

## 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

前田実紀  
まへだみき

同志社大学国際ビジネス法務研究センター研究員

はじめに

- 1 アメリカにおける著作権法の域外適用
- 2 著作権の準拠法
- 3 日本における判例・学説と立法提案
- 4 域外適用アプローチか準拠法アプローチか

おわりに

はじめに

著作権侵害に関する国際間での紛争に対しては、以下の2つのアプローチがある。すなわち、域外適用アプローチと準拠法アプローチである。域外適用アプローチとは、国外で行われた行為に対して自国法を適用することである<sup>(1)</sup>。準拠法アプローチにおいては、国際私法に基づき、どの国の法律が適用されるかが決定される。

アメリカでは、知的財産法の域外適用が多数の場合において肯定されているのが現状である<sup>(2)</sup>。しかし、最近では域外適用アプローチではなく準拠法アプローチが用いられてきている<sup>(3)</sup>。そこで、本稿では域外適用アプローチと準拠法アプローチとの関係について著作権侵害を中心に検討する。

(1)では、アメリカにおける著作権法の域外適用について、判例及び関連する学説を挙げて考察する。著作権法の域外適用に関しては、Subafilms Ltd. v. MGM - Pathe Communications Co. 24 F.3d 1088 (1994)を考察する。さらに、これ以降の傾向について、特にCurb v. MCA, 898 F. Supp. 586 (M. D. Tenn. 1995)を採り上げて、学説の現状を紹介する。著作権法の域外適用を肯定するかどうかについて裁判所及び学説は対立している現状を示し、国内で行われた「行為」

が結論を左右することを明らかにする。

(2) では、アメリカにおける著作権侵害の準拠法について考察する。アメリカ法律協会による知的財産権に関する国際私法の立法提案を中心に分析し、ヨーロッパの立法提案と比較する<sup>(4)</sup>。これにより準拠法アプローチに従った場合でも域外適用アプローチと同様の結果を招く場合もあることが導かれる。

(3) では、日本における判例、学説、立法提案について著作権侵害を中心に考察する。まず、特許権侵害が問題となった最高裁判決を取り上げ、それ以降の著作権に関する判決についての傾向を探る。

(4) では本章までの内容を受けた上で、域外適用アプローチと準拠法アプローチとの関係を探る。最後に、今後、著作権侵害の問題が生じた場合はどの様に解決すべきかについても言及したい。

## 1 アメリカにおける著作権法の域外適用

### (1) 判例

アメリカ著作権法には域外適用を肯定する明文の規定が存在しない。また、著作権法の域外適用が問題になった連邦最高裁判決も存在しないのが現状である。そこで、ここでは著作権法の域外適用で中心となる第9巡回区控訴裁判所の Subafilms 判決(1994年)と、これ以降の事例の傾向について、重要な点を述べることにする<sup>(5)</sup>。

#### (a) Subafilms 判決

1966年、音楽グループの THE BEATLES は、Subafilms 会社を通じて、アニメーション映画“Yellow Submarine”を制作するために Hearst 会社とジョイントベンチャーをはじめた(制作者:Subafilms 会社と Hearst 会社)。原告である Subafilms 会社と Hearst 会社は、MGM/UA 会社・Warner Bros 会社とライセンス契約を締結していた(1967年)。この契約によると原告らは、アメリカ国外と国内における映画の配給は許諾していた。しかし、ビデオカセットに関する内容は決められていなかった。なぜなら、1980年代初めになってから、ビデオカセット市場が到来したからである。その後、1987年に MGM/UA は、制作者が

反対しているにも関わらず、子会社にアメリカ国内でのビデオカセットの販売許諾を与えた。さらに、Warner Bros 会社の完全子会社は、国際的なビデオカセット販売の許諾を、第三者にアメリカ国内で与えた。そこで、原告は、MGM/UA 会社と Warner Bros 会社とそれぞれの子会社に対して、アメリカ国内外のビデオカセット販売は著作権侵害と契約違反であると主張して訴訟を提起したという事案である。

裁判所の論理は次のとおりである。問題となるのは、国外で行われた販売行為に対してアメリカ著作権法が適用されるのかという点である。裁判所はこの点に関して、1) 一般にアメリカ著作権法は域外での効力を生じないと述べ<sup>(6)</sup> (反域外性の推定原則)、完全にアメリカ国外でなされた行為に対しては訴訟を提起することはできないと判示した<sup>(7)</sup>。2) しかしながら、例外として、国内で侵害行為が行われた場合は、アメリカ著作権法を国外の行為に対して適用することができる。ここで、肝要なことは、国外での販売行為について、制作者に無断で行った、国内での「許諾」行為が侵害行為にあたるか否かである。本件で問題となった「許諾」の対象は、国外でのビデオカセットの販売であった。アメリカ著作権法 106 条は、著作権者の有する排他的な権利としていくつか列挙されている。106 条に列挙されている行為を、著作権者に無断で許諾した者は侵害者として扱われる。もちろん販売行為は 106 条に規定されている。ところが、3) これについて裁判所は、国内で「許諾」行為が行われたとしても、それは単なる許諾行為であって侵害行為ではない旨を明らかにし、アメリカ著作権法における請求原因を構成しないと判断した<sup>(8)</sup>。現実には侵害行為を行うのは、許諾をされた者であって、「許諾」行為自体は直接侵害する行為ではないため侵害行為には当たらないと解する。4) さらに、連邦議会による立法は、反対の意図が明らかでない限り、アメリカ国内にのみ適用される。連邦議会の指示なく、80 年以上堅持する著作権法の及ぶ域外適用の判例を進んで覆そうとはしない<sup>(9)</sup>。5) アメリカ法の域外適用は、ベルヌ条約加盟国の法を効率的に押しつけることになりベルヌ条約<sup>(10)</sup>の精神に反する<sup>(11)</sup>。アメリカ法を域外適用することは、他の加盟国による保護が適切ではないというシグナルを送る

ことになる」と述べ<sup>(12)</sup>、アメリカ著作権法の域外適用を否定した。

(b) その後の状況

Subafilms 判決以降、著作権法の域外適用に関する裁判所の見解は下級審で交錯している。とりわけ、Subafilms 判決の翌年に出され、著作権法の域外適用を肯定した Curb 判決<sup>(13)</sup>に着目できる。

Curb 判決（1995年）は、当事者間で締結されたライセンス契約の指定範囲を超えて、被告が世界各国での権限のないサブライセンス契約をアメリカ国内にて締結し、ライセンサーに無断で国外においてレコードの製造販売を始めたことが問題となった事案である。アメリカ国外での販売に対する「許諾」はアメリカ国内で行われた。Subafilms 判決と非常によく似た事案である。しかし、Curb 判決は Subafilms 判決と反対の結論を出した。Curb 判決は、反域外性の推定を肯定しつつも、経済的な誘因を考慮したからである<sup>(14)</sup>。つまり、Subafilms 判決は、いわゆる著作権侵害に関する海賊行為の変化という現実、そして著作権者の利益保護に適う経済的な誘因を無視している<sup>(15)</sup>。Curb 判決は、このように Subafilms 判決の問題点を鋭く指摘した。そして Curb 判決は、「許諾」という行為がアメリカ国内で行われているのであれば、国外で行われたレコードの「販売」という侵害行為に対して、アメリカ著作権法を域外適用することができると判断した。

Subafilms 判決以降、アメリカ著作権法の域外適用を否定した事例として、次のものがある。例えば、Allarcom 判決（1995年：国内で行われたテレビ電波の「送信」行為は潜在的な行為であって、国外で受信され視聴されなければ侵害行為は完了していない<sup>(16)</sup>）、Fun-Damental 判決（1996年：国内で行われた玩具の運搬と製造の単なる「許諾」行為は 106 条違反ではない<sup>(17)</sup>）、Seals 判決（2003年：国内で行われたレコードの複製の「許諾」行為は侵害行為を構成するものではない<sup>(18)</sup>）がこれにあたる。

アメリカ著作権法の域外適用を肯定した事例としては次のとおりである。例えば、先に述べた Curb 判決（1995年）、LANS 判決（1998年：国内で行われたビデオテープの「複製」行為は 106 条に違反する行為である<sup>(19)</sup>）、Expeditors 判決

(1998年：国内で行われたソフトウェアの使用の「許諾」行為は直接侵害行為を構成する)<sup>(20)</sup>、Compaq判決(2001年：国内で行われた「複製・生産」行為は直接侵害行為を構成する)<sup>(21)</sup>、Update判決(1988年：Subafilms判決以前の判決であるが、国内で行われた「複製」行為が行われ、国外でさらに複製を誘発する場合には域外適用を肯定する)<sup>(22)</sup>などが挙げられる。

