

米国の著作権法 110 条(5) DSU に基づく仲裁裁定

(仲裁裁定 WT/DS160/ARB25/1 仲裁裁定日：2001 年 11 月 9 日)

末 啓一郎

I 事実の概要

1 事案の概要

米国著作権法は、非演劇的音楽著作物の実演または展示を収録した放送を受信して利用する場合であっても、

飲食施設以外の場合は施設面積が 2,000 平方フィート(186 平方メートル)未満であるか、飲食施設の場合には、施設面積が 3,750 平方フィート(348 平方メートル)未満の広さであるとき、若しくは、それ以上の面積であっても、音声のみの場合には 6 台以内のスピーカー、映像をも含む場合には、4 台以内のスピーカーを使用する場合であるとき、

その伝達による視聴の対価を収受せず、

それらの伝達が、受信している施設を超えて再伝達させられず、

それらで受信される送信がライセンスを受けたものである

場合には、上記施設内の伝達行為は、著作権を侵害するものではないとする例外規定(米国著作権法 110 条(5)(B))を有していた。

2000 年 5 月 5 日に発出されたパネル報告では、かかる例外規定は、著作物の放送等について規定し、TRIPS 協定 9.1 により、TRIPS 協定と一体とされているベルヌ条約 11 条の 2(1)(iii) 及びベルヌ条約 11 条(1)(ii) に違反するものとされた。ⁱⁱⁱ

2 手続きの時系列

2000 年 7 月 27 日の上記パネル報告採択の後、米国・EC 間で妥当な実施期間についての協議が行われたが合意に達せず、DSU21 条 3 項の仲裁に付された。

2001 年 1 月 15 日の仲裁裁定により、2001 年 7 月 27 日までの妥当な実施期間が決定された。この期間は、その後米国の申立てにより、2001 年 12 月 31 日又は、2001 年の米国議会会期の終了までのいずれか早い方までに、延期された。

2001 年 7 月 23 日、米国と EC とは、上記パネル報告を受けて、同協定違反による EC

の利益の無効化侵害の程度について、DSU22 条の下での将来の手続きのために、EC の利益の無効化または侵害の程度についての最終的な決定を行うものであることに合意をして、DSU25 条の仲裁を申立てた。

2001 年 8 月 13 日、選任された仲裁人ⁱⁱⁱは、米国及び EC の出席を得て会合を開き、仲裁手続き及び仲裁日程について決定した。(1.5)

2001 年 8 月 14 日、仲裁日程に従って EC は、算定方法についての書面を提出した。

2001 年 8 月 21 日、両国は、それぞれの意見書を提出した。

2001 年 8 月 28 日、両国は、それぞれの反論書を提出した。

2001 年 9 月 5 日には、仲裁会合が開催された。なお仲裁人は米国の集団的著作権管理組織である ASCAP 及び BMI に対して質問書を提出し、9 月 14 日までに回答を求めた。

2001 年 9 月 11 日、仲裁会合に於ける質問に対する回答書が米国及び EC から提出された。

2001 年 9 月 14 日、上記回答内容について、米国及び EC がコメントを提出した。米国はこの機会に、追加の証拠を提出した。(1.7) なお、この提出期限には、ASCAP 及び BMI からの回答は出されなかった。

2001 年 9 月 17 日、EC は、上記米国の追加証拠を考慮すべきでないとの意見を提出した。

2001 年 9 月 20 日に米国が、上記 EC の意見に対して反論を提出した。

2001 年 9 月 25 日、BMI は仲裁人に対して一定の情報を提出した

2001 年 10 月 3 日、ASCAP は仲裁人に対して一定の情報を提出した。

2001 年 10 月 4 日、仲裁人は、ASCAP の提出にかかる情報の利用に関して米国及び EC に意見を求めた。

2001 年 10 月 10 日、BMI は追加情報を提出する予定を仲裁人に通知した。

2001 年 10 月 12 日、仲裁人は、米国からの追加証拠を考慮する一方、ASCAP 及び BMI からの情報を考慮せず、利益の無効化又は侵害の程度についての本件仲裁裁定を発出した。

