HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	職務著作の準拠法
Author(s)	駒田, 泰土
Citation	知的財産法政策学研究, 5, 29-49
Issue Date	2005-01
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43426
Type	departmental bulletin paper
File Information	5_29-49.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

職務著作の準拠法

駒田泰土

1．はじめに

周知のように、世界各国の著作権法においては、著作物を現に創作した者が「著作者」となり、著作権を原始取得する原則が行われている。いわゆる「創作者主義」[1]である。しかし、雇用関係にある者が職務遂行の過程で著作物を創作した場合には、この創作者主義に例外を設ける国が少なくない。すなわち、事実行為として著作物を創作してはいない使用者に著作権が帰属することが認められる場合がある。かような法的規律の内容は国ごとに様々であり、どの国の著作権法が適用されるかによって結論も異なったものとなりうる。

それゆえ、この問題についての準拠法を知る必要がある。しかし、現行法例にはこれに関する規定はない。それどころか、著作権の成立や効力の準拠法（著作権自体の準拠法）を定めた明文の抵触規則すらない。

---

[1] 「創作者主義」については、これを徹底分析した潮海助教授の浩瀚な研究がすでに公表されているが（潮海久雄「著作権法における創作者主義の変遷過程――職務著作制度の分析を中心として――(1)～(6)」法協116巻12号1928頁、117巻5号615頁、119巻6号1003頁、119巻8号1509頁、119巻9号1799頁、119巻10号2005頁［1999、2000、2002年］）、同主義には、少なくとも①事実行為として創作を行った者のみが著作者となり、②その者が著作者の権利を原始取得するという二つの意味があることをわが国で明確に指摘したのは、上野助教授の仕事である（上野達弘「大陸法から見たわが国『職務著作』」著作権研究30号72頁［2004年］）。なお、創作者主義については海外でも綿密な研究がなされているが、そこでも上記①②が同主義の内容であると把握されている。Cf. J. Seignette, CHALLENGES TO THE CREATOR DOCTRINE, Kluwer, 1994, p.1.

もっとも、著作権自体の準拠法をどの国の法とすべきかについては比較的コンセンサスがある。結論としては、著作物の利用地法とするのが一般的な考え方である。これを「属地主義」という概念で説明する見解がある[2]。あるいはより実質的な理由として、著作物の利用者に予測可能性を与えるためと説明する見解もある[3]。加えて、ベルヌ条約[4]５条１項ないし２項にかような抵触規則を見出す見解があり、これが国際的にも多数説となっている。同条１項はいわゆる内国民待遇を定め、２項は「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」について「保護が要求される同盟国の法令」によるべきことを定めている。多数説は、これらの規定（のいずれか、あるいは双方とも）が著作権の準拠法を「その領域について保護が要求される国の法」としていると解するのである（保護国法＝著作物の利用地法）[5]。同条の解釈についてはこれとは別の考え方もあるが、保護国法によるという結論自体はさほど争われていない。

しかし、果たして職務著作の準拠法についても同様に考えてよいのかという問題がある。後述するように、この点に関しては著作権自体の準拠法ほどコンセンサスがない。また、同様に考えないとして、いかなる抵触規則によるべきかについても明確な意見の対立がみられる。

本稿は、職務著作の準拠法をめぐる内外の議論を紹介し、それぞれについて批判的な検討を試みるものである。わが国の文化産業が一層ボーダレス化し、企業内の創作環境もますます国際化しつつある今日、比較的争いが多いこの問題について考察を深める意義は小さくないであろう。

---

[2] E. Ulmer, INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS AND THE CONFLICT OF LAWS, Kluwer / Commission of the European Communities, 1978, n. 15. もっとも、「著作物の利用地法の適用」と「属地主義」が意味するところの微妙な違いにつき、拙稿「『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」日本工業所有権法学会年報27号1頁以下［2004年］参照。

[3] 田村善之『著作権法概説』［有斐閣・2001年］560頁。

[4] 「文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約」パリ改正条約（1971年）。以下、単に「ベルヌ条約」というときはこの条約を指す。

[5] このような解釈が国際的に多数説であることについて、拙稿「ベルヌ条約と著作者の権利に関する国際私法上の原則」国際法外交雑誌98巻４号43頁、50-51頁、63頁注７参照。

もっとも、後述するように、種々の理由から現時点ではこの問題に関する明確な自説の提示は難しいと考える。そのため、本稿は、さらなる本格的考察を行うための準備作業的性格を有することを予めお断りしておきたい。

II．比較実質法

職務著作の準拠法に関する諸説を紹介する前に、まず主要諸国の著作権法においてどのような創作者主義の例外が規定されているのかを概観しておく。

１．米国

米国著作権法[6]は、「従業者によりその職務の範囲内で作成された著作物」を職務著作物（work made for hire）と定義し（101条）、署名を伴う書面による反対の合意が存しない限り、使用者に著作権が帰属する旨定めている（201条ｂ）。このルールは、一定の範囲で雇用関係の外にも適用される。すなわち、集合著作物を構成する寄与著作物や視聴覚著作物の一部等一定のカテゴリーに属するものとしてその作成が特別に注文ないし委託された著作物で、職務著作物として扱われることに当事者が合意しているものについても、当該著作物を作成させる者に著作権の原始取得を認めている（101条）。

２．英国

英国著作権法[7]は、「雇用の過程で従業者により作成される著作物又は映画」について、反対の定めのない限り、著作権は使用者に帰属する旨規定している（11条２項）。もっとも、映画については、その作成に必要な手はずを整えた者（製作者：producer）と監督（principal director）がともに著作者とされる（９条２項）。以上の原則は、国王、議会及び一定の国際機関の著作権については適用されず、それらは特則に従うことになる。国

