

# ベルヌ条約5条の抵触規則性に関する一考察

——Schaafsmaの学説を手掛かりとして——

儲 安 然

- 一 はじめに
- 二 ベルヌ条約において抵触規則性が問題となる規定の概観
  - (一) ベルヌ条約5条（内国民待遇の原則）
  - (二) ベルヌ条約2条(7)項、6条(1)項、7条(8)項および14条の三(2)項（内国民待遇の原則の例外）
  - (三) 小 括
- 三 ベルヌ条約5条の抵触規則性に関する学説の整理
  - (一) 諸外国の学説の状況
  - (二) 日本の学説の状況
  - (三) 小 括
- 四 ベルヌ条約5条の抵触規則性に関するSchaafsmaの学説
  - (一) 内国民待遇の原則に対する歴史的考察
  - (二) ベルヌ条約における内国民待遇の原則
  - (三) 小 括
- 五 検討および日本法への示唆
  - (一) 内国民待遇の原則の抵触法的な意味
  - (二) 現代国際私法の視点からの捉え方
  - (三) 日本法への示唆

## 一 はじめに

本稿は、著作権関連事件の準拠法についての国際的法源である「文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約（以下「ベルヌ条約」という。）」が定める内国民待遇の原則（5条）およびその例外規定について考察し、ベルヌ条約5条の規定の抵触規則性をめぐる諸外国および日本の議論を整

理することで、ベルヌ条約5条の規定の解釈について再検討を行うことを目的としている。

ベルヌ条約の規定で特にその抵触規則性が問題となるのは、内国民待遇の原則を規定する5条と内国民待遇の原則の例外として位置付けられる2条(7)項(応用美術の著作物及び意匠)、6条(1)項(同盟国に属しない著作者の保護)、7条(8)項(保護期間)および14条の三(2)項(追及権)などである。内国民待遇の原則の規定およびその例外規定の発展には長い歴史があり、それらの規定に抵触法的な解決方法が含まれるか否かについては従来から議論が行われてきた。この問題は、特に①現代国際私法立法における「保護国法」の解釈、②本(源)国法の捉え方、③地域的な統一抵触規則や各国の抵触規則との適用関係などに関わるため、現在においても重要な意義を持つ。

日本ではベルヌ条約の規定の抵触規則性をめぐる議論が存在するものの、統一的な見解が定立されるには至っておらず、解釈は多岐にわたる。他方、諸外国では、この問題に関する国際知的財産法および国際私法分野の学者による議論の蓄積があり、近時ではオランダのS. J. Schaafsmaの論文<sup>1)</sup>により、さらに議論が活発化されてきている。Schaafsmaは歴史的研究を基に、サヴィニーの国際私法モデルが普及する以前の法規分類説の視点から、内国民待遇の原則とその例外について体系的に考察・分析している。この説は、ベルヌ条約の抵触規則性に関する従来の議論を踏まえつつも、内国民待遇の原則およびその例外の性質について再考するための新たな視点を提供するものであり、非常に示唆的で有益な議論といえる。本稿では、ベルヌ条約5条の規定の抵触規則性をめぐる日本および諸外国の学説を踏まえつつ、Schaafsmaによる独創的な考察と分析を詳細に紹介した上で、検討を行う。

以下では、まず第二章で抵触規則性が問題となるベルヌ条約の各条文を

---

1) S. J. SCHAAFSMA, *Intellectual Property in the Conflict of Laws: The Hidden Conflict-of-law Rule in the Principle of National Treatment*, Elgar Intellectual Property Law and Practice, 2022.

概観し、第三章で諸外国および日本の学説の現状について整理する。続く第四章でSchaafsmaの学説を取り上げて紹介し、第五章でその検討を行う。なお、Schaafsmaの学説は、本稿第三章の学説の整理の部分でも概括的にとりあげることとする。

## 二 ベルヌ条約において抵触規則性が問題となる規定の概観

本章では、著作権関連事件の準拠法に関するベルヌ条約において抵触規則性が問題となる規定を概観し、それらの規定に関して学説上指摘されている問題点を提示する。ベルヌ条約は、著作権の国際的保護を実現するために、内国民待遇の原則およびその例外についての基本的な枠組みを定めている。これらの内国民待遇の原則に関する規定については、それらが抵触法的な意味を有しているか否かが論点となるため、以下では各規定について概観する。

### (一) ベルヌ条約5条（内国民待遇の原則）

ベルヌ条約5条は、著作権の保護に関する基本的な原則である、いわゆる内国民待遇の原則について以下のように規定している。

「(1) 著作者は、この条約によって保護される著作物に関し、その著作物の本国以外の同盟国において、その国の法令が自国民に現在与えており又は将来与えることがある権利及びこの条約が特に与える権利を享有する。

(2) (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。したがって、保護の範囲及び著作者の権利を保全するため著作者に保障される救済の方法は、この条約の規定によるほか、専ら、保護が要求される同盟国の法令の定めるところによる。

(3) 著作物の本国における保護は、その国の法令の定めるところによる。もっとも、この条約によって保護される著作物の著作者がその著作物の本国の国民でない場合にも、その著作者は、その著作物の本国において内国

著作者と同一の権利を享有する。

(4)(略)」

(二) ベルヌ条約 2 条(7) 項、 6 条(1) 項、 7 条(8) 項および 14 条の三(2) 項 (内国民待遇の原則の例外)

ベルヌ条約 5 条の内国民待遇の原則の例外として以下の規定がある。

**1 2 条(7) 項 (応用美術の著作物及び意匠)**

「(7) 応用美術の著作物及び意匠に関する法令の適用範囲並びにそれらの著作物及び意匠の保護の条件は、 7 条(4) 項の規定に従うことを条件として、同盟国の法令の定めるところによる。本国において専ら意匠として保護される著作物については、他の同盟国において、その国において意匠に与えられる特別の保護しか要求することができない。ただし、その国においてそのような特別の保護が与えられない場合には、それらの著作物は、美術的著作物として保護される。」

**2 6 条(1) 項 (同盟国に属しない著作者の保護)**

「(1) 同盟に属しない国がいずれかの同盟国の国民である著作者の著作物を十分に保護しない場合には、その同盟国は、最初の発行の時ににおいて当該同盟に属しない国の国民であって、かつ、いずれの同盟国にも常居所を有していない著作者の著作物の保護を制限することができる。最初の発行の国がこの権能を行使する場合には、他の同盟国は、そのように特殊な取扱いを受ける著作物に対し、最初の発行の国において与えられる保護よりも厚い保護を与えることを要しない。」

**3 7 条(8) 項 (保護期間)**

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

#### 4 14条の三(2)項(追及権)

「(2)前項に定める保護は、著作者が国民である国の法令がこの保護を認める場合に限り、かつ、この保護が要求される国の法令が認める範囲内でのみ、各同盟国において要求することができる。」

#### (三) 小 括

以上の各規定は、著作物の本国以外の同盟国において享有する権利に関する保護の範囲および救済の方法について、特に「保護が要求される同盟国の法令」の適用を定めており(5条)、応用美術の著作物及び意匠、保護期間および追及権について個別に著作物の「本国」法(6条(1)項の場合は「最初の発行の国」の法)への指定を求めている。これらの規定の抵触規則性に関する議論において、学説上の見解は多岐にわたる。次章では、特にベルヌ条約5条の抵触規則性をめぐる諸外国および日本における代表的な論者の主張について整理する。

### 三 ベルヌ条約5条の抵触規則性に関する学説の整理

本章では、ベルヌ条約5条の抵触規則性に関する諸外国および日本の学説について紹介する。ベルヌ条約に抵触規則が含まれるか否かについては、長年にわたり議論が行われてきた。大別すると、まず、内国民待遇の原則(ベルヌ条約5条(1)項)に抵触規則が含まれるか否かで見解が分かれている。次に、内国民待遇の原則(ベルヌ条約5条(1)項)に抵触規則が含まれないとする立場では、ベルヌ条約5条(2)項または(3)項に抵触規則が含まれるか否かでさらに議論が分かれる(すべての規定の抵触規則性を否定する立場は、ベルヌ条約に抵触規則が含まれないとの結論に至る)。

以下では、既存の文献の記述内容との重複をできるだけ避けつつ、諸外国の学説の状況(一)と日本の学説の状況(二)という順序で学説について概観する。

(一) 諸外国の学説の状況

1 ベルヌ条約5条(内国民待遇の原則)の抵触規則性について

(1) 内国民待遇の原則(ベルヌ条約5条(1)項)に抵触規則が含まれるとする説<sup>2)</sup>

内国民待遇の原則(ベルヌ条約5条(1)項)に抵触規則が含まれるとする説は、いわゆる属地主義の立場に立つ論者たちによって主張され、Ulmerをはじめ、特にドイツにおいて多数説を形づくっている。この学説の代表的な論拠としては、①実質法上の属地主義の原則から抵触法上の属地主義の原則(いわゆる「保護国法(*lex loci protectionis*)」)が導かれるという論理的連続性<sup>3)</sup>、②内国民待遇の原則が外人法の意味での「差別の禁止」と抵触法の意味での法の指定という二重の性質を有する点<sup>4)</sup>などが挙げられる。

具体的に言えば、内国民待遇の原則は単に外人法の規定上の原則にとどまらず、実質法上の属地主義の原則に基づく抵触法上の「保護国法」の適用原則をも含む。各国の著作権制度には相違があるため、国際著作権法の基本理念は、著作者が本国で取得した権利およびその内容が他国においても認められることを要求するのではなく、本国以外の国においても内国民待遇の原則に基づき、自国の著作者および著作物と同様に外国の著作者および著作物を保護することを求めるものとされる<sup>5)</sup>。この内国民待遇の原

---

2) 代表的な論者として、E. ULMER, *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlin: Springer 1980, S. 83; J. FAWCETT and P. TORREMANS, *Intellectual Property in Private International Law*, Oxford 1998, pp. 468-469; N. BOUCHE, *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*, L'Harmattan 2002, pp. 513-516; S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 413-415, pp. 169-170; J. DREXL, *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 13, Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, Teil 6 Rom II-VO Art. 8, Rn. 70-74, München: C. H. Beck 2021; P. TORREMANS, *Intellectual Property and Private International Law*, Oxford 2024, p. 667 s. などが挙げられる。

3) E. ULMER, *a. a. O.* (2), S. 83.

4) *Ibid.*

5) E. ULMER, *a. a. O.* (2), S. 80.

