

## 孤児著作物の権利処理に関する著作権法上の諸問題

### — 所在不明実演家の権利処理を中心とした基礎的考察 —

鈴木 雄一<sup>†</sup> 玉井 克哉<sup>††</sup>

デジタル化とネットワーク化の恩恵を市民が均しく享受できる社会を実現するためには、著作権法上の権利を円滑に処理することが欠かせない。特にいわゆる孤児著作物については、権利処理を複雑化させ膨大な取引費用を発生させる可能性があるため、著作物の二次利用についても電子図書館構想の実現についても、大きな障害となる可能性がある。

本稿は、歌手、俳優など実演家の権利に焦点を当てつつ、それによって生じる法的課題に対処するため米国や欧州で進んでいる動きを紹介し、基本的な国際的枠組みについて検討し、わが国の取り組みと比較するとともに、さらに、近い将来に向けての政策提言を行うものである。

## Dealing with Orphan Works – A Comparative Legal Study Focusing on the Right Holders of the Neighboring Rights

Yuichi Suzuki<sup>†</sup> and Katsuya Tamai<sup>††</sup>

As smooth digital rights management is a key to realize the New Digital Age where everybody can enjoy works created by other people together with the new information technology, legal matters in the copyright law are emphasized in many developed countries such as Japan, U.S. and European Union. Especially so called orphan works would make obstacles in the way of creating secondary works and accumulating legacy of human beings in digital libraries.

This article provides a comparative legal study of the solution models developed in Japan, the U.S. and the European Union in light of the international framework, focusing on the neighboring rights of the singers, actors and other artists. It also provides a policy proposal which should be taken into account by the Japanese Legislature in the near future.

## 1. はじめに

デジタル化とネットワーク化が進むにつれて、既存の著作物を電子化してオンラインでアクセスしたり、過去の放送番組をインターネットで二次利用したりするといった、著作物の新たな利用形態が普及しつつある。人類の知的遺産を集積した大規模な電子図書館も構想されている。そうした新たな著作物利用を促進するには、著作物に関わる権利者の許諾を円滑に獲得する仕組みが、不可欠である。

そのために現在喫緊の課題とされているのが、権利者の所在が不明な著作物、即ち孤児著作物 (Orphan Works) の権利処理をめぐる問題である。著作権や著作隣接権等の権利者の所在が不明なままでは必要な許諾を得ることができず、適法な利用が不可能となるためである。わが国は2009年に著作権法を改正したが、アメリカ合衆国や欧州連合でさまざまな試みがなされており、制度間競争の様相を呈しつつある。

本稿では、孤児著作物に関する比較法的な検討を行い、今後のわが国の採るべき方向について、提言を行う。またその際、しばしば権利者が多数に上り、所在不明という事態が生じやすい隣接権、とりわけ実演家の権利を念頭に、議論を進める。

## 2. 孤児著作物とは何か

### 2.1 定義

「孤児著作物」とは、著作物であって、権利者が誰であるかの身元(identity)が判明しないか、あるいは権利者が分明であってもその所在(location)が不明であるために、その利用を望む者が許諾を得るのに困難を来すものをいう<sup>1</sup>。2011年5月24日付けの欧州連合指令案(後述)2条は、入念な調査(diligent search)が行われたにもかかわらず当該権利者の身元が判明しない場合、または判明してはいるがその所在が不明である場合」を孤児著作物と呼ぶと定義している<sup>2</sup>。その場合、狭義には、著作物の権利について権利者が不明なもののみを指すが、広義には、著作隣接権など著作権法上の権利について権利者が不明なものを含む<sup>3</sup>。本稿ではこの広義により、かつ主として実演家などの隣接権を念頭に、議論を進めることとする。

### 2.2 孤児著作物問題が生ずる法的な要因

孤児著作物が発生する法的な要因としては、まず、ベルヌ条約が要求する無法式主

<sup>†</sup> 防衛大学校 National Defense Academy of Japan

<sup>††</sup> 東京大学 The University of Tokyo

<sup>1</sup> United States copyright Office, *Report on Orphan Works*, 2006, p.15 及び *Gowers Review of Intellectual Property*, 2006, P.69.

<sup>2</sup> European Commission, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain permitted uses of orphan works*, COM (2011)289final, Art.2 1. (p.10).

<sup>3</sup> 著作権法上の保護を受けない作品についても実演家の権利は発生するので、両者の対象は必ずしも一致しない。しかし問題自体は共通であるから、ここではその差異には立ち入らないこととする。

義を挙げることができる。即ち、同条約は、著作者が権利を享有し行使することについて「いかなる方式の履行をも要しない」と規定している（ベルヌ条約第5条（2））。つまり、特許権や商標権などとは異なり、登録などの手続きを一切必要とすることなく、著作物完成の時点で、著作者の下に自動的に権利が発生する。日々刻々と行われる知的活動の成果物について、次々と権利が発生しているわけである。

次に、著作権法上の権利の保護期間が極めて長いことがある。ベルヌ条約の定める最低限は著作者の死後50年であり、わが国はそれに沿うが（著作権法50条）、欧州諸国や米国では、死後70年という長期間にわたる。著作隣接権もそれに準じており、実演家の権利については、実演が行われた時から50年となっている（著作権法101条2項1号）。これよりさらに長い期間を定めるよう、国際条約で枠組みを設けようとする動きもある。

さらに、有体物と違って一物一権主義が成り立っていないことも問題である。一つの著作物がいくつかの著作物の複合体であることは珍しくない。映像作品については、著作者として関わる者だけでも、原作者、脚本家、撮影者、主題歌の作曲家・作詞家、題字の書家、挿画の画家等々がありえ、さらに俳優、歌手、演奏家などの実演家が隣接権の主体として加わる。権利者が極めて多いことが、著作物の特徴である。

