

スリーステップテストの再検討(2・完)： 同テストの柔軟性をいかに 各国著作権法において用いるか

Christophe GEIGER, Daniel GERVAIS and Martin SENFTLEBEN

佐藤 豊・林 季陽・黄 駿升(訳)

目次

- I. スリーステップテストの登場
 - A. ベルヌ条約におけるスリーステップテスト
 - B. WIPO著作権条約(WCT)におけるスリーステップテスト
- II. スリーステップテストの解釈
 - A. 米国著作権法110条(5)事件におけるWTOパネルによる解釈
 - B. 想定される代替的なアプローチ(以上、第48号)
 - C. バランスのとれた解釈に関する宣言
- III. 一般条項型の権利制限・例外の余地
- IV. スリーステップテストが有する権限付与機能
 - A. スリーステップテストと各国立法への権限設定機能
 - B. 事例
- V. 結論

C. バランスのとれた解釈に関する宣言

代替可能性のあるアプローチの背景に、マックス・プランク知的財産法・競争法・租税法研究所及びロンドン大学クイーン・メアリー校による共同研究プロジェクトの存在を指摘することができる。このプロジェクトにおいて、専門家集団は、著作権法における均衡あるスリーステップテストに関する解釈を確保するための「宣言」を練り上げた⁹⁶。この宣言の目

⁹⁶ See generally Christophe Geiger et al., *Declaration: A Balanced Interpretation of the*

的は、「『スリーステップテスト』を、相対的に柔軟性のある基準という当初の役割に引き戻し、著作者の権利に対する明らかに不当な侵害を抑止しつつ、立法府や裁判所の公正かつバランスのとれた手法で、商業的、技術的環境の変化により生じる課題に対応する権能を過度に妨げることのないものとする事」である⁹⁷。

この宣言は、スリーステップテストは分割することのできないものであって、3つのステップは一体のものであって、全体として総合的に検討の対象となるものである（1条）と提案するところから始まる⁹⁸。宣言では、「一定の特別な場合」との要件が、立法府による一般条項型の権利制限等の導入を妨げるものではなく、ただ権利制限等の範囲が合理的に予測可能

Three-Step Test in Copyright Law, 1 J. INT'L PROP. INFO. TECH. & E-COMMERCE L. (2010) (以下、Geiger et al., Declaration という); Geiger et al., *Towards a Balanced Interpretation*, *supra* note 47, at 489–91 (当該宣言の目的はスリーステップテストの役割を柔軟性のある基準に戻すことと指摘する)。この宣言はオランダ (Tijdschrift voor auteurs-, media- en informatierecht, 8 (2009)); フランス (Propriété Intellectuelle, 399 (2008)); ドイツ (GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT INTERNATIONALER TEIL [GRUR] 822 (2008)); ベルギー (AUTEURS ET MÉDIAS, 516 (Larcier, 1st ed. 2008)); スペイン (ACTAS DE DERECHO INDUSTRIAL Y DERECHO DE AUTOR 1509 (2007–2008)); イタリア (DIRITTO INFORMAZIONE E INFORMATICA 159 (2009)); ポルトガル (8 DIREITO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO 471 (2009)); ブラジル (35 REVISTA TRIMESTRAL DE DIREITO CIVIL 239 (2008)); 日本 (Research on the Introduction of Fair-Use Provisions Into Japanese Copyright Law, in ANNUAL REPORT OF THE DIGITAL CONTENT ASSOCIATION OF JAPAN 69 (2009)); 及びカナダ (Christophe Geiger et al., Déclaration en Vue d'Une Interpretation du <<Test des Trois Étapes>> Respectant les Équilibres du Droit d'Auteur, 24 LES CAHIERS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE 147 (2012)) で公表された。

⁹⁷ Geiger et al., *Towards a Balanced Interpretation*, *supra* note 47, at 491; Christophe Geiger & Franciska Schönherr, *Limitations to Copyright in the Digital Age*, in RESEARCH HANDBOOK ON EU INTERNET LAW (A. Savin & J. Trzaskowski eds., 2014) (「オンライン環境での利用形態が進化を続けていることに鑑みれば、スリーステップテストを開放的に解釈することで、進化する排他権に対する権利制限の適応を後押ししうる」) も参照。

⁹⁸ 前掲注96・Geiger et al., *Declaration* 120頁。

であれば足りるとしていること（3条）を明らかにする⁹⁹。また、通常の利用の概念の規範的な理解を採用し、権利制限等の正当化根拠とともに、著作物の利用に対する適切な補償を考慮要素とすること（4条）も提案された¹⁰⁰。最後に、人権及び基本的自由による利益や、競争における利益及びその他の公益（科学の進歩並びに文化的・社会的・経済的發展）が、スリーステップテストの解釈にあたり考慮されなければならないこと（6条）が述べられた¹⁰¹。当該宣言の公表以来、TRIPS協定の個別の文脈に関する多数の解釈の提言が加わり、知的財産の全分野に均衡を図る試みをある程度拡大させることとなった¹⁰²。

この宣言に対しては、批判もなされている。宣言で提案された解釈が「公益」に重きを置く一方、権利者の利益を過度に軽視するものであり、スリーステップテストに内在する本来の原理からかなり乖離したものとなっているというのである¹⁰³。別の論拠をとる批判は、宣言で提案されている全体的な検討は、スリーステップテストの文言や起草史に真っ向から反するものであり、スリーステップテストは順次的に解釈されなければならないとするものである。しかし、本稿の第1章で指摘したように、スリーステップテストはより動的に解釈されることが現在、求められているから

⁹⁹ *Id.* at 121.

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² See, e.g., Kur, *supra* note 35, at 350. See generally Huaiwen He, *Seeking a Balanced Interpretation for the Three-Step Test: An Adjusted Structure in View of Divergent Approaches*, 40 INT'L REV. INTELL. PROP. & COMPETITION L. 274, 275 (2009)（「宣言で俯瞰された原則を統合し推進する」枠組みを提案する）；Robin Wright, *The 'Three-Step Test' and the Wider Public Interest: Towards a More Inclusive Interpretation*, 12 J. WORLD INTELL. PROP. 600, 609–10 (2009)（裁判官はスリーステップテストの各所において政府の政策にかかる利益を確保することにより、よりバランスのとれた結果を採択しうることを主張する）。

¹⁰³ See, e.g., Lucas, *For a Reasonable Interpretation*, *supra* note 83, at 277–78（「スリーステップテストを適用するに際して、著作者が有する利益が常にその承継人が有する利益と等位に置かれなければならないとする原則を設けることは合理的でない」旨を強調する）。

こそ、スリーステップテストは著作権、意匠及び特許の分野におけるほぼ全てのTRIPS協定に適合する例外や権利制限（13条、26条2項及び30条）の基準となったのである。ただ、いうまでもなく、それぞれの文言に相違があることは銘記しておこう。

