

米国の著作権法 110 条(5)

(パネル報告 WT/DS160/R, 提出日: 2000 年 6 月 15 日 採択日: 2000 年 7 月 27 日)

道垣内正人¹

I. はじめに

これまで、「文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約」の解釈適用が国際的な紛争解決機関によってなされたことはないところ(同条約上の紛争は ICJ に付託されることとなっている(同条約 33 条))、「加盟国は、1971 年のベルヌ条約の第 1 条から第 21 条まで及び付属書の規定を遵守する。・・・」と定める TRIPS 協定 9 条 1 項によってベルヌ条約上の権利義務が TRIPS 協定に組み込まれた結果、WTO 紛争処理制度の適用対象となり、本件において初めてベルヌ条約の解釈が国際的に示されることとなった。

本件で問題となった「制限及び例外」に関する TRIPS 協定 13 条は、「加盟国は、排他的権利の制限又は例外を著作物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の場合に限定する。」と規定している。これは、条約には規定されていない著作権の制限・例外規定を国内法において置くことを認めるとともに、その場合には、①「特別の場合(certain special cases)」であること、②「著作物の通常の利用を妨げ(do not conflict with a normal exploitation)」ないこと、③「権利者の正当な利益を不当に害しない(do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder)」こと、以上の 3 つの要件を具備することを要求するものである(英語正文の語順による)。この具体的な意味内容について²、初めて判断を示した本件の意義は大きいものと思われる。

以下では、事実の概要とパネル判断の要旨を紹介した後、若干のコメントする。

II. 事実の概要

1999 年 1 月 26 日、EC は米国に対して、1998 年 10 月 27 日に改正された米国著作権法 110 条 5 項に関して協議要請を行い、協議不調を受けて、同年 4 月 15 日、EC は、DSU6 条及び TRIPS 協定 64 条 1 項に基づいてパネルの設置を求めた(パネル報告パラグラフ 1.1-1.2 以下、引用するパネル報告のパラグラフ番号のみを表記)。

DSB は、同年 5 月 26 日、パネルを設置した(1.3)。オーストラリア、ブラジル、カナダ、日本³及びスイスが第三国参加の権利を留保した(1.4)。同年 8 月 6 日、Carmen Luz Guarda

(議長)、Arumugamangalam V. Ganesan、Ian F. Sheppard の3名がパネリストとして選任された。

1998年法(Fairness in Music Licensing Act)により改正され、1999年1月26日に施行された1976年米国著作権法110条5項は、特定の演奏に関して、著作権者の排他的権利に対して制限を加える規定である(2.2)。問題となった米国の著作権法の条文は以下の通りである。

「110条[排他的権利の制限：一定の実演及び展示の免除]

第106条の規定にかかわらず、以下の行為は著作権の侵害とならない。

…

(5)(A) (B)号に定める場合を除き、著作物の実演または展示を収録する送信の伝達で、公衆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るもの。ただし、以下の場合を除く。

- (i) 送信を視聴するために直接料金が課される場合。
- (ii) 上記の受信された送信が、さらに公衆に送信される場合。

(B) 一般公衆が受信することを意図した非演劇的音楽著作物の実演または展示を収録する送信または再送信の施設による伝達であって、ラジオもしくはテレビの放送局として連邦通信委員会の免許を受けた局または視聴覚送信についてはケーブル・システムもしくは衛星通信事業者が発信したもの。ただし、以下の条件を満たす場合に限る。

(i) 飲食施設以外の施設が伝達を行うときは、当該施設の総床面積が2,000平方フィート未満(顧客用駐車場にのみ使用される部分を除く。)である場合、または、総床面積が2,000平方フィート以上(顧客用駐車場にのみ使用される部分を除く。)でありかつ以下のいずれかに該当する場合。

(I) 音声のみの実演の場合、合計6台以内のスピーカー(うち4台以内が一つの部屋または隣接する屋外に設置されていること)によって伝達されること。

(II) 視聴覚による実演または展示の場合、実演または展示の映像部分が4台以内の視聴覚装置(うち1台は一つの部屋に設置されていること)によって伝達され、画面サイズが55インチを超えず、かつ、実演または展示の音声部分が合計6台以内のスピーカー(うち4台以内が一つの部屋または隣接する屋外に設置されていること)によって伝達されること。

- (ii) 飲食施設が伝達を行うときは、当該施設の総床面積が3,750平方フィート未満(顧客用

駐車場にのみ使用される部分を除く。)である場合、または、総床面積が 3,750 平方フィート(顧客用駐車場にのみ使用される部分を除く。)以上でありかつ以下のいずれかに該当する場合。

(I) 音声のみの実演の場合、合計 6 台以内のスピーカー(うち 4 台以内が一つの部屋または隣接する屋外に設置されていること)によって伝達されること。

(II) 視聴覚による実演または展示の場合、実演または展示の映像部分が 4 台以内の視聴覚装置(うち 1 台は一つの部屋に設置されていること)によって伝達され、画面サイズが 5 5 インチを超えず、かつ、実演または展示の音声部分が合計 6 台以内のスピーカー(うち 4 台以内が一つの部屋または隣接する屋外に設置されていること)によって伝達されること。

(iii) 送信または再送信を視聴することに対して直接料金が課されないこと。

(iv) 送信または再送信が、これを受信する施設からさらに送信されないこと。

(v) 送信または再送信が、公に実演または展示される著作物の著作権者の許諾を受けていること。」⁴

EC は、米国著作権法 110 条 5 項の(A)号及び(B)号は、TRIPS 協定 9 条 1 項並びにベルヌ条約 11 条の 2(1)(iii)及び 11 条(1)(ii)の義務に反していると主張した(3.1)。これに対して米国は、TRIPS 協定 13 条は「minor exceptions」を認めており、米国著作権 110 条 5 項はその要件に整合的であると主張した(3.3)。

III. パネル報告要旨

1. 本案前の抗弁---(省略)

2. 本案

i. ベルヌ条約 11 条の 2(1)(iii)及び 11 上(1)(ii)の権利とそれに対する「minor exception」

ベルヌ条約の実体的規則は、TRIPS 協定の一部を構成し、TRIPS 協定の規定として加盟国に適用されるものである(6.18)。ベルヌ条約 11 条の 2(1)(iii)により、著作権者は、放送された著作物を拡声器又は記号、音若しくは映像を伝えるその他の類似の器具を用いて公に伝達することを許諾する排他的権利を享有している。また、ベルヌ条約 11 条(1)(ii)により、著作権者は、著作物の上演及び演奏を何らかの手段により公に伝達することを許諾する排他的権利も享有している(6.23)。

