



Title	著作権法における権利制限規定の解釈と3 step test (4) : 厳格解釈から柔軟な解釈へ
Author(s)	小嶋, 崇弘
Citation	知的財産法政策学研究, 31, 45-75
Issue Date	2010-10
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/44341">https://hdl.handle.net/2115/44341</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ31_004.pdf



著作権法における権利制限規定の解釈と  
3 step test (4)  
— 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 (以上、第30号・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

##### —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 (続き)

##### (2) TRIPs プラスを規定する FTA が各国の著作権法に与える影響

##### —ケーススタディとしてのアメリカ・オーストラリア FTA—

では、FTA を通じて知的財産の保護水準が高められたことにより、各国の国内法にどのような影響が及ぼされるのだろうか。この点を具体的に論じるために、以下では、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の改正作業に与えた影響を検討する。

アメリカとオーストラリアの間で自由貿易協定を締結するという構想は1980年代から存在していたが、2000年以降、その議論は現実的なものになっていった<sup>342</sup>。両国間の対話は2001年から2002年にかけて行われ、FTA の締結に向けたアメリカとオーストラリアの間の正式な交渉は2003年5月17日に開始された。その後、交渉は急速に進展し、正規の交渉開始から1年も経過しない2004年2月8日に FTA の交渉は妥結した。2004年5月18日に署名されたアメリカ・オーストラリア FTA (Australia-United States Free Trade Agreement: AUSFTA<sup>343</sup>) には、知的財産の保護、とりわけ、著作権および著作隣接権に関する詳細な条項が含まれている<sup>344</sup>。オーストラリアがアメリカと FTA を締結した目的には様々なものがあるとされている<sup>345</sup>、例えば、オーストラリアのアジアにおける貿易の立場を高めること、

<sup>342</sup> Ross Garnaut, *An Australia-United States Free Trade Agreement*, 56 AUSTRALIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL AFFAIRS 123 (2002).

<sup>343</sup> United States-Australia Free Trade Agreement, U.S.-Austl., May 18, 2004, available at <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/australian-fta>.

<sup>344</sup> 知的財産に関する章以外には、オーストラリアにとってより重要な事項である、牛肉およびその他の農業製品のアメリカ市場へのアクセス等に関係する章が設けられている。

<sup>345</sup> Robert Burrell & Kimberlee Weatherall, *Exporting Controversy? Reactions to the*

WTO における多国間貿易交渉が頓挫していたこと、オーストラリアからの農産品の輸出に関してアメリカによる関税が課されていたこと等が指摘されている<sup>346</sup>。これに加えて、知的財産の分野に関して、音楽、映画、コンピュータ・ソフトウェア関連の多国籍企業は、著作権管理団体やシンクタンクとともに、AUSFTA の著作権条項を支持していた<sup>347</sup>。

AUSFTA の知的財産に関する第17章は、一部の規定を除き<sup>348</sup>、同協定が発効する2005年1月1日までに国内実施がなされなければならなかった。AUSFTA の国内実施のために必要とされる法改正の大部分に対応する一括実施法 (US Free Trade Agreement Act 2004 (Cth)) は、2004年8月13日に議会を通過し、同16日に Royal Assent を受けた。なお、アメリカにおいても、同年8月3日に当時のジョージ・W・ブッシュ大統領は、AUSFTA 実施法に署名している。以下で検討するように、オーストラリアの国内実施のプロセスには様々な問題があったとされている。オーストラリア憲法の下では、条約の締結に際して議会の承認は正式には必要とされていない<sup>349</sup>。もっとも、慣行として、政府が署名した条約は、下院の条約共同常設委員会 (Joint Standing Committee on Treaties: JSCOT) による審理を受けることになっており、同委員会は条約の批准および実施に関して勧告を行うことができる。また、下院は、条約の実施に必要な法案の審理および承認を行う際に更なる検討を行う機会を有している<sup>350</sup>。なお、上院も、同様に独自の委員会を設置することができる。

当時のハワード (John W. Howard) 政権にとって、国政選挙が行われる

*Copyright Provisions of the US-Australia Free Trade Agreement: Lessons for U.S. Trade Policy*, 2008 J.L. TECH. & POL'Y 259, 262 (2008).

<sup>346</sup> Mark Vaile, *Australia-US Free Trade Agreement: Australian Objectives*, 3 March 2003, available at <http://www.trademinister.gov.au/releases/2003/mvt013.03.html>.

<sup>347</sup> Matthew Rimmer, *Robbery under Arms: Copyright Law and the Australia-United States Free Trade Agreement*, 11(3) FIRST MONDAY (2006), Part1, at 3, available at <http://firstmonday.org/htbin/cgiwrap/bin/ojs/index.php/fm/article/view/1316/1236>.

<sup>348</sup> AUSFTA の技術的手段の回避禁止に関する条項に関しては2年間のグレース・ビリオドが設けられていた (17.4.7条)。

<sup>349</sup> Commonwealth of Australia Constitution Act, § 61, 51 (xxix).

<sup>350</sup> 以上の点につき、Burrell & Weatherall, *supra* note 345, at 271.

2004年10月までに AUSFTA の国内実施法を成立させる必要があったため、そのプロセスは大幅に圧縮されることになった。具体的には、100頁以上にわたる AUSFTA の条文は、2004年3月4日に公表された。これを受けて、下院の共同常設委員会および上院の委員会は、同年の5月から6月にかけて公聴会を行った。また、政府は、これらの公聴会と並行して、実施立法の起草作業を進めていた。同年6月23日、AUSFTA の国内実施のための一括立法は議会に提出され、同日中に、条約常設委員会は報告書を提出した。そして、下院はその翌日に法案を通過させた。上院委員会も、8月5日に報告書を提出し、その8日後の13日には法案を通過させた。当時の与党(オーストラリア自由党)が AUSFTA の締結を支持していたのに対し、野党のオーストラリア労働党は、AUSFTA の締結に関して党内の意見は二分していたが、最終的には、一定の法案修正を求めつつも実施立法を支持することになった。Burrell & Weatherall は、このような国内における議論の簡略化は、アメリカの直接の関与によってもたらされたものではなく、国内の政治事情によるものであったが、結果的に、オーストラリア国民の同協定に対する懸念を増大させることになったと指摘している。とりわけ著作権に関しては、著作権法が改正される際に、一定の期間をかけて利害関係団体に対する諮問が行われることが通例となっており、AUSFTA の国内実施については、このプロセスが迂回されたことが問題となった<sup>351</sup>。以下では、AUSFTA における主要な著作権関連条項がどのように国内実施されたのかを検討する。

AUSFTA における TRIPs プラスの義務として、第1に、著作権保護期間の延長があげられる。ベルヌ条約および TRIPs 協定において、著作権の最低の保護期間は著作者の死後50年であったが、AUSFTA 17.4.4条は、著作権および著作隣接権(実演家およびレコード製作者の権利)について、著作者の死後50年以上の保護期間を設けることを義務付けている。オーストラリア著作権法も、2005年以前は著作権の保護期間を著作者の死後50年と規定していたが、AUSFTA が締結されたことにより、著作権の保護期間を20年間延長して著作者の死後70年とした<sup>352</sup>。この規定は、アメリカ著作権

法において保護期間の延長を定めたソニー・ボノ著作権保護期間延長法(Copyright Term Extension Act: CTEA)に対応するものである<sup>353</sup>。同法を巡っては当時のアメリカで、違憲訴訟が提起されるなど<sup>354</sup>、大きな論争になっていた。オーストラリアにおいても、政府の委託により作成され、2000年に公表された報告書(「*Review of Intellectual Property Legislation under the Competition Principles Agreement*」)において、保護期間延長の是非について検討作業が行われていた<sup>355</sup>。同報告書では、著作権の保護期間を延長することはオーストラリアにとってメリットは存在せず、ゆえに、現在の保護期間が維持されるべきであると結論付けている。また、上院の委員会によって任命された Phillipa Dee は、AUSFTA が及ぼす影響について独立した経済分析を行った。同報告書では、保護期間の延長によりオーストラリアが支払うロイヤリティの総額が上昇することが予想されるため、オーストラリアにとっては、現状の保護期間も長すぎるくらいであると結論している<sup>356</sup>。さらに、オーストラリア政府の政策担当者も、2003年末に、オーストラリアの著作権の保護期間を維持するように努力すると述べていた。ところが、このように保護期間延長に慎重な立場が表明されたわずか2ヶ月

<sup>353</sup> Pub. L. 105-298, 112 Stat. 2827. なお、拙稿「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―」知的財産法政策学研究30号51-52頁(2010年)を参照。

<sup>354</sup> *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003). なお、スティーブンス判事およびブレイヤー判事の反対意見を参照。*Eldred*判決およびアメリカにおける著作権保護期間延長の議論に関しては、横山久芳「著作権の保護期間延長立法と表現の自由に関する一考察」学習院大学法学会誌39巻2号19頁(2004年)、今村哲也「欧米の著作権の保護期間延長議論にみる理論的諸相」高林龍編『知的財産法制の再構築』(日本評論社・2008年)208頁を参照。

<sup>355</sup> Intellectual Property and Competition Review Committee, *Review of Intellectual Property Legislation under the Competition Principles Agreement*, Sep. 2000, at 80, available at [http://www.ag.gov.au/www/agd/agd.nsf/Page/Publications\\_ErgasCommitteereport-September2000](http://www.ag.gov.au/www/agd/agd.nsf/Page/Publications_ErgasCommitteereport-September2000) (通称: *Ergas Committee Report*).

