

フランスにおける 20 世紀の入手不可能な書籍の 電子的利用に関する立法を巡る動きと日本への示唆

田淵エルガ

内容

I. はじめに	207
II. 立法の背景	207
1. フランスの図書館及び Google による電子化プロジェクト	207
2. Google 関連訴訟	208
(1) フランスにおける訴訟	208
(2) アメリカにおける訴訟	211
3. 20 世紀の入手不可能な書籍の提供に関する合意	211
III. 20 世紀の入手不可能な書籍の電子的利用に関する法案の提出理由	212
IV. 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 日法の概要	214
1. 入手不可能な書籍のデータベースの整備（知的所有権法典 L134-2 条）	214
2. 書籍の複製及び上演を許諾する集中管理団体の認可 （知的所有権法典 L134-3 条）	214
3. 集中管理団体による利用許諾に対する異議申立て	

(知的所有権法典 L1344 条)	215
4. 集中管理団体による利用許諾 (知的所有権法典 L1343 条、L1345 条)	215
5. 集中管理からの離脱 (知的所有権法典 L1346 条)	215
6. デクレ (命令) の制定 (知的所有権法典第 L1347 条)	216
7. 欧州孤児著作物指令の国内実施に伴う改正	216
V. 書籍電子利用法の適用に関するデクレ (命令) の取消しを求める提訴	217
1. 憲法院による合憲性審査	217
2. 欧州司法裁判所による先決裁定	219
3. 国務院の判決	224
VI. 考察	225
1. 所有権に対する制約という観点から見た書籍電子利用法の妥当性	226
(1) 著作権の所有権としての側面	226
(2) 所有権としての著作権に対する制約	228
2. 事前の許諾の必要性及び無方式主義との関係	230
(1) 事前の許諾の必要性和黙示の許諾	230
(2) 無方式主義との抵触	232
(3) 入手困難な書籍の電子利用に対する影響	233
(4) 拡大集中許諾制度に対する影響	234
VII. 日本への示唆	239
1. 日本における国立国会図書館の資料のデジタル化に対応した著作権 法の規定	239
2. 憲法による著作権の保障と制約	240
3. 事前の許諾の必要性和無方式主義との抵触	242
VIII. 最後に	243

I. はじめに

2012 年にフランスにおいて、絶版となり入手が不可能となった書籍の電子的利用を行いやすくするため、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¹⁾ (以下、「書籍電子利用法」と言う。) が制定され、これに基づく仕組みが整備された。入手不可能な書籍のデータベースを整備し、集中管理団体がデータベースに登録された書籍の電子出版を許諾するとともに、その収益を権利者に分配するという仕組みである。その特徴は、著作者等が異議申立て等を行わない限り、入手不可能となった書籍はこの集中管理体制に組み込まれることである。この仕組みの正当性が著作者によって争われた結果、2017 年に、同法を施行するためのデクレ (命令) の一部が取り消され、仕組みの見直しが迫られることとなった。本稿においては、その経緯を分析するとともに、これによる波及効果や日本への示唆について考察を行う。

II. 立法の背景

書籍電子利用法が制定されたのは、Google による図書館の蔵書の電子化プロジェクトを契機とする。電子化された文化遺産資源が一民間企業に独占されるのではないかという問題意識に端を発したともいえる。以下にその経緯を見ていきたい。

1. フランスの図書館及び Google による電子化プロジェクト

フランスにおいては、日本をはじめとする他の多くの国と同様に、図書館の蔵書の電子化が進められている。とりわけ、フランスの国立図書館は、1997 年

1) Loi n° 2012-287 du 1er mars 2012 relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXème siècle.

より、蔵書の保存とインターネット上での公開を行う Gallica というプロジェクトを進めている。他方、米国では、Google が、Google Books プロジェクトを開始し、ハーバード大学やオックスフォード大学等の大学図書館のほか、フランスのリヨンの公立図書館等、国内外の図書館との協定に基づき、膨大な数の書籍を電子化し、インターネット上で提供し始めていた。「Google 書籍検索」(Google Recherche de Livres) は、電子化した書籍のうち、著作権の保護期間が満了したものについては、全文を掲載し、いまだ著作権や出版契約の対象となっているものについては、抜粋のみを掲載している。後者については書籍に関する情報や、当該書籍をオンラインで購入できるプラットフォームへと誘導される。

2. Google 関連訴訟

(1) フランスにおける訴訟

2006 年に、出版者である Éditions du Seuil ら (原告) は、原告が著作権を有する 100 点以上の作品を許諾なく電子化し、当該サイトの利用者がキーワード検索によりこれらの作品の表紙全体及び抜粋にアクセスすることを可能としたとして、Google に対し、行為の禁止や損害賠償を求めて訴訟を提起した²⁾。

ここで主な争点となったのが、フランス法あるいは米国法のいずれが準拠法となるかである³⁾。Google 側は、作品の電子化は米国において適法に行われたものであり、フランス法は適用されないこと、米国法を適用することにより、「Google 書籍検索」サービスのための作品の電子化及び同サービスの枠組で行

2) Tribunal de Grande Instance de Paris (TGI Paris), 18 décembre 2009 n° 09/00540, SAS Éditions du Seuil et a. c/ Sté Google Inc., Sté Google France, la Semaine Juridique - Édition générale (JCP G) n° 9-10, 1^{er} mars 2010, 465, note A. Lucas.

3) この他、出版者への権利の帰属や、商標権侵害の成立等も争点であったが、本稿では割愛する。

フランスにおける 20 世紀の入手不可能な書籍の電子的利用に関する立法を巡る動きと日本への示唆

われる抜粋の上演 (représentation)⁴⁾ はフェア・ユースに該当し、侵害には当たらないことを主張した。さらに、予備的に、作品の題名及び短い抜粋の上演は、フランス知的財産法典⁵⁾ 122 の 5 条 3 号により、短い引用として認められるものであり、侵害にあたらないと主張した。また、インターネットの利用者は、Google が電子化した作品を、短い抜粋を除き、画面で閲覧することはできないので違法な複製にあたらないと主張した。これに対し、原告である出版者側は、本事案にはフランス法が適用されるべきであり、フランス法に基づき権利侵害にあたると主張し、予備的に、米国法が適用されるとしてもフェア・ユースにより正当化されるものではないと主張した。

パリ大審裁判所 (始審通常裁判所) は、Google の主張を退け、フランス法が適用されるとした。裁判所は、契約以外の原因に基づく、複数の行為による不法行為責任については、加害行為が生じた場所の国の法律が適用されるが、この場所は当該損害を引き起こした行為の場所、及び当該損害が具体化した場所と理解できるとした。本訴訟は、フランス国内のインターネット利用者が抜粋にアクセスできるように電子化されたフランスの著作者の著作物に関するものであること、フランスの法廷で裁判が行われていること、原告はフランスにおいて設立等されている会社であること、フランスの著作者及び出版者の利益を保護すべく本訴訟に任意に参加している団体⁶⁾ もフランス籍であること、被告の一人である Google France の本部はフランスにあること、ドメイン名は「fr」で終わるものであり、サイトはフランス語で記載されていることを指摘し、フランスが本訴訟と最も密接な関係を有する国であり、フランス法の適用を正

4) 上演 (représentation) には、インターネットなど隔地送信によるものが含まれる。F. Pollaud-Dulian, *Le Droit d'auteur*, 2^e édition, 2014, para 1021.

5) Code de la propriété intellectuelle (CPI).

6) 全国出版組合 (le Syndicat national de l'édition (SNE)) 及び文学者協会 (la Société des gens de lettres (SGDL)) が本訴訟への任意参加 (intervention volontaire) を認められている。

当化できるとした。その上で、作品全体をスキャンすることは著作権者の事前の許諾を必要とする複製であるとした。また、表紙は全体が公衆に送信されていることを指摘した。さらに抜粋は無作為に表示されており、知的財産法典第 122 の 5 条 3 号で定められている目的に該当しないことから、短い引用にはあたらないとした。以上のことから、Google は出版者らの著作権を侵害したと結論付け、行為の禁止及び 30 万ユーロの損害賠償金の支払い等を命じた。

両者の争いは 2011 年の契約締結により終結している⁷⁾。

なお、本訴訟に先立って、フランスのビジュアル・アートの集中管理団体 SAIF が、検索エンジン Google Image を通じてインターネット利用者に画像を提供することにより、同団体が管理する作品の複製及び上演を無断で行ったとして、Google を著作権侵害で提訴している。Google Image においては、検索用語に対応した検索結果とともに、サイト上の画像のサムネイルが表示される。2008 年に下された判決では、米国著作権法が適用されるとした上で、本サービスにおける画像のサムネイルの複製及び上演はフェア・ユースに該当するとして、集中管理団体の主張は認められなかった⁸⁾。上述の出版者が関わった訴訟と同じ裁判所が下した判決であるが、準拠法については結論が異なっている⁹⁾。

7) Rapport n° 151 fait au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication sur la proposition de loi de J. Legendre relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXème siècle, par B. Khiari, Sénat, déposé le 30 novembre 2011, p13.

