

II 越境するデジタルコンテンツ —— 抵触法による紛争解決の可能性 ——

はじめに

- I デジタルコンテンツの越境性
 - II Sci-Hub をめぐる訴訟
 - III 法によるデジタルコンテンツ関連紛争の解決
- おわりに

はじめに

デジタル情報ネットワークによって配信されるデジタル形式の動画や音楽、写真、文字などのコンテンツは、無体情報財取引の対象として、経済活動における重要性を世界中で今なお増し続けている。本稿⁽¹⁾の検討対象となるデジタルコンテンツは、記録および配信の方式が紙やレコードなどの物理媒体に記録された従来のアナログ形式のコンテンツと大きく異なる。

これまでも、紙やレコードなど記録媒体と記録技術の革新および普及の前後で、法の対象としてのコンテンツの性質は変化してきた。しかし、コンテンツのデジタル化が法の規律対象としてのコンテンツの性質にもたらす影響は、これまでのアナログコンテンツ間の変化と比べて、程度の差を超えた本質の違いにまで及ぶ。

I デジタルコンテンツの越境性

知的財産としてのデジタルコンテンツとアナログコンテンツの本質の違いはデジタルコンテンツが新たに獲得した二つの越境性にある。法や政策をめぐるこれまでの規範理論では閉鎖系の社会が前提となっていた⁽²⁾。これに対して、

(1) 本稿の内容は、2017年7月22日に早稲田大学で開催された比較法研究所研究会と韓国次世代コンテンツ学会との共同研究会における口頭報告の一部である。脱稿後に生じた TPP 協定などに関する状況の変化や議論の進展は、わずかしか反映できていない。

(2) 横濱竜也=井上彰=谷口功一「座談会 危機の時代の移民論」ジョセフ・

デジタル情報ネットワークは複数の閉鎖系を横断するものといえる。デジタル情報ネットワークにおける情報交換の即時性と継続性、相互性によってサイバースペースとよばれる物理層の場所に依存しない開放系が形成される⁽³⁾。デジタル情報ネットワーク上のデジタルコンテンツは、サイバースペースという空間の性質から、場所依存の閉鎖系である法域の境を越える。このときのデジタルコンテンツの越境性は、デジタルコンテンツに固有の特徴というより、物理層の境界線を無効化するサイバースペースの性質に由来するものである。

しかしながら、法域の境界線を無効化するサイバースペースの開放性が永続するとまではいえない⁽⁴⁾。経済活動のみならず安全保障上もデジタル情報ネットワークの重要性が高まるにつれて、サイバースペースは、すでに法⁽⁵⁾あるいは技術手段⁽⁶⁾による制限の対象とされており、アクセスの限定された商業サービスも増えていることから、さまざまな規模の複数の閉鎖系の集合となり得る。このとき、サイバースペースに国境類似の境界線が設けられたとしても、

カレンズ（横濱竜也訳）『不法移民はいつ〈不法〉でなくなるのか—滞在時間から滞在権へ—』201頁以下（白水社、2017）を参照。

- (3) 伊藤敬也「サイバースペースにおける名誉毀損—抵触法的規律の可能性—」青山社会科学紀要29巻2号59～61頁を参照。
- (4) 同旨の指摘として、エリック・シュミット＝ジャレット・コーエン（櫻井祐子訳）『第五の権力』（ダイヤモンド社、2014）の第3章を参照。
- (5) See Annemarie Bridy, *Three Notice Failures in Copyright Law*, 96 B.U.L. REV. 777 (2016); Samie S. Leigh, *Safe Harboring the Cloud on an Evolving Digital Platform*, 17 HOUS. BUS. & TAX L. J. 79 (2016); Jake Linford, *Private Ordering under Threat of Regulation*, 67 FLA. L. REV. F. 298 (2016); William Magnuson, *Unilateral Corporate Regulation*, 17 CHI. J. INTL L. 521 (2017); Ahmed Ghappour, *Searching Places Unknown: Law Enforcement Jurisdiction on the Dark Web*, 69 STAN. L. REV. 1075 (2017).
- (6) See Paige Clark, *The Invisible Defense Against Music Piracy*, 15 J. MARSHALL REV. INTELL. PROP. L. 297 (2016); Jacklyn Hoffman, *Crossing Borders in the Digital Market: A Proposal to End Copyright Territoriality and Geo-Blocking in the European Union*, 49 GEO. WASH. INTL L. REV. 143 (2016); Graeme B. Dinwoodie, *Territorial Overlaps in Trademark Law: The Evolving European Model*, 92 NOTRE DAME L. REV. 1669 (2017); Tal Kra-Oz, *Geoblocking and the Legality of Circumvention*, 57 IDEA: J. FRANKLIN PIERCE FOR INTELL. PROP. 385 (2017); Charles A. Weiss, *Available to All, Produced by Few: The Economic and Cultural Impact of Europe's Digital Single Market Strategy within the Audiovisual Industry*, 2016 COLUM. BUS. L. REV. 877 (2017).

デジタルコンテンツのもう一つの越境性は維持され得る。

コンテンツのデジタル化は、コンテンツの複製改変を著しく容易にする。コンテンツのデジタル化によって、コンテンツからデータへの分解とデータからコンテンツへの復元が可能となる。このようなデジタルコンテンツの特徴をふまえると、アナログコンテンツ間の記録配信方式の違いと比べて、アナログコンテンツとデジタルコンテンツとの差異は程度の問題にとどまらない。デジタルコンテンツを構成するデジタルデータは、アクセスの限定された閉鎖系の境界すら越えて移動し複製され得る。さらに、デジタルデータを暗号化してから分割した上で複数のデータセンターに収容された複数のサーバに保存し利用時に復元する秘密分散技術が採用されると、デジタルデータの個々の断片は復元まで意味のないものとなり、デジタルデータの所在という概念さえ曖昧になる。このようなデジタルコンテンツの越境性は、デジタルデータ自体の遍在性とも言い換えられる。

