

情報化社会に対する著作権法の適応における スリーステップテストの役割 (2・完)

Christophe GEIGER

安藤 和宏(訳)

II. スリーステップテストは、司法において著作権を情報化 社会に適応させる際の障害となるか

裁判官が訴訟でスリーステップテストを適用する必要がある場合、このテストに設定されている条件によって、裁判官の解釈は制約されることになるだろう。前述のように、通常の利用という条件は、例外の正当化に関する自由裁量の余地を裁判官にほとんど残さないため、裁判官の解釈はその大部分が経済的な考慮に制約されてしまい、結果として、社会的、技術的、文化的発展と調和するような公正な適応ではなく、むしろ例外範囲が減縮されてしまうという危険をはらんでいる。特に、広く論評されている、フランス破毀院が下した判決は、不幸にもそのような展開を示すものかもしれない⁶⁶。本章では、まずスリーステップテストの司法における適用について考察し(A)、次にこのテストが司法において例外が適用される際の障害となるものではなく、反対に例外制度の柔軟性を確保するための効果的な手段となりうるかについて検討する(B)。

A. 司法におけるスリーステップテストの適用

司法におけるスリーステップテストの適用がどのような結果をもたらさうかということを考察する前に、裁判官は本当にこのテストの名宛人

⁶⁶ この判決については、脚注88を参照。

なのか、あるいはこのテストは立法者だけに向けられたものかを先に判断することが適切だろう。

1. 裁判官はスリーステップテストの名宛人か

国際条約に規定された文言とは若干異なるものの、スリーステップテストがEU共同体の法秩序に組み込まれた後に、この問題は提起された⁶⁷。実際、前文44が「権利者の正当な利益を害するような、あるいは権利者の著作物または他の客体の通常の利用を妨げるような方法で、そのような例外及び制限を適用してはならない」と明確に述べているように、2001年のディレクティブ5条5項は、例外を「適用」することを直接の目的としている⁶⁸。

基本的には例外を適用する者が裁判官であるため、EUの文書に記載されているスリーステップテストの本当の名宛人は誰なのかという問題は、早くから提起されていた。すなわち、スリーステップテストの名宛人は、国内法に制限を規定する立法者だけなのか、あるいは担当する訴訟で制限の適用を判断する裁判官も含まれるのかという問題である。

この問題は学者の間で激しく議論された。EUの立法者は、EU加盟国に

⁶⁷ この問題については、たとえば、M. Buydens, La nouvelle Directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information: le régime des exceptions, *A&M*2002, p. 442; H. Cohen-Jehoram (*prec. note* 26), p. 364; M. Buydens and S. Dusollier (*prec. note* 30), p. 12; S. Dusollier (*prec. note* 8), p. 440; P. Sirinelli, La transposition de la Directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information en France, État des lieux: *Propr. intell.* 2005, n° 15, p. 133; C. Geiger, (*prec. note* 8), n° 305を参照。T. Heide, The Berne Three-Step Test and the Proposed Copyright Directive: *EIPR* 1999, p. 105も参照。

⁶⁸ スリーステップテストは、2つのディレクティブ、とりわけコンピュータ・プログラムとデータベースという文脈において、すでに予見されていたということに注意すべきである (article 9.3 of the Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs and article 6.3 of the Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases)。

よる例外の解釈と国内法への移植を欧州裁判所のコントロールに委ねたかったのだと認める者が過半を占めているとしても⁶⁹、他方でスリーステップテストを国内の裁判官にとって利用可能な手段とはみなさない者も未だに多い⁷⁰。しかし、準備作業の資料を見ても、この問題に対する明確な回答を見つけることはできないのである。EUの立法者がスリーステップテストの名宛人を国内の立法者に限定するつもりであれば、もっと明確に規定していただろう。EUの文言の解釈に関する最終的な回答は、おそらく裁判所がこの問題について判断を下すまで分からないだろう。いずれにせよ、ディレクティブの文言は明確であるとはとても言えないということは、議論の余地がない⁷¹。

実際、加盟国は、スリーステップテストに対して、まったく異なる理解を示している。たとえば、ドイツ⁷²やオランダ⁷³、ベルギー⁷⁴、イギリス⁷⁵は、

⁶⁹ たとえば、V.-L. Benabou, La Directive droit d'auteur, droits voisins et société de l'information: valse à trios temps avec l'acquis communautaire: *Comm. com. élect.* October 2001 p. 10; J. Reinbothe, EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft: *GRUR Int.* 2001, p. 740; S.v. Lewinski and J. Reinbothe, The WIPO Treaties 1996: Ready to Come into Force: *EIPR* 2002, p. 204を参照。

⁷⁰ このような疑義を呈する論文として、K.J. Koelman, Fixing the Three-Step Test: *EIPR* 2006, p. 407; P. Gaudrat, *RTDcom.* April/June 2006, p. 389; M. Vivant and G. Vercken, note under CA Paris, 22 April 2005, *Légipresse* 2005, n° 227, p. 233; V.-L. Benabou note under Cass. 1re civ., 28 fébr. 2006, *Légipresse* 2006, n° 231, p. 71等がある。