8) TGI Paris, 20 mai 2008, SAIF c/ Google France et Google Inc., JCP G, 1^{er} mars 2010, note A. Lucas.

9) 準拠法について、2008 年の SAIF による訴訟では、裁判所は、ベルヌ条約第 5 条が適用されることについては両当事者は合意しているとした上で、損害を被った場所ではなく、侵害を引き起こすこととなった行為が生じた場所の法律が適用されるとした。そして意思決定の場であり、検索エンジンに関する活動が行われている場である Google 本社のある米国の著作権法が適用されるとした。これに対し、2009 年に出版社が勝訴した訴訟では、訴訟に最も密接な関係を有する国であるフランスの法律が適用されるとした。

(2) アメリカにおける訴訟

フランスで出版者が提訴した訴訟と並行して、米国では出版者・作家と Google 間の集団代表訴訟（クラス・アクション）における和解案の検討が進行中であった。米国では、Google Books プロジェクトにおける行為が著作権侵害に当たるとして、作家・出版者らが Google に対して訴訟を起こした。この過程で、Book Rights Registry を創設し、スキャンされた書籍の利用から生じる収入を Google が Registry に支払い、Registry はデータベースの情報に基づいて権利者に使用料を分配するという枠組の構築が、当事者間で合意された和解案として示された。しかし、2011 年に、米国の裁判所は、同枠組の有用性は認めたものの、このような枠組づくりは立法に委ねることが適当であること、Google が書籍をスキャンし、検索のためのスニペット（短い抜粋）を表示することが著作権侵害であるとして訴訟が提起されたにもかかわらず、和解案はその対象範囲を超えて、書籍全体をオンラインで販売する権利などを Google に取得させるものであることなどを理由として、和解案を認めなかった¹⁰⁾。

3. 20 世紀の入手不可能な書籍の提供に関する合意

2011 年 2 月に、文化省、全国出版組合（SNE）、文学者協会（SGDL）、フランス国立図書館（BnF）及び投資総合本部（le Commissariat général à l'investissement）との間で、20 世紀の入手不可能な書籍の提供に関する合意が締結された。この合意には電子化のための資金面に関する内容と法的内容とが含まれている。このうち、法的内容を実現するためのものが、20 世紀の入手不可能な書籍の電子的利用に関する法案である¹¹⁾。

10) Authors Guild v. Google Inc., 770 F. Supp. 2d 666, 677-686 (S.D.N.Y. 2011).

11) Rapport n° 4189 fait au nom de la commission des affaires culturelles et de l'éducation sur la proposition de loi, adoptée par le sénat, relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle, par H. Gaymard, à l'Assemblée nationale le 18 janvier 2012, p. 22-23.

Ⅲ. 20 世紀の入手不可能な書籍の電子的利用に関する法案の提出理由

元老院¹²⁾における 20 世紀の入手不可能な書籍の電子的利用に関する法案の提出理由説明においては、以下の通り述べられている。2000 年以降の出版物の多くは印刷形式のみならず電子形式でも提供されている。また公共図書館において、著作権の保護期間が満了したものの電子化が行われている。ところが、20 世紀の出版物の多くは採算性の問題から絶版となっており、図書館においてのみ入手が可能となっている。これらの書籍を蘇らせるには、電子化が現実的な方向であるものの、電子化に係る権利の所在が不確かであるため、法的に不可能となっている。出版者が電子利用に関する規定を契約に含め始めたのが 20 世紀末からであり、比較的古い著作物の電子的権利については著作者及び出版者の双方が権利者であることを主張している。過去の膨大な数の契約をデジタル化された現況に適応させることは、経済的に割に合わず、困難である。また、図書館が無断で著作物をデジタル化することはできない¹³⁾。本の読者はこの状況を理解できないため、著作権法は情報社会の発展を阻害するものであるという攻撃につながることになる。

この問題を解決するのが、権利の集中管理体制の構築である。

法案の目的の一つは、電子書籍の適法な提供を進展させるための条件を整えることである。二つ目の目的は、新たな権利制限規定を導入する代わりに、

12) Sénat. 二院制の国会の上院。議員は間接選挙によって選出される。その選出方法のため、地方自治体の利益を強く反映する機関になっている。山口俊夫編『フランス法辞典』545 頁 (東京大学出版会、2002)。

13) 本提出理由では言及されていないが、フランス知的財産法典 L.122-5 条 8 項により、非営利目的で、図書館等により、保存を目的として、又は個人の研究や私的学習目的の施設内の専用端末上での著作物の閲覧条件を維持することを意図して行われる著作物の複製及び上演は、認められている。

フランスにおける 20 世紀の入手不可能な書籍の電子的利用に関する立法を巡る動きと日本への示唆

インターネット及びロングテール効果¹⁴⁾により、著作者及び出版者が、著作物の価値を高め、利用することを可能とすることである。米国においては、Google が、図書館が所蔵する著作物の無許諾の複製を有効なものとするために、世界中の権利者との和解を希望していたが断念した。本法案が施行されれば、フランスは、入手不可能な著作物の問題について現代的かつ効果的な仕組みを有する世界最初の国となる¹⁵⁾。

また、国民議会¹⁶⁾においては、書籍電子利用法案の提出にあたって、現在は図書館においてのみ参照が可能となっている作品をより多くの人が利用できるようにすること、及び公有に帰した書籍と、まだ出版されている最近の書籍の間をつなぐという二つの狙いがあることが報告されている。さらに、権利のある作品であろうと、権利がすでにない作品であろうと、関係なく電子化する方針の Google のような事業者による取組は、緊急な立法を要請するものであり、一民間企業 (un privé) が公共財を奪う危険は、公の介入を正当化している¹⁷⁾。

14) インターネットを用いた物品販売の手法、または概念の 1 つであり、販売機会の少ない商品でもアイテム数を幅広く取り揃えること、または対象となる顧客の総数を増やすことで、総体としての売上げが大きくなることである。横軸に商品を人気の高さ順に並べると、曲線の最も高いあたりでは、少数の商品が膨大な回数、ダウンロードされるが、それから人気のない商品へと曲線が急降下する。ただ、その曲線はどこまで行ってもゼロにならない。曲線の裾 (テール) が上部に比べて長いことから「ロングテール」と呼ばれる。クリス・アンダーソン (篠森ゆりこ訳) 『ロングテール』24 頁 (早川書房、2009)

15) J. Legendre, Proposition de loi n° 54 rect. relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle, Sénat, 21 octobre 2011, p. 3-5.

16) Assemblée nationale. 二院制の国会の下院。国民の直接普通選挙によって選ばれる議員で構成される。山口俊夫編、前掲注 11)、38 頁。

17) H. Gaymard, préc., n° 11, p. 6.

IV. 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 日法の概要

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 (「書籍電子利用法」) は、加速審理¹⁸⁾を経て、2012 年 3 月 1 日に成立した¹⁹⁾。

同法は、知的所有権法典第 1 部第 1 編第 3 章に、新たに「第 4 節 入手不可能な書籍の電子的利用に関する特別規定」を追加した。その内容は以下の柱建てとなっている。

1. 入手不可能な書籍のデータベースの整備 (知的所有権法典 L134-2 条)

入手不可能な 20 世紀の書籍のデータベース²⁰⁾を整備する。運用はフランス国立図書館が担う。ただし、書籍のデータベースへの登録は、当該書籍の出版者が知的所有権法典 L132-12 条に基づき負う継続出版の義務、及び L132-17 条に規定する出版契約の終了に影響しない。

2. 書籍の複製及び上演を許諾する集中管理団体の認可 (知的所有権法典 L134-3 条)

データベースに 6 ヶ月を超えて登録されている書籍については、認可された集中管理団体²¹⁾が電子複製及び上演に関する許諾を行う。集中管理団体の認

18) la procédure accélérée. Constitution du 4 octobre 1958 Art. 45, 46. 政府が法案を早期に成立させる必要があると判断した場合の加速化された手続きについて憲法で定められている。

19) Journal Officiel de la République Française (JO) 2 mars, 2012, p. 3986.

