄与侵害)に関しては、地理的な限定を設けていない(道場(b)甲及び(c)校)。したがって、米国内において直接侵害が行われる場合には、これに関する積極教唆及び寄与侵害が米国外で行われた場合でも、これらは特許権の間接侵害として責任を負うべきことになる(甲四、五、一五)。このように、米国特許法は、特許権の間接侵害について、同法の規定が米国の領域外の行為にも適用されるという域外適用を認めている。そうすると、本件において、被告の行為につき準拠法として米国特許法を適用すべきものであれば、右の域外適用の規定(以下『域外適用規定』という。)に基づいて被告に対し差止等を命じ得る余地があるということになる。……しかしながら、特許権に基づく差止め及び廃棄請求に関しては米国特許法を準拠法とするとしても、そのことから直ちに本件について米国特許法の域外適用規定を適用すべきものと結論付けることはできない。すなわち、特許権を始めとする工業所有権については、特許付与や登録という方法により国家により与えられる独占権であることから、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、

その効力は当該国の領域内においてのみ認められるという、いわゆる属地主義の原則が、我が国を含めて国際的に広く承認されている。右原則によれば、米国特許権の効力が及ぶ地理的範囲は米国の領域内に限られることになるから、他の者の我が国における行為が米国特許権を侵害するということはあるはずである。そして、我が国の特許法においても、同法の規定を日本国外の行為に適用すべき旨を定めた規定は設けられておらず、我が国と他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在しない。そうすると、米国の領域外の行為についても米国特許法の規定を適用すべき旨を定めた域外適用規定は、我が国の特許制度の基本原則ないし基本理念と相いれないものというべきである。したがって、米国特許法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、法例三三条により、これを適用しない。……このように解しないと、米国特許権の権利者は我が国の裁判所で米国特許権に基づく差止等を請求し得るのに対して、我が国の特許権の権利者は米国の裁判所で同様の救済を受けられないということになり、米国特許権の権利者に比べて、我が国の特許権の権利者を著しく不平等に扱うことになるが、このような結果は、我が国の法秩序に照らし、到底容認できない。……以上によれば、被告製品が本件米国特許発明の技術的範囲に含まれるかなどの点について判断するまでもなく、原告の差止め及び廃棄請求は、これを求める法令上の根拠を欠くことになるから、すべて理由がないというべきである。)として、アメリカ法による域外適用が日本の法令33条の公序に反するとして、アメリカ法を排除し、日本法によるとした。したがって、本件差止請求は行うことができないと判示している。これに対して、米国特許権の侵害を理由とする損害賠償請求の可否については次のように判示している。すなわち、『原告の請求は、被告の行為が原告の米国特許権を侵害することを理由に損害賠償を求めるものであり、原告の主張する被侵害法益は米国特許権であって、渉外的要素を含むものである。そこで、まず、その準拠法につき検討すると、特許権の侵害を理由とする損害賠償は特許権の効力と関連性を有するものではあるが、損害賠償請求を認めること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、法例一一条一項によるべきものと解するのが相当である。法例一一条一項においては、不法行為によって生ずる債権の成立及び効力はその原因たる事実の発生した地の法律によるものと規定されている。そして、原告が不法行為に当たると主張する被告の行為は、すべて日本国内の行為であるから、本件においては、日本法(民法七〇九条以下)を適用すべきもの

というべきである。民法七〇九条においては、他人の権利を侵害したことが、不法行為に基づく損害賠償請求権の要件の一つとされているところ、本件においては、原告が被告の行為によって侵害されたと主張する権利は米国特許権である。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、かえって、前記のとおり、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当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。したがって、原告の損害賠償請求を認めることはできない。……以上によれば、その余の争点につき判断するまでもなく、原告の請求はいずれも理由がないから、主文のとおり判決する。よって、原告の請求をいずれも棄却する。』」⁽²⁾と。

したがって、特許権に基づく差止め及び廃棄請求は、特許権の効力の問題であるとして、特許権侵害を構成するものと性質決定され、条理に基づいて、国際私法の規定に法の欠缺があるとして条理によって保護国法を適用している。また、保護国の決定に関しては、特許権に関しては出願及び登録を必要とし、属地主義の原則によって、各国特許権法が適用され、各国の特許権には特許権独立の原則が妥当することを根拠に、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の理解である。したがって、本件の差止め及び廃棄請求については、米国特許法が準拠法とされる。この点、米国法の域外適用の規定は、属地主義の理念に反し、これを法例33条の公序によって排除したため、結果的には日本法を適用し、XはYに対して特許権侵害に基づく差止請求を行うことはできないとの理解である。

他方、特許権侵害に基づく損害賠償請求に関しては、社会の法益保護を目的とすることから、不法行為を構成するものと性質決定され、法例11条1項により、原因事実発生地たる日本法(民法709条)が適用されるものであるとの理解である。よって、XはYに対して、損害賠償請求をすることはできないと判示した。

(3)「カードリーダー事件」 東京高裁平成12年1月27日判決

1 事実の概要

事案の概要は以下の通りである。

一審原告 X は米国の特許権を有する特許権者である。一審被告 Y は日本において被告製品を製造し米国に輸出するなどを行った。この行為に基づいて、原告 X は被告 Y に対して米国特許権の侵害に当たると主張して、右行為の差止め及び被告製品の廃棄並びに損害賠償を求めた事案の控訴審判決である。米国の特許権を有する控訴人 X が、被控訴人 Y に対し、被控訴人が被控訴人製品を製造し米国に輸出するなどの行為が控訴人の米国特許権の侵害に当たると主張して、右行為の差止め等を求めたところ、請求が棄却されたため、控訴人が控訴した事案である。この点に関して、日本の裁判所は、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、我が国の不法行為によって保護される権利には該当せず、米国特許権侵害に当たるとの主張事実のみをもってしては、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、控訴を棄却したものである。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

控訴審は、特許権侵害の準拠法の決定に関して、パリ条約が抵触法規定を含んでいないとして、特許権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求を区別している。米国特許権に基づく差止め及び廃棄請求の可否については次のように判示している。すなわち、「控訴人の本件差止め及び廃棄請求は、我が国に住所を有する我が国国民である控訴人が、我が国に本店を有する日本法人である被控訴人を相手方として、被控訴人の我が国内における行為が控訴人の有する米国特許権の侵害に当たるとを理由とするものである。そして、本件においては、右のとおり、両当事者は住所・本店所在地を我が国とする日本人・日本法人であり、本件差止請求の対象行為地及び本件廃棄請求の対象物件の所在地並びに法廷地は、いずれも我が国である。しかしながら、特許権については、国際的に広く承認されているいわゆる属地主義の原則が適用され、外国の特許権を内国で侵害するとされる行為がある場合でも、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ものというべきであり、外国特許権に基づく差止め及び廃棄の請求権については、法例で規定する準拠法決定の問題は生じる余地がない。そして、外国の特許権に基づく差止め及び廃棄請求を我が国で行使することができるとする法律又は条約は存在しないので、控訴人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いわざるを得ない。……控訴人は、本件差止め及び廃棄

請求は米国特許権に基づくものであるが、米国特許法が規定する米国内における直接侵害行為に関する他国(日本国)領域内における積極的誘導又は寄与侵害の行為を対象とするものであるから、米国特許法を準拠法とすべきである旨主張し、原判決も、米国特許権に基づく請求であるという点において渉外的要素を含むので、どの国の法律を準拠法とすべきかが問題となるとした上、本件差止め及び廃棄請求の準拠法に関する限りにおいては、結論として、当該特許権が登録された国の法律すなわち米国特許法が準拠法になると判断した。しかし、仮に、右各請求が渉外的要素を含み、どの国の法律を準拠法とすべきかが問題となるとしても、法例等に特許権の効力の準拠法に関する定めはないから、正義及び合目的性の理念という国際私法における条理に基づいて決定するほかないところ、(一)冒頭に掲記の本件の事実関係、及び一般にある国で登録された特許権の効力が当然に他の国の領域内に及ぶものとは解されていないことなどに照らすと、準拠法は我が国の特許法又は条約であると解するのが相当である。そして、前記のとおり、我が国特許法には、他国の特許権につき積極的誘導又は寄与侵害に当たるとされる我が国領域内における行為の差止めやそのような行為によって製造された製品の廃棄を認める規定はなく、我が国と他国(米国)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在しない。控訴人は、教唆又は幫助により直接侵害行為の行われた米国を結果発生地とみる見解や、共同不法行為者の責任原理から我が国で教唆又は幫助が行われても米国が直接の加害行為地とする見解に基づき、米国特許法の適用を主張するが、右各見解は、本件においてはいずれも採用することができない。……以上のとおりであるから、控訴人の本件差止め及び廃棄請求は我が国特許法が認める差止請求及び廃棄請求の根拠となる我が国特許権に関する主張がない以上、その余の点について判断するまでもなく、理由がない。……以上によれば、被告製品が本件米国特許発明の技術的範囲に含まれるかなどの点について判断するまでもなく、控訴人の差止め及び廃棄請求は、すべて理由がないというべきである。」として、特許権の属地主義を根拠に、特段の法律また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廃棄請求は日本では認められないとして準拠法を日本法または条約とする。したがって、差止請求をすることはできない。他方、米国特許権の侵害を理由とする損害賠償請求の可否については次のように判示している。「控訴人の請求は、被控訴人の行為が控訴人の米国特許権を侵害することを理由に損害賠償を求めるものであり、控訴人の主張する被侵害法益は米国特許権である。そして、控訴人の主張する損害賠償請求権は、広く我が国の不法行為に基づく損害賠償請求権の範囲に属する可能性がある

ので、前記差止め及び廃棄請求とは異なり、渉外的要素を含むものである。そこで、まず、その準拠法について検討すると、特許権の侵害を理由とする損害賠償は特許権の効力と関連性を有するものではあるが、損害賠償請求を認めること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、法例一一一条一項によるべきものと解するのが相当である。法例一一一条一項においては、不法行為によって生ずる債権の成立及び効力はその原因たる事実の発生した地の法律によるものと規定されている。そして、控訴人が不法行為に当たると主張する被控訴人の行為は、すべて日本国内の行為であるから、本件においては、日本法(民法七〇九条以下)を適用すべきものというべきである。……民法七〇九条においては、他人の権利を侵害したことが、不法行為に基づく損害賠償請求権の要件の一つとされているところ、本件においては、控訴人が被控訴人の行為によって侵害されたと主張する権利は米国特許権である。前記のとおり、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。したがって、米国特許権の侵害に当たる行為が我が国でされたとしても、右行為は、米国特許権侵害に当たるとの主張事実のみをもってしては、日本法上不法行為たり得ないと解するのが相当である。……したがって、控訴人の損害賠償請求を認めることはできない。……なお、控訴人は、結果発生地である米国を『原因タル事実ノ発生シタル地』とする見解又は共同不法行為とみて直接侵害行為が行われた米国を『原因タル事実ノ発生シタル地』とする見解に基づき、本件につき不法行為法の準拠法を決定する場合には、米国が法例一一一条の『原因タル事実ノ発生シタル地』と解釈すべきである旨主張する。しかしながら、特許侵害行為についての準拠法は、教唆、幫助行為等を含め、過失主義の原則に支配される不法行為の問題として行為者の意思行為に重点が置かれて判断されるべきであるから、本件では不法行為者とされる者の行動地である我が国が法例一一一条一項にいう『原因タル事実ノ発生シタル地』に当たるといふべきであり、控訴人の右主張は採用することができない。」として、損害賠償請求については、法廷地国際私法により不行為準拠法(11条2項)が適用され日本法によるとされる。したがって、損害賠償請求を行うことはできない。よって、「控訴人の請求はいずれも理由がないからこれを棄却すべきところ、これと同旨の原判決は相当であるから、本件控訴を棄却することとし、主文のとおり判決する。」⁽³⁾として本件控訴を棄却した。

したがって、特許権侵害に基づく差止請求及び廃棄請求に関しては、特許権の効力の問題であるとして、不法行為と性質決定すべきではなく、特許権侵害を構成するものとして性質決定し、この点に関しては、国際私法上、法の欠缺があるとして、条理によって保護国法が適用されるとの理解である。また、保護国法の決定に関しては、特許権には属地主義が妥当するものとして、日本法が適用される。これに対して、特許権侵害に基づく損害賠償請求に関しては、法廷地国際私法により不行為準拠法(11条2項)が適用され日本法によるとされる。X から Y に対する特許権侵害に基づく差止請求及び損害賠償請求を行うことはできないと判示した。

(4) 「カードリーダー事件」 最高裁平成14年9月26日判決

1 事実の概要

日本人X(原告:米国特許権者)は当該製品に関する米国特許権を有する特許権者である。日本在住の日本法人 Y(被告:利用行為者、日本の特許権者)は当該製品を日本で製造し、アメリカ合衆国に輸出・販売していた。この行為に基づいて、原告 X は被告 Y に対して X の米国における権利を侵害したとして製品の製造の差止及び特許権侵害に基づく損害賠償請求を日本の裁判所に提起した事案である。この点に関して、日本の裁判所は、アメリカ合衆国において発明の名称「FM信号復調装置」とする米国特許を有するが、我が国において、本件発明と同一の発明について特許権を有しない上告人が、被上告人製品は、本件発明の技術的範囲に属するとして損害賠償を求めた事案で、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とすることを意味するものであるとして、上告を棄却したものである。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

特許権侵害の準拠法の決定に関して、パリ条約が抵触法規定を含んでいないとして、特許権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求を区別して次のように述べている、すなわち、

「2 上告人の被上告人に対する本件差止請求及び本件廃棄請求がいずれも理由がない旨の原審の判断は、結論において是認することができる。その理由は、次のとおりである。(1) 本件差止請求及び本件廃棄請求は、私人の財産権に基づく請求であり、本件両当事者が住

所又は本店所在地を我が国とする日本人及び日本法人であり、我が国における行為に関する請求ではあるが、米国特許法により付与された権利に基づく請求であるという点において、渉外的要素を含むものであるから、準拠法を決定する必要がある。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(最高裁平成7年(オ)第1988号同9年7月1日第三小法廷判決・民集51巻6号2299頁参照)。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から、原審の上記1(1)の判断は、相当でない。2)米国特許権に基づく差止め及び廃棄請求は、正義や公平の観念から被害者に生じた過去の損害のてん補を図ることを目的とする不法行為に基づく請求とは趣旨も性格も異にするものであり、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。」として、特許権に基づく差止め及び廃棄請求の準拠法は、特許権の効力の問題であるとして、条理により保護国法が適用され、保護国を当該特許権が登録された国の法であるとの理解である。「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、特許権に基づく差止め及び廃棄請求の準拠法は、当該特許権が登録された国の法律であると解すべきであり、本件差止め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。その準拠法が我が国の特許法又は条約であるとした原審の上記1(2)の判断は、相当でない。」として、特許権に基づく差止め及び廃棄請求の準拠法は、当

該特許権の登録国法たるアメリカ合衆国の法であるとして、日本法を準拠法であるとした原審の判断は妥当でない」と判示した。さらに、アメリカ合衆国法の日本における適用について、「(3)米国特許法271条(b)項は、特許権侵害を積極的に誘導する者は侵害者として責任を負う旨規定し、直接侵害行為が同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も含むものと解されている。また、同法283条は、特許権が侵害された場合には、裁判所は差止めを命ずることができる旨規定し、裁判所は侵害品の廃棄を命ずることができるものと解されている。したがって、同法271条(b)項、283条によれば、本件米国特許権の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。しかし、我が国は、特許権について前記属地主義の原則を採用しており、これによれば、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、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。したがって、米国特許法の上記各規定を適用して被上告人に差止め又は廃棄を命ずることは、法例33条と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。(4)よって、上告人の米国特許法に基づく本件差止請求及び本件廃棄請求は、これを認めるべき法令上の根拠を欠き、理由がない。原判決は、結論においてこれと同旨をいうものであるから、これを是認することができる。論旨は、原判決の結論に影響しない説示部分を非難するに帰するものであって、採用することができない。」として、特許権に基づく差止め及び廃棄請求の準拠法が、特許権の効力の問題であり、条理によって保護国法(登録国法)たるアメリカ法が適用されるとしながら、属地主義を根拠に日本の公序に基づいて上告人 X(原告：米国特許権者)の米国特許法に基づく本件差止請求及び本件廃棄請求は認められないとした。他方、特許権侵害に基づく損害賠償請求の準拠法については、「第3 同第三点について……2 上告人の被上告人に対する本件損害賠償請求が理由がない旨の原審の判断は、結論において是認することができる。その理由は、次のと

おりである。(1)本件損害賠償請求は、本件両当事者が住所又は本店所在地を我が国とする日本人及び日本法人であり、我が国における行為に関する請求ではあるが、被侵害利益が米国特許権であるという点において、渉外的要素を含む法律関係である。本件損害賠償請求は、私人の有する財産権の侵害を理由とするもので、私人間において損害賠償請求権の存否が問題となるものであって、準拠法を決定する必要がある。そして、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。原審の上記1(1)の判断は、正当である。(2)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。けだし、(ア)我が国における被原告人の行為が、アメリカ合衆国での本件米国特許権侵害を積極的に誘導する行為であった場合には、権利侵害という結果は同国において発生したものであるといえることができ、(イ)準拠法についてアメリカ合衆国の法律によると解しても、被原告人が、米国子会社によるアメリカ合衆国における輸入及び販売を予定している限り、被原告人の予測可能性を害することにもならないからである。その準拠法が我が国の法律であるとした原審の上記1(2)の判断は、相当でない。(3)米国特許法28 4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、28 4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。本件においては、我が国の特許法及び民法に照らし、特許権侵害を登録された国の領域外において積極的に誘導する行為が、不法行為の成立要件を具備するか否かを検討すべきこととなる。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、被原告人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。(4)よって、本件損害賠償請求は、法令上の

根拠を欠き、理由がない。原判決は、結論においてこれと同旨をいうものであるから、これを是認することができる。論旨は、原判決の結論に影響しない説示部分を非難するに帰するものであって、採用することができない。」⁽⁴⁾と。

したがって、特許権に基づく差止め及び廃棄請求の準拠法は、特許権の効力の問題であるとして、条理により保護国法が適用され、保護国を当該特許権が登録された国の法であるとの理解である。他方、特許権侵害に基づく損害賠償請求の準拠法は、法例11条1項により、法例11条1項にいう「原因タル事実ノ発生シタル地」は、米国であるとし、米国特許権の侵害を積極的に誘導する行為を我が国で行ったことに関しては、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」に当たり、XはYに対して損害賠償請求をすることはできないとの理解である。

(5) 「サンゴ砂事件」 東京地裁平成15年10月16日判決

1 事実の概要

事実の概要は以下の通りである。

原告Xはサンゴ化石微粉末を健康食品として販売し、これを米国にも輸出販売している。被告Yは「健康増進のため組成物」に関する米国特許権を有している。原告Xは被告Yに対して原告Xによる米国内での原告製品の販売等につき被告が米国内における差止請求権を有しないことの確認等を求めた事案である。この点に関して、日本の裁判所は、我が国の国際裁判管轄を肯定すべきであって、差止請求権の不存在確認に係る請求については米国特許法が準拠法となるところ、原告製品について文言侵害及び均等侵害は成立せず、原告製品は、被告の本件特許発明の技術的範囲に属しないから、これを米国内において販売等する行為は、本件米国特許権を侵害しないなどとして、請求の一部を認容したものである。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

特許権侵害に基づく差止請求の準拠法の決定に関して、「(1) 準拠法について 請求の趣旨第1項は、『原告による米国内における原告製品の販売につき、被告が本件米国特許権に基づく差止請求権を有しないことを確認する。』というものであり、米国内における原告の行為につき被告が米国特許法により付与された権利に基づく請求権を有するかどうかを

問題とするものであって、渉外的要素を含むものであるから、準拠法を決定する必要がある。米国特許権に基づく差止請求は、被害者に生じた過去の損害のてん補を図ることを目的とする不法行為に基づく請求とは趣旨も性格も異なるものであり、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から、その法律関係の性質は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ついては、法例等に直接の定めがないから、条理に基づいて決定すべきところ、〔1〕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、〔2〕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、〔3〕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、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(最高裁平成12年(受)第580号同14年9月26日第一小法廷判決・民集56巻7号1551頁参照)。したがって、請求の趣旨第1項の請求については、米国特許法が準拠法となる。」として、特許権の効力の問題であるとして、条理によって保護国法が適用されるとし、保護国を最密接関係地国であるとして米国法が適用されるものであると解される。さらに、米国法の適用に関しては、「(2)米国特許法の規定について 米国特許法271条(A)項には、『本法に別段の定めがある場合を除き、米国内において特許の存続期間中に、特許発明を権限なく生産し、使用し、販売提供し又は販売し、あるいは、米国内に特許発明を輸入した者は、特許を侵害したものとする。』と規定され、同法283条には、『本法に基づく訴訟について管轄権を有する裁判所は、特許により付与された権利侵害を防止するため、衡平の原則に従って裁判所が合理的と認める条件に基づいて差止命令を下すことができる。』旨が規定されている。したがって、本件においては、米国特許法271条(A)項、283条に従って、原告製品の販売が本件米国特許権を侵害し、被告が原告に対して差止請求権を有するかどうかを判断する。よって、原告による米国内における別紙物件目録記載のサンゴ化石粉体の販売につき、被告が米国第4540584号特許権に基づく差止請求権を有しないことを確認する。2 被告は、日本国内から原告の米国内の取引先に対して、原告による米国内における別紙物件目録記載のサンゴ化石粉体の販売行為が米国第4540584号特許権を侵害する旨を告知し、流布してはならない。3 被告は、日本国内から原告の米国内の取引先に対して、同取引先による米国内における別紙

物件目録記載のサンゴ化石粉体の販売行為が米国第4540584号特許権を侵害する旨を告知し、流布してはならない。4 被告は、原告に対し、299万8000円及びこれに対する平成14年2月15日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。5 本件訴えのうち、『原告の米国内の取引先による米国内における別紙物件目録記載のサンゴ化石粉体の販売につき、被告が米国第4540584号特許権に基づく差止請求権を有しないことを確認する。』との判決を求める訴えを却下する。6 原告のその余の請求を棄却する。7 訴訟費用は、これを3分し、その1を原告の負担とし、その余を被告の負担とする。8 この判決の第2項ないし第4項は、仮に執行することができる。」⁽⁵⁾として、米国特許法271条(A)項、283条に基づいて、原告X社の製品の販売について被告Yが原告Xに対して本件米国特許権侵害に基づく差止請求権を有するかどうか判断され、本件米国特許権を侵害しないとされた。

したがって、本判決は、特許権侵害に基づく差止請求を特許権の効力に関する問題と性質決定し、法例に規定がないため、条理により特許権と最も密接な関係を有する国の法として登録国法が適用されると判示した。

(6) 「リサイクルインクタンク特許権侵害事件」 知財高裁平成18年1月31日判決

1 事案の概要

事実の概要は以下の通りである。

控訴人Xは、名称を「液体収納容器、該容器の製造方法、該容器のパッケージ、該容器と記録ヘッドを一体化したインクジェットヘッドカートリッジ及び液体吐出記録装置」とする発明の特許権者である。被控訴人Yは、インク費消費後の使用済控訴人製品にインクを再充填するなどして製品化した被控訴人製品を輸入販売していた。この行為に基づいて、控訴人Xから被控訴人Yに対して、被控訴人の行為は、控訴人の有する特許権を侵害するものであるとして、侵害行為の差止等を求めたところ、棄却されたため、控訴した事案である。この点に関して、日本の裁判所は、被控訴人Yの製品については、当初に充填されたインクが消費されたことをもって、特許製品が製品としての本来の耐用期間を経過してその効用を終えた後に再使用又は再生利用がされた場合に該当するということができないが、丙会社によって構成要件H及びKを再充足させる工程により被控訴人製品として製品化されたことで、特許製品につき第三者により特許製品中の特許発明の本質的部分を構成する部材の全部又は一部につき加工又は交換がされた場合に該当するから、本件発明1に係る本件特許権は消尽せず、従って、控訴人は被控訴人に対し、本件発明1に係る本件特許権

に基づき、国内販売分の控訴人製品に由来する被控訴人製品の輸入販売等の差止等を求めることができるなどとして、原判決を取り消し、控訴人の請求を認容したものである。

2 判旨

判旨は以下の通りである。

著作権侵害に基づく差止請求の準拠法の決定に関して、「1. Aについて、国内において当該特許発明に係る製品を譲渡した場合には、当該特許製品については特許権はその目的を達したものとして消尽し、もはや特許権者は、当該特許製品を使用し、譲渡し又は貸し渡す行為等に対し、特許権に基づく差止請求権等を行使することができないが、(1)当該特許製品が製品としての本来の耐用期間を経過してその効用を終えた後に再使用又は再生利用がされた場合(『第1類型』)、又は、(2)当該特許製品につき第三者により特許製品中の特許発明の本質的部分を構成する部材の全部又は一部につき加工又は交換がされた場合(『第2類型』)には、特許権は消尽せず、特許権者は、当該特許製品について特許権に基づく権利行使をすることが許される。本件は、物の発明である本件発明1との関係では、第1類型には該当しない。しかし、本件発明1において、構成要件H及びKは発明の本質的部分であるところ、Y製品は、構成要件H及びKを再充足させる工程を含むインクの再充填により製品化されたものであるから、第2類型に該当する。したがって、Xは、我が国の国内において譲渡されたX製品の使用済み品にインクを再充填するなどして製品化されたY製品について、本件発明1に係る本件特許権に基づく権利行使をすることが許される。2. Bについて、(1)当該特許製品が製品としての本来の耐用期間を経過してその効用を終えた後に再使用又は再生利用がされた場合、又は、(2)当該特許製品につき第三者により特許製品中の特許発明の本質的部分を構成する部材の全部又は一部につき加工又は交換がされた場合には、特許権者は、当該特許製品について特許権に基づく権利行使をすることが許される。本件において、Xは、我が国の国外において譲渡されたX製品の使用済み品にインクを再充填するなどして製品化されたY製品について、本件発明1に係る特許権に基づく権利行使をすることが許される。3. 国外販売分の控訴人製品にインクを再充填するなどして製品化された被控訴人製品について本件特許権に基づく権利行使をすることの許否 なお、本件においては、一部の控訴人製品が販売された地や、被控訴人製品として製品化された地が我が国の国外であるなどといった点で渉外的要素を含むところから、準拠法が問題となり得るが、控訴人の本件訴えは、本件特許権に基づく差止め及び廃棄の請求であるので、

本件特許権が登録された国である我が国の法律が準拠法となると解すべきものである(最高裁平成14年9月26日第一小法廷判決・民集56巻7号1551頁)。』として特許権の登録国法たる日本法が適用されるとした。よって、「結語 以上によれば、控訴人の請求はいずれも理由があるから、これを棄却した原判決を取消し、控訴人の請求をいずれも認容することとして、主文のとおり判決する。なお、仮執行の宣言は相当ではないので、これを付さないこととする。原判決を取り消す。2 被控訴人は、別紙物件目録(1)及び(2)記載のインクタンクを輸入し、販売し、又は販売のために展示してはならない。3 被控訴人は、前項記載のインクタンクを廃棄せよ。4 訴訟費用は、第1、2審とも被控訴人の負担とする。」⁽⁶⁾と。

したがって、本判決の見解によれば、特許権侵害に基づく差止請求について、特許権の登録国法が適用されるとの理解である。

第3節 「法例」下における学説

この点、特許権自体の準拠法に関しては、パリ条約が抵触法規定を含むとする見解は我が国においても有力であり、その前提としての属地主義の根拠を、①内国民待遇の原則(パリ条約2条)に求める見解と、②特許独立の原則(パリ条約4条の2)に求める見解がある。また、当該属地主義から保護国法主義が導かれ、特許権侵害の準拠法の決定においても同様の見解が主張されている。

第1款 パリ条約が抵触法規定を含むとする見解

属地主義の根拠を、(1)内国民待遇の原則(パリ条約2条)に求める見解と、(2)特許独立の原則(パリ条約4条の2)に求める見解がある。

(1) 属地主義の根拠を内国民待遇の原則(パリ条約2条)に求める見解

パリ条約2条においては内国民待遇の原則が規定されている。すなわち、「(1)各同盟国の国民は、工業所有権の保護に関し、この条約で特に定める権利を害されることなく、他のすべての同盟国において、当該他の同盟国の法令が内国民に対し現在与えており又は将来与えることがある利益を享受する。すなわち、同盟国の国民は、内国民に課される条件および手続きに従う限り、内国民と同一の保護を受け、かつ自己の権利の侵害に対し内国民と同一の法律上の救済を与えられる。(2)もっとも、各同盟国の国民が工業所有権を享有

するためには、保護が請求される国に住所又は営業所を有することが条件とされることはない。(3)司法上及び行政上の手続き並びに裁判管轄権については、並びに工業所有権に関する法令上必要とされる住所の選定又は代理人の選任については、各同盟国の法例の定めるところによる。」と。したがって、同盟国国民は、その他の同盟国において、内国民と同一の実質的成立要件及び方式を満たせば、同様に保護されるという外人法を規定している。パリ条約の規定によって、日本の特許権法25条の相互主義の規定が排除される。

この点、特許権侵害において内国民待遇の原則に属地主義の根拠を求める見解として、まず、桑田教授の見解が挙げられる。すなわち、「その基本構造の点において外人法的性質のものである(内国法上における外国人の権利享有に関する規定を総称して外人法という)。そのようなものとしての条約第2条はパリ条約が早くに実質的法統一の立場を捨てて、工業所有権法体系を挙げて各国の自主的立法(属地主義の原則)にゆだねたことを意味しているのである」⁽⁷⁾とし、「抵触法(国際私法)的原則としての属地主義の原則」⁽⁸⁾をパリ条約2条の内国民待遇の原則から導き出せると考える。特に、「属地主義の原則は、同条約第2条のうちにその基礎をもち、そして、国際工業所有権法の包括的な秩序原理となっている。」とするバイヤー教授の理論を支持し、2条における内国民待遇の原則は、内外人間における差別待遇の禁止という外人法的要請を含むとともに、「それは、外人法的規定を通じてその前提となっている抵触法規則を導き出そうとするものにほかならない」⁽⁹⁾との解釈を行っている。属地主義の原則から導かれる保護国法主義について、桑田教授の場合、工業所有権の成立、譲渡および保護は全面的に、権利が所在する地、権利が付与された国の法律に服せしめられるとし、権利付与国であるとする⁽¹⁰⁾。桑田教授は、不動産物権に関する所在地法主義に即して、「保護国法主義」⁽¹¹⁾を構成し、特許付与に遡るその沿革ならびに無形的財貨としての特性などを考慮すると、「保護権の効力は保護国の領土内に限る」とする権利属地性の原則が生まれ、この点を考慮しながら、実質法上のそれぞれの権利または法律関係の固有・内在的な性質に応じてその性質にもっともよく適合した準拠法を選択するとする抵触法の基本原則に基づくと、権利付与国法主義を採用することが望ましいとする。また、「属地主義の原則は内国の立法者及び裁判官が、内国法に従って判断されるべきものであって、かつ、内国に限定されている権利保護を外国で生じた事実依存せしめることを妨げるものではない」⁽¹²⁾とするバイヤー教授の意見を支持し、特許権が付与国以外の地で侵害を受けた場合も、一貫して権利を付与した国の法律を適用することになると考える。

次に、同様の趣旨を明らかにするものとして、木棚教授の見解が挙げられる。木棚教授によれば、「『条約の第二条の根本原則は外国人を内国人と平等に扱うものであった。そこで同時に規定されているのは、外国人の保護は、その外国人が保護を求める国の法律に従うことである。同盟の域内でそのように属地主義の原則が適用されるのである。』……この見解によると、パリ条約2条は、たんに外人法上の実質規定を含むのみならず、抵触規定を含むことになるのである。属地主義およびその結果としての保護国法の原則をパリ条約の規定から導くとすれば、2条に求められることは古くから認められていたことがわかる。」⁽¹³⁾として、パリ条約が抵触法規定を含み、属地主義の根拠が内国民待遇の原則に基づくものであるとの理解である。この点、特許独立の原則については、「……独立の原則は、一旦成立した権利が各々独立であり、たとえば、最初の出願国における権利の運命に左右されるような規定を置いてはならないという実質法上の規定である。したがって、この原則自体は一旦成立し、取得された権利に関するものであるから、本源国法で成立した特許をそのまま他の国で認めたとしても、各国で同一発明に関する特許権の運命をそれぞれ独立のものとするができる以上、直ちにこの原則に反するものではないのである。逆に、属地主義によっても、属地法上、同一発明について内国で取得された特許につき外国で取得された権利の運命に従属させる実質規定を設けることができるはずであるが、独立の原則によるとこのような原則を設けることは許されない。このようにみると、工業所有権独立の原則は、属地主義の原則と異なるものである。この点で、先に述べたコンメンタールが特許独立の原則を属地主義の例外の一つとして挙げている点が注目される」⁽¹⁴⁾として、パリ条約が抵触法規定を含み、属地主義の根拠が内国民待遇の原則に基づくものであるとの理解である。この点、木棚教授によれば、特許独立の原則は属地主義の例外であるとの理解であり、特許独立の原則を根拠にパリ条約が抵触法規定を含むと解することはできないとの理解である。

(2) 属地主義の根拠を特許独立の原則(パリ条約4条の2)に求める見解

特許権においては特許独立の原則が採用されている。パリ条約4条の2においては、「(1) 同盟国の国民が各同盟国において出願した特許は、他の国(同盟国であるか否かを問わない。)において同一の発明について取得した特許から独立したものとする。(2) (1)の規定は、絶対的な意味に、特に、優先期間中に出願された特許が、無効又は消滅の理由についても、また、通常の存続期間についても、独立のものであるという意味に解釈しなければ

ならない。(3) (1)の規定は、その効力の発生の際に存するすべての特許について適用する。(4) (1)の規定は、新たに加入する国がある場合には、その加入の際に加入国又は他の国に存する特許についても、同様に適用する。(5) 優先権の利益によつて取得された特許については、各同盟国において、優先権の利益なしに特許出願がされ又は特許が与えられた場合に認められる存続期間と同一の存続期間が認められる。」と規定されている。すなわち、他国で登録された同一の特許が消滅ないし無効となっても、そのことを理由にその国の特許権が無効とされてはならず、いったん成立した特許権は同一の特許であっても、独立し、最初の出願国の権利に後続の特許権の存続が左右されてはならないとされる実質法上の規定である。

判例は「特許権については、いわゆる特許独立の原則が行われ、日本国内においては、日本の特許のみが権利として認められ、外国特許は何ら権利としての存在を有しない」(東京地判昭和28・6・12満州国特許事件(下級民集4巻6号8 4頁))として、特許独立の原則を根拠に属地主義を導いている。

さらに、特許権独立の原則に根拠を求める説として、清瀬一郎博士の見解が挙げられる。清瀬博士は、「一国の特許権はその国の法域内においてのみ効力を有し、かつ、同一発明に対する各国の特許権は相互に独立したものとされている。それは本来同一物ではあるが、『発明』すなわち不完全発明権を特許とする要件が各国でそれぞれ異なっているので、これによって生じる特許権の効力も各国で異なる」⁽¹⁵⁾とし、パリ条約が特許独立の原則を含んでいることを根拠に属地主義の原則を導いている。

つまり、独立の原則を一国一特許の原則と同視し、独立の原則から属地主義の原則を導こうとする。また、清瀬博士によれば、「特許権は国家行政処分によって創設付与されるものとされているからである。この点で、特許権については著作権のように一国で発生したものを他国で侵害しても不法行為とならず、内国の特許を外国で侵害しても不法行為とならない。なお、外国において外国特許権を侵害したという事実について内国在住の債務者に不法行為の訴えしても、損害賠償は成立しない。」⁽¹⁶⁾とする。

さらに、同様の見解を支持するものとして、土井教授の見解が挙げられる。すなわち、土井教授によれば、工業所有権に関して、「パリ条約は、……工業所有権に関して最も広い範囲の保護を確保しようとする。パリ条約の実体規定は、内国民待遇、優先権、および共通規則の3つの種類よりなる。条約は、国際的な特許制度をもうけたり、意匠や商標の国際登録制度をもうけて、同盟国間において共通の保護を与えるものではない。条約は、特

許の付与、意匠や商標の登録およびこれらの権利保護を各国ごとに独立して行う属地主義のうえに、各締約国において、これらの権利の取得および保護について内国民待遇を保証する。……パリ条約のもとに、ある同盟国に特許出願し、ついで一年以内に他の同盟国に同一の発明について特許出願すると、当該他の同盟国になされた出願は、最初になされた出願の日に出願されたものとみなされる。……条約のもとで、『各同盟国における出願に係る同盟国の国民の特許権は、同一の発明について他の国(同盟国であるとないとを問わない)において取得した特許権から独立したもの』とされる」とし、特許独立の原則から属地主義を導き、「特許の効力は、これを付与した国の領域内に限定されるから、法例11条を適用するまでもなく、その国においてのみ侵害が成立するし、また、侵害の成立及び効果については、その国の法律が適用される」⁽¹⁷⁾として、パリ条約が特許権侵害の準拠法に関して抵触法規定を含むとし、権利付与国法を適用するとの理解である。

第2款 パリ条約が抵触法規定を含まないとする見解

パリ条約が抵触法規定を含まないとする見解は、(I)特許権侵害に関する問題を「私法的法律関係」と解する見解と、(II)特許権侵害に関する問題を「公法的法律関係」と解する見解に大別される。

1. 特許権侵害に関する問題を「私法的法律関係」と解する見解

特許権侵害に関する問題を「私法的法律関係」とする見解は、さらに、(1)差止請求と損害賠償請求を区別する見解と、(2)差止請求と損害賠償請求を区別しない見解に分けられる。

1) 差止請求と損害賠償請求を区別する見解

(1) 差止請求に関しては、特許権の効力として、法の欠缺として条理により保護国法を適用し、保護国法を登録国法と解し、損害賠償請求に関しては、不法行為として不法行為準拠法により行動地を結果発生地とする見解

差止請求に関しては、特許権の効力として、法の欠缺として条理により保護国法を適用し、保護国法を登録国法と解し、損害賠償請求は、不法行為として不法行為準拠法により行動地を結果発生地とする見解を採用するものとして、高部氏の見解が挙げられる。

高部氏によれば、一方で、外国特許権に基づく日本における侵害行為の差止請求に関しては、「差止請求についても国際裁判管轄を肯定する見解もあるけれども、裁判所の権限がその国の領域に制限されていることからすれば、疑問である。被告が日本法人で差止め強制執行を我が国において間接強制により行うことが可能な場合はともかく、我が国において、裁判権の及ばない外国における行為の差止を認めることは困難であろう。」⁽¹⁸⁾として外国における特許権侵害の場合の差止請求は認められないとしている。他方で、日本の特許権に基づく外国における侵害行為の差止請求に関しては、「我が国の特許権に基づいて、我が国への輸出を目的とした生産等が外国で行われている場合にかかる外国での行為を原因とした損害賠償責任をみとめるべきである、とする見解がある。」⁽¹⁹⁾として、見解の紹介にとどまっている。また、「外国特許権侵害の場合、外国で付与された特許権の侵害の有無が判断対象であり、準拠法が不法行為地の法となる(……属地主義の原則から権利の保護国法となるとされる。)から、外国の特許法等の法令を扱わなければならなくなり、国際裁判管轄を認めた場合には、まず外国法を調査適用するのに伴う困難がある。」⁽²⁰⁾として属地主義を根拠に保護国法を適用し侵害行為地法を適用するとの理解である。また、別の論文においても、同様の見解を示している。すなわち、「不法行為の制度は正義・公平の観念から被害者に生じた過去の損害の填補を図ろうとするものであり、加害者の故意過失という、責任を負うべき主観的事情を要件とするのに対し、差止請求は特許権の排他的独占権としての性質から当然に認められる効果であって、侵害者の故意過失を問わず、将来的に行為の停止を求めるものである。したがって、差止は不法行為とは趣旨も性格も異にし、侵害に対する救済の一つといったような抽象的な概念により同列に扱うことは適切ではない」⁽²¹⁾と。すなわち、高部氏によれば、差止請求と損害賠償請求はその請求の本質的な性質が異なることから、両者を区別し、差止請求については、特許権の排他的独占権として性質付け特許権の効力の問題であると解される。

他方で、損害賠償請求については、「本判決は、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て、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とした。なお、国際私法上、一定の権利の侵害が不法行為となるか否かが問題となる場合、そのような権利の存在自体(と居権の有効無効)は不法行為の準拠法によらず、その先決問題として、権利自体の準拠法によるべきものとされている。したがって、特許権侵害を理由とする損害賠償請求において、その特許権の無効が問題となると

きは、先決問題として、特許権の効力の準拠法である登録国法によって判断すべきことになる。」⁽²²⁾として不法行為と性質決定し、さらに、不法行為準拠法を適用した場合には、「本判決は、このように、法例11条1項にいう原因事実発生地を特許権侵害という結果の発生したアメリカ合衆国と解し、特許権の効力の準拠法によるとした差止請求と、結果において同一の法を準拠法とした。」⁽²³⁾として、不法行為の行動地を結果発生地であると理解しているものと解される。また、「本判決は、法例11条2項の適用場面において、否定説を採用した。属地主義の原則をとり、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もたないわが国の法律の下においては、これを認める立法または条約のない限り、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『外国ニ於イ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』にあたるとして、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としたものである。」⁽²⁴⁾と、したがって、「以上のとおり、本判決は、本件損害賠償請求については、不法行為と性質決定し、原因たる事実の発生地である米国法を準拠法とすべきであるとした。そして、本件損害賠償請求は、法例1条2項により、認められないものとしたものである。」⁽²⁵⁾と。すなわち、高部裁判官によれば、差止請求に関しては、特許権の効力として、法の欠缺として条理により保護国法を適用し、保護国法を登録国法と解し、損害賠償請求に関しては、不法行為として不法行為準拠法により行動地を結果発生地とするとの理解である。

次に、同様の見解を採用するものとして、後藤教授によれば、差止請求の準拠法に関する最高裁判決を支持して次のように述べている。すなわち、後藤教授によれば、「本件判決は③に従い米国特許権の独占的排他的効力に基づき決定すべきものとしている。そもそも特許発明は技術的思想という無形のものであり、その実施等は特手の場所に固定されるものではないから、物権に準ずるべきではない。特許権の効力の準拠法に関しては、法例等に直接の定めはないが、差止めないし廃棄請求権は特許権の独占的排他的効力から流出する権能であり(我が国では特許法100条の規定は現行法で設けられたものであるが、そのような規定の存在しなかった旧法(大正10年法)のもとでも、所有権に基づく妨害排除請求権や占有権の効力としての占有保全の訴え等に準じ、理論上肯定されていたところである。)、その法律関係の性質が特許権の効力に属するものであること、また、当該特許の保護が求

められる国は当該特許権を付与した国であること等を考慮に入れば、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とし、その準拠法は登録国法とすべきであり、米国特許法を準拠法とすべきとする本判決に賛成である。なお、特許権の付与手続きが公法的性質を有することと特許権が私権であることとは区別されるべきである。(TRIPSの協定の前文では『知的所有権が私権であることを認め』と謳っている。)。ブラッセル条約……においても管轄の根拠として密接な関連性があげられているところである。」⁽²⁶⁾として、特許権が私法的法律関係に属するとして、差止請求権を特許権の効力として性質付け、保護国を権利付与国であると解し、権利付与国の内容としては最密接関係地法たる登録国法であるとの見解を示し判例の見解を支持している。この点、判例の理由づけに対しては疑問を呈している。すなわち、「特許権の効力の領域限定の根拠は薄弱であり、更なる解明が必要である。むしろ注目すべきは、……外国においてされた事情を、権利行使の制限において考慮できると同様に、権利侵害の成否の判断に当たって考慮することもパリ条約や属地主義の原則とは無関係であるはずである。このBBS事件は我が国の特許権に基づき国内の行為が差止めの対象となっているので、若干異なるところはあるが、侵害国へ向けられた行為であることを考慮すれば、そのようなことを考慮することも、属地主義の原則に反するとはいえないであろう。このことは、知的財産権の発生、変動、効果、消滅については各国の自由に委ねられている結果である。」⁽²⁷⁾と。したがって、属地主義に根拠を求める判例の見解には否定的な見解を示している。また、「……法律は国家主権の発動として制定されるものであり、実体法の内容として上記米国特許法のような規定を盛り込むことは各国の立法政策の事項に属する。我が国の特許権の侵害行為の教唆や幫助の行為が外国で行われた場合にその行為に対し我が国の当該特許権の侵害の責任を肯定する立法は可能であり、それがどうして外国の主権を害することとなるのであろうか……特許権の国際性の観点からは我が国の特許権についても、上記米国特許法と同趣旨の規定を設け、同様の効果を与えることが望ましいところではある。準拠法決定の場合の『公序』と実定法上の『公序』とを区別すべきであるとの見解もあるところであり、また、我が国には属地主義についての明文の規定は存しないので……、形式的拠り所としては、法例33条に求め、実質的には我が国の特許法秩序に求める手法も許されなくはないであろう。ただ、現在のところ、我が国特許法には米国特許271条(b)に規定するような行為が我が国内で行われても、侵害とはみなされず、第三者は侵害の責任を負わされるとはないけれども、そのような規定を我が国の特許法に導入するこ

とが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の判示には賛成できない。」⁽²⁸⁾と。したがって、最高裁が米国の特許法に基づく域外適用の規定を公序によって排除し、結果的に、日本法を適用した点に関しては支持していない。

これに対して、損害賠償請求について最高裁が不法行為の問題として性質決定し『原因タル事実ノ発生シタル地』を結果発生地であるとしている点を支持し次のように述べている。すなわち、「アメリカ合衆国内での、直接侵害行為がない場合は、寄与侵害の責任を問われることはないと解されるので、寄与侵害行為は国内の直接侵害行為と密接な関連を有しているとみることができるので、結果発生主義に賛成である。」⁽²⁹⁾と。さらに、最高裁が不法行為準拠法を適用した結果、法例11条2項により不法行為地法たる米国の法と法廷地法たる日本法との累積的適用した点について、「……少なくとも我が国の特許法にも民法にも特許権侵害の積極的誘導行為を違法とする規定もそのことを予定している規定もないので、我が国において特許権侵害を積極的に誘導する行為が我が国の不法行為の要件を具備しないという本件判決の結論は妥当である。なお、ここで、『これを認める立法がない限り』とあり、そのような立法の可能性を否定していないことは看過すべきでないように思う。」⁽³⁰⁾として、累積的適用の結果として米国において発生した事実が日本法上は不法行為とならないとした判例の見解を支持している。

したがって、後藤教授によれば、特許権侵害の準拠法について、差止請求と損害賠償請求を区別し、差止請求に関しては、特許権の効力の問題として保護国を権利付与国とし、最密接関係地法たる登録国法を適用する。これに対して、損害賠償請求に関しては、法廷地の国際私法を適用し、不法行為準拠法による。すなわち、法例11条2項が適用され不法行為地法と法廷地法との累積的適用となるとの理解である。

(2) 差止請求に関しては、特許法に基づく属地主義を根拠に権利付与国法たる登録国法を適用し、損害賠償請求に関しては、不法行為として不法行為準拠法により結果発生地を不法行為地とする見解

差止請求は、特許法に基づく属地主義を根拠に権利付与国法たる登録国法を適用し、損害賠償請求は、不法行為として不法行為準拠法(法例11条)により結果発生地を不法行為地とする見解を採用するものとして、松本弁護士の見解が挙げられる。すなわち、松本弁護士によれば、「日本の特許法には、(69条2項のように侵害行為が日本国内のものに限られることを前提としたと見られる文言を含む規定はあるが)米国特許法271条(A)号と違って特

許権侵害行為を日本国内に限定する規定は直接には存在しない。そこで、涉外性のある行為については、特許権の侵害の関係でも、関連する国の(対立する)法律の中でどれが適用されるのかを選択する必要がある、すなわち国際私法の問題が生ずる、と考えられている」⁽³¹⁾として、特許権侵害における問題に関して涉外的要素を含み、国際私法が関与する問題であるとの理解にたち、差止請求については、「本稿は、外国での行為により、特許権侵害としての損害賠償請求が生じるものかどうかを主な議論の対象としている。差止請求がどうなるかは、これとはまた別の問題である。賠償責任を生じる場合であっても、共同不法行為責任のみで、実施行為又は間接侵害行為に相当しないものについては、差止め請求の対象とならないことに問題はない。これらは、たとえ国内でのものであったとしても差止め請求の対象とならないものだからである。実施行為及び間接侵害行為については、これとは次元の違う問題である。国内の場合なら、差し止められるべきものである。ただ、それが外国での行為がために問題となる。外国での行為である以上は、最終的にはその国の主権によらなければ実力による阻止ができないことには異論はない。しかし、だからといって日本の裁判所で差止め命令を下すことが許されないと限るものではない。スエッセン事件判決の流儀によれば、“差止め命令を出すだけは出しておいて、それをどう処理するかはその外国にゆだねる”ということになる。これを主権侵害とか国際法違反とかいう見解もあるのかも知れないが、少なくともスエッセン事件判決の流儀によれば、“最終的にどうなるかをその国にゆだねている以上は問題はない”ということである。これを、例えば軍事力をもって強制するなら主権侵害になることは勿論であるが、そうでなければ構わない、ということのようである。少々荒っぽいようにも思うが、先に述べたように、これを咎める国際私法上の定説はない。したがって、スエッセン事件判決のようなやり方をとることも許されるはずである(なお、その場合の立論は、法例11条の解釈によるのではない：不法行為の問題ではないからである)。しかし、国内法として、そうしたやり方を取らないという慎重なものであっても何もいけないことはない。筆者としては考えがまだまだとまっていないので、本稿では以上を指摘するにとどめる。」⁽³²⁾と。したがって、松本弁護士によれば、特許権侵害に基づく差止請求権に関しては明確な見解を示していないながらも、特許権の効力に基づく属地主義を根拠に権利付与国法たる登録国法を適用するとの見解を示唆している。

これに対して、損害賠償請求については、「本稿の問題は、何が結果であるとも断定できない点に違いがあるが、その趣旨を及ぼすことを考えると、直接侵害が起こる場所を結

果発生地に比してあてはめるのが妥当と思われる。間接侵害とされるべき行為自体は一種の経過に過ぎず、直接侵害が問題なのであるから、これを“結果”に比する、というわけである。そうすると、結果発生地の法を適用するとの有力説からは、本稿でABAの問題としているような外国での間接的侵害行為にも日本法を適用することになる、この結果、不法行為責任が認められることになるように思われる。上は、法例11条の適用の関係で国際的な侵害行為を全体としてまとめて、直接侵害行為地の法律が全体について適用されるとするということでもあり、既述のハネウエル事件での“the situs of the tort”についての扱いと同じである。つまり、たとえ米国での生産等の活動であるとしても、日本での販売に向けられたものである場合には、直接侵害という結果が日本で生ずるべきものであるから、生産等から販売までの一連の行為の全体に対して日本法を適用する、ということである。」⁽³³⁾として、不法行為として不法行為準拠法(法例11条)により結果発生地を不法行為地であるとの理解である。

さらに、松本弁護士によれば、「各国の特許法及びその下で認められる特許権は、その国における発明の実施の独占権を内容とするものである。……日本の特許法においては、米国のような明文の規定は無い。しかし、特許法69条2項1号の規定などからいって、……やはり当然に前提とされているものと思われる。このように、各国の特許法は、実体法としての内容自体として、その国の特許権による独占権は国外には及ばないとしていると考えることが可能である。」⁽³⁴⁾として、特許権に関しては、属地主義が妥当するものであるとの理解である。

また、外国の特許権の域外適用の可能性に関しては、「特許法に関しては、抵触している法の間で抵触規定に従って適用関係が決められると考える必要はない。……この場合には、いわゆる国際私法は不要である。……この考え方に従う場合には、国際的な侵害事件においては、行使が主張される或る国の特許権について、その独占権が、侵害行為であると主張されている行為に及ぶものであるかどうかを検討されることになる。この判断は、第一次的には、法廷地の国際私法ではなく、検討される特許権の根拠となっている特許法(実体法)に従ってなされる。なお、こうした考えを取った場合でも、国際私法の出番が全くなるといふ訳ではない。各国の特許法がそれぞれに定める自身の独占権の地理的適用範囲を法廷地法として承認できるかどうかという問題が残る。この範囲が、完全に自国の内部にとどまっていれば、これが承認されることに問題がない。……特許権が成立する国へ向けた他国での製造行為などがそれ自体で賠償責任を生じさせるという法制があり……、

これを他国から認めるかどうかというのは国際私法の問題となり得る……。私見では、日本の特許権についても同様の一種の域外適用を認めるべきであり、右の米国のようなものももちろん承認すべきである。」⁽³⁵⁾として、外国法の域外適用を承認すべきであるとの見解である。

(3) 差止請求に関しては、特許権の効力として物権準拠法を類推適用し、保護国法を登録国法と解し、損害賠償請求に関しては、不法行為として不法行為準拠法により行動地を不法行為地とする見解

差止請求に関しては、特許権の効力として物権準拠法(法例10条)を類推適用し、保護国法を登録国法と解し、損害賠償請求に関しては、不法行為として不法行為準拠法により行動地を不法行為地とする見解として、斎藤教授の見解が挙げられる。すなわち、斎藤教授によれば、特許権に基づく差止請求に関しては、「特定の権利の排他性を第三者に直接及ぼす問題であり、所有権に基づく『物権的請求権』類似の請求権に関する問題であるから、物権に関する問題であると性質決定されることにまず問題はない」⁽³⁶⁾とし、「それは物権的妨害予防ないし妨害排除請求権類似のものと考えられるので、法例10条1項の適用が問題となるはずである」⁽³⁷⁾として、特許権侵害に基づく差止請求については、特許権の効力として物権準拠法(法例10条)を類推適用している。

さらに、属地主義の原則については、「我が国の実定法規則である法例10条が存在するにもかかわらず、いきなり講学上の概念に過ぎない『属地主義』が表に顔を出すのは、まったく理解不可能である」⁽³⁸⁾として、属地主義の原則を根拠に保護国法を導くことには批判的な見解を示している。この点を踏まえて、保護国法の決定に関しては、「保護国法については、工業所有権の場合は法例10条1項の所在地が登録地＝保護国である」⁽³⁹⁾として、保護国を登録国と理解している。

また、カードリーダー事件に関する高裁判決の評釈において次のように述べて。すなわち、「差止め等と損害賠償とにつき、別個に準拠法を選択する点は議論の余地もあろう。しかし、前者を特許権の排他性に基づく物権的請求権類似のものと捉え、後者を不法行為に基づくものとする日本の実質法の発想からは、国際私法上も両者を区別することは不自然とは言えまい。また、現実問題として、両者の準拠法は一致する場合が多いであろう。……法例11条1項の原因事実発生地＝不法行為地が、1・2審を通じて、日本とされていることには疑問を感じる。満州国特許事件では不法行為地は満州国とされた。本件の場合も、

法例11条1項における不法行為地は、米国であると解すべきであろう。原告に損害を与えた不法行為は、特許に抵触する商品が米国で販売されたことであり、損害も売国において発生したと考えられる。」⁽⁴⁰⁾と。

したがって、斎藤教授によれば、特許権侵害に基づく差止請求に関しては、特許権の効力の問題であるとして、特許権の効力としての物権準拠法(法例10条)を類推適用し、保護国法を登録国法と解し、他方で、特許権侵害に基づく損害賠償請求に関しては、不法行為として不法行為準拠法により行動地を不法行為地とするとの理解である。

(4) 差止請求に関する規定は強行法規として捉え、他方、損害賠償請求に関する問題は、不法行為として不法行為準拠法による見解

差止請求に関しては、特許法においては強行法規として捉え、他方、損害賠償請求に関する問題は、不法行為として不法行為準拠法による見解を採用するものとして横溝教授の見解が挙げられる。すなわち、横溝教授によれば、「例えば特許権侵害について言えば、実質法上特許権が請求権と解されている点や、特許権侵害についての損害賠償が日本法70条の右方行為の規定により請求されることを強調する立場からは、当該法規が、法例の送致範囲に含まれる『民事的』な法規として位置づけられることになる。だが、特許権は通常の特許権と異なり特許付与手続きという国家行為を介在してはっせいするのであり、また、特許権侵害の際に損害賠償責任が生じるのか否かは法例11条によって選択される不法行為の準拠法によるとしても、その前提としてどのような行為により特許権侵害が生じるのかはそれとは別問題として考えられる筈である。特許法1条に体现されている特許法自体の政策目的の度合の高さという点、また、特許権侵害が懲役や罰金等の罰則により担保されている点を考え合わせるならば、この法規は非常に公権力性の度合いの高い『強行的適用法規』であると考えられよう。したがって、外国租税法に基づく外国官吏の徴税請求等が認められないのと同様、外国特許法に直接基づく我が国での差止請求も認められないものであると考える。但し、不法行為の場合については、特許権の成立や範囲又はその侵害という問題が実体準拠法である不法行為法による損害発生判断の前提となっているという点で、問題状況が『強行的適用法規』の直接的な適用に基づく差止請求の場合と異なるので、この場合にはわが国の国際裁判管轄は認められると考える。他の知的財産権に関しても、関連法規のその性格と趣旨に示される公権力性の度合いを同様に検討し個別に決定がなされるべきであろう。」⁽⁴¹⁾と。したがって、横溝教授によれば、差止請求に関し

ては、特許法においては強行法規として捉え、他方、損害賠償請に関する問題は、不法行為として不法行為準拠法によるとする。

また、別の論文においても同様の見解明らかにしている。すなわち、横溝教授によれば、「すでに述べたように特許権侵害に関する法規範を『強行的適用法規』とする私見からは、外国特許に基づく差止請求に関する我が国の国際裁判管轄は認められないが、他方、不法行為については、特許権の成立や範囲またその侵害という問題が、不法行為に関する実体準拠法による判断の前提になっているという点でその様相を異にするので、我国でも可能であるということになる。すなわち、不法行為に関する実体準拠法により損害が生じているかを判断する前提として、当該特許権の成立や範囲、侵害が当該特許と最も密接な関連を有する外国特許法の適用という形で判断され、その上で、損害が発生していた場合には、損害がどの範囲で賠償されるかといった問題や損害額の算定の問題などについて、不法行為の準拠法によって判断されることになるのである。」⁽⁴²⁾と。したがって、横溝教授によれば、パリ条約が抵触法規定を含むものではなく、特許権侵害の準拠法については、強行的適用法規であると解されている。さらに、差止請求と損害賠償請求を区別し、前者に関しては、国際裁判管轄がないとして外国特許に基づく差止請求ができないものであると解され、後者に関しては、不法行為であるとして、法廷地の国際私法によって、不法行為準拠法によって判断されるものであるとの理解である。この点、不法行為準拠法を適用した場合の不法行為地の認定については言及されておられない。

さらに、別の論文において同様の見解を明らかにしている。すなわち、横溝教授によれば、「……属地主義の原則を強行的適用法規の国際的適用範囲に関するものと考えた場合、詩人の権利保護以外の社会・経済政策的要素が混入した救済方法とそれ以外とで区別する契機が生じ、前者については、属地主義の原則にこれを含め、後者については、これを不法行為法の特別法として法例11条が選択する準拠法の送致範囲に含める、という処理をすることになる。但し、この場合にも、差止めという救済方法が前者で損害賠償が後者であると、救済方法に基づいて一義的に区別することは実はできないように思われる。……特許権侵害に基づく損害賠償請求については、我が国においては特許法に特に規定がなく、民法709条にその判断が委ねられており、数倍額の損害賠償を課すといった形での救済方法が特許法中に特に存在してはいない。そこで、特許権侵害に対する損害賠償に関しては、当該法規範は強行的適用法規に該当しないと考えられる。これに対し、我が国においては、差止請求権は、不法行為法としてではなく、権利付与法である知的財産法により付与され

る権利の効果の一つとして捉えられている。特許法100条に敢えて規定が置かれているように、差止めは特許権者の独占性の回復のための手段として特許権の性質自体と結びつきの強いものであり、また、我が国の不法行為法においても差止請求権が不法行為の一般的効果としては必ずしも受け入れられていないという点を考えると、特許法100条は強行的適用法規であるとして、属地主義の原則の対象とすべきであると思われる。」⁽⁴³⁾と。したがって、横溝教授によれば、特許権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求を区別し、差止請求については、特許権の効力の問題であるとして特許法上の強行法規であるとの理解である。他方で、特許権侵害に基づく損害賠償請求については、不法行為であると性質決定しとして不法行為準拠法によるとの理解である。

(5) 差止請求に関しては、国家行為理論に基づいて処理されるとし、損害賠償請求に関しては、不法行為として不法行為準拠法により結果発生地を不法行為地とする見解

差止請求に関しては、特許権においては登録という国家行為が必要であるとする国家行為理論に基づいて処理されるとし、損害賠償請求に関しては、不法行為として不法行為準拠法により結果発生地を不法行為地とする見解を採用するものとして道垣内教授が挙げられる。すなわち、道垣内教授によれば、「(法人格の付与は)国家による処分行為であって、外国国家行為がなされている以上、日本としてできることはもはや準拠法云々の議論ではなく、その外国国家行為を承認するか否かであると捉えるべきなのである。それ故に、法例には法人に関する規定がない」⁽⁴⁴⁾とし、「不動産物権の準拠法を定める連結点を登記地と言わないように、結果としては一致するとしても、連結点としては特定の法制度から中立的な場所的要素を用いるべきであって、登記・登録という法制度を持ち出す場合には準拠法的な処理にそぐわない問題を扱っているとの認識を持つべきである(たとえば特許についても準拠法云々という議論はそぐわない)」⁽⁴⁵⁾として、国家行為理論によれば、「その登録国で有効とされている特許を無効とすることは原則としてできないという条件の下で判断しなければならない」⁽⁴⁶⁾と。

他方で、損害賠償請求に関しては、「加害者とされる者と被害者が異なる法域にいる越境的不法行為に関して、法例第11条という非常に単純な規定により定まる原因事実発生地は、通常、被害者が被害を被った地の法であると解釈されている。というのは、損害が生じた時点で不法行為となるのであり、また、不法行為における中心問題は被害者がその損失を回復できるようにすることにあるからである」⁽⁴⁷⁾と。したがって、道垣内教授によ

れば、特許権侵害に基づく損害賠償請求に関しては、不法行為として不法行為準拠法(法例11条)を適用し、結果発生地が不法行為地であるとの理解である。

2) 差止請求と損害賠償請求を区別しない説

差止請求と損害賠償請求を区別しない見解として、まず、(1)不法行為準拠法による見解、(2)特許権の効力の問題として特許権自体の準拠法による見解に分けられる。さらに、(1)不法行為準拠法による見解は、①行動地とする見解と、②結果発生地とする見解、③最密接関係地法とする見解に大別される。

他方、(2)特許権の効力の問題として特許権自体の準拠法による見解は、特許権自体の準拠法として、①条理により保護国法を適用する見解、②条理により登録国法を適用する見解、③属地主義を根拠に保護国法主義を導く見解に分かれる。さらに、③属地主義を根拠に保護国法主義を導く見解は、保護国をどのように理解するかによって、(a)権利付与国を保護国と解する見解、(b)利用行為地国ないし権利付与国を保護国と解する見解、(c)侵害行為地国・利用行為地国を保護国と解する見解がある。

