



RIETI Policy Discussion Paper Series 11-P-011

【WTO パネル・上級委員会報告書解説②】
中国—知的財産権の保護・実施に関する措置
(WT/DS362/R)
—TRIPS 協定の権利行使に係る規律をめぐって—

鈴木 将文
名古屋大学



Research Institute of Economy, Trade & Industry, IAA

独立行政法人経済産業研究所
<http://www.rieti.go.jp/jp/>

【WTO パネル・上級委員会報告書解説②】
中国—知的財産権の保護・実施に関する措置 (WT/DS362/R)
—TRIPS 協定の権利行使に係る規律をめぐって—*

鈴木将文 (名古屋大学)

要 旨

中国は、WTO 加盟を契機として、知的財産関係の制度を急速に整備してきた。しかし、同国における知的財産保護の実状は、なお種々の問題を抱えていることが、多数の国、機関等によって指摘されている。そのような中、2007年、米国が中国の知的財産権関連措置に関し WTO 紛争解決手続による二国間協議要請 (いわゆる「WTO 提訴」) を行い、同事件について、2009年3月にパネル報告書が採択された。本事件は、上記のように国際的に大きな関心を集めてきた中国の知的財産制度に関して、米中二大国が争った点でも注目すべきものであるが、法的観点からは、特に、TRIPS 協定の権利行使 (enforcement) 関係の規定について、WTO のパネルが初めて本格的な解釈を示した点で重要な意義を持つ。さらに、その具体的な内容は、我が国自身の制度について検討を迫るものも含んでいると考えられる。本稿では、同パネル報告書の内容を紹介するとともに、その意義等について検討を行う。

キーワード : WTO、TRIPS 協定、中国、知的財産、水際措置

JEL classification: F13、F53

RIETI ポリシーディスカッション・ペーパーは、RIETI の研究に関連して作成され、政策をめぐる議論にタイムリーに貢献することを目的としています。論文に述べられている見解は執筆者個人の責任で発表するものであり、(独) 経済産業研究所としての見解を示すものではありません。

* 本稿は〔独〕経済産業研究所「現代国際通商システムの総合的研究」プロジェクト (代表 : 川瀬剛志ファカルティフェロー) の成果である。その内容については、同プロジェクトの一環である平成 22 年度パネル研究会 (座長 : 松下満雄東京大学名誉教授) の第 2 回研究会 (2010 年 9 月 17 日) において報告の機会を与えられた。貴重な意見を寄せていただいた同研究会メンバーに感謝申し上げます。なお、本稿は、科学研究費補助金・基盤研究(C) (課題番号 18530080、研究期間平成 18 年度～19 年度 ; 課題番号 20530087、研究期間平成 20 年度～22 年度) の成果の一部である。

中国—知的財産権の保護・実施に関する措置 (WT/DS362/R)
—TRIPS 協定の権利行使に係る規律をめぐって—

1. 序

中国の知的財産保護の制度・運用は、国際的に高い関心を集めてきた。2001年に中国のWTO加盟が実現した際にも、WTO加盟の中国に与える影響に関し、我が国を含む多くの国が最も注目した分野の一つが、知的財産の分野であった。実際、WTO加盟を契機として、中国は知的財産関係の制度を急速に整備してきた。しかし、同国における知的財産保護の実状は、なお種々の問題を抱えていることが、多数の国、機関等によって指摘されている²。

そのような中、2007年に、米国が中国の知的財産関連措置について、WTO紛争解決手続による二国間協議要請（いわゆる「WTO提訴」）を行った。本紛争案件（「中国の知的財産権の保護と行使に関する措置」事件）はさらにパネル手続に進み、2009年1月にパネル報告書³が公表され、同年3月のDSB（紛争解決機関）会合においてこれが採択された。

本事件は、上記のように国際的に大きな関心を集めてきた中国の知的財産制度に関して、米中という大国間で争われた案件として、その推移が注目されていた。また、法的観点からは、特に、TRIPS協定の権利行使（enforcement）関係の規定について、WTOのパネルが初めて本格的な解釈を示すという点で、注目すべきものであった。さらに、我が国自身の制度（特に税関による水際措置）のWTO協定上の評価に影響を与える可能性がある論点が含まれている点でも、意義を持つ事案であった。

本稿では、本パネル報告書の内容を紹介するとともに、その政策的含意等について検討を行うこととする⁴。

2. 事案の概要

¹ 本稿は、鈴木将文「中国の知的財産制度のTRIPS協定整合性—WTOパネル報告書の分析—」Law & Technology 44号 30-43頁（2009年）に加筆・修正を加えたものである。

² 例えば、経済産業省通商政策局編「不公正貿易報告書」及び米国通商代表部（USTR）の「スペシャル301条報告書」（Special 301 Reports）の近年の版には、毎年、中国の知的財産権保護の現状を懸念する記述がある。その他、Joseph A. Massey, *The Emperor is Far Away: China's Enforcement of Intellectual Property Rights Protection 1986-2006*, 7 CHI. J. INT'L L. 231 (2006), Peggy P. Chaudry, *An Exploratory Analysis of Managerial Perceptions of Product Counterfeiting in China*, in TECHNOLOGY TRANSFER AND INTELLECTUAL PROPERTY ISSUES (Everett & Trijillo eds., 2010) 等参照。また、中国の知的財産制度のWTO協定上の問題につき包括的に扱った文献として、例えば、INTELLECTUAL PROPERTY AND TRIPS COMPLIANCE IN CHINA: CHINESE AND EUROPEAN PERSPECTIVES (Paul Torremans et al. eds., 2007) がある。

³ Panel Report, *China - Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights*, WT/DS362/R. 以下、「本パネル報告書」として引用する。また、本パネル報告書の特定のパラグラフに言及する際は、パラグラフ番号のみを引用することがある。

⁴ 本稿の主な目的は、本パネル報告書の紹介及び分析であり、中国の知的財産制度については、同報告書の記述との関係で必要な範囲で説明することとどまる。中国の知的財産制度の動向については、例えば、日本貿易振興機構（JETRO）北京センター知的財産権部のサイト（<http://www.jetro-pkip.org/>）を参照。

2. 1 経緯

本事件の経緯は以下のとおりである。

2007年4月10日	米国が中国に対し協議要請 ⁵
同年8月13日	米国がパネル設置要請 ⁶
同年9月25日	DSB（紛争解決機関）会合においてパネル設置を決定 （日本、E C、メキシコ、アルゼンチン、台湾が第三国参加）
同年12月13日	パネル構成決定 ⁷
2008年10月9日	パネル中間報告
同年11月13日	パネル報告書を当事国へ提示
2009年1月26日	パネル報告書を加盟国へ配布
同年3月20日	DSB 会合において採択 ⁸
同年4月15日	中国が勧告・裁定の実施の意思を通報 ⁹
同年6月29日	実施期限（2010年3月20日）について米中合意 ¹⁰
2010年3月19日	中国が勧告・裁定の実施状況を DSB 会合に報告
同年4月8日	米中が実施の監視手続について合意 ¹¹
同年4月20日	DSB 会合において米中が履行状況につき議論 ¹²

2. 2 提起された論点

本件パネル手続において、米国が主張した事項は以下のとおりである¹³。

① 中国の著作権法4条1文の TRIPS 協定違反

中国の著作権法の上記規定が、法律によって公表又は流通を禁止された著作物について、著作権法の保護を受けない旨を定めている点は、TRIPS 協定9条1項が援用するベルヌ条約2条6項、5条1項及び同条2項、TRIPS 協定14条、41条1項、61条1文及び2文に違反する旨の主張である。

② 中国の税関措置（Customs Measures）の TRIPS 協定違反

中国の税関措置（国境措置）について、没収した侵害物品の処分に係る措置が TRIPS 協

⁵ 紛争解決了解（DSU）1条及び4条、TRIPS 協定64条（GATT22条の準用）に基づく。

⁶ WT/DS362/7.

⁷ 本件パネルは、Adrian Macey (Chairperson)、Marino Porzio 及び Sivakant Tiwari の各氏により構成された。

⁸ WT/DS362/10 IP/D/26/Add.1.

⁹ WT/DS362/11.

¹⁰ WT/DS362/13.

¹¹ WT/DS362/15.

¹² WT/DSB/M/282.

