



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	未承認国家の著作物とベルヌ条約上の保護義務：北朝鮮著作物事件
Author(s)	横溝, 大
Citation	知的財産法政策学研究, 21, 263-277
Issue Date	2008-12
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/43579">https://hdl.handle.net/2115/43579</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	21_263-277.pdf



## 判例研究

# 未承認国家の著作物とベルヌ条約上の保護義務 — 北朝鮮著作物事件 —

東京地裁平成19年12月14日判決

(平成18年(ワ)第5640号、朝鮮映画輸出入社等対日本  
テレビ放送網株式会社、著作権侵害差止等請求事件) 判例集未登載

[参照条文] 民事訴訟法28条、法例11条1項、法の適用に関する通則法附則3条4項、著作権法6号3号、文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約3条1項(a)(b)、5条2項、28条2項(c)・3項、35条2項

横 溝 大

**〔事実〕** 日本法人の有限会社で映画や映像関連の業務を行っている原告X2は、朝鮮民主主義人民共和国（以下「北朝鮮」とする）の文化省傘下の行政機関である原告X1との間で、平成14年9月30日、X1社が著作権を有する北朝鮮の国内で製作された映画（以下「北朝鮮映画」とする）につき、その日本国内における独占的な上映、複製及び頒布を、X1がX2に許諾することなどを内容とする映画著作権基本契約を締結した。その後、日本法人であり放送事業等を営む被告Yは、平成15年6月30日、「ニュースプラス1」と題するニュース番組において、「密令027」と題する映画(以下「本件放送著作物」とする)の映像の一部を、X等の事前の許諾を受けずに放送した。

そこで、X1は、Yの上記行為が、同映画の著作権者であるX1の著作権(公衆送信権)を侵害し、且つ、今後も侵害する虞れがあると主張して、Yに対し、いずれも北朝鮮の国民が著作者であり、X1が著作権を有すると主張する上記映画を含む各映画（以下「本件各映画著作物」とする）につき、侵害の停止又は予防として放送の差止めを請求し、また、X等は、Yの上記行為は、X1の著作権及び本件各映画著作物の日本国内における使用等につき独占的な利用等の権利を有しているX2社の利用許諾権を侵害する

不法行為に当たると主張して、Yに対し、不法行為に基づく損害賠償請求として、X等各自に550万円及びこれに対する遅延損害金を支払うよう請求した。

尚、北朝鮮は、平成15年1月28日、世界知的所有権機関事務局長に対し、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」とする)の加入書を寄託した。同事務局長は、同日、当該事実をベルヌ条約加盟国に対し通告し、これにより、ベルヌ条約は、28条(2)(c)及び(3)に基づき、同通告の3箇月後である同年4月28日から、北朝鮮について効力を生じた。但し、我が国は、国際法上、北朝鮮を国家として承認していない。

#### 〔判旨〕 請求棄却。

一 「当事者能力とは、民事訴訟において訴訟関係の主体である当事者となることのできる一般的な資格をいい、訴訟法(手続法)上の概念である。そして、手続については法廷地法によるべきであるから、手続法上の概念である当事者能力については、法廷地である我が国の民事訴訟法が適用されると解するのが相当である。

そして、民事訴訟法28条によれば、当事者能力は民法その他の法令に従うとされているので、当事者能力の有無は、権利能力に関する民法その他の実体法の規定に基づいて判断される。

もっとも、前記のとおり、X1社は、北朝鮮の行政機関であり、本件における権利能力の問題は、その主体が外国の行政法人であるという点で涉外的要素を持つため、準拠法を決定する必要がある。

この点、行政機関の権利能力の準拠法に関しては、法の適用に関する通則法(以下「法適用通則法」とする)等に直接の定めがないから、条理に基づいて、当該行政機関と最も密接な関係がある国である当該行政機関が設立された国の法律(本国法)によると解すべきである。国内のいかなる範囲の団体に権利能力を付与するかは、当該国の法政策上の問題であり、また、団体が享有し得る権利能力も当該国の法律の定める範囲に限定される以上、当該団体と最も密接な関係があるのは、当該団体が設立された国と解されるからである。

