

著作権侵害の準拠法と国際裁判管轄権

山本 隆司

I. はじめに

円谷プロ事件は、著作権事件について、不法行為地・財産所在地に基づく外国人に対する裁判管轄権の問題を提起したが、この問題に対して一審、二審および最高裁はそれぞれ異なる判断を下した。また、カードリーダー事件は、特許事件について、侵害差止請求権、損害賠償請求権および教唆・幫助の準拠法の問題を提起したが、この問題に対して一審および二審はそれぞれ異なる判断を下し、これらに対する学説の評価も分かれるところである。さらに、インターネット配信による国境を越える公衆送信の準拠法についても、大きく学説の分かれるところである。このように、著作権や特許権に関する準拠法と裁判管轄権についての議論は混沌とした状況にある。

他方、ハーグ国際私法会議の場で裁判管轄権に関する多国間条約案が検討されているが、この条約の採択は、外国の著作権や特許権の適用を認めないわが国裁判所にわが国司法の空洞化を生じさせるおそれがある。

以上のように、わが国は早急に著作権や特許権に関する準拠法と裁判管轄権についての議論を整理する必要に迫られている。そこで、この問題に対する考え方の整理を以下において試みたい。まずは、考え方の出発点となる属地主義の原則の意味と根拠について検討し、つぎに、裁判管轄権、準拠法の検討にすることとする。

ところで、準拠法および裁判管轄権の問題の検討については、まず裁判管轄権を検討する。どこの国の法律に従って著作権侵害を生ずるか否かを論ずる準拠法は、各国の国際私法の問題である。すなわち、各国の国際私法によって、準拠法決定のルールが異なってくる。では、まずどこの国の国際私法に従って準拠法を決定するのか。これを決定するのは、法廷地の国際私法である。したがって、法廷地の決定（裁判管轄権の所在地の問題）→法廷地の国際私法の適用→準拠法の決定という順番になる。すなわち、裁判管轄権の検討が準拠法の検討に論理的に先行する。

これに対して、準拠法の検討は必ずしも裁判において検討されるものではないから、まず準拠法の検討が論理的に先行すべきであるとの見解¹がある。しかし、準拠法を決定する国際私法は国の数以上あるのであるから、まずどこの国の国際私法が適用されるのかという裁判管轄権の問題を検討しなければ、国の数以上ある各国の国際私法の適用の検討を先行させることは無意味である。たとえば、著作権侵害に関する紛争がある場合、まずその紛争についてどこの国の裁判所が裁判管轄権を持つかを決定し、つぎにその法廷地の国際私法によればどこの国の著作権法や不法行為法を準拠法として決定するかを検討する。この紛争を裁判外で解決する場合であっても同じである。裁判外で解決する場合であっても、当事者は、裁判手続をとった場合の結論を見ながら、互いにその

¹ 道垣内正人「著作権を巡る準拠法及び裁判管轄権」コピライト 2000/8 号 8 頁

結論よりも不利にならないように裁判外での紛争解決を図るからである。

II. 属地主義の帰結

1. 知的財産権の属地主義

ベルヌ条約第5条第2項第3文は、著作権の準拠法について「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、もっぱら、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる。」と保護国法主義を規定する。また、パリ条約第5条の2第1項は、「同盟国の国民が各同盟国において出願した特許は、他の国（同盟国であるかどうかを問わない。）において同一の発明について取得した特許から独立したものとする。」と特許独立の原則を規定する。これらの規定は、知的財産権の属地主義の原則を前提にするものと考えられている。

この属地主義の原則は、一国で認められた知的財産権の効力はその国の統治権の及ぶ領域内に限られ、その成立、変動および効力などはその権利を認める国の法律によるとするものである。この原則が採用されている理由は、これらの権利は当初より主権者たる君主により、したがってその領域内において個別的な特権付与の慣行により承認され、次いでナショナリズムの強調された時代において各国の文化、産業政策に基づいて同様の方式で承認され、法文化されて発展し、今日に至っていることによるといわれている²。

知的財産権の公法的性格を強調する考え方に立てば、属地主義の原則の結果、知的財産権の侵害について侵害行為地に排他的管轄を認め³、また外国知的財産権の侵害について自国において外国法の適用を排除する⁴こととなる。

これに対して、知的財産権の私法的性格を強調する考え方に立てば、属地主義の原則は、財産権の成立および効力は権利付与国によるということを意味するだけで、排他的管轄権や外国法の適用排除を意味しないことになる。

2. 著作権制度の公法的性格

特許権・著作権を認める根拠として、これを自然権とする考え方と、産業・文化の振興政策として付与されるものとする考え方(*incentive theory*)がある。

特許権や著作権を自然権とする考え方は、ヘーゲルがその「法の哲学」で示した人格理論(*personality theory*)やロックがその「政府二論」で示した労働理論(*labor theory*)である。

² 紋谷暢男「知的財産権の国際的保護」国際私法の争点新版25頁

³ 英米法における *local action* の観念（参照：雨宮定直「外国特許権侵害に対する救済の許容性」国際工業所有権法の諸問題544頁）、田中徹「外国特許侵害の裁判管轄権と法例11条2項」ジュリスト215号93頁）。カードリーダー事件東京高裁平成12年1月27日判決（判時1711-131）：「特許権については、国際的に広く承認されているいわゆる属地主義の原則が適用され、外国の特許権を内国で侵害するとされる行為がある場合でも、特段の法律又は条約に基づく規定がない限り、外国特許権に基づく差止め及び廃棄を内国裁判所に求めることはできないものというべきであり、外国特許権に基づく差止め及び廃棄の請求権については、法例で規定する準拠法決定の問題は生じる余地がない。」

⁴ 満州国特許事件東京地裁昭和28年6月12日（下民集4-6-847）、カードリーダー事件東京地裁平成11年4月22日判決（判時1691-131）、同東京高裁平成12年1月27日判決（判時1711-131）

(1) 人格理論(personality theory)

ヘーゲルの「法の哲学」は、次のように述べる。

「第68節 私の精神的生産物における自分特有のものは、外にあらわす方式を通じて直接に、今や他人も生産しうる物のように外形的な物に変わりうる。その結果、したがって、このような物の占有を取得することによって、その新所有者は、その物が伝える思想やその物に含まれる技術的発明を自分のものとなしうる。文筆上の作品のような場合に、このような物の価値を成しこれを保有する目的を成すものは、しばしば、その物が伝える思想やその物に含まれる技術的発明を自分のものとなしうることになる。さらに、このような新所有者は、同時に、自分を表現した同種の物をたくさん生産する普遍的な方式を取得するに至る。…」

第69節 そのような生産物を個別のものとしての複製物で手に入れた者は、その生産物の完全な使用と価値を占有するのであるから、一個の物としてのその生産物の完全かつ自由な所有者である。もっとも、その著作の著者とかその技術的装置の発明者は、依然として、そのような生産物や物件を数多くつくる普遍的な方式の所有者でありつづけるのであって、そのような方式を彼は直接に外に譲渡したのではなく、自分特有の外にあらわす仕方としてこの方式を自分に保有しうるのである。…」

この人格理論は、自分を外部に表わすことによって物を生み出した者はそれを自分の所有物とすることができ、また、知的財産の創作者は①自分を外部に表現する普遍的な方式と②その普遍的な方式によって創られる複製物の二つを創り出す、と考える。その結果、知的財産の創作者は、②普遍的な方式によって創られた複製物から独立して、①自分を外部に表現する普遍的な方式に対して、知的財産権を保有することができるのである。この理論によれば、なぜ創作者以外の第三者による知的財産の使用を排除することができるのかをその普遍的性質によって説明することができる。

しかし、この排他性は、独自に物を創作した者による独自の創作物に対する権利の取得を排除するものではない。この結論は、現在の著作権法の法理とは一致するが、現在の特許法の法理とは矛盾する。特許法に基づく排他性の法理は、独自創作を認めない。さらに、この理論は、知的財産権が無期限に存続することを許容することになるが、知的財産権の存続を無期限に認めることは現在の特許法および著作権法の法理に反する。

(2) 労働理論(labor theory)

ジョン・ロックの「政府二論」は、次のように述べる。

「26 ……地が自然に産出する果実と、その給養する動物とは、自然の手の自ずからなる産物であるが故に、人類共有の物に属する。……」

27 たとえ地とすべての下級の被造物が万人の共有であっても、しかも人は誰でも自分自身の一身については所有権を持っている。これには彼以外の何人も、なんらの権利を有しないものである。彼の身体の労働、彼の手の働きは、まさしく彼のものであるとあってよい。そこで自然が備えそこにそれを残しておいたその状態から彼が取り出すものはなんでも、彼が自分の労働を混えたものであり、そうして彼自身のものである何物かをそれに付け加えたのであって、このようにしてそれは彼の所有物となるのである。……

30 こうしてこの理性の法によって、鹿は、それを殺したインディアンのもものとなる。……

32 しかし、所有権の主要な対象は、今では、土地の果実や、そこに生存する獣ではなくて、土地そのもの——その他の一切のものは土地に含まれ、土地の上に見い出される——であるが、土地の所有権も同じようにして獲得されたことは明白だと思う。……」(下線は原文どおり)。

この労働理論は、労働が価値を生むので、労働によって物を生み出した者はその物を享受すべきであると考ええる。この理論に従えば、労働を行って価値のある創作物を創作した者は、その創作物によって生じるあらゆる利益に対する権利を取得することができる。このように、労働理論は、なぜ知的財産権の所有者が第三者によるその知的財産の使用を排除することができるのかを説明することができる。

しかし、この排他性は、独自に物を創作した者による独自の創作物に対する権利の取得を排除するものではない。この結論は、現在の著作権法の法理とは一致するが、現在の特許法の法理とは矛盾する。特許法に基づく排他性の法理は、独自創作を認めない。さらに、この理論は、知的財産権が無期限に存続することを許容することとなるが、知的財産権の存続を無期限に認めることは現在の特許法および著作権法の法理に反する。

(3) 産業政策理論(incentive theory)

産業政策理論とは、発明や著作物といった精神的創作物は本来公有(public domain)に帰するものであるが、その創作活動を促進する政策の手段としてその創作者に市場支配権を与えるという思想である。

特許権制度および著作権制度の歴史を見れば、特許権制度および著作権制度が、前掲の自然権思想の影響を一部に受けながらも、このような産業政策理論の思想を基軸として発展してきたことは明らかである。たとえば、1710年、イギリス議会は最初の現代的な著作権法であるアン制定法⁵を制定した。その前文は次のとおり規定する。

「印刷業者、書店その他個人は、近時たびたび自由勝手に、著作者その他権利者の許諾なく、書籍その他の書物を印刷出版し、彼らに甚大な損害を与えて、時には彼らおよびその家族を破滅に追いやることさえしばしばである。

⁵ Statute of Anne (8 Anne c.19, 1710)

それゆえ、将来においてこのような行為を防止するとともに、知識人が有用な書籍を企画し著述することを促進することを目的として、女王陛下の名において以下のとおり定める」

この法律は、出版者に対してではなく著作者に対して、更新権付きで、14年間の期限で排他的権利を与えることを定めた。その目的は、公衆に印刷出版の自由を回復するとともに、知識人による有用な書物作成を促すことであつた。この法律は、自然権の理論ではなく、政策の理論である。その政策とは、創作活動の促進である⁶。

また、2001年4月に採択されたEUの情報社会指令の前文第4節は次のように述べており、著作権法思想が自然権思想ではなく産業政策理論に基づいていることが明らかである。

「ハーモナイズした著作権および関連権の法的枠組みは、より強化された法的確実性によって、また知的財産権のより高度な保護をもたらしつつ、ネットワーク・インフラストラクチャーを含む創造行為・革新行為への多量の投資を育み、またひいては、コンテンツ提供および情報技術の両分野においてと産業・文化の広範な領域にわたって、ヨーロッパの産業の成長と競争力の強化をもたらす。これは、雇用を守りまた新規雇用を促進することとなる。」

以上のとおり、知的財産権制度は、市場への創作物（発明・著作物）供給を極大化することを目的とした産業政策・文化政策として、創作者（発明家・著作者）に市場支配権を与える制度である。

3. 専属管轄性の当否

(1) 権利自体の非公法的性格

以上のとおり、特許法・著作権法は、産業政策に基づく公法的性格を持つ制度であつて、属地主義の原則は、財産権の成立および効力は権利付与国法によるということを意味するものである。したがって、属地主義は、実質法上の原則である⁷。

では、公法的性格を強調して、知的財産権の侵害について侵害行為地に排他的管轄を認めるべきか。

しかし、特許法・著作権法における公法的性格は、特許権や著作権を創設

⁶ 参照：Latman, Gorman and Ginsburg, *Copyright for the Nineties 3rd Ed.* (1989), pp 1-4

⁷ これに対して、属地主義について、田村教授は、法律関係を明確にし、知的財産の利用者に予測可能性をもたらすために、その行為が適法となるか否かに関しては、その地を統治する国の法によって判断されるべきであるとの理を表現したものが、属地主義であるとし、その結果として、ある国の特許権の効力はその国内にのみ及ぶことになるとする見解(田村善之「並行輸入と知的財産権」ジュリスト1064号45、46頁)をとる。しかし、属地主義の産業政策的性格に留意すれば、予測可能性のための便宜的ルールと見ることはできないのは明らかである。

する法目的における産業政策であるが、これによって創設された権利自体は単なる私権であって、公法的性格はない。たとえば、同じように公法的性格を有する法律に基づく権利として、生活保護法に基づく保護受給権と比較すれば明らかである。著作権は、権利者がこれを譲渡等自由に処分できる（著作権法61条）し、債権者の差押えから保護されないが、保護受給権は権利者がこれを譲渡等自由に処分することは許されず（生活保護法59条）、また債権者の差押えから保護される（同58条）。ところが、保護受給権に基づいて支給された金銭は、一旦支給された金銭には色が付いていないので、権利者がこれを借金の返済に充てたととしても、これを債権者から回収することはできない。このように、法律がいかに公法的性格を持っていても、これに基づく権利がどのように公法的性格を持つものとするかは、法律の作り方次第である。たとえば、著作権法が著作者に恩給受給権を与える場合には、この恩給受給権は公法的性格を持つであろう。しかし、少なくともわが国著作権法上の著作権については、公法的性格を認めうるような性質は与えられていない。

以上のように、特許法・著作権法に基づいて発生した権利自体は単なる私権であるから、その侵害の有無の判断には公益判断を必要とするような公法的性格は存在しないと思われる⁸。したがって、一旦発生した特許権や著作権に対する侵害の救済には専属管轄を認める必要はない。

著作権訴訟の国際裁判管轄権に関する円谷プロ事件最高裁判決⁹（平成13年6月8日第二小法廷判決）においては、原告が本件著作物につきタイ王国において著作権を有することの確認を求めたが、最高裁はこれに対する日本の裁判管轄権を認めた。すなわち、本最高裁判決は、著作権などの知的財産権の制度は権利付与国の産業政策・文化政策であるから知的財産権訴訟は権利付与国の専属管轄に属するべきかという問題に対して、少なくとも著作権についてはそ

⁸ 同旨：茶園成樹「インターネットによる国際的な著作権侵害の準拠法」国際税制研究3号85頁：「知的財産権法が国家の産業政策・文化政策の反映であっても、個々の知的財産権は私権であって、しかも外国で付与された権利について当該外国で行われる行為に対し当該外国法を適用するのであるから、裁判管轄を肯定しても外国の産業政策・文化政策に関与することにはならないであろう。」

⁹ この事件においては、テレビ映画「ウルトラマン」等の著作権者である日本企業（原告・控訴人・上诉人）が、日本国外における独占的利用許諾を受けたと称するタイ国民（被告・被控訴人・被上诉人）に対して、東京地裁に提訴した。東京地裁（平成11年1月28日、判時1681-147、判タ995-266）・東京高裁（平成12年3月16日）は裁判管轄権・確認の利益の欠如を理由に訴えを却下したが、最高裁は、①被告の代理人が原告の海外ライセンサーなどに対して著作権独占的利用許諾侵害の警告書を日本に送付したことにより原告の業務が妨害されたことを理由とする不法行為に基づく損害賠償請求、②被告が日本において本件著作物についての著作権を有しないことの確認請求、③被告が日本国外における独占的利用許諾を受けたと称する契約書が真正に成立したものでないことの確認請求、④原告が本件著作物につきタイ王国において著作権を有することの確認請求、⑤被告が本件著作物の利用権を有しないことの確認請求、および⑥被告が本件著作物の海外における独占的利用許諾を有する旨を日本国内において第三者に告げること等の差止請求のいずれについても、裁判管轄権・確認の利益を認め、一番に事件を差し戻した。

の専属管轄性を否定した。

(2) 審査手続の公法的性格

ただし、侵害の有無の判断に関して、権利の内容および範囲のほか、権利の成立まで外国の裁判所が判断できるのかは、特許権の成立には特許庁の審査手続きに対する司法審査の問題を含むので、多分に議論の余地がある。というのは、①特許権の成立は、通常、各国の特許庁の特許登録という行政処分によって行われるので、外国の機関（裁判所）が他国の行政処分の無効を認定することの是非が問題である。また、②各国の特許庁が新規性・進歩性を審査・認定しているが、その判断の技術的専門性に基づく裁量行為を、外国の機関（裁判所）が司法審査することの是非が問題である。わが国では特許庁の行政処分であるということとその判断の技術的専門性に基づいて、特許庁による特許権の無効判断に司法判断の及ばない裁量の余地を認める制度がとられている。これに対して、米国では、特許庁に自由裁量の余地を認めず、裁判所が新規性・進歩性（自明性）を判断して、特許の無効を認定することができる（判決の *collateral estoppel* に基づき、特許権者の敗訴は対世効を生じる）。このように、特許権の成立に対する司法判断の可否および範囲は、各国の制度の立て方によるので、公益判断を必要とするような公法的性格が存在するか否かを国ごとに判断することが必要と思われる。

