

著作権の原始的所有者を 特定するための準拠法

山 口 敦 子

は じ め に

「誰が著作物に係る著作権を最初に所有するのか、又はしたのか」という問題が国際的な私的紛争において生じた際、これはどのように規律されるのだろうか。この法律問題は、単独でも成り立ちうるであろうが、例えば、渉外的な著作権侵害訴訟の際に、著作権者を特定するための端緒として、それが生ずるということも考えられよう。

ところで、渉外的私法関係の法的規制には、私法の国際的統一（以下、統一私法。これには、世界統一私法と万民法型統一私法がある）によるという方法と、国際私法によるという方法がある。⁽¹⁾前者の統一私法による場合、その法が渉外的私法関係を実質的、直接的に規律するのに対し、後者の国際私法による場合は、渉外的私法関係にいずれかの国の私法を適用することにより、これを間接的に規律する。⁽²⁾

それでは、上述の著作権の最初の所有者の特定という渉外的な私法関係

(1) 山田鏡一『国際私法〔第3版〕』（有斐閣，2004年）4頁。木棚照一，松岡博，渡辺惺之『国際私法概論〔第5版〕』（有斐閣，2007年）3頁。松岡博『現代国際私法講義』（法律文化社，2008年）6頁。

(2) 山田・前掲注(1)6頁。

については、いずれの方法によって規制されるのか。

これに関して、まず、1886年の創設以来、国際著作権界の主軸として諸国の著作権法制に指導的役割を果たしてきた⁽³⁾、「文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約」⁽⁴⁾（以下、パリ改正条約をベルヌ条約と呼ぶ）に注目する必要がある。なぜなら、この条約は「世界統一私法」に当たると言われており⁽⁵⁾、また、その規定は、自己執行性を有すると解されるからである⁽⁶⁾。つまり、もし、ベルヌ条約が著作権の最初の所有者を特定する

(3) 齊藤博『著作権法 [第3版]』（有斐閣，2007年）19頁参照。

(4) Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. 最新の改正は、1971年作成、1975年発効のパリ改正条約。現在、ベルヌ条約の締約国は、我が国を含め、164カ国に上る（WIPO ホームページ〈http://www.wipo.int/treaties/en/statistics/StatsResults.jsp?treaty_id=15&lang=en〉（アクセス日2010年5月13日））。

(5) 山田・前掲注(1)5頁。櫻田嘉章『国際私法 [第5版]』（有斐閣，2006年）9頁。

(6) 著作権情報センター附属著作権研究所『著作権白書：著作権に関する条約の側面からみて』（著作権情報センター，2007年）10頁（山本草二）、木棚照一『国際知的財産法』（日本評論社，2009年）146頁。

国際法と国内法の関係については諸説あるが（二元論，一元論，等位理論），国内法のレベルで国際法にどのような効力を与えるかということについては、各国の国内法、特に憲法が定めるところによるとされる（松井芳郎他『国際法 [第4版]』（有斐閣，2002年）17-19頁参照（松井芳郎））。そこで、我が国の憲法を見てみると、同法は「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」（98条2項）とし、本条は、「『誠実遵守』の規定について、すべての条約は当然に国内法として受容・編入され（一般的受容）、かつその内容のいかんを問わず国内法に優位し、国内で直接適用される」と解されている（山本・前掲書8頁）。

但し、そのような場合においても、行政機関や裁判所において条約が直接に適用できるためには、当該条約が国内法上の問題について内容が明確で国の裁量の余地がないような規定を置いていることが必要、すなわち、自己執行的な条約であることが求められる（松井・前掲書19-20頁参照）。

ための実質法規定を有するとしたら、同条約の適用が及ぶ範囲内については、この規定を直接適用することにより、あるいは、法廷地国の国際私法を適用して準拠実質法がベルヌ同盟国であった際にこの規定を適用することにより、当該涉外私法関係を規律するということになる⁽⁷⁾。これに対して、上記範囲外の同私法関係の法的規制については、これに関する統一私法が他に無い限り、「国際私法」によるということになる。それでは、本条約にそのような規定はあるのだろうか。

実際のところ、ベルヌ条約は、著作権の最初の所有者に関する明示の定義規定を有していない。しかしながら、同条約の諸規定を総合的に見ると、特定の著作権については、「著作者」がそれを最初に所有するという事を見出し得ないわけではない。そうであるならば、間接的に導き出されるこの解釈を「統一私法」と言うことはできないのだろうか。もし、それが可能であるならば、当該涉外私法関係の法的規制については、上記の通りとなる。反対に、それが不可能な場合は、統一私法が他に無い限り、ベルヌ条約の適用範囲とは関係なく、著作権の最初の所有者に関する全ての涉外私法関係は「国際私法」が規律するということになる。

このように、ベルヌ条約の諸規定から見出される解釈の位置付けが、著作権の最初の所有者を特定するための国際私法の適用範囲に影響を及ぼすと考えられることから、まずは、この解釈について検討する必要がある。

そして、ベルヌ条約については、本稿本文に記した通り、自己執行性があると解されている。

(7) 統一私法と国際私法の適用関係について、「統一私法を定めた条約の締約国（批准国または加入国）では、統一私法の適用範囲に該当する法関係に対して、その国の国際私法規定を適用することなく、直接に統一私法を適用することになるのか、あるいはその国の国際私法規定を適用して締約国法が準拠法となった場合に、統一私法が適用されるのか」という問題がある（山田・前掲注(1)6頁）。

そこで、本稿ではその解釈、および、それが統一私法と言えるかどうかと
 いうことについて考察する（第1章）。なお、著作権を国際的に保護する
 ために締結された主な国際条約としては、ベルヌ条約のほかに、世界知的所
 有権機関（WIPO）が管理する「著作権に関する世界知的所有権機関条約」
 （以下、WCT）⁽⁹⁾、国際連合教育科学文化機関（UNESCO）により提唱され
 た「万国著作権条約」⁽¹⁰⁾（以下、UCC。締約国は100カ国）、世界貿易機関を
 設立するマラケシュ協定（WTO 設立協定）の一部（附属書 1c）を構成す
 る「知的所有権の貿易関連の側面に関する協定」⁽¹¹⁾（以下、TRIPs 協定）が
 あるが、これらの条約は、著作権の最初の所有者を特定するための実質法
 規定を有していない。もっとも、ベルヌ条約と UCC の両方に加入してい
 る諸国⁽¹²⁾（98カ国）間では、ベルヌ条約が優先的に適用されるということ⁽¹³⁾

(8) 著作隣接権に関する国際条約としては、「実演家、レコード製作者及
 び放送機関の保護に関する国際条約」（ローマ条約）、TRIPs 協定14条、
 「許諾を得ないレコードの複製からのレコード製作者の保護に関する条約」
 （レコード保護条約）、「実演及びレコードに関する世界知的所有権機関条
 約」がある。

(9) World Intellectual Property Organization Copyright Treaty. 1996年作成、
 2002年発効。我が国は2000年6月6日に批准書を WIPO に寄託している。
 なお、WIPO はベルヌ条約についても管理している。

(10) Universal Copyright Convention. 1952年作成、1955年発効。最新は
 1971年にパリで改正され、1974年発効。我が国は1977年に UCC（1971年
 パリ改正条約）を批准している。UCC の締約国数に関しては UNESCO
 のホームページ〈[http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php_URL_ID=35233
 &URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php_URL_ID=35233&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)〉（アクセス日2010年
 7月20日）を参照。

(11) Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.
 1994年作成、1995年発効。我が国では1996年1月1日に発効している。

(12) UCC の締約国数に関しては前掲注(10)参照。ちなみに、UCC には加
 入しているが、ベルヌ条約に加盟していないのは、カンボジアとラオスの
 二カ国のみである。

(UCC 17条), そして, WCT 及び TRIPs 協定のそれぞれの加盟国は, 各々の条約ないし協定により, ベルヌ (パリ改正) 条約 1 条から 21 条及び附属書の規定 (ただし, TRIPs 協定については, 6 条の 2 を除く⁽¹⁴⁾) を遵守しなければならないということが, 各々の条約に定められていることから, ベルヌ条約の諸規定からその解釈が見出される場合は, それがこれらの条約の締約国にも及ぶということになるのかもしれない。

ところで, 先行研究によると,⁽¹⁵⁾ 著作権 (を含めた知的財産権) の最初の

(13) 齊藤・前掲注(3)25頁, 半田正夫『著作権法概説 [第14版]』(法学書院, 2009年) 43頁参照。

(14) TRIPs 協定 9 条, WCT 1 条 4 項, 3 条参照。

(15) 諸外国の状況については, 木棚・前掲注(6)255-259頁が詳しい。また, Eckart Gottschalk によると, 「ドイツでは, 【著作権: 本稿筆者注】侵害及び原始的所有者の両方に *lex loci protectionis* を適用する BGH 判決を支持する学者がいる。この態度は他の諸国と共有している【その例としてオーストリア, カナダ, スイス, 韓国, リヒテンシュタインを脚注で挙げている: 本稿筆者注】。しかしながら, これまで見てきた通り, ギリシア及びルーマニアでは, 本国 (the country of origin) に言及し【ギリシア著作権法 67 条, 1952 年ルーマニア国際私法 60 条: 本稿筆者注】, 侵害及び原始的所有者を決定する全てを包括した法選択規則としてみなしている。ポルトガル法はよりニュアンスのある策を提供しており, 同民法 48 条 1 項では, 本国法がもつばら著作権の成立に適用できると言明している (しかしながら, 未発行の著作物については, 著作者を規律する法を参照する)。フランス, 米国の判例もまた, 原始的所有者の問題の規定として *lex originis* を採用している。最後に, 新ベルギー国際私法も, 93 条 2 項において, 『最初の所有者 (original owner)』を『知的活動と最も密接な関係の国の法』に従うことによって, *lex originis* に従う」と分析する (Eckart Gottschalk, “The Law Applicable to Intellectual Property Rights: Is the Lex Loci Protectionis a Pertinent Choice-of-Law Approach?”, *Conflict of Law in a Globalized World*, (Cambridge University Press, 2007), pp. 191-192)。その他, Mireille van Eechoud もアメリカ, フランス, ドイツ, オランダの判例状況について紹介している (Mireille van Eechoud, *Choice of Law in Copyright and Related Rights: Alternative to the Lex Protectionis*, Information

所有者を特定するための国際私法や、これに関する判例および議論の蓄積が、一部の諸外国において見られる。また、1975年に公表された「EC加盟国の国際私法に関する条約中の無体財産権に関する規定のための草案」⁽¹⁶⁾をはじめとして、近時、幾つかの研究グループが公表している知的財産に関する国際私法原則（案）⁽¹⁷⁾においても、知的財産権の最初の所有者を特定するための法選択規則が提案されている。我が国について言えば、「早稲田大学グローバル COE《企業法制と法創造》総合研究所の国際取引法と知財法制グループ」⁽¹⁸⁾および「特定領域研究『日本法の透明化』産業財産権・著作権・国際民事訴訟法研究グループ」⁽¹⁹⁾が、それぞれ独自の提案を公表している。しかし、その一方で、これに関連する判決や議論の蓄積はほとんど見られず、また、我が国の国際私法である「法の適用に関する通則法」

Law Series-12 (Kluwer Law International, 2003), pp. 123-124)。

(16) “Rules Proposed in Relation to Intellectual Property Rights, for Inclusion in a Convention on Private International Law in the Member States of the European Economic Community”, see Eugen Ulmer, *Intellectual Property Rights and the Conflict of Laws*, (Kluwer, 1978).

(17) 例えば、アメリカ法律協会、欧州のマックス・プランク・グループ、我が国では、後述の早稲田大学グローバル COE《企業法制と法創造》総合研究所の国際取引法と知財法制グループ、特定領域研究「日本法の透明化」産業財産権・著作権・国際民事訴訟法研究グループが、知的財産権に関する国際裁判管轄、準拠法、外国判決の承認に関する原則ないし立法案を提示している。

(18) 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」早稲田大学21世紀 COE《企業法制と法創造》総合研究所編『季刊企業と法創造：特集・国際私法』（通巻第19号）（早稲田大学21世紀 COE《企業法制と法創造》総合研究所，2009年12月）（アクセス日2010年5月5日〈<http://www.globalcoe-waseda-law-commerce.org/activity/pdf/19/16.pdf>〉）。

(19) 本グループの研究については、河野俊行編『知的財産権と渉外民事訴訟』（弘文堂，2010年）に纏められている。

(以下、通則法)は、知的財産権を直接の対象とした法選択規則を一切有さないという状況にある。

このように、知的財産権の最初の所有者を特定するための国際私法は、現在、世界的に注目を集めているが、我が国では未だ十分に議論されていないことから、将来的な立法も見据えて、この問題を検討することは有益であると思われる。そこで、本稿では、当該国際私法の考察を試みることにする。但し、その考察の範囲は、知的財産権の中でも、とりわけ「著作権」に焦点を絞ることにしたい。なぜなら、著作権は他の知的財産権とは異なり、登録を要することなく権利が発生し、帰属するという特徴があり、また、既述の通り、ベルヌ条約の解釈が当該国際私法の適用範囲に影響を及ぼすと考えられるため、これらを考慮して、当該法律問題の国際私法を検討する必要があると思考するからである。したがって、考察の順序としては、先述の通り、まずは、ベルヌ条約の諸規定から見出される解釈に関する検討を行い、その後、当該準拠法の立法提案に向けて、我が国の上記二つの研究グループ、および、アメリカ法律協会、マックス・プランク・グループ⁽²¹⁾が公表しているそれぞれの立法提案(草案)等を比較考察する(第2章以下)。

第1章 ベルヌ条約と著作権の原始的所有者

本章では、著作権の最初の所有者を特定するための統一私法の存否を確認するために、まずは、ベルヌ条約の諸規定から「著作権の最初の所有者」

(20) The American Law Institute, *Intellectual property: principles governing jurisdiction, choice of law, and judgments in transnational disputes*, (American Law Institute Publishers, 2008).

(21) European Max Planck Group on Conflicts of Laws in Intellectual Property, “Principles for Conflict of Laws in Intellectual Property: Third Preliminary Draft” <<http://www.cl-ip.eu/>> (opened November 7, 2010).

に関する間接的な指示が見出されるかどうかを検討し、その後、そのような指示ないし解釈を「統一私法」と言えるのかどうかを考察する。

1.1 著作物の本国でないベルヌ同盟諸国の原始的著作権所有者

ベルヌ条約は、同条約2条、2条の2の「保護を受ける著作物」、および、同条約3、4条の「保護を受ける著作者」に関する規定を満たす著作物を保護する。例えば、ある著作物が「いずれかの同盟国の国民である著作者の著作物」（3条1項a号）で、それが2条の「保護を受ける著作物」に当たるとした場合、この著作物は、5条の「保護の原則」に基づき保護される。その5条（1、2項）は、以下の通りである。

5条1項「著作者は、この条約によつ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。」（下線は本稿筆者）

5条2項⁽²²⁾「(1)の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。その享有及び行使は、著作物の本国における保護の存在にかかわらない。したがつて、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。」

前者の5条1項は、内国民待遇の原則に関する規定で、「ベルヌ同盟国は、著作物の保護につき、他の同盟国の著作者にも自国の著作者に与えている保護と同じものを与えなければならない⁽²³⁾」という義務を負うことから、

(22) ベルヌ条約5条1項を指す。

(23) 齊藤・前掲注(3)23頁。山本・前掲注(6)7頁参照。

「著作者は、本国以外の同盟国においても、その国の法令が自国民に現在または将来に与える権利を享有できる⁽²⁴⁾」と考えられる。また、同規定は、この権利の他、「この条約が特に与える権利」についても、著作者がそれを享有すると言及している。その両権利の享有及び行使については、後者の5条2項の規定により、いかなる方式の履行をも要さず（無方式主義）、また、著作物の本国の保護の存在とも関係しない（権利独立の原則）。よって、これらを総合すると、ある著作物がベルヌ条約で保護される場合、同条約の上記三つの基本原則⁽²⁵⁾により、その創作と同時に、当該著作物の本国以外のベルヌ同盟諸国でも著作権が発生するという⁽²⁶⁾ことになろう。

では、この著作権、すなわち「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（以下、『著作物の本国以外のベルヌ同盟諸国の著作権』）」は、誰が最初に所有するのか。これに関しては、5条1項に「著作者は……享有する」とあることから、「著作者」が最初に権利を所有する人（「著作権の原始的所有者」（本稿の便宜上の語）⁽²⁷⁾）ということになろう。このことは、先述の「この条

(24) 齊藤・前掲注(3)23頁。著作物の「本国」の定義については、ベルヌ条約5条4項にその定めがある。本稿第3章3.1で詳述する。

(25) 内国民待遇の原則、無方式主義、権利独立の原則を指す。

(26) van Eechoud は、ベルヌ条約は一般的に、独立権 (*droits indépendants*) 主義を反映していると考えられている、と述べる (van Eechoud, *supra* note 15, p. 99)。その著作権の独立権主義に関して、van Eechoud は、著作物の創作により、法体系と同じ数の様々な著作権が生ずるという概念であると説明する (*ibid*)。また、van Eechoud は、国際的な著作権における属地性という概念は……、知的財産は……既得権 (*droits acquis*) ではなく、独立権で構成されるという方法で表現される、とも述べている (*ibid*)。この既得権概念とは、一つの法（著作者又は著作物の本国法）に基づき著作権が発生し、その後、他の国々で権利（財産権）として承認されるという概念であるとする (*ibid*)。

(27) 本稿ではこれを「原始的著作権所有者」と記す場合もあるが、いずれ

約が特に与える権利」(いわゆる minimum rights)⁽²⁸⁾に関する規定からも見出される。具体的には、「著作者は、……保有する」(6条の2(1項): 著作者人格権)、「文学的及び美術的著作物の著作者でこの条約によつて保護されるものは、……排他的権利を享有する」(8条: 翻訳権, 9条: 複製権)、「演劇用又は楽劇用の著作物及び音楽の著作物の著作者は、……排他的権利を享有する」(11条1項: 上演権・演奏権等)、「文学的著作物の著作者は……排他的権利を享有する」(11条の3: 朗読権等)、「文学的又は美術的著作物の著作者は、……排他的権利を享有する」(11条の2第1項: 放送権等, 12条: 翻案権・編曲権等, 14条: 映画化権・上映権)等とある。したがって、ベルヌ条約は、本条約に基づき保護される著作者の著作物の、「本国以外のベルヌ同盟諸国における著作権」および「この条約が特に与える権利」を原始的に所有する者についての定義規定は有さないものの、諸規定を総合的に見ると、それは「著作者」であるということが見出せよう。

なお、ベルヌ条約は、同条約に基づき保護される著作者の著作物であっても、「著作物の本国」⁽²⁹⁾における著作物の保護については、その本国の法令の定めるところによると規定するだけで⁽³⁰⁾(5条3項)、国際的な私的紛

の語についても、ベルヌ条約上では使用されていない。ちなみに、ベルヌ条約14条の2第2項a号では「著作者」とは異なる、「著作権を有する者」という語が使用されている。

(28) See, Wilhelm Nordemann, Kai Vinck, Paul W. Hertin, English version by Gerald Meyer, based on the translation by R. Livingston, *International copyright and neighboring rights law: commentary with special emphasis on the European Community*, (VCH Publishers, 1990), p. 75.

(29) 既述の通り、著作物の「本国」の定義については、ベルヌ条約5条4項にその定めがある。本稿第3章3.1で詳述する。

(30) 本条は、本国における保護をその国の国内法の定める事項とする旨、明示した規定であり(黒川徳太郎訳『ベルヌ条約逐条解説』(著作権資料

争における当該著作権の原始的所有者の特定に関しては、何ら言及していない。つまり、著作物の本国の著作権、および、ベルヌ条約に基づき保護される著作者の著作物に該当しない著作物⁽³¹⁾（つまり、同条約2、2条の2、3、4条に該当しない著作物）に係る著作権の原始的所有者を特定するための「統一私法」は存しないことから、これらについては、渉外的私法関係のもう一つの法的規制方法である「国際私法」が規律するということになる。

1.2 ベルヌ条約の「著作者」

1.2.1 従来からある見解

1.1の考察の通り、ベルヌ条約に基づき保護される著作者の、著作物の本国以外のベルヌ同盟諸国における著作権および「この条約が特に与える権利」の原始的所有者は、ベルヌ条約上の「著作者」であるということが、同条約の諸規定から導き出せよう。では、「著作者」とは誰を指すのか。これは、日常用語であるとともに、著作権法制上の基本概念⁽³²⁾、すなわち法律用語でもある。そのため、我が国の著作権法のように、著作者の定義規定（2条1項2号⁽³³⁾）と推定規定（14条⁽³⁴⁾）の両方を有する国内法もあるが、

協会、1979年）37頁）、ベルヌ条約は、著作物の本国における著作者の保護には関心がないとも言われている（Sam Ricketson, and Jane C. Ginsburg, *International copyright and neighbouring rights: the Berne Convention and beyond*, 2nd ed., (Oxford University Press, 2006), p. 375）。

(31) 例えば、アフガニスタン国民が同国で最初に発行した著作物は、我が国では保護されないであろう。なぜなら、アフガニスタンはWIPO加盟国ではあるが、ベルヌ条約、万国著作権条約、TRIPs協定、WCT、日本国との平和条約のいずれも締結しておらず、また、その著作物は我が国およびベルヌ同盟諸国で最初に発行されていないからである。（半田・前掲注(13)50頁参照）。

(32) 齊藤・前掲注(3)69頁。

その一方で、ベルヌ条約のように、後者の規定は有するもの⁽³⁵⁾の(15条)、前者の定義規定は有さないというものもある。

もっとも、ベルヌ条約上の「著作者」については、「著作物を創作した自然人」を意味するという見解がないわけではない。すなわち、この見解を支持する Adolf Dietz は次のように主張する。まず、条約上にその定義が欠缺しているということは、著作者の概念をベルヌ同盟諸国の国内法の裁量に委ねるということ⁽³⁶⁾を意味するのではなく、せいぜい、「共同著作者 (co-author) と援助 (assistance)、アイデアを提供した人と実行者 (executants) として行為を行った人というような、境界線上にあるケースの、著作者の地位を決定するための基準は、国によって異なり得るということ⁽³⁷⁾を受けいれねばならないということ⁽³⁷⁾を意味するのである」と述べる。

(33) 本規定は、著作者を「著作物を創作する者をいう」と定めている。

(34) 本条は、「著作権は著作物を創作した時に発生するが、その取得のためには特許庁のような行政官庁等への届出や登録などはいっさい不要なので(著17条2項)、著作権がいつどこで発生したか自体がもともと不明確である。しかも、創作の際に必ずしも目撃証人がいるわけではないから、後に自分が著作者であることを説明するのは意外と困難である。そこで、証明を容易にするため立証責任を転換したのが本条である」との説明がある(半田正夫、松田政行編『著作権法コンメンタール1:1条~22条の2』(勁草書房、2009年)658頁(三山裕三))。

(35) ベルヌ条約15条について、「本条は創設条約(1886年の条文)まで遡るものであり、著作権に関する訴えを提起できる者について定めている」、「条約は『著作者』の定義をしていないが、著作者は著作物に関し著作権を主張するため訴えを提起できる者であるとの推定を定めている」との解説がある(黒川・前掲注(30)104頁)。また、Ricketson and Ginsburg も「その推定は、侵害手続に制限されるということを示しておくべきである」と述べている(Ricketson and Ginsburg, *supra* note 30, p. 373)。

(36) Adolf Dietz, “The Concept of Author under the Berne Convention”, *Revue Internationale Du Droit D’Auteur* vol. 155, Janvier 1993, pp. 4, 10.