⁷¹ この点について、F. Gotzen, Le droit d'auteur en Europe: *Quo Vadis?* Quelques conclusions après la transposition de la Directive d'harmonisation dans la société de l'information: *RIDA* 2007, n° 211, p. 24 *seq.*を参照。アムステルダム大学のIViRによる研究成果である*The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, November 2006 (www.ivir.nl)を参照。同71頁には「スリーステップテストの本当の名宛人に関する問題は、不透明なままであるため、スリーステップテストが立法行為の指針になるのか、解釈のルールになるのかは依然として未決定なままである」と記載されている。この理由により、この研究はヨーロッパの立法者にスリーステップテストの正確な役割の明確化を促している (75頁)。

⁷² 2003年9月12日成立の法律の審議過程を参照(それととりわけ2002年11月6日の政府法案の動機) (BT-Drs. 15/38, p. 15)。

スリーステップテストの名宛人は立法者だけであると理解して、国内法へのスリーステップテストの導入を拒んでいる。一方、フランス⁷⁶やギリシャ⁷⁷、イタリア⁷⁸、ルクセンブルグ⁷⁹、ポルトガル⁸⁰、スペイン⁸¹は、国内法

⁷³ この問題とオランダで起きている議論については、P.B. Hugenholtz, *La transposition aux Pays-Bas de la Directive 2001/29/CE: RIDA 2005*, n° 206, p. 126.

⁷⁴ 2005年5月22日成立の法律の審議過程を参照(とりわけ法案と動機, Doc. Parl., Ch. Rep., sess. 2003-2004, n° 51-1137/1, comment on art. 4).

⁷⁵ 2003年10月3日成立の法律の審議過程を参照(特に「Consultation on UK Implementation of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society: Analysis of Responses and Government Conclusions」の6頁「このテストは、委員会の見解としても理解されるように、法律に直接移植するためのものではなく、むしろ国内法の例外の枠組みにおいて考慮されるべき事項である」)。M. Hart and S. Holmes, *Implementation of the Copyright Directive in the United Kingdom: EIPR 2004*, p. 255 も参照。

⁷⁶ Law n° 2006-961 of 1st August 2006 on copyright and neighboring right in the information society, published in the *JO* of 3 August 2006 (この主題については、C. Geiger, *La transposition du test des trois étapes en droit français: D. 2006*, p. 2164を参照)。この解決策は、フランスが単に「無条件かつ正確な条項」を「フランス憲法院が判断する法ではない」ものに移植したために、ディレクティブはスリーステップテストに対する例外の行使を下位に位置づけるように強制するものであると確信したフランス憲法院によって有効となった (Decision n° 2006-540 DC of 27 July 2006, *JCP G 2007*, II, 10066, note M. Verpeaux)。コメントについては、V.-L. Benabou: *Propri. intell.* 2006, n° 20, p. 240 を参照。

⁷⁷ Art. 28 c of the Greek Copyright Law, introduced during the transfer of the Directive by Law 3057/2002, *JO A/ 239/ of 10 October 2002*.

⁷⁸ Art. 71 nonies and art. 71 sexies al. 4 in the framework of the private copying exception (introduced in the Italian law during the transposition of the Directive by Law of 9 April 2003).

⁷⁹ ディレクティブの移植期間中の2004年4月18日に成立した法律によって導入されたルクセンブルグ著作権法10条2項 (*Mémorial A*, No. 61, 2004, p. 941)。この主題についてはJ. Neuen, *La transposition en droit luxembourgeois de la Directive européenne du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information: RIDA 2004*, n° 202, p. 153 を参照。

⁸⁰ ディレクティブの移植期間中の2004年8月24日に成立した法律によって導入されたポルトガル著作権法75条4項 (*Diário da República-I Série-A*, No. 199, 24 de

にスリーステップテストを移植している。後者の国のケースでは、スリーステップテストを裁判官のみに向けられたものと理解することは難しいように思われる。とにかく留意すべきは、ディレクティブの採用以来、裁判所のなかにはスリーステップテストを「掌握」してきたし、現にその観点から制限の適用に対する分析を行っているということである。そして、同様の状況は、国内法にスリーステップテストを導入しないという選択をした国ですら生じているのである⁸²。

国内の裁判官がディレクティブ「に照らして」例外の解釈を行うことは、結局は、制限の適用がディレクティブ5条5項に規定するスリーステップテストと適合しているかを検討することだと考えることもできる⁸³。その

Agosto de 2004, p. 5658)。L.F. Rebello, «Transposition de la Directive n° 2001/29/CE dans le droit portugais»: *RIDA 2005*, n° 206, p. 153 を参照。

⁸¹ スペイン著作権法40条の2 (1996年3月11日のデータベース・ディレクティブの移植期間中にスペイン法に導入された)。実際、データベース (ディレクティブ6条3項) に関する例外のためだけのテストを移植する代わりに、立法者は解決策をすべての著作権の例外に及ぼすことにした。