デジタルコンテンツの法律問題を検討する際には、これら二つの越境性を考慮しなければならない。本稿では、デジタルコンテンツの越境性の基盤となるデジタル情報通信技術の多くが生まれ現在も技術革新の続く米国での最近の訴訟事例から、抵触法を介した国家法によるデジタルコンテンツ関連紛争の解決の可能性について検討する。

II Sci-Hub をめぐる訴訟

世界初の学術論文海賊版ウェブサイトとして登場した Sci-Hub は、数千万件に及ぶ学術論文のデータベースをウェブサイト上で無料公開することによって、最新の科学情報へのオープンアクセスを実現しようとした⁽⁷⁾。Sci-Hub の海賊行為が可能なのは、デジタルコンテンツの越境性による。物理層の境界線を越えてひろがるサイバースペースにおいて、学術論文というデジタルコンテンツが Sci-Hub によって閉鎖系の商業サービスの外側へと複製され配信される。

出版社や学術団体は、Sci-Hub のサービスがそれぞれの有する著作権や商標権を侵害するものとして米国の裁判所に提訴した。ここでは、Sci-Hub と関わる二つの訴訟から、越境するデジタルコンテンツの実態を確認する⁽⁸⁾。

(7) *EXCLUSIVE: Robin Hood neuroscientist behind Sci-Hub research-pirate site talks to RT* (last edited Feb. 14, 2016) <<https://www.rt.com/news/332412-scihub-scientific-articles-pirate/>>.

① エルゼビア事件⁽⁹⁾

米国のニューヨーク南部地区連邦地裁での本件訴訟の原告であるニューヨーク州に本拠を置くデラウェア州法人エルゼビア株式会社 (Elsevier Inc.) およびオランダに本拠を置くオランダ法人エルゼビア非公開株式会社 (Elsevier B.V.)、連合王国に本拠を置く連合王国法人のエルゼビア有限責任会社 (Elsevier Ltd.) (以下まとめて「エルゼビア社」という) は、科学分野の専門情報を販売提供している。エルゼビア社の指揮命令拠点はオランダにある。エルゼビア社の主な顧客は、大学その他の教育機関や医療機関などである。エルゼビア社は、自社刊行物の内容をデジタルコンテンツとして会員制データベース ScienceDirect (以下「SD」という) で配信している。SD に登録されたデジタルコンテンツの多くはエルゼビア社に著作権があるものとされる。エルゼビア社は、このサービスと関係する複数の商標を登録している。

世界中に利用者のいる SD には多数の学術論文が登録されている。SD のデジタルコンテンツはニューヨーク州などに所在する複数の社外サーバに保管され、利用者のアクセス地に近いサーバにキャッシュされてから配信される。SD の利用者はエルゼビア社の顧客機関とその構成員に限られる。エルゼビア社は、SD への個別利用者のアクセスを追跡しておらず、同社の顧客機関に属するコンピュータまたはネットワークからアクセスされているかどうかのみ確認している。顧客機関のネットワークに直接またはプロキシ経由で接続され認証されたコンピュータを用いると、一定の時間内であれば認証トークンにより機関外のネットワークから接続しても再認証の必要なく SD にアクセスできる。

本件訴訟の被告である Sci-Hub は、世界各地の出版社の会社名や製品名がサブドメインに含まれる複数のウェブサイトを経営している。本件訴訟が提起された時点の主サイトのドメインは、パナマ共和国に所在する事業者によって匿名で登録されていた。同サイトの IP アドレスは、ロシア連邦に所在するウ

(8) いずれの裁判も全被告欠席のため事実関係は原告の主張による。

(9) Elsevier Inc. v. Sci-Hub, No. 15 Civ. 4282 RWS, 2017 WL 3868800 (S.D.N.Y. June 21, 2017); Elsevier Inc. v. Sci-Hub, No. 15 Civ. 4282 RWS, 2015 WL 6657363 (S.D.N.Y. Oct. 30, 2015); Elsevier Inc. v. Sci-Hub, No. 15 Civ. 4282 RWS, 2015 WL 12857196 (S.D.N.Y. June 11, 2015); Elsevier Inc. v. Sci-Hub, No. 15 Civ. 4282 RWS, 2015 WL 3505890 (S.D.N.Y. June 3, 2015). See Delbert Tran, *Elsevier v. Sci-Hub: Piracy of Knowledge and the Jurisdictional Reach of U.S. Copyright Law*, 17 WAKE FOREST J. BUS. & INTEL. PROP. L. 198 (2017) [hereinafter Tran, *Elsevier*].

ウェブホスティング会社のサーバに割り当てられた範囲にある。同じく本件訴訟の被告である Library Genesis Project (以下「LGP」という)は、複数のドメインのウェブサイトで、Sci-Hub も利用するオンラインリポジトリを運営していた。本件訴訟が提起された時点の LGP の主サイトのドメインは、バハマ国に所在する事業者によって匿名で登録されていた。同サイトの IP アドレスは、オランダに所在するウェブホスティング会社のサーバに割り当てられた範囲にある。本件訴訟で唯一の特定された個人被告 Y は、Sci-Hub および LGP のミラーサイトの管理運用者であり、本件訴訟の開始時にカザフスタン共和国またはロシア連邦のいずれかに居所があったとされる。

