

著作権法における権利制限規定の解釈と
3 step test (3)
— 厳格解釈から柔軟な解釈へ —

小 嶋 崇 弘

— 目次 —

- I. 問題の所在
 - 1. 権利制限規定に関する議論の高まりと伝統的な見解の再検討
 - 2. 3 step test の概要
 - 3. 3 step test を巡る我が国の裁判例および学説の動向
- II. 3 step test の国内適用可能性
 - 1. 自動執行性の有無
 - 2. 間接適用の妥当性
- III. 3 step test の国内法導入によって生じる問題点
 - EU 情報社会指令発効後の欧州における議論状況 — (以上、第26号)
- IV. 3 step test の起草過程とその後の発展
 - ベルヌ条約の創設から TRIPs 協定、そして TRIPs プラスへ —
 - 1. ベルヌ条約の創設からパリ改正条約までの状況
 - 2. TRIPs 協定の成立 (以上、第27号)
 - 3. 自由貿易協定(FTA)と TRIPs プラス (以下、本号)
 - 4. WIPO 著作権条約および WIPO 実演・レコード条約
 - 5. WTOドーハ閣僚宣言
 - 6. 小括
- V. 3 step test に関する WTO パネル報告の概要
- VI. 3 step test の各要件の解釈と学説の動向
- VII. 権利制限規定の解釈の望ましいあり方
- VIII. 結びに代えて

IV. 3 step test の起草過程とその後の発展 (続き)

—ベルヌ条約の創設から TRIPs 協定、そして TRIPs プラスへ—

3. 自由貿易協定 (FTA) と TRIPs プラス²⁴⁸

(1) FTA における知的財産の保護に関する規律の概要

ベルヌ条約 9 条 2 項に端を発した 3 step test が、TRIPs 協定をはじめとする様々な多国間国際条約に規定されるに至っていることは既に述べた通りであるが、近年は、それにとどまらず、同テストは自由貿易協定 (FTA)²⁴⁹

²⁴⁸ FTA と知的財産権の問題に関しては、Peter Drahos, *Expanding Intellectual Property's Empire: The Role of FTAs*, GRAIN (2003), available at http://www.grain.org/rights_files/drahos-fta-2003-en.pdf [hereinafter Drahos, *FTAs*]; Peter Drahos, *BITs and BITs: Bilateralism in Intellectual Property*, 4 J. WORLD INTELL. PROP. 791 (2001) [hereinafter Drahos, *BITs*]; Ruth L. Okediji, *Back to Bilateralism? Pendulum Swings in International Intellectual Property Protection*, 1 U. OTTAWA L. & TECH. J. 125 (2003-2004) 等を参照。邦語文献として、小寺彰「自由貿易協定と知的財産権」中山信弘先生還暦記念『知的財産法の理論と現代的課題』(弘文堂・2005年) 526頁以下、鈴木将文「地域経済統合と知的財産制度—『TRIPs プラス』条項の検討を中心に」前掲・中山還暦 539頁以下、同「地域貿易協定 (RTAs) における知的財産条項の評価と展望」RIETI Discussion Paper Series 08-J-005 (2008年) <<http://www.rieti.go.jp/jp/publications/dp/08j005.pdf>>、山根裕子『知的財産権のグローバル化—医薬品アクセスと TRIPs 協定』(岩波書店・2008年) 237頁以下、山口直樹『知的財産権と国際貿易』(成文堂・2010年) 95頁以下がある。また、アメリカが締約国である FTA の知的財産条項に関して詳細な分析を行ったものとして、大町真義『米国の FTA 知的財産戦略と我が国への示唆—米国が推進する知財ルールづくりの新機軸がもたらすもの— [改訂版]』(日本機械輸出組合・2007年) がある。その他、個別の自由貿易協定 (未成立・未発効のものを含む) を論ずるものとして、今村哲也「日韓自由貿易協定と知的財産法」企業と法創造 3号 278頁 (2004年)、張睿暎「韓国・米国の自由貿易協定における知的財産権条項」AIPPI 52巻 9号 585頁 (2007年)、同「韓国・EU 間 FTA 交渉における知的財産権」企業と法創造 17号 181頁 (2009年) がある。

²⁴⁹ WTO は、加盟国相互の最恵国待遇付与を基礎とした多角的貿易体制を構築するものであるが、これを補完するために、最恵国待遇原則の例外として、特定の加盟

にも導入されるようになっている。ベルヌ条約や TRIPs 協定等の国際条約は、知的財産保護の最低水準を定めるものであり、加盟国が二国間協定または地域協定の締結を通じて、多国間条約の定める最低保護水準を超える保護を与えることは、内国民待遇原則や最恵国待遇原則等のその他の条約上の義務に違反しない限り自由とされている。以下で検討するように、知的財産権に関する条項を含む二国間条約の数は近年増加の一途をたどっており、これらの条約を通じて知的財産権の保護水準が一方向的に高められていることが問題となっている²⁵⁰。そして、このようにして高められた知的財産権の保護水準とのバランスを図るという観点から、3 step test が果たすべき役割も一層大きなものとなっている。そこで、本章では、近時の FTA、とりわけアメリカの主導により成立した FTA に焦点を当てることにより、FTA が著作権の国際的な保護、および 3 step test 等の権利制限にどのような影響を及ぼしているのかという点を検討する。なお、本章がアメリカ主導の FTA に焦点を当てる理由は、それらが知的財産権の保護に関する詳細な規定を有しており、また、既存の多国間条約の定める最低保護水

間での経済統合が認められている (GATT 24条)。GATT 24条の下で認められる地域経済統合の形態として、関税同盟 (Customs Union) および自由貿易協定 (Free Trade Agreement: FTA)、そしてそれらを設立するための中間協定がある。また、これらの総称として地域貿易協定 (Regional Trade Agreement: RTA) という用語が用いられることがある (以上の点については、中川淳司ほか『国際経済法』(有斐閣・2003年) 215-22頁 [間宮勇執筆]、経済産業省通商政策局編『2010年版 不公正貿易報告書—WTO 協定及び経済連携協定・投資協定から見た主要国の貿易政策』(2010年) 396頁 <<http://www.meti.go.jp/report/data/g100402a01j.html>> を参照)。日本政府は、FTA の要素をも含む包括的な協定として経済連携協定 (Economic Partnership Agreement: EPA) を用いている (不公正貿易報告書・前掲 448・461-469頁を参照)。なお、二国間投資協定 (Bilateral Investment Treaty: BIT) 等の地域経済統合以外の協定においても、知的財産関連条項が設けられることがあるが、FTA と比較するとより抽象的な規定が定められている (Drahos, *BITs*, *supra* note 248, at 794)。本稿では、知的財産に関して用いられることの多い FTA という用語を用いるが、本稿の議論はそれ以外の協定にも妥当する。

²⁵⁰ Peter Drahos, *Securing the Future of Intellectual Property: Intellectual Property Owners and their Nodally Coordinated Enforcement Pyramid*, 36 CASE W. RES. J. INT'L L. 53, 55-61 (2004).

準を大幅に上回る義務を規定しているからである（以下では、特に断りのない限り、FTAとはアメリカ主導のFTAを指すことにする）。叙述の方法としては、まず、(1) FTAの知的財産（主に著作権）関連条項の概要を紹介し、その後、(2) アメリカとオーストラリアの間で締結されたFTAがオーストラリア著作権法に与えた影響を分析し、最後に、(3) FTAにおけるTRIPsプラスの問題点を明らかにする。

まずは、近時のFTAにおいて、知的財産の保護に関する規律が盛んになっている背景について検討することから始めたい²⁵¹。1990年代以降、ブラジルや中国、インドなどの新興経済大国の産業が発展し、先進国の技術的優位性が次第に少なくなっていくことを受けて、先進国の多くは、国内および国外における知的財産の保護を強化することが、国内産業の競争上の優位性を保つための唯一の手段であると考えられるようになった。そのため、先進国では、知的財産の保護およびエンフォースメントを強化することが、国際貿易政策における優先事項の1つとされるようになった²⁵²。

ところが、当時の先進国にとって、多国間条約という交渉のフォーラムは、知的財産権の保護を強化するために有効なフォーラムではなくなっていた。というのも、WTOおよびWIPOにおける多国間交渉を通じて知的財産権の保護水準を高めることが、開発途上国の激しい反対に直面するなどして困難なものとなっていたからである²⁵³。そこで、先進国は、交渉に困難を伴う多国間交渉から、成功する見込みが高い二国間交渉へと交渉の場