---

[6] 1976年著作権法。

[7] 1988年著作権法・意匠法。

王の職員や公務員がその任務の過程において作成した著作物については、国王に著作権が帰属する（163条）。法律及び国教会制定法（measure）についても王が権利を原始取得する（164条）。著作物が下院や上院により作成された場合、あるいはその監督又は管理の下に作成された場合、著作権は作成者／監督・管理者である院に帰属する（165条）。議会に上程される各法案についても、議会が著作権を原始取得する（166条）。一定の国際機関の職員又は従業員が作成した著作物については、当該機関に著作権が帰属する（168条）。

3．フランス

フランス著作権法[8]においては、一般的な職務著作の概念は存しない。しかし、創作者主義の例外がないわけではなく、「集合著作物（oeuvre collective）」について、公表名義者（創作発意者）が全ての権利を原始取得するとされている（113-5条）。集合著作物とは、「その作成に参加する各著作者の個々の寄与が」「寄与の構成目的である全体の中に融合しているもの」（113-2条3項）をいうが、具体例としては辞書や百科事典、新聞等が一般に挙げられている[9]。同国の著作権法は、財産権である著作権とは別に著作者人格権（droit moral）も明確に規定しているが、これらの権利すべてが集合著作物の公表名義者に帰属することになる。フランス法は、その他の著作物に関しては使用者等による権利の原始取得を認めてはいないものの、一定の範囲でこの者への権利の集中を容易にしている。すなわち、視聴覚的著作物、広告の著作物、ソフトウエアにつき、使用者・製作者への著作権譲渡を推定する規定がある（132-24条、132-31条、113-9条、121-7条）。

4．ドイツ

ドイツ著作権法[10]においても、職務著作の概念は存しない。それどころか、創作者主義に対する明確な例外は一切認められていない。同法においては、いかなる場合においても著作者の権利を原始取得するのは、事実行為として創作を行った者である。もっとも、映画の著作物及びプログラムの著作物につき、製作者・使用者に対する排他的利用権の設定を推定する旨の規定があり、当該著作物に係る権利の取得を容易にしている（89条、67条b）。さらにその他の著作物についても、使用者の事業目的に鑑み利用権取得につき正当な利益が存する場合、使用者に対する黙示の利用権設定を推認するのが判例の立場である[11]。

5．わが国

最後にわが国の法制について簡単に触れる。わが著作権法は、使用者の発意に基づきその業務に従事する者が職務上作成する著作物で使用者の著作名義で公表するものにつき、その作成の時における契約、勤務規則その他に別段の定めがない限り、当該使用者を著作者とする旨規定している（なお、ひとりプログラムの著作物に関しては、使用者の著作名義で公表するという要件は課されていない）。わが著作権法上も、著作者は著作権のほか著作者人格権を享有するが、上記の要件を充足する場合には、使用者にこれらの権利すべてが帰属することになる（15条）。以上がわが国職務著作制度の概要であるが、映画の著作物に関しても創作者主義の例外というべき特則があり、職務著作が成立しえない範囲で適用される。当該規定によれば、映画の著作物の著作者がその製作に参加する旨の約束をしているときは、その著作権は映画製作者に帰属することになる（29条1項）。ただし、放送・有線放送の技術的手段として同著作物が作成されるときは、放送事業者・有線放送事業者に一定の範囲でのみ著作権が帰属することになる（同条2項、3項）。

6．まとめ

以上の簡単な比較法的調査からでも判然とするのは、創作者主義の例外に関する各国の法制がきわめて多様であるという事実である。誰が最初に権利を取得するかということは、しばしば職務著作の枠組みを超えて問題

[8] 1992年知的所有権法。

[9] Cf. X. Linant de Bellefonds, DROIT D'AUTEUR ET DROITS VOISINS, Dalloz, 2002, n. 401.

[10] 1965年著作権法。

[11] BGH, Febr. 22, 1974, GRUR, 1974, S. 480; BGH, Febr. 6, 1985, GRUR, 1985, S. 529.

となる。純粋な雇用関係から委任関係、映画製作への参加のような関係性が希薄な場合にまで、様々なケースについて各国が独自の立場から創作者主義の例外を確立しているからである。また、その程度も一様ではなく、使用者等に権利の原始帰属を認めるはっきりとしたものから、権利の譲渡を推定する手法等により実質的に同主義の緩和を図るものもある。職務著作の準拠法に関する抵触法理論を構想する上でも、かような各国著作権法間の多様性を念頭においておく必要がある。

III．職務著作の準拠法に関する諸説の紹介

職務著作の準拠法に関する諸説は、大きく二つの立場に分けることができる。一つは統一的連結を主張する立場であり、一つは統一的でない連結を主張する立場である。前者においては、著作権の原始取得等は単一の法の下で判断され、後者においては、この問題も著作権の成立や効力と同様、そのつどの保護国法により判断されることになる。

後述するように、どちらかといえば統一的連結を行う立場が内外で有力である。著作権の成立や効力のみならず原始取得の問題まで保護国法によるならば、保護国ごとに著作者ないし著作権を原始取得する者が決定されるため法律関係がいたずらに複雑になり、予期せぬ者の許諾権によって著作物の利用が妨げられるなどの弊害を生じるからである。

