HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	未承認国の著作物の保護範囲（1）：北朝鮮映画放送事件
Author(s)	丁, 文杰
Citation	知的財産法政策学研究, 41, 325-357
Issue Date	2013-04-09
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/52387
Type	departmental bulletin paper
File Information	41_09.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

判例研究

未承認国の著作物の保護範囲(1)
―北朝鮮映画放送事件―

最高裁平成23年12月８日第一小法廷判決
（民集65巻９号3275頁、判時2142号79頁、判タ1366号93頁）

丁　　文　杰

【事案の概要】

X1は、朝鮮民主主義人民共和国（以下、「北朝鮮」という。）の民法によって権利能力が認められている北朝鮮文化省傘下の行政機関であり、北朝鮮の国内で製作された映画（以下、「本件各映画」という。）について北朝鮮の法令に基づく著作権を有すると主張している。X2は、映画や映像関連の業務を行っている日本法人の有限会社であり、平成14年９月30日、本件各映画の日本国内における独占的な上映、放送、第三者に対する利用許諾等について、X1の許諾を受けた。

Y（日本テレビ放送網株式会社）は、平成15年６月30日、「ニュースプラス１」と題するテレビニュース番組において、北朝鮮のテレビで北朝鮮の兵士が韓国の兵士よりも強く勇敢であることを強調する内容の映画「密令027」（以下、「本件映画」という。）が、朝鮮戦争の開戦日に近接する日である同月28日に放送されたことを紹介する目的で、本件映画の一部をXらの事前の許諾なく合計２分11秒間放送した。

Xらは、本件映画は北朝鮮の国民の著作物であり、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。）により日本が保護の義務を負う著作物（著作権法６条３号）に当たると主張して、本件各映画に係るX1の公衆送信権（同法23条１項）が侵害されるおそれがあることを理由に、本件各映画の放送の差止めを請求し、また、Yによ

る上記の放送行為は、本件各映画についてX1が有する公衆送信権及びX2が有する日本国内における利用等に関する独占的な権利を侵害することを理由に、上記各権利の侵害による損害賠償を請求した。

北朝鮮は、平成15年4月28日、世界知的所有権機関の事務局長に対し、ベルヌ条約に加入する旨の加入書を寄託し、同条約は、同年4月28日に北朝鮮について効力を生じた。ただし、日本は北朝鮮を国家として承認しておらず、また、日本は北朝鮮以外の国がベルヌ条約に加入し、同条約が同国について効力を生じた場合には、その旨を告示しているが、同条約が北朝鮮について効力を生じた旨の告示をしていない。そして、外務省及び文部科学省は、日本が北朝鮮の国民の著作物について、ベルヌ条約の同盟国の国民の著作物として保護する義務を同条約により負うとは考えていない旨の見解を示している。

一審判決（東京地判平成19.12.14平成18(ワ)5640号）は、「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」ことを理由に、日本は北朝鮮に対してベルヌ条約上の保護義務を負うことはなく、本件各映画は日本の著作権法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」に当たらないとして、Xらの請求を棄却した。

Xら控訴。

控訴審において、Xらは予備的に請求を追加し、仮に本件映画が著作権法による保護を受ける著作物に当たらないとしても、上記放送行為は、Xらが本件映画について有する法的保護に値する利益の侵害に当たると主張して、民法709条に基づく損害賠償の支払を求めた。控訴審判決（知財高判平成20.12.24平成20(ネ)10012号）は、Xらの本件映画の著作権に基づく請求及びX1の予備的請求はいずれも棄却したが、X2の予備的請求については、次のような一般論の下で、12万円（弁護士費用2万円の賠償を含む。）の損害賠償請求を認容した。いわく、「著作物は人の精神的な創作物であり、多種多様なものが含まれるが、中にはその製作に相当の費用、労力、時間を要し、それ自体客観的な価値を有し、経済的な利用により収益を挙げ得るものもあることからすれば、著作権法の保護の対象とならな

い著作物については、一切の法的保護を受けないと解することは相当ではなく…、利用された著作物の客観的な価値や経済的な利用価値、その利用目的及び態様並びに利用行為の及ぼす影響等の諸事情を総合的に考慮して、当該利用行為が社会的相当性を欠くものと評価されるときは、不法行為法上違法とされる場合があると解するのが相当である」。

Ｘら及びＹ上告。

【判旨】

最高裁は、原判決中、Ｙ敗訴部分を破棄し、Ｘらの請求を棄却した。

一　Ｘらの上告受理申立て理由について

「１　所論は、本件各映画が著作権法６条３号の『条約によりわが国が保護の義務を負う著作物』とはいえないとした原審の判断には、同号の解釈の誤りがあるというのである。

２　一般に、我が国について既に効力が生じている多数国間条約に未承認国が事後に加入した場合、当該条約に基づき締約国が負担する義務が普遍的価値を有する一般国際法上の義務であるときなどは格別、未承認国の加入により未承認国との間に当該条約上の権利義務関係が直ちに生ずると解することはできず、我が国は、当該未承認国との間における当該条約に基づく権利義務関係を発生させるか否かを選択することができるものと解するのが相当である。

これをベルヌ条約についてみると、同条約は、同盟国の国民を著作者とする著作物を保護する一方（３条(1)(a)）、非同盟国の国民を著作者とする著作物については、同盟国において最初に発行されるか、非同盟国と同盟国において同時に発行された場合に保護するにとどまる（同(b)）など、非同盟国の国民の著作物を一般的に保護するものではない。したがって、同条約は、同盟国という国家の枠組みを前提として著作権の保護を図るものであり、普遍的価値を有する一般国際法上の義務を締約国に負担させるものではない。

そして、前記事実関係等によれば、我が国について既に効力を生じている同条約に未承認国である北朝鮮が加入した際、同条約が北朝鮮について効力を生じた旨の告示は行われておらず、外務省や文部科学省は、我が国は、北朝鮮の国民の著作物について、同条約の同盟国の国民の著作物として保護する義務を同条約により負うものではないとの見解を示しているというのであるから、我が国は、未承認国である北朝鮮の加入にかかわらず、同国との間における同条約に基づく権利義務関係は発生しないという立場を採っているものというべきである。

以上の諸事情を考慮すれば、我が国は、同条約３条(1)(a)に基づき北朝鮮の国民の著作物を保護する義務を負うものではなく、本件各映画は，著作権法６条３号所定の著作物には当たらないと解するのが相当である。最高裁昭和49年(行ツ)第81号同52年２月14日第二小法廷判決・裁判集民事120号35頁は、事案を異にし、本件に適切ではない。

３　したがって、本件各映画が著作権法により保護を受けることを前提とするＸらの主位的請求は、その余の点について判断するまでもなく、理由がないから、これと同旨の原審の…判断は是認することができる。Ｘらの論旨は採用することができない。」

二　Ｙの上告受理申立て理由（ただし、排除された部分を除く。）について

「１　所論は、本件放送がＸ２に対する不法行為を構成するとした原審の判断には、民法709条及び著作権法６条の解釈の誤りがあるなどというのである。

２　著作権法は、著作物の利用について、一定の範囲の者に対し、一定の要件の下に独占的な権利を認めるとともに、その独占的な権利と国民の文化的生活の自由との調和を図る趣旨で、著作権の発生原因、内容、範囲、消滅原因等を定め、独占的な権利の及ぶ範囲、限界を明らかにしている。同法により保護を受ける著作物の範囲を定める同法６条もその趣旨の規定であると解されるのであって、ある著作物が同条各号所定の著作物に該当しないものである場合、当該著作物を独占的に利用する権利は、法的保

護の対象とはならないものと解される。したがって、同条各号所定の著作物に該当しない著作物の利用行為は、同法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為を構成するものではないと解するのが相当である。

3　これを本件についてみるに、本件映画は著作権法6条3号所定の著作物に該当しないことは前記判示のとおりであるところ、X2が主張する本件映画を利用することにより享受する利益は、同法が規律の対象とする日本国内における独占的な利用の利益をいうものにほかならず、本件放送によって上記の利益が侵害されたとしても、本件放送がX2に対する不法行為を構成するとみることはできない。

仮に、X2の主張が、本件放送によって、X2が本件契約を締結することにより行おうとした営業が妨害され、その営業上の利益が侵害されたことをいうものであると解し得るとしても、前記事実関係によれば、本件放送は、テレビニュース番組において、北朝鮮の国家の現状等を紹介することを目的とする約2分20秒間の企画の中で、同目的上正当な範囲内で、1時間17分の本件映画のうちの合計2分11秒間分を放送したものにすぎず、これらの事情を考慮すれば、本件放送が、自由競争の範囲を逸脱し、X2の営業を妨害するものであるとは到底いえないのであって、X2の上記利益を違法に侵害するとみる余地はない。

