

著作権法における権利制限規定の解釈と
3 step test (2)
— 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、前号)
- IV. 3 step test の起草過程とその後の発展
 - ベルヌ条約の創設から TRIPs 協定、そして TRIPs プラスへ — (以下、本号)
 - 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、本号)
 - 3. 自由貿易協定 (FTA) と TRIPs プラス (以下、第29号)
 - 4. WIPO 著作権条約および WIPO 実演・レコード条約
 - 5. WTO ドーハ閣僚宣言
 - 6. 小括
- V. 3 step test に関する WTO パネル報告の概要
- VI. 3 step test の各要件の解釈と学説の動向
- VII. 権利制限規定の解釈の望ましいあり方
- VIII. 結びに代えて

IV. 3 step test の起草過程とその後の発展

—ベルヌ条約の創設から TRIPs 協定、そして TRIPs プラスへ—

既に述べたように、3 step test は多くの国際条約 (TRIPs 協定や WIPO 著作権条約など) や国内法 (「III.」を参照) に規定されるに至っているが、同テストには、その文言通りに解釈した場合に、許容される権利制限の範囲が限定的なものにとどまり、結果として、権利者寄りの結論が導かれてしまうという問題がある。このような 3 step test の構造上の問題を探るためには、同テストの原型であるベルヌ条約9条2項の起草過程および当時の社会状況などを参照する必要がある。また、同テストの構造的な問題が、今日の国際著作権法にいかなる影響を及ぼしているのかという点を把握するためには、3 step test のその後の発展を検討することが有益である。そこで、以下では、ベルヌ条約ストックホルム改正会議において 3 step test が起草されるまでの過程、そして、TRIPs 協定および WIPO 著作権条約の成立、自由貿易協定の増加などのその後の発展について検討する。

1. ベルヌ条約の創設からパリ改正条約までの状況

まずは、ベルヌ条約の一般的な性質を検討することから始めたい¹³⁰。というのも、本稿の検討対象である 3 step test は、後述するように、1976年のストックホルム改正会議において起草されたものであるが、ベルヌ条約の一般的な目的あるいは性質が 3 step test の構造に反映されていると考え

¹³⁰ ベルヌ条約の成立およびその後の発展を紹介する文献として、RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 41-133; LEWINSKI, *supra* note 19, at 65-190 がある。また、邦語文献として、宮澤博明『著作権の誕生』(日本ユニ著作権センター・1998年) 182-207頁、著作権法百年史編集委員会『著作権法百年史』(著作権情報センター・2000年) 667-676頁 [大山幸房執筆]、著作権情報センター附属著作権研究所『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) 21-107頁、園田暁子「1830年代から1960年代にかけての国際著作権法整備の過程における著作権保護に関する国際的合意の形成とその変遷」知的財産研究所『平成18年度産業財産権研究報告書』(知的財産研究所・2007年)、加納・前掲注(41)23頁、木柵照一『国際知的財産法』(日本評論社・2009年) 61-78頁がある。

られるからである。

ベルヌ条約が創設されることになった要因は、19世紀初頭、欧州諸国の間に存在していた著作物の保護水準の差異をなくし、ひいては、欧州における著作者の権利の保護を全般的に強化することにあった。当時、多くの欧州諸国において著作権法は既に制定されていたものの、国際的な視点から見ると著作権の保護は必ずしも十分なものではなかった。それは、欧州諸国の多くが、著作権の保護要件として、著作者の国籍や居住地、著作物の発行地等の要件を厳格に課し、外国著作物の保護の可能性を大幅に制限していたからである。また、殆どの国では、相互主義によって外国著作物を保護する用意はあったものの、その保護は限定的で不安定な状態にあった。とりわけ、翻訳権をはじめとする諸権利は、十分な保護が認められていなかった。このような状況の中で、イギリスやフランスをはじめとする文化大国の著作物が、外国において広く複製・翻訳され、時にはそれらが自国に輸入されるという事態が問題となっており、文化大国にとって海賊出版の問題は無視できないものとなっていた¹³¹。

こうした状況を改善するために、フランスをはじめとする文化大国がとった手段は、著作権の保護に関する二国間条約を締結するというものであった。例えば、1828年にデンマークは、相互主義を条件に、著作者の権利の保護を外国の著作物にまで拡張するデクレを発行した。また、1827年から1829年の間にプロイセンは、他のドイツ州との間に32の二国間条約を締結し、1840年、オーストリアとサルデーニャ王国は、独立した国家として初めて二国間著作権条約を締結した。それから間もなくして、フランス¹³²やイギリス¹³³といった主要国も次々と二国間条約を締結するようになった。そして、19世紀後半までには、欧州の主要な国家間において二国間著

¹³¹ Sam Ricketson, *The Birth of the Berne Union*, 11 COLUM.-VLA J.L. & ARTS 9 (1986); RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 19-23. 宮澤・前掲注(130)182-188頁は、海賊出版に悩む当時のフランスの著作者が置かれていた状況について論じている。

¹³² 参照、宮澤・前掲注(130)188-191頁。

¹³³ See, BRAD SHERMAN & LIONEL BENTLY, *THE MAKING OF MODERN INTELLECTUAL PROPERTY LAW: THE BRITISH EXPERIENCE, 1760-1911*, 111-115 (1999); 園田・前掲注(130) 3-5頁。

著作権条約のネットワークが確立された¹³⁴。ところが、これらの二国間条約は、条約の当事国以外との関係では効力を有しておらず、また、その保護の程度にも差異が存在するなど法的安定性に欠けていたため、十分な保護をもたらさなかったとされている¹³⁵。そのため、とりわけ文化大国の間では、二国間主義から多国間主義へと移行する必要性が認識されるようになり、これがベルヌ条約の創設をもたらす大きな原動力となった¹³⁶。

上述した問題点を解消するために、文化大国は、ベルヌ条約を形成することにより、著作権の国際的・統一的保護を目指した¹³⁷。1886年に採択されたベルヌ創設条約は、著作者の権利を国際的に保護することを主な目的としており、かかる思想は、条約の前文に表されている。そこでは、「同盟国は、文学的及び美術的著作物に関する著作者の権利をできる限り効果的かつ統一的に保護することをひとしく希望」と規定されており、著作者の権利の保護が条約の主要な目的であることを明確に宣言している¹³⁸。

著作権の国際的保護という目的を達成するための手法は、複数のものが考えられる¹³⁹。第1に、全ての同盟国において適用される統一的な基準を設定する包括的かつ普遍的な著作権法を創設するというものであり、このような提案がベルヌ条約の起草過程において実際になされている。1858年の第1回政府間会合においてドイツは、普遍法の創設について強力な支持を表明した。一般に、普遍的な著作権法を創設するという発想(普遍主義)

¹³⁴ Peter K. Yu, *Currents and Crosscurrents in the International Intellectual Property Regime*, 38 LOY. L.A. L. REV. 323 (2004). なお、1886年時点で発効している二国間条約を図示するものとして、RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 40.

¹³⁵ RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 38-39.

¹³⁶ Yu, *supra* note 134, at 334-335.

¹³⁷ Hugenholtz & Okediji, *supra* note 21, at 6. その他、著作権法白書・前掲注(130) 21頁 [財田寛子執筆] も参照。

¹³⁸ ベルヌ条約前文。なお、この点に関して、その後の国際条約では異なるアプローチが採用されている。例えば、TRIPs 協定の前文は、「知的所有権の保護のための国際制度における基本的な開発条及び技術上の目的その他の公の政策上の目的を認」めている。WIPO 著作権条約の前文も参照。

¹³⁹ Graeme B. Dinwoodie, *The Development and Incorporation of International Norms in the Formation of Copyright Law*, 62 OHIO ST. L.J. 733, 737 (2001).

は、著作権は自然権であり、いずれの国においても当然に認められるものであるとするフランスのような立場に馴染みやすいとされている¹⁴⁰。ところが、フランスを含む参加国の多くはドイツの提案を望ましいものであると考えたものの、その提案に反対した。というのも、19世紀後半の時点で、欧州各国の著作権法は明白な相違点が存在するほどに成熟しており、多くの国は自国の著作権法を改めることに積極的ではなかったため、普遍的な著作権法について合意を得るためには、各国に対して妥協を求める必要があったからである¹⁴¹。

そこで、ベルヌ条約の創設者らは、普遍的な著作権法を創設するのとは異なる手法で、著作権の国際的な保護という目的を達成しようとした。それが、ベルヌ条約 5 条 1 項に規定されている内国民待遇の原則である。同項は、内国民待遇原則に基づき、各同盟国は、外国の著作者あるいは外国で最初に公表された著作物に対して、自国民および自国の著作物と同様の保護を与えることを義務付けており、国際的な著作権の平等な保護を実質的に保障するものである。内国民待遇原則に加えて、ベルヌ条約には、著作権の最低保護水準を定める規定を設けている。同条約の最低保護水準は、同盟国における著作権の保護が当該水準を下回ってはならないという保護水準の下限を設定するものである。もっとも、それは、同盟国が条約で定められた最低保護水準を超えた保護を提供することを妨げるものではなかった。ベルヌ条約は、現在までに 5 度にわたる改正がなされているが、「内国民待遇と最低保護水準」という基本的な構造は維持されている¹⁴²。

その後、ベルヌ条約の加盟国が増加し、1967年にストックホルム改正会議が開催される頃には、著作物へのアクセスを求める開発途上国などの存在が大きくなっていった。そのため、同改正会議以降は、先進国の著作物に

¹⁴⁰ 普遍的な著作権法を創設するべきであるとする立場に立つグループには、フランスおよびフランス語圏諸国が含まれ、他方で、後述するプラグマティックな見解を主張するグループには、イギリスおよびコモンロー諸国が含まれる。もちろん、このような分類は一般的なものであり、両者の中間的な立場も存在していた (RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 42-44)。

¹⁴¹ *Id.* at 43-44.