¹³ 米国のパネル設置要請書（WT/DS362/7）を参照。

定 59 条に違反する旨の主張である。

③ 中国の刑事罰の閾値 (Criminal Thresholds) の TRIPS 協定違反

中国の商標不正使用及び著作権の違法複製に係る刑事罰の閾値が、TRIPS 協定 61 条及び 41 条に違反する旨の主張である。

本パネル報告書は、上記の米国の主張に対し、①及び② (ただしいずれも主張の一部) については、協定違反を認め、その余については違反を否定した。次に、その内容をやや詳しく紹介する。

2. 3 本パネル報告書の概要

(1) 著作権法

①対象措置

米国が問題にした措置は、まず、中国の著作権法 (1990 年に公布、2001 年に改正。以下、単に「著作権法」という。) の「法律により出版または頒布が禁止される著作物は、この法律による保護を受けることができない。」¹⁴と定める規定 (4 条 1 文) である。

②当事国の主張

米国は、著作権法 4 条 1 文は、次の点で TRIPS 協定に違反すると主張した。

第一に、著作権法 4 条 1 文により、あるカテゴリーの著作物 (出版等が禁止される著作物) の著作者は、ベルヌ条約が「特に与える権利」¹⁵を享有できないことになることから、同規定は、TRIPS 協定 9 条 1 項が援用するベルヌ条約 5 条 1 項に違反する (para.7.16)。

第二に、著作権法 4 条 1 文により、著作者は、内容審査¹⁶をパスしないと著作権の享有及び行使をすることができないが、これは無方式主義を定める TRIPS 協定 9 条 1 項が援用するベルヌ条約 5 条 2 項に違反する (para.7.145)。

第三に、著作権法 4 条 1 文が著作隣接権にも関係する規定であるとすれば、TRIPS 協定 14 条に違反する (paras.7.155-156)。

第四に、著作権法 4 条 1 文により保護が否定される著作物に関し、著作権法上の権利行使規定を適用できないことは、TRIPS 協定第 3 部が規定する権利行使手続の確保を義務付

¹⁴ この訳文は、(社)著作権情報センターの「外国著作権法令集」中の「中華人民共和国編」(増山周訳)による。なお、この訳文中の「出版」と「頒布」に対応する用語について、本パネル手続では、当事国が合意した英訳として、それぞれ“publication”と“dissemination”が当てられている。

¹⁵ ベルヌ条約 5 条 1 項は、著作者に対して「その国の法令が自国民に現在与えており又は将来与えることがある権利」と「この条約が特に与える権利」を享有させることを同盟国に義務付ける規定であるが、米国は前者の権利に関する申立ては追及しなかった (para.7.106)。

¹⁶ 本パネル手続では“content review”と表現されているが、要するに検閲である。

ける同協定 41 条 1 項に違反する (para.7.161)。

第五に、著作権法 4 条 1 文により保護が否定される著作物に関し、著作権法 47 条の定める刑事罰が適用されないことは、一定の著作権侵害について刑事手続及び刑事罰の適用を義務付ける TRIPS 協定 61 条 1 文及び 2 文に違反する (para.7.182)。

これに対し、中国は、「著作権」と「著作権による保護」は別の概念であり、著作権法 4 条 1 文の下で、出版等が禁止される著作物も創作と同時に著作権は認められるが、著作権の保護が否定されるにすぎない、同規定は、著作物の禁止を同盟国の主権と認めるベルヌ条約 17 条により正当化されるなどと反論した (paras.7.17-23, 7.146, 7.156, 7.162, 7.183 等)。

③パネルの判断

a ベルヌ条約 5 条 1 項 (TRIPS 協定 9 条 1 項が援用) に違反

著作権法 4 条 1 文は、WTO 加盟国の国民の著作物を含め、ある種の著作物について、同法 10 条の定める著作権の保護を否定するものであることが明文上明らかであり、かかる解釈は他の証拠によっても裏付けられる (paras.7.50-60)。「著作権」と「著作権保護」を区別する中国の議論は、著作権法 4 条 1 文の文言上の根拠が示されていないのみならず、結局著作権が認められないということに帰着する (para.7.63)。ある著作物について「著作権保護」が否定された場合に、著作者が「著作権」を享有できるとは考えられない (para.7.66)。中国は、「著作権保護」が否定された後に、著作者がどのような権利を行使できるかを説明できておらず、その権利は幻 (a phantom right) に過ぎない (para.7.67)。

4 条 1 文により保護が否定される著作物とは、具体的には、内容審査で不合格とされた著作物、及び内容審査をパスするために削除された部分 (当該部分が著作物性を認められる場合) が含まれる。これに対し、内容審査に提出されていない著作物、内容審査の結果を待っている著作物、改変されることによって内容審査をパスした著作物の改変前の版についても、4 条 1 文の保護が否定されると米国は主張するが、その立証は成功していない (paras.7.83-103)。

著作権法 10 条は、ベルヌ条約 5 条 1 項が規定する、同条約が「特に与える権利」を定めている (para.7.113)。また、著作権法 4 条 1 文の「著作物」は、ベルヌ条約 2 条 1 項の「文学的及び美術的著作物」の少なくとも一部を含むことは明らかである (para.7.116)。以上から、著作権法、特にその 4 条 1 文は、TRIPS 協定 9 条 1 項が援用するベルヌ条約 5 条 1 項に違反する (para.7.117)。

中国は、ベルヌ条約 17 条 (同条も TRIPS 協定 9 条 1 項が援用する。) により、著作権を制限することが正当化される旨を主張する。しかし、検閲の可能性と、著作権の享有は別の問題であり、ベルヌ条約 17 条は著作権の否定を正当化するものではない

(paras.7.120-138)。

b ベルヌ条約 5 条 2 項 (TRIPS 協定 9 条 1 項が援用) との整合性については判断留保

無方式主義を定めるベルヌ条約 5 条 2 項 (TRIPS 協定 9 条 1 項が援用) に著作権法 4 条 1 文が違反するとの米国の主張については、本パネルとして、著作権法 4 条 1 文がベルヌ条約 5 条 1 項に違反するとの判断をしている以上、さらに当該論点について判断をしても本件紛争の建設的な解決に役立たないことから、判断は不要である (para.7.153)。

c TRIPS 協定 14 条については主張が不十分

本件手続において、米国は、著作権法 4 条が現に実演及びレコード又は録音物に適用される旨を実際に主張しておらず、パネルとして、判断すべき主張を特定できない。また、ベルヌ条約 5 条 1 項に関する本パネルの判断によって、米国の本論点に関する懸念は実質上対処されたと考えられる (paras.7.159-160)。

d TRIPS 協定 41 条 1 項に違反

著作権法第 5 章は、(権利侵害に対する) 民事責任、行政措置及び刑事責任について規定する。しかし、同法 4 条 1 文により著作権の保護が否定される場合は、同法第 5 章のもとで、TRIPS 協定第 3 部が定める広範な権利行使手続をとることは不可能である。従って、著作権法 4 条 1 文は、権利行使手続を権利者のために確保することを義務づける TRIPS 協定 41 条 1 項に違反する (paras.7.166-181)。

e TRIPS 協定 61 条については判断留保

TRIPS 協定 61 条違反に関する論点については、本パネルとして、著作権法 4 条 1 文がベルヌ条約 5 条 1 項及び TRIPS 協定 41 条 1 項に違反するとの判断をしている以上、さらに当該論点について判断をしても本件紛争の建設的な解決に役立たないことから、判断は不要である (para.7.185)。

(2) 税関措置

①対象措置

中国の税関措置に関連して問題となったのは、具体的には、以下の法令である。本パネ

ル報告書は、これらをまとめて「税関措置」(the Customs Measures)と呼ぶ(para.7.196)。

a 税関の知的財産権規則 (Customs IPR Regulations)

2004年に施行されたものである¹⁷。その27条は以下のとおり定めている。

「没収された知的財産権侵害物品が、社会の公的福祉事業のために使用されることができ
る場合には、税関は、その物品を、社会の公的福祉事業の使用に供するために関連する公
的福祉団体に渡すものとする。知的財産権の権利者が没収された侵害物品の購入を希望す
る場合には、税関は、代償の支払いを受けて、没収侵害物品を権利者に譲り渡す(assign)
ことができる。没収された侵害物品が社会の公的福祉事業の目的に利用することができず、
かつ、知的財産権の権利者がその買取りを望まない場合には、税関は、侵害の特徴を除去
した後に(after eradicating the infringing features)、法に従って当該物品を競売(auction)
にかけることができる。侵害の特徴を除去できない場合には、税関は当該品を廃棄しなく
てはならない。」(para.7.193)

b 実施措置 (Implementing Measures)

これも2004年に施行されたものである¹⁸。その30条は以下のとおり定めている。

「税関は、没収した侵害物品を、以下の規定に従って処分しなければならない。

(1) 当該物品が社会福祉のために直接的に使用されるか、又は、知的財産権の権利者が
当該物品を購入することを希望する場合には、税関は、社会の公的福祉¹⁹における使用に供
するために、当該品を関連する社会福祉団体²⁰に渡すか、又は、知的財産権の権利者に当該
物品を有償で譲渡しなくてはならない。

(2) 物品が(1)に従って処分できないが、侵害の特徴を除去することが可能である場
合には、侵害の特徴を除去した後に当該物品を法に従って競売にかけるものとする。競売
から得られた収益は国庫に納められるものとする。