しかし、統一的連結を行うにしても、どの国の法に連結すべきかについては意見の相違がある。この点に関する先行研究及び立法判例の立場は、雇用契約の準拠法によるとする説（第一説）と本源国法（著作物の本国[12]法）によるとする説（第二説）に分かれる。また、統一的でない連結を主張する側（第三説）からは、統一的連結に伴う固有の問題点等も指摘されている。以下、それぞれについて詳しくみていくことにしよう。

1．第一説（雇用契約準拠法説）

この説は、職務著作の場合における著作権の原始取得の問題を、雇用契約より生ずる雇用関係の問題と性質づけるものである。それゆえ当該契約の準拠法によるのが適切であるとされる。この説の主唱者として、たとえばFawcett＝Torremansを挙げることができる。彼らは大旨次のように述べて、かかる連結規則の正当性を説いている。もし、従業員が職務上作成した著作物の著作権を自らの下にとどめたなら、当該著作権はこの従業員に特別な収入をもたらすであろうし、使用者は当該著作物の利用に要する特別なロイヤルティ・コストを考慮するであろう。このことは、雇用契約における従業員の俸給額の決定に影響を与えるに違いない。以上は、雇用契約との緊密な関連を証明するものであり、当該契約そのものと職務著作における著作権の原始取得について同じ法を適用する根拠を与えるものである[13]、と。

Fawcett＝Torremansは、自説を採用する立法例としてオーストリア国際私法[14]を挙げている。同法は、職務著作につき雇用契約に送致される法によるべきことを明示的に定めている（34条２項）。

わが国でも、これと趣旨を同じくする学説が田村教授により有力に主張されている[15]。また、この田村説を採用したと思しき裁判例[16]もある。事案は、いわゆるキューピー人形等を長年利用し、その著作権侵害責任を問われたわが国の銀行が、当該人形等に係る著作権の原始取得者は事実的創作

[12] 一般的には著作物の第一発行国、未発行であれば著作者の本国をいう。ベルヌ条約５条４項参照。

[13] J. J. Fawcett & P. Torremans, INTELLECTUAL PROPERTY AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW, Clarendon Press, 1998, pp. 511-512, spec. p. 514. なお、近時出版されたMireille van Echoud, CHOICE OF LAW IN COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS ALTERNATIVES TO THE LEX PROTECTIONIS, Kluwer Law International, 2003, pp. 188-190も、機能的分析の手法により、職務著作については雇用契約準拠法によるべきと説く。

[14] 1978年国際私法。

[15] 田村・前掲（注3）565頁。

[16] 東京高判平13・5・30判時1797号131頁。判例時報掲載の解説文によれば、本判決は田村説（同上）を採用したものであるという。もっとも、同判決のこの部分の判断は奇妙で、結局、東京高裁は、事実的創作者たる米国人と米国出版社の間に雇用契約があったとは認定していない。そうすると雇用契約準拠法によることはできないはずであるが、何らかの抵触法的処理に基づき、著作権は当該米国人が原始取得したと判断している。

者たる米国人ではなく、その雇い主である出版社であると主張したというものであった。東京高裁は、一般論として「雇用契約の準拠法国における著作権法の職務著作に関する規定によるのが相当」と判示している（平成13年5月30日判決）。

以上は、本説の立場に立つものとして最も素直な例であるといえるが、これとは異なる方面から出発し、最終的に雇用契約の準拠法によることを認めるもう一つの考え方がある。これは、職務著作における権利の帰属を本質的には権利譲渡の問題と把握するもので、Ulmerによって提唱される考え方である。

Ulmerは、英米の職務著作制度を観察し、これらも突き詰めれば従業員創作者に著作権が発生する自然権的な考え方を背景とするのであって、ただ使用者に著作権が譲渡されたことを推定しているにすぎないと考えた（反対の合意が存しないことを条件に著作権を使用者に帰属せしめている）。そうだとすれば、職務著作の場合における著作権の帰属の問題については、両者の関係に適用される権利譲渡等の準拠法によるのが適当であろう、としたのである[17]。

Ulmerは、Max Plank知的財産研究所所長であった当時、知的財産に関するEC国際私法条約案[18]（以下、Ulmer草案）を起草したが[19]、同草案には上記の考え方が反映されている。すなわち、Ulmer草案E条2項は、従業員により作成された著作物又は注文された著作物について、その原始取得はF条により定まる権利譲渡及び利用許諾の準拠法によると規定している。F条は1項において保護国法によるべき事項を定め、2項においてEC契約準拠法条約（1980年）の草案段階の条文を準用している。以上の規律により、疑いのある場合には（in case of doubt）、契約準拠法条約草案中雇用契約の準拠法を定めた5条が適用されるというのがUlmerの説明である[20]。

[17] Ulmer, op. cit. (n. 2), n. 57.

[18]「EEC加盟国の国際私法に関する条約中の知的財産権に関する規定のための草案」（1975年）。

[19] Ulmer草案の本格的な紹介及びその批判的考察を行ったわが国の業績として、木棚照一『国際工業所有権法の研究』［日本評論社・1989年］133頁以下がある。

[20] Ulmer, op. cit. et loc. cit.

