HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	スリーステップテストの再検討(1) ： 同テストの柔軟性をいかに各国著作権法において用いるか
Author(s)	Geiger, Christophe; Gervais, Daniel; Senftlenben, Martin; 佐藤, 豊; 林, 季陽; 黄, 駿升//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 48, 29-59
Issue Date	2016-09
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/63182
Type	bulletin (article)
File Information	48_02.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

連続企画：著作権法の将来像　その５

スリーステップテストの再検討(1)：同テストの柔軟性をいかに各国著作権法において用いるか*

Christophe GEIGER, Daniel GERVAIS*** and Martin SENFTLEBEN******

佐藤　豊・林　季陽・黄　駿升（訳）

目次

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

---

* 本稿の初期の草稿は2012年にAmerican University Washington College of Lawの情報の正義と知的財産に関するプログラムが主催して行われた研究会議において公表された。当該会議においては、Peter Jaszi教授、Michael Caroll教授、Sean Flynn教授をはじめとする参加者から有益なコメントをいただけたことに、著作者一同より感謝を申し上げたい。

** ストラスブール大学准教授、同大学国際知的財産研究センター（CEIPI）研究部門ディレクター及び統括ディレクター、ミュンヘン・マックス・プランク知的財産法・競争法研究所提携上席研究員。

*** ヴァンダービルト大学ロースクール教授、ヴァンダービルト知的財産プログラムディレクター。

**** アムステルダム自由大学教授、ハーグBird & Bird法律事務所オブ・カウンセル。

現在、著作権の制限や例外（以下、「権利制限等」という）の分野における柔軟性に関する論争においては、スリーステップテストは、国内法で柔軟な一般条項を採用する際の障害として提示されることがある。国内法において柔軟な著作権の制限の一般条項を採用することは、スリーステップテストのいくつかのバージョンに規定されている「特別の場合」との要件と相容れないと主張されるのである。しかし、同テストの基礎となる起草史や政策上の考察をより綿密に分析すると、必ずしも著作権の制限等において柔軟な立法を行うことが国際法に反するとの懸念が裏付けを伴ったものではないことが分かる。本稿は、以下の順序で、スリーステップテストそれ自体についての説明を加え、いかにスリーステップテストが、一般条項型の権利制限を可能とするかを解明する。第 1 章において、条約上のスリーステップテストの起草史を検討したうえで、スリーステップテストが、各国の政策立案者に対し経済的、社会的及び文化的な要請を満足させるための十分な余地を与える柔軟な調整手段を提供することを意図したものであったことを示す。第 2 章において、スリーステップテストの抽象的な基準を分析し、その柔軟な解釈が可能であることを明らかにする。第 3 章において、条約上のスリーステップテストはコモンローの著作権の伝統を含む多数の法体系に対応するように規定されたものであって、条約上のスリーステップテストが、フェアディーリングあるいはフェアユースのように柔軟性のある一般条項型の権利制限等を国内法で規定することは当然に許されないと想定することが矛盾をはらむものであることを指摘する。第 4 章では、国内法が、裁判所に対して条約上のスリーステップテストの抽象的な基準に基づき新たな利用行為の権利を認めるという方策を許容することで、スリーステップテストの柔軟性を維持できることを示す。最後に、第 5 章において、上記の分析をまとめ、国内法での一般条項型の権利制限等が条約上のスリーステップテストに反するものではないこと、それどころか、国内法で柔軟な権利制限等を制定しようとする各国の立法担当者に、条約上のスリーステップテストがその根拠を提供しうるものであることを提言する。

Ⅰ．スリーステップテストの登場

Ａ．ベルヌ条約におけるスリーステップテスト

スリーステップテストが国際的な著作権法においてはじめて登場したのは、ベルヌ条約９条２項である。それは、1967年のストックホルム改正会議において複製権が包括的な権利として正式に承認されることに対してバランスをとるためのものであった。複製権はストックホルム会議ではじめてベルヌ条約に加えられたものではなく、従前からさまざまな形態で同条約内に存在していた[1]。しかし、ストックホルム会議[2]において、「包括的な」複製権が観念されたということは事実であり、それに伴い複製権を制約する規定を規律する一般条項が必要とされたのである。数多くの選択

---

[1] 最も早い時期の公的な文書である、1883年12月３日のスイス政府から「すべての文明国の政府」に対して送付された通達では、「手始めに、一般的な理解として、以下の高尚な原則、いわば自然法の原則が宣言されたということが分かるのであれば、それは確実に大きな利点ということができる。“***文芸又は美術の著作物の著者が、国籍や複製の場所を問わず、すべての場所ですべての国の市民と同等の立場ででで保護されねばならない***”」と記載されていた。WORLD INTELLECTUAL PROP. ORG., BERNE CONVENTION CENTENARY 1886-1986, 83, 84 (1986)（以下、BERNE CONVENTION CENTENARY という）；文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約（以下、「ベルヌ条約」という）９条も参照（複数の「複製権」あるいはより正確には、より一般的な複製権の類型であって、以下のような特別な言及のなかに包摂されているもの。「いずれかの同盟国の新聞または定期刊行物において公表された連載小説、短編小説その他素材を問わずすべての文芸、学術または美術の著作物は、著作者の承諾なしには他の国において複製することができない」）；ベルヌ条約12条（「以下のことは本条約を適用すべき不法複製のなかに特に包括されるものとする：文芸または美術の著作物の許諾なしに間接の転用…演劇脚本との相互の変作…主要な変更、増補または省略なしかつ、新たな原著作物の性質が有しない著作物の複製」）；14条（「文芸、学術または美術著作物の著作者は、著作物を映画として複製し及び公に伝達することを許諾する排他的権利を享有する」と規定）.

[2] *See* RECORDS OF THE INTELLECTUAL PROPERTY CONFERENCE OF STOCKHOLM: JUNE 11 TO JULY 14, 1967 (1971)（以下、STOCKHOLM CONFERENCE という）（複製権についての過去の規律を詳述したうえで、新たに宣言を行っている）.

肢が検討の対象とされたうえで、妥結策として、スリーステップテストが合意された。大陸法諸国は、特定のリスト、いわば例外を列挙する手法を好んでいた。現在でも、フランス、ドイツ、オランダを例として多くの国の法律にその例をみることができる[3]。

他方、複製権の強制許諾を提案する国もあった（特にインドやルーマニア）。それらの国の提案は採択されなかったものの、4 年後（1971年）パリで開催された別の外交会議で、ベルヌ条約の附属書が採択された。その附属書は、主として書籍についての複製や翻訳に対する開発途上国による強制許諾を特に認めるものであった[4]。より一般条項的なテストに親和的な文言の提案をめぐって議論がなされた。スリーステップテストの最初のバージョンでは、「一定の個別の場合」であって「複製がその著作者の正当な利益に反しない」ものと規定していた[5]。その後、「特別の場合」であって「複製が当該著作物の通常の利用を妨げず、かつ、その著作者の正当な利益を不当に害しない」ものと置き換えられた[6]。興味深い言語間での意味のねじれを指摘しておかなければならない。今日でも、ベルヌ条約の各言語バージョン間の不一致がある場合、正文はフランス語バージョンである[7]。しかし、スリーステップテスト、特に第三ステップは、イギリスが英語で提出した文言を基礎とするものであり、それが正文であるフランス語に訳された後、さらに英語に訳されたのである。ストックホルム会議報告書は、「不当に害しない」という表現をフランス語へ翻訳することが困難であったことに言及している[8]。条約の起草者は「ne cause pas un préjudice injustifié,」という表現を選択した。その表現は、ある程度の不利益が正当化される余地があるように読める点で原義を僅かに変更するものであった。換言すれば、当初の英語バージョンは、***合理性***のテストを課している

---

[3] 前掲注 2・1144頁（複数の国から提案された例外を列挙する）。

[4] 前掲注 1・ベルヌ条約の附属書 2 条 1 項を参照。

[5] 前掲注 2・STOCKHOLM CONFERENCE 112頁。

[6] 前掲注 1・ベルヌ条約 9 条 2 項。

[7] 前掲注 1・ベルヌ条約37条 1 項 c を参照。

[8] 前掲注 2・STOCKHOLM CONFERENCE 1145頁（“*ne cause pas un préjudice injustifié*” との表現を決定している）を参照。

のに対し、フランス語バージョンの正文（解釈の不一致がある場合には正文として解釈されることになる）では、***正当化***のテストが課されている。この区別は潜在的に非常に重要な問題となる。すなわち、合理性は、量的に解釈されうるものであり、補償がなされることで不利益の水準が合理性が認められる程度にまで低められうることを示唆している。一方、正当化は、有効な規範的な根拠であって、権利制限等を導入する際にその基礎となる政策に基づくものであって、質的なテストにより近いものを要求しているようにみえる。

次の問題は、スリーステップテストが、実際に、***個別の判断が可能な***テストであるか否かということである。この問に対する答えは、条約の起草史から導かれるべきものであるが、完全な演繹は困難である。条約の起草史は、一般的には、議事録にある下記の一節に限られると理解されている。そこでは、スリーステップテストは順序立って適用されるものと考えられていた：