ある研究者によれば、「要件（二つの最後の要件）の順序はすでにストックホルム会議で話題とされていたことと、起草者が第三要件は、第二要件が充足されない場合には検討されてはならない旨を明言していることを指摘すれば足りる」¹⁰⁴という。この見解は、1967年のストックホルム会議の第一委員会の議長であったEugen Ulmer教授の公にされた声明に論拠を置くものである。Ulmer教授は、著作物の通常の利用をスリーステップテストの最初の必須の考慮要素とする一方、同教授の見解では、著作者の正当な利益を不当に害するとの問題は単に二次的なものにすぎないものである¹⁰⁵。第一委員会の報告では、この点に関して、「規定の解釈に際してより論理的な順序をとることが可能となるよう」要件を逆転した旨注記された¹⁰⁶。この説明は、本稿の第1章で引用した多様な目的での複写行為の実例においても継承されている。

1967年のストックホルム会議で作成された諸声明が、国際著作権法におけるスリーステップテストの採用の根底をなす起草史の一部を構成するということに疑いはない。しかしながら、これらの諸声明は、テストに関するあらゆる質問に完全な回答を与えるものではない。言い換えれば、上記の声明から完全な解釈を演繹することは不可能である。TRIPS協定の文脈においては、米国著作権法110条(5)に関するWTOパネル報告書及びカナダ医薬品特許に関するWTOパネル報告で説明されたように、*Berne acquis*（訳者註：*acquis*とは、関連する合意、解釈指針、判決その他の総体を指す）は、TRIPS協定に取り込まれた結果、ベルヌ条約の起草史がス

¹⁰⁴ *Id.* at 281; see Mihály Ficsor, *Munich Declaration on the Three-Step Test – Respectable Objective, Wrong Way to Try to Achieve It* 5 (2012)（当該宣言は各国の代表がスリーステップテストが事実上段階的なものであることを合意したストックホルム会議と抵触することを明言する）。

¹⁰⁵ 前掲注2・STOCKHOLM CONFERENCE, 885頁。

¹⁰⁶ *Id.* at 1145.

リーステップテストに関する理解に影響を与えることとなった¹⁰⁷。しかしながら、TRIPS協定はそれ自体、独自の目的と原則を有しており、それらが各条項の解釈に際して斟酌されなければならないものであり、場合によってはよりニュアンスのある解釈を招来する可能性もあるのである。さらに、機械的な「段階」アプローチについては、第二ステップがデジタル環境下での権利制限等のいかなる拡張に対しても、それを妨げるショー・ストッパーとして機能するのであれば、1996年のWIPO著作権条約の合意声明との整合をとることが困難となる¹⁰⁸。

本稿の理解では、TRIPS協定において文言が変更されたことやWCT条約10条に関する合意声明はより柔軟性のある解釈が望まれることを意味している。順次的に解釈すべきとの見解をとるか、あるいは全体的に解釈する見解をとるにかかわらず、順次的な解釈が、いずれかのステップにおける(些細なものであっても)いかなるミスに対しても、権利制限等が一切認められなくなる、という意味で厳格に適用されることがあってはならない。これらの三つのステップの関連を重視しない、より統合的な解釈を採用すべきである。換言すれば、たとえそれぞれのステップを独立してかつ/又は順次的に当てはめる場合であっても、これらのステップは完全に別個のものとして取り扱われるべきではない。むしろ、各々のステップごとの判断が明確に異なる分析においてなされたものであっても、それらを統合的に斟酌して最終的な結論が導かれるべきである。

運用に際しては、問題となる権利制限規定が三つあるステップのうち二つを用意に充足するものであるが、二つ目のステップの要件に僅かに満たない場合、これらのステップにはある程度の重複があることに鑑みれば、

¹⁰⁷ Report of the Panel, *Canada – Patent Protection*, *supra* note 52.

¹⁰⁸ こうした懸念が現実化したのが、フランス破棄院が言い渡した非常に問題のある判決であった。Cour de cassation [Cass.] [French Supreme Court] 28 Feb., 2006, I.L.C. 2006, 37, 760–61 (Fr.) (DVDの私的複製行為は著作物の通常の利用と衝突するため、第二ステップに違反すると結論付け、それ以上の分析を忌避した); 前掲注87・Geiger, *The Three-Step Test* 683・691頁(フランスの破棄院が「通常の利用」を定義することなく、曖昧かつ恣意的にみえる論拠の下で、その原理を解釈し、スリーステップテストを誤用したと主張する)。

そうした権利制限規定はスリーステップテストをクリアするものということができよう。それゆえ、一つのステップにおいて僅少な潜在的な瑕疵があったとしても、問題とされた権利制限等が他の二つのステップを明らかに充足するものである旨を示すことにより治癒されうる。視覚障害者の情報へのアクセスに関する権利制限規定は第一ステップに照らして「特別の場合」と評価されるだけでなく、規範的なレベルにおいても強力な支持を得るものであるところ、この要素は第三ステップに主として関連するものではあるが、第二ステップにおける評価にも影響を及ぼすことになる。点字図書の商業利用と抵触する可能性があるとの指摘はあるが、損害は相当程度限定されていると思われ、著作者や出版社による書籍の「中核的な」利用を損なうものではないといえよう。もう一つ別の例を挙げると、学校において書籍へのアクセスを増大させるための限定的な複製のような特別な目的のある権利制限等は、第一及び第三ステップの要件を充足する蓋然性が高い。第二ステップ及び第三ステップの要件を満たすか否かの検討は、問題となる書籍が他の市場に向けられたものではなく、学校利用を前提として企画されたもの——すなわち抵触や侵害の程度がはるかに強いことになる——であるか否かという、証拠を丁寧に精査することが求められる問題に向けられることになる。

WTOの紛争解決パネルは、まだこうした事例に対応する必要に迫られていない(米国著作権法110条(5)の事件で提訴された米国の権利制限規定は三つのステップをいずれも満たさないと判断された)¹⁰⁹。実際、カナダ医薬品特許事件におけるパネルはステップ同士が重なる可能性を排除しなかった¹¹⁰。このアプローチは、今後のパネルやWTOの上級委員会に対して、より限界線上の事例において、このアプローチを精緻にするための土台となりうる。

¹⁰⁹ See generally Report of the Panel, *United States – Section 110(5)*, *supra* note 33.