かようなUlmerの見解は、英米の職務著作制度という特定の実質法規をもとに抵触法における法性決定を行っており、その論理に奇妙なねじれがあるといわざるをえない。ともあれ、権利「譲渡」の準拠法によるとしつつも、職務著作（及び注文著作）の場合における著作権の「原始取得」もこの法により決定するというのがUlmerの立場である[21]。

かかる基本的な出発点の相違によるものか、職務著作以外の場合における著作権の原始取得はどの国の法によるべきかについても、Fawcett＝Torremansと Ulmerの間には意見の相違がみられる。Ulmerは、もともと著作権の成立と原始取得を別々の単位法律関係とすることに批判的であり、職務著作（及び注文著作）以外の原始取得の問題は保護国法によるべきであるとした（Ulmer草案E条1項）。他方、Fawcett＝Torremansは統一的連結のメリットを強調しており、著作権の原始取得は本源国法によるのを原則とすべきだとしている[22]。職務著作の場合に限って雇用契約の準拠法によるとしているのは、雇用関係と当該準拠法との結びつき（link）が、本源国法によるという一般原則との結びつきよりも強力（stronger）であるからというのが彼らの主張である[23]。

2．第二説（本源国法説）

第二説は、職務著作か否かを問わず、著作権の原始取得について本源国法に統一的に連結しようとする。本説の主唱者としては、たとえばUlmer草案を批判したDrobnigがあげられる。Drobnigは、著作権の自然権性を一層強調して各保護国が著作権を成立させるという考え方に反対し、むしろ本源国で成立した著作権が普遍的に承認されるべきことを説いた。もっとも、ベルヌ条約の通説的解釈にも理解を示し、著作権自体は保護国法によるとの結論を受け入れるが、少なくとも原始取得については別様の連結が可能であると主張している[24]。

[21] Ulmer草案E条1項の文言及び2項との関係から、後者の規定が単に権利の移転だけを対象としているわけではないことは明らかである。

[22] Fawcett & Torremans, op. cit. (n. 13), pp. 511-512, spec. p. 512.

[23] Ibid., pp. 513-515, spec. p. 515.

[24] U. Drobnig, *Originärer Erwerb und Übertragen von Immaterialgüterrechten im Kolli-*

諸外国においては――著作権の成立等についても本源国法によるか否かはともかく――職務著作の場合も含め、著作権の原始取得について同法によるべきことを支持する論者が少なくない。筆者の知りうる限り、Schack[25]、Ginsburg[26]、Goldstein[27]、Bertrand[28]、Josselin-Gall[29]らがこの説を支持している。米国法律協会（ALI）が近時作成した知的財産に関する国際私法及び国際手続法の統一ルール草案[30]にも、かような抵触規則が盛り込まれている。これは、同国の第二巡回区連邦控訴裁が近時言い渡した判決[31]の影響によるものと推察される。

この判決の事案は、米国で発行されるロシア語の週刊新聞がロシアを本源国とする新聞や通信社の記事等を無断で転載していたというものであった。連邦控訴裁は、本件著作物はロシア人によって創作され、ロシアで最初に発行されたものであるから、同国との間には「最も有意義な関係（the most significant relationship）」が認められるとし、その著作権の原始取得はロシア法によるべきであるとした（1998年８月27日判決。なお権利侵害に関しては、一般に承認されているように不法行為地法によるとも判示している）。

フランスでも、著作権の原始取得は本源国法によるとの判例法理が確立している。たとえば、トラック交換用部品のカタログデザインについて著作権の侵害が争われた事案で、その前提問題として著作権の原始取得者の決定につき本源国法（本件ではスウェーデン法）によるとした破毀院の判決[32]がある。同判決は、ベルヌ条約は保護要件について保護国法に送致する抵触規則を有しているが、著作権の帰属に関しては抵触規則を欠くと解した上で、フランス固有の抵触法により上記の解決を導いた（1998年4月7日判決）。

ただし、著作者人格権の帰属について本源国法を適用しなかった別の破毀院判決[33]もある。事案は、フランスにおけるテレビ放映のため米国で製作された白黒映画が着色されたことに対し、映画監督の遺族及びシナリオライターが同一性保持権の侵害を主張したものであった（その前提として著作者人格権の帰属が争われた）。パリ控訴院は本源国法（本件では米国法）の職務著作の規定を適用して映画製作者が著作者の地位にあると判示したが[34]、破毀院はこれを覆し、著作者人格権に関しては（その帰属の問題も含め）フランス法が強行的に適用されねばならない（application impérative）とした（1991年５月28日判決）。本判決によるフランス法の適用については、これを公序の発動とも警察法（loi de police）の適用事例とも解することができ、一義的に明らかではない[35]。いずれにせよ、フランスを著作物の利用地とする限り、著作者人格権に関しては通常の判例法理が

---

sionsrecht, 40 Rabels Z. 1976, S. 195 ff.

[25] H. Schack, ZUR ANKNÜPFUNG DES URHEBERRECHTS IM INTERNATIONALEN PRIVATRECHT, Dunker & Humblot, 1979, RdNr. 107.

[26] J. Ginsburg, note JCP G 1992 II 21780.

[27] P. Goldstein, INTERNATIONAL COPYRIGHT PRINCIPLES, LAW, AND PRACTICE, Oxford University Press, 2001, pp. 102-105.

[28] A. Bertrand, LE DROIT D'AUTEUR ET LES DROITS VOISINS, 2e éd., Dalloz, 1999, p. 488.

[29] Josselin-Gall, M., LES CONTRATS D'EXPLOITATION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE, GLN Joly Éditions, 1995, n. 266-271, spéc. p. 346. Josselin-Gall は、著作者人格権の享有主体である「著作者」の解釈は、理論的には法の抵触の問題ではなくて性質決定の抵触の問題であるとして、法廷地法（lex fori）によりこれを決すべしとしている。Ibid., n. 280.