を移行するという戦略を採用するようになった²⁵⁴。100を超える国と交渉を行わなければならない多国間条約の枠組みとは異なり、二国間協定の交渉において、先進国は、単一の相手国に対してより大きな交渉力を発揮することが可能となる²⁵⁵。加えて、先進国は、各国の海賊行為の程度や国内産業に対して与える損失の大きさ、さらには、知的財産以外の観点をも考慮に入れつつ、自国の優先順位に従い交渉相手国を戦略的に選択することが可能となる²⁵⁶。このように、先進国にとって、多国間交渉の枠組みではなくFTAという二国間交渉を選択することには大きなメリットが認められたのである。

以上のような背景の下で、近年、アメリカやEUをはじめとする先進国の主導による、二国間あるいは地域レベルで知的財産権の保護水準を高めることを目的とした自由貿易協定の数が増加している²⁵⁷。先進国が主導するFTAには、知的財産権に関する極めて詳細な条項が設けられており、FTA全体に占める知的財産を取り扱う章の割合は大きなものとなっている。このような傾向は、とりわけアメリカが主導する近時のFTAに顕著

²⁵⁴ Drahos, *supra* note 250, at 55; Peter Drahos (立花市子訳)「知的財産関連産業と知的財産の国際化：独占促進と開発阻害？」知的財産法政策学研究3号35頁(2004年)は、知的財産保護に関する国際的な規制が、1980年代に始まった二国間協定の波と、それに続いて時折生じる多国間保護基準設定の波から成り立っていることを指摘する(同44-46頁)。

²⁵⁵ LEWINSKI, *supra* note 19, at 352. TRIPs協定の交渉が行われていた頃には、開発途上国がTRIPs協定に合意をすれば、アメリカはそれまで積極的に行ってきた知的財産に関する二国間交渉を継続する必要性が失われるであろうという見方が存在していたが、現実はそのようにならなかった(Drahos, *FTAs*, *supra* note 248, at 6)。

²⁵⁶ *Id.* See also, Yu, *supra* note 134, at 395 (アメリカにとって、多国間交渉から二国間交渉へと交渉の場を移すことには、少なくとも2つのメリットが存在する。第1に、交渉相手の数を限定することにより、交渉相手国との間の個別の利害関係に応じて、サイド・ペイメント(side payment)を提供することができる。第2に、開発途上国がより良い交渉上の地位を求めてTRIPs協定の交渉を再開する動きを抑えることができる)。

²⁵⁷ WTO Regional Trade Agreements Section, *Regional Trade Agreements: facts and figures*, http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/regfac_e.htm.

²⁵¹ 著作権の保護に関する二国間協定は、ベルヌ条約が創設される以前の1820年代後半から欧州において存在しており、これらが多数締結されたことが、ベルヌ条約の創設へとつながったとされている(この点については、拙稿「著作権法における権利制限規定の解釈と 3 step test (2) — 厳格解釈から柔軟な解釈へ —」知的財産法政策学研究27号132-134頁(2010年)を参照)。もっとも、かつての二国間協定は多国間条約が存在しない状況下において締結されたものであり、その位置付けは今日のFTAと異っている(Susy Frankel, *The Legitimacy and Purpose of Intellectual Property Chapters in FTAs*, in CHALLENGES TO MULTILATERAL TRADE: THE IMPACT OF BILATERAL PREFERENTIAL AND REGIONAL AGREEMENTS 185, 189 (Ross Buckley et al. eds., 2008))。

²⁵² LEWINSKI, *supra* note 19, at 352.

²⁵³ Anupam Chander, *Exporting DMCA Lockouts*, 54 CLEV. ST. L. REV. 205, 211-212 (2006).

であり²⁵⁸、それらは著作権の保護およびエンフォースメントの基準を徐々に高めることについて、大きな役割を果たしている²⁵⁹。

アメリカがFTAを積極的に用いる契機となったのが、ブッシュ政権の下で2002年に成立した貿易促進権限法（TPA法：Bipartisan Trade Promotion Authority Act）²⁶⁰である。TPA法は、2002年通商法の一部として組み込まれているものであるが、同法に基づいて大統領に認められる「貿易促進権限」は、定められた期間内に、議会への事前通告や交渉内容の限定など一定の条件に従う限りにおいて、議会は政府が外国政府との間で結んだ通商合意の内容の修正を求めずに、迅速な審議によって当該合意を一括して承認するか不承認とするかのみを決するというものである。これにより、アメリカ政府は、迅速な手続に基づいてFTAを締結することができた。また、TPA法では、知的財産権に関する通商交渉の目的として、「アメリカが締結するあらゆる多数国間又は二国間の貿易協定で知的財産権を規律する協定における規定が、アメリカ法においてみられる保護水準と同様の保護水準を反映するよう担保すること」（同条(A)(i)(II)）や「権利者が、

²⁵⁸ Andrew Christie et al., *Exporting the DMCA through Free Trade Agreements*, in *INTELLECTUAL PROPERTY AND FREE TRADE AGREEMENTS* 211, 212-14 (Christopher Heath & Anselm Kamperman Sanders eds., 2007).

²⁵⁹ See, Drahos, *BITs*, *supra* note 248, at 791-792; Sun, *supra* note 170, at 280. 不公正貿易報告書・前掲注(249)452頁も参照。なお、EUやその他の国が締結したFTAの概要については、LEWINSKI, *supra* note 19, at 367-384を参照。先進国主導のFTAと比較した場合、開発途上国間で締結されるFTAでは、知的財産の保護水準を高めようとするものではないという特徴がある (*Id.*)。

²⁶⁰ Trade Act of 2002, P.L. 107-210, 116 Stat. 993 (codified at 19 U.S.C. § 3802(b)(4)(A)(i)(II)(2004)). アメリカの国内法におけるFTAの位置付けについては、Frederick M. Abbott, *Intellectual Property Provisions of Bilateral and Regional Trade Agreements in Light of U.S. Federal Law*, UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development Issue Paper No. 12 (2006), available at http://www.unctad.org/en/docs/iteipc20064_en.pdfを参照。邦語文献では、滝井光夫「大統領の通商交渉権限と連邦議会」国際貿易と投資69号28頁(2007年)〈<http://www.iti.or.jp/kikan69/69takii.pdf>〉、鈴木・前掲注(248)RIETI Discussion Paper 10頁、大町・前掲注(248)5頁、外務省「大統領貿易促進権限(Trade Promotion Authority Act)について」(2007年)〈http://www.mofa.go.jp/mofaj/area/usa/keizai/eco_tusho/tpa.html〉を参照。

…著作物の使用を制御し著作物の無許諾での使用を禁止する法的及び技術的手段を有するように担保すること」（同条(A)(iv)）等が明示的に規定されている。後述するように、アメリカが締結したFTAの知的財産条項は、TPA法に掲げられた交渉目的を色濃く反映したものとなっている²⁶¹。

TPA法に基づいて、アメリカは、TRIPs協定およびWIPO著作権条約で設定された以上の保護水準を作り出すために、主に開発途上国との間でFTAの交渉を積極的に推し進めてきた。その結果、2000年以降、アメリカとその貿易相手国との間で締結されたFTAの数は急増し、現在では広範囲に及ぶ強力な知的財産の保護のネットワークが形作られている²⁶²。

アメリカの主導によって締結されたFTAは、WCTおよびWPPTが締結された1996年を境に、第1世代と第2世代に分類することができる²⁶³。第1世代のFTAは、ほぼ同時期に成立したTRIPs協定に基づくものであり、部分的にTRIPs協定を超える保護水準を規定している。第1世代のFTAとしては、NAFTA(1992年)やアメリカ・ヨルダンFTA(1992年)がある。これに対して、1996年以降に締結された第2世代のFTAでは、TRIPs協定を超える保護水準を設定するだけでなく、1996年に成立したWCT・WPPTと同等あるいはそれを上回る保護水準を定めている。第2世代のFTAでは、第1世代のFTAに比べて、知的財産の保護に関する規定の数が増加しており、また、各規定の要件もより詳細なものとなっている²⁶⁴。第2世代のFTA

²⁶¹ Chander, *supra* note 253, at 220. 大町・前掲注(248)6頁。

²⁶² Keith E. Maskus & Jerome H. Reichman, *The Globalization of Private Goods and the Privatization of Global Public Goods*, 7 J. INT'L ECON. L. 279, 294-295 (2004). なお、現在までにアメリカとの間でFTAを締結した国は次の通りである。イスラエル(1985年)、北米自由協定(NAFTA)(1992年)、ヨルダン(2000年)、シンガポール(2003年)、チリ(2003年)、オーストラリア(2004年)、モロッコ(2004年)、中米5カ国およびドミニカ共和国(以下、米中米FTAと略す)(2004年)、バーレーン(2004年)、オマーン(2006年)、ペルー(2006年)、コロンビア(2006年：未発効)、パナマ(2007年：未発効)、韓国(2007年：未発効)、米州自由貿易地域(FTAA)(未成立)。詳しくは、Office of the United States Trade Representative, *Free Trade Agreements*, <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>を参照。

²⁶³ LEWINSKI, *supra* note 19, at 353.

