

著作権法における権利制限規定の解釈と 3 step test (6・完) —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 (以上、第26号)

IV. 3 step test の起草過程とその後の発展

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・31号)
4. WIPO 著作権条約および WIPO 実演・レコード条約
5. 小括 (以上、第36号)

V. 著作物の創作および利用環境の変化と3 step testが果たすべき役割

1. 著作物を巡る技術の発展と権利制限の重要性の高まり
2. 国内法および国際条約に関する政策形成過程のバイアス
3. 小括

VI. 国際条約への義務的な権利制限規定の導入—シーリング・アプローチ

1. 義務的な権利制限規定の導入へ向けた動き
2. シーリング・アプローチの評価

VII. WTO 紛争解決手続における3 step test の解釈とその問題点

1. TRIPs 協定と WTO 紛争解決手続
2. 3 step test に関する WTO パネル報告
3. WTO 紛争解決手続における3 step test の解釈の問題点

- VIII. 3 step test の柔軟な解釈
 - 1. 3 step test の解釈指針
 - 2. 第1ステップの解釈
 - 3. 第2ステップの解釈
 - 4. 第3ステップの解釈
- IX. 結びに代えて (以上、本号)

V. 著作物の創作および利用環境の変化と 3 step test が果たすべき役割

1. 著作物を巡る技術の発展と権利制限の重要性の高まり

(1) 3 step test の基本構造

著作権法は、著作物の創作および利用に係る社会経済環境の変化に応じて、そのあり方を変えてきた⁵⁴⁴。1967年のベルヌ条約ストックホルム改正会議において導入された 3 step test は、アナログ環境を前提とするものである⁵⁴⁵。1960年代中頃は、フォトコピーやテープ・レコーダー等の複製装置の出現によって著作物が大量に複製されるようになり、権利者の間で、著作物の既存の市場が損なわれてしまうという危機感が高まっていった時期である。もっとも、デジタル技術が普及する以前の1960年から1970年頃の著作物の市場は、著作物の多様な利用形態が想定される現在とは異なり、比較的単純な構造を有していた。著作物は主に「一次市場」において利用されるのみであったため、派生的市場を想定する必要はなかった。ま

⁵⁴⁴ Jessica Litman, *Copyright Legislation and Technological Change*, 68 OR. L. REV. 275, 353-54 (1989); PAUL GOLDSTEIN, *COPYRIGHT'S HIGHWAY: FROM GUTENBERG TO THE CELESTIAL JUKEBOX* (Rev. ed. 1994). 邦語文献では、著作権法百年史編集委員会『著作権法百年史 通史編』(著作権情報センター・2000年)361-367頁 [齊藤博執筆]、上野達弘「時代の流れと著作権法」ジュリ1361号56頁(2008年)を参照。

⁵⁴⁵ 詳しくは、本稿「IV. 1.」(本誌27号131頁以下)を参照。

た、当時の技術の発展のスピードは現在に比べ緩やかなものであった⁵⁴⁶。

3 step test は、第 1 ステップの「特別の場合」要件により、権利制限が認められる範囲を限定し、第 2 ステップおよび第 3 ステップにおいて、権利制限規定により著作権者の経済的利益が害されることがないように保障している。3 step test の文言からは、著作権の制限が認められる範囲を限定的なものとするので、著作権者の利益の保護を優先させるバイアスが存在していることを読み取ることが可能であるが、当時の著作物の創作および利用に関する環境を前提とすると、ベルヌ条約の起草者が、3 step test について、「特別の場合」や「通常の利用を妨げず」といった要件の下で、著作物の市場と何らかの形で競合する利用態様をすべからく権利者の排他権の対象に含めるという構成を採用したことは理解できる。

ところが、3 step test が導入された当時と比較すると、現在、著作権法において権利制限の果たすべき役割は高まっている。とりわけ、著作物の利用に関する市場構造が複雑化しているため、単純に、著作物の市場と競合する利用の全てを「通常の利用を妨げ」と捉えてしまうことには問題が多い。そのため、著作物の利用の大部分に一旦権利を及ぼしてから、3 step test で例外的に排他権の及ぶ範囲を除外するという手法では、対応しきれなくなっている⁵⁴⁷。

これらの変化を考慮せずに、3 step test を文言に忠実に解釈した場合、立法者（または裁判官）が、社会経済的状況の変化に柔軟に対応することが妨げられてしまうおそれがある。また、権利者の利益と抵触する他の重要な利益を、権利制限規定の立法および解釈に十分に反映させることができないう問題が生じている。そこで、本章では、著作物の創作および利用に関する環境の変化によって、3 step test の果たすべき役割がどのように変化してきたのかを検討する。権利制限規定の重要性が高い分野は多数存在するが、本章では、私的領域におけるユーザーの自由の確保、および、権利処理に関するアンチコモنز問題に焦点をあてる。

⁵⁴⁶ Westkamp, *supra* note 92, at 7.

⁵⁴⁷ Dinwoodie, *supra* note 181, at 516-18.

(2) 私的領域における自由の確保

伝統的に、著作権法は、著作物の創作者と著作物を公衆に伝達する媒介者の関係を規律することを主眼としていた。そのため、著作権法には明示的にユーザーの権利を認める規定は多くなかったが、著作権者には具体的に定義された利用行為に対してのみ排他権を認め、その他の著作物を使用する行為は制限しないことによって、ユーザーには著作物を享受する自由が保障されていたため、あえて明文で規定する必要がなかったのである⁵⁴⁸。私人の行動の自由の確保という観点からは、著作権の保護がアイデアには及ばないとする最低限の安全弁さえ設けていれば十分であったというのである⁵⁴⁹。このような伝統的な枠組みにおいては、著作者や出版者等の著作権に基づいて経済的利益を得ることを業としていた一部の者または産業を除くと、多くの企業および消費者は、日常生活において著作権法の規律を気にかけることなく、著作物を享受することが認められていた⁵⁵⁰。

1950年代から60年代にかけて、磁気テープ・レコーダー⁵⁵¹が一般家庭に普及し始め、また、1970年代中頃からビデオテープ・レコーダー (VTR)⁵⁵²

⁵⁴⁸ Jessica Litman (比良友佳理訳)「真の著作権リフォーム(1)」知的財産法政策学研究38号179・196-197頁(2012年)。

⁵⁴⁹ 田村善之「デジタル化時代の知的財産法制度」同『機能的知的財産法の理論』(信山社・1996年)、同「効率性・多様性・自由—インターネット時代の著作権制度のあり方」同『市場・自由・知的財産』(有斐閣・2003年)232-235頁、同「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリ1255号124-135頁(2003年)。

⁵⁵⁰ Litman・前掲注(548)197頁。Gervaisも、著作権者の排他権がユーザーの私的な領域に及ばないという基本原則は、国内法および国際条約において必ずしも明確に規定されてこなかったが、多くの国において妥当する基本的な考え方であったことを指摘する(Daniel J. Gervais, *Making Copyright Whole: A Principled Approach to Copyright Exceptions and Limitations*, 5 U. OTTAWA L. & TECH. J. 1, 17 (2008))。

⁵⁵¹ 君塚雅憲「テープレコーダーの技術系統化調査」国立科学博物館産業技術史資料情報センター編『国立科学博物館技術の系統化調査報告 第17集』(国立科学博物館・2012年)183頁以下。

⁵⁵² 川村俊明「VTR産業技術史の考察と現存資料の状況」国立科学博物館産業技術史資料情報センター編『国立科学博物館技術の系統化調査報告 第1集』(国立科学

が普及するようになり、一般消費者が著作物を複製するためのコストが低下し、著作物の複製が容易になった⁵⁵³。複製技術が私的領域に普及していったことを受けて、権利者の間では私的領域において行われる複製による経済的影響に対する懸念が高まり、何らかの形で権利行使をすることに関心を有するようになった。その結果、ユーザーによる著作物の享受に対して規制を及ぼさないとという著作権法の伝統的な枠組みは、その実効性が疑問視されるようになった⁵⁵⁴。他方で、ユーザーの間には、私的領域に著作権法の規制が及ぶことで、私人の自由が過度に制約されるのではないかという懸念が生じるようになった⁵⁵⁵。

そこで、欧州を中心とする各国の著作権法においては、複製禁止権中心主義を堅持しつつも、貸与権や複製機器および媒体に対して課金される私的複製（私的録音録画）補償金請求権⁵⁵⁶といった複製禁止権を補完する排

博物館・2001年) 7 頁以下。

⁵⁵³ Daniel E. Abrams, *Comments: Personal Video Recorders, Emerging Technology and the Threat to Antiquate the Fair Use Doctrine*, 15 ALB. L.J. SCI. & TECH. 127, 129 (2004).

⁵⁵⁴ もっとも、アナログ環境においては著作物の複製物の品質、複製を行うために必要な時間、複製媒体の費用といった要因が存在していたため、著作物の海賊版市場が権利者に与える影響は現在ほどには大きくはなかったと指摘されている。See, Trotter Hardy, *Property (and Copyright) in Cyberspace*, 1996 U. CHI. LEGAL F. 217 (1996); Reto M Hilty, *Five Lessons about Copyright in the Information Society: Reaction of the Scientific Community to Over-Protection and What Policy Makers Should Learn*, J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 103, 119 (2005).

⁵⁵⁵ 田村(効率性)・前掲注(549)232頁。もっとも、当時のアナログ技術は、著作物の無許諾での複製および拡布を妨げる技術的および資金的制約が存在していた。そのため、当時の著作権法は重要な役割を果たしていたものの、主要なコンテンツ産業(出版、音楽、映画、テレビ)においては相対的に受動的な役割を果たしていたにすぎなかったとされている(Peter S. Menell, *Envisioning Copyright Law's Digital Future*, 46 N.Y.L. SCH. L. REV. 63 (2003))。

⁵⁵⁶ 私的複製補償金制度は、1965年に西ドイツ著作権法において私的複製に関する補償金制度が導入されたのが嚆矢であり、その後、1980年代中頃から1990年代にかけて、多くの欧州諸国において同制度が導入されるに至った。See, P. Bernt Hugenholtz et al., *The Future of Levies in a Digital Environment*, Institute for Information Law, March 2003, <http://www.ivir.nl/publications/other/DRM&levies-report.pdf>. 欧州に

他権または報酬請求権を規定することにより、私的領域における複製の拡大に対処することになった⁵⁵⁷。我が国においても、複製機器が発達し、ユーザーによる私的使用目的の複製が増加したことに対処するために、1992年に私的録音録画補償金制度が導入されている（著作権法30条2項）。報酬請求権制度においては、読書や音楽の鑑賞といった著作物の私的な範囲での消費は自由としつつ、権利者は、間接的に消費者の利用をコントロールすることが可能である。そこでは、消費者の利益にも一定の配慮がなされており、権利者に経済的損失を与えない、私的な範囲で著作物を消費する行為が直接的に規制されることはなかった⁵⁵⁸。

ところが、20世紀後半に導入されたデジタル技術は、ユーザーが著作物にアクセスまたは利用する能力を大幅に高めるなど、著作物の創作および利用に関する環境に大きな変化をもたらした⁵⁵⁹。デジタル複製技術の登場により、ユーザーは、著作物の複製をアナログ環境に比べて高品質かつ低コストで行うことが可能になった。加えて、デジタル技術の発展は、例えば、携帯音楽プレイヤー（iPod等）またはスマートフォンに音楽や動画を

における近時の動向については、三浦正広「補償金制度をめぐる欧州の動向—EU司法裁判所2013年6月27日判決（VG Wort事件）を中心として」ジュリ1463号23頁（2014年）、拙稿「欧州における私的複製補償金制度を巡る近時の動向」AIPPI 59巻1号6頁（2014年）。

また、私的録音録画補償金制度に関しては、上野達弘「私的録音録画補償金制度をめぐる課題と展望」ジュリ1463号29頁（2014年）。私的録音録画補償金制度の政策形成過程を分析した論考として、京俊介『著作権法改正の政治学：戦略的相互作用と政策帰結』（木鐸社・2011年）、同「アメリカにおける私的録音補償金制度の形成過程—著作権政策形成過程の多国間比較事例分析に向けて—」中京法学47巻3・4号261頁以下（2013年）、同「イギリスにおける私的録音補償金制度の非導入過程—著作権政策形成過程の多国間比較事例分析に向けて—」中京法学48巻1・2号23頁以下（2013年）。

⁵⁵⁷ Reto M. Hilty, *The Expansion of Copyright Law and its Social Justification, in COPY-RIGHT LAW AND THE INFORMATION SOCIETY IN ASIA 1, 4* (Christopher Heath & Kung-Chung Liu eds., 2007).

⁵⁵⁸ *Id.*

⁵⁵⁹ NIVA ELKIN-KOREN & ELI M. SALZBERGER, *THE LAW AND ECONOMICS OF INTELLECTUAL PROPERTY IN THE DIGITAL AGE: THE LIMITS OF ANALYSIS* 183 (2013).

複製する行為や、インターネット映像転送システム（TivoやSlingbox等）を用いたテレビ番組等のタイムシフト視聴またはプレイシフト視聴を通じて、ユーザーは時間や場所による制約から解放され、多様な形態で著作物を享受することが可能になった。

また、インターネットの発展により、ユーザーが著作物の伝達を品質の劣化なく低コストで行うことが可能になったため⁵⁶⁰、ウェブサイトの運営、ブログまたはソーシャル・ネットワーキング・サービス（SNS）における個人ページへの記述など様々な手法で、ユーザー自身が情報を伝達することが容易になった。

さらに、アナログ環境において、ユーザーは、著作物をそのままの形で受動的に利用または享受することが一般的であったが、デジタル環境においては、身近にある文化（著作物を含む）を参照し、批判したりすることで、文化的創作活動を行い、出来上がった作品を他のユーザーと共有することが可能になっている⁵⁶¹。例えば、音楽のサンプリング⁵⁶²や映像のマッシュアップは市販されているデジタル複製機器等を利用すれば誰でも行うことが可能であり、SNSや動画投稿サイトでは数多くの作品が共有されている。

その反面で、我々が日常行っている行為が形式的に著作権者の排他権の対象となる場面が増えているため、著作権法の規範との抵触が問題になっ

⁵⁶⁰ Hilty, *supra* note 557, at 4. See, JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIGHT 12 (2d ed. 2006).

⁵⁶¹ ローレンス・レッシング(山形浩生訳)『REMIX—ハイブリッド経済で栄える文化と商業のあり方』(翔泳社・2010年)98-100・243頁は、デジタル技術を用いた著作物の利用は必然的に複製を伴い、アマチュアの創作活動を阻害するおそれがあるため、非商業的性格を有するアマチュアによるリミックスを著作権の権利範囲から除外すべきであると主張する。河島伸子「ユーザーの創作活動と著作権法の相克—ビデオゲーム改変事件をめぐる日米著作権法の対応」河島伸子=生稲史彦編著『変貌する日本のコンテンツ産業—創造性と多様性の模索—』(ミネルヴァ書房・2013年)217頁以下も参照。

⁵⁶² 音楽のサンプリングに関しては、安藤和宏「アメリカにおけるミュージック・サンプリング訴訟に関する一考察(1)(2・完)—Newton判決とBridgeport判決が与える影響—」知的財産法政策学研究22号201頁・23号231頁(2009年)。

ている⁵⁶³。特に、デジタル機器を用いて著作物を享受する際には、コンピュータのランダムアクセスメモリ（RAM）等へデータを一時点に蓄積する必要があるため、複製権侵害とされてしまうおそれがある⁵⁶⁴。

また、日本著作権法30条1項の私的複製に関する権利制限規定に関しても、家庭内でテレビ番組等を録画してビデオ・ライブラリーを作成する行為が権利制限の対象とされた場合、3 step test に違反するとの指摘がなされている⁵⁶⁵。

現在のデジタル環境においては、誰もが著作物の創作者であり、消費者でもあるため⁵⁶⁶、創作者と消費者という長い間存在してきた境界線が失われつつある。その結果、伝統的にプロフェッショナルの創作者と著作物を

⁵⁶³ JOHN TEHRANIAN, INFRINGEMENT NATION: COPYRIGHT 2.0 AND YOU (2011). 島並良「著作権法における消費者の地位」川濱昇ほか編『競争法の理論と課題—独占禁止法・知的財産法の最前線〔根岸哲先生古稀〕』（有斐閣・2013年）739頁は、ユーザーが著作物を享受する際に著作物の利用が不可避免的に随伴する機会が多くなっていることを指摘する。

⁵⁶⁴ Litman, *supra* note 275, at 40（個人が通常の状態では著作物を読書、視聴、鑑賞する行為は、著作権を侵害しない旨を明確にするための法改正を行うべきである）。我が国では、東京地判平成12年5月16日判時1751号128頁〔スターデジコ〕において、著作物の一時的または瞬間的な蓄積は「複製」に該当しないと判断された。平成21年改正では、コンピュータを利用する際の著作物の一時的蓄積が許容されることを明確にするための権利制限規定（法47条の8）が導入された。

⁵⁶⁵ 加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（著作権情報センター・2013年）230頁は、「個人的使用のためであるからといって家庭にビデオ・ライブラリーを作りテレビ番組等を録画して多数の映像パッケージを備える行為が認められるかといいますと、ベルヌ条約上許容されるケースとしての『著作物の通常の利用を妨げず、かつ、著作者の正当な利益を不当に害しないこと』という条件を充足しているとは到底いえない」と指摘する。また、山本隆司「権利制限の法理と私的複製の限界」『知的財産法と競争法の現代的展開〔紋谷暢男先生古稀〕』（発明協会・2006年）885頁は、著作権法30条1項において許容される行為のうち3 step test の第2ステップおよび第3ステップを充足しない利用類型として、他人から借りた複製物の全体を複製する行為、自らが所有する複製物全体を家族または友人のために複製する行為、および、テレビ放送等を放送後に繰り返し鑑賞するために録画しライブラリーを作成する行為の3つをあげる。

⁵⁶⁶ TEHRANIAN, *supra* note 563, at 51.

利用する企業等の関係を規律するにすぎなかった著作権法が、現在では、一般の利用者にも適用されるようになってきている⁵⁶⁷。我々の殆どが、著作権法の問題に直面することなく 1 時間を過ごすことさえも難しくなっていると指摘される程に、著作権は我々の日常生活を規律し、我々の自己意識を形成するものとして大きな影響を与えるものとなっている⁵⁶⁸。

デジタル技術は、ユーザーが著作物を創作および利用する能力を高めただけでなく、権利者が著作物の利用について権利行使を行うための自助努力 (self-help) を可能とした⁵⁶⁹。具体的には、デジタル権利管理 (Digital Right Management) 技術を活用することにより、権利者は情報の利用をコントロールするための強力な手段を有することになった。権利者は、正当な利用に限って情報へのアクセスまたは利用を認め、消費者がコンテンツを購入した後も長期にわたりコントロールを及ぼすことが可能になった。このように、DRM は、本来非排他性を有する情報の排他性を高め、消費者がコンテンツを購入した後にその利用をコントロールすることを可能にした結果、情報の提供者とその受け手である消費者の関係性が変化するようになった⁵⁷⁰。

DRM は、著作権法の下で認められる権利のエンフォースを促進させる手段として考え出されたものであるが、当初の機能を超えて、法で定められた権利制限をオーバーライドすることにより、法が規制の対象としていないコンテンツ (著作物) の利用を制限することを可能にした⁵⁷¹。具体的には、権利者は、DRM の活用を通じて、権利制限規定に基づいて許容されている著作物の利用、および、著作権の存続期間が満了した著作物の利用を制限することができるため、立法で規定された権利配分が技術によっ

⁵⁶⁷ Litman, *supra* note 275, at 40.

⁵⁶⁸ *Id.*; TEHRANIAN, *supra* note 563, at xxvii.

⁵⁶⁹ ELKIN-KOREN & SALZBERGER, *supra* note 559, at 183.

⁵⁷⁰ *Id.* at 201.

⁵⁷¹ 例えば、ファーストセール・ドクトリンの下で、紙の書籍の所有者が他人に書籍を貸与または再販売することが認められているが、電子書籍に関しては、電子書籍の提供者によって貸与または再販売が規制される可能性があると指摘されている (ELKIN-KOREN & SALZBERGER, *supra* note 559, at 201-04)。

て変更されることになった⁵⁷²。

もっとも、DRMが有効に機能するためには、ハッキングに対する技術的耐性を有していること、および、回避装置が低コストで入手可能ではないことが前提となっている。一度DRMが破られてしまうと、DRMによって保護されていた情報は無制限に複製しうる状態に置かれてしまうのである⁵⁷³。

そこで、国内および国際レベルで著作権制度の見直しが行われ、DRMの技術的耐性の欠如を法により補うことで、従来は原則自由とされていた私的領域での著作物の利用が規制の対象とされることになった。すなわち、エンターテインメント産業のロビイングにより、国際条約において技術的手段の回避等に関する規制が追加されることになった⁵⁷⁴。1996年に成立したWCT 11条およびWPPT 18条は、加盟国に対し、技術的手段の回避行為に対する十分な法的保護および実効的な救済手段を保障することを義務付けている。同条の文言は抽象的で解釈の余地が認められるにもかかわらず、権利者からの圧力を受け、米国、EU、日本といった先進国では、国内実施の過程において条約義務を超える立法がなされている⁵⁷⁵。

回避規制に関して特に問題となるのが、DRMの適用により、権利制限規定により許容されている利用を行うことが技術的に不可能とされてしまうオーバーライド問題である⁵⁷⁶。WCT 11条は、技術的手段の回避規制と権利制限規定の関係について明示的に規定しておらず、各国の裁量に委ねている。米国法においては、技術的保護手段の迂回行為を禁止するデジ

⁵⁷² *Id.* at 185-88. デジタル技術(コード)を通じて可能となった情報に対するコントロールの問題点を指摘する先駆的な文献として、ローレンス・レッシング(山形浩生訳)『CODE VERSION 2.0』(翔泳社・2007年)。

⁵⁷³ ELKIN-KOREN & SALZBERGER, *supra* note 559, at 192.

⁵⁷⁴ WIPO著作権条約の成立過程に関しては、西村・前掲注(470)、本稿「IV. 4.」(本誌36号91頁以下)の記述を参照。

⁵⁷⁵ Hilty, *supra* note 557, at 4.

⁵⁷⁶ LUCIE M.C.R. GUIBAULT, COPYRIGHT LIMITATIONS AND CONTRACTS: AN ANALYSIS OF THE CONTRACTUAL OVERRIDABILITY OF LIMITATIONS ON COPYRIGHT (2002); Stefan Bechtold, *Digital Rights Management in the United States and Europe*, 52 AM. J. COMP. L. 323, 359-63 (2004).

タルミレニアム著作権法 (DMCA) が制定されたが、フェア・ユースが認められる範囲が減じられているということが論者らの批判の対象になっている⁵⁷⁷。

欧州においては、2001年の情報社会指令において、技術的保護手段の適用により第三者が国内法の権利制限規定を活用することが妨げられるべきではないとの観点から、加盟国は、5条2項に規定される一定の権利制限事由について、技術的保護手段の適用によるオーバーライドを禁止するために適切な措置を採らなければならないことが規定されている(6条4項第1段落)。もっとも、指令5条2項(b)の私的複製に関しては、加盟国はオーバーライドを禁止するための措置を採ることを義務付けられておらず、加盟国の裁量に委ねられている(同項第2段落)。さらに、6条4項第4段落では、技術的保護手段を伴ったライセンス契約に基づいてインターネット上で利用可能となる著作物(例えば、Apple社のiTunesからの音楽配信)について、DRMおよび契約が権利制限規定に優先することが明

⁵⁷⁷ Dan L. Burk & Julie E. Cohen (会沢恒訳)「権利管理システムのためのフェアユース・インフラストラクチャ」知的財産法政策学研究 3号131頁以下(2004年)は、デジタル環境においても従来フェア・ユース法理の下で許容されてきた公衆による著作物へのアクセスおよび再利用の特権を認める必要があるとした上で、そのための具体的な制度設計として、フェア・ユースのアクセスを検知し規制するような形で権利管理システムを設計することに加えて、権利管理システムの外部の意思決定者が、フェア・ユースを主張する利用者に対して当該システムのコントロールを無視する権限を与えるキー・エスクローの導入を主張する。See also, TARLETON GILLESPIE, WIRED SHUT: COPYRIGHT AND THE SHAPE OF DIGITAL CULTURE 57-64, 178-80 (2008). なお、財団法人知的財産研究所に設置された「デジタル・コンテンツの保護・流通に関する調査研究委員会」の提言では、私的複製に関する権利制限規定が任意規定であることを明示的に規定し、他方で、一方的な契約条件によって個人の自由が不当に害されないようにするために一定の契約規制を残す必要があるとされている(財団法人知的財産研究所編『デジタル・コンテンツ法のパラダイム』(雄松堂出版・2008年)10・31頁)。米国著作権法におけるフェア・ユースのオーバーライド問題に関しては、ジェーン・C・ギンズバーグ(紋谷崇俊訳)「知的財産権の保護強化の明と暗：技術的保護手段と米国著作権法1201条」高林編・前掲注(354)142頁、YUKO NOGUCHI, DIGITAL COPYRIGHT IN THE U.S. AND JAPAN: LAW, TECHNOLOGY AND THE MARKET 115-17 (2009)、蘆立・前掲注(403)497頁。

示的に認められている⁵⁷⁸。

日本法においては、WCT 11条の義務を実施するため、私的使用のために複製が行われる場合であっても、「技術的保護手段」(2条1項20号)を回避することにより可能になる複製や、その利用に支障を来さないようになる複製を、その事実を知りながら遂行する場合には、私的複製に関する権利制限規定の適用を除外する規定が導入された(30条1項2号)。これに加えて、技術的保護手段の回避を行うことを専らその機能とする装置(汎用機器を除く)やプログラムの複製物を公衆に譲渡、貸与する行為、それらの目的を持って製造、輸入、所持し、公衆の使用に供し、当該プログラムを公衆送信し、送信可能化する者に対して罰則が設けられている(120条の2第1号)。さらに、業として公衆からの求めに応じて技術的保護手段の回避(汎用機器を用いる場合も含む)を行った者に対しても罰則が存在する(120条の2第2号)。

米国および欧州と比較すると、我が国著作権法は、技術的保護手段を回避することにより可能となる複製等を行う場合でも、業として回避を行わない限り、私的複製以外の権利制限規定の適用が認められるという点で⁵⁷⁹、権利制限規定に対するオーバーライドが認められる範囲は限定的になっている。また、著作権法においては、純粋なアクセスコントロール技術は規制の対象とされておらず、技術的保護手段を回避する行為自体が禁止されているわけではないという点で、技術的保護手段の回避規制は限定的なものにとどまっている。もっとも、2012年改正で、著作権法上の保護を受ける「技術的保護手段」の範囲が拡張され、アクセスコントロールであっても、実態としてコピーコントロールとして機能している技術が含められ

⁵⁷⁸ Guibault et al., *supra* note 96, at 102-33; EUROPEAN COPYRIGHT LAW: A COMMENTARY (Michel M. Walter & Silke von Lewinski eds., 2010). 邦語文献では、井上・前掲注(42)10頁。

⁵⁷⁹ 著作権法・不正競争防止法改正解説・前掲注(285)95頁。加戸・前掲注(565)236頁は、私的複製以外の権利制限規定は、公益性や他の権利との調整等を理由に権利を制限しているため、技術的保護手段の回避により可能となった利用であっても、著作権者の利益を不当に害するものではないと指摘する。

るなど、私的使用に関する権利制限規定の適用範囲が狭められている⁵⁸⁰。私的領域における複製に権利制限を認める理由を、取引費用の関係で個々のユーザーに対する権利行使が事実上不可能であったという消極的根拠のみに求めるのではなく、ユーザーの私的領域における表現の自由およびプライバシーを保障するという積極的な理由付けに求める場合には、私的複製の自由が過度に狭められないように、何らかの対処がなされるべきであるということになる。

加えて、不正競争防止法において、技術的制限手段の迂回装置を提供する行為が規制されており、そこでは、コピープロテクションに加えてアクセスコントロールの提供行為も規制の対象とされている（2条1項10号・11号）。同法では、ユーザーが自らプロテクションを外す行為は規制されていないが、市販される解除装置を用いることなく自身でプロテクションを外すことが可能な程度の技術的知識を有さないユーザーにとっては、プロテクションを回避することが事実上困難になっている⁵⁸¹。また、同法は、著作権の保護が及ばない素材についても、技術的制限手段を施すことにより、回避装置の提供を禁止するという形式であるが、事実上コピーを禁止しうる法的な利益が保障されている。そのため、複製技術が発展し、誰もが自由に複製をなしうるようになった恩恵をユーザーが享受することが妨げられているとの批判がなされている⁵⁸²。

このような権利制限規定のオーバーライド問題のほかにも、権利者が、DRMを活用することにより、コンテンツがユーザーに伝達された後、長期間にわたり著作物の利用をコントロールすることが可能になっていることや⁵⁸³、コンテンツ提供者が、ユーザーによるコンテンツの利用状況について詳細な情報を収集することが可能になったため、ユーザーの表現の自由やプライバシーとの抵触を生じさせることも問題視されている⁵⁸⁴。

⁵⁸⁰ 平成24年法改正については、池村聡＝壹貫田剛史『著作権コンメンタール別冊平成24年改正解説』（勁草書房・2013年）15頁。

⁵⁸¹ 田村善之『不正競争法概説〔第2版〕』（有斐閣・2003年）395頁。

⁵⁸² 同上。

⁵⁸³ ELKIN-KOREN & SALZBERGER, *supra* note 559, at 201.

⁵⁸⁴ *Id.*

Litmanが指摘するように、権利者が互換性のないフォーマットで著作物を流通させている状況において、ユーザーは、技術的なロックを解除する権限を認められておらず、不便さと高額な料金によって制約されているが⁵⁸⁵、そもそも、著作物を読む、聴く、見るという使用行為は、著作物を受動的に受け取るだけのものではなく、有意義な創造性と想像力を伴うものであり、著作物の享受を促進するという法の目的に資する行為である⁵⁸⁶。

また、Rebecca Tushnetは、消費者が、与えられたパッケージをそのまま受け取るのではなく、自らの選好に従って楽曲を並び替え、ミックスCDを作成する行為やファン・フィクションの作成など、変形的利用とまでは言えない消費的利用も、様々な表現上の価値を有していることを指摘する⁵⁸⁷。消費者が行う複製行為が新たな派生的著作物の創作に結実せず、観察者の内心にとどまっている場合や日常会話に現れているにすぎない場合であっても、消費的利用には表現の自由に資する一定の価値が認められるべきであると指摘されている⁵⁸⁸。

以上のように、DRMが技術的に確立し、DRMの回避行為または回避装置の提供が法により禁止された結果、私的領域において著作物を享受する自由が大幅に狭められている。そのため、ユーザーの私的領域における自由を確保し、プライバシーを保護するために、各国の立法者は、自国の社会経済状況に応じて、ユーザーの自由領域を確保するために、権利制限規定を維持または拡充することが求められているのである⁵⁸⁹。

⁵⁸⁵ Litman・前掲注(548)197頁。

⁵⁸⁶ 同上(著作権の重要な目的が、聴き、見るといった著作物を享受する行為の促進であるならば、これらの行為を制約するような法制度はそもそも法の趣旨に反するものであると主張する)。

⁵⁸⁷ Rebecca Tushnet, *Copy This Essay: How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Copying Serves It*, 114 YALE L.J. 535 (2004).

⁵⁸⁸ *Id.*

⁵⁸⁹ See, Julie E. Cohen, *DRM and Privacy*, 18 BERKELEY TECH. L.J. 575-617 (2003). 米国を中心に問題となったRootkit事件については、Deirdre K. Mulligan & Aaron K. Perzanowski, *The Magnificence of the Disaster: Reconstructing the Sony BMG Rootkit Incident*, 22 BERKELEY TECH. L.J. 1157 (2007). 我が国の私的録音録画補償金を利用者のプライバシーの観点から正当化する見解として、市村直也「最近の音楽ビジネス

ところが、私的領域における複製と言えども著作権者はDRMの適用を通じて実質的に管理を行うことが可能となっている状況において、アナログ環境において認められてきた私的複製に関する制限規定を維持することが困難になっているとされている。すなわち、3 step testを厳格に解釈した場合、デジタル環境における私的使用を一般的に認めることは、同テストに違反する可能性があるというのである。

Senftlebenによれば、アナログ時代から存在していた私的使用を広く認める制限規定は、デジタル環境において、著作物の通常の利用を妨げるおそれがある⁵⁹⁰。デジタル技術の発達により、エンドユーザーに対して著作物を直接販売することが可能になった場合、新たに権利者の主要な収入源となった著作物の利用形態が、私的使用に関する一般規定により脅かされることになってしまうからである⁵⁹¹。

また、平嶋竜太教授によれば、DRMで保護されている著作物の複製は、それが私的使用目的でなされるものであっても「通常の利用」に該当するとの主張がなされるどころ、この考え方を推し進めると、技術の進歩に伴い権利者のコントロールが及ぶ領域が広がるにつれて、私的領域で行われる複製の経済的影響が微細であるとしても権利者に無許諾で行うことは許されなくなるという、「著作物利用の危機」が生じかねないと指摘されている⁵⁹²。他方で、このような解釈によれば、技術が進歩し著作物の利用

事情と著作権—作詞家、作曲家、実演家の視点から—」コピライト577号20頁(2009年)。

⁵⁹⁰ SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 206. See also, Jane Ginsburg & Yves Gaubiac, *Private Copying in the Digital Environment*, in INTELLECTUAL PROPERTY AND INFORMATION LAW: ESSAYS IN HONOUR OF HERMAN COHEN JEHOAM (Jan J.C. Kabel & Gerard J.H.M. Mom eds., 1998).

⁵⁹¹ デジタル環境においても、全ての私的使用を権利制限の対象から除外することは適切ではなく、後に新たな著作物の創作につながる私的使用や、デジタルディバイドの解消や民主主義的価値に資する公の利益に関係する私的使用は、権利制限の対象に含め、それ以外の公益の促進につながらない私的使用は権利制限の対象から除外すべきであると指摘する (SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 206)。

⁵⁹² 小倉秀夫＝金井重彦編著『著作権法コンメンタール』(レクシスネクシス・ジャパン・2013年) 557-558頁 [平嶋竜太執筆]。

に対してコントロールを及ぼすことができる領域が広がれば広がるほど、いかに私的領域に限定され経済的な影響が微細な利用であろうともその行為を著作権者の許諾なしに行うことは許されなくなるという「著作物利用の危機」が起こりかねないと指摘する⁵⁹³。

以上のように、一定の範囲で私的領域における複製を促進することが社会的に望ましく、デジタル環境においてもアナログ環境と同様にユーザーの自由領域を保護する必要がある以上、3 step test を柔軟に解釈することにより、私的複製に関する権利制限規定を維持または拡張することについて各国の立法者の裁量を確保する必要は高いと言えよう。

(3) 著作権の権利処理におけるアンチコモンズ問題

デジタル技術の発展が著作権法にもたらした変化の1つには、著作物の表現を引き写す行為（複製）を大量かつ高速に行うことができるようになったことがある。加えて、インターネットを通じて、大量に複製された著作物を、場所の制約を超えて伝達することも可能になった。これらの技術の恩恵を受けて、民間企業または公的文化機関等は、既存の著作物をデジタル形式で大量に複製し、それらを公衆に提供するなどにより、何らかの価値を生み出すという事業を積極的に行うようになってきている。本稿ではこれらを総称して、「大量デジタル化（Mass Digitization）」と呼ぶ⁵⁹⁴。

大量デジタル化の具体例として、検索サイトの多くは、インターネットを自動的に徘徊するロボットを用いて大量のウェブページをサーバーに取り込み（キャッシング）、ユーザーからのキーワード検索が可能なデータベースを構築し、ユーザーからの求めに応じて検索結果を表示する⁵⁹⁵。また、図書館や博物館等は、アナログ形式で所蔵されている資料をデジタ

⁵⁹³ 同上。

⁵⁹⁴ MAURIZIO BORGHI & STAVROULA KARAPAPA, COPYRIGHT AND MASS DIGITIZATION (2013).

⁵⁹⁵ 詳しくは、田村善之「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題(1)(2)(3・完)一寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等」知的財産法政策学研究16号73頁・17号79頁・18号31頁(2007年)。

ル化し、広く公衆の閲覧に供するというデジタル・アーカイブの構築を盛んに行うようになっている。

著作物の大量デジタル化によって生み出される価値は様々である。第1に、アナログ形式で存在する文化的遺産をデジタル化することにより、時間の経過とともに保存状況が悪化するおそれがある資料を現在の品質のまま保存することができるというメリットがある⁵⁹⁶。文化的遺産を保存するために図書館等の文化機関によって行われる複製に関しては、我が国を含む多くの国で、権利制限の対象とされている⁵⁹⁷。

第2に、様々な著作物があふれかえっている現代においては、検索エンジンやデジタル・アーカイブによって、手に入れたいと思っている著作物を探索するための費用を削減することの重要性が増している⁵⁹⁸。加えて、デジタル・アーカイブの構築および公開には、パブリックドメインにある作品および市場で入手不可能となっている著作物など利用されないまま眠っている著作物の価値を高め、著作物を文化財として保存するという、公共的な意味合いを有している⁵⁹⁹。

第3に、デジタル化された著作物を、コンピュータを用いて情報処理す

⁵⁹⁶ Diane L. Zimmerman, *Cultural Preservation: Fear of Drowning in the Licensing Swamp*, in WORKING WITHIN THE BOUNDARIES OF INTELLECTUAL PROPERTY 29 (Rochelle C. Dreyfuss et al. eds., 2010).

⁵⁹⁷ 日本著作権法31条1項2号・2項。なお、平成24年改正で新設された31条2項に関しては、上野達弘「国会図書館による絶版等資料の送信—平成24年著作権法改正の意義と課題」ジュリ1449号35頁(2013年)。参照、米国著作権法108条。EC情報社会指令5条(2)(c)。

⁵⁹⁸ Frank Pasquae, *Copyright in an Era of Information Overload: Toward the Privileging of Categorizers*, 60 VAND. L. REV. 135 (2007) (様々な著作物があふれかえり、手に入れたいと思う著作物を見付けることが困難になっている現代において、著作物のインデックス化、体系化、分類化、批評等を行う被疑侵害者に関する侵害の有無を判断する際には、探索費用など情報の過負荷という負の外部性を考慮に入れるべきであると指摘する)。Google Book Searchについては、潮海久雄「サーチエンジンにおける著作権侵害主体・フェアユースの法理の変容—noticeおよびGoogle Book Search Projectにおけるopt-out制度を中心に」筑波法政46号21頁(2009年)。

⁵⁹⁹ 長尾真ほか編『書物と映像の未来—グーグル化する世界の知と課題とは』(岩波書店・2010年)。

ることにより、学術研究等において新たな価値を創出することに注目が集まっている⁶⁰⁰。大量デジタル化が有する以上の性質の中には、検索サイトによるキャッシングや学術研究におけるテキストマイニング等の情報処理を行う際に、形式的には複製に該当する行為が大量に行われるが、これらの複製は、伝統的に著作権法が規律してきた複製とは異なる性質を有しているとされている⁶⁰¹。すなわち、伝統的な意味での複製は、著作物の表現をユーザーに伝達する行為として捉えられてきたが⁶⁰²、情報処理における複製は、その性質上、作者のオリジナルな表現を公衆に伝達することに重点は置かれていない。テキストマイニング等の情報処理に関しては、著作物の表現的な側面を利用することに重点を置かない新たな複製の形式を、著作権法上どのように評価すべきかが問題となっている⁶⁰³。

以上のように、著作物の大量デジタル化は、様々な価値をもたらす可能性があると考えられているが、これを推進するためには様々な障害が存在するとされる。著作権との関係で特に問題となるのが、権利処理のコストである。多数の著作物の創作的表現が取り込まれるという特徴を有する大量デジタル化は、権利制限規定の対象とされていない限り、複製の対象となる全ての著作物に関して個別に権利者から許諾を得る必要が生じる可能性があるため、個々の小さな著作物について権利行使を認めてしまうと、権利処理に係る取引費用が禁止的に高騰し、集合的な著作物の利用に対する投資を控えることにつながるおそれがある。また、支分権が個別に譲渡

⁶⁰⁰ European Commission, *Standardisation in the Area of Innovation and Technological Development, Notably in the Field of Text and Data Mining: Report from the Expert Group* (2014).

⁶⁰¹ 剽窃・盗作検知ツールにおける著作物の大量複製についてフェア・ユース該当性を認めた米国の裁判例として、*A.V. v. iParadigms, LLC*, 562 F.3d 630 (4th Cir. 2009).

⁶⁰² Abraham Drassinower, *Authorship as Public Address: On the Specificity of Copyright vis-à-vis Patent and Trade-Mark*, 2008 MICH. ST. L. REV. 199, 204 (2008).

⁶⁰³ この点について詳しくは、Matthew Sag, *Copyright and Copy-Reliant Technologies*, 103 NW. U. L. REV. 1607, 1626 (2009) (著作物のオリジナルな表現を公衆に伝達しない著作物の利用行為は、その性質上、一般的に著作権侵害を肯定されるべきではない。非表現的な利用という要素は、フェア・ユースの分析を通じて侵害責任を否定されるべきである)。

可能であることも、権利処理を行うことが問題となっている⁶⁰⁴。さらに、個々の著作物の著作権に基づく差止請求が認められると、集合型著作物全体の利用が妨げられることになってしまう⁶⁰⁵（「アンチコモنزの悲劇」⁶⁰⁶）。そのために、デジタル・アーカイブ等の大量デジタル化事業に対する投資を促し、利用を促進するためにも、権利制限規定または強制許諾、権利の集中管理など何らかの制度を通じて、権利処理に係るコストを軽減することが要請されている。

大量デジタル化事業の権利処理において特に問題となるのが、権利者を特定することができない著作物（「権利者不明著作物」または「孤児著作物」）の権利処理の円滑化をいかにして図るかという点である⁶⁰⁷。

権利者不明著作物問題は複合的な要因によるものであると考えられる。第1に、現在の著作権制度では、著作権の保護は何らの方式を要さずに認められるため、商業的価値があるかどうか疑わしく、著作権者が権利行使を行う用意がない多数の著作物にまで保護が拡張されるなど、創作のインセンティブの提供に必要な以上の保護が認められていると指摘され

⁶⁰⁴ NEIL W. NETANEL, COPYRIGHT'S PARADOX 141-43 (2008).

⁶⁰⁵ ローレンス・レッシング(南部朋子訳)「文化の愛好のために—Google、著作権、そしてわれわれの未来」アメリカ法2010-1号1頁(2010年)。

⁶⁰⁶ アンチコモنز問題に関しては、Michael A Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 HARV. L. REV. 621 (1998); M.A. ヘラー=R.S. アイゼンバーグ(和久井理子訳)「特許はイノベーションを妨げるか?—生物医学研究におけるアンチコモنز」知財管理51巻10号1651頁以下(2001年)、MICHAEL A. HELLER, THE GRIDLOCK ECONOMY: HOW TOO MUCH OWNERSHIP WRECKS MARKETS, STOPS INNOVATION, AND COSTS LIVES 9-16, 1-22 (2008); Nari Lee (田村善之=立花市子訳)「標準化技術に関する特許とアンチ・コモنزの悲劇」知的財産法政策学研究11号85頁以下(2006年)、山本顯治「現代不法行為法学における『厚生』対『権利』」民商法雑誌133巻6号903-904・912-921頁(2006年)を参照。See also, Dan L. Burk, *The Mereology of Digital Copyright*, 18 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 711 (2008); Ben Depoorter & Francesco Parisi, *Fair Use and Copyright Protection: A Price Theory Explanation*, 21 INT'L REV. L. & ECON. 453, 458-59 (2002).

⁶⁰⁷ デジタルアーカイブ構築に関する権利処理問題については、福井健策「知のインフラ整備とデジタル著作権の挑戦」情報管理56巻10号661頁(2014年)。

ている⁶⁰⁸。その結果、既存の著作物の活用を図ろうとする利用者にとって権利処理の負担が大きくなっており、利用を阻害する要因となっている⁶⁰⁹。

第2に、米国や欧州においてなされた著作権存続期間の延長が、権利者不明著作物問題を深刻化していると指摘されている。存続期間延長の結果として、直近にパブリックドメインに入る著作物の数が減少することに加え、権利者不明著作物を利用する者にとっても、古い著作物であればあるほど権利者情報が失われてしまい、権利者を探索することが困難になると考えられている⁶¹⁰。

さらに、権利者不明著作物の問題が顕在化している背景には、ユーザーが著作物を享受するための技術環境が変化していることがある⁶¹¹。ユーザーが著作物にアクセスするフォーマットをアナログからデジタルへ変更することが多くなっているが、その際、誰がデジタルの権利を持っているのか不明確であることが多い。著作物の新たな利用形態について、権利の所在が不明確な場合、デジタル化を行う機関は、出版者および権利者またはその遺族の双方から許諾を得なければならない⁶¹²。

現在、多くの国において権利者不明著作物問題を解決するための立法の導入または導入へ向けた検討がなされている⁶¹³。第1のアプローチは、著作物の権利者を特定すべく努力を行った個人または団体からの申請に基づき、政府機関が申請者に対して、当該権利者不明著作物の利用について

⁶⁰⁸ David R. Hansen, *Orphan Works: Causes of the Problem*, Berkeley Digital Library Copyright Project White Paper No. 3, 2012, <http://ssrn.com/abstract=2038068>.