⁸² 最近の例として、2007年2月24日ブリュッセルのTGIの判決 *Google v. Copiepresse, RLDI 2007*, n° 25, p. 24 (この判決についてはL. Costes, *RLDI 2007*, n° 24, p. 5 を参照) を参照。ドイツ連邦裁判所の2002年7月11日判決 (脚注43) も参照。この判決によると、プレス・レビューを会社内で使う目的で電子フォームのパノラマにすることは、制限の拡張として、一定の条件の下で、スリーステップテストに適合するものである (この判決は2003年9月10日のドイツ改正法前のものである)。最近下された類似の事件の判決で、オランダの裁判所は反対の結論に達していることは興味深い (Court of first instance of the Hague (Rb's-Gavenhage), 2 March 2005, *Computerrecht 2005*, p. 143, note K. Koelman)。オランダの事件では、プレス・レビューはサーチや保存機能によって充実されるとされたが、これは権利者に対するより重要な損害を示すものである。しかしながら、国内の裁判官によるテストの解釈には未だにかなりのばらつきがある。これらの判決については、脚注27の「Rethinking the Three-Step Test」に関するワークショップでのS. Dusollierによる“The Application of the Three-Step Test by National Courts”を参照。

⁸³ この点について、フランス憲法院の判決に関するコメント (脚注76) を参照。このコメントは、ディレクティブが裁判官に対して、個々の事件においてスリーステップテストが遵守されているかについての評価の実施を要求していることを強調す

上、スリーステップテストを国内法に取り入れなかった国でさえ、このテストは裁判官によっても利用されうるということを準備作業の資料が示している箇所がある。たとえば、ベルギーの立法者は、「スリーステップテストはディレクティブ5条5項に起草されているように、とりわけ立法者に向けられたものである」と述べて、著作権法にスリーステップテストを盛り込まないことに決めたが、続けて「とはいえ、スリーステップテストは、法を適用する際に、裁判所にとっての指針として利用されうるということを排除するものではない」と述べている⁸⁴。

このように、スリーステップテストを司法において適用することは、避けられないように思われる。実際には、裁判官は必ずしもEUレベルのお墨付きがもたらえるまでスリーステップテストの適用を控えていたわけではなかった。裁判官は、ベルヌ条約9条2項⁸⁵を、その文言上、同項が国内の立法者だけに適用されることに疑いの余地はないにもかかわらず、これを直接参酌して、スリーステップテストを適用することもあったのである。

2. 司法におけるスリーステップテストの適用の結果

スリーステップテストを司法において適用することは、結果として、裁判所に重い責任を課すことになる。裁判所はスリーステップテストに照らして例外を解釈し、事案毎に、司法における適用がディレクティブ5条5項に規定されている条件を満たすかどうかを検証しなければならないか

る。

⁸⁴ Bill, motives, Doc. Parl., Ch. Rep., sess. 2003-2004, n° 51-1137/1, comment on art. 4. 2006年3月22日のドイツ法案(これは、ディレクティブの第2のトランスファー・ローなので、「2番目のバスケット」と呼ばれている)42頁にある動機も参照。これによると、例外を実施する場合、裁判官はテストを利用することができる。この点について、S. Bechtold, in: T. Dreier et P.B. Hugenholtz (ed.), *Concise European Copyright Law*, Kluwer Law International, 2006, p. 382 も参照。

⁸⁵ たとえば、ドイツ連邦裁判所の1999年2月25日判決(*prec. note 40*)を参照。フランス破産院の2009年2月28日判決(*RIDA* 2006, n° 209, p. 323; *IIC* 2006, no. 6, p. 760)も参照。この判決については以下参照。

らである。そのため、問われている利用が例外規定の文言によってアプリオリにカバーされるものであっても、裁判官がいずれかのステップを満たさないと帰納的に考えて、当該利用は違法であると言い渡す可能性がある⁸⁶。

このような帰結は、法がユーザーのために用意した自由に利用できる領域の予見可能性を損なうおそれがある。また、このような不安定な状況は萎縮効果を生じさせるだろう。すなわち、侵害者と見られることを危惧するユーザーは予定していた利用を諦め、疑わしいときには、反対に権利者から許諾を得るように自動的に仕向けられてしまうのである。

例外は、すでに技術的手段によって「機能不全」の状態にされてしまうことが多いが、ある論者の表現を借りれば、「きまぐれな自由の領域」⁸⁷になる可能性が極めて高い。予見不可能性自体が大きな問題であるというわけではない。それはすべての「発展的な」規範の特徴である(どの法制度にも包括的な概念と一般条項がある)⁸⁸。

問題は柔軟性が一方通行であって、権利者だけがこの柔軟性から利益を得られることにある。実際、スリーステップテストを例外に適用する裁判官は、対立する利益、特に著作者と公衆の利益を衡量することに困難を感じるだろう。利益衡量は、第3ステップでのみ可能である。第3ステップ

⁸⁶ 2006年8月1日成立のフランス法の文脈におけるこの意味において、A. Lucas, *Propri. intell.* 2006, n° 20, p. 315; P.-Y. Gautier, *L'élargissement des exceptions aux droits exclusifs, contrebalancé par le «test des trois étapes»*: *Comm. com. électr.* Novembre 2006, p. 12 を参照。この執行可能性は、社会が法的規範として受け入れることをさらに困難にさせている。しかし、「法の混乱」の動きは著作権法に限られたわけではなく、法の多くの分野において、法的不安定性の増大に関する混乱が一部の学問的研究によって非難されている(この主題についてはV. Lasserre-Kiesow, *L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit*: *D.* 2006, p. 2279 を参照。Lasserre-Kiesow は、「法の無秩序というものは、新しい時代、つまり、法の混乱と不安定性を特徴づけるもののように思える」とする)。

⁸⁷ C. Caron, *Les exceptions, L'impact sur le droit français*: *Propri. intell.* 2002, n° 2, p. 26.