<sup>356</sup> Phillipa Dee, *The Australia-US Free Trade Agreement by the Department of Foreign Affairs and Trade, The Senate Select Committee on the Free Trade Agreement*, June 30, 2004, available at [http://www.aph.gov.au/Senate/committee/freetrade\\_ctte/rel\\_links/dee\\_fta\\_report.pdf](http://www.aph.gov.au/Senate/committee/freetrade_ctte/rel_links/dee_fta_report.pdf).

<sup>351</sup> *Id.*, at 272.

<sup>352</sup> *Copyright Act 1968* (Cth) § 33(2).

後に、オーストラリア政府は、保護期間の延長を求めるアメリカの要求を受け入れている。このように、AUSFTAの交渉の過程では、保護期間延長に否定的な見解を示していた様々な調査報告が考慮されず、また政府が数ヶ月前に表明していた立場を覆したという経緯が認められる。以上のプロセスについて、Matthew Rimmerは、オーストラリアが、アメリカ国内においても問題が多いとされていた規定を受け入れたことは驚くべきことであると述べている<sup>357</sup>。

第2に、AUSFTAは、アメリカのDMCAに極めて類似した技術的手段に関する法制度を採用すること義務付けている。AUSFTA 17.4.7条(b)は、『効果的な技術的手段 (Effective Technological Measure)』とは、通常の動作態様において、保護された著作物、実演、レコード、若しくは他の保護対象へのアクセスを制御し、又は、著作権を保護するあらゆる技術、装置、又は構成要素を意味する」と規定している。これは、条文の文言から明らかかなように、コピー・コントロールだけではなくアクセス・コントロールまでを対象に含むものである。

オーストラリア著作権法には、AUSFTAが締結される以前から、技術的保護手段の回避の禁止に関する規定が導入されていた。2000年著作権改正法は、WCTおよびWPPTの義務を実施することを目的として制定されたものであるが、そこでは、技術的手段は次のように定義されていた。

「技術的保護手段とは、以下のいずれか又は両方の方法によって、通常の動作の過程において著作物又はその他の権利対象物に対する著作権の侵害を防止又は阻止するよう設計された装置若しくは製品又はプロセスに組み込まれた部品をいう。

(a) 著作権者又は排他的被許諾者の許諾を得てアクセス・コード又はプロセス(復号化、逆スクランブル又はその他の著作物若しくはその他の権利対象物の変形を含む)を用いてのみ著作物又はその他の権利対象物にアクセスできるようにすること。

(b) コピー・コントロール方式によること<sup>358</sup>。」

<sup>357</sup> Rimmer, *supra* note 347, Part 1.

<sup>358</sup> Copyright Act 1968(Cth) § 10. 訳文は、岡雅子「外国著作権法令集 オーストラリア編」(著作権情報センター・2005年)を参照。

また、2000年改正法では、技術的保護手段(アクセス・コントロールおよびコピー・コントロール)を回避する装置の製造・販売等を規制する規定などが規制の対象とされていた。

オーストラリア連邦最高裁判所(High Court of Australia)が、2000年改正法下の技術的保護手段に関する規定の解釈を示したものとして、*Stevens*事件がある。同事件において、連邦最高裁は、1968年著作権法(Copyright Act 1968) 10条(1)で定義される「技術的保護手段」は、アクセス・コントロールは著作権侵害を防止するためのものでなければならず、著作権侵害の防止を目的としないものはこれに含まれないと判示していた<sup>359</sup>。また、最高裁は、「技術的保護手段」という概念を限定的に解釈する理由として、フェア・ディールングの抗弁や図書館およびアーカイブのための例外規定に悪影響を及ぼさないようにすること、そして、技術的保護手段の回避禁止に関する刑事罰との兼ね合いを指摘していた<sup>360</sup>。アクセス・コントロールまでを対象に含めるAUSFTAにおける技術的保護手段に関する規定は、従前の判例を大きく変更するものとなった。

また、AUSFTAの国内実施を行う際に政府によって公表されたオーストラリア著作権改正法の公開草案(Exposure Draft)も、アクセス・コントロール技術は著作権侵害を禁止することを目的とするものでない限り保護されないと規定していた<sup>361</sup>。ところが、この規定に対しては、アメリカの業界団体から、同規定は技術的手段の範囲を過度に限定するものであり、AUSFTA 17.4.7条(b)に整合的ではないとの意見書が提出された<sup>362</sup>。これらのアメリカ側の要請を受けて、当初の公開草案に修正が加えられ、その

<sup>359</sup> *Stevens v. Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment*, 224 C.L.R. 193 (2005).

<sup>360</sup> *Id.*

<sup>361</sup> Attorney-General, *Exposure Drafts – Copyright Amendment (Technological Protection Measures) Bill 2006 and related Regulations*, available at [http://www.ag.gov.au/www/agd/rwpattach.nsf/VAP/%2803995EABC73F94816C2AF4AA2645824B%29~Draft+exposure+bill.pdf/\\$file/Draft+exposure+bill.pdf](http://www.ag.gov.au/www/agd/rwpattach.nsf/VAP/%2803995EABC73F94816C2AF4AA2645824B%29~Draft+exposure+bill.pdf/$file/Draft+exposure+bill.pdf).

<sup>362</sup> International Intellectual Property Alliance (IIPA), *Submissions of IIPA Exposure Draft, Copyright Amendment (Technological Protection Measures) Bill 2006* (Sep. 21, 2006), at 3, available at <http://www.iipa.com/pdf/IIPA%20Australia%20TPM%20Exposure%20Draft%20Comments%20092106.pdf>.

後の法案では、「著作権の行使と関連して、オーストラリア又は適格国において使用される」全てのアクセス・コントロールが保護対象とされることになった。最終的に、2006年改正法では、地理的市場分割を目的とするアクセス・コントロールを除く、「著作権の行使と関連して、オーストラリア又は適格国において使用される」アクセス・コントロールが「アクセス・コントロール技術的保護手段」に含められることになった<sup>363</sup>。

さらに、2006年改正法は、技術的保護手段の定義を変更しただけではなく、禁止の対象となる行為を新たに追加している。具体的には、既存の規定116条Aを廃止し、AUSFTAに従い、技術的手段に関する規定を新設している<sup>364</sup>。新たな規定では、①アクセス・コントロール技術的保護手段の回避（116条AN）、②技術的保護手段の回避装置の製造（116条AO）、③技術的保護手段の回避サービスの提供（116条AP）という3つの行為を追加している。これにより、権利者は、アクセス・コントロールの回避行為を行った者（116条AN(1)）、および、技術的保護手段の回避を可能とする装置を製造・頒布等する者（116条AO）に対して訴訟を提起することができることになった。

第3に、一時的複製に関する規定の国内実施についてである。AUSFTA 17.4.1条は、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と規定している。この規定の国内実施は、2004年著作権改正法において行われた。2004年改正以前は、著作物の複製が著作権侵害となるのは、複製物が有体物（material form）（著作物が複製されうるストレージの形式を含む）として存在する場合に限られていた（旧10条）<sup>365</sup>。オーストラリアの裁判例においても、旧10条の解釈によれば、DVDプレイヤーや家庭用ゲーム機等の装置のバッファ・メモリーで作成される一時的な電子的複製は、当該一時的複製からさらなる複製物を引き出すことができないため、複製の対

象から除外されるとの判断が示されていた<sup>366</sup>。

2004年のAUSFTA実施立法では、旧10条の有体的な複製の定義を変更し、著作物が複製される可能性があることという要件が削除された<sup>367</sup>。これにより、コンピュータ・ソフトウェアのRAMにおける一時的蓄積<sup>368</sup>など、複製不可能な形態での蓄積までが複製権侵害に該当しうることになった。2004年改正法は、一時的複製を複製の対象から除外すると判示した従来の裁判例を覆すものである<sup>369</sup>。

また、2004年改正では、一時的複製が複製権の範囲に含められたことに対応して、一時的複製に対する2つの制限規定が追加された。まず、オーストラリア著作権法43条Bでは、著作物の複製物を利用する技術的なプロセスの一部として付随的に作成された複製物は、それが侵害複製物から作成されたものでない限り、著作権を侵害しないとされた。次に、同111条では、著作物の複製物を利用する技術的な過程の一部として行われる付随的な複製は、著作権侵害にあたらないとされた。

さらに、AUSFTAの国内実施の過程において、アメリカ政府は、実施立法に規定されている一時的複製の制限の範囲が広範すぎるとの見解を示した。交渉が続く中で、オーストラリアは、アメリカからオーストラリア著作権法がどのように運用されるかという点について文書で詳細に説明するよう要求された。2004年の11月、合衆国通商代表部（USTR）は、今後の改正に関してアメリカの承認は暫定的であることを条件に、協定を発効させるために必要な外交文書を交換することに同意した。このようなアメリカ側の要請を受けて、最終的に、一時的複製に対する制限について、「一

<sup>366</sup> *Australian Video Retailers Association v. Warner Home Video*, 114 F.C.R. 324 (2001); *Stevens*, 224 C.L.R. 193 (2005).

<sup>367</sup> *Copyright Act 1968* (Cth), § 10.