20) この規定を受けて、国立図書館が ReLIRE という名称のデータベースを管理している。

21) 集中管理団体として、SOFIA (Société Française des Intérêts des Auteurs de l'écrit) が認可されている。

可にあたっては、著作者と出版者が同数で代表されていること、著作者への分配額が出版者への分配額を下回らないこと、権利者を特定し利用料を分配するための適切な手段を提案していることなどが考慮される。

3. 集中管理団体による利用許諾に対する異議申立て（知的所有権法典 L134-4 条）

データベースに登録された書籍の著作者又はその書籍について印刷形式の複製権を有する出版者は、登録のときから6か月以内に異議を申し立てることができる。異議が申し立てられなかった場合には、当該書籍は集中管理システムに組み込まれ、集中管理団体による許諾の対象となる。この場合においても、著作者は、後日、当該書籍の複製及び上演が自己の名誉又は声望を害するものであると判断した場合には、異議を申し立てることが可能である。また、異議を申し立てた出版者には、2年以内に当該書籍を利用することが義務付けられる。

4. 集中管理団体による利用許諾（知的所有権法典 L134-3 条、L134-5 条）

集中管理団体は、データベースに登録された書籍について、その印刷形式による複製権を有する出版者に対して当該書籍の電子化及び上演についての利用許諾を提案し、出版者がそれを承諾すれば、当該出版者に対し、10年間（更新可能）の独占的利用許諾を与えることができる。出版者が提案を拒否した場合及び3年以内に利用しない場合には、第三者に対し、5年間（更新可能）の非独占的許諾が可能となる。この規定による書籍の利用は、当該書籍の出版者が知的所有権法典 L132-12 条に基づき負う継続出版の義務、及び L132-17 条に規定する出版契約の終了に影響しない。

5. 集中管理からの離脱（知的所有権法典 L134-6 条）

著作者及び印刷形式の複製権を有する出版者は、いかなる時にでも、当該書

籍を集中管理の対象から外すことを、共同で、集中管理団体に通知することができる。また、著作者は、自らが唯一の権利者であることを証明すれば、いかなる時にでも、当該書籍を集中管理の対象から外すことを、集中管理団体に通知することができる。書籍を集中管理の対象から外した出版者には、18 か月以内に当該書籍を利用することが義務付けられる。

6. デクレ (命令) の制定 (知的所有権法典第 L134-7 条)

本節の細則は国務院²²⁾の議を経たデクレで定める。

7. 欧州孤児著作物指令の国内実施に伴う改正

当初、第 4 節には、集中管理団体は、最初の利用許諾から 10 年の間に印刷形式における複製権を有する者が見つからない書籍について、その書籍を所蔵する図書館に対して、デジタル形式で複製し、その登録者に頒布を行うことを無償で許諾することとする規定が含まれていた (知的所有権法典旧 L134-8 条)。その後、文学的及び美術的所有権並びに文化遺産の分野における欧州連合法適合の諸規定に関する 2015 年 2 月 20 日法 2015-195 号²³⁾が成立し、欧州孤児著作物指令²⁴⁾が国内実施された。本法により知的所有権法典第 1 部第 1 編第 3

22) le Conseil d'État (CE)、コンセイユ・デク。行政権限と裁判権限を併せもつ。行政権限については、諮問機関として、政府提出法案や命令案に対して意見を表明する。裁判機能については、デクレの制定のように、首相等が行う行為の取消し訴訟について、管轄権限を持つ。行政系統の最高裁判所。行政権限を担う構成体と、裁判権限を担う構成体は別個であり、行政部門が肯定意見を出したデクレについて、訴訟部門が取り消すことも可能である。R. Perrot, B. Beignier et L. Miniato, *Institutions judiciaires*, 16^e édition, 2017, paras 256-57, 268, 289.

23) L. n° 2015-195 du 20 février 2015 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de la propriété littéraire et artistique et du patrimoine culturel

24) Directive 2012/28/EU du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines.

フランスにおける 20 世紀の入手不可能な書籍の電子的利用に関する立法を巡る動きと日本への示唆

章に「第 5 節 孤児著作物の特定の利用に関する特別規定」が新設され、図書館等は、所蔵資料のうち、入念な調査を経ても権利者が不明な孤児著作物を公衆に提供できるようになった²⁵⁾。この規定の導入に伴い、旧 L134-8 条は削除され、図書館は、10 年を待たずとも、孤児著作物については公衆の用に供することができるようになった。

V. 書籍電子利用法の適用に関するデクレ（命令）の取消しを求める提訴

2013 年 5 月に、著作者である M. Soulier 及び S. Doke（原告）は、20 世紀の入手不可能な書籍の電子的利用に関する知的所有権法典 L134-1 条から L134-9 条の適用に関する 2013 年 2 月 27 日のデクレ（命令）第 2013-182 号²⁶⁾について、越権（excès de pouvoir）であることを理由とする取消しを求め、国務院に提訴²⁷⁾した。

1. 憲法院による合憲性審査

2013 年 12 月 19 日に、国務院は、書籍電子利用法により追加された知的所有権法典 L134-1 条から L134-8 条について、合憲性の優先問題として、憲法院²⁸⁾に移送した。合憲性の優先問題とは、係争中の事件において、法律条文が憲法で保障されている権利や自由を侵害している旨の主張があったとき、国務院等

25) Art. L135-2 de la CPI.

26) Décr. n° 2013-182 du 27 février 2013, portant application des articles L. 134-1 à L. 134-9 du Code de la propriété intellectuelle.

27) 前掲注 22) 参照。

28) Conseil constitutionnel. 法律の合憲性を審査する役割等を持つ機関。審判前の法律の合憲性審査や、裁判所で係争中の事件において、法律条文が憲法で保障されている権利や自由を侵害している旨の主張があったときの事後的合憲性審査等を行う。Art. 46, 61 et 61-1 de la Constitution. R. Perrot, B. Beignier et L. Miniato, supra note 22, para 29 参照。

からの移送により、憲法院が付託を受ける問題のことである²⁹⁾。原告は、集中管理団体が入手不可能な書籍の電子利用に関する権利を管理すること、集中管理から離脱するには著作者が自らが唯一の電子利用に関する権利者であることを証明する必要があること、公衆による入手不可能な書籍へのアクセスを容易にするという公益に資するものであることが示されていないこと、正当かつ事前の補償が保障されていないこと、著作者の公表権を侵害すること、を挙げ、これらの規定は、1789 年の人及び市民の権利の宣言（以下、「人権宣言」と言う。）³⁰⁾ 2 条及び 17 条に反すると主張した。現行の第 5 共和制憲法の前文において、フランス人民は 1789 年の人権宣言に定められる人権及び国民主権の原則の墨守 (attachement) を宣言すると言及されている。人権宣言 2 条は、「あらゆる政治的結合の目的は、人の自然で時効消滅しない権利の保全である。これらの権利とは、自由、所有 (propriété)、安全及び抑圧への抵抗である。」と定める。また、17 条は「所有 (propriété) は、不可侵かつ神聖な権利であり、適法に確認された公の必要が明白にそれを要求する場合、かつ事前の正当な補償のもとでなければ、何人もそれを奪われることがない。」と定める。

憲法院に合憲性の優先問題が付託されるのは、訴訟において、問題となる規定が適用されるとき、その規定の合憲性が憲法院によりすでに宣言されていないとき、そして、問題が新しいものであるか、深刻なものときである³¹⁾。国務院は、本事案においてこれらの要件は満たされていると判断し、憲法院に移送した³²⁾。

29) Art.61-1 de la Constitution.

30) Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789

31) Art. 23-5, ord. n° 58-1067 du 7 nov. 1958.

32) CE 19 déc. 2013, n° 368208, Recueil Dalloz (D.) 2015 1427, note S. Nérissou.

憲法院は、問題とされている規定は、商業的に流通しておらず絶版となっている書籍のみを対象とすること、著作者又は出版者がデータベース登録から 6 か月の間に異議を申し立てなかった書籍のみ集中管理の対象となること、その後は紙媒体の書籍の出版に係る複製権を持つ出版者が電子的複製及び上演を確保する優先権を享受すること、集中管理団体は権利者間における衡平な分配規定を保証すること、著作者に対する分配額は出版者に対する分配額を下回ってはならないことを定めていること、さらに著作者等はその書籍を集中管理の対象からはずすことができることを指摘した。これらのことから、入手不可能な書籍の電子的複製及び上演の権利に適用される集中管理体制は、人権宣言 17 条が意味するところの所有権の剥奪にあたらないと結論付けた。また、人権宣言 2 条からは、知的所有権を含む所有権の侵害 (atteinte) は、一般の利益という目的により正当化されるものでなければならないこと、また、その目的に対して比例的なものでなければならないことが導き出されるとした。その上で、問題とされている規定は、20 世紀の入手不可能な書籍を電子形態で保存し、公衆に提供することを目的としており、権利者に補償を確保する適法な提供によるものであり、一般の利益を追及するものであると言えらるるとした。著作権者がこれらの作品について持つ知的財産権を享受する条件の枠組は、目的に比例しないほどの侵害をもたらすものではないと結論付けた。したがって所有権の侵害を理由とする訴えは認められなかった。その他、人格権（著作者の名前が尊重される権利や、公表権）を侵害するとの訴えも退け、書籍電子利用法により創設された規定は合憲であるとした³³⁾。

2. 欧州司法裁判所による先決裁定

憲法院による合憲判断を受けた国務院は、原告が主張したその他の理由のうち、文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約、域内市場におけるサー

33) Cons. const., 28 févr. 2014, n° 2013-370 QPC, D. 2014. 542.

ビスに関する欧州議会及び理事会指令 2006/123/CE³⁴⁾、知的財産権の権利行使に関する欧州議会及び理事会指令 2004/48/CE³⁵⁾、及び欧州人権及び基本的自由の保護のための条約³⁶⁾に反することなどを理由とした主張は退けたが、情報社会における著作権及び関連する権利の特定の側面についての調和に関する欧州議会及び理事会指令 2001/29/CE (以下「情報社会指令」と言う。)³⁷⁾に違反するとの主張については、重要な争点であり、欧州司法裁判所の先決裁定³⁸⁾を得る必要があると判断した³⁹⁾。

情報社会指令 2 条において、著作権者は複製を許諾または禁止する排他的な権利を有することを加盟国は定めるとされている。また、5 条において、加盟国が自国法に導入しなければならない、あるいは導入できる例外または制限を定めている。原告は、知的所有権法典 L1344 条及び L1345 条、並びに 2013 年 2 月 27 日のデクレにより創設された同法典 R1345 条ないし R134-10 条は、情報社会指令 5 条に限定的に列挙されている例外または制限にあたらぬ、新たな

34) Dir. 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

35) Dir. 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.

36) Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

37) Dir. 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

38) 欧州連合加盟国の裁判所に係属する事件について、条約の解釈又は EU の機関・部局等の行為の有効性及び解釈に関する問題点が生じた場合に、加盟国の裁判所が審判の前提として当該問題点についての判断が必要と認めるときは、欧州司法裁判所に対し、当該問題点について意見を求めることができる。EU 運営条約 267 条 (Art. 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne)。

39) CE 6 mai 2015, n° 368208, D. 2015 1427, note S. Nérison, Rev. de l'Union européenne n° 605 fév. 2017, 79, note L. El Badawi.

例外または制限を設けていると主張した。

フランス国務院は、欧州司法裁判所に対し、以下の先決問題に関する回答を求めた。

「[知的所有権法典 L134-1 条ないし L134-9 条により導入された] 認可された権利徴収分配団体⁴⁰⁾ に入手不可能な書籍の電子形態による複製及び上演を許諾する権利を行使させるとともに、著作者又はこれらの書籍の権利者に、定められた条件の中で、その行使について異議を申し立てたり、停止させたりすることを認める規制は、情報社会指令 [2 条及び 5 条] に反するか。」

先決裁定に先立って、2016 年 7 月 7 日に法務官意見⁴¹⁾ が提出された。法務官は、情報社会指令によると、著作物の複製または公衆送信のためには、著作者の明示的かつ事前の同意が必要であるとした。そして、明示的かつ事前の同意を暗黙の合意または一定期間内の異議申立てがない場合の移転の推定に置き換え、明示的かつ事前の同意を省略したり、推測したり、制限したりすることは、そうした逸脱を認める欧州法制がない限りは、許されないとの意見を表明した。この状況は、著作者が、その著作物の複製等に異議を唱えたり、集中管理の対象から外したりすることができるとしても、また、報酬を受け取るとしても、何ら変わらないとした。また、著作者が著作物の利用を行っていないとしても、

40) une société de perception et de répartition des droits. Ordonnance n° 2016-1823 du 22 décembre 2016 - art. 2 により、un organisme de gestion collective (集中管理団体) という用語に置き換わった。

41) Concl. av. gén. M. Wathelet, sous C-301/15, le 7 juillet 2016. 法務官は欧州司法裁判所を補佐する。裁判所が判決を下す前に、公平かつ独立の立場から、裁判所において理由を付した意見を提出する (EU 運営条約 252 条)。法務官意見は裁判官を拘束するものではないが、裁判所が判決を出す際に参考にされる。中西優美子『EU 法』72 頁 (新世社、2012 年) 参照。

複製や公衆送信を許諾したり、禁止したりする作者の排他的権利に変更を生じさせるものではないとした。法務官は、さらに、欧州孤児著作物指令⁴²⁾が定める権利制限は、対象や目的が限定されており、入念な調査を必要としており、より厳しい制約が課されていることを指摘した。これに対して、書籍電子利用法においては、著作者個人に対する働きかけは何ら求められておらず、さらには営利目的の利用を対象とするものであり、矛盾するのではないかと指摘した。また、著作権及び著作隣接権の集中管理等に関する欧州指令⁴³⁾においても、著作者が集中管理団体や管理の対象となる権利、著作物、場所等を選ぶことができるとされていることを指摘した。以上を踏まえ、法務官は先決問題について、情報社会指令に反すると結論付けた。

2016 年 11 月 16 日に、欧州司法裁判所は、次の通り、判断した (以下、「Soulier 判決」と言う)⁴⁴⁾。

問題となっている規制は情報社会指令 2 条 (a) に定める複製権のみならず、3 条 1 項に定める公衆送信権にも関わる問題である。同指令 5 条が認める例外・制限は、前文 (32) により、限定列挙したものとされているが、問題となっている規制は、5 条が認める例外・制限のいずれにも該当しない。したがって、同指令 5 条は、本件とは関連がない。次に、同指令 2 条 (a) 及び 3 条 1 項についてみると、権利の保護は、複製権や公衆送信権の享受のみならず、これらの権利の行使にも及ぶ。

42) Dir. 2012/28/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 oct. 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines.

43) Dir. 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 fév. 2014, concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multi territoriales de droits sur des œuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur.

44) CJUE, 16 nov. 2016, aff. C-301/15, *Marc Soulier et Sara Doke c/ Premier ministre et ministre de la Culture et de la Communication*.

第三者による著作物の複製及び公衆送信にあたっては、事前の合意を必要とする。情報社会指令 5 条に列挙されている例外・制限に該当する場合を除き、事前の合意なく著作物を利用することは侵害にあたる。黙示の合意も許容されていると考えられる。例えば「新たな公衆」という概念が争点であった *Svensson* 判決⁴⁵⁾において、当裁判所は、著作者が事前に、明示的かつ留保なしに、報道出版社のインターネット・サイト上に、他のサイトからのアクセスを制限する技術的手段を用いることなく、記事を掲載することを許諾した場合には、この著作者はインターネット利用者全体に当該著作物を伝達することを許諾したと見ることができると考えた。ただし黙示の許諾は厳格に解されなければならない。全ての著作者は、将来の利用について、また、禁止を希望する場合に用いることができる手段について、事前に知らされていなければならない。そうでなければ、著作者は当該利用に関する態度を決めることができず、黙示的な合意は純粹に仮定のものとなる。

問題となっている規制は、各著作者個人に対する効果的な情報提供が保障されるものとなっていない。したがって著作者によっては自分の作品が使われることを知らない可能性がある。その場合、異議申立てがなかったことをもって黙示の許諾があったと見ることはできない。情報社会指令は、入手不可能な書籍の電子利用という、消費者及び社会にとって文化的に有意義な目的を追求することに反対するものではない。ただし、その目的の追求が、著作者に保障されている権利からの予定されていない逸脱を正当化するものではない。

さらに、著作者は、出版者との合意のもと、あるいは自らが唯一の権利者であることを証明すれば、いかなる時にでも、当該書籍を集中管理の対象から外すことができることとなっている。情報社会指令が著作物を利用する権利を原

45) CJUE, 13 fév. 2014, *Svensson e.a. c/Retriever Sverige AB*, aff C-466/12, pts 25 à 28, 31.

始的に与えているのは著作者である。加盟国が出版者等の第三者に一定の権利や恩恵を与えることを妨げるものではないが、著作者に排他的に与えられている権利を侵すものであってはならない。紙媒体の利用の権利のみをもつ出版者の同意によることなく、著作者は当該著作物の電子利用を停止することができなければならない。また、ベルヌ条約 5 条 2 項により、複製権及び公衆送信権の享有は、いかなる方式の履行にもよらないこととされている。WIPO 著作権条約はベルヌ条約の 1 条から 21 条の遵守を定めているが、欧州連合は WIPO 著作権条約に加盟しているとともに、情報社会指令は WIPO 著作権条約の実施を目的としている。このことから、著作者は、他の者がその著作物に関する権利をもたないことを証明するという方式を履行せずとも、第三者が著作物の電子的利用の権利を行使することを停止させることができなければならない。

結論として、認可された権利徴収分配団体に入手不可能な書籍の電子形態による複製及び公衆送信を許諾する権利を行使させるとともに、著作者又はこれらの書籍の権利者に、定められた条件の中で、その行使について異議を申し立てたり、停止させたりすることを認める本事案のような規制は、情報社会指令第 2 条 (a) 及び第 3 条第 1 項に反するとの先決裁定を下した。

3. 国務院の判決

これを受けて 2017 年 6 月に、国務院は、欧州裁判所の解釈により、データベースに登録後 6 か月が過ぎた入手不可能な書籍の複製及び上演を許諾する権利を権利徴収分配団体に与えることを目的とする書籍電子利用法の規定は、以下により、情報社会指令に反するとした。まず、著作物がデータベースに登録されたことを、異議申立期間が開始する前に、効果的に各著作者に伝えていないことである。次に、集中管理からの離脱を希望する著作者に対して、複製権を持つ唯一の権利者であることの証明を求めていることである。このため、これらの規定の運用条件を定める知的財産法典 R 134-5 条から R 134-10 条を創設する

デクレの規定は法的根拠に欠くものとした。

ただし、入手不可能な書籍のデータベースの整備は情報社会指令に反するとは欧州裁判所は解釈しなかったとした。このため、これに関連する知的財産法典 R 134-1 条から R 134-4 条は法的根拠を欠くものではないとした。また、欧州裁判所は、入手不可能な書籍の複製権の集中管理についても、欧州連合法違反とはしなかったため、集中管理団体の認可手続きや要件について定めた知的財産法典 R 134-11 条及び R 327-1 条から R 327-7 条も同様に、法的根拠を欠くものではないとした。

