HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	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)
Author(s)	Geiger, Christophe; 安藤, 和宏//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 27, 107-129
Issue Date	2010-02
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43633
Type	departmental bulletin paper
File Information	27_107-129.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

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)[1]

Christophe GEIGER
安藤　和宏(訳)

新しい情報技術に関してはさまざまな議論があるようだが、次のことは確かだろう。第一に、新しい情報技術が著作権法に多大な影響を与えてきたこと、第二に、現在の法律は今日の通信技術がSF小説の中にしか存在しなかった時代に制定されたものであり、これを早急に作り替える必要性を示していること、である。新たな技術的手段が社会全体に浸透して、技術が進化したという事実に着目すれば、法律の改正はますます急を要することとなる[2]。こうした新たな手段はわれわれの日常生活の中で、ますます重要な地位を占めており、今日ではエンターテインメントに限らず、情報や教育（たとえば、インターネットがもたらす可能性によって、遠隔教育はまったく新しい様相を呈している）にも利用されている。そのため、新しい技術の規制、さらには著作権に対する一般市民の関心はかつてないほどまでに高まっており、今まさにその意見が積極的に表明されようとしているのである。

このような「社会の」変異は、経済データにも大きな変化として表れている。確かに無形資産経済（l'économie de l'immatériel）はここ数年間で最

[1] 本研究で示されている見解は著者のものであり、ユネスコまたはその加盟国の意見を反映または表明するものではない。

[2] この問題に関しては、たとえばA. Mattelard, *La communication-monde*, Paris, Éditions de la Découverte, 1992を参照。

も成長した分野であるが[3]、21世紀になると伝統的な経済分野に対する通信と情報の優越性が重要視されるようになるだろうと、大胆に予想する著名な専門家がいる[4]。加えて、グローバル化した世界では、発展と競争のためのいわゆる「文化産業」の役割が常に優先されるのである。

では、著作者の立場はどうかというと、残念ながら未だに受け入れてもらえないことが多い。それに著作者は、著作権の将来について議論をしているときに、自分の意見をあまり述べようとしない。少なくとも他の利益団体に比べるとその傾向にあるといえよう。このような態度は問題に対する関心の低さを示すものかも知れないが、著作者に対して直接の影響を与えるものである。かつて名高い作家たちが結集し、最初の著作権法と最初の国際条約の制定に対して強い指導力を発揮したことがあったが、今日では著作権法の問題に取り組んでいる偉大な作家を一人として見つけることはできない。

いずれにせよ、「デジタル革命」というものは、多くの利益間の公正なバランスを保つために、基礎となるバランスの再評価と適応を迫るものであり[5]、そのためにいくつかのイニシアティブが計画された。国際レベルでは、権利者の権利を強化すること、経済的権利をデジタル環境に適応させること、技術的保護手段の法的保護を保障すること、がその第一歩であった。実際、インターネット上で著作権法を執行することの困難に直面した権利者は、技術的保護手段に多大な期待をかけていたが、その期待は技術的保護手段が著作権保護の代わりとなると宣言する著者が現れるほど

[3] 産業経済の発展的変化とその意味に関するとても興味深い論文として、D. Cohen, *Trois leçons sur la société post-industrielle*, Paris, Seuil, 2006 を参照。

[4] たとえば、D. Foray, *L'économie de la connaissance*, Paris, La découverte, 2000 を参照。この意味において、ユネスコ事務局長による以下の論文を参照。K. Matsuura, Le partage du savoir est un multiplicateur de croissance: *Le Figaro*, 27 September 2006. この論文で、ユネスコ事務局長は「将来、社会の発展可能性は、社会が持つ天然資源よりも、その知識を創作し、拡布し、使用するという社会が持つ能力にかかっている」と述べている。

[5] See the WIPO treaties of 20 December 1996: WIPO Copyright Treaty (WCT) and WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) adopted in Geneva on 20 December 1996.

大きなものであった[6]。

ところが「例外と制限」[7]という微妙な問題の解決は先延ばしとされた。1996年の WIPO 著作権条約と WIPO 実演・レコード条約は、技術が「盲目」なために法律が設定するバランスに配慮できず、完全に適法な利用が抑制される可能性を無視して、技術的手段と著作権法の制限との間のインターフェイスの問題を解決しなかった[8]。その一方で、WIPO 著作権条約は、例外制度の適応について、－とても曖昧に－10条で以下のように簡潔に規定している。「締約国は、著作物の通常の利益を妨げず、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または例外を国内法令において定めることができる」。これは、一般的に「スリーステップテスト」と呼ばれているものである。

デジタル環境[9]における新しい例外の導入に関しては、加盟国が一定の

[6] T. Vinje, Should We Begin Digging Copyright's Grave?: *EIPR* 2000, p. 555; L. Lessig, *Code and other laws of cyberspace*, New York, Basic Books, 1999; P.B. Hugenholtz, Code as Code, Or the End of Intellectual Property as We Know It: *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1999, Vol. 6, n° 3, p. 308.

[7] WIPO 著作権条約、WIPO 実演・レコード条約、TRIPS 協定、2001年5月22日のディレクティブは、体系的にどちらの用語も使用している。とはいえ、法が許容している利用という法的性質を表現するには、用語としては「例外」よりも「制限」がより適していると思われる。実際、排他権に対する制限はルールの例外とはならず、法が独占を制限するための技術とみなされる必要がある。ただし、「例外」という用語はより一般的に使われているので、本稿でも引き続き使用することにするが、この文脈では、概念的な意味ではなく、記述的な目的のために使用するということに留意して欲しい（この問題については、C. Geiger, De la nature juridique des limites au droit d'auteur: *Propr. intell.* 2004, n° 13, p. 887 を参照）。

[8] この問題に関する秀逸な論文として、S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 152 を参照。C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information, Approche de droit comparé*, Paris, Litec, 2004, n° 229 も参照。

[9] この点については、M. Senftleben, in: T. Dreier/P.B. Hugenholtz (ed.), *Concise*

自由を確保するための合意声明が発表されている。この合意声明は、「第10条の規定は、加盟国に対し、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WIPO著作権条約10条は、加盟国がデジタル・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。」と明確に規定している。このように、加盟国はスリーステップテストが過度に重視され、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が、曖昧となったドラフティングのせいで、デジタル環境における例外という難題の解決は遅れることになってしまったのである。