²⁶⁴ *Id.*

の中でも、2003年のアメリカ・シンガポールFTAを境に、著作権関連条項の分量は、大幅に増加している。これは、アメリカがWCTおよびWPPTに加入する際の国内実施立法として、1998年に立法されたデジタル・ミレニアム著作権法 (DMCA) の存在が影響しているとされている²⁶⁵。DMCAは、WCTおよびWPPTを上回る保護を認めるものであり、その規定の仕方も極めて詳細なものとなっている。実際に、アメリカ・シンガポールFTA以降のFTAにおける著作権関連条項は、技術的手段の回避禁止をはじめとしてDMCAの規定を色濃く反映するものとなっており、また、一般的な国際条約にみられるような抽象的な規定ではなく、国内法に匹敵する程の詳細な規定が設けられるようになってきている。

ここまでの全体的な分析を踏まえた上で、以下では、アメリカが締結したFTAの著作権関連条項を具体的に検討する。FTAの著作権関連条項には、国際条約との関係など一般的な事項を定める部分、実体義務を定める部分、エンフォースメントに関して規定する部分に大別することができる。一般規定としては、自国が加盟していない知的財産権に関する既存の国際条約に定められた保護水準に従うこと、または当該多国間条約を批准すること、あるいはその両方を義務付ける規定が存在する。アメリカとFTAを締結した国の中には、WIPO著作権条約 (WCT) や、WIPO実演・レコード条約 (WPPT) に加入していなかった国が含まれているが、FTAの締結を契機として、これら締約国は既存の国際条約に加入することが義務付けられることになった²⁶⁶。また、権利者の立場からは、WCTおよびWPPTに関しては、TRIPs協定のような実効的なエンフォースメント制度が設けられていないという問題が存在していた。そのため、先進国にとって、実効

的なエンフォースメント制度を有するFTAにWCTやWPPTなどの多国間条約と同様の義務を規定することは、当該義務の履行を確実なものとすることができるというメリットが存在している²⁶⁷。

さらに、近時のFTAの実体規定では、TRIPs協定などの既存の多国間条約が定める最低保護水準をベースラインとして、それを超える保護水準が設定されている²⁶⁸。アメリカが主導するFTAの著作権関連条項においては、TRIPs協定およびWCT・WPPTへの加入を要求することに加えて、既存の条約の保護水準を超える義務 (TRIPsプラスおよびWCT・WPPTプラス) を規定している。Peter K. Yuは、一般にTRIPsプラスと呼ばれる義務の中には3つの異なる種類のものが含まれていると指摘している²⁶⁹。これによれば、TRIPs協定の実体規定は、TRIPs協定で規定されている義務を強化する「TRIPsプラス」、TRIPs協定が対象としていない義務を新たに追加する「TRIPsエクストラ」、TRIPs協定の規定の解釈に限定を加える「TRIPsリストラクティブ」に分類される。後述するように、これらの分類は、TRIPs協定における最恵国待遇原則 (同4条) との関連で、FTAで定める義務の及ぶ範囲を論じる際に大きな意味を有することになる。

では、著作権および関連する権利に関するTRIPsプラスの規定にはどのようなものがあるのだろうか。第1に、TRIPsプラスの最も分かりやすい例として、著作権および関連する権利の保護期間に関する規定があげられる。アメリカが主導するFTAでは、TRIPs協定の定める著作権の保護期間の延長を義務付ける規定が設けられている。具体的には、自然人の生存期間に基づいて保護期間の算定がなされる場合には、著作権、実演家およびレコード製作者の権利について、著作者の生存期間および著作者の死後70年以上の保護期間が義務付けられている²⁷⁰。また、自然人の生存期間以外

²⁶⁵ Digital Millennium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, Title I, 112 Stat. 2860 (codified at 17 U.S.C. § 1201 (a)-(b) (1999)). Christie et al., *supra* note 258, at 212-213.

²⁶⁶ アメリカとのFTAを締結した時点においてWCTに加盟していなかった国として、オーストラリアやモロッコ等がある。See, World Intellectual Property Organization, Treaties and Contracting Parties: Notifications of WIPO Copyright Treaty, http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&search_what=N&treaty_id=16 (シンガポール、バーレーン、ドミニカ共和国は、2005年にWCTに加入しているが、これはFTAを契機とした加入である)。

²⁶⁷ Chander, *supra* note 253, at 213.

²⁶⁸ Drahos, *supra* note 207, at 174.

²⁶⁹ Peter K. Yu (青柳由香訳)「国際的な囲い込みの動きについて(3)」知的財産法政策学研究18号3-6頁(2007年)、鈴木・前掲注(248)中山遷曆543-544頁。

²⁷⁰ アメリカ・シンガポールFTA 16.4.4条、アメリカ・オーストラリアFTA 17.4.4条、米中米FTA 15.5.4条。ただし、例外的に、アメリカ・チリFTAでは、著作権と関連する権利について取扱いを異にしており(著作権につき17.5.4条、関連する

に基づいて保護期間の算定がなされる場合には、著作物、実演、レコードが最初に発行された暦年の末日から70年、創作から50年以内に発行がなされないときには、創作された暦年の末日から70年の保護期間が義務付けられている。TRIPs協定で義務付けられている保護期間が50年であることと比べると²⁷¹、これらの規定がTRIPsプラスの義務を定めていることは明らかである。もっとも、FTAにおける保護期間の規定も、アメリカ著作権法が定める保護期間と比較すると短いものとなっている。アメリカ著作権法では、原則として著作者の死後70年の保護期間が定められており²⁷²、この点はFTAの規定と同様であるが、他方で、無名著作物、変名著作物、または職務著作の場合に関しては、最初の発行から95年または創作から120年のうち先に満了する方とされており²⁷³、FTAにおけるTRIPsプラスの義務を上回っている。

第2に、一時的複製の問題について、多くのFTAでは、著作者、実演家、レコード製作者が、一時的蓄積等の一時的複製を含むあらゆる複製を許諾または禁止する権利を有する旨が規定されている²⁷⁴。一時的複製に関しては、各国の間で取扱いが異なっており²⁷⁵、1996年のWIPO著作権条約の

権利につき17.6.7条)、後者に関しては、発行された暦年に基づかない場合には、「創作された暦年」ではなく「固定された暦年」が起算点とされている。この点について詳しくは、大町・前掲注(248)11頁を参照。

²⁷¹ TRIPs協定12条(著作物について)および14条5項(実演家、レコード製作者の権利について)。

²⁷² 17 U.S.C. § 302(a)(b)。

²⁷³ 17 U.S.C. § 302(c)。参照、マーシャル・A・リーファー(牧野和夫監訳)『アメリカ著作権法』(レクシスネクシス・ジャパン・2008年)329頁、大町・前掲注(248)12頁。See, LEWINSKI, *supra* note 19, at 364 (関連する権利を著作権と同様に扱うべきであるとするアメリカ産業界の要望を紹介)。

²⁷⁴ 例えば、アメリカ・シンガポールFTA 16.4.1条を参照。アメリカ・チリFTA 17.5.1条(著作権)および17.6.1条(関連する権利)、アメリカ・オーストラリアFTA 17.4.1、米中米FTA 15.5.1条。

²⁷⁵ アメリカ著作権法においては、一時的複製は「固定」要件を充足し、著作権法上の「複製行為」に該当するとした裁判例がある(MAI Systems Corp. v. Peak Computer Inc., 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993))。同判決に対しては多くの批判が加えられており、例えば、Jessica Litmanは、MAI判決の固定要件の解釈を貫徹すると、結

交渉過程において議論がなされたものの合意に至らず、最終的には条約の規定に盛り込まれなかったという経緯がある²⁷⁶。したがって、一時的複製の禁止を定めるこれらの条項は、TRIPsプラスおよびWCT・WPPTプラスの義務を定めるものであると考えられる²⁷⁷。ただし、例外的に、アメリカ・チリFTAは、3 step testに整合的であることを条件に、コンピュータ・ソフトウェアを除く著作物について一時的複製の一般的な例外を設けることを認めているという点で、他のFTAと異なっている²⁷⁸。

第3に、技術的手段(Effective Technological Measures²⁷⁹)の回避の禁止について、近時のFTAには極めて詳細な規定が設けられている²⁸⁰。以下で