⁶⁰⁹ 権利者不明著作物問題の影響が最も深刻であるとされている分野は、視覚著作物(主に写真)であるが、それ以外にも、未公表著作物である手紙やマニユスクリプト等も権利者不明著作物の割合が高いと指摘されている。また、無名の作者によって創作された著作物に関しても問題が深刻であるとされている(*Id.*)。

⁶¹⁰ *Id.* See also, WILLIAM PATRY, HOW TO FIX COPYRIGHT 192-95 (2011).

⁶¹¹ Hansen, *supra* note 608, at 9-11.

⁶¹² *Id.*

⁶¹³ 比較法的検討を行う文献として、Marcella Favale et al., *Copyright, and the Regulation of Orphan Works: A comparative Review of Seven Jurisdictions and a Rights Clearance Simulation*, UK Intellectual Property Office, 2 July 2013.

非排他的な許諾を与えるという裁定制度である⁶¹⁴。裁定制度において、利用者は事前にライセンス料（補償金）を供託する必要があり、一定期間内に権利者が現れない場合には、国庫等に帰属することになる⁶¹⁵。

かかる裁定制度に対しては、特に大量の著作物を利用する際に、入念な調査（正当な努力）を行うための探索費用が過大となる問題が指摘されている⁶¹⁶。加えて、補償金の供託が義務付けられることに関しては、実際に権利者が現れる確率は低く、権利者と利用者との間での利益の還元が適切に行われたいという点で非効率な制度であると指摘されている⁶¹⁷。

第2のアプローチは、権利者不明著作物の特定の利用を許容する権利制限規定を導入するというものである。権利制限アプローチを採用したものとして、2012年に採択されたEU孤児著作物指令⁶¹⁸がある。同指令は、加

⁶¹⁴ 日本著作権法の裁定制度に関しては、今村哲也「著作権者不明等の場合の裁定制度の在り方について」論究ジュリスト9号173頁(2104年)。

⁶¹⁵ David R. Hansen et al., *Solving the Orphan Works Problem for the United States*, 37 COLUM. J.L. & ARTS 1 (2013). 日本法においても、文化庁長官が定める額の補償金を供託することが条件とされており(74条1項)、著作権者が10年間還付請求権を行使しなければ、時効により請求権は消滅し、供託金は国庫に帰属することになる(参照、加戸・前掲注(565)493頁)。

⁶¹⁶ 福井健策『著作権の世紀』(集英社・2010年)140頁、野口祐子『デジタル時代の著作権』(筑摩書房・2010年)39頁。デジタルアーカイブを構築する際の権利処理の実態については、国立国会図書館「近代デジタルライブラリー事業における明治期刊行図書著作権処理の結果について」国立国会図書館月報542号2頁(2006年)、菅原光＝高橋菜奈子「文化庁長官の裁定による著作物の利用実践報告：著作権法第67条から第70条の適用による電子化資料の公開」大学図書館研究93号27頁(2011年)。

⁶¹⁷ Hansen et al., *supra* note 615, at 1. なお、権利者不明著作物の利用に関する裁定制度に関して、3 step test との整合性が問題視されることは多くない。例外的に、菱沼剛『孤児著作物問題の研究—既存規範の動態的分析と新規範の確立に向けての可能性—』(成文堂・2011年)214頁は、日本およびカナダが採用する権利者不明著作物の利用に関する裁定制度は、利用者の数は限定的であるが、一旦複製や頒布がなされればインターネットを通じてさらなる複製や頒布が大量になされる危険性が高いことを理由に、3 step test の第2および第3ステップを充足することが困難であると指摘する。

⁶¹⁸ Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October

盟国に対して、公共のアクセスが可能な図書館や博物館等の文化機関が一定の条件の下で当該機関に所蔵されている権利者不明著作物を複製、デジタル化、公衆送信することを許容する例外または権利制限を国内法に導入することを義務付けている⁶¹⁹。同指令の特徴の1つは、利用機関が事前に入念な探索を行うことが要件とされていることである⁶²⁰。この点については批判も多く、大量の権利者不明著作物の権利処理を行う必要がある文化機関にとって、権利者の探索を行うための負担が過大になることが指摘されている⁶²¹。さらに、同指令の下で権利制限の対象となる主体は、公共のアクセスが可能な文化機関に限定されており⁶²²、権利者不明著作物を所蔵する非営利の組織や研究者は権利制限規定の恩恵を受けることができないため、権利者不明著作物の利用を認められるべき主体の一部しか対象に含まれていないとの批判がなされている⁶²³。

権利制限によって権利者不明著作物の問題の解決を図ろうとする際には、3 step testとの抵触が問題とされることが多い。Ginsburgは、3 step testを厳格に解釈した場合には、権利者が不明な未公表著作物の利用を一般的に許容することは、とりわけ存命中の著作者の正当な利益を害するおそれがあるため、3 step testの第3ステップとの抵触を生じさせるおそれがあると指摘する⁶²⁴。また、未公表著作物以外の権利者不明著作物についても、

2012 on Certain Permitted Uses of Orphan Works, OJ L 299, 5-12 [hereinafter EU Orphan Works Directive]. 同指令に関して詳しくは、Uma Suthersanen & Maria Mercedes Frabboni, *The Orphan Works Directive*, in EU COPYRIGHT LAW: A COMMENTARY 653-95 (Irimi Stamatoudi & Paul Torremans eds., 2014). 邦語文献では、情報通信総合研究所『諸外国における著作物等の利用円滑化方策に関する調査研究報告書』（2013年）4頁以下 [今村哲也執筆]。

⁶¹⁹ EU Orphan Works Directive, Art. 6.

⁶²⁰ *Id.* Art. 3(1). 各著作物またはレコードについて入念な調査を行う際に紹介すべき情報源(ソース)は加盟国の裁量に委ねられているが (Art. 3 (2))、最低限の照会先が Annex に列挙されている。

⁶²¹ Hansen et al., *supra* note 615, at 38.

⁶²² EU Orphan Works Directive, Art. 1(1).

⁶²³ Hansen et al., *supra* note 615, at 38.

⁶²⁴ Jane C. Ginsburg, *Contracts, Orphan Works, and Copyright Norms: What Role for*

第1ステップの「特別な場合」に該当するためには、入念な調査の基準が高く設定されなければならないと指摘する⁶²⁵。仮に利用に先立って行うことが義務付けられる入念な調査のハードルが低く設定された場合、権利制限の対象となる著作物の数が増えるため、権利制限の対象が十分に限定されていないことになる。また、権利制限の下で利用を認められる主体、および利用の形式についても要件が広範であれば、「特別な場合」として認められる範囲を超える可能性がある⁶²⁶。さらに、第2ステップおよび第3ステップに関しては、入念な調査を行ったにもかかわらず権利者が特定できなかった著作物の利用を認めたとしても抵触が生じる可能性は低いが、利用を開始した後に真の権利者が現れた場合には、一定の猶予期間が経過した後は当該利用を停止しなければならないと指摘する⁶²⁷。このように、3 step testが厳格に解釈されてしまうと、権利制限という形式で権利者不明著作物に対する実効的な対処を行う際の障害となってしまうおそれがある。

権利者不明著作物の利用に特化した権利制限規定を設ける手法のほか、権利制限の一般規定の適用を通じて権利者不明著作物の利用を認めるという手法も考えられる。米国著作権法におけるフェア・ユースの法理は、判例により発展し⁶²⁸、その後1976年に制定された現行著作権法107条に明

Berne and TRIPs?, in *WORKING WITHIN THE BOUNDARIES OF INTELLECTUAL PROPERTY: INNOVATION POLICY FOR THE KNOWLEDGE SOCIETY* 471, 486-87 (Rochelle C. Dreyfuss et al. eds., 2010). 他方で、Ginsburgは、著作権法上の「公表」に該当しない公の実演等がなされた場合、著作物が死亡している場合、利用の目的が資料のデジタル化および保存であり公衆によるアクセスが制限されている場合等には、未公表著作物を権利制限の対象としても、第3ステップとの抵触が生じる可能性は低いと指摘する (*Id.*).

⁶²⁵ *Id.* at 488-89.

⁶²⁶ *Id.*

⁶²⁷ *Id.* at 489-92.

⁶²⁸ R. Anthony Reese, *The Story of Folsom v. March: Distinguishing Between Infringing and Legitimate Uses*, in *INTELLECTUAL PROPERTY STORIES* 259 (Jane C. Ginsburg & Rochelle C. Dreyfuss eds., 2006).

文化されたものである⁶²⁹。同条によれば、著作物の利用がフェア・ユースとして侵害を阻却されるか否かの判断に際しては、①利用の目的と性質、②利用された著作物の性質、③利用された著作物全体に占める利用された部分の量と実質的な価値、④利用された著作物の潜在的な市場や価値に与える利用の影響等、の4要素が考慮される。もっとも、これらの要素の例示は限定列举ではなく⁶³⁰、いずれの基準をどの程度重視するかは裁判例によって異なっている⁶³¹。

Authors GuildらがGoogle社に対して著作権侵害を主張した *Authors Guild, Inc. v. Google Inc.*, 954 F. Supp. 2d 282 (S.D.N.Y. 2013) では、権利者に無許諾で書籍をスキャンし、ユーザーの検索のために提供したGoogle社の行為が問題となった⁶³²。Google Booksプログラムにおいては、パートナー

⁶²⁹ 17 U.S.C. § 107. フェア・ユース法理に関する邦語文献として、ロバート・A・ゴーマン＝ジェーン・C・ギンズバーグ編(内藤篤訳)『米国著作権法詳解(下)[第2版]』(信山社・2003年)637-775頁、A.R.ミラー＝M.H.デービス(松尾悟訳)『アメリカ知的財産法』(木鐸社・1995年)264-279頁、曾我部健「著作権に関するフェアユースの法理」著作権研究20号97頁(1993年)、ジェーン・C・ギンズバーグ(斉藤博訳)「アメリカにおけるフェア・ユース問題について」著作権研究26号147頁(2000年)、白鳥綱重『アメリカ著作権法入門』(信山社・2004年)209-233頁、蘆立順美『データベース保護制度論』(信山社・2004年)71-92頁、エリック・J・シュワルツ(高林龍監修・安藤和宏＝今村哲也訳)『アメリカ著作権法とその実務』(雄松堂出版・2004年)291-307頁、フェアユース研究会・前掲注(542)、山本隆司＝奥邨弘司『フェア・ユースの考え方』(太田出版・2010年)等がある。

⁶³⁰ ゴーマン＝ギンズバーグ編・前掲注(629)684頁。

⁶³¹ フェア・ユースの各ファクターの適用を検討した近時の研究として、Neil Weinstock Netanel(石新智規＝井上乾介＝山本夕子訳)「フェアユースを理解する(1)(2・完)」知的財産法政策学研究43号1頁(2013年)・44号141頁(2014年)。

⁶³² Google Books和解案に批判的な見解として、シヴァ・ヴァイディアナサン(久保儀明訳)『グーグル化の見えざる代償：ウェブ・書籍・知識・記憶の変容』(インプレスジャパン・2012年)203-234頁。田村善之「Google Books和解案の光と影」NBL 925号27頁以下(2010年)は、政策形成過程のバイアス問題に対する私的秩序形成を通じた次善の解決策として、Google Books和解案に肯定的な評価を与えている。なお、和解案の不承認決定については、松田政行＝増田雅史「Google Books和解案の不承認決定に関する解説」NBL 953号32頁以下(2011年)を参照。

契約を結んでいる図書館と共同で、2,000万点を超える書籍を、OCR技術を用いてスキャンし、ユーザーが検索できるようにインデックス化した。ユーザーが検索結果をクリックすると、当該書籍の書誌情報および書店または図書館のリンクが表示されるページ（「About the Book」）へと導かれ、（全文公開されていない書籍に関して）ユーザーは書籍の一部分（スニペット）を閲覧することができる。ニューヨーク南部地区連邦地裁は、Google社の提供するGoogle Booksプログラムにおける著作物の利用がフェア・ユースに該当する旨のサマリージャッジメントを下した。

権利者不明著作物問題について直接判断をしたものではないが、Authors Guildらが上記Google社とパートナー契約を結んでいた大学図書館のコンソーシアム（HathiTrust）に対して著作権侵害を主張した事件として、*Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*, 755 F.3d 87 (2d Cir. 2014)がある。同事件では、被告のHathiTrustによる2つの行為が問題となった。第1に、Google社とのパートナーシップに基づき、Google社が各大学図書館に所蔵されている著作物のデジタルコピーを作成することを許容する代わりに、同社から作成されたデジタルコピーの提供を受け、当該デジタルコピーの全文検索を可能とするデータベース（頁番号および当該用語が用いられている回数のみを表示）を作成し、利用者に提供する行為である。第2に、視覚障害者のために所蔵資料のデジタルコピーに対するアクセスを提供する行為である。第2巡回区連邦控訴裁判所は、被告によるこれら2つの行為がフェア・ユースに該当すると判示した⁶³³。

第3に、侵害訴訟における救済を制限するというアプローチも提唱されている。2006年に公表された米国著作権局の報告書によると、権利者不明著作物の利用に際して、利用者が入念な調査を行い、著作物の出所を可能な限り明示すれば、侵害訴訟における救済に制限を課す制度が提案されている⁶³⁴。具体的には、商業的な著作物の利用に関しては、侵害訴訟にお

⁶³³ 原審の地裁も、被告の行為がフェア・ユースに該当すると判示している（*Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*, 902 F. Supp. 2d 445 (S.D.N.Y. 2012)）。

⁶³⁴ United States Copyright Office, *Report on Orphan Works* (2006)。権利者不明著作物問題に関する米国の議論状況については、情報通信総合研究所・前掲注(618)111頁以下 [前田健執筆]。

る救済はライセンス料相当額の損害賠償となり、非営利の著作物の利用に関しては、利用者が侵害警告を受け取ってから直ちに利用を停止することを条件に、何らの救済を要さないとの提案を行っている⁶³⁵。ところが、これまでに、著作権局の提案を実施するための法案が複数回議会に提出されたが、いずれも採択に至っていない⁶³⁶。なお、オーストラリアにおいても、2013年末にオーストラリア政府法改正委員会が公表した報告書において、米国著作権局が提案した侵害訴訟における救済方法を制限する法改正を行うよう勧告している⁶³⁷。

このように、米国では裁判所によるフェア・ユース法理の適用を通じて孤児著作物問題の解決が図られている。もっとも、論者の中には、フェア・ユース等の一般条項は、事後的かつ個別的な判断に頼るものであり、大量に発生する問題を解決するためには必ずしも効率的な制度ではないと指摘する者がある⁶³⁸。孤児著作物の問題を解決するためには、裁判所が利用の際に当該著作物が孤児著作物であるか否かを逐一判断しなければならないフェア・ユースに基づく制度よりも、著作権の保護を受けることを望む権利者に対して何らかの形で意思表示をすることを要求するという意味でのオプト・イン方式の導入が効率的であると指摘されている⁶³⁹。

⁶³⁵ *Id.*

⁶³⁶ Orphan Works Act of 2006 HR 5439, 109th Cong. (2006); Orphan Works Act of 2008 HR 5589 110th Cong. (2008); Shawn Bently Orphan Works Act of 2008 S 2193, 110th Cong. (2008). See, United States Copyright Office, *Legal Issues in Mass Digitization: A Preliminary Analysis and Discussion Document* (2011). 同法案の内容およびその後の議論状況を紹介するものとして、前田・前掲注(634)133-137頁。

⁶³⁷ Australian Government, Australian Law Reform Commission, *Copyright and the Digital Economy*, Final Report (ALRC Report 122), 29 Nov. 2013, at 289-310 [hereinafter ALRC Report].

⁶³⁸ 田村善之「日本の著作権法のリフォーム論—デジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて—」知的財産法政策学研究44号25・132-133頁(2014年)。

⁶³⁹ Oren Bracha, *Standing Copyright Law on Its Head? The Googolization of Everything and the Many Faces of Property*, 85 TEXAS L. REV. 1799 (2008) (経済効率性、情報の非対称性、および文化的民主制等の観点からオプト・アウト制度の導入を論じる)。潮海・

例えば、北欧諸国を中心に採用されているアプローチとして、拡大集中許諾制度がある。拡大集中許諾とは、著作権法の規定に基づき、著作物の利用者（または利用者団体）と大多数の著作権者を代表する集中管理団体との間で自主的に行われた交渉を通じて締結された著作物利用許諾契約（ECL契約）の効果を、当該集中管理団体の構成員ではない著作権者（非構成員）にまで拡張して及ぼすことを認める制度である⁶⁴⁰。同制度の下で、利用者は、ECL契約で特定されている著作物およびその利用態様の範囲内であれば、事前の入念な調査を行うことなく、また、権利者が構成員であるかを問わず、当該著作物を利用することができる。拡大集中許諾制度は、著作物の利用に際して、権利者を特定するための事前の入念な調査が不要であり、また、非構成員の著作物および権利者不明著作物を含む広い範囲の著作物についてワンストップでの権利処理が可能となる点で、権利処理に係る取引費用の削減につながるとされている。

もっとも、拡大集中制度が実効的に機能するためには、特定分野の著作物について国内で利用される著作権者の大多数を代表する集中管理団体が存在しており、当該団体と利用者（団体）との間の自主的な交渉を通じて利用許諾契約が締結されるという環境が備わっている必要がある。仮に集中管理が必ずしも発達していない国が同制度を導入したとしても、十分に機能するかどうかは明らかではない。また、同制度では、集中管理団体が権利者の調査を行い、使用料の分配を行うことになっているが、権利処理に係る費用が利用者から徴収される使用料額に上乘せされる可能性があり、また、利用者は権利者不明著作物であるか否かにかかわらず、均等な使用料を支払わなければならないため、大量の著作物を利用する文化機関にとって使用料額が高額になってしまうおそれがある。さらに、権利者不明著作物の利用について支払われた使用料は、当該著作物の権利者には分配されない可能性が高いため、制度の正統性をいかにして担保するかが

前掲注(598)49-52頁は、著作権者から notice があるまでは、フェア・ユースと判断しうるとするオプト・アウト版フェア・ユース、および米国著作権法512条(c)をモデルとした個別制限規定によるオプト・アウト制度を併用することを提唱する。

⁶⁴⁰ 北欧諸国における拡大集中許諾制度については、情報通信総合研究所・前掲注(618)76頁以下 [小嶋崇弘執筆]。

問題となる⁶⁴¹。

現在、多くの国において、著作権者は、著作権保護に関心を有していることを示す情報、および、現在の権利帰属に関する情報を公に提供する義務を負うことなく、長期間にわたる保護を自動的に受けることになっている⁶⁴²。米国著作権法においては、著作権者は、登録または通知を通じて、法定損害賠償または故意侵害の認定等の利益を受けることができるが、これらの利益をもってしても、十分な情報が公に提供されているとは言い難く、権利者を特定して許諾を得る責任が利用者に課されている。

そこで、近時は、より抜本的な解決策として、デフォルト・ルールを変更し、著作権に基づく保護を享受することを望む著作者に対して何らかの方式要件を履行することを要求するオプト・イン型の制度への転換を主張する見解が現れている。これらの提案においては、方式要件を導入することにより、著作者または著作権者に過大な負担を課すことなくその利益を保護し、他方で、権利者が著作権の保護に関心を有している著作物を選別した上で著作権法上の完全な保護を認め、上述したアンチコモنز問題を緩和する効果を達成することが目的とされている⁶⁴³。特定の方式主義の導入を行う際に問題となるのが、「権利の享有及び行使には、いかなる方式の履行をも要しない」と規定するベルヌ条約5条2項との整合性の確保である⁶⁴⁴。もともと、同条においても、自国を本国とする著作物に関しては

⁶⁴¹ 同上。なお、拡大集中許諾制度と3 step testの関係を論じた文献として、Thomas Riis & Jens Schovsbo, *Extended Collective Licenses and the Nordic Experience: It's a Hybrid but is It a Volvo or a Lemon?*, 33 COLUM. J.L. & ARTS 471, 484-90 (2010); Johan Axhamn & Lucie Guibault, *Cross-Border Extended Collective Licensing: A Solution to Online Dissemination of Europe's Cultural Heritage?*, Final Report Prepared for Europeana Connect, at 47-52 (2011), http://www.ivir.nl/publicaties/guibault/ECL_Europeana_final_report092011.pdf; Paul Torremans et al., *Orphan works: Compatibility of the Draft Directive with the International Norms* (2012), http://kluwercopyrightblog.com/files/2012/06/Orphan_works_opinion_final.pdf.

⁶⁴² Hansen et al., *supra* note 615, at 48.

⁶⁴³ 田村善之(比良友佳理訳)「デジタル化時代の著作権制度の再検討」アメリカ法2010-1号33頁(2010年)。

⁶⁴⁴ 諸外国における方式要件の歴史的経緯およびベルヌ条約との関係を詳細に検討

同盟国が方式主義を採用することは否定されていない⁶⁴⁵。

例えば、米国における方式要件導入の提唱者である Christopher Sprigman は、低コストで可能な登録を行わない権利者に対して、侵害訴訟における差止請求権が制限され、損害賠償も合理的なライセンス料相当額に限定される新たな類型の方式を提案している⁶⁴⁶。これは、登録を行わなかった場合のペナルティー・デフォルトとして、ライアビリティールールを導入するものである。Sprigmanによれば、新たな類型の方式は、登録を行わなかったからといって著作権の保護が完全に否定されるものではなく、依然として裁判所において権利行使を行うことが可能であるため、ベルヌ条約 5 条 2 項において禁止されている「権利の享有及び行使」に該当しないと指摘している。また、ベルヌ条約 9 条 2 項および TRIPs 協定 13 条の 3 step test は、方式の履行が差止めの有無に影響を与えるにすぎない新たな類型の方式においては、著作権の許諾を行う排他権は全く影響を受けていないのだから、3 step test の抵触はそもそも問題とならないと指摘している⁶⁴⁷。これに対して、Ginsburg は、方式要件の不履行をもって差止請求権を制限する制度の導入は、方式要件の不履行が「特別の場合」に該当するとは考えに

した文献として、STEF VAN GOMPEL, *FORMALITIES IN COPYRIGHT LAW: AN ANALYSIS OF THEIR HISTORY, RATIONALES AND POSSIBLE FUTURE* (2011).

⁶⁴⁵ ベルヌ条約 5 条 3 項。例えば、米国著作権法においては、米国を本国とする著作物に限り、著作権登録が侵害訴訟提起の要件とされている (17 U.S.C. § 411(a))。また、ベルヌ条約同盟国を本国とする著作物についても、著作権登録が法定損害賠償および弁護士費用の前提要件とされているなど、侵害訴訟における権利行使を実効的なものとするために登録は重要な要素となっている (See, MARSHALL A. LEAFFER, *UNDERSTANDING COPYRIGHT LAW* 279-83 (5th ed. 2010))。田村善之教授は、権利者不明著作物問題を解決するためには、緩やかなオプト・イン方式としての更新登録制度を導入することが望ましいとする (田村・前掲注 (638) 135-137頁)。日本語で表現されている著作物に関しては、日本を本国とする著作物である可能性が高いため、条約上の制約から登録制度の対象が日本を本国とする著作物に限定されるとしても、権利者不明著作物問題に対する抜本的な解決策となる可能性を有している。

⁶⁴⁶ Christopher Sprigman, *Reform(aliz)ing Copyright*, 57 STAN. L. REV. 485 (2004).

⁶⁴⁷ Christopher Sprigman, *Berne's Vanishing Ban on Formalities*, 28 BERKELEY TECH. L.J. 1565 (2013).

くいため、3 step test に違反するおそれがあると指摘している⁶⁴⁸。

Lawrence Lessig は、自動的な存続期間が満了した後、保護を維持するために権利者に対して著作物の登録を義務付け、登録がなされない著作物を無料または最低限のライセンス料を支払うことで利用可能にするオプト・イン制度の再導入を主張している⁶⁴⁹。Lessig によれば、登録制度を効率的なものとするために、著作物がアップロードされるとサーバーが署名を取り、侵害監視対象となる著作物のリストに追加される方式が提案されている⁶⁵⁰。

以上のように、方式要件の履行の有無を、救済方法の内容に影響させることは、条約上の問題を生じさせない可能性があるが、それを超えて、更新登録制度等の包括的な方式主義を導入するためには、ベルヌ条約を含む国際条約の改正が必要であると指摘されている⁶⁵¹。その場合、事実上著作権者の排他権が制限されるため、無方式主義を規定するベルヌ条約5条2項のみならず、3 step test との整合性が問題とされる可能性がある⁶⁵²。したがって、仮に権利者不明著作物問題の解決策として包括的な方式主義の導入が望ましいということになれば、それを可能とするために、3 step test を柔軟に解釈する必要がある。

2. 国内法および国際条約に関する政策形成過程のバイアス

前節で検討したように、著作物の創作および利用に関する社会経済状況が変化する中で、公衆の利益を確保する必要性が高まっているにもかかわらず、現実には、著作権の保護強化と均衡を図るのに十分なほど権利制限規定の拡充はなされてこなかった。権利制限に関して厳格解釈という考え

⁶⁴⁸ Jane C. Ginsburg, “With Untired Spirits and Formal Constancy”: Berne-Compatibility of Formal Declaratory Measures to Enhance Copyright Title-Searching, 28 BERKELEY TECH. L.J. 1583, 1595 (2013).

⁶⁴⁹ レッシグ・前掲注(561)249-254頁。

⁶⁵⁰ 同上。

⁶⁵¹ PATRY, *supra* note 610, at 209.

⁶⁵² Ginsburg, *supra* note 648, at 1595.

方が維持されていた理由の 1 つには、著作権法の立法過程において、著作物へのアクセスおよびその利用を求める公衆の利益が十分に反映されてこなかったということが考えられる。では、このような不均衡が生じてしまうのは、何故であろうか。

伝統的に、ユーザーの利益は、教育または文化機関等の媒介者（図書館や大学等）によって代表されてきたため、著作権法におけるユーザーの位置付けが注目されることは少なかった。著作権法の伝統的な枠組みにおいて、ユーザーは受動的な消費者（Passive Consumer）として位置付けられていたにすぎなかったため⁶⁵³、権利制限規定の中で消費者による著作物の利用を明示的に許容する規定は必ずしも多くなかった。もっとも、当時のユーザーは消費者にすぎなかったため、権利制限の認められる範囲が狭くても、大きな不都合は生じていなかった。

その後、複製技術やインターネットの発展により、ユーザーは著作物に直接アクセスし、受け取った著作物を自らのニーズに合わせて形容させた上で、他者と共有することが可能になったため、ユーザーの利益を著作権法の制度に直接的に反映させる必要が高まっている⁶⁵⁴。

この点に関して、諸外国においては早くから公共選択論を用いた分析がなされてきたが⁶⁵⁵、近時我が国においても同様の観点からの研究が行われ

⁶⁵³ Joseph P. Liu, *Copyright Law's Theory of the Consumer*, 44 B.C. L. REV. 397 (2003). 邦語文献では、島並・前掲注(563)742頁、河島・前掲注(561)226頁。

⁶⁵⁴ Jessica Litman, *Revising Copyright Statutes for the Information Age*, 75 OR. L. REV. 19 (1996). Antonina Bakardjieva Engelbrekt (田村善之訳)「制度論的観点から見た著作権：アクター、利益、利害関係と参加のロジック(2・完)」知的財産法政策学研究23号33-34頁(2009年)は、従来の著作権法が想定していたユーザーは、かつての読者や純粋美術の鑑賞者という比較的小規模なエリート集団であったが、今日においては、積極的に文化作品を消費し、インターネット経由で交換し、デジタル・コンテンツを自分たちのニーズに合わせて変形しようとする教養のある多くの人々が分散した多数派に変わってきていることを指摘する。

⁶⁵⁵ Litman, *supra* note 544, at 275; Yafit Lev-Aretz, *Copyright Lawmaking and Public Choice: From Legislative Battles to Private Ordering*, 27 HARV. J.L. & TECH. 203 (2014). May & Sell は、知的財産権の歴史は最適な法制度を目指して改善が行われてきたわけではなく、競合する経済利益や、政治的に動機付けられた政府、および、対照的

ようになっている⁶⁵⁶。

著作権の分野においては、民間部門の集中的なロビイングが行われ、政府が当該集団の要望を黙認または支持した結果、著作権の保護対象および保護範囲が拡張されてきた⁶⁵⁷。Jessica Litmanは、民間部門の利益集団が自らの利益のために具体的かつ詳細な立法を規定するという累積的な変化のパターンを明らかにしている⁶⁵⁸。産業間で生じる紛争に対して当該事実関係に特化した解決を指向した立法は、技術の変化に対応するための柔軟性を欠くものであるため、著作権者により広範な権利が与えられる一方で、公衆の利益が損なわれるという状況が生じている。このように、Litmanは、各産業の代表者等の間でなされる立法に関する交渉を通じて、著作権の保護が著しく拡張されていく過程を批判的に検討している⁶⁵⁹。

これに対して、著作権を制限する規定の範囲を広げることにより、柔軟性を高める傾向は生じていない⁶⁶⁰。その理由として、立法プロセスは、公衆の利益を排除する傾向にあり、結果的に、著作物の利用および再利用を

な哲学的伝統によって繰り上げられる政策の戦いの場であると指摘する。ゆえに、技術の発展や哲学的な議論だけではなく、知的財産権の法制度の歴史についても考慮する必要があると主張する (MAY & SELL, *supra* note 479, at 145-53)。

⁶⁵⁶ 田村善之「知的財産法学の新たな潮流—プロセス志向の知的財産法学の展望」ジュリ1405号22頁(2010年)、野口・前掲注(616)128頁以下、京(著作権法改正)・前掲注(556)、同「著作権法の立法過程分析—政治学の視点から—」著作権研究39号65頁以下(2014年)。

⁶⁵⁷ Saul Levmore, *Property's Uneasy Path and Expanding Future*, 70 U. CHI. L. REV. (2003).

⁶⁵⁸ Litman, *supra* note 544, at 323.

⁶⁵⁹ *Id.* なお、Robert Mergesは、利益集団によるロビイングが盛んになされ、立法に影響を与えることは、一部の例外的な場合を除き、憂慮すべき問題ではないと指摘する。利益集団がロビイングに対する投資を増加させることは、知的財産の資産としての重要性が高まったことの当然の帰結であり、知的財産法のように高い専門性が必要とされる分野においては、利益集団は、立法者および立法府のスタッフに接触し、専門知識を伝達するために高い費用を支払う必要があることを指摘する (Robert P. Merges, *One Hundred Years of Solicitude: Intellectual Property Law, 1900-2000*, 88 CAL. L. REV. 2187, 2234-39 (2000))。

⁶⁶⁰ *Id.*

行う公衆の利益の犠牲の下に、創作者および著作権者の私的な利益が認められている⁶⁶¹。Mancur Olsonによれば、少数の受益者に集中している利益は、政策形成過程に反映されやすく、他方で、消費者の利益のように、多数の者に拡散している利益は政策過程に反映されにくいという政策形成過程のバイアスの存在が指摘されている⁶⁶²。

諸外国において、このような保護強化の傾向は、著作権の保護対象の拡張⁶⁶³および存続期間の延長につながっている。1998年に成立したソニー・ボノ著作権保護期間延長法（Copyright Term Extension Act: CTEA法）は、集中的なロビイングによって達成された立法の好例である⁶⁶⁴。同法は、少数の権利者に有利である一方で、現在または将来の消費者に僅かであるが広範な影響を与えている。ウォルト・ディズニー社は、ミッキー・マウスに関する著作権の存続期間満了が迫っていたため、存続期間の延長を求めて精力的なロビイングを繰り返した。インセンティブの観点から見た場合、同法を正当化することは困難であるとされている⁶⁶⁵。すなわち、現在の価

⁶⁶¹ Keith Aoki, *Intellectual Property and Sovereignty: Notes Towards a Cultural Geography of Authorship*, 48 STAN. L. REV. 1293, 1310 (1996).

⁶⁶² マンサー・オルソン (衣田博=森脇俊雅訳)『集合行為論—公共財と集団理論』(ミネルヴァ書房・1996年)。

⁶⁶³ William Cornishは、米国のコンピュータ産業が、コンピュータ・プログラムを著作権という伝統的な規範の中で保護するようにロビイングを行った結果、多数の国が著作権法による保護を採用するようになったことを指摘する (William R. Cornish, *The International Relations of Intellectual Property*, 52 CAMB. L.J. 6, 55 (1993))。その後、TRIPs協定において、コンピュータ・プログラムは「文学的著作物 (literary works)」として保護される旨が規定されることになったが (TRIPs協定10条1項)、協定の交渉段階においても利益集団による強力なロビイングが存在しており、そこでは、労働所有理論や「財産権」というレトリックが正統性を確保するために効果的に活用されたことが指摘されている (William W. Fisher III, *The Growth of Intellectual Property: A History of the Ownership of Ideas in the United States*, at 13 (1999), <http://econ.law.harvard.edu/property/history.html>)。

⁶⁶⁴ Merges, *supra* note 659, at 2236-37. 同法の合憲性が争われた事件の連邦最高裁判決の検討を通じて、著作権の保護期間の延長と表現の自由の関係を論じるものとして、横山・前掲注(354)19頁以下。

⁶⁶⁵ Merges, *supra* note 659, at 2236-37.

値という観点からは、著作権の存続期間を死後50年から70年に延長したことによる、著作物の創作のインセンティブが増加する程度は、ごく僅かであると指摘されている⁶⁶⁶。そして、そのような立法においては、現時点で経済的価値の高い著作権を有している一部の権利者が受益者となり、他方で、消費者は、これらの便益のためにコストを払わなければならない。

さらに、ユーザーの利益が反映されていないという問題に加えて、著作者の利益も分化している⁶⁶⁷。インターネットや著作物の創作および改変を容易にする技術の発展によって、一部の限られた者が著作物を提供し、その他大多数の公衆がただそれを消費するという従来の世界から、誰もが著作物の送り手となりうるようになった。著作物全体に占める大規模な企業によって創作された著作物の割合が低下している状況においては、権利者の利益が分化していると考えることができる。例えば、著作者の中には、単純な保護の強化ではなく、企業との契約関係において著作者の立場が保護されることに利益を有する者、または、経済的な利益以外のインセンティブを重視する者（例えば、クリエイティブ・コモンズ・ライセンスに基づいて自らの著作物を公表する著作者）も一定程度存在していると考えられる。これらの零細な著作者は、著作物のユーザーと同様にロビイング能力に劣るため⁶⁶⁸、その利益は政策形成過程に適切に反映されにくいと指摘されている⁶⁶⁹。

国内の政策形成過程におけるバイアスの問題は、国際的な場面においてより深刻なものとなる。国際交渉の場では、国内の政策形成過程以上にロビイングに必要となる交渉力は大きなものとなるため、権利者団体とユー

⁶⁶⁶ 保護期間延長の効果に関する実証研究として、ポール・J・ヒールド（今村哲也＝宮川大介訳）「保護期間延長は社会厚生を高めたか：アメリカの場合」田中辰雄＝林紘一郎編著『著作権保護期間一延長は文化を振興するか？』（勁草書房・2008年）、今西頼太＝大西宏一郎「著作財産権存続期間延長論—存続期間延長による映画著作物の収益性上昇効果の実証的考察—」知的財産法政策学研究37号215頁以下（2012年）。

⁶⁶⁷ レッシング・前掲注（561）265頁。

⁶⁶⁸ LEWINSKI, *supra* note 19, at 601.

⁶⁶⁹ 田村・前掲注（638）30-36頁。著作権法の政策形成過程においてNPOが果たす役割を検討するものとして、野口祐子「著作権法分野におけるNPOの役割—日米を比較して—」著作権研究39号98頁以下（2014年）。

ザーの間のロビイング力の差が大きくなることが考えられる。その結果、権利者の影響力は、国際的な法形成過程においてさらに強められる一方で、ユーザーの利益が国際的な政策形成過程の場に反映されることが困難になる⁶⁷⁰。

Peter Gerhartが指摘するように、より大きな問題は、国際的な法形成の機構にある。国際組織において国際法の形成を担う主体は、国民やその直接の代表ではなく国家であるとされているため、国際組織が非民主主義的な性質を有していることを認識する必要がある⁶⁷¹。また、国際組織における意思決定では、1国につき1票という方式が採用されており、1個人につき1票という民主的な方式に比べ、不十分な尺度の数字であると指摘されている。このような政策形成過程の構造に鑑み、国際的な法形成の場において世界各国の人々が比例して代表されていないために、消費者と権利者の社会的に適切なバランスの達成が困難となっているとの批判がなされている⁶⁷²。

とりわけ、WTOにおける政策形成過程にはさらに問題を深刻なものとする構造が存在している。WTOにおける意思決定の枠組みは、1国1票あるいは人口に比例したシステムではなく、国家の経済力により大きな影響を受けるため、市場規模の大きな国家は自国に有利な義務を要求することができる可能性が高い⁶⁷³。また、WTOの交渉においては、知的財産権に関する事項が農産品等の他分野を含めた1つのパッケージとして扱われるため、先進国は、農産品の市場アクセスについて大きな関心を有する開発途上国に対して当該分野で有利な条件を提示する代わりに、知的財産分

⁶⁷⁰ Margot E. Kaminski, *The Capture of International Intellectual Property Law Through the U.S. Trade Regime*, 87 S. CAL. L. REV. 977 (2014)は、情報の非対称性を通じて、USTRが利益集団によって規制の虜となっており、特に集合行為問題が生じる知的財産法の分野においてその傾向が強いと指摘する。その結果、USTRの交渉担当者は、利益集団の利益につながるような形に米国法を国際規範に書き換える傾向があると指摘する。

⁶⁷¹ Peter M. Gerhart, *Why Lawmaking for Global Intellectual Property is Unbalanced*, 22 E.I.P.R. 309 (2000).

⁶⁷² *Id.*

⁶⁷³ *Id.*

野について先進国が求める高い保護水準の採用を要求することが可能であるとされている。

加えて、先進国と先進国の関係では、伝統的に国家（特に先進国）は、国際条約の交渉において、貿易相手国に対して権利制限の導入を要求するインセンティブを有してこなかったとされている⁶⁷⁴。複数の加盟国間で知的財産権の最低保護水準の合意を得ることは、相互の利益を促進するものと考えられる傾向があるのに対して、権利制限に関してはそのような事情が認められにくい。例えば、A国とB国が最低保護水準に関して合意をした場合、A国の著作権者はB国の市場において利益を得ることにつながり、B国の権利者にとっても同様の利益が生じる。これに対して、権利制限に関しては、A国において権利制限が導入されたとしても、当該権利制限の主たる受益者はA国のユーザーに限られるため、B国が国際条約の交渉において、他国に対して権利制限に関する条約規定を導入するよう要求するインセンティブは相対的に少ないと言えるであろう⁶⁷⁵。その結果、これまでの国際条約の交渉においては、著作物の利用者の利益は反映されにくく、権利制限の導入は、ベルヌ条約9条2項から派生した3 step testの枠内で、各加盟国の裁量に委ねられているのである。

もちろん、先進国に比べて保護すべき知的財産の権利者が少なく、知的財産権の利用者となる者の割合が高い開発途上国は、国際条約の交渉において、権利制限に関する条約規定の導入を主張するインセンティブを有している。実際、ベルヌ条約の各改正会議から現在に至るまで、開発途上国は、著作物へのアクセスを求めるユーザーの利益を主張し続けてきた。その結果、デジタル時代においては、皮肉なことに、開発途上国の利益は先進国のユーザーの利益と重なっているため、先進国のユーザーの利益は開発途上国によって代弁されているのである⁶⁷⁶。

しかしながら、開発途上国も必ずしも統一的な勢力ではない。すなわち、それは、組織化が困難であること、および、知的財産に関する様々な利益

⁶⁷⁴ Kimberlee Weatherall, *ACTA As a New Kind of International IP Lawmaking*, 26 AM. U. INT'L L. REV. 839, 876-900 (2011).

⁶⁷⁵ *Id.*

⁶⁷⁶ Okediji, *supra* note 143.

が分岐していることに起因する。したがって、開発途上国のイニシアティブを通じて政策形成過程に公衆の利益が反映されるためには、国際交渉の場において、開発途上国が互いに結び付くことが必要である⁶⁷⁷。実際に、著作物や特許権等の知的財産権の排他権の急激な拡張を抑制するために、開発途上国と協調関係を築くために活動をする非政府組織 (NGO) および私企業等が現れているとされている⁶⁷⁸。

加えて、近時は、検索サイトをはじめとする中間媒介者が社会において果たす役割が高まってきており、今後の国際交渉において影響力を及ぼす可能性がある。拡張し続ける知的財産制度への最も良い対応策は、特許の対象となる医薬品について支払いを行う保険会社、コンピュータ・プログラムを対価を支払って利用するメディア企業、競争を行うために知識にアクセスする必要がある競業者に存在する⁶⁷⁹。知的財産権の重要性が高まるにつれて、知的財産権の利用者である企業が、国際的な射程を有する知的財産の連合を形成する大きなインセンティブを有するようになるであろう⁶⁸⁰。もっとも、これらの中間媒介者の利益は、著作物へのアクセスを求めるユーザーの利益と重なる部分が少なくないが、両者の利益が完全に一致しているわけではないという点にも留意すべきであろう。

3. 小括

デジタル技術およびインターネットの発展は、著作権法に大きな変化をもたらしてきたが、近時は特に権利制限の重要性が高まっている。本章では、まず、著作権法の規律が一般人の日常生活に深く入り込むようになったため、権利制限規定の立法または解釈を通じて、ユーザーの自由を確保

⁶⁷⁷ もっとも、Gerhart は、仮に開発途上国が統一的な勢力を形成したとしても、その影響力は市場の大きさに比例するため、先進国の力に対する大きな抵抗勢力とはならなかったであろうと指摘する (Gerhart, *supra* note 671, at 312)。

⁶⁷⁸ Helfer, *supra* note 200, at 16; Laurence R. Helfer, *Regime Shifting in the International Intellectual Property System*, in 7 PERSPECTIVES ON POLITICS 39 (2009).

⁶⁷⁹ Gerhart, *supra* note 671, at 312.