則の前提には、著作権における属地主義の原則が一般的に妥当するという理解がある。このように属地主義の原則が妥当するという前提の下で、内国民待遇の原則から導かれるのは、ある同盟国の著作権者が権利の保護を求める加盟国において享有する権利とその効力が、その国の法律（すなわち「保護国法」）により規定されるという理解である<sup>6)</sup>。

次に、内国民待遇の原則の二重の性質についてこの説は以下のように説明している。まず、外人法規定の観点から見ると、内国民待遇の原則は、自国民と外国人間の差別禁止を含意し、「形式的互惠（formellen Gegenseitigkeit）」<sup>7)</sup>を実現したと言える<sup>8)</sup>。次に、抵触法の観点からは、内国民待遇の原則は、著作権の保護（その存在および効力の問題を含む）が「保護国法」によって決定されることを意味する<sup>9)</sup>。

しかし、この説を提唱する論者の中では、内国民待遇の原則（または属地主義の原則）から導かれる「保護が要求される同盟国の法」の適用が「完全な」抵触規則であるかどうかについて意見が分かれている。これに否定的な立場は、この不完全な抵触規則を双方化する必要があるとする<sup>10)</sup>。一方、肯定的な立場は、内国民待遇の原則（または属地主義の原則）から導かれる「保護が要求される同盟国の法」の適用は、法規分類説の下で完全な抵触規則であると主張する<sup>11)</sup>（なお、この説については次章で詳述する）。

6) E. ULMER, *a. a. O.* (2), S. 83.

7) 後述の四章・(-)・4での「形式的互惠条件」と同義。

8) J. DREXL, *a. a. O.* (2), S. 1242.

9) *Ibid.*

10) 例えば、UlmerおよびFawcettは、この内国民待遇の原則または属地主義の原則から導かれる抵触法的な解決は、「完全でない」抵触規則であり、それを一方的抵触規則とみなしてさらに双方化する必要があると主張した。双方化した結果、UlmerやFawcettは「保護国法」という連結点を導いた。さらに、ULMERは、「保護国法」を「利用行為ないし権利侵害地」と解釈している。See E. Ulmer, *Die Immaterialgüterrechte im internationalen Privatrecht*, Carl Heymanns Verlag 1975, S. 2, 9; J. FAWCETT and P. TORREMANS, *op. cit.* (2), p. 461, pp. 477-478.

11) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 414, pp. 169-170.

また、内国民待遇の原則から法廷地法主義を導く Stewart の説<sup>12)</sup> もあるが、法廷地漁りを誘発することや、内国法偏重志向に陥るといった理由から、一般的に批判されている。

## (2) 内国民待遇の原則（ベルヌ条約 5 条(1) 項）に抵触規則が含まれないとする説

内国民待遇の原則（ベルヌ条約 5 条(1) 項）に抵触規則が含まれないとする説には、ベルヌ条約 5 条(2) 項を自己完結的な抵触規則とみなす説、ベルヌ条約 5 条(3) 項 1 文を双方化し、本（源）国法への適用を主張する説、内国民待遇の原則は外人法上の規定にすぎず、ベルヌ条約には抵触規則が含まれないとする説などがある。以下では順に紹介する。

### ア ベルヌ条約 5 条(2) 項を自己完結的な抵触規則とみなす説

ベルヌ条約 5 条(2) 項を自己完結的な抵触規則とみなす説は、ベルヌ条約 5 条(2) 項を著作権に関する「保護の範囲および救済の方法」という単位法律関係について、「保護が要求される同盟国の法」を準拠法とする現代国際私法における抵触規則であると主張する。この説の根拠として、主にこの条文自体が現代国際私法における抵触規則の構造を持つことが挙げられる。また、この説に立つ論者は以下のようにさらに立場が分かれる。

第一に、ベルヌ条約 5 条(2) 項の事項的適用範囲について、多数の見解は著作権の保護に関する全ての事項がこの抵触規則の適用範囲内に入ると主張する<sup>13)</sup>。一方で、同項の事項的適用範囲には権利の主体に関する問題

---

12) S. STEWART, *International Copyright and Neighbouring Rights*, Butterworths 1989, p. 39.

13) J.-S. BERGÉ, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur. Essai d'une analyse conflictuelle*, Paris: LGDJ 1996, p. 295 s, p. 299; A. LUCAS and H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris: Litec 2006, p. 949 s; N. BOUCHE, 'La loi applicable à la contrefaçon du droit d'auteur et l'article 5 (2) de la Convention de Berne' (annotation to Cass. civ. I 5 March 2002 (Sisro/Ampersand)), D. 2002, p. 3001; M. M. WALTER, '§ 58 Anwendbares Recht und Internationale Zuständigkeit der Gerichte', in U. Loewenheim and B. von Becker et al., *Handbuch des Urheberrechts*, Munich: Beck 2003, S. 972 f.



が含まれないとする見解<sup>14)</sup>もある。つまり著作権の保護に関する事項について分割を認める立場である。また、同項の事項的適用範囲には手続の問題のみが含まれるとする見解<sup>15)</sup>もあり、その見解によれば、権利の存在および内容についてベルヌ条約は明確に規定していないとされる。

第二に、ベルヌ条約5条(2)項にいう「保護が要求される国の法 (the law of the country *where* protection is claimed)」の解釈について、それを、「その領域内で保護が要求される国の法 (the law of the country *for which* protection is claimed)」と解する見解<sup>16)</sup>、「法廷地法 (*lex fori*)」と解する見解<sup>17)</sup>、「著作物の利用地法 (the exploitation of the work takes place)」と解釈する見解<sup>18)</sup>や、「法廷地法」と「著作物の利用地法」の双方を同時に指定しているとする見解<sup>19)</sup>などがある。

第三に、ベルヌ条約5条(2)項にいう「保護が要求される同盟国の法」に法廷地国際私法が含まれるかについては、ほとんどの見解は否定的であるが、法廷地国際私法までも含まれるとする立場<sup>20)</sup>もある。

イ ベルヌ条約5条(3)項1文を双方化し、本(源)国法への適用を主張する説

14) S. RICKETSON and J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 1315. Ginsburgによる主張。

15) G. KOUMANTOS, 'Private International Law and the Berne Convention', Copyright 1988, p. 424; H. SCHACK, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2007, S. 459.

16) J.-S. BERGÉ, *op. cit.* (13), p. 296; M. M. WALTER, *a. a. O.* (13), S. 962 f.

17) G. KOUMANTOS, *op. cit.* (15), p. 426; H. SCHACK, *a. a. O.* (15), S. 459.

18) J. C. GINSBURG, 'L'exploitation internationale de l'oeuvre audiovisuelle: France/États Unis', *La Semaine Juridique* 1994, p. 49.

19) A. LUCAS and H.-J. LUCAS, *op. cit.* (13), p. 956 s. すなわち、救済のための方法については手続の問題として法廷地法により、権利の保護に関する実体的な問題については利用行為地法による。また、A. Lucasは、ベルヌ条約5条(2)項が抵触法と外人法の二重の性質を有すると述べている (p. 952)。

20) この見解を採用した判例として、Court of Appeal London 21 January 1999, [1999] FSR 525 (559) がある。

ベルヌ条約5条(3)項1文を双方化し、本(源)国法への適用を主張する説の提唱者であるKoumantosは、まず内国民待遇の原則には抵触規則が含まれないとしつつ<sup>21)</sup>、ベルヌ条約5条(2)項にいう「保護が要求される同盟国の法」を「保護の範囲および救済方法の側面に適用される法廷地法」と解釈し<sup>22)</sup>、さらに、「著作物の本国における保護は、その国の法令の定めるところによる」と規定するベルヌ条約5条(3)項1文を一方的抵触規則とみなし、それを双方化することで、本(源)国を連結点とした双方の抵触規則が導かれると主張している<sup>23)</sup>。

ウ 内国民待遇の原則が外人法上の規定にすぎず、ベルヌ条約には抵触規則が含まれないとする説

内国民待遇の原則が外人法上の規定にすぎず、ベルヌ条約には抵触規則が含まれないとする説は、主として、ベルヌ条約がただの外人法規則のみを規定していることを根拠とする<sup>24)</sup>。しかし、多くの場合、それが自明なこととして言及されているにすぎず、有力な根拠はほとんど示されていない。若干の根拠として、ベルヌ条約の起草者は抵触法の問題が複雑であるから、特別に扱う意図はなかったこと<sup>25)</sup>、ベルヌ条約の起草者は新重商主義(保護貿易主義)と法実証主義の時代精神に影響を受けていたため、条

---

21) G. KOUMANTOS, *op. cit.* (15), p. 429. つまり、内国民待遇の原則はただの外人法規定であることを説明した。

22) *Ibid.* また、Schackは、ベルヌ条約5条(2)項の事項的範囲を制限的に解釈するという点(権利の行使に関する限り、法廷地法を適用すること)についてKoumantosの見解と一致するが、権利の存立と内容については同項が直接規定していないため、法廷地国際私法によって解決されるべきである点で、Koumantosの見解とは異なる。H. SCHACK, *a. a. O.* (15), p. 459.

23) G. KOUMANTOS, *op. cit.* (15), p. 424-425.

24) この説に分類される文献として、P. H. NEUHAUS, 'Freiheit und Gleichheit im internationalen Immaterialgüterrecht', *RabelsZ* 1976, S. 191 f; M. M. M. van EECHOUD, *Choice of Law in Copyright and Related Rights. Alternatives to the Lex Loci Protectionis*, The Hague: Kluwer 2003, p. 47 s. などが挙げられる。

25) H. BATIFFOL, annotation to Cass. civ. I 29 April 1970 (Lancio/Editrice Fotoromanzi Internazionali), *Rev. crit. DIP* 1971, p. 273; M. M. M. van EECHOUD, *op. cit.* (24), p. 93.

約に国際私法は一切含まれておらず、外人法規則、特に差別の禁止規定のみが含まれていること<sup>26)</sup>、などが挙げられる。

## 2 ベルヌ条約2条(7)項、6条(1)項、第7条(8)項、第14条の三(2)項(内国民待遇の例外規定)の抵触規則性について

ベルヌ条約2条(7)項、6条(1)項、7条(8)項や14条の三(2)項のような、ベルヌ条約における内国民待遇の例外規定における本(源)国法への指定の抵触規則性について、直接に議論するものは比較的少ないが、ベルヌ条約5条に抵触規則が含まれるか否かについての論者の立場によって見解が異なる。

これらの規定の抵触規則性に関しては、大別して、①これらの規定における本(源)国法への指定が抵触法的指定であり、抵触規則性があると解する見解と、②そうでないとする見解が対立している。その中で、抵触法レベルで本(源)国法の適用を主張する学者の多くは①の立場に立つ。一方、前述の「内国民待遇の原則は外人法上の規定にすぎず、ベルヌ条約には抵触規則が含まれない説」の支持者は一般的に②の立場に立ち、整合的な解釈を行う。ただし、「内国民待遇の原則に抵触規則が含まれるとする説」の支持者の中には、これらの規定の抵触規則性について正面から説明する者は少ない。例えば、それらを「保護が要求される同盟国の法」の適用と対置する「本(源)国法への部分的指定」とみなすことがあり、「保護が要求される同盟国の法」という枠内の外人法規定(いわゆる「実質的互惠条件」<sup>27)</sup>)とみなすこともある。

### (二) 日本の学説の状況

#### 1 ベルヌ条約5条の抵触規則性について

- (1) ベルヌ条約5条に基づく実質法上の属地主義から保護国法を導く説  
日本では、内国民待遇の原則(ベルヌ条約5条(1)項)に抵触規則が含ま

---

26) P. H. NEUHAUS, *a. a. O.* (24), pp. 191-195.

