

平成 24 年度文化庁委託事業

諸外国における

著作物等の利用円滑化方策に関する調査研究

報告書

2013年3月

株式会社 情報通信総合研究所

目次

第1部 序論

I. 調査の目的	1
II. 調査の概要	2
1. 調査方法	2
(1) 権利者不明時における著作物等の利用円滑化制度の調査	2
(2) デジタル著作権取引所に関する調査	3
2. 調査期間	3
3. 文化庁担当者	3

第2部 権利者不明時における著作物等の利用円滑化制度の調査

第1章 EUにおける孤児著作物指令	4
1. はじめに	4
(1) 孤児著作物指令の位置づけ	4
(2) 立法経緯	6
2. 孤児著作物指令の内容	9
(1) 要件	9
(2) 効果	14
3. 今後の見通し等	14
(1) 今後の見通し	14
(2) 識者等の評価	15
4. 日本法への示唆	17

第2章 イギリス

I. 権利者不明著作物の利用前に活用可能な制度	19
1. はじめに	19
2. 現行法制度	21
(1) 実演の権利に関する強制許諾制度 (CDPA 第 190 条)	21
(2) 権利者不明著作物の利用前に活用できるその他の制度	21
3. 立法及び近時の動向	23
(1) 前回調査の概要	23
(2) 前回調査以降の動き	24
(3) 関係団体等の評価	39
4. 日本法への示唆	46

(1) 権利者不明の状態になりやすい著作物の権利者への配慮	46
(2) 現行の裁定制度を前提として集中管理団体に許諾権限を授権すること、又は ECL の制度を並行して採用することの可能性	47
(3) イギリスにおける ECL の導入に向けた議論から受ける示唆	47
II. 権利者不明著作物の利用後に活用可能な制度（侵害訴訟における救済等）	49
1. はじめに	49
2. 立法及び近時の動向	49
第3章 フランス	50
I. 権利者不明著作物の利用前に活用可能な制度	50
1. はじめに—制度の概要	50
(1) 改正前	50
(2) 改正後	50
(3) 書籍以外の著作物の場合	51
2. 現行法制度	51
(1) 制度の趣旨	51
(2) 要件	54
(3) 効果	60
(4) 施行予定日等、今後の見通し	63
(5) 識者等の評価	63
3. 日本法への示唆	64
(1) 権利者不明著作物について	64
(2) 電子図書館について	65
II. 権利者不明著作物の利用後に活用可能な制度（侵害訴訟における救済等）	65
第4章 ドイツ	67
1. 権利者不明著作物とは	67
2. 問題の所在	67
3. ドイツ法の従来の議論	68
4. EU 孤児著作物指令	70
(1) 緒論	70
(2) EU 孤児著作物指令案	70
(3) EU 孤児著作物指令（成案）	71
5. ドイツの対応	72
(1) ドイツ法における問題点	72
(2) 今後の見通し	74

6. 結語	75
-------	----

第5章 北欧諸国 76

I. 権利者不明著作物の利用前に活用可能な制度 76

1. はじめに	76
2. 拡大集中許諾制度	77
(1) 制度の概要	77
(2) 要件	81
(3) ECL 契約の締結を促進するための制度—調停・仲裁—	89
(4) 非構成員の利益を保護するための制度	91
(5) 拡大集中許諾制度の実施状況	98
(6) 拡大集中許諾制度に対する学説の評価	100
3. 立法及び近時の動向	106
(1) スウェーデン	106
(2) フィンランド	107
4. 日本法への示唆	107
5. その他の制度	109

II. 権利者不明著作物の利用後に活用可能な制度（侵害訴訟における救済等） 110

第6章 アメリカ 111

I. 権利者不明著作物の利用前に活用可能な制度 111

1. はじめに	111
(1) 背景	111
(2) 本節の概要	111
2. 現行法制度	112
(1) 制度の概要	112
(2) 裁判例（Google ブックス訴訟：Authors Guild v. Google Inc., 770 F. Supp. 2d 666 (S.D.N.Y. 2011)）	118
3. 立法及び近時の動向	121
(1) ライセンスの促進及び「大量デジタル化における法的問題」報告書（2011）について	121
(2) 保護期間の短縮（パブリック・ドメイン拡張法案）	124
(3) 識者等の評価	125
4. 日本法への示唆	125

II. 権利者不明著作物の利用後に活用可能な制度（侵害訴訟における救済等） 126

1. はじめに	126
---------	-----

2. 現行法制度	126
(1) 制度の概要	126
(2) 裁判例	130
3. 立法及び近時の動向	133
(1) 前回調査の概要	133
(2) 2008 年権利者不明著作物法案	134
(3) 著作権法第 108 条研究会による報告書 (2008)	137
(4) 著作権局の動き	139
(5) 識者等の評価	141
4. 日本法への示唆	142
第 7 章 カナダ	143
I. 権利者不明著作物の利用前に活用可能な制度	143
1. はじめに	143
(1) 強制許諾制度—制度の概要	143
(2) 権利者不明著作物の利用前に活用できるその他の制度—無名及び変名の著作物／共有に係る無名及び変名の著作物	144
2. 現行法制度	144
(1) 制度の趣旨	144
(2) 要件	147
(3) 効果	158
(4) 実施状況	162
(5) 識者等の評価	164
3. 立法及び近時の動向等	165
4. 日本法への示唆	165
II. 権利者不明著作物の利用後に活用可能な制度 (侵害訴訟における救済等)	167
第 8 章 韓国	168
I. 権利者不明著作物の利用前に活用可能な制度	168
1. はじめに—法定許諾制度の概観	168
2. 現行法制度	168
(1) 制度の趣旨	168
(2) 要件	172
(3) 効果	183
(4) 実施状況	184
(5) 識者等の評価	185

3. 立法及び近時の動向	186
(1) 立法動向	186
(2) その他近時の動向—米韓 FTA 等権利強化の動きとの関係	188
4. 日本法への示唆	189
II. 権利者不明著作物の利用後に活用可能な制度 (侵害訴訟における救済等)	190
第 3 部 デジタル著作権取引所の調査	
第 1 章 韓国におけるデジタル著作権取引所の実態について	191
1. 経緯	191
(1) 導入の背景	191
(2) 導入の推進主体	191
(3) 開始時期	192
2. 位置付け	192
(1) 設置の目的・期待される効果	192
(2) 法的根拠	192
(3) 財源	193
3. 仕組み	193
(1) 運営主体	193
(2) 参加主体	194
(3) 対象 (利用できる著作物の範囲・対象となる利用行為)	195
(4) 機能	196
4. 現在の運用状況	204
(1) 運用方針 (ガイドライン・規定等)	204
(2) 利用実態	204
(3) トラブル事例	205
5. 評価	205
(1) 権利者側の評価	205
(2) 利用者側の評価	205
(3) 今後の課題	206
第 2 章 イギリスにおけるデジタル著作権取引所の実態について	207
1. 経緯	207
(1) 導入の背景	207
(2) 導入の推進主体	211
2. 位置付け	216
(1) 目的・効果・基本原理	216

(2) 法的根拠.....	217
(3) 財源.....	217
3. 著作権ハブ (DCE を含む) の仕組み.....	218
(1) 運営主体.....	218
(2) 対象 (利用できる著作物の範囲).....	218
(3) 参加している権利者の範囲.....	218
(4) 利用できる主体の範囲.....	219
(5) 機能.....	220
4. 現在の状況.....	224
(1) 運営を開始するに際して指摘されている問題点.....	224
(2) 今後の見通し.....	226
5. 評価及び今後へ向けての期待.....	227
(1) 出版者・権利者等による評価・期待.....	227
(2) 利用者による評価・期待.....	228
第3章 日本への示唆.....	229

第1部 序論

I. 調査の目的

近年の急速なデジタル化・ネットワーク化の進展に伴い、知的財産の保護・活用に関する状況にも大きな変化が生じている。こうした時代の変革に対応すべく新たな知的財産戦略が求められる中、権利を適切に保護しつつ、著作物の円滑な利用を促進するための法制度についての検討が重要となる。

著作物の円滑な利用を促進する法制度を検討するに際しては、円滑な利用を阻害する要因を把握することが肝要となる。こうした阻害要因としては、[1] 著作者や著作権者、あるいはその所在が判明しないこと、[2] 仮に判明した場合であっても利用するための手続が煩瑣であること、が考えられる。我が国においても、こうした阻害要因に対する取組はなされているが、諸外国では、我が国と異なる取組もなされており、諸外国で行われている最新の取組について整理し、把握しておく必要があると考える。

そこで、本調査の目的は、こうした阻害要因に対し諸外国が行っている最新の取組を調査し、整理することにある。

本調査では、上記目的を踏まえ、調査項目を大きく2つに分け、調査を行った。

第1に、阻害要因[1]と関連するものとして、諸外国における「権利者不明著作物 (Orphan Works)」¹に関連する法制度の調査を実施した (本報告書第2部参照)。先行研究として、文化庁が2007年3月に実施した委託事業に関する報告書²が存在するところであるが、同報告書の公表後も、2012年にEU議会において孤児著作物指令が可決されるなど新たな動きが生じており、権利者不明著作物に関する諸外国の最新の状況について調査を行う必要があると考える。そこで、本調査では、上記先行研究を踏まえ、アメリカ・イギリス・フランスについて権利者不明著作物をめぐる最新の状況を調査するとともに、前回調査では対象としなかったカナダ・ドイツ・北欧諸国・韓国といった国についても最新の状況を調査している。

第2に、阻害要因[2]と関連するものとして「デジタル著作権取引所」について調査を実施した (本報告書第3部参照)。利用許諾手続の煩雑さを解消することを企図して、韓国

¹ 本報告書では、権利者 (の所在) が不明な著作物を指す場合、原則として「権利者不明著作物」という呼称を用いることとする。ただし、EUにおける「Orphan Works Directive」については、「孤児著作物指令」という呼称が定着しているため、同語を用いることとする。

² 文化庁委託事業『コンテンツの円滑な利用の促進に係る著作権制度に関する調査研究報告書』(三菱UFJリサーチ&コンサルティング、2007年3月)

<http://www.bunka.go.jp/chosakuken/pdf/chousa_kenkyu.pdf>。

ではデジタル著作権取引所を導入し、運用を始めている。また、イギリスにおいても同様の構想があり、制度の具体化に向けた取組が進められている。そこで、本調査では、こうした韓国及びイギリスにおけるデジタル著作権取引所の取組について実態等の調査を行った。

II. 調査の概要

本調査研究の方法、調査期間は下記の通りである。

1. 調査方法

(1) 権利者不明時における著作物等の利用円滑化制度の調査

調査対象とする各国の法制度に詳しい以下の専門家に、各国における権利者不明時における著作物等の利用円滑化のための法制度に関する調査を依頼し、各専門家の執筆した原稿を情報通信総合研究所が編集した。

E. U : 明治大学情報コミュニケーション学部 准教授 今村哲也氏
イギリス : 同上
フランス : インフォテック法律事務所 弁護士 井奈波朋子氏
ドイツ : 筑波大学大学院ビジネス科学研究科 教授 潮海久雄氏
北 欧 : 北海道大学大学院助教 公益社団法人著作権情報センター研修員 小嶋崇弘氏
アメリカ : 神戸大学大学院法学研究科 准教授 前田健氏
カナダ : 明治大学情報コミュニケーション学部 准教授 今村哲也氏
韓 国 : 東京都市大学環境情報学部 准教授 張睿暎氏

なお、本調査では、各国ごとに異なる法制度を横断的に理解するために、編集の便宜上、各国で定められている法制度を、「利用『前』に活用可能な制度」と「利用『後』に活用可能な制度」にそれぞれ分類し、整理を行った。ここで、「利用『前』に活用可能な制度」とは、何らかの方法で許諾を取得しあるいは許諾が不要であることを確定させ、利用前にその適法性を確定させておく制度のことを指し、「利用『後』に活用可能な制度」とは、著作物の利用後に裁判手続の中などで許諾が不要であったことを確認、又は事後的に適法にしている方法を示している。

もともと、上記分類は、相対的なものであるため、同様の制度であっても、執筆者によって、分類する箇所が異なる場合がある点は留意されたい。例えば、図書館等の利用に関する権利制限規定について、第6章（アメリカ）においてはフェア・ユース規定と比較し

つつ論じる必要性から利用「後」に活用可能な制度に分類されているが、その他の章では、要件の明確性から利用「前」に活用可能な制度として整理している。

(2) デジタル著作権取引所に関する調査

デジタル著作権取引所について、韓国における検討経緯や法制度、運用実態等を、イギリスにおける議論の状況をそれぞれ調査した。

韓国については、張睿暎氏に、韓国著作権委員会に対するヒアリングを実施していただき、その内容も踏まえて情報通信総合研究所で執筆した。イギリスについては、今村哲也氏に著作権ライセンス運営グループ（Copyright Licensing Co-ordination Office）に対するヒアリングを実施していただき、情報通信総合研究所と共同で執筆した。

2. 調査期間

平成24年10月～平成25年3月

3. 文化庁担当者

山口 重憲	文化庁長官官房著作権課 課長
山中 弘美	同 著作物流通推進室 室長
小坂 準記	同 著作権調査官
吉野 直樹	同 法規係長
川内 明日香	同 著作物流通推進室 企画調査係長
伊藤 兼士	同 法規係員

第2部 権利者不明時における著作物等の利用円滑化制度の調査

第1章 EUにおける孤児著作物指令

1. はじめに

(1) 孤児著作物指令の位置づけ

①目的

EUは、2010年に“Europe2020”³を発表して、今後10年間の欧州における経済戦略を明らかにしており、その戦略の実現手段として示された7つの最重要イニシアティブの1つは、情報化戦略としての「欧州デジタル・アジェンダ (Digital Agenda for Europe)」⁴である⁵。このアジェンダでは、優先課題として、デジタル単一市場の創出を挙げている。これを踏まえ、権利者不明著作物のデジタル化と国境を越えた流通を促進するため、EUでは2012年10月に孤児著作物指令を成立・発効させた。今回の孤児著作物指令は、権利者不明著作物に内在する著作権や関連権 (related rights, 我が国の制度では著作権隣接権に相当する権利を含む概念) によって保護される著作物その他の主題に関するデジタル化や流通を促進する法的枠組みを創設することが、このアジェンダに対する重要なアクションになると位置づけられている (指令前文3)。

また、今回の孤児著作物指令は、「欧州デジタル図書館計画」を背景に、かかる公的な任務のために一定の公的組織が権利者不明著作物の大規模デジタル化をどのように適法に行っていくのかという部分が重要な解決課題になっている (同前文1参照)。同指令は、権利者不明著作物と考えられる著作物やレコードに関する権利者不明状態の法的判断の在り方と適法な利用者及び行為態様という具体的な問題を解決することを目的としている (同前文3)。

なお、大量デジタル化に内在する法的問題は、権利者不明著作物の問題に限られない。欧州委員会が主催する「電子図書館に関する高度専門家会合・著作権小委員会 (Copyright Subgroup, High Level Expert Group on Digital Libraries)」が、2008年6月に提出した

³ European Commission, 'Europe 2020' (2012-04-05) <http://ec.europa.eu/eu2020/index_en.htm>.

⁴ A Digital Agenda for Europe-COM (2010) 245,

<http://ec.europa.eu/information_society/digital_agenda/index_en.htm>.

⁵ 平井智尚「EUの情報通信政策動向の整理—欧州デジタル・アジェンダを中心に」マルチメディア振興センター (2011年3月) <http://www.fimc.or.jp/pdf/report/report_eutrans_20110302.pdf>.

最終報告書である「デジタルによる保存、権利者不明著作物及び絶版著作物に関する最終報告」⁶においては、欧州デジタル図書館計画には、デジタル資料の長期保存の問題、絶版資料 (Out-of-Print) の利用と著作権に関する問題も存在することが指摘されている。商業的絶版をめぐる問題に関しては、2011年9月20日に、欧州委員会を調整役として、欧州の図書館団体・出版社団体・著作権団体の10団体・機関が、著作権保護期間内の絶版資料のデジタル化と利用の原則について合意しており (Memorandum of Understanding: MoU)、関係者間での自発的なライセンス合意に基づくこと等が模索されている⁷。孤児著作物指令は、商業的な絶版の問題とは補完的な関係にたつが、「同指令は、いわゆる商業的利用がされていない (out-of-commerce) 著作物のような大量デジタル化をめぐるより大きな問題について加盟国において発展する特定の解決手段に対して影響を与えるものではない」ことを確認している (同前文4)。

②法的性質

今回、EUは、権利者不明著作物に関する規律を定めるに当たって、達成されるべき結果について加盟国を拘束する「指令」(リスボン条約第288条第3段) という法的形式を用いている。EUは、2006年にも権利者不明著作物に関する「勧告」を出している⁸。しかし、この勧告という法的行為は、加盟国を何ら法的に拘束するものではない (同第288条第5段)。そのため、勧告を踏まえてその内容を導入した加盟国がほとんどなかった。今回の指令という法的形式の採用は、こうした経験も踏まえているものと考えられる。

③主な特徴

今回の権利者不明著作物に関する指令の主な特徴は、[1] 権利者不明著作物の利用目的と主体を限定したこと、[2] 利用前の入念な調査の要件を設けたこと、[3] 加盟国間における権利者不明状態の相互承認を要求したこと、[4] 適法に利用できる行為態様を限定し、かつそれを権利の制限又は例外として位置づけたこと、[5] 権利者判明後の公正な補償金

⁶ i2010: Digital Libraries High Level Expert Group – Copyright Subgroup, 'Final Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works' (2008-06-04) <http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/reports/copyright/copyright_subgroup_final_report_26508-clean171.pdf>.

⁷ Memorandum of Understanding Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works (MoU本文) <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/20110920-mou_en.pdf>.

⁸ Commission Recommendation of 24 August 2006 on the digitisation and online accessibility of cultural material and digital preservation 2006/585/EC. Official Journal of the European Union. 2006, (49), pp.28-30 <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:236:0028:0030:EN:PDF>>.

の支払を要求したこと、[6] 見直し条項を設けたこと、に集約できるであろう。それぞれの特徴については後述する。

なお、大量デジタル化のために用いられる他の権利管理のための法的枠組み（拡大集中許諾制度など）との関係では、加盟国によるそれらの取決めに影響を与えるものではないことを確認している（指令第1条第5項、前文24）。

(2) 立法経緯

①2005年「欧州デジタル図書館計画」

EUにおける権利者不明著作物の取扱いをめぐる議論は、2005年の「欧州デジタル図書館計画」の取組の中で発展してきたものである⁹。EUにおける著作権分野の議論において権利者不明著作物という言葉がよく聞かれるようになったのは、この頃からである。

権利者不明著作物の取扱いに関する最初の具体的な指針は、「欧州デジタル図書館計画」に関して2006年8月に公表された欧州委員会から加盟国への勧告¹⁰であった。同勧告の第6条では、利害当事者と協議しながら権利者不明著作物の利用を促進する仕組みを創設すること、そして、権利者不明著作物とパブリック・ドメインにある著作物のリストを作成することで、文化的な素材のデジタル化とオンラインアクセスのための環境を整備することが示されていた¹¹。

同勧告の後、欧州委員会が主催する「電子図書館に関する高度専門家会合・著作権小委員会（Copyright Subgroup, High Level Expert Group on Digital Libraries）」は、2007年4月に中間報告書を公表し¹²、2008年6月に最終報告書¹³を提出した。最終報告書は、権利者不明著作物への取組の必要性を強調しつつも、EUレベルでの統一的な解決策を示すものではなく、加盟国の国内レベルの解決策を加盟国相互で運用し、また相互に承認することが必要であるとしている¹⁴。そのほか、権利者不明著作物の利用前に必要とされる著作権者の身元及び／又は所在を明らかにするための調査が「入念（due diligence）」なものであること¹⁵（「詳細な」、「真摯な」などとも訳されるが、本稿では「入念」と訳する）、「作品を利用する前に必要とされる入念な調査についての指針」を作成すべきこと¹⁶、かかる調

査を容易にするための権利者不明著作物に関する情報を集めたデータベース構築の可能性（具体的には、実施予定である著作権情報や権利情報に関するデータベースをネットワーク化したシステムを提供するARROWプロジェクト¹⁷について取り上げていた）と、権利処理手続及びそのための権利処理センター（Rights Clearance Centre）の設立について検討すべきこと¹⁸、将来の権利者不明著作物化を防ぐためにコンテンツに対するデジタル識別子の挿入を推進すること¹⁹などが提唱されていた。その後、2009年10月26日にパブリック・ヒアリングも行われたが、著作物の権利情報のデータベースの創設という考え方が大方の支持を集めたとされる²⁰。

②孤児著作物指令案（2011年5月）

前述したように、EUは、2010年に「Europe2020」を発表して、今後10年間の欧州における経済戦略を明らかにし、その最重要イニシアティブの1つとして、情報化戦略としての「欧州デジタル・アジェンダ（Digital Agenda for Europe）」を示した。このアジェンダの優先課題には、「デジタル単一市場」の創出が掲げられており、権利者不明著作物のデジタル化と国境を越えた流通を促進するための法的枠組みの創設を提案する動機付けはますます強くなっていった。

そうした中、欧州委員会は2011年5月24日に全13条からなる「孤児著作物指令案」²¹を公表した。同指令案の主要な目的は、公益の実現を任務とした機関の電子図書館やデジタルアーカイブに含まれる権利者不明著作物に対して、加盟国の国境を越えた適法なアクセスを保障する法的枠組みを創設することにあるとしている。その上で、こうした目的は、「権利者不明著作物の状態」を加盟国の間で相互承認することで実現されることを明らかにしている。ある著作物が「権利者不明著作物の状態」であることを確立するためには、公共のアクセスが可能な図書館、教育機関、博物館、文書館、フィルム又は音声遺産の保存機関、及び公共放送機関が、その著作物が最初に発行された加盟国において事前に入念な調査を行うことが求められる。入念な調査によって「権利者不明著作物の状態」であると承認された場合、当該著作物はEU加盟国全域で権利者不明著作物とみなされることになる。そして、権利者不明著作物とみなされる場合、上記の諸機関が一定の目的のために

⁹ 欧州での議論の動向は、菱沼剛『孤児著作物問題の研究』（2011年、成文堂）33-38頁にも記述があるので事実関係について参照した。

¹⁰ Commission Recommendation, supra note 3, p.28-30.

¹¹ Ibid.

¹² 「E646・欧州デジタル図書館、著作権問題の解決に向けた提言を公表」カレントアウェアネス・E No.106（2007.5.16）<<http://current.ndl.go.jp/e646>>.

¹³ i2010: Digital Libraries High Level Expert Group – Copyright Subgroup, supra note 6.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ “ARROW”（Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works towards Europeana）プロジェクトは、権利者不明著作物や絶版書を含むあらゆる著作物の権利者や権利関係を明らかにし、そのための情報を提供することを目的としたもので、欧州委員会の“eContentplus”プログラムに基づいて推進された事業である。現在は、後継の“ARROW Plus”プロジェクトが進められている。

¹⁸ i2010: Digital Libraries High Level Expert Group – Copyright Subgroup, supra note 6.

¹⁹ Ibid.

²⁰ European Commission, ‘Public Hearing on Orphan Works’（2009-10-26）.<http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-infso/orphanworks/report_en.pdf>.

²¹ European Commission, ‘Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain permitted uses of orphan works, COM（2011）289 final’（2011-05-24）.

利用する場合、許された行為 (permitted act) とすべきことを求めている。もっとも、この段階では、どのような法的形式で許された行為とするのかについて、加盟国を拘束する枠組みを示してはなかった。この点は、最終的な孤児著作物指令 (成案) においては、明確にされている。

なお、孤児著作物指令案第3条第2項では、入念な調査のために別表に示した情報源を参照するものとしているが、その情報源の1つとして先に触れた ARROW システムも掲げられている²²。

③孤児著作物指令 (成案)²³ (2012年10月)

孤児著作物指令案の提出を受け、欧州議会の法務委員会 (Legal Affairs Committee) は、同指令案の修正を内容とした法務委員会のドラフトリポートの検討を進めた。そして、2012年3月28日における同指令案の修正を内容としたレポートを審議の上で採用し²⁴、欧州委員会による指令案について、通常立法手続²⁵にしたがって、第一読会において欧州議会が指令案に関する意見 (修正案) としての立場 (position) を採択すべきことを提案した。2012年9月13日に第一読会で審議され、同日、欧州議会の本会議で賛成 531、反対 11、棄権 65 で修正された指令案が採択された²⁶。本会議で採択された修正案²⁷は、議会と理事会との間の調整がなされた修正案である。その後、2012年10月4日に理事会がこれに同意し、その後、署名を経て、2012年10月27日に EU 官報に掲載され、同指令案は、孤児著作物指令として発効した。

²² Ibid.

²³ Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works Text with EEA relevance, OJ L 299, 27.10.2012, pp.5–12.

²⁴ European Parliament, 2011/0136 (COD), A7-0055/2012

<<http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/sda.do?id=21279&l=en>>.

²⁵ 共同決定手続の詳細については、矢部明宏「EUにおける参加民主主義の進展—EU市民発案に関する規則—」外国の立法 249号 (2011年) 35頁参照。

²⁶ European Parliament, supra note 24.

²⁷ European Parliament, 2011/0136 (COD), P7_TA (2012) 0349

<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7+TA:2012-0349+0+DOC+XML+V0/EN>>.

2. 孤児著作物指令の内容

(1) 要件

①適法利用が認められる主体

孤児著作物指令に基づいて、権利者不明著作物の一定の利用行為が許された行為 (著作権の例外又は制限) とされる主体は、「加盟国で設立されている」、「公共のアクセスが可能な図書館、教育機関、博物館のほか、文書館、フィルム又は音声遺産の保存機関、公共放送機関」(以下「対象機関」という。) である (指令第1条。前文1、9も参照)。また、上記の主体によるあらゆる利用が適法となるのではなく、公益的な任務 (public-interest missions) に関する目的を達成するために許されるにすぎない (同第1条)。なお、公共的任務として、具体的には、「収蔵品に含まれる著作物及びレコードを保存し、修復し、及び文化的ないし教育的アクセスのために提供すること」が例示されている (同第6条第2項)。

②対象となる著作物等・利用態様

(a) 対象となる著作物とその範囲

孤児著作物指令が対象としている著作物等は、[1]「公共のアクセスが可能な図書館、教育機関、博物館のほか、文書館、フィルム又は音声遺産の保存機関」の収蔵品に含まれている「書籍、ジャーナル、新聞、雑誌、又はその他の文書の形式で発行された著作物」(指令第1条第2項(a))、[2]「公共のアクセスが可能な図書館、教育機関、博物館のほか、文書館、フィルム又は音声遺産の保存機関」の収蔵品に含まれている「映画又は視覚著作物、及びレコード」(同第1条第2項(b))、及び[3]「公共放送機関」が2002年12月31日 (同日を含む) までに制作した「映画著作物又は視覚著作物、及びレコード」であり、かつ「自己のアーカイブに含まれているもの」(同第1条第2項(c)、前文10、11) である。これらの著作物等は、著作権又は関連権によって保護されていること、かつ、加盟国において最初に発行されたか、発行がない場合には、加盟国で最初に放送されたものであることが要件とされる (同第1条第2項第2文、前文12)。

単体として取り扱われる写真やその他の画像は含まれていない。ただし、これらも後述する指令第1条第4項に該当する場合には権利者不明著作物となりうる。また、単体の写真や画像の問題については、見直し条項における今後の検討課題となっている (指令第10条)。加えて、公共放送機関が自己のアーカイブにある権利者不明状態にある映画著作物、視覚的著作物及びレコードをこの指令に基づいて適法利用できるのは、自ら制作した場

合だけであり、利用許諾契約に基づいて利用許諾を得たにすぎない場合は含んでいない(同前文11)。

外国の著作物等についてであるが、加盟国で第一発行されるか、最初に放送されたことが必要であるため、外国で最初に発行されたようなケースでは、外国と加盟国で同時発行された著作物でなければ、指令の対象にはならないことになる。もっとも、(加盟国であるかどうかを問わず)発行又は放送されたことがない著作物やレコードであっても、権利者の同意に基づいて上記の諸機関において一般にアクセス可能な状態であった場合には、権利者が第6条における利用行為に反対をしないと合理的に考えられることを条件として、指令の対象となる権利者不明著作物となり得る(同第1条第3項)とする規定がある。この規定との関係では、加盟国以外の国民による未発行の著作物も、同指令の権利者不明著作物として取り扱われる可能性もあるだろう。例えば、未発行の書簡を権利者(日本人)の同意を得て文書館が展示していたが、後に権利者不明状態になってしまった場合を考えてみよう。この場合、ベルヌ条約上は、未発行の著作物であるため著作者の国籍がある日本が本国の著作物となる。この場合、権利者としては、私的な書簡であるがゆえに文書館での展示は同意していたとはいえようが、デジタル化してインターネットで公衆が利用可能な状態にすることについてまで反対をしないと合理的に考えられるかどうかは、一律には判断し難いように思われる。なお、加盟国は指令第1条第3項の適用について、上記の諸機関に2014年10月29日以前に寄託された著作物とレコードに制限することができる(同項)。

孤児著作物指令は、指令第1条第2項及び第3項の対象物(著作物及びレコード)の中に、組み入れられ(embedded)、取り入れられ(incorporated)、あるいは、その不可欠な一部分を構成している、著作物その他の保護の主題に対しても適用される(指令第1条第4項)。これは、そうした一部分について全体の著作物と一括して取り扱うという意味ではなく、これらの一部分としての著作物その他の保護主題に対しても権利の所在について入念な調査が必要であることを意味する(同前文13参照)。これでは何のメリットもないようにも見えるが、他方で、これらの一部分については、本体の著作物について入念な調査をするべき加盟国(例えば、書籍であれば第一発行国とされる加盟国)において、入念な調査をすればよいとされている(同前文15参照)。これにより多少なりともこれらの部分について権利者不明状態を認定する上での労力が軽減されるのであろう。

(b) 権利者不明著作物の定義

孤児著作物指令では、「ある著作物又はレコードは、当該著作物又はレコードのいずれの権利者も明らかでない場合、又は権利者のうち1名以上が明らかであったとしても、そのいずれもが、第3条にしたがって、当該権利者らに関する入念な調査が行われたにもかかわらず所在が確認されない場合で、権利者不明著作物として登録された場合、権利者不明

著作物と考えるものとする」としている(指令第2条第1項)。なお、当該著作物又はレコードのいずれの権利者も明らかでない場合は、所定の権利者不明著作物の著作権及び関連権のいずれもが不明であることを意味している(同第1条第2項第2文、前文3)。

権利者不明状態を認定するための要件として、入念な調査と権利者不明著作物としての登録が必要とされているが、この登録は、OHIM (Office for Harmonization in the Internal Market・欧州共同体商標意匠庁)が管理するものとされている(同第3条第6項、前文16)。

同指令の対象とする著作物やレコードには、著作権及び関連権の双方に関して、複数の権利者が存在する場合も当然に想定される。複数の権利者の一部が不明又は所在が確認できない状態である場合、その者について入念な調査と権利者不明著作物としての登録を経ることにより、その他の判明している権利者が自己の権利について上記の諸機関に授權をしている(authorized)ことを条件として、一定の行為について、適法に利用することができる(同第2条第2項、前文17)。

(c) 対象となる利用態様

第1条で示された図書館等の対象機関が権利者不明著作物を利用する場合に許される行為は、[1] 情報社会指令²⁸第3条の意味における「公衆に対して利用可能とする」行為と(指令第6条第1項(a))、及び[2] 情報社会指令第2条の意味における「複製する」行為であり、「デジタル化、利用可能化、索引作業、目録作成、保存又は修復を目的」として行われるもの(同第6条第1項(b))である。また、これらの行為は、対象機関が公益的な任務を達成するためにのみ認められるにすぎず、具体的には「収蔵品に含まれる著作物及びレコードを保存し、修復し、及び文化的ないし教育的アクセスのための提供する」といった場合に限定される(同第6条第2項)。

なお、情報社会指令第2条の「複製権」と第3条の「公衆に対して利用可能とする権利」は、著作者、実演家、レコード製作者、映画製作者、放送機関が一定の対象について有するそれらの権利を含んでいる。すなわち、孤児著作物指令が、一定の場合に複製権等について権利の例外又は制限を認めるということは、所定の権利者不明著作物について、著作権のみならず関連権としての複製権等についても、権利の例外又は制限を認めることになる。このことは、権利者不明著作物が著作権及び関連権のいずれの権利者もが不明である著作物を指していることから(同前文3参照)、当然の帰結である。

また、修正レポートを作成した議員が特に強調していることであるが、権利者不明著作物をデジタル化して公衆に利用可能とするためのコストを補うという制限された目的にお

²⁸ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society. Official Journal of the European Communities. 2001. p.10-19.
<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:EN:PDF>>.

いて、対象機関が権利者不明著作物の利用の過程で収益を生じることを許容している（同第6条第2項）。

孤児著作物指令は、加盟国はこれらの行為を許された行為とする上で、権利の「例外又は制限」を設けるもの（provide for an exception or limitation）としている。つまり、権利者不明著作物の適法利用について、例外又は制限のアプローチを採用したことを明確にしている。権利者不明著作物の利用を円滑化するための制度として、欧州委員会は、孤児著作物指令案を公表した段階で、[1] 著作権の例外、[2] 拡大集中許諾制度、[3] 集中管理団体による権利者不明著作物に特定した許諾の付与、[4] 公的機関による許諾の付与、そして[5] 権利者不明著作物に関する国内的な解決手段の相互承認（つまり、権利者不明著作物の状態を相互承認すること）を挙げていた²⁹。そして、この段階では、[5] 権利者不明著作物の状態の相互承認を認めた上で、図書館やアーカイブ等による権利者不明著作物の一定の利用を許された利用（適法利用）とするべきことを保障するという提案をしていた。[5] のアプローチを取ることは明らかであったが、この許された利用を保障する制度そのものは明確ではなく、各国の制度に委ねられていた模様である。これに対して、最終的に採択された孤児著作物指令（成案）では、[5] とともに、図書館やアーカイブ等による権利者不明著作物の一定の利用を[1] 著作権の制限又は例外として位置づけるべきことを明確にしている。

③許諾の条件・申請手続

(a) 入念な調査（diligent search）

著作物やレコードが権利者不明著作物として認められるためには、これらの著作物等を利用する前に、対象機関が、入念な調査を「問題となる著作物その他の保護される主題の分野における適切な情報源を調べながら、各々の著作物その他の主題に関して誠実に（in good faith）行う」ことが必要となる（指令第3条、前文13）。

何が「問題となる著作物その他の保護される主題の分野における適切な情報源」として認められるのかは、各加盟国が権利者や利用者に諮問して決定するものとしているが、少なくとも指令のAnnexに列挙された情報源を含まなければならないとする（同第3条第2項、前文14）。Annexには、[1] 出版された書籍、[2] 新聞、雑誌、ジャーナル及び定期刊行物、[3] 視覚的著作物（写真、イラスト、デザイン、建築、そのスケッチ、及び書籍、ジャーナル、新聞及び雑誌その他の著作物に含まれるこれらの視覚的著作物）、[4] 視覚的著作物及びレコードに分類して、参照するべき幾つかの情報源を列挙している。

入念な調査をどこで行うかであるが、最初に発行された加盟国がある場合当該国において行い、発行がない場合、最初に放送された加盟国において行うとされている（同第3条第3項、前文15）。映画著作物又は視聴覚著作物の場合において製作者が加盟国に本社又は常居所を有している場合、その加盟国において行うものとされる（同第3条第3項第1文、前文15）。また、前述した孤児著作物指令第1条第3項の場合（加盟国が最初に発行された国又は放送された国でもないが、権利者の同意に基づいて同第1条第1項の諸機関において公共的にアクセス可能な状態であったために、指令における権利者不明著作物の対象となりうる場合）、これらの機関が設立された加盟国において、入念な調査を行う（同第3条第3項第2文、前文15）。

なお、以上のことは他国における情報源の調査を全くしなくてよいことを意味するわけではない。関連する権利者情報が、入念な調査を行うべき加盟国以外の国にあることを示唆する証拠がある場合、これらの他国において利用可能な情報源も調べなければならないとされている（同第3条第4項、前文15）。

加盟国は、対象機関が入念な調査に関する記録を保存することを確保しなければならないとし、権限のある国内の当局に対して提供すべき情報として次のものを挙げている；(a) 対象機関が実施し、著作物又はレコードが権利者不明著作物と考えられるとの結論を導いた入念な調査の結果、(b) 指令に基づいて対象機関が行う権利者不明著作物の利用形態、(c) 指令第5条にもとづき行われる対象機関が使用する著作物及びレコードの権利者不明著作物の状態に対する変更、(d) 関係する機関のコンタクト情報。加盟国は、これらの情報をEU規則No386/2012に基づきOHIMが設立及び管理する一般にアクセス可能なオンラインの単一のデータベース登録する必要な手段をとらなければならない（同第3条第6項、前文16）。この目的のために、加盟国は対象機関から受領した上記情報を遅滞なくOHIMに転送しなければならない（同第3条第6項、前文16）。

(b) 権利者不明状態の相互承認

孤児著作物指令は、加盟国間での権利者不明状態の相互承認を要求している。すなわち、指令第2条に基づき一の加盟国において権利者不明著作物と認められた著作物又はレコードは、すべての加盟国において権利者不明著作物とみなされる（指令第4条）。このことは、複数の権利者の一部が不明又は所在が確認できない状態である場合（同第2条第2項）にも、その不明等の権利者に関するかぎり、同じように権利者不明状態の相互承認が認められる（同第4条）。

²⁹ European Commission, *supra* note 21.

(2) 効果

①権利の「例外又は制限」としての適法行為

孤児著作物指令は、加盟国は、図書館等の諸機関による一定の利用行為（公衆に対して利用可能とする行為と一定の目的による複製行為）について、許された行為として、権利の「例外又は制限」を設けるものとしている（指令第6条、前文20）。つまり、権利者不明著作物の適法利用について、例外又は制限のアプローチを採用したことを明確にしている。

この例外又は制限については、情報社会指令第5条に規定される制限と例外に影響を与えるものではないこと、そして、「著作物又はその他の権利の主題となるものの通常の利用を妨げず、また権利者の正当な利益を不当に害しない一定の特別の場合にのみ適用しうる」ものであることを確認している（同前文20）。

②権利者不明状態を脱した場合の効果（公正な補償金の支払）

孤児著作物指令は、加盟国は、対象機関による権利者不明著作物の一定の利用に関して、権利の「例外又は制限」とするとしており、強制的な利用許諾や法定利用許諾が与えられるわけではないので、利用に関して対価を求めないことを前提にしている。

他方で、権利者不明著作物が権利者不明状態を終了することになった場合に、対象機関はその利用行為に関して、公正な補償金（fair compensation）の支払を義務付けている（指令第6条第5項、前文18）。この点は、欧州委員会の当初の指令案にはなかったが、EU議会に提出された修正案で盛り込まれた。加盟国はかかる補償金の支払をどのように系統的に行うのかを自由に決定できる（同項）。つまり、保証金の決定や支払の方法については、加盟国に一定の裁量がある。そして、補償金をどの程度にするのかは、EU法により課せられる制限の範囲内で、問題とされた権利者不明著作物を利用する機関が設立された加盟国の法律に基づいて決定される（同項、前文19）。

3. 今後の見通し等

(1) 今後の見通し

孤児著作物指令それ自体は、EU官報（Official Journal of the European Union）で発行された2012年10月27日に効力を生じている。

他方で、同指令の適用の時期的範囲について、同指令は、加盟国の著作権分野の立法により保護される第1条に言及のあるすべての著作物及びレコードに関して、2014年10月29日以降に適用されるものとしている（指令第8条）。なお、同指令は、2014年10月29

日より前に行われた行為や獲得された権利に影響を与えることなく適用すべきことを確認している（同条）。

そして移行規定として、加盟国は2014年10月29日までに同指令に従うために必要となる法律、規則、行政規定を施行すること、そして、それらの法律等はその条項を欧州委員会に直ちに伝達することが義務付けられている（指令第9条）。

また、見直し条項ないし審査条項（Review clause）も設けられており、権利情報源の発展状況や、出版者を権利者不明著作物の一定の利用が可能な主体に含めるかどうかという問題、あるいは権利者不明著作物の対象となりうる範囲の拡大に関する検討を求めている。すなわち、指令は、欧州委員会に対して、権利の情報源の発展について定期的な審査を続けること、そして、2015年10月29日までに（その後は年1回の頻度）、同指令の適用範囲に、現在はその範囲に含まれていない出版者や、著作物その他の保護された主題（特に、単体の写真やその他の画像）を盛り込む可能性について検討した報告書を提出することを義務付けている（同第10条）。また、同様に、2015年10月29日までに、欧州委員会は、欧州議会、理事会、欧州経済社会評議会（European Economic and Social Committee）に対して、デジタル図書館の発展という観点から、同指令の適用に関する報告書を提出することを義務付けている（同条）。そして、必要な場合には、域内市場の機能性を確保するために、同委員会は同指令の修正に関する提案を行うべきとしている（同条）。

(2) 識者等の評価

孤児著作物指令は成立したばかりであり、有識者の論文等も出ていないが、欧州議会での答弁や関連するブログ、散見される権利者団体からのコメントを紹介する。

法務委員会のドラフトリポートを作成したEUのLidia Joanna Geringer de Oedenberg議員（社会民主進歩同盟、ポーランド）は、「公共的な機関に法的安定性を与えることにより、権利者不明著作物の利用におそれを抱かなくてすむようにするための立法である。公共的な機関は、権利者の同意を得ずに利用可能にすることにより、訴訟に直面し、潜在的に何百万もの支払に直面させる可能性があつて、そのために非常にリスクがある。これらの著作物はときにはある組織のすべてのコレクションの70%にも及ぶことがあり、ただ忘れ去られるだけという危険にさらされている」と述べている³⁰。また、第1読会では、膨大な量の著作物が権利者不明著作物の状態にあり利用できないという状態にあるが、「文化的遺産は著作権の牢獄にとどめられるよりも、社会に仕えるべきである」とした上で、入念な調査の要件や、目的による限定、権利者不明状態の相互承認、権利者が判明した場合の補償金の支払など、修正案の内容を一通り説明しつつ、著作権を強化せず緩和するが、

³⁰ Finding a good home for orphan works online.
<<http://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/content/20120706STO48456/html/Finding-a-good-home-for-orphan-works-online>>.

すべての当事者に利益を与えることを強調する。また、諸組織はデジタル化に伴う巨額の費用のかかる潜在的な訴訟の可能性を避けることができるが、補償金は、その法的安定性を確保する上での妥協案であること、また、一部が権利者不明状態である著作物の利用ができることも述べている。そして、修正案における最も重要な成功が第6条第2項、つまり、権利者不明著作物をデジタル化して公衆に利用可能とするためのコストを補うという制限された目的において公共的な機関が権利者不明著作物の利用の過程で収益を生じることが許容していることであったことを特に強調している。そのほか、見直し条項などについても触れられた³¹。同議員がこの指令の積極的なメリットとして特に強調している点は、法的安定性の確保（特に潜在的にコスト高の訴訟からの救済）と目的との関係で限定的ではあるが権利者不明著作物の利用から一定の収益を上げることも許容している点が挙げられるであろう。

その他、2012年9月13日の欧州議会での答弁を開くと好意的評価が大部分であったが³²、Christian ENGSTRÖM氏（欧州緑グループ・欧州自由同盟、スウェーデン）は同指令案に消極的意見を述べていた。なお、同氏は、スウェーデン海賊党の議員でもある。同氏によると、指令案は、「一見すると有効なものになるという印象や期待を抱かせるが、実際には、博物館や文書館そして図書館が許される行為についてたくさんの制限があり、そのようになるとは思えない」という。また、権利者が登場した後に、補償金を支払わなければならないとする点について、「このリスクは指令を事実上役に立たないものにするおそれがある。博物館等もし法的安定性がなければ、我々の共通の文化的遺産のデジタル化を思い切って行うことはしないという大きなリスクが生まれる」と批判する³³。また、Evelyn Regner議員（社会民主進歩同盟、オーストリア）も、補償金をめぐる法的安定性の問題を示唆していた³⁴。

Institute for Information Law (IViR)のAssistant professorであるLucie Guibault氏は、同指令に関して、何百万ものコレクションを抱える文化遺産団体が各作品について事前に入念な調査を行わなければならないとするとデジタル化が本当に促進されるのかという疑問や、権利者が判明した場合の補償金の支払について相互承認をした各国ごとの対応が必要となるがその点についての配慮が指令にはないこと、著作権の問題を扱っているわけではないOHIMが著作物やレコードに関する権利者不明著作物の調査記録やメタデータを適切に管理できるのかという問題などを指摘している³⁵。

³¹ 2011/0136 (COD), CRE 13/09/2012-7, Debates (Thursday, 13 September 2012 – Strasbourg) <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+PV+20120913+ITEM-007+DOC+XML+V0/EN>>.

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

³⁵ Lucie Guibault, Are European orphans about to be freed?,

<<http://kluwercopyrightblog.com/2012/09/21/are-european-orphans-about-to-be-freed/>>.

同指令に対して、出版関係者からは歓迎する意見がみられる。例えば、この問題について権利者側の立場を代弁すると考えられ、EU域内の出版関連の26の団体を束ねる「欧州出版連盟」(Federation of European Publishers)のディレクターであるAnne Bergman-Tahon氏は、著作物を利用する前に入念な調査を行わなければならないとする要件について、権利が「無頓着な方法で (in a cavalier way)」利用されることを防ぐものであると評価し、「この要件は、書籍をそれらがあたかも孤児であると考えて、デジタル化して利用可能にした後で、自分たちはそれを知らなかったと考えることはできないということを意味する」と述べている³⁶。

4. 日本法への示唆

孤児著作物指令が、権利者不明著作物の利用について、EU加盟国間における権利者不明状態の相互承認と、権利の制限又は例外として位置づけたことは大きな成果であるといえる。しかし、他方で、主体が限定されるとともに、利用前に入念な調査の要件が設けられ、適法に利用できる行為態様が目的という観点からも限定されており、さらに、公正な補償金の支払まで要求している。主体と行為態様の限定は、我が国の裁定制度よりも、権利者不明著作物に対する制度の適用範囲を狭めるものである。もちろん、加盟国はそれぞれの要件を緩和して立法化することも可能であろう。しかし、拡大した部分で生じた権利者不明状態について、他のEU加盟国は相互承認の義務を負わないことになる。

今回の孤児著作物指令が、我が国に一定の示唆を与える部分があるのだとすれば、それは権利者不明状態の相互承認の部分かもしれない。

まず、1つの大胆な仮定として、我が国がEUの権利者不明状態の相互承認のスキームに参加するというのが考えられる。しかし、これは我が国にとって不公平な事態が生じる結果となる。EUが権利者不明状態の相互承認と権利の制限又は例外を組み合わせたということは、ひとたび権利者不明状態がある加盟国で認められた場合、公共図書館等の一定の主体が特定の公的任務のために利用するには何らの手続なしで利用できるということを意味する。これに対して我が国では現行の裁定制度を採用しているかぎり、権利者不明著作物の利用には裁定の手続を経ることが必要となる。結果として、我が国がEUと同様に制限又は例外の制度を導入しないかぎり、EUで権利者不明状態が認められたものは日本で裁定手続が必要だが、日本で権利者不明状態が認められたものはEUで手続無しに使えるという状況になり、不均衡が生じるのである。したがって、権利者不明状態の相互承認をうまく機能させるには、EUと同様に権利者不明著作物の利用行為に関する制限又は例外の制度を導入しないといけないことになるが、現行の日本の裁定制度が特に不都合を生じてい

³⁶ Osborn, Alan, European Trade Hails EU Orphan Works Decision, Bookseller: 10/19/2012, Issue 5548, p9.

ない状況で、EUの制度に合わせようというのは、それを正当化する論拠を更に必要とするであろう。

他方で、孤児著作物指令における権利者不明状態の相互承認というアイデアから、我が国の裁定制度に関して、相当な努力を裏付ける調査結果について、国内レベルで対世効を承認してはどうかという示唆を得ることもできる。現在のところ、我が国の裁定制度による場合、「相当な努力」を払っても権利者が見つからなかったという事実を援用できるのは裁定の申請者だけである。平成21年の著作権法改正に向けた議論の際、著作権分科会において「権利者の所在不明の場合の調査について、一人が調査を行った場合には、その結果が対世的に及ぶような方策を検討すべき」という意見はみられたが³⁷、採用されるには至っていない。この点、再考の余地があるかもしれない。もちろん、最初の申請者にとって何らかのインセンティブを与えなければ、調査結果へのフリーライドという問題が生じ、制度が適切に機能しないと思われる。したがって、その部分に配慮した制度設計が必要となるであろう。EUの場合、主体及び目的と行為態様において適用範囲が極めて限定されており、別途インセンティブを用意しなくてもかまわない場合にのみ相互承認を認めている状況にしたのだと思われる。EUでは、権利者不明状態の域内における相互承認を認める前提として、利用主体や行為態様の要件において絞り込みが行われているという観点は、裁定制度における調査結果の対世効を一定の範囲で認めるべきかどうかといった点を検討する場合には参考になるだろう。

³⁷ 文化審議会著作権分科会過去の著作物等の保護と利用に関する小委員会（第8回）議事録・配付資料参考資料2「1. 過去の著作物等の利用の円滑化方策について」における野口委員意見
<http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/gijiroku/021/07092813/001/001.htm>。

第2章 イギリス

I. 権利者不明著作物の利用前に活用可能な制度

1. はじめに

欧州委員会の整理によると、権利者不明著作物（Orphan Works）³⁸の利用を円滑化するための制度は、[1] 著作権の例外、[2] 拡大集中許諾制度（Extended Collective License：以下「ECL」という。）、[3] 集中管理団体による権利者不明著作物に特定した許諾の付与、[4] 公的機関による許諾の付与、そして[5] 権利者不明著作物に関する国内的な解決手段の相互承認（つまり、権利者不明著作物の状態を相互承認すること）に分類される³⁹。これらは権利者不明著作物の利用行為を適法行為とするという意味において、権利者不明著作物の利用前に活用可能な制度であるといえる。なお、米国著作権局の提案等⁴⁰のように、[6] 権利の救済の場において、権利者不明著作物の利用後に権利者から訴訟を起こされた場合に、損害賠償など権利者の救済範囲を制限するという方策も考えられるが、これは権利者不明著作物の利用行為を違法行為と評価することを前提にするものであるから、権利者不明著作物の利用後に活用可能な制度として位置づけられるであろう。そこで、本章Iとの関係では、[1] から[5] の制度に関して検討する。

イギリスの1988年CDPA⁴¹（以下「CDPA」という。）には、権利者やその所在が不明である場合に関して、実演家の権利が介在する録音・録画物について権利者等が不明である場合にのみ、[4] の制度を用意している（CDPA 第190条）。著作権に関しては、同様の制度はない。なお、イギリスにおける「著作権（copyright）」という用語の意味するところを簡単に述べておくと、イギリスではレコードや放送など日本では著作隣接権の対象になるようなものも、形式的には「著作物」として分類され「著作権」が付与される（CDPA 第1条第1項）。他方で、実演に関しては、別立てで整理されている。1988年CDPAでは、第1部を「著作権」とし、実演家の権利に関しては別立てで第2部に整理されている。

³⁸ EUの孤児著作物指令（Directive 2012/28/EU）や、イギリスの法案（DEA法案（2010）、ERR法案（2012）は「Orphan Works」という言葉そのものを用いた上で、別に定義規定を置いている。なお、権利者不明著作物について強制許諾制度を定めるカナダの著作権法第77条以下では「OWNERS WHO CANNOT BE LOCATED」という表題をつけており、Orphan Worksという用語は用いていない。

³⁹ European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain permitted uses of orphan works, COM (2011) 289 final, 2011-05-24
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0289:FIN:EN:PDF> p.2.

⁴⁰ U.S. Copyright Office, Report on Orphan Works: A Report of the Register of Copyrights (2006)
<<http://www.copyright.gov/orphan/>>; Orphan Works Act of 2006, H.R. 5439, 109th Cong. § 514 (2006); Shawn Bentley Orphan Works Act, S. 2913, 110th Cong. § 514; Orphan Works Act of 2008, H.R. 5889, 110th Cong. § 514 (2008) .

⁴¹ Copyright Design and Patent Act 1988, c.48 [CDPA].

他方で、権利者不明著作物の利用に関する問題を抜本的に解決するものではないものの、保護期間の計算において著作権の身元が知られていない場合に適用できる幾つかの規定もある。

なお、近時の著作権法改革のプロセスにおいて、権利者不明著作物の利用及びECLについて各種の提案がなされている。詳細については後述するが、既存の制度と提案されている制度のそれぞれの位置づけについて、大まかに整理するとおおむね以下になる。

権利者不明著作物及びECLに関する現行制度と提案されている制度の整理

	法令・法案・その他の主要な提案	備考
[1] 著作権の例外・制限	BSAC 報告書 (2006)	EU 孤児著作物指令 (2012年)・2014年10月29日までに導入義務
[2] ECL	DEA 法案クローズ 43 (2010) / ERR クローズ 68 (2012)	BCC 提案 (2009)
[3] 所管大臣から授權された集中管理団体による権利者不明著作物に関する許諾	DEA 法案クローズ 43 (2010) / ERR クローズ 68 (2012)	
[4] 公的機関 (著作権審判所 / 所管大臣等) による許諾	CDPA 第 190 条 (実演家の権利のみ) / DEA 法案クローズ 43 (2010) / BCC 提案 (2009) / ERR クローズ 68 (2012)	日本、カナダ等で採用
[5] 権利者不明状態の相互承認	—	EU 孤児著作物指令 (2012年)・2014年10月29日までに導入義務
[6] 侵害訴訟における救済の制限	—	米国著作権局の提案 (2006年) 等

DEA 法案 (2010) : Digital Economy Act 法案 : [2] + [3] + [4]

BCC 提案 (2009) : ([2] / [3]) + [4] ([4] は集中管理団体がない場合だけ許諾が付与できる)

ERR 法案 (2012) : Enterprise and Regulatory Reform 法案 : [2] + [3] + [4]

※ 本稿において、ERR 法案 (審議中) は、主として 2012 年 10 月 19 日に上院に送付された HL Bill 045 2012-13 のクローズ 68 を対象としている。最終案ではないため、審議

の過程でクローズ番号や内容の変更がなされている。例えば、2013 年 3 月 19 日の ERR 法案 (HL Bill 089 2012-13) では、同条項がクローズ 79 に移動している。また、[3] と [4] に関して、いずれが権利者不明著作物の許諾を与える機構になるかは、現段階では必ずしも明らかではない。

2. 現行法制度⁴²

(1) 実演の権利に関する強制許諾制度 (CDPA 第 190 条)

実演の固定された録音・録画物について実演家が複製権を有する場合で、当該実演家の複製権の保有者の身元又は所在を合理的な調査 (reasonable inquiry) により確認することができないときに、実演の録音・録画物の複製物を作成することを希望する者の申請を受けて、著作権審判所 (Copyright Tribunal) が、複製権の保有者に代わって複製権の行使についての同意を与えることができる (CDPA 第 190 条)。ただし、この規定が適用された事例のうち判例集において報告されているものは、これまで 1 件⁴³しかない⁴⁴ (*Ex p. Sianel Cymru*⁴⁵)。

(2) 権利者不明著作物の利用前に活用できるその他の制度

① 1988 年 CDPA 第 9 条(5) (著作権の身元が知られていない著作物)

合理的な調査 (reasonable research) によっても身元が確認できない場合、著作権の身元が知られていない著作物として保護期間が算定される (CDPA 第 9 条(5))。それらの保護期間は CDPA 第 12 条及び第 13B 条に定められている。この規定により利用ができるようになる権利者不明著作物もあると思われるが、同規定は保護期間を死亡時から起算する制度において死亡時を確定できない著作物の保護期間を計算するための調整規定にすぎない。すなわち、権利者不明著作物について権利者から利用許諾を得られないという問題を解決する規定ではなく、保護期間の満了を擬制するための制度である。結局のところ、同

⁴² イギリスに関する前回調査については、文化庁委託事業・前掲注 2・30 頁以下 [今村哲也執筆部分] 参照。この部分の記述内容は、適宜そこから引用している。

⁴³ 判例集等に報告されていない同条に基づく申請として Chris Sawyer, CT 63/98 (1999 年 1 月 15 日) もある。

⁴⁴ K Garnett, J R James & G Davies, Copinger and Skone James on Copyright (16th edn. London: Sweet & Maxwell, 2011) 1729-30. 第 190 条(1)に基づく著作権審判所の命令のひな型について、Ibid., Vol. 2 at 380.

⁴⁵ *Ex p. Sianel Pedwar Cymru* [1993] E.M.L.R. 251 については、文化庁委託事業・前掲注 2・37 頁参照。なお、「*Ex p.*」とは一方当事者手続を意味する「*Ex parte*」の略である。

規定の下では、少なくともそれぞれ定められる起点から70年という期間が経過したものでなければ権利者不明著作物の利用は認められないことになる⁴⁶。

②1988年CDPA第41条(2) (司書による複製—他の図書館への複製物の提供)

CDPA第41条は、所定の図書館の司書が、複製物作成の許諾権者の名前や住所を知らず、合理的な調査を行っても確認することができなかった場合には、複製物の作成や他の図書館への提供を認めている。British Screen Advisory Council (BSAC)⁴⁷による報告書「Copyright and Orphan Works」(以下「BSAC報告書」という。詳細は、後述参照。)では、この規定により権利者不明著作物の利用が可能となるとしても、それは非常に限られた場合にすぎないと指摘している⁴⁸。

③1988年CDPA第57条・第66A条 (無名又は変名の著作物、映画の著作物に関して許される行為)

CDPAでは、無名又は変名の文芸、演劇、音楽又は美術の著作物の著作権 (CDPA第57条)、多数の者の権利に関わる映画の著作物の著作権 (第66A条) について、合理的な調査により著作者の身元を確認することができない場合、[1] 著作権が消滅していること、[2] 行為又は手はずが行われる暦年の初めから70年以上前に著作者が死亡していたことのいずれかを推定することが合理的な場合には、著作権の侵害とならないと定めている⁴⁹。この規定は、無名又は変名の著作物等について、死亡時起算により算定される著作権の保護期間を正確に計算することができないという問題に対する調整のための規定である。BSAC報告書では、これらの要件による場合、保護期間終了までの間に当該著作物の利用が認められることはほとんどないこと、また、同規定は、著作者を追跡したが明らかにすることができない場合について定めた規定ではないため、著作物について著作者の名前が分かっている場合には適用がないことを指摘している⁵⁰。

⁴⁶ British Screen Advisory Council, 'Copyright and Orphan Works: A Paper Prepared for the Gowers Review by the British Screen Advisory Council' (2006) p.23, <http://www.bsac.uk.com/files/copyright_orphan_works_paper_prepared_for_gowers_2006.pdf>.

⁴⁷ The British Screen Advisory Council (BSAC) は、イギリスの映像・音楽産業に携わる多様な団体の意見を取りまとめ、その共通の考え方を政策立案者に対して働きかけることを目的とした組織である。

⁴⁸ Ibid., p.24.

⁴⁹ 著作者の身元を確認することができない場合の意味については、CDPA第9条(5) (「著作者の身元が知られていない著作物」) のそれが適用される。

⁵⁰ British Screen Advisory Council, Copyright and Orphan Works, p.24.