(37) *Ibid*, p. 4. 但し、鉤括弧内は、Dietz が Nordemann, Vinck, Hertin の見

そして、Dietz は、以下のような点を含め、種々の観点から見ても、ベルヌ条約では著作物を創作した自然人だけが著作者であると主張する⁽³⁸⁾。すなわち、1882年5月、「国際文芸協会」の提案に基づき、文学的及び美術的著作物の保護のための国際的な組織を設立すべきことをローマでの会合で決定し、1883年9月、スイスのベルヌで開催された予備会議において、その国際的組織を設立する多国間条約案が採択された⁽³⁹⁾。そして、同年12月、その正式条約案採択のための外交会議開催を通知する最初のインビテーションを、スイス連邦評議会が各国に向けて送付した⁽⁴⁰⁾。このインビテーション⁽⁴¹⁾と1885年第2回国際会議の Numa Droz による開会演説⁽⁴²⁾、将来の条約（ベルヌ条約を指す）のタイトルに関する議論についての同会議の報告⁽⁴³⁾、ベルヌ条約前文及び1条（全ての改正条約の1条）⁽⁴⁴⁾で、「著作者の権⁽⁴⁵⁾

解を引用したものである（Wilhelm Nordemann, Kai Vinck, Paul W. Hertin, *Internationales Urheberrecht und Leistungsschutzrecht der deutschsprachigen Länder unter Berücksichtigung auch der Staaten der Europäischen Gemeinschaft: Kommentar*, (Werner, 1977), p. 36)。

(38) Dietz, *supra* note 36, p. 26. 但し、映画の著作物に関する特別規定は別であるとする (*ibid.*, p. 26)。

(39) 作花文雄『詳解著作権法 [第3版]』（ぎょうせい、2004年10月）513頁。「国際文芸協会」（Association littéraire internationale。後の Association littéraire et artistique internationale（いわゆる ALAI））とは、1878年にビクトル・ユーゴーを会長としてパリで設立された非政府機関で、著述家、学者、作曲家、出版業者、楽譜商からなる（同掲）。

(40) 作花・前掲注(39)513頁。Dietz, *supra* note 36, p. 14.

(41) *Ibid.*

(42) *Ibid.*, pp. 14-16. Numa Droz は、スイス連邦評議会の閣僚である。

(43) *Ibid.*

(44) *Ibid.*, p. 16. ベルヌ条約前文「同盟国は、文学的及び美術的著作物に関する著作者の権利をできる限り効果的かつ統一的に保護することをひとしく希望し、【省略：本稿筆者注】次のとおり協定した」。

(45) *Ibid.* ベルヌ条約1条「この条約が適用される国は、文学的及び美術

利保護」が謳われているということを、Dietz は指摘している。⁽⁴⁶⁾そして、「ベルヌ条約の開始時に遡るこれらのステートメントと条文から、条約は最初から、著作物の実際の創作者という意味での、『著作者 (author)』の概念に基づいているということは疑いえない。ベルヌ条約の歴史全体を通して、この概念は明示規定又は修正を以て決して論駁されてこなかったということ、および、……『発行者 (publisher)』と『承継人 (successor in title)』又は『著作権所有者 (copyright owner)』というような概念と著作者の概念を区別することにより、その概念が繰り返し確認されてきたということ⁽⁴⁷⁾を考慮すると、著作者のこの概念は今でも jus conventionis の基礎であると考えられなければならない」と言及する。

このような主張を展開する Dietz のほかにも、例えば「ベルヌ条約の『著作者』とはあらためて定義するまでもなく、『著作物を創作した自然人』を意味するというのが自明の概念であった」と齊藤教授は述べてお⁽⁴⁸⁾り、また、Silke von Lewinski も「ベルヌ条約の意図としてあるのは自然人だけが著作者である、ということである。このことは、全ての解釈方法から結果として導かれる⁽⁴⁹⁾」と言及している。つまり、後者の二人も Dietz と同じ立場であると言えよう。なお、von Lewinski の言及にある「全ての解釈方法」とは、以下のようなものである。⁽⁵⁰⁾

(ア) 【ベルヌ条約では：本稿筆者注】例えば「製作者 (producer)」で

的著作物に関する著作者の権利の保護のための同盟を形成する」。

(46) 前掲注(40)～(45)参照。

(47) Dietz, *supra* note 36, pp. 16-18.

(48) 齊藤・前掲注(3)132頁。

(49) Silke von Lewinski, *International Copyright Law and Policy*, (Oxford University Press, 2008), p. 129.

(50) *Ibid.* なお、本稿筆者が便宜上、各々の事項を(ア)～(キ)に割り当てた。

はなく、通常、自然人を意味する「著作者」という語を使用している。

(イ) 知的創作物に関する著作者の保護は、その性質により、著作物を創作するための精神又は知性を有する自然人のみに起因し得る。

(ウ) 著作者人格権を通して、著作者の知的及び人格的利益を保護するベルヌ条約6条の2は、恐らく自然人のみに付与され⁽⁵¹⁾うる。

(エ) 存続期間の計算は著作者の死に基づくが（例えば無名又は変名の著作物というような特別な著作物は除く）、それは自然人のみに起こる出来事である⁽⁵²⁾。

(オ) 【ベルヌ条約：本稿筆者注】15条3項は、発行者が無名又は変名の著作物の著作者を代表するものであるとするが、これは、著作者が反証を示さない場合に限られる⁽⁵³⁾。

(カ) ベルヌ条約14条の2第2項a号は、著作者 (authorship) は自然人であるという原則の唯一明白な例外で、映画の著作物の著作権の所有者 (ownership) の決定については国内法に委ねている⁽⁵⁴⁾。そのため、自然人については「常居所」【3条2項：本稿筆者注】、映画の著作物の著作者 (の例外) については「主たる事務所」又は常居所【4条a号：本稿筆者注】というように区別されている。

(キ) これらの主張は、歴史的見解、特にローマ条約（ほとんどが会社であるフォノグラムの製作者 (producer) を保護する条約) の採択により補強される。

(51) Dietz も、この点について指摘している (Dietz, *supra* note 36, p. 26)。

(52) Dietz も、この点について指摘している (*ibid*)。

(53) Dietz も、「本規定から、我々がここで有するのは単なる推定 (legitimation) ルールであって、著作権の最初の保有者という役割で、著作者が交替するわけではないということは明らかである」と指摘している (*ibid*, p. 24)。

(54) Dietz も、この点について指摘している (*ibid*, p. 12)。

1.2.2 私見

ベルヌ条約の「著作者」については、本稿筆者としても、従来から暗黙で了解されてきた「著作物を創作した自然人」を意味するものとして理解するのが適切であると思ふ。

例えば、本条約の保護を受ける著作者について定めた3、4条を見ると、この条約は、ベルヌ同盟国の国民である（とみなされる）「著作者」を同条約の保護の対象とし（3条。原則）、映画の著作物、建築の著作物、不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、ベルヌ同盟国の国民である（とみなされる）著作者でなくても、4条の各号が定める条件を満たせば、その著作物の「著作者」は保護されるとする。つまり、ある著作物がベルヌ条約により保護されるかどうかを判断するためには、何よりもまず、「著作者」を特定しなければならないと言うことができよう。

この「著作者」を基準として、ベルヌ条約の保護を受ける資格を有するか否かを判断するという方法は、「著作物を創作した自然人」が「著作者」であるということに共通の理解があったとされる⁽⁵⁵⁾、1886年のベルヌ創設条約から見られることから、そのような解釈を以て、保護の判断をするのが適切であろう。もしこれとは異なる方法、例えば、ベルヌ条約上の「著作者」の解釈を国内法に委ねるという方法を採用した場合、適用する国の法によっては、その「著作者」を「著作物を創作した自然人」ではない別の者に読み替えるということも起こり得よう（これに関しては後述する）。そ

(55) 本章1.2.1参照。

(56) 1886年ベルヌ創設条約2条、ベルリン（1908年）、ローマ（1928年）、ブラッセル（1948年）改正条約についてはそれぞれ4条。なお、1886年ベルヌ創設条約2条では著作者だけでなく、その承継人も内国民待遇の対象としていたが、ベルリン改正条約で後者は削除された（Dietz, *supra* note 36, pp. 20-22）。

うすると、Dietz, von Lewinski が指摘しているような規定について、整合性という観点から問題が生じる可能性があり、また、著作物を創作した自然人（著作者）が保護されず、条約の本来の目的と矛盾し、究極的には条約自体が形骸化するという恐れも考えられるのではないだろうか。したがって、本稿筆者は、ベルヌ条約の「著作者」については、Dietz らと同じ立場を採りたい。

このように、『著作者』が『著作権の原始的所有者』である」という理解がベルヌ条約の諸規定から総合的に見出され（本章 1.1 参照）、その「著作者」については「著作物を創作した自然人」を意味するという解釈があることから、これらを合わせると、「著作物を創作した自然人」が「著作権の原始的所有者」であるという結論が導き出せよう。⁽⁵⁷⁾では、このような結論は、「統一私法」と言えるのだろうか。

そもそも、この結論の前提となっている前者の理解は、ベルヌ条約の諸規定、とりわけ 5 条 1 項に依拠して導き出したものであるが、本規定が設置されたのは 1908 年のベルリン改正時である（4 条 1 項）。また、後者の「著作者」の概念についても、これが「著作物を創作した自然人」であるとの了解があった、若しくは、そのように解され始めたのは、既述の通り、ベルヌ条約の創設期で、1 世紀以上も前のことである。つまり、ベルヌ条約の中においては、「著作者」および「著作権の原始的所有者」の概念を上記のように理解することが、今なお、適切なものかもしれないが、これらは、創設当初から条約に明記されてこなかったことから、時間の経過と共に、その理解が変化しているということも考えられるかもしれない。そこで、次節では、「著作者」および「著作権の原始的所有者」の概念についての現在の状況を見てみたい。

(57) See *ibid.*, p. 38.

1.3 「著作者」と「著作権の原始的所有者」

1.3.1 「著作者」の概念

(1) 二つの法律思潮（アプローチ）

「著作者」（および「著作物」という著作権法制上の基本概念は、国際著作権法界に存する、焦点を異にした二つのアプローチと密接に関係し、そのいずれに依拠するかによって、「著作者」（および「著作物」）の理解が異なってくる。

すなわち、一つは、創作者（creator）である著作者（author）に焦点を合わせて、「著作権」を“author’s right”, “Urheberrecht”, “droit d’auteur” とみる「コンチネンタル・アプローチ」（大陸法諸国に多い）で、このアプローチによると、『著作者』は実際に創作する者となり、その創作が精神的な作業であってみれば、『著作物』は自然人に限られる。『著作物』も精神的創作物ということになる⁽⁵⁸⁾。

これに対して、コピー（copy）に焦点を合わせて「著作権」を“copyright” と認識する「アングロ・アメリカン・アプローチ」（英米法諸国に多い）は、コピーの対象になるものを「著作物」とすることから、それは「精神的創作物」に限定されず、録音物などの製作物や放送番組も含まれる⁽⁵⁹⁾。そのため、「著作者」についても、「現実に精神的作業をなす者、すなわち、自然人に限らず、創作者を雇う法人その他の使用者も『著作者』の地位を取得する⁽⁶⁰⁾」。

(58) 齊藤博，吉田大輔『概説著作権法』（ミネルヴァ書房，2010年）230頁，齊藤・前掲注（3）17，132頁参照。

(59) 齊藤＝吉田・前掲注（58）230頁。

(60) 齊藤＝吉田・前掲注（58）230頁，齊藤・前掲注（3）17，132頁参照。なお、「コピライト・システム【アングロ・アメリカン・アプローチ：本稿筆者注】を採用する諸国は、投資や労働という単純な結果でよい著作物を保護するので、著作物を創作する自然人だけでなく、著作物との文脈では

(2) 国際法レベル

この二つの考え方からベルヌ条約を見てみると、先述の考察の通り、同条約は「著作権者の権利保護」を明文で謳っていること、「著作物を創作した自然人」ではない者を「著作権者」とすることについて許容していないと⁽⁶¹⁾考えられること、また、ベルヌ条約の創設当初から、「個別の問題については意見の対立が見られたものの、同盟内での意見の調整は、どちらかといえは数の多い大陸法系諸国の主導のうちになされてきた」と⁽⁶²⁾言われているということ⁽⁶³⁾を鑑みると、少なくとも、同条約の「著作権者」の定義については、コンチネンタル・アプローチに依拠したもので、若しくは、それに比重を置いたものであると考えられよう。このことは、ベルヌ条約の創設時、英米法系諸国からの加盟国が英国だけであったということも、⁽⁶⁴⁾少なからず影響しているのではないかと思われる。

ところが、その創設から100年以上が経過した1990年代に、このベルヌ条約を管理する WIPO の主導の下、モデル規定 (Model Provisions for Legislation in the Field of Copyright) の作成が着手されたのであるが、その中で検討された「著作権者」の定義規定案は、「『大陸』型の諸国と『コモン・ロー』型の諸国の両方で適用され得る規定」⁽⁶⁵⁾を目指したものであった。

投資をする法人を含めた、それ以外の者に対する著作権付与についても、障害は無い」との説明もある (von Lewinski, *supra* note 49, p. 48)。

(61) このため、ベルヌ条約は映画の著作物について、別途規定を設けている。本章 1.2.1 の von Lewinski の見解(み), もしくは、本章 1.3.2(2)を参照されたい。

(62) 齊藤・前掲注(3)18頁。

(63) 後掲注(65)の Ricketson and Ginsburg の引用も参照されたい。

(64) 1887年12月5日(ベルヌ創設条約の発効日)にベルヌ同盟国となったのは、ベルギー、フランス、ドイツ、イタリア、スペイン、スイス、チュニジア(当時、フランスの保護領)、英国の8カ国である。

(65) Ricketson and Ginsburg, *supra* note 30, p. 361. Ricketson and Ginsburg

具体的には、「著作者」を「著作物を創作した自然人」としつつ、その一方で、「著作物を創作した自然人」ではないけれども、「著作者の権限の承継人」あるいは「当該著作物に係る権利の最初の所有者」ではあるという⁽⁶⁶⁾者も、「著作者」に含まれるという規定案であった。そのため、前者の部分以外の全てを削除するよう主張し続ける代表もいれば、「法人 (juridical entities)」も著作者として承認される又はみなされるということをもっと明示的に認めるよう求める代表も⁽⁶⁷⁾おり、一連の討議を通して見ても、大陸法系の諸国が、著作者は精神的創作をなす自然人に限る旨の伝統的な考えを示せば、英米法系諸国は、自然人に限らず、製作者をも著作者に加えようとする⁽⁶⁸⁾というように、二つの考え方が対立した。最終的に、このモデル規定の作成は中止され、その後、採択された WCT においても、「著作者」

は、次のように纏めている。すなわち、「著作権のコモン・ロー・アプローチ【上記アングロ・アメリカン・アプローチに一致：本稿筆者注】は、1990年までに、ベルヌ条約の早期の頃よりも一層普及した。その認識を形にする (implement) 規定を、起草者は取り込む努力をした。ベルヌ条約の性質は『大陸的な』著作権の考え方【上記コンチネンタル・アプローチに一致：本稿筆者注】の優越を反映するというをやめておらず、数度の改正の間、この点に変更はないが、その一方で、最初は一国で、後に幾つかの国でも採られるようになった『コモン・ロー』型の著作権法は、ベルヌ条約と矛盾しない法であるということを同条約のもう一方の当事国ら【『大陸』型の諸国を指すものと思われる：本稿筆者注】によって承認され、受け入れられたということを条約の歴史が明らかにしている。したがって、数度の改正会議で示された、『コモン・ロー』型諸国の著作権法におけるある特定の要素の許容 (acceptability) に関する合意も反映する規定、要するに、『大陸』型の諸国と『コモン・ロー』型の諸国の両方で適用され得る規定を考案するよう、起草者は努めた」とする (*ibid.*)。

(66) *Ibid.*, p. 362.

(67) *Ibid.*

(68) 齊藤・前掲注(3)132頁。See also, Ricketson and Ginsburg, *supra* note 30, pp. 361-363.

の定義規定は導入されないまま、⁽⁶⁹⁾2002年に発効した。

つまり、ベルヌ同盟は、創設期に遡れば遡るほど、大陸法系諸国の影響力が強かったと推察されるが、今日においては、上記の「著作者」の定義規定案とその討議から見られるように、英米法系諸国の影響力がベルヌ条約の創設当初と比して、格段に増したと言えるのではないだろうか（これは、英米法系諸国からベルヌ条約に加盟する国が、実際の数の上では劣るものの、増加したということ、そして、アメリカが加入したということ⁽⁷⁰⁾（1989年）が大きな要因であろう）。したがって、ベルヌ条約の「著作者」については、既述の通り、コンチネンタル・アプローチを汲むものとして理解するのが適切だと思われるが、現在の国際的著作権法界における「著作者」については、その概念を巡って、二つのアプローチが再び対立関係にあると言わざるを得ないであろう。

(3) 地域法レベル

次に、地域的レベルでは、このような対立関係を考慮したものと考えられる、二つの EC 指令がある。すなわち、一つは、コンピューター・プログラムの法的保護に関する EC 指令⁽⁷¹⁾（1991年）で、その2条1項は「コンピューター・プログラムの著作者とは、そのプログラムを創作した自然人又は自然人のグループ、もしくは、締約国の法が認めている場合は、その法により権利保有者（rightholder）として指名された法人とする」（試訳）とし、もう一つは、データベースの法的保護に関する EC 指令⁽⁷²⁾（1996年）

(69) *Ibid.*, p. 363.

(70) 齊藤・前掲注(3)19頁参照。

(71) Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs.

(72) Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases.

で、「データベースの著作者とは、そのデータを創作した自然人又は自然人のグループ、もしくは、締約国の法がそのように認めている場合、その法により権利保有者として指名された法人とする」と規定している（4条1項：⁽⁷³⁾試訳）。つまり、両規定の「著作者」は、コンチネンタル・アプローチとアングロ・アメリカン・アプローチのいずれの立場からも許容される規定と言えるのではないだろうか。

(4) 国内法レベル

最後に、国内法レベルで見ると、いずれの法律思潮を汲む諸国においても、多くの場合、「著作物を創作した（自然）人」が「著作者」となるが、アングロ・アメリカン・アプローチを汲む諸国、およびそれ以外の一部の諸国においては、特定の著作物について、「著作物を創作した（自然）人」ではない別の人も「著作者」となりうる。

例えば、我が国の著作権法について述べるとすると、同法は、コンチネンタル・アプローチを採り、他の大陸法系諸国と同様、「著作者」は「著作物を創作する者」（2条2号）と定義するが、職務上作成される著作物については、極めて特異で例外的な制度を採用している。⁽⁷⁴⁾すなわち、「法

(73) なお、ベルヌ条約は、この「コンピューター・プログラム」と「データの編集物（データベース）」を同条約の保護を受ける著作物とはしていなかったため、TRIPs 協定（1995年発効）とWCTがそれぞれの条約において、「コンピューター・プログラム」は「ベルヌ条約第2条に定める文学的著作物」として（WCT 4条、TRIPs 協定10条1項）、「データの編集物（データベース）」は知的創作物として（WCT 5条、TRIPs 協定10条2項）、保護する旨規定している。そして、この両条約は、その締約国（EUはTRIPs 協定の締約国である）に対して、ベルヌ条約第1条から第21条までの規定及び同条約の附属書の規則を遵守するよう求めている（本稿「はじめに」参照）。

(74) 齊藤・前掲注(3)17, 134頁。

人その他使用者……等が自己の著作の名義の下に公表するものの著作権は、その作成の時における契約、勤務規則その他に別段の定めがない限り、その法人等とする」(15条)。つまり、これに分類される著作物については、「著作物を創作した自然人」ではない別の人(法人その他使用者)が「著作者」の地位を取得しうるということになる⁽⁷⁵⁾。

次に、英米法系諸国の一つであるニュージーランドの著作権法(Copyright Act 1994)⁽⁷⁶⁾を見てみると、同法も、著作物の著作者は「それを

(75) E. g. Andorra, Draft law on copyright and neighboring rights of 10/06/1999, Art 19(1) (4); the Federated States of Micronesia, Code of the Federated States of Micronesia—Title 35. Chapter 1: Copyrights, Art 110(2); Netherlands, Copyright Act 1912, Art 7; United states of America, Copyright Law of the United States of America and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code, Art 201(b). なお、特記がない限り、外国著作権法については、UNESCOのホームページにある“Collection of National Copyright laws”で確認した〈http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=14076&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html〉。

(76) New Zealand Legislation 〈<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1994/0143/latest/DLM345899.html>〉 (opened, May 23, 2010).

“Section 5. Meaning of author

- (1) For the purposes of this Act, the author of a work is the person who creates it.
- (2) For the purposes of subsection (1) of this section, the person who creates a work shall be taken to be,—
 - (a) In the case of a literary, dramatic, musical, or artistic work that is computer-generated, the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken:
 - (b) In the case of a sound recording or film, the person by whom the arrangements necessary for the making of the recording or film are undertaken:
 - (c) in the case of a communication work, the person who makes the communication work:
 - (d) in the case of a typographical arrangement of a published edition, the

創作する人」と明示している（5条1項）。但し、例えば、映画の著作物については、「映画の作成のために必要なアレンジメントを行った人」を「著作物を創作する人」とみなすとし（同条2項b号）、そして、同条2項に言及されている種類の著作物の著作者については、法人もなりうる」と規定している（同条3項）。つまり、映画の著作物の著作者は「映画の作成のために必要なアレンジメントを行った人」であり、そして、それは、著作物を実際に創作した自然人ではない別の人（法人）もなりうるということになろう。なお、このような規定は、他の英米法系諸国の著作権法においても見られる。⁽⁷⁷⁾

publisher.

(e) [*Repealed*]

(3) The author of a work of any of the descriptions referred to in subsection (2) of this section may be a natural person or a body corporate.”