(1) 不法行為準拠法による見解

この見解は、さらに、不法行為地を、①行動地とする見解と、②結果発生地とする見解、③最密接関係地法とする見解に大別される。

① 不法行為地を行動地とする見解

不法行為地を行動地とする見解として、大友教授の見解が挙げられる。まず、大友教授によれば、「法人に関する抵触法と実質法(外人法)の区別にたとえば、自国法により有効に成立した法人が(認許制度のある)外国実質法上認許されるかどうか、また、外国法上有効に成立した法人がその内国における活動に関して日本民法上認許(36条)されるかどうかという実質法上の問題と同じレベルの問題ではないかと思われる。よって、前述の意味での属地主義から直ちに国際私法レベルにおいて制定法たる法例11条の適用の排除が導かれるわけではないと考えられる。他の種類の知的財産権保護との共通性・一貫性について考えるように、特許権のように対世的な効力のある権利として保護されるのではなく不正競争防止法のような行為規制法によって、保護される知的財産……の侵害の問題は、法例11条によるのであり、保護国法によるとの解釈はそもそもとれない……。また、いずれの場合

合にも行為者の予測可能性の確保等の当事者利益の保護が求められる。……したがって、このような他の場合との共通性・一貫性を考慮した抵触規則の体系的解釈としては、そもそも準拠法は何かという国際私法レベルでは特許権侵害による損害賠償請求の問題も法例11条によらしめ、紋谷説にいう意味での属地主義に特有の問題は実質法レベルの問題として別に考えればよいのではないかと考える。」⁽⁴⁸⁾と。したがって、大友教授によれば、特許権侵害の準拠法を法廷地の国際私法により、一括して不法行為準拠法が適用されるものである。

次に、同様の見解を支持するものとして、梶野教授の見解が挙げられる。すなわち、梶野教授によれば、まず、属地主義の原則に関して、「……特許法が政策的な色彩を帯びていることをもって直ちに属地主義の原則を公法上のものとすべきではないように思われる。かりに、権利の発生やその消滅について行政が介在しているために、特許法が公法的性質を有すると考えたとしても、特許法は、独占禁止法のような行政規制ではなく、権利行使の場面では、私人による民事規制に委ねられているのであるから、属地主義の原則を公法上のものとして扱うべきではないように思われる……従って、特許法における属地主義の原則とは、公法上の属地主義と異なり、また実質法レベルの問題ではなく、抵触法で準拠法決定が行われる際に、場所に着目した連結点を採用するという原則を指すに過ぎないものと考えらるべきであろう。」⁽⁴⁹⁾として、属地主義の原則を抵触法上の属地主義であると解される。さらに、「特許権は、登録により生じ、対世効を有する排他権という点で、行為の規律のみを対象とする不正競争防止法と相違するが、特許権も他人の実施を排除するという行為の規制を目的としており、ただ特許権は、権利の発生について一定の要件を具備するかの判断が求められ、また、発明公開の代償として排他権を付与するものであるなどのために、権利の派生、維持について登録制度を採用しているにすぎない。このため、特許権も他人の実施を排除する場面では、不正競争行為と同様に行為規制と捉えて、差止、損害賠償請求などを不法行為と性質決定することが可能であると思われる。また、他の種類の知的財産保護との共通性、一貫性という観点からも、差止、損害賠償請求ともに一括して不法行為と性質決定し、法例11条を適用すべきであると思われる。」⁽⁵⁰⁾と。したがって、特許権侵害に基づく差止、損害賠償請求に関しては、一括して不法行為と性質決定し、法例11条を適用するとの理解である。また、法例11条の適用に関しては、「外国特許権侵害事件について、抵触法の適用がなされるとすると、抵触法上、差止請求等と損害賠償請求の性質決定をどのようにすべきかが問題となる。他人の行為の排除を規律する不正競争

防止法に対しては、不法行為の一類型として、法例11条が適用され、準拠法が決定されることになると考えられる。一方、特許権は登録により生じ、対世効を有する排他権という点で、行為の規律のみを対象とする不正競争防止法と相違するが、特許権も他人の実施を排除するという行為の規制を目的としており、ただ特許権は、権利の発生について一定の要件を具備するかの判断が求められ、また、発明公開の代償として排他権を付与するものであるなどのために、権利の発生、維持について登録制度を採用しているにすぎない。このため、特許権も他人の実施を排除する場面では、不正競争行為と同様に行為規制と捉えて、差止、損害賠償請求などを不法行為と性質決定することが可能であると思われる。また、他の種類の知的財産保護との共通性、一貫性という観点からも、差止、損害賠償請求ともに一括して不法行為と性質決定し、法例11条を適用すべきであると思われる。これらの請求の単位法律関係についてであるが、差止請求等も損害賠償請求と同様に当該社会の法益保護を目的とするものであるから、判決のように差止請求等と損害賠償請求を異別に扱うことには疑問を感じる。また、差止請求は、わが国の特許法ばかりでなく諸外国の特許法においても損害賠償とともに権利侵害の効果として一体的に規律されたり、捉えられたりすることが多いように思われる。さらに、本件判決のように差止請求等と損害賠償の準拠法を別々に定めると、それらを規律する規定は、国によって様々であるために、異なる結論を生じさせる恐れがあり、国際私法的にみても望ましくない状況を生じさせる可能性がある。このため、あえてこれらについて単位法律関係とすべきであろう。差止請求等と損害賠償請求を別々の単位法律関係と捉え、差止請求等については『特許権の効力の問題』であるから不法行為の問題として性質決定することは妥当でないとした原審、控訴審の判断には疑問が残る。」⁽⁵¹⁾と。この点を踏まえて、「前述のように属地主義の原則を理解すると外国と特許権の侵害の準拠法は、原則としてその領域内における侵害行為に対して保護が要求されている国の法律(保護国法)とされるが、例外的に、意思的関与が認められる外国特許権の侵害を惹起すべき教唆、幫助行為が国外で行われたというような共同不法行為に関しては、直截の権利侵害が生じた知の法を適用することになる。一方、不法行為の準拠法の決定に関しては、一一条一項の『其ノ原因タル事実ノ発生シタル地』(原因事実発生地)を前述の属地主義の原則との関係でどのように解すべきかが問題となる。行動地と結果発生地が異なる隔地的不法行為の一一条一項の原因事実発生地について、多数説は、過失責任が妥当する不法行為については行為者の意思活動に重点を置き行動を原因事実発生地とするが、無過失責任が妥当する不法行為については被害者の損失の填補に重点を置

き、結果発生地を原因事実発生地とする。特許権侵害に基づく損害賠償等は、無過失責任ではなく、過失責任が妥当する不法行為であるから、行動地を原因事実発生地とすべきである。」⁽⁵²⁾として、不法行為の行動地を原因事実発生地であるとの理解である。さらに、「——一条一項の原因事実発生地の解釈として、過失責任が妥当する不法行為について、行為者の意思活動を考慮するとしても、教唆、幫助行為などの共同不法行為に関しては、内国の直接侵害と結合し、一体となって不法行為を構成すると評価でき、——一条一項の原因事実発生地を結果発生地とすべきである。この結果、属地主義の解釈と並行して準拠法は、直截の権利侵害が生じた地の法とされることとなる。」⁽⁵³⁾と。また、法例11条2項の適用に関しては、「そもそも、法例は内国公序の立場から、日本法に照らして不法行為でない行為を不法行為として、不法行為による救済をあたえる必要がないとするものであるから、——一条二項の規定は、不法行為地法と日本法との一般的な累積適用を認めたものとして、両者の要件をともに具備しなければ不法行為が成立しないとしたものとして解すべきである。」⁽⁵⁴⁾として、累積適用されるものとの理解である。この点を満州国特許事件に当てはめて、「本件において——一条一項により準拠法を米国法とした場合には、——一条二項により日本法を累積適用してもなお、不法行為が成立すると解すべきであろう。」⁽⁵⁵⁾として、満州国特許事件の場合には不法行為の成立を認めるべきであるとの理解である。最後に、法例11条3項に関して、「……——一条一項を適用して日本法以外の法が準拠法と選択された場合には、法例——一条三項の累積適用がなれることとなる。三項は『日本ノ法律カ認メタル損害賠償其他ノ処分』でなければ、これを請求することができないとしている。同項についても様々な見解があるが、不法行為の成立についても制限を加え、賠償方法だけでなく損害賠償の額をも制限しているものと思われる。特に問題となるのは、外国特許権に基づく差止請求等の可否についてである。この点について、たとえば本件のように、外国での直接侵害の教唆、幫助行為が内国で行われたというような共同不法行為について、差止等を認める米国特許法が準拠法とされたとしても、属地主義を厳格に解釈し、差止を特許権の独自の効力であるとして、——一条三項の累積適用により請求を認めないとする見解がある。しかし、属地主義を厳格に解釈することには、前述のような問題があり、また日本法上、差止、廃棄請求という救済手段が認められてる上、差止、廃棄請求は——一条三項の累積適用によっても排除されないものと考えられる。」⁽⁵⁶⁾との理解である。「なお、本稿の立場は、外国特許権に基づく特許権侵害訴訟では、抵触法の適用が必要であり、差止請求と損害賠償請求を単一の単位法律関係として不法行為と性質決定し、その上で属地主義

の原則を考慮して、法例11条の解釈により準拠法を決定すべきとするものである。」⁽⁵⁷⁾
と。したがって、梶野教授によれば、ベルヌ条約が抵触法規定を含まず、特許権侵害に基づく差止、損害賠償請求に関して、一括して国際私法により不法行為と性質決定し、法例11条を適用するとの理解である。さらに不法行為地に関しては、行動地であるとの理解である。

② 不法行為地を結果発生地とする見解

不法行為地を結果発生地とする見解として、木棚教授の見解が挙げられる。すなわち、木棚教授によれば、「我が国では特許権は私権である一種の財産権とみられてきたし、本件判決自体それを前提としているはずであり、本件のような特許侵害を公法の域外適用理論で説明しなければならないわけではない。確かに、保護国法という概念……は、その領域について保護が求められる国の法を意味し、単に法の場所的適用範囲……を示すだけではなく、当該権利の場所的効力範囲……をも示すものとして用いられてきた。保護国法が侵害行為または利用行為のあった国の法に置き換えられるのもこのことと関連する。とはいえ、ある行為が保護国の領域内で行われた行為であるかどうかは、法廷地国際私法または保護国法の解釈問題であって、法の域外適用の問題とみるべきではない。」⁽⁵⁸⁾として、特許権は私法的法律関係に属するものとして、特許権侵害について保護国法によるものとの理解である。また、木棚教授は、差止請求と損害賠償請求とを区別した最高裁の見解に対して、次のように批判的見解を述べている。すなわち、木棚教授によれば、「……比較法的にみれば、差止めおよび廃棄請求は、権利侵害の法的効果として、損害賠償請求とともに全体として調和するように規定されたり、捉えられたりすることが多いように思われる。国際私法上の法性質決定をどのようにすべきかについては議論のあるところであるが、比較法的観点を踏まえて国際私法独自に行うべきであるという点ではほぼ一致する。そうとすれば、少なくとも抵触法上は差止め・廃棄請求も損害賠償請求とともに違法な侵害に対する法的効果として一体的に捉えれば足り、あえてこれらを異なるように法性決定する必要はない。むしろ、いずれも不法行為の効果と性質決定するほうが困難な適応問題を生る可能性を回避し、かつ、属地主義の原則を緩和することができるので、市場のグローバル化に適合した解決が可能になるように思われる。」⁽⁵⁹⁾として、差止請求と損害賠償請求を同一の準拠法に服させるべきであるとの理解である。さらに、不法行為地の認定に関して、「不法行為の問題とみる限りは、保護国法上適法に成立している権利であれば、わが

国からみても不法行為によって保護されるべき権利であることを否定することは明らかに誤りであるというべきである。特許権の本質をどのように捉えようとも、いったん保護国法によって有効に成立した特許権は外国の権利であっても財産権として不法行為上保護されるべき権利であることに変わりはないはずである。ただ、特許権の効力の及ぶ範囲である領域的範囲との関係で不法行為とされる行為が特許権の保護国の領域内で行われなければ、権利侵害は生じないことになり、不法行為が成立しないだけである。そこで問題となるのは、日本において行われたアメリカ特許の侵害についての教唆・幫助行為は、アメリカにおける直接侵害行為と結合した行為であり、アメリカで効果を生じる行為であるから。むしろアメリカで行われた行為とみるべきかどうかである。思うに、不法行為地につき行動地説が採られるのは、行為者が行為の基準とした法によって不法行為の成立及び効力を決定するのが行為者の予測可能性の面から妥当であるからである。日本からアメリカに向けられた故意のあるアメリカ特許侵害の積極的な教唆行為や幫助行為は、アメリカで行われたものとみなしてアメリカ法を適用したとしても、その行為がもつばらアメリカ特許の侵害に向けられ、直接侵害がアメリカで行われたものであれば、行為者の行為の基準となったのはむしろアメリカ法であるから、行為者の予測を害することもないはずである。」⁽⁶⁰⁾

と。したがって、木棚教授によれば、差止請求と損害賠償請求を一括して保護国法に服させ、属地主義を根拠に外国特許権が日本で侵害されることを否定している。しかし、本件事例のように、教唆・幫助行為が特許付与国たる米国で行われたかどうか問題となる場合には、行動地を基準として、不法行為準拠法を適用したとしても予測可能性が担保されるとの見解を示している。さらに、最高裁が準拠法として指定された米国の適用を公序(法例33条)によって排除した点に関しては、「この点は、本件第一審判決が米国の域外適用規定が我が国の公序に反するとしたのと異なっている。これは、米国の域外適用規定が一方的抵触規定であり、保護国法の範囲に属する実質法規定ではないから、わが国の国際私法の観点から当然に適用される規定ではないとする指摘……を考慮して、実質法規定のみを適用する趣旨を明らかにしたものであろう。この点は評価しておきたい。しかしながら、米国特許法の規定を適用することが法例33条の公序に反するとしている点は検討を要する。法例33条の規定する国際私法上の公序は、外国実質法の内容自体を問題とするものではなく、その適用結果の不当性・異常性を問題とするものであることは広く認められているところである。……本件の被告が日本の特許権に基づいて日本やヨーロッパその他の諸国に向けて製造していた特許製品とアメリカ向けに製造し、輸出して、アメリカの子会社に輸

出・販売させていた特許製品とは同一ではなく、アメリカ向けの製品はアメリカとカナダにおいてのみ使用できる特殊な物であった。そうすれば、本件被告のアメリカ向けの製品の製造・輸出等の差止を認めたとしても、わが国の私法秩序を破壊するような異常・不当な具体的結果が生じるわけではない。逆に少なくとも、TRIPS 協定発効後の WTO 加盟国間では、『新規性、進歩性および産業上の利用可能性のあるすべての技術分野の発明に』特許が与えられ(27条1項)、『侵害行為に対し効果的な措置……が採られることを可能にする』ことが約束されているのである(41条1項)から、むしろ、このような場合には差止めや廃棄請求を認めるべきであるようにも思われる。」⁽⁶¹⁾と。すなわち、最高裁が公序によって米国内法の域外適用を排除した点について支持できないとして、差止め及び廃棄請求を認めるべきであったとの見解を示されている。次に、損害賠償請求の性質決定に関しては、「本件の被上告人の積極的誘導行為は、行為者の意思活動に重点を置いて行動地説に立っても、不法行為地をアメリカ合衆国とみるべきではあるまいか。不法行為地を行動地とみるのは、行為者が行動を起こすことを決定する際に基準とするのが通常行動地の法であり、行動地の法によって不法行為とならない行為を不法行為とすべきではないからである。」⁽⁶²⁾と。

次に同様の見解を採用するものとして、申講師の見解が挙げられる。すなわち、申講師によれば、知的財産権一般に関する性質決定に関しては、「……少なくとも現行の11条にあっては、1項により原因事実発生地すなわち不法行為地に連結した場合と保護国に連結した場合とは、同じ結果をもたらすことになる。これは、保護国法が『利用行為または侵害行為がなされた国』であるとされることからすれば、当然の帰結であるとも言う。このような状況にあって、あえて不法行為についての明文規定たる11条の適用を排除すべき理由はないであろう。したがって、私見によれば、少なくとも現行の条文ある限り、知的財産権侵害を不法行為の問題と解して法例11条によらしめるとするのは妥当であると考え。しかし、今後法例改正を経て不法行為準拠法が多様化した場合には、不法行為地法が保護国法と一致しなくなる可能性も存在するであろう。このような場合には、少なくとも侵害の成立自体は保護国法によらしめるべきであるとの判断から、スイス法のような態度をとることが検討されうるのではないかと考えるが、場合によっては不法行為準拠法の分割に繋がるそのような解釈が困難であるとされるときには、不法行為についての抵触規定の適用は放棄されるべきであろう。」⁽⁶³⁾として、不法行為と性質決定し、法例11条を適用するとの理解である。また、差止請求と損害賠償請求を区別するか否かに関しては、「……とくに損害賠償と差止に関して言えば、我が国における実質法の解釈として、たとえば

特許権に基づく差止は、その排他性から物権的請求権類似のものとして捉えられ、損害賠償請求とは区別して考えられている。これに対して、英米法上は、差止命令を現実に発するかの判断は裁判所の裁量によるところが大きい。また、不当利得はさておくとも、信用回復請求権については、名誉棄損における謝罪広告掲載の請求などに準じて考えると、また別に法性決定する余地もありそうである。……このような抵触法レベルにおける比較法的考察からしても、侵害に基づく個々の請求権は抵触法上統一的に扱うとする方が自然であろう。よって、法性決定レベルにおいては、法例の解釈として、知的財産権侵害の準拠法は、少なくとも現時点では統一的に11条によって決定されるべきである。そして、この知的財産権侵害準拠法は、侵害の要件効果、すなわち侵害の成否とそこから生ずる個々の請求権などを統一的に規律すると解される。」⁽⁶⁴⁾と。すなわち、申講師によれば、知的財産権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求とを一括して同一の法律によるべきものとの理解である。次に、侵害行為が複数国に跨る場合の侵害地の決定に関しては、「具体的事案においては、いったいどの国の法が法例11条1項の意味における原因事実発生地法となるのであろうか。この問題については、少なくともわが国における保護国法の解釈からすれば、現行の法例11条を適用した結果は保護国法に連結した場合と同じになると解されうることから、保護国法を準拠法と考える場合の態度も参考になると思われる。連結点は、準拠法を決定するにあたって基準となるものである。ゆえに、ここで問題となる『侵害地』という連結点は、当然のことながら、準拠法の確定に先立って定められなければならない。侵害が確定して初めて、準拠法を決定することができる。また、連結概念の決定は、それを使用している法廷地の抵触規則の解釈問題であって、準拠実質法の解釈問題ではない。」⁽⁶⁵⁾と。さらに、侵害地の確定に関しては、「……結果的に複数の国と関わるといっても、一国内だけで不法行為要件をすべて具備しているような独立した不法行為を他の行為から区別し、このような侵害行為については侵害地はその国に一義的に定まるとする Regelin の姿勢は、評価されるべきものであろう。というのは、原因事実発生地は行動地と結果発生地のどちらに定まるかという問題は、不法行為の成立要件が複数の法域にわたる隔地的不法行為の場合に生じるのであって、その全ての要件が同一の法域で生じた場合には不法行為の決定は問題にならないからである。」⁽⁶⁶⁾と、そして、「他方で、行為の要件の一部が別の国で行われているような場合はどうであろうか。この場合は、いわゆる隔地的不法行為の事案として、連結点は行動地か結果発生地かという問題が生じることになる。Regelin は、このような場合においてはその行為が向けられている権利に着目しており、明らか

に結果発生地を連結点として選択している。このような Regel in の判断が不当なものであるとは言えない。けだし、国境を越える不法行為においては結果発生地の利害は重大であるという一般論に加えて、国ごとに別個の権利が成立している知的財産権の領域では、どこで実際に侵害が生じているかというのはとくに重要な要素であるからである。しかし、行為者が問題となる結果発生を全く予期していなかった場合にまで、そのような結果につき侵害責任を負わせようとするには躊躇を覚える。カードリーダー事件の評価において、米国法を準拠法とする根拠として被告の意図や予測可能性を挙げる見解が多いことからしても、少なくとも結果発生についての行為者の予測可能性が完全に否定される場合には行動地を侵害地としてもよいのではなかろうか。ただし、現実問題として、隔地的な知的財産権侵害の行為者はそのような予測を持っていることが多いことと思われる。」として、カードリーダー事件を例に取り上げながら、当該侵害行為地を行動地であると解している。また、「準拠法を適用するにあたっては、第一に、(隔地的不法行為の事案であると見られる場合は)連結点として定められた侵害地以外の法域でなされた一部の行為も含めて、全体として、準拠法上の侵害の構成要件を充足するかが判断されるべきである。第二に、その準拠法の場所的適用範囲は、法廷地国際私法の立場から確定されなければならない。……わが国においても知的財産権については属地主義が妥当すると一般的に解されているのであるから、法例の立場からもこれと同様に解されうることであろう。なお、法例11条の解釈としては、当然のことながら内国法の累積的適用も問題になるが、2項の解釈にあたって準拠実質法が本来有している場所的適用範囲は考慮されるべきではない。同項が問題としているのは行為の不法性のみであると解すべきであろう。」⁽⁶⁷⁾と。これらの考察の結果、次のように締めくくっている。すなわち、「第一に、知的財産権の属地主義とは、知的財産権の効力がそれを認めた国の領域内に限定されるということの意味する。またこの他にも、知的財産権に係る問題について保護国法を準拠法とするという意味における抵触規則(保護国法主義)を含むものと定義されることがあるが、この意味における抵触規則が知的財産権に係る問題全てに一律に妥当すると解されるべきではない。また、以上のような意味における属地主義は、工業所有権の成立に係る問題を除いては、なんら国際私法の適用を排除するものではない。第二に、知的財産権に係る問題を規律する準拠法は、法例の立場から個々の問題について検討されるべきである。条約には、各締約国を拘束するような抵触規則についての規定は存在していない。また、保護国法主義は、上記のとおり、知的財産権に係る問題全てに妥当する抵触法原則と解されるべきではなく、権利の種類や、問題と

なる法律関係ごとに、個別にその妥当性が改めて検討されるべきである。そして、知的財産権の侵害は、法例11条によって包括的に準拠法を定められるべきである。侵害に対して求められる救済の個々の態様は、法性決定において区別されない。第三に、知的財産権侵害の準拠法の決定にあたっては、侵害地が連結点となる。複数の国に関係する行為が問題となる場合に、その中から一国内でのみ完結する独立した不法行為が区別されうる場合には、それについてはその国が侵害地となり、複数の国に不法行為の要件が及んでいる隔地的不法行為の場合には、行為者の予測可能性が完全に排除されない限りは、結果発生地を侵害地とすべきである。第四に、準拠法の適用においては、その準拠実質法が本来有している場所的適用範囲は考慮されず、法例の立場からこれを画定し直すべきであり、これは、11条2項の解釈においても同様である。」⁽⁶⁸⁾と。したがって、申講師によれば、特許権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求を区別せず一括して法廷地国際私法により不法行為準拠法(法例11条)を適用すべきものとの理解である。

③ 不法行為地を最密接関係地とする見解

差止請求と損害賠償請求を区別せず、不法行為準拠法により最密接関係地法を適用するとする見解として、石黒教授の見解が挙げられる。すなわち、石黒教授によれば、平成14年9月26日のカードリーダー事件の最高裁判決に関する判例評釈においては、判旨の結論に賛成するが、次のように理由づけに対して疑問を呈している。「まず、差止め等と損害賠償とで性質決定上の、そして準拠法選択上の区別をすることに、理由はない。法廷地たる日本の実質法(特許法)上の取り扱いを国際私法の性質決定にそのまま持ち込むことは不当であるし、『事案との密接関連性を問わずに当事者の一方の主張によって〔性質決定を、そして〕準拠法を決定する』が如き処理は、疑問である。」⁽⁶⁹⁾として、差止請求と損害賠償請求を一括して同じ準拠法によるものとの立場である。さらに、「具体的な準拠法の定め方にも問題がある。判旨は、本件紛争がYの日本国内での行為に関するものであることを、差止め等、そして損害賠償の、双方の請求につき、重ねて明言している。X・Y相互の関係等を含め、直截に、法例11条1項によって本件紛争事実関係と最も密接な地たる日本法を準拠法とし、米国特許法の本件における適用はないとしてX請求を認めない、との処理をすべきところであった。」として、差止請求および損害賠償請求に関して不法行為準拠法を適用し、不法行為地の判断については最密接関係地法を適用するものとの理解である。また、「『本件は、同一発明が日本と米国で異なる者に帰属している事例』のようである。……

判旨も認める通り、本件が日本国内での Y(日本の特許権者)の行為についての差止等々に関するものである以上、X の本件請求を認めてしまうと、やはり『日本国内での特許問題の処理』が『グチャグチャになる』というべきである。」⁽⁷⁰⁾と。したがって、石黒教授によれば、特許権侵害に基づく差止請求及び損害賠償請求に関しては、一括して法廷地国際私法により、不法行為準拠法を適用し、不法行為地に関しては最密接関係地法であるとの理解である。

(2) 特許権の効力の問題として、特許権自体の準拠法による見解

特許権の効力の問題として、特許権自体の準拠法による見解は、①条理により保護国法を適用する見解と、②属地主義を根拠に保護国法主義を導く見解とに大別される。

① 条理により保護国法を適用する見解

特許権の効力の問題として、条理によって保護国法を導く見解を採用するものとして、まず、大塚教授の見解が挙げられる。すなわち、大塚教授によれば、「特許権侵害に法例11条1項が適用されるかどうかにかかわらず、保護国法が準拠法となると考えるべきである。これは特許法であると著作権法であるにかかわらず、知的財産法全体にいえる。知的財産法は、公法的色彩を帯びたもの(ただし『公法』ではない)であり、法例による準拠法選択にはなじまないと考えるからである。ただし、抵触法的処理が必要でないというものではない。国際特許権侵害については、抵触法的アプローチは不要とする立場は、その意味で誤りであろう。知的財産権侵害については、法例(たとえば法例11条の不法行為の準拠法選択)によらず、独自の準拠法選択ルールが考えられるべきである。この観点で、知的財産権侵害については、通常、保護国法によるべきであると考えるのである。具体的には、実質的な、または重大な『侵害行為』が行われた国はどこなのか(すなわち、それが密接関連性のある国といえるであろう)、によって決定すべきことになろう。いずれにしても、差止請求と損害賠償請求の準拠法選択アプローチが異なるという見解は妥当でないと考えられる。カードリーダー事件においては、事実問題になるが、私見としては、米国特許法の適用も十分可能であった事案と考える。なお、特許権と著作権の抵触法アプローチを全く異なるものとする見解もある。すなわち、特許権付行為は国内法的には行政処分であり、国際私法から見れば国家行為であり、その承認が問題となるだけであって、準拠法という発想はあてはまらない。これに対して、著作権は私権の一つであり、準拠法が何か問題と

なる、というのである。しかしながら、権利発生が登録によるか否かで、このようなドラスティックな差を設けることには躊躇がある。いずれにせよ、本件につき最高裁の判断が待たれるところである。」⁽⁷¹⁾と。したがって、大塚教授によれば、パリ条約は特許権侵害に関する抵触法規定を含んでおらず、差止請求と損害賠償請求を一括して、特許権の効力の問題とし、国際私法に規定が存在しないとして条理によって保護国法を適用するものと解される。

次に、樋爪教授によれば、「以上のように、工業所有権については抵触規則が欠缺し、著作権については、明確な保護国法主義が採用されている。」⁽⁷²⁾として、特許権侵害に関しては、パリ条約が抵触法規定を含むものではないとの理解である。さらに、「米国特許権に基づく製造差止めおよび廃棄請求の性質決定が問題となる。損害賠償請求の準拠法と差止め請求の準拠法の調和を目指すものである。そこに国際私法上の利益を一定見出しているのである。基本的にはこの立場を支持すべであらう。したがって、この点考慮を欠く最高裁の判旨は不十分であるといわざるを得ない。」⁽⁷³⁾として、最高裁の判決が米国特許権に基づく差止及び廃棄請求を区別して各々別の準拠法を適用したことに関して反対の見解をしめしている。すなわち、樋爪教授によれば、両者を区別せず一括して同じ法律を適用するものであるとの理解である。また、「国際知的財産権法は、属地主義ではなく、保護国法主義によって基礎付けられている。これは、狭義の国際私法全般に当てはまる。そもそも、条約および国内実定法上、この理解を妨げるものはない。しかし、逆にこの点を言明するものも、ベルヌ条約を除けば皆無に等しい。知的財産権の基本原則として、保護国法主義を明確に謳うべきであらう。」⁽⁷⁴⁾として、保護国法を適用するものである。この点、保護国の理解としては、「保護国法とは、外国知的財産権の侵害について、侵害地法と法廷地法とが異なった場合に、法廷地国で前者を表す時に初めてその固有の意味が生じる概念である。すなわち、知的財産の財産権としての普遍性を前提とした概念なのである。他方、登録国という概念は出願手続きに重きを置く概念である。出願手続きは各国毎になされねばならず、そこには出願国以外の国の法が入り込む余地はない。この両者を同視する判旨には疑問がある。」⁽⁷⁵⁾として、侵害行為地であるとして、保護国と登録国とを区別している。したがって、樋爪教授によれば、特許権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求を区別せず、一括して条理により保護国法を適用し、保護国は侵害行為地であるとの理解である。

また、樋爪教授は、カードリーダー事件最高裁判所判決に触れながら、次のような見解を示している。すなわち、属地主義について、「……知的財産の属地主義という概念には、知的財産の準拠法はいずれの国の法によるのかという抵触法ルールと、そこで選定された準拠法上認められた権利は当該準拠法所属国内においてのみ効力を生ずるというルールが含まれると伝統的に解されている。」⁽⁷⁶⁾とし、この点を踏まえて、差止め及び廃棄請求に関する判例の見解に対して、「今回は、準拠法たる米国の当該規定の性質上、日本でその規定が適用されることは予定されていないととらえれば足りた。いずれにせよ、判旨は、上記のような属地主義の内容を明らかにしないまま、効力が域内に限定されるという側面のみを結論に利用しており、妥当ではない。」⁽⁷⁷⁾として、最高裁が明確な定義を示さないままに属地主義を根拠に米国の法を適用し日本における差止めができないとした見解を支持できないとしている。また、損害賠償請求の性質決定に関しては、「……法例に規定が欠缺しているのならまだしも、11条が明文規定としてある以上、不法行為と性質決定されるべきであろう。一審以来、裁判所は一貫してこの問題を不法行為ととらえており、正当である。」⁽⁷⁸⁾として、判例の見解を支持し、不法行為準拠法(法例11条)によるべきであるとの理解である。さらに、不法行為準拠法を適用した場合の原因事実発生地の認定に関しては、「本件判旨は、米国の法が準拠法となる理由として、日本におけるYの行為の性質とYの予見可能性をあげている。無過失責任説をとったものではないことは明らかである。過失責任の原則を行為者の予見可能性からみつめ、行動地を米国と認定しているといえよう。本件のように親子会社の親会社のみが訴えられた事件の場合、Yの予見可能性が不法行為当事者のバランスを図るうえで重要である。訴外Aの行為とYの行為を一体としてとらえた結論は支持できる。牽連性の強さでは判断基準が不明確になりすぎるし、行動地を行為地とみるだけでは多様な不法行為類型に対応できないであろう。日本を原因事実発生地とみる町田裁判官の意見に、上記理解を覆すほどの説得力はないと考える。」⁽⁷⁹⁾として、原因事実発生地として結果発生地法である米国の法を適用した最高裁の見解を支持している。次に、法例11条2項の累積的適用に関しては、「判旨・多数意見に疑問がある。……この点は、少数説のいうように、『その種の権利の侵害』を問題とすれば足りるはずである。また、外国特許権の存在を内国で認めること自体が、いわゆる属地主義に反しないことも、すでに論じたところから明らかである。ここでは、権利の存在は認めるが、効力は及ばないと解することもないように思われる。11条1項に関する判旨はYとAの行為を一体としてみていると解せる。にもかかわらず、2項では、判旨および補足意見は、結論として、共同

不法行為と捉えることを否定している。前者は連結点の確定についてであり、後者は、公序良俗に関するものであるので、局面を異にするとはいうものの、一つの事件内の判断として、整合性に欠けるのではなからうか。Xの請求を見る限り、11条3項にも抵触しないと思われるので、損害賠償請求は認めてよかったのではないかと考える。」⁽⁸⁰⁾と。したがって、樋爪教授によれば、最高裁が日本法に基づいて米国法を排除した点については支持できないとし、損害賠償請求の性質決定に関しては、不法行為と性質決定し、法例11条によるとの理解である。不法行為準拠法を適用した場合の原因事実発生地との認定に関しては、行動地を適用するとの理解である。

② 条理によって登録国法による見解

さらに、鳥教授によれば、「現行法例または、法例の全面改正である『法の適用に関する通則法』においては、特許権侵害に関する特則が設けられている。よって、特許権侵害の準拠法は条理により決定すべきと考える。条理の内容は先に立法論として提示したものと趣旨であると考え。すなわち特許権は、いかなる手続きで、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いるため、特許権侵害から生じる救済については、救済が求められているそれぞれの登録国法が適用されることとなる。ただし、従来の厳格な登録国法の原則を維持するのではなく、当事者間で第三者の権利を害しない準拠法合意があれば、その合意による。また登録国以外の国が事案とより密接な関係を有するときは、その国の法が適用されるものとする。」⁽⁸¹⁾として、「特許権侵害から生じる差止及び廃棄、損害賠償請求については、……特許権侵害から生じるすべての請求を区別せず、統一的に特許権侵害の準拠法によるべきと考える。」⁽⁸²⁾と。さらに、「特許権侵害から生じる差止及び廃棄請求については、権利の登録国たる米国法が準拠法となると判断した部分は私見と同様であるが、裁判所は、登録国法のみが適用されるとする理論をとるのに対し、私見は、登録国以外の国が本件とより密接な関連を有する場合は、その国の法が準拠法となると考える。差止及び廃棄請求、損害賠償請求についても原則として米国法が準拠法とするという点では同一である。」⁽⁸³⁾とし、公序条項の適用に関しては、「日本は厳格な属地主義を定めた明確な規定を有しないため、米国特許法の域外適用は公序に反しないと考える。」⁽⁸⁴⁾と。したがって、鳥教授によれば、特許権侵害に基づく差止請求および損害賠償請求とを区別せず、一括して特許権自体の準拠法により、条理によって登録国法が適用される。この点、最密接関係地法がある場合にはそちらが優先的に適用との理解であ

る。また、カードリーダー事件判決に触れ、米国特許法の域外適用の規定は公序に反しないものであるとの理解である。

③ 属地主義を根拠に保護国法主義を導く見解

属地主義を根拠に保護国法主義を導く見解は、さらに、(a)権利付与国を保護国と解する見解、(b)利用行為地ないしは権利付与国を保護国と解する見解、(c)侵害行為地・利用行為地を保護国と解する見解、(d)結果発生地を保護国と解する見解とに分けられる。

(a) 権利付与国を保護国と解する見解

属地主義を根拠に保護国法主義を導き、権利付与国を保護国と解する見解を採用するものとして、紋谷教授の見解が挙げられる。すなわち、紋谷教授によれば、属地主義の原則に関して、工業所有権を挙げて、「競争的色彩の強い工業所有権は、それが産業活動上の絶対的な排他的独占権を認めているために、その規制をめぐって各国の利害の対立が強く、国家の産業政策と密接な関係を有している。したがって、それは各国の国家経済の進展に直接影響するところが大きいであるため、工業所有権の属地性は特に強調されてきた。ともかく、無体財産権は属地主義の原則が支配するために、元来その客体が観念的な無体物であって一定の場所的根拠をもたないにも拘らず、国際私法や国際破産、敵産管理等においても、権利が保護されまたは付与された国がその権利の所在地とされている。無体財産権が属地主義の原則に支配されているため、外国で保護されまたは付与された無体財産権も、その対象においては同一無体財産についての権利であっても、単に本国の無体財産権をそのまま承認して、地域的にその拡大を認めたというものではない。無体財産権は各国ごとに独立して保護され、また存在する。この結果、同一無体財産につき権利を認めた各国の数に応じて、別個の無体財産権が複数成立することになる。これを特許権においては一国一特許主義……と称し、他の無体財産権についても同様である。……工業所有権に関しては、この点についても属地主義の原則を徹底し、各国で付与した工業所有権を、すべてその権利を付与した国の法律のみにかからしめている。したがって、同一客体に対して各国ごとに成立した工業所有権は、相互に無関係に併存し、一国の工業所有権についての権利発生の有無、消滅事由、効力等はすべて各付与国の法制に従って個別的に取り扱われ、他国の工業所有権の存立及びその保護範囲によって何ら影響を受けるものではないとしている。パリ条約の特許独立の原則(パリ条約4条の2)は右の原則を明言したもので、この原則

は他の工業所有権においても妥当すると解されている(同6条2項・3項参照)⁽⁸⁵⁾と。したがって、紋谷教授によれば、工業所有権には属地主義の原則が妥当し、特許権に関しても、一国一特許主義が妥当すると解されている。また、その根拠をパリ条約の4条の2が規定する特許独立の原則により導かれるものとの理解である。さらに、紋谷教授によれば、別の論文においても同様の見解を示している。すなわち、「国際私法上、工業所有権も元来財産権の一つとして処理されることになるが、それが有体財産とは異なり、無体物を対象とすることから、一定の場所的関連を有しない。しかし、この分野においては属地主義の原則が支配してきたことから、権利を付与した国がその権利の所在地とされ、かつその侵害の準拠法も、法例11条1項の適用を俟つまでもなく、右原則の結果、権利の所在地法にしたがって決定される⁽⁸⁶⁾」として、特許権侵害に基づく差止請求及び損害賠償請求に関しては、属地主義を根拠に保護国法を適用し、保護国を権利付与国と解している。さらに、属地主義の理解としては、「一国で認めた知的財産権の効力はその国の統治権の及ぶ範囲内に限られ、その成立、変動および効力などは、条約の定める範囲外においては、総てその権利を認める国の法律によるとするものである。その結果、各国は原則として、自国の認めた知的財産権について外国の法律を適用しないし、また外国法によって認められた知的財産権を自国の領域内において承認しない⁽⁸⁷⁾」として絶対的属地主義であるとの理解である。さらに、「沿革的に工業所有権が主権者たる君主により、その領域内において各国の文化、産業政策に基づいて同様の方式で承認され、法文化されて発展し、今日に至っていることによる⁽⁸⁸⁾」ということが属地主義の根拠と解される。さらに、紋谷教授によれば、別の論文においても同様の見解を示している。すなわち、「同一発明につき、二カ国以上の国において付与された特許権は、相互に如何なる関係にあるかがつぎの問題となる。この点、各国は自国の産業政策等の見地から、本国の特許法の規定が自国に有利な場合にはそれを適用し、自国で成立した特許権を本国の消滅事由等にも係らしめることも立法上は可能である。しかし、この点についても一般に属地主義の原則を徹底し、各国で付与した特許権をすべてその権利を付与した国の法律のみに係らしめている。したがって、同一発明について、各国毎に成立した特許権は相互に無関係に併存し、一国の特許権についての権利発生の有無、消滅事由、効力等々はすべて各付与国の法制に従って個別的に取り扱われ、他国の特許権の存在、効力等に何ら影響を及ぼすものではないとされている。パリ条約の特許独立の原則は(4条の2)、正に右の原則を明言したものであり、この原則は、商標権(6条3項)、実用新案権、意匠権においても妥当すると解されている。」⁽⁸⁹⁾と。したがって、紋

谷教授によれば、パリ条約が抵触法規定を含み、特許独立の原則が属地主義を規定していると解される。続いて、紋谷教授によれば、別の論文においても同様の見解を示している。すなわち、「特許権等狭義の工業所有権は属地性を有し、一国で付与された特許権の効力はその領域内に限られる。そこで特許権侵害等の侵害の生ずるのは当該権利の所在地に限定され、かつまた所在地毎に侵害が成立する。他方、条約その他に、別段の定めのない限り、右権利の所在地外においては何人もその発明を有効に実施することができる。このように、特許権等の侵害の準拠法はその属地性から法例11条1項を適用するまでもなく、右特許権等の所在地の法制に従って決定される。したがって、同一の行為態様であっても、それが所在地法により侵害の成否及び範囲の評価が異なる。たとえば、我が国特許法上の間接侵害の如き規定を有しない国も多く、これを有するアメリカ……およびこれを判例で認める西ドイツも、各々その範囲を異にする。」⁽⁹⁰⁾と。

次に、同様の見解を採用する者として、元永教授の見解が挙げられる。すなわち、元永教授によれば、カードリーダー事件判決を取り上げながら、「第一に問題にすべきなのは、差止め及び廃棄請求の可否と損害賠償請求の可否を別々の問題であるとする事の当否である。……損害賠償請求の可否が特許権の効力ではないとは言えないし、ある一定の作為・不作為を求めることができるか否かも特許権固有の問題ではなく、当該社会の法益保護を目的とするものだと言えないこともないのである。両者を分かるところに合理的な理由があるか疑問である。双方について特許権の効力の問題とするか法例11条の問題とするかで一本化するべきであろう」⁽⁹¹⁾と。したがって、差止請求と損害賠償請求を一括して特許権の効力の問題とするか、あるいは、不法行為準拠法を適用するものとの理解である。また、元永教授は、カードリーダー事件の控訴審判決を引用しながら、特許法に関して、「……属地主義には知的財産権の成立、効力、消滅が属地法つまり権利付与国法ないし登録国法による、という抵触法上の原則が含まれるから、それを述べたものと理解することができよう。」⁽⁹²⁾として、特許権には抵触法上の属地主義が妥当し、特許権の効力についての問題とした場合の準拠法は権利付与国法ないし登録国法によるとの理解である。この点、属地主義に関して、「筆者は日本の裁判所において外国の特許法を適用することはできないと解すべき理由はないと考える。」⁽⁹³⁾とし、「……伝統的にその効力が自国の領域内にしか及ばないとされてきていた一群の法律(独占禁止法)についても、自国の領域外で生じた事実についてもこれを適用しようとする現象(域外適用)が近年顕著となってきているが、特許法もその例外ではないのである。例えば、米国特許法271条(b)は、ある特許の侵害を

背曲的に誘発した者は誰でも侵害者としての責めを負うと定めるが、この規定は域外適用可能な規定である。このように考えると、特許法に法の抵触が存在しないわけではなく、国際私法が不要であるとは言えないことになる。」⁽⁹⁴⁾と。したがって、相対的属地主義を採用しているとの理解である。さらに、元永教授は、控訴審判決が損害賠償請求に関して行動地説により日本法を準拠法とした点に触れ、「『本件紛争事実関係に示された XY 双方の、日本社会との圧倒的に強い牽連性』を考慮すれば、本件では、原因事実発生地を日本であると評価することは可能であろう。」⁽⁹⁵⁾として、損害賠償請求について不法行為準拠法を適用した場合に行動地説を採用した判例の見解を支持し日本法による点に肯定的な見解を示されている。また、日本の特許権が日本で侵害された場合の共同不法行為責任に関して、「……『共同不法行為』は、実質法上の概念としてのそれではなく、数人が不法行為に加功している形態をさし、そこにおいてで法例11条1項の原因事実発生地がどのように解釈されるべきかということが検討されていると思われる。このような場合には、日本民法719条のように数人の不法行為者の責任関係を定める法律の適用の可能性を考えれば、なるべく各不法行為者についての準拠法が同一になるように準拠法を選択するのが適当であると考え。」⁽⁹⁶⁾として、共同不法行為に関して適用される準拠法を統一することが望ましいとの見解である。したがって、元永教授によれば、特許権侵害に基づく差止請求及び損害賠償請求に関しては、差止請求と損害賠償請求を区別せず、属地主義を根拠に一括して特許権の効力についての問題であるとして、権利付与国(登録国)法によるとの理解である。

(b) 利用行為地国ないし権利付与国を保護国と解する見解

利用行為地国ないしは権利付与国を保護国と解する見解を採用するものとして、土井教授の見解が挙げられる。すなわち、土井教授によれば、「制定法による独占権の付与というかたちで保護される権利は、それが付与される国の領域内においてのみ権利の存在が認められ、保護をあたえられるため、その国の領域外においては、侵害行為は成立しない。条約による取り決めがない限り、いかなる者も、独占権を付与された国の領域外においては、自由にその発明、考案、意匠または商標を利用することができる。したがって、工業所有権の侵害行為の成立およびその効力に準拠することになる。」⁽⁹⁷⁾と。したがって、土井教授によれば、特許権侵害に基づく差止請求及び損害賠償請求に関しては、差止請求と

損害賠償請求を区別せず、属地主義を根拠に一括して保護国法を適用し、権利付与国が保護国であるとの理解である。

(c) 侵害行為地国ないし利用行為地国を保護国と解する見解

差止請求と損害賠償請求を区別せず、両者を特許権の効力の問題として、侵害行為地国ないし利用行為地国を保護国と解する見解を採用するものとして、茶園教授の見解が挙げられる。すなわち、茶園教授によれば、「特許権をはじめとする知的財産権については、……属地主義の原則が通用するとされている。……」⁽⁹⁸⁾とし、「この保護国法とは、具体的にいうと、発明等の利用行為あるいは侵害行為が行われる地の法である。よって、ある国における発明等の利用行為については、当該国の知的財産権のみが及び、知的財産権の成立や効力等は当該国の知的財産権法によることになる。」⁽⁹⁹⁾として、保護国の内容を利用行為地乃至は侵害行為地であるとの理解である。「特許権の侵害は、属地的効力主義のもとでは、保護国内でしか成立し得ないことになり、保護国と不法行為地は一致しよう。また、属地的効力主義を前提としなくても、保護国法主義それ自体が利用行為あるいは侵害行為の行われる地の法によって、特許権の存立や効力等が規律されるというものである以上、侵害行為地とは別に不法行為地を決定することは不適切であるし、そのような決定は利用者に予測可能性をもたらそうとする保護国法主義の趣旨に反する」⁽¹⁰⁰⁾と。さらに、茶園教授によれば、別の論文においても同様の見解を示している。すなわち、「……前記有力説によると、パリ条約や万国著作権条約には保護国法主義は明定されていないことになるが、ベルヌ条約については、前述したように、5条(2)第3文が保護国法主義を規定していると解される。」⁽¹⁰¹⁾として、パリ条約は抵触法規定を含んでいないとの理解である。さらに、工業所有権に関して、「工業所有権については、属地主義が支配しているとされる。前述したように、一般に、ある国で付与された工業所有権はその権利付与国の領域内においてのみ効力が認められるという実質法上の原則、およびそのような権利の成立、効力、消滅等は原則として権利付与国、より正確にいえばその領域内において権利の保護が要求される国の法（保護国法）によるという抵触法上の原則を意味するとされている。保護国法は法廷地法とは明確に区別されるべきもので、具体的にいうと工業所有権の利用行為あるいは侵害行為の行われる国の法である。」⁽¹⁰²⁾と。すなわち、茶園教授によれば、属地主義の原則の理解として、実質法上の属地主義から抵触法上の属地主義が導かれるとし、属地主義の原則から保護国法主義を導いている。さらに、保護国を利用行為地乃至は

侵害行為地であるとの理解である。また、「工業所有権はその客体が一定の場所的連結を有しない無体物であるから、有体物に対する物権のような方法で特定の場所に連結できるものではない。これまでの連結の方法として主張されてきたのは、基本的に、工業所有権を1つの本源国(たとえば、特許については最初に特許付与が行われた国)の法秩序に統一的に連結する本源国法主義と、原則としてその領域での保護が求められている国の法に連結する保護国法主義の2つである。前者の背後にあるのは、工業所有権を自然法上の権利とみて、本源国法によりいったん成立した権利は他の国においても承認されるべきであるとの思想であるが、パリ条約の成立過程においてはこのような理想の貫徹は断念された。後者の根拠とされるのは、工業所有権が特許権付与や登録という方法により国家により与えられる独占権であるからその国の領域内においてのみ効力を有するとの属地主義の思想である。この説が妥当なものである。」⁽¹⁰³⁾と。この点を踏まえたうえで、工業所有権の侵害に関しては、「工業所有権の侵害に適用されるべき法については、……工業所有権が属地的効力しか有しないことを出発点とすると、侵害は保護国内でしか成立し得ないため、保護国とは別に不法行為地の決定をすることは意味をなさなくなる。したがって、法例11条の適用を認めても、結局、不法行為地法は保護国法と一致することになる。……工業所有権の侵害を不法行為の問題と性質決定し、法例11条の適用を認めるとすると、同条2項・3項により日本法が累積適用されることになる。」⁽¹⁰⁴⁾として、差止請求と損害賠償請求を区別せず、国際私法により保護国を不法行為地であると解して不法行為準拠法(法例11条)を適用し、日本法との累積的適用を行うものであるとの理解である。続けて、「もっとも、外国での行為が全く問題とならないとすることには議論の余地がある。たとえば、わが国における侵害を外国で教唆または幫助する行為は、わが国の権利を保護するために国内での侵害以上に規制する必要性が強い場合がある。そのために、法例11条の解釈として、侵害が行われるわが国をかかえる外国での行為の結果発生地とみたうえで、不法行為地法がわが国であるとするか、教唆者または幫助者は共同不法行為者として直接の加害行為によって生じた損害について責任を負うものであるから、教唆または幫助としての行為地は直接の加害行為地となると解することはできないであろうか。このようにして外国行為者に不法行為責任を課しても、それはわが国国内での侵害行為に基づくものであるから、属地主義に反することにはならないと思われる。」⁽¹⁰⁵⁾として、侵害地である日本を結果発生地であるとし、その侵害の教唆または幫助としての行為地を加害行為地であるとの理解である。したがって、茶園教授によれば、パリ条約が抵触法規定を含んでおらず、特許権侵害

に基づく差止請求及び損害賠償請求に関しては、差止請求と損害賠償請求とを区別せず、一括して法廷地の国際私法により不法行為準拠法(法例11条)を適用するものと解される。

2. 特許権侵害に関する問題を「公法的法律関係」と解する見解

特許権侵害に関する問題を「公法的法律関係」と解する見解を採用するものとして、早川教授の見解が挙げられる。すなわち、早川教授によれば、最近の判例・学説における議論の錯綜の要因として、「……『私法的法律関係』と『公法的法律関係』について、その法の国際的適用の規律が異なっているということがある。それは特に、実質法規自身が有する地理的適用範囲に関する適用意思を無視するか。重視するかという点で大きく異なっているが、そうした国際私法の領域で一般に維持されている法的構造に対する理解が、十分に浸透しないままに議論が展開されてしまったことを指摘することができよう。」⁽¹⁰⁶⁾として、特許権侵害の準拠法の決定に際しては、特許権が私法的法律関係に属するのか、公法的法律関係に属するのかの検討が必要であると指摘している。

また、早川教授は判例評釈においても同様の見解を示して、判例の理論構成に対して矛盾を呈し以下のように評釈を述べている。すなわち、「そもそも、法の国際的な法律関係の規律に関しては、大きく2つの異なる手法が存在している。一方は、準拠法選択という手法、すなわち、ある法律関係に適用される法は何れの国の法であるかを探るという方法であり、民法や商法といった『私法』の領域で伝統的に用いられてきた。他方は、各国それぞれが有する法規の側から当該法規の適用範囲は地理的にどこまで及ぶのかを探るという手法であり、刑法や行政法、競争法、金融商品取引法といった『公法』の領域において伝統的に用いられてきた。両者の違いは、実質法規が有する地理的適用範囲に関する意思の取扱いにおいて顕著に現れる。すなわち、前者においては、国際私法独自の観点から当該実質法規の地理的適用範囲を再設定するため。当該実質法規自身がどのような地理的適用範囲に関する意思を有していたとしても、当該部分はそもそも送致されないため無視される。これに対し後者においては、当該実質法規の地理的適用範囲に関する意思こそが最も重要であり、それが域外に適用されようとする場合に、伝統的に、『属地主義の原則』との克服が問題とされてきた……。かかる視点から分析すると、……本判決は、一見すると前者の規律手法が用いられるべきであると判断したものであるように見える……。しかし、より精察すると、その内部において、①当該法律関係に適用される法は何れの国の法であ

るかこれから決定しようという段階の前に、既に『米国特許法により付与された権利に基づく請求である』と示してしまっている点、②前者の規律手法の下では送致されてこないはずの実質法規の地理的適用範囲に関する部分を問題視して法例33条(法適用通則法42条)に違反するとした点に、前者の規律手法からは論理的に説明不可能な部分が存在している……。とすると、かかる本判決を前者の規律手法を採用したしたものとして本当に位置づけてよいのか、疑問が生じてくる。すなわち、本判決は結局、登録地という連結点を採用することによって、登録がなされた国ごとに特許権が各々存在し、各特許権ごとにそれぞれの国の特許法が適用されるという結論を導くものであり、しかも、その際には上述のように、当該法規の地理的適用範囲に関する部分をも含めて適用し、『属地主義の原則』との関係を問題視するものとなっている。つまり、実質的には……後者の手法を採用したものと位置づけた方がむしろ自然であり、そのような実質を有するにもかかわらず、『私人の財産権に基づく請求』であるという点に引きずられて準拠法選択という手法の外形だけを纏おうとしたがゆえに、その内部に論理矛盾を孕むものになってしまったと評価されるべきものであると思われる……。』⁽¹⁰⁷⁾と。したがって、早川教授によれば、特許権侵害に関する問題を公法的法律関係に属するものであるとの理解である。この見解に基づいて、最高裁が結論的には特許権侵害に関して公法的法律関係としているにも関わらず、結論に至る過程では、私法的法律関係に属するものであるような見解を示している点に関して疑問を呈している。

第4節 「法適用通則法」下における学説

第1款 特許法においては、差止請求に関する規定は強行法規として捉え、他方損害賠償請求に関する問題は、不法行為として不法行為準拠法による見解

特許法においては、差止請求に関する規定は強行法規として捉え、他方損害賠償請求に関する問題は、不法行為として不法行為準拠法による見解を採用しているものとして、横溝教授の見解挙げられる。すなわち、横溝教授によれば、自身の別の論文を引用しながら、差止請求に関しては、「特許法上の関連法規を準拠法選択規則の対象としない立場は、特許権の性質・内容と密接に関連した事項を規律する法規を準拠法如何にかかわらず通常に我が国で適用される法規(『強行的適用法規』)と看過し、外国特許権に基づく我が国での差止請求を認めないと主張する」⁽¹⁰⁸⁾として、特許法を適用するのではなく、強行的適用法規たる最密接関係地法を適用するとの理解である。さらに、最高裁が属地主義を根

拠に公序を発動した点に関しては、「……本判決が連結素とする特許権の登録は、いかなる国でもなされない場合もあれば本件のように複数国でなされる場合もあり、それだけでは連結素として機能せず、したがって、実際には原告の主張に依拠して準拠法が決定されるを得ない。このようなルールは、原告の請求の立て方に関係なく中立的に準拠法を決定する通常の準拠法選択規則とは異質であるといえる。また、本判決は、その具体的判断において、属地主義の原則を公序の内容に含めているが、準拠法選択規則により送致される外国法の中には空間的適用範囲に関する抵触規範は含まれないとする現在の準拠法選択に関する理解に従えば、公序の内容に法規の空間的適用範囲をさだめる属地主義の原則を含めることはできないはずである。このように、現在の抵触法理論との整合性という観点からは、本判決の判断には問題があると言わざるを得ない。」⁽¹⁰⁹⁾として、最高裁の見解を支持していない。これに対して、外国特許権侵害に基づく損害賠償請求については、最高裁が不法行為と性質決定し法例11条を適用し原因事実発生地を結果発生地であるとして米国法を適用した点を支持し、「このような判断は、結果発生地を原則的な連結点とした通則法17条の下でも基本的には維持されよう。」⁽¹¹⁰⁾として、「法適用通則法」下においても同様の見解を支持している。さらに、「ただし、通則法では当事者が事後的に不法行為の準拠法を変更することが認められたことから(21条)、不法行為という性質決定を通則法の下でも維持すべきか否か……、また、維持する場合には変更後の不法行為準拠法に委ねられる範囲如何(とりわけ特許権の有効性や侵害の点を含めるのか)が問題となる。今後の検討課題であろう。なお、本件のような間接侵害に関する準拠法の決定につき、本判決は、直接侵害行為が米国で行われた点に言及しているものの、具体的判断においては米国子会社の存在も重視していると解される。したがって、間接侵害という類型一般において常に直接侵害行為の行われた地が結果発生地であることを本判決は示すものではなく、間接侵害における結果発生地の決定については、今後委ねられている。」⁽¹¹¹⁾として、「法適用通則法」下において新設された当事者の準拠法変更規則に関して、「法例」下において下された本判決を「法適用通則法」下ではどのように理解するのかという点に関しては課題を残されている。

第2款 差止及び損害賠償請求に関して、条理によって登録国法を適用するとする見解

差止及び損害賠償請求に関して、条理によって登録国法を適用するとする見解を採用するものとして、西谷教授の見解が挙げられる。すなわち、西谷教授によれば、「本判決は、

特許権侵害について、①差止および②廃棄請求と、③損害賠償請求を区別して準拠法を決定したが、このような手法は、比較法的に例をみない。これは、日本の実質法上、①②は特許法100条1項・2項を、③は民法709条を根拠規定としていること日本の不法行為法は損害填補を旨とし、名誉棄損等を除いては差止請求を認めていないことを踏まえた区別であろう。しかし、同じ特許権侵害に対する救済方法である①②と③の実質法上の区別に着目して、国際私法上も両者を別個の単位法律関係に振り分けることには疑問がある。また、仮に①・②と③の準拠法が異なり、同胞の法的評価が相違しうるとすると、困難な適応問題が生ずる。解釈論としては、①②と③を合わせて一体的に不法行為として性質決定し、端的に保護国法によるとすべきであろう。本件のような事案においては、Yの行為が日本国内で関係している限り、Xの米国特許権を侵害することはない。つまり、Yの直接・間接の侵害行為が米国内でも行われ(輸出・販売など)、米国において侵害結果が発生して初めて、米国特許権侵害が成立する。このような属地的な独占権としての特許権の性質に鑑みれば、通則法の解釈論上も、当事者との密接関連性を中心に準拠法を決定する17条及び20条の適用を認めるべきではなく、条理によって、端的に特許権が子上欲を付与され、保護されている国の法、すなわち保護国法(登録国)法としての米国法によるべきであろう。この解釈に従えば、行為者の予見可能性がなかったことを理由として、行動地法である日本法による余地はなく、通則法21条に基づく当事者による準拠法の選択も排除される。もとより本件製品の日本における製造自体は適法であり、日本における製品の製造の差止め・廃棄等を認めることはできなかったが、少なくとも米国法上、米国への輸出の差止めおよび米国で生じた損害の賠償を認める余地はあったものと思われる。」⁽¹¹²⁾と。したがって、西谷教授によれば、外国特許権が日本で侵害されたような場合には、差止請求と損害賠償請求を区別せず、特許権には属地主義が妥当するというを根拠に条理によって保護国法を適用し、保護国の内容を登録国であるとする。

第3款 特許権の効力に関する問題として、一括して特許権の準拠法として登録国法により、それよりも密接な関係を有する国の法がある場合にそれによるとする見解

鳥教授によれば、「最後に、『法の適用に関する通則法』17条は、特許権侵害の規定であると解する余地はないわけではない。したがって、『法の適用に関する通則法』17条により、カードリーダー事件に与えられるべき抵触法上の妥当な解釈について改めて検討したい。まず、不法行為の基本原則である17条という結果発生地はどの国となるのか。本件

は、米国の特許権が侵害され、米国において侵害の結果が発生したため、結果発生地は米国となる。しかし、事件の両当事者はそれぞれ日本法人と日本人であること、また、問題となる製品すべてが日本国内で製造されたこと等は、20条でいう『明らかに前三条の規定により適用すべき法の属するよりも密接な関係がある他の地』に当たるのか。この規定に当たるとすれば、17条の基本原則が排除され、20条でいう密接な関係を有する国の法が準拠法となる。本件の両当事者は日本国籍を有し、また製造地が日本国内であっても、米国へ輸出し、販売した行為が米国市場に実質的な効果を及ぼしたことが、事案により密接な関連をしていると言える。したがって、本件は17条により準拠法を判断することになる。即ち、結果発生地である米国法が準拠法となり、米国特許法271条により原告の請求が認められることになる。ところで22条の日本法の累積適用により、被告の行為は違法ということはできず、不法行為の成立要件を具備しないとして、原告の請求が棄却される可能性はある。しかし、最高裁のように日本は属地主義の原則を採っていることを理由に、登録国の領域外において特許権侵害を積極的誘導する行為は違法ではないと解することはできない。22条が問題としているのは行為の不法性自体であって、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るべきである。したがって、本件は22条により準拠法となる米国法の適用を排除することはできない。」⁽¹¹³⁾と。したがって、鳥教授によれば、特許権の効力に関する問題として、一括して特許権の準拠法として登録国法により、それよりも密接な関係を有する国の法がある場合にそれによるとされる。

第4款 特許権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求とを区別し、差止請求に関しては、国家行為理論により権利付与国法が適用されるとし、他方、特許権侵害に基づく損害賠償請求に関しては、不法行為準拠法が適用されるとする見解

道垣内教授によれば、「まず、特許権の成立・効力については、準拠法を云々するまでもなく、その特許を付与した国の法によることになる。これは、『判決』や『法人』が有効に成立しているか、どのような内容・効力を持つかについて当然に判決国法や設立国法によるのと同じである。そうすると、外国判決について民事訴訟法一一八条が一定の要件が具備されれば日本でそれを承認し、外国法人について民法35条が国、国の行政区画及び外国会社については当然に認許するとしていることに倣って、外国特許権の当該外国法上の効力を日本で承認するという処理の仕方が相応しいということになる。パリ条約には、外国特許権を有効なものとして承認すべきことを定める条文はないが、同条約の趣旨に鑑

みると、外国特許権を当該外国では有効なものとして承認すべきである。したがって、そもそも特許権が成立しているか否か、どのような効力を有するものとされるのかは、準拠法云々の議論をするまでもなく、当該特許権の付与国法によるべきことである。」⁽¹¹⁴⁾として、特許権の成立及び効力に関しては、権利付与国法を適用するものであるとの理解である。そして、「……そのように各国で付与された特許権は、地域的にどこまで及ぶのかである。日本の特許法についていえば、属地主義によるその適用範囲に入るか否かをまず検討し、その範囲に入れば、もはや日本では外国特許法の適用は問題としないこととすべきである。日本特許法の適用結果と抵触するかも知れない外国特許法の適用を認めることは、特許法の公法的性格上、日本では許容することができないからである。カードリーダー事件では、日本での製造等の行為者は日本法上の特許権者であるから、米国での同じ発明についての特許権者(同事件の原告)による米国特許権に基づく差止等の請求に対しては、対象となる行為の行為地が日本国内である以上、それには日本特許法が適用され、米国特許法は適用されないとの理由でその請求を棄却すべきであったと考える。他方、日本の特許法が適用されない限り、外国特許法の適用範囲に入る事案に対して当該外国特許法を日本の裁判所が適用することは差し支えない(この点で、特許法については純粋な公法である刑法とは異なる扱いをすることになる)。実際、東京地判平成15年10月16日(判時1874号23頁)(サンゴ砂事件判決)は米国での問題について米国特許法を適用したものである。ところで、厳格に属地主義を捉える考え方がある。すなわち、特許法が対象とする行為の全体が自国内で行われなければならない、その一部だけが行われている場合には、特許法は適用できなとの考え方である。」⁽¹¹⁵⁾とし、「……属地主義の原則から直ちにこの結論を導くことには賛成できない。インターネットを介したビジネス方法特許のような場合、国境を跨いでシステムを構築すれば、いずれの特許法の適用対象ともならないことになりかねず、日本の特許権がそのような仕方です失的に侵害されることは看過しがたいからである。実際、最判平成9・7・1(民集51巻6号1551頁)(BBS 事件)は、特許法の解釈適用として、国外の行為を対象とすることを否定していないのであって、行為の一部が国内で実質的に侵害されていれば、日本の特許法を適用し、行為を全体として評価すべきであると思われる。」⁽¹¹⁶⁾と。して相対的属地主義によるとの理解である。これに対して、損害賠償請求に関しては、「カードリーダー事件判決は、『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〔通則法17

