

著作権法における権利制限規定の解釈と  
3 step test (5)  
— 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、第26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 —
  - 1. ベルヌ条約の創設からパリ改正条約までの状況
  - 2. TRIPs 協定の成立 (以上、第27号)
  - 3. 自由貿易協定(FTA)と TRIPs プラス (以上、第30・第31号)
  - 4. WIPO 著作権条約および WIPO 実演・レコード条約
  - 5. 小括 (以上、本号)
- V. 権利制限規定の解釈の望ましいあり方
- VI. 3 step test の各要件の解釈
- VII. 3 step test に関する WTO パネル報告の検討
- VIII. 結びに代えて

#### IV. 3 step test の起草過程とその後の発展 (つづき)

##### —ベルヌ条約の創設から TRIPs 協定、そして TRIPs プラスへ—

#### 4. WIPO 著作権条約および WIPO 実演・レコード条約

##### (1) 概要

1990年代以降、デジタル技術、とりわけインターネットは目覚ましい発展を遂げた。これらの新たな技術は、著作物の伝統的な創作・利用方法に革新を起こし、アナログ環境における著作権の保護の枠組みを大きく揺り動かすことになった。WIPO の主導により1996年に締結された2つの条約、すなわち、著作権に関する世界知的所有権機関条約<sup>459</sup> (WIPO 著作権条約) および実演及びレコードに関する世界知的所有権機関条約<sup>460</sup> (WIPO 実演・レコード条約) は、デジタル環境によってもたらされる新たな課題に対応するための解決策を示すことを目的として創設されたものである<sup>461</sup>。

<sup>459</sup> World Intellectual Property Organization Copyright Treaty, adopted Dec. 20, 1996, 36 I.L.M. 65 [hereinafter WCT] (2002年3月6日発効)。

<sup>460</sup> World Intellectual Property Organization Performances and Phonograms Treaty, adopted Dec. 20, 1996, 36 I.L.M. 76 [hereinafter WPPT] (2002年5月20日発効)。

<sup>461</sup> WCT 前文第2・3パラグラフを参照。両条約を解説する文献として、MIHÁLY FICSOR, *THE LAW OF COPYRIGHT AND THE INTERNET: THE 1996 WIPO TREATIES, THEIR INTERPRETATION AND IMPLEMENTATION* (2002); REINBOTHE & LEWINSKI, *supra* note 70; LEWINSKI, *supra* note 19, at 427-96; J.A.L. STERLING, *WORLD COPYRIGHT LAW* 879-924 (3d ed., 2008); David Nimmer, *A Tale of Two Treaties: Dateline: Geneva-December 1996*, 22 COLUM.-VLA J.L. & ARTS 1 (1997); Julie S. Sheinblatt, *Foreign and International Law - The WIPO Copyright Treaty*, 13 BERKLEY TECH. L.J. 535 (1998) がある。また、邦語文献として、フィチョール・前掲注(23)、著作権白書・前掲注(130)180-225頁 [岡本薫執筆]、著作権法・不競法改正解説・前掲注(285)21-50頁、ユッカ・リエデス(駒田泰士訳)「国際著作権法の現在及びこれから」著作権研究25号133頁(1998年)、渡邊修=藤波進「技術による著作権の保護と管理」ジュリ1132号29頁(1998年)、渡邊晴美「著作権等をめぐる国際的な動き—WIPO新条約等」ジュリ1132号58頁(1998年)、岡本薫「著作権保護の国際的動向について(抄)」コピライト566号2頁(1997年)がある。

既存の国際著作権(隣接権)条約であるベルヌ条約およびローマ条約は、最後の改正がなされてから25年以上が経過しており、それはパーソナル・コンピューターやインターネットが出現する以前のことであった。また、ローマ条約については、加盟国の数が限定的であったため、より包括的で現代的な条約を創設することにより、異なる法制度を有する国家の加入を促すことが期待されていた。もっとも、当時、ベルヌ条約本体の改正を行うことは困難であると考えられていた。というのも、当時のベルヌ条約においては、先進国と開発途上国の間に存在する著作権の国際的保護に関する考え方の隔たりが大きなものとなっていたからである<sup>462</sup>。加えて、ベルヌ条約の改正を行うためには、同盟国の全会一致によらなければならないという手続的な障害も存在していた<sup>463</sup>。そのため、WIPOは、ベルヌ条約の改正を行うための環境を整えるために、国際会議を開催したり、モデル・ローを作成するなどして、各国の法制度のハーモナイゼーションを図ろうとした(このプロセスは「guided development」と呼ばれている)。もっとも、その後、上記の活動はハーモナイゼーションを達成するためには不十分であると考えられるようになったため、1989年には、ベルヌ条約の附属議定書(Berne Protocol)の作成に向けた準備作業が開始されている。1991年から1992年にかけて、同議定書のための専門家委員会が開催された。専門家委員会において検討されていた議定書の内容には、コンピュータ・プログラムやデータベースの保護などデジタル技術に関連するものも含まれていたが、それ以外はアナログ技術を前提としたものであったため<sup>464</sup>、同議定書案は最終的に成立した条約と性質の異なるものであった。

ベルヌ条約附属議定書のための準備作業が進められていた同時期には、WTOをフォーラムとしたTRIPs協定の交渉が大詰めを迎えていた。そして、1994年には、TRIPs協定が成立している。TRIPs協定の成立は、ベルヌ条約附属議定書のための準備作業に大きな影響を及ぼすことになった。

<sup>462</sup> 例えば、1967年のストックホルム改正会議では、開発途上国が利益を反映させることに成功し、追加議定書が採択されているが、先進国の多くは追加議定書への署名を行っていない。See, REINBOTHE & LEWINSKI, *supra* note 70, at 1.

<sup>463</sup> ベルヌ条約27条3項。

<sup>464</sup> RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 146.

TRIPs 協定は、ベルヌ条約付属議定書において検討対象とされていたコンピュータ・プログラム等に関する規定を含んでいたため、内容の重複が問題となった。もっとも、TRIPs 協定では、デジタル技術やインターネットが引き起こす課題については明示的な対処がなされていなかった。そのため、1995年9月には、アメリカの主導により提出されたデジタル・アジェンダ(後述)に基づき、デジタル送信、技術的手段および権利管理情報の保護が、また、1996年には、オンライン出版における「公表」の定義、データベースの保護などが条約の検討対象に加えられることになった<sup>465</sup>。このように、WCTおよびWPPTについては、インターネット等の新たな技術環境に対応した国際条約であるという理由から、「WIPO インターネット条約」という総称が用いられることがある<sup>466</sup>。

本章では、WCTの成立が3 step testの解釈に与える影響に焦点を絞って検討を行う。WCTの規定の解釈を行うためには、条約の起草過程および条約の趣旨・目的について検討を行うことが有益であると思われるため、この点についても考察を加える<sup>467</sup>。

<sup>465</sup> REINBOTHE & LEWINSKI, *supra* note 70, at 1.

<sup>466</sup> FICSOR, *supra* note 461, at 414-15; Jane C. Ginsburg, *Book Review: Achieving Balance in International Copyright Law – The WIPO Treaties 1996: The WIPO Copyright Treaty and the WIPO Performances and Phonograms Treaty: Commentary and Legal Analysis. By Jorg Reinbothe and Silke von Lewinski*, 26 COLUM. J.L. & ARTS 201 (2003). もっとも、Reinbothe & Lewinski は、両条約は、インターネットのコンテキストだけではなく、著作権および著作隣接権の伝統的な利用環境に関しても大きく関係するものとして、両条約を「WIPO インターネット条約」と位置付けることは不十分であると述べている (REINBOTHE & LEWINSKI, *supra* note 70, at 208)。

<sup>467</sup> なお、他の条約との関係について、WCTは、同1条1項に規定されているように、ベルヌ条約20条における「特別の取極」に該当する。また、WCT1条2項は、同条約の規定は、「ベルヌ条約に基づく既存の義務」を「免れさせるものではない」と規定している。さらに、WCTの締約国は、ベルヌ条約への加入の有無にかかわらず、ベルヌ条約パリ改正条約の1条から21条および議定書の規定を遵守することを義務付けられている。このように、WCTはベルヌ条約と密接に関連付けられているが、他方で、TRIPs 協定をはじめとする他の国際条約との関係については言及されていない (RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 150)。