(77) 映画の著作物について、「映画の作成に必要な (arrangement) を行った人」, すなわち製作者 (producer) を著作者とする規定が見受けられる国は、次の通りである（なお、英国著作権法とアイルランド著作権法は、製作者に加え、主たる監督も著作者とする）。E. g. Antigua and Barbuda, Copyright Act, 2002, Art 2; Belize, Copyright Act Chapter 252, Art 3(1); Republic of Botswana, Copyright and Neighbouring Rights Act CAP 68:02, Art 2; Brunei Darussalam, Emergency (Copyright) Order, 1999, Art 11(2); Commonwealth of Dominica, Copyright Act 2003, Art 2; Fiji, Copyright Act 1999, Art 5(2); Ireland, Copyright and Related Rights Act 2000, Art 21(b); Jamaica, The law applicable in Jamaica is the Copyright Act of 1993, Art 2(1); Kenya, Copyright Act, 2001, Art 2(1); Malawi, Copyright Act, 1989, Art 2; Malaysia, Copyright Act 1987, Art 3; Mauritius, Ley de Derecho de Autor 1997, Art 2(1); Namibia, Copyright and Neighbouring Rights Protection Act 1994, Art 1; Saint Vincent and the Grenadines, Copyright Act 2003, Art 2(1); South Africa, Copyright Act 98 of 1978, Art 1(1)(iv); United Kingdom, Unofficial Consolidated Text of Parts I, II and VII of the Copyright, Designs and Patents Act 1988, Art 9(2); Zambia, Copyright and Performance Rights Act 1994, Art 2. 上記の国々は、英連邦加盟国もしくは旧加盟国である。

(5) まとめ

このように、国際著作権条約の基軸でもあるベルヌ条約上の「著作者」については、既述の通り、「著作物を創作した自然人」と解する、あるいは、そう解さざるを得ないであろう。しかし、今日、そのような著作者の定義と共に、特定の著作物については、「著作物を創作した自然人」ではない者も「著作者」になりうるという規定が、国際法レベル、地域法レベル、国内法レベルで提案ないし採択、導入されているという状況にあると言えよう。

1.3.2 「著作物を創作した自然人」が「著作権の原始的所有者」か

次に、「著作権の原始的所有者」に注目する。

先述の通り、ベルヌ条約の諸規定および「著作者」に対する従来からの解釈に基づくと、「著作物を創作した自然人」が「著作権の原始的所有者」であるという結論が導き出されるが、これに関して国内法を見てみると、実のところ、「著作物を創作した自然人」ではない者が「著作権の原始的所有者」になりうるという規定が、例えば「職務上作成される著作物」や「映画の著作物」について散見される。そこで、本項では、これらの著作物に関する規定について見てみたい。

(1) 「職務上作成される著作物」

例えば、我が国や米国の著作権法は、職務上作成される著作物の「著作

ちなみに、英国著作権法は、他の諸国の近時の立法に影響を与えており、ニュージーランド、ジャマイカ、ブルネイ・ダルサラーム、アイルランドの著作権法のモデルとして理解されている (Elizabeth Adeney, *The Moral Rights of Authors And Performers: An International and Comparative Analysis*, 6th ed., (Oxford University, 2006), p. 389)。

者」を「使用者 (employer)」とすることにより、その者が「著作権の原始的所有者」となるが、先述のニュージーランドの著作権法はこれらとは異なる手法⁽⁷⁸⁾を採用。つまり、具体的に述べるとすると、まず、『著作物の著作者である人 (the person who is the author of a work)』が『当該著作物に係る著作権の最初の所有者 (the first owner of any copyright in the work)』である』ということ⁽⁷⁹⁾を原則とする (21条1項)。そして、従業員が雇用中に文芸、演劇、音楽、美術の著作物を作成した場合は、反対の合意に従いつつ (同条4項)、例外的に『従業員の使用者 (employee's employer)』が『著作権の最初の所有者』である』とする (同条2項)。このような規定を含め、使用者を著作者とはしないものの、使用者が結果的に著作権を原始的に所有することになるという法制度は、他の英米法系諸国

(78) “Section 21. First ownership of copyright

- (1) Subject to the provisions of this section, the person who is the author of a work is the first owner of any copyright in the work.
- (2) Where an employee makes, in the course of his or her employment, a literary, dramatic, musical, or artistic work, that person's employer is the first owner of any copyright in the work.
- (3) Where—
 - (a) A person commissions, and pays or agrees to pay for, the taking of a photograph or the making of a computer program, painting, drawing, diagram, map, chart, plan, engraving, model, sculpture, film, or sound recording; and
 - (b) The work is made in pursuance of that commission,—
 that person is the first owner of any copyright in the work.
- (4) Subsections (2) and (3) of this section apply subject to any agreement to the contrary.
- (5) Subsections (1) to (4) of this section apply subject to sections 26 and 28 of this Act.”

(79) 本章1.3.1(4)で述べたように、著作物を創作する人が、原則、「著作者」である (5条2項)。

の著作権法にも見られる⁽⁸⁰⁾。

また、上述の諸国以外の著作権法においても、職務上作成される著作物の利用権限を法律の規定を介して使用者に与えようとする規定が散見される。例えば、反対の合意がない場合、その著作物に係る権利は使用者に移転されたものとするというもの⁽⁸¹⁾、その経済的権利については使用者に付与される、又は帰属される、又は移転されたものとするというもの⁽⁸²⁾、その著作物を使用する権利 (right to use/utilisation) は使用者に帰属する又は移転されたものとみなすというもの⁽⁸³⁾、使用者はその著作物を公表する権限、その利用による金銭上の排他的権利を制限・期限付きで有するというもの⁽⁸⁴⁾

(80) E. g. Bhutan, Copyright Act 2001, Art 19; Canada, Copyright Act, Art 13; Commonwealth of Dominica, Copyright Act 2003, Art 18; Fiji, Copyright Act 1999, Art 21; Ireland, Copyright and Related Rights Act 2000, Art 23; Israel, Copyright Act 2007, Art 33, 34; Kenya, Copyright Act, 2001, Art 31; Malawi, Copyright Act, 1989, Art 12; Malaysia, Copyright Act 1987, Art 26; Mauritius, Ley de Derecho de Autor 1997, Art 7; Namibia, Copyright and Neighbouring Rights Protection Act 1994, Art 27; Philippines, Republic Act 8293: Intellectual Property Code, Arts 178.1 and 178.3; South Africa, Copyright Act 98 of 1978, Art 21; United Kingdom, Unofficial Consolidated Text of Parts I, II and VII of the Copyright, Designs and Patents Act 1988, Art 11; Zambia, Copyright and Performance Rights Act 1994, Art 10.

(81) E. g. Liechtenstein, Copyright Law 19; Slovenia, Copyright and Related Rights Act of 30 March 1995, Art 101(1) (但し、期限付き)。

(82) E. g. Ghana, Copyright Act, 2005, Art 7; Kazakhstan Law on Copyright and Neighboring Rights, Art 14(2); Poland, Act of 4 February 1994 on Copyright and Related Rights, Art 12; Tonga, Copyright Act, Art 14(3)。

(83) E. g. Armenia, Law on Copyright and Neighboring Rights, Art 19. 期限付きのものもある。E. g. Bosnia and Herzegovina, Law on Copyright and Related Rights, Art 24; Republic of Moldova, Law of the Republic of Moldova on Copyright and Neighbouring Rights no. 293-XIII of November 23, 1994, Art 18(2)。

(84) E. g. Serbia and Montenegro, Law on Copyright and Related Rights, Art

等である。

この他、本章 1.3.1 (3) で述べたコンピューター・プログラムの法的保護に関する EC 指令は、「従業員の義務の履行によって又は使用者が与えた指示に従って、コンピューター・プログラムが従業員により創作された場合、契約による反対の取決めがないならば、その使用者がそのようにして創作されたプログラムに係る全ての経済的権利を行使する資格が独占的に与えられるものとする」(2条3項：試訳)と定めている。なお、データベースについては、従業員の使用者に全ての経済的権利を行使する資格を与えるかどうかは、各々の締約国の裁量に委ねるとするが⁽⁸⁵⁾(データベースの法的保護に関する EC 指令 Recital (29))、使用者にその資格を与えると規定する国もある。

このように、著作物を実際に創作した自然人(従業員、被用者)を著作者とみる諸国においても、上記のような例外規定を有する。そして、それを置く理由として、職務上作成された著作物をスムーズに利用できる途の模索が挙げられ⁽⁸⁶⁾、また、その「途」の一つである「法定譲渡」⁽⁸⁷⁾制度については、「自然人を著作者とする大陸法の法律思潮が、被用者でなく使用者⁽⁸⁸⁾に著作者の地位を与えようとする英米法の法律思潮に歩み寄りぎりの論拠となる。『使用者が著作者となりうる』⁽⁸⁹⁾旨定めることはできないにし

96.

(85) E. g. Bulgaria, Law on Copyright and Neighbouring Rights, Art 14; Italy, Law for the Protection of Copyright and Neighbouring Rights, Art 12bis; Malta, Copyright Act, Art 11.

(86) 齊藤・前掲注(3)133頁。

(87) 著作者である被用者にいったん発生した著作権を、被用者の意思により、使用者に移転することではなく、著作権を被用者から使用者に法的に移転するという仕組みである(齊藤・前掲注(3)133頁参照)。

(88) 齊藤教授は「雇用者」という語を使用しているが、文脈上、「使用者」を意味するものと思われる。

ても、『著作者に認められるすべての権利が使用者に帰属する』旨定めることはできる（1985年フランス法45条1項）。英米法系諸国にしても、そのような法定譲渡により著作物の利用が確保できれば妥協できるところであろう。どちらの側からも満足できる方式ではないが、ハーモナイズできるとすれば、その辺りとなろう』⁽⁹¹⁾とされている。

(2) 「映画の著作物」

次に、映画の著作物の実質法規定について見てみたい。

そもそも、映画の著作物は、さまざまな素材を統合した芸術または学術に属する総合的な表現物であるため⁽⁹²⁾、映画の作成には複数の人が関与することが多い。このため、「著作物を創作した自然人」を「著作者」とする（コンチネンタル・アプローチを採る）国でも、その「著作者」の範囲を明確にするために、別途、定義ないし推定規定を有する国がある。我が国もその一つで、「その映画の著作物において翻案され、又は複製された小説、脚本、音楽その他の著作物の著作者を除き、制作、監督、演出、撮影、美術等を担当してその映画の著作物の全体的形成に創作的に寄与した者」⁽⁹³⁾（16条）とする。このような場合に、仮に、「著作者」が「著作権の原始的所有者」であるということに基づくとする、これら全ての者が著作権の原始的所有者となるため、この著作物を利用する際、著作者全員（共同著作者）の合意を得なければならないという困難が生じよう。⁽⁹⁴⁾そこで、多

(89) 前掲注(88)参照。

(90) 前掲注(88)参照。

(91) 齊藤・前掲注(3)133頁。

(92) 齊藤・前掲注(3)134頁。

(93) したがって、これらの人々は「共同著作者」ということになる。

See also, Ricketson and Ginsburg, *supra* note 30, p. 379.

(94) See, *ibid.*

くの大陸法系諸国は、「法定譲渡制度」若しくは「推定譲渡制度」を通して、共同著作者各々に帰属している利用権を一人の人、たいていは映画製作者 (producer) に付与するという方法で、この問題を克服している⁽⁹⁵⁾ (ちなみに、我が国の著作権法は「法定譲渡制度」を採用している⁽⁹⁶⁾ (29条1項))。

前者の「法定譲渡制度」とは、原則、映画の著作物に係る権利は、人である創作者 (human creators) に付与されるが、その権利は、法定で、直ちに映画製作者に譲渡されたものとみなすというものである⁽⁹⁷⁾。後者の「推定譲渡制度」の場合、人である創作者を最初の権利所有者とするが、その創作者が映画の製作に寄与した際、その権利は映画製作者に移転されたという推定が働く (しかし、このような推定は反駁されうる⁽⁹⁸⁾)。

このほかに、「film copyright system」という法制度もある⁽⁹⁹⁾。これも、先の二つと同様、映画製作者 (producer) (いわゆる “maker”) を原始的著作権所有者とするもので、主として、コモン・ロー諸国で見受けられる⁽¹⁰⁰⁾。

(95) *Ibid.*

(96) 齊藤・前掲注(3)281頁。我が国の著作権法において、映画の著作物の著作権が原始的に法定譲渡される「映画製作者」とは「映画の著作物の製作に発意と責任を有する者」(2条10号)であるから、著作物を創作した自然人以外の者もこれになりうる。但し、この映画の著作物が「職務上作成される著作物」に該当する場合は、同法15条が働く(29条1項)。

(97) Mihály Ficsor, *Guide to the Copyright and related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms* (WIPO, 2004), p. 89. ミハイリ・フィチョール著、大山幸房、山本薫、大楽光江他訳『WIPOが管理する著作権及び隣接権諸条約の解説並びに著作権及び隣接権用語解説』(著作権情報センター(CRIC), 2007年)103頁。Ricketson and Ginsburg, *supra* note 30, pp. 379-380.

(98) Ficsor, *supra* note 97, p. 89. フィチョール・前掲注(97)103頁。Ricketson and Ginsburg, *supra* note 30, pp. 379-380.

(99) Ficsor, *supra* note 97, p. 89. フィチョール・前掲注(97)103頁。

例えば、本章 1.3.1 (4) で述べたニュージーランドの著作権法は、「映画の作成のために必要なアレンジメントを行った人」を「著作物を創作する人」(5条2項b号)、すなわち、「著作者」⁽¹⁰¹⁾とし、その「著作者」を「著作権の原始的所有者」とすることから(21条1項)、「映画の作成のために必要なアレンジメントを行った人」(映画製作者)⁽¹⁰²⁾が「著作権の原始的所有者」ということになろう。⁽¹⁰³⁾

したがって、上記三つの法制度は、映画の著作物を実際に創作した自然人ではない、法人の可能性もある「映画製作者」を原始的著作権所有者とみなしたり、あるいは、実際の創作者から「映画製作者」に権利が移転したと推定したりするというものであるから、既述の、ベルヌ条約の解釈から導き出される結論(「著作物を創作した自然人」が「著作権の原始的所有者」)と完全には一致しないと言えよう。ところが、ベルヌ条約は「映画の著作物」⁽¹⁰⁴⁾に関してのみ例外的な立場を採っている。つまり、ベルヌ条

(100) Ricketson and Ginsburg, *supra* note 30, p. 379.

(101) ほとんどの場合、映画会社が著作者となるであろうと言われている(Paul Sumpter, *Intellectual Property Law*, (CCH New Zealand Limited, 2006), p. 43)。

(102) アイルランド著作権法では、製作者(producer)とは、映画の作成に必要なアレンジメントを実行した人を意味すると規定している(2条1項)。

(103) E. g. Antigua and Barbuda, Copyright Act, 2002, Art 22; Bhutan, Copyright Act 2001, Art 19; Canada, Copyright Act, Art 13; Commonwealth of Dominica, Copyright Act 2003, Art 18; Fiji, Copyright Act 1999, Art 21; Ireland, Copyright and Related Rights Act 2000, Art 23; Mauritius, Ley de Derecho de Autor 1997, Art 7; Namibia, Copyright and Neighbouring Rights Protection Act 1994, Art 27; South Africa, Copyright Act 98 of 1978, Art 21; United Kingdom, Unofficial Consolidated Text of Parts I, II and VII of the Copyright, Designs and Patents Act 1988, Art 11. 前掲注(77)参照。

(104) 本章 1.2.1 の von Lewinski の言及にある(カ)および後掲注(106)を参照されたい。

約は14条の2第2項a号において「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」とすることで、ベルヌ同盟諸国がこのような実質法制度を採用・導入することを自ら認めているのである（なお、この規定が創設されたのは、最新のパリ改正条約においてである。詳しくは、本章1.4で述べる）。

1.3.3 私見

このように、現在の国際法、地域法、国内法レベルにおける「著作者」の定義は、ベルヌ条約の「著作者」に対する従来からの解釈とぴったり一致するというわけではなく、また、このことも関係して、現在の著作権法界においては、少なくとも一部の著作物については「著作物を創作した自然人」ではない者も「著作権の原始的所有者」になりうるという法制が広く認められていると言えよう。つまり、ベルヌ条約の諸規定と「著作者」の解釈から、ベルヌ条約に基づき保護される著作者の著作物であり、なおかつ、当該「著作物の本国以外のベルヌ同盟諸国」における著作権および「この条約が特に与える権利」は、「著作物を創作した自然人」が原始的に所有するという見出し得るとしても、このような現状において、その一義的な結論を「統一私法」として適用するとなると、国際著作権法界に大きな混乱を招く恐れが十分に考えられよう。

したがって、本稿筆者は、このような直接的でない、黙示的な理解ないし解釈に基づき導き出される結論は、「統一私法」とは言えないとし、これにより、全ての著作権について、その原始的所有者を特定するための統一私法はないという立場を採りたい。そのため、次に、この涉外私法関係を法的に規制するもう一つの方法、すなわち「国際私法による規律」について検討する。

1.4 国際私法による規律

本稿のはじめにで触れたように、我が国の国際私法である通則法は、著作権の原始的所有者を特定するための法選択規則を有さない。しかし、もし、同国が遵守しなければならない条約に、これに関する定めがあったならば、それを適用して規律するということになる⁽¹⁰⁵⁾。では、そのような規定はあるのだろうか。

これに関しては、先述のベルヌ条約14条の2第2項a号を、映画の著作物の原始的著作権所有者を特定するための法選択規則と解釈するという立場がある。以下は、その条文である。

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。」

“Ownership of copyright in a cinematographic work shall be a matter for legislation in the country where protection is claimed.”

本規定の創設経緯を見ると、⁽¹⁰⁶⁾この規定は、ベルヌ同盟諸国は、様々にあ

(105) 前掲注(6)参照。ベルヌ条約は、既述の通り、自己執行性があると解されていることから、同条約に、著作権の原始的所有者を特定するための国際私法（法選択規則）が存する場合は、国内国際私法よりも優先的に規律するということになる。

(106) Ricketson and Ginsburg, *supra* note 30, pp. 379-388. 映画の著作物に係る著作権の原始的帰属制度については、既述の通り、film copyright system, 法定譲渡制度, 推定譲渡制度があり、ベルヌ同盟内でもそれが統一されていなかったことから、それに関する実質規定を新設するという動きがストックホルム改正会議の準備段階にはあった (*ibid*, pp. 380-383)。しかし、議論はまとまらず、最終的に、ベルヌ同盟諸国が、上に列挙した法制度のいずれを採ってもよいという立場が採用された (*ibid*, pp. 388-389. Ficsor, *supra* note 97, p. 89. フィチョール・前掲注(97)103頁)。

る映画の著作物の原始的著作権所有者に関する法制度のいずれを採用し、維持してもよいということを明示するために創設されたと考えられる。これに関しては、例えば Mihály Ficsor も「ベルヌ同盟国は、既述の制度【本章 1.3.2(2) に記した film copyright 制度、法定譲渡制度、推定譲渡制度を指す：本稿筆者注】から自由に選択することができる。つまり、ベルヌ同盟国は基本的には自由に、自然人である創作者を或いは製作者を、若しくは創作者と製作者の両方を原始的な著作権者とすることができる」と述べる⁽¹⁰⁷⁾。

これに対して Ricketson and Ginsburg は、本規定をそのように解してはいるものの、それに続けて以下のようにも説明している。すなわち、「2 項 a 号は、輸入されたいかなる映画の著作権の所有者も、輸入国の法によって決定されるということをも明らかにしている⁽¹⁰⁸⁾」、「14 条の 2 第 2 項 a 号は、映画の著作物について保護国法 (*lex protectionis*) が適格であるということを示している⁽¹⁰⁹⁾」、また「映画の著作物の原始的所有者に関する法選択規則については規定している⁽¹¹⁰⁾」等と述べ、本規定の法選択規則性についても確認している。これに関しては、例えば van Eechoud も「著作権学者間では、14 条の 2 第 2 項 a 号はまさに保護国法 (*lex protectionis* / law of the *Schutzland*) を規定しているというのが、大方の意見であるように思われる⁽¹¹¹⁾」と言及している。

したがって、ベルヌ条約の規定には自己執行性があると解されているこ

(107) Ficsor, *supra* note 97, p. 89. フィチョール・前掲注(97)103頁。但し、これは本稿筆者が訳出したものである。

(108) Ricketson and Ginsburg, *supra* note 30, pp. 388-389.

(109) *Ibid*, p. 1316.

(110) *Ibid*, p. 1317.

(111) van Eechoud, *supra* note 15, p. 116 fn. 332. 但し、van Eechoud はこの立場ではない (*ibid*, p. 125)。

とから、ベルヌ条約14条の2第2項a号を法選択規則と解する場合は、この規定を国内国際私法よりも優先的に適用するということになり、「保護国法」⁽¹¹⁴⁾が映画の著作物の原始的著作権所有者については規律するという⁽¹¹³⁾ことになろう。では、当該著作物のこの法律問題について「保護国法」という準拠法は適切なのか。本規定を法選択規則と解するためには、そのような検討も必要となろう。

このように、映画の著作物以外で、我が国が遵守すべき、著作権の原始的所有者を特定するための統一国際私法は見当たらず、その映画の著作物に関する規定でさえも、適格性については検討を要するという状況にある。そこで、ひとまず、この著作物も含めて、そのような統一国際私法は存在しないと仮定すると、この渉外的私法関係は国内国際私法が規律することになろう。Ricketson and Ginsburgも、「【著作者及び所有者の問題について：本稿筆者注】ベルヌ条約に法選択規則が無い場合、著作者及び所有者の問題はベルヌ同盟諸国の法選択規則に送致される」と述べている⁽¹¹⁵⁾。

(112) 山本・前掲注(6)10頁、木棚・前掲注(6)146頁。

(113) 前掲注(105)参照。

(114) ベルヌ条約の諸規定、とりわけ5条2項後段を法選択規則と解するか否かという議論がある。そして、そのように解釈する立場は、同規定の「保護が要求される同盟国の法令 (the country where protection is claimed)」を「その領域について保護が要求されている国の法 (the laws of the country for which protection is claimed)」と解釈するのが一般的である。後掲注(124)参照。

(115) Ricketson and Ginsburg, *supra* note 30, p. 1318. Ricketson and Ginsburgは、「ベルヌ条約は、著作者の地位や権利の原始的所有者について、幾つかの、幾ばくか異なる解釈を生む」とし (*ibid*, p. 1316), そして「『著作者』と著作権の原始的所有者は別個の概念である。ベルヌ条約はいずれについても、明白な、超国家的な実質定義を提供していない (映画の著作物の原始的所有者に関する法選択規則については規定しているが、映画の著

当該国際私法の我が国における欠缺については既述の通りであるから、したがって、次章以下では、その準拠法の立法提案に向けて、幾つかの研究グループが提案する準拠法提案等を基に考察することにした⁽¹¹⁶⁾。

第2章 保護国法

2.1 著作権自体の問題と著作権の原始的所有者の問題（1）

原始的著作権所有者の特定という渉外的私法関係は単独でも成り立ちうることから、例えば、それが国際的な著作権侵害事件の先決問題として生じた場合でも、本問題とは別の問題として、その準拠法が規律するという⁽¹¹⁷⁾ことになろう。これに関して、Haimo Schack も、次のように述べている。

作物についても、またそれ以外の著作物についても、作者の地位を決定するためにどの法が規律するかということについては明示していない)。さらに15条1項は、反論可能な推定として、作者と著作権所有者を同一視することについて定めているが、作者の地位の反証をどの法が規律するかということに関する法選択規則については述べていない」とする (*ibid.*, p. 1317)。

(116) 映画の著作物に関するベルヌ条約14条の2第2項a号を、法選択規則と解することは適切かどうかということに関しては、本稿本文で述べたとおり、「保護国法」の準拠法としての妥当性と関係することから、次章以下の考察の後、述べることにしたい。

(117) 著作権の原始的所有者ではなく、作者の特定に関するものであるが、道垣内教授は以下のように述べている。すなわち、「先決問題であっても、異なる単位法律関係に含まれる問題であれば、その問題が独立に登場してくる場合と同じく、別の問題として準拠法を定めることを明らかにした最判平成12・1・27民集54巻1号1頁を持ち出すまでもなく、作者の特定や保護期間の問題は侵害事件が起きなくても存在する問題であり、侵害問題とは別の問題である」とする（道垣内正人「批判」ジュリスト1395号（2010年3月）173頁。また、ユルゲン・バセドウ、河野俊行・八並廉訳「知的財産権分野における国際私法の確立」河野俊行編『知的財産権と渉外民事訴訟』（弘文堂、2010年）71-72頁も参照。

すなわち、属地主義の原則や *lex loci protectionis* の包括的な範囲に依拠する多くの知的財産法学者は、権利の所有者 (ownership) の問題は【先決問題に対する：本稿筆者注】本問題とは別の問題であるということを未だに否定しているのに対し⁽¹¹⁸⁾、抵触法学者はずいぶんと前から、権利の所有者の問題、権利の内容、侵害の結果といった問題は、他のフィールドと同様、知的財産においても厳格に区別されなければならないということが分かっていた、とする⁽¹¹⁹⁾。

この「著作権の原始的所有者の特定」という法律問題は、著作権の存立、範囲、有効性、存続期間等の問題、いわゆる「著作権自体の問題」(Schack の言葉で言うところ「権利の内容といった問題」と同様、「著作者」「著作物」「著作権」といった著作権法制上の基本的な概念と密接に関係する法律問題を適用の対象とする。そのため、これらの問題を包括的に網羅する後者の単位法律関係に前者も包摂させて、著作権の原始的所有者の特定は「著作権自体の問題」の準拠法が規律するという方法、若しくは、両問題を別個の単位法律関係にするとしても、準拠法は「著作権自体の問題」と同じにするという方法が考えられるのではないだろうか。

「著作権自体の問題」については、保護国法（その領域について保護が要求される国の法 (the law of the country for which protection is claimed, *lex (loci) protectionis*)⁽¹²¹⁾）を準拠法とするということに、一般的なコンセン

(118) Haimo Schack, “The Law Applicable to (Unregistered) IP Rights After Rome II”, in: Stefan Leible and Ansgar Ohly (eds), *Intellectual Property and Private International Law*, (Mohr Siebeck, 2009), p. 81.