27) 「実質的互惠条件」の説明について、後述の四章・(-)・4を参照。

れるとする説を提唱したUlmer、Fawcett、Stewartなどの主張を紹介した文献<sup>28)</sup>が散見されるが、後述するように、この見解に対する批判は強く、現在ではこの見解を直接に支持する者はほとんどない。ただし、条約に基づく実質法上の属地主義から保護国法を導く説<sup>29)</sup>は、少なくともベルヌ条約における内国民待遇の原則に対する理解についてはUlmer等と立場が一致している。すなわち、内国民待遇の原則に含まれる抵触法的な意味を肯定していると推測される。

この説は、ベルヌ条約における内国民待遇の原則（5条(1)項から(3)項まで）から実質法上の属地主義（または著作権の属地性）が導き出され<sup>30)</sup>、それが「連続的に」抵触法上の属地主義である「保護国法」の絶対的適用という帰結をもたらすと主張する<sup>31)</sup>。

---

28) この学説を主張する外国の論者による文献をある程度紹介した日本語文献として、木棚照一『国際工業所有権法の研究』（日本評論社・1989）133頁以下、駒田泰土「ベルヌ条約と著作権者の権利に関する国際私法上の原則」国際法外交雑誌98巻4号（1999）49頁以下、石黒一憲『国境を越える知的財産 サイバースペースへの道程と属地主義』（信山社・2005）169頁以下、申美穂「国際的な知的財産権侵害事件における抵触法理論について（一）」法学論叢154巻2号（2003）75頁以下、金彦叔『知的財産権と国際私法』（信山社・2006）56頁以下、横溝大「知的財産に関する若干の抵触法的考察」田村善之編『新世代知的財産法政策学の創成』（有斐閣・2008）449頁以下、などがある。

29) 石黒・前掲注28) 190頁以下。日本の文献では、この説が法廷地国際私法説に分類されることもあるが、より正確に言えば、「条約の欠缺補充としての、（条約上の枠をとった）法廷地国際私法説」であり、「ベルヌ条約にいう『保護国法』に法廷地国際私法が含まれるとする法廷地国際私法説」とは区別されるべきである。また、金・前掲注28) 68頁は、この点に限っては同旨であるが、内国民待遇の原則に抵触規則が含まれることについて否定している。（78-79頁は、権利の属地的独立性という実質法上の属地主義は、ベルヌ条約においては、5条(1)項および(3)項の内国民待遇や5条(2)項1文の本（源）国との独立規定からもたらされるものであり、各国の外人法（実質法）である内国民待遇の規定のみによって導かれるものではないとする。）

30) 石黒・前掲注28) 191頁。

31) 石黒・前掲注28) 190頁。また、条約が内国において直接適用性を持つ日本の憲法体制の下では、ベルヌ条約5条(2)項2文が自動執行性を有する条約規定であることを前提として説明した。

しかし、この説によれば、「ベルヌ条約は、実質法・抵触法の双方に対して、（ただし、抵触法的には一定限度での）『枠』をはめているが、クロスボーダーな事例につき、ベルヌ条約は『保護国法』を如何に決定すべきかの『プロセス』について何ら直接的な規律をしていないため、そこは法廷地国際私法によって補充がなされなければならない」と主張される<sup>32)</sup>。また、日本における一般の抵触法的処理は、条約上の「枠」という形をとった法廷地たる日本の絶対的強行法規として行われるべきであるとされる<sup>33)</sup>。

## (2) 内国民待遇の原則（ベルヌ条約5条(1)項）に抵触規則が含まれないとする説

日本では、内国民待遇の原則に抵触規則が含まれるとする説に対し、以下の批判がある。①外人法規定と抵触規則、あるいは実質法と抵触法を区別すべきであること<sup>34)</sup>、②外人法と抵触法の関係について、抵触法の処理を経た後に外人法が適用されるという通説的見解に適合しないこと<sup>35)</sup>、③条約に実質法上の属地主義の根拠を求める意義が乏しいこと<sup>36)</sup>やそもそも実質法上の属地主義の原則について理論的根拠はなかったこと<sup>37)</sup>、④内国民待遇の原則は外人法の原則にすぎず、そこから導かれるのはせいぜい一方的抵触規則にすぎず、そこから「保護国法」の原則のような双方的抵触規則を導くことは困難であること<sup>38)</sup>、などが挙げられる。

また、内国民待遇の原則（ベルヌ条約5条(1)項）に抵触規則が含まれないとする説には、ベルヌ条約5条(2)項を自己完結的な抵触規則とみなす

32) 石黒・前掲注28) 191頁、金・前掲注28) 78頁も同旨。

33) 石黒・前掲注28) 192頁。

34) 金・前掲注28) 65頁以下。ただし、金教授は、ベルヌ条約5条(2)項から保護国法への連結が明確に意図されると解釈し、さらに条約解釈を法廷地国際私法に委ねると主張する。

35) 木柵・前掲注28) 87頁、申・前掲注28) 75頁など。

36) 駒田泰土『『属地主義』の原則の再考——知的財産権の明確な抵触法的規律を求めて』『特許関係訴訟と審判』日本工業所有権法学会年報27号（2003）10頁。

37) 横溝大「知的財産法における属地主義の原則——抵触法上の位置づけを中心に」知的財産法政策学研究2号（2004）21頁以下。

38) 木柵照一『国際知的財産法』（日本評論社・2009）247頁。

説と、内国民待遇の原則は外人法上の規定にすぎず、ベルヌ条約には抵触規則が含まれないとする説がある。

ア ベルヌ条約5条(2)項を自己完結的な抵触規則とみなす説

ベルヌ条約5条(2)項を自己完結的な抵触規則とみなす説は、前述(一)・1・(2)・アとほぼ同様の理由で、ベルヌ条約5条(2)項を自己完結的な抵触規則とみなす。つまり、この説は、同項は著作権の保護および救済方法という単位法律関係について保護国法によるとの準拠法決定ルールを定めていると解する。また、ベルヌ条約5条(2)項における「保護が要求される同盟国の法」については、これを「侵害発生国または利用行為地」と解する見解<sup>39)</sup> が一般的である。

また、ベルヌ条約5条(2)項の事項的適用範囲については、論者によって見解が異なる。例えば、著作権の存立、範囲、存続期間等の著作権の内容に関する問題および著作権侵害に関する問題を含む見解<sup>40)</sup>、「(著作権保護について) どのような救済がどの程度与えられるべきかという実体問題」を意味するとする見解<sup>41)</sup>、「著作権の効果である差止請求権等の問題」に限定するとする見解<sup>42)</sup> などが挙げられる。

イ ベルヌ条約5条(2)項にいう「保護が要求される同盟国の法」に法廷地国際私法が含まれるとする説

この説は、ベルヌ条約5条(2)項にいう「保護が要求される同盟国の法」に法廷地国際私法が含まれると主張する。ただし、この説では論者によっ

---

39) 道垣内正人「著作権をめぐる準拠法および国際裁判管轄」コピライト40巻472号(2000)15頁、山本隆司「著作権侵害の準拠法と国際裁判管轄」著作権研究27号(2003)236頁、申美穂「国際的な知的財産権侵害事件における抵触法理論について(二)・完」法学論叢154巻3号(2003)97頁、高杉直「著作権の譲渡契約及び著作権移転の準拠法」ジュリスト1269号(2004)287頁、山口敦子「インターネットを通じた隔地的な著作権侵害の準拠法に関する一考察」法と政治59巻1号(2008)336頁以下、松岡博「国際著作権事件の準拠法」『国際知的財産法の潮流』(帝塚山大学出版会・2008)26頁などがある。

40) 山口・前掲注39)334頁以下。

41) 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)56頁以下。

42) 山本・前掲注39)236頁。

て説明が異なる。まず、ベルヌ条約によって国際私法の統一がもたらす諸利益の実現が困難であることに鑑み<sup>43)</sup>、著作権に関する全ての問題について、ひとまず法廷地同盟国の国際私法を含む全法秩序に送致し、当該国が適切にこれらの問題を解決することを要求するものと解することを主張する見解がある<sup>44)</sup>。一方、ベルヌ条約5条(2)項にいう「保護が要求される同盟国の法」を法廷地法と解する文脈の下で、著作権を侵害する行為が法廷地国以外で生じた場合にいずれの国の法律によるべきかについてはベルヌ条約では解決されていないことに鑑み、「保護が要求される同盟国の法」にはその国の国際私法が含まれるとする見解もある<sup>45)</sup>。

ウ 内国民待遇の原則は外人法上の規定にすぎず、ベルヌ条約には抵触規則が含まれないとする説

この説は、ベルヌ条約は、外人法規定のみを定めているため、そこには何らの抵触規則も含まれないとする。前述の(ニ)・1・(2)で言及した論拠④とも関連し、この説は、ベルヌ条約5条(2)項が外国著作権の侵害訴訟において法廷地法の定めるところによる趣旨を含むとしても、法廷地の国際私法により法廷地法以外の実質法の適用を命ずることを禁止するものではなく、そこから論理必然的に保護国法の原則を導き出せるものではないと述べている<sup>46)</sup>。すなわち、ベルヌ条約5条(2)項にいう「保護が要求される同盟国の法」を「保護国法」を用いた「双方的抵触規則」とみなすことができない。

43) 駒田・前掲注28) 59頁以下。

44) 駒田・前掲注28) 62頁。

45) 元永和彦「著作権の国際的な保護と国際私法」ジュリスト938号(1989) 58頁、駒田・前掲注28) 62頁。

46) 木柵・前掲注38) 386頁。同旨、横溝・前掲注28) 461頁。ただし、木柵教授はベルヌ条約5条(2)項を根拠にした(双方的抵触規則としての)保護国法の適用を否定しているが、実質法上の属地主義の原則を根拠にした(双方的抵触規則としての)保護国法の適用を認めている。



## 2 ベルヌ条約2条(7)項、6条(1)項、第7条(8)項、第14条の三(2)項(内国民待遇の例外規定)の抵触規則性について

日本では、これらの規定における本(源)国法への指定とする規定の抵触規則性について、直接に議論している文献は少なく、その立場は必ずしも明確ではない。例えば、ベルヌ条約7条(8)項に関して、「ベルリン改正後も、保護期間に関して本国法が認める以上の保護期間を許与する必要はないとする規制は残されたが、このような措置は、保護が要求される国の法令の枠内で行うことを条約が命じているに過ぎない」こと<sup>47)</sup>や、「条約上明示されている抵触法上の属地主義としての本(源)国法主義の規定は、あくまでも、同じく抵触法上の属地主義である保護国法主義の例外として、保護国法主義の枠内での部分的送致として把握すべきである」<sup>48)</sup>とのように説明される。