アメリカは、問題となっている米国著作権法 110 条 5 項(A)及び(B)がベルヌ条約 11 条 2 の(1)(iii)及び 11 条(1)(ii)に関連するものであることは認めている(6.27)。しかし、ア

アメリカは「minor exception」として許容されるものである旨主張しているので、TRIPS 協定上、その一部を構成するベルヌ条約上の権利について「minor exceptions」理論が適用されるのかどうかについて、まず、この理論がベルヌ条約の「経験(acquis)」をどの程度構成するものであるかを検討する(6.42)。

ブラッセル外交会議(1948年)の一般報告書によれば、各国法上の既存の様々な「minor exceptions」を維持することを加盟国に許容する一般的規定を挿入することがブラッセル外交会議において提案されたが、かかる一般的規定が既存の「minor exceptions」を拡大することにつながることを懸念され、その提案は採択されず、「minor exceptions」の可能性に関する陳述が一般報告書の中でなされることとなった(6.52)。その一般報告書によれば、いわゆる「minor exceptions」にあたる国内法令の適用可能性について明確な言及をすることが一般報告者に委ねられたとされており、このことは重要な点である。

パネルとしては、これは、条約法条約 31 条 2 項(a)の定める「条約の締結に関連してすべての当事国の間でされた条約の関係合意」に該当するものと解する。その根拠としては、第 1 に、11 条の 2 (1)(iii)及び 11 条(1)(ii)の規定が「minor exceptions」理論に言及している一般報告書の採択と同時に導入されたこと、第 2 に、この理論がベルヌ条約の改正の実質に関わるものであること、第 3 に、一般報告者がこの理論について明確な言及をすることを委ねられた旨の明確な言及のある一般報告書が正式に採択されていること、以上を挙げることができる(6.53)。さらに、ベルヌ同盟加盟国及び TRIPS 協定締結以前及び以後における WTO 加盟国の国家実行も、パネルのこの結論が支持されるものであることを示している(6.55)。

ii. TRIPS 協定における「minor exceptions」理論の法的位置づけ

次に、この理論が TRIPS 協定に組み込まれているかどうかについて検討する(6.60)。

TRIPS 協定 9 条 1 項の文言を見る限り、「minor exceptions」理論を TRIPS 協定に組み込んでいるとも言えないし、それを否定しているとも言えない(6.61)。しかし、TRIPS 協定には、11 条の 2 及び 11 条の排他的権利について「minor exceptions」を認める可能性を否定する文言はなく、仮に、TRIPS 協定への組み込みが、ベルヌ条約の条文のみであって、条文に関連する *acquis* (経験) 全体を含まないのであれば、TRIPS 協定 9 条 1 項はその旨を明示的に規定したはずである(6.62)。TRIPS 協定 9 条 1 項にそ

れを排除することが明示的に示されていないことから、パネルとしては、「minor exceptions」理論を含むベルヌ条約に関する *acquis*(経験)全体が TRIPS 協定に組み込まれたと結論する(6.63)。

iii. TRIPS 協定 13 条の範囲

EC は、「制限及び例外」を定める TRIPS 協定 13 条は TRIPS 協定に新たに導入された権利にのみ適用されるものであると主張している。しかし、13 条の文言及び文脈からはそのような解釈を導くことはできない。また、「minor exceptions」はベルヌ条約の解釈における文脈を構成すると認められるので、TRIPS 協定 13 条を TRIPS 協定に組み込まれたベルヌ条約 11 条の 2(1)及び 11 条(1)に適用しても、ベルヌ条約における適用基準と異なる基準を導くことにはならないと考える(6.81)。パネルとしては、13 条はベルヌ条約のルールをより明確に規定したものであるという米国の主張を認める(6.82)。

iv. ベルヌ条約 11 条の 2(2)

EC は、ベルヌ条約 11 条の 2(1)に対する例外については、公正な補償金が払われるべきであり、米国著作権法 110 条 5 項はこれに反すると主張している(6.85)。その根拠として挙げられているのは、ベルヌ条約 11 条の 2(2)であり、これは「(1)に定める権利を行使する条件は、同盟国の法令の定めるところによる。ただし、その条件は、これを定めた国においてのみ効力を有する。その条件は、著作者の人格権を害するものであってはならず、また、協議が成立しないときに権限のある機関が定める公正な補償金を受けられる著作者の権利を害するものであってはならない。」と定めるものである。

パネルとしては、ベルヌ条約 11 条の 2(2)と TRIPS 協定 13 条は異なる場合を規律するものであると考える。ベルヌ条約 11 条の 2(2)は、(1)の各号の権利が行使される場合の条件を規定するものであり、公正な補償金の権利と人格権が侵害されない限りにおいて権利行使に対して条件を付すことができるというものである。しかし、11 条の 2(2)は、13 条とは異なり、無償の著作物使用を正当化するものではない(6.87)。他方で、11 条の 2(1)の排他的権利に対する「制限及び例外」は、TRIPS 協定 13 条の要件を充足すれば認められ、その場合に各国政府は、無償の著作物使用、及び権利者の許諾の不要を含めた権利の制限が可能となる(6.88)。

パネルとしては、米国著作権法 110 条 5 項は、権利者の許諾なしに、かつ使用料なし

に著作物を使用するという例外を含むものであり、これが TRIPS 協定上の義務に整合的であるかどうかは、TRIPS 協定 13 条の定める 3 要件に照らして検討されるべきであると考え(6.91)。

v. TRIPS 協定 13 条における 3 要件

a. はじめに

以下では、13 条の 3 要件のそれぞれを、米国著作権法 110 条 5 項の(B)号及び(A)号に対して適用していく(6.98)。パネルは、第 1 の要件に関しては免除の範囲の限定性について、第 2 の要件に関しては著作物の通常の利用に抵触する程度について、第 3 の要件に関しては権利者の正当な利益を侵害する程度について注目して、提出された情報に照らして検討を行う(6.99)。その検討の際に、米国は、免除の導入によって権利者に対して実際にどのような影響があるかを考慮すべきであると主張し(6.100)、他方、EC は、免除の導入によって権利行使に関する権利者の機会にどのような潜在的影響を与えるかを考慮すべきであると主張しているが、以下ではその点についても判断することとする(6.101)。

b. 「特別の場合(certain special cases)」：3 ステップ・テストの第 1

イ 一般的な解釈分析

13 条の「制限及び例外」という概念は、それぞれ、「例外」がルールからの逸脱を認めるものであり、「制限」が権利の削減を意味する点において、一部重なり合うものである(6.107)。「certain」という用語の通常の意味は、例外及び制限は明確に定義される必要があるということであるが、例外が適用されるあるゆる場合を特定する必要はないと考える(6.108)。さらに、「special」という用語は、質的にも量的にも限定的な範囲において、また、明確な趣旨においてかつ狭い範囲でなければならないことを意味している(6.109)。「case」という用語は、本件の文脈においては、例えば、例外規定の受益者、装置、著作物の種類等を指す(6.110)。