## (2) 学説<sup>(23)</sup>

Gary B. Bornは属地性の推定はもはや時代遅れであり、放棄されるべきであると主張し<sup>(24)</sup>、知的財産法の域外適用に積極的な見解を述べている。さらにBornは、Aramco判決<sup>(25)</sup>において裁判所が属地性の推定を認めたことを批判し、当該推定は明文に規定されていない、根拠が存在しないと主張し、アメリカ法は域外へ適用範囲を広げることができるという。また、Susan S. Murphyは、Subafilms判決が「許諾」という潜在的侵害者に対して大きな抜け穴を開放し、世界市場の経済的現実を無視した判決であると批判する<sup>(26)</sup>。Susan S. Murphyも反域外性の原則は弱く推定されるべきと主張し、著作権法を含む知的財産法の域外適用に積極的な立場をとっている<sup>(27)</sup>。Murphyによれば、反域外性の推定は1) アメリカ経済に有害な影響を及ぼす場合、2) 議会が域外の行為に適用する旨を明示する場合、あるいは3) アメリカ国内で行為が行われているが効果が国外で生じている場合に限って覆されるという<sup>(28)</sup>。域外適用に関して著作権法を改正するべきと述べている点も着目できる<sup>(29)</sup>。

他方、Curtis A. Bradleyは反域外性の原則は強く推定するべきと主張し、つまり著作権法を含む知的財産法の域外適用には消極的な見解をとっている<sup>(30)</sup>。さらに、反域外性の推定には根拠があると分析する。これはBornの見解と大きく異なる。域外適用を認める明文の規定がない限り、連邦議会は域外適用を意図しているとはいえないという<sup>(31)</sup>。また、著作権法の域外適用に関する判例についてBradleyは、反域外性が強く推定されていると分析している<sup>(32)</sup>。これは、Curb判決をはじめとする1997年以降の域外適用に積極的な裁判所の傾向と大きく異なる。加えて、準拠法アプローチなどの代替案を主張していることにも着目できる。また、Robert H. ThornburgもBradleyと同様、反域外性の

原則は強く推定されるべきとの立場から、著作権法の域外適用に消極的な意見を述べる<sup>(33)</sup>。アメリカ国外で生じた行為には、準拠法による分析を用いるという。そして、裁判所間の対立をなくし、外国法の適用を前提とする準拠法アプローチに統一すべきと主張する<sup>(34)</sup>。

### (3) 検 討

以上、著作権法の域外適用に関するアメリカの判決、学説の現状を分析した。アメリカでは、著作権法の域外適用を肯定するかどうかについて裁判所、学説は対立している。

まず、立法者による反対の意思が明らかにされていない限り、国内においてのみ連邦法を適用するという反域外性の推定の程度が違う。この推定の程度によって結論は大きく変わる。すなわち、この原則を弱く推定すると *Curb* 判決の結論が、反対に強く推定すると *Subafilms* 判決の結論が導かれる。

もちろん、国内で侵害行為が行われている場合に、例外としてアメリカ著作権法を域外の行為に適用することができるという考え方に、裁判所間で異論はない。これは、*Subafilms* 判決とそれ以降の判決で問題になった「行為」に着目すると顕著になる。国外で行われた行為の大部分は「販売」行為で共通している。そして、域外適用を肯定した判決も否定した判決も、結論を述べるに際して「国外で行われた行為」は考慮していない。つまり、結論を分ける行為は「国内で行われた行為」に限られる。

ところが、具体的にどの行為をもって侵害行為と捉えるのかで見解はさらに分かれている。国内で行われた行為であれば、どの行為でも構わないというわけではない。そうすると、結論を左右する国内における「行為」は何なのかという問題にさしあたる。たとえば、訴訟で争われた行為として「許諾」、「複製」、「販売」、「生産」、「送信」、「輸送」等があげられる<sup>(35)</sup>。アメリカ国外でのレコード販売を目的として、国内で「許諾」を行うという具合である<sup>(36)</sup>。そして、とりわけ問題になる行為は、著作権者に無断で行われた国内での「許諾」行為である。国内で行われた行為が著作権法違反を構成する行為かという解釈で見解が対立している。結論を分ける根拠は、アメリカ国内で行われた行

為が、著作権侵害を構成する「重要な行為」であるのか (Subafilms 判決では直接侵害行為と表現する) どうかにある。Curb 判決は、これを広く解釈したため、域外適用を肯定した。一方、Subafilms 判決は、これを非常に狭く解釈したため域外適用を否定したのである。アメリカ著作権法の域外適用について、Subafilms 判決が主流であると捉えている判決例もあるが<sup>(37)</sup>、やはり消極的な立場をとる Subafilms 判決の立場は比較的少なく、その意味で Subafilms 判決は主流でなくなってきた<sup>(38)</sup>。

アメリカ著作権法の域外適用に非常に積極的な Curb 判決及びこれに従う判決から見ても著作権法の分野において反域外性の推定は、もはや確立されたものではなく厳格に維持されていないことは明らかである。完全な国内事件であれば「許諾」はアメリカ著作権法違反である。これを「単なる許諾」と捉え著作権法違反と解釈されない Subafilms 判決の判断には疑問が残る。なぜなら、全体的な行為ではないが、著作権法 106 条に列挙されている著作権者の排他的権利を侵害するという、重要な行為がアメリカ国内で行われていることは明らかである。そして、侵害者が侵害地に赴かなくとも著作権侵害が発生するという経済的な現状、この現状を野放しにすることで新たな著作物の創作が抑制され、アメリカ著作権産業に大きな損害をもたらすという間接的な効果が発生することも考えられる。さらに、侵害行為を行っている被告がアメリカ会社であっても、侵害行為地、結果発生地が国外であるためアメリカ著作権法は適用されないことになる。各侵害地で訴訟を提起するという方法も考えられるが、世界中で著作権侵害が生じている場合、この方法は原告にとって非常に酷であり無益なものになるおそれがある。よって、Subafilms 判決の見解には反対である。アメリカ国内において「許諾」、「複製」行為が行われている場合は、間接的效果を考慮した上で、この行為を根拠としてアメリカ著作権法の域外適用を肯定するべきである。よって、Born と Murphy が主張する域外適用に積極的なアプローチを支持したい。両者が指摘するように、近年の事例において反域外性の推定はもはや確立されたものではなくなくなってきた。なお、Bradley は反域外性の原則の根拠を強調するが、Born の分析によってこれは否定できる。反域外性の原則は、国際法上の原則ではなく国際私法上の原則でもない。

連邦議会が反域外性の原則を意図している様子も窺えない<sup>(39)</sup>。そもそこの原則を用いる旨は明文に規定されていないのである。

さらに、アメリカ著作権法によれば違法とされる行為であっても、侵害地の著作権法によれば違法とならない可能性は十分にある。行為地である外国の著作権法の保護範囲が、アメリカ著作権法の保護範囲より狭い場合、行為地の著作権法によれば著作権者は保護されない。そうすると、著作権保護が比較的整っていない地を意図的に行為地とすることも考えられる。また、アメリカ著作権法の域外適用が問題になっている場合、原告・被告が共にアメリカ会社である場合が多いことにも鑑みて、域外適用は認めるべきである。

## 2 著作権の準拠法

先にも述べたように、Subafilms 判決はアメリカ著作権法の域外適用を否定した事案である。そして、Subafilms 判決は準拠法アプローチを用いるべきとも明確に述べなかった事案である。準拠法アプローチを用いることで著作権者の保護につながる可能性はあるのか。そこで、国際的に適用することを想定した知的財産権に関する国際私法の提案として着目される、アメリカ法律協会の ALI 原則をとりあげ本稿に関連する部分を紹介することとする<sup>(40)</sup>。続けて、同じく世界全体で適用できる共通原則として提示された、ヨーロッパ・マックス・プランク・グループの CLIP 原則<sup>(41)</sup>とを比較し<sup>(42)</sup>、その傾向を探り検討を行う。

### (1) ALI 原則

ALI 原則は 301 条で、まず属地性について規定している。301 条によれば、知的財産権の存否、効力、存続期間、帰属、侵害及び侵害に対する救済は次の法による。登録を要する権利については、登録国の法が（1 項 a 号）、また、その他の知的財産権については、その国について保護が要求される国の法（1 項 b 号）が適用される。

この規定によると、例えば特許権については登録国法により、著作権については保護国法によることになる<sup>(43)</sup>。登録を要する権利は、つまり登録がなさ



れないかぎり侵害にならないため、保護が要求される国が示すところと重なる。ALI 原則という保護国法とは、その国について保護が要求されている国の法のことである。この考え方は、つまり ALI 原則が著作権について、保護国法主義を採用しているといえ、これによると著作権が 100 カ国で侵害されたのであれば 100 カ国の法によって解決されることとなる。