### (三) 小 括

以上を踏まえると、ベルヌ条約5条(1)項の内国民待遇の原則に抵触規則が含まれないとする前提に基づいた諸外国と日本の学説には、些細な部分を除いて大きな分岐は見られず、日本の学説は基本的に諸外国の学説に対応している。しかし、内国民待遇の原則に抵触規則が含まれるか否かについては、諸外国の学説と日本の学説は大きく対立している。

ベルヌ条約5条(1)項(内国民待遇の原則)から抵触規則が導かれるかどうかについての諸外国の学説の論理は主として以下のようなものである。すなわち、①内国民待遇の原則から実質法上の属地主義の原則が導かれ、②実質法上の属地主義の原則が連続的に抵触法上の属地主義の原則(ベルヌ条約5条(2)項にいう「保護が要求される同盟国の法」)を導くが、③こうした抵触法上の属地主義の原則が不完全なものであるため、その双方化によって保護国法主義が導かれる。

しかし、この説の論理にはいくつか疑問が残る点がある。具体的には、

---

47) 駒田・前掲注28) 43頁。

48) 金・前掲注28) 70頁。



①実質法上の属地主義の原則はどこから導かれるのか、その根拠は何か、②内国民待遇の原則は実質法上の属地主義の原則とどのように関連するのか、③内国民待遇の原則が外人法と抵触法の二重の性質を持つ理由は何か、④抵触法上の属地主義の原則を一方的抵触規則とみなすことができる理由は何か、そして、それを双方化することが可能である理由は何か。これらの点に関する有力な根拠が示されていない。

日本の学説はこれらの点を強く批判しており、特に前述(二)・1・(2)における批判の①②は、現代国際私法における外人法と抵触法の捉え方に基づいているが、サヴィニーによる方法論が普及する以前の内国民待遇の原則の二重の性質を否定する直接的な根拠とはなっていない。批判③は、条約法における属地主義の根拠を重視しない理由が不十分であり、再反論の余地がある。

一方で、オランダのSchaafsmaは、特に内国民待遇の原則における外人法と抵触法の二重の性質、ならびに内国民待遇の原則と属地主義の原則との関係などの問題について新たな論拠を提示しており、内国民待遇の原則から抵触規則が導かれる説を補強し、現代国際私法における「保護国法」に関する誤った認識について指摘している。そのため、次章では、Schaafsmaの学説を詳しく紹介する。

## 四 ベルヌ条約5条の抵触規則性に関する Schaafsmaの学説

Schaafsmaは、保護国法を適用する抵触規則が、ベルヌ条約5条(2)項ではなく、5条(1)項で定める内国民待遇の原則から導かれると主張している。同氏は、歴史的な研究を用いて、サヴィニーの方法論が普及する前の法規分類説の視点から、内国民待遇の原則とその例外について考察・分析している。この説は、従来議論を踏まえ、内国民待遇の原則とその例外の性質を捉えるための新たな視点を提供している点で有益である。とりわけ、内国民待遇の原則における外人法規定と抵触規則の二重の性質について、新たな論拠を提供し、内国民待遇の原則から抵触規則が導かれると

する学説を補強している。こうした認識の下、現代国際私法のあるべき姿について自説を展開している。本章では、Schaafsmaによる論説について詳細に紹介する。

## (一) 内国民待遇の原則に対する歴史的考察

### 1 ベルヌ条約制定前における「無法 (lawlessness) 状態」の発生

著作権（版權）に関する制定法が次々と現れた18世紀当時から、著作権の特権的性質を根拠に、国内著作権法には、①「著作者の国籍制度 (le système de la nationalité de l'auteur)」<sup>49)</sup> および②「著作物の国籍制度 (le système de la nationalité de l'œuvre)」<sup>50)</sup> という「保護の限定」に関する規定が一般的に設けられていた<sup>51)</sup>。しかし、国内著作権法による保護が「内国著作物」あるいは「自国著作者」という範囲に限定されることから、外国著作物または外国人著作者への保護という問題について国内著作権法が直接に答えておらず、いわゆる「無法 (lawlessness) 状態」が生じた<sup>52)</sup>。

このような「無法 (lawlessness) 状態」は、Schaafsmaによれば、まず、外人法規則の視点からすると、著作権の保護について、内国著作物や内国著作者と比べ、外国著作物や外国人著作者が差別 (discrimination) されることになる。

他方、その当時、抵触法の視点からすると、法規分類説による方法論の下で国家主権を基礎とした絶対的属地主義の原則 (principle of formal territoriality) が一般的に認められ、この原則によれば、法律の効力が及ぶ

---

49) すなわち、保護の対象を本国の著作者が創作した著作物に限定することである (例えば、アメリカ)。

50) すなわち、著作者の国籍を問わず、保護の対象を最初に内国で出版された著作物 (以下、「内国著作物」という) に限定することである。

51) そのうち、②「著作物の国籍制度」が多く採用されている。なぜなら、国の立場からすると、自国内で出版される著作物の数が多いほど、産業的・経済的には有利である一方、自国民が外国で著作物を出版することは無益であるからである。そのため、自国内で著作物の出版を促せば、著作者の国籍自体については特段問われない。

52) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 41-50, p. 17-22.

範囲はその領土に限定され（いわゆる「実質的属地性 material territoriality」）、かつ、裁判所は自国の法律しか適用できない（いわゆる「形式的属地性 formal territoriality」）、とされている<sup>53)</sup>。この背景の下で、国内著作権法の適用範囲も絶対的属地主義の原則に制約され、すなわち、①著作権法の適用範囲（著作権の保護）はその領土に限定され、②裁判所は自国の著作権法しか適用できず、それに加え、③著作権法の保護が「内国著作物」や「自国著作者」という範囲に限定される。その結果、外国著作物や外国人著作者について適用できる法律が存在しない状況（いわゆる「法律の空白 (legal vacuum)」の状況）になる<sup>54)</sup>。

このように、その当時の「無法 (lawlessness) 状態」は、外人法の側面と抵触法の側面の両方から捉えられることが強調された<sup>55)</sup>。また、この点は、その当時の国内立法にも反映されていた。Schaafsmaによれば、国内著作権法における「保護の限定」は、①内国著作権法の適用範囲を画定するパターンと②外国人の権利能力を限定するパターンの二種類に分けられた<sup>56)</sup>。

①内国著作権法の適用範囲を画定するパターンの例として、「本法は、オランダまたはオランダ領東インドにおいて印刷され公衆に伝達される著作物およびオランダまたはオランダ領東インドに居住する著作者に由来する公衆に伝達されない著作物（オランダまたはオランダ領東インドにおいて開催される講演を含む）に適用される」と規定する1881年6月28日オランダ著作権法27条が挙げられる。一方、②外国人の権利能力を制限するパターンの例として、「米国の市民であるか、またはそこに居住している者であって、書籍、地図、図表、または楽曲の著作者である者は、(略) 当該書籍、地図、図表、楽曲、(略) を印刷、再版、出版、販売する唯一の権利および自由を有する」と規定する1831年2月3日アメリカ著作権法セクション1が挙げられる。その当時では、①のパターンが一般的であった。

53) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 55-56, p. 23.

54) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 57, p. 24.

55) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 51 s, p. 22 s.

56) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 54 s, p. 23 s.

19世紀には、ほとんどの国の著作権法は、前述のような保護の限定に関する規定を設けていた。①内国著作権法の適用範囲を限定するパターンにおいては、抵触法の問題が内在している。しかし、法律の空白がもたらす影響は、外国著作物や外国人著作者に及ぶため、差別、あるいは外国人の地位の問題ともなる。②外国人の行為能力を制限するパターンにおいては、外国人著作者が権利者とはならないため、彼らを保護するために適用できる法がなく、抵触法の問題（「法律の空白」）ともなる。いずれのパターンにおいても、外人法の問題と、抵触法の問題としての二面性を有している。

## 2 解決策としての内国民待遇の原則の発展

このような「無法（lawlessness）状態」により、内国著作物や内国著作者が外国で全く保護されない状況に対して、各国は何もできなかった。19世紀には、印刷技術の発展と国際運輸規模の拡大によって、再版著作物の不法輸入や海賊行為などの問題が深刻になり、著作権に対する国際的保護の重要性がますます認識されるようになった。このような背景の下、内国民待遇の原則は、本来、権利を享有しない外国著作物や外国人著作者に対し、内国著作権法の保護を与えることにより、解決策を提示した。

Schaafsma は、内国民待遇の原則の発展が①一方的な国内立法<sup>57)</sup>と②二国間条約の締結の二つの段階を経たとまとめた<sup>58)</sup>。まず、①一方的な国内立法は、一般的に互惠条件（condition of reciprocity）の下で「保護の限定」

---

57) 例えば、デンマーク1828年5月7日法律は、1741年デンマーク著作権法を外国著作物や著作者にも適用できるように改正した。同法は、「1741年1月7日法律における偽造行為に対する保護措置は、デンマーク王国人著作者による著作物に適用するほか、デンマーク王国人著作者の出版権が相互に保護されている外国の著作物にも適用できる」と規定した。See *Recueil des conventions (propriété littéraire)* 1904, p. 189. また、プロイセン1837年6月11日著作権法は「本法は、外国で公表された著作物について、当該国の法律がわが国で公表された著作物にも認めている権利の範囲内で適用される」と規定した。Art. 38 of the Prussian Copyright Act of 11 June 1837.

58) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 77 s, p. 32 s.

を放棄するという規定となっている。すなわち、外国が内国の著作物や著作者を保護する場合にのみ、内国著作権法がその外国の著作物や著作者を保護する。しかし、こうした一方的な国内立法は、内国著作物や著作者が外国で保護を受けられることを確保できない。

1840年以降、世界中で、特にフランスでは、文学・芸術分野において大量の著作物が創作されていた。フランスは、著作権保護に関する二国間条約を締結しようとしたが、予想通りの成功を得られなかった<sup>59)</sup>。その後、フランスは、1852年3月28日及び30日デクレ (décret)<sup>60)</sup>により、何ら互惠条件も設けず、外国著作物や著作者をも保護するようになった。これを機に、19世紀後半には、各国が、国際的な再版を防止するために、著作権保護に関する二国間条約を締結するようになった。これが、②二国間条約の締結の段階である。その時期に締結された条約は、著作権に関する実質法規則を設けることはほとんどせず、内国民待遇の原則に関するものが中心となった<sup>61)</sup>。

### 3 内国民待遇の原則に関する分析

Schaafsma は、内国民待遇の原則は、著作権法における「内国著作物」や「自国著作者」に対する「保護の限定」を解消し、内国著作権法の適用を、本来の絶対的属地主義の原則の枠内に還元するものであると評価している<sup>62)</sup>。すなわち、①法律の空白は内国著作権法の適用によって解決され、②差別は内国民待遇によって非差別とされる。したがって、内国民待遇の原則は、抵触法的な意味での解決方法と外国人法的な意味での解決方法としての二面性を有する<sup>63)</sup>。

59) S. P. LADAS, *The International Protection of Literary and Artistic Property. Vol. I. International Copyright and Inter-American Copyright*, New York: MacMillan 1938, p. 27 s.