④著作権保護期間及び実演家の権利に関する1995年規則第23条(4)及び第33条(4) (SI 1995 No. 3297)

1995年規則第23条(4)及び第33条(4)は、1995年規則により既にパブリック・ドメインに帰していた著作物に追加的保護期間を付与した結果として生じた復活した権利 (revived copyright, revived performance rights) については、許諾権者の名前及び住所を合理的な調査によって確認できない場合、侵害されないとしている。本規定は、既にパブリック・ドメインに帰していた権利が復活した場合、利用許諾を得ることが困難となる場合があることを考慮して設けられたものである⁵¹。BSAC報告書は、同規定は、著作権の復活という非常に特殊な場合に関して設けられたものであって、その適用範囲は限定的なものであることを指摘している。

3. 立法及び近時の動向

(1) 前回調査の概要

①ガワーズレビュー (2006)

イギリス政府がアンドリュー・ガワーズ氏 (Financial Timesの前編集長) に委託し作成させた「Gowers Review of Intellectual Property」(以下「ガワーズレビュー」という。)⁵² では、権利者不明著作物について政府が採るべき具体的な対応が提言された⁵³。具体的には、情報社会指令 (指令2001/29/EC改正) の提案を行うこと、当時のイギリス特許庁 (現在のイギリス知的財産庁⁵⁴) が権利者不明著作物の「合理的な調査」についてのガイドラインを発表すること、2008年をめどに任意の著作権登録システムすることを内容としていた。

②BSAC報告書 (2006) —著作権例外規定の拡大の提案

ガワーズレビューは、知的財産権制度の全般について取り扱った報告書であるが、権利者不明著作物の部分については、BSACに調査を委託し、ガワーズレビューに向けた準備報告書が提出されており、そこでは更に具体的なかつ詳細な分析と提言がなされている⁵⁵。こ

⁵¹ K Garnett, J R James, and G Davies, supra note 44, para 5-140.

⁵² Gowers Review of Intellectual Property (2006)

<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.hm-treasury.gov.uk/gowers_review_index.htm>.

⁵³ ガワーズレビューの邦訳として、ガワーズ著 [阿部浩二ほか訳] 『知的財産に関するガワーズ・レビュー—Gowers Review of Intellectual Property—に関する報告書』(著作権情報センター、2010年)がある。

⁵⁴ Intellectual Property Office (IPO) .

⁵⁵ British Screen Advisory Council, supra note 46.

の準備報告書が、前述の BSAC 報告書である。BSAC 報告書は、財務省委託によるガワーズレビューを補充するために、ガワーズレビューから更に外部機関に委嘱された 2 つの調査研究のひとつである。BSAC 報告書は、国際条約との整合性という観点から、「著作権の例外規定を拡大すること」が妥当であるという見解を採っている⁵⁶。

(2) 前回調査以降の動き

① デジタルブリテンレポート (2009) における権利者不明著作物への言及⁵⁷

イギリス政府は、2009 年 6 月 29 日に、政策的な公約を実現するための施策計画文書である『イギリスの未来を創る (Building Britain's future)』を公表した⁵⁸。そこでは、デジタル・ブリテン⁵⁹の推進が政府の重要施策として位置づけられていた。このデジタル・ブリテンに関して 2009 年 6 月 16 日にデジタル・ブリテンレポート (Digital Britain Final Report)⁶⁰という報告書が公表されている。同報告書では、イギリスのデジタル化推進に関して、イギリスのデジタル基盤における国際競争力の強化策を述べている。

デジタル・ブリテンレポートは、権利者不明著作物についても言及している⁶¹。同レポートによると、英国図書館がその蔵書の 40% を権利者不明著作物であると推定していることや⁶²、各種の書籍のデジタル化プロジェクトが権利者不明著作物の問題によって妨げられていること指摘されるとともに⁶³、権利者不明著作物の問題は古い書籍についてだけでなく、映像資料の権利処理や、メタデータが削除されて公表されることの多い写真に関しても生じていることを特に強調している⁶⁴。現行法の枠組みに基づいて進められているデジタルライブラリープロジェクトは、運営者の刑事責任の問題を解消することができないとし⁶⁵、権利者に対するセーフガードに配慮しつつも、権利者不明著作物の適法な利用に対応できる法的基盤を設けることを提案しており、「権利者不明著作物をより効果的に対処できるフレームワークを整備するために、政府は権利者不明著作物を処理する商業的スキームをルー

ルで定められた基盤の下で実施することを可能とする立法を提案する」と述べている⁶⁶。具体的には、一定の要件⁶⁷を満たす場合には政府からの適切な許諾を得られるようにすることや、北欧諸国で運用されている拡大集中許諾制度の導入の可能性について示唆している⁶⁸。ECL の導入のためには、集中管理団体に新たな権限を与えることになるため、消費者と権利者の利益のバランスが維持されるのに必要な規定をもつ制度である必要があるとし、そこに盛り込むべき内容について示している。

② the way ahead: A Copyright Strategy for the Digital Age 2009 (2009) における権利者不明著作物への言及⁶⁹

知的財産庁は、デジタル・ブリテンレポートやその他の意見聴取を踏まえた上で、2009 年 10 月 28 日に『the way ahead: A copyright strategy for the digital age』を公表し⁷⁰、デジタル化時代の諸問題に対する政府の長期ビジョンを述べている。この中でも、権利者不明著作物に対する施策について言及されている。具体的には、イギリス政府は、消費者のために権利者不明著作物に対するアクセスを改善する手段を設けるとし、その手段として ECL を挙げている⁷¹。

③ DEA 法案 (2010) クローズ 43 の内容と経緯⁷²

(a) DEA 法案とクローズ 43

労働党政権は、2009 年から 2010 年にかけてデジタルエコノミー法案 (以下「DEA 法案」という。)を提出したが、権利者不明著作物に関する規定はそのクローズ 43⁷³に含まれていた (なお、イギリスでは法案の規定をクローズと呼ぶ。成立した条文と区別しやすいように、以下では法案の条項を示すときにはクローズと表現する)。クローズ 43 には、所管大臣が、集中管理団体に対して権利者不明著作物の利用に関する利用許諾を付与できる権限

⁵⁶ Ibid., p.37.

⁵⁷ この部分の記述は、今村哲也「権利者不明著作物の利用の円滑化に向けた制度の在り方について—英国における近時の法案からの示唆—」季刊企業と法創造 28 号 (2011 年) 169 頁より引用した。

⁵⁸ 経緯等については、日本学術振興会ロンドン研究連絡センター「JSPS London」JSPS London Newsletter No.21 (2009 年) 5 頁参照<http://www.jsps.go.jp/j/news/data/kaigai06/16_1.pdf>。

⁵⁹ 2012 年までに全国民へのブロードバンドアクセスを確保し、2016 年までに全国規模の高速ブロードバンド網を整備する計画である。

⁶⁰ Department for Business, Innovation and Skills (BIS) and Department for Culture, Media and Sport (DCMS), Digital Britain: Final Report (White Paper, Cm 7650, 2009) <<http://www.official-documents.gov.uk/document/cm76/7650/7650.pdf>>。

⁶¹ Digital Britain Final Report (2009) pp.115-117.

⁶² Ibid., at 115.

⁶³ Ibid., at 116.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ibid. 重要な最小限度の要件に含まれるものとして、真の権利者に関する適切な調査を行うことと、後に自己の著作物の発見しその利用に対する請求をする権利者へ償還するための規定を設けることを挙げている。

⁶⁸ Ibid., at 117.

⁶⁹ この部分の記述は、今村・前掲注 57・170 頁より引用した。

⁷⁰ 経緯等については日本学術振興会ロンドン研究連絡センター「JSPS London」JSPS London Newsletter No.21 (2010 年) 40 頁参照。<http://www.jsps.go.jp/j/news/data/kaigai06/16_1.pdf>。

⁷¹ © the way ahead: A Strategy for Copyright in the Digital Age (2009)

<<http://www.ipo.gov.uk/c-strategy-digitalage.pdf>> pp.5, 49-50.

⁷² この部分の記述は、今村・前掲注 57・170 頁より適宜修正しつつ引用した。

⁷³ Digital Economy Bill [HL] (2009-10) 89 cl 23 (Brought from the Lords) (17.03.2010) <<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200910/cmbills/089/2010089.pdf>>。クローズ 43 が削除される直前の法案。

を授与し、又は、権利者不明著作物に関する行為を許可することができる規定を設けることを前提に、拡大集中許諾スキームを導入するものとなっていた。クローズ 43 は、第二読会までは維持されていたが、2010 年 4 月 6 日に下院 (House of Commons) で第二読会が開かれたときに、質疑の中で保守党等の方から写真家団体の主張や写真家のもつ利益に関する懸念に基づく異論が強く示された⁷⁴。権利者不明著作物の問題を解決する上で、特に利害に関わるのは、権利者不明著作物になりやすい傾向のある写真の著作物に関わる、写真家やそれに関係する団体であることが浮き彫りになったといえる。その後、委員会での審議を経た結果、クローズ 43 を含めた幾つかの規定が削除され、あるいは修正され、修正案⁷⁵が第三読会で採決された (賛成 189、反対 47)⁷⁶。同法案は 2010 年 4 月 8 日に国王の裁可がなされて法律となり同年 6 月 12 日に施行された⁷⁷。

(b) DEA 法案クローズ 43 と BCC 提案

DEA 法案のクローズ 43 で提案されていた制度は、イギリスの BCC (British Copyright Council)⁷⁸の提案をベースにしているといわれる⁷⁹。イギリスには多くの著作権者の利益を代表する BCC という団体がある。2009 年、BCC は権利者不明著作物に関して、「Orphan works and other orphan material: BCC proposal」と題する提案を公表した⁸⁰。この提案の内容は J.A.L. Sterling 教授の意見書が基礎とされている⁸¹。

BCC の提案は、[1] 所管大臣が、権利の集中管理団体に対して、権利者不明著作物の許諾権限を授權できるようにした上で、[2] 特定の権利に関して権利の集中管理団体がいない場合には、著作権審判所が権利者不明著作物の利用を許諾できるという二段階の仕組みを採用していた。そして、いずれの場合についても、利用許諾の付与には、権利者の身元又は所在について合理的な調査 (reasonable inquiry) がなされることを要件としていた。

この BCC の提案は、ECL と類似する方式により集中管理団体のライセンス機能を拡張するという方策と、カナダ等における政府機関による強制許諾制度とを、イギリスの著作権法の内部に既に存在する類似の法的形式を拡大しながら組み合わせたものとなっていた。つまり、BCC の提案の背景には、全く新規かつ独自の法的形式を取り入れるというのでは

なく、1988 年 CDPA に存在する既存の規定の法的形式を活用して、受け入れやすい立法の提案を行うという配慮があったようである。イギリスの 1988 年 CDPA には、所管大臣がライセンス・スキームを認証する制度 (CDPA 第 143 条)⁸²や、一定の無線放送の有線再送信権について権利管理団体への管理委託があるとみなす一種の ECL⁸³ (第 144A 条) と、前述した実演の録音・録画物に関して認められている強制許諾制度 (第 190 条) が存在している。この提案の立案者は、これを組み合わせることにより、権利者不明状態にある資料の利用許諾を与える実践的で包括的なシステムを提供することができるという見方を有していた⁸⁴。つまり、これらの既存の制度に徴修正を加えることによって、集中管理団体が存在する分野では、権利を委託していない者の利用許諾も当該集中管理団体が発行することができ、所定の集中管理団体がいない場合には利用許諾の付与を著作権審判所に申し立てるという内容が提案されたのである。

(c) クローズ 43 の内容

BCC 提案は、2009 年の 11 月に政府に提出されたが、政府は、所管大臣により大きな権限を与えるかたちで、ある種の強制許諾制度と北欧型の ECL の双方を取り入れた法案を 2010 年 1 月に DEA 法案として提出した。ただし、具体的な制度の内容については、規則の制定に委ねる部分が大きく、法案段階でどのような制度運用が予定されているのか、法案のみでは明確ではない部分も多い。この法案のクローズ 43 に、1988 年 CDPA 第 116 条を権利者不明著作物に対応するために改正する提案がなされている。DEA 法案の権利者不明著作物に関連する条項⁸⁵の主な内容は次の 2 点であった。

(i) 権利者不明著作物の利用許諾に関するスキーム

クローズ 43 で改正される改正後の CDPA 第 116A 条は、著作権と実演家の権利に係る権利者不明著作物の利用許諾に関する規定となり、「所管大臣は、規則にしたがって、許諾

⁷⁴ 詳細は、今村・前掲注 57・178 頁の注 37 参照。

⁷⁵ Digital Economy Bill [HL] (2009-10) 55 (Commons Amendments)

<<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200910/ldbills/055/2010055.pdf>>.

⁷⁶ Hansard HC vol 508 cols 1142-1143 (7 Apr 2010)

<<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200910/cmhansrd/cm100407/debtext/100407-0032.htm>>.

⁷⁷ Digital Economy Act 2010, c. 24. <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/24/contents>>.

⁷⁸ イギリスにおける約 30 の著作権団体が加盟する著作権協議会である。権利者不明著作物の法案との関係で大きな利害関係を持つ写真家の団体も含まれている。

⁷⁹ 今村・前掲注 57・170 頁。

⁸⁰ BCC, Orphan works and other orphan material: BCC proposal (2009) .

⁸¹ Ibid., p.4.

⁸² この制度によると、例えば、放送の教育上の録音・録画は第 35 条の下で許諾なしに利用できるが、所管大臣により認証されたライセンス・スキームがある場合には第 35 条は適用されないことになる。

⁸³ 例えば、著作物が挿入されている他の EEA 加盟国からの無線放送等について著作権者がその有線再送信権を行使するにはライセンス機関を通さなければならず、管理をライセンス機関に委託していない場合には同一種類の権利を管理する許諾機関が権利の管理を委任されるとみなしている (第 144A 条(1)(2)(3)参照)。これは EU における 1993 年の衛星及びケーブルに関する指令 (Council Directive of 27 September 1993, OJL 248/15) に基づいて導入されたものであり、後述する ECL を著作物のケーブル再送信に限って認めたものといえる。

⁸⁴ J.A.L. Sterling, Orphan works and other orphan material: Proposed Amendments to U.K. Copyright, Designs and Patents Act 1988 (2008)

<http://www.qmipri.org/documents/Sterling_OrphanWorks.pdf>p.6.

⁸⁵ Digital Economy Bill [HL] (2009-10) 89 cl 23 (Brought from the Lords) (17.03.2010)

<<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200910/cmbills/089/2010089.pdf>>.

機関その他の者に、権利者不明著作物に関して所在不明の著作権者の同意が必要となる行為を行い、又は行うことの許諾を付与することを許可することができる⁸⁶ (CDPA 第 116A 条(1))としている。これは権利者不明著作物の利用に際してある種の強制許諾を認めるものである。端的にいえば、所管大臣から授権された所定の許諾機関 (licensing body)、一定の者に対して権利者不明著作物に関する利用許諾を付与することができるようになる。なお、「許諾機関」とは「著作権者若しくは将来の著作権者又はこの者の代理人として、著作権の許諾の交渉又はその付与を主たる目的又は主たる目的の 1 つとする協会その他の団体であって、その目的が 2 人以上の著作物の著作権者に対する許諾の付与を含むものをいう」と定義されている (第 116 条(2))。つまり、いわゆる集中管理団体 (collective licensing societies) やエージェンシーのことを指している⁸⁷。また、条文上は、所管大臣が、許諾機関やその他の者に、権利者不明著作物に関して著作権者の同意が必要となる行為をそれ自体を許可できるようにも読める。ただ、規則の内容によるところも大きいはずなので、どのような運用がなされる予定だったのかについては、はっきりとしたことは不明である。

クローズ 43 で改正される改正後の第 116A 条は、権利者不明著作物の利用許諾を付与する権限あるいは権利者不明著作物に関する権利 (orphan rights) を集中管理団体その他の者に付与する規定である。また、第 116C 条は、権利者不明著作物と権利者不明著作物に関する権利について定義をしている。この定義において、著作権等についての入念な調査 (diligent search) がなされることを要求している (第 116C 条(1)(a))。第 116D 条は、第 116A 条に基づいて設けられる規則は、当該著作物や権利が、所定の権限に基づいて整備された登録簿に掲載されている場合にだけ、適用されることを定めている (当該登録簿は、orphan works register と名づけられている)。登録簿への登録は、権限を受けた者が入念な調査を行ったが著作権者等を発見することができなかった場合にのみ行われるとする。そして、第 116A 条(4)は、所管大臣が従うべき規則には、利用料からの運営費用の控除、利用料である金員を著作権者のため保持すべき期間、期間経過後の金員の取扱いについて規定するものとしている。なお、こうした権限の付与は、国際条約と本来的に抵触するわけではなく、国際条約との適合性は、周辺の状況と権限の利用の在り方によるであろうとしている⁸⁸。

(iii) ECL のスキーム

権利者不明著作物に関するある種の強制利用許諾のスキームとは別に、クローズ 43 は、いわゆる ECL のスキームも用意していた。この ECL のスキームは、権利者不明著作物以

外の著作物にも適用されるものである。クローズ 43 に基づく改正後の第 116B 条は、「所管大臣は、規定にしたがって、権利管理団体に対し、当該団体又は当該団体の活動を代理する個人がその著作権を保有していない著作物について、著作権の利用許諾を付与する権限を付与することができる」としている。所管大臣は、許諾団体が権利者不明著作物又は権利の許諾権限を受けた場合の行動基準を導入することや ECL の適用していくための規則を定める権限が与えられている (第 116E 条、Schedule A1)。

(iii) 両スキームの関係

両スキームはどのような関係にあるのか。構成員以外の者の権利も利用許諾できる ECL のスキームがあれば、権利者不明著作物の利用許諾の規定は不要のようにも思われるが、両者は利用許諾の仕組みが異なっているようである。この点について、マルチメディア大学 (マレーシア) 准教授の Dennis W. K. Khong 氏が 2010 年に European Intellectual Property Review (E.I.P.R.) に投稿した論文によると、「改正案では、最初のライセンス・スキームの類型に関して「権利者不明著作物 (an orphan work)」を単数形で、ECL のスキームに関しては「著作物 (works)」を複数形で言及している。このことは、権利者不明著作物の利用許諾の申請は個別の項目を基礎に行わなければならない、他方で、ECL のスキームに基づく利用許諾の申請は著作物の種類又は著作物の利用者の種類に関するブランク・ライセンス形式 (包括的利用許諾契約方式) で行うことができることを意味している」と述べている⁸⁹。

要するに、ある権利者不明著作物について利用許諾を受ける場合としては、[1] 所管大臣が設ける規則にしたがって第 116A 条によって所定の集中管理団体から権利者不明著作物に関する権利が許諾されるか、[2] 第 116A 条によって権利者不明著作物等の許諾権限を与えられた集中管理団体が第 116B 条に基づいて非構成員である不明著作物の権利者不明著作物も対象として含まれる許諾を例えばブランク・ライセンスの形式で行うこともできるようになるということになるのであろう。

また、ECL は、教育機関での複製や、行政や企業の内部利用、放送番組の再送信など、対象となる利用態様が限定される場合が多いので⁹⁰、その点でも両スキームの適用範囲もおのずと異なってくるであろう。

⁸⁶ [The Secretary of State may by regulations provide for authorising a licensing body or other person to do, or to grant licences to do, acts in relation to an orphan work which would otherwise require the consent of the missing copyright owner.]

⁸⁷ K Garnett, J R James & G Davies, *supra* note 44, p.1901.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Khong, Dennis W. K. 2010. The (Abandoned) Orphan Works Provision of the Digital Economy Bill. European Intellectual Property Review 32, no. 11: 560, 562-563

⁹⁰ T Koskinen-Olsson, 'Collective Management in the Nordic Countries', in D Gervais (ed), Collective Management of Copyright and Related Rights, 257, 265 (The Hague: Kluwer Law International, 2006). 著作権契約法委員会『著作権契約法現行コード』(社団法人著作権情報センター、2010 年) 190-191 頁の表 (松田政行・平野恵純執筆部分)。

④The Plan for Growth (2011) における権利者不明著作物への言及⁹¹

イギリスでは、2010年5月の下院選の結果によって、13年ぶりに政権交代がなされた。保守党・自由民主党の新たな連立政権下において、ビジネス・イノベーション・職業技能省は、経済成長の長期計画として「The Plan for Growth」⁹²を公表した。同計画書では、次に述べるハーグリーヴス・レビューにおいて、ライセンスシステムの現代化と権利者不明著作物に対するアクセスを可能とする提案が含まれる予定であることを示唆していた⁹³。

⑤ハーグリーヴス・レビュー (2011)・勧告4について⁹⁴

(a) ハーグリーヴス・レビュー (2011)

連立政権誕生後、保守党のデイヴィッド・キャメロン首相の提案をきっかけとした政府の諮問に基づいて、カーディフ大学のイアン・ハーグリーヴス教授が知的財産政策に関するレビューを作成することとなった。同レビューは2011年4月に公表が予定され、2010年12月10日にコーン・フォー・エヴィデンスが公表され意見募集がなされたが、最終的には2011年5月に「Digital Opportunity A Review of Intellectual Property and Growth」(以下「ハーグリーヴス・レビュー」という。)と題する報告書が公表された⁹⁵。その提言の内容は多岐にわたるが、著作権との関係では、著作権ライセンス取引のための著作権取引所の創設、権利者不明著作物とその対応のためのECLの導入、著作権の例外規定の拡大(フォーマット・シフト、パロディ、非商業的研究、図書館等のアーカイブ作成、テキスト・マイニングなどに関する例外規定)及び例外規定のオーバーライドの禁止に関する項目が挙げられている。

知的財産庁は、2011年8月に公表した最初の応答において、基本的にハーグリーヴス・レビューの内容に沿った報告書を提出し⁹⁶、更なる検討を進めることになった。具体的には、権利者不明著作物、ECL、集中管理団体の行動規範、情報社会指令の範囲内での著作権例外規定(私的複製、非商業的研究、アーカイブとパロディの問題を含む)、知的財産庁によ

る著作権情報サービス⁹⁷に関して、2012年3月21日を期限としたコンサルテーションの手続が進められた⁹⁸。コンサルテーションと並行して、政府による現段階での影響評価(Impact Assessment)⁹⁹も実施されており、著作権改革に関する各施策における選択肢の影響分析を行った。

(b) ハーグリーヴス・レビューの勧告4について

ハーグリーヴス・レビューでは、DEA 法で却下された ECL が再度提案されている。すなわち、政府は権利者不明著作物の利用許諾を可能とするような立法を行うべきであるとし、権利者不明著作物に関する大量の利用許諾を処理するための拡大集中許諾と、個々の著作物の使用に関するクリアランスのための手続を創設するべきであるとした¹⁰⁰。つまり、大量の処理が必要とされる場面と個別に処理される場面の2つの場合に分けて、権利者不明著作物に関する利用許諾のスキームを提案している。そして、いずれの場合にも、同報告書が提案しているデジタル著作権取引所(詳細は、本報告書第3部第2章参照)に含まれるデータベースの調査によって発見ができない場合に初めて、ある著作物が権利者不明状態(orphan)として取り扱われるものとするべきである、としている¹⁰¹。

ハーグリーヴス・レビューにおけるECLの提案は、以下に示すように、デジタル著作権取引所のアイデアと強く結びついている¹⁰²。まず、デジタル著作権取引所は利用許諾の取引費用を減少させるために設立される。権利者不明著作物の利用が認められる前提として、入念な調査が必要とされるが、デジタル著作権取引所はこの調査を容易なものとする機能を果たす。しかし、権利者不明著作物も含めて、作品が当該システムにおいて管理されない権利者の問題が生じる。この場合、ECLは集中処理機関に参加していない権利者についても当該機関が代理する権限を有することができるようになるため、権利者が明らかになるまで、ライセンス費用はデジタル著作権取引所のシステムを通して集中処理機関に支払うという制度を採用することもできる。合理的な期間が経過した場合、ライセンス費用は

⁹¹ 今村哲也「近時のイギリスにおける著作権法改革の動向からの示唆—2011年のハーグリーヴス・レビューにおける論点を中心に—」著作権研究38号(2013年・近刊)参照。

⁹² HM Treasury and Department for Business, Innovation and Skills, *The Plan for Growth* (2011) <http://cdn.hm-treasury.gov.uk/2011budget_growth.pdf> [hereinafter *The Plan for Growth*].

⁹³ Ibid., para 2.225.

⁹⁴ この部分の記述に関しては、今村・前掲注91から適宜引用した。

⁹⁵ IPO, *The Hargreaves Report shows potential to boost economy* <<http://www.ipo.gov.uk/about/press/press-release/press-release-2011/press-release-20110518.htm>>.

⁹⁶ HM Government, *The Government Response to the Hargreaves Review of Intellectual Property and Growth* (Intellectual Property Office, 2011) <<http://www.ipo.gov.uk/ipresponse-full.pdf>>.

⁹⁷ 知的財産庁が著作権法の解釈について法的見解を表明する権限の付与に関する問題であり、ハーグリーヴス・レビューの10番目の提案に示されている。

⁹⁸ HM Government, *Consultation on Copyright* (Intellectual Property Office, 2011) <<http://www.ipo.gov.uk/consult-2011-copyright.pdf>>.

⁹⁹ 古賀豪「英国の政府提出法案の立案過程—英国内閣府の『立法の手引き』—」レファレンス61巻12号(2011年)91頁によると、影響評価書とは、「政策変更にあたっての可能な選択肢の影響の分析であり、対処すべきリスクや問題と可能な選択肢を、何もしない場合、立法以外の措置の場合等と比較して評価する」ものである。また、影響評価書の詳細については、(財)農林水産奨励会農林水産政策情報センター「影響評価ハンドブック及び影響評価ツールキット 英国内閣府(Cabinet Office)」政策情報レポートNo.129(2007年)に詳しい<<http://www.maff.go.jp/primaff/kenkyu/gaiyo/pdf/129.pdf>>.

¹⁰⁰ Hargreaves Review, Recommendation 4.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Ibid., para 4.56, p.39.

社会的、文化的な目的のために使用されたり、あるいはデジタル著作権取引所の運営コストに充てたりすることも考えられるという。

知的財産庁は、権利者不明著作物の問題に関する最初の影響評価において、権利者のための一定のセーフガードを設けた上で、権利者不明著作物の利用を認める立法を行うという選択が望ましいとしている¹⁰⁸。こうした立法は、政策目的を比較的短期の時間枠で実現し、経済的な便益を最大化すると同時にコストを最小化するとともに、所在不明の権利者の利益も保護するものであるとしている¹⁰⁹。そこで挙げられている政策目的は、現在存在しているが利用できない状態にある著作物を市場に送り込むことであると、権利者不明著作物を利用したい者が費用を政府の指定する認可を受けた団体に支払い、入念な調査を経ても著作権者が不明である場合、個々の著作物について利用の許諾が与えられる。権利者が後に現れた場合には補償金が支払われる。欧州委員会が権利者不明著作物について提案している指令案も整合的であると評価している。そして、これと並行して、権利処理システムとしてECLを創設するとしている¹⁰⁵。

他方、ECLの問題についての影響評価において、政策目的を実現し、比較的短期の時間枠で意図された効果を達成するには、権利処理を促進し取引費用を減少させるため、オプトイン型ではなく、オプトアウト型の集中許諾を認める立法を行うという選択が望ましいとしている¹⁰⁶。そこで挙げられている政策目的は、ライセンス手続を簡素化することで、権利処理を現在よりも安価で効率的なものとするものであり、意図された効果は、ライセンス制度の利用者の負担する取引費用を減少させ、これにより、参入の障壁を縮小すること、著作物に対するアクセスを改善して消費者に対する法的安定性を高めること、複雑な取引によるコストと不便さを減少させること、及び著作物の使用に対する補償がなされていなかった可能性のある所在不明の権利者に対して資金を確保しておくことにより、創作者に与えられるロイヤルティを最大化すること、であるとされている¹⁰⁷。

⑥ERR法案(2012) クローズ68 (HL Bill 045 2012-13) について

現在、英国議会では、「企業・規制改革法案」(Enterprise and Regulatory Reform Bill 2012-13: 以下「ERR法案」という。)¹⁰⁸を審議している。本報告書を執筆する間にも法案内容の修正や条項番号の変更もされているが、以下では2012年10月19日に上院に送付された時点のERR法案(HL Bill 045 2012-13)の情報に基づいて記述することにする。なお、2013年3月19日時点のERR法案(HL Bill 089 2012-13)では、以下で言及する10月

19日のHL Bill 045 2012-13におけるクローズ68は、幾つかの修正とともにクローズ79に位置づけられている。

同法案には、クローズ68において、権利者不明著作物のある種の強制許諾制度及びECLの導入が盛り込まれている。2012年10月17日に下院の第三読会の採決が行われ、賛成290、反対228で通過した。2012年10月18日に上院(House of Lords)に送られ、2013年3月現在のところ、審議が行われている。

下院の第三読会を経て、上院に送付された段階のERR法案(HL Bill 045 2012-13)クローズ68は次のような内容である¹⁰⁹。クローズ68は、著作権と実演家の権利に関する利用許諾に関する幾つかの規定と附則を1988年CDPAに挿入することを内容としている。具体的には、1988年CDPA第116条の後に新しい条項を追加し、所管大臣が制定する規則に従って、権利者不明著作物の利用許諾を行う制度と、任意¹¹⁰のECLを設けること等を要求している。これは、2011年のハーグリーヴス・レビューと、その後のコンサルテーションの結果を受けた知的財産庁の考え方に基づいている。ただし、ハーグリーヴス・レビューは、大量の権利処理の仕組みとしてのECLを支持するとしつつも¹¹¹、勧告としては、飽くまで権利者不明著作物の文脈でこれを導入することを提案していたように読めるが(勧告4)、ERR法案の規定をみると、権利者不明著作物の処理にその目的を限定せずにより一般的な大量の権利処理の仕組みとしてECLを導入することを予定しているようにみえる。なお、権利者不明著作物の個別の利用許諾とECLという2つのスキームの関係については、基本的に前述したDEA法案のクローズ43の場合と類似していると考えられる。

(a) 権利者不明著作物の利用許諾に関するスキーム

ビジネス・イノベーション・職業技能省による2013年1月にアップデートされたERR法案のポリシーペーパーでは、権利者不明著作物に関する提案の内容について、以下のよう

に説明されている¹¹²。「権利者不明著作物(orphan works)とは、権利者が不明又はその所在が確認できない著作権のある著作物であり、例えば、書籍、映画、音楽及び写真を含むものである。現在、権利者不明著作物は、権利者の許諾がなければ、著作権侵害のリスクなしに、複製したり、出版したりすることができない。ハーグリーヴス・レビューは、権利者不明著作物の問題

¹⁰⁸ HL Bill 045 EN 2012-13 (Explanatory Notes to Bill), 19/10/2012

<<http://www.publications.parliament.uk/pa/bills/lbill/2012-2013/0045/en/2013045en.htm>>.

¹¹⁰ 任意というのは、集中管理団体がこの枠組みに参加することが任意であることを意味し、他方で、権利者もこの枠組みから離脱(オプトアウト)できることが保障されている。

¹¹¹ Hargreaves Review, 4.51.

¹¹² Department for Business, Innovation and Skills, Enterprise and Regulatory Reform Bill Updated Policy Paper, January 2013

<https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/87928/bis-13-654-enterprise-and-regulatory-reform-bill-policy-paper-jan-2013.pdf>, p.28.

¹⁰³ Intellectual Property Office, BIS1063: Orphan works, 20/10/2011, p.1.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Intellectual Property Office, BIS1054: Extended Collective Licensing (ECL), 31/10/2011, p.1.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ HL Bill 045 2012-13 (as brought from the Commons on 18 October 2012).

を「著作権の制度枠組みにおいて調整が必要な最も明らかな失敗」と説明しており、政府は、全く利用できない著作権のある著作物が大量にあることは、誰の利益にもならないと考える。

政府は、商業的及び非商業的利用の双方に関して、後日現れる可能性のある権利者を保護するための入念な調査及びその他のセーフガードを取り入れることを条件に、権利者不明著作物に利用許諾を与える制度を提案している。所定の独立した機関が、十分に高度な基準に照らして潜在的なライセンサーが入念な調査を実施したことを確認することも含めて、権利者不明著作物の利用許諾を与える予定である。

許諾を与える機構は、入念な調査の対象となっている著作物及び当該機構が利用許諾を与えている著作物の登録の管理も行う。これにより、権利者が自己の著作物が登録簿に掲載されているかどうかを確認するために登録簿をみることで著作物が権利者と再会する可能性を高めることになる。

ライセンサーは、著作物や利用の類型に対して適切なレートにおいて、事前の利用料を支払うことを求められ、これらの利用料は権利者が現れたときに権利者に支払うために当該許諾機構によって保管されることになる。ライセンサーは、権利者の名前が分かる場合、権利者不明著作物を利用するときに権利者のクレジット表示をすること、そうでない場合には、後に現れる権利者に自己の著作物の管理をどのように回復するのかを知るために、権利者不明著作物の詳細について許諾機構に対して提供することが求められる。

以下、ERR 法案 (HL Bill 045 2012-13) の条文にしたがって、その内容を確認する¹¹³。

ERR 法案のクローズ 68(3)は、著作権の利用許諾に関する新条項を規定している。まず、新第 116A 条は、所管大臣に対して、所定の組織や団体を指定し、下位法令 (secondary legislation) に基づいて権利者不明著作物の利用を許諾する権限を与える。

上述のビジネス・イノベーション・職業技能省によるポリシーペーパーからは、独立した機関 (independent body) を予定しているようであるが、具体的にいずれが許諾を与える機構となるのかは、法案そのものからは必ずしも明らかではない。この点、下院の Public Bill Committee におけるビジネス・イノベーション・技能政務次官の Norman Lamb 氏の説明によると¹¹⁴、許諾を与える機構として指定されるのは、「独立した機関」であるとした上で、「権利者不明著作物の利用許諾と調査の確認を行うことになる独立した機関はまだ決定されていない。しかし、それは独立した機関になる予定であり、十分な協議がなされることになる」としている。また、「著作権審判所のような、既存の機関となる可能性もあり、その場合には、新たな機関を設立する必要はないであろう。責任を負う独立した許諾機構であることが必要になるだろう」と述べている。また、調べた中では、政府が「独立した

機関」と述べていることから、これをもって、集中管理団体は含まないものと整理する見方も見られた¹¹⁵。他方で、関係者にヒアリングすると、基本的には集中管理団体が許諾を与えることになり、集中管理団体がいない分野では著作権審判所が許諾を与えることになることと示唆する見方もあった。ERR クローズ 68 の文言上は、集中管理団体が許諾機構となることもあり得るのであろう。いずれにしても、いずれが許諾機構になるのかについては、規則により定められる部分となると思われる。

新第 116A 条は、更に権利者不明著作物を管理する所管大臣の規則によって定められる領域について規定している。所管大臣は適切な機関を指定し (当該団体自体はその著作物の使用を求めることはできない)、当該団体は経済的な権利やモラルライツが保護されることを条件として権利者不明著作物の利用許諾を行うとされている。

所管大臣の規則では、所定の著作物が権利者不明著作物としての資格を取得する前の段階で、潜在的なライセンサーが入念な調査を行うことも要求するが、他方で、著作権の存続の有無が不明でも構わないとしている。付与される利用許諾は非排他的な利用許諾である。新第 116A 条(6)には幾つかの事項が規定されており、例えば、利用許諾が存続する間に著作権者が現れた場合や、権利者不明著作物の登録の取扱いについて規定している。

(b) ECL に関するスキーム

前述のビジネス・イノベーション・職業技能省によるポリシーペーパーでは、ECL のスキームについて、以下のように説明されている¹¹⁶。

「ハーグリーヴス・レビューは、利用許諾と権利クリアランスの過程の簡素化を支援するために、英国は、著作権のある著作物に関して拡大集中許諾 (ECL) の制度を導入することも提案している。現在、集中許諾は、「オプトイン・ベース」で機能している。すなわち権利者は集中管理団体に参加する選択権を有しており、それにより初めて集中管理団体は、権利者の著作物をそれらの者のために利用許諾することができるのである。これらの規定があることを前提に、所定の集中管理団体が ECL のスキームを申請し、政府が当該スキームの運営によって許可された場合には、その許可の範囲内において、「オプトアウト」ベースの利用許諾を与えることができるようになる。この場合、当該団体は、特定の分野において、オプトアウトを選択した権利者を除く、すべての権利者のためにその役割を果たすことになるであろう。

ECL の有利な点は、より簡素化された権利クリアランス制度を作り出し、著作物の適法な利用を促進することにある。ハーグリーヴス・レビュー及びそれに続いて実施された政

¹¹³ supra note 109.

¹¹⁴ Public Bill Committee 17 JULY 2012, Enterprise and Regulatory Reform Bill, col 711 (17 July 2012)

<<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmpublic/enterprise/120717/pm/120717s01.htm>>.

¹¹⁵ Consumer Focus, Consumer Focus briefing on the copyright licensing clauses of the Enterprise and Regulatory Reform Bill

<<http://www.consumerfocus.org.uk/files/2010/10/Consumer-Focus-briefing-on-copyright-licensing-clauses-in-the-Enterprise-and-Regulatory-Reform-Bill.pdf>>.

¹¹⁶ Department for Business, supra note 112, p.29.

府による著作権コンサルテーションに対して提出された証拠によると、著作物の大きなコレクションの一つ一つを権利処理するために要する管理費用は、しばしば非常に高額となる。ECLは、権利者が自己の著作物の利用に対する支払を受けることを確保しつつ著作物へのアクセスを向上させるので、市場がある著作物の利用を避ける場合にはこうした問題を解決するのに役立つことになる。

政府は、ECLはすべての状況に適合するわけではないということ（例えば、権利が直接に利用許諾される市場）、そして権利者の利益が保護されることを確保することの重要性を認識している。そのため、以下の厳格なセーフガードがその方策にとって不可欠となる：

- ・ ECLは、所定のセクターに対して強制することはできない。ECLの利用を申請するかどうかを選ぶことは、（その構成員の支持を受けて行われる）集中管理団体の役割である；
- ・ ECLは、当該集中管理団体が、影響を受ける可能性のある権利者を実質的に代表する場合にのみ選択肢となることが可能である；
- ・ ECLスキームの運営を希望する所定の集中管理団体は、政府の定めるミニマムスタンダードを充足した所定の行動規範を適切に具備していなければならない；そして
- ・ 権利者は、自己に影響を及ぼすECLスキームからいつでも脱退することができなければならない。

以下、ERR法案（HL Bill 045 2012-13）の条文にしたがって、その内容を確認する¹¹⁷。まず、新第116B条は、所管大臣が、ECLスキームの授権に関して規則を定めることができるとする。当該ECLは、権利者の参加が自発的なものとされるスキームとなることが予定されている（自発的なECLスキーム）。そのため、第116B条(2)から(6)では、授権に際して適用される制限について、権利者がECLスキームからオプトアウト（離脱）する権利があることを明示することなどを定めている。これまでの集中許諾スキームにおいては、集中管理団体は自己に代わって許諾をすることを団体に許可した著作権者である構成員について代理して許諾ができるだけであった。新たな規定によると、ECLを運営することを申請し、授権された集中管理団体は、授権の範囲に含まれる全ての著作物（オプトアウトした著作権者のものを除いて）の特定の利用方法について、非排他的な利用許諾を与えることができるようになる。

新第116C条は、第116A条と第116B条に関する所管大臣の権限に関する一般条項である。所管大臣は第116B条又は第116C条に基づいて利用許諾を与えるための授権を受けたいずれの団体に対しても条件を課すことができる。また、所管大臣は、かかる授権に関する手数料や利用料の取扱いに関する条項や、同スキームに基づいて許諾を受けた著作物が後になって取り消された場合の規定を制定することができるとしている。第116D条は、本条の所管大臣の権限を行使する上で制定される規則に関する一般条項について定めている。

¹¹⁷ HL Bill 045 EN 2012-13 (Explanatory Notes to Bill), 19/10/2012<<http://www.publications.parliament.uk/pa/bills/lbill/2012-2013/0045/en/2013045en.htm>>.

所管大臣の規則は、法律を修正する場合を除いて（この場合には肯定的決議が必要）、議会の否定的決議がなければ承認となり、制定できる¹¹⁸。

附則21の第2部では、実演家の権利に関する部分について、1988年CDPAに附則2Aに対する修正を定めている。基本的には、実演家の権利についても、クローズ68に規定された著作権の許諾に適用される権利に関するものと同等の条項を設けている。附則2Aの paragraph 1の後に挿入される新 paragraph 1Aは、「権利者不明著作物」の利用許諾を含み、附則2Aの新1Bは、自発的なECLスキームについて、新1C及び新1Dは「権利者不明著作物」と自発的なECLスキームの双方について規定している。

ERR法案クローズ68 著作権及び実演家の権利の許諾

(2012年10月19日時点のERR法案 (HL Bill 045 2012-13))

- (1) 1998年著作権意匠及び特許法を以下の通り修正する。
- (2) <省略>
- (3) 第116条の後に以下を入れる。
「権利者不明著作物の許諾と拡大集中許諾」
第116A条 権利者不明著作物の許諾に関して制定する権限
(1) 所管大臣は、規則に基づき権利者不明著作物としての資格を有する著作物に関する許諾の付与に関して、規則により制定することができる。
(2) 規則では、
(a) 許諾を付与する権限を与えられた所定の者又は所定の部類の者を明示し、又は
(b) 許諾を付与する権限を与えられた所定の者又は所定の部類の者を明示するために規則において指定される者について、規定することができる。
(3) 規則では権利者不明著作物としての資格を有する著作物に関して、その著作権の所有者が規則に基づいて行った入念な調査の後にも判明しないことを要件として制定しなければならない。
(4) 規則では、所在不明の権利者の同意が必要となる著作権により制限される行為のいずれかを行い、又は行うことを許可する許諾の付与について制定することができる。
(5) 規則では、いずれの許諾も、次の通りに制定しなければならない。
(a) 所在不明の権利者により付与されたのと同様の効果を有すること
(b) 排他的権利を与えるものではないこと
(c) 許諾を付与することを許可された所定の者に対しては与えられないとすること
(6) 規則では、たとえ著作権が当該著作物に存続しているかどうか不明である場合で

¹¹⁸ 英国における委任立法の否定的決議と肯定的決議については、岡久慶「英国2006年立法及び規制に関する改革法」外国の立法233号（2007年）16頁参照。

も、所定の著作物に対して適用されるものとし、また、所在不明の権利者及び所在不明の権利者の権利又は利益の参照は、想定される権利者及び想定される権利又は利益の参照も含むものとして読まれるものとする

第116B条 拡大集中許諾

(1)所管大臣は規則に基づき所管大臣に申請する所定の許諾機構に対して、当該機構又は当該機構の活動を代理する所定の者によって保有されていない著作物に関して、著作権の許諾を付与する権限を、規則により付与することができる。

(2)権限付与には以下のことを明示しなければならない

- (a)それが適用される著作物の種類、及び
- (b)当該許諾機構が許諾を行う権限を付与される、著作権により制限される行為
- (3)規則では、著作権の所有者が、当該規則による許諾の付与を制限又は排除する権利を有していることを規定しなければならない。
- (4)規則では、いずれの許諾も排他的権利を与えるものではないことを規定しなければならない。

(5)本条において、「著作権の許諾」は、第116条におけるのと同様の意味を有する。

(6)本条の規定は、国王の著作権若しくは議会の著作権については適用されない。

第116C条 第116A条及び第116B条に基づく許諾に関する一般条項

(1)所管大臣は、規則に基づいて権利者不明著作物の資格を有する著作物に関する許諾の付与に関して、規則により制定することができる。

(2)規則では、一定の要件を満たした場合にのみ、所定の機構が許諾をする許可を付与され、又はその状態を維持すること、及び要件の充足について規則によって指定される所定の者が、その指定する方法によって決定することになると、制定することができる。

(3)規則では、所定の者に権限を付与するかどうかに関して、規則に基づいてなされる決定において考慮すべきその他の問題を明示することができる。

(4)規則では、所定の許諾に関して支払われる利用料又はその他の金額に関する処理については以下のことを含めて制定しなければならない。

- (a)管理費用の控除
- (b)金額が保持される期間
- (c)（無主物又は別のものとしての）当該期間後の金額の処置

(5)規則では、許諾を与える権限付与が取り消される事情、及び所定の権限付与が取り消された場合のいずれの者の権利及び義務の決定について規定しなければならない。

(6)規則では、特に以下の条項を含めて、権限付与及び許諾の目的に関する他の条項を含めることができる。

- (a)許諾が効力を有する間に、所定の著作物が権利者不明著作物の資格を停止する場

合（又は、いずれの著作権者への言及による資格の停止）、又は所定の著作権者が第116B条(3)に言及される権利を行使する場合において、いずれの者の権利と義務を決定すること；

(b)登録の管理及びそれへのアクセス

(c)申請又は調査を含む付随的な目的のための所定の著作物の利用の許可

(d)第77条により付与される権利が78条にしたがって主張されているものとして取り扱うこと

(e)管理費用を補うための手数料の支払

第116D条 116A条及び116B条に基づく規則

(1)規則を制定する権限には以下の権限を含む

- (a)著作権審判所の管轄を拡大又は制限し又はそれに権限を付与する条項を含む、付随的、補充的又は派生的規定を設けること
- (b)暫定規定、経過規定、又は適用免除を設けること
- (c)事情の違いに応じた異なった定めを設けること

(2)いずれの条項に基づく規則も、派生的規定を設け又は著作権審判所の管轄を拡大又は制限し又はそれに権限を付与する目的のために、この部、又は、当該条項が効力を有するより前に通過し又は制定された法律又は従位立法を、修正することができる

(3)規則では、いずれかの者により適時に出されるガイダンスを参照して、条項を設けることができる。

(4)規則を設ける権限は、命令（statutory instrument）によって制定するものとする。

(5)法律を修正する規則を含む命令は、当該命令案が議会に提出され、かつ、各議院の決議によって承認されない限り、これを制定してはならない。

(6)規則を含む他のいずれの命令も、上院又は下院のいずれかの決議に基づく不採択措置に服するものとする。

(4)（1988年著作権意匠及び特許法に附則A1を挿入し、かつ、著作権に関する本条により制定される規定に対応する実演家の権利に関する条項を設ける）附則21は効力を有する。

（筆者仮訳）

(3) 関係団体等の評価

Dennis W. K. Khong氏¹¹⁹は、DEA法案におけるクローズ43の失敗の原因について、[1]イギリスの議会解散に伴う議事一掃期間（wash-up period）に当たり時期が悪かったこと¹²⁰、

¹¹⁹ Khong, Dennis W. K., *supra* note 89, p.562.

[2] 議会が審議される前に DEA 法案への実際の同意について知的財産庁による公のコンサルテーションが十分ではなかったため、写真家団体のような権利者団体からの反対を招いたことを指摘している。

コンサルテーションの重要性を認識している知的財産庁は 2011 年 12 月 14 日から 2012 年 3 月 21 日までの 14 週間にわたってコンサルテーションを行うことを発表し、政府の提案に対する意見を幅広く収集した。その結果、権利者団体、企業あるいは個人等から 471 件の回答を得たという。政府は 2012 年 6 月 14 日にコンサルテーションに対する回答をまとめた資料を公表している¹²¹。権利者不明著作物と ECL については、次のように整理されているので、以下、翻訳した上で項目を補いつつ転載する¹²²。

① 権利者不明著作物

コール・フォー・エヴィデンスに基づいて関係者の中から出てきた論点として、以下の通り、[1] 権利者不明著作物の比率に関する事実認識、[2] 発行と未発行の区別の是非、[3] 入念な調査について、[4] 商業的利用への拡大の是非、[5] 補償金の支払方法、[6] 授権を与える主体や集中管理団体の責任、[7] モラルライツとの関係等がある。

(a) 全体の評価

「多くの回答者は、権利者不明著作物のスキームから利益が得られると考えていたが、当該スキームの範囲と条件に関して幅広い意見が示された」とする。

(b) 権利者不明著作物の比率に関する事実認識

「回答者の多くはこの分野において基本的に所定のスキームは有益であることを認めている。しかし、権利者不明著作物が提起している問題の範囲に関しては様々な見方が存在した。回答者により報告された権利者不明著作物の比率については、おおむね既存のコレクションの 5% から 40% の間で幅があった。」

¹²⁰ 田中嘉彦「英国における内閣の機能と補佐機構」レファレンス 61 巻 12 号 (2011 年) 143 頁によると、「wash-up」というのは、議会解散前に法案成立を確保するための方法で、政府が野党に協力を求め、法案は、しばしば議論となる条項が削られた形で成立する」とされる。

¹²¹ IPO, CONSULTATION ON COPYRIGHT Summary of Responses June 2012<<http://www.ipo.gov.uk/copyright/summaryofresponses.pdf>>.

¹²² なお、ある程度まとまった部分をそのまま翻訳して転載したので念のため記しておく、IPO の同報告書の裏表紙において、イギリス国立公文書館 (The National Archives) が公表 (2010 年 9 月 30 日) している「Open Government Licence (OGL)」<<http://www.nationalarchives.gov.uk/doc/open-government-licence/>>に基づいて利用できると記されている。

(c) 発行と未発行の区別の是非

「回答者の多くは、当該スキームが発行・未発行の著作物の双方を対象とするべきであると考えていた。これは特にアーカイブやその他の文化的組織の場合にいえることであり、それらの組織の保有するコレクションは、高い比率において、唯一で未発行の資料であるという意見が聞かれた。他の回答者は、未発行の資料は、資料に対して責任を有している当該組織の外部において利用可能とされるべきではないと主張していた。」

幾名かの回答者は、未発行の著作物 (無名及び変名の文芸、戯曲及び音楽の著作物も同様に) を著作者生前プラス死後 70 年又は創作時から 70 年までに著作権保護期間を制限することが、権利者不明著作物の問題の規模を縮小する手助けになるであろうと考えていた。例えば、イギリス図書館は、次のように指摘していた。「こうしたことを利用者に対して説明している同図書館の職員によると、未発行の中世の写本に今なお著作権があり、そして現在のベストセラーと同じ法的状態を有しているという事実は、極めてナンセンスなことであり、理解してもらうのが困難な説明となることがある。」

(d) 入念な調査について

「大半の回答者は、権利者不明著作物スキームにとってしっかりと入念な調査が必要であると考えていた。回答者の中には、入念さは事案ごとに判断する必要があり、潜在的なライセンスが著作物の使用を意図しているのかということに大きく依拠するだろうと考えるものがいた。出発点として、回答者は、インターネットによる調査と著作物に関する確立した登録簿をチェックすることを主張していたが、これは決して網羅的なリストではない。確認のための手続が非常に厄介であれば多くの文書館、図書館、博物館及び美術館にとって費用対効果がないものとなり、スキームの利点が制限されることを意味する可能性がある。」

(e) 商業的利用への拡大の是非

「著作物の商業的利用に拡大するというスキームの利点に関しては、様々な見方があった。多くの回答者は、スキームが商業的利用を許容すべきことに同意した。すなわち、幾つかの博物館、美術館、図書館及び文書館は、権利者不明著作物の商業的な利用は保存と保管にかかるコストを補うのに資するであろうと主張した。回答者の中には、厳格な非商業的なスキームは政府のフォーカスしている経済成長と合致しないであろうと考えるものがいた。他の回答者は、商業的利用の定義に関して混乱があると述べた。例えば、非営利の組織が自己の業務の一部として商業的な資金を生み出した場合で、権利者不明著作物

を使用する許諾を受けた場合、これがなお非商業的利用となるのかどうかという問題がある。

しかし、回答者の中には、商業的利用を認めることは、権利者不明状態にはない著作物が利用可能である市場との潜在的な抵触を生じさせると考えていた。所定のスキームは有名又は大手の権利者から収益を奪うのではないかという一定の懸念が示された。権利者不明著作物の商業的な利用が実際に経済的成長を導くことになるのかについても疑問が示された。このことは厳格な非商業的なスキームをよしとする回答者の間にも繰り返してみられた。Design and Artists Copyright Society (DACS)¹²³は、「権利者不明[著作物]を商業的に利用したとしても、目に見えるような成長を導くものではないだろうが、自由な市場で既に利用されている著作物の代替物とはなるだろう」と主張していた。回答者は、権利者にある程度の補償金を与えることに関してはおおむね賛成していた。

(f) 補償金の支払方法等

「多くの回答者は、即時に支払われる補償金又は「前払」の支払システムを設けるスキームを好ましいとした。これらの回答者の中には、各種の市場価格を計算することや、著作物が利用されていた時期にわたって市場価格を適用することが困難であることを指摘した。後払いシステムについては、後に現れた権利者に支払について交渉しようとさせる可能性を生じさせることが強調された。

後払いのシステムは管理がずっと容易となり、運営もより官僚的でないものとなると考えている回答者の中には、ほとんど現れる可能性がないであろう権利者のためにお金を留保しておかなければならないことに対する懸念を表明する文化団体もあった。多くの回答者は、このことが保存及びデジタル化に資金を使う力を減少させると考えており、ほかには（例えば、未発行の著作物のように）市場がない場合に市場レートを決定できるのかどうかという疑問を呈していた。個人の権利者、特に写真家、視覚芸術家及び作家は、レートは個々の交渉次第で異なるべきであると述べた。」

(g) 授権を与える主体や集中管理団体の責任

「回答者からは、潜在的な利用者及び権利者の双方とも区別される独立した政府機関又は著作権審判所のような独立した団体が、当該スキームを授権するべきであるとの主張がなされた。ほかには、集中管理団体が授権の責任を負うようにすることに賛意を示すものもあった。集中管理団体は、自己の固有のデータベースを使用することで、自らが入念な調査を行うのに最もよい地位にあると述べた。しかし、特定の素材、特に未発行の素材に

については、通常は集中管理団体によって利用許諾されておらず、そのために入念な調査について異なった方式が要求されることになる」と指摘した。

回答者のうち、基本的に授権された機関が入念な調査を請け負うべきであり、それによって潜在的な利用者のコストを削減できるとするものは少なかった。しかし、こうした場合における利益の衝突の可能性が、多くの回答者から指摘された。」

(h) モラルライツとの関係等

「モラルライツの尊重についてはある程度のコンセンサスが存在した。しかし、回答者の中には、さらに、モラルライツは実際のところ立法によって強化されるべきであると主張に及ぶ者もいた。こうした考え方は、写真著作物に関する権利者を代表する組織（特にデジタル著作物）において、とりわけはっきりと示された。多くの者は、権利者情報がその作品から容易に除去されてしまう状況について言及した。彼らは、このことは自らの産業にとって深刻な問題であると主張し、モラルライツが強化されなければスキームに反対すると警告した。

事業がある程度確実に行われること（business certainty）がライセンス条件との関係で必要とされることは、一般的に受け入れられた。」

②ECL

ECLに関して、コール・フォー・エヴィデンスに基づいて関係者の中から出てきた論点として、[1] ECLの対象となる利用態様の範囲、[2] ECLが取引コストを減少させるという評価の妥当性、[3] 既存の集中管理団体におけるECLスキームへの申請の意向、[4] 集中管理団体におけるECLスキームに関する行動規範の在り方、[5] オプトアウトの機会の保障、[6] 集中管理団体の代表の程度の問題、[7] 集中管理団体がECLに参加する際の構成員の同意の要否、[8] 構成員と非構成員の待遇の平等の問題、[9] 非構成員にECLスキームの認識を向上させるための方策、[10] 未請求の利用料の処理の問題がある。

(a) 全体の評価/ECLの対象となる利用態様の範囲

「ECLについてコメントした回答者の多くは、それが権利処理手続をより迅速でより複雑でないものにする可能性がある」と認識していた。集中管理団体や権利者団体と同様にライセンスからも、提案に対するかなりの支持があった。同様のスキームが、既にイギリスにおいて首尾よく運用されているという指摘もあった。しかし、ECLスキームを作ると

¹²³ イギリスの美術関係の著作権管理団体。

しても、極めて狭く設計させるべきである（例えば、二次的な権利¹²⁴又は特定の種類の著作物に制限する）と考える者と、他方で、より広範なスキームからメリットが得られると考える者もあった。ECL への支持は、分野ごとに異なっており、例えば、幾つかの商業アーカイブや、写真家及び作家の代表者からは、ECL は既存のライセンスモデルと抵触する可能性があるという懸念が示された。」

(b) ECL が取引コストを減少させるという評価の妥当性

「幾つかの集中管理団体は、ECL が実際にコンサルテーションの段階における影響評価（IA）において述べられたように取引コストを縮小することになるのかどうか疑問を呈した。同様に、関連する問題として、非構成員の権利を管理するのにかかる運営コストの増加は、利用料の増加につながる可能性があるとの懸念も示された。ライセンサーは、ECL は権利クリアランスのコストを縮小させるとする立場を取る傾向があった。」

(c) 既存の集中管理団体における ECL スキームへの申請の意向

「集中管理団体の中には、ECL スキームの運営を申請、又は申請を検討する意向があることを伝えるものもあった。しかし、ある団体は所定のスキームを実施するかどうか、特に運営コストの増加と所定のスキームが結局のところ自己の構成員に利益をもたらすことになるかどうかの懸念について言及した上で、最終的な判断に至る前に、所定のスキームの詳細についての更なる情報を必要とすると述べていた。」

(d) 集中管理団体における ECL スキームに関する行動規範の在り方

「大半の回答者は、こうした形式の利用許諾は適切に管理指導されることが重要であると考えていた。大多数の支配的な見解によると、集中管理団体が ECL の利用を申請することを認めるための前提条件としてのミニマムスタンダードを備えた行動規範を設けることを支持していた。

例えば、コンシューマー・フォーカス（Consumer Focus）¹²⁵は、「集中管理団体は、運営、ライセンサーの待遇の仕方及び構成員の待遇の仕方に関してミニマムスタンダードを採用している場合にのみ ECL スキームの運営を認められるとすることは絶対に必要であ

る」と述べている。回答者の中には、所定の ECL スキームによって集中管理団体に生じ得る追加的な支配力への懸念を示すものもいた。この懸念は、ミニマムスタンダードを採用する必要性を例証する上で用いられた。」

(e) オプトアウトの機会の保障

「オプトアウトの機会も重要であると考えられた。大部分の回答者は、権利者はオプトアウトに対するあらゆる機会を与えられるべきであると考えていた。集中管理団体がこれらの規定を遵守しない場合は、制裁が課せられるべきであるとの主張が多くみられた。回答者の中には、この権利が制定法により定められるべきと考えるものがいた。他の回答者の中には、集中管理団体は、権利者の要求に応じて所定の ECL スキームから除外された全ての著作物に関する最新の情報を取り入れたリストを公表することも要求するべきであると主張した。幾つかの回答では、特定の集団について、オプトアウトの機会に関する情報が不十分となる危険性を生じるであろうと指摘していた。最もよく引き合いに出された集団は、[1] 外国の権利者、[2] 死亡した権利者の親族であった。こうした集団に連絡を取るための特別な措置が必要とされる可能性があるとの懸念が示された。」

(f) 集中管理団体の代表の程度の問題

「代表の問題について言及した回答者については、多くの者が ECL を申請する集中管理団体は、影響を受ける権利者の利益を代表するものとして行動できるものとするべきであると考えていた。一定の閾値（例えば構成員や作品レパトリーの広がりやを基礎としたもの）がこの目的のために利用される可能性があることを示唆していた。しかし、他の者は、閾値を定義する目的のために所定の分野における団体の大きさを定義することは難しいこと、そしてその判断は結局のところ政府によってなされるであろうと主張した。」

(g) 集中管理団体が ECL に参加する際の構成員の同意の要否

「多くの回答者は、構成員の同意について、ECL を申請する集中管理団体の要件とされるべきであると考えていた。さらに、どのように同意について決定するか、そして（結局のところこれは構成員の投票に基づくことになるが）同意についていかなる閾値が必要となるかについて様々な見解が存在した。回答者の中には、非構成員も影響を受けることを考えると、集中管理団体の構成員による同意では不十分であるという主張するものがいた。」

¹²⁴ ここでいう二次的権利（secondary rights）とは、必ずしも趣旨が明らかではないが、複写権のように集中管理団体を通じた利用許諾が行われることによって事実上は報酬請求権として機能しているような権利、レコードの二次利用に関する実演家の報酬請求権のように法律上も報酬請求権の対象となっている権利、あるいは（イギリスでは著作権法上の権利ではないが）公貸権のように補償金請求権の対象となっている権利のことを指しているものと思われる。