<sup>368</sup> *Copyright Act 1968* (Cth), § 21 (5) は、「コンピュータ・プログラムは、(a) 当該プログラムのオブジェクト・コード版がコンパイル若しくはその他のプロセスによってソース・コードから得られた場合、又は(b) 当該プログラムのソース・コード版が逆コンパイル若しくはその他のプロセスによってオブジェクト・コードから得られた場合であって、かつ、かかる版が当該プログラムの複製物とみなされる場合に、複製されたものとみなす。」と規定している。

<sup>369</sup> DAVISON ET AL., *supra* note 364, at 224 n.72 (2008).

<sup>363</sup> 大町・前掲注(248)29-31頁。

<sup>364</sup> MARK J. DAVISON ET AL., AUSTRALIAN INTELLECTUAL PROPERTY LAW 229 (2008). 参照、作花・前掲注(285)770頁。

<sup>365</sup> *Copyright Act 1968* (Cth) § 10.

時的(temporary)」および「必要な(necessary)」という2つの文言を追加挿入することで、制限の認められる範囲を限定した。また、原複製物の複製が国外でなされた場合で、当該複製が仮にオーストラリアでなされたならば著作権侵害を構成する場合には、当該制限規定の適用の対象外となるという限定も付加された<sup>370</sup>。

AUSFTAの著作権関連条項には、その他に、著作権管理情報<sup>371</sup>、著作権侵害に係るISPのセーフハーバー<sup>372</sup>に関して、TRIPs プラスまたはWCT・WPPT プラスの義務を定めている。これらの多くは、DMCAに代表されるアメリカ型の法制度をオーストラリア法に反映させるようなものとなっている。これらの事項に関する実施立法は100頁近くにもおよび、その貿易交渉を満足させるためにさらなる要求をアメリカによって突き付けられた。

第4に、権利制限について検討する。AUSFTAには、前述した技術的手段の回避禁止や権利管理情報の保護に関する例外の他に、AUSFTA 17.10条において、ベルヌ条約9条2項やTRIPs協定13条等の3 step testに類似する規定が設けられている。もっとも、その他に権利制限に関する規定は存在していない。そのため、オーストラリアは、その他の制限規定を設けることはFTAによって義務付けられておらず、3 step testを充足する限りにおいて、新たな制限規定を設けることができるにすぎない。

AUSFTAの国内実施が行われた際に、同時に、著作権者に有利な立法とのバランスを図るために、利用者のための新たな権利制限規定を導入することを目的として検討作業が行われた。最終的に、権利制限に関する一連の法改正は、2006年の著作権改正法(Copyright Amendment Act 2006)の一部として立法されることになった<sup>373</sup>。

AUSFTAに伴う改正以前のオーストラリア著作権法は、アメリカ著作権

法のフェア・ユースのような一般条項を有しておらず、適用範囲が限定的なフェア・ディール規定を有しているにすぎなかった。フェア・ディール規定の下で許容される利用は、報道<sup>374</sup>、批評・論評<sup>375</sup>、調査・研究<sup>376</sup>、法的助言<sup>377</sup>に関するものに限定されている。このように、フェア・ディールの適用範囲は限定的であるため、オーストラリア著作権法は、同規定の他にも著作権を制限する規定を設けている<sup>378</sup>。

AUSFTAの国内実施の過程では、ASUFTAによって著作権の保護水準を高めるような改正がなされた結果、著作権者の利益とユーザーの利益とのバランスが損なわれてしまうのではないかという問題意識が国会議員やユーザーの利益を代表する団体等により示されるようになった<sup>379</sup>。例えば、議会の委員会公聴会において、アメリカではフェア・ユースの抗弁により許容されている、タイム・シフティングやパロディのための著作物の利用が、オーストラリアでは違法とされてしまうとの指摘がなされている<sup>380</sup>。

上記のような問題意識の下で、AUSFTAの成立過程およびその国内実施の過程において、オーストラリア政府に対してフェア・ユースを導入することを求める多くの意見が出された<sup>381</sup>。例えば、下院の条約常設委員会お

<sup>374</sup> Copyright Act 1968(Cth) § 42, 103B.

<sup>375</sup> Copyright Act 1968(Cth) § 41, 103A.

<sup>376</sup> Copyright Act 1968(Cth) § 40, 103C.

<sup>377</sup> Copyright Act 1968(Cth) § 43, 104.

<sup>378</sup> オーストラリア著作権法における権利制限規定の概要については、DAVISON ET AL., *supra* note 364, at 272-95を参照。

<sup>379</sup> Burrell & Weatherall, *supra* note 345, at 277.

<sup>380</sup> Commonwealth of Australia, Parliamentary Debates, Senate Select Committee on the Free Trade Agreement between Australia and the United States of America, 18 May, 2004, 86 (Peter Cook).

<sup>381</sup> Copyright Law Review Committee, Simplification of the Copyright Act 1968, Sept. 1998, available at [http://www.ag.gov.au/www/agd/agd.nsf/Page/Copyright\\_CopyrightLawReviewCommittee\\_CLRCReports\\_SimplificationoftheCopyrightAct1968](http://www.ag.gov.au/www/agd/agd.nsf/Page/Copyright_CopyrightLawReviewCommittee_CLRCReports_SimplificationoftheCopyrightAct1968) は、1998年の段階で、オーストラリア著作権法に open-ended な制限規定を拡充すべきであると主張していた。オーストラリア著作権法におけるフェア・ユース導入の議論を紹介するものとして、作花文雄「豪・米自由貿易協定(AUSFTA)を背景とするフェアユース規定導入議論に関する考察—安定性と柔軟性の調和・融合を図る制度の模索」

<sup>370</sup> Letter from Robert B. Zoellick, U.S. Trade Representative, to Mark Vaile, Austl. Minister for Trade (Nov. 17, 2004).

<sup>371</sup> AUSFTA 17.4.8条。

<sup>372</sup> AUSFTA 17.11.29条。

<sup>373</sup> Catherine Bond et al., *Advance Australia Fair?: The Copyright Reform Process*, 10 J. WORLD INTELL. PROP. 284 (2007).

よび上院の特別委員会では、政府に対して、アメリカ著作権法のフェア・ユース型の制限規定を導入することが提言されている<sup>382</sup>。また、オーストラリア民主党の上院議員である Ridgeway は、2004年の AUSFTA 実施法の一部としてフェア・ユースの規定を提案した<sup>383</sup>。このような議論の高まりを受けて、オーストラリア政府は、現行の権利制限規定の見直しを約束することで、事態の收拾を図ろうとした<sup>384</sup>。

そして、2005年5月に、オーストラリア政府は、権利制限規定の見直しへ向けた検討作業を開始した。同年5月には、オーストラリア司法省 (Attorney-General's Department) は、フェア・ディーリングに関する諸問題についての検討を進めるために「Issues Paper on Fair Use and Other Copyright Exceptions<sup>385</sup>」を公表した。同報告書で取り扱われた問題の1つに、オーストラリア著作権法に、アメリカのフェア・ユースのような規定を導入すべきか否かという論点が含まれていた。

これに対して、国内の著作権産業は、現行のフェア・ディーリングを拡張することに反対するロビイングを行うために協調して活動を行った<sup>386</sup>。権利者団体の主張は、アメリカのフェア・ユースのような open-ended な制限規定が導入された場合には、オーストラリア著作権法の統一性 (integ-

ity) が損なわれてしまうというものであった<sup>387</sup>。また、一部の権利者集団は、アメリカのフェア・ユースがベルヌ条約、TRIPs 協定、AUSFTA が規定する 3 step test に整合的ではないという主張を行った。国際著作権法の分野で世界的に著名なオーストラリアの研究者である Sam Ricketson は、CLRC (Copyright Law Review Committee) の「open-ended fair dealing」に関する提案は、3 step test の第1要件である「特別の場合」に該当しないと主張している<sup>388</sup>。このように、オーストラリアにおいても、3 step test との整合性の確保という観点から、フェア・ユースの導入を否定する際に1つの論拠として用いられていたことを確認することができる。

最終的に、オーストラリア政府は、フェア・ユースを導入しないことを決定した。その代わりに、2006年著作権改正法において、複数の権利制限規定を新設した。具体的には、パロディ等 (parody or satire) を目的とした利用を認める規定や<sup>389</sup>、タイム・シフティング<sup>390</sup>およびフォーマット・シフティング<sup>391</sup>に関する制限規定が新設された。これらの権利制限規定が新設されたことは、公衆の利益に資するものであるが、その適用範囲が限定的であるため、これらの規定が公衆の利益に寄与する程度は必ずしも大きいものではないと評価されることがある<sup>392</sup>。

---

コピライト579号28頁(2009年)、権利制限調査研究会・前掲注(3)80-81頁〔山本隆司執筆〕がある。

<sup>382</sup> Commonwealth of Australia Joint standing Committee on Treaties, Report 61: Australia-United States Free Trade Agreement, at 238 (June 2004) (Recommendation 17): Senate Select Committee on the Free Trade Agreement between Australia and the United States of America, at 230 (Recommendation 8 of the Labor Senators).

<sup>383</sup> Commonwealth of Australia, Senate Official Hansard, No. 10 2004, Thursday 12 August 2004, at 26411.

<sup>384</sup> Burrell & Weatherall, *supra* note 345, at 277.

<sup>385</sup> Attorney-General's Department, Issues Paper on fair Use and Other Copyright Exceptions, available at [http://www.ag.gov.au/www/agd/rwpattach.nsf/VAP/%28CFD7369FCAE9B8F32F341DBE097801FF%29~FairUseIssuesPaper050505.pdf/\\$file/FairUseIssuesPaper050505.pdf](http://www.ag.gov.au/www/agd/rwpattach.nsf/VAP/%28CFD7369FCAE9B8F32F341DBE097801FF%29~FairUseIssuesPaper050505.pdf/$file/FairUseIssuesPaper050505.pdf).