60) Le décret des 28 et 30 mars 1852 relatif à la propriété des ouvrages littéraires et artistiques publiés à l'étranger.

61) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 85, 86, pp. 36-37.

62) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 89, p. 38.

63) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 90-95, pp. 38-40.

しかし、内国民待遇の原則の抵触法的な意味は、その当時では自明なことであったが、現在では理解されておらず、「概念の難読化 (conceptual obfuscation)」が生じた。その原因は、「法規からのアプローチ」から「法律関係のアプローチ」への転換にある。そのため、サヴィニー以前の視点から内国民待遇の原則について考察する必要があることが指摘されている<sup>64)</sup>。

#### 4 内国民待遇の原則における互惠条件

前述した①一方的な国内立法という段階における立法の多くは、内国民待遇の原則を無条件で適用するわけではなく、その適用には互惠条件が一般的に要求される。また、互惠条件には、「形式的互惠条件 (formal-reciprocity condition)」と「実質的互惠条件 (material-reciprocity condition)」の二種類がある。「形式的互惠条件」<sup>65)</sup>は、国同士が相手国の著作者や著作物に対して保護することを形式的に相互保証する条件である一方、「実質的互惠条件」<sup>66)</sup>は、相互の保護について実質的に同じ程度に達していることをも要求する条件である。このような互惠条件付きの内国民待遇の原則は、所定の互惠条件を満たさなければ、内国民待遇の原則が適用されないことを意味する。前述した内国民待遇の原則の二面性から考えると、これは互惠条件付き抵触規則、あるいは互惠条件付き非差別の原則となる<sup>67)</sup>。

それに対し、二国間条約の締結という段階では、内国民待遇の原則には形式的互惠条件は設けられていない。それは、条約レベルで、締約国が、相手国の著作物または著作者を保護することに拘束されることから、形式的互惠条件がそもそも必要でないからである<sup>68)</sup>。しかし、この段階では、

64) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 98, p. 41.

65) 例えば、ノルウェー1828年9月13日法律は「本王国で施行されている偽造に関する規則は、外国人が出版権を有する著作物にも適用される。(略) この法律は、ノルウェーの国民が出版した著作物の複製が禁止されている、または禁止される予定の国に関してのみ効力を有する」と規定する。

66) 例えば、前掲注57) プロイセン1837年6月11日著作権法はこれに該当する。

67) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 113, p. 45.

68) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 114, p. 45.

後述するような新たな問題が現れ、内国民待遇の原則の例外が生じた。

## (二) ベルヌ条約における内国民待遇の原則

### 1 ベルヌ条約が制定される背景

1840年から、特にフランスで1852年3月28日及び30日デクレが施行されて以降、二国間条約の数が急速に増大した<sup>69)</sup>。例えば、1878年に、フランスは既に46カ国との間で55個条約を締結している。このように、ヨーロッパでは、かなり大きな条約ネットが形成されていた。これにより、国際的な著作権保護の状況がある程度改善されたが、さまざまな問題も存在した。

具体的には、第一に、条約には期限が設けられ、また、貿易・友好条約とセットにされていたため、内国民待遇の安定性を欠いていた<sup>70)</sup>。第二に、条約によって、内国民待遇の実質的な範囲や方式等の規定が異なるため、明確性を欠いていた<sup>71)</sup>。第三に、後述するように、内国民待遇の原則には例外が設けられているため、場合によって、「輸入国法 (law of the country of import)」<sup>72)</sup>ではなく、本(源)国法が適用されることことで、内国民待遇の原則が適用される際に複雑な問題が生じ、内国民待遇の原則の例外的な扱いが生じてきた<sup>73)</sup>。

SCHAAFSMAは、内国民待遇の原則の例外については、抵触法の視点と外人法の視点の両方から捉えることができると説明した。まず、抵触法の視点から捉える内国民待遇の原則の例外は、主に著作権の成立の「方式 (formalities)」(例えば、「登録registration」)に関わっている<sup>74)</sup>。著作権の成立の「方式」の複雑性を緩和するための理論的な解決方法としては、①条約

69) S. RICKETSON and J. C. GINSBURG, *op. cit.* (14), p. 40.

70) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 123, p. 49.

71) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 124, p. 49.

72) SCHAAFSMAは、ベルヌ条約5条(1)項の内国民待遇の原則から導かれた抵触規則(すなわち、絶対的属地主義の原則に基づく法律の属地的適用)を、「輸入国法」と定義する。

73) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 127, p. 50.

74) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 131 s, p. 52 s.



に「方式」に関する実質的規定を設けること、②著作権者の名前の掲載を要求すること（いわゆる、「著作者の帰属（attribution）」）によって方式を簡易化すること、③「方式」について本（源）国法を適用すること（抵触法的指定）<sup>75)</sup>、という三つが挙げられる。その当時は、③の解決方法が多くの国際会議で提唱されていた<sup>76)</sup>。

次に、外人法の視点から捉える内国民待遇の原則の例外は、主に保護の程度の問題に関わっている。それは、各国著作権法上において保護の程度に差異が存在するが、内国民待遇の原則自体が保護の程度の問題については解決できないからである<sup>77)</sup>。条約レベルでは、形式的互惠条件は排除されたが、実質的互惠条件に類似する制度が残された。例えば、高い保護水準のA国の立場からすれば、低い保護水準のB国の著作物や著作者が、A国で高い水準の保護を受けられるが、A国の著作物や著作者のB国での保護はA国の保護水準に達さない。そうだとすれば、対等ではない状況が生じうる。それを調整するために、実質的互惠条件が内国民待遇の原則の例外として条約に取り込まれるようになった<sup>78)</sup>。ただし、実質的互惠条件は権利の期限および存在に関係しているが、保護の範囲についても適用されるかについては見解が分かれ、この意味では、解釈の限界が不明瞭であった<sup>79)</sup>。

また、実質的互惠条件（保護期間や保護程度など）における本（源）国法

---

75) この意味では、分割（dépêchage）を認めることになる。

76) L. RATISBONNE, J. LERMINA and E. POUILLET, *Association littéraire et artistique internationale. Son Rehistoire-ses travaux 1878-1889*, Paris: Chacornac 1889, pp. 2-3; E. ROMBERG, *Compte rendu des travaux du congrès de la propriété littéraire et artistique*. Tome I-II, Brussels: Platau 1859, Tome I, pp. 75-77 and p. 175.

77) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 139, pp. 54-55.

78) 例えば、1855年オランダ・フランス条約1条2項は「ただし、上記の著作物に関して一方の国または他方の国において相互に行使することができる権利は、著作者またはその法定承継人が属する国の法律によって認められる権利よりも広範であってはならない」と規定する。

79) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 142, p. 56.



への指定は、抵触法的指定として捉えるべきかが問題となる。その当時、この点については明確な理解には至らなかった。例えば、当時の文献では、実質的互惠条件について「内国民待遇と本（源）国待遇の二重原則（double principe du traitement national et du traitement du pays d'origine）」<sup>80)</sup>、「本（源）国法によって制約された同化（assimilation tempérée par la loi du pays d'origine）」<sup>81)</sup>などの表現が用いられていたことからそれが分かる。その原因は、抵触法と外人法との区別、抵触法と実質的互惠条件との区別がそこまで明らかにされていなかったことにある<sup>82)</sup>。特に、その当時、Fliniaux、BastideやPilletなどの代表的なフランスの学者は、実質的互惠条件における本（源）国法への指定を、抵触法的指定として理解していた<sup>83)</sup>。

一方、Schaafsmaは、実質的互惠条件における本（源）国法への指定が内国民待遇の原則における抵触法意味での「輸入国法」の適用には影響を及ぼさないが、内国民待遇の原則における外人法的な意味での非差別の原則には影響を及ぼすことがあると説明する<sup>84)</sup>。その結果、抵触法の視点からは「輸入国法」が原則として適用されるが、実質的互惠条件に該当する場合においては、本（源）国法の適用結果と比較し、本（源）国法上の保

80) Actes de la Conférence internationale pour la protection des droits d'auteur réunie à Berne du 8 au 19 septembre 1884, Berne: Wyss 1884, p. 42.

81) Bureau de l'Union, 'Le principe fondamental de la Convention de Berne et la Loi anglaise de 1886', DdA 1895, p. 162.

82) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 159, p. 57.

83) See Ch. FLINIAUX, 'Essai sur les droits des auteurs étrangers en France et des auteurs français en pays étranger', *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger* 1879, pp. 142-143; L. BASTIDE, *L'Union de Berne de 1886 et la protection internationale des droits des auteurs et des artistes*, Paris: Giard 1890, p. 96 s; A. PILLET, *Principes de droit international privé*, Paris: Pedone 1903, p. 546. SCHAAFSMAによれば、それは、フランス著作権法がより高い水準の保護を与えているため、本（源）国法の適用により、外国の著作物がフランスでフランス著作物のような高い保護水準を享受できないという代償を払う一方、フランスにおける高い保護水準の法制度を外国に輸出することができるからであると推測される。S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 164, p. 63.

84) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 144, p. 57.

護の程度に応じて調整をする必要性を判断しなければならないことになる<sup>85)</sup>。

## 2 1886年ベルヌ条約の立場

### (1) ベルヌ条約における基本原則の選択——内国民待遇の原則か本（源）国法か——

このような背景の下に、国際的には、多国間条約の制定によって「純粹な内国民待遇 (traitement national pur et simple)」(すなわち、例外のない内国民待遇の原則)を確立することが強く唱えられた<sup>86)</sup>。ベルヌ条約の起草段階では、従来の内国立法や二国間条約で一般的に採用される内国民待遇の原則が原則として提案された一方、本（源）国法を抵触法の一般原則として適用する案(前述したFLINIAUXによる説)も提起された<sup>87)</sup>。討議の結果として、①そもそも本（源）国法は現実的な抵触規則ではないこと<sup>88)</sup>、②本（源）国法を適用する場合には裁判官に全ての加盟国の法律を知るための過大な負担を負わせることになること<sup>89)</sup>、などの理由から、内国民待遇の原則がベルヌ条約の基本原則として確立された。

最終的に、1886年ベルヌ条約は、内国民待遇の原則について以下のような規定を設けるようになった。2条1項は、「同盟国のいずれかの国の国民である著作者またはその承継人は、その国のいずれかの国で公表されたか未公表であるかを問わず、その著作物について、それぞれの法律が国民に現在付与しまたは将来付与する権利を、他の国において享有する」と規定した。これは、内国民待遇の原則に関する原則的な規定である。

なぜ1886年ベルヌ条約の起草者はサヴィニーによる国際私法モデルを採用せず、法規分類説の方法を採用したのかについて、Schaafsmaは、①

---

85) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 144, p. 57.