したがって、本件放送は、X2に対する不法行為とはならないというべきである。

4　以上と異なる原審の…判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があり、Yの論旨は理由がある。原判決中、Y敗訴部分は破棄を免れず、同部分に関するX2の請求は理由がないから、同請求を棄却すべきである。」

【評釈】

一　はじめに

本判決は、日本が国家として承認していない北朝鮮の国民の著作物につき、日本がベルヌ条約上の保護義務を負わないことを初めて明示した最高裁判決である。また、そのような未承認国の著作物の利用行為が不法行為に該当するとして損害賠償請求を認容した原判決（知財高判平成20.12.24平成20(ネ)10012号［北朝鮮映画放送控訴審］）を取り消し、不法行為の成立を否定した点でも注目される[1]。

---

[1] 一審判決（東京地判平成19.12.14平成18(ワ)5640号）の評釈として、茶園成樹「北朝鮮の著作物について我が国が保護する義務を負わないと判断された事例」知財管理58巻8号（2008年）1099～1103頁、横溝大「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－」知的財産法政策学研究21号（2008年）263～277頁、猪瀬貴道「ベルヌ条約上の日本と北朝鮮との間の権利義務関係が否定された事例」ジュリスト1366号（2008年）172～175頁、江藤淳一「北朝鮮の著作物にベルヌ条約が及ばないとされた事例」法セ増刊速報判例解説2号（2008年）251～254頁などがある。

また、控訴審判決（知財高判平成20.12.24平成20(ネ)10012号）の評釈として、上野達弘「未承認国の著作物と不法行為－北朝鮮事件－」速報判例解説5号（2009年）251～254頁、同「未承認国の著作物と不法行為－北朝鮮事件－」Law & Technology 45号（2009年）60～71頁、横溝大「未承認国の著作物－北朝鮮事件：控訴審－」中山信弘＝大渕哲也＝小泉直樹＝田村善之編『著作権判例百選』（第4版・2009年・有斐閣）228～229頁、張睿暎「未承認国の著作物と不法行為－北朝鮮映画放映事件－」著作権研究36号（2009年）182～198頁、臼杵英一「多国間条約と未承認国－ベルヌ条約と北朝鮮－」ジュリスト臨時増刊1376号（2009年）321～323頁、西口博之「未承認国家の著作権の保護－北朝鮮映画判決を読んでー」コピライト576号（2009年）65～69頁、濱本正太郎「未承認国家の地位－ベルヌ条約事件－」小寺彰＝森川幸一＝西村弓編『国際法判例百選』（第2版・2011年・有斐閣）34～35頁などがある。

そして、本判決の評釈として、山田真紀「北朝鮮著作権事件」Law & Technology 56号（2012年）82～86頁、上野達弘「未承認国の著作物と不法行為－北朝鮮事件－」AIPPI 57巻9号（2012年）562～583頁、小泉直樹「北朝鮮著作権事件上告審」ジュリスト1437号（2012年）6～7頁、張睿暎「北朝鮮映画放映事件」法セ増刊速報判例解説11号（2012年）237～240頁などがある。

以下では、まず、日本が未承認国である北朝鮮の著作物に対して、ベルヌ条約上の保護義務を負うべきかという論点につき、主に未承認国と条約上の義務一般に関する従来の裁判例と学説を紹介した上で、最高裁の示した「ベルヌ条約の解釈＋α（政府の立場）」という要件論の位置づけと射程を明らかにする。次に、著作権法等、個別の知的財産法により明文で規律されていない利用行為に対して、民法709条の一般不法行為が成立することがあるかという論点につき、主に不法行為法による著作権法の補完の観点からその可能性を検討し、さらにこの最高裁判決の位置づけと射程を明らかにする。

二　未承認国の著作物とベルヌ条約上の保護義務
――最高裁における要件論の再構築――

1　問題の所在

まず、本判決の中心的論点の一つは、未承認国の著作物とベルヌ条約上の保護義務との関係である。すなわち、日本が国家承認していない北朝鮮が、多数国間条約であるベルヌ条約に事後的に加入したことにより、同じく加盟国である日本が、未承認国である北朝鮮の国民の著作物を保護する義務を負うのかということが問題とされている[2]。

最高裁は、日本について既に効力が生じている多数国間条約に、日本が国家として承認していない国が事後に加入した場合、当該条約に基づき締約国が負担する義務が普遍的価値を有する一般国際法上の義務であるときなどは格別、未承認国の加入により未承認国との間に当該条約上の権利義務関係が直ちに生ずると解することはできず、日本は、当該未承認国との間における当該条約に基づく権利義務関係を発生させるか否かを選択

[2] ベルヌ条約は、加入を望む国家の登録という一方的行為によりほぼ自動的に加入がなされるいわゆる開放型の多数国間条約であって、二国間条約や、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できるいわゆる閉鎖型の多数国間条約とは異なり、既存の加盟国に異議を唱える機会がない。この点につき、ベルヌ条約29条を参照。

することができるとした上で、多数国間条約であるベルヌ条約は普遍的価値を有する一般国際法上の義務を締約国に負担させるものではなく、日本は、未承認国である北朝鮮との間においてベルヌ条約に基づく権利義務関係は発生しないという立場を採っていることから、日本は、同条約3条1項(a)に基づき北朝鮮の国民の著作物を保護する義務を負うものではなく、本件各映画は、著作権法6条3号所定の著作物には当たらないと解するのが相当であると判断した[3]。

このような最高裁の判示は、未承認国と条約上の義務一般に関する従来の裁判例や学説との関係でどのように位置づけるべきであろうか。

2　従来の裁判例

従来、日本と未承認国との間で多数国間条約に基づく権利義務関係が争われた判決は極めて稀であるが（東京高判昭和48.6.5無体集5巻1号197頁［東ドイツ商標］、最判昭和52.2.14判時841号26頁［東ドイツ商標上告審］、東京地判平成19.12.14平成18(ワ)5640号［北朝鮮映画放送一審］、前掲知財高判［北朝鮮映画放送控訴審］、東京地判平成23.9.15平成21(行ウ)417号［北朝鮮特許］など)、裁判所によって重視される考慮要素を糸口にして、従来の裁判例のアプローチを整理すれば、(1)準拠法の条文の趣旨に着目したもの、(2)条約の規定の趣旨に着目したもの、(3)憲法上の内閣の権限に配慮したもの、という三つの立場に分類することができる。

(1) 準拠法の条文の趣旨に着目した裁判例

従来の裁判例の中には、厳密に日本と未承認国との間で多数国間条約に基づく権利義務が争われたわけではないが、選択された準拠法の条文の趣旨に着目して、未承認国の国民の権利主体性を認めた裁判例がある（前掲東京高判［東ドイツ商標］、前掲最判［東ドイツ商標上告審］)。

たとえば、当時日本が国家承認していなかったドイツ民主共和国（以下、

[3] 判例時報2142号(2012年)79頁、判例タイムズ1366号(2012年)94頁の匿名コメントを参照。

「東ドイツ」という。）の法人が商標登録無効審判の請求人適格を有するか否かということが争点となった、前掲東京高判［東ドイツ商標］[4]をみてみよう。東京高裁は、旧商標法24条の準用する旧特許法32条の「立法趣旨は、特許権及び特許に関する権利の享有に関し、日本国民に対し、自国民と同一の法律上の地位を与える国の国民に対しては、国際互譲の見地から、わが国においても、日本国民と同一の法律上の地位を与えようとするものであるが、同条にいわゆる『国』が、わが国によつて外交上承認された国家だけを指称するものと解するのは相当ではない。けだし、ある国を外交上国家として承認するか否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、すなわち一定の領土及び人民のうえに、これを支配する永続的かつ自立的な政治組織を具有している場合であつて、わが国民に対しても特許権及び特許に関する権利の享有を保障するに足る法秩序が形成されている場合には、その国の国民に対しても特許権及び特許に関する権利の享有を認めることが、相互主義を定めた同条の趣旨にそうゆえんであり、また、いわゆるパリ条約の定める平等主義の建前からみても相当だからである」と判示し、未承認国であった東ドイツの法人に対して相互主義の適用を認めたのである（前掲最判［東ドイツ商標上告審］もこれを是認。[5]）。