⁸⁸ 著作権法については、C. Castet, *Notions à contenu variable en droit d'auteur*, Paris, L'Harmattan, 2004 を参照。

は、利用が著作者の利益を「不当に」害してはならないとしているが、これは、権利者の利益より優越するとみなされる利益を保護するための「正当化される」損害の存在を示すものである。この第3ステップは制限の根拠となる正当化の検証を要求するが、これは第2ステップをクリアしたときに初めて裁判官によって分析される。

第2ステップでは、もっぱら著作物の利用という観点から問われている利用が検討されることになる。これまで見てきたように、「通常の利用」が何を意味するのかはまったく不明である。とりわけ、利用を「妨げる」とはどんな場合を指すのであろうか。これらのことを明確にするためには、厄介で金のかかる経済研究が必要となるのだろうが、そのような研究は資力が豊富な訴訟当事者しか行うことができないものだろう。

裁判官について言えば、反対の立場からの専門的な調査を遂行する手段を持っていないため、データに頼るしかないだろう。ところが、裁判官はそのデータを検証する能力を持ち合わせていないのである。裁判官は、表面的には国内の裁判所が適用するようには作成されていない法的な道具立てを使って、決定を下さざるを得ない。裁判官は、原則的には政治分野に属するものであり、本来は裁判官の使命であるはずの異なる利益間の公正なバランスを確保するメリットがないにもかかわらず、その判断を下さなければならないのである。

フランス破毀院が2006年2月28日に下した判決は、スリーステップテストの司法における適用がどのような問題を引き起こすのかを示す格好の事例である⁸⁹。この広く論評されている判決で⁹⁰、フランス破毀院は、初め

⁸⁹ Cass. Ire civ., 28 February 2006 (*prec. note* 85).

⁹⁰ Cass. Ire civ., 28 February 2006, *D.* 2006, act. p. 784, obs. J. Daleau; *JCPG* 2006, II, 10084, note A. Lucas; *JCPE* 2006, act. 148, note C. Vilmart; *Comm. com. électr.* April 2006, p. 24, obs. C. Caron; *RLDI* 2006, n° 15, p. 17, note D. Melison and p. 49, note C. Geiger; *Légipresse* 2006, n° 231, p. 71, note V.-L. Benabou; *Propr. intell.* 2006, n° 19, p. 179, 1e esp., obs. A. Lucas; *Propr. ind.* July–August 2006, p. 25, note J. Schmidt-Szalewski; *RTDcom.* April–June 2006, p. 370, obs. F. Pollaud-Dulian and p. 400, obs. P. Gaudrat; *A&M* 2006, n° 2, p. 177, note S. Dusollier; *RDTI* 2006, n° 25, p. 207, note T.

て技術的保護手段に対する例外の実施を退けるためにスリーステップテストを適用し、抽象的かつ一般的な手法を用いて、DVDの私的複製は著作物の通常の利用を妨げるものであると認めた。ところが、フランス破毀院はこの概念について何の定義も与えていない。スリーステップテストが、新しいデジタル環境が著作権保護にもたらす固有のリスクと、DVD形式での著作物の利用は映画製作費の回収のために必要であるという経済的重要性の文脈において評価されうること一般的に肯定したに過ぎない。このような基準は、恣意的な濫用の危険性を防ぐには、あまりに漠然とし過ぎているといえよう。

裁判官が適用するスリーステップテストは、外交上の曖昧なコンセンサスから、著作権法の下での自由利用の領域について見直すこと—著作権法の社会的機能と関係するすべての利益間の公正なバランスを損ねるまでに—を許容する法的な道具立てへと変容してしまったのだろうか⁹¹。多分状況は見た目ほど悪くはないだろう。実際、権利者の権利主張を支持する役割を一貫して裁判所に負わせようとする法に対して不満を持った裁判所が、今後、よりバランスの取れたスリーステップテストの解釈を提案するという行動に出る可能性はかなり高い。スリーステップテストは例外の制度を「オープン」にし、法が予見できないような事案に対して、例外範囲の拡張を許容する柔軟性を持った法的な道具になるかもしれない。

B. スリーステップテストは柔軟性を持った法的な道具か

特にスリーステップテストを熱心に提唱していた者は、次のような望みを抱いていたのかも知れない。それは、裁判官がその文言故に権利者に有利なアプローチを裏づけるスリーステップテストという道具を適用せざ

Léonard.