86) Actes BC 1884, *op. cit.* (80), pp. 41-43.

87) N. DROZ, 'Conférence diplomatique de Berne dans le but de constituer une Union pour la protection des droits d'auteur', JDI 1884, p. 449.

88) Actes BC 1884, *op. cit.* (80), pp. 41-42.

89) Actes BC 1884, *op. cit.* (80), p. 30.

19世紀当初、知的財産権法はサヴィニーによる国際私法モデルが適用される範囲外にあると認識されていたこと（つまり、公法と同様に、絶対的属地主義の原則によってその場所的な適用範囲を画定すべきであること）、②内国立法および二国間条約の制定の段階で内国民待遇の原則の合理性と有効性が既実証されていたから、新しい方法論を試みる必要性がなかったこと、などの理由を挙げている<sup>90)</sup>。さらに言えば、ベルヌ条約の起草者は、法規分類説の方法論の下で生まれた解決策（内国民待遇の原則）を我々に残し、当時から見ると、この選択は不当なものとして評価すべきではないとする<sup>91)</sup>。

また、Schaafsmaは、内国民待遇の原則の抵触法的な意味も、条約制定段階の準備文書から裏付けられると説明した<sup>92)</sup>。具体的には、①1884年会議の開幕式で「本（源）国法あるいは内国民待遇の原則は条約の基本原則として確立されるべきか」というDrozによる問題提起<sup>93)</sup>、②保護期間に関する議論の記録からすると<sup>94)</sup>、条約の起草者は内国民待遇の原則の抵触法的な意味を前提としていること、③1885年会議の委員会では、その報告書の中で、内国民待遇の原則が「各国の国内法により、国民に与えられる待遇を、外国人著作者に保証する」<sup>95)</sup>と記載されていたこと、などの根拠を挙げる。

## (2) 1886年ベルヌ条約における内国民待遇の原則の例外

1886年ベルヌ条約は、その当時に強く唱えられた「純粋な内国民待遇の原則」を採用せず、内国民待遇の原則の例外規定も設けられた。同条約第2条2項は、「当該権利の享有は、著作物の本国法が定める条件および

90) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 188, pp. 74-75.

91) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 189, p. 75.

92) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 191-195, pp. 76-77.

93) Actes BC 1884, *op. cit.* (80), p. 21.

94) 例えば、「内国民待遇の原則は、外国人に対する国内法の適用を規定している (stipule l'application aux étrangers de la loi nationale)」と説明された。Actes de la 2me Conférence internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques réunie à Berne du 7 au 18 septembre 1885, Berne: Wyss 1885, p. 21.

95) Actes BC 1885, *op. cit.* (94), p. 39.

手続を履行することを条件とし、他国において、当該本国において認められる保護期間を超えてはならない」と定めた。すなわち、内国民待遇の原則の例外(A)として、「方式的成立要件」については本(源)国法を適用し<sup>96)</sup>、内国民待遇の原則の例外(B)として、「保護期間」については実質的互惠条件を採用している。

Schaafsmaは、これらの例外がその当時様々な問題をもたらしたことを指摘する。まず、例外(A)「方式的成立要件」については、本(源)国での方式上の要件について、些細な不備があれば、他の加盟国においては保護を受けられなくなる<sup>97)</sup>。次に、明文規定のある例外(A)および(B)以外にも、隠れた例外(C)「権利の存在 (l'existence)」があることを指摘した。すなわち、外国著作物に対し、その本国における保護より厚い保護を、内国で与えるべきではないという実質的互惠条件の考え方から、実務上、「権利の存在」については、「輸入国法」だけでなく、本(源)国法上の確認も一般的に要求されている<sup>98)</sup>。この例外(C)は、裁判実務において生まれたものであり、条約に規定されていないため、例外(B)「保護期間」とは異なり、明確な範囲が定められておらず、つまり、保護の客体の問題だけでなく、「存在」に関する他の問題をも含むとされた<sup>99)</sup>。その結果、権利者が著作物の本国で権利が存在することを証明しない限り、他の加盟国での保護が与えられないことから、権利侵害者にとって責任を免れる機会となる。さらに、条約体制の実施に対しても混乱をもたらすとする。

この隠れた例外(C)について、その当時の判例や学説では明確な説明がされていなかった<sup>100)</sup>。他方、ベルヌ条約の起草者による意図は明確では

---

96) Schaafsmaは、これが抵触法的指定を意味すると指摘している。

97) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 207-211, pp. 83-85, para. 233, p. 94.

98) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 234, p. 95.

99) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 236, p. 96.

100) 例えば、Röthlisbergerは、保護客体の問題について本(源)国法の部分的適用を主張し、Pilletは、本(源)国法の適用について既得権説を根拠づけている。特にフランスの学説では、広い範囲での本(源)国法の適用が主張されていた。E. RÖTHLISBERGER, *Die Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken*

なく、その後のベルリン会議でも正面から立場が示されてはいなかった。ただし、Schaafsmaは、①1885年にベルヌ条約の起草者が「本国における権利の存在 (l'existence)」に関する実質的互惠条件を削除し、「保護期間の問題以外では (en dehors de ce qui a trait à la durée de la protection)」本（源）国法に依拠することはできないと明確に説明していたこと<sup>101)</sup>、②ベルリン会議において、ベルヌ同盟事務局とベルリン会議の主催国であったドイツ政府はこの例外(C)が1886年条約に反すると説明したこと<sup>102)</sup> などからベルヌ条約がこの隠れた例外(C)を否定していると推測できると主張する<sup>103)</sup>。

### 3 1908年ベルリン改正の要点とその評価

このような内国民待遇の原則の例外がもたらした問題点の解決策として、まず、1908年ベルリン改正条約4条1項（内国民待遇の原則）は、1886年条約2条1項をそのまま受け継いだ。その上で、1886年ベルヌ条約2条2項の例外(A)（方式的成立要件）を削除し、代わりに、1908年ベルリン改正条約4条2項1文で無方式主義および独立原則を確立した<sup>104)</sup>。Schaafsmaは、独立原則の確立は、本（源）国法の適用に対する内国民待遇の原則の勝利を意味し、ベルヌ条約における「輸入国法」の「排他的適用」という基本的な立場を明らかにしたと指摘する<sup>105)</sup>。

第二に、1908年ベルリン改正条約4条2項2文に、「従って、この条約

---

*der Literatur und Kunst und die Zusatzabkommen*, Berne: Francke 1906, S. 153 f;

A. PILLET, *op. cit.* (83), p. 549 s.

101) Actes BC 1885, *op. cit.* (94), p. 41.

102) Actes BC 1885, *op. cit.* (94), p. 38.

103) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 248, p. 100.

104) 絶対的独立原則、すなわち、本（源）国法の適用を完全に排除することが、ドイツ政府とベルヌ同盟事務局によって主張された。1908年ベルリン改正条約4条2項第1文は「これらの権利の享有及び行使は、いかなる方式によるものでもなく、その享有及び行使は、著作物の本国における保護の有無とは無関係である」と定めた。

105) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 250-272, pp. 101-111.

の規定とは別に、著作者がその権利を保護するために利用することができる保護の範囲及び救済手段は、専ら保護が要求される国の法令によって規律される」との定めを新設した。この条文は、現行のベルヌ条約5条(2)項として受け継がれている。この条文の意味について、Schaafsmaは、ここにいう「保護が要求される同盟国の法」を適用するという規定は、内国民待遇の原則に隠れた抵触規則（すなわち、「絶対的属地主義の原則の適用」や「輸入国法」の適用）を再び強調するものであり、また、「保護の範囲及び救済手段」という表現は、伝統的な二国間条約において、内国民待遇の原則の後に一般的に付けられる規定を参照したものであると説明している<sup>106)</sup>。

第三に、1886年ベルヌ条約2条2項2文は、1908年ベルリン改正条約7条2項に改正され、保護期間についても、「(略) 保護が要求される国の法に準拠する」という文言が付加された<sup>107)</sup>。Schaafsmaは、この改正点から、保護期間に関する「保護が要求される同盟国の法」の適用が抵触法上の問題として認識される一方、「本国」における保護期間の適用は、実質的互惠条件に基づく外人法上の問題であることを再び確認できると説明し<sup>108)</sup>、また、第一の改正点とこの改正点とを合わせて、前述の「隠れた例外(C)」を排除する立法者の意図も推測されうると述べる<sup>109)</sup>。

第四に、1908年ベルリン改正条約5条は、「同盟国の一国の国民であって、その同盟国以外の国において初めて著作物を公表する者は、その国において、国内著作者と同一の権利を享有する」と規定した。また、6条は、「同盟国の一国の国民でない著作者でその一国において初めて著作物を公表する者は、その国において国内著作者と同一の権利を享有し、他の同盟

---

106) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 273-279, pp. 111-114. Schaafsmaはさらに、以下のように説明した。1884年ベルヌ条約の起草段階でこの規定が余計なものであることが既に認識されていた（フランス代表Lavollée発言を参照）が、その存在する意味は、内国民待遇の原則の効力に関する不確実性や疑問を解消することにある。Actes BC 1884, *op. cit.* (80), p. 43.

107) 当時、ドイツ政府およびベルヌ同盟事務局は同条文を削除することを提案したが、採用されなかった。

108) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 265-266, pp. 108-109.

109) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 267-269, pp. 109-110.

国においてこの条約が認める権利を享有する」と規定した。元々、1886年ベルヌ条約は、著作物の「本国」における保護については国内的事項であるとして特段触れていなかったが、ベルリン会議においてドイツ政府は著作物の「本国」における外国人著作者に対する保護について関心を示し、議論の結果として、この問題を明確にするために5条および6条を設けることにした<sup>110)</sup>。Schaafsmaは、ベルリン改正条約5条および6条により、内国民待遇の原則の適用が著作物の「本国」までに拡張され、その場所的適用という意味で健全化されたものになったと評価する<sup>111)</sup>。

その後の1967年ストックホルム改正では、著作物の「本国」における保護の状況についてなるべく一つの簡潔な条文で説明するという趣旨の下で、ストックホルム改正条約5条(3)項1文(同現行条約5条(3)項1文)で「著作物の本国における保護はその国の法令の定めるところによる」ことが規定され、また、その例外として、著作物の「本国」における外国人著作者に対する保護については、ベルリン改正条約5条および6条に基づいてストックホルム改正条約5条(3)項2文(同現行条約5条(3)項2文)が規定された<sup>112)</sup>。Schaafsmaは、同項1文は、ベルヌ条約が「本国」における保護の問題について規律しないことを意味し、抵触法的な意味を有さず、ベルヌ条約の適用範囲に関する説明に過ぎないとし、同項2文は著作物の本国において内国民待遇の原則の適用を要求することから、抵触法的な意味を有すると評価する<sup>113)</sup>。

#### 4 ベルヌ条約における内国民待遇の原則に対する誤った認識

以上のような条約の制定に関する歴史的考察を通じて、Schaafsmaはベ

110) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 296, pp. 120-121.

111) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 297, p. 121.

112) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 299 (note 107), p. 121. スtockホルム改正条約5条(3)項2文は、「もつとも、この条約によって保護される著作物の著作者がその著作物の本国の国民でない場合にも、その著作者は、その著作物の本国において内国著作者と同一の権利を享有する」と規定している。

113) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 300-301, p. 122.



ルヌ条約に関する現代の八つ (①～⑧) の「誤った認識」についてまとめている<sup>114)</sup>。

第一に、ベルヌ条約の基礎とした内国民待遇の原則は、法規分類説の方法論の下で発展したものであり、外国著作者や外国著作物が直面する「無法の状態 (差別性のある法律の空白の状態 a discriminatory legal vacuum)」を解消する方法として、外人法の性質と抵触法の性質を有する<sup>115)</sup>。したがって、①ベルヌ条約5条(1)項には抵触法的な意味は含まれず、ただの外人法であるというのが誤った認識である。

第二に、ベルリン会議で起草された独立の原則 (5条(2)項) は、内国民待遇の原則の例外を全面的に拒絶する趣旨の下で提案されたものであり、すなわち、無方式主義によって「方式」に関する本 (源) 国法の適用という例外(A)が排除され、5条(2)項2文は、内国民待遇の原則の適用結果を再び確認し、隠れた例外(C)が適用される可能性をも排除する趣旨を示している (例えば、「専ら」という表現の採用)<sup>116)</sup>。この意味では、独立の原則と内国民待遇の原則は表裏一体の関係にある。したがって、②独立の原則は、「権利の享受 (enjoyment) および行使 (exercise) は本国における保護の存在にかかわらない」という文言に示されていることから、この原則が保護の存在にのみ関係するというのは誤った認識である。

第三に、内国民待遇の原則から、「輸入国法」の適用は排他的なものであると推測されるため、抵触法上の分割は認められず、実質的互惠条件による本 (源) 国法への指定は抵触法的な意味を含まない<sup>117)</sup>。したがって、③ベルヌ条約5条(2)項は自己完結的な抵触規則であるというのは誤った認識である。

第四に、ベルヌ条約の起草者は、ベルヌ条約が制定される前に既に広く採用された「保護が要求される国の法 (la législation du pays où la protection est réclamée)」という表現をもって内国民待遇の原則によって指定される

---

114) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 304-323, pp. 123-129.

115) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 306, p. 124.

116) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 311-313, pp. 125-126.

117) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 314, p. 127.

法のこと（すなわち、絶対的属地主義の原則が適用される結果）を示した。この意味では、ベルヌ条約 5 条(2)項にいう「保護が要求される同盟国の法」は、「法廷地法（*lex fori*）」と「その領域内で保護が要求される国の法（the law of the country *for which* protection is claimed）」のいずれでもなく、この両者の結合である絶対的属地主義の原則の適用結果（Schaafsma はこれを「輸入国法」と定義する）である<sup>118)</sup>。したがって、④「保護が要求される同盟国の法」は法廷地法を指すこと、および⑤「保護が要求される同盟国の法」は「その領域内で保護が要求される国の法（the law of the country *for which* protection is claimed）」を指していることは誤った認識である。

第五に、ベルヌ条約 5 条(2)項にいう「保護の範囲および救済の方法」というのは、ベルリン改正者が内国民待遇の原則の効力に関する不確実性や疑問を解消するために、伝統的な二国間条約における内国民待遇の原則を明確化するための記述を再び採用したものであることから、その目的は、「輸入国法」の事項的範囲を制限することではなく、「輸入国法」の排他的適用を強調することにある<sup>119)</sup>。したがって、⑥「保護が要求される同盟国の法」の適用範囲は「保護の範囲」と「救済手段」に限られるというのは誤った認識である。

第六に、ベルヌ条約 5 条(3)項について、前述(二)・3（「第四に」以下の部分）の通り、⑦ベルヌ条約 5 条(3)項第 1 文は抵触規則であること、および⑧ベルヌ条約 5 条(3)項第 2 文の内国民待遇の原則には抵触規則が含まれず、ただの外人法規定であることは誤った認識である。

## 5 ベルヌ条約における内国民待遇の原則という概念の難読化について

現代において、ベルヌ条約における内国民待遇の原則という概念の難読化、つまり前述した「誤った認識」がなぜ生じたのかについて、Schaafsma は以下のように説明する。

118) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 317-318, p. 128.

119) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 320-321, p. 129.

### (1) サヴィニーの方法論における法律の空白の不存在

前述した通り、知的財産権法分野において絶対的属地主義の原則が妥当していたかつての時代においては、国内法の適用範囲の画定または外国人の権利能力の制限により、「法律の空白」の状態が発生した。法規分類説は、法規の適用範囲が有限であることを前提としており、抵触法的解決を、法規の適用範囲の画定 (delimit)<sup>120)</sup> によって行っていたため、この点は、従来の法規分類説の視点からすれば、自明なことであった<sup>121)</sup>。

しかし、コペルニクスの転回 (kopernikanische wende) と呼ばれるサヴィニーの方法論に基づく現代国際私法の視点からすると、こうした法律の空白は認識されなくなった。サヴィニーの方法論が国際主義に基づいているため、法規の目的および性質 (いわゆる「国家利益 state interests」) は考慮されなくなり、(現代の文脈の下での) 抵触法的問題の範囲から排除された<sup>122)</sup>。代わりに、個人の利益が主要な要素として考慮されるようになった。また、サヴィニーの方法論では、私法規範の無境界性 (boundlessness) および互換性 (interchangeable) を仮定し、つまり、法律の空白の不存在が理論的な前提であり、抵触規則による指定を待つ準拠法はいつも存在しているものと解される<sup>123)</sup>。

### (2) サヴィニーの方法論における「抵触法と外人法の分離」

内国民待遇の原則が解消しようとする「内国法上の著作物・作者者の保護への限定規定」の性質については、19世紀当時、①抵触法的な意味で

---

120) こうした法規の適用範囲の画定は、国家主権の枠組み内で捉えられた。

121) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 474-480, pp. 199-201.

122) ただし、サヴィニーは国際私法モデルを提出した際に、その例外も例示した。つまり、①厳格に肯定的で、強制的な性質を持つ法律 (Gesetze von streng positiver, zwingender Natur)、②ある法律に関係する法的概念が必ずしも全ての法秩序で知られているとは限らない場合は、それを「特異な法 (anomalous law)」として、サヴィニーによる抵触規則のモデルから排除し、絶対的属地主義の原則を適用することである。F. C. von SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*. Band VIII, Berlin: Veit 1849, SS. 32-39.

123) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 486, pp. 202-203, para. 492, p. 205, para. 495, p. 206.

の国内法の適用範囲に対する画定 (a conflict-of-law delimitation of the scope of national law) と②外国著作者に対する権利能力の制限 (restriction on the legal capacity of foreign authors) の二重の性質を有することが自明であったが、現在では、それは①および②の問題ではなく、③「準拠実質法における差別の制限」の問題であると一般的に理解されている。なぜなら、国際主義に基づくサヴィニーの方法論では、抵触法と外人法は概念的に分離され、それぞれ独立したものとみなされることになったからである<sup>124)</sup>。つまり、サヴィニーの方法論は、「無差別」(自国民と外国人が平等に扱われるべきこと)を前提としている。この意味では、外人法が当然に抵触法理論の射程から排除されている。このような現代国際私法における抵触法と外人法の関係についての考え方から、内国民待遇の原則の二重の性質を理解することが困難となった。

### (3) サヴィニーの方法論における絶対的属地主義の原則の拒絶

サヴィニーの方法論では、従来の絶対的な属地主義の原則が、抵触法的な解決策としては認められなくなる。具体的には、絶対的な属地主義の原則における形式的属地性(すなわち、国は自国の知的財産法のみを適用すること)が一般的に否定されるが、絶対的な属地主義の原則における実質的属地性(知的財産権の効力が自国の領域内に及ぶこと)は、現代国際私法において一般的に理解される「『保護国』を連結点とした抵触規則」に取り入れられた<sup>125)</sup>。

124) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 504, pp. 209-210.

125) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 515-519, pp. 213-215. ただし、サヴィニーの方法論には例外(いわゆる「特異な法(anomalous law)」)がある。SCHAAFSMAは、形式的属地性が一概的に否定されるのではなく、こうした例外としての他の理論に吸収されこともある(例えば、絶対的強行法規の理論)ことを提示した。つまり、形式的属地性は現代国際私法モデルの適用例外として、サヴィニーの理論的モデルの対立面にあるという理解がありうる。C. WADLOW, *Enforcement of Intellectual Property in European and International Law: The new private international law of intellectual property in the United Kingdom and the European Community*, Sweet & Maxwell 1998, p. 12も同旨("The principle of national treatment is consistent with that of territoriality in the narrow sense.")。

以上のことから、Schaafsma は、サヴィニーによる方法論の下では、①法律の空白の不存在という仮定、②抵触法と外人法の分離、③絶対的な属地主義の原則（とりわけ、形式的属地性）の拒絶などの原因により、内国民待遇の原則の抵触法的な意味が理解されなくなり、ベルヌ条約における「保護が要求される国の法律」を正確に認識することもできなくなるとする<sup>126)</sup>。

### (三) 小 括

Schaafsma の説を、内国民待遇の原則に抵触規則が含まれるとする従来の学説の論理（前章(三)小括）と比較すると両者の異同は以下のようになる。

まず、①内国民待遇の原則から実質法上の属地主義の原則が導かれるという点については両説が同様である。Schaafsma はさらに、著作権法における外国著作物・著作者への「保護の限定」に関する規定から「法律の空白」が生じ、その解決策として内国民待遇の原則が用いられ、「法律の空白」が解消されたと説明した。その結果、著作権の保護については、絶対的な属地主義の原則を適用することに還元されることになった。

次に、②実質法上の属地主義の原則から連続的に抵触法上の属地主義の原則を導き出せるという点についても両説は同様であるが、Schaafsma は、③こうした抵触法上の属地主義の原則が不完全なものであるため、その双方化によって保護国法主義が導かれるという点については、異なる見解を主張する。すなわち、内国民待遇の原則から導かれる抵触法上の属地主義の原則は、法規分類説の下における法の抵触の解決方法であり、形式的属地性と実質的属地性の双方を含む絶対的属地主義の原則である（いわゆる「輸入国法」の適用）。形式的属地性をサヴィニーによる抵触規則のモデルにすると「法廷地法」の適用となり、実質的属地性をサヴィニーによる抵触規則のモデルにすると「その領域内で保護が要求される国の法」の適用となる。しかし、現在では、形式的属地性が一般的に否定され、実質的属地性の部分のみが存続し、現代国際私法で一般的に理解されている「保護国

---

126) S. J. SCHAAFSMA, *op. cit.* (1), para. 520-524, pp. 215-216.