---

[4] 事案は、日本国内に営業所を有しない東ドイツの法人が、日本法人の有する登録商標の登録無効審判を請求したというものである。当時、日本は東ドイツを国家として承認していなかったが、両国とも工業所有権に関する内国民待遇を定めた多数国間条約であるパリ条約に加盟した。日本の特許庁（昭和34年審判第618号事件）は、①日本政府が東ドイツのパリ条約への加入宣言に基づく一般的効力の発生を留保し、日本に対しその効力を生じない旨の反対宣言をしているから、単に東ドイツがパリ条約に対する加入宣言をしたというだけでは、請求人が本件審判請求に係る権利能力を有するものと認められないこと、②旧特許法32条の「其ノ者ノ属スル国」に東ドイツは該当しないので、審判請求人に権利享有能力に関する相互主義の適用を認められないことを理由に、審決に係る請求を却下した。そのため、当該東ドイツ法人は、かかる特許庁審決を不服として審決取消訴訟を提起した。

[5] 前掲最判［東ドイツ商標上告審］の最高裁は、「旧商標法（大正10年法律第99号）24条の準用する旧特許法（大正10年法律第96号）32条は、外国人の特許権及び特許に関する権利の享有につき相互主義を定めたものであるが、同条にいう『其ノ者ノ属ス

この判決は、当該無効審判の請求人適格に関して適用される法規である日本の旧商標法24条、ひいては旧特許法32条の立法趣旨が、国家承認とは無関係に相互主義を定めていると解釈して、未承認国であった東ドイツの法人も特許権や特許に関する権利の享有主体になることを明らかにした裁判例に過ぎず、準拠実体法の定め方を無視しておよそ一律に国家承認が特許権や特許に関する権利の享有とは無関係である旨を説いた判決ではない。すなわち、選択された準拠法が、条約とは無関係に独自に相互主義を宣言していたからこそ、未承認国との間で条約上の保護義務を負うべきかという議論まで行く必要はなかったように思われる。

しかしながら、日本の著作権法は、上記の旧商標法や旧特許法のように、条約とは無関係に相互主義を定めているわけではない。たとえば、日本の著作権法の保護を享受する著作物は、日本国民の創作したものか（著作権法６条１号）、最初に日本国内において発行されたもの（同法６条２号）、もしくは、条約により日本が保護の義務を負うもの（同法６条３号）に限られており、これらの条文からも、日本の著作権法が相互主義を採用していないことを見極めることができる。その立法背景として、現行法制定の基礎となった著作権制度審議会答申では、「条約関係にない国の国民の著作物も、その国で、日本国民の著作物が相当の保護を受ける限り、相手国が保護すると同程度に保護することができるものとすることについて積極的に検討すべきものとする」、との意見もあったが、このような新たな保護がどのような影響を及ぼすかについて慎重な考慮が必要であること等の理由から、特別な措置は講じられなかった[6]。

そうすると、ベルヌ条約に未承認国が事後的に加入した場合、未承認国の国民を著作者とする著作物を保護する必要があるのかという問題が依然として残されているところ、この問題を正面から扱った初めての裁判例が、以下で紹介する前掲東京地判［北朝鮮映画放送一審］である。

ル国』はわが国によつて外交上承認された国家に限られるものではなく、また、外交上の未承認国に対し、右相互主義の適用を認めるにあたつてわが国政府によるその旨の決定及び宣明を必要とするものでもないとした原審の判断は、正当として是認することができ、原判決に所論の違法はない」と判示した。

[6] 国立国会図書館調査立法考査局『著作権法改正の諸問題』（1970年）239～240頁。

(2) ベルヌ条約の規定の趣旨に着目した裁判例

従来の裁判例の中には、ベルヌ条約に未承認国である北朝鮮が加入した場合、北朝鮮との間で条約上の保護義務が発生するのかという問題につき、一般国際法上の義務に言及しつつ、ベルヌ条約の解釈を通じて、日本が北朝鮮に係る著作物に対して条約上の保護義務を負うことはない旨を明らかにした裁判例がある（前掲東京地判［北朝鮮映画放送一審］）。

たとえば、北朝鮮映画放送事件の一審判決である、前掲東京地判［北朝鮮映画放送一審］の裁判所は、「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」と述べた上で、「条約上の条項が個々の国家の便益を超えて国際社会全体に対する義務を定めている場合には、例外的に、未承認国との間でも、その適用が認められる」とし、ベルヌ条約の下では、「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り、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。…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」ことを理由に、日本が北朝鮮の著作物に対して、ベルヌ条約上の保護義務を負うことはないと判断した。

この判決は、日本が北朝鮮の著作物に対しベルヌ条約上の義務を負わない積極的な根拠を、ベルヌ条約は、同盟国の国民を著作者とする著作物を

保護する一方（３条１項(a)）、非同盟国の国民を著作者とする著作物については、同盟国において最初に発行されるか、非同盟国と同盟国において同時に発行された場合に保護するにとどまる（３条１項(b)）など、非同盟国の国民の著作物を一般的に保護する条約ではないこと、すなわち、ベルヌ条約３条１項が、前国家的な権利として普遍的な著作権の保護を要求する条約ではないという点に求めている。

もっとも、ベルヌ条約が、著作権の保護を享受する者を決定する基準としては、著作者の国籍等にこだわることなく、全ての著作物を保護するという普遍主義的な基準を採用することも考えられる。このような普遍主義の背後には、著作権は自然権である以上、著作者の国籍とは無関係に保護すべきであるという自然権理論が控えている。しかし、1886年に成立したベルヌ条約は、同盟国の国民を著作者とする著作物か（1886年ベルヌ条約２条）、非同盟国の国民著作者を著作物とする著作物であって同盟国で発行された著作物について発行者に権利を与えている（同３条）など、当初から著作権の普遍主義的な捉え方は採用されていなかったのである。

その後、1896年のパリ改正で、非同盟国の著作者にも保護の方途が広げられることになったが、それでも非同盟国の国民は普遍的に保護されているわけではなく、最初の発行地が同盟国であることが要求されている。これは、同盟国において著作物が発行されれば、そこには同盟国に何がしかの経済的な利害が生じているはずであることから、これを保護しようとしたのである。ベルヌ条約が、こうした条件を設定する際には、非同盟国の条約への加盟を推進するにはどの程度の保護にとどめておくべきかという考慮が働いているから、ベルヌ条約の著作者に与える保護が、普遍的な自然権としての著作権の保護を目的とするものではなく、政策的なものであることは明らかである[7]。

---

[7] 田村善之『著作権法概説』（第２版・2001年・有斐閣）570頁、同「民法の一般不法行為法による著作権法の補完の可能性について」コピライト51号（2011年）40～41頁、同「民法の一般不法行為法による著作権法の補完の可能性について」『ライブ講義知的財産法』（2012年・弘文堂）523頁、同「北朝鮮から投げられた著作権問題」ウエストロー・ジャパン今週のコラム第55回（掲載日：2009年４月13日 http://www.westlawjapan.com/column/2009/090413/）などを参照。

以上、前掲東京地判［北朝鮮映画放送一審］の裁判所が示したように、未承認国の著作物とベルヌ条約上の義務一般の関係を、ベルヌ条約3条1項の解釈問題として捉える考え方は、後述するが、従来の学説の中でも極めて有力であったといえる。

(3) 憲法上の内閣の権限に配慮した裁判例

従来の裁判例の中には、多数国間条約に未承認国が加入した場合の条約上の義務に関する法的根拠を、一義的に憲法上の内閣の権限である外交政策上の行為に求めているかのように読める裁判例もある（前掲知財高判［北朝鮮映画放送控訴審］[8]、前掲東京地判［北朝鮮特許］)。

たとえば、北朝鮮に居住する北朝鮮国籍を有する者が、多数国間条約である特許協力条約（Patent Cooperation Treaty＝PCT）に基づいて行った国際特許出願について、指定国である日本が未承認国の北朝鮮に対して条約上の義務を負うか否かということが争点となった、前掲東京地判［北朝鮮特許］[9]をみてみよう。この事件の裁判所は、「日本憲法上、外交関係の処理及び条約を締結することが内閣の権限に属するものとされ（憲法73条2

[8] 前掲知財高判［北朝鮮映画放送控訴審］の裁判所は、「日本国憲法上、外交関係の処理及び条約を締結することが内閣の権限に属するものとされている（憲法73条2号、3号）ことに鑑み、国家承認の意義及び我が国と未承認国である北朝鮮との国際法上の権利義務関係について、上記の政府見解を尊重すべきものと思料する。そうすると、未承認国である北朝鮮は、我が国との関係では国際法上の法主体であるとは認められず、国際法上の一般的権利能力を有するものとはいえない」と判断した。