2001 年 11 月 9 日、仲裁裁定が DSB 及び TRIPS 委員会に通知され、その後米国と EC とは、この仲裁裁定を前提として本件紛争についての解決のための協議を継続したが、合意に達しなかった。

2002 年 1 月 11 日、EC は、DSU22 条 2 項に基づいて対抗措置についての承認を求め、米国は、この対抗措置の手続き及び程度について異議を述べて、DSU22 条 6 項に基づく

仲裁を求めた。

2002年2月19日、この異議申立に対して仲裁人が選任されたが、その後も米国とECとは協議を継続した。

2002年3月1日、両国は、仲裁人に対して仲裁手続の中断を求め、さらに協議を継続した。

2003年6月26日に、2001年12月21日から3年間の期間についての代償として、米国がECに対し330万ドルを支払うとの暫定的合意に達している。

II 判断

本件の仲裁の審査権限並びに ASCAP 及び BMI からの証拠採否に関する判断については、当事者間に見解の相違が存在したわけではなく、その意味では争点とは言い難いが、本件のような仲裁の手続きを検討するために整理を行った。

1 仲裁の審査権限について

本件は、米国及び EC からの仲裁申立であるので、当事者間に仲裁人の権限に関して見解の相違はないが、WTO 紛争処理手続システムの中で、かかる仲裁が認められるかが検討されているので、以下に仲裁人の判断を示す。

仲裁人は一方で、DSU25 条 1 項が DSU25 条の仲裁を「紛争解決の代替的な手段」と位置付けていることから、DSU25 条の仲裁は DSU に定められた紛争解決手続全般の代替的手続きを指すものであり、その中の 1 部である利益の無効化又は侵害のみに関する紛争の解決手続を含むものではないとも考えられるとする。そして、DSU 25 条 4 項が DSU21 条及び 22 条を準用しており、中でも、DSU22 条 2 項には、仲裁を代替的手続と認める規定がないことも、これを裏付けているともみられるとする。(2.3)

しかしながら、他方で、DSU 25 条 1 項では「両当事国によって明示された問題」について仲裁ができると定められており、どのような問題について仲裁をすることができるかに関し、限定はなされていないこと、DSU25 条 2 項では、DSU に別段の定めのある場合を除くほか、仲裁ができると定めているところ、利益の無効化又は侵害の程度について DSU25 条の仲裁に付することができないと積極的に定める規定は存在しないこと、特に、DSU22 条 2 項において、対抗措置に関し、仲裁に付することができないとの規定もないことなどは、利益の無効化又は侵害の程度の判断についても DSU25 条の仲裁によることができることを前提としていると読めるとする。(2.5)

さらに、仲裁に付することによって、代償措置についての当事国間での交渉を補完して、対抗措置ではなく、代償措置という、貿易制限的でない方策による解決を図ることを促進することは紛争解決制度の趣旨に合致するともいえるとし、このように解釈しても、他の加盟国の権利を侵害するものでもないとする。(2.6)

以上の検討の結果、本件仲裁では、利益の無効化又は侵害の程度についても DSU 25 条に基づく仲裁により判断ができるとの結論に達している。

2 証拠提出の手続き的事項に関する判断

i 著作権管理組織に対する証拠提出要請及び提出証拠の取扱

前述のとおり仲裁会合の日に仲裁人は ASCAP 及び BMI に対して質問書を提出し、9月14日までに回答を求めた。(1.9)

BMI は指定期限後である9月25日に至って回答書を提出したが、その提出した情報の利用に際しては、回答書にて提出した情報の秘密が守られるべきこと等を含むいくつかの条件がつけられていた。しかしながら、仲裁人はこれらの条件を受け入れるべきではないと判断し、BMI から提出された情報は仲裁判断には使用しないことを決定した。^{iv} (1.10)