(3) ハーグ条約草案

なお、1999年10月30日に採択されたハーグ国際私法会議における「民事及び商事における国際裁判管轄及び外国判決に関する条約草案」（以下「条約草案」という）12条4項は、知的財産権訴訟の専属管轄について、「特許権、商標権、意匠権その他の寄託又は登録を要する類似の権利の登録、有効性、無効、[取消し又は侵害]を目的とする手続については、寄託又は登録が申請され、行われ、又は国際条約の条項によって行われたとみなされる締約国の裁判所が専属的な管轄権を有する。前段の規定は、著作権又は著作隣接権を登録することができる場合であっても、それらの権利には適用しない。」と規定する。

この規定に対して、米国は、登録の無効等の審査手続を登録国における専属管轄とすることに反対している。その理由は、前述のとおり、米国では、特許権の無効判断について、技術的専門性に基づく特許庁の裁量権を認めず、全面的に裁判所の司法判断に服するとの制度をとっているためである。英国は、特許の無効判断と侵害判断は不可分の関係にあることおよび特許法は公益判断を伴うことを理由に、侵害訴訟についても専属管轄権を主張している。

4. 外国法適用排除の当否

また、産業政策に基づく特許法・著作権法の公法的性格を強調して、外国知的財産権の侵害について自国において外国法の適用を排除すべきか。

裁判例には、日本の裁判所において外国知的財産権法の適用を排除するものがある。満州国特許事件東京地裁昭和28年6月12日判決（下民集4-6-847）は、「特許権については、いわゆる特許独立の原則が行われ、日本国内におい

ては、日本の特許権のみが権利として認められ、外国特許権は何ら権利としての存在を有しない（従って日本国内において外国特許権を侵害するも不法行為が成立しない）ことは多言を要しない」と判示して、外国特許権の権利性を否定した。また、カードリーダー事件の東京地裁平成11年4月22日判決（判時1691-131）と東京高裁平成12年1月27日判決（判時1711-131）も同旨である。同東京高裁は、「特許権については、国際的に広く承認されているいわゆる属地主義の原則が適用され、外国の特許権を内国で侵害するとされる行為がある場合でも、特段の法律又は条約に基づく規定がない限り、外国特許権に基づく差止め及び廃棄を内国裁判所に求めることはできないものというべきであり、……前記のとおり、我が国においては属地主義の原則を排除して米国特許権の効力を認めるべき法律又は条約は存在しないので、米国特許権は、我が国の不法行為法によって保護される権利には該当しない。」と判示して、外国特許権の権利性を否定した。

しかし、山田鐮一教授が論じられるとおり¹⁰、「侵害の対象となる権利自体については、不法行為地においてはもちろん、日本においても権利として認められるものでなければならない。しかし、日本において認められる権利というのは、必ずしも法廷地法たる日本法によって成立した権利であることを意味しない。法例の立場から管轄権のある法律によって成立した権利であれば、それをもって足りるものというべきである。例えば、目的物の所在地法たる外国法によって適法に成立している物権が侵害された場合に、その物権が日本の法律によって成立した権利でないと日本において不法行為と認めるを得ないということはできない」。

では、外国の特許法・著作権法がわが国の公序良俗に反するがゆえに、日本においても権利として認められないものであるのか。外国の特許法・著作権法がわが国の公序良俗に反する場合には、わが国裁判所において外国の特許法・著作権法を適用することができない（法例33条）が、このような公序良俗違反性は存在しない。法例33条にいわゆる「公ノ秩序」と民法90条にいわゆる「公ノ秩序」とは、必ずしもその意義を同じくしない。内国の強行規定はすべて民法上の「公ノ秩序」に関する規定であるが、もしも法例33条の「公ノ秩序」をこれと同じものとするれば、国際私法の規定の大半は無意味となる。法例33条の規定は、外国法規定の適用の具体的結果がわが国の公序良俗に反するときこれを適用しないという意味に解される。たとえば、一夫多妻は民法90条にいわゆる「公ノ秩序」に反するが、外国人の相続に絡んでわが国裁判所が一夫多妻制を採用する外国法を適用するとしても必ずしも、法例33条の「公ノ秩序」に反することにはならない。他方、一夫多妻制を採用する外国の国民が日本で多重婚することは法例33条の「公ノ秩序」に反することになる。後者の場合には、わが国の法秩序に反する国内での行為が存在するからである。

外国の特許法・著作権法をわが国の裁判所が適用する場合、その侵害行為は、当該外国において行われるのであるから、当該外国法適用の結果がわが国内法

¹⁰ 山田鐮一「国際私法」（有斐閣）323頁

秩序に反するという事は起こらない。したがって、外国の特許法・著作権法をわが国の裁判所が適用することを、属地主義に基づいて否定する根拠も存在しない。

以上のように、特許権や著作権について、属地主義の原則は、財産権の成立および効力は権利付与国によるということの意味するものであるが、特許権や著作権自体は私権にすぎず、その侵害について侵害行為地に排他的管轄を認めるべきでも、自国において外国法の適用を排除すべきでも、ない。

5. 権利の競合か適用法の競合か

A国においてB国人を交通事故で死傷させた場合、不法行為がA国法に基づいて成立するのか、B国法に基づいて成立するのかという問題は、権利の競合の問題ではなく、適用法の競合の問題である。というのは、ここでは、被害法益は、B国人の身体生命であり、被害法益は単一であり、複数の権利は成立しない。その単一の被害法益をどこの国の法律で規律するのが適切かという適用法が問題となるだけである。

ところが、A国とB国において活動するCの名誉を単一の行為で毀損した場合、不法行為がA国に基づいて成立するのか、B国に基づいて成立するのかという問題は、適用法の競合の問題にとどまらず、権利の競合の問題を含む。というのは、ここでは、被害法益は、Cの社会的名誉であり、Cの社会的名誉はA国にもB国にも独立して存在するので、被害法益は複数であり、加害行為が一つであっても複数の権利が成立する。

著作権侵害に対する差止請求権や不法行為責任の成立の問題は、適用法の競合の問題にとどまるのか、権利の競合の問題を含むのか。これは、著作権を人格理論や労働理論に基づいて自然権と考えるか、産業政策理論に基づいて産業政策として付与される権利と考えるのかに関係する。一つの行為でA国とB国におけるCの著作物について著作権侵害が生じた場合、著作権を自然権と考えると、被害法益はCの人格的利益であって、被害法益は単一であり、複数の権利は成立しないこととなる。A国の著作権法を適用するか、B国の著作権法を適用するかは、適用法の競合の問題にとどまり、単純に便宜的に決定すべき準拠法の問題となる。このような帰結は、田村教授の主張されているところ¹¹であり、田村教授の著作権に対する理解には自然権的発想があるのではないかと疑

¹¹ 田村善之「著作権法概説」466頁は、「利用者に予測可能性をもたらすために、知的財産の利用行為が侵害となるか否かということに関しては、その地を統治する国の法によって判断されるべきであるとの理を表現したものが、属地主義である。」という。また、田村善之「著作権法概説」471-472頁は、「送信行為が主として念頭に置いている受信者層が特定国に集中していることが明らかな場合には、当該国の法を適用すべきであろう。たとえば、日本語のようにネイティブ・スピーカーが日本国に集中している言語で構成される情報が送信される場合には、特段の事情（内容からして海外留学生向けの送信であることが分かる場合など）のない限り、どこのサーバーから送られようが、どこから配信されようが、日本の著作権法を適用すべきであろう。」という。しかし、属地主義の産業政策的性格に留意すれば、予測可能性のための便宜的ルールと見ることはできないのは明らかどころである。

われる。

他方、一つの行為でA国とB国におけるCの著作物について著作権侵害が生じた場合、著作権を産業政策理論に基づいて産業政策として付与される権利と考えると、被害法益はA国における市場支配権とB国における市場支配権であって、被害法益は複数であり、加害行為が一つであっても複数の権利が成立することとなる。A国の著作権法を適用するか、B国の著作権法を適用するかは、適用法の競合の問題にとどまらず、権利の競合を含む問題となる。すなわち、権利の競合の問題として、A国における権利侵害とB国における権利侵害が併存するかという問題が存在するとともに、適用法の競合の問題として、A国における権利侵害については権利付与国であるA国の著作権法をまたB国における権利侵害については権利付与国であるB国の著作権法を適用すべきであるかという問題が存在する。

前述のとおり、著作権は、産業政策理論に基づいて産業政策として付与される権利と考えるべきである。したがって、一つの行為でA国とB国におけるCの著作物について著作権侵害が生じた場合、原告が、A国の著作権法に基づく権利を主張するかB国の著作権法に基づく権利を主張するかは、そもそも準拠法の問題ではなく訴訟物選択ないしは保護を求める権利の選択の問題である。保護を求められる著作権について、どこの国の著作権法で差止請求権や不法行為責任を認めるかは、そのつぎの準拠法の問題である。

III. 著作権侵害事件の裁判管轄権

1. 管轄原因へのアプローチ

(1) 判例学説

わが国には、国際裁判管轄権を定める法律はない。そこで、解釈上、いくつかのアプローチが存在する¹²。

逆推知説は、民訴法学上の有力説で、民事訴訟法の規定する土地管轄のいずれかがわが国内に認められる場合には、その前提とし、当然に当該事件に対しわが国の裁判権の行使が認められているものとして、国内土地管轄規定から民事裁判権の行使範囲を逆に推知しうるとする考え方である¹³。

修正逆推知説は、わが国の訴訟法の定める裁判籍が内国に在る場合には、原則として、国際裁判管轄もわが国にあると解しながら、例外的に、その結果が裁判の適正、公平、迅速などの訴訟法の基本理念に反する「特段の事情」がある場合には、国際裁判管轄を否定すべきであるとものである（東京地裁昭和61年6月20日判決（判時196-87、判タ604-138））。

管轄配分説は、国際私法学上の有力説で、ある涉外事件につきいずれの国の裁判所で裁判をなすのが、裁判の適正・公平・迅速等の手続法の基本理念に沿うのか、また、涉外私法生活関係の安定・安全に資するか等の視点からなされる、国際的規模での裁判管轄の場所的配分であるとするものである¹⁴。

修正類推説は、国際私法学上の多数説で、管轄配分説をベースにしつつ、国内土地管轄規定も、国内と国際との相違はあるが同じく管轄の配分に関する規定であり、国内と国際との問題の性質の相違を考慮しつつ、「類推」ないし「参酌」することができるものである。

利益衡量説は、内国管轄規定上の管轄原因に必ずしも拘束されることなく、事件と内国との関連の密接性を中心に全体的に利益衡量を行い、内国管轄規定に規定されている管轄原因に該当しない場合又は典型的には該当するとはいえない場合にも、それ以外の関連性により補充がなされるならば管轄を認め得るとするものである（東京地裁昭和54年3月20日判決）。

判例は、わが国の民訴法の定める裁判籍が内国に在る場合には、原則として、国際裁判管轄もわが国にあると解しながら、例外的に、その結果が裁判の適正、公平、迅速などの訴訟法の基本理念に反する事情がある場合には、国際裁判管轄を否定または肯定するものようである。

すなわち、マレーシア国内でのマレーシア航空会社（被告）の旅客機墜落事故によって死亡した日本人遺族（原告）が債務不履行に基づく損害賠償を求めて名古屋地裁に提訴したマレーシア航空事件において、最高裁は、つぎのように判示して、日本に被告が営業所を保有すること（新民訴法4条5項）を根拠に日本の裁判管轄権の存在を認めた（昭和56年10月16日判決、民集35-7-1224）。

¹² 木棚照一＝松岡博＝渡辺惺之「国際私法概論第3版」246-251頁

¹³ 兼子一「民事訴訟法体系」66頁。小山昇「民事訴訟法」23頁。菊井維大「民事訴訟法上」26頁。斉藤秀夫「民事訴訟法概論」60頁。

¹⁴ 池原季雄＝平塚誠「涉外訴訟における裁判管轄」実務民事訴訟講座6巻13頁）。

「思うに、本来国の裁判権はその主権の一作用としてされるものであり、裁判権の及ぶ範囲は原則として主権の及ぶ範囲と同一であるから、被告が外国に本店を有する外国法人である場合はその法人が進んで服する場合のほか日本の裁判権は及ばないのが原則である。しかしながら、その例外として、わが国の領土の一部である土地に関する事件その他被告がわが国となんらかの法的関連を有する事件については、被告の国籍、所在のいかんを問わず、その者をわが国の裁判権に服させるのを相当とする場合のあることをも否定し難いところである。そして、この例外的扱いの範囲については、この点に関する国際裁判管轄を直接規定する法規もなく、また、よるべき条約も一般に承認された明確な国際法上の原則もいまだ確立していない現状のもとにおいては、当事者間の公平、裁判の適正・迅速を期するという理念により条理にしたがって決定するのが相当であり、わが民訴法の国内の土地管轄に関する規定、たとえば、被告の居所（民訴法二条）、法人その他の団体の事務所又は営業所（同四条）、義務履行地（同五条）、被告の財産所在地（同八条）、不法行為地（同一五条）、その他民訴法の規定する裁判籍のいずれかがわが国内にあるときは、これらに関する訴訟事件につき、被告をわが国の裁判権に服させるのが右条理に適うものというべきである。」

また、日本に居住する日本人の夫がドイツに居住するドイツ人の妻に対して離婚、日本に居住する子供の親権者指定および慰謝料支払いを求めて日本の裁判所に訴訟を提起した事件において、最高裁は、つぎのように判示して、民訴法の定める裁判籍が内国にない場合であっても例外的に日本に裁判管轄権を認めた（平成8年6月24日判決、民集50-7-1451）。

「離婚請求訴訟においても、被告の住所は国際裁判管轄の有無を決定するに当たって考慮すべき重要な要素であり、被告がわが国に住所を有する場合にわが国の管轄が認められることは、当然というべきである。しかし、被告がわが国に住所を有しない場合であっても、原告の住所その他の要素から離婚請求とわが国との関連性が認められ、わが国の管轄を肯定すべき場合のあることは、否定し得ないところであり、どのような場合にわが国の管轄を肯定すべきかについては、国際裁判管轄に関する法律の定めがなく、国際的慣習法の成熟も十分とは言い難いため、当事者間の公平や裁判の適正・迅速の理念により条理に従って決定するのが相当である。そして、管轄の有無の判断に当たっては、応訴を余儀なくされることによる被告の不利益に配慮すべきことはもちろんであるが、他方、原告が被告の住所地国に離婚請求訴訟を提起することにつき法律上又は事実上の障害があるかどうか及びその程度をも考慮し、離婚を求める原告の権利の保護に欠けることのないよう留意しなければならない。

これを本件についてみると、前記事実関係によれば、ドイツ連邦共和国においては、前記一三記載の判決の確定により離婚の効力が生じ、被上告

人と上告人との婚姻は既に終了したとされている（記録によれば、上告人は、離婚により旧姓に復している事実が認められる。）が、我が国においては、右判決は民訴法二〇〇条二号の要件を欠くためその効力を認めることができず、婚姻はいまだ終了していないといわざるを得ない。このような状況の下では、仮に被上告人がドイツ連邦共和国に離婚請求訴訟を提起しても、既に婚姻が終了していることを理由として訴えが不適法とされる可能性が高く、被上告人にとっては、我が国に離婚請求訴訟を提起する以外に方法はないと考えられるのであり、右の事情を考慮すると、本件離婚請求訴訟につき我が国の国際裁判管轄を肯定することは条理にかなうといふべきである。」

さらに、日本企業がドイツに居住する日本人に対して契約上の預託金の返還を求めて日本の裁判所に提訴した事件において、最高裁は、つぎのように判示して、民訴法の定める義務履行地に基づく裁判籍が内国にある場合（新民訴法5条1号）であっても例外的に日本に裁判管轄権を否定した（平成9年11月11日判決、民集51-10-4055）。

「被告が我が国に住所を有しない場合であっても、我が国と法的関連を有する事件について我が国の国際裁判管轄を肯定すべき場合のあることは、否定し得ないところであるが、どのような場合に我が国の国際裁判管轄を肯定すべきかについては、国際的に承認された一般的な準則が存在せず、国際的慣習法の成熟も十分ではないため、当事者間の公平や裁判の適正・迅速の理念により条理に従って決定するのが相当である（最高裁昭和五五年（オ）第一三〇号同五六年一〇月一六日第二小法廷判決・民集三五卷七号一二二四頁、最高裁平成五年（オ）第七六四号同八年六月二四日第二小法廷判決・民集五〇卷七号一四五一頁参照）。そして、我が国の民訴法の規定する裁判籍のいずれかが我が国内にあるときは、原則として、我が国の裁判所に提起された訴訟事件につき、被告を我が国の裁判権に服させるのが相当であるが、我が国で裁判を行うことが当事者間の公平、裁判の適正・迅速を期するという理念に反する特段の事情があると認められる場合には、我が国の国際裁判管轄を否定すべきである。」

以上、学説判例を概観したが、つまるところ、裁判の適正、公平、迅速などの訴訟法の基本理念をどのように具体的に反映させるかが重要である。管轄配分説のように、裁判の適正、公平、迅速などの訴訟法の基本理念を客観的に実現しようとするれば、最も適切な一国に裁判管轄を配分するという発想となる。しかし、国際社会が考え方の異なる主権国家から構成される実態を直視すれば、より主観的に、裁判の適正、公平、迅速などの訴訟法の基本理念は、救済を求められているわが国において実現されれば足りる。言い方を換えれば、裁判の適正、公平、迅速などの訴訟法の基本理念に照らして、わが国に裁判管轄権を

認めることが正義に反するとは言えない最低限度（最小接点¹⁵）を満たす限り、（外国に裁判管轄権を認めるよりもわが国に裁判管轄権を認めることがより適切か否かを問わず）救済を求められているわが国に裁判管轄権を認めるべきである。もっと直截に言えば、マレーシア航空事件のような場合、管轄配分説によればマレーシアがより適切な裁判地であって、マレーシアに裁判管轄権を認め日本には裁判管轄権を否定することとなろうが、日本人はマレーシアでの訴訟に対して、訴訟費用、弁護士報酬、翻訳・通訳料を含めた経済的負担、言語の相違、裁判手続の相違、国民性の相違、民族差別を含めた公平な裁判の実現など様々な点における不利益ないしはその不安を受けるので、日本での裁判を希望する。このような場合、マレーシアがより適切な裁判地であっても、日本に裁判管轄権を認めることが正義に反するような事情がない限り、日本に（も）裁判管轄権を認めるべきである。裁判管轄権を持つ国が複数存在することはいわゆるフォーラム・ショッピングを生ずるが、原告が日本での裁判を受けることを希望する前述のような懸念が国際社会においては現実的である以上、国際裁判管轄においてフォーラム・ショッピングを忌避する必要はない。必要なのは、被告の側に同じような懸念を負担させるからには、それを被告に強いるだけのわが国との関連性が必要なだけである。

