

判例研究

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—

東京地裁平成21年4月30日判決（平成20年(ワ)第3036号
損害賠償請求事件）判例時報2061号83頁

嶋 拓 哉

〔事実〕

テレビドラマ「苦菜花」（以下「本件ドラマ」という）は、中華人民共和国（以下「中国」という）法人である訴外AおよびBによって共同で撮影制作された映画著作物であり、中国国家版權局はAの申請に基づいて、Aが本件ドラマの著作権を有すること、および中国著作権保護センターの審査許可を経て上記権利につき登記することを記載した著作権登記証書を2005年（平成17年）8月4日付けで発行していた。2005年3月25日に、Aは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との間で、本件ドラマを含む6本のテレビドラマについての韓国、日本、シンガポールおよびマレーシアにおける著作権を代金50万人民元で譲渡する旨の契約（以下「本件譲渡契約」という）を締結した。しかしながら、電気通信役務利用放送事業を営む日本法人である被告Y1およびその委託を受けたCSデジタル放送サービスを運営する日本法人Y2が、2005年5月3日から13日にかけて、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とから、原告Xが、自身がAより譲り受けた本件ドラマの著作権の侵害を理由として、Y1、Y2に対して損害賠償を請求したほか、Y1に対して著作権法112条1項に基づき、本件ドラマの放送の差止めを求めた。これに対

して、Y1は、本件譲渡契約によりXはAから本件ドラマの非独占的利用権の譲渡を受けたに過ぎず、本件ドラマの著作権の譲渡を受けていないこと、および自身が中国の衛星放送チャンネル運営会社である訴外Cとの番組提携契約（以下「本件提携契約」という）に基づき、Cから本件ドラマの放送権を譲り受けており、我が国著作権法77条1項但書の「第三者」に該当すること等の主張を展開した。またY2は、自身が電気通信役務利用放送事業者から受信した放送番組の信号を機械的・同時に伝送する単なる導管としての役割を有するに過ぎず、Y1の放送番組の著作権の帰属について放送前に調査義務等を負わないとし、Xが主張する著作権侵害につき自身に過失がない旨の反論を行った。

〔判旨〕 請求の一部認容

1. 中国著作権侵害に基づく損害賠償請求および差止請求等の準拠法について

「本件は、中国法人であるXが、日本法人であるY1、Y2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Aほか1社が撮影制作した映画の著作物であり、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。

X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、X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。

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。

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、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。）」

2. 訴外Aから原告Xに対する本件ドラマの著作権譲渡の有無について

「X主張のXとA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、XとA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、法例7条1項により、その準拠法は、中国の法律である。」

「XとAは、平成17年3月25日、AがXに対し、Aが著作権を有する本件ドラマ（「苦菜花」）及びその他5本のテレビドラマ（「鉄血青春」、「迎春花」、「浴血男児」、「使命」、「哭也不流涙」）についての韓国、シンガポール、日本及びマレーシアにおける著作権を代金50万人民元で譲渡する旨の契約（本件譲渡契約）を締結したことが認められる。そうすると、Xは、平成17年3月25日、Aから、本件譲渡契約に基づいて、本件著作権の譲渡を受けたことが認められる。」

「これに対しY1は、Xは、Aから、本件譲渡契約書に係る契約により、本件ドラマについて非独占的利用権の『譲渡』を受けたにすぎず、本件著作権の『譲渡』を受けていない旨主張する。しかし、Y1の主張は、以下

のとおり理由がない。」

「Y1が主張するように、中国法における『譲渡』の用語は、権利移転を意味する狭義の『譲渡』と、使用許諾その他ライセンス方式による許諾を含めた広義の『譲渡』と二つの意味があるとしても、…(中略)…本件譲渡契約書は、著作権の譲渡(権利移転)に関する契約書であることは明らかであり、使用許諾その他ライセンス方式による許諾に関する契約書と解すべき余地はない。」

「また、Y1は、Aは本件譲渡契約書に係る契約の締結の際既にCに対し日本における本件ドラマの放送権を付与していたのに、A作成の2005年(平成17年)10月25日付け情況証明書(以下「本件情況証明書」という)中に、AがXと上記契約を締結するに当たり『放送権の二重譲渡が生じるとの認識はなかった』との記載があることは、Aが、上記契約の締結時において、Xに対し、著作権の譲渡(権利移転)をする意思を有しておらず、単に(二重譲渡の問題が生じ得ない)『非独占的利用権』を許諾する意思を有していたにとどまることを端的に示すものである旨主張する。」「しかし、…(中略)…本件情況証明書からは、AがCに対し本件ドラマの日本における放送権を付与していたとまで読み取ることはできないから、AがXとの間で本件譲渡契約を締結することにより本件ドラマの日本における放送権について『二重譲渡を生じるとの認識』がなかったとしても何ら不自然ではない。かえって、本件情況証明書中には、『Xと著作権譲渡契約を締結』との記載があり、AがXと締結した契約が本件ドラマの『著作権譲渡契約』であることが明記されており、上記契約がY1が主張するような『非独占的利用権』を許諾する内容の契約であることを窺わせる記載はない。」