そもそも、国際条約で最初にスリーステップテストが言及されたのはWIPO著作権条約ではなく、1967年のストックホルム会議であった。この会議はベルヌ条約を改正するために開催されたもので、複製権の保護を国際水準にまで引き上げることをその主たる目的としていた。加盟国の中には、複製権を国内法に規定して重要な役割を担わせる国もあったが、当時、複製権はベルヌ条約に規定されていなかったのである[10]。

ところが、多くの国がすでに国内法で複製権に対する例外規定を持っており、国内法の改正を望んでいなかったため、新たに9条2項をベルヌ条約に加えることとなった。この条項は、加盟国が新しく設けられた複製権に対する例外を国内法に導入する際の、曖昧で大まかな基準を提供するものであった。この条文は妥協の産物であり、加盟国の法律が採用する例外規定が列挙型のものにせよ、あるいは一般的なフェア・ユース型やフェア・ディーリング型のものにせよ、法律で規定されている例外をすべてカバーするのに十分広い射程を持つものであった[11]。

European Copyright Law, Kluwer Law International, 2006, WCT, art. 10, n° 6を参照。

[10] 詳細な歴史的概観については、M. Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, The Hague, Kluwer, 2004, p. 43-98を参照。

[11] この点については、S. Ricketson, International Conventions and Treaties, in: L. Baulch, M. Green et M. Wyburn (ed.), *Journées d'Étude de l'ALAI – Les Frontières du droit d'auteur: ses limites et xceptions*, Actes du congrès de l'ALAI 1998, Sydney, Australian Copyright Council, 1999, p. 10 *seq.* を参照。

射程が広く、ほとんど拘束力のないこの定式は、後の知的財産権に関する合意の交渉過程でのスリーステップテストの成功を確実なものとした。大陸法とコモン・ローのいずれの伝統を持つ国でも、この広く概括的な範囲を持った条項を参照することによって、極めて微妙な問題の解決を可能にしたからである。そのようなものとして、スリーステップテストは1994年のTRIPS協定[12]で再度採用された結果、すべての経済的権利(13条)に及ぶこととなった。同テストが持つ合意を取り付けやすいという性質を反映して、協定の交渉過程において実質的な議論がほとんどないままに、商標(17条)、意匠(26(2)条)、特許(30条)の各分野で異なるタイプのスリーステップテスト(それぞれの文言には若干の相違がある)が、条文化された。

条文間の個別的な、しかし、無視し得ない相違が示しているように、TRIPS協定が規定するスリーステップテストの第3テストは、「権利者」の正当な利益の保護を目的とするものであり、ベルヌ条約が規定するような著作者の正当な利益の保護を目的とするものではない。著作権者は、著作物の通常の利用を妨げないという第2ステップによって、すでに間接的に影響を受けているが、第3ステップの文言の違いは、保護対象が著作者から著作権者にシフトしたことを示すものといえるかもしれない。

スリーステップテストの持つ合意を取り付けやすいという性質を考慮すれば、「情報社会における著作権及び関連権の一定の側面のハーモナイゼーションに関する欧州議会及びEU理事会のディレクティブ2001/29/EC」(以下、ディレクティブ)[13]が、若干の文言の修正を経たものの、結局はその5条5項において同テストを採用するに至ったということは、驚くに値するものではない。このディレクティブは、WIPO著作権条約とWIPO実演・レコード条約をEU法に移植するために発布されたもので

[12] 1994 WTO Agreement on TRIPS (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights establishing the World Trade Organization (WTO) and including the GATT of 1994), annex 1(C), signed at Marrakech on 15 April 1994.

[13] *JOCE* 22 June 2001, L-167, p. 10.

あるが[14]、国内法にスリーステップテストを導入する好機と判断して、ディレクティブの国内法への移植期間中にスリーステップテストを制定法に取り込んだ国もあった[15]。中国はEU加盟国ではないが、法改正によってスリーステップテストを導入した国の一つである[16]。

ところが、スリーステップテストがドラフティングの過程で微妙に変更されたうえで、EUの法秩序に統合されたことは、スリーステップテストの適用範囲に大きな修正をもたらすことになった。今では、例外規定の適用に直面した国内の裁判官は、スリーステップテストの適用可能性を持つだけでなく、適用義務さえ負うようになったと思われる[17]。この問題については後述する。いずれにしても、ここにおいてスリーステップテストという曖昧なルールによって、例外制度を導入する立法者の自由だけでなく、裁判官の自由裁量までもが「制約を受けている」ということに注意を払うべきであろう。

したがって、次のような挑発的な疑問を呈することが可能となる。「国内レベルにおいて必要とされる著作権の制限の制度の適応に際して、未だに自由というものが残存しているのか。それとも、著作権制度の憂慮すべき現状にあると宣告されるほかないのか」と。本稿の目的はスリーステップテストの下で立法者と裁判官が有する自由裁量について分析することにあるが、この観点からスリーステップテストは著作権法のデジタル環境への適用に際して、立法上(Ⅰ)、そして司法上(Ⅱ)の障害になるかという問題を検討する。

[14] この問題については、下記参照。

[15] 下記参照。

[16] 2002年8月14日に成立した中国の法律は、その21条で「本法律の関連する条項に基づいて、発行された著作物を無許諾で利用することは、著作物の通常の利用を妨げず、著作権者の正当な利益を不当に害するものであってはいけない」と規定している。この中国版スリーステップテストには第1ステップが含まれていないので、これはむしろ「ツーステップテスト」である。

[17] この問題について詳しくは、C. Geiger, From Berne to National Law, via the Copyright Directive: The Dangerous Mutations of the Three-Step Test (published in EIPR 2007)を参照。本稿の記述には当該論文に拠っている箇所がある。