> 委員会は、第一の条件の前に第二の条件を置くという起草委員会の提案を採択した。それによって、当該規定の解釈に、より論理的な順次が与えられるからである。複製が著作物の通常の利用と抵触すると考えられる場合には、複製は一切認められない。複製が著作物の通常の利用と抵触しない場合には、次のステップとして著作物の正当な利益を不当に害しないか否かが考慮されることになる。このような状態にない場合においてのみ、特別の場合に強制許諾を導入し、あるいは無償での著作物の利用を規定することが可能となる。実例としては、さまざまな目的でのコピーが挙げられよう。大量の複製物を生産する場合には、著作物の通常の利用に抵触することとなり、複製は許されないことになろう。企業の内部において使用する目的で、かなりの数の複製物を作成する場合には、国内法に従い相応の報酬が支払われる限りにおいて、著作者の正当な利益を不当に害するものと評価されない余地もあろう。少数の複製物が作成されるに止まる場合、特に個人ま

たは学術的使用を目的とするものについては、報酬の支払いなく複写が認められることになろう[9]。

しかしながら、より子細に分析する場合には、この議事録で示唆されている***分析の過程***と、***規範的な本文***とは区別できることが分かる。順次性と可分性とはこの文脈において同義ではない。これらのステップが順序に従い解釈される余地のあるもの――そして、特定の場合にはそのうちの一つが他のものに比してより直接的に適用されることが予定されている――ものではあるが、見逃してはならないのは、スリーステップテストは、分解可能なものではあるが、全体として単一のひと纏りのものであって、その究極の目的は適切なバランスを実現するところにあるということである。たとえば、権利者に対して不利益を与えるとの不合理性の推定は、適切な事案においては、補償がなされることで覆される可能性のあるものである。従って、順序に従いスリーステップテストを適用するということは、第三ステップの適用が、第二ステップが充足されない場合に、排斥されなければならないということを意味するものではない[10]。

1967年に登場したスリーステップテストのもう一つの特徴は、これが***各国の立法担当者への指針となるもの***として位置付けられていたということである。この点、つまり、このテストの位置取りは、その解釈のために必要不可欠な事項である。「特別な場合」との概念は、各国の立法担当者への指針として捉えるのであれば、権利制限にかかる***ルール***が、その範囲が限定されているか、あるいは、特別の目的を有していると定義しうる意味で、特別なものでなければならないということを意味している[11]。した

---

[9] 前掲注2・STOCKHOLM CONFERENCE 1145-1146頁。

[10] 後述する本稿第2章Bの議論を参照（ベルヌ条約の起草史はスリーステップテストの解釈のための資料の一つにすぎない旨、及び他の条約のいかなる改正の文脈もそれぞれの理論的根拠や経緯を有するものであって、そうした文脈もスリーステップテストの解釈にあたり同様に斟酌される必要がある旨を指摘する）。

[11] 本稿第2章Bでの議論（二つのWTO紛争解決パネルが前者の観点を採用したことを指摘）と、SAM RICKETSON & JANE GINSBURG, INTERNATIONAL COPYRIGHT AND NEIGHBOURING RIGHTS: THE BERNE CONVENTION AND BEYOND 764 (2006)（以下、

がって、スリーステップテストは、例外をルールとして判断することを予定しているものであって、特定の著作者や著作物、利用者を前提とする特定の事例に対する適用の可否を判断するものではないのである。

スリーステップテストの国際知的財産法における以降の展開は、いまやかなりよく知られている。スリーステップテストは知的所有権の貿易関連の側面に関する協定（「TRIPS協定」）の四つの条項（９、13、26.2及び30条）で採用され[12]、17条の起草過程に影響を与えた[13]。また、著作権に関する世界知的所有権機関（“WIPO”）著作権条約（1996年12月20日）の10条１項及び２項、WIPO実演・レコード条約（1996年12月20日）の16条２項、視聴覚的実演に関する北京条約（2012年６月24日）の13条２項、並びに視覚障害者等の発行された著作物へのアクセスを促進するためのマラケシュ条約（2013年６月27日）の11条にも組み入れられた。さらに、複数のEU指令[14]、多数の貿易協定や国内法に導入されている[15]。

興味深いことは、スリーステップテストの文言は、それがどこかに新しく現れる度に文言を違えており、ときとして、それが重要な変化となるということである。たとえば、TRIPS協定26条(2)と30条では、「特別な」が「限定的な」と書き換えられ、13条は、「著作者」は「権利者」と改められ

RICKETSON & GINSBURG, INTERNATIONAL COPYRIGHTという）（旧版では後者の観点を擁護していたが、新版は異なるアプローチを採用）とを比較されたい。

[12] 知的所有権の貿易関連の側面に関する協定、９、13、26.2、30条、1994年４月15日、U.N.T.S. 299, 33 I.L.M. 1197 (1994)（以下、「TRIPS協定」という）。

[13] 前掲注１・ベルヌ条約９、13、26.2、27、30条を参照。

[14] 例として、理事会指令2012/28, 2012 O.J.（L 299）20（EU）（例外と制限は「著作物の通常の利用に反しない特別な場合」にのみ適用されるべきことを指摘）；理事会指令2001/29, art. 5, 2001 O.J.（L 167）17（EC）；理事会指令96/9, art. 6.3, 1996 O.J.（L 77）（EC）（類似の文言を採用）；理事会指令91/250, art. 9.1, 1991 O.J.（L 122）（EEC）を参照。

[15] 例として、オーストラリア1968年著作権法sch 6, pt 3, 200AB(1)(d)（「著作権者の正当な利益を不当に害さない利用」の場合に著作権侵害を否定）; Free Trade Agreement, Department of Foreign Affairs and Trade, U.S.-Austl., art. 17.4(10) (a), Nov. 6, 2004, http://www.dfat.gov.au/fta/ausfta/final-text/chapter_17.html（限定的な例外を許容）を参照。

た（あたかも著作物を利用するメディアの企業が常に著作者の利益と併存する利益を有するかのように）。TRIPS協定でスリーステップテストが具体化された二つの箇所（26条(2)と30条）[16]では、***第三者の正当な利益***が第3ステップに加えられた。これは間違いなく重大な変更といえよう。スリーステップテストを扱うWTO紛争解決パネルレポートで指摘されたように[17]、この変更により、第3ステップの規範的な均衡状態が変化するように思われる。著作物を利用する者の利益が必ずしも権利者のそれと同じ***性***

---

[16] TRIPS協定26.2条（産業上のデザインの保護のため限定的な例外を設ける一方、第三者の正当な利益を考慮する）；同30条（限定的な例外を特許による独占権に与える一方、第三者の正当な利益を考慮する）を参照。

[17] *See generally* DANIEL GERVAIS, THE TRIPS AGREEMENT: DRAFTING HISTORY AND ANALYSIS 274-79 (4th ed. 2012)（以下、GERVAIS, THE TRIPS AGREEMENT という）（関連するWTO紛争解決事例を概説）; CARLOS M. CORREA, TRADE RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: A COMMENTARY ON THE TRIPS AGREEMENT 146-53 (2007); Martin Senftleben, *Towards a Horizontal Standard for Limiting Intellectual Property Rights? WTO Panel Reports Shed Light on the Three-Step Test in Copyright Law and Related Tests in Patent and Trademark Law*, 37 INT'L REV. INTELL. PROP. & COMPETITION L. 407, 407-08, 413-35 (2006)（以下、Senftleben, *Towards a Horizontal Standard* という）; Mihály Ficsor, *How Much of What? The Three-Step Test and Its Application in Two Recent WTO Dispute Settlement Cases*, REVUE INTERNATIONALE DU DROIT D'AUTEUR 111, 171-75 (2002)（以下、Ficsor, *How Much of What?* という）; Jo Oliver, *Copyright in the WTO: The Panel Decision on the Three-Step Test*, 25 COLUM. J.L. & ARTS 119, 147–69 (2002); David J. Brennan, *The Three-Step Test Frenzy: Why the TRIPS Panel Decision Might Be Considered Per Incuriam*, INTELL. PROP. Q. 212, 212–20 (2002); Jane Ginsburg, *Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the "Three-Step Test" for Copyright Exceptions*, REVUE INTERNATIONALE DU DROIT D'AUTEUR 3, 7–33 (Jan. 2001)（以下、Ginsburg, *Toward Supranational Copyright Law?* という）; P. Bernt Hugenholtz, *De Wettelijke Beperkingen Beperkt. De WTO Geeft de Driestappentoets Tanden*, AMI: TIJDSCHRIFT VOOR AUTEURS 49 (2000)（以下、Hugenholtz, *De Wettelijke Beperkingen Beperkt* という）; Christophe Geiger, *The Role of the Three-Step Test in the Adaptation of Copyright Law to the Information Society*, E-COPYRIGHT BULLETIN (Jan.–Mar. 2007)（以下、Geiger, *The Role of the Three-Step Test* という（訳者註：本誌27号（2010年）107～129頁及び28号（2010年）177～194頁の日本語訳（安藤和宏（訳））を併せて参照）.