したがって、正義に反するとはいえない最小接点としては、第1に、被告に日本での訴訟遂行を強いるに値するほど、被告の行為がわが国との関連性を持つ場合であろう。すなわち、被告が外国企業であっても、日本に支店や営業所を設立して、日本市場に進出する場合には、当然日本の法制度を駆使して事業活動を行いまたこれに伴う紛争処理も覚悟しているところであるから、日本での訴訟遂行に伴う不利益は甘受すべきであって、日本での訴訟遂行を強いることは不合理ではないと思われる。

第2に、いわば「法秩序の完結性」を保つのに必要なほど、原告を救済する必要性がある場合であろう。わが国法秩序の完結性を保持するために必要であれば、被告に日本での訴訟遂行に伴う不利益を甘受させることもやむを得ないであろう。たとえば、前掲の最高裁平成8年6月24日判決の事件においては、日本で暮らす子供の親権者を日本の裁判所で確定することは子供の福祉のために必要であって、そのためには母親の訴訟遂行上の不利益もやむを得ないものと考えられる。

なお、後掲のカルコ事件米国連邦最高裁判決においては、州が居住する未成年者の福祉に対して重大な利害をもっていることはその州が被告に対して対人裁判権をもつ根拠とはならないとしたが、米国は連邦制をとり各州間の裁判管轄権の調和（法秩序の完結性）が連邦法と連邦裁判所によって最終的に保障されている。国際的にはこのような調和を保障するものは存在しないから、法秩序の完結性を保持するために、原告を救済する強い必要性は、被告に日本での

¹⁵ 正義を実現する「最適」ないし「最大接点」(maximum contact)ではなく「最低限度」を求めれば足りよう。わが国の議論においてはしばしば「関連の密接性」が論じられるが、暗黙の内に、最大接点の所在地のみに裁判管轄権を認めるべきとの前提を置いているように見受けられる。

訴訟遂行に伴う不利益を甘受させる合理的根拠となると考える。

第3に、第1の場合または第2の場合であっても、日本での訴訟遂行によって証拠や適用法の収集からみて裁判結果に公正性・妥当性が期待できることが必要要件であろう。たとえば、外国での航空機墜落事故について日本で損害賠償を求める訴訟を提起した事件において、当該外国との間に国交がなく事故調査委員会の事故報告書などの証拠をわが国の裁判所が司法共助により利用できない場合には、わが国の裁判所において証拠に基づく適正な裁判を行うことが困難であるから、わが国の裁判管轄権を否定するのもやむを得ないと考えられる（東京地裁昭和61年6月20日判決、判時1196-87、判タ604-138）。

なお、米国のフォーラム・ノン・コンビーニエンスの法理は、かかる必要性に基づくものである。フォーラム・ノン・コンビーニエンスの法理は、①原告の選択した裁判地においては裁判の公正が確保できない事情があり、②実質的により公正性の確保が可能な他の裁判地が存在し、かつ、③移送によっては救済されない場合に、訴えの却下を認めるものである。すなわち、より適切な裁判地があれば裁判管轄権を否定できるとするものではなく、裁判結果に公正性・妥当性が期待できない場合に裁判管轄権を否定できるとする法理である¹⁶。

(2) 米国法における最小接点の法理

米国において発展した最小接点(minimum contact)の法理は、被告の行為が被告に日本での訴訟遂行を強いるに値するほどわが国との関連性を有するか否かを検討する上で参考となる。

米国法¹⁷においては、適正手続条項（連邦憲法修正第14条）により、被告に裁判権を及ぼすには被告と法廷地州の間に一定の最小接点があつて、訴訟を行わせることが「フェアプレイと実質的正義の伝統的観念」(traditional notions of fair play and substantial justice)に抵触しないことが必要とされる（インターナショナル・シュー事件¹⁸）。その結果、適正手続条項上は、被告が法廷地州に所在するかまたは所在するのと同じ程度に全面的に任意に法廷地州の法の保護を受けている場合には、被告は、いかなる訴訟についても法廷地州の領土裁判権に服す

¹⁶ リーディングケースである *Gulf Oil Corporation v. Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947)において、連邦最高裁判決はつぎのように判示している。「検討すべき重要な要素は、証拠の出所へのアクセスの相対的な容易性、出頭を望まない証人の出頭を強制する手続の利用可能性および出頭を望む証人を出頭させる費用、当該訴訟において施設の視察が適当であればこれを行う可能性、ならびに訴訟における審理を容易、迅速かつ安価とするその他全ての実際上の問題点である。判決が得られた場合の執行に関する問題もあろう。裁判所は、相対的な利点と公正な裁判への障害とを衡量する。原告は、不便な裁判地を選択することによって被告が自らの救済を求める権利について不要な費用または手間をかけさせ、被告を「翻弄し」、「嫌がらせ」または「抑圧し」てはならないと言われる。しかし、[前述の要素の]衡量が被告側に非常に大きく傾く場合でない限り、原告による裁判地の選択はめったに妨げられてはならない。」

¹⁷ 山本隆司「アメリカ裁判制度の現状」国際商事法務2 巻465-470, 601-604, 747-750, 875-882 頁

¹⁸ *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945)

る（一般裁判権）。被告が法廷地州において取引する場合のように部分的に法廷地州の法の保護を受けている場合（最小接点）には、被告は、その保護を受けている行為に関する訴訟についてのみ法廷地州の領土裁判権に服する（特別裁判権）。

被告と法廷地との間の最小接点としては、被告が法廷地州において活動する特権（または法の保護）を意図的に利用する行為、すなわち、被告が意図的に法廷地州の住民に向けて活動を行うことが必要である（バーガーキング事件¹⁹）。なお、被告に対する法廷地州の対人裁判権の発生には、「訴訟」と法廷地州との間の牽連性は必要であるが、「原告」と法廷地州との間の接点は必要ではない（キートン事件²⁰）。

(ア) 被告が作り出した法廷地との関係

被告が法廷地で活動する特権を利用し、法廷地法の恩恵および保護を享受するような、被告自身が作出した法廷地との実質的な関係(substantial connection)が必要である。被告が物理的に法廷地に入ったか否かは重要ではない（前掲インターナショナル・シュー事件）。

(a) 法廷地州での取引行為： 被告の法廷地での取引行為は、被告と法廷地州との間の最小接点として認められる（ワールドワイド・フォルクスワーゲン事件²¹）。突発的な、偶然のまたは希薄な接点(random, fortuitous, or attenuated contacts)では足りない（前掲バーガーキング事件）が、被告の代理人による単一の行為または独立した活動でも、状況により最小接点として認められる（前掲インターナショナル・シュー事件）。少なくとも、被告が法廷地で定期的に販売行為を行う場合には、被告と法廷地州との最小接点が認められる（前掲キートン事件）。マギー事件²²では、被告が法廷地州の住民に保険証書を送付し、その法廷地州からの保険料の送金を受け取ったことに、被告と法廷地州の最小接点が認められた。

被告による物品の購入も被告と法廷地州との間の最小接点となる（ヘリコプテロス事件²³）。

法人が法廷地州に事務所を設置し、代理人・従業員を置いて法廷地州において継続的・組織的(continuous and systematic)に取引活動を行う場合は、むしろ、法廷地州にその「所在」が認められ、一般裁判権の根拠となる（前掲インターナショナル・シュー事件、前掲ヘリコプテロス事件）。

(b) 法廷地州での取引勧誘： 被告が法廷地州において販売員または宣伝広告によって取引を勧誘する場合、被告と法廷地州との間に最小接点が認められる（前掲ワールドワイド・フォルクスワーゲン事件）。販売網・サービス網の設置にも、最小接点が認められる（後述「商品流通による接点」参照）。

¹⁹ *Burger King Corporation v. Rudzewicz*, 471 U.S. 462 (1985)

²⁰ *Keeton v. Hustler Magazine, Inc.*, 465 U.S. 770 (1984)

²¹ *World-Wide Volkswagen Corporation v. Woodson*, 444 U.S. 286 (1980)

²² *McGee v. International Life Insurance Co.*, 355 U.S. 220 (1957)

²³ *Helicopteros Nacionales de Colombia, S.A. v. Hall*, 466 U.S. 408 (1984)

(c) 契約関係の樹立： 他州の者と契約を結んだというだけで自動的にその州との間に最小接点を生ずるわけではない。契約成立地または契約履行地に、機械的に、最小接点を生ずるというものでもない。また、準拠法の選択それ自体では、最小接点としては不十分であるが、被告が意図的に法廷地州法の恩恵と保護を受けていたか否か判断するうえで考慮される。前掲バーガーキング事件においては、被告が期間 20 年の長期契約を結んだことがフロリダとの意図的な関係を強化し、意図的にフロリダ法の恩恵と保護を利用したと認めて、フロリダ州に最小接点が認められた。

(d) 不法行為： 法廷地州において不法行為を行った場合、たとえば、交通事故を起こした場合には、法廷地州との最小接点が認められる。しかし、州外で行われた不法行為による損害がたまたま法廷地州で発生しただけでは、不法行為者に法廷地州との最小接点は認められない。被告に法廷地州に向けた行為が必要とされる。

(e) 財産の保有・使用・占有： 法廷地州に所在する財産を所有している場合、これをめぐる賃貸借契約上の紛争や地上工作物責任について、所有者に法廷地州との最小接点が認められる(シェーファー事件²⁴)。無体財産については、たとえば、デラウェア法では会社の株式は会社設立州に所在するとされるので、デラウェア州で設立された会社の株式を保有していることによってデラウェア州との間に最小接点を生ずる(前掲シェーファー事件)。

(f) 会社役員への就任： 会社の役員に就任しても会社の設立州との間に最小接点を生じない(前掲シェーファー事件)。

(g) 子供の生活地： 未成年の子供が離婚した母親と一緒に暮らしたいと言った場合に、父親がこれを許して母親の元へ送り出しても、母親のいる法廷地州の恩恵と保護を意図的に利用する行為とはならない(カルコ事件²⁵)。

(4) 第三者が作り出した法廷地との関係

被告の販売した商品を第三者が法廷地州に持ち込み、被告がこれを予見しえても、必ずしも最小接点は認められない。

(a) 偶発的接点： 「意図的利用」の要件は、突発的な、偶然のもしくは希薄な接点(random, fortuitous, or attenuated contacts)、または相手方もしくは第三者による一方的行為(unilateral activity)の結果としての接点のみによって、被告が訴訟遂行を強いられないことを担保する(前掲バーガーキング事件)。したがって、第三者による法廷地への持ち込みが突発的または偶発的な場合には、たとえ被告がこれを予見しえたとしても、法廷地州で活動する特権の意図的利用とはいえず、最小接点の要件を満たさない。

たとえば、前掲ワールドワイド・フォルクスワーゲン事件は、原告が被告から買った車を法廷地のオクラホマに持ち込んだ事件であったが、被告がニューヨーク地区をテリトリーとするディストリビュータであり、オクラホマとの関係は原告による一方的行為の結果としての接点であるとして、最小接点が否定

²⁴ *Shaffer v. Heitner*, 433 U.S. 186 (1977)

²⁵ *Kulko v. Superior Court of California*, 436 U.S. 84 (1978)

された。この事件で、車をオクラホマに持ち込んだのが第三者だったとしても、たとえば、第三者が被告から車を購入し、オクラホマで原告にこれを売ったとしても、やはり最小接点は否定されたであろう。

また、前掲ヘリコプテロス事件では、被告が受け取った小切手について法廷地州において支払いを受けた場合に、その行為が被告と法廷地との最小接点になるかについて、連邦最高裁は、法廷地州を支払地にした第三者による一方的行為の結果としての接点であるとして、最小接点性を否定した。

(b) 商品流通による接点： 法廷地に及ぶ商品流通(stream of commerce)に被告が自己の商品を置く行為は、自己の商品が法廷地に及ぶことを予見しえた場合に、被告と法廷地との最小接点となるか。これについては、争いがある。

前掲ワールドワイド・フォルクスワーゲン事件は、傍論で、オクラホマを含めた多州にその製品を販売するべく活動をしている西ドイツのメーカーやアメリカの輸入業者について、「法廷地州の顧客に買わせるべく期待をもって製品を商品の流れに置いた場合、法廷地州との間に最小接点がある」と判示した。この判決について、下級審の解釈が分かれた。第1の解釈は、被告が法廷地に及ぶ商品流通に自己の商品を置く行為は、自己の商品が法廷地州に及ぶことを予見しえた場合に、被告と法廷地州との最小接点となるに十分であるとする。第2の解釈は、それだけでは法廷地に向けた意図的行為がないとする。

アサヒ・メタル事件²⁶は、下級審の解釈を統一するべく、上告を認められた事件であった。しかし、最高裁も意見が分かれ「法廷意見」を形成できなかったため、前掲アサヒ・メタル事件以降も下級審の解釈は分かれたままとなっている。たとえば、第5巡回区連邦控訴裁判所は、従来のまま少数意見と同じ見解をとることを宣言している²⁷。最高裁の相対多数意見（判事9名中4名の意見）は、上記第2の解釈をとり、少数意見（実質的に残り判事5名の多数意見）は、上記第1の解釈をとった。相対多数意見は、さらに必要とされる被告の法廷地に向けた意図的行為として、次のものを例示した。

- ・製品を法廷地州の市場向けに設計すること
- ・法廷地州において宣伝・広告すること
- ・法廷地州にサービス網を設置すること
- ・法廷地州にディストリビュータによる販売網を設置すること。

前掲アサヒ・メタル事件の相対多数意見によれば、前掲ワールドワイド・フォルクスワーゲン事件におけるアウディのメーカーやアメリカの輸入業者は、被告が法廷地に及ぶ商品流通に自己の商品を置く行為のほかに、上記の販売網の設置などの行為によって、さらに法廷地に向けた意図的行為があったものと認められるのであろう。

トビン事件²⁸は、ふたつの意味で参考に値する。被告であるオランダの製薬メーカーは、その製品を全米50州をテリトリーとするディストリビュータを通じ

²⁶ *Asahi Metal Industry Co., Ltd. v. Superior Court of California, Solano County*, 480 U.S. 102 (1987)

²⁷ *Ham v. La Cienega Music Co.*, 4 F.3d 413 (5th Cir. 1993)

²⁸ *Tobin v. Astra Pharmaceutical Products, Inc.*, 993 F.2d 528 (6th Cir. 1993)

て法廷地であるケンタッキーを含む全米に販売した。第6巡回区連邦控訴裁判所は、前掲アサヒ・メタル事件最高裁の相対多数意見を採用して、このメーカーが連邦食品医薬品庁(FDA)の認可を取得するために行った行為によって、被告の法廷地州に向けた意図的行為を認めた。また、ディストリビュータのテリトリーを法廷地州に特定せず全米50州としても、法廷地州に向けられた行為であると認定する妨げとはならない、と判示した。この判旨に従えば、たとえば日本企業が米国特許を取得し、特許製品の対米輸出についてディストリビュータを設置すれば、全米に向けた行為が認められよう。

(c) 子供の生活： 州は居住する未成年者の福祉に対して重大な利害をもっているが、子供の所在は、その州の法を適用すべき根拠とはなっても、その州が被告に対して対人裁判権をもつ根拠とはならない(前掲カルコ事件)。

(ウ) 原告が作り出した法廷地との関係

被告の販売した商品を原告が法廷地州に持ち込み、被告がこれを予見しえても、最小接点は認められない。「意図的利用」の要件は、突発的な、偶然のもしくは希薄な接点(random, fortuitous, or attenuated contacts)、または相手方もしくは第三者による一方的行為(unilateral activity)の結果としての接点のみによって、被告が訴訟遂行を強いられないことを担保する(前掲バーガーキング事件)。

たとえば、前掲ワールドワイド・フォルクスワーゲン事件は、原告が被告から買った車を法廷地のオクラホマに持ち込んだ事件であったが、被告がニューヨーク地区をテリトリーとするディストリビュータであり、原告による一方的行為の結果としての接点であるとして、最小接点が否定された。

2. 一般裁判管轄権

(1) 被告の住所地・主たる事務所所在地

前述のとおり、判例理論によれば、わが国の民訴法の定める裁判籍が内国に在る場合には、原則として、国際裁判管轄もわが国にあると解しながら、例外的に、その結果が裁判の適正、公平、迅速などの訴訟法の基本理念に反する事情がある場合には、国際裁判管轄を否定または肯定する。

民訴法4条は、土地管轄について「訴えは、被告の普通裁判籍の所在地を管轄する裁判所の管轄に属する。」(1項)と規定し、被告の普通裁判籍の所在地について、「人の普通裁判籍は、住所により、日本国内に住所がないとき又は住所が知れないときは居所により、日本国内に居所がないとき又は住所が知れないときは最後の住所により定まる。」(2項)、「法人その他の社団又は財団の普通裁判籍は、その主たる事務所又は営業所により、事務所又は営業所がないときは代表者その他の主たる業務担当者の住所により定まる。」(4項)と規定する。いわゆる被告の住所地主義原則である。

被告に対し積極的に裁判上の手続の起動を求める原告は、被告の住所地に向いて訴を提起すべきであるという被告の防禦の利益に重心を置く手続的公平の観念は、古くから管轄に関する基本的な原則とされてきた。この被告の住所地主義原則は、①被告に日本での訴訟遂行を強いることの合理性においても正

義に反することはなく、③日本での訴訟遂行によって証拠や適用法の収集からみて裁判結果に公正性・妥当性が期待できない特段の事情がない限り、最も正義にかなう。

したがって、著作権に関する訴訟も、日本に被告の住所地・主たる事務所所在地があれば、日本に裁判管轄権が認められる。

なお、条約草案3条は、被告の住所地主義原則を規定する。ただし、法人の主たる事務所を、本店所在地(statutory seat)、中央統轄地(central administration)または業務中心地(principle place of business)として把握する。