⁶⁸⁰ *Id.*

する必要性が高まっていることを明らかにした。次に、デジタル技術の恩恵を受けて、著作物の大量デジタル化事業が盛んに行われる状況において、著作権の権利処理の問題が阻害要因の1つとなっている。特に権利者不明著作物の権利処理に係るコストが大きく、短期的には権利制限、裁定許諾、集中管理を活用することにより権利処理のコストを削減することが必要である。また、長期的に見ると、アンチコモنز問題を解決するために、方式要件の導入等を通じて、オプト・イン型の著作権制度へと変容を図る必要があることを指摘した。

このように権利制限規定の範囲を拡張する必要性が高まっているにもかかわらず、政策形成過程のバイアス問題やバックドア問題の影響を受けて、国内的にも国際的にも、ユーザーの利益は政策形成過程に十分に反映されず、結果として、著作権の保護は効率性の観点から見て過度に強化されている。そもそも、ベルヌ条約は、海賊出版に悩む権利者の声によって設立された条約であり、前文に示されているように、同条約の当初の主目的は、著作権の保護を強化することにあつた。時代の経過とともに、同盟国となる開発途上国が増加し、著作物を利用する側の主張もなされるようになったが、権利制限に関する条約本体の改正に十分反映されているとは言えない。3 step testの文言には、このような政策形成過程の歪みが象徴的に表れている。

以上のバイアスを有する3 step testは、文言に忠実に厳格な解釈をした場合、各国の立法者（または裁判所）が、社会や技術の変化に柔軟かつ適切に対応しようとする際の障害となるおそれがある。京俊介准教授が指摘するように、著作権法の改正を行う際に官庁にとって、法律の整合性を図ることは、政治家からの自律性を高め、組織の存続の可能性を高めるといったメリットがあるため、国内法を国際条約に整合的に策定するインセンティブを有している⁶⁸¹。加えて、政治家にとっても、国際条約の内容と異なる

⁶⁸¹ 京（著作権法改正）・前掲注(556)87-88・232頁。See, Edward Lee, *Copyright, Death, and Taxes*, 47 WAKE FOREST L. REV. 1, 3 (2011)（「ベルヌ条約違反となるため不可能である」という主張が、多くの場面において著作権制度の改善または現代化を図る提案に対する阻害要因となっている）。

内容の国内法を策定することにはコストがかかる⁶⁸²。その結果、国際条約は、政策決定アクターのインセンティブ構造に影響を与えるため、結果的に、国内法は国際条約に整合的に策定されることが指摘されている⁶⁸³。したがって、TRIPs協定およびFTAを通じて、知的財産権の保護水準が高められ、各国の立法者の政策上の裁量が減少する中で、各国の自律性を確保する必要性が高まっている。

では、国際的な知的財産法の政策形成過程において、いかにして公衆の利益を反映させ、国家の自律性を確保することができるのだろうか。現在有力視されている手法として、① 3 step testの柔軟な解釈を志向する解決策、および、② 国際条約に義務的な権利制限条項を導入するという解決策が存在する。両アプローチは、互いに排他的なものではなく、それぞれのメリットおよびデメリットを勘案しつつ、並行的に推し進められるべきものである。

第1の手法として、3 step testを柔軟に解釈することにより、各国の自律性を確保することができるかもしれない。前述したように、3 step testには権利者寄りの性質を有しているという問題点もあるが、文言の抽象性を活用して柔軟に解釈すれば、十分な政策的余地を提供する基準として用いることが可能である。この手法を採用するメリットとして、第1に、既存の条約規定の活用を図るものであり、条約の改正を要さないという点で、実現可能性が高いことがあげられる。第2に、ロビイング耐性が一定程度存在することである。3 step testは、法と経済学におけるルール・スタンダード論⁶⁸⁴における「スタンダード」に分類することができるが、要件が

⁶⁸² 京(著作権法改正)・前掲注(556)87-88・232頁。

⁶⁸³ 同上。

⁶⁸⁴ ルールとスタンダードの観点から権利制限規定の立法形式を分析するものとして、島並良「権利制限の立法形式」著作権研究35号90頁以下(2008年)。ルール・スタンダード論一般については、Louis Kaplow, *Rules versus Standards: An Economic Analysis*, 42 DUKE L.J. 557 (1992)。邦語文献では、森田果「最密接関連地法—国際私法と“Rules versus Standars”」ジュリ1345号66頁(2007年)、佐藤育己=座主祥伸「スタンダードではなくルールを一航空機ファイナンスにおける国際統一担保制度確立のためのケープタウン条約起草上の工夫—」齋藤彰編『市場と適応〔神戸大学COE法動態学叢書2〕』(法律文化社・2007年)。

抽象的に規定されているため、利害関係団体によるロビイングのターゲットになりにくいという特徴を有している⁶⁸⁵。もっとも、このアプローチを実効的なものとするためには、2つのハードルを越えなければならないであろう。まず、3 step testが、公衆の利益等を考慮に入れて、柔軟に解釈されなければならない。次に、国際条約において確保された柔軟性を活用して、各国の立法者が公衆の利益を考慮に入れた権利制限規定の立法を行う必要がある。その際には、国内の政策形成過程において、公衆の利益を反映した規定を設けるためには、権利者からのロビイング問題が克服されなければならない。

第2の手法として、国際交渉のフォーラムを、公衆の利益がより反映されやすい場に移し、そこでユーザーの利益を促進する義務的な権利制限条項を国際条約の中に盛り込むというものが考えられる。もっとも、このようなアプローチが成功するためには、著作物のユーザーの利益が、国際的な政策形成過程の場において適切に反映されなければならない。WTOにはパッケージ・ディールの問題があり、公衆の利益は反映されにくい環境にある。そのため、開発途上国は、交渉のフォーラムを、WIPO等の公衆の利益がより反映されやすいフォーラムへと移すことにより、ユーザーの利益を国際条約の政策決定に反映させようと試みている⁶⁸⁶。

以下では、WTOからWIPOに交渉の場を移すことを通じて国際条約への義務的な権利制限条項を導入する試み、および、3 step testを柔軟に解釈することで政策的余地を拡大する試みを検討する。

⁶⁸⁵ 政策形成過程のバイアス問題を克服するためにスタンダードの活用を提唱するものとして、Engelbrekt・前掲注(654)42頁、田村善之「デジタル化時代の著作権制度—著作権をめぐる法と政策—」知的財産法政策学研究23号21頁(2009年)。

⁶⁸⁶ Rochelle C. Dreyfuss, *Fostering Dynamic Innovation, Development and Trade: Intellectual Property as a Case Study in Global Administrative Law*, 2009 ACTA JURIDICA 237, 262 (2009); Helfer, *supra* note 200, at 53. もっとも、WIPOにおける規範形成および政策形成のためのプロセスにおいても先進国に有利な側面が存在することを指摘するものとして、Coenraad Visser, *The Policy-Making Dynamics in International Organizations: A Comment on the Remarks of Geoffrey Yu*, 82 CHL-KNET L. REV. 1457 (2007). なお、WIPOにおける条約交渉プロセスについては、高倉・前掲注(187)264-275頁。

VI. 国際条約への義務的な権利制限規定の導入—シーリング・アプローチ

1. 義務的な権利制限規定の導入へ向けた動き

著作権の保護水準を低める方向に国際条約を改正することが困難な状況において、加盟国の政策上の裁量を確保するための実現可能性の高い選択肢として、既存の条約規定に備えられた柔軟性を活用することが考えられる。しかし、条約の柔軟性を活用するアプローチには問題が残されている。TRIPs協定の解釈はWTOパネルおよび上級委員会によって行われることになっているが、権利制限に関する条約規定の解釈を行った事例の蓄積が少ないこともあり、加盟国の立法者にとって、権利制限規定の立法についてどの程度の政策的余地が認められるかは必ずしも明らかではない。条約上の義務との整合性について予測可能性が得られない状況において、加盟国の立法者に萎縮効果が生じ、結果として、条約で認められている柔軟性を十分に活用できないおそれがある⁶⁸⁷。加えて、国内の政治状況やFTA等を通じた貿易相手国からの政治的圧力が原因で、加盟国の立法者が、条約の柔軟性を活用し、各国の国内事情に適合した権利制限規定を導入することが困難となるおそれがある⁶⁸⁸。

上記の問題を解消するために、現在、複数のフォーラムにおいて、国際条約に著作権保護の上限を定める規定（シーリング規定）の導入に向けた議論が行われており⁶⁸⁹、実際にシーリング規定の導入に成功した事例も現れている。かかるシーリング規定の下では、加盟国は、条約に規定された

⁶⁸⁷ Ruse-Khan, *supra* note 432, at 76. See also, Annette Kur, *International Norm-Making in the Field of Intellectual Property: A Shift Towards Maximum Rules?*, 1 W.I.P.O.J. 27 (2009).

⁶⁸⁸ 柔軟性の活用は、知的財産法の立法に関する経験が少なく、法的専門知識が先進国に比べて劣る開発途上国にとって、より困難となる。

⁶⁸⁹ Annette Kur, & Henning Grosse Ruse-Khan, *Enough is Enough - The Notion of Binding Ceilings in International Intellectual Property Protection*, in *INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN A FAIR WORLD TRADE SYSTEM: PROPOSALS FOR REFORM OF TRIPS* 359 (Annette Kur ed., 2011).

事由について権利制限を行うことが義務付けられることになる。

ベルヌ条約およびTRIPs協定等の国際条約は、権利者に認められる保護の最低水準を規定するものであると捉えられることが一般的であるが、一部で著作権による保護の最高限度を設定する規定も存在している⁶⁹⁰。例えば、国際条約におけるシーリング規定の数少ない例であるベルヌ条約10条1項は、同盟国に対して引用に関する権利制限の導入を義務付けている⁶⁹¹。同項では、「it shall be permissible to make quotations ...」（強調筆者）という文言が使われているため、ベルヌ条約の同盟国およびTRIPs協定の加盟国⁶⁹²は引用に関する制限を国内法に導入することが義務付けられている。もっとも、同項は抽象的な文言で規定されているため、同項の義務を履行するに際して同盟国には広範な裁量が認められている⁶⁹³。

⁶⁹⁰ ベルヌ条約2条8項は、「単なる報道にすぎない時事の記事又は雑報」を著作権の保護対象から除外している。また、TRIPs協定9条2項は、「思想、手続、運用方法又は数学的概念自体」を著作権の保護対象から除外している。

⁶⁹¹ ベルヌ条約10条1項は、「既に適法に公衆に提供された著作物からの引用（新聞雑誌の要約の形で行う新聞紙及び定期刊行物の記事からの引用を含む。）は、その引用が公正な慣行に合致し、かつ、その目的上正当な範囲内で行われることを条件として、適法とされる」と規定する。学説において、同項は義務的性質を有していると解されることが多い。See, Kur & Ruse-Khan, *supra* note 689, at 380 n.70; RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 783-89.

なお、ベルヌ条約10条1項との関係で日本著作権法の引用に関する制限規定（32条1項）の解釈を論じたものとして、茶園・前掲注（237）2頁以下がある。茶園教授は、TRIPs協定13条およびWCT 10条2項の3 step test がベルヌ条約に存在する権利制限に関する規定に適用される結果、ベルヌ条約の権利制限条項を解釈するには3 step test の3要件を追加的に充足しなければならないのであるから、日本著作権法32条1項の「公正な慣行に合致」という要件を3 step test の第2ステップおよび第3ステップに整合するように解釈すべきであると主張する。具体的には、他人の著作物を自己の著作物に採録することが一定の目的（条文中に例示されている「報道、批評、研究」に準じた目的）のために行われ、両著作物の間に一定の関係がある場合に限り「引用」に該当すると解すべきであり、自由な利用を認めてしまうと「特別な場合」に該当することが難しくなると指摘する（同13頁）。

⁶⁹² TRIPs協定9条1項。

⁶⁹³ PAUL GOLDSTEIN & BERNT HUGENHOLTZ, INTERNATIONAL COPYRIGHT: PRINCIPLES,

既存の国際条約における著作権に関するシーリング規定は極めて限定的であるため、TRIPs協定およびWCT、ならびにTRIPsプラスを規定するFTA等によって高められた保護水準と公衆の利益との不均衡を是正するためには不十分であると指摘されている⁶⁹⁴。

もっとも、近時、WIPOにおいては国際条約にシーリング規定を導入することが議論されており、条約の成立にまで至った事例も現れている。シーリング規定の導入に向けた議論の嚆矢となったものとして、2008年3月のWIPO著作権等常設委員会(WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights (SCCR))において、ブラジル、チリ、ニカラグアおよびウルグアイによって提案された「Work Related to Exceptions and Limitations」がある⁶⁹⁵。同提案は、著作権の例外または制限の重要性を強調した上で、SCCRに対して、全加盟国の国内法において利用可能なものとされなければならない公共政策に関する例外の最低限の枠組みを規定する作業を開始することを要請している。また、同提案では、イノベーションを促進するための権利制限とともに、教育活動、障害者、図書館およびアーカイブに関連するシーリング規定を導入するための作業計画が提案されている。具体的には、著作権の制限に基づいて作成された著作物の輸出または輸入する障害者のコミュニティの権利や、公貸権に関する権利制限といった義務的な権利制限またはユーザーの権利を保障するシーリング規定があげられている。同提案では、5段階の作業計画が提案されているが、最終的には、SCCRにおいて、義務的な最低限の例外および制限を導入する旨のコミットメントを採択することが予定されていた。

上記の提案に基づいて交渉が進められた結果、シーリング規定に関して

LAW, AND PRACTICE 392 (3d. ed. 2013) (同条約10条1項の義務的性質を肯定した上で、同盟国の立法者は引用が許容される条件を自由に規定することができるであろうと指摘する)。

⁶⁹⁴ Dreyfuss, *supra* note 209, at 26-27.

⁶⁹⁵ WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights, Proposal by Brazil, Chile, Nicaragua and Uruguay for Work Related to Exceptions and Limitations, SCCR/16/1 (March 2008), available at http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_16/sccr_16_2.doc.

条約の成立にまで至った事例として、「視覚障害者等の発行された著作物へのアクセスを促進するためのマラケシュ条約」(以下、マラケシュ条約)がある⁶⁹⁶。

同条約に関しては、視覚障害者等のための情報へのアクセスを確保するために必要なシーリング規定を導入することを目的として交渉が行われてきた⁶⁹⁷。2009年には、視覚障害者等のためのプロジェクトについて一般合意がなされた。これは、著作物の点字出版物を作成するためには、著作権者の許諾を得る必要があるところ、義務的な制限規定を導入することにより、視覚障害者等に対する著作物と情報普及を推進してきた障害者団体の活動を支援するものである。同年7月に開催された視覚障害者プロジェクト(VIP: Visually Impaired Persons Initiatives)特別会合では、SCCRで視覚障害者等を支援するための著作権の例外を国際ルールとする方向で条約案の作成を開始することが合意された。条約案に関しては、5月25日から29日に開催されたSCCRにおいて世界盲人連合(World Blind Union)が提案していた条約案が、ブラジル等の賛意を表明する国々によって正式提案として提出された⁶⁹⁸。最終的に、2013年6月27日にマラケシュで開催さ

⁶⁹⁶ Marrakesh Treaty to Facilitate Access to Published Works for Persons Who Are Blind, Visually Impaired, or Otherwise Print Disabled, signed on 27 June 2013. 同条約は、20カ国の批准書または加入書の寄託後3ヶ月後に発効することとされている(同18条)。

⁶⁹⁷ この点に関する議論を批判的に考察する文献として、Silke von Lewinski(矢野敏樹訳)「WIPOにおける著作権保護の例外と制限に関する議論(1)(2・完)—視覚障害者のための議論を中心に—」知的財産法政策学研究34号219頁・35号195頁(2011年)を参照。See also, Tshimanga Kongolo, *Toward an International Legal Instrument on Exceptions to Copyright for Visually Impaired Persons/Persons with Print Disabilities: Current International Negotiations*, [2012] E.I.P.R. 823 (2012); Aaron Scheinwald, *Who Could Possibly be Against a Treaty for the Blind?*, 22 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 445 (2012); Iheanyi Samuel Nwankwo, *Proposed WIPO Treaty for Improved Access for Blind, Visually Impaired, and Other Reading Disabled Persons*, 2 JIPITEC 203 (2011).

⁶⁹⁸ WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights, *Proposal by Brazil, Ecuador and Paraguay, Relating to Limitations and Exceptions: Treaty Proposed by the World Blind Union (WBU)*, SCCR/18/5 (May 25, 2009), http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_18/sccr_18_5.pdf.

れた WIPO 外交会議において同条約は採択された。

マラケシュ条約は、加盟国に対して著作権に対する制限を導入することを義務付けることにより、著作権に関する保護水準に上限を設定するという点で珍しい国際条約である⁶⁹⁹。同条約の主要な内容は、以下の 3 点である⁷⁰⁰。

第 1 に、加盟国に対して、視覚障害者等が利用しやすい著作物の複製物を非営利で作成および頒布する行為を許容する、著作権法上の制限規定を国内法に導入することを義務付けている（4 条）。第 2 に、加盟国に対して、合法的に作成された複製物を、視覚障害者等を補助する組織が他の加盟国における同様の組織または個人の障害者に対して頒布する行為を許容する制限規定を導入することを義務付けている（輸出に関して 5 条、輸入に関して 6 条）。また、視覚障害者等が利用しやすい複製物の国際的な流通を促進するために、情報の自主的な共有を図るためのアクセス・ポイントを WIPO に設置し、認可された組織を補助することを規定している（9 条）。これらの規定により、各国の機関が独自に視覚障害者にとってアクセス可能な著作物の複製物を作成することを前提とする現行制度の非効率性が改善されることが期待されている。第 3 に、加盟国に対して、技術的保護手段の回避規制が存在するために、受益者が本条約に規定される権利制限を享受することを妨げられている場合には、回避規制に対する例外を導入することを義務付けている（7 条）⁷⁰¹。

⁶⁹⁹ Paul Harpur & Nicolas Suzor, *Copyright Protections and Disability Rights: Turning the Page to a New International Paradigm*, 36 University of New South Wales Law Journal 745 (2013).

⁷⁰⁰ 同条約の解説として、Jonathan Band, *A User Guide to the Marrakesh Treaty*, Oct. 10, 2013, <http://www.librarycopyrightalliance.org/bm~doc/user-guide-marrakesh-treaty-0913-final.pdf>.

⁷⁰¹ 同条約に批判的な論者である Lewinski は、著作権の制限が公平なアクセスをもたらすとは限らず、公平なアクセスを妨げている直接的な要因は、特別なフォーマットの複製物を作成する財源、および、コンピュータ等の設備を調達する財源が不足していること、ならびに、障害者以外の利用のために転用されるおそれがあるため、海外の機関に複製物を提供することについて権利者から信頼が得られないことであると指摘する (Lewinski (2)・前掲注(697)212-219頁)。

同条約11条では、条約により義務付けられた措置を行う際に、加盟国は、既存の国際条約であるベルヌ条約、TRIPs協定、およびWIPO著作権条約上の義務との整合性を確保するために、ベルヌ条約、TRIPs協定、WIPO著作権条約10条1項および2項に規定されている4つのバージョンの3 step testが規定されている⁷⁰²。

現在、著作権等常設委員会においては、図書館およびアーカイブスのための制限および例外⁷⁰³、ならびに、教育研究機関および視覚障害者以外の障害者のための制限および例外⁷⁰⁴について議論が行われている⁷⁰⁵。これらの権利制限および例外に関する提案が、最終的に国際条約として採択されるかは現時点では明らかではないが、今後の動向が注目される。

これまでに紹介したWIPOにおける議論は特定の分野に特化したものであるが、より包括的な条約案が研究者グループおよび国際NGOによって提案されている⁷⁰⁶。

欧州の知的財産法研究者グループによる野心的な試みとして、条約に保

⁷⁰² Christophe Geiger et al., *The Three-Step-Test Revisited: How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law*, 29 AM. U. INT'L REV. 581 (2014).

⁷⁰³ WIPO, Standing Committee on Copyright and Related Rights, Twenty-six Session, *Working Document Containing Comments on and Textual Suggestions Towards an Appropriate International Legal Instrument (in whatever form) on Exceptions and Limitations for Libraries and Archives*, Adopted by the Committee, Apr. 11, 2014, SCCR/27/REF/SCCR/26/3.

⁷⁰⁴ WIPO, Standing Committee on Copyright and Related Rights, Twenty-six Session, *Provisional Working Document towards an Appropriate International Legal Instrument (in whatever form) on Limitations and Exceptions for Educational, Teaching and Research Institutions and Persons with Other Disabilities Containing Comments and Textual Suggestions*, May 23, 2014, SCCR/28/REF/SCCR/26/4 PROV.

⁷⁰⁵ 第26回著作権等常設委員会における議論の紹介として、鳥澤孝之「WIPOで、図書館等に関する著作権の権利制限が議論される」カレントアウェアネス-E No. 255 E1542 (2014.3.6), <http://current.ndl.go.jp/e1542>.

⁷⁰⁶ シーリング規定を含むより包括的な条約の提案としては、国際NGOであるKnowledge Ecology Internationalの主導によるグループによって提案されたTreaty on Access to Knowledge草案が存在する (*Proposal for Treaty on Access to Knowledge, Draft*, May 10, 2005, <http://keionline.org/content/view/235/1>).

護水準の限界を画す規定を導入することを目的の1つとした、TRIPs協定の改正案も提案されている。ストックホルム大学の後援を受けて行われた「Intellectual Property Right in Transition」プロジェクトにおいて、欧州の研究者が、TRIPs協定の改正案を公表している⁷⁰⁷。同プロジェクトは、権利者保護の観点を過度に重視し、柔軟性を欠くとして批判されているTRIPs協定を改正することにより、多様な利益のバランスを図ることを目的とするものである。同改正案の特徴の1つは、協定13条に規定される3 step testに代えて、全ての加盟国に共通して必要不可欠であるとされる権利制限の導入を立法者に義務付けるシーリング規定を定めた点にある。もともと、同改正案においては、国内事情に適合した権利制限を導入する加盟国の権限を維持するために、義務的な制限規定の範囲は最小限にとどめられている。具体的には、専ら技術的目的のために行われる複製（一時複製等）および相互運用性の確保を目的としたリバース・エンジニアリング、商品販売のために必要な利用およびパロディ、図書館等による公共施設による資料保存、調査研究等を目的とした複製について義務的な制限規定の導入を義務付けている。また、私的複製を行う自由をユーザーの権利として積極的に評価し、私的複製の権利制限の導入を義務付けている⁷⁰⁸。さらに、加盟国の立法裁量を確保するために、改正案に列挙されていない制限事由についても、制限規定を導入する裁量が加盟国に認められている⁷⁰⁹。

その他、Hugenholtz & Okedijiは、個人的な学習、教育、研究、リバース・エンジニアリング、タイムスペース、フォーマットシフトに関するユーザーの権利を保障する権利制限に関する法的拘束力のないソフトローの採択を提案している⁷¹⁰。

⁷⁰⁷ *Proposed amendments to TRIPS, in* INTELLECTUAL PROPERTY IN A FAIR WORLD TRADE SYSTEM: PROPOSALS FOR REFORM OF TRIPS 455 (Annette Kur ed., 2011).

⁷⁰⁸ *Id.*

⁷⁰⁹ *Id.*

⁷¹⁰ Hugenholtz & Okediji, *supra* note 21, at 35-50. なお、AIPPI 2013年ヘルシンキ執行委員会報告・議題235において、条約等によって著作権の保護期間に上限を設けるべきとの見解が示された。フランスの動議により採択された議題235レゾリューションによれば、条約等で著作権の保護期間に上限を設けるべきであり、自然人の寿

2. シーリング・アプローチの評価

国際条約にシーリング規定を導入することの意義として、第1に、TRIPs協定の下で加盟国に認められている政策上の柔軟性の範囲を明確にすることがあげられる⁷¹¹。国際条約において各加盟国の権利制限規定の導入に関する政策的余地の外延を画定する3 step testは、その要件が抽象的であるため、様々な解釈が存在している。また、WTO紛争解決手続において3 step testの解釈がなされた事例は少なく、そこで示された厳格な解釈が他の事例に適用された場合にいかなる結論をもたらすのかは必ずしも明らかではない。そのため、新たな権利制限規定を導入する際に条約違反を問われることをおそれるリスク回避的な立法者に対して、萎縮効果を生じさせている。シーリング規定が条約に定められることで、少なくとも当該シーリング規定において導入が義務付けられる権利制限に関しては、3 step testの要件を充足し、条約違反を問われることを懸念する必要がなくなる。

第2に、シーリング規定の導入は、FTA等を通じてTRIPsプラスの保護水準が拡張されることに対する歯止めとして機能しうる⁷¹²。加盟国は、シーリングとして規定された権利制限を国内法に導入しなければ条約違反の責任を追及される可能性があるため、FTA等の交渉を行う際に、当該権利制限事由について著作権者の排他権を及ぼす規定を採用することがで

命に基づいて期間を算定する場合、最後に死亡した著作者の死後70年を超えるべきではないとされている(窪田英一郎「2013年ヘルシンキ執行委員会報告(3) 議題235:著作権の保護期間について」AIPPI 59巻1号59頁(2014年))。国際法学におけるソフトローの概念については、小寺彰=道垣内正人編『国際社会とソフトロー』(有斐閣・2008年)。

⁷¹¹ Kur & Ruse-Khan, *supra* note 689, at 359.

⁷¹² *Id.* これに対して、Lewinskiは、特定の利害関係団体が強い影響力を有することを理由に、ユーザーの利益を促進する国内法の改正が困難である場合には、条約策定を行うという時間および労力を要する手段によるのではなく、当該国の国内問題として解決を図るべきであると指摘する(Lewinski(1)・前掲注(697)230-234頁)。また、仮に国内法による解決が困難であるとしても、ユーザーによるロビー活動の強化、またはWIPO事務局のキャンペーン推進、ソフトローによる解決を図れば十分であると指摘する。

きなくなる。特に、TRIPs プラスの義務を FTA に盛り込むことを望む先進国との関係で交渉力に劣る開発途上国にとって、シーリング規定は、TRIPs プラスの義務の導入を求める先進国からの圧力を緩和する機能を果たすことが期待されている⁷¹³。

第 3 に、シーリング規定を導入することで、従来の国際条約において明示的に保障されていなかった「ユーザーの権利」を創出するという意義が認められる。Dinwoodie & Dreyfuss は、公衆の利益を促進するための権利制限を権利として捉えることは、現時点では生成途上ではあるが、国際条約において明示的に規定されていない公衆の利益に関する権利制限も、国際知的財産制度において本質的な性質を有しており、保障された権利として積極的に認められるべきであると指摘する⁷¹⁴。また、シーリング規定においてユーザーの権利を規定することは、権利者の利益を保障することを主たる目的とする条約として TRIPs 協定を捉える立場に対する反論となり、権利者の利益とユーザーの利益を対等に位置付けることを可能とするためのレトリックを提供する意義が存在するとされている⁷¹⁵。

また、権利制限をユーザーの権利として構成することの具体的な効果として、権利者が DRM または契約により既存の権利制限をオーバーライドすることを禁止することにつながる可能性がある⁷¹⁶。加盟国はシーリング規定に定められる権利制限を国内法において実施することを義務付けられるため、DRM や契約によってユーザーが当該権利制限事由に規定されている著作物の利用が妨げられないように一定の措置を講じなければならない。Ginsburg は、技術的保護手段の迂回規制により、利用者がデジタル形式で提供される著作物の引用（ベルヌ条約 10 条 1 項）を行うことが事

⁷¹³ Kur & Ruse-Khan, *supra* note 689, at 359.

⁷¹⁴ GRAEME B. DINWOODIE & ROCHELLE C. DREYFUSS, A NEOFEDERALIST VISION OF TRIPS: THE RESILIENCE OF THE INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY REGIME 199 (2012). なお、同書の執筆中に著者の 1 人が行った講演録として、Rochelle C. Dreyfuss (田村善之＝劉曉倩訳)「ネオフェデラリストの視点から TRIPs 協定を展望する (1) (2・完): 弾力性を持つ国際知的財産制度の構築に向けて」知的財産法政策学研究 37 号 37 頁・38 号 269 頁 (2012 年)。

⁷¹⁵ *Id.* at 199.

⁷¹⁶ Kur & Ruse-Khan, *supra* note 689, at 359.

実上不可能になっている場合には、加盟国は引用を可能とするように迂回手段規制の例外を規定し技術的保護手段の法的保護を制限する、または、権利制限規定の受益者が当該規定において許容されている行為を行うことを可能とする措置を採るように権利者に対して積極的な義務を課すことが要請されると指摘する⁷¹⁷。また、シュリンクラップ契約やブラウズラップ契約により著作物の引用を行うことが禁止されている場合には、同盟国は、当該契約を無効とすることを義務付けられることになると指摘されている⁷¹⁸。

他方で、シーリング規定の導入を推し進めることについては、以下の問題点または限界が存在することが指摘されている⁷¹⁹。

第1に、シーリング規定のエンフォースに関する問題である。条約に保護の上限を画定する規定を導入したとしても、条約の直接適用が認められない加盟国においては、直ちに法的効果を生じさせるものではなく、加盟国による条約義務の実施を待たなければならない⁷²⁰。権利者団体からのロビイングの影響等により、加盟国がシーリング規定の義務を適切に実施しない場合も想定しうるが、その場合、ユーザーは国内裁判所において当該条約規定を直接の拠り所とすることはできない。

保護の上限を画定する規定の効果が確実に生じるのは、他の加盟国がWTO紛争解決手続に基づいて当該国の義務違反を追及する場合に限られ

⁷¹⁷ Ginsburg, *supra* note 624, at 481-83.

⁷¹⁸ *Id.*

⁷¹⁹ Lewinski は、加盟国に対して特定の権利制限を義務付ける条約を創設することは、加盟国が相互間で行われる特別の取極はベルヌ条約が許与する権利よりも広い権利を著作者に与えるものまたは同条約の規定に抵触する規定を有しないものでなければならない旨を規定するベルヌ条約20条（および同条を準用する TRIPs 協定1条および9条1項、WIPO 著作権条約1条4項）に違反すると指摘する（Lewinski (1)・前掲注(697)244頁）。加えて、Lewinski は、最低限の権利制限の導入を義務付ける規定は、3 step test により権利制限の限界を定め、最低保護水準を規定するという伝統的な国際著作権法の考え方と相反すると指摘している（同上）。

⁷²⁰ この点に関する近時の論考として、尾島明「TRIPs 協定を国内裁判所において適用することの可否」中山信弘ほか編『知財立国の発展へ〔竹田稔先生傘寿記念〕』（発明推進協会・2013年）479頁以下。

るが、保護の限界を設定する条約規定を設けたところで、条約違反を追及するインセンティブを有する国が存在するののかという問題がある⁷²¹。論者の中には、直接的に利益を侵害されているユーザーは、当該他国に存在している可能性が高いため、他国がユーザーの権利を十分に保護していないからといってその責任を追及するインセンティブを有する国は存在しないと指摘する者がある⁷²²。また、特定の産業に対する負の影響が存在するだけでは、シーリングの実効的な行使の引き金となるには不十分で、当該産業が政府に対してWTO紛争解決手続に対して申立てを行うように説得するだけの影響力を有していなければならない。このように、WTOという貿易枠組みにおいて、加盟国が情報へのアクセスおよび伝達を保障するためのシーリング条項をエンフォースする可能性は、必ずしも高いものではない⁷²³。

これに対して、Dinwoodie & Dreyfussは、世界経済の相互依存が強まる中で、著作物を利用する立場にある企業は国境を越えて事業活動を行っているため、海外市場において著作物の利用者の権利を主張するインセンティブを有しているのであるから、上記のエージェンシー問題は誇張されすぎていと反論する⁷²⁴。また、シーリング規定の義務が実施されることについて他国が貿易上の利害関係を有する想定事例として、相互運用性を有し付加価値を付けたソフトウェアを開発しようとするソフトウェア製作者、または、情報の蓄積および提供を行うために新たなビジネスモデルま

⁷²¹ Kur & Ruse-Khan, *supra* note 689; DINWOODIE & DREYFUSS, *supra* note 714, at 199. 他方で、Lewinskiは、自国の著作権者の権利を外国において保護することに関心を持つ国家は、国際的な義務を条約に規定することに関心を有している。これに対し、国内のユーザーを保護する必要性については、国家は国内法によって対処することで十分であり、外国における自国民であるユーザーの保護は外国の国内法に委ねれば足りると指摘する (Lewinski (1)・前掲注(697)228-230頁)。

⁷²² DINWOODIE & DREYFUSS, *supra* note 714, at 199.

⁷²³ Kur & Ruse-Khan, *supra* note 689, at 359.

⁷²⁴ DINWOODIE & DREYFUSS, *supra* note 714, at 199 によれば、例えば、A国においてベルヌ条約上の引用の権利が十分に許容されていない場合、Google社のような大規模企業は、A国に対してWTO紛争解決手続に申立てを行うよう米国政府に働きかける可能性があると言及されている。

たは技術を活用することを希望するインターネットサービスプロバイダー（ISP）は、著作物を活用することに依存しているため、他の加盟国における権利制限規定を活用することに商業上の利害関係を有する場合があると指摘されている⁷²⁵。

第2に、より本質的な問題点として、国際条約に義務的な制限または例外に関する規定を設けることで、加盟国の政策的余地が減少するおそれがある。Lewinskiは、加盟国に対して権利制限を行うことを義務付ける条約は、各国の法伝統、社会のおよび経済的状况に応じた立法を行う柔軟性を加盟国から奪い、結果として、社会技術環境の変化に応じて加盟国が国内法を改正することを妨げてしまうと指摘する⁷²⁶。また、Kur & Ruse-Khanは、仮に「one size does not fit all」という考えを貫徹するのであれば、権利制限の立法に関しても同様に、加盟国の政策的余地は減じられるべきではないという帰結が導かれると指摘している⁷²⁷。さらに、必要不可欠な最低限の権利制限を義務的な制限条項として規定した場合でも、加盟国の中には、自発的にまたは他の貿易相手国からの圧力によって、義務的な制限規定として条約のカatalogに掲げられたもののみを国内法に立法し、それ以上に制限を認める規定を立法する選択肢を放棄してしまうおそれがあると指摘されている⁷²⁸。

これに対して、Dinwoodie & Dreyfussは、上記の問題点を理論的には認めつつも、現実問題としては、加盟国が保護強化の圧力に対抗するための拠り所が必要であり、加盟国の立法者がユーザーの権利を保護するための立法を行う際に国際的な承認を与えることにつながる可能性があると指

⁷²⁵ Kur & Ruse-Khan, *supra* note 689, at 359.

⁷²⁶ Lewinski (1)・前掲注(697)239頁。

⁷²⁷ Kur & Ruse-Khan, *supra* note 689, at 359. また、シーリングが過度に野心的に規定された場合には、各国の経済的、技術的、文化的な多様性を無視した特定の価値観に基づく制度を押し付けることになり、他方で、義務的な制限または例外の導入を謙抑的に行った場合には、各国の国内法において既に認められている権利制限についてシーリングをかけるだけで、現状を殆ど改善しないことになるというパラドックスが存在すると指摘されている (*Id.*)。

⁷²⁸ *Id.*

摘する⁷²⁹。

以上のように、シーリング規定の国際条約への導入を推進する際には、加盟国の政策的余地を十分に残すという要請と、保護水準の上限を限界付けるために意味のある規定を導入するという要請の調和を図る必要がある⁷³⁰。具体的な手法としては、各国による条約義務の実施に関して十分な政策的余地を残しつつ、重要な公共利益の全てをカバーするように、広範かつ柔軟性のある形式でシーリング規定を立法することが提案されている⁷³¹。これにより、加盟国はシーリング規定に反する政策を導入することができなくなる一方で、国内状況に応じてシーリングの範囲を決定する政策的余地が確保されることになる⁷³²。

最後に、シーリング規定の導入をさらに推し進めるためには、著作物の利用者の利益が国際交渉の場において十分に反映されなければならない。これまで、著作物の利用者の利益を代弁する役割を果たしてきたのは主に開発途上国である⁷³³。TRIPs協定の交渉過程においても、開発途上国は、先進国によって保護水準が高められることに一貫して反対してきた。TRIPs協定の交渉の際には、開発途上国の間で互いの利益が必ずしも一致しておらず、また、WTOというフォーラムにおいては知的財産権の分野と他の交渉分野との間でトレードオフが行われたという事情があったため、先進国に対して大きな抵抗勢力とはならなかった⁷³⁴。しかし、他の分野との一括交渉が行われないWIPOを交渉の場として、開発途上国は、国際条約へのシーリング規定の導入に向けた議論において大きな役割を果たしている。

加えて、近時、知的財産関連条約の交渉過程におけるNGOの影響力が拡大している⁷³⁵。これは、インターネットの発達によって国境を越えた議

⁷²⁹ DINWOODIE & DREYFUSS, *supra* note 714, at 199.

⁷³⁰ Kur & Ruse-Khan, *supra* note 689, at 359.

⁷³¹ *Id.*

⁷³² *Id.*

⁷³³ Okediji, *supra* note 32, at 7.

⁷³⁴ *Id.*

⁷³⁵ JYH-AN LEE, NONPROFIT ORGANIZATIONS AND THE INTELLECTUAL COMMONS 53-55

論が活発化したこと、および、知的財産権の保護強化に関する負の側面についての社会における問題意識が高まったことに起因すると指摘されている⁷³⁶。これらのNGOは、条約交渉の場において開発途上国同士を結び付けたり、交渉担当者に専門知識を提供する役割を果たしており、今後の国際的な政策形成過程においても大きな役割を果たすことが期待されている⁷³⁷。WIPOにおける政策形成過程に積極的に関与しているNGOとしては、Public Knowledge (PK)⁷³⁸、Electronic Frontier Foundation⁷³⁹ (EFF)、Knowledge Ecology International⁷⁴⁰ (KEI) 等が存在する。これらのNGOは、国際交渉の場 (WIPO) において、ユーザーの利益 (権利) や情報へのアクセスを促進することを望む開発途上国の利益を反映させる機能を果たしている。本国の交渉担当者が行う発言または活動の内容をチェックし、

(2013). マラケシュ条約の交渉に関して、Lewinskiは、視覚障害者に助言を与えているNGOは、視聴覚障害者の問題に限らず、権利の例外および制限に関して、より広く基本的な課題および先例を作るという課題達成のためにシーリング規定を国際条約に導入する活動を行っているとして、批判的な評価を与えている (Lewinski (2)・前掲注(697)215頁)。これに対して、鈴木将文「国際著作権—動向と展望」日本国際経済法学会編『国際経済法講座Ⅱ—取引・財産・手続』(法律文化社・2012年)464・470-471頁は、単に戦略上の問題にとどまらず、国民の知識水準および教育水準を向上するための情報アクセスの容易化を図る等の、著作権の制限に関する実質的なニーズが存在することを指摘する。

⁷³⁶ GRAEME B. DINWOODIE ET AL., INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY: LAW AND POLICY 52 (2d ed. 2008).

⁷³⁷ Duncan Matthews, *The Role of International NGOs in the Intellectual Property Policy-Making and Norm-Setting Activities of Multilateral Institutions*, 82 CHI.-KENT L. REV. 1369 (2007); Dinwoodie, *supra* note 184, at 92. なお、国際立法においてNGOが果たす役割については、小寺彰「国際法の定立と民主的正統性—条約作成過程におけるNGOの役割—」前掲注(47)69頁、Kal Raustiala, *The Role of NGOs in International Treaty-Making*, in THE OXFORD GUIDE TO TREATIES (Duncan Hollis ed., 2012)を参照。「偽造品の取引の防止に関する協定 (Anti-Counterfeiting Trade Agreement: ACTA)」の交渉過程におけるNGOの関与のあり方については、野口・前掲注(669)107頁。

⁷³⁸ <http://www.publicknowledge.org>.

⁷³⁹ <https://www.eff.org>.

⁷⁴⁰ <http://keionline.org>.

国内の立法者（国会議員）に情報提供を行うことに力点を置く NGO も存在している。

条約交渉の場において NGO による影響力が高まっていることは、シーリング規定を含む国際条約の成立に向けた推進力となっている。もっとも、NGO の果たす役割には一定の限界が存在することも確かである。組織化された著作権産業が、巨大な人的および財政的資源を活用して行うロビイングと比較すると、上記の NGO がロビイングを通じその目的を完全に達成することは困難である⁷⁴¹。また、現時点で交渉が完了した分野および進行中の分野は、視覚障害者等、図書館およびアーカイブスなど特定の分野に特化したものである。私的複製の権利制限に対するオーバーライド問題、企業内複製などユーザーの利益が拡散し、組織化が困難とされる分野について、シーリング規定の導入が可能であるのかは不明確である。

VII. WTO 紛争解決手続における 3 step test の解釈とその問題点

1. TRIPs 協定と WTO 紛争解決手続

(1) WTO 紛争解決手続の概要

これまで、WTO パネルは 3 つの紛争事例において、著作権に関する 3 step test（協定13条）、およびその派生物である商標権の制限に関する協定17条、特許権の制限に関する協定30条の解釈を行っている。これらのパネルの示した TRIPs 協定の解釈は、3 step test の解釈に大きな影響を与えている。

本章では、第 1 に、WTO 紛争解決手続の概要を紹介した上で、同手続の構造的問題が 3 step test の解釈に及ぼす影響を検討する (1.)。第 2 に、

⁷⁴¹ LEE, *supra* note 735, at 55. なお、NGO の活動は、助成財団 (Grant-Making Foundation) からの資金援助に基づいて行われることが多いとされている。例えば、パブリック・ドメインをミッションの 1 つに掲げるマッカーサー財団 (John D. and Catherine T. MacArthur Foundation) は、Creative Commons、EFF、PK 等の NPO に対してグラントの提供を行っている (*Id.* at 58-61)。

3 step test の解釈に関係する WTO パネル報告の内容を検討する (2.)。第 3 に、パネルによって示された 3 step test に関する解釈の問題点を検討する (3.)。

TRIPs 協定成立以前の知的財産関連条約の欠点の 1 つは、実効的な紛争解決制度が備えられていなかったことである。ベルヌ条約およびパリ条約においては、協定に関する紛争を国際司法裁判所 (ICJ) に付託しうることを規定しているが⁷⁴²、実際に事件が付託された例は存在しない。

1947年 GATT 体制下における紛争解決は、政治的および外交的な性格を有しているとされ⁷⁴³、手続の詳細について明文の規定を有しておらず、パネルの活動に関するタイムテーブルおよび期限が定められていなかったため、紛争の解決が遅延する傾向にあったとされている。また、パネル報告書は、全会一致で採択されなければならないとされていたため、当事国が自国の利益に反する報告書の採択を妨害する可能性が存在していた。

ウルグアイ・ラウンド交渉の結果、より司法的な性格の強い WTO 紛争解決制度が導入された⁷⁴⁴。WTO 紛争処理手続の特徴の 1 つは、強制管轄権を実現している点である。すなわち、申立国がパネルの設置を要請すれば、事実上自動的にパネルが設置されることになる。

TRIPs 協定の交渉において議論の対象となった事項の 1 つは、いかにして WTO 紛争解決手続を TRIPs 協定に統合するのかという問題である⁷⁴⁵。WTO 紛争解決手続においては、加盟国はパネルまたは上級委員会の報告をブロックする権限を有していないため、TRIPs 協定の交渉過程において、開発途上国は WTO 紛争解決制度を知的財産分野に導入することに消極的な立場を採っていた⁷⁴⁶。当時の開発途上国は、先進国から、国内法を改正

⁷⁴² ベルヌ条約33条1項、パリ条約28条1項。

⁷⁴³ GATT および WTO 協定における知的財産権に関する規律を論じるものとして、鈴木将文「自由貿易体制における知的財産制度に関する一考察」法政論集205号1頁(2004年)。

⁷⁴⁴ LEWINSKI, *supra* note 19, at 306.

⁷⁴⁵ DANIEL GERVAIS, THE TRIPS AGREEMENT: DRAFTING HISTORY AND ANALYSIS 669 (4th ed. 2012).

⁷⁴⁶ UNCTAD/ICTSD, *supra* note 59, at 659.

することにより知的財産権の保護を強化するように大きな圧力をかけられていたため、パネルおよび上級委員会による判断が国家の主権を損なうことにつながることを懸念していた⁷⁴⁷。

交渉の結果、TRIPs 協定に対する WTO 紛争解決手続の完全な適用が図られることになった。TRIPs 協定に関する紛争は、協定に別段の定めがある場合（消尽に関する 6 条）を除き、「紛争解決に係る規則及び手続に関する了解⁷⁴⁸」（以下、紛争解決了解または DSU）に基づいて解決される（協定 64 条、DSU 1 条 1 項、同附属書 1）⁷⁴⁹。

以下では、WTO 紛争解決手続の内容を紹介する。WTO 紛争解決手続に関しては国際経済法の分野において多くの先行研究が存在しているため⁷⁵⁰、本稿の叙述に必要な限りで制度の概要を紹介する。

WTO 紛争解決手続における申立ての種類は複数存在するが、主なものとして以下の 3 つが存在する⁷⁵¹（GATT⁷⁵²23 条 1 項）。他の加盟国が協定に違反した結果、自国の利益の無効化または侵害が生じたと主張する申立て（違反申立て）、協定違反が存在しないにもかかわらず、他の加盟国の措置

⁷⁴⁷ *Id.*

⁷⁴⁸ DSU, *supra* note 429.

⁷⁴⁹ なお、TRIPs 協定の実施および義務の遵守を監視するために、「知的所有権の貿易関連の側面に関する理事会」（TRIPs 理事会）が設置された（協定 68 条）。

⁷⁵⁰ WTO の紛争処理制度と TRIPs 協定の関係については、Dreyfuss & Lowenfeld, *supra* note 201, at 277; Lee & Lewinski, *supra* note 183, at 285. *See generally*, PETER VAN DEN BOSSCHE & WERNER ZDOUC, THE LAW AND POLICY OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION 156-304 (2013); DAVID PALMETER & PETROS C. MARVOIDIS, DISPUTE SETTLEMENT IN THE WORLD TRADE ORGANIZATION – PRACTICE AND PROCEDURE (2d ed. 2004). 邦語文献では、岩沢雄司『WTO の紛争処理』（三省堂・1995年）、同・前掲注(201)215頁、小寺彰「WTO 紛争解決手続—法的性格の検討—」前掲注(47)206頁、同「WTO 体制における『非貿易的関心事項』の位置—その鳥瞰図」同編『転換期の WTO』（東洋経済新報社・2003年）1・14頁、小室程夫『国際経済法』（信山社・2011年）433頁以下、中川淳司ほか『国際経済法〔第 2 版〕』（有斐閣・2012年）67頁以下、経済産業省通商政策局『不公正貿易報告書〔2014年度版〕』（2014年）487頁以下。

⁷⁵¹ 小室・前掲注(750)443頁、小寺・前掲注(47)208頁。

⁷⁵² General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, 33 I.L.M. 1153 (1994).