Sci-Hub は、エルゼビア社に著作権のあるデジタルコンテンツの複製物を SD から取得し複数のウェブサイトで許諾のないまま無料配信した。本件被告らは、エルゼビア社の顧客機関のネットワークにプロキシ接続可能な認証情報を不正に取得し使用していた。Sci-Hub の利用者は、SD の学術論文にアクセスする前に、Sci-Hub ウェブサイト上での文献検索を要求される。Sci-Hub の利用者が同サイト上で文献検索すると、同サイトは Google Scholar から得た SD ほか商業データベースへのリンクの含まれる検索結果を表示する。Sci-Hub の利用者の求める文献が LGP のオンラインリポジトリに存在すれば、Sci-Hub は、同リポジトリからデジタルデータを利用者に提供し、同リポジトリに存在しなければ、エルゼビア社の顧客機関のネットワークにプロキシ接続して SD からデジタルデータを取得していた。Sci-Hub の利用者は、SD にある文献を検索するとプロキシ版の SD ページにリダイレクトされ、必要なデジタルデータが無料でダウンロードできる仕組みとなっていた。Sci-Hub が SD から不正に取得したデジタルデータは、Sci-Hub の利用者に提供されるだけでなく、LGP のオンラインリポジトリにも複製されていた。

本件訴訟手続は全被告欠席のまま進み、2015年10月に原告エルゼビア社からの仮差止命令の申立が認容された。本件裁判所による仮差止命令の内容は6項目ある。第一に、被告らとその関係者はエルゼビア社の著作物に不正にアクセスしてはならない。第二に、被告らは自らのドメインネームの登録情報を直ちに開示しなければならない。第三に、被告らは本件訴訟係属期間中に自らのウェブサイトを譲渡してはならない。第四に、被告らのウェブサイトの TLD レジストリは被告らのドメインネームについてサーバ設定変更を停止しなければならない。第五に、被告らは自らのウェブサイトに関するコンピュータファイルを保存しなければならない。第六に、原告は保証金を納めなければならない。

本件原告らは、2017年5月、本件裁判所に欠席判決および終局差止命令を申し立てた。同年6月に本件裁判所は、終局判決として、米国法⁽¹⁰⁾にもとづき被告らが故意の著作権侵害の責任を負うものと判断した。本件裁判所の判示内容は7項目ある。第一に、被告らとその関係者はエルゼビア社の著作物に不正にアクセスしてはならない。第二に、被告らのウェブサイトのTLDレジストリは被告らのドメインをエルゼビア株式会社に移転しなければならない。第三に、被告らは著作権侵害の法定損害賠償および法定利息を支払うものとする。第四に、被告らはエルゼビア社の著作物の未許諾複製物を破棄しなければならない。第五に、被告による新たな侵害行為が見つければ、エルゼビア社は本件裁判所に追加命令を申し立てることができる。第六に、原告の納めた保証金は返還する。第七に、本件裁判所は終局差止命令の解釈および執行のために本件訴訟の当事者および訴訟物に関する管轄権を保留する。

② アメリカ化学会事件⁽¹¹⁾

米国のヴァージニア東部地区連邦地裁における本件訴訟の原告アメリカ化学会 (ACS: American Chemical Society) は、米国連邦法人 (federal corporation) として連邦議会から認許された長い歴史のある学術団体である。ACSは定期刊行物の発行やデータベースの提供、研究助成など主に化学分野で活動している。ACSの出版物は大半がデジタル化され電子ライセンスによりインターネット上で公開されている。ACSの出版プラットフォームには、学術論文を求めて多くの利用者が世界中から訪れる。ACSのデジタルコンテンツにはACS会員および世界中の登録された機関のみがアクセスを許可されている。ACSの事業活動にはACSによって米国で登録された複数の商標が用いられている。

本件訴訟の被告の一部であるSci-Hubは、エルゼビア事件と同様に、ACSの商標がサブドメインに含まれるウェブサイトにおいて著作権で保護されたACSの保有する学術論文の海賊版を無料配信している。Sci-Hubの海賊版サイトはACSのウェブサイトと混同の生じるほどデザインが類似していた。

ACSは、2017年6月、身元不特定者 (John Does 1-99) に対し、著作権の直接侵害および寄与侵害ならびに商標の偽造および商標権侵害、横領の訴えを提起した。同年7月、Sci-Hubを被告の一部と特定する修正した訴状が原告

(10) 17 U.S.C. §§ 101, *et. seq.*

(11) American Chemical Society v. Sci-Hub, No. 17 Civ. 00726 LMB JFA (E.D. Va. filed Sept. 28, 2017) (proposed findings of fact and recommendations).

ACS から提出され、本件裁判所は原告による公示送達 of 申立を認容した。原告は、同年 9 月、本件裁判所からの命令に従い欠席判決を申し立てた。

欠席判決の前提となる事物管轄および対人管轄は、ヴァージニア州において ACS の管理する同州所在のサーバ上のパスワードで保護されたウェブサイトにあるデジタルコンテンツが同州に所在するレジストリの管理する ccTLD の含まれる Sci-Hub ウェブサイトによって不正に取得されていることから、本件裁判所にあるものと認められた。

同年 9 月 28 日、本件裁判所は被告欠席のまま事実認定および勧告の提案 (proposed findings of fact and recommendations)⁽¹²⁾ を示した。Sci-Hub による ACS の著作権侵害および商標偽造の事実がともに認定され、本件裁判所は、ACS に有利な終局差止命令および法定損害賠償の勧告を行なった。

本件裁判所による勧告は 3 項目からなる。第一に、Sci-Hub およびその関係者による ACS の著作物および商標の利用は禁止する。第二に、インターネット検索エンジンならびにウェブホスティングおよびインターネットサービスのプロバイダやドメインネームのレジストラおよびレジストリなど Sci-Hub と契約関係にあり本件差止命令と関わる個人または機関は、ACS の商標または著作物への不正なアクセスのために Sci-Hub が確保したドメインネームおよびウェブサイトへのアクセスにつながるすべての対応を停止し、Sci-Hub のドメインネームおよびウェブサイトが解決されない (応答しない) 状態にしなければならない。第三に、被告らは原告に対して法定損害賠償金を支払わなければならない。

これら二つの Sci-Hub をめぐる訴訟は、いずれも被告欠席の裁判となった。外国人被告に対する欠席判決の要件に関する米国法上の論点⁽¹³⁾は重要であるものの、ここでは、二つの訴訟の資料から確認された越境するデジタルコンテンツと物理層の場所との関係について検討したい。

訴訟の対象となった Sci-Hub の行為は、サイバースペースの性質を反映して、実にさまざまな「場所」と関係している。Sci-Hub の利用していたドメインネームの一部はパナマのレジストラを介して取得され、そのウェブサイトの一部はロシアに所在するサーバに置かれていた。Sci-Hub と協力関係にあった

(12) Fed. R. Civ. P. 8 (b) (6) and 55(b) (2).