(2) 被告の営業所所在地

民訴法4条5項は、「外国の社団又は財団の普通裁判籍は、前項の規定にかかわらず、日本における主たる事務所又は営業所により、日本国内に事務所又は営業所がないときは日本における代表者その他の主たる業務担当者の住所により定まる。」と規定する。この規定は、当該営業所の営業に関する紛争について特別裁判籍を認めるものではなく、当該法人について普通裁判籍を認めるものである。

前掲マレーシア航空事件は、まさにこの場合について、日本に裁判管轄権を認めた。

前述のとおり、被告が外国企業であっても、日本に支店や営業所を設立して、日本市場に進出する場合には、①当然日本の法制度を駆使して事業活動を行いまたこれに伴う紛争処理も覚悟しているところであるから、いかなる訴訟についても日本での訴訟遂行に伴う不利益は甘受すべきであって、日本での訴訟遂行を強いることは不合理ではないと思われる。したがって、この場合に日本に裁判管轄権を認めることは、③日本での訴訟遂行によって証拠や適用法の収集からみて裁判結果に公正性・妥当性が期待できない特段の事情がない限り、正義に反することはないと思われる。

被告である外国企業が日本に子会社を設立して日本市場に進出する場合も、日本に支店や営業所を設立する場合と同じように考えることができるか。進出することにおいては変わらないが、進出の主体は子会社設立の場合には外国企業自体ではなく子会社である。日本市場との直接の関わり合いをもっているのは子会社であって外国企業自体ではない。外国企業が日本市場と関わり合いを持つのは当該子会社との関係のみである。当該子会社との関係が出資と独立当事者間(*arm's length*)の取引にとどまるのであれば、日本での訴訟遂行を強いることは不合理であろう。しかし、当該子会社との関係がさらに、人事および経営に対するコントロールにまで及んでいる場合には、事実上このような子会社は当該外国企業の1事業部にすぎないから、日本に支店や営業所を設立する場合と何ら異なるところはなく、日本での訴訟遂行を強いることになんら不合理な点は存在しない。このような子会社の場合には、解釈上も、これを民訴法4条5項にいう日本における営業所と見ることができよう。

したがって、著作権に関する訴訟も、日本に被告の営業所があれば、日本に裁判管轄権が認められる。

なお、条約草案9条は、「原告は、被告の支店、代理店その他の営業所が所在する国[又は被告がその他の方法で継続的な商業活動(regular commercial activity)を行っている国]の裁判所に訴えを提起することができる。ただし、訴えが当該支店、代理店その他の営業所の活動[又は当該継続的な商業活動]に直接関連している場合に限る。」と規定する。すなわち、被告の営業所の存在を、その営業に直接関係するものに限定した特別裁判管轄の管轄原因とする。

(3) 被告の本国（国籍）

たとえばフランスでは、原告の国籍がフランスであれば被告住所地に関係なく裁判管轄権を認める。明らかに、原告の国籍が被告に日本での訴訟遂行を強いることの合理性を生じさせることはなく、正義に反するといわざるをえない。

他方、わが国の民訴法は、原告の国籍はもちろん、被告の国籍が日本であることによって裁判籍を認めてはいない。しかし、たとえば米国では、被告の本国は裁判管轄権の原因である。その根拠は、法廷地においてその法的保護を受けていることにある。

前掲最高裁平成9年11月11日判決では、被告が日本人である事案であるが、これに対する裁判管轄権を否定している。

被告に日本での訴訟遂行を強いることの合理性を生じさせる根拠として国籍が十分か否かは判断の難しい問題であるが、少なくとも自然人については国籍の選択は原則として本人の意思ではないから、被告に日本での訴訟遂行を強いることの合理的根拠とはならないであろう。これに対して、法人の場合には、国籍の選択は原則として本人の意思であるから、国籍地の法的保護を積極的に受けているとして、被告に日本での訴訟遂行を強いることの合理性が存すると考える。

したがって、著作権に関する訴訟も、日本に被告の国籍があるだけでは日本に裁判管轄権は認められないが、法人については設立準拠法が日本であれば日本に裁判管轄権が認められてよいと考える。

なお、条約草案18条2項c号は、被告の国籍をもって国際裁判管轄の管轄原因とすることを禁止するが、3条2項b号は、法人である被告について設立準拠法を一般裁判管轄の管轄原因とする。

(4) 被告の所在地

わが国の民訴法は、被告の所在に裁判籍を認めてはいない。しかし、たとえば米国では、被告の所在は裁判管轄権の原因である。A州の領空上を通過する飛行機内において、被告に訴状と召喚状を送達すれば、当該被告に対するA州の裁判管轄権が認められるのである。

当該紛争と関係なく被告がたまたま日本に所在していたからといって、被告に日本での訴訟遂行を強いることに合理性があるとは思えない。なお、米国において被告の所在地のみをもって裁判管轄権の原因とするのは、最小接点の法理に基づくものではない。米国における裁判管轄原因には2系統ある。第1は、コモンロー上の伝統的裁判管轄原因であり、第2は、ロングアーム法によって

創設され最小接点の法理によって許容範囲を確定される新裁判管轄原因である。裁判管轄原因たる被告の所在地は、前者の伝統的裁判管轄原因であり、最小接点の洗礼を受けていない。

したがって、著作権に関する訴訟も、日本に被告が所在しているだけでは、日本に裁判管轄権は認められない。

なお、条約草案18条2項i号は、被告の所在だけをもって国際裁判管轄の管轄原因とすることを禁止する。

3. 特別裁判管轄権

(1) 不法行為地

わが国の民訴法は、不法行為に関する訴えについて、不法行為があった地に特別裁判籍を認めている（5条9号）。

円谷プロ事件の最高裁平成13年6月8日第二小法廷判決は、まさにこの場合について、日本に当該不法行為に関する訴えについて裁判管轄権を認めた。

(ア) 不法行為地の意義

不法行為に関する訴については、古くから一般に、被告の住所地のほかに、不法行為のなされた地にも裁判管轄が認められてきた。この管轄ルールは今日の国際裁判管轄権に関しても原則として妥当すると解されている。すなわち、まず、事件との近接から証拠の収集が容易であり、審理の迅速性が一般に期待されるのみならず、加害者にそこでの応訴を期待することはその予測を超えた不当なものとはいえない。すなわち、被告の先行行為に基づいて、被告に日本での訴訟遂行を強いることの合理性があると考えられる。

ところで、この場合における「不法行為のあった地」は、民訴法5条9号の解釈としては、不法行為を構成する要件事実のいずれかが生じたところをいい、加害行為地と結果発生地と損害発生地とが異なる隔地的不法行為の場合（たとえば、製造物責任について欠陥ある製品の製造地と事故の発生地と治療費等の損害の発生地とが異なる場合）、加害行為地と結果発生地のいずれにも管轄が認められるというのが通説である。国際裁判管轄権の管轄原因としては、加害行為地を「不法行為のあった地」とすることには争いが無い。結果（権利侵害行為）発生地についても国際裁判管轄権の管轄原因として認められている（東京地裁昭和59年3月27日判決（判時1113-26）、前掲円谷プロ事件最高裁判決）が、通常の製品流通経路の外にあるために製造者にとって合理的予測が不可能である場合には管轄の基礎となる合理性が欠けるので制限的に解すべしとの異論もある²⁹。損害発生地は、国際裁判管轄権の管轄原因として不法行為地ではないと一般的にいわれている。

前述のとおり、米国の最小接点の法理においては、不法行為について、法廷地に被告自身の行為がある場合には最小接点の存在を認めるが、原告または第三者の行為を介して法廷地において損害を生じた場合には、客観的予見可能性では足りず、何からの不法行為地に向けた被告の意図的行為がないかぎり最小

²⁹ 池原「国際的裁判管轄権」新実務民訴講座第7巻31頁

接点の存在は認められない。この最小接点の法理で、日本の裁判例を検討するならば、結果（権利侵害行為）発生地に不法行為地を認めた前掲円谷プロ事件事件では日本に向けた被告による意図的な営業妨害行為が存在するし、前掲東京地裁昭和59年3月27日判決の事件では日本に向けた被告による航空機販売活動が存在するので、最小接点が認められる事例であった。単なる損害発生地は、被告の日本との関係は日本に向けた意図的な行為ではなく突発的・偶然的または希薄な接点でしかないので、最小接点を認めることは困難と思われる。

したがって、不法行為に基づく損害賠償を求める著作権侵害訴訟は、日本に被告の加害行為または意図した結果発生があれば、日本に裁判管轄権が認められるが、日本において損害を生じただけでは日本に裁判管轄権は認められるべきではないと考える。

なお、条約草案10条1項は、加害行為地および予見可能であった損害発生地をもって特別国際裁判管轄の管轄原因とする。ただし、予見可能であった損害発生地の国際裁判管轄権は、当該損害の範囲に限定される（10条4項）。

(イ) 管轄原因事実の立証

管轄原因事実については、証明を要しないとする見解と、本案の判断を拘束しないが証明を要するという見解がある。前掲円谷プロ事件の最高裁も原審も、管轄原因事実の立証を必要としている。

管轄原因事実としては、前掲円谷プロ事件の原審東京高裁は、つぎのように判示して、不法行為成立（要件事実の存在および違法阻却事由等の不存在）について一応の証明が必要であるとした。

「およそ不法行為が成立する見込のない事件についてまでも、原告の主張のみによって一方的に裁判管轄が決せられ、被告において応訴を強いられて、外国の地で訴訟を遂行しなければならないことになるのは、いかにも不当であるというべきである。少なくとも国際裁判管轄についての判断の前提としての不法行為の認定においては、原告の主張のみによって不法行為に基づく国際裁判管轄を認めるべきではなく、管轄の決定に必要な範囲で一応の証拠調べをなし、不法行為の存在が一定以上の確度をもって認められる事案に限って、不法行為に基づく裁判管轄を肯定するのが相当である。」

これに対して、前掲円谷プロ事件最高裁判決は、つぎのように判示して、管轄原因事実としては被告の行為による結果（権利侵害）発生について証明があれば足りるとした。

「我が国に住所等を有しない被告に対し提起された不法行為に基づく損害賠償請求訴訟につき、民訴法の不法行為地の裁判籍の規定（民訴法5条9号、本件については旧民訴法15条）に依拠して我が国の裁判所の国際裁判管轄を肯定するためには、原則として、被告が我が国においてした行為

により原告の法益について損害が生じたとの客観的事実関係が証明されれば足りると解するのが相当である。けだし、この事実関係が存在するなら、通常、被告を本案につき応訴させることに合理的な理由があり、国際社会における裁判機能の分配の観点からみても、我が国の裁判権の行使を正当とするに十分な法的関連があるといえることができるからである。

原審は、不法行為に基づく損害賠償請求について国際裁判管轄を肯定するには、不法行為の存在が一応の証拠調べに基づく一定程度以上の確かさをもって証明されること（以下「一応の証明」という。）を要するとしたうえ、被上告人の上記行為について違法性阻却事由が一応認められるとして、本件請求①につき我が国に不法行為地の国際裁判管轄があることを否定した。これは、(ア) 民訴法の不法行為地の裁判籍の規定に依拠して国際裁判管轄を肯定するためには、何らかの方法で、違法性阻却事由等のないことを含め、不法行為の存在が認められる必要があることを前提とし、(イ) その方法として、原告の主張のみによって不法行為の存在を認めるのでは、我が国との間に何らの法的関連が実在しない事件についてまで被告に我が国での応訴を強いる場合が生じ得ることになって、不当であり、(ウ) 逆に、不法行為の存在について本案と同様の証明を要求するのでは、訴訟要件たる管轄の有無の判断が本案審理を行う論理的前提であるという訴訟制度の基本構造に反することになると理解した上、(エ) この矛盾を解消するため、一応の証明によって不法行為の存在を認める方法を採用したものと解される。しかしながら、この(イ)及び(ウ)の理解は正当であるが、(ア)の前提が誤りであることは前記のとおりであるから、あえて(エ)のような方法を採用すべき理由はない。また、不法行為の存在又は不存在を一応の証明によって判断するというのでは、その証明の程度の基準が不明確であって、本来の証明に比し、裁判所間において判断の基準が区々となりやすく、当事者ことに外国にある被告がその結果を予測することも著しく困難となり、かえって不相当である。結局、原審の上記判断には、法令の解釈適用を誤った違法があるといわなければならない。」

前述のとおり、裁判管轄原因としては、加害行為地または結果（権利侵害）発生地が「不法行為のあった地」であるから、最高裁の判示するとおり、訴訟要件としての裁判管轄権の有無の認定においては日本における結果（権利侵害）発生地の証明があれば足り、不法行為の成立（要件事実の存在および違法阻却事由等の不存在）まで証明を求めるべきではない。

(2) 義務履行地

わが国の民訴法5条1号（旧法5条）は、財産権上の訴えについて、義務履行地に特別裁判籍を認めている。

(ア) 適用の対象となる財産権の範囲

民訴法5条1号の解釈としては、適用の対象となる財産権には、身分法上の

権利や氏名権・肖像権その他の人格権についての確認請求権や侵害差止請求権は入らない。しかし、経済的利益を内容とする権利であれば、契約債権、法定債権、著作権その他の知的財産権も入るし、身分法上の権利や人格権に基づく扶養請求権や慰謝料請求権も、民訴法5条1号の「財産権」に該当する。

国際裁判管轄の管轄原因としては、法定債権への適用を否定し、契約債権に制限的に解釈する見解が一般的である³⁰。契約事件についての義務履行地管轄は大陸法において広く認められているところである。義務履行地を国際裁判管轄の原因として認める根拠としては、その地での履行の実現に対する債権者の期待は保護に値するし、同地での訴訟には債務者の予測にも反しないこと、同地での判決による給付の実現は契約の本旨に適うこと、履行の有無、態様についての証拠方法が集中していることなどが挙げられる。他方、東京地裁昭和47年5月2日判決（判時 667-47）は、義務履行地を国際管轄の連結点とすることを、わが国法上の原則ないし条理と認めることはできないと判示し、右の見解を支持する学説もある。しかし、大多数の学説は、契約上の義務の履行を求める請求に関して一定の場合に義務履行地に国際裁判管轄を認めることに合理性があると解しており、現在では、契約債権については、義務履行地が国際裁判管轄の基礎となり得ることについては判例学説上ほぼ異論はないといえる³¹。

したがって、著作権に関する訴えのうち、利用許諾契約や著作権譲渡契約に関する訴えは、義務履行地を管轄原因として日本に国際裁判管轄権を求めることができる。他方、著作権侵害訴訟は、義務履行地を管轄原因として日本に国際裁判管轄権を求めることはできないと考えられる。

(4) 義務履行地の意義

民訴法5条1号の解釈としては、義務履行地は、契約上の債務の請求はもちろん、債務不履行に基づく損害賠償請求や契約解除に基づく原状回復請求なども、個々の義務の履行地ではなくその前提となる契約上の義務の履行地をいうものと解されている³²。

国際裁判管轄の管轄原因としては、義務履行地は、当該契約に適用される準拠実体法によって決定されるべきであるとする学説（第一説）と、国際民事訴訟法独自の立場から合理的に決定されるべきであるとする学説（第二説）とが対立している。第一説に対しては、(ア)履行地の約定がない場合に契約準拠法によって義務履行地を定めるとすれば、準拠法次第で持参債務とその逆という正反対の結論になってしまう、(イ)多くの事件で債権者である原告の住所地の裁判管轄が認められることになり、被告にとって著しく酷な事態が生じることが避けられない（当事者の予測を超える）、(ウ)論理的には、まず国際裁判管轄が決まってからその管轄国の国際私法によって準拠法が決まることになるはずであり、法廷地の国際裁判管轄の有無が決まっていない段階では、法廷地の国際私法適用の根拠がないから、第一説には理論的な矛盾がある、(エ)準拠法の指定の

³⁰ 木棚照一＝松岡博＝渡辺惺之「国際私法概論第3版」253-254頁

³¹ 孝橋宏「最高裁判例解説平成9年度」1331頁

³² 兼子一「条解民事訴訟」41頁

ない場合には、法例7条2項により行為地法が準拠法となるが、法例9条2項によれば、申込みの通知を發した地を行為地とみなしているため、第一説によれば、例えば持参債務を原則とする日本の会社と取立債務を原則とするドイツの会社とが行った取引に関しては、どちらの会社が先に申込みを發したかによって準拠法が決まり、日本とドイツのいずれが義務履行地かが決まることになるのでこのような結果は妥当ではない、などの批判がある。他方、第二説に対しては、もともと訴訟は実体権の実現のための一手続であるから、国際裁判管轄の決定に当たっては、手続的な観点だけが重視されるべきではなく、国際裁判管轄を認める根拠となる義務履行地も、争われている実体権を基礎付ける実体法により判断されるべきである、との批判がある³³。

第二説において、通説は、義務履行地は契約上特約されているかあるいは契約内容上一義的に定まるものであることを要するとしている。他方、有力説は、準拠法により定まる履行地であっても、とくに契約準拠法が明示的に合意されていた場合や他の補充的事情とあわせて合理的関連性を認め得る場合には、国際裁判管轄を認めるのが適切とされる場合もあるとする。

判例は、当事者間に履行場所について明示的な合意がなされた場合など債務者の予測に反しない等の事情がある場合でなければ、義務履行地を管轄原因として日本に国際裁判管轄権を認めることはできないとする。すなわち、前掲最高裁平成9年11月11日判決（民集51-10-4055）は、つぎのように判示した。