結果として、国務院は知的財産法典 R 134-5 条から R 134-10 条を創設するデクレの規定を取り消した。

本訴訟に参加した集中管理団体 SOFIA は、デクレを遡及的に取り消すことは、これを根拠に SOFIA が出版者と締結した利用許諾契約を踏まえた権利取得や法的安定性に重大な影響を与えると主張した。しかし、裁判所は、知的財産法典 R 134-5 条から R 134-10 条が遡及的に消滅しても、それ自体が契約の効力を問うものとはならないとした。

VI. 考察

書籍電子利用法については、対象が「著作物」ではなく、その媒体である「書籍」であることや、出版者の継続出版義務との関係⁴⁶⁾など、識者により、様々

46) 書籍電子利用法においては、入手不可能な書籍のデータベースへの登録及び集中管理団体による利用許諾は、当該書籍の出版者が知的所有権法典第 L132-12 条に基づき負う継続出版の義務、及び第 L132-17 条に規定する出版契約の終了に影響しないと規定されており、継続出版義務に関する規定と、入手不可能な書籍に関する規定は、連動しない仕組みになっている。

な論点が投げかけられている⁴⁷⁾。しかし、紙幅との関係から、本稿においては、本法を巡る主な争点であった (1) 所有権に対する制約という観点から見た本法の妥当性、並びに (2) 事前の許諾の必要性及び無方式主義との関係、に絞って、考察を行いたい。

1. 所有権に対する制約という観点から見た書籍電子利用法の妥当性

(1) 著作権の所有権としての側面

書籍電子利用法に関する憲法院による合憲性審査において、所有権は知的財産権など新たな分野を含むものへと拡大してきたと指摘されており、人権宣言第 2 条及び第 17 条において言及されている所有権に知的財産権、中でも著作権が含まれることが明言されている⁴⁸⁾。この裁決以前においても、欧州情報社会指令の国内実施のための法律の合憲性を判断した 2006 年の憲法院裁決 (以下、「2006 年憲法院裁決」と言う。)⁴⁹⁾、及びインターネット上の著作権侵害に対応するために HADOPI (La Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet) という行政機関にインターネットへの接続を遮断する権限を与える法律 (通称 HADOPI I 法) の合憲性を判断した 2009 年の憲法院裁決 (以下、「2009 年憲法院裁決」と言う。)⁵⁰⁾ の中で、同じ趣旨の

47) F.Macrez, L'exploitation numérique des livres indisponibles: que reste-t-il du droit d'auteur ?, D. 2012. 749.

48) Cons. const., 28 févr. 2014, préc., consid. 13.

49) Cons. const., 27 jui. 2006, n° 2006-540 DC. 井奈波朋子「フランスにおける情報社会指令の国内法化について」コピライト No. 545 9/2006 Volume 46 48 頁、48・49 頁 (2006 年) 参照。憲法第 61 条第 2 項の規定に基づき、60 名以上の議員による申立てにより、審署前の la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (情報社会における著作権及び隣接権に関する法律) の合憲性が審査された。

50) Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC : note J.-M. Bruguière, Loi sur «la protection de la création sur internet» : mais à quoi joue le Conseil constitutionnel ? D. 2009, 1770 ; obs.

フランスにおける 20 世紀の入手不可能な書籍の電子的利用に関する立法を巡る動きと日本への示唆記述が見られる⁵¹⁾。

また、欧州情報社会指令の前文 (3)⁵²⁾ においても、「提案されている調和は、(中略) 基本原理である法、特に知的財産権も含む所有 (propriété) の尊重 (中略) に関わるものであり」と記載されており、所有権に知的財産権が含まれるとの理解にたっている。さらに、欧州人権及び基本的自由の保護のための条約議定書 1 条⁵³⁾ は、所有 (propriété) の保護と題して、全ての人はその財産 (bien) を尊重される権利を有すると規定しているが、欧州人権裁判所は、この原則は、知的財産にも適用されると判示している⁵⁴⁾。

フランスにおいては、著作権の法的性質について、様々な学説の展開がある。その中で、著作権は、所有権という側面の他、人格権としての側面もあるなど、一定の留保の必要性は唱えられるものの、著作権は所有権の一種であ

D. Rousseau, De la constitutionalisation de la propriété intellectuelle, in M. Vivant, Les grands arrêts de la propriété intellectuelle, 2^e éd., 2015, Dalloz, p29. 井奈波朋子「三振ルールで揺れるフランス」コピライト No. 583 11/2009 Volume 49 28 頁、28・29 頁 (2009 年)、服部有希「フランスのインターネット違法ダウンロード規制法 —著作権の保護と表現の自由の均衡をめぐる—」外国の立法: 立法情報・翻訳・解説第 250 巻 104 頁、113 頁 (2011 年) 参照。憲法第 61 条第 2 項の規定に基づき、60 名以上の議員による申立てにより、審署前の la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet (インターネット上の創作物の頒布及び保護を促進する法律) の合憲性が審査された。

51) Cons. const., 27 juil. 2006, préc., consid. 15; Cons. const., 10 juin 2009, préc., consid. 13.

52) Dir. 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001, préc., consid. (3).

53) Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Paris, 20. III. 1952, art. 1.

54) la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), 4^e sect., 29 jan. 2008, Balan c/ Moldavie.

るか、あるいは所有権としての側面を有するとするものは多い⁵⁵⁾。また、フランス知的財産法典において、著作者は「無体の所有権 (droit de propriété incorporelle)」を享受する⁵⁶⁾ という表現が用いられていることは、著作権の保護にあたって、憲法上の権利である所有権の保護にも訴えかけることができるという重要な効用があるとの指摘もなされる⁵⁷⁾。

(2) 所有権としての著作権に対する制約

書籍電子利用法の合憲性審査において、憲法院は、所有権に著作権が含まれることを前提とした上で、所有権に対する制約に関する原則は、著作権の制約にも適用されると述べている。人権宣言第 17 条が意味するところの所有権の剥奪にあたらぬ場合においても、知的財産権を含む所有権の侵害は、一般の利益という目的により正当化されるものであり、かつその目的に対して比例的なものでなければならないとする判断枠組を示している。この枠組に照らし、入手不可能な書籍の集中管理体制は、所有権の剥奪にあたらぬ、また、一般の利益を追及するものであり、目的に比例しないほどの侵害をもたらすものではないと結論付けた。この判断枠組は、知的財産権の保護は絶対的なものではなく、他の憲法上の権利や原則と同様に、制限を受けること、また、その際、当該制限が正当な目的を持つものであり、かつその目的に比例するものでなければならないとの考え方を示したともとれる⁵⁸⁾。

55) C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2e éd., 2009, Litec., p.8, 9, 11, 12; P. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, 5e éd. 2013, Defrénois, Lextenso, p. 63-66; F. Pollaud-Dulian, *Droit d'auteur*, 2e éd., 2014, Economica, p.61-71; M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droits d'auteur et droits voisins*, 2e éd., 2012, Dalloz, p. 41-46.

56) CPI L111-1 条

57) F. Pollaud-Dulian, *préc.*, p. 70.

58) D. Rousseau, *préc.*, p. 35; C. Caron, *préc.*, p. 48.

本裁判に先立つ 2006 年憲法院裁決においては、争点の一つが、無許諾の利用を制限するための技術的手段に関する条項であった。これらの条項の中で、著作物等の利用にあたって追加的な制限が課されぬよう、技術的手段は互換性が阻害されるものであってはならないこと、また技術的手段の供給者は、一定の条件下において、互換性に不可欠な情報をソフトウェア出版者等に提供しなければならないことが定められていた。憲法院は、技術的手段の提供者が、互換性に不可欠な情報を提供するにあたっては、人権宣言第 17 条を引用しつつ、同意によらない場合は補償が必要であると判断した。すなわち、様々な媒体で著作物を利用できるという消費者側の権利と、技術的手段に関する情報の権利者側の権利を調和させる必要があること、また、互換性に必要な情報とは知的財産であり、合意によらない情報の提供は知的財産権を侵すものであり、補償が必要な行為であると判断したと考えられる⁵⁹⁾。

2009 年の憲法院裁決においても、インターネット上で知的財産を脅かす海賊行為との闘いという目的と、自由に意思疎通する権利及び話したり、書いたり、出版 (imprimer) したりする自由、並びにプライバシーの保護とを調和させるための規則を制定することが立法者には許容されているとされた。その上で、表現する自由及び意思を伝達する自由を制限するにあたっては、その方法が目的に必要なかつ適しており、比例するものでなければならないとした。現状においては、自由に意思を伝達する権利には、オンライン通信サービスへの接続が含まれることを指摘した。結論として、著作権及び著作隣接権を保護するために、行政機関に、インターネット上での権利侵害行為の監視を怠ったイ

59) Cons. const., 27 jui. 2006, préc. consid. 41. 技術的手段の互換性に必要な情報は、著作権及び特許で保護される情報と解される。D. Rousseau, préc., p. 37 ; H. Alcaraz, Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, JO du 3 aout 2006, p.11541, Revue française de droit constitutionnel, 2007 n° 69, 85, 97-98.