Ⅰ．スリーステップテストは、情報化社会における著作権法の立法的対応に対する障害になるか

国際著作権条約の制定過程において、スリーステップテストのルールがどのように採用されるに至ったかという歴史を覚えている人なら、この疑問は意外に感じられるかもしれない。本稿はこれまで、国際著作権条約の加盟国が、スリーステップテストが非常に広範に適用されることで、将来にわたって新しい例外規定を採用する自由が制約されるのを嫌ったということを見てきた。その上、この法的な道具立てに対する無関心の表れとして、学者は当初、スリーステップテストに対して大きな関心を払って来なかったし、長年、スリーステップテストを研究した学者は数えるほどだった。ところが、アメリカはTRIPS協定13条に違反する法律を採用しているというWTOパネルの認定以来、事態は一変した。WTOパネルは、スリーステップテストを重視すべきこと、そしてアメリカは例外の領域で自由にできないことを世界に示したのである。

1．スリーステップテストは立法者の自由を減縮する

EUの要請を受けたWTOパネルは、2000年6月25日の報告書[18]でバーやレストラン[19]等で音楽を流すすべての商業的施設に対して、著作権使用料の支払いを免除するとした、アメリカの立法者が採用した例外規定はTRIPS協定のスリーステップテストに違反すると述べた[20]。スリーステッ

[18] Panel Rep. of 15 June 2000, United States-Article 110 (5) of the US Copyright Act, WT/DS160/R.

[19] 17 U.S.C. §100 (5), as modified by an act of 1998 (*Fairness in Music Licensing Act*).

[20] この判決に関しては、以下の論文を参照。Y. Gaubiac, Les exceptions au droit d'auteur: un nouvel avenir?: *Comm. com. électr.* June 2001, p. 12 (see also from the same author: *Propr. intell.* 2002, n° 2, p. 17); J.C. Ginsburg, Vers un droit d'auteur supranational? La décision du groupe spécial de l'OMC et les trois conditions cumulatives que doivent remplir les exceptions au droit d'auteur: *RIDA* 2001, n° 187, p. 2; A. Lucas, Le《triple test》de l'article 13 de l'accord sur les 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:

プテストの内容はそれまで非常に曖昧なものであったが、初めて、WTOパネルはスリーステップテストが設定する条件の定義を提示したのである。しかしながら、スリーステップテストの適用範囲には未だに多くのグレイゾーンが残されているため、WTOパネルの報告以来、学者たちはWTOパネルとは異なる解釈を提案してきた。このWTOパネルの報告書を詳細に分析することは、本稿の目的ではないし、これまでにもすでに多く行われている。また、スリーステップテストの内容に関する綿密な研究を提示することも本稿の目的ではないので、ここではこの問題に関する優れた論文を紹介することに止めたい[21]。本稿の目的は、あくまでも国内の立法者の自由が制限されうるという現状を明らかにすることである。

スリーステップテストの第1ステップである「一定の特別な場合（certain special case）」という条件については、簡単に触れるだけにしよう。WTOパネルによると、この条件は次の2つのことを意味する。第一に、「国内法で規定する例外または制限は、明確に定義されなければならない」こと（これは、「一定の（certain）」場合という要件に対応する）。第二に、「特別な場合」とは、「個別の、もしくは限定された範囲で適用されるか、または個別の、もしくは限定された目的を持つ」ものであること（これは、「特別な（special）」場合という要件に対応する）である。WTOパネルは、利用が認められるためには量的な限定が求められるとする量的アプローチを採用しているが[22]、論者の中には例外の正当化と公共の利益を考慮する質的評価を提案する者もいる[23]。例外が果たす役割を常に考慮に入れるべきということが明らかであると思えるとしても、本稿でこの議論に決着をつけるつもりはない。というのも、このことは加盟国が保護する義務を負っている基本的権利に関する文書から導き出すことができるからである[24]。

ここで留意すべきは、第1ステップの基準を満たすためには、例外規定の文言が及ぶ利用は一般に限定的である必要があるということである。Dusollier教授が言うように「適用範囲が予見できないような過度に曖昧な条項は受け入れられない」のである[25]。大陸法の伝統を持ち、例外を限定列挙している法律を持つ国では、これはあまり問題とはならない。ある程度、列挙されたケースが例外の範囲を示しているため、この第1条件は容易に満たされるからである。しかしながら、コモン・ローの国で、フェア・ユースやフェア・ディーリング型条項を用いた「オープンな」例外制度を採用している場合、この第1条件は問題を引き起こすことになるだろう。

この点について、フェア・ユースの例外規定が果たして特別な場合とい

P. Ganea, C. Heath, G. Schricker (ed.), *Urheberrecht, Gestern-Heute-Morgen, Mélanges A. Dietz*, Munich, Beck, 2001, p. 423; B.C. Goldmann, Victory for Songwriters in WTO Music-Royalties Dispute Between US and EU-Background of the Conflict Over the Extension of Copyright Homestyle Exemption: *IIC* 2001, p. 412; M. Ficsor, Combien de quoi? Les 'trois conditions cumulatives' et leur application dans deux affaires récentes de règlement de différends dans le cadre de l'OMC: *RIDA* 2002, n° 192, p. 111; D.J. Brennan, The Three-Step Test Frenzy－Why the TRIPS Panel Decision might be considered Per Incuriam: *IPQ* 2002, n° 2, p. 212; P.B. Hugenholtz, De wettelijke beperkingen beperkt. De WTO geeft de driestappentoets tanden: *AMI* 2000, p. 10; J. Oliver, Copyright in the WTO: The Panel Decision on the Three-Step Test: *Columbia Journal of Law & the Arts* 2002, Vol. 25, n° 2/3, p. 119; M. Clément-Fontaine, in: *Les grands arrêts des la propriété intellectuelle* (under the dir. of M. Vivant), Paris, Dalloz, 2004, p. 169. より最近の論文として、M. 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: *IIC* 2006, n° 4, p. 407を参照。

[21] たとえば、M. Senftlebenによる秀逸な論文として脚注10や、M. Senftleben, Grundprobleme des Dreistufentests: *GRUR Int.* 2004, p. 200を参照。

[22] §6.108 and s. of the Panel Report.

[23] たとえば、M. Senftleben (*prec.* note 10), p. 138 *seq.*; M. Ficsor (*prec.* note 20), p. 132; S. Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886-1986*, Kluwer, 1987, p. 482を参照。Ricketsonは、「特別な」という用語は、「例外は公共政策または例外的状況といった明確な理由によって正当化されなければならない」ことを意味するという。

[24] この点に関する考察として、より一般的には、C. Geiger, 《Constitutionalising》 Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union: *IIC* 2006, p. 371を参照。

[25] S. Dusollier, L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes: *I.R.D.I.* 2005, p. 218.