「さらに、被告Y1は、中国国家版權局発行の2005年(平成17年)8月4日付け著作権登記証書には、Aが本件ドラマについて『著作権(中国大陸地区における録音録画製品の5年間の独占使用権を除く)』を有するとの記載があるが、韓国、シンガポール、マレーシア及び日本における著作権について何ら制限する記載がないことは、Aが、著作権登記証書発行前の本件譲渡契約書に係る契約の締結の際、Xに対し、本件著作権を譲渡する意思を有しておらず、『非独占的利用権』を許諾する意思を有していたにすぎないことを表すものである旨主張する。」「著作権登記証書には、『Aと

Bが2002年に共同で撮影制作、完成し、2004年7月に中国江蘇で初めて公開上映された作品「苦菜花」について、申請者Aが上記作品の著作権(中国大陸地区における録音録画製品の5年間の独占使用権を除く)を有する。』との記載がある。上記記載からは、上記著作権登記証書に係る著作権登記は、Aが本件ドラマの制作により取得した著作権に関する登記であることが認められ、これに反する証拠はない。そうすると、Aが本件ドラマの制作により取得した著作権に関する登記に、Aの上記取得後の著作権の移転に関する事項(Aの本件譲渡契約に基づくXに対する本件ドラマの韓国、シンガポール、マレーシア及び日本における著作権の譲渡)が反映されていないからといって、Aが、上記著作権登記証書発行前の本件譲渡契約の締結の際、Xに対し、本件著作権を譲渡する意思を有していなかったことの根拠となるものではない。」

3. 対抗要件欠缺の抗弁の成否について

「Y1主張のAとC間の放送権譲渡契約(以下「本件放送権譲渡契約」という)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、AとC間には、本件放送権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、法例7条1項により、その準拠法は、中国の法律である。」

「Y1は、AとCが平成16年10月26日に締結した本件放送権譲渡契約に基づいて、Cは、Aから、本件ドラマの日本における放送権(公衆送信権)の譲渡を受け、さらにY1は、Y1とC間の本件提携契約に基づいて、Cから本件ドラマを本件CS放送サービスの785チャンネルを通して放送する権利を付与されたから、Y1は、X主張の本件著作権の移転につき日本における登録の欠缺について正当な利益を有するものであり、著作権法77条1項柱書の『第三者』に該当する旨主張する。しかし、本件全証拠によっても、Cが、平成16年10月26日に、Aから、本件ドラマの日本における放送権(公衆送信権)の譲渡を受けたことを認めるに足りない。」

「本件放送権譲渡契約書は、AとC間の本件ドラマの『湖南地区における放送権』の利用許諾契約に係る契約書であることは明らかであり、本件放送権譲渡契約書において、本件ドラマの日本における放送権(公衆送信権)の譲渡の合意まで含むものとは認められない。」

「Cは、本件ドラマについて中国国内で初めての衛星放送を行うチャンネル3社のうちの1社にすぎず、本件放送権譲渡契約書上、AがCに使用(利用)を許諾した本件ドラマの放送地域は、衛星放送についても中国の湖南地区に限定されているとみるのが自然である。本件放送権譲渡契約書の『放送権の使用範囲は、湖南地区の無線放送、有線放送、衛星放送を含む。』との記載中の『含む』との文言は、使用を許諾した放送の種類に『無線放送、有線放送、衛星放送』が含まれることを示したにすぎないものと解される。Y1が主張するように、『含む』との文言から、本件ドラマの放送地域が『湖南地区』に限定されず、国外の衛星放送にまで及ぶものと解することは到底困難である。」

「Cは、Aから本件ドラマの日本における放送権の譲渡を受けたものといえないから、Cから本件ドラマを放送する権利を付与されたと主張するY1も、日本における上記放送権を有しているものとは認められない。」

「Y1は、Aから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』に当たらないから、Xは、Y1に対し、本件著作権を登録なくして対抗することができるというべきである。」

4. CSデジタル放送サービス運営主体(Y2)の過失の有無について

「Xは、①Y2は、本件放送のプロセスにおいて主要な役割を果たした本件放送の主体であるのみならず、プラットフォーム事業者として、電気通信役務利用放送事業者及び電気通信事業者から委託を受けて、CSデジタル放送のプロセスのうち、放送番組送出業務を行うとともに、電気通信役務利用放送事業者が放送する番組内容を熟知した上で、これを広く一般視聴者等に宣伝して、本件CS放送サービスの運営を行っていたのであるから、事前に、電気通信役務利用放送事業者の提供する放送の内容を知り、当該放送によって著作権等の他人の権利が侵害され得ることを十分に知り得る立場にあり、本件CS放送サービスにおける著作権等の他人の権利が侵害され得るような放送を停止することができたこと、②Y1は、本件放送の9か月前の平成16年8月、アテネオリンピック放送を放送する権利がないにもかかわらず、本件CS放送サービスの785チャンネルで、これを放送したことにより中国電視総公司から重大な抗議を受けており、この事