### 2.3 孤児著作物問題の重要性

保護期間内に権利者が同定できなくなったり、その所在が不明となるケースはもともと多かったが、著作物自体の社会的寿命が短い場合には、弊害は大きくなかった。問題が意識されるようになったのは、まず、映像作品などについて二次利用の機会が増え、すべての権利者から積極的な許諾を得るのが難しくなったためである。たとえば、映画やテレビ番組をDVD化する場合、あるいはオンライン配信する場合、当初の撮影時には利用についての許諾を得ておらず、二次利用に際して許諾を得ようとしても、取引費用が膨大となるため、事実上利用が不可能となることがある。さらに、最近では、電子図書館構想のように、国民的、あるいは人類的な知的遺産を集積する試みに際して、大きな問題となっている。電子図書館などのコンテンツをネット上で利用するのに法律上要求される権利者の許諾は、予め得られていないことが多い。

この問題は、権利者が自ら積極的に許諾を与えなければ適法に利用ができないという「オプト・イン」方式を著作権法制が採っている限り、不可避的に生ずる。別の言い方をすれば、権利者が消極的な不同意を表明しなければ利用してよいという「オプト・アウト」方式をいかにして実現するかが、この問題を解決する鍵となる4。

4 この「オプト・アウト」方式を「ネガティブ・コンセント方式」と名付けて問題を指摘し、基本的な解決策を提示したのが、玉井克哉・鈴木雄一「デジタル・コンテンツ資産の活用を促進するための法政策」日本知財学会第二回年次学術研究発表会講演要旨集（2004）350～353頁である。以下に述べる通り、その後の国際的な趨勢は、そこでの見通しが正しかったことを示している。

## 3. 強制許諾と国際条約

### 3.1 強制許諾制度

権利者の積極的な同意が得られない場合、まず考えられるのが、①政府機関が、②個々のケースごとに、③権利者に代わって許諾を与える制度である。一般に、強制許諾（compulsory license）と呼ばれる。わが国では、文化庁長官が「裁定」によって権利者の同意に代えることができるとされている（著作権法67条、103条）。孤児著作物についても、まずこれによることが考えられる。しかし、知的財産権に関して強制許諾を安易に与えることは、権利を実質的に空洞化させるおそれがある。国際条約の締結に際しては強制許諾の制度化が焦点になることが多く、注意が必要である。

### 3.2 著作隣接権に関する条約

#### 3.2.1 ローマ条約（実演家、レコード製作者及び放送機関の保護に関する国際条約）

強制許諾制度に関する一般的な国際条約上の枠組は、著作権と著作隣接権とで異なっている。即ち、ベルヌ条約においては、著作物の複製を一定の条件のもとに認めることが加盟国に委ねられている（同条約9条2。「スリー・ステップ・テスト」と呼ばれる）のに対し、実演家の権利に関する強制許諾制度については、ローマ条約15条2が、「実演家の承諾を必要とする行為」（同条約7条1）に関して強制許諾制度を設けることに厳格な制限を課している。わけても重要なのは、当初実演家が承諾した目的とは異なる目的のために複製するのを、禁じていることである（同7条1(c)(ii)5）。

したがって、たとえば、過去にレコード製作のため録音した歌手の音声について、レコードを複製するために強制許諾制度を用いることは差し支えないが、過去の放送番組をインターネット配信するために強制許諾制度を用いることはできず、放送事業者などは、出演した実演家から現実に許諾を得る必要がある。放送番組の「固定」に際して実演家が許諾を与えたのは放送目的での固定であり、インターネット配信というのは、それとは異なる目的だからである。

所在不明の実演家について一般的に用いる強制許諾制度を設けることは、それ自

5 ローマ条約7条1が定める実演家の保護は、以下の通りである。翻訳は、著作権情報センターのホームページ上の著作権関係法令データベースによる（[http://www.cric.or.jp/db/zjr\\_index.htm](http://www.cric.or.jp/db/zjr_index.htm)）。

- (a) 実演家の承諾を得ないでその実演を放送し又は公衆に伝達すること（放送又は公衆への伝達に利用される実演が、それ自体既に放送されたものである場合及び固定物から行われるものである場合を除く。）。
- (b) 実演家の承諾を得ないでその固定されていない実演を固定すること。
- (c) 次に掲げる場合に、実演家の承諾を得ないでその実演の固定物を複製すること。
  - (i) 最初の固定自体が実演家の承諾を得ないで行われたとき。
  - (ii) 実演家が承諾した目的と異なる目的のために複製が行われるとき。
  - (iii) 最初の固定が第十五条の規定に基づいて行われた場合において、同条に掲げる目的と異なる目的のために複製が行われるとき。

体、同条約に反する可能性が高い<sup>6</sup>。

### 3.2.2 WPPT（実演及びレコードに関する世界知的著作権条約）

1996年に作成され2002年に発効したWPPTは、ローマ条約よりさらに手厚く実演家の権利を保護している。即ち、その第7条は、実演家の複製権について、「実演家は、レコードに固定されたその実演について、直接又は間接に複製すること（その方法及び形式のいかなを問わない。）を許諾する排他的権利を享有する」と規定し、ローマ条約のような制限規定がない。したがって、日本を含む同条約加盟国については、ローマ条約の定める条件と関わりなく、強制実施制度を設けること自体が、同条約に反する蓋然性がある。

筆者らは、ローマ条約とWPPTを管理する国際機関である世界知的著作権機関（WIPO）において、2007年1月と2008年7月の二回にわたり、担当者との意見交換する機会があった<sup>7</sup>。その際、わが著作権法67条に定める文化庁長官による裁定制度（強制許諾）の対象を実演家に拡大し、所在不明等の理由で許諾が得られない場合に過去の放送番組を二次利用するのを許容する立法については、ローマ条約とWPPTに加盟しているわが国がそのようなことをすれば、条約違反になるであろうとの見解を得た。