<sup>386</sup> Rimmer, *supra* note 347, at 31.

---

<sup>387</sup> フェア・ユースの導入に反対する権利者団体の見解の一例として、Copyright Agency Limited, Fair Use Submission, July 2005, available at <http://www.copyright.com.au/assets/documents/CAL%20Fair%20Use%207%20July%202005%20%20final.pdf>. なお、同団体の見解を紹介するものとして、作花・前掲注(381)34頁。

<sup>388</sup> Ricketson, *supra* note 10, at 1. See also, David J. Brennan, *The Three-Step Test Frenzy - Why the TRIPS Panel Decision Might be Considered Per Incuriam*, 2002 (2) I.P.Q. 212 (2002). CLRC の報告書については、作花・前掲注(381)30頁を参照。

<sup>389</sup> *Copyright Act 1968* (Cth) § 41A, 10AA.

<sup>390</sup> *Copyright Act 1968* (Cth) § 111.

<sup>391</sup> *Copyright Act 1968* (Cth) § 43(c).

<sup>392</sup> もっとも、これらの限定的なフェア・ディーリングの規定とは対照的に、強制許諾制度によってもたらされる公衆の権利は、他の国と比較して大きいものとなっていると指摘されることがある (Graham Greenleaf, *Unlocking IP to stimulate Australian innovation: An Issues Paper* (2007), at 21, [http://www.innovation.gov.au/innovationreview/Documents/504\(R\)-Graham\\_Greenleaf.pdf](http://www.innovation.gov.au/innovationreview/Documents/504(R)-Graham_Greenleaf.pdf)).

さらに、2006年改正によって新たに導入された「特別な場合の例外 (special case exemption)」(200条AB) は、同条に掲げられた3つの目的のための利用について、3 step test に類似する要件を充足することを条件に権利制限を認めている。同条で掲げられている利用の目的とは、図書館・アーカイブのための利用 (同条(2))、教育目的のための利用 (同条(3))、障害者のための利用 (同条(4)) の3つである。また、同条(6)は、問題となる利用が他の制限規定に該当する場合には、その規定が200条AB に優先することを定めている (同条(6))。この規定は、当初、著作物のユーザーに対し柔軟かつ一般的 (open-ended) な例外を提供するという趣旨で設けられたものであるが<sup>393</sup>、最終的にできあがった規定の対象となる利用行為の範囲は極めて限定的なものとなっている。実際、同条は、権利制限の対象となる主体および利用の目的による限定に加えて、他の制限規定が適用されない場合にのみ適用されること、そして、3 step test の3要件という限定が付されており、これらを合計すると、本条の適用が認められるためには9つのステップをクリアしなければならない<sup>394</sup>。

このように、同条に対しては、2006年著作権改正法の起草段階から様々な批判が加えられている。例えば、この「特別な場合」の権利制限は、当初、アメリカのフェア・ユースのように著作物のユーザーに柔軟かつ open-ended な例外を提供するものとして考え出されたものであるが、最終的にできあがった規定は、とりわけ 3 step test と同様の各要件の解釈について不確実性が多く存在しているため、図書館やアーカイブにとって有用な制限規定となる可能性は低いとされている<sup>395</sup>。また、Rimmer は、200条

<sup>393</sup> The Parliament of the Commonwealth of Australia House of Representatives, *Explanatory Memorandum, Copyright Amendment Bill 2006*, 109, para 6.53, available at [http://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/download/legislation/ems/r2640\\_ems\\_2b1ade71-ecd4-477f-9b4f-f49198251a33/upload.pdf/305911.pdf;fileType=application%2Fpdf](http://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/download/legislation/ems/r2640_ems_2b1ade71-ecd4-477f-9b4f-f49198251a33/upload.pdf/305911.pdf;fileType=application%2Fpdf). 実際、Supplementary Explanatory Memorandum, Copyright Amendment Bill [46]-[62] では、200条AB の標題は「Fair Use」とされていた。参照、作花・前掲注(381)46頁。

<sup>394</sup> Kimberlee Weatherall, *Of Copyright Bureaucracies and Incoherence: Stepping Back from Australia's Recent Copyright Reforms*, 31 MELB. U. L. REV. 967, 997 (2007).

<sup>395</sup> DAVISON ET AL., *supra* note 364, at 287-288. なお、Bond et al., *supra* note 373, at 295-296 は、200条AB に関して、司法省が独自の要件を規定するのではなく、3 step

AB は、“根本的に機能しない奇異で包括的な規定”であり、200条AB および追加的な権利制限は、一般的で柔軟性のあるフェア・ユースの抗弁を十分に代替するものではないとしている<sup>396</sup>。

以上のように権利制限の新設を含む改正が行われたにもかかわらず、新たな制限規定の導入によって利用者や消費者にもたらされる便益は、限定的な例外とともに導入された強力な技術的保護手段や、権利管理情報の保護、刑事罰によってもたらされる影響ほど大きなものではないとされている<sup>397</sup>。

これまで検討してきた AUSFTA の交渉過程および国内実施のプロセスに対して、多くの学説は批判的である<sup>398</sup>。すなわち、学説の多くは、アメリカにとって、FTA の義務を遵守するための法改正は必要とされないのに対して、オーストラリアの立法がアメリカの水準 (とりわけ、DMCA の規定との関係で) に合わせることを一方的に求められているという問題点を指摘している<sup>399</sup>。ある論者によれば、AUSFTA は、オーストラリアに対してパブリック・ドメインを制限するように求める二国間条約であると評価されている<sup>400</sup>。このように AUSFTA で知的財産の保護水準が高められたことに対応して、国内実施のプロセスにおいては、新たな権利制限規定の導入などの改正はなされたものの、AUSFTA で高められた保護水準との均衡を図るほどには、権利制限規定の拡充はなされなかったとされている<sup>401</sup>。

最後に、オーストラリア著作権法における AUSFTA の均霽状況について

---

test の各要件をそのままの形で導入した理由の1つには、これによりオーストラリアが国際条約上の義務の違反を問われるおそれなくなるという事情があったことを指摘する。

<sup>396</sup> Matthew Rimmer, *Copyright Proposals Fail Test of Brevity, Simplicity and Fairness*, THE CANBERRA TIMES, Nov. 13, 2006, at 6, available at <http://www.cyberlawcentre.org/unlocking-ip/blog/2006/11/copyright-proposals-fail-test-of.html>.

<sup>397</sup> Bond et al., *supra* note 373, at 284.

<sup>398</sup> See, LINDA WEISS ET AL., HOW TO KILL A COUNTRY: AUSTRALIA'S DEVASTATING TRADE DEAL WITH THE UNITED STATES 115 (2004).

<sup>399</sup> RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 174-175.

<sup>400</sup> Greenleaf, *supra* note 392, at 26.

<sup>401</sup> *Id.*

検討する。既に検討したように、TRIPs 協定 4 条の下では、TRIPs エクストラの部分については、理論的には、FTA で高められた保護水準を第三国に及ぼさないということも可能であった。具体的には、技術的手段の回避禁止のような TRIPs エクストラの義務や、TRIPs 4 条 (b) の最恵国待遇原則の例外に該当する著作権の保護期間に関する義務、そして、同じく TRIPs 4 条 (c) の例外に該当する関連する権利に関する義務については、理論的には、これらを他の WTO 加盟国に均霑させないということが可能であった（もちろん、オーストラリアは AUSFTA を契機に WCT に加入したため、同条約が定める義務については全ての WCT 加盟国に適用する必要がある）。ところが、オーストラリアの国内実施では、これらの規定は、全ての WTO 加盟国の国民に適用されるとされている。例えば、AUSFTA 17.1 条では、「Each Party shall, at a minimum, give effect」と規定されており、「give effect」の対象となる当事国については明示的な言及がない。

以上の検討から明らかになったことは、次の通りである。オーストラリアが著作物のネットの輸入国であることに鑑みると、少なくとも著作権の分野に関しては、AUSFTA を締結し、アメリカと同程度の高度な保護水準を受け入れることにより得られるメリットは必ずしも明らかなものではなかったと考えることができる。それにもかかわらず、オーストラリアがアメリカとの FTA を積極的に推し進めた背景には、同国の政治状況に加えて、知的財産以外の農産品等の分野においてアメリカの市場へのアクセスを獲得するという意図があったと考えられる。また、一部の例外を除き、AUSFTA の締結までに、国内実施を完了しなければならなかったため、著作権法の改正を行う際に従来行われていた手続が大幅に省略され、結果として、法改正に関するオーストラリア国内での議論が十分になされなかった。さらに、AUSFTA の著作権に関する規定は極めて詳細なものであったため、国内実施におけるオーストラリアの裁量は当初から限定的であったが、国内実施の過程でアメリカによる関与がなされ、その裁量は一層狭められることになった。AUSFTA の国内実施と同時に、同協定により著作権の保護水準が高められたこととの均衡を図るために、権利制限規定の新設などの手当がなされたものの、フェア・ユースの導入が見送られるなど、必ずしも十分ではなかったとの指摘がなされている。最後に、最恵国待遇原則の対象となっていないとされる FTA の義務を、AUSFTA の当事国であ