う要件に適合しているかという疑問を呈する一部の論者がいるが、中には（多くの場合、真剣な議論をもって）これを否定する者もいる[26]。しかしながら、スリーステップテストの歴史を見れば、このような分析は認められない。ストックホルム会議で採用されたスリーステップテストの最終的な定式は、フェア・ディーリングという例外規定を持つイギリスが提案したものだという事実を忘れてはならない。さらには権利制限の一般条項であるフェア・ユースを持つアメリカは、1989年にベルヌ条約に加盟した際に、法律を改正する必要がなかったのである。したがって、フェア・ユースの例外規定がスリーステップテストの第1ステップに違反しているという議論は、スリーステップテストという法的な道具立てが採用された外交的な背景によって反証されると思われる[27]。しかも、このスリーステップテストの最終的な定式は、1994年の北米自由貿易協定（NAFTA）の1705条(5)と1706条(3)にも見ることができるのである。

同様に、アメリカがTRIPS協定の中心的な推進者であったことは注目に値する。アメリカがその法制度と根本的に反するような条項を採用しようとしたとは、およそ考えられない（後に1996年のWIPO著作権条約とWIPO実演・レコード条約においても同じ解決策が取られたので、複数回に及んでということになる[28]）。ただし、今日に至るまでこの問題は、完全には解決されていない。将来、例外の限定的なリストを国内法に持つヨーロッパ

[26] たとえばH. Cohen-Jehoram, Restrictions on Copyright and Their Abuse: *EIPR* 2005, p. 359を参照。

[27] この点については、M. Senftlebenの脚注10の論文の163頁と168頁、同じ筆者のDie Bedeutung der Schranken des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft und ihre Begrenzung durch den Dreistufentest, in: R.M. Hilty/A. Peukert (ed.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2004, p. 177を参照。この問題については、2007年2月16日の「Rethinking the Three-Step Test」に関するワークショップ（マックスプランク知的財産研究所とロンドン大学クイーンメアリー校が共同主催）でのJ. Griffithsによる“The ‘Three-Step Test’－its Relationship with the Common Law concepts of ‘Fairness’ and ‘Public Interest’”も参照。

[28] フェア・ユースの適用範囲は非常に広範なものであるが、例外の一般条項というものは禁止されていないことは明らかであるとするComptes rendus analytiques de la Commission principale de la négociation du Traité OMPI (CRNR/DC/102, n° 488) を参照。

の国々が、技術的及び社会的変化にうまく適応するために、より高い柔軟性を持った規定を法制度に導入することに決めた場合、国際公約違反だと非難されるのであろうか。

とはいえ、本当に問題を引き起こすのは、著作物の通常の利用を妨げないという第2の要件である。この条件は、国内の立法者が持つ自由をかなり制約する可能性があるからである。実際、「通常の利用」はどのように理解されるべきであろうか。条約やディレクティブでこの問題に光を当てるものはなく、この概念の解釈が明確であるとはとても言い難い。そこでWTOパネルの報告書が参照されることが多いが、報告書には次のように記載されている。すなわち、通常の利用という基準は、現在の著作者の収入を生じさせる利用方法だけでなく、将来ほぼ確実に重要となるような利用方法についても考慮すべきである[29]。

しかし、これは危うい解釈と言わざるを得ない。このような解釈は現状を強要すると同時に、条文の文言からは予測できないが、条文の趣旨からは引き出されるような新しい状況に対して、例外を拡大適用することを阻止するものとなりうる。他方で、技術革新によって、従前は管理できなかった利用のコントロールが可能になる度に、将来の利用方法についての配慮が例外の無効というリスクを生じさせ、そのような利用方法に対する権利行使という新しい可能性を作り出すことになる[30]。権利者が技術的手段によって自分の著作物の利用をコントロールすることは、長期的に見れば、デジタル環境において、権利制限を消滅させることになるのであろう[31]。

ベルヌ条約や1996年のWIPO著作権条約、WIPO実演・レコード条約、

[29] Panel Rep. of 15 June 2000 (*prec.* note 18), §6.180.

[30] この点については、M. Buydens and S. Dusollier, Les exceptions au droit d’auteur: évolutions dangereuses: *Comm. com. électr.* September 2001, p. 13; J.C. Ginsburg (*prec.* note 20), p. 48も参照。Ginsburgは脚注20の論文で、「教育目的やパロディーのような伝統的に自由な利用は、権利者が収益性のある徴収システムを導入することを仮定して、通常の利用とみなされてしまう」という危険性を強調している。

[31] この点については、M. Buydens and S. Dusollier (*prec.* note 30), p. 12も参照。より詳細なものとして、C. Geiger (*prec.* note 8), n° 418 and s.を参照。

あるいはディレクティブ５条５項の文脈において、このような解釈が採用されるかについてはまったく分からない。上記のWTOパネルの解釈は、TRIPS協定13条を中心に展開したものであり、その大部分は経済的理論に基づいている。しかし、加盟国の文化政策の目的を考慮するのであれば、著作権法が持つ社会文化的な性質は、第２ステップに対するより規範的なアプローチに繋がるべきである。このような著作権法が持つ社会文化的性質は、ヨーロッパで顕著であるため、少なくともディレクティブの文脈においては、その要請が強くなる[32]。このように考えないと、将来、新しい制限規定を国内法に導入しようとしても、国内の立法者には裁量の余地がほとんど残されていないことになるだろう。とりわけ、法制度を技術的あるいは社会的発展に適応させようとする場合には、そのような帰結になるだろう[33]。

WTOパネルは、付随的にではあるが、特許法のスリーステップテストを規定しているTRIPS協定30条の解釈枠組みにおいて、この規範的アプローチをはっきりと認めている[34]。同パネルの報告がスリーステップテストの各ステップに関する議論で言及されることはほとんどないが、利用が「特許政策の目的を達成するために必須である」とき、通常の利用とみなすべきと説いている[35]。若干の曖昧さが残っているとはいえるものの、この定式によって立法者が規範的要素を考慮する道が開けたといえるため、第２要件の解釈が厳格な経済的アプローチに限定されることはないと思われる。

