

著作権法における権利制限規定の解釈と 3 step test (1) — 厳格解釈から柔軟な解釈へ —

小 嶋 崇 弘

— 目次 —

- I. 問題の所在
 - 1. 権利制限規定に関する議論の高まりと伝統的な見解の再検討
 - 2. 3 step test の概要
 - 3. 3 step test を巡る我が国の裁判例および学説の動向
- II. 3 step test の国内適用可能性
 - 1. 自動執行性の有無
 - 2. 間接適用の妥当性
- III. 3 step test の国内法導入によって生じる問題点
 - EU 情報社会指令発効後の欧州における議論状況 — (以上、本号)
- IV. 3 step test の起草過程とその後の発展 (以下、次号)
- V. 3 step test に関する WTO パネル報告の概要
- VI. 3 step test の各要件の解釈と学説の動向
- VII. 権利制限規定の解釈の望ましいあり方
- VIII. 結びに代えて

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

近年、著作権の制限に関する議論が国際的に高まっている¹。我が国に

¹ See, e.g., European Commission, Green Paper on Copyright in the Knowledge Economy,

においても、権利制限に関する議論が活発になされるようになっており²、とりわけ、複製技術やインターネット等の技術の発展に伴い、著作物の新たな利用方法が現われる一方で、現行著作権法の権利制限規定ではこのような状況に十分に対応できていないという問題点が指摘されている³。このような状況に対処するために、裁判所においては、既存の権利制限規定を柔軟に解釈することや⁴、類似性の判断における「著作物の創作的表現の再生」基準を操作すること⁵等の試みがなされているが⁶、限界がないわけではない。そこで、現在、新たに権利制限に関する一般条項の立法が検討されているところである⁷。

ところが、従来我が国では、「制限規定は権利を制限するものである以上、あくまでも著作権法からみて例外的であり、ゆえに厳格に制限的に解釈しなければならない」という見解（これを本稿では「厳格解釈論」と呼

ぶことにする）が主流を占めていたとされる⁸。もともと、このような伝統的な考え方は、大陸法諸国において見受けられることが多いとされている⁹。また一般に、厳格解釈論は、大陸法諸国が採用する限定列举主義に親和的であり、他方で、英米法諸国が採用する一般条項には馴染みにくいと考えられている。もっとも、今日では、厳格解釈論は、欧州においても我が国においても、批判の対象となることが少なくない。

では、権利制限の厳格解釈という考え方は、どのような観点から正当化することができるのだろうか。厳格解釈論の正当化根拠として、以下の3つの点があげられることがある。第1の理由付けとして、国際条約による制限がある。ベルヌ条約9条2項やTRIPs協定13条などが規定する3 step testは、各国の立法者が権利制限を行う際の限界を定めるものである。3 step testの規定振りは厳格解釈論に親和的であり、本来権利が及ぶのが原則であり、権利を制限することができるのは、例外的な場合で（第1ステ

COM (2008) 466 final.

² 例えば、2007年度 ALAI Japan 研究大会(2007年12月15日)や2008年度著作権法学会研究大会(2008年5月24日)等で権利制限および3 step testに関する議論が行われている。

³ 具体的には、企業内複製、家庭内ビデオライブラリー、ネットオークション、検索エンジン、写り込み、パロディ等について議論がなされている。参照、上野達弘「総論—シンポジウム『権利制限』の趣旨—」著作権研究35号2頁(2008年)、著作権制度における権利制限規定に関する調査研究会『著作権制度における権利制限規定に関する調査研究報告書』(三菱UFJリサーチ&コンサルティング・2009年)5-8頁[上野達弘執筆]。

⁴ 東京地判平成13年7月25日判時1758号137頁[はたらくじどうしゃ]。参照、村井麻衣子[判批]知的財産法政策学研究10号259頁(2006年)。

⁵ 東京地判平成11年10月27日判時1701号157頁[雪月花1審]、東京高判平成14年2月18日判時1786号136頁[同2審]。

⁶ 参照、飯村敏明「権利制限規定の解釈における課題」著作権研究35号109頁以下(2008年)、高部真規子「著作権の制限」『著作権法の新論点』(商事法務・2008年)307頁以下。

⁷ 知的財産戦略本部・デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会『デジタル・ネット時代における知財制度の在り方について(報告)』(2008年11月27日)<<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/houkoku/081127digital.pdf>>(2009年9月9日確認)。

⁸ 斉藤博『概説著作権法〔第3版〕』(一粒社・1994年)13頁は、「法が公正な利用に留意するよう求めるとしても、これはあくまでも権利の保護を第一義としつつも、例外的に、一定の限られた場合に権利を制限しようとするわけである。…したがって、30条をはじめとする権利を制限する諸規定を解釈・適用するに際しても、これらが『例外的に』定められていることをつねに考えなければならない。すなわち、これらの制限規定の解釈・運用は努めて厳格になされなければならない」としている。もっとも、後述するように、斉藤教授は、近時の論稿において、包括的な権利制限規定の立法を提唱されている(斉藤博「著作権の制限又は例外に関する一考察(その2)(完)」知財管理55巻10号1355頁(2005年))。また、国際条約との整合性という観点から著作権法38条に関して厳格解釈を唱える近時の見解として、半田正夫=松田政行編『著作権法コンメンタル2〔23条~90条の3〕』(勁草書房・2009年)303-304頁[本山雅弘執筆]がある。なお、著作権法が著作者等の保護を第一義とするものであると説くものとして、半田正夫=松田政行編『著作権法コンメンタル1〔1条~22条の2〕』(勁草書房・2009年)11-13頁[半田正夫執筆]を参照。

⁹ MARTIN SENFTLEBEN, COPYRIGHT, LIMITATIONS AND THE THREE-STEP TEST, AN ANALYSIS OF THE THREE-STEP TEST IN INTERNATIONAL AND EC COPYRIGHT LAW 6 (2004)。もっとも、コモンロー諸国においても、大陸法諸国とは別の観点から、権利制限規定の厳格解釈論が主張されることがある。イギリス著作権法における厳格解釈論については、Jonathan Griffiths, *Preserving Judicial Freedom of Movement - Interpreting Fair Dealing in Copyright Law*, IPQ 164, 168-172 (2000) を参照。

ップ)、著作権者の市場を害さず(第2ステップ)、ゆえにその利益も害さない(第3ステップ)場合に限られるという発想で成り立っているものと思われる。そのため、3 step testを文字通りに解釈した場合、許容される権利制限の範囲は極めて限定的なものとなり、結果的に、権利者寄りの結論が導かれる可能性が高くなる。そして、後述するように、権利制限の範囲を限定すべきであるとの主張がなされる際に「レトリック」として、3 step testが持ち出されることが少なくない¹⁰。

第2の理由付けとして、自然権論があげられる。厳格解釈論は、「人は自ら創作したものに当然に権利を有する」という自然権的な考え方を前提にしていると考えられている¹¹。すなわち、自然権論の下では、著作権は、オリジナルな表現を創作したというだけで、当該表現について財産権を与えられるということが前提とされる。ジョン・ロックの労働所有理論および19世紀のロマン主義を組み合わせることで、著作権を自然法および正義の基本的な概念から生じた権利とみなす自然権論の立場からは、(制定法によって認められる)著作権法は、著作権者の自然権を成文化するために設けられたにすぎないということになる。また、自然権論においては、著作権は創作者の人格の表出物であるから当然に保護されるとするヘーゲルの精神的所有権論が引き合いにされることもある。このような自然権論の枠組みの下では、一般的に、公衆の利益のために設けられる著作権の

制限ないし例外が認められにくいということになる¹²。しかし、自然権論に対しては、これらの理論を応用することには限界があるため、自然権的な立場からだけでは著作権の存在を積極的に正当化することができないとの指摘がなされている¹³。

最後に、第3の理由付けとして、法的安定性(あるいは明確性)の確保があげられることがある。確かに、厳格解釈によって予測可能性が確保されることは利用者にとっても望ましいといえよう。しかしながら、結局のところ、法的安定性の確保は、著作物の利用環境や技術の変化に対応するために権利制限規定を柔軟に解釈することで、著作権者と利用者のバランスが適切に図られることとのトレードオフの問題である。加えて、法的安定性という観点を重視するのであれば、権利制限を柔軟に解釈すること以上に、権利根拠規定を柔軟に解釈することに抑制的であるべきとの指摘がなされている¹⁴。

このように、権利制限規定の厳格解釈という伝統的な考え方に対しては、様々な観点から批判が加えられている¹⁵。とりわけ、著作権は政策的に定められたものにすぎないとする功利主義的な立場からは、著作権は自然権としてアプリアリに保護されるものではなく、あくまで法目的である文化の発展を図るために、著作権者の利益と公衆の利益の均衡を図るという観点

¹⁰ Tohmas Dreier, *Saving a Fair International IPR-Regime in a Globalized World. Some Parameters for Public Policy*, in INTELLECTUAL PROPERTY, PUBLIC POLICY, AND INTERNATIONAL TRADE 73-74 (Inge Govaere & Hanns Ullrich eds., 2007) (3 step testは、当初、加盟国がTRIPs協定で認められた排他権に対する例外を設けることを一方で制限し、他方で許容する規定として、抑制と均衡のアプローチに基づいて解釈されていたが、次第に、加盟国が自国の伝統およびニーズに従って権利の例外を認める自由を大幅に制限するための主要な手段として、先進国、とりわけ主要な権利者によって用いられることが多くなってきている)。なお、3 step testを理由に権利制限規定の範囲を限定すべきであるとする見解として、例えば、SAM RICKETSON, THE THREE-STEP TEST, DEEMED QUANTITIES, LIBRARIES AND CLOSED EXCEPTIONS (Centre for Copyright Studies, 2003), available at <http://www.copyright.com.au/pdf/CCS/CCS0202.pdf>; H Cohen Jehoram, *Restrictions on Copyright and their Abuse*, 27 EIPR 359 (2005) を参照。

¹¹ SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 6.

¹² Neil Netanel, *Why Has Copyright Expanded? Analysis and Critique*, in 6 NEW DIRECTIONS IN COPYRIGHT LAW 21 (Fiona Macmillan ed., 2008).