(119) *Ibid.*

(120) 齊藤・前掲注(3)69頁。

(121) 保護国については、(a)著作物が使用又は利用される国、(b)著作物が法域内に単に存在している国、そして(c)*lex loci delicti* (日本の文献では、侵害行為地法)を指すというものがある。これらの解釈は、単独で用いられ

サスがあると言われている。⁽¹²²⁾例えば、いわゆる属地主義の原則⁽¹²³⁾やベルヌ条約5条2項を法選択規則と解する見解は、この問題の準拠法を「保護国法」⁽¹²⁴⁾

ることもあれば併用されることもあるなど、論者によって様々であるが、その中でも、(a)及び(c)を併用する「使用又は利用行為地法、侵害行為地法 (*lex loci delicti*)」という解釈が一般的であるとされている。本稿では、特記がない限り、その一般的な解釈に依拠し、論を進める。なお、この「保護国」に関する解釈については、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」法と政治第59巻1号(2008年4月)335-338頁を参照されたい。

(122) 駒田教授は、「著作権自体の準拠法【著作権の成立や効力の準拠法：本稿筆者注】をどの国の法とすべきかについては比較的コンセンサスがある。結論としては、著作物の利用地法とするのが一般的である」と述べている(駒田泰土「職務著作の準拠法」知的財産法政策学研究第5号(2005年1月)29-30頁)。

(123) 属地主義の原則は、一般的に、次のように説明されている。すなわち、「以下に列举するような命題のいずれか、あるいはそのうちのいくつかを複合的に表す概念として、属地主義の原則は様々に援用されている。第一に挙げられるのは、知的財産権の効力がそれを付与した国の領域内に限定されるとする命題である。第二に、知的財産権はその領域において保護が求められる国の法(保護国法)によって規律される、とする命題(いわゆる保護国法主義)が挙げられる。これら二つの命題を表裏一体のものとして知的財産法上の属地主義の原則ととらえ、場合によっては前者を実質法上の属地主義、後者を抵触法上の属地主義と呼ぶというのが従来の、とくに知的財産法学者間における通説的見解である」とされる(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)227頁)。著作権は知的財産権の一つであるため、本文の引用は著作権についても言い得よう。

(124) この見解は、5条2項後段の“the country where protection is claimed”(保護が要求される同盟国の法令)を“the laws of the country for which protection is claimed”(その領域について保護が要求される国の法、保護国法)と読み替え、それを準拠法とする法選択規則と解するものである(道垣内正人「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1227号(2002年7月)56頁。松岡博「批判」法律時報・別冊私法判例リ

とするし、また、本章以下で考察する幾つかの研究グループが公表している当該法律関係の準拠法提案⁽¹²⁵⁾についても同様である。なお、我が国においては、著作権自体の問題に該当する「著作権の存続期間」を規律するにあたって、ベルヌ条約7条8項を、「保護国法」を準拠法とする法選択規則として適用したと見られる決定がある。これは、平成15年の著作権法改正（施行は平成16年1月1日）に伴う映画の著作権の存続期間の計算方法が争点となった、東京地裁平成18年7月11日決定⁽¹²⁶⁾で、裁判所は「本件映画の保護期間については、ベルヌ条約7条8項本文により、『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」と判示している⁽¹²⁷⁾。

マークス29（2004〈下〉）（2004年）138-139頁）。この規定は本来、保護国法を準拠法とする法選択規則として定められたわけではないが（see, van Eechoud, *supra* note 15, pp. 92-93, James J. Fawcett, and Paul Torremans, *Intellectual Property and Private International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1998), p. 472, Ricketson and Ginsburg, *supra* note 30, pp. 1297-1300), そのように解釈し法選択規則と位置付けるということが、学説上、多数説ないし一般的であると言われている（ベルヌ条約5条2項後段を準拠法（保護国法）規定と解する見解を多数説と位置付けるものとして、松岡・前掲書138頁、この立場を「国際的な通説的見解」とするものとして、申美穂「国際的な知的財産侵害事件における抵触理論について（一）」法学論叢第154巻第2号（2003年11月）77-78頁がある）。

(125) CLIP 原則3-102条（本章2.3.1参照）、透明化プロジェクト立法提案305条（本章2.3.2参照）、木柵案13条、ALI 原則301条1項b号、van Eechoud 案（van Eechoud, *supra* note 15, p. 226）。

(126) これは、映画の製作及び配給等を主たる事業とする米国法人である債権者が、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株式会社（債務者）に対して、平成15年の我が国の著作権法改正により、映画の著作物の保護期間が公表後70年に変更されたことから、債務者の本件DVDの製造頒布行為が本件映画の著作物の著作権（複製権及び頒布権）を侵害したと主張して、差止等の仮処分を求めた事案である。なお、申し立ては却下されている。

(127) 平成18年（ヨ）第22044号（判時1933号68頁、判タ1212号93頁）。なお、

この著作権自体の問題に保護国法が妥当する理由として、例えば、本章 2.3 で考察する、特定領域研究「日本法の透明化」産業財産権・著作権・国際民事訴訟法研究グループ（以下、透明化プロジェクト）の島並教授は、「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」ため、権利付与国法（保護国法）を準拠法とする⁽¹²⁸⁾（透明化プロジェクト立法提案305条）。その「権利付与国の知的財産政策」に関して、島並教授は、「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。……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」と述べている⁽¹²⁹⁾。

本稿第4章で考察する、アメリカ法律協会の“Intellectual property: principles governing jurisdiction, choice of law, and judgments in transna-

同条同項の但書について言及する判決は、これ以前にも幾つかあった。例えば、東京地裁平成12年9月29日判決（平成10年（ワ）21141号（判時1733号108頁，判タ1045号276頁））、東京高裁平成13年5月30日判決（平成12年（ネ）第7号（判時1797号111頁，判タ1106号210頁））、東京高裁平成14年2月28日判決（平成12年（ネ）5295号（裁判所 HP「知的財産裁判判例集」参照））がある。

(128) 島並良「準拠法——（2）知的財産権の効力等に関する準拠法」河野俊行編『知的財産権と涉外民事訴訟』（弘文堂，2010年）316頁。本立法提案305条については、本章 2.3.2 を参照されたい。なお、島並教授は「保護国法」ではなく「権利付与国法」という語を使用しているが、これについても本稿同掲を参照されたい。

(129) 島並・前掲注(128)316頁。

tional disputes”（以下、ALI 原則）については、「属地主義の原則（the principle of territoriality）及びその原則の基調をなす一貫した国内文化・産業政策（保護の例外，制限を含む）を尊重するよう努めており，また，同原則【ALI 原則：本稿筆者注】は国際的な通商を促進することについても努めている……。したがって，大方の訴訟で主張される問題を規律する規定，すなわち存立，侵害，有効性，存続期間，属性，救済【に関する規定：本稿筆者注】には，属地主義が維持されている」と説明し，この「存立，侵害，有効性，存続期間，属性，救済」の問題の準拠法を「その領域について保護が要求される各々の国の法」すなわち，保護国法とする（同原則301条1項b号）。また，同章で比較考察する van Eechoud は，「著作権の存立，範囲，存続期間に関して，各国は，経済的な有効性の観点からだけでなく，言論の自由や知識・文化の発展，また別の地の利益の観点からも，創作者の（経済的及び人格的）利益と公共の利益（情報商品及びサービスの最善の製作と普及）間のバランスをとっており，それを知的財産法は強く反映している。その知的財産法が保護する目的物（subject-matter）の性質を考慮すると，著作権及び著作隣接権法は，例えば有体財産法よりも，公共の利益的側面が強いと云えるかもしれない。そういうわけで，存立，範囲，存続期間の問題【本稿の「著作権自体の問題」に一致：本稿筆者注】は保護国法（*lex protectionis*）が規律すべきである」と述べる。⁽¹³¹⁾

そこで，本稿においても，著作権自体の問題の準拠法については，この通説的立場に立ち，保護国法を準拠法として考えたい。そして，次節では，この準拠法と連動して，原始的所有者の問題も保護国法とすることは妥当かということについて検討する。

(130) ALI, *supra* note 20, p. 117.

(131) van Eechoud, *supra* note 15, p. 210, pp. 177-178 and 226.

2.2 著作権自体の問題と著作権の原始的所有者の問題（2）

(1) 著作権の原始的所有者の問題

先に掲げた検討を行うにあたり、次の例を考えてみたい。

Aが歌詞を、Bがそれに対応した楽曲を創作した、歌曲（ベルヌ条約の下で保護される著作物に該当。未公表）がある。Cは、この歌曲を我が国で利用するための許諾を著作権者から得たいと考えており、それに先立って、原始的著作権所有者を知りたいとする。

- (i) 著作権の原始的所有者の問題の準拠法が「保護国法」であるとき
- (ii) 著作権の原始的所有者の問題の準拠法が「保護国法」以外の準拠法（例えば、次章で考察する本国法など。本例では、フランス国法と想定）であるとき

誰が、原始的著作権所有者か。なお、この歌曲に係る著作権は、原始的著作権所有者から第三者に移転されていないものとする。

まず、著作権の原始的所有者の問題の準拠法を「保護国法」と仮定すると ((i)), 上記例の場合、我が国で著作物を利用することが予定されていることから、利用行為地法である日本法が保護国法（準拠法）ということになる。

我が国の著作権法には、「二人以上の者が共同して創作した著作物であって、その各人の寄与を分離して個別に利用することができないもの」（2条1項12号）を「共同著作物」とするとの定めがあるが、この歌曲については、各人の寄与を分離して個別に利用できると考えられることから、⁽¹³²⁾「共同著作物」ではなく、⁽¹³³⁾「結合著作物」（但し、法定の語

(132) 半田・前掲注(13)58-59頁。

(133) 結合著作物とは、外観上は一個の著作物の形態を呈するが、その作品
240(1005) 法と政治 61巻4号 (2011年1月)

ではない) と分類されよう【⁽¹³⁴⁾ 著作者の数による分類】。

そして、この歌曲は、同法の「映画の著作物」に該当しないことから、「映画の著作物」の原始的著作権所有者に関する例外規定（29条）の適用はなく、また、この歌曲は、職務上作成されたわけではないから、職務著作に関する規定（15条）の適用もない。したがって、この歌曲のうち、歌詞についてはA、音楽についてはBが⁽¹³⁵⁾ 著作者となり、同法17条より、それぞれが、それぞれの著作物の原始的著作権所有者ということになる⁽¹³⁶⁾ う。

次に、当該法律関係の準拠法を「保護国法」以外の準拠法（例えば、次章で考察する本国法など。本例では、フランス法と想定）とする場合を見てみる（ii）。

フランスの著作権法（Intellectual Property Code）⁽¹³⁷⁾ は、共同著作物（work of collaboration）を「その創作において、一人以上の自然人が参加した著作物」（113の2条1項）と定義する。その共同著作物について、「破毀院は、この著作物は『複数の著作者が共同して行う創作的で一致協力した仕

全体の創作に関して共同行為はみられず、それぞれ独立した著作物が単に結合しているにすぎないものをいう（半田・前掲注(13)59頁）。

(134) 「歌詞とそれに対応した楽曲は一体として利用されることが多いが、それぞれ分離して利用することが可能であり、共同著作物には該当しない。それは結合著作物と呼ばれる」（齊藤・前掲注(3)112頁）。「共同著作物と結合著作物の区別の基準を、前述したごとく個別的利用可能性の有無におくとするとき、歌謡曲、オペラなどは当然に結合著作物と解さなければならぬはずである」（半田・前掲注(13)61頁、脚注6）。但し、作詞家と作曲者とが創作の際に互いに影響し合った度合いを基準とした区分についても参照されたい（同掲）。

(135) 半田・前掲注(13)61-62頁、脚注6)参照。

(136) 半田・前掲注(13)59頁参照。

(137) WIPO <http://www.wipo.int/clea/en/text_pdf.jsp?lang=EN&id=5563> (opened, July 2, 2010).

事 (travail)』の結果でなければならないことを明らかにしている⁽¹³⁸⁾とし、「例えば、……共同作者の個々の寄与は、歌曲における作詞と作曲のように種類を異にし、また重要性を異にすることもありうる」とされる⁽¹³⁹⁾。また、同法の「共同著作物」については、その各人の寄与の非分離性 (inseparability) は要求されない⁽¹⁴⁰⁾。よって、本歌曲は「共同著作物」に分類され得よう⁽¹⁴¹⁾。

フランスの著作権法上、共同著作物は、共同作者 (AとB) の共有財産とすることから (113の3条1項)、したがって、AとBの二人で、この歌曲の著作権を原始的に共有するということになる。

(2) 著作権自体の問題

以上二つの例から、著作権の原始的所有者を指定するにあたっては、まず、問題となっている著作物がどのように分類されるのか (以下、著作物の分類) ということ、著作権の原始的所有者の問題の準拠法が規律し、そして、その分類に依拠して、原始的著作権所有者を導き出すということになるのではないかと思われる。そして、このような規律の手順は、次に述べる「著作権自体の問題」を規律する際にも、踏まれることになる。

すなわち、例えば、この歌曲の我が国における保護期間を知りたいとする。著作物の保護期間の問題は「著作権自体の問題」の一つであるから、保護国法である (本章 2.1 参照) 日本法が準拠法となろう。

(138) 著作権情報センター編『外国著作権法概説：英・米・独・仏・伊』(著作権情報センター，2003年3月) 174頁。

(139) 前掲注(138)174-175頁。

(140) Ricketson and Ginsburg, *supra* note 30, pp. 363-364 fn. 27.

(141) 「フランス、イタリア、ベルギーなどのように、オペラなどについてこれを共同著作物とする立法例もある」とされる (半田・前掲注(13)61頁，脚注6)参照)。

我が国の著作権法は、著作物の保護期間に関する規定について、著作者の死亡の時を標準として保護期間の計算を行う「死亡時起算主義」を原則とする⁽¹⁴²⁾ (51条)。そして、この死亡時起算主義を適用することが不可能または不適当な著作物については、例外的に、「公表時起算主義」を採用している (52条～54条)。そのため、この歌曲が、後者の特則を受ける著作物に該当するか否かという検討が必要となろう。

著作権自体の問題の準拠法である日本法、すなわち、我が国の著作権法によると、この歌曲は、未公表著作物であることから【公表の有無による分類】、特則の適用がある著作物には該当せず、原則の規定によることになる。その原則である51条2項は、「著作権は、この節に別段の定めがある場合を除き、著作者の死後（共同著作物にあつては、最終に死亡した著作者の死後。次条第一項において同じ。）50年を経過するまでの間、存続する」とする。つまり、ここでは、この歌曲が「共同著作物」に分類されるかどうかの検討を要しよう。これに関しては、既述の通り、「共同著作物」ではなく「結合著作物」と分類されることから【創作者ないし著作者の数による分類】（同節(1)参照）、この括弧書きの適用はないということになる。

したがって、この歌曲のうち、歌詞については、Aの死後50年を経過するまでの間、そして、音楽については、Bの死後50年を経過するまでの間、それぞれ保護されるということになる。⁽¹⁴³⁾

(3) 著作物の分類

このように、著作物の保護期間（著作権自体の問題）を導き出す際にも、当該法律関係の準拠法が規律する著作物の分類が、重要な役割を果たして

(142) 半田・前掲注(13)175-176頁。

(143) 半田・前掲注(13)59頁参照。

いと言えよう。そこで、この「著作物の分類」に注目してみたい。

繰り返しになるが、先の二つの例の通り、「著作権の原始的所有者の問題」のための著作物の分類は、その「著作権の原始的所有者の問題」の準拠法が規律し、「著作権自体の問題」のための著作物の分類は、この「著作権自体の問題」の準拠法が規律すると考えられる。つまり、それぞれの問題に適用する準拠法が異なると、多くの場合、著作物の分類を行う準拠法も相違するということになるから、その適用の結果間に不調和が生じかねないのではないだろうか。例えば、「著作権の原始的所有者の問題」の準拠法を「保護国法」以外の準拠法（同節(1)(ii)）とし、「著作権自体の問題」の準拠法を「保護国法」とした場合、同一の著作物が問題となっているにもかかわらず、先述の歌曲は、前者の問題では「共同著作物」、後者の問題では「結合著作物」として分類されるというようにである。

このような不調和を、取引の安全性に影響を及ぼす法的に不安定な状態と捉え、準拠法の適用過程に導き出される事項についても整合性を求めるべきという立場を採るのであれば、それを成しうる方法、すなわち、本章2.1で述べた「著作権自体の問題」と「著作権の原始的所有者の問題」を一つの単位法律関係と捉えるという方法や、両者を異なる単位法律関係にするとしても、準拠法は同じ（著作権自体の問題の準拠法に依拠）にするという方法が、有効であろう。ちなみに、この不調和が生ずる原因は、著作者・著作物・著作権という三つの概念の一体性⁽¹⁴⁵⁾は各国著作権法内でのみ

(144) 例えば、著作物の利用行為地国が、「著作物の最初の公表国」（本源国法：第3章参照）でもあるというように、著作権自体の問題の準拠法（保護国法）と「著作権の原始的所有者の問題の準拠法」（保護国法以外の準拠法。例えば、本源国法）が指し示す国が一致する場合は、この限りでない。

(145) 著作権の権利主体が著作者、著作権の客体が著作物であるというように、「著作者」「著作物」「著作権」という三つの概念には一体性があると

言いうるところにあり、そのため、三つのうちたった一つでも、異なる準拠実質国法によって規律されると、その三つの概念間の整合性がとれなくなり、先のような不調和が生ずるのではないかと思われる。

このように、著作権の原始的所有者の問題の準拠法を保護国法とすることについて、駒田准教授は、保護国法は「一国の著作権法の体系的整合性を重視する立場から支持される」と分析している⁽¹⁴⁶⁾。また、Fawcett and Torremans も「一見すると、著作権の付与の問題【著作権自体の問題と一致するものと思われる：本稿筆者注】とそれが誰に付与されるかという問題の間には強い繋がりがあのように見える。【つまり：本稿筆者注】両問題には同じ保護国法 (the law of the protecting country) を適用するということが道理にかなうのかもしれない。これはまた、単一の法選択規則が全ての種類の著作物に関する所有者の問題を処理するという結果になるであろう」と述べている⁽¹⁴⁷⁾。

ところで、著作権自体の問題の準拠法を保護国法とすることが一般的であるという状況において、著作権の原始的所有者の問題の準拠法を保護国法としないということは、当然ながら、両問題を別個の単位法律関係とし、それぞれに準拠法を設置するということになる。これに関して、欧州のマックス・プランク・グループは、「著作権自体の問題」と「著作権の原始的所有者の問題」のデプサージュ (dépeçage) は避けるべきであると考えたのであろうか⁽¹⁴⁸⁾。同グループが提示する原則の草案 (“Principles for

言えよう。

(146) 駒田・前掲注(122)40頁。

(147) Fawcett and Torremans, *supra* note 124, p. 512. 但し、Fawcett and Torremans 自身は、当該法律関係の準拠法について、基本的には本国法を支持している (本稿第3章 3.1.1 参照)。

(148) 同研究グループのメンバーである Annette Kur はそのように理解している (Annette Kur, “Are there any Common European Principles?”, in

Conflict of Laws in Intellectual Property” (2010年9月1日の第3次準備草案) (以下, CLIP 原則⁽¹⁴⁹⁾) では, 両問題の準拠法を保護国法とする提案をしている。次節では, その準拠法提案について見る。

2.3 CLIP 原則と透明化プロジェクト立法提案

2.3.1 CLIP 原則

まず, CLIP 原則の条文番号に従い, 著作権自体の問題に関する規定と著作権の原始的所有者に関する規定の両方を以下に記す (試訳)。

[3-102条 保護国法 (lex protectionis)]

知的財産権の存立, 有効性, 登録, 範囲, 存続期間及び同様の権利に関するその他すべての問題の準拠法は, その国について保護が要求される国の法 (the law of the State for which protection is sought) である。

Stefan Leible and Ansgar Ohly (eds), *Intellectual Property and Private International Law*, (Mohr Siebeck, 2009), p. 13)。なお, Axel Metzger は, 知的財産権の原始的帰属の問題は, その移転可能性の問題とも密接に関わるとし (アクセル・メツガー, 河野俊行・村上愛訳「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」河野俊行編『知的財産権と涉外民事訴訟』(弘文堂, 2010年) 140頁), 両問題についても異なる法で規律されるべきではない, つまり「デブサージュ」は回避されるべきであると主張している (同掲書141頁)。

(149) CLIP, *supra* note 21. なお, CLIP 原則を考察する際に参照・引用している諸文献は, 第1次準備草案もしくは第2次準備草案に基づくものである。もっとも, 著作権の原始的所有者の特定に関する規定については, 第2次準備草案と第3次準備草案間に大きな変更は見られない。

3-201条：原始的所有者 (initial ownership)

- (1) とりわけ、著作権で保護される著作物の著作者及び登録により生ずる知的財産権の付与を含む原始的所有 (initial ownership) は、その国について保護が要求される国の法により規律される。
- (2) その事案が、職務創作規定を有する国、若しくは当事者らの契約上の関係により、創作物に係る全ての経済的権利の移転又は独占的实施権が生じたと考える別の国と密接な関係がある場合、1項に従う準拠法の下で、当事者らの関係を構成することにより、このような規定を実施することができる。
- (3) 【登録権 (registered right) に関する規定であるため、省略】

3-301条：移転可能性

知的財産権の移転可能性及びその移転又は実施・使用が第三者に対して行使されうるかどうかは、その国について保護が要求される国の法によって決定されるものとする。

3-401条：共有者 (co-ownership)

- (1) 原始的な共有者 (initial co-ownership) および共有者各々の持分の移転可能性は、その国について保護が要求される国の法によって規律されるものとする。
- (2) 【登録権 (registered right) に関する規定であるため、省略】

3-402条：共有者間の関係

共有者間の関係、特に許諾、放棄、同意、その他の利用形態、収益の配分、知的財産権を行使するための権限、訴訟提起するための権限は、契約、協力合意 (corporate agreements)、相続又は結婚のような当事

者の関係の準拠法によって規律されるものとする。無い場合は、最も密接な関係のある法が適用されるものとする。」

このように、CLIP 原則は、著作権の原始的所有者を特定するための準拠法を原則、保護国法としている（3-201条、3-401条1項）。これに関して、同研究グループのメンバーである Annette Kur は、以下のよう⁽¹⁵⁰⁾に言及している。すなわち、この問題の準拠法については意見が割れたが、わずかながら *lex protectionis* が多数派であった⁽¹⁵¹⁾。そして、その *lex protectionis* が選ばれたのは、「誰が著作物の著作者として決定されるか」という問題（すなわち、著作権哲学の核となる要素を形成している問題だけでなく、ある国の領域が維持しようと努力している経済的秩序について潜在的に強い影響を与える問題）に対する国々が有するアプローチを、国々は『輸出する』ことができる⁽¹⁵²⁾」からであると述べている。この「誰が著作物の著作者として決定されるか」という問題……に対する国々が有するアプローチ」には、Kur の示す例からも推察されるように、本稿第1章で述べた著作権法制に対する二つのアプローチ、すなわちコンチネンタル・アプローチとアングロ・アメリカン・アプローチ、そして、これらと密接に関係する著作権の原始的帰属に関する各国の法制度も含まれると考えられよう。これに関して、同研究グループの Axel Metzger も「権利の帰属は、著作権により保護されるコンテンツの創作に関わる者のインセンティブや

(150) 上掲の CLIP 原則第3次（及び第2次）準備草案 Article 3:201(2)(3) は、第1次準備草案（2009年4月8日）から変更されている。Kur の言及は第1次準備草案もしくは第2次準備草案のいずれに基づくものか定かではないが、本稿に記したものは、少なくともこの変更点と関係していないと思われる。

(151) Kur, *supra* note 148, p. 12.