[32] 第２ステップの規範的なアプローチについては、J.C. Ginsburg (*prec.* note 20), p. 23も参照。

[33] そのような解釈は、1996年のWIPO条約（10条）におけるスリーステップテストの精神と明らかに矛盾するものである。

[34] TRIPS協定30条は、「加盟国は、第三者の正当な利益を考慮し、特許により与えられる排他的権利について限定的な例外を定めることができる。ただし、特許の通常の実施を不当に妨げず、かつ、特許権者の正当な利益を不当に害さないことを条件とする」と規定する。確かに、第２ステップの文言はいくらか異なっており、第２ステップに関する規範的アプローチの下では、正当化できる通常の利用との衝突というものがあることを意味していると思われる。したがって、30条はスリーステップテストのより柔軟な適用を認めるものである。

[35] この報告については、M. Senftlebenによるとても興味深い論文である脚注20を参照。同じ筆者による脚注27の「Rethinking the Three-Step Test」に関するワークショップでのWTOパネルの別の報告書も参照。

立法者や裁判官の自由裁量が完全に奪われることを避けるためには、規範的アプローチからもう一歩進めて、著作物の通常の利用という概念に対して、極端に制限的なアプローチを採用するのが望ましい。実際、このような解釈はこれまでも提唱されてきた。Martin Senftlebenは、「著作者が経済的かつ実質的に相当重要性を有する現在の市場または潜在的な市場を奪われる場合にのみ」、通常の利用との衝突が生じるとすべきと主張する[36]。Séverine Dusollierが的確に指摘したように、通常の利用という概念は、「著作物の利用の主たる手段、すなわち著作者の主要な収入源を構成するもの」のみをカバーするものである[37]。もっとも、このような主張にもかかわらず、限定的アプローチを採用し、規範的性質を取り入れた場合でも、依然として、権利者からの経済的観点をアプローチから払拭できないことが問題なのである。

同じように、法定許諾制度の一環としての利用に対する相当な報酬の支払いを第２ステップで考慮に入れることはできないだろう[38]。少なくとも、ベルヌ条約９条２項[39]についての準備作業の資料を見れば明白である。たとえ、ドイツ連邦裁判所が1999年２月25日に下した判決[40]で、相当な報酬の支払いは、第２ステップと第３ステップ、すなわち、著作者の正当な利益に不当な損害をもたらし、かつ、著作物の通常の利用を妨げる可能性を排除すると述べたとしても変わらない。ドイツ高等裁判所の裁判官は、第

[36] M. Senftleben (*prec.* note 10), p. 193.

[37] S. Dusollier (*prec.* note 25), p. 220. この筆者は「他の理由づけをすることは、例外の意味を失わせ、徐々に消滅させることになるだろう」と付言している。

[38] 報酬は、原則として、スリーステップテストの第３ステップの検討においてのみ考慮されるべきである。

[39] M. Senftleben (*prec.* note 10), p. 130を参照。

[40] BGH, 25 February 1999, *JZ* 1999, p. 1000, “copy transmission service”.

2ステップの分析に際して、免責された利用に対する相当な報酬の支払いというものを考慮に入れるべきと考えたようだ。ただし、この興味深く、常識的な解釈は、万人が賛同するものというわけではない。

スリーステップテストが著作権の排他的性質を保持する法的な道具立てとみなしうるとすれば、これは驚くに値しない。それにもかかわらず、著名な学者が賢明にも指摘してきたように、法定許諾によって与えられる報酬は、多くの場合、著作者と著作権者との間で等分に分配されるが[41]、著作者が排他権を行使して得た対価を上回るときもある[42]。ドイツ連邦裁判所は、衆目を集めた2002年7月11日の判決で、このことをはっきりと認めている[43]。

このように考えると、例外が増えれば増えるほど－相当な報酬の支払義務と組み合わせることによって－著作者の利益に資することになる[44]。ベルヌ条約やWIPO著作権条約で明白なように、著作者こそがこの制度の中心であると考えるならば、第2ステップの解釈でこの点について真剣に考慮しなければならないだろう。

41 たとえば、フランスでは、レコードの私的複製に対する報酬が存在するが（311の7条）、2003年6月18日の法改正によって、導入された著作物の公衆への貸与に関する法定許諾からの報酬というものもある。

42 A. Dietz, Continuation of the Levy System for Private Copying also in the Digital Era in Germany: *A&M* 2003, p. 348; R.M. Hilty, La transposition de la Directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, Analyse critique et prospective, *Propr. intell.* 2005, n° 15, p. 142 *seq.*, as well as from the same author: Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch: Suche nach Konsequenzen der tripolaren Interessenlage im Urheberrecht, in: A. Ohly, T. Bodewig, T. Dreier, H.-P. Götting, M. Haedicke, M. Lehmann (ed.), *Festschrift für G. Schricker*, Beck, 2005, p. 325 *seq.*

43 BGH, 11 July 2002, ≪Revues de presse électroniques≫, *JZ* 2003, p. 473, note T. Dreier.

44 この点について、とても興味深い論文であるK. Gaita et A.F. Christie, Principle or Compromise? Understanding the Original Thinking behind Statutory License and Levy Schemes for Private Copying: *IPQ* 2004, p. 426を参照。C. Geiger, Les exceptions au droit d'auteur en France (analyse critique et prospective), in: C. Geiger, M. Bouyssi-Ruch, R.M. Hilty (under the dir. of), *Perspectives d'harmonisation du droit d'auteur en Europe*, Paris, Litec, 2007 (to be published)も参照。

このように考えると、次の問題が決定的なものとなる。著作者と著作権者のどちらの視点を考慮に入れるべきか。スリーステップテストは、何よりも著作者の利益の保護を目的とするものか。それとも、著作権者の利益を保護しようとするものか。あるいは、問われているすべての利益間の公正なバランスを見つけようとするものなのか。

この問題に対する回答に応じて、スリーステップテストは異なる読み方をすることになるだろう。第3ステップは、条約によって異なる定式化がなされている。実際、ベルヌ条約とWIPO著作権条約では、例外と制限は「著作者の正当な利益を不当に害しては」ならないと規定しているが、TRIPS協定とディレクティブでは、「権利者の正当な利益」と規定している。