質を有するものではないからである。このことからは、第三者の利益について何ら言及のない著作権法において、そうした第三者の利益が何らかの役割を果たすことができるのか、との疑問も生じる[18]。これらの本質的な説明のない草案の変更（スリーステップテストのオリジナル版である1967年の文言に変更が加えられた場合でも、その理由について説明がなされたり、記録が残されることは稀である）は政策担当者、紛争解決機関及び立法者が銘記しなければならないものである。

ここで、TRIPS協定がベルヌ条約のスリーステップテストを置き換えたことに言及しておこう。ベルヌ条約***自身の***スリーステップテストは、9条(2)を含むベルヌ条約自体がTRIPS協定に組み入れられたために、依然として適用される。本稿は、ベルヌ条約の制限等のシステムは、***同条約に存在している状態のまま***、TRIPS協定により変更されていないと考える。このことは、ベルヌ条約の別の条項により例外が認められている場合、さらに***追加的な条件として***スリーステップテストをクリアする必要がないことを意味する。例えば、有線放送（ベルヌ条約11の2条(2)に基づく強制実施権）及び録音（ベルヌ条約13条(1)）の分野での権利制限はそれ自体で完結する。この理はベルヌ条約における他の個別の権利制限等にも妥当する。例えば、時事の報道のための例外（ベルヌ条約10条(2)）は、いわゆる「報道の目的上正当な範囲内で」という当該条項独自の要件を課している[19]。ベルヌ条約のいくつかの権利制限等は、たとえば「公正な慣行」への合致、といった基準や制約をすでに内在している[20]。逆にいえば、本稿の立場では、TRIPS協定におけるスリーステップテストは新たな権利（TRIPS協定11条及び14.4条に規定される貸与権）や、ベルヌ条約に規定されていない個別の権利制限等、たとえば、いわゆる小留保のようなものに対して適用される[21]。いま一つの問題となるのは、TRIPS協定におけるス

---

[18] もちろん、権利制限は、第一義的には、ユーザーの利益のために設けられる傾向がある。

[19] 前掲注1・ベルヌ条約10条の2第2項。

[20] 前掲注1・ベルヌ条約10条1項（公正な慣行に従う著作の自由な利用を許すこと）。

[21] 一般論として、前掲注17・GERVAIS, THE TRIPS AGREEMENT 280-86頁（TRIPS協定に対するベルヌ条約の適用を議論する）を参照。

リーステップテストの解釈である。本稿第 2 章において述べるように、TRIPS 協定が独自の貿易に基づく文脈を有しているからである。

B．WIPO 著作権条約（WCT）におけるスリーステップテスト

WCT の前文にはこの分析を裏付ける記載がある。前文では、「ベルヌ条約に反映されているように、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」必要性が強調されている[22]。

スリーステップテストを国内法レベルにおける権利制限等の適用における柔軟な枠組みと捉える理解は、WIPO インターネット条約[23]、特に WCT 10条に関する合意声明において極めて明確に顕れている。曰く、

---

[22] WIPO 著作権条約（1996 年 12 月 20 日締結。2126 U.N.T.S. 121, 36 I.L.M. 65）前文; WIPO Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions, Geneva, Dec. 2–20, 1996, *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*, art. 12 n.12.09, WIPO Doc. CRNR/DC/4 (Aug. 30, 1996)（以下、WIPO Diplomatic Conference, *Basic Proposal* という）（前文に類似する文言におけるバランスの必要性に関して議論する）; H. Herman Jehoram, *Some Principles of Exceptions to Copyright*, *in* URHEBERRECHT GESTERN – HEUTE – MORGEN, FESTSCHRIFT FÜR ADOLF DIETZ ZUM 65. GEBURTSTAG, MÜNCHEN 382 (2001)（著作権の例外と制限に関する枠組みを分析する）; *accord* Sam Ricketson, *The Boundaries of Copyright: Its Proper E&Ls International Conventions and Treatie*, INTELL. PROP. Q. 56, 61 (1999)（以下、Ricketson, *The Boundaries of Copyright* という）; *see also* André Françon, *La Conference Diplomatique sur Certaines Question de Droit d'Auteur et de Droits Voisins*, 172 REVUE INTERNATIONALE DU DROIT D'AUTEUR 1, 2–3 (1997)（1996 年の WIPO 外交会議において採択された、文字的及び美術的著作物並びに実演及びレコードに関する二つの新たな複数国間の条約に関して議論する）.

[23] 前掲注22・WIPO 著作権条約の前文を参照（「ベルヌ条約に反映されているように、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均衡を保つ必要があることを認めて」）。実演及びレコードに関する世界知的所有権機関条約（WIPO 実演・レコード条約）の前文も参照。

> WCT10条は、ベルヌ条約の下で適用可能であるとされてきた国内法における権利制限規定を、デジタル環境においても適宜拡張して適用することを加盟国に認めるものである。同様に、これらの条項はデジタルネットワーク環境において適合する新たな権利制限規定を設けることを加盟国に認めるものである。10条(2)は、ベルヌ条約において認められる権利制限規定の適用範囲を狭めたり拡張したりするものではないことを併せて付言する[24]。

技術環境が変化する状況下で制限や例外の妥当性を確保すべきとの懸念が国際的なコミュニティにより表明されたことで、適切な権利制限等を創設する際の柔軟性の価値についての共通認識が示されたものと理解することができよう。事実、この点についてWCTに関する基本提案では以下のように述べられている。

> 高い水準の保護が提唱される場合、社会における他の重要な価値と保護との衡平を図る必要がある。そうした価値は教育、学術研究、図書館において一般大衆が情報を享受する必要性や障害のためにそのままの状態で情報源を用いることのできない者の利益に内在するものである[25]。

第一委員会の議事録のうち、WCTやWCCTの文脈における権利制限等に関して討議する部分は、こうした多数の重要な利用に関する特権を確保しようとする決意を反映している。たとえば、米国はfair useを条約違反と取り扱わないよう主張した[26]。また、デンマークは、問題とされている新

---

[24] 前掲注22・WIPO 著作権条約前文。

[25] 前掲注22・WIPO Diplomatic Conference, *Basic Proposal* 12条 n.12.09。

[26] *See* WIPO Diplomatic Conference on Certain Copyright and Neighboring Rights Questions, Geneva, Dec. 2–20, 1996, *Summary Minutes, Main Committee I*, para. 488, WIPO Doc. CRNR/DC/102 (Aug. 26, 1997)(以下、WIPO Diplomatic Conference, Aug. 26, 1997という)(草案が些細な部分で変更されることでデジタル化の場合への fair useの適用が妨げられることのないよう求めるもの).

しい規定が、社会に必要不可欠な分野における既存の権利制限等に「straight jacket（拘束衣）」を着せるものであってはならない旨述べた[27]。さらに、ベルヌ条約の下での権利制限等に対して、潜在的に新たな方法でスリーステップテストに服せしめることになるWCT条約10条(2)の草案に対しては、多くの国が反対した[28]。韓国は、断固としてパラグラフ２[29]を削除するようにと主張し、他の多数の国の賛同を得た[30]。たとえば、シンガポールは、パラグラフ２について、「著作権法のバランスを図るという所期の目的と矛盾し、総会により採択された制限と例外を狭め、保護を拡大するものである」[31]と論じている。

したがって、WCT10条に関する合意声明は、著作権法における適切なバランスを維持する必要性が明確に述べられた国際的な協議の結果として位置付けることができる。こうした背景に照らせば、WCT10条に規定されるスリーステップテストは将来的に現行の権利制限等を拡張するためのガイドラインであると同時に、デジタル環境下で新たな権利制限規定を創設することを可能にするものとして理解することができる（10条は「加盟国がデジタル環境下に適合する新たな権利制限規定を創設することを可能とするものと解釈される」）[32]。また、合意声明は、ベルヌ条約に基づく権利制限等の適法性を維持するものであって、この文脈におけるスリーステップテストの役割を変化させるものではない[33]。

---

[27] *See id.* para. 489（教育、研究、図書館、障害者に関して権利制限規定が必要とされる根拠が、デジタル化の文脈でのスリーステップテストによって脅かされることになりかねない旨主張するもの）.

[28] *See, e.g., id.*（デンマーク代表が反対を示すものとして）; *id.* para. 495（ニュージーランド代表が反対を示すものとして）; *id.* para. 497（スウェーデン代表が反対を示すものとして）.

[29] *See id.* para. 491（パラグラフ２が多くの制約を課すものであって、加盟国に過度な負担となりうるとの主張）.

[30] *See, e.g., id.* para. 493（ハンガリー）; *id.* para. 500（中国）.

[31] *See id.* para 492.

[32] 前掲注22・WIPO著作権条約161頁。

[33] 視覚障害者等の発行された著作物へのアクセスを促進するためのマラケシュ条約（Jun. 27, 2013, VIP/DC/8 Rev.）11条（ベルヌ条約、TRIPS協定、WIPO著作権条

Ⅱ. スリーステップテストの解釈

スリーステップテストの国際的なレベルでの導入の歴史的な背景を検討した結果、規定を広範で比較的曖昧に策定したがために、ベルヌ条約、TRIPS協定、そしてWCTやWPPTにおける交渉が成功したことが明らかとなった。それぞれの条約の交渉の時点で、米国のように、著作権制度におけるバランスの大部分を、開放的な一般条項によって「fair」であるとされる利用を認めることに依存する国が存在していた。他方で、多数の大陸法圏の国では、特定の権利制限等を限定列挙することで著作権法におけるバランスを図っていた。スリーステップテストが非制限的な規定ぶりであるために、一般条項を採用する国と個別条項の伝統を持つ国の双方が受け入れることのできる方法で権利制限等に関するデリケートな問題を解決することができたのである。

さまざまな国際条約にとり入れられた後、かなりの期間、スリーステップテストが耳目を集めることはなかった。各国国内法の立法に対してスリーステップテストがどの程度まで影響を与えるのかということについては、ほとんどが憶測の域を出るものではなかった。風向きが変わったのは、2000年6月15日のWTO紛争解決パネル[34]以来である。同パネルは、米国著作権法110条(5)(b)に関して、バーやレストランのような一定の営利を目的とする事業者が、特に「家庭用」オーディオ機器のみを用いて非演劇的な音楽著作物を使用する場合に、著作権者へのロイヤリティの支払いを要しない旨規定するものであり、TRIPS協定13条に規定されるスリーステッ

約及びそれらの条約についての合意声明の下で規定される権利制限規定を維持する)；前掲注22・WIPO著作権条約1条(1)(WIPO著作権条約はベルヌ条約20条の「特別の取極」であることを述べる)を参照; *see also* Report of the Panel, *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act*, para. 6.62, WT/DS160/R (June 15, 2000)(以下、Report of the Panel, *United States – Section 110(5)* という)(TRIPS協定9条(1)によりベルヌ条約の規定が取り込まれたことでベルヌ条約の下での法理が適用されるとする).