⁹¹ 著作権法における利益衡量の概念については、R.M. Hilty et C. Geiger (under the dir. of), *La balance des intérêts en droit d'auteur*, Munich, 2006 (online publication, available at: www.intellecprop.mpg.de/ww/de/pub/forschung/publikationen/online_publicationen.cfm) を参照。

るを得ないため、デジタル環境の下で例外の範囲を減縮するという期待である。しかし、この予測が正しかったかどうかは分からない。裁判官が事案に応じて例外を調整する手段を本当に与えられたのだとすれば、それは裁判官が、例外をデジタル環境に適応することを可能とする柔軟性を持った真の法的な道具立てのメリットを享受しうることを意味するからである。

1. 制度が持つ柔軟性と情報化社会への適応の保証

著作権の制限は微妙な問題であるため、国内の立法者は制限制度を情報化社会の要請に適応させるために介入することをためらいがちであることは知られている⁹²。その結果はというと、著作権制度は、絶えず強化される権利に関して常に近代化されているが、制限は狭小な概念に閉じ込められたままである。利益のバランスは、権利者が有利になるように著しく変更されている。そのため、「社会が著作権法を調和の取れたものとして受け入れているかというバロメーター」⁹³となる著作権の制限は、著作権がその社会的機能を果たすことを保証するために必要とされるごくわずかの利用すら十分にカバーすることに失敗している⁹⁴。こうした状態に起因して時に生じる排他権の過剰な行使は、その多くが公衆から拒絶されることになる。

現在、多くの者が指摘するように、著作権法は深刻な正統性の危機に瀕している。今こそ知的財産権の無味乾燥な適用を回避し、著作権制度が基本的価値を考慮していることを保証するために、裁判官は著作権制度を

⁹² この問題については、C. Geiger, L'avenir des exceptions au droit d'auteur, Observations en vue d'une nécessaire adaptation et harmonisation du système: *JCP G* 2005, I, 186 を参照。

⁹³ この表現は Professor Caron (article *prec. note* 87), p. 25 から借用した。

⁹⁴ 著作権法の社会機能については、C. Geiger (*prec. note* 8), n° 27 を参照。知的財産については、M. Vivant, in: M. Vivant (under the dir. of), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2004, notice n° 1; J.-M. Bruguière, *Droit des propriétés intellectuelles*, Ellipses, 2005, p. 107 を参照。

「正しい状態にする」法的な道具立てによって、利益間の公正なバランスを回復する必要がある⁹⁵。裁判官は立法者にとって代わるべきではないが、「社会の平和的共存の保証、あるいはこれまでたびたび言われてきたような、社会の一員としての活動の調和」という法が持つ主要な機能に基づいて、いかなる場合でも、著作権の制限のバランスの取れた適用を保証しなければならない⁹⁶。

前述した事件でフランス破毀院が行ったスリーステップテストとは異なる解釈ができれば、このテストは柔軟性⁹⁷を持った法的な道具立てになるだろう。実際、フランス破毀院は完全に第3ステップでの考察を省いているが、第3ステップによって制限の根拠となる正当化の検討が可能となるのだから、他のステップに比してはるかに重要なステップなのである。

第3ステップでは、著作権制限の適用によって権利者が「不当に」害されてはならないとされている。しかし、実質的には、権利者はその著作物のすべての利用をコントロールすることはできない。権利者の利益に優越すると考えられている価値に照らすと、正当化される損害というものが存在するからである⁹⁸。この第3ステップの定式は裁判官に比例テストの

⁹⁵ 基本権の適用による再衡量に関しては、C. Geiger, Pour une plus grande flexibilité dans le maniement des exceptions au droit d'auteur: *A&M* 2004, p. 213 を参照。

⁹⁶ C. du Pasquier, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit, 4th ed., Delachaux et Niestlé, 1967, p. 19.

⁹⁷ この点について、C. Geiger, Right to Copy v. Three-Step Test, The Future of the Private Copy Exception in the Digital Environment: *Computer Law Review international (CLR)* 2005, p. 7; C. Geiger, The Three-Step Test, a Threat to a Balanced Copyright Law?: *IIC* 2006, p. 683; J.-C. Galloux, Limitations et exceptions au droit d'auteur en France, Exception française ou paradoxe français?, in: C. Geiger, M. Bouyssi-Ruch, R.M. Hilty (under the dir. of), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Litec, 2007 (to be published); M. Senfteben, L'application du triple test - vers un système de «fair use» européen?, intervention during the colloquium IRPI/AFPIDA on «Droit d'auteur et numérique, Quelles réponses de la DADVSI ?», Paris, 9 March 2007 を参照。

⁹⁸ ドイツ憲法裁判所は、1971年7月7日の「教科書」判決でこの理を明言した (*GRUR* 1972, p. 481)。

遂行を促すものだが⁹⁹、比例テストは基本権間の衝突を解決するために利用される手段を想起させる。

裁判官は、制限の背後にある正当化について考えなければならない、問題とされている多くの利益と基本権の観点に応じて差別化された分析を行わなければならない¹⁰⁰。これは、とりわけ興味深い結論を導くことになる。裁判官は、例外という閉じられた制度が持つ安定性とフェア・ユース¹⁰¹が持つ柔軟性を組み合わせることによって、権利者の経済的利益の機能だけでなく、権利者の利益とは方向を異にするユーザー、さらには著作者の利益の機能に対しても制限の適用を対応させることが可能となるだろう。