(3) 関係物品が(1)及び(2)に従って処分できない場合には、当該物品は廃棄され
なくてはならない。

税関が侵害品を廃棄する場合、知的財産権の権利者は必要な補助を提供するものとする。
関連する社会福祉団体が、税関によって没収された侵害物品を社会の公的福祉の目的で使
用する場合、又は知的財産権の権利者が侵害品の廃棄について税関を補助する場合におい
ては、税関は必要な監督を遂行するものとする。」(para.7.194)

¹⁷ 我が国では、「知的財産権海関保護条例」として知られている。

¹⁸ 我が国では、「知的財産権海関保護条例実施弁法」として知られている。

¹⁹ 原文では、規則の「社会の公的福祉事業」と同一の語が使われている。本パネル報告書注183参照。

²⁰ 原文では、規則の「公的福祉団体」と同一の語が使われている。本パネル報告書注182参照。

c 税関公告 16/2007 (Public Notice No. 16/2007)

これは税関の総務事務局 (the General Administration) により、2007 年に通知されたものである²¹。そこでは、以下のとおり定められている。

「1. 没収された侵害物品が税関によって競売にかけられる場合、税関は、規則 27 条に従って、商標権、著作権、特許その他の知的財産権を侵害する特徴の除去を含め、当該物品とその包装における侵害の特徴をすべて完全に除去するものとする。侵害の特徴を完全に除去できない場合には、廃棄されるものとし、かつ、競売にかけてはならないものとする。

2. 税関は、侵害品が競売にかけられる前に、知的財産権の権利者にコメントを求めるものとする。」 (para.7.195)

②当事国の主張

米国の主張は、上記の法令からなる税関措置は、TRIPS 協定 59 条に整合しないというものであり、具体的には、次の諸点を指摘している。

第一に、中国の「権限ある当局」(competent authorities) は、TRIPS 協定 59 条が定める範囲で、侵害物品の廃棄又は処分を命じる権限を有していないという点である。すなわち、廃棄についての裁量を行使することができず、侵害物品を流通経路に入れ、又は権利者に害を及ぼすその他の形での処分を優先的に選択しなくてはならない。社会福祉団体への寄付は、権利者に害を与える可能性があり、また同団体が物品を販売することは禁止されていない。権利者への販売については、権利者が侵害物品について対価を払わなくてはならない点において、権利者を害する。競売については、流通経路の外部での処分に当たらず、権利者の同意を得ていない場合には、権利者を害する可能性がある。そして、これらの 3 種類の選択肢が可能の場合は、当局は侵害物品を廃棄する権限を有しない (para.7.197)。

第二に、中国の税関措置では、侵害する標章の除去をした後に競売にかけることが、例外的な場合に限定されていないことから、TRIPS 協定 46 条 4 文 (59 条が援用) の定める原則に不整合である (para.7.201)。

これに対して、中国は次のとおり反論した。

第一に、TRIPS 協定 59 条は同協定 1 条 1 項と併せて読まれるべきである。中国法は、処分方法の公式の優先関係 (official preference) を反映した基準を定めており、税関は、基準の充足に関する判断について裁量を持つ。実際の統計では、2005 年から 07 年までの間、侵害物品の 58% (価値ベース) を廃棄している。59 条は、いかなる場合にも廃棄を命じることについての完全な権限を国内機関が有することを義務付けるものではない

²¹ 我が国では、「海関総署公告 2007 年 16 号」として知られている。

(para.7.198)。

第二に、TRIPS 協定 46 条 4 文は独立の義務を定めていない。仮に義務を定めるものであるとしても、中国の措置では、商標のみならず、すべての侵害の特徴を除去し、かつ、権利者のコメントを聞くのであるから、「単なる」除去ではなく、同規定上の義務を履行している (para.7.202)。

③ パネルの判断

a TRIPS 協定 59 条の位置づけ

TRIPS 協定第 3 部第 4 節は、税関当局による、物品の自由な流通への解放を国境で差し止めるための手続を定めている。同協定 59 条は、上記手続のうち、物品が侵害品であると認定された以降に適用される手続を定めている。同条は、一連の手続の一部を構成するものであり、重要な用語 (key terms) はそのような文脈の中で理解される必要がある (para.7.215)。第 4 節の諸規定は、一貫性のある手続を定めたものとして読まれるべきである (para.7.219)。

b 「侵害物品」

TRIPS 協定 59 条は、まず、同協定 51 条 1 文の定める不正商標商品及び著作権侵害物品の輸入について適用される。さらに、特許などの「その他の知的財産権」を侵害する物品について 51 条の定める申立ての手続が採用される場合には、59 条の義務が及ぶ (paras.7.221-223)。一方、輸出される物品については、59 条の要件が義務として課されることはない (para.7.224)。

中国の税関規則は、商標権、著作権、又は特許権を侵害する物品に適用される。それらに適用される措置に関し、TRIPS 協定 59 条が適用される (para.7.226)。他方、中国の措置のうち輸出向け物品に適用されるものについては、59 条は適用がない (para.7.231)。

統計をみると、2005 年から 2007 年までの期間に処分又は廃棄された侵害物品のうち、輸入向けの割合 (価値ベース) は 0.15%、赤十字協会への寄付 0.12%、廃棄 0.02%。権利者への販売と競売はゼロである。以下の検討では、輸出向け物品に関する統計も参考にする (paras.7.232-233)。

c 「権限を有する [ものとする]」 (shall have the authority)

TRIPS 協定 59 条は、権限のある当局が、国境で差止めの対象となる物品が侵害品であることを認定した時点から、救済措置が命じられる時点までにつき、適用される (para.7.234)。

義務の内容は、権限を「有する」ことであって、権限を「行使する」ことではない (paras.7.236, 7.238)。さらに、同条の義務は、規定されたもの以外の措置を命じることを禁ずるわけではない (para.7.239)。また、廃棄又は処分的一方を命じる権限に制限を付けても、他方を命じる権限が残されていれば、59条に整合する (paras.7.246, 7.251)。

私人の申請又は要請に基づくことなく職権で行為をなすことを求めているわけではない (para.7.247)。

「処分」(disposal)とは、流通経路の外に処分する旨の命令を意味する (para.7.249)。

中国の措置が、廃棄についての権限に制限を加えているとしても、廃棄と処分のいずれについても TRIPS 協定 46 条に沿ってこれを命じる権限がないことが示されない限り、問題はない (para.7.251)。

d 「46 条に規定する原則」

TRIPS 協定 46 条 1 文は、59 条に関係がある。2 文は関係がなく、3 文は関係がある。「このような申立て」は、侵害品の流通経路からの排除又は廃棄の要請と、材料・道具の排除の要請の両方を意味すると解される。4 文は、不正商標商品に関係する (paras.7.258-263)。結局、46 条 1 文、3 文及び 4 文の規定する原則が 59 条 1 文により援用されている (paras.7.266-270)。

e 「権利者に損害を与えないような態様で流通経路から〔排除し〕」

社会福祉団体が自己使用又は慈善的な配給をする場合が、これに当たることについては、異論がない。しかし、社会福祉団体が、税関から慈善的な配給のために寄付された物品を、後に販売すれば、(慈善目的のために金銭を募るためであろうと)、物品は流通経路の外に排除されるのではなく、流通経路の中に向けて処分されることになる。ただし、一度流通経路の外に処分されたことは、変わらない。しかし、配給された物品が後に販売されることは、「権利者に損害を与えないよう」な方法で処分されたかという評価に関わる (para.7.279)。

流通経路の外への処分は、(受身形で表現されており) 権限ある当局自身が行う必要はない。問題とされるのは「態様」であって、実際の処分そのものではない。また、本原則は、結果ではなく目的に関わるものである。なお、流通経路の外に置かれる場合については、商標の除去は要件とされていない (paras.7.283-284)。

f 社会福祉団体への寄付

米国は、(i) 欠陥や危険性を持つ、あるいは低品質の海賊版・模造品が寄付されることに

よって、権利者の評価を害し、さらには権利者が賠償を求められる可能性もあること、(ii) 寄付された物品が、その後福祉団体から流通経路に入れられる可能性があることから、社会福祉団体への寄付は、「権利者に損害を与えないような態様で流通経路から排除」する処分とは認められないと主張する (paras.7.288-298)。

しかし、中国の措置では、社会福祉団体が直接使用可能である製品を寄付するとされている。欠陥品や危険な物品が寄付されることを示唆する証拠はない (para.7.291)。また、低品質の物品によって権利者に損害を与えることを防ぐような態様で社会福祉団体への寄付を行う権限を、中国の税関当局が有していないことについて、立証されていない (para.7.297)。さらに、実際の寄付の対象である赤十字との関係では、後の販売を規制しており、税関が侵害物品を流通経路に戻らないことを確保する義務を履行していないことは立証されていない (paras.7.299-306)。