さらに、ALI 原則は、侵害が多数の国にまたがって発生した場合についての規定を 321 条に設けている。ユビキタス侵害の準拠法は、301 条の例外であるため、登録国や保護が要求されている国という連結点は用いられていない。ここでは、「知的財産権の存否、効力、存続期間、帰属、及び侵害並びに当該侵害に対する救済には、当該紛争に密接な関係を有する国の法を適用することができる」と規定されている。加えて、紛争に密接な関係を有する国の判断は、当事者の住所 (a 号)、当事者の関係の中心となる地 (b 号)、当事者の活動及び投資の範囲 (c 号)、当事者がその活動に向けている主要な市場 (d 号) といった要素が考慮される。

なお、302 条 (準拠法に関する合意)、321 条 (ユビキタス侵害の準拠法)、322 条 (公序)、323 条 (強行法規) の規定に該当する場合は、301 条は適用されない。

## (2) CLIP 原則との比較<sup>(44)</sup>

まず、CLIP 原則は、3 : 601 条で侵害及び救済に関する基本原則を設けている。これによると、本章に別段の規定がある場合を除き、知的財産権の侵害は保護が要求される各国の法による (1 項)。そして、ここでいう「侵害」には、知的財産権の違反行為(a)、3 : 605 条に定義される救済(b)が含まれる (2 項)。

この 3 : 601 条は、ALI 原則の 301 条にあたる。3 : 601 条によると、知的財産権の侵害に対する救済は、登録を要するか否かを問わず、保護が要求される各国の法による。連結点は保護国とする。ALI 原則のように、特許と著作権を区別する規定は設けていない。そして、保護国とは保護が要求される各国のことをさす。いずれにしても、著作権侵害は保護国法が適用されるという結論

は ALI 原則と同じである。

次に、CLIP 原則は、3 : 602 条において De minimis 規則を設けている。この条文によると、保護が要求される国において、被告が侵害を開始あるいはさらに促進する行為を行った場合も侵害と認められる(a)。ALI 原則において、このような規定は設けられていない。CLIP 原則は侵害とされる行為の範囲を広く捉えている。

さらに、CLIP 原則は、3 : 603 条においてユビキタス侵害の規定を設けている。この規定は、インターネットのようなユビキタスメディアによって生じた侵害に関する訴えについて適用される。この規定に該当すると、信号受信が可能な全ての国において侵害が生じる可能性が高い場合、裁判所は当該侵害と最も密接な関係を有する国の法を適用することができる(1項)。そして、当該侵害と最も密接な関係を有する国を決定するにあたり、裁判所はあらゆる関連要素、特に次の点を考慮に入れなければならない。侵害者の常居所(a)、侵害者の主たる営業所(b)、侵害全体の継続に実質的に寄与した行為が行われた地(c)、当該侵害全体との関係において重大な損害が発生した地(d)の要素である。

CLIP 原則 3 : 603 条は、ALI 原則の 321 条にあたる。3 : 603 条の連結点は、最密接関係国である。この点は ALI 原則と同様である。しかし、これを決定する際に考慮する要素は、ALI 原則 321 条にいう内容と異なる。

また、3 : 604 条で二次侵害に関する条文が規定されている。なお、CLIP 原則も 3 : 606 条で当事者の準拠法合意を認めている。

### (3) 検討

ALI 原則と CLIP 原則は基本として次のことがいえる。まず、どちらの原則も著作権侵害については、連結点を保護国としている。原則として、保護国法によって解決されることとする。そして、保護国とは、その国について保護が要求される国という表現がなされている。次に、どちらも例外的に属地性を修正し、保護国法が適用されない場合を認めている。たとえば、当事者間での準拠法の合意やユビキタス侵害の場合がこれにあたる。これらの場合には、準拠法は保護国法ではない。問題となっている争点の性質から、用いられる連結点

を例外として単一化している。

このように、ALI原則とCLIP原則は、構造や例外規定、連結点といった点では共通している。ただ、細かい内容は少し違う。これは、例外の1つであるユビキタス侵害についてもあてはまる。CLIP原則は、3:603条1項で「インターネットのようなユビキタスメディアによって生じた侵害に関する」訴えについて、この規定が適用されるとある。ALI原則321条は、このような限定を付していない。CLIP原則3:603条はALI原則321条の適用範囲ほど広くはない。この点、ALI原則は保護国法主義から離れる場面が多いと考えられる。言い換えると、保護国法によるという属地性を修正し、単一の法を用いる場面が多いことということにつながる。また、最密接関係国を決定する際に考慮する要素も異なっている。ALI原則は当事者双方から考慮しているが、CLIP原則は侵害者と侵害地に着眼している。さらには、CLIP原則が3:604条で二次侵害についての規定が存在するところがALI原則と異なる。

このような違いはあるものの、著作権侵害について適用される法はいずれかの国の法に決定される。Subafilms判決の事例でALI原則およびCLIP原則を適用すると、保護国である複数の外国法が適用されることが考えられる。Subafilms判決の結果とは異なる。域外適用アプローチによって保護されなかった著作権者が、準拠法アプローチによると保護される。Curb判決で、ALI原則およびCLIP原則が適用されるとどうか。やはり、いくつもの外国法が適用されることになる。準拠法アプローチによっても、域外適用アプローチによっても著作権者は保護される場合もある。さらには、準拠法アプローチによってもアメリカ法の適用が考えられ、アメリカ法が域外に適用されたことと同じ結果を招くことも考えられる。

たとえば、Itar-Tass判決<sup>(45)</sup>があげられる。この判決は、ロシア国民によりロシアで発行された新聞雑誌などのアメリカにおける問題について、所有権の問題にはロシア著作権法を適用し、侵害の問題については不法行為地であるアメリカ著作権法を適用した事例である<sup>(46)</sup>。ユビキタス侵害が問題になれば、最密接関係国としてアメリカ法が国外の行為に適用されることも考えられる。準拠法アプローチによっても、域外適用アプローチによっても、同じ法が適用さ

れることもある。

著作権法の域外適用について、ALI 原則及び CLIP 原則はこれを認めていない。域外適用アプローチには否定的な傾向がある<sup>(47)</sup>。

### 3 日本における判例・学説と立法提案

以上、アメリカにおける著作権法の域外適用と著作権侵害の準拠法に関して検討した。そこで本章では、日本における判例、学説、立法提案の現状について著作権侵害を中心に明らかにする。日本の通則法には、著作権侵害について明文の規定はない。また、著作権侵害の準拠法に関する最高裁判決も存在しない。そこで、まず、特許権侵害の準拠法について判断したカードリーダー事件最高裁判決<sup>(48)</sup>を拠り所とする。その後、カードリーダー事件以降の著作権侵害に関する判決の状況、学説の現状、立法提案についてみる。

#### (1) 判例

##### (a) カードリーダー事件（最判平成 14 年 9 月 26 日）

周知のとおり、本件はアメリカ特許権の侵害が問題になった事案において準拠法決定を行った最高裁判決である。本判決は、アメリカ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と述べ準拠法アプローチを採用した<sup>(49)</sup>。さらにその性質決定は、アメリカ特許権侵害に基づく差止めおよび廃棄請求と損害賠償請求の準拠法の区別をするものであった。

特許権侵害に基づく差止めおよび廃棄請求については、特許権の効力と性質決定し、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登録国法によると解し、アメリカ法が準拠法となるとした<sup>(50)</sup>。もっとも、アメリカ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アメリカ特許法を適用し、我が国内での行為の差止めまたは侵害品の廃棄を認めることは、我が国特許法の基本理念と相いれないと判断し我が国の公の秩序に反するとしてアメリカ特許法の域外適用に値する点を否定した<sup>(51)</sup>。

続いて、損害賠償請求については、不法行為と性質決定し、結果が発生した地であるアメリカ法が準拠法となるとした<sup>(52)</sup>。また、損害賠償の準拠法についても、我が国は、特許権の効力を自国の領域外の積極的誘導行為に及ぼすことを可能とする法律の規定を持たないから、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解してアメリカ特許法の適用を認めなかった<sup>(53)</sup>。

本判決は、特許権侵害に基づく差止め及び廃棄請求と損害賠償請求について準拠法アプローチを採用し、前者は特許権の効力であり後者は不法行為と性質決定した。差止め及び廃棄請求について、公法的法律関係の属地主義の原則を理由として準拠法決定不要説を採用し<sup>(54)</sup>、これを支持する見解も存在する<sup>(55)</sup>。また、準拠法必要説を採るとしても、特許権侵害に関する法性決定について最高裁判決のように区別する必要があるのかで議論が分かれている状況である<sup>(56)</sup>。もっとも、連結点として登録国や結果発生地を用いることは、すなわち保護国を連結点として用いることと同じ結果に繋がる。なぜなら、その地で特許として登録しているからこそ侵害が発生し、侵害の結果が発生するからである。つまり、この地はALI原則にいう保護が要求される国と解せる。この点に関して、本判決とALI原則は同じ見解であると考えられる。一方で、本判決はALI原則において規定されている、ユビキタス侵害といった例外を考慮していない。特許権侵害について、差止め及び廃棄請求は登録国法、損害賠償請求は結果発生地の法を準拠法とするという原則について述べたにすぎない。