るアメリカだけではなく、全ての WTO 加盟国に均霑させている。

### (3) FTA における TRIPs プラスの問題点

(2) で検討したオーストラリアの状況からも見てとれるように、アメリカの主導で締結された FTA によってもたらされる TRIPs プラスの保護については、様々な問題点が指摘されている。

第 1 に、FTA を通じて、アメリカが、国内で批判の対象となっており、法として安定しているとは言い難い知的財産権条項の採択を、交渉力の劣る貿易相手国に対して押し付けることができるようになってきている<sup>402</sup>。例えば、著作権の保護期間を 70 年とする規定に関して、アメリカ国内ではソニー・ボノ法に対する批判的な見解が多く存在しており、憲法訴訟も提起されていた。前述したように、AUSFTA は、*Eldred* 事件がまさに係属している時期に交渉が行われている。また、技術的保護手段の回避行為を禁止する DMCA の規定についても、同規定に対する例外として認められる範囲が限定的であり、とりわけ、パブリック・ドメインにある著作物の利用やフェア・ユースとして認められる著作物の利用までもが同条によって禁止されてしまうとして、アメリカ国内で批判の対象になっている<sup>403</sup>。さらに、一時的複製を著作権侵害に含めるという点についても、アメリカ国内では

<sup>402</sup> Yu・前掲注(212)18頁。

<sup>403</sup> Samuelson, *supra* note 281, at 519; Peter K. Yu, *Anticircumvention and Anti-anticircumvention*, 84 DENV. U. L. REV. 13 (2006). WCT の条約義務の実施に際して、特に問題となったのが、著作物のフェア・ユースが認められる範囲である。DMCA は、現状を維持するかのような一般的な規定を設けている (17 U.S.C. § 1201(c)(1))。さらに、議論が行われる中で、2つの追加的な要素が付け加えられた。第 1 に、特定の公の目的のために技術的手段の回避を行うことを認める例外が規定された。第 2 に、DMCA は、制度の濫用および既存の著作権法にビルトインされた権利と例外のバランスが損なわれることがないように、政府による継続的なレビューを行うためのメカニズムを創設した。なお、DMCA に関する邦語文献としては、蘆立順美「アメリカ著作権法における技術的保護手段の回避規制と Fair Use 理論」法学 66 巻 5 号 1 頁 (2002 年)、安藤和宏「米国デジタルミレニアム著作権法 (DMCA) の一考察」AIPI 53 巻 5 号 2 頁 (2008 年) がある。

批判も多く、裁判例の中には、RAM への一時的複製を非侵害とするものも存在している<sup>404</sup>。

他方で、米国著作権法におけるフェア・ユースのような、重要な公衆の利益を確保するための条項は、FTA には含まれていない<sup>405</sup>。技術的手段および権利管理情報の回避行為については、FTA において詳細な例外規定が設けられているが、その範囲は DMCA と同様に限定的なものにとどまっている。このように、アメリカは、既に国際条約を上回る保護水準を定めているアメリカ著作権法をさらに上回る規定を、FTA を通じて多数の国に「輸出」している。この問題について、Lawrence Lessig は、AUSFTA は、オーストラリアにおける著作権の保護期間を延長することにより、アメリカの貿易のバランスを改善するものであり、結果として、ハリウッドが富む一方で、オーストラリアの映画および文化の普及や保全が困難なものになると述べている<sup>406</sup>。また、Rimmer も、AUSFTA は、Lessig が言うところの「パブリック・ドメインへの海賊行為」を押し進めるものであるとして批判している<sup>407</sup>。

第 2 に、FTA に TRIPs プラスおよび WCT・WPPT プラスの保護水準が設定されたことにより、既存の多国間条約の下で残されていた柔軟性ないし政策的余地が次第に無意味なものになってしまうおそれがある<sup>408</sup>。TRIPs

<sup>404</sup> *E.g., Alcatel USA, Inc. v. DGI Techs.*, 166 F.3d 772 (5th Cir. 1999). See, MARK A. LEMLEY ET AL., *SOFTWARE AND INTERNET LAW* 96 (3rd ed., 2006). その他、著作物の並行輸入に関して、FTA は、アメリカの最高裁による解釈が固まっていなくてもかかわらず、一定の結論を先に導出してしまっているとの指摘もなされている (Abbott, *supra* note 260, at 14)。

<sup>405</sup> Yu・前掲注(212)18頁。See, WEISS ET AL., *supra* note 398, at 115.

<sup>406</sup> Lawrence Lessig, *Australia's a big country, but it caves just as quickly as the smallest*, Lessig Blog, (Feb. 15 2004), [http://lessig.org/blog/2004/02/australias\\_a\\_big\\_country\\_but\\_i.html](http://lessig.org/blog/2004/02/australias_a_big_country_but_i.html).

<sup>407</sup> Rimmer, *supra* note 347, at 11 (ローレンス・レッシング (山形浩生=守岡桜訳) 『FREE CULTURE』(翔泳社・2004年) 258頁の記述を引用する)。

<sup>408</sup> TRIPs 協定の柔軟性については、Okediji, *supra* note 32, at 23; CAROLYN DEERE, *THE IMPLEMENTATION GAME — THE TRIPs AGREEMENT AND THE GLOBAL POLITICS OF INTELLECTUAL PROPERTY REFORM IN DEVELOPING COUNTRIES* 113, 90–94 (2009) を参照。

協定や WCT および WPPT の交渉においては、当事国間で議論がまとまらず、あえて抽象的な文言で条文を規定することによって、具体的な規定の仕方が加盟国の裁量に委ねられた分野も少なくない。具体的には、一時的複製、技術的手段の回避禁止、権利制限に関する 3 step test などあげることができる。その中には、TRIPs 協定や WCT・WPPT の交渉過程において、開発途上国が先進国の動きに対抗することにより、実質的かつ戦略的に獲得した政策的余地も含まれている。後述するように、1996年の WCT・WPPT の交渉において、開発途上国は、先進国のユーザーの利益を代表する団体や研究者らが協働して、各国の立法者が新たに権利制限を設けることができるように一定の政策的余地を残すべきであると主張し、一定の成果を得ていた。さらに、2001年のドーハ閣僚会議で採択された 2 つの宣言においても、TRIPs 協定を解釈する際には同協定の目的・原則を定める協定 7・8 条を斟酌すべきであることが明示された。このように、多国間条約の交渉において公の利益を確保するための試みがなされているにもかかわらず、アメリカは、FTA を通じて、自国の国内法で定める高い保護水準を開発途上国に要求している<sup>409</sup>。その結果、アメリカの FTA の主な相手国である開発途上国の立法者に認められてきた政策的余地は、FTA により大幅に狭められ、各国の国内状況に応じた立法を行うことが困難になっている。

さらに、アメリカの FTA の相手国が有する政策的余地は、FTA の交渉過程だけではなく、FTA の国内実施の過程においても狭められることになる。FTA では、USTR と相手国との間の継続的対話のためのフォーラムとして、あるいは、協定の適切な実施を監督するためのツールとして、共同常設委員会 (Joint Committee or Council) を設置することが通例である<sup>410</sup>。同委員会は、USTR と相手国政府が共同で運営するものであり、協定の具体的な実施に関して重要な役割を果たしているとされる。また、同委員会には、一般的に紛争解決手続の第 1 審として機能するため、実質的には相手

<sup>409</sup> Maskus & Reichman, *supra* note 262, at 301. なお、WCT およびドーハ閣僚宣言について、詳しくは後述する。

<sup>410</sup> LEWINSKI, *supra* note 19, at 366.

国の立法作業に関与することになる<sup>411</sup>。そのため、これらの委員会の作業により、相手国の国内実施はアメリカの要望に従った形で行われるということが担保される。共同常設委員会の存在は、相手国の立法権限との関係で深刻な問題を生じさせているとして、批判の対象となっている<sup>412</sup>。前述したように、AUSFTAにおいても、アメリカは、WCTおよびWPPTに対応する義務の実施に関して、オーストラリアの国内実施立法の具体的な文言に満足せず、FTAに従って明確な規定を設けることを要求している<sup>413</sup>。同FTAは当事国間ですでに署名がなされていたものの、FTAが発効するためには、アメリカの抱いている懸念が解消されなければならなかった。これは、1979年通商協定法 (Trade Agreements Act of 1999) の下では、アメリカ大統領は、FTAが相手国によって適切に実施されているか否かを判断できることになっており、アメリカによって提起された問題点が解消されないと判断された場合には、FTAの発効を停止する権限を有しているからである<sup>414</sup>。

以上のようなFTAの性質のために、アメリカのFTAの相手国は、将来的な国内法の改正に際して、それがFTAに規定された義務に整合的であるか否かに注意を払わなければならなくなった。そして、FTAは、多くの重要な点に関して、多国間条約に定められる抽象的な要件や基準ではなく、国内法のように具体的かつ明確な規定を定めており、しかもそれらは、アメリカ著作権法の規定を反映したものとなっている。このような帰結は、アメリカの著作権者にとって望ましいものであることに疑いはないものの、相手国の国内法の形成過程を不毛なものとしてしまうおそれがある<sup>415</sup>。

このように、FTAを通じて、DMCAをはじめとするアメリカ著作権法型の規定を他国の国内法に採用させることには問題点が多い。著作権法は著

作者の利益と利用者の利益のバランスを図るものであるが、DMCAのように極めて高い保護水準を有するアメリカ型の法制度を採用することが義務付けられることにより、両者のバランスが権利者寄りへと変更されてしまう。そもそも、このように先進国が採用する知的財産の保護に関する特定の規格を他の貿易相手国にそのまま採用させるという手法 (one-size-fits-all アプローチ) は、それぞれの国の経済・社会状況の差異を無視しているという問題点も指摘されている<sup>416</sup>。