¹⁴² Dinwoodie, *supra* note 139, at 736-739.

対するアクセスを求める開発途上国の要望を満たす必要に迫られていた。交渉の過程で、開発途上国はベルヌ条約本体に新たな権利制限を認める規定を導入することを提案したが、先進国の反対により退けられた。その結果、ストックホルム改正会議は、ストックホルム改正条約の規定に従った保護水準を直ちに設定することができない開発途上国のために、「開発途上国のための議定書 (Protocol)」に基づく留保を認めるとの決定を行った(21条2項)。同議定書は、ストックホルム実体規定と不可分一体をなすものであり、その内容は、開発途上国がベルヌ条約において最低保護水準を定める規定を適用しないことができる場合を定めることで、上記の開発途上国の要求を満たそうとしたものである。この議定書は、会議の公式提案で提案されたものよりも、より広い範囲で著作権を制限するものになっているが、他方で、先進国側の主張により、留保が認められる場合であっても、著作権者に対する報酬支払いの原則は維持されている。ところが、この議定書は極めて少数の国によってしか受諾されず、開発途上国がその著作物の利用を最も必要としていた先進国の間に、同議定書を受諾する動きは見られなかった。同議定書は、後のパリ改正条約では「付属書 (Appendix)」に定められた(21条1項)。論者の中には、同議定書は開発途上国にとって十分な支援とはならなかったと評価する者がある¹⁴³。

以上のような事情に鑑みると、ベルヌ条約は、基本的には「権利(者)中心の条約」であると位置付けることが可能であろう¹⁴⁴。同条約がこのような性質を有しているのは、第1に、同条約が創設される以前の著作物の国際的な保護水準の不十分さを解消することを主要な目的として、当時の文化大国の主導の下で創設された条約であるということ、第2に、ストッ

クホルム改正会議以降、著作物の利用者の利益を主張する開発途上国の影響力が高まっていったにもかかわらず、その影響力はベルヌ条約本体の改正において十分に反映されなかったということによるものである。このようなベルヌ条約の性質に対しては、著作者の利益と公衆の利益とのバランスを図るという点に十分な配慮が払われていないとの指摘がなされているところである¹⁴⁵。そして、以下で検討するように、ベルヌ条約の有する権利者の利益を重視する性質が、3 step testの構造にも反映されている。

以下では、3 step testを規定するベルヌ条約9条2項の起草過程およびその性質を検討する。ベルヌ条約の改正を目的とした1967年のストックホルム会議において、3 step testの原型が形作られた。

1948年のブラッセル改正会議における議論は、ベルヌ条約に公の上演権・演奏権を導入するためのものであったが、そこでは、いわゆる「小留保 (minor reservation)」が認められていた。この小留保が、3 step testの先駆けになったとされている¹⁴⁶。同会議において、同盟国は、公の上演権・演奏権が著作者の権利として認められることにはおおむね合意していたものの、ベルヌ条約にこれらの排他権を導入することで、各同盟国において伝統的に認められてきた著作権の例外の適用が妨げられてしまうのではないかという懸念が示されていた¹⁴⁷。他方で、同盟国の国内法において認められていた権利の制限ないし例外には様々なものがあつたため、それらを個別に列挙するという事は極めて困難であった。また、同盟国に対して既存の権利制限を維持することを認める一般条項を設けることも、同様に不可能であった。というのも、一般条項を設ければ、当時権利制限を認めていなかった国が新たに権利制限を設ける契機となってしまうという

¹⁴³ Alan Story, *Burn Berne: Why the Leading International Copyright Convention Must Be Repealed*, 40 Hous. L. Rev. 763 (2003) (開発途上国にとって、ベルヌ条約議定書が不十分な支援であったこと、そして、かかる状況がここ15年の間に改善されていないことを指摘する)。Ruth L. Okediji, *The International Copyright System: Limitations, Exceptions and Public Interest Considerations for Developing Countries*, UNCTAD-ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development (2006), at 29, available at <http://www.unctad.org/en/docs/iteipc200610.en.pdf> も、同議定書の問題点を指摘し、議定書の改正を主張している。

¹⁴⁴ Hugenholtz & Okediji *supra* note 21, at 6-7.

¹⁴⁵ Gerald Dworkin, *Exceptions to Copyright Exclusivity: Is Fair Use Consistent With Article 9.2 Berne and The New International Order?*, in 4 INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY LAW & POLICY 66-1, 3-4 (Hugh C. Hansen ed., 2001).

¹⁴⁶ SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 45.

¹⁴⁷ 1933年の時点で、多くの国内法では、宗教儀式や軍楽隊によるコンサート、特定の祝祭の際に組織される慈善のための上演および公のコンサートにおける著作物の公の実演行為について権利制限を設けていた(RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 830)。

おそれがあったからである¹⁴⁸。11条および11条の3に関する小委員会は、明確に定義された場合に限定された例外の正当性を一般報告書において指摘することを条件に、公の上演権・演奏権に関する規定をベルヌ条約に設けることについて合意に達した。この小留保は、その後の改正会議やWIPO著作権条約の外交会議においても言及されるなどして、一般に受け入れられた慣行として認められるに至っている¹⁴⁹。

1967年のストックホルム改正会議では、ベルヌ条約に複製権を導入することが議論の対象とされた。複製権は、ストックホルム改正会議以前から、著作者に認められる最も基本的な権利として認識されていたものの、ベルヌ条約上には明文の規定が存在していなかった。このような保護の抜け穴は、国際的な著作権保護の問題となっていた。というのも、同盟国は、複製権に関していかなる制限をも自由に課すことが可能であり、さらに、保護を完全に否定してしまうこともできたからである。とりわけ、当時、音楽の録音物やテキスト等の機械的な複製技術の発展が、著作権の保護に対する深刻な脅威となっており、国際的な保護の枠組みを確立させることによってこの流れを食い止めることが不可欠であるとされていた。それゆえ、ストックホルム会議の主要な議題として、ベルヌ条約に複製権に関する明示的な規定を設けることが掲げられることになった¹⁵⁰。

もっとも、複製権の規定を設けるに当たっては、複製権の制限に関する「満足のいく公式」を見出すことが必要であるとされていた¹⁵¹。1960年代までには、殆どの同盟国において複製権が認められていたが、他方で複製権に対する制限も設けられていた。各国の複製権に対する制限は、自国の文化政策および法伝統に従って立法されていたため¹⁵²、同盟国の多くは自国の法律を改めることについて否定的であった。そのため、各国の多種多

様な権利制限規定を1つにまとめることは極めて困難であり、仮に各国の権利制限規定を逐一列挙するという手法を採用した場合には、各同盟国がこれらの規定を利用して自国にはない制限を新たに設けることになり、かえって保護の水準を低下させることにつながりかねないということが懸念されていた¹⁵³。これらの問題は、ブラッセル会議において小留保が認められた際にも見受けられたものである。もっとも、同盟国の複製権に関する制限は、公の上演権・演奏権に関する制限以上に多種多様なものであったため、小留保として認められるための条件である *de minimis* (些細) のルールの中に、複製権に関する制限を含めることが不可能であるとされた。このように、複製権の制限に関しては小留保による対応では不十分であることが明らかになったため¹⁵⁴、他の方法でこの問題に対処することが求められていた。

複製権の制限に関する規定について検討を行っていたスタディ・グループは、上記の要請を満たすために様々な選択肢を検討した。そして、同グループは1964年報告書において次のような規定を提案した。

「ただし、この条約の条項を考慮に入れて、特定の目的のために、かつ、これらの目的がそれらの著作物と経済的に競合しないことを条件に、この権利の承認及び行使を制限する権能は、同盟国の立法に留保される¹⁵⁵。」

スタディ・グループは、上記の提案に関して、3つの指摘を行っている¹⁵⁶。第1に、ベルヌ条約に定められている既存の例外(10条、10条の2、11条の2第3項など)について考慮する必要があるということである。第2に、例外が認められるのは、私的使用や作曲家による歌詞の使用、視覚障害者のための使用といった特定の場合に限定されるべきであり、一般的な例外は許容されないということである。第3に、許容される例外は当該著作物と経済的に競合するべきではないということである。具体的には、同グループは、当該著作物に関して、著しい経済的あるいは実際上の重要

¹⁴⁸ *Id.* at 831.

¹⁴⁹ *Id.* at 830-835.

¹⁵⁰ WIPO, RECORDS OF THE INTELLECTUAL PROPERTY CONFERENCE OF STOCKHOLM, JUNE 11 TO JULY 14, 1967, 81, 111 (Doc. S/1) (Geneva, 1971).