結論として、侵害物品の社会福祉団体への寄付について、中国の税関当局が TRIPS 協定 46 条 1 文の定める原則に従って侵害物品を処分する権限を有しないとの主張に関し、米国は立証できていない (para.7.324)。

g 権利者への販売

侵害物品の権利者への有償での販売については、社会福祉団体への寄付と選択的であり、それらの間に優先順位はないことから、この方法が唯一の選択肢であって、TRIPS 協定 59 条が要件とする権限を制約すると認める状況はない。社会福祉団体への寄付が 59 条に反しないと認められる以上、税関当局の措置が 59 条に整合的か否かを判断するために、権利者への販売の選択肢について検討を加える必要はない (para.7.326)。

h 競売と TRIPS 協定 46 条 1 文の原則

中国の措置においては、福祉団体への寄付と権利者への販売のいずれもできない場合に、侵害の特徴を除去した上で、侵害物品を競売にかけることが可能とされる。侵害の特徴の除去ができない場合には、侵害品を廃棄すべきものとされている。しかし、侵害の特徴の除去ができない場合のみに、侵害品を廃棄できる（米はこのように主張する。）わけではない (paras.7.327-335)。以上は、規則のみならず、実施措置及び公告においても、同様である (paras.7.336-342)。

従って、中国の措置は、法令の文言上、税関当局に侵害物品の競売を義務付けているとは認められない (para.7.343)。実際にも、輸入された侵害物品が競売にかけられた実績はない。輸出品についても、競売の例は少ない。これは、競売が義務的でないと主張と整合的である (paras.7.344-354)。

結論として、税関措置において侵害物品を競売にかけることを命じる権限が、TRIPS 協

定 46 条 1 文の定める原則に従って侵害物品を廃棄することを命じる権限を制約しているとの米国の主張は立証されていない (para.7.354)。よって、税関措置が、TRIPS 協定 46 条 1 文の定める原則の援用との関係で、同 59 条に違反することは、立証されていない (para.7.355)。

i 競売と TRIPS 協定 46 条 4 文の原則

税関措置においては、侵害の特徴を除去した上で競売にかけられることとされている。商標権侵害物品の場合、侵害の特徴の除去とは不正な商標を除去することを意味し、それ以外は含まない (para.7-366)。そこで、上記措置は、TRIPS 協定 46 条 4 文の「単なる除去」に当たるのではないかが問題となる (para.7.367)。

中国は、競売の前に権利者に対してコメントする機会を与えていることから (ただし、税関当局はそのコメントを考慮する義務を負わない。)、単なる除去ではないと主張する (para.7.368)。

46 条 4 文が、商標の除去以外を求めているのは、単に侵害を停止させること以上のことを求めていることを意味する。これは、46 条の冒頭に述べられた目的、すなわち、侵害に対する有効な抑止の実現という目的に照らして検討すると、侵害物品自体の状態を変えることを求めていると解される。なぜなら、侵害物品の状態が変わっていなければ、不正な商標が再度付されることによって、侵害が再発する可能性があるからである。59 条 2 文が侵害物品の状態の不変更に言及している点も、この解釈を基礎づける (paras.7.371-379)。

中国の税関措置では、違法に付された商標を単に除去すれば、不正商標商品が流通経路に解放されることが認められている (para.7.385)。また、TRIPS 協定 46 条 4 文における「例外的な場合」は限定的に解されるべきである (paras.7.391-392)。結論として、中国の税関措置は、「例外的な場合」に限らず、不正商標商品を、不正商標を単に除去した上で、流通経路に解放することを認めている (para.7.393)。従って、税関措置は、TRIPS 協定 46 条 4 文の定める原則を満たさないことから、同 59 条に違反する (para.7.394)。

(3) 刑事罰の閾値

①対象措置

刑事罰の関連で問題となった中国の措置は、具体的には、次のものである (措置の概要について、paras.7.396-415。さらに paras.7.416-479 において、措置の具体的内容が検討されているが、詳細は省略する。)。なお、中国は、同国内の知的財産権の保護において行政措置の役割が大きい旨を主張しているが、TRIPS 協定 61 条の義務は刑事上の手続・措置に関するものであって、行政措置が関係しないことについて、両当事国とも異論がない

(paras.7.476-478)。

a 商標関係の規定²²

刑法（1979年制定、1997年改正）213条は、商標権者に無断で、登録商標と同一の商標を指定商品と同種の商品に使用する行為につき、「情状が深刻である場合」（if the circumstances are serious）、3年以下の有期禁固、刑事拘禁又は罰金に処し（罰金は併科も可）、「情状が特に深刻である場合」（if the circumstances are especially serious）には、3年以上7年以下の有期禁固及び罰金に処すとしている。この「情状が深刻である場合」について、2004年に定められた最高人民法院の司法解釈²³は、「違法な事業経営の規模が5万元以上（2つ以上の登録商標の不正使用の場合は3万元以上）」、「違法な利得の額が3万元以上（2つ以上の登録商標の不正使用の場合は2万元以上）」、「その他深刻な情状」がこれに当たるとしている（最高人民法院の司法解釈が法的拘束力を持つことについて、paras.7.417-424参照）。

同様に、刑法214条（商標不正使用商品の販売の罪）については、「販売額が比較的大きい場合」、同法215条（商標の偽造及び偽造商標の販売の罪）については、「情状が深刻である場合」という要件が置かれており、それぞれについて、最高人民法院による司法解釈（商品の販売額を基準として示すもの）が出されている。

b 著作権関係の規定²⁴

²² JETRO が提供している刑法の関連規定の日本語訳は、以下のとおりである（<http://www.jetro.go.jp/world/asia/cn/ip/law/pdf/regulation/19970314.pdf> から入手可能（最終アクセス2011年3月13日）。なお、本文では必ずしもこの訳に従っていない。）。

213条「登録商標権者の許諾を得ずに、同一種類の商品にその登録商標と同一の商標を使用し、情状がひどい者は3年以下の有期懲役または拘役に処し、罰金を併科又は単科する。情状が特に重大であるものは3年以上7年以下の有期懲役に処し、罰金を併科する。」

214条「登録商標を詐称した商標であることを知りながら販売し、販売金額が比較的大きいものは3年以下の有期懲役又は拘役に処し、罰金を併科又は単科する。販売金額が巨大である場合は3年以上7年以下の有期懲役に処し、罰金を併科する。」

215条「他人の登録商標を偽造し、無断で製造し、または偽造若しくは無断で製造された登録商標の標識を販売し、情状が重大であるものは3年以下の有期懲役、拘役又は管制に処し、罰金を併科又は単科する。情状が特に重大である場合は3年以上7年以下の有期懲役に処し、罰金を併科する。」

²³ 本件事案について米国が協議要請を行う直前の2007年4月6日に、新たな司法解釈が発表され、その内容は、従来の解釈に対して、閾値を引き下げる方向で変更を加えている。具体的には、従来は法人による侵害に関する閾値が個人による侵害の閾値の3倍とされていたのが、後者と同水準までとされ、また、著作権の違法侵害品の数量の基準が1000枚（コピー）から500枚（コピー）に引き下げられた。

²⁴ JETRO が提供している刑法の関連規定の日本語訳（前掲注22参照）は、以下のとおりである（本文では必ずしもこの訳に従っていない。）。

217条「営利を目的とし、次に掲げる著作権侵害行為の一つを実施し、違法所得金額が比較的大きいまたはその他の情状が重大である場合は、3年以下の有期懲役または拘役に処し、罰金を併科又は単科する。違法所得金額が巨額である場合またはその他の情状がきわめて重大である場合は、3年以上7年以下の有期懲役に処し、罰金を併科する。（各号略）」

218条「営利を目的とし、本法第217条で規定した権利侵害複製品を販売し、違法所得が巨額である場合は3年以下の有期懲役または拘役に処し、罰金を併科又は単科する。」

刑法 217 条は、著作物の無断複製等を、利益を挙げる目的をもって行った場合において、「違法な利得が比較的大きい」又は「その他深刻な情状がある」ときは、3 年以下の有期禁固、刑事拘禁又は罰金に処し（罰金は併科も可）、「違法な利得が莫大（huge）である」ときは、3 年以上 7 年以下の有期禁固及び罰金に処すとしている。2004 年に定められた最高人民法院の司法解釈は、刑法 217 条の「違法な利得が比較的大きい」という要件について、「違法な利得が 3 万元以上である場合」がこれに当たるとし、また、「その他深刻な情状がある」場合の例として、「違法な事業経営の規模が 5 万元以上である場合」等を挙げている。さらに 2007 年に出された最高人民法院の司法解釈は、「その他深刻な事情がある」場合に付き、500 枚（コピー）以上の複製をした場合がこれに当たるとしている。