実は、広く報道され、社会問題化し、Y2も認識していたこと、上記①及び②の事情の下においては、Y2には、Y1において著作権侵害となる番組を放送することがないよう、Y1に対し著作権の帰属を証明するに足りる書類の提出を求めるなどの適切な措置を講じ、著作権侵害行為の発生を未然に防止するとともに、著作権侵害となるような放送がされた場合は、放送を停止するなどの適切な措置を速やかにとるべき注意義務があったのに、Y2は、Y1に対し、本件ドラマの著作権の帰属を証明するに足りる書類の提出等を求めることもなく、漫然と本件放送を行い、上記注意義務に違反したものであるから、Y2には本件放送によるXの本件著作権(公衆送信権)の侵害につき過失がある旨主張する。しかし、Xの主張は、以下のとおり理由がない。」

「本件放送のプロセスにおいてY2が行った放送番組送出業務は、上記のような機械的な処理であって、Y1が制作・編集した放送番組である本件ドラマの内容を公衆によって受信されることを直接の目的として行ったものとはいえないから、Y2が本件放送の主体であると解することはできない。」

「Y2は、Y1が提供する放送番組の制作、編集等について関与していなかったことに照らすならば、Y2が、Y1から運用業務の委託を受けていたからといって、個々の放送番組の具体的な内容やその著作権の帰属等について十分に知り得る立場にあったとまでいうことはできない。」

「Y2は、個別の放送番組の放送前に、その内容に著作権侵害等の法令違反が存在することを現に認識し、あるいは、著作権者等関係者からの警告等を受けるなどして著作権侵害等の法令違反が存在する具体的な可能性を認識していた事情がある場合であれば格別、そのような事情のない場合には、個別の放送番組ごとに、その放送前に、当該放送番組が放送された場合に著作権侵害となるかどうかを調査、確認すべき注意義務を負うものではないと解される。」

「平成16年8月ころ、Y1がアテネオリンピックを日本国内で放送する権利がないにもかかわらず、本件CS放送サービスの785チャンネルで、これを放送したことにより中国電視総公司から重大な抗議を受けた旨の新聞報道がされたことが認められる。しかし、本件放送は、上記新聞報道がされてから半年以上も後の時期に、上記新聞報道で問題とされたアテネオリ

ンピックとは何らの関連性もない本件ドラマを内容とするものであるから、上記新聞報道がされたからといって、Y2において、本件放送について、その放送前に、Y1に対し、本件ドラマに関する著作権の帰属を証明するに足りる書類の提出を求めるなどの措置を講じるべき注意義務があったものということとはできない。また、Y2は、本件委託契約の締結に先立ち、Y1から、放送番組に関し、電気通信役務利用放送法、放送法及びその他法令に違反しないこと等を了承する旨の平成14年4月10日付け確認書の提出を受けており、権利侵害の発生を未然に防ぐ措置を講じている。」

「Y2には、原告主張の本件放送による本件著作権（公衆送信権）の侵害について過失があったものとは認められない。」

5. 原告Xの損害額について

「Xが日本における本件ドラマ全20話を各2回放送するという本件著作権（公衆送信権）の行使につき受けるべき金銭の額に相当する額（著作権法114条3項）は、本件ドラマ1話当たり6万円（2回放送分）、全20話合計120万円と認めるのが相当である。」

「Xは、本件訴訟の追行のため弁護士費用の負担を余儀なくされたものであり、本件訴訟に至る経緯、本件審理の経過等諸般の事情にかんがみれば、Y1の本件著作権侵害による不法行為と相当因果関係のある弁護士費用相当額のXの損害額は、15万円と認めるのが相当である。」

「以上によれば、Xは、Y1に対し、本件著作権（公衆送信権）侵害の不法行為に基づく損害賠償として135万円及びこれに対する平成17年5月13日（最後の不法行為の日である本件放送の最終日）から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金を請求することができる。」

6. 著作権侵害に基づく差止請求について

「Y1は、本件訴訟において、Xが本件著作権を有することを否認するとともに、本件ドラマを適法に放送する権限をCを通じて有している旨主張して、本件放送がXの本件著作権（公衆送信権）の侵害に当たること自体を争っている。上記事情によれば、Y1において、将来、本件ドラマを再び放送することにより、Xの本件著作権（公衆送信権）を侵害するおそれ

があるものと認められるから、本件ドラマの放送の差止めの必要性があるということが出来る。」

〔評釈〕

1. 本判決に対する評価

本件は、中国で登記を受けたテレビドラマの著作権が我が国国内で侵害されたことを理由として、著作権の譲受人である中国法人（X）が、日本法人2社（Y1、Y2）を相手取り、損害賠償請求および本件ドラマの放送の差止請求を行った事案である。本判決では、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は日本法になるとしたうえで、Xの請求を一部認容したほか、著作権侵害に基づく差止請求については、ベルヌ条約5条2項により、「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、日本の著作権法が適用されるとし、Xの請求を認容している。なお、本判決の控訴審判決である知財高裁平成21年10月28日判決（判例時報2061号75頁）では、準拠法にかかる判断が争われることはなく、本判決の結論が維持されている旨付言しておく。