[34] *See* Report of the Panel, *United States – Section 110(5)*, *supra* note 33.

プのすべてに反するものであるとした[35]。これにより、スリーステップテストが真剣に取り組まれなければならないものであることが明らかとなった。事実、このようにパネルが解釈したことで、突如としてスリーステップテストが、著作権法と政策における利益の公正なバランスを図る際の、最重要とまではいえないものの、重要な課題の一つに躍り出たのである。

パネルの報告書について詳細に検討することは本稿の意図するところではないが、この紛争においてパネルが採用したアプローチが将来の事案においてあまりに機械的に適用されるのであれば、国内法の立法担当者がとりうる政策の余地が過度に狭められる事態に陥りかねない。以下では、スリーステップテストに規定される要件に関して異なる解釈を採用することで、別個の展望が開かれる可能性があることを述べることとしよう。

---

[35] *See, e.g.*, Senftleben, *Towards a Horizontal Standard*, *supra* note 17, at 413（13条が著作権法における権利と制限の適切なバランスを図る余地を残すものであるとする）; Ginsburg, *Toward Supranational Copyright Law?*, *supra* note 17, at 3–4（小売やレストランの事業者に対する権利制限を規定する「Music Licensing Act における Fairness」がいかにスリーステップテストに適合しえていないかを述べる）; André Lucas, *Le "Triple Test" de l'Article 13 de l'Accord ADPIC à la Lumière du Rapport du Groupe Spécial de l'OMC "Etats-Unis – Article 110 5) de la Loi sur le Droit d'Auteur"*, *in* URHEBERRECHT: GESTERN – HEUTE – MORGEN, FESTSCHRIFT FÜR ADOLF DIETZ ZUM 65. GEBURSTSTAG 423, 423–24 (Peter Ganea et al. eds., 2001)（以下、Lucas, *Le "Triple Test" de l'Article 13 de l'Accord ADPIC* という）（米国著作権法110条(5)(A)により禁止権から除外される著作物の伝達の類型を明示するとともに、パネルの判断を概観する）; Bettina Goldmann, *Victory for Songwriters in WTO: Music Royalties Dispute Between US and EU – Background of the Conflict Over the Extension of Copyright Homestyle Exemption*, 32 INT'L REV. INTELL. PROP. & COMPETITION L. 412, 412–13, 426–27 (2001)（パネルの報告を解説する）; *accord* Brennan, *supra* note 17, at 216; Hugenholtz, *De Wettelijke Beperkingen Beperkt*, *supra* note 17; Oliver, *supra* note 17, at 119, 139–69; *see also* Ficsor, *How Much of What?*, *supra* note 17, at 114（TRIPS 協定の射程に関して検討する）. *See generally* Yves Gaubiac, *Les Exceptions au Droit d'Auteur: Un Nouvel Avenir*, COMMUNICATION COMMERCE ELECTRONIQUE, June 2001, at 1（パネルの結論やそこでなされた提言の含意について検討する）; 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 (2009)（スリーステップテストのより柔軟な解釈を提言する）.

A．米国著作権法110条(5)事件におけるWTOパネルによる解釈

当該紛争解決パネルによれば、スリーステップテストの一番目の条件、すなわち「特別の場合について」あるいは「制限された」例外[36]という要件は、国内法における例外または制限が明確に定義されねばならないこと(「一定の（certain)」という要件に対応する)、そして当該例外または制限が個別のあるいは限定的な適用範囲や目的を有すること（「特別な(special)」という要件に対応する）を意味する[37]。WTOパネルは「一定の(certain)」と「特別な（special)」との文言を明確に区別する。WTOパネルは「一定の（certain)」との文言を、権利制限が明確に定義されねばならないことを意味するものとしつつ、「権利制限の適用を受ける可能性がある事案を逐一すべて明確に特定する必要はなく、例外の範囲が分かり、個別化されていれば足りる」とした[38]。事件の主たる争点において、WTOパネルは「一定の（certain)」という文言を、十分な法的安定性を担保するものであるとみなしたのである[39]。

「特別な（special)」という文言に関しては、WTOパネルは、そこから、権利制限等は***質的な意味でも量的な意味でも狭い範囲に止まるもの***でなければならない旨の追加的な要件を導き出した[40]。WTOパネルはこの二重の要件を「対象や範囲」の狭小性と概括している[41]。米国著作権法110条(5)の事業者に対する例外及び家庭内利用における例外に対する具体的な適用からすると、WTOパネルの理解に従えば、とりわけ潜在的な受益者の

---

[36] 前掲注１・ベルヌ条約９条２項（「certain」という用語を使う）とTRIPS協定13条（同じ)、同協定17条（「certain」という用語の代わりに、「limited」という言葉を用いる)、26条２項（同じ）及び30条（同じ）を比較せよ。

[37] Report of the Panel, *United States – Section 110(5)*, *supra* note 33, para. 6.108.

[38] *Id.*

[39] *See id.* para. 6.145（たとえば、「家庭用装置」という用語が十分に明確であり、詳細な技術的な仕様の特定は不要である旨を説く).

[40] *Id.* para. 6.109; *See also* Lucas, *Le "Triple Test" de l'Article 13 de l'Accord*, *supra* note 35, at 430（十分に堅固な運用を確保するため、特別という要件の質的な観点と量的な観点の組み合わせを強く主張する).

[41] *See* Report of the Panel, *United States – Section 110(5)*, *supra* note 33, para. 6.112.

数が十分に限定されていることが、特別性の要件の量的な側面を満足するために必要とされるということになる[42]。質的な側面に関して、WTOパネルは、問題となる権利制限等の導入の基底にある政策目的の正当性を斟酌することをあえて回避した[43]。WTOパネルの理解によれば「特別の」との要件の質的な側面は、権利制限がTRIPS協定13条の下で特別の目的を伴う必要があるということを意味するものではない[44]。その代わりに、WTOパネルは、権利制限等により影響を受ける著作物の類型や権利制限の適用を受けられる要件といった、概念上の質的な問題を提起したのである。

スリーステップテストの第二のステップは、潜在的に、権利制限を新設する国内立法に対する制約を相当程度、増加させる可能性を有している。このステップは、著作物の「通常の利用」との抵触を禁じるものである。米国著作権法110条(5)に関するパネル報告書では、「通常の利用」に関する基準につき、権利者に対し***現在の利益をもたらしている***利用形態とともに、***将来おそらくは相当の重要性を有することになるであろう***利用形態についての考慮を包含するものとされた[45]。理解しうる解釈はあるものの、一定のリスクをはらむものであることは否めない。まず、この解釈は、***現状***の維持が強要され、条文の文言解釈からは外れるが、その趣旨に鑑みれば演繹可能な新たな状況に対して既存の権利制限を拡張適用することを妨げることになりかねない。他方で、将来の利用形態を斟酌することは、技術の進歩により、以前は捕捉することができなかった使用を捕捉することが可能となり、新たな利用形態が可能となる度に、権利制限の政策的な

---

[42] *See id.* paras. 6.127, 6.143（アメリカのレストランに関する懸念を斟酌しながらも、この制限が差し引きで正の影響をもたらすものであると帰結する）.

[43] *See id.* para. 6.111（国内法令の主観的な目的に対する調査を拒絶する）.

[44] *See id.* para. 6.112（「制限や例外が、その基底にある正当性が、規範的な意味において理解することができないような特別な目的を追い求めるものであったとしても、当該制限や例外は、第一の要件に矛盾しないとされる可能性がある。」）; *see also* Ginsburg, *Toward Supranational Copyright Law?*, *supra* note 17, at 13（TRIPS協定13条はベルヌ条約における例外を明確化するものであって、拡張するものではないというパネルの立場を指摘する）; Ricketson, *The Boundaries of Copyright*, *supra* note 22, at 31（TRIPS協定13条には、公共政策による正当化理由を必要としないと説明する）.

[45] *See* Report of the panel, *United States – Section 110(5)*, *supra* note 33, at 6.180.