により自国の利益の無効化または侵害が生じていると主張する申立て（非違反申立て）、何らかの措置が存在する結果、自国の利益の無効化もしくは侵害または協定の目的の達成が妨げられていると主張する申立て（状態申立て）である⁷⁵³。もっとも、TRIPs協定に関する紛争においては、非違反申立ておよび状態申立てはモラトリアムの対象となっており、現時点で申立てを行うことは認められていない⁷⁵⁴（協定64条2項）。

DSUが対象とする協定に関して生じた紛争について申立てを行おうとする加盟国は、被申立国に対して協議を要請することができる。被申立国は、別段の合意がない限り、協議要請を受けてから10日以内に回答し、30日以内に協議を開始しなければならない（DSU 3条）。協議要請に対する回答が10日以内になされない場合、30日以内（または当事国が相互に合意した期間内）に協議が開始されない場合、または協議要請後60日以内に紛争が解決しない場合、申立国は紛争解決機関（Dispute Settlement Body: DSB）に対して小委員会⁷⁵⁵（パネル）の設置を要請することができる（DSU

⁷⁵³ 岩沢（WTOの紛争処理）・前掲注(750)75頁。

⁷⁵⁴ 協定64条2項において、非違反申立ておよび状態申立ては、WTO協定の発効から5年間（1999年12月末まで）はモラトリアムの対象となる旨が規定されていた。その後、2001年のドーハ閣僚会議（Implementation-Related Issues and Concerns, Decision of 14 November 2001 (WT/MIN(01)/17), ¶11.1）、2005年の香港閣僚会議、2009年および2011年のジュネーブ閣僚会議においてモラトリアム期間を延長することが合意され、現在に至るまで結論が得られていない。なお、学説においては一般的に、TRIPs協定に関して非違反申立てを認める意義は必ずしも大きくないと指摘されている（See, ERNST-ULRICH PETERSMANN, THE GATT/WTO DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM: INTERNATIONAL LAW, INTERNATIONAL ORGANIZATIONS AND DISPUTE SETTLEMENT 173 (1997)）。例えば、小寺（非貿易的関心事項）・前掲注(750)18頁は、非違反申立ては、GATTにおいても実際には殆ど利用されておらず、仮にTRIPs協定に関する紛争に非違反申立てが採用されたとしても、「市場アクセス」を前提とする非違反申立てが使われる余地はないと指摘する。また、鈴木将文「TRIPs協定に係る非違反申立制度の意義」名古屋大学法政論集245号37頁以下（2012年）は、TRIPs協定に基づき加盟国が与えられた利益とは、他の加盟国が協定上の義務を履行することから得られる利益であり、当該利益を保護するためには違反申立てで足りるため、非違反申立てを認める意義は殆ど存在しないと指摘する。

⁷⁵⁵ パネルの委員は、事件ごとに選出され、各事件は3名の委員により検討される。

4条3項、7項)。パネルの設置は、DSB会合においてネガティブ・コンセンサス方式により決定される (DSU 6条)⁷⁵⁶。

パネルは、事実認定および法的問題について審理を行い、報告書を作成する。パネルは、違反を認定した被申立国に対し、違反措置を是正しWTO協定に適用させることを勧告する (19条1項)⁷⁵⁷。

当事国は、パネル報告において対象とされた法的問題および法的解釈に限り、上級委員会⁷⁵⁸へ上訴を行うことができる (DSU 17条4項、6項)。もともと、後述するように、TRIPs関連紛争において、上級委員会への上訴が行われることは必ずしも多くない。上訴がない場合のパネルの報告、および、上訴があった場合の上級委員会の報告および修正されたパネル報告は、加盟国に送付され、ネガティブ・コンセンサス方式により採択される。

パネルおよび上級委員会は、被申立国の措置がWTO協定に違反していると判断した場合、被申立国に対して当該措置を協定に適合させるよう勧告を行う (DSU 19条1項)。当該勧告を受けた被申立国は、勧告を速やかに実施することが義務付けられる (21条1項)。速やかな実施を行うことができない場合、被申立国には、実施のための「妥当な期間」が認められる。期間の長さについて紛争当事国の合意が得られない場合には、仲裁により「妥当な期間」の長さを決定することができる (DSU 21条3項(C))。被申立国が勧告を実施するために採った措置により協定との整合性が確保されているかという点について、当事者間に意見の相違がある場合には、再度、パネルおよび上級委員会の設置を要請することができる (DSU 21条5項)。

勧告が妥当な期間内に実施されない場合、被申立国は、申立国との合意に基づき、代償を提供することで、勧告の実施を先延ばしにすることが認められる (DSU 22条2項)。代償について合意が得られなかった場合、申

パネリストの適格要件については、DSU 8条1項。

⁷⁵⁶ 参照、中川ほか・前掲注(750)71頁。

⁷⁵⁷ 同上。

⁷⁵⁸ 常設機関である上級委員会は、7名の委員により構成され、各事件は3名の委員により検討される (同1項)。

立国は、DSBの承認を得た上で、譲許その他の停止という対抗措置を採ることができる⁷⁵⁹。

我が国において3 step testの解釈が論じられる際には、後述するWTOパネルが示した解釈が大きな影響力を有してきた。確かに、WTOパネル以外には3 step testの解釈を示す機関が事実上存在しない現状において、パネルの示した解釈は重要な手がかりを与えるものであるが、「判例法」という観点からTRIPs協定を分析することには、慎重であるべきであると指摘されている⁷⁶⁰。

近時の実証研究によれば、WTOの発足から2010年1月までの期間に、WTO紛争解決手続に申立てが行われた事件は402件存在するところ、TRIPs協定に関する事件は全体の6.7%の27件にとどまっている⁷⁶¹。その背景として、他の対象協定に関する紛争と比較して、当事国間の協議（コンサルテーション）より先の段階に進まず、両当事者の合意に基づき和解される割合が高いというTRIPs関連紛争の特徴をあげることができる⁷⁶²。また、パネル報告が出された後に、上級委員会に上訴される割合も他のWTO紛争に比べ低いとされている⁷⁶³。

Pauwelynによれば、当初の予測に反して、知的財産紛争の「洪水」現象は生じず、また、先進国から開発途上国に対する申立てが頻発するという状況は生じていない⁷⁶⁴。TRIPs協定に関しては経過措置があったこともあ

⁷⁵⁹ TRIPs協定とクロス・リタリエーション制度の関係については、張博一「WTO紛争処理制度におけるクロス・リタリエーション制度—義務違反国への履行促進の視点から見たその機能と限界—」日本国際経済法学会年報20号189頁（2011年）。

⁷⁶⁰ DINWOODIE & DREYFUSS, *supra* note 714, at 50-51.

⁷⁶¹ Joost Pauwelyn, *The Dog That Barked but Didn't Bite: 15 Years of Intellectual Property Disputes at the WTO*, 1 J INT. DISP. SETTLEMENT 389 (2010).

⁷⁶² *Id.* (TRIPs協定が関係する27事件のうち、パネルによる審理が行われたのは9件(33%)にとどまっている)。

⁷⁶³ *Id.* (これまでにパネル報告が公表された事件全体では70%が上訴されているのに対して、TRIPs協定に関するパネル報告について上訴の対象となった件数は全体の33%である3件にとどまっている)。

⁷⁶⁴ *Id.* (TRIPs関連紛争における被申立国となった回数が最も多いのは、ECであり、27件のTRIPs紛争のうち、南北間紛争は9件にとどまっている)。

り、知的財産紛争の件数は年々増加すると予想されていたが、実際には減少傾向にある。TRIPs協定が発効した後最初の数年は年間4～5件あったが、2000年以降は1年に1件程度で推移している⁷⁶⁵。

国内裁判所における民事訴訟と異なり、WTO紛争解決手続においては、申立てを行う権限は私人(権利者)には認められておらず、国家のみが申立てを行うことができる。加盟国は、勝訴の見込み、自国の知的財産戦略との関係性、当該紛争に利害関係を有する産業の政治的影響力等の様々な要素を考慮して、申立てを行う事件を慎重に選別している⁷⁶⁶。また、パネルにまで到達した申立ての大部分は、先進国が他の先進国の協定違反を追及した事案である。これらの事件では、両当事者ともTRIPs協定の交渉時には基本的に知的財産権の強力な保護を主張した当事国であるため、開発途上国と比較して、公衆の利益に関係する規定の拡張解釈を主張したり、国家の自律性を尊重するインセンティブを有していないと指摘されている⁷⁶⁷。

さらに、パネルおよび上級委員会は、予測可能性を確保すべく先行する事件の報告書を参照することが多いが、DSUの決定には形式的な先例的価値は認められていない(DSU3条2項)。したがって、パネルおよび上級委員会は、状況に応じて、TRIPs協定を再評価する権限を有していることになる⁷⁶⁸。

(2) WTO紛争解決手続の構造的問題と3 step testの解釈への影響

第1に、WTO紛争解決手続には、手続的正統性および代表的正統性の問題が存在するとされている⁷⁶⁹。まず、パネルに申立てを行う際には、国家間の協議が必要とされており、書面および口頭の審理は公に公開されることが制度化されていないため、透明性が十分に確保されていないと指摘

⁷⁶⁵ *Id.*

⁷⁶⁶ DINWOODIE & DREYFUSS, *supra* note 714, at 51.

⁷⁶⁷ *Id.*

⁷⁶⁸ *Id.*

⁷⁶⁹ Dinwoodie, *supra* note 181, at 505.

されている⁷⁷⁰。したがって、WTOパネルに法創造機能を認めることには注意深くあらねばならないと指摘されている⁷⁷¹。

また、WTOパネルの代表的正統性にも留意する必要がある⁷⁷²。法形成を行う権限を有する司法機関が、選挙等により選出されていないという点で、多数派の影響を直接受けにくいという利点が存在するとされる⁷⁷³。他方で、パネルの構成員（パネリスト）は選挙によって選任されないため、民主的説明責任が十分に果たされていないとの指摘がなされている⁷⁷⁴。加えて、パネリストは、WTO事務局が提案し、紛争当事国が了承するという方法で選出されるが、当事国の合意が得られない場合には、事務局長が任命することになっている（DSU 8条7項）。パネリストの選定の手続においては、当事国の国民は除外されること（同3項）や、先進国と開発途上国との間の紛争に関しては、途上国の要請に応じて、3人のパネリストのうち1人は途上国から任命される（同10項）など、中立性を確保するための措置が採られているが、任命のプロセスが不明確であるなど、民主的な正統性が十分に担保されていないという問題点が指摘されている⁷⁷⁵。

さらに、パネリストの専門性が十分に保証されていないという問題点も指摘されている⁷⁷⁶。パネリストには、WTO法を専門とする研究者が選任されることがあるが、外交官等の政府職員が選任される場合が多いとされている⁷⁷⁷。外交官等のパネリストは他の業務に関して多忙であるため、複

⁷⁷⁰ Antonina Bakardjieva Engelbrekt (渡部俊英訳)「WTO紛争解決システムと国際知的財産法の展開(2): 制度的観点からの分析」知的財産法政策学研究34号251・263頁(2011年)。

⁷⁷¹ Dinwoodie, *supra* note 181, at 505.

⁷⁷² *Id.* at 506.

⁷⁷³ *Id.*

⁷⁷⁴ *Id.*

⁷⁷⁵ 岩沢・前掲注(201)219-220頁、福永有夏『国際経済協定の遵守確保と紛争処理—WTO紛争処理制度及び投資仲裁制度の意義と限界』(有斐閣・2013年)141頁。

⁷⁷⁶ 松下満雄「WTOにおける貿易紛争解決手続きの問題点—とくに発展途上国の権利向上の視点から」小島武司編『日本法制の改革: 立法と実務の最前線』(中央大学出版社・2007年)735・747-748頁。

⁷⁷⁷ BOSSCHE & ZDOUC, *supra* note 750, at 215. 参照、福永・前掲注(775)140頁。

難な貿易紛争案件に専念することが困難な場合があると指摘されている⁷⁷⁸。また、一度パネリストに任命された者が別の事件で再度選任されることは多くないため、専門知識の蓄積が不十分となることも指摘されている⁷⁷⁹。その結果、専門性に欠けるパネリストは、WTO事務局の法務官に過度に依存する傾向があり、バイアスがかかった判断がなされるおそれがあると指摘されている⁷⁸⁰。

これまでに生じた TRIPs 協定関連紛争において、知的財産法の専門家がパネリストを務めた事例も存在するが、外交官や国際通商法の専門家がパネリストとなることが多いとされる⁷⁸¹。Dreyfuss は、パネルおよび上級委員会のメンバーに知的財産法に関する専門家が含まれることが少ない現状では、TRIPs 協定の下で加盟国が有する政策的余地が十分に確保されていないと指摘する⁷⁸²。

第 2 に、紛争解決手続への参加に関する制度的問題である。TRIPs 協定が成立して間もない頃に、Dreyfuss & Lowenfeld は、WTO 紛争解決手続は、知的財産産業に大きな利害関係を有している先進国にとって魅力的な制度であるため、経済規模の小さな加盟国は、被申立国にも申立国にもならないであろうし、第三国として訴訟参加するための「実質的な法的利益」を証明することもできないであろうと推測していた⁷⁸³。実際に、これまで

⁷⁷⁸ 松下・前掲注(776)748頁。

⁷⁷⁹ 福永・前掲注(775)141頁。

⁷⁸⁰ 松下・前掲注(776)748頁、福永・前掲注(775)142頁。

⁷⁸¹ Engelbrekt・前掲注(770)254頁。例えば、後述するカナダ特許法医薬品事件においては、WIPO 事務局次長を経験し、国際著作権法を専門とする Mihály Ficsor がメンバーになっている。また、米国著作権法パネルには、インドの代表として知的財産の国際交渉に長く携わった Arumugamangalam Ganesan がメンバーになっている。

⁷⁸² Dreyfuss, *supra* note 686, at 259-60. Dreyfuss & Lowenfeld, *supra* note 201, at 275 は、知的財産権には、人の行動を直接的に制約するという性質があり、特に著作権に関しては、公衆の行動との関係が深いため、人の行動に対する制約の度合いが強くなる傾向にあると指摘する。ところが、WTO 紛争解決手続においては、無体物である知的財産と有体物としての財産権の相違について十分な配慮がなされないおそれがあると指摘する。

⁷⁸³ Dreyfuss & Lowenfeld, *supra* note 201, at 275.

の紛争の経過に鑑みると、TRIPs 協定および関連する WTO 紛争解決手続の最も熱心な利用者は先進国である⁷⁸⁴。

では、開発途上国が、被申立国としてでさえ紛争当事国になることが少ないのは何故であろうか。Engelbrekt は、先進国が、自由貿易協定の締結を通じて、TRIPs プラスの義務を開発途上国に押し付けているため、あえて WTO 紛争解決手続を利用する必要がなくなっているとの指摘を行っている⁷⁸⁵。加えて、仮に先進国が開発途上国に対して WTO 紛争解決手続を積極的に利用した場合には、知的財産権に関する国際ガバナンスにおける力の不均衡についての途上国の反感を促進させてしまうおそれがあるため、先進国は途上国に対する WTO 紛争解決手続の活用に慎重な態度を示していると指摘している⁷⁸⁶。

このように、先進国、とりわけ米国および EU による WTO 紛争解決手続の利用が外交的性格を帯びている問題は、WTO 紛争解決手続に第三国として参加する国家の権利を拡大することによって対処することが可能であると指摘されている⁷⁸⁷。開発途上国、とりわけ新興国による WTO 紛争解決手続への第三国参加は年々増加しており、TRIPs 協定における技術的情報に関する権利者の利益とユーザーの利益のよりよいバランスを求める主張を組織的に行っているとされているが、後発開発途上国の参加は十分になされているとは言い難い。パネルが国際的な著作権の規範を発展させる障害となっている WTO 紛争解決手続の 1 つの側面として、パネルにおいて反映される利益が限定的であることが指摘される⁷⁸⁸、より多くの途上国の参加を促すことが望ましいとされる。

WTO 紛争解決手続では、第三国がパネル手続に参加することが広く認められている⁷⁸⁹。第三国がパネル手続に参加するためには、パネルに付託

⁷⁸⁴ Engelbrekt・前掲注(770)268頁。

⁷⁸⁵ 同上。

⁷⁸⁶ Engelbrekt・前掲注(770)269頁。

⁷⁸⁷ Engelbrekt・前掲注(770)270頁。

⁷⁸⁸ Dinwoodie, *supra* note 139, at 771.

⁷⁸⁹ 岩沢・前掲注(201)232頁、潘曉明「WTO 紛争解決手続における第三国参加制度：多角的な貿易利益を保護する手段として」上智法学論集57巻4号323頁(2014年)。

された問題について「実質的な利害関係」を有することが要件とされており (DSU 10条 2項)、当事国の同意は必要とされない。また、これまで「実質的な利害関係」要件は緩やかに解釈されており、当該事件に関する貿易上の利害関係ではなく、協定解釈に関する一般的な関心や紛争処理手続に関する制度的な関心を有していればよいとされている。WTOが第三国参加について寛容である背景には、WTOが強い多国間性を有していること、および、強制管轄権を実現していることがあるとされている⁷⁹⁰。そのため、WTOにおいては、「実質的な利害関係」は事実上要件として機能しておらず、第三国が希望すればパネル手続への参加が認められているのが実情であるとされている⁷⁹¹。

2001年から継続しているドーハ開発アジェンダ (ドーハ・ラウンド) 交渉において、WTO紛争解決手続のリフォームへ向けた議論が行われている⁷⁹²。2011年4月に公表された紛争解決機関に関する特別委員会の議長報告書によれば、コンサルテーションおよびパネル手続に第三国として参加する加盟国の権限を拡充することについて、加盟国の幅広い支持が得られているとされている⁷⁹³。また、現行制度では認められていない上訴段階からの第三国参加を認めることについても一定の支持を得ているようである⁷⁹⁴。論者の間でも、WTO紛争解決手続における第三国参加の要件を緩和することは、国際的な知的財産のガバナンスへの参加を促すという観点からは、望ましいものであると評価されている⁷⁹⁵。

⁷⁹⁰ 岩沢・前掲注(201)232頁。

⁷⁹¹ 同上。

⁷⁹² BOSSCHE & ZDOUC, *supra* note 750, at 303. ドーハ・ラウンドにおける紛争解決了解の改善と明確化に関する交渉については、不公正貿易報告書・前掲注(750)493-495頁、川瀬剛志「ドーハ・ラウンドにおけるWTO紛争解決了解の『改善と明確化』—より一層の司法化の是非をめぐって—」日本国際経済法学会年報14号118・132頁(2005年)。

⁷⁹³ World Trade Organization, Special Session of the Dispute Settlement Body, *Report by the Chairman, Ambassador Saborio Soto, to the Trade Negotiations Committee*, TN/DS/25 (Apr. 21, 2011).

⁷⁹⁴ *Id.*

⁷⁹⁵ Antonina Bakardjieva Engelbrekt (渡部俊英訳)「WTO紛争解決システムと国際知

次に、知的財産の紛争における私的アクターの参加について検討する⁷⁹⁶。WTO紛争解決手続においては、国家のみが紛争当事者になることを認められているが⁷⁹⁷、国家による申立ての背後には、組織化された産業または大企業等の大きな利益が存在している⁷⁹⁸。Susan Sellによれば、米国がWTO紛争解決手続に提起した知的財産関連紛争において、USTRをして協議およびパネルの設置を要求させる、組織化された産業団体の利益が存在しているとされている⁷⁹⁹。例えば、後述する米国著作権法110条5項事件では、申立国（EC）および被申立国（米国）の双方に、利益団体の関与が認められる。また、音楽分野の集中管理団体である *Irish Music Rights Organization*（IMRO）はECに対して、WTOへの申立てを行うように働きかけを行ったとされている。他方で、被申立国である米国の背後には、米国著作権法110条5項の例外に基づいてテレビ番組やラジオを通じて音楽を利用しているレストランやバーの業界団体が存在している。このような状況が生じるのは、特に先進国において、利益団体の利益が政府へとスムーズに伝わる組織化されたチャネルが存在しているからであるとされている⁸⁰⁰。

的財産法の展開（3・完）：制度的観点からの分析」知的財産法政策学研究35号217・224頁（2011年）。

⁷⁹⁶ WTO紛争解決手続への私人および私企業の関与のあり方を論じるものとして、中川淳司「国際経済法の実現における私人・私企業の『関与』」中川淳二＝寺谷広司編『国際法学の地平：歴史、理論、実証』（東信堂・2008年）481頁、福永・前掲注(775)153頁。

⁷⁹⁷ See, Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, ¶101, WT/DS58/AB/R (Oct. 12, 1998) [hereinafter US – Shrimp].

⁷⁹⁸ BOSSCHE & ZDOUC, *supra* note 750, at 177-78.

⁷⁹⁹ SELL, *supra* note 211, at 122-39.

⁸⁰⁰ 企業や業界団体が政府に対して他の加盟国に対する紛争解決手続の開始を促す制度として、米国における1974年通商法301条（§ 301-310 of the Trade Act of 1974, as amended. 19 U.S.C. § 2411）、および、EUにおけるTrade Barriers Regulation (Council Regulation (EC) No. 3286/94 of 22 December 1994 laying down Community procedures in the field of the common commercial policy in order to ensure the exercise of the Community's rights under international trade rules, in particular those established under the auspices of the World Trade Organization, O.J. 1994, as amended by Council Regulation (EC) No. 356/95, O.J. 1995 L 41/3 of 23 February 1995)がある。See, GREGORY C. SHAFFER,

これに対して、ロビイングや参加型民主主義を形成する長年の慣行を通じて発展した制度的枠組みが存在しない開発途上国は、不利な立場に置かれることになる⁸⁰¹。

このように、利益団体および企業の利益が WTO 紛争解決手続に反映されやすいのに対して、ユーザーの広範な利益は紛争解決手続に反映されにくいと考えられている⁸⁰²。権利者の利益と公衆の利益が反映される程度にこのような差異が生ずる理由の 1 つには、TRIPs 協定には知的財産権に対する例外および制限が規定されているものの、全体的な構造が最低保護水準を規定しているにすぎないため、WTO パネルにおいて権利の制限に関する条約規定がユーザーの利益のために取り上げられる可能性が低いことがあげられる⁸⁰³。

最後に、NGO 等によるアミカス・ブリーフの取扱いに関する問題がある⁸⁰⁴。米国エビおよびエビ製品輸入禁止事件における上級委員会報告では、パネルが NGO 等から提出されたアミカス・ブリーフを受理し、考慮するか否かを決定する裁量を有していることが明らかにされた⁸⁰⁵。その後の米国の英国製鉄鋼製品輸入禁止事件において上級委員会は、アミカス・ブリー

DEFENDING INTERESTS: PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS IN WTO LITIGATION (2003). 同書のダイジェスト版の翻訳として、グレゴリー・シェイファー(田村暁彦解説・訳)「WTO 紛争解決システムを巡る『官民パートナーシップ』の形成～米欧の潮流～〔上〕〔中〕〔下〕」国際商事法務33巻8号1041頁・9号1211頁・10号1367頁(2005年)。

⁸⁰¹ SHAFFER, *supra* note 800, at 148.

⁸⁰² Engelbrekt・前掲注(770)274頁。

⁸⁰³ 同上。

⁸⁰⁴ BOSSCHE & ZDOUC, *supra* note 750, at 265. 邦語文献では、福永・前掲注(775)163-168頁。佐藤弥恵「WTO 紛争解決手続における私人と *amicus curiae*」一橋法学12巻1号333頁(2012年)は、WTO 法が市場における私人の利益に影響を及ぼす場面が多く存在している状況において、WTO の政府間組織としての性格を維持しつつ、私人の利益を WTO の意思決定に反映させるための最も妥当な方法がアミカス・ブリーフの提出であると指摘する。

⁸⁰⁵ AB Report, *US-Shrimp*, ¶89. 同事件について詳しくは、川島富士雄「米国のエビ及びエビ製品の輸入禁止パネル報告・上級委員会報告」『ガット・WTO の紛争処理に関する調査 調査報告書IX』(公正貿易センター・1999年)79頁。

ーフを受理し、審査する権限を有していることを明らかにしている⁸⁰⁶。TRIPs協定に関する紛争においても、後述する米国著作権法110条5項事件のパネルは、米国エビおよびエビ製品輸入禁止事件における上級委員会報告の説示に従い、NGOからの第三国の文書提出を認めるなど、柔軟な立場を示している。具体的には、同パネルは、米国の作曲家および作家等々の権利者団体であるASCAP (American Society of Composers, Authors and Publishers) の代理人を務める法律事務所から提出された文書を考慮する用意がある旨を明らかにしている⁸⁰⁷。もともと、同パネルは、議論に新たな視点をもたらすものではないとして当該文書に依拠しておらず、パネルの結論に影響を与えていない⁸⁰⁸。

しかし、加盟国の第三国参加の問題と異なり、NGO等によるアミカス・ブリーフの提出を認めることの是非については、必ずしも見解の一致が得られていない⁸⁰⁹。紛争解決手続への参加という観点から見た場合、一見すると、アミカス・ブリーフの提出を認めることは望ましいように思われる。知的財産の文脈においても、アミカス・ブリーフの提出を通じたNGO等による関与を広く認めることで、WTO紛争解決手続に多様な利益が反映されることになると指摘する者がある⁸¹⁰。

他方で、準司法手続にあまりに多くの当事者を参加させることには慎重であるべきであるとの見解も存在している⁸¹¹。Engelbrektは、アミカス・

⁸⁰⁶ Appellate Body Report, *United States – Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead & Bismuth Carbon Steel Products Originating from the United Kingdom*, WT/DS138/AB/R (May 10, 2000).

⁸⁰⁷ *Id.* ¶6.8.

⁸⁰⁸ *Id.*

⁸⁰⁹ 小林献一「WTO紛争解決手続の正統性と透明性—私的利益／公的利益モデルによるDSU交渉の現状分析—」RIETI Discussion Paper Series 08-J-002, <http://www.rieti.go.jp/jp/publications/dp/08j002.pdf> (2008年)。

⁸¹⁰ Dinwoodie, *supra* note 139, at 771.

⁸¹¹ 米谷三以「WTOへの私人参加—問題は正統性か専門性か—」日本国際経済法学会編『国際経済法講座 I—通商・投資・競争』(法律文化社・2012年)196頁は、NGOが国民を適切に代表していないこと、および、アミカス・ブリーフの提出を認めた場合、パネルの積極的認定を促し、加盟国に留保されている政策判断権限をWTOが

ブリーフの提出は、紛争解決手続に対する参加の不均衡に対する解決策として適切ではないと主張する。その理由として、第1に、NGO等によるパネル手続へのアミカス・ブリーフの提出を無制限に認めた場合、本来は政治的な圧力から独立しているはずの司法手続のメリットが失われてしまうおそれがあることを指摘する⁸¹²。第2に、産業団体の利益と、ユーザーまたは消費者等の広範囲に分散した利益との間には、組織力について不均衡が存在しているため、NGO等によるパネル手続へのアミカス・ブリーフの提出を無制限に認めた場合、組織力に勝る権利者団体から多数の意見書が提出され、現行制度に既に存在する不均衡をさらに拡大してしまう結果を招くおそれがあると指摘する⁸¹³。第3に、公の利益を主張するNGOの活動が、代表される集団の本来の利益と必ずしも一致しないロジックやインセンティブに基づいてなされる可能性が高いことに加えて、NGOは単純かつ隠喩的で、社会的な注目を集めやすい問題を取り上げる傾向が高いため、技術的に複雑であるが広範な公衆の利益に大きな影響を有する問題が見落とされるおそれがあると指摘する⁸¹⁴。

しかしながら、少なくとも上記理由付けの第2点目に関しては、アミカス・ブリーフの提出を広く認めることで、権利者団体の影響を強めてしまうおそれがあることを認めつつも、これらの団体は国内的にも国際的にも政治的な影響力を既に有しているのであるから、現時点で、自らの利益を政策形成過程に反映させるためのチャンネルを有していないユーザー等の得るものの方が大きいと考えることも可能であろう⁸¹⁵。

代行することになってしまうことを理由に、NGOによるアミカス・ブリーフの提出を認めることには慎重であるべきであると主張する。福永・前掲注(775)163-168頁も、市民によるアミカス・ブリーフを受理および考慮することは、紛争処理制度の正統性および妥当性に関して問題があるため、市民の参加は加盟国政府を通じた間接的な参加にとどめるべきであると指摘する。

⁸¹² *Id.*

⁸¹³ Engelbrekt・前掲注(795)224-227頁。

⁸¹⁴ *Id.*

⁸¹⁵ Robert Howse, *Membership and Its Privileges: The WTO, Civil Society, and the Amicus Brief Controversy*, 9 *European Law Journal* 496, 509 (2003). *See also*, Burrell & Weatherall, *supra* note 345, at 217-18.

以上のように、TRIPs 協定に関する WTO 紛争解決制度には様々な構造的問題が存在するが、DSU の下で他の WTO 紛争と同一の制度に基づいて行われるため、知的財産に特化した制度改革が行われる可能性に期待することはできない。もっとも、従来のパネルによって示された TRIPs 協定の解釈を分析する際に、紛争解決手続の構造上、TRIPs 協定の解釈に関するバイアスがさらに拡大する可能性があるという点を認識することは重要である。その上で、3 step test の解釈を検討する際には、紛争解決手続の構造的バイアスを取り除くという視点を反映させることが望ましい。

2. 3 step test に関する WTO パネル報告

TRIPs 協定における権利制限条項の解釈が問題となった事件は、これまでに 3 件存在する。米国著作権法110条 5 項事件のパネル報告書は、国際裁判所によって、著作権に関する 3 step test の解釈を示した最初で唯一の事例である。同事件で示された 3 step test (協定13条) の解釈は、同事件で協定違反が問われた米国著作権法に対して影響を与えただけではなく、各国の立法者および研究者が権利制限規定の協定整合性を論じる際に、頻繁に参照されてきた。

その他、特許権に関する 3 step test (協定30条) および商標権の制限に関する規定 (協定17条) の解釈を示した WTO パネル報告が各 1 件存在する。協定13条の 3 step test と協定30条および17条は対象とする法分野が異なるだけでなく、条文の文言にも相違点が存在するが⁸¹⁶、著作権に関する 3 step test と類似する要件が定められている条約規定の解釈を示したという点で、著作権に関する 3 step test の解釈を検討するために多くの手がかりを提供するものである。そこで、以下では、TRIPs 協定における権利制限に関する条約規定の解釈を示した 3 つのパネル報告の内容を比較検討することにより、米国著作権法110条 5 項事件においてパネルが示した 3

⁸¹⁶ TRIPs 協定に存在する権利制限に関する 3 つの規定の文言を比較検討したのもとして、Andrew F. Christie & Robin Wright, *A Comparative Analysis of the Three-Step Tests in International Treaties*, 45 IIC 409 (2014).

step test の解釈の特徴を明らかにする⁸¹⁷。

(1) 米国著作権法110条 5 項に関する WTO パネル報告⁸¹⁸

①事案の概要

これまでに著作権の 3 step test について判断を行った唯一のパネル報告として、米国著作権法110条 5 項について、EC と米国との間で争われた紛争事例に関するものがある。当該報告書は、ベルヌ条約と TRIPs 協定の関係、および、TRIPs 協定の中に導入されたベルヌ条約の規定の意味について WTO 紛争解決パネルが解釈を行った初めての事例である。

この事例では、一定の総床面積数以下の施設または一定程度以下の設備における演劇的著作物を除く著作物の伝達が著作権侵害とならないと規定する110条 5 項(A)「家庭用例外 (home-style exemption)」および同項(B)「業務用例外 (business exemption)」が TRIPs 協定に整合的であるか否かが争われた。ベルヌ条約11条の 2 第 1 項(iii)は、音楽著作物の著作権者は「放送された著作物を拡声器又は記号、音若しくは影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する」

⁸¹⁷ 3 件のパネル報告書の比較を行った先行研究として、Martin Senftleben, *Towards a Horizontal Standard for Limiting Intellectual Property Rights? – WTO Panel Reports Shed Light on the Three-Step Test in Copyright Law and Related Tests in Patent and Trademark Law*, 37 IIC 407 (2006); Mihály Ficsor, *How Much of What? The Three-Step Test and Its Application in Two Recent WTO Dispute Settlement Cases*, 192 RIDA 111 (2002).

⁸¹⁸ Panel Report, *supra* note 26. 同パネル報告を紹介する文献として、Ficsor, *supra* note 817; Brennan, *supra* note 388, at 212; Phillip Johnson, *One Small Step or One Giant Leap?: How has the WTO Panel Decision on Section 110(5) of the United States Copyright Act Changed Our Understanding of the “Three-step Test”?*, [2004] E.I.P.R. 265; Dailindyebo Shabalala, *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act: Summary and Analysis*, in RESEARCH HANDBOOK ON THE INTERPRETATION AND ENFORCEMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY UNDER WTO RULES: INTELLECTUAL PROPERTY IN THE WTO VOLUME II 142 (Carlos M. Correa ed., 2010). また、邦語文献として、小嶋・前掲注(42)75-77・81-84頁、道垣内正人＝内記香子「米国の著作権法に関する WTO パネル報告～TRIPs 協定 3 ステップ・テストの下における各国の制限・例外規定の許容性〔上〕〔下〕」国際商事法務29巻 3 号277頁・同 4 号414頁 (2001年)がある。

と規定している。さらに、11条1項(ii)は、「演劇用又は楽劇用の著作物及び音楽の著作物の著作権者は、」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を享有する」と規定している。ECは、家庭用例外および事業用例外が、TRIPs協定9条1項を通じて導入されるベルヌ条約のこれらの規定に整合的ではないと主張した。これに対して、米国は、3 step testを規定するTRIPs協定13条に基づいて抗弁を行った⁸¹⁹。

そもそも、1976年に制定された旧110条5項は、長い間、諸外国から、潜在的にベルヌ条約違反であると考えられていたが、ベルヌ条約の下では、実効的なエンフォースメント制度が存在しておらず、また、各国の自律性が比較的尊重されていたため、TRIPs協定成立以前に、当該立法の条約義務違反が実際に争われることはなかった。ところが、WTO体制下においては紛争処理手続を通じて協定違反が追及されることが現実的になったために、状況が一変した。

さらに、1998年に、議会は、FIMLA法を立法することにより110条5項

⁸¹⁹ 本パネルには、複数の加盟国が第三国参加していたが、その中には日本も含まれている。日本は、意見書において、米国著作権法110条5項(A)は、3 step testの要件を充足するため、TRIPs協定9条1項に整合的であるとの見解を示している(*Panel Report, supra note 26, Attachment 3, Submissions by the Third Parties, Japan, Written Subsection, at 238*)。日本が第三国として参加した理由については、日本著作権法38条3項と関係があったからであると指摘されている(小室・前掲注(750)393頁)。なお、著作権法38条3項後段においては、営利目的であっても、通常の家乗用受信装置を用いた上演であれば権利制限の対象となる。参照、道垣内=内記・前掲注(818)423-424頁。また、旧附則14条では、適法に録音された音楽の著作物の再生演奏は、音楽喫茶、ダンスホール、ディスコ等営利を目的として音楽の著作物を使用する事業を除き、権利者の許諾なく自由に行うことが認められていた。1996年7月に行われたTRIPs理事会においてECは、旧附則14条がベルヌ条約違反に該当する可能性があると指摘している(*World Trade Organization, Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Review of Legislation on Copyright and Related Rights, Questions Posed by the European Communities and Their Member States, Addendum, IP/C/W/26/Add.1 (Jul. 17, 1996)*; 著作権審議会「第1小委員会審議のまとめ」(1998年12月)<http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/old_bunka/chosakuken_index/toushin/1325712.htm>)。これを受けて、平成11年改正において旧附則14条は廃止された。

の範囲を拡張した。当初の家庭用例外(110条5項(A))を修正したことに加えて、FIMLAは、2つの追加的な例外(後に、WTOパネルはこれら2つをまとめて事業用例外と呼んでいる)を設けた。第1に、(使用される設備の性質にかかわらず)規定の規模(小売施設および飲食施設によって規模は異なる)を下回る施設について絶対的な制限を認めた。第2に、使用される設備がその数、大きさ、設備の設置場所について明示された制限に従ったものである場合には、定められた規模を超えるいずれの施設においても制限が認められた。なお、米国著作権法105条5項の立法趣旨は、通常の受信装置による送信の公の二次使用は、著作権侵害の責任を課すには間接的で些細なものであること、および、商業的バックグラウンド音楽について特別の契約を締結するほどには規模が大きくない弱小な商業事業者を免除することであったとされている⁸²⁰。結論として、パネル報告書は、前者の家庭用例外はTRIPs協定13条に整合的であるが、後者の業務用例外は、第1ステップの「特別な場合」に該当しないため、同条に整合的ではないとの判断を下した。

②米国著作権法における110条5項の変遷⁸²¹

パネル報告書の紹介を行う前に、本件で協定違反が問われた米国著作権法110条5項の成立過程を検討する。この点は、パネル報告書の射程を把握する上で重要であると考えられる。なお、以下の記述には、本パネルが認定した以外の事実も含まれている。

家庭用例外は、1976年法において成立した。それまで、1909年法の下で、著作権者に認められた公の実演に関する権利について、小規模な事業者により利用されるバックグラウンド音楽に関する例外は存在していなかった。もっとも、1909年法は、楽曲の著作権者に対して「公かつ営利」での

⁸²⁰ H.R. Rep. No. 94th Cong., 2d Sess. 86.

⁸²¹ Laurence R. Helfer, *World Music on a U.S. Stage: A Berne/TRIPs and Economic Analysis of the Fairness in Music Licensing Act*, 80 B.U. L. REV. 93 (2000); Mary LaFrance, *Congress TRIPs Over International Law: WTO Finds Unfairness in Music Licensing Act*, 11 DEPAUL-LCA J. ART & ENT. L. 397 (2001); Lydia Pallas Loren, *Paying the Piper*, 3 J. SMALL & EMERGING BUS. L. 231 (1999); LEAFFER, *supra* note 645, at 349-58.

著作物の実演に排他権を認めていたため、公の実演であっても非営利であれば無許諾で行うことが許容されていた。1909年法下における判例法は、放送の再送信の取扱いについて、以下のような形で発展を遂げてきた。

著作物の再送信に関する初期の最高裁判決として *Buck v. Jewell-LaSalle Realty Co.*, 283 U.S. 191 (1931) がある。同事件は、ホテルの経営者である被告が、顧客サービスの一環として、ホテルの個室等にラウドスピーカーおよびヘッドフォンを設置し、同ホテルに備えられたマスターとなるラジオ受信装置と接続することにより、原告が著作権を有する楽曲を流すラジオ放送を同時に聴取できるようにしたという事案である。原告は、原告が著作権を有する楽曲を無許諾で放送する被告の行為が、公の実演権（1909年法1条(e)）を侵害すると主張した⁸²²。最高裁は、被告の行為は、1909年法の「実演」に該当すると判示し、侵害を肯定した。最高裁によれば、ラジオ放送局による最初の送信だけではなく、ラジオ放送を受信しそれを再送信する行為に対しても、実演権が及ぶことになった⁸²³。

Jewell-LaSalle 事件はラジオ放送に関するものであったが、1960年代以降にケーブルテレビ・システムが発展したことにより、著作物の二次的送信の問題が裁判例で争われるようになった⁸²⁴。 *Fortnightly Corp. v. United Artists Television Inc.*, 392 U.S. 390 (1968) において、最高裁は、ケーブルテレビの経営者である被告が、他の放送局が放送した番組を無許諾で有線を通じて視聴者に再伝達する行為は、1909年法1条(c)および(d)の「実演」に該当しないと判示した。最高裁は、ケーブルテレビが果たしている機能に着目し、ケーブルテレビは、アンテナを設置することにより、放送される信号を受信する視聴者の能力を強化しているにすぎないのであるから、放送業者とは異なるものであり、視聴者と同様に扱うことが可能であると

⁸²² なお、本件では当初、ホテルの管理者である被告 (*Jewell-LaSalle Realty Co.*) が受信したラジオ番組を放送していた放送業者 (*Wilson Duncan*) も被告となっていたが、放送業者である被告 *Duncan* については擬制自白 (*decree pro confesso*) が成立したため、以降、ホテル経営者である *Jewell-LaSalle Realty Co.* のみが被告となっている (283 U.S. 196)。

⁸²³ 283 U.S. 198. See, LEAFFER, *supra* note 645, at 352.

⁸²⁴ MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT, § 8.18.

判示した⁸²⁵。また、最高裁によれば、本件は *Jewell-LaSalle* 事件と事案が異なるため、同判決の射程は及ばないと判示された。すなわち、*Jewell-LaSalle* 事件では、被告の経営するホテルが、原告の著作物を無許諾で放送したラジオ放送を受信し、ホテルの客室に流した行為が問題となった事案であり、事案が異なる本件には *Jewell-LaSalle* 判決の射程は及ばないとされた。本件の最高裁によれば、結論として被告の著作権侵害を肯定した *Jewell-LaSalle* 判決においても、仮にオリジナルの放送が著作権者から許諾を得たものであったならば、結論は違っていた可能性があることを認めているのであるから、*Jewell-LaSalle* 判決の射程は当該事案にのみ及ぶと判示された。

Fortnightly 事件と同様にケーブルテレビによる放送の二次的送信が問題となった事件として、*Teleprompter Corp. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 415 U.S. 394 (1974) がある。本件においても、被告が、ケーブルテレビを通じて放送の再送信を行っていた行為が問題となった。本件では、複数のケーブルテレビ・システムが訴訟の対象となっていたが、その中には、本来の送信が行われた地点と最終的な視聴者との間の距離が離れている場合や、地形の屈曲や他の地形学的な要因により、通常アンテナではオリジナルな放送局から送信される信号を受信することが不可能である場合が含まれていた。最高裁は、放送局からの距離の長短にかかわらず、ケーブルテレビ・システムによる放送信号の受信および再送信は、著作権法上の「実演」に該当しないと判示した。

その後、最高裁は、*Teleprompter* 判決の翌年に下された *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151 (1975) において、*Fortnightly* 事件および *Teleprompter* 事件において示された法理を、*Jewell-LaSalle* 事件で問題となった最初の送信が権利者の許諾なく行われた事案にまで及ぼした。同事件では、小規模なファストフード店 (38~40人を収容可能) の経営者である被告が、当該店舗の天井に取り付けられた4機のスピーカーとラジオを接続して、顧客のために音楽のラジオ放送を無許諾で流していた。最高裁は、*Jewell-LaSalle* 事件判決が、最初の送信が無許諾でなされた点に重点を置いていることは明らかであるから、本件とは事実を異にすると判示した。そ

⁸²⁵ 392 U.S. 399-401.

の上で、最高裁は、当初の送信が無許諾でなされた場合の再送信は著作物の実演に該当するが、本件のように、当初の送信が許諾を得てなされた場合の再送信は実演に該当しないとの立場を明らかにした。このように、*Jewell-LaSalle*事件で示された法理は、判例法理として否定されたわけではないが、当初の送信が権利者に無許諾でなされた場合の再送信という限定的な事例に限り適用されることになった。

ところが、*Aiken*判決が出された翌年に、議会は、「家庭用例外 (Homestyle Exemption)」と呼ばれる制限規定を1976年法の110条5項に新設した⁸²⁶。それと同時に、議会は、公の実演に関する排他権(106条4項)が及ぶ範囲を、非営利の公の実演の大部分を対象とするように拡張した⁸²⁷。したがって、議会は、顧客のためにラジオ放送を流す行為は公の実演に該当しないとした*Aiken*判決を立法により覆した一方で⁸²⁸、一定の要件を満たす特定の上演に関する例外規定を創設した。

110条5項は、次のように規定する。

「家庭において一般的に用いられる種類の単一の受信装置において、送信を公に受信することによる著作物の実演を収録した送信の伝達。ただし、以下の場合を除く。

- (A) 送信を視聴するために直接の課金がされる場合、又は、
- (B) 受信された当該送信が受信装置の設置場所を越えてさらに送信される場合。」

この規定の立法趣旨は、通常受信装置を用いた公の場所における送信の二次的な利用は、著作物の利用の程度が僅かなものであるため、著作権侵害の責任を問われるべきでないというものである⁸²⁹。当時の実務では、送信の二次的な利用に関してライセンス料の徴収が行われていなかったため、この点を明文化することを意図していたとされている⁸³⁰。

⁸²⁶ 17 U.S.C. § 110(5) (1976 & Supp. 1994) (prior to 1998 amendments).

⁸²⁷ 1976年改正法における公の実演権については、ゴーマン＝ギンズバーグ編・前掲注(629)590頁。

⁸²⁸ H.R. Rep. No. 94th Cong., 2d Sess. 86.

⁸²⁹ *Id.*

⁸³⁰ *Id.*

ところが、1976年法の110条5項は、抽象的な文言が用いられていたため、同項の権利制限規定の範囲を巡って多くの訴訟が提起された⁸³¹。ある施設が同項の例外の対象に含まれるか否かをいかなる基準に基づいて判断するのかという点について、裁判所の見解は分かれていた⁸³²。具体的には、当該例外の範囲を超える音響設備の種類⁸³³、当該例外の対象となる施設の規模⁸³⁴、さらには、利用の目的やライセンスの利用可能性等様々な要素が問題となった⁸³⁵。

110条5項の解釈に関しては不確実な点が多く存在しており、裁判例も収斂していなかった状況において、バーやレストランを代表する利益団体は、次第に、法改正を求めて議会に対する働きかけを強めていった。これらの事業者団体からのロビイングを受けて、議会は、1994年から1998年にかけて当該例外を改正するための検討を行い、複数の法案が議会に提出されたが、最終的な法改正には至らなかった⁸³⁶。

1998年に音楽ライセンス公正法 (Fairness in Music Licensing Act 1998: FIMLA 法)⁸³⁷が成立し、110条5項の家庭用例外が改正された。同法は、1976年法の家庭用例外 (旧110条5項) を110条5項(A)として、ほぼそのままの形で残した上で、既存の家庭用例外では対象とされていなかった商業施設の大部分を対象に含める例外規定 (同(B)) を新設した。

110条5項(B)では、対象となる施設の規模および設置される受信装置の数に関する要件を満たす商業施設において、非演劇音楽著作物の公の実演を認めるものである。具体的には、まず、2,000平方フィート未満の面積を有する事業者 (飲食店を除く) および3,750平方フィート未満の面積を

⁸³¹ NIMMER, *supra* note 824, § 8.18.

⁸³² LaFrance, *supra* note 821, at 406.

⁸³³ See e.g., *Edison Bros. Stores v. Broadcast Music*, 954 F.2d 1419 (8th Cir. 1992). なお、同事件については、ゴーマン＝ギンズバーグ編・前掲注(629)621-627頁。

⁸³⁴ See e.g., *Sailor Music v. Gap Stores, Inc.*, 668 F.2d 84 (2d Cir. 1998), *cert. denied*, 456 U.S. 945 (1982).

⁸³⁵ NIMMER, *supra* note 824, § 8.18.

⁸³⁶ Helfer, *supra* note 821, at 133-38.

⁸³⁷ Pub. L. No. 105-298, 105th Cong., 2d Sess., 112 Stat. 2830 (1998), *codified at* 17 U.S.C. § 110(B)(5)(2001).