したがって、行政機関の権利能力の準拠法は、X1社が設立された北朝

鮮の法律であると解すべきである。

そこで、本件について検討すると、…北朝鮮の国内において施行、適用されている北朝鮮民法12条2項は、『機関、企業所、団体は、当該機関に登録されたときから民事上の権利を有し、又は義務を負うことができる民事権利能力とそれ自身が直接実現することができる民事行為能力を有する。』と規定していること、ここにいう『機関』とは、国家行政機関を意味すること、X1社は、北朝鮮の国家行政機関である文化省によって登録された同省傘下の行政機関であること、がそれぞれ認められる。

上に認定した事実によれば、X1社は、北朝鮮民法12条2項の登録がされた北朝鮮文化省傘下の行政機関に当たるから、同条項により権利能力を有していると認められる。

以上によれば、X1社は、準拠法である北朝鮮の法律によって権利能力を付与されているから、民事訴訟法28条により当事者能力を有するというべきである。」

「準拠法に関する規律は、問題とされる私法的な法律関係に最も密接な関係がある地の法を定めることに本質があるから、国際私法上、準拠法として適用される法律は承認された国家の法律に限られるべき理由はない。未承認国の法であっても、その地において現実に施行され、適用されている限り、これを準拠法として選択することは妨げられないというべきである。」

二 「著作権に基づく差止請求は、ベルヌ条約5条(2)により保護が要求される同盟国の法令の定めるところによることとなり、我が国の著作権法が適用される。

また、Xらの損害賠償請求については、…上記法律関係の性質は不法行為であるから、準拠法については、法例11条1項(法適用通則法附則3条4項により、なお従前の例による)として、法例の規定が適用される。)によって決すべきである。そして、同条項にいう『原因タル事実ノ発生シタル地』は、Xらに対する権利侵害という結果が生じたと主張されている我が国であるというべきであるから、本件における損害賠償請求については、民法709条が適用される。」

「北朝鮮の著作物である本件各映画著作物が、我が国の著作権法による保護を受けることができるか否かは、…本件各映画著作物が著作権法6条

3号にいう『条約によりわが国が保護の義務を負う著作物』に当たるか否か、すなわち、我が国が未承認国である北朝鮮に対してベルヌ条約上の義務を負担するか否かの問題に帰着する。

そこで、この点についてみると、現在の国際法秩序の下では、国は、国家として承認されることにより、承認した国家との関係において、国際法上の主体である国家、すなわち国際法上の権利義務が直接帰属する国家と認められる。逆に、国家として承認されていない国は、国際法上一定の権利を有することは否定されないものの、承認をしない国家との間においては、国際法上の主体である国家間の権利義務関係は認められないものと解される。

この理を多数国間条約における未承認国の加入の問題に及ぼすならば、未承認国は、国家間の権利義務を定める多数国間条約に加入したとしても、同国を国家として承認していない国家との関係では、国際法上の主体である国家間の権利義務関係が認められていない以上、原則として、当該条約に基づく権利義務を有しないと解すべきことになる。未承認国が多数国間条約に加入したというだけで、承認をしない国家との間でそれまで存在しないとされていた権利義務関係が、国家承認のないまま突然発生すると解するのは困難である。

我が国は、北朝鮮を国家として承認しておらず、我が国と北朝鮮との間に国際法上の主体である国家間の権利義務関係が存在することを認めていない。したがって、北朝鮮が国家間の権利義務を定める多数国間条約に加入したとしても、我が国と北朝鮮との間に当該条約に基づく権利義務関係は基本的に生じないから、多数国間条約であるベルヌ条約についても、同様に解することになる。」

「もっとも、未承認国であっても、国際社会において実体として存在していることは否定されないから、国際法上の主体である国家間の権利義務関係が認められないからといって、未承認国との関係において条約上の条項が一切適用されないと解することが妥当でない場合があり得る。」

「当該条項が、個々の条約当事者の関係を越え、国際社会全体に対する権利義務に関する事項を規定する普遍的な価値を含むものであれば、あらゆる国際法上の主体にその遵守が要求されることになり、その限りでは、国家承認とは無関係に、その普遍的な価値の保護が求められることにな