#### (b) その後の状況

著作権法の分野においてカードリーダー事件に倣うと著作権侵害の性質決定に関して、差止めおよび廃棄請求と損害賠償請求が区別されることになる。つまり、差止め請求等については、著作権の効力と性質決定し当該著作権と最も密接な関係がある保護国の法が、損害賠償請求については、不法行為と性質決定し権利侵害の結果が生じた国の法が準拠法となる。

実際に、東京地判平成16年5月31日〔中国詩事件〕は<sup>(57)</sup>、カードリーダー事件最高裁判決に依拠している。この事件は、我が国において出版された小説について、中国の著名な詩人である著作者の相続人である原告らが、被告

らが著作者の許諾なく中国語の詩を日本語に翻訳している等を主張して、我が国における被告小説の印刷、製本、販売及び頒布の差止め等と著作権侵害等を理由とする損害賠償を請求した事案である。著作権侵害に基づく差止め請求については、平成14年のカードリーダー事件を参照し、著作権の排他的効力に基づく、ベルヌ条約5条2項にいう著作者を保全するための救済方法であると性質決定し、保護が要求される国である日本法が適用されると述べた。さらに、著作権侵害を理由とする損害賠償請求についてもカードリーダー事件同様に不法行為と性質決定し、法例11条1項が適用された事案である。

また、東京地裁平成18年7月11日〔ローマの休日事件〕<sup>(58)</sup>も、差止め請求について、ベルヌ条約に従い、保護国法が準拠法となると判断した<sup>(59)</sup>。この事件は、映画の制作及び配給等を主たる事業とするアメリカ合衆国法人が、「ローマの休日」と題する映画等の著作権に基づき、日本国内におけるDVDの製造販売は著作権侵害であると主張して差止め等を求めた事案である。

続けて、知財高判平成20年2月28日〔チャップリン事件〕<sup>(60)</sup>も差止め請求と損害賠償請求を区別した。本判決は、映画監督等として著名なチャールズ・チャップリンの映画作品の著作権者である原告が、被告らが原告の複製権及び頒布権を侵害していると主張して、我が国における複製および頒布の差止めと廃棄、損害賠償を求めた事案である。本判決も、カードリーダー事件同様、著作権侵害を理由とする差止め請求はベルヌ条約5条2項により保護国である日本法が<sup>(61)</sup>、損害賠償請求については不法行為と性質決定し日本法が適用されると判断した<sup>(62)</sup>。

さらには、北朝鮮の行政機関等による日本の放送業者に対し、著作権侵害を理由とする損害賠償請求について、不法行為と性質決定した知財高判平成20年12月24日〔北朝鮮著作物事件〕<sup>(63)</sup>があげられる。近時にも、日本法人が台湾法人に委託して製造させた小型USBフラッシュメモリを日本に輸入して販売する行為に対して、台湾法人が著作権侵害等を主張して損害賠償を請求した知財高裁平成23年11月28日判決<sup>(64)</sup>があげられる。この判決においても、著作権侵害を理由とする損害賠償請求は不法行為と性質決定されている。

著作権侵害が問題になった事案で、差止め請求と損害賠償請求を分けて性質

決定する点は、カードリーダー事件と同様である。

## (2) 学説

この様に、カードリーダー事件以降、著作権侵害が問題になった事件においてカードリーダー事件に従う判決も存在する。本稿との関連上ここでは、著作権侵害の準拠法に関する我が国の学説の現状を考察する。

まず、ベルヌ条約は抵触規定を含むのが当面の問題となる<sup>(65)</sup>。つまり、「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」(5条2項3文)との規定が、果たして準拠法決定を含んでいるのかという問題である。この規定が抵触規定か否かについては、非常に争いがある<sup>(66)</sup>。

次に、たとえ本規定が抵触規定であると解する場合においても、その解釈についてさらに対立している。これに関して、著作権者の権利の保護範囲及び救済方法、保護が要求される国の法律(保護国法)を準拠法として指定する抵触規定だと解する見解が特に有力である<sup>(67)</sup>。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<sup>(68)</sup>。他方では、ベルヌ条約は抵触規定を含まないと解する見解も存在する<sup>(69)</sup>。この場合には通則法によることとなるが、通則法に著作権侵害の準拠法に関する明文の規定は設けられていない。そこで、著作権侵害に関して、我が国の通則法もしくは条理によることになる。

いずれにしても、著作権に基づく差止め請求等と損害賠償請求を区別し、別個の単位法律関係に振り分けるのか、あるいは一体的と解釈するのかという点で着目される。差止め請求等と損害賠償請求とを区別すると、差止め請求等については保護国法が適用される。損害賠償請求については、不法行為を性質決定し結果が発生した地の法によることとなろう。差止め請求等と損害賠償請求とを区別することに反対するものには、どちらの請求についても保護国法によるべきとの見解が多数うかがえる<sup>(70)</sup>。

### (3) 立法提案

日本においても、透明化プロジェクト立法提案や早稲田大学グローバルCOEプロジェクト案といった知的財産権立法案がなされている。そこで、(3)では判例、学説の流れを踏まえた上で、日本における立法提案について著作権侵害に関連する部分を示す。

#### (a) 透明化プロジェクト立法提案<sup>(71)</sup>

準拠法に関しては、第3編で7条からなる規定が設けられている。301条は知的財産権侵害の準拠法について規定されている。これによると、知的財産権侵害訴訟の準拠法は、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(1項)。ここでは、「保護国法」や「保護が要求される国の法」といった文言が用いられていない。さらには、法性決定の問題として、救済としての差止めと損害賠償を分けることはしていない<sup>(72)</sup>。救済に関する性質決定を一括りとし、その際の連結点は「利用行為の結果が発生したか発生すべき地」としている。

また、ユビキタス侵害については、「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」としている。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ことではなく、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<sup>(73)</sup>。

#### (b) 早稲田大学グローバルCOEプロジェクト案<sup>(74)</sup>

著作権の侵害及び救済方法については保護国法により、保護国とは、その領域につき侵害に対する救済を求められる国をさす(16条1項、2項)。知的財産権侵害を国際私法上権利の効力の問題とみるか、基本的に不法行為の問題とみて不法行為の準拠法によるかについては法性決定に絡む難しい問題であり、議論の分かれるところである<sup>(75)</sup>。しかしながら、たとえ不法行為の準拠法によるとしても、不法行為地の決定、明らかにより密接な関係がある場合の例外、特別留保条項などに微妙に相違が生じており、統一的解決が不可欠となることは明らかなので知的財産権侵害につき保護国法によっている<sup>(76)</sup>。



また、この案では、侵害の認定に関する制限(17条)という規定が設けられている。これによると、1項では原則として直接侵害行為が保護国の領域で行われた場合にのみ著作権侵害が認められる。そして2項では、間接侵害行為、とりわけ、直接侵害行為の行為者を保護国の域外にあって教唆し、または、幫助した場合には、その行為が保護国における知的財産の侵害に向けられており、かつ、保護国において直接的で実質的な損害を及ぼす場合に当該知的財産の侵害を認定するとある<sup>(77)</sup>。

さらに、ユビキタス侵害については、最も密接な関連を有する国の法によるとの規定を設けている(18条)。最も密接な関連を有する国を決定する際に考慮する要素は、(a)侵害したとされる者の常居所又は営業中心地<sup>(78)</sup>、(b)その侵害の主たる結果の発生地、(c)権利者の主たる利害関係の中心地、の3つを考慮する。また、3つの要素を考慮しても客観的に最も密接な関連を有する国の法を明らかにすることができない場合には(a)号で定める意味における侵害したとされる者の常居所又は営業中心地のある国の法による。

日本における著作権侵害に関する立法提案には、次のような傾向がみられる。透明化プロジェクト立法提案の提案と早稲田大学グローバルCOEプロジェクト案は、著作権侵害について、差止め請求と損害賠償請求を一括りにしている点で一致している。先に述べたように、裁判所はこれらを別の単位法律関係として扱う傾向がみられる。しかしながら、立法提案には、このような傾向は現れていない。