[30] 「知的財産権：国際紛争における裁判管轄、法選択及び判決に関する諸原則」。Cf. R. C. Dreyfuss & J. Ginsburg, *Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes: Aim, scope and approach of the American Law Institute project on intellectual property*, 2 Computer Law Review International 33 (2003). 本論文の翻訳もなされている。ロシェル・ドレフュス＝ジェーン・ギンズバーグ「国際知的財産紛争の裁判管轄及び法選択、判決に係る原則――知的財産に関するアメリカ法律協会プロジェクトの目的、および射程、アプローチ――」［伊藤敬也訳］青山法学論集45巻４号99頁以下［2004年］。

[31] 153 F.3d 82（2d Cir.1998）. 本判決を簡単に紹介・批評したものとして、拙稿「著作権の原始取得に関する準拠法――タス通信社事件米国判例――」コピライト1999年12月号33頁がある。

[32] Cass. civ. 7 avr. 1998, Rev. crit. DIP, 1999, p. 76.

[33] Cass. civ. 28 mai 1991, Rev. crit. DIP, 1991, p. 752.

[34] CA Paris, 6 juil. 1989, Rev. crit. DIP, 1989, p. 706.

[35] 両説が可能であることにつき、V. A. Lucas et H. -J. Lucas, TRAITÉ DE LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE, 2e éd., Litec, 2001, n. 993.

排除されていることに注意を要しよう。

3．第三説（保護国法説）

著作権の原始取得につき統一的連結を主張する諸説の多くは、著作権の成立や効力、あるいは少なくとも著作権の効力（及び制限）につき保護国法に連結する分割的処理（デプサージュ）を肯定している。しかし、本説は著作権の原始取得者も保護国法により決定しようとするものであり、著作権総体に関して非統一的な連結を主張するものであるといえる。

統一的でない――それゆえ国ごとにバラバラな――連結は既に述べたようなデメリットを生ずるが、他方で、デプサージュに伴う異なる国の著作権法同士の結合がもたらす不調和を必ず回避しうるというメリットがある。たとえば、原始取得につき法人著作を認める国の法が準拠法となり、保護期間については法人著作を一切認めない国の法が準拠法とされたとしよう。前者の法においては、法人著作につき、著作物の公表後何年という保護期間が規定されているのが通常である。後者の法においては、無名・変名著作物など著作者を特定しえない場合を除けば、その死後何年という保護期間が規定されているのが通常であろう。これらの法の単純な結合は、法人の著作者に対して上記の死亡起算ルールが適用されるという奇妙な結論を導きかねない[36]。他方で、原始取得も保護期間もすべて保護国法によるならば、かような不調和が生じる余地はないのである。

それゆえ本説は、一国の著作権法の体系的整合性を重視する立場から支持されることになる。これを採用する明確な立法例等は見当たらないものの、Raynard[37]、Lucas[38]、Bouché[39]及びThum[40]などが支持し、近時は有力説

[36] この指摘は、Raynardによってなされている。J. Raynard, DROIT D'AUTEUR ET CONFLIT DE LOIS, Litec, 1990, n. 536.

[37] Ibid.

[38] A. Lucas et H. -J. Lucas, op. cit. (n. 35), n. 971. Lucasはまた、「(フランス法の人格主義的な考え方に基づいて)著作者―創作者を保護すべく定められた規定を、(本源国法が認めるというので)創作者ではない権利の原始取得者に適用するというのは、『全くもって一貫しない』」と述べている。A. Lucas, DROIT D'AUTEUR ET NUMÉRIQUE, Litec, 1998, n. 652.

になっている。なお、とくに職務著作の場合のみを対象としてはいないが、ベルヌ条約14条の2の2項（a）は、映画の著作物の著作権者の決定は保護国法によると規定している。この規定は、映画の著作物に係る著作権の原始取得につき、保護国法によるべきことを定めたものと解されている[41]。

Ⅳ．批判的考察

以上が、職務著作の準拠法に関する各説の簡単なレビューである。以下では、わが抵触法における本問題解決のための基本的な方針を論じ、さらに今後の解釈論に資すべく前章で示した諸説の吟味・検討を行ってみたい。

1．統一的連結か非統一的連結か

まず、職務著作の準拠法につき統一的連結・非統一的連結のいずれを行うべきかについて、筆者なりの価値判断を示しておきたい。

筆者はこれまで、どちらかといえば統一的でない連結を行うべきではないかと考えてきた[42]。そのような処理を行うことで著作権の原始取得者が保護国ごとにバラバラに決定されるとしても、自ら著作物を利用する経済的基盤を有する者は多くの場合その地の職務著作規定について無知ではないであろうし、自ら利用しなくともライセンシーに問い合わせることは可能であり、必要に応じて事前に従業員創作者から著作権を譲り受ける等

[39] N. Bouché, LE PRINCIPE DE TERRITORIALITÉ DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, L' Harmattan, 2002, n. 782-792.

[40] D. Thum, *Time for Compromise in Interntaional Private Law for Copyright?*, in P. Brugger (ed.), ALAI COPYRIGHT - INTERNET WORLD, ALAI, 2003, pp. 57-58. ただしThumは、通常の場合は保護国法でいいが、インターネット送信のようなglobal act of exploitationの場合には妥協が必要であるとして、本源国法により原始取得を判断しつつ、事実行為として創作を行った者にその本国が原始取得させている権利はこれをオーバーライドできないという興味深いルールを提案している。Ibid., p.63.

[41] 映画の著作物に係る著作権の原始取得につき、保護国法を適用したドイツの判例がある。BGH, Okt. 2, 1997, GRUR Int. 1998, S. 427.