¹²⁵ イギリスの消費者団体の一つである。

(h) 構成員と非構成員の待遇の平等の問題

「回答者の大多数は、構成員及び非構成員は所定の ECL スキームに関して同等に取り扱われるべきであると考えていた。回答者の中には、特に集中管理団体は、非構成員に別の方法で待遇することが必要かつ正当である場合、例えば、非構成員である権利者を捜し当てたり、それらに利用料を分配する上で追加的コストが生じる場合、一定の例外が設けられるべきであると示唆するものもいた。」

(i) 非構成員に ECL スキームの認識を向上させるための方策

「大半の回答者は、非構成員が、所定の集中管理団体が ECL スキームを運営していること、及び又は、利用料が当該スキームに関して彼らのために徴収されていることを知るために、あらゆる合理的な努力がなされるべきであると考えていた。しかし、回答者の中には、何が「合理的」となるのかという点は事案ごとに異なるものであり、「画一的」なアプローチは効果的でないか不適切であろうと述べて、この問題の特徴を説明した。」

(j) 未請求の利用料の処理の問題

「所定の ECL のスキームに基づいて徴収された請求されなかった利用料の取扱いについて、最適な方法に関して意見は様々であった。請求されなかった利用料は、ライセンスに返却されるべきであるとする者もいれば、他の権利者に分配されたり、慈善、教育のような他の目的のために使用されたり、あるいはデジタル化又は著作権データベースの向上のようなプロジェクトに資金を提供するものとすべきであるとする者もいた。」

未請求の利用料はいつまで確保しておくべきかについても様々な回答があったが、回答者の中には、政府は先例に関して既存の法律 (i.e. The Limitation Act 1980) を参照すべきであるとするものもいた。」

4. 日本法への示唆

(1) 権利者不明の状態になりやすい著作物の権利者への配慮

DEA 法において権利者不明著作物の解決が図られることはなかったが、そこには写真家の団体が重要な利害関係者として登場した。写真は権利者不明著作物になりやすく権利者不明著作物のシンボリックな存在であるにもかかわらず、権利処理の仲介は写真エージェンシーが主流であるため、集中管理団体の存在を前提とした制度設計にはどうしても不具合

が生じるのである。我が国で権利者不明著作物の利用に関する制度設計を検討する場合にも、写真家や写真家団体の利害について十分な注意を払う必要があるだろう。

(2) 現行の裁定制度を前提として集中管理団体に許諾権限を授権すること、又は ECL の制度を並行して採用することの可能性

本章では、DEA 法案において強制許諾制度及び北欧の ECL をモデルにした制度が提案されたことに着目して、この背景となった権利者団体 (BCC) の提案と DEA 法案との関係について述べた。同法案の基盤となった BCC による当初の提案における重要なポイントとして、イギリスの現行法で採用されている幾つかの枠組みを援用しながら制度を構築するという発想があることについて言及した。BCC の提案は第一段階として ECL に類似する発想で集中管理団体の管理権限を権利者不明著作物の著作権にまで拡大しつつ、集中管理団体がいない場合に著作権審判所を活用して強制許諾制度を運用するというものであった。これに対して、DEA 法案における政府の提案は、所管大臣が集中管理団体に権利者不明著作物に関する許諾付与の権限を授権することができるとした上で、これと並行して ECL を取り入れるものとなった。ERR 法案のクローズ 68 も DEA 法案と同様の構成であるが、政府の説明によると、権利者不明著作物の許諾を与える許諾機構は「独立した機関」であるとされるが、これが具体的に何を意味しているのかは現段階では必ずしも明らかではない。

日本では、権利者不明著作物について強制許諾制度の一種である裁定制度を採用しているが (著作権法第 67 条以下)、DEA 法案や ERR 法案などの例をみた場合、現行の裁定制度の存在を前提に、DEA 法案のように集中管理団体に権利者不明著作物の利用に関する許諾権限を授権するという方策を採ることや、DEA 法案や ERR 法案と同様にある種の強制許諾制度と並行して ECL を採用することも、立法論として理に背くということはないと言えるであろう。ただし、次に述べるように、我が国にとって ECL 制度を採用することに新たなメリットがあるかどうかは別論である。

(3) イギリスにおける ECL の導入に向けた議論から受ける示唆

日本に類似の制度を導入した場合にどのようなメリットを享受できるか。北欧諸国で発展してきた ECL を導入する場合のメリット等についての詳細は、本報告書の別の章における検討部分に委ねることとし、ここではイギリスにおける ECL の導入に向けた議論から得られる示唆について述べることにする。

まず、ECL は、権利者不明著作物の権利処理そのものを目的とした法制度ではないが、集中管理団体の非構成員が結果的に権利者不明である場合には、その権利処理に資する結果となる。また、この制度は、単純化していえば、集中管理団体の非構成員にも、集中管理団体に所定の著作物の利用料を支払えば、利用できるとするものであるから、非構成

員の有する著作権の独占権としての側面を制約して、報酬請求権にするのと同様の効果を生じさせる側面をもつと評価することができる。そのことを正当化するために、集中管理団体に高い代表の程度を求めたり、利用態様・利用目的が法定されているものに限定されていたり、オプトアウトの権利が保障されていたりすること等が、同制度の重要な要素となるのである（ただし、実際にオプトアウトが多発すれば、制度の利点は損なわれるだろう）。

ECL を用いた場合、大量の権利処理を行うことが必要な領域であり、また、集中管理団体と利用者との間でプランケットライセンスが有効な領域では、（権利者不明の者も含めて）非構成員の著作物を除外するという作業が省けるため、オプトアウトの有無を確認する作業は必要であるが、基本的には、利用者としては権利がすべてクリアランスされた状態で著作物等を利用することができる。また、権利者と利用者のマーケットが成立しにくく、現行の枠組みではライセンス・スキームが発展しにくかった分野でも、利用者が受けるメリットはあるかもしれない。ただし、ECL をもたない国では、後者の問題については、著作権法上の権利の例外や制限の規定によって既に対応している場合も多いと思われるので、この部分において強調すべきメリットは実際には余りないかもしれない。

その一方で、ECL を用いた場合、今度は集中管理団体に、（権利者不明の者も含む）非構成員の探索と利用料分配の負担が移転することになる。しかし、同制度の前提としては、集中管理団体がこの作業を行う方が、利用者側が行うよりはより効率的に行えるという発想があるものと思われる。したがって、制度全体として利益を享受できるかどうかは、その国における集中管理団体の在り方に大きく関わっていると言えるだろう。我が国の集中管理団体については、ECL の存在を前提に発展してきた北欧の集中管理団体とは異なる状況も多々あると思われるので、既存のライセンス・スキームを前提に日本に類似の制度を導入した場合に、ECL の利点を享受できるかどうかは、慎重な検討が求められることになる。

この点、従来、ECL を有していなかったイギリスがその導入に向けた検討を進めていることと、仮にその制度を創設した場合の今後のプロセスは、我が国が同制度を採用した場合に受けることができる利点を検討する上で参考になる部分が多いであろう。例えば、イギリスにおける ECL の導入に向けた検討に際して、コール・フォー・エヴィデンスに基づいて関係者の中から出てきた論点には、[1] ECL の対象となる利用態様の範囲、[2] ECL が取引コストを減少させるという評価の妥当性、[3] 既存の集中管理団体における ECL スキームへの申請の意向、[4] 集中管理団体における ECL スキームに関する行動規範の在り方、[5] オプトアウトの機会の保障、[6] 集中管理団体の代表の程度の問題、[7] 集中管理団体が ECL に参加する際の構成員の同意の要否、[8] 構成員と非構成員の待遇の平等の問題、[9] 非構成員に ECL スキームの認識を向上させるための方策、[10] 未請求の利用料の処理、などがあった。ECL を有してこなかった国が同制度を導入する場合の潜在的な論点を認識することは、日本への有益な示唆となる。

II. 権利者不明著作物の利用後に活用可能な制度（侵害訴訟における救済等）

1. はじめに

イギリスには、権利者不明著作物の利用を直接の対象とし、これについて事後的に侵害訴訟において権利者の損害賠償や差止め等の救済を制限する制度は特に存在しない。2006 年の BSAC 報告書では、権利の救済の場面において、権利者不明著作物の利用後に権利者から訴訟を起こされた場合に損害賠償など権利者の救済範囲を制限する米国著作権局のアプローチが検討された経緯があるが、ガワーズレビューにおいてこのアプローチは採用されておらず、最近の政府の報告書にもこうしたアプローチの提案は現れていない。

2. 立法及び近時の動向

2006 年の BSAC 報告書は、権利者不明著作物の利用について、侵害訴訟の場面における権利者の救済を制限するという 2006 年の米国著作権局提案について検討を行った。米国著作権局の提案は利用者の行為を権利の例外に当たる行為ではなく侵害行為とするが、一定の条件の下、救済を合理的な補償額に制限していた。これに対し、BSAC 報告書は、侵害に対する救済制限の方法は各種ありうるが、他方で、権利者に支払うべき合理的な補償額について当事者が合意できない場合には別途、決定方法を必要とすることになるので、権利の例外アプローチ（例えば、特定の行為を著作権の例外としつつ、権利者は何らかの行為によって報酬の支払を受けることを選択することができるというメカニズムを設ける方法（権利者が何もしなければ、利用の対価は発生しない）とするアプローチよりもメリットが大きいわけではないと整理している¹²⁶。また、侵害を前提とした制度の場合には、小さな権利しか有しない権利者の訴訟コストが負担となる点なども指摘している。結論として、BSAC 報告書では、侵害救済に制限を設けるアプローチは最善の方法ではないと提言している。

¹²⁶ British Screen Advisory Council, *supra* note 46, p.16. 米国著作権局報告書のアプローチに対する BSAC 報告書の評価については、前回調査で整理した（文化庁委託事業・前掲注 2 [今村哲也執筆部分]・47 頁以下）。

第3章 フランス

I. 権利者不明著作物の利用前に活用可能な制度

1. はじめに一制度の概要

(1) 改正前

かつての著作権法(知的財産法典第1編ないし第3編)には、権利者不明著作物(œuvre orpheline)に関する規定すら存在せず、また、その利用円滑化に関する議論もされてこなかった。その理由としては、フランスの著作権制度は、著作者が著作物を自分のコントロール下におくことを重視しており、他方、公衆が安心して著作物を使用できるという観点が見えたり後退していることによるものと考えられる¹²⁷。

(2) 改正後

2012年3月1日、フランスにおいて、20世紀の入手不可能な書籍の電子的利用に関する2012年3月1日法2012-287号(Loi n° 2012-287 du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXème siècle、以下「書籍電子利用法」という。)が成立した。本法による知的財産法の改正法は、政令の公布によって施行される予定となっていたが、知的財産法典第134-1条から第134-9条の適用及び20世紀の入手不可能な書籍の電子的利用に関する2013年2月27日デクレ2013-182号(Décret n° 2013-182 du 27 février 2013 portant application des articles L. 134-1 à L. 134-9 du code de la propriété intellectuelle et relatif à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXème siècle)が2013年3月1日公布され、翌日施行されたため、改正法は、2013年3月2日、施行された。

本改正法は、知的財産法典第134-1条以下に、入手不可能な書籍の電子的利用に関する新たな規定を新設することを主眼としたものであるが、同改正法によって、権利者不明著作物に関する規定も、1か条のみではあるが、新設された(第113-10条)。

第113-10条第1項は、「権利者不明著作物とは、保護され公表された著作物であり、行き届いた、明確かつ真摯な調査にもかかわらず、その権利者が識別又は発見できないものをいう」と定義し、第2項において、共同著作物の場合において、一人が識別又は発見されているときは、権利者不明著作物とはみなされないと定めている。

また、第134-1条以下に新設された規定により、入手不可能な書籍の電子的利用を促進

¹²⁷ 文化庁委託事業・前掲注2・70頁。

する制度が新設された。これは、入手不可能な書籍のデータベースを整備し、当該書籍の電子化による複製と配信に関する利用許諾を集中管理する制度であるが、入手不可能な書籍には、権利者不明著作物である書籍も含まれる。

ただし、上記制度による電子的利用は、書籍のみを対象としているため、音楽配信などの著作物には関係しない。

(3) 書籍以外の著作物の場合

下記著作権最高評議会¹²⁸意見書によれば、音楽、映画、映像の分野については、既存の制度が、権利者不明著作物への対応を既に満たしていると考えられるとの報告がなされている。従前は、権利者不明著作物に関する著作権法上の規定が存在しないので、ここで既存の制度とは、集中管理を意味し、事実上、集中管理の対象になっていると思われる。

2. 現行法制度

(1) 制度の趣旨

①立法に至る程まで議論がなされるようになった背景

(a) 電子図書館構想

フランスは、1997年、フランス国立図書館(Bibliothèque nationale de France)によって運営されるGallica¹²⁹と称する電子図書館を立ち上げた。Gallicaは、主に著作権保護期間の経過した書籍を対象に電子化し、配信するものであった。そのため、19世紀の書籍や新聞等が主なコンテンツである。

電子化と配信によって、コンテンツへのアクセスは極めて容易になり、より多くの文化財に容易に接する機会を公衆に与えることができる。このように、電子化と配信によって、公衆がその恩恵にあずかり、過去の文化に触れる機会が増大しているにもかかわらず、著作権問題により、公衆が文化に接する機会を封印してしまうのでは妥当とはいえないと考えられた。著作権者が判明し、現在も出版されている書籍については、電子化し配信せずとも公衆は当該文化財に接することができるし、許諾を得て電子化し配信することも可能である。しかし、保護期間がいまだ存続しているが、実際には、古本屋や図書館以外では当該書籍にアクセスすることができない絶版となった書籍及び権利者不明著作物である書

¹²⁸ 著作権最高評議会(Le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique)は、著作権分野に関して文化通信大臣の諮問に答申する役割を負う独立諮問機関である。

¹²⁹ <<http://gallica.bnf.fr/?lang=FR>>。

籍の電子化及び配信を行うために、権利者すべてを捜し出して電子化と配信の許諾を得ることは実際上不可能であり、採算性にも欠ける。そのため、現状では、絶版となった書籍や著作権不明著作物となった書籍を入手できる場所は、図書館や古書店に限られる。

そのような問題意識は従前からあったものの、電子図書館においてこれらのコンテンツを提供するための立法による解決はなされないままであった。この状況に風穴を開けたのが、Google による Google Book Search のプロジェクトである。2004 年末ころから、Google と協力関係にある図書館の蔵書を電子化し配信しようとする Google Book Search の前身である Google Print 計画が問題となり始める。当初、協力的だったのはアングロ・サクソン系の図書館であったが、そこには、フランスにおいて最初に発行された書籍も相当量存在し、それも Google Book Search による配信の対象とされようとしていた。これはフランスだけの問題ではなく、EU 諸国は、それぞれの国の文化財が Google Book Search に取り込まれることを防ぐ必要性に迫られた。そこで選択した対抗策が、自ら同様のサービスを立ち上げるという方策である。そこで、EU は、2005 年、電子図書館計画を打ち出し、それは 2008 年に公開された欧州電子図書館 Europeana¹³⁰として結実した。しかし、権利者不明著作物である書籍の電子化と配信については、解決されない状態であった。

Google 問題は、裁判所でも争われた。パリ大審裁判所は、2009 年 12 月 18 日、Google Recherches de Livres (Google Book Search) における電子化と配信について、Google 敗訴の判決¹³¹を下した。本件は、Google が許諾なく Google Book Search のサイト上で作品のカバー全体を電子化して複製し、作品の要約へユーザーがアクセスできるようにしていたことに対し、著作権を有する出版者が、著作権侵害を理由に Google を訴えていた事件である。裁判所は、作品全体をスキャンして電子化する行為は、著作権者又は権利者の事前の許諾を必要とする著作物の複製に該当すると判断し（なお、ここでいう作品がカバーを意味するのか題号を意味するのかは明確ではない）、また、Google が作品の題号、カバー、要約に対し、公衆にアクセスさせている行為は、許諾なく著作物を公衆に提供する行為に該当すると判断している。著作権保護期間が経過していない書籍の電子化と配信は、当然のことながら著作権法と抵触し、誰が行うにしても権利者の許諾が必要である。本判決は、Google であろうとフランスの電子図書館であろうと、著作権者の許諾がない限り、電子図書館において著作物を電子化し配信することはできないという原則を確認することとなった。

(b) 権利者不明著作物に関する議論

権利者不明著作物の取扱いがクローズアップされるようになった背景には、電子図書館構想をはじめとするコンテンツの電子化と配信を促進するに当たって、権利者不明著作物

の存在が、その計画を部分的に妨げる事態を作り出しているという問題意識がある（著作権最高評議会意見書）。

電子図書館で提供されるコンテンツには、権利者が判明している著作物のほか、権利者不明著作物も想定されている。権利者不明著作物について、たとえ権利者が知れず又は探知できず適法な許諾を得ることができない場合であっても、当該著作物を適法に利用できる制度を設けない限り、電子図書館での当該著作物の提供は著作権を侵害する結果となる。しかし、権利者不明著作物に関する規定は、これまでフランス著作権法に存在せず、整備もされてこなかった。そのため、電子図書館構想を初めとする電子化と配信を実現するためには、権利者不明著作物の利用に関して立法的に解決せざるをえず、そのためによりよく議論の俎上にあがるようになった。

フランスでは、2008 年 4 月 10 日、著作権最高評議会が権利者不明著作物に関する意見書¹³²を公表している。

本意見書においては、権利者不明著作物に関して、次の 4 項目の提言が記されている。第 1 に、知的財産法典に権利者不明著作物に関する定義規定を設けること。第 2 に、知的財産法典第 122-9 条及び第 211-2 条に定める権利承継人がいない場合や相続人不存在の場合に大審裁判所が適当な措置を命じることができる制度を、著作権不明著作物の領域にも明確に取り入れるべく改正すること。第 3 に、書籍と固定画像の分野で、特にデジタル化及びネットワークでの提供のために、強制的な集中管理体制を導入すること。第 4 に、情報の蓄積と情報へのアクセスを容易にすることにより著作権者及び権利者の識別を改善することで、権利者不明著作物となることを防止する策を実行すること。

また、EU においても、権利者不明著作物の取扱いが問題となり、2011 年 5 月 24 日、EU 孤児著作物指令案¹³³が公表され、2012 年 10 月 25 日、EU 孤児著作物指令 (DIRECTIVE 2012/28/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works¹³⁴)が成立した（詳しくは、本報告書第 2 部第 1 章を参照）。EU 孤児著作物指令は、権利者不明著作物のデジタル化と公衆への提供を可能とすることを目的としている。書籍電子利用法は、権利者不明著作物の定義しか規定していないため、EU 孤児著作物指令に合わせた法制度の整備が必要である。ただし、入手不可能な書籍は、権利者不明著作物をカバーするので、本法により導入された入手不可能な書籍の電子化と配信を促進する制度は、権利者不明著作物にも適用されることになる。したがって、フランスでは、今後、EU 孤児著作物指令への対応をしない可能性もある。

¹³⁰ <<http://www.europeana.eu/portal/>>.

¹³¹ パリ大審裁判所 2009 年 12 月 18 日判決 (Editions du Seuil et autres / Google Inc et France)。

¹³² <<http://www.cspla.culture.gouv.fr/CONTENU/avis008.pdf>>.

¹³³ European Commission, supra note 39.

¹³⁴ <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:299:0005:0012:EN:PDF>>.

(c) 改正に向けた議論

本改正法に先立ち、文化通信省は、フランス国立図書館、出版者組合、文学者協会など関係者との協議を行った。協議の結果、2011年2月1日、絶版となった書籍を電子化して配信すること、著作者及び出版者への対価を確保する方法として、集中管理団体を導入することを内容とする基本合意に達した。書籍電子利用法は、この基本合意をそのまま実現したものといわれているが、基本合意は非公開となっている。

②立法趣旨

書籍電子利用法の目的は、いまだ著作権保護期間が経過していないが、商業的に利用されず、図書館以外において公衆がアクセスすることが難しい状態となっている書籍について、電子化と配信を促進し、文化財を広く提供しようとするものである。当該書籍には、絶版となった書籍のほか、権利者不明著作物である書籍も含まれる。書籍電子利用法によって導入される制度は、Google ブックスの計画と競業するものであるが、Google が行った電子化と配信は既述のようにパリ大審裁判所において違法と判断された。本来であれば、著作権者の許諾なく書籍を電子化し配信することは著作権に抵触するのであるが、書籍電子利用法は、集中管理を導入することによって立法的に違法性を回避しようとする。

しかし、真の狙いは、自ら Google と同じようなサービスを実現することによって、Google という一私企業による電子化と配信に対する独占から本国文化を守ることを目的としたものであるといえる。現に、下院の報告書¹⁸⁵には、「事業者の発意（特に、Google）は、権利のある作品であろうと、権利からフリーとなった作品であろうとお構いなく電子化する方針であるが、これが緊急に立法を必要とした。民間が公共財を奪う危険は、公の介入を正当化する」と記載されている。

(2) 要件

①実施主体

(a) 許諾を出す機関

集中管理団体である。フランスにおける集中管理団体は、原則として、法的独占ではなく、誰でも自由に設立可能である。しかし、複写複製権や公貸権などのように集中管理が義務的である場合には、

集中管理団体の設立について認可制度が採用されている（知的財産法典における規則の部第321-1条以下）。電子化及び配信を管理する集中管理団体についても、適格性を考慮して（第134-3条III各号）、文化担当大臣により認可（agrément）される（第134-3条I第1項）。集中管理団体に認可を与えまた撤回する条件は、国务院のデクレによって定められる（第134-7条）。

集中管理団体は、著作者と出版者の同数からなる代表制が予定されている（第134-3条III第2号）。認可された集中管理団体は、同団体が責任を負う権利を防御するために、裁判を行う資格を有する（第134-2条II）。

集中管理団体は、入手不可能な書籍の利用により受領した許諾料で、名宛人が誰か分からず又は発見できなかったことにより分配されなかった額を、創作に対する援助、文学の著作者の養成、図書館により行われる公共購読の発展のために用いることができる（第134-9条第1項）。集中管理団体は、この金額と使用について、毎年、文化担当大臣に対して報告する（同条第2項）。したがって、権利者不明著作物である書籍について、集中管理団体が受領した著作権料は、権利者への分配を予定されておらず、公共のために用いられることになる。

(b) 適用を受けられる者

本制度の適用を受けることができる者については、特別な限定がされていない。

ただし、第134-5条第1項は、「第134-4条Iに定める期限（筆者注：データベース登録後6か月（後述））経過までに、著作者又は出版者から異議の通知がない場合は、集中管理団体は、入手不可能な書籍の印刷形式による複製権を有する出版者に対し、当該書籍のデジタル形式による複製及び提供の許諾を提案する」と規定し、同条第2項は、「この提案は、書面によって行われる。出版者が、著作権管理団体に対して、2か月の期限内に、その決定を書面により通知しなかった場合には、この提案は拒否されたものとみなされる」と定めるので、入手不可能な書籍の印刷形式による複製権を有する出版者が、実質的に8か月間、データベースに登録され入手不可能な書籍の電子化及び配信に対して優先権を有することになる。提案を受諾した出版者は、3年以内に当該書籍を利用する責任を負う（第134-5条第5項）。

したがって、第三者が集中管理団体から利用許諾を受けることができるのは、当該出版者が提案を拒否したか、提案を受諾したが3年以内に利用しなかった場合ということになる（第134-5条第6項）。この第三者として想定される者は、法律によれば、入手不可能な書籍の印刷形式による複製権を有する出版者以外の者ということになるが、実際上は、利用者として電子化及び配信を行う団体の創設が予定されているようである。

¹⁸⁵ Assemblée Nationale, Rapport N°4189,p.6.

②対象となる著作物・利用態様

(a) 対象となる著作物

(i) 入手不可能な書籍 (livres indisponibles) であること

第134-1条によれば「本款における入手不可能な書籍とは、2001年1月1日以前にフランスにおいて発行された書籍で、もはや出版者による商業的頒布の対象となっておらず、かつ、現に、印刷又はデジタル形式における発行の対象となっていないものをいう」と定義されている。つまり、公表された書籍であること、発行が2001年1月1日より前であること、フランスにおいて発行された書籍であること、出版者による販売の対象となっていないこと、現に印刷又は電子形式による発行の対象とされていないことの5要件を満たす必要がある。前3点が「書籍」に関する要件、後2点が「入手不可能な」に関する要件である。

2001年1月1日以前に発行された入手不可能な書籍を対象としたのは、2000年以前は、著作者と出版者との契約において、一般に電子化及び配信に関する権利の帰属についての取決めをしていないことから、権利の帰属に関する不明確な状態に起因する法的リスクやこれを明確にするための煩雑さを避けるため、集中管理に適すると考えられたからである。他方、2001年以後に発行された書籍の場合、概して、著作者と出版者との間の再交渉も比較的容易であると考えられるので、入手不可能な書籍としてデータベースに登録される書籍の対象から外された。

また、フランスで発行されたことが要件であるとする、日本で印刷されフランスに輸出された書籍の扱いが問題となるが、この点は、フランスにおいて法律上の寄託制度の対象となっている書籍かどうかによって、適用対象とするかどうか振り分けをするようである。また、日本語の書籍の翻訳については、フランスで発行されていれば、やはり、集中管理団体による管理の対象となりうる。しかし、フランスでは、当面、このような訳書についてはデータベースへの登録はせず、まずは、他国が同様の管理体制をとるかどうか様子を見るようである¹³⁶。

書店やネットで新品が手に入らないものが、入手不可能な書籍に該当する。例えば、古本として販売されていても、出版者による販売の対象となっていることにはならない。権利者不明著作物である書籍も、入手不可能な書籍として、当該制度の対象となりうる。

ところで、書籍の定義は、著作権法に存在しない¹³⁷。著作権法において保護の対象としているのは、「書籍」ではなく、「著作物」である。しかし、書籍電子利用法によれば、「書籍」が対象であるため、著作物性のない書籍であっても、書籍の形状で発行されていれば、

本法の適用対象となる。そうすると、著作権法の枠内で制度を設けたものとはいえ、著作権とは必ずしも関係しない制度ではないかという疑義がある¹³⁸。

(ii) 入手不可能な書籍に関する公共データベースに登録されること

入手不可能な書籍に関する公共データベースは、新たに創設されるものである。これについては、第134-2条第1項に、「オンラインでの公衆伝達サービスによって、自由かつ無償のアクセスにより提供される入手不可能な書籍を目録化する公共データベースを創設する。フランス国立図書館は、その実施、アップデート、第134-4条、第134-5条及び第134-6条に定める記載事項の登録について監督する」と定められている。したがって、フランス国立図書館がデータベースの運営者となり、その実施、アップデートを行い、権利者の異議など法律によって定められる事項のデータベースへの登録を監督することになる。入手不可能な書籍のデータベースへの登録は、フランス国立図書館に対し誰もが要求することができる(第134-2条第2項)。データベースには、オンラインで公衆が自由かつ無償でアクセスできる(同条第1項)。そのアクセス方法や公示方法等の詳細は、国务院のデクレ(政令)で定められる(第134-7条)。

ところで、出版契約に関する第132-12条は、「出版者は、職業上の慣行に従って、著作物の継続的及び絶え間のない利用並びに商業的頒布を確保する義務を負う」と定める。また、第132-17条第1項は、「出版契約は、出版者が複製物全部の破棄を行う場合には、普通法又は前諸条に規定する場合とは関係なく、終結する」と定め、同条第2項は、「著作者が適当な猶予期間を与えて出版者に催告したにもかかわらず、出版者が著作物の発行を行わず、又は品切れの場合にその再版を行わない場合には、当然に解約が行われる」と定める。他方、新設された第134-2条第3項は、データベースへの書籍の登録は、第132-12条、第132-17条の適用について判断するものではないと定める。したがって、データベースに登録される入手不可能な書籍が、品切れの書籍であるとは限らないし、出版者が出版契約に基づき著作物の利用を継続していないとも限らない。しかし、少なくとも、データベース登録の対象となる入手不可能な書籍は、品切れで、出版者が利用を継続していないものが想定されていると考えられる。

出版者は当該書籍を継続的に利用してはいないから、当該書籍は入手不可能な書籍としてデータベースに登録されるはずであるが、データベースへの登録は、出版者が継続の利用義務を果たしているかどうかを判断しない。結局、データベースに登録されれば、出版者は継続的に利用する義務を果たしていなくても、出版者は電子化・配信から著作権料を受領することができるという結果になる。

¹³⁶ Ibid.¹³⁷ 書籍については、消費税率が低く設定されているため、税法規則には定義が存在する。¹³⁸ Frank Macrez, L'exploitation numérique des livres indisponibles : que reste-t-il du droit d'auteur ? Recueil Dalloz 22 mars 2012.

(iii) 6 か月以上前からデータベースに登録されている書籍であること（第 134-3 条 I 第 1 項）

同条項は、「書籍が 6 か月以上前から第 134-2 条に定めるデータベースに登録されているときは、法律の部第 3 編第 2 章によって規制され、そのため文化担当大臣によって認可される著作権集中管理団体が、デジタル形式におけるその複製と提供を許諾する権利を行使する」と定める。

(b) 対象となる利用態様

集中管理団体が許諾することができる利用態様は、電子化及び配信である（第 134-3 条 I 第 1 項）。

③ 許諾の条件・申請手続

(a) 許諾の条件

(i) 入手不可能な書籍の印刷形式による複製権を有する出版者に対する優先的許諾

第 134-3 条 I 第 1 項は、「書籍が 6 か月以上前から第 134-2 条に定めるデータベースに登録されているときは、法律の部第 3 編第 2 章によって規制され、そのため文化担当大臣によって認可される著作権集中管理団体が、デジタル形式におけるその複製と提供を許諾する権利を行使する」と定め、誰でもが利用許諾を受けられるような体裁をとっている。しかし、第 134-4 条 I 第 1 項は、「入手不可能な書籍の著作者又はその書籍の印刷形式における複製権を有する出版者は、認可された集中管理団体による第 134-3 条 I 第 1 項に定める許諾権の行使に対し異議を述べることができる」と定め、異議を通知した出版者は、書籍の利用義務を負う（第 134-4 条 II 第 1 項）。そこで、集中管理の対象になるのは、著作者又は出版者が 6 か月の異議申立期限内に異議を申し立てなかった場合又は異議申立てをしても利用義務を果たさなかった場合ということになる。

この場合、集中管理団体は、まず、入手不可能な書籍の印刷形式による複製権を有する出版者に対し、当該書籍の電子化及び配信による利用許諾を提案する（第 134-5 条第 1 項）。したがって、当該出版者は、当該書籍の電子化及び配信について、集中管理団体から優先的に許諾を受けられることになる。出版者の優先権は、出版者の従前からの契約の存在と管理の一貫性という理由により、当該出版者に与えられる。その反面、集中管理団体から第三者に対する 5 年間の非独占的許諾（第 134-3 条 I 第 2 項）は、排除される。

集中管理団体による提案を受諾した場合、集中管理団体から当該出版者への利用許諾は、

原則として、10 年間（黙示的に更新可能）で、独占的な利用許諾である（第 134-5 条第 3 項）。出版者は、集中管理団体の会員として集中管理団体から許諾を出す立場にありながら、同時に利用者として利用許諾を受けるという立場にあることになる。出版者の受諾は、国立図書館の運営するデータベースに記載される（同条第 4 項）。受諾の決定を通知した出版者は、入手不可能な当該書籍を、通知から 3 年以内に、印刷形式又は電子形式によって利用する責任を負い、その利用を集中管理団体に対して証明しなければならない（同条第 5 項）。その立証方法は問わない。したがって、通知した出版者は、3 年間の熟慮期間を与えられることになる。出版者の継続的利用義務も、その期間、ペンディングにできる結果になる。もともと利用されていなかった書籍であるため、3 年間、利用されなくても影響はないと考えられるが、出版者の継続的利用義務は骨抜きになってしまうのではないかという疑問がある¹³⁹。

他方、入手不可能な書籍の印刷形式による複製権を有する出版者が 2 か月以内に集中管理団体に回答しなかった場合、集中管理団体による利用の提案は拒否されたものとみなされる（同条第 2 項）。

(ii) 第三者に対する許諾

集中管理団体から利用者への許諾は、非独占的で 5 年の期間限定（更新可能）で、対価の支払を条件として行われる（第 134-3 条 I 第 2 項）。

ただし、上記のとおり、入手不可能な書籍の印刷形式による複製権を有する出版者が、集中管理団体から利用許諾を受ける優先権を有するので、集中管理団体が、第三者に対して、電子化と配信を許諾することができるのは、当該出版者が集中管理団体の提案を受諾しない場合か、受諾したにもかかわらず 3 年以内に入手不可能な当該書籍を利用しない場合、ということになる（同条第 6 項）。

また、集中管理団体が利用許諾を与えた利用者は、電子書籍の価格に関する 2011 年 5 月 26 日法 2011-590 号¹⁴⁰第 2 条にいう電子書籍の出版者とみなされる（第 134-5 条第 7 項）。したがって、電子書籍を販売するに当たっては、再販売価格維持の拘束を受ける。

(iii) 図書館に対する許諾

第 134-8 条第 1 項は、「正当な理由のある拒絶の場合を除き、第 134-3 条に定める著作権管理団体は、公衆がアクセス可能な図書館に対し、最初の利用許諾から 10 年の期限内に印刷形式における複製権を有する者が誰も見つからなかった、その図書館が所蔵する入手不可能な書籍について、その登録者に、デジタル形式で複製及び頒布することを、無償で、

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Loi n° 2011-590 du 26 mai 2011 relative au prix du livre numérique.

許諾する」と定め、集中管理団体が、公共図書館所蔵の入手不可能な書籍の電子化及び配信を無償で許諾することを認めている。ただし、当該許諾は、受益者たる施設が何らの経済的又は商業的利益を受けないことを条件として与えられる（同条第2項）。また、印刷形式による書籍の複製権を有する者は、いつでも、当該許諾を直ちに撤回する権利を有する（同条第3項）。

(b) 申請手続

集中管理団体に対して申請する。

(3) 効果

① 対価支払の要否・決定方法・支払方法

集中管理団体から許諾を受けた利用者は、集中管理団体に対して、著作権料を支払う義務を負う（第134-3条第1項第2文）。

集中管理団体は、受領した著作権料を分配するのであるが、分配先として、会員である著作者と出版者が予定されている。しかし、出版者は、一般に、集中管理の対象となりうる20世紀の入手不可能な書籍について、著作者との間において、書籍を電子化して配信する権利を出版者が有するという内容の契約は取り交わしていないと考えられ、このような出版者が著作権料の分配を受ける資格があるのかどうか、疑義がある¹⁴¹。

② 権利者の異議申立手続等の有無・概要

(a) データベース登録後6か月以内の意義

(i) 著作者に与えられた異議申立権

「入手不可能な書籍の著作者又はその書籍の印刷形式における複製権を有する出版者は、認可された集中管理団体による第134-3条第1項に定める許諾権の行使に対し異議を述べることができる。この異議は、同項に定めるデータベースへの当該書籍登録後、遅くとも6か月以内に、第134-2条第1項に定める組織に書面により通知される」（第134-4条第1項）。

6か月という異議申立期間は、著作権の保護と著作物のデジタル利用に対する法的安全性

を考慮して決められた。この異議は、データベースに登録される（第134-4条第1項第2文）。書籍がデータベースに登録される前に異議を申し立ててもよいとされる。オプトインではなく、オプトアウトの制度が採用され、異議を申し立てない限り、自動的に集中管理団体による集中管理の対象になる。共同著作物の場合は、著作者の一人でも異議を申し立てれば、集中管理から除外される。

(ii) 出版者に与えられた異議申立権

書籍の印刷形式における複製権を有する出版者も、著作者同様、異議申立ができる（第134-4条第1項第1文）。

ただし、出版者の異議は、書籍の利用義務が伴う。すなわち、「本条第1項に定める条件により異議を通知した出版者は、この通知から2年以内に、入手不可能な当該書籍を利用しなければならない」（第134-4条第2項第1文）。出版者は、集中管理団体に対して、当該書籍の実際の利用を立証しなければならない（同項第2文）。利用の仕方は、印刷形式でもよいし、電子化して配信してもよい。また、立証手段は問わない。この場合は、集中管理から離脱するので、出版者は、出版契約に従って継続的利用義務を負う。

「与えられた期限内に当該書籍の利用がなければ、異議の記載は、第134-2条に定めるデータベースから抹消され、デジタル形式におけるその複製及び提供を許諾する権利は、第134-3条第1項第2文に定める条件により行使される」（第134-4条第2項第3文）。すなわち、出版者が異議を通知したときから2年の期限内に当該書籍を利用しない場合には、異議はデータベースから抹消され、集中管理団体が電子化及び配信に対する許諾権を行使することができ、第134-3条第1項第2文に従い、報酬の支払を条件として、非独占的かつ5年の期間限定（更新可能）で、利用者に許諾される。

(b) 6か月の異議申立期間（第134-4条第1項）経過後の著作者の異議

著作者は、その書籍の電子化又は配信が、その名誉又は声望を害する恐れがあると判断する場合に、異議を申し立て、撤回権を行使することができる（第134-3条第3項）。

これは著作者人格権に基づく撤回権の一種と見ることができる。しかし、データベースへの登録により集中管理団体が許諾権を行使できるのは、著作者が同意したと推定されるからにすぎず、著作者が契約による譲渡を明示的に表明したわけではないとの理由により、撤回権を行使した場合であっても、著作者は、通常の撤回権を行使した場合に負担する損害賠償義務（第121-4条）を負担することはない（同条項）。

¹⁴¹ Macrez, *supra* note 138.

(c) 優先権を与えられた出版者の利用に対する著作権者の異議

データベースに登録された入手不可能な書籍については、印刷形式による複製権を有する出版者が電子化と配信に対して優先権を有し、集中管理団体から利用の提案を受けることができる(第134-5条第1項)。しかし、著作権者は、出版者が提案を受諾したとしても、当該出版者が印刷形式での書籍の複製権を有しないことを証明して、利用に異議を述べる(第134-5条第5項)。ただし、出版契約の内容に関する立証責任を、出版者でなく著作権者に負担させているため、現実的に、著作権者が出版者の利用に対して異議を述べる(第134-5条第5項)。

(d) 許諾権の撤回

上記の異議申立期間が過ぎた場合であっても、著作権者及び入手不可能な書籍の印刷形式における複製権を有する出版者は、電子化及び配信に対する許諾権を、集中管理団体から撤回する決定を、いつでも、共同で、集中管理団体に対し通知することができる(第134-6条第1項)。この場合、当該書籍の利用については、集中管理から外れ、著作権者と出版者との出版契約に定めるところによる。

さらに、入手不可能な書籍の著作権者は、自己が書籍を電子化し配信する権利に対する唯一の権利者であることを証明する場合、集中管理団体から、電子化及び配信の許諾権を撤回することをいつでも単独で決定することができ、集中管理団体にこの決定を通知する(同条第2項)。ここでも、著作権者に電子化し配信する権利に対する立証責任を負担させているため、現実的に、著作権者が自分の権利を立証して集中管理から離脱することができるか疑義がある¹⁴²。

撤回の通知は、データベースに記載される(同条第3項)。同条第1項に基づき許諾権の撤回を通知した出版者は、通知から18か月以内に入手不可能な書籍を利用しなければならない(同条第4項)。

集中管理団体は、撤回の決定を、利用許諾を与えたすべての利用者に通知する。しかし、権利者は、許諾の残存期間中、通知前に契約された当該書籍の利用者による最高5年間の非独占的な競合する利用に反対することはできない(同条第5項)。

(e) 集中管理団体が行使する図書館に対する許諾権の撤回

集中管理団体は、公衆がアクセス可能な図書館に対し、その図書館が所蔵する入手不可能な書籍で、集中管理団体による最初の利用許諾から10年間たっても印刷形式における複

製権を有する者が見つからなかったものについて、その図書館の登録ユーザーに、電子化し配信することを無償で許諾することができる(第134-8条第1項)。しかし、印刷形式の書籍の複製権を有する者は、いつでも名乗りを上げて、集中管理団体からこの無償の許諾を直ちに撤回することができる(同条第3項)。

(4) 施行予定日等、今後の見通し¹⁴⁴

法案第4条によれば、書籍電子利用法は、公布後6か月以内に、デクレの公布により発効すると定められている。デクレは、2012年第4四半期に準備され、2013年第1四半期に公布されることが予定されていた。冒頭に述べたとおり、書籍電子利用法は既に施行されている。

具体的な運用について、まず、入手不可能な書籍のデータベースを管理する委員会(コーパス委員会と称されている)を創設する政令(アレデ)の準備及びコーパス委員会の設置が予定されている。次に、集中管理の対象となる入手不可能な書籍のデータベースを整備し、ネット上での公開が予定されている。

さらに、集中管理団体の認可後、集中管理団体は、その管理下となった入手不可能な書籍のライセンス活動を開始する予定となっている。

ところで、集中管理団体による許諾体制が整っても、利用者が存在しなければ制度を創設した意味がない。実務上は、電子化及び配信プロジェクトを実行するために、入手不可能な書籍の電子化及び配信に資本を投下する団体を創設することが予定されている。この団体には、国からの資本投下とCircle de la Librairie(書籍産業における職業組合)が関与することが予定されている。

(5) 識者等の評価¹⁴⁵

冒頭、フランスの著作権制度は、著作権者が著作物を自分のコントロール下におくことを重視しており、他方、公衆が安心して著作物を使用できるという観点がやや後退していると述べたが、本改正法は、拙速に書籍の電子配信の実現を図ろうとする余り、そのような“著作権者の権利”を主眼とするフランス著作権法の伝統を捨ててしまったと評価されている。確かに、著作権者は、[1] 名誉声望が害される場合、[2] 出版者の優先権に対して出版者が印刷形式の複製権を有しない場合、[3] 自己が電子化及び配信に関する唯一の権利者である場合、異議を述べて、集中管理を離脱する手段が残されている。とはいえ、これらの立証責任を著作権者に負担させているため、現実的に、一旦、集中管理の対象とされて

¹⁴² Macrez, supra note 138.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Syndicat national de l'édition « L'exploitation numérique des livres indisponibles du Xxe siècle » 8 novembre 2012.

¹⁴⁵ Macrez, supra note 138.

しまえば、集中管理を離脱することは困難と考えられる。また、著作者が、6か月の異議申立期間に、データベースへの作品登録に注意を払うことも、困難である。

他方で、本改正法は、本来は利益を受ける立場にない出版者に、過大な利益をもたらす法案と評価されている。そもそもデータベースに登録される入手不可能な書籍は、出版者もはや出版を続けていないからデータベースに登録されているのであって、そうすると出版者は継続的利用義務を果たしていないと考えられる。また、出版者は印刷形式の書籍については契約を締結しているとしても、電子化及び配信する権利の譲渡や利用許諾は受けていないはずである。したがって、書籍をデジタル形式で利用する権利を保有していないと思われる出版者であっても、印刷形式で複製する権利を有する出版者は、本来、受領する資格があるのかどうか疑義がある著作権料を、集中管理団体から受領することができる。さらに、出版者は、印刷形式での複製権しか有しない場合であっても、データベースに登録されてしまえば、著作者との新たな交渉に煩わされることなく、優先的にデジタル形式での利用が可能となる。このように、出版者が、集中管理団体として許諾に関与すると同時に、利用者となる仕組みは利益相反であるとも指摘されている。

また、集中管理団体は、本来的には、著作権者を会員として、その権利を第三者に許諾し、著作権料を徴収し、著作権者に分配する団体である。しかし、書籍電子利用法は、権利者を会員として、その権利を第三者に許諾するのではなく、法律に基づきデータベースに登録されたことを基礎として、当該書籍に対する電子化と配信を許諾する制度であり、本来的な集中管理のスキームとは異なる。また、出版者は、契約に基づき著作物を印刷形式で複製することができるが、電子化や配信に対する権利を有するかどうか明確でない。契約がない場合、電子化及び配信を行う権利は、著作権者に帰属するのであるから、出版者が、著作権者か著作隣接権者のような形で会員になることが予定され、かつ著作権者とともに著作権料の支払を受けることについても、疑義がある。

3. 日本法への示唆

(1) 権利者不明著作物について

フランスの制度では、権利者不明著作物である書籍については、集中管理に組み込まれることになり、著作権料の徴収の対象にもなるが、著作権料の分配の対象にはならず、所定の目的のために費消されることになる。

権利者不明著作物に対する著作権料の分配は実際上困難であり、供託されたとしても現実問題として供託金の払戻しをうけることがあるのか疑義がある。フランスのように、所定の目的のために費消されることについては、現実的な処理である。ただし、そのような費消を認めるためには、集中管理団体の会計処理に対する透明性と信用性が必要と考えられる。

(2) 電子図書館について

2013年1月1日施行の著作権法第31条第3項は、「国立国会図書館は、絶版等資料に係る著作物について、図書館等において公衆に提示することを目的とする場合には、前項の規定により記録媒体に記録された当該著作物の複製物を用いて自動公衆送信を行うことができる。この場合において、当該図書館等においては、その営利を目的としない事業として、当該図書館等の利用者の求めに応じ、その調査研究の用に供するために、自動公衆送信される当該著作物の一部分の複製物を作成し、当該複製物を一人につき一部提供することができる」と定め、絶版その他これに準ずる理由により一般に入手することが困難な図書館資料（絶版等資料）について、国立国会図書館から図書館等に対して、図書館等が公衆に提示することを目的とする場合の自動公衆送信を認めている。文化庁の説明によれば、本規定は、本格的なデジタル・ネットワーク社会の到来を前に、[1] 知の拡大再生産の実現に向け、広く国民が出版物にアクセスできる環境を整備すること、[2] 国立国会図書館にある、知の集積ともいえるデジタル資料を積極的に活用することを目的としているとされている。

本規定による問題点は、二つあると思われる。まず、第1に、認められる自動公衆送信は国立国会図書館と図書館等との間において行われる自動公衆送信であり、一般国民を対象としていないことである。利便性の観点からすれば、国立国会図書館から図書館だけでなく利用者端末にまで送信されることが望ましい。

第2に、絶版等資料の公衆送信が著作権の例外とされているため、図書館に所蔵された書籍は、図書館において閲覧でき、また貸出しをうければ自由に複製することも可能であるため、図書館において所蔵された書籍は、事実上、私的複製の範疇で際限なく複製することが可能である。絶版等資料とはいえ著作権が存続し利害関係者が存在するにも関わらず、著作者・出版者は、対価を回収する機会を奪われるので、必ずしも望ましいことではない。

フランスのような制度を導入すれば、このような問題の解決に近づくとはいえ、上述のとおり、フランスの電子書籍利用法にも問題が多く、そのまま導入することは困難と考えられる。

II. 権利者不明著作物の利用後に活用可能な制度（侵害訴訟における救済等）

新設された権利者不明著作物に関する規定は、どのようなものが権利者不明著作物に該当するかを明らかにするのみである。したがって、権利者不明著作物の利用後に活用可能な制度は、明示的な規定がない。2008年4月10日付け著作権最高評議会の権利者不明著作物に関する意見書によれば、知的財産法典第122-9条及び第211-2条に定める権利承継人がいない場合や相続人不存在の場合に大審裁判所が適当な措置を命じることができる制

度を、著作権者不明著作物の領域にも明確に取り入れるべく改正することと明記されていたが、今回の法改正では、このような改正はなされていない。

ただし、権利者不明著作物が入手不可能な書籍としてデータベースに登録され、誰も異議を述べなければ、集中管理団体による著作権の集中管理に委ねられることになる（第134条3項第1項）。当該集中管理団体は、その責任を負う著作権を防御するため、裁判を行う資格を有するから（同条II）、データベースに登録された権利者不明著作物については、集中管理団体が当事者となって著作権侵害訴訟を提起することができるものと考えられる。

第4章 ドイツ

1. 権利者不明著作物とは

権利者不明著作物とは、著作権者が不明か、又は著作権者が判明しても住所が不明であるなどその利用許諾を得ることが困難又は不可能な著作物をさす。近年、デジタル図書館等の公共機関においてこの権利者不明著作物の利用を容易にし、円滑化するために、著作権制限規定や裁定制度など、どのような制度を設けるべきかが議論されている。これは権利者不明著作物の円滑な利用が、EU内のデジタル図書館の創出において重要な地位を占めるからである。

日本著作権法第67条は以下のように規定する。[1]公表された著作物又は相当期間にわたり公衆に提供されている著作物であり、[2]著作権者の不明により相当な努力を払っても著作権者と連絡できない場合は、[3]文化庁長官の裁定を受け、かつ[4]通常の使用料相当額の補償金を供託した場合（第71条）に、裁定に係る利用方法により利用できる。さらに、著作物の絶版の意思が明らかな場合には裁定できない（第70条第4項第1号）。しかしながら、これはデジタル図書館を念頭においた規定ではない。

これに対して、ドイツを含む欧州では、デジタル図書館の文脈で、権利者不明著作物の取扱いが問題となった。とりわけ、ドイツ著作権法は、著作権の保護を中心とする法体系であり、著作権の制限規定を狭い範囲しか認めず、また厳格に解釈している。権利者不明著作物についての著作権制限規定も裁定制度も存在しない。

そこで、本稿は、デジタル図書館の創出を念頭に置いているEU孤児著作物指令が、ドイツ著作権法にどのような影響を与えるかをを中心に検討する。以下では、2. 問題の所在、3. ドイツ法の従来の議論、4. EU孤児著作物指令、5. ドイツの対応、6. 結語の順序で述べる。

2. 問題の所在

2001年、ECにより情報社会指令¹⁴⁶が出され、同指令に基づく著作権の制限規定が、ドイツを含む各加盟国に導入されていった。とりわけ、権利者不明著作物に関するデジタル図書館との関係で問題となる同指令第5条第3項(n)は、図書館、博物館、アーカイブ及び、私的な学術研究目的での教育施設での、固定した端末での閲覧のみが許されていた。これ

¹⁴⁶ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (L167/10).

をうけて、第二バスケット¹⁴⁷の議論を経て、ドイツ著作権法は第52b条（公共の図書館、博物館及び記録保存所の閲覧用電子端末における著作物の再生）を新たに規定した。

しかしながら、その後想定されたデジタル図書館を欧州で創設する目的で、権利者不明著作物の利用を円滑にするためには、これらの著作権の制限規定では足りず、後述するように、かえって障害となるおそれさえある。権利者不明著作物の問題を解決するために、新たな著作権制限規定等を導入することがまず必要となると考えられる。

さらに、2012年に、EU 孤児著作物指令が公表されたが、これに対応する規定がドイツ法には存在しない。さらに、加盟国間で、「権利者不明著作物の地位 (orphan work status)」を相互承認する制度も組み込む必要があり、その前提として、「入念な調査 (diligent search)」を検証する第三者機関の創設が必要となるはずである。これらの点もドイツ著作権法にとって将来の課題となつてこよう。

3. ドイツ法の従来の議論

2001年に成立した情報社会指令を受けて、ドイツにおいても、情報社会に適合する著作権法を目指して議論を開始した。

まず、第一バスケット (Erster Korb)¹⁴⁸は、同指令が履行義務を課した部分について議論し、2003年9月に「情報社会における著作権の規制に関する法律 (Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft)」が成立し、ドイツ著作権法が改正された¹⁴⁹。とりわけ、著作権の制限規定の一つである、第52a条（教育及び研究のための公衆への利用可能化）が規定されたが、激しい議論がなされ、立法過程において文言の修正と追加が行われている。

第二バスケット (Zweiter Korb)¹⁵⁰は、2003年9月改正直後から、同指令が実施義務を課していない部分についてドイツ国内法がどう対応するかを議論した。その成果は、2007年10月31日に「情報社会における著作権の規制に関する第二次法 (Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft)」として公布された。

第二バスケット後、権利者不明著作物の文脈以外で著作物の利用に関する規定を改正したが、権利者不明著作物の利用にも影響を及ぼす改正が行われた。とりわけ、「未知の利用方法に関する利用権の許諾及びこれについての義務は無効である (Einräumung von

Nutzungsrechten: Die Einräumung von Nutzungsrechten für noch nicht bekannte Nutzungsarten sowie Verpflichtungen hierzu sind unwirksam)」と規定する旧第31条第4項を廃止した。この規定は従来から著作物の利用者にとって不便であるのみならず、著作物の利益にも反すると考えられていた¹⁵¹。権利者不明著作物にとって旧第31条第4項を廃止した意義は、将来における著作物の利用を容易にすると同時に、過去の著作物の利用を促進する目的も存在していた点にある¹⁵²。

権利者不明著作物の議題そのものについては、2010年夏に開始された第三バスケット (Dritter Korb) において、議題の一つにあがっていた。しかしながら、私的複製などその他の議題で意見がまとまらず、権利者不明著作物についても形式的な議論しかなされなかったようである。

後述のとおり、欧州委員会が2006年の勧告から2011年のEU 孤児著作物指令案に向けて、権利者不明著作物について議論を進めている間に、ドイツでは、SPD (Sozialdemokratische Partei Deutschlands) の議員の会派が2010年11月に法案（権利者不明著作物の利用について管理団体による報酬請求を認めるもの¹⁵³）を提出したが、成立しなかった。また、議論がまとまらない第三バスケット (Dritter Korb) から権利者不明著作物の問題を切り離して、別個に早急に立法せよと要求する団体もあったようである。しかし、いずれの動きも法制化に結びつかなかった。

その原因として、第1に、2006年のEC委員会の提案が勧告 (recommendation) にすぎず、ドイツ著作権法にとって必ずしも履行する義務がなかったことがあげられる。第2に、伝統的にドイツ著作権法は権利者保護に重きを置き、著作権の制限規定を厳格に規定・解釈しており¹⁵⁴、広範囲な著作権の制限規定や裁定制度を設けるには多くの議論と説得が必要であったと推測される。具体的には、ドイツ著作権法には著作権の強制許諾や裁定制度の規定は原則としてなく、また、著作権制限規定も細かな要件やただし書きを書き込み、かつ著作者による報酬規定を設ける必要があり¹⁵⁵、このような複雑な制度を著作権法に書きこむには長い時間を必要があったと考えられる。現に、第一バスケット、第二バスケット、第三バスケットにおいても、激しい議論がなされ合意に達するのに長い時間を必要とした議題はいずれも著作権の制限規定の部分で、立法過程でも繰り返し修正・追加がなされ、第三バスケットではついに法案が成立するにいたらなかった。

¹⁵¹ Begründung, BT-Drucks. 16/1828, S.22. 職務上作成される著作物についてであるが、旧第31条第4項への批判として、潮海久雄『職務著作制度の基礎理論』（東京大学出版会、2005年）116、119頁。

¹⁵² Langhoff, Oberndörfer, Jani, Der "Zweite Korb" der Urheberrechtsreform-Ein Überblick über die Änderungen des Urheberrechts nach der zweiten und dritten Lesung im Bundestag, ZUM 8/9/2007, S.593, 599.

¹⁵³ BT-Drs.17/3991.

¹⁵⁴ 潮海久雄「インターネットにおける著作権の個別制限規定（引用規定）の解釈と一般的制限規定（フェア・ユース）の導入について—ドイツの Google サムネイル連邦最高裁判決を中心に」筑波法政 50 号 11 頁（2011年）参照。

¹⁵⁵ ドイツ著作権法第52条（公衆再生）、第52a条（授業及び研究のための公衆への提供）、第54条（録画及び録音の方法による複製に対する報酬義務）ほか多数。

¹⁴⁷ ドイツにおける、近年の情報社会を見据えた著作権法整備のことを「バスケット」と称している。2003年9月の著作権法改正を「第一バスケット (Erster Korb)」、2007年10月の改正を「第二バスケット (Zweiter Korb)」という。

¹⁴⁸ 三浦正広「EU 著作権ディレクティブにもとづくドイツ著作権法改正」コピライト 515 号（2004年）26頁。

¹⁴⁹ Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft von 10. September 2003, BGBl. I S.1774.

¹⁵⁰ 本山雅弘「ドイツ著作権法改正（第二バスケット）（前編）（後編）」コピライト 562 号（2008年）32頁、563号（2008年）23頁。

結局、2012年9月、連邦法務省 (Bundesministerium der Justiz) は、当初4月に公表予定であった参事官草案 (Referentenentwurf) をまとめるのをあきらめることを明らかにした。その結果、権利者不明著作物については、ヨーロッパ委員会が、先に、指令案 (2011年5月) 及び指令 (2012年10月) を公表する結果となった。

2013年1月現在、我が国著作権法には、権利者不明著作物についての裁定制度がある (第67条) が、ドイツ著作権法上はこのような制度は、著作権の制限規定 (6部) にはみあたらず、また、著作権の裁定制度もみあたらない、という状況になっている。

4. EU 孤児著作物指令

(1) 結論

以下では権利者不明著作物に関する EU 孤児著作物指令の成立過程・内容を簡潔に叙述する。(EU 孤児著作物指令の詳細は、本報告書第2部第1章を参照。)

(2) EU 孤児著作物指令案

2006年5月22日に、米国著作権局はOrphan Works Act of 2006¹⁵⁶の法案を提出した。これと、ほぼ同時期に、EC委員会も、2006年8月23日、文化遺産及びデジタル保存のデジタル化及びオンラインアクセスに関する委員会勧告¹⁵⁷を提出した。これは、2005年の欧州デジタル図書館計画の一環である。

しかしながら、これは法的拘束力のない勧告 (recommendation) にすぎなかったため、EU 内の少数の国しか導入せず、導入した国も国内からのオンラインアクセスに限定していた。そこで、欧州委員会は法的拘束力のある指令 (Directive) により、EU 内での国境を越えたデジタル単一市場を作り出すことに決した。

上述のようにドイツ国内での議論が進まない間に、2011年5月24日に、欧州委員会は、EU 孤児著作物指令案を公表した¹⁵⁸。同指令案の目的は、各国の法制度の相違を前提として、デジタル図書館での利用を促進することにある。

その核心は、デジタルオンライン図書館で、著作権者を発見できない場合、そのたびごとに許諾を得るのは煩瑣なため、加盟国間で「権利者不明著作物の地位 (orphan work status)」を相互承認することによって、欧州連合全体で権利者不明著作物とみなす点にある。

¹⁵⁶ 109th Congress 2nd Session, H.R.5439.

¹⁵⁷ Commission Recommendation 2006/585/EC of 24 August 2006 on the digitisation and online accessibility of cultural material and digital preservation (OJ L236, 31.8.2006, pp.28-30).

¹⁵⁸ COM (2011) 289.