2. テストの「再検討」の必要性：新しい解釈に向けて

しかしながら、この作業を実現するためには、スリーステップテストを「再検討」し、新しい解釈を採用する必要があるだろう。実際、バランスの取れた解決策にするためには、スリーステップテストの分析を第3ステップから開始し、その後、著作物の利用との極めて濫用的な衝突を防ぐための矯正手段として第2ステップを検討するという方法を採用するのが有益だろう。これはスリーステップテストを逆から読むということの意味するが、テキストのどこを見てもこれを禁止する文言はないように思われる¹⁰²。

⁹⁹ M. Senftleben (*prec. note 10*), p. 226; S. Dusollier (*prec. note 25*), p. 221; C. Geiger, *The Three-Step Test, a Threat to a Balanced Copyright Law?* (*prec. note 97*), p. 696.

¹⁰⁰ この点について、脚注27の「Rethinking the Three-Step Test」に関するワークショップにおけるP.B. Hugenholtzの“Free Speech and The Three Step Test, a Tongue Twist”と題する報告も参照。

¹⁰¹ この点について、M. Senftleben (*prec. note 97*); C. Geiger (*prec. note 97*)を参照。Sirinelli教授は、両方のアプローチを組み合わせる解決策は多分、理想的なものとすると、その報告書で結論づけている (Synthesis of ALAI Study Days, in: L. Baulch, M. Green and M. Wyburn (ed.), *Les Frontières du droit d'auteur: ses limites et exceptions*, Actes du congrès de l'ALAI 1998, Australian Copyright Council, 1999, p. 136)。

¹⁰² そのような解釈については、C. Geiger (*prec. note 97*), p. 12を参照。脚注27の「Rethinking the Three-Step Test」に関するワークショップでのM. Vivantがとりまと

事実、フランス破毀院が具現している解釈上の問題点は、通常の利用との衝突が認定されると同時に、第3ステップの検討はもはや不要となってしまうということである。破毀院がその分析を止めたのもまさにこれが理由であったが、このような事態は、決してスリーステップテストが意図するものではない。スリーステップテストは、ディレクティブに規範の点で優越するヨーロッパ人権条約の観点からも分析されなければならないからである¹⁰³。もっぱら権利者の経済的利益の観点から行われるスリーステップテストの分析は、等価値の権利間での同等性の公準を出発点とする基本権アプローチと矛盾する¹⁰⁴。したがって、権利者を優先的に取り扱うということは、ヨーロッパ法の秩序に違反することになるだろう¹⁰⁵。

先に強調したように、(異なる利益間のバランスを取ることを可能とする)第3ステップをスリーステップテストの中心に据えるために、著作物の通常の利用という要件に対しては、極端に制限的なアプローチを採用することが適切であるが、それだけでは十分とはいえない。いかなる場合でも必ず裁判官が第3ステップを検討するようにしなければならないのである。そのためには、スリーステップテストを第3ステップ、第2ステップ、第1ステップと逆の順番で行うべきである。この方法がもたらす心理的な影響は、決して無視できるようなものではない。裁判官は利益衡量を行った後では、純粋な経済的アプローチを用いて利用を検閲する意欲を通例、失うことになるものと思われるからである。そうすると、第2ステッ

めた“Rethinking the three-step test: What are the possibilities left by interpretation of the conditions?”がこの解釈に賛成している。

¹⁰³ V.-L. Benabou, *La transposition des Directives en droit interne: l'exemple du droit d'auteur: Légitim 2004*, n° 30, p. 35を参照。より一般的にはH. Scheer, *The Interaction between the ECHR and EC Law, A Case Study in the Field of EC Competition Law: ZEuS 2004*, p. 690を参照。

¹⁰⁴ C. Geiger, *Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle?: JCPG 2004*, I, 150 (for an English version see *IIC 2004*, n° 3, p. 26)を参照。

¹⁰⁵ この点についてC. Geiger, «Constitutionalising» Intellectual Property Law? (*prec. note 24*)を参照。

ブは単に「ハンマーで叩いて形を整える」ために使われるに止まることになろう。

一方で、アメリカのフェア・ユース法理をモデルにした解決策もある¹⁰⁶。これはスリーステップテストを、裁判官が考慮すべき要素が提示されているものとして読むものである。事実、第2ステップは、1976年に制定されたアメリカ著作権法107条の4番目のファクターを彷彿とさせる。このファクターに照らして、問題となっている利用が著作物の潜在的市場や価値にどのような影響を与えるかを考慮しなければならない。しかし、これは複数あるファクターの一つに過ぎない。したがって、著作物の通常の利用に対する影響という第2ステップは実施基準の一つ、つまり制限適用の分析過程における考慮すべきパラメーターの一つということになる。もっとも、これが唯一の解決策というわけではないだろう¹⁰⁷。