¹¹⁰ See Report of the Panel, *Canada – Patent Protection*, *supra* note 52, ¶ 7.76 (特許権者がいかに、第三ステップの下で当該特許に関し「正当」な商業的利益を有しており、それは第二ステップにおける「『通常の利用』を超える」ものであるとを説明する)。

Ⅲ. 一般条項型の権利制限・例外の余地

第2章で述べたように、スリーステップテストの開放的な文言は、“フェアユース”を許容することのような、著作権法において適切な均衡点を模索する柔軟なアプローチを支持するものである。しかし、スリーステップテストを制限的に解釈する論者は、多数のコモンローの法域で採用される米国型のフェアユースや、より開放的で柔軟なバージョンの「フェアディール」基準のような一般条項型の国内法における規定がスリーステップテストに適合するものであるか否かに疑問を投げかけてきた。たとえば、フェアユース及びフェアディールの体系は“特別の場合”の要件をクリアするものではないと主張されてきた¹¹¹。この種の理論構成が、“一般条項”の国々において排他権の外縁を限界付けるために伝統的に用いられてきたメカニズム——一連の原則及び／又はルールに基づく裁判所の**事案ごと**の判断——を論難するものとして用いられる場合には、一般条項型のアプローチとスリーステップテストとの抵触の可能性は、特に

¹¹¹ See Herman Jehoram, *Restrictions on Copyright and Their Abuse*, 27 EUR. INTEL. PROP. REV. 359, 360, 362 (2005) (米国のフェアユースの法理は、ベルヌ条約の著作権に対する制限的な理解と矛盾し、かつ「特別の場合」の安定性要件を満たさないため、同条約に「違反する」と論じる); R. Okediji, *Toward an International Fair Use Doctrine*, 39 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 75, 126–27 (2000) (フェアユースは、広範かつ不定型に過ぎるので、「特別の場合」に限定されていないと述べる); Sam Ricketson, *The Three-Step Test, Deemed Quantities, Libraries and Closed Exceptions* 74, 77 (Center for Copyright Studies 2002) (オーストラリアの著作権法のフェアディールの規定は、明確性と狭小性に欠けるため、「特別の場合」の要件を満たさないと判断する); cf. Julie Cohen, *WIPO Copyright Treaty Implementation in the United States: Will Fair Use Survive?*, 21 EUR. INTEL. PROP. REV. 236 (1999). *But see* 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, 1636–37 (1999) (ベルヌ条約及びTRIPS協定は、フェアユースのような著作権の開放的な例外を包含しうるものとして緩やかに解釈することができるかと主張する); Senftleben, *Towards a Horizontal Standard*, *supra* note 17, at 162–68 (米国のフェアユースの法理が「特別の場合」の要件と矛盾するとの主張を否定し、スリーステップテストは権利制限等に対する柔軟な基準と解するという意見を述べる)。

第1章で述べた起草史に照らして、厳密に検討されなければならない。

この文脈では少なくとも三つの考慮されるべき要素が存在する。第一に、スリーステップテストそれ自身は開放的な規範であるということである。米国著作権法107条に規定される米国のフェアユース¹¹²のように、スリーステップテストは一連の抽象的な基準を確立するものである。第二に、スリーステップテストの基準とフェアユースにある要素との間に共通点を見出すことができるということである。すでに述べたように、通常の利用を妨げないとの要件は、「著作物の潜在的利用又は価値に対する利用の及ぼす影響」という米国フェアユースの第四要件に相当するものである¹¹³。第三に、1967年のストックホルム会議において、特定の例外を詳細に列挙する手法ではなく抽象的な条項を採用するよう提案したのは、国内法にフェアディールングの例外を持つイギリスの代表であった。したがってスリーステップテストは、国内法において一般条項的な権利制限規定を禁ずるものというよりは、むしろヨーロッパ大陸法系と英米法系の著作権制度をつなぐ重要なリンクであると理解するほうがより適切であろう。最後に、米国著作権法110条(5)に関するWTOパネルは、フェアユースが、その定義からして当然に、“特別の場合”の要件と矛盾するという見方をとるものではない。パネルはむしろ慎重なアプローチを採用した。それによれば、「しかしながら、権利制限の適用を受ける可能性がある事案を逐一全て明示的に特定する必要はなく、例外の範囲が分かり、個別化されていれば足りる。これにより法的安定性は十分に確保される¹¹⁴。」

このようにパネルは、各国の立法者に対し、開放的な権利制限等を規定

¹¹² 17 U.S.C. § 107(1)-(4) (フェアユースを決めるための四つの基準を列挙する：「(1)利用の目的と性質、利用が商業的性質を有するか、非営利の教育目的かという点も含む；(2)著作権のある著作物の性質；(3)著作物全体との関係における利用された部分の量及び重要性；(4)著作物の潜在的利用又は価値に対する利用の及ぼす影響」)。

¹¹³ *Id.* § 107(4)；前文と前掲注91を参照（107条(4)とスリーステップテストの第二テストとの類似点を抽出する）。

¹¹⁴ Report of the Panel, *United States – Section 110(5)*, *supra* note 33, para. 6.108; see GERVAIS, *THE TRIPS AGREEMENT*, *supra* note 17, at 283 (「特定の場合」は「相当程度、限界付けられた領域」に限られなければならないことを強調する)。

し、裁判所が十分な程度の法的安定性を確保しつつ事案ごとの判断をなすことを可能とする余地を残した¹¹⁵。

全ての法制度において、法規範の策定と解釈は、立法と司法とで役割分担されている。いわゆるフェアユースのような「一般条項型の制度」においては、裁判官は抽象的な基準を特定の事案に適用されるものとして明示的に衡量することが求められる。一方では、そのような制度は、新たな個別のオンライン上の利用について権利制限等を適応させるのにより適したものであると論じる者がいるだろう。他方で、個別の権利制限規定に比して予測可能性を欠くものであり、そうした不明確性は権利者と利用者双方に不利益をもたらすと懸念する者もいるだろう¹¹⁶。しかしながら、認識しておかなければならないのは、法律の解釈適用は個別列挙型の制度を採用した場合にも生じるということである。いかなる権利制限等といえども、解釈の必要性を排し、あるいは、個別の事案に適用される際の曖昧さを除去するほどにまで、個別具体的な規定として起案されることはおよそ不可能である。

全ての制度においては、拘束力のある先例の展開を認めない制度を含めて、裁判官や審判官により受け入れられ繰り返される公的な実践の形式により法規範が認識されるようになり、制度全体の法的安定性を高めるよう

¹¹⁵ 法的安定性の確保をして、立法府の専権事項であるという必要はない。たとえば、裁判所が、その不確実性を増大させたり減少させたりすることはありうる。前掲注114に対応する本文を参照(裁判官がその判決において述べた先例が法的安定性に貢献し、特に「一定の特別の場合」との関係で、「特別の場合」と認められたり、否定されたりする先例によって、スリーステップテストの下で要求される確実性を満足させることを指摘する)。

¹¹⁶ これらの多様な議論の例として、see Martin R.F. Senftleben, *Bridging the Difference Between Copyright's Legal Traditions – The Emerging EC Fair Use Doctrine*, 57 J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 521, 525–40 (2010) (以下、Senftleben, *Bridging the Difference* という); P. Bernt Hugenholtz & Martin R.F. Senftleben, *Fair Use in Europe: In Search of Flexibilities*, AMSTERDAM: INSTITUTE FOR INFORMATION LAW/VU CENTRE FOR LAW AND GOVERNANCE 6–9 (2011) (開放的な条項の長所と短所を衡量し、急速に技術が変化する環境下では、著作権法における権利と自由領域とのバランスが問われており、開放的な立法の長所が評価されるべきとする)。