この「権利者不明著作物の地位」を得るためには、図書館、教育機関、博物館、映画のアーカイブ、公共放送機関が、第一発行国において、事前に「入念な調査 (diligent search)」を行うことが要求される。

この第一発行国における「権利者不明著作物の地位」の「入念な調査」のあと、その「権利者不明著作物の地位」が続く限りで、図書館とアーカイブは、文化的政治的目的のために、当該権利者不明著作物をデジタル化し、オンラインで利用できる。

また、同指令案は「権利者不明著作物の地位」を中核としているため、権利者不明著作物の利用に関する加盟国の制度の選択肢を5つ挙げて、その影響を、「入念な調査」の観点から評価している ([1] 著作権の例外・制限、[2] 拡大集中許諾、[3] 集中管理団体による権利者不明著作物特有の強制許諾、[4] 公的機関による権利者不明著作物特有の強制許諾、[5] 国内での解決の相互承認)。

[1] は「入念な調査」を検証する第三者機関がないという欠点を有する。

[2] は、一旦管理団体がウェブで利用できるよう図書館に許諾すれば、権利者不明著作物を含む全ての著作物が許諾されたと、法的に拡大する仕組みである。しかし、「入念な調査」がないということは、「権利者不明著作物の地位」の相互承認を妨げる上に、このような法的拡大は当該国内でのみ有効である。

[3] は再び現れた著作権者に対して高度の法的安定性を与えるが、やはり「権利者不明著作物の地位」の「入念な調査」と特別のライセンスが必要である。

[4] は管理コストがかかり、大きなスケールのデジタル図書館には用いられてこなかった。

[5] は、「権利者不明著作物の地位」に関する法的安定性をもたらし、かつ、欧州にまたがる市民に利用可能である。

各国が同指令案を履行する際に、ライセンスモデル (裁定制度) を採用するか、著作権の制限モデルを採用するかはこの時点では未定であった。

(3) EU 孤児著作物指令 (成案)

EU 議会による修正を経て、2012年10月27日に EU 孤児著作物指令は発効した。

同指令は、EU 孤児著作物指令案を具体化し、「[5] 権利者不明著作物の地位」の相互承認という基本枠組みは維持しつつ、権利者不明著作物の適法利用については、上記 [1] の「著作権の例外・制限」によるアプローチをとることを明確にした。

すなわち、「[5] 権利者不明著作物の地位」の承認について加盟国が異なるアプローチを採用しては、域内市場が機能することに対する障害となりうるため、デジタル化された権利者不明著作物を認定するための要件として、入念な調査と権利者不明著作物としての登録を必要とし、この登録は、OHIM (Office for Harmonization in the Internal Market - 欧州共同体商標意匠庁) が管理するものとした (指令第3条第6項、前文16)。

その上で、加盟国が、図書館等の諸機関による一定の利用行為（公衆に対して利用可能とする行為と一定の目的による複製行為）について、許された行為として、権利の「例外又は制限」を設けるものとした（指令第6条、前文20）のである。

5. ドイツの対応

(1) ドイツ法における問題点

ドイツ法がこの EU 孤児著作物指令を履行する際には、以下の問題点が考えられる。

第1に、現存する、教育学術に関する制限規定への影響である。

具体的には、ドイツ著作権法第52b条との関係である。第52b条は「公表された著作物で、直接的であるか間接的であるかを問わず経済的又は営利の目的を追求せず、公衆に利用可能な図書館、博物館又は資料保存所において所蔵される物は、契約の定め反しない限り、専ら各々施設の構内において、調査及び私的研究を目的として独自に設置された閲覧用電子端末において、当該目的のために提供することが許される。一の著作物について、その設置された閲覧用電子端末で同時に提供される部数は、原則として、その施設における所蔵数を超えてはならない。この提供行為に対しては、相当なる報酬が支払われるものとする。この請求権は、集中管理団体によってのみ行使できる¹⁵⁹」と規定する。

この規定は、第二バスケットの成果として、2007年10月31日に公布され2008年1月1日に公布された（BGBl. I S. 2513）。例えば、同指令では、1956年に公表された博士論文は、無償でインターネットで公開される。これに対して、第52b条では、有償でかつ閲覧できるのは各施設内のみである。

また、第52a条は、教育及び研究のための公衆への利用可能化を定める。すなわち、第52a条第1項は、「次の各号に掲げる行為は、その都度の目的上必要であって、かつ、商業的でない目的を追求するものとして正当とされるかぎり許される。第1号：公表された著作物の小部分、僅かな分量からなる著作物及び新聞又は雑誌に掲載された編集構成物の少量を、学校、大学、養成及び研修教育に関する非営利施設並びに職業教育に関する施設の授業において、専ら明確に限定された範囲の授業参加者のために例証することを目的として、公衆提供すること。第2号：公表された著作物の小部分、僅かな分量からなる著作物及び新聞

又は雑誌に掲載された編集構成物の少量を、専ら明確に限定された範囲の者のためにその者自身の学術研究を目的として、公衆提供すること¹⁶⁰」と規定する。

第52a条は前述のとおり、第一バスケットの成果として2003年に導入された。第52a条は、僅かな分量を、有償で、パスワードをつけて、学校等の施設で提供することを許容するだけである。これに対して、EU孤児著作物指令は、大量のデジタル化された文献等をデジタル図書館において利用し、EU域内においてオンラインで結び加盟国相互で利用することを念頭においている。

したがって、権利者不明著作物と評価されたものについて、第52a条、第52b条では、EU域内において、デジタル図書館等で利用できないおそれがある。

第2に、新しい利用方法に関する経過規定である第137条第1項との関係である。旧第31条第4項が廃止され、過去に締結された契約についても未知の利用方法について許諾の可能性が開かれることになり、第137条第1項は契約時に未知の利用方法について利用許諾を擬制している。すなわち、著作物が1966年と2008年の間に、他人に、全ての利用権を排他的に無制限に許諾した場合には、その契約締結時までには知られていない利用権は、2009年1月1日までに著作物が異議を申し立てない限り、その他人に許諾されているものとみなす。権利者不明著作物の場合には当然異議が申し立てられない。

第137条の第1項は、「著作物が1966年1月1日と2008年1月1日の間に、他人に対して、全ての主要な利用権を排他的に、かつ地域的及び時間的に制約を付さずに許諾したときは、その契約締結時点にまでには知られていない利用権は、著作物がその他人に対してその利用について異議を申し立てない限り、その他人について同様に許諾されている者とみなす。この異議申立ては、2008年1月1日に既に知られている利用方法に関しては、1年間に限り行うことができる。その他の場合には、この異議申立権は、他人が、著作物に対する通知で、著作物の新たな利用方法の着手を意図する者を、その他人に最後に知られた住所により発信したのち、3か月を経過後証明する¹⁶¹」と規定する。

¹⁵⁹ Wiedergabe von Werken an elektronischen Leseplätzen in öffentlichen Bibliotheken, Museen und Archiven: Zulässig ist, veröffentlichte Werke aus dem Bestand öffentlich zugänglicher Bibliotheken, Museen oder Archive, die keinen unmittelbar oder mittelbar wirtschaftlichen oder Erwerbszweck verfolgen, ausschließlich in den Räumen der jeweiligen Einrichtung an eigens dafür eingerichteten elektronischen Leseplätzen zur Forschung und für private Studien zugänglich zu machen, soweit dem keine vertraglichen Regelungen entgegenstehen. Es dürfen grundsätzlich nicht mehr Exemplare eines Werkes an den eingerichteten elektronischen Leseplätzen gleichzeitig zugänglich gemacht werden, als der Bestand der Einrichtung umfasst. Für die Zugänglichmachung ist eine angemessene Vergütung zu zahlen. Der Anspruch kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden.

¹⁶⁰ Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung: (1) Zulässig ist, 1. veröffentlichte kleine Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften zur Veranschaulichung im Unterricht an Schulen, Hochschulen, nichtgewerblichen Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung sowie an Einrichtungen der Berufsbildung ausschließlich für den bestimmt abgegrenzten Kreis von Unterrichtsteilnehmern oder 2. veröffentlichte Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften ausschließlich für einen bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen für deren eigene wissenschaftliche Forschung öffentlich zugänglich zu machen, soweit dies zu dem jeweiligen Zweck geboten und zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist.

¹⁶¹ Übergangsregelung für neue Nutzungsarten

(1) Hat der Urheber zwischen dem 1. Januar 1966 und dem 1. Januar 2008 einem anderen alle wesentlichen Nutzungsrechte ausschließlich sowie räumlich und zeitlich unbegrenzt eingeräumt, gelten die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses unbekannten Nutzungsrechte als dem anderen ebenfalls eingeräumt, sofern der Urheber nicht dem anderen gegenüber der Nutzung widerspricht. Der Widerspruch kann für Nutzungsarten, die am 1. Januar 2008 bereits bekannt sind, nur innerhalb

つまり、第1371条は、第二バスケットで、包括的な探索なしに古い著作物の利用を可能にすることを意図していた¹⁶²。つまり、上述の要件で、デジタル出版の許諾をしたとみなされた。これに対して、1966年以前に許諾された著作物は従来どおり、未知の利用法について個別の利用許諾を必要とする。

したがって、デジタル図書館の1966年以前に許諾された著作物についてはデジタル化の際に個別許諾を必要とするため、EU孤児著作物指令を履行する際の大きな障害となる。

第3に、クローラーによる情報収集等に関する全てを念頭においていないという点である。情報社会指令の示した制限規定のみでは明らかに不十分である。

第53条第1項は私的使用のための複製 (Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch) を規定し、同条第2項は、著作物の複製物の少量を製作することが許される場合を認めている。同項柱書は「著作物の複製物の少量を製作し又は製作させることは、次の各号に掲げる目的に応じ、それぞれ当該各号に定める条件に従う場合には、許される¹⁶³」と規定する。その同項第2号は、私的及びその他の自己の使用のための複製が許されるのは、「自己の保存文書に収録するため、複製がその目的上必要であって、複製のための原本として自己の著作物の現物が利用されるものと認められる場合に限る¹⁶⁴」と限定している。

デジタル図書館では、デジタルの複製物を作成することが必要不可欠であり、同号の規定がその大きな障害となりうる。

(2) 今後の見通し

ドイツが、EU孤児著作物指令を履行するに当たっては、「入念な調査」を検証する第三者機関がないという点が問題である。ドイツ著作権法は権利者保護を原則とするため、強制許諾を原則として認めていないが、今後、著作権管理団体ないし公的機関による強制裁定制度の構築に向けた動きが生じるかもしれない。

また、同指令を履行するには、ドイツ著作権法においては、出版された著作物のデジタル化する際の利用許諾の範囲を広げ、かつ、教育及び学術の領域における公衆への利用可能化に関する著作権の制限の範囲を広げ、さらに、デジタル化された著作物の複製物の製作の許容範囲についても広げる必要があり、かつ、補償請求を規定する必要もあり、これ

eines Jahres erfolgen. Im Übrigen erlischt das Widerspruchsrecht nach Ablauf von drei Monaten, nachdem der andere die Mitteilung über die beabsichtigte Aufnahme der neuen Art der Werknutzung an den Urheber unter der ihm zuletzt bekannten Anschrift abgesendet hat. Die Sätze 1 bis 3 gelten nicht für zwischenzeitlich bekannt gewordene Nutzungsrechte, die der Urheber bereits einem Dritten eingeräumt hat.

¹⁶² BT-Drs. 16/1828, S. 22.

¹⁶³ Zulässig ist, einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werkes herzustellen oder herstellen zu lassen.

¹⁶⁴ zur Aufnahme in ein eigenes Archiv, wenn und soweit die Vervielfältigung zu diesem Zweck geboten ist und als Vorlage für die Vervielfältigung ein eigenes Werkstück benutzt wird.

らの領域について多くの問題を提起すると予想される。特に、権利者不明著作物でかつ公共目的の利用に限定された領域とはいえ、著作権の制限規定を広げるきっかけとなることも考えられる。

このように、同指令の履行に当たっては、ドイツ著作権法は多くの課題を抱えることが予想される。

2012年9月、連邦法務省 (Bundesministerium der Justiz) 大臣のSabine Leutheusser-Schnarrenberger氏は、第三バスケットの草案の公表をあくまでと表明すると同時に、同指令を国内法化するべきであるが、今期の大きな改正はないと述べている。同指令第9条によれば2014年の10月29日までに法、規則等を履行する必要がある。

その後、2013年2月20日に、連邦法務省は、第三バスケットで議論された議題の一部、とりわけ権利者不明著作物について参事官草案 (Referentenentwurf) を公表した¹⁶⁵。

6. 結語

ドイツ著作権法には、現在のところ、権利者不明著作物の利用に際して、活用可能な制度が見当たらない。著作権の個別の制限規定は、学術・研究・教育目的の利用について、報酬請求を含めて、細かく要件が規定されている。とりわけ、デジタル化された著作物の円滑な利用には、利用許諾、著作権の制限の点で大きな障害がある。

これらの制度が存在しなかった背景には、同法は伝統的に創作者の保護を中心とした体系であって、アナログの著作物を基本的に念頭においていることが考えられる。特に、著作権の制限規定が例外規定として、限定列举である上に限定的であり細かく複雑な要件を設ける必要があり、デジタル化された著作物の提供や利用に対応できておらず、とりわけデジタル図書館などの新しい利用に対する対応が遅れているからと考えられる。

そして、ドイツ国内での対応が遅れた要因としては、第三バスケットにおいて著作権の制限規定に関する私的複製など権利者不明著作物以外の議題について、利害対立が激しく、権利者不明著作物まで議論をする余裕がなく、全体の草案の公表の失敗につながったと考えられる。

ドイツにおけるこの草案の作成の失敗は一つの教訓を与えている。EUでのデジタル図書館など新しい問題が生じるたびに、複雑な要件及び報酬請求権を有する個別の著作権制限規定を手直しせざるをえないが、立法がそれになかなか追いつかない点である。

同指令は、「権利者不明著作物の地位」のEU加盟国間の相互承認と、許される公共機関でのデジタル図書館の公共目的の利用が中核であるが、これを同法に導入するには多くのハードルがある。とりわけ、ドイツの伝統的な著作権制限規定との整合性が今後問題となると予想される。

¹⁶⁵ <<http://blog.linke.de/digitalelinke/wp-content/uploads/Ref.Entwurf.pdf>>.

第5章 北欧諸国

I. 権利者不明著作物の利用前に活用可能な制度

1. はじめに

北欧諸国（デンマーク、フィンランド、アイスランド、ノルウェー、スウェーデン）においては、著作物を利用する際の権利処理の円滑化を図るために、拡大集中許諾制度（Extended Collective License: 以下「ECL」という。）¹⁶⁶が導入されている。拡大集中許諾制度とは、著作権法の規定（ECL 規定）に基づき、著作物の利用者（又は利用者団体）と大多数の著作権者を代表する集中管理団体との間で自主的に行われた交渉を通じて締結された著作物利用許諾契約（ECL 契約）の効果を、当該集中管理団体の構成員ではない著作権者（非構成員）にまで拡張して及ぼすことを認める制度である¹⁶⁷。これを利用者の立場から捉え直せば、拡大集中許諾制度の下で、利用者は、ECL 契約で特定されている著作物及びその利用態様の範囲内であれば、事前の入念な調査（diligent search）を行うことなく、また、権利者が集中管理団体の構成員であるか否かを問わず、当該著作物を利用することができる。そのため、拡大集中許諾制度は、放送機関やデジタルアーカイブ事業を進める文化機関（図書館や美術館）など、大量の著作物の利用する機関にとって、ワンストップでの権利処理が可能となるという点で魅力的な制度であるとされている。利用者と集中管理団体の許諾契約が存在しない場合や、ECL 契約の範囲外の利用については、著作権者は個別に排他権を行使することができる。

拡大集中許諾制度は、利用者と集中管理団体との間の自主的な交渉を通じて締結された契約を基礎としている点で、権利の制限及び例外、強制許諾などの他の制度と比較すると、権利の排他性への影響、及び、立法又は行政による介入の度合いが低いという特徴があるとされている。

拡大集中許諾制度は、権利者不明著作物の利用の円滑化を図ることを目的として導入されたものではない。もっとも、現在では、権利者不明著作物の利用の円滑化を図るための

制度としても機能することが評価されており、諸外国から注目を集めている¹⁶⁸。北欧諸国において拡大集中許諾制度が普及した背景には、早くから著作権の集中管理が発達していたという特有の事情があるとされている。また、北欧諸国においては、拡大集中許諾制度の対象が拡張されるにつれて、同制度と国際条約との抵触が問題とされるようになっていく。したがって、他の国が拡大集中許諾制度の導入を行う場合には、慎重な検討が求められるであろう。

なお、北欧諸国の著作権法は、20 世紀中頃から各国の法制度の調和が図られてきた結果、各国の法制度には共通点が多い¹⁶⁹。もっとも、EU が著作権法の分野のハーモナイゼーションを進めた結果、北欧諸国間で法制度の調和を図ることの重要性は低下しているとの指摘もなされている¹⁷⁰。

本章は、北欧各国の著作権法の条文英訳¹⁷¹及び英文の二次資料を基に調査を行った。分析の手法としては、各国の法制度の共通点が多いことに鑑み、各国ごとに項目を設けるのではなく、共通点を説明し、適宜、各国法の相違点に言及することにした。

2. 拡大集中許諾制度

(1) 制度の概要

①立法経緯

1960 年から 61 年にかけて、北欧諸国では、公共放送機関が一次放送を行う際の著作権の権利処理を円滑化するための制度として、拡大集中許諾制度が導入された¹⁷²。放送においては大量の著作物が利用されるが、当時、集中管理団体間の相互管理契約が現在ほど発

¹⁶⁶ 拡大集中許諾制度を紹介する代表的な文献として、Tarja Koskinen-Olsson, *Collective Management in the Nordic Countries*, in *COLLECTIVE MANAGEMENT OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS* 283 (Daniel Gervais ed., 2d ed., 2010) がある。邦語文献として、著作権契約法委員会・前掲注 90・183 頁以下〔松田政行＝平野恵徳執筆〕、経済産業省委託事業『平成 21 年度コンテンツ取引環境整備事業（デジタルコンテンツ取引に関するビジネスモデル構築事業）報告書』（株式会社三菱総合研究所、2010 年 3 月）62 頁以下<<http://www.meti.go.jp/medi/lib/report/2010fy01/E001134.pdf>>、今村・前掲注 57・172 頁以下、菱沼剛『知的財産権保護の国際規範』（信山社、2009 年）115 頁。

¹⁶⁷ Gunnar W. G. Karnell, *Extended Collective License Systems, Provisions, Agreements and Clauses – A Nordic Copyright Invention with an International Future?*, in *ESSAYS IN HONOUR OF GEORGE KOUMANTOS* 391 (2004)。

¹⁶⁸ See e.g., Pamela Samuelson, *Legislative Alternatives to the Google Book Settlement*, 34 COLUM. J.L. & ARTS 697, 705 et seq. (2011) (米国); Ian Hargreaves, *Digital Opportunity – Review of Intellectual Property and Growth* 37 (2011), <<http://www.ipo.gov.uk/ipreview.htm>> (英国); Daniel Gervais, *Application of an Extended Collective Licensing Regime in Canada: Principles and Issues Related to Implementation*, Study Prepared for the Department of Canadian Heritage (2003), <http://aix1.luottawa.ca/~dgervais/publications/extended_licensing.pdf> (カナダ); Jia Wang, *Should China Adopt an Extended Licensing System to Facilitate Collective Copyright Administration: Preliminary Thoughts*, 32 EIPR 283 (2010) (中国)。

¹⁶⁹ NIKLAS BRUUN, *INTELLECTUAL PROPERTY LAW IN FINLAND* 37-38 (2001)。

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ 北欧諸国の著作権法は、WIPO Lex<<http://www.wipo.int/wipolex/en/>>に収録されている英訳（非公定訳を含む）を参照した。もっとも、現行ノルウェー著作権法の英訳は管見の限りでは見当たらない。本文中で引用する条文は、上記の英訳を基に執筆者が翻訳した仮訳であり、参考のために掲載した。なお、本稿では、各国の著作権法を次のように表記することがある。デンマーク著作権法（DCA）、フィンランド著作権法（FCA）、アイスランド著作権法（ICA）、ノルウェー著作権法（NCA）、スウェーデン著作権法（SCA）。

¹⁷² アイスランドは、1972 年に一次放送に関する拡大集中許諾制度を導入した。なお、拡大集中制度の沿革については、H. Lund Christiansen, *The Nordic licensing system – extended collective licensing*, 13 EIPR 346 (1991) を参照。

展していなかったこともあり¹⁷³、国内の集中管理団体から著作物の利用許諾を得た放送機関が、著作物ごとにその著作権者が集中管理団体の構成員であるか否かを調査するための費用を負担することは現実的ではなかったとされている¹⁷⁴。そのため、放送機関によっては、放送で利用する著作物の権利者が集中管理団体の構成員であるか否かを調査することなしに、著作物を放送において利用していたとされている¹⁷⁵。集中管理団体は、このような放送機関の慣行が著作権侵害を生じるおそれがあることを容認しており、放送機関に対して、非構成員により損害賠償の請求がなされた場合の保証を提供していた¹⁷⁶。もっとも、依然として、非構成員の著作物について著作権侵害が生じていることには変わりはなく、放送機関は著作権侵害による刑事責任を問われるおそれが存在していた¹⁷⁷。一次送信を行う際の権利処理に問題を抱える放送機関による要請を受けて、北欧諸国は、非構成員問題の解決を図り、放送機関が権利処理を行う際に負担しなければならない取引費用を削減することを目的に、拡大集中許諾制度を導入するに至った¹⁷⁸。

一次放送について導入された拡大集中許諾制度の基本構造は以下の通りである。放送機関は、適格を有する集中管理団体との間で締結された ECL 契約に基づき、利用の対象となる著作物の権利者が集中管理団体の構成員であるか否かを調査することなく、公表された文学又は音楽の著作物を一次放送することができる¹⁷⁹。他方で、許諾なしに著作物が利用される非構成員の利益を保護するために、非構成員は構成員と同様に使用料の分配を受けることが認められ、また、著作物の利用を禁止する権利も認められた。さらに、非構成員が放送における著作物の利用に反対する特別の事情が存在する場合には、放送機関は当該著作物の放送を控えることが義務づけられた。

1980 年代に入ると、拡大集中許諾制度の対象は、教育目的の写複製に拡張された。一次放送に関する権利処理と同様に、教育機関で写複製が行われる場面では、大量の著作物が利用されるため、権利処理に関する取引費用が多額となるという事情が認められた¹⁸⁰。また、教育目的の利用を促進することは、公益に資するという事情も存在していた¹⁸¹。起草過程では、教育目的の写複製を認める権利制限規定の導入も検討されたが、権利者の利益に与える影響が大きいことや、ベルヌ条約第 9 条第 2 項の 3 step test に違反するおそ

れがあることを理由に見送られた¹⁸²。また、強制許諾制度の導入も検討されたが、教育目的の写複製に関して集中管理団体と利用者を代表する団体と間で利用許諾契約が締結される見込みが高く、集中許諾に関する市場が十分に機能していると考えられたため、当事者の自主的な交渉を優先するべきであるとの観点から、採用されなかった¹⁸³。

教育目的の写複製について導入された拡大集中許諾制度では、一次放送に関して認められていた非構成員によるオプトアウト権が維持され、さらに、非構成員には、個別の使用料請求権が認められた。また、ECL 契約の締結を促進するために、調停制度も導入された。

以上のように、拡大集中許諾制度は、大量の著作物の権利処理が必要となる場面で、利用の対象となる著作物の権利者が集中管理団体の構成員であるか否かを調査することなく著作物の利用を認めることにより、権利者処理にかかる取引費用が多額となるために外部性を有する著作物の利用が妨げられる市場の失敗を治癒する制度であると位置づけることができる。したがって、同制度は、権利者不明著作物に関する権利処理の問題を解決するために導入された制度ではない。

北欧諸国で一次放送及び教育目的の写複製について導入された拡大集中許諾制度は、十分に機能していると評価されたため、その後、企業内における著作物の複製や図書館等による所蔵資料のアーカイブ化など、様々な分野に導入されている。2001 年の EU 情報社会指令を実施するために、2002 年から 2006 年にかけて北欧諸国は相次いで、拡大集中許諾制度の対象を著作物のデジタルでの利用にまで拡張した¹⁸⁴。

②EU 法体系 (acquis communautaire) との関係

北欧諸国のうち、デンマーク、フィンランド、スウェーデンは EU 加盟国である。また、アイスランド及びノルウェーは欧州経済領域 (EEA) 加盟国である。そのため、拡大集中許諾制度は EU 法体系と整合的でなければならない。以下では、拡大集中許諾制度に関連する 2 つの EU 指令について簡単に検討する。

¹⁷³ Olsson, *supra* note 166, at 285.

¹⁷⁴ Johan Axhamn & Lucie Guibault, *Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?*, Final report prepared for Europeana Connect, at 27 (2011), <http://www.ivir.nl/publicaties/guibault/ECL_Europeana_final_report092011.pdf>.

¹⁷⁵ Christiansen, *supra* note 172, at 347.

¹⁷⁶ Axhamn & Guibault, *supra* note 174, at 27.

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ 公共放送機関による一次放送に拡大集中許諾制度が導入された理由として、教育及び文化における公共放送の重要性があげられている (Ibid.)。

¹⁷⁹ 非構成員の許諾なく著作物の利用を認める根拠については、同一分野における多数の権利者が集中管理団体に著作物の管理を委託しているため、同じ条件の下で非構成員の著作物の利用を認めることは、非構成員の利益にかなうと考えられたとの指摘がなされている (Christiansen, *supra* note 172, at 347.)。

¹⁸⁰ Axhamn & Guibault, *supra* note 174, at 27.

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² Ibid.

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ もっとも、デンマークは、1995 年には既に、教育目的でのデジタル複製を ECL 規定の対象に含めていた。なお、拡大集中許諾制度は、著作隣接権の分野にも導入されている。

(a) EU 衛星及びケーブルに関する指令¹⁸⁵

衛星及びケーブルに関する指令第3条第2項では、衛星放送権について、「加盟国は、以下で規定される種類の著作物に関して集中管理団体と放送機関との間の集中許諾を、当該集中管理団体によって代表されていない当該種類の著作物の権利者に拡張することができる」と規定している。また、同項では、集中管理団体の非構成員によるオプトアウトを認めなければならないと規定されている。これは、衛星放送権について、拡大集中許諾制度が採用されたことを示している。

さらに、同指令第9条では、有線放送権に関して強制集中許諾制度を採用している。同条では、有線再放送権のライセンスは集中管理団体を通じてなされなければならないとした上で（第1項）、権利者が有線再放送権を集中管理団体に委託していない場合には、同一の分野の権利を管理する集中管理団体は、非構成員の権利を管理する権限を有すると規定されている（第2項）。また、同条では、非構成員は構成員と平等な待遇を受けること、及び、非構成員が個別の報酬請求権を有していることが規定されている。もっとも、衛星放送権に関する拡大集中許諾とは異なり、有線再放送に関しては権利者によるオプトアウトが認められていない。非構成員によるオプトアウトが認められない理由としては、番組の一部について権利を有する非構成員が権利を行使することにより番組全体の利用が妨げられるというホールド・アップ問題を解決し、有線放送事業者に対する法的確実性を確保するためであるとされている¹⁸⁶。

論者の中には、ホールド・アップ問題への対処を主眼としている有線再放送に関する強制集中許諾制度は、大量の著作権の権利処理を行う際の取引費用の問題を解決することを目的とした北欧諸国の拡大集中制度とは性質を異にしていると指摘する者がある¹⁸⁷。

(b) EU 情報社会指令¹⁸⁸

EU 情報社会指令前文パラグラフ18は、「本指令は、拡大集中許諾のような権利の管理に関する加盟国の制度を妨げるものではない」と規定している。これは、「拡大集中許諾」が、「権利の管理」に関する方法であり、加盟国が立法することを認められている権利の制限又は例外を限定列挙する同第5条の対象から外れることを意味している。論者の中には、上記の規定を根拠に、情報社会指令において、既存の ECL 規定を維持することだけではな

く、新たな ECL 規定を導入することが一般的に承認されていると主張する者がある¹⁸⁹。これに対し、前文パラグラフ18において「拡大集中許諾」の内容が定義されていないことから、あらゆる形式の拡大集中許諾制度が承認されていると捉えるべきではないとの指摘もなされている¹⁹⁰。この見解によれば、EU 法の統一的な適用という観点からは、情報社会指令前文パラグラフ18の「拡大集中許諾」という用語は、衛星及びケーブルに関する指令第3条第2項に規定される拡大集中許諾と整合的に解釈されなければならない、前者の「拡大集中許諾」に該当するためには、集中管理団体と利用者の間でなされた自由交渉に基づく合意、及び、オプトアウト制度の存在という2つの条件を満たさなければならないと指摘している¹⁹¹。

(2) 要件

拡大集中許諾制度による拡張効果を生じさせるためには、①ECL 契約を締結する適格を有する集中管理団体と利用者の間で、②条文中 ECL 契約の対象とされている著作物及び利用の態様について、利用許諾契約が締結されることが必要である。

①実施主体

集中管理団体が拡大集中許諾制度に基づく許諾契約を利用者との間で締結する適格を有するためには、当該団体が著作権法の規定により定められた要件を充足しなければならない。第1に、集中管理団体は、当該国内において利用される特定の種類の著作物について、大多数の著作権者を代表していなければならない。第2に、一部の国を除き、集中管理団体は政府による認可を得なければならない。

(a) 代表性 (representativeness)

拡大集中許諾制度は、非構成員の同意なく著作物の利用を認めるものであるため、当該分野における権利者の多数を代表する集中管理団体に、ECL 契約を締結する適格を限定す

¹⁸⁵ Council Directive 93/83/EEC of 27 September 1993 on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission, 1993 O.J. (L 248) 15.

¹⁸⁶ EU 衛星及びケーブルに関する指令前文10及び28。

¹⁸⁷ Axhamn & Guibault, *supra* note 174, at 54.

¹⁸⁸ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, 2001 O.J. (L 167) 10.

¹⁸⁹ Olsson, *supra* note 166, at 303.

¹⁹⁰ Axhamn & Guibault, *supra* note 174, at 54.

¹⁹¹ Ibid. 同様に、Ficsor も、情報社会指令前文パラグラフ18の意味を明らかにするためには、衛星及びケーブルに関する指令第3条に規定される原則が十分に考慮されなければならない、拡大集中許諾制度を無限定に導入することが許容されているとまでは解釈することができないと指摘している (Mihály Ficsor, *Collective Management of Copyright and Related Rights from the Viewpoint of International Norms and the Acquis Communautaire*, in *COLLECTIVE MANAGEMENT OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS* 62-64 (Daniel Gervais ed., 2d ed., 2010))。

ることは、同制度の正統性を確保するために重要な意義を有しているとされている¹⁹²。代表性の要件について、デンマーク、ノルウェー、フィンランドにおいては、同様の規定が設けられている。例えば、デンマーク著作権法第50条第1項は次のように規定する。

「拡大集中許諾は、…デンマーク国内で利用される特定の種類の著作物の権利者の大多数を代表する団体との間で、当該著作物の利用に関して合意をした利用者によって利用することが認められる。」(下線筆者)

このように、デンマークでは、集中管理団体が、同国内において利用される特定の種類の著作物の「著作者の大多数 (a substantial number of authors)」を代表していることが要件とされている。ノルウェー著作権法第38a条 (a substantial number of authors of certain types of works which are used, in each respective counties) 及びフィンランド著作権法第26条第1項 (numerous authors) においても、同様の要件が規定されている。

上記3か国と若干異なる規定振りとなっているのが、スウェーデンである。スウェーデン著作権法第42a条では、集中管理団体が適格を認められるためには、「特定分野におけるスウェーデンの著作者の大多数を代表していること (represent a substantial number of Swedish authors in the field concerned)」が必要とされており¹⁹³、権利者の国籍が要件とされている。アイスランド著作権法第15a条も、同様の規定を有している。

スウェーデン以外の国も、かつては権利者の国籍を要件とする規定を有していたが、欧州委員会による批判を受けて、文言を変更したという経緯がある¹⁹⁴。欧州委員会の意見によれば、特定の国の著作者のみに言及することは、外国の権利者団体がデンマーク国内で事業を行う可能性が制約されることにつながるため、国籍に基づく差別に該当するものである¹⁹⁵。しかし、実際には、これまでに外国の集中管理団体が代表性の要件を充足した例はないとされている。なお、現在、スウェーデンにおいても、国籍の要件を削除する法改正の提案がなされている¹⁹⁶。

各国の著作権法で規定されている「大多数の」という要件は、解釈の余地が広い。そのため、解釈上問題となるのが、一つの分野において複数の集中管理団体に代表性を認められるかという点である¹⁹⁷。実際上の問題として、複数の集中管理団体が同一の著作物の種

類及び利用態様について権利を管理すること認められてしまうと、非構成員である権利者にとっては、どの団体に使用料を請求したらよいのか、また、著作物を利用する利用者にとってはどの団体に許諾を求めればよいのかという混乱が生じるおそれがあるとされている¹⁹⁸。

まず、一つの分野で複数の集中管理団体に代表性を認めるのがフィンランドとノルウェーである。フィンランドでは、複数の集中管理団体が適格を有することが明文で認められている (FCA 第26条第2項)。なお、同条の下で、集中管理団体に適格が認められるためには、会計及び運営に関する要件を充足しなければならないとされている。次に、ノルウェーでは、明文の規定はないものの、起草過程において、1以上の集中管理団体に適格が認められる可能性があるとしてされている¹⁹⁹。もっとも、その場合、適格を有する団体は共同して管理を行うことが前提とされている。さらに、所管官庁が、集中管理団体のガバナンス及び透明性に関する規則を定めることとされている (NCA 第38a条)。

他方で、集中管理団体の数を1つに限定する国として、デンマーク、スウェーデンがある。デンマークでは、明文の規定はないものの、起草過程及び学説から、一つの分野においてECL契約を締結することが認められる団体は一つに限られると解釈されている²⁰⁰。かつては、このことを規定する条文が著作権法に存在していたが、2008年改正で削除された²⁰¹。起草過程において、当該規定が削除された理由は、それぞれの著作物の種類につき一つの集中管理団体が認可を受けるとすることは、拡大集中許諾制度の性質から当然に導かれる帰結であり、したがって、そのような効果をあえて明文で規定する必要性に乏しいからであると説明されている²⁰²。なお、適格性を判断する際には、集中管理団体が特定の分野の著作者の大多数を代表しているということだけではなく、実際にその著作物が使用されている権利者を代表しているか、十分な管理能力を有しており、国内において契約を締結した実績があるか、外国の集中管理団体と相互管理契約を締結する可能性があるか等の要素が考慮に入れられる²⁰³。

スウェーデンにおいても、適格を認められる集中管理団体の数について明文の規定は存在しておらず、解釈に委ねられている。最高裁は、類似する要件を有する追求権に関する規定について、団体の構造及び運営に関する特定の要件を充足するのであれば、複数の団体が報酬の請求を行うことが可能であると判示している²⁰⁴。もっとも、実際には、拡大集

¹⁹² Allard Ringnald, *Orphan Works, Mass Rights Clearance, and Online Libraries: The Flaws of the Draft Orphan Works Directive and Extended Collective Licensing as a Solution*, 8 Medien und Recht International 3-11 (2011).

<http://www.academia.edu/606260/Orphan_Works_Mass_Rights_Clearance_and_Online_Libraries_The_Flaws_of_the_Draft_Orphan_Works_Directive_and_Extended_Collective_Licensing_as_a_Solution>

¹⁹³ SCA 第42a条「第42b条ないし第42f条の拡大集中許諾は、特定の分野におけるスウェーデンの著作者の大多数を代表する団体と著作物の利用について合意した場合に、特定の形式での著作物の利用に適用される。」

¹⁹⁴ Axhamn & Guibault, supra note 174, at 30-31.

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ Swedish Government Official Report (SOU) 2010:24, *Avtalad upphovsrätt* (English Summary).

¹⁹⁷ Axhamn & Guibault, supra note 174, at 31.

¹⁹⁸ Thomas Riis & Jens Schovsbo, *Extended Collective Licenses and the Nordic Experience: It's a Hybrid, but is it a Volvo or a Lemon?*, 33 COLUM. J.L. & ARTS 471, 493 (2010).

¹⁹⁹ Axhamn & Guibault, supra note 174, at 31.

²⁰⁰ THOMAS RIIS, *INTELLECTUAL PROPERTY LAW IN DENMARK* 69 (3rd Rev. ed., 2012).

²⁰¹ Riis & Schovsbo, supra note 198, at 493.

²⁰² Ibid.

²⁰³ Axhamn & Guibault, supra note 174, at 31.

²⁰⁴ Swedish Supreme Court NJA 2000 p. 445. See, Marianne Levin, *Swedish IP Case Law Development in a European Context: An Overview*, in NATIONAL DEVELOPMENTS IN THE INTERSECTION OF IPR AND COMPETITION LAW: FROM MAGLITE TO PIRATE BAY 11 (Hans Henrik Lidgard ed., 2011).

中許諾制度を導入してから50年の間に、特定の分野において複数の集中管理団体が適格を認められた事例はほとんど存在していないとされている²⁰⁵。

現在、スウェーデンでは拡大集中許諾制度に関する法改正の議論がなされているが、近時公表された政府報告書においては、拡大集中許諾制度に関する一般規定である第42a条を改正し、「当該著作物の分野において権利者を最も代表する」団体に適格を認めるべきであるとの提案がなされている²⁰⁶。同報告書によれば、新たな要件を設ける趣旨は、一つの団体のみがECL契約を締結する適格を有する旨を明確にするためであるとされている²⁰⁷。

(b) 政府機関による認可

第2の要件に関して、ノルウェー、フィンランド、デンマーク、アイスランドにおいては、集中管理団体がECL契約を締結する適格を有するためには、政府機関による認可を得ることが要件とされている²⁰⁸。例えば、デンマークでは、文化大臣による認可が必要とされている。同省は、特定の分野において認可された集中管理団体が、複数の団体から構成される共同団体であるべきであるとの決定を下すことができる²⁰⁹。

他方で、スウェーデンでは、政府機関による認可は要件とされていない。

学説においては、著作権法を所管する政府機関による認可を得なければならないと定め、そのメリットとしては、政府機関による認可というプロセスを通じて、法的安定性及び予測可能性が一定程度確保されることが指摘されている²¹⁰。

²⁰⁵ Jan Rosén, *The Nordic Extended Collective Licensing Model as a Mechanism for Simplified Rights Clearance for Legitimate Online Services*, in COPYRIGHT IN A BORDERLESS ONLINE ENVIRONMENT 79 (Johan Axham ed., 2012) .

²⁰⁶ SOU 2010:24, supra note 196.

²⁰⁷ 一つの著作物の分野において適格を認められる集中管理団体を一つに限定するという制度の運用は、域内市場におけるサービスに関するEU指令 (Council Directive 2006/123 on services in the internal market, 2006 O.J. (L376) 36 (EC)) との抵触を生じさせるおそれがあるとの指摘がなされている。同指令は、サービス提供の自由についての法的・行政的障害を除去することによって、EU域内のサービス市場の自由化を図ることを目的としている。同指令第16条第1項では、加盟国は、サービス提供者が自由にサービスを提供する権利を保障しなければならないことが規定されているが、第17条第11項により、「著作権、著作隣接権…産業財産権」は第16条第1項の適用が除外されている。もっとも、集中管理団体が行う「権利の管理」が第17条第11項の例外に該当するかについては見解が分かれている。仮に集中管理団体が第17条第11項の例外に該当しないとされた場合、現在の北欧諸国の制度運用は同指令に違反するおそれが高いと指摘されている。この点について詳しくは、Riis & Schovsbo, supra note 198, at 493; Thomas Riis, *Collecting societies, competition, and the Services Directive*, 6(7) JOURNAL OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW & PRACTICE 482 (2011) を参照。

²⁰⁸ DCA 第50条第4項、FCA 第26a条第1項、ICA 第15a条。

²⁰⁹ Riis, supra note 200, at 69.

²¹⁰ Axham & Guibault, supra note 174, at 31.

②対象となる著作物・利用態様

(a) 個別規定

拡張効果を生じさせるためには、適格を有する集中管理団体と利用者の間で利用許諾契約が締結されることが必要である。当事者間で合意が得られなければ、権利者は個別に権利行使をすることになる。拡大集中許諾制度において利用可能となる著作物の範囲及び利用態様は、集中管理団体と利用者の間の合意により定められる。このように、拡大集中許諾制度を認める著作権法上の規定 (ECL 規定) は、利用者と集中管理団体との間でなされた契約の内容には影響を与えることなく、単に当該契約の効果を非構成員に拡張するという効果を定めているにすぎない。

拡大集中許諾制度において認められる拡張効果は、①国内の権利者で集中管理団体に管理を委託していない者、②外国の権利者²¹¹、③権利者が死亡し相続が完了していない場合、④集中団体に管理を委託している場合で、契約において明示的に許諾の対象とされていない利用行為に及ぶ²¹²。

拡大集中許諾制度の特徴として、当事者が契約を通じて利用の条件を定めることができるという柔軟性の高さがあげられる。当事者は、状況に応じて、ECL 契約の対象となる著作物の範囲及び利用態様を調整することができる。具体的には、当事者は、ECL 規定で認められているよりも狭い範囲で著作物の利用を認める合意をなすことができる。他方で、ECL 規定より広い範囲の利用行為について合意をなすことは可能であるが、その場合、拡張効果が生じるのはECL 規定で認められた範囲に止まる。さらに、当事者は、利用態様ごとに取扱いを違えたり、特定の著作物を除外したりすることも可能である。

北欧諸国において、拡大集中許諾制度の利用が認められる範囲は各国ごとに若干異なっている。各国に共通する規定としては、教育活動における複製、企業内複製、図書館、アーカイブ、博物館による複製及び公衆への提供、障害者のための映画及び放送の複製、放送機関における番組アーカイブの利用、番組の再放送があげられる²¹³。その他、ノルウェー及びデンマークでは、視覚障害者のための放送における著作物の固定が存在する。また、デンマークでは、公衆へ提供された美術の著作物の複製がある (ECL 制度の利用が認められる範囲に関する各国の相違点について、詳しくは図1を参照)。

²¹¹ 放送に関しては、国内の著作物の多くが集中管理団体によって管理されており、また外国の著作物についても、外国の集中管理団体との相互管理契約により多くがカバーされているため、実際に拡張効果が生じる程度は僅かであるとされている。例えば、フィンランドの集中管理団体である TEOSTO は、2004年に、放送に関する使用料の3.1%を非構成員に割り当てている。もっとも、権利者の数という観点から見た場合、放送に関する使用料の分配がなされた権利者の人数のうち非構成員が占める割合は約13% (合計48,198人の権利者のうち非構成員は6,275人) となっている (Olsson, supra note 166, at 297.)。

²¹² Riis & Schovsbo, supra note 198, at 475.

²¹³ Ole-Andreas Rongstad, *Scandinavia (Norway, Denmark and Sweden)*, in BALANCING COPYRIGHT – A SURVEY OF NATIONAL APPROACHES 853 (Reto M. Hilty & Sylvie Nérissson eds., 2012) .

なお、北欧諸国における ECL 規定のほとんどにおいて、未公表著作物は同制度の適用が除外されている。

未公表著作物の取扱いについて、学説においては、アーカイブ化を促進させるという観点からは、利用の対象を既公表著作物に限定することは望ましくないとの主張がなされている²¹⁴。文化資産のアーカイブ化を行う際には、私的な手紙や写真等の未公表著作物が対象となることが少なくないが、仮にアーカイブ化を行う機関が対象となる著作物が未公表著作物であるか否かを確認しなければならないとすれば、権利処理のコストが大きくなり、コンテンツ提供者の取引費用を削減することを目的とした集中管理制度の趣旨に反することになるというのである。もっとも、未公表著作物の利用を認める場合には、未公表著作物がデジタル化され、オンライン上で公表されることを望まない当該著作物の権利者の利益にも配慮しなければならないとしている。具体的には、権利者の利益と利用者の利益のバランスを図るためには、未公表著作物の権利者には ECL 契約からのオプトアウト権を認め、個別に排他権を行使する余地を認めるべきであるとされている²¹⁵。

(b) 一般拡大集中規定 (General ECL Provision)

伝統的に、拡大集中許諾制度は、拡張効果が生じる著作物の利用態様を具体的に特定する個別規定に基づいてきた。もっとも、技術の発展に伴い著作物の利用環境は変化しており、既存の個別 ECL 規定が対象としていない分野においても、大量の著作物の権利処理が必要となる場面が増えている²¹⁶。デンマークでは、図書館、博物館、公共放送局（デンマーク放送協会等）のアーカイブに所蔵されている文化資産のデジタル化を可能とするために、権利者不明著作物の権利処理を円滑化することが求められていた²¹⁷。ところが、これらの新たな分野に拡大集中許諾制度の適用を拡大するためには、その都度立法を行わなければならないという問題が存在していた。

そこで、2008 年にデンマークは、拡張効果の適用が認められる範囲を事前に特定しない一般 ECL 規定を導入した（第 50 条第 2 項）。

「拡大集中許諾は、特定の分野において、デンマーク国内で利用される特定の種類の著作物の権利者の大多数を代表する団体の間で、当該著作物の利用に関して合意をした利用者によって利用することが認められる。ただし、権利者がいずれかの当事者に対して著作物の利用を禁止したときは、拡大集中許諾は認められない。」

現時点で、一般 ECL 規定を導入している国はデンマークのみであるが、後述するように、スウェーデンも一般 ECL 規定の導入を検討している。一般 ECL 規定は、既存の個別 ECL

規定の受皿として機能する。すなわち、集中管理団体と利用者が締結した契約で許諾されている利用行為が個別 ECL 規定の対象に含まれていないとしても、当該利用行為に拡張効果が認められることになる。もっとも、一般 ECL 規定の適用が認められるのは、契約で明示された「特定の分野」における著作物の利用に限定される。

このように、一般 ECL 規定の導入により、拡大集中許諾制度の適用範囲は大幅に拡張され、集中管理団体と利用者が自主的に交渉を行う余地が広げられるようになった。前述したように、デンマークでは、ECL 契約を締結する適格を有するために集中管理団体は政府による認可を受けなければならないとされており、認可制度を通じて政府による監督がなされていると考えられている²¹⁸。学説においては、一般 ECL 規定は、補助的な性格を有しているにすぎないのであるから、同規定の適用が認められるのは、権利者から個別に許諾を得ることが困難である場合に限られるべきであるとの指摘がなされている²¹⁹。具体的には、第 1 に、大量の著作物が利用される場合、第 2 に、非構成員の権利処理に関して取引費用が高くなるため、個別又は集中管理団体による許諾が不可能である場合に一般 ECL 規定の適用を認めるべきであるとしている²²⁰。

なお、デンマークにおいて、一般 ECL 規定に基づく許諾契約が締結された例は、現在までに 15 件存在する²²¹。これには、コペンハーゲン大学により提供されている Old Nordic Prose に関するオンライン辞典 (a Dictionary of Old Norse Prose online)²²²や、放送機関による番組のタイムシフト視聴を可能とするサービスの提供が含まれている²²³。

²¹⁸ Jan Rosén, *The Nordic Extended Collective Licensing Model as a Mechanism for Simplified Rights Clearance for Legitimate Online Services*, in COPYRIGHT IN A BORDERLESS ONLINE ENVIRONMENT 82 (Johan Axhamn ed., 2012).

²¹⁹ Axhamn & Guibault, *supra* note 174, at 34.

²²⁰ Ibid.

²²¹ Ministry of Culture Denmark, <<http://kum.dk/kulturpolitik/ophavsret/godkendelser>>.

²²² Old Norse Prose online, <http://www.onp.hum.ku.dk/index_e.html>.

²²³ 補助的な有線放送に関する権利処理を円滑化するために、集中管理団体と多数の有線放送事業者との間で ECL 契約が締結された。これにより、視聴者は、当該番組の放送時間中であれば、自由に番組の停止及び再生を行うことが可能となった。従前は、有線放送に関する ECL 規定 (DCA 第 35 条) では、同時有線放送のみが対象となっており、補助的な有線放送は対象となっていなかった (Riis & Schovsbo, *supra* note 198, at 477.)。

²¹⁴ Axhamn & Guibault, *supra* note 174, at 31.

²¹⁵ Ibid.

²¹⁶ Olsson, *supra* note 166, at 303.

²¹⁷ Riis & Schovsbo, *supra* note 198, at 475.

【図1 北欧諸国における拡大集中許諾制度の概要】

政府認可の要否	利用態様 (括弧内の数字は条文番号)	未公表著作 物への適用	調停・仲裁制 度の利用	オプトアウト 権の有無
デンマーク	教育機関における複製 (映画の著作物、コンピュータ・プログラムを除く) (13)	×	調停	×
	公の機関・企業・他の組織による内部利用を目的とした複製 (14)	×	調停	×
	図書館によるデジタル複製 (16b)	×	調停	×
	視覚障害者のための放送の録音録画 (17第4項)	×	調停	×
	美術の著作物の複製 (24a)	×	調停	×
	一次放送 (30)	×	調停+仲裁	○
	放送機関のアーカイブに保存されたテレビ番組の利用 (30a)	×	仲裁	○
	有線再放送 (35)	×	調停	×
	一般規定 (50第2項)	○	仲裁	○
フィンランド	写真複製一般 (13)	×	仲裁	×
	公の機関・企業・他の組織による内部利用を目的とした複製 (13a)	×	—	○
	教育及び科学研究のための利用 (14)	×	仲裁	○
	アーカイブ、図書館、博物館による特定の利用 (16d)	○	—	○
	美術の著作物 (25a)	×	—	○
	一次放送 (25f)	○	—	○
	放送機関のアーカイブに保存されたテレビ番組の利用 (25g)	×	—	○
アイスランド	有線再放送 (25h)	×	仲裁	×
	業としての複製 (15a)	×	仲裁	○
	放送における著作物の一部の利用 (23)	×	—	○
	放送の有線再放送 (23a)	×	仲裁	×
	テレビ番組における美術の著作物の写真の放送 (25)	×	仲裁	○
	実演に関する有線再放送 (45a)	×	仲裁	×

ノルウェー	○	教育目的の利用 (13b)	×	調停	×
		公の機関・企業・他の組織による内部利用を目的とした複製 (14)	×	調停	×
		アーカイブ、図書館、博物館における利用 (16a)	×	調停	×
		障害者のための特定の形式での複製 (17b)	×	調停	×
		一次放送 (30)	×	調停	○
		放送機関のアーカイブに保存されたテレビ番組の利用 (32)	×	調停	○
スウェーデン	×	番組の有線再放送 (34)	×	調停+仲裁	×
		公の機関・企業・他の組織による内部利用を目的とした複製 (42b)	×	調停	○
		教育機関における複製 (42c)	×	調停	○
		アーカイブ及び図書館に所蔵された著作物の特定の形式の公開 (42d)	○	調停	○
		一次放送 (42e)	×	調停	○
		ラジオ、テレビ番組に含まれる著作物の再送信 (42f)	×	調停	×

(3) ECL 契約の締結を促進するための制度—調停・仲裁—

拡大集中許諾制度は、集中管理団体と利用者間で利用許諾契約が締結され、集中管理に関する市場がうまく機能していることを前提とするものである。北欧諸国の多くでは、公益の理由から、調停や仲裁を通じて、利用許諾契約の締結を促進するための制度が設けられている²²⁴。拡大集中許諾制度の枠組みについて各国法は共通しているが、ECL 契約の交渉に対する行政による関与の在り方については比較的点が多い²²⁵。

まず、調停及び仲裁の制度を有している国として、デンマークがある²²⁶。デンマーク著作権法では、多くの ECL 規定において²²⁷、ECL 契約を締結するための交渉が不調に終わった場合に、当事者は調停を申し立てることができる (DCA 第 52 条)。調停制度の利用が認められるのは、ECL 契約に関する交渉において、一方の当事者が交渉を決裂させた場合、

²²⁴ Axhamn & Guibault, supra note 174, at 38.

²²⁵ Jan Rosén, *Administrative Institutions in Copyright: Notes on the Nordic Countries*, in *INTELLECTUAL PROPERTY: SCANDINAVIAN STUDIES IN LAW* Vol. 42 165, 168 (Peter Wahlgren ed., 2002).

²²⁶ Riis, supra note 200, at 69.

²²⁷ DCA 第 13 条, 第 14 条, 第 16b 条, 第 17 条, 第 24a 条, 第 30 条。

交渉の要求を拒否した場合、交渉がまとまる可能性が低い場合である（同第2項）。調停の申立ては、文化省に対してなされ（同第2項）、同省が調停人を指定する（同第3項）。調停手続は、当事者により解決方法の提案がなされた場合にはそれに基づいてなされるが、調停人が解決方法を提案することもできる（同第4項）。

もっとも、調停制度は、調停人が当事者間の契約を決定する権限を有していないこともあり、同制度が実際に利用されたのは、1995年の制度導入以来一度だけであるとされている²²⁸。この問題を解決するために、2008年改正において、仲裁制度が導入された²²⁹（第47条）。仲裁に関する規定は、放送機関におけるアーカイブ（第30a条）、障害者のための特定の種類の著作物の利用（第17条）、一般ECL規定（第50条）を除くECL規定に適用される。適格を有する集中管理団体によって提示された許諾の条件の合理性に関して争いが生じた場合には、当事者は著作権ライセンス審判所（Copyright License Tribunal²³⁰）に紛争の解決を求めることができる。仲裁の決定は、行政上の拘束力を有しており（同第2項）、また、裁判所への上訴が認められている。

フィンランドでは、仲裁制度の利用が認められているが、その対象は、写真複製（FCA第13条）、教育及び科学研究のための利用（第14条）、有線再放送（第25h条）に限定されている。仲裁の規定によれば、利用者と集中管理団体との間で許諾の条件について合意を得ることができない場合、特別の著作権仲裁手続に解決を委ねることができる（第54条）。各当事者が仲裁人を一人ずつ指名し、指名された仲裁人が第三者の仲裁人をチェアーとして迎えることになる²³¹。

その他の国においては、主に調停制度の利用が認められている。

スウェーデンでは、一次放送を除く全てのECL規定について、調停に関する特別法²³²が適用される²³³。調停が失敗に終わった場合には、調停人は仲裁手続による解決を提案することができる。もっとも、当事者が仲裁手続に従うことは義務とはされていない。

スウェーデンにおいて、仲裁又はそれに類似する強制的な制度の利用が認められていない背景には、契約自由の原則を制限する義務的な制度を導入することに対する政治的な反対が強いからであるとされている²³⁴。また、拡大集中許諾制度を義務的な制度へと変容さ

せることで、権利者の交渉力がそがれてしまうと懸念されたことも、仲裁制度の導入が見送られた要因になったとされている²³⁵。

ノルウェーでは、有線再放送を除く全てのECL規定において、調停制度の利用が認められている²³⁶。調停は国王により決定された規則に基づいて行われる（NCA第38条第1段落）。当事者が合意した場合には、調停人は、許諾契約の条件について拘束力を伴う決定を行うことができる（NCA第38条第1段落及び35条第1段落）。

アイスランドでは、ECL契約に関する交渉がまとまらない場合、著作権審議会（Copyright Council）が指名した5名の中から、教育・科学・文化省が指名する3名の委員によって構成される審議会を通じて、紛争の解決が図られる。同審議会の意見は、行政上の拘束力を有する（ICA第57条）。

学説においては、権利者及び集中管理団体が利用許諾を拒否することを認めない義務的な仲裁制度は、ECL制度を強制許諾制度に近づけることになり、結果的に権利者に不利に働くことになるとの指摘がなされている²³⁷。したがって、仲裁制度の利用は、著作物の利用を認める公益性が高い場合に限られるべきであるとされている。他方で、調停制度は、ECL契約の締結を促進させるものとして機能し得るため、図書館によるアーカイブ化等を促進させるという観点からは、調停制度が積極的に活用されることが望ましいとされている²³⁸。

（4）非構成員の利益を保護するための制度

利用者と集中管理団体の間でECL契約が締結されると、当該契約の範囲に含まれる非構成員の著作物は、権利者の許諾を得ることなく利用することが認められる。このような性質を有する拡大集中許諾制度においては、非構成員である権利者に対する何らかのセーフガードが存在しないのであれば、権利者の排他権に対する影響は大きくなるおそれがある²³⁹。そこで、拡大集中許諾制度においては、非構成員の利益を保護するために、①使用料の分配等の待遇に関する平等原則、②集中管理団体に対する個別の使用料請求権、③拡大集中許諾制度から離脱（オプトアウト）する権利が認められている。

²²⁸ Axhamn & Guibault, supra note 174, at 40.

²²⁹ Olsson, supra note 166, at 295.

²³⁰ 著作権ライセンス審判所は、最高裁判所の裁判官から任命される委員長、及び、文化省によって指定される2名の委員によって構成される（第47条第1項）。

²³¹ Axhamn & Guibault, supra note 174, at 40.

²³² Swedish Act on mediation in certain copyright disputes (1980:612)。

²³³ 有線再放送に関するECL規定に関しては、調停に関する特別規定が設けられており、それによれば、調停人により提示された提案に対して、当事者が3か月以内に反対の意思表示を行わなければ、当該提案は当事者を拘束するとされている。この規定は、EU衛星及びケーブルに関する指令第11条第3項の義務を履行するために導入された。See, Olsson, supra note 166, at 295.

²³⁴ Axhamn & Guibault, supra note 174, at 39. この点について、Engelbrektも、スウェーデンでは、労働法の分野における集合的な合意と交渉に関するソフト・コーポラティズムのモデルが、著作権管理団体の機能とその位置づけに影響を及ぼしているため、政府機関、準政府機関のいずれも出現しておらず、ユーザーは類似の制度に（間接的に）付託されるか、団体に所属していない場合には、通常の裁判所に付託

されることを指摘している（Antonina Bakardjieva ENGELBREKT（田村善之訳）「制度的観点から見た著作権：アクター・利益・利害関係と参加のロジック（2・完）」知的財産法政策学研究23号29頁、52頁（2009年））。

²³⁵ Ibid.

²³⁶ NCA第13b条、第14条、第16a条、第17b条、第30条、第32条。例外として、有線再放送については、仲裁に関する特別規定が適用される（同第35条及び第36条）。See, Karnel, supra note 167, at 407; Axhamn & Guibault, supra note 174, at 41.

²³⁷ Axhamn & Guibault, supra note 174, at 59.

²³⁸ Ibid.

²³⁹ Ringnald, supra note 192.

①非構成員の待遇に関する平等原則

ECL 規定により生じる拡張効果には、非構成員の著作物が利用される場合の使用条件や使用料額も含まれる。すなわち、集中管理団体と利用者の間で合意された使用料の分配に関する条件は、自動的に非構成員に対しても適用されることになる。各国の ECL 規定では、非構成員は、使用料額に関して、当該集中管理団体の構成員である権利者と同等な取扱いを受けると定められている²⁴⁰。多くの場合、構成員と同等な待遇を受けることは、非構成員にとって有利に働くと考えられている。交渉力に劣る個々の非構成員は、著作物の利用者と個別に交渉を行い、より高い使用料の支払を受けることが難しいと考えられるからである²⁴¹。

集中管理団体と利用者の間で締結された契約に個別の権利者への使用料の分配に関する条項が含まれている場合には、それに基づいて分配が行われる。他方で、分配に関する条項が存在しない場合には、使用料の分配は、集中管理団体の内部規則に基づいて使用料の分配が行われることになる²⁴²。北欧諸国では、集中管理団体が、利用者から徴収した使用料の一部を構成員に個別に分配するのではなく、年金や奨学金、教育活動など構成員全体のために使用することも少なくないと考えられている²⁴³。そのため、各国の ECL 規定では、非構成員は、個別に支払われる使用料に関してのみならず、利用者から徴収した使用料から支出され構成員に与えられるその他の便益に関しても、構成員と同等な待遇を受けることが保障されている²⁴⁴。

制度上、利用者から徴収した使用料を構成員及び非構成員に分配し、両者に平等な待遇を保障するのは、集中管理団体の責任である²⁴⁵。しかしながら、実際には、ECL 契約の下で著作物が利用される非構成員のすべてが、構成員と同様に使用料の支払を受けることができるわけではないとされている²⁴⁶。

非構成員に対して使用料の分配がなされるのは、当該非構成員の著作物が ECL 契約の対象に含まれる場合で、かつ、当該利用の事実が集中管理団体に報告され、使用料の徴収がなされた場合に限られる²⁴⁷。利用された著作物の権利者の所在が利用者又は集中管理団体にとって不明である場合には、当該著作物が利用された事実が報告される可能性は低い。そのような事実の報告がなされない場合に、非構成員自身が利用の事実を証明することは

事実上不可能であるとされている²⁴⁸。この場合、集中管理団体は、利用者から報告された利用実績又は統計調査に基づいて使用料の分配を行うことがある²⁴⁹。

平等原則との関係で特に問題となるのは、外国の非構成員の取扱いである。外国の権利者が非構成員に該当することは少なくないため、集中管理団体から分配される使用料について、外国の非構成員に構成員と同等な待遇を保障することは、ベルヌ条約第5条第2項の内国民待遇義務及び国籍に基づく直接的又は間接的な差別を禁止する EU 機能条約 18 条の義務を遵守することにつながると考えられている²⁵⁰。

しかし、実際には、ECL 契約の下で自らの著作物が利用された場合であっても、外国の非構成員が使用料を受け取ることができる可能性は低いとされている。外国の著作権者に使用料の分配がなされるのは、ECL 契約の当事者である集中管理団体と外国の集中管理団体が相互管理契約を結んでいる場合に限られる場合が多いからである²⁵¹。例えば、スウェーデンの複写権管理機構 Bonus Presskopia では、外国の著作物の複写について徴収された使用料は、相互契約を結んでいる外国の集中管理団体を通じてのみ分配される²⁵²。相互契約を結んでいない国の著作物に関する使用料は、契約が結ばれるまでの間、独立した銀行口座に保管される²⁵³。

次に、利用者から徴収された使用料の一部が、構成員全体の利益のために集積的に使用される場合に、外国の非構成員が便益を得ることができないという問題がある²⁵⁴。特に、権利者不明著作物については、所在不明の著作権者に対して分配されるはずであった使用料が、集中管理団体にとどめられ、最終的に構成員全体のために使用されることが少なくないと考えられている²⁵⁵。例えば、構成員全体のために文化振興事業が行われる場合、その資金は国内及び外国の権利者のために集められた使用料によって構成されているにも関わらず、当該事業の受益者は通常国内の権利者（主に構成員）に限られ、外国の権利者は利益

²⁴⁰ DCA 第 51 条第 1 段落、NCA 第 37 条第 1 段落、FCA 第 26 条第 4 段落、SCA 第 42a 条第 3 段落。

²⁴¹ Axhamn & Guibault, *supra* note 174, at 35.