果的には我々のインターネットを閲覧する自由が抑制されてしまうという問題点を指摘している(Jessica Litman, *The Exclusive Right to Read*, 13 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 29 (1994))。これらの批判を受けて、1998年のデジタルミレニアム著作権法は、著作権法117条を修正し、コンピュータ・システムの保守や修理の過程で、一時的にコンピュータ・プログラムを複製する行為に対する抗弁を創設した(17 U.S.C § 117)。同規定は、機械のメンテナンスや修理のみを目的とする場合で、コンピュータの作動によってコンピュータ・プログラムの複製物が作られることになる場合は、保守・修理の終了後に当該複製物を廃棄することなどを条件として、プログラムの著作権者からの許諾がなくても著作権侵害にはならない旨を規定している。もっとも、同条に基づく抗弁が認められるのは修理や保守の場面に限定されており、その対象は決して広いものではない。これとは対照的に、EU情報社会指令5条1項では、より一般的な形で一時的複製に関する例外および制限が規定されており、同条や規定する制限を設けることは加盟国の義務とされている(EU情報社会指令5条)。²⁷⁶ WCT1条4項および同項に付された合意声明。この点に関しては「IV. 4」を参照。

²⁷⁷ 大町・前掲注(248)13-14頁。

²⁷⁸ アメリカ・チリFTA 17.7.3条脚注(当該脚注は、3 step testを規定する同17.7.3条に付されている)。同脚注の文言は、EU情報社会指令における一時的複製の例外規定(5条1項)に類似している。大町・前掲注(248)14-15頁は、一時的複製の例外を認めるこの規定に対して、アメリカの産業界から懸念が示されたことを指摘する。²⁷⁹ 我が国の著作権法2条1項20号で定義される「技術的保護手段」には、アクセス・コントロールは含まれていない。参照、田村・前掲注(16)142頁。

²⁸⁰ アメリカ・ヨルダンFTA 4.13条、アメリカ・シンガポールFTA 16.4.7-8条、アメリカ・チリFTA 17.7.5-6条、アメリカ・オーストラリアFTA 17.4.7-8条。各FTAにおける技術的手段の回避禁止に関する規定の相違点を検討するものとして、

検討するように、これらの規定の大部分は、アメリカのデジタルミレニアム著作権法 (DMCA) の影響を色濃く受けている。DMCAは、アメリカがWCTおよびWPPTに加入するために制定されたものであるが、DMCAの第1編(1201条(a)(b))に規定されている技術的手段の回避の禁止に関する保護水準は、WCTおよびWPPTのそれを上回るものであると評価されている (DMCAプラス)²⁸¹。FTAにおけるDMCA型の規定は、2000年のアメリカ・ヨルダンFTAの頃には存在していなかったが、2003年のアメリカ・チリFTAの交渉において現れるようになった。もっとも、アメリカ・チリFTAの技術的手段の回避禁止に関する規定は、DMCAと完全に一致しているわけではなく、そこでは、適用範囲も限定的であり、救済方法等に関してチリに一定の裁量が認められていた (同17.7.5-6条)。ところが、シンガポールやオーストラリアとの間で締結された直近のFTAでは、従来のFTAで認められていた裁量の範囲が大幅に狭められ、極めて厳格な責任が規定されるようになってきている²⁸²。

そもそも、技術的手段の回避の禁止に関しては、TRIPs協定では何も義務付けられておらず、また、WCTおよびWPPTでは一定の義務付けはなされているものの、一般的な要件が定められているのみであった²⁸³。そのため、WCTおよびWPPTの下では、加盟国は、どのような立法を行うのかということについて一定の裁量を有していると考えられている²⁸⁴。例え

ば、WCT 11条では、技術的手段の回避を防ぐための「適当な法的保護」を行うことを加盟国に求めているが、その具体的内容に関しては加盟国の裁量に委ねられているとされている。したがって、著作権等の支分権に関して法的保護を行うことで条約上の要請が満たされるものと解されている²⁸⁵。

このような多国間条約における抽象的な規定とは対照的に、近時のFTAでは、技術的手段の回避の禁止および許容される制限の範囲について、詳細かつ明確な規定がなされている²⁸⁶。例えば、FTAでは、WCT 11条やWPPT 18条に倣い、「効果的な技術的手段 (Effective Technological Measures)」という用語が用いられているが、この「技術的手段」は、コピー・コントロールおよびアクセス・コントロールの両者を包摂する概念であることが明確にされている²⁸⁷。したがって、FTAの締約国は、コピー・コントロールの回避行為だけでなく、アクセス・コントロールの回避行為をも防止することが義務付けられている。

次に、技術的手段の回避禁止の違反があった場合における救済方法について、FTAでは、民事上の救済だけでなく、刑事上の救済を設けることまでを要求している²⁸⁸。さらに、アクセス・コントロールの技術的手段の回避に関する主観的要件として、アメリカ・チリFTAでは、「情を知り (knowingly)」という要件が存在しており、これを満たさない場合には免責

Chander, *supra* note 253, at 213-216; 大町・前掲注(248)16-29頁。

²⁸¹ Pamela Samuelson, *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to be Revised*, 14 BERKELEY TECH. L.J. 519 (1999)は、DMCAが条約上の要請をはるかに超えていることを指摘する。リーファー・前掲注(273)526頁も参照。

²⁸² Christie et al., *supra* note 258, at 215.

²⁸³ WCT 11条:「締約国は、著作者によって許諾されておらず、かつ、法令で許容されていない行為がその著作物について実行されることを抑制するための効果的な技術的手段であって、この条約又はベルヌ条約に基づく権利の行使に関連して当該著作者が用いるものに関し、そのような技術的手段の回避を防ぐための適当な法的保護及び効果的な法的救済について定める。」。WPPT 18条にも同様の規定が設けられている。

²⁸⁴ WIPO, *WIPO Primer on Intellectual Property and E-Commerce*, 120-125 (2000). *See*

also, Ian R. Kerr et al., *Technical Protection Measures: Tilting at Copyright's Windmill*, 34 OTTAWA L. REV. 7 (2002). 他方で、WCT 11条の対象にアクセス・コントロールを含めるべきであると主張するものとして、フィチョール・前掲注(23)250頁。

²⁸⁵ 我が国の当時の立法担当者の見解として、文化庁著作権法研究会＝通商産業省知的財産政策室編『著作権法・不正競争防止法改正解説—デジタルコンテンツの法的保護』(有斐閣・1999年)33頁。その他、作花文雄『詳解著作権法〔第4版〕』(ぎょうせい・2010年)766頁も参照。

²⁸⁶ アメリカ・シンガポールFTA 16.4.7条、アメリカ・チリFTA 17.7.5条、アメリカ・オーストラリアFTA 17.4.7条、米中米FTA 15.5.7条。大町・前掲注(248)16-31頁。

²⁸⁷ アメリカ・シンガポールFTA 16.4.7条(b)。

²⁸⁸ アメリカ・シンガポールFTA 16.4.7条(a)。その他、救済方法に関しては、法定損害賠償についても規定されている。

されることになっていた(17.7.5条(a))。また、刑事責任については、「適当な状況において(in appropriate circumstances)」という文言が挿入されており、国内実施に一定の裁量が残されていた(17.7.5条(a))。ところが、その後のアメリカ・シンガポールFTA(16.4.7条(a)(i))やアメリカ・オーストラリアFTA(17.4.7条(a))では、「情を知り又は情を知る合理的な理由がある(knowingly, or having reasonable grounds to know)」と規定され、後者の過失による要件が加えられ、より厳格な規定となっている。さらに、米中米FTAに至っては、アクセス・コントロールの技術的手段の回避がなされた場合の民事責任については、何らの主観的要件も設けられていない²⁸⁹。

他方で、許容される例外の範囲についても、詳細な条項が設けられているものの、その範囲は限定的であり²⁹⁰、一部でアメリカ著作権法(DMCA)において認められる例外の範囲よりも限定的なものとなっている²⁹¹。具体的には、DMCAと共通する例外として、FTAでは、①コンピュータ・プログラムの互換性を確保するためのリバース・エンジニアリング、②暗号技術の欠陥・脆弱性を特定・分析するための行為、③未成年による不適切なオンライン・コンテンツへのアクセスを防止するために何らかの手段を講じること、④コンピュータ等の安全性の試験・調査およびその修正を目的とした行為について、例外を設けることが認められている²⁹²。これに加えて、アクセス・コントロールの回避禁止に関しては、非営利の図書館・資料館・教育機関による購入の決定を行うことを目的とした著作物へのアクセス、個人情報の収集・拡布を行う機能を特定し、不作動にする行為、特定の種類の著作物の非侵害利用について例外を設けることが認められて