私見によれば、本判決の結論自体には賛成するが、理由付けには一部疑問がある。以下では、準拠法の問題に焦点を絞り、①著作権侵害の事案において損害賠償請求と差止請求とで異なる性質決定を行うことの適否、および②差止請求に関連してベルヌ条約5条2項に基づき日本法を準拠法として指定したことの適否という点を中心に、加えて③著作権の譲渡契約等の原因行為と著作権の支配関係の変動を区別し法選択を行うことの適否についても、若干の考察を加えることとする¹。

¹ なお、本判決における実質法上の判断につき評釈を行ったものとして、岡邦俊「CSデジタル放送における著作権侵害とプラットフォーム事業者の責任—『苦菜花』CS放送」事件」JCAジャーナル2009年6月号66頁がある。

2. 著作権侵害における損害賠償請求と差止請求について別個に性質決定を行うことの適否

(1) 裁判例

まず本判決では、著作権の侵害について、損害賠償請求と差止請求に分けて性質決定を行い、別個に準拠法決定のプロセスを踏んでいる。このように同一の知的財産権の侵害に起因するものであっても、その請求内容が損害賠償か、差止請求その他の請求かによって、準拠法の決定に当たり性質決定を別個に行うとの見解は、もともと特許権侵害を巡る事案において提示された判断枠組みである。すなわち、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)は我が国における米国特許権の侵害行為を取扱った有名な事案(以下「カード・リーダー事件」という)であるが、米国特許権に基づく差止めおよび廃棄請求は米国特許権の独占的排他的効力に基づくものであるとし、「特許権の効力」との性質決定を行う一方で、当該特許権侵害に基づく損害賠償請求については、特許権特有の問題ではなく、飽くまでも社会の法益保護を目的とするものであるとして、「不法行為」との性質決定を行い、両請求を区別して性質決定を行っている。

著作権侵害についても、損害賠償請求と差止請求を区別して性質決定を行うという見解は、本判決以前に既に別の下級審判決例において示されていた。すなわち、東京地裁平成16年5月31日判決(判例時報1936号140頁)は、中国人A(Aは訴訟提起後死亡)が中国において詩集を出版していたが、Yがそのうちの詩9編を全文翻訳し自身の小説に無断で掲載したうえで我が国で当該小説を出版したことから、Aの両親X1、X2がYを相手取り、中国著作権の侵害を理由とする損害賠償請求、および著作者の死後における人格的利益保護のための差止請求等を行った事案である(以下「XO 醬男と杏仁女事件」いう)。その判旨の中で、「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すべきであるから、その法律関係の性質を著作権を保全するための救済方法と決定すべきである」とする一方で、「著作者人格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」とし、両者の性質決定を別個に行う立場を明確に示している(なお、控訴審判決(東京高裁平成16年12月9日判決[判例集未掲載])では、準拠法にかかる判断には言及せず、原審を支持している)。したがって、本判決は、外国知的財産

権の侵害に基づく損害賠償請求および差止請求等の性質決定に関して、「カード・リーダー事件」および「XO 醬男と杏仁女事件」において示された見解をその限りで踏襲したものと位置付けることができる。

(2) 学説

学説において、判例の立場を支持し、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して別個の性質決定を行うべきとする見解が存在する。例えば山本隆司弁護士は、「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效果である。したがって、著作権侵害に基づく差止請求権に対しては、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権等の準拠法を保護国法(権利付与国法)を規定することとどまり、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」との見解を提示している²。また山田鏡一教授は、「前掲最高裁平成14年9月26日判決は、特許権にもとづく差止めおよび廃棄請求については、特許権の効力の問題として特許権が登録された国の法によるが、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、不法行為の問題として、法例11条が適用されるとしている。この見解が妥当だろう」とし、判例の立場を肯定している³。なお、横溝大教授は、「特許法は公権力性の度合いの高い強行的適用法規であり…(中略)…特許権の効力に関する法の適用関係は、法例に規定される単位法律関係に関する準拠法選択とは次元の違う問題である」⁴との

² 山本隆司「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』(2003年、法学書院)261-262頁。

³ 山田鏡一『国際私法(第3版)』(2004年、有斐閣)391頁。なお、齋藤彰[判批]ジュリスト1179号301頁(2004年)も同旨である。

⁴ 浅野有紀=横溝大「抵触法におけるリアリズム法学の意義と限界」金沢法学45巻2号308頁[注釈160](2003年)[横溝大執筆]。横溝大「電子商取引に関する抵触法

立場に立って、「カード・リーダー事件」について「本判決は、その文言にも拘らず、外国特許権に基づく差止請求に関する法規を強行的適用法規と見た上で、外国強行的適用法規の我が国での適用に関する一例を示したのだ」との見解を示している⁵。横溝教授の見解は、外国特許権に基づく差止請求に関する法規を強行的適用法規として法例等の準拠法選択規則の対象外であるとするものであり、上述の山本弁護士や山田教授の見解と内容を全く異にするが、法の適用に当たって差止請求と損害賠償請求を区別するという点では同一の立場に立っている。