²⁴² Ibid.

²⁴³ Riis & Schovsbo, *supra* note 198, at 491; Gervais, *supra* note 168, at 19.

²⁴⁴ Axhamn & Guibault, *supra* note 174, at 35.

²⁴⁵ Olsson, *supra* note 166, at 294; Ringnald, *supra* note 192.

²⁴⁶ スウェーデン政府が行った報告書において使用料の分配の問題が検討されたが、結果的に、現行の ECL 制度の下でも、非構成員を含む権利者に対して使用料の分配が適切になされているため、この点に関する法改正の必要はないと結論づけられた (SOU 2010:24, *supra* note 196.)。

²⁴⁷ Olli Vilanka, *Rough Justice or Zero Tolerance? – Reassessing the Nature of Copyright in Light of Collective Licensing (Part I)*, in IN SEARCH OF NEW IP REGIMES 149 (Niklas Bruun ed., 2010) .

²⁴⁸ Ibid.

²⁴⁹ 著作物の分野によっては、詳細な管理システムが確立されている。例えば、フィンランドでは、音楽の著作物に関して、主要な放送機関は利用した著作物の内訳について詳細な報告を集中管理団体に対して行っている。著作物の利用の事実が報告された場合には、集中管理団体は当該著作物の権利者に対して使用料の分配を行うことになっている。他方、利用者の数が少ない分野については、集中管理団体は、サンプリング調査に基づいて使用料の分配を行っている (Ibid.)。

²⁵⁰ Riis & Schovsbo, *supra* note 198, at 492; Axhamn & Guibault, *supra* note 174, at 35.

²⁵¹ Riis & Schovsbo, *supra* note 198, at 491.

²⁵² Bonus Presskopia, *Distribution of Remuneration*, <<http://www.bonuspresskopia.se/pages/Distribution?lang=en>>.

²⁵³ 同団体においては、外国の著作物の利用について徴収された使用料のうち、約 80% が実際に外国の権利者に分配されている。他方、使用料の約 20% は、相互管理契約が結ばれていないため、銀行口座に保管されている。残りの約 0.7% は、権利者の所在が不明等の理由で分配が行われていない (Ibid.)。

²⁵⁴ Riis & Schovsbo, *supra* note 198, at 491. See also, Vilanka, *supra* note 247, at 149.

²⁵⁵ Riis & Schovsbo, *supra* note 198, at 491.

を受けること難しい。そのため、外国の権利者よりも国内の権利者の方が優遇されているとの問題点が指摘されている²⁵⁶。

論者の中には、外国の非構成員に対して国内の構成員と平等な待遇が保障されない場合には、ベルヌ条約や TRIPs 協定における内国民待遇原則に違反するおそれがあると指摘する者がある²⁵⁷。また、EU 機能条約第 18 条は、国籍に基づく直接的又は間接的な差別を禁止している。欧州司法裁判所は、著作権関連の事件において差別禁止原則を厳格に適用しており、仮に事件が付託されれば、同裁判所は使用料の分配に関する集中管理団体の慣行が同条に違反すると判断する可能性があるとの指摘がなされている²⁵⁸。

②非構成員による個別の使用料請求権

ECL 契約において合意された使用料額、あるいは、集中管理団体の内部規定に基づく使用料の分配方法に満足しない非構成員は、集中管理団体に対して、当該契約に基づく著作物の利用について個別に使用料を請求することができる²⁵⁹。例えば、集中管理団体が、構成員に対して使用料を個別に分配せずに、構成員全体のために使用すると決定した場合でも、非構成員は個別に使用料を請求することができる²⁶⁰。非構成員による個別の使用料請求権は、集中管理団体に対してのみ行使することが可能であり、利用者に対して直接使用料を請求することは認められていない。また、非構成員の使用料請求権は、著作物の利用がなされた時から 3 年以内に行使されなければならない²⁶¹。さらに、個別の使用料を請求する際に、非構成員は自らの著作物が利用された事実及びその程度を証明しなければならない。

論者の中には、個別の使用料請求権が認められるという点で、非構成員は構成員よりも有利な立場に置かれていると説くものがある²⁶²。また、個別の使用料請求権を認めることは、非構成員である外国の著作権者の利益を保護することにつながるため、拡大集中許諾制度と国際条約上の義務との整合性を確保することに資するとの指摘もなされている²⁶³。

しかしながら、実際には、非構成員が自身の著作物が利用されている事実を証明することは困難であるとされている。Olli Vilanka（ハンケン経済大学研究員）が行った調査によ

れば、フィンランドの集中管理団体 KOPIOSTO は、2005 年に、写真複製、テレビ放送等の利用に関して年間約 2,400 万ユーロの使用料を徴収しているが、そのうち非構成員に分配された使用料の額は 5,000～10,000 ユーロにすぎないとされている²⁶⁴。Vilanka 氏は、集中管理団体が徴収した使用料の総額に占める非構成員への分配額は極めて僅かであり、非構成員に認められる使用料請求権は、事実上「空文化」していると結論づけている²⁶⁵。非構成員による個別の使用料請求がなされない理由としては、集中管理団体及び利用者には個々の著作物の利用状況を記録することが条文中義務付けられておらず、また、大量の著作物が利用される場合には、利用する著作物を逐一記録し、報告することが困難であることが指摘されている²⁶⁶。なお、非構成員が自らの著作物が利用された事実及びその程度を証明することができない場合には、集中管理団体が使用料の分配の基礎とするために行っているサンプル統計調査に基づいて、個別の報酬請求を行うことも可能であるとされている²⁶⁷。

外国の非構成員の場合、自らの著作物が ECL 契約の下で利用されているという事実を把握することは国内の権利者以上に困難である。そのため、外国の非構成員が、個別の使用料請求を行うことは、国内の権利者以上に困難になる。Riis & Schovsbo（共にコペンハーゲン大学法学部教授）は、拡大集中許諾制度は、外国の権利者に関して潜在的な問題を生じさせているため、同制度が非構成員である権利者にとって望ましいものであると簡単に結論づけることはできないと指摘している²⁶⁸。その上で、拡大集中許諾制度を設計する際には、非構成員である権利者が、使用料の配分及びその他の待遇について、構成員と平等な待遇を得られるように、非構成員の利益に対して特別の配慮がなされるべきであると主張している²⁶⁹。

③非構成員と集中管理団体との間で使用料額について合意が得られない場合の決定方法

使用料額の算定について非構成員と集中管理団体の間で合意が得られない場合、デンマークでは、当事者は著作権ライセンス審判所に申立てを行うことができる²⁷⁰。ノルウェーでは、有線再放送に関してのみ、仲裁手続を通じて使用料額を決定することが認められている。他方で、スウェーデン及びフィンランドでは、使用料額について合意が得られない場合の決定方法について、特別の規定は設けられていない。

²⁶⁴ Vilanka, supra note 247, at 150.

²⁶⁵ Ibid.

²⁶⁶ Axhamn & Guibault, supra note 174, at 36.

²⁶⁷ Ibid.

²⁶⁸ Riis & Schovsbo, supra note 198, at 491.

²⁶⁹ Ibid.

²⁷⁰ DCA 第 47 条。もっとも、著作権法及び著作権ライセンス審判所に適用される規則には、使用料額の算定方法に関する規定が存在しないため、非構成員への使用料の支払が適切になされないおそれがあるとの指摘がなされている（Riis & Schovsbo, supra note 198, at 492.）。

学説においては、非構成員と集中管理団体の間で使用料額について合意が得られない場合に、非構成員に仲裁制度の利用を認めることは望ましいとの指摘がなされている²⁷¹。非構成員が使用料額について仲裁制度を通じて申立てを行えるのであれば、集中管理団体は非構成員の利益と相反する条件で許諾を認めることに消極的になるため、ECL 契約における使用料額に非構成員の利益が反映されやすくなるというのである。

④非構成員による拡大集中許諾からの離脱（オプトアウト）

集中管理団体の非構成員の利益を保護することを目的として、非構成員には ECL 契約から離脱（オプトアウト）する権利が認められる場合がある²⁷²。非構成員は、ECL 契約の下で行われる著作物の利用を禁止することで、当該著作物の利用を禁じる、あるいは、利用者に対して個別に使用許諾契約を締結するように促すことが可能となる。北欧諸国の ECL 規定において、全ての場合に権利者によるオプトアウトが認められている訳ではない。また、オプトアウトが認められる範囲については、各国法の間の相違点は比較的大きくなっている²⁷³。

権利者によるオプトアウト権を最も広く認めているのは、スウェーデンである。スウェーデンでは、有線再放送を除き、全ての ECL 規定においてオプトアウトの権利が認められている。なお、有線再放送に関しては、EU 衛星及びケーブルに関する指令第 8 条第 1 項において、権利者は集中管理団体を通じて権利行使をすることが義務づけられているため、北欧諸国の全てで、権利者によるオプトアウトは認められていない。

スウェーデンとは対照的に、ノルウェーでは、一次放送及び放送機関におけるアーカイブの利用を除くほとんどの ECL 規定において、非構成員によるオプトアウト権は認められていない。

両者の中間に属するのが、フィンランドとデンマークである。フィンランドでは、教育目的の複製複製及び有線再放送を除く全ての ECL 規定でオプトアウト権が認められている。

デンマークでは、おおむね半分の ECL 規定において、オプトアウト権が認められている。新設された一般 ECL 規定（第 50 条第 2 項）に関しては、集中管理団体に加えて、ECL 契約の当事者（利用者）に対してオプトアウト権を行使することが認められている。

一部の学説には、非構成員に拡大集中許諾制度からオプトアウトする権利を認めることは、同制度における不可欠な要素であると指摘するものがあるが²⁷⁴、実際には、非構成員

によるオプトアウトを認めていない ECL 規定も多数存在している²⁷⁵。非構成員によるオプトアウトが認められない場合、拡大集中許諾制度を通じて自らの著作物が使用されることに満足しない非構成員は、著作権ライセンス審判所等の機関に対して、個別に計算された使用料の支払を求める旨の申立てをすることができるにとどまる。したがって、非構成員にオプトアウト権を認めることが、拡大集中許諾制度に必要な不可欠な要素であるとは言うことはできないとの指摘がなされている。非構成員によるオプトアウトが認められていない場合における拡大集中許諾制度は、強制的な集中管理制度に類似し、個別の排他権の行使に基づく著作権制度を報酬請求権に基づく制度へと変容させているとの指摘がなされている²⁷⁶。

以上のように、非構成員によるオプトアウトは制度として認められているものの、実際に、オプトアウトの権利が行使されることはまれであるとされている。非構成員によるオプトアウト権の行使に関するデータが公表されている例は少ないが、例えば、フィンランドにおいて、1980 年から 1990 年の間に、音楽の著作物のラジオ及びテレビ放送に関して実際にオプトアウト権を行使した権利者は、約 10 名であるとされている²⁷⁷。制度的に認めているにもかかわらず権利者によるオプトアウトがなされない理由としては、ECL 契約の下で自身の著作物が利用されていること、又は、オプトアウト権の存在を非構成員が知らなかった可能性があるとの指摘がなされている²⁷⁸。

学説において、Vilanka 氏は、オプトアウトの権利は、事実上空文化しており、一部の論者が指摘するような、権利者に対してオプトアウト権が認められているために、個々の権利者は排他権を行使する余地が残されているという説明を受け入れることはできないと述べている²⁷⁹。

また、Axhamn & Guibault（ストックホルム大学法学部博士課程及びアムステルダム大学法学部情報法研究所准教授）は、ECL 規定においてオプトアウト権を否定する根拠が認められるのは、有線再放送の場合のように、ホールド・アップ問題が生じるおそれがある場合に限られると指摘する²⁸⁰。その上で、図書館等による所蔵資料のアーカイブ化につい

²⁷¹ Axhamn & Guibault, *supra* note 174, at 59.

²⁷² 「veto right」と呼ばれることもある (Olsson, *supra* note 166, at 294.)。

²⁷³ Axhamn & Guibault, *supra* note 174, at 37.

²⁷⁴ Verronen, *supra* note 262, at 1158. このような説明がなされるのは、恐らく、初期の一次放送に関する ECL 規定において非構成員にオプトアウト権が認められていたからであると考えられる。

²⁷⁵ 例えば、フィンランドでは、複製複製及び有線再放送に関して、非構成員によるオプトアウトが認められていない (FCA 第 13 条及び第 25h 条)。フィンランド政府が複製複製に関してオプトアウト権を否定した理由は、利用の形態が単一的であり、権利者の利益に対する影響が限定的であることである。また、同政府は、有線再放送にオプトアウト権が存在しない理由について、仮にオプトアウトを認めると、一人の権利者が放送全体を差し止めることが可能になってしまい、その結果、情報へのアクセス及び他の権利者の利益が害されるからであるとしている。Vilanka によれば、ここでは、情報へのアクセスという公益及び他の権利者が著作物の利用を許諾する機会を確保するという観点が、個々の権利者に排他権の行使を認めるよりも優先されるべきであるという政策的な判断がなされたことになる (Vilanka, *supra* note 247, at 152.)。

²⁷⁶ Ibid., at 160; Felix Trumpke, *The Extended Collective License – A Matter of Exclusivity?*, 2012(3) NORDIC INTELLECTUAL PROPERTY LAW REVIEW 264, 276 (2012)。

²⁷⁷ Vilanka, *supra* note 247, at 152-153.

²⁷⁸ Trumpke, *supra* note 276, at 280.

²⁷⁹ Vilanka, *supra* note 247, at 153 n.93.

²⁸⁰ Axhamn & Guibault, *supra* note 174, at 59.

ては、非構成員によるオプトアウトを認める必要性は低いとしている。さらに、権利者にオプトアウト権を認めることは、拡大集中許諾制度と国際条約上の義務（無方式主義²⁸¹及び3 step test²⁸²）との整合性を確保する上で重要となるとの指摘もなされている。

⑤ 拡大集中許諾契約に関する公示の在り方

北欧諸国の著作権法では、集中管理団体に対して、ECL 契約の内容を公表することや、外国の権利者に対して ECL 契約の存在を通知することを義務付ける規定は存在していない。ただし、ECL 契約に関する情報は、相互管理契約を通じて、外国の集中管理団体に通知される可能性がある²⁸³。また、近時は、集中管理団体が自主的に ECL 契約の内容をウェブサイト上で公表することも少なくない²⁸⁴。現在、スウェーデンでは、集中管理団体に ECL 契約の内容を公表することを義務づけることにより、非構成員が自身の著作物が利用されていることを把握し、使用料請求を行う機会を保障するための法改正が提案されている²⁸⁵。

(5) 拡大集中許諾制度の実施状況

北欧諸国において、拡大集中許諾制度は様々な分野で活用されている。以下では、同制度の実施例の中で代表的な事例を2件紹介する。

① ノルウェー国立図書館による所蔵資料のオンライン公開

2009年に、ノルウェーの複写権管理団体 KOPINOR とノルウェー国立図書館との間で、デジタルでの書籍の利用を可能とするためのプロジェクト「Bokhylla.no (Bookshelf)」について合意が締結された²⁸⁶。当初実験的に開始された同プロジェクトは、1790年代、1890

年代、1990年代の資料をデジタル化し、インターネット上で公開とするものであった。対象となる資料のうち、約50,000点の資料（1990年代の資料及び1890年代の資料の一部）は、依然として著作権の保護期間が存続していた。公開された所蔵資料は、ノルウェーのIPアドレスを有するユーザーであればインターネットを通じて無償でアクセスすることが可能である。ただし、印刷及びファイルのダウンロードを行うことはできない。同プロジェクトにおける著作権の権利処理には、拡大集中許諾制度が活用されている。2012年までの契約によれば、国立図書館は、所蔵資料をインターネット上で公開するために、1ページあたり0.56クローネ（約0.067ユーロ）をKOPINORに支払うことになっていた。50,000点の資料をインターネット上で公開するために、2012年までに支払われた金額の合計は約65万ノルウェークローネに上るとされている。

2012年8月28日、国立図書館とKOPINORは、Bookshelfプロジェクトを継続発展させるための新たな契約を締結した²⁸⁷。同契約では、2017年に同サービスが完成するまでに、20世紀（2000年を含む）の所蔵資料250,000点がインターネットを通じてアクセス可能となる予定である²⁸⁸。2012年秋の段階で、既に60,000点の資料が公開されている。同プロジェクトに関する契約では、権利者の要請により、著作物を公開の対象から除外することを認めている（同第7条）。なお、新たな契約では、2013年以降に国立図書館が支払う使用料が、1ページあたり0.36ノルウェークローネに減額されている。

② フィンランドにおける学術論文の配信

1999年、フィンランド国立図書館と同国の集中管理団体 KOPIOSTO は共同で、フィンランドの学術雑誌に公表された科学論文をインターネット上で公開にするための実験的なプロジェクト（「ELEKTRA」²⁸⁹）を開始した。このプロジェクトでは、収録される論文の著作権者から個別に許諾を得ることを原則としているが、ECL 契約がセーフティーネットとして機能しているとされている²⁹⁰。現在、データベースには、40を超える学術雑誌から約26,000点の論文（著者数は5,000人を超える）が主にPDF形式で収録されている²⁹¹。文献は、コンピュータ画面上で閲覧できる他、印刷することも認められている。文献を全文利用することができるのは、使用料の支払を行った機関に限定されている。現在、同サ

²⁸¹ ベルヌ条約第5条第2項は、「…権利の享有及び行使には、いかなる方式の履行をも要しない。」と規定する。拡大集中許諾制度と無方式主義の関係については、STEF VAN GOMPEL, FORMALITIES IN COPYRIGHT LAW: AN ANALYSIS OF THEIR HISTORY, RATIONALES AND POSSIBLE FUTURE 209 (2011); Riis & Schovsbo, supra note 198, at 483; Daniel Gervais, *Collective Management of Copyright: Theory and Practice in the Digital Age*, in in COLLECTIVE MANAGEMENT OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS 24-27 (Daniel Gervais ed., 2d ed., 2010) を参照。

²⁸² ベルヌ条約第9条第2項及びTRIPS協定第13条。拡大集中許諾制度と3 step testの関係については、Riis & Schovsbo, supra note 198, at 484-490; Axhamn & Guibault, supra note 174, at 47-52; Paul Torremans et al., *Orphan works: compatibility of the draft Directive with the international norms* (2012), <http://kluwercopyrightblog.com/files/2012/06/Orphan_works_opinion_final.pdf>を参照。

²⁸³ Trumpke, supra note 276, at 279 n.104.

²⁸⁴ E.g., Bonus Presskopia, *Translated documents*,

<<http://www.bonuspresskopia.se/pages/TranslatedDocuments?lang=en>>.

²⁸⁵ SOU 2010:24, supra note 196. See, Axhamn & Guibault, supra note 174, at 37.

²⁸⁶ Tarja Koskinen-Olsson, *Digital Libraries: collective administration for online libraries – a rights holders' dream or an outdated illusion?*, in GLOBAL COPYRIGHT 262 (Lionel Bently et al. eds., 2010).

²⁸⁷ 同契約書は、KOPINOR のウェブサイト上で公開されている

<http://www.kopinor.no/en/agreements/national_library/documents/bookshelf/contract>.

²⁸⁸ KOPINOR, *Online access to Norwegian literature from the entire 20th century*,

<<http://www.kopinor.no/en/about-kopinor/news/online-access-to-all-norwegian-literature-from-the-20th-century>>.

²⁸⁹ Elektra, <<http://elektra.helsinki.fi/english.html>>.

²⁹⁰ Olsson, supra note 286, at 262.

²⁹¹ International Federation of Reproduction Rights Organisations, *PRO Members, KOPIOSTO*, <<http://www.ifrro.org/node/730>>.

ービスは、フィンランドの全ての公立図書館及び技術専門学校、大多数の大学において利用されている²⁹²。

(6) 拡大集中許諾制度に対する学説の評価

① 拡大集中許諾制度の利点

第1に、拡大集中許諾制度は、権利者不明著作物の問題を解決するだけではなく、大量の著作物の権利処理を行う際に取引費用が多くなる問題をも解決するという、射程の広さを有している²⁹³。図書館、放送機関などがデジタルアーカイブ構築を行う際に障害となるのは、権利者不明著作物の権利処理問題だけではなく、大量の著作物の権利処理を行う際に多大な人的及び経済的費用がかかるということである。2012年に採択されたEU孤児著作物指令²⁹⁴や我が国の裁定許諾制度のように利用者が事前に権利者を探索することを要求するアプローチは、孤児著作物の問題を解決するものの、アーカイブ化のための権利処理にかかる費用が多くなる問題を解決することにはつながりにくい。これに対して、拡大集中許諾制度においては、利用者は、事前に著作物ごとに権利処理を行う必要がなく、大量の著作物を利用するための許諾をワンストップで得ることができるため、権利処理にかかる取引費用を大幅に削減することができる可能性がある。同制度においては、利用者に代わり、集中管理団体が権利者を探索し、ライセンス料を分配する責任を負うことになる。これは、著作権の権利処理にかかる費用が、利用者から集中管理団体にシフトしていることを意味している。そして、集中管理団体は、権利処理にかかる費用を、利用者から徴収する使用料に上乗せすることができるのである²⁹⁵。

第2に、拡大集中許諾制度の背後にある考え方は、個々の権利者による明示の許諾なく広い範囲の著作物の利用を認める代わりに、当該制度の下で著作物が利用されることを望まない権利者に対しては、オプトアウト権を認めるというものである²⁹⁶。すなわち、権利者によるオプトアウトを認める拡大集中許諾制度は、取引費用の問題を解決しているのではなく、取引費用を負担するアクターを利用者から一部の権利者へ変更しているということの意味する。オプトアウト制度の下では、自らの著作物が利用されることを望まない権利者は、市場における著作物の利用を監視するための費用を負担しなければならない²⁹⁷。

著作権のライセンスに関するデフォルトルールをオプトインからオプトアウトへと変更するという点において、拡大集中許諾制度は、米国において問題となっている絶版書籍に関するGoogleブックス訴訟における修正和解案で提示されているオプトアウト制度と共通点が多いとの指摘がなされている²⁹⁸。拡大集中許諾制度は、著作物を利用するためには権利者による許諾を必要とするという原則を維持しつつも、許諾を得るスキームを裏返すものである。すなわち、集中管理団体により自身の利益を代表されることを望まない権利者は、オプトアウトをしなければならない。権利者がオプトアウトをする旨の通知をなさない限り、権利者による許諾は推定されるため、権利者不明著作物の問題は生じないことになる。

Googleブックス訴訟修正和解案は、拡大集中許諾制度と類似するスキームを作り出すとするものであった²⁹⁹。同和解案は最終的に裁判所によって承認されなかったものの³⁰⁰、著作権法のデフォルトルールを変更する内容を含んでいた。同和解案では、クラス・アクション制度を通じて、オプトアウトの意思を表明しない権利者の書籍がコレクションに含まれることになっていた。また、和解により設立されたレジストリを通じて、著作権者が自身の著作物を特定し、Googleによる著作物の利用を通じて得られた収益の一部を受け取ることになっていた。そして、グレースピリオドが経過した後は、レジストリに登録されなかった権利者に割り当てられるべき使用料はプールされ、そこから、管理費用の支払及び、登録された権利者への補償金の支払がなされることになっていた。

Diane Zimmerman (ニューヨーク大学ロースクール教授)は、オプトアウト制度の利点を強調し、文化遺産のデジタル保存を可能とするためには、当事者の自発的なライセンスに期待することはできず、ゆえに、権利者からの合意を得つつ、アーカイブ構築を行う機関が権利処理を容易に行うことができるような制度を導入する必要があると説いている。その上で、拡大集中許諾制度は、許諾を得ることが困難であるために行われていない、社会的に望ましい著作物の利用を促進するための優れた解決策であるとしている³⁰¹。

第3に、拡大集中許諾制度の利点は、権利者、利用者、社会全体という全てのステークホルダーにとって便益をもたらすというものである³⁰²。すなわち、権利者は自らの著作物が利用されることを完全に監視することが不可能であるため、著作物の利用を集中管理に委ねることは、権利者の利益を保護することにつながるとされている。集中管理団体の非

²⁹² Elektra, supra note 289.

²⁹³ Ringnald, supra note 192.

²⁹⁴ Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan, 2012 O.J. (L299) 5.

²⁹⁵ Ibid., at 8.

²⁹⁶ Trumpke, supra note 276, at 292 n.192.

²⁹⁷ Riis & Schovsbo, supra note 198, at 483.

²⁹⁸ Diane L. Zimmerman, *Cultural Preservation: Fear of Drowning in the Licensing Swamp*, in *WORKING WITHIN THE BOUNDARIES OF INTELLECTUAL PROPERTY* 29 (Rochelle Dreyfuss et al. eds., 2010); Samuelson, supra note 168, at 706. 本報告書第2部第6章1.2.(2)も参照。

²⁹⁹ See, Google Book Search Settlement, <<http://www.googlebooksettlement.com/>>. Google Book Search 和解案におけるオプトアウトの意義については、田村善之「日本版フェア・ユース導入の意義と限界」知的財産法政策学研究 32号1頁(2010年)、潮海久雄「サーチエンジンにおける著作権侵害主体・フェアユースの法理の変容—noticeおよびGoogle Book Search Projectにおけるopt-out制度を中心に」筑波法政 46号21頁(2009年)を参照。

³⁰⁰ Authors Guild v. Google, Inc., 770 F. Supp. 2d 666 (S.D.N.Y. 2011).

³⁰¹ Zimmerman, supra note 298, at 29.

³⁰² Olsson, supra note 166, at 292.

構成員にとっても、個々の権利者としては交渉力に劣るところ、相当数の権利者に受け入れられた契約内容によって自らの著作物が利用されることは、非構成員の利益にかうことになることとされている³⁰³。また、拡大集中許諾制度においては、利用の態様ごとに条件を違えることや、経済的価値の高い著作物を利用の対象から除外する等、当事者の事情に応じて許諾の条件を調整することが可能となるという利点も存在する。

公衆にとっては、拡大集中許諾制度を通じて著作権のライセンスが促進されることで、教育機関による著作物の利用や、図書館や放送機関によるアーカイブの公開などの外部効果を伴う著作物の利用が広く行われるようになり、社会全体の便益につながるとされている³⁰⁴。加えて、拡大集中許諾制度は、制定法上で明示的に認められているという点で、法的確実性が高い制度であるため、公共機関などのリスク回避的なアクターによる利用を促進させるという利点があるとされている。

以上の点から、権利者不明著作物の問題及び大量の著作物を利用する際の取引費用の問題を解決するために、拡大集中許諾制度（又はそれに類似する制度）を導入するべきであると主張する論者も少なくない³⁰⁵。

Axhamn & Guibault（ストックホルム大学法学部博士課程及びアムステルダム大学法学部情報法研究所准教授）は、大量の著作物を利用する際の権利処理にかかる取引費用が高騰するという問題が、Europeana³⁰⁶などの文化機関によるデジタルアーカイブの構築の障害となっている状況において、拡大集中許諾制度の導入は、権利処理の円滑化を図り、結果的に、権利者、コンテンツ提供者、利用者全ての利益を促進させるであろうと指摘している³⁰⁷。その上で、Europeana等のプロジェクトのために拡大集中許諾制度を活用するのであれば、デジタル化及びオンラインでの公開を可能とするように広範囲の利用態様を対象とするべきであるが、他方、利用の対象となる著作物は、商業的な利用可能性が失われている著作物に限定されるべきであるとしている³⁰⁸。

もっとも、以下で検討するように、拡大集中許諾制度の導入を主張する論者においても、同制度に問題点がない訳ではなく、改善の必要があるとされている。

②拡大集中許諾制度の問題点及び限界

拡大集中許諾制度の問題点として、第1に、集中管理団体と利用者の交渉において、利用の条件及び使用料額は市場の状況を反映して決定されるため、利用の条件又は使用料額は非営利の文化機関にとって望ましいものとなるとは限らないという点である³⁰⁹。拡大集中許諾制度は、集中管理団体と利用者との間の交渉を促進させ、許諾の条件及び使用料額について合意を得ることを促すことを目的としているため、立法及び司法による関与の程度は限定的である。

例えば、ノルウェー国立図書館のデジタルライブラリー・プロジェクト（本章1(5)①を参照）では、著作権保護の対象となっている5万点の所蔵資料をデジタル化し、インターネット上で公開した。集中管理団体との間で結ばれたECL契約では、国立図書館は所蔵資料を1年間利用するために、1頁あたり0.56ノルウェークローネを支払うことが規定されていた。ここでは、権利者が判明している著作物に支払われるのと同額の使用料を、権利者不明著作物についても支払うことになっている。同プロジェクトでは、権利者不明の所蔵資料の平均ページ数は185頁であり、これを1年間オンラインで利用可能なものとする、1冊あたり13ユーロの使用料を集中管理団体に支払う必要がある。例えば、権利者不明著作物1,000点を公開するためには、年間13,000ユーロの使用料を支払う必要がある。仮に100万点の権利者不明著作物を公開するとした場合には、年間1,300万ユーロの費用がかかると試算されている³¹⁰。この金額は、少数の著作物を短期間利用する利用者にとっては支払うことが可能な金額であるかもしれないが、図書館による所蔵資料の公開や、放送機関による番組アーカイブの公開のように、大量の著作物を著作権が満了するまでの間利用可能とする場合には、過大となる可能性があるとの指摘がなされている³¹¹。

この問題の本質は、拡大集中許諾制度が政策的な制度ではないということにあるとされる³¹²。すなわち、同制度は、市場の取引を促進することにより、取引費用を削減し、市場の失敗を解決することを目的としているにすぎず、権利制限や強制許諾制度のように、著作物の利用の条件を立法で特定することにより、特定の政策目的を達成するために機能するものではないというのである。したがって、調停及び仲裁制度は存在するものの、拡大集中許諾制度を、文化資産のインターネット上での公開を促進するといった、特定の政策を達成することを目的に、低額の使用料を設定するという形で運用する余地は存在していない。仮に立法府又は司法府が特定の政策目的を実現するために過度に介入すると、当事者の自由交渉に基礎付けられる拡大集中許諾制度の正統性が損なわれてしまうおそれがあると指摘されている³¹³。

³⁰³ Ibid.

³⁰⁴ Ibid.

³⁰⁵ Stef van Gompel & P. Bernt Hugenholtz, *The Orphan Works Problem: The Copyright Conundrum of Digitizing Large-Scale Audiovisual Archives, and How to Solve It*, 8 Popular Communication, 61-71 (2010); Gervais, supra note 168.

³⁰⁶ Europeana, supra note 130. 同プロジェクトについては、古山俊介「Europeanaの動向：『欧州アイデンティティ』および『創造性』の観点から」カレントアウェアネス314号（2012年）17頁<<http://current.ndl.go.jp/ca1785>>を参照。

³⁰⁷ Axhamn & Guibault, supra note 174, at 70.

³⁰⁸ Ibid.

³⁰⁹ Ringnald, supra note 192.

³¹⁰ Tilman Luder, *The "orphan works" challenge*, 2010 GRUR INT. 677 (2010).

³¹¹ Ibid.

³¹² Ringnald, supra note 192.

³¹³ Ibid.

第2の問題点として、権利者不明著作物を利用するための使用料の支払先として集中管理団体が適切かどうかという点である³¹⁴。拡大集中許諾制度においては、集中管理団体はオプトアウトした権利者を除く全ての権利者を代表していることとされており、そのため、権利者不明著作物を含む全ての著作物の利用者から使用料を徴収し、管理することが認められている。しかし、実際には、権利者不明著作物の権利者の多くが使用料の請求を行わない可能性が高い。その結果、利用者から集中管理団体に使用料が支払われたものの、権利者から請求がなされない使用料の額が、相当な額となることが予想される。ここでは、主に権利者不明著作物を利用するために利用者から徴収された使用料から、誰が利益を得るべきなのかということが問題となる。同制度が著作権のライセンス市場を促進させることを目的としており、政策的な制度として機能する余地が狭いことを勘案すると、集中管理団体の構成員が利益を受けることになるが、それが望ましいかどうか慎重な検討がなされるべきであると指摘されている³¹⁵。

もっとも、以上の2つの問題は、拡大集中許諾制度の下で利用される著作物の対象を、商業的利用可能性が存在しない著作物に限定することにより解消される可能性があるとの指摘がなされている³¹⁶。仮に、同制度の対象となる著作物を商業的利用可能性のない著作物に限定した場合、使用料が非営利の文化機関にとって利用可能な金額に設定される可能性があると考えられている³¹⁷。

第3の問題点として、拡大集中許諾制度を管理するための費用が多額となるおそれがあることである³¹⁸。特に、集中管理団体が権利者の所在を探索し、権利者に使用料の分配を行うことには費用がかかる。非構成員である権利者を特定できる可能性は高くないため、集中管理団体は、相当な額の使用料を非構成員に対する分配のためにとどめておく必要がある。北欧諸国において管理費用の問題が顕在化しなかった背景には、これまで同制度が適用されてきたのは比較的小規模な利用に限られていたという事情があるとされている。北欧諸国と比較して人口の多い国や地域において、拡大集中許諾制度がデジタルアーカイブ事業などに適用される場合、利用者から徴収された使用料及び契約の管理にかかる費用は、従来とは比較することができないほど多くなると可能性があるとの指摘がなされている³¹⁹。

次に、拡大集中許諾制度の限界として指摘されているのが、権利者不明著作物を対象に含む著作権許諾の拡張効果は、国内法の規定に基づくものであるため、その効果が及ぶ範

囲は当該国内に止まるという点である³²⁰。したがって、国境を越えて著作物が利用される場合には、同制度は、権利者不明著作物の権利処理を容易にするものではない。

また、拡大集中許諾制度においては、権利者不明著作物の利用について許諾を得る前に、権利者に関する真摯な探索を行うことが求められていないため³²¹、権利者不明著作物を含む特定の分野の全ての著作物が、自動的に拡大集中許諾制度の対象に含まれることになる。そのため、EU 孤児著作物指令（詳しくは、本報告書第2部第1章を参照。）に規定されている、EU 全体で権利者不明著作物としての地位を相互承認するという目的は、拡大集中許諾制度の下では達成することができないとの指摘がなされている³²²。

③拡大集中許諾制度の文化的背景

拡大集中許諾制度は、非構成員である権利者の許諾を得ることなく、当該著作物を集中管理団体が管理することを認める制度であるため、制度の正統性をどのように確保するかが重要となる³²³。

北欧諸国は、集中管理について長い伝統を有しており、集中管理団体の構造及び文化が発達しているとされている³²⁴。北欧諸国においては、拡大集中許諾制度が権利者と利用者の利益を促進するものであるという認識が、社会において広く受け入れられていると考えられている³²⁵。また、同制度が成功した要因としては、高いレベルの組織及び労働法に関する問題を雇用者及び労働者をそれぞれ代表する組織間の集合的な合意によって対処してきた社会背景があるとされている³²⁶。さらに、より広い文化的背景としては、小規模で同質的な社会であるために、社会における信頼性及び透明性が高いことが指摘されている。その結果、北欧諸国の著作権ライセンス市場は、集合化ないしは組織化が進んでおり、拡大集中許諾制度はその延長線上に位置づけられている³²⁷。集中管理団体の適格に関する政府による認可制度を除けば、北欧諸国において、集中管理団体のガバナンス及び透明性を確保するための規定は設けられていない³²⁸。

³²⁰ Luder, *supra* note 310, at 684.

³²¹ Ibid.

³²² Ibid.

³²³ Ringnalda, *supra* note 192.

³²⁴ Axhamn & Guibault, *supra* note 174, at 44.

³²⁵ Ringnalda, *supra* note 192.

³²⁶ Riis & Schovsbo, *supra* note 198, at 495（著作権の集中管理は、権利者の連帯という要素を有している。例えば、集中管理団体が利用者から徴収した使用料を集合的な目的のために使用する場合は、プランケットライセンスのように画一化された価格構造が採用される場合に、連帯という性質を見て取ることができる。ここでは、人気のある著作物の権利者が人気のない著作物の権利者を助成することを意味している。）。

³²⁷ Ibid. ただし、北欧諸国においても、全ての分野で著作権の集中管理が発達しているわけではない。レコード製作者、映画製作者、ソフトウェアの著作権者は、排他権を個別に行使することを望む傾向があるとされている（Ibid., at 490.）。

³²⁸ Axhamn & Guibault, *supra* note 174, at 44.

³¹⁴ Ibid.

³¹⁵ Ibid.

³¹⁶ Ibid.

³¹⁷ なお、このような限定を付した場合、拡大集中許諾制度とEU 孤児著作物指令では、対象となる著作物の範囲が事実上重なることになる。もっとも、同指令とは異なり、拡大集中許諾制度の場合、権利者を特定するために費用と時間のかかる調査を行うことなく、著作物の利用が認められる（Ibid.）。

³¹⁸ Ibid.

³¹⁹ Ibid.

したがって、北欧諸国とは著作権の集中管理に関する文化的背景の異なる国が拡大集中許諾制度を移植しようとする場合には、文化的背景の差異を考慮に入れなければならないとの指摘がなされている³²⁹。具体的には、著作権の集中管理に関する制度が北欧諸国ほどに発達していない国に拡大集中許諾制度を導入するのであれば、類似する法ルールを取り入れただけでは不十分であり、集中管理団体のガバナンス及び透明性を保障するための制度的な手当が必要となるとの指摘がなされている³³⁰。

3. 立法及び近時の動向

(1) スウェーデン

スウェーデンでは、現在、著作物の利用契約の締結及び権利処理を促進させるための法改正が検討されている。2008年4月には、Jan Rosén（ストックホルム大学法学部教授）を特別委員長とする審議会が政府によって設置され、2010年4月には、著作権契約に関する規定の包括的な見直し、及び、拡大集中許諾制度の改正に関する提言をまとめた中間報告書³³¹が公表された。権利者不明著作物の権利処理の問題は、同報告書の主要な検討課題の一つとされている。さらに、2011年4月には、中間報告書の提案を盛り込んだ上で、現行法の文言の明確化を図ることを目的として、条文案をまとめた最終報告書が公表されている³³²。

中間報告書では、拡大集中許諾制度の適用範囲の拡大について、3つの提案がなされている。第1に、著作権法第42d条の射程を広げることにより、図書館及びアーカイブが所蔵資料をデジタル化し、それをインターネット等を通じて提供するための権利処理を容易にすべきとの提案がなされている³³³。具体的には、既存の制限規定の下では許容されていない、所蔵資料のあらゆる形態の複製及び公衆への提供が認められることになる。これに加えて、同第21条を改正し、図書館及びアーカイブの施設内に設置されたディスプレイで所蔵資料のデジタルコピーを閲覧することなど、訪問者に対して所蔵資料の利用を可能とする機会を拡充することが提案されている。

第2に、ラジオ及びテレビ放送に関するECL規定である第42e条を改正し、放送に限らず、あらゆる形式の公衆への伝達及び当該伝達を可能とするために必要な複製を同上の適用対象に含める提案がなされている³³⁴。現行法の下では、番組のオンデマンド方式での伝達はECL規定の対象となっていないため、放送機関が番組をウェブサイトを通じて提供す

るためには、著作物ごとに権利処理を行わなければならないことが実務的な問題となっていた。法改正により、放送期間が、番組の放送から一定の期間、利用者の求めに応じて当該番組をインターネットを通じて提供する際の、権利処理が容易になるとされている。

第3に、同報告は一般ECL規定の導入を提案している³³⁵。既存のECL規定は、拡大集中許諾制度の対象となる著作物の種類及び利用態様が具体的に定義されている。従来の制度は、著作物のライセンス市場に障害が存在する分野について、個別規定により手当をするというものであった。一般ECL規定の下では、個別のECL規定に規定されていない分野においても、ECL契約を締結することにより拡張効果を生じさせることが可能となる。もっとも、同提案では、次の3つの条件が満たされる場合に限り、一般ECL規定の適用が認められるべきであるとされている。すなわち、[1]当該契約が限定的かつ特定された分野に適用されること、[2]拡張効果を生じさせる契約が締結されていること、[3]当該契約が書面でなされており、かつ、拡張効果を生じさせるという当事者の意思が表示されていることである。一般ECL規定においては、権利者の利益を保護するために、常に当該契約からオプトアウトし、排他権を行使することが認められている。

(2) フィンランド

フィンランドでは、2010年3月に、著作権法の改正について提案を受けるために、著作権審議会（Copyright Commission）が設置された。同審議会は、2012年1月に最終メモランダムを公表したが、そこでは、拡大集中許諾制度に関する規定の改正を含む改正案が提案されている³³⁶。同委員会の提案内容は、第25g条を修正して、放送局及び新聞社が、自社が保有するアーカイブをデジタル化し、利用可能とするために、集中管理団体との間にECL契約を締結する権利を与えるというものである。現行法においては、図書館、美術館、博物館、アーカイブのみが上記の行為を行うことができる。

4. 日本法への示唆

拡大集中許諾制度は、著作物の利用に際して、権利者を特定するための事前の入念な調査が不要であり、また、非構成員の著作物及び権利者不明著作物を含む広い範囲の著作物についてワンストップでの権利処理が可能となる点で、権利処理にかかる取引費用の削減につながると思われる。そのため、大量の権利処理を必要とする文化機関、放送機関などにとって魅力的な制度であると言えるかもしれない。

³²⁹ Riis & Schovsbo, supra note 198, at 495.

³³⁰ Axham & Guibault, supra note 174, at 44.

³³¹ SOU 2010:24, supra note 196. 同報告書の解説として、Rosén, supra note 218, at 65.

³³² Swedish Government Official Report (SOU) 2011:32.

³³³ Rosén, supra note 218, at 80.

³³⁴ Ibid., at 81.

³³⁵ Ibid., at 82.

³³⁶ Ministry of Education and Culture, *Report of the Copyright Commission: Solutions to challenges of the digital age* (English Summary), <http://www.minedu.fi/OPM/Julkaisut/2012/Tekijanoikeustoimikunnan_mietinto.html?lang=en>.

もっとも、拡大集中許諾制度の日本法へ導入することを検討する際には、慎重な検討を要するであろう。

第1に、著作物の集中管理に関する市場及び文化的背景の相違である。拡大集中許諾制度の正統性は、特定の分野の著作物について国内で利用される著作物の権利者の大多数を代表する集中管理団体が存在しており、当該団体と利用者の間で自主的な交渉を通じて利用許諾契約が締結されるという2点によって担保されている。北欧諸国において拡大集中許諾制度が成功している背景には、著作権の集中管理に関する市場が発展しており、また、著作物の利用を集中管理に委ねることについて好意的な文化的背景が存在するという事情があげられる³³⁷。

これに対して、我が国においては、音楽の著作物など集中管理が発達している分野も存在しているが、必ずしもそうではない分野も存在している。具体的には、写真及びその他の視聴覚著作物については、権利者は一般的に個別に排他権を行使することを好む傾向にあったと考えられる。仮に制度が導入されたとしても、権利者によるオプトアウトが多くなされる場合には、権利処理にかかる取引費用を削減するという同制度のメリットは失われてしまうことになる。したがって、拡大集中許諾制度の導入を検討する際には、我が国においても集中管理市場が十分に機能するかどうか慎重な見極めが必要となるであろう³³⁸。

第2に、拡大集中許諾制度の限界である。拡大集中許諾制度においては、利用者による入念な調査が不要となる代わりに、集中管理団体が権利者の調査を行い、徴収された使用料の分配を行うことになる。そのため、利用者にとっての取引費用が削減される一方で、集中管理団体においては著作物の集中管理を行うことの管理費用が増加するという点も考慮に入れなければならない。また、集中管理団体は、権利処理にかかる費用を利用者から徴収する使用料額に上乗せする可能性があり、その場合、利用者が支払う使用料額が高額になる可能性がある。さらに、既に検討したように、同制度においては、権利者の判明している著作物と権利者不明著作物を区別することができないため、利用者は権利者不明著作物であるかを問わず、均等な使用料を集中管理団体に支払わなければならない。そのため、図書館や放送機関が所蔵資料をインターネット等を通じて公開する場合等、大量の

著作物を利用するためには、相当な額の使用料を集中管理団体に對して支払わなければならないという問題がある。このような状況においては、拡大集中許諾制度を利用することができる機関は、一定程度の予算を有する大規模な機関に限定されてしまうかもしれない。

第3に、権利者不明著作物の利用について支払われた使用料は、当該著作物の権利者に分配にされない可能性が高く、集中管理団体においてとどめおかれ、当該団体に所属する構成員のために集合的に使用される場合もある。したがって、非構成員や権利者不明著作物の権利者に分配されることのない使用料の支払先として、集中管理団体が適当であるか否かは必ずしも明らかではない。この点は、制度の正統性を担保する上で、重要な問題となるであろう。

5. その他の制度

北欧諸国では、拡大集中制度の他に、著作権の制限として、権利制限規定及び強制許諾に関する規定が存在している³³⁹。もっとも、これらの規定は、権利者不明著作物の問題を直接的に解決することを目的として設けられたものではない。

第1に、権利制限規定が対象とする行為については、利用者は権利者の許諾なく著作物を利用することができる。紙幅の関係上、各国の権利制限規定を網羅的に紹介することはできないが、その中には、アーカイブ、図書館、博物館による施設内での著作物の複製及び展示を認める制限規定などが含まれている³⁴⁰。例えば、デンマーク著作権法第16条では、公共図書館等は、著作物の保存を目的とした複製（同条第2項）、絶版著作物である所蔵資料の一部が欠けている場合、当該部分の複製（同条第3項）、絶版書籍を施設内で利用可能とするための公表著作物の複製（同条第4項）、公表著作物の寄託に関する特別法で認められている複製（同条第5項）を行うことが許容されている。また、同条に基づいて複製された資料を、施設利用者へ貸与、施設内での展示等することも認められている（同条第6項及び第7項）。もっとも、公立図書館等が、利用者に対して所蔵資料をデジタル送信するためには、拡大集中許諾制度を利用しなければならない。

第2に、強制許諾に関する規定では、利用者は、権利者に対して報酬を支払うことを条件に、著作物を利用することができる³⁴¹。各国に共通する規定としては、視覚障害者のための著作物の特定の利用³⁴²や、教育目的の集合著作物の一部分の利用³⁴³、実演家及びレコード製作者のための録音物の公衆への伝達³⁴⁴がある。これに加えて、ノルウェーでは、公

³³⁷ MIREILLE VAN EECHOUDET ET AL., HARMONIZING EUROPEAN COPYRIGHT LAW: THE CHALLENGES OF BETTER LAWMAKING 279-280 (2009)。また、ENGELBREKT・前掲注234・54頁は次のように指摘する。

「著作権管理団体は、様々な国で同様の問題を解決するために出現したが、その歴史、地位、組織的な構造を異にしている。国際的なネットワークが高度に発達したにもかかわらず、これらの団体は、いまだに国内の制度的環境に強固に組み込まれており、透明性、説明責任、公的コントロールの度合い等のガバナンスの主たる様式は相当程度に、この国内的環境によって決定されている。…スウェーデンの著作権管理団体は、多くの点において、労働運動を統率した構造や原理を範としている。集合的な合意を非構成員に拡張するという構成は、スウェーデンのソフト・コーポラティズムに基づく交渉モデルにとってはおなじみのものであり、その感化の下、スウェーデン（と北欧）の著作権における拡張ライセンスの枠組みが成立したという経緯がある。この制度がスウェーデンの文脈において実効的なものであるとしても、制度の伝統と沿革を異にする他国の著作権管理団体に容易に導入しうるものではないかもしれない。」

³³⁸ 今村・前掲注57・175頁は、我が国には、権利者の組織化が進んでいる著作物の分野もあれば、個別の権利処理が一般的で代表的な団体が存在しない分野も存在するとして、拡大集中許諾制度について分野を限定して段階的に導入するという方法があり得ると指摘する。

³³⁹ Rongstad, supra note 213, at 855 et seq.

³⁴⁰ デンマーク法につき Riis, supra note 200, at 52 et seq.を、フィンランド法につき BRUNN, supra note 169, at 48 et seq.を参照。

³⁴¹ Rongstad, supra note 213, at 855.

³⁴² DCA第17条、NCA第17a条、SCA第17条。

³⁴³ DCA第18条、FCA第18条、NCA第18条、SCA第18条。

³⁴⁴ DCA第68条、NCA第45条、SCA第47条。

の試験のための複製や（NCA 第 13a 条）、時事の報道に関する新聞・雑誌・放送における美術の著作物及び写真の著作物の利用が認められている（NCA 第 23a 条）。フィンランドでは、有線放送事業者等が、ラジオ及びテレビ番組を有線同時再放送すること等が認められている（FCA 第 25i 条）。

II. 権利者不明著作物の利用後に活用可能な制度（侵害訴訟における救済等）

北欧諸国では、侵害訴訟における救済等に関して、権利者不明著作物の利用後に活用可能な制度は特に存在していない。権利の濫用に関する規定も置かれていない。

第6章 アメリカ

I. 権利者不明著作物の利用前に活用可能な制度

1. はじめに

(1) 背景

米国において、「権利者不明著作物」(Orphan Works) とは、法律上の定義はないが、「著作物を利用しようとする者が、著作権者からの許諾が法的に必要な場面において、著作権者を発見又は同定することが困難である著作物」のことを指すとされている³⁴⁵。その定義上、適法に権利者不明著作物を利用することは困難であり、そのため権利者不明著作物へのアクセスは限られ、多くの作品が公衆にとって利用不可能な状態に置かれていることは大きな問題であるとされている。

米国においてこの問題は早くから議論されており、前回調査³⁴⁶で大きく取り上げた、米国著作権局による「権利者不明著作物に関する報告書」(Report on Orphan Works) (2006)³⁴⁷において詳細な検討が加えられ、対処の必要性が説かれている。

2006 年当時においては、権利者不明著作物の問題は作品の場合ごとの単独での利用に主たる関心があったが、のちに後述の Google ブックス訴訟 (2008) の問題が顕在化するにつれ、「大量デジタル化」(Mass Digitization) の文脈における権利者不明著作物の利用の問題が意識されるに至った³⁴⁸。単独利用と大量利用との場合で議論を分ける必要がある可能性も意識され始めている。

本章においては、前回調査以降に生じた上記のような社会情勢の変化、問題意識の進展を踏まえ、米国における権利者不明著作物についての状況の調査・検討を行う。

(2) 本節の概要

本報告書第 1 部 II (1) でも述べられているように、本報告書は、権利者不明著作物の利用を適法に行うための方法を「利用前に活用可能な制度」と「利用後に活用可能な制度」の 2 つに分けている。

両者の区別は相対的であり、要は自らの行為が後に違法とされる（又は違法と主張される）リスクの差にすぎない。しかし実務的にはその差は重要と思われ、本節では相対的に

³⁴⁵ 2006 年著作権局報告書・後掲注 347 及び 2012 年著作権局質問通知・後掲注 359。

³⁴⁶ 文化庁委託事業・前掲注 2。

³⁴⁷ 以下「2006 年著作権局報告書」という。

³⁴⁸ 後掲注 358・2011 年著作権局報告書参照。

リスクの低い前者の方法とみなせる方法について取り上げる。具体的には、許諾を得るために権利者の同定・発見を容易にする方法、権利者の同定・発見が不可能でも許諾を取得できる仕組み、そもそもそのような著作物をパブリック・ドメインにおき許諾を不要とする制度などについて言及する。

2. 現行法制度

(1) 制度の概要

米国においては、権利者不明著作物の利用「前」に利用できる制度として、現在以下のようなものがある。

① 個別的許諾及び著作権者の公示制度について

(a) 原則

米国の著作権法において、著作権法第 106 条が定める著作権者の専有する著作物利用行為を行おうとする利用者は、事前に著作権者から個別的許諾を取得することが原則である。著作物が権利者不明著作物となり許諾の取得ができず、著作物の利用はできないのが原則である。

(b) 著作権者の公示制度

権利者不明著作物の数をなるべく少なくするため、米国著作権法においては著作権者の同定・発見を容易とする著作権者の公示制度が用意されている。この点は前回調査で詳細にまとめられているので³⁴⁹、ここでは簡単にまとめる。

(i) 著作権表示 (Notice of Copyright) (第 401 条～第 405 条)

米国がベルヌ条約に加入する 1989 年以前は、著作権表示は著作権保護の要件とされていた。現在では、著作権表示の利用は任意である。しかし、著作権者が著作権表示を被疑侵害者の入手可能なコピーに付していた場合、被疑侵害者による善意侵害の抗弁 (第 504 条(c)(2)) は認められないため、著作権者に表示を付与するインセンティブは多少なりともある。

(ii) 著作権登録 (Copyright Registration) (第 408 条～第 412 条)

著作権者は、著作権局に著作権の主張 (copyright claim) を登録することができる (第 408 条)。1989 年に米国がベルヌ条約に加盟するまでは、著作権登録は著作権侵害訴訟提起の訴訟要件であった (旧第 411 条)。現在でも、米国人の著作物については訴訟要件である (第 411 条)。ただし、侵害発覚後に登録を行って訴訟を提起することは可能であるが、この場合、法定賠償請求権 (第 504 条(b))、弁護士費用賠償請求権 (第 505 条) の行使は、登録の発効日以降の侵害に限られる (第 412 条)。他のベルヌ条約加盟国を本国とする著作物については訴訟要件ではないが、法定賠償請求権 (第 504 条(b))、弁護士費用賠償請求権 (505 条) の行使にはやはり登録が必要である (第 412 条)。

利用者は、著作権登録及び後述の著作権者譲渡証書登録により権利者を探すことが可能である。著作権の登録がなかった場合には、無断で利用したときに、現実損害の賠償と侵害に起因する侵害者の利益 (現実損害に算入されているものは除く) (第 504 条(a)) は支払う必要があるが、法定賠償等は支払う必要がない。この限度で、著作権者には登録を行うインセンティブが付与されている。

(iii) 著作権譲渡証書登録 (Recordation of transfers) (第 205 条)

著作権の譲渡が行われた場合、譲渡証書を著作権局に登録することができる (第 205 条)。ベルヌ条約加盟前は著作権登録と同様に訴訟要件と結び付けられていたが、現在ではそれは廃止されている。また、もともと法定賠償請求権や弁護士費用賠償請求権の要件とはされていない。

二重譲渡の場合等で機能することが大きな目的の制度ではあるが (第 205 条(c)参照)、著作権者の調査にある程度役立てることが可能である。

② 集中許諾 (Collective License)

「集中許諾」とは、一般的に、著作権管理団体 (copyright collecting society) が複数の著作権者の著作権を一括して管理し、著作権者に代わって利用の許諾、利用料の徴収・分配などを行う仕組みのことである。集中許諾は更に 2 つの類型に分けられる³⁵⁰。1 つは、権利者が自ら著作権管理団体に権利管理を委託する「自発的集中許諾」(Voluntary Collective License) (又は「opt-in」集中許諾) である。我が国における著作権管理団体 (一般社団法人日本音楽著作権協会など) はこれに位置づけられる。もう 1 つは、「拡大集中許諾」(Extended Collective License) である。これは、著作権者の委託の有無にかかわらず、

³⁴⁹ 文化庁委託事業・前掲注 2・前回調査 2-6 頁。

³⁵⁰ 後掲注 358・2011 年著作権局報告書・31 頁以下。

立法によって、著作権管理団体に特定のカテゴリーに属する著作物の特定の使用を許諾する権限を与えるものである。

現在の米国において法制度上認められているのは、自発的集中許諾のみである。集中許諾を利用すれば、著作権者を発見することができなくても、著作権管理団体が希望する利用に係る著作権を管理していれば、許諾を利用前に受けることができる。また、管理団体が許諾権限を持たない利用についても、管理団体は多くの著作権者の所在を把握しているため、その情報を利用できれば、権利者を発見して個別に交渉することが容易になる。

現在、米国内には下記の著作権管理団体及び権利者の発見を容易にするための自発的な団体が存在する³⁵¹。

	団体	概要
言語著作物	著作権クリアランスセンター (CCC)	1978 年設立。文字著作物の複写、会社や大学におけるデジタル利用などを管理。書籍、雑誌、新聞 (ウェブサイト、電子書籍、ブログ、写真なども) を扱う。
	Authors Registry	1995 年設立。海外の複写などを扱う管理団体から利用料を受け取り権利者に分配することが目的。
	iCopyright	1998 年設立。インターネット上のコンテンツについて、ライセンスを容易にする技術的なプラットフォームを提供している。
画像著作物	Artists Rights Society (ARS)	1987 年設立。画家、彫刻家、写真家などの権利を扱う。会員の一覧をウェブサイトで公開している。作品ごとの登録を受けているわけではない。
	Photographer Index	世界中の 20,000 を超える写真家が参加する名簿。ウェブで検索可能。許諾活動はせず、作品の管理もしていない。
	PLUS (the Picture Licensing Universal System)	画像の権利の管理・交渉を容易にするための標準システムを提供する国際的活動。PLUS はライセンスのデータを標準化し、デジタル・印刷画像にそれを埋め込み、使用を監視するもの。
	VAGA (Visual Artists and Galleries Association)	視覚芸術家の著作権管理団体。ARS よりレパトリーは小さい。
音楽著作物	ASCAP (米国作曲家作詞家出版者協会)	1914 年設立。45 万人以上の作曲家・作詞家が参加。音楽著作物の公の実演権を主に扱う。包括ライセンスによる提供を行っている。

	BMI (Broadcast Music, Inc.)	1939 年設立。ASCAP と並ぶ公の実演権を管理する著作権管理団体。同様に包括ライセンスを行う。
	DDEX	2006 年設立。デジタルメディアコンテンツの価値連鎖に携わる企業間でのデータ交換を可能にする標準 XML メッセージの採用を推し進めている。
	SESAC (Society of European Stage Authors and Composers)	1930 年設立。もとはヨーロッパの舞台作家のために始まった権利管理団体。現在では ASCAP や BMI と同じく、公の実演権を管理している。
	Harry Fox Agency	著作権法第 115 条のもと、音楽のデジタル使用につきメカニカルライセンスを与え、利用料の徴収・分配を行う機関である。実演権は扱っていないし、包括ライセンスを提供することもない。
録音物	SoundExchange	著作権法第 112 条及び第 114 条のもと、録音物著作権者に代わり、デジタルオーディオ送信を通じた公の実演権についての法定利用料を徴収している。SoundExchange は法定利用料の徴収を認められた唯一の団体である。
視聴覚著作物	MPLC (Motion Picture Licensing Corporation)	DVD 及び家庭用ビデオカセットについて、家庭でない施設での公の実演権のライセンスを行う権利管理団体である。ライセンスは包括ライセンス (アンブレラ・ライセンス) の形で出すことができ、この場合、その施設の種類・年間上映回数・参加見込み人数などの諸要素により利用料が決定される。

③法定許諾 (Statutory License)

前回調査 6 頁以下において紹介されているように、米国著作権法には以下の法定許諾の制度があり、一定の場合には、著作権者の許諾がなくても (著作権者を発見することができない場合でも) 許諾を得ることができる。限られた分野であるが、法定許諾が利用可能な分野については、権利者不明著作物の問題を回避することが可能となっている。