いる²⁹³。もっとも、FTAに規定されているこれらの例外は、DMCAで認められている例外の範囲を全てカバーできていないわけではない²⁹⁴。例えば、アメリカ著作権法1201条(c)(4)は、DMCAの規定は言論の自由に影響を及ぼさないとしているが、これに対応する例外は、アメリカ・シンガポールFTAやアメリカ・オーストラリアFTAには含まれていない。また、アメリカ著作権法1201条(c)(3)は、家庭用の電化製品等の設計等について、それが別の規定で禁止される装置等に該当しない限り、特定の技術的手段への対応を要求されない旨を定めている。これと同様の例外は、アメリカ・チリFTAには存在するもの(同17.7.5条(a)脚注19)、アメリカ・シンガポールFTAやFTAA草案には規定されていない。さらに、FTAA草案においては、技術的手段は国内法で確立された例外あるいは制限に影響を与えない旨の規定が存在する一方で、DMCAで認められている上記の例外について明示的な規定は設けられていない(同22.1条)。このように、技術的手段の回避禁止に対する例外の範囲は、アメリカのDMCAで認められている範囲より狭いものとなっており、結果的に、近時のFTAはDMCAをも上回る厳格な義務を定めているということになる。

第4に、権利制限に関して、FTAには、前述した技術的手段の禁止に関する制限や(一部のFTAに存在する)一時的複製に関する制限が規定されているが、それ以外には具体的な制限規定は設けられていない。そして、ほとんどのFTAでは、TRIPs協定やWCTおよびWPPTと同様に、著作権および関連する権利に対する制限について3 step testが規定されている²⁹⁵。

²⁸⁹ 米中米FTA15.5.7条(a)(i)。

²⁹⁰ 例えば、アメリカ・シンガポールFTA16.4.7条(e)(f)(g)。

²⁹¹ Chander, *supra* note 253, at 212-13; Peter K. Yu, *Anticircumvention and Anti-anticircumvention*, 84 DENV. U. L. REV. 13, 40-42 (2006)。もっとも、この点に関しては、それぞれのFTAにおいて若干の相違点が認められる。例えば、アメリカ・チリFTA17.7.5条(d)では、同FTAの規定に列挙されている例外事由に加えて、「法的保護の適切性又は法的救済の有効性を損なわない特別の場合」に該当する限りにおいて、他の例外を設けることが許容されている(大町・前掲注(248)25頁を参照)。

²⁹² アメリカ・シンガポールFTA16.4.7条(e)(i)-(iv)。

²⁹³ シンガポールFTA16.4.7条(f)。その他、同16.4.7条(g)には、政府職員等による政府活動のための例外が規定されている。

²⁹⁴ Christie et al., *supra* note 258, at 217; Gwen Hinze, *Seven Lessons from a Comparison of the Technological Protection Measure Provisions of the FTAA, the DMCA, and recent bilateral Free Trade Agreements*, Electronic Frontier Foundation (Jun. 2005), http://www.eff.org/files/tpm_implementation.pdf. See also, Pedro Roffe, *Bilateral agreements and a TRIPS-plus world: the Chile-USA Free Trade Agreement*, Quaker International Affairs Program (2004), at 33-34, available at http://www.qiap.ca/pages/documents/Chile_US_final.pdf.

²⁹⁵ アメリカ・ヨルダンFTA4.16条、アメリカ・シンガポールFTA16.4.6条、アメリカ・チリFTA17.7.3条(同条には一時的複製の例外に関する脚注が付されている)。

これらの規定では、3 step test の適用範囲が実演およびレコードにまで拡張されているため、3 step test の重要性は一層高まっている。

そもそも、3 step test がFTAに導入される嚆矢となったのは、1992年の北米自由協定 (North American Free Trade Agreement: NAFTA)²⁹⁶である。同協定は、知的財産権保護のための体系的な枠組みを確立した初めての自由貿易協定であるとされている。NAFTAの交渉が始まったのは、TRIPs協定の交渉開始後であったが、最終的に、NAFTAはTRIPs協定に2年先駆けて成立することになった。NAFTAの成立は、TRIPs協定の最終的な締結への弾みをつける役割を果たしたとされている²⁹⁷。両協定の交渉が同時期に行われていたこともあり、NAFTAの知的財産条項(第17章)は、TRIPs協定の初期の草案に基づいて交渉が行われた。そのため、両協定の規定には類似する点が少なくない²⁹⁸。もっとも、NAFTAは一部の条項においてTRIPs協定を上回る知的財産の広範な保護水準を設定しており、この点をもって将来のFTAにおけるTRIPsプラスの条項の基礎を築いたと評価されることがある²⁹⁹。NAFTAにおける著作権関連条項の特徴の1つは、3 step testを導入したという点にある (NAFTA 1705.5条および1706.3条³⁰⁰)³⁰¹。

る)、アメリカ・オーストラリアFTA 17.4.10条。See, LEWINSKI, *supra* note 19, at 364.

²⁹⁶ North American Free Trade Agreement, U.S.-Can.-Mex., Dec. 17, 1992, 32 I.L.M. 289 (1993). NAFTAの著作権条項の主な目的は、ジュネーブ・レコード条約、ベルヌ条約の義務の遵守を確実にすることにあるとされている(ただし、アメリカに関しては、人格権について規定するベルヌ条約6条の2の義務から免れることを明示している。NAFTA 1701条(3)を参照)。See, Ysolde Gendreau, *Copyright Harmonization in the European Union and North America*, 20 COLUM.-VLA J.L. & ARTS 37 (1995) (TRIPs協定、ベルヌ条約、NAFTAの相違点を検討する)。

²⁹⁷ Sun, *supra* note 170, at 278.

²⁹⁸ GOLDSTEIN, *supra* note 23, at 48.

²⁹⁹ Sun, *supra* note 170, at 278. なお、NAFTA 1705.2条(a)では、無許諾で作成された著作物の複製物を国内に輸入する行為に対して許諾を与える権利が権利者に認められている。TRIPs協定では、このような権利は認められておらず (TRIPs協定6条を参照)、同規定はTRIPsプラスの義務を定めているものであるといえる (*Id.*)。

³⁰⁰ NAFTA 1705.5条:「各当事国は、本条で定められた権利に対する制限又は例外を、著作物の通常の利用を妨げず、権利者の正当な利益を不当に害しない特別な場合に限定するものとする。」。NAFTA 1706.3条も録音物について同様に規定している。

NAFTAに規定されている排他権の範囲は、TRIPs協定よりも広範なものであったため、NAFTAの3 step testは、TRIPs協定に規定されていない排他権(例えば、輸入に関する権利)に関する制限を規律するものとなった³⁰²。

TRIPs協定の成立後にアメリカが当事国となって締結されたFTAも、権利の制限および例外に関してTRIPs協定13条の3 step testに類似する規定を設けている³⁰³。例えば、アメリカ・チリFTAの17.7.3条は、「当事国は、権利の制限又は例外を著作物、実演、レコードの通常の利用を妨げず、かつ、権利者の正当な利益を不当に害しない特別な場合に限定する」と規定している³⁰⁴。同様の規定は、アメリカ・オーストラリアFTA(17.10条)、アメリカ・シンガポールFTA(16.4.10条)、アメリカ・ヨルダンFTA(4.16条)および米州自由貿易地域(FTAA)草案(XX章 Subsection B.2.C.10条)にも見受けられる。他方で、EUが主導するFTAは、アメリカによるFTAとは異なり、3 step testを直接規定していない³⁰⁵。もっとも、そこでは参照という形でTRIPs協定の規定を導入することが求められるため、結果的にアメリカのFTAと同様の効果を生じさせている。FTAの実体規定に直接的ないし間接的に導入されたTRIPs協定13条は、前述したように、文字通り解釈された場合には権利制限の認められる範囲が限定的なものになってしまうため、当該FTAの中に権利制限に関する個別の規定が規定されない限り³⁰⁶、著作権の制限を設けることについてFTAの締約国が有する立法

³⁰¹ なお、NAFTAと同時期に締結された第1世代のFTAにも、3 step testが規定されている(アメリカ・ルーマニアFTA, para 2(a) (vi) of the Side Letter)。

³⁰² このような特徴を有するNAFTAではあるが、同協定が締約国以外に及ぼす影響はそれほど大きくはなかったとされている。すなわち、NAFTAはTRIPs協定以前に発効した協定であるため、TRIPs協定4条(d)が定める「効力発生前に効力を生じた知的所有権の保護に関する国際協定」に該当することになり、NAFTAの締約国は最恵国待遇の義務から除外されるからである。

³⁰³ Okediji, *supra* note 32, at 23.

³⁰⁴ アメリカ・チリFTA 17.7.3条。

³⁰⁵ LEWINSKI, *supra* note 19, at 364.