これに対して、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が存在する。木柵照一教授は「差止請求と損害賠償請求に関しては比較法的にみても権利侵害、侵害に対する救済等の表題の下で実質法上一緒に規定されている国が多く、権利侵害に関する救済はこの双方とその他の救済方法によって各国ごとにそれらのバランスが全体として取れるように構成されているので、損害賠償と差止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限り避けるべきである」との見解を示している⁶。また、石黒一憲教授は、「カード・リーダー事件」の多数意見において、差止請求等と損害賠償請求とで性質決定を区別したことについて、我が国特許法では差止請求権に関する条文は存在するが、特許法は不法行為法の延長として位置付けられるものではなく、損害賠償請求は飽くまで民法709条の不法行為の規定により基礎付けられるとする、日本の特許法（法廷地実質法）上の区分を、抵触法のレベルに平行移動させたことに起因するとしううえで、これを「わが実質法上の論理の不当な

混入」とであると批判する⁷。

(3) 私見

私見では、以下に掲げる事由から、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。

第一に、両者を区別して抵触法上の性質決定を行う立場は、①別個に性質決定を行っても結果的には準拠法が一致することが多いこと、②差止請求と損害賠償請求が法的性質を異にすること、の2点を正当化根拠に挙げる⁸が、まず①の指摘については正当化根拠にはなり得ない。準拠法が一致することを期待しつつ両者を別個に性質決定するのでは、そもそも別個の性質決定を行うことに解釈論上理由がないからである。また、「カード・リーダー事件」の第一審判決である東京地裁平成11年4月22日判決（判例時報1691号131頁）では、差止請求等については米国特許法を、損害賠償請求については日本法を各々準拠法とする判断が示されており、実際の判例においても、請求ごとに準拠法が異なる判断が下されている⁹。更に言えば、各々の請求について異なる準拠法が適用されるとすれば、適応問題の発生も懸念されるところであり、準拠法が実際には一致することを願いつつ殊更請求ごとに性質決定を別個に行う合理的理由に乏しいと言わざるを得ない。

第二に、上記②の点についてであるが、この点については、「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

上の諸問題—解釈論的検討を中心として」民商法雑誌124巻2号174頁（2001年）も参照。

⁵ 横溝大 [判批] 法学協会雑誌120巻11号194頁（2003年）。なお、同「知的財産法における属地主義の原則」知的財産法政策学研究2号29-30頁（2004年）も参照。

⁶ 木柵照一『国際知的財産法』（2009年、日本評論社）388頁。なお、同 [判批] 発明2003年6月号100頁、同 [判批] 民商法雑誌129巻1号118頁（2003年）も参照。

⁷ 石黒一憲『国境を越える知的財産』（2005年、信山社）375頁。なお、櫻田嘉章＝道垣内正人編『国際私法判例百選 [新法対応補正版]』（2007年、有斐閣）75頁 [西谷祐子執筆] および駒田泰土「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6号74頁（2004年）も、知的財産権侵害に基づく差止請求と損害賠償請求について一体として性質決定を行うべきとの見解に立っている。

⁸ 中川浄宗 [判批] 東海法学38号81-82頁（2007年）。

⁹ 前掲注8・中川82頁もこの点を指摘する。

かつところに合理的な理由があるか疑問である」とする元永和彦教授の見解¹⁰が端的かつ的確な回答を提示しているように思われる。

第三に、比較法的に見ても、現在損害賠償請求と差止請求を一括して性質決定し準拠法を決定するとの見解が有力に主張されているという点である¹¹。非契約債務の準拠法に関する欧州議会および評議会規則（2007年7月11日付制定、以下「ローマⅡ規則」という）の8条1項では「知的財産権の侵害に起因する非契約債務の準拠法は保護が求められる国の法とする」旨の規定が設けられており、請求の内容によって性質決定を別個に行うという考え方は採用されておらず、侵害に基づく請求権を一括して性質決定し、同一の準拠法を適用するとの見解に立脚している。Dicey, Morris & Collins では、これを保護国法主義（the *lex loci protectionis*）を規定したものであるとし、ローマⅡ規則前文26において、かかる基本的な考え方が“universally acknowledged principle”と位置付けられている旨付言している¹²。加えて、Cheshire, North & Fawcett では、「ローマⅡ規則8条にいう知的財産権の侵害があった旨認定された場合には、これは不法行為であり、当該不法行為に起因して生ずる債務は非契約債務と見なされる」としており¹³、やはり、ローマⅡ規則8条における性質決定を行うに当たって「知的財産権の侵害」に特段の限定は付されていない。さらにドイツでも、ローマⅡ規則8条1項は保護国法主義を知的財産権に関する欧州の抵触規則として位置付けているとしたうえで、ある特定の行為が保護権利（Schutzrecht）を侵害するか否かという問題のみならず、「侵害に起因して生ずる総ての私法上の結果、すなわち損害賠償、排除および差止め、情報提供および破棄に関する請求についても、保護国法に基づき判断される」との見解が示

¹⁰ 元永和彦「特許権の国際的な保護についての一考察」・『現代企業法学の研究—筑波大学大学院企業法学専攻十周年記念論集』（2001年、信山社）580頁。また、金彦叔『知的財産権と国際私法』（2006年、信山社）33頁参照。

¹¹ 木棚照一編『国際知的財産侵害訴訟の基礎理論』（2003年、経済産業調査会）285-286頁を参照。

¹² Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws*, 2nd Supp. to the 14th ed. (2008, Sweet & Maxwell), at S35-233.

