

〈第 385 回〉研究例会報告

日時：2023 年 5 月 9 日（火）19：00～21：00

会場：オンライン（Zoom）

テーマ：アウトオブコマースの著作権法制とデジタル貸出理論 Controlled Digital Lending

発表者：鈴木康平氏（元筑波大学大学院生）

参加者：27 名

0. はじめに

0.1 20 世紀のブラックホール問題

図書館員により呼称されている著作権法上の問題として、デューク大学の James Boyle 教授が 2009 年にフィナンシャル・タイムズで発表した、世界の図書館には、未だに著作権によって保護され、商業的に入手できず、また、それらの多くは権利者も分からない『孤児著作物』である書籍であふれていること、「著作権はその機能を使い尽くされたにもかかわらず、著作物は文化的なブラックホールに閉じ込められたままであることが問題視されているという、20 世紀のブラックホール問題がある。

ヨーロッパでも、20 世紀のブラックホール問題があることは明確と主張している。

0.2 ユネスコ公共図書館宣言

ユネスコ公共図書館宣言も、文化的表現や文化遺産の保存と有効なアクセス、芸術の鑑賞、科学的知識や研究、イノベーションへのオープンアクセスを、伝統的なメディアだけでなく、デジタル化された資料やオープン・デジタルの資料も含めて促進することなどを重視しており、資料のデジタル化は避けられない流れであると言える。

1. アウト・オブ・コマースの著作権法制

1.1 アウト・オブ・コマース/アウト・オブ・コマース著作物とは

EU 法に基づくと、通常の商業流通経路を通じては利用することが困難な場合、その著作物は「アウト・オブ・コマース」であるとみなされる。アウト・オブ・コマースである著作物は「アウト・オブ・コマース著作物」と呼ばれる（「著作物」を省略して「アウト・オブ・コマース」と呼ばれることもある）。日本法の「絶版等資料」がアウト・オブ・コマース著作物に相当する。米国法にも、アウト・オブ・コマース著作物を利用可能にする規定があり、公正/相当な価格で入手できない場合か、通常の商業的利用の対象でない場合に、図書館等が著作物を利用できる。

1.2 NDL による所蔵資料のデジタル化とそれに関する法的な動き

平成 21 年改正（日本の著作権法の改正を意味する。以下同じ）によって、国立国会図書

館(NDL)による所蔵資料のデジタル化が認められた。デジタル化することができるのは、滅失・損傷・汚損を避けるために、原本に代えてデジタル版を公衆の利用に供する場合に限られた。また、デジタル化できるのは「必要と認められる限度」であり、所蔵する原本の部数以上のデジタル化はできないと解釈されており、公衆送信権は権利制限の対象となっていないため、NDL外への送信は不可だった。

平成24年改正により、絶版等資料(入手困難資料)の図書館等への自動公衆送信を認められた。「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」を「絶版等資料」と呼称する。送信主体はNDLに限定されたが、網羅的な日本の資料の収集、平成21年改正によるデジタル化が進行した。31条1項3号とほぼ共通の要件(「公表された著作物」の要件がない)で、資料を送信された図書館では、利用者の求めに応じ、調査研究目的で、資料の一部を複製して提供することができることとなった。

平成26年度検討の結果、大学図書館・公共図書館等が保有する絶版等資料について、①デジタル化とNDLへの提供、②NDLからの送信が可能であることを明確化された。条文上認められているのは複製のみだが、NDLへのメール提供も可能と評価された一方、NDLが有するサーバに直接蓄積することが可能かは検討の必要があるとされている。

平成30年改正で外国の図書館等が送信先に追加された。

令和3年改正が必要とされた理由として、従来から、図書館関係の権利制限規定について、デジタル化・ネットワーク化への対応が不十分との指摘があったこと、COVID-19に伴う図書館の休館等により、インターネットを通じた図書館資料へのアクセスのニーズが顕在化したことが挙げられる。改正の主な方向性として、以下が挙げられる。