¹⁵¹ *Id.* at 111 (Doc. S/1).

¹⁵² ストックホルム改正会議当時の主要国の国内法の権利制限規定を分析したのものとして、SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 52-81.

¹⁵³ WIPO, *supra* note 150, at 112 n.2 (Doc. S/1); 文部省『ベルヌ条約ストックホルム改正会議報告』(文部省・1968年) 39-41頁。

¹⁵⁴ SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 48.

¹⁵⁵ WIPO, *supra* note 150, at 112 (Doc. S/1).

¹⁵⁶ *Id.* at 112 (Doc. S/1).

性を有する現在または将来のあらゆる利用形態が著作者に留保されなければならないとしている。第3の点に関しては、著作物と経済的に競合する利用形態の全てが著作者の排他権に含まれるのではなく、一定の重要性を有する利用形態に限定されるという同グループの立場が示されていると考えることができよう。Senftleben が指摘するように、本提案で示された「特定の目的」および「著作物と経済的に競合しないこと」という文言は、ベルヌ条約9条2項の第1ステップおよび第3ステップを予兆させるものとなっている¹⁵⁷。

その後、検討の場は政府専門家委員会へと移された。同委員会による1965年報告書においては、スタディ・グループの提案では著作者の正当な利益が害されるおそれがあるため、具体的な例外に言及がなされるべきであるとの見解が示された。議論を重ねる中で、私的使用、および司法または行政目的の使用に言及することについて見解の一致が見られた。また、最後のカテゴリーとして、「著作者の正当な利益に反」しないこと、および、「著作物の通常の利用を妨げない」ことという一般的な要件を定めることについて合意がなされた。以下の通り、専門家委員会の最終的な提案は、スタディ・グループの提案とはやや異なるものとなった。

「9条2項 以下の著作物の複製を認める権能は、同盟国の立法に留保される。

- (a) 私的使用
- (b) 司法または行政上の目的のための使用
- (c) 複製が著作者の正当な利益に反せず、かつ、著作物の通常の利用を妨げない特定の場合¹⁵⁸。」

スタディ・グループの提案と比較すると、専門家委員会の提案は、「著作者の正当な利益に反しない」という追加的な要件を含めることにより厳格なテストを採用していた。その後、専門家委員会の提案は、1967年のストックホルム改正会議のプログラムに含まれ、さらなる検討が行われた。ところが、専門家委員会の提案は、同会議における参加国の様々なニーズを十分に調整するものとは考えられず、それをどのように再構築すること

¹⁵⁷ SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 49.

¹⁵⁸ WIPO, *supra* note 150, at 113 (Doc. S/1).

ができるかについて激しい議論へとつながっていった。

ストックホルム会議の第1主要委員会において検討された提案として3つのタイプのものがあった。第1に、会議の公式提案中に示された例外をさらに限定するという議論である。フランスは、「私的使用」という文言を「個人的または家庭的使用」に代えるべきであると提案した¹⁵⁹。また、オランダは、(a) 私的使用に関して同様の提案をするとともに、(b) 司法・行政目的の利用に関して「厳密に司法または行政上の目的」という表現を提案し、(c) に関しては他の一般的な条文案を提案した¹⁶⁰。さらに、ドイツは、第1項の一般原則に対する例外の第3の条件、すなわち、複製は正当な報酬を受ける著作者の権利と衝突してはならない旨を挿入することを提案した¹⁶¹。第2のタイプとして、公式提案中に示された例外を拡大すべきとする議論である。例えば、インドは、報酬請求権を伴う複製権に関する一般的な強制許諾を認める新たな要件を(c)の後に追加することを提案した¹⁶²。第3のタイプは、全ての例外を単一の条文にまとめて、公式提案の(a)および(b)を削除するという議論である。このような提案は、イギリスにより提案された。それは、公式提案中で使用された表現、すなわち、「複製が著作者の正当な利益に反せず、かつ、著作物の通常の利用を妨げない特定の場合」という文言に代えて、「複製が著作物の正当な利益を不当に害しないある特別な場合」を用いるべきであるとするものである¹⁶³。

このような激しい議論の中で、最終的に、イギリスの提案が、1つの一般的な例外の中に全ての可能性のある例外を含めることができるということが明らかにされたようであり、若干の修正を経て、第1主要委員会の

¹⁵⁹ *Id.* at 690 (Doc. S/70).

¹⁶⁰ *Id.* at 691 (Doc. S/81).

¹⁶¹ *Id.* at 690 (Doc. S/67).

¹⁶² *Id.* at 692 (Doc. S/86). インドの提案は、最終的に否決されたが、その内容は開発途上国のための議定書1条(c)項において実現された(文部省・前掲注(153)42頁)。なお、ルーマニアも同様に複製権に関する強制許諾制度の導入を提案している(WIPO, *supra* note 150, at 691 (Doc. S/75))。

¹⁶³ *Id.* at 687 (Doc. S/42).

全面的な支持を得ることに成功した。同委員会によって合意された規定は次の通りである。

「特別の場合について著作物の複製を認める権能は、同盟国の立法に留保される。ただし、そのような複製が著作者の正当な利益を不当に害さず、かつ、当該著作物の通常の利用を妨げないことを条件とする¹⁶⁴。」

その後、同委員会は、規定の解釈上いっそう論理的な順序を与えるために、第2の要件（「著作者の正当な利益を不当に害さず」）の前に第3の要件（「著作物の通常の利用を妨げない」）を置くというワーキンググループの提案を採択した。そこでは、複製が著作物の通常の利用を妨げる場合には、複製は全く許されず、また、複製が著作物の通常の利用を妨げないと考えられる場合には、次の要件として著作物の正当な利益を不当に害さないかどうかを考慮すべきであるとされた¹⁶⁵。3 step testの各要件に関するこのような理解は、各要件を累積的に適用するという現在の通説的な見解に沿うものである。最終的に、これが現在のベルヌ条約9条2項となった¹⁶⁶。ただし、ストックホルム改正条約の実体規定（および開発途上国のための議定書）は、先進国の反対により発効しなかったため、3 step testはその4年後にパリ改正条約として正式に採択されることになった。

なお、ベルヌ条約9条2項は、その起草趣旨および規定の位置付けから明らかなように、複製権（9条1項）のみを対象としている。そのため、同項は、他の財産的権利に対する制限（例えば「小留保」）を規律する基準を提供するものではなく、著作者人格権（6条の2）もその対象外である。また、ベルヌ条約9条2項は、同条約に定められている複製権に関する個別の制限規定（10条、10条の2、2条の2第2項）との関係について条文上の手がかりを与えていないため、両者の適用関係が問題となる。学説の多くは、9条2項と個別の制限規定を独立したものと扱っている¹⁶⁷。例えば、引用に関する権利制限は、10条に規定されている各要件を充足しない場合には、別途、9条2項に基づいて正当化されることはない。逆に、

¹⁶⁴ *Id.* at 696 (Doc. S/109).

¹⁶⁵ 文部省・前掲注(153)82頁。

¹⁶⁶ 文部省・前掲注(153)42頁。

¹⁶⁷ RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 763.

個別の制限規定の各要件が充足される場合には、9条2項が追加的に適用されることはない¹⁶⁸。

では、以上のようにして形成されたベルヌ条約9条2項の3 step testの性質について、どのように評価すべきであろうか。この点に関して、Senftlebenは、ベルヌ条約9条2項が二重の構造を有しているとの指摘を行っている¹⁶⁹。すなわち、同項の趣旨は、ストックホルム改正会議時に同盟国で設けられていた伝統的な権利制限の体系を維持することを認める一方で、複製権の制限を限定することにより、著作者の権利を保護することにあつた。後者の趣旨には、3 step testは、著作者の経済的利益の保護を優先するというベルヌ条約の性格が明示的に表れている¹⁷⁰。すなわち、既存の権利制限を維持することが、著作者の経済的利益に優先するための切り札としても機能しないようにという要請があつた。実際、同テストは、ユーザーがこれらの制限を利用したり、新たな制限を切り開くために基準を緩めるといふ同盟国の権限を、直接的に限定することになった。3 step testが、極めて抽象的な文言を有しているにもかかわらず、許容される権利制限の範囲を限定的なものとしているのは、このような二重の要請を満たすためであるとされている¹⁷¹。

3 step testが権利者寄りの構造を有しているということは、1970年代前半の社会状況あるいは技術状況を反映したものといえることができるかもしれない。第1に、ストックホルム改正会議において、ベルヌ条約に複製権を規定する一方で、「特別な場合」に限り同盟国の立法者が複製権を制限することを許容するという決定がなされた背景には、 photocopyやテープ・レコーダーなどの複製装置によって大量の複製がなされることで、著作物の既存の市場が大きく損なわれるおそれがあつたという事情が存

¹⁶⁸ LEWINSKI, *supra* note 19, at 159-160. もっとも、後述するように、TRIPs協定13条と（同協定9条1項を通じて導入される）ベルヌ条約における個別の制限規定との関係については別途検討する必要がある。

¹⁶⁹ SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 81-82.

¹⁷⁰ Haochen Sun, *Overcoming the Achilles Heel of Copyright Law*, 5 NW. J. TECH. & INTELL. PROP. 265, 268 (2007).