[42] 拙稿「著作者の権利の性質決定と法の抵触に関する理論的考察」[学位論文・1998年] 371頁。

の契約的処理を行えば、さほどの不都合は生じないのではないかと思われたからである。また、非統一的連結を行うならば、既述のデプサージュによる準拠法間の不調和といった問題に遭遇しないメリットがあることも考慮していた。

しかし、実際にはかかる契約的処理を行うことが難しい場合もあるからこそ各国の著作権法において職務著作規定が設けられているのであり、それは各国の契約慣行を支える文化や風土と表裏一体であるといえる。そうであれば、様々な保護国に応じて使用者に権利取得のための契約や手続を強いることは、やはり一般的にみて妥当でないというべきであろう。また、多数の創作者が関与し、その作成に多額の資金がつぎ込まれる著作物に関しては、その原始取得に関するリスクは可能な限り最小化すべきである。抵触法的には統一的連結こそがそれに応えるものであることにいささかの疑問の余地もなかろう。

確かに、デプサージュに伴う準拠法間の不調和が本質的に解決不能であれば、統一的連結は断念されねばならない。しかし、異なる準拠法の突合せによるパッチワークは国際私法においてはむしろ通常の現象であり、そこから矛盾を生ぜしめないための理論的・実際的研究こそ国際私法学の強みであるといえる[43]。著作権の場合においても、単位法律関係ごとの事項的適用範囲及び送致範囲を慎重に見極めることで、不調和を生ぜしめないようにすることが可能であるように思われる。既述の保護期間の例でいえば、保護期間の起算点に関するルールはそもそも著作権の（制限ないし消滅に係る）準拠法への送致範囲内であり、同法に従って「著作者の死亡」の有無が判断されねばならない。この場合には著作権の原始取得が問題となってはいない。専ら保護期間を決定するために、「著作者」が誰であるかが問題となっているのである。それは論理必然的に著作権自体の準拠法によるのである[44]。

以上から、あくまでも理念的には、著作権の原始取得につき統一的な連結を図るべきであると考える[45]。また、かような連結規則は文字通り著作権の原始取得のみを事項的適用範囲とすべきではなく、使用者への権利集中を容易にするような権利譲渡の推定ルール等も準拠法への送致範囲に含めて処理すべきであろう。

もっとも、統一的連結を主張する既述の第一説及び第二説は、以下で詳しく検討するように現時点ではいずれも難点を抱えている。かかる困難を重くみるならば、当面は次善の策として職務著作につき著作権自体の準拠法によるとする（すなわち、非統一的な連結を行う）ことも可というべきかもしれない。

2．第一説について

第一説を採用することが合理的と思える論拠が二つある。第一に、職務著作規定も一種の労働法規と把握しうることからすれば、当該準拠法への連結はある意味論理的であるといえることである。第二に、職務発明の抵触法的規律としても、かような法性決定が比較法的にみて有力であること

[43] 道垣内教授は、「国際私法によるパッチワークは……場合によっては、不快な違和感を与えることがある」が、「一般に『適応問題』といわれるものは、基本的には国際私法プロセスの最初の段階において処理済みであって」、「本当に問題なのは、論理的に両立せず、秩序がない結果となるような状態である」が、「このようなことが生ずることはあまりない」と指摘する。道垣内正人『ポイント国際私法　総論』［有斐閣・1999年］131-137頁。

[44] Schack は、保護期間の決定の際に著作者の Person が問題となるとしても、それは先決問題（Vorfrage）として保護期間それ自体に妥当する法（すなわち一般的な意味における保護国法）によるべきであると主張している。Schack, op. cit. (n. 25), RdNr. 107.「先決問題」という捉え方には疑問を覚えるが、その趣旨は妥当である。

[45] なお、著作権の成立と原始取得を分離するデプサージュによって生じる準拠法間の不調和の他の例として、Ulmer は、米国法上は建築の著作物が保護されていないが（往時）、保護国によってはこれを保護するから、米国が本源国の場合に、権利は保護されるのに権利者がいないということになりかねないということを指摘している。E. Ulmer, *Gewerbliche Schutzrechte und Urheberrechte im internationalen Privatrecht*, 41 Rabels Z. 1977, S. 496-497. しかし、かようなデプサージュを行う以上、ある種の類型の著作物には著作権が成立しないということと、著作権の原始取得者の決定はきっちり区別されるべきであり、前者に関するルールはそもそも本源国法に送致される範囲には入ってこないのであって、Ulmer の批判は的を射ていないといわざるをえないであろう。デプサージュを行うとして米国著作権法が本源国法となるのであれば、同法により淡々と著作権の原始取得者を決めればよく、同法では建築の著作物が保護されないということを視野に入れるべきではない。

である。たとえば、既述のオーストリア国際私法は、職務著作と職務発明とを区別せずに知財一般について雇用契約に送致される法によるとしている。ドイツ国際私法においても、明文の規定こそないものの、通説的見解はかような連結を支持している[46]。ヨーロッパ特許協定（1973年）も、従業員発明者の平常労務給付地法（これを特定しえない場合には使用者の常居所または営業所所在地法）によるべきことを定めており（60条1項）、雇用関係の問題であることを前提とした抵触規則を定めているといえる。職務発明も職務著作も同じく知的財産の創作に関する問題であり、双方について平仄のとれた抵触法的処理を行うことは、企業内創作に係る渉外的法律関係の透明化に資するであろう。