次に、透明化プロジェクト立法提案の著作権侵害についての連結点に着目できる。早稲田大学グローバルCOEプロジェクト案が用いている連結点は「保護国」である。一方、透明化プロジェクト立法提案は連結点を「保護国」としていない。「知的財産の利用行為の結果が発生したか発生すべき地」と定めている<sup>(79)</sup>。ALI原則、CLIP原則、早稲田大学グローバルCOEプロジェクト案はいずれも保護国を連結点としている中、この立法提案だけが異なる連結点を用いている<sup>(80)</sup>。

また、早稲田大学グローバルCOEプロジェクト案が、侵害の認定に関して

制限規定を設けている点にも着目できる(17条)。とりわけ、2項によればアメリカのように域外適用を主張する国の知的財産権についてのみならず、日本の知的財産権についてもこの規則に関する限り、この限りで域外適用を認めることが前提となる。本規定は、CLIP原則の3:602条と同じ趣旨のものである。カードリーダー事件最高裁判決の少数意見を取り入れ、保護国以外の地域で行われた保護国における侵害を誘導、幫助する行為を当該知的財産権の侵害行為とみなしている<sup>(81)</sup>。

さらに、両案はユビキタス侵害に適用される準拠法に関する特例を設けているが、この内容が両案で異なる。早稲田大学グローバルCOEプロジェクト案は、最も密接な関連を有する国の法を準拠法と規定している。そして、準拠法を決定する際に3つの要素を考慮することを明確にし、これを規則化している。一方、透明化プロジェクト立法提案は「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」を準拠法と定め、考慮要素等を特に規定していない。

#### 4 域外適用アプローチか準拠法アプローチか

アメリカの裁判所では、著作権侵害について域外適用アプローチを用いている<sup>(82)</sup>。しかしながら、同時に著作権法の分野について準拠法アプローチを用いる傾向もうかがえる。どちらのアプローチを採用するかに関して、裁判所や学説において見解が対立し一様ではない。

一方、日本の裁判所では、著作権侵害に対して準拠法アプローチを用いている。これに関しては、特許権侵害が問題になったカードリーダー事件最高裁判決に従う傾向がある。学説及び立法提案も域外適用アプローチには消極的な立場をとるものが多い。

著作権侵害が生じた場合、域外適用と準拠法のどちらのアプローチを用いることがよいのだろうか。2つのアプローチについて、利点と欠点、双方の性質という視点から検討する。

##### (1) 利点と欠点の混在

域外適用アプローチの利点として、次のことがいえる。まず、適用される法

が明確である。域外適用アプローチは、自国法を適用するのか、あるいは適用しないかの問題である。域外適用を認める場合に適用される法はもちろん自国法である。そして、国外で行われた行為に対しても一括して自国の著作権法を適用することができる。加えて、自国の法は著作権者にとって最も馴染みのある法であるため、著作権者は裁判において狼狽することはない。さらに、裁判所は迅速に訴訟を進めることができる。域外適用アプローチによると、裁判所は自国の法の解釈だけを行えばよい。当然のことながら、裁判所が最も詳しい法は自国の法である。裁判所は、自国法の解釈だけを行えば充分なのである。

それでは、準拠法アプローチの利点は何か。準拠法アプローチは、どの国の法律が適用されるのかを決定するものである。そうすると、侵害に適用される法は確実に定まることとなる。よって、国外での侵害行為が野放しになる可能性は域外適用に比べて低いと考えられる。

このように、2つのアプローチの利点があげられるが、一方が他方のアプローチと比較して完全に優れているかといえばそうではない。それぞれのアプローチには次のような欠点が考えられる。まず、域外適用アプローチについて、域外適用が認められない場合に侵害者による侵害は野放しとなるおそれがある。著作権者の救済に欠ける場合が生じうる<sup>(83)</sup>。再度、著作権者が裁判所に準拠法の主張を述べることも考えられるがこれには疑問が残る。各侵害国において訴訟を提起することも考えられるが、Subafilms判決のように世界中で侵害が行われている場合、著作権者にとってこれは非常に酷である。

次に、準拠法アプローチを用いた場合の欠点として、手続きが煩雑になることが考えられる。なぜなら、準拠法として決定される国の法は一つとは限らない。裁判所は、複数の保護国法の解釈を行わなければならない場合が生じうる。例えば、アメリカ法の域外への適用が認められたCurb判決において、準拠法アプローチが用いられたとするとどうか。裁判所は、いくつもの不慣れな外国著作権法のニュアンスの調査や専門家の選任という厄介な問題にぶつかり、そのような問題の判断を頻繁に求められることになる<sup>(84)</sup>。準拠法として決定された著作権法の分析に手間がかかり<sup>(85)</sup>、さし当り訴訟が長期化する可能性がある。さらには、差止め請求と損害賠償請求を分けて性質決定する場合は、よ

り煩雑な状況を招きかねない。また、保護国法によれば許諾行為が違法ではないという可能性も考えられる。

他にも、2つのアプローチには、いくつかの欠点も存在する。しかしながら、域外適用アプローチの欠点は準拠法アプローチの利点で補うことができ、逆に準拠法アプローチの欠点は域外適用アプローチの利点で補うことが可能である。Subafilms 判決のように域外適用が否定され、著作権者が保護されなかった事案であっても、準拠法アプローチを援用することで著作権者の保護に適用がある。全く保護されないよりは、複数の外国法を適用する方が良い<sup>(86)</sup>。例えば、Subafilms 判決において準拠法アプローチが用いられていたならば実際の Subafilms 判決とは異なり、上述したどの提案によっても著作権者の保護に適用という結果が導かれる。

また、どちらのアプローチによっても著作権者の保護に適用することもある。例えば、Curb 判決で準拠法アプローチを用いる場合が考えられる。Curb 判決は域外適用アプローチを用いて、国外で行われた行為にアメリカ著作権法を適用した事例である。仮に、ALI 原則を Curb 判決の事例に当てはめてみても著作権者の保護が達成できるであろう。CLIP 原則を用いても同様の結果になる。また、カードリーダー事件の立場によっても、差止め請求に関しては保護国法が、損害賠償請求に関しては結果が発生した地が適用されることとなる。

反対に、どちらのアプローチを用いても、著作権者が保護されない可能性もある。域外適用アプローチによっても自国法の適用が否定され、準拠法アプローチによっても決定された国の法によれば著作権者は保護されないという場合がこれにあたる。このように2つのアプローチは利点と欠点が混在している。一方を用いることで利点ばかりが出揃うのではない。どちらかが完全に優れているというものではない。

## (2) 域外適用アプローチと準拠法アプローチとの関係

今後、著作権侵害が生じた場合、どちらのアプローチを用いるべきだろうか。域外適用アプローチか、それとも準拠法アプローチだろうか。

先にも述べたように、域外適用は国外で行われた行為に対して自国の法を適

用することをいう。自国の法を適用するか適用しないのかの問題である。つまり、法規の適用範囲の問題である。

まず、域外適用はその性質をみるかぎり、日本でいう絶対的強行法規とよく似ている<sup>(87)</sup>。域外適用と絶対的強行法規は、問題となっている自国法の国際的な適用範囲を確定するという法規から出発するアプローチである<sup>(88)</sup>。つまり自国法を適用するか、あるいは適用しないかの問題である。自国法を適用しないのであれば、それまでのことである。

これに対して、準拠法アプローチは法規の適用範囲の問題ではなく、例えば不法行為といった単位法律関係を設定し、その各单位法律関係につき結果発生地といった連結点を決め、準拠法を選択するというアプローチが原則である<sup>(89)</sup>。例えば、わが国の通則法36条には「相続は、被相続人の本国法による」とある。つまり、法廷地であるわが国の関連する国際的私法生活関係だけでなく、広く一般的に全ての国際的私法生活関係を対象とし、内外法を問わず、いずれの国の法によるべきかを定めている<sup>(90)</sup>(双方向的抵触規定)。

ところで、準拠法規則の構造の一つとして、例えば24条3項の但し書きのように「ただし、日本において婚姻が挙行された場合において、当事者の一方が日本人であるときは、この限りではない」との規定がある。すなわち、内国法である日本法が適用される場合のみを定める規定であり、日本法の適用される範囲のみを定める一方的抵触規定である<sup>(91)</sup>。

絶対的強行法規は、国際私法にいう一方的抵触規定とも同じ特徴を兼ね備えている。すなわち、法律単位あるいは個別の規則ごとに捉えるのかという問題があるものの、出発点は実質法であり、日本法を適用するのかあるいは適用しないかの問題である。絶対的強行法規は国家の利益を重視するものであるが、ここにいう利益について明確な線引きができない状況においては、双方の特徴が同じであるという点を重視したい。