ASCAP は提出期限後の10月3日に情報を提出した。仲裁人は翌10月4日に、米国及び EC に、この期限後提出にかかる情報の利用に関して意見を求めた。EC は、裁定の遅れが生じることを理由として、この情報を利用するべきではないと述べ、米国は、この情報を考慮することに異議は述べないとしながら、この情報は、米国の主張を裏付けるものであるに過ぎないとコメントした。(1.11)

また BMI は、本件仲裁裁定発出日(10月12日)の直前である10月10日に、更に追加の情報を提出すると連絡していたが、仲裁人はこれについても米国及び EC に意見を聞いた。EC は手続きに遅れをきたすのであればこの情報は利用するべきではないと述べ、米国は、仲裁人は判断をするのに十分な資料を既に持っていると考えているが、もしもさらに情報を求めるのであれば、それに異議はないと述べた。そして米国は、12月31日又は米国議会の会期の終了のいずれか早い方に、実施のための妥当な期間が終了することとされていたので、早期の公正な判断を得たいと考えていると述べた。(1.12)

これらに対して仲裁人は、ASCAP と BMI からの情報を考慮することにより、

判断が遅れることは、両国が、遅くとも同年の12月31日迄という実施のための妥当な期間内に、満足のできる合意を得るための協議の時間を減少させることになるので、追加情報を得るために期日を延期することはせず、ASCAP と BMI からの追加情報は仲裁判断では考慮しないと結論し、10月12日に仲裁裁定を発した。(1.13 及び 1.14)

ii 米国の期限後提出にかかる追加証拠の取扱

米国は仲裁会合日における質問に回答する際に、追加の証拠を提出した。これに対して EC は、すべての証拠は、第1回の意見書提出の時点が最終の提出期限とされており、仲裁手続上、このような期限後の提出については、その合理的な理由を示すこととされているのであるが、米国は、このような遅れが生じたことについて合理的な理由を示していないので、この証拠を考慮すべきでないとして主張した。これに対して米国は、EC が仲裁人からの質問に対して、新しい主張を提出したので、米国はそれに反論するために新たな証拠を提出したのであり、そもそも、EC が、新しい主張を提出することはできなかったのだから、証拠提出に異議を述べることはできないと反論した。(1.16)

仲裁人は、米国は、9月20日になって追加証拠提出の理由を述べているが、当該追加証拠を提出した時点では、合理的な理由を説明しておらず、本来であれば、かかる証拠提出は認められないとしながら、本件は、関連証拠が少ないこと、追加証拠は、EC の追加主張に対する反論として提出されたこと、EC は、米国の主張に対して反論を行っていること等の事情を考慮し、提出証拠を考慮することとした。(1.21)

3 無効化又は侵害の程度の算定について

i 無効化又は侵害された利益の性格と侵害の程度

a 当事国の主張

EC は、TRIPS 協定は、単なる期待を保護するものではなく、排他的権利を保護するものであるから、その侵害の程度を考える上では、著作権利用者のすべてにライセンスがなされたことを前提とするべきであると主張した。(3.4)

これに対して米国は、コストの点から全利用者から著作権料を取得すること

は不可能であるのに、かかる EC の主張は、全利用者からの著作権料を前提にするものであり、著作権者に「たなぼた」を認めるものであって合理的ではないとし、米国著作権法 110 条 (5) (B) の施行前に EC が現実に得ていた利益を基準とするべきであると反論した。(3.6) この米国主張に対して EC は、かかる主張は権利実現に費用がかかるということを TRIPS の義務免除の根拠とするものであり不当であると反論した。(3.7)