しかし、著作権の場合、実質法において創作者主義の例外が規定されるのは雇用関係にとどまらないということが想起されねばならない。それゆえ、本説を採用するならば、そこで前提となる雇用契約とはどこまでのものをいうのか、雇用関係の存しないところではいかなる抵触規則を採用すべきかがさらに問題となる。後者の問題につき Ulmer は保護国法によるのを原則としたが[47]、これは非統一的連結への後退を意味する。Fawcett＝Torremans が主張するように本源国法に連結するのであれば、職務著作か否かを問わず最初から本源国法によるとする方が簡明であろう。

さらに、契約準拠法はときに明確ではないという批判もなされている[48]。とりわけ当事者自治の原則を採用し、明示の準拠法指定のみならず黙示のそれをも許容する抵触法システムを有する国（たとえばわが国）にあっては、極端な場合、裁判所による判断を俟たねば契約当事者ですらその準拠法を知り得ないといった事態が生じよう。また、明示の準拠法指定のみが許容される場合であっても、使用者との力関係により従業員創作者に不利な法（たとえば反対の合意の余地なく使用者に原始取得を認める法）の指定がなされ、その法の下で世界各国の著作権につき一元的に処理されてしまうとの懸念も生じる。

もっとも、この点は各国の国際私法立法にもよる。たとえば、既述のオーストリア国際私法は、当事者による明示の準拠法指定のみを考慮し、かかる指定なき場合には平常労務給付地法（これを特定しえないときは使用者の常居所ないし営業所所在地法）によるとしている。また、明示の法指定がある場合でも、上記の客観連結により指定される法の強行法規を労働者に不利な形で潜脱することを禁じている（44条[49]）。

以上のような抵触規則を有しないわが国において本説を採用することには、現段階では若干の躊躇を覚えるところである。わが著作権法上の職務著作規定を公法的な内国強行法規とみなし、国際私法の枠外で絶対的に適用する方策も考慮しうるが[50]、同法15条をかような公法的規定と解するのはやや行き過ぎであろう。

3．第二説について

すでにみたように、この説は、米国やフランスのような主要国の判例にも採り入れられ、学説上も一定の範囲で支持を集めている。本説は職務著作に限らず権利の原始取得一般について妥当するものであるから、第一説を採用した場合の「雇用契約」の範囲確定といった作業を伴うことなく、統一的連結によるメリットをあらゆる場合に及ぼすことができよう。

---

[46] *Vgl.* H. J. Sonnenberger (Hrsg.), MÜNCHENER KOMMENTAR, BÜRGERLICHES GESETZBUCH, Band 10, 3. Aufl., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1998, Art. 30, RdNr. 56 (Martiny).

[47] Ulmer は、正確には、従業員が著作物を作成した場合だけでなく、注文により著作物が作成された場合にも、契約準拠法への統一的連結を行うべきとしている。本文参照。

[48] Schack は次のように述べている。「よりによって契約の準拠法は、原始取得者の決定に関する統一的な連結としてそれほど適切なもののようには思われない……著作者死後70年間、単なる当事者の意思に依存する契約の準拠法を突き止めることはほとんど不可能だろう」。Schack, op. cit. (n. 25), RdNr. 63.

[49] 同条の内容は、契約債務の準拠法に関する EC 条約（ローマ条約）6条のそれにほぼ相当する。なお、Mireille van Echoud, op. cit. (n. 13), p. 191 も、強行法規への連結による保護を前提として第一説の立場に立っている。

[50] わが国が労務給付地であることを条件として、職務発明に関するわが特許法（旧）35条を絶対的・強行的に適用すべきことを説く見解がある。陳一「特許法の国際的適用問題に関する一考察―ＢＢＳ事件最高裁判決を出発点としつつ―」金沢法学46巻2号84頁［2004年］、横溝大［判批］国際私法判例百選95頁［2004年］、（あまり明確ではないが）高畑洋文［判批］ジュリ1261号200頁［2004年］。

もっとも、第二説に対する批判も当然ある。たとえばUlmerはDrobnigに対する反論の中で次のような批判を行っている。第一に、一般的な定義に従えば本源国は著作物の発行前と発行後で変更しうるのであるから、これに伴って著作権の原始取得者も変更しうるのではないか、そうすると、たとえば発行前に放送契約を締結したところ、放送前に発行されたことにより当該契約の有効性に疑義が生じる場合が出てくるのではないか[51]、第二に、映画の著作物に関してはすでにベルヌ条約14条の2の2項（a）が保護国法によるとしているという批判[52, 53]である。

しかし、第一の批判に関しては、本源国の概念を拡げることで対処しえなくもない。Drobnigと同じく本源国法の適用を主張するSchackは、発行国ではなく公表国（創作者の同意を得て著作物が公表された国）を本源国とすべきであるとする。この場合、著作物の利用者は公表国がどこになるかを正確に知っているので、公表国法を遡及的に適用して著作権の原始取得を決定する上での不都合はない[54]（同意を得ない公表の場合は著作者の本国が本源国）。かように著作物の公表を本源国決定の基準とすることで、発行以前の著作物利用の適法性が事後の発行によって脅かされることはないとするわけである[55]。

第二の批判はベルヌ条約の解釈に関わるものであるが、当該の規定は別様に解することも可能であるように思われる。この規定が導入されたのは

[51] Ulmer, op. cit. (n. 45), S. 496.

[52] Ibid, S. 498-499.

[53] Drobnigは、ベルヌ条約14条の2の2項（a）を任意的抵触規定と解している。Drobnig, op. cit. (n. 24), S. 199.

[54] Schack, op. cit. (n. 25), RdNr. 95.