- ・ 権利者の利益を不当に害しないことが前提
- ・ NDLが入手困難資料のデータを利用者にインターネットを通じて直接送信することを可能にする
- ・ 補償金制度は導入しない
- ・ 具体的な運用の在り方は、関係者間での議論が行われるべき

令和3年改正の結果、NDLは、絶版等資料をデジタル化し、氏名や連絡先等を登録した利用者に対して、インターネットを介して「特定絶版等資料」(絶版等資料のうち、3か月以内に出版する計画等がないもの)を送信可能となった。

送信主体は、従来通り、NDLに限定され、NDLはダウンロードを防止・抑止する措置を講じる必要がある。利用者(+送信先の図書館)は、特定絶版等資料を「利用者が自ら利用するために必要と認められる限度」で複製等が可能であり、必要な範囲であれば、調査研究以外(娯楽や業務課程での利用等)の目的での複製や、著作物の全部の複製、複数部数の複製も認められると解釈されている。具体的な運用は関係者の協議で決定されることとなった。

関係者協議会の合意内容によると、送信対象は図書、雑誌、博士論文とされ、漫画、商業出版社に係る雑誌(関係者と合意が得られたものを除く)、出版されている博士論文については、取扱いを留保された。一般的に図書館等において購入が困難である資料であることが

条件となり、著作者から送信停止の要請があった場合は送信対象外となる。データの送信形態はストリーミング方式となり、プリントアウトは複製防止・抑止のための措置を実装の上、2023年1月から開始された。提供方法は登録利用者に提供となり、ID・パスワード等の認証情報を発行し、利用規約に同意が必要である。海外在住者への提供は引き続き検討となり、NDLは個人を特定しない形で利用状況を公表することとなった。

絶版等資料の解釈として、31条1項3号（日本の著作権法の条文の番号。以下同じ）では「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」という記述があり、31条1項柱書によると、図書館資料とは、「図書館等の図書、記録その他の資料」であり、書籍や雑誌だけでなく、視聴覚資料等も含む広い概念である。一般に入手することが困難とは市場で購入できないもの、すなわち、以下を指す。

- ・ 絶版で電子出版等もされていないもの、大学紀要や郷土資料等のごく小部数のもの等
- ・ 経済的・時間的な理由により入手困難なものは含まれない
- ・ 中古市場の流通状況は考慮しない（学説には異論もあり）
- ・ 絶版等資料であるかは、図書館資料単位ではなく、著作物単位で判断

1.3 EUにおけるアウト・オブ・コマース

2011年、アウト・オブ・コマース著作物のデジタル化と利用可能化の主な原則に関する覚書が締結された。欧州の図書館・出版社・著者・集中管理団体の合計10団体による合意であり、文化機関によるアウト・オブ・コマースの書籍・雑誌のデジタル化とアクセスに関する契約の原則や留意事項を記載している。「著作物は、図書館や公衆の間（古書店を通じて入手する場合を含む）でその著作物の物理的な複製物が存在するか否かにかかわらず、すべての版およびマニフェストが通常の商業流通経路で商業的に入手できないとき、アウト・オブ・コマースであるとされる」とされ、著作権を尊重しつつ、アウト・オブ・コマースの特殊性に適合した解決策を提供するためには、柔軟性に欠ける可能性がある法令よりも、関係者間での合意が望ましいとの考えから、立法措置は取られなかった。

2019年に成立した、EU域内の著作権制度の統一を図るものとして、デジタル単一市場著作権指令（DSM指令）がある。DSM指令8条は、文化遺産機関によるアウト・オブ・コマースの利用に係る規定である。文化遺産機関とは、公衆がアクセスできる図書館、博物館、アーカイブ、映画またはオーディオ遺産を寄託される機関（指令2条3号）である。アウト・オブ・コマースの利用促進のために、①分野を十分に代表する集中管理団体が存在する場合にはライセンス規定、②そのような集中管理団体が存在しない場合には権利制限規定、を設ける義務を加盟国に課した。