## (2) WCT の起草過程

WCTは、極めて短期間で条約の作成がなされたという点に特徴がある。上述したように、ベルヌ条約付属議定書に向けた議論は1990年前後から行われているものの、デジタル環境に対応するための改正内容を規定する「デジタル・アジェンダ」が1995年の9月に提出された後、1996年12月には条約が採択されている<sup>468</sup>。このように同条約は1年弱という驚くべき短期間で採択されており、知的財産に関する他の国際条約と比較しても、その起草作業の迅速さは異例であるとされている。これは、時期尚早との批判にもかかわらず、新たな技術の発展が、著作者およびその他の権利者の利益に対して現実的な脅威をもたらすという認識の下で、迅速に対応すべきとする強力な要請が働いていたからであると考えられている<sup>469</sup>。

両条約が成立する原動力となったのは、アメリカ合衆国やEU等の先進国であるとされている。とりわけ、アメリカ合衆国においては、条約の交渉が始まる以前に、当時のクリントン政権は、アメリカ国内のコンテンツ提供者からのロビイングを受けて、国内における著作権および関連する権利を強化することを目指していた<sup>470</sup>。1995年に、同政権の情報インフラストラクチャー・タスクフォース (NII タスクフォース) が公表した「ホワイト・ペーパー」と呼ばれる報告書<sup>471</sup>は、著作権の強化を図ることを目的

<sup>468</sup> FICSOR, *supra* note 461, at 33 n.105.

<sup>469</sup> REINBOTHE & LEWINSKI, *supra* note 70, at 6-7. *See also*, RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 149.

<sup>470</sup> WIPO 著作権条約の形成過程を、国際政治学の観点から分析した研究として、西村もも子「デジタル化時代における国際著作権制度の形成過程 (1) (2・完)—WIPO 著作権条約の制定と欧米企業のロビー活動」知的財産法政策学研究34号201頁・35号169頁 (2011年) がある。同論文は、WCTの形成過程の特徴として、政府間で国際制度の内容が決定されるのに先立ち、多国籍企業が制度案を作成し、その実現を各国政府に働きかけたという点を指摘する。

<sup>471</sup> Information Infrastructure Taskforce, *Intellectual Property and the National Information Infrastructure: The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights (1995)* [hereinafter White Paper], available at <http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/ipnii.pdf>.

とした極めて急進的な提案を含んでいた<sup>472</sup>。具体的には、①著作権者に、インターネットで送信される著作物のあらゆるデジタル複製（一時的複製を含む）について排他権を認めること、②ファースト・セール・ドクトリンの廃止、③著作物のライセンスの可能性がある場合にフェア・ユースの成立を否定すること<sup>473</sup>、④あらゆるデジタル送信に対する排他権を権利者に認めることである。さらに、これらの排他権の保護を確実なものとするために、⑤技術的保護手段および迂回措置の提案も存在していた<sup>474</sup>。

ところが、NII タスクフォースの提案した1995年の著作権保護法案に対しては、同法案の限定的な政策内容によってインターネットの発展が阻害されてしまうとの懸念が示された。その結果、インターネット・サービス・プロバイダー、通信企業、ソフトウェア企業、学術コミュニティー、消費者保護団体らによる激しい反対に直面することになった。彼らのロビイングの結果、NII が提案した法案は、クリントン政権の強力な支援にもかかわらず、上院の委員会を通過することさえできなかった<sup>475</sup>。

ホワイト・ペーパーに基づく同法案は議会の承認を得られなかったにもかかわらず、クリントン政権の政策担当者は同法案を推し進めることに固執し、交渉の場を WIPO へと移して、政策を実現することを目指した。具体的には、アメリカ合衆国は、WIPO における新たな国際条約の締結に向けた交渉において、およそ同時期にアメリカ議会に提出されたデジタル・

アジェンダとほぼ同内容の提案を行い、それを新たな条約として採択するように強く求めた<sup>476</sup>。このように、合衆国政府の担当者は、国内の議会において賛同を得ることができなかった提案を、ジュネーブにおける国際条約の交渉の場において実現することを目指していた。1996年8月に WIPO が公表した条約草案には、アメリカ合衆国政府が推進するデジタル・アジェンダに対応する条文が含まれていた。Pamela Samuelson 等が指摘するように、仮に同政府の思惑通り、デジタル・アジェンダを反映した国際条約が採択されていたならば、クリントン政権は、条約への批准は、国際知的財産法の分野におけるアメリカのリーダーシップを確実なものとし、情報財およびサービスの世界市場においてアメリカ著作権産業の利益を促進するために必要であると議会を説得することにより、一度は否定された政策を実現していたであろうとされている（いわゆる「バックドア問題」）<sup>477</sup>。

これに対して、アメリカ政府が提案するデジタル・アジェンダは、もっぱら著作権者の権利の拡張を図るものであり、バランスを欠いた提案であるとして批判していた人々は、同政府が議会における決定を迂回して、国際交渉の場において同提案を推進しようとしたことを受けて、WIPO における条約交渉についてアメリカ政府へのロビイングを行うように活動を修正した。かかるロビイングは功を奏し、国際交渉の場で提案しようとしていた内容の一部を削除するように説得することができた。さらに、反対勢力は、WIPO が主催する国際会議に出席して、他国の交渉担当者に対して条約草案の問題点を指摘し、また、何度もジュネーブに赴き、オブザーバーやロビイストとして外交会議に非公式に参加した。反対勢力による条約草案に対する懸念の表明は、外交会議に出席していた多くの国の代表団に受け入れられ、最終的に、同会議は、著作権者らが求めていた新たな法的権限の多くを与えなかった。アメリカが提案したデジタル・アジェンダに基づく当初の提案は、外交会議において開発途上国を中心とした国家の反対に遭い、アメリカ政府が提案した条約案のうちの1つ（データベース

<sup>472</sup> Pamela Samuelson, *The Copyright Grab*, WIRED (4.01, Jan. 1996), at 136, available at [http://www.wired.com/wired/archive/4.01/white.paper\\_pr.html](http://www.wired.com/wired/archive/4.01/white.paper_pr.html).

<sup>473</sup> White Paper, *supra* note 471, at 79-82 (フェア・ユースに関して、同報告書は、著作物の利用に関してライセンスを得ることができないという市場の失敗が存在する場合に限って同法理の適用が認められるべきであると主張していた)。See, Sheinblatt, *supra* note 461, at 545-47.

<sup>474</sup> White Paper, at 230-36.

<sup>475</sup> See, JESSICA LITMAN, *DIGITAL COPYRIGHT 122-50* (Prometheus Books 2001) (著作権の保護強化を望む利益集団が、自らのその利益を国際的なフォーラムを通じて促進しようとしたものの、その試みはWIPO著作権条約の交渉において失敗したことを指摘する); Meeka Jun & Steven D. Rosenboro, *The WIPO Treaties: The International Battle Over Copyright Cyberturf*, 15 ENT. & SPORTS LAW 8 (1997). なお、邦語文献として、平野晋「電子商取引とサイバー法」(NTT 出版・1999年) 53頁を参照。

<sup>476</sup> Maureen Ryan, *Cyberspace as Public Space: A Public Trust Paradigm for Copyright in a Digital World*, 79 OR. L. REV. 647, 671 (2000).

<sup>477</sup> Pamela Samuelson, *The U.S. Digital Agenda at WIPO*, 37 VA. J. INT'L L. 369, 373-74 (1997). See also, Jun & Rosenboro, *supra* note 475, at 8-9.