インターネット利用契約者の接続を遮断する権限を付与することは、対象者が自由に表現し、意思を伝達する権利を制限することになり、違憲と判断した⁶⁰⁾。

書籍電子利用法に関わる合憲性審査においても、それに先立つ著作権に関わる 2 つの合憲性審査においても、いずれも、所有権である著作権をはじめとする知的財産権に、何らかの制約が課せられることは許容できると判断したと解釈できる。すなわち、書籍電子利用法によって創設された集中管理体制は、入手不可能な書籍を電子形態で公衆に提供するという目的を有しており、この目的に比例しないほどの制限を知的財産権にもたらすものではないとして、合憲とされた。2006 年の合憲性審査において、著作物等を保護するための技術的手段の互換性を確保することの公的必要性から、技術的手段の互換性のために不可欠な情報に関する権利への制限は認めつつ、補償が必要であるとした。2009 年の合憲性審査においては、知的財産権と、自由に意思疎通する権利や表現する自由とを比較衡量した上で、海賊行為との闘いという目的をもってしても、自由に表現し、意思を伝達する権利を制限することになるインターネットへの接続を遮断する権限を行政機関に与えることは違憲と判断した。いずれも、憲法により保障される所有権としての著作権と、それ以外の権利や自由や公共の目的との調和がいかにあるべきかを判断したものと言える。

2. 事前の許諾の必要性及び無方式主義との関係

(1) 事前の許諾の必要性和黙示の許諾

欧州司法裁判所は、書籍電子利用法に関する Soulier 判決において、情報社

60) Cons. const., 10 juin 2009, préc. consid. 12, 15, 16, 23 : note D. Rousseau, préc., p. 37. この判決について、憲法院は、所有権とその他の憲法により保護される価値との比較衡量を適切に行っていないとの批判はある。J.-M. Bruguière, Loi «sur la protection de la création sur internet» : mais à quoi joue le Conseil constitutionnel?, D. 2009, 1770.

会指令第 5 条に列挙されている例外・制限に該当する場合を除き、事前の合意なく著作物を利用することは侵害にあたりと指摘した。また、黙示の合意も許容されていると考えられるとは言え、それは厳格に解されなければならない、全ての著作者は、将来の利用について、また、禁止を希望する場合に用いることができる手段について、事前に知らされていなければならないことを指摘した。その上で、問題となっている規制は、各著作者個人に対する効果的な情報提供が保障されるものとなっておらず、著作者によっては自分の作品が使われることを知らない可能性があること、その場合、異議申立てがなかったことをもって黙示の許諾があったと見ることはできないとし、情報社会指令に反するとの先決裁定を下した。

著作物の利用にあたっては、権利者の同意が必要であるという原則については、欧州指令や過去の欧州司法裁判所の判決においても言及されている⁶¹⁾。

権利者が、事後に自らの著作物等の利用について知った場合にオプトアウトできる仕組みが整えられていたとしても、事前の合意なく著作物等を利用することは侵害にあたりとすると、拡大集中許諾制度に代表されるオプトアウト型の仕組みの正当性が問われうる。Soulier 判決に先立つ法務官意見においては、欧州法制において逸脱が認められているのではない限り、明示的かつ事前の許

61) 欧州孤児著作物指令前文 (6) において、著作物のデジタル化（複製）や公衆への提供にあたっては、権利者の事前の合意を要するものであることが確認されている。また、Soulier 判決において、欧州司法裁判所がこの原則を確認した例として、次の判決が引用されている。CJUE, 16 juil. 2009, aff C-5/08, *Infopaq International AS c/ Danske Dagblades Forening*, pt. 57 et 74; CJUE, 4 oct. 2011, aff C-403/08 et C-429/08, *Football Association Premier League Ltd et autres c/ QC Leisure et autres (C-403/08)* et *Karen Murphy c/ Media Protection Services Ltd (C-429/08)*, pt. 162; CJEU, 15 mars 2012, aff C-135/10, *Società Consortile Fonografici (SCF) c/ Marco Del Corso*, pt. 75; CJUE, 13 fév. 2014, *Svensson e.a. c/ Retriever Sverige AB*, aff C-466/12, pt. 15.

諾が必要としたが、欧州司法裁判所による Soulier 判決では、黙示的な許諾も許容されるとしている。欧州司法裁判所がこのような判断を示した理由として、法務官の意見によると義務的集中管理（集中管理団体を通じてのみ権利行使ができるとする規定）や拡大集中許諾が無効と判断されるおそれがあったことを指摘する意見がある。この意見によると、欧州司法裁判所は、各著作者個人に対する効果的な情報提供が保障の必要性に言及したが、これは義務的集中管理の欧州法制との整合性に疑問を投げかけうるものであり、今後さらなる精査が必要であるとしている⁶²⁾。この問題については、以下の「(4) 拡大集中許諾制度に対する影響」において、より詳細に論じたい。

(2) 無方式主義との抵触

欧州司法裁判所は、著作者は、出版者と合意のもと、あるいは自らが唯一の権利者であることを証明すれば、当該書籍を集中管理の対象から外することができることとなっていることについて、情報社会指令が遵守をもとめるベルヌ条約 5 条 2 項に定められる無方式主義と抵触することを指摘した。この点について、フランスの国務院は、Soulier 判決とは異なる判断を示している。すなわち、Soulier 判決に先立って、国務院は、入手不可能な書籍のデータベースへの登録に対する異議申立てや集中管理からの離脱について、無方式主義と抵触しないとの判断を下していた⁶³⁾。なお、国務院が示した先決裁定を求める問題に、無方式主義との関係は含まれていなかったものの、欧州司法裁判所は、敢えてこの問題についても検討し、判断を示している。

権利者が、集中管理の対象から自らの著作物等を外すためには何らかの意思表示が必要とされる仕組みが無方式主義に抵触すると解される場合、事前の許

62) F. Macrez, «Soulier» et la resurgence de l'auteur, D. 2017. 84, 86.

63) CE 6 mai 2015, préc., consid.7

諾の必要性との関連で論じたのと同様に、拡大集中許諾制度に代表されるオプトアウト型の仕組みの正当性が問われうる。この問題についても、以下の「(4) 拡大集中許諾制度に対する影響」において、より詳細に論じたい。

(3) 入手困難な書籍の電子利用に対する影響

書籍電子利用法が制定された目的は、絶版等により入手不可能となっている紙媒体の書籍を電子出版する際に必要な権利処理の円滑化を図ることである。本法を施行するデクレのうち、集中管理団体による利用許諾に対する異議申立てや集中管理からの離脱について定めた部分が取り消されたことを受け、集中管理の仕組みの見直しを図られると考えられる。

なお、絶版等により入手が困難となった書籍について、図書館が電子化し、館内で閲覧に供することは現行フランス法において可能である。フランスの知的財産法典 122 の 5 条 8 項⁶⁴⁾により、図書館等が、非営利で、保存を目的とする場合や、個人による私的な研究もしくは調査を目的として施設内または専用端末上で閲覧させる場合は、著作物の複製及び上演・演奏が認められている。また、孤児著作物に関する欧州指令を受けた規定も設けられており、図書館等については、入念な調査を経ても権利者を特定することができない孤児著作物等を公衆に提供すること、また、デジタル化、公衆への提供、カタログ化、保存等のために複製することを認めている⁶⁵⁾。したがって、図書館等が、デジタル化した資料を公衆に提供するにあたって、権利者が見つからないという理由で許諾を受けることができない場合は、無許諾での一定の利用が認められている。

64) CPI art. L. 122-5, 8° -

65) CPI art. L. 113-10, L135-1, L135-2.

(4) 拡大集中許諾制度に対する影響

電子図書館構想のような大規模電子化事業における権利処理の円滑化の可能性として、北欧諸国において定着している拡大集中許諾制度が、注目されてきた。集中許諾制度あるいは集中管理制度は、権利者から委託を受けた集中管理団体が、著作物等の利用の許諾を行い、さらに利用者から徴収した使用料を権利者に分配するという仕組みである。放送における音楽利用等、膨大な数の著作物が利用されている分野を中心に各国において広く普及している。これに対して、拡大集中許諾制度とは、著作権法の規定に基づき、著作物の利用者又は利用者団体と、相当数の権利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の効果を、当該集中管理団体に権利管理を委託していない権利者（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。原則として、権利者が利用を禁止した場合を除き、団体に権利を委託していない非構成員にも利用許諾契約の効果が及ぶこと、非構成員も集中管理団体に対して使用料請求権を有すること、非構成員も使用料の分配やその他の便益について、構成員と平等に扱われることが、著作権法上、規定されている。一定の場合を除き、権利者が利用を禁止した場合には拡大集中許諾契約の効果は及ばない（オプトアウトできる）。集中管理団体の適格性として、著作者の相当部分を代表する団体でなければならないと定められている。スウェーデンを除き、政府の認可を受けた団体のみが拡大集中許諾契約を締結できる。さらに、契約締結交渉が不調に終わった場合の調停制度等が設けられている。なお、1 分野において 1 団体が事実上の独占状態にあることが多いが、集中管理団体の行為は競争法の規定による制限を受ける⁶⁶⁾。