(152) *Ibid.*

労働条件に影響を及ぼす。権利が原始的に帰属するのは著作者かそれともプロデューサーかに応じて、映画製作や音楽のレコーディングなどにおいて違いが生じる。属地主義は知的財産法における伝統的……概念であるのみならず、国家の文化政策を実施するための法的手段でもある。著作権の原始的帰属はこの政策判断の非常に重要な部分を構成する」と述べている。⁽¹⁵³⁾

したがって、著作権の原始的帰属に関する実質法制度の政策的側面を考慮して、当該法律関係の準拠法を保護国法、すなわち、著作物の利用行為地（国）法とすると、国際私法上、その地の著作権法政策を尊重することができ、それにより、その地の取引の安全も確保することができよう。⁽¹⁵⁴⁾

(153) メツガー・前掲(148)138頁。

(154) この点と関連して、例えば Dorothee Thum も、「各々のシステム【コンチネンタル・アプローチ又はアングロ・アメリカン・アプローチに基づく著作権システム：本稿筆者注】はその領域において上手く働いていることから、アナログ世界においては、著作権の全ての法選択ルールについて、つまり、アナログ世界の原始的所有者の問題についても、領域に基づく保護国ルールが、実際、自然かつぴったりであるように思われる。なぜなら、著作権の本質的な (constitutional) 側面に関する全ての問題については、どの国も、その国が所有する領域にそのルールを置くことが許されており、そして、著作者の問題は（少なくとも *droit d'auteur* 諸国については）その他の諸国（例えば米国）のフェア・ユース、弁論の自由又は『オリジナルではない素材 (material) を複製する (copy) ための本質的権利』の問題と同じ、本質的なレベルの問題であり、それらの問題は全て、国内著作権事件のための国内著作権法の適用を導くからである」と述べる (Dorothee Thum, “Who Decides on the Colours of Films on the Internet? Drafting of Choice-of-Law Rules for the Determination of Initial Ownership of Film Works vis-à-vis Global Acts of Exploitation”, in Josef Drexl and Annette Kur (eds), *Intellectual Property and Private International Law*, IIC Studies vol 24, (Oxford: Hart Publishing, 2005), p. 278)。

2.3.2 透明化プロジェクト立法提案

ところで、本稿第1章で見たように、著作権の原始的属に関する各国実質法制度は多様であり、「著作物を創作した自然人」だけが原始的著作権所有者となる国もあれば、特定の著作物については「著作物を創作した自然人」ではない別の者も、それになり得るとする規定を有する国もある。そのため、「原始的著作権所有者の特定」という問題の準拠法を保護国法とすると、たとえ問題としている著作物が同じであっても、それに係る著作権の原始的所有者は国によって相違するということが起こり得よう。そして、このような相違は、既述の通り、著作物の利用行為地各々の著作権法政策を尊重するが故に生ずると考えられよう。しかし、同一の著作物を複数国で利用する場合、著作物の利用者（著作権者又は著作権者から利用許諾を得ようとする者）は、それぞれの適用結果に従って、権利処理をしなければならないことから、この点、不便と感ずるかもしれない。

例えば、Fawcett and Torremans は「著作権で保護されている著作物の利用は、益々、国際レベルで生じている。例えば文学的著作物、写真および映画はインターネット上で普及され、利用されている。インターネットでは国境が分からないし、もしこれらの著作物の最初の所有者性 (first ownership) が国によって異なる人に付与されるとすれば、沢山の現実的な問題やコストが生ずるであろう」と述べる⁽¹⁵⁵⁾。この他、ALI 原則のコメントにおいても、「著作物が利用される様々な国々の様々な法に所有者【の問題：本稿筆者注】を準じせしめるということは、権利行使において不確定さが生ずるかもしれない。なぜなら、ライセンス権を有すると称する人又は企業実体 (entity) が実際にライセンス権を持っていたかどうか、明らかではないかもしれないからである」と説明されている⁽¹⁵⁶⁾。また、同章で

(155) Fawcett and Torremans, *supra* note 124, p. 512.

(156) ALI, *supra* note 20, p. 139 (Comment a).

考察する提案の提唱者である van Eechoud も「法的確定性の観点から、*lex protectionis* には問題がある。なぜなら、それは誰が原始的に著作物を所有するかということ著作物が保護される全ての国の法に送致するからである。したがって、法的不確定性は、どの法が適用されるかという予測ができないという事実から生ずるのではなく、多数の法が同時に適用されるという事実から生ずる」と述べている。⁽¹⁵⁷⁾

これに対して、島並教授は「事後的な権利移転が可能である以上、原始的帰属主体だけを世界的に束ねることに意味がない」とし、透明化プロジェクト立法提案305条において、「権利付与国法」を当該法律関係の準拠法として提案している。⁽¹⁵⁸⁾ 以下は、その規定案である。

「305条

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。」

【本稿筆者による補足】「知的財産権を付与している国の法」すなわち「権利付与国法」について、島並教授は『『保護国』の語が多義的であることからその使用を避け、また登録国【本提案は、著作権だけではなく、登録により権利が発生する知的財産権をも提案の対象としている：本稿筆者注】と区別する理由がないため、両者を併せて『権利

(157) Mireille van Eechoud, 'Alternatives to the Lex Protectionis as the Choice-of-Law Rule for Initial Ownership of Copyright', in Josef Drexler and Annette Kur (eds), *Intellectual Property and Private International Law*, IIC Studies vol 24, (Oxford: Hart Publishing, 2005), p. 290.

(158) 島並・前掲注(128)310頁。

付与国』との語を用いている」と説明している。⁽¹⁵⁹⁾ もっとも、従来から使用されている「保護国」が指し示す国と「権利付与国」が異なるというわけではないことから、本章本節で論ずることにしたい。なお、この提案によると、著作権自体の問題と著作権の原始的所有者の問題は「権利付与国法」という準拠法を共有していることから、既述のCLIP原則と同様、その準拠法の適用により結果の不調和が生ずるということは避けられよう。

なお、島並教授も、当該法律関係の準拠法を権利付与国法とすることについて、著作権の原始的帰属に関する法制度の政策的側面を指摘している。すなわち、「上記のような提案【権利付与国法を準拠法とする提案：本稿筆者注】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。……発明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……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」とする。⁽¹⁶⁰⁾

2.3.3 考察

このように、透明化プロジェクト立法提案は権利付与国法のみを当該法律関係の準拠法とする。

これに対して、前掲のCLIP原則は、保護国法を原則としつつ、3-201

(159) 島並・前掲注(128)316頁。

(160) 島並・前掲注(128)314頁。なお、本章2.1に記した、島並教授の見解の引用についても参照されたい。

条2項において、問題となっている事案と職務著作や法定譲渡等に関する規定を有する国との間に密接な関係がある場合に限り、保護国法の下で、従業員から使用者に権利が移転等したものとすることにより、それらの規定を実施することができる⁽¹⁶¹⁾とする。つまり、裁判官が、同条同項の適用を認めた法域内においては、その事案と密接な関係を有する国の職務著作や法定譲渡等に関する規定を実施ことができ、それにより、使用者に著作権を集中させることになろう。したがって、CLIP 原則3-301条2項は、この点、「使用者」が著作物を国際的に円滑に利用できるように配慮した規定と言えるのではないと思われる。

なお、この第3次（及び第2次）準備草案にはそのような言及はないが、第1次準備草案では、「強行的な職務創作規定のルール」（“the rule of the mandatory work made for hire provisions”（下線は本稿筆者））としていた。これに関して、2.3.1で述べたように、職務著作や法定譲渡といった著作権の原始的帰属に関する実質法規定は、国家が各々に採用する法律思潮ないしアプローチと密接に関係し、そのため、それはその国の経済的、社会的、文化的政策とも関係すると考えられることから、この種の規定を「強行的」としたのではないかと推測する。しかしながら、このような規定を置かない（つまり、創作者のみが著作権の原始的所有者）ということも、これと同様に考えられるのではないだろうか。仮に、そのように考えられ

(161) 本規定に関しては、「CLIP 原則第2次案は、著作権及び登録を要する知的財産権の付与に関しては、保護国法の適用を堅持している。もっとも、雇用契約に関して、裁判官が、事案に密接な関係をもつ他国の法を適用することを認めることで、この規制は緩和されている。この要件が満たされる場合、裁判官は、準拠法——すなわち保護国法——の下における、当事者間の関係が、当該作品のすべての経済的権利の移転又は排他的実施許諾を含むものとみなすことができる」と解説されている（バセドウ・前掲注(117)71-72頁）。

るとすると、前者の規定だけを強行的に実施することができるとするのは、果たして、適切なのだろうか、疑問がある。⁽¹⁶²⁾

次に、CLIP 原則は、原始的な共有者 (initial co-ownership) の特定についても「保護国法」を準拠法とする旨、明らかにしている (3-401条 1項)。この「原始的な共有者」とは、単一の著作物を数人の者が共同で作成することにより成立する著作権の共有関係の「主体」を指すものと思われる。つまり、共同著作物に係る著作権を原始的に共有する者 (共同著作者) と言い換えられよう。そのような共有関係を含め⁽¹⁶³⁾、共有者間の関係については、⁽¹⁶⁴⁾「契約、協力合意、相続又は結婚のような当事者の関係の準拠法」、これがない場合は「最も密接な関係のある法」が準拠法として規律するとする (3-402条)。つまり、「最も密接な関係のある法」が「保護国法」でない限り、準拠法の適用の結果が、国毎に異なるということが回避されることになるから、この規定についても、著作物の円滑な国際的利用を重視した規定と見ることができるのではないかと思われる。⁽¹⁶⁵⁾

(162) なお、これに若干関係する言及として、例えば Jürgen Basedow も、「CLIP 原則第 2 次案は著作者を強行的に保護するという考慮から策定された一方で、職務著作物の処分に関する外国法規を適用することを認めており、矛盾している」と指摘している (バセドウ・前掲注(117)72頁)。Basedow はこれ以外にも、三点、当該法律関係の準拠法提案について批判している (同掲書72-73頁)。

(163) 共同著作物以外にも、例えば、著作権を数人の者が譲り受けたり、著作権を数人の相続人が共同相続したりすることによっても、著作権の共有関係は成立する (半田・前掲注(13)207頁参照)。

(164) 例えば、著作権を行使する際、その共有者全員の合意を要するか否かという問題も、ここに含まれるのではないかと思われる。

(165) 共同著作者の権利義務に関して、「共同著作者がローカライズされた国の法 (the law of the State in which the joint authorship is localized)」が規律するという考え方があり (ALI, *supra* note 20, p. 141 (Comment c))。ある著作物の創作者らが「共同著作者」であるか否かは、著作権の原始的

したがって、CLIP 原則は 3-201 条 2 項や 3-402 条を併置することにより、2.3.2 で見た保護国法に対する批判を、部分的にはあるが、回避するよう努めていると言えよう。

2.4 小括

著作権の原始的帰属に関する法制度は、法文化に由来する法律思潮に密接に関係するものであり、また、これには、Kur, Metzger, 島並教授も述べているように、各国の政策的側面もあると言えよう。そのため、著作物の利用行為地である保護国の法を準拠法とすると、著作物の利用行為地の著作権法政策を尊重することにより、その地の取引の安全を確保することができよう。また、この準拠法は、著作権者、第三者のいずれの立場からも予測しやすいであろう。さらに、「著作権自体の問題」については、保護国法を準拠法とすることが一般的であるとされていることから、この二つの問題を「保護国法」が規律する以上、それぞれの適用結果間に不調和は生じず、整合性を保つことができよう。

他方で、当該法律関係の準拠法を保護国法とすると、準拠法の適用の結果が国々で異なるという可能性がある。では、そのような状態を法的に不安定なものとして捉え、それを解消するために、「保護国法」ではない別のものを準拠法とすべきなのだろうか。次章では、その「保護国法」ではない別の準拠法として、「本国法・本源国法」について考察する。

所有者の問題の準拠法が規律することになるから、この考え方に従うと、共同著作者の権利義務の準拠法は、著作権の原始的所有者の問題の準拠法に一致するということになる。

(166) 齊藤・前掲注(3)132頁参照。

第3章 本国法・本源国法

著作権の原始的所有者を特定するための準拠法

本章では、保護国法に対置する概念である本国法⁽¹⁶⁷⁾ (the law of the country of origin, *lex originis*). なお、我が国の学説では本源国法とも呼ばれている⁽¹⁶⁸⁾ について検討する。

3.1 本国法

そもそも、本国法の「本国」とはどのように定義されるのか。国際私法上、本国とは、その者が国籍を有する国のことを指すが⁽¹⁶⁹⁾、著作権に関して言うときは、ベルヌ条約5条4項の本国の定義に依拠するというのが⁽¹⁶⁹⁾、一般的な (common) アプローチのようである。その規定については、以下の通りである。

(167) van Eechoud, *supra* note 15, p. 119.

(168) 木棚・前掲注(6)385頁。そこでは、その「本源国」について、ベルヌ条約5条4項の「本国」の定義を参照している。

(169) Gottschalk, *supra* note 15, p. 187. Thum, *supra* note 154, p. 275.

なお、第1章で述べたように、ベルヌ条約14条の2第2項a号については、「映画の著作物」の原始的所有者を特定するための法選択規則（準拠法は *lex protectionis*）と解する見解がある。このことから、次のような解釈がなされることもあるようである。すなわち、「14条の2第2項a号が著作物の一つのカテゴリーについて特別に言及しているということは、映画の著作物が例外的なケースであるということの意味する。すなわち、これにより、他のカテゴリーの著作物は異なるアプローチが適用されるのであろう」とし、その異なるアプローチの一つとして、「所有者 (ownership) は、本国の実質規定によって規律されるかもしれない。(著作物の利用国がどこであれ、(映画の著作物を除く) 当該著作物について、所有者の決定が一致するということを保証する点に利点がある)」とする (Ricketson and Ginsburg, *supra* note 30, p. 375)。

5条4項「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。
- (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。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不動産と一体となっている絵画的および彫塑的美術の著作物については、その同盟国」

本規定の「本国」の定義と準拠法としての「本国法」の関係について、Drothee Thum は以下のように述べている。すなわち、当該著作物が発行されている場合は著作物の最初の発行国を本国とし (*lex primae publicationis*)、それが未発行の場合はその著作者が国民である国を本国とし (*lex autctioris*, 5条4項c号)、未発行の映画の著作物という特定の場合については、映画製作者が主たる事務所又は常居所地を有している国を本国 (*lex producentis*, 5条4項(c)(i))⁽¹⁷⁰⁾ とする。つまり、ベルヌ条約5条

(170) Thum, *supra* note 154, p. 275.

4項から見出される「本国」の法を準拠法（本国法）とし、この法によって、著作権の原始的所有者を規律するというのが、本国法説ということになるろう。

3.1.1 本国法説

この本国法説に関して、André Lucas は、本国法を支持する見解はよく知られているとし、その主な見解について次のように言及している。⁽¹⁷¹⁾すなわち、本国法を準拠法とすると、例えば、著作物が国境を超える前に、問題は一度限りで解決されるという認識の中で、利益当事者らは権利の所有者をより簡単に特定しうることから、その利益当事者に安全性を与えることによって、著作物の普及（dissemination）に助力する、とする。⁽¹⁷²⁾そして、実際、不確定さをもたらすことで、状況を複雑にすることになるかもしれない契約の長い連鎖の存在はさておき、もし本国が簡単に特定されうるとしたら、連結（attachment）という安定に結び付けられる安全性が唯一の利点となるであろう、と続けて述べている。⁽¹⁷³⁾

また、Fawcett and Torremans も、著作権の原始的所有者に関する法選択規則の準拠法を本国法とすると、著作権の原始的所有者が国毎に異なるということ、そしてそれにより生ずる問題が解決されると言及している。⁽¹⁷⁴⁾⁽¹⁷⁵⁾

(171) André Lucas, “Private International Law Aspects of the Protection of Works and of the Subject Matter of Related Rights Transmitted Over Digital Networks”, p. 10 <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_pil_01/wipo_pil_01_1_prov.doc> (opened October 6, 2009). なお、Lucas は「ベルヌ条約は、決まったケースにおいて、最初の発行国の法として理解されている『著作物の本国法』に法的権限を与えている」と述べていることから (*ibid.*, p. 9), 「本国」の定義についてはベルヌ条約に依拠していると解せよう。

(172) Lucas, *supra* note 171, p. 10.

(173) *Ibid.*

つまり、著作権の原始的所有者の問題の準拠法を本国法とすると、著作物をどこで利用しようとも、常に同じ準拠実質国法を適用することになるから、適用の結果（つまり、著作権の原始的所有者として指名される人）が著作物の利用行為地毎に変わるということがない。そのため、保護国法に対してなされる批判が、回避・解消されよう。

3.1.2 本国法説に対する批判

前項で見た「本国法」を準拠法とすることの利点とは反対に、以下のような諸点についても述べておく必要がある。

まず、van Eechoud が纏めている、本国法 (*lex originis*) に対する所見

(174) 第2章2.2参照。

(175) Fawcett and Torremans, *supra* note 124, p. 512.

ちなみに、van Eechoud は、「あまり多くはないが、何人かの著者は著作権の原始的所有者の決定について *lex originis* を奨励している」と述べている (van Eechoud, *supra* note 15, p. 119)。そして、van Eechoud の分析によると、「アメリカの判例法に一貫性はないが、幾つかの裁判所では原始的所有者の抵触規定として本国法 (*lex originis*) を受け入れてきた」 (*ibid*, p. 123) とし、その例として *Itar-Tass* 事件 (*Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc.* 153 F. 3d 82 (2d Cir. 1998)) を挙げている。但し、*Itar-Tass* 事件の場合、著作物の最密接関係地法が本国法であったことから、それが適用されたと解される (*ibid*, p. 90) (このように位置づけるものとして、Paul Goldstein, *International copyright: principles, law, and practice*, (Oxford University Press, 2001), p. 103, Ricketson and Ginsburg, *supra* note 30, p. 1321 fn. 98)。この判決については、木棚・前掲注(6) 256-258頁、松岡博『アメリカ国際私法・国際取引法判例研究』(大阪大学出版会、2010年) 260-285頁が詳しい。

また、フランスの判例法について、van Eechoud は「原始的所有者の問題の抵触規定として、*lex originis* を使用する傾向がある」と述べている (van Eechoud, *supra* note 15, p. 123)。フランスの判例の分析については、我が国の文献としては、駒田・前掲注(122) 39-40頁が詳しい。この他、前掲注(15)も参照されたい。

を見てみたい。すなわち、「もし（原始的）所有者の法選択規則として *lex originis* を使用するとしたら、既述の通り、問題は、『本国』と『発行』についてどの定義が使われるべきかということである。もし、それらが連結点として適切であるなら、ベルヌ条約で定義された通りの語が使用され得るかもしれない。【しかし：本稿筆者注】ベルヌ条約の3条から5条で使われている語は、抵触規定の連結点として使うために定義されているのではないということを思い出すべきである。既に示した通り、『最初の発行国』という語の機能は、どの著作者又は著作物が同盟の保護を享有するのか、どの国が相互主義における創作物の本国であるのかということを示すものである」とする⁽¹⁷⁶⁾。

この van Eechoud の主張の最大の指摘は、「本国法」という準拠法概念があるとしても、それはどのように定義されるのか、究極的には、ベルヌ条約の「本国」の定義に依拠しうるのかどうかということであろう（これを「本国法」の特徴、第一点目とする）。これに関しては、前章で触れた Metzger も、「本源国法の適用は、いずれの国を本源国とみるべきかというさらなる問題も惹起する」と述べている⁽¹⁷⁷⁾。しかし、その Metzger も「最も一般的なアプローチによると、ベルヌ条約5条4項a号の規定に従って最初の公表地が本源国と定義される」と言及しているように⁽¹⁷⁸⁾、また、本章冒頭に記したように、この「本国」の定義については、ベルヌ条約の定義に依拠するのが一般的であるとされることから、ここでは、ひとまず、その見解に従って論を進めたい。

そうすると、「本国」とは、既述の通り、著作物が発行されている場合は、その著作物が最初に発行された同盟国（以下、最初の発行国）を指す

(176) van Eechoud, *supra* note 15, p. 123, and see also, p. 127.

(177) メツガー・前掲(148)138頁。

(178) メツガー・前掲(148)138頁。

ということになろう（ベルヌ条約5条4項a, b号）。その「発行」という概念について、ベルヌ条約は、「『発行された著作物』とは、複製物の作成方法のいかんを問わず、著作者の承諾を得て刊行された著作物であって、その性質にかんがみ公衆の合理的な要求を満たすような数量の複製物が提供されたものをいう。演劇用もしくは楽劇用の著作物又は映画の著作物の上演、音楽の著作物の演奏、文学的著作物の朗読、文学的又は美術的著作物の伝達又は放送、美術の著作物の展示および建築の著作物の建設は、発行を意味しない」（3条3項）とする。よって、この「発行」の定義に依拠して「本国」（法）を決定するというということになろう。では、例えば、インターネット上での著作物の公表は、ベルヌ条約が意図する「発行」に該当するのだろうか。

インターネット上で著作物を公衆の利用に供させる（making available a work to the public on the internet）という行為が、この定義に基づく発行を構成するのかということについては、それを構成しないと解されている⁽¹⁷⁹⁾。つまり、「ある著作物が全地球上で受信されているかもしれないという事実とは関係なく、ネットワーク上に最初に公表された著作物は発行されていないという仮定を採用するのと同じこと」となり⁽¹⁸⁰⁾、この著作物は、同条約上の「発行されていない著作物」として扱われることになる⁽¹⁸¹⁾。よって、このインターネット上での公表以外に、ベルヌ条約の言うところの「発行」をしていないならば、その著作物の本国は、ベルヌ条約5条4項a, b号ではなく、同条同項c号柱書の「本国」の定義に基づくということになろう（これを、「本国法」の特徴の第二点目とする）。

(179) Lucas, *supra* note 171, pp. 10-11. von Lewinski, *supra* note 49, pp. 239-240.