DSM指令8条はアウト・オブ・コマースに係る規定である。ここには、「通常の商業流通経路を通じて公衆に利用可能ではないと善意で推定される場合に、当該著作物または他の保護対象物は、商業的に入手できない〔アウト・オブ・コマース〕とみなされる」とある。

「通常の商業流通経路」には、中古市場での入手可能性や、ライセンスにより提供され得る

という理論的な可能性、他言語バージョンなどの翻案物の利用可能性は含まれない。また、DSM 著作権指令 8 条の対象には、これまで商業的に入手できなかった著作物（ネバー・イン・コマース著作物）も含まれる。

1.4 米国著作権法におけるアウト・オブ・コマース

米著 108 条(e)項には以下の規定がある。

- ・ 以下を満たすことで図書館等がアウト・オブ・コマースを複製・提供できる
- ①複製物が利用者の所有物となり、かつ、私的研究、学問又は調査を目的とする利用であること、②著作権局長が規則により定める要件に従った明瞭な著作権注意書を掲示・表示すること。
- ・ 108 条(e)項の権利制限は、図書館等が相当な調査に基づき、著作物のコピー等が公正な価格で入手できないと判断したときに適用される。

米著 108 条(h)項(いわゆる「最終 20 年条項」)には以下の規定がある。

- ・ アウト・オブ・コマース著作物の保護期間の最後の 20 年間、図書館等によるオンライン公開等を認める。
- ・ 対象となる著作物が、①通常の商業的利用の対象でなく(新品の入手可能性)、②相当な価格で入手できない場合(中古の入手可能性)に適用される。

以下、最終 20 年条項(108 条(h)項)の分析について、先行研究を手がかりとしてまとめる。1923～1941 年に米国で出版された著作物 300 作品(無作為抽出)について、Amazon と ISBNDB.com を用いて、新品・中古品の販売状況を調査した。結果、108 条(h)項の対象となる著作物は以下の通りであった。

- ・ 中古市場も考慮する場合(対象：新品も中古品も入手できない)：8 作品
- ・ 中古市場は考慮しない場合(対象：新品が入手できない)：64 作品
- ・ 64 作品の Amazon での流通状況は、36 作品は 10 部以下(うち 29 作品は 5 部以下)、20 作品は 30 部以下、1 作品が 48 部、1 作品のみ 50 部以上(81 部)流通
- ・ 新品と中古品が混在する(108 条(h)項の対象外) 104 作品の中古品の部数は、9 作品が 5 部以下、38 作品が 10～30 部、51 作品が 30～401 部(うち 20 作品が 100 部以上)

以上の調査結果から、「盛況で入手容易な中古市場」は、新品が販売されている作品にこそ存在し、108 条(h)項で中古市場は考慮すべきでないという結論が導かれる。

次に、フェア・ユースの概要を説明する。これは米著 107 条に定められる権利制限規定であり、以下の 4 要素を総合考慮して、公正な利用と判断された場合には、著作権が制限される。

- ① 使用の目的および性質
- ② 著作権のある著作物の性質
- ③ 使用された部分の量および実質性
- ④ 潜在的市場または価値に対する使用の影響

近年は、著作物の利用が変容的利用であるかが重視されており、変容的利用である場合には、フェア・ユースの成立に肯定的に働く傾向にある（新しい表現、意味付け、メッセージで原創作物を改変し、新たな目的または異なる性質の新規物が付け加えられていれば、変容的利用と判断される）。