もちろん、このような解釈は制限制度を柔軟化させ、法的安定性を損なうおそれがあると主張する者もいるだろう。確かに、これまでの確に指摘

¹⁰⁶ このような解釈については、K.J. Koelman, Fixing the Three-Step Test (*prec. note* 70)を参照。脚注27の「Rethinking the Three-Step Test」に関するワークショップでK.J. Koelmanがとりまとめた“The Room for Interpretation of the Three-Step-Test”も参照。

¹⁰⁷ 大陸法系の伝統を持つ国において、「公正な使用」(usage loyal)に関するアプローチは決して考えられないものではない。このアプローチは他に優先されることもあるのである。これは、われわれの見解によれば、著作権に対する「合理的な」アプローチに相当するものである(P. Sirinelli, Brèves observations sur le «raisonnable» en droit d’auteur, in: *Mélanges A. Françon*, Paris, Dalloz, 1995, p. 397 *seq.*)。裁判官は決して分別がない存在ではない。スペインのサラゴザで1998年12月2日に下された、とても興味深い控訴審判決(núm. 708/1998, rec. 136/1998)は、大学における教育目的の複製が「公正」であったかどうかを検証している。スペインの裁判官によると、「特別な場合における著作物の利用が誠実か、そして結果として複製権の正当な例外に当たるかを判断するためには、次の4つのファクターを考慮する必要がある。それは(1)使用の目的と性質、主に商業的性質や非営利のような使用目的、(2)保護を受ける著作物の性質、(3)保護を受ける著作物全体との関係における使用された部分の量と実質、(4)保護を受ける著作物の潜在的市場またはその価値に対する使用の影響」である。

されてきたように、フェア・ユース法理は予見できない結果をもたらすものであり¹⁰⁸、このことは訴訟をおそれて、制限規定の利用を手控えるユーザーにとって、障害になりうる。とはいえ、本稿で提案する解釈は、制限リストを一般条項に置き換えることを目的とするものではない。ほとんどの場合、問われている利用が制限規定の適用を受けるかどうかは明白なのである。

法律の文言ではなく、条文の趣旨を鑑みて、排他権が利用を禁止できないという判断が下されることがあったとしても、それは例外的なケースといふべきであり、そうした開放性はなお望ましいといふべきものなのである¹⁰⁹。解釈の柔軟性が必然的に例外の減縮という帰結をもたらすと考えなければならない理由はどこにもない。裁判官の裁量に委ねるのであれば、論理的には、例外は限定的な意味だけでなく、拡大解釈の方向にも向かうはずである¹¹⁰。実際、裁判官は、すでに技術変化に対応するためにスリーステップテストを適用して、例外規定を拡大解釈しているのである¹¹¹。ユ

¹⁰⁸ この点について極めて興味深い論文であるD. Nimmer, The Public Domain, Fairest of Them All, and Other Fairy Tales of Fair Use: *Law & Contemp. Prob.* 2003, n° 66, p. 280を参照。

¹⁰⁹ M. Senftleben, Beprekingen à la carte: Waarom de Auteursrechtlijn ruimte lat voor fair use: *AMI* 2003, n° 1, p. 10を参照。Senftlebenは、ディレクティブの包括的なリストがスリーステップテストのおかげで、一定の開放性というものを禁止していないことを極めて説得的に示している。

¹¹⁰ 正しい理解の下で運用される場合には、スリーステップテストは、法の有害な混乱を象徴するものではなく、発展する法秩序のセーフガードになりうるものである。P. Roubiergが強調するように、「法秩序が具体的な隙間を示すとすぐに、自発的な法秩序、すなわち、人生経験や新しい関係の必要性からもたらされるものの中から、そのような隙間を埋めるための要素を見つけ出そうとするのは、とても自然なことである」(*L’ordre juridique et la théorie des sources du droit*, in: *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Études offertes à G. Ripert*, LGDJ, 1950, p. 19)。さて、そうだとすれば、法が社会の「自発的な」変化に適応したかを確実にするのは誰であろうか。裁判官よりも適任な者がいるだろうか。著作権法を「情報化社会」に適応させるのは、立法者の専売特許というわけではないのである。

¹¹¹ たとえばドイツ連邦裁判所が下した2002年7月11日(脚注43)の判決を参照。この判決では、プレス・レビューを電子フォーマットのパノラマで利用することを認

ーザーではなく、権利者にのみ有利に働くような、法的安定性の欠如を裁判官が受け入れるとはおよそ考えられない。

制限制度を新しい環境に適応させるために（さまざまな方法で）制限適用の改善を目指す場合、遺憾なことではあるが、不確実性は避けることができない¹¹²。そもそも、著作権法はすでに保護要件のところで一定程度、法的安定性の欠如の影響下にあるのである。実際、作者の人格の刻印として定義されている（フランス・バージョンである）独創性や（ドイツ・バージョンである）個性といった著しく主観的な基準では、著作物がこのような基準を満たしているかを事前に確知することはできない。それにもかかわらず、ある種のフィルターを使って、権利者の利益に優越するとされている利益のために、アイデアや創作性のない表現をパブリック・ドメインに留めさせる必要があるということについては、意見の一致を見ている¹¹³。

裁判官は、精神の産物の独創性を判断するときに、諸利益の衡量を行うものである（少なくとも理想的な世界ではそのような衡量をなすべきである）。さらに言えば、裁判官の動機は透明とは言い難い場合が少なくなく、