公共的な目的が必要かどうかに関しては、パネルとしては、「特別の場合(certain special case)」は単なる「特別な目的」とは同じではないと解する。この点につき、GATT や GATS における内国民待遇規定の解釈において、国内法令の目的を見るといふ解釈を否定した上級委員会の見解を再び確認する(日本酒税 II 事件、EC バナナ III

事件、6.111)。パネルとしては、「特別の場合」とは、明確に特定され、範囲の狭い制限及び例外であることを要求するものであって、正当な目的を要求するものではないと考える。もちろん、公共的な目的の存在は、その例外及び制限が、明確な定義を持つものであり、範囲が限定されているものであるという判断の際に有用である(6.112)。

以下では、米国著作権法 110 条 5 項の(B)及び(A)号について、まず、例外が明確に定義されたものかどうか、次に、適用範囲が狭いかどうかを検討する。この点について、(B)号によって免除を受ける飲食店及び小売店、及び(A)号によって免除を受ける事業者の割合を考慮する。また、補足的に、当該規定の政策目的を検討する(6.113)。

ロ (B)号における事業者免除について

Congressional Research Service によると、3500 平方フィート未満の広さに含まれる飲食店、及び 1500 平方フィート未満の広さに含まれる小売店の割合は、1995 年の調査によれば、65.2%の飲食店（食事専用）、71.8%の飲食店（飲むこと専用）、27%の小売店である(6.118)。米国は、飲食店に関する上記の数字については認めている(6.119)。本件で問題となっている(B)号は、3750 平方フィート未満の広さの飲食店、及び 2000 平方フィート未満の広さの小売店に適用されるので、パネルとしては、「制限及び例外」の範囲は上記のものよりも大きいものとする(6.120)。

1999 年に Dun & Bradstreet Inc.が ASCAP(American Society of Composers, Authors and Publishers:米国の著作権集中管理団体)からの依頼で行った調査によると、装置に関する制限を考慮していない数字ではあるが、70%の飲食店（食事専用）、73%の飲食店（飲むこと専用）、45%の小売店が(B)号による免除を受けているという(6.123)。パネルは、この調査結果を再検討する立場にはないが、この調査結果は、1995 年の Congressional Research Service の調査と概ね一致するものであるように見える(6.124)。

EC は、これらの調査結果から、70%の飲食店及び 45%の小売店が、事業者免除を潜在的な受益者であると指摘している(6.125)。

パネルとしては、問題となっている免除規定が「特別の場合」という要件に十分に整合的であるかどうかは、EC の主張のように、免除の潜在的な受益者の範囲が問題であるとする。もっとも、米国が主張するように、使用料を払うのであれば、ラジオ・テレビから音楽を流さないとか、その他の手段に変えることなどが考えられるの

で、実際に事業者がどのように行動するのかは分からない。したがって、パネルとしては、Congressional Research Service 及び Dun & Bradstreet の調査による数字を、そのまま潜在的な事業者免除の範囲に関係するものとしては考えない(6.127)。米国は、(B)号が限定する範囲内のサイズの飲食店及び小売店に関する数字は提出しているが、装置（拡声器や画面サイズ）の条件を満たすことで音楽を無償で流すことができるサイズの大きい事業者に関する情報は提出していない。この点を考慮すれば、実際に(B)号で免除を受ける事業者の数はより大きいとも思われる(6.129)。

条約の準備作業の資料によれば、ベルヌ条約 11 条の 2(1)(iii)は、映画館、レストラン、喫茶店、列車の車両、工場、店、オフィスなど人々が集まる場所において、権利者が著作物の使用を許諾する権利を与えることを目的として起草されたものである。パネルに提出された事実に関する情報によれば、大多数の飲食店、及び約半数の小売店が(B)号の免除を受けることを示している。したがって、パネルとしては、当該免除が、第 1 要件の「特別の場合」には該当するものではないと判断する(6.133)。

ハ (A)号における家庭用免除について

1998 年に改正された 110 条 5 項の(A)号は、1976 年の旧規定と同一の文言を用いている。それ以前の判例であるが、米国の裁判所は、*Aiken* 事件(Twentieth Century Music Corp. v. Aiken, 422 U.S. 151(1975))をはじめとして、レストランや店が家庭用免除を受けることができるかどうかの判断にあたって、多くの要因を考慮してきた。(i)店の広さ、(ii)受信装置が家庭で一般的に使われているものか、(iii)受信装置とスピーカーとの距離、(iv)スピーカーの個数、(v)スピーカーがスタンド形式のものか天井の埋め込み式のものか、(vi)通常 BGM を流すための契約をするような性格の事業であるかどうか、などである (6.139)。

(A)号にあてはまる事業者の数としては、1995 年の Congressional Research Service 調査によれば、16%の飲食店（食事専用）、13.5%の飲食店（飲むこと専用）、18%の小売店が、*Aiken* 事件における問題となったレストランの広さ（1055 平方フィートの広さ）以下であるとされる。両当事国はこの数字を争っていない(6.142)。

パネルとしては、(A)号における潜在的な著作物使用者の範囲は、数量的な観点から限定されていると考える(6.143)。また、パネルとしては、1976 年以降の米国の裁判例を見る限り、家庭用免除は十分に狭い範囲で一貫した形で適用されてきたと判断す

るものであり、この点から、米国が家庭用免除を拡大するものとは考えない(6.144)。

パネルは、何が家庭用装置と捉えられるかは各国家によって様々であり、消費者の嗜好によっても異なり、また、技術の発展によっても変わりうるものだと考える。したがって、EC の主張のとおり、1976 年の規定における家庭用装置と、1998 年におけるそれとは必ずしも一致するものではないと考える。しかし、パネルとしては、「特別の場合」という用語においては、明確に定められてなくても、一般的に特定されればよいのであって、「家庭用装置」という用語はこの要件を満たすものであり、締約国は過度に詳細な技術的な特定を求められるものではないと考える(6.145)。

ニ (A)号に含まれる音楽の著作物

既述のとおり、「(B)号に定める場合を除き」という(A)号の文言は、演劇用でない音楽の著作物以外の著作物に免除を限定するものであるというのが両当事国の共通の見解である。したがって、家庭用免除は、歌劇、オペレッタ、ミュージカル、またはその他の類似した演劇用著作物の一部である音楽の伝達に対して適用されると解される(6.146)。このことから、パネルとしては、(A)号の適用範囲が狭いものであると考える(6.148)。