³⁵¹ 後掲注 358・2011 年著作権局報告書・AppendixE、文化庁委託事業『諸外国の著作権の集中管理と競争政策に関する調査研究』(一般財団法人 比較法研究センター、2012 年 3 月) 50 頁以下。

法定許諾の一覧（「大量デジタル化における法的問題」・Appendix G）

		受益者	利用料決定	利用料徴収
第111条	ケーブル再送信 放送番組の公の実演	ケーブル事業者	法定利用料 (CRB ³⁵² による 修正あり) 利用料の分配は CRBによる	著作権局
第112条	一時的固定 録音物のデジタル実演の ための固定	第114条の送信 事業者	CRB	第三者機関
第114条	デジタル送信 録音物の公の実演	インタラクティ ブでないデジタ ル送信に限定	CRB	第三者機関
第115条	レコード制作 音楽著作物の複製	非演劇的音楽著 作物の頒布をし ようとするもの	法定利用料 (CRBによる修 正あり) 利用料の分配は CRBによる	直接著作権者へ 権利者不明の場 合は著作権局
第118条	公の放送 音楽・画像・図形・彫刻の 著作物の複製・実演・展示	公共放送機関	CRB	法定されていないが、118(b)によ り第三者に委託 できる。
第119条	衛星二次送信 放送番組の公の実演	衛星事業者	誠実交渉義務。不 成立なら強制仲 裁	著作権局
第122条	衛星二次送信（ローカル市 場内） 放送番組の公の実演	衛星事業者	法定（利用料なし）	利用料なし
第10章	デジタル音声録音装置 (※我が国で言う私的録 音録画補償金制度に該 当。)	公衆に頒布する レコード又は送 信に用いられる 音楽著作物・録音 物の著作権者	法定利用料 利用料の分配は CRBによる	著作権局

³⁵² 著作権料委員会（Copyright Royalty Board）

④保護期間

米国著作権法は、著作物の保護期間を有限なものとしている。著作物の保護期間が長く
なればなるほど、著作権者が不明になる著作物の割合は高くなり、少なくとも権利者不明
著作物の問題は深刻なものとなる³⁵³。著作権の存続期間が限られていることにより、権利
者不明著作物の問題は一定程度抑えられる。

しかしながら、1998年のSonny Bono Copyright Term Extension Actによって著作権の
存続期間の終期は原則死後50年から70年に延長された。

第302条 著作権の存続期間：1978年1月1日以後に創作された著作物

(a) 総則—1978年1月1日以後に創作された著作物に対する著作権は、創作の時から存続
し、以下の項に定める場合を除き、著作者の生存期間及び著作者の死後70年間からなる
期間中存続する。

これに伴い権利者不明著作物問題の緩和を図るため、第108条(h)が追加された³⁵⁴。この
規定により、その保護期間の最後の20年にある著作物は、図書館等が著作権者の許可なく、
保存、学問又は研究を目的とした複製・頒布・展示・実演を行うことができる。

また、古い著作物については、著作者の死亡の時期が不明となりやすく、いつパブリッ
ク・ドメインに帰したのかの判断が利用者にとって難しいため、第302条に以下の2つの
規定が設けられている（なお、1978年1月1日時点で最初の保護期間（発行後28年）内
にある著作物については、28年を超える保護を受けるためには著作権の更新延長の登録が
必要である。したがって、保護が長くなった著作物について著作権者の発見が容易となる
仕組みが担保されている。）。

(d) 著作者の死亡に関連する記録—著作権につき利害を有する者はいつでも、著作権のあ
る当該著作物の著作者の死亡日を示す文書又は著作者が特定の日に生存していることを
示す文書を、著作権局に登録することができる。かかる文書は、提出者、その利害の性
質及び登録される情報の出所を特定し、かつ、その書式及び内容において著作権局長が
規則により定める要件に従わなければならない。著作権局長は、登録された記録及び著
作権局長が実際的と考ええる範囲の著作権局の記録その他の資料に含まれる情報に基づ
き、著作権のある著作物の著作者の死亡に関する最新の情報の記録を保管しなければならない。

³⁵³ 2008年9月25日著作権局長の書簡<<http://www.copyright.gov/orphan/OWLegislation/>>参照。³⁵⁴ 詳細は、文化庁委託事業・前掲注2・5・6頁参照。

(e) 著作者の死亡にかかる推定—著作物の最初の発行の年から 95 年間又はその創作の年から 120 年間のうち先に満了する期間の後、当該著作物の著作者が生存しているか、又は直近 70 年以内に死亡したかを示すものが第(d)項に規定する記録には存在しない旨の認証報告書を著作権局から取得した者は、著作者が少なくとも 70 年前に死亡したとの推定の利益を受けることができる。かかる推定に対する善意の信頼は、本編に基づく侵害の訴えに対する完全な抗弁となる。

第 302 条(d)の存在により、任意で文書の登録がなされた場合に限ってではあるものの、死亡の日付を特定することが可能となり、その著作物が既にパブリック・ドメインに属しているかを判断することができる。また、第 302 条(e)の存在により、最初の発行から 95 年又は創作から 120 年が経過した著作物については、(d)の記録に依拠してパブリック・ドメインにあると善意に信頼した場合には、侵害のリスクを負うことがなくなる。

(2) 裁判例 (Google ブックス訴訟: *Authors Guild v. Google Inc.*, 770 F. Supp. 2d 666 (S.D.N.Y. 2011))

(a) 総説

Google ブックス訴訟 (Google Book Search Litigation) は、Google が幾つかの学術図書館などと協力して始めた Google Book Search プロジェクト (のち、Google ブックスと改名) 中の行為が著作権侵害に当たるとして、作家・出版社らが Google に対して起こしたクラスアクション訴訟である。Google のプロジェクトは、書籍のスキヤン・デジタル化を行い、協力図書館³⁵⁵にデジタル複製の提供・ユーザーに書籍の全文検索サービスなどを提供するものである。

著作権者らはこれらの行為が故意侵害に当たるものとして Google に対してクラスアクションを提起した。これに対し、Google は自らの行為がフェア・ユースに当たると主張した。

この訴訟は、直接的には、Google が権利者不明著作物の利用について利用「後」にフェア・ユースの抗弁により正当化しようとしたものである。しかし、Google がもしこのクラスアクションにおいて和解を成立させることができたとしたら、前述の拡大集中許諾類似の仕組みが、立法ではなく司法により生み出されていたことになる。ライセンスによる権利者不明著作物の解決を検討するには、Google ブックス訴訟の和解案の内容及びその経緯について理解・検討することが重要である。

なお、写真家とイラストレーターも関連する訴訟を提起している (*Am. Soc'ys of Media Photographers, Inc. v. Google Inc.*, No.10-2977 (S.D.N.Y. 2010))。

(b) 訴訟の経緯

2004 年	Google ブックスプロジェクト開始
2005 年	著作者と出版社がクラスアクション訴訟を提起
2008 年 10 月 28 日	当事者による和解案 個別の著者・団体・外国政府などによる反発
2009 年 9 月 28 日	米国法務省の意見書
2009 年 11 月 13 日	当事者による修正和解案
2010 年 2 月 4 日	米国法務省の意見書 (修正は不十分、Google の反競争的な優位性など懸念)
2011 年 3 月 22 日	地裁において Chin 判事が修正和解案を拒絶
2012 年 10 月 4 日	第二巡回控訴裁判所において、5 つの主要な出版社と Google が和解。 この和解はクラスアクション和解ではない (クラスアクションを求める部分については請求放棄) ため、問題はひとまず終息。

(c) 修正和解案の内容³⁵⁶

修正和解案においては、和解契約クラス (クラスアクションにおいて和解の対象となる者) となるのは書籍とその挿入物について米国の著作権等を有するすべての者のうち、オプトアウト手続 (離脱手続) をしなかった者である (修正和解案 1.13。以下同じ)。ただし、「書籍」とは米国著作権局に登録されたものかカナダ・イギリス・オーストラリアが出版地であるものに限定されている (同 1.19)。

Google はすべての書籍について非独占的にデジタル化する権利を取得する (同 3.1)。また、すべての書籍は表示書籍 (Display Books) と非表示書籍 (同 3.2(b)) に分類され、Google は表示書籍については表示使用と非表示使用 (同 3.3)、非表示書籍については非表示使用をすることができる (同 3.4)。市販 (commercially available) されていない書籍 (絶版書籍) は原則、表示書籍とされ (同 3.2(b))、権利者がこれを非表示書籍とするには別途の意思表示が必要である (同 3.2(e)。オプトアウト方式)。

表示使用とは主に、書籍の中身を公衆に対して表示する態様での利用であり、アクセス使用やスニペット使用 (検索結果に表示されたウェブページの簡潔な説明文としての使用) などが含まれる (同 1.52)。非表示使用とはその逆で、書誌情報の表示、中身の表示を伴わない全文検索などがその例である (同 1.94)。アクセス使用には、[1] 機関購読データペー

³⁵⁵ 修正和解案 1.39

³⁵⁶ 詳細については、文化庁委託事業『米国における著作権関連訴訟文書に係る法的論点整理及び分析等』(骨董通り法律事務所、2010 年 3 月)を参照されたい
<http://www.bunka.go.jp/chosakuken/pdf/beikoku_bunseki_houkokusho_itaku.pdf>。

ス (Institutional Subscription Database, 団体に対して、料金を徴収しデータベースへのアクセスを許す)、[2] 消費者購買 (Consumer Purchase)、[3] パブリック・アクセス・サービス (公共図書館などへのデータベースの検索と閲覧の無償提供など) がある (同 1.1)。アクセス使用が Google にとっての書籍の主たる直接的な商業利用と思われる。

また、Google ブックスプロジェクトへのフル参加図書館³⁵⁷はデジタルコピーの作成又は Google からの受領が可能になり、館内での無償提供が可能になる (同 7.2)。

また、権利者の権利を代理し、収入の受領・分配などを行うために、「レジストリ」が設立される (同 6.1. BRR: Book Rights Registry と同じ)。³⁵⁸ Google は商業利用で得た全収入の 63% を、レジストリを通じて権利者に支払う。レジストリは、権利者の所在を確認する義務を負っている (同 6.1(c))。

権利者不明著作物との関連で重要なのは、未請求作品 (Unclaimed Works) の取扱いである。未請求作品とはレジストリへの登録が行われていない作品のことであり、典型的には権利者不明著作物が想定される。レジストリは事実上登録権利者の利益のために行動する機関であり、未請求作品の権利者との利害相反が生じるおそれがある。そのため、レジストリ内部に、一応独立の未請求作品受託者 (Unclaimed Works Fiduciary) (同 6.2(b)(iii)) が設けられ、未請求資金を登録権利者に配分せず管理し、権利者の捜索・発見できないときは資金を慈善団体に寄附するという仕組みが設けられている (同 6.3(a)(i))。

(d) 評価

以上によれば、権利者不明著作物に関して言うと、Google は表示利用・非表示利用に関する包括的なライセンスを取得したのと等価な結果を得られる。他の事業者もレジストリと契約しライセンスを受けることが可能ではあるが、事実上 Google のみがライセンシーとして独占的地位を築く結果となる懸念は否定できず、地裁は修正和解案を拒絶する理由として、Google の得る支配的地位の問題を指摘している。

また、仮に他のライセンシーが現れるとしても、レジストリが拡大集中許諾における管理団体と同じ役割を果たし、権利者不明著作物に関して強制的ライセンスの仕組みと利用料分配の仕組みが整備されることになる。これは立法によらずして私的に拡大集中許諾のスキームが作り上げられるのと等価である。地裁は、修正和解案を拒絶したもう 1 つの理由として、誰がどのような条件のもと権利者不明著作物の管理を任されるべきか、そこにはどのようなセーフガードが設けられるべきかは、私人間の合意ではなく立法によってなされるべきことを指摘している。

³⁵⁷ 米国における非営利の図書館のうち、[1] 効力発生日から 2 年以内に Google との間でデジタル化契約に調印するか [2] 図書館・レジストリ契約 (フル参加図書館) を締結したものをいう (修正和解案 1.62)。

3. 立法及び近時の動向

(1) ライセンスの促進及び「大量デジタル化における法的問題」報告書 (2011) について

Google ブックス訴訟により、書籍の大量デジタル化における法的な問題の存在が顕在化してきたことを受け、米国著作権局は、2011 年 10 月に報告書「大量デジタル化における法的問題」(Legal Issues in Mass Digitization: A Preliminary Analysis and Discussion Document) を公表した³⁵⁸。報告書の中で、著作権局は大量デジタル化に伴う法的問題を洗い出し、図書館の権利制限 (第 108 条)、フェア・ユース (第 107 条) 及びライセンスの問題を論じている。

報告書は、大量デジタル化と権利者不明著作物の問題は、ライセンスの問題と切り分けることができないことを指摘し、既存のライセンスの選択肢 (直接のライセンスと自発的集中許諾) とともに、拡大集中許諾と法定許諾が、大量デジタル化の文脈においては、権利者不明著作物の解決方法たりうることを示唆している³⁵⁹。

① 個別的許諾及び著作権者の公示制度

個別に権利者と利用者間で自発的な合意に至ることが最も基本的な選択肢である³⁶⁰。しかし、大量デジタル化の文脈では権利処理の費用が便益を上回るという問題、誰が権利者かを決定することが不可能であるという問題が生じうる³⁶¹。

著作権局は、権利者不明著作物の問題が悪化した原因として、保護の要件から登録と表示が削除されたことを指摘している³⁶²。

なお著作権局は、2011 年 10 月に公表した 2 か年計画 (「米国著作権局の優先事項及び特別プロジェクト」Priorities and Special Projects of the United States Copyright Office) の中で、[1] 1870 年以降の著作権についての記録すべてのデジタル化、[2] 著作権の電子登録・記録制度の改善に取り込むことを表明している。これは、権利者の発見を容易にし、取引費用を下げることに一定程度貢献することになると思われる。

³⁵⁸ 本章において 2011 年著作権局報告書として引用する
<http://www.copyright.gov/docs/massdigitization/USCOMassDigitization_October2011.pdf>。

³⁵⁹ 2012 年著作権局質問通知<<http://www.copyright.gov/fedreg/2012/77fr64555.pdf>>参照。

³⁶⁰ 2011 年著作権局報告書・前掲注 358・30 頁。

³⁶¹ 2011 年著作権局報告書・前掲注 358・31 頁。

³⁶² 2012 年著作権局質問通知・前掲注 359。

②集中許諾

第三者機関に集合的に複製権、頒布権、展示権などを管理させる集中許諾は、少ない取引費用で著作物の利用を可能にできる³⁶³。集中許諾には大きく分けて、自発的集中許諾、拡大集中許諾の2つのスキームがある。また法定許諾も、特定の利用形態について法定の要件を満たせば集合的に許諾を得ることができるよう制度設計すれば、集中許諾と同様の機能を発揮する³⁶⁴。ただし、このような集中的法定許諾は、利用を管理する第三者機関との契約に基づかない点で厳密には前2者の集中許諾とは異なる。そのため本稿では法定許諾について、項を改めて論じている。これらのうち米国において現行法で利用可能なのは自発的集中許諾のみである。現行法での法定許諾制度は個別な法定許諾であり、特定の利用形態に対して集合的な許諾を得るという集中的法定許諾は導入されていない。

(a) 自発的集中許諾 Voluntary Collective License

前述のように、言語著作物に関するCCC(著作権クリアランスセンター)、音楽著作物に関するASCAP(米国作曲家作詞家出版社協会)、BMI(Broadcast Music, Inc.)などの団体において既に活用されている。これらの団体に対する政府の援助・監督などはあるものの、権利者の参加は任意であり、設立・運営に立法は必須ではない³⁶⁵。

自発的集中許諾の利点は、特定の種類の使用や特定のライセンシーに対して利用料やライセンス条件を設定する権限を著作権者に留保するライセンス(transactional license)を提供することが可能であり、権利管理団体が反競争的になりがちだという批判に応えることができる点にある³⁶⁶。問題点は、利用者の望むすべての権利を提供することはできない点にある。すべての権利者が参加しているわけでもなければ、カバーされる利用形態も限られている³⁶⁷。また、初期費用等の高さにより、新たな需要を満たすための新規参入も難しい³⁶⁸。

(b) 拡大集中許諾 Extended Collective License

拡大集中許諾は1960年代に北欧諸国で採用された制度に由来するものである。拡大集中許諾は、法のもと、著作権者の代表者と利用者の代表者が、集合的に交渉を行うことに合

意し、すべてのメンバーを拘束する契約条項を交渉する制度である³⁶⁹。拡大集中許諾の実現には、立法と政府の監督が必要である。

このアプローチでは、特定の階層の作品(例えば、新聞、雑誌)や特定の階層の利用(例えば、教育目的での公表作品の複製)を代表する管理団体を政府が組織する。ある利用者がその団体とライセンスを成立させると、そのライセンス条項は、権利者がその管理団体に属しているか否かを問わず、そのような作品の権利者すべてを拘束する。著作権者は利用料を受け取ることができ、またオプトアウトや管理団体に対して受け取る利用料額への不服申立てが可能な場合もある。しかし、いずれにしろ利用者とのライセンスの内容につき直接反対することはできない³⁷⁰。

拡大集中許諾は、現在導入されている国でも限られた種類の作品及び利用にしか活用されていない。これを権利者不明著作物問題の解決や大量デジタル化の問題の処理に活用することは、劇的な概念の拡張である³⁷¹。なお、Google ブックス訴訟における和解案は拡大集中許諾の一種と位置付けることができる³⁷²。

拡大集中許諾導入の得失については、さらなる公の議論がなされることが望ましい。立法によりこれを導入する際には、他のライセンスモデルとの役割分担・著作権法第107条・第108条の制限規定との相互作用、権利制限規定についての国際条約上の義務について、考慮する必要がある³⁷³。

③法定許諾

市場において、効果的かつ効率的にライセンスの成立が望めない場合には、法定許諾は有効な手段となりうる。集中的な法定許諾も、個別な法定許諾も市場の失敗があるのなら、その解決に利用しうる。しかし、著作権局は、深刻な市場の失敗があり特定の目的を達成するのに必要な場合に限り、法定許諾は認められてきたとしており、大量デジタル化の問題解決に法定許諾を利用することには否定的である³⁷⁴。大量デジタル化の文脈において集中的法定許諾の制度を設けることには弊害も多く、自発的なし拡大集中許諾の方がより望ましいと考えているものと思われる。

また、法定許諾は、著作権者への利用料が過小なものとなりがちなこと、及び国際条約上の義務との整合性に注意を払う必要があることが指摘されている³⁷⁵。

³⁶³ 2011年著作権局報告書・前掲注358・31頁。

³⁶⁴ 同上。ただし、同報告書では、集中許諾の3つのスキームとして、自発的集中許諾、拡大集中許諾、法定許諾があると整理している。

³⁶⁵ 2011年著作権局報告書・前掲注358・33頁。

³⁶⁶ 同上。

³⁶⁷ 2011年著作権局報告書・前掲注358・34頁。

³⁶⁸ 同上。

³⁶⁹ 同上。

³⁷⁰ 以上につき、2011年著作権局報告書・前掲注358・35頁。

³⁷¹ 2011年著作権局報告書・前掲注358・36頁。

³⁷² 同上。

³⁷³ 以上につき、2011年著作権局報告書・前掲注358・37頁。

³⁷⁴ 2011年著作権局報告書・前掲注358・38頁。

³⁷⁵ 2011年著作権局報告書・前掲注358・39頁。

④今後の立法動向

著作権局は、2012年10月22日に権利者不明著作物の立法に関して質問通知を差し³⁷⁶、[1] 2006年著作権局長報告書以来提案されてきたスキームが権利者不明著作物の単独利用の場面でなお有効か、[2] 大量デジタル化の文脈における権利者不明著作物問題の解決には、どのような方法がありうるか、の2点について意見を公募したところである。2012年著作権局質問通知の中では、ライセンスに関する記述にも相当紙幅を割いており、特に[2]の場面で有効な解決策となる可能性を模索していると思われる。

また、2012年4月カリフォルニア大学バークレー校で開催されたシンポジウムにおいて、著作権局長は、集中許諾についての議論を継続することを明言している³⁷⁷。

すぐに具体的な立法提案が出るというわけではなさそうであるが、近い将来に集中許諾に関する立法案が出されてくる可能性はある。

(2) 保護期間の短縮（パブリック・ドメイン拡張法案）

①問題の背景

米国において権利者不明著作物の問題が深刻に意識されるに至った背景には、1998年 Sonny Bono 法による保護期間の50年から70年の延長がある。著作権局も権利者不明著作物問題悪化の原因として、度重なる法改正による保護期間の延長を指摘している³⁷⁸。

そのため、1998年の法改正により延長された20年分に関して、少しでも権利者不明著作物問題を緩和するため、下記のパブリック・ドメイン拡張法案が提案されるに至った。

②パブリック・ドメイン拡張法案の概要

詳細については前回調査25頁以下を参照されたい。

パブリック・ドメイン拡張法 (Public Domain Enhancement Act) は、第108議会 (H.R. 2601 (108th Congress)) 及び第109議会 (H.R. 2408 (109th Congress)) で提案された法案であり、米国内で最初に発行された著作物等について、最初の発行の日から50年以上経過後は、10年ごとに著作権維持料を支払わなければ権利が失効するとの制度である。

いずれの議会においても、下院の裁判所・インターネット・知的財産権小委員会に付託されるにとどまった。エンタテインメント産業の強固な反対が原因といわれる。

³⁷⁶ 2012年著作権局質問通知・前掲注359。

³⁷⁷ Maria A. Pallante, Keynote Address: Orphan Works and Mass Digitization: Obstacles and Opportunities, 27 Berkeley Tech. L.J. (forthcoming 2012) <[http://www.law.berkeley.edu/files/2012-04-12_Pallante_Orphan_Works_Speech-1\(1\).pdf](http://www.law.berkeley.edu/files/2012-04-12_Pallante_Orphan_Works_Speech-1(1).pdf)>.

³⁷⁸ 2012年著作権局質問通知・前掲注359。

権利者不明著作物問題の抜本的解決というよりは、保護期間延長の弊害を緩和することが目的といえる。

(3) 識者等の評価

権利者不明著作物問題については、多くの知的財産権研究者が大きな関心を払っている。中でもカリフォルニア大学は権利者不明著作物に関するシンポジウムを開催し、また、権利者不明著作物問題に関する白書を作成するなどしている。

カリフォルニア大学バークレー校 Berkeley Center for Law and Technology の権利者不明著作物研究の中心的存在であるパメラ・サミュエルソン教授は、他の方策とともに拡大集中許諾の可能性を論じている³⁷⁹。また、2012年4月にカリフォルニア大学が開催した「権利者不明著作物と大量デジタル化」シンポジウムでは様々な可能性が議論され、著作権者に登録を求める制度の復活の可能性、集中許諾・法定許諾の立法化などが議論された。また、カリフォルニア大学がまとめた「バークレー・デジタル図書館著作権プロジェクト白書」³⁸⁰においては、法定許諾、拡大集中許諾、方式主義・著作権登録の復活が解決策の1つとして言及されている。

4. 日本法への示唆

日本法でも、著作物の使用には事前に著作権者から許諾を得ることが原則である。仮に日本でも権利者不明著作物問題が深刻だとすると、その原因は著作権者の発見にかかるコストが利用の便益に対して高すぎることにあると考えられる。そうすると、権利者不明著作物問題の解決には、低いコストで著作権者の発見を容易にする制度を構築するか、あるいは著作権者の発見が不可能でも低い費用でライセンスを得られる代替的な手段を用意することがその解決策となる。これらが権利者不明著作物の利用前に活用可能な制度となるだろう。

第1の著作権者の発見をより容易にする方策としては、著作権者の公示制度の充実が考えられる。特に創作から長時間が経過し保護期間が長期に及んでいる著作物について、公示制度を充実させる必要性が高い。著作権者に登録を義務付ける、又は、登録に対するインセンティブを付与する方策が考えられる。もっともこれについては方式主義を禁ずるベルヌ条約との関係を慎重に検討しなければならない。関連して、著作権者にとって利用しやすい自発的集中許諾の仕組みが生じやすい環境を整備することも対策となる。著作権者

³⁷⁹ Pamela Samuelson, Legislative Alternatives to the Google Book Settlement, 34 Colum. J. L. & Arts 698 (2011) .

³⁸⁰ Berkeley Digital Library Copyright Project White Paper (2011-2012) .

が著作権管理団体に進んで参加すれば、それが公的な登録制度の機能をある程度代替するからである。

第2のライセンスを得られる代替的手段としては、自発的及び拡大集中許諾の整備が有益である。自発的集中許諾は既に幾つかの分野で我が国においても活用されているが、未整備かつ需要のある分野がないか検討を進める必要がある。また、拡大集中許諾についても検討を進める必要があるだろう。自発的集中許諾のみでは十分な解決が望めない分野については拡大集中許諾を立法の視野に入れる必要がある。しかし、拡大集中許諾については、強制的にライセンスされる著作権者の保護の在り方を検討しなければならない。さらに、拡大集中許諾のスキームのもとに保護を受けるためには、管理団体の管理下におかれる必要がある。管理の方法によっては、事実上著作権の制限となり、方式主義をとるものと解される可能性があることについて、ベルヌ条約との関係を整理する必要もある。

II. 権利者不明著作物の利用後に活用可能な制度（侵害訴訟における救済等）

1. はじめに

本節においては、利用者が権利者不明著作物を利用しようとする際に、利用「後」に活用可能制度について論じる。すなわち、事前には利用者の自己責任のもと許諾は不要と判断し、のちに権利者が現れた時に、裁判手続の中などで許諾は不要であったことを確認、又は事後的に適法にしていける方法について言及する。

具体的には、権利者不明著作物に関して利用可能な著作権の権利制限規定、損害賠償額の減免・差止めの制限規定について言及する。

2. 現行法制度

(1) 制度の概要

米国においては、権利者不明著作物の利用「後」に利用できる制度として、現在以下のようなものがある。

①図書館等における利用（著作権法第108条）

著作権法第108条により、図書館及び文書資料館が行う著作物の複製・頒布は、一定の場合に著作権侵害とならない。

図書館・アーカイブ・博物館などにおいて、保存や利用者の利便性を高めるために所蔵資料のデジタル化のプロジェクトが行われ、あるいはGoogleブックスのように新規に一定の資料についてのデータベースを立ち上げることが企画されることがある。このような大量デジタル化の文脈において、権利者不明著作物の問題は深刻である。

米国議会図書館自身が、自身のプロジェクトNDIIPP（全米デジタル情報インフラ保存プログラム）においてこれを経験しており、後述の第108条研究会の設立に至った。著作権法第108条は、権利者不明著作物問題の解決に役立つことが期待されている。

第108条 排他的権利の制限：図書館及び文書資料館による複製

- (a) 本編に別段の定めある場合を除き、かつ、第106条の規定にかかわらず、図書館若しくは文書資料館又は職務の範囲内で行動するその被用者が、1点に限り著作物のコピー又はレコードを複製し（第(b)項又は第(c)項に定める場合を除く）又は頒布することは、本条に定める条件のもと、以下の条件をすべて満たす場合には、著作権の侵害とならない。
- (1) 複製又は頒布が、直接又は間接の商業的利益を目的とせず行われること。
 - (2) 図書館又は文書資料館の所蔵品が、(i)公衆に開かれている、又は(ii)図書館若しくは文書資料館又はその附属施設に所属する研究者のみならず、専門分野において研究を行う他の者にも、利用可能であること。
 - (3) (省略)

著作権法第108条(a)のもと、図書館(Library)と文書資料館(Archive)は著作物1部の複製・頒布が許される。博物館など他の団体は本条の適用を受けることはできない。また、それら図書館等は、公衆又はすべての研究者に開かれている必要もある(第108条(a)(2))。さらに、複製・頒布は非営利目的のものに限られる。

- (b) 本条に基づく複製及び頒布の権利は、保存及び保全の目的又は第(a)項(2)に定める種類の他の図書館若しくは文書資料館における研究用の預託のためのみにする未発行著作物のコピー又はレコードの増製3部に限り、以下の条件をすべて満たす場合には、適用される。
- (1) 複製するコピー又はレコードは、現在図書館又は文書資料館の所蔵品である。
 - (2) デジタル形式のコピー又はレコードを複製する場合にあっては、他ではデジタル形式にて頒布されておらず、かつ、その図書館又は文書資料館の施設外ではデジタル形式にて公に利用可能になっていない。

第108条(b)によれば、保存・保全、他の図書館で研究利用するための預託を目的とする場合には、3部まで未発行著作物の複製や頒布を3部に限り行うことができる。この規定は、資料の保存・保全を目的とした大量デジタル化のプロジェクトにおける権利者不明著作物

の問題に活用可能である。しかし、対象が未発行著作物に限られ、また他ではデジタル形式のものが利用可能でないことという条件が課せられている。また3部という制限が課せられている点にも注意が必要である。

発行著作物は、次の(c)の条件を満たす時に複製できる。

- (c) 本条に基づく複製の権利は、コピー又はレコードが損傷、変質、紛失若しくは盗難を受け、又は著作物の収録形式が旧式化した場合において、かかるコピー又はレコードと交換することのみを目的とする発行著作物のコピー又はレコードの増製3部に限り、以下の条件をすべて満たす場合には、適用される。
- (1) 図書館又は文書資料館が、相当な努力の後、公正な価格で未使用の代替物入手できないと判断した。
 - (2) デジタル形式でコピー又はレコードを複製する場合にあっては、当該コピーを合法的に所持する図書館又は文書資料館の施設外ではデジタル形式にて公に利用可能になっていない。

第108条(c)によれば、所蔵するコピーが損傷などを受けたり、収録形式が古くなったり（例えば、特定の形式で記録された音楽の再生装置が入手不可能になった）した場合には、発行著作物の複製を3部に限り行うことができる。このような著作物は著作権者が不明であることも多いので、権利者不明著作物問題の緩和に利用可能である。

その他、第108条(d)(e)により、利用者の求めに応じて一定の範囲で、1点に限り複製・提供が可能である。第108条(b)(c)により権利者不明著作物の大量デジタル化が可能になったとした場合に、利用の場面で両項が更に作用する可能性を視野に入れる必要がある。

第108条(h)については、既に保護期間延長のところでも言及した。保護期間の最後の20年にある著作物は、一定の条件のもと保存、学問又は研究を目的とした複製・頒布・展示・実演が可能である。

②フェア・ユース（著作権法第107条）

前回調査では言及されなかったが、フェア・ユース（著作権法第107条）の規定も権利者不明著作物の利用の際に利用することが可能である。すなわち、権利者不明著作物の利用は、第107条の要件を満たし、フェア・ユースに該当するものとして著作権侵害となることを免れることができる可能性がある。

第107条 排他的権利の制限：フェア・ユース

第106条及び第106A条の規定にかかわらず、批評、解説、ニュース報道、教授（教室における使用のために複数のコピーを作成する行為を含む）、学問又は研究などを目的とする著作物のフェア・ユース（コピー又はレコードへの複製その他第106条に定める手段による使用を含む）は、著作権の侵害とならない。著作物の使用がフェア・ユースとなるか否かを判断する場合に考慮すべき要素には、以下のものが含まれる。

- (1) 使用の目的及び性格（使用が商業性を有するか又は非営利的教育目的を含む）。
- (2) 著作物の性質。
- (3) 著作物全体との関連における使用された部分の量及び重大性。
- (4) 著作物の潜在的市場又は価値に対して使用が与える影響。

著作物が未発行であるという事実自体は、上記のすべての要素を考慮してフェア・ユースと認定される場合、かかる認定を妨げない。

権利者不明著作物であるという事実は第2要素について好意的にとらえられ、また、第4要素についても権利者不明著作物の場合はフェア・ユースに有利な場合が多いかもしれない。したがって、権利者不明著作物の利用に関してフェア・ユースが適用される可能性は、利用の態様などによっては十分に存在する。後述のように、実際の裁判例でも権利者不明著作物に適用可能と思われるケースでフェア・ユースが認められた例は一応存在する。

③善意侵害に対する法定賠償の減額（著作権法第504条(c)(2)）

詳細については前回調査7頁以下を参照されたい。

著作権法第504条(c)(2)によると、侵害が善意のものであった場合、通常750ドル以上30,000ドル未満である法定損害賠償の額（第504条(c)(1)）を、200ドルを下限として減額することができる。したがって、権利者不明著作物を利用する際に、著作権の存在に気付かなかった、又は、既にパブリック・ドメインにあると誤信したなどの場合には、法定賠償の減額を受けられる可能性がある（保護期間満了を善意に信じた場合に、侵害責任を免れる場合があることについては、前述の第302条(e)を参照）。この減額は、図書館等、音楽を非営利で放送する公共放送事業者・個人が、フェア・ユースと誤信して著作権を侵害した時には、義務的である。

(2) 裁判例

①Google ブックス訴訟

Google は、書籍のスキャン・デジタル化を行い、協力図書館³⁸¹にデジタル複製の提供・ユーザーに書籍の全文検索サービスなどを提供するという Google ブックスプロジェクトを開始し、著作権者から侵害訴訟を提起されると、これらの行為がフェア・ユースに当たると主張した。詳細については、前述のとおりである。

裁判所は結局 Google の行為がフェア・ユースに当たると判断せず、訴訟は終了した。しかし、間接的に次の Hathi trust 訴訟の中でその一部がフェア・ユースに当たりうると判断されている。

②Hathi Trust 訴訟: *Authors Guild, Inc. v. Hathi Trust*, No. 11-CV-6351, 2012 WL 4808939 (S.D.N.Y. Oct. 10, 2012)

(a) 事案の概要

本件は、米国作家協会 (Authors Guild) らが、ハーティトラスト・デジタル図書館³⁸²の名で知られるオンラインのデジタル・リポジトリ (論文など知的成果物の電子アーカイブシステムのこと) 及びその協力者である5つの主要大学を著作権侵害で訴えた事案である。HDL は、大学図書館の蔵書を Google ブックスプロジェクトの中などにおいてデジタル化し、それを図書館がハーティトラストに委託することにより成立している。HDL のサービスは、資料を [1] 全文検索 [2] 保存 [3] 印刷物を読むのが困難な人々 (print-disabled) へ提供することからなっている。また、ハーティトラストは、「権利者不明著作物プロジェクト」(Orphan Works Project) と称して、権利者不明著作物を協力者の教授陣、学生、図書館にも提供していた。原告らは、権利者不明著作物とされてデジタル化された著作物の著作権者のうち何人かは容易に発見可能であったなどと主張し、HDL 及び権利者不明著作物プロジェクト差止めを求めた。

³⁸¹ 前掲注 355。

³⁸² Hathi Trust Digital Library, 以下「HDL」という。

(b) 経緯

2011年9月 米国作家協会らを原告として、ハーティトラストに対して侵害訴訟提起。

ハーティトラストは、権利者不明著作物プロジェクトを無期限休止

2012年6月 略式判決 (summary judgment) の申立て

原告は改めて HDL 及び権利者不明著作物プロジェクトの差止めを求めるとともに、被告はフェア・ユースを主張

2012年10月 被告勝訴の判決

(c) 判決の概要

原告は、図書館は、著作権法第 108 条に許されている複製以外は許されずフェア・ユースはそもそも適用されないと主張したが、判決はこれを退け、フェア・ユースの適用可能性を肯定した。

そして、資料をデジタル化したこと、保存していること、全文検索に供していること、印刷物を読むのが困難な人々に提供していることは、いずれも変容的 (transformative) な使用³⁸³であり、フェア・ユースに該当すると判断した。

すなわち、検索や保存に関しては、著作物を享受するという本来の目的からは変容した目的に供されるものであり、その使用は変容的といえる。また、障害者への提供は、重要な市場、潜在的な市場とは著作権者らにとって考えられていなかったため、変容的な使用だといえる。使用が変容的なときには、多くの場合使用の目的及び性格という第 1 要素は肯定される。また、変容的使用の時には第 2 要素は重要ではなく、目的には全文コピーが必要なので第 3 要素も肯定的である。また第 4 要素について、市場への影響も大きいとは言えない。そして、いずれの目的も学術の進歩という著作権法の目的に資するものである。

しかし、裁判所は権利者不明著作物プロジェクトにおけるアクセスの提供については、訴訟の成熟性を満たさないとして判断を避けた。権利者不明著作物プロジェクトは既に無期限休止されており将来の侵害の可能性だけでは成熟性は満たさないとされた。

(参考) フェア・ユースに関する諸判例

この他、権利者不明著作物の利用に関して参考になると思われる、フェア・ユースに関する裁判例が幾つか存在する³⁸⁴。

³⁸³ 米国においては、フェア・ユースの第 1 の要素である「使用の目的及び性格」について、「新しい表現、意味づけ又はメッセージで原著作物を改変して新たな目的又は異なる性質の新規物を付け加える」使用方法である「変容的 (transformative) な使用」については、それが商業的使用であるか非営利的使用であるかを問わず、フェア・ユースの推定を与えるアプローチが確立されている。

³⁸⁴ 2011 年著作権局報告書・前掲注 358・22-25 頁。

(a) *Williams & Wilkins Co. v. U.S.*, 487 F.2d 1345, 1363 (Ct. Cl. 1973), *aff'd* by equally divided court, 420 U.S. 376 (1975)

本件は連邦政府の研究機関である国立衛生研究所 (National Institute of Health:NIH) の有する図書館が所属する研究者に対して、論文のコピーを提供したことが著作権侵害に問われた事件である。図書館による提供はフェア・ユースであると判断されたが、本件は現行法 (1976 年法) 制定以前の事案であり、現在であれば第 108 条の適用により第 107 条の適用を待つまでもなく適法とされる事案である。後述の (b) 事件との比較が重要である。

(b) *Am. Geophysical Union v. Texaco Inc.*, 60 F.3d 913, 920 (2d Cir.1994), *cert. dismissed*, 516 U.S. 1005 (1995)

(a) 事件と類似の事案であるが、本件は石油企業であるテキサコが所属の研究者に対して雑誌論文のコピーを提供していたことが著作権侵害に問われた。

本件ではフェア・ユースの適用は否定された。その理由の 1 つとして、コピーはオリジナルへの需要を満たすためにただであり、オリジナルとまさに同じ目的に使用している (変容的使用とは言えない) ことがあげられる。また、複写が組織的かつ日常的に行われていたことも重視されている。ここまでは (a) 事件にもあてはまるかもしれない。しかし、コピー使用の目的が公共目的ではなく商業目的で利用されていること、被告による使用がこれら論文の通常の経済利用 (ライセンスを、CCC (著作権クリアランスセンター) を通じて日常的に与えていた) を阻害すること、がフェア・ユースを否定する大きな理由となったと思われる。

権利者不明著作物でライセンスを得る通常のルートが用意されていない場合には、少なくとも上記の点のみからは、フェア・ユース肯定に傾くといえる。

(c) *Kelly v. Arriba Soft*, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003)

被告は画像検索エンジンを提供していたものであり、クローラーといわれるソフトでインターネットを巡回し見つけた画像のサムネイルを作成し、検索結果の表示に使用していた。これが複製権、展示権の侵害に問われたものである。

裁判所は、被告の使用は変容的であり、フェア・ユースであることを肯定した。次の (d) 事件も参照。

(d) *A.V. v. iParadigms, LLC*, 562 F.3d 630 (4th Cir. 2009)

被告は、大学などに向けて、学生のレポートなどが盗作かどうかを判定する Turnitin というサービスを提供していた。学生の文章を、被告のデータベースやインターネット上のコンテンツと比較し、何%がオリジナルといえるかを判定するものである。被告は、デジタル指紋のデータベース作成のために、学生の文章を複製していた (学生の許諾の有無も争点であった)。裁判所は、被告の使用は変容的であり、その他の要素についてもフェア・ユースに肯定的であるとして、フェア・ユースを肯定した。

裁判所は、(c) (d) 両事件において、使用が変容的であると判断した。両事件ともかなりの権利者不明著作物をその使用の対象としていたものと思われる。しかし、権利者不明著作物の使用そのものが変容的使用と判断されたわけではない。大量デジタル化が変容的使用となるかは不透明である。

3. 立法及び近時の動向

(1) 前回調査の概要

①権利者不明著作物についての報告書 (2006 年著作権局報告書)

米国著作権局は、2006 年に権利者不明著作物についての報告書³⁸⁵を作成した。同報告書において、著作権局は、権利者不明著作物の問題は現実のものであり、現行法の規定では対応しきれないものがあるため、現在の問題を解決するためには立法が必要であると結論付けた。

なお同報告書においては、個人の撮影した写真の著作権者から許諾を得ようとするものが困難であるとの意見が著作権局に寄せられていたことが、問題意識の背景にあったことが指摘できる³⁸⁶。

そして、著作権法を改正し新たに第 514 条を設けることを提案した。その内容は、侵害の開始前に、侵害者が、善意かつ合理的に入念な調査 (good faith, reasonably diligent search) を行っているにもかかわらず権利者の特定をすることができず、著作者・著作権者の表示を適切に行っていた場合には、救済を制限するものである。損害賠償は、相当の補償の支払に限定、又は、非商業的利用で侵害の通知後速やかに利用を停止した場合には免除される。差止めについては、利用者が大幅に表現を加えた二次的著作物の場合には相当の補償の支払を条件に差止めを禁止するものである。

³⁸⁵ 2006 年著作権局報告書・前掲注 347。

³⁸⁶ 2012 年著作権局質問通知・前掲注 359。

②2006年権利者不明著作物法案

2006年著作権局報告書を受け、第109議会において、「2006年権利者不明著作物法案」(Orphan Works Act of 2006 (H.R.5439))が2006年5月22日に下院に提出された。この法案は、業界団体の反対により一旦取り下げられ、2006年9月12日に、「2006年著作権現代化法案」(Copyright Modernization Act of 2006 (H.R.6052))全3編中の第2編として再提出されることとなった。しかし、依然反対は根強く、2006年9月27日に法案は再び取り下げられるに至った。

(2) 2008年権利者不明著作物法案

①審議の経緯

その後、権利者不明著作物法案は、第110議会において再び提出された。法案は2008年に、上院(The Shawn Bently Orphan Works Act of 2008, S.2913)及び下院(The Orphan Works Act of 2008, H.R. 5889)にそれぞれ独立に提出された(内容・構成はほぼ同じだが一部が若干異なる)。

上院の法案は2008年4月24日に提出されたのち、上院の司法委員会に付託され、そこでの修正を経た後、本会議において9月26日に全会一致で可決され、下院に付託された。

下院の法案も2008年4月24日に提出され、4月28日に裁判・インターネット・知的財産権小委員会に付託され、更に司法委員会にまで回されたが、上院より付託されてきた法案とともに、結局可決されるには至らなかった。

なお、これに先立って2008年3月13日に下院の裁判・インターネット・知的財産権小委員会において、著作権局長が権利者不明著作物法制度の必要性において証言を行っていた。

②法案の内容

ここでは、上院で可決されるに至った法案の内容を説明する。

法案は、以下の内容から構成されていた。

第1条 本法案の小題

第2条 権利者不明著作物を含む場合の、救済の制限

第514条 権利者不明著作物を含む場合の救済の制限

第3条 画像、図形、彫刻の著作物のデータベース

第4条 議会への報告

第5条 損害額の小さい著作権侵害の主張に対する救済についての研究

第6条 著作権の登録(deposit)制度についての研究

委員会に置いて修正が加えられたのは主に第2条と第3条である。本法案の主たる目的は、2006年著作権局長報告に沿い、権利者不明著作物の利用に関して著作権法に第514条を追加し、新たな救済の制限を創設することにある。

可決された第514条の内容を一部抜粋すると、以下の通りである。

第514条 権利者不明著作物を含む場合の救済の制限

(a) 定義 本条においては以下の定義が適用される:

- (1) 侵害の主張の通知 (省略)
- (2) 侵害された著作権の著作権者 (省略)
- (3) 相当の補償(reasonable compensation) 「相当の補償」とは、侵害の主張に関して、侵害者と侵害された著作権者の立場にある、取引に乗り気な買主と売主が、侵害の開始された直後に、当該著作物の当該侵害利用に関して合意したであろう金額をいう。

(b) 適格の要件

(1) 条件

(A) 一般 第502条ないし第506条にかかわらずかつ subparagraph(B)の規定にしたがって、この法律のもと著作物の著作権侵害を主張する訴訟において、侵害の救済は、侵害者が以下の条件をすべて満たした場合に、subsection(c)の定める通りに制限される。

(i) 侵害の開始前に、侵害者、侵害者を代理して行動する者、又は侵害者とともに侵害の責任を共同して若しくは個別に負う者が、以下の通りであったことを、証拠の優越を持って証明したこと

(I) 侵害する著作権の著作権者を発見かつ同定するために、善意で、適格調査(a qualifying search)を実施しかつ文書で記録したこと。

(II) 侵害する著作権の著作権者を発見かつ同定することができなかったこと。

(ii) (省略。著作権者の表示)

(iii) (省略。権利者不明著作物を使用している旨の表示)

(iv) (v) (以下、省略)

(B) 例外 (省略)

(2) 調査の要件

(A) 適格調査の要件

(i) 一般 調査が paragraph (1)(A)(i)(I)にいう適格なものであるためには、侵害者、侵害者を代理して行動する者、又は侵害者とともに侵害の責任を共同して若しくは個別に負う者が、侵害に先立ちかつ合理的にそれに近接する時点において侵害された著作権の著作権者を発見しようとする状況のもと合理的な、入念な努力(a

diligent effort)をとらなければならない。

(ii) 入念な努力 clause (i)の目的のもと、入念な努力は—

(I) 少なくとも、以下の条件を満たさなければならない。

(aa)~(dd) (省略)

(II) (省略)

(iii)(iv) (省略)

(B) (省略)

(3) (省略)

(c) 救済の制限 本条の適用される著作権侵害を主張する訴訟において、救済は以下の通り制限される。

(1) 金銭的救済

(A) 一般 subparagraph (B)の規定にしたがって、金銭的救済(現実損害、法定損害、訴訟費用又は弁護士費用を含む)の認定は、侵害された著作権のもとその著作物の利用に対する相当の補償を、排他的権利の権利者に支払うことを侵害者に義務付ける命令のほか行ってはならない。

(B) さらなる制限 (省略。侵害者が非営利の教育機関、博物館、図書館、文書資料館、公共放送事業者である場合などには、金銭的救済を更に制限)

(2) 差止命令

(A) 一般 (省略、差止命令を出しうることを規定。ただし、侵害者の被害を考慮。)

(B) 例外 侵害者が、著しい量の独創的な表現とともに被侵害著作物を改作、変形、翻案又は統合した新たな著作物を、作成し又は作成を開始した場合には、裁判所による差止命令は、以下の条件に従うかぎり、侵害者がその新たな著作物の作成を継続し又は使用することを制限してはならない。

(i) (省略。相当の補償の支払)

(ii) (省略。氏名表示)

(C) (D) (E) (省略)

(d)(f) (省略)

法案の内容は、ほぼ2006年著作権局長報告書に沿うものである。ただし、事前にどの程度の調査が必要かについてなどの要件がかなり精緻化されている。特徴として以下の点が指摘されている。(以下の分析は、2012年著作権局質問通知による。)

第1に、事前に合理的に入念な調査を行った場合には救済が制限される点は2006年著作権局長報告書のままであるが、どのような調査がそれに当たるのかについて詳細な規定を用意している。第2に、権利者不明著作物として利用可能かどうかは飽くまでケースバイケースで決まるものであり、事前に権利者不明著作物に当たるか否かを判断する難しさが完

全に解消されているわけではない。第3に、金銭賠償は、相当の補償に制限されており、権利者不明著作物であるかぎりは、事前に契約を結べた場合と支払う金額は同じで済む。

法案は、2006年著作権局報告書の、写真の著作物において権利者不明著作物問題が深刻であったという問題意識を受け継ぐものである。そのため、[1] 著作権者が発見された場合には速やかに相当の補償を受けられる、[2] 画像、図形、彫刻の著作物を実用品に固定化したことによる侵害(例えば手提げかばんへの写真の使用)は差止めの対象から除かれている(第514条(c)(2)(B)の解釈としてそうすると説明するものと思われる。)。さらに下院の法案では利用者が検索情報を著作権局に提供すべきことも求められていた。

関連してもう1点重要なのは、第3条において画像、図形、彫刻の著作物のデータベースを著作権局長が作成すべきことが定められている点である。権利者の所在を明らかにできるような仕組みを整備することが求められ、権利者不明著作物の発生を少しでも抑え、権利者が適切に保護されることを求めている。これは、新法の施行の要件としても位置付けられていた。

(3) 著作権法第108条研究会による報告書(2008)

①概要

現行の著作権法第108条は、デジタルメディアと技術の登場により著作物の作成・頒布・保存そしてアクセスの方法が根本的に変化しているという事実に対応できていない。このような問題意識に基づき、2006年に第108条研究会(The Section 108 Study Group)が、著作権局及び米国議会図書館のNDIIPP(全米デジタル情報インフラ保存プログラム)の後援により設立された。第108条研究会は、2008年3月に報告書(The Section 108 Study Group Report)を提出し、第108条の改正案を提言している。

既に指摘したように第108条の問題は、特に大量デジタル化の文脈において、権利者不明著作物問題と密接な関係を有しているためここに紹介する。

②報告書の内容

報告書は、以下の内容の立法などを提言している。

(a) 博物館も第108条適用の対象とすべきこと

現在の第108条では、図書館と文書資料館のみが適用の対象だが、報告書はこれに加え、博物館(Museum)を適用の対象に加えるべきとしている。

(b) 第108条の適用の対象に付加的な要件を課すべきこと

第108条は現在、適用の対象となる図書館や文書資料館の定義をおかず、最低限の基準を課すにとどまっている。報告書は、現在の規定を維持しつつさらなる付加的な要件を課すことを提言している。すなわち、公共サービスの使命を有し、訓練されたスタッフを雇用し、図書館や文書資料館に通常伴う専門的なサービスを提供し、合法的に取得又はライセンスされた所蔵品を有するという点を含む要件を課すことを提言している。

(c) 第108条が適用される行為のアウトソーシング

現在108条は、図書館、文書資料館及びその従業員のみが例外規定の適用の対象とされているので、外部の事業者などに第108条で許される行為を代理して実施させる（アウトソーシング）ことができない。

報告書では、第108条を改正してアウトソーシングを可能にすることを提言し、外部の業者が、図書館等のみから報酬を受けサービスを提供し他の商業的利益のために行動していないこと、契約に必要とされる以上のコピーを保持しないこと、図書館等と業者との契約において権利者が業者の著作権侵害の賠償を業者から得る可能性を保持させることを要件として課すべきとしている。

(d) 交換のためのコピー

現在の第108条(c)において、損傷や紛失などがあるという条件のもと、既発行著作物の交換の目的で3部までのコピー作成を許している。

報告書では、コピーできる部数を「交換用コピー1つを作製し維持するのに合理的に必要」な数まで許し、「脆弱である」(fragile)であることも、物理的な作品の交換のための複製を開始する要件として加えることを提言している。また、現行法では市場で「未使用の」交換品が手に入らないことを要件としているが、これを「使用可能な」コピーと改めるべきことも提言している。

(e) 未発行著作物の保存

第108条(b)は、未発行著作物を保存、保全、預託のために3部までのコピー作成を許している。

報告書は、第108条(b)の対象は、公に普及していない未発行著作物に限られるべきと提言している。また、保存・保全についてはそれに合理的に必要な数までのコピー作成を可能にし、預託についてはコピーの数ではなく、コピー1部を預託できる機関の数に合理的な

制限をかけるようにすべきだと提言した。さらに、預託先の機関で保存や預託のために更にコピーすることはできないことを明らかにすべきだと提言した。

(f) 公に普及した著作物の保存

第108条は、既発行の著作物の保存については定めておらず未発行著作物の保存についてのみ規定を持っている。報告書は、既発行又はその他の方法で公に普及した著作物の保存を可能にする規定の創設を提言している。なお、公に普及した (publicly disseminated) とは、この報告書の中では公衆に対し意図的に利用可能にされた著作物のことを指す。

報告書は、図書館等が所蔵品中の保存が必要な (at risk) 著作物について、合理的に必要な数のコピーを、厳格な条件のもと、可能にする権利制限規定の創設を提言している。

(g) 公に利用可能なオンラインコンテンツの保存

公に普及したオンラインコンテンツの保存に関する規定は、現行の第108条にはない。この問題に対処するため、報告書は新規定の創設を提言している。報告書は、公に利用可能な (publicly available) オンラインコンテンツを、保存目的でキャプチャし複製した上、それらを私的な学習、学問又は研究目的で利用者に提供できるようにするべきだと提言している。また、権利者にオプトアウトを許す仕組みの導入も併せて提言している。

(h) その他

テレビのニュースの例外規定 (第108条(d)(3)) の改正、非監督下の複製機器についての規定 (第108条(d)(1)) の改正及び、わかりにくく規定相互の関係が明らかでない第108条の規定を再編成し、次のように論理的に読みやすくすることを提言している。(1) 例外規定の適用対象及びその他の条件、(2) 保存及び交換活動、(3) 利用者のためのコピー (4) その他の規定。

(4) 著作権局の動き

①2011年10月-2013年10月の2か年計画

著作権局が2011年10月に公表した2か年計画(「米国著作権局の優先事項及び特別プロジェクト」)は、今後2年間に著作権局が取り組むべき課題について明らかにしている。

この中で、研究課題として、2006年著作権局報告書及び図書館等の例外についての第108条研究会の成果を受けて、2011年10月に書籍の大量デジタル化についての分析を公表することを述べている。これが既に何か所かで触れてきた2011年著作権局報告書³⁸⁷である。

また、今後取り組むべき立法課題として権利者不明著作物問題と図書館のための例外規定を挙げている。前者については、Google ブックス訴訟以降、一旦棚上げにされていたが、裁判所が和解案を拒絶し権利者不明著作物問題をどう扱うべきかは議会の責任であると述べたことを受け、引き続き議会に対し分析と協力を提供すると述べている。また、後者については、Google ブックス訴訟の中でも議論されたように早急な立法には慎重な意見もあるが、2012年中にはたたき台となる提言を公表したいとしている。

具体的な提案はまだ公表されていないが、著作権局は2013年2月に第108条の改正案について、コロンビア大学と共催でシンポジウムを開催するなど、改正に向けて積極的な動きを見せている³⁸⁸。

②2011年著作権局報告書(2011)

前述の2011年著作権局報告書は、書籍の大量デジタル化と著作権法とが交錯する問題について扱うものである。

同報告書の中では、Google ブックス訴訟の経緯と、大量デジタル化の利害関係者や主なデジタル化プロジェクトの中身について、まず概観している。そして、大量デジタル化の問題に関する著作権法上の課題として、第108条、第107条、権利者不明著作物、ライセンスの問題を分析している。個別の内容については、既に関連する箇所を指摘した。

同報告書は結論の中で、特に密接に関係を有する問題は、大量デジタル化の目標及び公共政策上の目的は何か、図書館の例外規定、フェア・ユース、ライセンスの相互作用、及び公的な当事者と私的な当事者がどこまで協働できるかであるとしている。

③「権利者不明著作物及び大量デジタル化」についての著作権局質問通知(2012年10月)

既に述べたように、2012年10月22日、著作権局は、権利者不明著作物及び大量デジタル化の問題について、質問通知(Notice of Inquiry)を発した³⁸⁹。

2013年初頭にはこれに関し、著作権局からさらなる動きがあるものと予想される。

④今後の立法動向

著作権局長は、2012年4月カリフォルニア大学バークレー校で開催されたシンポジウムにおいて、次回議会(第113議会)において第108条改正及び権利者不明著作物法制定の具体的な提案をなすことを明言している。2012年10月に質問通知が発せられていることも考え合わせると、2013年中に第108条の改正案の提出及び権利者不明著作物法案の再提出が行われる可能性は高いと思われる。

(5) 識者等の評価

既に述べたように、2013年2月に、著作権局とコロンビア大学の共催により、著作権局の第108条改正の提案についてのシンポジウムが開催されている。第108条の改正は、少なくとも有力な解決策の一つとして研究者からも高い関心を集めていると思われる。

権利者不明著作物法案については、パブリック・ドメイン拡張法制定運動の中心メンバーの一人であるローレンス・レッシング教授は、法案は権利者にとって自衛の手段が十分でなく、著作権の登録制度の復活の方が効果的であるとコメントしている³⁹⁰。

また、利用前に活用可能な制度のところで言及した、パメラ・サミュエルソン教授の論文³⁹¹、2012年4月の「権利者不明著作物と大量デジタル化」シンポジウム、「バークレー・デジタル図書館著作権プロジェクト白書」³⁹²の中でもそれぞれ、利用後に活用可能な制度について言及されている。

サミュエルソン教授の論文の中では、ライセンスの整備と併せて、第108条の改正による図書館の権利制限の充実、スニペット表示や表現を享受しない利用がフェア・ユースに該当することの明文化、権利者不明著作物やパブリック・ドメインであると善意に信じた場合の救済の制限などが解決の方策として議論されている。また、権利者不明著作物と大量デジタル化シンポジウムの中でも、利用後に活用可能な制度として、フェア・ユースの活用、第108条の拡充、事前に著作権者を発見しようと努力した場合の事後の金銭賠償などの制限などが有効な選択肢として議論されていた。バークレー・デジタル図書館著作権プロジェクト白書の中では、利用後に活用可能な方策として、権利者の入念な検索を行った後の救済の制限、フェア・ユースの活用、第108条の改正が有効な方策として言及されている。

³⁸⁷ 前掲注358。

³⁸⁸ <<http://www.law.columbia.edu/kernochan/symposia/section-108-reform>>。

³⁸⁹ 2012年著作権局質問通知・前掲注359。

³⁹⁰ 2008年5月のニューヨークタイムズの記事

<http://www.nytimes.com/2008/05/20/opinion/20lessig.html?_r=1&oref=slogin>による。

³⁹¹ 前掲注379。

³⁹² 前掲注380。

4. 日本法への示唆

権利者不明著作物の利用が進むように、一旦許諾を得ないまま利用を進め後から問題の解決を図る方策の採用は日本でも有用となりうると思われる。ここで検討した方策は、主に権利者不明著作物の利用について新たな権利制限規定を設ける（又は既存の権利制限規定を活用する）方法と権利者不明著作物について著作権者の救済を制限する方法である。

前者については、米国では図書館等の権利制限とフェア・ユースが活用できるとされている。図書館等の権利制限については、我が国においても既に国立国会図書館における大規模デジタル化事業のために、著作権法第31条第2項が設けられた実績がある。国立国会図書館に限らず、公的な目的を有する大規模のデジタル化・アーカイブ化の必要性・需要は他にも存在すると思われる。それらの作業において必ず生じてくる権利者不明著作物問題の解決のために、今後特別の権利制限規定を設ける必要性について検討を行う必要があるかもしれない。また、主にこのような大規模の著作物の利用が生じる場面において、それが著作権者の利益を大きく害さず、公衆にとって利益が大きい場面において、新たな権利制限規定の創設を検討する必要があるかもしれない。既に権利制限規定については平成24年度に改正があったばかりであるが、権利者不明著作物問題という観点から更に必要性がないかは議論を継続する必要があるだろう。

ただし、いずれにしろ上記で言及したような権利制限規定の創設による解決は、権利者不明著作物の具体的な使用目的が明らかになっている場面を想定するものである。これらは問題も少ない反面、権利者不明著作物問題一般の解決にはならず、特定の著作物の利用における権利者不明著作物問題の解決を図るものである点は注意が必要である。

米国の権利者不明著作物法案における、事前に入念な調査を行っても権利者を発見できなかった場合に、損害賠償と差止めを制限を加えるという立法は、効果も大きい反面、権利者の保護を慎重に検討する必要がある。権利者が自らの所在を明らかにすることを怠りそのため権利者を発見できなかったのであれば、権利を一定程度制限されることは正当化しうるし、一方で利用不可能だった著作物の利用が進むことは公衆の利益に資する。しかし前提として、米国のような著作権登録制度を持たない我が国にあっては、それに代替しうる著作権者の公示制度を用意するなど著作権者に権利主張の機会を確保すべきと思われる。そうであれば、権利者不明著作物法案の基本的考え方は、日本法においても採用の余地はある。ただし、我が国では著作権侵害に刑事罰が広く科されているため、単に損害賠償の制限や差止めの制限をしただけでは同じ効果は得られない点や、救済の制限という形式自体が日本法の全体的構造となじまない面がないかには、注意を払う必要がある。

登録制度の創設など事前に契約を成立させるコストを下げられるような制度改善を行ってもなお対応しきれない場合や、図書館での大量デジタル化など公益性が高い分野において、権利制限や救済の制限規定を創設することは検討に値すると思われる。

第7章 カナダ

I. 権利者不明著作物の利用前に活用可能な制度

1. はじめに

(1) 強制許諾制度—制度の概要

カナダは、権利者不明著作物の利用に関する制度として強制許諾制度を採用している。強制許諾制度とは「特定の場合に、事前に権限ある機関又は著作権団体に申請し、当該機関・団体が許諾を与えることで、著作物等を利用することができる制度」のことをいう³⁹³。許諾を与える主体としては、[1] 一定の権限を有する政府機関が許諾を与えることもあれば、[2] 法律等に基づいて授權を受けた一定の権限をもつ集中管理団体等が許諾を与える場合もある。カナダの場合、権限のある行政組織である著作権委員会（Copyright Board）が一定の手續に基づいて利用許諾を付与するので、政府機関による強制許諾制度であり³⁹⁴、[1]に分類される。

カナダ著作権法³⁹⁵は、著作権委員会が、発行された著作物、固定された実演、発行された録音物、固定された伝送信号に関して、その申請者が著作権の保有者の所在を確認するために合理的な努力（reasonable efforts）を払っておりかつ同保有者の所在が確認できない旨の確信を得た場合には、一定の要件の下で利用許諾（licence）を付与することができるとしている（カナダ著作権法第77条(1)）。付与される利用許諾は非排他的なものである（第77条(2)）。著作権者は利用許諾が満了してから5年以内は利用料を請求することができる（第77条(3)）。利用料は多くの場合、本来ならば不明である著作権者を代表することになる集中管理団体に直接支払われる³⁹⁶。5年以内に権利者が請求を行わなかった場合、権利者に分配されなかった利用料は当該集中管理団体の会員の一般的な利益のために使用することができる³⁹⁷。著作権委員会は、利用許諾の発行に関する規則を制定することができる（第77条(4)）。

³⁹³ 文化審議会著作権分科会『文化審議会著作権分科会報告書』（2006年）160頁。

³⁹⁴ 養沼・前掲注9・17頁。

³⁹⁵ Copyright Act (R.S., 1985, c. C-42), <laws.justice.gc.ca/en/C-42/index.html>. 日本語訳として、駒田泰士・本山雅弘共訳『外国著作権法令集（26）—カナダ編—』（社団法人著作権情報センター、1999年）がある。

³⁹⁶ Canadian Copyright Board, 'Unlocatable Copyright Owners Brochure' (July 2001), <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introductory/brochure1-e.html> (Date Modified: 2001-07-07) .