Lemley 教授(スタンフォード大学)は、アウト・オブ・コマース著作物の利用は、次の理由からフェア・ユースであると主張している。著作権法の目的は、新たな著作物の創作だけでなく、著作物へのパブリックアクセスを実現することにもある。著作権者が著作物をアウト・オブ・コマースにした場合、アクセスを拒否する正当な理由がない限り、フェア・ユースによりアクセスが許される必要がある。著作物の販売やライセンスをする努力を放棄する(アウト・オブ・コマースとする)ことによって、著作権者は市場への影響に対する主張を放棄したと理解すべきである。著作物が一度公開され、著作権者が利益を得る権利を放棄したならば、その著作物を利用可能にし続けることに公共の利益がある。

なお、HathiTrust が提供するプリント・ディスアビリティ向けサービスには、フェア・ユースが認められている。HathiTrust によるサービスは変容的利用ではないが、立法過程で議会は視覚障害者の利便性を図る複製をフェア・ユースの例として挙げており、正当な目的といえる。プリント・ディスアビリティにサービスを提供するには、テキストデータや画像データを使って全文を提供する必要があるが、障害者がアクセス可能な市場は非常に小さく、かつ、米国では、視覚障害者向けの書籍は著作権使用料を差し控える出版業界の慣習があることから、市場への影響は小さいと考えられる。

2. デジタル貸出理論 Controlled Digital Lending

Controlled Digital Lending (CDL) とは、図書館が持つ蔵書をデジタル化し、デジタル化された資料を「印刷物と同じように貸し出す」ことを可能にすることを目指す考え方である。
・CDL の重要な原則は次の通りである。

①「所有と貸出」の比率を維持する

- ・図書館が1部の資料を所有する場合、利用できるのは1人の利用者のみ
- ・CDL で貸出中は、物理的な書籍は閲覧・貸出できないように措置する

②違法な複製や配布を防ぐための適切な技術的保護手段を講じる

COVID-19 の感染拡大をきっかけに CDL への注目が高まった。HathiTrust による「緊急一時アクセスサービス」が注目を集め、Internet Archive による「国家緊急事態図書館」(NEL) と関連する訴訟が起きた。

CDL の実践例等として、上記の HathiTrust 「緊急一時アクセスサービス」(その図書館が物理的に所有する書籍の冊数に限定して、HathiTrust が有するデジタルコピーをブラウザ上で1時間閲覧可能としたが、ダウンロードは不可) 以外に、米国の大学での CDL 実施があり、図書館関係の団体等から CDL を支持する表明等があった。

2018 年に CDL 白書が出され、CDL の定義と、以下の6つの要件が示された。

- ① オリジナルの著作物が合法的に取得されていることを保証する
- ② 所有しており、ライセンスされていない著作物にのみ CDL を適用する
- ③ どのような時点においても、流通されるいかなるフォーマットの複製物の合計数は、図書館が合法的に所有する物理的な資料の部数に制限する（「所有と貸出」の比率を維持する）
- ④ 物理的な複製物が貸し出される場合と同様に、各デジタルコピーも一度に一人の利用者にのみ貸し出す
- ⑤ 貸出期間を物理的な貸出と類似した期間に限定する
- ⑥ デジタル著作権管理技術（DRM）を用いて、大規模な複製や再配布を防止する

CDL 白書におけるフェア・ユースの分析として4つの要素が指摘されている。

第1要素は「使用の目的および性質」が肯定的であることである。CDL の2つの特徴がフェア・ユースの成立を肯定する要因となる。CDL の目的はファースト・セール・ドクトリンの法目的と一致することと、研究及び学習を果たすための非商業的かつ一時的な利用であることである。

第2要素は「著作物の性質」が中立か、著作物によっては肯定的であることである。

第3要素は「使用された部分の量および実質性」が中立か、著作物によっては肯定的であることである。

第4要素は「市場への影響」が肯定的であることである。著作物の使用により直接的に発生する市場への影響だけでなく、潜在的なライセンス市場への影響も考慮されるが、CDL の6要件により、市場への影響は物理的な図書館の場合とほぼ同じになる。CDL の恩恵を受ける著作物の大部分を占める20世紀の書籍の市場には、市場の失敗が生じており、そもそも損害を受ける市場が存在しない。