有する飲食店は、ラジオまたはテレビのバックグラウンド音楽を客に提供することが認められる。これに加えて、事業者については、2,000平方フィート以上、飲食店については、3,750平方フィート以上の面積を有する施設であっても、設置されるスピーカーの数およびテレビスクリーンの大きさに関する条件を満たす限り、バックグラウンド音楽の提供が認められる。具体的には、外部スピーカーが6台以下、または、サイズが55インチ以下の4台のテレビに限定されている場合には、店舗面積の広狭にかかわらず、当該例外の対象に含まれることになる。なお、同項に基づいて著作物の利用を行うためには、事業者または飲食店は入場料を請求することができない。また、当該店舗または飲食店を越えて当該放送を再送信することもできない。この点は、従来の家庭用例外と共通している。

新設された110条5項(B)は、対象となる施設の規模やスピーカーの数に関する基準を具体的に規定した点で、旧110条5項の適用に関して問題となっていた不確実性を取り除いたと評価されている⁸³⁸。他方で、同例外は、非演劇音楽著作物の公の実演に対する権利制限の範囲を大幅に拡張するものであり、結果的に、国内の飲食店の大部分が同例外の受益者となった⁸³⁹。

もともと、FIMLA法に対しては、議会において法案が審議されていた当時から、これに反対する意見も数多く表明されている。実際、当時のクリントン政権も、同法がTRIPs協定の規定する義務に反するおそれがあるとして、既存の例外を拡張することに激しく反対していた⁸⁴⁰。学説においても、広範な適用範囲を有する例外規定を導入するための政策的な理由付けが不十分であるとして、FIMLA法に批判的な見解を示す者が少なくない⁸⁴¹。

⁸³⁸ LaFrance, *supra* note 821, at 416.

⁸³⁹ 110条5項(B)の下でも、非演劇音楽著作物の全ての実演が免除されているわけではない。例えば、2,000平方フィート未満の事業者および3,750平方フィート以下の飲食店であっても、ライブ音楽を演奏する場合、または、録音された音楽(CD等)をバックグラウンド音楽として流す場合には、集中管理団体を通じて公の実演に関する利用許諾を得る必要がある。

⁸⁴⁰ 114 Cong. Rec. H 9952-54.

⁸⁴¹ NIMMER, *supra* note 824, § 8.18; LaFrance, *supra* note 821, at 422.

③パネル報告書の概要

本件で、米国は、米国著作権法110条5項(A)および(B)が、ベルヌ条約11条の2(1)(iii)および11条(1)(ii)に関連するものであることを認めている(¶6.27)。そこで、争点となったのは、110条5項(A)および(B)が、TRIPs協定13条の3 step testに整合的であるか否かである。この点について、米国は、同13条はいわゆる小留保(minor exceptions)を明文化したものであると主張したため、パネルはTRIPs協定における小留保の適用の有無を検討した(¶6.42)。パネルは、小留保がベルヌ条約の体系(acquis)を構成し、それがTRIPs協定に組み込まれたと結論付けている(¶6.63)。

次に、パネルは、米国著作権法110条5項が、TRIPs協定上の義務に整合的であるかどうかは、同13条が規定する3要件に照らして判断されるべきであるとして、各要件の分析を行っている(¶6.91)。

まず、3 step testの第1の要件は、いかなる制限も「特別の場合(certain special cases)」に限定されなければならないというものである。パネルは、「certain」という用語の通常の意味によれば例外および制限が明確に定義される必要があるが、他方で、当該例外が適用されるあらゆる場合を特定する必要はないと述べている(¶6.108)。また、「special」という用語は、例外および制限が、質的にも量的にも限定的な範囲にとどまり、明確な趣旨においてかつ狭い範囲でなければならないと述べている(¶6.109)。

ところで、ECは、いかなる制限も「特別の目的」に資するものであるべきであるとして、パネルに対して、当該国内法の基礎をなす目的のメリットを独立して分析することを要請している。パネルは、このECの主張を退け、「特別の場合」という文言は、いかなる制限も何らかの特定された政策目的を有しているということを要求しているにすぎないとする米国の主張を受け入れた。パネルは、同規定における用語の辞書的な意味を検討することにより、「特別の場合」とは、明確に特定され、範囲の狭い制限および例外であることが必要であると述べている(¶6.112)。

以上の第1ステップに関する分析に基づき、パネルは、事業用例外の適用範囲は、「特別の場合」として認められる範囲を超えるものであると判断している。パネルによれば、事業用例外の適用範囲は相当程度に定義されているが、当該例外の適用対象となる可能性がある施設の割合が大きいいため、その範囲は限定的とは言えないとされている。パネルが採用した複

数の調査によれば、事業用例外の対象となる可能性がある施設の割合は、飲食施設の70%、小売施設の45%に上ることが指摘されている。パネルは、事業用例外により、大多数の飲食店、および約半数の小売店が事業用例外の免除を受けることになるため、同例外は「特別の場合」に該当しないと結論した（¶6. 133）。

家庭用例外に関して、パネルは、同例外は適用対象となる施設の数も少なく、演劇音楽著作物（オペラやミュージカル）には適用されないという点を理由に、特別の場合に限定されていると結論付けた。ECは、「個人の家庭において一般的に用いられる単一の受信機器」という要件は、技術が発展する過程で変容する可能性があること、および、米国の国内裁判所が同要件について様々な解釈を示していることを理由に、同例外の文言は十分に定義されていないと主張した（¶6. 137）。パネルは、いかなる例外も「既知で事細かく定められて（known and particularised）」いなければならないが、「明示的に特定」される必要はないとした上で、「家庭用（homestyle）」機器という文言は第1ステップを充足するために十分な程度限定されていると判断した。また、パネルは、家庭用機器の概念が技術発展により将来的に変容する可能性を認めながらも、本件においては、現時点の米国の国内市場を前提に事実認定を行えば足りると判断している（¶6. 145）。

次に、第2ステップは、制限が著作物の通常の利用を妨げないことを要求している。第1ステップの検討により、パネルは、事業用例外が同13条に反することを既に認定しているため、本来、同例外について3 step testの第2ステップおよび第3ステップに関する検討を行う必要がないにもかかわらず、検討を行っている。パネルは、ここでも、辞書による定義を重視して、各文言の解釈を行っている。パネルは、「通常の」という文言には、経験的な側面と規範的な側面の2つの意味があると述べている（¶6. 166）。

まず、「通常の」という文言の経験的な側面について、パネルは、著作権者が、著作物の利用を通常期待する市場が存在しているか否かが重要であり、通例著作権者が対価の支払いを期待しないような利用は、通常の利用に該当しない、という米国の主張を受け入れている（¶6. 177-178）。

「通常」という用語の規範的な意味に関して、パネルは、ベルヌ条約ストックホルム改正会議（1967年）の準備作業を担当したスタディ・グループ

プの提案を参照し、国内法における権利の例外または制限が著作物の通常の利用を妨げられると判断されるのは、例外または制限の下で許容される著作物の利用が、著作権者が当該著作物に関する排他権から経済的価値を引き出す通常の態様と市場において競合し、それにより、権利者が重要で具体的な経済的利益を失っている場合であると指摘している (¶6. 183)。その上で、市場における影響を検討する際には、現実には生じている影響だけではなく、潜在的な影響を考慮することが適切であると指摘している。パネルによれば、本件で問題とされている音楽の著作物に関する通常の利用は、例外または制限に基づいて著作物の利用を実際に行っている者だけではなく、例外または制限によって権利者に無許諾で著作物を利用するよう誘引される可能性がある者によっても影響を受けることになることとされている (¶6. 186)。さらに、パネルは、通常の利用は、技術の発展および消費者の選好の変化に応じて異なる解釈がなされる可能性があることを指摘している。例えば、ある著作物の利用が国内法において排他権の対象に含まれていない場合、その時点で当該利用について権利者が権利行使を行っていないという事実は、通常の利用の判断には影響しないとされる。また、現時点では実効的または利用可能な権利行使の手段が存在しないために、権利者が権利を行使することが実行不可能であるという事情も、通常の利用の判断には影響しないと述べている (¶6. 188)。

「通常の利用」に関する上記基準を事業用例外に適用することについて、米国は、事業者免除が対象とする市場は、これまで集中管理団体によって集中管理がなされてこなかった市場であり、音楽を流すレストランのうち、実際にライセンスを得ていたレストランの割合は低かったと主張している。これに対して、パネルは、集中管理団体が実際にライセンス料の徴収を行っていたかどうかは、当該市場が「通常の利用」に該当するかを判断する際の基準として必ずしも適切ではないと述べている。パネルは、事業者免除について、飲食店の大多数、小売店の約半数が免除の対象に含まれており、ベルヌ条約11条の2第1項(iii)および11条1項(ii)が規定する排他権の権利を行使することに関する権利者の潜在的収益が失われていると判断した (¶6. 206)。結論として、パネルは、事業用免除は、著作物の通常の利用を妨げるものであるとした (¶6. 210-211)。

家庭用例外に関しては、同規定の趣旨が、人がラジオやテレビを視聴す

る場合と、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場合を区別することにあり、そのために、通常の受信装置によるものか否かという基準を用いている（¶6. 213-214）。また、当該例外の利益を享受する者の大部分は、*Aiken* 事件のレストランと同程度か、それより小規模なものであり、当該免除の対象となるのは、飲食店および小売店全体のうちの比較的少ない割合に限定されると述べている（¶6. 215）。結論として、パネルは、家庭用免除に関する例外は、著作物の通常の利用を妨げるものではないとしている（¶6. 219）。

最後に、第3ステップは、例外および制限が権利者の正当な利益を不当に害さないことを要求している。パネルは、ここでも用語の辞書による定義を明らかにすることで、要件の解釈を行っている。例えば、「利益」には、法的な権利に加えて、潜在的な利益が含まれるとしている（¶6. 223）。また、「利害」は、実際上のまたは潜在的な経済的利益・損害に限定されるものではないとも述べている。パネルはそれぞれの文言の意味を定義した上で、「正当な利益」は、権利者が有する排他権の経済的価値（例えば、ライセンス）を基準に判断しうるが、それに限定されるわけではないと判断した（¶6. 227）。そして、パネルによれば、第3ステップにおける重要な問題は、どの程度の「損失」をもって「不当」とみなされるかという点であるとした上で、例外および制限により、権利者の収益に対して現実または潜在的な不当な損失がもたらされる場合に、権利者の正当な利益に対する損失は「不当」なものとなると述べている（¶6. 229）。

ECは、事業者免除は、飲料店の73%、飲食店の70%、小売店の45%が事業者用例外の対象に含まれるため、不当な損失が生じていると主張した（¶6. 237）。これに対して、米国は、ECが指摘した数値は、他の関連する要素を考慮していないため、侵害の程度を判断するための基準として有用ではないと反論している。すなわち、上記の数値には、(i) 音楽を流さない店舗、(ii) ラジオやテレビ以外の媒体（例えば、CD等の録音物や商業用の背景音楽サービス）により音楽を流している店舗、または、(iii) 1998年改正以前にライセンスを受けていない店舗で、いずれにせよ集中管理団体によりライセンスを受けられない店舗、(iv) NLBA協定を利用している店舗、(v) 集中管理団体によりライセンス料の支払いを求められる場合には音楽を流すことを止める店舗が含まれており、これらの店舗を除外すべ

きであると主張した (¶6. 238)。パネルは、以下の理由で米国の主張を受け入れなかった。米国が主張するように、ライセンス料の支払いを求められた場合、事業者は施設内で音楽を流すことを止める可能性はあるが、他方で、当該例外が認められた場合には、現在、録音物等を用いて音楽を流している事業者や、音楽を流していない事業者が、当該例外を活用し、放送または有線放送によって音楽を流すようになり、結果的に、ライセンス料の支払いを免れることになってしまうことを指摘している。また、1つの媒体からの音楽の利用を無償とする例外は、ライセンス料の支払いが必要となる媒体の使用を止め、無償で利用することができる媒体で代替することを選択する事業者の数に影響を与えるだけではなく、音楽のライセンス料にまで影響を与える可能性があると指摘している (¶6. 240)。パネルは、以上の事情を考慮すると、事業用例外は権利者の経済的な損失を増加させる可能性があるため (¶6. 247)、権利者の正当な利益を不当に害していると結論付けた (¶6. 265)。

他方で、家庭用例外に関して、パネルは、権利者の利益を不当に害しないと結論付けている (¶6. 272)。パネルによれば、家庭用例外の対象となる施設の割合が少ないこと、1998年改正以降、家庭用例外の対象となる著作物が非演劇音楽著作物に限定されていること、家庭用受信装置を用いた小規模事業者による音楽の利用が集中管理団体による収益源として大きなものではないことが、第3ステップの充足を肯定する際の根拠とされている (¶6. 270-271)。

なお、2000年7月27日にパネル報告書が採択された後、米国は、上級委員会への上訴を行わなかったため、本件に関する上級委員会の判断は示されていない⁸⁴²。

⁸⁴² その後の経過として、2001年7月23日、米国およびECは、当該協定違反により生じる無効化または侵害の水準を決定するためにDSU 25条に基づく仲裁に付託することに同意した。同年11月9日、仲裁人は、当該協定違反による無効化または侵害の水準は、年間1,218,900ユーロであると判断した (United States – Section 110(5) of the US Copyright Act – Recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU – Award of the Arbitrations, WT/DS160/ARB25/1, 9 Nov. 2001)。25条仲裁の判断を受けて、米国およびECは、「妥当な期間」終了後3年分の金銭代償として、米国が欧州の実演権団

(2) カナダ医薬品特許パネル

TRIPs協定30条に規定された特許権に関する3 step testの解釈を示したものとして、ECとカナダの間で争われた紛争におけるパネル報告書がある⁸⁴³。同報告書は、米国著作権法パネル報告書が採択される3ヶ月前に採

体によって設立される基金に対して3千3百万米ドルを支払うことについて閣僚間の合意がなされた。しかし、2002年1月7日、妥当な期間内に米国が協定違反を是正しなかったため、ECは、DSU 22.2条に基づき譲許停止を申請した(United States – Section 110(5) of the US Copyright Act – Recourse by the European Communities to Article 22.2 of the DSU, WT/DS160/19, 11 Jan. 2002)。これに対して、米国は、ECが申請した譲許停止の水準およびDSU 22.3条に基づく手続の遵守について異議を申し立て、DSU 22.6条に基づく譲許停止仲裁に付託したが(United States – Section 110(5) of the US Copyright Act – Request by the United States to Arbitration under Article 22.6 of the DSU, WT/DS160/20, 18 Jan. 2002)、同年2月26日、双方の合意により仲裁手続は中断された(United States – Section 110(5) of the US Copyright Act – Recourse by the United States to Article 22.6 of the DSU – Communication from the Arbitrator, WT/DS160/22, 1 Mar. 2002)。2003年4月、米国議会はECと合意した金銭代償の支払いを承認し、同年9月に実際に金銭の支払いがなされた。2003年6月23日、米国およびECは、DSBに対して相互に満足のいく解決に達したことを通報した(United States – Section 110(5) of the US Copyright Act – Notification of a Mutually Satisfactory Temporary Arrangement, WT/DS160/23, 26 June 2003)。一時的な合意は2004年12月20日までの期間を対象としている。しかしながら、当該合意が満了した後も、現在に至るまで、米国は、状況報告書(Status Report)の提出は行わないもの、パネル報告書の履行を行うための国内法の改正を行っていない。

本事件は、WTO紛争解決手続において敗訴国が条約義務の不履行について金銭的な支払いを行った稀な事例であるとされている。金銭代償の理論的な問題点について詳しくは、川瀬剛志『「法それ自体」の違反に関するDSB勧告の履行—米国の事案を中心として—』川瀬剛志＝荒木一郎編『WTO紛争解決手続における履行制度』(三省堂・2005年)367頁以下、福永・前掲注(775)384頁以下。

⁸⁴³ Panel Report, *Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products*, WT/DS114/R (Mar. 17, 2000) [hereinafter *Canada – Pharmaceutical Patents*]. 特許パネル報告について検討を行ったものとして、Robert Howse, *The Canadian Generic Medicines Panel: A Dangerous Precedent in Dangerous Times*, J. WORLD INT'L PROP. 493 (2000); Pedro Roffe & Christoph Spennemann, *Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products*, in

択されたものである。

①事案の概要

本件で TRIPs 協定違反が争われたカナダ特許法における 2 つの規定は、医薬品等の販売のために規制当局の認可が必要な製品に関連する特許に関し、特許権の効力の例外を定めたものである。

カナダ特許法55.2条1項は、特許権の存続期間満了後速やかに先発特許製品と競合する販売規制製品（ジェネリック医薬品等）の販売を開始することを可能とするために、当該認可を得る目的で、特許権の存続期間中に特許権者の許諾なく特許製品を実施することを許容する規定である（以下、規制審査に関する例外）。仮にこの規定が存在しなければ、特許権者は、特許権の存続期間中に行われる潜在的な競合者による当該特許発明の実施を禁止することが可能であるため、事実上競業者は存続期間が満了するまで、販売承認を得るための手続を開始することができない。その結果、競業者が規制当局による許可手続を完了するまでの期間分、競業者の市場参入が遅れることになるため、事実上、特許権者は特許権の存続期間を超えて排他権による利益を享受することができる。同例外規定の対象となるためには、精密化学品製造者またはジェネリック医薬品製造者の行為が、専ら法律上必要とされる情報の開発および提出に関連する特許権の実施を目的とするものでなければならぬとされている。

次に、カナダ特許法55.2条2項は、同1項に基づいて特許発明を実施す

RESEARCH HANDBOOK ON THE INTERPRETATION AND ENFORCEMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY UNDER WTO RULES: INTELLECTUAL PROPERTY IN THE WTO VOLUME II 237 (Carlos M. Correa ed., 2010). 邦語文献では、加藤暎子「WTOのTRIPs協定における医薬品関連発明保護制度の漸進的発展—特許権を中心に—」『平成14年度産業財産権研究推進事業報告書』（知的財産研究所・2003年）40-53頁、同「特許権の排他的権利の例外及び制限に関するTRIPs協定の解釈—WTO紛争解決手続におけるカナダの事例」知財研フォーラム53号23頁（2003年）、大町真義「TRIPs協定第30条に基づく特許の排他的権利の例外—カナダの特許権効力例外規定に係るWTO紛争事例をめぐる考察」知財研フォーラム59号40頁（2004年）、中川淳司「カナダの医薬品特許保護パネル報告」『ガット・WTOの紛争処理に関する調査：調査報告書Ⅻ』（公正貿易センター・2002年）がある。

る者（ジェネリック医薬品メーカー等）が、存続期間満了前の一定期間内（実施規則において、医薬品の製造に関しては存続期間満了前の6ヶ月間と規定されている）に特許製品の生産および在庫形成を認める規定である（以下、備蓄用例外）。もっとも、同2項に基づいて特許発明の生産、実施等を行うことが認められる主体は、同1項の規制用例外の対象となる者に限定されており、また、製造された製品は、特許権の存続期間が満了するまでは販売することができない⁸⁴⁴。この規定に基づき、特許権者の潜在的競業者は、存続期間満了後直ちに、競合製品の販売を開始することが可能となる。

本件においてECは、カナダ特許法における規制審査に関する例外規定（55.2条1項）および備蓄に関する例外規定（55.2条2項）が、技術分野による差別的取扱いを禁じる協定27条1項、および、特許権者の排他的権利を規定する協定28条1項に違反しており、また、28条1項違反が肯定される場合には、出願日から20年の保護期間を最低限保障しなければならないと規定する協定33条に違反すると主張した。

これに対し、カナダは、28条1項違反の主張に関して、規制審査に関する例外および備蓄に関する例外は、同項に規定される特許権者の排他的権利に抵触する行為を許容するものであり、28条1項に違反することを認めたと上で、両例外規定は協定30条の各要件を充足するため協定違反とはならないと反論した。次に、27条1項違反の主張に関して、カナダは、協定30条に基づいて許容される権利制限に対しては27条1項の適用がないこと、および、仮に同項の適用があるとしても、両例外規定は27条1項で禁止されている技術分野による差別的取扱いに該当しないと主張した。さらに、カナダは、備蓄に関する例外は協定33条に違反しないと反論も行っている。

②パネル報告書の概要

最初に結論を示すと、パネルは、備蓄に関する例外規定である55.2条2項は、協定30条に規定される3 step testの第1ステップである「限定的な

⁸⁴⁴ パネル手続においてカナダが示した見解によれば、同例外の下では、有効成分の精密化学製造者が、最終製品の製造を行う医薬品業者に対して特許権の対象である医薬品の成分を「販売」する行為も許容されている（¶7.9）。

例外 (Limited Exceptions)」に該当しないため、協定28条1項に整合的ではないと結論付けた。この時点で協定違反が肯定されたため、パネルは、27条1項および33条に関する検討を行っていない。これに対して、規制審査に関する例外規定である55.2条1項は、協定30条に規定される3 step testの3要件を全て充足するため、協定28.1条に整合的であると結論付けられた。また、55.2条1項の対象は医薬品に限定されていないため、技術分野による差別的取扱いを生じさせるものではないとして、27条1項にも整合的であると判示した。

以下では、協定30条との整合性に関するパネルの判断内容のみを紹介する。

協定30条の各要件の検討に先立ち、パネルは、協定30条の解釈と協定7条および8条の関係について検討を行っている。カナダの主張によれば、協定7条は、知的財産権と加盟国の社会経済政策とのバランスを図ることが協定の目的の1つであることを明らかにしている。また、協定8条は、社会経済政策を考慮する際には、公衆衛生に注意が払われるべきことを明らかにしている。カナダは、協定の目的および原則を明示する両規定に基づいて協定30条は柔軟に解釈されるべきであり、加盟国には、特許権と他の重要な政策との調和を図るために、特許権の範囲を調整する際に必要となる柔軟性が認められるべきであると主張した(¶7.24)。この点について、パネルは、協定30条の存在こそが、協定28条に規定される特許権の排他的権利に対して何らかの調整が必要であることを認める加盟国が意思を表すものであると述べている。他方で、パネルは、協定30条に規定される3要件から明らかなことは、起草者が、当該協定の基本的なバランスの再交渉に相当する程の調整は認めていないと述べている。パネルは、協定30条を解釈する際には、同条に規定された3要件の文言に特に焦点を置くべきであるが、同時に、協定における目的を具体化する他の規定とともに、協定7条および8条に規定される協定の目的および制限が考慮されるべきであると判断している(¶7.26)。

まず、パネルは、備蓄に関する例外を規定する55.2条2項が協定30条の各要件を充足するかを検討している。第1ステップについて、パネルは、「限定的 (limited)」という用語が、「限定的な例外」というフレーズの一部として用いられる場合には、狭く定義されることを意味していると述べ

た⁸⁴⁵。そして、「限定的な例外」という用語は、当該排他権からの小規模な減少のみを意味する、狭い範囲の例外を意味していると判示された(¶7.30)。パネルは、「限定的」という要件はその文言に忠実に解釈されるべきであり、経済的な影響の大小や程度といった要素は、第2ステップおよび第3ステップにおいて検討されるべきであるとしている。パネルによれば、第1ステップの充足の有無は、専ら法的な権限が制限された程度を基準に判断されるべきであるとした。パネルは、備蓄用例外が「限定的な例外」に該当するか否かは、特許製品の「製造 (making)」および「使用 (using)」に係る排他権がどの程度制限されているかを基準に判断されるべきであると述べている。その上で、備蓄用例外では、製造が認められる特許製品の数量について何らの限定が付されておらず、同規定の対象となる主体および製造が認められる期間に関する限定も不十分であるから、存続期間満了前の6ヶ月間特許権の保護を完全に無効としており、ゆえに、「限定的な例外」に関する具体的な基準を定義するまでもなく、同例外が「限定的な例外」に該当しないことは明白であると結論付けた(¶7.37)。パネルは、備蓄用例外について、第1ステップとの抵触が認定された以上、第2ステップおよび第3ステップの検討は不要であるとして、以降検討を行っていない。

次に、パネルは、規制審査に関する例外を規定する55.2条1項が協定30条の各要件を充足するかを検討している。第1ステップの「限定的な例外」という要件の解釈について、パネルは、規制審査に関する例外は、協定28条1項に規定される排他権を制限する程度が僅かであることを理由に、同例外が「限定的な例外」に該当すると判断している。パネルによれば、規制審査例外の適用範囲が、医薬品の認可手続における要件を満たすために必要な行為に限定されている限り、許容される行為により特許権者の法的権限が減少する程度は僅かで限定的なものにとどまると判断されている。また、認可手続において、製造能力に関する信頼性を試験するために、相

⁸⁴⁵ 協定30条はベルヌ条約9条2項の著作権に関する3 step test から派生した規定であるにもかかわらず、著作権における「特別の場合」ではなく「限定的な例外」という文言が採用された理由について、パネルは、起草過程を参照してもその理由は明らかではないと述べている(¶7.29)。

当な量の試験的な製造を行うことが求められているとしても、それが規制上の目的に限られており、最終製品が商業的な目的で使用されないのであれば、試験的な製造の範囲を超えて特許権者の有する排他権が損なわれることにはならないと判断している（¶7.45）。なお、パネルによれば、ジェネリック医薬品の開発および承認には、3年から6年半の期間を要するとされており、仮に規制審査例外が存在しなければ、特許権者は市場における排他権が認められる期間を事実上延長することができるため、規制審査例外により権利者に生じる経済的影響が著しいものとなる可能性があることを認めている。もっとも、パネルは、当該例外により生じる経済的な影響に関する分析は、第2および第3ステップにおいてなされるべきであり、第1ステップで考慮するべきではないと判断している（¶7.48）。

第2ステップの「特許の通常の実施を不当に妨げず」という要件の分析において、「実施」という文言が、排他権に基づく市場における製品の販売、ライセンス、権利の譲渡を通じて、特許権から経済的価値を引き出すことを意味しているという点について、当事者は争わなかった。そのため、ここでの主要な争点は、特許権の存続期間満了後の一定期間に市場において生じる追加的な排他性が、「通常」という要件に該当するか否かである。パネルは、一般辞書を参照し、「通常 (normal)」という文言は、「regular、usual、typical、ordinary、conventional」と定義することが可能であり、社会において共通して認められているものは何かという実証的基準および規範的な基準の2つの基準に基づいて解釈されるべきであるとの立場を示している。パネルは、特許権者に認められる基本的な権限には、存続期間中に競業者による特許発明の「製造」を禁止することを通じて、存続期間満了後の一定期間市場を排他的にコントロールすることも含まれるが、他方で、規制認可手続の特許権に基づいて禁止することによって事実上もたらされる市場における追加的な排他性は、一部の特許権者のみが享受することができる排他性であるため、「通常」に該当しないと判断した。パネルによれば、特許権に基づく排他性と規制手続に必要な期間とが組み合わせられた結果、通常の間生じる市場における排他性よりも多くのものがもたらされることは、意図せざる結果であり、「通常」ではないと判断されている。実際、医薬品等の特定の分野を除く大多数の特許製品には、当該例外の対象となる商品化のための規制は存在しないため、競業者の商品

化に必要な承認が遅れることにより特許権の排他権を行使する期間が延長される可能性は存在しないとされている（¶7.57）。結論として、パネルは、規制審査例外が、「特許の通常の実施」と抵触するものではないと判断した。パネルは、これにより、第2ステップにおける「不当に」という文言の解釈を行う必要はないとしている（¶7.59）。

第3ステップの「特許権者の正当な利益を不当に害さない」という要件の分析に関して、ECは、「正当な利益」とは協定28条1項に規定されている法的権利と同一であると主張したが、パネルはこれを退けている。パネルによれば、「正当な利益」という文言は、公共政策またはその他の社会規範によって正当化することが可能な利益を保護するという規範的な観点から定義されなければならない。パネルは、最も広く受け入れられている例外の具体例として、試験研究のための特許発明の実施を認める例外をあげ、この例外は、特許法の基礎となる重要な公共政策目的は、技術的知見の普及および発展を促進することにあるところ、特許権者に試験研究のための実施を禁止する権限を認めた場合、発明の内容を公衆に開示するという要件の趣旨が損なわれてしまうとしている。そこで、特許法の政策の下では、社会一般および科学者は、科学および技術の発展を促進する目的で開示された特許を実施する「正当な利益」を有しているとされている（¶7.69）。パネルは、この種の法的分析に含まれる「正当な利益」という用語の一般的な意味を採用している。

次に、ECは、特許製品の販売を行うために認可を得ることが必要とされている場合、特許権者は、認可手続きにかかった期間の分特許権の保護期間が事実上減じられる結果、経済的利益が失われているのであるから、競合者が市場に参入する際に必要とされる規制条件に関して、同種の遅れを生じさせることも正当化されるべきであると主張した（¶7.74）。パネルは、ECの主張する利益が「正当な利益」に該当するか否かを判断する際には、当該主張の規範的な基礎が、広く受け入れられている政策規範に基づいているか否かが重要であるとしている（¶7.77）。

具体的には、パネルは、各国の国家実行を検討している。パネルによれば、加盟国の中には、医薬品に関して、商品化のための承認を得るために事実上存続期間が減じられた分だけ存続期間を延長する制度を設けているものがあるが（¶7.78）、そのような法制度は普遍的に受け入れられてい

るものではなく、カナダ特許法の規制審査例外に類似する例外を導入しつつ、商品化のための承認を必要とする特許製品に関して存続期間の延長を認めていない国も存在していると指摘されている(¶7.79)。

このように、パネルは、販売承認を得るために生じる遅延により、市場における排他性を享受する期間が減じられてしまうという特許権者の不利益は、協定30条における「正当な利益」と評価することができる程には広く認識されておらず、また、切迫したものではないと判断している。パネルは、規制審査例外に対する権利者の懸念が、TRIPs協定の交渉時に議題として明示的に盛り込まれる程には顕在化していなかったという事実は重要であるとした上で、政策的な議論に決着が付いていないことが明らかかな状況で、30条の「正当な利益」という概念が、規範的な政策の問題を決定するために用いられるべきではないと判断している(¶7.82)。

以上のように、パネルは、規制審査例外が協定30条の第3ステップを充足すると結論付けた。

(3) EC農産品・食品関連商標・地理的表示パネル

①事案の概要

パネルによりTRIPs協定17条の解釈が示された事案として、ECの地理的表示制度がTRIPs協定に違反するとして、米国およびオーストラリアがそれぞれECに対して申立てを行った紛争がある⁸⁴⁶。

⁸⁴⁶ Panel Report, *EC – Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs*, WT/DS174/R (Mar. 15, 2005). なお、オーストラリアの申立てによる同様の紛争事例については、Panel Report, *EC – Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs*, WT/DS290/R (Mar. 15, 2005)がある。商標パネル報告書について検討を行ったものとして、MARSHA A. ECHOLS, *GEOGRAPHICAL INDICATIONS FOR FOOD PRODUCTS* 203-56 (2008)。邦語文献では、鈴木将文「ECの地理的表示制度を巡るWTO紛争に関するパネル報告書の分析」AIPPI 51巻8号2頁(2006年)、米谷三以「ECの農産品及び食品の商標及び地理的表示の保護」『WTOパネル・上級委員会報告書に関する調査研究報告書(2005年度版)』(2005年)141頁、高谷知佐子「EC—農業製品及び食料品に関する商標及び地理的表示の保護」知財研フォーラム63号28頁(2005年)がある。

本件において、米国およびオーストラリアは、ECの地理的表示および農産品と食品の原産地称呼の保護に関する理事会規則⁸⁴⁷（以下、EC規則）が、TRIPs協定上の内国民待遇、商標の保護、最恵国待遇、地理的表示の保護等に関する規定に違反すると主張した。EC規則は、一定の要件を満たした原産地称呼および地理的表示を保護するものであり、使用権者には当該名称の独占的使用が認められるというものである。また、EC規則の下で保護される地理的表示と商標との調整問題については、商標権の存在を理由として地理的表示を非登録とすることは認めておらず、また、先願に係る商標権の禁止権は地理的表示の使用に及ばないとされていた。したがって、同制度の下では、商標権と地理的表示の併存が認められる可能性があることになる。

パネルは、結論として、EC規則における一部の規定はGATTおよびTRIPs協定上の義務に違反するとして、ECに対して同規則を改正するよう勧告している⁸⁴⁸。本件における申立国の主張は多岐にわたるが、以下では、商標権の保護について、EC規則がTRIPs協定17条により正当化されるか否かという点に関する判断のみを検討する。

②パネル報告書の概要

まず結論を先に示しておくとして、パネルは、EC規則においては、商標権者に対して他人による混同のおそれを生じさせる原産地表示または地理的表示の使用を差し止める権利が保障されていないため、同規則は登録商標の排他的権利を定めるTRIPs協定16条1項に違反するが、TRIPs協定17条の2要件を充足するため協定違反に該当しないと判断した。

パネルは、協定17条⁸⁴⁹の構造が、他の知的財産権の権利制限に関する規

⁸⁴⁷ Regulation 2081/92 on the Protection of Geographical Indications and Designations of Origin for Agricultural Products and Foodstuffs [1992] OJ L 208/1.

⁸⁴⁸ パネルの勧告を受けて、ECは、2006年に新たな指令 (Regulation 510/2006 on the Protection of Geographical Indications and Designations of Origin for Agricultural Products and Foodstuffs OJ L 93, 31.3) を採択している。

⁸⁴⁹ TRIPs協定17条は「加盟国は、商標権者及び第三者の正当な利益を考慮することを条件として、商標により与えられる権利につき、記述上の用語の公正な使用等限

定（13条、26条2項、30条）と異なることを強調し⁸⁵⁰、共通する要素の解釈について協定13条および30条の解釈を示した先行のパネル報告を参照することは有益であるが、協定17条は同条の文言に従って解釈することが重要であると述べている（¶7.649）。

第1に、「限定的な例外」という文言について、本パネルはカナダ医薬品特許パネルと同様の解釈を採用している。パネルによれば、「例外」とは、規範からの限定的な逸脱であって、当該規範の主要部を毀損するものではないことを意味している。また、「限定的」とは、例外が認められる範囲が狭く、権利を毀損する程度が僅かであることを意味しているとされている（¶7.650）。パネルによれば、経済的分析は本条の但書きの解釈において行われるべきであり、「限定的な例外」の解釈においては検討する必要はないと判断されている（¶7.651）。

パネルは、「記述上の用語の公正な使用等」は「限定的な例外」の例示にすぎないが、「限定的な例外」という文言を解釈する際の有用な手がかりとなると述べている。パネルによれば、出所識別力を有していない記述的用语は商標として保護されない表示であるため、「記述的な用語の正当な使用」は、使用される表示の性質および当該表示の使用によって生じる混同のおそれの程度という2つの側面から限定されていると判断している。したがって、「限定的な例外」の該当性を判断する際には、記述的用语の使用が認められることにより利益を受ける第三者の数、および、記述的用语が付される商品または役務の数が直接的な判断基準とされるべきではないと判断している（¶7.654）。

パネルは、上記の基準を本件にあてはめ、EC規則14条2項において、

定的な例外を定めることができる。」と規定する。

⁸⁵⁰ 具体的には、協定17条は、3 step test の第1ステップに相当する「限定的な例外」の例示として、「記述上の用語の公正な使用」を規定している。また、協定17条では、3 step test の第2ステップにあたる「通常の利用を妨げる」という要件が存在していない。さらに、第3ステップに関しては、権利者の利益を「不当に害する」という要件は存在せず、権利者の利益と第三者の利益に同等の位置付けを与えている。このように、同条は、3 step test ではなく「2 step test」と呼ぶことが適当であり、パネルは、「商標権者及び第三者の正当な利益を考慮することを条件として」の部分の但書き（Proviso）と呼んでいる。

当該例外の対象となる商品または役務の数について限定が付されていないからといって、必ずしも同項が「限定的な例外」に該当しないと判断されるわけではないと述べている。パネルによれば、EC規則では、登録商標と同一または類似する商品全てについて権利の行使が制限されているわけではなく、登録の際に指定した特定の仕様に従って製造された農産品または食品に付される表示が需要者に混同を生じさせる場合に限り、商標権の行使が制限されるにすぎない。したがって、登録が認められた地理的表示の使用を除けば、商標権者は需要者に混同を生じさせる他人による標章の使用を差し止めることができるのであるから、商標権者の排他権は当該例外の影響を受けないと判断されている（¶7.655）。

また、パネルは、EC規則14条2項の下で地理的表示および先行商標の併存が認められる場合、地理的表示の使用が先行商標との間に混同のおそれを生じさせるか否かにかかわらず、地理的表示の使用が認められることになるが、同規則においても混同のおそれを防止するために一定の手当がなされていると判断している。パネルによれば、EC規則7条4項および12b条3項においては、地理的表示の登録が先行商標を毀損する場合には登録の異議申立てを行うことが認められている。加えて、EC規則14条3項は、商標の著名性および使用期間について登録拒絶事由を規定している。これらの規定を総合すると、混同のおそれが生じる可能性が相対的に高い場合には、EC規則14条2項の例外が適用されないよう保障されている（¶7.658）。以上の理由に基づき、パネルは、EC規則における例外は「限定的な例外」に該当すると結論付けている。

第2に、本条但書きにおける「正当な利益」の解釈に関して、パネルは、カナダ医薬品特許パネルにおいて採用された、公共政策および他の社会規範に基づく規範的な解釈手法が本条にも妥当すると述べている（¶7.663）。パネルは、協定15条1項を参照した上で、商標の機能は取引において商品または役務を識別することにあるのだから、商標権者は商標が当該機能を果たすように商標に備えられた識別力を維持することに正当な利益を有していると判断している（¶7.664）。パネルは、EC規則においては、地理的表示の登録が既存の商標を毀損する場合に登録を拒絶する規定（規則7条4項）、ならびに、商標の著名性および使用期間の長さ等に関する一定の要件が満たされる場合に登録を拒絶する規定（同14条3項）を通じて、

商標権者の上記利益の保障が図られていると判示している(¶7.666)。パネルによれば、EC規則7条4項および同14条3項の適用が認められない場合には、同14条2項の下で地理的表示の使用が認められ、結果的に商標の識別力に影響が及ぶ可能性があるが、商標権の行使に対する例外を許容する協定17条は、一定の混同のおそれが存在することを前提としているのであるから、EC規則14条2項により商標の識別力に影響が及ぶとしても、直ちに協定17条との整合性が否定されるわけではないと判断されている(¶7.670)。さらに、パネルは、著作権に関する協定13条および特許権に関する協定30条が権利者の利益を「不当に害さない」ことを条件としているのとは異なり、協定17条では、商標権者の正当な利益を「考慮する」と規定されているにすぎないのであるから、商標権者の正当な利益を保障する基準が著作権や特許権に関する場合より低められていると述べている(¶7.671)。以上の理由から、パネルは、EC規則が、商標権者の正当な利益を考慮していると結論付けている。

次に、「第三者」の正当な利益について、パネルは、商品または役務を識別することが可能な程度に混同が防止されるという消費者の利益がこれに該当すると述べている。パネルによれば、規則14条3項において、地理的表示の使用によって消費者に商品の出所に関する混同が生じる場合には、当該表示の登録が拒絶される旨が規定されているため、消費者の正当な利益に対する配慮が図られている(¶7.678)。また、農産品および食品を記述するために用いられる表示に限って地理的表示としての登録が認められるが、その場合、相当数の消費者にとって当該表示が商品の出所を識別する機能を果たしていないことを前提にしていると述べている(¶7.679)。

さらに、パネルは、「第三者」には、地理的表示の利用者も含まれるとしている。パネルは、「記述上の用語の正当な使用」という文言には、一定の場合には商標権者以外の者による表示の使用が認められるべきであるという公共政策上の考慮が反映されていると判断している。パネルによれば、地理的表示は、「記述上の用語」そのものではないが、農産品および食品を記述するという機能を有している点で、「記述上の用語」と類似しているとの機能は、地理的表示が有する記述的機能に類似しているのであるから、EC規則において認められている地理的表示の利用者の利益は

「第三者」の正当な利益に該当すると判断している（¶7.683）。

以上のように、本パネルは、EC規則では商標権者および第三者（消費者および地理的表示の使用者）の正当な利益が考慮されており、かつ、商標権に対する例外も限定的な範囲にとどめられていることを理由に、EC規則は協定17条によって正当化されると結論付けた。

3. WTO紛争解決手続における3 step testの解釈の問題点

(1) パネルおよび上級委員会による文言解釈の重視

これまで、WTOパネルは、3 step testについて制限的な解釈を採用してきたとされている。そのような制限的な解釈手法は、条文の文言の辞書的定義を過度に重視し、他方で、TRIPs協定の目的および原則など他の要素を必ずしも十分に考慮していないとして、論者らの批判の対象となっている⁸⁵¹。

TRIPs協定には、条約の解釈に関する特別の規定は存在していないが、紛争解決了解附書一においてDSUの対象協定の1つとして掲げられているため、DSUが定める規則および手続が適用されることになる。DSU 3条2項は、「加盟国は、[WTO紛争解決制度]が対象協定に基づく加盟国の権利及び義務を維持し並びに解釈に関する国際法上の慣習的規則に従って対象協定の現行の規定の解釈を明らかにすることに資するものであることを認識する」と規定している。同項において「解釈に関する国際法上の慣習的規則」が具体的に何を指すのかは明示されていないが、米国ガソリン基準事件⁸⁵²以降のパネルおよび上級委員会の報告書においては、「条約法に関するウィーン条約⁸⁵³」（以下、ウィーン条約法条約）の解釈規

⁸⁵¹ Kur, *supra* note 534, at 222-46.

⁸⁵² Appellate Body Report, *United States – Standard for Reformulated and Conventional Gasoline*, at 17, WT/DS2/AB/R (Apr. 29, 1996); Appellate Body Report, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, ¶104, at 10, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R (Oct. 4, 1996).

⁸⁵³ Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, 1115 U.N.T.S. 331.

定(同31条および32条)がこれに該当するとされている。

ウィーン条約法条約31条は次のように規定する。

- 「1 条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする。
- 2 条約の解釈上、文脈というときは、条約文(前文及び附属書を含む。)のほかに、次のものを含める。
 - (a) 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
 - (b) 条約の締結に関連して当事国の一又は二以上が作成した文書であってこれらの当事国以外の当事国が条約の関係文書として認めたもの
- 3 文脈とともに、次のものを考慮する。
 - (a) 条約の解釈又は適用につき当事国の間で後にされた合意
 - (b) 条約の適用につき後に生じた慣行であって、条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの
 - (c) 当事国の間の関係において適用される国際法の関連規則
- 4 用語は、当事国がこれに特別の意味を与えることを意図していたと認められる場合には、当該特別の意味を有する。」

加えて、解釈の補助手段を規定するウィーン条約法条約32条は、31条の解釈規則を適用してもなお文言の意味を確定することができない場合に、条約の起草過程等の解釈の補助手段に依拠することを認めている⁸⁵⁴。

パネルおよび上級委員会は、対象協定の文言を解釈する際に、まず、用語の通常の意味を確認するために一般的な辞書(英英辞典)を参照し、次に、文脈および条約の趣旨および目的を検討するという手順を踏むことが一般的である⁸⁵⁵。例えば、日本酒税事件において上級委員会は、ウィーン

⁸⁵⁴ Appellate Body Report, *EC – Customs Classification on Certain Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R (5 June 1998), ¶86.

⁸⁵⁵ ISABELLE VAN DAMME, *TREATY INTERPRETATION BY THE WTO APPELLATE BODY* 225 (2009) (初期の解釈手法は、辞書によって条約の意味が決定されているという印象を与えることがあったが、必ずしもそうではないと指摘する)。See also, Peter-Tobias Stoll, in *MAX PLANCK COMMENTARIES ON WORLD TRADE LAW: WTO-INSTITUTIONS AND*

条約法条約31条1項は条約の文言が解釈過程の基礎をなすことを規定しており、「解釈は何よりも条約の文言に基礎付けられるものでなければならない」と判示している⁸⁵⁶。

パネルおよび上級委員会が辞書による定義を重視する傾向は、とりわけ初期の事例において強かったとされている。もっとも、その後、パネルおよび上級委員会は、辞書による定義を参照することの限界を認識するようになり、現在では、辞書の重要性は低下し、様々な手法で文脈と関連付けられるようになってきていると指摘されている⁸⁵⁷。

TRIPs協定に関しても、米国著作権法事件など初期の事件では、辞書の定義を重視する解釈手法が採用されることが多い。著作権パネルも、国内法の権利制限規定と3 step testの整合性を分析する際に、全ての理由付けを規定の文言の辞書的な定義と注意深く関連付けている。このようなパネルの解釈手法について、Dinwoodieは、TRIPs関連紛争において、「Webster's Dictionary」が検討のための不可欠なツールになっていると指摘している⁸⁵⁸。

3 step testの解釈を行ったパネルが、辞書を頻繁に参照する背景については、条約規定の文言に忠実で慎重なアプローチを採用することで、実効的な判断を示す要請と司法積極主義に関して加盟国からの信頼を得る要請の調整を図ることを意図していたと指摘されている⁸⁵⁹。辞書の参照を重

DISPUTE SETTLEMENT 287 (Rüdiger Wolfrum & Peter-Tobias Stoll eds., 2006) (WTO協定に規定される文言の意味を検討する際に、パネルおよび上級委員会は頻繁に辞書を参照しているが、辞書は複数の意味を提示するものであることに注意すべきである。辞書によって提示される意味は、解釈に関して採用しうる複数の選択肢を提示することで、パネルおよび上級委員会による解釈作業を補助するものにすぎず、法的な解釈それ自体に代替するものではない)。

⁸⁵⁶ AB Report, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, ¶10.

⁸⁵⁷ VAN DAMME, *supra* note 855, at 225. パネルおよび上級委員会による辞書の利用については、清水章雄「WTO紛争解決における解釈手法の展開と問題点」日本国際経済法学会年報19号10頁以下(2010年)、袁田『WTO紛争処理の一断面—協定解釈と「辞書」の利用』(信山社・2012年)を参照。

⁸⁵⁸ Dinwoodie, *supra* note 788, at 775.