³⁹⁷ Ibid.

(2) 権利者不明著作物の利用前に活用できるその他の制度～無名及び変名の著作物/共有に係る無名及び変名の著作物

カナダ著作権法の著作権存続期間は、別段の定めがある場合を除いて、著作者の生存している間及びその死亡した暦年の残余期間及びその暦年の終わってから50年間とされている(第6条)。著作者の身元が不明となると、存続期間が計算できなくなるため、著作権法第6.1条に一定の調整規定が置かれている。これによると、著作者の身元が明らかでない場合には、(a)著作物が最初に発行された暦年の残余期間及びその暦年の終わってから50年間、(b)著作物が作成された暦年の残余期間及びその暦年の終わってから75年間のいずれかの短い方の期間、存続することになる。ただし、当該期間中に著作者の身元が明らかとなった場合には、原則通り、第6条で計算される。第6.2条には、共同著作物の著作者の全ての身元が明らかでない場合について同様の規定をおいている。

2. 現行法制度

(1) 制度の趣旨

①立法経緯

現行のカナダ著作権法は1921年に成立した(1924年1月1日に施行)³⁹⁸。その後、1985年の制定法整理法(Revised Statutes of Canada 1985)³⁹⁹による現行法律集1985年版の整理番号により、「Copyright Act (R.S.C., 1985, c. C-42)」⁴⁰⁰と呼ばれるようになった。

³⁹⁸ Copyright Act, 1921, S.C. 1921, c.24.同法は、イギリス1911年著作権法を大部分は写したものであった。David Vaver, Intellectual Property Law, Second edition, Irvin Law, 2011, p.55.なお、カナダの最初の著作権法は1868年のものである。Ibid., p.61.

³⁹⁹ Revised Statutes of Canada, 1985 Act (R.S.C., 1985, c. 40 (3rd Supp.)).

⁴⁰⁰ R.S.C., 1985, c. C-42は、Revised Statutes of Canada 1985, chapter Copyright-42の略である。また、「R.S.C., 1985, c.」の部分は「R.S., c.」と表記することもあるが、いずれも正しい。Revised Statutes of Canada, 1985 Act (R.S.C., 1985, c. 40 (3rd Supp.)), s.9 参照。駒田泰士・本山雅弘共訳『外国著作権法令集(26)―カナダ編―』(社団法人著作権情報センター、1999年)の「はしがき」も指摘するように、「著作権法はC-42章に相当」し、「Cとは検索のためのキーワードであって、続く数字はその下位区分を表わしている」。ちなみに、同じく著作権法の正文である仏語の方では「Loi sur le droit d'auteur (L.R.C. (1985), ch. C-42)」と表記するので、検索のキーワードとしてのCは英語のCopyrightに基づくようである。なお、カナダでは過去6回にわたり制定法整理法(Revised Statutes of Canada)により法律の整理が行われている(1886年: Revised Statutes of Canada, 1886 Act—1886, c. 4., 1906年: Revised Statutes of Canada, 1906 Act, 1927年: Revised Statutes of Canada, 1927 Act—1924, c. 65, 1952年: Revised Statutes of Canada, 1952 Act—1948, c. 67, 1970年: Revised Statutes of Canada, 1970 Act—1964-65, c. 48, 及び1985年: Revised Statutes of Canada, 1985 Act—R.S., 1985, c. 40 (3rd Supp.))。著作権法を改正する法律(1997年法律第24号)の第50条を見る限り(An Act to amend the Copyright Act, S.C. 1997, c. 24, s. 50)、1970年の制定法整理では、著作権法にC-30が割り当てられたようである。カナダの文献で、まれにはあるが現在でも誤ってC-30で引用する資料があるため記しておく。

同法は近年まで大きな変更はなされなかったが、1988年に著作権法を現代化するため、コンピュータプログラムの保護や、モラルライツの拡大、著作権侵害の刑事罰の強化、著作権の集中管理制度の向上等を内容とする大きな改正が行われた⁴⁰¹。所在不明の権利保有者に関する規定も、この1988年の著作権法を改正する法律(1988年法律第15号)第14条(S.C. 1988, c. 15, s. 14)に基づいて、著作権法第50.7条(1)に導入された。その後、現行法律集1985年版の制定法整理法第4回補足(4th Supplement, 1988年)⁴⁰²によって、同規定は第70.7条に移されたものの、その際の実質的な変更はない⁴⁰³。

その後、1997年の著作権法を改正する法律(1997年法律第24号)第50条(S.C. 1997, c. 24, s. 50)⁴⁰⁴に基づいて、第70.7条が廃止されるとともに第77条が追加され、利用許諾の対象が(a)発行された著作物のほか、(b)実演家の実演の固定物、(c)発行されたレコード、及び(d)伝達信号の固定物に拡大するとともに、著作権委員会の本条に関する規則制定の権限も新たに定められた。

1997年著作権法改正による変更点(下線付加)

制定法整理法第4回補足(1988年)第10章第16条により追加された著作権法70.7条(1997年法律第24号第50条により廃止) 405	1997年法律第24号第50条により追加された著作権法第77条 ⁴⁰⁶
委員会によって利用許諾が発行され得る事情 70.7 (1)著作権が存続する発行された著作物の利用に係る利用許諾の取得を希望する者	委員会によって利用許諾が発行され得る事情 77 (1)著作権が存続する次の目的物について、その利用に係る利用許諾の取得を希望す

⁴⁰¹ Copyright Amendment Act, S.C. 1988, c.15. カナダの著作権法の改正の経緯に関しては、Stuart C. McCormack, Intellectual Property Law of Canada, Second edition (Juris Publishing, 2010), pp.201-206に詳しい。

⁴⁰² R.S., c. 10 (4th Supp.)では、第1条から第11条及び第23条から第26条が1988年6月8日、第12条から第17条まで、及び第27条が1989年2月1日施行とされていた。
<<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/TablesPublicStatutes/C.html>>

⁴⁰³ 実質的な変更がないにもかかわらず、条文番号が大きく移動しているのは、1988年6月8日に1988年法律第15号が成立し、同法第14条が所在不明の権利保有者に関する規定を著作権法第50.7条に置いた後、制定法整理法第4回補足が同法を著作権法に反映させる間、1988年12月30日にCanada-United States Free Trade Agreement Implementation Act (S.C. 1988, c. 65, 1988年法律第65号)が成立した結果、著作権法の条文が更に変更されたためである。なお、制定法整理法第4回補足には1988年12月12日までに成立した法律が入れられるとされていたため、1988年12月30日に成立した1988年法律第65号の著作権法規定は制定法整理法第4回補足に含まれなかった。

⁴⁰⁴ An Act to amend the Copyright Act, S.C. 1997, c. 24, <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=125567>.

⁴⁰⁵ s. 70.7, added, R.S., c. 10 (4th Supp.), s. 16; repealed, 1997, c. 24, s. 50.なお、1985年の制定法整理法は、1984年12月31日から同法が施行する日までに制定又は改正された法律についても supplement として追加している。

⁴⁰⁶ s. 77, added, 1997, c. 24, s. 50.

の申請があったとき、委員会が、その申請者が著作権の保有者の所在を確認するために合理的な努力を払っておりかつ同保有者の所在が確認できない旨の確信を得た場合には、委員会は、第3条(1)に定めた行為を行う利用許諾を、その申請者に発行することができる。	る者の申請があったとき、委員会が、その申請者が著作権の保有者の所在を確認するために相当な努力を払っておりかつ同保有者の所在が確認できない旨の確信を得た場合には、委員会は、第3条、第15条、第18条又は第21条のいずれかに掲げる行為を行う利用許諾を、その申請者に発行することができる。 (a)発行された著作物 (b)実演家の実演の固定物 (c)発行されたレコード (d)伝達信号の固定物
利用許諾の条件 (2) (1)の規定に基づき発行される利用許諾は、非排他的かつ委員会が定めることができる期間及び条件に従う。	利用許諾の条件 (2) (1)の規定に基づき発行される利用許諾は、非排他的かつ委員会が定めることができる期間及び条件に従う。
権利保有者への支払 (3) 著作権の保有者は、当該著作権に関して(1)の規定に従い発行される利用許諾の期間満了後5年以内に、当該利用許諾に定められる利用料を徴収し、又は、その支払に不履行が生じた場合には、裁判管轄権を有する裁判所において、その回収の訴訟を開始することができる。	権利保有者への支払 (3) 著作権の保有者は、当該著作権に関して(1)の規定に従い発行される利用許諾の期間満了後5年以内に、当該利用許諾に定められる利用料を徴収し、又は、その支払に不履行が生じた場合には、裁判管轄権を有する裁判所において、その回収の訴訟を開始することができる。
	規則 (4) 委員会は、(1)の規定に基づく利用許諾の発行に関する規則を制定することができる。

②立法趣旨

現行著作権法第77条の目的は、著作物その他の著作権の対象に関する一定の利用形態について、著作権者の所在が不明である場合に、著作権委員会が非排他的な利用許諾を発行できるようにする許諾スキームを設ける点にある⁴⁰⁷。

(2) 要件

①実施主体

(a) 利用許諾を出す機関—著作権委員会

(i) 著作権行政機関としての位置づけ

権利者不明著作物に関して利用許諾を行う機関は、これに関する権限を著作権法に定められた一定の範囲において授けられている「著作権委員会」(Copyright Board of Canada / Commission du droit d'auteur du Canada)である。

著作権委員会のような著作権行政機関は各国に存在し、様々な機能を有している。これらの機能を整理して分類することについては、カナダにおいて著作権法やエンターテインメント法を専門とする弁護士である Claire Kusy 氏が一応の目安を提示しているので紹介する。Kusy 氏の2001年の分析によると、著作権行政機関の共通した主な機能は、[1] 紛争処理(利用料や利用許諾の規定を巡る問題の処理等)、[2] 利用料の構築(集中管理団体による利用料の承認等)、[3] 集中管理団体の監督、[4] その他に分類される⁴⁰⁸。[4]には、行政的な違反行為の調査、権利者が所在不明な著作物の利用許諾などが含まれる。その上で、この4つの機能がどのような比重で割り振られているのかによって、各国の著作権行政機関を幾つかの類型に分類している。

第1の類型は、多機能型システム(Extensive System)で、[1]から[4]の4つの機能を広範囲に備えた行政機関がある場合を示しており、カナダの著作権委員会が例として挙げられている⁴⁰⁹。

⁴⁰⁷ Laurent Carrière, 'Unlocatable Copyright Owners: Some Comments on the Licensing Scheme of Section 77 of The Canadian Copyright Act' <<http://www.robic.ca/admin/pdf/277/103-LC.pdf>>; David Vaver, Copyright Law (Toronto: Irwin Law, 2000), p.226-227; David Vaver, Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-Marks (Toronto: Irwin Law, 2011), p.262-263.

⁴⁰⁸ Claire Kusy, Comparative Study on Copyright Administrative institutions, in Ysolde Gendreau ed. Copyright administrative institutions: conference organised by the Centre de Recherche en Droit Public (CRDP) of the Faculty of Law of the Université de Montréal, 11-12 October 2001 (Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2002) pp.642-644.

⁴⁰⁹ Ibid., pp.644-645.

第2の類型は、審判所型システム (Tribunal System) で、主な機能が [1] の紛争処理である場合を示しており (ただし、かかる機能に限られるわけではない)、イギリスの著作権審判所が例として挙げられている⁴¹⁰。

第3の類型は複合型システム (Hybrid System) と残余型システム (Residual System) であり、前者は2つ程度の機能を含む場合で、オーストラリアの著作権審判所の例 (紛争処理と利用料の構築) が⁴¹¹、後者は上記4つの機能のうち1つの機能しか有しないもので、アルゼンチンの制度などが例として挙げられている⁴¹²。

(ii) 設立の経緯

著作権委員会は1988年著作権法に基づいて設立された (1989年2月1日設立)。その前身は、Parker 委員会の提案に基づいて1936年に創設された著作権控訴委員会 (Copyright Appeal Board) であった。カナダでは1921年著作権法において実演権と実演権の管理団体に関する規定が設けられ、当初は政府が最小限の監督を行っていたが、1931年の著作権法改正により、実演権の管理団体による著作権局に対する管理楽曲や利用料等に関する書類の提出義務が強化された。しかしその後、管理団体に対する不満が高まり、調査委員会が開かれることとなり、James Parker 判事を議長とする Parker 委員会が、実演権を巡って生じる紛争の判断や実演権の管理団体による利用料が有効となる前に、それを承認するための控訴審判所を設立するという提案を行った。これが著作権控訴委員会の設立経緯である⁴¹³。著作権委員会の報告書の記述によると、同委員会は「世界で初めての著作権行政審判所」⁴¹⁴であったとされる。

著作権控訴委員会の権限は音楽の著作物に関する公の実演について許諾団体により提案される利用料を承認することに限られていた (ただし、適当と判断する場合には変更や修正が可能であるとともに、その決定に際しては理由を付することが必要とされていなかった)⁴¹⁵。1988年著作権法の改正により、その後身となる著作権委員会が設立され、その他

の著作物を管理する集中管理団体に関する利用料の設定についても権限を有するようになる等の権限の拡大がなされると、権利者の所在が不明な場合の著作物に関する強制許諾の権限も与えられた⁴¹⁶。

(iii) 組織の概要

著作権委員会は、著作権法第66条第1項に基づいて設立される組織である (著作権法第2条)。組織の詳細は著作権法第7部に規定されている。同委員会は、議長及び副議長を含め、参事会総督が任命する5人を超えない委員により構成される (第66条第1項)。委員会における決定は委員の過半数によって決定され、同数の場合には議長が更に1票を有するものとされている (第66.5条)。

2013年3月18日現在、同委員会のウェブサイトのメンバー紹介ページによると、議長の Justice William J. Vancise 氏、副議長兼最高責任者 (Chief Executive Officer) の Claude Majeau 氏、その他の構成員の Nelson J. Landry 氏の3名で構成されており⁴¹⁷、その他、事務局に十数名の職員 (第66.4条) が存在する⁴¹⁸。議長に Justice の称号があるが、これは、法律上、著作権委員会の議長は、最高裁判所、県裁判所若しくは地方裁判所の、現職又は退職裁判官でなければならないと定められているためである (第66.1条(1))。委員の任期は5年であり (第66.1条(4))、1回に限り再任が可能とされている (第66.1条(5))。例えば、現在の Vancise 議長も2004年に任命され、2009年に再任されている⁴¹⁹。また、議長ではなく、副議長が同委員会の行政長官として同委員会及びその職員を指揮監督すると規定され、CEOを担当することも特徴である (第66.1条(3))。

(iv) 権限の内容

著作権委員会は経済的規制機関であり、監督官庁の一種であるが、その重要な任務として、集中管理団体の料金表案の承認等がある。集中管理団体が音楽の著作物、実演及びレ

⁴¹⁰ Ibid., pp.647-649.

⁴¹¹ なお、Kusy 氏によると日本の文化庁のシステムは、複合型システムに分類されている。Ibid., p.658. しかし、我が国の文化庁のシステムは、制度全体を見渡した場合、[1]との関係で、著作権法第6章の紛争処理に関する規定において果たす役割、[2]と[3]との関係で、著作権等管理事業法や著作権法第5章の私的録音録画補償金において果たす機能、[4]との関係で、権利者不明の場合の裁定制度において果たす役割など、一応は[1]から[4]の制度を備えていることにかんがみると、多機能型システムに整理してもよいのではないかとと思われる。

⁴¹² Ibid., pp.649-651.

⁴¹³ 以上の経緯について、Ysolde Gendreau ed. Copyright administrative institutions : conference organised by the Centre de Recherche en Droit Public (CRDP) of the Faculty of Law of the Université de Montréal, 11-12 octobre 2001 (Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2002) pp.47-48.

⁴¹⁴ Canada. Copyright Board, Copyright Board reports 1990-1994 / Recueil des décisions de la Commission du droit d'auteur 1990-1994 (Scarborough, ON : Carswell, 1996), preface iii.

⁴¹⁵ Y. A. George Hynna, Evolution of Judicial Review of Decisions of the Copyright Board, in Ysolde Gendreau ed. Copyright administrative institutions : conference organised by the Centre de Recherche

en Droit Public (CRDP) of the Faculty of Law of the Université de Montréal, 11-12 octobre 2001 (Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2002) p.48.

⁴¹⁶ Ibid., p.48-49.

⁴¹⁷ Board Members, <<http://www.cb-cda.gc.ca/about-apropos/members-commissaires/index-e.html>>

(Date Modified: 2009-06-21). 年次報告書を調査すると、他の年度では、4名から5名であることが多いようである。なお、2012年3月31日の年次報告書 (Copyright Board of Canada, Annual Report 2011-2012) では、上記3名のほかに Jacinthe Thériault 氏が構成員であったが、2007年5月から5年の任期であったため、任期が満了している。そのため、現在の3名というのは過渡的な人数である可能性がある。

⁴¹⁸ Board Staff, <<http://www.cb-cda.gc.ca/about-apropos/staff-personnel-e.html>> (Date Modified: 2012-08-15).

⁴¹⁹ Copyright Board of Canada, Annual Report 2011-2012, March 31, 2012, <<http://www.cb-cda.gc.ca/about-apropos/annual-annuel/2011-2012-e.pdf>>, p.9.

コードの演奏、放送等の送信に係る利用料を徴収する場合、事前に料金表案を定め、同委員会の承認を得る必要がある(第67.1条)。上記の利用を除く著作物、実演、レコード、送信信号の利用についても、集中管理団体は委員会に対して料金表案の承認を求めることができ、提出があれば委員会は承認の手続を行う(第70.13条(1))。つまり、料金表の承認は、義務として行う場合(shall)と任意に申請されて行う場合(may)とがある(特殊事例における利用料に係る料金表案の提出について第71条(1)の場合もあるが、これは義務的な提出である)。また、集中管理団体と利用者との間で利用料等の紛争が生じた場合、同委員会に申請をして裁定を受けることができる(第70.2条)。その他、集中管理団体が利用者と結ぶ協定(第70.12条(b))の提出を受けて管理するとともに(第70.5条(2))、調査研究監督官(第70.5条)の審査請求がある場合には審査の上で決定を行う(第70.5条(5)、第70.6条(1))。

著作権委員会は、これらの任務に加えて、著作権者が不明等の場合において、一定の手続に従って非排他的な利用許諾を付与するという任務を有している。

なお、権利者不明の著作物に関する利用許諾の決定も含めて、すべての決定は同委員会の運営するウェブサイト上で公表されている⁴²⁰。

(b) 適用を受けられる者

著作権法上、著作権委員会に対して所在不明の権利者の著作物の利用許諾を申請することができる者の主体要件に特に限定はない。

なお、著作権委員会のウェブサイトによると、申請者に関する情報として、利用許諾の申請を準備した人物の名前、肩書、住所、電話番号、ファクス番号、電子メールアドレス、利用許諾を請求する個人又は組織が利用許諾の申請を準備した者以外の者である場合には、その者の身元証明をそれぞれ準備としている⁴²¹。

②対象となる著作物・利用態様

(a) 対象となる著作物

(i) 対象となる範囲

カナダにおいて著作権委員会が付与する利用許諾の対象物は、(a)発行された著作物のほか、(b)実演家の実演の固定物、(c)発行されたレコード(sound record)、(d)伝達信号の固

定物である。法改正の経緯をみると、1988年に、現行著作権法第77条に相当する第70.7条の規定が設けられたとき、その対象は著作物のみであったが、1997年の法改正により上記の(b)、(c)及び(d)が対象に含まれた。我が国でも、2009年の著作権法改正で権利者不明の場合の裁定制度の対象に著作隣接権を加えたが、カナダでは1997年にこれと同様の法改正が行われたといえよう。

(ii) 発行又は固定

対象となる著作物等は、すべて発行又は固定されていなければならない。発行の意義は著作物等の種類によって異なるが、それぞれ著作権法第2条に規定されている。発行について著作権者の同意が存しない場合、発行がなかったものとみなされる(第2.2条(3))。例えば、写真に関して展覧会における複製等の利用許諾を申請した事例において、発行の事実が証明されていないとして、著作権委員会が利用許諾を拒絶した例がある⁴²²。

他方、固定要件に関しては、法律は発行又は固定と述べて両者を区別しているため、発行がなされずに固定された実演や伝達信号も利用許諾の申請の対象となり得るという議論⁴²³や、固定については同意要件もないため、実演が無断で固定された場合でも、それらの固定物が申請の対象になるのではないかという問題が提起されている⁴²⁴。

⁴²² Copyright Board Canada, 'Re Canadian Centre for Architecture' (17 January 2005) 2004-UO/TI-32 <<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/other-autre/3-b.pdf>>。この事案において、申請者は、「Les années 60: Montréal voit grand」と題する展覧会において、カナダ文書館(Public Archives of Canada)に保管されている1955年、1957年及び1967年に撮影された3枚の写真の複製及び展示することを求めて、著作権委員会に申請を行った。著作権委員会は、カナダ文書館及び申請者のいずれも当該写真が何らかのかたちで発行されていたことを示すいずれの手掛かりも提供することができず、証拠が全くないことを理由として、申請を拒絶した。他の事例として、Copyright Board Canada, 'Re Office of the Lieutenant Governor of Québec' (3 March 2005) 2004-UO/TI-37 <<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/other-autre/4-b.pdf>>がある(1959年11月の議会会期初日に撮影された写真をケベック州の副知事の歴史に関する書籍において複製して利用することを希望したが、発行について証明されていないことから申請は拒絶された)。

⁴²³ Roger T. Hughes, Susan J. Peacock, Neal Armstrong, Hughes on Copyright & Industrial Design, Second Edition, LexisNexis, 2012, p.341では、伝達信号の固定物は、「発行の有無にかかわらず」対象となるとしている。

⁴²⁴ Jeremy de Beer and Mario Bouchard, Canada's 'Orphan Works' Regime: Unlocatable Copyright owners and the Copyright Board, Oxford university Commonwealth Law Journal, OULJ vol 10 no 2, p.222.

⁴²⁰ Copyright Board of Canada, Decisions, <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/index-e.html>>.

⁴²¹ Copyright Board of Canada, 'Unlocatable Copyright Owners Brochure' (7 July 2001)

<<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/brochure2-e.html>>.

(iii) 著作権の存在

・著作権の満了／保護要件の充足

著作権が存在していない場合、著作権委員会は利用許諾を付与することはできない。例えば、保護期間が満了している場合⁴²⁵や、著作物としての要件（オリジナリティ等）を満たしておらず著作権が発生していない場合がこれに該当する。なお、識者の分析によると、著作権委員会の実務として、著作権の存続が不明の場合には、そのことを理由として利用許諾の申請を拒絶することはないようである⁴²⁶。

・著作権の例外規定／実質的な部分の利用の有無

また、フェアディーリングや権利の例外規定が適用される場合⁴²⁷や、利用部分が著作物の実質的な部分に満たない場合⁴²⁸のように、利用する行為態様それ自体が適法となる結果、著作権が及ばない場合にも、著作権委員会は利用許諾を付与することはできない⁴²⁹。ただし、Vancise 議長は、こうした法的判断をめぐって生じる問題に関して、「例えば、何がフェアディーリングとなるのかを判断することは、最もよい条件のときでも難しいことであり、同委員会は、この問題に関して出されるいずれの決定も、裁判所の判断を拘束するものではなく、実際には利用者に対して著作権侵害訴訟が生じることへの不安定さを残すものであることを自覚している」と述べている⁴³⁰。

⁴²⁵ Copyright Board of Canada, 'Re Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport Québec (MELS)' (29 July 2004) 2004-UO/TI-20<<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/other-autre/2-b.pdf>> (無名及び変名の著作物に関する保護期間の規定（第6.1条(a)）を適用し、著作物が最初に発行された暦年の残余期間及びその暦年の終わりに50年が経過しており著作権の保護期間が満了しているとして申請を拒絶した事例）。

⁴²⁶ Jeremy de Beer and Mario Bouchard, Canada's 'Orphan Works' Regime: Unlocatable Copyright Owners and the Copyright Board, Oxford University Commonwealth Law Journal, OUCJ vol.10 no.2, p.223.

⁴²⁷ Copyright Board of Canada, 'Re Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport Québec (MELS)' (23 April 2010) 2009-UO/TI-25<<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2010/2009-UO/TI-25.pdf>> (セヴァン・カリスマスズキ氏のスピーチが録画されている撮影者が不明のビデオのサウンドトラックの部分に関する所定の利用方法について、教育目的の利用（第29.4条(2)）に該当するとされて申請が棄却された事例）。

⁴²⁸ Copyright Board of Canada, 'Re Pointe-à-Callière, Montreal Museum of Archeology and History' (29 March 2004) 2003-UO/TI-21<<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/other-autre/1-b.pdf>> (書籍からの引用について量的、質的な観点から実質的な部分の利用がないと判断されたため申請が棄却された事例）。

⁴²⁹ Copyright Board of Canada, 'Speech given by the Honourable Justice William J Vancise, Chairman of the Copyright Board of Canada' (Seminar jointly sponsored by the Intellectual Property Institute of Canada and McGill University, Montreal, Quebec, 15 August 2007) 5<<http://www.cb-cda.gc.ca/about/apropos/speeches/discours/20070815.pdf>>.

⁴³⁰ Jeremy de Beer and Mario Bouchard, supra note 426, p.223.

(iv) 権利者が外国人である場合

著作権委員会事務局の General Counsel である Mario Bouchard 氏がその肩書で共同執筆となっている報告書の記載によると、「著作権委員会は、所在不明の外国人が権利を有している権利者不明著作物について、カナダにおける利用に関する利用許諾を出すことができるという立場をとってきた」と説明されている⁴³¹。この文献が紹介する著作権委員会のウェブサイトを確認すると、外国人が権利者である場合も含むというかたちでは明示されていなかったが、少なくともその場合を明示的に排除してはならず、また、申請の際に「創作者（事情に応じて、著作者、実演家、製作者、放送局）、著作権者、及び出版者の名前と国籍」を記載することになっており（なお、記載は分かる範囲で記入することとされている）、外国人が権利者である場合も前提としているようである⁴³²。

(b) 対象となる利用態様

著作権委員会が利用許諾の対象とすることが可能な行為は、著作権法第3条（著作物に関する著作権）、第15条（実演家の実演に関する著作権）、第18条（レコードに関する著作権）又は第21条（伝送信号に関する著作権）のいずれかに掲げる行為である（第77条(1)）。著作物であれば、著作物若しくはその実質的な部分を、その形態を問わず何らかの有形形式において複製又は複製し、公に実演する行為のほか、第3条(1)(a)から(i)に掲げられる行為が対象となる。最近の具体的な事例として、ある書籍において権利者不明のテキスト印刷物として複製し、再発行すること⁴³³（第3条(1)）、ある音楽の著作物を機械的に複製し、公に実演すること⁴³⁴（第3条(1)(d)）、ある文芸の著作物（The Clever Little Girl, The Young Businessman）と題する2つの笑話）をデジタル複製し、テレコミュニケーションを通して公衆に伝達すること⁴³⁵（第3条(1)(f)）、ドキュメンタリー映画において、ある写真を複製し、組み入れること⁴³⁶（第3条(1)）等がある。また、例えば、ショートフィルムにおいて、ある音楽のレコードの一部を複製し、シンクロナイズーションし、公に実演する

⁴³¹ Ibid., p.232.

⁴³² Copyright Board of Canada, 'Unlocatable Copyright Owners: Brochure' (7 July 2001)<<http://cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/brochure2-e.html>>.

⁴³³ Copyright Board of Canada, 'Re Éditions du Quartz, Rouyn-Noranda, Quebec' (22 October 2012) 2011-UO/TI-10<<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/266-f.pdf>>.

⁴³⁴ Copyright Board of Canada, 'Re Frontier School Division, Winnipeg, Manitoba' (16 October 2012) 2012-UO/TI-04<<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/265-e.pdf>>.

⁴³⁵ Copyright Board of Canada, 'Re Canadian Institute of Natural and Integrative Medicine (CINIM), Calgary, Alberta' (24 July 2012) 2012-UO/TI-05<<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/264-f.pdf>>.

⁴³⁶ Copyright Board of Canada, 'Re National Film Board of Canada, St-Laurent, Quebec' (9 February 2012) 2011-UO/TI-25<<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/260-f.pdf>>.

ことが許諾された事例があるが⁴³⁷、こうした場合には、音楽の著作権のほか、実演家の実演に関する著作権及びレコードに関する著作権に関連する行為が、それぞれ強制許諾されているものと考えられる。

他方、同委員会が付与する利用許諾の対象にモラルライツ（第14.1条）は含まれていないので、これについて利用許諾を出すことはできない。

また、著作権法は、利用許諾なしで行うと著作権及びモラルライツの侵害になる間接行為について規定しているが（第27条、第27.1条及び第28条）、同委員会はこれらの間接行為について利用許諾を与えることはできない。例えば、第27条(2)は間接侵害について規定しており、著作物の複製物、レコード又は実演家の実演若しくは伝達信号の固定物について、これらをカナダで作成したのであれば著作権侵害となるであろうことを知り、又は知るべき相当の理由を有する場合には、以下の(a)から(e)の行為を侵害としている。すなわち、

- (a)販売又は貸与、
- (b)著作権者に不当な影響を与える程度の頒布、
- (c)取引上の頒布、販売若しくは貸与を目的とした陳列若しくは提供又は展示、
- (d) (a)から(c)の規定にいう行為のいずれかを行うことを目的とした所持、
- (e) (a)から(c)の規定にいう行為のいずれかを行うことを目的としたカナダへの輸入

が、著作権侵害を構成するとしている。

これらの間接侵害の対象となる行為態様について、同委員会は利用許諾を与えることはできない。しかしながら、同委員会の利用許諾に基づいて、適法に著作物の複製物等が作成された後に、これらについて(a)ないし(e)の行為を行うことについては、直接侵害が成立していない以上、間接侵害も成立しないので、適法に行うことができると考えられている⁴³⁸。

③許諾の条件・申請手続

(a) 許諾の条件―「合理的な努力」について

著作権委員会が、利用許諾の申請者が著作権者の所在を確認するために合理的な努力（reasonable efforts）を払ったが、権利者の所在を確認できない、ということについて確信を得ることが要件となる。なお、英文と同様に法律の正文であるカナダ著作権法の仏文では、同じ箇所をより詳しく「que l'intéressé a fait son possible, dans les circonstances,

pour le retrouver」規定しており、合理的な努力とは、「当該状況下において権利者を発見するためのできる限りの努力をすること」を意味していることが分かる。

同委員会事務局の Mario Bouchard 氏が共著となっている論文の説明では、次の点が強調されている。まず、同委員会は、身元が判明している限られた当事者の中で誰が著作権を有しているのか不明である場合について、それを判断する権限を有していない⁴³⁹。また、同委員会は、単に権利者から回答がない場合も、利用許諾を与える権限を有しない⁴⁴⁰。「合理的」であるということは、著作権者を見つけ出すために可能なすべての方法をとることを要求するものではなく、またその判断について同委員会は相当な裁量（significant leeway）を有しており、第77条には同委員会が考慮すべき特別な基準は示されておらず、同委員会も公式な規則を設けていない⁴⁴¹。申請者の合理的な努力に加えて、誠実さ又は不誠実さ（bona or mala fides）は要件とされていないが、申請者の意図は同委員会の裁量の範囲で判断に与える可能性がある⁴⁴²。調査の妥当性に関しては事案ごとに評価し、要求される努力の程度も事案ごとの事情に大きく影響を受ける⁴⁴³。この点については、Vancise 議長もその講演の中で、「当委員会は常に変動基準アプローチ（sliding scale approach）を適用している。予定されている利用方法の性質、申請者の知識の程度、潜在的な著作権者の知名度といったすべてが、追加的な努力が要求される範囲に影響を与えるであろう」と述べている⁴⁴⁴。また、申請者は著作権者が外国にいる可能性が高い場合には、国境を越えた調査も必要とされる⁴⁴⁵。なお、適切な段取りを経たということについて宣誓供述書を提出するという実務が過去にあったが、現在は廃止されたとのことである⁴⁴⁶。合理的な努力に関する過去の調査データの利用に関しては、申請者自身が過去に行った調査をアップデートしたものに依拠することは認める慣行があるが、他の者による過去の利用許諾に関する合理的調査のデータに依拠することができるかどうかについては、今のところ、そうした内容の申請を扱ったことがないという⁴⁴⁷。

⁴³⁹ Copyright Board of Canada, 'Re National Film Board of Canada, Ville Saint-Laurent, Quebec' (13 September 2005) 2005-UO/TI-34

<<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/other-autre/5-b.pdf>>（ロシアの作曲家 Georgy Sviridov のある音楽作品の一部を映画祭で上映する短編アニメの中で利用しようとしたところ、著作権の帰属について争いがあり、著作権について著作権の帰属を争う当事者間で訴訟が係属中であつたところ、よかれ悪しかれ著作権の帰属を争う者が全て判明しており、権利者の所在が不明な状況ではないとして申請が拒絶された事例）。

⁴⁴⁰ Jeremy de Beer and Mario Bouchard, *supra* note 426, p.226.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p.226-227.

⁴⁴² *Ibid.*, p.227.

⁴⁴³ *Ibid.*

⁴⁴⁴ Copyright Board of Canada, 'Speech given by the Honourable Justice William J Vancise, Chairman of the Copyright Board of Canada' (Seminar jointly sponsored by the Intellectual Property Institute of Canada and McGill University, Montreal, Quebec, 15 August 2007) 5 <<http://www.cb-cda.gc.ca/about/apropos/speeches-discours/20070815.pdf>>.

⁴⁴⁵ Jeremy de Beer and Mario Bouchard, *supra* note 426, p.227.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p.227.

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴³⁷ Copyright Board of Canada, 'Re PRODUCTIONS PHI-BRASSARD (JIMMY) INC., Montreal, Quebec' (30 August 2012)

2011-UO/TI-05<<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/254-e.pdf>>.

⁴³⁸ Jeremy de Beer and Mario Bouchard, *supra* note 426, p.224.

著作権委員会は、合理的な努力に関して、特定の場合における「最良の効率的な手法 (best practice)」のリストは公表していないし、そうした手法を探ることを積極的に推進することもしていないようである⁴⁴⁸。他方で、同委員会のウェブサイト上では、申請者が同委員会に申請する際に準備する書類として、「著作権者の所在を突き止めるために行ったすべての努力に関する詳細な説明とその結果。通信文書のやり取りを含む、関連資料のコピーを提供する」ことを求めている。また、申請の前に確認しておくべきことについて、以下のよう述べている⁴⁴⁹。

「著作権者を探すためにできるあらゆることをしましたか？」

著作権委員会は、著作権者を探すためのすべての合理的な努力を行っている場合にのみ利用許諾を与えます。したがって、申請者は徹底的なサーチをしなければなりません。著作権者の所在を突き止めることができる方法は多数あります。当委員会に申請する前にできるかぎりの方法を試してください。著作権者の名前や住所が不明である場合でも、サーチは思っているよりも簡単かもしれません。まずあなたが関係する利用方法について取り扱っている著作権集中管理団体にコンタクトをとることから始めましょう。その中に当該著作権者を代理しているものがあるかもしれませんし、権利者の名前や住所を提供したり、権利者が死亡しているとか外国に住んでいるのかということを教えることができます。

他の方法としては、インターネットの利用、出版者、図書館、大学、博物館、州の教育省へのコンタクトがあります。著作者が既に生存していない場合、著作権を相続した者あるいは遺産を管理している者を探しましょう。当委員会では、著作権管理団体のリストとそれらの関連する任務その他の情報源を提供することができます。著作権集中管理団体のリストは、当委員会のウェブサイト上でもみることができます。

www.cb-cda.gc.ca/societies-societes/index-e.html

(b) 申請手続

利用許諾を希望する者は、著作権委員会に対して申請を行う。同委員会は、発行された著作物、固定された実演、発行された録音物、固定された伝送信号に関して、その申請者が著作権の保有者の所在を確認するために合理的な努力を払っておりかつ同保有者の所在が確認できない旨の確信を得た場合には、一定の要件の下で利用許諾を付与することができる (第 77 条(1))。同委員会は、かかる確信を得ることができない場合には、申請を拒絶する権限も第 77 条に基づいて有していると解されている⁴⁵⁰。

⁴⁴⁸ Ibid., p.229.

⁴⁴⁹ Copyright Board of Canada, supra note 421.

⁴⁵⁰ Jeremy de Beer and Mario Bouchard, supra note 426, p.229.

著作権委員会の手続は、裁判所に適用されるルールとは異なるが、行政審判所として、司法又は準司法機能行使する場合の自然的正義の原則、及び公正原則に従うという条件に服している⁴⁵¹。第 77 条の申請手続に関して、法律上は、「著作権委員会は、(1)の規定に基づく利用許諾の発行に関する規則を制定することができる」と定められているが、いまだにかかる規則は定められていない。

他方で、第 77 条の要件をすべて満たすからといって、著作権委員会に利用許諾を発行する義務が生じるわけではない。Vancise 議長の発言によると、「著作権法は、すべての条件を満たしている場合に、委員会は利用許諾を発行「することができる (may)」としている。換言すれば、たとえすべての要件を充足していたとしても委員会は利用許諾を発行する厳格な義務の下にあるわけではない。一般的に、申請がこの段階に達した場合、同委員会は不在の著作権者の立場を引き継ぐものとして状況を考える。この所定の利用方法は著作権者が当然に利用許諾を与えるものなのだろうか？」と述べるとともに、商業的性質をもつ利用方法や、例えば、「アルバータ牧畜業者協会に頑固な肉食主義者の作曲した歌の利用を許諾すべきか」という事例を挙げて、「こうした主観的判断が必要となった場合、委員会は主として産業の慣習に依拠する」と述べている⁴⁵²。

しかしながら、これは同委員会の採用する唯一のアプローチの仕方というわけではなく、同委員会は、所在不明の権利者のために行動するというよりも、一方当事者手続における裁判所のアプローチと同じように、申請を判断する上で中立的な立場を採るものであるとも説明されている⁴⁵³。Vancise 議長の説明は、所在不明の権利者における主観的な判断要素が、利用許諾付与の是非の重要な要素と考えられる場合には、同委員会はそのような要素もある程度自由に参酌して判断できるということを示していると考えべきであろう。

同委員会は、申請の際に準備する書類について、ウェブサイト上で以下のように述べている⁴⁵⁴。

「申請の準備について

出願は書面によって提出してください。これに関して決められた書式はありません。

しかし、著作権委員会は (もしそれが入手可能である場合) 以下の情報を申請の処理のために必要とします:

- 著作物に関する説明 (種類、題名、作成年);
- 創作者 (事情に応じて、著作者、実演家、製作者、放送局)、著作権者、及び出版者の名前と国籍;

⁴⁵¹ Ibid., p.230.

⁴⁵² Copyright Board of Canada, 'Speech given by the Honourable Justice William J Vancise, Chairman of the Copyright Board of Canada' (Seminar jointly sponsored by the Intellectual Property Institute of Canada and McGill University, Montreal, Quebec, 15 August 2007) 5 <<http://www.cb-cda.gc.ca/about-apropos/speeches-discours/20070815.pdf>>.

⁴⁵³ Jeremy de Beer and Mario Bouchard, supra note 426, p.231.

⁴⁵⁴ Copyright Board of Canada, supra note 421.

- 創作者が死亡している場合、その死亡日；
- 当該著作物を使用する目的 できるだけ詳細を明確にして、提供してください。例えば、所定の本において、文書の資料を入れたいと考えている場合、テキストの長さ、当該書籍の長さ、どのように利用するのか、そしてもし販売する予定がある場合、考えている販売価格可能である場合、使用する予定の資料のコピーを提供してください；
- いずれの時期にその著作物を使用することを考えているのか、どの程度の期間使用する予定なのか；
- 類似する著作物に関する類似の利用態様について、あなたが支払っているか又は支払ったことのある利用料に関する情報；
- 著作権者の所在を突き止めるために行ったすべての努力に関する詳細な説明とその結果。通信文のやり取りを含む、関連する資料のコピーを提供してください；
- 利用許諾の申請を準備した人物の名前、肩書、住所、電話番号、ファクス番号、電子メールアドレス、利用許諾を請求する個人又は組織が利用許諾の申請を準備した者以外の者である場合には、その者の身元証明。」

(3) 効果

①利用許諾の条件の決定

著作権法第77条(2)は、第77条(1)の規定に基づき発行される利用許諾は、非排他的なものであり、かつ委員会が定める期間及び条件に従うとしている。条件としては、許諾された利用方法（例えば、コピーの分量、その配布先や目的）、利用許諾の満了日、利用料といった条件が付される⁴⁵⁵。

著作権委員会の許諾には、利用許諾の満了日が示される⁴⁵⁶。満了後にも使用をしたい場合、追加で申請を行うことが可能である⁴⁵⁷。また、地理的範囲に関して、同委員会は、カナダ国内においてのみ有効な利用許諾を付与しており、そのことが利用許諾に記載されて

⁴⁵⁵ Ibid.

⁴⁵⁶ Ibid.

⁴⁵⁷ Copyright Board of Canada, 'Re L'Office national du film du Canada' (18 June 2003) 2003-UO/TI-15 <<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/122-f.pdf>>; Copyright Board of Canada, 'Re L'Office national du film du Canada' (8 April 2008) 2008-UO/TI-03 <<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/221-f.pdf>> (ドキュメンタリー映画において権利者の所在不明な漫画を利用するためのカナダ国立映画制作庁の申請で、2003年6月18日に2008年12月31日までの利用許諾が与えられ、その後、2008年4月8日に2013年12月31日を満了日とした利用許諾が与えられている)。

いる⁴⁵⁸。過去の事例⁴⁵⁹では、権利者の保護を図りながら、申請者の必要を満たす臨時の利用許諾を発行してきたとされる⁴⁶⁰。

同委員会は、既になされた行為に遡及適用される利用許諾を発行できるかどうかについて、可能であるとの判断を下している^{461,462}。ただし、この決定は、当該事案の事実関係もよく検討した上で判断がなされているとともに、詳細な反対意見も付されている。また、過去には遡及効は認めるべきではないことを示唆する決定もある⁴⁶³。

②利用料と支払方法：対価支払の要否・決定方法・支払方法

著作権委員会は、いずれの場合においても、利用料をゼロとする決定は行っていないが、他方で、事案をめぐり事情を考慮した上で名目的な金額を設定することも多いといわれており、又は利用料の前払を要求せずに一定の条件に基づいて事後的に支払うことを内容とする利用許諾を出すこともあるという⁴⁶⁴。金額の決定には、利用許諾を得る目的などの事情も影響を与えている。例えば、博物館がある展示会で使用するパネルに使用するために書籍の抜粋を複製して利用することに関して申請があったという事案において、「委員会は、本件の事情によると、利用料を25ドルとする正当な理由があると判断する。委員会は、28頁を超えない範囲で利用されること、これらのページについてたった1部のコピーしか作

⁴⁵⁸ 'The licence is non-exclusive and valid only in Canada. For other countries, it is the law of that country that applies' (本利用許諾は非排他的なものであり、かつカナダ国内においてのみ有効である。他の国に関しては、適用される当該国の法律による)と記載されている。

⁴⁵⁹ Copyright Board of Canada, 'Re Maclean Hunter Limited' (24 August 1990) 1990-UO/TI-3, 2 <<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/1-b.pdf>> (1928年から1938年の間にChatelaineという女性誌に用いられた表紙について、当該雑誌の予約購読者へのインセンティブとして無料で配布するためのカレンダーとして利用するための申請であった。著作権委員会は、興味深い問題が多数あるものの、「申請人が計画しているように本日1990年8月24日金曜日まで印刷所に行くにはそれらを十分に取上げることはできない」と述べた上で、詳細を保留しつつ即座に判断を下すための理由付けや条件について述べている)。

⁴⁶⁰ Jeremy de Beer and Mario Bouchard, *supra* note 426, p.231.

⁴⁶¹ Copyright Board of Canada, 'Re Breakthrough Films & Television' (6 March 2006) 2004-UO/TI-33, 7-8 <<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/156r-b.pdf>>。申請者のBreakthrough社は、権利者不明の者の自叙伝の抜粋を含めたテレビドキュメンタリーを制作し、放送するために、オフカメラでのナレーションにおいて権利者が所在不明であるチャールズ・モンロー・ジョンソン軍曹の自叙伝からの8つの抜粋を複製して利用したドキュメンタリーを作成すること、ドキュメンタリーに組み入れられた当該書籍の抜粋を公衆への伝達するための利用許諾を得ようとしたが、ドキュメンタリーの制作そのものは既に完了していたため、遡及効が争点とされた。多数意見は遡及効を認め、「Breakthrough社に対して、オフカメラでのナレーションを通してドキュメンタリーを作成する状況においてチャールズ・モンロー・ジョンソン軍曹の書籍から8つの抜粋を複製することを許諾する」こと、また、「ドキュメンタリーにおいて利用する状況において、当該ドキュメンタリーに組み入れられた当該書籍の抜粋を公衆への提示及び電気通信を通して公衆への伝達するため、及びドキュメンタリーそのもののコピーを作成することをBreakthroughに許諾する」との判断を下した。少数意見は遡及効に反対する意見を述べた。

⁴⁶² Roger T. Hughes, Susan J. Peacock, Neal Armstrong, *Hughes on Copyright & Industrial Design*, Second Edition, LexisNexis, 2012, pp.341-342.

⁴⁶³ Copyright Board of Canada, 'Re Breakthrough Films & Television' (30 November 1992) 1992-UO/TI-10, 2 <<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/14-b.pdf>>.

⁴⁶⁴ Jeremy de Beer and Mario Bouchard, *supra* note 426, p.234-235.

成されないこと、そして、特に、展示会は入場料がかからない予定であることなど、申請者は本件利用許諾からいかなる実質的な利益をも得ようとしていないことを考慮している」と述べている⁴⁶⁵。

また、条件付の支払については、Canadian Institute for Historical Microreproductions (CIHM) によるマイクロフィッシュ（マイクロフィルムを何コマも収めた整理用シート）へのカナダの古い印刷物の保存に関する申請に対して出された一連の利用許諾にその例がみられる⁴⁶⁶。CIHM は 1978 年に設立された非営利団体であり、マイクロフィッシュを利用してカナダの古い歴史や文化に関する文書を保存、カタログ作成、配布等を行っている組織である。著作権委員会は複製の許諾を与えたが、利用料に関して次のように述べて条件付きの判断を行った。

「CIHM は既に所在不明の著作権者を追跡するために相当の資源を消費した。恐らくそのほとんどが現れることがないであろう。さらに、すべてではないが、コンタクトをとった大部分の著作権者は著作物の複製を対価の請求なしに同意した。最後に、CIHM は、危険な保存状態にある印刷資料を保存し、興味をもつ公衆に利用可能とすることによって、カナダの遺産を保存しようと試みている。収入は単にコピーを生産するコストを補うために用いられる。そして、同機関の運営は交付金、寄附金及び助成金からの資金提供を受けている。これらのすべての著作物にある著作権の経済的価値は、今後利用可能となり時の破壊から保存される著作物の著作権者の利益によって、大部分が相殺される。

1996 年 8 月 23 日と 9 月 10 日付の書簡において、Canadian Copyright Licensing Agency (CANCOPY) は、事案の状況から、1 作品 1 コピーあたり 10 セントの利用料が適切であろうと提案した。当委員会は同意する。CIHM は、1 作品 1 コピーあたり 10 セントを、2004 年 12 月 31 日以前に、この利用許諾を含む所定の著作物の著作権の権利保有者に対して支払うものとする⁴⁶⁷。

通常の場合、本件のような利用許諾に関する利用料は、集中管理団体に対して支払われ、同団体が利用許諾の満了日から 5 年以内に著作権者から連絡がない場合にはそれを保管することになる。本件の場合、著作物の時代と、その多数が恐らくもはや著

作権によっては保護されていないという事実を考慮して、CIHM は、所定の者によって請求がなされた著作物に関してのみ支払をすべきであると当委員会は判断する。」

このように著作権委員会による利用料の決定には各種の要素が考慮されるが、基本的には、集中管理団体に対して問題となる著作物について保有する作品群に利用許諾を出す場合に徴収する金額に関する最新情報を問い合わせることが多く、また、集中管理団体が存在しない市場に関しては、市場で一般的に受け入れられている慣行を確定することがしばしば行われる⁴⁶⁸。

著作権委員会は、利用料を決定した場合、それを当該権利者について通常の場合に代表することになる集中管理団体に支払うように決定することが多い。なお、第 77 条(3)により、利用許諾の期間満了後 5 年以内は、著作権者による利用料の支払請求が可能である。同委員会のウェブサイト上では、この点について以下のように述べている（原文の当該箇所は、イタリック体で書かれている）⁴⁶⁹。

「当委員会は通常の場合、利用許諾により定められた利用料の支払について、所在不明の著作権者を通常であれば代表するだろう著作権集中管理団体に直接支払うべきものと命じることが多い。そのために、著作権者は著作権集中管理団体にアプローチすれば利用料を受けることができることになる。

委員会は著作権集中管理団体がその構成員の一般的な利益のために適切であると考える方法によって利用料を処分することを認めている。

しかしながら、著作権集中管理団体は、利用許諾が満了した後の 5 年以内に、利用許諾に含まれる当該著作物の著作権の権利保有者に払い戻す義務を保証する。」

著作権集中管理団体に支払われた権利者不明著作物に係る利用料の管理の実務（管理口座の種別や 5 年経過後の取扱い等）はまちまちのようである⁴⁷⁰。

オタワ大学法学部准教授の Jeremy de Beer 氏と著作権委員会でゼネラルカウンシルを担当する Mario Bouchard 氏の共著論文における調査によると、1990 年から 2008 年の間に著作権委員会の発行した許諾に関して支出され又は支出される予定の利用料は 7 万カナダドルを下回っている（69,622.68 カナダドル）⁴⁷¹。

⁴⁶⁵ Copyright Board of Canada, 'Re Royal Canadian Artillery Museum' (14 June 1991)

1991-UO/TI-9 <<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/4-b.pdf>>.

⁴⁶⁶ Copyright Board of Canada, 'Re Canadian Institute for Historical Microreproductions' (18 Sep 1996)

1993-UO/TI-5 <<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences/4-b.pdf>>. 他に

1997-UO/TI-2, 1997-UO/TI-12, 1997-UO/TI-17, 1998-UO/TI-4, 1998-UO/TI-11, 1998-UO/TI-18,

1999-UO/TI-4, 1999-UO/TI-14, 2000-UO/TI-1, 2000-UO/TI-30 がある。

⁴⁶⁷ ちなみに、その後の一連の申請（1997-UO/TI-2, 1997-UO/TI-12, 1997-UO/TI-17, 1998-UO/TI-4, 1998-UO/TI-11, 1998-UO/TI-18, 1999-UO/TI-4, 1999-UO/TI-14, 2000-UO/TI-1, 2000-UO/TI-30）については、マイクロフィッシュ又はプリント形式での保存のために複製した場合 1 作品あたり 10 セント、CD-ROM に複製した場合 15 セントとされて、それぞれコピーされた数に乗じるとされ、区別が加わった。

⁴⁶⁸ Jeremy de Beer and Mario Bouchard, *supra* note 426, p.235.

⁴⁶⁹ Copyright Board of Canada, *supra* note 421.

⁴⁷⁰ Jeremy de Beer and Mario Bouchard, *supra* note 426, p.236.

⁴⁷¹ *Ibid.*, p.242.

③利用者／権利者の異議申立統等の有無・概要

(a) 利用者の異議申立手続

著作権委員会は、発行された著作物、固定された実演、発行された録音物、固定された伝送信号に関して、その申請者が著作権の保有者の所在を確認するために合理的な努力を払っておりかつ同保有者の所在を確認できない旨の確信を得ることができない場合、申請を拒絶する権限も有していると解されている⁴⁷²。著作権委員会の決定は、連邦控訴裁判所(Federal Court of Appeals)による司法審査の対象となるため、申請者は同裁判所に控訴することができる。著作権委員会は著作権及び技術的な事項をめぐる専門的な課題について幅広い経験を有するため、連邦控訴裁判所が同委員会の決定を再審査するに当たっては相当程度の敬讓をもって判断するという観点から、いわゆる明白な不合理性の基準(standard of patent unreasonableness)⁴⁷³に基づいて決定の適法性を審査することになる⁴⁷⁴。

(b) 後になって現れた著作権者の支払請求

著作権者は、利用許諾の期間満了後5年以内であれば、利用許諾において定められた利用料を徴収することができる(第77条(3))。著作権集中管理団体は、利用許諾が満了した後の5年以内に、利用許諾に含まれる当該著作物の著作権の権利保有者に払い戻す義務を保障する⁴⁷⁵。支払に不履行が生じた場合には、管轄権を有する裁判所において、その回収を求める訴訟を開始することができる(第77条(3))。

(4) 実施状況

①所管官庁による制度のウェブページの概要

著作権委員会はウェブサイトを用意しており⁴⁷⁶、同委員会の権限に属する他の任務に関する情報に加えて、所在不明の著作権者に関して、同制度の案内書(Brochure)のほか、

⁴⁷² Ibid., p.229.

⁴⁷³ Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s.28, as am.同基準は、Reseaux Premier. Choix Inc. v. Canadian Television Assn. (1998), 80 C.P.R. (3d) 203 at 211, 223 (Fed.C.A.)において採用されている。

⁴⁷⁴ Sunny Handa, Copyright Law in Canada, (Butterworths 2002) 355.

⁴⁷⁵ Copyright Board of Canada, supra note 421.

⁴⁷⁶ Copyright Board of Canada, Unlocatable Copyright Owners, <<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/index-e.html>> .

実施状況について、これまでのすべての「利用許諾を付与した決定」及び「拒絶された申請」を、決定及び拒絶の理由を付して提供している。

②標準処理期間

Jeremy de Beer氏による論文では、カナダの強制許諾制度に関する実証研究の結果として、2008年末までのデータに基づく同制度の運用に関わる数値が紹介されているので、以下そのデータと分析の一部を紹介する⁴⁷⁷。同制度が施行されてから、著作権委員会は12,640件の著作物を含む441件の申請について処理されており、1990年と2006年とを比較すると、毎年提出される申請数は4倍以上になっている⁴⁷⁸。1990年から2008年末までに付与された利用許諾は230件であり、申請の約半数に利用許諾が与えられている⁴⁷⁹。その他の申請については、同委員会又は集中管理団体の援助により権利者の所在が判明した場合が多く、また、途中で取り下げ、又は完全に放棄してしまった場合があるため、正式に申請が拒絶された例は非常に少ないとされる⁴⁸⁰。

約半数の申請は許諾の決定まで8週間以上かかり、4分の1は16週までに要しているが、2週間で決定された事案も12%程度あるとされる⁴⁸¹。著作権委員会の作業量は増加しているものの、審理期間が実質的に変化していることを示す証拠はないという⁴⁸²。

手続の期間には、事例証拠の観点からは、[1]作品数、[2]保護期間存続の有無、[3]作品・著作者の知名度、[4]権利者の人数等や関連する市場における取引の複雑さ、[5]申請者の著作権に関する知識の程度、[6]意図する利用の重要性、[7]委員会からの問合せに対する集中管理団体や申請者の対応の迅速さ、[8]委員会のその他の作業負担といった要因が影響を与えるとされるが、手続の遅延は、追加的な情報の獲得のような著作権委員会の要請に対して申請者が対応しないことに起因することも多いとされる⁴⁸³。非商業的な利用の申請の手続の平均期間は47日であり、4分の3は98日未満で決定が出されるが、商業的な利用の手続の平均期間は63日であり、4分の3は126日未満で決定が出されるという⁴⁸⁴。

⁴⁷⁷ Jeremy de Beer and Mario Bouchard, supra note 426, p.242.

⁴⁷⁸ Ibid., p.242.

⁴⁷⁹ Ibid., p.243.

⁴⁸⁰ Ibid.

⁴⁸¹ Ibid., p.245.

⁴⁸² Ibid., p.246.

⁴⁸³ Ibid., p.247-248.

⁴⁸⁴ Ibid., p.247.