要するに、一方的抵触規定は国際私法上の規定であるが、その性質は域外適用の性質と非常によく似ている。当然のことながら、域外適用は実質法上の問題であって国際私法上の規定には存在しない。そして国際私法の範囲をどのように決めるかは、国際私法をどう考えるかという理論上の問題である<sup>(92)</sup>。い

かなる事項が国際私法の範囲に属するかは国により時代により異なる<sup>(93)</sup>。国際私法は法の抵触を解決する法であって準拠法の選択問題が、国際私法の中心部分をなすことについては異論はない<sup>(94)</sup>。刑法や行政法などの公法の抵触問題は国際私法の範囲から除外されてきた。しかし、労働法、家族法、独占禁止法などの経済法等、私法の分野で公法化の現象がみられるにおよんで、これらの事項が国際私法の範囲に入るのかが問題になっている。これらの分野においても国際私法の法選択理論の果たしうる役割は大きいという<sup>(95)</sup>。また、公法の抵触、すなわち行政法、税法、刑法等の抵触問題は、古くは国際私法の問題とされたことがあり、また近時においても国際私法の範囲に入れるべきことを主張する学者もいる<sup>(96)</sup>。

そうすると、これらの関係をどのように捉えるべきか。上述したように、域外適用は国際私法上の問題ではなく、実質法上の問題である。そして域外適用は、先にも述べたように日本でいう絶対的強行法規と性質が同じであると解することができる。絶対的強行法規とは、国家利益、社会政策の実現を目的とする特に強行性の強い法規であって、準拠法如何にかかわらず適用されるべき規範をいう<sup>(97)</sup>。また、域外適用と絶対的強行法規は、国際私法の枠外に位置しているところも同様である。この絶対的強行法規を国際私法の規定に取り込むことができれば、それはつまり域外適用を国際私法概念に引き込むことになるのではないか<sup>(98)</sup>。このように解した上で重要なのは、一方的抵触規定は当該規定に該当する場合にだけ内国法が適用され、当該規定の適用がなければ双方向的抵触規定に戻るといった性質にある。一方に該当しない場合は他方に戻る、それは一方を選択した場合に他方を捨てるというものではない。

ここで改めて最初の疑問について考える。今後、著作権侵害が生じた場合、どちらのアプローチを用いるべきだろうか。域外適用アプローチか、それとも準拠法アプローチだろうか。一方のアプローチを用いた場合と他方のアプローチを用いた場合で、適用する法律が同じ国の法律となることがある。そして、どちらのアプローチを用いた場合であっても、利点と欠点が混在する。利点ばかりが揃うのではない。それでも、どちらかのアプローチを選択するべきか。これについて、筆者はその様に思わない。つまり、域外適用を国際私法の枠組

みで捉えると、それは一方的抵触規定と解することができる。そのため、どちらが良いのかあるいはどちらを採るべきかという選択肢ではないと考える。法廷地の法目的と事件との関連からみて、内国著作権法の立法目的を達成するために必要であり、かつ法廷地法の適用が正当化されうる場合には、まず日本法を適用する当該規定が優先されるべきである。そうでない場合は、双方向的抵触規定に戻る。これはすなわち、どちらか一方を選択すると解するべきではない。

### おわりに

本稿では、著作権侵害についてアメリカの現状を考察した後、日本の現状についても取り上げた。裁判所の見解、学説、立法提案はいずれも対立し混在している状況である。今後もこの議論は続くと思われる。このような中で、アメリカにおける著作権法の域外適用の問題を始まりとして、準拠法アプローチとの関係も取り上げた。どちらのアプローチを用いても自国法を適用する結論が導かれることもある。そして、どちらのアプローチを用いても当事者間及び裁判所にとって、利点と欠点はそれぞれに混在している。

そうすると、域外適用アプローチと準拠法アプローチの一方のみを用いるのではなく複合的に用いることで、この問題は解決され则认为。これは、どちらのアプローチを採るのかというものではない。つまり、以下のとおりとなる。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的効果が国内に及び、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。なお、域外適用を国際私法の枠組みと捉えることについては、さらなる検討の余地があり今後の課題にしたい。

(1) 法律学小辞典第4版補訂版12頁(有斐閣, 2008)によれば、域外適用とは「国

家が、自国の領域外の行為や人・財産などの事象に対して管轄権を行使すること」と規定されている。松岡博編『現代国際取引法講義』231頁以下（法律文化社、1996）[佐野寛]によれば「自国の法律をその領域外で生じた事象に適用することを法の域外適用」と呼んでいる。

- (2) 例えばアメリカ商標法の域外適用については、松岡博『アメリカ国際私法・国際取引法判例研究』318-338頁（大阪大学出版会、2010）参照。アメリカ特許法の域外適用については、出口耕自「米国特許法の域外適用と国際私法上の公序」国際法外交雑誌第108巻第4号48-68頁（2010）参照。アメリカ著作権法の域外適用に関しては前田実紀「アメリカにおける著作権法の域外適用——*Subafilms*判決以降を中心に」帝塚山法学第21号1-55頁（2010）がある。
- (3) アメリカでの知的財産侵害訴訟における準拠法アプローチについては、木棚照一編著『国際知的財産侵害訴訟の基礎理論』157頁以下[大野聖二]（経済産業調査会、2003）参照。著作権法の分野では、*Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier Inc.*, 153 F.3d 82 (2d Cir. 1998). があげられる。
- (4) ALI: The American Law Institute, *The American Law Institute, Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes*, 2008. CLIP: European Max-Planck-for Conflict of Laws in Intellectual Property
- (5) *Subafilms, Ltd. v. MGM - Pathe Communications Co.* 24 F.3d 1088 (1994). 本判決は、DANIEL C. K. CHOW & EDWARD LEE, *INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY*, at 18-23 (2006) 及びロバート・ゴーマン ジェーン・ギンズバーグ共編（内藤篤訳）『米国著作権法詳解——原著第6版（下）』951-957頁（信山社、2003）・原本はROBERT A. GORMAN & JANE C. GINSBURG, *COPYRIGHT CASES AND MATERIALS SIXTH EDITION*, at 938-946 (2002), 大塚章男『ケースブック国際取引法』307-318頁（青林書院、2004）においても検討がなされている。前田実紀「アメリカにおける知的財産法の域外適用——商標法・著作権法を中心として」帝塚山法学19号12-22頁（2009）も参照。また、*Subafilms*判決以降の判例の傾向については前田前掲注(2)・1-55頁を参照。
- (6) *Subafilms*判決は、*Peter Starr Prod. Co. v. Twin Continental Films, Inc.*, 783 F.2d 1440 (9th Cir. 1986) を引用しこのように述べた。
- (7) 24 F.3d 1096.
- (8) 24 F.3d 1092.
- (9) 24 F.3d 1095.
- (10) 文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約（Berne Convention for the Pro-



tection of Literary and Artistic Works)

- (11) 24 F. 3d 1097.
- (12) 24 F. 3d 1097-1098.
- (13) *Curb v. MCA*, 898 F. Supp. 586 (M. D. Tenn. 1995)
- (14) 898 F. Supp. 595.
- (15) 898 F. Supp. 595.
- (16) *Allarcom Pay T. V., Ltd. v. General Instrument Corp.* 69 F. 3d 381 (9th Cir. 1995)
- (17) *Fun-Damental Too v. Gemmy Indus. Corp.* 1996 U.S. Dist. LEXIS 18653 (S.D.N.Y. 1996)
- (18) *Seals v. Compendia Media Group*, 2003 U.S. Dist. LEXIS 2980 (N.D. Ill. 2003)
- (19) *Los Angeles News Serv. v. Reuters Television Int'l, Ltd.* 149 F. 3d 987 (9th Cir. 1998).
- (20) *Expeditors Int'l v. Direct Line Cargo Mgmt. Servs.* 995 F. Supp. 468 (D.N.J. 1998)
- (21) *Compaq Computer Corp. v. Ergonome Inc.*, 2001 U.S. Dist. LEXIS 23485 (S.D. Tex. 2001)
- (22) *Update Art, Inc. v. Modiin Pub., Ltd.*, 843 F. 2d 67 (2d Cir. 1988)
- (23) 前田実紀「アメリカ著作権法の域外適用をめぐる学説の展開」帝塚山法学 22号 松岡博先生退職記念号 179頁以下 (2011) 参照。
- (24) Gary B. Born, *A Reappraisal of The Extraterritorial Reach of U.S. Law*, 24 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 1 (1992).
- (25) *EEOC v. Arabian Am. Oil Co.*, 499 U.S. 244 (1991). *Aramco* 判決は、アメリカ公民権法第7編がアメリカ国外で生じた行為である雇用差別に適用されるかどうかの問題になった事案である。最高裁は反域外性の原則を維持し域外適用を否定した。
- (26) Susan S. Murphy, "the New Economy" and the Presumption Against the Extraterritorial Application of United States Copyright Law: What should Congress Do?, 33 *Conn. L. Rev.* 1434-1435 (2001).
- (27) *Id.*, at 1438.
- (28) *Id.*
- (29) *Id.*, at 1436-1439.
- (30) Curtis A. Bradley, *Extraterritorial Application of U.S. Intellectual Property Law: Principal Paper: Territorial Intellectual Property Rights in an Age of Globalism*, 37 *Va. J. Int'l L.* 505 (1997).
- (31) *Id.*, at 518.
- (32) *Id.*
- (33) Robert H. Thornburg, *Choice of Law in International Copyright: The SPlit of Authority Be-*

tween The Second and Ninth Circuits Regarding Extraterritorial Application of The Copyright Act, 10 J. Tech. L. & Pol'y 23 (2005)