る。」

「ベルヌ条約自体においても、同盟国の国民を著作者とする著作物(3条(1)(a))、非同盟国の国民を著作者とする著作物のうち、同盟国において最初に発行されるか、同盟に属しない国と同盟国において同時に発行された著作物(3条(1)(b))等が保護されるにとどまっておらず、非同盟国の国民の著作物が普遍的に保護されているわけではない。非同盟国の国民の著作物であっても、最初の発行地が同盟国であれば保護されるとされているものの、これは、同盟国において、最初あるいは同時の発行を促すことによって、著作物の普及を促進するとともに、これに伴う経済的な利益を獲得することを企図したものである。そこでは、同盟国という国家の枠組みが前提とされており、前国家的な非同盟国の著作者の自然権を保護するという発想は見られない。

また、同条約の他の条項においても、…著作権の主体や保護期間等について、保護を行う国によって異なり得ることを許容するとともに、5条(2)において、著作権の保護の範囲及び著作権を保全するために著作者に保障される救済の方法を、保護が要求される同盟国の法令に定めるところに委ね、その保護の範囲及び方法が国によって異なる事態を想定している。さらに、35条(2)は、同盟国がベルヌ条約を廃棄することができる旨を規定し、廃棄により、条約上の権利義務関係から離脱することをも認めているところである。

以上によれば、著作権の保護は、国際社会において、擁護されるべき重要な価値を有しており、我が国も、可能な限り著作権を保護すべきであるということではできるものの、ベルヌ条約の解釈上、国際社会全体において、国家の枠組みを超えた普遍的に尊重される価値を有するものとして位置付けることは困難であるものというほかない。

したがって、ベルヌ条約3条(1)(a)の条項は、国際社会全体に対する権利義務に関する事項を規定するものと解することができず、北朝鮮との関係で同条項の適用は認められないから、結局、我が国は、同条項に基づき北朝鮮の著作物を保護する義務を負わない。」

〔評釈〕 結論には賛成するが、理由付けには若干疑問がある。

一 本判決は、未承認国家である北朝鮮に対し我が国がベルヌ条約上の

義務を負わず、北朝鮮の著作物は著作権法6条3号にいう「条約によりわが国が保護の義務を負う著作物」に当たらないとした事例である。以下では先ず、本判決における中心的問題である未承認国家の著作物とベルヌ条約上の保護義務の点について述べ(二)、その後未承認国家の行政機関の当事者能力の有無という点について若干言及する(三)。

二 (1) 本件では、著作権法6条3号を通じて、我が国がベルヌ条約上未承認国の著作物につき保護義務を負うかが問題となっている。この問題を、本判決は、「多数国間条約における未承認国の加入の問題」として扱っている。そこで、先ずは未承認国家と条約上の義務一般の問題に関する議論について確認し、次に、ベルヌ条約固有の考慮要素について言及することとしたい。

(2) ① 未承認国家と条約との関係については、従来は、条約の締結乃至加入と国家承認の有無という問題が論じられて来た。すなわち、未承認国家と条約を締結したり未承認国家の条約への加入を認めたりすることが、未承認国家に対し黙示の国家承認を与えることになるか、という問題である。

この点については、二国間条約の場合や、新たな国家の加入に際し既存の加盟国がその賛否を決定することが出来る形のクローズドな多国間条約の場合とは異なり、ベルヌ条約のように、加入を望む国家の登録という一方的行為により略自動的に加入がなされる所謂オープン型の多国間条約の場合には、既存の加盟国に異議を唱える機会がないため、そのような加入は未承認国家に対し加盟国が黙示の国家承認を与えることを意味しないと解されて来た(“Contemporary Practice of The United States,” 58 *The American Journal of International Law* (1964), at 171; Bot, *Non Recognition and Treaty Relations* (1968), at 133. 尚、国連加入に関する取扱いにつき、Jennings/Watts, *Oppenheim's International Law* (9th ed. 1992), Vol. 1, at 177-178)。それでは、このような類型の多国間条約について、新たに加入した未承認国家との関係で、これを承認していない加盟国は条約上の義務を負わないことになるのかというと、この点はそれ程簡単ではなく、これまでの各国の国家実行は必ずしも一貫していなかったということが出来る。