³⁰⁶ 例えば、FTAA草案8条は、公衆への伝達権について、独立した制限規定を有している。同様に、アメリカ・シンガポールFTAも、実演家およびレコード製作者の公衆送信権を許諾する権利に関して制限および例外の規定を設けている(16.4.2条

裁量を著しく制限することになる。

最後に、FTA には、知的財産権のエンフォースメントに関する規定が設けられている。これらの規定の多くは、概ね TRIPs 協定のエンフォースメントに関する規定に従っている³⁰⁷。また、紛争解決手続に関しても、各 FTA 間で多少の差異は存在するものの、基本的には、WTO の紛争解決手続に関する規定に類似する規定を設けている³⁰⁸。アメリカの FTA の多くは、まず、加盟国の政府代表者から構成される機関に問題を付託し、そこで解決されない紛争について、仲裁手続等の司法的な紛争解決手続を設置するという二段構えの制度（ハイブリッド型）を採用している³⁰⁹。その他、FTA の紛争解決条項には、他の協定上の紛争解決手続との調整に関する規定も置かれている。知的財産の分野をはじめとして、FTA と WTO 協定（TRIPs 協定を含む）には実質的に同一または類似する義務を定める規定が存在するため、WTO の紛争解決手続と FTA の紛争解決手続の双方を利用する状況が想定されうる³¹⁰。アメリカの FTA の多くは、このような場合に、申立国が WTO 上の紛争解決手続と FTA 上の紛争解決手続のいずれを利用するかを選択することを認める規定（フォーラム選択条項）を設けている³¹¹。

(a)。

³⁰⁷ アメリカ・オーストラリア FTA 17. 11. 1-28 条、アメリカ・チリ FTA 17. 11. 1-22 条、アメリカ・シンガポール FTA 16. 9. 1-21 条。もっとも、アメリカ・ヨルダン FTA では 5 つの paragraphs が規定されているのみである（同 4. 24-28 条）。See, LEWINSKI, *supra* note 19, at 365.

³⁰⁸ アメリカ・チリ FTA 第 22 章（22. 3 条がフォーラム選択条項）、アメリカ・オーストラリア FTA 第 21 章（B）、アメリカ・ヨルダン FTA 第 17 章、アメリカ・シンガポール FTA 第 20 章（特に 20. 2 条）。See, Roffe, *supra* note 294, at 46-48.

³⁰⁹ この類型の他にも、紛争解決機関を、アド・ホックに選択される仲裁人から構成される、より司法化された組織とするもの（仲裁型）や、締約国の代表者から構成される政治色の強い組織とするもの（理事会型）がある。アメリカの FTA では、NAFTA（2004 条、2008 条）や FTAA（23 章 11 条）が仲裁型を採用している。なお、我が国が締結した EPA は、全て仲裁型を採用している。以上につき、不公正貿易報告書・前掲注（249）673 頁を参照。

³¹⁰ 不公正貿易報告書・前掲注（249）676 頁。

³¹¹ アメリカ・チリ FTA 22. 3 条、アメリカ・シンガポール FTA 20. 4. 3 条、アメリカ・オーストラリア FTA 21. 4 条、アメリカ・バーレーン FTA 19. 4 条、米中米 FTA 20. 3

そして、申立国が一方の紛争解決手続を選択した後は、他の紛争解決手続に申立てを行うことはできなくなる³¹²。

ところで、これまで述べてきたような TRIPs プラスの影響をより大きなものとしているのが、TRIPs 協定 4 条に規定されている最恵国待遇原則（Most-favoured-nation treatment）である³¹³。ベルヌ条約をはじめとする既存の知的財産関連条約において、内国民待遇原則は早くから規定されていたが³¹⁴、最恵国待遇原則を規定したのは TRIPs 協定が初めてである。ベルヌ条約やパリ条約では、内国民待遇原則に従い、外国の知的財産権者を内国民と同じように待遇しさえすれば、外国の権利者との間で差別が生じる

条、アメリカ・モロッコ FTA 20. 4 条。ただし、アメリカ・ヨルダン FTA では、サービス貿易および知的財産に関する紛争については、WTO 上の紛争解決手続の対象となりえない範囲においてのみ FTA 上のパネル手続に付託できるとする規定が設けられている（同 17. 4 条（a）（b））。

³¹² LEWINSKI, *supra* note 19, at 365.

³¹³ TRIPs 協定の最恵国待遇原則については、Christopher Heath, *The Most-Favoured Nation Treatment and Intellectual Rights*, in *INTELLECTUAL PROPERTY AND FREE TRADE AGREEMENTS 127* (Christopher Heath & Anselm Kamperman Sanders eds., 2007); UNCTAD/ICTSD, *supra* note 59, at 63 を参照。なお、CORREA, *supra* note 215, at 66 は、知的財産権の文脈において、最恵国待遇原則が設けられることによる効果は、内国民待遇ほどには大きなものではないと指摘する。その理由として、一部の例外を除き、知的財産法が国籍によって取扱いを違えることが少ないという点をあげる。LEWINSKI, *supra* note 19, at 282-283 も、多くの場合、最恵国待遇原則に期待される効果は、内国民待遇原則によって達成されるため、同原則が適用される範囲は限定的であるとする。そして、最恵国待遇原則が機能するのは次の 2 つの場合に限られるとする。すなわち、第 1 に、ある権利が、内国民待遇に基づかず、自発的に付与された場合。第 2 に、二国間条約に基づく保護が、専ら相手国の国民に対してのみ与えられる場合である。もっとも、知的財産に関する二国間条約は、当該条約で規定された最低保護水準を国内の権利者にも認めることが通例であり（この場合は内国民待遇が機能する）、このような事例が現実的に生じることが極めて稀であるとされている（*Id.*）。内国民待遇原則と FTA との関係に関しては、大町・前掲注（248）67-74 頁も参照。TRIPs 協定の交渉担当者による文献として、著作権白書・前掲注（130）163-164 頁 [木谷雅人執筆]。

³¹⁴ ベルヌ条約 5 条 1 項、パリ条約 2 条 1 項（4 条・5 条 1 項・6 条 1 項も参照）、WCT 3 条（ベルヌ条約 5 条 1 項を準用）、WPPT 4 条、ローマ条約 4-6 条。

ことはないと考えられてきたため、最恵国待遇原則はその重要性を認められていなかった³¹⁵。ところが、1980年代から1990年代にかけて、アメリカは、二国間条約ないし地域条約の交渉を通じて、内国の水準を超える知的財産権の保護を求め、アメリカ国民のみを特に優遇する条項を含む条約や協定を締結した。例えば、アメリカ通商法301条の圧力を受けた韓国は、1986年に、実質的にアメリカの製薬企業が有するパイプライン特許や、1982年以降に創作・公表されたアメリカのコンピュータ・ソフトウェア等のみを、行政上の指針を通じて暫定的に保護する優遇措置を認める二国間協定を締結した³¹⁶。このように、特定の国民に対して自国民より手厚い保護を認めている場合には、内国民待遇原則では対処できないという問題が存在していた。ウルグアイ・ラウンドにおける TRIPs 交渉では、このような差別的取扱いが問題視され、全ての加盟国に同一の保護が認められるようにするため、最恵国待遇が規定されることになった³¹⁷。

³¹⁵ UNCTAD/ICTSD, *supra* note 59, at 63; Roger Kampf, *TRIPs and FTAs: A World of Preferential or Detrimental Relations?*, in INTELLECTUAL PROPERTY AND FREE TRADE AGREEMENTS 94 (Christopher Heath & Anselm K. Sanders eds., 2007). 木棚・前掲注(130)111-112頁も参照。なお、TRIPs 協定以前にも、著作権に関する二国間条約に最恵国待遇原則が規定されることがあった (RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 38-39; GOLDSTEIN, *supra* note 23, at 85)。

³¹⁶ Record of Understanding on Intellectual Property Rights, U.S.-S. Korea, Aug. 28, 1986, 2231 U.N.T.S. 308 (「パイプライン・プロダクト協定」と呼ばれることがある)。See, SOO-KIL CHANG ET AL., INTELLECTUAL PROPERTY LAW IN KOREA 2 (Christopher Heath ed., 2003); Tohmas Dreier, *National Treatment, Reciprocity and Retorsion—The Case of Computer Programs and Integrated Circuits*, in GATT OR WIPO?: NEW WAYS IN THE INTERNATIONAL PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY 63, 68 (Friedrich-Karl Beier & Gerhard Schricker ed., 1989); DRAHOS & BRAITHWAITE, *supra* note 192, at 103; JAYASHREE WATAL, INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE WTO AND DEVELOPING COUNTRIES 18-19 (2001)。その他、韓国・EC 協定も同様の差別的規定を設けている。また、中国も、1992年の米中合意で米国の医薬品や農業化学品に1993年1月から7年半の間、行政的保護を与えることを約束した。これら二国間協定における取扱いは、アメリカおよびECの権利者にのみ有利な待遇を与え、他方で、第三国の権利者に不利な待遇を与える点で、差別的であった(小室・前掲注(201)570頁)。