に機能する。換言すれば、米国のフェアユースの法理にみられるような開放的な要素の下では、裁判所が「一定の特別な場合」の無許諾の利用であるか否かということは、個別の事案の状況に応じて決することが許容されているのであるが、同様のことは個別列挙型の権利制限等を採用する法域においても多かれ少なかれ必ず生じることなのである。裁判所での判決が下される度に、新たな「特別の場合」が認識され個別化され、その結果、スリーステップテストの意味で「一定の」ものとなるのである。したがって、法的安定性の水準は、確立した判例法と、詳細な法規定のいずれによっても、十分な程度に到達することが可能なものなのである¹¹⁷。まとめると、裁判所が特定の事案でフェアユースを適用する際に、スリーステップテストに反してしまうということはあるとしても、米国のフェアユースのような開放的な条項が、当然にスリーステップテストに反するというわけではないのである。

この問題を検討するには、米国が1971年のベルヌ条約パリ改正条約に1989年に加入した際、あるいは1995年に（WTO協定の批准により）TRIPS協定に拘束されることとなった際に、フェアユースの法理を修正する必要に迫られなかったことを指摘しておかなければならない。ベルヌ条約9条

¹¹⁷ See Senftleben, *Towards a Horizontal Standard*, *supra* note 17, at 163–64 (米国のフェアユースに関する法実践が「一定の特別な場合」の要件に関する予見可能性に資する旨主張する); see also Barton Beebe, *An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978–2005*, 156 U. PA. L. REV. 549 (2008) (フェアユース法理に関する予見可能性の歴史的発展について検討する) (訳者註：本誌21号(2008年)117～169頁及び22号(2008年)163～199頁の日本語訳(城所岩生(訳))を併せて参照); Matthew Sag, *Predicting Fair Use*, 73 OHIO ST. L.J. 47 (2012) (米国のフェアユース法理について、開放的なアプローチであるにもかかわらず、予見可能性のあることを明らかにする実証研究を通じて、評価する); Pamela Samuelson, *Unbundling Fair Uses*, 77 *FORDHAM L. REV.* 2537 (2009) (米国のフェアユース法理の予見可能性を、「政策関連群」や「共通パターン」により示す)。But see A. FÖRSTER, *FAIR USE* 197-201 (2008) (米国の制度の制約のない開放性を批判する); Davod Nimmer, “*Fairest of Them All*” and *Other Fairy Tales of Fair Use*, 66 L. & CONTEMP. PROBS. 263 (2003) (フェアユースの基準が柔軟に過ぎるために、どちらの当事者にとってもその利益に適合するように解釈することが可能であり、ゆえに法理の適切な適用について導きうる指針に乏しいとするもの)。

(2)に規定されるスリーステップテストにフェアユースの法理が適合すると解釈されたのだろうか¹¹⁸。おそらく、その答えはWIPO「インターネット」条約を採択した1996年の外交会議に求めることができよう。同会議では、米国代表は「本条約にとって必要不可欠なことは、進化を続けるものとして、米国法において認められ、デジタル環境下においても適用可能なフェアユースの法理の適用が許容されることである¹¹⁹」と強調した。

米国代表はさらに、スリーステップテストについて、「締約国が、ベルヌ条約に適合するとされた国内法の制限や例外を存続させ、デジタル環境に適切に対応することを認めるものでなければならない¹²⁰」ことを強調した。私たちは、この国際会議の記録上、これに対する反論がなされた形跡を見付けることはできなかった。実際、第1章で述べたように、この文言は、最終的にWCT 10条のスリーステップテストの合意声明に取り入れられたのである¹²¹。

IV. スリーステップテストが有する権限付与

A. スリーステップテストと各国立法への権限設定機能

国内立法の観点からは、スリーステップテストは、単に新たな形態の利用の範囲を制約するものとしてばかりではなく、そのような制約を可能ならしめるものでもあると解釈することが、より論理的な帰結であるように

¹¹⁸ See Pamela Samuelson, *Challenges for the World Intellectual Property Organization and the Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights Council in Regulating Intellectual Property Rights in the Information Age*, 21 EUR. INTEL. PROP. REV. 578, 582–83 (1999) (米国のベルヌ条約加盟が、フェアユース法理の適用の継続を条件とするものであったことを強調するとともに、明示の回答は与えられていないものの、WIPOのTRIPS協定のガイドラインは、既存の権利制限等が協定に取り込まれていることを示唆していると結するもの); cf. C.A. Alberdingk Thijm, *Fair Use: Het Auteursrechtelijk Evenwicht Hersteld*, AMI: TIJDSCHRIFT VOOR AUTEURS 145, 152–53 (1998).

¹¹⁹ WIPO Diplomatic Conference, Aug. 26, 1997, *supra* note 26.

¹²⁰ *Id.* at 70.

¹²¹ 前掲注23を参照 (WCT 10条に関する合意声明を全面的に引用するもの)。

思われる。本稿が第1章ですでに述べたように、スリーステップテストの最初のバージョンは、1967年のベルヌ条約ストックホルム改正会議において柔軟な枠組みとして考案されたものであり、それにより、各加盟国の立法者が国内法の権利制限等を同条約違反から保護し、国内の社会的、文化的、経済的なニーズを満足する自由をもたらそうとするものであった¹²²。この条項は、各国が制定する複製権に対する権利制限等の根拠となることが意図されたものである。その結果、ベルヌ条約9条(2)は各加盟国に対し、一定の特別な場合に、当該複製が当該著作物の通常の利用に抵触せず、著作者の法的な利益を不当に害しない場合であることを条件として、著作物の複製を認める自由を提供するものとなっている¹²³。

各国国内法において広範に普及した利用に関する特権は、条約上のスリーステップテストを直接的な根拠とするものである。たとえば、私的複製に関して国内法に例外を導入することを許容する規定は、国際著作権法には明文を欠く。国内法におけるこの種の権利制限規定の策定の余地を産み出すのは、まさに条約上のスリーステップテストなのである。他にも多数の国内法レベルの権利制限等が条約上のスリーステップテストを根拠としている多数の例を、ベルヌ条約同盟国の著作権法から容易に見出すことができる。たとえば、研究教育目的の複製に関する権利制限、すなわち、図書館や公文書館、博物館が文化的資産を保全するために複製物を作成することを認めるものや、行政や立法、司法の手に際して必要な複製に関する権利制限が挙げられる。それゆえ、ベルヌ条約9条(2)のスリーステップテストは、国内法に権利制限等の導入を認める余地を創出する機能を有するのである。