### 3.3 TRIPS 協定

知的財産権に関する最重要の一般的な国際条約は、TRIPS（Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights）協定である。これは世界貿易機関設立条約（Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization）の一部である（同条約Annex 1C）。同協定は著作権の保護には積極的であり、ベルヌ条約をほぼそのまま取り込んでいるが（9条1）、実演家の保護には積極的ではなく、「レコードへの実演の固定」に関し、無許諾の「固定されていない実演の固定及び固定物の複製」を防止する権能を定めるに過ぎない（同協定14条1）。しかも、ローマ条約の定める条件を満たす限り、それに制限を課すことも許される（同条6）。即ち、TRIPS協定により保護される実演家はレコードに自らの実演を固定した実演家のみであり、かつローマ条約同様の条件の下で強制実施制度を設けることができる<sup>8</sup>。

この点は、条約違反に対する制裁措置に関して大きな意義を持つ。即ち、TRIPS協定に対する違反に対しては、世界貿易機関設立条約の定める紛争解決手続（Dispute Settlement Understanding; Annex 2）に従って紛争解決が行われ、制裁措置が発動されることがある。TRIPS協定がごく限られた範囲でのみ実演家の権利を保障しているという事は、WPPTの違反に対してはまったく、ローマ条約の違反に対しては例外的に

<sup>6</sup> 条約の体裁上、強制許諾が認められるのは、実演の放送・再放送（同条約7条2）、レコードの放送（同12条）、放送の公衆への伝達（同13条(d)）が規定する範囲に限定される。

<sup>7</sup> インタビューの相手方は、著作権部門ディレクターJorgen Savy Blomqvist氏である。

<sup>8</sup> 同協定がこのようなあり方となった背景については、玉井克哉「知的財産に関する新たな国際的枠組の発足—TRIPS協定（WTO協定付属書1C）について」ジュリスト1071号44-52頁、46-47頁（1995年）参照。

しか、WTO協定の定める制裁が行われないことを意味している。

### 3.4 国際条約に配慮した立法例—英国の場合

こうした国際条約のあり方に慎重に配慮した立法例が、英国著作権法である。同国著作権法には所在不明実演家の権利処理に関する規定があり、以下のように定める<sup>9</sup>。

（ある種の場合に実演家のために同意を与える審判所の権限）

第190条

- (1) 著作権審判所は、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、複製権について資格を有する者の身元又は所在を合理的な調査により確認することができない場合には、同意を与えることができる。
- (2) 審判所が与える同意は、次の規定の目的上、複製権について資格を有する者の同意としての効力を有し、また、審判所の命令に明示されるいずれの条件にも従うことを条件として、与えることができる。
  - (a) 実演家の権利に関するこの部の規定
  - (b) 第198条第3項(a)号（刑事上の責任—資格ある実演に関する十分な同意）の規定
- (3) 審判所は、第150条（一般的手続規則）に基づいて定められる規則が要求することができる通知又は審判所がいずれかの特定の場合に指示することができる通知の送達又は公表の後を除き、第1項(a)号に基づく同意を与えない。
- (4) 削除
- (5) いずれの場合にも、審判所は、次の要因を考慮する。
  - (a) 原録音・録画物が実演家の同意を得て作成され、かつ、以後の録音・録画物を作成することを提案する者がそれを適法に所有し、又は管理しているかどうか。
  - (b) 以後の録音・録画物の作成が、原録音・録画物がそれに基づいて作成された協定の両当事者の義務と一致しており、又はその他原録音・録画物が作成された目的と一致しているかどうか。
- (6) この条に基づく同意を与える場合には、審判所は、申請者と複製権について資格を有する者との間に合意がないときは、与えられる同意を考慮してその者に対して行われる支払いについて適当と認める命令を定める。

英国は、WPPTには未加盟であるが、ローマ条約に加盟している。したがって強制許諾制度を一律に禁止したWPPTの適用は受けないが、上記の条項がローマ条約15条2に抵触するか否かが問題となる。上記条項には、著作権審判所が所在不明実演家に代わって同意を与える、という強制許諾制度が規定されているからである。

この点について、筆者らは、2007年に英国特許庁（当時、著作権法も所管しており、現在は知的財産権庁と改称されている）の担当者に聞き取り調査を実施し、その結果を既に公表している。それは、「ローマ条約第7条が実演家に与えている権利は、同第

<sup>9</sup> 翻訳は、大山幸房訳『外国著作権法令集（34）—英国編—』社団法人著作権情報センター（2004）による。

10 条がレコード製作者与えているような無制限のものではなく、限られた権利である。すなわち、第7条第1項は、実演家の複製権を制限しており、最初の固定が実演家の承諾のもとに行われた場合や、実演家が承諾した目的と同じ目的のために複製が行われる場合は、保護の対象とはならない。また、著作権審判所は、英国著作権法第190条(5)に規定されている要因を考慮しなければならない。したがって、第190条は、ローマ条約と矛盾しない<sup>10</sup>というものである。

これによれば、英国の裁定制度は、ローマ条約7条1に抵触しないように配慮された、極めて限定的な範囲内での強制許諾制度である。即ち、実演家の承諾のもとに行われた固定について、当該実演家が承諾した目的と同じ目的のために行われる複製についてのみ、著作権審判所が同意を与えるという制度である。

その反面、このように国際条約に配慮しているため、固定物の二次利用（例えば映像作品のインターネット配信）のための同意を得るために広くこの制度を用いることはできない。実際にも、1988年の英国著作権法全面改正時に上記の190条が設けられて以来、それに基づいて英国の著作権審判所（Copyright Tribunal）が与えた同意は、2011年9月末までに2件に過ぎない。しかもその両方がオリジナル録音の複製に対する同意であって<sup>11</sup>、当初実演家が承諾した目的と同一の目的での複製に関わる許諾であり、ローマ条約に定める制限に抵触しないものである。