³¹⁷ このような趣旨は、TRIPs 協定 4 条の最恵国待遇原則の解釈を初めて行った WTO

WTO 法規制の中心的な 3 つの領域(物品の貿易、サービスの貿易、知的財産の保護)は、いずれも最恵国待遇および内国民待遇の原則の上に成り立っているという点で共通している³¹⁸。ところが、GATT および GATS では、関税同盟および自由貿易協定などの地域経済統合を最恵国待遇原則の例外とする規定が設けられているのに対し³¹⁹、TRIPs 協定はそのような例外を認めていない。そのため、WTO 加盟国は、GATT および GATS に関しては、地域貿易協定における相手国へのさらなる自由化から生ずる便益を制限することが可能である。他方で、TRIPs 協定には、FTA に基づいて認められる TRIPs プラスの保護を締約国に限定して認めることを可能とする最恵国待遇原則および内国民待遇原則からの例外が規定されていないため、FTA 等を通じて当事国間(WTO 非加盟国も含む)で保障された TRIPs プラスの保護の効果は、原則として、自動的かつ無条件に他の全ての WTO 加盟国の権利者に及ぼされることになる^{320 321}。

上級委員会の判断によっても支持されている(Appellate Body Report, *United States—Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998*, ¶297, WT/DS176/AB/R (Jan. 2, 2002) [hereinafter “U.S. - Havana Club”])。See, UNCTAD/ICTSD, *supra* note 59, at 63。その他、高倉・前掲注(187)153頁、山口・前掲注(248)73-74・98-99頁も参照。もっとも、最恵国待遇原則の有する意味合いは、内国民待遇原則と比較するとそれほど大きいものではないとされている。というのも、一部の例外を除き、各国の知的財産法が国籍によって差別的な取扱いをする可能性が低いからである(CORREA, *supra* note 215, at 66)。

³¹⁸ TRIPs 協定 4 条:「知的所有権の保護に関し、加盟国が他の国の国民に与える利益、特典、特権又は免除は、他の全ての加盟国の国民に対し即時かつ無条件に与えられる…」。

³¹⁹ GATT 24条およびGATS 5条。なお、GATT および GATS の最恵国待遇原則については、小室・前掲注(201)58頁以下を参照。See also, Heath, *supra* note 313, at 135-138。

³²⁰ Peter Drahos, *An Alternative Framework for the Global Regulation of Intellectual Property Rights*, 21 AUSTRIAN J. DEV. STUD. 1, 7 (2005)。Susy Frankel, *WTO Application of “the Customary Rules of Interpretation of Public International Law” to Intellectual Property*, 46 VA. J. INT’L L. 365, 419 (2006) は、最恵国待遇原則が知的財産権の保護水準を高める方向に機能することで、主に関税を引き下げるという機能を果たすために設けられている最恵国待遇原則の本来的な性質が変容してしまっていると指摘する。なお、我が国の文献においては、このような効果を表すものとして、「均

もちろん、FTAにおけるTRIPsプラスの義務の全てが最恵国待遇原則の対象となるわけではない。まず、TRIPsプラスの義務であっても、その対象がTRIPs協定1条2項の「知的所有権 (Intellectual Property)³²²」に該当しないものについては、最恵国待遇原則の効果は及ばない。もともと、TRIPs協定は、「知的所有権」という概念について、協定「第2部の第1節から第7節までの規定の対象となる全ての種類の知的所有権」と定義しているのみであり、その範囲は必ずしも明らかではない³²³。この点に関するWTO紛争事例として、アメリカ1998年包括歳出法211条に関するものがある³²⁴。同事件では、TRIPs協定第2部第1節から第7節の標題に掲げられて

露(きんてん)」という用語が用いられることが多い。

³²¹ なお、WTOの地域貿易協定に関する委員会において、アメリカおよびシンガポールは、両国間で締結されたFTAを検討する際に取り上げられた問題に対して、当該FTAは、他のWTO加盟国との間での、TRIPs4条における最恵国待遇に関する義務を含む義務に影響を与えないことを認めている(Committee on Regional Trade Agreements, *United States - Singapore Free Trade Agreement: Questions and Replies*, WT/REG161/5 (Apr. 28, 2005))。

³²² TRIPs協定1条2項:「この協定の適用上、『知的所有権』とは、第2部の第1節から第7節までの規定の対象となる全ての種類の知的所有権をいう。」。なお、本稿では、公定訳に倣い「知的所有権」という訳語を用いているが、現在では、「知的財産」という訳語をあてるべきであるとされている(中山信弘『工業所有権法(上)特許法[第2版増補版]』(弘文堂・2000年)4頁注(3))。2002年に知的財産戦略会議において決定された「知的財産戦略大綱」も、「法令・条約等において使用されている『知的所有権』という用語を可能な限り『知的財産』、『知的財産権』に統一すること」と規定している(第3章4.(2)①)。

³²³ なお、世界知的所有権機関を設立する条約(WIPO設立条約)2条(viii)では、「知的所有権」は次のように定義されている。すなわち、『知的所有権』とは、文芸・美術及び学術の著作物、実演家の実演・レコード及び放送、人の活動の全ての分野における発明、科学的発見、意匠、商標・サービス・マーク及び商号その他の商業上の表示、不正競争に対する保護に関する権利並びに産業、学術、文芸又は美術の分野における知的活動から生ずる他の全ての権利をいう。」。

³²⁴ *U.S. - Havana Club*, WT/DS176/AB/R. 本紛争の概要は次の通りである。アメリカの1998年包括歳出法211条は、キューバが1959年以降に接収した資産に関連する商標・商号に関し、キューバ・キューバ国民・その他の特別に指定された国民(EUの企業を含む)がアメリカ国内で登録・更新を行うためには、原権利者または善意

でない「商号」という種類が、同協定の下で保護される「知的所有権」の種類に含まれるか否かが問題となった。商号に関して、パネルは、1条2項を文言解釈した結果、同項はTRIPs協定の対象となる知的財産の種類を限定列挙したものであり、同協定の対象となる知的財産の種類は、協定第2部第1節から第7節までに掲げられている種類に限定されるとの判断を示している³²⁵。次に、パネルは、TRIPs協定1条2項を解釈する際には、協定2条1項を通じて組み入れられるパリ条約1条ないし12条および19条を参照しなければならないが、これらの組み入れられる規定はTRIPs協定の第2部から第4部までの規定と整合的に理解されなければならないと述べている³²⁶。そして、パネルは、TRIPs協定第2部から第4部において商号の保護に言及がされていない以上、パリ条約8条は商号の保護に関する義務を追加するものではないと述べて、商号はTRIPs協定1条2項の知的財産に該当しないと結論付けた。

これに対し、上級委員会は、パネルの意見を覆し、まず、TRIPs協定2条1項を通じて同協定にパリ条約8条が組み入れられたことにより、TRIPs協定の加盟国が商号の保護を行わなければならないことは明らかであると³²⁷。その理由として、パリ条約8条は専ら商号の保護に関する限定であるが、仮にTRIPs協定の起草者の意図が、商号の保護を同協定の対象から除外するというものであったのならば、同協定に組み入れられる規定に

の権利継承者の同意を必要とするとして規定していた。このような規定が設けられた背景には、ラム酒のハバナクラブ商標を巡るアメリカ企業とフランス企業の争いがあり、アメリカ企業のロビイングによって当該規定が予算法の付帯条項として追加されたとされている。フランス企業は、本規定がフランス・キューバ合弁企業が有するハバナクラブ商標権を否定し、合弁企業のため市場進出を妨げる意図を持つものとして、EC当局にアメリカに対するパネルの提訴を要請した。ECはこの要請に応じて、同規定とTRIPs協定(15条1項、3条1項、4条など)との抵触を理由にパネル提訴を行った。なお、同上級委員会報告の解説として、松下満雄ほか編『ケースブック WTO法』(有斐閣・2009年)228頁[松下満雄執筆]がある。

³²⁵ Panel Report, *United States - Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998*, paras 8.26, WT/DS176/R [hereinafter "*U.S. - Havana Club*"].

³²⁶ *U.S. - Havana Club*, WT/DS176/AB/R, paras 8.26.

³²⁷ *U.S. - Havana Club*, WT/DS176/AB/R, paras 331.