この理解はTRIPS13条においても妥当するものであり、WIPOインター

¹²² 前掲注2・STOCKHOLM CONFERENCE 80-82頁; *see also* Kur, *supra* note 35, at 334, 337 (保健分野の問題等についてスリーステップテストの適用の余地を論ずる); Senftleben, *Towards a Horizontal Standard*, *supra* note 17, at 206-07; *cf.* Gervais, *The Reverse Three-Step Test*, *supra* note 87, at 28 (著作権者の排他権を限界付ける手段としてスリーステップテストを用いる提言をなす)。

¹²³ 前掲注2・STOCKHOLM CONFERENCE 1145頁。

ネット条約の交渉過程においても決定的な役割を果たした¹²⁴。この理解に基づき、WCTにおいて認められた送信可能化権等の権利につき、WCT 10条(1)に制限規定が置かれることとなった¹²⁵。第1章で述べたように、WCT 10条に関する合意声明は、スリーステップテストが既存の権利制限規定のさらなる拡張やデジタル環境下での新たな権利制限規定の策定の根拠となることが意図されていたことを裏付けるものである。

最後に、重要な点を指摘しておきたい。スリーステップテストが柔軟な政策上のツールとして解釈されうるとしても、*条約上のスリーステップテストが国内法へ移行される際には、その運用に関して基本的な修正がなされる*ということである。特に、スリーステップテストが国内法に導入されるにあたり、すでに狭く定義された権利制限等を制御する*追加的な*仕組みとして導入される場合には、スリーステップテストは、もはや国際的なレベルにおいて有している権利制限等を授權する機能を発揮することはない。むしろ、国内法の権利制限等に対する*追加的な制約*となる¹²⁶。

¹²⁴ See J. Bornkamm, *Der Dreistufentest als Urheberrechtliche Schrankenbestimmung – Karriere eines Begriffs*, in H.-J. AHRENS ET. AL., Festschrift für Willi Erdmann zum 65. Geburtstag 29 (2002); N. Dittrich, *Der Dreistufentest*, in Beiträge zum Urheberrecht VIII 63 (N. Dittrich, ed., 2005). Senftleben, *Towards a Horizontal Standard*, *supra* note 17, at 43-98 (国際著作権法におけるこのスリーステップテストの「ファミリー」の発展を評価する)。

¹²⁵ Cf. Senftleben, *Towards a Horizontal Standard*, *supra* note 17, at 96-98 (WIPO「インターネット」条約の文脈における新たな権利制限規定の外延を確定する際のスリーステップテストの適用可能性に関する議論について検討する)。See generally MIHÁLY FICSOR, *THE LAW OF COPYRIGHT AND THE INTERNET: THE 1996 WIPO TREATIES, THEIR INTERPRETATION AND IMPLEMENTATION* (2002); J. REINBOHE & S. VON LEWINSKI, *THE WIPO TREATIES 1996: COMMENTARY AND LEGAL ANALYSIS* 118-34 (2002)。

¹²⁶ Martin Senftleben, *The International Three-Step Test: A Model Provision for EC Fair Use Legislation*, 1 J. INTEL. PROP. INFO. TECH. & E-COMMERCE L. 67, 67 (2010); see Geiger, *From Berne to National Law*, *supra* note 94, at 486, 490-91 (スリーステップテストが、過度に広範な例外に異を唱える機能と、適切な著作権の制限の導入の余地を提供する機能の双方を有する旨述べる)。

B. 事例

スリーステップテストが、著作権保護の正当化根拠とのバランスが図られるべき社会的、文化的、経済的な利益に対して十分な余地を創出する役割を果たしているとの理解の下、スリーステップテストは複数の裁判所の判断において授權機能を持つものとして用いられてきた。

たとえば、ドイツ連邦通常裁判所は、ハノーバーの技術情報図書館に関する1999年の判決において、情報へのアクセスを妨げられない公衆の利益を強調した。同判決は、図書館における個人や事業者の求めに応じて科学論文を複製したり発送したりする業務を支持したのである¹²⁷。この業務の法的な根拠は、ドイツ著作権法53条に規定される私的使用のための権利制限等に求められる¹²⁸。この規定によれば、利用者は自ら複製行為をする必要はなく、当該利用者に代わって第三者に複製をさせることができる。同判決は、複製物の発送は出版社の活動に近接するということは認めたと¹²⁹、それにもかかわらず、図書館における業務が著作物の通常の利用と抵触するとの結論をとらなかった。代わりに、同判決は、スリーステップテストから、権利者に対する代償として、合理的な補償金の支払義務を導き出すことで、図書館が当該情報サービスを継続することを可能としたのである¹³⁰。

¹²⁷ See Bundesgerichtshof [BGH][Federal Court of Justice] Feb. 25, 1999, JURISTENZEITUNG [JZ] 1000, 1999 (Ger.) (以下、Bundesgerichtshof 1999 という); see also Senftleben, *Towards a Horizontal Standard*, *supra* note 17, at 206-08 (事実と説示事項を英語で説明するもの)。

¹²⁸ Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte [Urheberrechtsgesetz] [Copyright Act], Sept. 9, 1965, § 53 (Ger.) (以下、German Copyright Act という)。

¹²⁹ See Bundesgerichtshof 1999, *supra* note 127, at 1004.

¹³⁰ See *id.* at 1005-07; cf. P. Baronikians, *Kopienversand durch Bibliotheken – Rechtliche Beurteilung und Vorschläge zur Regelung*, ZEITSCHRIFT FÜR URHEBER- UND MEDIARECHT 126 (1999). 著作権法の以降の改正の過程で、ドイツの立法者は本判決をモデルとして新たな著作権の権利制限等を設けた。ドイツ著作権法53aは、画像ファイルによるデジタルコピーの発送をも対象としている点で、本判決よりも広範な権利制限となっている。German Copyright Act, *supra* note 128, § 53a.

ドイツ連邦通常裁判所による、民間企業内での社内メール配信のためにプレスの記事をスキャンして蓄積する行為についての2002年の判決は、スリーステップテストに対する柔軟なアプローチのさらなる例となった。同判決は、デジタルのプレスレビューにつき、その機能や潜在的な利用可能性の点で、伝統的なアナログ版のそれと本質的に対応する関係にある場合には、ドイツ著作権法49条(1)により、アナログのものと同様、適法なものとして取り扱われなければならない旨説示した¹³¹。同法49条(1)の文言がプレスレビューを紙媒体に限った権利制限等と理解されるほど旧態依然としていること¹³²によって生じる問題を回避するために、同判決は、新たな技術の発展の観点から、著作権の権利制限等はより柔軟に解釈されなければならない旨説示した¹³³。同判決は、デジタル版のプレスレビューにつき、テキスト収集やインデックスのような追加的な機能を持たない単なる画像形式のものである場合には、許容されるべきものであるとの結論に至った。アナログのプレスレビューの例外をデジタル版に拡張する結論は、連邦通常裁判所によれば、欧州情報社会指令2001/29におけるスリーステップテストに適合するものである¹³⁴。

同様に、スイス最高裁は2007年6月26日の判決において、スリーステップテストを用いて、スイス著作権法19条(1)(c)の私的使用の例外規定¹³⁵の

¹³¹ See Bundesgerichtshof [BGH][Federal Court of Justice] July 11, 2002, GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT [GRUR] 963, 2002 (Ger.) (以下、Bundesgerichtshof 2002 という); T. Dreier, *Urheberrecht und Elektronische Pressespiegel*, 58 JURISTENZEITUNG 473, 473 (May 2003) (事実や訴訟の結果を分析する); cf. Th. Hoeren, *Pressespiegel und das Urheberrecht*, GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT 1022 (2002).