¹³ 田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号1-3頁(2008年)。

¹⁴ 法的安定性の確保という趣旨に対して、飯村・前掲注(6)115-116頁は、法的安定性からすれば、権利制限よりも権利根拠規定について類推解釈をすることの方が抑制的であるべき(とりわけ、刑事罰との関係では、権利根拠規定の類推は許されない)と指摘する。

¹⁵ 上野達弘「著作物の改変と著作権者人格権をめぐる一考察—ドイツ著作権法における『利益衡量論』からの示唆—(2・完)」民商120巻6号959-962頁(1999年)は、この点を早くから指摘している。なお、同「著作権法における権利制限規定の再検討—日本版フェア・ユースの可能性—」コピライト560号7頁(2007年)、駒田泰士「著作権法解釈における柔軟化の諸相」『コンテンツ・ビジネスの推進と著作権制度』(著作権情報センター・2008年)207頁も参照。

から促えられるべきであるとの指摘がなされている¹⁶。また、後述するように、引用やパロディ、教育目的の利用など、著作権を制限することについて、より積極的な意義を認めるべき場合があるとされている。本稿は、このような観点から、権利制限の厳格解釈論の根拠の1つとされてきた 3 step test の従来の解釈論の再検討を試み、その上で、果たして 3 step test の存在が厳格解釈論の根拠として妥当なのかどうかという点を検討するものである¹⁷。

以上の理由に加えて、本稿において 3 step test を検討することには次のような意義が認められるであろう。第1に、言うまでもなく、3 step test を規定する条約の加盟国が、著作権を制限する際には、3 step test に整合的

¹⁶ 田村善之『著作権法概説〔第2版〕』（有斐閣・2001年）108頁、高林龍「著作権の制限」牧野利秋＝飯村敏明編『著作権関係訴訟法』（青林書院・2004年）421頁。もっとも、特定の知的財産権の制度を採用することによる効率性の改善を測定することは困難であるとされている。この点に関して、田村・前掲注(13) 4頁は、効率性の改善による正当化に加えて、プロセスの正統性による正当化を図らざるをえないとしている。

¹⁷ なお、「制限 (limitations)」および「例外 (exceptions)」という用語の使い分けが問題とされることがある。一般論として、大陸法において強調されることが多い、著作権の排他権に著作物の想定される全ての利用が含まれるとする自然権論的な考え方には、「例外」という用語が馴染みやすいとされている。他方で、英米法において強調されることが多い、著作権は政策的に定められたものにすぎないとする功利主義的な考え方には、「制限」という用語が馴染みやすいとされている。国際条約においては、「制限および例外」という形で両用語が併用されているが、これは特定の立場あるいは法技術を前提とするものではないという理由によるものと考えられる (See, SENFTLEBEN *supra* note at 9, at 22. 齊藤・前掲注(8) 知財管理 1360頁も参照)。さらに、学説の中には、規範的な観点からこれらの用語を使い分けるものがある。例えば、Helberger & Hugenholtz は、権利の保護こそが「原則」であり、権利制限はあくまでも「例外」にすぎないとする権利者偏重の発想から脱却すべきであるとして、権利の「例外」という言葉ではなく、より価値中立的な「制限」という用語を用いるべきであると主張する (Natali Helberger & P. Bernt Hugenholtz, *No Place Like Home for Making a Copy: Private Copying in European Copyright Law and Consumer Law*, 22 Berkeley Tech. L.J. 1061, 1062-1063 n.4 (2007))。本稿も、このような意識に基づいて、国際条約に言及する場合などを除き、原則として「制限」という用語を使用している。

でなければならないからである。とりわけ、現在我が国では、権利制限に関する一般条項（「日本版フェア・ユース」¹⁸などと呼ばれている）の導入が検討されており、（現時点では具体的にどのような規定が想定されているのかは明らかではないが）そのような一般条項を設けることが 3 step test に適ったものであるか否かが問題となろう。第2に、我が国では近時、現行の制限規定では十分に対応できていないとされる著作物の利用行為について非侵害という結論に導くために、3 step test を（やや修正した形で）国内法の解釈基準として用いようとする見解が一部の論者によって唱えられている。このような見解が妥当なものか否かを検討するためにも、3 step test と権利制限規定との関係を探る必要がある。これまで、我が国においては、一般に、3 step test は好意的に捉えられてきた。そして、今日では、後述するように、国際的な著作権法制において 3 step test が果たす役割は以前にも増して高まっているが、その一方で、同テストに対しては、その構造的なバイアスに由来する多くの問題点を内包しているとの指摘もなされているところである。

2. 3 step test の概要

3 step test は、「文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約」（ベルヌ条約）9条2項において、複製権（9条1項）に対する一般的な制限規定として初めて定められた¹⁹。同項によれば、同盟国が複製権の制限を行う際には、①特別の場合（certain special cases）でなければならず、②著作物の通常の利用（normal exploitation）を妨げるものであってはならず、③著作者の正当な利益を不当に害しない（not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author）ものでなければならないとされている。そして、これらの3要件は、後述するように議論の余地はあるものの、累積的に全ての要件を充足しなければならないと一般的には考えられてい

¹⁸ 知的財産戦略本部（報告書）・前掲注(7)8頁。

¹⁹ なお、「3 step test」という名称が用いられるようになったのは、TRIPs協定の交渉過程以降であるとされている（SILKE VON LEWINSKI, INTERNATIONAL COPYRIGHT LAW AND POLICY 297 (2008)）。

る²⁰。

なお、ベルヌ条約は、3 step test とは別個に、権利制限に関する個別の規定を設けている²¹。まず、無償で認められる制限としては、公の講演及び演説の利用（2条の2第2項）、引用（10条1項）、教育目的の利用（10条2項）、報道のための利用（10条の2第1項）、時事的事件の報道のための利用（10条の2第2項）、放送機関による一時的記録（11条の2第3項）がある。次に、補償金の支払いを条件に認められる制限として、音楽著作物の録音物（13条1項）、放送及び有線放送の再伝達（11条の2第2項）について強制許諾を認めている。これらの個別規定の殆どは、同盟国に当該権利制限規定を設けるかどうかを選択する裁量を認める任意規定であるとされている²²。他方で、引用に関する10条1項は、同項の文言が「(引用は) …適法とされる。(It shall be permissible to make quotations…)」としていることを理由に、義務的な規定であると解されている²³。

²⁰ SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 82.

²¹ P. Bernt Hugenholtz & Ruth L. Okediji, *Conceiving an International Instrument on Limitations and Exceptions to Copyright*, Open Society Institute (2008), at 15-16, available at http://www.soros.org/initiatives/information/articles_publications/publications/copyright_20080506/copyright_20080506.pdf.

²² Annette Kur & Henning Grosse Ruse-Khan, *Enough is Enough – The Notion of Binding Ceilings in International Intellectual Property Protection* 38-39 (Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series No. 09-01, 2008), available at <http://ssrn.com/abstract=1326429>.

²³ ベルヌ条約10条1項を義務的な規定であるとする見解として、I SAM RICKETSON & JANE C. GINSBURG, *INTERNATIONAL COPYRIGHT AND NEIGHBOURING RIGHTS: THE BERNE CONVENTION AND BEYOND* 783 (2006); PAUL GOLDSTEIN, *INTERNATIONAL COPYRIGHT: PRINCIPLES, LAW, AND PRACTICE* 304 (2001) がある。他方で、同項を任意的なものであると解しつつも、「実際は、適当な場合に自由引用を認めることが不可避であるということは、基本的な人間の自由—自由な言論および批判の自由—の当然の帰結である」とする見解も存在している（ミハイリ・フィチョール（大山幸房他訳）『WIPO が管理する著作権及び隣接権諸条約の解説並びに著作権及び隣接権用語解説』（著作権情報センター・2007年）71頁）。なお、引用をする権利が義務的な形で規定されている理由としては、公の利益のために著作者の権利を制限する他の規定とは対照的に、引用は著作物自身にとって極めて重要な行為であり、それゆえ、著

ベルヌ条約における 3 step test は複製権の制限に関するものであるが、その後、3 step test は、1994年の「知的所有権の貿易関連の側面に関する協定」（TRIPs 協定）13条²⁴や、1996年の「著作権に関する世界知的所有権機関条約」（WIPO 著作権条約）10条にも条文の文言を若干変更して規定され²⁵、その対象も著作権一般の制限へと拡張されている²⁶。なお、ベルヌ条約9条2項および WIPO 著作権条約10条が「著作者 (author)」の正当な利益を問題としているのに対し、TRIPs 協定13条は「権利者 (right holder)」の正当な利益を問題としている²⁷。

また、TRIPs 協定では、商標権や特許権、意匠権の制限に関する規定（商標権につき17条²⁸、意匠権につき26条2項²⁹、特許権につき30条³⁰）が創設

作者に認められる最低限の権利の1つとして、ベルヌ条約の枠組みに整合的であるからであると考えられる。See, Kur & Ruse-Khan, *supra* note 22.

²⁴ TRIPs 協定13条：「加盟国は、排他的権利の制限及び例外を著作物の通常の利用を妨げず、かつ、権利者の正当な利益を不当に害しない特別な場合に限定する。」

²⁵ その他、「実演及びレコードに関する世界知的所有権機関条約」（WIPO 実演・レコード条約）16条2項も、著作隣接権について 3 step test を規定している。

²⁶ 参照、茶園成樹「著作権法の最近の諸問題—権利制限に関する3つの問題」ジュリ1326号63頁（2007年）。かつて、TRIPs 協定13条は同協定が新たに認めた権利に限定して適用されるという理解もあったが、EU がアメリカ合衆国を提訴した紛争において、WTO パネルは、13条の射程は同協定が新たに認められた権利に限定されるものではないとの解釈を示した（WTO Panel Report, United States – Section 110 (5) of the US Copyright Act, WT/DS160/R (June 15, 2000), at para. 6.81)。この点について、詳しくは後述する。

²⁷ ベルヌ条約9条2項は複製権の制限に関する規定であり、著作者人格権（同条約6条の2）はその対象となっていない。さらに、TRIPs 協定においては、著作者人格権は対象から外されている（同協定9条1項但書き）。なお、著作物の利用者には、9条2項に基づいて複製をなす自由が認められるものの、別途、6条の2第1項に規定されている著作者人格権を侵害しないような態様で著作物を利用しなければならない。それゆえ、当該複製行為より、著作物の変更・切除される場合や、出所表示がなされていない場合には、著作者は異議を唱えることができる。いずれにせよ、これらの問題は、第3ステップにおいて必然的に考慮されなければならないものである（RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 778）。