条]によるべきである』と判示しており、これは妥当な判断であると解される。つまり、ある権利には、その本質的の性質から与えられる効力があり、その意味での効力については、当該権利そのものに適用される法によるのが当然であるが、不法行為による保護の客体として当該権利が位置づけられることがあることも確かであり、特許権についてその境界線を引くすれば、製造差止請求や在庫品廃棄請求のようなものは特許権の効力であり、特許権侵害による損害賠償請求は不法行為の問題であると区別することは十分に理由があると解される。物権に基づく妨害排除請求などは物権の本質から与えられる効力であるのに対して、物権侵害に基づく損害賠償請求は不法行為の準拠法の問題と考えれば足りるのと同じである。なお、上記の区別をすることから導かれることとして、特許権の効力は必ず当該特許権の付与国法によるのに対し、不法行為に基づく損害賠償請求は通則法17条以下の規定により原則的には結果発生地法(特許法が属地的に適用されるとすれば、特許付与国法と同じになる)によるものの、より密接に関係する他の地がある場合(通則法20条)や当事者が不法行為後に準拠法変更の合意をした場合には(通則法21条)、特許付与国法とは異なる法が準拠法となる余地があることになる。たとえば、A国での行為の差止についてA国特許法が適用されるのに対して、A国特許を侵害したことによる損害賠償請求について当事者間でB国法によることを事後的に合意すれば、B国法により賠償額を算定することを認めることになるのである。このような異なる扱いはその性質上、是認してよいように思われる。そして最後に、国際私法上の不法行為と扱う以上、通則法22条により、不法行為の成立・効力について日本法が累積適用されることになる。」⁽¹¹⁷⁾と。さらに、道垣内教授によれば、別の論文においても、同様の見解を明らかにしている。すなわち、「特許権の効力は登録国法によるとした理由づけ……は、特許権の成立・消滅の問題にも当てはまるものであると考えられる。」⁽¹¹⁸⁾として、「特許権の属性・効力を私法上の問題として準拠法決定ルールによると考えるか、公法的に考えるかの違いはあっても、結論として、特許権の属性・効力という問題が登録国法(保護国法)によることについてはほぼ異論はないところではある。」⁽¹¹⁹⁾と。さらに、特許権侵害の準拠法決定に関しては、「特許権侵害の問題としては、どのような行為が侵害となるか、侵害に対して特許権者はどのような救済方法と与えられるか等がある。」として、「ローマⅡ規則8条1項では、著作権侵害の準拠法は保護国法とされている。」⁽¹²⁰⁾とし、「『契約外債務の準拠法に関する規則』……の8条1項では、知的財産権の侵害により、生ずる契約外債務の準拠法は保護国……法によるとされ、同条3項では、これについての当事者による準拠法指定は認めない旨定めてい

る。」⁽¹²¹⁾とするローマⅡ規則の8条1項を挙げ、「特許についてもそのまま妥当する。」⁽¹²²⁾として、著作権と同様に、特許権侵害の準拠法についても保護国法を適用するとの理解である。この点を踏まえて、特許権侵害の準拠法の決定に関しては、「……特許権の付与は国家の行政的行為とみるべきであり、その存在・有効性・効力については国家行為の承認の枠組みでとらえるべきではないかとの見解がある。これによれば、民事訴訟法118条が一定の要件が具備されれば日本で外国判決の効力を承認し、民法35条が国、国の行政区画及び外国会社については認許するとしていることに倣って、外国特許権の当該外国法上の効力を日本で承認するという処理の仕方が相応しいとされる。パリ条約には外国特許権を有効なものとして承認すべきことを定める条文はないが、同条約の趣旨に鑑みると、外国特許権を当該外国では有効なものであることを他の締約国は承認すべきであるとされる。そして、A国特許権の存否・有効性・効力にA国特許法が適用されるのは当然であって、連結点を介して準拠法を決定する必要はないとする。そして、日本では日本の特許法の地域的適用範囲に入る事項については日本法だけを適用し(外国法は適用しない)、日本の特許法の適用がない場合には、その対象を適用範囲内としている外国特許法が適用される(複数の外国特許法の適用範囲に入る事項については属地主義により適用される法を優先する)とする。」⁽¹²³⁾と。したがって、道垣内教授によれば、特許権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求とを区別し、差止請求に関しては、国家行為の理論により、権利付与国法が適用されるとし、他方、特許権侵害に基づく損害賠償請求に関しては、不法行為準拠法が適用されるとの理解である。

第6節 総括的考察

特許権自体の準拠法に関しては、パリ条約が抵触法規定を含むとする見解によれば、その前提としての属地主義の根拠を、①内国民待遇の原則(パリ条約2条)に求める説と、②特許独立の原則(パリ条約4条の2)に求める説がある。また、当該属地主義から保護国法主義が導かれ、特許権侵害の準拠法の決定においても同様の見解が主張されている。

この点、属地主義の原則⁽¹²⁴⁾は次の二つの意義を含んでいる。

すなわち、属地主義の正しい理解とは、「自国の特許権の効力範囲の自国領域内への限定および他国の特許権の効力の自国領域内での不承認という意味での属地主義それ自体は実質法レベルの問題であると思われる。」⁽¹²⁵⁾というものである。

したがって、属地主義とは、自国の特許権は他国へは及ばない(第一の意味での属地主義)。他国の特許権を自国では承認しないということ(第二の意味での属地主義)を意味するのである。特に第二の意味での属地主義が問題となり、外国で成立した特許権の効力が当該外国で認められるかどうかの局面において、外国法を適用しないとするのか(絶対的属地主義)、当該外国での効力を外国法を適用して承認するのか(相対的属地主義)、外国で成立した特許権の効力が内国に及ぶのか(普遍主義)、及んだ場合には条件付きで承認するのか(相対的普遍主義)、そのまま承認するのか(絶対的普遍主義)といったことになるのかが問題となる。

この点、絶対的属地主義を採用する判例によれば、外国で成立した特許権の成立自体を認めないことになる(「満州国特許事件」参照)。これに対して、当時の学説によれば、外国特許権の成立自体は認め、その成立が不法行為の先決問題となると捉え、その侵害が不法行為となるかどうかを問題とし、外国の特許法を適用するという相対的属地主義が採用されている。

パリ条約は、内国特許権が外国に及ぶかという、第一の意味での属地主義については各国国内法に委ねていると解される。他方、外国特許権の効力の内国での不承認という、第二の意味での属地主義をパリ条約は採用していると考えられる。著作権におけるベルヌ条約が5条2項において本国以外の同盟国における保護を規定しているのに対して、パリ条約は、権利付与国における保護の規定(パリ条約2条における内国民待遇の原則)を置いているのみであるということである。したがって、A国で成立した特許権の効力を内国で承認する規定が存在せず、A国で成立した特許権の効力を内国では承認しない。すなわち、その結果、A国で成立した特許権の効力はA国にしか及ばない。すなわち、権利付与国である登録国以外の同盟国での保護を念頭においておらず、権利付与国が内国である場合における保護の場合のみを規定している。したがって、外国特許権の効力は内国において承認されない結果、外国特許権は当該外国においてのみ効力を生じることになる(相対的属地主義)。この点、A国で成立しA国で登録された特許権のA国における効力は日本において承認することができるものと思われる。さらに、パリ条約の同盟国間においては、日本の特許権の効力は他国へ及ぶこともある。この効力を承認するか否かは外国法の範疇となるのである。すなわち、実質法上の属地主義から、不承認の結果として、抵触法上の属地主義である権利付与国法主義が導かれるのである。したがって、権威付与国が外国の場合には属地主義から、権利付与国法たる外国法の適用が導かれるのである。この場合において、

特許権者は、権利付与国法としての登録国法を選択することによって、保護の厚い国の法を選択することができることになり、ひいては法的予測可能性が保証され特許権者の利益の保護が図られる。同時に、特許の利用者（加害者）は登録国法に従って行動することになり、自己の利用行為に関する法的予測可能性も担保され利用者の利益の保護も図ることができる。よって、パリ条約はその構造自体から属地主義に基づき、特許権侵害の準拠法について抵触法規定を含んでいるのである。

なお、特許独立の原則(パリ条約4条の2)とは、A国で成立した特許権がA国で消滅した場合に、日本における同一内容の特許権が影響を受けて消滅することはないということの意味する原則である。すなわち、特許権は著作権のように唯一の権利として成立するのではなくて、権利の束が無数に存在し、A国で登録された特許はA国特許権、B国で登録された特許はB国特許権という具合である。よって、特許権は複数存在し、その各々が独立して存在するのである。したがって、属地主義の原則とは無関係である。

適用範囲

		権利付与国			
侵害行為地国		同盟国 A	同盟国 B	日本	非同盟国
	同盟国 A	①適用範囲内 パリ条約の典型例 権利付与国法 + 相対的属地主義	④適用範囲外 法廷地国際私法 (不法行為準拠法)	⑦権利付与国法(日本法) 但し、外国判決の承認 の・執行の局面では不承認	
	同盟国 B	②適用範囲外 法廷地国際私法 (不法行為準拠法)	⑤適用範囲内 パリ条約の典型例 権利付与国法 + 相対的属地主義	⑧権利付与国法(日本法) 但し、外国判決の承認・ 執行の局面では不承認)	
	日本	③カードリーダー 事件	⑥カードリーダー 事件	⑨国内事件 日本法の適用	⑩適用範囲外 絶対的属地主義

		適用範囲外 法廷地国際私法 (不法行為準拠法)	適用範囲外 法廷地国際私法 (不法行為準拠法)	同盟国国民たる外国人 (内国民待遇の原則：パリ条約 2 条) 非同盟国国民たる外国人 (相互主義：特許法 25 条)	法廷地国際私法 (不法行為準拠法)
	非同盟国			⑩一方的抵触規定 効力について属地主義 法廷地国際私法(不法行為準拠法)	⑫満州国特許事件 適用範囲外 絶対的属地主義 法廷地国際私法 (不法行為準拠法)

上の図は、パリ条約の適用範囲について整理したものである。この図に基づいて、以下で具体的な事例を簡単に紹介していこう。

まず、①としては、A 国人によって A 国で発明され、登録された特許権が A 国で侵害され日本の裁判所に訴えが提起されたような場合である。この場合が、パリ条約の念頭に置いている事例であり、相対的属地主義と権利付与国法主義との組み合わせによる。したがって、A 国法が適用される。

次に、②としては、A 国人によって A 国で発明され、登録された特許権が B 国で侵害され日本の裁判所に訴えが提起されたような場合である。この場合には、三国間に跨る特許権侵害の場合に当たるためパリ条約の適用範囲外であると考えられる。この場合には、法廷地の国際私法が適用される。

さらに、③としては、A 国人によって A 国で発明され、登録された特許権が日本で侵害され日本の裁判所に訴えが提起されたような場合である。この場合がカードリーダー事件

における事例に当たり、パリ条約の適用範囲外であり、A国で成立した特許権の効力は日本において承認されない。したがって、日本でA国特許権が侵害されることはない。

また、④としては、B国人によってB国で発明され、登録された特許権がA国で侵害され日本の裁判所に訴えが提起されたような場合である。この場合には②の場合と同様にパリ条約の適用範囲外となり法廷地の国際私法が適用され不法行為準拠法による。

続いて、⑤としては、B国人によってB国で発明され、登録された特許権がB国で侵害され日本の裁判所に訴えが提起されたような場合である。この場合には、①の場合と同様に権利付与国法主義と相対的属地主義との組み合わせにより、B国法が適用される。

さらに、⑥としては、B国人によってB国で発明され、登録された特許権が日本で侵害され日本の裁判所に訴えが提起されたような場合である。この場合には、③の場合と同様にこの場合がカードリーダー事件における事例に当たり、パリ条約の適用範囲外であり、A国で成立した特許権の効力が日本において承認されない。したがって、日本でA国特許権が侵害されることはない。

また、⑦としては、日本人によって日本で発明され、登録された特許権がA国で侵害され日本の裁判所に訴えが提起されたような場合である。この場合も、パリ条約の適用範囲内の問題であるが、権利付与国法主義によって日本法が適用される。しかしながら、日本の裁判所において日本法により特許権侵害と判断されたとしても、パリ条約の規定には外国において成立した特許権の効力を承認する規定が存在しないため、A国においては外国判決の承認・執行の次元において日本において成立した特許権の効力は承認されず、したがって、特許権侵害も成立しないことになる。

次に、⑧としては、日本人によって日本で発明され、登録された特許権がB国で侵害され日本の裁判所に訴えが提起されたような場合である。この場合も、パリ条約の適用範囲内の問題であるが、権利付与国法主義によって日本法が適用される。しかしながら、日本の裁判所において日本法により特許権侵害と判断されたとしても、パリ条約の規定には外国において成立した特許権の効力を承認する規定が存在しないため、B国においては外国判決の承認・執行の次元において日本において成立した特許権の効力は承認されず、したがって、特許権侵害も成立しないことになる。

さらに、⑨としては、外国人による日本における発明に関して、日本において登録された特許権が日本で侵害され日本の裁判所に訴えが提起されたような場合である。この場合には、国内事件として日本の特許法が適用され、同盟国国民たる外国人は内国民待遇の原

則（パリ条約2条）により、非同盟国国民たる外国人は、外国において日本人の特許権の享有が認められている場合には、相互主義の規定（特許法25条）により日本において特許権を享有することができる。

また、⑩としては、日本人によって日本で発明され、登録された特許権が非同盟国で侵害され日本の裁判所に訴えが提起されたような場合である。この場合には、パリ条約の適用範囲外であるとして、法廷地国際私法による。この点、日本で成立した特許権の効力は外国へは及ばないという効力についての属地主義が妥当する。そのことから、権利付与国が内国の場合には、権利付与国法として内国法が適用されるという一方的抵触規定が導かれる。したがって、特許権侵害が成立しない。

続いて、⑪としては、非同盟国の国民によって非同盟国において発明され、登録された特許権が非同盟国で侵害され日本の裁判所に訴えが提起されたような場合である。この場合には、パリ条約の適用範囲外であるとして、特許権自体の成立が認められず、法廷地国際私法によって不法行為準拠法が適用される。

最後に、⑫としては、非同盟国の国民によって非同盟国において発明され、登録された特許権が日本で侵害され日本の裁判所に訴えが提起されたような場合である。この場合が、満州国特許権事件の事例に当たり、パリ条約の適用範囲外であるとして、特許権自体の成立が認められず、絶対的属地主義による。したがって、法廷地国際私法によって不法行為準拠法が適用される。

以下では、総括的考察として、具体的な事例に基づいてシュミレーションを行うこととする。

【設例1】外国特許権が外国で侵害された場合

①A国が同盟国の場合

パリ条約の同盟国たるA国でXによって発明され登録された特許権が、A国において日本人Yによって、A国で侵害されたとして、XがYに対して日本の裁判所に特許権侵害に基づく差止及び損害賠償請求を提起した。

権利付与国法主義と属地主義との組み合わせによれば、まず、権利付与国たるA国で実質的成立要件及び形式的成立要件（登録）を満たしているかを検討する。本件事例の場合にはXはA国において発明し登録を行っており、A国が権利付与国であると考えられる。当該特許権の効力は属地主義によってA国国内においてのみ効力を有するので、XはA国においてのみA国特許権を行使できるものである（相対的属地主義）。よって、日本の裁判所

は、A 国法に基づいて、日本人 Y の A 国での行為が X に対する特許権侵害に当たるかどうかを、A 国法に基づいて判断する。A 国特許法において、特許権侵害の実質的成立要件及び形式的成立要件を満たせば、A 国で特許権侵害が成立し、X は Y に対して特許権侵害に基づく行為の差止及び損害賠償請求を行うことができるかどうか A 国法によって判断される。

②A 国が非同盟国の場合(「満州国特許事件」の事例)

A 国が非同盟国の場合には、パリ条約の適用範囲外となり、絶対的属地主義が妥当するので、外国特許法を適用することはできない。したがって、X から Y に対する特許権侵害に基づく差止請求および損害賠償請求はできないので、不法行為が成立するかどうかの問題を論じることになる。

【設例 2】外国の特許権が日本で侵害され日本が法廷地となった場合

①A 国が同盟国の場合(「カードリーダー事件」の事例)

パリ条約の同盟国である A 国国民 X が A 国で発明し登録した特許権が、日本において日本の特許権を有する日本人 Y の行為により侵害されたとして、日本の裁判所に特許権侵害に基づく差止請求及び損害賠償を請求した場合である。

本件事例は、同一発明に対して、A 国特許権者と日本の特許権者とが異なる事例であり、A 国特許権者が日本の特許権者による日本での当該発明の利用行為に対して訴えを提起したものである。

当該特許権が A 国法上の実質的成立要件及び形式的成立要件(登録)を満たすと A 国で権利が成立し、当該特許権の登録国たる A 国が A 国特許権の権利付与国となる。パリ条約には、ベルヌ条約に規定されているような“本国以外の同盟国における保護”に関する規定が存在せず、したがって、著作物の本国における保護の規定しか存在しない。すなわち、ベルヌ条約が、著作物の本国以外の同盟国における内国民待遇の原則(ベルヌ条約 5 条 2 項 3 文)を規定し、そのことをもって、外国著作権の効力を日本において限定つきで承認するという相対的普遍主義を規定しているのに対して、パリ条約は、本国における内国民待遇の原則(パリ条約 2 条)のみしか規定しておらず、効力が及んできた場合には、それを承認しないという属地主義を規定しているものである。つまり、パリ条約の構造自体から属地主義の原則が導かれ、その意味するところは、同盟国間では、外国特許権の効力が及ぶことがあり得るが(及ぶことを否定していないが)、②及んできた効力を内国では承認しないと

いうものである。よって、実質法上の属地主義から抵触法上の属地主義が導かれるのである。したがって、パリ条約は、相対的属地主義とそれによって導かれる権利付与国法主義との組み合わせによって成立しているものと考えられる。すなわち、パリ条約は同盟国たるA国で成立した特許権の効力は、日本に及ぶことを否定しておらず、仮に当該効力が及んできたとしても、不承認の意味での属地主義を根拠に承認しないため、比喩的に言えば、その効力はA国へ押し戻されることとなるのである。以上のように考えるならば、まず、権利付与国法であるA国法により、同盟国たるA国で実質的成立要件及び形式的成立要件(登録)をとともに満たしているかどうかを判断する。次に、特許権の侵害は、特許権の効力の問題であると考えられるので、有効に成立した特許権が日本で侵害された場合には、A国特許権の効力が日本に及んできたとしても、条約上の不承認の意味での属地主義により、その効力が承認されないので、日本でA国特許権が侵害されることはない。したがって、A国特許権者Xは日本の特許権者Yに対して、日本において、特許権侵害に基づく差止請求および損害賠償請求を行うことはできない。

②A国が非同盟国の場合

A国が非同盟国の場合には、パリ条約の適用範囲外となるので、絶対的属地主義が妥当するので、外国特許法を適用することはできない。したがって、XからYに対する特許権侵害に基づく差止請求および損害賠償請求はできないので、不法行為が成立するかどうかの問題になる。

【設例3】日本の特許権が外国で侵害されたかどうかの問題となる場合

日本人Xが日本で登録した特許権がA国においてA国人Yの行為によって侵害されているとして、日本人XがYに対して日本の裁判所に特許権侵害に基づく差止請求及び損害賠償請求をした。

①A国が同盟国の場合

この場合にはパリ条約の適用範囲内の問題とし、日本において、特許権の実質的成立要件および方式を満たせば日本が権利付与国となる。よって、パリ条約の抵触法規定たる権利付与国法主義により日本の特許法が適用される。また、同盟国間では日本の特許権の効力が外国へ及ぶものと考えられる。すなわち、日本の裁判所は、外国における侵害の場合であっても、日本の特許法を適用することができる。したがって、XはYに対して、日本

の特許権に基づいて差止請求及び損害賠償請求を行うことができる。但し、その日本で下された判決の効力が当該 A 国の裁判所において承認されるかどうかの点については承認されない可能性が高い。

②A 国が非同盟国の場合

この場合には、パリ条約の適用範囲外の問題となる。なぜならば、特許権侵害の場合には、相手国が非同盟国たる外国で日本の特許権が侵害された場合には、刑法には域外適用の規定は存在していない。したがって、その前提として効力について属地主義が採用されていることになると考えられる。そのため非同盟国たる外国で日本の特許権が侵害されることはない。よって、X は Y に対して特許権侵害に基づく差止請求及び損害賠償請求をすることはできず、不法行為の成立のみが判断されることとなる。

【設例 4】外国の特許権が日本で侵害されたかどうかの問題となる場合

A 国人 X が A 国で登録した特許権が日本において日本人 Y の行為によって侵害されているとして、A 国人 X が Y に対して日本の裁判所に特許権侵害に基づく差止請求及び損害賠償請求をした。

①当該 A 国人が同盟国国民である場合

この場合には、パリ条約の適用範囲の事例である。この点、パリ条約の内国民待遇の原則(パリ条約 2 条)が機能し、A 国人特許権者 X が同盟国国民である場合には、日本人特許権者 Y と同様の権利を享有することができる。したがって、X は日本の裁判所に日本での特許権に基づいて Y に対して差止請求及び損害賠償請求を行うことができるかどうかは日本法によって判断される。

②当該 A 国人が非同盟国国民である場合

この場合には、パリ条約の適用範囲外の問題である。非同盟国国民たる A 国人 X に対しては、相互主義(特許法 25 条)により、日本人特許権者 Y と同様の権利を享有することができる。したがって、X は日本の裁判所に日本での特許権に基づいて Y に対して差止請求及び損害賠償請求を行うことができるかどうかは日本法によって判断される。

第7節 おわりに

特許権侵害についての準拠法に関して、カードリーダー事件の場合には、どのように決定されるのであろうか。本件事例は、日本法人 Y(被告：利用行為者、日本の特許権者)によって日本で製造され、アメリカ合衆国に輸出され販売された製品が、当該製品に関する米国特許権を有する日本在住の日本人 X(原告：米国特許権者)の権利を侵害したとして製品の製造の差止及び特許権侵害に基づく損害賠償請求を日本の裁判所に提起した事案である。すなわち、外国特許権が日本で侵害された場合にあたる。

まず、判例は、パリ条約が抵触法規定を含んでいるものではなく、差止請求と損害賠償請求とに区別し、差止請求については、特許権の効力の問題であるとして、条理によって保護国法を適用するものである。これに対して、損害賠償請求については、法例11条によって不法行為準拠法を適用するものである。なお、特許権侵害の準拠法に関する「法例」下における判例としては、(1)「満州国特許事件」(東京地裁昭和28年6月12日判決)、(2)「カードリーダー事件」(東京地裁平成11年4月22日判決)、(3)「カードリーダー事件」(東京高裁平成12年1月27日判決)、(4)「カードリーダー事件」(最高裁平成14年9月26日判決)、(5)「サンゴ砂事件」(東京地裁平成15年10月16日判決)、(6)「リサイクルインクタンク特許権侵害事件」(知財高裁平成18年1月31日判決)が挙げられる。

次に、特許権侵害の準拠法に関する「法例」下における学説としては、パリ条約が抵触法規定を含むとする見解とパリ条約が抵触法規定を含まないとする見解が挙げられる。パリ条約が抵触法規定を含まないとする見解は、さらに、1. 特許権侵害に関する問題を「私法的法律関係」と解する見解と、2. 特許権侵害に関する問題を「公法的法律関係」と解する見解とに大別される。特許権侵害に関する問題を「私法的法律関係」と解する見解としては、1) 差止請求と損害賠償請求を区別する見解と 2) 差止請求と損害賠償請求を区別しない説に大別される。1) 差止請求と損害賠償請求を区別する見解としてとしては、(1) 差止請求に関しては、特許権の効力として、法の欠缺として条理により保護国法を適用し、保護国法を登録国法と解し、損害賠償請求に関しては、不法行為として不法行為準拠法により行動地を結果発生地とする見解、(2) 差止請求に関しては、特許法に基づく属地主義を根拠に権利付与国法たる登録国法を適用し、損害賠償請求に関しては、不法行為として不法行為準拠法により結果発生地を不法行為地とする見解、(3) 差止請求に関しては、特許権の効力として物権準拠法を類推適用し、保護国法を登録国法と解し、損害賠償請求に関しては、不法行為として不法行為準拠法により行動地を不法行為地とする見解、(4) 差止請求に関す

る規定は強行法規として捉え、他方、損害賠償請求に関する問題は、不法行為として不法行為準拠法による見解、(5)差止請求に関しては、国家行為理論に基づいて処理されるとし、損害賠償請求に関しては、不法行為として不法行為準拠法により結果発生地を不法行為地とする見解が挙げられる。次に、2)差止請求と損害賠償請求を区別しない説としては、(1)不法行為準拠法による見解(①不法行為地を行動地とする見解、②不法行為地を結果発生地とする見解、③不法行為地を最密接関係地とする見解)と、(2)特許権の効力の問題として、特許権自体の準拠法による見解(①条理により保護国法を適用する見解、②条理によって登録国法による見解、③属地主義を根拠に保護国法主義を導く見解〔(a)権利付与国を保護国と解する見解、(b)利用行為地国ないし権利付与国を保護国と解する見解〕が挙げられる。

続いて、「法適用通則法」下における学説は、①特許法においては、差止請求に関する規定は強行法規として捉え、他方損害賠償請求に関する問題は、不法行為として不法行為準拠法による見解、②差止及び損害賠償請求に関して、条理によって登録国法を適用する見解、③特許権の効力に関する問題として、一括して特許権の準拠法として登録国法により、それよりも密接な関係を有する国の法がある場合にそれによる見解、④特許権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求とを区別し、差止請求に関しては、国家行為理論により権利付与国法が適用されるとし、他方、特許権侵害に基づく損害賠償請求に関しては、不法行為準拠法が適用されるとする見解に分類される。

このような議論状況において、私見によれば、特許権侵害の準拠法の決定は、「権利付与国法主義と不承認の意味での属地主義との組み合わせ」によるものであると考える。

属地主義の理解としては、A国特許権の効力が仮に日本に及んできても、日本では、当該特許権の効力を承認しないという意味であり、実質法上の属地主義の原則から抵触法上の原則を引き出している。これば、著作物に関するベルヌ条約の規定との対比から明らかにされる。すなわち、ベルヌ条約の5条2項3文が本国以外の同盟国における内国民待遇の原則を規定しているのに対して、パリ条約に規定されている属地主義の原則は、本国における内国民待遇の原則であるということである。このことが意味することは、結果的には、パリ条約においては及んできたものは承認しないという相対的属地主義を採用しているということである。そのことから、さらに、権利付与国法主義、つまり、抵触法上の属地主義の原則が導かれる。

したがって、パリ条約は、権利付与国法主義と不承認の意味での属地主義の原則(相対的属地主義)との組み合わせを規定しているものである。この点、著作物に関するベルヌ条約はその構造として、本源国法主義と相対的普遍主義(効力についての内国民待遇の原則:条件付きで承認する)との組み合わせを規定しているものである。

すなわち、属地主義の原則は、パリ条約の規定する特許権の独立の原則(4条の2)、内国民待遇の原則(2条)から導かれるものではなく、パリ条約の構造自体から導かれるのである。すなわち、パリ条約にはベルヌ条約の5条2項にあたる本国以外の同盟国における保護の規定は存在しない。つまり、権利付与国以外での侵害の発生をそもそも予定していないのである。つまり、外国において成立した特許権の効力が及んできても承認しないという効力の不承認の意味での属地主義の原則が導かれるのである。

例えば、アメリカ合衆国は域外適用を認める国であり、その特許権の効力が日本に及んできたとしても、パリ条約は、同盟国間では効力が及ぶ状態を否定しているものではない。そうではなくて、パリ条約にはベルヌ条約におけるように本国以外の同盟国における保護に関する内国民待遇の原則を規定しておらず、本国における内国民待遇の原則のみを規定していることを根拠に、そのように及んできた特許権の効力は承認されないのである。あるいは逆に、日本の特許権が外国へ及ぶこともありうるが、そのような場合にも、日本での判決が当該外国において承認されるかいないかといった問題となるのである。結局は、たとえ効力が及んだとしても、その効力が当該外国では承認されなければ、結果的には、日本の特許権は日本でしか侵害されないということである。

これに対して、日本の特許権が非同盟たる外国で侵害された場合には、日本で登録がなされ、特許権が成立した場合には、日本が権利付与国となり、権利付与国法たる日本法が適用されるが、日本の特許権法に域外適用の規定がないため、そのことから特許権の効力は非同盟国たる外国には及ばないことになる。

次に、内国民待遇の原則(パリ条約2条)は、権利付与国たる内国における特許権の効力を内国において外国人が享有できるということを規定したものである。

また、特許権独立の原則(パリ条約4条の2)は、同一内容の発明に関する特許権として、A国特許権、B国特許権、C国特許権というように、それぞれの登録毎にそれぞれの国で別個独立した特許権の束が存在し、A国の特許権の保護期間の終了による消滅がB国特許権の存続に影響を与えないということを意味する。したがって、この規定が属地主義の原則の

直接の根拠となるものではない。この点、著作権の場合には、本国で成立した著作権は世界で一つの権利であり、その効力は他国へ及ぶのである。

このように、パリ条約は、著作権に関するベルヌ条約との構造の違いにもみられるように、その構造自体から属地主義を含み、外国特許権が日本で侵害されたような場合にも、パリ条約のこの構造によって、権利付与国法主義と相対的属地主義が妥当するものと考えられる。この場合において、特許権者は、権利付与国法としての登録国法を選択することによって、保護の厚い国の法を選択することができることになり、ひいては法的予測可能性が保証され特許権者の利益の保護が図られる。同時に、特許の利用者（加害者）は登録国法に従って行動することになり、自己の利用行為に関する法的予測可能性も担保され利用者の利益の保護も図ることができる。

(1) TKC 法律情報データベース 文献番号 27750068 民集 4 卷 6 号 847 頁。この判決の評釈としては、以下のような評釈が挙げられる。特許権侵害に関する問題ではなく、不法行為と性質決定する見解を採用するものとして、まず、山田教授の見解が挙げられる。すなわち、山田教授によれば、特許権の存否に関する準拠法について、「当該権利自体——ここでは特許権自体——の存否が国際私法上いかに判断されるべきかが問題とされなければならない。権利自体の存否は、不法行為の成立という本問題に対し、いわゆる先決問題として、その権利自体の準拠法によるべきことが一般に認められている。この点については若干の疑問がないわけではない。しかし、ここでは一応通説に従って考察を進めてみよう。本件においては、特許権なる権利自体が果たして有効に存在しているか否かは特許権自体の準拠法によるべきである。これに関して、わが法例には規定がないが、特許権なる権利が法創設的な権利である点からして、その存否の準拠法権利付与国(登録国)の法律であるということができるであろう。しかし、特許権なる権利は、一般財産権とは異なった特殊性を有する。それは、一国の法律による特許権は、その国の法域内においてのみ効力を有するに止まり、他国において当然に保護をうけるものではないということである。同一の発明等につき、他国においても保護を受けんとするときは、別にその国の法律によって付与を受けねばならない。のみならず、かくして、同一発明等につき二個以上の国において特許権が付与された場合に、それらの権利は互にまったく独立であって、その発生・消滅・効力等の諸事項はすべてそれぞれの国の法律によって格別に取り扱われる。特許権独立の原則といわれるものである。したがって、国際私法上特許権の準拠法は付与国法であるが、

その存在はその付与国においてのみ認められるものということができる。」(山田鑠一「法例第 11 条第 2 項の適用について——特許権の侵害に対する損害賠償請求事件——」民商法雑誌 33 卷 1 号(1956 年 4 月)152-153 頁。)と。したがって、特許権の存否に関しては、特許権自体の準拠法によるとして、すなわち、特許独立の原則から特許権には属地主義が妥当するとし、権利付与国法を適用するとの理解である。これに対して、特許権自体の準拠法に従い特許権が成立した場合に、その特許権の侵害が不法行為に該当するかどうかに関しては、「不法行為の要件のうち、とくに主観的要件たる故意・過失のみを『不法』とし、客観的要件たる権利もしくは故意・過失の存在を『不法』とするならば、客観的要件たる権利・利益の侵害の存在もまた『不法』といいうるのであろう。いな『不法』を敢えて『不法行為』と区別すれば、それは主観的違法性よりもむしろ、客観的違法性の身に解するのが普通であらう。この点において、少数説は現行法たる法例の解釈としては採用することはできない。法例の解釈としては、やはり通説が正当であらう。すなわち、不法行為地法と日本法の一般的の累積的適用を認めたものとして、両者の要件をともに具備しなければ、不法行為が成立しないと解するべきである。」(山田・同前 149 頁。)として、法廷地の国際私法により不法行為準拠法が適用された場合に法例 11 条 2 項により、不法行為地法と法廷地法の累積的適用を行うものとの理解である。さらに、累積的適用に関して、「不法行為地法と法廷地法との評価の対象たる事實は、たんに一つであり、それは、『外国において発生したる事實』そのものに他ならない。その事實そのものに、行為地たる外国の不法行為法の代わりに、日本の不法行為法を適用したら、はたして不法行為の要件を充足するか否かが問題なのである。」(山田・同前 150 頁。)と。次に、同様の見解を採用するものとして、田中教授の見解が挙げられる。すなわち、田中教授によれば、「判旨は右通説に従いつつ法例 11 条 2 項の累積的適用とは、その行為が法廷地で行われた場合不法行為となるか否かを論ずることであるところ特許独立の原則により外国特許権は日本では何等権利として存在しないから本件は不法行為を構成しないとした……。右は第一に山田教授も指摘されるように累積適用の意味を誤っている。累積適用である以上満州国における同国特許権の侵害という同一事実を不法行為地法と法廷地法の両観点から評価するものでなければならぬ。」として、判例が法廷地たる日本において当該特許権が存在しないことをもって不法行為の不成立を導いた点を批判して、本来の累積的適用は満州国で行われた特許権の侵害行為が不法行為に該当するか否かを不法行為地と法廷地法によって累世的に判断

しなければならぬと指摘している。さらに、「……満州国特許権の排他的効力は同国領域内の行為についてしか妥当しないことは既に述べたとおりであるが、そのことの故にそれが日本では『権利としての存在を有』せずとして救済を拒否するのは、我が国実体法上の権利の侵害以外不法行為の救済を認めぬとするものである。かりに我が法上不法行為は権利侵害たるを要すると解したとしても、法例 11 条 2 項の適用に関する限り、右にいう権利は国際私法上の考慮より適当なモディフィケーションを加うべきである……。判旨の如くであれば外国における所有権の侵害も我が国裁判所では救済が否定されることとなる。しかしそもそも民法 709 条に所謂権利侵害は今日『違法に他人に損害を加えること』と解され、かつ行為の違法性の判定については『侵害される利益の性質と侵害する行為の態様の両面から相関的に判断し公の秩序善良の風俗を標準として決定すべき』ものとされる。法例 11 条 2 項にいう不法は右に従い違法に他人に損害を加えることの意に解すべく、その判定についても右の標準に依るべきであろう(この見解は又我が法上の不法行為の要件の全部を必ずしも具備するを要しないことをも意味する。) 外国特許権の侵害は右の標準の適用上大体において違法と解すべきであろう。しかし当該国の特許法上正当に成立した特許権の侵害であればすべて我が法の見地からも違法であると解するのは疑問であり、やはり個々の場合について考えるべきであろう。」(田中徹「外国特許侵害の裁判管轄権と法例 11 条 2 項」ジュリスト 215 号(1960 年 12 月)94 頁。)と。したがって、田中教授によれば、外国特許権の侵害が日本民法の不法行為に該当するか否かは、「違法に他人に損害を与えたか否か」を基準に判断すべきであり、この基準に従えば、本件外国特許権侵害に関しても、日本法上は不法行為に該当するものであるとの理解である。また、田中教授によれば、別の評釈においても次のように述べられている。すなわち、「本件は……真正商品の並行輸入に対応する、いわば申請特許製品の並行輸入とでもいうべき問題である。かかる輸入・販売行為を理由とする損害賠償請求が、わが国抵触法上不法行為の問題と性質決定されるべきこと、従って被告が不法行為責任を負うか否かは法例 11 条 1 項により不法行為地法である B 国法によって決せられるべきことについては、異論のないところであろう。」(田中徹「不法行為——法例 11 条 2 項」『涉外判例百選(第 3 版)』(1995 年)100 頁。)として、特許権に関する問題であるが、相手国が非同盟国である本件事例においては、特許権侵害の問題と性質決定するのではなく、不法行為の問題であると性質決定している。さらに、田中教授によれば、「本件では、外国特許権の当該外国における侵害が、わが国法上不法

行為に該当するか否かが問題となっているのであって、外国特許権の我が国における侵害がわが国法上不法行為となるか否かが問われているのではない。」として、「今日の国際交通においては、特許権は、所有権などと同様、文明諸国に共通な指摘権利としての地位を取得しており、外国特許権の侵害は、民法 709 条の適用において、他人の利益の違法な侵害と評価され、従って、不法行為を構成するというべきである」（田中徹「不法行為——法例 11 条 2 項」『涉外判例百選(第 2 版)』別冊ジュリスト 87 号(1986 年 2 月)98 頁。)と。すなわち、田中教授によれば、外国特許権の外国における侵害が日本法上の不法行為に該当するか否かの問題に関しては、日本の民法 709 条によって不法行為に該当するとの理解である。さらに、同様の見解を採用するものとして、林脇教授によれば、「……法例は内国法以外の法の存在を前提とし、その外国法によって付与された権利の存在および当該外国におけるその権利としての効力の承認の上に立っているから、法例 11 条 2 項の解釈についても或る一定の枠が存在することを無視できない。すなわち、法例 11 条 2 項が外国で発生したその事実をさらに日本実質法により検討することを要請する場合にも、外国で侵害された権利が『法例の立場から管轄権のある法律によって成立したものである以上は』その権利としての効力を全く否定する形で検討することは許されない……。したがってこの場合、日本実質法は本来それが予想していない事実に適用されるのであるから、法技術的には適用上或る適合が行われなければならない。その一つの方法は、前出の説にみるように、法の意味を拡張し、法例上管轄の認められた外国法によって成立した権利まで民法 709 条の権利と認めるものであり、他の方法は、事実を変形して、侵害された外国特許権と同様の権利が日本法上認められるとき、その権利が日本において侵害されたならば不法行為が成立するかを問い、これが肯定されるならば法例 11 条 2 項にいう『外国ニ於イテ発生シタル事実カ日本ノ法律ニ依レバ不法』な場合として、法例上不法行為の成立を認めるものである……。」(林脇トシコ「外国特許権侵害に対する救済」『特許判例百選』別冊ジュリスト No.8(1966 年)196-197 頁。)と。すなわち、林脇教授によれば、判例が 1 条 2 項を適用した結果、累積的適用の際に外国著作権が日本法上存在し得ないことを理由に日本では不法行為を生じ得ないとかしたのに対して、累積的適用の結果、日本法において不法行為が成立するというという見解に立つものと思われる。また、同様の見解を採用するものとして、石黒教授の見解が挙げられる。すなわち、石黒教授によれば、外国特許権侵害に関して、「……外国特許権を内国で侵害した場合との区別がやはり必要である。外国特

許権の侵害が当該外国でなされた場合にその侵害から生じた個別的請求権を内国で行使すること自体は、属地主義ないし特許独立の原則と何ら抵触するものではない……。ところが、法例11条は純然たる不法行為地法主義ではなく法廷地法との折衷主義をとっている。」(石黒一憲「外国特許権の侵害に対する救済」『特許判例百選(第2版)』別冊ジュリストNo.86(1985年)228頁。)とし、さらに、「属地的に限定された権利との関係では、法例11条2項は、同種の権利が我国にあったとした場合に本件Yの行為(それも我国でなされたとして)が我国法の基準に照らして不法行為となるか否かを見ればよいのであり、判旨は疑問である。」(石黒・同前228-229頁。)と。すなわち、石黒教授によれば、外国特許権侵害に関して日本法を適用する点を肯定し、判例が満州国特許権は日本法上特許権として認められないので当該権利に基づく不法行為自体成立しないとした点を批判して、満州国特許権に基づく日本法における不法行為の成立を認めるべきであるとの理解である。さらに、また、同様の見解を採用するものとして、また、大野教授によれば、「法例第11条2項の解釈に関して、属地的に限定された権利との関係では、同種の権利が我国にあったと仮定した場合に、本件被告の行為が、我国においてなされたとして、我国の基準に照らして、不法行為となるかどうかを見ればよいのであるとして、上記判例の解釈は疑問であるとする。」(大野聖二「カードリーダー事件最高裁判決の理論的検討と実務上の課題」AIPPI48巻3号(2003年3月)177頁。)として、判例が累積的適用を行っている点に関して支持していない。最後に、渡辺教授の見解が挙げられる。渡辺教授によれば、カードリーダー事件最高裁判決に関して、「判決が国際私法により準拠法を決定した点に賛成、その余の理由および結論は疑問」(渡辺惺之「外国特許権侵害に基づく差止め・廃棄請求及び損害賠償請求の準拠法」私法判例リマックス28〈上〉(2003年)156頁。)として、次のように見解を述べている。「実質法上の属地主義と説明される特許権の効力が当該国に限られることから、権利侵害は当該国内のみ生じるとされる。しかし、侵害が特定国内でのみ生じ得ることは、それ以外の国が当該侵害行為を不法と評価することを禁じるものではないし、それ以外の国の裁判所がその侵害を不法とし救済を命じることを排除するものでもない。侵害者に損害賠償を命じた侵害発生国裁判所の判決を他国は自国法上は不法行為ではないとして承認・執行を拒絶するのが論理必然とはならない……。」(渡辺・同前157頁。)として、実質法上の属地主義から抵触法上の属地主義を導き、相対的属地主義の立場から、外国特許権が日本で侵害され、当該特許権侵害の可否を外国の裁判所が判断することも可

能であるとの見解を示している。さらに、「特許権の効力が当該国の領域に限られることは、効力の強制お領域的に限られているという以上の意味はないと解すべきであろう。侵害事件について国際私法により準拠法を決定した判旨は正当である。」（渡辺・同前 157 頁。）として、最高裁は国際私法により準拠法を決定した点を支持している。また、「国際私法上の性質決定としては、損害賠償と差止めはいずれも不法行為からの救済制度であり、前者は既に行われた不法行為からの救済制度であるのに対し後者は将来に向けた救済という点で違いがあるにすぎない。次に、準拠法連結に関しても既述のように様々な見解がある。特許法には、様々な性質の規定が含まれており、国家による特許権の付与が公法的法律関係であっても、特定個人に付与された権利に対する侵害の救済に関わる規定まで公法的性質とはならない。特許権侵害は基本的に私法上の不法行為であるが、特定国が被害者に認め保障した排他的利用に対する侵害という特性に注目し、被侵害権利を付与した国の法律が不法行為地法として準拠法となると考えるのがわかりやすいと思われる。保護国法という連結は、その領域につき権利の保護が求められている国には裁判による救済を求め訴訟が提起された法廷地国と解される余地もあり、一義的に明確とは言えないように思われる。」（渡辺・同前 157 頁。）として、特許権侵害を私法上の不法行為であると性質決定している。さらに、「私法上の作為・不作為義務に関しては、それを外国で行うよう命じること自体が公序に問われることはない。裁判管轄の問題としても、被告に外国での作為又は不作為を判決で命じること自体は特別な問題を生じない……。域外適用の当否が問題となるのは公法的規制である。特許法制は産業背策に係る面があるが、既に個人に付与された特許権の侵害は私法上の不法行為であり、本件米国特許法規定も公法的規定ではなく、不法行為の特別構成要素とすれば足りる。わが国には侵害の誘導等の行為を独立の構成要素とする規定は無いが、同様な行為は共同の不法行為と解し得る。損害賠償に関しては、藤井裁判官の意見が支持される。差止めに関しては、私法規定に関しては、域外規定は問題とならず、当該既定の適用の結果が公序に反する場合にのみ適用が排除されることを考えると、本件の場合、製造差止め及び製品廃棄は日本法上の適法行為を抑止するものとして公序に反すると解されようが、輸出差止めの部分は認容の余地があったと思われる。一般に、特許権侵害の態様もボーダレス化する中で、権利の国際的規模での実効的保護を図る視点からクロスボーダー・インジャクションを一定の場合に認める国際的な議論動向にも注意を払う必要がある。」（渡辺・同前 157 頁。）と。したがって、渡辺教授に

よれば、米国特許法規定を私法的規定である不法行為の特別構成要素と解し、一方で、差止請求に関しては、米国特許法の域外適用が日本法上の公序に反すると解しながらも、認容の余地を残してる。他方で、損害賠償請求については、アメリカ合衆国の法律を準拠法とすべきであるが、その場合は、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との理解である。以下では本判例の評釈を紹介しておこう。「115 外国特許権を外国で侵害した行為と法例第 11 条 2 項の適用の有無」下級裁判所民事裁判例集 4 巻 6 号 法曹会(1953 年)847 頁。雨宮定直「外国特許侵害に対する救済の許容性」『故中松潤之助先生追悼論文集 国際工業所有権法の諸問題』AIPPI 日本部会(1976 年)537-560 頁。木棚照一『国際工業所有権法の研究』日本評論社(1989 年)82 頁。中野俊一郎 木棚照一＝松岡博著『基本法コンメンタール国際私法』日本評論社(1994 年 5 月)74 頁。紋谷暢男「知的財産権の国際的保護」澤木敏郎＝畑場準一『国際私法の争点(新版)』(ジュリスト増刊)有斐閣(1996 年 7 月)25 頁。松本直樹「4 クロス・ボーダー・インジャクションについて」『現代裁判法体系(26) [知的財産権]』新日本法規出版(2000 年 1 月)60-61 頁。大塚章夫「国際的な知的財産権紛争の裁判管轄と準拠法」国際商事法務 Vol. 29、No. 10(2001 年)1171-1180 頁。山田鎌一『国際私法』有斐閣(2004 年 12 月)341 頁。

⁽²⁾ TKC 法律情報データベース 文献番号 28042050 判例時報 1691 号 131 頁。この判決の評釈として、以下の評釈が挙げられる。まず、大野教授の見解が挙げられる。すなわち、大野教授によれば、「法例 33 条の公序規定に関する国際私法上の定説では、公序規定は、単に外国準拠法の規定そのものが我が国と異なる制度・理念をもつとしてその適用を排除する趣旨ではなく、当該外国準拠法の規定を具体的事例に適用した結果が、我が国の私法秩序に反するときにはじめて当該既定の適用を排除する趣旨であると解釈されている。したがって、本判決のように、単に米国特許権の特許権者と日本国の特許権者の救済に相違があるという理由のみ基づいて、原告の請求を公序規定に反すると判断することは、問題である。」として、日本の裁判所が米国法を適用したにもかかわらず、公序を発動し、最終的には日本を適用した結果について反対している。また、特許権侵害に基づく損害賠償請求に関して、「国際私法上の通説的な見解では、直接侵害行為地も原因事実発生地と解釈されており、このように解釈すると、本件では複数の原因事実発生地が存在することになる。このような場合には、国際私法上、当該事実に関して最も密接に関係する法を選択・適用するべきであると解釈されており、そうであれば、米国特許法が準拠法として選択さ

れるべきであり、この点でも、本件判決の判断には疑問の余地が大きい。」として、本判決が日本法を適用したことに反している(大野聖二「日本の裁判所における米国特許権の行使について」知財研フォーラム Vol. 38(1999年)38頁)。石黒一憲「米国特許権の侵害を理由とする日本国内での行為の差止め及び損害賠償請求請求」私法判例リマックス 23(下)(2000年)150-153頁。大友信秀「米国特許権侵害事件の請求を属地主義の原則に基づき棄却した事例」涉外判例研究 No. 1171(2000年)107-109頁。山元裕子「日本国内における被告の行為に対する米国特許権に基づく差止め及び損害賠償請求が、いずれも棄却された事例」判例タイムズ No. 1062(2001年)85-88頁。

(3) TKC 法律情報データベース 文献番号 28050270 判例時報 1711 号 131 頁。この判決の評釈として、以下の評釈が挙げられる。井関涼子「日本国内の行為に対する米国特許権に基づく差止及び損害賠償請求」知財管理 Vol. 50、No. 10(2000年)1559-1567頁。木棚照一「被告の日本における行為に対し、アメリカ特許に基づいて差止・廃棄請求および損害賠償請求をした事例」AIPPI、Vol. 45、No. 5(2000年)27-34頁。齋藤彰「米国特許権に基づく製造禁止請求等の可否」『平成 11 年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊 1179 号 有斐閣(2000年6月)299-301頁。森義之「米国特許権に基づく日本国内における行為についての差止請求及び損害賠償請求の可否」『平成 12 年度主要民事判例解説』判例タイムズ臨時増刊 1065 号(2001年)236-237頁。

(4) TKC 法律情報データベース 文献番号 28072386 民集 56 卷 7 号 1551 頁、判例タイムズ 1006 号(1999年)256-263頁、判例タイムズ 1107 号(2003年)80-91頁、判例時報 1802 号 19-29 頁、ジュリスト No. 1239(2003年)130-133 頁参照。なお、裁判官井嶋一友の補足意見、裁判官町田顯の意見は以下のとおりである。「判示第 3、2 についての裁判官井嶋一友の補足意見は、次のとおりである。本件米国特許権侵害を理由とする損害賠償請求については、アメリカ合衆国の法律を準拠法とすべきであるが、その場合は、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ことになるから、その点について補足的に私の意見を述べることにする。1 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」とは、不法行為の成立要件の全てについて、両国法(不法行為一般法のみならず、実質法たる特許法も含む。)の成立要件をともに具備しなければ、不法行為は成立しないとの意味に解すべきである。この点については、多数意見の判示するとおりである。2 特許権についての属地主義の原則によれば、我が国の領域外において我が国の

特許権の侵害に当たる行為(例えば侵害品を製造したり、販売したりする行為など)をしても、そのこと自体は我が国の特許権を侵害することにはならないが、同じく我が国の領域外で我が国の特許権の侵害に当たる行為をしても、その侵害の結果が我が国の国内に及び、それが国内の直接侵害を積極的に誘導する行為に当たる場合、国外における上記の行為について、我が国の民法上の教唆又は幫助に当たるとして、共同不法行為責任を認めるか否かは簡単なことではない。属地主義を原則とする各国特許法によって規律されている現在の特許権に関する国際秩序の下では、特許権者は、特許権が登録された甲国の特許法によって甲国内における直接侵害について保護を求める一方、乙国において、同様の保護を求めるのであれば、乙国において同一の発明について特許権を設定して乙国における侵害について保護を求めることとしている。ところで、米国特許法 271 条(b)項は、上記のように、特許権侵害を積極的に誘導する者は侵害者として責任を負う旨規定し、直接侵害行為がアメリカ合衆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も含むものと解され、同国の領域外の行為を原因事実として損害賠償責任を肯定しているが、これは、上記の国際秩序の下で他国とは異なる立場を採用しているものと言わざるを得ず、このような規定を持たない我が国の特許法は、我が国の領域外における積極的誘導行為に我が国の特許権の効力を及ぼすことを肯定しない立場を採っているものと解するほかはない。とすれば、我が国の民法の解釈論によって、共同不法行為者とみなして、国外において積極的誘導行為をした者の損害賠償責任を肯定し、また、教唆、幫助行為の犯罪地に関する刑事判例を引用して、国外において行われた積極的誘導行為を国内における直接侵害と一体のものとして、損害賠償責任を肯定する藤井裁判官の反対意見には同調することはできない。もちろん、例えば、所有権のように万国共通の私権として認められる権利の侵害を、我が国の領域外で教唆、幫助する行為について、我が国の民法の共同不法行為の理論により、我が国の国内の直接侵害者とともに損害賠償責任を肯定することには異論のないところであるが、特許権は、各国の産業政策に従って、各国別に設定登録され、その効力は当該国の領域内にとどまることを原則とする権利であるから、所有権のような普遍的な権利の侵害の場面と同一に論ずることはできないものというべきである。このように、我が国の特許法は、特許権を侵害する行為を登録された国の領域外で積極的に誘導する行為について不法行為責任を肯定する立場を採っていないと解する以上、他にこの点に関する立法や条約、協定等の定めがない現在の国際秩序の下では、我が国の法廷において、米

国特許法を適用して、アメリカ合衆国内の直接侵害者について損害賠償責任を肯定することはともかく、本件のように、我が国の領域内において行われた製造、輸出等の行為者について、米国特許法の規定する積極的誘導行為に当たる者として不法行為責任を肯定することはできないものというべきである。3 なお、藤井裁判官の執行判決に関する意見について付言する。米国特許法 271 条 (b) 項を適用して、我が国の領域内における積極的誘導行為者について損害賠償責任を認容したアメリカ合衆国の裁判所の判決に対する執行判決が我が国の裁判所に求められた場合は、法例 11 条 2 項に関する上記の考え方に反するものとして、例えば、不法行為による損害賠償請求事件において法例 11 条 3 項に反する賠償額を認容した判決などと同様に、民事執行法 24 条 3 項、民訴法 118 条 3 号により執行判決請求を拒絶すべきものとする。判示第 3、2 についての裁判官町田顯の意見は、次のとおりである。私は、上告人の請求はいずれも理由がなく、これを棄却すべきものとする結論は、多数意見と同じくするが、本件損害賠償請求については、その理由付けを異にする。1 本件損害賠償請求について準拠法を定める必要があり、その準拠法は法例 11 条 1 項によるべきことは、多数意見の述べるとおりである。問題は、同項にいう『原因タル事実ノ発生シタル地』を多数意見のようにアメリカ合衆国とみるか、それとも原審のように我が国とみるかである。上告人が権利侵害と主張する具体的行為は、米国特許権侵害を積極的に誘導するとするものを含め、結局被上告人の行う製造、輸出といった専ら日本国内で行われた行為である。このことに、上告人及び被上告人とも我が国に居住する日本人又は本店所在地を我が国とする日本法人であり、上告人の主張する損害も我が国に居住する上告人に生じたものであることを考慮すると、『原因タル事実ノ発生シタル地』は、我が国と解するのが相当であり、日本法により不法行為の成否を判断すべきである。2 日本法においては、被上告人の製造、輸出を禁止するものではなく(かえって、記録によれば、被上告人は、自己の有する特許発明の実施として被上告人製品を製造及び譲渡していることがうかがわれる。)、我が国の民法及び特許法に照らせば、被上告人の行為は何ら違法なものではないから、これにより不法行為が成立する余地はない。よって、これと同旨の原審の判断は、是認することができる。判示第 3、2 についての裁判官藤井正雄の反対意見は、次のとおりである。私は、本件特許権侵害を理由とする損害賠償請求については、多数意見の結論に賛成することができない。その理由は、次のとおりである。1 本件損害賠償請求の法律関係の性質は不法行為であり、その準拠法は法例 11 条 1 項によるべきであること、同項にいう『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、特許権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、同国の法律が準拠法となることについては、多数意見と見解を同じくする。そして、米国特許法 271 条 (b) 項及び 284 条によれば、米国特許権を同国内で侵害する行為を国外において積極的に誘導した者は、損害賠償責任を負うとされている。2 不法行為については、法例 11 条 2 項により、法廷地である我が国の法律が累積的に適用される。本件において、同項にいう『外国ニ於テ発生シタル事実』に当たるのは、本件米国特許権の侵害を我が国の領域内において積極的に誘導してアメリカ合衆国において侵害の結果を発生させたという事実であり、この事実が原因事実発生地法と我が国の法律の不法行為の成立要件をともに満たして初めて不法行為が成立することになるのである。そして、この場合において、我が国の法律を適用するに当たり、被侵害利益である米国特許権の存在は先決問題であり、その権利がそれ自体の準拠法によって成立したものである限り、これを所与の前提として、その種の権利の侵害が我が国の法律上不法行為と認められるかどうかを判断すべきである(米国特許権が我が国においては効力を有しないことの故に、それが権利として存在しないものとみなして判断すべきではない。)。我が国の民法 709 条、719 条 2 項によれば、特許権の侵害を積極的に誘導する行為は、特許権侵害の教唆又は幫助に当たるといふべきであり、その行為を行った者は、共同行為者とみなされ、直接侵害者と連帯して損害賠償責任を負うことは明らかである。したがって、我が国の法律によっても不法行為が成立する場合に当たる。このように解しても、特許登録国の国外における行為自体に直接に米国特許権の効力を及ぼすものではなく、特許登録国において生じた直接侵害に基づく損害の賠償について直接侵害者との連帯責任を負わせるものにすぎないから、属地主義の原則に反するとはいえない。3 井嶋裁判官の補足意見は、法例 11 条 2 項を適用するに当たり、我が国の特許権の侵害の場合を念頭に置いているものようにうかがわれるが、本件においては、さきに述べたように、本件米国特許権の侵害を我が国の領域内において積極的に誘導してアメリカ合衆国において侵害の結果を発生させたことが『外国ニ於テ発生シタル事実』なのであり、我が国の特許権が侵害された場合のことを前提にして、我が国の不法行為法の適用を論ずるのは、法例 11 条 2 項による累積適用の正しい手法とは思われない。しかし、今仮に、我が国の特許権の侵害を国外で積極的に誘導した場合について検討したとしても、私の結論は変わらない。すなわち、我が国で登録された特許権の侵害を積極的に誘導する者の行為が我が国の国外で行

われた場合であっても、特許権侵害者の直接侵害行為が国内で行われたときは、侵害を積極的に誘導した者は、国内における特許権侵害に加担した教唆者又は幫助者として共同行為者とみなされ、直接侵害者と一体となって国内での損害を生じさせたものとして損害賠償責任を負うべきものと解するのが相当である。そして、これが属地主義の原則に反するとはいえないことは、2で述べたところと同断である(ちなみに、これは、属地主義を建前とする刑罰法令の適用上、特許法196条の特許権侵害の罪について、我が国の国外で教唆又は幫助行為をした者も、正犯が国内で実行行為をした場合には、刑法1条1項の『日本国内において罪を犯した』者として我が国で処罰されると解されることとも整合する。最高裁平成5年(あ)第465号同6年12月9日第一小法廷決定・刑集48巻8号576頁参照)。

4 以上の理解の下に本件についてみると、被上告人製品をアメリカ合衆国に輸出していた被上告人の行為は、同国において被上告人製品を輸入し販売していた米国子会社の行為に加担しその営利活動に協力したものと解することができ、同国における米国子会社の行為が本件米国特許権を侵害するものであれば、その侵害行為を教唆又は幫助したものに当たる。そして、これは、上記2又は3のいずれの理由よりしても、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』には当たらないから、被上告人は、米国子会社との共同不法行為者として損害賠償責任を免れないというべきである。もし、そうでないとするならば、仮にアメリカ合衆国の裁判所で米国特許権侵害についての日本国内における積極的誘導行為に対する損害賠償請求を認容する判決が出されたとして、我が国の裁判所で執行判決が求められた場合には、公序に反するとしてこれを拒絶するの でなければ一貫しないことになるが、この結論は、公序則を不当に拡大するもので承認し難いといわざるを得ない。5 したがって、本件損害賠償請求を棄却すべきものとした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。よって、原判決中同部分を破棄し、本件損害賠償請求の成否につき更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すべきである。」と。本判決の評釈としては、まず、出口教授の見解が挙げられる。出口教授はカードリーダー事件に関する判例評釈において次のような見解を明らかにしている。すなわち、出口教授によれば、カードリーダー事件判決を取り上げながら、「知的財産権の準拠法は、属地法ということになる。権利付与国法または登録国法という場合は、第1の意味の属地法、利用行為地法または侵害行為地法という場合は、第2の意味の属地法とみることが可能である。また、ベルヌ条約5条2項にいう『保護が

要求される同盟国の法令』の1つの解釈として、第3の意味の属地法が主張されることがある。」(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』三省堂(2001年11月)127頁。)と。「したがって、基本論点は、不法行為準拠法の決定問題(不法行為地の決定問題)である。差止請求の性質決定問題、不法行為準拠法とは別に特許権自体の準拠法を考える必要があるか、……法例の範囲外として条理によるか、などの応用論点には、ここでは立ち入らない。」(出口・同前131頁。)として、差止請求と損害賠償請求を区別するかについては論じていない。さらに、「本件においては、行動地(日本法)と結果発生地(米国法)のいずれを不法行為準拠法と解すべであらうか。……本件における不法行為準拠法は、米国法と解されると思われる。」(出口・同前131頁。)として、結果発生地を不法行為地であると解している。この点、「本件においては、米国法上、差止請求と損害賠償請求が米国市場と関係する部分にのみ限定されるという解釈の可能性が検討されなければならないであろう。」(同前132頁。)と。したがって、出口教授によれば、差止請求と損害賠償請求に関して適用される範囲を限定解釈している。したがって、差止請求と損害賠償請求の区別に関しては触れていないが、不法行為準拠法を適用し、不法行為地を結果発生地であると解される。次に、田倉教授の見解が挙げられる。すなわち、田倉教授によれば、「実務家としては、米国特許権を保有する側とすれば、米国連邦地裁を第一審とする訴訟を提起し、相手方を日本国法人の米国子会社とすれば審理権限の問題は生じない。必要に応じ、日本国法人をも相手方とすることが可能であればさらに紛争解決が早くなるであろう。かくして、米国裁判所による判断を得て、侵害成立そして日本国内の製造の差止めまたは日本国内の在庫品の廃棄請求を認容する結論を得ることが最上であるが、それだけでなく損害賠償請求を認容する判断が出されるならば、それなりに実務上の効果がある。少なくとも米国内における子会社の営業に打撃を与え米国撤退ということになれば、それでも良いはずである。日本国内で日本個人ないし法人間の争いである以上、裁判所は受付を拒否する理由はないから、手っ取り早いかもしれないが、その後の法の見解の扱いに苦勞することは本件事案が示すとおりである。実務上の効果だけを考えるならば、米国連邦地裁だけでなく、ITCの手順も検討すべきではなかったか?日本の裁判所で法の見解の当否について、理論の争いを繰り返してみても、直接の効果よりも、これからの立法ないし外交の材料を提供するにとどまる。もちろん、この日本の法廷での争いだけでなく、米国でも対応する手順をとっているであろうことも十分に考

えられるが、判決文には出てこないもので、拙見を申し述べてみたにとどめる。ともかくも、本件事案を通して感じることは、これからの特許訴訟の将来は、日本国の枠にとどまっていけない案件が増えてくるであろう、と思う。」(田倉整「知的所有権法案内 79 訴訟事例を通じて道しるべを探る 日本国裁判所の審理権権限は米国特許権侵害の権利行使に及ぶか? ——米国特許法の誘導侵害規定を巡って」 発明 Vol. 100、No. 4(2003 年)99-107 頁。)として、米国特許権者が日本の裁判所に提訴した点に関して、米国連邦地裁への提訴を行うのが好ましいといった指摘をされている。さらに、島並教授の見解が挙げられる。島並教授によれば、判例の見解には支持できないとして次のように見解を示している。まず、差止請求と損害賠償請求に関して、「……法廷地たる日本の実質法が特許権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求の権原を書き分けている……ことに対応したような分断的処理には批判がある……ほか、属地主義の原則の捉え方……や、そもそもいかなる論理的構成を採用したものか……についても、理解が困難な判決である。」(島並良「51 特許権の侵害」『国際私法判例百選(第2版)』No. 210(2012 年 6 月)105 頁。)として、差止請求と損害賠償請求区別すべきではないとの理解である。さらに、差止請求については、「……本判決は、……まず準拠法選択の必要性を認め、特許権の効力という単位法律関係を条理により設定し、最密接関係地国たる特許登録(米国)の法を適用した。このように連結素を特許登録とした結果、本判決によれば原告の請求に依存して準拠法が決せられることになるが、これは中立的であるべき準拠法選択規則としては異例である……。本判決はさらに、準拠法として特許登録国たる米国の法を選択しつつ、しかし属地主義の原則をとる我が国の特許法秩序という公序(法例 33 条、通則法 42 条)に反することを理由に、差止め等を認める米国法の適用を排除した。このように、属地主義の原則を公序の内容に含めた点については、外国実質法の内国への適用結果を問題とする国際私法上の公序概念に、法規の空間的適用範囲を定める属地主義の原則を取り込むことへの異論がある。」(島並・同前 105 頁。)として、最高裁が条理によって最密接関係地法である米国法を適用しながらも、属地主義を根拠に日本の公序に反するとしてその適用を排除し、結果的に日本法によった点について批判的な見解を示すにとどまっている。また、損害賠償請求に関しては、「本件のような隔地的不法行為における原因事実発生地については、……本判決は権利侵害の結果が米国で発生していること、米国法の適用は、Y の予測可能性を害さないことを理由に、結果発生地説たる米国法に拠っている。この点は、通則法 17 条では原則として結果発生地が連結