ホ インターネット送信

パネルとしては、家庭用免除がインターネット送信にも適用される可能性を排除することはできない。現時点においては、家庭用免除がインターネット送信に適用された例はないが、将来の潜在的影響がパネルの(A)号に関する結論にどのように影響するかは分からない状況である。パネルとしては、新しい技術によって演劇用の音楽著作物を配信する新しい方法を創り出されることが、(A)号の評価に対して意味を持つものであるという可能性を否定するものではない(6.153)。

へ その他の考慮点

House Report(1976 年)によれば、通常の受信装置による送信の公の二次使用は、さらなる著作権法上の責任を課すには間接的で微量なものであるとされている。さらに、Conference Report(1976 年)によれば、この規定の目的は、商業的 BGM について特別の契約を締結するほどには大きくない弱小な商業事業者を免除することにあつ

たとされる(6.155)。

既述のとおり、パネルは、13条の第1要件において、例外及び制限の正当性を判断することが要求されるという考えを否定するものであるが、公共政策的な目的が、免除の適用範囲を定めることにおいて補足的に関連するものであることを認める。上述の立法史における陳述は、適用範囲が狭いものであるという意図を示している(6.157)。

最後に、パネルは、ベルヌ条約 11 条及び 11 条の 2 の文脈において、「minor exceptions」理論、すなわち *de minimis* な範囲で例外を認めることが許容されることを再び確認する(6.158)。(A)号の立法史、国内裁判所の実行、許容される装置及び著作物の範囲を考慮すれば、パネルとしては、(A)号における家庭用免除は、十分に定義されており適用範囲が限定的なものであり、「特定の特別な場合」に限定されたものであると判断する(6.159)。

ト その他の2要件を検討する必要性

パネルは、米国著作権法 110 条 5 項の(B)号は TRIPS 協定 13 条の第1要件に従うものではないと判断した以上、例外のためには 13 条の 3 要件すべての具備が必要であることを考慮すれば、(B)号が 13 条の要件を充足しないものと結論する。しかし、パネルは、(A)号と(B)号が密接に関連していることに鑑み、その他の2要件と(B)号の関係について検討を続けて行うこととする(6.160-6.161)。これは、豪州のサケ事件において上級委員会が示した「訴訟経済」の見解、すなわち、紛争解決のために必要なすべての請求及び措置について検討することが求められ、紛争の一部を解決することは誤った「訴訟経済」であるという見解に従うものである(6.162)。

c. 「著作物の通常の利用を妨げ(do not conflict with a normal exploitation)」ないこと :

3 ステップ・テストの第2

イ 一般的な解釈分析

音楽著作物の「利用」とは、著作権者が、著作物に対する権利から経済的な価値を引き出すためにする行為のことである(6.165)。「通常の」とは、2つの意味がある。すなわち、第1は、経験的な側面として、一定で普通の典型的なことを意味し、第2としては、より規範的な側面として、あるタイプや基準に合致していることを意味する(6.166)。「通常の」利用とは、権利の完全な使用を意味するものではない(6.167)。

パネルとしては、13条は「著作物」という用語を用いているが、その意味は著作物の「排他的権利」を意味していると解するものであり、13条の第2要件における「著作物」の意味は、著作物に関する権利の一部を意味するものではなく、問題となっている著作物に関連するすべての権利を意味するものであると考える(6.171)。また、パネルは、制限及び例外が著作物の通常の利用に抵触するものであるかどうかは、排他的権利の一つ一つについて対等に判断されるべきであるという EC の見解と同意見である。

さて、著作物の使用が 11 条の 2(1)(iii)及び 11 条(1)(ii)において与えられた権利の通常の利用にあたるかどうかの判断方法に関して、米国は、「通常の利用」は、免除規定がなければ得られるはずであった使用料について、どの程度の「市場転換 (market displacement)」があったのかという経済的分析によって判断されるのであると主張している。具体的には、著作権者が、著作物の利用を通常は期待する市場があるかどうかの問題であり、著作権者が通常は補償金の支払いを期待しない使用は、通常の利用にはあたらぬと考えられるとの主張である(6.177)。パネルとしては、このような判断方法は、「通常の利用」という用語の第 1 の意味である経験的な数量的側面を反映するものであると考え、この方法を採用することとする。

次に、「通常の利用」という用語の第 2 の意味である規範的な側面に関する判断方法については、1967 年のストックホルムの改正会議におけるスタディ・グループの見解が参考になる。それによると、条約の締約国は、著作物の経済的競争に入っていない範囲、すなわち、重大な経済的及び実質的な重要性を有すると思われるすべての形態の利用が著作権者に保持されている範囲において、権利の制限をすることができるという(6.179)。したがって、「通常の利用」の規範的な側面の検討においては、現在収益が得られている利用形態の他に、重大な経済的及び実質的な重要性が得られるであろう利用の形態を含んで検討するというのは一つの方法である(6.180)。逆に、免除されていない著作物使用の経済競争に入っていない範囲に限定されている制限及び例外は、通常の利用とは抵触しないものと考えられることができる(6.181)。

EC は、例外の影響をはかる場合には、著作物の使用者に経済的利益をもたらす、あらゆる形態の使用は通常の利用にあたるという基準を用いることを主張しているが、排他的権利としてカバーされている使用のすべての形態が必ずしも常に通常の利用に抵触するものではない(6.182)。パネルとしては、通常の利用に抵触する制限及び例外

とは、著作物の使用が著作者が通常得られるはずの経済的価値を奪うという形で経済競争に関係する場合のことを指すものとする(6.183)。

さらに、この点につき、EC は、例外の実際的な市場への影響ではなく、市場への潜在的な影響を考慮すべきであると主張しているが(6.184)、このような考え方は、GATT3 条についての解釈、すなわち、外国産品に対する同等の競争条件及び競争の機会に悪影響を及ぼす可能性があるかどうかを評価するという解釈に類似するものである(6.185)。パネルとしては、著作物の通常の利用は、実際に免除に該当し許諾を受けずに使用している者の他に、著作権者からのライセンスを受けずに使用しようとしている者によっても影響を受けると考える(6.186)。パネルとしては、実際的かつ潜在的な影響の評価にあたっては、現在及び近い将来の市場における商業的・技術的条件に基づいて行うこととする(6.187)。また、パネルは、「通常の利用」の状態については、本件で問題となっている米国の市場のみを対象として検討することとする(6.189)。