[9] 事案は、北朝鮮に居住する北朝鮮国籍を有する者が、1970年6月19日にワシントンで作成された特許協力条約に基づいて行った国際特許出願について、出願人から上記発明に係る日本における一切の権利を譲り受けた原告が、日本の特許庁長官に対して国内書面等を提出したところ、特許庁長官から、原告の国際特許出願は日本が特許協力条約の締約国と認めていない北朝鮮の国籍及び住所を有する者によりされたものであることを理由に、原告の国内書面等に係る手続の却下処分を受けたことから、被告に対し、同処分の取消しを求めたものである。この判決の評釈として、金彦叔「北朝鮮国籍者の国際特許出願とPCTの適用」ジュリスト1441号（2012年）143～146頁がある。

号、3 号)、我が国及び未承認国を当事国とする多数国間条約上の権利義務関係を我が国と未承認国との間で生じさせるかということも、外交関係の処理に含まれるものといえることに鑑み、上記の政府見解を尊重し、未承認国である北朝鮮と我が国との間に両国を当事国とする多数国間条約に基づく権利義務関係は原則として生じないと解すべき」であるとし、日本と北朝鮮との間には、特許協力条約に基づく権利義務関係が発生しない旨、判示している。

すなわち、同裁判所は、どの国との関係で多数国間条約上の権利義務関係が生じるかという問題は、憲法上の内閣の権限である外交関係の処理に含まれるとし、未承認国に対して、当該国が多数国間条約に加入したとしても、当該国との間には、多数国間条約上の義務は発生しないということが日本政府の見解であることを明確に述べ、それを尊重する形で判断がなされている。

ここで留意すべきは、この事件に先立って、外務省「調査嘱託に対する回答書」（平成18年 8 月31日）は、日本と北朝鮮との間でベルヌ条約上の権利義務関係が存在するのかという問題につき、次のように回答したということである。いわく、「我が国は北朝鮮を国家として承認していないことから、2003年に北朝鮮がベルヌ条約を締結しているものの、北朝鮮についてはベルヌ条約上の通常の締約国との関係と同列に扱うことはできず、我が国は、北朝鮮の『国民』の著作物について、ベルヌ条約の同盟国の国民の著作物として保護する義務をベルヌ条約により負うとは考えていない。他方で、多数国間条約のうち、締約国によって構成される国際社会（条約社会）全体に対する権利義務に関する事項を規定していると解される条項についてまで、北朝鮮がいかなる意味においても権利義務を有しないというわけではない。具体的にどの条約のどの条項がこれに当たるかについては、個別具体的に判断する必要がある。」[10]（文部科学省も同旨）

[10] また、鈴木宗男衆議院議員（当時）が、平成18年 6 月 8 日付「朝鮮民主主義人民共和国を巡る国家承認、政府承認に関する再質問主意書」において、「政府は北朝鮮を国際法上の主体と認識しているか」と質問したのに対し、日本政府は、同年 6 月16日付答弁書において、「わが国は、北朝鮮を国家承認していない。したがって、わが国と北朝鮮との間には…国際法上の主体である国家の間の関係は存在しない」

このような政府機関の見解を受けて、文献の中にも、外交政策を決定する政府機関の権限に配慮する考え方がみられる。たとえば、茶園成樹教授は、前述した前掲東京地判［北朝鮮映画放送一審］の評釈において、「裁判所が北朝鮮に対してこの義務（ベルヌ条約上の義務－筆者注）を認めることは、我が国と北朝鮮との間に権利義務関係が生じることを肯定することとなるのであり、そのため、行政府の外交政策を決定する権限を損なう結果となる…。この点に鑑みれば、裁判所としては、北朝鮮に対するベルヌ条約上の義務を認めるという行政府とは別個の判断を行うことは差し控えるべき」、と指摘している[11]。

(4) 小括

以上の考察からは、未承認国の著作物と条約上の義務一般に関する従来の裁判例では、ベルヌ条約の規定の趣旨に着目した裁判例（前掲東京地判［北朝鮮映画放送一審］）と、憲法上の内閣の権限に配慮した裁判例（前掲知財高判［北朝鮮映画放送控訴審］、前掲東京地判［北朝鮮特許］）が微妙に分かれていることが明らかである。

以下では、節を改めて従来の学説を俯瞰することにする。

3　学説

従来、多数国間条約に未承認国が事後に加入した場合の条約上の義務一般につき、日本の学説上は、主に国家承認の法的性質論[12]、著作権保護の

と答弁している。

[11] 茶園・前掲注1)1103頁。これに対し、臼杵・前掲注1)323頁では、私人の権利保護を目的とする国際民事紛争の解決においては、国家承認に関する行政府の政治的・主観的な行為に依拠して判断するのではなく、各国裁判所は、行政府の外交政策と政治的に重要な条約の解釈を妨げない限りで、また関連国内法の解釈に必要な範囲内で、独自に条約の解釈を行う裁量を有すると指摘されている。横溝・前掲注1)『著作権判例百選』229頁も参照。

[12] 濱本・前掲注1)34～35頁、金・前掲注９)143～146頁など。

本質論[13]、及びベルヌ条約の解釈論[14]という、三つの側面から議論がなされてきた。

(1) 国家承認の法的性質論からのアプローチ

従来の学説の中には、「慣習国際法上、国家承認の効果については、周知のとおり、宣言的効果説が通説（定説）となっている…。宣言的効果説からは、未承認国であっても、その国が国家として事実上存在し、多数国間条約に正式に加入した以上は、同国との間には多数国間条約上の権利義務関係が存在すると解するのが相当」である[15]、と説く見解がある。本稿では、これを「国家承認の法的性質論からのアプローチ」という。

ところで、国家として承認すること、すなわち国家承認の法的性質や効果については、学説上、創設的効果説と宣言的効果説が対立している[16]。創設的効果説は、新国家は既存の国家による承認を受けて初めて国際法上の地位と権利義務が付与されるとし、宣言的効果説は、新国家は国家の資格要件を備えて事実上成立した時点から、既存の国家による承認の有無に関係なく、当然に国際法上の地位を取得するとされている。

このように、国家承認の法的性質に関する議論が対立しているところ、濱本正太郎教授は、前掲知財高判［北朝鮮映画放送控訴審］の評釈において、「本判決は、基本的に創設的効果説を採りつつ、『国際社会全体に対する義務』との関係では宣言的効果説的な理解による、折衷的な理解を示した」と評価した上で、「現在、学説はもとより、国際判例・国家実行[17]…と

---

[13] 上野・前掲注1）速報判例解説251～254頁、同・前掲注1）Law & Technology60～71頁、同・前掲注1）AIPPI562～583頁など。

[14] 田村・前掲注7）コピライト26～44頁、横溝・前掲注1）知的財産法政策学研究263～277頁、同・前掲注1）『著作権判例百選』228～229頁など。

[15] 金・前掲注9）145頁。

[16] 山本草二『国際法』（初版・1985年・有斐閣）59頁、杉原高嶺＝水上千之＝臼杵知史＝吉井淳＝加藤信行＝高田映編『現代国際法講義』（第4版・2007年・有斐閣）42～43頁、藤田久一『国際法講義Ⅰ（国家・国際社会）』（2004年・東京大学出版会）58頁などを参照。

[17] たとえば、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、

も、宣言的効果説でほぼ一致している。にもかかわらず『現在の国際法秩序の下では』創設的効果説が基本であるという結論に達した本判決は、いかなる国家実行に根拠をおいたのだろうか」、また、「本判決は、多数国間条約が定める『国際社会全体に対する義務』については、未承認国との関係においても適用されると述べる。すなわち、その限りにおいて、未承認国は、承認しない国との関係においても『国際法上の主体』であることになる。ところが、本判決は、『未承認国である北朝鮮は、我が国との関係では国際法上の法主体であるとは認められず』ともいう。つまり、ある実体が、義務の種類によって国際法主体になったりならなかったりするのである。なぜそのようなことが可能なのか」、そして、「日本政府は、北朝鮮に国家承認を与えていないことを明言しつつ、北朝鮮との関係において、領域法・海洋法・空法・国家責任法・戦後補償など、様々な分野で慣習国際法上の権利義務関係が生じることを繰り返し国会答弁において認め、宣言的効果説に整合的な立場を採り続けている。慣習国際法上の義務が生じるのに、多数国間条約上の義務が生じないのはなぜなのか」、という三つの疑問を投げたのである[18]。

こうした国家承認の法的性質論に着目した濱本教授の疑問は、いずれも宣言的効果説の立場がその前提となっており、また、事実上の国家の存在を無視できないことから、一般には宣言的効果説が支持されていることに鑑みれば[19]、この指摘には一定の説得力があるかもしれない。しかしながら、むしろ創設的効果説と宣言的効果説、いずれかの考え方で全てを説明できるものではなく、未承認国は、個別の事案の処理に必要な範囲で国際