¹³ Cheshire, North & Fawcett, *Private International Law*, 14th ed. (2008, Oxford Univ. Pr.), at 815.

されており、損害賠償請求と差止請求等を知的財産権の侵害結果として一括して性質決定を行うとの立場が採られている¹⁴。

第四に、「カード・リーダー事件」の調査官解説では、「差止請求を特許権の排他性に基づく物権的請求権類似のものとして捉え、損害賠償を不法行為に基づくものとする日本の特許法の発想からは、国際私法上も両者を区別することは不自然とはいえない¹⁵としているなど、抵触法上の性質決定が法廷地たる日本の実質法に左右される形で行われた恐れがある。本来抵触法上の性質決定は法廷地国際私法の見地よりなされるべきであり、こうした批判は「XO 醬男と杏仁女事件」および本判決にも妥当すると思われる。

3. 差止請求に関連してベルヌ条約5条2項に基づき日本法を準拠法として指定したことの適否

(1) 裁判例

本判決においては、ベルヌ条約5条2項の規定を抵触規定と位置付け、その規定内容に基づき、著作権侵害を理由とする差止請求に関する準拠法として保護国法である日本法の適用を肯定しているが、こうした見解は既に、前述の「XO 醬男と杏仁女事件」において提示されていたところである¹⁶。すなわち、「XO 醬男と杏仁女事件」では、「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から、その法律関係の性質を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」としており、本判決はこうした見解を基本的に踏襲したものと位

¹⁴ Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., Bd.11 (2006, C.H.Beck), IntImmGR Rdn.131 [J.Drex].

¹⁵ 高部真規子 [判解]『最高裁判所判例解説民事篇平成14年度(下)』（2005年、法曹会）716頁。

¹⁶ 山口敦子 [判批] 法と政治58巻3・4号106頁(2008年)、熊倉禎男 [判批] 判例タイムズ1215号197頁(2006年)。

置付けることができる。

(2) 学説

学説においては、第一に、本判決と同様に、ベルヌ条約5条2項を抵触規定として位置付け、当該規定により準拠法たる保護国法が一意に指定されたとの見解が存在する。道垣内正人教授は、ベルヌ条約5条2項の解釈として、『著作権の保護の範囲及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」との見解を示している。同教授は、ベルヌ条約は全体としては実質法の統一条約であるが、統一できなかった事項について準拠法決定ルールの一だけを行っておくというのは合理的な判断であるとしたうえで、まさに同条約5条2項が実質法統一条約に盛り込まれた抵触法規定であると位置付けるのである¹⁷。また田村善之教授も、「ベルヌ条約5条2項の保護が要求される国とは、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ると読んだうえで、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であろう」と記述している¹⁸が、これも同様の見解として位置付けることが可能である¹⁹。

第二に、ベルヌ条約5条2項に基づき直接的に準拠実質法を指定することはできないとする見解である。このうち、元永和彦教授は、ベルヌ条約5条2項に規定する「保護が要求される同盟国」が法廷地を指すとしたうえで、その「法令」には国際私法も含まれるとの立場に立つ²⁰。すなわち、ベルヌ条約は抵触法の問題に関して特定の立場をとるものではないとの

前提に立って、結局のところ、法廷地国際私法に則り著作権の保護・救済に関する準拠法が決定されることになるとの結論を導き出している。また、駒田泰土准教授も、ベルヌ条約5条2項の「保護国」とは法廷地を意味すると考え、民事、刑事を問わず保護の問題は法廷地法に委ねることを敢えて明示したと解する。そのうえで、ベルヌ条約は「法廷地国の法秩序に含まれる抵触法が、著作権に係る準拠法の問題について適切な解決をなすことを要求している、と解することになる」との見解を提示する²¹。

第三に、ベルヌ条約5条2項が法廷地国際私法を排除する程度に自己完結的な抵触規定ではないとの認識を示したうえで、同条約の規定から明確にもたらされる実質法上の属地主義の原則とベルヌ条約5条2項が規定する「保護国法への連結」という抵触法ルールが制約要素として機能しつつ、法廷地国際私法の補充により準拠法の指定がなされるとする見解がある²²。すなわち、この見解によれば、抵触法の領域においては、ベルヌ条約5条2項に基づき、保護国法主義、つまりある国において著作権侵害が問題となっている場合における当該国の法を適用すべきとの要請が導き出されるとする。また、同様に各国著作権の属地性についても同条約が直接規律するところであるとする。そのうえで、ベルヌ条約5条2項が規定する保護国法主義および同条約により導出される実質法上の属地主義の要請が、我が国国際私法に基づく抵触法的処理に対して一定の制約要件(法廷地たる我が国の絶対的強行法規)として直接的な効力を有することになると考えるのである。もっとも、我が国においては、憲法98条2項に基づきベルヌ条約に自動執行性が付与されるものの、同条約は具体的な準拠法の決定プロセス(具体的準拠法選択の技術的なルール)について何らの直接的な規律を行っておらず、条約上の解釈のズレや明確な規定の欠缺がある場合には、法廷地国際私法によってこれを補充する必要が生ずると結論付けるのである。