点とされ、本判決と同様の立場から立法的解決がなされた。」(島並・同前 105 頁。)として、「法例」下における不法行為地法の適用が、「法適用通則法」下においても引き継がれ、不法行為地としては結果発生地であるという点を示している。なお、「……日本法を累積的に適用した結果、日本特許法が国外での積極的誘導行為を違法とする域外適用規定を持たないことを理由に不法行為の成立を否定した点には、……日本法において特許権侵害の誘引は共同不法行為責任を発生させる違法な行為である(民法 719 条 2 項)ことからすると、日本法の場所的適用範囲如何に関わりなく端的に不法行為の成立を認めるべきであったと解される。」(島並・同前 105 頁。)として、最高裁が日本の特許法の規定が域外適用を認めていないことから不法行為としなかった点を支持せず、日本法によって不法行為とするべきであるとの見解である。以下では本判例の判例評釈を紹介しておこう。大塚・前掲注(1)1171-1180 頁。後藤晴夫「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の国際裁判管轄及び準拠法」日本大学法学部法学研究所 法学紀要 44 卷(2002 年)511-536 頁。同「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」AIPPI、Vol. 48、No. 4(2003 年)262-277 頁(後藤教授によれば、特許権侵害の準拠法について、差止請求と損害賠償請求を区別し、差止請求に関しては、特許権の効力の問題として保護国を権利付与国とし、最密接関係地法を適用する。これに対して、損害賠償請求に関しては、法廷地の国際私法を適用し、不法行為準拠法による。すなわち、法例 11 条 2 項が適用され不法行為地法と法廷地法との累積的適用となるとの理解である。)。木棚照一「米国特許権の侵害を積極的に誘導する我が国内で行った被告に対する差止請求、損害賠償請求等を認めなかった原判決を結論的に支持した事例」発明 Vol. 100、No. 6(2003 年)知的所有権法判例研究会 93-105 頁。高部眞規子「1 特許権の効力の準拠法 2 特許権に基づく差止め及び廃棄請求の準拠法 3 米国特許法を適用して米国特許権の侵害を積極的に誘導する我が国内での行為の差止め又は我が国内になる侵害品の廃棄を命ずることと法例 33 条にいう『公ノ秩序』 4 特許権侵害を理由とする損害賠償請求の準拠法 5 米国特許権の侵害を積極的に誘導する行為を我が国で行ったことを理由とする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』が米国であるとされた事例 6 米国特許権の侵害を積極的に誘導する行為を我が国で行ったことと法例 11 条 2 項にいう『外国ニ於イテ発生シタル事実カ日本ノ法律ニ依レバ不法ナラザルトキ』」L&T No. 19(2003 年 4 月)81-94 頁。同「1 特許権の効力の準拠法 2 特許権に基づく

差止め及び廃棄請求の準拠法 3 米国特許法を適用して米国特許権の侵害を積極的に誘導する我が国内での行為の差止め又は我が国内になる侵害品の廃棄を命ずることと法例 33 条にいう『公ノ秩序』 4 特許権侵害を理由とする損害賠償請求の準拠法 5 米国特許権の侵害を積極的に誘導する行為を我が国で行ったことを理由とする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』が米国であるとされた事例 6 米国特許権の侵害を積極的に誘導する行為を我が国で行ったことと法例 11 条 2 項にいう『外国ニ於イテ発生シタル事実カ日本ノ法律ニ依レバ不法ナラザルトキ』」最高裁判所判例解説 法曹時報 56 巻 9 号(2004 年)2246-2304 頁。同「1 特許権の効力の準拠法 2 特許権に基づく差止め及び廃棄請求の準拠法 3 米国特許法を適用して米国特許権の侵害を積極的に誘導する我が国内での行為の差止め又は我が国内になる侵害品の廃棄を命ずることと法例 33 条にいう『公ノ秩序』 4 特許権侵害を理由とする損害賠償請求の準拠法 5 米国特許権の侵害を積極的に誘導する行為を我が国で行ったことを理由とする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』が米国であるとされた事例 6 米国特許権の侵害を積極的に誘導する行為を我が国で行ったことと法例 11 条 2 項にいう『外国ニ於イテ発生シタル事実カ日本ノ法律ニ依レバ不法ナラザルトキ』」ジュリスト 最高裁 時の判例Ⅲ民法編(2) (2004 年)221-224 頁。道垣内正人「米国特許権の侵害」ジュリスト No. 1246(2003 年)278-280 頁。樋爪誠「外国特許権侵害に基づく差止め、廃棄及び損害賠償請求における準拠法カードリーダー最高裁判決——」L&T、No. 18(2003 年 1 月)35-41 頁。横溝大「三 アメリカ特許権に基づく我が国での差止め及び損害賠償請求の可否」最高裁判所民事判例研究 東京大学判例研究会 法学協会雑誌 120 巻 11 号(2003 年)2299-2317 頁。同「特許権侵害訴訟と準拠法——FM 信号復調装置事件」『特許判例百選(第 4 版)』別冊ジュリスト No. 209(2012 年 4 月)200-201 頁。渡辺・前掲注(1)154-157 頁。石黒一憲「104 特許権侵害訴訟と準拠法——FM 信号機復調装置事件」『国際私法判例百選』別冊ジュリスト No. 172(2004 年 7 月)214-215 頁(判例の結論は支持するが根拠付は支持しない。)。同「Ⅱ 知的財産権と属地主義——特許独立の原則の再評価」相澤英孝・大淵哲也・小泉直樹・田村義之編『知的財産法の理論と現代的課題——中山信弘先生還暦記念論集』弘文堂(2005 年)511-525 頁。紺野博靖「知的財産権 重要判例をひも解く(第 2 回)」Right Now!(2004 年 6 月)68-73 頁。西谷裕子「28 原因事実発生地(1)——隔地的不法行為」『国際私法判例百選』別冊ジュリスト No. 172(2004 年 7 月)58-59 頁。同「36 不法行為(2)——特許権侵害」『国際私法判例百選(新法

対応補正版)』別冊ジュリスト No. 185(2007年1月)74-75頁。(すなわち、西谷教授によれば、一括して条理により保護国(登録国)法を適用するとの理解である)。早川吉尚「45 特許権の効力」『国際私法判例百選』別冊ジュリスト No. 172(2004年7月)92-93頁。同「46 特許権の効力」『国際私法判例百選(新法対応補正版)』別冊ジュリスト No. 185(2007年1月)94-95頁。木村耕太郎「知的財産権訴訟における国際裁判管轄と準拠法」法律実務研究 東京弁護士会法律研究部 Vol. 20(2005年)83-114頁。鳥吉木「特許権侵害の準拠法」河野俊之編『知的財産権と涉外民事訴訟』帝塚山法学 13(2006年)1-2頁。

^⑤ TKC 法律情報データベース 文献番号 28083012 判例タイムズ 1151号 109頁。本判決の評釈として、近藤恵嗣「外国特許権に基づく差止請求権不存在確認等請求訴訟」『小松陽一郎先生還暦記念論文集』青林書院(2008年5月)295-309頁。木村・前掲注(4)83-114頁。本判例の評釈として、出口教授の見解が挙げられる。すなわち、出口教授によれば、「属地主義は、本源国法主義からの発想転換を促すスローガンであったと考えられる。それは、法技術的意味に乏しい。すなわち、そこから何か具体的な法的結論が導かれるようなものではない。国際私法による準拠外国法を排斥する……、あるいは、特許法 35条における『相当の対価』を制限する……ための根拠となるようなものではないのである……。」(出口耕自「1 米国特許権に基づく差止請求権の不存在確認 2 国際的不正競争行為に対する差止請求および損害賠償請求」私法判例リマックス 32〈上〉(2006年)139頁。)。として、特許権侵害の準拠法に関しては、属地主義を根拠とすべきではないとの理解である。さらに、差止請求と損害賠償請求に関して、判例の見解について、「法律関係の性質決定と連結点の決定ないし確定とが問題とされている。本判決は、前者について、差止請求と損害賠償請求ともに単一の準拠法によるという統一的性質決定の立場をとり(……特許権侵害の場合にはこの立場をとらないものと解される)」(出口・同前 139頁。)。特許権侵害に関する差止請求に関しては、不法行為に基づく差止請求とは異なり、特許権の効力の問題として条理によって登録国法を適用するとした結論については支持しながら、根拠付の部分には支持できないものとして次のように述べている。すなわち、「たしかに、『米国特許権の準拠法は米国法』というナンセンスに聞こえるし、判旨のように『密接な関係』を根拠にすると、発明と登録国との間に場所的に密接な関係があるのかと問われる。しかし、『ある発明の独占的排他的な効力の成否および内容は、発明者が登録国として選択した地の法律による』といえ、登録国法主義は別に奇異なものではないであろう。これは、当事者

の意思を連結点とする主観的連結である。前述のように、多様な連結方法の可能性を積極的に評価するとすれば……、特許に関する登録国法主義も論理的に成立しうる一つの立場と解される。判旨の結論には、別の理由づけが必要であった(属地主義という概念を用いるべきではないことはいうまでもない。)(出口・同前 139 頁。)として最密接関係地を登録国法であるとの理解である。したがって、出口教授によれば、差止請求に関しては、法廷地の国際私法の不法行為準拠法を適用し、不法行為地を最密接関係地法である登録国法であるとする。

- (6) TKC 法律情報データベース 文献番号 28110330
- (7) 桑田三郎『国際商標法の諸問題』中央大学出版部(1992年10月)110頁以下。
- (8) 桑田三郎「並行輸入の諸問題」特許研究 No. 11 (1991年)7頁。
- (9) 桑田三郎 AIPPI 日本部会月報 17 卷 2 号 5 頁および 9 頁。同・前掲注(7)113頁。なお、東京高等裁判所が「特許製品の並行輸入が初めて是認された事例」、いわゆる BBS 事件の判決要旨の中で、属地主義の原則に関して、「同盟国の国民に対する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いわゆる属地主義の原則を採用していることは明らかである」、「内国民待遇の原則ならびにそれから由来する属地主義の原則」(桑田三郎「特許製品の並行輸入が初めて是認された事例」『平成 6 年度重要判例解説』ジュリスト No. 1068 (1995年)266頁。)とした点を桑田教授は高く評価している。
- (10) 桑田・前掲注(7)110頁以下。
- (11) 桑田三郎『工業所有権法における比較法』中央大学出版部(1984年)339頁。
- (12) 桑田・前掲注(9)266頁。
- (13) 木棚照一『パリ条約と属地主義』知的財産権の潮流⑩No. 939(1989年)170頁。
- (14) 木棚・前掲注(13)170頁。
- (15) 清瀬一郎博士『特許法原理』中央書店(1992年)497頁以下。
- (16) 清瀬・前掲注(15)500頁以下。
- (17) 土井輝生「第 9 章 無体財産権」山田鐸一・沢木敬郎編『国際私法講義』青林講義シリーズ 青林書院新社(1982年)227頁。
- (18) 高部眞規子「特許権侵害訴訟と国際裁判管轄」牧野利秋判事退官記念論文集『知的財産権法と現代社会』(中山信弘編)(1999年)136-137頁。

-
- (19) 高部・前掲注(18)143頁。
- (20) 高部・前掲注(18)134頁。
- (21) 高部・前掲注(4)88頁。
- (22) 高部・前掲注(4)89頁。
- (23) 高部・前掲注(4)89頁。
- (24) 高部・前掲注(4)93-94頁。
- (25) 高部・前掲注(4)94頁。
- (26) 後藤・前掲注(4)269頁。
- (27) 後藤・前掲注(4)270頁。
- (28) 後藤・前掲注(4)271頁。
- (29) 後藤・前掲注(4)272-273頁。
- (30) 後藤・前掲注(4)273頁。
- (31) 松本直樹「特許権の効力についての国際的問題(2)(完)」特許管理 Vol. 43、No. 4(1993年)453頁。
- (32) 松本・前掲注(31)458頁。
- (33) 松本・前掲注(31)456-457頁。
- (34) 松本・前掲注(1)58-59頁。
- (35) 松本・前掲注(1)60-61頁。この点、松本弁護士によれば、満州国特許権事件に関する判例評釈において次のように述べられている。すなわち、「この裁判例は踏襲されるべきものとは考えられない。現に、知られた評釈ではすべて判旨に反対している。確かに、満州の特許権は日本法上認められないから請求棄却、とするのは、妥当とは考え得ない。満州での特許権はそもそも満州だけのものであることを前提としているのだから、それがそのまま日本で適用するものでないのは当然であり、そんなことを理由にして満州での侵害行為との関係でも(松本・同前 55 頁。)として、判例の見解を支持することはできないとしている。また、「もっとも、満州特許権の事件であるから、この点も満州法によるべきとも思われる(BBS 事件最判は国際的の成否を『専ら我が国の特許法の解釈の問題』とする)。その場合の結論がどうなるのか、またそもそもそれをどうやって認定するのか、大いに問題点が残るところではある。さらに、内容から考えると、こうした問題については法例 11 条 1 項および 2 項を適用して、満州の法律と日本の法律の両方が重疊的に適用される(す

なわち、両方で国際的消尽を認めないという場合に限り不法行為が成立するとする)の
もっともなように思われる。しかし、この点についてだけ法例 11 条の適用を認めるとい
うのも解釈技術的には随分と奇妙なことになるであろう。」(同前 58 頁)と。

(36) 齋藤彰「並行輸入による特許権侵害」『知的財産の法的保護』関西大学法学研究所
研究叢書 15 冊 (1997 年)98 頁。

(37) 齋藤・前掲注(36)98 頁。

(38) 齋藤・前掲注(36)107 頁。

(39) 齋藤・前掲注(36)100 頁。

(40) 齋藤・前掲注(3)301 頁。

(41) 横溝大「国境を超える不法行為への対応」ジュリスト No. 1232(2002 年)130 頁。

(42) 横溝大「9.2 電子商取引と各国法の抵触」中里実・石黒一憲編『電子社会と法システ
ム』新世社(2002 年 10 月)338-339 頁。

(43) 横溝大「知的財産権における属地主義 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 No2(2000 年)29-30 頁。

(44) 道垣内正人『ポイント国際私法(各論)』(2000 年)189 頁。

(45) 道垣内・前掲注(44)5 頁。

(46) 道垣内正人「国境を超えた知的財産権の保護をめぐる諸問題」ジュリスト No. 1227(20
02 年)54 頁。同「外国国家行為の尊重：外国特許の有効性」一般財団法人知的財産研究所
『知的財産を巡る国際的な紛争に関する調査研究報告書』知財研紀要 2001(2001 年)25 頁。

(47) 道垣内・前掲注(46)25 頁。また、道垣内教授は、最高裁の下した差止請求についての
判決部分に対して次のように述べている。すなわち、「特許権の効力の『準拠法』は何か
を問い、『条理』により当該特許の登録法による点とした点は賛成できない。」(道垣内・前
掲注(4)278-280 頁。)として、国際私法による準拠法の判断をすべきであったと批判的な
見解を述べられている。「むしろ、特許制度は一国の産業政策に基づく公法上の問題であ
り、特許に如何なる効力を与えるかはその付与国法によるのが当然のことであり、『外国
特許権に基づく差止め及び廃棄の請求権については、法例で規定する準拠法決定の問題は
生じる余地がない』と判示していた 2 審の判断を妥当とすべきであろう。」(道垣内・同前
279-280 頁。)と。したがって、道垣内教授によれば、特許権には属地主義が妥当すること
から、外国特許権が日本で侵害されるようなことは生じるはずもなく、差止請求権に関し

ては法例によらず権利付与国法によって判断されるとの理解である。さらに、「特許権の効力は公法としての特許法の問題であるという私見によれば、外国公法は基本的に不適用であり、日本での差止めや製品破棄を特許権に基づいて請求するのであれば、それは日本の特許法に基づくものでなければならず、X が日本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（A 国特許権を A 国で侵害したという訴訟が日本で提起された場合も同じであり、損害賠償請求は認める余地があるとしても、差止や廃棄請求は外国公法に基づくものとして認められないことになる。）結論自体は同じであるが、判旨とは論理過程を異にする。」（道垣内・同前-280 頁。）として、特許権を公法的法律関係に属するものであるとし、本件事例において外国特許権に基づく X の請求を認めることはできないとして、判例の結論部分は支持し、その論理構成には支持できないとしている。これに対して、「損害賠償請求について法例 11 条によるとした判旨 4 は妥当であり、また、日本法を準拠法としていた 1・2 審と異なり、米国法を準拠法としていた点も是認できる。国境を超えた不法行為においては結果発生地が重大であり、これを法例 11 条の原因事実発生地とすべきだからである。しかし、法例 11 条 2 項の解釈適用には賛成できない。判旨 6 では、本件事案を日本に当てはめると、外国での誘導行為により日本国内で日本特許が侵害された場合に、その誘導行為が日本法上どのように扱われるかであるとし、日本の特許法は域外適用しないので、その行為は違法とはならず、ということは同行の『日本ノ法律ニ依レハ不法ナラサルトキ』になると判断している。しかし、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と解すべきである。同行は特別留保条項と呼ばれ(11 条 3 項も同じ)、一般留保条項である法例 33 条の特則と位置づけられており、4 で述べたとおり、法例 33 条においては法の地域的適用関係が問題とならないのと同様に、11 条 2 項では、問題となる行為自体を問題とすべきである。そうすると特許権侵害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にあり、米国法に基づく判断をさせるべく差し戻すべきであったと思われる……。」（道垣内・同前 280 頁。）と。すなわち、道垣内教授によれば、法例 11 条を適用し不法行為地である原因事実発生地として結果発生地の法律を適用すべきであるとして判例の見解が支持されている。しかしながら、11 条 2 項によって日本法が累積的に適用され、結果的に米国法が排除された点に関しては支持できないとされている。

-
- (48) 大友明彦「不当利得と基本関係の間の国際私法上の性質決定問題(二・完)」大阪市立大学法学会 法学雑誌 第46巻 第4号(1954年)603頁。
- (49) 梶野篤志「知的財産法判例研究」北大法学論集 第53巻 第5号(2003年)348-349頁。
- (50) 梶野・前掲注(49)351頁。
- (51) 梶野・前掲注(49)350-351頁。
- (52) 梶野・前掲注(49)352頁。
- (53) 梶野・前掲注(49)352頁
- (54) 梶野・前掲注(49)352頁。
- (55) 梶野・前掲注(49)353頁。
- (56) 梶野・前掲注(49)357-354
- (57) 梶野・前掲注(49)346頁。
- (58) 木棚照一「米国特許権の侵害を積極的に誘導する我が国内で行った被告に対する差止請求、損害賠償請求等を認めなかった原判決を結論的に支持した事例」知的所有権法判例研究会 発明 Vol. 100、No. 6 (2003年6月)103頁。
- (59) 木棚・前掲注(58)100頁。
- (60) 木棚・前掲注(58)100-101頁。
- (61) 木棚・前掲注(58)101-102頁。
- (62) 木棚・前掲注(58)93-105頁。
- (63) 申美穂「「国際的な知的財産権侵害事件における抵触法理論について(二)・完」法学論叢京都大学法学会誌 154巻 3号(2003年12月)98-99頁。
- (64) 申・前掲注(63)
- (65) 申・前掲注(63)99-100頁。
- (66) 申・前掲注(63)107頁。
- (67) 申・前掲注(63)109-110頁。
- (68) 申・前掲注(63)110-111頁。また、カードリーダー事件判決の判例評釈として、申講師によれば、「……本件は、涉外性のある私法上の問題であるから、法例によって規律されるべきである。そして、原告が自らの所有する米国特許権の侵害であると主張する被告の行為は、全体として、法例11条によって規律される。問題となる被告の行為のうち、日本国内における製品の製造は、日本国内で完結している独立の不法行為として、別個に準拠

法を定められるべきであり、この場合、連結点たる侵害地は日本であるから、日本法が準拠法となる。この適用においては、日本法上被告の行為は不法であるとはされないから(あるいは、日本法上は被告の行為を差し止めたりそれに対する損害賠償を請求したいりすることのできる原告の権利は存在しないから)、日本国内での製造行為に関する部分については原告の請求は認められない。他方、米国に向けた輸出行為および子会社に向けた誘導行為については、結果発生地法たる米国法が準拠法とされるべきである。このような解釈は、明らかに、米国内での子会社による直接侵害行為に向けた被告の意思関与があることからしても、被告の予測可能性を害するものとはいえないであろう。これらの行為については、全体として米国特許法上の特許侵害を構成するかどうかを検討されるが、それに基づく請求権は、米国内で生じている行為ないし損害を対象としたものに制限される。なお、本件における輸出については、これは内国における行為であるが、特定の仕向地国すなわち米国に向かうことは明らかであり、米国特許権に基づく、そのような内国からの輸出についての請求は肯定されうるであろう。また、法例 11 条 2 項の解釈については、不法性の判断のみが考慮されるべきである。」(申・前掲注(62)93-119 頁。)と。

(69) 石黒・前掲注(4)215 頁。

(70) 石黒・前掲注(4)214-215 頁。

(71) 大塚章男「国際的な知的財産紛争の裁判管轄と準拠法」国際商事法務 Vol. 29、No. 10(2001 年)1174-1175 頁。

(72) 樋爪誠「国際知的財産法の体系—序論的考察—」立命館大学人文学研究所紀要 82 号(2003 年 12 月)187 頁。

(73) 樋爪・前掲注(72)201 頁。

(74) 樋爪・前掲注(72)203 頁。

(75) 樋爪・前掲注(72)201 頁。

(76) 樋爪誠「外国特許権侵害に基づく差止め、廃棄および損害賠償請求における準拠法——カードリーダー最高裁判決——」L&T、No. 18(2003 年 1 月)39 頁。

(77) 樋爪・前掲注(76)39 頁。

(78) 樋爪・前掲注(76)40 頁。

(79) 樋爪・前掲注(76)40 頁。

(80) 樋爪・前掲注(76)40-41 頁。

-
- (81) 烏・前掲注(4)32-34頁。
- (82) 烏・前掲注(4)33頁。
- (83) 烏・前掲注(4)33-34頁。
- (84) 烏・前掲注(4)32-34頁。なお、烏教授は、カードリーダー事件の最高裁の判例について、「特許権の属地主義の原則は二つの内容を有するものと解することができる。すなわち、①各国の特許権が、その成立、移転、効力などにつき当該国の法律によって定められること、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である。」(同前10頁。)とし、「私見は最高裁がいう属地主義の原則は抵触法上の属地主義と実質法上の属地主義と解する1の見解に賛成である。すなわち、①は特許権の成立、移転、効力等はその登録国が準拠法となるといった一般的な抵触法上の規定である。②は日本の特許法は日本の領域内にのみ及ぶという実質法上の原則である。」(烏・同前14頁。)との評釈を述べている。
- (85) 紋谷暢男「無体財産権の国際的保護」有斐閣双書『無体財産権法概論(第7版)』有斐閣(1997年)196-197頁。
- (86) 紋谷暢男「商標権の属地性」『涉外判例百選(第3版)』別冊ジュリスト No. 133(1995月)259頁。
- (87) 紋谷暢男「知的財産権の国際的保護」澤木敏郎＝舩場準一編『国際私法の争点(新版)』(ジュリスト増刊)有斐閣(1996年7月)25頁。
- (88) 紋谷・前掲注(87)27頁。
- (89) 紋谷暢男「無体財産権」山田鎌一・澤木敬郎編『国際私法演習』(1973年)261頁。
- (90) 紋谷・前掲注(89)265頁。
- (91) 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』(2001年)580頁。
- (92) 元永・前掲注(91)583頁。
- (93) 元永・前掲注(91)571頁。
- (94) 元永・前掲注(91)572-573頁。
- (95) 元永・前掲注(91)584頁。
- (96) 元永・前掲注(91)585頁。
- (97) 土井輝生『工業所有権・著作権と国際私法』成文堂(1967年)51頁。

-
- (98) 茶園成樹「特許権侵害に関連する外国における行為」NBL、No. 679(1999年)15頁。
- (99) 茶園・前掲注(98)15-14頁。
- (100) 茶園・前掲注(98)18頁。
- (101) 茶園成樹「第6章 国際取引と知的財産」松岡博編『現代国際取引法講義』(1996年4月)189頁。
- (102) 茶園・前掲注(98)185頁。
- (103) 茶園・前掲注(98)186-187頁。
- (104) 茶園・前掲注(98)同前105頁。
- (105) 茶園・前掲注(98)194頁。
- (106) 早川吉尚「知的財産法の国際的適用」知財管理 Vol. 52、No. 2(2002年)157頁。
- (107) 早川吉尚「45 特許権の効力」『国際私法判例百選』別冊ジュリスト No. 172、92-93頁。
- 次に、同様の見解を採用するものとして、井関教授の見解が挙げられる。すなわち、井関教授によれば、「A 説は、知的財産権、特に工業所有権は、各国の産業政策と密接な関係を有することから、公法的性質の強いものとしてとらえ、各国の知的財産法の適用はその国の領域内に限定され、各国は外国法を適用せず、外国法により認められた権利を自国領域内において承認しないと解する。このように考えると、国際私法適用の前提である、解決すべき法律の抵触はそもそも生ぜず、一義的に保護国法が適用されることになる。筆者はこの説に賛成である。けだし、知的財産権は、産業・文化政策上認められた権利として、種々の公益目的から多くの制約を受ける権利であって、純然たる私権ではない。属地主義の原則が支配する根拠は、知的財産権が、産業・文化活動上の独占権であって、各国の経済的・技術的社会的発展段階と密接に関係するものであり、各国は自国内における産業・文化政策に対する決定権、いわば、自治、自立の権限を有していることに求められるのではないかと考える。したがって、知的財産権法における属地主義は、公法上のものと同様に考えるべきであり、一義的に保護国法が適用されると解する。本件高裁判決は、差止・廃棄請求についてのみであるが、この説を採っている」(井関・前掲注(3)1562頁。)と。すなわち、井関教授によれば、特許権を公法的法律関係に属するものとし、特許権侵害に基づく差止請求及び損害賠償請求を一括して属地主義に基づいて保護国法を適用するものとの理解である。また、「差止と損害賠償で法性決定を分ける(2)説については、分けること自体に対する批判が上記のように妥当する。また、不法行為地法は、結局保護国法と一

致するのであり、侵害行為地とは別に不法行為地を決定することは不適切であるという指摘、更に、法例 11 条 2 項、3 項による日本法の累積適用の不当性を考えれば、不法行為として法性決定する意義は認められない。」(井関・同前 1563 頁。)として、差止及び損害賠償請求を区別して別々の準拠法による点を支持できないとし、「特許権の効力について登録国法を準拠法とする本件地裁の考え方 ii) 説は、従来見られなかった主張であり、これによれば、侵害行為が行われた場所を問うことなく、一律に権利付与国法を世界中で適用することになる。……このような不明確な行為地の概念を避けるため、登録国法という一律で明確な処理を目指すことは考えられる。しかし、結局は属地主義に反するとして何らかの適用排除の処理をする必要が出てくるのであり、その点で明確とは言い難い。……このように、属地主義に反する、登録国法の一律適用に道を開く考え方には賛成できない。」(同前 1563 頁。)として、差止請求について特許権の効力として権利付与国法によった地裁判決を支持できないとしている。さらに、共同不法行為責任に関しては、「不法行為の準拠法決定における原因事実発生地を結果発生地として解する場合とは、無過失責任の原則に支配される不法行為であり、過失責任の妥当する不法行為については、行為者の意思活動に重きを置き行動地法によるとするのが、国際私法上の多数説であり、特許侵害が無過失責任によるとはいえない以上、結果発生地法によるべきではなく、高裁の判断は妥当である。」(井関・同前 1563、1564 頁。)として、原因事実発生地を行動地とした高裁の判決を支持している。

(108) 横溝大「アメリカ特許権に基づく我が国での差止及び損害賠償請求の可否(平成 14 年 9 月 26 日第 1 小法廷判決民集 56 卷 7 号 1551 頁)」法学協会雑誌 120 卷 11 号(2003 年)201 頁。

(109) 横溝・前掲注(108) 201 頁。

(110) 横溝・前掲注(103)201 頁。

(111) 横溝・前掲注(108)201 頁。

(112) 西谷裕子「(不法行為)第 17 条 不法行為によって生ずる債権の成立及び効力は、加害行為の結果が発生した地の法による。ただし、その地における結果の発生が通常予見することのできないものであったときは、加害行為が行われた地の法による。」櫻田嘉章・道垣内正編『注釈国際私法 第 1 卷 法の適用に関する通則法 § 1~23』有斐閣コンメンタール(2011 年)455-456 頁。また、西谷教授によれば、「各国においては、一般に当事者の共

通常住所地への連結、当事者自治、契約準拠法への付従的連結などが認められるほか、製造物責任・名誉棄損・不正競争などの不法行為類型については特則が置かれている。そのため法例 11 条と比較して、不法行為地への連結が問題となる場面が限られていることに留意すべきである。日本のなお、特許権侵害については、登録国法(保護国法)によるのが一般的である……。」(西谷・前掲注(4)59 頁。)として、比較法的考察を行いながら、特許権侵害については不法行為準拠法に依るのではなく、保護国法、すなわち、登録国法を適用するものであるとの理解である。さらに、本判決が日本法の累積的適用(法例 11 条 2 項)により米国特許法上の域外適用を公序によって排除した点に関して、「……もともと、特別留保条項たる法例 11 条 2 項の趣旨は、日本法にない不法行為が外国法上成立するのを防ぐことにある。それゆえ、本件では、日本法の場所的適用範囲に鑑みることなく、当該行為の違法性如何を問うべきであったと解される……。」(西谷・同前 59 頁。)として、公序により排除するのではなく、不法行為を構成するのかどうかの判断をすべきであったとの見解を示し、最高裁の見解を支持していない。また、西谷教授は、別の評釈においても同様の見解を示している。すなわち、カードリーダー事件最高裁判決の評釈において、隔地的不法行為の準拠法に関して、「本判決は、①差止め・②廃棄請求と③損害賠償請求を性質決定において区別し、個別に準拠法を定めた。しかし、いずれも特許権侵害に対する救済方法である①・②及び③を実質法上の区別に従って別の単位法律関係に振り分け、異なる準拠法によって評価することは妥当ではなく、特許権侵害全体を不法行為として性質決定すべきであったろう。」として、差止請求と損害賠償請求を一括して同一の準拠法に依るべきであるとの理解である。さらに、本件のような外国特許権が日本で侵害されたような事例における特許権侵害の準拠法の決定に関しては、「特許権とは、各国ごとに付与される独占権であり、その効力は登録国の領域内に限定される。それゆえ、当該特許の登録国において侵害結果が発生せず、行為が登録国の領域外で行われている限りは、特許権侵害を構成しない。本件において Y の行動地が日本であったことを理由に、日本法を準拠法をする考え方もあるが……、特許権侵害の特殊性に鑑みれば、諸外国と同様に、通常の隔地的不法行為とは区別し、端的に特許権が権利として保護されている登録国の法を準拠法とすべきであったであろう。そのうえで、Y が日本において対応特許を有していた以上、本件製品の製造自体は適法であり、製品の輸出の差止及び廃棄は認め得なかったが……、米国法に従い、米国への製品の輸出の差止及び損害賠償請求を認める余地はあったように

思われる。なお、法例 11 条 1 項の下では、登録国を原因事実発生地と解釈することも可能であったが……、法適用通則法 17 条～21 条は、被害者と加害者が密接関連性をもつ法を準拠法とするルールとなっている。もとより特許権侵害においては、事案と当事者との密接関連性よりも登録国での権利保護が中心となる以上、解釈論としては、条理によって端的に登録国法の適用を導くことを検討すべきであろう。」(西谷・前掲注(4)74-75 頁。)と。

(113) 鳥・前掲注(4)34-34 頁。

(114) 道垣内正人「特許権をめぐる国際私法上の問題」知財管理 Vol. 60、No. 6(2010 年)885 頁。

(115) 道垣内・前掲注(114)885-886 頁。

(116) 道垣内・前掲注(114)886 頁。

(117) 道垣内・前掲注(114)885-887 頁。

(118) 道垣内正人「知的財産権 I 第三章 準拠法に関する通則」櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法 第 1 巻 法の適用に関する通則法 § § 1～23』有斐閣コンメンタール(2011 年 12 月)644 頁。

(119) 道垣内・前掲注(118)645 頁。

(120) 道垣内・前掲注(118)643 頁

(121) 道垣内・前掲注(118)628 頁。

(122) 道垣内・前掲注(118)648 頁。

(123) 道垣内・前掲注(118)629-630 頁。

(124) 小泉教授によれば、「知的財産法上の抵触ルールは、国際私法、国際公法の両者のルートによってそれぞれ探求されている最中である。知的財産法、とりわけ登録に基づき権利が発生する分野については、私人の財産権の保護という側面と、行政庁による審査・登録手続きという側面の双方いずれに着目するかによって、公法か私法かの性質決定が左右される。知的財産法がこのようない鶴的な性質をもっていることに加え、国際私法上の抵触ルール自身についても、近時、公法の適用関係は国際法、私法の適用関係は国際私法の問題といった二分法で事足りるとせず、法一般の適用関係理論の構築の必要性が意識されていることも、現状把握が困難である一因であろう。国際私法のルールによる法選択の持ち味は、実質法の内容が望ましいかどうかという判断を基本的に禁欲しつつ行われるということではなかろうか。一方、衛星放送、インターネットの法抵触問題において解決され

るべきであるとされているのは、コピライトヘヴンというまさに実質法上の課題であり、ここに課題と解決法の不マッチがあると言わざるをえない。ただし、このような限界がかりにあるとしても、属地主義なる枷を外すことによって、事案と密接関連性に鑑み内国との牽連性を肯定することは可能であるというのが本稿の立場である。一方、外国における行為が国内法に与える効果の大小に従って抵触問題を解決するという手法は、実質知的財産法が実現しようとする価値を中心に据えつつ選択が行われうる、という特徴を持つ。反面で、一つの行為に対して、複数の国家がそれぞれの利害からお互いの管轄権を行使することを正面から許容することになる。ただし、両者は、最も密接な関連を有する法を採求するという点においては共通点を有すると考えられる。それぞれが洗練された後は、これを国際私法上の条理のルートに乗せるか、あるいは、“域外適用”と呼ぶかはもはやあまり重要でない。」(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——上智法学論集 45 卷 1 号(2001 年 9 月)29-30 頁。)」と。したがって、小泉教授によれば、知的財産権に関する問題を私法的法律関係とし、国際私法上の抵触規定によって準拠法選択の探求を行うことが望ましいとの理解である。次に、ノイハウスによれば、「『属地性の原則』—選択された連結に対して明瞭な理由づけの欠けている場合にしばしばうたい文句として用いられるが—は、属地性という用語の二つの全く相異なる、そして各々のうちに精緻化を必要とする意味を含んでいる。即ちまず属人性と対立する適用領域の(空間的な)確定としての属地性であり、今一つは普遍性と対立する実際の効力(つまり実効性)の(再び空間的な)制約としての属地性である。第二のものはそれが外国裁判所における当該既定の適用を制限するので訴訟的属地性或いは territorialité judiciaire と呼ばれ、第一のものはそれに対してそこで実質的準拠性が問題とされるので実質的属地性又は territorialité juridique と呼ばれる。」として「いずれにしろ、属地性という用語は空間的な結合性の確定又は措定であって、その根拠付けでもその明瞭な限界確定でもないのである。」と。続けて、「絶対的属地性とは、即ち内国手続きではない国法のみが適用され、外国の法現象はそれ自体としては無視される。……相対的属地性とは、当該国についてのみその外国法に直接的効力が認められ、内国に対しては場合により間接の効力が認められるにすぎない。」(櫻田嘉章訳『国際私法の基礎理論』第 2 版(7)〔ノイハウス著〕北大法学論集 34 卷 3・5 号 727、728、729 頁)と。すなわち、絶対的属地主義によれば、A 国の特許権は A 国でしか成立し得ず、侵害行為地と法廷地は必ず一致し、A 国特許権が A 国で侵害され、B

国が法廷地になる場合あるいはA国特許権がB国で侵害される場合は存在しない。これに対して、相対的属地主義によれば、外国で成立した特許権の効力を日本では承認しない、また、日本で成立した特許権の効力を外国では承認しないということである。さらに、木棚教授によれば、「工業所有権について属地主義とは、その工業証券の効力が付与国ないし登録国の領域のみに及ぶことをいうが、同時に、複数の国で工業所有権、たとえば、特許権が認められれば、その特許権の認められた国の数だけの特許権が存在することになる。それは、工業所有権の成立、効力、消滅が属地法つまり権利付与国法ないし登録国法による」（木棚・前掲注(13)170頁。）として、工業所有権には属地主義が妥当するとして、保護国を権利付与国ないし登録国法であるとの理解である。また、茶園教授によれば、「…ある国で付与された知的財産権は、その国の領域内においてのみ効力が認められるという実質法上の原則……、およびそのような権利の成立、効力、消滅等は原則として権利付与国、より正確にいえばその領域内において權威の保護が要求される国の法……によるという抵触法上の原則を意味する。」（茶園・前掲注(13)18頁。）と。続いて、高部裁判官によれば、属地主義の理解としては、「……特許権の『属地主義』」につき『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いうこと』を意味するものであると判示している。……この属地主義の前段部分……については、法規の側からではなく、特許権の側に着目し、特許権に対して適用される法は何かという発想をしていることからすると、『属地主義』を国際私法上の属地法主義、すなわち、人に着目する属人主義との対比において、土地に着目し、特許権の成立した国を連結点として、準拠法を決定する、抵触法上の原則、すなわち、準拠法決定ルールを定めたものである。……他方、後段部分……については、特許権は特許権が成立した国以外に及ばないという意味で、特許権の効力についての実質法上の原則を定めたものである。その意味は、A国で登録された特許権をA国で侵害する行為は、A国特許権の侵害となるが、同じ行為を登録国外のB国で行った場合には、A国特許権の効力が及ばないから侵害とならないということである。……また、後段部分は、公法的法律関係としての属地主義、すなわちある国の特許法は他の国家を拘束しないという原則をも定めたものである。」（高部眞規子「侵害訴訟の判例の動向」『特許関係訴訟と審判』日本工業所有権法学会(2003年)27号75-76頁)と。

⁽¹²⁵⁾ 国友明彦「不当利得と基本関係の間の国際私法上の性質決定問題(二・完)」法学雑誌
第46巻 第4号(2000年3月)603頁。

おわりに

第2部においては、「国際特許法」と題して、第1章において、職務発明の準拠法について、第2章において、特許権侵害の準拠法について論じてきた。「国際特許法」の領域においては、例えば、(1)A国人XがA国において特許を登録した場合に、Xは特許権者であるか、また、A国人XがA国法人Y社と労働契約を締結し職務中に発明した場合に、①外国における特許を受ける権利の帰属、②当該権利の移転、③当該移転に伴う対価請求権がそれぞれ問題となる。(1)の事例は、「職務発明の準拠法」についての問題である。次に、(2)特許権者XがA国で登録した特許を日本にいるYが日本で自分の発明のために利用した。その後、Xは自身の特許権に基づいて特許権侵害に基づく差止請求及び損害賠償請求を日本の裁判所に対して提起した場合の準拠法の決定が問題となる。(2)の事例は、「特許権侵害の準拠法」についての問題である。このような事例の下で、各個別の問題に関して日本の裁判所はいかなる原則に基づいて準拠法を決定すべきであろうかということが本章のテーマであった。(1)「職務発明の準拠法」を論じるに当たり、比較法的考察の結果、職務発明の問題に含まれるものとして、①外国における特許を受ける権利、②当該権利の移転、③当該移転に基づく対価請求権があげられ、①外国における特許を受ける権利、②当該権利の移転、③当該移転に基づく対価請求権を一括して物権的法律行為として性質決定し特許を受ける権利の準拠法によるという結論が妥当し、ひいてはこの結論は、最終的には①外国における特許を受ける権利、②当該権利の移転、③当該移転に基づく対価請求権について特許権自体の準拠法決定方法を類推適用することになる。次に、(2)「特許権侵害の準拠法について」は、パリ条約と、ベルヌ条約との規定の相違に着目し、パリ条約が“本国における保護の場合”のみを規定していることから、権利付与国法主義と不承認の意味での属地主義との組み合わせによるものと思われる。特許権に妥当する属地主義の理解としては、自国の特許権は他国へは及ばない(第一の意味での属地主義)。他国の特許権を本国では承認しないということ(第二の意味での属地主義)を意味するのである。特に第二の意味での属地主義が問題となり、外国で成立した特許権の効力が当該外国で認められるか

どうかの局面において、外国法を適用しないとするのか(絶対的属地主義)、外国法を適用した上で当該外国での効力が内国において承認されるのか(相対的属地主義)、外国で成立した特許権の効力が内国に及ぶのか(普遍主義)、及んだ場合には条件付きで承認されるのか(相対的普遍主義)、そのまま承認されるのか(絶対的普遍主義)といった点が問題となろう。よって、A 国特許権の効力が仮に日本に及んだ場合にも、日本では、当該特許権の効力を承認しないという意味であり、実質法上の属地主義の原則から抵触法上の原則を引き出している。これば、著作物に関するベルヌ条約の規定との対比から明らかにされる。したがって、ベルヌ条約の5条2項3文が本国以外の同盟国における内国民待遇の原則を規定しているのに対して、パリ条約に規定されている属地主義の原則は、本国における内国民待遇の原則であるということである。このことが意味することは、結果的には、パリ条約においては及んできたものは承認しないという相対的属地主義を採用しているということである。すなわち、権利付与国法主義、つまり、抵触法上の属地主義の原則が導かれるものである。したがって、特許権侵害の準拠法の決定に関しては、相対的属地主義と権利付与国法主義(本国における内国民待遇の原則)との組み合わせによるものである。

このように第2部においては、「国際特許法」を論じ、特に「特許権侵害の準拠法」においては、パリ条約の構造および属地主義について妥当な原則を導くことができた。

続く第3部においては、「立法提案」としてどのようなものが存在するのかを紹介している。

第3部 立法提案

立法提案としては、「早稲田大学 COE グローバルプロジェクト立法提案」と、「透明化プロジェクト立法提案」が挙げられる⁽¹⁾。

第1節 早稲田大学グローバル COE プロジェクト立法提案

以下の規定は早稲田大学グローバル COE プロジェクトが提案する規定である⁽²⁾。

第一章 一般規定

[第101条 目的と適用範囲]

(1) 本原則は、知的財産権に関する国際裁判管轄権、準拠法および外国裁判の承認および執行についての原則を定めることを目的とする。

(2) 本原則は知的財産権の存否、有効性および効力、知的財産権の侵害並びに知的財産権に関する契約のうち国境を越えた事例について適用する。

[第 102 条 定義]

(1) 知的財産とは、発明、考案、植物の新品種、意匠、著作物その他の人間の創造的活動により生み出されるもの、商標、称号その他事業活動に用いられる商品または役務を表示するものおよびこれらと類似する無体財産をいう。

(2) 知的財産権とは、知的財産に関して法により定められまたは法律上保護される利益にかかわる権利をいう。

(3) 登録的知的財産権とは、その成立のために登録または寄託を要する知的財産権をいう。その他の知的財産権を非登録知的財産権という

(4) 国とは、国際法上の国と認められていなくとも独立の立法機関、私法期間を有する地域を含むものとする。

(5) 登録国とは、登録知的財産権の登録若しくは寄託がされた国、または条約若しくは国内法の規定により登録若しくは寄託がされたものとみなされる国をいう。

(6) 常居所とは、当事者の主な事務所または営業所を含み、当事者が相当長期間居住することが明らかな地をいう。常居所地には、法人等の団体の本店所在地または設立準拠法所属国を含む。

(7) 実施等とは、特許発明、実用新案、植物の新品種、意匠の実施の他、商標の使用、著作物の利用など知的財産権を利用する行為を広く含むものとする。

(略)

第三章 準拠法

第一節 総則

[第 301 条 準拠法に関する一般原則]

(1) 本原則に別段の規定がある場合を除き、知的財産権の成立、有効性、権利の内容、消滅など知的財産権自体にかかわる問題については、保護国法による。

(2) 前項の場合において、保護国法とは、その国の領域について保護が求められる法をいう。登録知的財産権については、それは、登録し若しくは登録しようとする国またはその

国が締約国となっている国際条約やその国の国内法によって登録国とみなされる国と推定する。

[第 302 条 準拠法の合意]

(1) 当事者はいつでも、紛争の全部または一部について準拠法を合意することができる。ただし、知的財産権の成立、有効性、消滅など知的財産権自体にかかわる問題およびその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。

(2) 当事者間の準拠法の合意は、その合意以前に発生した第三者の権利に影響を及ぼさない。

(3) 準拠法の合意と成立と有効性は、合意により指定された準拠法による。

[第 303 条 法廷地国の適用]

本原則において、手続きの問題は、法廷地国法によるものとする。

第二節 知的財産権侵害

[第 304 条 知的財産権の侵害および救済方法]

(1) 知的財産権の侵害および救済方法は、保護国法による。ただし、第 302 条の規定によって当事者が保護国法と異なる準拠法を合意した場合には、この限りではない。

(2) 前項の規定は、知的財産侵害事件に関連する不当利得や事務管理に基づく請求にも適用されるものとする。

(3) 不正競争行為から生じる契約外債務の準拠法は、その行為によって直接かつ実質的な損害が生じるかまたは生じるおそれがある国の法による。

[第 305 条 領域外行為についての侵害の認定]

保護国法を適用して知的財産権の侵害を認定する裁判所は、直接侵害行為を教唆または幫助し、およびそれらを実質的に準備する行為については、その行為の全部または一部が保護国の領域外で行われた場合であっても、その行為が保護国に向けられており、かつ、保護国において直接的で実質的な損害を及ぼすおそれがあるときは、その範囲内において侵害を認定できるものとする。

[第 306 条 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不特定かつ多数の国における知的財産権侵害]

(1) 知的財産権の侵害が不特定かつ多数の国で生じまたは生じた場合には、裁判所はその侵害が不特定かつ多数の国で生じまたは生じた場合には、裁判所はその侵害につき全体として最も密接な関連を有する国の法を適用するものとする。

(2) 裁判所は、いずれの国が最も密接な関連を有するかを決定する場合に、次に掲げる諸要素を考慮しなければならない。

- ① 知的財産権を侵害したとされる者の常居所。ただし、侵害を引き起こす活動が特定の営業所の活動の中で生じた場合には、当該営業所を常居所とみなす。
- ② 侵害を引き起こす活動が主に行われるか、向けられる国、およびその侵害の主な結果発生地
- ③ 権利者の主な利害関係の中心地

(3) 前 2 項において、知的財産侵害紛争の先決問題として知的財産権の成立、有効性、権利の内容、消滅、譲渡可能性および譲渡の第三者に対する効力が争われる場合には、その先決問題も善に項で定められた準拠法指定原則に従う。

(4) 第 1 項および第 2 項の規定にかかわらず、当事者は、そのような、知的財産権の侵害があったとされる特定の一国または数国の法によると、第 1 項および第 2 項の規定によって決定された準拠法によるのと異なる結果が生じることを証明することができる。その場合には、裁判所は、判決の抵触が生じない限り、責任および救済の範囲についてそのような法を適用するものとする。

第三節 知的財産権に関する契約

[第 307 条 当事者による準拠法の選択がない場合における知的財産権の譲渡および実施許諾に関する契約の準拠法]

(1) 知的財産権の譲渡または実施等の許諾に関する契約について準拠法の合意がない場合には、その契約締結時における当該契約に最も密接な関連がある地の法による。

(2) 裁判所は、次の各号に定める要素を考慮して、譲渡人または実施等を行う者の常居所地がより密接な関連を有すると判断する場合には、そのものの常居所地法による。

- ① 知的財産の実施等につき明示的若しくは黙示的に負担する義務
- ② 許諾された権利の専用的かどうかに関する性質

③ 知的財産の主な実施等の地と当事者の常居所との関係

(3) 知的財産権に関し契約関係にある者が不法行為により当該知的財産権を侵害した場合にも、その契約関係の準拠法による。

第四節 最初の権利者および移転可能性

[第 308 条 最初の権利帰属の準拠法]

- (1) 知的財産権の最初の権利帰属は、保護国の法による。
- (2) 著作物に関する最初の権利の帰属は、最初に創作された国の法による。ただし、最初の創作国が不明である場合には、創作当時の创作者の常居所地国で創作されたものと推定する。创作者が複数いる著作物については、创作者間の合意により指定された创作者の創作当時の常居所地国で創作されたものと推定し、それがいない場合には多数の创作者の創作当時の常居所地国で創作されたものと推定する。
- (3) 前項の規定による準拠法が知的財産権を認めない場合には、その権利が最初に利用され、保護される国の法による。
- (4) 知的財産権が雇用契約その他の当事者間において以前から存在する関係から発生地ている場合には、その契約または関係の準拠法による。

[第 309 条 知的財産権の移転可能性の準拠法]

- (1) 知的財産権の移転可能性は、保護国法による。
- (2) 著作権に関する移転可能性は、第 302 条の規定に定める当事者間の合意により前第 2 項の規定に定める法と同一の法によることができる。
- (3) 知的財産権の移転の第三者に対する効力については、第 1 項の規定を準用する。

第五節 準拠法に関する補則

[第 310 条 反致の排除]

本原則により準拠法として指定された国の法には、いかなる場合においても、その国の国際私法規定を含まないものとする。

[第 311 条 準拠外国法の証明]

(1) 裁判所は、本原則により指定された外国法の内容を職権で調査し、適用しなければならない。ただし、その内容の確定のために、当事者にこれに対する協力を求めることができる。(2) 前項の規定にかかわらず、その裁判所が所属する国の法によると、当事者が外国法の内容を証明する必要がある場合には、これに従う。

[第 312 条 強行法規の適用]

(1) 裁判所は法廷地国の絶対的強行法規を適用しなければならない。
(2) 裁判所は準拠法のいかににかかわらず、その法規の性質、目的および適用の結果を考慮して、外国の強行法規が適用されるべきと判断する場合には、これを適用することができる。

[第 313 条 公序]

本原則の規定により外国法が適用される場合において、その外国法の規定の適用が明らかに法廷地国の公序に反する結果を生じさせるときは、これを適用しない。

以下は早稲田大学グローバル COE 研究グループによる立法提案に関する解説である。

[第 301 条 準拠法に関する一般原則]

(1) 本原則に別段の規定がある場合を除き、知的財産権の成立、有効性、権利の内容、消滅など知的財産権自体にかかわる問題については、保護国法による。
(2) 前項の場合において、保護国法とは、その国の領域について保護が求められる法をいう。登録知的財産権については、それは、登録し若しくは登録しようとする国またはその国が締約国となっている国際条約やその国の国内法によって登録国とみなされる国と推定する。

木棚教授によれば、準拠法に関する一般原則に関して次のように解説されている。すなわち、「301 条は、例示を最小限にとどめ、『知的財産権自体にかかわる問題』として、ある程度解釈の余地のある簡潔な規定とし、権利の譲渡可能性などについては、個別的に特別規定を置くことにした。301 条 2 項は保護国法の定義を定める。非登録知的財産権も、登録知的財産権と同様、立法という国家の行為によって与えられる知的財産という無体物に対する排他的権利であるとみれば、知的財産権に共通する連結点としては保護国と見ることができる。登録知的財産権については、登録国という連結点を用いることには異論が

あり得るが、ここでは、登録国も保護国を示すためにより具体的な例示として用いている。保護国を最も簡潔に表現しようとするれば、EMPGのCLIP原則3:102条のように、その国(の領域)について保護が求められる国の法とのみ定義し、その具体的な説明は、注に譲ることが考えられる。しかし、少なくとも登録知的財産権については判例・学説等によって登録国という連結概念が広く用いられていることを考慮すれば、登録国を本条2項のように明確に定義して抽象的な保護国の概念を例示するものとして使用する方がわかりやすくなる。そこで、登録国法が保護国法と一致するものと推定する規定を置くことにした。この推定は、登録国法が保護国法と一致しないと主張する者の証明により覆されることがある。」⁽³⁾と。したがって、木棚教授の解説によれば、知的財産権の成立、有効性、権利の内容、消滅等の問題については、その国の領域について保護が求められる法たる保護国法が適用される。さらに、登録知的財産権については、それは、『登録し若しくは登録しようとする国またはその国が締約国となっている国際条約やその国の国内法によって登録国とみなされる国と推定する』として、登録国法が保護国法と一致するものと推定する規定を置くとの解釈である。

[第302条 準拠法の合意]

- (1) 当事者はいつでも、紛争の全部または一部について準拠法を合意することができる。ただし、知的財産権の成立、有効性、消滅など知的財産権自体にかかわる問題およびその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。
- (2) 当事者間の準拠法の合意は、その合意以前に発生した第三者の権利に影響を及ぼさない。
- (3) 準拠法の合意と成立と有効性は、合意により指定された準拠法による。

木棚教授によれば、準拠法の合意に関して、次のように解説されている。すなわち、「302条1項では、知的財産権という排他的権利について当事者間へのみ効力を有する当事者による準拠法選択を一般的に認めるものとした。もっとも、このようにすると、権利の成立、有効性、保護範囲等が登録国における公示と異なることになり、当事者を異にすると、権利の効力、保護範囲や帰属などを異にする事例が生じる。これでは、法律関係を複雑にするだけでなく、判決の効力の解釈にも難しい問題を生じるとの批判があり得る。そこで、そのような問題が知的財産権侵害や知的財産権に関する契約の不履行などの本問題に対する先決問題として知的財産権に関するそのような問題が生じている場合に限り、当事

者による準拠法選択を認める案も検討された。この案において、当該紛争の性質から見て当事者間だけで解決できる場合というのは、先決問題として争われる場合が典型であるが、そのほかに、例えば、知的財産権の帰属を特定の当事者間でのみ争い、その争いが第三者に影響を及ぼすことがない場合が考えられる。しかし、アジアの諸国の現状をみれば、EUなどと異なり、具体的な知的財産権に関する紛争の解決結果がある程度の確率をもって予測できる程度に知的財産権の保護に関する規律が明確化され、安定的なものとして確立されてはいないように思われる。そこで、当事者間で合意した範囲では、できる限りその合意の効力を認めることができるように、そのような合意が、前条の規定に基づき保護国法によるべき場合においても、『当事者間に限りその効力を及ぼす』ものとした。本条1項は、今後、アジアの諸国における知的財産権の譲渡や利用の促進に重要な役割を果たすことが規定される法原則として位置づけられている。またこの規定は、インターネットなどによる著作物その他の知的財産権の利用契約についても、当事者間で最も適切な単一の法が選択されることを促し、これらの契約の締結による知的財産権の利用を促進する効果を生じることが規定される。302条2項に関連して、2008年日本案14条2項によると、このような準拠法選択の合意が第三者に影響を及ぼす場合には、第三者に対抗することができない旨を定める規定が置かれていた。第三者が準拠法選択の合意を知っており、それに意義を唱えない場合にまで、準拠法選択の効力が生じないとする必要はないと考えたからであった。しかし、端的に『当事者間でのみその効力を有する』と規定する方が明確であり、混雑が生じるおそれがないと考え、この点を修正した。302条3項の準拠法選択の合意の成立および有効性については、合意により指定された準拠法によるものとした。この規定を置くことにより、当事者の予測や期待をできる限り保護しようとしたのである。ALI原則302条4項A号、EMPGのCLIP原則3:505条1項にはいずれもそのような規定が存在する。もっとも、これらの原則は、それぞれb号や2項が付けられているので、全く同一ではない点には注意を要する。例えば、明示の承諾を広く認めるか、または一定の要件の下で承諾をしたものとみなす規定(例えば、日本商法509条)をもつ国があることから、そのような承諾の効力を否定するために、表意者はその常居所地の法を援用することができるものとする意思表示に関する規定を置くことも考えられる。当事者による準拠法選択の効力を従来よりも広く射止める本条の立場からみれば、表意者の保護にもできる限り配慮する必要があるからである。3項の規定に関連し、共同提案原案では、『法廷地国法上の消費者または労働者の保護に関する強行法規に反する場合はこの限りではない』とするた

だし書で置くことにしていた。これは、消費者および労働者の保護の法廷地国の強行法規と指定国法の双方によって有効な場合に限り、そのような合意を有効とする趣旨であった。しかし、ソウル大学での会議では、このようなただし書を置いている場合には、312条の強行法規に関する一般規定によれば足りると主張された。このような主張に賛成する見解が多数であったので、これを削除することにした。」⁽⁴⁾と。したがって、木棚教授の解説によれば、第302条の準拠法の合意に関しては、当事者間にのみ効力を有する当事者による準拠法選択を認め、当該合意が、301条によって保護国法が準拠法として指定された場合であっても、当事者間に限りその効力を有効なものとした。さらに、インターネットにおける知的財産権の利用に関しても単一の法律が選択されるよう考慮されている。また、302条2項は、当事者の準拠法選択が、第三者に影響を及ぼす場合には、第三者に対抗できないものとした。なお、302条3項では、準拠法の合意と成立と有効性は、合意により指定された準拠法によるものであるとの理解である。

次に、中野教授の見解によれば、「知的財産権の譲渡および実施許諾等に関する契約につき、日韓共同提案は、302条が定める当事者自治の原則の一般規定により、当事者間での準拠法選択合意を認めている。工業所有権に関するこの種の契約については、技術受入国の利益保護という見地から、当事者自治を認めず、専ら実施権者の本拠地法によるという考え方もないわけではない。また、当事者自治原則を正当化する根拠として、従来のが国学説上は、国際契約の客観連結の困難さが強調されることが多かった。このような視点から、知的財産権の譲渡・実施許諾契約に関して、当事者による準拠法選択の余地を否定する理由はない。比較法的に見ても、知的財産権の譲渡や実施許諾の契約については当事者による準拠法指定を許す考え方が一般的であり、日韓共同提案302条の規律をこれらの契約にも及ぼすことは十分な正当性をもつことができる。従って、われわれがここで検討の対象とするべきは、当事者による準拠法指定がない場合にどのような客観的要素で準拠法を決定すべきか、契約準拠法のいかににかかわらず適用されるべき強行法規の取り扱い、さらには知的財産権侵害等の不法行為請求の規律といった点に絞られるであろう。」⁽⁵⁾と。したがって、中野教授の解説によれば、知的財産権の譲渡・実施許諾契約に関して、当事者による準拠法選択を肯定するものであり、302条において議論の課題となる点は、当事者による準拠法指定がない場合にどのような客観的要素で準拠法を決定すべきかという点であると指摘している。

[第 303 条 法廷地国の適用]

本原則において、手続きの問題は、法廷地国法によるものとする。

木棚教授によれば、法廷地国の適用に関して、次のように解説されている。すなわち、「手続きの問題を法廷地によることは、広く認められてきた原則である。何が手続き問題であり、何が実体の問題であるかは、法性決定の問題として重要な意義を有する。当然のことであるから規定を置くまでもないと考えられようが、広く認められてきたこの原則を確認するとともに、法性決定上の問題に注意を払う必要があることに注意を喚起するためにも、この規定を置く方がよいと判断した。法性決定の結果が同一になるように、手続問題の典型例を挙げる案も検討された。しかし、その検討の結果、解釈に委ねた方がよいという結論になり、そのような例示は置かないことにした。しかし、このような法性決定は、国内の実質私法に捉われ過ぎることなく、国際私法独自の立場から行われ、将来的には、できる限りアジア諸国のこの点に関する法性決定が一致する方向を目指すことが期待される。」⁽⁶⁾と。したがって、303 条は、実体的問題と、手続的問題を区別し、性質決定の問題に対する注意規定として、手続的問題は法廷地法によることを明示的に規定した。

第二節 知的財産権侵害

[第 304 条 知的財産権の侵害および救済方法]

- (1) 知的財産権の侵害および救済方法は、保護国法による。ただし、第 302 条の規定によって当事者が保護国法と異なる準拠法を合意した場合には、この限りではない。
- (2) 前項の規定は、知的財産権侵害事件に関連する不当利得や事務管理に基づく請求にも適用されるものとする。
- (3) (略)

木棚教授によれば、知的財産権の侵害および救済方法に関して、次の様に解説している。すなわち、「知的財産権侵害やその救済方法を知的財産権の効力の問題とみるか、差止請求については知的財産権の効力とみ、損害賠償請求権その他の救済方法を不法行為の問題とみるか、それとも、これらをすべて不法行為の問題とみるかについては、国際私法の解釈上、見解が分かれている。304 条 1 項では、このような法性決定に関する争いが生じないように、これらの問題のすべてを原則として保護国法によるものと規定した。1 項ただし書は、当事者による準拠法選択を広く認めた本原則 302 条との関係で、注意的に規定したものであり、権利自体にかかわる問題については、当事者間に限って効力を生じる点を

修正、変更しようとする趣旨のものではない。知的財産権侵害については、損害賠償等の救済方法のほか、場合によっては、不当利得や事務管理に基づく請求が同時に問題になることがある。2項は、この場合に、たとえ不当利得や事務管理に基づく請求であっても、保護国法によることを規定し、適応問題の発生を防止しようとしたものである。これは、知的財産権侵害に関連して不当利得や事務管理に基づく請求が並立的または補充的請求として主張されることが少なくない点を考慮して、同一の準拠法によった方がよいと考えたからである。契約によらない債務の準拠法に関するローマⅡ規則13条にも類似の規定がみられる。本原則でどのような種類の知的財産権に関する国際私法原則を規定するかについては、本原則102条1項および2項に規定されている。」⁽⁷⁾と。したがって、木棚教授の解説によれば、304条は、知的財産権の侵害や救済方法に関して、差止請求や損害賠償請求の性質決定を区別することなく、知的財産権の効力の問題として、一括して保護国法によるものであるとの理解である。なお、304条1項は、302条の規定する当事者間の準拠法合意を認めた点に対応する規定であって、権利自体の問題に関して当事者間についてのみ効力を生じるといった点を修正、変更する趣旨ではないとの理解である。

[第305条 領域外行為についての侵害の認定]

保護国法を適用して知的財産権の侵害を認定する裁判所は、直接侵害行為を教唆または幫助し、およびそれらを実質的に準備する行為については、その行為の全部または一部が保護国の領域外で行われた場合であっても、その行為が保護国に向けられており、かつ、保護国において直接的で実質的な損害を及ぼすおそれがあるときは、その範囲内において侵害を認定できるものとする。

木棚教授によれば、領域外行為についての侵害の認定に関して、次のように解説されている。すなわち、「本原則305条は、教唆・幫助行為やそれを実質的に準備する行為については、その行為の全部または一部が保護国の領域外で行われた場合にも、裁判所は例外的に一定の要件の下で侵害を認定するものとした。その要件となるのは、①そのような行為が保護国に向けられていること、および、②そのような行為が保護国において直接的な侵害行為を引き起こし、直截的で実質的な損害を引き起こすおそれがあること、である。知的財産権に関する属地主義との関連で侵害の認定をどのようにするかは、韓国大法院2004年7月22日のXガール事件判決や日本の最高裁平成14年9月26日のカードリーダー事件の最高裁判決によると、教唆行為若しくは幫助行為またはその準備行為が保護国の領