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。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年にベルヌ条約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。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。横溝・前掲注1)知的財産法政策学研究268～269頁を参照。

[18] 濱本・前掲注1)35頁。

[19] 杉原ほか・前掲注16)42～43頁を参照。

法上の権利能力を持つに止まる、という見解の方が有力であるように思われる[20]。そして、ベルヌ条約のように、登録という国家の一方的行為によりほぼ自動的に加入がなされる開放型の多数国間条約の場合には、そのような加入は未承認国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いうのも異論のないところである[21]。

そうすると、未承認国との間では一般的な権利義務関係が生じているわけではないということができるところ、ある国を承認するか否かは、外交関係を処理する権限を有する内閣において決するものと解されることからすれば、未承認国との間で多数国間条約において個別的に如何なる権利義務関係が生じたといえるかについても、原則として、内閣において選択し得る問題であるということができるものと考えられる[22]。

他方、条約の規定が一般国際法上の義務を定める場合には、未承認国であっても、そのような条約の主体として、当該義務を負うことは当然である[23]。たとえば、関連会議の定足数や多数決の算定方式や、条約上、設置が要求される事務局に関連する条項、必要とされる各国の分担金の算定など、国家承認に係らしめると取扱いが確定せず、条約上定められている措置の遂行が困難となる技術的な条項に関しては、国家承認とは無関係にその遵守が要求される。そのほかにも、普遍的な人権に関わる条項、安全保障に関わる条項なども、それぞれ当該人権の擁護や安全保障の維持を定める条約の解釈として、未承認国との間でも拘束力が発生することが要求されていると理解しなければならないものであろう[24]。

このような点を踏まえて、横溝大教授も、「条約上の義務の履行に外交

---

[20] 山本草二『国際法』(新版・1994年・有斐閣) 175～176・201頁を参照。

[21] 横溝・前掲注1)知的財産法政策学研究268～269頁、同・前掲注1)『著作権判例百選』229頁、猪瀬・前掲注1)174頁を参照。

[22] 山田・前掲注1)85頁。

[23] 江藤・前掲注1)252頁は、「未承認国の法的地位についても、実効的支配の確立を前提として、少なくとも一般国際法上の一定の権利義務の享受が認められている。すなわち、未承認国は、その実効的支配に基づき属地的・属人的管轄権を行使する権利を有し、不承認国(承認を与えていない国)であってもその権利を侵害することは許されない」と述べている。

[24] 田村・前掲注7)コピライト40頁など。

当局が関与しない…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いえることは、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」とし、未承認国と承認をしてい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くことはできない、と指摘している[25]。

(2) 著作権保護の本質論からのアプローチ

従来の学説の中には、「多数国間条約の条項が未承認国との間で例外的に有効とされるのは、当該条項が国際社会における普遍的な価値に関するものである場合に限られる」とし、「ベルヌ条約第3条が定める著作物の保護というものが、国際社会における普遍的な価値に関わるものといえるかどうかについては、著作権制度の存在意義をどのように理解するかという点に関係する」[26]、と説く見解がある。ここでは、これを「著作権保護の本質論からのアプローチ」という。

ところで、著作権保護の本質論については、主に、権利の個人的な淵源に着目する自然権論と、権利を付与することで社会全体にもたらされる利益に着目するインセンティヴ論との、二つのアプローチが議論されてきた[27]。前者は、人は自ら創作した著作物に対して当然に権利を持つという考え方であるのに対し、後者は、著作権が、著作物の創作とその普及に適

---

[25] 横溝・前掲注1)知的財産法政策学研究273頁を参照。

[26] 上野・前掲注1)速報判例解説252頁。

[27] 田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号(2008年)1頁、山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(1)」知的財産法政策学研究28号(2010年)206頁、小泉直樹「著作権制度の規範的理論」同『アメリカ著作権制度－原理と政策－』(1996年・弘文堂)13頁、島並良「特許客体論の方法と構造」知財研フォーラム55号(2003年)14頁、同「特許制度の現状と展望:法学の観点から」『岐路に立つ特許制度』(知的財産研究所20周年記念・2009年・知的財産研究所)13頁、Wendy J. Gordon〔田辺英幸訳〕「INTELLECTUAL PROPERTY」知的財産法政策学研究11号(2006年)9頁などを参照。

度のインセンティヴを与えるために一定のフリー・ライドを防ぐ必要があるから設けられた政策的な権利に過ぎないとする考え方である。

これらの著作権保護の本質論をめぐる学説上の議論と、未承認国のベルヌ条約への加入に伴う加盟国の保護義務との関係について、上野達弘教授は、「インセンティヴ論によれば、著作権というものは、本来は公共財として自由に利用できる情報について人工的に創設された権利だということになる。このような立場にしたがうならば、著作物の保護というものは『国際社会における普遍的な価値』というものとは無縁のもの」である反面、「自然権論によれば、著作権というものは、自ら創作した著作物に対して著作者が当然に享有する財産権だということになる。このような立場にしたがうならば、著作物の保護というのは『国際社会における普遍的な価値』に当たる余地がある」、と指摘した[28]。しかも、著作権保護の本質論について、概ね自然権的な考え方に近い、基本権間衡量論[29]という立場を

---

[28] 上野・前掲注1）速報判例解説252～253頁。同・前掲注1）Law & Technology 62頁、同・前掲注1）AIPPI 567頁も参照。

[29] 著作権保護の自然権的なアプローチとして、従来は、著作者の利益を利用者の利益に対してあらかじめ優越的地位に置くという伝統的な立場（＝著作者優越地位論）が通説であったのに対し、近時は、著作者の権利及び利用者の権利は共に憲法上の基本権に由来し、その両者の衝突を調整するのが著作権法の目的であると考える立場（＝基本権間衡量論）が有力に主張されている。

著作者優越地位論は、「人はその創作的表現に対して権利を有する」という考え方を第一義としつつ、著作権保護の積極的根拠を「労働」や「人格の発露」という創作者個人の利益に求める見解である。この伝統的通説の考え方は、立法過程から根強く信奉され、現在まで日本の著作権法のさまざまな解釈に影響を与えてきたと思われる。たとえば、斉藤博教授は、「著作権法一条が『文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作者等の権利の保護を図り』と規定しているところから、一見すると著作物の公正な利用と著作者等の権利の保護が並列的に考えられ、あるいは、公正な利用に留意することが著作者等の権利を保護する前提になっているかのようにも考えられるが、決してそのようなものではなく、著作者等の権利の保護こそ著作権法が最も優先する目的なのである」とし、「法が公正な利用に留意するよう求めるとしても、これはあくまでも権利の保護を第一としつつも、例外的に、一定の限られた場合に権利を制限しようとするわけである」と述べている（斉藤博『概説著作権法』（第3版・1994年・一粒社）13～14頁を参照）。半田正夫『著作権法概

採っている上野教授は[30]、「著作権というものは、所有権と同様に憲法上の基本権として位置づけられる」ことを理由に、「著作者の権利と利用者の権利は、ともに基本権に由来するということができ、どちらか一方があらかじめ優越的地位に立つという関係にはないと考えられる。そして、両者の基本権は明示的な調整規範なく衝突しているところ、この衝突を調整する原理間衡量の役割を担うというのが著作権法の目的である。そのように考えると、国家というものは、著作権法の立法および解釈を通じて、ともに基本権に由来する著作者の権利と利用者の権利を調整すべく、誰にどのような権利を与えるのかについて政策的に決定することが前提とされている」とし、このような観点からすれば、「著作物の保護というものは、未承認国との間でも例外的に有効とされるような『国際社会における普遍

説』(第13版・2007年・法学書院) 51頁も、「近代諸国家の著作権制度は著作者の利益保護を第一義としており、これは自明の理とされている」と述べており、半田教授の体系書も伝統的な自然権理論に立脚したものである。

一方、基本権間衡量論は、「人はその創作的表現に対して権利を有する」という考え方を前提としつつ、著作権保護の積極的な根拠を憲法上の基本権に求める見解である。基本権間衡量論によると、「人はその創作的表現に対して権利を有する」という考え方における「権利」とは、「ルール (Regel)」と「原理 (Prinzipien)」の分類論に従えば「原理」としての規範に該当するとされる。上野達弘「応用美術の保護－著作権保護の正当化根拠としての『創作的表現』をめぐる一考察－」著作権研究36号 (2010年) 103頁を参照。「ルール (Regel)」とは、制定法によって充足・非充足がオール・オア・ナッシングに既定されている規範であるのに対し、「原理 (Prinzipien)」とは、充足の程度が問題となるものであり、他の原理と衝突しつつ相関的に最適な状態で実現されることを命ずる規範である。山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治 (二・完) －私法関係における憲法原理の衝突－」法学學叢133巻 5 号 (1993年) 15頁以下、長谷部恭男「基本権条項の私人間効力」法学教室344号 (2009年) 69頁などを参照。