選択の余地を狭めるリスクをはらむ[46]。権利者らが技術的保護手段を用いて著作物の利用を捕捉する可能性を斟酌すれば、最終的に、デジタル環境下での権利制限がより一層制約されうるものとなりかねない[47]。

対照的に、スリーステップテストの第三ステップは、競合する利益のバランスを図る際に相当の柔軟性を提供するものである。第三ステップは、権利制限が「著作者」（ベルヌ条約及びWCT条約[48]）あるいは「権利者」（TRIPS協定[49]）の「正統な利益を不当に害する」ものであるか否かを問うものである。この最後のステップでは、著作者と権利者が有するあらゆる潜在的な利益が斟酌の対象となるというわけではない。***正統な***利益のみが、この要件の判断の方程式に組み入れられることになる。そうした正当性は文脈に依存する。さらに、正統な利益を害するものであれば何でも関係するというわけでもない。***不当に***害するもののみが、許されないものとなる。したがって、第三ステップは、それ自身を洗練精緻された比例テストへと

---

[46] *See* Mireille Buydens & Séverine Dusollier, *Les Exceptions au Droit d'Auteur dans l'Environnement Numérique: Évolutions Dangereuses*, 9 COMMUNICATION COMMERCE ÉLECTRONIQUE 10, 13 (2001)（パネルによる「通常の利用」に関する解釈の下では、特別の使用を支配する新たな技術的手段により、新たな例外の創設を妨げる可能性がほとんどないことを主張する）; Ginsburg, *Toward Supranational Copyright Law?*, *supra* note 17, at 48（「権利者が利益のある集合システムを実施する場合、トレーニング目的あるいはパロディのような伝統的な自由利用が通常の利用とみなされる」リスクを強調する）.

[47] *See* Buydens & Dusollier, *supra* note 46, at 12; Christophe Geiger, *Droit d'Auteur et Droit du Public à l'Information - Approche de Droit Comparé*, 25 LE DROIT DES AFFAIRES – PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE 1, 357 (2004)（以下、Geiger, *Droit d'Auteur* という）（そうした解釈では、例外及び制限に関する司法的解釈におけるあらゆる柔軟性を妨げるだろうと主張する）; Christophe Geiger et al., *Towards a Balanced Interpretation of the 'Three-Step Test' for Copyright Exceptions*, EUR. INTELL. PROP. REV. 489, 490 (2008)（以下、Geiger et al., *Towards a Balanced Interpretation* という）（WTOパネルによる解釈の下では、「このテストの第二ステップが一種の『ショー・ストッパー（show-stopper）』となり、立法者による権利者の個人的な経済上の利益以外のあらゆる利益への考慮を妨げる」と述べる）.

[48] 前掲注1・ベルヌ条約9条2項；前掲注22・WIPO著作権条約10条1項。

[49] TRIPS協定13条。

変容させる複数のフィルターを提供している。すなわち、著作者及び権利者により行使される利益に関する正統性は、利用の特権を正当化する理由と比較衡量されなければならないのである。前述した1967年ストックホルム会議で与えられたさまざまな目的の複製に関する例が示すように、衡平な代償の支払いによって、この文脈での洗練された解決策の余地はさらに拡大する。

米国著作権法110条(5)事件において、第三ステップに固有の柔軟性が明示的に前面に押し出されたわけではない。WTOパネルは、「正統な」という文言は、「法実証主義的な観点からの適法性」に加え、「より規範的な観点からの正統性」にも関連する旨を指摘した[50]。しかしながら、パネルはまた自らの分析において、「正統な利益を評価する一つの――おそらくは不完全な――手法」であるところの「著作権により付与された排他権の権利者にとっての経済価値」という観点に甘んじている[51]。他方でパネルは、このことが、「正統な利益が必然的にこの経済価値に限定されるという」わけではない旨を明言し、WTOパネルが「公共政策やその他の社会的規範」の観点からの利益の正当化の公式を展開した特許事件に関する報告を先例として引用している[52]。

米国著作権法110条(5)事件のパネルは、著作権の経済的価値に焦点を置くことで、より広範な規範的概念を採用した特許事件のパネルの一断面でありながらも、より詳細にそうした概念的な課題については議論を避けることにしたのは、ただその分析が権利の経済的な価値にかかる利益に限定されていたからにすぎない、と思っていたのかもしれない。いずれの当事

---

[50] Report of the Panel, *United States – Section 110(5)*, *supra* note 33, para 6.224.

[51] *Id.* para. 6.227; *see also* Thomas Heide, *The Berne Three-Step Test and the Proposed Copyright Directive*, 21 EUR. INTELL. PROP. REV. 105, 107 (1999)（スリーステップテストの「経済的な侵害テスト」への後退を警告する）; Ficsor, *How Much of What?*, *supra* note 17, at 141–47（ベルヌ条約の交渉過程を分析し、パネルが「法的利益」に集中していたことを指摘する）.

[52] *See* Report of the Panel, *United States – Section 110(5)*, *supra* note 33, para. 6.227; Report of the Panel, *Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products: Complaint by the European Communities and Their Member States*, para. 7.69, WT/DS114/R (Mar. 17, 2000)（以下、Report of the Panel, *Canada – Patent Protection* という）.

国からも反対がなければ、この利益は容易に「正統な」ものと評価することが可能であり、パネルは問題となった紛争の目的をさらに拡大させる必要はないと評価したのかもしれない[53]。

侵害が不相当な性質を有してはならないという問題に関して、パネルは「一定量の侵害については『不当な』ではないとして正当化されるものと推定されねばならない」旨を指摘した[54]。「例外や制限が著作権者の収益に不当な損失を与えているか、その可能性がある場合は、権利者の正当な利益を不相当に害することになる」と帰結した[55]。したがって、米国著作権法110条(5)に対する検討は、その出発点からして、パネルがすでに実施した通常の利用に関する分析における理論的な基礎と類似するものであった[56]。このような状況の下で、第三ステップの柔軟性――最大限活用される場合には比例テストとして機能する潜在性――は、そのほとんどがパネルにとって未踏のままに終わったのである。

B. 想定される代替的なアプローチ

110条(5)事件に関するWTOパネルが経済的な側面に偏った解釈をとったことに対しては、WTO加盟国がそれぞれ多元的な社会、経済及び文化の政策目標を持つということについての配慮が不十分であったとの批判が加えられている[57]。第二ステップに対しては、より政策に根ざした見解が多数の論者によって示されている[58]。ことTRIPS協定については、その

---

[53] *See* Report of the Panel, *United States – Section 110(5)*, *supra* note 33, para. 6.226.

[54] *See id.* para. 6.229.

[55] *See id.*

[56] *See id.* paras. 6.267–6.272（家庭用に関する免責が権利者の正統な利益を不当に害しないと帰結する）.

[57] *See* Ginsburg, *Toward Supranational Copyright Law?*, *supra* note 17, at 23（第二ステップに規範的アプローチを用いる）; RICKETSON & GINSBURG, INTERNATIONAL COPYRIGHT, *supra* note 11, at 771–72（第二ステップは「非経済的及び経済的な規範要素」を考慮に入れることを必要とすると述べる）.

[58] *See, e.g.*, Universal Declaration of Human Rights art. 27, G.A. Res. 217 (III) A, U.N. Doc. A/RES/217(III) (Dec. 10, 1948)（以下、UDHRという）（著作権法の社会・文化の

ような規範的な解釈は協定の前文と7条及び8条で述べられている目的と原則に根拠を求めることができる[59]。国際公法の文脈においては、このアプローチは「条約は、文脈によりかつその***趣旨及び目的***に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする」と述べる条約法に関するウィーン条約の31条1項に完全に合致する[60]。

側面を説明する); International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights art. 15, Dec. 16, 1966, 993 U.N.T.S. 3（以下、ICESCRという）ほか。*See generally* Christophe Geiger, *Exploring the Flexibilities of the TRIPS Agreement Provisions on Limitations and Exceptions*, *in* THE STRUCTURE OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW: CAN ONE SIZE FIT ALL? 287 (Annette Kur & Vytautas Mizaras eds., 2011)（以下、Geiger, *Exploring the Flexibilities of the TRIPS Agreement*という); Christophe Geiger, *The Social Function of Intellectual Property Rights, or How Ethics Can Influence the Shape and Use of IP law* (Max Planck Institute for Intellectual Property & Competition Law, Research Paper No. 13-06) *in* METHODS AND PERSPECTIVES IN INTELLECTUAL PROPERTY 123 (Graeme B. Dinwoodie ed., 2013)（以下、Geiger, *The Social Function of Intellectual Property Rights*という）.

[59] *See* TRIPS Agreement, pmbl., arts. 7–8; Henning Ruse-Kahn, *Proportionality and Balancing Within the Objectives for Intellectual Property Protection*, *in* INTELLECTUAL PROPERTY AND HUMAN RIGHTS 161, 162 (Paul Torremans ed., 2008)（以下、Ruse-Kahn, *Proportionality and Balancing*という）（TRIPS協定の前文ならびに7条及び8条の適切な解釈から「通常の利用」という概念を抽出する); Geiger, *Exploring the Flexibilities of the TRIPS Agreement*, *supra* note 58, at 289（社会的厚生や経済的厚生といった基本的な政策目的について指摘する); Peter Yu, *The Objectives and Principles of the TRIPS Agreement*, 46 HOUS. L. REV. 979, 1000–21 (2009)（以下、Yu, *The Objectives and Principles of the TRIPS Agreement*という）（訳者註：本誌29号（2010年）143〜177頁及び30号（2010年）115〜162頁の日本語訳（安藤和宏（訳））を併せて参照）.

[60] 条約法に関するウィーン条約31条（May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331, reprinted in 8 I.L.M. 679)（1980年1月27日施行）（以下、Vienna Conventionという）（強調は筆者）。*See generally* Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health art. 5(a), WT/Min (01)/DEC/2 (No. 20, 2001)（「国際法の解釈の慣習的なルールを適用する場合に、TRIPS協定の各条項は、特にその目的及び原則において示された、同協定の趣旨及び目的に照らして解釈されるべきである。」); Susy Frankel, *WTO Application of 'the Customary Rules of Interpretation of Public International Law' to Intellectual Property*, 46 VA. J. INT'L L. 365 (2006)（この点を強調する）.