## 4. わが国の対応—強制許諾の拡大

### 4.1 政府における検討の背景

孤児著作物の権利処理に関するわが国での問題意識は、かねて非常に低調であった。しかし、今世紀に入って行われた問題提起と政策提言<sup>12</sup>を契機に問題についての認識が深まり、2007年1月には、知的財産戦略本部が「世界最先端のコンテンツ大国の実現を目指して」と題する報告書を公表し、その中で、「コンテンツ大国」を実現する具体策として「権利者不明の場合におけるコンテンツの流通」という項目が設けられ、「我が国が蓄積してきた豊かなコンテンツを有効に活用するため、諸外国の動向も踏まえ、利用者が相当の努力を払っても権利者と連絡がとれない場合（権利者不明の場合）について、利用の円滑化を進める新たな方策について検討する」<sup>13</sup>との提言がな

10 鈴木雄一・玉井克哉「所在不明実演家の権利処理に関する研究」日本知財学会第五回年次学術研究発表会講演要旨集（2007）102頁。

11 Copyright Tribunal, In the matter of an application to the Copyright Tribunal under Section 190(1)(a) of the Copyright, Designs and Patents Act 1988, January 1999 (CT 63/98) 及び Copyright Tribunal, In the matter of an application pursuant to Section 190(1)(a) of the Copyright, Designs and Patents Act 1988, March 1992(CT 10/91). なお、著作権審判所が与えた同意については、著作権審判所のホームページ上に公表されている (<http://www.ipo.gov.uk/ctribunal/ctribunal-decisionorder.htm>).

12 玉井克哉・鈴木雄一「前掲論文」350～353頁。

13 知的財産戦略本部『世界最先端のコンテンツ大国の実現を目指して』（2007）10-11頁。

された。

政府が同年6月に閣議決定した「経済財政改革の基本方針2007」（いわゆる骨太方針2007）においても、社会システムの改革と技術革新を一体的に推進するための成長可能性拡大戦略が打ち出されており、その具体的手段のひとつとして、世界最先端のデジタルコンテンツ流通促進法制の整備が挙げられており、「デジタル化、ネットワーク化の特質に応じて、著作権等の保護や利用の在り方に関する新たな法制度や契約ルールを検討を進め、世界最先端のデジタルコンテンツ流通促進の法制度等を2年以内に整備する」<sup>14</sup>と記された。

この方針に沿うかたちで、文化審議会著作権分科会において孤児著作物の利用の円滑化が検討されることとなった。

### 4.2 文化審議会での検討

かねてわが著作権法には、著作権者の所在が不明な場合など、相当な努力を払っても著作権者と連絡がとれないとき、文化庁長官の裁定により、「通常の使用料の額に相当するものとして文化庁長官が定める額の補償金」を供託して著作物を利用できるとする制度が設けられてきた（67条）。しかし、この裁定制度の対象は著作権のみであり、後述する平成21(2009)年改正までは、著作隣接権をその対象にしていなかった。そのため、強制許諾制度を拡大して所在不明実演家の権利処理を行うには、新たな立法が必要だとされた。

しかしながら、前記のような国際条約の枠組が、問題となった。即ち、実演家の権利をも対象に含めた裁定制度の創設については、「骨太方針2007」以前においても、文化審議会著作権分科会の「契約・流通小委員会」及び「法制問題小委員会」で検討され、2006年1月に発表された文化審議会著作権分科会報告書において、「裁定制度を、実演の利用について創設することは、国際条約との関係で整理すべき問題点が多いと考えられ、慎重に検討する必要があると考えられる」<sup>15</sup>との結論が出されていた。

2007年以降、この問題は「過去の著作物等の保護と利用に関する小委員会」において引き続き検討が行われ、その結果は、2009年1月に公表された文化審議会著作権分科会報告書の中にまとめられている。

同報告書では著作権法67条の裁定制度にふれられており、「著作隣接権については、そもそもこの裁定制度の対象となっておらず、権利者不明の場合に法的リスクなく実演等を利用するための方途が用意されていない状況にある」<sup>16</sup>としたうえで、実演家の権利を含む裁定制度の創設可能性について、「著作隣接権の場合について国際約束との関係が明確でないことや、使用料相当額の補償金の事前供託等に関してより柔軟な

14 『経済財政改革の基本方針2007～「美しい国」へのシナリオ～』（2007）11頁。

15 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）169頁。

16 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』（2009）187頁。

制度運用が可能な制度を目指すべきとの指摘があったことを踏まえ、次のような新たな制度について検討が行われた」として、以下のような代替案が示された<sup>17</sup>。

- ① 権利者の捜索について相当の努力を払っても、権利者と連絡することができない場合には、一定の機関に申告した上で著作物等の利用ができることとし、権利者が判明した場合には、通常の使用料に相当する補償金を支払わなければならないこととする（事前支払は不要とする案）。
- ② 権利者の捜索について相当の努力を払っても、権利者と連絡することができない場合には、第三者機関に使用料相当額を支払ったときは、事後の権利追求に関して免責される一定の効果を与える（行政機関でなく民間の調整を中心とする案）。

これらの代替案が示されているということは、国際条約との関係で問題があるため、強制許諾制度を拡大するという対応策には、審議会として慎重だったということである。事実、上記二案のほかに、「実演家等保護条約などの解釈次第によっては、著作隣接権の裁定制度を設けることによって対応するという選択肢も考えるべきとの指摘もあった」ことが附記されているが、このような扱いは、「著作隣接権の裁定制度を設けることによって対応する」ことにコンセンサスが得られなかったことを示している。