例えば、スケルト川に関する1863年の国際条約及び1865年の国際電信条約では、オーストリアと同国が当時承認していなかったイタリアが共に締

約国となっていたが、お互いに条約上の義務を負っていたようである(Bot, *supra*, at 107)。また、コロンビアから分離独立したパナマは当初コロンビアから承認されていなかったが、このことは両者が1910年にベルヌ及びパリ条約に署名することを妨げず、その際には双方の間で条約の作用を妨げるような留保は何らなされなかったとされている(Bot, *ibid*)。さらに、1924年及び29年の万国郵便条約においては、米国と同国が承認していなかったソビエト連邦の双方が締約国だったが、お互いに多くの義務を負っていたとされている(Bot, *supra*, at 109)。

このように、未承認国家に対しても締約国が条約上の義務を負う例は従前から存在しているのであり、また、学説上も、未承認国家がオープン型の多国間条約に事後的に加入することについて他の加盟国が事前に留保しておかない場合に、黙示的な留保があると考えられるかどうかは疑わしく、そのような加入に効果がないと簡単にいうことは出来ないという点が指摘されている(Wengler, “Die Geltung völkerrechtlicher Kollektivverträge zwischen Bundesrepublik und DDR,” *NJW* 1961, 1, at 2)。とりわけ、この点につき1968年にモノグラフィを公表したBotは、問題となる条約上の義務につき、公式レベルでの相互義務、技術レベルでの相互的接触、国際事務局等の国際機関を通じた協力の三類型に分け、第一の公式レベルに関しては、外交に通常責任を有する政府の部局により履行される条約上の義務が両国間では排除されるということにつき、各国の国家実行が相当程度統一であるが、他方、その他のレベルにおける接触が未承認国家とこれを承認しない国家との間にも認められるということについては、多くの例を挙げる事が出来るとしており、その理由として、黙示的な国家承認の推定を齎すのは公式の関係のみであり、技術的な関係の文脈では、双方が一定の問題に関して同様の態度を採用することに特に問題がないためであるという点を指摘している(Bot, *supra*, at 136-138. 前述のオーストリアとイタリアの例やパナマとコロンビアの例も、条約の技術的な性格から説明し得ると述べている。Bot, *id.*, at 107. とは言え、Botは、そのような条約の場合に加盟国が新たに加入した未承認国家と条約関係に入る義務があるとまでいうのは行き過ぎであろうとも述べている。Bot, *id.*, at 138)。

② 尚、ベルヌ条約との関係では、前述したコロンビアとパナマの例の他、旧東ドイツとの関係が指摘されることがある。例えば、ある評釈は、

英国が未承認政府乃至国家である旧東ドイツとの間でのベルヌ条約の適用を否認した点を指摘している(江藤淳一〔判批〕法セ増刊速報判例解説2号(2008年)251頁、253頁。また、参照 Lauterpacht, “The Contemporary Practice of the United Kingdom in the Field of International Law- Survey and Comment, V,” *ICLQ* Vol. 7 (1958), 92, at 93)。また、Ricketson/Ginsburg は、25箇国が旧東ドイツの条約適用宣言に対し反対したことを根拠に、旧東ドイツが49年から70年までの間ベルヌ条約の加盟国ではなかったと解している(Ricketson/Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights* (2nd. 2006), Vol. 2, at 1134-1135)。だが、旧東ドイツは、本件で問題となったように未承認国として新たに加入したのではなく、ドイツとして既に加入していたベルヌ条約の再適用を宣言したのであり(Puschel, “The International Law of the Berne Convention and the National Copyright Law of the Member States, with Particular Reference to the Legislation of the German Democratic Republic,” *Copyright* (April, 1986), 144, at 147)、また、ドイツ連邦共和国が同様の宣言をしていたこともあって、加盟国であったドイツの国家承継という問題が関わっているという点で、未承認国家の加入に伴う加盟国の義務という問題に関する国家実行の例と看做すことは躊躇される。その意味では、著作権ではないが、寧ろ工業所有権に関するパリ条約における旧東ドイツと他の加盟国との関係の方が参考になるように思われる。何故なら、旧東ドイツは、ベルヌ条約の場合と同様に、当初はパリ条約の自国領域における再適用を宣言したものの、多くの国々の反対を受け、同条約に新たに加入したからである(Bot, *supra*, at 203)。このような加入に対し、他の加盟国の多くは旧東ドイツを加盟国として認めない態度を示したとされる(*Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, Januar 1965, at 35; *Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters*, Oktober 1967, at 399; 58 *A.J.I.L.*, *supra*, at 174)。但し、管見の限りでは、2003年に北朝鮮がベルヌ条約に加入した際、日本政府が反対を表明したということはないようである(茶園成樹〔本件判批〕知財管理58巻8号(2008年)1099頁、1102頁、中谷和弘「近隣国・地域との関係をめぐる最近の国内判例」法教336号(2008年)134頁、136頁注7。尚、我が国は、北朝鮮のベルヌ条約加入につき、通常なら行われる筈の官報での外務省告示もしていないようである)。