- (34) *Id.*, at 34.
- (35) 本稿 1(1)(b)参照
- (36) Subafilms 判決, Curb 判決, Fun-Damental 判決, Seals 判決, Expediters 判決で問題になった国内での行為は「許諾」である。
- (37) *Illustro Sys. Int'l, LLC v. IBM*. 2007 U.S. Dist. LEXIS 33324 at 39.
- (38) ただ、国内での侵害行為として「許諾」行為が問題になっている場合には依然として Subafilms 判決に賛同する判決が少なからず存在することがうかがえる。
- (39) 反域外性の推定について何ら言及していない判決も存在する。例えば, *Expediters Int'l v. Direct Line Cargo Mgmt. Servs.* 995 F. Supp. 468 (D.N.J. 1998). はこれについて述べていない。
- (40) The American Law Institute, *Intellectual Property: Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes*, 2008. を参照。ALI 原則の訳については、河野俊行編『知的財産権と涉外民事訴訟』22-27 頁(弘文堂, 2010)によった。
- (41) *Principles for Conflict of Laws in Intellectual Property*, Prepared by European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP), final text December 1 2011, available at <http://www.cl-ip.eu/> CLIP 原則(第2次案)の訳は、河野編前掲注(40)・41-50 頁がある。
- (42) ALI 原則と CLIP 原則との比較に関する文献については、例えば、木棚照一「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」企業と法創造 6 巻 2 号(2009) 158 頁以下、アクセル・メツガー「準拠法 CLIP 原則第2次案の下での準拠法：属地主義のプラグマティックな再評価」河野編注(40)・134 頁以下(訳)河野俊行/村上愛などがある。
- (43) 保護国の意味するところについて、河野前掲注(40)・294 頁 [小島立]、松岡博編『国際関係私法入門 [第3版]』(有斐閣, 2012) 166 頁 [田中美穂]では、保護国が具体的にどの国を指すのかは必ずしも明確ではない旨の指摘がなされている。
- (44) 木棚照一「東アジアにおける知的財産権に関する共通国際私法原則の必要性と可能性」481 頁立命館法学 2010 年 5・6 号(333・334 号)
- (45) *Itar-Tass Russian Agency v. Russian Kurier, Inc.*, 153 F.3d 82 (2d Cir. 1998).
- Itar-Tass 判決については、松岡博編著『国際知的財産法の潮流』28 頁以下 [松岡博] (帝塚山大学出版会, 2008), 同前掲注(2)・260-285 頁, ロバート・ゴーマン, ジェーン・ギンズバーグ共編(内藤篤訳)前掲注(5)・951-957 頁(信山社, 2003)

に依った。

- (46) 本判決は、著作権侵害を著作権の所有権に関する問題と、侵害に関する問題に区別した。所有権の問題については、財産権の一形態と考え、財産に対する当事者の利益がその財産及び当事者に「最も重要な関係」を有する国の法によって決定される。本件において、問題の著作物はロシア国民によって創作されロシア国内で最初に発行されたので、それに対する所有権の問題を決定するために適用される法はロシア法であると結論づけられた。つまり、誰が著作権者に当たるのかは、最も重要な関係を有する国が適用されるが、この内容は最初に創作され最初に公開された国のことを指し、ALI原則のそれと要素が異なる。一方で、侵害問題については、不法行為地であるアメリカ法が適用される。もっとも、侵害問題に関してはALI原則によったとしても保護国法が適用され、結論は変わらない。
- (47) この点に関しては、公序の観点からすると、両プロジェクトが知的財産権の域外適用に門戸を広く開放するのを回避した点は歓迎されるべきであるという見解もある。河野編前掲注(40)・156頁 [アクセル・メツガー] (訳) 河野俊行, 村上愛
- (48) 民集 56 卷 7 号 1551 頁, 判時 1802 号 19 頁, 判タ 1107 号 80 頁, 本判決の評釈として例えば, 横溝大「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] 200 頁 (2012), 高部真規子 最判解民事篇平成 14 年度 687 頁, 松岡千帆 平成 15 年度主要民事判例解説 (判タ 1154 号) 176 頁 (2004) 等がある。
- (49) 前掲注(48)・民集 56 卷 7 号 1556 頁
- (50) 前掲注(48)・民集 56 卷 7 号 1557 頁
- (51) 前掲注(48)・民集 56 卷 7 号 1558 頁
- (52) 前掲注(48)・民集 56 卷 7 号 1559 頁
- (53) 前掲注(48)・民集 56 卷 7 号 1560 頁
- (54) 東京高判平成 12 年 1 月 27 日 判時 1711 号 131 頁, 判タ 1027 号 296 頁, その評釈等として, 木棚照一「批判」AIPPI 45 卷 5 号 303 頁, 齋藤彰「批判」ジュリスト 1179 号 299 頁, 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め及び損害賠償請求」知財管理 50 卷 10 号 1559 頁がある。
- (55) 井関前掲注(54)・1562 頁は, 解決すべき法の抵触は存在せず, 一義的に保護国法が適用されると解する。
- (56) 木棚照一 民商 129 卷 1 号 118 頁「少なくとも抵触法上は差止・廃棄請求も損害賠償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, 敢えてこれらを異なるように法性決定する必要はない」, また, 西谷祐子 国際私法判例百選 [新法対応補正版] 75 頁 (別冊ジュリスト 185 号,

2007)も、差止め・廃棄請求及び損害賠償請求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とある。

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154巻3号98頁「実質法上損害賠償や差止めが性質上区別されていようが一体のものとして捉えられていようが、これらの請求権は相互に密接な関係にあることは疑いが無い。」

- (57) 判時1936号140-155頁, 判タ1175号265-280頁〔中国詩事件〕熊倉禎男平成17年度主要判例解説196-198頁(2006), 詳細は山口敦子「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(東京地裁平成16年5月31日判決)」法と政治58巻3・4号103-125頁(2008)
- (58) 判時1933号68-75頁, 判タ1212号93-101頁〔ローマの休日事件〕本判決の評釈として, 作花文雄「映画「ローマの休日」の保護期間をめぐる法制上の論点」コピーライト2006年12月22-34頁・判時1947号185-194頁, 美勢克彦判タ1245号179-180頁平成18年度主要民事判例解説(2007), 茅野直勝「ローマの休日事件」パテント60巻4号(2007), 岡邦俊「続・著作権の事件簿⑨4」JCAジャーナル53巻8号82-85頁(2006), 長谷川俊明国際商事法務1130頁34巻9号(2006)がある。横山久芳「著作権の保護期間に関する考察」NBL844 32-39頁(2006)
- (59) 前掲注・(58)判時1933号72頁「著作権侵害に基づく差止め請求は, 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。著作権法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)より, 保護が要求される国の法令に定めるところによる」として日本法が適用された。
- (60) 判時2021号96頁〔チャップリン事件〕評釈として, 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172-175頁(2010), 吉田正夫, 狩野雅澄「旧著作権法下の映画著作物の著作者の意義と保護期間」コピーライト2009年1月30-49頁, 金子敏哉「旧法下の映画の保護期間」著作権判例百選〔第4版〕(2009), 小松陽一郎「映画「ライムライト」等の保護期間が, 旧著作権法の適用により満了していないとされた事例」知財管理59巻8号1035-1040頁(2009)等がある。
- (61) 前掲注(60)・判時2021号101頁, 準拠法に関する判断は原判決のとおりであるからこれを引用する旨を明らかにしている。113頁の原判決によると, 差止め請求について「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」と判断した。