域内で行われなければならないことになり、これらの行為が保護国の領域外で行われた場合には、『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もたない我が国の法律の下では』これを違法とすることはできず、不法行為の要件を具備するものということとはできないとした。韓国の X ガール事件の大法院判決はカードリーダー事件判決を引用しながら、日本の登録商標を付けた T シャツも、日本の商標権侵害にはならないとするものである。しかし、知的財産権に関する属地主義を厳格に解して、このような場合に不法行為とならないとすることは、現在のようなグローバルな社会で知的財産権を適切に保護することができなくなることを意味する。これは、今後ともグローバル化の進行の中で生じ得る問題であり、知的財産権の過小保護や課題保護がかわるだけに、明確にするための規定を置く必要がある。これに類似する規定は、EMPG の CLIP 原則 3:602 条(De minimis rule)にもみられる。この規定は、厳密には抵触規定ではなく、実質法適用の際の解釈規定、つまり、国際私法上の実質法規定である点に注意する必要がある。」⁽⁸⁾と。したがって、木棚教授の解説によれば、305 条は、領域外の侵害行為に関しても、①そのような行為が保護国に向けられていること、および、②そのような行為が保護国において直接的な侵害行為を引き起こし、直截的で実質的な損害を引き起こすおそれがあること、の要件に基づいて、保護国における直接的で実質的な損害を及ぼすおそれの範囲内において侵害を認定できるものとの理解である。

[第 306 条 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不特定かつ多数の国における知的財産権侵害]

(1) 知的財産権の侵害が不特定かつ多数の国で生じまたは生じた場合には、裁判所はその侵害が不特定かつ多数の国で生じまたは生じた場合には、裁判所はその侵害につき全体として最も密接な関連を有する国の法を適用するものとする。

(2) 裁判所は、いずれの国が最も密接な関連を有するかを決定する場合に、次に掲げる諸要素を考慮しなければならない。

- ① 知的財産権を侵害したとされる者の常居所。ただし、侵害を引き起こす活動が特定の営業所の活動の中で生じた場合には、当該営業所を常居所とみなす。
- ② 侵害を引き起こす活動が主に行われるか、向けられる国、およびその侵害の主な結果発生地
- ③ 権利者の主な利害関係の中心地

(3) 前 2 項において、知的財産侵害紛争の先決問題として知的財産権の成立、有効性、権利の内容、消滅、譲渡可能性および譲渡の第三者に対する効力が争われる場合には、その先決問題も前 2 項で定められた準拠法指定原則に従う。

(4) 第 1 項および第 2 項の規定にかかわらず、当事者は、そのような、知的財産権の侵害があったとされる特定の一国または数国の法によると、第 1 項および第 2 項の規定によって決定された準拠法によるのと異なる結果が生じることを証明することができる。その場合には、裁判所は、判決の抵触が生じない限り、責任および救済の範囲についてそのような法を適用するものとする。

木柵教授によれば、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不特定かつ多数の国における知的財産権侵害に関して、次のように解説されている。すなわち、「ALI 原則 321 条、EMPG の CLIP 原則 3 : 603 は、いずれも多数のコアが保護国として関連するようなユビキタス侵害についての特則を定め、裁判所がその知的財産権侵害あるいは争点と最も密接な関連を有する国の法を適用することができるものとしている。ユビキタス侵害について、伝統的な規則をそのまま適用すれば、多くの保護国がいわばモザイク的に問題となってくるだけではなく、保護国自体を特定することができないことがすくなくない。そこで、知的財産権を実質的に保護するためにこのような特則を認めているのである。ただ、ユビキタス侵害の定義や考慮すべき要因の例示において異なるところがみられる。例えば、EMPG の CLIP 原則では、ユビキタス侵害をインターネットのようなユビキタス・メディアを通じて拡散された侵害と定義しているのに対し、ALI 原則は、インターネット上の著作物の送信のようなユビキタス侵害としており、インターネットの利用はあくあで例示とみられるから、出版物の配布による場合などをふくめより広く解釈できる余地を残す表現を用いている。本条 1 項では、知的財産権侵害が『不特定、かつ、多数の国で生じまたは生じた場合』と表現することにより、EMPG の CLIP 原則に近い限定をしている。もっとも、この点は、インターネット等の利用者である一般公衆の視る権利などに重点を置く立場から、このような特則そのものに反対する見解も生じ得る。しかし、透明化案 302 条 1 項もユビキタス侵害に関する特則を置いており、本原則でも特則を置くことで一致した。本条は、ユビキタス侵害を制限的に考えている点で EMPG の CLIP 原則に近い立場をとっている。それは、一方では、広く拡散的侵害を含むとすれば、知的財産権に関する原則と例外の限界が不明確になり、他方では、ユビキタス侵害の特殊性に着目し、一般公衆の利益を制限して知的財産権者を保護しようとするのであるから、できる限り制

限的に解する必要があると考えるからである。306 条 2 項は、最密接関係法を決定すべき場合に考慮しなければならない三つの要素を例示的に挙げている。つまり、知的財産権を侵害したと主張されている者の常居所地(1号)、侵害を引き起こす活動が主に行われるか、そこに向けられる国および侵害の主な結果の発生地(2号)、その知的財産の権利者の主な利益関係地(3号)である。もっとも、1号の常居所は、その知的財産権侵害を引き起こす活動が特定の営業所の活動の中で生じた場合には、当該営業所所在地を常居所とみなすものとしている(1号ただし書)。ユビキタス侵害に当たる場合には、準拠法を単純化し、最も密接な関連を有する国の法とする趣旨をより一層徹底させるために、知的財産権の成立、有効性、権利の内容等が先決問題として争われる場合にも、前2項で定める特則によるのが妥当である。306 条 3 項は、その趣旨を明らかにしたものである。306 条 4 項は、より密接な関係を有する法があることの証明を当事者に許し、その場合に、判決の抵触が生じない限り、裁判所がその法を適用することができるものとした。ALI 原則 321 条 2 項、EMPG の CLIP 原則 3 : 603 条 3 項に関連する部分である。要するに、当事者が保護国を特定して 306 条 1 項および 2 項に定める準拠法と異なる結果が生じることを証明した場合に関わる規定である。つまり、ユビキタス侵害があった国のうち、特定できる 1 カ国またはそれ以上の国の法によると、306 条 1 項および 2 項で定めた準拠法による場合と異なる結果が生じることの証明を当事者がした場合に、判決の抵触を生じさせない限り、責任や救済の範囲を決定するために侵害地法を適用するものとする趣旨である。この点で、306 条 1 項および 2 項の特則の適用を制限する規定であると位置付けられている。」⁹⁾と。したがって、木棚教授の解説によれば、306 条は、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不特定かつ多数の国における知的財産権侵害に関する特則を定めているものである。すなわち、裁判所はその知的財産権侵害と最も密接な関連を有する国の法を適用することができるものとしている。306 条 2 項は、最密接関係法に連結する要素として、①知的財産権を侵害したと主張されている者の常居所地(1号)、②侵害を引き起こす活動が主に行われるか、そこに向けられる国および侵害の主な結果の発生地(2号)、③その知的財産の権利者の主な利益関係地(3号)を規定しているとの理解である。

第三節 知的財産権に関する契約

[第 307 条 当事者による準拠法の選択がない場合における知的財産権の譲渡および実施許諾等に関する契約の準拠法]

(1) 知的財産権の譲渡または実施等の許諾に関する契約について準拠法の合意がない場合には、その契約締結時における当該契約に最も密接な関連がある地の法による。

(2) 裁判所は、次の各号に定める要素を考慮して、譲渡人または実施等を行う者の常居所地がより密接な関連を有すると判断する場合には、その者の常居所地法による。

① 知的財産の実施等につき明示的若しくは黙示的に負担する義務

② 許諾された権利の専用的かどうかに関する性質

③ 知的財産の主な実施等の地と当事者の常居所との関係

(3) 知的財産権に関し契約関係にある者が不法行為により当該知的財産権を侵害した場合にも、その契約関係の準拠法による。

木棚教授によれば、当事者による準拠法の選択がない場合における知的財産権の譲渡および実施許諾等に関する契約の準拠法に関して、次のように解説されている。「本原則 302 条が定めるように、当事者間に契約準拠法に関する有効な合意があれば、その合意で指定した国の法が契約準拠法になる。307 条 1 項は、当事者間にこのような準拠法指定がない場合に最密接関係地法によるべきことを定めている。それでは、そのような最密接関係地をどのように決定すべきであろうか。例えば、最密接関係地国法を適用するものとして特徴的給付の理論をとり、特徴的給付者の常居所地法ないし主たる営業所所在地法を最密接関係地国法と推定する点では一致したとしても、特徴的給付者の決定については、先進国側と発展途上国側の間で利害関係が激しく対立しており、一致を得ることは困難な状況にある。307 条 2 項は、同項で定める三つの要素を考慮し、知的財産権の譲渡人、実施権者等がより密接な関係を有すると判断する場合には、これらの者を特徴的給付者とみることができるとを定めた。2008 年日本案 20 条 2 項には、譲渡人または実施等の許諾者の常居所を最も密接な関係がある地の法と推定する規定が置かれていた。しかし、譲渡人または実施許諾者の常居所地法を当該契約に最も密接な関係のある地の法と推定する立場から異論が強く出され、これについては規定を設けなくて解釈に委ねることにした。つまり、本項の反対解釈として、これらの三つの要素を考慮した結果知的財産権の譲渡人、実施許諾者等がより密接な関係を有する場合にはその常居所地法によることを許容する趣旨を含む。EMPG の CLIP 原則 3 : 502 条も、譲渡人や実施等の許諾者の常居所地を最も密接な国とする場合につき考慮すべき要素とを、より細かく列挙するにとどまる。307 条 3 項は付従的連結の規定であり、韓国側研究グループから出された案を採り容れたものである。同一当事者間で債務不履行責任と不法行為責任が問題になる場合に、それらの責任の関係につ

いては、実質法上、請求権競合接、法条競合接など見解が分かれている。国際私法上は、このような場合に、不法行為責任について、契約責任の準拠法に付従連結させるのが適応問題の発生を防止するうえからも妥当であるとしたものである。」⁽¹⁰⁾と。したがって、木棚教授の解説によれば、第307条は、当事者による準拠法の選択がない場合における知的財産権の譲渡および実施許諾等に関する契約の準拠法に関する規定を置いている。307条1項は、当事者間にこのような準拠法指定がない場合に最密接関係地法によるべきことを定めている。

次に、最密接関係地法を判断する場合には特徴的給付の理論による。この点、307条2項は、① 知的財産の実施等につき明示的若しくは黙示的に負担する義務、② 許諾された権利の専用的かどうかに関する性質、③ 知的財産の主な実施等の地と当事者の常居所との関係の三つの要素に基づいて、知的財産権の譲渡人、実施権者等がより密接な関係を有すると判断される場合には、これらの者を特徴的給付者とみることができることを定めている。なお、307条2項の反対解釈によって、知的財産権の譲渡人、実施許諾者等がより密接な関係を有する場合にはその常居所地法によることを可能としているとの理解である。

さらに、中野教授の見解によれば、「日韓共同提案の307条は、第1項で、知的財産権の譲渡・実施許諾契約につき当事者による準拠法選択合意がない場合、『その契約締結時における当該契約に最も密接な関係がある地の法による』とした上で、第2項に次のような定めをおく。すなわち、『裁判所は、ついで各号に定める要素を考慮して、譲渡人または実施等を行う者の常居所地がより密接な関連を有すると判断する場合には、その者の常居所地法による。① 知的財産の実施等につき明示的若しくは黙示的に負担する義務 ② 許諾された権利の専用的かどうかに関する性質 ③ 知的財産の主な実施等の地と当事者の常居所との関係』。本条はまず、客観的連結の方法として、法適用通則法8条と同様に、いわゆる特徴的給付理論を用いて最密接関係地法を推定するという手法を採用した。その上で、契約を特徴づける給付を行う者は譲渡人ないし実施権者であるとの前提をとりつつ、契約義務の内容や権利の性質、当事者の常居所といったファクターを総合的に勘案して、最密接関係地法をより柔軟に決定する余地を残す。知的財産権の譲渡・ライセンス契約については、ほかにも、逆に譲渡人ないし実施許諾者を特徴的給付義務者と見る考え方や保護国を最密接関係地と見る考え方や保護国を最密接関係地と見る考え方、契約類型ごとに判断する考え方もあり、客観的連結の難しさを示している。従って、譲渡人・実施権者の

保護、あるいは複数国での実施許諾への対応という見地から、これらの者の常居所地を基準とした客観的連結を図るとしても、判断の柔軟性を確保する余地を残しておく必要があり、この点で本条は肯定的に評価することができよう。もっとも、日韓共同提案の307条には改善の余地がないわけではない。というのは、同条はまず第1項で、譲渡・実施許諾契約につき、当事者による準拠法指定がないときは最密接関連地法によるとした上で、第2項において、譲渡人・実施権者の常居所が『より密接な関連を有する』かどうかを検査するという形をとっている。しかし、まず『最』密接関連地法を決めたうえで、それよりもさらに密接に関連する地を探すというのは、論理的には難しい話であろう。そうだとすれば、法適用通則法8条2項の規定ふりと平仄を合わせ、譲渡人・実施権者の常居所地を第1項にいう『最密接関連地』と『推定』した上で、ほかに『より密接に関連する地の法』があれば例外的にそれによると規定した方が、適用しやすい規定になるのではなかろうか。」⁽¹¹⁾と。

したがって、中野教授の見解によれば、307条が当事者による準拠法の選択がない場合における知的財産権の譲渡および実施許諾等に関する契約の準拠法に関して、最密接関連地法を適用する際に、①知的財産の実施等につき明示的若しくは黙示的に負担する義務、②許諾された権利の専用的かどうかに関する性質、③知的財産の主な実施等の地と当事者の常居所との関係といった3つの要素を考慮して、常居所地法へ連結させるといった規定に関して、譲渡人・実施権者の保護、複数国での実施許諾への対応という点を根拠に肯定的に評価できるとの理解である。この点、法適用通則法8条2項の規定と対応させた形で、原則的に譲渡人・実施権者の常居所地を最密接関連地と推定し、例外的により密接に関連する地の法へ連結されると規定する方が望ましいとの理解である。

また、中野教授によれば、「日韓共同提案307条3項は、譲渡・実施許諾契約の当事者間で知的財産権の侵害が問題となった場合、その規律は『契約関係の準拠法による』という。一般に、契約当事者間で契約に関係した不法行為請求が問題となる場合には、適用法規に関する当事者の予見可能性を確保するという見地から、契約準拠法が原則的な判断基準とれなければならない。同じ考え方は、韓国国際私法32条3項が不法行為当事者間に法的関係がある場合に当該法的関係への付従的連結を認めたこと、法適用通則法20条が、『前三条の規定にかかわらず、不法行為によって生ずる債権の成立および効力は、不法行為の当時において当事者が法を同じくする地に常居所を有していたこと、当事者間の契約に基づく義務に違反して不法行為が行われたことその他の事情に照らして、明らかに前三

条の規定により適用すべき法の属する地よりも密接な関係がある他の地があるときは、当該他の地による』と定めたことにもあらわれている。従って、日韓共同提案 307 条 3 項の基本的な考え方は支持されてよいであろう。他方、日韓共同提案 307 条 3 項については、同 302 条・304 条が知的財産権の侵害につき当事者による準拠法指定を許したこととの関係上、若干の解釈論的操作が必要になりうるように思われる。すなわち、302 条 1 項は、『当事者はいつでも、紛争の全部または一部について準拠法を合意した場合には、この限りではない』とした。そのため、もし当事者が契約中で『知的財産権の侵害の準拠法』を明示的に指定したいのであれば、当事者間で当該知的財産権の侵害に基づく請求が問題となる場合、307 条によって定まる譲渡実施許諾契約の準拠法よりも、当事者が事前に指定していた『知的財産権侵害の』準拠法による方が適当と考えられる。このような理解が正しいとすれば、307 条 3 項の規定は、知的財産権侵害について、『当事者による準拠法指定がない場合には』譲渡・実施許諾契約の準拠法による、と解釈すべきことになる。また、II3 にあげた例が示すように、譲渡・実施許諾契約のと当事者間では、知的財産権の侵害だけでなく、一般不法行為(日本民法 709 条、韓国民法 750 条)に基づく請求が問題になることも少なくない。ALI 原則、MPI 原則と同じく、日韓共同提案は一般不法行為を規律の対象にしていなかったため、これは各国のうっぱん国際私法によることになる。上に述べたように、日韓共同原則の 302 条・304 条は、特許権侵害に基づく請求について、広い範囲で当事者による準拠法指定の可能性を認めた。しかし、日韓の国際私法は、一般不法行為に関しては、単に地保的な準拠法指定(準拠法の変更)を許すにすぎず、韓国国際私法に至っては韓国法を選択する余地しか認めていない(法適用通則法 21 条、韓国国際私法 33 条)。このような制限的な規律の下では、知的財産権の譲渡契約や実施許諾契約の当事者が、自分たちの間で生じる一般不法行為上の問題について、契約中で事前に準拠法を指定しておきたいと考えたとしても、準拠法選択の合意は無効という扱いになる。もちろん、当事者による事前の準拠法選択合意の存在に、例外連結規定(法適用通則法 20 条、韓国国際私法 8 条)の適用上、一定の重みをもたせることが考えられないではない。しかし、当事者自治原則の最大の利点は、準拠法決定をめぐる不安定要素を除去して、事前に準拠法を安定的かつ明確に決定できる点にあるところ、日韓の一般国際私法の規律は、このような実務的ニーズにこたえる物になっていない。もっとも、これは両国の一般国際私法の立法上の不備なのであって、日韓共同原則それ自体に内在する問題というわけではない。」⁽¹²⁾

第四節 最初の権利者および移転可能性

[第 308 条 最初の権利帰属の準拠法]

- (1) 知的財産権の最初の権利帰属は、保護国の法による。
- (2) 著作物に関する最初の権利の帰属は、最初に創作された国の法による。ただし、最初の創作国が不明である場合には、創作当時の创作者の常居所地国で創作されたものと推定する。创作者が複数いる著作物については、创作者間の合意により指定された创作者の創作当時の常居所地国で創作されたものと推定し、それがいない場合には多数の创作者の創作当時の常居所地国で創作されたものと推定する。
- (3) 前項の規定による準拠法が知的財産権を認めない場合には、その権利が最初に利用され、保護される国の法による。
- (4) 知的財産権が雇用契約その他の当事者間において以前から存在する関係から発生している場合には、その契約または関係の準拠法による。

木棚教授によれば、最初の権利帰属の準拠法に関して、次のように解説されている。すなわち、「308 条 1 項は、知的財産の最初の権利帰属についても保護国法によることを明らかにした。最初の権利帰属の準拠法との関係で最も問題となるのは、著作物の最初の権利者を決定するための準拠法である。米国においては、この点についてその著作物の本源国法を適用した一連の判決がある。これと関連して、登録知的財産権に対する最初の権利帰属については、ALI 原則 311 条 1 項により、登録知的財産権については登録国法によるものと定めながら、非登録知的財産権についてはこれと異なる規定を置く。とりわけ、著作権については、313 条において、创作者が一人であった場合には、当該著作物を創作した当時の创作者の居住地法により、创作者が複数である場合についてはより細かに規定する。ヨーロッパにおいても、著作物の流通の便宜を考慮して、著作物の最初の権利者について権利の保護国のいかに問わず、統一的に本源国に連結することを主張するハンブルクのマックス・プランク外国私法国際私法研究所の所長であったドロブニック (Ulrich Drobnig) の有力な学説等があった。しかし、EMPG の CLIP 原則 3 : 201 条 1 項は、著作物に対する最初の権利者の決定を含めて保護国法によるものと規定する。東アジアの現状をみると、著作物の最初の著作者およびその権利の移転性について、むしろすべて統一的に準拠させる方が、著作権の無許諾の著作物の利用を少なくし、著作権の移転や利用許諾を促進する

ために適しているように思われる。この点について、東アジアに未だ確立した原則が存在しているとは言えないとすれば、このような望ましい原則を確認し合うことが今後の東アジアの諸国の発展にも役立つように思われる。308 条 2 項は、このような観点から、著作物に関する最初の権利帰属は、1 項による場合とは異なり、各保護国法によるのではなく、最初に創作された国に統一的に連結することにした。創作国が不明である場合には、創作当時の创作者の常居所地で創作されたものと推定するただし書を挿入した。创作者複数いる場合には、创作者間の合意によって定めた创作者の創作当時の常居所地国で創作したものと推定し、そのような合意がない場合には、そのうちの多数の创作者がその創作当時常居所を有した国でそうさくされたものと推定する規定を置いた。308 条 3 項は、ALI 原則 321 条 2 項に倣い、非登録知的財産権、主に著作権に適用される補充的原則である。本項の意義としては、308 条 2 項によって決定された法が権利帰属を認めない場合に、知的財産権を保護するために補充的連結を定めたものである。308 条 4 項は、授業者の発明、著作などに関する規定であり、雇用契約その他の以前から存在する関係から発明や著作物が創作された場合には、その知的財産に関する最初の権利の帰属については、そのような契約または関係の準拠法所属国に従属的に連結されることを規定した。これについては ALI 原則 313 条 1 項 c 号に類似の規定がある。現代の重要な発明は、複数の従業者の協力、協働による場合が少なくない。このような発明に関する権利関係については、本稿の定める準拠法により決定する。」⁽¹³⁾と。したがって、木棚教授の解説によれば、308 条 1 は、最初の権利帰属の準拠法に関する規定を置いている。308 条 1 項は、知的財産権の最初の権利の帰属を保護国法によると規定している。この点、登録知的財産権に関しては、登録国法により、非登録知的財産権に関しては本源国法によるといった方式の有無による準拠法の分断が生じるといった問題が存在する。特に、著作権に関する最初の権利の帰属が問題となる点を考慮し、この点に関する諸外国の法制度との比較に基づいて、著作権の移転や利用許諾の促進の観点から、308 条 2 項において、著作権に関する規定を設けている。すなわち、308 条 2 項は、著作物に関する最初の権利帰属は、1 項による場合とは異なり、各保護国法によるのではなく、最初の創作地国に連結するとした。ただし、創作国が不明の場合には、創作当時の创作者の常居所地で創作されるとする推定規定を置き、创作者が複数の場合には、创作者間の合意によって定めた创作者の創作当時の常居所地国で創作したものと推定規定を置き、さらに、そのような合意もない場合には、複数创作者のうちの

多数の創作者がその創作当時に有した常居所で創作されたものとの推定規定を置いたとの理解である。

[第 309 条 知的財産権の移転可能性の準拠法]

- (1) 知的財産権の移転可能性は、保護国法による。
- (2) 著作権に関する移転可能性は、第 302 条の規定に定める当事者間の合意により前第 2 項の規定に定める法と同一の法によることができる。
- (3) 知的財産権の移転の第三者に対する効力については、第 1 項の規定を準用する。

木棚教授によれば、知的財産権の移転可能性の準拠法に関して、次のように解説されている。すなわち、「309 条 1 項は、原則として、知的財産権の譲渡可能性や実施等の許諾可能性を含む移転可能性に関し保護国法によることを規定した。これは、知的財産権の移転可能性は、知的財産権自体の性質に関するものと見ることができるからである。ALI 原則 314 条 1 項、EMPG の CLIP 原則 3 : 301 条にも類似の規定が置かれている。本条 2 項は、著作権に関する移転可能性については、各保護国法によらずに、302 条に定める当事者間の合意により、308 条 2 項に定める著作物に関する最初の権利帰属の準拠法と同一の法によることができるものとした。本項で、302 条に定める当事者の合意により 308 条 2 項に定める準拠法と同一の法によることができるとしたのは、著作権の移転契約等をより容易にするためである。特許権その他の工業所有権の移転可能性については、保護国の利害が強く関連しており、保護国によらざるを得ない面が強くある。しかし、著作権については、ベルヌ条約で無方式主義が採られ、登録が権利の発生要件とされていないことから見ると、工業所有権のような登録知的財産権に比べてこの点に関する保護国との結びつきは希薄であると考えられる。したがって、著作権の流通性質を高めるために、著作権については、最初の帰属についてだけでなく、移転可能性も含めてより柔軟化し、同一の法を当事者に選択することを認める方がよいように思われる。また、3 項では、知的財産権の移転の第三者に対する対抗要件についても第 1 項を準用し、保護国法によることにした。この点については、例えば、東京高裁平成 13 年 5 月 30 日のキューピー事件判決(判時 1797 号 11 1 頁)や東京高裁平成 15 年 5 月 28 日のサルバドール・ダリ事件判決(判時 18 31 号 135 頁)など、移転の対抗要件を保護国法によった一連の日本の下級審判例がある。」⁽¹⁴⁾と。したがって、木棚教授の解説によれば、第 309 条は、知的財産権の移転可能性の準拠法に関する規定を置いている。309 条 1 項は、原則として、知的財産権の譲渡可能性や実施等の許

諾可能性を含む移転可能性に関しては、知的財産権自体の準拠法によるとして、保護国法にもものと規定している。これに対して、著作権に関する移転可能性に関しては、工業所有権等の登録知的財産権と比べて非登録知的財産権である著作権に関しては、ベルヌ条約で無方式主義が採用され必ずしも保護国法に連結する必要性が低いという点や、著作権の移転契約を容易にするといった点に配慮して、302条の規定に定める当事者間の合意により308条2項の規定に定める法と同一の法によることが望ましいとの理解である。また、309条3項では、知的財産権の移転の第三者に対する対抗要件についても309条1項を準用し、保護国法によるとの理解である。

第五節 準拠法に関する補則

[第310条 反致の排除]

本原則により準拠法として指定された国の法には、いかなる場合においても、その国の国際私法規定を含まないものとする。

木棚教授によれば、反致の排除に関して、次のように解説されている。「反致については、ALI原則324条、EMPGのCLIP原則3:803条も類似の規定を入れている。例えば、韓国国際私法9条は、当事者が合意して準拠法を選択する場合や契約準拠法が指定される場合など例外的に規定されている場合(2項1号～6号参照)を除き、原則として反致認めているのに対して、日本の法適用通則法41条は、当事者の本源国法によるべき場合についてのみ反致を認めるにすぎない。このように、東アジア諸国間で反致に関する規定が異なっているため、反致を排除しておかなければ、たとえ共通原則を認め合ったとしても、同原則で定めた準拠法とは異なる準拠法が適用されるおそれが生じるので、反致の排除を定めた。」⁽¹⁵⁾と。したがって、木棚教授の解説によれば、第310条は、反致の排除に関する規定を置いている。310条は、早稲田大学グローバルCOE研究グループの提案した原則が定める準拠法と異なる準拠法が反致によって指定される危険性を考慮して、本原則により準拠法として指定された国の法には、いかなる場合においても、その国の実質法規定を指しているとの理解である。

[第311条 準拠外国法の証明]

(1) 裁判所は、本原則により指定された外国法の内容を職権で調査し、適用しなければならない。ただし、その内容の確定のために、当事者にこれに対する協力を求めることが

できる。(2) 前項の規定にかかわらず、その裁判所が所属する国の法によると、当事者が外国法の内容を証明する必要がある場合には、これに従う。

木棚教授によれば、準拠外国法の証明に関して、次のように解説されている。「本原則によって外国法が準拠法となる場合に、その外国法ができる限り正確に調査され、適用される制度にしておかなければ、實際上準拠法について共通原則を定めた目的は達成されないであろう。311条1項は、準拠外国法の証明を裁判所の判断の基準とみて、判断の対象である事実の証明と区別して、裁判所が職権で調査し、適用しなければならないものとした。しかし、当事者が本原則に基づいて指定される準拠外国法によって権利を主張し、または抗弁を提出する場合には、その外国法の内容を調査すべきであるから、当事者に外国法の内容の証明に一定の役割を分担させるのが妥当であろう。そこで、ただし書において裁判所は外国法の内容の証明につき当事者に協力を求めることができるものとした。2001年韓国国際私法5条に同様の規定がある。311条2項については、香港、シンガポールもそのように外国法の内容を当事者の主張・立証に委ねる法制を採る国があるので、事件が係属する裁判所がそのような国に所属する場合を想定して規定したものである。」⁽¹⁶⁾と。したがって、木棚教授の解説によれば、311条は、準拠外国法の証明に関する規定を置いている。早稲田大学グローバルCOE研究グループの行う立法提案の定める共通原則の目的の履行のためにも、裁判所は準拠外国法の証明に関する職権調査義務を有し、それに基づいて適用を行わなければならないとの理解である。しかしながら、ただし書きでは、指定された準拠外国法に関して当事者が権利を主張し、抗弁を行う倍には、当事者も一定の役割分担を行う義務を有するとして、裁判所は当事者に対して、外国法の内容の証明に関して協力を求めることができるとの理解である。

[第312条 強行法規の適用]

- (1) 裁判所は法廷地国の絶対的強行法規を適用しなければならない。
- (2) 裁判所は準拠法のいかににかかわらず、その法規の性質、目的および適用の結果を考慮して、外国の強行法規が適用されるべきと判断する場合には、これを適用することができる。

木棚教授によれば、強行法規の適用に関して、次のように解説されている。すなわち、「強行法規の適用については、契約の中でのみ規定する案や、契約と補足の双方に規定を置く案も検討されたが、結局、重複を避けつつ契約以外の強行規定を考慮することができ

るよう、補足の中で規定することにした。結果的には、ALI 原則 323 条と類似した位置づけになった。本条でいう強行法規は、国内実質法でいう強行法規より制限されたものであり、あくまで国際私法上の強行法規であり、その法規の性質、目的および適用結果を考慮して絶対的強行法規に当たるかどうか決定されるべきものである。本条は、必ずしも特別連結論を採ったものと言えないとしても、国際私法において特別連結されるような、国際的に強行されるべき、いわば絶対的な強行法規を指すものと解すべきである。本条で規定される強行法規については、法廷地国の強行規定に限定せず、第三項の強行法規にも拡大し適用することになっている。しかし、それらの強行法規の適用に同一の法定効果を付与することについては慎重であるべきであり、もし、同一の法的効果をもつものとみるのであれば、むしろ法廷地国の絶対的強行法規のみを規定すべきとする意見も出された。そこで、本条では、法廷地国の強行法規と第三国の強行法規を区別して 1 項と 2 項に分け、それぞれ別の性質をもつものとして規定することになった。契約債務準拠法に関するローマ I 規則 9 条にも類似の趣旨とみられる規定がある。本条 1 項は法廷地の絶対的強行法規を適用しなければならないものとして義務的適用を定める。これに対し、2 項は、外国の強行法規を『適用することができる』としており、裁判所に適用の可否に関する裁量を与える規定となっている。しかし、このような裁判所の裁量を認める規定の仕方が妥当であるかどうかについては、疑問が出されている。EMPG の CLIP 原則や ALI 原則の規定振りから本条を維持した。また、EMPG の CLIP 原則 3 : 8 01 条 1 項 2 文のように、『当該絶対的強行法規を適用すべきか否かの判断に当たっては、当該絶対的強行法規を適用すべきか否かの判断に当たっては、当該絶対的強行法規の性質、目的、および当該強行法規の適用または不適用の結果を考慮しなければならない』とするかどうか問題になる。本条は、より簡単な文言を入れるにすぎないが、その趣旨を異にするものではない。」⁽¹⁷⁾と。したがって、木棚教授の見解によれば、312 条は、強行法規の適用に関する規定を置いている。312 条に規定される強行法規とは、国際私法において特別連結される絶対的強行法規であり、法廷地国の強行法規を 312 条 1 項において契約準拠法いかに関わらず絶対的に適用する旨を規定し、これに対して、第三国の強行法規を 312 条 2 項においては、外国法規の性質、目的および適用の結果を考慮して、外国の強行法規が適用されるべきと判断する場合に適用する旨規定している。すなわち、それぞれ別の性質をもつものとして規定するものとの理解である。

次に、中野教授の見解によれば、「ライセンスや技術移転は各国の産業政策や独占禁止法政策にかかわる部分大きい。この特殊性から、国際知的財産権紛争の解決にあたっては、各国が自国の産業政策や独占禁止法政策を実現するために設けた強行法規のうち、どのようなものが、準拠法とは別個に、いわゆる絶対的(国際的)強行法規として、あるいは、法廷地国の公序の一部として適用されるのか、またそのための要件は何か問われることになる。日韓共同提案 312 条は、第 1 項において、『裁判所は法廷地国の絶対的強行法規を適用しなければならない』と定めるとともに、第 2 項では、法廷地国裁判所が『その法規の性質、目的および適用の結果を考慮して』外国強行法規を適用する余地を認めている。国際私法上、法廷地国の絶対的強行法規については、契約準拠法とは別個に適用されることが一般的に認められてきた。しかし、それ以外に、いかなる国のいかなる強行法規範がかなる形で適用ないし考慮されるべきかについては大きな議論があり、いまだ議論は収束の気配を見せていない。そのため、契約準拠法とは切り離して、法廷地国の絶対的強行法規については義務的適用を規定するとともに、それ以外の第三国強行法規の適用については受訴裁判所に裁量の余地を許す 312 条の規定は、現段階で最大公約数的な国際私法規則モデルとして、支持されてよいように思われる。もっとも、ここで重要な解釈問題として残るのは、どのような法規が同条にいう『強行法規』に該当するかであろう。李圭鎬教授の報告においては、『国家核心技術』の保護を目的とする韓国の産業技術流出防止法が具体例としてあげられており、この指摘は正当なものと考えられる。しかし、これ以外にどのような法規がここでいう強行法規に該当するかについては、今後、具体的事例の蓄積の中で明らかにされなければならない。かつて筆者が仄聞した国際仲裁事件では、いわゆるハイブリッドな特許ライセンス契約で、実施許諾の対象となった複数特許権の一つが期間満了した後についても、ロイヤリティを低く設定した上で支払義務が取り決められていた。ところが、特許実施国法上、特許期間満了後のロイヤリティ支払義務を認めないルールがあったことから、ライセンシーが期間満了後のロイヤリティの支払いを拒絶したうえ、不法行為に基づく損害賠償や、既に支払った分のロイヤリティの不当利得返還を請求した。しかし、契約準拠法上は、期間満了後のロイヤリティ支払いを禁じるルールはなかったことから、特許実施国の上記ルールが契約準拠法とは別個に適用される強行法規に該当するかどうか争点となった。これは、仮に日韓共同提案の規定にあてはめて考えるならば、特許実施国法上の当該規則が 312 条 2 項にいう外国強行法規に該当するかどうか、また判断機関である仲裁廷がこれを適用する裁量権を行使すべきかどうか、という問題になる。

このようなケースでは、関係各国の特許政策や独禁法政策が正面からぶつかるため、契約準拠法という共通のテーブルの上で、法廷地国・仲裁地国の政策と特許実施国・特許付与国の政策をどう調整するかという困難な作業が必要になりよう。例えば、独占禁止法違反を理由とする損害賠償や差止めといった私法的請求については、米国連邦裁判所の Mitsubishi Motors 事件判決をきっかけとして、仲裁可能性を肯定するのが世界的な趨勢となりつつある。しかし、仲裁廷が具体的にどのような形で第三国の独占禁止法を適用ないし考慮すべきかについては、いまだ議論は始まったばかりとあってよい。従って、これらの点は、今後、われわれが引き続き取り組むべき研究課題といえそうである。」⁽¹⁸⁾と。

[第 313 条 公序]

本原則の規定により外国法が適用される場合において、その外国法の規定の適用が明らかに法廷地国の公序に反する結果を生じさせるときは、これを適用しない。

木棚教授によれば、公序に関しては、「ALI 原則 322 条、日本の法適用通則法 42 条、韓国国際私法 10 条、中国国際私法模範法 14 条、中国涉外民事関係法律適用 5 条を考慮し、公序に関する規定を入れることにした。ALI 原則 322 条、韓国国際私法 10 条の文言を考慮し、また、ハーグ条約などで慣例的に用いられている文言を考慮して、『明らかに』という文言を挿入した。ここでの『法廷地の公序』は、知的財産権について徐々に作りあげられた国際的基準の違反や法廷地の憲法、および国際協定における公共の福祉、基本的権利の侵害を含むものであり、国内の国際私法上の公序より厳格なものを想定している。あくまで準拠外国法の適用結果を問題とすることを明らかにするために、外国法の規定の『適用』という文言を入れている。」⁽¹⁹⁾と。したがって、木棚教授の解説によれば、313 条は、公序に関する規定を置いている。313 条の規定する法廷地の公序は、国際私法上の公序より厳しく設定され、準拠外国法の適用結果が問題となることが強調された規定であるとの理解である。

第 2 節 透明化プロジェクト立法提案

透明化プロジェクト立法提案における条文は以下の通りである⁽²⁰⁾。

[301 条 知的財産権侵害の準拠法]

1 知的財産権侵害訴訟における準拠法は、知的財産の利用行為の結果が発生したか発生すべき地の法による。

2 前項の規定にかかわらず、知的財産権侵害によって生ずる成立および効力は、当事者間の契約に基づく義務に違反して知的財産権侵害が行われた時は、当該契約の準拠法による。

[302条「ユビキタス侵害」の準拠法]

1 知的財産権侵害訴訟において、被疑侵害行為が「ユビキタス」の場合における準拠法は、知的財産の利用行為の結果が最大か最大となるべき国の法とする。

2 前項を適用した結果が特定国との関係で著しく不合理であるときには、当該特定国との関係では、前項で決定された法に基づく責任や救済をあたえることはできない。

(略)

[304条 当事者による事後的な準拠法の変更]

1 知的財産権侵害訴訟の当事者は、知的財産権侵害の後において、知的財産権侵害によって生じる債権の成立および効力について適用すべき法を変更することができる。但し、第三者の権利を害することとなるときは、その変更を第三者に対抗することができない。

2 ……

[305条 知的財産権の存在、原始的帰属、および効力]

知的財産権の①存否、②原始的帰属、③効力については、当該知的財産権を付与している国(以下では、「権利付与国」という)の法による。これらの事項に関する当事者の法選択合意は無効とする。

[306条 知的財産権にかかる契約の準拠法]

1 知的財産権にかかる契約の成立および効力の準拠法は、法の適用に関する通則法7条により定める準拠法による。

2 当事者による準拠法の合意がない場合には、前項に掲げた契約の成立および効力の準拠法は、契約の対象となる知的財産権の権利付与国法による。契約の対象となる知的財産権の権利付与国が複数である場合には、権利保有者の常居所地(法人である場合には主たる事業所の所在地)法による。

3 前項で定まる準拠法よりも、当該契約に密接に関連を有している他の国があれば、その国の法を準拠法とする。

4 第1項の契約の方式の準拠法については、法の適用に関する通則法10条の定める準拠法による。

[307条 知的財産権の担保権の準拠法]

知的財産権の担保権に関する準拠法は、当該知的財産権を付与している国の法による。

[301条 知的財産権侵害の準拠法]

1 知的財産権侵害訴訟における準拠法は、知的財産の利用行為の結果が発生したか発生すべき地の法による。

2 前項の規定にかかわらず、知的財産権侵害によって生ずる成立および効力は、当事者間の契約に基づく義務に違反して知的財産権侵害が行われた時は、当該契約の準拠法による。

小島教授によれば、「日本には、国際私法ルールとして通則法が存在することから、本立法提案では知的財産権侵害を不法行為と性質決定して議論を進める。ここでいくつかの点が問題となる。第1に、日本の文脈において、救済としての差止めと損害賠償請求を分けて記述すべきかどうかということである。前述の〔カードリーダー事件〕最高裁判決は、差止めを特許権の効力、損害賠償を不法行為という形で別の単位法律関係として論じているが、そもそも差止めと損害賠償を分ける必然性がどの程度あるのかは疑問である。そこで、今回の立法提案では、救済に関する性質決定を一括りとし、その際には『利用行為の結果が発生したか発生すべき地』を連結素とすることとした。本稿では、知的財産権侵害訴訟と不正競争に関する訴訟の準拠法についての検討を行うが、知的財産の利用行為や不正競争の『結果発生地』を連結点とし、『結果発生地』とは、一般に各国の『市場地』を念頭に置く点で両者の基本的考え方は共通している。そこでの『結果』とは、経済的な見地から市場において生じた損失のことを指し、実質法のルールを参照するのではなく、あくまでも国際私法のルールとして客観的に定まるものである(いわゆる“MArket ImpAct Rule”の採用)。もっとも、個々の細かい点では、『市場地』の捉え方にも難しい問題が潜んでおり、本稿では、具体的な問題状況を〔設例〕の形で念頭に置きながら検討を進めたい。第2に、日本において知的財産権侵害訴訟の準拠法を考えるには、通則法の一部につ

いて、意識的に適用を排除する必要があるのかどうか(特別ルールを定める 19 条-22 条の適用如何)という点が問題となる。例えば、通則法 21 条は当事者による準拠法の事後的変更を認めているが、これを知的財産権侵害の場合にも妥当させてよいのかどうかといった問題である。ALI 原則 302 条は当事者自治を広範に認めるが、Rome II 規則はこれを否定的に解している(当事者による準拠法の変更を認めるべきでないという反対論が、知的財産権侵害の準拠法を不法行為の中に位置づけることを断念させたことは前述の通りである)。また、すでに契約関係にある当事者間での侵害問題について、原則論である『結果発生地法』を貫徹するのか、契約関係の準拠法によらしめるべきなのかという点も議論されるべきである。これらの問題については、後ほど検討する。第 3 に、いわゆる『ユビキタス侵害』のケースにおいて、特別ルールを置くべきかどうかということである。『ユビキタス侵害』を複数国における侵害が多数積み重なったものである(いわゆる『モザイク的』な処理)と捉えるのであれば、『ユビキタス侵害』についての特別ルールは必要ない。もっとも、『ユビキタス侵害』の場合には従来の知的財産権侵害とは異なる位相にあることから、本立法提案では特別ルールを設定することとした。」⁽²¹⁾と。

さらに、小島教授によれば、特許権侵害の準拠法に関して次のように解説を述べている。すなわち、「(ii)特許権侵害の準拠法 A)「属地主義」の理解 ……本説示の理解については諸説入り乱れており、見解は一致しない。〔カードリーダー事件〕の最高裁調査官解説は、前段を抵触法規則、後段を実質法の適用範囲と捉える。しかしながら、例えば、日本の市場をターゲットにした実施行為であることが明確な場合には、いわゆる“Market Impact Rule”に則って準拠法選択を行った結果、「特許権の効力が当該国の領域内」を越える場合もあり得るのではないかと考えられる。私法の領域においては、国際私法の準拠法選択の結果、外国法が適用されることを捉えて域外適用とはいわないはずである。本立法提案が採用する“Market Impact Rule”も、各国特許権が独立に存在しているという『特許独立の原則』を前提とする。当該特許権に基づき、各国マーケットにおける独占的利潤の獲得を各国特許法が規律しており、そのマーケットに与える経済的な影響を考慮するという点で、“Market Impact Rule”を採用した。もっとも、結果発生基礎に『市場』を捉える考え方は、そこに公益的なものを読み込んでいるという点で、従来の私法的な枠組みから距離があることも事実であろう。本立法提案は、各国のマーケットが別々に併存している点を放棄しているわけではない。その限りで『権利独立の原則』を維持している。但し、本立法提案はマーケットに与える影響を考慮するのであるから、厳格な属地主義の

ように『A国特許法はA国の領域内でしか適用されない』という立場は採用しない。b)『利用行為の結果』とは何か『利用行為の結果が発生したか発生すべき地』をどのように考えるべきか。従来の不法行為に関する準拠法の議論でも、特に隔地的不法行為の局面において、大別して加害行為地と結果発生地の双方が論じられてきた。また物権(通則法13条)の議論においても、いわゆる仕向地法に関する議論がみられる。一般的には、一つの国の内部で知的財産の利用行為がなされ、それが同一国の市場で拡布されるのであれば、当該国の知的財産法を準拠法とすることに異論はないはずである。問題になるのは隔地的不法行為であろう。次のような場合には、結果発生地をどのように考えるべきか。〔設例1〕Xは日本で特許権を有している。Yは、A国内にオフシア工場を建設し、日本向けの用途しか有さない製品を製造することとなった。オフシア工場には、部品のA国への輸入にあたっての関税免除や、A国法人税の減免などのメリットが与えられる。日本向け製品の製造過程において、YがXの特許技術を無断で実施していることが判明した。Xは、日本の裁判所に特許権侵害訴訟を提起し、Yの実施行為の差止めと損害賠償請求を行った。本件で日本に国際裁判管轄が認められたとする。①XがA国で対応特許権を有していない場合には、本件訴訟の準拠法はどのように決定されるべきか。②XがA国で対応特許権を有している場合には、本件訴訟の準拠法はどのように決定されるべきか。〔設例1〕では、利用行為の結果としての特許権者の経済的損失が日本の市場において発生することは明白である。従来の議論では、厳格な属地主義の原則、あるいは『特許発明の利用行為(実施行為)が行われた地』という考え方に基づき、本件のような事案はA国特許権侵害の問題として扱われてきたのではないかと考えられる。確かに、A国において特許発明の実施行為がなされており、A国特許法上、何らかの『結果』が発生しているとも考えられるが、特許権は情報であり、物権とは異なり所在地(通則法13条)は重要ではない。『利用行為の結果』によって、日本のマーケットにしか影響が及ばず、A国市場に何らの経済的損失が及ばない場合にまで、A国を利用行為の結果発生地と捉えることは理論的にも一貫しないのではないと思われる。特に本件では、Yの製造行為はA国のオフシア工場で行われており、A国マーケットへの影響はない。A国市場での経済的な損失は発生していないことから、対応特許権の有無にかかわらず、この場合には結果発生地は日本であり、日本法が準拠法として用いられるべきであろう。〔設例2〕Xは日本で特許権を有している。Yは、Aの工場(オフシア工場ではない)において、明らかに日本向けの用途しか有していない製品を作るべく、Xの特許技術を無断で実施している。Xは、日本の裁判所に特許権侵害訴

訟を提起し、Y の実施行為の差止めと損害賠償請求を行った。本件で日本に国際裁判管轄が認められたとする。①X が A 国で対応特許権を有していない場合には、本件訴訟の準拠法はどのように決定されるべきか。②X が A 国で対応特許権を有している場合には、本件訴訟の準拠法はそのように決定されるべきか。〔設例 2〕において、『特許発明の利用行為の結果が生じた地』をどのように観念すべきか。〔設例 1〕と同様に、“Market ImpAct Rule”を採用するのであれば、対応特許権の存在によって準拠法が変わるとするのは、単位法律関係の切り分けという国際私法の方法論には馴染まないであろう。〔設例 2〕は〔設例 1〕と異なり、オフシェア工場を念頭に置いたものではない。しかしながら、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、日本が準拠法として適用されるべきである。この場合、蓋然性の高さを示すにあたっては、製品に記された言語(希少な言語であればあるほど、特定の法域に仕向けることが明白である)、送付状等の存在、実際の特許製品の梱包や運搬の状況など、様々な事情が考慮されるべきである。仮に、日本法が準拠法となれば、X は日本の裁判所に訴訟を申し立て、日本法を準拠法として勝訴判決を得て、A 国で承認執行を受けてYの実施行為を止めることも可能になろう(A国が当該判決を承認執行することの可能性、A国におけるエンフォースメントの実効性は別論であるが)。これに対し、特許製品が日本に入ってきてから水際で押さえればよいという見解もあり得よう。これは厳格な属地主義を徹底するならばとられ得る帰結である。実務的見地からは、知的財産権侵害物品の全てを税関が差し押さえることはできないであろうし、明白に日本市場を狙い撃ちにした製品は、A 国での製造を差し止めた方が特許権保護の実効性に富む。さらに、税関での水際規制は権利者にとっては『防御的手段』であり、そこでの相手方はYではなく税関である。日本法を準拠法とした訴訟を起こすことにより、XはYに対して攻撃的な手段を確保でき、Yをライセンス交渉等の場に引きずり出すことも可能となろう。なお、対応特許権がA国に存在している②の場合について付言する。この場合A国特許法に基づく請求がなされるべきであろうか。『利用行為の結果』という文言に、A国でのマーケットが侵食されたことが読み込めるのであれば問題ないが、この製品は日本市場をターゲットにしたものである。A国での実施行為が行われている以上、A国特許法の適用を問題とするのであれば、それはマーケット等の考慮を離れ、特許法の属地的適用と解さざるを得ないが、それは立法提案の採用する立場ではない。C)域外適用の問題と準拠法〔設例 3〕A国は自国産業を保護するため、A国特許権の権利範囲に対応する特許発明の海外における実施行為に対しても、

A 国特許権侵害が成立し、法廷賠償として最低 1 億円が課される旨を A 国特許法に盛り込んでいる。A 国企業 X 社は日本に進出し、日本国内の工場で携帯電話の部品を製造している。日本企業 Y 社は、日本国内のマーケットで販売すべく部品を製造していたが、X 社の特許技術(この権利範囲は A 国特許権の権利範囲に対応している)を侵害していることが分かった。なお、X 社は日本特許権も有している。X 社は日本の裁判所に訴訟を提起し、日本特許法に基づく差止と損害賠償に加え、A 国特許権侵害にもあたり、法廷賠償 1 億円を要求した。日本の裁判所はどのように判断するべきか。〔設例 3〕では、A 国特許法はいわゆる『域外適用』の規定を有している。この場合、日本法が準拠法となることに加え、A 国法も準拠法となるべきだろうか。仮に法律に『損害』が書き込まれていることをもって、単純に『結果の発生』と捉えてよいのだろうか。〔設例 3〕において、日本の市場における経済的損失が発生し、日本法が準拠法として適用されることに異論の余地はないだろうが、A 国法も準拠法たり得るだろうか。いわゆる“MArket ImpAct Rule”を採用する本立法提案においては、A 国法上の『結果』は発生していないと考えることとなる。確かに、A 国特許法には法廷損害とかかかっているのであり、A 国実質法レベルでは経済的損失は発生している。しかしながら、〔設例 1〕や〔設例 2〕と異なり、A 国マーケットに対して向けられた要素が微塵も感じられない本件においては、準拠法選択ルール上は、A 国法上の経済的損失を観念できない。」⁽²²⁾と。

また、著作権侵害の準拠法に関しては、次のように解説を述べている。すなわち、「(ii) 著作権侵害の準拠法……b」著作権侵害訴訟における『結果発生地』〔設例 4〕日本人 X が書いた小説を、職業翻訳家である A 国人 Y が、A 国において無断で英語とドイツ語に翻訳した(A 国の公用語は英語であるとする)。X は Y の利用行為を差し止めるべく、日本の裁判所に訴訟を提起した。日本の裁判所に国際裁判管轄が認められた場合、準拠法はどのように定められるべきか。〔設例 4〕の場合に『結果発生地』はどこか。一般的には A 国と考えるのだろうか。A 国著作権の侵害と捉え、そのライセンスを取得していないから、A 国の市場が害されていると考えざるを得ないのではないだろうか。仮にドイツ語に翻訳された著作物の印刷(複製権侵害)がなされたとしても、そこで言語のみを取り上げて、ドイツのマーケットを害しているといえるのか。ドイツ語はドイツに加え、オーストリアやスイスでも用いられているし、ドイツ語の書籍を読む人口は世界中に存在する。その意味で、少なくともある特定の国の法を準拠法として指定できるためには、著作権の利用行為が特定の国に向けられている事実が立証できない限り難しいであろう。仮に本件で、翻訳された書

物がドイツ、スイス、オーストリアに向けられるべく、梱包作業に入っていることが明白な場合にはどう考えるのか。この場合には、各々の市場において経済的損失が発生する蓋然性が極めて高いことから、それら各国法が準拠法として選ばれるべきである。インターネットに著作物をアップロードするなど、クラウドコンピューティングの下での『ユビキタス侵害』においても同様の帰結を導き出せるだろうか。クラウドコンピューティングの下では、サーバー所在地、アップロード地という概念はもはや意味をもたない。ここでも、やはりどこのマーケットを狙ったのかという意味での『侵害結果発生地』を観念するのが妥当であろう。もっとも、『ユビキタス侵害』の場合には、結果が発生するマーケットがあまりにも多すぎて、どこかのマーケットを狙っているという考え方が妥当しにくい。その場合に準拠法を絞り込むべきかどうかについては、別途、『ユビキタス侵害』のところで検討する。著作権侵害の準拠法について検討が求められる点としては、ALI 原則、Rome II 規則の両方が『保護が要求される国の法』という考え方を採用していることである(Rome II 規則に至っては、『普遍的に受け入れられている原則(universally Acknowledged principle)』とまで述べていることは前述の通りである)。すなわち、①『保護が要求される国の法』というオプションと、②本立法提案が採用する『知的財産の利用行為の結果発生地』(間接損害考慮せず)は一緒の帰結をもたらすのかということである。当初、Rome II 規則 4 条には不法行為に関する一般準則が定められているものの、知的財産権侵害については一般原則が当てはまらないという反対論が根強く、最終的には、その 8 条において『保護が要求される国の法』が準拠法として採用された。その理由として挙げられていたのは、当事者による準拠法の事後的変更を認めてはならないという点であった。ALI 原則 302 条は、事後的な準拠法の変更を広範に認めており、見解が大きく異なることから、後に項を改めて検討を加える。C) 著作者人格権の取扱い 著作者人格権侵害の準拠法についても、著作権侵害と同様に『著作物の利用行為の結果発生地法』と解してよいだろうか。『利用』という用語は経済的な意味で用いられることから、著作者人格権の場合に直ちに妥当しないことも事実であろう。また、立法提案を行うにあたっては、人格的要素との関係から、通則法 19 条における名誉棄損との関係が問題となる。一つの考えとしては、名誉棄損との類似性から、通則法 19 条の適用を認めることが考えられる。名誉棄損は個人を念頭に置いており、法人は例外的である。しかし、著作権法の場合には、職務著作(著作権法 15 条)が圧倒的に多く、日本法の下では著作者人格権も法人に帰属する。『経済的人格権』と揶揄されるように、著作者人格権は経済的コントロールに用いられることも多い。したが

って、著作者人格権の規律を名誉棄損と同様に考えてよいのかどうかという点には疑問の余地がある。結論としては、著作者人格権についても、特定の著作物の利用行為によって生じた結果の発生地を連結点とすればよいのではないかと考える。」⁽²³⁾と。さらに、小島教授は、以上の点を踏まえて、「(iv)小括 ここで知的財が産権侵害に関する準拠法についてまとめておこう。問題状況は、大きく次の二つの類型に分けることができよう。①知的財産の利用行為地=結果発生地(つまり同一国内において経済的損失が完結していると考えられる場合) ②知的財産の利用行為地≠結果発生地(いわゆる隔地的不法行為の場合) 多くの事案は①の類型のため、準拠法の決定にあたっては、結果発生地と言おうが、利用行為地と言おうが違いは発生しない。この場合には、『属地主義』や『保護国』という概念とも整合するであろう。問題は②の類型である。先ほどから述べるように、この場合に現実の経済的損失が発生しているのは『結果発生地』である。ここで結果発生地法を準拠法として用いるにあたっては、結果発生地での経済的損失が現実が発生している、あるいは発生する蓋然性が極めて高いことが要求されよう。」⁽²⁴⁾と。したがって、小島教授の解説によれば、透明化プロジェクト立法提案第301条は、知的財産権侵害の準拠法に関する規定を置いている。知的財産権侵害訴訟における準拠法は、知的財産権侵害に基づく差止請求および損害賠償請求を区別せず、不法行為の問題であると性質決定し、一括して知的財産の利用行為の結果が発生したか発生すべき地の法によるとの理解である。また、結果発生地の概念としては、一般に各国の市場地であるとの理解である。そこでの結果とは、経済的な見地から市場において生じた損失のことを指し、国際私法のルールとして客観的に定まるものであるとの理解である。なお、301条2項は、知的財産権侵害によって生ずる成立および効力は、その侵害が当事者間の契約義務違反に基づく場合には、契約準拠法によるとの理解である。

[302条『ユビキタス侵害』の準拠法]

- 1 知的財産権侵害訴訟において、被疑侵害行為が「ユビキタス」の場合における準拠法は、知的財産の利用行為の結果が最大か最大となるべき国の法とする。
- 2 前項を適用した結果が特定国との関係で著しく不合理であるときには、当該特定国との関係では、前項で決定された法に基づく責任や救済をあたえることはできない。

小泉教授によれば、ユビキタス侵害の準拠法に関して次のように述べている。すなわち、「本立法提案では、『ユビキタス侵害』についての特則を置くこととした。その限りで属

地主義的な法適用の原則から外れるものの、原則論との整合性を考え、上述の6番目に掲げた『知的財産の利用行為の結果が最大か最大となるべき国の法』を準拠法として選択することを提案する。ここでの利用行為の結果というのは、実質法的な意味で損害が最大化している国というのではなく、ダウンロード行為等が集中的に行われるなどの利用行為の多寡を論じるものである。もっとも、『知的財産の利用行為の結果』が最大になるのはいつの段階か。訴え提起時か、それとも口頭弁論終結時と考えるのが妥当か。訴訟継続中にも、ある時に突然、それまで利用行為が軽微であった国でのダウンロード行為が集中的に行われるなどして利用行為の結果が最大化することも考えられるなど、状況は刻一刻と変わっていく可能性がある。そこで、この方針を採用するにあたっては、結果は訴え提起時で判断し、その後の状況の変化が生じた場合には、別の『ユビキタス侵害』の問題として、再度当該損害については他の準拠法を選択するということになるのではないと思われる。最後に、本立法提案305条が定める知的財産権の原始的帰属に関する準拠法ルールとの整合性について付言する……。本立法提案305条によれば、原始的帰属の準拠法は権利付与国法とされている。そうであるならば、いわゆる『本源国法(1Aw of the country of origin)』とは異なり、各国ごとに権利の原始的帰属が異なる事態も考えられる。ある権利者が本立法提案に基づいて訴訟提起を行ったとき、当該者はある国で権利を保有していない可能性がある。権利を有していない国での権利行使が認められるは妥当でないことからこのような事態が生じた場合には、本立法提案302条2項が活用されるべきである。権利が存在しない国での救済を肯定するのは『前項を適用した結果が特定国との関係で著しく不合理である』と考えられるので、それら権利が不存在の国々は、救済をあたえるにあたって除外されるべきである。」⁽²⁵⁾と。したがって、小島教授の解説によれば、透明化プロジェクト立法提案第302条はユビキタス侵害の準拠法に関する規定を置いている。ユビキタス侵害の場合には、知的財産の利用行為の結果が最大か最大となるべき国の法が準拠法となるとの理解である。また、利用行為の結果とは、ダウンロード行為等の利用行為の多い少ないに関するものであり、知的財産の利用行為の結果が最大になる段階に関しては、訴え提起時であるとの理解である。この点、その後の状況の変化に関しては、別のユビキタス侵害の問題であるとして、他の準拠法を選択するものであるとの理解である。

[304条 当事者による事後的な準拠法の変更]

1 知的財産権侵害訴訟の当事者は、知的財産権侵害の後において、知的財産権侵害によって生じる債権の成立および効力について適用すべき法を変更することができる。但し、第三者の権利を害することとなるときは、その変更を第三者に対抗することができない。

2 ……

小島教授によれば、当事者による事後的な準拠法の変更に関して次のように解説されている。すなわち、「前述のように、一般不法行為の局面では、当事者による準拠法の変更は認められている。しかし、Rome II規則においては、当事者による準拠法の変更は認められていない。この点、知的財産権侵害や不正競争の場合において、当事者による準拠法の事後的変更を認めない根拠は明確でない。知的財産権侵害であっても、当事者間における和解は認められる。また、当事者による準拠法選択の変更は第三者に対して外部性を有するから、当事者間による処分を認めるべきではないという批判もあり得ようが、準拠法選択合意は当事者間限りの相対的効力しかなく、知的財産権の有効性等について対世的な効力を確認するものではない。そうである限り、当事者が準拠法を変更したいと考える場合において、それをあえて認めないとする帰結を採用することは難しいのではないと思われる。(ii)法選択合意によって変更される範囲 仮に当事者による法選択を認めるとして、それによって変更される範囲が問題となる。本来ならばA国特許法が準拠法となるべきところ、当事者がB国特許法を準拠法として選択することに合意した場合、それによって権利の成立要件、権利範囲、損害賠償額などの諸要素において、どこまでの範囲が変更されるべきなのだろうか。B国特許法を準拠法とした場合に、全ての要素がB国法に依るとしてよいか。この場合には、そもそも特許権の成立や権利制限等の効力範囲について、A国法の下では権利侵害が認められないのに対し、B国法では権利侵害となる事態が生じる可能性を許容することになる。当事者が合意しているのだから構わないとする考え方もあり得よう。とりわけ数十か国の特許権に関する侵害訴訟を包括的に解決したいという場合には、各国特許権の成立要件や権利範囲、権利制限等について調査するコストよりは、ある国の特許法の定める要件で上述の要素を判断した方がコストの低減につながるという考え方は、実務的には十分可能性のある立場である。これは最終的には、当事者自治をどの程度許容するのかということに帰着する。筆者は、上述のような場合に全面的にB国特許法に委ねることには躊躇を覚える。少なくとも知的財産権の存否、原始的帰属や効力の判定……についてはA国特許法に委ね、その後の差止めや損害賠償等の救済についてはB国法に則って判断するというのが妥当であると考えられる。」⁽²⁶⁾と。したがって、小島教授の解説

によれば、透明化プロジェクト立法提案第 304 条は、当事者による事後的な準拠法の変更に関する規定を置いている。同提案 301 条が知的財産権侵害に関する準拠法の決定に関して不法行為と性質決定している点に鑑みて、同 304 条は、当事者による準拠法選択を認めるものであるとの理解である。また、当事者が変更できる準拠法の範囲に関しては、当初の準拠法によって認められていない権利まで、変更後の準拠法を指定した結果認めるような準拠法の変更範囲を認めることとなつてはならないとして、知的財産権の存否、原始的帰属や効力の判定は従前の準拠法を、差止および損害賠償請求等の救済に関しては変更後の準拠法が適用されるとの理解である。

小島教授は、以上の立法提案の結語として次のように締めくくっている。すなわち、「本稿では、知的財産権侵害と不正競争の準拠法について、主に、『結果発生地』の観点からの検討を行った。ALI 原則が採用するところの、特許法においては登録国法、著作権法においては『保護が要求される国の法』という考え方は、この市場志向型の考え方も成り立ち得る。つまり、A 国知的財産権法は A 国の市場における独占的利益を確保させる手段であると考えるのであれば、特許法の場合には特許登録された国のマーケットが影響を受けるし、著作権法の場合には、その影響を受けるマーケットの法こそ、『保護が要求される国の法』と考えられるからである。同様の理屈は Rome II 規則や CLIP 原則第 2 次案が知的財産権侵害において統一的に採用する『保護が要求される国の法』においても同様である。本立法提案は、準拠法選択ルールとしては不法行為に倣っており、権利独立の原則は維持するものの、厳格な属地主義については採用していない。この点で異論もあり得るであろうが、各国の『市場』を中心とした思考実験の結果として受け止めていただければ幸いである。」⁽²⁷⁾と。したがって、小島教授の解説によれば、知的財産権侵害に関する準拠法の決定の際には、知的財産権侵害を不法行為として性質決定し、不法行為準拠法による。この場合の不法行為地とは結果発生地法であるとの理解である。

[305 条 知的財産権の存在、原始的帰属、および効力]

知的財産権の①存否、②原始的帰属、③効力については、当該知的財産権を付与している国(以下では、「権利付与国」という)の法による。これらの事項に関する当事者の法選択合意は無効とする。