ロ (B)号における事業者免除

米国は、事業者免除が対象としている市場はこれまで集中管理団体によって著作権管理がされてこなかった市場であるという主張を裏付けるため、いくつかの数字を提出している(6.193-6.195)。

集中管理団体が、ライセンスを与えていたのは 10.5%のレストランであるとされているが、これは、*Aiken* 事件で適法とされた広さ(1.055 平方フィート)を超えるもの(あるいは、小さいレストランであっても装置に関する制限を満たさなかったもの)であると思われ、米国の提出した数字によって、*Aiken* 事件の広さを超えるサイズのレストランで、音楽を流しそうなものの多くがライセンスを受けていないことが推認される。このことは、類似の利用者の中で、ある者は使用料を払い、ある者は払わないという現状を示しているが、そのような徴収状況が普通であるという証拠はパネルには提出されていない(6.197)。また、このような数字は、例外規定が著作権者の現在の期待に影響を与えてはいないという主張を説得的なものとするものではない(6.198)。

米国によれば、米国の集中管理団体は、1995 年に National Licensed Beverage Association (NLBA)と私的グループ・ライセンス協定を締結し(以下、NLBA 協定という)、当時の法令以上に免除を拡大しており、その内容は 1998 年に制定された公正な音楽ライセンス法とほぼ同一のものであるとされる(6.201)。しかし、パネルとして

は、NLBA 協定は交渉によって成立したものであり、法令とは異なり、通常の利用に影響する市場の発展に応じて変更・終了が可能なものである以上、1998 年改正後の法令が TRIPS 協定 13 条の第 2 要件を充足するものであるかどうかの判断の際に、NLBA 協定の存在は影響を与えない(6.205)。

事業者免除によって、大多数の飲食店、及び約半数の小売店が免除を受けており、著作権者は、11 条の 2 (1)(iii)及び 11 条(1)(ii)に基づく権利行使による潜在的収益を失っている(6.206)。

さらに、事業者免除においては、ラジオやテレビによる放送がカバーされ、コンパクトディスクやカセットテープ（あるいは生演奏）による音楽著作物の演奏はカバーされていない。米国は歴史的な理由があると主張しているが、区別する理論的理由は示されていない(6.207)。パネルは、音楽を流すメディアの違いによるこのような区別は、これまで録音物による演奏あるいは生演奏をしていた事業者が、放送による音楽の演奏にその選択を変更する誘因となるのではないかと考える(6.209)。

著作権者は、事業者免除によって免除を受ける事業者によって使用される放送された音楽について許諾する権利を期待するものであり、したがって、パネルとしては、かかる(B)号の適用範囲は、著作物の通常の利用に抵触するものであり、13 条の第 2 要件に反するものであると判断する(6.210-6.211)。

ハ (A)号における家庭用免除

(A)号は、人がラジオを聞きテレビを見るという場合(これは明らかに著作権の保護法益ではない)と、適切な装置を用いて放送された音楽を新たに公に演奏するという二つの場合を区別しようというものであり、その区別の基準として、通常受信装置によるものかどうかという基準を用いている(6.214)。

また、当該免除の受益者に関しては、1995 年の Congressional Research Service の調査によれば、その多くが、Aiken 事件のレストランと同じ大きさのものか、あるいはそれよりも小さいものであり、当該免除を受けられるのは、全体の飲食店及び小売店のうち比較的低い割合に限られるものであることに着目すべきである(6.215)。

以上により、パネルは、110 条 5 項の(A)号は、13 条の第 2 要件にいう著作物の通常の利用には抵触しないものと結論する (6.219)。

d. 「権利者の正当な利益を不当に害しない(do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder)」こと：3ステップ・テストの第3

イ 一般的な解釈分析

「利益」には、法的な権利の他に、潜在的な利益の損失も含まれる。つまり、実際的な利益の損失と潜在的なその双方を含む(6.223)。次に、「正当な」という用語は、法的な合法性の他に、より一般的に利益の保護という側面も有する(6.224)。さらに、「害する」ということは損失を意味し、「不当に」とは「合理的な」基準よりも若干厳しい基準を意味する。「合理的な」とは、「均衡性」や「適切さ」を意味する(6.225)。

「正当な利益」は、権利者に付与された権利の経済的価値を基準として測ることができる。しかし、「正当な利益」は、このような経済的価値に必ずしも限られるものではない(6.227)。より重要な問題は、どの程度の侵害が「不当な」と判断されるのかという点であるが、パネルとしては、制限あるいは例外によって、権利者の収益について不当な損失を与える潜在的可能性がある場合には、不当な侵害があると判断されると考える(6.229)。

ロ EC、米国、及び第三国の権利者の正当な利益

ECは、WTO加盟国すべての権利者に対する影響について検討すべきであると主張するが、米国は、ECの権利者の損失についてのみ検討すべきであると主張する(6.230)。パネルとしては、13条の第3要件の文言上、申立を行った加盟国の権利者のみに検討対象が限定される必然性はないと考える(6.231)。

ハ (B)号における事業者免除

ECによれば、(B)号によって、73%の飲食店(食事専用)、70%の飲食店(飲むこと専用)、45%の小売店が免除される点において、不当な侵害であることは明らかであるという(6.237)。これに対し、米国は、この数字は、多くの関連要因を考慮していない点において、侵害の程度を測るものとしては有用でないと主張している。すなわち、妥当な概算上の数字を導くためには、上記の数字から、(i)音楽をまったく流さない事業者、(ii)ラジオやテレビ以外の媒体によって音楽を流す事業者、(iii)1998年の改正以前にライセンスを受けていない事業者であって、集中管理団体がいずれにせよライセンスできないもの、(iv)NLBA協定(グループ・ライセンス協定)を利用できる

事業者、(v)集中管理団体により使用料の支払いを求められるのであれば、音楽を流すことをやめる事業者、以上の割合を差し引く必要があると主張している。米国は、これらの数字の概算を出すのは不可能であるが、かなりの数の事業者がこれらに該当するのではないかと主張している(6.238)。米国著作権法 110 条 5 項が 13 条の要件を充足するものであるかどうかについては、米国が最終的に立証責任を負うものであり(6.239)、そのことを前提として、以下において、これらの要因の関連性について検討する。

確かに、米国が主張するように、事業者が使用料の支払いを求められるならば音楽を流すことをやめる可能性のあることは認められるが、他方で、現在、録音物を用いて音楽を流している事業者、あるいは音楽を流してなかった事業者が、免除を受けるために、放送または有線放送による音楽演奏に変更する可能性があることも明らかである。ある媒体からの音楽演奏を無償とすることは、使用料の支払いが必要な媒体の使用をやめ、使用料のいらぬ媒体を選択する事業者の数を増やすだけでなく、権利保護されている音楽媒体の流通価格にまで影響する。したがって、音楽を流さないか、または別の媒体による音楽を流す事業者の数の概算は、ある時点における現実を反映しているかもしれないが、長期的視点で、様々な音楽媒体間での変動を考慮していないと解される(6.240-6.242)。