²⁸ TRIPs 協定17条：「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

されたが、これらは著作権に関する 3 step test を参考に作られた規定である。ただし、これらの規定の文言にはベルヌ条約における 3 step test と異なる点が存在する。具体的には、第 1 ステップについて、17条および26条 2項、30条には、「特別の場合 (certain special cases)」という文言は含まれておらず、その代わりに、「限定的な例外 (limited exceptions)」であることが要求されている。また、第 2 ステップについて、26条 2項および30条では、13条の「著作物の通常の利用 (26条 2項では「実施」) を妨げず」に、「不当に (unreasonably)」という文言が付加されている。他方で、17条には、「通常の利用」という要件が存在しておらず、2つのステップのみを定めている。最後に、第 3 ステップについて、26条 2項および30条では、13条の文言に加えて、「第三者の正当な利益を考慮」することが要求されている。17条も、同様に「第三者の正当な利益を考慮」としているが、「不当に害する」という文言は含まれていない。このように、17条および26条 2項、30条は、その元となった13条の文言とはいくつかの点で異なっているが、そのような文言の変更が行われるに至った理由は、TRIPs協定の交渉過程からは明らかではなく、この点の明確化は解釈に委ねられている³¹。

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的な例外を定めることができる。」

²⁹ TRIPs協定26条 2項：「加盟国は、第三者の正当な利益を考慮し、意匠の保護について限定的な例外を定めることができる。ただし、保護されている意匠の通常の利用を不当に妨げず、かつ、保護されている意匠の権利者の正当な利益を不当に害さないことを条件とする。」

³⁰ TRIPs協定30条：「加盟国は、第三者の正当な利益を考慮し、特許により与えられる排他的権利について限定的な例外を定めることができる。ただし、特許の通常の実施を不当に妨げず、かつ、特許権者の正当な利益を不当に害さないことを条件とする。」

³¹ WTO Panel Report, Canada - Patent Protection of Pharmaceutical Products, WT/DS114 (March 17, 2000), para. 7.29 を参照。ところで、商標権の制限について規定する TRIPs協定17条において、「通常の利用」が問題とされていないのは、創作法である著作権法や特許法と異なり、標識法である商標法が混同のおそれを要求していることによるものであろう。すなわち、商標法においては、一般的には、不使用取消

ところで、3 step test は、公の利益のための制限であると捉えられる節があるかもしれないが、実際には、加盟国が、国内における著作物のアクセスおよび普及を促進するために導入することができる制限の範囲を限定するものである点に留意する必要がある。我が国では、3 step test が、公の利益のためのフェア・ユースやフェア・ディールングなどの権利制限の一般条項と並んで論じられることが少なくないが、両者は本質的に性格を異にするものである³²。

3. 3 step test を巡る我が国の裁判例および学説の動向

では、我が国の裁判例・学説において、3 step test はどのように取り扱われてきたのであろうか。まず、裁判例において、3 step test が権利制限に関する解釈基準として機能するのかが問題となったものとして、東京地判平成12年 5月16日判時1751号128頁 [スターデジオ I] がある。本件は、CS デジタル放送サービスにおいて、商業用レコードを使用したラジオ音楽番組を放送する被告の行為は、レコード製作者が有する著作権隣接権 (著作権法96条) を侵害するものではないとして原告の請求が棄却さ

等、使用していないことを織り込み済みの制度となっているため、たとえ通常の利用を害するおそれがない場合であっても、商標の使用を禁止しておく必要がある。さらに、商標権の制限が認められるのは、混同のおそれがある場合やその他の正当な理由がある場合等あり、これらについては公の利益も関係してくる。17条が「第三者の利益」を考慮することを求めているのもこのような観点から説明できよう。以上のような理由により、17条においては、権利者と利用者という 2者の利益を衡量するという形を採用していないものと推測される。See, Annette Kur, *Of Oceans, Islands, and Inland Water - How Much Room for Exceptions and Limitations Under the Three-Step Test?* 19 (Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series No. 08-04, 2008), available at <http://ssrn.com/abstract=1317707>.

³² Ruth L. Okediji, *Fostering Access to Education, Research and Dissemination of Knowledge through Copyright*, draft paper prepared for the UNCTAD-ICTSD Dialogue on Moving the pro-development IP agenda forward: Preserving Public Goods in health, education and learning, Bellagio, 29 November - 3 December 2004, www.iprsonline.org/unctadictsd/bellagio/docs/Okideiji_Bellagio4.pdf.

れた事件である。本件の原告は、ある行為が私的複製（30条1項）に該当するためには3 step test（ベルヌ条約9条2項）を満たす必要があるという前提に立った上で、被告の行為は、レコード製作者の「通常の利用」を妨げるものであって3 step testの第2ステップを満たすものではないから、実質的にみて、私的複製に該当しないと主張した。これに対して、東京地裁は、30条1項は3 step testを満たす必要があるとしながらも、「具体的にどのような態様が右条件を満たすものといえるかについては、同条約がこれを明示するものではないから、結局のところ、各同盟国の立法に委ねられた問題であるといわざるを得ない」として、私的複製に該当するか否かを論じる際には、30条1項に規定されている要件を満たすかどうかのみを判断すればよいとした。このように、本判決は、我が国著作権法の権利制限規定が3 step testの条件を満たすことを前提として設けられている限り、権利制限規定を解釈する際に同テストを解釈基準として用いることを否定したものと理解できる。

次に、学説においてはどのように考えられているのだろうか。従来の我が国の学説も、私的複製（30条1項）³³該当性を判断する際に、3 step testが裁判所における解釈基準たりうるかという問題を主に取り扱ってきた。そして、学説の中には、30条1項の解釈に際して、3 step testを解釈基準として用いることを肯定するものが存在する。

例えば、著作権法30条1項は条約に適合させる形で解釈しなければならず、仮に条約適合解釈をとることができない場合は、法5条により、ベルヌ条約9条2項が直接適用されるとする見解がある³⁴。また、30条1項の解

釈に際して、3 step testを直接適用することは困難であるとしつつも、同テストの趣旨に従って30条1項の要件（「その使用する者が複製する」）を限定的に解釈すべきであるとする見解もある³⁵。必ずしもその趣旨は明らかではないが、この見解は、条約の間接適用を前提としているものと位置付けられよう。

その他、非営利の上演等に関する38条の解釈に関しても、3 step testを参酌して、「著作者の正当な利益を不当に害しない範囲において、著作者の私益に優越すべき公益を抽出する」ようにしなければならないとする見解がある³⁶。

以上の見解は、直接適用か間接適用かという差異はあるものの、いずれも、我が国の権利制限規定の解釈に際して、権利制限を狭める方向に3 step testを解釈基準として用いるべきであるとしている点に特徴がある。

ところが、近時は、冒頭で述べた問題に対処するために、権利制限の範囲を広げる方向に3 step testを用いるべきとする見解が現われている。例えば、「著作者の権利及びこれに隣接する権利に関し条約に別段の定めがあるときは、その規定による」と定める著作権法5条を介して3 step testを直接適用することによって、形式的にみれば権利制限規定に該当しない行為であっても、非侵害という結論を導くことが可能になるとする見解がある³⁷。また、3 step testの直接適用まで踏み込まないものの、著作権法5条の趣旨を参酌して、裁判所が権利制限規定を解釈する際には、条約の趣旨

現代的展開』（発明協会・2006年）885頁、同〔判批〕コピライト520号20頁注(4)（2004年）。

³⁵ 同様の見解として、半田＝松田編・前掲注(8)著作権法コンメンタール2・154-155頁〔宮下佳之〕、加戸守行『著作権法逐条講義〔五訂新版〕』（著作権情報センター・2006年）225頁、著作権問題に関する懇談会「私的録音・録画問題についての検討結果のとりまとめ」著作権法百年史編集委員会『著作権法百年史 資料編』（著作権情報センター・2000年）656頁、阿部浩二「私的録音・録画と著作権問題」法律のひろば45巻2号27頁（1992年）。

³⁶ 半田＝松田編・前掲注(8)著作権法コンメンタール2・310頁〔本山雅弘〕。

³⁷ 山崎卓也「著作権、パブリシティ権侵害における『実質的違法性』—引用、パロディを中心として—」コピライト544号8頁（2006年）。

³³ 30条1項の起草過程においては、文化庁試案は、「私的複製が認められる場合であっても、著作者の経済的利益を害する場合には、この限りではない」としていた。

³⁴ 棚橋健「デジタル・ネットワーク社会における私的複製理論の再構築」『第5回著作権・著作隣接権論文集』（著作権情報センター・2005年）5頁。同様の見解に立つものとして、市位謙太「著作権法30条に定める『私的複製』の解釈に関する一考察—ファイル交換事例とベルヌ条約を中心に」龍谷大学大学院法学研究8号27頁（2006年）がある。なお、前掲〔スターデジオI〕の原告代理人の一人である山本隆司弁護士も、権利制限規定に3 step testを「直接適用して、合条約的解釈を行うことが必要である」との見解を唱えられているが、その趣旨は明らかではない（山本隆司「権利制限の法理と私的複製の限界」紋谷暢男古稀『知的財産権法と競争法の

を尊重して、3 step test に整合的な解釈をなすべきであるとする見解³⁸がある。そして、具体的には、3 step test に照らして、私的複製に関する30条1項を限定的に解釈する必要があり、逆に、厳密には権利制限規定に該当しなくても自由利用を認める余地があるとする³⁹。この見解は、3 step test を間接適用して、権利制限規定の解釈基準とすることを提唱するものであるといえよう。

最後に、立法論として、3 step test を権利制限の一般規定として導入すべきであるとする見解がある。齊藤博教授は、今日のように著作物の利用形態が多様化している状況下で、個々の利用行為に合わせた個別の制限規定を設けることには限界があるという問題意識から、もう少し包括的な権利制限を設けるべきであると述べられる。そして、3 step test は、「国内法の次元で『特別の場合』をどこまで具体化するかの課題はあるものの」、大陸法系諸国において馴染みのある基準であること、近年の諸条約においても採り入れられていることを理由に、我が国著作権法に 3 step test を導入するという考えを提示されている⁴⁰。

以上のように、我が国の従来の学説は、権利制限規定の解釈に当たり 3 step test を決め手として用いているものが少なくないが、その前提となる条約 (3 step test) の国内適用可能性の問題を明確に意識せずに論じているものも少なくない (「II.」)。また、仮に 3 step test の国内適用可能性が肯定されたとしても、3 step test の文言の抽象性およびその構造的なバイアスのために、そもそも同テストが権利制限規定を解釈する際の実効的な基準たりうるかということが問題となってくる。我が国の従来の学説は、