¹⁷¹ Koelman, *supra* note 118, at 47; SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 81-82.

在していた¹⁷²。そのような状況においては、複製行為をコントロールする著作者の権利を保障するために、著作者の権利を実質的に損なうことのない特別の場合を除き、権利制限を行うことについて何らかの国際的な歯止めを設けるということが、極めて重要な意義を有していたものと考えられる¹⁷³。さらに、ベルヌ条約9条2項では、利用の通常性という要件(第2ステップ)が、著作者の市場を保持するための機能を果たしている¹⁷⁴。同要件には、利用が現実に存在しているかどうかという規範的な評価、そして、その存在が認められた場合に、経済上および実際上の重要性を有する現在または将来の著作物の全ての利用形態を著作者のコントロールに服させるという起草者の意図が込められているものと考えられる¹⁷⁵。

第2に、1960年代から70年代前半にかけての著作物の市場は、著作物の多様な利用形態が想定される現在とは異なり¹⁷⁶、比較的単純なものであったということができよう¹⁷⁷。すなわち、ストックホルム改正会議当時に想定されていた著作物は、市場の特定が容易で、明確に分類することが可能な典型的な「一次市場(primary market)」において利用されていたとされている。例えば、教科書の市場は、学校に関連する市場のみであり、ハード・コピー以外のフォーマットで当該複製物を提供する関連市場ないしアフター・マーケットは存在していなかった。このような市場の下では、第三者は、一次市場で直接競合する場合を除けば、当該著作物の利用に関して特段の利益を有していなかったものと考えられる。また、利用の態様が特定の主要な利用形態に限定されていたため、関連市場における諸利益の関係性、あるいは、著作者の利益と公衆の利益のバランスを図る必要性

¹⁷² 参照、マズイエ・前掲注(66)62-63頁。

¹⁷³ Annette Kur, *Of Oceans, Islands, and Inland Water – How Much Room for Exceptions and Limitations Under the Three-Step Test?*, 8 RICH. J. GLOBAL L. & BUS. 287, 332 (2009) [Kur, *supra* note 31. と同内容の論文であるが、その後出典が変更されたためここで再引用する]。

¹⁷⁴ WIPO, *supra* note 150, at 111 (DOC. S/1).

¹⁷⁵ Westkamp, *supra* note 92, at 6.

¹⁷⁶ Hugenholtz & Okediji *supra* note 21, at 7.

¹⁷⁷ Westkamp, *supra* note 92, at 7.

が現在ほどは高くはなかった¹⁷⁸。そのため、ベルヌ条約9条2項の3 step testには、公衆の利益を十分に考慮することができる要件が定められていないものと考えられる。さらに、当時の著作物を巡る技術が変化するスピードは現在と比較すると緩やかなものであったことに鑑みると、3 step testが、「通常の利用を妨げる」という要件に基づいて、著作物の市場と何らかの形で競合する新たな利用態様をすべからず著作者の排他権に含めるという構成を採用していることは十分理解できるものである。確かに、3 step testの第1ステップ(「特別の場合」)あるいは第3ステップ(「著作者の正当な利益を不当に害しない」)において、著作者の利益と公衆の利益のバランスを図ることが可能であるかもしれないが、3 step testの各要件を累積的に充足する必要があるという起草者の見解に基づく限り、第2ステップを充足しない場合には3 step testをクリアすることができない。

以上のように、ベルヌ条約は、著作者の権利の国際的な保護を強化するという条約成立当初からの目的を達成するために、著作権の保護に関する最低基準を規定する一方で、権利の制限については、引用や報道目的の利用など限定的なもののみを個別に規定し、それ以外の権利制限については、3 step testの範囲内で認めるという構造を有している。そして、その3 step testは、極めて抽象的な規定でありながらも、当時の社会・経済状況を反映して、権利制限の認められる範囲は限定的なものとなっている。このように、ベルヌ条約は「権利(者)中心の条約」であると評価することができよう。同条約には、著作物への最適なアクセス、情報の普及および後続の創作活動を促進するという公衆の利益を積極的に確保する仕組みは設けられておらず、そのような利益の保障は、3 step testが認める限りにおいて、各国の裁量に委ねられている。この点については、ベルヌ条約の枠組みは、著作権の制限についてパッチワーク現象をもたらしているとの指摘がなされている¹⁷⁹。

もっとも、ベルヌ条約および3 step testが権利者の利益を重視する性質を有していたにもかかわらず、その枠組みの下で同盟国の自律性は一定の程度で尊重されており、同盟国が自国の文化政策等に応じた権利制限を設

¹⁷⁸ Kur, *supra* note 173, at 332.

¹⁷⁹ Hugenholtz & Okediji *supra* note 21, at 7.

けることについて実質的な裁量は残されていたとされている。この点に関しては、第1に、ベルヌ条約の最低保護水準は、TRIPs協定等のその後の国際条約に比べて、それほど高いものではなかったということが指摘できるであろう。すなわち、ベルヌ条約が定める最低保護水準の大部分は、(当時の欧州諸国における)国内法を条約化したものにすぎなかった¹⁸⁰。一般に、条約の改正にはコンセンサスを得る必要があるため、国際条約は、社会や技術の発展から立ち遅れて機能する傾向があるとされている。とりわけ、利益の範囲が経済や伝統の異なる幅広い国家を包摂するものへと拡張される場合には、コンセンサスを得ることは困難となるであろう。ベルヌ条約のストックホルム改正会議以降にみられるように、この問題は、とりわけ加盟国の数が増加するにつれて大きくなっていく。そのため、ベルヌ条約は、著作権の保護に関する同盟国の法制度が極めて多様である状況の下で、最低限の共通の基準を体现しているにすぎなかったといえるであろう¹⁸¹。

第2に、ベルヌ条約における中心的な概念の多くは、同盟国が自国の文化政策およびニーズに基づいて発展させることができるような抽象的ないし一般的なものであった。そのため、一定の最低保護水準が定められているものの、同盟国は、自国の社会、文化、経済に関する優先事項に合わせた手法で条約上の義務を履行する政策的余地を有していた。例えば、ベルヌ条約6条の2の著作者人格権の保護に関する義務を履行するに当たり、アメリカは、自国の文化政策に応じた法制度を採用している¹⁸²。このような事情は、3 step testについても妥当するであろう。3 step testは、ベルヌ条約に複製権を規定するに当たり、同盟国の間でなされた妥協の産物である。3 step testは、当時の同盟国において採用されていた典型的なパラメーターを定めたある種のガイドラインにすぎず、ゆえに、その規定の文言にも抽象的な概念が用いられているものと考えることができる。

第3に、上記の政策的余地は、同盟国に課されている義務が実効的なエ

ンフォースメント制度によって担保されていないという事実によっても認められている。すなわち、ベルヌ条約33条は、条約上の義務の順守に関する紛争を国際司法裁判所に付託することを認めているが、この制度は一度も利用されていない¹⁸³。このように、ベルヌ条約は条約上の義務の履行確保のための手段を欠いており、事実上、同条約の解釈は各国に委ねられていたといえよう。すなわち、同条約の下では、自国の権利制限規定が3 step testに整合的であるかどうかを、事実上、同盟国自らが判断することができたため、同テストが権利者寄りの構造を有していることによる影響はそれほど大きくなかったものと考えられる。

以上のようなベルヌ条約の性質に鑑みると、同条約が同盟国の主権ないし自律性に及ぼす影響の程度は僅かであったといえよう。すなわち、各国には、国内法を立法するための実質的な裁量が残されており、同盟国は自国の社会および経済状況に適した様々な手法を用いて知識の創出の最大化を図ることが可能であった¹⁸⁴。ベルヌ条約のこのような性質は、著作権法を、文化および情報政策に関する法律であると捉える立場に馴染みやすいものであると考えられる。例えば、Ginsburgは、各国の国内法は、その文化および情報政策の構成要素であり、著作権法はそのような政策を実現するための国家の優先事項を体现するものであると述べている¹⁸⁵。そこで

¹⁸³ これまでのところ、ベルヌ条約の義務違反が国際司法裁判所(ICJ)に付託された例は存在していない。また、仮に国際司法裁判所において条約違反が認定されたとしても、履行確保手段が存在していないという問題は残されている。See, Karen D. Lee & Silke von Lewinski, *The Settlement of International Disputes in the Field of Intellectual Property*, in FROM GATT TO TRIPS: THE AGREEMENT ON TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS 278, 283-284 (Friedrich-Karl Beier & Gerhard Schrickler eds., 1996); Jerome H. Reichman, *Enforcing the Enforcement Procedures of the TRIPS Agreement*, 37 VA. J. INT'L L. 335, 339 n.17 (1997).

¹⁸⁴ Graeme B. Dinwoodie, *The International Intellectual Property System: Treaties, Norms, National Courts, and Private Ordering*, in INTELLECTUAL PROPERTY, TRADE AND DEVELOPMENT: STRATEGIES TO OPTIMIZE ECONOMIC DEVELOPMENT IN A TRIPS PLUS ERA 66-68 (D. Gervais ed., 2007).

¹⁸⁵ Jane C. Ginsburg, *International Copyright: From a "Bundle" of National Copyright Laws to a Supranational Code?*, 47 J. COPYR. SOC'Y 265, 267 (2000).