アメリカのFTAの相手国の多くは、著作物の輸入国であり、このような高い保護水準を定める知的財産関連条項を受け入れることは、望ましくないはずである。にもかかわらず、これを受け入れるのは、知的財産の保護に関する交渉で譲歩することと引き換えに、他の分野でアメリカ市場へのアクセスを得ようとするからである。具体的には、農産品等の他の分野での市場アクセスを確保するため、自国の状況に応じた最適な保護水準を設定するという国家の自律性よりも、先進国が要求する高度の知的財産の保護水準を受け入れることが優先されてしまうのである<sup>417</sup>。実際、NGOや研究者からの批判にかかわらず、多くの開発途上国はこのようなトレードオフを行うことについて躊躇をしておらず、意識的に選択しているとの指摘がなされている<sup>418</sup>。また、Michael Geistは、開発途上国は、FTAに強力な著作権保護を含めることは費用がかからない選択であると捉えているとの指摘を行っている。開発途上国では、過度に著作権をコントロールすることによって生ずるコストは、より基本的な開発に関する関心事項に比べて重要度が劣るものとされる傾向があり、ゆえに、他の貿易分野における

<sup>411</sup> Drahos, *supra* note 248, at 798.

<sup>412</sup> Mohammed El Said, *The evolution of the Jordanian TRIPS-plus model: multilateralism versus bilateralism and the implications for the Jordanian IPRs regime*, 37 IIC 501, 517 (2006).

<sup>413</sup> RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 174 n.111.

<sup>414</sup> 19 USC § 2503(b)(2)(A). See, LEWINSKI, *supra* note 19, at 366.

<sup>415</sup> RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 174.

<sup>416</sup> Christie et al., *supra* note 258, at 221. See, James Boyle, *A Manifesto on WIPO and the Future of Intellectual Property*, 2004 DUKE L. & TECH. REV. No. 9, at 3-4 (2004); Peter K. Yu (安藤和宏訳)「TRIPs 協定の目的と原則(1)」知的財産法政策学研究29号145頁注(5) (2010年)。

<sup>417</sup> 同様の指摘をなすものとして、Yu・前掲注(212)18-19頁、今村・前掲注(248)281頁。

<sup>418</sup> Bryan Christopher Mercurio, *TRIPS-Plus Provisions in FTAs: Recent Trends*, in REGIONAL TRADE AGREEMENTS AND THE WTO LEGAL SYSTEM 215, 222 (Lorand Bartels & Federico Ortino eds., 2006). なお、FTAには、TRIPs 協定の下で開発途上国に認められていた経過措置が設けられない場合が多い。したがって、国内での検討の時間が不足するという問題もある。

目に見えやすい利益と引き換えに著作権に関する政策判断を放棄することが選択されているのである<sup>419</sup>。このことは、交渉力の弱い開発途上国だけでなく、オーストラリアなどの経済規模に大きな差のない先進国にも妥当している<sup>420</sup>。

以上の問題点については、情報へのアクセス等の分野における国家の主権を不当に制限するものであるとの指摘がなされている。開発途上国において、著作権法の分野で特に問題となるのが技術的手段の回避禁止である<sup>421</sup>。というのも、開発途上国では、先進国から輸入した製品の修理やメンテナンスを行う際に必要となる部品等の開発に、国内の企業が参入し、ノンブランド部品を低価格で販売するということが行われている<sup>422</sup>。技術的手段の回避禁止に関して厳格な規定が設けられてしまうと、開発途上国のアフターマーケットにおける国内企業の活動が妨げられてしまう。また、

<sup>419</sup> Michael Geist, *Why We must Stand on Guard over Copyright*, TORONTO STAR, 20 October 2003, D3, available at <http://www.michaelgeist.ca/content/view/1753/102/>.

<sup>420</sup> Mercurio, *supra* note 418, at 222.

<sup>421</sup> COMMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, INTEGRATING INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS AND DEVELOPMENT POLICY: REPORT OF THE COMMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS 108 (2002). See, Yu, *supra* note 403, at 41-50 (FTAに規定されている、バランスを欠く技術的手段の回避禁止条項が、先進国よりも途上国にとって大きな悪影響を与えることになると指摘する)。

<sup>422</sup> Chander, *supra* note 253, at 212. アメリカにおいて、DMCAにおける技術的手段の規定が、立法時に想定されていたのとは異なる形で用いられるようになっていると指摘されている (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, June 2005, available at [http://www.eff.org/files/tpm\\_implementation.pdf](http://www.eff.org/files/tpm_implementation.pdf))。例えば、*Lexmark International, Inc. v. Static Control Components, Inc.*, 387 F.3d 522 (6th Cir. 2004); *Chamberlain v. Skylink*, 381 F.3d 1178 (Fed. Cir., 2004)。これらの裁判例については、中嶋知子「米国デジタルミレニアム著作権法 (DMCA) の適用限界に初の連邦控訴裁判所判断—再製品の利用は果たして許されるのか? 純正品対再製品—」知財管理55巻1号13頁 (2005年)、平野晋「*Lexmark v. Static Control Components*—著作物以外へのアクセス防止機能を回避してもDMCAが適用されないと判断された裁判例—」国際商事法務33巻1号122頁 (2005年)。

開発途上国にとって、リバース・エンジニアリングは、技術移転を促進させるための手段として重要な役割を果たしている。ところが、FTAに規定されているリバース・エンジニアリングに関する例外は、互換性確保を目的とするものに限られている。このように、FTAで技術的手段の回避を厳格に禁じる規定が設けられた結果、リバース・エンジニアリングを行うことができる範囲が著しく狭められてしまうおそれがある<sup>423</sup>。

第3に、FTAの紛争解決制度の創設は、知的財産の文脈においていくつかの問題を生じさせる可能性がある。上述したように、各FTAにはTRIPs協定と実質上同一または類似する権利義務を定める規定が存在するため、これらの共通する義務の違反について申立てを行う国にとって、WTO協定上の紛争解決手続とFTA上の紛争解決手続との双方を利用しうる状況が生じる場合がある<sup>424</sup>。とりわけ、知的財産の保護に関してはWTOのTRIPs協定とFTAで規律が重なり合っていることが多く、仮にFTAの紛争解決機関に申立てがなされた場合には、同機関は、FTAの規定を解釈する際に、実質的には、同内容の義務を定めるTRIPs協定の規定を解釈する可能性がある。そのため、同内容の義務を定める規定に関して両機関が異なる解釈を示し、結果的に、解釈の整合性が問題となることが想定される<sup>425</sup>。

<sup>423</sup> Chander, *supra* note 253, at 212.

<sup>424</sup> LEWINSKI, *supra* note 19, at 365. See, Report of the Appellate Body, *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages* (WT/DS308/AB/R), paras 54. 同事件に関しては、同紛争のパネル報告・上級委員会報告を解説するものとして、川瀬剛志「メキシコの飲料に関する措置」国際貿易投資研究所公正貿易センター『WTOパネル・上級委員会報告書に関する調査研究報告書—WTOの紛争処理に関する調査報告書XVIII』(公正貿易センター・2007年) 79頁を参照。また、WTOの紛争解決手続とFTAの紛争解決手続の関係について論じるものとして、<[http://www.meti.go.jp/policy/trade\\_policy/wto/wto\\_bunseki/data/kawase.pdf](http://www.meti.go.jp/policy/trade_policy/wto/wto_bunseki/data/kawase.pdf)>。川瀬剛志「WTOと地域経済統合体の紛争解決手続の競合と調整—フォーラム選択条項の比較・検討を中心として—」RIETI Discussion Paper Series 07-J-050 (2007年) <<http://www.rieti.go.jp/publications/dp/07j050.pdf>>。なお、拙稿・前掲注(353)60頁を参照。

<sup>425</sup> Frankel, *supra* note 251, at 198. 松下満雄「自由貿易協定の叢生に関連する法的諸問題」成蹊法学68=69号97頁 (2008年)、須網隆夫「自由貿易協定と直接投資—スパゲティボール現象を利用せよ—」須網隆夫=道垣内正人編『国際ビジネスと法』

また、FTAの紛争解決機関によって示された解釈は、他のFTAの紛争解決手続あるいはWTOの紛争解決手続で参照されることによって、国際的に浸透していく可能性がある。さらに、論者の中には、FTAの紛争解決手続では、TRIPs協定と同内容のFTAの規定が保護強化の方向に解釈される可能性が高いと指摘するものがある<sup>426</sup>。FTAの紛争の効果は、その当事国間に限定されるが、紛争の結果が国内法の改正へとつながり、内国民待遇原則に基づいて外国人に適用される場合には、第三国にも及ぶことになる。このように、FTAの紛争解決手続は、知的財産の保護水準を高めるための1つの手段となる可能性があるといえるであろう<sup>427</sup>。