同様に、刑法 218 条（図利目的の違法複製物の販売の罪）についても、「違法な利得が比較的大きい」場合との要件が置かれており、2004 年の司法解釈が「違法な利得が 10 万元以上である場合」がこれに当たる旨を示している。

②当事国の主張

上記措置に関し、米国は、次のように主張した。

第一に、TRIPS 協定 61 条 1 文は、「商業的規模の」（on a commercial scale）商標の不正使用及び著作物の違法複製について、刑事手続及び刑罰を定めることを求めているところ、「商業的規模」とは、不正使用又は違法複製が、市場との関係で一定以上の程度又は規模に達していることを意味する（para.7.480）。中国の刑罰に関する閾値は、不正使用等の商業市場、ひいては権利者への影響を関係当局が評価するに際して、物的証拠に基づく、商業的規模の不正使用又は違法複製であることを示す（司法解釈等が指定する数値以外の）徴憑（indicia）を考慮に入れることを禁じるものである。しかし、TRIPS 協定 61 条の下では、あらゆる「商標的規模」の不正使用等の活動がカバーされるように、広範な量的及び質的要素を考慮に入れて判断がなされなくてはならないはずである（para. 7.482）。

第二に、中国の刑事関係措置は TRIPS 協定 61 条 1 文を満たさないことから、必然的に、同条 2 文の定める「十分に抑止的な」刑罰が確保されないことになり、同規定にも違反する（para.7.670）。

第三に、TRIPS 協定 61 条 1 文及び 2 文の定める義務が履行されていない以上、同協定 41 条 1 項に違反する（para.7.676）。

これに対し、中国は、次のように反論した。「商標的規模」とは侵害行為がかなりの規模（a significant magnitude）であることを意味するところ、これは広い幅を持つ基準であって、各国の裁量に委ねられるものであり、かつ、現地の諸条件に応じて判断されるべきものである。TRIPS 協定 1 条 1 項及び 41 条 5 項に照らしても、加盟国は法の執行に相当程度の裁量を認められており、61 条の基準をどう定義するかは、加盟国に留保されている。

さらに同協定の交渉経緯及び発効後の加盟国の行動によれば、「商業的規模」は、重大な侵害行為のみをカバーする高度かつ広い基準を課すものとして理解されていることが明らかである (para.7.481)。

③ パネルの判断

a TRIPS 協定 61 条 1 文

パネルは米国の主張を二つの部分 (limbs) に整理する。第一部分は、閾値の数値及び算定方法に問題があり、閾値のレベルが高すぎる旨の、量的問題に関わる主張である。第二部分は、閾値において考慮されない要素がある旨の、質的問題に関わる主張である。そこで、前者については、「中国の閾値は、『商業的規模』のすべての事例をカバーするには高すぎるのではないか」、後者については、「米国が挙げる『他の要素』が、中国の閾値において考慮されないのか、考慮されない場合、それらを考慮することは TRIPS 協定の義務であるのか」を検討することとする (paras.7.494-496)。

TRIPS 協定 61 条 1 文は義務を定めた規定である (paras.7.503-515)。この義務は、商業的規模の、故意による商標の不正使用及び著作物の違法複製のすべての行為に適用される (para.7.516)。ここで「商標の不正使用」 (trademark counterfeiting) 及び「著作物の違法複製」 (copyright piracy) という用語について、TRIPS 協定は定義を設けていないが、同協定の注 14 が「商標不正使用商品」 (counterfeit trademark goods) 及び「著作権侵害物品」 (pirated copyright goods) について定義をしており、この定義は 61 条 1 文の上記文言の解釈にも関係する (relevant)。しかし、本件において、当事国は、対象措置と 61 条 1 文の上記文言との関係については、争っておらず、本パネルとしては、これ以上上記文言の解釈について論じる必要がない (paras.7.519-522)。

「商業的規模」の要件は、故意の要件とともに、61 条 1 文の義務の対象を、商標の不正使用及び著作物の違法複製のうちの一部の行為に限定するものである (para.7.526)。「商業的規模」は、単なる「商業的」とは異なり、「商業的」という質的要件に加えて、「規模」という量的要件が加えられている (paras.7.538-544)。「商業的規模」とは、典型的な又は通常商業活動の規模又は程度 (the magnitude or extent of typical or usual commercial activity) を意味すると解する。従って、「商業的規模の」商標の不正使用又は著作物の違法複製とは、ある市場のある商品に関して、典型的な又は通常商業活動の規模又は程度により不正使用又は違法複製が行われる場合を指す。よって、ある市場のある商品に関する典型的な又は通常商業活動の規模又は程度が、TRIPS 協定 61 条 1 文の義務を課す基準となる。特定の市場における特定の商品についての不正使用又は違法複製の商業的規模が何であるかは、当該市場の当該商品に関する典型的な又は通常商業活動の規模又は程度 (それは大きいことも、小さいこともあり得る) 次第ということになる。その規模又は程

度は、長期的に見れば、収益性に関する (paras.7.545, 7.577)。

上記の定義を前提として争点につき検討すると、まず、米国の主張の第一部分について、米国は、数量による閾値が、ある事実関係の前提のもとで適用されるべき「商業的規模」よりも高いレベルにあることを数量的な証拠に基づいて示す必要がある (para.7.603)。しかし、米国は新聞記事等の断片的な証拠を示すのみで、協定違反の一応の立証をしていない (paras.7.608-632)。

また、米国の主張の第二部分は、第一に、中国の閾値では、最終商品のみが考慮され、その他の商業的規模を表す物的証拠 (physical evidence)、例えば未完成製品や偽造包装の存在が無視されているという主張からなる。しかし、米国は、中国の閾値の内容が米国の主張するとおりのものであることを十分説明していない (paras.7.633-634)。また、TRIPS 協定 61 条は、そもそも証拠について定めていない (para.7.650)。結局、米国は、物的証拠が適切に考慮されない旨の主張について一応の立証をしていない (para.7.652)。

米国は第二に、中国の閾値が、商標の不正使用等の商業市場 (ひいては権利者) への影響を考慮しない点を問題とする。その例として、インターネット及び先進的デジタル技術によって、商標不正使用及び著作物違法複製が市場に大きな損害をもたらす恐れがあることを指摘する。しかし、その例が具体的にいかなる点で問題であるかを、米国は主張していない (paras.7.653-655)。また、そもそも 61 条 1 文の解釈において、権利者への影響が考慮されるべき要因であるとは考えられないし、同規定 (特に「商業的」という文言) は技術中立的であることにも留意すべきである (paras.7.656-657)。結局、米国は、市場への影響に関する主張について一応の立証をしていない (para.7.661)。

以上のほか、米国は、商業的規模の認定において広範な要素を考慮に入れるべきであるとして種々の要素に言及するが、それらが中国の措置とどう関係し、また、米国の申立てといかに関連するのかが立証されていない (para.7.667)。なお、日本は、「組織的な要素」を考慮に入れるべき旨を主張するが (EC が支持し、米国が同意)、これは、「商業」が仏語とスペイン語では「店舗」を意味することに基づいた解釈であるところ、TRIPS 協定の (同じく正文である) 英語版では「商業」にそのような意味を認めることができないから、その点でこの解釈は誤りを含んでいる。さらに、米国は、中国の刑法において組織的な要素が考慮されないことを説明していない (para.7.666)。

以上から、米国は、61 条 1 文の違反について一応の立証をしていない (para.7.669)。

b TRIPS 協定 61 条 2 文、41 条 1 項

TRIPS 協定 61 条 2 文違反の主張は同条 1 文違反の主張に、また同協定 41 条 1 項違反の主張は 61 条違反の主張に、それぞれ依拠するものであり、紛争の積極的解決の観点から、これらについてパネルが判断をする必要は認められない (paras.7.675, 7.680)。

(4) 結論

中国の著作権法（4条1文）は、TRIPS協定9条1項が援用するベルヌ条約5条1項、及びTRIPS協定41条1項に違反する。また、税関措置は、TRIPS協定46条4文の定める原則を援用する同協定59条に違反する。これらの違反によって、著作権法及び税関措置は、TRIPS協定のもとで米国に生じる利益を無効化又は侵害している（paras.8.1-4）。以上の結論に基づき、本パネルは、中国が著作権法及び税関措置をTRIPS協定上の義務に整合化させることを勧告する（para.8.4）。

なお、本紛争において、本パネルの役割は、中国における商標の不正使用及び著作物の違法複製の存在しないレベルを確認することでも、あるいは、厳格な知的財産制度の執行の望ましさを検討することでもなかった。本パネルに付託された権限は、中国の知的財産制度がTRIPS協定の特定の規定に不整合であるとの米国の主張について、当事者が提出した事実の客観的検討を通じて、米国が主張する問題が実際にTRIPS協定の当該規定に不整合であるかを検討することに限定されていた（para.8.5）。