¹⁷ 道垣内正人「[講演録] 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8号159頁以下(1999年)も参照。

¹⁸ 田村善之『著作権法概説(第2版)』(2001年、有斐閣)562頁。

¹⁹ 同旨の見解を採用するものとして、池原季雄=齋藤博=半田正夫編『著作権判例百選』(1987年、有斐閣)209頁[澤木敬郎執筆]、松岡博[判批]私法判例リマークス29号139頁(2004年)がある。

²⁰ 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58頁(1989年)。

²¹ 駒田泰土[判批]判例時報1962号198-199頁(2004年)。前掲注7・駒田71-72頁も参照。

²² 前掲注7・石黒160頁以下、金彦叔「知的財産権の国際的保護と法の抵触(二)」法学協会雑誌126巻9号201頁以下(2009年)。

(3) 私見

ベルヌ条約5条2項を抵触規定として位置付け、当該規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。

第一に、こうした見解を否定的に捉える学説からは、ベルヌ条約5条2項は具体的準拠法選択の技術的なルールについて何らの直接的な規律を行っていないとし、自己完結的な抵触規定とは言えないとの議論が示されている²³。こうした論者の具体的な指摘点は、主として、①ベルヌ条約5条2項には具体的な準拠法決定のプロセスに関する規定が存在しないこと(規定の明確性に欠けていること)、②締約国間で解釈の統一が図られていないこと等である²⁴。しかしながら、ベルヌ条約5条2項後段では「保護の範囲及び著作者の権利を保全するための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」と規定されており、単位法律関係および連結点ともに明確とは言えない形であっても一応の規定がなされているのであって、これを抵触規定として読み取り、活用することは十分に可能であると思われる。また、確かに締約国間で解釈が統一されていないという事実が抵触法統一一条約としてのベルヌ条約5条2項の存在意義を問うものであることは否定し得ない。しかしながら、同条約5条2項後段に関する国家間での解釈の一致の有無という問題と同条項の抵触法的性格の有無あるいはその程度といった問題とは本来次元の異なる問題である。つまり、「保護が要求される同盟国(保護国)」という条約上の文言を巡って統一的解釈が存在しないからといって、その事実がベルヌ条約5条2項後段の法的性格を左右する根拠となり得るわけではない。端的に同条約5条2項後段の自己完結的な抵触法規定としての性格を認めただうえで、現時点では、同条項に規定する「保護国」という文言の解釈を巡り見解の一致を見ていないと考えるべきであろう。さらに、ベルヌ条約5条の構成において、1項から2項中段において外人法規定を置く一方で、その後には抵触規定を設けて

いるとするのは、条文構成の観点から不自然である(したがって、5条2項後段も外人法規定と位置付けるべきである)との指摘もなされている²⁵。しかしながら、外人法は典型的には国内法規における外国人・外国企業に対する規定を指すものであり、ベルヌ条約5条2項後段に基づく保護国法の適用は各締約国の自国民・自国企業に等しくなされるものであることを踏まえると、ベルヌ条約5条1項から2項中段までの規定を外人法として捉えるよりも、むしろ抵触法と区別される一般概念としての実質法として捉えれば足りるというべきである。同条約の構成として、5条2項後段を同条項以前の実質法規定で規律し得なかった事項について、抵触規定を設けたものであると解することにより、上述の条文構成上の不自然さはかなりの程度解消されると思われる。

第二に、元永教授等が提唱する第二の学説については、ベルヌ条約の体系の中で5条2項後段を如何に位置付けるべきかという視点に欠けており、賛同し得ない。すなわち、同条約では著作権の実質法上の属地主義を前提としている以上は、同条約上の絶対的要請として、それを踏まえた準拠法選択が求められていると考えるべきであり、その根拠を各国抵触法に求める前に、まずは同条約5条2項後段が抵触法ルールとして機能し得るか否かを検証するのが条文解釈上は自然であるように思われる。更に言えば、ベルヌ条約では抵触法ルールとして、保護国法(その国の中での侵害の有無が実際には問題となっているところの国の法)の適用が同条約5条2項に基づき直接要請されていると考えるべきであって、こうした考え方は、同条約5条2項後段を自己完結的な抵触規定として捉える第一の見解、あるいは同条項が法廷地国際私法のサポートを受けつつ具体的に保護国を特定すると考える第三の見解に共通するものと考えられる。道垣内教授は、第二の見解について、「この説は持って回ったことを言うだけで、結局、ベルヌ条約は法統一できなかつた問題については何も決めていないと言うに等しいことになります。法廷地国際私法によるということとはわざわざ規定を置かなければそうなることであって、5条2項の後半部分や14条の2の2項(a)はまったくなくても同じことを書いているということになってしまいます。法解釈の基本の一つとして、条文の文言にはできるだけ