(180) Lucas, *supra* note 171, p. 11.

(181) Lucas, *supra* note 171, p. 11. von Lewinski, *supra* note 49, p. 240.

最後に、未発行の著作物が依拠することになる5条4項c号の定義では、⁽¹⁸²⁾ 場合によっては、本国法を見出すことは容易ではないという問題がある（これを、「本国法」の特徴の第三点目とする）。すなわち、この規定は、著作物の著作者が国民である同盟国を本国とするが（但し、同号(i)(ii)に記されている著作物は除く）、例えば、国籍を異にする複数の著作者によって一つの著作物（未発行）が創作された場合、どの国が本国となるのだろうか。

このような特徴ないし批判を踏まえながら、早稲田大学グローバルCOE《企業法制と法創造》総合研究所の国際取引法と知財法制グループのメンバーである木棚教授による準拠法提案（以下、木棚案⁽¹⁸³⁾）を次節では見てみたい。

3.2 本源国法：木棚案

まず、木棚教授による準拠法提案を以下に記す。⁽¹⁸⁴⁾

「第4章 最初の権利者

第22条（知的財産の最初の権利者）

- (1) 知的財産の最初の権利者は、保護国法により決定する。ただし、知的財産権の保護対象が契約その他予め存在する関係に基づき生じ

(182) Lucas, *supra* note 171, p. 11.

(183) 本グループは、東アジアの視点から国境を越えた私法上の紛争解決に関する法の調整と調和の問題を研究し、日本法と韓国法さらにはより広く東アジアの視点から共通に採り入れられることができる知的財産権に関する国際私法規定を追求している（木棚・前掲注(18)158-175頁）。

(184) 木棚・前掲注(18)172頁。なお、この木棚案は、本編次章で考察するALI原則311条から313条を参考にしていると木棚教授は述べている（同掲書・172頁）。

る場合には、最初の権利者は、その関係に適用される法により決定する。

- (2) 前項の規定にかかわらず、著作物に関する最初の権利者は、つぎに定める法により決定する。
- (a) 著作物については、その著作物が最初に公表された国の法
 - (b) 前号に定める国がないか、明確にならない場合には、創作当時の創作者の常居所地法
 - (c) 前号において創作者が複数いる著作物については、創作者間の合意によって指定された創作者の創作当時の常居所地法、それがない場合には多数の創作者の創作当時の常居所地法による。
 - (d) 前2号にかかわらず、著作物又はその他の保護対象が契約又は予め存在するその他の関係に基づき生じる場合には、その契約又は関係に適用される法
- (3) 登録されない商標権及び意匠権の最初の権利者は、そのような権利に保護を与えている国の法により決定する。ただし、そのような権利の保護の対象が契約その他予め存在する関係に基づいて生じる場合には、最初の権利者は、そのような関係に適用される法により決定する。(本項削除)」

木棚教授は、「たとえば、著作権の最初の権利者については基本的に本源国法によることとし、何が本源国法になるかをとくに規定することにした(2項)」と述べていることから、上記規定の2項各号に定められている準拠法各々が本源国法候補で、このうち実際に適用されるものが本源国法⁽¹⁸⁶⁾ということになる。

(185) 木棚・前掲注(18)172頁。

(186) ここで、前節で見た本国法説と木棚案の「本源国法」の性格ないし相

木棚教授は、本来、知的財産権の準拠法については保護国法によるという立場に立つが⁽¹⁸⁷⁾、この立場によるとしても、著作物の原始的所有者に関する問題については本源国法によって良いとする見解があるということ⁽¹⁸⁸⁾、また、インターネットや衛星放送の普及、デジタル技術の発展などを鑑みると、著作権の取引の自由と安全の確保を重視する必要があるということ⁽¹⁸⁹⁾を理由に、この本源国法を準拠法としているようである。このうち、特に、後者の理由については、著作物の国際的な利用の安全性の確保を重視するという点で、上述の Lucas や Fawcett and Torremans の本国法に対する所見と一致するように思われる。したがって、著作物の国際的な利用とその安全性の確保を第一義とする立場から、先述の本国法や本源国法が当該

違を確認しておきたい。まず、前者の本国法説は、ベルヌ条約5条4項に定められた定義から、当該著作物の「本国」を見出し、その国の法を当該法律関係の準拠法として適用するということになる。つまり、同条約5条4項は「本国」の定義規定であって、この規定自体は法選択規則ではない。これに対して、木棚案22条は、これ自体が法選択規則である。よって、本条に基づき導き出された準拠法が「本源国法」ということになる。このように、「本国（法）」と「本源国（法）」は言葉が類似しており、また、保護国法に對置する概念であるということころにも共通性が見出されるが、上記のような相違がある旨、ここに指摘しておきたい。

(187) 木棚・前掲注(18)162頁。

(188) 木棚教授は、一つは Ulrich Drobnig の見解を、もう一つは Paul Goldstein の見解を挙げている。前者の見解について、木棚教授は、「ドロップニック教授は、著作物の最初の所有者については普遍的立場に立ち統一的に連結に努めるべきことを強調した。このように解したとしても、最初の権利者の決定は、当時保護国法の根拠とされたベルヌ条約上の内国民待遇の原則、保護の保障に直接かわることがない先決問題に過ぎないから、保護国法主義と直接に接触することがなく、著作権に関する取引の自由と安全を確保する観点から望ましいことを強調された」と述べる（木棚・前掲注(18)172頁）。

(189) 木棚・前掲注(18)172頁。

法律関係の準拠法として、主張ないし提案されるのであろう。

ところで、木棚教授はこのように、「本源国法」を独自に定義していることから、本章前節で指摘した「本国法」に対する第一点目の疑問は解消されよう。

次に、「本国法」は著作物の「発行」という概念を使用しているのに対し、木棚案では「公表」という概念を用いている。この「公表」に関する定義は、同案上、明らかにされていないが、例えば我が国の著作権法によると、「著作物の公表」とは、著作物⁽¹⁹⁰⁾が「発行」された場合は勿論のこと⁽¹⁹¹⁾、「上演、演奏、上映、公衆送信、口述、もしくは展示の方法で公衆に提示された場合、建築の著作物にあつては、建設された場合⁽¹⁹²⁾」、「著作物が送信可能化された場合⁽¹⁹³⁾」、「美術の著作物又は写真の著作物は、その原作品により公に展示が行われた場合⁽¹⁹⁴⁾」もこれに該当する。したがって、木棚案の

(190) 二次的著作物である翻訳物を含む。日本著作権法4条3項「二次的著作物である翻訳物が、第28条の規定により第22条から第24条までに規定する権利と同一の権利を有する者もしくはその許諾を得た者によって上演、演奏、上映、公衆送信もしくは口述の方法で公衆に提示され、又は第28条の規定により第23条第1項に規定する権利と同一の権利を有する者もしくはその許諾を得た者によって送信可能化された場合には、その原著物は、公表されたものとみなす」。

(191) 日本著作権法4条1項「著作物は、発行され、又は第22条から第25条までに規定する権利を有する者もしくはその許諾を得た者によって上演、演奏、上映、公衆送信、口述、もしくは展示の方法で公衆に提示された場合（建築の著作物にあつては、第21条に規定する権利を有する者又はその許諾を得た者によって建設された場合を含む。）において、公表されたものとする」。

(192) 日本著作権法4条1項。

(193) 日本著作権法4条2項「著作物は、第23条第1項に規定する権利を有する者又はその許諾を得た者によって送信可能化された場合には、公表されたものとみなす」。

(194) 日本著作権法4条4項「美術の著作物又は写真の著作物は、第45条第

「公表」が我が国の著作権法の「公表」と同義であるとすれば、インターネット上で最初に公表された著作物の原始的所有者を特定する際は、木棚案22条2項a号の「著作物が最初に公表された国の法」によるということになろう。つまり、先述のベルヌ条約の「本国」の定義では、この著作物は、未だ発行していないものとして扱われ、「著作物の最初の発行国」の法ではなく（5条4項a, b号）、著作者の属人法（c号柱書）によることになるから、この点、木棚案と相違しよう。

最後に、前節で見た、ベルヌ条約に基づく本国の定義では、複数の創作者によって作成された著作物（未発行）の場合、本国を特定することは容易でないと述べたが、これに対して木棚案では、22条2項a号の適用がない場合、その著作物が一人の創作者によって作成されたならばb号の「創作時の創作者の常居所地」を本源国、複数の創作者によって作成されたならばc号が定める地（「創作者間の契約によって指定された創作者の常居所地法」「多数の創作者の常居所地法」の段階的連結）を本源国とする。つまり、創作者の数で適用する規定を配分していることから、そのような問題は回避されよう。なお、ベルヌ条約では「著作物の国民である同盟国」を「本国」とするのに対して、木棚案では「創作者の常居所地」を「本源国」とする点でも相違が見られる⁽¹⁹⁵⁾。

これ以外の点で、本国法と本源国法の相違点を挙げるとすると、例えば、ベルヌ条約は一部の著作物（例えば、同盟内では未発行の映画の著作物）

1項に規定する者によって同項の展示が行われた場合には、公表されたものとみなす。

(195) ベルヌ条約に基づく「著作物の国民である同盟国」の法よりも、木棚案の「創作時の創作者の常居所地法」の方が、実際的かつ妥当であると思われる。これに関しては、第4章4.1を参照されたい。なお、次章で考察するALI原則及びvan Eechoudの提案において、「創作時の創作者の（常）居所地法」は、「原則」の準拠法として提案されている。

について、「本国」の定義規定を特別に置いている（5条4項c号(i)(ii)）。他方、木棚案にはそのような規定はないが、その代わりに、「著作物又はその他の保護対象が契約又は予め存在するその他の関係に基づき生じる場合」に関する準拠法規定案がある（22条2項d号）。本規定は、先のb、c号と同様、a号の適用が無い場合を適用の対象とする。このため、著作物が契約又は予め存在するその他の関係に基づき創作された場合でも、当該著作物が既に公表されていれば22条2項a号を適用することになる。反対に、同号の適用が無い場合は、d号により「著作物又はその他の保護対象が契約又は予め存在するその他の関係に適用される法」が準拠法（本⁽¹⁹⁶⁾源国法）として規律するということになる。

3.3 考察

本節では、著作権の原始的所有者の問題の準拠法として提案されている本国法ないし本源国法を、二つの観点から考察することにした。

3.3.1 連結点

(1) 発行国、公表国を特定することは可能か

例えば、著作権者が自己の著作物を、インターネット上で、最初に公衆の用に供しうる状態にしたとする。

ベルヌ条約の「本国」「発行」の定義に依拠すると、この著作物は、既述の通り、「未発行」と判断されるため、著作物の最初の発行国を本国と

(196) 本規定についても、次章で考察する ALI 原則及び van Eechoud の提案に類似する規定が提案されていることから、そこで考察することにした（第4章4.2参照）。もっとも、ALI 原則及び van Eechoud の準拠法提案では、後述するように、著作物の公表・未公表は準拠法の決定に影響しない。

することにはならない。しかし、仮に、その定義が拡張して解釈される⁽¹⁹⁷⁾、若しくは各国著作権法の定義に依拠することにより⁽¹⁹⁸⁾、それが「発行されている」と判断された場合、著作物の最初の発行国とはどの国を指すのだろうか。木棚案も同様で、もし「公表」という概念が我が国の著作権法に基づくとしたら、著作物がインターネット上で最初に公表された場合の公表国とは、どの国を指すのだろうか。

「発行国」「公表国」とは、発行や公表という行為が行われた地の国を指すのだろうか。そうであるとすれば、それらの特定は可能であろう。しかしながら、これらは、著作物が発行された又は公表された場所、つまり国境のないネットワーク上の世界を意味するのではないだろうか。そうであるとすると、この場合、「発行国」「公表国」を特定することは、不可能であろう。

これに関して、Lucas は「公表をローカライズするのは困難であろう」と述べており⁽¹⁹⁹⁾、また、Thum も「著作物がインターネット上で最初に発行されるとしたら、『本国』は完全に決定され得るのか」と疑問を呈している⁽²⁰⁰⁾。

(2) 普遍の原始的著作権所有者を見出しうるか

次に、著作物の本国ないし本源国は、著作物が発行されているかどうか、公表されているかどうかを一つの基準として決定する。つまり、前者については、著作物の創作から発行までの期間はその著作者が国民である同盟

(197) Lucas, *supra* note 171, p. 11.

(198) Thum は、著作物の最初の発行国の国内著作権法によることも想定しているようである (Thum, *supra* note 154, pp. 278-279)。

(199) Lucas, *supra* note 171, p. 11.

(200) Thum, *supra* note 154, p. 279.

国の法が、発行後は最初に発行した国の法が、本国法となる。後者も同様に、著作物の創作から公表までの期間は著作物の創作時の創作者の常居所地国の法等が、公表後は最初に公表した国の法が、本源国法となる。つまり、著作物を発行あるいは公表した時点で、本国法ないし本源国法が変更されるという可能性があることから、究極的には、その変更と連動して、⁽²⁰¹⁾ 著作権の原始的所有者も変更されるということも起こり得よう。⁽²⁰²⁾ したがって、このような連結点の構成は、未発行ないし未公表著作物の原始的著作権所有者の地位を不安定なものにし兼ねないのではないだろうか。⁽²⁰³⁾

以上の考察から、著作物の国際的な利用とその安全性の確保を目的として、当該法律関係の連結点を本国ないし本源国とするのであれば、(1)(2)で指摘した点について、修正する必要があるように思われる。なお、第4章で考察する ALI 原則及び van Eechoud の提案では、この点に関して、そのような修正が見られる。

3.3.2 準拠法（外国法）の適用排除

ところで、第1、2章で見たように、著作権の原始的帰属に関する各国の法制度は、大陸法系諸国又は英米法系諸国の法文化に由来する法律思潮と密接に関係するものであり、また、それには政策的側面があると認識さ

(201) このことは、準拠法漁りの機会を与えることにもなり兼ねないように思われる。

(202) ALI 原則も、「ベルヌ条約5条4項に規定されている『本国（“country of origin”）』の定義は、authorship の著作物の本国を決定するために幾つもの代替基準を示している。したがってそれは多すぎるほどの可能性を認めている」と説明している（ALI, *supra* note 20, p. 140）。

(203) なお、本国法が当該法律関係の準拠法として妥当かということについて、ウルマー教授は否定的な立場を採っている。これに関しては、木棚照一『国際工業所有権法の研究』（日本評論社、1989年）188-190頁が詳しい。

れている。そうであるとする、例えば、ある事案（著作権の原始的所有者の特定）において、準拠法である本国法ないし本源国法が外国法で、それを適用した結果が法廷地国（内国）にとっては異質であったとする。そして、その法廷地国が問題となっている著作物の利用行為地（保護国）でもある等というように、事案と内国との間に強い関連性が認められるというような場合、その適用結果は内国の公序に反するとして、準拠法（外国法）の適用が排除されるという可能性が考えられるのではないだろうか。⁽²⁰⁴⁾

これを具体的に述べると、著作権の原始的所有者の特定という法律関係が、例えば、著作権侵害事件の先決問題として生じたとする。その著作権侵害は、著作物を利用する権限を有さない者がそれを利用することにより発生するため、著作物の利用行為地（保護国）に「著作権の侵害地」や「著作権侵害者の住所地」があるという可能性が多分に考えられよう。そこで、仮に、その地で著作権者が訴訟を提起した場合、著作物の利用行為地である保護国と法廷地国が一致することになる。このような事案に、著作権の原始的所有者を特定するために適用する準拠法（本国法・本源国

(204) 準拠法（外国法）の適用結果の反公序性を判断する際に斟酌される、事案と内国との関連性（松岡博編『国際関係私法入門 [第2版]』（有斐閣、2009年）63頁（黄勳霆））について、法廷地の裁判所は、内国における取引の安全性を確保するためにも、著作物の利用行為がその国でなされたか否かということ、他の要素と比べて、重く受け止めるのではないかと思料する。なぜなら、既述の通り、著作権の原始的帰属に関する法制度は、各国の法政策および法秩序と密接に関係しているからである。

仮に、そうであるとする、例えば、著作権の原始的所有者を特定するための準拠法が「保護国法」で、法廷地は著作物の利用行為地ではないという場合、法廷地の裁判所は「外国法」を適用するということになる。しかし、その適用の結果が、仮に、内国にとって異質なものであったとしても、それが法廷地の取引の安全を損なわない以上、事案と内国との間に関連性を認めて、準拠法の適用を排除するという可能性は高くないのではないかと推測する。

法)が外国法で、なおかつ、その適用の結果が著作物の利用行為地でもある法廷地国(内国)にとって異質であるという時、法廷地の裁判所は本案の内国関連性を認め、準拠法(外国法)の適用を排除するということも想定し得るのではないだろうか。

そこで、以下では、その準拠法(外国法)の適用排除に関して争点となりそうな「著作者人格権」に注目して考察する。

(1) 著作者人格権と二つの法律思潮

そもそも、著作者人格権の起源は、「18～19世紀における個人尊重の思想がもたらした人格権の法的承認の趨勢の一環として、まず大陸法系諸国において承認を受け」たとされる⁽²⁰⁵⁾。そのため、著作者人格権保護という考え方は、author's right システム【droit d'auteur システム、コンチネンタル・アプローチと同じ：本稿筆者注】に一致すると言われている⁽²⁰⁶⁾。

その著作者人格権を、ベルヌ条約は1928年のローマ改正において、新設の規定(同条約6条の2第1項)を以て承認したことにより⁽²⁰⁷⁾、「同条約加盟国はもとよりのこと非加盟国もこの権利の承認を迫られた形となり、

(205) 半田・前掲注(13)107頁。

(206) von Lewinski, *supra* note 49, p. 50.

(207) 最新のパリ改正条約6条の1第1項は、「著作物の創作者であることを主張する権利」(氏名表示権：金井重彦、小倉秀夫編著『著作権法コンメンタル(下巻)』(東京布井出版、2002年)287-288頁参照)と「著作物の変更、切除その他の改変又は著作物に対するその他の侵害で自己の名誉又は声望を害するおそれのあるものに対して異議を申し立てる権利」(同一性保持権：齊藤・前掲注(3)153頁)を、著作者が保有すると定めている。なお、パリ改正条約は、これらの著作者人格権は、財産的権利(著作権)の移転後も著作者に帰属するし、また、原則として、著作者の死後、少なくとも財産的権利が消滅するまで存続するとする(6条の2第1、2項)。

現在では大部分の国がなんらかの方法で著作者人格権の保護を図っている⁽²⁰⁸⁾という状況にある。

つまり、「著作者というよりむしろ、公衆 (general public) の利益のために、著作物の保護に焦点を合わせるとい⁽²⁰⁹⁾う copyright システム諸国」に対して、author's right システムと一致する著作者人格権保護の承認を迫ったことから⁽²¹⁰⁾、それらの諸国では、「著作者人格権という概念は常に相容れず⁽²¹¹⁾」、「たとえ今日、copyright システムのほとんどの国が、ベルヌ条約や WCT に基づく国際的義務を果たすために、著作者人格権を自国の法に吸収しているとしても、著作者人格権は、copyright システムの哲学の中には居場所のない、負わされている保護の要素として、未だに知覚されているようである⁽²¹²⁾」とされる。

例えば、著作権法以外の法領域で著作者人格権を保護することにより、ベルヌ条約の保護水準を満たしているとして、同条約の加入が認められた米国は、その後の立法で、著作権法中に著作者人格権に関する規定を設けはしたが、大陸法のように包括的な規定を設けるところまでには至っていない⁽²¹³⁾と言われている。

また、英国の著作権法における著作者人格権について、Elizabeth Adeney は「立法者は、主として、ベルヌ条約の英文テキストから著作者

(208) 半田・前掲注(13)108頁。

(209) von Lewinski, *supra* note 49, p. 53.

(210) copyright システム諸国が、制定法上の著作者人格権を導入するはるか前、それらの多くの国々は、異なる法的手段で、例えば、コモン・ローや不正競争のルール、名誉毀損又は契約の解釈によって、著作者人格権のある側面をカバーしていたとされる (von Lewinski, *supra* note 49, pp. 53-54)。

(211) *Ibid.*, p. 53.

(212) *Ibid.*

(213) 齊藤・前掲注(3)142-143頁。

人格権のモデルを採ってきている。自主的な政策の基盤は明らかになかった。人権の考え方、国内の又は国際的な文化の利益、消費者の利益は、いずれも、あらゆる明らかな点で、英国の著作者人格権に貢献するものではない。……著作者人格権は、概念上も、ほとんどコピライトとは別個のもので、財産としてではなく、単に制定法上の権利としてみなされる。いかなる著作者人格権の侵害も、制定法上の義務違反の不法行為 (tort) として分類される。その権利【著作者人格権：本稿筆者注】は自然法の権利又はコモン・ローの権利という概念から除外されている⁽²¹⁴⁾と述べている。そのためであろうか、「英国の立法者は、著作者人格権の範囲を狭くするために、著作物、著作者の定義に制限を使用している。これは、法に安定性と厳格性の両方を生み出し、多くの著作者を保護から除外する」とも記している⁽²¹⁵⁾。なお、この英国の著作権法（1989年）は他の諸国の立法にも影響を与えており、それをモデルとして採用したニュージーランドの著作権法について、Paul Sumpter は「著作者人格権 (Part 4, s 94-110) は、ニュージーランドでは1994年著作権法で初めて承認された。……その権利【著作者人格権：本稿筆者注】は著しく制限されているという点で、熱意の欠如が反映されている⁽²¹⁶⁾」と述べている。

では、著作者人格権保護について、大陸法系諸国と英米法系諸国とで、どれほどの差があるのだろうか。

例えば、映画の著作物の著作者人格権帰属者について、ニュージーランドの著作権法ではそれを「監督」とする⁽²¹⁷⁾。他方で、フランスの著作権法は

(214) Adeney, *supra* note 77, p. 390.

(215) *Ibid.*

(216) Sumpter, *supra* note 101, pp. 59-60. 英国著作権法とニュージーランド著作権法の関係については、前掲注(77)参照。

(217) Copyright Act 1994 (New Zealand), Section 94(1), and 98(2). 英国著作権法も同様である (the Copyright, Designs and Patents Act 1988 (UK),

「シナリオの著作者，翻案の著作者，台詞の著作者，この視聴覚著作物のために作成される楽曲の著作者，監督」を映画の著作物の著作者と推定⁽²¹⁸⁾し，さらに「視聴覚著作物が，保護を受けている既存の著作物又はシナリオを原作とする場合には，原著物の著作者」も新著作物の著作者と同一視することにより⁽²¹⁹⁾，これらの著作者にも著作者人格権が帰属する。よって，著作者人格権が原始的に帰属する者の範囲は，前者の方が極めて狭いと言えよう。

また，英国およびニュージーランドの著作権法において，氏名表示権 (attribution rights) を主張できるのは，文芸，演劇，音楽又は芸術の著作物の著作者と映画の著作物の監督に制限されており⁽²²⁰⁾，コンピューター・プログラム，タイプフェイスのデザイン，コンピューター生成の著作物については，この権利は適用されないとする⁽²²¹⁾。他方，我が国の著作権法では，このような制限は見られない (同法19条)。

(2) 準拠法 (外国法) の適用排除の可能性

このように，コンチネンタル・アプローチ (author's right/droit d'auteur システム) を汲む諸国にとって，著作者人格権という考え方は，その法律思潮と一致するものであるのに対し，アングロ・アメリカン・アプローチにとってはそうではなく，それが実質法やそれに基づく法政策からも伺えよう。このことから，Thum は，次のように述べている。すなわち，「こ

Section 77)。

(218) Intellectual Property Code (France), Art L 113-7(2).