2. 4 その後の経緯

本パネル報告書の公表後、米国政府（USTR）は直ちに「紛争に勝利した」とするコメントを発表した²⁵。一方、中国政府も、本パネル報告書を歓迎しつつ、著作権法が協定違反とされた点を遺憾とする等のコメントをしている²⁶。

両当事国は上級委員会への上訴（DSU17条4項）を行わず、2009年3月20日、本パネル報告書がDSB会合において採択された²⁷。中国は、同年4月15日付けのDSB議長あての書簡において、本パネル報告書に基づくDSBの勧告と決定を履行する意思、及び履行ま

²⁵ USTR, *United States Wins Disputes Over Deficiencies in China's Intellectual Property Right Laws*, January 26, 2009, available at <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2009/january/united-states-wins-wto-dispute-over-deficiencies-c> (last visited March 13, 2011). 刑事罰の閾値に関するパネルの判断については、失望したとしつつ、パネルが市場に基礎をおく分析的アプローチを採ったことは評価できるとしている。なお、米国の上院の財政委員会の Baucus 委員長も、本パネル報告書の判断を称える旨のコメントを出している（Committee on Finance, *Baucus Applauds WTO Decision in China Intellectual Property Rights Case*, January 26, 2009, available at <http://finance.senate.gov/newsroom/chairman/release/?id=1e147a1a-4361-436b-8b5a-20d42e0010f2> (last visited March 13, 2011))。

²⁶ 新華社の報道 (http://news.xinhuanet.com/english/2009-01/27/content_10726209.htm (last visited March 13, 2011)) 参照。また、中国政府（商務部）は、3月20日のDSB会合での本パネル報告書の採択の直後にも声明を出しており、そこでは、本パネル報告書が米国の主張を否定した側面を強調するとともに、中国として知的財産の国内における保護と、この分野で国際協力を進める方針をうたっている。商務部のサイト (<http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/ae/ai/200903/20090306116901.html> (last visited March 13, 2011))、及び新華社の報道 (http://news.xinhuanet.com/english/2009-03/21/content_11045250.htm (last visited March 13, 2011)) 参照。

²⁷ WT/DSB/W/402.

で合理的期間を要する旨を表明し²⁸、その後、米中間で、実施期限を 2010 年 3 月 20 日することが合意された²⁹。

中国は、本事件で問題とされた著作権法 4 条を含む同法の改正を行い、2010 年 4 月 1 日から改正法が施行された。また、知的財産権規則も改正され、著作権法改正の施行日と同日に改正規則が施行された³⁰。これに対し、米国は、DSB 会合において、中国が勧告・裁定を実施したと認めることを留保する発言をしている³¹。

改正された中国の著作権法と知的財産権規則の関連部分を示せば、以下のとおりである³²。

・著作権法 4 条「著作権者が著作権を行使するときは、憲法及び法律に違反してはならず、公共の利益を害してはならない。国家は法律に基づき、作品の出版、伝達に対して監督管理を行う。」

・税関における知的財産権規則 27 条「没収された知的財産権侵害貨物が社会公益事業に用いることができる場合には、海関はこれを関連の公益機構に交付し社会公益事業に用いなければならない。知的財産権の権利者に購入意欲がある場合には、海関は有償で知的財産権の権利者に譲渡することができる。没収された知的財産権侵害貨物を社会公益事業に用いる方法がなく且つ知的財産権の権利者に購入意思が無い場合には、海関は権利侵害の特徴を削除したのち法により競売に付すことができる。ただし偽造商標が付された輸入貨物については特殊な状況を除き、単に貨物上の商標標識を除去するだけでは同貨物の商業ルートに投入することを認めてはならない。権利侵害の特徴を削除する方法が無い場合には、海関はそれを廃棄しなければならない。」

3. 検討³³

²⁸ WT/DS362/11.

²⁹ WT/DS362/13.

³⁰ WT/DSB/M/282, para. 82.

³¹ *Id.*, para. 83. 米国の 2010 年版スペシャル 301 条報告書 (2010 年 4 月 30 日付け) も、「米国は、本事件における DSB の勧告と裁定の実施について、中国と共に取り組んでいる。」と、現在進行形の表現を用いており、米国政府として、公式に中国が勧告・裁定の実施を完了したと認めるに至っていないようである。

³² 以下の訳文は、経済産業省通商機構部から提供を受けたものである。

³³ 本パネル報告書について論じた文献のうち、筆者が参照できたのは以下のとおりである。尾島明=杉浦淳ほか「WTO パネル報告書 (知的財産権の保護及び執行に影響する中国の措置) の分析 [第 1 回～第 3 回]」知財研フォーラム 79 号 34 頁、80 号 30 頁 (以上 2009 年)、82 号 41 頁 (2010 年) ; Hong Xue, *An Anatomical Study of the United States Versus China at the World Trade Organisation on Intellectual Property Enforcement*, E.I.P.R. 2009, 31(6), 292-299; Peter Ganea, *Internationales- WTO-Panel veröffentlicht Ergebnisse zum Streit zwischen den USA und China wegen Defiziten im chinesischen Immaterialgüterrechtsschutz*, GRUR Int. 2009, 274; Rostam J. Neuwirth, *Der WTO-Bericht zu China – Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights: ein Kommentar*, GRUR Int 2009, 367; Peter K. Yu, *The US-China WTO Cases Explained*, MANAGING INTELL. PROP., at 4 (2009), available at http://www.peteryu.com/managingip_362.pdf (last visited March 13, 2011); Graeme B. Dinwoodie & Rochelle C. Dreyfuss, *Designing a Global Intellectual Property System Responsive to Change: the WTO, WIPO, and Beyond*, 46 HOUS. L. REV. 1187 (2009); Jung Yun

3. 1 総論

中国の知的財産制度については、かねてより、制度自体（知的財産保護に関する実体法令）はかなり整備が進んでおり、TRIPS 協定等の条約整合性も相当程度確保されているが、その執行・運用が不十分であることが大きな問題であることが指摘されてきた³⁴。他方、TRIPS 協定は、権利行使（enforcement）の側面について、知的財産関係の多国間条約としては初めて詳細な規定を設けた点で画期的ではあるが³⁵、その規定のほとんどは各国政府の機関にある種の権限を付与することを求める趣旨のものであり、具体的事案で特定の救済措置を講じることまでを義務付ける内容ではない³⁶。従って、中国の知的財産保護の問題を、WTO 紛争解決制度の俎上にあげるとは決して容易なことではなかったといえる。実際に、米国の協議要請及びパネル設置要請では、協定不整合の主張が通りそうな論点に絞り込んだと思われ、また、その主張の一部は当初から困難が予想されていた³⁷。結果的に、本パネル報告書は、申立国の米国にとって、ある程度予想されたとはいえ、厳しい内容になったといえる。

本パネル報告書の内容あるいは本事件の結果が有する意義につき、主なものを挙げれば次のとおりである。

第一に、法的観点から、本パネル報告書は、TRIPS 協定のいくつかの規定についてパネルとして初めて解釈を示したものとして、重要な意義を持つ。この点については、後に個別に論じる。

第二に、實際上、中国における知的財産保護の状況の改善にどのような影響を与えるかについては、評価が難しい。もちろん、TRIPS 協定違反とされた措置が改善される点で、プラスの効果があることは間違いない。他方、協定違反とされなかった措置、特に刑事罰の閾値については、中国政府が、いわば WTO の「お墨付き」が与えられたと受け取って、運用面についても現状維持で満足することになれば、むしろマイナスの効果もたらされる可能性もないとはいえない。しかし、中国も、また他の加盟国も、本パネル報告書が協定違反を否定した結論は、あくまで、制度（法令）それ自体について協定違反を立証する証拠が不十分という理由によるものであり、今後の運用やその他の状況次第では、同一制

(Jennifer) Yang, *Bringing the Question of Chinese IPR Enforcement to the WTO under TRIPS: An Effective Strategy or a Meaningless and Overused Tactic by the U.S.?*, 10 PGH. J. TECH. L. & POL'Y 1 (2010).

³⁴ 例えば、経済産業省通商政策局編「不公正貿易報告書」（2008年版）30頁（2008）。

³⁵ DANIEL GERVAIS, *THE TRIPS AGREEMENT: DRAFTING HISTORY AND ANALYSIS* 440 (3d ed. 2008).

³⁶ *Id.* at 441.