b 仲裁人の判断

仲裁人は、TRIPS 協定で、加盟国に対して著作権の保障が義務付けられているが、その保障にかかる著作権をどのように行使するかは、加盟国による当該排他的権利の保障の問題ではなく、著作権者の権利行使の問題であると判断した。(3.15) そして、侵害された利益の程度を考えるに当たり、EC は、EC の著作権者が、総ての利用者に対してライセンスを与えて著作権料を受領するべきであるというが、そのように期待することが合理的であるかは問題であるとする。(3.24) 現に本件では徴収コストの問題から、ライセンスする人数を制限する方が、より多くの金額を得ることができると認められるから、すべての利用者から実施料をとることとするのは合理的ではないとする。(3.30) 従って、EC の利益の無効化又は侵害の程度を考えるには、著作権者が米国著作権法 110 条 (5) (B) の施行により現に失った利益を評価するべきであるとした。(3.19)

また、著作権者が米国著作権法 110 条 (5) (B) の施行がなくとも、すべての利用者からライセンス料をとらないという状態は TRIPS 協定違反の問題にはならなかったであろうとし、(3.32) この点からも EC の主張は認められないと結論した。

ii 侵害の程度を検討する際に基準とされるのは、米国内で集められた著作権料であるか、EC 著作権者に支払われた著作権料であるか。

a 当事者の主張

EC は、排他的な権利である著作権の価値としては、利用者から支払われた著作権料を基準にするべきであるから、(3.50) 侵害の程度を検討する上では米国内で集められた(集められるべき)著作権料を基準とするべきであると主張

した。(3.37)これに対して米国は、本件は通商問題であるから、ECが被った損害としては、米国内で集められた著作権料ではなく、ECの著作権者に配分された著作権料を基準とするべきであると反論した。(3.40)

b 仲裁人の判断

仲裁人は、ホルモン牛肉事件で、侵害された「利益(benefit)」は、輸入禁止がなければ輸出することができたはずの牛肉の価値であるとしたことを引き合いに出し、(3.45)本件で侵害された「利益」はEC著作権者に支払われる実施料であるとし、これを前提として、米国著作権法110条(5)(B)がEC著作権者に加えた経済的なインパクトを検討しなければならないとした。(3.51)そのためには、著作権管理組織が費用を差し引いて著作権者に支払った著作権料を基準とするべきであるとした。

なお、米国は、本件が通商問題であるから、米国とECとの貿易収支を基準にするべきであると主張したが、仲裁人は、ECの著作権者でもEC以外に居住しているものがあることや、ECの著作権者でも、米国子会社を通じて著作権料を受領しているものがあることから、貿易収支を基準とすることは不適當であるとした。(3.56)

したがって、侵害の程度としては、米国の著作権管理組織からECの著作権者への支払額を損害の基準とするものとされた。(3.58)

iii 侵害額の算定の方法

a 当事者の主張

ECは、ボトムアップ方式として、米国著作権法110条(5)(B)で著作権侵害の除外対象となる施設から得られるべき著作権料総額を計算する方式で、本件無効化又は侵害利益として2548万ドルを主張した。(4.2)

これに対して米国は、トップダウン方式として、EC著作権者に集団的著作権管理組織から支払われた金額の年間平均から、米国著作権法110条(5)(B)の除外対象とならない著作権料収入を控除し、本件無効化又は侵害利益として44万ないし73万ドルを主張した。(4.3)

(この主張の相違については、本書末尾の図を参照)

b 仲裁人の判断

仲裁人は、まずこの問題に関する立証責任^vを検討している。そして両当事国がDSU22条6項の立証責任に従って判断することを求めているとして、ECの、無効化侵害利益の算定に関する主張に対して、それが不当であると反論する米国に反論責任があったとした。そして、本件では、米国は、これに関して prima facie の立証に成功しており、ECはこれに対して有効な反論をしていないとする。したがって、ECの算定方式は採用しないが、仲裁人としては独自の方法を採用することもできるとした上で(4.5)本件では、米国のトップダウン方式が、検証可能な過去の事実を前提にしており、算定上の推測部分を少なくすることができるので、これを採用した上で、必要な修正を加えるとした。(4.8)