- (62) 前掲注(60)・判時 2021号 113頁また、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項によってその準拠法が定められることになる」「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」日本法が適用される。
- (63) 最高裁 HP「知的財産裁判例集」参照〔北朝鮮著作物事件〕。本判決に関する評釈等として、白杵英一「多国間条約と未承認国」ジュリスト 1376号 321-323頁 (2009)、上野達弘「未承認国の著作物と不法行為」L&T45号 60-71頁 (2009)・速報判例解説(5) (法学セミナー増刊) 251-254頁 (2009)、岡邦俊・JCA ジャーナル 56巻 4号 64-67頁 (2009) 等がある。また、原判決には、茶園成樹「北朝鮮の著作物について我が国が保護する義務を負わないと判断された事例」知財管理 58巻 8号 1099-1103頁 (2008)、横溝大「未承認国家の著作物とベルヌ条約上の保護義務」知的財産法政策学研究 21号 263-277頁 (2008)、中谷和弘「近隣国・地域との関係をめぐる最近の国内判例」法教 336号 134-140頁 (2008)、猪瀬貴道「ベルヌ条約上の日本と北朝鮮との間の権利義務関係が否定された事例」ジュリスト 1366号 172-175頁 (2008) 等がある。
- (64) 最高裁 HP「知的財産裁判例集」(平成 23年(㊦)第 10033号) 上野達弘「著作権侵害」国際私法判例百選 [第 2版] 112-113頁 (2012)、河野俊行「不正競争・著作権侵害を理由とする損害賠償請求の準拠法」平成 23年度重判解 (ジュリスト 1440号) 315-316頁
- (65) ベルヌ条約 5条 2項が抵触規則であるかどうかについては見解が分かれている。この点については、駒田泰土「ベルヌ条約と著作者の権利に関する国際私法上の原則」国際法外交雑誌 98巻 4号 (1999年)、野間小百合「インターネットにおける著作権侵害の準拠法について」広島法学 35巻 4号 (2012) 54頁以下、「著作権侵害の準拠法について」広島法学 35巻 2号 (2011年) 65-67頁、櫻田・道垣内編『注釈国際私法』第 1巻 635頁以下、松永詩乃美「ベルヌ条約における著作物の国際的保護——国際私法の観点から——」松岡編著前掲注(31)・55-71頁、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巻 4号 247頁 (2009) 等で詳細に述べられている。
- (66) 松岡編著前掲注(45)・62頁 [松永詩乃美]、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』(有斐閣, 2008) 460-461頁では、ベルヌ条約が準拠法選択規則を有していないとし、5条 2項の解

釈としては、保護国法を法廷地と解す外ない旨が述べられている。

- (67) 上野達弘「著作権侵害」国際私法判例百選 [第2版] 112頁 (2012) による。松岡博「国際著作権事件の準拠法」松岡編著前掲注(45)・26頁には、「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、5条2項で保護国法主義を明文で採用したと考えるのが適当ではなかろうか」と述べられている。また、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 472号 14頁 (2000) においても「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ルールの統一だけをしておくという方法は、合理的な判断である」「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してあるべき姿である」と述べられている。
- (68) 松岡編前掲注(45)・27頁 [松岡博]
- (69) 駒田前掲注(65)・59-62頁参照。
- (70) 道垣内正人 ジュリスト 1395号 175頁には、ベルヌ条約に準拠法決定ルールがあるという立場をとった上で、ベルヌ条約5条(2)の単位法律関係に、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が外れ、各国の国際私法の不法行為についての準拠法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ので、損害賠償請求も差止め請求と一緒に扱うべき旨が述べられている。また、櫻田嘉章・道垣内正人編集『注釈国際私法』第1巻 456頁 (有斐閣コンメンタール, 2011) [西谷祐子] においても、著作権、商標権をはじめとする他の知的財産権の侵害について、差止め請求および損害賠償請求区別することなく、一体的に知的財産権侵害として性質決定した上で、端的に保護国法によるべきと述べられている。さらには、作花文雄判時 1947号 191頁も、ベルヌ条約5条(2)は差止め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は違和感があるとの見解である。
- (71) 河野編前掲注(40)・6-7頁によった。河野俊行教授が中心となられて、文部科学省の特定研究「日本法の透明化」によって検討されている。
- (72) 河野編前掲注(40)・287頁 [小島立]「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」との見解に立つ。
- (73) 河野編前掲注(40)・303頁 [小島立]によると、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。

- (74) 木棚照一「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」企業と法創造6巻2号(2009)158頁以下
- (75) 木棚前掲注(74)・166頁
- (76) 木棚前掲注(74)・166頁
- (77) 木棚前掲注(74)・168頁
- (78) 18条2項(a)は、「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又は営業中心地とみなす。」と続く。
- (79) これについては、河野前掲注(40)・286-287頁〔小島立〕で、「保護国法 (law of the country for where protection is sought; lex protectionis)」については「法廷地 (law of the forum; lex fori)」との区別が付かない、「保護が要求される国の法 (law of the country for which protection is sought; lex loci protectionis)」については申立人が申し立てた国の法と紙一重になりかねないとの旨の説明がなされている。
- (80) 河野編前掲注(40)・302頁〔小島立〕によると、ユビキタス侵害の準拠法決定の際、単一の法に絞るとすると、その選択可能性は少なくとも六つある。もっとも、いずれにも一長一短があるとの指摘がなされ詳細な分析がなされている。
- (81) 木棚前掲注(74)・167-168頁
- (82) 木棚編著前掲注(3)・157頁〔大野聖二〕によれば、「米国においては、渉外的な知的財産権侵害事件の処理をする場合、自国の知的財産法の域外適用を一定の要件の下で認めるので、判例法上は、いかなる行為について自国の知的財産権が適用され、外国の知的財産権はいかなる行為に対して適用されるかを、まず判断している。当事者の主張も、かかる処理を前提に主張されており、渉外的な知的財産権侵害において、準拠法の問題は、それほど意識的に処理されているわけではない」とある。
- (83) 不破茂「証券取引規制における民事責任規定の国際的適用」国際商取引学会年報第13号(2011)199頁では、アメリカの多くの判例学説に関して、「規律管轄権の存否が決定的であり、存在すれば自国法を適用し、管轄権が存在しないならば訴訟を却下する。…全か無かの選択となり投資家の救済に欠ける場合を生じうる」との指摘がなされている。
- (84) Thornburg, *supra* note 33, at 34.
- (85) *Id.*, at 23-24.
- (86) *Id.*, at 34.
- (87) 松岡博編著『国際関係私法入門』第3版(有斐閣, 2012)105頁, 消費者契約・労働契約の節において、絶対的強行法規について、「日本との関連性を有する一定

の消費者・労働者を保護するため、国際私法や準拠法のいかにかわらず、その法規の適用範囲内の事項については日本で常に適用される法規」であるとの説明がなされている。また、櫻田嘉章『国際私法』218頁（有斐閣，2006）には、消費者保護に関する法廷地の絶対的強行法規が契約準拠法のいかにかわらず適用されるとの趣旨が法適用通則法によって否定されたものではないとの説明がなされている。

- (88) 松岡編前掲注(87)・105頁には絶対的強行法規について、「思考の順序として、当該事実を規律する準拠法はどの法かという方法ではなく、公法と同様に、法規から観察を出発し、当該法規の適用範囲がどこまでかという方法が採用される」との記述がなされている。
- (89) 廣江健司『国際取引における国際私法』74頁（国際書院，1995）によれば、国際私法の規定の方法には、単位法律関係（指定概念）と連結素（連結概念）とを一般的に規定する「双方的抵触規定」と自国実質法の適用範囲のみを規定する「一方的抵触規定」と、内国と関連のある場合についてのみ外国法の適用を規定する「不完全双方的抵触規定」などがある。日本の国際私法は、原則的に双方的抵触規定の規定の方法を採用するとの説明がなされている。
- (90) 松岡博『現代国際私法講義』16頁（法律文化社，2008）、木棚照一・松岡博・渡辺惺之『国際私法概論』25頁（有斐閣ブックス）
- (91) 松岡前掲注(90)・16頁、櫻田前掲注(87)・21頁
- (92) 木棚・松岡・渡辺前掲注(90)・7頁
- (93) 山田録一『国際私法』16頁（有斐閣，2004）
- (94) 木棚・松岡・渡辺前掲注(90)・7-8頁
- (95) 木棚・松岡・渡辺前掲注(90)・8頁
- (96) 山田前掲注(93)・16頁
- (97) 西谷祐子「消費者契約及び労働契約の準拠法と絶対的強行法規の適用問題」国際私法年報9号（2007）41頁
- (98) 渡辺惺之・野村美明編著『国際取引法』19頁〔佐藤やよひ〕（法律文化社，2002）には、強行法規について「国家的利益ではなく、法の強行性の観点からこの理論の適用範囲を当事者間の力関係の公平化を図る規定にまで拡張しようとするとするなら、この理論が適用される法規の「強行性」の程度に変化が生じてきているといえよう。」との記述がなされている。域外適用を国際私法の枠組みに引き込むという趣旨の記述ではないが、趣旨としては非常に近いものであると解することができる。