(13) See Tran, *Elsevier*, at 204-207.

LGP のドメインネームの一部はバハマのレジストラを介して取得され、そのウェブサイトの一部はオランダに所在するサーバに置かれていた。Sci-Hub のウェブサイトの一部に設定されていた ccTLD は、オーストラリア領ココス諸島のものであり、ヴァージニア州に所在するレジストリが管理している。

Sci-Hub と LGP の双方に深く関わっていたとされるエルゼビア事件の被告 Y は、カザフスタンの国立大学を卒業しており、カザフスタンまたはロシアの居住者とされる。二つの訴訟で Sci-Hub を米国に訴えたのは、それぞれ米国のニューヨーク州に本拠のあるデラウェア州法人およびオランダに本拠のあるオランダ法人および連合王国に本拠のある連合王国法人ならびに米国ヴァージニア州で活動する米国連邦法人である。これらの法人の運営するウェブサイトやデータベースは、米国のニューヨーク州やヴァージニア州のサーバ上にあり、利用者のアクセスした地の近くにあるサーバもデータ配信のキャッシュに用いられる。Sci-Hub が不正に取得したとされるエルゼビア社と ACS のサービスにアクセス可能な認証情報は、これら法人と契約した機関またはその構成員のものであれば、理論上、世界中のどこに所在するものであってもかまわない。

このように、デジタルコンテンツはその性質においてまさしく越境する。しかし、二つの訴訟の提起された米国の裁判所は、被告欠席という事情もあって、当事者または当事者の行為と自国（自州）との関係をさまざまある上記要素から取捨選択して認定した。ドメインネームの ccTLD もしくはそのレジストリやレジストラまたはデジタルデータとしてのデジタルコンテンツの保存されたサーバの所在地もしくは管理行為地は、法適用の基準として便宜上または偶然のものにすぎない。越境するデジタルコンテンツに係る法律問題の「場所」の米国裁判所の採用した認定方法は、デジタル情報ネットワーク関連の技術の多くが米国と事実上のつながりを示す現状において、米国以外の裁判所でも適切なものといえるのだろうか。

Ⅲ 法によるデジタルコンテンツ関連紛争の解決

デジタルコンテンツと物理層の場所との関係の曖昧さから、越境するデジタルコンテンツ関連紛争の法による解決は、まず適用すべき法の確定において困難に直面する。これまで、データの暗号化やアクセス制限といった技術手段あるいは契約当事者間の利用規約による紛争の事前抑止など法によらない解決方法も試みられてきた。しかし、たとえば EU では、技術手段によるデジタルコン

テンツの配信制限をむしろ法で規制する方向性⁽¹⁴⁾もみられる。

デジタルコンテンツの経済活動上の重要性がこれからも増していくことを考えると、法によるデジタルコンテンツの利用の規律は欠かせない。ただし、デジタルコンテンツの越境性から、属地性の重視を原則とする各法域内の知的財産権法分野において展開されてきた従来の法運用の仕組では必ずしも十全な対応の行なえないおそれがある。越境するデジタルコンテンツの規律に係る法の候補としては、越境する法としての統一法と国家法を越境させる抵触法とが挙げられる。

① 非国家法による解決

国家法には国境を越える取引の規律にとって荘厳な遺物⁽¹⁵⁾や骨董品⁽¹⁶⁾とみなすべきものも含まれていると指摘されることがある。国境を越える非国家法こそが国境を越える取引の規律に相応しいとする主張は珍しくない。知的財産に關係する国際準則としては、TRIPs 協定やバルヌ条約、マラケシュ協定⁽¹⁷⁾、ACTA⁽¹⁸⁾などがすでに存在している。

いまだ記憶に新しい環太平洋連携協定⁽¹⁹⁾(以下「TPP 協定」という)にも知的財産に関する章が含まれている。米国の離脱によってその実効性に疑問の残る TPP 協定と同じかそれ以上に日本との関係で注目すべきは、東アジア地域包括的経済連携協定⁽²⁰⁾(以下「RCEP 協定」という)である。

RCEP 協定は、ASEAN+6の枠組みのもとで交渉されている。RCEP 協定の交渉に BRICS から中国およびインドそして TPP11から日本およびオーストラリア、ニュージーランド、シンガポール、マレーシア、ベトナム、ブルネイ・

(14) See Weiss, *supra* note 6.

(15) Ernst Rabel, *The Hague Conference on the Unification of Sales Law*, 1 AM. J. COMP. L. 58, 61 (1952).

(16) JOHN O. HONNOLD, UNIFORM LAW FOR INTERNATIONAL SALES UNDER THE 1980 UNITED NATIONS CONVENTION 30 (Harry M. Flechtner ed., 4th ed. 2009).

(17) Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works for Persons who are Blind, Visually Impaired or Otherwise Print Disabled, June 27, 2013.

(18) Anti-Counterfeiting Trade Agreement, opened for signature Oct. 1, 2011.