¹⁸⁰ Dinwoodie, *supra* note 139, at 739-740.

¹⁸¹ Graeme B. Dinwoodie, *A New Copyright Order: Why National Courts Should Create Global Norms*, 149 U. PA. L.R. 469, 493 (2000).

¹⁸² See, Dinwoodie, *supra* note 139, at 741.

は、社会環境および文化が各国ごとに異なっており、それに対応して著作権に関する法制度も各国ごとに異なるということが前提とされていた。したがって、著作権法に関する同盟国間の相違は、文化の多様性に貢献するものであり、ベルヌ条約のシステムは、そのような多様性を損なわないようにするために、国家に一定の政策的余地を認めていたものと考えられることができる。このように、ベルヌ条約は、国際的な著作権保護を提供し、かつ、文化および経済の多様性を尊重するという、相反する可能性のある2つの目的のバランスを図るものであると位置付けることができよう¹⁸⁶。

2. TRIPs 協定の成立¹⁸⁷

ベルヌ条約の下での上述したような状況は、3 step test が TRIPs 協定に規定されたことによって、大きく変容することになった。以下では、3 step test が TRIPs 協定に規定されるまでの過程とその影響について検討を行う。

ベルヌ条約の最後の改正であるパリ改正会議（1971年）以降、著作物を巡る社会環境および経済状況は大きく変化した。まず、著作物を巡る技術の変化は著作権の保護に大きな影響を及ぼした。具体的には、有線（再）放送および衛星放送の出現、消費者が利用することができる複製技術の進歩、コンピュータ・プログラムの出現、データベースの重要性の高まり等があげられる¹⁸⁸。このような技術が発展した結果、著作物の利用形態は多様化し、新たな種類の著作物が出現した。例えば、先進国では、著作物のデジタル複製が容易なものとなったことを受けて、著作物を利用する機会が増加し、多種多様な利用がなされるようになった。これらの社会的な発

¹⁸⁶ Dinwoodie, *supra* note 139, at 741-742.

¹⁸⁷ TRIPs 協定の成立過程に関しては、GERVAIS, *supra* note 61, at 3-27; Peter K. Yu, *TRIPs and Its Discontents*, 10 MARQ. INTEL. PROP. L. REV. 369, 371-379 (2005) を参照。また、邦語文献としては、木柵照一「知的所有権に関する TRIPs 協定の成立過程と内容的特徴—WTO 成立までを中心に—」松井芳郎ほか編『グローバル化する世界と法の課題』（東信堂・2006年）163頁以下、高倉成男『知的財産法制と国際政策』（有斐閣・2001年）、尾島明『逐条解説 TRIPs 協定～WTO 知的財産権協定のコメント～』（日本機械輸出組合・1999年）等がある。

¹⁸⁸ LEWINSKI, *supra* note 19, at 261-262.

展の性質は、1980年代に登場した「マスマーケット」、「消費者」、「文化産業」という概念に反映されている¹⁸⁹。

次に、技術の発展や、市場のグローバル化を受けて、著作権および著作権隣接権の経済的な重要性が著しく増加した。先進国の GNP (Gross National Product) に占める著作権産業の割合が増加し、国内産業における著作権産業の位置付けが高まったことを受けて、コンテンツの輸出超大国の産業界および政府は、著作権が国内および国際経済における重要な要素となったという事実に着目するようになった¹⁹⁰。それまでは著作権を本質的には文化の問題であると捉えていた国の政策担当者にとっても、著作権は主要な関心事項となった¹⁹¹。他方で、先進国、とりわけ知的財産の大規模なポートフォリオを有する IBM や Microsoft などの多国籍企業およびハリウッドのエンターテインメント産業は、著作物や商標の「海賊行為 (piracy)¹⁹²」や、偽造品の輸出によって、大きな経済的損失を被るという問題を抱えていた¹⁹³。著作権産業が被る潜在的な利益の損失は、特に新興国（インド、ブラジル、韓国¹⁹⁴など）において著しかったとされている。また、当時のアメリカでは、日本をはじめとするアジア諸国の経済力の高まりや、インドやブラジルなどの新興国の台頭によって、アメリカの競争力の低下が大きな問題となっていた。そのため、アメリカ議会は知的財産権の保護強化を求める企

¹⁸⁹ *Id.* at 262.

¹⁹⁰ Paul Katzenberger & Annette Kur, *TRIPs and Intellectual Property*, in FROM GATT TO TRIPs: THE AGREEMENT ON TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS 1, 8 (Friedrich-Karl Beier & Gerhard Schricke eds., 1996); LEWINSKI, *supra* note 19, at 262.

¹⁹¹ 国際貿易とコンテンツ産業の関係に関しては、河島伸子『コンテンツ産業論—文化創造の経済・法・マネジメント—』（ミネルヴァ書房・2009年）96-101頁を参照。

¹⁹² 「Piracy」という言葉の有するレトリックとしての働きについては、PETER DRAHOS & JOHN BRAITHWAITE, *INFORMATION FEUDALISM: WHO OWNS THE KNOWLEDGE ECONOMY?* 19-38 (New Press 2003) (2002).

¹⁹³ Peter Drahos, *Global Property Rights in Information: The Story of TRIPs at the GATT*, 13 PROMETHEUS 6, 7 (1995).

¹⁹⁴ DRAHOS & BRAITHWAITE, *supra* note 192, at 19-20.

業の立場を積極的に支持することになった¹⁹⁵。このように、著作物の輸出国にとって、海賊行為から権利者の潜在的な利益を保護することが優先事項となった¹⁹⁶。

以上のような社会・経済環境の変化の受け皿として、ベルヌ条約等の既存の国際著作権条約は十分に機能しなかった。国際著作権法の伝統的な枠組みの欠陥は、TRIPs 協定の成立に向けた大きな要因となった¹⁹⁷。ベルヌ条約に関しては、加盟国に占める途上国の数が次第に増加したことに伴い、同盟国間の経済的格差も広がっていた。また、ベルヌ条約の改正を行う際には、全会一致の原則が必要とされていたため、先進国が望むように著作権の保護強化に向けて同条約を改正することは極めて困難であった¹⁹⁸。さらに、前述したように、先進国にとって、ベルヌ条約は権利のエンフォースメントという点で不十分であった。このような状況において、著作物の最大の輸出国であるアメリカは、WIPO に基礎を置く伝統的なプロセスに加えて、GATT ウルグアイ・ラウンド交渉および一方的な貿易政策（通商法301条やスーパー301条など）を通じて、知的財産の保護を拡充することを試みた¹⁹⁹。また、ヨーロッパ共同体においても、域内市場を発展させるために知的財産保護に対する注目度が高まっていたため、知的財産の保護に関してはアメリカと同様の路線を選択した。このように、先進国のイニシアチブの下で、1980年代半ばには、知的財産権の交渉のベースはWIPO

から GATT へと移行することになり²⁰⁰、最終的に1994年の TRIPs 協定成立へと至った。

貿易法という枠組みの中に位置付けられた TRIPs 協定は、ベルヌ条約等の伝統的な国際条約と比較した場合に、次のような特徴があるとされている。第1に、知的財産の国際的な保護に最も大きな影響を有すると考えられるのが、TRIPs 協定違反の問題が WTO の紛争解決制度という実効的なエンフォースメント制度の中に含まれることになったことである²⁰¹。TRIPs 協定が紛争解決手続の対象に含まれることになった結果、加盟国の立法者にとっては、自国の政策に基づいて権利制限を設けることにより条約違反の責任が問われるという可能性が現実のものとなった。

第2に、TRIPs 協定は、著作権の国際的な保護の枠組みの中に多くの新たな加盟国を引き入れることに成功した。従前は著作権に関する国際条約の義務を課されることを望んでいなかった国も、WTO に加入することで得られる他の分野での潜在的な利益と引き換えに、TRIPs 協定の義務を受け入れた。とりわけ、開発途上国は、農産品、繊維、その他の製品について先進国の市場へのアクセスを確保することに大きな利益を有しており、先進国は開発途上国に対しこれらの市場へのアクセスを認めることを梃子として、知的財産権の保護を WTO の枠組みの中にも含めることに成功し

¹⁹⁵ Drahos, *supra* note 193, at 7.

¹⁹⁶ LEWINSKI, *supra* note 19, at 262-263; Katzenberger & Kur, *supra* note 190, at 8.

¹⁹⁷ Katzenberger & Kur, *supra* note 190, at 10-16.

¹⁹⁸ MICHAEL P. RYAN, KNOWLEDGE DIPLOMACY: GLOBAL COMPETITION AND THE POLITICS OF INTELLECTUAL PROPERTY 104-113 (1998). アーパド・ボッシュ（原田文夫訳）『文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約の最初の100年』（著作権資料協会・1988年）59頁は、ベルヌ条約の改正を困難なものとしていた要因として、同盟国の増加、同盟国間の経済格差の広がり、各同盟国の文化の多様性、条約を改正するのに必要な全会一致（ベルヌ条約バリ改正条約27条(3)）という制度の存在を指摘している。なお、条約の改正における全会一致の要件については、RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 999-1002 を参照。

¹⁹⁹ DRAHOS & BRAITHWAITE, *supra* note 192, at 110-114.