めた制限の拡張を有効と判断した。

¹¹² このような概念が大陸法の伝統から離れて、裁判官に大きな自由裁量権を持たせるコモン・ローの手法に近づくように見えることは事実である。そうは言っても、今日、著作権法がその一部に組み込まれている共同体が調和をなすためには、裁判官が法の適用に際して利用する手段には透明性といったものが必要である。確かに、共同体のテキストはドラフティングに関して言えば、大陸法の伝統からかなり離れたものとなっているが、各国内法に移植されなければならないものである。結果として、本来あるべき一貫性や明瞭性といったものが失われてしまった（この点について、J. de Clausade, *Sécurité juridique et complexité du droit: considérations générales du Conseil d'Etat: D.* 2006, p. 737 を参照）。立法手段が変わったら、司法手段も変わるべきであるように思われる。特に司法手段がバランスの取れた解決策を見出した場合にはそうであろう。さもなければ、統合過程全体が拒絶されるべきである（この問題については、ヨーロッパ司法裁判所の裁判官である K.H.T. Schiemann による興味深い論文「Should we come together? Reflections on different styles of judicial reasoning: *ZEUS* 2006, p. 1」を参照）。

¹¹³ 最も伝統的な理論は、この点について一致を見ている。

裁判所が著作権保護を認めることがあるボルトや棚、サラダ・シェーカーのような創作物に、作者の個性を看取することができるというためには相当の想像力の発揮がすでに必要とされているということを見落としてはならない。

したがって、ひょっとすると、著作権の保護要件としてスリーステップテストのようなものを設定し、より明確な基準として、オリジナリティーの基準に代えるという方策を採用することは、名案かもしれないのである¹¹⁴。自由が原則で、独占が例外という理解に立てば、これは決して不合理なことではなく、むしろ、真実のところ、まったく合理的なものとさえ言いうるのである¹¹⁵。とはいえ、これはまた別の話となるので、これ以上の言及は避けることとしたい。

結論として、例外制度を情報化社会の要請に適応させるのは、世界、ヨーロッパ、そして国内の各レベルにおいて、未だに大きな難題であることに留意すべきである。これまで述べてきたように、スリーステップテストのルールは、国内の立法者の自由を大幅に減縮してしまった。さらに、眼前の訴訟でスリーステップテストを適用するように強いられる裁判官は、それによって自由な裁量の権限が縮減され、作者とユーザー間の対立する利益を衡量することに困難を感じることとなろう。裁判官がスリーステップテストで設定されている条件について、異なる解釈をしない限り、スリーステップテストは「ステップ」ではなく、衡量の過程において必ず斟酌しなければならない基準とみなさざるを得なくなるだろう¹¹⁶。

¹¹⁴ この点に関する提案については、C. Geiger, *La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle: Quels remèdes pour le droit de la propriété littéraire et artistique?: Revue Internationale de Droit Économique (RIDE)* 2006, n° 4, p. 389 を参照。

¹¹⁵ この点については、Vivant 教授の素晴らしい比喩 (J. Foyer et M. Vivant, *Le droit des brevets*, Paris, PUF, 1991, p. 9) を参照。

¹¹⁶ フランスでは、学者はしばしば「スリーステップテスト」と対立するものとして、「トリプルテスト」という概念を使うことがある (C. Alleaume, *Le rôle du triple test, une nouvelle conception des exceptions?: RLDI* 2007, n° 25 (supplement), p. 48; B. May, *Droit d'auteur: le «triple test» à l'ère du numérique: RLDI* 2006, n° 15, p. 63)。この概念は他の国ではほとんど知られていないが、テストを「ステップによる」も

最後に、本来遺憾とすべきことは、加盟国が著作権の制限について自由に立法したり、解釈したりすることができないという事態ではない。これは国際的なレベルにおけるものであればいかなる約束の下でも従わなければならないゲームのルールでしかない。真にショッキングなことは、この法的な道具立ての真の適用範囲に関する議論がこれまでなされてこなかったということである。しかし、その危険な潜在的性質は徐々に露頭しつつある。それにもかかわらず、加盟国が当時、この約束の射程を十分に吟味していたという可能性は極めて低い。このことは、将来、著作権の制限の領域において自国の主権を取り戻すために、現存する合意を改訂するきっかけともなり得よう。著作権法が社会で承認されるか否かは、まさにその帰趨次第であると言ってもよいかもしれない。

[訳者付記]

本論文は、Christophe Geiger, *The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to Information Society*, COPYRIGHT BULLETIN (January-March 2007・UNESCO) の翻訳である (出典 : http://portal.unesco.org/culture/en/files/34481/11883823381test_trois_etapes_en.pdf/test_trois_etapes_en.pdf)。翻訳に当たっては、適宜、仏文の原文も参照した (同誌に掲載)。本誌への翻訳の掲載を許諾して頂いた Christophe Geiger 先生にこの場を借りて御礼申し上げたい。

のではないという解釈を認める利点があるため、より中立的な立場に立とうとするものである。ここで提案した解釈によると、この名称は好ましいものに思われる。