条約)は完全に姿を消すことになった。

上述したように、WCTにおいてアメリカ政府による急進的な提案は採用されなかったものの、それでもなお、同条約はベルヌ条約やTRIPs協定が定める保護水準を大きく上回る義務を規定している<sup>478</sup>。具体的には、WCTにおいては、第1に、新たな保護対象として、コンピュータ・プログラム(4条)およびデータベースの集積(5条)が加えられている。第2に、新たな排他権として、著作物の頒布権(6条)、貸与権(7条)、公衆への伝達権(8条)が規定されている。第3に、技術的手段の回避禁止(11条)、権利管理情報の除去・改変の禁止(12条)が新たに追加されている。このように、両条約は、著作権者および著作隣接権者の権利をさらに拡張したものであるとの位置付けが一般的になされている<sup>479</sup>。ある論者は、WCTおよびWPPTは、個人としての創作者や実演家の利益を念頭に置いて発展したものというよりは、インターネット通信の領域において多国籍企業等の大規模な著作権者がその権利を強化することを目的とするものであると述べている<sup>480</sup>。

また、多国籍企業によるロビイングという側面に加えて、国際組織間の競争も両条約の成立を後押しすることになったと考えられる。TRIPs協定の成立に向けた交渉が行われていた当時、著作権の保護強化を主張する多くの利益集団にとって、WIPOは、著作権者の利益を反映させるための有効な交渉のフォーラムではないと考えられていた。そのため、WIPOが、知的財産に関する国際的ガバナンスの中心的な役割を取り戻すためには、知的財産関連産業およびその支持者の要請に応えることができることを示す必要があったとされている<sup>481</sup>。Christopher Mayは、このような観点から、両条約が、インターネットを通じた著作物の送信に関する著作権者の

<sup>478</sup> LEWINSKI, *supra* note 19, at 491-96.

<sup>479</sup> CHRISTOPHER MAY & SUSAN K. SELL, *INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: A CRITICAL HISTORY* 210 (2006).

<sup>480</sup> *Id.*

<sup>481</sup> Sun, *supra* note 170, at 276 (WTOにおいてTRIPs協定が成立したことにより、知的財産権の国際的保護の分野におけるWIPOの存在意義が失われてしまうというおそれが、WIPOをして、新たな条約の作成へと推し進めたと指摘する)。

権利を強化または拡張することを意図していたということは驚くべきことではないと指摘している<sup>482</sup>。

もっとも、著作権の保護強化に反対する開発途上国やNGOの見解が反映され、当初の急進的な提案がそのまま条約として成立するのではなく、著作物の利用の側面にある程度配慮がなされた条約の内容になったといふことは見逃されるべきではない。このような交渉の結果について、Samuelsonは、アメリカ政府が主導した条約草案によって、著作物の創作・利用環境に新たな変化をもたらすというインターネットの潜在力を奪われてしまうことを、各国の代表団が危惧したからであると指摘している<sup>483</sup>。また、Samuelsonは、最終的に成立した条約の内容は、アメリカ政府がジュネーブにおいて推進しようとしていたマキシマリストの提案よりも、アメリカ著作権法の伝統的な原理に整合的であるとして、肯定的に評価している<sup>484</sup>。

WCTの交渉において、著作物の利用に対する配慮が一定程度なされた要因の1つには、当該外交会議における政策決定プロセスをあげることができる。WCTの外交会議においては、各国ごとに1票が割り当てられており、そこでの意思決定は、可能な限り全会一致で行われることが要求されている<sup>485</sup>。外交会議における意思決定が加盟国間のコンセンサスによってなされるため、その議論は加盟国間の礼譲に委ねられていた<sup>486</sup>。したがって、全会一致が要求されるWCTの外交会議においては、多数決により意思決定を行うWTOと比較すると、各国間で妥協がなされる傾向が高いと考えることができるかもしれない。具体的には、交渉の妥結を図るため

<sup>482</sup> CHRISTOPHER MAY, *THE WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION: RESURGENCE AND THE DEVELOPMENT AGENDA* 68 (2007).

<sup>483</sup> John Browning, *Africa 1 Hollywood 0*, *WIRED* (5.03, Mar. 1997), available at [http://www.wired.com/wired/archive/5.03/netizen\\_pr.html](http://www.wired.com/wired/archive/5.03/netizen_pr.html).

<sup>484</sup> Samuelson, *supra* note 477, at 370-71.

<sup>485</sup> WIPO, *Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions, Rules of Procedure of the Diplomatic Conference Questions*, Dec. 3, 1996, WIPO doc CRNR/DC/9/ Rev., Rule 34 (1)・(2).

<sup>486</sup> See, Alexander A. Caviedes, *International Copyright Law: Should the European Union Dictate Its Development?*, 16 B.U. INT'L L.J. 165, 176-77 (1998).

には、著作権の保護水準を高めることを目指す先進国も、開発途上国の見解を無視することができない。また、当該外交会議における交渉は著作権および著作権隣接権のみを対象とするものであったため、TRIPs協定の交渉において問題となったパッケージ・ディールが行われる可能性は低いものと考えられる<sup>487</sup>。

2つ目の要因として、WCTに関する外交交渉のプロセスに、NGOが積極的に関与したという点を指摘することができる。ジュネーブで行われた外交会議には、76ものNGOがオブザーバーとして参加した<sup>488</sup>。これは、ベルヌ条約ストックホルム改正会議に参加したNGOの数が26であったことと比較すると、大幅な増加である。多数のNGOが参加したことによるメリットとして、条約交渉の場に多様な視点が反映されるようになったということを指摘することができる<sup>489</sup>。NGOは、主要委員会において発言をする機会を与えられていないものの、政府代表に対してポジション・ペーパーを配布したり、非公式の議論の機会を設けたり、さらには、政府代表によって設けられたNGOのための定期的な会合に参加するなどして、自らの意見を表明する機会を得ることができた<sup>490</sup>。政府代表によってのみ政策決定が行われていた状況とは異なり、NGOの積極的な関与を通して、

<sup>487</sup> WIPOにおける条約交渉は、締約国の政府代表、オブザーバーとして参加する政府間組織およびNGOの代表が一堂に会する公式の会議において交渉が行われるという特徴がある。これは、政府間組織やNGOのオブザーバーとしての地位は認められていないGATTおよびWTOにおける条約交渉と比較すると、議論の透明性が十分に確保されていると考えることができる。もっとも、WCTおよびWPPTの外交会議では、従来とは異なり、交渉の効率化を図るために、各国の政府代表のみが参加する非公式の会合も開催されている。この点で、当該外交会議は従来のWIPOにおける交渉よりも透明性が失われてしまったという問題点が指摘されている(Reinbothe & Lewinski, *supra* note 70, at 15)。

<sup>488</sup> FICSOR, *supra* note 461, at 9; Lewinski, *supra* note 19, at 424-25.

<sup>489</sup> Graeme Dinwoodie, *The WIPO Copyright Treaty: A Transition to the Future of International Copyright Lawmaking?*, 57 CASE W. RES. L. REV. 751, 761-62 (2007); Samuelson, *supra* note 477, at 432-33; Reinbothe & Lewinski, *supra* note 70, at 15.

<sup>490</sup> Reinbothe & Lewinski, *supra* note 70, at 14. WIPOとは対照的に、GATTおよびWTOでは、政府間組織やNGOのオブザーバーとしての地位は認められていない(*Id.*)。

通常は条約交渉の場に反映される可能性が低い各国の国内における利益、とりわけ著作物の利用者の利益がより直接的に国際交渉の場に反映されるようになったと考えられる<sup>491</sup>。

### (3) 前文に具体化されたバランスの概念

WCTの特徴の1つには、既存の著作権関連国際条約に比べて、著作権者の利益と著作物の利用者の利益の「バランス」を図る必要性が、より明示的に示されているということがある<sup>492</sup>。もちろん、ベルヌ条約およびその改正の交渉過程においても、両者の利益のバランスを図る必要性について言及されることはあったが、この点が条約の文言に明示的に規定されるまでには至っていない。ベルヌ条約の前文は、「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」と規定するのみであり、著作権以外の権利に関する言及はなされていない。これは、同条約の主要な目的が、著作物の利益の保護を図ることにあるからであると言えよう<sup>493</sup>。他方で、WCTにおいては、交渉過程において強調された著作権者および著作物の利用者の利益のバランスを図る必要性が、条約の前文において具体化されている。前文第5パラグラフでは、「著作者の権利と特に教育、研究及び情報の入手のような広範な公共の利益との間の均衡を保つ必要があることを認め」と規定されている<sup>494</sup>。この点に関して、ある論者は、WCTは、これま

<sup>491</sup> Dinwoodie, *supra* note 489, at 762.

<sup>492</sup> Tohmas C. Vinje, *The new WIPO Copyright Treaty: a happy result in Geneva*, 19 E.I.P.R. 230, 235-36 (1997).