また、FTAの紛争解決手続に関しては、紛争解決に関する章の中に定められているフォーラム選択条項が問題となる。前述したように、WTOの協定違反とFTAの条項違反が同時に問題となる場合には、同条項に基づき、申立国はいずれの紛争解決手続に申立てを行うのかを選択する権限を有している。その場合、FTAは、TRIPs協定より高い保護水準を設定しており、かつ、FTAの規定はTRIPs等の国際条約よりも解釈の余地の少ない具体的なものであるため、アメリカの権利者団体は政府に対して、FTAの紛争解決手続を利用するようにロビイングをする強力なインセンティブを有しているとされている<sup>428</sup>。そのため、申立国が自国に有利な判断が示されるように、フォーラム・ショッピングを行う機会を生じさせる可能性がある。ところが、このような状況の下では、権利者寄りの結論が導かれることになり、開発途上国は不利な立場に置かれることになってしまう。FTAの紛争解決手続とは異なり、WTOの紛争解決手続の下では、複数の加盟国が同一の問題について申立てを行う場合には単一の小委員会の設

置を求めことのできるなど(DSU9条)、開発途上国は、第三国の参加(NGO等も)を得ることができるというメリットが存在している<sup>429</sup>。すなわち、先進国よりも交渉力に劣る開発途上国は、協調行動ないし集合行動という戦略を採用することが可能となる。特に、知的財産権の分野では、開発途上国による協調行動を生じさせる可能性が高いとされている。ところが、FTAの紛争解決条項によれば、第三国の参加は認められず、先進国と開発途上国の交渉力の差が紛争解決手続の判断にそのまま反映されてしまう可能性がある<sup>430</sup>。もっとも、FTA紛争解決手続の利用が現在のように稀である限りは、紛争解決手続の相違による問題の発生は理論的な可能性にとどまり、この問題を考慮する必要性は現時点ではそれほど大きくないといえるかもしれない<sup>431</sup>。

第4に、これまで検討してきた問題をさらに深刻なものとしているのが、前述した、TRIPs協定4条の最恵国待遇原則の存在である。TRIPsプラスの義務を定める多数のFTAは、TRIPs協定3条および4条に、適用可能な最恵国待遇および内国民待遇の例外が存在していないことと相まって、これらの高められた知的財産権の保護水準を実効的にグローバル化し、多国間

<sup>429</sup> Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, art. 4.11, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2, THE LEGAL TEXTS: THE RESULTS OF THE URUGUAY ROUND OF MULTILATERAL TRADE NEGOTIATIONS 354 (1999), 1869 U.N.T.S. 401, 33 I.L.M. 1226 (1994) [hereinafter DSU]. ただし、第三国による参加が認められるためには、一定の要件を満たさなければならない(See, RÜDIGER WOLFRUM ET AL., WTO – INSTITUTIONS AND DISPUTE SETTLEMENT 327 (2006)).

<sup>430</sup> Drahos, *supra* note 426, at 199 (開発途上国はFTAのフォーラム選択条項に注意を払うべきであり、また、EU・チリFTA 189.4条(c)のように、両当事国の合意がない限り、WTOの紛争解決手続によらなければならないというアプローチを採用すべきであると主張する)。

<sup>431</sup> 須網・前掲注(425)30頁。これまでのところ、FTAやBITにおける紛争の多くは「投資家対国家」の紛争であり、「国家対国家」の紛争案件の数は多くはない。例えば、NAFTAの紛争解決手続に付託された案件の総数は124件であるが、そのうち、国家間の案件数は10件にとどまっており、いずれも知的財産に関するものではない(不公正貿易報告書・前掲注(249)671頁)。もっとも、Drahos, *supra* note 426, at 193を参照。

(日本評論社・2009年) 29–30頁、同「東アジアにおける地域経済統合と法制度化」日本国際経済法学会年報13号199頁(2004年)。

<sup>426</sup> Peter Drahos, *Weaving Webs of Influence: The United States, Free Trade Agreements and Dispute Resolution*, 41 J. WORLD TRADE 191 (2007).

<sup>427</sup> Frankel, *supra* note 251, at 198.

<sup>428</sup> Drahos, *supra* note 426, at 207. なお、知的財産がレント・シーキングの対象となりやすいことにつき、WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW* (2003).

交渉を迂回する形で、国際的な規範へと至らしめることになる<sup>432</sup>。このことは、国際知的財産法制の基本原則である無差別原則という観点からは正当な結果であるかもしれないが、他のWTO加盟国のいずれかとの間で締結したTRIPsプラスの効果を拡張し、グローバル化することにつながるという点で問題が大きいとされている<sup>433</sup>。WTO加盟国の権利者は、公衆の利益としばしば対立するFTAにおける保護の余剰の部分から利益を得ることができる。開発途上国の中には、最恵国待遇に関する問題点を十分に理解せずに、FTAを締結してしまう場合もあるとの指摘もなされている<sup>434</sup>。このように最恵国待遇原則によって、TRIPsプラスの保護が公衆の利益あるいは基本権に対して与える量的な負の影響は拡大されているのである<sup>435</sup>。

そして、上記のような問題を内包するTRIPsプラスの規定が、最終的に多国間条約に組み込まれてしまうことにより、問題はさらに大きくなる可能性がある<sup>436</sup>。まず、FTAの規定が、WTOの紛争解決手続において、TRIPs協定の解釈を行う際に参照されるということが考えられる<sup>437</sup>。具体的には、FTAの規定が、ウィーン条約法条約31条(2)(a)の「文脈」として捉えられ

<sup>432</sup> Henning Grosse Ruse-Khan, *Time for a Paradigm Shift? Exploring Maximum Standards in International Intellectual Property Protection*, 1 TRADE L. & DEV. 56, 60 (2009)。他方で、Jean-Frederic Morinは、アメリカによるFTAの第三国への影響について検討を行い、FTAの当事国を越えて保護水準を高めたことに得られたものは限定的なものにすぎないとしている。もっとも、同論文は、その成功が目に見えるようになるのは将来のことであり、現在交渉中であるAnti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)の動向を見守る必要があるとしている。というのも、交渉当事国のおよそ半数がアメリカのFTAのパートナーだからである (Jean-Frederic Morin, *Multilateralizing TRIPS-Plus Agreements: Is the US Strategy a Failure?*, 12 J. WORLD INTELL. PROP. 175, 190-92 (2009))。

<sup>433</sup> Frankel, *supra* note 251, at 196.

<sup>434</sup> Ruth Mayne, *Regionalism, Bilateralism, and "TRIP Plus" Agreements: The Threat to Developing Countries*, UNDP Human Development Report Office Occasional Paper (2005), at 1, [http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr2005/papers/HDR2005\\_Mayne\\_Ruth\\_18.pdf](http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr2005/papers/HDR2005_Mayne_Ruth_18.pdf).

<sup>435</sup> Kur & Ruse-Khan, *supra* note 22, at 13.

<sup>436</sup> Yu, *supra* note 134, at 418; Mercurio, *supra* note 418, at 223.

<sup>437</sup> Morin, *supra* note 432, at 186.

る可能性がある<sup>438</sup>。TRIPs協定の解釈を行う中でこの問題を論じたものとして、2つのWTOパネル報告が存在している。まず、カナダ・特許保護期間事件(2000年)は、アメリカがカナダに対して、カナダ特許法がTRIPs協定の発効時に既に存在していた全ての特許権について同協定で規定された最低限の保護期間を認めることを要求するTRIPs協定上の義務(同33条)に違反していると主張した事案である<sup>439</sup>。これに対して、カナダは、同条の要件を柔軟に解釈するべきであると主張する際に、出願日から20年および特許付与から17年の保護期間を義務付けているNAFTAの規定に言及した。WTOパネルは、その判断の中で、GATTの交渉が行われる以前に締結された二国間協定は、条約法条約の定める解釈ルールに照らしてもGATTの解釈において参酌されないと述べた先例(アメリカ・鮪事件II(1994年)<sup>440</sup>)に言及し、カナダ特許法のTRIPs協定整合性を判断する際に、NAFTAの規定が有用な解釈ツールとなることはない結論付けている<sup>441</sup>。もっとも、この事件で問題となったNAFTAはTRIPs協定の成立以前に締結された二国間協定であるため、将来的に、WTOパネルがTRIPs協定の成立後に締結された二国間協定を考慮に入れる可能性は排除されていないとする見解も存在している<sup>442</sup>。

次に、カナダ・医薬品特許事件(2000年)では、EUがカナダに対して、医薬品などの販売のために規制当局の認可が必要な製品の特許に関して、特許権の効力の例外を定めたカナダ特許法上の規定(カナダ特許法55.2条1項・2項)がTRIPs協定(同27条、30条他)に違反すると主張した<sup>443</sup>。

<sup>438</sup> Ruth L. Okediji, *TRIPs Dispute Settlement and the Sources of (International) Copyright Law*, 49 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A 585, 602-04 (2001) (アメリカが加盟した国際条約を解釈する際に、二国間協定に含まれる規範が、条約法条約31条の「文脈」を構成することになると指摘する)。

<sup>439</sup> Panel Report, *Canada - Term of Patent Protection*, WT/DS170/R (May 5, 2000) [hereinafter *Canada - Patent Term*].

<sup>440</sup> GATT Panel Report, *United States - Restriction on Imports of Tuna*, DS29/R (June 16, 1994).

<sup>441</sup> *Canada - Patent Term*, WT/DS170/R, paras 6.90.

<sup>442</sup> Morin, *supra* note 432, at 187.