TRIPS 協定 7 条は、権利と義務のバランスの原則を規定するものであり、協定が経済的厚生の実現のみならず社会的厚生の実現をも目的とするものであることを強調するものである。これはTRIPSの条項を解釈する際、他の価値や趣旨を排して純粋に経済的観点のみを追い求めるべきではないことを意味する[61]。TRIPSの 8 条も、同様に機能するものであり、加盟国が「自らの社会・経済的及び技術的発展に不可欠の重要な部門における公共の利益」の促進のために措置をとることを許容する[62]。そして、TRIPS協定の前文も、適切な保護のメカニズムの促進のみを謳っているわけではない。前文は「各国の制度に内在する公共政策の目的」や、後発開発途上国に関しては「国内法での適用に際しての最大限の柔軟性に関する」要請をも認識するものである[63]。Henning Grosse Ruse-Khan も、国際貿易法においては比例原則が存在しており、それはTRIPSを解釈するに際しても尊重されなければならないと主張している[64]。「比例原則」は多くの場合基本権

---

[61] TRIPS 協定 7 条; *see* Henning Ruse-Kahn, *Assessing the Need for a General Public Interest Exception in the TRIPS Agreement*, *in* INTELLECTUAL PROPERTY IN A FAIR WORLD TRADE SYSTEM – PROPOSALS FOR REFORMING TRIPS 167, 199–205 (Annette Kur & Marianne Levin eds., 2011)（以下、Ruse-Kahn, *A Comparative Analysis* という）（非経済的な要素がいかに TRIPS に組み込まれたことを説明する）; Yu, *The Objectives and Principles of the TRIPS Agreement*, *supra* note 59, at 981（TRIPS 協定には「発展を促進して公益を守るために多数の柔軟性の要素が含まれる」ものと述べる。これらの柔軟性を守るために、7 条及び 8 条は協定の解釈と運用において重要な役割を果たす明白かつ重要な趣旨及び原則を提供する）; *id.* at 1003（他の論者と同様、7 条は知的財産の利用を許容するような文言を含んでおり、協定の前文ではなく本文に規定されていることは、特に解釈に際して重視されるべきことを示している旨指摘する）; *see also* UNCTAD-ICTDS, RESOURCE BOOK ON TRIPS AND DEVELOPMENT 123 (2005).

[62] TRIPS 協定 8 条。

[63] *Id.* pmbl.; *see* GERVAIS, THE TRIPS AGREEMENT, *supra* note 17, at 159–64（前文が協定の解釈に与える影響を説明する）.

[64] *See generally* Ruse-Kahn, *Proportionality and Balancing*, *supra* note 59（比例原則により、公共政策の利益を法化して、司法審査の基準とし、法規範を決定することの一助とすることの必要性を議論する）; Mads Andenas & Stefan Zleptnig, *Proportionality and Balancing in WTO Law: A Comparative Perspective*, 20 CAMBRIDGE REV. INT'L AFF. 371 (2007)（WTO 体制における比例原則、必要性及び均衡性との概念を議論する）;

の議論の文脈において適用をみる概念であり、特に異なる価値の抵触が問題となっているときに、それを解決する手段として用いられる[65]。

このアプローチへの支持は、特許法の分野において看取することができる。カナダにおける医薬品の保護に関するWTOパネルはそのレポートにおいて、「7条及び8.1条に述べられた目標及び制限は、ともに、［当該規定の文言］とTRIPS協定においてその趣旨と目的を示す他の条文の文言を検討する…際に、銘記しておかなければならない事項である」旨を説いている[66]。従ってカナダの医薬品の事案において、パネルはより規範的な、政策に根ざしたアプローチを堅持しながら、TRIP協定30条――特許権の例外に適用されるスリーステップテストの一バージョン――を解釈しているように見受けられる[67]。このレポートによれば、「利用」が「通常の」ものと評価されるのは、それが「特許政策の目標を達成するのに必要不可欠な」場合である[68]。その記述は、曖昧なところが残るものの、立法府に

Kur, *supra* note 35, at 339（「比例性の考慮要素に照らして」スリーステップテストを解釈するとの必要性に言及する）.

[65] *See* Christophe Geiger, *'Constitutionalizing' Intellectual Property Law, The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in Europe*, 37 INT'L REV. INTELL. PROP. & COMPETITION 371 (2006); Christophe Geiger, *Copyright's Fundamental Rights Dimension at EU Level*, *in* RESEARCH HANDBOOK ON THE FUTURE OF EU COPYRIGHT 27, 48 (Estelle Derclaye ed., 2009)（比例原則においては芸術の自由の利益が重視されるべきであると帰結する）; Christophe Geiger, *Fundamental Rights as Common Principles of European (and International) Intellectual Property Law*, *in* COMMON PRINCIPLES OF EUROPEAN INTELLECTUAL PROPERTY LAW 223, 225–26 (Ansgar Ohly ed., 2012)（大陸法体系において比例原則のテストがどのように採用されてきたかを説明する）; Christophe Geiger, '*Humanising' the Intellectual Property System – Securing a Fair Balance of Interests Through Fundamental Rights at European and International Level*, 33 Q. REV. CORP. L. & SOC'Y 291 (2012).

[66] Report of the Panel, *Canada – Patent Protection*, *supra* note 52, para. 7.26.

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

[68] Report of the Panel, *Canada – Patent Protection*, *supra* note 52, para. 7.58; *see also*

対して厳格な経済的アプローチに検討の対象を限るのではなく、関連する政策の要素を考慮する可能性をもたらすもののように思われる[69]。

たしかに、TRIPS協定30条バージョンにおける第二ステップの文言は、TRIPS協定13条あるいはベルヌ条約の9条2項に示された著作権バージョンにおいて同ステップに相当する基準とは異なる。このことは、通常の利用との抵触が政策ベースのアプローチの下で正当化されうることをより明確に示すもののように思われる。TRIPS30条によれば、「例外は特許権の通常の実施を***不当に***妨げないことを条件とする」。同様に、TRIPS26.2条により、「加盟国は、…意匠の保護について限定的な例外を定めることができる。ただし、保護されている意匠の通常の実施を***不当に***妨げないことを条件とする[70]。」第二ステップの制限において“相当性”のような概念に明示的に言及があることで、権利者の利益以外の価値をより容易に斟酌することが可能となる[71]。従ってTRIPS協定26.2条及び30条によればスリーステップテストをより柔軟に適用することが認められるようにみえる。しかし、TRIPS協定からは、特許権や意匠権に対する権利制限と、著作者の権利や著作権に対する権利制限とで取扱いを違える理由が述べられた箇所を見出すことはできない[72]。

将来、WTOパネルがスリーステップテストを取り扱う際、米国著作権法110条(5)に関するパネル報告書が採用した手法に公式に拘束されることはない。WTO法では形式的な***先例拘束性***の原則はないからである[73]。と

Senftleben, *Towards a Horizontal Standard*, *supra* note 17 (WTO特許保護パネルレポートに基づく分析を展開する).

[69] *See generally* Hans Haugen, *Human Rights and TRIPS Exclusion and Exception Provisions*, 11 J. WORLD INTELL. PROP. 5/6, 345 (2009) (国際人権の観点からTRIPSにおける特許の例外を分析する).

[70] TRIPS協定26.2条 (強調は筆者)。

[71] 前従の第1章の議論 (スリーステップテストにおいて相当性基準の果たす役割を取り扱う) を参照。

[72] *See* Kur, *supra* note 35, at 290–93 (TRIPSの起草史は文言における違いの背後にある理論的根拠についての説明を提供していないことを指摘する).

[73] *See generally* IAN BROWNLIE, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 19–22 (1998) (過去の国際的な決定が先例として果たしうる適切な役割を指摘する); JOHN

はいうものの、ある種の「WTO判例法」が台頭しつつある。当然のことながら、紛争解決パネルは、過去の報告書との一貫性を確保することに注力し、過去のパネルの認定の子細を頻繁に引用する[74]。しかし、John Jackson教授が指摘したように、「GATTの司法の実務においては、先行するパネルの結論とはあえて異なる立場をとることとした個別事例が複数、存在する[75]」。それゆえ、110条(5)に関するパネル報告は、将来、パネルが、2000年に110条(5)に関するパネルが解釈したスリーステップテストを再調整する際に超えがたい障壁となると解されるべきものではない。将来のパネル報告は、110条(5)のパネルによる解釈のどの部分が先例たりうるものであり、どの部分が先例たりえないものであるのか、いかなる原則が解釈により確立されているのかということを明確にすることを望むかもしれないが、上級委員会の報告は、WTOのヒエラルキーにおいて上位に位置付られるものであるため、当該論点を完全に新たな案件として審理判断することができる。

パネルや上級委員会が今後、仮に110条(5)ケースの報告書で展開されたアプローチを洗練しようとするのであれば、国際著作権法におけるスリーステップテストの性質や機能に関する深い考察の下で2000年以来提唱されている代替的なアプローチに依拠することができよう。条約法条約31条(3)(c)は、「当事国の間の関係において適用される国際法の関連規則」を斟酌すべきことを規定している[76]。スリーステップテストをより柔軟で規

H. JACKSON, THE JURISPRUDENCE OF GATT AND THE WTO: INSIGHTS ON TREATY LAW AND ECONOMIC RELATIONS 126–27 (2000)（先例に依存することに伴う課題を列挙する）.