(19) 「TPP 協定 (訳文)」内閣官房 TPP 等政府対策本部 <http://www.cas.go.jp/jp/tpp/naiyou/tpp_text_yakubun.html> を参照。

(20) 「東アジア地域包括的経済連携 (RCEP)」(2017年9月6日)外務省 <<http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/fta/j-eacepia/>> を参照。

ダルサラームさらに日本と関係の深い韓国およびタイなどが参加していることは重要な意味を有する⁽²¹⁾。2001年の時点でASEAN+3は東アジア自由貿易地域の構築を考慮に入れていた⁽²²⁾。2006年になるとAPECもアジア太平洋自由貿易地域⁽²³⁾の検討を始める。2012年にASEAN+6の採択したRCEP「交渉の基本指針および目的」には「RCEP協定の知的財産に関する規定は、経済統合ならびに知的財産権の利用および保護、実施の協力の促進による貿易および投資に対する知的財産関連の障壁の削減を目的とする」⁽²⁴⁾と記されていた。

RCEP協定の内容は現時点で公式に発表されていない。草案段階のRCEP協定の一部は、米国およびスイスに活動拠点を置く非営利非政府組織KEI (Knowledge Ecology International) のウェブサイト上で漏洩されている。KEIによって公開されたRCEP協定の知的財産に関する章の2015年10月15日付草案⁽²⁵⁾(以下「RCEP草案」という)には13の項目⁽²⁶⁾が含まれている。ここでは前述の訴訟でも争われた著作権および商標の規定を確認しておく。

著作権に関する章は、従来のFTAと同じく、いわゆるWIPOインターネット条約⁽²⁷⁾への加盟を求めている。さらに、ローマ条約⁽²⁸⁾および北京条約⁽²⁹⁾、マラケシュ協定⁽³⁰⁾などへの加盟も要求していることから、TPP協定と比べて

(21) Peter K. Yu, *The RCEP and Trans-Pacific Intellectual Property Norms*, 50 VAND. J. TRANSNAT'L L. 673, 676 (2017) [hereinafter Yu, *RCEP*]. See also P. K. Yu, *Access to Medicines, BRICS Alliances, and Collective Action*, 34 AM. J. L. & MED. 345 (2008).

(22) Shujiro Urata, *Japan's FTA Strategy and a Free Trade Area of the Asia-Pacific, in AN APEC TRADE AGENDA? THE POLITICAL ECONOMY OF A FREE TRADE AREA OF THE ASIA-PACIFIC* 99, 106 (Charles E. Morrison & Eduardo Pedrosa eds., 2007).

(23) See Kolsky Lewis, *Achieving a Free Trade Area of the Asia-Pacific: Does the TPP Present the Most Attractive Path?*, in *THE TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP: A QUEST FOR A TWENTY-FIRST CENTURY TRADE AGREEMENT* 223 (C.L. Lim et al. eds., 2012).

(24) *Guiding Principles and Objectives for Negotiating the Regional Comprehensive Economic Partnership* (Nov. 2012) <http://www.mofa.go.jp/mofaj/press/release/24/11/pdfs/20121120_03_03.pdf>.

(25) *2015 Oct 15 Version: RCEP IP Chapter* (submitted Apr. 19, 2016) KNOWLEDGE ECOLOGY INT'L <<http://keionline.org/node/2472>>. See also Yu, *RCEP*, at 704-719.

(26) ①総則および基本原則②著作権および著作隣接権③商標④地理的表示⑤特許⑥意匠⑦遺伝資源および伝統知識、民間伝承⑧不正競争⑨知的財産権の実施⑩協力および協議⑪透明性⑫移行期間および移行準備⑬手続問題からなる。

(27) WCT: WIPO Copyright Treaty, Dec. 20, 1996; WPPT: WIPO Performances

RCEP 協定の国際協調重視の方針が伺える。著作物の公衆送信に関しては、デジタル配信を含めて、著作権者の排他権が認められている⁽³¹⁾。RCEP 協定の著作権の章の特徴として、米国法のフェアユース規定⁽³²⁾と類似した、権利と利用の均衡に配慮する規定がある。

デジタルコンテンツとの関係で重要なのは、技術手段による保護および電子権利管理についての RCEP 草案 2.3 条から 2.4 条までの規定である。RCEP 協定のデジタルコンテンツ関連規定は、TPP 協定⁽³³⁾と比べると簡潔なものにとどまる。技術手段による著作権保護に関して RCEP 協定で禁止されるのは、設定された DRM が著作物の違法な利用を制約するためのものとみなされるべき場合の回避行為に限られる⁽³⁴⁾。また、TPP 協定のような ISP に関する規定⁽³⁵⁾は RCEP 草案に含まれていない。日本は、著作権侵害に関わるインターネット契約者のアカウント情報開示請求が可能となる規定の追加を要求している⁽³⁶⁾。

商標に関して、RCEP 草案はシンガポール条約⁽³⁷⁾および商標法条約⁽³⁸⁾、マドリッド協定議定書⁽³⁹⁾への加盟を求めている⁽⁴⁰⁾。RCEP 草案には音商標や立体商標などに関する規定⁽⁴¹⁾と商標の出願登録手続の整備に関する規定⁽⁴²⁾が含

and Phonograms Treaty, Dec. 20, 1996. RCEP 草案 1.7 条 6 項 (g) (h)。

- (28) International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations, Oct. 26, 1961. RCEP 草案 1.7 条 6 項 (h)。
- (29) Beijing Treaty on Audiovisual Performances, June 24, 2012. RCEP 草案 1.7 条 6 項 (i)。
- (30) RCEP 草案 1.7 条 6 項 (*ibis*)。
- (31) RCEP 草案 2.1 条 1 項および 2 項。
- (32) 17 U.S.C § 107 (2012). *See* Yu, *RCEP*, at 708.
- (33) TPP 協定 (訳文) (註 19) 18.68 条および 18.69 条。
- (34) *See* Jeremy Malcolm, *RCEP: The Other Closed-Door Agreement to Compromise Users' Rights*, ELEC.FRONTIER FOUND. (Apr. 20, 2016)
<<https://www.eff.org/deeplinks/2016/04/rcep-other-closed-door-agreement-compromise-users-rights>>.
- (35) TPP 協定 (訳文) (註 19) J 節 18.81 条以下。
- (36) RCEP 草案 9 *quinquies*.4 条。
- (37) Singapore Treaty on the Law of Trademarks, Mar. 27, 2006.
- (38) Trademark Law Treaty, Oct. 27, 1994.
- (39) Protocol Relating to the Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks, June 27, 1989.