③利用件数

Jeremy de Beer 氏らによる論文の計算によると、前述したように、2008 年末までに付与された利用許諾が 230 件である⁴⁸⁵。なお、著作権委員会のウェブサイトに掲載されている最新のデータによると⁴⁸⁶、付与された利用許諾に関しては、1990 年から 2012 年 10 月 25 日まで 266 件の利用許諾に関する文書が掲載されている。しかし、Jeremy de Beer 氏らの説明によると、このウェブサイトに掲載されている数値 (266 件) には、利用許諾の修正や暫定的な利用許諾、あるいは 1 件に複数の利用許諾が含まれているものもあるというので⁴⁸⁷、必ずしも利用許諾の件数とは一致しないといえる。

(5) 識者等の評価

カナダの強制許諾制度に対しては、過度の行政的な負担を課すことや時間がかかる割に利益が少ないという批判⁴⁸⁸や、著作権委員会の権限がカナダにおける利用に関する強制許諾に限定されることや未発行著作物に適用されないことで効果が限定的であるという批判⁴⁸⁹ (特に古い写真のような著作物について発行されたかどうか不明な場合が出てくることが指摘されている⁴⁹⁰)、利用料が集中管理団体に支払われる実務に対する批判的な見方⁴⁹¹ (多くの場合に権利者は現れないにもかかわらず利用料を集中管理団体に支払うことの不効率さ) がある。集中管理団体に対する支払の実務については、David Vaver 教授はこれを批判し、「著作権委員会は申請者に対して利用許諾を取得する条件として慈善的な寄附をさせることを要求することはできない。著作権集中管理団体に金銭を自己のものにしてしまう権限を与えることは、更に妥当性を欠く。利用料は著作権委員会において保管し、同委員会は仮に権利者が利用許諾の満了後 5 年以内に請求をしなければ、それを当該利用者に返金できるようにするのがよいであろう」と述べている⁴⁹²。

⁴⁸⁵ Ibid., p.243.

⁴⁸⁶ Copyright Board of Canada, Decisions - Unlocatable Copyright Owners (25 Oct 2012), <<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/licences-e.html>>.

⁴⁸⁷ Jeremy de Beer and Mario Bouchard, supra note 426, p.243.

⁴⁸⁸ U. S. Copyright Office, 'Report on Orphan Works: A Report of the Register of Copyrights' (2006) 83, online:<<http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report.pdf>>.

⁴⁸⁹ British Screen Advisory Council, supra note 46, pp.10-11.

⁴⁹⁰ M van Echoud, PB Hugenholtz, L Guibault, S van Gompel, & N Helberger, Harmonizing European Copyright Law: The Challenges of Better Lawmaking, 280 (Wolters Kluwer, 2009) at 284. この場合、未発行かどうかについて、モラルライツに配慮した運用が必要となるが、カナダの著作権委員会の運用では発行されたことの決定的な証拠がない場合でも発行を推定するような運用がなされているという (Ibid.).

⁴⁹¹ U. S. Copyright Office, supra note 488, p.114.

⁴⁹² David Vaver, Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-Marks (Toronto: Irwin Law, 2011), p.263.

他方で、同制度には、権利者不明著作物を利用する場合の法的安定性が高いことや、権利者不明著作物の権利者の法的利益が不必要に害されることがないことなど、権利者不明著作物の問題を解決する上でそのメリットを評価する見方もある⁴⁹³。

3. 立法及び近時の動向等

現行の制度を変更する動きは特にみられない。

4. 日本法への示唆

カナダの例は、我が国と同様の強制許諾の枠組みをもつ国の例として示唆的である。

我が国の利用実績について、文化庁が過去の裁定実績としてウェブサイト上で公表している資料によると、現行法の裁定制度が 1970 年に創設されてから、2011 年 1 月 26 日まで 82 件の裁定による利用許諾が出されている⁴⁹⁴。1 件の裁定による利用許諾により、多数の作品を対象とすることができるため、同期間において、作品数 (題号数) でいえば 158,601 件がその対象となっている。これについて、裁定による利用許諾の対象となった作品数でみた場合、近代デジタルライブラリーを通じて権利者不明著作物を含むデジタルアーカイブのインターネット公開を行っている国立国会図書館がこの制度の最大の利用者である。すなわち、利用許諾の件数では国立国会図書館によるものは 8 件であり、全体の 10% 程度を占めるにすぎないが、作品数ベースでは 153,986 件であり、全体の 98% 以上を占めている。他方、カナダでは、2008 年末までに付与された利用許諾が 230 件であったとされるので、少なくとも申請件数の上ではカナダの方が我が国よりも多いことになる。しかし、Jeremy de Beer 氏らの調査によると、著作権委員会は 12,640 件の著作物を含む 411 件の「申請」について開催されているとのことであった (利用許諾が出された題号数は示されていない)⁴⁹⁵。著作物の作品数で比較した場合、(大部分が国立国会図書館による実績ではあるとはいえ) 日本の方が多くの作品を裁定制度により処理しているといえる。

他方で、カナダの著作権委員会には我が国の裁定制度の運用に見られない良い点もある。それは、同委員会は利用許諾に関する決定の内容を比較的詳しく公表しているということである⁴⁹⁶。我が国の裁定に関して公表されているデータは、文化庁のウェブサイト及び官報で紹介される告示内容も含めて、結論しか述べられておらず、どのような判断を通して

⁴⁹³ M van Echoud, PB Hugenholtz, L Guibault, S van Gompel, & N Helberger, Harmonizing European Copyright Law: The Challenges of Better Lawmaking, 280 (Wolters Kluwer, 2009), p.285.

⁴⁹⁴ 文化庁「著作権者不明等の場合の裁定制度の過去の利用実績」<http://www.bunka.go.jp/1tyosaku/c-1/results_past.html>。なお、本稿では便宜上、文化庁がウェブサイトで公表しているデータだけを確認したが、法律上、裁定については官報において告示の形式で公表されている (著作権法第 70 条第 6 項)。

⁴⁹⁵ Jeremy de Beer and Mario Bouchard, supra note 426, p.242.

⁴⁹⁶ Copyright Board of Canada, supra note 476.

そのような決定に至ったのか必ずしも明らかではない。少なくともカナダと同程度の情報公開を実現していくことも、考えてよいのではないだろうか。もっとも、日本の方が、申請者のために公表されている「裁定の手引き」⁴⁹⁷が充実していることは確かである。また、申請様式・記入要領⁴⁹⁸も公表されている点はカナダよりも充実しているともいえる。ただし、我が国の申請書式の内容⁴⁹⁹も、カナダにおいて申請の際に用意すべきとしている情報と、さほど違いがあるものではないのも事実である。

カナダにおいて利用料を著作権集中管理団体に支払うという実務については、参考になる部分がある。我が国の場合、補償金として支払った供託金の還付請求権が時効により消滅した場合、供託金は国庫に帰属することになるが、供託した補償金が国庫帰属でなく共通目的基金となるような新たな裁定制度を考えてはどうかという議論もある⁵⁰⁰。カナダでは、著作権集中管理団体がその構成員の一般的な利益のために適切であると考えられる方法によって支払われた利用料を処分することを認める運用を行っている。しかし、実際のところ権利者が現れる可能性は低いと、結果的に制度の利用者に「慈善的な寄附」を強要することになっている、とするカナダの有識者の批判的な見方には一理あるようにも思われる。そのため、共通目的基金のようなものを設定するという議論を行う場合には解決すべき様々な問題もあるのではないかとと思われる。また、国庫に帰属するという現在の我が国の運用に対しても、利用料として支払われた金額を著作物の利用者である申請者に返金できるようにすべき、とするカナダの一部の有識者が述べる議論は参考になる部分もある。非営利目的か、営利目的かなどの区別も必要かもしれないが、例えば、我が国の国立国会図書館が公益的な任務を実行する過程で支払わざるをえなかった供託金が国家に没収されるという運用は、一連の手続に要するコストを考慮すると、不合理な部分もあるように思われる。

我が国の文化庁の「裁定の手引き」の説明によると、「補償金額については、文化審議会著作権分科会使用料部会に諮問。答申の結果、補償金額が決定。申請から補償金額の決定までの標準処理期間は3か月だが、1～2か月程度で処理されることもある」とある。これとは別に、文化庁から利用者への通知と補償金の供託にかかる時間がスケジュールの例では13日程度で見積もられていた。カナダの例では、非商業的な利用の申請の手続の平均期間は47日であり、4分の3は98日未満で決定が出されるが、商業的な申請の手続の平均期間は63日であり、4分の3は126日未満で決定が出されるとのデータが示されていた。

⁴⁹⁷ 文化庁長官官房著作権課<<http://www.bunka.go.jp/1tyosaku/c-1/download.html>>。

⁴⁹⁸ 同上。

⁴⁹⁹ 著作物の著作権に関する申請の場合、1. 著作物の題号、2. 著作者名、3. 著作物の種類及び内容又は体裁、4. 著作物の利用方法、5. 補償金の額の算定の基礎となるべき事項、6. 著作権者と連絡することができない理由、7. 著作権法第67条の2第1項に基づく申請の有無（同上）。

⁵⁰⁰ 文化審議会著作権分科会過去の著作物等の保護と利用に関する小委員会（第8回）議事録・配付資料参考資料2「1. 過去の著作物等の利用の円滑化方策について」・前掲注37。

我が国の数値は飽くまで概算であろうから、単純には比較できないが、少なくとも、日本の方が時間を要しているという印象を与える程度の数値ではなかった。

裁定中の著作物の利用については、日本は制度的にこれを認めている。これに対して、カナダでは制度的にこれを認めてはいないものの、事案の状況に応じて著作権委員会が迅速に利用許諾を与えるという実務があると報告されている。

文化審議会著作権分科会過去の著作物等の保護と利用に関する小委員会では、「ある作品について裁定手続が終了した後に、後から同じ作品を利用する第三者が、再度、調査等の手続を経ることは不経済である。利用目的の公益性が高い場合、利用態様が権利者を害しない場合には、料金の支払のみで裁定を認めるべき」との議論も存在した⁵⁰¹。カナダの有識者の間にもこれと同様の問題意識はあるようだったが、いまのところ著作権委員会の運用における事例はないようである。

II. 権利者不明著作物の利用後に活用可能な制度（侵害訴訟における救済等）

カナダには、権利者不明著作物の利用の問題を直接的に解決するため、事後的に侵害訴訟において権利者の損害賠償や差止め等の救済を制限するといった制度は特に存在しないようである。ただし、上述のように、著作権委員会は、既に行われた行為に対しても適宜的に適用される利用許諾が発行できるかどうかについて、可能であるとの判断を下しており、ある意味で、利用者による過去の違法な行為を事後的に適法にするものともいえる。しかし、事例をみるかぎり、個別の事情を考慮して同委員会の裁量の範囲でなされる判断であって、反対意見も付されていたことも考えると、こうした措置が制度として常に保障されているとまでは評価できないだろう。

⁵⁰¹ 同上。

第8章 韓国

I. 権利者不明著作物の利用前に活用可能な制度

1. はじめに～法定許諾制度の概観

権利者不明著作物の利用前に活用可能な制度として、法定許諾制度がある。韓国著作権法の第5節「著作物利用の法定許諾」には3種類の法定許諾が定められていて、「著作財産権者が不明な著作物の利用（第50条）」、「公表された著作物の放送（第51条⁵⁰²）」そして「販売用レコードの製作（第52条⁵⁰³）」である。

第50条の「著作財産権者が不明な著作物の利用」規定により、「著作物の利用者が相当な努力をしたにもかかわらず、公表された著作物（ただし外国人の著作物は除外する）の著作権者の居所が不明であるため、その著作物の利用許諾を受けられない場合に、文化体育観光部長官の承認を得て、文化体育観光部長官が定める基準による補償金を供託して、それを利用することができるので、韓国においては、権利者不明著作物の利用に本規定が適用されるといえる。以下では、「著作財産権者が不明な著作物の利用（第50条）」を中心に、韓国における権利者不明著作物利用制度を紹介する。

2. 現行法制度

(1) 制度の趣旨

①立法趣旨

韓国における権利者が不明な著作物を利用するための法定許諾制度（第50条）は、著作物の利用者が相当な努力をしたにもかかわらず、公表された著作物（ただし外国人の著作物は除外する）の著作権者の居所が不明であるため、その著作物の利用許諾を受けられない場合に、文化体育観光部長官の承認を得て、文化体育観光部長官が定める基準による

⁵⁰² 第51条（公表された著作物の放送）公表された著作物を公益上の必要により放送しようとする放送事業者がその著作財産権者と協議をしても協議が成立しない場合は、大統領令で定めるところにより、文化体育観光部長官の承認を得た後、文化体育観光部長官の定める基準による補償金を当該著作財産権者に支払い、又は供託してこれを放送することができる。すべての法令情報（旧法及び現行法・施行令・施行規則）は、韓国国家法令情報センター<<http://www.law.go.kr/main.html>>で入手した情報を筆者が仮訳したものである。

⁵⁰³ 第52条（販売用レコードの製作）販売用レコードが我が国において最初に販売されてから3年を経過した場合において、そのレコードに録音されている著作物を録音して他の販売用レコードを製作しようとする者がその著作財産権者と協議をしても協議が成立しない場合は、大統領令で定めるところにより、文化体育観光部長官の承認を得た後、文化体育観光部長官の定める基準による補償金を著作財産権者に支払い、又は供託して他の販売用レコードを製作することができる。

補償金を供託して、それを利用できるようにする制度である。利用許諾を得て著作物を利用しようとしているのに著作権者が不明であるため利用できないことのないようにすることで、著作物の円滑な流通を担保するための制度であるといえる。現行の規定は以下のとおりである。

現行の韓国著作権法（法律第11110号）

第50条（著作財産権者が不明な著作物の利用）

- ① 何人も、大統領令で定める基準に該当する相当の努力を払っても、公表された著作物（外国人の著作物を除く。）の著作財産権者又はその居所を知ることができないためにその著作物の利用許諾を得ることができない場合には、大統領令で定めるところにより、文化体育観光部長官の承認を得た後、文化体育観光部長官の定める基準による補償金を供託して、これを利用することができる。
- ② 第①項の規定により著作物を利用する者は、その旨及び承認年月日を表示しなければならない。
- ③ 第①項の規定により法定許諾された著作物が再び法定許諾の対象となるときは、第①項の規定による大統領令で定める基準に該当する相当の努力の手段を省略することができる。ただし、その著作物に対する法定許諾の承認の前に、著作財産権者が大統領令で定める手続に従って異議を提起するときは、この限りでない。
- ④ 文化体育観光部長官は、大統領令で定めるところにより、法定許諾の内容を情報通信網に掲示しなければならない。

②立法経緯

(a) 1957年著作権法

権利者不明の著作物の利用に関する内容は、比較的早い時期から韓国著作権法に規定されてきた。韓国最初の著作権法（法律第432号、1957年1月制定、施行）の第20条公演権⁵⁰⁴の中で著作者の不明な著作物の利用を規定していた。1957年著作権法は法定許諾制度を設けていた日本の旧著作権法（明治32年3月4日法律第39号）を参考にしており、第20条第2項で「著作者不明の未公表著作物」を、同条第3項で「著作権者の居所不明の公

⁵⁰⁴ 1957年著作権法第20条（公演権）

- ①著作者はその著作物を公演する権利を有する。
- ②著作者の不明な著作物でまだ発行又は公演していないものは、大統領令の定めるところにより、これを発行又は公演することができる。
- ③著作権者の居所が不明、又は著作権者と協議できないときには大統領令の定めるところにより、相当な補償金を供託してその著作物を発行又は公演することができる。
- ④前項の補償金の額に関して異議がある者は法院に出訴できる。

表された著作物」及び「著作権者と協議が不可能な著作物」を、第22条第3項で「公益目的の放送」の場合に対する法定許諾を認めていた。

(b) 1986 年全部改正

現在のような「著作財産権者の不明な著作物の利用」という見出しでの条文が規定されたのは1986年の著作権法全部改正（法律第3916号、1986年12月全部改正、1987年7月施行）からである。この全部改正において、「第9節 著作物利用の法定許諾」という節が新設され、第47条（著作財産権者の不明な著作物の利用）と第48条（公表された著作物の放送）が追加された⁵⁰⁵。

第47条は数次にわたって改正されたが、2006年以前の改正は、政府組織改編による部名の修正であった。1989年改正では、文化公報部長官を文化部長官に変え、1993年改正では、文化部長官を文化体育部長官に変更した。1995年改正では、翻訳権に対する文化体育部長官の強制許諾制度を廃止した。また、2000年改正では、文化体育部長官を文化観光部長官に変更し、「第82条第1号による補償金の基準により定めた」を「文化観光部長官が定める基準の」に変更した。

(c) 2006 年全部改正

2006年の全部改正（法律第8101号、2006年12月全部改正、2007年6月施行）では、本条を第47条から第50条に移動し、内容にも更に修正が加えられた⁵⁰⁶。この著作権法全部改正は、1957年の著作権法の制定以来、頻繁な改正で乱れてきた法体系を正し、デジタル技術の発達、放送と通信の融合などにより新たに登場した著作物の利用形態に対する規範を

⁵⁰⁵ 1986年著作権法第47条（著作財産権者の不明な著作物の利用）

①何人も相当な努力をしたにもかかわらず、公表された著作物の著作財産権者やその居所を知ることができず、その著作物の利用許諾を受けられない場合には、大統領令で定めるところにより文化公報部長官の承認を得て、文化公報部長官が第82条第1号による補償金の基準により定めた補償金を供託してこれを利用することができる。

②第1項の規定により著作物を利用する者はその旨と承認年月日を表示しなければならない。

⁵⁰⁶ 2006年著作権法第50条（著作財産権者が不明である著作物の利用）

①何人も、大統領令で定める基準に該当する相当の努力を払っても、公表された著作物（外国人の著作物を除く。）の著作財産権者又はその居所を知ることができないためにその著作物の利用許諾を得ることができない場合には、大統領令で定めるところにより、文化観光部長官の承認を得た後、文化観光部長官の定める基準による補償金を供託して、これを利用することができる。

②第1項の規定により著作物を利用する者は、その旨及び承認年月日を表示しなければならない。

③第1項の規定により法定許諾された著作物が再び法定許諾の対象となるときは、第1項の規定による大統領令で定める基準に該当する相当の努力の手段を省略することができる。ただし、その著作物に対する法定許諾の承認の前に、著作財産権者が大統領令で定める手続に従って異議を提起するときは、この限りでない。

④文化観光部長官は、大統領令で定めるところにより、法定許諾の内容を情報通信網に掲示しなければならない。

作するための改正であった⁵⁰⁷。法定許諾制度を改善して、法定許諾の対象から外国人の著作物を除外し（第50条第1項）、以前に法定許諾されたことのある著作物の再許諾の手続を簡素化した（同条第3項）。

法定許諾の対象から外国人の著作物を除外したのはかねてからの批判を考慮して改正である。著作財産権者が不明な著作物であっても一定条件を満たせば利用できるようにするのが法定許諾制度であるが、国内法により外国人の著作物までも居所不明という理由で行政命令により自由に利用させることは国際条約違反の可能性があり、また著作権者を探すための相当な努力をするために法令により国内の日報新聞や著作権審議調停委員会のウェブページ等に公告をすることも、外国人である著作権者がこれを知ることができないため、外国人の著作物までもを法定許諾の対象に含むのは不当であるという批判があった。

第50条第3項に関しては、法定許諾された著作物は時間が過ぎても著作財産権者が現れる可能性が低く、著作権者を探すために同じ手続を繰り返すようにするのは時間と費用の面で効率的ではないので、既に法定許諾されたことのある著作物に対しては、「著作権者を探す相当な努力」の手続を省略できるようにした。ただし、既に法定許諾された著作物であるとしても、最終法定許諾の承認以前に著作財産権者が適法な手続により異議を申し立てた場合には、著作権者の許諾を得てから利用するようにした。

またインターネットの普及にあわせ、紙媒体の官報だけでなく、情報通信網⁵⁰⁸も行政情報掲示の手段として認め、第4項では法定許諾の内容を情報通信網にも掲示するようにした。

(d) 2008 年全部改正

2008年改正では、文化観光部長官を文化体育観光部長官に修正した。第50条に関しては2008年改正が最後であり、現行規定となっている。

⁵⁰⁷ 本改正で WIPO 実演レコード条約などの国際条約加入のために著作権隣接権が強化された。ネット上の広範囲な著作権侵害を防止するために、P2P など特殊類型のオンラインサービス提供者に対して技術的措置等を義務化し、不法複製物の押収廃棄及び削除命令権の導入、営利常習的な著作権侵害に対しても非親告罪を拡大適用、著作権認証及び寄贈制度導入、権利管理制度及び技術的保護措置等に関する政策等を通じて、著作物の利用活性化及び文化産業の発展を図る目的の改正である。

⁵⁰⁸ 情報通信網利用促進及び情報保護等に関する法律（法律第11322号、2012.2.17.一部改正、2013.2.18施行）の第2条によると、「情報通信網」とは「電気通信事業法第2条第2号により電気通信設備を利用、又は電気通信設備とコンピュータ及びコンピュータの利用技術を活用して情報を収集・加工・貯蔵・検索・送信又は受信する情報通信体制をいう」としている。

(2) 要件

①実施主体

(a) 許諾を出す機関

大統領令で定めるところによる申請書をもとに、文化体育観光部長官の承認によって利用することが可能である。第130条は、「文化体育観光部長官は大統領令で定めるところにより、この法による権限の一部を特別市長・広域市長・道知事・特別自治道知事に委任するか、委員会又は著作権関連団体に委託できる」と規定している。本来の法定許諾手続の主管は文化体育観光部長官であるが、委任・委託が可能であるとしている施行令により、現在法定許諾業務は韓国著作権委員会 (Korea Copyright Commission) が主管している⁵⁰⁹。

(b) 適用を受けられる者

法文は「何人も」と規定しており、基本的に、要件さえ満たせば、法定許諾制度は誰でも利用できる。

②対象となる著作物・利用態様

(a) 対象となる著作物～公表された著作物

本条の適用対象となる著作物には、「公表された著作物」という以外に制限がないため、第4条第1項に例示された著作物はもちろん、公表されていれば、すべての著作物が対象になる。

現在のような「著作財産権者の不明な著作物の利用」という見出しでの条文が規定されたのは1986年の著作権法全部改正からであるが、当時から「公表された著作物」を対象としている。第51条（公表された著作物の放送）も「公表された著作物」を要件としている。1957年著作権法は未公表著作物までも対象としていたが、これは著作人格権の公表権（第11条）を侵害するという批判があり、1986年改正で公表された著作物に限定された。

公表された著作物であるとしても、著作者が自分の作品の利用をそれ以上望まないことが明白な場合がある。そのような場合にまで法定許諾により利用を強制するのは著作者の人格権との関連で問題になりうる。これは著作者の撤回権として議論される問題であ

り、ドイツ著作権法は第42条に明文規定がある。韓国著作権法は撤回権を認めてはいないが、韓国著作権法施行令第22条第1項第3号（後述）に、法定許諾の承認申請の棄却事由のひとつとして、「著作財産権者が著作物の出版やその他の利用に提供されないように、著作物のすべての複製物を回収した場合」を規定し、間接的にこれを認めている。

また、2006年の著作権法全部改正により、法定許諾の対象から外国人の著作物を除外した（第50条第1項）。国内法により外国人の著作物までも居所不明という理由で行政命令により自由に利用させることは国際条約違反の問題があり、また著作権者を探すための相当な努力をするために国内の新聞や著作権審議調停委員会のウェブページ等に公告をすることも、外国人である著作権者がこれを知ることができないため、外国人の著作物までもを法定許諾の対象に含むのは不当であるという批判があったからである。

(b) 対象となる利用態様

第50条（著作財産権者が不明な著作物の利用）の場合、第51条（公表された著作物の放送）や第52条（販売用レコードの製作）とは異なり、利用許諾の対象となる権利の制限がないため、複製権、放送権など著作財産権者に認められる第2章第4節第1款のすべての権利を含む。実際の事例においてこの条項により著作物利用が承認された権利の種類は、二次的著作物創作権、複製権、転送権、放送権など様々である。対象権利の制限がないため、翻訳も法定許諾の対象となるため、国内著作物を外国語に翻訳しようとするが、著作財産権者やその居所が不明な場合には、本条により利用承認を得て翻訳できる⁵¹⁰。

2006年改正前は外国著作物であっても、著作財産権者やその居所が不明な場合には翻訳権に対する法定許諾を得ることができると解釈されていたし、実際に外国人の語文著作物に対する翻訳権に対して法定許諾が承認された事例もあるという⁵¹¹。

③許諾の条件・申請手続

法定許諾のための要件として、(a)相当な努力をしたが、(b)公表された著作物の著作権者やその居所をすることができないこと、(c)文化体育観光部長官の承認を得ること、(d)補償金を供託すること、(e)承認趣旨及び承認年月日を表示することが挙げられる。

(a) 相当な努力

著作物の利用者が相当な努力をしたとしても、公表された著作物（外国人の著作物を除く）の著作財産権者やその居所を知ることができず、その著作物の利用許諾を受けられな

⁵⁰⁹ 韓国著作権委員会の法定許諾案内ページで、本制度の概要を確認できる（韓国語）
<http://www.copyright.or.kr/service/compulsory.do?hm_seq=83>。

⁵¹⁰ ジョン・サンジョ編「著作権法注解」（博英社、2007年）687頁。

⁵¹¹ ジョン編・前掲注510・690頁。

い場合でなければならない。「相当な努力」とは、ベルヌ条約附属書第4条第1項の「due diligence」に該当するもので、法定許諾に対して世界的に共通する要件であるといえる。2000年改正の前には、「相当な努力」に対する基準がなく、当事者が過剰に努力するか、そもそも権利者不明著作物の利用をあきらめる事例もあった。それで2000年改正法は、相当な努力の基準を大統領令で定めることにした。「相当な努力」をしたか否かの判断基準に関して、2010年当時の著作権法施行令は以下のような基準を提示していた。

著作権法施行令（2010年当時）

第18条（相当な努力の基準）

法第50条第1項でいう「大統領令で定める基準に該当する相当な努力」とは、以下各号の要件をすべて充足するものをいう。

1. 著作物を取り扱う法第105条第1項による著作権信託管理者（著作物が属する分野の著作物を取り扱う著作権信託管理者がない場合には、法第105条第1項による著作権代理仲介業者又は該当著作物に対する利用許諾を受けた事実のある利用者の中から2名以上）に、著作財産権者の氏名又は名称、住所又は居所を照会する確定日付の文書を送付したが、これを知ることができないという返信を受けたか、文書を送付してから1か月が過ぎても返信がないこと
2. 「新聞等の振興に関する法律」第9条第1項によって普及地域を全国として登録した一般日刊新聞又は文化体育観光部と法第112条により韓国著作権委員会（以下「委員会」という。）のインターネットホームページに、文化体育観光部令で定めるところにより第1号による照会事項等を公告した日から10日がすぎたこと

上記の基準は、2012年の施行令改正により、以下のように要件が細分化された。

現行の著作権法施行令（大統領令第23721号）

第18条（相当な努力の基準）

- ① 法第50条第1項でいう「大統領令で定める基準に該当する相当な努力」とは、以下各号の要件をすべて充足するものをいう。
1. 法第55条第3項による著作権登録簿の閲覧又はその写本の交付申請を通じて該当著作物の著作財産権者やその居所を照会すること
 2. 著作物を取り扱う法第105条第1項による著作権信託管理者（著作物が属する分野の著作物を取り扱う著作権信託管理者がない場合には、法第105条第1項による著作権代理仲介業者又は該当著作物に対する利用許諾を受けた事実のある利用者の中から2名以上）に、著作財産権者の氏名又は名称、住所又は居所を照会する確定日付の文書を送付したが、これを知ることができないという返信を受けたか、文書を送付

してから1か月が過ぎても返信がないこと。

3. 著作財産権者やその居所等、文化体育観光部令で定める事項を、次の各目のいずれかに公告した日から10日がすぎたこと
 - ガ⁵¹²、「新聞等の振興に関する法律」第9条第1項によって普及地域を全国として登録した一般日刊新聞
 - ナ、文化体育観光部のインターネットホームページや第73条第2項による権利者が不明な著作物等の権利者探し情報システム（以下「権利者探し情報システム」という。）
- ② 法第50条により利用しようとする著作物が法第25条第8項（法31条第6項で準用する場合を含む）による補償金分配の公告をした日から3年が経過した未分配補償金関連著作物、その他の著作財産権者やその居所が明確でない著作物に該当し、文化体育観光部長官がその著作物に対して次の各号のすべての努力をした場合には、第1項各号の相当な努力のすべての要件を充足したものとみなす。
 1. 第55条による著作権登録簿を通じた該当著作物の著作財産権者やその居所の照会
 2. 第52条第3項により著作権委託管理者が報告した事項を通じた該当著作物の著作財産権者やその居所の照会
 3. 権利者探し情報システムに著作財産権者やその居所等文化体育観光部令で定める事項を公告した日から3か月以上すぎたこと

補償金分配の公告をした日から3年が経過した未分配補償金関連著作物等に対して文化体育観光部長官が著作権登録簿を通じて権利者の居所を照会し、著作物等の権利者探し情報システムに著作物等の権利者の居所を探すために3か月以上公告するなど努力した場合には、権利者不明の著作物等を利用しようとする者が法定許諾を受けるためにすべき「相当な努力」の要件を満たしたとみなす。この「相当な努力」は当該著作物を利用したい者が直接行うこともできるが、韓国著作権委員会に代行を申請することも可能である⁵¹³。

本改正により権利者不明の著作物等の利用の便宜性が増し、利用が活性化すると期待される。

なお、新設第2項第3号の「文化体育観光部令で定める事項」は施行規則に詳しく提示されている。

⁵¹² 日本法の「イロハ・・・」のように、韓国法では「ガナダラマバサアジャチャカタハ・・・」の順でつけていく。

⁵¹³ 韓国著作権委員会の「著作権者検索及び相当な努力の申請」ページ（韓国語）
<http://www.findcopyright.or.kr/mlsInfo/liceSrchInfo01.jsp>。

著作権法施行規則（文化体育観光部令第134号）

第3条（公告の内容）

令第18条第1項第3号各目外の部分及び第2項第3号で「文化体育観光部令で定める事項」は次の各号のとおりである。

1. 著作財産権者を探すという趣旨
2. 著作財産権者の氏名又は名称、住所又は居所（知ることができる場合に限り）
3. 著作物の題号
4. 公表時に表示された著作財産権者の氏名（実名又は異名）
5. 著作物を発行又は公表した者
6. 著作物の利用目的
7. 複製物の表示写真等の資料（可能な場合に限り）
8. 公告者及び連絡先

(b) 著作財産権者の不明又は居所の不明

上記のように相当な努力をしたにもかかわらず、①著作財産権者が誰であるかわからないか、②著作財産権者が誰であるか把握したとしてもその居所を知ることができないことが要求される。著作財産権者を知ることができないことが要件であるため、著作家が誰であるか知ったとしても、現在の著作財産権者を知らない以上、本条の適用を受けることができる。

著作財産権者が誰であるか知ることができないという点に関連して、著作財産権者と称する者が2人以上であるときどうなるのが問題となる。債権者と称する者が複数いて、誰に返済すればいいかわからない場合に、韓国民法第487条後段の「過失なく債権者を知ることができない場合」に該当するというのが判例の立場⁵¹⁴であるが、著作物の場合、その利用者が誰であるかによって著作財産権者の利益に大きく影響する可能性があるため、民法同様に解釈するのは適切ではなく、このような場合には法定許諾はできず、関連団体に対する事実照会や訴訟手続等を通じて明らかになった正当な権利者から利用許諾を受けるべきであるとの意見もある⁵¹⁵。

「居所」とは、人が多少の期間継続して居住する場所で、その場所との密接度が住所より劣るものをいう。韓国民法第19条は居所を住所確定における補充的な概念として使用しているが、著作物利用許諾において重要なのは、本人に直接連絡して協議できるかの可能性であり公簿上の住所は重要でないこと、住民登録上の住所はわかっても著作財産権者がその実際に居住せず連絡できない場合があることを考慮して、住所の代わりに居所を基準にしたのである。

⁵¹⁴ 大法院 1994.4.26.宣告 93ダ 24223 全員合議体判決。

⁵¹⁵ ジョン編・前掲注 510・691頁。

(c) 文化体育観光部長官の承認

(i) 承認申請

文化体育観光部長官の承認を得て法定許諾制度を利用しようとする者は、文化体育観光部令の定めるところによる「著作物利用申請書」を作成し、文化体育観光部長官に提出しなければならない（施行令第19条）。申請書の提出の際には、承認申請明細書、補償金算定内訳書、当該著作物等が公表されたことがわかる書類、著作財産権者・著作隣接権者又はデータベース製作者やその居所を知ることができなかったことが分かる書類、協議が成立しなかったために承認申請をする場合には、協議に関する経過書類等を添付し（施行規則第4条）、手数料を納付しなければならない（著作権法第132条第1号）。

著作権法施行令（大統領令第23721号）

第19条（著作物利用等の承認申請）

法第50条から52条までの規定により著作物の利用、放送又はレコード製作に関する承認を得ようとする者は、文化体育観光部令に定めるところにより著作物利用申請書を文化体育観光部長官に提出しなければならない。

著作権法施行規則（文化体育観光部令第134号）

第4条（著作物等利用承認申請書）

令第19条により承認を得ようとする者は、別紙第1号書式による利用承認申請書に次の各号の書類を添付し文化体育観光部長官に提出しなければならない。

1. 別紙第2号書式による利用承認申請明細書（著作物・実演・レコード・放送・データベースの形態及び内容が明確でない場合にはその見本又は写真等を添付しなければならない）
2. 補償金金額算定内訳書
3. 著作物等が公表されたことがわかる書類
4. 著作財産権者・著作隣接権者又はデータベース製作者やその居所を知ることができなかったことが分かる書類（上記事由で承認申請する場合に限り）
5. 協議に関する経過書類（協議が成立しなかったために承認申請をする場合に限り）
6. 当該レコードが我が国において販売されて3年が経過したことがわかる書類（著作権法第52条及び第89条により承認申請する場合に限り）

現行著作権法（法律第11110号）

第132条（手数料）

この法により次の各号のいずれかに該当する事項の申請等をする者は、文化体育観光部令に定めるところにより手数料を納付しなければならない。

1. 第50条ないし第52条の規定による法定許諾承認（第89条及び第97条の規定により準用される場合を含む）を申請する者
2. 3. （略）

著作権法施行規則（文化体育観光部令第134号）

第23条（手数料）

- ① 法第132条により納付しなければならない手数料の金額は別表のとおりである。
- ② 国家及びその所属機関と地方自治団体が法第53条及び法第54条（法第90条及び98条で準用する場合を含む）により著作権等を登録する場合で、著作権等に対する権利の持分を50パーセント以上所有する場合には第1項にもかかわらず、その手数料を免除する。
- ③ 削除

（別表）手数料の金額（第23条関連）＜改正2012.4.5＞

区分	手数料	
	電算情報処理システムで申請（申告）しない場合	電算情報処理システムで申請（申告）した場合
1. 法第50条ないし第52条（第89条及び第97条で準用する場合を含む）の規定による著作物の利用承認申請	10000ウォン（2013年1月現在の為替で約850円）	
（2. 及び3. は省略）	（省略）	

(ii) 官報掲示（ホームページ掲示）

著作権法第50条による法定許諾手続では著作財産権者が不明であるため、意見提出の機会を付与する対象者がいない。そのため意見提出の手続の代わりに、申請内容を官報に15日間公告することで、意見提出の機会を付与したことに代える（施行令第20条第1項第1号）。

著作権法施行令（大統領令第23721号）

第20条（意見提出等）

- ① 文化体育観光部長官は第19条により承認申請を受けた場合、次の各号による措置をしなければならない。
 1. 法第50条による著作財産権者が不明である著作物利用承認申請の場合には15日間申請内容を官報及び権利者探し情報システムに公告すること
 2. 法第51条又は第52条により放送又はレコード製作の承認申請の場合には当該著作財産権者やその代理人に7日以上30日以内の期間を定めて意見を提出する機会を与えること
- ② 第1項第2号により意見提出の機会を与える際には7日前に当該著作財産権者やその代理人に書面により知らせなければならない、期間内に意見を提出しない場合には意見提出の機会を放棄するとみなすという旨を明示しなければならない。
- ③ 法第50条第3項ただし書により異議を提起しようとする著作財産権者は、異議申請書に次の各号の資料を添付して文化体育観光部長官に提出しなければならない。
 1. 自分がその著作物の権利者として表示された著作権等の登録証写本又はそれに相当する資料
 2. 自分の氏名や名称（以下「氏名等」という。）又は芸名、雅号、略称等（以下「異名」という。）として広く知られたものが表示されている著作物等の写本又はそれに相当する資料

(iii) 審査

文化体育観光部長官は意見提出（ホームページ掲載）の手続を経た後、承認可否を検討しなければならない。施行令第22条第1項は申請棄却事由を規定している。棄却事由のいずれかに該当する場合には、長官は著作物利用の承認申請を棄却する。文化体育観光部長官が申請を棄却する場合には、その事由を明示して申請人に知らせなければならない（施行令第22条第2項）。

著作権法施行令（大統領令第23721号）

第22条（承認申請の棄却）

- ① 文化体育観光部長官は第19条による著作物利用等の承認申請が次の各号のいずれかに該当する場合、これを棄却する。
 1. 法第50条から第52条までの規定による著作物利用申請要件を備えてない場合
 2. 著作物利用の承認前に著作財産権者やその居所が確認されたか協議が成立した場合
 3. 著作財産権者が著作物の出版やその他の利用に提供されないように、著作物のすべて

の複製物を回収した場合

4. 当該著作物でなくてもその目的を達成できると認定されるか、著作財産権者が著作物の利用を許諾できないやむを得ない事由があると認定される場合
- ② 文化体育観光部長官は第1項により承認申請を棄却した場合には、その事由を明示して申請人と著作財産権者に知らせなければならない。ただし、著作財産権者やその居所を知ることができない場合には申請人にのみ知らせる。

法定許諾制度の本質上、第50条による著作物利用は補足的であるべきである。他の著作物の利用方法により、当該著作物利用の相応する効果を得られる場合には、あえて強制許諾を擬制する必要はない。そのため、上記第22条第1項第4号で、「当該著作物でなくてもその目的を達成することができると認められる場合」には、承認申請を棄却できるとして

(iv) 承認通知及び条件付加

文化体育観光部長官が法定許諾を承認する場合には、その内容を申請人と当該著作財産権者に知らせなければならない。著作財産権者やその居所を知ることができない場合には、官報及び権利者探し情報システムに公告しなければならない。（施行令第21条第1項）

明文の規定はないが、文化体育観光部長官が法定許諾を承認する際に利用条件を付加することもできると解釈されている⁵¹⁶。

著作権法施行令（大統領令第23721号）

第21条（承認の通知等）

- ① 文化体育観光部長官は法第50条から第52条までの規定による承認をする場合には、その内容を申請人と当該著作財産権者に知らせなければならない。この場合、著作財産権者やその居所を知ることができない場合には、官報及び権利者探し情報システムに公告しなければならない。
- ② 文化体育観光部長官は法第50条第1項による承認をした場合には、法第50条第4項により、次の各号の内容を文化体育観光部のインターネットホームページと権利者探し情報システムに1か月以上掲示しなければならない。
1. 著作物の題号及び公表年月日
 2. 著作者又は著作財産権者の氏名
 3. 利用承認を受けた者の氏名

4. 著作物の利用承認条件（利用許諾期間及び補償金）

5. 著作物の利用方法及び形態

(d) 補償金の供託

利用承認を得た者は補償金を供託しなければならない。供託も法定許諾の要件であるため、文化体育観光部長官の承認があったとしても、補償金を供託せずに著作物を利用すると著作権侵害になる。補償金供託が著作物利用に先行しなければならないということで、著作物利用後に補償金の支払義務が生じる講学上の法定許諾（第25条「学校教育目的等への利用」など）とは異なる。

補償金の供託は、当該著作財産権者の住所が韓国国内である場合には当該住所の管轄供託所に、その他の場合には補償金を供託する者の住所の管轄供託所にしなければならない（施行令第23条第2項）。補償金を供託した者はその事実を文化体育観光部令に定めるところにより公告しなければならない（同条第4項）。

著作権法施行令（大統領令第23721号）

第23条（補償金の供託）

- ① 法第50条から第52条までの規定により補償金を供託できる場合は次の各号のとおりである。
1. 著作財産権者やその居所を知ることができない場合
 2. 著作財産権者が補償金受領を拒否するか受領できない場合
 3. 当該著作財産権者の権利を目的とする質権が設定されている場合（著作財産権者が当該質権を有する者の承諾を受けた場合は除く。）
- ② 第1項による補償金の供託は当該著作財産権者の住所が大韓民国内にある場合は当該住所の管轄供託所に、その他の場合には補償金を供託する者の住所の管轄供託所にしなければならない。
- ③ 第1項第2号及び第3号により補償金を供託した者はその事実を供託物を受領する者に知らせなければならない。
- ④ 第1項第1号により補償金を供託した者はその事実を文化体育観光部令に定めるところにより公告しなければならない。

⁵¹⁶ イ・ヨンロク=チュ・ジンウォン「法定許諾制度改善方案研究」韓国著作権委員会研究用役報告書（2010年）110頁。

著作権法施行規則（文化体育観光部令第134号）

第5条（補償金供託の公告）

令第23条第4項により供託事実を公告しようとする者は、次の各号の事項を「新聞等の振興に関する法律」第9条第1項により普及地域を全国として登録した一般日刊新聞に掲載するか、文化体育観光部のインターネットホームページや、令第73条第2項による権利者が不明な著作物等の権利者探し情報システム（以下「権利者探し情報システム」という。）に掲示しなければならない。

1. 著作物の題号（題号がない場合にはその内容を要約記載しなければならない）
2. 著作者及び著作財産権者の氏名（著作者及び著作財産権者を知ることができない場合にはその旨を記載しなければならない）
3. 著作物利用の内容
4. 供託金額
5. 供託所の名称及び所在地
6. 供託根拠
7. 著作物利用者の住所・氏名

(e) 承認趣旨及び承認年月日の表示

利用者は承認により利用するという旨と承認年月日を表示しなければならない。著作財産権者が直接その利用許諾をしたものでないことを明らかにし、著作財産権者に生じうる不利益を事前に防止するための要件である。

その方法に対しては、出所明示に関する著作権法第37条第2項に関連して、施行令に以下のように規定されているが、具体的な方法は提示されていない。

著作権法施行令（大統領令第23721号）

第17条（出所明示の方法）

文化体育観光部長官は、法第37条第2項による著作物の利用状況による合理的な出所明示方法に関する指針を定めて告示することができる。

表示義務の不履行に対して別途の制裁規定はないが、承認趣旨の表示義務を利用承認時の条件として付加した場合、承認条件の違反として利用承認を撤回するか、後に違反者から再度利用承認の申請がある場合に承認を拒絶するなどの方法で履行を担保するしかない。

承認の旨と承認年月日の表示以外に、著作者の氏名も表示されるべきことは、著作者の氏名表示権（第12条第1項）との関係からも当然である。2006年改正により実演家にも氏名表示権が認められるので（第66条）、実演に対して法定許諾を得る場合にも（第89

条）実演家の氏名を表示しなければならない。氏名を表示しない場合、承認表示をしなかった場合とは異なり、著作者人格権の侵害になる。ただ、居所を知らない場合と異なり、著作財産権者そのものを知らない場合には、「著作財産権者不明を理由として承認により利用する」という旨の表示で、著作者表示をしたものとみなすべきであろう。

(3) 効果

①著作物の利用

文化体育観光部長官の定める基準による（上記「要件」で説明）法定許諾の承認は、著作財産権者による利用許諾と同一の効力を有する。利用申請者は、著作財産権者の利用許諾があったものと同じように、対象の著作物を自由に利用することができる。

どこまでの利用が承認の範囲に含まれるかに関しては、利用許諾契約の範囲に関する既存の解釈論がそのまま適用されるだろう。利用承認の範囲が不明な場合には、著作財産権者に権利が留保されたものと解釈されるべきだろう⁵¹⁷。

法定許諾の結果、当事者の間には自発的な利用許諾と同じような債権関係が成立するが、当事者間の合意によるものではないので、約定債権関係とみることはできず、法定債権関係と解釈される。

②利用できる地位の非排他性・非譲渡性

法定許諾による利用者の権利は債権の一般的効力に照らして見て、非排他的な効力を有し、原則的に他人に譲渡することはできない。承認時に条件を付けた場合には、その条件の範囲内でのみ合法的な利用が可能である。国内の法定許諾決定例の中で、海外での利用までを明示的に承認した事例はない⁵¹⁸。

③当事者の救済手段

(a) 違法な利用承認・承認申請の拒否の場合

法定許諾制度を利用しようとする者が法で求めている相当な努力及び申請手続を適切に履行したにもかかわらず妥当な理由なく利用承認申請が拒否された場合や、又は法に規定された要件に該当しないにもかかわらず承認された場合はどのように当事者を救済で

⁵¹⁷ 大法院 1996.7.30. 宣告 95 다투 29130 判決を参照。

⁵¹⁸ イ=チュ・前掲注 516・112 頁。

きかが問題となる。文化体育観光部長官の利用承認申請拒否や利用承認は、行政処分には該当するので、この場合は行政訴訟により処分の取消を争うことができる⁵¹⁹。

(b) 補償金に対する不服

法定許諾の際に決まった補償金の額に関して不服する場合には、承認処分全体を対象に争わなければならない⁵²⁰。しかし、実際の利用状況をみると、当事者が補償金算定の具体的な資料及び内訳書を提示し、これに対して著作権委員会がその当否を検討する方法で手続が行われている⁵²¹ので、補償金による紛争は多くないと予想される。

(4) 実施状況

①標準処理期間

現行法上、権利者不明の著作物を利用するための法定許諾を受けるための手続は、紙媒体の手続と電子的手続（インターネット）が混在しており、その所要期間は比較的に長いといえる。まず権利者を探すために相当な努力をしなければならないが（施行令第18条）、信託管理団体又は代理仲介業者に照会して1か月が経過しなければならない、新聞又はインターネットホームページに公告して10日が経過しなければならない。また文化体育観光部長官はその承認申請内容を15日間、官報に公告しなければならない（施行令第20条第1項第1号）。文化体育観光部長官は承認処分の場合これを公示しなければならないが、官報に公告し、インターネットホームページに1か月以上掲示しなければならない（施行令第21条）。結局現行法上、法定許諾を受けるためのかかる時間は、最短で2か月15日以上になり、実際には承認審査の期間も含まれるので、それ以上の時間がかかることになる。

②利用件数

韓国で法定許諾制度により利用許諾を受けたのは、2010年末までに総計33件にすぎない⁵²²。2008年以降に法定許諾の申請件数が増加したものの、いまだ年間6〜7件にとどまっ

⁵¹⁹ ジョン・前掲注 510・685 頁。

⁵²⁰ 一方、日本の著作権法第72条（補償金の額についての訴え）では、補償金の金額についてのみ争うことができる。

⁵²¹ ジョン・前掲注 510・686 頁。

⁵²² 2000年著作権法改正で法定許諾に関する権限が著作権審議調停委員会（現著作権委員会）に委託された（著作権委員会ウェブサイト「著作権委員会の歩み」

<http://www.copyright.or.kr/intro/intro/history.do?hm_seq=134>）。それまでに2件の承認事例があり、その後2004年までに合計8件の事例があった。これらはすべて1986年著作権法第47条（現第50条）を根拠に承認されたものであった。

いる。これらは出版、放送、映画、上演、レコード製作などの方法で利用されたが、2010年までに利用された33件はすべて著作権者又は著作権者の居所が不明なものであった⁵²³。

③利用事例

(a) 映画「タチマワ Lee」利用事例⁵²⁴

本映画「タチマワ Lee-悪人よ、地獄行き急行列車に乗り（2008年、リュ・スンワン監督）」は、2000年にインターネット上に良い評価を得たオンライン短編映画を原作としている。しかし、原作の著作権者を見つけることができず、映画製作に苦労していたところ、法定許諾制度により著作権侵害への懸念を解消し、映画製作を終えて公開することができた。

(b) 映画「黒い髪」利用事例⁵²⁵

韓国映像資料院は、韓国古典映画を保全するために、2004年から古典映画コレクション・DVD化事業を行っているが、古典映画の特性上、著作権者やその連絡先の把握が難しいという限界があった。2010年にDVD製作を準備中であった映画「黒い髪（1964年、イ・マンヒ監督）」も著作権者が見つからずDVD製作が難航していたが、韓国映像資料院は、法定許諾制度を利用してDVDを製作することができた。本映画「黒い髪」は、釜山国際映画祭の回顧展にて上映するために、既に2005年と2009年に法定許諾を受けたことがある映画であった。法定許諾制度により利用承認されたことのある著作物に関しては立証手続を省略できるようにしているため、3度目の利用は容易であったと言われる。法定許諾制度を活用して、著作権者が見つからず利用できなかったかもしれない映画が3度も世の中に公開されることになったといえる。

(5) 識者等の評価

法定許諾に関する著作権法上の規定（第50条）は2008年以来に改正されていないが、施行令と施行規則は2度にわたって改正されている。特に「相当な努力」に関しての改正によって、権利者不明の著作物の利用を容易にする努力をしていると評価できる。2012年の

⁵²³ イ・チュ・前掲注 516・113 頁。

⁵²⁴ イ・ヨンロク「法定許諾を通じて生まれ変わった『タチマワ Lee』」著作権文化 170号（2008年）14-15 頁。法定許諾業務を主管している著作権委員会は、「法定許諾が活発になると、文化遺産が死蔵されず、国民に広く普及される。著作物に対する著作権者の自発的な利用許諾に対する補完的な手段としての法定許諾制度の趣旨を積極的に広報し、その利用を活性化し、著作権侵害から自由に利用環境を助成していく計画である」としている。

⁵²⁵ キム・グンテ「法定許諾を通じて3回蘇った映画『黒い髪』」韓国著作権委員会報道資料（2010.3.15.）。

施行令改正で、相当な努力の基準（施行令第18条）を細分化し、相当な努力の基準の明確にした。また、施行規則の改正により、公告すべき内容等も明確にした。

このように近時の改正によって、「相当な努力」の要件を明確にし、利用の活性化を図っているものの、現行法上の手続が更に改善されるべきであるという意見も見受けられる。現行の法定許諾手続は権利者を探すための「相当な努力」の要件として、信託管理団体又は代理仲介業者に照会するか新聞・インターネットホームページに公告するようにしている。しかし、権利者を探すためのこのような伝統的な方式は、時間や費用の側面で必ずしも最善とはいえず、その結果を完全に信頼できるともいえない。近時のEU孤児著作物指針案やドイツの法改正の準備過程で議論されたように、著作権者を探すための相当な努力の具体的な基準や水準は、技術の発展を考慮したものにならなければならない。例えば、集中管理団体又は関連公共機関のデータベースに照会するだけで、相当な努力の要件は原則的に満たされたと見られることもできるというのである。

韓国においても、各著作権信託管理団体で著作物及び著作権情報に関するデータベースを構築して、韓国著作権委員会では、著作物及び著作権情報に関する総合的なデータベースを構築している。今のところもっとも信頼性が高いといえる韓国著作権委員会の著作物及び著作権情報データベース（著作権探しサイト⁵²⁶）で権利者を検索することで、「相当な努力」の要件を満たすようにすることも、今後考えられるだろう。

現在、権利者不明著作物の利用許諾制度の利用件数はそれほど多くない状況である。しかし、利用申請が容易になると、利用件数は更に増えると期待され、その意味でも「相当な努力」の認定基準に関しては今後も引き続き議論されるべきであると思われる。

3. 立法及び近時の動向

(1) 立法動向

文化産業の奨励等を主要政策のひとつとしていた政府の姿勢もあって、インターネット上の著作権侵害の取締り、デジタル著作物流通の活性化のための様々な試みがされている。それに関連してデジタル著作権取引所も数年前から推進されている。

権利者不明著作物の利用に関しても法改正がされていて、2012年4月に改正された著作権法施行令では、権利者不明著作物の利用活性化のため、前述の権利者不明の著作物等の法定許諾の手続の簡素化（第18条第2項新設）のほか、以下の改正が行われた。

①著作権委託管理業者の著作物等の権利情報等の報告義務の新設（第52条第3項新設）

権利者不明の著作物等の権利者探し事業を効果的に遂行するために、著作権委託管理業者が信託管理・代理・仲介する著作物等の権利情報等を毎月文化体育観光部長官に報告する。

著作権法施行令（大統領令第23721号）

第52条（報告）

- ① 法第108条第1項により著作権信託管理業者は文化体育観光部令に定めるところにより、毎年前年度の事業実績及び当該年度の事業計画を報告しなければならない。
- ② 著作権代理仲介業者は、文化体育観光部令に定めるところにより、毎年前年度事業実績を報告しなければならない。
- ③ 法第108条第1項により、著作権委託管理業者は、次の各号の事項を毎月末日を基準に作成して、翌月10日までに文化体育観光部長官に報告しなければならない。ただし、報告事項が前月と同じである場合には、その事項に限定して報告しなくてもいい。
 1. 第50条各号による管理著作物の登録
 2. 信託管理するか代理又は仲介する著作物等の権利情報
 3. 著作権委託管理業者の連絡先に関する情報

著作権法施行規則（文化体育観光部令第134号）

第20条（報告）

- ①・②（略）
- ③ 著作権委託管理業者は、令第52条第3項各号の事項を、権利者探し情報システムを通じて文化体育観光部長官に報告することができる。

②権利者不明の著作物等の権利者探し事業等の委託（第68条第1項第3号から第5号まで新設）

権利者不明の著作物等の権利者探し事業等の業務を効率的に遂行するために、事業及びシステムの構築・運営、権利者不明の著作物等の権利者探しの努力の履行、著作権委託管理業者の報告事項の受付及び処理業務を韓国著作権委員会に委託する。

著作権法施行令（大統領令第23721号、2012.4.12改正、2012.10.13施行）

第68条（業務の委託）

- ① 文化体育観光部長官は法第130条により次の各号の業務を委員会に委託する。

⁵²⁶ 韓国著作権委員会著作権探しサイト<<http://www.findcopyright.or.kr/main/main.do>>。

1. 法第 50 条から第 52 条までの規定により著作物利用の承認及び補償金の基準の決定
 2. 法第 55 条による著作権の登録（法第 90 条及び第 98 条で準用する場合を含み、第 2 項により登録受付に関する業務は除外する）
 3. 法第 134 条により健全な著作物利用環境助成事業のうち第 73 条第 1 項第 6 号による著作物等の権利者探し事業及び同条第 2 項による権利者探し情報システムの構築運営
 4. 第 18 条第 2 項各号による著作物の著作財産権者やその居所を探すための努力に履行
 5. 第 52 条第 3 項による著作権委託管理業者の報告事項の受付及び処理
- ② 文化体育観光部長官は法第 130 条により、法第 55 条による著作権の登録申請の受付業務（法第 90 条及び第 98 条で準用する場合を含む）を委員会と文化体育観光部長官が指定して告示する著作権信託管理業者に委託する。
- ③ 文化体育観光部長官は法第 130 条により、法第 135 条第 1 項による著作財産権者等の権利の寄贈を受けることに関する業務を同条第 2 項により指定された団体に委託する。

③ 権利者不明の著作物等の権利者探し事業等の推進及び情報システムの構築・運営（第 73 条第 1 項第 6 号、同第 2 項新設）

著作権法施行令（大統領令第 23721 号）

第 73 条（著作物の公正な利用のための事業）

- ① 法第 134 条第 1 項で「著作物の公正な利用を図るために必要な事業」とは、次の各号の事業をいう。
1. 保護期間が終わった著作物等に対する情報提供等のために必要な事業
 2. 公共機関著作物の共同活用体系の構築事業
 3. 標準契約書開発等、利用許諾制度改善のための事業
 4. 著作物の公正利用基準策定のための指針及び勧奨事業
 5. 著作物等に対する利用許諾表示制度の活性化事業
 6. 権利者が不明な著作物等の利用活性化のための著作物等の権利者探し事業
 7. その他文化体育観光部長官が著作物の公正な利用のために必要であると認定する事業
- ② 文化体育観光部長官は第 1 項第 6 号による事業を効率的に遂行するために、権利者が不明な著作物等の権利者探し情報システムを構築・運営できる。

(2) その他近時の動向～米韓 FTA 等権利強化の動きとの関係

韓国においては、FTA の合意事項の反映のためだけでなく、デジタル環境に対応するための更なる法改正も行われている。前述したように、2012 年 10 月 13 日には、権利者不明の著作物等

の法定許諾手続を簡素化内容の著作権法施行令（大統領令第 23721 号、2012.4.12 一部改正）が施行され、権利者不明著作物の利用が更に活性化されると期待されている。

また、①デジタル教科書の伝送許容（案第 25 条第 1 項）、②授業目的の免責対象規定の整備（案第 25 条第 2 項）、③公演権制限規定の整備（案第 29 条）、④信託範囲選択制の導入（案第 106 条の 2、第 142 条）、⑤職権調停制度の導入（案第 114 条の 2、第 117 条）を内容とする著作権法一部改正案（文化体育観光部公告第 2012-151 号、2012 年 6 月 25 日立法予告）及び著作権産業の透明性と競争力を高めるために、著作権信託管理業者の役員資格の要件を強化する内容の著作権法一部改正案（文化体育観光部公告第 2012-173 号、2012 年 7 月 10 日立法予告）⁵²⁷が立法予告⁵²⁸されている。

4. 日本法への示唆

権利者不明著作物問題を解決するためには、著作権者の確認・発見を容易にすること、著作権者の確認・発見が不可能な場合には一定の要件のもとで利用許諾を得られる仕組みを用意しなければならない。そのような側面では、韓国においては文化体育観光部及び韓国著作権委員会の主導で、著作権登録及び著作権者探しデータベースの整備がなされていて、著作権者の確認・発見を容易にするための体系を整えている。我が国においては、そのようなデータベースの整備は政府の主導によって行われておらず、韓国政府の取組は大いに参考になるものと思われる。

また、第 50 条を中心とする権利者不明著作物の利用許諾制度の整備により、著作権者の確認・発見が不可能な場合には一定の要件のもとで利用許諾を得られる仕組みも整えている。特に近時の「著作権者を探すための相当な努力」要件に関する改正は、本制度の利用を更に活性化すると期待されており、我が国の裁定制度の在り方を検討する上でも参考になるとと思われる。

著作物の利用を活性化するための権利者不明著作物の法定許諾制度は、デジタル著作権取引所⁵²⁸との関係も考慮されるべきである。現在韓国のデジタル著作権取引所で取引できる著作物は、「公表された著作物で、著作権信託団体により管理されている著作物」に限定される。そのため、著作権者が不明であるとか、著作権者が誰であるか知ることができたととしてもその所在を把握できず利用許諾を得られない権利者不明著作物は、デジタル著作権取引所においても取引できないという限界がある。

⁵²⁷ 「立法予告」とは、国民の義務又は日常生活の密接に関連する法令を制定・改正・廃止する際に、立法案の趣旨及び主要内容をあらかじめ公告し、立法案の問題点を検討し、国民の意見を反映することで国民の立法への参加機会を拡大するための制度で、行政手続法第 42 条を根拠としている。立法予告をしたからといって、一定期間が過ぎれば自動的に法令が成立するわけではなく、国会において法案が通過し、政府が公布しなければならない。立法予告されている法律の最新情報は韓国法制処ウェブサイト⁵²⁸で確認できる（韓国語）<<http://www.moleg.go.kr/lawinfo/lawNotice>>。

⁵²⁸ 韓国著作権委員会デジタル著作権取引所ウェブサイト<<http://www.kdce.or.kr/>>。

しかし、デジタル著作権取引所において権利者不明著作物の取引ができるような仕組みが整備されると、著作物の流通がより活発になり、更なる創作活動の奨励にもなると思われる。権利者不明著作物の利用に関して適切な補償金を著作権者に支給するという条件のもとで、デジタル著作権取引所を介して権利者不明著作物を利用できるようにすることも今後の課題として検討されることが予想され、我が国において権利者不明著作物の取扱いを検討する際の参考になるものと考えられる。

Ⅱ. 権利者不明著作物の利用後に活用可能な制度（侵害訴訟における救済等）

韓国には、権利者不明著作物の利用の問題を直接的に解決するため、事後的に侵害訴訟において権利者の損害賠償や差止め等の救済を制限するといった制度は特に存在しない。ただし、利用者が権利者不明著作物の利用許諾制度の存在を知らずに、若しくは許諾は不要と判断し、許諾なく権利者不明著作物を利用した場合に、利用様態によっては、2011年12月2日の著作権法改正で新設された著作物の公正利用規定（第35条の3）により、著作権侵害を免れることができる可能性がある。