²⁰⁰ Laurence R. Helfer, *Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking*, 29 YALE J. INT'L L. 1, 20-21 (2004) は、WIPO から GATT (WTO) へと交渉のフォーラムをシフトしたことは、それによって、知的財産と貿易を関係付けることにより生じるレバレッジ、WTO のコンセンサスの原則、そして、WTO の紛争解決制度という利点を得るために、アメリカをはじめとする先進国によって意図的になされたという点を指摘する。See also, JOHN BRAITHWAITE & PETER DRAHOS, GLOBAL BUSINESS REGULATION Ch. 24 (2000).

²⁰¹ Rochell Cooper Dreyfuss & Andreas F. Lowenfeld, *Two Achievements of the Uruguay Round: Putting TRIPs and Dispute Settlement Together*, 37 VA. J. INT'L L. 275 (1997); Dinwoodie, *supra* note 139, at 746-748. WTO の紛争解決手続については、岩沢雄司「WTO 紛争処理の国際法上の意義と特質」国際法学会編『日本と国際法の100年 [9] 紛争の解決』（三省堂・2001年）215頁以下、小室程夫『国際経済法 新版』（東信堂・2007年）658-717頁を参照。なお、TRIPs 協定の解釈に関する紛争事例については、「V.」において詳述する。

た。このような国際的な「パッケージ・ディール」が可能となったことで、先進国は、ベルヌ条約等の既存の条約への加入に消極的だった開発途上国を、国際的な知的財産保護の枠組みの中に取り入れることに成功した²⁰²。加えて、TRIPs 協定は、ベルヌ条約やローマ条約の実体規定上の義務を負うこと要求するのみで、既存の条約への加入を義務付けてはいないにもかかわらず、TRIPs の新規加盟国が、自発的にベルヌ条約およびローマ条約に加入するという副次的な効果も生じさせた²⁰³。

第 3 に、交渉のフォーラムが、WIPO とは異なる意思決定手続を有する WTO に移されたことにより、知的財産権の保護に関する国際的な規範が形成されるスピードが高められることになった²⁰⁴。ベルヌ条約では、全会一致の原則の下で先進国と開発途上国の利益が激しく対立していたのに対し、TRIPs 協定の交渉過程においては、アメリカや EC など大規模な市場を有する先進国は、当該市場を外国の製品に開放することを梃子として、自国の利益にそった貿易交渉を行うことが可能となった²⁰⁵。このように、知的財産という特定のセクターを超えた交渉が行われるため、知的財産の問題に関する譲歩を、知的財産以外の問題に関する調整と均衡させることが可能となり、国際的な著作権の保護水準に関する妥協を促した。加えて、WTO は意思決定手続としてコンセンサス方式²⁰⁶を採用しているが、先進国は、この方式を巧みに利用して、開発途上国の選好を開示させ、途上国らによる提案を妨げることができた²⁰⁷。

最後に、TRIPs 協定では、ベルヌ条約やパリ条約には存在していなかった最恵国待遇原則が追加された (TRIPs 協定 4 条)。ベルヌ条約の下では、最低保護基準と内国民待遇を組み合わせた二本立ての構造が採用されて

いたが、TRIPs 協定では、これに最恵国待遇原則が追加された。最恵国待遇原則は、全ての WTO 加盟国の国民が同様の取扱いを受けることを保証するものであり²⁰⁸、その効果は内国民待遇原則以上に広いと考えられている。ただし、TRIPs 協定 4 条は、同原則に対する複数の例外を認めており、そこには自由貿易協定 (FTA) が含まれている。後述するように、近時の FTA は、最恵国待遇原則を梃子に、TRIPs 協定を超えた保護水準を国際的に拡張させているとして問題になっている。

他方で、TRIPs 協定については複数の問題点が指摘されている。すなわち、TRIPs 協定で保護水準が高められ、エンフォースメントも強化された一方で、問題点はユーザーの利益が守られていないというものである²⁰⁹。その要因は以下の 2 点である。

第 1 に、GATT および WTO の交渉に当たった自由貿易主義者の主要な関心事項は、市場障壁を減じて、純然たる貿易利益を生み出すことにあったため彼らは、権利者の利益と公衆のアクセスのニーズのバランスを図るという TRIPs 協定における社会的な重要性を評価しない傾向にあったとされている²¹⁰。

第 2 に、ウルグアイ・ラウンド交渉における主要なアクターであるアメリカの目的が、知的創作物について広範な排他的市場を作り出すことによって、貿易赤字を軽減することにあったという点である。前述したように、著作権産業の経済的価値は年々高まっていく一方で、デジタル複製技術やインターネットなどの技術の発展により、著作物の複製およびその頒布が容易かつ効率的に行われるようになり、先進国の権利者らにとっての大きな脅威となっていた。そこで、アメリカのエンターテインメント産業やソフトウェア産業などの多国籍企業は、国内の立法過程だけではなく国際交渉の場においても著作権の保護強化に向けた強力なロビイング活動を行い、知的財産の保護と国際貿易を関連付けるという政策の形成を促したので

²⁰² RYAN, *supra* note 198, at 92.

²⁰³ LEWINSKI, *supra* note 19, at 319.

²⁰⁴ Dinwoodie, *supra* note 139, at 746.

²⁰⁵ Helfer, *supra* note 200, at 21.

²⁰⁶ WTO の意思決定手続については、小室・前掲(201)36-37頁を参照。

²⁰⁷ Peter Drahos, *Negotiating Intellectual Property Rights: Between Coercion and Dialogue*, in GLOBAL INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: KNOWLEDGE, ACCESS AND DEVELOPMENT 167-169 (Peter Drahos & Ruth Mayne eds., 2002); BRAITHWAITE & DRAHOS, *supra* note 200, at 570.

²⁰⁸ GERVAIS, *supra* note 61, at 104-110.

²⁰⁹ Rochelle C. Dreyfuss, *TRIPS-Round II: Should Users Strike Back?*, 71 U. CHI. L. REV. 21 (2004).

²¹⁰ *Id.* at 23.

ある²¹¹。

第3に、TRIPs協定は、前述したように、先進国と途上国の歩み寄りとして成立したという側面がある。先進国は、知的財産権の保護強化や途上国における外国の直接投資に対する制限の削減という利益を得る一方で、途上国は、その代わりに、繊維や農産物に関する関税の引き下げ、および、アメリカ等により課される一方的な制裁に対する強制的解決による保護を得た。したがって、TRIPs協定が一方的な内容を有していることは、交渉過程に分野横断的になされた取引を考慮に入れた場合には、予想されていたことなのである。ところが、後にこのことは大きな問題を生み出した。第1に、知的財産は、今日の知識に基づく経済において、とりわけ重要なものとなった。WTOの枠組みの下で、途上国が農産物や繊維について得た利益は、知的財産権の分野における損失を埋め合わせるものではなかった。途上国にとって、知的財産権の均衡を欠いたシステムは、開発途上国の発展を阻害することになるとの批判も存在する²¹²。

以下では、このようなTRIPs協定の全体像を踏まえた上で、TRIPs協定における著作権の取扱い、および3 step testの位置付けについて検討する。著作権に関する交渉過程では、一部の先進国は、全てのTRIPs加盟国に、ベルヌ条約（パリ改正条約）への加入を求めることに加えて、コンピュータ・プログラムやデータベースなどの新たな著作物について、ベルヌ条約の義務をさらに拡張することを提案した。これを受けて、TRIPs協定は、協定9条1項を介してベルヌ条約1条ないし21条の実体規定（および付属書）を取り入れ、さらに、TRIPs協定10条ないし13条にベルヌ条約の保護水準を上回る保護を義務付ける規定を設けるという「ベルヌ・プラス」の

²¹¹ SUSAN K. SELL, PRIVATE POWER, PUBLIC LAW: THE GLOBALIZATION OF INTELLECTUAL PROPERTY 75-95 (2003) (国際貿易と知的財産保護を関連付けるアメリカの政策の形成過程における産業組織の役割を論じる); DRAHOS & BRAITHWAITE, *supra* note 192, at 90-93.

²¹² Peter K. Yu (田村善之=村井麻衣子訳)「国際的な知的財産権制度におけるハーモナイゼーションに抵抗する5つの傾向について」知的財産法政策学研究15号10頁(2007年)。

アプローチを採用した²¹³。TRIPs協定9条1項が設けられた効果として、ベルヌ条約の実体規定の義務が同条約に未加入のTRIPs加盟国（主に開発途上国）にまで及ぶことになった。ベルヌ・プラスの要素として、協定10条では、コンピュータ・プログラムおよびデータベースが新たな保護対象として認められており、また、協定11条では、新たな排他権として貸与権が認められた。さらに、保護期間について規定する協定12条は、著作権の保護期間が自然人の生存期間に基づいて計算されない場合に、「公表」時を起算点としているが、これはベルヌ条約7条2項および3項が、映画の著作物および無名・変名著作物の保護期間の起算点を「公衆に提供された時」としていた点と異なる。そのため、「公表」に該当しない公衆への提供がなされた場合には、保護期間の起算点が後ろにずれる結果、TRIPs協定に基づく保護期間はベルヌ条約よりも長くなる場合が想定される²¹⁴。ただし、例外として、TRIPs協定9条1項第2文は、著作者人格権の保護を義務付けるベルヌ条約6条の2を同協定の対象から除いており、この点については「ベルヌ・マイナス²¹⁵」のアプローチ採用している²¹⁶。

次に、権利制限に関する部分を検討する。TRIPs協定の交渉過程におい

²¹³ Paul Katzenberger, *TRIPs and Copyright Law*, in FROM GATT TO TRIPs: THE AGREEMENT ON TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS 59, 65 (Friedrich-Karl Beier & Gerhard Schriker eds., 1996).