「これを本件についてみると、上告会社は、本件契約の効力についての準拠法は日本法であり、本訴請求に係る預託金返還債務の履行地は債権者が住所を有する我が国内にあるとして、義務履行地としての我が国の国際裁判管轄を肯定すべき旨を主張するが、前記事実関係によれば、本件契約は、ドイツ連邦共和国内で締結され、被上告人に同国内における種々の業務を委託することを目的とするものであり、本件契約において我が国内の地を債務の履行場所とすること又は準拠法を日本法とすることが明示的に合意されていたわけではないから、本件契約上の債務の履行を求める訴えが我が国の裁判所に提起されることは、被上告人の予測の範囲を超えるものといわざるを得ない。また、被上告人は、二〇年以上にわたり、ドイツ連邦共和国内に生活上及び営業上の本拠を置いており被上告人が同国内の業者から自動車を買付け、その代金を支払った経緯に関する書類など被上告人の防御のための証拠方法も、同国内に集中している。他方、上告会社は同国から自動車等を輸入していた業者であるから、同国の裁判所に訴訟を提起させることが上告会社に過大な負担を課することになるともいえない。右の事情を考慮すれば、我が国の裁判所において本件訴訟に应诉することを被上告人に強いることは、当事者間の公平、裁判の適正・迅速を期するという理念に反するものというべきであり、本件契約の効力についての準拠法が日本法であるか否かにかかわらず、本件については、我が国の国際裁判管轄を否定すべき特段の事情があるといえることができる。」

³³ 孝橋宏「最高裁判例解説平成9年度」1331-1332頁

なお、前掲最高裁の原審は、当事者間に履行場所について明示的な合意がなされた場合に限定したが、これは前記の通説に従ったものと考えられる。これに対して、最高裁は、前記の有力説に従ったものと考えられる。

したがって、著作権譲渡契約や利用許諾契約上の義務に関する訴えについては、当事者間に履行場所を日本とすることについて明示的な合意がなされた場合など債務者の予測に反しない等の事情がある場合には、日本に裁判管轄権が認められるが、それ以外の場合には義務履行地を根拠に日本に裁判管轄権を認めることはできないと考えられる。

なお、条約草案6条は、契約の主要な義務の履行地に特別国際裁判管轄を認める。

(3) 財産所在地

わが国の民訴法5条4号(旧法8条)は、「日本国内に住所(法人にあっては、事務所又は営業所。以下この号において同じ。)がない者又は住所が知れない者に対する財産権上の訴え」について、「請求若しくはその担保の目的又は差し押さえることができる被告の財産の所在地」に特別裁判籍を認めている。

民訴法5条4号の前段(請求若しくはその担保の目的の所在地)については、国際裁判管轄を認めることの合理的関連性が一般に認められている。他方、後段(差し押さえることができる被告の財産の所在地)については、原告の請求とは直接関連のない単なる被告の財産所在地に管轄を認めることは、①争点の審理にとって適切な法廷地とはいえず、②被告に対する公正さという視点からも問題であるとする見解もあるが、多数の見解は、①原告の立場からすれば涉外事件において被告の執行可能財産を追求することは国内事件に比して困難であること、②他方、財産を日本国内に継続的に保有する被告に対しその保有財産を防禦するために日本における応訴を強制してもさほど酷とはいえないことを考慮して、原告の請求額に見合う以上の財産が日本にある程度継続的に所在するときは、わが国の管轄権を認めてよいとする³⁴。

他方、消極的確認訴訟(債務不存在確認の訴え)については、財産所在地(債務者の住所地)を国際裁判管轄の管轄原因としていいのかについては否定的見解が有力である。

なお、条約草案18条12項a号は、「被告が所有する財産の当該国における所在又は差押え。ただし、紛争が当該財産に直接関係する場合を除く。」を国際裁判管轄の管轄原因とすることを禁止する。

以下財産権の種類ごとに検討する。

(ア) 動産・不動産

財産権の中でも、請求または担保の目的たる動産・不動産についての積極的請求は、所有者から第三者に対する引き渡し請求や妨害排除請求などである。この場合、財産権の所在地である日本と被告の所在地または妨害行為地とは一

³⁴ 徳岡卓樹「涉外判例百選第3版」199頁

致し、財産権の所在地である日本に裁判管轄権を認めることには、被告に日本での訴訟遂行を強いることの合理性が存すると考える。

つぎに、請求または担保の目的たる動産・不動産についての消極的請求は、第三者から所有者に対する所有権不存在確認請求などである。この場合、被告である所有者が日本に所在する財産に対してその所有権を主張するのであるならば、当該財産に対する日本の法的保護を積極的に受けているのであるから、被告に日本での訴訟遂行を強いることの合理性が存すると考える。被告である所有者が日本に所在する財産に対してその所有権を主張しないのであるならば、当該財産に対する日本の法的保護を積極的に受けていることもないが、そもそも日本での訴訟において失うものがないのであるから、被告に日本での訴訟遂行を強いることが不合理ともいえないと考える。

さらに、差し押さえることのできる動産・不動産が日本にある場合における所有者に対する訴えは、第三者から所有者に対する当該財産に関係のない請求に関する訴えである。この場合も、日本に所在する財産に対して被告である所有者は当該財産に対する日本の法的保護を積極的に受けているのであるから、当該財産を責任財産とする範囲においては、被告に日本での訴訟遂行を強いることの合理性が存すると考える。

(イ) 知的財産権

知的財産権についての積極的請求は、権利者から侵害者に対する侵害差止請求や損害賠償などである。この場合、財産権の所在地（特許法15条、実用新案権法55条、意匠法68条、商標法77条参照）である日本と被告の侵害行為地とは一致し、財産権の所在地である日本に裁判管轄権を認めることには、被告に日本での訴訟遂行を強いることの合理性が存すると考える。

つぎに、請求または担保の目的たる知的財産権についての消極的請求は、第三者から権利者に対する当該知的財産権の不存在確認請求などである。この場合、被告である権利者が日本に所在する財産に対してその権利保有を主張するのであるならば、当該財産に対する日本の法的保護を積極的に受けているのであるから、被告に日本での訴訟遂行を強いることの合理性が存すると考える。被告である権利者が日本に所在する財産に対してその権利保有を主張しないのであるならば、当該財産に対する日本の法的保護を積極的に受けていることもないが、そもそも日本での訴訟において失うものがないのであるから、被告に日本での訴訟遂行を強いることが不合理ともいえないと考える。円谷プロ事件の最高裁平成13年6月8日第二小法廷判決は、まさにこの消極的確認訴訟について、つぎのように判示して、日本に、日本における被告による著作権不保有の確認の請求に対する裁判管轄権を認めた。

「本件請求②【被上告人が日本において本件著作物についての著作権を有しないことの確認請求】は、請求の目的たる財産が我が国に存在するから、我が国の民訴法の規定する財産所在地の裁判籍（民訴法5条4号，旧民訴法8条）が我が国内にあることは明らかである。

ところで、著作権は、ベルヌ条約により、同盟国において相互に保護されるものであるから、仮に、被上告人が本件著作物につきタイ王国における著作権を上告人と共有しているとすれば、日本においても、被上告人のタイ王国における共有著作権が保護されることになる。被上告人がタイ訴訟において本件著作物についてタイ王国における著作権を共有していると主張している事実は、本件請求②の紛争としての成熟性、ひいては確認の利益を基礎づけるのに十分であり、本件請求②の確認の利益を否定した原判決には、法令の解釈適用を誤った違法がある。

よって、本件請求②については、我が国の裁判所に国際裁判管轄があることを肯定すべきである。」

なお、円谷プロ事件の原審も著作権不保有の確認の請求に対する裁判管轄権を認めたが、原審では、確認の利益を否定した。「確認の利益」の要件は、①確認の対象が一定の権利または法律関係の現在における存在または不存在であること（確認の対象の適否）、ならびに、②即時確定の利益として、確認判決が原被告間の具体的紛争解決に有効適切であること（方法選択の適否）および確認判決により原被告間の紛争が即時に解決される必要性のあること（即時解決の必要性）とされている。円谷プロ事件においては、原告は、被告が日本において本件著作物についての著作権を有しないことの確認を求めたので、確認の対象は現在の権利の不存在であるから確認の対象は適切である。また、方法選択として給付訴訟が可能である場合には確認訴訟は不適切であるし、積極的確認を求めることが可能である場合には消極的確認を求めることは不適切であるが、円谷プロ事件においては、給付訴訟が可能である場合ではないし、著作権の場合には独自創作によって原告と被告の著作権が併存することもありうることを考えれば、消極的確認訴訟は方法選択として適切と考えられる。さらに、確認即時解決の必要性については、円谷プロ事件においては、被告は原告による日本における著作権の保有を争ってはいないが、これを認めていたわけでもない。他方、タイにおける著作権に関しては、当初原告による著作権の保有を認めていたが、その後共有権を主張しだしてきた。すなわち、被告が日本における著作権について共有権を主張する理論的可能性のみならず現実的可能性も生じていたと思われる。したがって、原告の法的地位の危険・不安の除去に役立つのであれば、必ずしも被告が争っている必要はない³⁵から、確認即時解決の必要性も存在すると考えられる。以上のとおり、最高裁が確認の利益を肯定したのは、当然のことと思われる。

最後に、差し押さえることのできる知的財産権が日本にある場合における権利者に対する訴えは、第三者から権利者に対する当該知的財産権に関係のない請求に関する訴えである。この場合も、日本に所在する財産に対して被告である所有者は当該財産に対する日本の法的保護を積極的に受けているのであるから、当該財産を責任財産とする範囲においては、被告に日本での訴訟遂行を強いることの合理性が存すると考える。

³⁵ 兼子一「条解民事訴訟法」813頁

したがって、著作権に関する訴訟は、日本の著作権については日本に裁判管轄権が認められると考える。

(ウ) 債権

財産権の中でも、請求または担保の目的たる債権についての積極的請求は、債権者から債務者に対する弁済請求などである。この場合、財産権の所在地（債務者の住所地）である日本と被告の住所地とは一致し、財産権の所在地である日本に裁判管轄権を認めることは、被告の住所地主義の原則を意味することとなり被告に日本での訴訟遂行を強いることには不合理性は存在しない。

つぎに、請求または担保の目的たる債権についての消極的請求は、債務者から債権者に対する債権不存在確認請求などである。東京地裁昭和62年7月28日判決（判時1275-77、判タ669-219）は、「金銭債務の消極的確認訴訟の国際裁判管轄についても民事訴訟法八条に準じた管轄原因を認めるとすると、債務者は、債権者の主張する債権の内容のいかんを問わず、常に自らの住所の存する国の裁判所に訴えを提起できることとなり、反面、債権者は自己と生活上の関連がなく、また、自己の主張する債権の内容とも何ら関連のない国において応訴することを余儀なくされることとなるが、これは当事者間の公平を著しく害するものというべきであって、同条にいう財産所在地であることを理由に金銭債務の消極的確認訴訟の国際裁判管轄を認めるのは相当でない。」と判示した。しかし、上記判決のこのような不公平が存在するのか疑問なしとしない。この場合、外国にいる債権者は、債務者を相手に債務の支払を求めて提訴するにも原則としてわが国に出向いて訴訟提起する必要があるし、海外において債務者を相手に提訴しても債務者がわが国に保有する財産に対する差し押さえるときには日本に出向いて提訴する必要があるから、債務不存在確認訴訟について、日本での訴訟遂行を強いることに不合理な点はないように思う。

最後に、差し押さえることのできる債権が日本にある場合における債権者に対する訴えは、債務者の住所地である日本において第三者が海外の債権者に対して当該財産に関係のない請求に関する訴えである。この場合も、日本に所在する財産に対して被告である債権者は当該財産に対する日本の法的保護を積極的に受けているのであるから、当該財産を責任財産とする範囲においては、被告に日本での訴訟遂行を強いることの合理性が存すると考える。

(4) 関連請求

わが国の民訴法7条（旧法21条）は、「一の訴えで数個の請求をする場合には、前三条の規定により一の請求について管轄権を有する裁判所にその訴えを提起することができる。ただし、数人からの又は数人に対する訴えについては、第三十八条前段に定める場合に限る。」と規定し、併合請求について特別裁判籍を認めている。なお、38条前段は、「訴訟の目的である権利又は義務が数人について共通であるとき、又は同一の事実上及び法律上の原因に基づくときは、その数人は、共同訴訟人として訴え、又は訴えられることができる。」と規定する。

(ア) 客観的併合

民訴法7条の解釈としては、同一当事者間の複数の請求を併合（客観的併合）するについては、請求間の関連性を要求しない。一つの請求について管轄がある以上は、これについては被告もその裁判所で応訴しなければならないから、これと併合審理される他の請求について管轄を認めても、被告に甚だしく不利益を生じるわけではなく、むしろ別訴で他の裁判所へ提起されて、各別に応訴するよりは、かえって都合がよいのが通常だからである。

国際裁判管轄の管轄原因としては、被告の異議なき応訴があれば格別、本来の管轄国での裁判についての当事者の利益は国内管轄の場合とは比較にならないほど大きいのであり、合理的関連が欠ける他の請求の故に奪われる理由はない。また、原告の理由なき別請求の提起による管轄騙取の可能性を封ずるためにも、請求間の関連性を要件とする必要があると考えられる³⁶。

前掲円谷プロ事件最高裁判決は、つぎのように判示して、各請求の間に「密接な関係」を要求する。

「ある管轄原因により我が国の裁判所の国際裁判管轄が肯定される請求の当事者間における他の請求につき、民訴法の併合請求の裁判籍の規定（民訴法7条本文、旧民訴法21条）に依拠して我が国の裁判所の国際裁判管轄を肯定するためには、両請求間に密接な関係が認められることを要すると解するのが相当である。けだし、同一当事者間のある請求について我が国の裁判所の国際裁判管轄が肯定されるとしても、これと密接な関係のない請求を併合することは、国際社会における裁判機能の合理的な分配の観点からみて相当ではなく、また、これにより裁判が複雑長期化するおそれがあるからである。

これを本件についてみると、本件請求③ないし⑥は、いずれも本件著作物の著作権の帰属ないしその独占的利用権の有無をめぐる紛争として、本件請求①及び②と実質的に争点を同じくし、密接な関係があるといえることができる。よって、本件請求③ないし⑥についても、我が国の裁判所に国際裁判管轄があることを肯定すべきである。」

最高裁のいう「密接な関係」がどのようなものをいうのか、「請求の基礎の同一性」（143条1項）とどう違うのか、明確ではないが、前記事件では「実質的な争点が同じ」であることをもって「密接な関係」を肯定している。

したがって、著作権に関する請求は、日本に裁判管轄権が認められる請求と「密接な関係」にある請求ないし「実質的な争点が同じ」請求であれば、日本に裁判管轄権が認められる。

なお、条約草案は、客観的併合に関する国際裁判管轄を規定せず、加盟国の立法政策に任せる態度をとる。

³⁶ 木棚照一＝松岡博＝渡辺惺之「国際私法概論第3版」258頁

(4) 主観的併合

民訴法7条の解釈としては、異なる当事者間の複数の請求を併合（主観的併合）するについては、請求間に訴訟の目的である権利もしくは義務が共通である関係または同一の事実上・法律上の原因に基づく関係を要求する。

国際裁判管轄の管轄原因としては、わが国の学説は、固有必要的共同訴訟の場合は別として、それ以外の場合については一般的に消極的に解する傾向にある。他方、多数の者の関与する紛争について、裁判を分断し統一的解決を困難ならしめることを回避するために、判決の「合一確定の必要」（民訴四〇条）ある場合（必要的共同訴訟）に狭く限られるべきではなく、たとえば、連帯債務、共同不法行為による損害の賠償のように、後の求償の関係から統一的裁判が望ましい場合等にもこのような請求間の関連に基づく裁判管轄を認めるべきであるとの有力説³⁷もある。

裁判例は、東京地裁昭和62年7月28日判決（判時1275-77、判タ669-219）は、次のように述べて、前記有力説の採用を否定していない。

「民事訴訟法二一条は、併合請求の関連裁判籍を規定するが、国内土地管轄の場合と異なり、国際裁判管轄に関して、主観的併合を理由に同条の法理に基づく併合請求の関連裁判籍を管轄原因として認めることは、原則として許されないものと解すべきである。このような管轄を認めることにより、自己と生活上の関連がなく、また自己に対する請求自体とも関連を有しない他国での応訴を強いられる被告の不利益は、一国内の場合に比して著しく過大なものとなるおそれがあるからである。

もともと、主観的併合の場合であっても、固有必要的共同訴訟の場合その他特にわが国裁判所の裁判管轄権を認めることが当事者間の公平、裁判の適正・迅速を期するという理念に合致する特段の事情が存する場合には、わが国裁判所の裁判管轄権を認めることが条理に適うというべきである。」

また、共同不法行為について裁判管轄を認めたものがある（東京地裁昭和54年3月20日（判時925-78）、東京地裁昭和62年5月8日判決（判時1232-40判タ637-87）、東京地裁昭和62年6月1日（判時1261-105）、東京地裁平成元年6月28日判決（判時1345-93、判タ723-228））。

したがって、著作権に関する請求は、日本に裁判管轄権が認められる当事者に対する請求と合一確定の必要がある請求であれば、主観的併合について日本に裁判管轄権が認められる可能性がある。

なお、条約草案14条1項は、「その国に常居所を有する被告に対する請求と他の被告に対する請求とが密接に関連していて、矛盾する判決が下される重大なおそれを回避するために併せて裁判すべき場合」または「当該国と当該被告が関係する紛争との間に実質的な関連がある場合」に、主観的併合について国際裁判管轄権を認める。

³⁷ 木棚照一＝松岡博＝渡辺惺之「国際私法概論第3版」258-259頁

(5) 合意管轄

わが国の民訴法11条1項(旧法25条)は、第一審に限り、両当事者の書面による合意のある訴えについて、特別裁判籍を認めている。

民訴法7条の解釈としては、法定管轄以外に当事者の合意による管轄を発生させる付加的合意と、合意された管轄以外での出訴を許さないとする専属的合意のいずれも許されている。法定管轄も、公益的要求の強度な専属管轄を除けば、主として当事者の訴訟追行の便宜とその間の利害の調和を考慮しているものである。当事者双方がこれ以外に、より都合のよい裁判所を選ぶことを許して差支えないからである。

国際裁判管轄についても、この種の合意は、私的紛争の自治的解決の許容との対比からも、原則的に許容される。しかし、とくに専属的国際裁判管轄の合意については、当事者の一方に極端に不便な国を合意すること等により事実上権利保護を途絶させる危険が、国内管轄の場合に比べ、格段に大きい³⁸。そこに、専属的管轄合意をどのような要件の下で認めるべきかという問題が生ずる。合意裁判所の判決のわが国における承認・執行を考慮し、「相互ノ保証」(民訴二〇〇条四号)の存することを要件とすべしとし、あるいは、下された合意裁判所の判決のわが国での承認・執行可能性を要件とすべしとする学説もあるが、最高裁昭和50年11月28日判決(民集9-110-1554)は、以下のように判示して、(イ)当該事件がわが国の専属的管轄に属しないこと、(ロ)合意された外国裁判所が、その外国法上、当該事件につき管轄権を有することを要件として、外国裁判所を専属的管轄裁判所とする合意を認めた。