<sup>493</sup> ベルヌ条約の前文は、1971年のパリ改正条約で追加されたものであり、それ以前の条約には前文は規定されていなかった。Ricketson & Ginsburgは、ある条文について複数の解釈が可能な場合、ベルヌ条約においては、著作物の権利の保護という条約の目的により整合的な解釈が採用されることになり、他方、WCTにおいては、公衆の利益を重視する解釈が採用される可能性があるとして述べている(Ricketson & Ginsburg, *supra* note 23, at 196, 209)。

<sup>494</sup> WCT前文第5パラグラフ。なお、論者の中には、WCTの前文において「権利(Rights)」と「利益(interests)」という用語が使い分けられている点を捉えて、同規

での著作権に関する国際条約の中で最も明示的にバランスの概念が認められた条約であると指摘している<sup>495</sup>。

WCTの外交会議に先立って行われた付属議定書に関する専門家委員会では、前文は議論の対象とならなかった。前文の検討が行われたのは、WCTに関する基本提案 (the Basic Proposal) についてであったが、当初は最終的に採択された前文の第1パラグラフないし第3パラグラフのみが掲げられていた<sup>496</sup>。これら3つのパラグラフは、最終的な条約の前文においてもそのままの形で採択されているが、外交会議では、さらに2つの段落が追加されることになった。新たに追加された第5パラグラフは、外交会議の中でインドによってなされた修正提案に基づくものである<sup>497</sup>。インドの提案は、「著作権者および著作隣接権者の利益とそれ以外の者の利益のバランスを図る必要性」を前文における1つのパラグラフとして盛り込

---

定は、一般公衆と権利者の法的地位を明確に区別していると述べる者がある (REINBOTHE & LEWINSKI, *supra* note 70, at 22)。これに対して、Kurは、仮にそのような文言に、公衆の「利益」よりも著作者の「権利」を優先すべきであるとする起草者の意図が込められていると考えることができるとしても、それは実際の文言において表現された限りにおいて、3 step testの解釈に影響を与えるにすぎない。さらに、通常理解では、「権利」と「利益」を使い分けることは、「利益」が「権利」に劣るものであるというメッセージを含むものではなく、むしろ、前者は明示的に規定されている一方で、後者の概念は前者よりも広いという技術的な事実を示唆しているにすぎないと述べている (Kur, *supra* note 173, at 347-48)。

<sup>495</sup> Dinwoodie, *supra* note 489, at 751.

<sup>496</sup> WIPO, *Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions, Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to be Considered by the Diplomatic Conference*, WIPO doc CRNR/DC/4 (Dec. 2-20, 1996), available at [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/en/crn\\_r\\_dc/crn\\_r\\_dc\\_4.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/en/crn_r_dc/crn_r_dc_4.pdf), at 8-9 [hereinafter Basic Proposal]. なお、パメラ・サミュエルソン『情報化社会の未来と著作権の役割』(知的財産研究所・1998年) 177頁以下には、基本提案の仮訳が掲載されている。

<sup>497</sup> WIPO, *Amendment to Preamble of Draft Treaties N° 1 AND N° 2 proposed by the Delegation of India*, WIPO doc CRNR/DC/33 (Dec. 1996). See, R.V. Vaidyanatha Ayyar, *Interest or Right? The Process and Politics of a Diplomatic Conference on Copyright*, 1 J.W.I.P. 3, 18 (1998).

むことを求めるものであった。インドの提案に対しては、複数の国家による反対意見が表明された。具体的には、インドの提案によると、広範な公共の利益に著作者の権利と同じ程度の焦点を当てることになってしまうとして、同パラグラフの挿入に反対する見解があった。同提案に反対した国家は、同条約の主な目的が、著作者の権利を保護することであり、広範な公衆の利益とのバランスを図ることは副次的なものであることを強調する必要性を感じていたとされる<sup>498</sup>。これらの議論を経て、最終的には、インドの提案を第5パラグラフとして受け入れる一方で、「文学的及び美術的著作物の創作を促進する上で著作権の保護が特に重要な要因であることを強調し」という第4パラグラフを追加する妥協が図られることになった<sup>499</sup>。

WCTが、その前文において、著作権者と著作物の利用者の利益の「バランス」の概念に明示的に言及したことは、論者らの間では肯定的に評価されている<sup>500</sup>。例えば、Correaは、この前文の存在は、TRIPs協定の前文の内容をさらに推し進めて、著作権法の制度内でバランスを図る必要性を強調するものであると指摘している<sup>501</sup>。上述した前文の重要性に鑑みると、Senftlebenが指摘するように、3 step testをデジタル環境において適切に適用するためには、前文に提案されたバランスの観点を同テストの解釈に反映させるべきであると言えよう<sup>502</sup>。

---

<sup>498</sup> WIPO, *Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions, Summary Minutes, Main Committee I*, WIPO Doc CRNR/DC/102 (August 26, 1997), available at [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/en/crn\\_r\\_dc/crn\\_r\\_dc\\_102.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/diplconf/en/crn_r_dc/crn_r_dc_102.pdf), para 769 [hereinafter Summary Minutes of Main Committee I].

<sup>499</sup> REINBOTHE & LEWINSKI, *supra* note 70, at 24.

<sup>500</sup> Samuelson, *supra* note 477, at 375; Neil W. Netanel, *The Next Round: The Impact of the WIPO Copyright Treaty on TRIPS Dispute Settlement*, 37 VA. J. INT'L L. 442 (1997); Vinje, *supra* note 492, at 236.

<sup>501</sup> CORREA, *supra* note 215, at 143.

<sup>502</sup> SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 98.

## (4) デジタル環境における3 step test (WCT10条の解釈)

WCTにおいては、著作権の保護の拡張がなされた一方で、著作権の制限の範囲を再調整する試みもなされたという点にも留意すべきである<sup>503</sup>。WCTは、2つの手法で権利制限の問題を取り扱っている。まず、WCT1条4項<sup>504</sup>により、ベルヌ条約の個別の権利制限規定および3 step testを規定する同9条2項を含む実体規定(1条ないし21条および附属書)をWCTの枠組みの中に組み入れている<sup>505</sup>。次に、WCT10条は、3 step testを独立した規定として定めている。このような規定の構造は、TRIPs協定(9条1項および13条)と共通するものである。

WCT10条は、3 step testを独立した条文として規定しており、同テストの対象は複製権のみならずWCTで定められている権利一般に拡張されている。WCT10条は、次のように規定している。

「(1) 締約国は、著作物の通常の利用を妨げず、かつ、著作者の正当な利益を不当に害しない特別な場合には、この条約に基づいて文学的及び美術的著作物の著作者に与えられる権利の制限又は例外を国内法令において定めることができる。

<sup>503</sup> Dinwoodie, *supra* note 489, at 751.

<sup>504</sup> WCT1条4項:「締約国は、ベルヌ条約第1条から第21条までの規定及び同条約の附属書の規定を遵守する。」なお、本項はベルヌ条約の実体規定を取り入れているという点でTRIPs協定9条1項と類似しているが、TRIPs協定のように著作者人格権に関する義務(ベルヌ条約6条の2)を除外する文言は含まれていない。

<sup>505</sup> WPPTにおいては、WCT1条4項のようなコンプライアンス条項が規定されていない。そのため、ローマ条約の制限および例外はWPPTに組み入れられない。WPPT16条1項は、著作権について国内法で定められている制限および例外と同一の種類のもを著作隣接権についても定めることができるとしている。WPPT16条1項の文言からは、締約国は、実演家およびレコード製作者の権利に対する制限に関して、国内法で認められている著作権に対する制限の範囲を超える制限を設けることはできない。LEWINSKI, *supra* note 19, at 461は、このように解しないと、16条の規定全体が無意味なものになってしまうと指摘する。これに加えて、16条2項は3 step testを規定しており、1項で認められる制限は3 step testに整合的なものでなければならない。さらに、後述するWCT10条に関する合意声明が、WPPT16条にも準用される。

(2) ベルヌ条約を適用するに当たり、締約国は、同条約に定める権利の制限又は例外を、著作物の通常の利用を妨げず、かつ、著作者の正当な利益を不当に害しない特別な場合に限定する。」