²³ 木柵照一「知的財産の統一と国際私法」国際私法年報3号188-189頁(2001年)、前掲注7・石黒191頁、前掲注22・金211頁。

²⁴ 前掲注22・金204-205頁および211頁。

²⁵ 前掲注21・駒田198頁。

意味のあるものとしての役割を与えるように解釈すべきであると言われますが、そのことから見ても誠に不自然な解釈であると思われる」との指摘を行っている²⁶が、かかる指摘はベルヌ条約5条2項後段が有する抵触法上の直接的・絶対的要請を踏まえた正当なるものというべきであろう。

第三に、石黒教授等が提唱する第三の学説では、憲法98条2項に規定する自動執行性を有するものとして、ベルヌ条約5条2項後段に基づき直接的に保護国法の適用が要請されるものの、「保護国法」の決定に当たっては法廷地国際私法による補充がなされなければならないとの見解が示されている²⁷。その見解の骨子は、①ベルヌ条約5条2項後段に規定する「保護国への連結」という抵触法ルールは法廷地国際私法を排除し得るほどの自己完結性を有していないが、同条約が規定する実質法上の属地主義と相俟って絶対的強行法規として法廷地において適用されること、②ベルヌ条約5条2項後段に規定する「保護国」を具体的に特定する過程で法廷地国際私法が適用されること、に集約することができるであろう²⁸。しかしながら、第一に、ベルヌ条約5条2項後段の「保護国」の具体的な決定プロセスを巡り、法廷地国際私法を参照するといっても、現在「保護国」という文言を巡る解釈論は必ずしも国家単位で議論が統一されているわけではなく、仮令同一国の論者であっても異なる解釈論を展開していることは論を俟たない。法廷地国際私法のレベルでも解釈論上の議論が収斂していない以上、第三の学説が第一の学説に比べて実際的な問題解決に繋がるとは必ずしも言えないように思われる。また第二に、実際の法選択において、第三の学説が第一の学説とそれほど大きな相違をもたらすとも思われな

²⁶ 前掲注17・道垣内 [コピライト472号] 15頁。

²⁷ 前掲注7・石黒190-191頁。

²⁸ 前掲注22・金204頁および207-208頁 [注釈308]。

²⁹ 前掲注22・金211-212頁。

が直ちに内国の法体系において拘束力を持つわけではないから、結局のところ、第一の学説に拠っても法廷地国際私法の規定に則り準拠法が選択されることには変わりがないと思われる。他方で、ベルヌ条約の規定が自動執行的性格を有するとする国家の場合はどうか。仮に法廷地国際私法において、著作権の侵害に関してベルヌ条約5条2項後段とは異なる内容、すなわち保護国法主義以外の原則（例えば、本源国法主義）を有する抵触規定が置かれていた場合であっても、ベルヌ条約5条2項後段の「保護国法主義」が法廷地において絶対的に適用されると解する³⁰以上は、法廷地国際私法に優先するというのが論理的帰結ということになるのではないだろうか。もっとも、これは結局のところ、ベルヌ条約5条2項後段が各国の抵触規定を排除したうえで、自らが抵触規定として機能することを意味しているにほかならず、実際的には、第一の学説と結論的に差が生じないことになるはずである。加えて、石黒教授は、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、侵害行為が当該国内で完結しない渉外事案について、ベルヌ条約5条2項は何らの指針を与えていないとし、この場合には法廷地国際私法に保護国法の特定を委ねるとする³¹が、条約文言の解釈としてこうした場合分けを行い得る根拠が見い出せないうえ、かかる場合分けの基準を明示することも困難であり、実効的な事案処理が可能か疑問である³²。

4. 著作権の譲渡契約等の原因行為と著作権の支配関係の変動を区別し法選択を行うことの適否

本判決では、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しており、前者については、法例7条により適用され

³⁰ 前掲注7・石黒190-193頁。

³¹ 石黒一憲「米国特許法に基づく日本国内での行為の差止め等の可否とパリ条約一わが最高裁・学説の混乱した論理の克服といわゆる属地主義(特許独立の原則)ー(中-I)」貿易と関税2004年4月号65-69頁、前掲注7・石黒205頁。

³² 前掲注7・駒田72頁も同旨。

るべき準拠法を決定し、後者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になるとの見解を示している。

この点に関連して、本判決では東京高裁平成13年5月30日判決（判例時報1797号111頁）が引用されていることから自明であるが、本判決はこの平成13年東京高裁判決の判断枠組みを踏襲するものである。本判決に関しては、既に裁判例および学説を網羅した判例評釈が存在すること³³から、本稿において重複して論じることは避けるが、本判決が、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心を置いて、その法適用関係を区別すれば足りたものと思われる。

（追記）

本稿は、平成22年度科学研究費補助金（基盤研究（C））「わが国抵触法体系における絶対的強行法規の機能的・動態的分析」、および財団法人全国銀行学術研究振興財団・2009年度学術研究助成「金融経済活動のクロスボーダー化と国家的経済秩序との交錯」の研究成果の一部である。

³³ 長沢幸男 [判批] 判例タイムズ1125号156頁（2003年）、前掲注7・櫻田=道垣内編98頁 [駒田泰土執筆]、稻垣佳典 [判批] 知的財産法政策学研究 5号51頁（2005年）。