#### 4.3 平成 21 年改正

ところが、第 171 回国会に提出された政府提出法案においては、所在不明実演家の権利処理については、従前の裁定制度を拡大する条項が一転して盛り込まれるに至った。即ち、平成 21(2009)年 6 月 12 日に成立した「著作権法の一部を改正する法律」は、「著作隣接権の制限」の一環として、著作権法 67 条に規定されている従来の裁定制度の対象を実演家の権利（著作隣接権）にまで拡大したのである（同法 103 条）。著作権法は専門性の高い領域である上、関係者の利害関係に密接に関連することから、改正案の作成は審議会の答申に基づいて行われるのが通例であり、このような扱いは極めて異例である。しかも、その間の経緯については、まったく説明が行われていない。

このような法改正の法的な問題としては、ローマ条約や WPPT に違反する可能性を指摘することができる。英国はローマ条約に加盟しているが、WPPT には加盟しておらず、ローマ条約の制限を遵守しさえすれば、実演家の権利について強制許諾制度を設けることが可能である。そして、同国の法制度は、「実演家が承諾した目的と異なる目的」で強制許諾を与えることをせず、条約違反の可能性を慎重に回避しているのである。ところが、わが国は、強制許諾制度を設けることを一律に禁止していると思われる WPPT に加盟している上に、ローマ条約に設けられた制限を遵守する制度的な担保を抜きに、上記のような法改正を行ってしまったのである。これは、国際的な約束

<sup>17</sup> 同上 188 頁。後出の付記も同所。

を注意深く守るという点で、大きな禍根を残したものだといえる。

もちろん、前述の通り、WPPT は TRIPS 協定の一部となっておらず、WTO 協定に基づく紛争解決手続や制裁措置の対象となる可能性はない。またローマ条約による制限の遵守についても、その種の可能性は大きくない。その種の条約については、加盟国こそが有権解釈の主体であり、多少無理であっても独自の解釈を行うことが許されるとの立場も、成り立つかもしれない。しかし、TRIPS 協定がベルヌ条約の厳格な遵守を加盟国に要求しているように、今後先進諸外国と締結すべき FTA/ EPA（自由貿易協定・経済連携協定）においては、それらの条約についても、厳格な遵守を要求される可能性がある。別の言い方をすれば、平成 21 年改正の立場は、そうした面でわが国の採りうる立場に制約を課し、今後の外交交渉に無用の枠を嵌めるものである。場合によっては、そこから一步後退する必要性が生ずる可能性があるといえよう。

さらに、政策的な観点からも、同改正には問題がある。強制許諾制度の拡大をわが国が国内法で定めるということは、それがローマ条約や WPPT の違反とならないという解釈を、公式に示しているということでもある。ということは、他の諸外国、たとえば中国が同種の法制度を設けたとしても、条約違反を理由にそれを批判する余地が、限りなく少なくなることを意味する。そうした政策的見地からも平成 21 年改正には大きな問題があり、別の解決策を採る必要性が失われていないと考えられる。

## 5. 強制許諾制度以外の解決策

### 5.1 権利失効法理

米国の著作権法において、孤児著作物の利用を一般的に可能にする規定は、存在しない<sup>18</sup>。しかし、権利者が 3 年間権利を行使しなかった場合、著作権法上の請求権を行使できなくなるという規定がある（17U.S.C. § 507(b)）。この規定の基礎となったのは、権利行使について怠りがあったときに権利行使そのものを禁止する、「権利失効 (laches)」というエクィティ上の法理である<sup>19</sup>。これは、(1) 権利者が侵害の事実を知り又は知りうべきであるのに、(2) 訴え提起などの権利行使を遅滞し、(3) その結果として利用者に損失を生じるべき時は、権利行使そのものができなくなる、というものである<sup>20</sup>。著作権法の 3 年という定型的な期間制限とは別にエクィティ上の法理も生きており、事情によっては、それより短い期間で権利失効とされることがある。

このような法理が形成された背景には、米国の裁判所が繰り返し説示してきた、著

<sup>18</sup> 近年の合衆国議会で繰り返し提案されているが、成立していない。これについては、菱沼剛「孤児著作物問題を巡る議論について—認識された論点、提案された解決策および残された問題点」知的財産法政策学研究 Vol.15 (2007) 319 頁以下を参照されたい。

<sup>19</sup> これについては、玉井克哉「アメリカ著作権法における権利失効原則—コンテンツ流通を支える法制度の観点から」InfoCom REVIEW 第 37 号 (2005) 69 頁以下参照。

<sup>20</sup> 玉井克哉・鈴木雄一「前掲論文」352 頁。

著作権制度に対する思想が存在する。米国最高裁判所は、著作権制度の最も重要な目的が「创作者の労苦に報いること」ではなく、「一般公衆を豊かにするため創造的な作品へのアクセスを保障」することであり<sup>21</sup>、「著作権をめぐる権利関係に予測可能性と安定性を与える」ことこそ、現行著作権法の重要な立法目的である<sup>22</sup>としている。こうした思想は控訴裁判所でも一貫しており、「適切に機能する著作権市場」や「権原関係の安定性(stability of title)」の重要性が繰り返し説かれている<sup>23</sup>。

このような米国著作権法における権利失効法理、そしてその背景にある基本思想は、わが国でも参考とされるべきであろう。即ち、孤児著作物について、権利者が容易に権利を行使できたのに行使せず、後日権利行使をすることで多大の損害を与えるのは、権利濫用(民法1条)だとするのである。もっとも、エクイティ上の法理が常にそうであるように、権利失効法理も種々の状況に照らして柔軟に適用されるべきものであるから、極端な事例を「救う」補充的な役割は期待できても、安定的なビジネスを形成する基盤としての主役に立てることは、無理がある。別の解決策が必要である。