[74] *See, e.g.*, Report of the Panel, *Canada – Patent Protection, supra* note 52, paras. 6.13, 6.185, 6.231（過去の「紛争解決の慣行」に言及する）.

[75] JACKSON, *supra* note 73, at 127.

[76] *Cf.* Frankel, *supra* note 60, at 420–21（「条約法条約31条(3)(c)が知的財産法に関するルールに留まらず国際法全般に適用されるものであること」や、「複数のTRIPS協定の例外規定の外縁が不明確であることで、他分野の国際法が、解釈に際しての事情の一部として取り扱われることが必要となりうること」を強調する）. しかしながら、米国をはじめとするWTOの複数の主要加盟国が条約法条約を批准していないこともまたたしかである。*See* Vienna Convention, *supra* note 60（条約に署名し／また

範的なものと捉えるアプローチは、人権や基本権を保護する条約による国際的な義務によっても彩りを与えられることになるかもしれない[77]。国際的な義務は、たとえば1948年の世界人権宣言(UDHR)[78]や1966年12月19日の経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約(ICESCR)[79]により生じうる。双方ともTRIPS協定の解釈の指針を提供するものとして捉えることが可能であり、それゆえスリーステップテストの解釈の指針にもなりうるのである[80]。たとえば、権利制限等のなかには倫理的な課題を内包するものが存在する以上、UDHRの関連性を完全に排除することは困難である。

は批准した国を列挙する).

[77] *See* Laurence Helfer, *Three Approaches for Reconciling Human Rights and Intellectual Property Rights*, *in* COPYRIGHT AND FREEDOM OF EXPRESSION 116 (2008)(「国際的な人権に関するルール、制度、議論が今日、ますます知的財産に関する法や政策に関連するものとなっており、かつては隔絶されていたこの二つの分野がかつてないほど緊密に絡み合うものとなっていることが明らかである」との見解を表明する). *See generally* Nicolas Bronzo, PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET DROITS FONDAMENTAUX 103 (2007)(知的財産権と、欧州人権条約において保護されている表現の自由のような基本権との関係を議論する); Christophe Geiger, *The Constitutional Dimension of Intellectual Property*, *in* INTELLECTUAL PROPERTY AND HUMAN RIGHTS 101, 111 (Paul L.C. Torremans ed., 2008)(人権の枠組みは知的財産法の正当性を保障する根拠たりうるものであると断言する); Laurence Helfer, *Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property*, 40 U.C. DAVIS L. REV. 971, 977 (2007)(人権と知的財産権との関係が「知的財産に関する法と政策にとっての『包括的かつ首尾一貫した』人権によるフレームワーク」によって明晰化される必要があるとする); Peter Yu, *Reconceptualizing Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework*, 40 U.C. DAVIS L. REV. 1039, 1041 (2007)(人権と知的財産権に関する議論がかつては互いに截然と区別されていたが、今日では「次第に寝食をともにする関係となりつつある」ことを指摘する); Peter Yu, *Ten Common Questions About Intellectual Property and Human Rights*, 23 GA. ST. U. L. REV. 709, 711 (2007)(人権と知的財産権との間の類似点を認識することと、人権の構成要素を欠く知的財産法の分野を認識することの双方が重要である旨主張する).

[78] UDHR, *supra* note 58.

[79] ICESCR, supra note 58.

[80] *See* Frankel, *supra* note 60, at 421(国際法の他の分野がTRIPS協定の解釈に際して用いられうることを解説する).

なるほど、TRIPS協定とUDHRとが相互作用が正確にはいかなるものであるのかは明らかではないものの、多数の研究者により、国際法上の人権に関する規定は貿易自由化に関する規定に優越するものであり、通商に関する諸協定はUDHRに照らして解釈することが義務となるとの主張さえ展開されている[81]。さらに、国連の人権小委員会はその決議において、複数の機会に、WTO一般や特にTRIPS協定の継続的な吟味を通してTRIPS理事会に対し、「***国際的な人権の枠組みにおいてすでに各国が負う義務を十分に斟酌する***」よう強く促してきた[82]。

ここで、第三ステップに話を進める前に、学説により、政策に立脚したアプローチに加えて、その採用が主張されている、第二ステップの「著作物の通常の利用」の概念に対する制限的なアプローチについて言及しておこう。その目的は、各国国内法の立法担当者や裁判所から著作権の保護と、競合する社会的、文化的、経済的な必要性との間の適切なバランスをとる

---

[81] *See, e.g.*, Gabrielle Marceau, *WTO Dispute Settlement and Human Rights*, 13 EUR. J. INT'L L. 753, 756 (2002)（以下、Marceau, *WTO Dispute II* という）（稀な例ではあるが、「WTO法と強行法規を含む人権との抵触は理論的にありうること」であって、大抵の場合、WTO法の解釈により生じる強行法規の違反に対しては、そのような違反を避けるとする「強力な推定」が働くと指摘する）; Robert Howse & Makau Mutua, *Protecting Human Rights in a Global Economy Challenges for the World Trade Organization*, 2000 HUM. RTS. DEV. Y.B. 51, 56（「貿易と人権の枠組みは、貿易の枠組みが国際法における規範のヒエラルキーを尊重する方法で適用され展開される限りにおいては必ずしも抵触するものではない。人権がすべての人に対する義務を課すものであるか、慣習法としての地位を有しているか、あるいは一般原則としての地位を有している限りにおいては、貿易関連の条約のような条約の特定の規定との抵触がある場合には，通例、人権が優越することになる」旨を主張する）; *cf.* Lisa Forman, *An Elementary Consideration of Humanity? Linking Trade-Related Intellectual Property Rights to the Human Right to Health in International Law*, 14 J. WORLD INTELL. PROP. 155, 156 (2011)（健康に対する人権の優越的価値を主張する）.

[82] Draft Report of the Sub-Commission on the Promotion & Protection of Human Rights, 53d Sess., Aug. 16, 2001, at 12, U.N. Doc. E/CN4/Sub.2/2001/L.11/Add.2 (2001)（強調部は筆者）（国際的な人権法の優越性を指摘し、TRIPS協定の加盟国に対し、ICESCRのような最重要な国際的な人権に関する枠組みの下で負う義務を遵守するよう求める）.

ために必要な政策的な余地が剥奪されることを回避するところにある[83]。第二ステップを厳格に解釈することが、順次的なあるいは段階的なアプローチをとるのであれば特に必要であるというのである[84]。

このことを踏まえて第三ステップに話を進めると、第三ステップは、問題となる権利制限等の根底をなす正当化の検討を要求するものであることを理由に、三つあるステップのなかで最重要のものであると理解されることもある。第三ステップによれば、著作権の権利制限等は権利者の利益を***不当に***害する帰結を回避するものでなければならないことになる[85]。こ

---

[83] *See, e.g.*, MARTIN SENFTLEBEN, COPYRIGHT, LIMITATIONS AND THE THREE-STEP TEST 193 (2004)(通常の利用との抵触は「著作者が現実あるいは潜在的な市場であって、相当の経済的かつ実務的な重要性のあるところから排除される」場合に限り生じる旨主張する). このような考え方の下では、通常の利用の概念は、「著作物の利用の主たるルート、換言すれば、著作者の主要な収入源」を包摂するに止まることになろう。Séverine Dusollier, L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes, I.R.D.I. 220 (2005). この著者は、「他の理論構成の下では例外規定は意味を失い徐々に消滅することになろう」と付言する。*Id.*; *see also* Jonathan Griffiths, *The "Three-Step Test" in European Copyright Law: Problems and Solutions*, 2009 INTELL. PROP. Q. 428, 457(「著作物の通常の利用との抵触は、著作者や著作権者がその潜在的市場のシェアを広範に失う場合に限り生じるものと理解されるべきである…との有力な議論がある」旨指摘し、当該テストは「他からこぼれ落ちてくるものを最後のところで排除するための手段であり、一般に不当と理解されるような例外のみを緩やかに禁止する制約として」理解されるべきものにすぎないと帰結する); André Lucas, *For a Reasonable Interpretation of the Three-Step Test*, 32 EUR. INTELL. PROP. REV. 277, 277 (2010)(以下、Lucas, *For a Reasonable Interpretation* という)(通常の利用の定義は「権利者の実質的な利益を損なうものである場合に限り、例外による潜在的な影響」を斟酌すべきであるとする)(強調部は筆者).

[84] *But cf. infra* text accompanying note 108(そのようなアプローチは、国際的なスリーステップテストにより要請されているものではなく、特にポスト・ベルヌの文脈においては支持することが困難であることを指摘する).

[85] 本稿の第 1 章ですでに検討したように、ベルヌ条約はフランス語の正本が解釈において優先されるため、少なくともベルヌ条約の文脈では、フランス語の正本に従い、「unreasonable(非合理に)」との文言は、「unjustified(正当性のない)」と読み替えられる必要があろう。*Accord* Sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui Touchent au Commerce, art. 30, Apr. 15, 1994, 1869 U.N.T.S. 299 ("Les Membres pourront

の文言は、権利者に著作物のすべての利用をコントロールする権能を帰属させることは予定されておらず、権利者の正当な利益に優越するとされたり、それとのバランスを図るものとされたりする価値の観点から、一定の不利益は正当化されることを示すものである[86]。さらに、第三ステップは、利益のなかには、この文脈では正当化されないものもあることを示唆している。そうしたセーフガードがあるということを前提とすると、第三ステップを定式化することで、WTO加盟国は、一般に基本権との抵触についてとられているような、***比例原則***[87]を用いた解決が可能となる[88]。立法者や裁判官がこのテストを適用する際には、権利制限等の背後にある正当化理由を検討し、問題となる多角的な利益に照らして差異のある分析を導き

---

prévoir des exceptions limitées aux droits exclusifs conférés par un brevet, à condition que celles-ci ne portent pas atteinte de manière *injustifiée* à l'exploitation normale du brevet.")（「加盟国は、特許の通常の利用と***不当に***抵触しない場合に限り、特許により付与される排他権に対する限定的な例外を設けることができる。」）（強調部は筆者）.