なお、米国著作権法110条(5)(B)導入前の状態として、家庭で使用される器具のみによる場合の例外をどのように扱うか、つまり、この例外が、TRIPSに適合しているか否かは明確ではないとしながら、この部分が相当な金額になるものでないことは争いが無いとして、米国著作権法110条(5)(B)導入前の状態が、TRIPS違反であるとしても本件算定には重大な影響はないとした。(4.12)

iv 損害額の算定基準時

a 当事者の主張

評価の時点については、ECはできる限り直近のデータによるべきとしたが、米国は、本件が仲裁に付された時点を基準にするべきと主張した。(4.17)

b 仲裁人の評価

仲裁人は、本件はDSU22条6項の場合とは異なり、妥当な実施期間の終了時点が確定しておらず^{vi}どの時点で、協定への整合化を図るべきであったとするのかが一義的に決定できないことから、本件が仲裁に付された日を基準とするものとした。そして、算定に当っては、1998年以前の状態を基準として無効化又は侵害の程度を算出し、経済成長を加味して、修正を加えることとした。(4.24)

v 無効化又は侵害された利益の計算

まず米国著作権法110条(5)(B)導入は、1999年1月26日であるから、その

導入の直近までとして、96年乃至98年の著作権管理組織からECの著作権者への平均支払額を算出して、これを計算の基礎とし(4.52)^{vii}次に、これらの中で、飲食及び小売施設からの著作権料の割合を出す必要があるとして、まず、ラジオ、テレビ及びコンサートからの著作権料を除外した general licensing の著作権料部分がECの著作権者に支払われる著作権料の18.45%であるとし、(4.55)その中の約50%が、飲食及び小売施設からのものであるとした。(4.55)

そして、さらに、その中から、ラジオ放送及びテレビ放送を利用する割合を計算して、それらからの収入を年間155万ドルとした。(4.59)

次に米国著作権法110条(5)(B)で除外の対象となる事業者として、施設の面積基準で除外されるものが53.9%、器具の数で除外の対象とされるものが、それら以外の10%である4.6%あるとして、それらの合計の58.5%の施設が、除外対象となるとされ、これによる除外部分は、約91万ドル(155万ドル×0.585)であるとされた。(4.69)

さらに、98年以降の経済成長による補正を、本件仲裁に付された時点まで行い、その結果、利益の無効化又は侵害の程度として110万ドルを認定した。(4.73)
(米国及びECの主張と認定金額の関係については、本書末尾の図を参照)

III 検討

- 1 対抗措置としての譲許その他の義務の停止の程度について、DSU22.6の仲裁ではなく、DSU25条の仲裁に付することができるのか。

対抗措置としての譲許その他の義務の停止の程度については、DSU22.6が、対抗措置を取られた加盟国からの異議に基づく仲裁手続きを定めている。現に、本件以外の対抗措置としての譲許その他の義務の停止についての判断は、例外なくDSU22.6の手続きで判断されている。従って、対抗措置としての譲許その他の義務の停止についての判断は、DSU22.6以外では判断できないのではないかが問題になるのである。しかし、本仲裁は、対抗措置としての譲許その他の義務の停止の程度についてDSU25条での仲裁に付することも可能であるとした。本仲裁の判断は妥当であると考えられる。

条文解釈上は、DSU25条1項の「紛争解決の代替的な手段」との文言における「紛争」について、何らの限定もされていないということから、パネル手続の対象となる協定上の紛争だけではなく、紛争解決手続きに関する手続上の問題や、無効化又は侵害の程度とい