パリ条約8条を含めたことを説明することができないという点を指摘している。また、上級委員会は、TRIPs 協定の下で保護される対象は、協定第2部第1節から第7節の標題に掲げられた知的財産の種類のみならず、これら各節中の規定の対象となる全ての種類の知的財産であると述べている³²⁸。結論として、上級委員会は、商号はTRIPs 協定が対象とする知的財産の種類に含まれると述べて³²⁹、この点に関するパネルの判断を覆した³³⁰。このように、上級委員会は、TRIPs 協定1条2項の「知的所有権」の対象を、広く捉えていると位置付けることができよう。

学説においては、「知的所有権」という文言は、特定の保護の態様を包括的に規定しているにすぎないとして、この概念を広く捉える見解も存在する³³¹。これによれば、TRIPs 協定について、「知的所有権」は、第2部第1節から第7節に列挙された8つの保護対象のカテゴリーのうち7つのみを指す。具体的には、著作権および関連する権利、商業、地理的表示、意匠、特許、集積回路の回路配置、開示されていない情報の保護がこれに含まれるということになる。もっとも、近時の学説の多くは、知的財産権の概念を限定的に捉える傾向にある。例えば、Correaは、最恵国待遇原則は、TRIPs 協定第2部の第1節から第7節までの規定、およびTRIPs 協定に組み入れられる他の条約（パリ条約など）の規定において明示的に定められている権利にのみ適用が認められる、たとえTRIPs 協定が規定する知的財産権のカテゴリーに関連する権利であっても、同協定の個別の規定で明示的に言及されていない権利義務については、同原則の適用対象外となるとしている³³²。Goldsteinも、最恵国待遇に関しては知的財産の概念を限定的に捉える必要があると主張している。その理由として、自国民と他のWTO加

³²⁸ U.S. - Havana Club, WT/DS176/AB/R, paras 335.

³²⁹ U.S. - Havana Club, WT/DS176/AB/R, paras 333.

³³⁰ GERVAIS, *supra* note 61, at 173. なお、Panel Report, *EC-Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs* (WT/DS174/R, WT/DS290/R), paras 7.54-7.55 においても、最恵国待遇原則に関する請求がなされていたが、この点についてパネルは判断しなかった。

³³¹ Jerome H. Reichman, *Universal Minimum Standards of Intellectual Property Protection under the TRIPS Component of the WTO Agreement*, 29 INT'L LAW 345, 348 (1995).

³³² CORREA, *supra* note 215, at 66-67.

盟国の国民の取扱いの平等を目的とする内国民待遇の場合と異なり、最恵国待遇原則は、加盟国間での取扱いの平等を目的としているため、知的財産のカテゴリーを拡張し、新たな保護の対象を含めることで、特に最恵国待遇との関係で、貿易を阻害する大きなリスクがもたらされることになるとの指摘を行っている³³³。これらの見解によれば、その他の種類の知的財産に関する国内法の規律（例えば、非創作的なデータベースの保護）あるいは追加的な権利（データベースの *sui generis* の保護）は、TRIPs 協定から生じるいかなる義務からも影響を受けない³³⁴。また、技術的手段の回避の禁止も、TRIPs 協定の各規定において明示的に言及されていないため、「知的所有権」には該当せず、最恵国待遇原則は適用されない。このように、FTA で認められているが、TRIPs 協定の対象となっていないTRIPs エクストラの義務に基づく保護を、FTA の当事国以外の国民の著作物に対して与えることは最恵国待遇原則によって義務付けられないことになる³³⁵。

さらに、TRIPs 協定4条には、最恵国待遇からの例外が認められる4つの事由が規定されている（同4条(a)ないし(d)）。例えば、4条(a)は、知的財産権の保護に特に限定されない、司法共助または法の執行に関する国際協定に関する義務は、最恵国待遇の対象外となることを規定している。また、4条(d)は、TRIPs 協定より後に発効した条約を、「貿易関連知的所有権理事会に通報されること及び他の加盟国の国民に対し恣意的又は不

³³³ GOLDSTEIN, *supra* note 23, at 85.

³³⁴ Klaus Elfring & Katrin Arend, in *WTO-TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS* 279-280 (Peter-Tobias Stoll et al. eds., 2009). なお、Goldsteinは、非創作的なデータの集積は、おそらく「知的所有権」に含まれないであろうとしている。その理由として、各国の実行としてデータは著作権の保護対象から除外されていることが一般的であり、また、TRIPs 協定9条2項が、表現は保護されるのに対し、アイデアや手続き、方法等を著作権の保護から明示的に除外していることをあげている (GOLDSTEIN, *supra* note 23, at 86)。

³³⁵ UNCTAD/ICTSD, *supra* note 59, at 44-47は、第1節ないし第7節の全てが明確に規定されているわけではなく、また、協定1条1項は、保護客体が保護される形式について加盟国に裁量を認めている。そのため、加盟国は、どのような種類の法的権限の付与が「知的所有権」に含まれるのかという点を、自国の法制度および慣行に応じて判断するための一定の裁量を有しているとしている。

当な差別とならないことを条件」として、最恵国待遇原則の例外としている³³⁶。著作権および関連する権利について特に問題となるのが、第2(協定4条(b))および第3の例外(同条(c))に該当する場合である³³⁷。まず、第2の例外は、保護期間や応用美術などベルヌ条約およびローマ条約において相互主義を採用することが認められている事柄については、最恵国待遇原則の例外となると規定している(協定4条(b))。例えば、A国がFTAによって保護期間を著作者の死後70年とすることを義務付けられているというケースを想定する。この場合、A国としては、著作者の死後50年という保護期間を設定しているB国を本国とする著作物との関係では、保護期間を70年ではなく50年に限ることが認められている。

次に、第3の例外では、実演家、レコード製作者、放送事業者の権利のうち、TRIPs協定に規定されていない排他権については、最恵国待遇原則が適用されないとされている。同様の例外は、内国民待遇原則に関しても付されている(協定3条1項第2文)。これによれば、著作権に関するベルヌ条約の義務は、協定6条の2の例外を除き、同条約への加盟の有無を問わず、全てのTRIPs加盟国に適用されるのに対し、著作隣接権に関するローマ条約の義務は、同条約の締約国にのみ適用される。著作隣接権に関する本例外は、ローマ条約に加盟していないWTO加盟国の国民が、内国民待遇および最恵国待遇によって、自国では認められていないような高度の保護からの便益を裏口から得ることを防ぐために設けられたものである。また本例外は、著作隣接権に関する加盟国間の国内法に著しい差異が認められたため、これに対応するという意味合いも有していたとされる。さらに、WTO加盟国の多くはローマ条約の締約国ではなく、TRIPs 14条で設定された保護を超えることを望んでいなかったという事情も存在していた³³⁸。

³³⁶ 例えば、NAFTA(1992年)やアメリカ・ルーマニア貿易協定(1992年)などの第1世代のFTAが本例外の対象となる。

³³⁷ TRIPs協定4条(b):「内国民待遇ではなく他の国において与えられる待遇に基づいて待遇を与えることを認める1971年のベルヌ条約又はローマ条約の規定に従って与えられるもの」。同(c):「この協定に規定していない実演家、レコード製作者及び放送機関の権利に関するもの」。

³³⁸ See, GERVAIS, *supra* note 61, at 98.

したがって、加盟国がTRIPs協定を上回る保護として、例えば、TRIPs 14条で規定されている実演家の保護について、禁止権ではなく排他権を認めた場合でも、TRIPs協定4条の適用対象はTRIPsで規定されている権利に限定されることになる³³⁹。前述したように、FTAでは、技術的手段の回避禁止や権利管理情報の除去・改変行為に関してTRIPsプラス、およびWCT・WPPTプラスの義務を規定しているが、このうち、実演家およびレコード製作者の権利などの「関連する権利」に関する待遇は、本例外により、内国民待遇および最恵国待遇原則の対象から外れることになる。したがって、これらの例外に該当する権利・義務に関しては、FTAでTRIPsプラスの義務が規定された場合でも、締約国はこのような待遇を第三国の国民には与えないという法律上の差別を行うことも理論的には可能である。

以上で検討したように、FTAに規定されている国際条約を上回る義務に関しては、TRIPs協定1条2項の「知的所有権」に含まれない保護対象、または、TRIPs協定4条所定の例外に該当する場合には、最恵国待遇原則の適用が認められないため、FTAの締約国は、理論的には、これらの義務を第三国の国民にまで及ぼす必要はないということになる。もっとも、実際には、各国の知的財産法が国籍によって差別的な取扱いをする可能性は低いとされており³⁴⁰、これらの最恵国待遇原則の対象外となる待遇に関しても、事実上、FTAの締約国以外の国民にも及ぼされることになる³⁴¹。

[付記]

本誌27号に掲載された「著作権法における権利制限規定の解釈と 3 step test (2) —厳格解釈から柔軟な解釈へ—」の記述に誤りがありました。お詫びして訂正いたします。

132頁17行目 (誤) 1976年 → (正) 1967年

³³⁹ Klaus Elfring, in WTO-TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS 157 (Peter-Tobias Stoll et al. eds., 2009).

³⁴⁰ CORREA, *supra* note 215, at 66; GOLDSTEIN, *supra* note 23, at 86.

³⁴¹ 小寺・前掲注(248)536頁。アメリカ・シンガポールFTAおよびアメリカ・チリFTAの均霑状況につき、大町・前掲注(248)100・126頁。