これは、決して単なる理論上の問題ではない。「P2P」型のファイル・シェアリングが引き起こす経済問題に直面して、多くの論者が報酬の支払いを条件にして、ファイル・シェアリングを合法化する強制許諾制度の導入を提案してきた[45]。実際、この解決策は、フランスで2006年8月1日に可決される法案の審議で真剣に議論された[46]。その結果、フランス国民議会は2005年12月21日に、一定期間経過後の見直し条項が含まれているP2Pの合法化の修正案を承認したのである[47]。

45 たとえば、N.W. Netanel, Impose a Noncommercial Use Levy to All Free Peer-to-peer File Sharing: *Harvard J. of Law & Technology* 2003, p. 19; W.W. Fischer, *Promises to keep, Technology, Law and the Future of Entertainment*, Stanford, Stanford University Press, 2004, p. 199-251; L. Lessig, *The Future of Ideas*, New York, Random House, 2001, p. 254 *seq.*を参照。

46 この主題については、C. Geiger, La loi du 1er août 2006, une adaptation du droit d'auteur aux besoins de la société de l'information?: *RLDI* 2007, n° 25, p. 67を参照。

47 実際、これによって、ファイルのダウンロードは私的複製の例外によってカバーされるとして、ようやく解決されたのである。2005年12月21日に可決された改正法のテキストは、次のようなものであった。「著作者は、次の要件をすべて満たす場合、ユーザーがオンラインの通信サービスの支援を受けて、著作物を複製することを禁止することはできない。第一に、当該複製がユーザー自身の私的使用のためであって、かつ、直接的であるか、間接的であるかを問わず非商業的な目的であること。第二に、ソフトウェアのコピーではないこと（バックアップコピーを除く）。

しかしながら、このような解決策は、「通常の利用」という概念に対する制限的な理解によっても、第２ステップと調和させることは難しいようだ[48]。そのような解決策は、確実に著作物のオンラインによる利用という主要な市場を直接奪うものであるため、スリーステップテストに違反することになるだろう[49]。将来のために法定許諾制度の領域を拡大しようとする調整に問題があるように思われるため、このような調整は例外的なケースに限られることになるだろう。法定許諾制度は、場合によっては、異なる利益間のバランスを保証する興味深い妥協になるかもしれない[50]。著作者は禁止権を失うが、相当な報酬を受ける権利は失わない。この報酬は、著作者と権利者間で等分に分配されるだろう。法定許諾制度は、契約上の著作権に加えて、権利者から著作者を保護する手段となるかもしれない。したがって、法定許諾制度をユーザーの利益だけを促進するメカニズムと表現するのは不正確だろう。

しかしながら、スリーステップテスト、特に第２ステップは、国際条約

第三に、当該私的複製に対して、311の４条に規定されるような報酬が支払われること」。ファイルのアップロードについては、国会議員は何も述べなかったが、予想されたような法定許諾ではなく、スリーステップテストとより容易に適合できる強制徴収制度となった。この点については、とても興味深い研究であるC. Bernault and A. Lebois, *Peer-to-peer et propriété littéraire et artistique* (under the dir. of A. Lucas), Nantes, June 2005; L. Thoumyre, La licence globale optionnelle: un pare-feu contre les bugs de la répression: *RLDI* 2006, n° 15, p. 80を参照。

[48] この点について、A. Peukert, International Copyright Law and Proposals for Non-Voluntary Licenses regarding P2P File sharing, in: F.W. Grosheide & J.J. Brinkhof (ed.), *Intellectual Property Law 2004*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2005, p. 439 *seq.*; P. Runge, Die Vereinbarkeit einer Content-Flatrate für Musik mit dem Drei-Stufen-Test: *GRUR Int.* 2007, p. 130を参照。

[49] ただし、とても興味深い論文であるA. Peukert,《A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment》: *Hastings Communications and Entertainment Law Journal* 2005, n° 28, p. 1 *seq.*を参照。Peukertは、著作者が技術手段を通して自分の作品の利用を個別に管理するという選択肢を持つことを条件に、この解決策はスリーステップテストに適合できるとする。そして、著作者が個別管理する場合には、著作者は法定許諾によって生じる利益の配分に加わらないことになるという。

[50] この点についてより詳細には、C. Geiger (*prec.* note 8), n° 366-380を参照。

ですでに規定されている場合を除いて、法定許諾制度のモデルの上に構築される新しい解決策の障害になっているように思われる[51]。このことは、同様の効果を持つ他の理論的解釈が示している手がかり、とりわけ強制的集中管理制度に対する検討を必要とする。

２．解決策としての強制的集中管理制度

最初に指摘すべき点は、前述したどの条約も強制的集中管理制度に関する問題を明確に解決していないということである。これまで見てきたように、国際条約は、いかなる排他権に対する制約もスリーステップテストと合致しなければならないと規定するだけである。国際条約は強制許諾制度の導入のための条件を規定しているが、特定の条項は加盟国が放送事業者のような特定ユーザーの団体の利益のために、強制許諾制度を設けられるようにするものである。放送に関する強制許諾制度の条件は、ベルヌ条約11条の２に規定されており、これはTRIPS協定９条１項とWIPO著作権条約１条４項で参照されている。このような発想は排他権を、相当な報酬を受ける権利に置き換えるものである。強制許諾制度は法が利用を認めるという形を取るため、ここでまたしても、われわれは排他権に対する制約という問題に直面することになる[52]。

[51] 下記参照。

[52] ただし、M. Ficsor, La gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins à la croisée des chemins: doit-elle rester volontaire, peut-elle être《étendue》ou rendue obligatoire? *Copyright e-Bulletin*, October-December 2003, p. 4を参照。Ficsorによると、強制的集中管理制度は排他権に対する制約となるため、これらの規定の下で盛り込まれているものであるという。この点について、P. Sirinelli, Logiques de concurrence et droit d'auteur, Contribution to the seminar Peer-to-Peer: droit d'auteur et droit de la concurrence, reproduced in: *RLDC* April/June 2007, n° 11, p. 185を参照。Sirinelliは、WIPOのM. Ficsorによって主導された研究(M. Ficsor, Collective Management of Copyrigth and Related Rights, Report prepared by WIPO, 1989, p. 327 *seq.*, spec. n° 261 of the Report）に基づき、集中管理制度は強制ライセンスが実施された場合にのみ、導入することができると主張する。しかしながら、ベルヌ条約11条の２第２項の歴史を分析すると、この条文はユーザーの利益を図る目的で、著作者の