拡大集中許諾制度は、個別の権利処理が難しい二次的利用において主として

66) 拡大集中許諾制度の詳細については、一般財団法人ソフトウェア情報センター「拡大集中許諾制度に係る諸外国基礎調査報告書」(平成 28 年 3 月)を参照。

活用されており、北欧諸国においては、図書館やアーカイブによる利用も対象となっている。例えば、ノルウェーの国立図書館は、集中管理団体である Kopinor との間に、2000 年までに出版された書籍を同図書館のウェブサイトに掲載することを可能とする拡大集中許諾契約を締結し、Bookshelf サービスという事業を実施している。権利者は Kopinor に通告することにより、特定の書籍をウェブサイト掲載対象から除くことができる⁶⁷⁾。

フランスの書籍電子利用法は、事前に明示的に利用を許諾していない権利者の著作物についても、集中管理団体が利用許諾を行うこと、また、集中管理の対象から著作物を除くためには、著作権者が異議を申し立てたり、通知したりしなければならないというオプトアウト型の管理体制を構築する点で、拡大集中許諾制度と共通するところがある。欧州司法裁判所は、書籍電子利用法は、著作者の明示的または黙示的許諾があるものとは言えないこと、さらに集中管理から離脱するために著作者に要求される行為が無方式主義に抵触するとした。

事前に明示的に利用を許諾していない権利者の著作物についても、集中管理団体が利用許諾を行うことは、フランスの書籍電子利用法と拡大集中許諾制度とで共通する。ただし、拡大集中許諾制度が伝統的に対象としてきたのは、利用される著作物等の数が多く、個々の著作物等の利用自体は零細で、取引費用の観点から、個別の権利処理によることが難しい二次利用の場面が多い。これに対して、書籍電子利用法が構築した仕組みが適用されるのは、書籍の電子出版という、著作者にとってはいわば主要な市場における利用である。その場合、事前の許諾が必要であり、黙示の許諾は厳格に解されなければならないという原則は、より強い意味を持ちうるとも考えられる。

67) Kopinor ウェブサイト <<http://www.kopinor.no/articles/national-library>> 参照 (平成 30 年 8 月 2 日最終閲覧)。

また、フランスの書籍電子利用法においては、集中管理の対象から自らの著作物を除外するにあたって、データベース登録から 6 か月以内に異議を申し立てるか、あるいは、出版者と共同で、または著作者が自らが唯一の権利者であることを証明した上で、通知することが必要である。この点は、北欧諸国の著作権法で定められている拡大集中許諾に関する規定と異なる。フランスの書籍電子利用法は、著作者により重い手続きを課しているともいえる。自己の著作物の利用を禁止するにあたって、著作者に課せられた手続きの内容や負担の度合いによって、無方式主義に抵触するか否かが定まるのかについては、検討を要する問題と考えられる。

拡大集中許諾制度については、著作権及び著作隣接権の集中管理等に関する欧州指令において、これを許容する記述が見受けられる。具体的には、同指令の前文 (12) において、この指令は、加盟国における拡大集中許諾に関する規定に影響を与えるものではないと述べられている。

なお、現在、制定に向けた検討が行われているデジタル単一市場における著作権に関する欧州指令案 (以下、「単一市場著作権指令案」と言う。)⁶⁸⁾ においては、ライセンス運用を改善するための措置として、拡大集中許諾が位置付けられている。具体的には、前文において、博物館や図書館等の文化遺産施設が商業的に流通していない (out-of-commerce) 著作物等の電子利用を進めるにあたって、拡大集中許諾制度や代表の推定等の、著作物等の管理を集中管理団体に委託していない権利者の著作物等も利用許諾の対象とする仕組みを選択することが加盟国に許されてなければならないとする。その背景として、所蔵する著作物等の数が多いこと、また所蔵品の年代や限定的な経済的価値、商業利

68) Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market - Agreed negotiating mandate, 25 May 2018, available at <http://www.consilium.europa.eu/media/35373/st09134-en18.pdf>. (平成 30 年 8 月 2 日最終閲覧。)

用を目的としていなかったことなどの理由により、デジタル化や頒布に先立って各権利者から許諾を得ることが困難となりうることを指摘している。また、権利者はこうした利用許諾の仕組みからいつでも自らの著作物等を除くことができなければならないとする。そして権利者はこうした許諾の仕組みやそこからの離脱の方法について、利用許諾が与えられる前から十分に周知されていなければならないとする。そのために、欧州知的財産庁にポータルを整備することを提言している。また、周知の方法は、各権利者に個別に伝達する必要がない、効果的なものでなくてはならないとする⁶⁹⁾。

さらに、文化遺産施設における著作物等の利用の場面に限らず、著作権制度が機能するためには、集中管理団体に管理を委託していない権利者の著作物等にも、利用許諾契約の効果が及ぶ拡大集中許諾や代表の推定といった仕組みが必要であり、加盟国には、当該国法制の伝統に則った形で、そうした選択が認められなければならないとする記述が同指令案の前文に見られる。著作物の数が多い場合など、個別の権利処理によると取引費用が大きくなりすぎて、取引が成立せず、市場の失敗がおきている利用分野においては、拡大集中許諾等を用いることにより、関係する全ての著作物等を対象とした利用許諾契約の締結が可能であったと指摘している。その上で、こうした利用許諾方法は、伝統的な集中管理を補完するものとして、利用者には法的安定性を、権利者には適法な利用からの恩恵を享受する機会を提供するものとしている。柔軟な利用許諾方法が求められるデジタル時代においては、非構成員が十分に保護されることなどを条件として、加盟国に拡大集中許諾等の仕組みを維持したり導入したりする選択肢があることが明記されるべきだとしている。その条件として、当該管理団体がその種類の著作物等の著作者を十

69) See *id.* Preambles (22)-(28b).

分に代表していること、全ての権利者が平等に扱われること、利用許諾に関する周知の方法は、各権利者に個別に伝達する必要がない、効果的なものであること、権利者が自らの著作物等をこの利用許諾の仕組みの対象から除く機会が提供されていることが必要であるとしている。さらに、欧州委員会は 2020 年末までに、加盟国における利用許諾の効果を拡大して及ぼす仕組みに関する報告を公表することとされている⁷⁰⁾。

前文の内容をより具体化した規定が、現在、提案されている指令案の「第三章 ライセンス運用を改善し、コンテンツへのより広範なアクセスを確保することを目的とする規定」に含まれている⁷¹⁾。

2016 年 9 月 14 日に公表された単一市場著作権指令案⁷²⁾には、文化遺産施設による商業的に流通していない著作物等の利用について、非構成員にも利用許諾の効果が及ぶ拡大集中許諾に関する規定が含まれているが、それ以外の拡大効果を伴う利用許諾契約に関する規定は含まれていなかった。これに対して、2018 年 5 月 25 日に公表された統一市場著作権指令案では、文化遺産施設による利用の場面以外についても、拡大効果を伴う利用許諾に関する規定が含まれており、こうした仕組みの位置付けを欧州連合法においてさらに明確化することは有益であるとの記述が加えられている⁷³⁾。

70) *See id.* Preambles (28c)-(28h).

71) *See id.* Title III Measures to Improve Licensing Practices and Ensure Wider Access to Content, art. 7-9a.

72) Proposition de Directive du parlement européen et du conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, 14 septembre 2016, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2016:0593:FIN>. (平成 30 年 8 月 2 日最終閲覧。)

73) Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market - Agreed negotiating mandate, *supra* note 68, preamble (28d)

VII. 日本への示唆

1. 日本における国立国会図書館の資料のデジタル化に対応した著作権法の規定

日本の著作権法には、国立国会図書館による所蔵資料のデジタル化や、デジタル化した資料の提供に関連する権利制限規定が存在する。

国立国会図書館は、国立国会図書館法に基づき、納本制度によって出版物を網羅的に収集し、文化的資産として後世に伝えるとともに、国会、行政・司法各部門及び国民の利用に供することとされている。平成 12 年以降、資料の利用と保存の両立を図るため所蔵資料のデジタル化が進められてきた。当初は、著作権処理を行ったものをデジタル化し、インターネット公開するという形で所蔵資料のデジタル化が進められた。平成 21 年の著作権法改正により著作権法第 31 条第 2 項が新設され、国立国会図書館は、権利者の許諾なしに所蔵資料を保存等のためにデジタル化できるようになった。

デジタル化した資料は、国立国会図書館内において提供されるほか、平成 24 年の著作権法改正により新設された著作権法第 31 条第 3 項により、全国の公共図書館等に自動公衆送信できるようになっている。ただし、電子書籍市場の形成、発展の阻害とならないようにする必要があるため、送信先を著作権法第 31 条第 1 項の適用がある図書館等に限定し、送信対象資料を一般に入手することが困難な絶版等資料に限定している。送信を受けた図書館等では、利用者の求めに応じてデジタル化資料の閲覧・複写サービスを行うことができる。