⁸⁵⁹ パネルおよび上級委員会が、条約の文言を重視した慎重な解釈手法を採用していたにもかかわらず、結果的に、TRIPs協定の解釈を行った4つのパネル報告書全

視するパネルの解釈手法は、米国著作権法110条5項がTRIPs協定違反であると結論付けたパネル報告書に正統性を与えるために極めて重要な役割を果たしているとされる⁸⁶⁰。

著作権パネルが 3 step test を限定的に解釈した要因の 1 つとして、他の WTO 協定に関する事件で示された解釈手法に依拠したことが指摘されている。Molly Land は、加盟国の裁量をどの程度認めるかという点に関して TRIPs 協定と WTO 協定との間には根本的な相違点が存在するため、TRIPs 協定を解釈する際に GATT に関する解釈手法に依拠することには慎重であるべきであると指摘し、他の WTO 協定の解釈手法を用いた米国著作権法パネルを批判している⁸⁶¹。Land によれば、GATT は、商品貿易に関する差別を禁止する義務を規定する原則を規定し、他方で、一般例外条項 (20 条) は、加盟国が一定の正当な目的を達成するために行う貿易制限措置を例外的に正当化するという 2 段階構造を有しているが、従来のパネルおよび上級委員会は、原則規定の義務違反を判断する際には、規定の文言を重視し、国内法の主観的な意図または目的の考慮を否定する解釈手法を採用し、他方で、一般例外条項の解釈においては、国内法の政策目的を考慮する柔軟な解釈手法を採用してきたと評価されている⁸⁶²。最低保護水準を定める規定に対する例外規定として位置付けられる 3 step test が GATT の一般例外条項と同様の位置付けを有していることを前提とすると⁸⁶³、米国著

てにおいて、何らかの条約違反が認定されている。Dinwoodie は、このことは、WTO 創設の初期に判断された紛争事案が、条約違反が相対的に明らかな事案であったということに起因する可能性を指摘している (Dinwoodie, *supra* note 788, at 775)。また、松下教授は、初期の上級委員会が、規定の文言に忠実に、かつ、慎重な解釈を行ったことは、WTO 協定の成立以前には存在しなかった WTO 紛争解決機関が、自らの立場を WTO において確立するためであったと指摘している (松下満雄「コメント：WTO 協定解釈雑感—上級委員会における紛争解決の現場から—」日本国際経済法学会年報19号75・76-79頁 (2010年))。

⁸⁶⁰ Dinwoodie, *supra* note 788, at 775.

⁸⁶¹ Molly Land, *Rebalancing TRIPS*, 33 MICH. J. INT'L L. 1, 450-61 (2012).

⁸⁶² *Id.*

⁸⁶³ これに対して、福永有夏「権利制限規定と知的財産権条約—論点の提起と整理—」日本国際経済法学会年報19号145・149頁 (2010年) は、米国著作権法パネルは、協定

著作権法パネルは、本来であればGATTの一般例外規定に関して採用されている柔軟な解釈手法を採用すべきところ、GATTの原則規定に関する解釈手法を踏襲してしまった点に問題があると指摘されている⁸⁶⁴。

以下では、3 step testについて専ら規定の辞書的な意味を重視した解釈を行うことの問題点を検討する。第1に、パネルにより示された3 step testの解釈手法は、ウィーン条約法条約31条の解釈規則において考慮することを要請されている要素を十分に検討していないという問題がある。第2に、抽象的な文言を有するスタンダード型の条約規定を解釈する際には、その性質上、加盟国の政策的裁量を広く認めるべきであるにもかかわらず、パネルの解釈は加盟国の裁量を狭く限定しているという問題点がある。

(2) 条約における「趣旨及び目的」の考慮

①ウィーン条約法条約31条1項における「趣旨及び目的」

TRIPs協定の解釈において、「用語の通常の意味」および「文脈」との関係で、条約の趣旨および目的をどの程度重視すべきか。

これまでにTRIPs協定の解釈を行ったパネル報告において、TRIPs協定の趣旨および目的は、同条約の解釈において必ずしも重要な役割を与えられてこなかった⁸⁶⁵。例えば、米国著作権法パネルは、TRIPs協定の趣旨および目的に全く言及することなく、文言の辞書的な意味およびベルヌ条約の起草過程を参照することにより、3 step testの解釈を行った。

13条をGATT 20条と同様の例外条項と位置付けているが、協定13条は、私人の権利たる著作権の制限や例外を定める一方で、加盟国に対しては著作権の制限または例外を設ける場合に満たすべき義務を定めるものであり、加盟国の義務の例外を定めるものではない。ゆえに、協定13条をGATT 20条のような例外条項として位置付けることは、協定13条の用語の通常の意味や趣旨および目的に合致しない上、同条の適用範囲を過度に狭めることにつながるおそれがあるため、適切ではないと指摘している。

⁸⁶⁴ Land, *supra* note 861, at 453-57.

⁸⁶⁵ Henning Grosse Ruse-Khan, *The (Non) Use of Treaty Object and Purpose in Intellectual Property Disputes in the WTO*, Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law Research Paper No. 11-15, Sept. 28, 2011, <http://ssrn.com/abstract=1939859>.

また、カナダ医薬品特許パネルは、カナダ特許法が特許権に関する 3 step test (協定30条) の要件を充足するかを判断する際に、協定の目的および原則に関する規定が用いられるべきであるとするカナダの主張を退けている。同パネルは、協定7条および8条の存在には言及したものの、目的および原則規定がTRIPs協定の交渉結果を再交渉するために用いられるべきではないとして、実際の解釈には反映させなかった⁸⁶⁶。

ところが、TRIPs協定以外のWTO協定違反が問題となった事案に目を向けると、パネルおよび上級委員会は、条約法条約31条1項に掲げられている3要素を等しく考慮し、協定の目的および趣旨を考慮する余地を一定程度認めていると評価されている⁸⁶⁷。

例えば、米国エビおよびエビ製品輸入禁止事件における上級委員会報告は、「条約解釈者は、解釈の対象である規定の文言から出発し、文言に焦点を当てなければならない。条約当事国の趣旨および目的がまず求められるべきなのは、それらの文脈において、当該規定を構成する文言である。文言それ自体から得られる意味が曖昧な場合、又は、文脈それ自体の解釈の正当性を確認することが必要とされる場合に、条約全体の趣旨および目的からの考察が有用となり得る」と判示している⁸⁶⁸。同上級委員会は、条約の解釈は、条文の文言そのものの意味を確定する作業から開始しなければならないという解釈の論理的な順序を確認し、文言それ自体から得られる意味が曖昧な場合に限り、条約全体の趣旨および目的を考慮する余地が認められると判断している⁸⁶⁹。

同上級委員会の示した解釈手法をTRIPs協定にあてはめると、例えば、TRIPs協定13条のように広範かつ open-ended な条約規定については、条文

⁸⁶⁶ *Canada – Pharmaceutical Patents*, ¶7.26.

⁸⁶⁷ Henning Grosse Ruse-Khan, *Proportionality and Balancing Within the Objectives for Intellectual Property Protection*, in *INTELLECTUAL PROPERTY AND HUMAN RIGHTS: ENHANCED EDITION OF COPYRIGHT AND HUMAN RIGHTS* 161 (Paul L.C. Torremans eds., 2008).

⁸⁶⁸ *AB Report, U.S. – Shrimp*, ¶114. 参照、清水・前掲注(857)14頁、川島・前掲注(805)99頁。

⁸⁶⁹ Ruse-Khan, *supra* note 867, at 180.

の文言から決定的な解釈が導かれなため、協定7条および8条等に規定される協定全体の趣旨および目的に基づいて規定の解釈が行われることになる⁸⁷⁰。

もっとも、学説においては、米国エビおよびエビ製品輸入禁止事件の上級委員会が示した解釈手法に対する批判が存在する⁸⁷¹。Ruse-Khanは、上級委員会の解釈には、条約全体の目的に個々の規定の文言が優越するというヒエラルキーの存在を認めることができるが、このことは、個別の規定を解釈する際に種々の利益の衡量を行うことを要請する協定7条および8条の存在意義を失わせるおそれがあるとして批判している⁸⁷²。Ruse-Khanによれば、ウィーン条約法条約31条1項の文言に従えば、「通常の意味」および「文脈」は、個々の用語に対応するのに対して、「趣旨及び目的」は条約全体に対応すると解されるため⁸⁷³、同項は、個々の規定に明確に示されている目的を解釈に取り入れることを禁じるものではないが、条約全体の目的に重要性を認めなければならないとしていることは確かである。TRIPs協定7条および8条ならびに前文に規定されている協定の趣旨および目的を、協定の通常の意味および文脈と同様の位置付けにおいて解釈に反映させることを要請していると考えらるべきであるとされている⁸⁷⁴。

同様に、Shankerは、米国エビおよびエビ製品輸入禁止事件の上級委員会報告は、ウィーン条約法条約31条1項に基づき、本来であれば条約の解

⁸⁷⁰ *Id.* at 181.

⁸⁷¹ United Nations, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II (1966), at 219-20 は、ウィーン条約法条約31条1項に掲げられている3要素に序列を導入することを否定している。

⁸⁷² Ruse-Khan, *supra* note 867, at 181.

⁸⁷³ Ruse-Khanは、その根拠として、条約法条約31条1項において、「文脈」には「their」という代名詞が付されているため、文脈は複数存在することが明らかであるのに対して、「趣旨及び目的」には単数であることを示す「its」という代名詞が付されており、条約全体の趣旨および目的を意味していると指摘する(*Id.*)。Sinclairによれば、ウィーン条約法条約31条1項では、個別の規定の趣旨および目的ではなく、条約全体の趣旨および目的が考慮されるとされている(IAN SINCLAIR, *THE VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES* 128 (2d ed. 1984))。

⁸⁷⁴ Ruse-Khan, *supra* note 867, at 181.

釈において常に参照されなければならない条約の趣旨および目的を、条約法条約31条に従って解釈を行ってもなお用語の意味が曖昧である場合に補助的な手段を用いることを認める条約法条約32条と同様の一段階低い考慮要素として位置付けていると指摘した上で⁸⁷⁵、上級委員会が、条約法条約31条に掲げられている各要素に序列を導入し、条約の趣旨および目的の役割を損なわせる結果をもたらしたことは妥当ではないと批判している⁸⁷⁶。

Howseは、協定30条の第1ステップの「限定的」という文言について、カナダ医薬品特許パネルが専ら権利者の観点から解釈を行ったとして批判している。パネルの問題点として、権利者がどれだけ失ったのかを考慮しており、当該例外によって公衆が便益を受けたかについては検討を行っていない点を指摘する⁸⁷⁷。加えて、パネルは、ウィーン条約法条約31条において求められている、協定の文脈、趣旨および目的の観点から協定30条の解釈を行っていない点も問題であるとされる。Howseは、仮にパネルがウィーン条約に従って解釈を行っていたのであれば、パネルは、「限定的」という文言を解釈する際に、協定7条に規定される目的を考慮していたであろうと指摘する⁸⁷⁸。

Frankelは、本来であればカナダ医薬品特許パネルは、ウィーン条約31条に基づき、カナダ特許法の備蓄用例外と規制用例外が、協定の目的および原則に反するか否かを明らかにするべきであったと主張している⁸⁷⁹。同パネルが、TRIPs協定の基本的なバランスの再交渉はなされるべきでない判断したことは正当であるものの、ウィーン条約の条約解釈規則に則り、条約の文言に規定されている目的および原則を分析することは、「基本的なバランスの再交渉」に該当するものではないと主張している。パネルは、

⁸⁷⁵ Daya Shanker, *The Vienna Convention of the Law of Treaties, the Dispute Settlement System of the WTO and the Doha Declaration on the TRIPS Agreement*, 36 J. WORLD TRADE 721, 725 (2002).

⁸⁷⁶ *Id.*

⁸⁷⁷ Howse, *supra* note 843, at 493.

⁸⁷⁸ *Id.*

⁸⁷⁹ Frankel, *supra* note 320, at 397.

TRIPs協定の各規定にはバランスが既に反映されており、それ以上に条約の目的および原則を検討する必要がないということを前提としているように思われる。しかしながら、特許パネルのアプローチは適切ではない。すなわち、特許パネルのアプローチは、ウィーン条約法条約31条に規定されている条約解釈のルールに適合しておらず、また、仮に条約の目的および趣旨が条約規定の解釈で考慮されないとすると、協定7条および8条の存在意義が失われてしまうからである⁸⁸⁰。

以上のように、協定の目的および原則規定を考慮することに対する消極的な姿勢は改めるべきであろう⁸⁸¹。TRIPs協定の解釈を行う際には、協定の目的および原則を考慮することにより、競合する利益のバランスが図られるべきである⁸⁸²。とりわけ、条約当事国が加盟国の裁量を認めるために設けたスタンダード型規定の解釈において、競合する2つの利益の衡量が必要となる場合、条約の文言からはそのどちらを優先すべきか明らかではないのであれば、TRIPs協定の規定の文言との整合性が失われない範囲で、協定違反が問題とされている国内法に関する加盟国の政策判断を尊重すべきである⁸⁸³。

②TRIPs協定の趣旨および目的

ウィーン条約法条約31条1項に基づき、パネルおよび上級委員会は、TRIPs協定を解釈する際に協定の趣旨および目的を考慮することが義務付けられることが明らかになったが、次に行うべき作業は、TRIPs協定の趣旨および目的を具体的に明らかにすることである。

TRIPs協定には、条約の「趣旨及び目的」に該当する規定として、前文、

⁸⁸⁰ *Id.*

⁸⁸¹ Peter K. Yu (安藤和宏訳)「TRIPs協定の目的と原則 (2・完)」知的財産法政策学研究30号115・130頁(2010年)は、TRIPs協定7条および8条が同条約の目的および原則を規定するために設けられたものであることは明らかである以上、ウィーン条約法条約の解釈規則に基づき、TRIPs協定の各規定は協定の目的および原則に照らして解釈されなければならないと指摘する。

⁸⁸² Frankel, *supra* note 320, at 390-400.

⁸⁸³ *Id.*

目的（7条）および原則（8条）に関する規定が存在する。

まず、条約の前文は、条約の趣旨および目的（31条1項）を示すものとして条約の一部を構成するだけでなく⁸⁸⁴、ウィーン条約法条約31条2項においては条約の「文脈」の一部となることが規定されている。したがって、TRIPs協定の規定を解釈する際に、前文は、趣旨および目的として、および、文脈として二重に考慮されることになる⁸⁸⁵。TRIPs協定の前文は以下のように規定する。

「加盟国は、国際貿易にもたらされる歪み及び障害を軽減させることを希望し、並びに知的所有権の有効かつ十分な保護を促進し並びに知的所有権の行使のための措置及び手続自体が正当な貿易の障害とならないことを確保する必要性を考慮し、このため、

- (a) [省略]
- (b) 貿易関連の 知的所有権の取得可能性、範囲及び使用に関する適当な基準及び原則の提供、
- (c) 国内法制の相違を考慮した貿易関連の知的所有権の行使のための効果的かつ適当な手段の提供、…に関し、新たな規則及び規律の必要性を認め…

知的所有権の保護のための国内制度における基本的な開発上及び技術上の目的その他の公の政策上の目的を認め、…ここに、次のとおり協定する。」

TRIPs協定の前文第1段落では、(1) 国際貿易にもたらされる歪み及び障害を軽減し、(2) 知的財産権の有効かつ十分な保護を促進し、(3) 知的財産権の行使のための措置及び手続が正当な貿易の障害とならないことを確保する、という3つの目的が規定されている。学説においては、このうち(1)および(2)は必ずしも同一の目的ではないことから、(3)の「正当な貿易の障害とならない」という全体的な目的により両者のバランスが図

⁸⁸⁴ *Canada – Pharmaceutical Patents*, ¶7.14 は、「TRIPs協定の趣旨及び目的を表す規定の一つ」として前文に言及している。See also, GERVAIS, *supra* note 745, at 159.

⁸⁸⁵ 条約の趣旨および目的を示す要素として、タイトル、前文、各規定、全体の構造、起草過程があげられる (VAN DAMME, *supra* note 855, at 257)。

られると指摘されている⁸⁸⁶。すなわち、TRIPs協定は、(1)および(2)に掲げられた目的のバランスを図る要請を無視して、知的財産を最大限に保護することを目的としておらず、最適な保護水準が国または時代によって変化することが前提とされている。知的財産の保護が不十分であれば国際貿易の歪みを生じさせるおそれがあるが、逆に、保護が過剰となっても、正当な貿易の障害となってしまう⁸⁸⁷。したがって、前文に規定された協定の目的に鑑みると、TRIPs協定は、条約に内在するバランスを促進するために解釈されるべきであり⁸⁸⁸、また、協定の義務を実施する際には加盟国の個別の状況に応じた政策的余地が認められることになる⁸⁸⁹。

加えて、前文第5段落の「知的所有権の保護のための国内制度における基本的な開発上及び技術上の目的その他の公の政策上の目的を認め」という文言に示されているように、TRIPs協定は知的財産権の保護それ自体を目的とするものではなく、知的財産制度は、開発上および技術上の目的等の知的財産保護の基礎となる公共政策に資するものでなければならない。Ruse-Khanによれば、前文第5段落における「国内制度」という文言は、加盟国の立法者に対して、知的財産制度の実施において様々な利益の調整を図るための柔軟性が認められることを示している⁸⁹⁰。

以上のように、TRIPs協定の前文は、加盟国の国内事情に適合し、基本的な政策目的を実現させる知的財産保護の枠組みを導入するために、権利者、利用者、および公衆の利益等の様々な利益の調整を行う余地を加盟国に対して認めていることになる⁸⁹¹。

次に、TRIPs協定は、前文以上に重要性を有するものとして、「目的」および「原則」と題された規定を7条および8条に定めている。この種の内容が条約の前文ではなく条約本体の規定に定められていることは、協定の前文との関係で、7条および8条に規定される条約の目的および原則の重

⁸⁸⁶ Frankel, *supra* note 320, at 390.

⁸⁸⁷ GERVAIS, *supra* note 745, at 160.

⁸⁸⁸ *Id.*

⁸⁸⁹ Ruse-Khan, *supra* note 867, at 171.

⁸⁹⁰ *Id.*

⁸⁹¹ *Id.* at 173.

要性が高いことを示していると考えられている⁸⁹²。以下では、協定 7 条および 8 条に規定されている協定の趣旨および目的を検討する。

TRIPs 協定 7 条は、同協定の目的について次のように規定する。

「知的所有権の保護及び行使は、技術的知見の創作者及び使用者の相互の利益となるような並びに社会的及び経済的福祉の向上に役立つ方法による技術革新の促進並びに技術の移転及び普及に資するべきであり、並びに権利と義務との間の均衡に資するべきである。」

7 条は、加盟国の知的財産制度において、新たな技術革新を促進するためのインセンティブを提供するという目的、および、公衆に対する技術の移転および普及という目的の均衡が適切に図られることを要請している⁸⁹³。これら 2 つの目的は、社会的および経済的福祉の向上、および、権利と義務の均衡という全体的な目的に従って調整が図られるべきであるとされている⁸⁹⁴。すなわち、知的財産権を保護すれば、自動的に 7 条の目的が達成されるわけではなく、加盟国は、「社会的及び経済的福祉の向上」に役立つように、技術革新の促進と技術の移転または普及のバランスが図られた実施を行わなければならない⁸⁹⁵。

7 条が「資するべきである (should contribute to...)」という規定振りになっていることに鑑みると、同条が規定する利益の衡量は、TRIPs 協定の起草時に個別の規定の文言に既に反映されている静的なものとして捉えられるべきではなく、各加盟国が実施の段階で考慮を行うことが要請されていると考えられている⁸⁹⁶。もっとも、同条において、「shall」ではなく「should」という文言が用いられていることから、協定の解釈を行う際に、他の実施規定の範囲を直接的に制限するために 7 条を用いることはできず、あくまでも解釈の指針を提供する役割を果たすにとどまると指摘され

⁸⁹² CORREA, *supra* note 215, at 93. Yu・前掲注(416) 143・173頁も参照。

⁸⁹³ Ruse-Khan, *supra* note 867, at 172.

⁸⁹⁴ これらの目的は WTO 協定全体の目的と整合的であるとされる。参照、DSU 5 条 3 項。See, CORREA, *supra* note 215, at 92.

⁸⁹⁵ UNCTAD/ICTSD, *supra* note 59, at 126.

⁸⁹⁶ Ruse-Khan, *supra* note 867, at 175.

ている⁸⁹⁷。

なお、TRIPs 協定 7 条の目的規定の内容は技術関連の知的財産権に焦点をあてているようにも読めるが、「社会的及び経済的福祉の向上」および「権利と義務との間の均衡」を図ることは WTO 制度全体に通底する目的であるため、7 条の適用は、特許権等の技術関連の知的財産だけではなく、全ての知的財産に及ぶことになると指摘されている⁸⁹⁸。したがって、著作権に関する協定 13 条の 3 step test の下で許容される権利制限の範囲を解釈する際にも、協定 7 条は重要な役割を果たすことになる⁸⁹⁹。

以上のように、協定 7 条は全ての規定に適用される目的として、加盟国の立法者に対し、協定の実施に際して、7 条に掲げられている目的および利益の均衡を適切に図ることを要請している。そのため、TRIPs 協定の権利制限に関する規定を解釈する際に、加盟国の立法者には、協定に適合する限りにおいて、国内の社会経済状況に適した手法で協定を実施するための柔軟性または政策上の余地が認められていることに注意を払わなければならない⁹⁰⁰。

次に、協定 8 条 1 項は、協定の原則について次のように規定する。

「加盟国は、国内法令の制定又は改正に当たり、公衆の健康及び栄養を保護し並びに社会経済的及び技術的發展に極めて重要な分野における公共の利益を促進するために必要な措置を、これらの措置がこの協定に適合する限りにおいて、とることができる。」

8 条 1 項では、加盟国が「公衆の健康及び栄養を保護し」または「社会経済的及び技術的發展に極めて重要な分野における公共の利益を促進するために」、権利制限規定等の形式で国内法の立法または改正を行う裁量が認められている⁹⁰¹。同項が対象とする措置の範囲は広く、公衆衛生や栄養の分野のみならず、社会経済的および技術的發展に極めて重要な分野における公衆の利益を促進する措置が対象とされている。したがって、同項

⁸⁹⁷ GERVAIS, *supra* note 745, at 230.

⁸⁹⁸ CORREA, *supra* note 215, at 92.

⁸⁹⁹ *Id.*

⁹⁰⁰ Ruse-Khan, *supra* note 867, at 174.

⁹⁰¹ UNCTAD/ICTSD, *supra* note 59, at 126.

で認められる国内措置の範囲および対象の決定について、加盟国には広範な裁量が認められていると指摘されている⁹⁰²。

しかし、8条1項に基づいて加盟国に認められる政策的余地の範囲は、2つの要件により限定されている。第1に、国内措置が当該政策目的を達成するために「必要な」ものでなければならず、第2に、当該措置がTRIPs協定に適合するものでなければならない。

第1の「必要性」要件に関して⁹⁰³、学説の中には、必要性要件を充足するためには、当該政策目的を達成するために同等の効果を有する措置の中で、知的財産の保護を制限する程度がより小さい措置が選択されなければならないとする見解がある⁹⁰⁴。もっとも、この見解においても、国内措置の対象となる政策目的の決定に関して加盟国に広い裁量が認められているため、必要性要件についても必然的に広い裁量が認められることになる⁹⁰⁵。

これに対して、第2の要件である協定適合性要件は、8条1項の下で加盟国に許容される国内措置の範囲を大幅に制限する可能性があるとされている。

Gervaisは、適合性要件が存在することに鑑みると、8条1項は、協定30条、31条、40条に基づいて行われる措置の根拠を説明する政策的言明にすぎず、協定の各規定において予見されていない例外を新たに正当化することは困難であると指摘する⁹⁰⁶。

⁹⁰² *Id.*

⁹⁰³ 学説の中には、必要性要件が課されるのは「公衆の健康及び栄養」の分野に限られ、「社会経済的及び技術的發展に極めて重要な分野」に関する措置には同要件が問題とならないと指摘するものがある (JUSTIN MALBON ET AL., *THE WTO AGREEMENT ON TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: A COMMENTARY* 235 (2014))。

⁹⁰⁴ Henning Grosse Ruse-Khan, *Assessing the Need for a General Public Interest Exception in the TRIPS Agreement*, in *INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN A FAIR WORLD TRADE SYSTEM: PROPOSALS FOR REFORM OF TRIPS* 167, 173 (Annette Kur ed., 2011).

⁹⁰⁵ *Id.*

⁹⁰⁶ GERVAIS, *supra* note 745, at 239 (パネルおよび上級委員会は、8条1項に基づいて行われる国内措置が対象とする公衆の利益または政策分野の決定に関しては加盟

これに対して、学説の中には、8条1項の対象となる政策目的を達成するために加盟国が行った国内措置は、協定に整合的であると推定されるため、当該国の協定違反を申し立てる他の加盟国は、被申立国が8条1項において認められている裁量を濫用したことの証明責任を負うことになる⁹⁰⁷と主張するものがある。この見解によれば、被申立国が行った国内措置が3 step testに整合的であることの証明責任が申立国の側に転換されることになる。もっとも、これまでのTRIPs関連紛争ににおいて、申立国により、被申立国の国際措置が協定の実体規定に違反していることの一応の証明がなされた後は、被申立国が3 step testとの整合性を証明しなければならぬとの立場が一貫して採られており、上記の見解が採用される見込みは高くはないであろう⁹⁰⁸。

Ruse-Khanは、適合性要件が存在する以上、8条1項が個別の実体規定をオーバーライドすることは認められず、TRIPs協定に基づいて公衆の利益を促進するための措置を行うためには、各知的財産権に対する例外または制限規定において許容される範囲に限定される必要があると指摘する⁹⁰⁹。その上で、8条1項に示された原則は、条約の解釈に関する一般規則、特に個々の規定の文言の通常の意味が許容する範囲内で協定の解釈および実施における指針となるため、3 step testのように抽象的な文言が用いら

国に裁量を広く認めるが、協定との整合性の有無、および、当該政策目的を達成するために同等の効果を有する措置の中でより制限的ではない措置が採用されたかを審査することになると指摘する)。

⁹⁰⁷ UNCTAD/ICTSD, *supra* note 59, at 127. 3 step testの解釈における立証責任に関して、Matthew Kennedyは、TRIPs協定の制限または例外に関する規定は、GATTの例外規定と異なり、保護範囲を画定する役割を有しているため、協定違反が問われている国内措置が3 step testに整合的でないことの当初の立証責任は申立国が負うべきであり、3 step test違反の証明が不十分である場合には、被申立国に有利な判断がなされるべきであると主張する (Matthew Kennedy, *The “Three-Step Test” and the Burden of Proof in Disputes Under the TRIPS Agreement*, 45 IIC 161 (2014))。なお、従来のWTO紛争解決手続における証明責任の分配に関しては、高島忠義「WTOにおける立証責任の分配」国際法外交雑誌105巻1号99頁(2006年)。

⁹⁰⁸ Ruse-Khan, *supra* note 904, at 175. *See, Canada – Pharmaceutical Patents*, ¶7.16.

⁹⁰⁹ Ruse-Khan, *supra* note 904, at 180.

れる規定で、複数の解釈を導き出すことが可能な場合、7条が規定する協定の目的とともに、8条1項に明示される公衆の利益が促進されるように、規定の解釈がなされなければならないと指摘する⁹¹⁰。

以上のように、協定7条の目的規定および同8条1項の原則規定は、3 step test の解釈において、公衆の利益を促進するための指針を与えることになる。特に、3 step test の抽象的な要件について複数の解釈が存在している場合には、公衆の利益の促進が図られるように、協定違反を問われている加盟国の政策的裁量が尊重されるべきである。

ところで、TRIPs 協定7条および8条の重要性は、2001年のドーハ・ラウンドで採択された2つの宣言によって高められたと考えることができる⁹¹¹。同ラウンドにおいて議論の焦点になったのは、医薬品のアクセス問題である。医薬品の製造および開発を行うのに十分な能力を有していない開発途上国にとって、TRIPs 協定31条で認められている強制実施権を十分に活用できていないことが問題視されていた⁹¹²。このような開発途上国の主張を受けて、WTO加盟国は、2002年のドーハ閣僚会議において「TRIPs 協定と公衆衛生に関する宣言（公衆衛生宣言）」⁹¹³を採択した⁹¹⁴。同宣言

⁹¹⁰ *Id.*

⁹¹¹ ドーハ閣僚会議のプロセスおよび結果を論ずるものとして、GERVAIS, *supra* note 745, at 50-147; Frederick M. Abbott, *The Doha Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health: Lighting a Dark Corner at the WTO*, 5 JIEL 469 (2002)。邦語文献では、山根・前掲注(248)120頁、山口・前掲注(248)83-91頁、加藤暎子「医薬品アクセス問題に見る国際経済法と国際人権法の交錯」法時82巻3号38頁(2010年)、同「医薬品アクセスの問題と公共の利益のための強制実施権」日本工業所有権法学会年報32号1頁(2008年)、同「TRIPs 協定における医薬品特許の保護と公衆衛生の保護の均衡点」国際法外交雑誌107巻1号83頁(2008年)、末吉洋文「ドーハ宣言後の医薬品特許問題の展開」松岡博編『国際知的財産法の潮流』(帝塚山大学出版会・2009年)、Yu・前掲注(269)9頁。

⁹¹² TRIPs 協定31条(f)項において、強制実施権が認められるのは「主として当該他の使用を許諾する加盟国の国内市場への供給のため」に限られるという限定が付されていたため、医薬品の製造能力を有する他の国が開発途上国にとって必要な医薬品を輸出するということが実効的に妨げられていた。

⁹¹³ WTO, *Doha Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health* (WT/MIN(01)/DEC/2), 20 November 2001。なお、翻訳は、外務省作成の宣言案に関する仮訳を参照

パラグラフ 6 は、「製薬分野の生産能力が不十分または無いWTO加盟国が、TRIPS 協定の下で強制実施権を効果的に使用するに際し困難に直面しうることを認め」、「TRIPS 理事会に対し、本問題に対する迅速な解決を見出し、2002年末までに一般理事会に報告を行うことを指示」している⁹¹⁵。

3 step test の解釈との関係で重要な点は、TRIPS 協定の規定を解釈する際に、協定 7 条および 8 条が規定する TRIPS 協定の目的および原則を考慮に入れることの重要性が、ドーハ・アジェンダの枠組みにおいて取り上げられたことである。TRIPS 協定の目的および原則の重要性は、公衆衛生宣言および閣僚宣言⁹¹⁶において明示的に言及された。このうち、協定の解釈に関係する公衆衛生宣言は、次のように規定する。

「4. 我々は、TRIPS 協定は、加盟国が公衆の健康を保護するための措置を取ることを妨げないし、妨げるべきでないことに合意する。従って、我々は、TRIPS 協定に対する我々のコミットメントを繰り返し強調するとともに、公衆の健康を保護し、とりわけすべての人々に対して医薬品

した。

⁹¹⁴ ドーハ閣僚会では、公衆衛生に関するドーハ宣言に加えて、「ドーハ閣僚宣言」(WTO, Ministerial Declaration (WT/MIN(01)/DEC/1) 20 November 2001, ¶19) および実施問題に関する決定が採択された。「閣僚宣言」は、新たな多国間貿易交渉のプロセスである「ドーハ開発アジェンダ」の立ち上げを宣言したものである。閣僚宣言には、TRIPS 協定に関する 3 つのパラグラフが含まれている。その中でも、パラグラフ 19 は、TRIPS 理事会に対して、TRIPS 協定および知的財産に関する鍵となる問題領域の交渉を進めることを求めている。同パラグラフでは検討課題として、TRIPS 協定 27 条 3 項 (b) の検討、協定 71 条 1 項に基づく同協定の実施状況の審査、および閣僚宣言パラグラフ 12 に基づく予見された作業等があげられている。

⁹¹⁵ 公衆衛生宣言が採択された後、WTO 加盟国は、TRIPS 協定に新たに 31 条の 2 を追加することを目的とした議定書を受け入れた。新 31 条の 2 は、協定 31 条 (f) の制限を緩和し、医薬品の製造を行うのに十分な能力を有していない加盟国が、強制実施権に基づいて特許権の存する医薬品を輸入することを認めるものである。同規定は、加盟国の 3 分の 2 の署名がなされた場合に発効することになっている。

⁹¹⁶ 閣僚宣言パラグラフ 19 第 2 文は、同パラグラフに掲げられている事項について検討作業を行う際に留意すべき点について、次のように規定する。「本作業の遂行にあたり TRIPS 理事会は、TRIPS 協定第 7 条及び第 8 条に規定される目的及び原則に従うとともに、開発の側面を十分に考慮する」。

へのアクセスを促進するという WTO加盟国の権利を支持するような方法で、協定が解釈され実施され得るし、されるべきであることを確認する。

これに関連して、我々は、この目的のために柔軟性を提供する TRIPs 協定の規定を WTO加盟国が最大限に用いる権利を再確認する。

5. 従って、上記第 4 項にかんがみて、我々は、TRIPs 協定における我々のコミットメントを維持しつつ、これらの柔軟性に以下が含まれることを認める。

(a) 解釈に関する国際法上の慣習的規則を運用する際に、TRIPs 協定の各規定は、特に右協定の目的と原則に表現されたような協定の目的に照らして解される。」(下線筆者)

では、ドーハ公衆衛生宣言パラグラフ 5 (a)は、TRIPs 協定の解釈にどのような影響を与えるのだろうか。この点について検討を要するのは、第 1 に、両宣言により TRIPs 協定 7 条および 8 条の法的地位が高められたのかという形式的問題、第 2 に、3 step test の解釈において TRIPs 協定 7 条および 8 条が果たす役割にいかなる影響を与えるのかという実質的問題である。

第 1 に、両宣言の法的効果について検討する⁹¹⁷。まず、両宣言が事実の表明を行ったにすぎないと捉える見解によれば、TRIPs 協定 7 条および 8 条の法的位置付けは変更されていないということになる⁹¹⁸。その理由として、条約の解釈を行う際に「趣旨及び目的」を考慮することは、条約解釈に関する一般規則を定めるウィーン条約法条約の 31 条 1 項で規定されている通りであり、両宣言はこれを確認したものにすぎないということが指摘されている⁹¹⁹。

これに対して、両宣言によって、TRIPs 協定 7 条および 8 条の法的位置

⁹¹⁷ ドーハ両宣言の法的位置付けについては、論者の間でも必ずしも見解の一致を見ていない。この点については、Steve Charnovitz, *The Legal Status of the Doha Declarations*, 5 JIEL 207, 211 (2002); Abbott, *supra* note 911, at 492; UNCTAD/ICTSD, *supra* note 59, at 131; Shanker, *supra* note 875, at 725.

⁹¹⁸ GERVAIS, *supra* note 745, at 234.

⁹¹⁹ *Id.*

付けが高められたと捉える見解も存在する⁹²⁰。この見解によれば、国際法上の慣習的規則を運用するパラグラフ 5 (a)が、目的および原則を参照することに明示的に言及しているため、同宣言は、TRIPs協定の解釈において、前文との関係で目的および原則に関する規定（7条および8条）の重要性を高める効果を有しており、前文に規定されている権利者の利益を優先する立場が一定程度修正されることになると指摘されている⁹²¹。

以上のように、ドーハ公衆衛生宣言において、TRIPs協定7条および8条の法的な位置付けが変更されたか否かについて学説は一致していないが、少なくとも、パネルおよび上級委員会がTRIPs協定の解釈を行う際に、協定7条および8条の重要性が高められたということについては見解が一致していると言えよう⁹²²。すなわち、公衆衛生に関する宣言パラグラフ4およびパラグラフ5(a)は、ウィーン条約法条約31条3項(a)の条約の解釈に関して「当事国の間で後にされた合意」として、TRIPs協定の解釈において必ず考慮されなければならなくなったため、TRIPs協定における広範かつ柔軟性のある用語の解釈が問題となる際には、同協定の目的および原則に関する規定（協定7条および8条1項）が重要な要素として考慮されることになる⁹²³。

⁹²⁰ UNCTAD/ICTSD, *supra* note 59, at 131 によれば、ドーハ宣言パラグラフ4は、閣僚会議のコンセンサスによって採択されたという点で、WTO協定9条1項における加盟国の「決定」として位置付けられるとされている。「決定」は、WTO協定9条2項のTRIPs理事会の勧告に基づく「解釈」に該当しないが、協定の意味を明らかにするという点で同様の機能を有するとされている (*Id.*)。

⁹²¹ *Id.*

⁹²² GERVAIS, *supra* note 745, at 234. 山根裕子「ウィーン条約法条約とTRIPs協定の解釈」松井ほか編・前掲注(187)47・69頁は、ドーハ宣言の法的性格は不明確であっても、同宣言が、医薬品特許に関する将来の紛争においてパネルおよび上級委員会の判断に何らかの影響を及ぼすことは確かであると指摘する。

⁹²³ Ruth-Khan, *supra* note 867, at 181-86. *See also*, VAN DAMME, *supra* note 855, at 346-50. なお、TRIPs協定以外の分野であるが、米国クローブ入り煙草規制事件の上級委員会は、ドーハ閣僚会議の決定が「後にされた合意」に該当すると判断している (Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R (24 Apr. 2012), ¶268)。

第 2 に、3 step test の解釈に対する影響について、いかに考えるべきか。著作権の分野においても同様に、協定 7 条および 8 条が協定における各規定を解釈する際の基礎としての役割を果たす可能性がある⁹²⁴。Ricketson & Ginsburg は、協定 7 条および 8 条の目的および原則を考慮に入れた場合、3 step test は、権利者の利益と公衆の利益（例えば、教育や開発）のバランスが適切に図られるように解釈されなければならないと指摘する⁹²⁵。したがって、ベルヌ条約 9 条 2 項の解釈とは異なり、TRIPs 協定 13 条の解釈において、マキシマリストの考え方を採用することはできないと指摘する。

Dinwoodie & Dreyfuss は、ドーハ宣言の成立後は、TRIPs 協定の目的および原則規定に規定された内容が、米国著作権法 110 条 5 項パネルおよびカナダ医薬品特許パネルでは採用されなかった 3 step test の規範的な解釈を支持するために大きな役割を果たすことになる旨を指摘している⁹²⁶。その上で、目的および原則規定を協定の解釈に反映させた場合、協定の各規定の構造的な関係、および、協定違反が問われている国内措置の政策目的が考慮されることになる旨を指摘している⁹²⁷。

さらに、前述したマックスプランク研究所宣言においても、TRIPs 協定 7 条に基づき、権利者の利益と公衆の利益の均衡を図るように 3 step test が解釈されるべきであると指摘されている⁹²⁸。

⁹²⁴ Ruth L. Okediji, *Toward an International Fair Use Doctrine*, 39 COLUM. J. TRANS-NAT'L L. 75, 167-68 (2000). また、Burrell & Weatherall は、ドーハ宣言が、TRIPs 協定の著作権に関する実体規定を解釈する際に、知的財産保護の社会厚生および公共利益の側面を強調する TRIPs 協定 7 条および 8 条が妥当するということを明らかにしたものであると指摘する (Burrell & Weatherall, *supra* note 345, at 217-18)。

⁹²⁵ RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 853.

⁹²⁶ 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, 1217 (2009). また、同論文は、TRIPs 協定 1 条も、加盟国に対して「国内の法制及び法律上の慣行の範囲内でこの協定を実施するための適当な方法を決定することを」認めているという点で、アンカリングの役割を果たす可能性があることを指摘する。

⁹²⁷ *Id.*

⁹²⁸ MPI Declaration, *supra* note 542.

(3) WIPO 著作権条約との関係

1995年にTRIPs協定が成立した後に生じた著作権法の分野における主要な発展として、1996年のWCTおよびWPPTの成立をあげることができる。「IV. 4. (4)」で検討したように、3 step testを規定するWCT 10条および合意声明は、デジタル環境における3 step testの適用に柔軟性を取り入れるための手がかりを与えるものである。そこで、TRIPs協定13条の3 step testの解釈に対して、非WTO法であるWCT 10条および合意声明がいかなる影響を及ぼすかを検討する必要がある⁹²⁹。

米国著作権法110条5項事件において、被申立国である米国は、TRIPs協定における小留保の原則の法的位置付けに関する解釈を支持するものとして、デジタル環境における著作権保護のあり方を規律するWIPO著作権条約および同条約の合意声明が、TRIPs協定13条の3 step testの解釈に関連付けられるべきであると主張した⁹³⁰。この米国の主張について、パネルは、WCTがウィーン条約法条約31条3項(a)の「当事国の間で後にされた合意」および同項(b)の「後に生じた慣行」のいずれにも該当しないとしながらも、TRIPs協定とベルヌ条約の抵触を避けるための補助的な解釈指針としてWCTを参照している⁹³¹。同パネルによれば、WCTは127カ国が出席した外交会議において全会一致で合意されており、かつ、同会議に参加した国家の多くがTRIPs協定の加盟国であることに鑑みると、TRIPs協定の解釈を行う際にWCTに「文脈上の手がかり」を求めることは適切であるとされている⁹³²。

もっとも、同事件では上級委員会への上訴がなされていないため、今後、上級委員会が著作権パネルと同様のアプローチを採用するかどうかは不

⁹²⁹ WCT 10条に付された合意声明は視聽覚的実演に関する北京条約13条においても準用されている。

⁹³⁰ *U.S. – Section 110(5) of the US Copyright Act*, ¶6.69. これに対して、申立国であるECは、当該紛争の時点でWCTが未発効の状態にあるとの反論を行った。

⁹³¹ *Id.* ¶6.70.

⁹³² *Id.*

明確である⁹³³。

学説の中には、TRIPs協定の解釈にWCT等のWIPOにおける発展を反映させることには慎重な見解も存在している。ウィーン条約法条約31条は、条約の解釈を行う際に、他の条約または国際法の規則を用いることを認めているが、それは無限定に行えるわけではなく、当事国の全てが特定の事項について合意をし、また、それらの間に解釈に関する関係性がある旨を受け入れていることが必要である。WTOの加盟国が全て、WIPOが所管する条約の加盟国となっていないことに鑑みると、ウィーン条約法条約の規定を厳格に適用した場合には、TRIPs協定の成立後に生じたWIPOにおける発展は、TRIPs協定の解釈に影響を与えないということになるかもしれない⁹³⁴。

Senftlebenは、WCTの締約国とWTO加盟国が完全に一致していないことを理由に、WCT 10条に関する合意声明を、TRIPs協定の締約国間で「後にされた合意」として位置付けることは不可能であると指摘する⁹³⁵。もっとも、WTO加盟国の大部分がWCTおよび合意声明の締約国になっていることから、TRIPs協定13条を解釈する際の補助的手段として活用することは正当化されると述べている。

また、Frankelは、パネルのアプローチを疑問視している⁹³⁶。その理由として、第1に、ウィーン条約31条2項の「文脈」は、「当事国が条約の関連文書として認めたもの」である必要があるが、TRIPs協定に関して、WCTがこの文言に含まれるものとされておらず、第2に、当該紛争の時点で、ECおよび米国のいずれもWCTを批准しておらず、また、同条約自体も未発効の状態であったことがあげられる。Frankelによれば、これらの事情から、WCTは、ウィーン条約31項3項(a)の「後にされた合意」または同項

⁹³³ 米国オムニバス法211条事件において、上級委員会報告は、パリ条約の起草過程および後の発展等についてWIPO事務局が提供した情報を検討している。AB Report, *U.S. – Havana Club*, ¶190.

⁹³⁴ See, Alexander Peukert, *A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment*, 28 HASTING COMM. & ENT. L.J. 1 (2005).

⁹³⁵ SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 106.

⁹³⁶ Frankel, *supra* note 320, at 413.

(c)の「当事国の間の関係において適用される国際法の関連規則」のいずれにも該当しないとされている。もっとも、今後生じる紛争において、紛争当事国がWCTの締約国となっているのであれば、WCTの規定をTRIPs協定の解釈において斟酌することは可能であるとしている⁹³⁷。

近時の学説の多くは、WIPOにおける発展をTRIPs協定の解釈に反映させることについて積極的な態度を示している⁹³⁸。Netanelは、WCTおよび合意声明が直接的または間接的にTRIPs協定の著作権関連規定の解釈に影響を与えることを指摘している⁹³⁹。まず、WCTおよび合意声明はベルヌ条約にとっての「後にされた合意」(ウィーン条約法条約31条3項(a))としてベルヌ条約の解釈に反映されるため、TRIPs協定に組み入れられたベルヌ条約の規定の解釈に間接的に影響を有することになる。WCTおよび合意声明はTRIPs協定が署名のために解放された後に採択された条約であるが、これらはTRIPs協定が成立してから間もない時期に成立したものであり⁹⁴⁰、ベルヌ条約上の義務に関する加盟国の認識が短期間の間に大きく変更したとは考えにくいことを理由に、両条約の成立時期の前後関係は問題とならないと指摘されている⁹⁴¹。

次に、Netanelによれば、WCTの合意声明は、TRIPs協定に関して「後にされた合意」として同協定の解釈に直接的に取り入れられるとされている⁹⁴²。その根拠としては、合意声明における多くの規定で、WCTとTRIPs協定の義務が整合的であることが強調されており、また、WCT 10条およびTRIPs協定13条に規定される3 step testのように、文言が類似する条約規定の解

⁹³⁷ *Id.*

⁹³⁸ Dinwoodie & Dreyfuss, *supra* note 926, at 1214. また、福永・前掲注(863)149頁は、WIPO著作権条約およびWIPO実演等条約は、いずれも相当数の締約国を得ているため、条約法条約31条3項(c)に基づき、TRIPs協定の「文脈」として適用される余地があると指摘する。

⁹³⁹ Netanel, *supra* note 500, at 470-75.

⁹⁴⁰ TRIPs協定は1994年4月15日に成立し、WCTおよび合意声明は1996年12月20日に成立した。両者の間隔は約2年8ヶ月にすぎない。

⁹⁴¹ Netanel, *supra* note 500, at 471.

⁹⁴² *Id.* at 472-74.