③ その他、我が国と北朝鮮との条約関係については、外国人の権利制限に関する我が国特許法25条3項との関係で、「北朝鮮はパリ条約に加盟

しているが、未承認国であるため、わが国と北朝鮮との間でパリ条約の効力は発生して」いないという言及がある(中山信弘編『注解 特許法〔第三版〕上巻』(青林書院・2000年)202頁〔中山信弘執筆〕)。

(3) ① 次に、ベルヌ条約そのものに関し、この問題が正面から扱われた文献は見つからなかったが、未承認国家との関係で意味があると思われるベルヌ条約固有の考慮要素としては、ベルヌ条約に加入出来るのがそもそも主権国家に限定されているか否か、という問題が挙げられる。

条約の適用対象に関するベルヌ条約1条にいう「この条約が適用される国」の「国」は、States ではなく Countries であり、この点を巡っては、そもそも最初は States であったのを、正本であるフランス語の pays に対応させるべく、1928年の改正において英国政府の提案で、敢えて countries へと訂正がなされたという経緯がある(Ricketson/Ginsburg, *supra*, Vol. 1, at 228-229)。また、沿革的にも、これまで、保護国や委任統治領等、厳密な意味では国際法上の主体である主権国家といい得ない多くの団体がベルヌ条約に加入していることが見て取れる(Ricketson/Ginsburg, *id.*, at 1077-1079)。これらの点を踏まえ、論者の中には、ベルヌ条約が適用の対象にしているのは主権国家のみではなく、より柔軟で広い団体であるという主張をする者が一方である(Ricketson/Ginsburg, *id.*, at 1078-1080)。このような主張は、ベルヌ条約上の義務が個々の国家間関係に着目して生じるのではなく、加盟した「国(countries)」の領域に着目して生じるという点を示唆しており、未承認国家であるか否かに拘らず、加盟国の領域全体に対し加盟国が保護義務を負うという見解を導くだろう。

これに対し、ベルヌ条約への加入という行為は、他の種類の条約における署名に伴う批准と同様の目的に供しているのであり、従って1条にいう countries という用語は条約の署名国となり得る国との関係でのみ用いられ、植民地や領土の一部には当てはまらないとして、これを States と略同様の意味で用いるべきであるという主張も他方ではあり(Ladas, *The International Protection of Literary and Artistic Property* (1938), Vol. 2, at 123)、こちらの主張が現在では一般的見解のようである(尚、Ricketson/Ginsburg, *supra*, Vol. 2, at 1078)。このような主張に依れば、ベルヌ条約上の義務も通常の個々の国家間関係に着目して発生することになり、未承認国家はこれを承認しない国家との関係では加盟「国」として認められることはない、ということに

なるだろう。

② ベルヌ条約が問題となったわけではないが、この点について参考になる事例として、化粧品等に関する旧東ドイツでの国際商標登録のドイツ連邦共和国での効力が問題となった、1953年7月17日連邦通常裁判所判決が挙げられる(BGH, Urt. v. 18. 12. 1959, NJW 1960, 1103)。この事件で問題となったマドリッド協定においても、ベルヌ条約同様その加入が「国家(states)」ではなく「国(countries)」に開かれているからである。旧東ドイツはここでも矢張り同協定の再適用を宣言したのだが、裁判所は、旧東ドイツが、大戦後当該宣言までの期間については同協定が適用されないという留保を付けた点から、当該宣言をマドリッド協定への加入のためのものと再解釈し、ドイツ連邦共和国との関係で旧東ドイツは同協定の加盟国ではないと判示している。すなわち、裁判所は、「国(Land)」という概念を如何に解するとしても、国際法上の多国間条約の当事国となり得るのは、国際法上の主体、すなわち、国際法秩序を形成する法規範の名宛人であり得る主体のみであるとし、条約に既に属する多国間条約の加盟国が他の国家的構成体の加入宣言を通じて拘束され得るのは、これらの構成体が加盟国に対して国際法上の主体である場合のみである、と述べ、未承認国家はこれを承認しない国家との関係では、国際法上の条約の当事者になれず、従って旧東ドイツの「加入」は、ドイツ連邦共和国との関係では、如何なる法的効果も持たない、としたのである(NJW, *supra* at 1105)。