CDL に対する反対意見も存在する。以下の考え方（問題点の指摘）である。ファースト・セール・ドクトリンはデジタル領域には適用されないため、それをベースとしたフェア・ユースの分析全体は容易に崩れる。図書館敷地内でのデジタルコピーなどは長年の民主的プロセスによる妥協を通じて立法されてきたが、CDL の支持者は法改正をしようとしていない。CDL は、著作権法に反映されている作者と利用者の激しい戦いによるバランスを放棄するものである。物理的コピーはデジタルコピーとは明らかに異なり、市場も異なっている。CDL によりデジタルコピーのライセンスが代替される結果、作者の権利を奪い、著作物の市場価値を下げる。公共の利益を支持するものは合法であるという考えは、市場の損害を軽視するものであり、著作権法が公共の利益を促進する方法を誤解している、といった指摘である。

NEL 事件 S. D. N. Y. 判決について、以下、見てみる。これは Internet Archive (IA) による「国家緊急事態図書館」(NEL) とデジタル貸出サービスにフェア・ユースが適用されないと判断された事件である。IA は、何百万冊もの書籍をスキャンし、そのデジタルコピーを公開している。著作権で保護されている書籍は、CDL に基づいて提供していると説明していた。COVID-19 の流行により全国の図書館が閉鎖されたことを受け、2020年3月、1つのデジタルコピーを一度に1万人まで利用可能にした NEL を開始した。米国の大手出版社4社が

IA のサービスは著作権侵害であるとして提訴し、これを受け、IA は NEL を 2020 年 6 月 16 日に終了したが、CDL に基づくサービスは継続した。この事件の判決はフェア・ユースを認めない判断であった。概要は以下の通りである。

- ・ IA による著作物の利用は「変容的利用」ではない
- ・ IA は出版社への対価を支払わずに著作物を利用したウェブサイトにより会員を集めて寄付を募っていること、IA と連携する Better World Books (BWB) で購入するボタンがウェブページに表示され、購入毎に BWB は IA に支払いをしていることから、IA は著作物から利益を得る立場にあり、非営利の利用とはいえない
- ・ 「所有と貸出」の比率を IA は守っていない
- ・ IA は出版社が図書館向けライセンスを提供している書籍も利用しており、出版社の市場と競合し、出版社の利益を奪っている
- ・ フェア・ユースの第 1~4 要素すべてが出版社に有利であり、IA によるデジタル貸出にフェア・ユースは成立しない
- ・ デジタル貸出にフェア・ユースが認められないことにもまして、NEL での利用にはフェア・ユースは成立しない

この判決に対する発表者の私見を含む分析は以下の通りである。IA のサービスは、CDL 白書が示す 6 つの要件を満たしていないことから、フェア・ユースが認められなかったのは妥当である。しかし、本判決は、CDL 白書の主張が認められないと示したわけではなく、あくまで、IA のサービスに対する判断であり、CDL 白書の主張を検討したわけではない。IA は上訴する方針を示しており、CDL 白書が示す要件をすべて満たした場合のフェア・ユース該当性について示唆を得られる判決がなされることを期待している。

(文責：今野 創祐 東京学芸大学)

主な参考文献：

- ・ CDL Implementers, ‘CDLI Survey’ <https://sites.google.com/view/cdl-implementers/cdli-survey>
- ・ David R. Hansen and Kyle K. Courtney, ‘A White Paper on Controlled Digital Lending of Library Books’ [2018] LAWARXIV 1 <https://controledigitalending.org/whitepaper>
- ・ Devlin Hartline, ‘Controlled Digital Lending Thwarts Democratic Process and Rights of Authors’ (IPWatchdog, 30 August 2021)
- ・ Elizabeth Townsend Gard, ‘Creating a Last Twenty (L20) Collection: Implementing Section 108(h) in Libraries, Archives and Museums’ [2017] SSRN <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3049158>
- ・ Europeana, ‘The 20th Century Black Hole: How does this show up on Europeana?’ (Europeana Pro, 29 Sep 2015)