法」の適用へと変容した。

また、従来の学説で詳細に論じられていなかった内国民待遇の原則の二重の性質について、Schaafsmaは、法規分類説の方法論からサヴィニーによる方法論への転回について分析することで、内国民待遇の原則の二重の性質について理論的な根拠を提供した。

このように、従来の学説を補強するとともに、こうした内国民待遇の原則に関する彼の見解に基づき、現代国際私法におけるベルヌ条約5条の抵触規則性に関する誤った認識を明らかにした点で、Schaafsmaの見解は重要な意義があるように思われる。

## 五 検討および日本法への示唆

ベルヌ条約が起草された19世紀当時は、サヴィニーによる国際私法方法論が著作権分野で広く受け入れられていたわけではなく、現代的な意味での抵触法的な問題がベルヌ条約の起草者にどれほど意識されていたかを検証するのは難しい。しかし、内国民待遇の原則を基本原則としたベルヌ条約によって国際著作権保護制度が形成される以上、その抵触法上の意義を解明することは依然として重要である。特に近年、地域的な統一抵触規則や各国の抵触規則において「保護国法」を用いたものが多くなっているが、その概念上の起源であるベルヌ条約5条の文脈から離れて「保護国法」を解釈していることも少なくない。以下では、既に考察した内容を踏まえ、内国民待遇の原則の内容とその抵触法的な意味、現代国際私法の観点からのこの原則の捉え方について若干の検討を行う。

### (一) 内国民待遇の原則の抵触法的な意味

Schaafsmaが指摘する通り、ベルヌ条約以前やその制定当時において、内国民待遇の原則に抵触法的な意味を持たせることはごく自然な理解であった。しかしサヴィニーの方法論に従えば、この解釈は不自然なものとなる。また、外人法と抵触法の概念的分離はサヴィニーの方法論に由来するものであり、この分離を前提とすると内国民待遇の原則の理解が難しく

なる。内国民待遇の原則は、各国が国内法で外国人の著作物や著作者を無保護のままにしておく「無法の状態」を解消するため、実質法上の属地主義の原則を黙認する形で採用されたものである。属地主義の原則の実質法上の根拠についての議論は現在でも続いているが、各国の実行によって妥当とされる属地主義の原則を暗黙の前提とし、内国民待遇の原則を中心とした国際著作権保護の条約体制が確立されたのが現実である。この認識に基づく、ベルヌ条約における内国民待遇の原則が、実質法上の属地主義に基づく抵触法上の属地主義である「保護が要求される同盟国の法」の適用を含むと理解するのは論理的に一貫していると考えられる。この理解のもと、ベルヌ条約は、著作権保護に関する全ての事項について「保護が要求される同盟国の法」を包括的に適用することを意図していると推測される。

## (二) 現代国際私法の視点からの捉え方

内国民待遇の原則に対する前述の理解を現在でもそのまま維持すべきかは議論の余地があり、そこには条約の国内的適用や現代の国際私法理論との整合性といった課題が含まれる。条約の国内的適用に関しては、本稿では詳細に論じていないが、ベルヌ条約加盟国の憲法体制によって事情は異なり、ここで具体的な検討は控える。一方で、内国民待遇の原則における抵触法的な意味と現代国際私法理論の整合性については、特に①「保護国法」という連結点の解釈、②分割 (dépeçage) の可否、③第三国を含む絶対的強行法規の適用、④地域的に条件づけられた外国実質法規の適用、といった点に関わるため、検討する意義がある。

### 1 内国民待遇の原則は現代国際私法における抵触規則とみなせるか

Schaafsmaの論述は、内国民待遇の原則が法規分類説に基づく抵触法的な意味を有していることを十分に説明しているが、これを現代の国際私法における抵触規則へと変換するのは容易ではない。この点について、UlmerやFawcettなどは、内国民待遇の原則の抵触法的な意味を一方的抵触規則（不完全な抵触規則）とみなし、それを双方向化しようとする試みを



行っている。一方的抵触規則とは、特定の事項に関して内国の実質法規のグループを指定する規則であり、指定された内国の実質法規が外国の国際私法によって指定された場合、その効力が外国にも及び得ることを否定していない。この点から、サヴィニーの方法論に基づき一方的抵触規則から「連結点」を抽出し、双方化することは理論的に可能である。

しかし、内国民待遇の原則は実質法上の属地主義の原則を暗黙の前提としており、すなわち、実質法の場所的適用範囲が限定されており、一方的抵触規則の双方化を可能にする前述の前提には馴染まない。したがって、内国民待遇の原則を単純に一方的抵触規則とみなすことや、それを双方化する可能性を論じることは容易でなく、現代国際私法における抵触規則と即座に同一視することはできない。ただし、この点をもって内国民待遇の原則に抵触法的な意味がないと結論付けるのは早計であり、現代国際私法を適用する際の一つの指針とはなり得ると考える。そこで、ベルヌ条約5条に基づく実質法上の属地主義から保護国法を導く説を支持したい。

また、さらに、歴史的な観点からすると、ベルヌ条約における内国民待遇の原則の例外規定は、「保護国法の適用の枠内での外人法（すなわち、実質的互惠条件）」として解釈されるべきであり、本（源）国法への指定を抵触法的指定と積極的に捉える根拠は乏しいと考えられる。

## 2 現代国際私法における内国民待遇の原則の理解

現代国際私法における内国民待遇の原則の理解については、以下の三点を注意する必要がある。

第一に、現代国際私法における「保護国法」の解釈は、内国民待遇の原則に含まれる抵触法的な意味に基づく必要がある。そもそも、ベルヌ条約5条における「保護が要求される同盟国の法」と、現代国際私法の「保護国法」という連結点は異なる性質を持つ（前提とする方法論が異なる）ため、現代国際私法の解釈をそのまま用いてベルヌ条約の「保護が要求される同盟国の法」を説明することは難しい。ただし、抵触法上の属地主義の原則に基づく適用結果である「保護が要求される同盟国の法」の適用と「保護国法」の適用が一致する可能性から考えると、「保護国法」を「その領域

内で保護が要求される国の法」と解釈することが最も適しているといえる。また、原則として、それを著作権自体およびその保護に関する全ての事項について包括的に適用すべきであると考え。この意味では、単位法律関係の分割を認めることには慎重であるべきである。

一方、「保護国法」の解釈を不法行為準拠法の枠組みで行う見解も有力に主張されるが(「利用行為地」という解釈はこれに分類されうる)、抵触法上の属地主義の原則に基づく適用結果と不法行為準拠法に関する国際私法理論との整合性を個別具体的に検討する必要がある。例えば、利用行為地、加害行為地や結果発生地などを特定する際に著作権の属地性を考慮すべきか、いかなる事項について当事者自治が認められるか、著作権に関する個別例外条項の適用を一般的に認めるべきか、公序則を発動する際に属地主義の原則を考慮すべきか、準拠実質法には地域的自己制限的な規定<sup>127)</sup>がある場合にそれを考慮すべきか、といった問題が挙げられる。これらの問題について、内国民待遇の原則における抵触法的な意味を指針とすれば、最終的には、抵触法上の属地主義の原則に基づく適用結果と異なる準拠実質法の適用を修正する方向で解釈せざるを得ない。

第二に、現代国際私法における絶対的強行法規を用いた特別連結論により、内国民待遇の原則に含まれる抵触法的な意味を実現することも論理的に可能である。本来、絶対的強行法規による特別連結論は、純粋な私法関係を対象としたサヴィニー国際私法モデルの例外として位置づけられていた。これにより、私法関係においても公的・政策的性格が強い法規は属地的に適用されることになる。しかし、この立場に立てば、絶対的属地主義は法廷地における絶対的強行法規の適用によって達成可能であるが、形式的属地性を排除し実質的属地性のみを認める相対的属地主義を実現するには、第三国の絶対的強行法規の適用を理論的に可能にしなければならない。また、どの規定が絶対的強行法規に該当するかは、個別具体的に分析する

---

127) この点については本稿では特に扱っていないが、今後は検討が必要である。また、一般論としてこの問題について検討した文献として、横山潤「地域的に条件づけられた外国実質法規の適用」獨協法学14号(1980)1頁以下がある。

必要がある。

第三に、ベルヌ条約自体は衛星放送やインターネットを介した公衆送信などの国境を越えた権利の問題を想定しておらず、これに対しては現代国際私法によって自由に処理する余地を認めるのが適切である。しかし、衛星放送に関する問題については、実質法レベルで放送権の特定（ローカリゼーション）について規定する例があり、国内立法においても関連する一方的抵触規則が設けられる場合がある。こうした規定を現代国際私法の観点からどのように捉えるべきかについては特に注意が必要である。

### （三）日本法への示唆

日本では、内国民待遇の原則から抵触規則が導かれるという見解が早期から否定されてきたが、内国民待遇の原則に含まれる抵触法的な意味を正確に認識せずに現代国際私法の理論を展開することは妥当ではないと考えられる。特に、著作権を含む知的財産権の準拠法に関する明文規定が通則法に存在しない現状では、著作権の原始的帰属、譲渡、侵害や保護期間などの問題について判例・学説上多様な解釈がみられ、一致した結論に達することは困難を伴う。この状況に対し、内国民待遇の原則に含まれる抵触法的な意味を指針としつつ、現代国際私法の枠内で著作権関連事件の準拠法を決定することで、準拠法選択の結果に一定の一貫性を確保し、法的安定性を一層高めることが期待されると考える。

〔付記〕 本研究は、潮田記念基金による慶應義塾博士課程学生研究支援プログラムの支援を受けた。

**儲 安然** (チヨ アンゼン)

所属・現職 慶應義塾大学大学院法学研究科助教  
最終学歴 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程単位取得  
所属学会 国際私法学会  
専攻領域 国際私法  
主要著作 「著作権侵害事件の国際裁判管轄に関する欧州連合司法裁判所の判例についての一考察」『法学政治学論究』第134号(2022年)  
「著作権侵害事件の国際裁判管轄に関する欧州連合の学説についての一考察」『法学政治学論究』第135号(2022年)  
「フランス国際私法における著作権関連事件の準拠法に関する一考察」『法学政治学論究』第140号(2024年)