った問題についても、別個独立の紛争として仲裁の対象になると考えることに論理的な問題は無いと考えられる。加えて、同じくDSU25条1項が「両当事国によって明示された問題」について仲裁を行うことができるとしていることから、本件仲裁裁定の結論は論理的にも正当であると考えられる。そしてなにより、本件仲裁裁定でも触れられている通り、このような解釈が、貿易制限的でない形で、当事者間の合意による解決を促進できるとの観点から、WTO紛争解決手続きの本旨に合致すると考えることができる。

なお、本件仲裁判断で、「このように解釈しても、他の加盟国の権利を侵害するものでもない」との判断部分は、唐突にも思えるが、本件仲裁手続きが、代償に関する交渉を補完するものであるという性格に鑑みれば、かかる代償措置についての交渉、決定の内容が他国の権利を侵害することは通常ありえないところであるから、当時国間で自由に認められるべきであり、この考慮は相当なものと考えられる。

そして、DSU22.6は妥当な期間経過後20日以内に代償について合意がなかった場合に、妥当な期間満了から60日以内に完了するものとされるなどの手続き的な制約があるが、これらが利益の無効化又は侵害の程度について判断をするのに必要不可欠でもないと考えられることから、本件のように、妥当な期間経過前から、仲裁を開始することを妨げる理由はないと考えられる。

2 利益の無効化侵害とは（先例の検討）

EUのバナナ輸入制限のDSU22.6仲裁^{viii}では、卸売りサービスについてGATS違反の問題を取り上げ、対抗措置をとろうとする加盟国の卸売り企業全体の利益の無効化侵害と対等額での対抗措置を考えるべきものとした。そのため、EUの関税措置をWTO整合的なものとする方法として可能ないくつかの選択肢の中から、無差別の関税割り当てを行うとともにACP諸国からは無税の輸入を認めるという実施措置を仮定して、それに基づいて利益の無効化侵害を認定した。

これに対して、EUのホルモン牛肉に関する措置についてのDSU22.6仲裁^{ix}では、合理的な実施の期間の終了時点で、輸入禁止措置が撤廃された場合の輸入数量について検討し、現在、ホルモンが使用されていない牛肉でEUに輸入されている牛肉の数量をそれから引いたものが、侵害を受けている利益であるということができるとした。したがって、この輸入数量を前提とする輸入金額を上限として、関税譲許の停止をすることができるとした。

また、米国の1916年AD法についてのDSU22.6仲裁^xでEUは、1916年AD法と同種の法律

(a so-called “mirror” regulation)を制定することの対抗措置としての承認を求めたが、仲裁では、質的な対等であるかどうかを検討することはDSU22.7で禁止される停止される義務の性質を検討することになること、同様の措置でも、具体的な事情によりその貿易上の効果は変わりうるのであるから、このような質的な対等をとることは、停止する義務が無効化侵害の程度を上回る可能性があることから、承認できないとした。そして、1916年法の判決及び和解により現実に侵害された利益(貿易萎縮効果は含まれない。)を上限とするとの制限を付することが必要とされた。

(なお、補助金協定違反についての事件については、利益の無効化侵害を觀念しないため、異なる判断基準が採用されているので、ここでは対比の対象とはしない。^{xi})

そして、本件では後述のとおり、TRIPS協定に違反のあった状態と違反のなかった状態との間で、著作権者が得ることとなる利益に生じる差額が、無効化又は侵害された利益に当たるとの判断されている。

これらの判断に共通する考え方は、何が、「協定に基づき、直接若しくは間接に自国に与えられた利益」であるかを検討するということであり、それぞれの対象協定毎に、基準とするべき内容が決められることとなる。なお、1916年法についての仲裁では、対抗措置の程度との関係を考える場合には、質的な基準ではなく量的な基準を考えるべきであるとされており、これは相当であると考えられる。従って、何が協定により与えられた具体的な利益であるのか、そして、その侵害の具体的な量がどの程度であるかは、個別の協定ごとに、そして措置の内容ごとに慎重に検討することが必要となる。以下、本の判断内容について検討する。