- ・ IFLA and UNESCO, ‘IFLA-UNESCO Public Library Manifesto 2022’ (18 July 2022)
- ・ James Boyle, ‘A copyright black hole swallows our culture’ (Financial Times, 6 Sep 2009).
- ・ Mark A. Lemley, ‘Disappearing Content’ (2021) 101 B.U. L. Rev. 1255. ・ Members of the Section 108 Study Group, ‘The Section 108 Study Group Report’ (Mar 2008)
- ・ Michelle M. Wu, ‘Building a Collaborative Digital Collection: A Necessary Evolution in Libraries’ (2011) 103 Law Libr. J. 527
- ・ Michelle M. Wu, ‘Piece by Piece Review of Digitize-and-Lend Projects Through the Lens of Copyright and Fair Use’ [2017] Georgetown Law Faculty Publications and Other Works 1
- ・ Michelle M. Wu, ‘Revisiting Controlled Digital Lending Post-ReDigi’ (2019) 24(5) Georgetown Law Faculty Publications and Other Works 1 ・ Paul Keller, ‘Explainer: What will the new EU copyright rules change for Europe’s Cultural Heritage Institutions’ (Europeana Pro, 9 Jun 2019, updated 20 Nov 2019)
- ・ Wendy J. Gordon, ‘Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors’ (1982) 82 Colum. L. Rev. 1600.
- ・ Wendy J. Gordon, ‘Excuse and Justification in the Law of Fair Use: Commodification and Market Perspectives’ in Niva Elkin-Koren and Neil Weinstock Netanel (eds), The Commodification of Information (Kluwer Law International 2002).
- ・ 文化審議会著作権分科会法制度小委員会「第 22 期文化審議会著作権分科会法制度小委員会 報告書」(2023 年 1 月)
 - ・ 井奈波朋子訳「外国著作権法令集(58)－EU 指令編－：デジタル単一市場指令」著作権情報センター (2021 年)
 - ・ 山本隆司訳「外国著作権法令集(60)－アメリカ編－」著作権情報センター (2022 年) 47

本報告の基となった発表者による論文等：

- ・ 鈴木康平「アウト・オブ・コマース著作物の制度と理論：図書館資料のデジタル化とオンラインアクセス」 博士学位論文 (筑波大学) (2023 年) ※公開猶予中
- ・ 鈴木康平「Controlled Digital Lending のフェア・ユース該当性と日本法への示唆」情報ネットワーク・ローレビュー 20 巻 1 頁以下 (2021 年)
https://www.jstage.jst.go.jp/article/inlaw/20/0/20_200001/_article/-char/ja/
- ・ 鈴木康平「入手困難資料へのアクセスの容易化に係る令和 3 年改正著作権法の検討」図書館情報メディア研究 20 巻 1 号 1 頁以下 (2022 年)

<https://www.slis.tsukuba.ac.jp/grad/research/kiyou-top/kiyou/>

・ 鈴木康平「アウト・オブ・コマーンス著作物概念の考察」図書館情報メディア研究 20 巻 2 号 1 頁以下 (2023 年) ※つくばリポジトリで近日公開予定

※近日中に以下のテーマの拙稿を Jxiv に登録申請予定 (雑誌等への掲載をご検討いただける方がいらっしゃいましたらご連絡いただけますと幸いです)

- ・ 「インターネットアーカイブによるデジタル貸出のフェア・ユース該当性に関する S. D. N. Y. 判決の概要」(仮)
- ・ 「図書館によるデジタル貸出に関する VOB 事件 CJEU 判決の概要」(仮)