¹³² 当時のドイツ著作権法49条(1)の“Informationsblättern”との文言を参照。

¹³³ See Bundesgerichtshof 2002, *supra* note 131, at 966.

¹³⁴ See *id.* at 966-67. 連邦通常裁判所は欧州著作権指令2001/29の5(5)に規定されるスリーステップテストを引用する。See Council Directive 2001/29, art. 5.5, 2001 O.J. (L 167) 10, 17 (EC). この規定に明文化された欧州共同体のスリーステップテストは、しかし、国際的なスリーステップテストから逸脱するものではない。

¹³⁵ スイス著作権法19条(1)(c)によると、私的使用とは、企業、官庁、研究所、委員会及び類似の機関における内部情報又は資料のための著作物の複製であると理

広範かつ自由な解釈を提示することで、企業の要求に応じて電子版のプレスレビューを提供する特別の営利的サービスにおいてプレスの記事が利用されることを適法化した¹³⁶。同判決は、民主主義の自由なプロセスに必要な言論の多様性を保障し、真の情報社会の発展を可能とするために、各出版者の許諾を得ていない営利的なサービスによるプレスレビューの作成や提供を促進する公益が存在する旨を説く¹³⁷。判決は続けて、著作権法の文言がアナログ方式による複製を念頭に置いて起草されたものであったとしても、著作権法の立法目的を成し遂げるためには、その適用範囲をデジタル世界に拡張する必要があることを考慮する¹³⁸。そのうえで、裁判所は、このようにして採用した結論を、スリーステップテストに照らして詳細に検証した¹³⁹。各ステップの内容を確認した後、最高裁は、第三ステップの文言が条約ごとに異なること、及び当該ステップにおいていかなる利益が斟酌されるべきかは自明ではないと説く¹⁴⁰。ベルヌ条約及びWIPO著作権条約における権利制限等が「著作者の正当な利益を不当に害してはならない」と定められている一方、TRIPS協定の権利制限規定では、「権利者の正当な利益」が強調されている¹⁴¹。著作者の利益と他の権利者の利益とが常に同一なものとは限らないとしつつ、スリーステップテストは、その利用からの補償金を受領する利用者の利益と少なくとも同程度には、著作者の利益を保護するものであると判示した。

コロンビア最高裁は2008年の判決において、スリーステップテスト（ア

解されている。URheberrechtsgesetz [URG], Copyright Act Oct. 9, 1992, AS 1798 (1993), art. 19(1)(c) (Switz.).

¹³⁶ *Copyright Law: Switzerland: ProLitteris v. Aargauer Zeitung, AG, et al.*, in 39 INT'L REV. INTEL. PROP. & COMPETITION L. 990, 991-98 (2008); cf. Geiger, *Rethinking Copyright Limitations*, supra note 89, at 943 (スイス最高裁の判決を分析し、裁判所がスリーステップテストに対し、斬新な解釈を採択したと主張する)。

¹³⁷ *Copyright Law: Switzerland: ProLitteris v. Aargauer Zeitung, AG, et al.*, in 39 INT'L REV. INTEL. PROP. & COMPETITION L. 990, 991-98 (2008).

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ *Id.* at 998.

ンデス共同体の決議351号21条に規定されている)を参照し、私的領域における非商業的なフォーマットシフティングについての刑事責任に対する新たな例外を作出した¹⁴²。同判決は、全体を包括する原則としてのスリーステップテストを活用して、当該利用行為が著作物の通常の利用に抵触せず、著作権者の正当な利益を不当に害しない場合には、著作権者の排他権に対する根本的な侵害は認められない旨説示した¹⁴³。したがって、ここでは、テストの基準が、刑事責任を肯定するために充足すべき追加的な要件を創出するために用いられたことになる。裁判所は、犯罪の成立には、被疑侵害行為が営利目的や著作権者の著作物や経済的利益を害する意図を伴うものであるか否かを確認する必要があると帰結した¹⁴⁴。同判決は、この基準に照らして、私的な研究や娯楽の目的でのフォーマットシフティングを刑事罰の対象から外したのである¹⁴⁵。

スリーステップテストを国内法において個別の事案に適用される基準として採用した場合、既述したようなリスクが存在するにもかかわらず、そうした制度を採用した法域の裁判所は、時としてスリーステップテストが存在するということの利点を活用して、権利制限の実効的な範囲を拡張している。その例は、スペインにみることができる。同国の最高裁は、検索エンジンやキャッシングサービスが違法であるとの結論を回避するため、財産権の社会的機能、信義則に従った権利行使及び権利濫用の禁止といった法の一般原則を用いて、スリーステップテストを解釈し、運用したのである。*Megakini.com/Google Spain* 事件¹⁴⁶において、グーグル社はその検索サービスがウェブサイト上の著作権のあるコンテンツの断片の複製

¹⁴² See Corte Suprema de Justicia [C.S.J.] [Supreme Court], Sala Casacion Penal abril 30, 2008, M.P: José Leonidas Bustos Martínez, Expediente 2008-29188, Gaceta Judicial [G.J.] (No. 105) (Colom.).

¹⁴³ *Id.*

¹⁴⁴ *Id.*

¹⁴⁵ *Id.* See generally Johnny Antonio Pabón Cadavid & Carolina Botero Cabrera, *Colombian Ruling on Copyright: Without Profit There is no Criminal Offence*, ICOMMONS (May 15, 2008), <http://archive.icommons.org/articles/colombian-ruling-on-copyright-without-profit-there-is-no-criminal-offence>.

¹⁴⁶ S.T.S., Apr. 3, 2012 (R.A.J., No. 172) (Spain).