³⁸ 前田哲男「著作権法30条とスリーステップ・テスト」『知財年報 I.P. Annual Report 2005』(商事法務・2005年)263-264頁。

³⁹ 前田・前掲注(38)266-267頁。同論文では、具体例として、写真や映画の背景に他人の著作物が写り込んでしまう場合、インターネット上で商品を販売する際にその写真を掲載する場合、企業内で書籍等の複製 (FAX の送信等による) が行われる場合があげられている。

⁴⁰ 齊藤・前掲注(8)知財管理1362頁。なお、齊藤教授は、アメリカ著作権法のフェア・ユース (107条) を導入することに関しては、「個々の事例から帰納的に制度を編み出す英米法の手法は、制定法を先行させ、どちらかといえば演繹的に制度を構築する大陸法系諸国」には馴染まないことを理由に否定的である。

3 step test が種々の国際条約において規定されていることや、文言の抽象性を理由に、同テストに好意的な評価をなすものが主流であったといえる⁴¹。しかし、既に 3 step test を国内裁判所における裁判規範として用いている欧州諸国においては、3 step test を適用した結果生じる問題点が浮き彫りとなっている (「III.」)。近時の学説の多くは、このような問題に対処すべく、3 step test の柔軟な解釈論を展開している。この問題については、我が国においても一部の論者らによって指摘されつつあるものの⁴²、学説の中にはこの点を十分に意識せずに論じているものも少なくないように思われる。

ベルヌ条約に端を発した 3 step test は、TRIPs 協定をはじめとするその後の国際条約に導入されたことなどを受け、その性質も大きく変容している。そのため、3 step test の解釈論を検討する際には、同テストが創設された際の背景事情、その後の性質の変容、そして現在置かれている状況を把握することが不可欠であろう (「IV.」)。また、3 step test が TRIPs 協定に導入されたことにより、WTO の紛争処理手続において 3 step test の解釈がなされるようになった。実際に WTO パネルは複数の紛争事例において 3 step test および関連する規定の解釈を行っており (「V.」)、それは 3 step test の各要件の解釈論に大きな影響を与えている (「VI.」)。本稿は、以上の点について検討を行った上で、我が国の権利制限規定の解釈と 3 step test の関係、さらには、権利制限規定の解釈の望ましいあり方を探るものである (「VII.」)。

⁴¹ 齊藤・前掲注(8)知財管理1355頁、加納昌彦「スリーステップ・テストの基本概念の形成過程—ベルヌ条約改正会議での検討を中心に」『第6回著作権・著作隣接権論文集』(著作権情報センター・2007年)24・40-41頁。

⁴² 駒田泰土「3 step test はどこまで有効な原則か—フランスにおける議論を参考に」上智法学論集51巻3・4号39頁(2008年)、井上由里子「欧州における著作権の権利制限—EC 情報社会指令のもとでの現状と課題」齊藤博先生退職記念『現代社会と著作権法』(弘文堂・2008年)10頁、小島立「条約における権利制限」著作権研究35号72頁(2008年)。

II. 3 step test の国内適用可能性⁴³

1. 自動執行性の有無

我が国憲法は自動的受容方式を採用しており(憲法98条2項)⁴⁴、条約は、その批准・公布によって、特別な立法措置を要することなく国内法としての地位(国内的効力)を有することになる⁴⁵。

もっとも、裁判所は、全ての条約規定を直接適用することができるわけではなく、自動執行性を有する規定に限って直接適用が認められている⁴⁶。ここでいう自動執行性とは、条約規定が、それ以上の国内的な措置を要することなく、裁判所その他の法適用機関において直接に適用されうることという⁴⁷。なお、条約の自動執行性の有無が問題となるのは、条約全体で

⁴³ 著作権に関する条約の国内適用可能性についての先行研究として、山本草二「著作権保護条約の国内適用の基準と条件」『著作権白書—著作権に関する条約の側面からみて—』(著作権情報センター・2007年)3頁以下、岩沢雄司「著作権に関する条約と日本法の関係」前掲著作権白書12頁以下、駒田泰士「著作権法と国際法の関係」2007年度 ALAI Japan 研究大会報告(2007年12月15日)、駒田・前掲注(42)、小嶋・前掲注(42)77-79頁がある。

⁴⁴ 芦部信喜『憲法学 I 憲法総論』(有斐閣・1992年)89-90頁、佐藤幸治『憲法〔第3版〕』(青林書院・1995年)30-31頁。

⁴⁵ 山本草二『国際法〔新版補訂〕』(有斐閣・1997年)103頁。

⁴⁶ 山本草二・前掲注(45)105頁、岩沢雄司『条約の国内適用可能性』(有斐閣・1985年)281頁。

⁴⁷ 「自動執行性」は、「国内適用可能性」と言い換えられることも少なくない。ただし、厳密には、「自動執行性」という概念には2つの意味が含まれているとされている。第1に、条約の国内的実施に際して実施立法が不要であるということ、第2に、国内裁判所が条約を適用する際に、当該条約を裁判基準として用いることができることである。岩沢・前掲注(43)284頁は、混乱を避けるために、第2の意味を表す際には「直接適用可能性」という用語を用いた方が望ましいとする。他方で、小寺彰「条約の自動執行性：国際法の国内法上の効力—2つの『自動執行性』」同『パラダイム国際法—国際法の基本構成』(有斐閣・2004年)56頁は、「直接適用可能性」という言葉は、もともとヨーロッパ共同体法の概念であり、効果と基準の両面において、ここでいう第2の意味での「自動執行性」とは異なるという点を重視して、

はなく、個々の規定である。したがって、例えば、ある条約が一般的に自動執行的であっても、ある特定の規定がそうではないということもある⁴⁸。著作権法5条は、「著作者の権利及びこれに隣接する権利に関し条約に別段の定めがあるときは、その規定による」と定めているが、これは条約規定に自動執行性が認められる場合に、当該規定が著作権法に優先して適用される旨を確認する規定であるということになる⁴⁹。

条約規定が直接適用可能か否かを判断する際の基準としては、主観的基準と客観的基準があるとされている。例えば、山本草二教授は、条約の自動執行力が認められるためには、①条約の作成・実施の過程の事情により、私人の権利義務を定め直接に国内裁判所で執行可能な内容のものにするという、締約国の意思が確認できること(主観的基準)、②私人の権利義務が、明白、確定的、完全かつ詳細に定められていて、その内容を具体化する法令を待つまでもなく国内的に執行可能な条約規定であること(客観的基準)が必要であるとする⁵⁰。ここでいう「主観的基準」とは、条約自身が自動執行性をもたせることを義務付けたか否かという国際法上の基準を意味しており、各国の条約締結権者(条約締結時の政府や議会)の意思を指すものではないとされている⁵¹。もっとも、前者の主観的基準に関しては、国内的な実施方法は各国に大幅に委ねられることが多いため、実際にはこの基準によって条約が自動執行性を有することは殆どないとされている⁵²。

そこで、岩沢雄司教授は、条約規定の明確性のみを要件とし、具体的に

「自動執行性」という用語を用いている。本稿では、後者の見解に従い「自動執行性」という言葉で統一している。

⁴⁸ 村上正直「人権条約の国内的実施」畑博行=水上千之編『国際人権法概論〔第4版〕』(有信堂・2006年)275頁。

⁴⁹ 駒田・前掲注(42)41頁。

⁵⁰ 山本草二・前掲注(45)105-106頁。なお、山本教授は、自動的執行力のある条約の一例として、一国の国民が相手国で内国民待遇を保障される旨の多数国間著作権保護条約をあげられている。

⁵¹ 小寺・前掲注(47)59頁は、前者の基準を「主観的基準」と呼ぶと誤解が生ずるおそれがあるとしている。

⁵² 小寺・前掲注(47)66-67頁。

は、(a) 条約規定が狭義で明白であり、一般的抽象的な概念を含んでいないこと、(b) 条約の執行に必要な機関や手続が定められており、条約規定が完全であることが必要であるとする⁵³。さらに、付加的基準として、(c) 条約が法的義務を定めていること、(d) 専ら国家間の関係を規律する条約でないこと、(e) 憲法が特定事項を扱う条約の自動執行性を否定していないことをあげる。このうち (a) (b) の基準を要求する根拠は、法の定立立法府の権限だとする権力分立の原則と、私人の予測可能性を確保すべきだとする法的安定性にあるとされている⁵⁴。すなわち、前者に関しては、裁判所が不明確で国家に広い裁量の余地を残している条約規定を直接適用すると、実質的に裁判所が法を定立することになり、立法府の権限を侵害する。後者に関しては、私人は、自己のどのような行為にどのような法的効果が付与されるかを予測することができなければならない。この原則は、特に私人の権利を制限する規定について作用するものであり、不明確な条約規定を直接適用して私人の権利を制限することは、この原則に反することになる⁵⁵。また、(e) の付加的基準については、憲法が特定事項について狭義の法律によって定めることを求めている場合、当該事項を扱う国際法の国内適用可能性は排除される⁵⁶。具体例としては、罪刑法定主義の要請から、刑罰を科すためには議会が制定する法律によるべきものとしている憲法の規定が存在していること等があげられる。そのため、憲法上の罪刑法定主義の建前から、条約の定める刑罰規則には直接適用が認められないことになる⁵⁷。

以上のように、主観的基準の重要性は限定的であるため、今日では客観的基準が重視されている。結論として、条約が自動執行性を有するかどうかを判断する際には、当該条約規定が明確性および完全性を有しているか

否かが基準となる。そして、どの程度の明確さあるいは完全さが必要であるかについては個別の法分野によって異なり、規定ごとに個別に判断する必要がある⁵⁸。

以下では、これらの基準の下で、3 step test を定める条約規定が、我が国において直接適用可能なものなのかという点について検討する。

まず、TRIPs 協定に関しては、協定 1 条 1 項第 3 文が、「加盟国は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ができる」と規定している点が問題となる。同規定は、加盟国に対して条約上の義務を履行するための適切な手段を選択する自由を認めているが、加盟国が同協定に自動執行性を認めることを要求するものではなく、逆に、自動執行性を認めてはならないとの旨も示されていない⁵⁹。また、TRIPs 協定の交渉過程においても、当事国が TRIPs 協定に自動執行性を認めていたことや、私人に直接的に権利を認めようとしていたことを裏付ける記録は存在していない⁶⁰。したがって、協定 1 条 1 項第 3 文は、TRIPs 協定の自動執行性を判断する決め手とはならず、この問題は各加盟国の憲法制度および実行に委ねられているといえよう。学説の多くは、TRIPs 協定の規定には、自動執行性を有する規定（加盟国の憲法制度次第で、国内裁判所において私人が直接条約規定を援用することが可能な直接効果を有する規定）と、自動執行性を有しない規定の両方が含まれるとしている⁶¹。具体的には、知的財産権の保護期間に関する規定や、アイデアに著作権の保護を及ぼすことを禁じる 9 条 2 項などに自動執行性が認められるとしている。他方で、TRIPs 協定の各規定には自動執行性を有さな

⁵⁸ 浅田正彦 [判批] 山本草二＝古川照美＝松井芳郎編『国際法判例百選』（有斐閣・2001年）23頁。

⁵⁹ UNCTAD/ICTSD, RESOURCE BOOK ON TRIPs AND DEVELOPMENT 26 (Cambridge Univ. Press, 2005), available at <http://ictsd.net/i/ip/11572/>.