## 5.2 クラス・アクション制度の利用—Google方式

さまざまな意味でリスクを取るのに長けたGoogle社は、同社の推進する Google Book Search プロジェクトをめぐる、クラス・アクション(集合代表訴訟)制度を用いて、孤児著作物問題についての抜本的な解決を試みた。それは、裁判によって立法を実質的に代替するという、法技術的な意味で極めて斬新な構想である。同プロジェクトは会員に周知だと思われるが、法的に重要な事実関係は、以下の通りである<sup>24</sup>。

2004年、Google社は、複数の図書館との間で、その所蔵する書籍その他の印刷物をデジタル方式で複製することに合意し、その後約1200万冊に及ぶ書籍をスキャンした。同社は、スキャンした複製物を提携先の図書館に提供しただけでなく、データベースを作成し、またオンラインで検索できるようテキスト・データも作成した。同社のユーザは、「デジタル図書館」を検索し、ヒットした文献の一部(「スニペット(snippets)と呼ばれる」)を閲覧することができる。複製対象の多くは著作物であり、孤児著作物も多数含まれていたが、Google社は、複製にあたって権利者の許諾を得ていなかった。これに対し、2005年、著作者や出版社が、同社を相手取って訴えを提起した<sup>25</sup>。

このケースの第1の特徴は、訴えがクラス・アクションであって、全米作家連盟その他の原告が、Google社の行為により著作権を侵害されたすべての被害者を「代表」していたことである。クラス・アクションとは、アメリカ法で独特の発達を遂げた集

団訴訟形態であり、同一の不法行為によって被害を受けた者など、利害関係を共通にする社会集団(「クラス」)を一定の者が代表して訴えを提起し、その判決の効果が「クラス」を構成する全員に対して有利にも不利にも及ぶ、というものである<sup>26</sup>。日本の民事訴訟制度においては、訴えの効果を受ける者は自らが原告となるか、あるいは原告となる者を選定して(民事訴訟法30条)、積極的に訴訟に関与する必要があるが、アメリカ合衆国法のクラス・アクションにおいては、クラス代表者が名乗り出るだけで、クラス構成員は、たとえ訴訟が提起されたことを知らなくても、また訴訟の結果が自らに有利でも不利でも、判決の効力を受けることになる<sup>27</sup>。このような訴訟形態は、欠陥車問題や公害問題などでしばしば用いられ、アメリカ合衆国における、実効的な権利保護制度の典型とされてきた<sup>28</sup>。しかし、知的財産法の分野においてこれが用いられたことはなく、アメリカ作家連盟の訴訟は、その点に新味があった。

第2の特徴は、和解による訴訟終結が図られたことである。2006年秋には原告とGoogleの間の和解交渉が始まり、2008年10月には当初和解案が提示された。これに対する数百の異議申立てを受けて、2009年11月、本文のみで166頁に及ぶ、長文の修正和解案が提示された。それによると、Google社は過去の複製行為だけでなく将来の行為についても包括的な許諾を与えられ、総収入の63%を権利者に支払うことと引換えに、(1)引き続き書籍等をデジタル化し、(2)データベースを事業化し、(3)個別の書籍へのオンライン上のアクセスを事業化し、(4)そこに広告を提示するほか、(5)その他の利用をすることができる、とされていた。また、権利者登録と対価支払の実務は、Googleが3.45億ドルを拠出して設けるBook Rights Registry が当たる、とされていた。

クラス・アクションに基づくこの和解が成立すれば、潜在的な当事者すべてが拘束される。対象はあらゆる著作物であるから、孤児著作物もまた、すべてそこに含まれる<sup>29</sup>。その対象から除外されるには、自ら手を挙げて「オプト・アウト」するほかない。権利者が自ら手を挙げるという「オプト・イン」原則は、立法によることなく、その点でまったく修正される。わずか一回の訴訟で和解することで、孤児著作物であ

26 Federal Rules of Civil Procedure, R 23

27 クラス・アクションについては、浅香吉幹『アメリカ民事手続法』(2000)37-45頁参照。

28 新堂幸司「クラス・アクション・アレルギーの予防のために」同『民事訴訟法学の基礎』(1998、初出1975)185-207頁、田中英夫＝竹内昭夫『法の実現における私人の役割』(1987)85-88頁参照。

29 日本人が日本国内で日本語で書いた著作物も合衆国著作権で保護され、したがって和解が成立すれば権利処理の対象となりうる。ベルヌ条約は、すべての加盟国で同時に著作権が発生すると定めており、アメリカ合衆国内で問題となるのは、専らアメリカ合衆国著作権だからである。したがって、日本人による日本語の著作であっても、合衆国著作権について和解による権利処理がなされてしまえば、Google Books その他のサービスを通じた利用を阻止する術は、ないことになる。当初和解案は権利処理の対象に何らの制限も設けず、アメリカ合衆国がベルヌ条約に加盟した1989年以降のすべての著作物を対象としていたため、その点で激しく批判された。修正和解案は、外国人の著作物について、①合衆国で登録された著作物、②英国、カナダ、オーストラリアで出版された著作物のみを対象としたが、それでもなお、ドイツ政府やフランス政府を含む激しい反対に遭遇した。See, Authors Guild v. Google, 770 F. Supp. 2d at 684-85.

21 Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340, 349 (1991); Fogerty v. Fantasy, Inc., 510 U.S. 517, 527(1994).