WCT10条は、TRIPs協定13条とは異なり、対象とする排他権に応じて2つの規定を設けている点に特徴がある。まず、10条1項はWCTにおいて新たに認められた権利のみを対象としており、その規定振りはベルヌ条約9条2項の3 step testに類似している。他方で、10条2項は、ベルヌ条約に規定されている全ての権利に適用される<sup>506</sup>。10条2項は、条文の文言通りに解した場合、WCT加盟国に対し、ベルヌ条約で認められる制限および例外を適用する際に、同項の3 step testの要件を追加的に充足しなければならない旨を定めていることになるかもしれない<sup>507</sup>。

WCT10条の基礎となったのは基本提案12条であるが、同条の出自は必ずしも明らかではないとされている<sup>508</sup>。基本提案12条は、その規定振りにおいて、ベルヌ条約9条2項およびTRIPs協定よりも制限的であると考えられてきた。まず、基本提案12条2項では、「*shall*, when applying the Berne Convention, *confine* any limitations of or exceptions」(筆者強調)と規定されており、制限的な文言が用いられている。次に、ベルヌ条約9条2項および基本提案12条1項では、3 step testの第1ステップについて「特別の場合 (in certain special cases)」という文言が用いられているが、基本提案12条2項では「*only* in certain special cases」(強調筆者)というより制限的な文言が含まれていた。これは、「特別の場合」の範囲を狭く捉えるべきという起草者の意図が表れているものと考えられる。

基本提案12条に対しては、アメリカ国内を中心に、デジタル環境においてフェア・ユースの適用範囲が狭められてしまうという問題点が指摘された。著作権の保護強化に反対する団体や学者は、アメリカ合衆国政府に対

<sup>506</sup> なお、技術的保護手段の保護について規定する11条との関係では、3 step testが同条に適用されるか否かが問題となる。3 step testが技術的保護手段の制限に適用可能か否かという点については、1996年の外交会議では明確な立場は示されておらず、議論の余地が残されている (See, Sun, *supra* note 170, at 277-78)。

<sup>507</sup> RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 869.

<sup>508</sup> Samuelson, *supra* note 477, at 399.



してロビイングを行った結果、同政府は同国の代表に対して、WCTの交渉の場で、基本提案12条の修正を求めるように指示を与えている。これを受けて、アメリカ合衆国の代表は、主要第1委員会において、基本提案12条における3 step testの文言を修正することを提案している<sup>509</sup>。具体的には、同項の文言について、「only」という文言を削除し、また、「conflict with the normal exploitation」という文言の中の「the」を「a」に変更すべきであるとの提案を行った。アメリカの代表がこのような提案を行った背景には、同国政府の指示に基づき、アメリカ著作権法において認められているフェア・ユース法理の適用が、新たな条約の下でも許容されること、および、同法理がデジタル環境において適用されることを明確にすることを意図していたという事情がある<sup>510</sup>。最終的に成立したWCT10条は、同提案に対する複数の国家の支持を受けて、アメリカの修正提案の通りの文言となった。

複製権に関するWCT1条4項および3 step testを規定する同10条には、解釈の指針を明確にすることを目的として、1996年の外交会議において採択された合意声明 (Agreed Statement) が付されている<sup>511</sup>。

まず、WCT1条4項に付された合意声明は、「ベルヌ条約第9条に規定する複製権及び同条の下で許容される例外は、デジタル環境—特に、デジタル形式での著作物の利用—においても完全に適用される。保護される著作物をデジタル形式で電子媒体に蓄積することは、ベルヌ条約第9条が意味する複製に該当するものと理解される。」と規定している<sup>512</sup>。もっとも、

<sup>509</sup> Summary Minutes of Main Committee I, para 488.

<sup>510</sup> Pamela Samuelson & John Browning, *Confab Clips Copyright Cartel*, WIRED (5.03, Mar. 1997), available at <http://www.wired.com/wired/archive/5.03/netizen.html>.

<sup>511</sup> Agreed Statements Concerning the WIPO Copyright Treaty, Dec. 20, 1996, 36 I.L.M. 65 [hereinafter Agreed Statements]. See, RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 151.

<sup>512</sup> WCT1条4項に付された合意声明に関しては、条約の解釈における位置付けを巡って見解が分かれている。ある論者は、同声明は、ウィーン条約法条約31条2項(a)における条約の「文脈」に該当し、WCT1条4項を解釈する際のガイドラインとして機能する可能性があるとして主張している。Ficsorは、条約法条約9条(2)が条約の採択は3分の2の多数による議決によってなすことができる旨を定めており、WCTおよびその合意声明を採択した1996年の外交会議の議事手続規定34条2項

(iii)も同様の多数決ルールを定めていることを根拠に、当該合意声明が「すべての参加国の間で」多数決によって採択されたものである以上、「文脈」に該当すると述べている (FICSOR, *supra* note 461, at 446-47; フィチョール・前掲注(23)215頁)。

他方で、このような解釈に反対する見解も存在している。Ricketson & Ginsburgは、条約法条約31条2項(a)が「条約の締結に関連してすべての当事国の間でされた条約の関係合意」(強調筆者)が「文脈」に該当すると規定しているところ、同合意声明が、条約当事国間のコンセンサスではなく多数決によって決定されたことを指摘する (RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 864-66)。Ricketson & Ginsburgは、この点を捉えて、同合意声明は、条約法条約31条2項(a)における「文脈」に該当せず、ゆえに、WCT1条4項を通じてベルヌ条約の実体規定の解釈を行う際に及ぼす影響は限定的なものにとどまると述べている (*Id.* at 866-67)。すなわち、同合意声明は、条約法条約32条により、条約法条約31条に基づいてなされた条約の解釈によっては意味があいまいまたは不明確である場合に、「解釈の補助的な手段」(条約の締結の際の事情)として反映されるにすぎないということになる。また、同声明は、ウィーン条約法条約31条3項(a)の「条約の解釈又は適用につき当事国の間で後にされた合意」として、ベルヌ条約およびTRIPs協定の解釈に影響してくる可能性がある。31条2項(a)とは異なり、31条3項(a)では、後にされた合意が当事国によるコンセンサスとして採択されることを要求していないため、ベルヌ条約の同盟国との関係では、同声明がベルヌ条約に関して「後になされた合意」として同条約の解釈で考慮されることになる。ただし、TRIPs協定に関しては、同合意声明がベルヌ条約にのみ言及していることから、TRIPs協定に関する「後になされた合意」としてと解することは難しいとされている (*Id.*)。

では、合意声明の法的位置付けに関する見解の違いは、具体的な解釈論にどのように反映されるのだろうか。まず、同声明を解釈の補助的な手段として捉えた場合には、加盟国は、ベルヌ条約9条1項の複製権にデジタルの利用が含まれるか否かを判断する際に、同条約の意味があいまいまたは不明確である場合に、合意声明を解釈の補助手段として参照することができる。もっとも、当該合意声明の内容に従うかどうかは、加盟国の裁量に委ねられている (Hugenoltz & Okediji, *supra* note 21, at 14は、「複製」という概念は抽象的なものであり、規範的な判断を行うことが可能であるため、同規定は同条約の目的に従って解釈されるべきであるとしている)。他方で、同声明を条約解釈における「文脈」として捉えた場合には、ベルヌ条約9条の義務を国内法で実施する際に、加盟国は同声明の内容を必ず考慮しなければならないことになる。具体的には、ある国内法がデジタル形式での著作物の利用を複製権に含めない場合には、WCT1条4項が定める義務に違反することになる (REINBOTHE & LEWINSKI, *supra* note 70, at 44; LEWINSKI, *supra* note 19, at 451)。

この合意声明は、加盟国は、ベルヌ条約9条2項(および後述するWCT10条)の3 step testの各要件を充足する限りにおいて、デジタル形式での著作物の利用に関しても権利制限を設けることができるという旨を確認的に規定しているにすぎない。

権利制限に関するものとしてより重要となってくるのは、3 step testを規定するWCT10条に付された以下の合意声明である。

「第10条の規定は、締約国に対し、各国の国内法において、ベルヌ条約の下でも適用が許容されていた制限及び例外の適用を、デジタル環境についても適切に及ぼすことを許容するものと理解される。同様に、ベルヌ条約の関係規定及びWCT10条は、締約国がデジタル・ネットワーク環境において適切な新しい例外及び制限を設けることを、許容するものと理解されるべきである。

また、第10条(2)の規定は、ベルヌ条約が許容する制限及び例外の適用範囲を、縮小するものでも拡大するものでもない、と理解される<sup>513</sup>。」ウィーン条約法条約31条2項(a)によれば、「条約の締結に関連してすべての当事国の間でされた条約の関係合意」は、条約の解釈のための「文脈(context)」に該当する。解釈の補足手段とされる「条約の準備作業」とは異なり、「文脈」は、条約の解釈において条文の文言と直接的に関連付けられることになる。この点で、WCT10条に付された合意声明は、外交会議において全会一致で採択されたものであり、また、本体の条約と同様の手続に基づいて成立したものであるため、当該合意声明は条約解釈のための「文脈」に該当する。したがって、WCT10条に規定される3 step testの解釈を行う際には、当該合意声明の内容を、解釈のための重要な要素として考慮しなければならない<sup>514</sup>。

<sup>513</sup> Agreed Statements, Concerning Article 10.