⁶⁰ A. Moncayo von Hase, *The Application and Interpretation of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, in *INTELLECTUAL PROPERTY AND INTERNATIONAL TRADE: THE TRIPs AGREEMENT 124* (Carlos M. Correa & Abdulqawi A. Yusuf eds., 1998).

⁶¹ DANIEL GERVAIS, *THE TRIPs AGREEMENT: DRAFTING HISTORY AND ANALYSIS* 165 (3d ed. 2008); Hase, *supra* note 60, at 124.

⁵³ 岩沢・前掲注(46)314-317頁。さらに、付加的基準として、条約が法定義務を定めていること、専ら国家間の関係を規律する条約でないこと、憲法が特定事項（例えば、国費の支出）を扱う条約の自動執行性を否定していないことをあげている。

⁵⁴ 岩沢・前掲注(46)317頁。

⁵⁵ 岩沢・前掲注(46)311頁。

⁵⁶ 小寺彰ほか編『講義国際法』（有斐閣・2004年）108頁 [岩沢雄司執筆]。

⁵⁷ 村上・前掲注(48)275頁。

いものも多く含まれていると考えられる。とりわけ、曖昧な文言や抽象的な概念が用いられている規定に関しては、加盟国の国内法により定義ないし明確化がなされる必要がある⁶²。3 step testを定めるTRIPs協定13条も、「通常の利用」や「不当に」、「正当な利益」など、抽象的な文言ないし概念が用いられているため、自動執行性を有しているとは考えにくいであろう。

次に、ベルヌ条約9条2項に関しても、学説の多くは自動執行性を否定している⁶³。例えば、Ricketson & Ginsburgは、ベルヌ条約の規定を次のように分類して、自動執行性について論じている⁶⁴。まず、ベルヌ条約の各規定は、1条ないし21条および付属書 (Appendix) の「実体規定 (substantive provisions)」と、条約の管理および組織について規定する22条ないし38条の「管理規定および最終規定 (administrative and final clauses)」に分類できる。さらに、前者の実体規定の中には、条約規定 (convention rules ないし *jure conventionis*) と参照規定 (rules of referral) があるとされている。ここでいう条約規定とは、具体的な要件あるいは基準を定めており、ベルヌ条約の下で著作権者を保護する際に、同盟国に対して同規定の適用を義務付けるものである。条約規定の具体例としては、保護期間について規定するベルヌ条約7条があげられるが、同条では著作権者の死後50年等という具体的な保護期間が定められている。このような条約規定は、自動執行性を有しており、我が国のように条約が国内法に直接的に導入される国においては、国内裁判所によって直接適用することができる自動執行的な規定であるとみなされる⁶⁵。クロード・マズイエも、「条約の文言が直接権利を付与するのに適したものであるときは、個人は権利を行使するのに、条約自

⁶² *Id.* at 125.

⁶³ 駒田・前掲注(42)41-42頁。

⁶⁴ RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 182-183.

⁶⁵ なお、学説の中には、法的安定性の観点から著作権法の適用を優先し、条約規定と対比して国内法が空白の場合に限って条約規定の適用を認めるというものがある(作花文雄『詳解著作権法〔第3版〕』(ぎょうせい・2004年)519頁)。しかし、この見解は、本文で述べたような通説的な理解に反しており、採用することはできない(駒田・前掲注(42)41頁注(6)を参照)。なお、著作権法5条に関して、半田＝松田編・前掲注(8)著作権法コンメンタール1・400頁以下〔池村聡執筆〕を参照。

体に基づき訴訟を提起することができる」と述べ、特定の規定について自動執行性を肯定している⁶⁶。とりわけ、ベルヌ条約2条6項の「保護が…与えられる」という文言(とりわけフランス語条文の“jouissent”(享有する))がこの点を支持するとしている。

他方で、後者の参照規定は、問題とされている事柄についての取扱い方法を国家の裁量に委ねるものである⁶⁷。参照規定は、効力を持つには国内立法が必要とされているという点で、自動執行的ではないとされており、加盟国は、一定の限度内で自らが望むように立法を行うことができる⁶⁸。このような規定は、同盟国がある統一的なアプローチについて合意に達することができないときに設けられることが多いとされている⁶⁹。裁量的規定の具体例として、一定の条件のもとで複製権の例外を定めることを同盟国の立法に委ねている3 step testがあげられる。すなわち、同テストは、加盟国が設けることができる権利制限の範囲を一般的に制限するものにはすぎない⁷⁰。さらに、同条の文言には、「通常の利用」や「正当な利益」、「不当に」など抽象的な文言が含まれており、権利制限規定を設ける同盟国の立法者には一定の裁量が認められているといつてよい。

我が国の学説においても、3 step testの自動執行性を否定するものが多

⁶⁶ クロード・マズイエ(黒川徳太郎訳)『ベルヌ条約逐条解説』(著作権資料協会・1979年)24頁。

⁶⁷ 参照規定の中には、「…同盟国の立法に留保される」(9条2項、10条2項、10条の2第2項)あるいは「国内法令に別段の定めがない限り」(14条の2第3項)との規定ぶりとなっているものがあり、この点が解釈の際の参考となるとされている。フランス語の「*législation*」に由来する「*legislation*」という語は、英語では制定法に限定される可能性があるが、1967年のストックホルム改正における起草委員会は、「*legislation*」には制定法だけではなくコモンローも含むとしている(RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 183)。

⁶⁸ マズイエによれば、参照規定は解決を定めるものではなく、各同盟国が、その定められた限度の中で、自ら答えを出すこと認めているとしている(マズイエ・前掲注(66)7頁)。

⁶⁹ RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 183.

⁷⁰ WIPO 著作権条約10条に関して、JÖRG REINBOTHE & SILKE VON LEWINSKI, THE WIPO TREATISE 1996: THE WIPO COPYRIGHT TREATY AND THE WIPO PERFORMANCES AND PHONOGRAMS TREATY: COMMENTARY AND LEGAL ANALYSIS 129 (2002).

く⁷¹、例えば、山本草二教授は、3 step test は「国内で実施されることを想定しているものの、その具体的な内容の決定は各国の立法事項とされており、その限りで自動執行性をもつ条約規定とはみなしえない」としている⁷²。このように、裁量的規定に分類されるベルヌ条約9条2項およびTRIPs協定13条は、自動執行性を有しないため、我が国の裁判所における裁判基準として直接に用いることはできないものであると考えるべきである。したがって、「I. 3.」で紹介した、3 step test の直接適用を前提とする見解⁷³は採用しえないということになる⁷⁴。

2. 間接適用の妥当性

上述したように、我が国においては、ベルヌ条約9条2項およびTRIPs協定13条は自動執行性を有していないため、国内裁判所によって直接適用されることはないと考えられるべきである。もっとも、直接適用が認められないからといって、我が国の著作権法の解釈において 3 step test が一切考慮されなくなるわけではない。裁判所は、国内法の解釈に当たって、自動執行性が認められない条約であっても、これを国内法の解釈基準として参照し、国内法を国際法に適合するように解釈することができる(間接適用)⁷⁵。間

⁷¹ 駒田・前掲注(42)41-42頁。

⁷² 山本草二・前掲注(45)11頁。同様に、3 step test の自動執行性を否定するものとして、駒田・前掲注(42)41-42、小島・前掲注(42)77頁がある。

⁷³ 山崎・前掲注(37)、棚橋・前掲注(34)、山本隆司・前掲注(34)。

⁷⁴ 駒田・前掲注(42)64-65頁。

⁷⁵ 小寺ほか編・前掲注(56)108頁、岩沢・前掲注(46)333頁、寺谷広司『『間接適用』論再考—日本における国際人権法『適用』の一断面』坂元茂樹編『国際立法の最前線〔藤田久一先生古稀〕』(有信堂・2009年)165頁以下。なお、条約の間接適用を明示的に認めた裁判例として、札幌地判平成14年11月11日判時1806号84頁〔小樽市外国人入浴拒否〕がある。同判決は、人種差別に関し原告(外国人)らと被告(公衆浴場経営会社)との間で自由権規約および人種差別撤廃条約が私人間に直接適用されないが、民法1条・90条・709条等の「諸規定の解釈にあたって基準の1つとなりうる」とし、間接適用されることを明示的に認めたものである。WTO協定の国内適用可能性については、中川淳司「国内裁判所による国際法適用の限界—GATT/

接適用のメリットは、条約の自動執行性という高い敷居を回避しつつ、条約の私人間影響性を高めうる点にあるとされている⁷⁶。間接適用が認められる根拠は、条約が国内において法として認められ、国内法よりも上位に位置するからであるとされている⁷⁷。

間接適用に関しては、国内法理論の側からも、もはや国際法規範が何らかの形で国内法秩序に取り込まれるのは当然との認識の下、国家機関たる裁判所も条約の拘束を受けるのであるから、条約が自動執行性が認められない場合であっても、当該条約の「間接適用」がなされるべきであるとの主張が唱えられるようになってきている⁷⁸。

解釈の対象となる国内法が国際法を実施するために制定されたものである場合には、国際法がその解釈基準とされるべきことは当然である。しかし、国内法が国際法とは独立に制定されたものである場合には、そのどちらが前法かが問題とされることがある。すなわち、国内法が後法である場合には、立法者は国際義務に違反するつもりはなかったと擬制することによって、国際法を解釈基準とすることは正当化される。他方で、国内法が前法である場合には、そのような擬制を用いることはできないからである。したがって、後者の場合には、国際法の解釈基準としての効果が否定されることがある⁷⁹。我が国の現行著作権法は、3 step test が成立したベルヌ条約ストックホルム改正会議の結果を踏まえた上で制定されたものであり、立法者の国際的義務尊重の推定が働くことになる⁸⁰。