³⁷ 例えば、パネル手続進行中に発表された米国の研究者の論文でも、米国の主張（特に刑事罰の閾値に係る主張）がパネルに支持されない可能性が相当程度あることが指摘されていた。See, Donald P. Harris, *The Honeymoon is Over: The U.S. - China WTO Intellectual Property Complaint*, 32 FORDHAM INT'L L.J. 96, 166 (2008). また、川合弘造＝米谷三以＝淀川詔子「中国におけるエンフォースメントの TRIPS 協定整合性について」公正貿易センター『平成 18 年度 TRIPS 研究会報告書』435 頁（2007）も、TRIPS 協定 41 条及び 61 条の違反を問うことの難しさを指摘していた。

度であっても協定不整合の可能性が生じ得ることが認識されるべきであろう³⁸。

第三に、より広く、国際的な場における知的財産制度を巡る議論にも、本案件の結果は影響を与えるであろう。ただし、一律に、一つの方向に向けた影響を与えるというよりも、むしろ、国際的な議論のプレイヤーのそれぞれが、自己の主張に有利な方向に本パネル報告書の判断等を活用するということになると思われる。やや図式的に述べれば、途上国の観点からは、加盟国の裁量・自主性を尊重するという意味での柔軟性を TRIPS 協定が認めていることを本パネル報告書が確認している点が、特に強調されると思われる。他方、先進国の観点からは、TRIPS 協定の定める最低水準の保護の遵守が必要であることを確認する文脈で、また、TRIPS 協定の限界を補うものとして、二国間交渉、FTA 等の知的財産条項、さらには最近合意に至った「模倣品・海賊版拡散防止条約」(ACTA) の意義を確認する文脈でも、本事案が言及されることになろう。

第四に、本パネル報告書の税関措置に関する判断は、我が国自身の制度についても TRIPS 協定整合性の観点で問題があることを示唆していると考えられる。この点については後述する。

3. 2 各論

(1) 著作権法関連

著作権法 4 条 1 文については、TRIPS 協定及びベルヌ協定に整合しないことが明らかであり、同措置に関する本パネル報告書の判断は、妥当と考えられる。

なお、検閲制度自体は、条約上許容されている（本パネル報告書でも言及されている、TRIPS 協定 9 条 1 項が援用するベルヌ条約 17 条参照）。ただし、ベルヌ条約 17 条は、「著作物又は製作物の頒布、上演又は展示」についての規制権限を認めるにとどまり、それ以外の利用行為についての規制を認めるものではない。例えば、政府が著作物の一部改変を強制的に命じる等の措置を講ずれば、著作権（ベルヌ条約上は著作者人格権も）の保護に係る条約上の義務を履行していないということになると思われる。

また、仮に検閲制度を内外差別的に運用すれば、著作権（複製権、保護に係る内国民待遇（TRIPS 協定 3 条）違反となる可能性があるろう。

いずれにしろ、本事件は、「著作権と表現の自由の関係」という観点から、著作権の保護と検閲の関係について考える素材を提供すると思われる³⁹。

³⁸ 2010 年 5 月から 6 月にかけて WTO で実施された中国の貿易政策レビューでは、2008 年 6 月に同国が「知的財産戦略の概略」を策定し、同年 10 月から政府機関横断的な仕組みを作って知的財産制度とその運用の強化を図っていること、知的財産権の侵害事件（訴訟）が増加するなど執行面の強化も見られること等が確認されている。

³⁹ 近年、著作権と表現の自由、あるいは、より一般的に、知的財産権と人権という問題について、議論が活発化している。See, e.g., INTELLECTUAL PROPERTY AND HUMAN RIGHTS (Paul Torremans ed., 2008). 本案件は、出版が禁止された著作物等について、著作権が認められることが、表現の自由にどのような影響

(2) 刑事罰の閾値関連

この論点は、米国のみならず、我が国や EU 等にとって、実質的な問題をもっとも強く感じていたものであると思われる。しかし、結論は、上記のとおり、立証不十分という理由で、TRIPS 協定 61 条 1 文違反の主張は否定された。

同規定に関するパネルの判断、特に「商業的規模の」という文言の解釈・適用については、やや疑問がある。

第一に、「商業的規模」の解釈として、「典型的な又は通常の商業活動の規模又は程度」という概念を提示するが、その「規模又は程度」をどのように判定するのかについての手掛かりはほとんど示されていない。また、「典型的又は通常」という概念は、あくまで正規品の市場や取引実態を前提として認定するとすれば、よく指摘される（また本パネル手続でも米国等が主張した）ように、不正商品は相対的に廉価であり、また小口での取引も行われることが多い等の事情が十分勘案されず、本来ならば商業的規模と呼ぶべき規模や程度の行為がカバーされないおそれもある。

第二に、本パネルは、米国の証拠は新聞記事等の証明力に乏しいもので、立証不十分との結論を比較的あっさりと導いている。しかし、パネルも強調するように、「商業的規模」は商品分野や取引段階等によって異なるものであるところ、中国の一律的な閾値が、仮にある商品分野のある取引段階等について高すぎると認められる例が一つでもあれば、閾値は協定不整合であるはずである。米国は、閾値に関して、少なくとも量的にはかなりの分量の証拠をパネル手続に提出しているようであり、本パネル報告書の中で具体的に検討されるべき証拠が真になかったのかという点は不明である。

他方、この立証不十分という点について、パネルは、わざわざ米国の主張・立証の不手際に言及しており⁴⁰、米国の対応が実際に万全でなかったことも窺える⁴¹。WTO の紛争解決制度について、いわば百戦錬磨である米国にして、しかも、1990 年前後からスペシャル 301 条を振りかざして中国に要請を繰り返してきた知的財産保護の問題について、対応が不十分であったとすれば、残念なことである⁴²。どのような証拠を提出すればよかったのかについては、例えば、中国（相対的に貧しい地域でかまわない。）において、海賊版又は不正商品を販売する事業が継続的に行われている事例における、売上高や違法複製数等のデータが中国の定めた閾値を下回ることを示すことが考えられるのではなからうか（そのよう

を与えるかを考える素材になろう。例えば、著作者に翻案権や著作者人格権を保障することは、著作者の本来の意図と異なる形での出版等を防ぐ等の効果が考えられる一方、政府規制をかいぐった出版行為に対して、政府が著作権侵害を理由として刑事罰や行政罰による制裁を与える根拠にもなり得る。

⁴⁰ para.7.630.

⁴¹ 筆者は、米国の提出した証拠を検証していないので、この点の評価はあくまで推測である。

⁴² 例えば、Xue, *supra* note 33, at 295 は、「本パネルの判断により明白になったのは、USTR が永年にわたり、中国の刑事罰から自由で野放図な海賊・模倣行為に関する鋼鉄の証拠と称してきたものが、何の証拠的価値もない、新聞記事の寄せ集めにすぎなかったことである。」と皮肉っている。

なデータの入手可能性は不明であるが。)

以上のように、本パネル報告書の刑事罰関係の判断については、釈然としないところが残るといわざるを得ない。ただし、一般論として、知的財産権侵害について刑事的措置をどのように設けるかについては、主要国の間でも考え方が分かれており、それだけに TRIPS 協定 61 条の解釈においては、メンバー国の主体的判断・裁量が尊重される必要性 (TRIPS 協定 1 条 1 項 2 文、41 条 5 項参照) が高いと思われる。そのような観点からは、この論点について非常に慎重な言い回しに終始した本パネル報告書の姿勢自体は、評価できる面もある。

すなわち、知的財産権侵害について、我が国は各知的財産権の単純な侵害行為についてもかなり重い刑事罰を科す制度を採用しているが⁴³、これは決して主要国共通に見られる制度ではない。例えば、英国や米国では特許権侵害は刑事罰の対象とならない。著作権侵害や商標権侵害についても、以下に見るように、一定の要件を充たす侵害行為に限り刑事罰の対象とする国が多い。このような差異の理由として、そもそも各国法制度における刑事措置の役割の違いが考えられるほか、無体物である情報の利用について刑事罰を科すことによる萎縮効果 (その前提として、知的財産侵害の認定の困難性がある。) への配慮といった政策的考慮も考えられる。現に、EU では、現在、知的財産侵害に対する刑事罰に係る共同体規則の策定が検討されているが、デジタル情報の利用に係る表現行為への悪影響等を根拠とする反対論もあり、統一的なルールの形成は容易ではないようである⁴⁴。

ここで、著作権侵害と商標権侵害に関する刑事罰に関し、主要国の動向を簡単に見ておくと、次のとおりである。

①英国では、著作権侵害に関しては、侵害者が侵害物品を業として (*in the course of commerce*) 著作権侵害物品を販売する等の行為が刑事罰の対象とされている (1988 年著作権・デザイン・特許法 107 条)。「業として」の認定については、侵害物品の数や価格ではなく、侵害者の意図・目的が要件とされているようである⁴⁵。また、商標権侵害については、侵害者に図利加害目的がある場合に刑事罰の対象とされている (1994 年商標法 92 条)。

②米国では、故意による (*willful*) 「商業的利益又は個人的な金銭的利益」 (*commercial advantage or private financial gain*) のための、又は「180 日の間に電気的手段によって、1000 米ドル以上の小売価値を持つ著作物の一つ以上につき、一つ以上の複製物を作り、又はこれを頒布することにより」行われた著作権侵害行為等が刑事罰の対象とされる (17 U.S.C. §506)。また、商標関係では、意図的な商標不正使用による取引行為 (*intentional trafficking of counterfeit goods or services*) が刑事罰の対象となる (18 U.S.C. §2320)。

⁴³ 日本国特許法 196 条以下、商標法 78 条以下、著作権法 119 条以下等。

⁴⁴ 例えば、EU では、知的財産権侵害について刑事罰を科すことについて、人権 (デジタル情報に係る表現の自由等) 保護の観点から警戒する意見が提起されているという。CONCISE INTERNATIONAL & EUROPEAN IP LAW 150 (Cottier & Véron, eds., 2008)。また、規則案 (IPRED2) についての重要な論点の一つが、「商業的規模」という概念の取扱いであることにつき、Paul Sugden, *How Long is a Piece of String? The Meaning of "Commercial Scale" in Copyright Piracy*, E.I.P.R. 2009, 31(4), 202 参照。

⁴⁵ Sugden, *supra* note 44, at 204.