ここでの本質的な問題は、排他権を強制的集中管理制度の対象とすることが国際法に抵触するか否かを決定することにある。なぜなら、強制的集中管理制度は排他権を制限するものであるし、著作者の権利に対する制限や例外になるものでもあるからだ。「制限」や「例外」といった用語については、多くの学術的な解釈がなされているので、ここで専門用語の問題として、再検討するのは適当ではない[53]。これまで見てきたように[54]、TRIPS協定やWIPO著作権条約、WIPO実演・レコード条約、ディレクティブは、頻繁にどちらの用語も用いている。いずれにせよ、制限または例外は、著作者が利用に対するコントロールを失うものであるから、排他権の存在に影響を及ぼすということは確かである。利用というのは、報酬の有無にかかわらず、排他権による制約を受けるものなのだ。

報酬が与えられるというと、用語が誤解を招くものであっても、「法定許諾」という言葉を使う者がいる。実際、ここでの「許諾」という用語は、利用は権利の境界線の中に入っているが、許諾は著作者ではなく、法律によって与えられることを意味するように思われる。しかしながら、ここで述べているのはそのようなケースではない。強制的集中管理制度の下での利用は、排他権の領域外にあるからである。したがって、「報酬を伴う例外」あるいはむしろ「報酬を受ける権利」と呼ぶ方が適切だろう。強制的集中管理制度は、排他権の存在を問題としていない。排他権は害されていないし、問題になっていないからである。これは、権利行使の問題、すなわち排他権は強制的集中管理団体を通してのみ行使できるという権利行使の方法の問題を解決することだけを目指しているのである。事実、EUの

排他的権利を制約するためだけのものである（強制ライセンス）。強制的集中管理制度は著作者とユーザーとの関係を調整するものではないため、この制度はこの条文の適用を受けるものではない（この点についてS.v. Lewinski, La gestion collective obligatoire des droits exclusifs et sa compatibilité avec le droit international et le droit communautaire du droit d'auteur: *Copyright e-Bulletin,* January-March 2004, p. 5を参照）。

[53] この問題については、C. Geiger（*prec.* note 7）を参照。

[54] *Supra* note 7.

判例法は、集中管理が権利の存在ではなく、権利行使だけを問題にすることを明確に述べている[55]。

管理団体はたいてい著作者からの委任に基づいて、著作者に代わって排他権を行使するが、著作者も管理団体に入会することによって、（理論的に）権利行使の方法に影響を及ぼしうる。会員になれば、著作者はライセンス料の決定に参加できるからである。時には、著作者は自らの選択によって、入会する団体を指定することさえ可能だろう。管理団体は、必ずしもライセンスを付与する必要はない。確かにドイツのようにライセンスを付与する法的義務を持つ管理団体が複数あることは事実であるが、スイスやフランスのようにそのような管理団体ばかりとは限らない。契約を締結する法的義務がない場合、実務上、稀なケースであったしても（特に競争法違反を回避するために）、集中管理団体は条件に不満があれば、原則として許諾を与えなくてもよい[56]。

報酬権（あるいは法定許諾）は多くの場合、集中管理団体が権利者から取得するものであるが、これについては理論的に見て大変重要なニュアンスの相違を認めることができる。報酬権（つまり、請求権）は、通常、や

[55] European Commission Decision of October 8, 2002, relating to a proceeding under Article 81 of the EC Treaty and Article 53 of the EEA (European Economic Area) Agreement (COMP/C2/38.014-IFPI "*Simulcast*"), Official Journal of the European Communities (OJ) L 107/58, dated April 30, 2003, p. 58, point n° 66. 1993年9月27日のCouncil Directive 93/83/EECの9条(2)で規定された強制的集中管理制度の枠組みにおける衛星放送と有線再送信に適用される著作権及び著作隣接権に関する一定のルールの調整については、CJCE, 1st June 2006, *Uradex SCRL c/ Union Professionnelle de la Radio et de la Télé-distribution (RTD) et Sté Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutele)*, case C-169/05も参照。この事件で裁判所は、ディレクティブが法的安定性及び手続の簡便化のために、有線再送信権の強制的集中管理制度を導入したことを再確認した。解説としてF. Pollaud-Dulian, *RTDcom.* July/September 2006, p. 603を参照。

[56] この点について、F. Siiriainen, *Le caractère exclusif du droit d'auteur à l'épreuve de la gestion collective*, Thesis, Nice, 1999, p. 441を参照。Siiriainenは、このように許諾申請を拒絶できるということが、強制的集中管理制度を強制ライセンスよりも排他権の方により強く結びつけるとする。

はり集中管理団体によって権利者から取得されるが、報酬の分配条件は多くの場合、法律によって決定されているのである。強制的集中管理の場合、確かに排他権は行使されるが、より大きな交渉力を持っているのは集中管理団体の方なのである。

フランス法との比較は、さらなる手がかりを与えてくれる。フランスには、2つの強制的集中管理団体が存在する。一つは、複写複製権（知的財産権法122の10条、以下、CPI）を管理する団体であり、もう一つは放送番組の著作物に関する有線再送信権（著作権に関するCPIの第132の20の1条、実演家、レコード及びビデオグラムの製作者に関するCPIの第217の2条）を管理する団体である。

前者について、CPIの第122の10条は、著作物の発行が認定された集中管理団体に対する権利の譲渡を意味するという原則を規定しているが、フランスの法理論は、これは決して「法定許諾」ではないとする点で一致している[57]。同条には排他権行使の方法だけが定められているからである。加えて、EUのディレクティブには、強制的集中管理を認めるものがあるが、中には強制的集中管理を課すものもある。有線再送信に関する1992年11月19日のディレクティブ[58]や貸与権に対する強制的集中管理を認める1993年9月27日のディレクティブ[59]、追求権に対する強制的集中管理を認める2001年9月27日のディレクティブなどはその一例である[60]。これらの解決策が国際法を遵守しているかが問題になったことはない。