[86] 基本権との抵触に基づく理由付けに際し、ドイツ連邦憲法裁判所は「教科書」判決においてこの旨を明確に述べた。*See* Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court] July 7, 1971, GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT [GRUR] 481 (Ger.).

[87] *See* Dusollier, *supra* note 83, at 221; Senftleben, *Towards a Horizontal Standard*, *supra* note 17, at 438（スリーステップテストは著作者と公衆との正当な利益のバランスを図るものであり、著作者の利益に対する「合理性のない不利益」のみが禁止されるに止まる旨指摘する）; *see also* Christophe Geiger, *The Three-Step Test, a Threat to a Balanced Copyright Law?*, 37 INT'L REV. INTELL. PROP. & COMPETITION L. 683, 696 (2006)（以下、Geiger, *The Three-Step Test* という）（スリーステップアプローチにおける第三ステップにより、広範な類型の権利制限等が容認されており、それとともに多様な利益に対する柔軟性が許容されていることを強調する）; Daniel J. Gervais, *Towards a New Core International Copyright Norm: The Reverse Three-Step Test*, 9 MARQ. INTELL. PROP. L. REV. 1, 18–19 (2005)（以下、Gervais, *The Reverse Three-Step Test* という）（「合理性の基準あるいは正当性の基準が挿入されたことが、立法者が著作者その他著作権者の側の権利と、利用者の側の需要や利益との間のバランスを確立することを可能ならしめるための鍵となる。」）.

[88] Geiger, *The Role of the Three-Step Test*, *supra* note 17, at 18; *see* Christophe Geiger, *Fundamental Rights: A Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?*, INT'L REV. INTELL. PROP. & COMPETITION L., 268, 277 (2004).

出す必要がある。

110条(5)事件のパネル報告書に囚われることなくスリーステップテストを理解することを支持する見解は、しばしば、国内裁判所がスリーステップテストをWTOのパネル報告書以上に自由に解釈し始めており、ときとして、三つのテストの基準が、(授権法という意味で)国内法の権利制限等の採択の基礎として奉仕する潜在力を有しているということが強調されていることを指摘する[89]。これらの判決のうち一部のものについては、今後第4章で検討を加えることとしたい。

学説では、このようにスリーステップテストをより全体論的に「再検討」する多数の提言がなされてきた。たとえば、権利制限等のスリーステップテストへの適合性を評価する際には、第三ステップから逆に判断を開始し、第二ステップは、その後で、著作物の利用と濫用的な抵触を除外する矯正手段として検討されるものとする手法を提言するものがある[90]。TRIPS協定13条の文言とスリーステップテストをモデルとする他のTRIPS協定の

---

[89] *See, e.g.*, *Copyright Law: Switzerland: ProLitteris v. Aargauer Zeitung, AG, et al.*, *in* 39 INT'L REV. INTELL. PROP. & COMPETITION L. 990, 990 (2008)(スリーステップテストを適用して、新聞の切り抜きや電子的なプレスレビューを蓄積するドキュメンテーションのサービスについて新聞や記事の著作者の著作権を侵害しないと説く); *see also* S.A.P., Sept. 17, 2008 (R.A.J., No. 749/2007) (Spain); R. Xalabarder, *Fair Use in Spain: The EUCD Aftermath*, *in* INTELLECTUAL PROPERTY AND MARKET POWER 811 (G. Ghidini & L.M. Genovesi eds., 2008)(スペインにおける近時の裁判例に関するコメントを加え、「スペインの判例法理によれば、スリーステップテストは、条文上の例外の範囲を『制約』するためではなく、個別の事例や文脈に応じて例外を適用する際によく必要とされる『操縦』の余地を提供するために用いられうることが分かる」旨指摘する); Christophe Geiger, *Rethinking Copyright Limitations in the Information Society: The Swiss Supreme Court Leads the Way*, 39 INT'L REV. INTELL. PROP. & COMPETITION L. 943 (2008)(以下、Geiger, *Rethinking Copyright Limitations*という); *cf.* Griffiths, *supra* note 83, at 433–40(スリーステップテストを制限的に適用したり広範に適用したりする国内裁判所の判決について検討する); Senftleben, *Towards a Horizontal Standard*, *supra* note 17, at 67(柔軟性の高いフェアユース立法の根拠としてスリーステップテストを検討する).

[90] *See* Christophe Geiger, *Right to Copy v. Three-Step Test: The Future of the Private Copy Exception in the Digital Environment*, COMPUTER L. REV. INT'L, 2005, at 12.

条項との比較により、第三ステップが最も重要なものであるとの結論が導かれる可能性を示唆する主張がなされている。たとえば、商標に関するTRIPS協定17条が用いる主たる判断基準は一つだけであり、「商標権者及び第三者の正当な利益を考慮する」と規定されるに止まる[91]。スリーステップテストをステップの順序を逆にして当てはめることによる「心理学的な」効果は無視できないものである。すなわち、関連する多様な利益のバランスが図られた後では、裁判所は問題となっている例外や権利制限等を純粋に経済的なアプローチを適用して禁止しようとはあまり考えないだろう。

従前から提唱されている別の解釈は、米国のフェアユースのモデルに基づいて、スリーステップテストを裁判官が斟酌する必要のある複数の考慮要素を示すものとして捉える[92]。このアプローチを支持する理解は、19世紀以来米国の裁判所が詳細に述べてきた法理を明文化したアメリカ著作権法107条[93]が規定する第四ファクターに沿ったアプローチを提案する。フェアユースの第四ファクターによれば、***潜在的な市場における利用による効果***や著作物の価値が、特定の利用が公正なものであるか否かを判断する

---

[91] TRIPS協定17条（「加盟国は、商標権者及び第三者の正当な利益を考慮することを条件として、商標により与えられる権利につき、記述上の用語の公正な使用等限定的な例外を定めることができる。」）。それゆえ、第一「ステップ」は、「限定的な」例外のみを規定する必要性に言及する点に未だ残存している。いずれにせよ、通常の利用に関する言及が何ら存しないことは銘記しておくべきである。

[92] Kamiel J. Koelman, *Fixing the Three Step Test*, 28 EUR. INTELL. PROP. REV. 407, 410 (2006); *see* Martin Senftleben, *Fair Use in the Netherlands – A Renaissance?*, 33 TIJDSCHRIFT VOOR AUTEURS, MEDIA EN INFORMATIERECHT (AMI) 1, 7 (2009)（「通常の利用や正当な利益に対する不相当な侵害との抵触に関し、柔軟で開放的な評価基準に基礎を置くフェアユースの制度を導入することで、このようなスリーステップテストのより柔軟でバランスのとれた適用の途が築かれることになろう。」）; *see also* Martin Senftleben, *L'Application du Triple Test: Vers un Système de Fair Use Européen?*, 25 PROPRIÉTÉS INTELLECTUELLES 453, 457–59 (2007)（欧州の裁判官がいかにスリーステップテストを権利の例外を拡張したり制約したりするために用いてきたかを議論する）.

[93] 17 U.S.C.A. § 107(4)（「著作物の潜在的な市場あるいは著作物の価値に対する使用の影響」）.

際に斟酌されなければならない。同様に、第二ステップ、つまり、著作物の通常の利用に対する影響は、著作権の例外や権利制限等の適用の分析に際して斟酌される基準の一つではあるが、唯一のものではないといえるかもしれない。この種のアプローチの下では、スリーステップテストは「スリーファクターテスト」と名を改めることができよう。

スリーステップテストを解釈するに際してどのようなルートを辿るにせよ、規範的に、関係する異なる利益に関して適切なバランスが衡られなければならないということに関しては大方の理解が得られている[94]。スリーステップテストは著作権に対する権利制限等の将来像に関するあらゆる議論に影響を与えている今日においては、この理が特に妥当する[95]。

---

[94] *See* Christophe Geiger, *From Berne to National Law, via the Copyright Directive: The Dangerous Mutations of the Three-Step Test*, 29 EUR. INTELL. PROP. REV. 486, 491 (2007)(以下、Geiger, *From Berne to National Law* という)(裁判官はスリーステップテストをより柔軟に解釈することを始めるべき旨を主張する); Geiger, *The Role of the Three-Step Test*, *supra* note 17, at 17 (裁判官は「関連する利益の公正なバランスを回復する」必要がある旨を主張する).

[95] *See, e.g.*, Copyright in the Knowledge Economy 5 (Comm'n of the Eur. Communities Green Paper, COM (2008) 466/3) (スリーステップテストが「すべての著作権の制限に対するベンチマークとなっている」旨述べる); *see also* Christophe Geiger, *Defining the Scope of Protection of Copyright in the EU: The Need to Reconsider the* Aquis *Regarding Limitations and Exceptions*, *in* CODIFICATION OF EUROPEAN COPYRIGHT LAW, CHALLENGES AND PERSPECTIVES 133 (Synodinou ed., 2012) (スリーステップテストのEUの文脈での著作権法における権利制限等への適用について議論するもの).