「ある訴訟事件についてのわが国の裁判権を排除し、特定の外国の裁判所だけを第一審の管轄裁判所と指定する旨の国際的専属的裁判管轄の合意は、(イ)当該事件がわが国の裁判権に専属的に服するものではなく、(ロ)指定された外国の裁判所が、その外国法上、当該事件につき管轄権を有すること、の二個の要件をみたす限り、わが国の国際民訴法上、原則として有効である(大審院大正五年(ワ)第四七三号同年一〇月一八日判決・民録二二輯一九六頁参照)。……」

被告の普通裁判籍を管轄する裁判所を第一審の専属的管轄裁判所と定める国際的専属的裁判管轄の合意は、『原告は被告の法廷に従う』との普遍的な原理と、被告が国際的海運業者である場合には渉外的取引から生ずる紛争につき特定の国の裁判所にのみ管轄の限定をはかろうとするのも経営政策として保護するに足りるものであることを考慮するときは、右管轄の合意がはなはだしく不合理で公序法に違反するとき等の場合は格別、原則として有効と認めるべきである。」

したがって、著作権に関する訴えは、相手方が書面によって日本の裁判管轄権に合意しているならば、合意された外国裁判所がその外国法上当該事件につき管轄権を有するかぎり、日本に裁判管轄権が認められると考える。

³⁸ 木棚照一＝松岡博＝渡辺惺之「国際私法概論第3版」260頁

なお、条約草案4条1項は、当事者による管轄の合意に国際裁判管轄権をみとめる。しかも、これを専属的合意管轄と推定する。

(6) 応訴管轄

わが国の民訴法12条(旧法26条)は、「被告が第一審裁判所において管轄違いの抗弁を提出しないで本案について弁論をし、又は弁論準備手続において申述をしたときは、その裁判所は、管轄権を有する。」と規定し、被告に応訴のある訴えについて特別裁判籍を認めている。

国際裁判管轄に関してもこの応訴管轄が認められている。その根拠に関しては、被告の異議なき応訴を当該国裁判権への自発的服従として裁判管轄権の発生を認める見解と、異議なき応訴を事後的・黙示的な管轄の合意と擬制する見解等に、見解が分かれている。

したがって、著作権に関する訴えは、相手方が応訴するならば、日本に裁判管轄権が認められると考える。

なお、条約草案5条は、当事者による応訴を国際裁判管轄の管轄原因と規定する。

IV. 著作権侵害事件の準拠法

1. 差止請求権の準拠法

(1) 判例学説

前述のとおり、各国が産業政策として著作権法を制定してその領土内に著作権を付与するので、著作権成立の準拠法は、当該国の著作権法（権利付与国法）である。したがって、著作権の成立および効果の準拠法が権利付与国法であるのは当然である。

これに対して、その侵害に対する救済措置の準拠法については、見解が分かれる。ベルヌ条約5条2項が「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、もっぱら、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる。」と規定する。「保護が要求される同盟国」を、通説は保護国法（権利付与国法）と解するが、少数説は法廷地法と解する。争点は、救済措置の性質の理解に係る。著作権侵害に対する救済措置として差止請求権・廃棄請求権等と損害賠償請求権があるが、いずれも著作権の効果と見る考え方³⁹、いずれも著作権の効果ではないと見る考え方⁴⁰、差止請求権等は著作権の効果であるが損害賠償請求権は著作権の効果ではないと見る考え方⁴¹がある。

著作権の性質に立ち返れば、著作権は市場に対する排他的支配権であり、差止請求権等はその本質的效果である。これに対して、損害賠償請求権は、不法行為という一般的制度に基づく効果であって、著作権の直接の効果ではない⁴²。したがって、ベルヌ条約5条2項は、著作権の効果である差止請求権等の準拠法を保護国法（権利付与国法）を規定するにとどまり、不法行為に基づく損害賠償請求権については規定していないと解すべきである。

以上のとおり、著作権侵害に基づく差止請求権に対しては、ベルヌ条約5条2項の適用を待つまでもなく属地主義の原則によって、保護国法（権利付与国法）が適用される。

(ア) カードリーダー事件地裁判決

カードリーダー事件は、特許権の事例であるが、一審は、以下のとおり、特許権侵害に基づく差止請求権の準拠法を登録国法であるとした（東京地裁平成

³⁹ 紋谷暢男「知的財産権の国際的保護」国際私法の争点新版 27 頁

⁴⁰ 工業所有権に関して、山田鎌一「国際私法」（有斐閣）341 頁

⁴¹ カードリーダー事件東京地裁平成 11 年 4 月 22 日判決（判時 1691-131）：「……特許権に基づく差止め及び廃棄請求に関しては、当該特許権が登録された国の法律を準拠法とすべきものと解するのが相当である。…

…特許権の侵害を理由とする損害賠償は特許権の効力と関連性を有するものではあるが、損害賠償請求を認めることは特許権特有の問題ではなく、あくまでも当該社会の法益保護を目的とするものであるから、不法行為の問題と性質決定し、法例一一一条一項によるべきものと解するのが相当である。」

⁴² カードリーダー事件東京地裁平成 11 年 4 月 22 日判決（判時 1691-131）、東京高裁平成 12 年 1 月 27 日判決（判時 1711-131）

11 年 4 月 22 日判決（判時 1691-131））。

「特許権に基づく差止め及び廃棄請求の準拠法については、正義及び合目的性の理念という国際私法における条理に基づいて、これを決定すべきである。そして、（１）特許権は国ごとに出願及び登録を経て権利として認められるものであること、（２）特許権に関しては、前記のとおり属地主義の原則が採られ、各国の特許権の効力等は当該国の法律によって定められていること、（３）各国の特許権は、その発生、変動及び消滅に関して相互に独立であり、特許権自体の存立が他国の特許権の無効、消滅、存続期間等により影響を受けないとされていること（いわゆる「特許権独立の原則」。工業所有権の保護に関する一八八三年三月二〇日のパリ条約四条の二参照）に照らすと、特許権に基づく差止め及び廃棄請求に関しては、当該特許権が登録された国の法律を準拠法とすべきものと解するのが相当である。」

特許権は登録によって権利が与えられるから、登録国法とは、権利付与国法（保護国法）である。したがって、この判決は、差止請求権の準拠法を、権利付与国法（保護国法）と認定したものである。

この判示に対して、茶園助教授は、登録国法と権利付与国法（保護国法）とは異なるとして、つぎのように批判する⁴³。

「カードリーダー判決も、損害賠償請求に関しては不法行為の問題とするが、他方、差止請求および廃棄請求（両者は同一に取り扱われるから、以下では差止請求だけを述べる）に関してはこれらを特許権の効力の問題ととらえ、特許権が登録された国の法律が準拠法となると解している。この差止請求の準拠法決定ルールは、保護国法主義と似ているが、大きく異なるものであろう。なぜなら、保護国法主義では侵害行為地の法が準拠法となるのに対して、登録国法を準拠法とするルールにおいては行為がどこの国で行なわれたかを問題としないと思われるからである。実際、この判決は米国特許法を準拠法と決定したが、それは X の請求が米国特許権に基づくものであることを理由とするものようである。そうだとすると、ある国の特許権侵害に基づく差止が請求された場合、準拠法は自動的に当該国法ということとなる。このような法選択は、法律関係ごとにもっとも密接な関連を有する国を決定し、その国の法律を適用しようとする国際私法の基本的方法からかけ離れることになる。」

しかし、そもそも、「保護国法主義では侵害行為地の法が準拠法となる」であろうか。準拠法ルールとしては、保護国法主義は、権利の保護を求められる国すなわち権利付与国の法を準拠法と定めるものであろう。保護国法主義にお

⁴³ 茶園茂樹「特許権侵害に関連する外国における行為」NB L679 号 16 頁

いて、侵害行為地の法が準拠法になるというのは、保護を求められた国の権利が他国においては侵害できないという通常の『結果』にすぎず、『原因』ではない。米国法に基づいた権利も日本法に基づいた権利も併存しうる。一つの行為でその両方の権利を侵害することもありうる。原告には両方の権利の侵害に基づく別々の差止請求権が生ずる（権利の競合）。そのいずれの保護を求めるかは原告による訴訟物選択の問題である。他方、A国での交通事故による損害をB国において訴求する場合、関係するA国の法を適用するか、B国の法を適用するかという問題は、被侵害法益が一つであるから競合する権利の選択決定の問題（権利の競合）ではなく、競合する適用法の選択決定の問題（適用法の競合）であって純然たる準拠法の問題である。

この事件においては、原告は、訴訟物の選択として、米国法に基づく権利の保護を要求したのである。当該訴訟物をその行為地において侵害できない場合には、（権利を保有していてもその侵害がないとして）請求が棄却されるだけの話である。原告が訴訟物としてどこの国の権利を主張するかという問題と、被告がその権利をどこで侵害したかあるいは侵害できるかという問題とは別である。差止請求権の場合には、どこの国の法律に基づく権利の保護を求めるかによって、「準拠法は自動的に当該国法ということとなる」が、かかる結果は権利と権利付与法との密接不可分な関係から生じるものであるから、「このような法選択は、法律関係ごとにもっとも密接な関連を有する国を決定し、その国の法律を適用しようとする国際私法の基本的方法からかけ離れる」ことにはならないのである。

(イ) カードリーダー事件高裁判決

これに対して、控訴審は、つぎのように判示して、特許権侵害に基づく差止請求権の準拠法を行為地法とした（東京高裁平成 12 年 1 月 27 日判決（判時 1711-131））。

「特許権については、国際的に広く承認されているいわゆる属地主義の原則が適用され、外国の特許権を内国で侵害するとされる行為がある場合でも、特段の法律又は条約に基づく規定がない限り、外国特許権に基づく差止め及び廃棄を内国裁判所に求めることはできないものというべきであり、外国特許権に基づく差止め及び廃棄の請求権については、法例で規定する準拠法決定の問題は生じる余地がない。…

しかし、仮に、右各請求が渉外的要素を含み、どの国の法律を準拠法とすべきかが問題となるとしても、法例等に特許権の効力の準拠法に関する定めはないから、正義及び合目的性の理念という国際私法における条理に基づいて決定するほかないところ、(一)冒頭に掲記の本案の事実関係、及び一般にある国で登録された特許権の効力が当然に他の国の領域内に及ぶものとは解されていないことなどに照らすと、準拠法は我が国の特許法又は条約であると解するのが相当である。」

この判決は、以上のとおり、前述の茶園助教授の見解と同じく、特許権侵害に対する差止請求権の準拠法の問題（適用法の競合）と訴訟物選択ないしは保護を求める権利の選択の問題（権利の競合）とを混同しているといわざるをえない。

なお、この事件は最高裁で審理中であり、その結論の待たれるところである。

(2) 関与行為

A国の著作権に対する侵害行為は、A国でしか生じない。しかし、A国での著作権侵害に対する教唆・幫助行為は、B国で行うこともできる。たとえば、ときめきメモリアル事件（最高裁平成13年2月13日判決）は、ゲームソフトのストーリーを改変するデータを記録したメモリーカードを日本に輸入・販売する被告の行為が同一性保持権の侵害に問われたものであるが、この事件において、外国でこのメモリーカードを製造し被告に販売した第三者の行為は、日本の著作権侵害に対する教唆・幫助行為に当たりうる。このような教唆・幫助行為は、日本法（A国法）に基づいて差止請求が可能であるか、それとも当該外国法（B国法）に基づいて差止請求が可能であるか。

(ア) カードリーダー事件地裁判決

カードリーダー事件において、まさにこの問題が争われた。原告は米国に特許権を保有していたが、被告はこの特許に抵触する製品を米国に向けて輸出したので、原告は被告の所在地である日本において、米国法に基づいて輸出行為の差し止め等を求めた。

前掲東京地裁は、差止請求権の準拠法を米国法であるとしたが、つぎのように、域外適用は法例33条の公序則に反するとして、差止請求を棄却した。

「しかしながら、特許権に基づく差し止め及び廃棄請求に関しては米国特許法を準拠法とするとしても、そのことから直ちに本件について米国特許法の域外適用規定を適用すべきものと結論付けることはできない。

すなわち、特許権を始めとする工業所有権については、特許付与や登録という方法により国家により与えられる独占権であることから、その成立、移転、効力等につき当該国の法律によって定められ、その効力は当該国の領域内においてのみ認められるという、いわゆる属地主義の原則が、我が国を含めて国際的に広く承認されている。右原則によれば、米国特許権の効力が及ぶ地理的範囲は米国の領域内に限られることになるから、他の者の我が国における行為が米国特許権を侵害するということはありません。そして、我が国の特許法においても、同法の規定を日本国外の行為に適用すべき旨を定めた規定は設けられておらず、我が国と他国との間で互いに相手国の特許権の効力を自国においても認めるべき旨を定めた条約も存在しない。そうすると、米国の領域外の行為についても米国特許法の規定を適用すべき旨を定めた域外適用規定は、我が国の特許制度の基本原則ないし基本理念と相いれないものというべきである。

したがって、米国特許法の域外適用規定を我が国の国内における行為に

対して適用することは、我が国の法秩序の理念に反するものであるから、
法例三三条により、これを適用しない。」

しかし、およそ米国の特許権を日本においては侵害しえないとする判示は、
疑問である。まず、権利付与国の領域外から権利を侵害することはできないか。
属地主義の原則を、特許権の効力は権利付与国の領域内においてのみ認められ
ると理解するのは正しい。しかし、与えられる権利はその領域内の市場に対す
る支配権であり、その市場支配権を直接に侵害しうるのはその領域内における
行為であるとしても、直接侵害者を教唆・幫助して間接的にその市場支配権を
侵害することは領域外においても可能である。したがって、属地主義は、領域
外における教唆・幫助による侵害を否定する根拠にはならない。

つぎに、このような域外からの教唆・幫助による侵害に対する差止を特許法
が認めることは、域外適用として公序則に反すると評価すべきものか。前述の
とおり、法例三三条の公序則は、外国法規定の適用の具体的結果がわが国の公
序良俗に反するときこれを適用しないという意味に理解される。たとえば、
①A国の特許法が外国におけるA国で登録された特許発明の実施を禁止する規
定をもっている場合、日本において当該特許発明を実施した製品をA国に輸出
する者に対して情を知って販売する行為はA市場を間接的に侵害することにな
るが、当該規定が禁止する日本において当該特許発明を実施すること自体はA
市場を間接的に侵害するものではない。また、当該規定が禁止する日本におい
て当該特許発明を実施すること自体は日本に特許権が未成立または終了してい
る以上法律上積極的に許された行為である。したがって、このような規定の適
用は、法例三三条の公序則違反というべきである。しかし、たとえば、②A国
の特許法が外国においてA国で登録された特許発明を実施しA国に向けて実施
製品を輸出またはA国に輸出する者に対して情を知って販売する行為を禁止す
る規定をもっている場合、当該規定が禁止する日本からA国への輸出行為は、
A市場を間接的に侵害することになる。また、日本において当該特許発明を製
造販売すること自体は日本に特許権が未成立または終了している以上法律上積
極的に許された行為であるが、当該規定が禁止する日本からA国への輸出行為
は、日本法上積極的に許された行為を越えるものである。したがって、このよ
うな規定の適用は、法例三三条の公序則に違反するとはいえない。

以上のとおり、およそ米国の特許権を日本においては侵害しえないとする地
裁の判旨は、支持できない。米国特許法の271条b項（教唆）およびc項（寄
与侵害）は、前記の例でいえば後者の規定類型②に当たるものであり、法例三
三条の公序則に違反するとはいえないと考えられる。なお、茶園助教授は、地
裁の判旨を支持して「Yの主張によると、この事件の米国特許権と同一の発明
にかかるわが国特許権はYが有しており、Yのわが国における行為の差止を認
めることが公序良俗に反することは一層明らかであろう。」と述べられている⁴⁴
が、このような理解は、前記の例でいえば前者の規定類型①に該当するもので
あっても、後者の規定類型②に該当する批判ではない。

⁴⁴ 茶園茂樹「特許権侵害に関連する外国における行為」NB L679号19頁

(イ) カードリーダー事件高裁判決

これに対して、前掲東京高裁は、米国特許権に対する日本からの間接的な侵害に対する差止請求について、つぎのように論じて、差止請求を棄却した。

「特許権については、国際的に広く承認されているいわゆる属地主義の原則が適用され、外国の特許権を内国で侵害するとされる行為がある場合でも、特段の法律又は条約に基づく規定がない限り、外国特許権に基づく差止め及び廃棄を内国裁判所に求めることはできないものというべきであり、外国特許権に基づく差止め及び廃棄の請求権については、法例で規定する準拠法決定の問題は生じる余地がない。そして、外国の特許権に基づく差止め及び廃棄請求を我が国で行使することができるとする法律又は条約は存在しないので、控訴人の米国特許権に基づく我が国内における本件差止め及び廃棄請求は理由がないといわざるを得ない。

……仮に、右各請求が渉外的要素を含み、どの国の法律を準拠法とすべきかが問題となるとしても、法例等に特許権の効力の準拠法に関する定めはないから、正義及び合目的性の理念という国際私法における条理に基づいて決定するほかないところ、(一)冒頭に掲記の本件の事実関係、及び一般にある国で登録された特許権の効力が当然に他の国の領域内に及ぶものとは解されていないことなどに照らすと、準拠法は我が国の特許法又は条約であると解するのが相当である。

そして、前記のとおり、我が国特許法には、他国の特許権につき積極的誘導又は寄与侵害に当たるとされる我が国領域内における行為の差止めやそのような行為によって製造された製品の廃棄を認める規定はなく、我が国と他国（米国）との間で互いに相手国の特許権の効力を自国においても認めるべき旨を定めた条約も存在しない。」