[30] 上野教授は、自然権という言葉を差し控え、このような立場を「著作権法における権理論的立場」と呼んでいる。上野・前掲注29) 102頁を参照。この立場に対し、栗田昌裕「著作権法における権理論の意義と射程 (一) (二・完) －ドイツにおける憲法判例と学説の展開を手がかりとして－」民商法雑誌140巻 6 号 (2009年) 639～687頁・141巻1号 (2009年) 45～91頁は、ドイツ法における著作権の正当化原理をめぐる議論を詳しく紹介している。

的な価値』という、国家の裁量の余地のないようなものと同視できるものではない」から、結論的には、著作物の保護を定めるベルヌ条約3条は、未承認国との間でも例外的に有効とされるような条項ではない、との見解を示した[31]。

もっとも、こうした著作権保護の本質論に焦点を当てた議論は、著作権それ自体を、国家の存在を前提として成立する後国家的な権利として捉えており、その理由づけにはそれなりの筋が通っているように思われる。しかし、「人はその創作的表現に対して権利を有する」という考え方を前提としつつ、著作権の保護を憲法上の基本権間衡量として捉える発想を[32]、知的財産法の何処まで貫徹することができるのか、ということが問題になる。たとえば、物質特許の例[33]が端的に示しているように、特許権等の知的財産権には経済政策的に権利になったり、ならなかったりするものがあり、少なくとも憲法上の基本権に該当するということは実体に適合しない

---

[31] 上野・前掲注1）Law & Technology 63頁。ほかに、同「著作物の改変と著作者人格権をめぐる一考察－ドイツ著作権法における『利益衡量』からの示唆－(二・完)」民商法雑誌120巻6号(1999年)959頁以下、同「引用をめぐる要件論の再構成」『著作権法と民法の現代的課題』(半田正夫先生古稀記念・2003年・法学書院)312頁以下、同「著作権法における権利制限規定の再検討－日本版フェア・ユースの可能性－」コピライト560号(2007年)6頁以下、同・前掲注29)100頁以下なども参照。

[32] 山本敬三「取引関係における公法的規律と私法の役割(1)」ジュリスト1087号(1996年)126～131頁は、公法も私法もいずれも究極的には憲法が保障する基本権を保護、支援するために国家が定めた法であるということを理由にして、両者が同じ基本権の保護、支援という目的を追求することはあり得ると論じて、公法と私法をカテゴリカルに区別する発想を批判し、取締法規違反行為の私法上の効力の否定という問題は、取締法規が目指している基本権の保護、支援をよりよく実現するために裁判所が違反行為の効力を否定するべきかどうかを決定するという問題であると把握する。同「公序良俗論の再構成」『民事法理論の諸問題(下)』(奥田昌道還暦・1995年・成文堂)53～59・86～93頁も参照。著作権法における「基本権衡量論」も、基本権保護型にこだわる山本教授の発想に由来するものと思われる。

[33] かつては国内産業保護のために、新規の化学物質といえども、物質自体を対象とする特許権は認められておらず、方法の発明としてクレームせざるを得なかったところ、日本の化学技術水準が国際的な水準に到達したという判断を元に、1975年改正により、物質特許が認められるようになった。

ところがある[34]。また、著作者の権利と利用者の権利との個人間衡量のみを念頭に置く著作権法の枠組みでは、他の第三者（一般公衆）に対する外部効果[35]は視野に入ってこないことになるが、少なくとも著作権法の分野で、そのような取扱いは妥当ではないだろう[36]。

以上の体系的な理論の側面はともかくとして、とりわけ未承認国の著作物とベルヌ条約上の保護義務との関係から考慮すると、これは著作権保護の本質論という大上段の議論まで行く必要はなかったのではないかと思われる。なぜならば、この問題はあくまで関連する条約の解釈問題であって、日本が加入した条約が、明示的に未承認国との間でも拘束力があるべきことを要求しているのであれば、日本がその条約の規定に従うという理論の流れにならざるを得ないからである（憲法98条２項[37]）。たとえば、同じく未承認国である台湾との関係で、日本も加入し台湾も加入しているWTO協定の12条１項は、「国（State）」のみならず「独立の関税地域（separate customs territory）」も当該協定に加入することができると明示的に規定しており、また、台湾は「国（State）」としてではなく、「独立の関税地域」としてWTO協定に加入しているから、WTO協定の一部であるTRIPS協定９条１項[38]の解釈として、台湾に係る著作物も日本は条約上の保護義務を

---

[34] 田村善之『競争法の思考形式』（1999年・有斐閣）51頁を参照。これに対し、松本恒雄「競争秩序と民事法」日本経済法学会年報19号（1998年）42頁注６は、国家の政策的判断によって与えられた財産的利益についても、憲法29条を介して、基本権に含まれるとの説明があり得る、と指摘する。

[35] たとえば、当該模倣行為を違法としてまで成果開発のインセンティヴを確保する必要があるとか、あるいは逆に当該模倣行為を認めた方が文化や産業の発展にとって望ましいなど。

[36] 田村善之「知的財産法からみた民法709条－プロセス志向の解釈論の探求」NBL936号（2010年）53頁を参照。

[37] 日本憲法98条２項は、「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする」と規定している。

[38] TRIPS協定９条１項は、ベルヌ条約との関係について、「加盟国は、1971年のベルヌ条約の第１条から第21条まで及び附属書の規定を遵守する。ただし、加盟国は、同条約第６条の２の規定に基づいて与えられる権利又はこれから派生する権利については、この協定に基づく権利又は義務を有しない」と規定している。角田政芳

負うことになるだろう[39]。

他方で、WTO協定に加入していない北朝鮮との関係ではベルヌ条約だけが問題となるところ、ベルヌ条約には、未承認国との間でも拘束力があるべきことを要求する明示的な規律がないために、ベルヌ条約の規定の趣旨、すなわち条約の黙示的な意思を探ることが一つの決め手となるはずである。そうすると、著作権それ自体が自然権的なものなのか、それとも政策的なものなのかという本質論の問題よりは、むしろ、ベルヌ条約が著作者に与える保護が普遍的な自然権としての著作権の保護を目的とするものなのか、というベルヌ条約の解釈問題が重要であるだろう。

編『知的財産権六法2011平成23年版』(2011年・三省堂) 367頁の翻訳を参照。

[39] 外務省「調査嘱託に対する回答書」(平成19年1月29日)も、未承認国である台湾との間におけるTRIPS協定に基づく権利義務関係の存否につき、次のように回答した。いわく、「世界貿易機関を設立するマラケシュ協定(以下『WTO協定』という。)は、第12条1において、『国(State)』のみならず『独立の関税地域(separate customs territory)』もWTO協定に加入することができるとしており、国家以外の存在であってもWTO協定上の権利義務関係を有することができることを特別に認めるものとなっている…。したがって、当該規定から、WTOに加盟している独立関税地域との間では、国家として承認しているか否かにかかわらず、WTO協定上の権利義務関係が存在する。台湾は、WTO協定第12条1にいう『国(State)』としてではなく、『台湾、澎湖諸島、金門及び馬祖から成る独立関税地域』(以下『独立関税地域台湾』という。)という名称で、『独立の関税地域』としてWTO協定に加入し、同協定上の『加盟国(Member)』となっている。したがって、我が国と独立関税地域台湾との間には、WTO『加盟国(Member)』間に生じるWTO協定上の権利義務関係が存在する。知的所有権の貿易関連の側面に関する協定(以下『TRIPS協定』という。)との関係については、同協定はWTO協定の一部であるので、我が国と独立関税地域台湾との間には、TRIPS協定第9条に基づく権利義務関係(同条に基づきWTO『加盟国(Member)』が負うベルヌ条約の一定の条項を遵守する義務を含む。)が存在し、これに基づく我が国国内法制上の取扱いにおいても、独立関税地域台湾はWTO『加盟国(Member)』のうちの『国(State)』と同様に扱われる。」

(3) ベルヌ条約の解釈論からのアプローチ(その1)
——ベルヌ条約1条の解釈——

従来の学説の中には、ベルヌ条約に未承認国である北朝鮮が事後に加入した場合に、日本と北朝鮮との間でベルヌ条約上の保護義務が発生するのかという問題は、「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」、と説く見解もある。ここでは、このような立場を「ベルヌ条約の解釈論からのアプローチ」という。

たとえば、横溝大教授は、前掲東京地判［北朝鮮映画放送一審］の評釈において、次のように述べている。いわく、「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を理由に、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。」[40]