同判決は、条約の再適用に関する旧東ドイツの宣言を「加入」と再解釈した点等から批判が加えられてはいるものの、本件との関係で問題となる未承認国家と条約上の義務という点に関する判断については、学説によっても支持されている。例えば、Wengler は、マドリッド協定に加入出来るのは「国(countries)」であり植民地や国家の一部であっても良いが、そのような構成体との間では条約は国際法上の合意とは看做されず、唯一看做され得るのは他の主権国家に対対応する義務がそのような構成体にある場合だけであるが、国際登録商標といった営業上の保護権がそのような場合に当てはまらないということは、母国と別々に加入した植民地で登録された商標が、国際商標により母国で外国の商標として保護を享受すると考える者が誰もいないことから明らかである、と述べている(Wengler, *supra*, at 3)。

(4) 本判決は、国際法上未承認国家は、承認をしない国家との間においては、国際法上の主体である国家間の権利義務関係は認められないという一般論から、多数国間条約であるベルヌ条約に単に加入しただけでは我が国と北朝鮮との間にベルヌ条約上の義務は生じないという結論を導いた。結論的には、前述したマドリッド協定に関するドイツの判例やこの点を支持するドイツ学説の立場と同様の態度を示したものであると言えよう。

だが、前述のように、ベルヌ条約のようなオープン型の多国間条約につき各国の国家実行が分かれている現状では、判旨のような一般論からこの問題に関する一義的な結論を導くことは出来ないように思われる。すなわち、とりわけ条約上の義務の履行に外交当局が関与しない本件のような場合においては、これまでの国家実行を前提として国際法上言えることは、未承認国家が加入しても当該国を承認しない国家に対し条約上の義務を当然発生させることにはならないが、他方、承認しない国家が場合によっては条約上の義務が生じると考えることは許されている、ということに止まるのではないだろうか。従って、未承認国家と承認をしない国家との間の国際法上の関係という一般論から直截に結論を導いた本判決の理論構成には問題がある。本判決は、寧ろ、ベルヌ条約の性格が技術的なものかどうかといった点や、ベルヌ条約固有の考慮要素等、ベルヌ条約自体の特性に焦点を当てて論じるべきだったのではないだろうか。

この点につき、本判決も、ベルヌ条約自体の特性について何ら言及していないわけではない。すなわち、本判決は、一般論に関する上記部分に引き続き、普遍的な国際公益の実現を目的とした条項は、国家間の合意の有無に拘らず国際社会における規範として成立し得るのであり、個々の条約当事国の関係を超越し、あらゆる国際法上の主体にその遵守が要求されるとして、ベルヌ条約3条1項1(a)がそのような条項に当たらないかどうかを検討しているのである。だが、国際法学者による評釈において既に指摘されているように、そのような規範は条約の条項ではなく一般国際法上の基本的権利義務と看做されるべきものであり(江藤・前掲254頁)、属地主義の原則を前提として、同盟国間においてのみ外国著作物の保護を命じるベルヌ条約3条が、そのような義務の表明でないことは、殆ど自明であると言えよう。