²¹⁴ GERVAIS, *supra* note 61, at 234-235.

²¹⁵ CARLOS M. CORREA, TRADE RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: A COMMENTARY ON THE TRIPs AGREEMENT 118 (2007); Jens Thomas Füller, in WTO-TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS 279-280 (Peter-Tobias Stoll et al. eds., 2009). なお、著作者人格権の国際条約による保護に関しては、斉藤博「著作者人格権と条約」著作権研究33号129頁以下(2006年)を参照。

²¹⁶ 9条1項第2文の効果として、著作者人格権についてはWTO紛争解決手続の対象とはならない。もっとも、同項による限定は、TRIPs協定上の義務に及ぶにすぎず、TRIPs協定加盟国がベルヌ条約に基づいて負う権利、義務には影響が及ばない。ゆえに、この限定の実質的な効果は、ベルヌ条約に未加入のTRIPs協定締約国にのみ及ぶことになる(CORREA, *supra* note 215, at 118)。このようにTRIPs協定から著作者人格権の保護が除外されたのは、アメリカの反対に基づくものである。アメリカは、著作者人格権が著作物の翻案を不当に妨げることになることをおそれたとされている(*Id.* at 117 n.12)。

て、日本は権利制限に関してはベルヌ条約に従うべきであるとの提案を行った²¹⁷。アメリカは、排他的な財産権の制限ないし例外は、明確かつ注意深く定義された特別の場合、かつ、著作物の現実ないし潜在的な市場あるいは価値を損なわない場合に限られなければならないという具体的な提案を行った²¹⁸。もっとも、ここでいう「現実ないし潜在的な市場 (actual or potential market)」という文言は、ベルヌ条約に変更を加えるものではなく、3 step test の明確化を図るものであったとされている²¹⁹。EC も、ベルヌ条約を参照という形で導入することを提案した。これらの提案を受けて、3 step test を規定するベルヌ条約9条2項は、他の個別の権利制限規定とともに、TRIPs 協定9条1項を介して同協定に導入された。その結果、3 step test は紛争解決手続を有する TRIPs 協定上の義務に組み入れられ、国際著作権法における 3 step test の重要性は著しく高められることになった。

さらに、3 step test は、9条1項を介して導入されただけでなく、条文の文言を若干修正した形で、独立した規定として13条に規定された²²⁰。このような手法が採用された背景には、TRIPs 協定の交渉過程において、3 step test が、著作権一般に対する制限および例外の基準として広く受け入れられているとの認識が加盟国の間で共有されたという事情があるとされている²²¹。また、ベルヌ条約ストックホルム改正会議における状況と同様に、3 step test の抽象性が、TRIPs 協定の交渉過程で生じた見解の対立を調整するためのツールとして相応しいものであると考えられたことも、協

定13条が設けられた理由としてあげることができるかもしれない²²²。

このような経緯で起草された TRIPs 協定13条であるが、その文言はいくつかの点でベルヌ条約9条2項と異なっている。まず、協定13条は「shall confine (限定する)」という文言を用いており、これはベルヌ条約9条2項よりも厳格な規定振りとなっている²²³。次に、ベルヌ条約9条2項では、3 step test の第3ステップにおいて「著作者の正当な利益」という文言を用いているが、他方、TRIPs 協定13条は、必ずしも著作者に限定されない「権利者の正当な利益 (legitimate interests of the right holder)」という文言を用いることで、考慮される「利益」の概念を拡張するような規定振りとなっている。具体的には、「権利者の利益」という概念の中に著作権を譲り受けた法人等も含まれる可能性がある。さらに、TRIPs 協定13条とベルヌ条約9条2項では、3 step test が適用される権利の対象を異にしている。すなわち、ベルヌ条約9条2項が複製権のみを対象としているのに対して、TRIPs 協定13条は全ての排他的権利に適用されるとされている。したがって、協定13条は、同協定によって新たに認められた排他権 (貸与権) に適用されることになる²²⁴。ところが、以下で検討するように、同条の射程、とりわけ、ベルヌ条約9条2項の3 step test および同条約の下で認められている個別の制限規定との関係について複雑な問題を生じさせている。

ベルヌ条約において認められている制限および例外との関係については複数の見解が唱えられているが、大要、以下のように分類することが可能であろう²²⁵。第1の解釈として、TRIPs 協定13条は同協定において新たに認められた排他権 (貸与権) にのみ及ぶというものが考えられる²²⁶。これは、TRIPs 協定13条がベルヌ条約の構造に何ら影響を与えないとするも

²¹⁷ GATT Doc. MTN.GNG/NG11/W/17/Add.1, 6. *See also*, CORREA, *supra* note 215, at 135-136.

²¹⁸ GATT Doc. MTN.GNG/NG11/W/14/Rev.1, 8.

²¹⁹ GATT Doc. MTN.GNG/NG11/W/14, 14-15. *See also*, SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 85.

²²⁰ なお、当初の Anell 草案では具体的な権利制限を例示的に列挙するという形式が採用されており、TRIPs 協定の交渉国の中にも、例示列挙とすることに積極的な国 (とりわけ、EC、ブラジル、カナダ) があつた。ところが、ブラッセル草案および最終的な条約は、ベルヌ条約9条2項をモデルとした一般的な文言を採用するに至った (UNCTAD/ICTSD, *supra* note 59, at 432)。

²²¹ REINBOTHE & LEWINSKI, *supra* note 70, at 124.

²²² SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 87.

²²³ CORREA, *supra* note 215, at 136.

²²⁴ GERVAIS, *supra* note 61, at 238-239.

²²⁵ CORREA, *supra* note 215, at 137.

²²⁶ この見解は、アメリカ著作権法110条5項に関する WTO パネルにおいて EC (申立国) によって主張されたものであるが (WTO Panel Report, *United State - Section 110 (5) of the US Copyright Act*, WT/DS160/R (Jun. 15, 2000), para 6.75 [Hereinafter *US - Section 110 (5) Copyright Act*]), 同パネルはこのような解釈を否定している (*Id.* at Para. 6.80)。

のである。しかしながら、TRIPs 協定13条では「排他的権利の制限または例外 (limitations or exceptions to exclusive rights)」という一般的な文言が用いられていることから、同条の適用対象について、このような限定を加える解釈を条文の文言から導き出すことは困難である。そのため、同条の適用対象は TRIPs 協定の全ての排他的権利に及ぶと解釈する方が自然であるとの指摘がなされている²²⁷。したがって、TRIPs 協定13条の適用対象を同協定で新規に認められた排他権に限定するという解釈は採用しえない²²⁸。

第2の解釈は、TRIPs 協定13条はベルヌ条約9条2項よりも広い範囲で制限を認めているとするものである。これによれば、TRIPs 協定13条は、「ベルヌ・マイナス」の規定ということになる。Correa は、この解釈が認められる根拠として、協定の起草者の意図、同条の文言、および同条が独立した条文と規定されていることを指摘する。すなわち、TRIPs 協定13条はベルヌ条約9条2項のリステイトメントにすぎず、また、TRIPs 協定がベルヌ条約の制限を排他権とともに導入したということは明らかであり、明確な意図なしに、同一の対象について既存の条約の意味の解釈に変更を加える主張は成立しないとしている²²⁹。この見解によれば、TRIPs 協定13条は、ベルヌ条約において明示的に認められている制限および例外に適用されるものではなく、同条約の下で認められている排他権に対する新たな例外の基礎となりうるということになる²³⁰。

確かに、TRIPs 協定13条を独立した規定として捉えるならば、このような解釈は可能かもしれないが、同協定の全体の構造という観点からは、次のような問題が指摘される。まず、TRIPs 協定9条1項を介して導入されるベルヌ条約20条は、「同盟国政府は、相互間で特別の取極を行う権利を

留保する。ただし、その取極は、この条約が許与する権利よりも広い権利を与えるものまたはこの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。…」と規定し、加盟国がベルヌ条約で認められた保護水準を下回る条約を締結することを禁じている。次に、TRIPs 協定2条2項も、同協定の各規定がベルヌ条約等の既存の条約の義務を免れされるものではないことを明らかにしている²³¹。さらにこの点は、条約解釈の一般原則である「特別法は一般法を破る (*lex specialis derogate legi generali*)」²³²によっても支持される。すなわち、一般的な規定である TRIPs 協定13条が、より明示的な規定 (ベルヌ条約上の制限および例外に関する個別の規定) に代替すると考えることはできない²³³。なお、TRIPs 協定2条2項は、TRIPs 協定が「ベルヌ・プラス」の条約であることを確認しているが、同項の「義務」には、権利の例外および柔軟性の活用は含まれていないため、TRIPs 協定においては、ベルヌ条約に含まれている例外および柔軟性の範囲が狭められる可能性があるとされている²³⁴。したがって、TRIPs 協定13条がベルヌ条約9条2項よりも広い範囲で制限を認めているという解釈は、ベルヌ条約20条および TRIPs 協定2条2項に抵触するために、採用することができない²³⁵。

第3の解釈は、TRIPs 協定13条が、排他権の制限が許容されるために乗り越えなければならない追加的なハードルを提供するものであるとする解釈である²³⁶。これによれば、ベルヌ条約で明示的に認められている制限は、TRIPs 協定13条が規定する 3 step test に照らして追加的に審査される

²³¹ TRIPs 協定2条2項:「第1部から第4部までの規定は、パリ条約、ベルヌ条約、ローマ条約及び集積回路についての知的所有権に関する既存の義務であって加盟国が相互に負うことのあるものを免れさせるものではない。」

²³² これは、同等の価値を持つ法規相互間に抵触を生じた場合に、その内容の特定性の有無により事実上の適用関係の優劣を定めるという条約解釈の一般原則である(「条約法に関するウィーン条約(ウィーン条約法条約)」30条)。参照、山本草二・前掲注(45)73頁。

²³³ RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 857.