<sup>443</sup> Panel Report, *Canada - Patent Protection of Pharmaceutical Products*, WT/DS114/R

同事件で、カナダは、TRIPs 協定30条の解釈について、TRIPs 協定の成立後に、4つのWTO加盟国(アルゼンチン、オーストラリア、ハンガリー、イスラエル)がカナダ特許法の規制審査例外と類似する規定を設けており、また、日本やポルトガルが既存の特許法の解釈として類似する例外を認めているという事情をあげて、これらが条約法条約31条(3)(b)の「後に生じた慣行(subsequent practice)」に該当すると主張した<sup>444</sup>。これに対して、パネルは、数カ国における法的状況を指摘しただけでは、条約法条約31条(3)(b)の「後に生じた慣行」に該当せず、TRIPs 協定の解釈を行う際のツールとしての役割を果たすことはないとして述べている<sup>445</sup>。また、パネルは、WTO紛争解決了解(DSU)3条2項は、WTO加盟国がウルグアイ・ラウンドにおいて合意されたルールを変更することについて厳しい制限が課されることを要請するものであるため、パネルが加盟国の権利および義務を変更することはできないと述べている。さらに、パネルは、「後に生じた慣行」を構成するための要件に関して、条約法条約31条(3)(b)の文言によれば、「慣行」が全ての条約加盟国によって確立されることが必要であるため、実際に同要件を充足することは困難であると述べている<sup>446</sup>。

さらに、Peter K. Yuは、多数の二国間または地域貿易協定の中にTRIPs プラスの保護水準を定める規定が導入され、その規定が締約国の国家実行を規制する法規範として明確かつ一貫して認識された場合には、それが国際慣習法となって、先進国の国民を脅かすことになるかもしれないとまで指摘している<sup>447</sup>。しかしながら、これまでに締結されたFTAの数や、アメリカとは異なる法制度を採用している国が存在していること等に鑑みると、現時点では、Peter K. Yuが指摘するような形でFTAのTRIPs プラ

スの規定が国際慣習法とみなされる可能性は低いように思われる<sup>448</sup>。

これまでは、先進国の主導により締結されたFTAが相手国(主に開発途上国)および第三国に及ぼす影響を中心に論じてきたが、FTAは、開発途上国の国民だけでなく、先進国の国民にも影響を及ぼす可能性がある<sup>449</sup>。まず、アメリカが、FTAを通じて、DMCA等のアメリカ型の法制度を貿易相手国に「輸出」した結果、多国間条約の義務の実施(例えば、技術的手段の回避禁止に関するWCT11条の国内実施)に関して、現在の法制度とは別のアプローチを採用することを求める国内外の動きに対抗するための論拠としてFTAが機能する可能性がある<sup>450</sup>。例えば、アメリカが、FTAの下でDMCA型のアプローチを採用することが義務付けられているという事実は、立法の変更を望む国内外からの要請を退けるためのレトリックとして、アメリカ政府(あるいは権利者団体等)により用いられるかもしれない<sup>451</sup>。次に、FTAのTRIPs プラスの規定は、将来的に、FTAの締結を主導した先進国側の立法裁量を狭めることになるかもしれない<sup>452</sup>。仮にアメリカが将来的にDMCAの規定が厳格すぎるとして、保護水準を低める方向に国内法を改正しようとした場合に、自らが導入を望んだFTAの規定に違反する可能性が生じる。この場合、FTA上の義務との抵触を回避するためには、それまでに締結したFTAの再交渉を行わなければならない。このように、FTAに規定されたTRIPs プラスの義務は、開発途上国だけでなく、先進国の立法プロセスをも制限する可能性がある。

もちろん、二国間主義に基づいて形成されるFTAのネットワークは、国際的な知的財産制度にとって、負の側面ばかりを有しているわけではない。FTAによって締約国の共通の立場の発展が促進され、結果的に、多国

(Apr. 7, 2000).

<sup>444</sup> *Id.*, paras 7.42.

<sup>445</sup> *Id.*, paras 7.47.

<sup>446</sup> Morin, *supra* note 432, at 187.

<sup>447</sup> Yu, *supra* note 134, at 397. 国際法学において、国際慣習法が成立するためには、一般慣行と法的確信の2点について、諸国家間の一般的承認が確立していることが必要であるとされている(参照、山本・前掲注(45)52頁、杉原高嶺『国際法学講義』(有斐閣・2008年)62-68頁)。

<sup>448</sup> Morin, *supra* note 432, at 188.

<sup>449</sup> Yu, *supra* note 403, at 54-57.

<sup>450</sup> Christie et al, *supra* note 258, at 220.

<sup>451</sup> Abbott, *supra* note 260, at 20 (USTRは、FTAがアメリカの立法者の自由を奪うものではないと述べているが、議会が国内法の改正を検討する際に、権利者団体から、法改正を行うことはアメリカの国際的な義務に違反し、国益を損なうという主張がなされる可能性があるとして指摘する)。

<sup>452</sup> Chander, *supra* note 253, at 207.

間主義の発展へとつながる可能性が認められるかもしれない。とりわけ、交渉の立場にそれほど差のない国家間で締結された貿易協定（いわゆる「南南自由貿易協定」）に関しては、本章で論じたような問題が顕在化する可能性は低いであろう<sup>453</sup>。しかしながら、締約国の交渉力に大きな不均衡が存在する場合には、交渉力の劣る締約国の地域的な状況を考慮に入れることに失敗してしまう可能性が高い<sup>454</sup>。

これまで検討してきたように、アメリカを中心とする先進国によって主導される近年のFTAは、TRIPsプラスあるいはWCT・WPPTプラスの義務を設定し、知的財産権（著作権）の保護水準を国際的に高めている。また、技術的手段の規制に関する規定などにおいて、アメリカの法制度を色濃く反映した規定が設けられている。その一方で、多くのFTAでは、TRIPsプラスの部分についても、締約国の国内法における新たな権利制限規定の創設ないし拡張に対する歯止めとして3 step testが規定されており、同テストの対象も著作権のみならず関連する権利にまで拡張されている。FTAには、高められた保護水準との均衡を図るような権利制限に関する個別の規定は限定的なものにとどまっており、公衆の利益を確保するためのツールとして、3 step testは極めて重要な役割を果たしている。

確かに、FTAにおける制限および例外の文言はTRIPs協定の規定と大きく変わるところはなく、そのため、特段問題を生じさせるものではないと考えられるかもしれない。また、そもそも、FTAの中には、ベルヌ条約の規定を組み入れる規定が含まれているため、3 step testに明示的な言及が

---

<sup>453</sup> Sungjoon Cho, *A Bridge Too Far: The Fall of the Fifth Ministerial Conference in Cancun and the Future of Trade Constitution*, J. INT'L ECON. L. 219, 238 (2004); Okediji, *supra* note 248, at 143.

<sup>454</sup> Yu・前掲注(212)20-21頁。他方で、アメリカがFTAにおいて要求する保護水準が高いために、FTAの交渉の進展を困難にしているという側面も見受けられる。例えば、FTAAの交渉では、ブラジルやメキシコは一部の規定について反対しており、交渉は停滞している。ブラジルなど比較的交渉能力の高い開発途上国を相手にする場合には、なおさらこのような批判に直面する可能性は高くなるものと思われる（大町・前掲注(248)171頁）。実際に、途上国は、知的財産権の保護に関する交渉の場を、WTO以外のフォーラムに移すという傾向が見受けられる（Helfer, *supra* note 200, at 27-71）。

ないとしても、ベルヌ条約9条2項の3 step testがFTAにおいても適用されることになっている<sup>455</sup>。しかしながら、Okedijiが指摘するように、3 step testがFTAという小さなコンテキストの中に含まれたことは、締約国の権利制限規定が同テストに整合的であるかという点について、他の締約国あるいは権利者による監視が容易になったということの意味している<sup>456</sup>。二国間ないし地域貿易協定によって、各国の立法を厳密に監視することが容易になったことを受けて、締約国（特に開発途上国）は、当該FTAによって規律される知的財産以外の分野をも含む経済的な取決め全体の安定性が損なわれることを危惧するあまり、自国の文化政策やその他のニーズに応じた権利制限規定を設けることについて消極的な姿勢をとらざるをえなくなってしまう可能性がある。とりわけ、地域貿易協定においては、公共選択論でいうところの「規制の虜（Regulatory capture）<sup>457</sup>」の問題が大きいとされている。というのも、国内レベルでの強力な保護に関して特定の厚生効果とは無関係に、当該地域で受け入れられた基準へ適合的であることについて、大きな圧力を生じさせるネットワーク効果が存在するからである<sup>458</sup>。

また、FTAの紛争解決制度によって、3 step testの解釈が行われる可能性があり、そこでは、二国間の交渉力の差が反映されやすいとされており、WTO紛争解決手続以上に権利者の利益を重視した解釈が示される可能性も否定はできない。さらに、FTAの紛争解決手続で示された権利者寄りの解釈が、後のWTOパネルの解釈に影響を与える可能性がある。以上のような事情から、各国の立法裁量が過度に狭められることがないように、3 step testを柔軟に解釈する必要性が高まっている。

---

<sup>455</sup> Abbott, *supra* note 260, at 14.

<sup>456</sup> Okediji, *supra* note 143, at 24.

<sup>457</sup> ジョセフ・E・スティグリッツ＝カール・E・ウォルシュ『ミクロ経済学〔第3版〕』（東洋経済新報社・2006年）426頁、ジョージ・J・スティグラ―「規制の経済理論」同（余語将尊＝宇佐美泰生訳）『小さな政府の経済学 規制と競争』（東洋経済新報社・1981年）。

<sup>458</sup> Okediji, *supra* note 143, at 24.