寧ろ、従来の議論との関係で本判決がベルヌ条約固有の考慮要素として論じるべきであったのは、ベルヌ条約の同盟国が主権国家に限定されているか否かという点であったと言える。すなわち、本判決が TRIPs 協定について、同協定が主権国家以外の団体も「独立の関税地域」として加入出来ることを理由に、台湾と我が国との間で著作権の保護関係が生じたと論じているのと同様に、ベルヌ条約においても国家以外の「国(countries)」が加入することが出来るということも理由に、未承認国家である北朝鮮と我が国との間でも保護関係が生じたと論じる余地はなかったか、ということである(このような点をも踏まえ、本判決の結論に反対するのは、猪瀬貴道[本件判批]ジュリ1366号(2008年)172頁、174頁以下)。「同盟国という国家の枠組み」に言及する本判決は、恐らくベルヌ条約1条にいう「国(countries)」が主権国家であることを当然の前提としていたものと思われるが、前述のように、ベルヌ条約に関しては、未承認国家との関係でも保護関係を認めたと解される例もあり、また、ベルヌ条約1条の「国(countries)」という文言を巡る学説上の対立を考慮するならば、この点については現在でも猶議論の余地が残されていると言える。そこで、本判決には、具体的結論を導くに際し、この点を検討する必要があったように思われる。

(5) この点は、ベルヌ条約の対象である著作権自体の性質をどう把握するか、換言すれば、現時点において著作権と国家政策との関係をどのように考えるのかという問題に依るのではないだろうか。すなわち、著作権が通常の私権に近似し国家政策との関りが相対的に弱いと考えるのであれば、特許法25条にいう相互主義が問題となった東京高判昭和48年6月5日(判タ298号248頁)同様、「ある国を外交上国家として承認するかは外交政策上の問題たるに止まり、その国が国家としての実質的要件」を備えている場合に、未承認国家をベルヌ条約上の「国(countries)」と看做し同国との間に条約上の義務を是認することに特に問題はないように思われる。逆に、著作権と国家政策との結び付きを重視するのであれば、条約を通じて未承認国家の国家政策が我が国で実現されるのを助ける謂われはなく、ベルヌ条約は我が国が承認する国家との関係でのみ義務を生じさせていると考えることになるのではないだろうか。現在の著作権法制度における国家の経済的・社会的政策という側面を強調するこれまでの筆者の理解(拙稿「国境を越える不法行為への対応」ジュリ1232号(2002年)126頁、130頁注36参照)

からは、後者の立場が支持されることになり、従って、未承認国家である北朝鮮と我が国との間に条約上の義務がないとした本判決の結論にはここでは一応賛成する(だが、この点は、著作権乃至著作権法の本質的理解に関っており、慎重な検討を要する。ここでは問題の所在を指摘するに止め、本格的検討は他日に期したい。尚、行政府の外交政策を決定する権限への配慮から、裁判所は行政府と別個の判断を差し控えるべきであるという茶園・前掲1103頁の指摘については、拙稿[判批]判評588号32頁、36頁[判時1987号194頁、198頁](2008年)参照)。

尚、このような立場に立った場合、我が国が承認している国家を承認していない国家の法が我が国裁判所において適用される場合には、両国間におけるベルヌ条約上の義務を認めないことになるが、このことが、我が国がベルヌ条約上の保護義務違反を犯すことになりはしないか、という点が問題となり得る。だが、外国著作権に基づく請求を受理することや外国法を適用することについては、ベルヌ条約は何も言っておらず(拙稿「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年)445頁、461頁)、ベルヌ条約上の保護義務は各国が自国法を適用する場合にのみ問題となるように思われるので、上述のような場合にベルヌ条約における我が国の保護義務が問題になることはないと考えられる(本判決が、そもそも未承認国家の著作物とベルヌ条約上の保護義務を論じる前提として、ベルヌ条約5条2項乃至法例11条1項により日本法が準拠法となるとし、著作権法6条3号を適用した上でベルヌ条約上の義務を論じているという点も、このような観点からは肯定的に評価されよう。但し、差止請求につき、ベルヌ条約5条2項にいう保護国法としての我が国著作権法の適用が、法廷地法として適用されているのか否かが本判決では明らかではない。仮に法廷地法として適用されているのだとすれば、外国における著作権侵害行為の差止めは、我が国著作権法6条3号が認める限りでなされることになり[そのような所謂域外的差止めが国際的にどの程度認められるべきかについては、今後さらに検討が必要だろう。尚、拙稿[判批]ジュリ1177号(2000年)208頁、210頁)、外国著作権法に直接基づいた差止請求は認められないということになる。このような考え方は、著作権法の成立・移転可能性・効力といった中心的規定を強行的適用法規と看做す評釈者の立場からは肯定的に評価されるが[尚、拙稿「知的財産法における属地主義の原則一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年)17頁、29頁参照]、その適用根拠につき本判決はより明確に判示すべきであったように思われる)。