²³⁴ GERVAIS, *supra* note 61, at 175.

²³⁵ LEWINSKI, *supra* note 19, at 296-297; SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 88.

²³⁶ SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 90.

²²⁷ SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 90. さらに、CORREA は、同条にこのような限定を付すことは、GATT および WTO の紛争手続で適用されている「実効的解釈」の原則(条約はそのあらゆる文言に対して意味ないし効果を認めるように解釈されなければならない)に反すると指摘している(CORREA, *supra* note 215, at 137)。

²²⁸ SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 90; Füller, *supra* note 215, at 279-280.

²²⁹ CORREA, *supra* note 215, at 139.

²³⁰ *Id.* at 140.

ということになる²³⁷。3 step test の要件について明示的に言及がないベルヌ条約上の個別の制限規定については、TRIPs 協定13条の3 step test が累積的に適用される²³⁸。この見解は、TRIPs 協定13条によって、ベルヌ条約上の保護水準を下回ることがないように保障するものであり、上述したベルヌ条約20条および TRIPs 協定 2 条 2 項に整合的な解釈であるといえよう²³⁹。そして、この見解の下では、TRIPs 協定13条は「ベルヌ・プラス」の要素を含んでいる規定として位置付けられることになる²⁴⁰。

もっとも、この見解を採用した場合であっても、ベルヌ条約 9 条 2 項および TRIPs 協定13条で規定されている要件の大部分は類似しているため、両規定の解釈に大きな差異が生じる可能性は低いように思われる²⁴¹。また、ベルヌ条約で規定されている個別の制限規定は、同条約 9 条 2 項の 3 step test の内容を具体化したものであるとされており、その論理的帰結として、

²³⁷ この点に関して、ベルヌ条約で認められる制限および例外は、それが適切に適用される場合には、3 step test の各要件に違反することは考えられず、ゆえに、権利の制限および例外についてベルヌ条約と TRIPs 協定の間に抵触は生じないとする見解がある (WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, IMPLICATIONS OF THE TRIPS AGREEMENT ON TREATIES ADMINISTERED BY WIPO 22-23 (WIPO, 1996))。これに対して、茶園成樹『『引用』の要件について』コピライト565号6頁(2008年)は、ベルヌ条約が定める著作権制限には様々なものがあり、10条の2第1項・第2項や11条の2は、その文言から見ると、3 step test と関連性を有しない要件を定めている。そのため、3 step test がこれらの規定において許容されている著作権制限の適切な解釈を保障するにとどまると言い切ることができるかについては、疑問があるとする。

²³⁸ Katzenberger, *supra* note 213, at 90 (ベルヌ・プラスの要素として、TRIPs 協定13条はベルヌ条約における他の権利制限規定に優先する)。Kur, *supra* note 173, at 343 は、第3の見解が妥当とするとしても、ベルヌ条約 9 条 2 項を適用した場合と TRIPs 協定13条を適用した場合とは結論が大きく異なることはないとしている。

²³⁹ GOLDSTEIN, *supra* note 23, at 295; Sam Ricketson, *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment*, WIPO (2003), at 48-49, available at http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_9/sccr_9_7.pdf.

²⁴⁰ SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 90.

²⁴¹ Kur, *supra* note 173, at 343.

TRIPs 協定13条とも整合的であると考えることができよう²⁴²。

さらに、TRIPs 協定13条の適用範囲については、ベルヌ条約の下で黙示的に認められていた例外(小留保)が TRIPs 協定13条の対象となるか否かも問題となる。TRIPs 加盟国の義務は、いわゆる「ベルヌ・アキ (Berne *acquis*)」、すなわち、ベルヌ条約に付属するあらゆる合意および解釈規則にも及ぶと解されている²⁴³。ベルヌ条約における小留保の原則は、*de minimis* のルールを規格化したものであるが²⁴⁴、同原則も TRIPs 協定13条の対象となる。もっとも、*de minimis* の法理は TRIPs 協定13条の 3 step test よりも狭いものであると考えられるため²⁴⁵、同条が適用される意義は大きくないものと思われる。なお、TRIPs 協定13条の「著作物」という文言には、フォノグラム、実演、放送が含まれないため、同条の適用対象は著作権の領域に限定される。また、同条が、上演、レコード製作者、放送機関を取り扱う唯一の規定である14条の前に置かれた著作権に関する一連の規定の最後の規定であることから明らかなように、これらの権利に対する制限および例外は、TRIPs 協定14条6項において別途規律されることになる。

以上のように、TRIPs 協定は、ベルヌ条約よりも高い保護水準を規定する一方で、権利制限の認められる範囲については、ベルヌ条約で認められていた範囲を拡張することは許容されておらず、仮に TRIPs 協定13条を厳格に解釈した場合には、権利制限の認められる範囲は狭められることになる。そして TRIPs 協定においても、ベルヌ条約と同様に、著作物の利用者等の公衆の利益の確保は、3 step test のような抽象的な規定を通じた国家の裁量に委ねられているのである。このように、権利者寄りのバイアスがかかった 3 step test が、TRIPs 協定への導入を通じて、国際著作権法における最も重要な規範へと発展したことについては、論者らによる批判の

²⁴² GERVAIS, *supra* note 61, at 238-239. もっとも、Gervais は、それらの例外を、ベルヌ条約およびその交渉過程の下での確立された国家実行に限定すると考えることが可能であり、おそらくそれが起草者の意図であるとも述べている (*Id.*)。

²⁴³ *US - Section 110 (5) Copyright Act*, para 30.

²⁴⁴ Ricketson, *supra* note 239, at 53.

²⁴⁵ Fuller, *supra* note 215, at 279-280.

対象となっている²⁴⁶。具体的には、3 step test は、著作権法制度において本来備わっているべき排他権とアクセスのバランスを十分に図ることができていないというものである。保護の最低水準を定めるという条約全体の構造と相まって、3 step test の焦点は、社会や公衆の利益を保護することではなく、著作者ないし権利者の権利を保護するという点にある。3 step test の文言が示しているように、3 つのステップを全て満たさなければならないという点が、そのバランスを権利者に有利な方向へと傾けている。さらに、3 step test が TRIPs 協定の中に位置付けられたことによって、ベルヌ条約の下では国際著作権に関する規範であったものが国際貿易に関する規範へと変容し、このことが本来の有していた規範的な要素の多くを失わせてしまったとの指摘がなされている²⁴⁷。

もっとも、TRIPs 協定においても、ベルヌ条約の下で認められていた加盟国の政策的余地が完全に排除されたわけではない。ベルヌ条約と同様に、TRIPs 協定の中には、柔軟な解釈が行われる可能性がある抽象的で曖昧な文言が用いられている。3 step test もその一例であり、たとえ権利者寄りのバイアスがかかっているととしても、その抽象的な要件について一定程度の解釈の余地は残されているといえよう。

さらに、TRIPs 協定 7 条および 8 条は、知的財産権の保護水準が高められたこととのバランスを図るために、前文と相まって、様々な公益のセーフガードを規定している。例えば、7 条は「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」と明確に規定している。また、8 条は、加盟国が「公共の

健康及び栄養を保護し並びに社会的経済的及び技術的發展にきわ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」必要性を認識している。このような TRIPs 協定の目的ないし原則規定が、同協定の解釈を補助するものとなるかもしれない。ただし、TRIPs 協定 7 条・8 条が、具体的に同協定の解釈にどのように関係してくるのかという点は、同協定の創成期には必ずしも明らかではなく、その議論の進展は、後述するように、後の WTO パネルによる解釈、およびドーハ閣僚宣言の採択まで待たなければならない。

²⁴⁶ Dreyfuss, *supra* note 209, at 21, 26; Rochell Cooper Dreyfuss & G. Dinwoodie, *TRIPs and the Dynamics of Intellectual Property Lawmaking*, 36 CASE W. RES. J. INT'L L. 95 (2004).

²⁴⁷ Hugenholtz & Okediji, *supra* note 21, at 17 (TRIPs 協定に対する批判を共有しつつも、現実問題としては 3 step test を含む既存の体制を無視することはできないため、3 step test が有する解釈の柔軟性を活用し、加盟国が有する裁量を確保するべきであると主張する)。