米国によれば、レストランのうち著作権料を支払っているものの割合は少なく、110 条 5 項の改正による集中管理団体の収益への影響は非常に小さいと主張している(6.244)。しかし、13 条の 3 要件の適用においては、実際的かつ潜在的影響の評価が重要である。実際的な影響のみが関係するものであるとすると、権利者が効果的に権利の行使をしてこなかったことや、権利行使のための集中管理団体が設置されていなかったことなどの状況と無関係に、例外が正当化されてしまうこととなり、このような解釈は TRIPS 協定における保護水準を損なうものとなるからである(6.247)。また、なぜ一部の使用者からは使用料を徴収し、他の類似の使用者からは徴収してこなかったのかという点について説得的な説明がなされていない(6.248)。したがって、事業者免除による権利者の正当な利益の侵害に関して、当該免除が施行された当時、集中管理団体からライセンスを受けていたレストランからの収益に対する実際的な損失を考慮するだけでなく、その当時、ライセンスを受けていなかったものの、音楽を流す可能性のある同じサイズのレストランからの潜在的な収益の損失をも考慮する必要が

あると考える(6.249)。NLBA 協定に関しては、第 2 要件の際に述べたとおり、国内法令における免除規定が条約に適合しているものであるかを審査する際の判断要素にはなりえないものである(6.250)。以上により、パネルとしては、事業者免除を評価する際に、米国があげた要因を重視することはできない。

紛争当事国が提出している情報の多くは、権利者の実際の損失に関連するものである。これらの数字のみが、侵害の程度を測る要素ではないことに注意して、以下ではこれらの数字について検討する(6.251)。米国は、ASCAP からの EC 権利者への配当についての 1 年分の損失は、29 万 4113 ドル～58 万 6332 ドルであり、BMI からのそれは 12 万 2000 ドルであると主張している(6.252)。これに対して、EC は、権利者の一年分の損失は、5365 万ドルであると主張している(6.253)。

これらの数字の違いは、計算の出発点の違い及びパラメーターの違いにある。以下では、その相違点及び類似性を指摘する(6.254)。米国の計算方法は、“Top Down”方式であり、ASCAP 及び BMI の年間平均収益を出発点にしている。しかしながら、これは、その当時ライセンスを受けていたとされる 10.5%～19%のレストランからの徴収を前提としているもので、旧家庭用免除を受けている事業者からの収益や当時ライセンスされていない事業者からの収益を含むものではない(6.255)。他方、EC の計算方法は、“Bottom-up”方式であり、事業者免除のサイズ制限の中に入るレストラン及び小売店全体の数を出発点としている。そして、この数字に、100%遵守を前提として、ASCAP 及び BMI における最低使用料を当てはめる(6.256)。さらに、両者の違いとしては、EC はすべての権利者を対象としているが、米国は、EC の権利者のみを対象としている。

両者が類似している点としては、それぞれの出発点となる値から、推定に基づいて、多くのものを差引いている。例えば、現実に徴収できる収益の割合や、ラジオ放送している事業者の割合、あるいは事業者免除のサイズ制限の中に入ってくる事業者の割合などに関する推定である(6.258)。さらに、両者は、その他の集中管理団体やテレビの音楽放送を対象に入れていない点、(B)号の装置要件について検討に入れていない点も類似している。双方とも、これらの要因は、概算結果に本質的な影響を与えないものと捉えているようである(6.259)。パネルは、このように、双方とも多くの推定や前提を計算に含んでいることに注意するものである(6.260)。

両者の重要な違いの一つとして、米国は、旧家庭用免除を受けていない事業者であ

って、実際に使用料を支払っているもののみに対する損失を検討しているという点がある。パネルとしては、免除規定の潜在的影響を考慮することに照らすと、それ以外の使用者からの潜在的な収益に対する損失も関連するものと考え(6.261)。

以上により、パネルとしては、米国は、事業者免除が権利者の正当な利益を不当に害するものではないことを十分に立証するものではないと判断し(6.265)、110条5項の(B)号が、TRIPS 協定 13 条の第 3 要件を充足するものではないと結論する(6.266)。

ニ (A)号における家庭用免除

既述の家庭用免除の旧規定に関する立法趣旨はここでも重要である(6.269)。また、1998年改正により、(A)号は「演劇用」音楽に適用範囲が限定されることとなったと言う点については当事国双方に異論はない。この点に照らせば、パネルは、演劇用音楽の公の伝達が、利益の不当な侵害をもたらすような経済的または実質的な重要性を持つものとは解されない(6.270)。また、パネルは、家庭用受信装置による小さな事業者による音楽演奏が、集中管理団体による収益源として大きいものではないことを認める。その他、不当な侵害をもたらすような潜在的な損失があるとの説得的な情報は提出されていない(6.271)。

以上により、パネルとしては、110条5項の(A)号における家庭用免除が、13条の第3要件にいう権利者の正当な利益の不当な侵害をもたらしてはいないと結論する(6.272)。

3. 結論及び勧告

(a) 米国著作権法 110 条 5 項の(A)号は、TRIPS 協定 13 条の要件を充足しており、したがって、TRIPS 協定 9 条 1 項によって同協定に組み込まれたベルヌ条約 11 条の 2(1)(iii)及び 11 条(1)(ii)にも整合的である。

(b) 米国著作権法 110 条 5 項の(B)号は、TRIPS 協定 13 条の要件を充足しておらず、したがって、TRIPS 協定 9 条 1 項によって同協定に組み込まれたベルヌ条約 11 条の 2(1)(iii)及び 11 条(1)(ii)にも整合的ではない(7.1)。

パネルとしては、DSB に対し、米国著作権法 110 条 5 項の(B)号を TRIPS 協定上の義務と整合的なものにするよう勧告する(7.2)。

IV. 解説

1. ベルヌ条約と TRIPS 協定の関係 —ベルヌ条約上の制限・例外と TRIPS 協定 13 条—

TRIPS 協定 9 条 1 項は、「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。…」と定めており、これによって、ベルヌ条約上の権利義務は TRIPS 協定に組み込まれている(「ベルヌ条約プラス・アプローチ」)。本件パネルは、TRIPS 協定に組み込まれたベルヌ条約上の権利義務の内容として、ベルヌ条約の条文それ自体だけではなく、ベルヌ条約上の国家実行や解釈に関する合意など含んだ形での権利義務も含まれるとし、「minor exceptions」理論が、条約法条約 31 条 2 項にいう関係合意及び文書に当たると判断され(6.53)、これがベルヌ条約 11 条の 2 及び 11 条上の経験として TRIPS 協定に組み込まれたとされた。