釈を明らかにすることを意図していることがあげられる⁹⁴³。さらに、合意声明が「後にされた合意」に該当するか否かにかかわらず、WCTおよび合意声明は、WTO加盟国のTRIPs協定の解釈に関する国家実行の証明として、同協定の解釈に反映される可能性があるとして指摘されている⁹⁴⁴。

Dinwoodie & Dreyfussは、TRIPs協定とWIPO所管条約の間に密接な関係性が存在することは全てのWTO加盟国にとって自明であるため、WIPOにおける発展をTRIPs協定の解釈に統合することは正当化されると指摘する⁹⁴⁵。その理由として、TRIPs協定はベルヌ条約等のWIPOが所管する条約の上に成立しており、また、WTOとWIPOの間に協定が存在することをあげている⁹⁴⁶。WIPO加盟国とWTO加盟国は完全に一致しているわけではないが、大多数の国は両条約に加入しており、WIPO加盟国の中でWTOに加入していない少数の国家は、地政学的な理由からWTOに加入していない場合が多いとする。

また、Dinwoodie & Dreyfussは、WTOパネルおよび上級委員会が、WIPO等の他のフォーラムにおける国際規範の発展を考慮する動的な解釈手法を肯定的に評価している⁹⁴⁷。すなわち、知的財産権に対する規律の望ましいあり方は、社会経済環境とともに変容し続けるものであるとした上で、TRIPs協定は著作物がデジタル環境において創作または利用されるようになる以前の状況を前提として創設されたものであり、交渉時に前提とされた著作物を巡る環境が今日において既に妥当しなくなっている可能性があるとする。そして、技術の発展および社会経済環境の変化に対応することに長ける機関が、WTOではなくWIPOであることを前提とするならば、WIPOにおける発展をTRIPs協定の解釈に反映させることは望ましい傾向であると指摘する⁹⁴⁸。

⁹⁴³ *Id.*

⁹⁴⁴ *Id.*

⁹⁴⁵ DINWOODIE & DREYFUSS, *supra* note 714, at 162.

⁹⁴⁶ Agreement Between the World Intellectual Property Organization and the World Trade Organization, Dec. 22, 1995, 35 I.L.M. 754 (1996).

⁹⁴⁷ Dinwoodie & Dreyfuss, *supra* note 926, at 1213; Dinwoodie, *supra* note 139, at 772.

⁹⁴⁸ *Id.* See also, Veronika Hrbata, *No International Organization is an Island... the WTO's*

Okediji は、WTO パネルにおいて TRIPs 協定の解釈が争われた場合に、ウィーン条約法条約31条3項(a)または(c)の解釈規定に従い、TRIPs 協定の成立後に生じた条約も考慮に入れられるべきであると指摘する⁹⁴⁹。具体的には、WIPO において成立した条約だけでなく、知的財産権の規律に関係性を有する他の国際組織において形成された条約またはソフトローも、WTO パネルによる協定の解釈に影響を与えることになる。とりわけ、WCT 10条の合意声明は、著作権の制限の意義を明示的に認め、加盟国に対して、権利者の利益とユーザーの利益の適切なバランスを図るために国内法において権利制限を新たに追加する政策上の裁量を認めている。合意声明は、これまで権利の制限を最小限の範囲でしか認めてこなかった WIPO の歴史における転換点を示すものであり、これらの政策転換を TRIPs 協定の解釈に取り入れることは国際的な規範の発展にとって重要な意義を有すると指摘する⁹⁵⁰。

以上のように、TRIPs 協定13条の解釈においては、WCT 10条および合意声明が考慮に入れられるべきであり、その場合、デジタル環境における権利制限を拡張し、権利者の利益とユーザーの利益のバランスが図られるように 3 step test が解釈されることになる。

(4) スタンダード型条約規定の解釈において加盟国に認められるべき裁量の範囲

一般に、条約には、文言の明確性または具体性の程度等について、様々な性質を有する規定が存在する。抽象的な文言で規定されており、明確性の程度が低い条約規定は、スタンダード型規定と呼ばれることがある⁹⁵¹。

TRIPs 協定において、スタンダード型規定として分類される規定は複数

Relationship with the WIPO: A Model for the Governance of Trade Linkage Areas?, 44 J. WORLD TRADE I (2010).

⁹⁴⁹ Ruth L. Okediji, *WIPO-WTO Relations and the Future of Global Intellectual Property Norms*, 39 NETH. Y.B. INT'L L. 69, 113-14 (2008).

⁹⁵⁰ *Id.*

⁹⁵¹ ルールとスタンダード論については、注(684)に掲げた文献を参照。

存在するが、権利制限に関する規定がこれに該当する。例えば、著作権に関する 3 step test を規定する協定13条は、「特別」、「通常」、「不当」、「正当」といった抽象的な文言が用いられており、スタンダード型規定として位置付けることが可能である。では、このようなスタンダード型規定は、いかに解釈されるべきか。具体的には、文言の解釈に幅が存在する場合に、加盟国の裁量ほどの程度認められるべきであろうか。

パネルが申立てを検討する方法は、「検討基準 (standard of review)」と呼ばれている⁹⁵²。DSU 11条は、パネルの任務として、「自己に付託された問題の客観的な評価」を行うことを規定しているが、具体的な基準は明らかではない。対象協定の中には、ダンピング防止協定のように条約中に検討基準に関する規定 (同17条) が置かれる例もあるが、TRIPs 協定にはそのような規定は存在しない。

3 step test の解釈を行ったパネルは、具体的な検討基準を明示していないが、加盟国の国内法の政策目的を考慮することを否定し、加盟国に対する裁量を厳しく制限している点で、*de novo* (新規) の検討基準を採用したと評価されることがある⁹⁵³。しかし、TRIPs 協定の各規定は、加盟国の権限を認めるかについて異なっているのであるから、一律に厳格な検討基準を採用することは妥当ではなく、各規定の性質に応じて検討基準を調整すべきである⁹⁵⁴。その際には、TRIPs 協定と他の対象協定の相違点も考慮に入れられるべきであろう。以下で検討するように、TRIPs 協定の規定の中でも、権利制限に関するスタンダード型規定は、特に加盟国の裁量を広く認めるように解釈するべきである⁹⁵⁵。

第 1 に、スタンダード型規定は、条約規定の文言に、加盟国に対して裁量の余地を広く認めるという条約当事国の意思が示されているのである

⁹⁵² Matthias Oesch, *Standards of Review in WTO Dispute Resolution*, 6 JIEL 635 (2003). 邦語文献では、福永有夏「事実審としての WTO パネルの機能一立証責任・検討基準に関する法理の発展とその意義」前掲注(811)163頁。

⁹⁵³ Land, *supra* note 861, at 463.

⁹⁵⁴ Laurence R. Helfer, *Adjudicating Copyright Claims Under the TRIPs Agreement: The Case for a European Human Rights Analogy*, 39 HARV. INT'L L.J. 357, 412 (1998).

⁹⁵⁵ Land, *supra* note 861, at 465.

から、裁量の余地を広く認めるべきである⁹⁵⁶。Shanyによれば、「必要性」、「比例性」、「合理的」等の文言を有する本来的に不確実性を有するスタンダード型条約規定を解釈する際には、「評価の余地理論（Margin of Appreciation Doctrine）」が適用されるべきであると指摘する⁹⁵⁷。評価の余地理論とは、欧州人権裁判所を中心に発展した法理であり、国際裁判所が加盟国の当局（政府、裁判所等）の意思決定を審査するための手法である⁹⁵⁸。具体的には、第1に、国際規範を適用する際に、国際裁判所は、加盟国の意思決定を一定程度尊重し、国家が国際法上の義務を履行する際の裁量を認めることを意味している（敬讓型司法審査）。第2に、国際規範の解釈において、評価の余地理論が適用される国際規範はopen-endedな性質を有しており、ゆえに、国家の裁量を広く認める規定であると解釈すべきであるとされている⁹⁵⁹。スタンダード型規定の解釈に評価の余地が認められる根拠の1つには、法の適用において、統一性よりも多元性または多様性を重視し、非中央集権的な国家の意思決定に権限が委譲されることが、起草者によって意図されている点が指摘されている⁹⁶⁰。

もちろん、評価の余地理論が採用される場合でも、国家の裁量が無制限に認められるわけではない。国内法に対する過度の尊重は、紛争解決解が規定する、「対象協定に基づく加盟国の権利及び義務を維持し」（DSU 3条2項）、「付託された問題の客観的な評価」を行う（DSU 11条）という要請に反することになる⁹⁶¹。したがって、国家は条約上認められている裁量

⁹⁵⁶ *Id.*

⁹⁵⁷ Yuval Shany, *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?*, 16 EJIL 907 (2005). Shanyによれば、スタンダード規範は、GATT 20条のような例外規定に見られることが多いとされる。また、スタンダード型規範以外にも、評価の余地理論の適用に親和的な国際規範の種類として、裁量的規範および結果指向規範をあげる（*Id.*）。

⁹⁵⁸ Shany, *supra* note 957, at 909. 欧州人権裁判所における評価の余地理論の発展については、西片聡哉「欧州人権条約 derogation 条項と『評価の余地』—人権裁判所の統制を中心に—」神戸法学雑誌50巻2号149頁（2000年）。

⁹⁵⁹ Shany, *supra* note 957, at 910.

⁹⁶⁰ *Id.*

⁹⁶¹ Helfer, *supra* note 954, at 411.

を誠実に行使しなければならず、また、WTO パネルおよび上級委員会は、国家の政策決定が合理的であるかを判断する最終的な権限を有している⁹⁶²。

スタンダード型規定である 3 step test に関しては、「特別」、「通常」、「不当」、「正当」という文言に、加盟国に対して裁量の余地を広く認めるといふ条約当事国の意思が示されているのであるから、これらの抽象的な文言の解釈にあたっては、加盟国の立法者および裁判官の裁量を広く認めるべきである⁹⁶³。

Helfer は、権利制限規定の導入について加盟国の立法者に広い裁量を認める解釈手法は、3 step test の文言、協定の趣旨および目的に整合的であるとした上で、国内法または司法行政機関の判断の 3 step test 違反とされるのは例外的なケースに限定されるべきであると主張する⁹⁶⁴。その理由として、TRIPs 協定13条の元となったベルヌ条約 9 条 2 項を起草した当事国の意思是、広範な権利制限を許容しており、複製が極めて大量になされる場合に限り 3 step test 違反とするものであったことを指摘する⁹⁶⁵。Helfer によれば、ベルヌ条約や TRIPs 協定は、一部の例外を除き、保護の上限を定める規定を有していないが、著作権の保護を一方的に拡張することが社会的厚生観点から望ましいことを意味しているのではなく、創作のインセンティブの提供と既存の著作物へのアクセスを認めることのバランスを図るために一定の場合に権利を制限することは必要不可欠であるという前提の下で、調整を行う役割を一義的に加盟国の立法者に委ねていると考えるべきであるとされる⁹⁶⁶。パネルおよび上級委員会が、公衆の利益のために著作権に対する制限を導入する立法者の権限を過度に制限すると、著

⁹⁶² Shany, *supra* note 957, at 910.

⁹⁶³ Land, *supra* note 861, at 465.

⁹⁶⁴ Helfer によれば、加盟国は、権利者の排他権と公衆の利益または権利の調整を図ることについて広い裁量を認められるべきであるから、権利制限に関する国内措置の協定整合性が問題となった場合には、パネルおよび上級委員会は、欧州人権裁判所において採用されている補完性の原則に基づき、条約の解釈者が、加盟国の立法者の義務を引き受け、競合する利益のバランスを図る役割を果たすことは認められない旨を明らかにすべきであると指摘されている (Helfer, *supra* note 954, at 432)。

⁹⁶⁵ Helfer, *supra* note 954, at 436. 本稿「IV. 1.」(本誌27号145頁以下)の記述も参照。

⁹⁶⁶ *Id.* at 432.

作権法の本来の機能が十分に働かない状況を作り出してしまうと指摘する⁹⁶⁷。

また、既に検討したように、TRIPs 協定13条の解釈について、加盟国の裁量を一定程度保障すべきであるという条約当事国の意思は、協定7条および8条、ならびに、これらの規定の重要性を確認したドーハ公衆衛生宣言から確認することができる。したがって、TRIPs 協定13条の3 step testについても同様に、加盟国の立法者が権利制限規定を導入することが認められる外延を広く認めるものとして解釈されるべきである。

加えて、スタンダード型規定に関して、加盟国の政策判断を尊重するという解釈手法は、国際法の一般原則として、パネルおよび上級委員会の先例によって適用されてきた「疑わしきときは主権国家に有利に (*in dubio mitius*)」の原則からも導くことができる⁹⁶⁸。この原則は、ある条約の規定の解釈について採りうる解釈アプローチが複数存在するときには、国家の主権を制限する程度が低い解釈が採用されなければならないというものである⁹⁶⁹。とりわけ、米国著作権法事件やカナダ医薬品特許事件で解釈が争われた3 step testは、TRIPs 協定をはじめとする国際条約によって高められた知的財産権の保護水準が公衆の利益に対して与える影響のバランスを図るという機能を有しているため、慎重に解釈されるべき規定であったと指摘されている⁹⁷⁰。したがって、権利の制限および例外に関する条約規定の解釈において、加盟国の自律性を制限する方向に解釈することは、これらの規定の性質を無視したものであり、結果的に、TRIPs 協定の枠組みの安定性を失わせることにつながりかねないとの批判がなされている⁹⁷¹。

⁹⁶⁷ *Id.*

⁹⁶⁸ Howse, *supra* note 843, at 496.

⁹⁶⁹ Appellate Body Report, *EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R (16 Jan. 1998), ¶165 n.154. 同原則については、平覚「WTO紛争解決手続における多数国間環境条約の位置づけ—適用法としての可能性を中心に—」RIETI Discussion Paper Series (07-J-014) 10頁(2007年)を参照。

⁹⁷⁰ Mohamed Omar Gad, *TRIPS Dispute Settlement and Developing Country Interests*, in *INTELLECTUAL PROPERTY AND INTERNATIONAL TRADE: TRIPS AGREEMENT 359-60* (Abdulqawi A. Yusuf & Carlos M. Correa eds., 2d ed. 2008).

⁹⁷¹ *Id.*

第 2 に、検討基準を決定する際には、WTO 紛争解決制度と加盟国の意思決定との間の相対的な優劣を考慮に入れるべきである⁹⁷²。パネルが加盟国に対してどの程度謙譲的であるべきかは、パネルによる判断を通じてもたらされる中立性または客観性と情報収集能力に関する加盟国のアドバンテージという 2 つの要素の調和を図るように決定されるべきである⁹⁷³。まず、パネルおよび上級委員会は、紛争解決に必要な限りで判断を行うため、当事国から提供された情報に基づき、比較的短い時間的枠組みの中で判断を行うことを求められる。これに対して、加盟国の立法者は、国内措置に関する状況を継続的に観察し、法規範以外の様々なツールを活用して国内問題に対処することが可能であるため、短期的および長期的な利害関係を政策に反映させることに長けている。パネルおよび上級委員会は、協定整合性の対象となる法または国内措置が実施されている加盟国と物理的に離れているため、これらの情報を得ることについて、加盟国との間のギャップが大きい。他方で、パネルおよび上級委員会は、WTO 各協定の解釈に関して加盟国の立法者よりも長けている。以上のような両者の相対的な優劣は、一般に、事実集約的な法適用に関する意思決定が要求されるスタンダード型規定の解釈において、加盟国に対する司法的謙譲を正当化する方向に働くことが指摘されている⁹⁷⁴。

3 step test の解釈においても、権利制限の性質、および、権利者に対する影響、権利制限の根拠となる公共政策に関する加盟国の情報が必要となるが、これらの情報を収集する能力は加盟国の方が勝っているのだから、加盟国に一定の裁量が認められるべきである⁹⁷⁵。

3 step test の解釈において特に問題となるのが、国内における著作権法の立法過程に関する事情を、パネルがどの程度斟酌すべきかという点である。Dinwoodie & Dreyfuss が指摘するように、知的財産法の分野における国内立法は一般に利益集団間のトレードオフという準契約的

⁹⁷² Land, *supra* note 861, at 467.

⁹⁷³ Andrew T. Guzman, *Determining the Appropriate Standard of Review in WTO Disputes*, 42 CORNELL INT'L L.J. 45 (2009).

⁹⁷⁴ Shany, *supra* note 957, at 913.

⁹⁷⁵ Land, *supra* note 861, at 467.

(quasi-contractual) な性質を有しており、立法が行われるのは、ルールのバランスが図られたパッケージに達した場合に限られるということが少なくなっている⁹⁷⁶。例えば、1998年改正で新設された米国著作権法110条5項(B)の例外規定は、非演劇音楽著作物の保護範囲を減縮する権利制限規定であるが、この規定は著作権の保護期間を20年間延長する法案と1つの政治的なパッケージとして立法されたものである⁹⁷⁷。同110条5項(B)は、非演劇音楽著作物の権利者にとって、公の上演権の保護範囲を減少させるものであるが、非演劇音楽著作物を含む全ての権利者が、保護期間延長の恩恵を受けることができるという点で、1つのパッケージとしては、著作権の保護範囲を拡張していると捉えることができる。ゆえに、パッケージとしての法案は、TRIPs協定の保護の傾向に整合的であるということになる⁹⁷⁸。ところが、米国著作権法事件のパネルは、110条5項(B)の協定整合性を判断する際に、これらの立法措置に固有の明らかなトレードオフが存在するにもかかわらず、それぞれを独立した法改正として捉えることにより、著作権法110条5項(B)がTRIPs協定に違反すると結論付けた。

このようなパネルの解釈手法について、Dinwoodie & Dreyfussは、1つのパッケージとして行われた立法の一部分を取り出して個別に条約違反を問題にするというアプローチは、注意深く考慮された立法に関するバランスを損ない、結果的に、国内法の政策形成過程において権利強化につながる構造的なバイアスを生じさせてしまうおそれがあるとして批判する⁹⁷⁹。すなわち、TRIPs協定は最低保護水準を規定する一方で保護水準の上限を画する規定は僅かであるため排他権を定める規定はそれがいくら強化されたとしても条約違反を問われることはなく、専ら権利制限規定が条約違反を問われることになる⁹⁸⁰。WTO紛争処理手続において条約違反が認定

⁹⁷⁶ Graeme B. Dinwoodie & Rochelle C. Dreyfuss, *TRIPS and the Dynamics of Intellectual Property Lawmaking*, 36 CASE W. RES. J. INT'L L. 95, 96 (2004). See also, Litman, *supra* note 544, at 323.

⁹⁷⁷ NIMMER, *supra* note 824, § 8.18 [C] [2] [b]; Helfer, *supra* note 821, at 138.

⁹⁷⁸ Dinwoodie & Dreyfuss, *supra* note 976, at 104.

⁹⁷⁹ *Id.*

⁹⁸⁰ *Id.*

された場合には、国家は、ユーザーの利益を促進する権利制限規定を改正することを強いられ、他方で、保護を強化する立法はそのままにされる⁹⁸¹。

Dinwoodie & Dreyfussは、上記の構造的なバイアスを緩和するために、利害関係者間の妥協により立法された規定の協定整合性を判断する際には、立法過程における上記の性質を考慮に入れるべきであると主張する⁹⁸²。とりわけ、保護水準を引き下げる制限規定に関しては、同規定が全体として市場の排他性を維持する立法パッケージの一部を構成する限りにおいて、原則として協定整合性が認められるべきであると指摘する⁹⁸³。

第3に、国内の社会経済状況に対応した知的財産法制度を設計するためには、競合関係にある政策目的の調整を図る必要があるが、その際には、当該法制度の影響を受ける者に対する民主的アカウンタビリティ (Democratic Accountability) を有することが重要である。パネルおよび上級委員会は、加盟国に対する責任を有しているが、知的財産権と他の公共政策との調整を図る意思決定により影響を受ける第三者に対する説明責任は有していない。したがって、知的財産制度によって影響を受ける第三者の利益を考慮することが必要とされる規定に関しては、民主的アカウンタビリティを強く有する加盟国に広範な裁量が認められるべきである⁹⁸⁴。

Graeme Austinが指摘するように、国際条約の交渉またはパネルおよび上級委員会による解釈が行われる際に、知的財産に関する普遍的な政策および価値を特定することがそもそも困難であり、仮に特定することができたとしても、知的財産法制度は、教育、表現の自由、公衆衛生、技術的および文化的発展への参加といった広範な公共政策の一部を構成するにすぎ

⁹⁸¹ CTEA法の場合のように、公衆の利益を代表するユーザー団体等にとっては、国内裁判所において著作権保護を強化する立法に異議を唱えるという道も残されている。国内裁判所に訴訟を提起した結果、WTOが権利制限規定について行ったのと同程度の精査がなされるのであれば、制度的な効果は修正される可能性があるが、これまでのところ、現実はそのようにはなっていない。その結果、米国著作権法110条5項(B)の例外規定がWTOによって無効にされたにもかかわらず、保護期間延長法は最高裁によって支持されたという状況が生じている (*Id.*)。

⁹⁸² Dinwoodie & Dreyfuss, *supra* note 976, at 104.

⁹⁸³ *Id.*

⁹⁸⁴ Land, *supra* note 861, at 468.

ない⁹⁸⁵。知的財産法が、国ごとに異なる公共政策と密接に関連しているのであるから、知的財産法の立法に関する加盟国の政策判断への尊重は、国際的財産制度を構築する上で極めて重要な要素として評価されるべきであるとされている⁹⁸⁶。

Ginsburg は、加盟国の著作権法制度において、権利制限規定は、文化政策および情報政策が反映される側面が強いため、各国の自律性を確保する必要性が高いと指摘する⁹⁸⁷。特に、表現の自由等の基本権を保障することを目的とした権利制限については、各国の憲法および国際人権条約との関係があるため、表現の自由等の基本権および知的財産権の保護との調整を図るために最も適切な地位にある加盟国の立法者の裁量を広く認めるべきであると指摘されている⁹⁸⁸。

最後に、TRIPs 協定の解釈において加盟国の多様性を認めることの意義として、各国が国内状況に適合した独自の知的財産法の立法を行うことは、各国が知的財産法に関する制度をテストする「実験室」として機能するということが指摘されている⁹⁸⁹。これにより、各国は、国内法の立法または改正を行う際に、他の国が当該法制度を導入した経験を参考にすることが可能になるというのである。

加えて、知的財産権を過大または過小に保護するという点で適切ではない知的財産法が導入されてしまった場合の保険を提供するという利点も指摘されている⁹⁹⁰。ハーモナイズされた単一の保護水準が適用される場合には、適当ではないルールが特定の国家にのみ導入されるよりも、悪影響が広範囲に及ぶことになってしまう。最適な保護水準を設定することは、現在までの実証研究において困難であるとされていることに鑑みると、立

⁹⁸⁵ Graeme W. Austin, *Valuing “Domestic Self-Determination” in International Intellectual Property Jurisprudence*, 77 CHI.-KENT. L. REV. 1155 (2002).

⁹⁸⁶ *Id.*

⁹⁸⁷ Ginsburg, *supra* note 185, at 287-88.

⁹⁸⁸ Helfer, *supra* note 954, at 433.

⁹⁸⁹ Austin, *supra* note 985, at 1194; Shubha Ghosh, *Globalization, Patents, and Traditional Knowledge*, 17 COLUM. J. ASIAN L. 73, 81 (2003).

⁹⁹⁰ Edward Lee, *The New Canon: Using or Misusing Foreign Law to Decide Domestic Intellectual Property Claims*, 46 HARV. INT'L L.J. 1, 21 (2005).

法者は、特定の知的財産制度が意図している目的を達成しているかを完全に検証することは現時点では不可能であるため、立法者は、権利者の利益と公衆の利益のバランスを図る際に、ラフな衡量を前提に立法を行わなければならない⁹⁹¹。条約は一旦創設されてしまうと改正が困難であることに鑑みると、加盟国の多様性を尊重することには、望ましくない保護水準が設定されてしまった場合に、悪影響の及ぶ範囲を限定し、容易に修正を図ることができるという利点が認められる⁹⁹²。

以上のように、スタンダード型規定である 3 step test を解釈する際には、権利制限を基礎付ける公共政策を考慮した上で、その重要性に応じて、加盟国に政策上の裁量を認めるべきである。これまでに 3 step test の解釈を示したパネルは、公共政策について必ずしも十分に検討を行っているとは言いがたく、TRIPs 協定に内在する調整機能が十分に果たされていないおそれがある⁹⁹³。例えば、権利制限を基礎付ける政策目的の判断に立ち入ることを避けた米国著作権法パネルの解釈手法は、各国の自己決定の価値を尊重したものであると評価することも可能であるが、上述した加盟国の自己決定または民主的アカウンタビリティの価値をより重視するのであれば、権利制限の政策目的を直接的に考慮することが望ましいと考えられる⁹⁹⁴。したがって、パネルおよび上級委員会は、権利制限の範囲が過度に広範すぎる場合や実質的に外国の著作権者を差別することを目的としている場合等に限り、3 step test 違反を肯定すべきであろう⁹⁹⁵。また、加盟国が政策的裁量を誠実に行使しているか否かを検討するために、パネルおよび上

⁹⁹¹ 田村善之「メタファの力による“muddling through”：政策バイアス vs. 認知バイアス—『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』総括報告—」新世代法政策学研究20号89頁(2013年)。

⁹⁹² Lee, *supra* note 990, at 21.

⁹⁹³ Suzy Frankel, *Some Consequences of Misinterpreting the TRIPS Agreement*, 1 W.I.P.O.J. 35, 42 (2009).

⁹⁹⁴ Austin, *supra* note 985, at 1203. Helfer も、協定違反が問われている権利制限を基礎付ける公共政策を考慮した上で、特に重要な公共政策に関係する権利制限規定については加盟国の裁量を広く認めるべきであると指摘する (Helfer, *supra* note 954, at 436)。

⁹⁹⁵ *Id.*

級委員会は、加盟国において導入された権利制限がその基礎となる公共政策を実際に促進することにつながっているかを検討するべきであり、両者に関連性が認められないという事情は、3 step test との整合性を否定する方向に働くことになる⁹⁹⁶。以上の分析手法を米国著作権法110条5項事件に適用すると、パネルは、小規模事業者を促進し、また、集中管理団体による濫用的な戦略を防止するという米国著作権法110条5項の政策目的を直接的に考慮した上で、これらの政策目的と、権利者の許諾を得ることなくテレビまたはラジオ放送を店舗内で流すことができるという結果の間に十分な関連性が存在するか否かを検討すべきであったということになる⁹⁹⁷。

(5) 小括

これまでの検討から明らかになったように、TRIPs 協定13条の3 step test を解釈するには、協定の目的および原則に関する7条および8条1項を考慮に入れた上で、公衆の利益を促進する国内措置に関しては加盟国の政策的裁量を可能な限り広く認めるべきである。この点で、米国著作権法110条5項事件およびカナダ医薬品特許事件においてパネルが採用した、公共政策的観点を考慮に入れる可能性を否定する3 step test の解釈手法は、ウィーン条約法条約31条1項の解釈規則、およびTRIPs 協定の趣旨および目的の重要性を高めたドーハ公衆衛生宣言と整合性を欠くものであり、批判的に評価されるべきである⁹⁹⁸。加えて、WCT の発効後は、3 step test の解釈において、WCT 10条および合意声明が考慮に入れられるため、デジタル環境における権利制限を拡張し、権利者の利益とユーザーの利益のバランスが図られるように、3 step test は柔軟に解釈されなければならない。一連のパネル報告においては、スタンダード型規定の解釈を通じて事後的に行われるべき利益衡量が動態的なものとして扱われておらず、TRIPs 協

⁹⁹⁶ Austin, *supra* note 985, at 1203.

⁹⁹⁷ *Id.*

⁹⁹⁸ Kur, *supra* note 534, at 246.

定の最低保護水準に反映済みのものとして静態的に捉えられている⁹⁹⁹。その結果、加盟国は、権利制限規定の新設または改正を行う際に協定整合性の有無について過度に慎重になり、国内法の観点から必要である範囲を超えて協定上の柔軟性を過度に制限することになってしまうおそれがあると指摘されている¹⁰⁰⁰。

VIII. 3 step test の柔軟な解釈

1. 3 step test の解釈指針

3 step test を文言通りに解釈した場合、権利者寄りの結論が導かれる可能性が高い。とりわけ、第 2 ステップにおいては、専ら著作権者の経済的利益を考慮する規定の仕方になっているため、「通常の利用」の範囲を広く捉えすぎると、殆どの権利制限が、同ステップの充足性を否定されるというバランスに欠けた結論が導かれてしまう。このような問題に対処するために、学説は、3 step test をより柔軟に解釈するよう、様々な解釈手法を提唱している。

各ステップの関係について、論者の中には、3 step test の各ステップを逆から読むことにより、3 step test の各要件を解釈する際の視点を、権利者の利益を優先する立場から両者の利益を対等に扱う立場へずらす解釈手法（「Reverse 3 step test」）を提唱するものがある¹⁰⁰¹。この見解によれば、専ら権利者の経済的利益に焦点をあてているように読める第 2 ステップに先立って、権利者の利益と利用者の利益を考慮する第 3 ステップの解釈

⁹⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰⁰ *Id.*

¹⁰⁰¹ Christophe Geiger, *Right to Copy v. Three-Step Test, The Future of the Private Copy Exception in the Digital Environment*, 2005 (1) CRi 12-13 (2005); Christophe Geiger (安藤和宏訳)「情報化社会に対する著作権法の適応におけるスリーステップテストの役割 (2・完)」知的財産法政策学研究28号188頁(2010年)。See also, Daniel J. Gervais, *Towards a New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test*, 9 MARQ. INTELL. PROP. L. REV. 1 (2005).

が行われることになる。この解釈手法を採用した場合のメリットとして、公衆の利益を考慮に入れた規範的分析を先に行うことによって、第2ステップの判断において、解釈者が、専ら権利者の経済的利益を考慮し、権利者に保障されるべき経済的利益の範囲を広く捉えすぎてしまうことを抑制する心理的効果がもたらされると指摘されている¹⁰⁰²。

さらに、より柔軟な解釈手法として、3件のパネル全てが採用した3 step testの各ステップを累積的に適用する伝統的な解釈手法ではなく、各ステップを総合的に評価するという手法が提唱されている¹⁰⁰³。この見解は、米国著作権法におけるフェア・ユース法理をモデルとすることで、3 step testを「3 factor test」へと変容させるものである。米国著作権法107条は、フェア・ユースの適用に際して考慮されるべき要素として、①利用の目的と性質、②利用された著作物の性質、③利用された著作物全体に占める利用された分の量と実質的な価値、④利用された著作物の潜在的な市場や価値に与える利用の影響等の要素を規定している。フェア・ユースの第4要素は、3 step testの第3ステップと類似する要件を規定している。ところが、フェア・ユースは、これらの4要素があくまでも考慮要素にとどまり、それ以外の要素を取り入れることも認められているという点で、3 step testと基本構造を異にしている。実際、フェア・ユース法理の適用について判断を行った米国の裁判例においても、これらの要素がどの程度重視されるかは事案ごとに異なっており、必ずしも等しく重視されているわけではない¹⁰⁰⁴。3 step testにおいて総合的な評価を採用した場合のメリットとして、加盟国の柔軟性を広く確保することができることがあげられる。例えば、協定違反を問われている権利制限が、第1および第2ステップにおいて不利に評価されたとしても、第3ステップで極めて有利な評価を得ることが

¹⁰⁰² Geiger et al., *supra* note 702, at 606.

¹⁰⁰³ Koelman, *supra* note 118, at 410; MPI Declaration, *supra* note 542, ¶1 (3 step testは、分割不可能な全体を構成する。3つのステップは、併せて考慮されるべきであり、全体として総合的に考慮されなければならない)。See also, ZOHAR EFRONI, ACCESS-RIGHT: THE FUTURE OF DIGITAL COPYRIGHT LAW 420 (2011).

¹⁰⁰⁴ *Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (1994). なお、Netanel・前掲注(631)も参照。

できれば、結果として同テストとの整合性が認められる可能性がある¹⁰⁰⁵。マックスプランク研究所宣言においても、3 step test は個々のステップごとに累積的に適用されるのではなく、包括的または総合的な適用がなされるべきであり、その際には、各ステップのいずれかが解釈において優先されるべきではないとの見解を示している¹⁰⁰⁶。

もっとも、上記の解釈手法は、そのメリットは大きいものの、少なくとも現時点ではどの程度実現可能性があるのかは定かではない¹⁰⁰⁷。上記の解釈手法が採用できないのであれば、権利者の利益と利用者の利益を衡量することができる第3ステップを活用するためにも、第1および第2ステップを柔軟に解釈する必要がある¹⁰⁰⁸。

2. 第1ステップの解釈

第1ステップの「特別の場合」とはいかなる場合を意味するのだろうか。Ricketson は、「特別の場合」には2つの側面が含まれるとしていた。すなわち、第1に、問題とされる利用が特定の目的に資するものでなければならず、広範な対象または利用態様を含むような権利制限を設けることは同要件に反するという、第2に、当該権利制限が、何らかの公共政策上の明白な理由またはその他の例外的な事情によって正当化されなければならないということである¹⁰⁰⁹。米国著作権法パネル以前の学説において、

¹⁰⁰⁵ Hugenholtz & Okediji, *supra* note 21, at 21.

¹⁰⁰⁶ MPI Declaration, *supra* note 542, ¶1.

¹⁰⁰⁷ MPI 宣言が提唱する包括的な解釈に対する批判的な論者として、André Lucas, *For a Reasonable Interpretation of the Three-Step Test*, 32 E.I.P.R. 277 (2010); Mihály Ficsor, *Munich Declaration on the Three-step Test – Respectable Objective, Wrong Way to Try to Achieve It*, May 11, 2012, http://www.copyrightseesaw.net/archive/?sw_10_item=15.

¹⁰⁰⁸ Hugenholtz & Okediji, *supra* note 21, at 21; SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 244.

¹⁰⁰⁹ SAM RICKETSON, *THE BERNE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF LITERARY AND ARTISTIC WORKS* 482 (1987). もっとも、Ricketson は、Ginsburg との共著において従来の見解を改め、専ら量的な分析を支持している (RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 764-67)。

上記の見解は一定の支持を得ていたとされている¹⁰¹⁰。

米国著作権法パネルは、従来の見解が説くところの第2の側面について、これを明確に否定した点に特徴がある。同パネルは、「特別 (special)」という用語の解釈に関連して、権利制限の適用範囲が質的にも量的にも狭いものでなければならないとしたが、実際の判断においては、量的な側面を重視し、権利制限規定の潜在的な受益者の数が十分に限定されていなければならないと判断している。他方で、質的な側面に関して、パネルは、「制限または例外は、特別の目的について、その根底にある規範的意味での正統性を見出すことができない場合であっても、第1の要件と整合的であるとされる可能性がある」と述べて、「特別の場合」であるか否かを判断する際には、政策上の正当性を問題としないことを明らかにした¹⁰¹¹。

パネルが、国内措置に関する政策上の正当性の判断に立ち入ることを避けた背景については、一般論として、国家の主権と大きく抵触することで、加盟国による自発的な遵守に依存している国際的な紛争解決制度の受容や効率性が脅かされることになってしまうからであるとの指摘がなされている¹⁰¹²。

米国著作権法パネルが、第1ステップの分析において量的な側面を決め手としたことについて、学説の評価は分かれている。Ginsburgは、パネルの解釈を支持し、明確な公共政策によって正当化し難い権利制限も、その適用範囲が十分に限定されているのであれば、「特別の場合」に該当する余地があると主張する¹⁰¹³。その根拠として、後述するGinsburgの解釈によれば、問題となっている権利制限の目的は第2ステップおよび第3ステップの適用を通じて考慮されるのであるから、第1ステップにおいて重複し

¹⁰¹⁰ FICSOR, *supra* note 461, at 284; REINBOTHE & LEWINSKI, *supra* note 70, at 124-25.

¹⁰¹¹ U.S. – Section 110(5) of the US Copyright Act, WT/DS160/R, ¶6. 111-112.

¹⁰¹² SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 140-44.

¹⁰¹³ Jane C. Ginsburg, *Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three-Step Test” for Copyright Exceptions*, 187 RIDA 3, 13 (2001). See also, RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 764-67; Huaiwen He, *Seeking a Balanced Interpretation of the Three-Step Test – An Adjusted Structure in View of Divergent Approaches*, 40 IIC 274 (2009).

で考慮されるべきではないとしている¹⁰¹⁴。また、ベルヌ条約 9 条 2 項の起草過程に鑑みると、「特別の場合」という文言は、当時の同盟国において存在していた権利制限の全てを包含することが意図されていたところ、既存の権利制限の中には明確な公共政策によって正当化し難いものが含まれていたため、第 1 ステップの解釈に政策的考慮を持ち込むことは起草者の意思に反することを指摘している¹⁰¹⁵。

これに対して、「特別の場合」の解釈においては、権利制限の政策目的を考慮した質的な分析を重視すべきであるとの見解も存在する¹⁰¹⁶。その理由として、経済的な要素は、第 2 および第 3 ステップの分析において考慮されることになっているのであるから、重複して考慮すると第 1 ステップの存在意義が失われてしまうことが指摘されている¹⁰¹⁷。もっとも、Senftleben は、質的な分析の検討が加盟国の政策決定に過度に介入することは避けるべきとの観点から、立法過程において、権利者の正当な利益が競合する利益と注意深く衡量されたか否かを基準に、第 1 ステップの充足の有無を判断すべきであると主張する¹⁰¹⁸。

ベルヌ条約 9 条 2 項の起草過程に鑑みると、「特別の場合」という要件は、過度に広範な権利制限の導入を禁止するために、あくまで入り口要件として設けられたものである¹⁰¹⁹。後続する第 2 および第 3 ステップを機能させるためには、当該要件を過度に厳格に解釈すべきではない¹⁰²⁰。また、「特別の場合」という文言それ自体からは、量的分析または質的分析のいずれを採用すべきかが一義的に導かれるわけではない¹⁰²¹。ところが、既に紹介した 3 件のパネル報告において、第 1 ステップの充足の有無が 3 step

¹⁰¹⁴ *Id.*

¹⁰¹⁵ *Id.*

¹⁰¹⁶ SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 144.

¹⁰¹⁷ *Id.*

¹⁰¹⁸ *Id.*

¹⁰¹⁹ Gervais, *supra* note 1001, at 15-16 は、特定の目的を有する制限は全て第 1 ステップを充足するものと評価されるべきであると主張し、第 1 ステップを事実上骨抜きにする見解を提唱している。

¹⁰²⁰ Hugenholtz & Okediji, *supra* note 21, at 21.

¹⁰²¹ Kur, *supra* note 534, at 227.

test 全体の整合性に関する結論を左右していることから明らかなように、同要件は厳格に解釈されており、その結果、第2および第3ステップの解釈が全体の結論に影響を与えていないという点で、両要件の存在意義が失われてしまっている¹⁰²²。第1ステップの充足の有無が3 step testとの整合性の結論を左右するというパネルの傾向が今後も続くことを前提にした場合、適用範囲は広いが正当な公共政策に基礎付けられる権利制限を許容する余地が失われてしまうことがないように、第1ステップの解釈に協定違反が争われている権利制限を正当化する政策目的を反映させる必要がある¹⁰²³。

したがって、権利制限の適用範囲が量的に限定されているのであれば、当該権利制限は公共政策の考慮を経ることなく第1ステップを充足すべきである。さらに、適用範囲が量的に限定されていない権利制限についても、正当な公共目的に基礎付けられるものであれば、第1ステップを充足するものと解釈すべきである¹⁰²⁴。

最後に、第1ステップに関しては特に問題となるのが、米国著作権法のフェア・ユースや英国著作権法のフェア・ディーリング¹⁰²⁵等の一般条項が

¹⁰²² *Id.*

¹⁰²³ *Id.* at 246. また、鈴木・前掲注(735)478-479頁は、米国著作権法パネルが、第1ステップの解釈において政策目的の正当性を考慮することを否定したことについて、人権(特に表現の自由)の確保という政策目的が認められることを、著作権の制限を正当化する方向に評価する要素として認めるべきであると指摘する。

¹⁰²⁴ Pauwelyn, *supra* note 761, at 411 (米国著作権法パネルが、第1ステップを充足するためには、正当な公共政策目的に基づいた正当化は不要であり、専ら排他権の範囲が減少する程度を基準に第1要件の充足性を判断したことは、許容される権利制限の範囲を拡張する方向にも狭める方向にも働かう。仮に、正当な公共政策目的によって十分に正当化される制限および例外であっても、その範囲が広範すぎることを理由に、第1ステップの充足を否定される可能性がある場合には、許容される制限の範囲が過度に狭められないように、「narrow scope and reach」という概念を柔軟に解釈するか、または、第1ステップの分析においても広範な公共政策目的を考慮に入れる必要がある)。

¹⁰²⁵ 英国著作権法におけるフェア・ディーリングは、非商業的研究または私的学習、批評または論評、時事の報道を目的とした利用について、権利制限を認めるものである。フェア・ディーリングの規定は、引用、新聞雑誌の要約、時事の報道のよう

「特別な場合」に該当するか否かという点である。学説においては、フェア・ユースが「特別な場合」に該当するかという問題について否定的な見解を示す者が存在する¹⁰²⁶。もともと、米国著作権法パネルは、「当該例外の範囲が知られており、また、特定されているのであれば、当該例外が適用される可能性のある状況を明確に特定する必要はない」と判断してお

にベルヌ条約において明示的に規定されている内容に関連するものである。これらの特別規定は、フェア・ディーリングの概念に沿ったものである。したがって、批評または論評のための引用や時事の報道に関する著作物の利用に関する限り、フェア・ディーリングは自動的に特別な場合に含まれる。それ以外の非商業的研究または私的学習についても、これらの抗弁の範囲が伝統的に限定的に運用されてきたことに鑑みると、第1ステップに整合的であると考えられている (SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 165-66)。さらに、3 step testの条文は、ストックホルム改正会議においてイギリスによって提案されたものであることも、3 step testとの整合性を肯定する論拠としてあげられている (Geiger et al., *supra* note 702, at 613)。なお、英国著作権法のフェア・ディーリングに関する邦語文献として、ジョナサン・グリフィス (今村哲也訳) 「英国著作権法における公正利用—その原則と問題—」 渋谷達紀ほか編『I.P. Annual Report 知財年報2006』(商事法務・2006年) 271頁以下、横山久芳「英米法における権利制限」著作権研究35号23-37頁 (2008年)。

¹⁰²⁶ 例えば、Cohen, *supra* note 10, at 359; FICSOR, *supra* note 461, at 516 は、フェア・ユースに直接言及していないものの、利用は明確であり、正確かつ細かく規定されていないければならず、一般的に定められた場合は認められないとしている。また、Ricketson, *supra* note 239, at 68 は、米国著作権法107条の例示以外の目的で、ベルヌ条約の他の制限規定に該当しない場合にフェア・ユースを認めることは、第1ステップを充足しないとする。同様の見解に立つ論者としてフレデリック・ポロー・デュリアン「ドラゴンと白鯨—スリーステップテストとフェア・ユース」今村哲也ほか編『現代知的財産法講座Ⅲ 知的財産法の国際的交錯』(日本評論社・2012年) 439・453-461頁、Lucas, *supra* note 1007, at 278-79; Okediji, *supra* note 924, at 117 (フェア・ユースが、ベルヌ条約9条2項および事実上TRIPs協定13条に違反する理由として、①同法理の不確定性、②適用範囲の広さ、③TRIPs協定の下で貿易相手国が合理的に期待すべきとされる利益を無効または害してしまうことをあげる)がある。我が国の学説においても、横山・前掲注(1025)45頁注(54)は、「アメリカのフェアユース規定の理念及びその運用に鑑みると、フェアユースによる権利制限は『特別な場合』に当たらないと理解される可能性も強い」と指摘する。

り¹⁰²⁷、一般条項が必ずしも第1ステップに抵触するものではないという立場に立っている。したがって、パネルは、加盟国の立法者が権利制限の一般条項を国内法に導入する余地を残しているものと考えられる。

近時の学説においては、マックスプランク研究所宣言のように、第1ステップにおける「特別な場合」という要件との関係では、権利制限の範囲が合理的に予見可能であれば十分であるため、加盟国の立法者は、**open-ended**な制限または例外を導入することを妨げられないとの立場を採用するものが現れるようになっていく¹⁰²⁸。

Senftlebenは、法的明確性は専ら立法者の立法行為によって確保されるものではなく、米国のフェア・ユース法理のように、裁判例（判例法）の

¹⁰²⁷ U.S. – Section 110(5) of the US Copyright Act, WT/DS160/R, ¶6.108.