と表示を伴うものであり、随伴するキャッシングサービスがウェブページ全体の複製及びアクセスを招来したことが著作権侵害にあたるということを経由して提訴された。裁判所は、スペイン著作権法には当該著作物の無許諾の利用を保護する例外は存在しないとしつつも、これらの検索サービスのための政策的な余地を創出することを試みている¹⁴⁷。同判決は、スペイン著作権法におけるスリーステップテストが「消極的な」意味（認められる例外に制限を課すものであるとの意味）を有するのみならず、一定の場合には著作権の保護を後退させる必要性を反映するものである意味で「積極的な」意味をも有する旨判示した¹⁴⁸。

裁判所は、当該事件の個別の事案において、著作権者が実際に自らの正当な利益が害されるか否か、あるいは、著作権者が通常の利用の妨害に直面したか否かを確認した¹⁴⁹。同裁判所は、どうやら、著作権侵害の主張を、無断使用ではあるが、実際には原告の利益となると目される行為に対して損害賠償を求めるものと理解したようである。当該使用は、原告のウェブページへのアクセスを促進し、そのウェブサイトに関する情報を提供するものであったからである。裁判所は著作権者の請求が権利の濫用（及び「反社会的な」行使）となることを理由に、請求を棄却した¹⁵⁰。同裁判所は、現実の損害が存しない場合、著作権の保護が、根拠を欠く主張と目されるものに基づいて、他者に損害を与える目的で濫用されてはならない旨説示

¹⁴⁷ *Id.* pt. 5, para. 5; see R. Xalabarder, *Spanish Supreme Court Rules in Favour of Google Search Engine*, KLUWER COPYRIGHT BLOG (June 15, 2012), <http://kluwercopyrightblog.com/2012/06/15/spanish-supreme-court-rules-in-favor-of-google-search-engine/> (当該事件を記述し、裁判所がスリーステップテストに対し、より柔軟性のある解釈を採択したことを指摘する)。

¹⁴⁸ S.T.S., Apr. 3, 2012 (R.A.J., No. 172, p. 5, para. 5) (Spain).

¹⁴⁹ *Id.*; see Gervais, *The Reverse Three-Step Test*, *supra* note 87 (スペインの裁判所が類似する判示をなす前に、スリーステップテストを権利者が有する排他権の外延を限界付ける道具として適用することを提案する)。

¹⁵⁰ S.T.S., Apr. 3, 2012 (R.A.J., No. 172, p. 5, paras. 5, 6) (Spain). Geiger, *The Social Function of Intellectual Property Rights*, *supra* note 58 (知的財産権の社会的機能とこれらの権利を規律する法に関するその影響を評価する)。

したのである¹⁵¹。

スリーステップテストにより可能となる国内法における権利制限は、ここで示した裁判所による判決よりもさらに柔軟性の高いものである。しかしながら、ここでの主要なポイントは、各国の立法府は、スリーステップテストを用いて例外に関して限定列举とする手法をとることも、権利制限に関する一般条項を採用することも、スリーステップテストの抽象的な基準の下では、双方ともに可能であるということである。フェアユースとフェアディーリングの立法例は、スリーステップテストに合致し、授権されていると評価しうるものであり¹⁵²、この種の柔軟な規定の採用例の好例を提供する。1976年に米国法に明文化された有名なフェアユースの法理¹⁵³以外にも、一般条項型の著作権の権利制限は今や多くの国で採用されるにいたった¹⁵⁴。フィリピンの1997年知的財産法典は、批評、コメント、ニュース報道、授業、学術、研究及びこれらに類する目的で行われる著作物の利

¹⁵¹ S.T.S., Apr. 3, 2012 (R.A.J., No. 172, pt. 5, paras. 5, 8) (Spain).

¹⁵² 当然のことながら、イギリスのフェアディーリングと米国のフェアユースはともに(裁判官により形成された法としては)1967年のテストに先行するものである。Cf. Senftleben, *Towards a Horizontal Standard*, supra note 17, at 163 (フェアユースの法理の「長い伝統」を指摘し、裁判官と学者がこの法理の基礎として1841年における先例を援用することを強調する)。

¹⁵³ この成文化はフェアユースの法理の開放的な性質を変えることを意図するものではなかった。See LEON E. SELTZER, EXEMPTIONS AND FAIR USE IN COPYRIGHT: THE EXCLUSIVE RIGHTS TENSIONS IN THE 1976 COPYRIGHT ACT 19–20 (1978) (以下のように述べた上院と下院の委員会報告を引用。「この法案は、司法によるフェアユースの法理の目的と一般的範囲を支持する...が、この法理を条文のなかに凍結させるという意図はない...裁判所は、フェアユースが何かということに対する極めて広範囲にわたる制定法に関する説明や、その適用の基準の例示に止まるのではなく、法理を個別の状況に合わせてケースバイケースで適用する自由が与えられて然るべきである」)。

¹⁵⁴ See Jonathan Band & Jonathan Gerafi, *The Fair Use/Fair Dealing Handbook*, POLICYBANDWIDTH (Mar. 2013), available at <http://infojustice.org/wp-content/uploads/2013/03/band-and-gerafi-2013.pdf> (40か国のフェアユースとフェアディーリングの条文を再現する)。

用についてフェアユースの要素の分析が行われることを規定する¹⁵⁵。シンガポールは、2006年の改正の枠組みにおいて、抽象的な要素の一覧に基づいて許されるべき利用を特定する、開放的なフェアディリングの規定を採択した¹⁵⁶。イスラエルの2007年著作権法は、私的学習、研究、批評、レビュー、時事の報道、引用あるいは教育機関による指導と試験といった目的でのフェアユースを許容している¹⁵⁷。マレーシア著作権法の2012年の改正は、研究、私的学習、批評、レビュー又はニュースあるいは時事の報道といった目的を対象とするフェアディリング規定を導入した¹⁵⁸。カナダでは、最近の著作権法案、たとえばC-20法案や最高裁判所の判決を通じて、国内法でのフェアディリングの範囲を柔軟性のあるものへと大きく拡張した¹⁵⁹。2013年の韓国著作権法はとりわけ報道、批評、教育と研究を

¹⁵⁵ INTELLECTUAL PROPERTY CODE, § 185.1, Rep. Act 8293 (Phil.).

¹⁵⁶ Copyright Act, S 107/87, Apr. 10, 1987, §§ 35, 36 (Singapore).

¹⁵⁷ Copyright Act, 5768-2007, 2007 LSI 34, art. 19 (2007) (Isr.); cf. Orit Fischman Afori, *An Open Standard “Fair Use” Doctrine: A Welcome Israeli Initiative*, 30 EUR. INTEL. PROP. REV. 85 (2008) (イスラエルの著作権法を分析して、より制限的なフェアディリングの法理から新規立法によるより広範なフェアユースの法理への転換を指摘する); Guy Pessach, *The New Israeli Copyright Act: A Case-Study in Reverse Comparative Law*, 41 INT’L REV. INTEL. PROP. & COMPETITION L. 187, 189–93 (2010) (イスラエルの著作権法におけるフェアユースの法理を米国著作権法のそれと比較する)。

¹⁵⁸ Copyright Act, Act 332, Apr. 30, 1987, § 13(2)(a) (Malaysia).