島並教授の立法提案の解説は次のようなものである。すなわち、「(i)趣旨 知的財産権の侵害について紛争が生じた場合、各紛争に関する準拠法が決定した後は、紛争対象た

る知的財産権が、いずれの国によって付与された権利であるかが特定されているはずである。例えば、甲乙間の特許権侵害紛争について、ひとたびA国法が準拠法として選択されると、あとはA国特許権侵害の成否だけが問題となる。また、知的財産権の譲渡・ライセンスについて紛争が生じた場合にも、譲渡・ライセンスの対象となっている知的財産権が、いずれの国によってふよされた権利であるかがすでに特定されているはずである。例えば、甲乙間でA国特許権の譲渡・ライセンス契約について紛争が生じると、係争対象となった特許権を付与した国はA国に特定されている。その際、特定された当該知的財産権が有効に成立しているか(権利の存否の問題)、その権利が原始的に誰に帰属している(または帰属していたか)のか(権利の原始的帰属の問題)、またいかなる要件でその侵害が成立するのか(権利の効力の問題)は、全て当該権利を付与した国の法によって決定されるべきであり、これを当事者の合意によっても変更でいないものとする、というのが本提案の趣旨である。

(ii)理由 本章が上記のような提案を行う理由は、知的財産権の存否、原始的帰属、効力については、権利付与国の知的財産政策が色濃く反映されており、それを最大限に尊重する必要があると考えるからである。例えば、権利の後発的帰属(移転)については、契約自由という多くの法域において共有されている近代私法の原則によって、当事者の意思が尊重され、その反面として国家の意思は後方に退くことになる(権利譲渡に伴う対抗要件ほか、ごく一部のルールについて、取引安全の観点からの国家意思が反映されるだけである)。これに対して、例えば、①そもそも知的財産権が発生しているかどうか、すなわち権利発生の実体的・手続的要件の充足の有無については、国家の知的財産政策に基づいて各国がその国内法で独自に定めている。例えば、何か特許権の客体(発明・特許要件)であるか、また特許庁への特許出願にあたって出願書類にいかなる記載をすべきかについては、万国共通の普遍的理解があるわけではない。それらは、権利付与各国が、独占と自由の調和の観点から、また円滑な特許行政の遂行という視点にたって、政策的にルールを形成しているのである。もちろん、パリ条約、ベルヌ条約、TRIPs協定といった各種の条約は権利発生要件に関する規定を置いているが、当該条約に加盟するかどうかもまた知的財産政策の一環であり、したがって条約によって形成されている国内法秩序についても、国家の意思の反映であると位置付けることができる。同様に、②発明者主義や創作者主義の妥当範囲、職務上の創作(職務発明、職務著作)に関する労使間の利害調整、先願主義と先発明主義の選択といった、権利の原始的帰属に関する問題、および、③原則的な権利侵害の成立要件、間接侵害や均等侵害といった例外的な権利侵害の成立要件、差止めや損害賠償権などの権

利侵害の効果の内容(救済)についても、各国の知的財産政策が色濃く反映しており、当事者の意思に委ねることは適当でない。ここで、一口に知的財産政策に基づく国家の意思といっても、特許法に明文のルールが置かれている場合には国家の政治部門の意思が、特許法上のあいまいな規定が裁判例によって解釈で補充される場合には国家の司法部門の意思が、それぞれ反映されていることになる。しかし、いずれにしても、これらのルールは国家全体の知的財産政策に基づいて定められるものであり、国家の政策実現意図を尊重すべきであるから、当事者(例えば出願人)の意思に基づいてこれらのルールが形式・変更されるべきものではないと考えられる。(iii)対象 本提案の対象は、知的財産権の①存否、②原始的帰属、③効力、に限られる。それらに含まれる具体的な内容を例示すると、次の通りである。①権利の存否・権利発生のための実体要件(登録型の産業財産権については登録要件も含む)・権利発生のための手続要件・権利成立後の有効性(無効審判や無効の抗弁のような、無効主張の手続きを含む)・権利の存続期間 ②権利の原始的帰属・創作者主義の妥当範囲・発明者主義の妥当範囲・先願主義と先発明主義の選択・職務発明に関する権利帰属ルール(およびそれに付随する補償ルール) ③権利の効力・物的保護範囲(文言侵害および均等侵害の各成立要件)・侵害行為類型(直接侵害および間接侵害の各成立要件)・権利消尽の要件・権利制限の要件(試験研究のための実施など)・先使用权の成立要件と効果・裁定実施権の成立要件と効果 (iv)本稿の立場から、留意すべき点を、最後に2点挙げておく。①無効の抗弁 本稿では、知的財産権の無効を主張するための手段についても、権利付与国法によるものとしている。つまり、例えばある特許権侵害紛争について、日本法が準拠法として選択された場合は、侵害の成否が問題となる権利は日本特許権であるから、侵害訴訟の被告は、その権利付与国法たる日本特許法に基づき、『無効審判』(日本特許法123条)および『侵害訴訟での無効の抗弁』(同104条の3)という二つの対抗手段をとることができる。しかし、無効の抗弁が許されないX国法が準拠法として選択された場合は、侵害の成否が問題となる権利はX国特許権であるから、その権利付与国法たるX国特許法が認めない無効の抗弁は、たとえその効力を当事者限りの相対効に限ったとしても許されないことになる。この点について、研究会では、権利の相対的無効については、絶対的無効とは異なり他者を害さないで、より広く認めるべしとの意見も根強かったが、本稿では、相対的にすら権利の無効化を認めないX国の知的財産法政策を尊重することにしたものである。②準拠法の分裂 本稿は、知的財産に関する紛争が生じ、その準拠法選択後は、当該紛争の対象となっている権利の付与国法によって、権利の効力等を判断しようとする

ものであるから、複数国の権利が係争の対象となっている場合には、各国実質法をそれぞれ探索し、適用することになる。これは、いわゆるユビキタス侵害の場合に、権利者に対して過剰な負担を課すことにも繋がりにくい。しかし、本プロジェクトの立場によれば、まずユビキタス侵害の場合の準拠法は、一定のルールによって単一の法が選択されることになるから、その限りにおいてはあるが、権利付与国法も単一となり、多数国実質法の探索・適用という不都合は軽減される。これに対して、権利の譲渡やライセンスの事例、および職務上の創作に関する事例では、本プロジェクトの立場によっても、係争対象となっている権利が多数国の権利である場合が残る。しかしこれは、複数国の権利という、別々の権利が紛争の対象となっている以上は致し方ない帰結であり、それら多数の権利について実現(エンフォースメント)を求める以上は、権利者が当然に負うべきコストであると考えられる。」⁽²⁸⁾と。したがって、島並教授の解説によれば、透明化プロジェクト立法提案第 305 条においては、知的財産権の存在、原始的帰属、および効力が規定されている。同 305 条は、国家の政策実現意図を尊重すべき点に基づいて、知的財産権の①存否(特定された当該知的財産権が有効に成立しているか)、②原始的帰属(有効に整理した権利が原始的に誰に帰属しているか)、③効力(いかなる要件でその侵害が成立するのか)に関する問題を、当該知的財産権の権利付与国法によるものとの理解である。この点、知的財産権の①存否、②原始的帰属、③効力に関する当事者の法選択合意は無効であるとの理解である。

[306 条 知的財産権にかかる契約の準拠法]

- 1 知的財産権にかかる契約の成立および効力の準拠法は、法の適用に関する通則法 7 条により定める準拠法による。
- 2 当事者による準拠法の合意がない場合には、前項に掲げた契約の成立および効力の準拠法は、契約の対象となる知的財産権の権利付与国法による。契約の対象となる知的財産権の権利付与国が複数である場合には、権利保有者の常居所地(法人である場合には主たる事業所の所在地)法による。
- 3 前項で定まる準拠法よりも、当該契約に密接に関連を有している他の国があれば、その国の法を準拠法とする。
- 4 第 1 項の契約の方式の準拠法については、法の適用に関する通則法 10 条の定める準拠法による。

長田教授によれば、「まず、立法案においては、契約の準拠法につき、通則法7条に基づくことにより、原則としての当事者自治を認めている。この点については、おそらく日本においてもまた諸外国においても異論のないところであろう。ここで明示してはいないが、黙示の準拠法合意についても、通則法7条の解釈と同様、当然認められると解すべきである。次いで、準拠法に関して当事者間に合意が存在していなかった場合、通則法8条やローマI規則、あるいはALI提案や早稲田大学グローバルCOEプロジェクト案と異なり、特徴的給付をなす者の常居所地を原則的な連結点とはしていない。そもそも特徴的給付理論は、契約の場所決定をするために、契約のどの要素が決定的な要素であるかを検討し、契約を特徴づける義務こそがその要素であるとした上で、その義務を、当該義務を履行すべき者の常居所地に結び付けたものである。しかし、特徴的給付をなす者の常居所地が、常に契約の最密接関連地であるわけではない。通則法においても、ローマI規則やローマ条約においても、労働契約の場合には最密接関連地を特徴的給付がなされる場所、すなわち、労務提供地としていることや、不動産に係る契約については不動産の所在地が連結点とされていることから、このことは明らかである。このような点に鑑みれば、知的財産権に関する契約についても、契約の対象となっている知的財産権が所属している国が、当該契約の特徴的給付をなす者の常居所地よりも、最も、密接に関連している地と考えることはできるのではないだろうか。知的財産をめぐる法律関係については、当該知的財産権を規律する国が最も密接に関係を有していることは、属地主義の議論からも肯定され得る。この点からも、権利付与国と知的財産に関する契約との密接関連性は肯定されると思われる。権利付与国を最密接関係地とする場合、契約の対象となっている知的財産権が複数の国に所在している場合についての対応が必要となってくる。例えば、ある映画に関して、世界中の映画館での上映権を譲渡するような場合である。この場合、当事者の予見可能性を確保するため、いずれかの場所を選択する必要があるが、権利保有者、すなわち譲渡人若しくは許諾者の常居所地を連結点とすることとした。特徴的給付の一般原則に倣ったものである。もちろん、この場合、複雑な契約の場合に特徴的給付をなすものが譲渡人でないとする考えられるが、真の特徴的給付の探求に拘泥して、契約を類型化し、準拠法決定規則を不明確なものにするよりも、特徴的給付論を推定規則と割り切り、明確な規則とした方が当事者の期待に適うと考えたからである。もっとも権利保有者の常居所地が、当該契約に何ら関係を有していない場合も考えられるので(例えば、コピーライト・ヘブンに主たる事業所を登録して事業業者で、実質的な活動はそこではまったく行っ

ていないような場合)、3項で、より密接に関連を有している地がある場合の例外規定をおいた。また、現実の取引においては、クロスライセンスや、権利保有者が複数になる場合も多い。これらの場合については、類型化していずれかの場所への客観的連結を示すことは避け、3項の最密接関係地によらせることとした。方式については、これも保護国法によらせるべき、との主張もあるが、日本での判例学説においては、方式も契約の準拠法の問題として考えており、本提案においてもこの考えを踏襲した。」⁽²⁹⁾と。したがって、長田教授の解説によれば、透明化プロジェクト立法提案第306条においては、知的財産権にかかる契約の準拠法が規定されている。契約の準拠法については、通則法7条に基づき、当事者自治の原則による。この点、当事者の黙示の準拠法合意についても、通則法7条によって、認められると解される。これに対して、準拠法に関して当事者間に合意が存在していなかった場合、特徴的給付者の常居所地が連結点となるのではなく、知的財産権に関する契約については、契約の対象となっている知的財産権が所属している国が、当該契約の特徴的給付者の常居所地よりも、最も、密接に関連している地と考えられるとの理解である。したがって、知的財産をめぐる法律関係については、属地主義を根拠に当該知的財産権を規律する国が最も密接に関係するとの理解である。よって、権利付与国が知的財産に関する契約と密接に関係するとの理解である。この点、権利付与国を最密接関係地とする場合には、契約の対象となる知的財産権が複数国に所在している場合が問題となるため、3項において、より密接に関連を有している地がある場合の例外規定が置かれたものであるとの理解である。さらに、方式も契約の準拠法の問題として考えられるとの理解である。

[307条 知的財産権の担保権の準拠法]

知的財産権の担保権に関する準拠法は、当該知的財産権を付与している国の法による。長田教授は、知的財産権の担保権の準拠法に関して次のように解説している。すなわち、「担保物権に関する規定は、法例、通則法を通じて、日本法上置かれていない。したがって、現行法上は、この点、解釈に委ねられている。しかし、特に、知的財産権を目的として、担保権が設定されている場合、いかなる法が準拠法となるべきか、という問題については、内外を通じて、これまで議論が十分になされているとはいえない。我が国においては、債権質一般について、これを物権であると性質決定し、専ら対象となる権利の準拠法によるべきとする最高裁判例があり、通説の立場もこれと同様である。本提案においては、

上述の最高裁判例と同じく、担保の目的となる権利に着目し、当該知的財産権の付与国法を準拠法とした。これは、権利自体の準拠法に平仄を合わせたものである。我が国国際私法においては、通則法制定の前後を通じて、物権についての所在地法主義がとられており、担保物権についても、目的物の所在地法を準拠法とすると解するのが通説である。この点に鑑みれば、担保の対象となる権利が最も密接に関連を有している地の法、すなわち、担保の目的とされている知的財産権自体の権利の準拠法によるのが最も相当であると考えた。ALI原則においても、理由は詳らかではないが、本提案と同趣旨の規定が置かれている。」⁽³⁰⁾と。したがって、長田教授の解説によれば、307条においては、知的財産権の担保権の準拠法に関して規定されている。知的財産権の担保権の準拠法に関しては、担保の目的となる権利に着目し、当該知的財産権の権利付与国法を準拠法とするとの理解である。通説において、担保物権について目的物の所在地法を準拠法とすると解される点に基づいて、担保の目的とされている知的財産権自体の権利の準拠法たる最密接関係地法が適用されるものとの理解である。

最後に、「国際著作権法」および「国際特許法」に関する全体的なまとめを論じるとともに、両者の比較を行っていきたいと考えている。果たして知的財産権として同様に扱われるべきであろうか、それとも、それぞれに妥当する原則にそって独立して存在するのであろうか。この点を以下で論じてみよう。

⁽¹⁾ この他にも、鳥教授が以下のような立法提案を行っている。

「1 一般原則 特許権侵害から生じる損害賠償請求、差止請求、廃棄請求については、当該権利の登録されたそれぞれの国の法が適用される。2 当事者による準拠法選択 当事者は侵害行為発生後においても、適用されるべき法を合意することができる。ただし、第三者の権利を害するときは、その合意は有効ではない。3 登録国以外の国が事案により密接な関係を有する場合の例外 (1) 登録国以外の国が事案とより密接な関係を有するときは、1の規定にかかわらず、密接な関係を有するその国の法が適用される。(2) 特許権侵害が複数の国で発生し、複数の国の法の適用が主張された場合、当事者の活動及び、新会社の常居所又は主たる営業所等を考慮し、事案に最も密接な関連を有する国又は国々の法を適用することができる。」と。さらに、この提案に関して、「本章第二節で検討したように諸外国の立法例からみると知的財産権侵害に関しては、明文の規定を有する国はあるが、私見は、基本的に ALI 第 4 次予備草案(以下、ALI 草案という)の規定を参照した。一般原則(立

法提案の1)について、ALI草案は知的財産権の存在、侵害、有効性、保護期間および内容等といった知的財産一般に関する規定であるに対して、私見は特許権侵害のみを対象とした点が異なる。特許権侵害から生じる救済請求についてそれぞれの登録国法による点では、ALI草案の301条(A)と同様である。特許権は登録することによって権利として保護されることからすれば、登録されたそれぞれの国の法律が、当該権利の救済において適用されると考える。準拠法選択を認める点(立法提案の2)について、私見が当事者による準拠法合意を認めると考える点はALI草案の302条と同様である。準拠法合意を認める理由としては、契約準拠法と不法行為一般の準拠法において、当事者自治を認めることと同じく、当事者の意思を尊重すべきだからである。但し、ALI草案が当事者の準拠法合意を無制限に認めるのではなく、一定の制限を加えるべきと考える点については、私見は、特許権侵害行為のみを検討の対象としているため、第三者の権利を侵害する場合のみ当事者の合意は有効ではないとした。ちなみに、合意は第三者の権利に影響を及ぼすことはできないと定める302条の(2)の規定を除いて、特許権侵害から生じる救済請求の範囲外であると考え。権利救済が求められている特許権侵害において、登録国以外の国が事案により密接な関係を有する場合には、私見は、例外的に登録国法の適用は排除されると考える(立法提案の3の(1))。また、特許権侵害が複数の国で発生し、複数の国の法の適用が主張された場合には、いわゆるユビキタス原則を認容し、その国々の法の中から事案と密接な関連を輸する国または国々の法を準拠法とする点については、私見はALI草案321条(1)と同様である。この規定を設けるべきと考える理由としては、被害が拡散的である場合、一般原則によるとそれぞれの権利登録国法が準拠法となり、被害者に過重な負担となるにもかかわらず、裁判の迅速にも欠けるためである(立法提案の3の(2))。上記のほかに、ALI草案322条、323条は、公序及び強行法規に関する規定を設けているが、私見は、法例33条(法の適用に関する通則法第42条)を用いることで足りると考える。」(烏吉木「特許権侵害の準拠法」河野俊之編『知的財産権と涉外民事訴訟』帝塚山法学13(2006)29-30頁)と。

⁽²⁾ 木棚照一「第一部 知的財産権に関する国際私法原則 日韓共同提案(2010年10月14日版)」木棚照一編『知的財産の国際私法原則研究——東アジアからの日韓共同提案——』早稲田大学比較法研究所叢書40 成文堂(2012年12月)3-41頁。

⁽³⁾ 木棚・前掲注(2)28頁。また、石教授によれば、301条に関して、次のように解説されている。すなわち、「準拠法に関する一般原則です。『本原則に別段の規定がある場合を

除き、知的財産権の成立、有効性、権利の内容、消滅など知的財産権自体にかかわる問題』に関しましては、保護国法による。この条項は、原則の最も重要なところについて言及しているわけです。これは日韓共同提案の重要な部分であります。2 項は『前項の場合において、保護国法とは、その国の領域について保護が求められる方』をいいます。しばしば誤解があり、この保護国法というのは、保護を提供する国という誤解をしていらっしゃる方がいらっしゃいますけれども、定義を見ますとそういう場合ではありません。この保護国法というのは、その国において、当事者が請求し、そして保護を求めた場合であります。ということで、保護国法というのは、その国の領域について保護が求められる法のことを言うのであります。また、『登録知的財産権については、それは、登録し若しくは登録しようとする国又はその国が締約国となっている国際条約やその国の国内法によって登録国とみなされる国と推定する』としています。先ほど申し上げましたけれども、第 301 条は、知財権に関するあらゆる面に適用されるということで、これが一般原則であります。裁判所は、一体どういうものがこの範囲に入るかということ判断することができます。第 2 項は保護国法について触れております。CLIP 原則の中では、一体どういうものがこの範囲に入るかということ判断することができます。第 2 項は保護国法について触れております。CLIP 原則の中では、その国の領域について保護が求められる法というようになっておりました。学会などでもよく使われる表現です。これは、特に登録知的財産権について一致されているわけでありまして、これが正式な共同グループの視点であります。しかしながら、私個人的には、保護国法それからその登録国法に関しましてはちょっと疑問を持っております。基本的には同じでありますけれども、それは原告の請求によるわけでありまして、しかしながら、その国が変わる可能性があるということでもあります。」(石光現「1 早稲田大学グローバル COE 研究グループによる『知的財産権に関する国際私法原則(日韓共同提案)』について」木棚照一編『知的財産の国際私法原則研究——東アジアからの日韓共同提案——』早稲田大学比較法研究所叢書 40 成文堂(2012 年 12 月)289-290 頁。)と。

(4) 木棚・前掲注(2)29-30 頁。また、石教授によれば、302 条に関して、次のように解説されている。すなわち、「準拠法の合意ということで、『当事者はいつでも、紛争の全部又は一部について準拠法を合意することができる。ただし、知的財産権の成立、有効性、消滅など知的財産権自体にかかわる問題及びその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』、『当事者間の準拠法の合意は、その合意以前に発生した第三者

の権利に影響を及ぼさない』。個人的には、2項と3項は少し重複しているのではないかと思います。3項は『準拠法の合意の成立と有効性は、合意により指定された準拠法による』ということであり、何れにいたしましても、1項を検討してみたいと思います。知的財産権の成立、有効性、消滅だけではありませんけれども、これは主要な問題、課題という形で出て来る可能性があります。契約の履行、あるいはその違反という形で関連する可能性があります。第302条というのは典型的な場合、暫定的な問題が紛争として取り上げられるわけであり、一体誰が、この紛争の際、知的財産権を所有するのか。例えば東アジアにおきましては、明確な法律というものが、まだ、この知的財産権を保護するという意味におきましては、十分に整備されておられません。ですから、この302条ということであり、やはり当事者がこのような問題にある程度影響を持つ可能性があります。当事者間のみということであり、1項というのは非常に重要な原則であり、知的財産権の対立を扱っております。それによって、これらの権利の移転あるいは使用について触れているものであります。木村先生も、この基調講演の中で、この点について触れられたと思います。この302条からお分かりいただけますように、いろいろな幅広い面での、当事者の自立を認めているわけであり、これは他のルールと違ってあります。CLIP原則、あるいはALI原則とも異なっております。この幅広い当事者自立が認められていることを歓迎するものもあると思います。Matulionyte博士の理解、私が正しく理解しているならば、そう思われますけれども、やはりその当事者の自立というものが重く捉えられているわけであり、また日本と、それから韓国のメンバーの間での議論の中では、いろいろ議論が行われ、これが本当に適切なアプローチなのかどうか。この当事者自治の範囲を広げていいのかわかりませんが、また、当事者に限って限定すべきであるとも言われております。そのような限定の中で、当事者自治という考えを導入すると、本当にそれが正当化できるか否かということであり、私は、個人的にはこれが適切なアプローチかどうかはわかりません。しかし、それが日韓の間で合意された内容となっているのであります。それでは2項の方に移りたいと思います。302条2項であります。これは当事者間の準拠法の合意は、第三者に影響があるかどうかということであり、この合意は第三者に影響を及ぼさないということであり、3項でありますけれども、この準拠法の合意の成立と有効性は、合意により指定された準

拠を指定し、そしてその保護というものを指定することができるわけです。」(石光・前掲注(3)290-292頁。)と。

⁽⁵⁾ 中野俊一郎「5 知的財産権に関する国際私法原則とライセンス・技術移転」木棚照一編『知的財産の国際私法原則研究—東アジアからの日韓共同提案—』早稲田大学比較法研究所叢書40成文堂(2012年12月)488-489頁。

⁽⁶⁾ 木棚・前掲注(2)31頁。また、石教授によれば、303条に関して、次のように解説されている。すなわち、「303条は法廷地国法の適用であります。303条は、最も幅広く認められております、『手続きは法廷地国法よる』という原則に従うものであります。これについて、追加の説明は必要ないと思います。しかし、私は、メンバーの方々の立場、また、そのほかの原則として、いかにこの立証基準をどうするかということに関して、興味を持っておりますけれども、この場で議論する点ではないと思います。多くの方々が、この立証責任というものを、CLIPの原則の中に現有しております。これはやはり実体ということであって、それはLex causae(準拠法)によって定められるということであります。しかしながら実際にこの立証の基準ということになりますと、やはり意見の相違があると思います。この立証の基準、あるいは程度というものは、手続きとして考えるのかということあります。もしこれによって、原則で解決することができなければ、様々な原則が統一されることになると思いますけれども、しかし現在ではそうになっておりませんので、この問題を提起し、そして皆様方にこの問題に対しての注意を喚起したいと思います。これは我々の議論の中では行われませんでした。」(石光・前掲注(3)292頁。)と。

⁽⁷⁾ 木棚・前掲注(2)31頁。また、石教授によれば、304条に関して、次のように解説されている。すなわち、「次のトピックは第二節ということで、知的財産権の侵害であります。304条です。侵害と救済方法ということであります。『知的財産権の侵害及び救済方法については、保護国法による』ということであります。『ただし、第302条の規定によって当事者が保護国と異なる準拠法を合意した場合には、この限りでない』、『前項の規定は、知的財産侵害事件に関連する不当利得や事務管理に基づく請求にも適用されるものとする』。なず、この『事務管理に基づく請求』という言葉が、『negotiumgestio』となっているのか分かりません。また、この3項でありますけれども、『不正競争行為から生じる契約外債務の準拠法は、その行為によって直接かつ実質的な損害が生じるか、又は生じるおそれがある国の法による』というものであります。この解説のところにでも説明されておしま

すけれども、日本におきましては、知的財産権の侵害に関しましては、さまざまな法性決定の問題があります。この問題を解決するために、第1項が加えられております。ということで、この1項に関しては、保護国法によって適用されるということでもあります。すなわち、この侵害または救済も保護国法によるものであります。すなわち、この侵害または救済も保護国法によるものであります。しかしながら当事者は、このような問題に関する法律を選択することもできるということでもあります。これは302条によるものであります。また知的財産権の侵害の場合、不当利得や、また事務管理に基づく請求にも、この規定は適用されるということでもあります。そして保護国法が適用されるということでもあります。また、そのDamage Claimであるとか、Injunctive Reliefがありますので、その場合、知的財産権の侵害ということで、この二つの行為や請求も、同じ法律で扱うということでもあります。これはその並立的あるいは保護的請求として主張されることが少なくないということでもあります。次の3項によりますと、不正競争行為にかかわる法律によって保護されているものは、その不法行為法が関わっているものでありますし、また、工業所有権や著作権などがかかわっているわけでもあります。ですから、何らかの明確なガイダンスを提供し、この種の権利をどう扱うかということに関しまして、3項がこの条項に加えられているのです。そうすることによりまして、侵害というものをマーケット・インパクトという視点から明確にしているわけでもあります。ということで、304条の3項により、不正行為防止法上の権利については、このような原則でカバーされているのです。今朝も簡単な議論がありました。Kur先生によりますと、この問題をいかなるルールのもとで対応するかということが言及されました。」(石光・前掲注(3)292-294頁。)と。

⁶⁸ 木棚・前掲注(2)32、33頁。また、石教授によれば、305条に関して、次のように解説されている。すなわち、「次は305条であります。領域外行為についての侵害の認定であります。これは木棚先生が強く支持しておられるものです。この議論の中で、私は個人的には、この条項をこの原則の中に入れるべきではないと考えます。しかしながら最終的には、この提案を受け入れました。というわけで、この305条においては、『保護国法を適用して知的財産権の侵害を認定する裁判所は、直接侵害行為を教唆又は幫助し、及びそれらを実質的に準備する行為については、その行為の全部又は一部が保護国の領域外で行われた場合であっても、その行為が保護国に向けられており、かつ、保護国において直接的で実質的な損ファイを及ぼすおそれがあるときは、その範囲内において侵害を認定するも

のとする』としております。305 条は木棚先生が提案されたものです。カードリーダー事件、及び韓国大法院の X ガール事件というものがあります。これらの最高裁判所の立場は属地主義というものでありますけれども、グローバル化の世界では、これがもはや古臭くなっているわけでありますので、知的財産に関しましては適切な保護が提供されなければいけないと思っております。ということで、この条項を、この原則の中に入れるということを決めました。またこの解説によりますと、CLIP 原則の 3 : 602 条にも類似したものがあるとされております。これは、*de minimis rule* というものであります。しかし、これが正しいかどうかは分かりません。私としては、CLIP 原則草案の 3 : 604 条が二次的侵害として言及されているわけでありますし、今朝も二次的な責任という形で言及されましたけれども、その一つが古典的な寄与侵害というものであると考えます。日韓競争提案の 305 条は、そのアプローチと類似していると思います。他方で、CLIP 原則草案の 3 : 602 条 2 項は、私にとって全く新しいものです。私がそれを消化し、そして、その規制の背景にあるものを理解するには、まだ時間がかかると思っておりますので、今の段階ではコメントするつもりはございません。ただ、見たところ、何らかのルールを導入して、新しい状況に対応しようというものであります。将来におきまして、こういった状況はもっと頻繁に起こり得ると考えております。」(石光・前掲注(3)294-295 頁。)と。

⁹⁾ 木棚・前掲注(2)34-36 頁。また、石教授によれば、306 条に関して、次のように解説されている。すなわち、「次に 306 条であります。これはユビキタス侵害であります。1 項は、『知的財産権の侵害が不特定かつ多数の国で生じ又は生じた場合には、裁判所はその侵害につき全体として最も密接な関連を有する国の法を適用するものとする』となっております。また、2 項では、『裁判所は、いずれの国が最も密接な関連を有するかを決定する場合に、次に掲げる諸要素を考慮しなければならない』としております。3 項ですけれども、『前 2 項において、知的財産侵害紛争の先決問題として知的財産権の成立、有効性、権利の内容、証明津、譲渡可能性及び譲渡の第三者に対する効力が争われる場合には、その先決問題も、前 2 項で定められた準拠法指定原則に従う』。4 項は、『第 1 項及び第 2 項の規定にかかわらず、当事者は、そのような、知的財産権の侵害があつたとされる特定の一国又は数国の法によると、第 1 項及び第 2 項の規定によって決定された準拠法によるのと異なる結果が生じることを証明することができる。その場合には、裁判所は、判決の抵触が生じな限り、責任及び救済の範囲についてそのような法を適用する』としています。

ALI 原則、また、CLIP 原則にも似たような規定があります。これはユビキタス侵害の特性を定めているものであります。ユビキタス侵害に関しましては特別な犠牲がありますので、特別な規制、例えばこのような条項が認識され、そして実体的な保護を国際的な知財権に提供されなければいけないと。日本と韓国のメンバーがそういった決定をしております。今朝は Matulionyte さんからちょっと批判がございました。ちょっと範囲が違っております。例えばインターネットの侵害だけに適用されるのか。あるいは、場合によってはもっとそれを広げることができるのかどうかということもあまして、そういった違いが存在しているわけでありまして、第2項については、先ほど申し上げましたようなことがあります。そして第3項でありますけれども、これは単純な原則であります。もっとも密接な関連を有する国の法律ということで、それは知的財産権の成立、有効性、権利の内容等が先決問題として争われる場合にも、第2項で定められるものが適用されるということでもあります。4項でありますけれども、今朝は Matulionyte 博士が、これは属地主義の原則にもとるものであるということでもありますけれども、基本的にはそういうアイデアではないかと思えます。このような状況においては、我々はこの属地主義の例外に戻らなければいけないと思えます。」(石光・前掲注(3)295-296頁。)

⁽¹⁰⁾ 木棚・前掲注(2)36-37頁。また、石教授によれば、307条に関して、次のように解説されている。すなわち、「次が307条であります。当事者による準拠法の選択がない場合における知的財産権の譲渡及び実施許諾等に関する契約の準拠法であります。すなわち、準拠法の選択がない場合の準拠法ということでもあります。そしてこの1項でありますけれども、『知的財産権の譲渡又は侍史等の許諾に関する契約について準拠法の合意がない場合には、その契約締結時における当該契約に最も密接な関連がある地のほうによる』ということでもあります。2項では、『裁判所は、次の各号に定める要素を考慮して、譲渡人又は侍史等を行う者の常居所地がより密接な関連を有すると判断する場合には、その者の常居所地法による』とし、その中に『知的財産の実施等につき明示的若しくは黙示的に負担する義務』を入れています。この307条におきましては、その契約関係を示す法律を選ぶことができる。そして当事者同士が選択した法律が適用されるということでもあります。そして、デフォルトがなされた場合の規則もあります。2項には三つの要素があります。それを検討しなければならないということでもあります。三つの関連した項目がある、というので十分ではないかと思っております。第3項でありますけれども、これは従属的な連結の

規定であります。付従的なものであります。義務違反であるとか、あるいは不法行為責任というものが問題になる場合は、すなわち、その二つの当事者間のクレームが違う場合には、第3項によって、そのような問題の解決を図るものです。そして契約にかかわる法律を活用するということでもあります。第4節ですけれども、これは最初の権利者及び移転可能性に関するものであります。『知的財産権の最初の権利帰属は、保護国の法による』ということでもあります。ですから保護国法ということでもあります。しかしながら、『著作物に関する最初の権利の帰属は、最初に創作された国の法による』とされています。ここは本源国法ということです。これはCLIP原則とは違っております。今朝KUR先生が説明されたとおりであります。3項でありますけれども、『前項の規定による準拠法が知的財産権を認めない場合には、その権利が最初に利用され、保護される国の法による』と。4項ですけれども、『知的財産権が雇用契約その他の当事者間において以前から存在する関係から発生している場合には、その契約又は関係の準拠法による』と。この2項が適切かどうかということがかなり議論されました。メンバーの中には保護国法を支持する者もあったということでもあります。現在の条項が最終的な結論として、メンバーが採択したものであります。木棚先生の方から説明があり、なぜこのようにすべきか、ということが言われました。特に東アジアの成長という意味で必要ということでもあります。第3項は、知的財産権者を保護するというものであります。第2項によって決定された法が権利帰属を認めない場合のものであります。第4項でありますけれども、特許であるとか著作権にかかわる従業員の発明、著作などに関する規定であります。これによりますと、最初の帰属、また従業員と、それから会社の間相互関係で、実際にこの知的財産権の利用を請求する権利、あるいはその補償を請求するものは同じ法律で管理されているということでもあります。しかしながらCLIP原則はこのような立場をとっておりません。ただ、CLIP原則には明確にそれが明示されているわけではありません。これに関しましては、日本の判例についてよく知っているとは思いませんけれども、私の理解が正しければ、日本の最高裁の日立事件での立場、そしてその後の判決によりますと、日本の裁判所はこの原則を踏襲していると思います。最初の帰属、それから相互関係、特に従業員の補償を請求する権利には同じ法律が適用されるということでもあります。すなわち契約にかかわる法律ということであり、最高裁はそういった立場をとったと私は理解しております。ですから、これに関しまして

はさらに議論をしなければならないと考えております。」(石光・前掲注(3)296-298 頁。)

と。

(11) 中野・前掲注(5)489-490 頁。

(12) 中野・前掲注(5)493-494 頁。

(13) 木棚・前掲注(2)37 頁。

(14) 木棚・前掲注(2)39-40 頁。また、石教授によれば、309 条に関して、次のように解説されている。すなわち、「309 条であります。これは移転可能性であります。移転可能性は保護国法によって定められております。2 項でありますけれども、著作権に関する移転可能性は、308 条 2 項の規定に定めるのと同じ法律によることができるというものであります。これは 302 条に基づく当事者の合意がある場合です。また 3 項は、知的財産権の移転の第三者に対する効力については、1 項の規定を準用するということであります。309 条に関しましては、2 項と 3 項のロジックをあまりよくフォローすることができなかつたのですけれども、以前のバージョンでは、『著作権の移転可能性は、前条第 2 項の規定に定める法と同一の法によることができる』と規定されておりました。現在では、著作権の移転可能が 308 条 2 項の規定に定める法と同一の法によることができるのは、302 条が利用可能であるとの当事者間の合意がある場合となっていると思います。これでいいと思います。この原則は、共同提案の中で取り入れたものであります。302 条の方でも明確に書かれております。302 条の 1 項で、『当事者はいつでも、紛争の全部又は一部について準拠法を合意することができる』と。そしてその中には、その移転可能性も含まれているとなっているのであります。そうすると、この原則を 309 条で繰り返す必要はないと思います。ですから、もし当事者が 302 条の規定に合意した場合には、ということで、ロジックとして考えますと、重複していると思います。なお、共同グループといたしましては、担保権に関しましては、UN-CITRAL など、いろいろなところで作業が進んでおりますので、新たに担保権に関する条項についてはつけ加えなことにいたしました。最後の部分でありますけれども、ここでは Supplementary Rule があるものであります。例えば『反致の排除』であるとか、『準拠外国法の証明』、それから『強行法規の適用』、それから『公序』であります。これらの補足に関しましてはこれ以上説明する必要はないと思いますけれども、最後の点を申し上げたいと思います。312 条の強行法規について申し上げたいと思います。『裁判所は法廷地国の絶対的強行法規を適用しなければならない』とありますが、これに

関しまして反対する人は誰もいないと思うのですけれども、実際に本条の適用ということになりますと、いろいろな議論、いろいろな対立があると思います。具体的な規定が国際的あるいは具体的な強行法規となるかどうかということではありますが、日本の裁判所の判決によりますと、最初の帰属、それから従業員の権利と、また従業員が会社から補償を請求する権利は、強行法規として含まれているのかどうか、個人的には本当にこの考えになっておりますけれども、人によりましては従業員を保護する規定は国際的にも強行法規としてみなしていいのか、それともほかの国の専門家は、それが適切ではないと考えられる方もいらっしゃると思います。」(石光・前掲注(3)298 - 299 頁。)と。

(15) 木棚・前掲注(2)40 頁。

(16) 木棚・前掲注(2)40-41 頁。

(17) 木棚・前掲注(2)41-42 頁。

(18) 中野・前掲注(11)490-492 頁。

(19) 木棚・前掲注(2)42-43 頁。

(20) 河野俊之「第一部 立法提案」河野俊之編『知的財産権と涉外民事訴訟』弘文堂(2010年)6-7 頁。

(21) 小島立「第 2 章 準拠法——(1)知的財産権侵害の準拠法」『知的財産と涉外民事訴訟』(2010年8月)286-289 頁。

(22) 小島・前掲注(21)289-293 頁。

(23) 小島・前掲注(21)294-296 頁。

(24) 小島・前掲注(21)296-297 頁。

(25) 小島・前掲注(21)302-303 頁。

(26) 小島・前掲注(21)306 頁。

(27) 小島・前掲注(21)309 頁。

(28) 島並良「知的財産権の効力等に関する準拠法」河野俊行編『知的財産と涉外民事訴訟』(2010年8月)315-318 頁。

(29) 長田真理「知的財産権と涉外的民事訴訟」河野俊行編『知的財産と涉外民事訴訟』弘文堂(2010年8月)327-329 頁。

(30) 長田・前掲注(29)329-330 頁。

第4部 総括的考察

第4部においては、まず、第1章において、これまで論じてきた「国際著作権法」および「国際特許法」に関する各個別の論点のまとめを論じていきたい。さらに、第2章においては、本論文の主眼である「国際著作権法」を「国際特許法」と対比して比較的考察を行い本論文の締めくくりとしたい。

第1章 国際著作権法

「国際著作権法」と題した第1部においては、まず、第1章において「ベルヌ条約と抵触法」、第2章において「職務著作の準拠法」、第3章において「著作権譲渡の準拠法」、第4章において「著作権侵害の準拠法」、第5章において「インターネットにおける著作権侵害の準拠法」、第6章において「立法提案」について論じてきた。各章においては各論点を個別に論じてきたが、国際著作権法として以下のように複合的な事例に基づいて一括して考察することができる。

例えば、(1) A 国人 X が A 国で自身の著作物を発行した場合に、X は著作権者であるか。(1) の事例は、著作権の帰属の準拠法についての問題である。次に、(2) 著作権者 X は当該著作物の著作権に関する著作権譲渡契約を A 国にいる Y との間で締結したが、日本にいる Z との間でも、当該著作権に関する譲渡契約を締結し当該著作権を移転した。Y は Z に対して著作権の移転を対抗できるか。(2) の事例は著作権譲渡の準拠法についての問題である。さらに、(3) 著作権者 X が A 国で最初に発行した著作物の著作権を日本にいる Y が日本で無断で利用した。その後、X は自身の著作権に基づいて著作権侵害に基づく差止請求および損害賠償請求を日本の裁判所に対して提起した。(3) の事例は、著作権侵害の準拠法についての問題である。最後に、(4) 著作権者 X が A 国で A 国のサーバ甲に最初にアップロードしたデータを、日本にいる日本人 Y が無断でダウンロードし自身の日本のサーバ乙に無断でアップロードした。さらにそれを日本にいる Z がダウンロード(受信)した場合に、X は自身の著作権に基づいて日本の裁判所に差止請求および損害賠償請求を提起した。(4) の事例は、インターネットにおける著作権侵害の準拠法についての問題である。

このような事例の下で、各個別の問題に関して日本の裁判所はいかなる原則に基づいて準拠法を決定すべきであろうか。本論文においては、従来の判例および学説における分析とは違った切り口でこれらの問題を解決できる原則を導きたいと考えている。

以下においては、まず、ベルヌ条約の起草過程から現在の規定に至るまでの条文の変遷を比較法的見地から考察し、国際的著作権法の各個別の論点を具体的事例に基づいて検討した総括的考察の結果、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせに基づいて法的妥当な結論を導き、おわりに、本論文で扱う各個別の論点が相互に一貫した原則に基づいて解決されるという帰結を導いた。以下に、その内容を要約しておこう。

第1節 ベルヌ条約と抵触法

第1章では「ベルヌ条約と抵触法」について論じている。本章では、「スイス連邦議会提案綱領(1884年)」、「著作者の権利の保護の一般的同盟の創設に関する条約案(1884年)」、「原始条約(1886年9月9日の原文)」、「付属法およびパリ解釈宣言(1896年)」、「ベルリン改正条約(1908年11月13日のベルリン法)」、「ストックホルム改正条約(1967年7月14日のストックホルム法)」、「パリ改正条約(1971年7月24日のパリ法)」を順に取り上げた。ここでは、各条約の内容を国際著作権法における主要な論点の議論の中心となる規定ともいえるベルヌ条約5条を中心に、起草過程から制定までのベルヌ条約の規定の変遷をドイツ・フランス・アメリカ・イギリスの学説における各議論を中心に跡付けている。このような歴史的考察に基づいて、ベルヌ条約の制定過程を紐解き、起草者の真意を探り、そこに含まれている原則を導くことが主眼であった。本論文では、筆者の見解の支柱である「本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則の組み合わせ」を歴史的考察から導くことができた。

ベルヌ条約の5条に含まれている原則としては、①著作物の本国(5条4項(a)号)、②権利についての内国民待遇の原則(5条1項)および効力についての内国民待遇の原則(5条2項3文)、③無方式主義(5条2項1文)、④権利独立の原則(5条2項2文)、⑤外人法規定(5条2項3文)が挙げられる。また、保護期間(7条8項)に関する規定から、ベルヌ条約が本源国法主義を採用し、同時に、効力についての普遍主義の原則が導かれる。

① 著作物の本国

まず、著作権はどこで成立するのであろうか。この点に関して、ベルヌ条約は5条4項において著作物の本国の決定に関して詳細な規定を置いている。この著作物の本国の決定に関して注目すべき点は、著作物の本国が次々と変動していくということである。この著作物の本国の変動こそがベルヌ条約が本源国法主義を採用している最大の根拠となる。ベルヌ条約では本国を起点として、著作物の権利が成立する国である“本源国”を探してい

くことになる。ベルヌ条約が明文で本国を規定する理由としては、起点となるべき出発点をどこかに定めなければ議論を始めることができないからである。ここで、注意すべきは、本国と本源国とはその意味が異なるということである。著作物はどこにでも存在しうるため著作物の本国が複数存在するが、著作権が権利として成立する国である権利付与国、つまり本源国は一つしか存在しえない。ここを混同して議論している場合が多々みうけられる。まず、未発行の場合は著作者の本国、あるいは常居所、そこで成立しなければ、②著作物の発行を行い、成立した場合には、著作物の最初の発行地、不成立の場合には、③同時発行を行い、当該著作物の保護期間の短い国の法によるとして、著作物の本国が変動していくのである。このような考え方は、「法適用通則法」13条2項における「物権の所在地変更のルール」に見られる。すなわち、ベルヌ条約はその構造の中で「物権の所在地変更におけるルール」と同じような仕組みを採用しているものと考えられる。なお、インターネットにおける著作権侵害の場合には、WIPO 著作権条約がベルヌ条約の2条から6条を準用していることから、ベルヌ条約5条4項に規定されている発行の概念を“アップロード”であるとみなして、同様に考えていくことができる。なぜならば、準用というのは、必要がある場合には修正を加えてもいいという考え方に基づくからである。

② 内国民待遇の原則

内国民待遇の原則とは、ある国で成立した著作権の効力を、日本において内国民待遇の限度（日本人と同等の取り扱い）において条件付きで承認する（相対的普遍主義）ということである。日本にいる外国人に対して適用される外人法であると考えられる。内国民待遇の内国とは侵害行為地国のことをさし、この侵害行為地国が内国となった場合には、結果的には、侵害行為地国法と本源国法との累積的適用となり、侵害行為地国が外国となった場合には、内国民待遇の原則は適用されない。すなわち、保護国とは侵害行為地国のことを指すのである。

ベルヌ条約は、5条1項において「著作者は、この条約によって保護される著作物に関し、その著作物の本国以外の同盟国において、その国の法令が自国民に現在与えておりまたは将来与えることがある権利およびこの条約が特に与える権利を享有する。」と規定し、本国以外の同盟国における権利の享有についての内国民待遇の原則を規定している。さらに、5条2項3文では、「したがって、保護の範囲および、著作者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法は、この条約に規定によるほか、専ら、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる。」と規定し、著作権の効力については内国民待遇の規定によ

る旨を規定している。また、ベルヌ条約は、この効力に含まれるものとして、保護の範囲、救済方法をあげている。保護の範囲とは著作権の内容となる権利、すなわち支分権の範囲を指している。また、この効力に関しては、ベルヌ条約は差止請求についてのみ適用されると解し、保護国法によるが、損害賠償請求については、ベルヌ条約の適用範囲外として、法廷地の国際私法によるものとしている。続いて、5条3項は「著作物の本国における保護は、その国の法令の定めるところによる。もっとも、この条約によって保護される著作物の著作者がその著作物の本国の国民でない場合にも、その著作者は、その著作物の本国において内国著作者と同一の権利を享有する。」と規定し、5条3項2文では、著作物の本国における保護の場合の内国民待遇の原則を規定している。

続いて著作物の本国以外の同盟国における保護の場合を例に説明していく。

まず、本国であるA国で最初に発行された著作物がA国法上の実質的成立要件および形式的成立要件を満たし著作権として有効に成立した場合にはA国でA国法上の効力が直ちに発生するのではなく、すなわち、その権利をそのまま日本において承認するのではなく、日本法上の実質的成立要件および形式的成立要件(日本法上は無方式)を満たせば、本国法上認められている効力の範囲内で日本法上認められる効力が発生する。結果的に、効力についてはA国法と日本法の累積的適用となる。

③ 無方式主義

ベルヌ条約5条2項1文において「(1)の権利(その国の法令が自国民に現在与えておりまたは将来与えることがある権利およびこの条約が特に与える権利)の享有および行使には、いかなる方式の履行をも要しない。」と規定している。すなわち、著作物の本国法上の方式は満たさなくてもよいが実質的成立要件は満たさなければならないという理解である。著作物の本国法の方式は満たさなくてもよいということ、さらに、保護国における方式も満たさなくてもよい、といった二つの意味を含んでいる。このような理解の下に、本国で方式を欠いた著作物は、権利として成立していないので本国法上も保護国法上も効力は発生しないままである。しかし、もし『外国著作物が当該著作物の本国以外の同盟国において侵害されたとされる』場合には、無方式主義が機能し当該方式は要求されないので、侵害行為地(保護国)において方式を履行していなくとも、保護国たる内国においては、本国法において権利が成立したものとみなされ、保護国法上の効力発生要件としての要件(実質的成立要件)および方式(形式的成立要件:ここでは方式が不要となる)を満たせば保護国法上も

著作権の効力が発生する。ただし効力の内容については内国民待遇により制限されるものと思われる。

④ 「方式からの」権利独立の原則

ベルヌ条約5条2項2文は「その享有および行使は、著作物の本国における保護の存在に関わらない。」とし、5条1項1文において無方式主義を導入した際に、その本国法上の権利が方式を欠いて効力を発生していなくても、保護国においては本国において権利が成立するものとした。

⑤ 条約上の外人法規定

ベルヌ条約5条3項3文は「したがって、保護の範囲および著作者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法は、この条約の規定によるほか、専ら、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる。」と規定し、効力については、条約上の規定によるほか内国民待遇の原則によるということを意味している。したがって、この規定は外人法規定であると解される。この点、注意すべきは、条約の規定が優先するという点である。

これに対して、保護国法主義によれば、この規定を抵触法規定であると解することによって、保護国法主義の根拠であるとして保護国法をただちに適用できると解しているが、本規定は外人法の規定であり、保護国法を指定する抵触法規定ではない。

⑥ 普遍主義の原則

ベルヌ条約は、ある国で成立した著作権の効力が他国におよび(普遍主義)、その効力を内国において承認する相対的普遍主義を採っているものと考えられる。このことの根拠は、効力についての内国民待遇の原則、および、以下で説明する、ベルヌ条約7条の保護期間に関する規定から導ける。本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則(条件付きで承認するという意味での相対的普遍主義)がベルヌ条約の全体的な構造である。この点が、今回の論文の中で最も主張したい核心的な部分となってくる。

これに対して、保護国法主義を支持する説の中には、ベルヌ条約が属地主義を採用していることを根拠に保護国法主義を導き出す説もある。つまり、ある国で成立した著作権の効力は他国に及ばない、また、ある国で成立した著作権の効力を他国において承認しないという理解の下に成り立っているとの理解である。なお、著作権法における普遍主義とは、ベルヌ条約におけるそれとは異なるのである。すなわち、刑法施行法27条柱書によれば、「左に記載したる罪は刑法第3条の例に従う」と規定され、同1号によれば、「著作権法に掲げたる罪」と規定されている。さらに、27条柱書及び1号を準用している刑法3条によれ

ば、「この法律は、日本国外において次に掲げる罪を犯した日本国民に適用する」と規定され、積極的属人主義が規定されている。これは、日本人による著作権侵害が非同盟国たる外国で行われた場合に、外国における著作権侵害に対し、日本の刑法を適用することになり、そのことは、日本で成立した著作権の効力が他国に及ぶということを前提としている。このことは、日本人が国外で行った著作権侵害に対して域外適用を認め、効力についての普遍主義を前提としている。このことから本源国法主義が導かれますが、一方的抵触規定、すなわち日本の著作権法の適用範囲のみを決定するというものである。

⑦ 保護期間

ベルヌ条約7条8項は、原則として内国民待遇の原則により、結果的に内国法を適用するが、ベルヌ条約7条8項但し書きによれば、著作物の本国における保護期間を超えられないと規定され、この規定により、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則の組み合わせによるというベルヌ条約の構造を端的に表しているものと言える。例えば、本国法上の保護期間が30年で、保護国法上の保護期間が50年であるとすれば、本国法上の保護期間たる30年が適用され、結果的に本国法と保護国法の累積的適用になるのである。これに対して、保護国法主義によれば、この規定は例外規定であると解釈されている。

以上の原則を踏まえて、ベルヌ条約の構造の理解としては、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則の組み合わせであると考えられる。この構造は、7条8項本文の保護期間の規定により明らかになる。さらに、この構造を最も顕著に表現している規定は5条2項1文(無方式主義)であり、この規定の反対解釈として、成立も効力も本源国法主義によるということが導かれ、本源国法によることになる。

これについて、さらに、権利の享有に関する5条1項および、効力に関する5条3項の内国民待遇の原則により、日本法が累積的に適用されるわけである。また、先にも述べたように保護期間の問題がこの構造を端的に表している。なお、効力に含まれるものとしては、支分権である a 権、b 権、c 権が問題となっている当該国において認められるのかどうかといった“保護の範囲”、この支分権の一つ一つの中身を享有できるのかといった“権利の範囲”、権利の存続期間の問題である“保護期間”、契約解除や契約不履行といったものに基づく損害賠償請求や差止請求の問題である“救済方法”がこれら著作権の効力の内容にあたる。

第2節 著作権の帰属の準拠法

次に、第2章においては、「著作権の帰属の準拠法」と題して、先に挙げた事例の(1)にあたる部分を中心に論じた。著作権の譲渡や侵害の問題を論じるにあたり、そもそも著作権者と主張するX自身が真の著作権者であるのかどうかといった問題が著作権侵害の準拠法の決定にとって先決問題となる。

第2章においては、具体的に、次のような事例に基づいて、著作権の帰属の準拠法について考察を行った。例えば、A国人Xは、A国法人Y会社の出版する雑誌に自身のデザインしたマスコットをY社が費用負担して掲載した。(外国人XはY社と労働契約を締結している。)この間に、A国法人Y社から職務上の著作権の譲渡を受けた日本に所在する日本法人Z社は自身の出版する雑誌に当該マスコットを掲載し出版した。これに対して、A国人Xは日本の裁判所に自身に帰属する著作権に基づいて、日本法人Zに対して侵害行為の差止請求および損害賠償請求をおこなった。その先決問題として著作権の帰属が問題となった。すなわち、職務上作成された著作物についての権利の帰属(原始的所有者)の確定が問題となり、いずれの国の法によって権利の帰属が判断されるべきかといった問題が著作権侵害の準拠法を決定する上での先決問題となる。この点、判例は、雇用契約の問題であるとしてベルヌ条約は抵触法規定を含んでおらず労働契約準拠法を適用するとする見解を採用している。これに対して通説は、著作権自体の問題であるとしてベルヌ条約が抵触法規定を含むとして、保護国法を適用するとする見解を採用している。この他、ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとして条理によって本源国法を適用するとする見解が挙げられる。保護国法主義によれば、上記の事例においては日本法のみ適用となり著作権者は日本法の要件を満たせば日本で著作物の権利者として権利を行使できる。これに対して、労働契約準拠法説によれば、通則法12条の規定が適用される。このように判例および、学説の見解を整理し、上に掲げた事例を基に総括的考察を行い、おわりに筆者の採用する見解と他説との相違を明らかにした上で法的に妥当な結論を導くことができた。

事例(1)に該当する部分である著作権の帰属の準拠法についてであるが、本テーマも歴史的考察で導いた原則である「本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則の組み合わせ」を採用し妥当な結論を導くことができた。外国人によって職務上創作された著作物の著作権が日本で日本人によって侵害された場合に、当該著作物の著作権が外国人著作者に帰属するのか、あるいは、その使用者である会社に帰属するのかといった問題が、著作権侵害の準拠法を決定するという問題を考えるにあたっての先決問題となる。この様な問題

の解決にあたっては、職務著作を独立した単位法律関係として捉えるのではなく、著作権自体の問題として、ひいては権利の享有の問題として捉えるべきである。「映画の著作物について著作権を有する者を決定することは、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる。」（ベルヌ条約14条の2(2)項(a)号)という規定は、という規定は、保護国法によるとする抵触法規定ではなく、著作物の本国法上の実質的成立要件と形式的成立要件(無方式)との要件を満たすこと(本源国法主義)の一般原則が前提として存在し、本国で成立した権利を内国で条件付きで承認とする外人法の規定である。したがって、本規定は、効力についての内国民待遇の原則によるとする規定であると考えられる。すなわち、結果的には、本源国法と日本法との累積的適用となるのである。筆者の見解によれば、ベルヌ条約が著作権の効力である権利の帰属に関してベルヌ条約が抵触法規定を含むとする(ベルヌ条約14条の(2)項(a)号：映画の著作物に関する権利の帰属に関する条文が本源国法主義を前提として効力についての内国民待遇の原則を規定している)。したがって、先決問題としての著作権の権利の帰属に関する準拠法の決定に関しては、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによる。

以下では、事例に基づいて説明しておきたい。

(1) A国が著作物の本国の場合

① A国が創作者主義の国である場合

本件事例の場合には、まず、最初の発行地たるA国で、著作権の実質的成立要件および形式的成立要件(ベルヌ条約5条2項1文：無方式)を満たせば、著作権がA国で成立し、A国が本源国となる。次に、当該著作物の著作権がXに帰属するのか、あるいは、Yに帰属するのかについては、本源国法たるA国法による。A国法によれば、創作者主義により、労働者Xに著作権が帰属することになるので、XのA国における権利の行使に関しては、XはYに対して自身の著作権侵害に基づく侵害行為の差止請求および損害賠償訴訟を提起することができる。次に、Yは日本で利用行為としての複製・販売行為を行っているため、Yによる著作権侵害行為の前提として、Xの日本における権利の帰属が問題となる。この点に関しては、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせにより、結果的にはA国法と日本法との累積的適用となる(ベルヌ条約14条の(2)項(a)号)

まず、日本で効力発生要件としての著作権の成立の実質的成立要件および形式的成立要件(著作権法17条2項：無方式)を満たせば、日本で著作権の効力が発生する。発生した著作権の効力としての権利がXに帰属するのか、あるいは、Yに帰属するのかについては、著

著作権法15条によって、労働契約において労働者に帰属する旨の別段の定めがあれば、労働者に帰属し、そのような定めがない場合には、使用者に帰属する。したがって、本件事例においては、XY間で労働者に帰属するとの別段の定めがある場合には、労働者であるXに当該著作権が帰属する。よって、Xは、日本における権利の行使に関しては、権利者であり、当該著作物の著作権に基づいて、Yに対して侵害行為の差止請求および損害賠償訴訟を提起することができる。他方、XY間で労働者に帰属するとの別段の定めがない場合には、使用者であるYに当該著作権が帰属し、当該著作物の著作権に基づいて、Yに対して侵害行為の差止請求および損害賠償訴訟を提起することができない。

② A国が原則として合意がある場合に労働者に帰属するが、別段の合意がない場合には使用者に帰属する場合

本件事例の場合には、まず、最初の発行地たるA国で、著作権の実質的成立要件および形式的成立要件(ベルヌ条約5条2項1文：無方式)を満たせば、著作権がA国で成立し、A国が本源国となる。次に、当該著作物の著作権がXに帰属するのか、あるいは、Yに帰属するのかについては、本源国法たるA国法による。A国法によれば、A国が原則として合意がある場合に労働者に帰属するが、別段の合意がない場合には使用者に帰属することになる。

XY間で労働者に帰属するとの別段の定めがある場合には、労働者Xに著作権が帰属することになるので、XのA国における権利の行使に関しては、XはYに対して自身の著作権侵害に基づく侵害行為の差止請求および損害賠償訴訟を提起することができる。次に、Yは日本で利用行為としての複製・販売行為を行っているため、Yによる著作権侵害行為の前提として、Xの日本における権利の帰属が問題となる。この点に関しては、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせにより、結果的にはA国法と日本法との累積的適用となる(ベルヌ条約14条の2(2)項(a)号)。まず、日本で効力発生要件としての著作権の成立の実質的成立要件および形式的成立要件(著作権法17条2項：無方式)を満たせば、日本で著作権の効力が発生する。発生した著作権の効力としての権利がXに帰属するのか、あるいは、Yに帰属するのかについては、著作権法15条によって、労働契約において労働者に帰属する旨の別段の定めがあれば、労働者に帰属し、そのような定めがない場合には、使用者に帰属する。したがって、本件事例においては、XY間で労働者に帰属するとの別段の定めがある場合には、労働者であるXに当該著作権が帰属する。よって、Xは、日本における権利の行使に関しては、権利者であり、当該著作物の著作権に基づいて、Yに対して侵害行為の差止請求および損害賠償訴訟を提起することができる。他方、XY間

で労働者に帰属するとの別段の定めがない場合には、使用者である Y に当該著作権が帰属し、当該著作物の著作権に基づいて、Y に対して侵害行為の差止請求および損害賠償訴訟を提起することができない。

したがって、本件事例においては、XY 間で労働者に帰属するとの別段の定めがある場合には、労働者である X に当該著作権が帰属する。よって、X は、日本における権利の行使に関しては、権利者であり、当該著作物の著作権に基づいて、Y に対して侵害行為の差止請求および損害賠償訴訟を提起することができる。他方、XY 間で労働者に帰属するとの別段の定めがない場合には、使用者である Y に当該著作権が帰属し、当該著作物の著作権に基づいて、Y に対して侵害行為の差止請求および損害賠償訴訟を提起することができない。

なお、XY 間で労働者に帰属するとの別段の定めがない場合には、使用者に著作権が帰属する。したがって、X は、A 国における権利の行使に関しては、権利者ではないので、当該著作物の著作権に基づいて、Y に対して侵害行為の差止請求および損害賠償訴訟を提起することができない。

(2) 日本が著作物の本国の場合

日本が著作物の本国となり同盟国たる A 国が利用行為地国となった場合には、日本で実質的成立要件および形式的成立要件(ベルヌ条約5条2項1文：無方式)を満たし、権利が成立し効力が発生した場合においては、著作権の帰属については、著作権法15条の規定により、別段の定めがない場合には、使用者に帰属することになる。XY 間で労働者に帰属するとの別段の定めがある場合には、労働者である X に当該著作権が帰属する。よって、X は、日本における権利の行使に関しては、権利者であり、当該著作物の著作権に基づいて、Y に対して侵害行為の差止請求および損害賠償訴訟を提起することができる。他方、XY 間で労働者に帰属するとの別段の定めがない場合には、使用者である Y に当該著作権が帰属し、当該著作物の著作権に基づいて、Y に対して侵害行為の差止請求および損害賠償訴訟を提起することができない。

第3節 著作権譲渡の準拠法

第3章においては、著作権譲渡の準拠法について論じた。例えば、ベルヌ条約の同盟国である A 国において著作権者甲によって著作物が最初に発行された。本件著作物について甲と日本人 X との間で譲渡契約が締結され、その履行行為として X に著作権が譲渡された。その後、この著作権が甲により日本にいる別の譲受人 Y にも二重に譲渡された。なお A 国

法によれば、著作権譲渡の対抗要件として登録が要求されている。

このような事例の下で、まず、XはYに対して、有効に著作権が譲渡されたものとして自己の著作権に基づきYに対して損害賠償を請求することができるのであろうか。このような問題に関して、従来は学説において次のような見解が提唱されている。まず、(1)債権的法律行為(原因行為としての譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とを区別し、前者については契約準拠法により、後者については著作権の準拠法による見解がある。この見解は、さらに、①物権的法律行為については著作権の準拠法として保護国法を適用し、その根拠をベルヌ条約5条2項に求める見解、②物権的法律行為については著作権の準拠法により、その根拠をベルヌ条約上の属地主義に求める見解、③物権的法律行為については著作権の準拠法により、その根拠をベルヌ条約に求めない見解(法廷地国際私法説)に分類される。他方では、債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(移転行為)を区別しない見解として、契約準拠法説による見解が挙げられる。このような議論状況の下で、上記の判例・学説を検討し、著作権譲渡の準拠法を如何に決定すべきかを、具体的な事例に基づいて論じた。

私見によれば、著作権の譲渡に関する準拠法の決定に関しては、比較実質法の観点から、債権的法律行為と物権的法律行為を区別し、前者については契約準拠法(法適用通則法7条、8条、9条)を適用し、後者については、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとして、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則の組み合わせによることが望ましいと思われる。

なぜならば、ベルヌ条約14条の2第2項c号の規定(ベルヌ条約第5条4項(c)号(ロ)により、著作物の本国法としての映画の製作者の主たる事務所または常居所地法の適用と、内国民待遇の原則の組み合わせ)であるからである。

まず、著作権譲渡の準拠法の決定に際しては、甲が最初の発行地たるA国で当該著作物の著作権が成立していることを前提に行うこととなる。当該著作物の著作権が、A国法上の実質的成立要件および形式的成立要件を満たしA国で権利が成立すると、A国が本源国となる。

次に、我が国の国際私法上、債権的法律行為と物権的法律行為が区別されているので、著作権譲渡についても債権的法律行為(以下「原因行為としての譲渡契約」と呼ぶ。)と物権的法律行為(以下「著作権の移転行為」と呼ぶ。)が区別されなければならない。

さらに、ベルヌ条約は著作権譲渡の準拠法を含んでいる(ベルヌ条約14条の2第2項(c)号は、ベルヌ条約が本源国法主義を含んでおり、それを内国民待遇の原則で制限するという

構造を規定している)。本源国法主義にしたがって、原因行為の他に移転行為が必要とされるかを判断する。

まず、移転行為の準拠法(本源国法)たる A 国により、著作権譲渡の際に原因行為の他に移転行為が必要なのかどうかを検討する。この点、本件事例においては A 国法が原因行為の他に移転行為を必要とするのかに関しては、A 国法上必要とされているものとする。