22 Community for Creative Non-Violence v. Reid, 490 U.S. 730, 749-50 (1989).

23 E.g., Merchant v. Levy, 92 F.3d 51, 56-57 (2d Cir. 1996); Zuill v. Shanahan, 80 F.3d 1366, 1370 (9th Cir. 1996).

24 以下は、基本的に Authors Guild v. Google Inc., 770 F. Supp. 2d 666, 670-71 (S.D.N.Y. 2011)の整理による。

25 Google社が抗弁として主張したのは、フェア・ユースに当たる、ということである。その議論には極めて大きな疑問があるが、その是非はここで論じない。

れ何であれ、権利処理の取引費用を問題とするまでもなく、いわば根こそぎにすべてを呑み込んでしまうという、まさしく抜本的な問題解決が図られたわけである。

これに対しては、いくつかの問題点が指摘された。まず、過去の行為だけでなく将来にわたる行為まで免責対象とするのは、訴訟の場を借りて将来のビジネス展開の可能性を保障させるものではないか、というものがある。法技術的には、それはクラス・アクションの対象を超えるのではないか、ということである。そして、その際に中心的な論点の一つとなったのが、「孤児著作物について誰が、いかなる期間、そしていかなる条件の下で権利の擁護者となるべきかは、議会が〔立法によって〕決すべきもので、自己利益を追求する私的当事者間の合意によって決すべきではない」ということであった<sup>30</sup>。裁判によって立法を代替するという斬新な手法が、まさにその故に問題とされたわけである。

さらに大きな問題は、競争法（独禁法）上の問題である。和解案が成立すると、Googleのみが著作物を無許諾で複製できることとなり、競争において圧倒的に有利な地位を築くことになる、ということであった。同業他社、たとえばAmazon社による類似の事業は、著作者の許諾を一件一件取りつつ進められているが、孤児著作物を取り込むことができない。ところが和解が成立すれば、Googleは孤児著作物を含めた完璧に近いデータベースを保有することになり、一挙に圧倒的な立場を確立することになる。他人の財産権に敬意を払った事業者が大打撃を蒙り、それを徹底的に無視した事業者がまさにその故に独占的地位を築くというのは、不公正である。既に2009年7月、当初和解案の独禁法上の問題について調査を開始した旨、合衆国政府（司法省）が裁判所に通告していた<sup>31</sup>。修正和解案に対しても合衆国政府は懸念を表明していただけでなく、Amazon社やMicrosoft社などの同業他社はもとより、「デジタル時代における情報流通の自由」を促進する非営利団体からも異議が申立てられた<sup>32</sup>。

クラス・アクションという訴訟形式は多数の潜在的当事者を意に反して拘束することがありうるので、当事者間で恣意的に和解を成立させることはできず、和解案が「公正、合理的かつ適切」であるかどうか、裁判所による審査がなされる<sup>33</sup>。その判断結果が注目されていたところ、2011年4月25日、裁判所は、上記のような理由を指摘し、修正和解案が要件を満たさないとして却下した。とりわけ注目されるのは、却下決定の結論部分で、種々の問題に照らすと「オプト・アウト」方式を維持することは許されないとし、「オプト・イン」方式に転換した新たな和解案を提示するよう、当事

30 Authors Guild v. Google, 770 F. Supp. 2d at 676-77. さらにこれに関連して、著作権法を制定して著作者に著作権を与え、自発的同意なくそれを剥奪することを禁じた議会の立法権を損なうものではないか、との論点があった。Id. at 680-81.

31 Authors Guild v. Google, Inc., 2009-1 Trade Cas. (CCH) P76,666, (S.D.N.Y. July 2, 2009).

32 Authors Guild v. Google, 770 F. Supp. 2d at 682-83 with fn.20.

33 Federal Rules of Civil Procedure, R 23 (e) (2).

者に迫っていることである<sup>34</sup>。それは、孤児著作物に関する権利処理を断念させることを意味する。立法を潜脱し、裁判を通じて孤児著作物の権利処理を一挙に実現しようとしたGoogleの壮大な試みは、現時点において、挫折したといえることができる。

### 5.3 事務管理 (negotiorum gestio) 法理

#### 5.3.1 オプト・アウトと事務管理

アングロ・サクソン法系とは異なり、欧州大陸法系諸国には、ローマ法に由来する事務管理法理というものがある。わが民法もそれに属し、①委任契約や請負契約などに基づく義務や権限がない者が、②本人の利益に適合するよう、またその推定的意思に合致するよう、③他人の「事務」を管理する、即ちその利益を確保することができ（697条）、④本人が現れたときは事務処理状況を報告し、本人のために受け取った金銭は本人に引き渡す義務があるが（701条による645条、646条の準用）、⑤有益な費用の支出については償還を請求できる（702条1項）、というものである<sup>35</sup>。突然雨が降り出したときに隣家の洗濯物をしまうとか、川で溺れている人を助けるというのが、教科書的な例である。所在不明権利者をこの「本人」と見れば、①適当な者が、②自己の著作物や実演を経済的に利用するという推定的意思に従い、③事務管理者として著作権法上の報酬請求権を代行して（差止請求権の行使は本人の利益に反するので行わない）、④本人のために金銭を受領し保管しておくことができる。権利者はいつでも明示的な意思を示して管理を終了させる（オプト・アウト）ことができるだけでなく、その推定的意思に反する事務管理を行うことも許されない（たとえば、かつて風俗作品に出演した女優に代わって実演の利用を許諾することはできない）反面、公権力行使の主体でなくとも行いうるといった点で、強制許諾とは異なる。わが国でも、2008年から2011年にかけて、CPRA（芸団協・実演家著作隣接権センター）が、所在不明実演家に代わって3年間利用料を預かるという、過渡的措置を行った例がある<sup>36</sup>。