(219) Intellectual Property Code (France), Art L 113-7(3).

(220) Copyright, Designs and Patents Act 1988 (UK), Section77, and Copyright Act 1994 (New Zealand), Section 94.

(221) Copyright, Designs and Patents Act 1988 (UK), Section79, and Copyright Act 1994 (New Zealand), Section 97.

これらの著作権保護の制定法上の規定—その中でも、特に著作権者人格権の付与—が *droit d'auteur* システムの根本的要素に属するものでありとしたり、著作物の実際の創作者に、全ての利用権だけでなく、著作物の全ての人格権（例えば、改変された形での著作物の利用を禁じる権利でさえ）も否定するよう求められる場合、*droit d'auteur* の諸国は、深刻かつ基本的な価値の抵触に直面することは明らかである⁽²²²⁾とする。

つまり、著作権の原始的所有者の問題を準拠法（外国法）に従って規律した結果が、例えば、創作者に著作権者人格権を付与しない又はその範囲を制限するというようなものであった場合、そのような適用の結果を法廷地国が受け入れることは、コンチネンタル・アプローチを汲む内国の法政策や法秩序に深刻かつ基本的な価値の抵触が生ずる、つまり、内国公序に反するとして、その準拠法（外国法）の適用を排除するということが、可能

(222) Thum, *supra* note 154, pp. 269-270. なお、Thum は、価値の抵触は *droit d'auteur* 諸国に対して一方的に起こり、copyright システム諸国には起こらないとする。その理由について、以下のように述べている。すなわち、「まず、copyright システムは、彼又は彼女の著作物に係る『copyright』が報償されるべきなのは著作物の実際の創作者であるという一般的な原則に基づいており、その一方で、職務著作教義がその一般原則に対する制限付きのかなり特別な例外であるからである。copyright システムはこの一般原則を *droit d'auteur* と共有しているため、映画の著作物の実際の創作者に *authorship* を付与することは著作権法の基本原則に反したり、違反したりしない」とする (*ibid.*, p. 270)。そして、「もし、共有している基本ルールから『職務著作』を免除することの理由が映画製作の製作者の投資の償却の保証であるということを考慮するものであるとしたら、既述の通り、この償却もまた、職務著作教義がなくとも保証され得るのと同時に、仮に copyright システムが（製作者の他に）映画の著作物の実際の創作者にも原始的所有者性 (*initial ownership*) を与えるよう求められるというようなことがあったとしても、価値の抵触に直面しないことは明らかである」と述べる (*ibid.*)。

性として十分に考えられるのではないだろうか。⁽²²³⁾あるいは、内国の著作権者人格権の原始的帰属に関する規定を強行規定として適用するという可能性も考えられるかもしれない。⁽²²⁴⁾

(223) 前掲注(222)の通り、Thum は、価値の抵触は *droit d'auteur* 諸国に対して一方的に起こり、copyright システム諸国には起こらないとするが、仮に、copyright システムに対しても価値の抵触が生じることがあるとすれば、その場合は、反公序を理由に、準拠法の適用排除の可能性は言い得よう。

ちなみに、Thum は、「アナログ世界」における映画の著作物の原始的所有者の問題の準拠法については「保護国法」が妥当であるとし（前掲注(154)参照）、「インターネット世界」については「本国法（製作者の主たる事務所又は常居所地を有する国の法）」を準拠法とする提案をしている（Thum, *supra* note 154, p. 285）。そして、本国法を準拠法とする際に生ずるこのような価値の抵触については、彼女自身が提案する規定、すなわち「但し、もし映画の著作物の寄与をした自然人がその者が国民である国の法において、著作権の原始的所有者に含まれる場合、このような人は、世界的な利用行為の前で、その法により付与される全ての著作権者人格権、利用権、報酬権を留保する」（*ibid.*, p. 285）という規定を以て、それを修正するという見解を示している。この修正規定を見る限り、これは創作者保護のための規定と解することができる。というのも、もし、*author's right* 諸国の法秩序ないし政策維持を直接の目的とするのであれば、「映画の著作物の寄与をした自然人」（つまり、創作者）の本国法によるのではなく、著作物の利用行為である保護国法に依拠して、その創作者らに著作権者人格権等を留保するという方法を採用したのではないかと思われるからである。

なお、第2章で考察した CLIP 原則は、当該法律関係の準拠法を保護国法としつつ（3-201条1項）、「法人その他使用者」に配慮したと解される規定（同条2項）を併存しているのに対し、本国法を準拠法とする Thum の提案では、上記のような創作者を保護する規定を設けているという点で、興味深い。ちなみに、次章で考察する ALI 原則および van Eechoud の提案では「労働者保護」のための規定が見られる。

(224) 著作権者人格権の所有者に関しては本国法（本事案では米国法）ではなく、法廷地であるフランス法を強行的に適用したフランス破毀院判決

この準拠法（外国法）の適用排除について、Metzgerは、「【法廷地である：本稿筆者注】フランスの著作権法を公序又は国際的強行法規として適用するということは、フランス【法廷地：本稿筆者注】の裁判所のみが同法を行使でき、これにより判決の国際的調和が阻害され、フォーラムショッピング及び日和見的行動（opportunistic behavior）が助長されることを意味する」と指摘している。⁽²²⁵⁾

3.4 小括

著作権の原始的所有者の問題の準拠法を「本国法」や「本源国法」のような「保護国法以外の準拠法」とすると、著作物をどこで利用しようとも、適用する準拠実質国法が変わらないことから、指名される原始的著作権所有者も変わらないということになろう。つまり、著作物の利用行為地毎に準拠法を適用し、著作物の利用地毎に原始的著作権所有者が異なる可能性のある「保護国法」とは対照的であるから、この点で、前者の準拠法の方が、著作物の国際的な利用とその安全性を確保しようと考えられるのであろう。但し、著作権の原始的帰属に関する各国実質法制度は、法文化に由来する法律思潮と密接に関係するものであり、また、それには政策的側面もあることから、準拠法である本国法ないし本源国法（外国法）の適用結果が内国にとって異質であるという場合、とりわけ、法廷地国に著作物の利用行為地（保護国）があるなどで、事案と内国との関連連性が認められると、準拠法の適用結果が内国公序に反するとして、あるいは内国の強行

(Court de cassation, première chambre civile [Cass. 1e civ.], May 28, 1991, Bull. civ. I, No. 172 (Huston v. La Cinq) (Fr.))がある。この強行的適用に関しては、「公序の発動とも警察法 (loi de police) の適用事例とも解することができ、一義的に明らかでない」とされる（駒田・前掲注(122)39頁）。

ALI, *supra* note 20, p. 162. van Eechoud, *supra* note 157, pp. 290-291.

(225) メツガー・前掲(148)138頁。

規定を適用するために、排除されるという可能性も考えられよう。そして、その適用排除により、法廷地の強行規定を適用し得るのは法廷地の裁判所だけであることから、既述の指摘の通り、これは、フォーラムショッピングを誘発しかねないと言えよう。

この他、「本国法」「本源国法」という準拠法は、著作物の最初の発行地ないし公表地を原則の連結点とするため、著作物の発行や公表を境に、連結点・準拠法・適用の結果が変更するという可能性があり、また、その発行ないし公表の方法によっては、発行地や公表地を見出せないという可能性も考えられよう。次章では、このような点を修正したものと見られる、ALI 原則および van Eechoud の準拠法提案を考察する。

第4章 ALI 原則と Mireille van Eechoud の提案

本章では、ALI および van Eechoud が提案する、著作権の原始的所有者の問題の準拠法ルールに焦点を当てて考察する。

両案の全体像を把握するために、まずは、その提案を以下に記す（試訳）。

「ALI 原則313条⁽²²⁶⁾ 登録により生ずるのではないその他の権利の原始的権限 (initial title)

(1) 登録により生ずるのではない権利の原始的権限は以下の法によって規律される。

(a) もし創作者 (creator) が1人であるならば、係争物 (subject

(226) ALI, *supra* note 20, p. 139. ちなみに、ALI 原則では、登録により生ずる権利の原始的権限については同原則311条、登録により生ずるのではない商標および Trade-Dress 権については312条にその提案がある。ALI 原則は属地主義の原則を主原則とするが、本規定に関しては、厳格な属地主義から脱却しているとする (*ibid.*, pp. 117-118)。

- matter) が創作された当時の创作者の居所地法
- (b) もし创作者が1人以上であるならば、
- (i) 创作者間の契約が指定している通りの创作者の居所地法
- (ii) 契約がその問題を解決しない場合、係争物の創作時に创作者の多数が居住していた国の法
- (iii) もし契約がその問題を解決せず、また创作者の多数が同じ国に居住していなかった場合、その係争物の最初の利用と最も密接の関係のある国の法
- (c) もしその係争物が雇用関係に準じて創作されたならば、その関係を規律する国の法
- (2) 第1項に基づき規律することになる国の法が当該係争物にまで保護を及ぼさない場合、原始的権限はその権利が最初に利用され、認識される国の法によって規律される。」

⁽²²⁷⁾
van Eechoud 案

- (1) 原則、创作者の法（著作物が創作されたり最初に実演されたりした時の実際の创作者又は実演家の常居所地国法）が、誰が著作権を所有するかということを決定するための準拠法候補である。
- (2) 集合著作物 (collective work) の場合、共同寄与者 (contributor) の共通の常居所地、もしくは共同寄与者が選択した法のいずれかが、原始的所有の問題を決定するべきである。当事者の選択がない場合や、共通常居所地が欠如している場合、semi-open な抵触ルールが最も密接な関連地国を決定するために使用されなければならない。その考慮されるべき要素として以下のものがある。

(227) van Eechoud, *supra* note 157, pp. 305-306.

- 共同寄与者の多くが有する共通の常居所地もしくは主たる事業地；
- 首唱者又は主要な寄与者の常居所地もしくは主たる事業地；
- 著作物の（主たる）創作地

(3) 従業員によって作成された著作物又は実演の場合，実際の創作者が通常雇用される地の法に基づき与えられる保護が彼らから奪われないことを条件に，原始的所有者の問題は労働契約に付带的に配分されるのが好ましい。

（下線および提案のナンバリングは本稿筆者による）

4.1 原則と例外

このように，両案は，著作権の原始的所有者を特定するための準拠法を，原則，①「著作物の創作当時の『創作者』の属人法」（ALI 原則313条1項 a号，van Eechoud 案(1)）とし，それに対する例外規定として，②「複数の創作者によって作成された著作物を適用の対象とする規定」（ALI 原則313条1項 b号，van Eechoud 案(2)）と③「雇用契約又はその関係の下で（従業員によって）創作された著作物を適用の対象とする規定」（ALI 原則313条1項 c号，van Eechoud 案(3)）を置く。このうち，例外規定の③については，これまでに考察してきた「保護国法」や「本国法」「本原国法」とは異なり，具体的な連結点を示した準拠法ルールではないことから，次節で詳しく考察することにした。よって，ここでは，それ以外の規定，すなわち，①②に分類した規定に注目する。

まず，原則の準拠法①について，両案はこれを「『創作者』の属人法（『創作者が国民である同盟国』⁽²²⁸⁾すなわち『国籍国』を連結点）」とするのではなく，「著作物の創作当時の『創作者』の属人法（『（常）居所地』を

(228) ベルヌ条約5条4項c号柱書きの定義に依拠した「本国法」を指す。

連結点)』とする。⁽²²⁹⁾この点は、非常に実際的であると言えよう。なぜなら、「著作者」の定義に国際的な一致が見られないという現状において(第1章1.3.1参照)、「創作者」は事実に基づき特定し得る⁽²³⁰⁾し、また、著作物の創作時の創作者の(常)居所地という連結点は、著作物の創作地である可能性が高く、その場合、この地は、著作権の発生の引き金となる行為がなされた地とも換言し得るであろうから、そうすると、結果的に、創作者、著作物の創作、著作権の発生という事項が全て、この地と関係していると考えられるからである。このように見ると、この準拠法は、保護国法、本国法・本源国法と並んで、当該法律関係の準拠法候補となりうるのかもしれない。

それでも、例えば、(常)居所地がそれぞれ異なる国にある複数の創作者らによって、著作物が創作されたというような場合、この原則だけではうまく機能しないこともあるであろうから、ALI 原則および van Echoud の提案では「複数の創作者によって作成された著作物を適用の対象とする規定」(②: ALI 原則313条1項b号, van Echoud 案(2))を置くことで調整している⁽²³¹⁾のであろう。

(229) 第3章で考察した木棚案も後者の立場を採る(同案22条2項b号)。前章3.2を参照。

(230) van Echoud も、「上で提案した連結点は、『著作者(author)』について言及していない。『著作者(author)』という語は事実に基づく定義ではなく、法律上の定義である。たとえその語がしばしば実際の創作者(creator)と一致する若しくはそう示されるとしても、著作物の『著作者』の法律上の定義は実質的に異なる(異なり得る)」と述べている(van Echoud, *supra* note 157, p. 298)。

(231) 第3章で考察した木棚案もこの立場を採る(同案22条2項c号)。前章3.2を参照。

なお、「複数の創作者によって作成された著作物」に適用する準拠法は、ALI 原則および van Echoud 案共に、選択肢を創作当時の創作者らの

したがって、両案は、著作物の発行地又は公表地を連結点とする準拠法ルールを置いていないという点（第3章3.3.1参照）を含めて、本国法説ないし本源国法説を修正していると言えよう。すなわち、保護国毎に準拠法を適用しなければならなかったり、保護国毎に著作権の原始的所有者が異なったりするということはないであろう。もっとも、「著作権の原始的所有者の問題」と「著作権自体の問題」を規律するために、それぞれに適用される準拠実質国法が一致しない場合は、⁽²³²⁾両者の適用過程・結果間に

（常）居所地に制限した上で、当事者自治を認めており、また、著作物の創作当時の共同創作者ないし寄与者全員の（常）居所地が一致する場合は、彼らによる法選択があるか否かに関わらず、その地の法が準拠法になるという点で、共通する。

反対に、準拠法の適用範囲やその他の連結点については、両者で相違するところもある。例えば、van Eechoud 案は「集合著作物」を準拠法の適用対象とする。この van Eechoud 案の適用範囲の示し方については、その妥当性に疑問がある。なぜなら、「集合著作物」という概念を有する国もあれば（米国著作権法101条、フランス著作権法113の2条）、我が国のようにそれを有さない諸国もあるからである。つまり、複数の創作者によって作成された著作物でも、「集合著作物」に分類されないもの、例えば、共同著作物や結合著作物は、本準拠法の適用対象とならないということになろう。そして、これらの著作物は、複数の創作者が協力して創作した著作物であるから、原則の準拠法の適用範囲である「著作物が一人の創作者によって創作された場合」にも該当せず、結局、これらの著作物については、適用する準拠法規定が無いということになろう。このため、同じ「複数の創作者によって作成された著作物」を適用の対象とするにしても、ALI 原則のように「創作者が一人以上いる場合」とするのが妥当であると思われる。

(232) 前掲注(125)で述べた通り、ALI 原則も van Eechoud も、著作権自体の問題の準拠法は「保護国法」とする。つまり、「両問題の準拠実質国法が一致しない場合」というのは、例えば、「創作時の創作者の（常）居所地法」（著作権の原始的所有者の問題の準拠法）と「著作物の利用行為地法」（著作権自体の問題の準拠法）が異なる国を指すという場合などが考えられよう。

不調和が生じるかもしれないし（第2章2.2参照）、また、法廷地と準拠実質法国が一致しない場合、状況によっては、準拠法の適用が排除されるという可能性もあるかもしれない（第3章3.3.2参照）。

4.2 著作物が雇用関係に基づき創作された場合：ALI 原則および van Eechoud 案

本節では、先ほど触れなかった③「雇用契約又はその関係の下で（従業員によって）創作された著作物を適用の対象とする規定」（ALI 原則313条1項c号，van Eechoud 案(3)）について、考察する。⁽²³³⁾

ALI 原則313条1項c号は、既述の通り、「もしその係争物が雇用関係に準じて創作されたならば、その関係を規律する国の法」によって、権利の原始的権限を規律するとし、van Eechoud 案(3)は「従業員によって作成された著作物又は実演の場合、実際の創作者が通常雇用される地の法に基づき与えられる保護が彼らから奪われないことを条件に、原始的所有者の問題は労働契約に付带的に配分されるのが好ましい」とする。

まず、この二つの規定が示す準拠法の適用範囲に注目すると、これらは共に、「職務上作成される著作物（職務著作）」とするのではなく、それよりも広い「雇用契約又はその関係の下で（従業員によって）創作された著作物」とする。⁽²³⁴⁾このため、当該法律関係の準拠法（ALI 原則の場合「雇用

(233) 前章で考察した木柵案も同様の準拠法ルールを設置している（第22条2項d号）。そのため、本節および次節での考察は、この規定についても言いえよう。但し、繰り返し述べているように、木柵案は同条同項a号を原則とするため、d号の適用は、未公表の著作物に限られるという点で、ALI 原則及び van Eechoud の提案と異なる。

(234) 「著作者」という法律概念ではなく「創作者」という事実を使うのと同じ理由で（本章4.1参照）、「職務上作成される著作物（職務著作）」という法律概念ではなく「雇用契約又はその関係の下で（従業員によって）

関係を規律する国の法」, van Eechoud 案の場合「労働契約の準拠法」)は、後者に該当する著作物が「職務上作成される著作物」に該当するか否かを規律し(第2章2.2で述べた著作物の分類), その結果に依拠して、その準拠法が、原始的著作権所有者を特定するということになろう。⁽²³⁵⁾

次に、ALIが準拠法として提示している「雇用関係を規律する国の法」に注目する。ALIは雇用関係を規律する国の法について、これは「契約によって指定された法か、もしくは準拠法条項がない場合は、契約がローカライズされた国の法⁽²³⁶⁾(又は、契約と最も密接な関係がある国の法)のいずれかであろう」と説明している。⁽²³⁷⁾つまり、雇用関係を規律するために、その雇用関係の法選択規則に依拠して導き出された準拠法を、当該法律関係に代用するという⁽²³⁸⁾ことになろう。これは、van Eechoudの提案も同様である(労働契約への付帯的配分)。

創作された著作物」という事実を用いるのは合理的であると思われる。

(235) 仮に、「職務上作成される著作物」に該当しないと判断されたとしても、原則(創作者の属人法)に立ち返るのではなく、雇用関係ないし労働契約の準拠法が原始的著作権所有者を規律するものと思われる。

(236) “the law of the State in which the contract is localized” とある。

(237) ALI, *supra* note 20, p. 141 (Comment d). そして、「本原則【ALI原則：本稿筆者注】に基づき、契約の法に準じて所有者である人又は企業実体は、本原則に同意する国全てにおいて、原始的所有者であるとみなされる」(*ibid*)。

(238) 当該問題を労働契約の準拠法が規律するという考え方は、Fawcett and Torremans (Fawcett and Torremans, *supra* note 124, pp. 513-515), 田村善之教授も妥当であると述べている(田村善之『著作権法概説[第2版]』(有斐閣, 2001年)565-566頁)。この他、例えば我が国には、「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労働契約の準拠法における著作権法の職務著作に関する規定に依るのが相当である」と判示した東京高裁平成13年5月30日判決(判時1797号131頁)がある。なお、職務著作の原始的所有者に関する準拠法問題については、駒田・前掲注(122)29-49頁が詳しい。

では、雇用関係ないし労働契約の準拠法ルールとはどのような様相を呈するのだろうか。これに関して、van Eechoud は、欧州の1980年契約債務の準拠法に関する条約（以下、1980年ローマ条約⁽²³⁹⁾）の法選択規則を想定しており、それによると、次のようになろう。すなわち、契約当事者間に準拠法の選択がある場合はその準拠法が（3条1項前段）、そのような選択がない時は、「労働者が契約の履行のため常時ある国で労務に従事する場合には、一時的に他の国に派遣される場合であっても、その労務に従事する国の法」（6条2項a号）が、「労働者が同一の国において常時その労務に従事しない場合には、その者が雇用された営業所の所在する国の法」（6条2項b号）が、あるいは「一切の事情から、労働契約が他の国とより密接な関連を有することが明らかになる場合には、当該他の国の法」（6条2項柱書）が、労働契約の準拠法として導かれ、それがそのまま、著作権の原始的所有者を特定するための準拠法として適用するということ⁽²⁴⁰⁾になろう。

(239) 現在、2007年12月に欧州議会および欧州理事会で承認された上記ローマ条約を規則化した Rome I Regulation（以下、ローマ I 規則）がある。もっとも、次項で考察する我が国の労働契約に関する法選択規則は、ローマ I 規則ではなく、1980年ローマ条約の方を参考に行っていることから、本稿も後者を参照することにした。

(240) van Eechoud は、まず、1980年ローマ条約6条1項は、雇用契約のための「優遇規則」のようなものを含んでいるが、従業員と使用者に特別関係する知的財産法中の規定は、本条が焦点を当てている労働法の領域に属すると言われていることから、同条約6条1項はせいぜい（at best）適用されると述べる（van Eechoud, *supra* note 157, p. 304）（なお、後掲注(243)も参照されたい）。そして、6条2項については「労働契約の準拠法を客観的に決定するために使用されているような、ローマ条約の機能的配分の原則（6条2項）は、私見としては、所有者が関係する際の従業員と使用者のそれぞれの地位を決定する知的財産法の規定にまで広げるべきである」と van Eechoud は述べている（*ibid.*, p. 305）。なお、機能的配分とは、当

そして、1980年ローマ条約6条1項は「第3条の規定にかかわらず、労働契約の場合には、当事者による法選択は、労働者に対する保護であつて、法選択のない場合に次項により適用される法の強行規定が付与するものを、労働者から奪う結果となつてはならない」とする⁽²⁴¹⁾。つまり、例えば、当事者が選択した法では「使用者」に著作権の原始的所有者の地位が付与される一方で、法選択のない場合に適用される法では「実際に著作物を創作した労働者（従業員）」に著作権の原始的所有者の地位が付与されるというような場合に、この1980年ローマ条約6条1項を適用することができるとすれば、労働者から著作権の原始的所有者の地位は奪われない、言い換えると、労働者がそれになるということになろう⁽²⁴²⁾。

事者が常居所を有する国の立法者が意図している範囲内で、「弱者」が保護されるということを保証するのに用いられるとする（van Eechoud, *supra* note 15, p. 37）。なお、優遇の原則に基づく規定と違って機能的配分に基づく規定は、被害者に対して別の法（例えば、害を及ぼす出来事が発生した国の法、あるいは被害者の常居所地の法）による最も厚い保護を与えるというものではないと van Eechoud は述べている（*ibid.*, p. 40）。

(241) 以上の1980年ローマ条約の規定については、法例研究会編『契約・債権譲渡等の準拠法について』別冊 NBL80 号法例の見直しに関する諸問題（商事法務，2003年）63頁の和訳に依拠した。

(242) van Eechoud は、これを条件として、労働契約の準拠法へ付帯的配分することが好ましいとする（本章 4.1 に記した van Eechoud の提案の(3)を参照）。