しかし、特許権の属地的性格から日本国内の行為による米国特許権の侵害について日本の裁判所にその侵害差止を求めることはできないとする判示は、支持できない。属地主義に関して冒頭で論じたとおり、属地主義の原則は、特許権・著作権の成立および効力は権利付与国法によるという実質法上の原則を意味するにとどまり、国際裁判管轄権の排他性や外国法適用の排除を意味するものではない。

また、仮にあるとしても日本国内での行為であるから準拠法は日本法であるとする判示も支持できない。地裁の判決および茶園助教授の見解に対して論じたとおりである。

(3) 公衆送信権の侵害

A国に設置したサーバーからインターネットを介してB国のユーザーに著作物を配信した場合、かかる配信行為は、いかなる国の法律に基づいて、違法として差止られることがあるのか。

この問題に対しては、発信地法説と受信地法説の対立がある⁴⁵。発信地法説は、送信とは情報を発信する行為であると捉え、発信地が侵害行為地であるとして、発信国の著作権法を適用する考え方である。著作権法は、著作物の利用形態ごとに支分権として権利構成しているから、公衆送信権は発信行為を問題として見るとするのが素直である。しかし、発信地法説に対しては、著作権保護の薄い国や著作権保護がまったくない国に置かれたサーバーから発信されることにより、他国における著作権の保護が迂回されてしまうという、いわゆるコピー・ヘブンの問題が生じるとの批判がある。

他方、受信地法説は、送信とは情報を伝達する行為であって発信された情報が受信されて完結するものと捉え、受信地が侵害行為地であるとして、受信国の著作権法を適用する考え方である。著作権者の利益侵害は公衆の受信によって現実化するものであるから、発信国と受信国が異なる場合には、著作権法上の理解としては、公衆送信権は受信国において侵害されているというべきであると主張される。これに対しては、多数の受信国の著作権法が適用されることになる結果、利用者の予測可能性が損なわれるとの批判がある。

しかし、公衆送信行為の準拠法のアプローチは、発信地法か受信地法かという二者択一の問題ではないように思う。関係する行為の数（複合行為）と被侵害権利の数（著作権の併存）が必ずしも一つではないからである。

(ア) 侵害行為の所在

思うに、わが国著作権法が公衆送信を「公衆によって直接受信されることを目的として無線通信又は有線電気通信の送信（…）を行うことをいう。」と定義するように、公衆送信は受信を予定した発信行為であって、発信から受信までの時間的・空間的広がりのある行為である。いわば、発信行為と受信させた行為（受信の教唆・幫助行為）の複合行為である。著作権法は、著作物の利用行為の態様に着目してその態様ごとに権利化を行っている。公衆送信行為を権利化する場合、このような複合行為のうち①発信行為に着目して権利化することもできるし、②受信の教唆・幫助行為に着目して権利化することもできるし、③両者を包括して権利化することもできる。

①発信行為に着目して公衆送信が権利化された場合、公衆送信権の侵害行為は、サーバーの所在する発信国が侵害行為地である。したがって、差止請求権の準拠法は、発信国法である。思うに、著作権の最終需要は、消費者による視聴覚にある。しかし、著作権法は、著作物の利用形態ごとに支分権として権利化しているところ、公衆送信権が権利の対象とする行為は、消費者による受信ではなく、送信業者による送信という利用行為である。公衆送信権侵害による損害は、消費者の受信市場にあるのではなく、送信業者の公衆送信権ライセンス市場にある。したがって、第一義的には、公衆送信権侵害の行為地は、発信地にあると考えるべきである。ただし、公衆送信権を受信させる行為を対象として権利として構成することも送信行為と受信行為の複合行為を対象とする権

⁴⁵ 茶園成樹「インターネットによる国際的な著作権侵害の準拠法」国際税制研究 3号 80-84頁

利と構成することも可能であり、この場合には、受信地も公衆送信権侵害の行為地と考えることができると考えるべきである。

②受信させる行為に着目して公衆送信が権利化された場合、公衆送信権の侵害行為は、ユーザーの所在する受信国が侵害行為地である。したがって、差止請求権の準拠法は、受信国法である。

③発信行為と受信させる行為を包括して公衆送信が権利化された場合、公衆送信権の侵害行為は、サーバーの所在する発信国もユーザーの所在する受信国も侵害行為地である。したがって、差止請求権の準拠法は、発信行為については発信国法、受信させた行為については受信国法である。

なお、日本法における公衆送信権は、公衆送信の定義が示すように、発信とともに受信させる行為をも視野に入れており、発信行為と受信させる行為を包括して公衆送信を権利化していると解することができると思う。

(イ) 侵害行為の数と差止請求権の準拠法

道垣内教授は、他人の名誉を毀損する情報が複数の国に流布される場合に、同時に複数の国で損害を生ぜしめた以上、損害発生地ごとに複数の不法行為が成立し、それぞれの国の法がそれぞれの国での不法行為についての準拠法となると考えられる⁴⁶。このような考え方に対しては、一つの行為について複数の損害が発生することはあっても複数の不法行為が成立すると観念するのは不自然であるとの批判があるが、不法行為における被侵害権利が複数あると考えれば、複数の不法行為を観念することは何ら不自然ではないように思う。名誉毀損における保護法益は、被害者の社会的名誉であるから、独立した社会の数だけ被侵害権利が存在する。被害者がシンガポールとマレーシアにおいて社会的に認められる存在であり、一つの新聞記事で被害者のシンガポールにおける社会的名誉とマレーシアにおける社会的名誉が侵害されたのであれば、二つの独立した権利侵害が存在する。刑法においても、一つの行為で二つの保護法益の侵害が存在すれば、原則として二つの犯罪が成立すると観念する。

ところで、著作権は、これを保護する国ごとに独立して成立し、これらが併存する。外形的に一つの行為であっても、同時に二つの国の著作権を侵害する場合には、二つの権利侵害が存在し、二つの訴訟物（差止請求権）が成立する。たとえば、A国に設置したサーバーからインターネットを介してB国のユーザーに著作物を配信した場合において、A国の公衆送信権が発信行為に着目して権利化されたものであり、B国の公衆送信権が受信させる行為に着目して権利化されたものであれば、A国とB国にそれぞれ侵害行為が存在し、それぞれの侵害行為に対してそれぞれの国において差止請求権が成立する。

これを、A国に設置したサーバーからインターネットを介してB国のユーザーに著作物を配信する行為について、立法形態ごとに具体的に見ていくと、

- (a) A国が①発信行為に着目して公衆送信を権利化しており、B国も①発信行為に着目して公衆送信を権利化している場合、当該行為は、A国の公衆送信権のみを侵害する。これに対する差止請求権の準拠法は、A国の

⁴⁶ 道垣内正人「著作権を巡る準拠法及び裁判管轄権」コピライト 2000/8号 16頁

著作権法である。

- (b) A国は①発信行為に着目して公衆送信を権利化しており、B国は②受信させる行為に着目して公衆送信を権利化している場合、当該行為は、A国の公衆送信権を侵害するとともに、B国の公衆送信権を侵害する。A国の公衆送信権の侵害に対する差止請求権の準拠法は、A国の著作権法である。B国の公衆送信権の侵害に対する差止請求権の準拠法は、B国の著作権法である。
- (c) A国は①発信行為に着目して公衆送信を権利化しており、B国は③発信行為と受信させる行為を包括して公衆送信を権利化している場合、当該行為は、A国の公衆送信権を侵害するとともに、B国の公衆送信権を侵害する。A国の公衆送信権の侵害に対する差止請求権の準拠法は、A国の著作権法である。B国の公衆送信権の侵害に対する差止請求権の準拠法は、B国の著作権法である。
- (d) A国が②受信させる行為に着目して公衆送信を権利化しており、B国は①発信行為に着目して公衆送信を権利化している場合、当該行為は、A国の公衆送信権もB国の公衆送信権も侵害しない。
- (e) A国が②受信させる行為に着目して公衆送信を権利化しており、B国も②受信させる行為に着目して公衆送信を権利化している場合、当該行為は、B国の公衆送信権のみを侵害する。これに対する差止請求権の準拠法は、B国の著作権法である。
- (f) A国が②受信させる行為に着目して公衆送信を権利化しており、B国は③発信行為と受信させる行為を包括して公衆送信を権利化している場合、当該行為は、B国の公衆送信権を侵害する。これに対する差止請求権の準拠法は、B国の著作権法である。
- (g) A国が③発信行為と受信させる行為を包括して公衆送信を権利化しており、B国は①発信行為に着目して公衆送信を権利化している場合、当該行為は、A国の公衆送信権のみを侵害する。これに対する差止請求権の準拠法は、A国の著作権法である。
- (h) A国が③発信行為と受信させる行為を包括して公衆送信を権利化しており、B国が②受信させる行為に着目して公衆送信を権利化している場合、当該行為は、A国の公衆送信権を侵害するとともに、B国の公衆送信権を侵害する。A国の公衆送信権の侵害に対する差止請求権の準拠法は、A国の著作権法である。B国の公衆送信権の侵害に対する差止請求権の準拠法は、B国の著作権法である。
- (i) A国が③発信行為と受信させる行為を包括して公衆送信を権利化しており、B国③発信行為と受信させる行為を包括して公衆送信を権利化している場合、当該行為は、A国の公衆送信権を侵害するとともに、B国の公衆送信権を侵害する。A国の公衆送信権の侵害に対する差止請求権の準拠法は、A国の著作権法である。B国の公衆送信権の侵害に対する差止請求権の準拠法は、B国の著作権法である。

以上のとおり、公衆送信は、複数の侵害行為を招来し、それぞれに対する差

止請求権はそれぞれごとにそれぞれの行為地の準拠法に従って成立すると考えるべきである。

2. 損害賠償請求権の準拠法

(1) 判例学説

前述のとおり、ベルヌ条約5条2項は損害賠償請求権の準拠法を定めるものではなく、不法行為の準拠法を定める法例11条によって規律される。

法例11条は、つぎのように規定する。

「事務管理、不当利得又ハ不法行為ニ因リテ生スル債権ノ成立及ヒ効力ハ其原因タル事実ノ発生シタル地ノ法律ニ依ル

(2) 前項ノ規定ハ不法行為ニ付テハ外国ニ於テ発生シタル事実カ日本ノ法律ニ依レハ不法ナラサルトキハ之ヲ適用セス

(3) 外国ニ於テ発生シタル事実カ日本ノ法律ニ依リテ不法ナルトキト雖モ被害者ハ日本ノ法律カ認メタル損害賠償其他ノ処分ニ非サレハ之ヲ請求スルコトヲ得ス」

したがって、著作権侵害に基づく損害賠償請求権の準拠法としては、原則として、「原因タル事実ノ発生シタル地」（不法行為地）の法律が適用される。ただし、日本法の適用（累積適用）において不法でないときは、不法行為地法の適用が排除される。そこで、不法行為地の意義と累積適用の仕方が問題となる。

(2) 不法行為地

法例11条1項の「原因タル事実ノ発生シタル地」（不法行為地）の解釈には、①これを意思活動の行われた場所とする行動地説⁴⁷、②現実に損害の発生した場所とする結果発生地説⁴⁸、③過失責任については行動地であるが無過失責任については結果発生地が不法行為地であるとする折衷説⁴⁹、④紛争事実関係と最も密接な現実的牽連を有する場所であるとする説⁵⁰などの諸説がある。

行動地説は、行為者の意思活動の自由をできる限り保障するという行為者保護の観点から、行為者の意思活動に着目し不法行為の主観的要件を重視する。しかし、この説に対しては、加害者の道義的社会的責任を問う刑事責任と異なり、民事責任の場合には、損害の填補に重点が置かれるべきであるとの批判がある。

結果発生地説は、不法行為の目的として、損害の填補を重視する。実質不法

⁴⁷ 江川英文「国際私法改訂版（有斐閣全書）」230頁

⁴⁸ 実方正雄「国際私法概論再訂版」233頁、斎藤武生「事務管理・不当利得・不法行為」国際私法講座2巻476頁

⁴⁹ 折茂豊「国際私法各論」180頁、池原季雄「国際私法」経営法学全集20巻341頁、丸岡松雄「不法行為地」国際私法の争点104頁、山田鎌一「国際私法」（有斐閣）325頁

⁵⁰ 石黒一憲「国際私法新版」321頁

行為法の目的が、行為者の意思活動の自由をできる限り保障しつつ、不法行為によって被害者に生じた損害の公平な負担を実現することにあるとしても、今日その比重は、明らかに後者の方におかれている。したがって、行為者の保護よりも被害者保護の観点から、現実が発生した損害とその填補に着目し客観的要件を重視する。しかし、この説に対しては、不法行為の種類に応じた柔軟性に欠けるとの批判がある。

折衷説は、諸国において一般に過失主義の原則に支配される不法行為、すなわち個人間に偶発的に生じる不法行為の場合には、行為者の意思活動に重点が置かれるべきであるから、行動地説によるが、諸国において一般に無過失責任の原則に支配される不法行為の場合には、損害の発生に重点が置かれるべきである。しかし、この説に対しては、過失責任、無過失責任の区別は、時代により国により一定しない。また、法形式上は過失責任でありながら、実際上は無過失責任に限りなく接近した運用がなされている例は、わが民法上も見られるところであり、果たして国際私法レベルでかような区別が明確に行われうるかどうかは疑問である。さらに、無過失責任型不法行為の例としてあげられる「危険性をもつ企業設備による不法行為」につき、単なる結果発生地法の適用だけで被害者保護が十分に図れるかどうかの問題も残ると、批判されている。

最も密接な関連地説は、不法行為地の決定に柔軟性をもたせることにより、法例11条が定める厳格な不法行為地法主義を部分的に修正する試みとして評価できる。しかし、この説に対しては、不法行為地法主義をとる大きな利点である不法行為地の明確性・一義性が損なわれるとの批判がある。

思うに、不法行為は損害の公平な分配を目的とする制度であるから、結果発生地を連結点とするのが最も適当であると考えられる。行動地説が懸念するのは、端的に言えば、被告がたとえば日本のような過失責任の法制をとる国に所在し、その行為の結果が無過失責任の法制をとる他国で生じた場合に、結果発生地説によれば当該被告が不測の責任を負うことになるという事態であろう。しかし、結果発生地説をとっても、このような場合には法例11条2項によって日本法が累積適用され、結果発生地の無過失責任法は適用されない。折衷説が過失責任型不法行為について行動地を連結点とするのも行動地説と同じ懸念に基づく。したがって、行動地説や折衷説を採らなければ行為者の保護に欠けるということはない。

なお、裁判例には、明確に行動地説を採るものがある（カードリーダー事件前掲東京高裁判決⁵¹）。

(3) 日本法の累積適用

法例11条2項は、内国公序の立場から、11条1項に基づいて不法行為地法を適用すると同時に日本法を累積的に適用して、たとえ不法行為地法におい

⁵¹「教唆、幫助行為等を含め、過失主義の原則に支配される不法行為の問題として行為者の意思行為に重点が置かれて判断されるべきであるから、本件では不法行為者とされる者の行動地である我が国が法例一一一条一項にいう「原因タル事実ノ発生シタル地」に当たる」

て不法行為であっても日本法において不法行為に該当しなければ、救済を与えないとする。

日本法の適用範囲に関して、法例 11 条 2 項の「不法」を単に故意、過失のような主観的要件を指すとする見解や違法性一般を指すとする見解もあるが、不法行為の主観的成立要件である故意・過失の問題、客観的成立要件である侵害の対象である法益、損害の発生の要否、違法性の問題、因果関係の他、不法行為能力を含めて、不法行為の成立に必要なすべての要件を指すものと解するのが多数説である⁵²。

つぎに、不法行為の対象となる権利は、日本法に基づいて成立したものである必要があるか。この問題については、つぎのような判例学説がある。

(ア) 満州国特許事件地裁判決

裁判例には、満州国特許の侵害に対する損害賠償請求を日本の裁判所に提訴した事件において、東京地裁は、つぎのように述べて、日本法において不法行為は成立しないと判示した（昭和 28 年 6 月 12 日判決、下民集 4-6-847）。

「この規定は、たとえ、行為地たる外国の法律により不法行為を構成してもそれが日本の法律（法廷地法）によって不法行為を構成しない場合には、不法行為による債権を成立せしめて被害者に救済を与える必要がないとしたものと解すべきである。換言すれば当該事実につき行為地法と日本法とを累積的に適用し、両者の要件をともに具備した場合に限り不法行為として日本の裁判所においてこれによって蒙った損害の賠償を請求しうるものとしたのである。

さて、特許権については、いわゆる特許独立の原則が行われ、日本国内においては、日本の特許権のみが権利として認められ、外国特許権は何ら権利としての存在を有しない（従って日本国内において外国特許権を侵害するも不法行為が成立しない）ことは多言を要しないところで、この理は満洲国と満洲国の特許権についても何ら異るところがない。

従って外国特許権を外国において侵害した行為は、日本の法律によって外国特許権が認められない以上法例第 11 条第 2 項の規定によって不法行為とならないのである。けだし外国法（行為地法）によって不法行為たる事実につき、日本法（法廷地法）を累積的に適用するということは、その行為が法廷地において行われたならば法廷地法によって不法行為となるか否かを論ずることである。法廷地において行われた場合において不法行為を構成しないにかかわらず、行為地において認められる権利だからといって、その侵害を不法行為なりとすれば、外国法による不法行為を内国において裁判上主張せしむるにつき、法廷地法たる内国法の干渉をみとめた法例第 11 条第 2 項の規定の趣旨を没却するにいたるであろう。」

しかし、学説はこぞってこの判決に反対している。なるほど、外国の特許権

⁵² 櫻田嘉章「国際私法第 3 版」229 頁

はもとより当該外国の領域外においてなされた行為に対して何等の効力をも有するものでない。しかし、本件では、外国特許権の当該外国における侵害が、わが国法上不法行為に該当するか否かが問われているのであって、外国特許権のわが国における侵害がわが国法上不法行為となるか否かが問われているのではない⁵³。侵害の対象となる権利自体については、不法行為地においてはもちろん、日本においても保護に値する利益として認められるものでなければならぬ。しかし、日本において認められる保護に値する利益というのは、必ずしも法廷地法たる日本法によって成立した権利であることを意味しない。わが国の公序に反しない限り（特許権や著作権は国際条約によって各国で共通に保護される権利であって、他国の特許権や著作権がわが国の公序に反するものではない）、法例の立場から管轄権のある法律によって成立した権利であれば、それをもって足りるものというべきである。例えば、目的物の所在地法たる外国法によって適法に成立している物権が侵害された場合に、その物権が日本の法律によって成立した権利でないと日本において不法行為と認めるを得ないということはできないことが明らかである⁵⁴。