#### 5.3.2 拡大集中許諾システム

事務管理は一般法理であるため射程が広く、民法には管理者について何らの定めもない。しかし、場合によっては膨大な金銭の受領が絡むことを考慮すれば、上記のCPRAのような、権利者の利益や推定的意思をよく理解した、社会的に相当な団体が管理者となるのが適切であることは、明らかである。実際、デンマークやスウェーデンなどの諸国において、権利者団体が自ら名乗り出た権利者の権利を集中管理するだけでなく、自ら名乗り出ることのない所在不明権利者の権利をも管理するシステムが

34 Authors Guild v. Google, 770 F. Supp. 2d at 686.

35 事務管理一般については、参照、谷口=甲斐編『新版注釈民法（18）債権（9）』（1991）105頁以下〔高木多喜男執筆〕。

36 その経緯については、一山直子「映像コンテンツの二次利用促進のための契約ルールの形成について」コピライト2008年9月、17-19頁。

発達している37。権利者の委託（オプト・イン）を受けた集中管理を拡大し、権利者が委託していないものについても、その意思に反しない限り（オプト・アウトしない限り）許諾する対象として管理するものであるから、これを拡大集中許諾(extended collective licensing)と呼ぶ。実演家と同じ立場にある団体が本人に代わって事務を管理し、本人の推定的意思に沿った管理を行うのであるから、ローマ条約や WPPT に違反することにもならない、とされる。上記の CPRA の例もその一つであるが、民法の一般法理に頼るのではなく、特別法によって正面から位置づけ、恒久化することが、一つの適切な解決策だと考えられる。

### 5.3.3 公的機関による事務管理

欧州委員会は、2011年5月、「一定の許諾を受けた孤児著作物の利用に関する指令案」38を公表した（以下単に「指令案」と呼ぶ）。その主要な対象は著作権であるが、個々の権利ではなく、孤児著作物をそれとして対象とする権利処理の方式を示しているところから、本報告の観点からも極めて重要である。

指令案は、「欧州連合域内における自由な知識とイノベーションの移動」を目的としたもので、2010年に策定された「欧州2020戦略」に沿ったものとされる(pre.(2))。その直接の目的は、域内諸機関を糾合して欧州電子図書館(European Digital Libraries)を構成する上での、障害を取り除くことにある(pre.(1))。そのため、域内各国の図書館、教育機関、博物館、公文書館、フィルムライブラリー及び公共放送局が、孤児著作物を利用する主体として位置づけられる(Art.1, 1.)。それら諸機関は、入念な調査(diligent search, Art. 3)を行っても権利者が同定できず、あるいは所在が知れない著作物を孤児著作物と認定し(Art. 2)、自らの公共的任務のため利用することができる(Art. 6)。

しかしそれだけでなく、指令案は、孤児著作物の商業的利用にも途を開いている。即ち、加盟国は、それら諸機関に、自らの公共的使命を超えた利用を許容し、収入源とすることができる(Art. 7; pre.(18))。別の言い方をすれば、映像作品の利用を試みる者がフィルムライブラリーに孤児著作物認定を申請し、その許諾の下で二次利用をするといった形態を、加盟国の裁量で設けることができるのである。その基本は、やはり事務管理である。権利者はいつでも自ら名乗り出て孤児著作物状態(orphan work status)を終了させることができ(Art. 5)、それまでの間になされた利用について、対価(remuneration)を要求することができる(Art. 7 1.(4))。これはまさに、所在不明の権利者がなすべき許諾という事務を、公的機関に管理させる仕組みだといえよう。

指令案には、この主要内容のほかに、汲むべき点が3つある。第1に、孤児著作物の認定を第一出版国または第一放送国で行えば足りるとし(Art. 3 3.)、かつ「入念な調査」の記録を補完する義務を諸機関に課して(Art.3 4., Art.7 1.(2); pre.(15))、調査費用の

削減を図っていることである。第2に、商業的利用に関する権利者からの対価請求を一定期間（最短で5年でよいとされる）に限り、ビジネス上のリスクを一定限度で遮断する配慮を見せていることである(Art. 7 1. (5))。これは、前述の権利失効法理と同様の観点に立つものといえよう。さらに第3に、指令案は、拡大集中許諾システムによる権利処理の損なうものではなく、むしろそれと相互に補完関係に立つものだとされていることである(pre.(20))。拡大集中許諾システムは国単位のものであるため、それによる処理は国境を超えることができないという限界がある。指令案の設ける仕組みは、公的機関を関与させることによってその限界を克服する意味がある39。

国境を超えたコンテンツの利用がますます盛んになっていくデジタル時代において、民間レベルでの拡大集中許諾システムによって権利者に近い立場での許諾を確保し、公的な認証によって国境を超えた課題に対処する欧州連合の方式は、一つの巧みな組み合わせだといえることができる。今後のわが国にも、大いに参考になるといえよう。

## 6. 結び

2004年、筆者らは、「権利者不明著作物問題」が今後のコンテンツ流通にとって極めて大きな問題であることを指摘し、「ネガティブ・コンセント方式」を実現することによって解決すべきことを提言した40。幸い、これらは「孤児著作物問題」と「オプト・アウト方式」として、一般の理解を得られることになった。またそこでは、①公的機関、たとえば国会図書館による権利処理と、②私的団体、たとえば日本音楽著作権協会(JASRAC)やCPRAなどによる権利処理がともに必要である旨を説いたが、まさに今日、類似の構想が欧州において実現しつつある。

「コンテンツ大国」を掛け声に終わらせないため、わが国が一日も早く適切な立法的対応を図るよう望みたい。

37 筆者らによる WIPO 著作権担当官 Blomqvist 氏との意見交換（前出註7参照）による。

38 European Commission, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain permitted uses of orphan works*, COM(2011)289final. 以下に示す Art.は条文、pre.は前文(preamble)である。

39 *Id.*, Explanatory Memorandum, p.3.

40 玉井克哉・鈴木雄一「前掲論文」350～353頁。