③ドイツでは、単純な著作権侵害行為も刑事罰の対象となり、営業上（*gewerblich*）侵害行為が行われた場合は、刑の上限がかさ上げされる（3年以下の懲役又は罰金が、5年以下の懲役又は罰金とされる。）⁴⁶。商標権侵害については、業として（*im geschäftlichen Verkehr*）行われる侵害行為が刑事罰の対象となり、営業上（*gewerblich*）侵害行為が行われた場合は、刑の上限がかさ上げされる⁴⁷。

また、「模倣品・海賊版拡散防止条約」(ACTA) 23条1項は、商業的規模の（*on a commercial scale*）、故意による（*willful*）商標不正使用（*trademark counterfeiting*）及び著作権・著作隣接権侵害（*copyright or related rights piracy*）に対して、刑事罰を科すことを義務付けている。ここで商業的規模とは、少なくとも直接的又は間接的な経済的・商業的利益のために行われる商業的活動（*commercial activities for direct or indirect economic or commercial advantage*）を含むとされている（同項2文）。

一般論として、知的財産権侵害について、インターネットの普及等により、業として行う行為と私的目的で行う行為の境界が不明確になる傾向にあり、また、私的目的と認められる行為でも権利者に甚大な影響を与える可能性が増大している。特に、著作権侵害行為についてその傾向が顕著であり、我が国でも、私的使用目的の複製に対する著作権の制限に係る著作権法30条1項につき、制限を狭める方向の改正が行われたところである（同項3号）。このような実態も踏まえつつ、また、知的財産権侵害に対する刑事的措置の位置付けにも十分配慮しながら、TRIPS協定61条及びACTA23条の解釈について、さらに検討していくことが必要と考えられる。

（3）税関措置関連

本パネル報告書の税関措置に関する判断は、穏当なものと思われる。むしろ、我が国としては、このパネルの判断に照らして、我が国自身の税関措置（水際措置）をどう評価すべきかが問題である。

本紛争案件で直接問題となった局面、すなわち、知的財産侵害物品であるとの認定がなされて以降の手續に係る我が国の措置⁴⁸について、本パネル報告書の判断に照らすと、さし

⁴⁶ Urheberrechtsgesetz §106, §108a.

⁴⁷ Markengesetz §143 (1), (2).

⁴⁸ 侵害の認定を知った日から2月内に異議申立てが行われない場合（関税法89条2項）、輸入者等から自発的処理の申出があれば、これが認められる（関税法基本通達69の12-3-1（認定後の取扱い））。

自発的処理としては、廃棄（関税法34条）、滅却（同法45条1項ただし書）、積戻し、権利者からの輸入同意書の提出、侵害部分又は侵害の疑いのある部分の切除等の修正（例えば、商標権侵害物品について標章の切除。ただし、切除された標章は輸入を認めない。）、任意放棄のいずれかの処理を行うことができる（関税法基本通達69の12-2（輸入者等による自発的処理の取扱い））。また、積戻しに関して、商標権、著作権又は著作隣接権に係る侵害物品については、輸出承認がなされないため、積戻しができない（同69の12-2(3)ホ）。

さらに、侵害物品について異議申立てが行われず、かつ、自発的処理を行わない場合又は不正輸入されるおそれがある場合には、原則として、関税法69条の11第2項の規定により、当該物品を没収するとされている（関税法基本通達69の12-4（侵害物品の没収又は積戻命令の手續））。没収した場合は、廃棄

あたり以下のように考えられる。

まず、TRIPS 協定 59 条が援用する同協定 46 条 1 文との関係については、我が国の税関当局が、侵害物品の廃棄を命ずる権限を有していることは明らかである。「権利者に損害を与えないような態様」に係る要件についても、権利者に損害を与える可能性がある措置は特段認められないと思われる。

次に、TRIPS 協定 59 条が援用する同協定 46 条 4 文の関係では、自発的処理の選択肢の一つとして、侵害部分又は侵害の疑いのある部分の切除等の修正が挙げられ、さらにその例示として、商標権侵害物品についての標章の切除が挙げられていること（関税法基本通達 69 の 12-2）が問題となる。当該措置の位置づけは、輸入者等が異議申立てを行わない場合に可能とされる、輸入者等の自発的処理の一つであり、輸入者がこれを選択する場合には、税関当局による没収・廃棄に優先してこの選択肢が実現されることになる。そして、この措置は、不正商標商品について、違法に付された商標の単なる除去により流通経路に商品を生じさせる可能性を持つものであることは否定できないと思われる。また、自発的処理の複数の選択肢について特段の優先順位は設けられておらず、商標の単なる除去による流通経路への流入が例外的な場合に限定されていると認めることは困難と思われる。従って、当該措置は TRIPS 協定 46 条 1 文を援用する同協定 59 条に不整合とされる可能性が高いのではなかろうか⁴⁹。

なお、我が国の措置においても、商標の除去による対応が選択される場合には、権利者が修正後の物品を点検し、意見を述べる機会が与えられる（関税法基本通達 69 の 12-2（2）ハ）。しかし、権利者の意見は税関当局に対して拘束力を持つものではなく、あくまで参考にされるにすぎないと解され（上記通達は、「当該意見を踏まえ」とされているが、「侵害物品でない」と認められる」か否かの判断主体はあくまで税関当局であると解される。）、「当該修正後の物品が侵害物品でない」と認められる場合」には輸入が認められるとされており、本パネル報告書が TRIPS 協定 46 条 4 文の趣旨について「単に侵害を停止させること以上のことを求めている」と述べていることに照らせば、上記の権利者の意見陳述の機会提供が、「商標の単なる除去」を超えるものであるとは認め難いと思われる。

することが想定されている（関税法 69 条の 11 第 2 項）。

⁴⁹ 尾島ほか「分析〔第 1 回〕」・前掲注 33・43 頁は、関税基本通達 69 の 12-4 が「不正輸入されるおそれがある場合」には自発的処理（商標の切除を含む。）が行われても没収される旨を定めていることから、我が国の制度は商標の単なる除去により流通経路への流入を認めていないという解釈を示している。しかし、この説は、現行法令の運用が TRIPS 協定整合的であることを主張しているわけではなく（「不正輸入のおそれがある場合」という文言が、現実はどう解釈されているかは述べられていない。）、現行の通達の文言の下でも TRIPS 協定整合的に運用できる可能性を示しているにすぎない。また、實際上、「不正輸入のおそれ」（下線は引用者）という文言を手掛かりに、国内に入った後に商標が付される可能性がある事案を有効に捕捉できるかについては疑問があり、さらに税関の対応能力の問題もある。通達レベルの現行規定に固執するよりも、明確に協定整合的な文言に改めることが、制度の透明性の観点からも望ましいのではなかろうか。なお、我が国の税関における商標の切除に関する制度の TRIPS 協定の整合性については、商標法見直しの文脈の中で産業構造審議会で議論されたことがあり、裁判官の委員から、TRIPS 協定との関係も含め現行制度は問題があるのではないかと発言がなされている（産業構造審議会知的財産政策部会 第 8 回商標制度小委員会（平成 16 年 9 月 14 日）配布資料 1 参照）。

(4) 補論

本パネル報告書による TRIPS 協定の解釈は、「模倣品・海賊版拡散防止条約」(ACTA) の解釈にも事実上影響を与えられると思われる。両者は言うまでもなく別個の条約であるが、ACTA は知的財産権の執行に関する条約であって、刑事罰や水際措置に関する規定を含んでおり、かつ、規定の内容や文言が類似する面もあることから、TRIPS 協定の解釈が参考になると考えられる。その一つの例は、上記のとおり、刑事罰に関する ACTA23 条である。また、ACTA では、メンバー国の関係機関が一定の権限を有することを義務付ける規定が多数見られるところ(例えば、18 条、20 条 1 項)、同様の表現(“shall have the authority to”)を用いる TRIPS 協定 46 条についての本パネル報告書の判断は参考になろう。