まれる。周知・著名商標の保護範囲⁽⁴³⁾や地理的表示の保護適格性⁽⁴⁴⁾については、RCEP 協定交渉参加国間で意見が分かれている。

本稿で紹介した Sci-Hub の事例において問題となったドメインネームに関する規定は RCEP 草案に含まれていない。TPP 協定にはドメインネームに関する規定がある⁽⁴⁵⁾。同条 1 項は、各締約国それぞれの国の ccTLD の管理制度に関して、ICANN の承認したドメインネーム統一紛争処理方針に定める原則にもとづく裁判外紛争処理手続およびドメインネーム登録者情報データベースへのアクセスを利用可能なものとするよう締約国に求めている。Sci-Hub の事例との関係でより重要なのは、同条 2 項である。TPP 協定は、他人の商標と同一または混同の生じるほど類似したドメインネーム登録保有者が当該ドメインネームの使用によって不正な利益を得ようとしたとき、適切な救済措置（抹消または取消、移転、損害賠償、差止など）を利用可能なものとするよう締約国に求めている。Sci-Hub は、エルゼビア社や ACS の商標を自らの運営するウェブサイトのサブドメインに設定していた。エルゼビア事件およびアメリカ化学会事件の裁判所はともに、仮差止命令または終局差止命令の一部として、Sci-Hub ほか被告らのドメインネームの登録情報変更もしくは名前解決の停止または原告への移転などをレジストリやレジストラに命じている。

裁判所からの差止命令を完全に実現するためには、デジタル情報ネットワーク経路上の世界中の各所で対応が必要となる。デジタル情報ネットワークに関わる個人もしくは機関または技術要素の集中する米国の裁判所の命令であれば、米国の司法権が当然に認められる範囲内でも実効性のあるものとなり得る。しかし、米国以外の国の裁判所が前述の Sci-Hub 関連事件と同様の命令を下したとして、果たして実効性のある対策となるかは疑問である。

国際準則によって国家間の協調体制が構築されれば、多くの国にとって越境するデジタルコンテンツの法律問題への対応は実効性のあるものとなり得よう。ただし、RCEP 協定や TPP 協定などによって越境するデジタルコンテンツの法律問題を完全に解決できるのかといえ、国際準則による問題解決には

(40) RCEP 草案1.7条 6 項(d) (e)。

(41) RCEP 草案3.1条 2 項 3 項。

(42) RCEP 草案3.4条および3.5条、3.5bis 条。

(43) RCEP 草案3.10条。

(44) RCEP 草案3.2条および3.9条、4.1条。

(45) TPP 協定（訳文）（註19）18.28条。

いくつかの困難がともなう。両協定とも現在まで発効していない。TPP 協定の発効に必要な手続をこれまでに完了したのは原署名国の一部だけである。原署名国の一つであった米国は2017年1月に TPP 協定からの離脱を表明した。さらに、同年11月の TPP 閣僚会合での合意内容⁽⁴⁶⁾によれば、新協定⁽⁴⁷⁾の早期発効があらためて目指されることになり、TPP 協定の知的財産関連規定の一部は停止（凍結）された⁽⁴⁸⁾。RCEP 協定に関しても、各国の合意交渉の最終段階まで知的財産の章が残るかどうかが不確実である⁽⁴⁹⁾。

RCEP 協定ほか国際準則の策定交渉開始は、複数の国または地域の間で少なくとも共通課題の存在や協調の必要性の認識と問題解決の理念を共有できた証である。しかし、知的財産分野に限っても、現実には各国の事情の違い⁽⁵⁰⁾から、認識や理念の共有それ自体が個別規定の細部の合意にまで必ずつながるわけではない⁽⁵¹⁾。国際準則の個別規定の規制水準を多くの国の間で合意可能な程度にまで妥協すれば、現実の問題の解決にとって実効性のないものとなりかねず、まったく妥協しなければ、一部の国が参加交渉から離脱しかねない⁽⁵²⁾。また、一国内での法形成と異なり、国際準則間の衝突を調整する権限のある上位機関は必ずしも存在しない。GATT 体制下の隣接する諸条約間の衝突を調整

(46) 「TPP11協定の合意内容について」(2017年11月11日)内閣官房 TPP 等政府対策本部 <http://www.cas.go.jp/jp/tpp/naiyou/pdf/danang/171111_tpp_danang_gaiyo.pdf> を参照。

(47) 「包括的及び先進的な環太平洋パートナーシップ協定」(CPTPP: Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership)

(48) See *Annex II - List of Suspended Provisions* <http://www.cas.go.jp/jp/tpp/naiyou/pdf/danang/171111_tpp_danang_annex_2_en.pdf>.

(49) See Yu, *RCEP*, at 720-731.

(50) See, e.g., Shruti Rana, *The Global Battle over Copyright Reform: Developing the Rule of Law in the Chinese Business Context*, 53 STAN. J. INT'L L. 89 (2017).

(51) 異なる国の間で共有され得る理念と共有の困難な個別具体策との関係について MICHAEL WALZER, THICK AND THIN: MORAL ARGUMENT AT HOME AND ABROAD (1994) を参照。また、伊藤敬也「正義の多元性と国際私法正義—国際私法哲学の一断片—」日本法哲学会編『宗教と法—聖と俗の比較法文化—(法哲学年報(2002))』167頁以下(有斐閣, 2003)も参照。

(52) See Yu, *RCEP*, at 731-740. 国際準則としての強制力をあえて弱め事実上の影響力に期待する原則という手法につき木棚照一編著『知的財産の国際私法原則研究—東アジアからの日韓共同提案—(早稲田大学比較法研究所叢書40号)』(早稲田大学比較法研究所, 2012)を参照。