そして、原因行為たる譲渡契約に関しては、債権的法律行為として法廷地国際私法により契約準拠法が適用される。他方、移転行為に関しては、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとして、本源国法主義による。

本源国法たる移転行為の準拠法(A 国法)によれば、A 国においては著作権譲渡の際に原因行為たる譲渡契約の他に著作権の移転行為が必要とされる。まず、原因行為たる譲渡契約については、契約準拠法(通則法7・8・9条)が適用される。(この点、契約が成立しなくても、著作権が移転することもありうるので本源国法で確認する。)

契約の実質的成立要件(債権的意思表示)については、当事者による明示的ないしは黙示的な準拠法選択がある場合には、7条が適用され、そのような選択がない場合には、8 条1項の最密接関係地法が適用される。この場合には、8 条2項によって特徴的給付の理論が適用され、譲渡人の常居所地法が適用される。方式については、10条が適用される。これによって、著作権の譲渡契約の成立が判断され、本件では原因行為である譲渡契約が有効に締結されたものとする。

次に、物権的法律行為(著作権譲渡の移転行為)に関しては、A 国法上の著作権移転の実質的成立要件(著作権移転の意思表示)および形式的成立要件(方式：書面)を満たすかどうかを検討する。両者の要件を満たせば、A 国法上有効に権利が成立し、効力が発生する。利用行為地は、著作権移転の原因となる事実が完了した場所(本源国法により、著作権が移転するための要件が、原因行為としての譲渡契約の締結で足りる場合には、利用行為地は契約締結地であり、著作権が移転するための要件として、譲渡契約の締結の他に著作権の移転行為が必要な場合には、当該移転行為が完了した場所が利用行為地である)である。したがって、その権利を日本(利用行為地としては、移転行為が完了した場所)で行使するためには、効力についての内国民待遇の原則により日本で日本法上の著作権譲渡の実質的成立要件および形式的成立要件(無方式：書面を要しない)を満たさなければならない。両者の要件を満たせば日本で著作権移転の効力が発生し、著作権が移転する。

1 第三者対抗要件として A 国で登録が要求されている場合

甲 X 間、甲 Y 間の何れも有効に著作権譲渡が成立している場合には、対抗問題となり、先に登録をしたものが優先する。この点、対抗問題も著作権の効力の問題であるため、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによって、結果的には A 国法と日本法との累積的適用となる。したがって、A 国法においても日本法においても対抗要件が要求されている場合には、両方の国において登録を行っていないなければならない。

2 第三者対抗要件として A 国で登録が要求されていない場合

甲 X 間、甲 Y 間の何れも有効に著作権譲渡が成立している場合には、対抗問題となり、先に登録をしたものが優先する。この点、対抗問題も著作権の効力の問題であるため、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによって、結果的には A 国法と日本法との累積的適用となる。したがって、A 国では要求されておらず日本では要求されているので、日本において登録を行っていないなければならない。

(1) A 国が著作権の移転の方式として書面を必要とし、書面によらなければ著作権は移転せず、第三者対抗要件として登録を要求している国（例えばアメリカ合衆国）の場合
A 国法によれば、著作権譲渡に関して、原因行為としての譲渡契約のほかに、著作権の移転行為が必要とされ、当該移転行為には書面が要求される。したがって、原因行為たる譲渡契約は、契約準拠法の適用によって、実質的成立要件（債権的意思表示：通則法7・8・9条）と形式的成立要件（アメリカ法の場合には無方式）を満たせば A 国で著作権譲渡契約が成立し効力が発生し、著作権が Y に譲渡されることになる。この譲渡された著作権を日本で行使する場合には、効力についての内国民待遇の原則によって制限されるが、日本法上の原因行為たる契約が成立しているので、著作権が移転する。A 国法は登録制度を有しておらず、日本法によれば登録制度が存在する。対抗要件の問題は著作権の効力の問題であるので、本源国法主義と内国民待遇の原則との組み合わせにより、結果的に A 国法と日本法との累積的適用となる。したがって、日本で登録をした者が優先する。

(2) A 国が著作権の移転の方式として書面を必要とし、書面によらなければ著作権は移転せず、第三者対抗要件を不要とする国（例えばイギリス）の場合

A 国法によれば、著作権譲渡契約の成立に関して、原因行為としての譲渡契約のほかに、著作権の移転行為が必要とされ、当該移転行為には書面が要求される。原因行為たる譲渡契約は、契約準拠法の適用によって、実質的成立要件（債権的意思表示：通則法7・8・9条）と形式的成立要件（イギリスの場合には無方式）を満たせば A 国で著作権譲渡契約が成立し効力が発生し、著作権が Y に譲渡されることになる。この譲渡された著作権を日本で行

使する場合には、効力についての内国民待遇の原則によって制限されるが、日本法上の原因行為たる譲渡契約が成立しているので、著作権が移転する。A 国法は登録制度を有しておらず、日本法によれば登録制度が存在する。対抗要件の問題は著作権の効力の問題であるので、本源国法主義と内国民待遇の原則との組み合わせにより、結果的に A 国法と日本法との累積的適用となる。したがって、日本で登録をした者が優先する。

(3) A 国が原因行為の成立だけで著作権が移転するが、登録制度が存在しない国(例えば、フランス)の場合

A 国法によれば、原因行為たる契約のみで著作権が移転する。したがって、契約準拠法の適用によって、実質的成立要件(債権的意思表示：通則法7・8・9条)と形式的成立要件(書面：10条)をみたせば、フランスで著作権譲渡契約が成立し効力が発生し、著作権が Y に譲渡されることになる。この譲渡された著作権を日本で行使する場合には、効力についての内国民待遇の原則によって制限されるが、日本法上の原因行為たる譲渡契約が成立しているので、著作権が移転する。A 国法は登録制度を有しておらず、日本法によれば登録制度が存在する。対抗要件の問題は著作権の効力の問題であるので、本源国法主義と内国民待遇の原則との組み合わせにより、結果的に A 国法と日本法との累積的適用となる。したがって、日本で登録をした者が優先する。

(4) A 国が著作権の譲渡が不可能である国(例えば、ドイツ)の場合。

A 国法は、著作権譲渡を認めていないので、当該譲渡は無効である。

第4節 著作権侵害の準拠法

第4章においては、著作権侵害の準拠法について論じた。先に挙げた事例の(3)に当たる部分を中心に見ていくことにする。本章においては、外国人が外国で最初に発行した著作物が日本人によって日本において無断で利用された場合に、外国人が日本人に対して著作権に基づく差止請求および損害賠償請求を日本の裁判所に訴えた場合に、いずれの国の法が適用されるのかといった問題を扱った。

例えば、ベルヌ条約の同盟国である A 国国民 X が甲国で最初に発行した著作物を、日本人 Y が日本で複製・販売し X の権利を侵害した。X が Y の利用行為により権利が侵害されたとして、日本の裁判所に著作権侵害に基づく差止請求および損害賠償請求などの訴えが提起されたような事件の準拠法決定に関しては、日本はベルヌ条約の加盟国であることから、条約の規定が優先的に適用されると考えられる。この点、準拠法の決定に関しては、

一方で、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとして本源国法を適用する見解および保護国法を適用する見解、他方で、抵触法規定を含まないとして法廷地国際私法を適用する見解といった見解の対立がある。本章では、「法例」の下での著作権侵害の準拠法についての決定における判例および学説の展開を整理・分析し、これらの見解の内容がどのようなものであるかを明らかにした。次に、総括的考察においては、上記の判例・学説におけるベルヌ条約の基本的枠組みの理解の仕方について(1)著作物の本国、(2)内国民待遇の原則、(3)無方式主義、(4)権利独立の原則、(5)外人法の規定(6)普遍主義の原則、といった観点から考察を加えた。おわりに、具体的な事例に基づくシミュレーションを行い、準拠法がどのように決定されるのかについて論じた。

このような議論に対しては、ベルヌ条約が著作権侵害に対する抵触法規定を含んでいるか否かという視点から学説の分類を行うことができる。まず、通説の見解として挙げられるのが保護国法主義である。この見解によれば、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとして、ベルヌ条約5条2項3文を根拠に、この規定を抵触法であると解して保護国を適用するものである。保護国の内容としては利用行為地国ないしは侵害行為地国であるとする。これに対して、本源国法主義が挙げられる。この見解によれば、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとして本国法を適用するものである。さらに、近年ではベルヌ条約が抵触法規定を含まないとして法廷地国際私法が適用されるとする見解が有力に主張されている。この点、法廷地国際私法の規定として考えられているものとしては、物権準拠法を類推適用する見解、さらに、法の欠缺があるとして条理による見解が挙げられる。また、判例の見解としては、著作権侵害に基づく差止請求に関しては、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとして通説の見解と同様にベルヌ条約5条2項3文を根拠に保護国法によるとする。この点、保護国の内容を法廷地国であると解し法廷地法を適用している。これに対して、著作権侵害に基づく損害賠償請求に関しては、ベルヌ条約が抵触法を含んでいないとして、法廷地国際私法によるとし、物権準拠法の類推適用を行うものである。

本件は、著作権侵害の準拠法についての問題である。著作権侵害の準拠法については、ベルヌ条約が抵触法規定を含むと解し、本源国法主義を採用し、著作物の本国法すなわち最初の発行地国法たるA国法が適用される。次に、本国法上の実質的成立要件および形式的成立要件を共に満たした場合には、本国において本国法上の効力が発生する。しかし、本国において本国法上の方式を満たしていなくとも日本においては保護されることがある。すなわち、5条2項1文が規定する「無方式主義」により(=著作権法17条2項により日本法上

も無方式)、日本法上の効力発生要件としての実質的成立要件さえ満たせば、本国法で方式を充たしていない著作物でも保護される。ここで、ベルヌ条約が相対的普遍主義を採用しているので、5条1項および5条2項3文により権利の享有および効力(保護の範囲および救済方法)について内国民待遇の原則が機能し、結果的には、本国法と日本法の累積的適用で両国において認められる効力のみが日本で発生する。また、効力の一つである救済方法についても同様である。

さらに、「保護期間」に関しては、「いずれの場合にも、保護期間は、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる。ただし、その国の法令に別段の定めがない限り、保護期間は、著作物の本国において定められる保護期間を超えることはない。」(ベルヌ条約7条8項)という規定により、本国法上の保護期間が30年であり、日本法上の保護期間が50年である場合には、この規定により、本国法上の30年を超えられない。したがって、保護期間は30年である。なお、保護期間についても、効力の問題として結果的には著作物の本国法と保護国法との累積的適用になり、著作物の本国における保護期間を超えることはない(7条8項但書=著作権法58条)。

同盟国国民であるA国人がA国で最初に発行した著作物が、同盟国たる日本で日本人によって複製頒布されたような事例において、A国人が日本の裁判所に自身の著作物の著作権侵害に基づいて損害賠償を請求した。このような事例において、いずれの国の法によって当該問題を規律するのが望ましいのであろうか。

このような問題を検討していく上で、念頭に置かなければならないのは、著作権者の利益を保護するという観点と、利用行為者の利益を保護するという観点である。さらに、ベルヌ条約が同盟2国間に跨る事件を念頭に置いた不完全一方的法規定であることに注意しなければならない。

このような国際的な著作権侵害についてはベルヌ条約が適用される。ベルヌ条約は抵触法規定を含んでおり、本源国法主義を採用していると考えられる。このベルヌ条約が含んでいる原則としては、本国の決定に関する詳細な規定を置き(5条4項(a)号)、本国以外の同盟国における保護の側面において、権利に関する内国民待遇の原則(5条1項)、無方式主義(5条2項1文)、権利独立の原則(5条2項2文)、効力についての内国民大愚の原則(5条2項3文)が規定され、本国における保護の場合に、本国が変動することを(5条3項1文)、本国における外国人の権利享有に関する内国民待遇の原則(5条3項2文)が規定している。さらに、7条8

項の保護期間において本国法主義と効力についての内国民待遇との組み合わせによることが規定されている。

以上のような原則が、先に挙げた事例の下にどのように適用されていくのかを説明していくことにする。

まず、A 国人は A 国で著作物を最初に発行しており、5条4項(a)号によって、本国は A 国となる。この本国の決定の規定によって、ベルヌ条約は著作権者に対して最初の発行地を自ら選択し、作者にとってより有利な準拠法を選択できるような仕組みを採用しているのである。次に、この A 国で当該著作物の著作権の実質的成立要件および形式的成立要件を満たしているのかを判断していくことになる。この点、5条2項2文において、無方式主義が採用されており、本国法上の方式の要件を満たしていなくとも、本国で権利が成立する。裏を返せば、本国法上の実質的成立要件は依然として満たさなければならないということである。ここに、本源国法主義によることの根拠の一つが確認される。すると、本国が本源国(権利付与国)となる。A 国で権利が成立すれば支分権たる a 権、b 権、c 権が A 国で効力を発生するのである。この支分権とは権利の範囲、すなわち、どの程度その権利を認めるかということである。著作権が成立した際に伴う効力のことである。その一つ一つの効力を享有するのかということも効力の一つと言えよう。A 国における侵害の場合には、A 国においてその効力がそのまま享有できるのであるが、この支分権は、本件のような A 国著作権が日本で侵害された場合には日本で当然にすべての効力を発生させることはできない。なぜならば、利用行為者の保護の観点から、予測可能性を担保できないからである。そこで、ベルヌ条約は5条2項3文において効力についての内国民待遇の原則(権威の範囲および救済方法)を規定することによって、日本法で効力発生要件としての実質的成立要件および形式的成立要件(無方式)を満たした場合には、日本法上認められる範囲で本国法上の効力が発生するものとしたのである。なお、権利の享有に関してもここでいう効力に含まれる。これによって内国にいる利用行為者は、日本法の要件のみにしたがって行動していさえすればよいということになる。

権利の範囲を決定するのは日本法である。権利侵害が日本で行われているならば、全部の効力が発生するのではなくて、日本法が認める範囲でしか認められない。A 国で a 権、b 権、c 権が認められており、日本では、a 権、b 権しか認められていない場合には、A 国法と日本法の累積的適用によって、両国で認められている a 権、b 権のみが日本で認められることになるのである。すなわち、日本法上の実質的成立要件および形式的成立要件

を日本で満たしていなければならない。この点5条2項1文によって方式は無方式となる。したがって、実質的成立要件を満たせば日本でA国法、日本法において認められる範囲の効力が発生するのである。あくまでも日本で検討されるのは権利成立要件ではなく効力発生要件であることに注意しなければならない。ベルヌ条約は相対的普遍主義を採用しているので、条件付きで承認するということが内国民待遇の規定から導かれるのである。

ベルヌ条約においては、日本での著作権の効力発生要件を満たさなければならないが、条約の中で保護される著作物についての規定があれば条約が優先される。これにプラスアルファで効力についての内国民待遇の原則により各国の規定に委ねているのである。

さらに、5条2項2文は権利独立の原則を呈している。この原則には2つの見解が考えられる。一方では、権利の成立に関して、①特許権と同様にA国での実質的成立要件および形式的成立要件の履行をやり直さなければならないという見解である。この見解によれば、A国で成立した効力が日本に及ぶことはない(属地主義)。このため日本で著作権の成立要件としての実質的成立要件および方式の履行をやり直さなければならない。

これに対して、②権利独立の原則を方式からの独立であると理解する見解である。ベルヌ条約は後者の見解を採用しているのである。それゆえ、A国法上の実質的成立要件のみを満たせば、A国で方式を満たしていなくとも権利が成立したものとみなすのである。すなわち、A国の実質的成立のみを満たせば、効力発生要件としては日本法上の要件を満たせばよいのである。A国での権利侵害ならば、a権、b権、c権全ての効力が認められるのであるが、日本での侵害の場合、日本法上認められていないc権についてはA国法上の効力が休眠したものと考えるのである。これは、「動産物権における所在地変更のルール」がベルヌ条約の構造自体の中で実現されていると考えられる。

また、5条3項は本国における保護の場合を規定している。この規定の背景にある原則としては、著作物はその権利が成立する国を転々と変動していくということである。この考えに従えば、本国は複数存在するが、権利が成立する国である本源国は必ず一つに定まるのである。すなわち、A国で権利が成立しない場合には、日本で30日以内に再発行(5条4項(a)号)することで日本での成立要件としての実質的成立要件および方式を満たせば日本で権利が発生し本源国となるのである。つまり、国内事件として処理されることになるのである。著作物の本国が変動した場合の著作物の本国における保護の場合が5条3項のカバーする領域なのである。著作物の本国と侵害行為地が一致する場合をどのように解決するのかについては、5条3項1文において条約が関与しないことを規定し、各国法に委ね、その場

合には5条3項2文が、外国人による侵害の場合には内国民待遇の原則たる外人法の規定によることになるのである。

この点、日本で最初に発行した著作物の著作権が非同盟国たる外国で侵害された場合には、刑法施行法27条の積極的属人主義の規定により、刑罰規定を他国へ押し及ぼすことができる。ここに普遍主義の原則が含まれている根拠を見ることができる。両同盟国に関する侵害はベルヌ条約が含む本源国法主義による、すなわち、ベルヌ条約が同盟2国間のみに適用される2国間条約であり、不完全双方向的抵触規定なのである。内国と一定の関連のある場合についてのみ適用されるのである。普遍主義はベルヌ条約のこの構造自体から導かれる原則である。

また、7条8項は、保護期間について規定し、例えば、本国が30年、保護国が50年の保護期間を規定していた場合には、本国における保護期間を超えることはできない。この場合には、保護期間が短い国の規定による。すなわち本源国法主義を規定した規定である。この規定は例外規定なのではなくて、この規定こそが、結果的には、本国法と保護国法のダブルチェックになることを表しているのである。本国で保護期間が0年の場合には保護されない。本国で権利が成立していないものは保護されないのである。この点、本国法主義によることで内国の利用行為者の保護の観点に適っていないと思われるかもしれないが、保護期間が短い国の方が利用行為者にとっても好都合であり、決して利用行為者の不利益となる規定ではないのである。したがって、これらの原則から導かれるのは、ベルヌ条約は抵触法規定を含み、本国法主義を含んでいるのである。さらに、効力について内国民待遇との組み合わせによる。成立と効力の両面にわたって本国法により、それをあくまで効力についての内国民待遇の原則でダブルチェックしているのである。その仕組みによって著作権者、利用行為者双方の利益を保護しているのである。したがって、本国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによって、結果的には、A 国法と日本法が累積的に適用されると考えられる。

第5節 インターネットにおける著作権侵害の準拠法

第5章においては、第4章で扱った著作権侵害に基づく準拠法についての応用として、著作権者 X が A 国において A 国のサーバー甲にアップロードした自身のデータを、日本にいる日本人 Y が無断でダウンロードし、日本にある Y のサーバー乙にアップロードしたような場合に、いずれの国の法が適用されるべきかといった問題を論じている。

通信技術の発達により世界規模での通信ネットワークを通じた情報の送信・伝達が行われている。このような時代にあつて、ある者の知的創作によって作成された著作物が他の者によってインターネットを介して侵害されるといった問題が深刻になり、その準拠法の決定に関しての議論が過熱している。例えば、A 国人 X(著作権者)が A 国で最初にデータを A 国のサーバー甲にアップロードした場合である。それを、日本で日本人 Y(利用行為者)が無断でダウンロードし、Yの PC 上に蓄積した。さらに、それを Yが日本のサーバー乙にアップロードし送信可能な状態においた。続いて B 国人 Zが、①これを日本で受信しダウンロードした場合、②B 国で受信しダウンロードした場合である。まず、Yによるダウンロード行為については複製権侵害が、次に、Yが送信可能な状態に置いた行為については、Yによる Xの送信可能化権の侵害が、Yによる送信行為については、Yによる Xの公衆送信権の侵害が、さらに、Zによる日本でのダウンロード行為、B 国でのダウンロード行為については、Zによる Xの複製権の侵害が問題となる。このような場合に、各々の侵害行為について、いずれの国の法を適用して問題の解決に当たるのが法的に妥当であろうか。この点、判例および学説の見解としては、インターネットにおける著作権侵害の準拠法の決定に関して、ベルヌ条約が抵触法規定を含むか否かで大きく二つに分類される。通説である保護国法主義において主な学説には、発信国法主義と受信国法主義が挙げられる。一方で、発信国法主義は、利用行為者がデータを発信した地の法を適用し、メリットとしては発信地が必ず一つに定まるという点である。しかし、ここで問題となるのが、相手国が非同盟国であった場合にコピーライトヘブンの問題が生じることである。他方で、通説である受信国法説は、利用行為者が受信した地の法を適用するというものである。この場合には、上であげたような発信国法説のようにコピーライトヘブンの問題は受信国の法を適用するため発生しないが、受信国は複数存在し、その特定が困難であるという問題が生じる。これに対して、上で挙げた本源国法主義は、私の採用する見解とは異なり、ここでは本国として、著作物の本源国法は保護される著作物が保護される国であり、利用行為者が発信したサーバーの所在地ではない。最初の公表地、それが無い場合には著作権者の本国法を適用している。次に、差止請求については、WIPOの準用するベルヌ条約が抵触法規定を含み保護国法により、保護国の内容を権利付与国であるとする見解がある。この見解によれば、損害賠償請求については、ベルヌ条約の適用範囲外であるとし、公衆送信をした国、された国の法がどのような主義を採用しているかをそれぞれの国の法で判断される。つまり、侵害の成立が関係する複数の国で成立する可能性があるとし、その一つ一つに公衆送信権

の侵害を認めている。さらに、保護国の内容は発信国であるが、発信国を採用した場合にコピーライトヘブンを発生するような場合には受信国法を適用する見解がある。また、最密接関係地法は、ベルヌ条約は保護国法主義をとっているが、その内容は示していないので、法廷地国際私法を適用し、事案との関係で最も密接な関係を有する国の法を適用する見解がある。

これに対して、ベルヌ条約は抵触法規定を含まないとして、法廷地国際私法による説が挙げられる。この内容としては、インターネットにおける著作権侵害を不法行為であると考へ不法行為準拠法によるものとするという見解、条理によるとして、アップロード地法による見解があげられる。また、当事者自治の原則の拡張による見解がある。この見解によれば、著作権者に、著作物の公表の点で、自己の著作物についての準拠法を選択させる。さらに、最密接関係地法によるという見解がある。この見解によれば、事案との関係で最も密接な関係を有する地の法による考へる。最後に、著作権の帰属に関しては、本源国法により、著作権侵害については保護国法による見解がある。また、判例の見解は、著作権侵害に基づく差止請求権は、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとして保護国法を適用するが、著作権侵害に基づく損害賠償請求は、ベルヌ条約が抵触法規定を含まないとして、法廷地国際私法により不法行為準拠法を適用している。

この問題に関しては、WIPO 著作権条約がベルヌ条約を準用していることに着目し、著作権侵害における準拠法の決定と同様の原則に基づいて行われるものと思われる。このような考え方に基づき、ベルヌ条約の構造の理解として導かれるものは、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則(外人法規定)との組み合わせである考へられる。

ベルヌ条約によれば、発行著作物の場合には最初の発行地が本国となり(5条4項(a)号)、本国で権利が成立した場合には、著作物の本国が本源国となる。この場合の本源国とは権利付与国のことをさし、利用行為者が発信したサーバーの所在地ではない。なお、未発行著作物については著作者の本国が本源国となる(ベルヌ条約5条4項(c)号)。この点、この場合の最初の発行地を、著作権者が最初にデータをアップロードしたサーバーの所在地であるとする。つまり、WIPO 著作権条約はベルヌ条約を準用していることから、必要な場合には修正を加えてもよいものであり、発行をアップロードと読み替えるのである。

まず、第一に、上記の構造を端的に表現している規定は、5条2項1文(無方式主義)であり、この規定の反対解釈として、成立も効力も本源国法主義によることが導かれるということ。第二に、7条8 項本文は保護期間について原則として外人法としての内国民待遇の原則によ

り保護国法による旨の規定を置き、なおかつ但し書きは本国法の定める期間を超えることはできないと規定していることは、保護国法主義の論者が述べるように、単なる例外規定としてではなく、この条文こそが、まさに本源国法による旨の規定であるということ、この2点を中心として、ベルヌ条約の本源国法主義が導かれる。

続いて、権利の享有に関する5条1項および、効力に関する5条2項が規定する内国民待遇の原則として、結果的に、日本法が累積的に適用されるのである。著作権侵害の準拠法の決定についての筆者の見解をさらに応用発展させた形で、インターネットにおける著作権侵害の準拠法の決定の問題が解決される。例えば、外国著作物について、その権利がインターネットを経由して日本で侵害された場合に、いずれの法によって準拠法が決定されるかが問題となる場合には、WIPO 著作権条約が準用するベルヌ条約の構造により、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則(外人法)との組み合わせにより、本国においても侵害行為地においても認められる権利が成立し、その権利の侵害の成立要件を両国で満たした場合に各々の侵害が判断されるというものである。これこそがベルヌ条約の構造に基づく法的に妥当な準拠法の決定であると考えられる。各々の見解において最も異なるのは、著作権者の保護を念頭に置くのか、利用行為者の保護を念頭に置くのかといった点である。

通説をはじめほとんどの学説が利用行為者の保護を念頭に置いているが、筆者の採用する説は、まず、本源国法主義を採用することで、著作権者の保護を図り、さらに効力についての内国民待遇の原則によって、利用行為者の保護をも図っているのである。

著作権者 X が A 国で A 国のサーバー甲に最初にアップロードしたデータを、日本にいる日本人 Y が無断でダウンロードし自身の日本のサーバー乙に無断でアップロードした。さらにそれを日本にいる Z がダウンロード(受信)した場合に、X は自身の著作権に基づいて日本の裁判所に差止請求および損害賠償請求を提起した。このような事例において、いずれの国の法によって当該問題を規律するのが望ましいのであろうか。

このような問題を検討していく上で、念頭に置かなければならないのは、著作権者の利益を保護するという観点と、利用行為者の利益を保護するという観点である。さらに、ベルヌ条約が同盟2国間に跨る事件を念頭に置いた不完全双方向的抵触規定であることに注意しなければならない。

WIPO 著作権条約は、ベルヌ条約の2条から6条までを準用している。このことから、インターネットにおける著作権侵害の準拠法の決定に際しても、著作権侵害の準拠法の決定の

際に適用したベルヌ条約を必要な場合には修正を加えることによって妥当な結論を導くことができる。

ベルヌ条約は抵触法規定を含んでおり、本源国法主義を採用していると考えられる。このベルヌ条約が含んでいる規定としては、本国の決定に関する詳細な規定を置き(5条4項(a)号)、本国以外の同盟国における保護の側面において、権利に関する内国民待遇の原則(5条1項)、無方式主義(5条2項1文)、権利独立の原則(5条2項2文)、効力についての内国民待遇の原則(5条2項3文)が規定され、本国における保護の場合(5条3項1文)に本国が変動することを規定し、本国における外国人の権利享有に関する内国民待遇の原則(5条3項2文)がある。さらに、7条8項の保護期間において本国法主義と効力についての内国民待遇との組み合わせによることが規定されている。

このような原則が、先に挙げた事例に対してどのように適用されていくのかを説明していくことにする。

まず、インターネットにおける著作権侵害の場合の本国の決定が問題となるが、ベルヌ条約は5条4項(a)号において、一般の著作権侵害の場合には、著作物の本国の決定について規定しており「著作物の最初の発行地」を本国とする旨規している。この規定をインターネットにおける著作権侵害の場合の本国については、「著作物を最初にアップロードしたサーバーの所在地」と読み替え、本件の場合には、A国が本国となる。

この著作物の本国の決定の規定によって、ベルヌ条約は著作権者に対して最初の発行地を自ら選択し、著作者にとってより有利な準拠法を選択できるような仕組みを採用しているのである。次に、このA国で当該著作物の著作権の実質的成立要件(要件)および形式的成立要件(方式)を満たしているのかを判断していくことになる。この点、5条2項2文において、無方式主義が採用されており、本国法上の方式の要件を満たしていなくとも、本国で権利が成立する。反対解釈として、本国法上の実質的成立要件は依然として満たさなければならぬということである。ここに、本源国法主義によることの根拠の一つが確認される。すると、A国で著作権が成立すれば、本国が本源国となり、支分権たるa権、b権、c権がA国で著作権の効力として発生するのである。この支分権とは権利の範囲、すなわち、どの程度、その権利を認めるかということである。保護(権利享有)の範囲のことである。ここでは、複製権、送信可能化権、公衆送信権がA国で成立する。その一つ一つの権利を享有するのかということも効力の一つと言えよう。A国における侵害の場合には、A国においてその効力がそのまま享有できるのであるが、この支分権は、本件のようなA国著作権

が日本で侵害された場合には、日本で当然にすべての効力が発生するわけではない。なぜならば、利用行為者の保護の観点から、本国法上の効力をそのまま承認したのでは法的予測可能性を担保できないからである。そこで、ベルヌ条約は5条2項3文において、内国民待遇の原則により、効力(権利の範囲および救済方法)についての内国民待遇の原則を規定することによって、日本で効力発生要件としての実質的成立要件および形式的成立要件(著作権法17条2項により無方式)を満たした場合には、日本法上認められる範囲で本国法上の効力が発生するものとしたのである。なお、権利の享有もここに含まれる。これによって内国にいる利用行為者は、実際には、日本法の要件のみにしたがって行動しさえすればよいということになる。すなわち、権利の範囲を決定するのは日本法である。権利侵害が日本で行われているならば、著作物の本国において認められている効力のすべてが発生するのではなくて、日本法が認める範囲でしか認められない。A国でa権、b権、c権が認められており、日本では、a権、b権しか認められていない場合には、結果的には、A国法と日本法の累積的適用によって、両国で一致して認められているa権およびb権のみが日本で効力を発生することになるのである。その要件としては日本人に関するのと同様の要件を満たしていなければならない。すなわち、効力発生要件として日本法上の実質的成立要件および形式的成立要件を日本で満たしていなければならないのである。この点、5条2項1文によって方式は無方式となる。したがって、実質的成立要件を満たせば日本でA国法においても、日本法においても認められる範囲の効力が発生するのである。あくまでも日本で検討されるのは権利成立要件ではなく効力発生要件であることに注意しなければならない。ベルヌ条約は相対的普遍主義を採用しているので、条件付きで承認するということが内国民待遇の規定から導かれるのである。ここでは、複製権、送信可能化権、公衆送信権が日本においても効力を発生するのである。

このような一連の原則に基づいて、具体的な事例に当てはめると、まず、A国人XはA国でデータをA国がサーバー所在地である甲にアップロードし、著作物の本国はA国となる(5条4項(a)号)。A国法上の実質的成立要件および形式的成立要件を満たせば、当該データの著作権が成立し、A国が本源国となる。この点、ベルヌ条約5条2項1文によって無方式となり、実質的成立要件のみを満たせばよい。このようなデータが、日本にいる利用行為者Yによって無断でダウンロードされ日本にあるYのPCに蓄積された。この段階で、(1)YからXに対する複製権侵害が問題となる。この点については、後述の(3)と同様であり以下で詳細に述べることにする。続いて、Yが日本のサーバー乙にアップロードした場合に

は、(2)YからXに対する送信可能化権侵害が問題となる。さらに、日本にいる別の利用行為者Zによって当該データが受信された場合には、(3)(i)YからXに対する公衆送信権が、(ii)ZからXに対する複製権侵害が問題となる。

このような事情の下で、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則の組み合わせによれば、まず、(1)YからXに対する複製権侵害が問題となった場合には、本国法であるA国法と、利用行為地法(侵害行為地法)たる日本法が、結果的に累積的に適用される。A国法によっても日本法によっても複製権が認められているので、日本法上の複製権侵害の成立要件である実質的成立要件および形式的成立要件を満たせば、日本において複製権侵害が発生し、XはYに対して複製権侵害に基づく損害賠償請求等を行行使することができるのである。

次に、(2)YからXに対する送信可能化権侵害が問題となる場合には、本源国主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによれば、Yがアップロードしたサーバーの所在地を侵害行為地であるとして、結果的に、A国法と日本法との累積的適用となる。A国においても、日本においても送信可能化権が認められており、日本において、送信可能化権侵害の成立要件としての実質的成立要件および形式的成立要件を満たした場合には、YからXへの送信可能化権侵害が発生し、XはYに対して、送信可能化権侵害に基づく損害賠償請求等を行行使することができる。

続いて、(3)(i)YからZに対する公衆送信権侵害が問題となる場合には、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによれば、送信可能化権侵害の場合と同様に、Yがアップロードしたサーバーの所在地を侵害行為地であるとして、結果的に、A国法と日本法との累積的適用となる。A国法においても日本法においても公衆送信権が認められており、日本で公衆送信権侵害の成立要件である実質的成立要件および形式的成立要件を満たした場合には、XはYに対して、公衆送信権侵害に基づく損害賠償請求を行うことができる。

また、(ii)ZからYに対する複製権侵害については、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによれば、ダウンロードした地である日本が侵害行為地であるので、結果的に、A国法と日本法との累積的適用となり、A国においても日本においても、複製権侵害が認められているので、日本で複製権侵害の成立要件としての実質的成立要件および形式的成立要件を満たせば、日本で複製権侵害が発生し、XはZに対して、複製権侵害に基づく損害賠償請求等を行行使することができる。

この点、例えば、Zが第三国であるB国にいるような場合には、三国間に跨る事例であり、ベルヌ条約の適用範囲外の場合にあたる。なぜならば、ベルヌ条約は、外人法規定であるため、二国間に跨る紛争のみを対象として規定されている、不完全双方的抵触規定であるからである。したがって、このような場合には、法廷地の国際私法の規定によって不法行為準拠法が適用されるものと考えられる。

以上のように、国際著作権法の研究においては、まず、ベルヌ条約の起草過程から現在の条文までの変遷をたどり、起草者の真意を突き止めることができた。この真意とは、すなわち、ベルヌ条約の起草過程で当初の規定である本国法主義の解釈が180度変わったのではなくて、本源国法主義の原則が今なお妥当しながらも、外国著作物の著作権が日本でその権利の効力が問題となった場合には、効力についての内国民待遇の原則に基づいて、外国で認められている効力をそのまま承認するのではなくて、結果的には、日本法上の要件との累積的な適用が行われるのである。したがって、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組合せによるものと考えられる。事例(1)に該当する部分である著作権の帰属の準拠法についてであるが、著作権自体の問題として、ひいては権利の享有の問題として捉えるべきである。ベルヌ条約14条の2第2項(a)号「映画の著作物について著作権を有する者を決定することは、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる。」という規定は、保護国法によるとする抵触法規定ではなく、外人法の規定であるので、効力についての内国民待遇の原則によるとする規定であると考えられる。すなわち本源国法と日本法との累積的適用となるのである。

続いて問題となるのが、事例(2)に該当する部分であるが、著作権譲渡の準拠法についての問題である。著作権の譲渡契約に関する準拠法の決定に関して、比較実質法の観点から、債権的法律行為と物権的法律行為を区別し、前者については契約準拠法(法適用通則法7条、8条、9条)の類推適用を行い、後者については、ベルヌ条約が抵触法規定を含むとして、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによることが望ましいと思われる。

さらに問題となるのが、事例(3)に該当する部分であるが、著作権侵害の準拠法についての問題である。著作権侵害の準拠法については、ベルヌ条約が抵触法規定を含むと解し、本源国法主義を採用し、外国で成立した著作権が日本で問題となる場合には、効力についての内国民待遇の原則との組み合わせとなる。したがって、結果的に本国法と日本法との

累積的適用となるのである。また、効力の一つである救済方法についても同様である。

さらに、「保護期間」に関しては、効力の問題として結果的には著作物の本国法と保護国法との累積的適用になり、著作物の本国における保護期間を超えることはない(7条8項但書=著作権法58条)。

最後に問題となるのが、インターネットにおける著作権侵害の準拠法についての問題である。この問題に関しては、WIPO著作権条約がベルヌ条約を準用し本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則(外人法規定)との組み合わせであると考えられる。この点、著作物の最初の発行地を、著作権者が最初にデータをアップロードしたサーバーの所在地であると考えられる。

第2章 国際特許法

「国際特許法」と題した第2部においては、まず、第1章において「職務発明の準拠法」、第2章において「特許権侵害の準拠法」について論じた。各章の論点は単独で論じているが、国際特許法として以下のように複合的な事例に基づいて考察することができる。例えば、(1) A国人XがA国で自身の特許を登録した場合に、Xは特許権者であるか、また、A国人XがA国法人Y社と労働契約を締結し職務中に発明した場合に、その権利の帰属が問題となる(1)の事例は、特許権の帰属の準拠法についての問題である。次に、(2)特許権者XがA国で登録した特許を日本にいるYが日本で自分の発明のために利用した。その後、Xは自身の特許権に基づいて特許権侵害に基づく差止請求及び損害賠償請求を日本の裁判所に対して提起した。(2)の事例は、特許権侵害の準拠法についての問題である。このような事例の下で、各個別の問題に関して日本の裁判所はいかなる原則に基づいて準拠法を決定すべきであろうか。本論文においては、従来の判例および学説における分析に基づいて、これらの問題を解決できる原則を導いたものである。

第1節 職務発明の準拠法

「国際特許法」と題した第1部においては、まず、第1章においては、職務発明の準拠法を論じた。職務発明の準拠法を考えていくうえでは次のような具体的な事例に沿って考察した。

例えば、まだ特許を取得されていない製品の開発に成功した。当該発明に関しては、外国における特許を受ける権利の帰属が問題となり、これに基づく対価請求がXからYに対

して日本の裁判所に請求された。なお、XY間には日本において雇用契約が締結されているものとする。さらに、XY間に外国における特許を受ける権利に関して日本において譲渡契約が締結され、契約準拠法として日本法が指定されている。

私見によれば、特許権に関しては、属地主義(相対的属地主義)が妥当することから、パリ条約はその構造上相対的属地主義を含んでいるものと考えられる。そして、①特許を受ける権利の帰属の問題、②移転の問題、③対価請求権の問題に関しては、物権的法律行為の問題であるとして性質決定し、一括して譲渡の対象となる権利、すなわち、特許を受ける権利の準拠法によるのが妥当であると考えられる。

まず、①外国における特許を受ける権利の帰属が問題となっており、外国法が準拠法となるので、各国の職務発明の制度によって、①外国における特許を受ける権利が従業者に帰属するのか、使用者に帰属するのかで結論が異なることになる。

この点、A国法の内容が、(1)外国における特許を受ける権利について従業者に帰属しているとした場合が考えられる。この場合には、①外国における特許を受ける権利は従業者に帰属する。まず、①特許を受ける権利について従業者発明法の規定により、発明者たる従業者に原始的に帰属し、従業者であるA国人Xに帰属する。さらに、②当該権利の移転の問題に関しては、YはXに対して、無制限又は制限付きの権利請求ができる(この点に関しては各国の法制度の規定による)。また、当該権利が従業者から使用者に対して移転された場合の③対価請求権の問題に関しては、Xは権利請求に対する相応の補償を請求できる(補償の額や方法は使用者・従業者間の協定等各国法の内容によって判断される)。

これに対して、A国法の内容が、(2)外国における特許を受ける権利について使用者に帰属する場合が考えられ、①特許を受ける権利について使用者に帰属するとし、使用者たるA国人Yに帰属することになる。本件の場合には、特許を受ける権利に関して使用者に原始的に帰属するため、②当該権利の移転の問題は生じないが、使用者主義を採用している場合であっても、③対価請求権の問題に関しては、使用者が当該権利に関して著しい利益を得る等の事情に基づいて(各国法の内容の規定に基づいて)、XはYに対して対価請求を行うことができる。なお、対価請求額の算定にあたっては、従業者及び使用者の貢献度等が考慮される(この点に関しても、各国法の規定によって異なるところである)。

したがって、私見によれば、①特許を受ける権利の帰属の問題、②移転の問題、③対価請求権の問題についての問題を物権的法律行為として性質決定し、譲渡の対象となる権利、すなわち特許を受ける権利の準拠法によるのが妥当であると考えられる。帰属、移転、対価請

求権については一括して物権的法律行為として特許を受ける権利の準拠法によることになろう。このように考えるならば、債権的法律行為と物権的法律行為とに区別することを待たずともなく、法律による移転の問題として処理することになり、最終的には、①特許を受ける権利の帰属の問題、②移転の問題、③対価請求権の問題については一括して特許を受ける権利の準拠法によらしめることになろう。そして、特許を受ける権利の準拠法に関しては、特許権自体の準拠法の決定方法を類推適用することが考えられる。特許権自体の準拠法については、第2章の「特許権侵害の準拠法」において詳しく論じたが、「権利付与国法主義と属地主義の組み合わせ」によることになる。したがって、私見によれば、発明が完成した時点において、権利独立の原則により各国毎に特許を受ける権利が成立すると考えられ、発明が完成した時点における権利付与国法が適用される。すなわち、外国において特許を受ける権利については、当該外国法が、日本において特許を受ける権利については、日本法が適用されることになろう。

第2節 特許権侵害の準拠法

次に、第2節においては、特許権侵害の準拠法を論じている。特許権侵害の準拠法を考えていくうえでは次のような具体的な事例に沿って考察した。

例えば、パリ条約の同盟国であるA国国民XがA国で最初に特許を登録した場合において、A国の特許権を有するXが、日本人Yに対し、Yが日本で製品を製造し販売するなどの行為がXのA国特許権の侵害にあると主張して、右行為の差止および損害賠償請求を求めた。私見によれば、当面の問題は、特許権侵害の準拠法についての問題である。私見によれば、特許権侵害の準拠法の決定は、権利付与国法主義と不承認の意味での属地主義との組み合わせによるものと思われる。

この点、属地主義とは、A国特許権の効力が仮に日本に及んできても、日本では、当該特許権の効力を承認しないという意味であり、実質法上の属地主義の原則から抵触法上の原則が引き出される。これは、著作物に関するベルヌ条約の規定との対比から明らかにされる。すなわち、ベルヌ条約の5条2項3文が本国以外の同盟国における内国民待遇の原則を規定しているのに対して、パリ条約に規定されている属地主義の原則は、本国における内国民待遇の原則であるということである。このことが意味することは、結果的には、パリ条約においては及んできたものは承認しないという属地主義を採用しているということである。

ある。そのことから、さらに、権利付与国法主義、つまり、抵触法上の属地主義の原則が導かれる。

したがって、パリ条約は、権利付与国法主義と属地主義の原則(不承認)との組み合わせを規定しているものである。この点、著作物に関するベルヌ条約はその構造として、本源国法主義と相対的普遍主義(効力についての内国民待遇の原則:条件付きで承認する)との組み合わせを規定しているものであるという結論が導かれるのである。

権利付与国法主義と属地主義との組み合わせによれば、まず、権利付与国たる A 国で実質的成立要件及び形式的成立要件(登録)を満たしているかを検討する。本件事例の場合には X は A 国において発明し登録を行っており、A 国が権利付与国であると考えられる。当該特許権の効力は属地主義によって A 国国内においてのみ効力を有するので、X は A 国においてのみ A 国特許権を行使できるものである(相対的属地主義)。よって、日本の裁判所は、A 国法に基づいて、日本人 Y の A 国での行為が X に対する特許権侵害に当たるかどうかを、A 国法に基づいて判断する。A 国特許法において、特許権侵害の実質的成立要件及び形式的成立要件を満たせば、A 国で特許権侵害が成立し、X は Y に対して特許権侵害に基づく行為の差止及び損害賠償請求を行うことができるかどうか A 国法によって判断される。

第 3 章 立法提案

本論文の第 3 部においては、早稲田大学グローバル COE 研究グループの立法提案および透明化プロジェクト立法提案をとりあげた。両立法提案の見解を以下に要約すれば次のようである。

すなわち、まず、早稲田大学グローバル COE プロジェクト立法提案によれば、知的財産権の成立、有効性、権利の内容、消滅など知的財産権自体にかかわる問題については、保護国法による(第 301 条)。この場合の保護国法とは、その国の領域について保護が求められる法をいう。次に、当事者による準拠法の合意が原則可能であるが、例外的に知的財産権自体にかかわる問題およびその移転可能性に関する合意は、当事者間のみ効力を有し(第 302 条 1 項)、当該合意は、その合意以前に発生した第三者の権利に影響を及ぼさない(第 302 条 2 項)。さらに、手続問題は、法廷地国法による(第 303 条)。また、知的財産権の侵害および救済方法に関しては、原則として保護国法によるが(第 304 条)、例外的に第 302 条の規定によって当事者が保護国法と異なる準拠法を合意した場合にはこの限りではない。また、裁判所は、領域外行為についての侵害の認定に関しても保護国法の適用範囲内で侵害の認定をすることができる(第 305 条)。続いて、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不特定かつ多数の国における知的財産権侵害に関して、裁判所は、①知的財産権を侵害したとされる者の常居所、②侵害を引き起こす活動地、侵害仕向け地、およびその侵害の主な結果発生地、③権利者の主な利害関係の中心地を考慮して当該知的財産権侵害に関する最密接関係地国法が適用される(第306条)。次に、当事者による準拠法の選択がない場合における知的財産権の譲渡および実施許諾等に関する契約の準拠法に関しては、その契約締結時における当該契約の最密接関係地法が適用される(第307条1項)。この点、裁判所は、①知的財産の実施等につき明示的若しくは黙示的に負担する義務、②許諾された権利の専用的かどうかに関する性質、③知的財産の主な実施等の地と当事者の常居所との関係を考慮して、譲渡人または実施等を行う者の常居所地がより密接な関連を有すると判断する場合には、その物の常居所地法による(第307条2項)。知的財産権に関し契約関係にある者が不法行為により当該知的財産権を侵害した場合にも、その契約関係の準拠法による(第307条3項)。さらに、知的財産権の最初の権利帰属は、保護国の法による(第308条1項)。著作物に関する最初の権利の帰属は、原則最初に創作された国の法によるが、例外的に、最初の創作国が不明である場合には、創作当時の创作者の常居所地国で創作されたものと推定する。创作者が複数いる著作物については、创作者間の合意により指定された创作者の創作当時の常居所地国で創作されたものと推定し、それが無い場合には多数の创作者の創作当時の常居所地国で創作されたものと推定する(第308条2項)。前項の規定による準拠法が知的財産権を認めない場合には、その権利が最初に利用され、保護される国の法による(第308条2項)。知的財産権が雇用契約その他の当事者間において以前から存在する関係から発生している場合には、その契約または関係の準拠法による(第308条2項)。また、知的財産権の移転可能性は、保護国法により(第309条1項)、著作権に関する移転可能性は、原則として最初に創作された国の法により(309条2項、302条2項)、知的財産権の移転の第三者に対する効力については、保護国法を適用する(309条1項、3項)。第1項の規定を準用する。続いて、本原則により準拠法として指定された国の法には、いかなる場合においても、その国の国際私法規定を含まないものとするとして反致を排除する(第310条)。次に、裁判所は、原則として、準拠外国法の証明を義務付けられ、当事者にも内容の確定のために協力を求めることができ(第311条1項)。裁判所は法廷地国の絶対的強行法規の適用を義務付けられ(第312条1項)、裁判所は準拠法のいかににかかわらず、任意的にその法規の性質、目的および適用の結果を考慮して、外国の強行法規を適用することができる(第312条2項)。最後に、本原則の規定によ

り外国法が適用される場合において、その外国法の規定の適用が明らかに法廷地国の公序に反する結果を生じさせるときは、これを適用しない([第313条)。以上が早稲田大学グローバルCOE研究グループの立法提案である。

次に、透明化プロジェクト立法提案によれば、まず、知的財産権侵害の準拠法に関しては、知的財産の利用行為の結果発生地法により(301条1項)、前項の規定にかかわらず、知的財産権侵害によって生ずる成立および効力は、当事者間の契約に基づく義務に違反して知的財産権侵害が行われた時は、当該契約の準拠法による(301条2項)。次に、ユビキタス侵害の準拠法に関しては、知的財産の利用行為の結果が最大か最大となるべき国の法とする(302条1項)とし、前項を適用した結果が特定国との関係で著しく不合理であるときには、当該特定国との関係では、前項で決定された法に基づく責任や救済をあたえることはできない(302条1項)とする。さらに、当事者による事後的な準拠法の変更が原則として認められるが、例外的に、第三者の権利を害する場合には、その変更を第三者に対抗することができない(304条)。また、知的財産権の存在、原始的帰属、および効力に関しては、権利付与国法が適用され、当事者の法選択合意は無効とされる(第305条)。続いて、知的財産権にかかる契約の成立および効力の準拠法は、法の適用に関する通則法7条により定める準拠法により(第306条1項)、当事者による準拠法の合意がない場合の契約の成立および効力の準拠法に関しては、契約の対象となる知的財産権の権利付与国法による。契約の対象となる知的財産権の権利付与国が複数である場合には、権利保有者の常居所地(法人である場合には主たる事業所の所在地)法による(第306条2項)。この点、当該契約に密接に関連を有している他の国があれば、その国の法による(第306条3項)。契約の方式の準拠法についても権利付与国法による(第306条4項)。最後に、知的財産権の担保権に関する準拠法は、当該知的財産権をの権利付与国法による(第307条)。以上が、透明化プロジェクト立法提案の趣旨である。

第4章 国際著作権法と国際特許法との対比

第4章においては、「国際著作権法」と「国際特許法」の中でも、特に相互に類似する制度である「職務著作の準拠法」と「職務発明の準拠法」についてを第1節において比較分析し、「著作権侵害の準拠法」と「特許権侵害の準拠法」についてを第2節において比較分析しておこう。

第1節 著作権の帰属(職務著作)の準拠法と職務発明の準拠法

以下では、第1部「国際特許法」において論じた、「職務発明の準拠法」と、第2部「国際著作権法」において論じた、「著作権の権利の帰属(職務著作)の準拠法」とを比較し、その異同を明らかにしたい。

「職務著作の準拠法」と「職務発明の準拠法」とを比較する上で最も異なる点としては、前者の場合においては、無方式主義によって登録を要しない著作権に関しては、当該権利の帰属の準拠法を論じるに当たり問題となる点は、当該著作権が“誰に帰属するのか”という点、すなわち、①権利の帰属のみが問題となるのに対して、後者の場合においては、①権利の帰属、②権利の移転、③対価請求権の3つの問題が存在する。その結果、「国際著作権法」においては、「著作権の帰属の準拠法」についての問題と、「著作権譲渡の準拠法」についての問題とは別個に論じられたが、「国際特許法」においては、その性質上「特許を受ける権利の帰属の準拠法」についての問題と「特許を受ける権利の譲渡(移転)の準拠法」についての問題とは切り離して論じることはできず、「職務発明の準拠法について」というテーマの中で一括りに論じられるべきテーマであったということからもその相違が伺えよう。この点を踏まえながら、まず、職務発明の準拠法を論じるに当たり問題となる点は、職務発明に含まれるものとして、当該発明に関して、①特許を受ける権利の帰属の問題、②移転の問題、③対価請求権の問題である。

これに対して、②の問題は著作権譲渡に相当する問題であり、③の問題は生じないという点が著作権と特許権とで異なる点である。登録を要しない著作権においては、従業者から使用者に対して著作権が移転されること及び、それに伴う対価請求の問題が生じることはないのである。職務発明における権利の帰属の問題は、法律による移転の問題であるのに対して、著作権譲渡の問題は、契約により移転する問題であり、当事者間の契約によって移転するという性質を有している。一方は、法律による移転という強制的なものであり、他方は、契約行為という任意的なものである。この点からも、特許権と著作権との性質の違いが明らかになる。

これらの違いから特許権と著作権を対して、まず、職務発明の準拠法の決定に関しては、①特許を受ける権利の帰属の問題、②移転の問題、③対価請求権の問題についての問題を一括して物権的法律行為として性質決定し、譲渡の対象となる権利、すなわち特許を受ける権利の準拠法によるのが妥当であると考えられる。したがって、職務発明に関する限り債権的法律行為と物権的法律行為を区別することの意味は重要ではなく、当該発明に関して、

①特許を受ける権利の帰属の問題、②移転の問題、③対価請求権の問題を一括して特許を受ける権利の準拠法によることになり、これについては特許権自体の準拠法決定方法を類推適用し、「権利付与国法主義と属地主義との組み合わせ」によることになろう。

これに対して、著作権の権利の帰属(職務著作)は職務発明のように登録制度が存在しないという点、さらに、各国の法制度が職務著作の問題を一般の著作権に関する問題として捉えているという点からも、創作者の利益が最優先に保護されるよう著作権自体の準拠法によるべきである。したがって、私見によれば、職務著作の問題を著作権自体の問題と考え、権利の享有について本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによるのが妥当であると考えられる。

第2節 特許権侵害の準拠法と著作権侵害の準拠法

本節においては、以上で個別に議論してきた特許権侵害の準拠法と著作権侵害の準拠法とでどのような相違が存在するのかをまとめて締めくくりたい。まず、特許権には登録を必要とするのに対して、著作権については、登録を必要としないという点が大きな相違点となる。この性質の違いに着目し、両者の比較実質法的観点から考察を行うことが目的である。この考察の結果、特許権と著作権とでは、登録行為の有無によって、属地的権利なのか、普遍的権利なのかという点で明確に性質が異なり、この相違は、それぞれの権利に適用される諸原則の違いをもたらすことになるのである。一方で、特許権については、パリ条約の規定によって相対的属地主義が妥当するが、他方で、著作権については、ベルヌ条約の規定によって相対的普遍主義が妥当する。これほど異なる性質を有する権利を知的財産権として一括りに議論することは望ましい状況とはいえないだろう。それぞれの権利の特質に基づいて、それぞれの権利に適用される原則を導かなければならない。この点を踏まえて、以下では、特許権と著作権との性質の対比を諸原則の適用の側面において論じ、本論文の結論としたい。

まず、特許権侵害の準拠法の決定に関しては、パリ条約の構造自体から権利付与国法主義と不承認の意味での属地主義との組み合わせによって導かれるものと思われる。他方で、著作権侵害の準拠法の決定に関しては、ベルヌ条約が本源国法主義によるとする抵触法規定を含み、ベルヌ条約の構造としては本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせを採用しているものである。この点を端的に示しているのが、ベルヌ条約7

条8 項但書きにおいて、著作物の本国における保護期間を超えられないと規定され、この規定により、結果的に、著作物の本国法と保護国法との累積的適用が導かれるものである。

特許権に妥当する属地主義の原則とは、外国で成立した特許権の効力が仮に日本に及んできても、パリ条約によれば、日本では、当該特許権の効力を承認しないことになり、実質法上の属地主義の原則から抵触法上の原則としての権利付与国法主義が引き出される。これに対して、ベルヌ条約が規定する内国民待遇の原則は、5条1項ではまず、権利の享有に関する内国民待遇を規定し、次に、ベルヌ条約の5条3項2文が本国以外の同盟国における内国民待遇の原則を規定し、外国で成立した著作権の効力を内国でも条件付きで承認するという相対的普遍主義を採用している。ベルヌ条約が5条3項2文において保障している”著作物の本国以外の同盟国における保護”の規定が意味するところは、著作権が本国以外の国へ及ぶということであるが、この規定の存在が次のことを導くことになる。すなわち、パリ条約には“著作物の本国における保護(ベルヌ条約5条3項)”に相当する内国民待遇の原則の規定のみが存在し、”著作物の本国以外の同盟国における保護”に相当する規定が存在しない。すなわち、外国で成立した特許権の効力を内国では承認しないという意味での属地主義の原則を意味し、外国において成立した特許権の外国での効力を内国で承認するという意味での相対的属地主義がパリ条約の構造自体から導かれるのである。これに対して、ベルヌ条約においては、内国民待遇の原則が規定され、権利の享有(5条1項)および外国著作権の内国における効力の承認(5条2項3文)を可能としている。すなわち、特許権が属地主義によって1国1特許権として複数の権利を認めているのに対して、著作権は“著作物の本国以外の同盟国における保護”が意味するように、ある国において成立した著作権の効力が他国へおよび、換言すれば、普遍主義によって、世界で唯一つの権利なのである。さらに、特許権は方式(登録)を必要とする。この点からも、特許権については、国家による産業政策上の保護の度合が高く、権利付与国という概念が性質上色濃く表れる。これに対して、著作権においては無方式主義(5条2項1文)が妥当し、著作権として成立するための形式的成立要件は不要である。これは、著作権が特許権よりもより一層個人的な権利としての性質が色濃いことの表れであり、特許権に比べて権利の成立が容易となる。また、特許権においても、著作権においても権利独立の原則が存在するが、特許権における権利の独立の原則(パリ条約4条の2)とは、外国で成立した特許権が消滅した場合に、日本における同一内容の特許権が影響を受けて消滅することはないという独立性を意味し、各国特許権の各々が独立して存在することを意味している。これに対して、ベルヌ条約における権

利独立の原則(5条2項3文)は、無方式主義(5条2項1文)の規定との関係から、方式からの独立のみを意味する規定であり、著作物の本国法上の権利が方式を欠いて効力を発生してなくても、保護国においては本国法において権利が成立したものとみなされる。続いて、著作権においては、パリ条約に存在しない規定として外人法規定(5条2項3文)が置かれている。この点に関しては、学説上議論の分かれるところであるが、私見によれば、効力については条約上の規定(無方式主義および条約上特に与えられる権利)によるほか内国民待遇の原則による(なお、条約上の規定があればそちらが優先する)ということである。したがって、ベルヌ条約は本源国法によるとする抵触法規定を含み、本源国法主義を採用している事が導き出される。したがって、本論文の成果としては、国際著作権法の領域において存在するテーマを包括的に論じ、それにとどまらず、今まで同じ枠組みの中で論じられていた国際特許法との対比を行ったことであり、なおかつ、両者の論点を考える際の具体的な諸原則を個別の事例に沿って論じたことである。

おわりに

「国際著作権法」においては、「著作権の帰属」、「著作権の譲渡」、「著作権の侵害」の準拠法の決定に関してベルヌ条約が抵触法規定を含み、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによるという原則が妥当する(なお、インターネットにおける著作権侵害の準拠法の決定に関しては、WIPO 著作権条約がベルヌ条約の2条から6条を準用していることから著作権侵害の場合に準じて考えることになる)。これに対して、「国際特許法」においては、「職務発明」、「特許権侵害」の準拠法が問題となり、パリ条約が抵触法規定を含み、相対的属地主義と権利付与国法主義との組み合わせによるという原則が妥当するものである。

これらの原則は、ベルヌ条約およびパリ条約のどのような規定ないし構造から導かれるのであろうか。本論文においては、この点に関して一貫して論じて来た。これらを紐解くに当たり、まずは、外国で成立した権利の効力の承認に関する制度を整理する必要がある。

外国で成立した権利の効力に関する承認の局面は次の4つの場合が考えられる。まず、①外国で成立した権利の効力を内国で承認しない絶対的属地主義、②外国で成立した権利の外国での効力を内国において承認する相対的属地主義、③外国で成立した権利の効力を内国において条件付きで承認する相対的普遍主義、最後に、④外国で成立した権利の効力を内国でそのまま承認する絶対的普遍主義が挙げられる。

①絶対的属地主義とは、外国で成立した特許権が外国で侵害された場合には内国の裁判所には外国特許権に関する管轄権がないものとして(手続的属地主義)、もっぱら、侵害地である外国で手続きを行うことになるということである。すなわち、自国の特許権の侵害の場合にのみ自国法が適用され、外国法を適用することはない。このような絶対的属地主義を適用した裁判例としては、パリ条約の非同盟国たる満州国の特許権が満州国で侵害された「満州国特許権事件」が挙げられる。職務発明の準拠法の場合には、外国において特許を受ける権利は判断しないということになる。

②相対的属地主義とは、外国で成立した特許権の効力が外国で侵害され日本が法廷地となった場合にのみ外国法を適用して当該外国の特許権の効力を内国において承認する。すなわち、自国法のみならず、外国法を適用することがある。パリ条約が採用する原則は、この相対的属地主義であり、このことから権利付与国法主義が引き出され、権利付与国が外国である場合には外国法が適用されることになる。外国で成立した特許権の効力がパリ条約の規定により内国に及んだとしても、パリ条約にはベルヌ条約に規定されているような内国における著作物の本源国以外の同盟国における保護に関する規定がないので、承認されない。結果的には、パリ条約においては、相対的属地主義が導かれる。

③相対的普遍主義とは、外国で成立した著作権の効力が内国においても条件付きで承認されるものである。ベルヌ条約は相対的普遍主義を採用し、外国で成立した著作権の効力を日本において内国民待遇の原則(5条2項3文)により承認する。

④絶対的普遍主義とは、外国における法律関係に関して外国法を適用し、内国においても外国で成立した権利の効力が無条件で承認されるものである。一般の国際私法の規定がこれに含まれる。このような規定は完全双方向的抵触規定と呼ばれる。

ここで簡単に抵触法規定と外人法規定についての違いを著作権および特許権のそれぞれの場合に則して述べておこう。まず、抵触法規定とは場所的適用範囲を定める法であり、いずれの国の法が適用されるのかという問題を解決するものである。これに対して、外人法規定とは人的適用範囲を定める法である。このようになことから抵触法規定である本源国法主義と外人法規定である効力についての内国民待遇の原則とは適用の範囲の次元が異なるのである。さらに、結果的には、本源国法と内国法との累積的適用において、かりに本源国法における支分権の一つが内国法において権利として認められていない場合には、その支分権は権利が停止(休眠)している状態であるというだけであって、本国たる外国に

における侵害の場合には、本源国法のみにおいて判断されることとなり、著作権者はその本国法上の権利をすべて行使することが可能なのである。

では、特許権の効力に関してパリ条約が抵触法規定を含み相対的属地主義と権利付与国法主義による場合と、著作権の効力に関して、ベルヌ条約が抵触法規定を含み相対的普遍主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによる場合では、以下のような事例においてどのような相違がみられるのであろうか。

下の表は、外国の権利の日本における侵害の場合の承認について筆者がまとめた表である。

外国の知的財産権の日本における侵害の場合の承認	絶対的	相対的
属地主義	①絶対的属地主義 外国特許権が外国で侵害された場合には内国(法廷地)の管轄権はなく、もっぱら、侵害地である外国で手続きを行うことになる。 パリ条約の適用範囲外	① 対的属地主義 外国特許権が外国で侵害された場合だけを認め、その限りにおいて自国法のみならず外国法を適用する場合がある。 パリ条約が採用
普遍主義	③絶対的普遍主義 外国での法律関係を外国法を適用し自国でもそのまま承認する。 (完全双方向的抵触規定)	④相対的普遍主義 外国著作権が日本で侵害された場合、効力についての内国民待遇の原則の範囲内で承認する。 (不完全双方向的抵触規定) ベルヌ条約が採用

I 同盟国の知的財産権の場合

(1) 【外国特許権の場合】

① 同盟国たる外国で成立した特許権が外国で侵害された場合

本件の場合が、パリ条約の念頭に置いている事例である。したがって、相対的属地主義と権利付与国法主義との組み合わせにより外国法が適用される。

② 同盟国たる外国で成立した特許権が日本で侵害された場合(「カードリーダー事件」)の場合

本件の場合がカードリーダー事件における事例に当たり、パリ条約の適用範囲外であり、A 国で成立した特許権の効力が日本において承認されない。したがって、日本で外国特許権が侵害されることはない。この場合には、法廷地の国際私法により不法行為準拠法が適用され不法行為の成否のみが問題となる。

③ 同盟国たる外国 A で成立した特許権が別の同盟国である外国 B で侵害された場合

本件の場合には、三国間に跨る特許権侵害の場合に当たるためパリ条約の適用範囲外であると考えられる。この場合には、法廷地の国際私法により不法行為準拠法が適用され不法行為の成否のみが問題となる。