条約の間接適用がなされた場合の効果に関しては、直接適用の場合と実質的に同様の効果もたらされる可能性が高いと考えられている⁸¹。また、

WTO協定の場合—」国際法外交雑誌100巻2号1頁以下(2001年)を参照。なお、条約の間接適用の理論的な根拠や問題点を検討したものとして、斎藤正彰「国法体系における条約の適用(1)(2・完)」北大法学編集46巻3号・4号(1995年)がある。

⁷⁶ 佐藤文夫〔小樽市外国人入浴拒否事件・判批〕平成14年度重判解269-262頁(2003年)。

⁷⁷ 岩沢・前掲注(46)334頁。

⁷⁸ 山本敬三〔判批〕判時1794号175頁(2002年)。

⁷⁹ 小寺ほか編・前掲注(56)108頁。

⁸⁰ 駒田・前掲注(42)42頁。

⁸¹ 駒田・前掲注(42)65頁注(67)は、間接適用における 3 step test を斟酌する度合い

国内の裁判官は、国際法に習熟していないこともあって、国際法の直接適用に必ずしも積極的ではないようである。他方で、間接適用においては、国内法を解釈するという建前の下で、裁判官はかえって大胆に国際法に依拠することがあるとの指摘もある⁸²。ただし、国内法の解釈において、いかなる基準で条約の間接適用がなされるべきなのかという点に関しては、国際法学においても明確な基準は示されていない⁸³。

では、我が国著作権法の権利制限規定を解釈する際に、3 step test を間接適用することについては、どのように考えるべきであろうか。近時の学説は、この点に関して否定的である⁸⁴。その理由としては、第1に、3 step test を解釈基準として用いるということは、結局のところ、間接的に適用してもその効果は直接適用の場合と実質的には異ならないといえるのであり、ゆえに、権力分立および法的安定性を害するおそれは依然として存在しているということである。特に、著作権法の場合には、民事責任に加えて刑事罰が科されることになっているため(著作権法119条)、権利制限規定に基づいて著作物を利用する者にとって影響は極めて大きい。上述したように、直接適用の場面では、罪刑法定主義の観点から、刑事罰を規定する条約の自動執行性は否定されている。3 step test それ自体は刑事罰を規定する規定ではないものの、我が国の著作権法制度の下では、著作権の権利範囲の問題が刑事罰の有無に影響を与える場合があるのだから、当然、罪刑法定主義の観点は考慮せざるをえないということになる。したがって、3 step test を遵守するという我が国の国際義務は、より明確な立法によって達成すべきである⁸⁵。

なお、法的安定性の確保あるいは罪刑法定主義の観点からは、権利制限を縮小する方向に条約を間接適用することには慎重であるべきであるものの、反対に、権利制限を拡張する方向に条約を間接適用することには間

題がないと考えることができるかもしれない⁸⁶。このように考えた場合、「I. 3.」で紹介した見解のうち、3 step test を間接適用して、権利制限を拡張する結論を導こうとする見解については、上記の点を問題とする必要がないといえるかもしれない。しかしながら、3 step test の間接適用を認める場合に、権利制限を狭める方向に用いられる可能性を排除するということは困難であるように思われる。後述するように、3 step test を文言通りに解した場合には権利制限が認められる範囲はかなり狭いものとなるおそれがあることから、3 step test の間接適用を提唱する見解は採用すべきではない。現行の権利制限規定では不十分であるということであれば、まずは、既存の権利制限規定を可能な限り柔軟に解釈し、それで不十分ということであれば、フェア・ユースをはじめとする一般条項の導入など他の方策を検討すべきであろう。

Ⅲ. 3 step test の国内法導入によって生じる問題点

—EU 情報社会指令発効後の欧州における議論状況—

「II.」では、我が国の裁判所において3 step test を間接適用することは、理論的には否定されていないものの、間接適用には法的安定性および罪刑法定主義の観点から問題があることを指摘した。この点に関して、既に3 step test を国内法に導入し、国内裁判所における解釈基準として用いている欧州諸国では、裁判所が同テストを適用した結果生じる問題点が指摘されている。以下では、我が国における3 step test の取扱いを検討する際の手がかりとして、欧州諸国における議論を参照することにする⁸⁷。

欧州において3 step test の重要性が高められる契機となったのが、WIPO 著作権条約を共同体法に導入するために定められた、2001年の「情報社会

を弱めれば、実質的な違いが生じる可能性があるとしている。

⁸² 小寺ほか編・前掲注(56)108頁。

⁸³ 寺谷・前掲注(75)169頁。

⁸⁴ 駒田・前掲注(42)71-72頁、小島・前掲注(42)79頁。

⁸⁵ 駒田・前掲注(42)72頁。

⁸⁶ 駒田・前掲注(42)72頁。小島・前掲注(42)79頁は、条約の間接適用により権利制限規定が縮小解釈されることは、罪刑法定主義の観点から問題があるため、特に刑事罰が問題となるような事件においては、間接適用は慎重になされるべきであると述べる。

⁸⁷ この点に関する先行研究として、井上・前掲注(42)、駒田泰土「大陸法における権利制限」著作権研究35号52頁(2008年)、同・前掲注(42)がある。

における著作権及び関連する権利に関する特定の側面の調和に関する Directive 2001/29/EC⁸⁸ (EU 情報社会指令) である⁸⁹。指令 5 条は権利制限について規定しているが、その 1 項から 4 項では、個別の権利制限規定が限定列挙されている⁹⁰。もっとも、加盟国に国内法化が義務付けられている規定は、一時的複製に関する 5 条 1 項のみであり、それ以外の規定を国内法に導入することについては各加盟国の裁量に委ねられている。なお、同指令 5 条 2 項 (o) には祖父条項が設けられているため、加盟国に一定の裁量が残されているようにも思われる。しかしながら、同規定は、アナログの利用に限って、加盟国に既存の権利制限規定を維持することを認めているものにすぎず、また、当該権利制限の重要性が低いものであり、域内

⁸⁸ Directive 2001/29/ EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspect of copyright and related rights in the information society, OJL 167 22. 6. 2001 pp. 10-19. なお、EU 情報社会指令の翻訳として、原田文夫訳『情報社会における著作権および関連権の一定の側面のハーモナイゼーションに関する欧州議会および EU 理事会のディレクティブ 2001/29/EC』(著作権情報センター・2001年) がある。

⁸⁹ 情報社会指令の成立過程に関しては、SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 245 を参照。

⁹⁰ 前文 32 は、「本ディレクティブは、複製権および公衆への伝達権に対する例外および制限を網羅的に列挙している。…」と定めている。その他、複製権の制限を対象とする同 2 項には、複写 (同 (a))、私的使用目的の複製 (同 (b))、図書館等による複製 (同 (c))、放送機関による一時的記録 (同 (d))、病院や刑務所等の社会施設による放送の複製 (同 (e)) が規定されている。また、複製権および公衆への伝達権の制限を対象とする同 3 項には、教育・研究のための利用 (同 (a))、障害者による利用 (同 (b))、時事の報道のための利用 (同 (c))、批評・論評等のための利用 (同 (d))、公共の安全のための利用および行政等における著作物の利用 (同 (e))、政治上の演説等の利用 (同 (f))、宗教儀式等における利用 (同 (g))、公の場所に恒常的に設置される著作物の利用 (同 (h))、著作物の付随的利用 (同 (i))、公の展示あるいは美術品の販売の広告のための利用 (同 (j))、パロディ等のための利用 (同 (k))、設備の展示または修理のための利用 (同 (l))、建築物の形式の美術の著作物等の利用等 (同 (m))、図書館における個人利用者への提供のための利用 (同 (n))、その他の些細な利用 (祖父条項) (同 (o)) が規定されている。さらに、同 4 項は、2 項および 3 項に基づいて複製権の制限規定を設ける場合、これに付随して、当該権利制限規定の趣旨に反しない限りで、複製物の頒布権の例外または制限を規定することができるとしている。

市場における商品およびサービスの自由な流通に影響を及ぼさないものでなければならない。ゆえに、5 条 2 項 (o) に基づいて加盟国に認められる裁量は極めて限定的なものとなっている。

これらの限定列挙された個別規定に加えて、指令 5 条 5 項は、「規定する例外または制限は、著作物その他の目的物の通常の利用を妨げず、かつ、権利者の利益を不当に害しない特別の場合にのみ適用されなければならない」と規定し、ベルヌ条約 9 条 2 項や TRIPs 協定 13 条の文言を若干変更する形で 3 step test を導入している。5 条 5 項が設けられた結果、加盟国は、5 条 1 項ないし 4 項の個別の権利制限を国内法化する際には、3 step test の各要件を充足するように立法を行わなければならない⁹¹。

このように、情報社会指令は、限定列挙という形で、加盟国が新たに設けることができる権利制限規定を 21 の事項に限定し、それに対してさらに 3 step test による限定をかけるという、極めて厳格な制度を採用している。そもそも、情報社会指令が、権利制限規定を設けることについて厳格な態度を示し、権利者の利益を重視しているのは、EU の法制度における指令の位置付けに起因しているとされている⁹²。すなわち、情報社会指令は、EC が指令を採択する権限を定める欧州共同体を設立する条約 (EC 条約) 95 条に基づいて採択されたものであるが、同条は、EU に対して、物の移動やサービス提供の自由に対する障壁を撤廃すること、および、競争の歪曲を除去することにより域内市場の確立および機能のための条件を改善することを目的として、一定の権能を付与しているにすぎない⁹³。加えて、

⁹¹ 情報社会指令以前にも、3 step test は、1991 年の「コンピュータ・プログラムの法的保護に関する理事会指令 91/250/EEC」6 条 3 項および 1996 年の「データベースの法的保護に関する欧州議会及び理事会指令 96/9/EC」6 条 3 項に規定されていたが、コンピュータ・プログラムおよびデータベースを対象が限られていた。両指令の邦訳として、駒田泰士訳『欧州委員会理事会指令』(著作権情報センター・1996 年) がある。

⁹² Guido Westkamp, *The “Three-Step Test” and Copyright Limitations in Europe: European Copyright Law between Approximation and National Decision Making*, 56 J. Copyright Soc’y U.S.A. 1, 15 (2009).