制限・例外を規定する TRIPS 協定 13 条の具体的な適用範囲をめぐっては、ベルヌ条約上の制限・例外の適用範囲とどのような違いがあるかについて、学説上、13 条と同様の文言を持つベルヌ条約 9 条 2 項⁵との関連から、次のような見解が示されている⁶。すなわち、まず、ベルヌ条約 9 条 2 項は複製権のみをカバーするものであるが 13 条にはそのような限定がないことから、より一般的な制限・例外規定としての 13 条が複製権以外の権利にも適用されることになることを指摘する。そして、ベルヌ条約上緩やかな制限・例外が許容されていた権利についても 13 条の 3 要件が適用されることで、許容される制限・例外の範囲が狭められる可能性に対して危惧を示し、ベルヌ条約上の制限・例外において締約国が有していた裁量をそのまま尊重するような解釈をするべきであるとする⁷。このような立場は、ベルヌ条約 9 条 2 項の適用においては比較的広い国家の裁量が認められてきたことを重視するものであり、それと同様に TRIPS 協定上も国家の裁量が維持されることが著作権法上の政策として適切であるという考えに基づいている。すなわち、各国が規定する制限・例外は、著作権保護の効果と、著作物の創作の促進、あるいは知識や芸術的表現の普及という効果をバランスさせたものであり、そのバランスについては各国の判断が尊重されるべきであるというのである⁸。

本件パネルが示した判断は、このような学説とは異なるものであったが、ベルヌ条約と TRIPS 協定 13 条との関係について一定の答えを出したものとして意義を持つものと思われる。パネルは、13 条のルーツがベルヌ条約 9 条 2 項にあることについて触れはしたが、13 条とベルヌ条約 9 条 2 項との関連では議論せず、その代りに、13 条は、TRIPS 協定に組み込まれたベルヌ条約上の経験としての「minor exceptions」理論を明確に規定した

ものであり、同理論の適用と同じ基準を持つものであるとの立場を示した(6.81-6.82)。パネルは、ベルヌ条約上の制限・例外と 13 条のそれは同じであるべきであると理解しており、より具体的に、13 条の 3 要件の適用がそのままベルヌ条約上の経験としての「minor exceptions」理論の適用を体現するものであると解している点が注目されるパネルは、13 条の適用にあたって、用語一つ一つの意味を明らかにした上で、各要件を適用するという方法をとっており、ルールの解釈適用の仕方としては妥当なものと評価できる。

問題は、各要件の具体的な適用が、著作権者の利益と公共の利益の調整という観点から妥当なものであったのかという点である。制限・例外規定は、著作者が著作物に対する報酬を受ける利益に対して、公共の利益、すなわち、情報を自由に流通させることによる教育の普及や次の著作物の創作の促進等の効果を比較し、2つの利益のバランス上認められてきたものである。そこで、この2つの利益の調整という観点から、どのような適用基準が採られているかというところを中心に、各要件の解釈適用における特徴的な点を指摘する。

i. 第1要件「特定の場合」

パネルがこの第1の要件の適用にあたって重要な判断基準としているのは、免除規定が適用される範囲、より具体的には、国内法の文言上の明確性・限定性、及び、免除の潜在的な受益者の数量的な範囲(6.109)である。

とりわけ、後者の、免除を受ける受益者の割合が *de minimis* であるかどうかというメルクマールは、3 要件の適用全体を通して重要な意味を持っているように思われる。パネルは、事業者免除については、免除を受ける事業者の範囲が広いこと（大多数の飲食店、半数の小売店）(6.133)、家庭用免除については、その範囲が狭いこと（約 15% 前後）(6.142)を指摘しているが、このことは、第2要件、第3要件における立証にも影響を有している。多くの事業者が免除を受けていることは、通常の利用との抵触がないことを示すことを困難にさせるし(6.206)、潜在的な収益の損失を測る上でも、免除を受ける受益者の割合が大きいことは潜在的な収益の損失も大きいことを意味する(6.256)。つまり、免除を受ける事業者の割合が大きいことは、要件を充足することをそれだけで困難にさせるのである。もちろん、この割合を示す数字だけで協定への不整合性が判断されるわけではなく、各要件審査を受ける必要があるが、免除規定の適用範囲が *de minimis* であることという基準は、著作権者の利益と公共の利益の一つの調整点として、

今後、各国法令において免除規定を立法する上でも参照されるべき目安であろう。

もう一点注目されるのは、パネルは、この要件をクリアする際に、特別な目的、すなわち、正当な公共の目的は必要ではないという考えを示していることである(6.112)。その根拠として、日本の酒税 II 事件及び EC のバナナ III 事件において、「目的と効果のアプローチ」が否定されたことをあげている(6.111)。しかし、これらの事件において政策目的を審査することが否定されたのは内国民待遇原則の適用においてであり、このことと、制限・例外が協定上許容されるものであるかを判断する場合に目的を考慮することとは意味が異なるように思われる (GATT20 条は措置の目的を前提に例外を許容している)。他方で、パネルは、政策目的は制限・例外規定の範囲や定義の明確性を判断するためには有用であるとも述べており(6.112)、実際、家庭用免除が各要件をクリアするものであるとする根拠を述べる際には、必ずその立法目的に言及している(6.155,6.213,6.269)。つまり、立法目的は、問題となっている規定が 13 条の要件をクリアするものであるかどうかを判断する際に、間接的ではあるが重要なポイントとして評価しているのである。著作権者の利益と公共の利益との調整という観点からは、立法目的を間接的な証拠として考慮することは、公共の利益を保護するための機能を持ち、かつ、著作権者の利益を侵害するものではないと思われるので、妥当な配慮であると言える。

ii. 第 2 要件「著作物の通常の利用を妨げ」ないこと

パネルがこの要件の適用にあたって重要な判断基準としているのは、問題となる免除規定が、経済的に重要性を持つ著作物の利用形態を実際にかつ潜在的に奪うものであるかどうかという点である(6.180,6.184)。この基準から、注目されるべきは次の 2 点である。

まず、実際的な影響の他に潜在的な影響も考慮することを指摘している点である。パネルは、潜在的な影響に着目することが GATT3 条における解釈において採られてきたことに触れ、TRIPS 協定の解釈にそれを安易に導入することについては注意が必要であるとしながらも、基本的にはそれに基づくものであるとしている(6.184-6.185)⁹。TRIPS 協定の趣旨が知的財産権の貿易に関連する側面に対して規律を及ぼすことにあることに鑑みれば、実際の貿易への影響ではなく潜在的な影響を考慮するという従来からの GATT パネルの方法に従った姿勢は適切なものと思われる。