もっとも、条約適用国の同盟形成に関するベルヌ条約1条は、「この条約が適用される国は、文学的及び美術的著作物に関する著作者の権利の保護のための同盟を形成する」[41]と規定しており、ここでいう「国(countries)」[42]

---

[40] 横溝・前掲注1)知的財産法政策学研究274頁。同・前掲注1)『著作権判例百選』229頁も参照。これと関連して、ベルヌ条約の場合、北朝鮮が「States」ではなく、「countries」として加入しているので、未承認国の北朝鮮との間にベルヌ条約上の権利義務を認めるべきではないかという見解を示すものとして、猪瀬・前掲注1)174～175頁を参照。

[41] 角田・前掲注38)526頁の翻訳を参照。

[42] 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、この点をめぐっては、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。また、沿革的にも、こ

がそもそも主権国家に限定されているのか、という問題が残されている。これに対し、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」と主張する見解と、「ベルヌ条約への加入という行為は、他の類型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」とする見解が対立していることを考慮すれば、ベルヌ条約に未承認国である北朝鮮が加入した場合の条約上の義務に関する具体的な結論を導くに際し、この点を検討する必要があったと指摘した[43]。

こうした議論は、未承認国の著作物とベルヌ条約上の保護義務の関係を、ベルヌ条約の規定の解釈問題として捉えており、方向性としては、一応正当なものであるということができよう。そして、このような解釈論の下では、具体的な結論を導く際に、「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」を判断しなければならない。すなわち、著作権が通常の私権に近似し国家政策との関わりが相対的に弱いと考えるのであれば、未承認国をベルヌ条約上の「国（countries）」とみなし、同国との間に条約上の義務を是認することになる反面、著作権と国家政策との結びつきを重視すれば、条約を通じて未承認国の国家政策の実現を日本が共助する必要はなく、条約上の義務を否定することになる[44]。そうすると、これはベルヌ条約の解釈問題ではなく、結局、著作権自体の本質論の問題に陥るのではないだろうか。なお、この問題は著作権保護の本質論という大上段の議論まで行く必要はなく、ベルヌ条約が、国家承認と

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。横溝・前掲注1）知的財産法政策学研究271頁を参照。

43 横溝・前掲注1）知的財産法政策学研究271・274頁。同・前掲注1）『著作権判例百選』229頁も参照。

44 横溝・前掲注1）知的財産法政策学研究274～275頁、同・前掲注1）『著作権判例百選』229頁を参照。

は無関係に普遍的な著作権の保護を要求しているのかというベルヌ条約の解釈問題が、一つの重要な決め手になるということは、「二３(2)著作権保護の本質論からのアプローチ」で既述したとおりである。

(4) ベルヌ条約の解釈論からのアプローチ（その２）
――ベルヌ条約３条１項の解釈――

従来の学説の中には、もう一つ、ベルヌ条約の解釈論の観点から、未承認国の著作物とベルヌ条約上の保護義務の関係は、「ベルヌ条約が、国家承認とは無関係に普遍的な著作権の保護を要求する条約であると理解すべきものなのかということが決め手となる」、と説く見解がある。それが、ベルヌ条約３条１項の解釈に着目したアプローチである。

たとえば、田村善之教授は、日本が加入しているベルヌ条約に未承認国である北朝鮮が事後に加入した場合の条約上の保護義務に関する問題は、「むしろ両国が加盟した条約の規定の趣旨に従って決めるべきもの」であるとし、「ベルヌ条約は、同盟国の国民(同盟国に常居所を有する者を含む)を著作者とする著作物（３条１項(a)・２項)[45]、非同盟国の国民〔ママ〕著作者とする著作物であって同盟国で最初に発行された著作物について発行者に権利を与えている（３条１項(b))[46]。ここで肝要なことは、国家とは無関係に著作者の著作物を保護する普遍主義は採用されていないということである。非同盟国の国民は普遍的に保護されているわけではなく、最初の発行地が同盟国であることが要求されているわけであるが、これは、同盟国において著作物が発行されれば、そこには同盟国になにがしかの経済的な利害が生じているはずであるので、これを保護しようとしたのである。

---

[45] 同盟国の国民を著作者とする著作物を保護する基準は、1886年のベルヌ条約の成立当時から現在にいたるまで引き継がれている規定であり、これに1967年のストックホルムの改正で、同盟国に居住する国民を著作者とする著作物の保護が含まれることになったのである。

[46] 同盟国において最初に発行された著作物を保護する基準は、当初は、同盟国において最初に発行された著作物について発行者に著作権を与えるという条項であったところ、1896年のパリ改正により現在の姿となったものである。

さらに、こうした条件を設定する際には、非同盟国の条約への加盟を推進するにはどの程度の保護にとどめておくべきかという考慮が働いており、ベルヌ条約の著作者に与える保護が普遍的な自然権としての著作権の保護を目的とするものではなく、政策的なものであることの一つの顕れである」ことを理由に、ベルヌ条約は前国家的な権利として普遍的な著作権の保護を要求する条約ではない、との見解を示した[47]。

このように、ベルヌ条約3条1項の解釈に着目した議論の下では、ベルヌ条約が、国家の枠組みを超えて、未承認国の国民の著作物を保護することを要求する条約であるとまで解することはできないために、北朝鮮がベルヌ条約に加入していることをもって、日本が未承認である北朝鮮の国民を著作者とする著作物を保護すべき義務を負う理由はない、という結論になる。この議論は、未承認国の著作物とベルヌ条約上の保護義務の関係を、ベルヌ条約の規定の解釈問題として捉えており、しかも、ベルヌ条約が著作権を前国家的な権利として考えていないという点に着目しているので、極めて有力な議論であるということができよう。

なお、以上の議論を踏まえ、本稿では、未承認国の著作物とベルヌ条約の保護義務に関する具体的な結論を導くためには、田村教授が指摘したようなベルヌ条約3条1項の解釈に加えて、もう一つのα要素(政府の立場)も考慮しなければならないという、いわば二元的な立場を採っている。すなわち、ベルヌ条約が普遍的な著作権の保護を要求する条約といえる場合は格別、そうではない場合でも、ベルヌ条約の解釈から直截に、「日本が未承認である北朝鮮の国民を著作者とする著作物を保護すべき義務を負わない」という結論につながるのではなく、次のステップとして、政府が未承認国である北朝鮮との関係で、ベルヌ条約上の権利義務関係をどのように考えているのか、という政府の立場を窺う必要があるという立場である。なぜならば、前述した前掲東京地判[北朝鮮特許]の裁判所が示したように、「日本憲法上、外交関係の処理及び条約を締結することが内閣の権限に属するものとされ(憲法73条2号、3号)、我が国及び未承認国を当事国とする多数国間条約上の権利義務関係を我が国と未承認国との間で生じさせるかということも、外交関係の処理に含まれるもの」といえるか

[47] 田村・前掲注7)今週のコラム。同・前掲注7)コピライト40〜41頁も参照。

らである。換言すれば、ある国を承認するか否かは、外交関係を処理する権限を有する内閣において決するものと解される一方、未承認国との間で多数国間条約において個別的に如何なる権利義務関係が生じたといえるかについても、原則として、内閣において選択し得る問題であるということができるものと考えられる。

そして、「ベルヌ条約の解釈」と「政府の立場」という要件はそれぞれ独立かつ並立するものではなく、「政府の立場」の要件は、多数国間条約であるベルヌ条約が、国家承認とは無関係に普遍的な著作権の保護を要求する条約ではないと判断された場合に限り、付随的な考慮要素(α)としてその機能を果たすことになると思われる。なぜならば、ベルヌ条約が、普遍的な著作権の保護をその加盟国に要求している場合には、国家承認及び政府の立場とは無関係に、北朝鮮と日本が共に加入しているベルヌ条約を通じて、北朝鮮の国民に日本の著作権の保護が与えられる理論の流れにならざるを得ないからである。このような本稿の立場を定式化すれば、未承認国の著作物とベルヌ条約上の保護義務の関係を、「ベルヌ条約の解釈+α(政府の立場)」という形で再解釈することができるのではないだろうか。

しかし、既に述べたとおり、外務省「調査嘱託に対する回答書」(平成18年8月31日)は、未承認国である北朝鮮に係る著作物に対して、日本がベルヌ条約上の保護義務を負うことはない旨を明らかにしている。そうすると、ベルヌ条約3条1項の解釈、及び政府の見解から考慮するならば、北朝鮮がベルヌ条約に加入していることをもって、日本が未承認である北朝鮮の国民を著作者とする著作物を保護すべき義務を負う理由はない、という結論に変わりはないと思われる。