⁹³ EC 条約 95 条 1 項 2 文: 「理事会は、第 251 条に定める手続に従って、かつ社会経済評議会と協議の後、域内市場の確立及び運営を目的とする構成国の法令または行

同指令の前文9および10の存在から明らかなように⁹⁴、EUにおけるハーモナイゼーションの全ての領域にわたって、知的財産権の保護水準を高めるということが、究極的な目的であるとされている。そのため、指令という形でEUが立法を行うことができる範囲は、経済的な事項に限定されることになり、非経済的な側面を考慮に入れることが困難になっていると指摘されている。実際、指令の前文12は、文化的な観点は著作権の保護を強化する方向にのみ斟酌されうることを明らかにしている。また、加盟国の法制度を接近させるという観点からは、必然的に、加盟国に対して指令を実施する際の裁量をできるだけ認めない方向で制度が構築されることになる⁹⁵。

上述したような情報社会指令の基本的性質に対しては、情報社会指令における権利制限規定が限定列挙とされていることにより、デジタル技術や今後新たに発展する技術に対応することができなくなっているという問題点が指摘されている⁹⁶。そして、この問題を解決するために、基本権に

政規則の諸規定を接近させるための措置を採択する。」なお、リスボン条約発効に伴い、EU機能条約114条となる。EUの調和立法機能に関しては、庄司克宏編『EU法実務篇』（岩波書店・2008年）6-7・354頁〔庄司克宏執筆〕を参照。

⁹⁴ 前文9：「著作権および関連権のいかなるハーモナイゼーションも、そのような権利が知的創作にとって重要であるため、保護の高い水準を基礎にしなければならない。…」

前文10：「著作者または実演家が、その創作のおよび芸術的活動を続けるのであれば、彼らは、製作者がこの著作物に投資をすることができるために必要であるのと同じように、著作物の利用について適当な報酬を受けなければならない。レコード、映画またはマルチメディア作品のような商品、および『オンデマンド・サービス』のようなサービスを生み出すために求められる投資は少なからぬものがある。知的財産権の適切な法的保護は、そのような報酬支払いができるようにすることを保障し、また、この投資に満足な見返りを与える機会を提供するために必要である。」

⁹⁵ Westkamp, *supra* note 92, at 15.

⁹⁶ Lucie Guibault et al., Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society, report to the European Commission, DG Internal Market (2007), at 44, http://www.ivir.nl/publications/guibault/Infosoc_report_2007.pdf.

関する権利制限、および、域内市場ないし消費者にとって重要な権利制限を設けることを義務化するように指令の改正を行うべきであるとの提言がなされている⁹⁷。

以下では、5条5項に規定された3 step testの位置付けおよびその効果について検討する。まず、3 step testは、どのような経緯で情報社会指令に導入されるに至ったのだろうか。3 step testの導入の議論は、1995年のGreen Paper⁹⁸にまで遡ることができる。そこでは、ベルヌ条約9条2項が規定する3 step testは、複製権の実効性を著しく制限しているとして、3 step testに批判的な見解が示されていた。ところが、その後、起草過程で示された見解の多くが、権利者の経済的利益を尊重するという要請に適用ものとして、ベルヌ条約9条2項の3 step testを基準として採用することを支持したため、最終的に3 step testは「指針」として導入されることになった。このような導入の経緯に鑑みて、指令5条5項は、権利者に有利なテストを用いるように求める権利者寄りの立場を示しているとの指摘がなされることがある⁹⁹。その他にも、3 step testを規定した実質的理由の1つとして、指令5条2項および3項に規定されている権利制限に関する個別の規定が比較的広範なものであり、WIPO著作権条約およびTRIPs協定違反とされる可能性があったため、3 step testにより限定を付す必要があったことを指摘する見解がある¹⁰⁰。

次に、情報社会指令における3 step testの解釈について検討する。5条5項の3 step testを解釈する際には、同指令の前文と関連付けて解釈されるべきであるとされている¹⁰¹。これらの前文は、加盟国の立法者が権利制

⁹⁷ *Id.* at 62.

⁹⁸ European Commission, Copyright and Related Rights in the Information Society, Green Paper, COM (95) 382 final.

⁹⁹ SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 246; Tothmas Heide, *The Berne Three-Step Test and the Proposed Copyright Directive*, 21 EIPR 105, 107 (1999).

¹⁰⁰ Silke Ernst & Daniel M. Haeusermann, *Teaching Exceptions in European Copyright Law - Important Policy Questions Remain*, Berkman Center for Internet & Society, Harvard Law School, Research Publication No. 2006-10 (2006), at 18 n.82, *available at* <http://ssrn.com/abstract=925950>.

¹⁰¹ Westkamp *supra* note 92, at 13-14.

限規定を定めることに慎重であるべき旨を明らかにしており、また、著作権の保護を拡張する傾向を確認している（前文9、31、44）¹⁰²。さらに、前文44によって、著作物の伝統的な利用とデジタルの利用が明確に区別されているため、デジタルの利用が問題となる場合には、3 step test の第2ステップおよび第3ステップが厳格に解釈され、結果として、指令の下で認められる権利制限の範囲がさらに狭められることになるおそれがある。このように、情報社会指令の前文との関係で3 step test が解釈される結果、同テストは、指令5条2項および3項に定められている権利制限に関する規定を追加的に制限するものとして機能することになる。Westkamp が指摘するように、前文31・44と関連付けて3 step test が厳格に解釈された場合、次のような問題点が生じると考えられる¹⁰³。第1に、デジタル技術の発展に対応して、新たに権利制限規定を設けることや、既存の権利制限規定を拡張解釈することができなくなる。第2に、国内法の権利制限規定が一定程度の広さの射程を有している場合であっても、新たなデジタル市場が問題となった場合には、当該制限規定を適用することができなくなる可能性がある。論者の中には、情報社会指令が新たな権利制限を設ける余地

¹⁰² 前文31：「…加盟国が定める既存の権利の例外および制限は、新しい電子環境に照らして再吟味されなければならない。権利により制限される一定の行為に対する例外および制限に現在ある相違は、著作権および関連権が域内市場において機能することに対して直接マイナスの影響を与える。そのような相違は、国境を越えた著作物の利用および国境にまたがる活動のさらなる発展のゆえに、より顕著になるかもしれない。域内市場が適度に機能することを確保するためには、そのような例外および制限は、より調和的に定められなければならない。それらのハーモナイゼーションの程度は、域内市場の円滑な機能に対するその影響力に基づくものでなければならない。」

前文44：「…そのような例外および制限は、権利者の正当な利益を害し、またその著作物のその他の目的物の通常の利用を妨げるような方法で適用されてはならない。加盟国によるそのような例外または制限の規定は、とりわけ、その例外または制限が新しい電子環境の関係において持つであろう経済的影響の増大を、適正に反映しなければならない。したがって、一定の例外または制限の範囲は、それが著作権のある著作物その他の目的物の一定の新たな利用に達するときは、よりいっそう限定されなければならない。」

¹⁰³ Westkamp *supra* note 92, at 27-28.

を認めていない点は、3 step test を規定する WIPO 著作権条約10条に付された合意声明の精神に反すると指摘する者がある¹⁰⁴。

指令5条5項が前文との関係で厳格に解釈されることにより生ずる問題点は、3 step test が国内裁判所における裁判規範とされることによって、さらに深刻なものとなっている。指令5条5項に規定された3 step test の文言は、国際条約における3 step test といくつかの点で異なっている。ベルヌ条約やTRIPs協定等の国際条約では、3 step test の名宛人が「同盟国」あるいは「加盟国」であることを明示しているのに対し、指令5条5項にはそのような名宛人に関する文言は含まれていない¹⁰⁵。そのため、指令5条5項の導入を巡っては、それが国内法に権利制限規定を設ける際に立法者が考慮しなければならない基準なのか、あるいは、権利制限規定の適用を判断する際に裁判官が考慮しなければならない基準なのか、という3 step test の「名宛人」問題について盛んに議論がなされている¹⁰⁶。5条5項は、3 step test を「適用するものとする (shall be applied)」という規定ぶりになっており、この点でベルヌ条約9条2項やTRIPs協定13条とは異なるものの、同指令の起草者がどちらの立場に立っていたのかは明らかではない¹⁰⁷。この問題に関しては、論者の間でも見解の一致をみていない¹⁰⁸。例

¹⁰⁴ Heide, *supra* note 99, at 246. なお、WIPO 著作権条約および合意声明については後述する。

¹⁰⁵ Herman Cohen Jehoram, *The Evolution of Copyright Restrictions*, in PERSPEKTIVEN DES GEISTIGEN EIGENTUMS UND DES WETTBEWERBSRECHTS: FESTSCHRIFT FÜR GERHARD SCHRICKER ZUM 70. GEBURTSTAG 249, 257 (Ansgar Ohly et al. eds., 2005).

¹⁰⁶ この問題に関しては、井上・前掲注(42)10頁、駒田・前掲注(42)54-55頁、同・前掲注(87)62-63頁を参照。なお、EU法における「指令 (Directive)」の効果については、庄司克宏『EU法 基礎編』(岩波書店・2003年)133頁、PAUL CRAIG & GRAINNE DE BURCA, *EU LAW TEXT, CASES, AND MATERIALS* 85 (4th ed. 2008) を参照。

¹⁰⁷ Christophe Geiger, *The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society*, in *Copyright Bulletin*, UNESCO (2007), p.13-14., http://portal.unesco.org/culture/en/files/34481/11883823381test_trois_etapes_en.pdf/test_trois_etapes_en.pdf.