潜在的影響を考慮することの重要性は、とりわけ、第2要件における米国の主張を退ける際のパネルの見解に強く表れている。米国は、事業者免除がライセンスの現状に照らして規定されたものであって、権利者の通常の利用に影響しない範囲で免除を与えているという主張をした(6.190,6.193)。これに対し、パネルは、確かに著作権者は、著作物のあらゆる利用形態に対して使用料をとることを期待してはいないかもしれないが、ある時点の市場状況に基づいて免除規定を立法することは、著作権者の潜在的な期待を制限するものであるとした(6.198)。実際、事業者免除に該当する飲食店や小売店の割合が大きいことを考えると、そのような立法によって潜在的な重要な収益源が奪われていることは明白であり、やはり、著作権者の利益の保護という点からは、実際の市場への影響を見るという方法は適切でないと見えよう。

次に注目されるのは、パネルが「通常の利用」の意味を明確にした点である。インターネットが発達した現代においては、著作権者がネットを通じて著作物のあらゆる使用形態から使用料を徴収することが可能になり、その結果、著作物使用のほとんどが「通常の」著作物の利用にあたることとなれば、第2要件をクリアすることが非常に困難になり公共の利益の保護という観点からは好ましくないという危惧がある¹⁰。この点については、パネルは、著作物のあらゆる使用形態が必ずしも通常の利用にあたるとは限らず(6.182)、重大な経済的・実証的な重要性を有すると思われる使用形態かどうかの問題(6.180)としている点が示唆的である。確かに、将来、技術の発展により、経済的・実証的な重要性を有すると思われる使用形態と、そうでないものの区別ができなくなる可能性は否定できないが、現時点においては、著作物の使用全体の中でも経済的に重要な使用形態が「通常の利用」であるという基準は、公共の利益への配慮という点からは妥当であろう。

iii. 第3要件「権利者の正当な利益を不当に害しない」

この要件の適用にあたってパネルは、不当な侵害の判断基準として、問題の免除規定が、権利者の収益に対して潜在的なものも含めて不当な損失を生じさせるものであるかどうかという点に注目している(6.229)。

事業者免除の審査の際、当事国双方がパネルに提出した、潜在的な収益の損失に関する数字は両者とも多くの推定を含んでおり、潜在的な収益の損失を測るのは困難をきわめた。結局、13条の要件を充足していることについて立証責任を負う米国側が、潜在的

な収益の損失がないということを立証することができなかったために、第3要件を充足していないと判断された(6.265)。パネルの吟味の仕方は、多くの考慮要因に照らして検討を行っており、米国の提出した数字を決定的なものではないと判断している点を含めて、妥当であると思われる。

なお、第1要件及び第2要件が充足できなかった場合は、ほぼ自動的にこの第3要件も充足できないと思われるため、独立の要件としてどれほどの意味を持つものか問題である。なぜなら、免除を受ける受益者の割合が高く、経済的に重要な利用を奪うような規定の場合、必然的に、権利者の収益に不当な損失を与えるものと考えられるからである。今後、なお一層のリファインが求められる。

2. 日本の著作権法38条3項第2文

最後に、本件で問題とされた米国著作権法110条5項に類似した規定として、日本の著作権法38条3項の第2文があり、そのTRIPS協定適合性については慎重な検討がなされるべきであろう。

V. その後の経緯

本パネル報告に対しては両当事国とも上訴はせず、2000年7月27日にDSBで本パネル報告は採択された。8月24日、米国は、DSU21条3項(a)に従った提案として15カ月を提案した。9月11日のDSB会合において、EUは本件パネル報告に従った法改正は単純なものであり、15カ月よりも短い期間で実施可能であるはずだと主張したため、上記の米国提案は承認されなかった。その後、米国とEUの協議が行われたが不調に終わり、10月23日、EUから仲裁を要請した。

Julio Lacarte Muro氏を仲裁人とする仲裁判断は2001年1月15日に下され、実施期限は2001年7月27日とすることとされた(WT/DS160/12)。

【注】

-
- ¹ 本稿の作成にあたっては、内記香子(東京大学法学部外国法文献センター助手)の協力を得た。
 - ² 尾島明『逐条解説 TRIPS協定』70頁(日本機械輸出組合・1999年)。
 - ³ 日本の意見書によれば、日本は、「minor reservations」であるかどうかの判断においてTRIPS協定13条の3段階テストを用いることができ、また、米国著作権法110条5項(A)号はTRIPS協定9条1項に整合的であるという見解を示している(Panel Report, Attachment, Japan, 3.4.1 Written Submission)。

4 山本隆司・増田雅子訳『外国著作権法令集アメリカ編』(CRIC)

(<http://www.cric.or.jp/gaikoku/america/america.html>)を参考にした

5 ベルヌ条約 9 条 2 項は、「特別の場合について、(1)の著作物の複製を認める権能は、同盟国の立法に留保される。ただし、そのような複製が当該著作物の通常の利用を妨げず、かつ、その著作者の正当な利益を不当に害しないことを条件とする」と定める。

6 Netanel,後掲 p.459-60; Heide,後掲 p.105 参照。

7 他方、一般的な規定である 13 条の制限・例外の範囲の方がベルヌ条約上の制限・例外の範囲よりも広いと捉える見解もある (Paul Edward Geller, *International Copyright: An Introduction*, in 1 INTERNATIONAL COPYRIGHT LAW AND PRACTICE 5[5][b][ii] at INT-205 (Paul Edward Geller & Melville B. Nimmer eds. , 1998); Paul Edward Geller, *Intellectual Property in the Global Marketplace: Impact of TRIPS Dispute Settlements?*, 29 INT'L LAW. 99, 113(1995))。

8 Helfer, 後掲 p.432-433.

9 パネルは、第 1 要件、第 3 要件においても当該免除規定の潜在的な影響に着目している。第 1 要件では、免除の潜在的な受益者の数量的範囲(6.127)、第 3 要件では、権利者の収益に対する潜在的な不当な損失(6.229)が主要な判断基準となっている。

10 See, Heide, *supra* note 3, at 106&n.11 (「通常の利用」の意味が曖昧であることに関連して、インターネットにより、あらゆる利用が通常の利用とみなされる可能性を指摘した上で、公共の利益の保護という観点から著作権を制限しようとする、著作権者の著作物の利用に対して常にある程度影響を与えずにはいられないと述べる)。