<sup>514</sup> SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 106; RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 868; REINBOTHE & LEWINSKI, *supra* note 70, at 19. Ficsor も、1996年のWCTの外交会議における締約国の意思は、合意声明を条約本体の条文と同様の手続で作成することにより、できるだけ正式なものとしようとするものであったことを理由に、WCTの解釈において合意声明は強力かつ決定的な役割を果たすべきであると述べている(FICSOR, *supra* note 461, at 63)。

以下では、まず、この合意声明が規定されるに至った背景について検討を行う。この点は、合意声明が3 step testの解釈に与える影響を検討する上で重要となってくる。

WCT10条の交渉過程では、複数の国家により、保護水準の高まりに対する懸念が示された。当事国の間には、社会的に価値のある目的のための十分な息抜きの場所を確保すべきであるとの問題意識が存在しており、これが著作権の制限に関する交渉過程に大きな影響を与えたとされている<sup>515</sup>。まず、WCT10条の基礎となった基本提案12条の注記では、「保護水準の引上げが提案される場合には、権利保護と社会におけるその他の重要な価値とのバランスは当然保たれるべきである。これらの価値の中には、教育および学術研究に関する利益、図書館における情報の入手可能性に対する公衆のニーズ、通常の形式での情報を利用することができない障害者の利益等が含まれる。」ということが明らかにされていた<sup>516</sup>。

また、主要第1委員会の議論においても、デジタル環境において著作権の制限および例外が認められる範囲を一定程度維持すべきであるという見解が各国の代表により示されている。例えば、基本提案12条2項について、韓国は、同1項の内容を繰り返しているにすぎず、締約国に不当な負担を負わせるものであると指摘し、第2パラグラフを削除することを提案した。この提案はデンマークやシンガポール等の複数の代表団による支持を得た<sup>517</sup>。

さらに、1967年のストックホルム改正会議で規定された3 step testが今日のデジタル環境に適した基準ではなくなっているという指摘もなされている。デンマークは、3 step testは、写真複製技術の出現に対応することを念頭に1967年のストックホルム改正会議において規定されたもので

<sup>515</sup> SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 96-97.

<sup>516</sup> Basic Proposal, para. 12.09. もっとも、基本提案12条に付された注釈(12.08)では、同条は、締約国がベルヌ条約の下で伝統的に許容されていた制限および例外の適用を妨げることを意図するものではないとしつつも、他方で、同条約の交渉時点における各国の立法の中には、同提案の条件を充足していないものが存在していることは明らかであると指摘している。See, SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 96.

<sup>517</sup> Summary Minutes of Main Committee I, para 489.

あり、同テストがデジタル環境においても適切な条約規定であるかどうかは明らかではないとしている<sup>518</sup>。また、デンマークは、同委員会で議論されている新しいルールが、教育、科学研究、図書館の活動、視覚障害者の利益等の社会のために必要不可欠な分野における既存の例外を拘束するものになってしまうことを問題視していた。このような問題意識に基づき、デンマークは、上記の目的のための制限および例外の必要性および重要性を明らかにするための合意声明を採択することを提案している。シンガポールも、ベルヌ条約9条2項から取り入れられた3 step test は、当初は複製権にのみ適用されていた規定であり、ゆえに限定的な影響を有しているにすぎなかったが、著作権の保護水準が拡張される一方で、権利の制限および例外の範囲は限定的であるという現状においては、同テストは著作権法におけるバランスを図るといふ条約の目的に整合的ではないとしている<sup>519</sup>。アメリカ合衆国も、基本提案12条は、締約国に対し、ベルヌ条約の下で適用が許容されていた制限および例外を、デジタル環境についても適切に及ぼすことを許容し、また、デジタル・ネットワーク環境において適切な新しい例外および制限を設けることを許容するものと理解されるべきであると主張している<sup>520</sup>。保護水準の強化を唱えていたアメリカが、デジタル環境における権利制限の重要性を主張するようになったのは、前述したように、著作権の保護強化に反対する国内の団体および論者らが同国政府に対して行ったロビイングの成果によるものであると言えよう。

これまで検討してきたWCTの交渉過程から明らかになったことは、締

<sup>518</sup> *Id.*

<sup>519</sup> また、シンガポールの交渉担当者は、第2パラグラフにより権利制限の範囲が狭められる可能性がある規定として、ベルヌ条約の2条4項、2条8項、2条の2第1項、10条1項、10条の2第1項、同2項、11条の2第2項をあげている。また、第2パラグラフは、ベルヌ条約に整合的でない条約を締結することを禁止するベルヌ条約20条に反するものである、と指摘している (*Id. para 492*)。

<sup>520</sup> もっとも、主要第1同委員会の議長は、WCT10条は、ベルヌ条約の下で許容されていなかった制限を新たに導入することを可能にするものではないとの見解を述べている。また、同議長は、同条が、ベルヌ条約に規定されている権利に関して新たな権利制限を導入する可能性を認めていると考えることは、法的に不可能であるとも述べている (*Id. para 514*)。

約国の多くが、著作権保護を強化ないし拡張する傾向がパブリック・ドメインや公衆の利益に与える影響を問題視していたということである。各国の抱いたこのような問題意識が、最終的に、同条約において3 step test を規定する10条に付された合意声明という形で具体化されたと考えることができる。同声明は、権利の制限および例外について、同条約を動的かつ柔軟に解釈することにより、デジタル環境において新たな制限を導入するために一定の裁量を加盟国に残すべきとの要請を明らかにしているのである<sup>521</sup>。

では、合意声明の存在は、3 step test の解釈にどのような影響を及ぼすのだろうか。Ricketson & Ginsburgによれば、まず、同合意声明は、「ベルヌ条約の下でも適用が許容されていた制限及び例外の適用」に関するものであるため、10条1項が対象としているWCTで新たに認められた排他権に対する制限および例外の解釈には直接的な影響を及ぼさない<sup>522</sup>。次に、合意声明の第2パラグラフの文言から明らかなように、同声明は、ベルヌ条約の下で認められた制限および例外の範囲を変更するものではない。1996年の外交会議でなされた議論の中にも、起草者のこのような意思を読み取ることができる。すなわち、当時の国内法において設けられていた制限および例外の中には、ベルヌ条約の個別の権利制限規定あるいは小留保によって許容されるものの、3 step test の各要件を充足しないものが存在しているという認識が示されていた。基本提案は、3 step test に整合的でない既存の制限および例外を修正する必要があるということ述べていたが、各国による支持を得られなかった。最終的には、ベルヌ条約で認められる制限および例外の範囲を変更するものではないということが同声明の第2パラグラフにおいて規定された。したがって、WCTの加盟国は、国内法に規定されている制限および例外がベルヌ条約の下で許容されるものである限り、仮に当該制限がWCT10条2項の3 step test に整合的でないとしても、WCTの義務違反を問われることはないということになる<sup>523</sup>。

次に、合意声明は、ベルヌ条約の下で適用が「許容されていた

<sup>521</sup> Bechtold, *supra* note 114.

<sup>522</sup> RICKETSON & GINSBURG, *supra* note 23, at 870.