(イ) カードリーダー事件地裁判決

カードリーダー事件の前掲地裁判決は、つぎのように、米国特許権は日本において保護される権利に該当しないとした。

「民法七〇九条においては、他人の権利を侵害したことが、不法行為に基づく損害賠償請求権の要件の一つとされているところ、本件においては、原告が被告の行為によって侵害されたと主張する権利は米国特許権である。我が国においては、外国特許権について、我が国の特許権と同様ないしこれに準ずる保護を与える法令上の規定は存在せず、かえって、前記のとおり、我が国においては属地主義の原則が妥当し、これによれば外国特許権の効力は当該国の領域内においてのみ認められ、日本国内にはその効力が及ばないのであるから、米国特許権は、我が国の不法行為法によって保護される権利には該当しない。したがって、米国特許権の侵害に当たる行為が我が国でされたとしても、右行為は日本法上不法行為たり得ないと解するのが相当である。」

茶園助教授⁵⁵は、「損害賠償請求を否定した結論も支持されよう。特許権侵害を理由とする損害賠償請求の準拠法を日本法とする以上、侵害の対象となる特許権は日本法上保護されるものでなければならないが、属地的効力主義により、『米国特許権は、我が国の不法行為法によって保護される権利には該当しない』からである。」と地裁の判示を支持される。

ところで、日本人Yが米国A州で米国人Xに過失により傷害を負わせ、Xが

⁵³ 田中徹「不法行為—法例11条2項」涉外判例百選第3版100頁

⁵⁴ 山田鎌一「国際私法」（有斐閣）323頁

⁵⁵ 茶園茂樹「特許権侵害に関連する外国における行為」NB L679号13頁

Yを日本で不法行為に基づいて損害賠償を求めて訴えた場合、Xの請求は認められよう。不法行為の行為地は米国A州であるから法例11条1項に基づいて米国A州の不法行為法が適用され、さらに法例11条2項に基づいて日本の不法行為法が適用されるが、米国人Xの生命身体は日本法上も保護に値する利益であるから日本法上も不法行為の成立が認められよう。

同様に、日本人Yが米国A州にいる米国人Xに毒入り饅頭を送って傷害を負わせ、XがYを日本で不法行為に基づいて損害賠償を求めて訴えた場合、Xの請求は認められよう。結果発生地を不法行為地とすれば、不法行為の行為地は米国A州であるから法例11条1項に基づいて米国A州の不法行為法が適用され、さらに法例11条2項に基づいて日本の不法行為法が適用されるが、米国人Xの生命身体は日本法上も保護に値する利益であるから日本法上も不法行為の成立が認められよう。また、加害行為地を不法行為地とすれば、不法行為の行為地は日本法例11条1項に基づいて日本の不法行為法が適用されるが、米国人Xの生命身体は日本法上も保護に値する利益であるから不法行為の成立が認められよう。

さらに、日本人Yが日本において米国人Zを唆し米国において米国A州にいる米国人Xに毒入りケーキを送らせてXへの傷害に荷担し、XがYを日本で不法行為に基づいて損害賠償を求めて訴えた場合、どうか。この場合も、Xの請求は認められよう。Yの教唆行為の行為地を日本と考へてもZの実行行為地である米国A州としても、いずれにしても米国人Xの生命身体は日本法上も保護に値する利益であるから不法行為の成立が認められよう。

では、前例においてYの侵害した権利がXの身体生命ではなく米国特許権であった場合でも、結論は変わらないであろうか。満州国特許事件に関して前述したとおり、外国特許権であっても、日本法上、保護に値する利益である。結論を変える根拠として持ち出されるのは属地主義の原則であるが、この原則は、権利は権利付与国の領域でしか効力を持たないというものである。しかし、権利付与国外から間接的に侵害することは、現実には、可能である。法的には不可能であるとの結論に至るには、公序則を持ち出す必要がある。しかし、属地主義に関して冒頭で論じたとおり、特許権・著作権を権利付与国外から間接的に侵害することに対して、その違法性を排除すべき公序良俗上の根拠は存在しない。

以上のとおりであるから、前掲東京地裁の判示には賛成できない。米国特許権であっても、日本法上は保護に値する利益であると認めるべきである。

(ウ) カードリーダー事件高裁判決

前掲東京高裁も、東京地裁と同様に、以下のとおり、外国の特許権はわが国においては保護に値しない利益であるとの立場をとる。

「民法七〇九条においては、他人の権利を侵害したことが、不法行為に基づく損害賠償請求権の要件の一つとされているところ、本件においては、控訴人が被控訴人の行為によって侵害されたと主張する権利は米国特許権

である。前記のとおり、我が国においては属地主義の原則を排除して米国特許権の効力を認めるべき法律又は条約は存在しないので、米国特許権は、我が国の不法行為法によって保護される権利には該当しない。したがって、米国特許権の侵害に当たる行為が我が国でされたとしても、右行為は、米国特許権侵害に当たるとの主張事実のみをもってしては、日本法上不法行為たり得ないと解するのが相当である。」

前掲東京地裁の判示について論じたのと同様、この東京高裁の判示には賛成できない。米国特許権であっても、日本法上は保護に値する利益であると認めるべきである。

(エ) 円谷プロ事件最高裁判決

しかし、最高裁は、カードリーダー事件の地裁や高裁のような狭隘な立場をとらないものと思われる。すなわち、円谷プロ事件最高裁判決は、外国の著作権もわが国において保護に値する利益であることを肯定するものと解釈される。すなわち、最高裁は、「著作権は、ベルヌ条約により、同盟国において相互に保護されるものであるから、仮に、被上告人が本件著作物につきタイ王国における著作権を上告人と共有しているとすれば、日本においても、被上告人のタイ王国における共有著作権が保護されることになる。」と判示する。この判示部分は、タイ王国における共有著作権がわが国に及ぶという趣旨ではなく、タイ王国における共有著作権がわが国でも法的保護に値する利益として不法行為上保護されるという趣旨とおもわれる。そう解釈しなければ、著作権の属地的効力に反することになるからである。

(4) 関与行為

A国の著作権に対する侵害行為は、A国でしか生じない。しかし、A国での著作権侵害に対する教唆・幫助行為は、B国で行うこともできる。このような教唆・幫助行為は、日本法（A国法）に基づいて不法行為を生じるか、それとも当該外国法（B国法）に基づいて不法行為を生じるか。

まず、このような教唆・幫助行為の行為地はどこか。すなわち、教唆・幫助行為の不法行為地を、教唆・幫助行為の実行行為地とするか、直接侵害行為の結果発生地または加害行為地とするか。

つぎに、そもそも、このような教唆・幫助行為に不法行為が成立するか。

(7) カードリーダー事件地裁判決

米国特許権に対する日本からの間接的な侵害に基づく損害賠償請求について、カードリーダー事件の前掲地裁判決は、次のとおり日本を不法行為地と認定した。

「原告の請求は、被告の行為が原告の米国特許権を侵害することを理由に損害賠償を求めるものであり、原告の主張する被侵害法益は米国特許権であって、渉外的要素を含むものである。そこで、まず、その準拠法につき

検討すると、特許権の侵害を理由とする損害賠償は特許権の効力と関連性を有するものではあるが、損害賠償請求を認めることは特許権特有の問題ではなく、あくまでも当該社会の法益保護を目的とするものであるから、不法行為の問題と性質決定し、法例一一一条一項によるべきものと解するのが相当である。法例一一一条一項においては、不法行為によって生ずる債権の成立及び効力はその原因たる事実の発生した地の法律によるものと規定されている。そして、原告が不法行為に当たると主張する被告の行為は、すべて日本国内の行為であるから、本件においては、日本法（民法七〇九条以下）を適用すべきものというべきである。」

しかし、前述のとおり、日本における米国特許権の保護法益性を否定して、不法行為の成立を否定した。

(イ) カードリーダー事件高裁判決

米国特許権に対する日本からの間接的な侵害に基づく損害賠償請求について、カードリーダー事件の前掲高裁判決も、次のとおり日本を不法行為地と認定した。

「控訴人の請求は、被控訴人の行為が控訴人の米国特許権を侵害することを理由に損害賠償を求めるものであり、控訴人の主張する被侵害法益は米国特許権である。そして、控訴人の主張する損害賠償請求権は、広く我が国の不法行為に基づく損害賠償請求権の範囲に属する可能性があるため、前記差止め及び廃棄請求とは異なり、渉外的要素を含むものである。

そこで、まず、その準拠法について検討すると、特許権の侵害を理由とする損害賠償は特許権の効力と関連性を有するものではあるが、損害賠償請求を認めることは特許権特有の問題ではなく、あくまでも当該社会の法益保護を目的とするものであるから、不法行為の問題と性質決定し、法例一一一条一項によるべきものと解するのが相当である。法例一一一条一項においては、不法行為によって生ずる債権の成立及び効力はその原因たる事実の発生した地の法律によるものと規定されている。そして、控訴人が不法行為に当たると主張する被控訴人の行為は、すべて日本国内の行為であるから、本件においては、日本法（民法七〇九条以下）を適用すべきものというべきである。」

しかし、前述のとおり、東京高裁も、日本における米国特許権の保護法益性を否定して、不法行為の成立を否定した。

(ウ) 学説

不法行為地については、学説には、直接侵害行為の結果発生地を教唆・幫助の不法行為地とみるものがある。すなわち、江口順一＝茶園成樹は、つぎのよ

うに論じる⁵⁶。

「わが国における侵害を外国で教唆または幫助する行為は、わが国の権利を保護するために国内での侵害以上に規制する必要性が強い場合であろう。そのために、法例11条の解釈として、侵害が行われるわが国をかかるとする外国での行為の結果発生地とみたうえで、不法行為地法がわが国法であるとするか（松本直樹「特許権の効力についての国際的問題（2・完）」特許管理43巻4号453、456頁）、教唆者または幫助者は共同不法行為者として直接の加害行為によって生じた損害について責任を負うものであるから、教唆または幫助としての行為地は直接の加害行為地となると解することはできないであろうか。」

また、不法行為の成立については、茶園助教授は、米国の特許権の侵害を日本から教唆・幫助する行為について不法行為の成立を認めない⁵⁷が、日本の特許権の侵害を外国から教唆・幫助する行為については不法行為の成立を認める。しかし、この結論は、矛盾するのではないか。米国の特許権の侵害を日本から教唆・幫助する行為について不法行為の成立を認めないのは、これを認めると被告の日本における特許発明の実施が妨げられるので公序に反するというにあるとする以上、日本の特許権の侵害を外国から教唆・幫助する行為について不法行為の成立を認めることは、やはり属地主義の原則から、被告の米国における特許発明の実施が妨げられるので公序に反するということになるのではないか。

思うに、不法行為は損害の公平な分配を目的とする制度であるから、結果発生地を連結点とするのが最も適当である。教唆・幫助の結果発生は直接侵害行為の結果発生地であるから、教唆・幫助の不法行為地は、直接侵害行為の結果発生地と考えるべきであろう。

したがって、日本の特許権の侵害を外国から教唆・幫助する行為については、日本法に基づき不法行為が成立すると考える。また、米国の特許権の侵害を日本から教唆・幫助する行為についても、不法行為の準拠法は米国法になるが、前述のとおり米国特許権もわが国法において保護に値する利益であるから、法例11条2項の適用によっても、不法行為の成立を認めるべきであろう。

なお、教唆・幫助の不法行為地を教唆・幫助の実行行為地との立場に立っても、日本の特許権の侵害を外国から教唆・幫助する行為については、米国法を不法行為の準拠法とすることになるが、法例11条2項の適用によっても、不法行為が成立すると考える。また、米国の特許権の侵害を日本から教唆・幫助する行為については、日本法を不法行為の準拠法とする不法行為が成立することになると考える。

⁵⁶ 江口順一＝茶園成樹「国際取引と知的財産」松岡博編・現代国際取引法講義 194 頁。同旨：田村善之「知的財産法」437 頁

⁵⁷ 茶園茂樹「特許権侵害に関連する外国における行為」NBL679号17頁：「米国特許権は、わが国の不法行為によって保護される権利には該当しないからである」といわれる。

(5) 公衆送信権の侵害

A国に設置したサーバーからインターネットを介してB国のユーザーに著作物を配信した場合、かかる配信行為は、いかなる国の法律に基づいて、違法として不法行為責任を追及されるのか。

前述したとおり、公衆送信権の侵害行為は、著作権法が①複合行為である公衆送信行為のうち発信行為に着目して権利化するか、②受信の教唆・幫助行為に着目して権利化するか、③両者を包括して権利化するかという立法形態ごとに、A国にもB国にも存在しうる。

不法行為の準拠法は、法例11条1項によれば、不法行為地の法である。不法行為地は、前述のとおり、結果（権利侵害）発生地と考えるべきである。したがって、これを、A国に設置したサーバーからインターネットを介してB国のユーザーに著作物を配信する行為について、立法形態ごとに具体的に見ていくと、

- (a) A国が①発信行為に着目して公衆送信を権利化しており、B国も①発信行為に着目して公衆送信を権利化している場合、当該行為は、A国の公衆送信権のみを侵害する。これに対する不法行為の準拠法は、結果（権利侵害）発生地であるA国の法である。
- (b) A国は①発信行為に着目して公衆送信を権利化しており、B国は②受信させる行為に着目して公衆送信を権利化している場合、当該行為は、A国の公衆送信権を侵害するとともに、B国の公衆送信権を侵害する。A国の公衆送信権の侵害に対する不法行為の準拠法は、結果（権利侵害）発生地であるA国の法である。B国の公衆送信権の侵害に対する不法行為の準拠法は、結果（権利侵害）発生地であるB国の法である。
- (c) A国は①発信行為に着目して公衆送信を権利化しており、B国は③発信行為と受信させる行為を包括して公衆送信を権利化している場合、当該行為は、A国の公衆送信権を侵害するとともに、B国の公衆送信権を侵害する。A国の公衆送信権の侵害に対する不法行為の準拠法は、結果（権利侵害）発生地であるA国の法である。B国の公衆送信権の侵害に対する不法行為の準拠法は、結果（権利侵害）発生地であるB国の法である。
- (d) A国が②受信させる行為に着目して公衆送信を権利化しており、B国は①発信行為に着目して公衆送信を権利化している場合、当該行為は、A国の公衆送信権もB国の公衆送信権も侵害しない。
- (e) A国が②受信させる行為に着目して公衆送信を権利化しており、B国も②受信させる行為に着目して公衆送信を権利化している場合、当該行為は、B国の公衆送信権のみを侵害する。これに対する不法行為の準拠法は、結果（権利侵害）発生地であるB国の法である。
- (f) A国が②受信させる行為に着目して公衆送信を権利化しており、B国は③発信行為と受信させる行為を包括して公衆送信を権利化している場合、当該行為は、B国の公衆送信権を侵害する。これに対する不法行為の準拠法は、結果（権利侵害）発生地であるB国の法である。

- (g) A国が③発信行為と受信させる行為を包括して公衆送信を権利化しており、B国は①発信行為に着目して公衆送信を権利化している場合、当該行為は、A国の公衆送信権のみを侵害する。これに対する不法行為の準拠法は、結果（権利侵害）発生地であるA国の法である。
- (h) A国が③発信行為と受信させる行為を包括して公衆送信を権利化しており、B国が②受信させる行為に着目して公衆送信を権利化している場合、当該行為は、A国の公衆送信権を侵害するとともに、B国の公衆送信権を侵害する。A国の公衆送信権の侵害に対する不法行為の準拠法は、結果（権利侵害）発生地であるA国の法である。B国の公衆送信権の侵害に対する不法行為の準拠法は、結果（権利侵害）発生地であるB国の法である。
- (i) A国が③発信行為と受信させる行為を包括して公衆送信を権利化しており、B国③発信行為と受信させる行為を包括して公衆送信を権利化している場合、当該行為は、A国の公衆送信権を侵害するとともに、B国の公衆送信権を侵害する。A国の公衆送信権の侵害に対する不法行為の準拠法は、結果（権利侵害）発生地であるA国の法である。B国の公衆送信権の侵害に対する不法行為の準拠法は、結果（権利侵害）発生地であるB国の法である。

以上のおり、公衆送信は、複数の侵害行為を招来し、それぞれに対する不法行為はそれぞれの権利侵害ごとにそれぞれの行為地の準拠法に従って成立すると考えるべきである。

V. おわりに

特許権や著作権の属地主義の帰結として、英米法においてかつてはその紛争に対する権利付与国の専属裁判管轄性を認める論理であったが、日本においては今も準拠法の問題として外国法の適用を排除する論理として機能している（満州国特許事件東京地裁判決、カードリーダー事件東京地裁判決、同東京高裁判決）。

いまや、ハーグ国際私法会議において採択されようとしている「民事及び商事における国際裁判管轄及び外国判決に関する条約」によって、属地主義を根拠に外国法の特許法や著作権法の適用を排除する日本の裁判実務の問題点は、放置できない状況に至っている。上記条約が採択されれば、外国の裁判所は日本の特許事件や著作権事件を裁判し、日本の裁判所はその判決を承認し執行しなければならない。他方、日本の裁判所は、外国の特許事件や著作権事件に対して上記条約によって裁判管轄権を持っているにもかかわらず外国法の適用を排除するので事実上外国の特許事件や著作権事件を裁判しない。このことは、国際的に、日本の司法の空洞化をもたらすという由々しき事態を意味する。

しかし、上述のとおり、属地主義はそもそも、専属裁判管轄を意味する論理でも外国法の適用を排除する論理でもない。上記条約が採択されるまでに、最高裁の判例または立法措置によって、外国の特許法や著作権法を適用することがわが国の公序則に反するとの裁判例を覆すことがわが国の緊急の課題である。