¹⁰²⁸ MPI Declaration, *supra* note 542, at 4. See also, GOLDSTEIN & HUGENHOLTZ, *supra* note 693, at 295 (少なくとも、米国著作権法107条に列挙されている目的についてフェア・ユースを認めることは、特別な場合に含まれる); Tyler G. Newby, *What's Fair Here Is Not Fair Everywhere: Does the American Fair Use Doctrine Violate International Copyright Law?*, 51 STAN. L. REV. 1633, 1662 (1999) (TRIPs協定13条およびWCT 10条は、米国のフェア・ユースを許容するのに十分なほど広範である。米国の国内裁判所が著作権法107条に掲げられた4つのファクターを適切に考慮する限り、フェア・ユースの判決がWTOの審査にかけられるべきではない); O. Frischman Afori, *An Open Standard "Fair Use" Doctrine: A Welcome Israeli Initiative*, 30 E.I.P.R. 85 (2008) (裁判所が事案ごとに行うフェア・ユースの適用に関する判断が蓄積することで、3 step testの第1ステップが充足されるため、3 step testは、フェア・ユース導入の障害とはならない); ギンズバーグ・前掲注(629)163頁。

また、米国がベルヌ条約に加入した際の歴史的経緯を重視する見解 (Marshall Leaffer, *The Uncertain Future of Fair Use in a Global Information Marketplace*, 62 OHIO ST. L.J. 849, 863 (2001)) によれば、1989年に米国がベルヌ条約に加入した際、フェア・ユースに関する判例法理がベルヌ条約9条2項に整合的であるか否かという問題は、議論の対象から外された (See, The Ad Hoc Working Group, *Final Report of the Ad Hoc Working Grope on U.S. Adherence to the Berne Convention*, 10 COLUM.-VLA J.L. & ARTS 513 (1986))。WCTの交渉においても、米国の交渉担当者が働きかけを行った結果、最終的な条約の文言 (WCT 10条および合意声明) は、デジタル環境におけるフェア・ユースに親和的なものとなった (World Intellectual Property Organization, *Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions, Summary Minutes, Main Committee I, December 2 to 20, 1996, CRNR/DC/102, § 488*)。

発展を通じて、「特別の場合」は具体化されるのであるから、権利制限の一般規定について、第 1 ステップを充足するために十分な程度の法的明確性が確保される可能性がある」と指摘する¹⁰²⁹。その上で、限定列举型の制限規定を有する国が新たにフェア・ユース型の権利制限規定を導入する場合であっても、従来の権利制限規定の解釈を示した裁判例を活用することにより、フェア・ユース型制限規定の適用に関する法的明確性を確保することが可能となるとされている¹⁰³⁰。さらに、個別の制限規定とフェア・ユースを組み合わせた制度においては、裁判所がフェア・ユースの具体例を考慮する際に、個別の制限規定について蓄積された解釈が有用な参照点として機能する可能性がある」と指摘されている¹⁰³¹。

Okediji も、米国のフェア・ユースが、TRIPs 協定13条の 3 step test に違反すると解釈される可能性がある 4 つの要件に依存しているとしても、同法理が公の政策目的を有しているということをもって、パネルは、フェア・ユースと TRIPs 協定との整合性を確保するために十分に広く 3 step test を解釈することが可能であるかもしれないと指摘する¹⁰³²。さらに、Gervais は、リバース・エンジニアリングやパロディを含むフェア・ユースの特定の形式を含むように、協定13条が規定する 3 step test (またはその他の例外条項) を拡張するために、TRIPs 協定 7 条が利用される可能性があることを指摘する¹⁰³³。

オーストラリア法改正委員会 (Australian Law Reform Commission:

¹⁰²⁹ Martin Senfleben, *Overprotection and Protection Overlaps in Intellectual Property Law – The Need for Horizontal Fair Use Defences*, in THE STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW: CAN ONE SIZE FIT ALL? 136 (Annette Kur & Vytautas Mizaras eds., 2011); SENFLEBEN, *supra* note 9, at 162-68. 我が国の学説においても、裁判例の蓄積を通じて適用範囲が明確にされている限り、フェア・ユース等の権利制限の一般条項はカテゴリー的に第 1 ステップに違反するものではないと指摘する見解が存在する(駒田泰士「著作権法の権利制限をめぐる法政策と条約上の 3 step test —二つの覚書—」日本国際経済法学会年報19号110・113-124頁(2010年))。

¹⁰³⁰ Senfleben, *supra* note 1029, at 136.

¹⁰³¹ *Id.*

¹⁰³² Okediji, *supra* note 924, at 114-35.

¹⁰³³ GERVAIS, *supra* note 745, at 234.

ALRC) は、オーストラリア著作権法を改正し米国型のフェア・ユースを導入すべきであるとの提言を行っているが、そこでは、上記のマックスプランク研究所宣言および Senfileben の学説による柔軟な解釈を参照しつつ、フェア・ユースの導入に際して 3 step test との整合性は問題にならないと指摘している¹⁰³⁴。また、同報告書では、WCT 10条および合意声明を考慮した上で 3 step test を解釈すると、open-ended な権利制限規定の導入は、ベルヌ条約の下で認められていた権利制限を「デジタル環境についても適切に及ぼすこと」(WCT 10条に関する合意声明第 1 文) にほかならないと指摘している¹⁰³⁵。

以上のように、パネルの判断および近時の学説によれば、3 step test の下で、加盟国がフェア・ユースのような権利制限の一般条項を導入する可能性は排除されていないといえることができる。

3. 第 2 ステップの解釈

(1) 経済的観点に基づく解釈

「通常」の解釈について、著作権パネルは、経験的な意味と規範的な意味の両方があり、それらはともに考慮されなければならないとした。後者の規範的アプローチは、権利制限を拡張させる方向にも減縮させる方向にも働きうるように思われる。著作権パネルの解釈は、実際に権利者に不利益が生じていない場合であっても、潜在的な市場を著作権者に確保させるべきであるという意味で、規範的に権利を拡張する方向に作用させているという点に特徴がある。すなわち、著作権パネルは、原則として、著作権の排他権の行使から生じる現実および潜在的な利用の両方が「通常の利用」に該当することを明らかにしている。仮にパネルが指摘する潜在的な利用の範囲が広く捉えられた場合には、およそあらゆる著作物の利用が通

¹⁰³⁴ ALRC Report, *supra* note 637, at 116-22.

¹⁰³⁵ *Id.* at 118-19 (citing Copyright Law Review Committee, *Simplification of the Copyright Act 1968 Part 1: Exceptions to the Exclusive Rights of Copyright Owners* (1998), at 54).

常の利用に該当するものとなる可能性がある。

他方で、規範的な解釈としては、権利者の経済的利益以外の利益を「通常」という文言の解釈に取り入れるという解釈も考えられるところであるが、著作権パネルは、専ら経済的要素に着目している。このように、著作権パネルは、第2ステップの分析において、権利制限を認めることについて限定的な態度を示したものと評価することができる¹⁰³⁶。

学説においても、著作権パネルの解釈を支持するものがある。例えば、Ricketson & Ginsburgは、「通常の利用」とは、権利制限に基づく著作物の利用が著作権の行使と経済的に競合するほどの重要性を現在有しているか、または将来的にそのような重要性を有する可能性のある利用であると述べている¹⁰³⁷。このような意味での通常の利用が妨げられる場合には、報酬請求権に基づいて何らかの対価が権利者に支払われるとしても、第2ステップの充足性が否定されることになる¹⁰³⁸。

では、以上のような著作権パネルの解釈についてどのように考えるべきであろうか。著作権パネルが示した解釈に従えば、権利制限によって著作権者の経済的利益が害される場合には、仮に当該制限を認めることにより公の利益が促進される等の事情があったとしても、その点を考慮することなく3 step testとの整合性が否定され、当該利用に対して排他権が及ぼされることになる。

しかしながら、Koelmanが指摘するように、パネルの解釈は一種の循環論法であり、加盟国が著作権の制限を定めることができる範囲を厳しく制約することになってしまう問題が存在する¹⁰³⁹。著作権者は、問題となっている利用に対する排他権を有している場合に、当該利用をなすことができるが、結局のところ、当該利用に排他権が及ぶのは著作権法によって認められているからにすぎない。著作権パネルの基準に従うと、現時点で明文

¹⁰³⁶ Hugenholtz & Okediji, *supra* note 21, at 23.

¹⁰³⁷ RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 770. もっとも、後述するように、Ricketson & Ginsburgの見解は、第2ステップの分析において、経済的要素だけではなく規範的な要素を考慮するという点で、米国著作権法パネルとは異なっている。

¹⁰³⁸ マズイエ・前掲注(66)62頁。

¹⁰³⁹ Koelman, *supra* note 118, 408-09.

上規定されていない新たな利用に対して権利制限規定の適用を拡大することが不可能になってしまうおそれがあると指摘されている¹⁰⁴⁰。

さらに、パネルの解釈によれば、現時点で権利者に損失を生じさせない利用であっても、当該利用が権利者にとって将来的に重要性を有する可能性があるかと判断されれば、「通常の利用」に該当することになる。例えば、これまで権利者が管理することが不可能であった著作物の利用が、技術的保護手段等の技術の発展により管理可能になった途端に、当該利用は「通常の利用」を妨げると評価されるため、従来環境で認められてきた権利制限を維持することが不可能になってしまう¹⁰⁴¹。このように、パネルの解釈は、長期的に見ると、デジタル環境において許容される権利制限の範囲を狭めるおそれがあると指摘されている¹⁰⁴²。

以上の問題点は、米国におけるフェア・ユースの第4要件（利用された著作物の潜在的な市場や価値に与える利用の影響）の解釈に関して指摘されてきた。企業内研究所の研究者による学術雑誌記事の複写がフェア・ユースに該当するかが争われた *American Geophysical Union v. Texaco Inc.*, 60 F.3d 913 (2d Cir. 1994)において第2巡回区控訴裁判所は、学術雑誌の個別記事の複製について権利処理を行う実効的な市場が存在していることを前提に、被告の行為がなかったならば著作物の複製および頒布について権利者が獲得していたであろうライセンス収入に損失が生じているとして、第4ファクターが原告に有利に働くと結論付けた¹⁰⁴³。

同判決における第4ファクターの解釈に対しては複数の論者から批判が加えられている¹⁰⁴⁴。すなわち、フェア・ユースの伝統的な考え方によれば、著作物の利用がフェア・ユースに該当するか否かは、当該利用によつ

¹⁰⁴⁰ *Id.*

¹⁰⁴¹ SENFLEBEN, *supra* note 9, at 180-81; Hugenholtz & Okediji, *supra* note 21, at 23.

¹⁰⁴² Geiger et al., *supra* note 702, at 594-95; Ginsburg, *supra* note 1013, at 48.

¹⁰⁴³ もっとも、裁判所も、潜在的ライセンス収入の全てが考慮されるわけではなく、伝統的、合理的、または発展の可能性のある市場のみが考慮されると判示している。同判決について詳しくは、村井麻衣子「著作権市場の生成と fair use — Texaco 判決を端緒として—(一)」知的財産法政策学研究 6号155頁(2005年)。

¹⁰⁴⁴ Mark A. Lemley, *Should Licensing Market Require Licensing?*, 70 LAW & CONTEMP. PROBS. 185 (2007).

て著作権者に何らかの損失が実際に生じているかが基準となる。これに対して、*Texaco* 判決が示した枠組みでは、権利者に対する潜在的な損失の有無は、当該利用がフェア・ユースに該当すると評価されるか否かに左右されることになる。*Texaco* 判決の基準によれば、あらゆる著作物の利用について権利者から許諾を得なければならないというベースラインが設定され、フェア・ユースが認められる範囲が大きく減じられてしまうとして批判されている¹⁰⁴⁵。

さらに、潜在的な損失の認定にあたり、潜在的なライセンス市場が存在する必要があるとの見解に立った場合、合理的な権利者であれば、コントロールを及ぼしたいと考える利用行為について、利用者に対価の支払いを求めることにより、新たにライセンスの慣行を作り上げようとする可能性がある¹⁰⁴⁶。その場合、著作物の利用者がリスク回避的である場合、フェア・ユース等の権利制限規定の対象となりうる可能性があるにもかかわらず、訴訟の負担を慮って、対価の支払いに応じってしまう可能性がある。裁判所が、権利者に対する損失を認定する際に、上記のライセンス慣行を考慮した場合、フェア・ユースの認められる範囲が次第に狭められていくことにつながりかねないと指摘されている¹⁰⁴⁷。

¹⁰⁴⁵ *Id.*

¹⁰⁴⁶ James Gibson, *Risk Aversion and Rights Accretion in Intellectual Property Law*, 116 *YALE L.J.* 882, 887 (2007).

¹⁰⁴⁷ Gibsonは、このような負の連鎖を阻止するためには、スタンダードではなく、より明確なルールを設けることによって、権利範囲に関する予測可能性を高めるべきであると主張する。権利範囲の予測可能性が高ければ、著作物のユーザーが本来は必要とされないライセンスに応じる可能性が低くなるというのである (*Id.*)。また、田村善之「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」著作権研究36号21-22頁(2010年)は、社会全体の効率性の観点からは、著作物の利用を許容することが望ましいにもかかわらず、利用者が警告に屈する結果、あたかも権利が受け入れられているような外観が形成されるため、司法の判断において社会規範を取り入れて権利を強化することには謙抑的であるべきであると指摘する。その理由として、利用者自身にとっての利用の価値が高くない場合、訴訟の負担を慮って警告に屈してしまう可能性があるのに対し、権利者にとっては、1人の利用者の利用を停止し、裁判において勝訴することの効果が事実上他の多数の利用者に波及するため、権利

フェア・ユースの第4要件に関して指摘されている以上の問題点は、3 step testの第2ステップに関して米国著作権法パネルが示した解釈にも該当する可能性がある。したがって、「通常の利用」の認定において、権利者に対する経済的な損害の有無を基準にするとしても、何らかの限定をかける必要がある。

そこで学説においては、「通常の利用」要件を著作物の利用の「中核部」に限定すべきであるとの見解が唱えられている。Senftlebenは、あらゆる損害が決定的なものではなく、現実の損害あるいは潜在的に重要な収益源を構成する利用態様が問題となるにすぎないと指摘している¹⁰⁴⁸。この見解によれば、第2ステップと抵触する場合は、ある行為が権利制限の対象となることによって、権利者から現実または潜在的に重要な利益が損なわれる場合を指すことになる。Senftlebenは、ストックホルム改正会議の記録において、「通常の利用」とは、著しい経済的あるいは実際上の重要性を有しているあるいは獲得する可能性のある著作物の利用形態を指すとされていることから、上記の解釈は起草過程において示された立場と整合的であると指摘する¹⁰⁴⁹。

また、第2ステップを専ら経済的な観点から解釈するアプローチの枠内において、権利制限規定の新設または拡張を行う際の政策上の柔軟性を確保するための立法上の工夫も提案されている。第1に、著作物が著作者の同意に基づいて公表されてから一定期間が経過したことを条件に、権利制限規定の下で著作物を利用する権限を認めるという手法が存在する¹⁰⁵⁰。権利制限に時間の経過という要素を関連付ける規定は、著作物の公表後一定の期間が経過し、著作物の通常の利用が果たされた後に権利制限規定に基づく利用が認められるため、第2ステップの充足を肯定する方向に機能す

者は1つの訴訟に費用を注ぎ込むことにインセンティブを有していることを指摘する。

¹⁰⁴⁸ SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 177-79.

¹⁰⁴⁹ *Id.*

¹⁰⁵⁰ Martin Senftleben, *How to Overcome the Normal Exploitation Obstacle: Opt-Out Formalities, Embargo Periods, and the International Three-Step Test*, 1 BERKELEY TECH. L.J. COMMENTARIES 1, 10 (2014).

ることになる¹⁰⁵¹。したがって、著作物の公表から一定の期間が経過し通常の利用が果たされた著作物については、通常よりも広い範囲で権利制限を認めることが可能になる¹⁰⁵²。

上記形式の制限規定は、権利者不明著作物の利用を認める制限規定に関して機能することが期待されている¹⁰⁵³。具体的には、我が国が採用する裁定許諾制度、および、EU 孤児著作物指令が採用する権利制限制度においては、著作物の利用に先立ち権利者を特定するための入念な調査を行うことが要件とされているが、入念な調査を行ったにもかかわらず権利者が特定できないという事実は、少なくとも現時点において、権利者が著作物の通常の利用に関して関心を有していない蓋然性が高いことの証となる。そのため、入念な調査を義務付けることは、第2ステップの充足を肯定する方向に機能するため、立法者は同要件が存在するよりも広い範囲で権利制限を導入することが認められる¹⁰⁵⁴。Senftleben は、この議論をさらに推し進めて、文化機関等が行う所蔵資料の大量のデジタル化事業を促進させるために、公表から一定の期間が経過した著作物については、入念な調査を要さず、カテゴリカルに利用を認める権利制限も、第2ステップを充足する可能性があるとして指摘している¹⁰⁵⁵。

上記形式の制限規定は、権利者不明著作物問題のほかにも適用することが可能である。例えば、日本著作権法31条1項は、図書館等における複製について、「発行後相当期間を経過した定期行物に掲載された個々の著

¹⁰⁵¹ 保護期間の経過に応じて権利制限の認められる範囲が拡張されるべきであると見る見解は、米国著作権法のフェア・ユース法理の適用を巡って早くから論じられてきた。See, Joseph P. Liu, *Copyright and Time: A Proposal*, 101 MICH. L. REV. 409 (2002); Justin Hughes, *Fair Use Across Time*, 43 UCLA L. REV. 775 (2003) (著作権法のインセンティブ構造に関連付けるために、存続期間中の著作物の市場価値の変動に応じてフェア・ユースの分析を調整することを提唱する。例えば、フェア・ユースの分析では、著作物の創作や拡布に投資をする判断を行う時点での著作物の価値を考慮に入れる必要があると主張する)。

¹⁰⁵² Senftleben, *supra* note 1050, at 11.

¹⁰⁵³ *Id.*

¹⁰⁵⁴ *Id.* at 12.

¹⁰⁵⁵ *Id.*

作物にあつては、その全部」の複製を許容している（同項括弧書き）。同要件の趣旨は、再度増刷される可能性が低い定期刊行物に掲載された文献の複製を認めたところで、その売上げに直接影響する可能性が低いため、著作権者に与える不利益が大きなものとならない点に求められている¹⁰⁵⁶。上記要件は、定期刊行物の「通常の利用」が果たされたことを条件に著作物全部の複製を許容するものであるため、第2ステップを充足する方向に機能していると考えることができる。さらに、学説においては、同項の解釈に関して、定期刊行物以外の単行本に関しても、絶版後であれば、複製を認めることにより生じる権利者の不利益が少なくなることから、より広い範囲で複製を認めるべきであると指摘する見解が唱えられているが¹⁰⁵⁷、単行本の絶版を要件とすることは、第2ステップの充足を肯定する方向に機能することになる。

第2の手法として、権利制限を行う際に著作権者に対してオプト・アウトする権利を認めるというものがある。オプト・アウト型権利制限規定においては、著作権者は著作物の利用を禁じる意思表示を行うことにより、制限規定の適用から自らの著作物を除外することが認められる¹⁰⁵⁸。権利制限により著作物の通常の利用が妨げられると考える権利者は、オプト・アウトをすることで、通常の利用を確保することができるため、オプト・アウト型制限規定は、第2ステップを充足する可能性が高められることになる¹⁰⁵⁹。

このような手法は、ベルヌ条約10条の2第1項において既に採用されている¹⁰⁶⁰。同項は、新聞紙または定期刊行物において公表された時事問題を論議する記事等の著作物を、新聞雑誌または放送等において利用すること

¹⁰⁵⁶ 田村・前掲注(16)234頁。

¹⁰⁵⁷ 田村・前掲注(16)234頁は、条文の文言からはやや苦しいものの、単行本の論文集に関して、発行後相当期間を経過し、絶版となり市場での入手が困難となることが常識的に推察される場合には、個別の論文またはそれ以上の複製を認めても構わないと述べる。

¹⁰⁵⁸ Senfleben, *supra* note 1050, at 12.

¹⁰⁵⁹ *Id.*

¹⁰⁶⁰ *Id.*

を認める権利制限を国内法に導入することを同盟国に認める規定であるが、記事等の利用が認められるためには権利者により当該利用が「明示的に禁止されていない」ことが要件とされている¹⁰⁶¹。

日本法においても、著作権法39条1項は、新聞紙、雑誌に掲載して発行された政治上、経済上、社会上の時事問題に関する論説を、新聞や雑誌上に転載し、公衆に譲渡(47条の3)することを認めているが、同項に基づく著作物の利用を禁止する旨の表示がなされている場合には、著作権は制限されないこととされている¹⁰⁶²(同項括弧書き)。

オプト・アウト型制限規定においては、著作物の利用を望まない権利者に対して禁止の表示をなすことを要求しているため、この点が方式要件の導入を禁止するベルヌ条約5条2項に抵触するかが問題となる。学説においては、ベルヌ条約5条2項は、権利の発生および行使を一般的に方式要件に服せしめることを禁止しているにすぎず、保護の範囲および内容について何らかの方式を導入することまでは禁じられないと指摘されている¹⁰⁶³。この見解によれば、権利者に何らかの形式でオプト・アウトの機会を認める制限規定は、第2ステップを充足すると判断される可能性が高まると指摘されている。

(2) 規範的な解釈

著作物の利用には外部性を伴う場合が多いことに鑑みると、経済的観点に基づく解釈は、権利者の経済的利益以外の要素を考慮することができないという点で不十分である。経済的利益を限定する上記の見解は、権利者が被る損失の範囲をいかにして画定することが適切かという点を議論しているにすぎず、専ら経済的要素が問題とされているという点で、著作権パネルが示した解釈と同様の問題を抱えている。

そこで、第2ステップおよび後述する第3ステップの解釈に規範的な要素を盛り込み、経済的利益以外の公の利益を考慮するという手法を併用す

¹⁰⁶¹ 同規定の沿革等については、RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 796-804.

¹⁰⁶² 同要件の解釈については、中山信弘『著作権法』(有斐閣・2007年)281頁。

¹⁰⁶³ VAN GOMPEL, *supra* note 644, at 179-93.

ることが考えられる¹⁰⁶⁴。

協定30条の解釈を示したカナダ医薬品事件パネルは、第2ステップの「通常の実施」という文言が有する「規範的」な意味について、米国著作権法パネルとは明らかに異なる解釈を示しており、注目される。カナダ医薬品事件パネルによれば、特定の領域における特許権の実施が「通常の実施」と認められるのは、特許権者の多くが特許権から利益を生み出すために当該領域を活用している場合（実証的な意味）、または当該領域が特許法の政策目的を達成するための必要不可欠な部分である場合（規範的な意味）であると判断されている¹⁰⁶⁵。このように、カナダ医薬品事件パネルは、第2ステップの分析において、特許法の政策目的を考慮することにより、「通常の実施」要件を規範的に解釈する可能性を示したものと位置付けることが可能である¹⁰⁶⁶。

米国著作権法事件においては、公衆の利益とは関係の薄い権利制限が問題となったため目的論的解釈を行う余地が狭かった可能性があるが、将来的に公衆の利益を促進する権利制限の協定整合性が争われる場合には、パネルおよび上級委員会が規範的な解釈手法を採用する可能性がないわけではない。確かに、特許権に関する協定30条には、著作権に関する3 step test（協定13条）には存在しない「不当に」という文言が規定されているという相違点があるが、カナダ医薬品事件パネルは、「不当に」という文言の解釈に立ち入ることなく、「特許権者の通常の実施」を「妨げない」という文言の解釈から上記の規範的解釈を導いている¹⁰⁶⁷。したがって、両規定の文言の相違は、著作権に関する協定13条の第2ステップの解釈において規範的な考慮を取り入れる可能性を排除するものではないと考えられる。

学説においても、Ginsburgは、米国著作権法パネルが採用した解釈基準を一般化すると、学術活動やパロディ等の外部効果を有する著作物の利用

¹⁰⁶⁴ Ginsburg, *supra* note 1013, at 50.

¹⁰⁶⁵ *Canada – Pharmaceutical Patents*, WT/DS114, ¶7.59.

¹⁰⁶⁶ Hugenholtz & Okediji, *supra* note 21, at 24; SENFLEBEN, *supra* note 9, at 424.

¹⁰⁶⁷ *Canada – Pharmaceutical Patents*, ¶7.59. See, Christie & Wright, *supra* note 816, at 424 n.41.

を認める権利制限の導入が禁止されることになってしまおうとして、同パネルの解釈を批判している¹⁰⁶⁸。Ginsburgによれば、パネル報告は、専ら経済的な要素が問題となる制限規定についてなされたものであって、表現活動や学術活動等の創作活動を促進するための制限規定に対してはその射程を及ぼすべきではないとされる¹⁰⁶⁹。そして、公の利益を促進させる権利制限規定の協定整合性が問題となった場合には、規範的な解釈手法を取り入れることにより、著作権者に実際上の経済的な不利益が生じている場合であっても、そのような不利益に優越する利益が利用者または公衆に認められる場合には、後者を優先し、当該制限規定の協定整合性を肯定すべきであると主張する¹⁰⁷⁰。

また、マックスプランク研究所宣言も、基本権など明確な公の利益が存在する場合には、これを十分に考慮しなければならないとしている¹⁰⁷¹。同宣言によれば、当該権利制限が、権利者の利益と競合する重要な考慮に基礎付けられている場合、または、競争上の不当な制限を否定する効果をもたらしている場合には、「通常の利用」を妨げないと解釈すべきであると主張している¹⁰⁷²。

以上のように、公の利益は、第1ステップの「特別な場合」の解釈において考慮される可能性があるものの、それぞれのステップが独立したものである以上、第2ステップの「通常の利用」の解釈の中においても公衆の

¹⁰⁶⁸ Ginsburg, *supra* note 1013, at 51-53.

¹⁰⁶⁹ *Id.*

¹⁰⁷⁰ RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 770; Koelman, *supra* note 118, at 410; Jo Oliver, *Copyright in the WTO: The Panel Decision on the Three-Step Test*, 25 COLUM. J.L. & ARTS 119, 157 (2002). *See also*, Dreyfuss, *supra* note 209, at 22-24.

¹⁰⁷¹ MPI Declaration, *supra* note 542, ¶6 (3 step test は、第三者の正当な利益を尊重するように解釈されるべきであり、具体的には、人権および基本権、競争(特に二次的市場における競争)、科学の発展および文化的・社会的・経済的発展に関する公益を考慮に入れるべきである)。 *See also*, Reto M. Hilty, *Declaration on the "Three-Step-Test": Where do we go from here?*, 1 JIPITEC 83 (2010).

¹⁰⁷² MPI Declaration, *supra* note 542. その他、米国著作権法のフェア・ユースの分析において考慮される4要素に修正を加えた上で、第2ステップの解釈に取り入れる見解が存在する(He, *supra* note 1013, at 294-97)。

利益を考慮に入れた規範的な解釈を行うべきである。

4. 第3ステップの解釈

権利制限によって権利者の正当な利益が不当に害されているかが検討される第3ステップでは、権利者の利益と利用者の利益の比較衡量が行われることになる。権利者は、著作物の利用の全てをコントロールする権限を有しているわけではなく、権利者の利益に優越または均衡する他の利益との関係で、権利者の利益に一定の損失が生じることが前提とされている¹⁰⁷³。

米国著作権法パネルは、「正当な利益」という用語は、「経験的な視点」および「規範的な視点」という2つの手法によって解釈されると述べている。その上で、同パネルは、「正当な利益」を検討する手法の1つとして、権利者が有する排他権の経済的価値を基準としている。他方で、米国著作権法パネルは、「正当な利益」が排他権の経済的利益に限定されるものではなく、著作権保護の根拠となる目的の観点から正当化される規範的な意味合いを有すると述べているが、実際には、具体的にいかなる利益が規範的な利益に含まれるのかを明らかにせず、専ら前者の排他権の経済的利益を基準に第3ステップの充足の有無を判断している。

これに対して、Senftlebenは、専ら経済的利益を基準に判断した米国著作権法パネルの解釈を批判し、公共政策または他の社会規範によって正当化される利益であるかを基準に判断すべきであると主張する¹⁰⁷⁴。その理由として、仮に「著作者の正当な利益」を権利者の排他権と同視する著作権パネルの見解に立つのであれば、3 step testを起草する際に「著作者の権利を不当に害しない」と規定されるのが自然であり、あえて「正当な利益」という用語を用いる実益は存在しなかったことを指摘する¹⁰⁷⁵。Senftlebenによれば、権利者の利益は、文化の多様性または表現の自由等の著作権保護に関する公共政策を達成するために必要とされる場合に限り、正当化さ

¹⁰⁷³ Geiger et al., *supra* note 702, at 604.

¹⁰⁷⁴ SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 230.

¹⁰⁷⁵ *Id.*

れることになると指摘する¹⁰⁷⁶。加えて、著作権保護に関する公共政策を達成するために権利制限の導入が適切であることが明らかである場合には、権利に対する制限が認められるべきであるということになる¹⁰⁷⁷。

また、マックスプランク研究所宣言は、第3ステップの分析において、人権および基本権、(特に二次市場における)競争上の利益、科学の発展、文化・社会・経済的発展に資する他の公益といった権利者以外の第三者の正当な利益が考慮されるべきであると指摘する¹⁰⁷⁸。Hugenholtz & Okediji も同様に、「正当」および「不当に」という文言の解釈に含まれる公衆の利益の一例として、私的複製の自由を正当化するプライバシーの権利および表現の自由等の基本権をあげている¹⁰⁷⁹。

その他の学説においても、第3ステップの解釈においても規範的側面への配慮がなされるべきであるとして、具体的には、著作権者が批評やパロディを押さえこむことについての利益は正当なものとは言えず、批評やパロディに対しては、著作権者への補償なしに自由な利用を認めるべきであると指摘されている¹⁰⁸⁰。また、変形的利用を認めることは、著作権法の目的に資するのであるから、そのような利用は第3ステップに反しないと解すべきであると説くものがある¹⁰⁸¹。

権利者の正当な利益が確定された後には、当該利益に対する損害が「不当」なレベルに到達しているかが判断されることになる。ストックホルム改正会議においては、複製権に対する例外はいかなるものであれ著作者の

¹⁰⁷⁶ *Id.*

¹⁰⁷⁷ *Id.* at 232.

¹⁰⁷⁸ MPI Declaration, *supra* note 542.

¹⁰⁷⁹ Hugenholtz & Okediji, *supra* note 21, at 25; Christophe Geiger, *Exploring the Flexibilities of the TRIPS Agreement's Provisions on Limitations and Exceptions*, in THE STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW: CAN ONE SIZE FIT ALL? 287 (Annette Kur & Vytautas Mizaras eds., 2011). 知的財産権と人権の関係については、鈴木將文「知的財産と人権の関係について」国際貿易投資研究所公正貿易センター『「国際知的財産制度研究会」報告書(平成24年度)』(2013年)48-55頁、茶園成樹「産業財産権と人権」日本国際経済法学会編・前掲注(735)445頁。

¹⁰⁸⁰ Ginsburg, *supra* note 1013, at 23.

¹⁰⁸¹ Oliver, *supra* note 1070, at 167.

利益を害することになるため、「不当」という文言が追加された¹⁰⁸²。

米国著作権法パネルは、権利者の利益に不当な損失をもたらすまたはその可能性がある場合がこれに該当するとしている¹⁰⁸³。パネルの分析は、第2ステップの「通常の利用」の解釈において行ったものと同様のものであるため、パネルは第2ステップと第3ステップの解釈を混同していたと批判されている¹⁰⁸⁴。

学説において、Senftlebenは、権利制限の基礎となる目的によって権利者の利益に対する損害を正当化することが可能であり、かつ、権利者に対する損害が合理的な範囲にとどまる場合には、権利者の利益を不当に害する場合には該当しないと指摘している¹⁰⁸⁵。具体的な検討の方法としては、第1に、権利制限によって意図されている目的を達成するために当該権利制限が適切であることが必要であるとされている。第2に、当該目的を達成するために同等の効果を有する権利制限の手法が複数存在する場合に、権利者に対する損害がより少ない手法が選択されたかという比例性テストである¹⁰⁸⁶。

最後に、3 step testの文言から明らかではないものの、同ステップの判断においては、衡平な報酬 (equitable remuneration) の支払いの有無が考慮に入れられる¹⁰⁸⁷。

3 step testと衡平な報酬の関係については、ストックホルム改正会議においても言及されている。第1委員会の議長を務めたEugen Ulmerは、ドイツ著作権法における報酬請求権を念頭に、ある利用行為が権利者を「不当に害する」か否かを判断する際には、利用の見返りとして支払われる報

¹⁰⁸² RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 775.

¹⁰⁸³ U.S. – Section 110(5) of the US Copyright Act, WT/DS160/R, ¶6. 229.

¹⁰⁸⁴ Hugenholtz & Okediji, *supra* note 21, at 24.

¹⁰⁸⁵ SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 235.

¹⁰⁸⁶ *Id.* at 236. また、伊藤一頼「知的財産権の保護強化における比例性原則」国際貿易投資研究所公正貿易センター・前掲注(1079)74頁は、第3ステップは、権利者が正当に期待しうる収益に比して、均衡を失した損失を与えないことを求めている点で、比例性原則と類似した比較衡量テストを含んでいると指摘する。

¹⁰⁸⁷ *Id.* at 237.

酬を考慮に含めるべきであると主張した¹⁰⁸⁸。Ulmerの見解は、特段の反対意見が示されることなく委員会報告書の一部として採択されているため¹⁰⁸⁹、ウィーン条約法条約32条2項の解釈の補足的な手段としてベルヌ条約9条2項の解釈において考慮されると指摘されている¹⁰⁹⁰。

もっとも、衡平な報酬とは具体的にいかなるものを指すのかについては必ずしも明らかではない。学説において、衡平な報酬は、権利制限を導入する際に権利者の損失がより少ない手法が採用されるべきであるという原則とは、別個に評価されるべきであると指摘されている¹⁰⁹¹。その理由として、両者を関連付けて解釈した場合、権利制限の導入に際して権利者の損失がより少ない手法として、常に衡平な報酬が必要となってしまうが、ベルヌ条約9条2項の起草過程において、報酬の支払いを伴わない権利制限も3 step testを充足しうるとされている点と矛盾することがあげられている¹⁰⁹²。

次に、いかなる場合に衡平な補償の支払いが必要とされるのか。この点についても明確な線引きを行うことは不可能であり、加盟国の裁量が認められている。一般論として、権利制限により著作者の正当な利益が不当に害される場合であっても、補償金の支払いがなされることにより、第3ステップが充足されることになる¹⁰⁹³。したがって、権利制限が合理的な範囲

¹⁰⁸⁸ World Intellectual Property Organization, *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm, June 11 to July 14, 1967 Volume I*, Doc. S/67, 690.

¹⁰⁸⁹ World Intellectual Property Organization, *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm, June 11 to July 14, 1967 Volume II, Report of the Work of Main Committee I*, 1145-46. スtockホルム改正会議では、企業内等で多数の複写がなされる場合であっても、国内法に基づき、権利者に補償金が支払われるのであれば、著作者の正当な利益を害されない可能性があるとは指摘されている。また、私的使用または研究を目的として複写が小規模で行われるのであれば、補償金の支払いを要せずに、自由利用が認められる可能性があるとは指摘されている。参照、マズイエ・前掲注(66)66頁。

¹⁰⁹⁰ RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 775.

¹⁰⁹¹ SENFLEBEN, *supra* note 9, at 237.

¹⁰⁹² *Id.*

¹⁰⁹³ RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 775. ただし、Ricketson & Ginsburgは、

にとどめられていない場合には、第3ステップを充足するためには、衡平な報酬の支払いが必要となる¹⁰⁹⁴。また、第3ステップにおいて正当とされる損害の範囲を僅かに超えてしまったにすぎない場合には、必要とされる衡平な補償は低額で足りることになる¹⁰⁹⁵。さらに、著作者の正当な利益を害する程度が僅かであるならば、補償金を支払うことなく、第3ステップが充足される。以上のように、第3ステップは、第2ステップよりも解釈の余地を多く有していると考えられる。

IX. 結びに代えて

本稿は、著作権に関する国際条約による規律という観点から、我が国の立法者・裁判官が権利制限を行うことについて、どの程度の裁量が認められるのかという点を明らかにした。具体的には、TRIPs協定13条等に規定されている3 step testは、加盟国が著作権の制限を設けることができる範囲を規定しており、我が国の従来 of 学説は、3 step testを規定の文言通りに厳格に解釈したWTOパネル報告や同様の見解に立つ諸外国の伝統的な学説を重視して、議論を展開してきた。本稿では、3 step testを文言に忠実に厳格に解釈する伝統的な考え方を批判し、柔軟な解釈を提唱した。以下では、本稿の分析から得られた知見を要約する。

第I章では、我が国の従来 of 学説および裁判例が、既存の権利制限規定を柔軟に解釈することや、フェア・ユース等の一般条項を創設することについて消極的な態度を採ってきた背景には、「権利制限規定は厳格に解釈されるべきである」とする大陸法に由来する伝統的な見解の存在があることを明らかにした。そして、厳格解釈論の根拠としては、著作権を自然権として捉える自然権論や、著作権に関する国際条約との整合性の確保が考えられるところ、国際条約との整合性という観点から厳格解釈論を再検討

権利者の利益に対する損失が過大となる場合には、いかに衡平な報酬の支払いがなされようとも、第3ステップの非充足を治癒することは困難であると指摘する (*Id.* at 777)。

¹⁰⁹⁴ SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 239.

¹⁰⁹⁵ *Id.*

する必要がある。

第II章では、我が国の裁判所が権利制限規定の解釈を行う際に、条約規定である3 step testを裁判規範として適用する可能性の有無について検討を行った。国際法の学説によれば、3 step testのように、抽象的な文言を有する条約規定は、国内法によって定義または明確化されることを前提としているため、自動執行性が認められない。また、自動執行性を有しない条約規定であっても、国内法の解釈基準として間接的に適用される可能性があるが、法的安定性および罪刑法定主義の観点から、3 step testを間接適用することには慎重であるべきである。

第III章では、欧州各国が3 step testを国内法に制定する契機となったEC情報社会指令に関する学説を検討し、論者の間では、3 step testは権利者寄りの結論が導かれる傾向が高く、また、ユーザーの予測可能性を害するとの理由から、同テストを国内法の裁判規範として用いることについて批判的な見解が多いことを明らかにした。したがって、日本法に権利制限の一般規定として3 step testを導入すべきとする見解には問題点が多い。

第IV章では、3 step testの歴史的な変遷を検討した。1976年にベルヌ条約9条2項に規定された3 step testは、著作者の権利を妨げることがない特別な場合を除き、権利制限の認められる範囲を厳しく限定するという性質を有している。3 step testが導入された背景には、アナログ複製技術が普及し、複製の数が増加する当時の社会経済状況において、権利者の利益を保護するための国際的な規範を導入することが要請されていたという事情があった。その後、1990年代に入ると、TRIPs協定および米国の主導による自由貿易協定の締結を通じて知的財産権の国際的な保護水準が高められたが、権利制限に関しては、新たな規定が設けられることはなく、3 step testを通じて加盟国の裁量を限定するという枠組みが踏襲された。加えて、TRIPs協定ではWTO紛争解決手続の利用が認められるため、他国により協定違反の責任を追及されることが現実のものとなった。このような状況において、3 step testの解釈に柔軟性を取り入れることにより、加盟国の立法者が新たに権利制限規定を設けることができるように一定の裁量を確保する必要性が高まっている。1996年に成立したWCTでは、一部の規定において、著作権の保護水準の一方的な上昇を修正しようとする傾向が見受けられる。WCT 10条に関する合意声明は、デジタル環境に適

応するために新たな権利制限を導入することについて、加盟国に一定の裁量が確保されるように 3 step test を解釈しなければならない旨が規定されており、同テストの柔軟な解釈に手がかりを与えるものである。

第V章では、デジタル技術およびインターネットの発展に伴い、著作物の創作および利用環境が変化する中で、各国の立法者は、権利制限規定の新設または改正を通じて著作権法を新たな環境に適応させることが要請されていることを明らかにした。ところが、政策形成過程のバイアス問題等の影響で、国内的にも国際的にもユーザーの利益が政策形成過程に反映されにくい状況にあるため、保護水準の拡張化と均衡が図られる程度に権利制限の範囲は拡張されていない。このような状況において、アナログ環境を前提に起草され、著作権の保護を優先させる構造的なバイアスが存在する 3 step test を、その文言のみに着目して厳格に解釈すると、デジタル環境における加盟国の政策的裁量が過度に狭められるおそれがある。そこで、加盟国の立法者の裁量を確保するための手法として、3 step test を柔軟に解釈する手法、および、国際条約に義務的な権利制限規定を導入する手法が考えられる。

第VI章では、近年、WIPO をフォーラムとして、開発途上国や国際NGO等のイニシアティブにより、著作権に関する義務的な権利制限規定を含む条約の検討作業が行われており、視覚障害者による著作物の利用に関しては実際に条約の創設にまで至っている。本章では、義務的な権利制限規定を含む条約を創設するアプローチと、3 step test の解釈を柔軟化するアプローチを比較し、それぞれの長所短所を明らかにした。3 step test の解釈の柔軟化は、条約の改正を要さないという点で実行可能性が高いが、他方で、その解釈はWTO紛争解決手続という国際貿易の枠組みを通じてなされるため、公衆の利益を適切に考慮した解釈がなされる保障はない。これに対して、義務的な権利制限規定を国際条約に導入する試みは、条約の創設または改正を要するという点が障害となるものの、条約の加盟国に対して権利制限を設けることを直接的に義務付ける効果もたらされるといふ点で確実性が高い。義務的な権利制限規定を条約に導入するためには、国際交渉の過程に利用者の利益が反映されることが前提となる。近時は国際NGOの影響力が高まっているが、著作権産業のロビイング活動が存在するため、NGOの影響力には限界がある。したがって、両アプローチを

並行して推し進めていくことが望ましい。

第Ⅶ章では、WTO紛争解決手続における 3 step test の解釈を検討した。米国著作権法110条 5 項パネルは、規定の文言の辞書的な定義を重視し、権利者の経済的利益がどの程度害されるかを基準に、3 step test の整合性を判断している。しかしながら、同パネルが採用した解釈手法には問題点が多い。第 1 に、3 step test を「用語の通常の意味」のみを手がかりに解釈することは、「文脈」および「趣旨及び目的」を考慮することを要請するウィーン条約法条約31条 1 項の条約解釈規則と整合的ではなく、3 step test の文言に表れているバイアスをそのまま引き継いでしまうおそれがある。第 2 に、ウィーン条約法条約31条 1 項によれば、条約の「趣旨及び目的」を考慮することが要請されているため、3 step test を解釈する際には、TRIPs協定の前文、7 条および 8 条に規定される協定の趣旨および目的が考慮されなければならない。具体的には、3 step test の抽象的な文言について複数の解釈が存在する場合には、公衆の利益の促進が図られるように、協定違反を問われている加盟国の政策的裁量が一定程度尊重されるべきである。第 3 に、WCT 10条および合意声明は、ウィーン条約法条約31条 3 項に基づき、TRIPs協定13条の解釈において参照されるため、デジタル環境における権利制限を拡張し、権利者の利益とユーザーの利益のバランスが図られるように、3 step test は解釈されなければならない。第 4 に、3 step test のように抽象的な文言を有するスタンダード型規定は、条約上の義務の実施に関して多元性または多様性を重視し、加盟国に対して一定の裁量を認めることを前提として起草されたものである。特に、各国の文化政策および情報政策が強く反映される権利制限の分野は、民主的アカウンタビリティを有する加盟国の自律性を尊重する必要性が高いため、加盟国の裁量を広く認めるべきである。

第Ⅷ章では、これまでの検討を踏まえた上で、3 step test の柔軟な解釈を提示した。まず、全体的な解釈指針として、3 step test を文言に忠実に解釈し、専ら経済的な観点からの整合性を判断した場合、権利者に有利な結論が導かれる可能性が高いため、全てのステップの解釈に規範的な観点からの分析を導入し、権利者の利益のみならず、権利制限を基礎付ける公共政策を考慮することにより、加盟国の立法者が国内状況に適合した権利制限規定の立法を行うための政策的余地を一定程度確保する必要がある。

次に、各ステップの解釈として、第1ステップの「特別の場合」に関しては、後続の第2ステップおよび第3ステップを機能させるためにも、過度に広範な権利制限の導入を禁止するという入り口要件として捉え、権利制限規定の適用範囲の広狭だけでなく、権利制限を基礎付ける公共政策を考慮する必要がある。したがって、権利制限の適用範囲が量的に限定されている場合、または、適用範囲が十分に限定されていないが正当な公共政策に基礎付けられている場合には、第1ステップの充足性を認めるべきである。第2ステップの「通常の利用を妨げない」という要件に関しては、権利制限に基づいて行われる著作物の利用が、著作権者が当該著作物に関する排他権から経済的価値を引き出す通常の態様と抵触し、著作権者の経済的利益が現実または潜在的に失われているかを基準とする判断手法には、現行法で対象とされていない事由に権利制限の範囲を拡張することが不可能になるだけではなく、DRMを通じた著作物の利用に対する管理可能性が高まるに伴い、権利制限の範囲が減少することにつながるおそれがある。そこで、判断基準となる経済的利益の範囲を現実存在するものに限定することに加えて、外部性を有する著作物の利用を許容する権利制限を導入する余地を一定程度認めるために、著作権者に生じる経済的な不利益に優越する公衆の利益が追求される場合には、第2ステップの充足性を肯定すべきである。第3ステップの「権利者の正当な利益を害さない」という要件に関しては、権利者の利益と公衆の利益を比較衡量することが必要である。具体的には、権利制限が、正当な公共政策によって根拠付けられており、かつ、当該公共政策を達成するために採りうる選択肢の中で権利者に対する損害がより少ない手法が選択されている場合には、第3ステップの充足性を肯定すべきである。

最後に、本稿には残された課題も多い。本稿では、国際条約に規定される3 step testを柔軟に解釈することにより、加盟国の立法者が国内事情に適合した形で権利制限の形式を調整することについて、一定の政策的余地を確保する必要があることを明らかにした。今後の研究においては、条約で認められた裁量の範囲内で、我が国著作権法の権利制限規定がいかに規律されるべきかを具体的に検討することが求められる。

【付記】本稿は、筆者が2011年3月に北海道大学に提出した博士論文を加筆修正したものである。本稿の執筆にあたり、田村善之教授には懇切丁寧なご指導を賜った。ここに記して感謝申し上げます。なお、本研究は、日本学術振興会・特別研究員奨励費(08J01603)の助成を受けたものである。