¹⁰⁸ Guibault et al., *supra* note 96, at 75. は、3 step test の真の名宛人が誰であるかは依然として不明確なままであり、これにより、同テストの役割が、立法作業のガイ

えば、Senftleben は、指令 5 条 5 項は、加盟国がベルヌ条約等の下で負っている既存の国際的義務を確認するものにすぎず、加盟国が同テストを国内法に明記する義務や、国内裁判所がこれを適用する義務を定めたものではないとする¹⁰⁹。他方で、Geiger は、指令 5 条 5 項によって、欧州司法裁判所のみならず、国内裁判所も 3 step test に基づいて解釈を行う義務を負ったと解している。その理由としては、同項の文言が「shall be … applied」となっており、制限規定の「適用」について定めたものであること、および、前文44で「例外および制限は、著作者の正当な利益を害し、またはその著作物その他の目的物の通常の利用を妨げるような方法で適用されてはならない」と規定されていることをあげる¹¹⁰。

そして、この問題に対する各加盟国の理解の仕方も一致しておらず、立法者のみが名宛人であるとの立場に立ち、同テストを国内法に規定しなかった国¹¹¹や、国内法に規定した国¹¹²、そして、著作権法の一般原則として

ドラインなのか、あるいは解釈のルールなのかという問題も結論が得られていない。したがって、同報告書は、EU の立法者に同テストの正確な役割を明確にするように要請している。また、Geiger は、欧州司法裁判所 (ECJ) の判断が下されるまでは、名宛人の問題に関する決定的な解釈は見出されないであろうとする (Geiger, *supra* note 107, at 14)。

¹⁰⁹ SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 280. また、Hugenholtz も、指令 5 条 5 項の基となったベルヌ条約 9 条 2 項および TRIPs 協定 13 条が国内法に導入することを目的として作られていないことを理由に、5 条 5 項は、加盟国を名宛人とする「メタ規範」にとどまると指摘する。もっとも、立法者が実際に 3 step test に従っているかどうかを国内裁判所 (あるいは欧州司法裁判所) が判断する際に、間接的な役割を果たす可能性は否定していない (P. Bernt Hugenholtz, *The Implementation of Directive 2001/29/EC in The Netherlands*, 206 RIDA 117 (2005))。

¹¹⁰ Geiger, *supra* note 107, at 13-14 (加えて、指令の目的が国内法を調和させることにある以上、同規定の最も効果的な実施方法が国内裁判所による適用であることを指摘している)。同様に 3 step test の名宛人に裁判所も含まれるとする見解として、Michael Hart, *The Copyright in the Information Society Directive: An Overview*, 24 EIPR 58, 61 (2002); Jehoram, *supra* note 105, at 257 (指令 5 条 5 項に、「加盟国」との文言が含まれていないことを理由とする)。

¹¹¹ 3 step test を国内法に規定しなかった国として、ドイツ、オランダ、ベルギー、英国があげられる。この点に関しては、Guido Westkamp, Study on the Implementation

裁判所による適用を認めた国¹¹³に分かれている。もっとも、立法者が名宛人であるという立場に立ち、3 step test を国内法に直接規定しなかった国においても、裁判所が権利制限規定を適用する際に同テストがガイドラインとして用いられることは否定されない¹¹⁴。実際に、加盟国の半数以上が何らかの形で同テストの適用を行っていると考えられている¹¹⁵。

このように、現在では、欧州の多くの国で、裁判所が何らかの形で適用することは避けられない状況となっているが¹¹⁶、裁判所が同テストを適用することについては、次のような問題点が指摘されている。

第 1 の問題点は、3 step test を適用することによって、権利者寄りの判断がなされる可能性が高まるということである。既に述べたように、3 step test は、極めて抽象的な規定であり、様々な解釈の可能性を有しているものの、同テストをその文言に忠実に解釈した場合には、殆どの権利制限が同テストに整合的ではなくなり、結果的に権利制限が認められる範囲が極めて狭いものになってしまうおそれがある。大陸法国においては、権利制限に関して個別の規定が設けられることが一般的であるため、3 step test の第 1 ステップに関しては、それほど問題とならないと考えられている¹¹⁷。

and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society: Part II - Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States, Brussels: European Commission 2007, at 48., available at http://www.ivir.nl/publications/guibault/InfoSoc_Study_2007.pdf.

¹¹² 3 step test を国内法に導入した国として、チェコ共和国、フランス、ギリシャ、ハンガリー、イタリア、ルセンブルグ、マルタ、ポーランド、ポルトガル、スロバキアがあげられる (*Id.* at 48)。

¹¹³ 3 step test を著作権法の一般原則として適用した国としては、オーストリア、ベルギー、フィンランド、オランダがある (*Id.* at 48)。

¹¹⁴ S. Bechtold, in *CONCISE EUROPEAN COPYRIGHT LAW 382* (Thomas Dreier & P. Bernt Hugenholtz eds., Kluwer Law International, 2006)。

¹¹⁵ Guibault et al., *supra* note 92, at 57. 3 step test を適用したフランスの裁判例および同判決を巡る学説を検討するものとして、駒田・前掲注(42)。

¹¹⁶ Geiger, *supra* note 107, at 15.

¹¹⁷ Christophe Geiger, *From Berne to National Law, via the Copyright Directive: The Dangerous Mutations of the Three-Step Test*, 29 EIPR 486 (2007). この点に関しては、

欧州のコンテキストにおいて特に問題となるのが、「通常の利用」を妨げないという要件を定める第2ステップである。この「通常の利用」という概念を広く解釈すると、多くの権利制限規定が同ステップの条件を満たさないことになってしまうという問題点が指摘されている¹¹⁸。

第2に、3 step testを国内裁判所が適用した結果、ユーザーの予測可能性が害されるというものである¹¹⁹。すなわち、3 step testは、そもそも国内裁判所において直接適用されることを前提としておらず、国内法の著作権の制限および例外を起草する際の指針を提供するために創設されたものにすぎない。そのような特徴を有する指令5条5項の3 step testを事案ごとに直接的に適用しなければならないとすると、著作物の利用者にとっての予測可能性を著しく欠くことになるとの指摘がなされている。具体的には、権利制限規定の文言に定義上含まれる可能性がある利用行為が、裁判所において3 step testに整合的ではないと判断された結果、事後的に著作権侵害とされてしまう可能性がある。このように、ユーザーにとって、権利制限規定によって認められるであろうと考えられる利用が、実際に認められるのかどうかを予測することが困難となってしまう。そして、このような予測可能性の欠如は、ユーザーに萎縮効果を生じさせることが懸念されている¹²⁰。侵害者とされてしまうかもしれないというおそれのために、本来は権利制限として認められる可能性のある利用をまで止めてしまうかもしれないし、また、リスク回避的な利用者は、権利制限に該当するか否か疑いがある場合には、権利者から許諾を得るようになる可能性がある。とりわけ、著作権侵害に刑事罰を科す国においては、罪刑法定主義の観点からも、問題があるとされている¹²¹。

第3に、裁判官の負担が増加するという点である。3 step testの構造上、第2・3ステップにおいては、著作者ないし権利者の経済的利益をどの程度害したかという点が決め手となる。そのため、加盟国の裁判官は、3 step

駒田・前掲注(42)56頁も参照。

¹¹⁸ Kamiel J. Koelman, *Fixing the Three-Step Test*, 28 EIPR 407 (2006).

¹¹⁹ Ernst & Haeusermann, *supra* note 100, at 19; Geiger, *supra* note 97, at 15.

¹²⁰ Geiger, *supra* note 107, at 15-16.

¹²¹ 駒田・前掲注(42)54-55頁は、この点に関するフランスの学説を紹介する。

testを適用する際に、経済的分析を行わなければならない¹²²。さらに、同テストは、経済的目的以外の要素、とりわけ、いくつかの権利制限規定の根拠となっている社会的・文化的目的を考慮に入れにくい構造となっている。そのため、裁判官は、権利者の利益と公の利益という対立する利益を考慮に入れるという難題を抱えることになる。確かに、解釈次第では、このような利益の衡量を第3ステップで行うことは可能であるかもしれないが、同テストは3つの要件を累積的に満たさなければならないとされている以上、第2ステップを充足しなければ第3ステップの分析に進むことができない¹²³。

もっとも、第3の点については、3 step testに限らず権利制限の一般条項に共通する問題であるといえるかもしれない。実際、3 step testの第3ステップは、アメリカのフェア・ユースの第4要件¹²⁴と類似している。両者の相違点は、3 step testが3つの要件を累積的に充足する必要があり、結果的に権利者寄りの結論が導かれやすいのに対して、フェア・ユースの4要件は、あくまでも例示にすぎず、各要件の重視される程度も事案ごとに異なっているということである¹²⁵。

以上のように、3 step testを国内裁判所が権利制限規定の解釈を行う際

¹²² Geiger, *supra* note 107, at 16.

¹²³ Koelman, *supra* note 118, at 408-409.

¹²⁴ アメリカ著作権法107条は、批評、論評、ニュース報道、教育（教室内における複数のコピー作成を含む）、学術、研究等の目的のための、コピーないしフォノレコードによる複製などがフェア・ユースに含まれるとした上で、次の4つの考慮要素をあげている。すなわち、(1) 使用の目的と性質（その使用が商業的なものか非営利の教育的なものかという点を含む）、(2) 利用された著作物の性質、(3) 全体として利用された著作物に占める、利用部分の量と実質、(4) 使用が、利用された著作物の潜在的市場あるいは価値に与える影響、である。これらはあくまでも例示列挙であり、ここにあげられていない事項を考慮することも妨げられないとされている（17 U.S.C. § 107）。

¹²⁵ フェア・ユースの各要件が裁判例でどのように考慮されているのかという点については、Barton Beebe（城所岩生訳）「米国著作権法フェアユース判決（1978-2005年）の実証的研究（1）（2・完）」知的財産法政策学研究21号117頁（2008年）・22号163頁（2009年）を参照。

の裁判規範として用いることには様々な問題があるとされており、学説の多くは、3 step testは各国の立法者が定めることができる権利制限の外縁を定める抽象的な規範として機能するにとどまり、権利制限規定の解釈と組み合わせる形で用いられるべきではないとしている¹²⁶。また、3 step testを適用した結果、権利者寄りの結論が導かれやすいという状況下では、欧州における著作権制度の正当性が失われ、同制度の社会的な受容が妨げられてしまうとの指摘もなされている¹²⁷。さらに、学説の中には、3 step testを柔軟に解釈することによって、3 step testの問題点を解消すべきであると説くものがある。例えば、マックス・プランク研究所が公表した3 step testに関する「宣言」は、3 step testを文言に従って厳格に解釈するのではなく、文言の抽象性を活用して柔軟な解釈を行い、著作物へのアクセス等の公の利益を確保すべきであるとしている¹²⁸。Guibault et al. は、各国の立法者および裁判所が3 step testを柔軟かつ前向きな手法で適用すべきであることを明確にする必要があり、具体的には、第1ステップおよび第2ステップを狭く解釈することを止め、権利者の利益と公衆の利益との一定のバランスを図ることができる第3ステップを3 step testのフォーカル・ポイントとする解釈を提唱している¹²⁹。この他にも、多くの学説は、3 step testの文言の抽象性を活用して、利用者の利益を重視した、より柔軟な解釈論を見出そうと格闘している。このような学説の解釈の試みについては、3 step testの具体的な解釈論とともに「VI.」において詳しく検討することにした。

¹²⁶ Ernst & Haeusermann, *supra* note 100, at 19.

¹²⁷ Geiger, *supra* note 107, at 18.

¹²⁸ Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, Declaration: A Balanced Interpretation of the “Three-Step Test” in Copyright Law, *available at* http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/declaration_three_step_test_final_english.pdf.

¹²⁹ Guibault et al., *supra* note 96, at 59.