<sup>523</sup> *Id.*

(acceptable) 制限および例外を、デジタル環境にも「適切に (appropriate)」及ぼすことができるとしている。では、「許容されていた」および「適切に」という要件は具体的にどのような意味を有しているのだろうか。Ricketson & Ginsburg によれば、「許容されていた」という文言は、ベルヌ条約上の要件を満たす制限および例外を指していると考えられるが、「適切に」という文言の意味は、必ずしも明らかではない。問題となるのは、既存の制限および例外をデジタル環境に適用した結果、ベルヌ条約の各要件は充足しているが、3 step test に整合的ではないという場合である。10条2項を単体として見るならば、このような場合に同項の 3 step test が追加的に適用されることになると理解することができるかもしれないが、その場合、ベルヌ条約で認められていた制限および例外がデジタル環境において狭められることになってしまい、合意声明の第2パラグラフに反することになってしまう。合意声明第2パラグラフは、この可能性を明確に排除するという意義を有していることになる<sup>524</sup>。

最後に、合意声明は、デジタル・ネットワーク環境において適切な新しい例外および制限を設けることを認めているが、具体的にいかなる範囲で新たに制限を設けることができるのだろうか。Ricketson & Ginsburg は、ベルヌ条約の枠組みを超えて新たな制限および例外を設けることを認めるものであると理解することは、WCT 10条2項で認められる制限の範囲を拡張しすぎていると述べている<sup>525</sup>。その上で、唯一可能性があるとするれば、小留保の範囲内で新たな制限を設けるという場合であるが、この場合でも、小留保の下で認められる制限は、3 step test の要件よりも限定的な些細な利用 (*de minimis use*) に限られるため、3 step test が機能する場面はないであろうと述べている。そして、WCT の下で新たな制限を設けるのであれば、明示的な条約規定に基づく必要があると指摘する<sup>526</sup>。Reinbothe & Lewinski も、WCT 10条2項に基づいて 3 step test が適用される場合には、それは新たな制限および例外を取り入れるものでもなければ、それらを新

たに作り出すことを認めるものではないとしている<sup>527</sup>。

他方で、この合意声明により積極的な意義を見出そうとする見解も存在している。例えば、Correa は、WCT 10条は、TRIPs 協定13条の 3 step test が、ベルヌ条約の下で許容されていた権利制限を満たすべき追加的な要件を定めていることを裏付けるものとして理解されてきたが、合意声明は、当事国の意図がそのようなやり方で権利制限の認められる範囲を限定するものではなかったということを明示している<sup>528</sup>。同声明がベルヌ条約の精神および範囲と密接に関連しているということは明らかであり、ゆえに、同条を、潜在的に広範囲に及ぶ制限を新たに導入する自由裁量を与えたものと理解することはできない。それにもかかわらず、同声明は、権利制限の範囲が一定の広がりを持つ旨を示しており、そのことは、両条約の前文において、「著作者の権利と特に教育、研究及び情報の入手のような広範な公共の利益との間の均衡を保つ必要があること」に言及していることから裏付けられる。このように、同合意声明は、加盟国に対して、ベルヌ条約の下で認められる制限または例外をデジタル環境に拡張させること、および、デジタル・ネットワーク環境に相応しい新たな制限または例外を導入することを認めるべきとしている<sup>529</sup>。

また、Christophe Geiger は、当該合意声明について、加盟国は 3 step test が過度に重視され、硬直的に適用されることを回避しようとしたことは明らかであると述べた上で、加盟国の文化政策の目的を考慮し、3 step test の第2ステップを規範的に解釈することにより、各国の立法者が将来新たに権利制限を設けるための裁量を残すことが、合意声明の内容に整合的な解釈手法であると指摘している<sup>530</sup>。Samuelson は、同合意声明は、国際著作

<sup>527</sup> REINBOTHE & LEWINSKI, *supra* note 70, at 132.

<sup>528</sup> CORREA, *supra* note 215, at 143.

<sup>529</sup> Myra Tawfik, *International Copyright Law: W[h]ither User Rights?*, in IN THE PUBLIC INTEREST: THE FUTURE OF CANADIAN COPYRIGHT LAW 81 (Michael Geist ed., 2005), available at <http://www.irwinlaw.com/store/product/120/in-the-public-interest>.

<sup>530</sup> Christophe Geiger (安藤和宏訳)「情報化社会に対する著作権法の適応におけるスリーステップテストの役割(1)」知的財産法政策学研究27号107・110・118頁(2010年)[同論文は、Geiger, *supra* note 107 の翻訳である]。

<sup>524</sup> *Id.* at 871.

<sup>525</sup> *Id.* at 872.

<sup>526</sup> *Id.*

権法における主要な発展であり、著作権の国際的保護についての考え方が、知識の促進といった伝統的な目的から、貿易に基礎付けられた目的へと転換している傾向を踏まえると、WCTは国際著作権法における時宜を得た修正であると述べている<sup>531</sup>。そして、合意声明は、フェア・ユースをはじめとする既存の権利制限を維持することを認めたものであると指摘している。

さらに、Senftleben は、合意声明は、既存の制限をデジタル環境に適応させることを制限するためだけではなく、新たな制限の発展を導くものとして 3 step test を機能させることを求めているという点を強調している<sup>532</sup>。その上で、Senftleben は、3 step test の 3 要件は、今後新たに設けられる制限の範囲を定めるものであり、その解釈においては、WCT の前文に示されている趣旨が十分に反映されなければならないと述べている<sup>533</sup>。Annette Kur も、WCT 10条の合意声明では、3 step test が動的かつ柔軟な手法で解釈される必要がある旨が強調されており、加えて、WCT の前文が、「著作者の権利と特に教育、研究及び情報の入手のような広範な公共の利益との間の均衡を保つ必要があること」に言及していることを根拠に、3 step test には一定の柔軟性が存在していると述べている。その上で、Kur は、WCT に規定されている 3 step test は、政策的観点を無視して解釈することは不可能であり、関係する様々な利益のバランスを包括的に図るものでなければならないと主張している<sup>534</sup>。

WCT および WPPT は、ベルヌ条約と同様に実効的なエンフォースメント制度を有していないため、WCT 10条の 3 step test の解釈が、TRIPs 協定 13条のように紛争解決手続において争われる可能性は低い。もっとも、TRIPs 協定 13条の 3 step test の解釈において、WCT 10条および合意声明が

<sup>531</sup> Samuelson, *supra* note 477, at 409.

<sup>532</sup> SENFTLEBEN, *supra* note 9, at 98.

<sup>533</sup> *Id.*

<sup>534</sup> Annette Kur, *Limitations and exceptions under the three-step test – how much room to walk the middle ground?*, in *INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN A FAIR WORLD TRADE SYSTEM: PROPOSALS FOR REFORM OF TRIPs* 208, 254 (Annett Kur & Marianne Levin eds., 2011).

何らかの形で考慮に入れられる可能性がある（この点については、後述する）。また、WCT および WPPT におけるエンフォースメントの不完全さを補うことを目的として、アメリカ合衆国が主導する近時の FTA には、WCT および WPPT の最低保護水準を義務付ける規定が含まれることがあり、FTA の義務違反という形で、実質的には WCT および WPPT の義務違反の責任が追求される可能性がある<sup>535</sup>。

## 5. 小括

ベルヌ条約 9 条 2 項に端を発した 3 step test は、当初、複製権のみを対象とするものであった。ところが、その後の TRIPs 協定、WIPO 著作権条約、WIPO 実演・レコード条約を経て、その射程は著作権一般および著作権隣接権にまで及ぶようになっていく。

3 step test は、その適用領域が拡大される一方で、問題点も指摘されている。すなわち、同テストを文言に忠実に解釈した場合には、許容される権利制限の範囲が限定的なものとなり、結果として、権利者寄りの結論が導かれてしまうというものである。

本章では第 1 に、3 step test のこのような性質を理解するためにも、3 step test の原型を形作ったベルヌ条約 9 条 2 項の起草過程を参照する必要があるということを指摘した。ベルヌ条約 9 条は、1 項で複製権を規定し、他方、2 項では、「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構造を有しているが、これは、写真複写等の技術の発展によって著作物の複製が大量に行われるおそれに対応するために採用されたものである。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、著作者の権利を損なうおそれがない特別な場合を除き、権利制限が認められる範囲を限定するための国際的枠組みを構築することが、極めて重要な意義を有していたものと言え

<sup>535</sup> LEWINSKI, *supra* note 19, at 496. なお、3 step test と FTA の関係については、第 IV 章 3 部（拙稿『著作権法における権利制限規定の解釈と 3 step test (3)・(4)―厳格解釈から柔軟な解釈へ―』知的財産法政策学研究 30号・31号 (2010年)）を参照。