[55] 「公表」は、準拠法決定のための連結概念とする上では余りにも不確実ではないかと疑念を持つ向きもあろうが、諸国の実質法において「公表」のもつ役割は決して小さくない。何となれば、公表は無名・変名著作物等の保護期間の起算点とされているからである（ベルヌ条約7条3項参照）。フランスは、自国で公表された著作物に十分な保護を与えていない国を公表国とする著作物にフランス法上の便益を与えないという相互主義を採用している（知的財産法111-4条）。なお、1992年ルーマニア国際私法60条は、著作権について本源国法主義を採用しており、本源国を第一発行国ではなく公表国としている。

同条約のストックホルム改正（1967年）においてであるが、その際に、映画の著作物に係る著作権の原始取得についていわゆる保護国法によるとの抵触規則を導入することに関し、同盟国間で明確な合意があったとは思われない。むしろ、この問題に関する実質法の統一をなしえなかったので、各同盟国の実質法並びに抵触法上の処理に委ねることを明らかにしたとみるのが適当ではないか。すなわち、上記規定にいう「保護が要求される同盟国」とは単に訴訟を通して保護が求められている国（法廷地国）を意味する（法廷地同盟国の抵触法により適切な国の著作権法に送致し、その規律に委ねる）とも解しうるのである[56]（実際、Schackはこのように解する[57]）。

ただし、一般的にはベルヌ条約にいう「保護国」の概念について上のようには解されていないため（同条約5条に関する国際的多数説を想起されたい）、裁判の国際的調和などの面で上記規定が本説のネックとなることは十分に予想されよう。

仮に本説を採用するとしてもっと重大な問題であるように思われるのは、きわめて多くの国で著作物が同時に公衆に到達しうるメディア――たとえばインターネット――が利用された場合に、本源国（公表国）は一体どこになるのかという問題である。この場合にも公表国を一国に絞ろうとするのであれば、何らかの法的擬制を行わねばならないであろう。本説を支持するGinsburgは、さしあたり、著作物がどの地と最も密接な関係を有するかに応じて本源国を決定すべきであると説く（創作者の居所、使用者の主たる営業所所在地、ウェブサイトを蔵置するサーバの所在地又はウェブサイト・オペレータの主たる営業所所在地などが候補として挙げられ、そのいずれであるかはケースバイケースであるとする[58]）。だが、この解決

[56] ベルヌ条約6条の2の2項は、著作者の死後この条約によって保障される著作者人格権を行使する人又は団体が「保護が要求される国の法令」により決定されるべきことを定めているが、これも法廷地国の抵触法による適切な解決を求めるものと解しうる。

[57] Schack, op. cit. (n. 25), RdNr. 62.

[58] J. Ginsburg, *The Cyberian Captivity of Copyright: Territoriality and Author's Rights in a Networked World*, Santa Clara Computer and High Technology Law Journal, vol. 15, no.

は柔軟である反面相当の不確実性を内包するものであり、著作権の原始取得のような高度の明確性を要する問題の連結点とするには不向きであろう。

V．おわりに

本稿は、職務著作の準拠法に関する諸説を紹介し、専らそれらの問題点の抽出等を試みようとするものであるので、若干複雑で込み入った考察となってしまった。ここでもう少し簡単にまとめるなら、次のようにいうことが可能であろう。

職務著作については、これを単一の準拠法の下に統一的に連結する立法判例がみられ、学説上もこれを支持する見解が少なくない。具体的には、雇用契約の問題と法性決定してその準拠法に連結する立場（第一説）と、本源国法に連結する立場（第二説）がある。

第一説による場合、わが法例７条１項の下では、当事者自治の原則に基づく自由な法選択が可能とされる結果、従業員創作者に不利な準拠法指定がなされる可能性や、明示の法指定がなされなかった場合に準拠法が不明確になるなどの不都合が予想される。本問題の重心は雇用関係にあるとの理解を前提とするとしても、法例の解釈論としては雇用契約の単位法律関係から除外し、条理により労務給付地法への客観連結を確保する解釈論[59]を展開するなどの工夫を要しよう（やや苦しい解釈であるが）。

第二説による場合には、本源国を第一発行国ではなく公表国と定義しておく必要がある（未公表の場合は著作者の本国）。もっとも、インターネットを介して行う著作物の公表など公表国の特定が困難なケースもあり、

2, 1999, pp.347 et s., spec. pp. 350-353. なお、van Echoud は、原則的なルールとして創作時点での創作者の常居所地法によるとの解決を提案している。Mireille van Echoud, op. cit. (n. 13), pp. 179-180. しかし、これが相当に不確実なものであることはすでに Schack によっても指摘されているとおりである。Schack, ibid, RdNr. 75.

[59] 職務発明につきこの連結を支持する見解がある。小泉直樹「特許法35条の適用範囲」民商法雑誌128巻４－５号574-576頁［2003年］、拙稿［判批］ジュリ1276号169頁［2004年］。

いかなる場合であれ本源国を確実に特定できるよう、その定義の精緻化をさらに推し進める必要があろう。

著作権の原始取得につき統一的に連結することのもたらす利益は明白であるが、以上の課題をクリアすることが当面難しいとすれば、保護国法に連結する第三の立場にとどまるという道も当然考えられる。しかし、著作物の国際的利用がますます活発になりつつある今日、少なくとも立法論的には、単一の法の下で著作権の原始取得を判断する方向が志向されていくべきであろう。

〔追記〕　本稿は、2004年５月１日に北海道大学で開催された研究会の報告内容をまとめたものである。研究会の席上、同大学の田村教授、横溝助教授ほか出席者の方々から貴重なコメント、ご教示をいただいた。感謝申し上げる。