3 無効化又は侵害された利益の性格と侵害の程度

ECは、本件米国法令で無効化又は侵害された利益は、単なる「期待」、ではなく、排他的な知的財産権であるから、「潜在的に享受し得た実施料のすべて」が無効化又は侵害された利益となるべきであると主張した。

このECの主張は、WTO協定上、他の加盟国の内国の制度を問題とする場合、例えば内国民待遇違反であれば、競争条件についての期待を保護するものであると考えられ、通常はこれを侵害する措置の撤廃を要求することになるのであるが、TRIPS協定違反の場合は、一定の排他的権利を守ることを他の加盟国に要求することになるのであるから、かかる権利の保障を完全に行うための作為(積極的措置)をも要求することができると考え

るべきであり、従って、加盟国がこのような義務を果たした場合に本来あるべき権利の完全なる実現を前提として、利益の無効化・侵害の程度を考えるべきものと主張するものであると理解される。

これに対して米国は、このような主張は、権利者に「たなぼた」を認めるものであり、「潜在的に享受し得た実施料のすべて」ではなく「実際に享受したはずの実施料」を基準とするべきであると反論した。

本件仲裁は、基本的には米国のスタンスに立って、加盟国の義務は、TRIPS 協定に従って排他的権利を保障するところまでであり、TRIPS 協定で保障された権利をどのように行使するのかは、著作権権利者の判断にゆだねられるのであるから、TRIPS 協定に違反のあった状態と違反のなかった状態との間で、著作権者が得た利益の差額が、無効化又は侵害された利益に当たるとの判断を示した。

確かに、EC の主張するところを押し進めれば、加盟国は、単に排他的な権利を制度として保証するだけでなく、排他的な権利を持つ者が、（経済的な合理性を度外視して、多額の費用がかかるとしても）少しの例外もなくその権利を完全に行使すること、つまり、全く知的財産権侵害が発生しない状態とすることまで、加盟国において保証することが必要となってしまうかねない。これは、明らかに行き過ぎであると考えられる。

これに関連するのは、TRIPS 協定 41 条 1 項の「加盟国は、この部に規定する行使手続きによりこの協定が対象とする知的所有権の侵害行為に対し効果的な措置がとられることを可能にするため、当該行使手続きを国内法において確保する。」との規定である。しかしながら、本件は、権利保障の程度とは関連があるものの、権利者による権利行使の程度が問題になっているものであるから、それらは理論的には区別されるべきものである。権利保障のレベルの低さが、TRIPS 協定 41 条 1 項の義務違反になるのであるとすれば、かかる保障レベルの低さ（効果的措置をとっていないこと）が、利益の無効化又は侵害を構成すると考えられるが、それについては、別途に協定違反に関して、主張及び立証を必要とするものと考えられる。

4 損害額の算定の方法

以上のことを前提とすれば、損害額の算定の方法については、米国著作権法 110 条 (5) (B) 導入前後で、「実際に享受したはずの実施料」がどの程度失われたかを合理的に算定すれば良いのであり、（徴収された著作権料ではなく、配分された著作権料を基準とし

て計算された) 本件仲裁判断の論理的な道筋は妥当なものであると考えられる。しかし、これとの関係では、本件仲裁が前提とした証拠が限定されたものであったことに留意する必要がある。

5 証拠の採否について

本件仲裁では、米国の期限後の証拠提出については、本件事案の特殊性から、これを容認したが、集团的著作権管理組織からの提出証拠については、証拠申出があったにもかかわらず、提出時期の遅れから、これを、本件の判断の基礎とはしていない。このことは、DSU3条2項の規定が、「加盟国は」、「世界貿易機関の紛争解決制度」、「が対象協定に基づく加盟国の権利および義務を維持」するものと規定していることとの関係で問題になる。つまり、当事者間に協議する時間を与えるために、時期に遅れた有用な証拠を排除することは、対象協定に基づく加盟国の権利及び義務の維持の要請に反することになるのではないかと考えられるからである。