¹⁵⁹ See Michael Geist, *Fairness Found: How Canada Quietly Shifted from Fair Dealing to Fair Use*, in THE COPYRIGHT PENTALOGY: HOW THE SUPREME COURT OF CANADA SHOOK THE FOUNDATIONS OF CANADIAN COPYRIGHT LAW 157, 158–59 (Michael Geist ed., 2013) (所期の利用が許されるべき利用として列挙されているものに該当するの否かということではなく、公正性に焦点をあてるという、カナダ最高裁判所のフェアディリングに対するより柔軟な理解を紹介する)。しかしながら、裁判所による法形成で、フェアディリングに関しこれほどのものが示されることは珍しいといえる。この点について、Agostino教授は以下のように述べる。この「カナダの干渉主義はフェアディリングの案件の審理に立ち入ることが稀な他の上級の裁判所とは区別される…カナダ以外のコモンロー裁判所がフェアディリング案件を実際に審理するに至った場合でも、司法解釈の域を超えることはなく、法や政策の形成まで立ち入ることはないように思われる」。Giuseppina d’Agostino, *The Arithmetic of Fair*

目的とするフェアユースを導入した¹⁶⁰。

新たな著作権に関する立法をみると、一般条項型の著作権制限等は、オーストラリア、アイルランド及びイギリスにおいても提案されている¹⁶¹。許されるべき利用特権の一覧に開放的な条項を設けることは、欧州著作権法の将来の発展に関する欧州全域の著作権法の研究者による Wittem Project の成果である、欧州著作権コードにおいて提言された¹⁶²。同様に、個

Dealing at the Supreme Court of Canada, in THE COPYRIGHT PENTALOGY: HOW THE SUPREME COURT OF CANADA SHOOK THE FOUNDATIONS OF CANADIAN COPYRIGHT LAW 187, 201 (Michael Geist ed., 2013).

¹⁶⁰ Copyright Act, Law No. 9625, Apr. 22, 2009, art. 28 (S. Kor.).

¹⁶¹ See *Copyright and the Digital Economy* 59–98 (Australian Law Reform Commission, Discussion Paper 79, 2013); *Copyright and Innovation: A Consultation Paper Prepared by the Copyright Review Committee for the Department of Jobs, Enterprise and Innovation* 111–23 (Copyright Review Committee Consultation Paper, 2012); Ian Hargreaves, *Digital Opportunity: A Review of Intellectual Property and Growth*, UNITED KINGDOM INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE 44–52 (2011), available at <http://www.ipo.gov.uk/ipreview-finalreport.pdf>.

¹⁶² See *The Wittem Project: European Copyright Code*, EUROPEAN COPYRIGHT CODE art. 5.5, available at <http://www.copyrightcode.eu/index.php?websiteid=3> (Apr. 2010) (提案された Witten Project の欧州著作権コードを示し、「その他の利用は、条文5.1から5.4(1)に列挙された利用に比肩しうるものであって、関係する制限の要件において対応するものが満たされ、通常の利用と抵触せず、かつ第三者の正当な利益を考慮したうえで、著作者あるいは権利者の正当な利益を不当に害しないとされる限り、許容される」ことを指摘する); see also Thomas Dreier, *The Wittem Project of a European Copyright Code, in* CONSTRUCTING EUROPEAN INTELLECTUAL PROPERTY: ACHIEVEMENTS AND NEW PERSPECTIVES 292 (Christophe Geiger ed., 2013) (欧州著作権コードの情報とその権利制限等に関する規定を示す); cf. Senftleben, *Bridging the Difference, supra* note 116, at 550 (ECはスリーステップテストを採用しながらも、そのテストの適用は権利制限等を拡大するというよりもこれを制限するものである旨を説き、ECはこの問題を扱うために米国の柔軟なフェアユース基準を採用すべきことを提案する); Hugenholtz & Senftleben, *supra* note 116, at 17–18 (欧州各国の国内立法者はスリーステップテストとフェアユース原則を著作権法における権利制限等の分析に組み入れる柔軟な措置を実施することを提案する); Christophe Geiger, *Effectivité et Flexibilité: Deux Impératifs de l'Adaptation du Droit des "Exceptions"*, 94

別列挙主義を採用する法域と一般条項を採用する法域の双方の著作権法の専門家からなる著作物の利用者の権利に関する世界的なネットワークは、「コモンロー諸国においても大陸法諸国においても殆どの著作権法に対して一般的な形で適合しうよう検討された」モデルとなる開放的で柔軟な権利制限等を作成した¹⁶³。

V. 結論

国際著作権法におけるスリーステップテストは、各国の政策立案者に対して、著作権の権利制限等の適切な制度を創設する余地を提供する柔軟なバランスングツールを構成しており、そのなかで開放的で柔軟性のある権利制限等の条項を導入することもオプションとして許容されているものである。1967年ベルヌ条約の改正のためのストックホルム会議において初めて考案されたスリーステップテストは、それ自体が各国の立法者が各国の社会的、文化的及び経済的なニーズを満たすために国内法で権利制限等を導入する自由を享受しうる柔軟な枠組みとして登場した。スリーステップテストがTRIPS協定、WIPOインターネット条約、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に導入されていくなかで、各国ごとの事情に即した解決策を可能とするこの機能が損なわれることはなかった。WIPOインターネット条約は、スリーステップテストが伝統的な著作権の権利制限等をデジタル環境へと拡張し、新たに適切な権利制限等を発展させることを許容するものであることを確認した。

スリーステップテストの抽象的な基準は異なる解釈の余地を提供する。米国著作権法110条(5)に関する事案においてWTOパネルのとったアプローチはこのテストの解釈に対する最終的な結論であると評価されるべき

REVUE LAMY DROIT DE L'IMMATÉRIEL (Supplement) 41, 44–45 (2013) (フランスは迅速な技術的及び社会的変化に順応するためにスリーステップテストを開放的な授權条項として用い権利制限等を解釈すべきであることを提案する)。

¹⁶³ *Global Network on Copyright Users' Rights: Model Flexible Copyright Exception*, INFO JUSTICE, available at <http://infojustice.org/flexible-use> (last visited Feb. 18, 2014).

ではない。多様な代替となるアプローチが、学説において展開され、実際に各国の裁判所で採用されてきた。それらのアプローチには、スリーステップテストを洗練された比例原則のテストとみる理解、その抽象的な基準を全体的な利益衡量に際して斟酌される要素として用いる手法、及び最も柔軟な基準である第三ステップから逆向きに読むといったものがある。著作権と競合する利益、特に表現及び情報の自由との均衡を図るべきとの要請に鑑み、これらの柔軟性のある解釈は将来において主流を占めるようになることが望まれよう。

【訳者付記】

この翻訳は、2015年4月から7月に一橋大学大学院で開講された「知的財産法特殊問題第2」(修士課程)・「知的財産法特殊研究第2」(博士後期課程)の成果である。長塚真琴教授の指導の下、佐藤豊(博士2年)、林季陽(博士1年)、黄駿升(修士2年)(いずれも当時)が、毎週交代で逐語訳のレジュメを作成した。そして、授業での議論を反映したレジュメを、後日佐藤がとりまとめて原稿化した。

翻訳に関するご指導や翻訳発表の場を頂いた田村善之教授、講読のご指導を頂いた長塚真琴教授に改めてお礼申し上げます。