(243) van Eechoud は、1980年ローマ条約6条1項の優遇の原則の実施可否について、以下のように述べている。すなわち、「原始的所有者に関する知的財産法の一般規定を、ローマ条約に基づき、従業員が実施することができるのかどうか、ということについて問題がある。もし、それが出来ないとしたら、職務著作物に関する特別規定を有する法は、たいてい使用者に有利に働くため、優遇の原則の効果が大幅に失われる。いかなる特別規定も有さない法は、従業員が原始的所有者であるという考えに基づいているのだろう。原始的所有者に関する規定全体の実施を従業員に認める別の理由は、一般規定と特別規定には関連があるという事実にある」とする

このように、契約の準拠法ルールは、国際私法上、一般的に、当事者自治を原則とする⁽²⁴⁴⁾。しかしながら、労働契約（雇用関係）については、使用者と労働者の間に交渉力・情報等の格差があるため、当事者自治を無制限に認めると使用者が自己に有利な法を準拠法として選択するという可能性⁽²⁴⁵⁾がある。そのため、先の1980年ローマ条約6条1項のように、労働契約の最密接関係地法の強行規定の適用を確保することにより、国際私法上の労働者保護をはかろうとすることもある。勿論、そのような規定を国内国際私法が有するとしても、著作権の原始的所有者の特定という法律関係に適用することが、立法段階において、想定されていなかったのであれば、その規定を適用しうるかどうかが、疑問が生じよう⁽²⁴⁶⁾。

これに関して、ALI 原則は、「裁判所は、紛争と密接な関係を有する国の強行規定を実施することができる」という規定を置いている（323条⁽²⁴⁷⁾）。この規定のコメントによると、本規定が適用されるのは、「例えば、使用者と従業員が、契約当事者（cocontractant）の活動とは関係のない法（但し、この法は、使用者に利益（使用者を原始的権利保有者として指定するという利益）を与えるため、これ）を選択している。その一方で、当事者と最も密接な関係のある法は創作者を原始的な権利保有者と指定しており、創作者に保護を課すかもしれない」というような場合であろうとす

(van Eechoud, *supra* note 157, p. 305)。

(244) 松岡博編『国際関係私法入門 [第2版]』（有斐閣，2009年）93頁（高杉直）。

(245) 高杉・前掲注(244)。つまり、雇用者が自己を原始的著作権所有者とする国の法を意図的に選択するということが大いに考えられよう（see van Eechoud, *supra* note 157, p. 304）。

(246) van Eechoud の見解については、前掲注(243)参照。

(247) ALI, *supra* note 20, p. 159. 但し、裁判所は本規定を実施することが「できる」のであって、その実施が要求されているわけではないとも述べている（*ibid.*, p. 160 (Comment a)）。

⁽²⁴⁸⁾る。つまり、ALI 原則に沿った準拠法ルールの立法を行うとすれば、労働者を保護するための労働契約の法選択規則を準用して、若しくは、それを準用しない又はそのような規定がないという場合においては、ALI 原則 323条に基づいて、裁判官は、第三国（紛争と密接な関係を有する国、労働契約の最密接関係地国など）の著作権の原始的帰属に関する実質法規定を「強行規定」として適用するということもありえよう。

4.3 我が国の通則法との関係で

ところで、著作者の創作活動は雇用関係に組み込まれているということ（van Eechoud の見解⁽²⁴⁹⁾）、そして（書面による）労働契約、もしくはその労働契約が言及する労働協約（collective labour agreement）には、しばしば⁽²⁵⁰⁾知的財産に関する条項を含んでいるということ（van Eechoud の見解⁽²⁵⁰⁾）、この他、従業員又は使用者のいずれが著作権の原始的所有者の地位を取得するかということは、その著作物を用いた今後の経済的活動に大きな影響を与えるであろうということを鑑みると、「創作者の属人法」（ALI 原則および van Eechoud 案の「原則」の準拠法）ではなく、従業員および使用者の両方に関係する法で規律するという考え方は、理に適っているように思われる。

そこで、この「雇用契約又はその関係の下で（従業員によって）創作された著作物」の原始的著作権所有者を特定するための準拠法を、ALI および van Eechoud の法選択規則案に倣って、「雇用関係を規律する国の法」ないし「労働契約の準拠法」と仮定する。この場合、法廷地国際私法の（労働）契約に関する準拠法ルールを参照することになるから、我が国に

(248) ALI, *supra* note 20, pp. 159-160 (Comment a).

(249) van Eechoud, *supra* note 157, p. 304.

(250) *Ibid.*

においては、法の適用に関する通則法の契約に関する法選択規則に従って見出される準拠法が、当該法律関係を規律するということになる。つまり、結果的には、契約に関する法選択規則が、当該法律関係を規律するのと変わらないことから、その観点から見れば、この法選択規則の代用可能性に疑問が生ずるかもしれない。しかしながら、これに関しては、「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労働契約の準拠法に依るのが相当である」と判示した東京高裁平成13年5月30日判決⁽²⁵¹⁾があることから、ひとまず、ここではこの考え方に依拠して、論を進めることにしたい。

通則法の労働契約の準拠法ルールとしては、まず、当事者による準拠法選択がある場合、それが準拠法となり（同法7条⁽²⁵²⁾）、それがいない場合は、労働契約に関する特別規定により⁽²⁵³⁾、労働者の労務提供地、またはそれも特

(251) 前掲注(238)参照。

(252) 通則法7条「法律行為の成立及び効力は、当事者が当該法律行為の当時に選択した地の法による」。通則法上、労働契約の定義規定は置かれていないため、解釈に委ねられる（高杉・前掲注(24)）。一般に使用者の指揮監督下に労働者が労務を提供し、その対価として労働者が使用者から賃金の支払を受ける契約をいう（同掲）。

(253) 通則法12条1項「労働契約の成立及び効力について第7条又は第9条の規定による選択又は変更により適用すべき法が当該労働契約に最も密接な関係がある地の法以外の法である場合であっても、労働者が当該労働契約に最も密接な関係がある地の法中の特定の強行規定を適用すべき旨の意思を使用者に対し表示したときは、当該労働契約の成立及び効力に関しその強行規定の定める事項については、その強行規定をも適用する」。同条2項「前項の規定の適用に当たっては、当該労働契約において労務を提供すべき地の法（その労務を提供すべき地を特定することができない場合にあっては、当該労働者を雇い入れた事業所の所在地の法。次項において同じ。）を当該労働契約に最も密接な関係がある地の法と推定する」。同条3項「労働契約の成立及び効力について第7条の規定による選択がないときは、当該労働契約の成立及び効力については、第8条第2項の規定にかか

定できないときは労働者を雇い入れた事業所の所在地が最密接関係地と推定され、それが準拠法となる（同法12条2，3項）。さらに、通則法12条3項は、同法8条2項の特徴的給付の理論に基づく推定規定の特則であり、反証によって労務提供地法、労働者を雇い入れた事業所の所在地法以外の法が労働契約の最密接関係地法となる可能性もあるとされる。⁽²⁵⁴⁾

以上の規定に基づき、決定された労働契約の準拠法が、そのまま、著作権の原始的所有者を特定するための準拠法として代用するということになる。なお、これらの規定に加えて、通則法には、上述の1980年ローマ条約と同様、労働契約の最密接関係地法の強行規定の特別連結に関する規定がある。すなわち、「労働者が当該労働契約に最も密接な関係がある地の法中の特定の強行規定を適用すべき旨の意思を使用者に対し表示したときは、当該労働契約の成立及び効力に関しその強行規定の定める事項については、その強行規定をも適用する」というものである（通則法12条1項⁽²⁵⁵⁾）。

それでは、本規定に依拠して、著作権の原始的帰属に関する法規を「『当該労働契約の成立及び効力』に関する強行規定」として、労働者は主張し得るのだろうか。この規定は、本来、このような付帯的配分を想定して創設された規定ではないことから、著作権の原始的帰属に関する法規を「『当該労働契約の成立及び効力』に関する強行規定」とは考えにくいものの、労働契約の準拠法ルール（当事者自治の原則を含む）に依拠する以上、労働者保護規定の創設意図を無視して、準用の可能性を完全に否定

ならず、当該労働契約において労務を提供すべき地の法を当該労働契約に最も密接な関係がある地の法と推定する」。

(254) 高杉・前掲注(244)111頁。

(255) もっとも、同条同項に基づく当該強行規定の実施は、それを適用すべき旨の意思表示を労働者が行わなければならないという点で、先述の1980年ローマ条約とは異なる。

するということもまた難しいように思われる。

もっとも、ALI 原則は、本章 4.2 で述べたように、紛争と密接な関係を有する国の強行規定を裁判所は実施することができるという同原則323条の適用を想定していることから、もし、ALI 原則に厳格に沿って、当該法律関係の準拠法ルールを立法するとすれば、通則法12条1項に基づく強行規定の適用は可能性としてあるかもしれない。

したがって、通則法の労働契約の準拠法ルールに依拠することを前提に、「雇用契約又はその関係の下で（従業員によって）創作された著作物」の原始的著作権を特定するための準拠法を「雇用関係を規律する法」又は「労働契約の準拠法」とする例外規定を置くのであれば、通則法12条1項に基づき、労働契約の最密接関係地法の著作権の原始的帰属に関する法規を強行規定として実施することを認めるのかどうかを吟味し、明文を以てそれを示す必要があろう。

第5章 小 括

最後に、本章では、個々に考察した、著作権の原始的所有者を特定するための準拠法（「保護国法」（第2章）と「保護国法以外の準拠法」（本国法・本源国法（第3章）、創作者の属人法、雇用関係を規律する国の法（第4章））を今一度まとめ、併せて、私見も述べたい。

5.1 原則

著作権の原始的帰属に関する法制度は、繰り返し述べてきた通り、国際著作権法界に存在する法律思潮（すなわち、創作者に焦点を合わせるコンチネンタル・アプローチ若しくはコピー（複製）に焦点を合わせるアングロ・アメリカン・アプローチ）と密接に関係し、また、各国の著作権法政策の重要な部分を構成しているとも言えよう。そこで、この法制度のその

ような性格を踏まえつつ、次に、当該渉外的私法関係の準拠法として、「保護国法」および「保護国法以外の準拠法」に注目する。

まず、「著作物の利用行為地法」と同義である「保護国法」を準拠法とすると、たとえ、係争中の著作物が同一であっても、その著作物の利用行為がなされた地毎に、その地の法を適用して、著作権の原始的帰属者を特定するということになる。適用する実質法（すなわち、著作権の原始的帰属に関する規定）の内容に関しては、第1章1.3で考察したように、多様であることから、準拠法の適用結果についても、著作物の利用行為地（保護国）毎に相違するという事は起こりえよう。

このような適用結果の相違は、著作権の原始的帰属の各国法制度の性格に配慮して、国際私法上、著作物の利用行為地の著作権法政策を尊重するという方策を採るために、その地の法、すなわち、保護国法を準拠法とすることから生じよう（第2章2.3.1）。もっとも、「copyright システム【アングロ・アメリカン・アプローチ：本稿筆者注】においても、著作権の原始的所有者性（initial ownership）は一般的に著作物を実際に創作した人に付与され、職務著作教義（doctrine）【著作者ではなく、雇用者又は製作者（法人の可能性もある）に全ての権利を法的に付与すること：本稿筆者注】は一般ルールに対する例外であり、創作される全ての著作物の数と比較して適用される範囲は制限されると言われている」⁽²⁵⁶⁾ことから、このような相違は必ず生じるというわけではない。⁽²⁵⁷⁾しかしながら、その可能性も含めて、これらの点が準拠法（保護国法）の不適格性の根拠として指摘さ

(256) Thum, *supra* note 154, p. 266.

(257) 例えば、契約関係に基づくことなく創作された、文芸、演劇、音楽、美術の著作物については、いずれの国が保護国になろうとも、すなわち、その国が二つの法律思潮のいずれを汲んでいようとも、一般的に、それを創作した自然人が原始的著作権所有者であるとして指名されよう。

れる（第2章2.3.2）。

これに対して、当該法律関係の準拠法を「保護国法以外の準拠法」とすると、著作物をどこの国で利用しようとも、適用する準拠実質国法は同じであるから、法廷地国が準拠実質国（外国）法の適用結果を許容する限り、その適用結果が法域毎に異なるということは起こらないであろう。つまり、保護国法に対する先のような批判を回避することができよう。そうであるとすると、当該法律関係の準拠法を「保護国法以外の準拠法」とする意義はここにある、すなわち、法域を超えても異ならない普遍的な原始的所有者を特定するということにあると言えるのではないだろうか。

ところが、既述の通り、著作権の原始的帰属に関する法制度は、各国の著作権法政策としての一面を有する。このため、準拠法（外国法）の適用の結果が、内国にとって異質であり、取引の安全を脅かすというような場合、当該事案との内国関連性を認めて、法廷地の裁判所は、その適用を排除するという可能性が考えられよう。そして、思うに、準拠法（外国法）の適用結果が内国公序に反すると判断されるほど「異質」であるというのは、準拠実質国法と法廷地国が根底とする著作権アプローチがそれぞれ異なり、しかも、そのアプローチ間に存する顕著な相違と当該事案が関係するような場合なのではないだろうか（例えば、著作者人格権の原始的帰属主体。第3章3.3.2⁽²⁵⁸⁾）。つまり、「保護国法」以外を準拠法とする意義を鑑

(258) 例えば、準拠実質国法（アングロ・アメリカン・アプローチに依拠する国の法）を適用すると、著作者人格権は、著作物の「創作者」に原始的に帰属しないが、法廷地国はコンチネンタル・アプローチを採り、「創作者」に著作者人格権を付与するという立場に立つ場合、法廷地国の裁判所は、上述のような適用排除を行うということは想定されうのではないだろうか。ちなみに、第3章で考察したように、自然人による創作を前提とするコンチネンタル・アプローチは、著作物を人格の発露と位置付け、著作者の人格権を積極的に認めるが、製作物や放送番組なども「著作物」に

みると、このような時にこそ、法域を超えても異ならない普遍的な原始的著作権所有者が特定されて欲しいところであるが、現実的には、このような時に限って、準拠法（外国法）の適用が排除される可能性が高いのではないだろうか。そうであるとする、「保護国法」以外を準拠法とする本来の意義が十分に達せられないのではないだろうか。この他、準拠法の適用排除は、結果的に、法廷地国（内国）の強行規定を適用することになるであろうから、これは、法廷地漁りを誘発する原因となるかもしれない。

次に、視点を変えて、「著作権の原始的所有者の問題」と密接な関係にある「著作権自体の問題」の準拠法の観点から言及する。なお、後者の法律関係については、既に、「保護国法」の妥当性が一般的に認められており（第2章2.1）、本稿筆者もこの立場にたつ。

まず、著作権、著作者（著作権の権利主体）、著作物（著作権の客体）という概念は相互に関係することから（第2章2.1）、これらの概念に直接関係するような法律問題については、可能な限り、一つの単位法律関係とするのが適切であるように思われる。なぜなら、あまりに細分化し過ぎると、それらの概念が密接な関係にあるだけに、法性決定が難しくなるのではないかという懸念をせざるを得ず⁽²⁵⁹⁾、また、それらの単位法律関係に対してそれぞれ準拠法が相違するととなると、準拠法の適用過程で導き出され

加えるアングロ・アメリカン・アプローチは、著作者人格権をそこまで積極的に認めていない（斉藤＝吉田・前掲注(58)230頁）。

(259) 例えば、CLIP 原則および ALI 原則は、知的財産権の移転可能性に関する法選択規則をそれぞれ提案している（CLIP 原則 3-301条、ALI 原則 314条）。そして、この移転可能性の問題は原始的帰属と密接に関係すると Metzger は述べている（メツガー・前掲(148)140頁）。つまり、この見解によると、CLIP 原則および ALI 原則は、著作者、著作権、著作物に関する法律問題を、「著作権自体の問題」「著作権の原始的所有者の問題」「著作権の移転可能性の問題」の三つに分割しているということになる。

る共通の事項間（例えば、著作物の分類。第2章2.2）や、場合によっては、適用結果間についても不調和が生じる可能性が考えられるからである。⁽²⁶⁰⁾そして、その不調和が、究極的には、当事者や第三者の予測可能性に影響を及ぼし、混乱を招くということも、また、起こりうるかもしれない。

ちなみに、著作権者や第三者の予測可能性という観点で、もう一点述べるとすると、著作権者の利用許諾を得て著作物を利用しようとする者にとって、「保護国法」の方が、本国法・本源国法、創作者の属人法、雇用関係を規律する国の法といった「保護国法以外の準拠法」よりも、予測が立ちやすいように思われる。

したがって、「著作権自体の問題」の準拠法として「保護国法」の妥当性が一般的に承認されているという現状においては、「著作権の原始的所有者の問題」の準拠法を「保護国法」以外とすべき特別な理由がない限り、「保護国法」とするのが適切であるように思われる。そして、原始的著作権所有者を特定するための準拠法を「保護国法」とする場合と、そうしない場合とを比較すると、以上の通り、前者の方が、準拠法の適用を通して生ずるであろうリスクを最小限に抑えることができ、また、「保護国法」では、法域を超えた普遍的原始的所有者を常に導き出すことはできないとしても、それ以外の点で、著作物の国際的な利用の安全を確保し得るように思われる。このため、「保護国法」が当該法律関係の準拠法として、より妥当であるように思われる。なお、このことは、全ての著作物に言いうる、つまり、映画の著作物に係る著作権の原始的所有者の特定についても、保護国法が準拠法として妥当すると思われることから、これに関するベルヌ条約14条の第2項a号は、保護国法を準拠法とする法選択規則として解しうるのではないかと思料する。

(260) メツガー・前掲注(148)140-141頁参照。

5.2 例外

ところで、「雇用関係に基づき（従業員によって）創作された著作物」の原始的著作権所有者を特定するために「保護国法」を適用した結果、例えば、それが「従業員」「使用者」というように、使用者が当該著作物を利用した経済活動を行おうとしている国（著作物の利用行為地）毎に、異なつたとする。このような場合に、使用者が、当該著作物を合法的に利用するためには、準拠法の適用により、「原始的著作権所有者は『従業員』である」との結果が導き出された国の著作権について、「従業員」から利用許諾を得たり、あるいは、譲り受けたりしなければならないということになる⁽²⁶¹⁾。

このように、ある国では原始的著作権所有者と指名される者が、別の国では原始的著作権所有者ではないということもあることから、その者が、後者の国で当該著作物を利用する際には、著作物の利用行為地法の適用結果に基づいて、権利処理を行わなければならない、この点、煩雑であるということとは否めないであろう。

これに関して、そもそも「職務上作成される著作物」に係る著作権の原始的帰属の実質法制度については、本稿第1章1.3で考察したように、使用者がその著作物をスムーズに利用できるよう、その使用者に最初から権利を集中させるという考え方が確立している。つまり、実質法制度のこのような趣旨を、国際私法においても尊重すべきと考えるならば、この種の著作物の準拠法については、例外的に、法域を超えた普遍的原始的著作

(261) 著作権の譲渡を制限する国もある。E. g. Law on Copyright and Neighbouring Rights (Germany), Art 29.

(262) なお、仮に、当該準拠法ルールを設置するのであれば、その適用範囲は「職務上作成される著作物」ではなく、「事実」から判断し得る「雇用関係に基づき（従業員によって）創作された著作物」とするのが、より適切であると思われる。なぜなら、これは、どの国の法の要件ないし定義に

権所有者の特定を第一義とするのが、合理的であるのかもしれない。

そうであるとする、「保護国法」以外を準拠法とすることになるが、これに関しては、既述の通り、「本国法・本源国法」「創作者の属人法」「雇用関係を規律する国の法」が考えられよう。

まず、「本国法・本源国法」について、これは、著作物の発行ないし公表によって、「本国・本源国」とされる国が変更される可能性があり、また、それにより、原始的著作権所有者も変更される可能性もあることから、連結点の妥当性に疑問がある（第3章3.3.1）。次の「創作者の属人法」については、準拠法として遜色ないように思われるが（第4章4.1）、この著作物の創作には「従業員・使用者」の両方が関与しているということ を考慮すると（第4章4.3）、その両者に関係する「雇用関係を規律する国の法」の方が、より妥当であるのかもしれない。

この「雇用関係を規律する国の法」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・使用者間の雇用関係を規律するための準拠法を、当該著作物に係る著作権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、12条に従い、準拠法を決定することになるだろう。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だろう。

しかし、そのように考えられるとしても、既述の通り、結果的には、法廷地国際私法の契約の準拠法ルールに依拠することになるから、強行規定の実施を認める規定の有無及びその適用可否が、法廷地漁りを誘発するこ

依拠するかで、ある著作物が「職務上作成される著作物」と判断されるか否か、異なる可能性があり、それが、著作権の原始的所有者の特定にも影響を及ぼしかねないからである。

とにならないのかという疑念がないわけではない。また、そもそも、労働契約の準拠法が当該法律関係を規律することが可能ないし妥当かどうかということについても、別途、検討を要しよう。さらに、その準拠実質国法が「著作物の利用行為地法」と一致しないという場合、当該法律関係を規律した結果と「著作権自体の問題」を規律した結果間に不調和が生ずるという可能性も、完全に否定することはできないであろう。

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。

おわりに——まとめにかえて

著作権の原始的所有者の特定という渉外的な私法問題が生じた際、これは「国際私法」を以って規律する必要があるだろう。なぜなら、著作権を保護するための国際条約は幾つかあるものの、当該法律関係を規律するための「統一私法」は存在しないと考えられるからである（第1章）。ところが、我が国は、現在のところ、これを規律するための国際私法を有さず、また、判例や議論の蓄積もほとんど見られないという状況にある。そこで、本稿では、当該準拠法の立法提案を視野に入れながら、近時に公表された国際私法原則の準拠法提案を中心に、それらの比較検討を試みた（第2、3、4章）。その結果、本稿筆者は、著作物の利用行為地法である「保護国法」が、準拠法としてより適切であると思考する。そして、当該法律関係の準拠法として「保護国法」の妥当性を言うるのであれば、ベルヌ条約14条の2第2項a号を、映画の著作物の原始的著作権所有者を特定するための統一法選択規則と解する余地は十分にあるのではないかと思われる（第5章）。

以上の私見を当該法律関係の準拠法提案とし、これを本稿の纏めとした
い。残された問題の検討は、我が国の今後の判例および議論の蓄積を待っ
て、保護国法の妥当性の再評価と共に行いたい。したがって、これらを今
後の研究課題として、本稿の考察を終えることにする。

The Law Applicable to Initial Ownerships of Copyrights

Atsuko YAMAGUCHI

The central question to be examined in this paper is “what is the most appropriate applicable law to determine the initial owners of copyrights in transnational civil disputes?” Before dealing with this question; however, it is necessary to clarify whether the Berne Convention, of which our country is a signatory, has such a substantial provision or not, because this would affect (geographical) range of the applicable law rule.

In fact, the Convention does not have any straightforward substantial provision for the initial copyrights owners. Moreover, it is difficult to make a uniform civil law on it now. This is why conflict of law rules should be used to govern the legal relationships.

The paper compares some choice of law rules for initial ownerships of intellectual property rights (including copyrights) in several “Principles” for conflict of laws in intellectual property, which were recently proposed by each study group. This comparison would show us several considerations to choose from applicable laws. Finally, this paper shows that the *lex protectionis* is more appropriate than the other applicable laws on the basis of all analyses.

The structure of this article is as follows:

Introduction

I: Berne Convention and Initial Ownership of Copyrights

II: *Lex Protectionis*

III: *Lex Originis*

IV: The Other Applicable Law

V: Opinion

Conclusions