国立国会図書館が著作権の保護期間満了前のデジタル化資料をインターネット公開するに当たっては、権利者の許諾が必要だが、権利者が不明であるなどの理由で許諾を得ることができないものについては、権利者不明の場合の文化

庁長官裁定制度⁷⁴⁾ が利用されている⁷⁵⁾。

なお、日本の著作権法には、フランスの書籍電子利用法に相当する、出版者による絶版書籍の電子出版を容易にすることを目的とする利用許諾に関する規定はない。

2. 憲法による著作権の保障と制約

著作者等の権利を、一定程度、制限する仕組み、例えば著作者等が事前に許諾する自由を一定程度制限するような集中管理体制や権利制限規定の正当性を評価する際に、憲法による財産権の保障と制約の枠組みを用いることは、日本においても参考に値すると思われる⁷⁶⁾。

日本国憲法 29 条の財産権保障には、著作権も含まれると考えられており⁷⁷⁾、この解釈を前提とした最高裁判決が昭和 38 年に出されている⁷⁸⁾。同判決においては、旧著作権法 30 条 1 項 8 号により、レコードを興行又は放送に用いる

74) 著作権者不明等の場合において、文化庁長官の裁定を受け、補償金を供託することで、著作物を利用することができる制度。平成 30 年の著作権法改正により、国等については、補償金の供託は不要となる。著作権法 67 条参照。

75) 平成 25 年度文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会 (第 4 回) 資料 2 「国立国会図書館の資料デジタル化事業の現状と課題」(http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hoki/h25_04/pdf/shiryo_2.pdf 平成 30 年 8 月 2 日最終閲覧。)

76) ドイツ法を素材とした憲法による著作権の保障と制約に関する議論と日本への示唆については、栗田昌裕「憲法による著作権の保障と制約 - ドイツ法の展開を手がかりとして」著作権研究 No.37 152 頁 (2010) 参照。

77) 栗田・前掲注 76) 152 頁、佐藤幸治『憲法 (第 3 版)』565 頁 (青林書院、1995 年)、伊藤正己『憲法 (第 3 版)』367 頁 (弘文堂、1995 年)。

78) 最判大昭和 38 年 12 月 25 日民集 17 巻 12 号 1789 頁。東京地判昭和 52 年 3 月 30 日判事 845 号 25 頁も参照。

ことは著作権侵害とならないと定められていることは、憲法 29 条 2 項に違反するものではないとされた。すなわち、憲法 29 条は、1 項において「財産権は、これを侵害してはならない」旨規定し、私有財産制の原則を採るとはいつても、その保障は、絶対無制約なものではなく、2 項において「財産権の内容は、公共の福祉に適合するように法律でこれを定める」旨規定しており、これは、1 項の保障する財産権の不可侵性に対して公共の福祉の要請による制約を許容したものであることは、すでに累次の大法廷判決が判示していることを指摘している。その上で、旧著作権法 30 条は、一定の場合に限って著作物を公益のため広く利用することを容易にする目的で、同条 1 項各号の方法により著作物を複製することは著作権侵害とみなさないものとした法規であること、著作物の利用を許容するのは一定の場合の利用に限定しており、かつ同条 2 項において、その利用の場合は利用者に出所明示義務を負わせて著作権者の保護もはかっていること、すなわち、同条は、著作権の性質に鑑み、著作物を広く利用させる要請に応じるために著作権の内容を規制したものであつて、憲法 29 条 2 項にそうものだと判断した。また、憲法の同条項により財産権の内容を公共の福祉に適合するように法律をもって定めるときは、同条 3 項の正当補償をなすべき場合に当たらないとしている⁷⁹⁾。本判決においては、財産権である著作権の内容そのものがそもそも制限の付いたものであるとされたと言える⁸⁰⁾。

以上のように、憲法の枠組を用いて著作権の保障と制約について検討することについて、裁判例が存在する。こうした検討の枠組は、事後的紛争解決の場面だけでなく、例えば、立法過程においても一つの有用な視座を提供するものと考えられる。

79) 現行著作権においては、レコード製作者の保護は著作隣接権による保護に移行し、レコード製作者は商業用レコードが放送又は有線放送で使用される場合、二次使用料を受ける権利を有するようになった。

80) 安倍正三「判解」最判解民事編昭和 38 年度、421 頁、433・434 頁 (1969)。

3. 事前の許諾の必要性和無方式主義との抵触

日本においては、個々の著作物の利用について、事前の明示的許諾がない場合にも、黙示の許諾が存在する場合はあり得ると考えられている⁸¹⁾。裁判例においても、黙示の許諾の存在が認められたものがある⁸²⁾。また、著作権法の権利制限規定のうち、例えば現行 47 条の 6 (送信可能化された情報の送信元識別符号の検索等のための複製等) が適用される事案の中には、黙示的許諾の法理で解決できるものもあると考えられる⁸³⁾。情報検索サービスに必要な行為は、著作権者の許諾を得なくても可能とすることを明確化したこの規定には、権利者がネット上で情報収集を拒否する旨の意思表示を行っている場合は、当該情報を収集しないという条件が付されている。情報収集を拒否する旨の意思表示を行っていない場合には、検索結果として表示すること等について黙示的許諾の存在が認められる場合もあると考えられるが、条文上は、黙示的許諾の有無により特段取扱いを区別していない。

無条件でネット上に著作物を掲載した場合に、黙示的に利用を許諾していると推定できる場合もあると考えられる。ただし、紙媒体での出版を許諾した著作者が、電子出版についても黙示的に許諾していると推定するのは困難な場合が多いと考えられる。また、著作物が利用されていることを著作者が知らない場合や、利用を禁止するためにどのような手続きが必要であるか十分に知らさ

81) 中山信弘『著作権法 (2 版)』425-426 頁 (有斐閣、2014 年)、半田正夫=松田政行編『著作権法コンメンタール 2 (2 版)』780-782 頁 (勁草書房、2015 年)、作花文雄『著作権法 (5 版)』434 頁 (ぎょうせい、2018 年)。

82) 東京地判平成 29 年 11 月 29 日裁判所ウェブサイト参照 (平成 27 年 (ワ) 29705 号)、東京地判平成 29 年 2 月 28 日裁判所ウェブサイト参照 (平成 28 年 (ワ) 12608 号)。

83) 文化審議会著作権分科会報告書 (平成 23 年 1 月) 55 頁参照。なお、平成 30 年の著作権法改正により、現行 47 条の 6 の規定は新しい 47 条の 5 の規定に整理し直される。

れていない場合に、黙示の許諾の存在を推定することも困難と言えよう。

無方式主義との関連では、著作物の利用を禁止するために必要な、いかなる手続きが、無方式に反するのかを精査する必要があると考えられる。また、ベルヌ条約 5 条 2 項において定められている無方式主義は、他の同盟国の著作物に関するものであって、自国の著作物に関するものではないことについて留意が必要である。他方、日本の著作権法 17 条 2 項においては、著作者人格権及び著作権の享有には、いかなる方式の履行をも要しないと定められている。オプトアウト型の利用許諾の仕組みのように、権利の行使について、著作者による何らかの意思表示を必要とするものについて、ベルヌ条約 5 条 2 項、及び日本法 17 条 2 項のそれぞれに照らし合わせて、評価することが必要と考えられる。

VIII. 最後に

日本においては、フランスと異なり、デクレの制定のように首相等が行う行為の取消し訴訟について管轄権限を持つ国務院⁸⁴⁾や、法律の事後的合憲性審査等を行う憲法院⁸⁵⁾のような組織や制度はない。また、原則として具体的事件性がないのに抽象的に法令の解釈または効力について争うことはできないと解されている⁸⁶⁾。ただし、こうした前提を異にするとは言え、フランスの書籍電子利用法を巡る一連の争いについて下された判断は、日本においても示唆を与えうるものとする。

公的図書館等による所蔵資料の大規模電子化事業は予算措置を必要とするも

84) 前掲 22) 参照。

85) 前掲 28) 参照。

86) 最判昭和 27 年 10 月 8 日民集 6 卷 9 号 783 頁 (警察予備隊違憲訴訟)。

のであり、財政的制約がある。また、閲覧場所が館内に限られるといった制約もある。こうした状況の中で、入手が困難となっている書籍の民間出版社等による再活用を容易にするという政策目的自体は否定されるものではない。特にロングテール効果⁸⁷⁾も考慮すると、紙媒体の書籍と異なり、少部数しか売れない書籍も電子化すれば商業的に提供し続けることが採算面からも可能となる場合がある。結果として、特定の読者層のみ対象とするような出版物であっても入手が容易になる可能性がある。しかし、その政策目的を実現するために立法措置を講ずるにあたっては、財産権である著作権に対する制約の形として許容されるものであるか、また著作物の利用にあたっては著作者の許諾を要するという原則から逸脱するものではないか、さらに無方式主義に触れるものではないかなど、基本的な原則に十分に留意しなければならないことを再認識させるものである。

*この研究は、平成 28～30 年度科学研究費助成事業（基盤研究 (c)）「著作物等の大規模電子化プロジェクトにおける拡大集中許諾制度の可能性」（課題番号：16K03433）の成果である。

87) 前掲 14) 参照。