最後に、条約に強制的集中管理に関する具体的な条項が規定されていなくても、その序文に特定の目的が明確に述べられていることがある。そして、序文に記された目的が国際条約の条文解釈に役立つことがある。たとえば、WIPO著作権条約の序文には「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」があることが強調されている。

それでも、強制的集中管理に関する規則を定めることは、場合によっては、公共の利益に資することになるだろう。ただし、強制的集中管理制度は著作者の利益を守るものでもあることを忘れてはならない。著作物の大規模な利用に対して、著作者が個別に権利行使することは、現実的には困難である場合が多く、到底不可能な場合もある[61]。その上、集中管理団体は一般的により強い交渉力を持っているため、集中管理は著作者に大きなメリットをもたらすことが多い。著作者が権利者に権利を譲渡している場合、とりわけ権利者から著作者を保護するような実効的な契約上の権利がないときには、著作者にとって分配はたいてい有利なものとなっている。

この理は、前述したように、報酬権という枠組みに関してドイツ連邦裁

[57] P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 5e éd., Paris, PUF, 2004, n° 195 ; A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3rd ed., Paris, Litec, 2006, p. 562, note 43; F. Pollaud-Dulian, *Le droit d'auteur*, Paris, Economica, 2005, n° 746 *seq.* and n° 1644.

[58] 衛星放送と有線再送信に適用される著作権及び著作隣接権に関する一定のルールの調整に関する1993年9月27日のCouncil Directive 93/83/EEC, *JOCE* L 248 of 6 October 1993, p. 15;「有線再送信権の行使」と題する9.1条は、「加盟国は、有線事業者に対して有線再送信を許諾または拒絶する権利は、集中管理団体を通してのみ行使されるものとする」と規定する。

[59] 1992年11月19日の知的財産分野における貸与権と著作隣接権に関するCouncil Directive No. 92/100/EEC, *JOCE* L 346 of 27 November 1992, p. 61: 4. 3条は「公平な報酬を取得するために、当該権利の管理を著作者または実演家を代表する集中管理団体に委託することができる」、4. 4条は「加盟国は、公平な報酬の請求権を有する集中管理団体によって、管理がなされるのか、そうだとしたらどの程度か、そして、この報酬が誰に対して請求され、徴収されるのかという問題について取り決めることができる」と規定する。

[60] 美術の原作品の著作者の利益のための追求権に関するディレクティブ（2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001, *JOCE* L 272 of 13 October 2001, p. 32）の6. 2条は「加盟国は、1条に規定されるロイヤリティーの強制管理または任意管理について規定することができる」とする。

[61] F. Siiriainen, Théorie générale de la gestion collective－Dimension d'intérêt général et régulation de la gestion collective: *Jurisclasseur* PLA, Fasc. 1552, January 2006, n° 17. Siiriainenは、これらの権利が集中管理制度なしには存在しないだろうから、強制的集中管理制度の管理による権利はその性質上、集団で行使しうる排他権であるとする。F. Pollaud-Dulian (*prec.* note 57), n° 1155は、「効率性という理由」によって強制的集中管理制度が正当化されるという。

判所が明確に認めたところであるが[62]、強制的集中管理に特に妥当するものである。そのため、この解決策は権利者の圧力から著作者を守る手段であり、結果として、規定は著作者の利益に適っていると主張する者がいるだろう[63]。強制的集中管理は、「著作者の権利の保護を可能な限り効果的かつ統一的に発展させ及び維持する」(WIPO 著作権条約の序文)ものであり、この制度が「異なる利益間のバランスを十分に取り戻し、著作権の社会的機能に従って、著作物を社会全体に拡布する手段」[64]になると結論づけられるはずである。

したがって、強制的集中管理制度は既存の排他権を制限するものではないと考えることが許されるように思われる[65]。この制度は単なる排他権の行使の一形態であり、国際法によってカバーされていない（したがって、国際法で禁止されていない）ため、スリーステップテストは排他権の障害にならない。集中管理は、公正なバランスを提示することによって、国際条約の目的と完全に適合し、将来、法的な解決策に発展しうるものでさえある。もちろん、そのためには、集中管理団体の活動を厳格に規制し、集

[62] Judgment of 11 July 2002 (*prec.* note 43).

[63] この点について、S.v. Lewinski (*prec.* note 52), p. 9も参照。

[64] C. Geiger (*prec.* note 8), n° 383. この点について、F. Siiriainen (*prec.* note 61), n° 2 et 17 *seq.* も参照。Siiriainenは、強制的集中管理制度は調節的機能を持つという。すなわち、ユーザーに仕事を達成させ、公衆に著作物へのアクセスを認める一方で、著作権の保護を効果的に行うからである。より一般的には、D. Gervais, The Changing Role of Copyright Collectives, in: D. Gervais (ed.), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, The Hague, Kluwer, 2006, p. 18 *seq.* を参照。Gervaisは、著作者と公衆の利益の公平な均衡を保障するために、スカンジナビア・スタイルである徴収管理の「延長された」制度が望ましいと主張している。

[65] この点について、S.v. Lewinski (*prec.* note 52), p. 5 *seq.*; K.J. Koelman, 《The Levitation of Copyright: An Economic View of Digital Home Copying, Levies and DRM》: *Ent. L.R.* 2005, p. 81, also reproduced in: F.W. Grosheide & J.J. Brinkhof (ed.), *Intellectual Property Law 2004*, Intersentia, Anvers/Oxford, 2005, p. 436 *seq.*; C. Bernault and A. Lebois (*prec.* note 47), n° 128を参照。Bernaultと Leboisは、「ピアツーピア」型のファイル・シェアリングによる著作物のアップロードは、強制的集中管理制度の対象にすることができると結論づける。

中管理団体がその独占的な状態を濫用することを防止することが必要となる。

もっとも、この限定的な場合を別にすると、スリーステップテストは例外の制度を情報化社会の規範に適応させるために、新しい解決策を採用しようとする国内立法者の自由を著しく制限するものである。ところが、スリーステップテストに対応しなければならないのは立法者だけではない。国内の裁判官もこの法的文書を使って、例外がテストで設定されている条件を満たしているかどうかの判断をすることは可能だろう。そこで次に、スリーステップテストが排他権の例外を司法において適用する際の障害となりうるものかについて検討してみよう。