するために WTO が設立されたような例は珍しい。二国間もしくは少数国間または特定の地域に限定した国際準則が盛んに交渉され締結されている昨今のような状況であれば、FTA の闘い (battle of FTAs)⁽⁵³⁾ も生じ得る。

国際準則という法形式に伴うこれらの困難のほか、知的財産関連の国際準則では、TPP 協定のドメインネーム紛争処理方法などにおいて、各締約国内の法または制度に一定の役割分担が期待されている。有効な国際準則が成立しても国際準則上の国家法の役割はなお残る。

② 国家法による解決

国際準則が整備されても国家法に期待される役割は失われない。国際知的財産紛争をいずれかの国家法によって解決するためには、まず、牴触法による知的財産紛争の準拠法の決定が求められる⁽⁵⁴⁾。知的財産紛争の準拠法は、紛争の態様に応じて、知的財産権の準拠法、知的財産権侵害の準拠法、知的財産権の譲渡契約および実施・使用許諾契約の準拠法に大別される⁽⁵⁵⁾。牴触法上は、知的財産権の準拠法について、登録の必要な権利と登録の必要のない権利とを区別せず保護国法による⁽⁵⁶⁾。知的財産権侵害の準拠法ならびに知的財産権の譲渡契約および実施・使用許諾契約の準拠法についても、不法行為準拠法および契約準拠法とともに保護国法が考慮される⁽⁵⁷⁾。

知的財産としてのデジタルコンテンツに関して準拠法を選択しようとするとき、デジタルコンテンツと物理層の場所としての法域との関係の曖昧さが問題となる。商標など登録される権利であれば、侵害の場合も含めて、デジタルコンテンツと登録地との関係を準拠法選択の手がかりとすることができる。しかし、著作権など登録されない権利が問題となるとき、侵害の場合も含めて、法域とデジタルコンテンツとの関係は、保護国としても侵害地国としても、より希薄なものとなる。Sci-Hub 関連の事例にもあらわれた前述のさまざまな場所

(53) See Peter K. Yu, *Sinic Trade Agreements*, 44 U.C. DAVIS L. REV. 953, 1018-27 (2011).

(54) 国際知的財産紛争に関する牴触法の議論について木棚照一『国際知的財産法』(日本評論社, 2009) および金彦叔『国際知的財産権保護と法の抵触』(信山社, 2011)を参照。

(55) 木棚・同上書244頁以下を参照。

(56) 同上244頁を参照。

(57) 同上248～255頁を参照。

要素は、そのどれもが準拠法選択における連結要素であり得つつ、どれもが唯一の重要な連結要素とならない。

デジタルコンテンツ関連訴訟において原告の多くは法廷地法の適用を望むものと考えられる。知的財産一般の属地性⁽⁵⁸⁾から、裁判所も知的財産紛争について自国法の適用を前提とする傾向がある。デジタルデータの遍在する性質から、デジタルコンテンツ関連紛争にあらわれる場所要素の少なくとも一部は法廷地と何らかの関係を示し得る⁽⁵⁹⁾。さまざまな場所要素からの取捨選択は法廷地法の適用を導くための理由さがしとなりかねない。デジタルコンテンツと関わる日本の裁判例⁽⁶⁰⁾でも、被告の管理するサーバおよび利用者、配信機器の所在地が日本にあることから裁判所は準拠法を日本法と認定している。しかし、当事者双方の主たる事業所の所在地またはデジタルコンテンツの取得地もしくは作成（変換）地は韓国にあり、準拠法を韓国法とする余地があった⁽⁶¹⁾。越境するデジタルコンテンツ関連訴訟において法廷地法の適用が結論として導かれがちな傾向にあるとすれば、準拠法としての自国法の適用と自国法の域外適用との峻別は相対化される。日本の上記裁判例では、両当事者とも WTO およびベルヌ条約の加盟国に属していることが日本の著作権法の域外適用の根拠とされた。

法規の域外適用は国際法由来の諸原則による制約を受ける⁽⁶²⁾。法規の域外適用の根拠または制約として考慮されるのは、消極的属人主義、普遍主義、保護主義、効果主義などである⁽⁶³⁾。エルゼビア事件について、属人主義および普遍主義、保護主義の観点からまず確認すると、Sci-Hub は、エルゼビア社そ

(58) 同上227～231頁を参照。デジタル情報通信技術の発展と属地主義の原則との関係について同247頁の指摘を参照。

(59) 契約準拠法の選択において当事者自治の原則の採用により回避しようとした場所要素の多様性から生じる連結困難と類似する。

(60) 東京地判平成26年7月16日（2014WLJPCA07169006）および東京地判平成26年9月5日（2014WLJPCA09058017）。

(61) 種村佑介「韓国テレビ番組のネット配信と著作権侵害訴訟の国際裁判管轄・準拠法」新・判例解説 Watch16号337頁、340頁（2015）を参照。日本での訴訟は被告の「韓国における行為を直ちにやめさせるものではない点に注意が必要である」とも指摘されている。

(62) Tran, *Elsevier*, at 210. See Lea Brilmayer & Charles Nochi, *Federal Extraterritoriality and Fifth Amendment Due Process*, 105 HARV. L. REV. 1217, 1219 (1992).

の他の侵害対象を国籍で選別していない⁽⁶⁴⁾。著作権侵害を海賊行為というのは比喩⁽⁶⁵⁾にすぎず、Sci-Hubの行為が国家の安全保障を脅かすともいえない⁽⁶⁶⁾。

Sci-Hubはエルゼビア社の顧客機関のプロキシ接続認証情報をフィッシング詐欺によって不正取得したとされている。効果主義の観点から、フィッシング詐欺のような行為は、外部データベースの認証トークンの取得のみを目的とするものであっても、その対象のネットワークの属する機関の所在法域への相当な効果が認められる⁽⁶⁷⁾。

デジタルコンテンツの流通は大気の循環と同じく目に見えないまま容易に法域の境界線を越える。従来の意味で「域外」適用とされない場合であっても現実の影響は自国の領域外に及んでしまう⁽⁶⁸⁾ため、デジタルコンテンツ関連紛争の解決にとって自国法の適用可能な範囲の画定が欠かせない。さらに、自国領域外での対応なしには自国領域内に影響するデジタルコンテンツの法律問題を解決できない場合もある⁽⁶⁹⁾。少なくとも越境するデジタルコンテンツの法律問題に関して、国際準則と抵触法⁽⁷⁰⁾は、排他関係になく補完関係にあるといえる。

(63) See Tran, *Elsevier*, at 210-223.