(2) 【外国著作権の場合】

① 同盟国たる外国で成立した著作権が外国で侵害された場合

本件の場合には、本源国法の適用となり、外国法が準拠法となる。

② 同盟国たる外国で成立した著作権が日本で侵害された場合

本件の場合が、ベルヌ条約が念頭に置いている典型的な事例であると考えられ、ベルヌ条約が採用する本源国主義と効力についての内国民待遇の原則により、結果的には外国法と日本法の累積的適用となる。ベルヌ条約の規定は、同盟二国間における著作権侵害に関する抵触法規定を含む規定であり、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせにを規定するものである。ベルヌ条約の構造は次のようである。まず、ベルヌ条約 5 条 4 項は、著作物の本国が変動する旨の規定を置いている。まず、未発行著作物の場合には、著作者の本国が著作物の本国となる(ベルヌ条約 5 条 4 項(a)号)。次に、発行著作物の場合には、著作物の最初の発行地が本国となる(ベルヌ条約 5 条 4 項)。さらに、最初に著作物が発行された場所において当該著作物の著作権が成立しない場合には、その権利が成立する場所を探すことになる。このことを規定するものとして、同時に発行された

の著作物の場合に同時発行された場所が本国となる(ベルヌ条約5条4項(b)号)。このような著作物の本国を起点とし、そこでの要件を備え権利が成立すれば著作物の本源国が決定される。次いで、5条1項においては、著作物の本国以外の同盟国における外国人の権利の享有に関する内国民待遇の原則を、5条2項3文においては著作物の本国以外の同盟国における効力についての内国民待遇の原則(外人法規定)を規定している。また、5条3項2文においては、著作物の本国における外国人の権利享有に関する内国民待遇の原則を規定している。さらに、ベルヌ条約5条2項1文においては、無方式主義が規定され、この規定こそがまさに本源国法主義の根拠となる規定である。すなわち、著作物の本国における形式的成立要件(方式としての登録・納本)の要件は不要であり、実質的成立要件に関しては満たさなければならないとする条約上の抵触法規定を置くことにしたものである。しかしながら、本国で方式を満たしていない著作権を内国において保護することになるという矛盾が存在することになるため、ベルヌ条約5条2項2文は、権利独立の原則を規定した。すなわち、方式からの独立を意味している。これによって、本国で方式を欠いて権利が成立していなくとも、保護国においては保護されるということを意味する規定である。続いて、ベルヌ条約5条2項3文は、条約上の外人法規定であると解される。最後に、ベルヌ条約7条8項は、保護期間に関する規定を置き、原則として内国民待遇の原則によるとしながら、同条但書の規定は著作物の本国における保護期間を超えることはないとし、この規定も本源国法主義を採用していることの一つの表れである。

したがって、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせにより、一方で、著作者は、発行地を自ら選択することによって、著作者自身は一層保護の厚い国を選択することができ、他方、利用行為者は、利用行為を行う国の法のみを留意して行動をすればよいのであり、双方の利益が保護され、双方の予測可能性をも担保するものである。

③同盟国たる外国Aで成立した著作権が別の同盟国である外国Bで侵害された場合

本件の場合には、ベルヌ条約の適用範囲外となり、法廷地の国際私法により不法行為準拠法が適用され不法行為の成否のみが問題となる。

II 日本の知的財産権の場合

(1)【日本の特許権の場合】

① 日本で成立した特許権が同盟国たる外国で侵害された場合

本件の場合には、パリ条約の適用範囲内の問題であるが、権利付与国法主義によって日本法が適用される。しかしながら、日本の裁判所において日本法により特許権侵害と判断されたとしても、パリ条約の規定には外国において成立した特許権の効力を承認する規定が存在しないため、外国においては外国判決の承認・執行の次元において日本において成立した特許権の効力は承認されず、したがって、特許権侵害も成立しないことになる。

② 日本で成立した特許権が非同盟国たる外国で侵害された場合。

本件の場合には、パリ条約の適用範囲外であるとして、法廷地国際私法による。この点、日本で成立した特許権の効力は外国へは及ばないという効力についての属地主義が妥当する。したがって、特許権侵害が成立しない。

③ 日本で成立した同盟国国民たる外国人の特許権が日本で侵害された場合

本件の場合には、国内事件として内国民待遇の原則(パリ条約2条)により日本において外国人の特許権の享有が認められ、日本の特許法が適用される。

④ 日本で成立した非同盟国国民たる外国人の特許権が日本で侵害された場合

本件の場合には、国内事件として日本の特許法25条の相互主義の規定によって、外国において日本人の特許権の享有が認められている場合には、日本において外国人の特許権の享有が認められ、日本の特許法が適用される。

(2) 【日本の著作権の場合】

① 日本で成立した著作権が同盟国たる外国で侵害された場合

本件の場合には、本源国法の適用となり、日本法が準拠法となる。

② 日本で成立した著作権が同盟国たる外国で侵害された場合

侵害地国たる外国が非同盟国である場合には条約の適用範囲外となるが、コピーライトヘブンの問題は生じない。この点、保護国法主義を採用した場合にはこの問題を解決することはできない。日本の刑法施行法27条柱書及び1号は、日本の著作権が非同盟国たる外国において日本人によって侵害された場合には、刑法3条における積極的属人主義により刑法の域外適用を認めており、このことが日本で成立した著作権の効力が非同盟国たる外国にも及ぶことを示している。すなわち、日本で成立した著作権の普遍的効力を前提としていると考えられる。したがって、普遍主義から本源国法主義が導かれ、本源国法たる日本の著作権法が適用される(一方的抵触規定)。その帰結として、本源国法主義による場合には、日本法の適用となり保護国法主義を採用した場合に発生するコピーライトヘブン

の問題は生じない。これに対して、保護国法主義によれば、保護国を侵害行為地であるとしたならば、非同盟国が保護国となり外国法の適用となる。外国法上、複製権が認められていなければ、この場合にコピーライトヘブンの問題が発生し、保護国法主義を採用した場合の弊害が顕著に現れる。

③ 日本で成立した同盟国国民たる外国人の著作権が日本で侵害された場合

本件の場合には、著作物の本国が日本となるので、国内事件として、5条3項2文の適用により、外国人の権利の享有が認められ、日本の著作権法が適用される。

III 非同盟国の知的財産権の場合

(1) 【外国特許権の場合】

① 非同盟国たる外国で成立した特許権が当該外国で侵害された場合（「満州国特許事件」）

本件の場合が、満州国特許権事件の事例に当たり、パリ条約の適用範囲外であるとして、特許権自体の成立が認められず、絶対的属地主義による。したがって、法廷地の国際私法により不法行為準拠法が適用され不法行為の成否のみが問題となる。

② 非同盟国たる外国で成立した特許権が日本で侵害された場合

本件の場合には、パリ条約の適用範囲外であるとして、特許権自体の成立が認められず、法廷地の国際私法により不法行為準拠法が適用され不法行為の成否のみが問題となる。

(2) 【外国著作権の場合】

① 非同盟国たる外国で成立した著作権が当該外国で侵害された場合

本件の場合には、ベルヌ条約の適用範囲外であるとして、著作権自体の成立が認められず、絶対的属地主義による。したがって、法廷地の国際私法により不法行為準拠法が適用され不法行為の成否のみが問題となる。

② 非同盟国たる外国で成立した著作権が日本で侵害された場合

本件の場合には、ベルヌ条約の適用範囲外の問題であるとして、したがって、法廷地の国際私法により不法行為準拠法が適用され不法行為の成否のみが問題となる。

以上のことを纏めると、抵触法規定である本源国法主義(根拠規定としては5条2項1文：無方式主義)と外人法規定である効力についての内国民待遇の原則(効力については5条2項3文、なお、著作権の帰属については14条の2(2)(a)号、著作権の譲渡に関しては14条の2(2)

(c)号)との組み合わせによることになる。また、ベルヌ条約が普遍主義を採用する根拠としては、ベルヌ条約が効力について内国民待遇の原則を採用し、外国において成立した著作権の効力を内国民待遇の原則により承認するというシステムを採用していることである(相対的普遍主義)。

このような原則を採用した場合の最大のメリットとしては、本源国法主義によって著作権者は著作物の本国法のみに従って行動すればよいという法的利益の保護を、さらに、効力についての内国民待遇の原則によって利用行為者は内国法のみに従って行動すればよいという法的利益の保護をも実現するものである。

これに対して、特許権に関するパリ条約は、結果的に同盟二国間の特許権侵害に関する抵触法規定を含む規定であり、相対的属地主義と権利付与国法主義との組み合わせによるという原則を採用しているものである。パリ条約は外国特許権が外国で侵害され日本が法廷地となったような局面を規律するような規定である。それは次のような構造から導かれる。すなわち、パリ条約2条は、権利付与国が内国における場合の内国民待遇の原則を規定しているのみで、権利付与国以外の同盟国における保護の場合の規定を置いていない。このことがパリ条約の原則を理解するポイントとなる。この点、ベルヌ条約は本国以外の同盟国における保護を規定することで、著作物の効力が他国へ及ぶという普遍主義を採用しているが、他方で、パリ条約においてはそのような規定が存在しない。この二つの条約の対比によって導かれる結論としては、パリ条約は特許権に関して属地主義を採用しているものであるということが導かれる。この属地主義には二つの意味が含まれている。まず、特許権の効力は他国へは及ばないという第1の意味での属地主義である。次に、外国の特許権が日本へ及ぶことがありえるが、仮に及んできた場合には、その外国において成立した特許権の効力を日本では承認しないという第2の意味での属地主義である。これが、不承認の意味での属地主義は実質法上の属地主義である。

最後に、著作権の場合には、著作権の効力が他国に及ぶということからも、「インターネットにおける著作権侵害の準拠法」の決定が問題となる。このようなインターネットにおける侵害は特許権侵害の場合にはあまり見受けられない。このことから、特許権には属地主義が妥当することが伺えよう。

この点、例えば、外国著作物について、その権利がインターネットを経由して日本で侵害された場合に、いずれの法によって準拠法が決定されるかが問題となる場合には、WIPO著作権条約がベルヌ条約2条から6条を準用していることから、著作権侵害の準拠法の決定

の場合と同様に本源国法主義(5条2項1文)と効力についての内国民待遇の原則(5条2項3文)との組み合わせによることになる。また、著作物の本国の決定については、発行著作物に関する発行地(5条4項(a)号)を「データが最初にアップロードされたサーバー所在地」と読み替えることになる。その結果、本国法と内国法との累積的適用となり本国においても侵害地国たる内国においても権利が認められなければならない、その権利の侵害の成立要件についても両国の要件を満たした場合に侵害が成立するというものである。

このように、著作権と特許権はこれまで知的財産権として同様に論じられてきた。本研究においては、従来の見解に対して本当に同様の原則の下に論じられてよいのであろうかといった問題提起に基づいて、著作権には無方式主義が採用されていることから普遍主義が、特許権については方式主義(登録制度)が採用されていることから属地主義が妥当するという両権利の性質の違いに着目したものである。これにより、前者については、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則との組み合わせによるとする原則が妥当し、後者については、相対的属地主義と権利付与国法主義との組み合わせによるとする原則が妥当するという結論を導くことができた。これらの原則に基づくならば、従来議論には見られなかった、著作権と特許権とを一括して知的財産権の問題として論じるのではなく、その性質上の相違に着目して妥当な準拠法決定を行い問題を解決できる。そうであるならば、権利者と利用行為者の双方の利益保護の観点からも、法的安定性を確保しながら、円滑な権利の行使が実現できるものと思われる。

このように著作権侵害の準拠法決定の場合と特許権侵害の準拠法決定の場合では、異なる原則が妥当する。これらの違いは、「著作権の帰属(職務発明)の準拠法」と「職務発明の準拠法」の決定の場合にもみられる。

では、比較実質法上はどのような違いがみられるのであるか。一方で、「著作権の帰属(職務著作の準拠法)」に関する比較法的考察の結果としては、職務著作の概念が存在する国においても職務著作は一般の著作権に関する問題として捉えられていると考えられる。したがって、職務著作の問題はいずれの国においても著作権の問題として捉えられ、創作者の利益が最優先に保護されるよう構成されているのである。すなわち、職務著作を職務著作という独立した単位法律関係の下で考えているのではなく、著作権の帰属の問題として著作権自体の準拠法によるものである。

他方で、「職務発明の準拠法」に関する比較法的考察の結果としては、各国の実質法上の制度においては、職務発明に関して個別に従業者発明法により規律しているドイツ法を

除いては、多数の国々においては、特許法の規定によって規律され、特許を受ける権利の譲渡ないし承継の問題として捉えられている。それゆえ、国際私法上も職務発明に関する問題に関して、特許を受ける権利の譲渡ないし承継に関する問題として性質決定すべきであると考えられる。さらに、これらの諸外国の法制度においては、特許を受ける権利の帰属に関して使用者主義を規定しているのはイギリス法のみであり、使用者主義を採用しているフランス法においても、反対の定めのないかぎりという条件付きであるという点、あるいは、アメリカ、ドイツ、日本においては、従業員に特許を受ける権利が原始的に帰属する点などを考慮すれば、各国の法制度においては、従業員に原始的に権利が帰属するような傾向にある。

以上のような比較実質法的考察の結果、まず、「著作権の帰属(職務著作)の準拠法」の決定に関しては、著作権の帰属は職務著作として労働契約の準拠法によるような性質のものではなく、著作権自体の準拠法によるということが導かれ、他方、職務発明の準拠法については、特許を受ける権利の帰属については、当該権利の移転、対価請求の問題を一括して、物権的法律行為として性質決定し、特許を受ける権利の準拠法によることになり、特許権自体の準拠法決定方法を類推適用することになる。結果的には、職務発明の問題に関しては、譲渡契約におけるように債権的法律行為と物権的法律行為とを区別する必要がなくなり一括して特許権自体の準拠法決定方法の類推適用によることになるのである。

このように考えるならば、著作権の帰属(職務著作)についての準拠法の決定に関しては、本源国法主義(無方式主義を採用した5条2項1文の反対解釈)と権利の帰属についての内国民待遇の原則(14条の2(2)(a)号)との組み合わせによるものである。

続いて、特許権においては特許を受ける権利の譲渡という形で職務発明の準拠法の決定の際に論じられ、特許権の譲渡について触れた論文があまり存在せず論じられてこなかった。これに対して、著作権においては、著作権譲渡の準拠法が問題となる。比較実質法的にみれば、日本においては著作権移転に関して債権的意思表示を満たすということのみで著作権が移転されるのに対して、各国の法制度上は債権的法律行為(原因行為たる譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とが区別され、著作権の移転に関して、物権的意思表示の他に、形式的成立要件としての方式(書面)を要求している国が多数見受けられる。

したがって、このような比較実質法の下で導かれる結論としては、著作権の譲渡に関する準拠法の決定に関して、比較実質法の観点から、債権的法律行為と物権的法律行為とを区別すべきであると思われる。また、諸国の法制度上、著作権の移転の方式として書面が

要求されているので、契約準拠法に委ねてしまうと第三者の予測可能性を害することになってしまうからである。著作権の移転については、ベルヌ条約が抵触法規定を含んでおり、ベルヌ条約14条の2第2項c号の規定により、著作物の本国法としての映画の製作者の主たる事務所または常居所地法の適用(同条約第5条4項(c)号(i))と、内国民待遇の原則の組み合わせ)の類推適用によって導かれる。したがって、本源国法主義と譲渡についての内国民待遇の原則によることが望ましいと思われる。さらに、第三者対抗要件は著作権の効力の問題であるので、第三者対抗要件としての登録の要件についても、本源国法主義と内国民待遇の原則との組み合わせによる。

このように著作権侵害の準拠法決定の場合と特許権侵害の準拠法決定の場合では、異なる原則が妥当する。これらの違いは、「著作権の帰属(職務発明)の準拠法」と「職務発明の準拠法」の決定の場合にもみられる。

この点に関して、著作権の帰属(職務著作)の準拠法に関する問題と、職務発明の準拠法に関する問題とでは、前者が契約によって著作権が著作権者に帰属するのに対して、後者は法律により特許を受ける権利が従業員に帰属するという点に違いがみられる。

さらに、著作権においては、著作権の帰属が問題となっているのに対して、職務発明の場合には、特許権の帰属というものではなく、特許を受ける権利の帰属が問題となっている。さらには、著作権においては著作権の譲渡の準拠法が単独で論じられてきたが、特許権においては、特許権の譲渡ではなく、特許を受ける権利の譲渡として職務発明の一連の問題として論じられているという違いがみられる。

では、このような違いがみられる職務著作と職務発明の制度に関しては、比較実質法上はどのような違いがみられるのであるか。一方で、「著作権の帰属(職務著作の準拠法)」に関する比較実質法的考察の結果としては、職務著作の概念が存在する国においても職務著作は一般の著作権に関する問題として捉えられていると考えられる。したがって、職務著作の問題はいずれの国においても著作権の問題として捉えられ、創作者の利益が最優先に保護されるよう構成されているのである。すなわち、労働契約の性質をもった職務著作という独立した単位法律関係の下で考えているのではなく、著作権自体の準拠法により著作権の帰属の問題として論じるものである。

他方で、「職務発明の準拠法」に関する比較実質法的考察の結果としては、各国の実質法上の制度においては、職務発明に関して個別に従業者発明法により規律しているドイツ法を除いては、多数の国々においては、特許法の規定によって規律され、特許を受ける権

権利の譲渡ないし承継の問題として捉えられている。それゆえ、国際私法上も職務発明に関する問題に関して、特許を受ける権利の譲渡ないし承継に関する問題として性質決定すべきであると考えられる。さらに、これらの諸外国の法制度においては、特許を受ける権利の帰属に関して使用者主義を規定しているのはイギリス法のみであり、使用者主義を採用しているフランス法においても、反対の定めのないかぎりという条件付きであるという点、あるいは、アメリカ、ドイツ、日本においては、従業員に特許を受ける権利が原始的に帰属する点などを考慮すれば、各国の法制度においては、従業員に原始的に権利が帰属するような傾向にある。

したがって、以上のような比較法的考察の結果、まず、「著作権の帰属(職務著作)の準拠法」の決定に関しては、著作権の帰属は職務著作として労働契約の準拠法によるような性質のものではなく、著作権自体の準拠法によるということが導かれ、他方、職務発明の準拠法については、特許を受ける権利の帰属については、従業員に権利が帰属するものとして、当該権利の移転、対価請求の問題と一括して、物権的法律行為の準拠法と性質決定し、特許権自体の準拠法決定方法の類推適用による。結果的には、職務発明の問題を譲渡契約におけるような債権的法律行為と物権的法律行為とを区別する必要がなくなり一括して特許権自体の準拠法決定方法の類推適用によることになるのである。

このように考えるならば、著作権の帰属(職務著作)についての準拠法の決定に関しては、本源国法主義(5条2項3文)と権利の帰属についての内国民待遇の原則(14条の2(2)(a))との組み合わせによるものである。

次に、「職務発明の準拠法」の決定に関しては、比較実質法による考察の結果として、各国の実質法上の制度においては、職務発明に関して特許法の規定によって規律され、特許を受ける権利の譲渡ないし承継の問題として捉えられている。それゆえ、国際私法上も職務発明に関する問題に関して、特許を受ける権利の譲渡ないし承継に関する問題として性質決定すべきであると考えられる。さらに、各国の法制度においては、従業員に原始的に権利が帰属するような傾向にある。したがって、私見によれば、①特許を受ける権利の帰属の問題、②移転の問題、③対価請求権の問題についての問題を物権的法律行為として性質決定し、譲渡の対象となる権利、すなわち特許を受ける権利の準拠法によるのが妥当であるとする。帰属、移転、対価請求権については一括して物権的法律行為として特許を受ける権利の準拠法によることになろう。このように考えるならば、債権的法律行為と物権的法律行為とに区別することを待つまでもなく、法律による移転の問題として処理す

ることになり、最終的には、特許を受ける権利の問題として、①特許を受ける権利の帰属の問題、②移転の問題、③対価請求権の問題についての問題については特許権の準拠法決定方法を類推適用することになる。特許権においては特許を受ける権利の譲渡という形で職務発明の準拠法の決定の際に論じられ、特許権の譲渡について触れた論文があまり存在せず論じてこなかった。

これに対して、著作権においては、著作権譲渡の準拠法が問題となる。比較実質法的にみれば、日本においては著作権移転に関して債権的意思表示を満たすということのみで著作権が移転されるのに対して、各国の法制度上は債権的法律行為(原因行為としての譲渡契約)と物権的法律行為(著作権の移転行為)とが区別され、著作権の移転に関して、物権的意思表示の他に、形式的成立要件としての方式(書面)を要求している国が多数見受けられる。したがって、このような比較実質法の下で導かれる結論としては、著作権の譲渡に関する準拠法の決定に関して、比較実質法の観点から、債権的法律行為と物権的法律行為とを区別すべきであると思われる。また、諸国の法制度上、著作権の移転の方式として書面が要求されているので、契約準拠法に委ねてしまうと第三者の予測可能性を害することになってしまうからである。著作権の移転については、ベルヌ条約が抵触法規定を含んでおり、ベルヌ条約14条の2第2項c号の規定(同条約第5条4項(c)号(i)により、著作物の本国法としての映画の製作者の主たる事務所または常居所地法の適用と、保護国法としての内国民待遇の原則の組み合わせ)の類推適用によって導かれる。したがって、本源国法主義と譲渡についての内国民待遇の原則によることが望ましいと思われる(ベルヌ条約がそれ自体の構造として動産物権の準拠法(所在地の変更を含む原則)を適用するという制度を実現しているものである)。さらに、第三者対抗要件は著作権の効力の問題であるので、第三者対抗要件としての登録の要件についても、本源国法主義と内国民待遇の原則との組み合わせによる。

したがって、ベルヌ条約は、著作権の準拠法として「帰属」、「譲渡」、「侵害」に関する抵触法規定を含み、本源国法主義と効力についての内国民待遇の原則の組み合わせによる。すなわち、帰属については、内国民待遇の原則はベルヌ条約14条の2(2)項(a)号、譲渡については、内国民待遇の原則はベルヌ条約14条の2(2)項(c)号、侵害については、内国民待遇の原則はベルヌ条約5条2項3文に基づくものである。

文献目録

【外国語文献】

A. Taillefer, Revision de la Convention de Berne Examen du texte vote par la conference de Berlin, 1909

André Petit, Étude sur la Convention de Berlin de 1908 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, 1911

Barbara Wyler, Die Gleichbehandlung in- und Ausländischer Urheber in der Schweiz, Die Berner Übereinkunft und die Schweiz

Claude Masouyé, Kommentar zur Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst, 1981

Ernest Röthlisberger, Die Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst, 1906

Ernest Röthlisberger, Du droit des auteurs et des artistes dans les rapports créés par les unions internationales et notamment par l'union prototype de Berne de 1886, 1912

Emile Potu, La Convention de Berne pour La protection des œuvres littéraires et Artistiques Révisée à Berlin le 13 Novembre 1908 et le Protocole Additionnel de Berne du 20 mars 1914

Francesco Ruffini, De la protection internationale des droits sur les œuvres littéraires et artistiques, Recuei des Cours, 1926

Hermann Dungs, Die Berner Übereinkunft über internAtionAls Urheberrecht, 1910

Joseph Dubois, De la revision en 1908 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, Journal du droit international privé, 1909

Michael M. Wlter, La liberé contractuelle dans le domaine du droit d' auteur et les conflits de lois, Revue international du droit d' auteur (1976)

Paul Wauwermans, La Convention de Berne révisée por la protection des œuvres littéraires et Artistiques, 1910

Reto M Hilty, Die Bedeutung des Ursprungslandes in der Übereinkunft, Die Berner Übereinkunft und die Schweiz, 1986

Sam Ricketson, The Berne Convention for the Protection of Literary And Artistic Works: 1886-1986, 1987

Wilhelm Nordemann, Kai Vinck, W. Hertin, Internationales Urheberrecht und Leistungsschutzrecht der deutschsprachigen Länder unter Berücksichtigung auch der Staaten der Europäischen Gemeinschaft, 1977

Walter Rappert und Egon Wagner, Internationales Urheberrecht, 1956

THE BERNE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF LITERARY AND ARTISTIC WORKS FROM 1886 TO 1986 (WIPO, 1986)

Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, Acte de la Conférence réunies a Berlin du 14 Octobre au 14 Novembre 1908 avec Actes de la Ratification

Bureau de l'union internationale littéraire et Artistiques, 1910

【邦語文献】

【著書】

江口順一・茶園茂樹「第6章 国際取引と知的財産」松岡博 編『現代国際取引法講義』法律文化社 (NJ 叢書) (1996年)

石黒一憲「二 いわゆる属地主義(特許独立の原則)とパリ条約準拠法選択の基本的な在り方との関係において——」『国境を越える知的財産』信山社(2005年)

同「II 知的財産権と属地主義——特許独立の原則の再評価」相澤英孝・大淵哲也・小泉直樹・田村義之編『知的財産法の理論と現代的課題——中山信弘先生還暦記念論集』弘文堂(2005年)

河野俊之「第一部 立法提案」河野俊之編『知的財産権と涉外民事訴訟』弘文堂(2010年)

木棚照一『国際工業所有権法の研究』日本評論社(1989年)

同『パリ条約と属地主義』知的財産権の潮流⑦No. 939(1989年)

同『新版 国際経済法』青林書院(1993年)

同『国際知的財産法』日本評論社(2009年)

同「第一部 知的財産権に関する国際私法原則 日韓共同提案(2010年10月14日版)」木棚照一編『知的財産の国際私法原則研究——東アジアからの日韓共同提案——』早稲田大学比較法研究所叢書40(2012年)

清瀬一郎博士『特許法原理』中央書店(1992年)

金彦叔『知的財産権と国際私法』中山信弘編 財団法人 知的財産研究所 信山社(2006年9月)

同『国際知的財産権保護と法の抵触』信山社(2011年)

黒川徳太郎訳『ベルヌ条約(パリ規定、1971年)逐条解説』著作権資料協会(1979年)

桑田三郎『工業所有権法における比較法』中央大学出版部(1984年)

同『工業所有権法における比較法』中央大学出版部(1984年)

同『国際商標法の諸問題』中央大学出版部(1992年10月)

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—上智法学論集45巻1号(2001年9月)

駒田泰土「IV. インターネットの普及に伴う知的財産侵害をめぐる諸問題 2. インターネットによる著作権侵害の準拠法」財団法人知的財産研究所『知的財産紛争と国際私法上の課題に関する調査研究』(2000年3月)105頁参照。

同「第4章 準拠法・裁判管轄 プロバイダーの責任—国際裁判管轄／準拠法問題」『「電子商取引時代における著作権問題の研究」委員会—サービス・プロバイダーの責任—中間報告書』社団法人著作権情報センター(2000年12月)

同「職務発明に関する規律と準拠法」田村義之・山本敬三編『職務発明』(2005年3月)

齋藤彰「並行輸入による特許権侵害」『知的財産の法的保護』関西大学法学研究所研究叢書15冊(1997年)

同「国際私法的視点から見たインターネットと著作権に関する覚書—法律による規律の限界を突き破るために—」『知的財産権の法的保護Ⅱ』関西大学法学研究所 法学叢書第20冊(2000年)

作花文雄『著作権法(第3版)』ぎょうせい(2005年1月)

同『詳解著作権法』ぎょうせい(1999年)

櫻田嘉章訳『国際私法の基礎理論(第2版)』(7)〔ノイハウス著〕北大法学論集34巻3・4号(1984年3月)

澤木敬郎『国際私法入門(第3版)』有斐閣双書(1990年05月)

同・道垣内正人『国際私法入門(第6版)』(2007年)

田村善之『著作権法概説(初版)』有斐閣(1998年)

同『著作権法概説(第2版)』有斐閣(2001年11月)

同「インターネット上の著作権侵害の成否と責任主体」『情報・秩序・ネットワーク』(北海道大学法学部ライブラリー3)北海道大学図書刊行会(1999年)

茶園成樹「第6章 国際取引と知的財産権 論点16インターネットを通じた著作権侵害の準拠法」渡辺惺之・野村美明編『論点解説 国際取引法』法律文化社(2002年3年)

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』三省堂(2001年11月)

土井 輝生『国際私法講座』有斐閣 国際法学会 第3巻(1964年)

同『工業所有権・著作権と国際私法』成文堂(1967年)

同「第9章 無体財産権」山田鐸一・沢木敬郎編『国際私法講義』青林講義シリーズ 青林書院新社(1970年、1982年)

道垣内正人『ポイント国際私法(各論)』(2000年)

同「知的財産権 I 第三章 準拠法に関する通則」櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法 第1巻 法の適用に関する通則法 § § 1～23』有斐閣コンメンタール(2011年12月)

同「IVインターネットの普及に伴う知的財産権侵害をめぐる諸問題1. インターネットを通じた著作権侵害の準拠法」財団法人知的財産研究所『知的財産紛争と国際私法上の課題に関する調査研究』(2000年3月)

同「第13章 特許法35条と外国特許」道垣内正人・高林龍編『知的財産法制の再構築』(2008年)

同「特許権をめぐる国際私法上の問題」知財管理 Vol. 60、No. 6(2010年)

中野俊一郎 木棚照一＝松岡博著『基本法コンメンタール国際私法』日本評論社(1994年5月)

前田実紀「著作権法における域外適用アプローチと準拠法アプローチ」『国際私法年報14』(2012年)

松岡博「第三節 ダリ事件を巡る判例・学説の状況と問題点の検討」松岡博編『国際知的財産法の潮流』帝塚山大学出版会(2008年3月)

同『現代国際取引法講義』NJ 叢書(1996年)

水野錬太郎『著作権法』水野錬太郎著作権シリーズ第四集 黎文社(1974年)

紋谷暢男「無体財産権」山田鐸一・澤木敬郎編『国際私演習』(1973年)

同「知的財産権の国際的保護」『国際私法の争点(新版)』(1996年)

同「無体財産権の国際的保護」有斐閣双書『無体財産権法概論(第7版)』有斐閣(1997年)

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』（2001年）

山口敦子「現代社会と著作権法」野村豊弘・牧野利秋編集代表編『斎藤博先生御退職記念論集』弘文堂(2008年6月)

山田鎌一『国際私法』有斐閣[2004年12月]

山本隆司「公衆送信権侵害の準拠法」森泉章他編『著作権法と民法の現代的課題』半田正夫先生古希記念論集 法学書院(2003年3月)

【論文】

石光現「1早稲田大学グローバル COE 研究グループによる『知的財産権に関する国際私法原則(日韓共同提案)』について」木棚照一編『知的財産の国際私法原則研究——東アジアからの日韓共同提案——』早稲田大学比較法研究所叢書40成文堂(2012年12月)

江泉芳信(2003年3月)「インターネットを利用した著作権侵害事案の国際私法的検討」

『著作権法と民法の現代的課題』半田正夫先生古希記念論集

大友明彦「不当利得と基本関係の間の国際私法上の性質決定問題(二・完)」大阪市立大学法学会 法学雑誌 第46巻 第4号(1954年)

大塚章男「国際的な知的財産紛争の裁判管轄と準拠法」国際商事法務 Vol. 29、No. 10(2001年)

大野聖二「カードリーダー事件最高裁判決の理論的検討と実務上の課題」AIPPI 48巻3号(2003年3月)

梶野篤志「知的財産法判例研究」北大法学論集 第53巻 第5号(2003年)

烏吉木「特許権侵害の準拠法」河野俊之編『知的財産権と涉外民事訴訟』帝塚山法学13(2006年)

木棚照一「中国法人からの著作物の著作権侵害を理由とする損害賠償請求と映画の著作物に関する著作権の帰属」ジュリスト No. 1446(2012年10月)

同「映画著作物の著作権侵害を理由とする中国法人からの損害賠償請求等に関する事例〈判例評釈164〉」知的財産権法判例研究会 発明110巻3号(2013年3月)

同「国際的な知的財産紛争の準拠法」民事法研究会 L&T16号(2002年7月)

同「サービス・プロバイダーの法的地位と責任——国際私法上の課題——」著作権研究28号(2001年)

同「日本および韓国からみた知的財産に関する国際私法原則 知的財産権に関する国際私法原則案——日本グループの準拠法に関する部分の提案」(<http://www.globalcoe-waseda-law-commerce.org/activity/pdf/19/20.pdf>) 早稲田大学21世紀 COE 《企業法制と法創造》総合研究所 企業と法創造(2009年12月)

同「第一部 知的財産権に関する国際私法原則 日韓共同提案(2010年10月14日版)」木棚照一編『知的財産の国際私法原則研究——東アジアからの日韓共同提案——』早稲田大学比較法研究所叢書40(2012年)

金彦叔「知的財産権の国際的保護と法の抵触(3)」法学教会雑誌126巻10号(2009年)

同「知的財産権の国際的保護と法の抵触(4)」法学教会雑誌126巻11号(2009年)

国友明彦「不当利得と基本関係の間の国際私法上の性質決定問題(二・完)」法学雑誌第46巻 第4号(2000年3月)

桑田三郎「並行輸入の諸問題」特許研究 No. 11 (1991年)

小泉直樹「国際著作権契約法序説」著作権研究 No27(2000年)

同「いわゆる属地主義について——知的財産法と国際私法の間——上智法学論集45巻1号(2001年9月)

同「特許法35条の外国特許権に対する適用」L&T No. 19 (2003年4月)

同「特許法35条の適用範囲」民商法雑誌128巻4・5号(2003年)

河野俊之「外国特許を受ける権利に対する特許法35条の適用可能性について(1)——国際私法の観点から——」民商法雑誌132巻4・5号

小島立「第2章 準拠法——(1)知的財産権侵害の準拠法」『知的財産と涉外民事訴訟』(2010年8月)

駒田泰土「ベルヌ条約と著作権に関する国際私法上の原則」国際外交法雑誌98 巻4号(1998年)

同「特別論文インターネット送信に係る著作権の準拠法と属地主義の原則に関する覚書」『「電子商取引時代における著作権問題の研究」委員会——サービス・プロバイダー責任——中間報告』社団法人著作権情報センター附属著作権研究所(2000年)

同「インターネットによる著作権侵害の準拠法に関する議論状況」コピーライト2000年5月号

同「報告 国際私法及び知的所有権に関する WIPO フォーラム、ハーグ国際私法会議に参加して」コピーライト41巻(2001年4月)

- 同「著作権をめぐる国際裁判管轄および準拠法について」国際私法年報第6号(2004年)
- 同「職務著作の準拠法」知的財産法政策学研究 Vol. 5(2005年)
- 同「職務発明に関する規律と準拠法」田村義之・山本敬三編『職務発明』(2005年3月)
- 同「第5章 職務創作の抵触法的規律」大阪大学法政実務連携センター編『企業活動における知的財産』大阪大学出版会(2006年)
- 同「著作者の権利の性質決定と法律の抵触」筑波大学博士(法学)学位論文(1998年)
- 斎藤彰「4. 国際化社会における知的財産と国際私法」『知的財産を巡る国際的な紛争に関する調査研究報告書』財団法人知的財産研究所(2001年)
- 作花文雄「インターネット・衛星放送と準拠法——グローバル・ネットワーク時代における秩序の形成に向けて——」コピーライト1999年2月号
- 島並良「知的財産権の効力等に関する準拠法」河野俊行編『知的財産と涉外民事訴訟』(2010年8月)
- 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(2007年)
- 同「国際的な知的財産権侵害事件における抵触理論について(一)(二・完)」法学論叢 京都大学法学会誌154巻2号・3号(2003年)
- 同「国際私法における特許を受ける権利の承継——いわゆる日立製作所事件最高裁判決を契機として——」(財)知的財産研究所(2008年)
- 實川和子「国際私法における準拠法について——フォンバル教授の見解を中心として——」法学新報103巻1号(1996年)
- 同「ドイツ国際私法における著作権侵害の準拠法に関する一考察」青森中央学院 大学研究紀要第3号(2001年3月)
- 高杉直「第5章 国際的な特許出願と職務発明——外国特許を受ける権利の対価請求の準拠法を中心に——」松岡博編『国際知的財産法の潮流』帝塚山大学出版会叢書(2008年3月)
- 高部眞規子「特許権侵害訴訟と国際裁判管轄」中山信弘編『知的財産権法と現代社会』牧野利秋判事退官記念論文集(1999年)
- 同「侵害訴訟の判例の動向」『特許関係訴訟と審判』日本工業所有権法学会(2003年)

同「渉外的著作権訴訟の論点」野村豊弘、牧野利秋編『現代社会と著作権法』（2008年）

竹田和彦「職務発明の帰属と対価をめぐる問題——青色LED・光ディスク両判決を踏まえて——」法律のひろばVol. 56(2003年2月)

茶園成樹「国境を越える知的財産権」多賀谷一照・松本恒雄編『情報ネットワークの法律実務』第一法規(2000年)

同「第6章 国際取引と知的財産」松岡博編『現代国際取引法講義』（1996年4月）

同「国際私法上の知的財産権めぐる諸問題に関する調査研究報告書」財団法人知的財産研究所(2004年)

塚越建太郎訳「ベルヌ条約創設会議の記録 スイスのベルンで開催された文学的及び美術的著作物の著作者の権利の保護のための第1回(1884年)～第3回(1886年)国際会議」社団法人著作権情報センター(著作権シリーズ90)(1995年)

陳一「特許法の国際的適用問題に関する一考察：BBS事件最高裁判決を出発点としつつ(松野みどり教授 退官記念論文集)」金沢法学46巻2号(2004年3月)

土井輝生「外国著作物の無断翻訳出版をめぐる国際私法問題」綜合法学6号2巻(1963年)

同「技術援助契約の準拠法」早稲田法学会39巻1号(1964年)

道垣内正人「解説：インターネット時代の著作権保護についての国際私法上の問題——WIPOにおける専門家会合に出席して——」コピーライト1999年1月号(1999年)

同「インターネットを通じた不法行為・著作権侵害の準拠法」日本国際経済法学会年報第8号(1999年)

同「著作権をめぐる準拠法及び国際裁判管轄」コピーライト2000年月号(2000年8月)

同「国境を越える不法行為」多賀谷一照・松本恒雄編『情報ネットワークの法律実務』第一法規出版(1999年)

内務省「著作権保護同盟条約修正ニ關スル萬國會議報告書」(1967年)

中川浄宗「著作権及び著作者人格権の侵害に関する準拠法を日本法と決定し、翻訳権並びに同一性保持権の侵害を認めた事例——『X0 鬻男と杏仁女』事件——」東海法学第38号(2007年)

中野俊一郎「5知的財産権に関する国際私法原則とライセンス・技術移転」木棚照一編『知的財産の国際私法原則研究——東アジアからの日韓共同提案——』早稲田大学比較法研究所叢書40(2012年)

中山真理「インターネットにおける知的財産に関する適用規範をめぐる諸問題」知的財産研究所 知的財産研究フォーラム61号(2005年)

長田真理「知的財産権と渉外的民事訴訟」河野俊行編『知的財産と渉外民事訴訟』弘文堂(2010年8月)

西谷裕子「職務発明と外国で特許を受ける権利について」法学69巻5号(2005年)

同「(不法行為)第17条 不法行為によって生ずる債権の成立及び効力は、加害行為の結果が発生した地の法による。ただし、その地における結果の発生が通常予見することのできないものであったときは、加害行為が行われた地の法による。」櫻田嘉章・道垣内正人編『注釈国際私法 第1巻 法の適用に関する通則法 § 1~23』有斐閣コンメンタール(2011年)

野村美明「3 日本の知的財産権判例における保護国法の意義」木棚照一編『知的財産の国際私法原則研究——東アジアからの日韓共同提案——』野村義男訳編『文学的および美術的著作物の保護に関するベルヌ同盟の生成と発展—著作権法施行70周年記念—』早稲田大学比較法研究所叢書40(文化庁)(1969年)

野村憲弘「第二章 著作権はどこまで保護されるべきか」藤原宏高編『サイバースペースと法規制』日本経済新聞社(1997年)

樋爪誠「知的財産の並行輸入と国際私法」愛知学院大学・国際研究センター紀要第2号(1999年)

同「国際知的財産法の体系—序論的考察—」立命館大学人文学研究所紀要82号(2003年12月)

花村征志「国際私法における職務発明」清和法学研究第3巻第1号(1997年)

同「職務発明に関する国際私法上の問題についての一考察」『特許関係訴訟と審判』日本工業所有権法学会 第27号(2003年)

早川吉尚「知的財産法の国際的適用」知財管理 Vol. 52、No. 2(2002年)

牧野知彦「外国の特許を受ける権利の承継対価について特許法35条が類推適用された事例」『最新判例知的財産法 小松陽一郎先生還暦記念論文集』青林書院(2008年5月)

松岡博「一 外国法を準拠法に指定した外国人が画の著作権に関する契約につき当該外国法の解釈を示した例、二 わが国を保護国とする著作権の移転及びその対抗要件の準拠法——サルバドール・ダリ事件控訴審判決」私法判例リマックス29(2004年)

松永詩乃美「ベルヌ条約における著作物の国際的保護——国際私法の視点から——」松岡博編『国際知的財産法の潮流』(2008年)帝塚山大学出版会

松本直樹「4クロス・ボーダー・インジャクションについて」『現代裁判法体系(26)[知的財産権]』新日本法規出版(2000年1月)

水野錬太郎「著作権ニ関スル方式ヲ論ス」法學協會雑誌第19巻第8號(1901年8月)

同「著作権保護ニ關スル「ベルヌ」條約ノ改正」法學協會雑誌第26巻第3號(1908年)

同「伯林に於ける著作権保護萬國會議の状況」太陽第15巻第6號(1909年)

同「著作権保護萬國會議ノ成果ト内國法」法學協會雑誌第27巻第10號(1909年)

同「著作権保護萬國同盟條約に關する伯林會議」『他山之石』(1909年)

宮下佳之「サイバー・スペースにおける著作権問題について」コピライト439号(1997年)

村上愛「国際的な職務発明・職務著作紛争の国際裁判管轄及び準拠法」知財研紀要(2010年)

森田博志「1913年米国内発行著作物の職務著作・我が国著作権譲渡等の準拠法」涉外判例研究 No. 1248(2003年)

山口敦子「著作権及び著作者人格権の侵害に関する準拠法——ベルヌ条約5条(2)項、6条の2(2)、(3)項を中心に——」法と政治58 巻3・4号(2008 年1月)

同「インターネットを通じた隔地的な著作権侵害の準拠法に関する一考察」法と政治59 巻1号(2008 年4月)

同「『保護が要求される同盟国の法令』との定めがあるベルヌ条約の諸規定：法選択規則性の観点から」法と政治59巻4号(2009年1月)

同「著作権の原始的所有者を特定するための準拠法」『法と政治』関西学院大学法学会(2011年)61巻4号

同「雇用関係の中で創作された著作物の原始的著作権者の準拠法」『国際私法年報14』(2012年)

山田鎌一「法例第11条第2項の適用について——特許権の侵害に対する損害賠償請求事件——」民商法雑誌33巻1号(1956年4月)

山本隆司「著作権侵害の準拠法と国際裁判管轄権」著作権研究27号(2003年)

同「公衆送信権侵害の準拠法」『著作権法と民法の現代的課題』半田正夫先生古稀記念論集』法学書院(2003年)

横溝大「中国で製作された映画著作物についての日本での著作権の帰属」TKC ローライブラリー(新・判例解説 Watch 国際私法 No. 10) <https://www.lawlibrary.jp/index.html> (2013年1月)3頁。

同「電子商取引に関する抵触法上の諸問題——解釈論的検討を中心として——」民商法雑誌第124巻第2号(2001年5月)

同「知的財産権における属地主義 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 No2(2000年)

同「9.2 電子商取引と各国法の抵触」中里実・石黒一憲編『電子社会と法システム』新世社(2002年10月)

横溝大「アメリカ特許権に基づく我が国での差止及び損害賠償請求の可否(平成14年9月26日第1小法廷判決民集56巻7号1551頁)」法学協会雑誌120巻11号(2003年)

同「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No.2(2004年)

同「特許法上の職務発明」『国際私法判例百選』別冊ジュリスト No. 172(2004年7月)

同「職務発明を巡る国際的適用関係」知的財産法政策学研究 Vol. 18(2007年)

同「特許法上の職務発明」『国際私法判例百選(新法対応補正版)』別冊ジュリスト No. 185(2007年1月)

同「特許法上の職務発明」『国際私法判例百選(第2版)』別冊ジュリスト No. 210(2012年6月)

同「知的財産に関する若干の抵触法的考察」田村善之編著『新世代知的財産法政策学の創成』21世紀 COE 知的財産研究叢書(4)(2008年2月)

横山久芳「職務発明をめぐる最近の動向について」日本労働研究雑誌 No. 541(2005年)

【判例評釈】

相澤英孝「職務発明めぐって」ジュリスト No. 1265(2004年)

雨宮定直「外国特許侵害に対する救済の許容性」『故中松潤之助先生追悼論文集 国際工業所有権法の諸問題』AIPPI 日本部会(1976年)

井関涼子「日本国内の行為に対する米国特許権に基づく差止及び損害賠償請求」知財管理 Vol. 50、No. 10(2000年)

石黒一憲「米国特許権の侵害を理由とする日本国内での行為の差止め及び損害賠償請求」私法判例リマークス23〈下〉(2000年)

同「104特許権侵害訴訟と準拠法——FM 信号機復調装置事件」『国際私法判例百選』別冊ジュリスト No. 172(2004年7月)

稲垣佳典「著作権譲渡及び職務著作をめぐる国際法的適用関係」知的財産研究法政策学研究 Vol. 5(2005年) 稲垣佳典「著作権譲渡及び職務著作を巡る国際法的適用関係」知的財産法政策学研究 Vol. 15(2005年)

大塚章夫「国際的な知的財産権紛争の裁判管轄と準拠法」国際商事法務 Vol. 29、No. 10(2001年)

大友信秀「米国特許権侵害事件の請求を属地主義の原則に基づき棄却した事例」涉外判例研究 No. 1171(2000年)

大野聖二「日本の裁判所における米国特許権の行使について」知財研フォーラム Vol. 38(1999年)

大山盛義「職務発明に対する『相当の対価』および準拠法の問題」労働法律旬報 No. 1604(2005年7月)

大友信秀「特許法35条に基づき外国の特許を受ける権利の譲渡の対価が認められた事件——日立製作所職務発明事件上告審判決——」判例時報1974号(2007年)

鳥吉木「特許権侵害の準拠法」帝塚山法学 Vol. 13(2006年)

木棚照一「被告の日本における行為に対し、アメリカ特許に基づいて差止・廃棄請求および損害賠償請求をした事例」AIPPI、Vol. 45、No. 5(2000年)

同「米国特許権の侵害を積極的に誘導する我が国内で行った被告に対する差止請求、損害賠償請求等を認めなかった原判決を結論的に支持した事例」知的所有権法判例研究会 発明 Vol. 100、No. 6(2003年6月)

同「著作権の譲渡登録と譲渡契約の準拠法——著作権の二重譲渡に当たるとしても背信的悪意者に該当するから対抗要件である譲渡登録なしに対抗することができる」とされた事例」知的財産権法判例研究会 判例評釈155、発明 No. 9(2009年)

同「米国特許権の侵害を積極的に誘導する我が国内で行った被告に対する差止請求、損害賠償請求等を認めなかった原判決を結論的に支持した事例」発明 Vol. 100、No. 6知的所有権法判例研究会(2003年)

君嶋裕子「日本における職務発明と外国特許出願 日立製作所事件東京地裁判決を契機として」特許ニュース No. 11005(2003年3月)

木村耕太郎「知的財産権訴訟における国際裁判管轄と準拠法」法律実務研究 東京弁護士会法律研究部 Vol. 20(2005年)

熊谷権一「外国における特許を受ける権利についての相当の対価——」『平成16年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊 No. 1291(2005年6月)

桑田三郎「特許製品の並行輸入が初めて是認された事例」『平成6年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊 No. 1068 (1995年)

駒田泰土「著作権の譲渡」櫻田嘉章著『国際私法判例百選(新法対応補正版)』別冊ジュリスト No. 185(2007年1月)

同「中国を本国とする著作物の保護につきベルヌ条約に基づいて日本法を準拠法とし、被告からの引用の抗弁を認めなかった事例」判例時報1962号(2007年6月)

同「合衆国で適法に販売されたビデオカセットの輸入、販売の許否」ジュリスト No. 1117(1997年)

同「外国における特許を受ける権利についての相当の対価請求」ジュリスト No. 1276(2004年)

紺野昭男「職務発明についての外国における特許を受ける権利の扱い——その準拠法の決定——」パテント Vol. 56、No. 10(2003年)

紺野博靖「知的財産権 重要判例をひも解く(第2回)」Right Now!(2004年6月)

後藤晴夫「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」AIPP Vol. 48、No. 4(2003年)

近藤恵嗣「外国特許権に基づく差止請求権不存在確認等請求訴訟」『小松陽一郎先生還暦記念論文集』青林書院(2008年5月)

齋藤彰「米国特許権に基づく製造禁止請求等の可否」『平成11年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊 No. 1179(2000年6月)

齋藤博「著作権の譲渡」『涉外判例百選(第2版)』別冊ジュリスト86号(1985年)

櫻田嘉章「外国で特許を受ける権利を使用者等に譲渡した場合の対価請求」『平成18年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊 No. 1332(2007年4月)

佐藤やよひ「サルバドール・ダリ事件」コピーライト514号(2004年)

作花文雄「映画の著作物の保護期間延長に関わる著作権法改正法の経過措置規定の立法趣旨が問われた事例——『ローマの休日・格安DVD差止仮処分』事件決定——」判例時報1947号(2007年1月)

澤木敬郎「判例評釈〔東京地判昭和61年3月3日〕」『著作権判例百選』有斐閣 別冊ジュリスト No. 91(1987年2月)

同「著作物使用をめぐる国際私法上の23の問題」ジュリスト179号(1959年6月)

嶋拓哉「日本における中国著作権侵害に関する準拠法について——テレビドラマ『苦菜花』事件——」知的財産法政策学研究 Vol. 31(2010年)

島並良「外国で特許を受ける権利の承継対価について日本特許法35条が類推適用された事例——日立製作所光ディスク事件上告審——」L&T、No. 34(2007年)

同「51特許権の侵害」『国際私法判例百選(第2版)』No. 210(2012年6月)

清水節「職務発明に係る外国特許を受ける権利等の譲渡契約の成立及び効力についての準拠法を日本法とした上、特許法35条(平成16年法律第79号による改正前のもの)の規定は、外国において特許を受ける権利等の譲渡についても適用されるとし、包括的ライセンス契約及び包括的クロスライセンス契約について使用者等が受けるべき利益の額を算定して、従業員からの職務発明についての対価の請求を認容した事例」判例タイムズ No. 1184 (2005年)

田倉整「知的所有権法案内79訴訟事例を通じて道しるべを探る 日本国裁判所の審理権権限は米国特許権侵害の権利行使に及ぶか?—米国特許法の誘導侵害規定を巡って」発明 Vol. 1. 100、No. 4(2003年)

高桑昭「英字新聞の日本語抄訳の作成頒布差止の仮処分が認められた事例——東京高判平成6年10月27日」ジュリスト1090号(1996年6月)

同「外国の特許を受ける権利の譲渡の対価に関する問題の準拠法——日立製作所職務発明事件上告審判決」私法判例リマークス36(2008年2月)

高杉直「著作権の譲渡契約及び著作権移転の準拠法」ジュリスト No. 1269(2004年)

高畑洋文「職務発明の準拠法が問題となった事例」ジュリスト No. 1261(2004年)

高林龍「職務著作と職務発明」コピーライト504号(2003年)

高部眞規子「1特許権の効力の準拠法 2特許権に基づく差止め及び廃棄請求の準拠法 3米国特許法を適用して米国特許権の侵害を積極的に誘導する我が国内での行為の差止め又は我が国内になる侵害品の廃棄を命ずることと法例33条にいう『公ノ秩序』 4特許権侵害を理由とする損害賠償請求の準拠法 5米国特許権の侵害を積極的に誘導する行為を我が国で行ったことを理由とする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』が米国であるとされた事例 6米国特許権の侵害を積極的に誘導する行為を我が国で行ったことと法例11条2項にいう『外国ニ於イテ発生シタル事実カ日本ノ法律ニ依レバ不法ナラザルトキ』」L&T No. 19 (2003年4月)

同「1特許権の効力の準拠法 2特許権に基づく差止め及び廃棄請求の準拠法 3米国特許法を適用して米国特許権の侵害を積極的に誘導する我が国内での行為の差止め又は我が国内になる侵害品の廃棄を命ずることと法例33条にいう『公ノ秩序』 4特許権侵害を理由とする損害賠償請求の準拠法 5米国特許権の侵害を積極的に誘導する行為を我が国で行ったことを理由とする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』が米国であるとされた事例 6米国特許権の侵害を積極的に誘導する行為を我が国で行ったことと法例11条2項にいう『外国ニ於イテ発生シタル事実カ日本ノ法律ニ依レバ不法ナラザルトキ』」最高裁判所判例解説 法曹時報56巻9号(2004年)

同「1特許権の効力の準拠法 2特許権に基づく差止め及び廃棄請求の準拠法 3米国特許法を適用して米国特許権の侵害を積極的に誘導する我が国内での行為の差止め又は我が国内になる侵害品の廃棄を命ずることと法例33条にいう『公ノ秩序』 4特許権侵害を理由とする損害賠償請求の準拠法 5米国特許権の侵害を積極的に誘導する行為を我が国で行ったことを理由とする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』が米国であるとされた事例 6米国特許権の侵害を積極的に誘導する行為を我が国で行ったことと法例11条2項にいう『外国ニ於イテ発生シタル事実カ日本ノ法律ニ依レバ不法ナラザルトキ』」ジュリスト 最高裁 時の判例Ⅲ民法編(2) (2004年)

田中徹「外国特許侵害の裁判管轄権と法例11条2項」ジュリスト215号(1960年12月)

同「不法行為——法例11条2項」『涉外判例百選(第3版)』(1995年)

種村佑介「著作物のオークションカタログ等への掲載と著作権侵害の準拠法」ジュリスト1422号(2011年5月)

田村義之「職務発明にかかる特許を受ける権利の晶系の対価の準拠法」『平成16年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊 No. 1291(2005年6月)

茶園成樹「インターネットによる国際的な著作権侵害の準拠法」国際税制研究3号

同「特許権侵害に関連する外国における行為」NBL、No. 679(1999年)

同「職務発明の相当の対価」知財管理 Vol. 53、No. 11(2003年)

出口耕自「1 米国特許権に基づく差止請求権の不存在確認 2国際的不正競争行為に対する差止請求および損害賠償請求」私法判例リマークス32〈上〉(2006年)

道垣内正人「著作権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)

同「外国国家行為の尊重：外国特許の有効性」一般財団法人知的財産研究所『知的財産を巡る国際的な紛争に関する調査研究報告書』知財研紀要2001(2001年)

同「米国特許権の侵害」ジュリスト No. 1246(2003年)

同「国境を超えた知的財産権の保護をめぐる諸問題」ジュリスト No. 1227(2002年)

同「チャップリンの映画の著作権侵害についての準拠法」ジュリスト1395号(2010年3月)

同「国境を越えた知的財産権の保護をめぐる諸問題」ジュリスト No. 1227(2002年)

土井輝生「著作活動と発明活動をめぐる雇用関係の準拠法」コピーライト(2004年)

野一色勲「キューピーの人形等を複製頒布した被告らの行為が先に発行された別のキューピー人形のイラストを原著作物としてこれを立体的に表現した点において創作性を有する二次的著作物の著作権を侵害しないとされた事例」発明 Vol. 100(2003年)

中川浄宗「著作権及び著作者人格権の侵害に関する準拠法を日本法と決定し、翻訳権並びに同一性保持権の侵害を認めた事例-「X0 醬男と杏仁女」事件-」東海法学 第38号(2007年)

中吉哲郎「1外国特許を受ける権利の譲渡の対価に関する問題の準拠法 2従業者等の特許法35条(平成16年法律第79号による改正前のもの)35条にいう職務発明に係る外国の特許を受ける権利を使用者等に譲渡した場合における対価請求と同条3項及び4項の類推適用」最高裁判所判例解説61巻3号 民事編(2004年)

同「1外国特許を受ける権利の譲渡の対価に関する問題の準拠法 2従業者等の特許法35条(平成16年法律第79号による改正前のもの)35条にいう職務発明に係る外国の特許を受ける権利を使用者等に譲渡した場合における対価請求と同条3項及び4項の類推適用」重要判例解説 L&T No. 35 (2007年4月)

永野秀雄「職務発明について」予防時報221(2005年)

西谷裕子「28 原因事実発生地(1)——隔地的不法行為」『国際私法判例百選』別冊ジュリスト No. 172(2004年7月)

同「36不法行為(2)——特許権侵害」『国際私法判例百選(新法補正対応版)』別冊ジュリスト No. 185(2007年1月)

布井要太郎「職務発明における属地主義と労働法との交錯」判例タイムズ No. 1254(2008年1月)

早川吉尚「45特許権の効力」『国際私法判例百選』別冊ジュリスト No. 172(2004年7月)

同「職務発明に関する対価の支払請求と外国の特許を受ける権利」私法判例リマークス 30(2005年)

同「45特許権の効力」『国際私法判例百選』別冊ジュリスト No. 172(2004年7月)

同「46特許権の効力」櫻田嘉章著『国際私法判例百選(新法対応補正版)』別冊ジュリスト No. 185(2007年1月)

同「著作権譲渡の準拠法」『著作権判例百選(第4版)』別冊ジュリスト No. 198(2009年)

羽賀由利子「著作権の移転及びその対抗要件につき保護国法を準拠法とした事例」「外国の法解釈にあたり外国判決の存在を考慮した事例」国際私法判例研究 九州大学法学96号(2008年)

林脇トシユ「外国特許権侵害に対する救済」『特許判例百選』別冊ジュリスト No. 8(1966年)

樋爪誠「外国特許権侵害に基づく差止め、廃棄及び損害賠償請求における準拠法——カードリーダ最高裁判決——」L&T、No. 18(2003年1月)

松岡博「一外国法を準拠法に指定した外国人画家の著作権に関する契約につき当該外国法の解釈を示した例 二我が国を保護国法とする著作権の移転およびその対抗要件の準拠法——サルバドール・ダリ事件控訴審判決——」私法判リマークス29〈下〉(2004年)

松本直樹「特許権の効力についての国際的問題(2)(完)」特許管理 Vol. 43、No. 4(1993年)

三井哲夫「フランスで出版された画集の輸入・国内販売が差止められた事例」ジュリスト934号(1989年)

森義之「米国特許権に基づく日本国内における行為についての差止請求及び損害賠償請求の可否」『平成12年度主要民事判例解説』判例タイムズ臨時増刊1065号(2001年)

森田博志「1913年米国内発行著作物の職務著作・我が国著作権譲渡等の準拠法」ジュリスト1248号(2003年)

元永和彦「著作権の国際的な保護と国際私法」ジュリスト938号(1989年)

紋谷暢男「知的財産権の国際的保護」澤木敏郎＝舩場準一編『国際私法の争点(新版)』(ジュリスト増刊)有斐閣(1996年7月)

紋谷鴨男「商標権の属地性」『涉外判例百選(第三版)』別冊ジュリスト No. 133(1995月)

山本桂一「著作権譲渡」『涉外判例百選(増補版)』別冊ジュリスト16号(1976年)

同「判例評釈」『著作権判例百選』有斐閣 別冊ジュリスト No. 91(1987年2月)

横溝大「国境を超える不法行為への対応」ジュリスト No. 1232(2002年)

同「三 アメリカ特許権に基づく我が国での差止及び損害賠償請求の可否」最高裁判所民事判例研究 東京大学判例研究会 法学協会雑誌120巻11号(2003年)

同「特許法上の職務発明」『国際私法判例百選』別冊ジュリスト No. 172 (2004年7月)

同「特許権侵害訴訟と準拠法——FM 信号復調装置事件」『特許判例百選(第4版)』別冊ジュリスト No. 209(2012年4月)

山元裕子「日本国内における被告の行為に対する米国特許権に基づく差止め及び損害賠償請求が、いずれも棄却された事例」判例タイムズ No. 1062(2001年)

渡辺惺之「外国特許権侵害に基づく差止め・廃棄請求及び損害賠償請求の準拠法」私法判例リマックス28〈上〉(2003年)

同「職務発明による外国で特許を受ける権利の移転対価の請求問題——国際私法からみた日立光ディスク最高裁判決の特徴と実務——」L&T、No. 38(2008年1月)

【TKC】

TKC 法律情報データベース 文献番号25440215

TKC 法律情報データベース 文献番号25440465

TKC 法律情報データベース 文献番号25440666

TKC 法律情報データベース 文献番号25441712

TKC 法律情報データベース 文献番号25441851

TKC 法律情報データベース 文献番号25442859

TKC 法律情報データベース 文献番号25443536

TKC 法律情報データベース 文献番号25443793

TKC 法律情報データベース 文献番号25444183

TKC 法律情報データベース 文献番号25444309

TKC 法律情報データベース 文献番号25444351

TKC 法律情報データベース 文献番号25444600
TKC 法律情報データベース 文献番号25444909
TKC 法律情報データベース 文献番号25445207
TKC 法律情報データベース 文献番号25445635
TKC 法律情報データベース 文献番号25445647
TKC 法律情報データベース 文献番号27750068
TKC 法律情報データベース 文献番号28042050
TKC 法律情報データベース 文献番号28042692
TKC 法律情報データベース 文献番号28050270
TKC 法律情報データベース 文献番号28061154
TKC 法律情報データベース 文献番号28072386
TKC 法律情報データベース 文献番号28080390
TKC 法律情報データベース 文献番号28083012
TKC 法律情報データベース 文献番号28090696
TKC 法律情報データベース 文献番号28090895
TKC 法律情報データベース 文献番号28091774
TKC 法律情報データベース 文献番号28100714
TKC 法律情報データベース 文献番号28110330
TKC 法律情報データベース 文献番号28111508
TKC 法律情報データベース 文献番号28111392
TKC 法律情報データベース 文献番号28112208
TKC 法律情報データベース 文献番号28130601
TKC 法律情報データベース 文献番号28132314
TKC 法律情報データベース 文献番号28140156
TKC 法律情報データベース 文献番号28140772
TKC 法律情報データベース 文献番号28172004

【判例タイムズ】

判例タイムズ1006号

判例タイムズ1107号

判例タイムズ1111号

判例タイムズ1146号

判例タイムズ1318号

判例タイムズ1212号

判例タイムズ1225号

判例タイムズ1151号

【判例時報】

判例時報1691号

判例時報1711号

判例時報1797号

判例時報1802号

判例時報1807号

判例時報1831号

判例時報1933号

判例時報1951号

判例時報2021号

【民事法情報】

最高裁判例速報「1外国の特許を受ける権利の譲渡の対価に関する問題の準拠法 2従業者等
が特許法35条(平成16年法律第79号による改正前のもの)にいう職務発明に係る外国の特許
を受ける権利を使用者等に譲渡した場合における対価請求と同条三項及び四項の類推適用」
民事法情報 No. 244(2007年1月)

最高裁判決速報「一 外国の特許を受ける権利の譲渡の対価に関する問題の準拠法 二従業
者等が特許法(平成16年法律第79号による改正前のもの)35条にいう職務発明に係る外国の
特許を受ける権利を使用者等に譲渡した場合における対価請求と同条3項及び4項の類推適
用」民事法情報 No. 244(2007年)

【ジュリスト】

ジュリスト No. 1239 (2003年)

【NBL】

『法の適用に関する通則法関係資料と解説』別冊NBL編集部編 商事法務(2006年)

『法例の見直しに関する諸問題(2)——不法行為・物権等の準拠法について——』法例研究
会別冊 NBL、No. 85 商事法務(2003年)

【民集】

民集4巻6号

民集56巻7号

民集60巻8号

【その他】

『国際関係法辞典(第2版)』国際法学会編(三省堂)(2005年)

「職務発明制度の在り方に関する調査研究」知財研紀要(2003年)15頁。

「115外国特許権を外国で侵害した行為と法例第11条2項の適用の有無」下級裁判所民事裁判例集4巻6号 法曹会(1953年)