このような結論に対して、文献では、「ベルヌ条約についてみれば、その規定(3条、4条、6条等)が相互主義に基づくことは確かである」し、そして、「ベルヌ条約の義務の性質に関する裁判所の判断は妥当」だとしても、「この結論は、冷戦期の思考を引きずるものであり、また、他人の著作物を無断で放映してはならないとの一般認識からも乖離しており、この時代にはふさわしくない」、との反対意見を示す見解もある[48]。しかし、

[48] 江藤・前掲注1)254頁。猪瀬・前掲注1)175頁も、「ベルヌ条約についても、締約国間の単なる便益の相互互換である多数の二国間関係の集積ではなく、締約国に

それは行政と司法の役割分担の問題として、外交関係の権限を有する日本の内閣が北朝鮮に対して国家承認を付与するか、あるいは、北朝鮮が同じく未承認国である台湾のようにWTOに加入するなど、外交関係の改善や他の条約の適用により解決されるべき問題であり、裁判所が、ベルヌ条約上の義務を履行する際に考慮すべき要素ではないと思われる。

(5) 小括

以上の学説の分析をまとめれば、次のようになる。未承認国の著作物と条約上の義務一般に関する従来の学説は、主に国家承認の法的性質論、著作権保護の本質論、及びベルヌ条約の解釈論という三つの側面から、一元的な議論がなされてきた。

本稿では、未承認国の著作物とベルヌ条約上の保護義務の関係を、基本的にはベルヌ条約3条1項の解釈問題として捉えているものの、ベルヌ条約の解釈に即して具体的な結論を導くためには、日本政府が、未承認国である北朝鮮との関係で、ベルヌ条約上の権利義務関係をどのように考えているのかという政府の立場も窺う必要があると考えている。また、本稿の「ベルヌ条約の解釈＋α（政府の立場）」という二元的なアプローチの下では、これら二つの要件はそれぞれ独立かつ並立するものではなく、「政府の立場」は、多数国間条約であるベルヌ条約が、国家承認とは無関係に普遍的な著作権の保護を要求する条約ではないと判断された場合に限り、付随的な考慮要素(α)としてその機能を果たすことになる。

そして、以上の考察からは、ベルヌ条約が、前国家的な権利として普遍的な著作権を肯認することを要求する条約ではないことは殆ど自明であ

共通する利益の実現を目的とした性質、具体的には、締約国が全体として1つの同盟を形成して、その同盟内での著作権制度の統一を目的とした性質をも有すること(前文および1条)などを考慮した場合、未承認国との間には条約上の権利義務関係は基本的に生じないとすると、条約の目的が阻害される可能性があり、適切ではない。さらに、北朝鮮において、日本の著作物が保護されないという帰結を生む可能性がある」と述べて、未承認国である北朝鮮と日本との間にベルヌ条約上の義務がないとの結論に反対している。

るし、日本政府も、未承認国である北朝鮮の著作物に対しベルヌ条約上の保護義務を負うことはないという立場を採っているから、北朝鮮がベルヌ条約に事後的に加入していることをもって、日本が北朝鮮の国民を著作者とする著作物を保護すべき義務を負う理由はない、というのが本稿の結論となる。

4　本判決の評価

(1) 本判決の位置づけ

本判決は、日本が未承認国である北朝鮮に対してベルヌ条約上の保護義務を負うのかという争点につき、「一般に、我が国について既に効力が生じている多数国間条約に未承認国が事後に加入した場合、当該条約に基づき締約国が負担する義務が普遍的価値を有する一般国際法上の義務であるときなどは格別、未承認国の加入により未承認国との間に当該条約上の権利義務関係が直ちに生ずると解することはできず、我が国は、当該未承認国との間における当該条約に基づく権利義務関係を発生させるか否かを選択することができるものと解するのが相当である」という一般論を展開した上で、「これをベルヌ条約についてみると、同条約は、同盟国の国民を著作者とする著作物を保護する一方（3条(1)(a)）、非同盟国の国民を著作者とする著作物については、同盟国において最初に発行されるか、非同盟国と同盟国において同時に発行された場合に保護するにとどまる(同(b))など、非同盟国の国民の著作物を一般的に保護するものではない。したがって、同条約は、同盟国という国家の枠組みを前提として著作権の保護を図るものであり、普遍的価値を有する一般国際法上の義務を締約国に負担させるものではない」(ベルヌ条約の解釈)とし、「我が国について既に効力を生じている同条約に未承認国である北朝鮮が加入した際、同条約が北朝鮮について効力を生じた旨の告示は行われておらず、外務省や文部科学省は、我が国は、北朝鮮の国民の著作物について、同条約の同盟国の国民の著作物として保護する義務を同条約により負うものではないとの見解を示しているというのであるから、我が国は、未承認国である北朝鮮の加入にかかわらず、同国との間における同条約に基づく権利義務関係

は発生しないという立場を採っている」（政府の立場）ことを理由に、最高裁として、日本が北朝鮮を本国とする著作物に対してベルヌ条約上の義務を負わないことを初めて明らかにした。

上記の判旨をみる限り、最高裁は、従来の裁判例の一元的な解釈にこだわることなく、本稿の提唱するいわば「ベルヌ条約の解釈＋α（政府の立場）」という二元的な要件論を掲げているように思われる。すなわち、従来の裁判例では、日本が北朝鮮に対してベルヌ条約上の保護義務を負わない積極的な根拠を、ベルヌ条約3条1項の趣旨に求めているもの（前掲東京地判［北朝鮮映画放送一審］）や、憲法上の内閣の権限に求めているもの（前掲知財高判［北朝鮮映画放送控訴審］、前掲東京地判［北朝鮮特許］）が微妙に分かれていたところ、最高裁は、これら二つの意見を融合させる立場を採ったのである。このような判断枠組みは、従来の裁判例及び学説にはみられないものである。

そして、ベルヌ条約3条1項の解釈及び政府の立場の相互関係に着目するのではなく、未承認国の著作物とベルヌ条約上の保護義務の関係を、基本的にはベルヌ条約3条1項の解釈問題に帰結しているものの、ベルヌ条約の解釈に即して具体的な結論を導くためには、日本政府が、未承認国である北朝鮮との関係で、ベルヌ条約上の権利義務関係をどのように考えているのかという政府の立場も窺う必要があることを明確に述べた点が特徴的である。

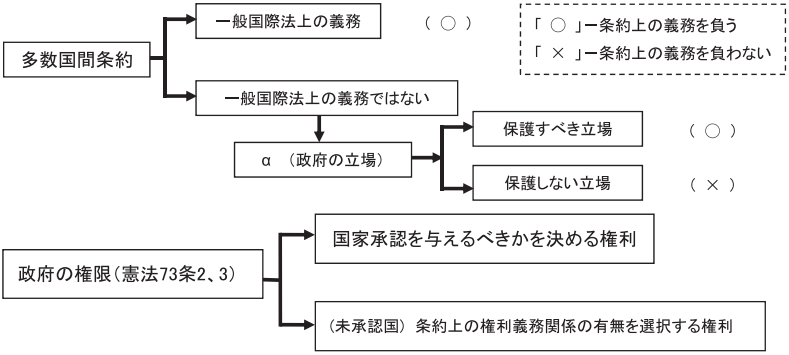
以上の「ベルヌ条約の解釈＋α（政府の立場）」という要件論は、最高裁として初めて判断を示したものであり、今後の実務上重要な意義を有すると思われる。

(2) 本判決の射程

本判決の射程を考えるにあたっては、日本と未承認国との間で問題となった条約が異なる場合には、各条約の解釈として異なる結論が採用されることもあるという点に留意する必要がある。たとえば、普遍的な人権に関わる条約や、安全保障に関わる条約など、当該人権の擁護や安全保障の維持を定める条約の解釈が問題となったのであれば、未承認の加盟国との関係でも条約上の義務が発生するという結論にならざるを得ないだろう。ま

た、日本が加入した条約が、明示的に未承認国との間でも拘束力があるべきことを要求している場合も、日本がそれに従うのは当然のことである。たとえば、TRIPS協定のように、主権国家以外の団体も「独立の関税地域」として加入することが許される条約であるならば、未承認国といえども条約上の拘束力が発生し得ると理解して大過ないように思われる。

そうすると、本判決が未承認国である北朝鮮の国民の著作物に対して、ベルヌ条約上の保護義務を否定した背景には、ベルヌ条約特有の事情が関係しているとも考えられ、その射程は必ずしも広いものではないだろう。

多数国間条約に未承認国が事後に加入した場合の権利義務関係

(以下のフローチャートは、筆者が最高裁の立場を図式化したものである。)