よう<sup>536</sup>。

第2に、上述した 3 step test の性質は、ストックホルム改正会議が行われた1960年代後半の技術環境および経済状況を色濃く反映しているという点を明らかにした。当時の著作物は主に一次市場において利用されていたため、当該著作物の市場を把握することが容易であった。そのため、現在と比較すると、第三者は、それらの一次市場に抵触する場合を除いて、著作物の利用について特定の利益を有していなかったものと考えられる。また、利用の態様がある主要な利用形態に限定されていたため、原則的に、関連市場における様々な利益を考慮する必要性が高くなかった。そのような環境下では、3 step test を多様な利益のバランスを図るツールとして機能させることは求められていなかった<sup>537</sup>。3 step test が権利者寄りの性質を有しているのは、主にこれら2つの事情によるものであると考えることができる。

ところが、後述するように、現在の著作物の創作・利用環境は、ストックホルム改正会議の当時とは大きく異なっている。デジタル技術やインターネットの発展により、著作物の創作および利用の態様が多様化した結果、著作物の利用者と著作権法との関係性がより密接なものとなっている。また、現在、著作物は、一次市場だけではなく、派生的市場やアフター・マーケットなどにおいても利用されるようになってきている。そこでは、権利者以外の利益をも考慮に入れる必要が高まっている。このような環境の変化に鑑みると、3 step test を従来の環境を念頭に置いたやり方ではなく、現在の環境に適合した手法で解釈する必要が高まっているとすることができるかもしれない<sup>538</sup>。とりわけ、著作者以外の第三者や公衆の利益を考慮に入れるために、3 step test の有する柔軟性を活用することが望ましいと考えられるようになってきている<sup>539</sup>。

第3に、3 step test を解釈する際には、国際条約の政策形成過程という観点から考慮に入れる必要があるとされている。著作権の国際的な保護水準

が、TRIPs 協定や WCT および WPPT、自由貿易協定によって高められた一方で、権利制限に関する 3 step test は、(WCT 10条に付された合意声明を例外とすると) ストックホルム改正会議において初めて規定された当時の文言がほぼそのままの形で残されている。このように権利制限の範囲を広げることなく、保護水準が一方的に高められているという状況は、TRIPs 協定や WCT (および WPPT)、自由貿易協定といった著作権の国際的保護に関する政策形成過程における、著作権産業をはじめとする権利者団体によるロビイングの影響を反映していると考えられることができる。これに対して、著作物を利用する者の利益は、国際的な政策形成過程に必ずしも十分に反映されてこなかった。3 step test の発展の段階に、このような政策形成過程の歪みが反映されているのであれば、同テストを解釈するには政策形成過程の歪みを補正するという観点が必要であると言えることができるかもしれない。

第4に、条約義務のエンフォースメントに関して、ベルヌ条約には、条約上の義務の履行確保のための手段が存在しておらず、3 step test の解釈は事実上各国の裁量に委ねられていた。しかし、WTO の枠組みの中に位置付けられる TRIPs 協定は、実効的な紛争解決手続を備えており、加盟国の法制度が 3 step test に整合的であるか否かが、現実の紛争解決手続において問題とされるようになってきている。さらに、3 step test は、権利を制限する際の原則を規定したものすぎず、その要件も極めて抽象的である。そのため、これまでは、同条約の義務は各国の立法者に課せられているのであって、3 step test が国内裁判所における裁判規範として用いられることは一般的ではなかった<sup>540</sup>。ところが、EC 情報社会指令に 3 step test が規定されたことや、FTA に 3 step test に関する条項が設けられたことなどにより、同テストを国内法に導入する国が増加したため、3 step test は国内法の権利制限規定の解釈基準としても用いられるようになり、実際に、各国の裁判官が自国の権利制限規定が 3 step test に整合的であるか否かを判断しなければならないという状況が生じている。そして、このことが、3 step test に内在する問題をさらに大きくしているのである。

もっとも、WCT について検討したように、近時、上述した国際的な著

<sup>536</sup> Kur, *supra* note 173, at 332.

<sup>537</sup> Westkamp, *supra* note 92, at 8-9.

<sup>538</sup> *Id.*

<sup>539</sup> Kur, *supra* note 173, at 333.

<sup>540</sup> Koelman, *supra* note 118, at 407-08.

著作権の保護水準の一方的な上昇を修正しようとする傾向が見受けられるようになってきている。WCT の前文には、著作権者の利益とその他の利益のバランスを図る必要性が明記されており、また、WIPO 著作権条約10条に付された合意声明の存在は、デジタル技術やインターネットに対応するために新たな権利制限を設けることについて、加盟国の立法者に一定の裁量が残されるべきであるということを示している。同声明によれば、3 step test は、既存の権利制限をデジタル環境に対応させるため調整をコントロールするだけでなく、新たな権利制限を発展させる際のガイドラインとして機能することが期待されている。

学説においても、TRIPs 協定等の枠組みを通じて行われてきた知的財産保護のハーモナイゼーションの傾向とは反対に、各国法制度の多様性を確保し、また、国際条約で規定される保護範囲に制限を課すことにより、各国が自国の必要性、利益、目的にあった保護水準を設定することができるようにすべきであるという見解が示されている<sup>541</sup>。その際には、TRIPs 協定で決着を見なかった分野（本稿との関係では著作権の権利制限）に残された柔軟性を活用することにより、各国の自律性を確保すべきであると主張されている。

以上の問題意識は今日では多くの論者によって共有されるようになってきており、多くの論者が、3 step test を解釈するにあたっては、同テストの文言に従って権利制限を厳格に判断するのではなく、文言の抽象性および柔軟性を活用して、著作物へのアクセスなどの公の利益を確保するような解釈を行うべきであると主張している。その一例として、複数の研究者等によってまとめられたマックス・プランク研究所の 3 step test に関する「宣言」<sup>542</sup>は、まさにこのような方向で、同テストの柔軟な解釈を提唱

<sup>541</sup> Yu, *supra* note 134, at 397-98; Yu・前掲注(212) 8頁。

<sup>542</sup> Max Planck Institute for Intellectual Property, *Declaration on a Balanced Interpretation of the 'Three-Step Test' in Copyright Law*, 39 IIC 707 (2008) [hereinafter MPI Declaration]. See also, Christophe Geiger et al., *Towards a Balanced Interpretation of the 'Three-Step Test' in Copyright Law* [2008] EIPR 489. (なお、同宣言の邦語訳として、フェアユース研究会『著作権・フェアユースの最新動向—法改正への提言』(第一法規・2010年) [CD-ROM に収録]がある。)

するものである。同宣言は、国際条約には 3 step test が定められているが、不当に狭いあるいは制限的な解釈を禁ずる補完的なメカニズムが用意されていないため、同テストについて、権利の制限および例外について適切かつバランスのとれた適用を保障するような解釈がなされるべきであるとしている。また、3 step test の解釈はその目的に応じてなされるべきであり、権利の制限および例外は狭く解されるべきではないという立場を明らかにしている。

さらに、2011年8月にアメリカ合衆国のワシントン D.C. において多数の知的財産法研究者および実務家によって採択された「知的財産権および公衆の利益に関するワシントン宣言 (Washington Declaration on Intellectual Property and the Public Interest)<sup>543</sup>」では、知的財産権の制限および例外は、公衆が情報を社会的に価値のある様々な方法で利用することを可能にするという積極的な機能を有していると述べられている。知的財産権の拡張化に対抗することが重要となっているのにもかかわらず、権利の制限および例外は、各国の立法者が国内法に存在する柔軟性を活用することを制限するものへと国際条約の役割を変容させようとする試みによって、危機に瀕している。そのため、同宣言は、制限および例外の範囲を拡張または維持することの重要性を指摘した上で、各国の文化および経済の状況に適した権利の制限および例外を設けることについて、各国に多くの柔軟性を認めるような手法で国際条約は解釈されるべきであると主張している。

<sup>543</sup> The Global Congress on Intellectual Property and the Public Interest, *Washington Declaration on Intellectual Property and the Public Interest* (Aug. 25-27, 2011), available at <http://infojustice.org/public-events/global-congress>.