三 最後に、未承認国家の行政機関の当事者能力の有無という点について若干述べる。

(1) 未承認国家の当事者能力については、未承認国家であったビルマ連邦が被告となることを肯定した事例もあり(東京地判昭和29年6月9日下民集5巻6号836頁)、また学説上も、「司法上、行政府の行為を尊重することは可能であるが、それに拘束されねばならない必要性はない。換言すれば国際法上の法主体が認められない場合であっても、事実上の国家や政府に、私法上の法主体性を認めることには、これを否定すべき根拠はないように思われる」として、少くとも、権利義務の主体足り得る社団としての実体を備えていれば、民事訴訟法上、当事者能力を認めてよいとする立場が一般的である(例えば、沢木敬郎[判批]判タ505号(1983年)211頁、沢木敬郎＝田中英夫＝広部和也「光華寮訴訟の法的問題点」ジュリ890号(1987年)4頁、7頁[沢木]。尚、所謂光華寮事件に関する最判平成19年3月27日民集61巻2号711頁が、我が国での民事訴訟における「中華民国」の当事者能力まで否定したものではないと解されることにつき、拙稿・前掲判評37頁[判時199頁])。また、未承認国家の法の適用についても、判例・学説は、法律が現実的に行われているという点を重視してこれを肯定して来ている(最判昭和59年7月6日家月37巻5号53頁、最判平成6年3月8日民集48巻3号835頁、江川英文『国際私法(改訂)』(有斐閣・1957年)73頁、池原季雄『国際私法(総論)』(有斐閣・1973年)190頁、溜池良夫『国際私法講義[第三版]』(有斐閣・2005年)185頁以下)。尚、国際民事訴訟における当事者能力については、従来は法廷地法説と準拠法説との対立が見られたが、現在は、実体準拠法を参照しつつ最終的な判断は法廷地手続法が行うとするのが現在の通説となっている(石黒一憲『国際民事紛争処理の深層』(日本評論社・1992年)199頁及びそこに挙げられる文献参照)。

(2) 本判決は、手続法上の概念であることを理由に我が国民訴訟法28条を適用し、且つ、同条にいう権利能力に関する法について準拠法として北朝鮮法を選択・適用しており、当事者能力や未承認国家の法の適用に関するこれまでの判例・通説に依拠していると位置付けることが出来る。

若干問題なのは、行政機関の権利能力の準拠法という問題設定をし、条理に基づき設立国法(本国法)によると述べている点である。法人の従属法を設立地法とする通説の立場に立っても、同様の結論は導けたように思われ、この点で、行政機関という点に着目した本判決の問題設定は不要であ

ったように思われる(尚、抵触法において外国私法人と外国公法人とで法人格の承認のプロセスを区別する必要がない点につき、Sophie Lemaire, *Les contrats internationaux de l'administration* (L.G.D.J., 2005), at 44)。また、更に進んで、法人格につき、登記・登録等外国国家機関に依る法人格付与行為を外国国家行為承認制度により判断すべきであるとする筆者の立場からは(拙稿「法人に関する抵触法的考察—法人の従属法か外国法人格の承認か—」民商法雑誌135巻6号(2007年)1045頁参照)、ここでも北朝鮮における文化省への登録を外国国家行為と捉え、その承認の効果として強行的適用法規である北朝鮮民法12条2項(同規定は、登録機関が北朝鮮の機関であることを前提にしており、代替可能性を認めていないという点からこのように解される)に基づき当該機関に権利能力が発生したと考える方が、理論上は優れていたように思われる(尚、外国法人の権利能力及び訴訟能力につき、これを民法36条[平成18年改正後35条]による外国商社会社の法人格の承認の問題として処理した事例として、東京高判平成12年2月3日判時1709号43頁参照)。

(2008年8月24日脱稿)

【付記】本稿は、2008年8月1日に知的財産法研究会(北海道大学)で筆者が行った報告を基としている。研究会の席上有益な示唆を下された諸先生方に記して謝意を表す。尚、校正段階で、脱稿後に公表された文献に関し若干の加筆を行った。