しかしながら、本件仲裁は、代償についての協議を補完するものであり、かかる性格を前提とすれば、判断の基礎とするべき証拠の範囲について、(他の加盟国の利益を侵害するものでない限り)当事国の自由な裁量を広く認めることがむしろ妥当であると考えられ、この点についての本件仲裁の判断は支持されるべきと考えられる。

ⁱ なお、著作物の実演または展示を収録する送信の伝達を、飲食施設などの事業者が、個人の家庭で一般的に使用される種類の単一の受信装置を用いて受信することによって、利用することは著作権侵害ではないとの規定(米国著作権法110条(5)(A))は、TRIPS協定13条の要件を満たしており、TRIPS協定9.1に違反するものではないとされた。

ⁱⁱ WT/DS160/R 上級委員会への申立はされず、2000年7月27日にDSBにて採択された。このパネルは、ガット・WTOの紛争処理に関する調査報告書XI129ページに、道垣内教授の報告がある。

ⁱⁱⁱ 仲裁人について米国及びECは、オリジナル・パネルのパネリストの選任を希望したが、議長及びパネリストの内1名の都合がつかなかったため、事務局長が新たに2名の仲裁人を選任した。(1.3)

^{iv} なお、証拠の秘密の扱いについては、上級委員会の秘密証拠の取り扱いと同様に、当事国以外には、公開版として情報の一部を表記しないものを作成することとされた。(1.24)

^v 本来は事実の存在の立証ではなく、厳密な意味での立証責任の問題ではない。また、最終的には、両国の主張以外の方法によることも可としているのであるから、立証責任に言及したのは、考え方の道筋を示すためのみと考えられる。

^{vi} 当初は2001年7月27日までであったが、2001年7月24日に延長され、2001年12月31日又は当時開催中の議会の終了時点のいずれから早い方と決められた。

^{vii} 著作権管理組織のASCAPは対象期間の3年間について現実の数値があるが、BMIについては、97年分しか提出されていないところ、BMIの数値については、ASCAPの傾向値から補正してこれを使用している。

^{viii} 米国申立にかかる仲裁事件(WT/DS27/ARB、1999年4月9日)とエクアドルの申立にかかる仲裁事件(WT/DS27/ARB/ECU、2000年3月24日)とがある。

^{ix} 米国の申立にかかる仲裁事件 (WT/DS26/ARB、1999年7月12日) とカナダの申立にかかる仲裁事件 (WT/DS48/ARB、1999年7月12日) とがある。

^x WT/DS136/ARB、2004年2月24日

^{xi} まずブラジルの航空機輸出ファイナンスプログラムについてのDSU22.6及びSCM4.11仲裁 (WT/DS46/ARB、2000年8月28日) では、補助金協定3.10の適当な対抗措置とは、撤廃されるべき補助金の額と対等なものであり、無効化侵害された利益との関係で決められるものではないとされた。しかし、その後、米国の外国小売業者への課税制度に関するDSU22.6及びSCM4.11仲裁 (WT/DS108/ARB、2002年8月30日) では、適当な対抗措置とは個別の事案ごとに決定されるものであるから、必ずしも補助金の額と対等である必要はないが、均衡を失する対抗措置を認めることを意味するものではないとされ、カナダの地方航空機産業に対する輸出信用及び融資保証についてのDSU22.6及びSCM4.11仲裁 (WT/DS222/ARB、2003年2月17日) でも、この考え方が踏襲されている。従って、補助金協定上の対抗措置の場合には、適当な措置が認められるべきであり、補助金が禁止されているという事実と照らして均衡を失する対抗措置を認めるものではないという限度での制限があるのみであって、利益の無効化侵害の程度は問題とならないと考えられる。

利益の無効化又は侵害についての両国の主張について