(64) *Id.* at 221. See Geoffrey R. Watson, *The Passive Personality Principle*, 28 TEX. INT'L L. J. 1, 7-11 (1993).

(65) Kenneth C. Randall, *Universal Jurisdiction under International Law*, 66 TEX. L. REV. 785, 791 (1988).

(66) Tran, *Elsevier*, at 223. Cf. John Eisinger, *Script Kiddies Beware: The Long Arm of U.S. Jurisdiction to Prescribe*, 59 WASH. & LEE L. REV. 1507, 1528 (2002).

(67) Tran, *Elsevier*, at 216-217.

(68) See Samie S. Leigh, *Safe Harboring the Cloud on an Evolving Digital Platform*, 17 HOUS. BUS. & TAX L. J. 79 (2016); Jake Linford, *Private Ordering under Threat of Regulation*, 67 FLA. L. REV. F. 298 (2016).

(69) Kathleen Hixon, Note, *Extra Territorial Jurisdiction under the Third Restatement of Foreign Relations Law of the United States*, 12 FORDHAM INT'L L. J. 127, 130 (1988). RCEP 草案 9 *quinquies*.3条も参照。韓国は、RCEP 協定交渉において、デジタル情報ネットワーク上の著作権侵害に対して実効性のある対策を各国が協調して講じるよう強く求めている。

(70) Vgl. Klaus Schurig, *Völkerrecht und IPR: Methodische Verschleifung oder Strukturierte Interaktion?*, in: STEFAN LEIBLE & MATTHIAS RUFFERT (Hrsg.), VÖLKERRECHT UND IPR, S. 55-70 (2006).

また、法規の域外適用の判断基準が民事事件でも国際法由来の諸原則に影響されるとはいえ、多くの場合は効果主義にもとづく効果理論によって正当化される。換言すれば、効果理論は、サーバやデジタル情報の伝達経路といった技術要素の影響を受けることなく域外適用の根拠となり得る⁽⁷¹⁾。しかし、効果理論にもとづく自国法の広汎な域外適用は法律問題から政治問題を生じさせかねない諸刃の剣⁽⁷²⁾でもある。越境するデジタルコンテンツ関連紛争において法規の域外適用の視点からの検討は重要であるものの、域外適用そのものとは異なる関係性の審査にもとづく抵触法理論の確立が必要なのではないだろうか。

おわりに

これまで、涉外法律関係について内外国法の適用を平等かつ一般に定めるものが「完全な」抵触規定とされてきた⁽⁷³⁾。日本の抵触規定は現在も前世紀初頭までに確立された双方主義を原則とする。しかしながら、諸外国の抵触法では、自国法規の適用範囲を定める一方主義の抵触規定や抵触法の実質法化など、双方主義以外の規律方法もみられる⁽⁷⁴⁾。

越境するデジタルコンテンツ紛争は、対象の越境性と規律の実行における国家主権の属地性を両方とも視野に入れると、双方主義の抵触法と異なる規律方法が妥当する法規の適用範囲画定の求められる問題とも考えられる。日本の従来の議論で異物とされることのあった一方主義または抵触法の実質法化という涉外法律関係の規律方法も、抵触法全体の基礎としてではなく、越境するデジタルコンテンツの法律問題など各国固有の制度と密接に関わる場面に限定した(広義の)抵触法の一部としてなら、採用の可能性が拓かれ得るかもしれない。

双方主義と異なる抵触法の規律方法が上記の意味での再評価に値するものかどうかにつき一定の結論を得るためには、アメリカ抵触法革命⁽⁷⁵⁾の産物であり米国外にも影響の及んだデータ理論⁽⁷⁶⁾など自ら批判の対象としてきた⁽⁷⁷⁾諸

(71) Tran, *Elsevier*, at 223.

(72) *Id.* at 224.

(73) 山田鎌一『国際私法(第3版)』39~40頁(有斐閣, 2004)を参照。

(74) 中西康「比較国際私法における登録パートナーシップ—抵触法上の各種規律方法の比較分析のための予備的考察—」法学論叢156巻3・4号293頁, 294頁(2005)を参照。Vgl. Heinz-Peter Mansel, *Staatlichkeit des Internationalen Privatrechts und Völkerrecht*, in: *LEIBLE* (Fn. 70), S. 92-94.

(75) See SYMEON C. SYMEONIDES, *THE AMERICAN CHOICE-OF-LAW REVOLUTION: PAST,*

理論について深く考え直してみる必要がある。紙幅の制約から本稿で割愛せざるを得なかった抵触法の理論に関する詳細な検討は別稿にゆずる。

PRESENT AND FUTURE (2006).

- (76) See Brainerd Currie, *On the Displacement of the Law of the Forum*, 58 COLUM. L. REV. 964 (1958); T. W. Dornis, "Local Data" in *European Choice of Law: A Trojan Horse from across the Atlantic?*, 44 GA. J. INT'L & COMP. L. 305 (2016). 佐野寛「国際私法におけるデータ理論について」岡山大学法學會雑誌45巻1号417頁(1995)も参照。
- (77) 伊藤敬也「法選択における権利—プリルメイヤーの政治的権利理論」青山社会科学紀要28巻2号23頁(2000)および「権利に基づく法選択—デインの抵触法理論—」同30巻1号1頁(2001)および「国際私法における実質正義—養子保護条項と法廷地法—」青山法学論集52巻4号155頁(2011)を参照。