

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

菱 沼 剛

はじめに

著作物の性質や権利の帰属を巡る実体関係の変動等によって、権利者が知れない著作物の数は多い。あたかも親の行方が判明しない子供、いわゆる「孤児」のような状況であるとして、「孤児著作物(Orphan works)」と呼称されている。こうした著作物についても、著作権が存在する以上は、その利用行為にあたって、権利者の許諾を得る必要がある。しかし、そもそも権利者とコンタクトが取れないのであるから、許諾を得ることは容易ではないことが多く、創作物の利用を妨げているとの認識が強まっている。

本稿は、「孤児著作物」を巡る議論の状況を鳥瞰する。「孤児著作物」とは何か、その実態はどうなっているか、発生の原因は何か、既存の制度で対応できないのか、という基礎的な論点を踏まえ、各国における議論の状況をサーベイする。具体的な法案まで提出された米国における議論を中心に、欧州や日本における状況を概観する。

1. 孤児著作物問題の意義と現状

(1) 定義

欧州理事会によれば、「権利者の身元または所在の確認が、困難である

か不可能な、著作権によって保護された作品」であると定義されている<sup>1</sup>。米国著作権局による定義も、ほぼ同様である<sup>2</sup>。したがって、利用者が許諾を求めて権利者にコンタクトしたにも関わらず、許諾あるいは返答を得ることができなかったような場合は、「孤児著作物」が扱う問題ではない。権利者の身元および所在が、把握可能だからである<sup>3</sup>。

理論的には、「孤児著作物」にフォークロア (folklore) も含めて考えることは可能である。ベルヌ条約第15条第4項は、「著作者が明らかでないが、著作者がいずれか一の同盟国の国民であると推定する十分な理由がある発行されていない著作物について、著作者を代表し並びに著作者の権利を各同盟国において保全し及び行使することを認められる権限のある機関を指定する権限は、当該一の同盟国の立法に留保される。」<sup>4</sup>としている。「フォークロア」の文言を明白には含まないものの、1967年のストックホルム会議において導入された本条は「フォークロア」の保護を目的とするものである<sup>5</sup>。しかし、「孤児著作物」の問題が議論される場合には、こうした国家あるいは共同体に属する創作物は視野に入れられていない。権利が私人に帰属することが前提となっている。そして、真の著作権者による許諾を得ることなく当該著作物が利用されることについて、後日、真の権利者が現れて、利用者の責任を追及する状況が念頭におかれている。

もっとも、“Orphan works”「孤児著作物」という用語は、上記のような

問題を表現するのに適切ではないかも知れない。「孤児」には、親の身元や所在が不明の場合だけでなく、死別した場合も含まれる。元の著作者が死亡したものの、現在の権利関係が明らかなケースについては、本問題に含めて考えるのは一般的ではないからである。ただ、この表現は国際的に一般的に使用されている。そこで、以下では、括弧を付けずに、孤児著作物とする。

なお、米国においては、連邦法が適用されない範囲については、孤児著作物の範囲から除外されている<sup>6</sup>。すなわち、1972年2月15日より前に固定された録音物に関しては、2067年2月15日まではコモン・ローまたは州の制定法が優先的に適用され、連邦著作権法の適用がないとされている(17 U.S.C. § 301(c))。本条項は、連邦制を有する米国に特有の事情に基づくものであり、録音物一般を孤児著作物問題から除外するものではない。

## (2) 件数の実態

孤児著作物に関わる現状については、全貌を把握できるようなデータが存在しない。米国における古い書物について、著作権者や出版者へのコンタクトが困難な実態については、カーネギー大学によって実証的データが示されている<sup>7</sup>。しかし、著作物の種類の多様性もあって、網羅的な統計は存在しないようである。まして、国際的な動態となればなおさらである。

なお、米国における著作権の登録件数に対する更新件数の比率から、著作権の経済的価値の歴史的な経年償却を分析した研究がある。古くなった著作物の多くは、更新料支払に見合う経済的価値を失ったと結論づけている<sup>8</sup>。たしかに、かつて更新が権利の存在要件とされていた時代にあつて

<sup>1</sup> Commission of the European Communities, *Communication Staff Working Document, Annex to the Communication from the Commission “i2010: Digital Libraries”*, Sec(2005) 1194, 2005, p.12. See also Recital 10, Commission Recommendation of 24 August 2006 on the digitisation and online accessibility of cultural material and digital preservation, 2006/585/EC, Official Journal L 236, 31/08/2006, pp.28-30.

<sup>2</sup> Marybeth Peters, Copyright Office, Library of Congress, *Orphan Works (Notice of Inquiry)*, Federal Register Vol. 70, No. 16, 2005, p.3739. また、US Copyright Office, Library of Congress, *Report on Orphan Works*, 2006, p.15も同様。

<sup>3</sup> *Ibid.*, p.22.

<sup>4</sup> (社)著作権情報センター(CRIC)による和訳。

<sup>5</sup> 詳しくは、Mihály Ficsor, *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms*, WIPO Publication No. 891(E), 2004, pp.92-95.

<sup>6</sup> US Copyright Office, Library of Congress, *supra*, pp.35-36.

<sup>7</sup> Denise Troll Covey, University Libraries, Carnegie Mellon University, *Re: Response to Notice of Inquiry about Orphan Works, Federal Register (January 26, 2005), Vol. 70, No. 16: 3739-3743, 2005, available at* <<http://www.copyright.gov/orphan/comments/OW0537-CarnegieMellon.pdf>> (last visited on February 20, 2007).

<sup>8</sup> William M. Landes and Richard A. Posner, *Indefinitely Renewable Copyright*, U Chicago Law & Economics Olin Working Paper No. 154, 2002.

は、権利管理をしない権利者数と、権利者の所在不明数とは、相関性が高かったのではないかと推察されるが、孤児著作物のデータを直接的に示すものではない。また、日本の国立国会図書館のホームページは、明治時代の本を、「近代デジタルライブラリー」として提供している。同館は、ホームページ上で「著作者情報公開調査」を実施し、著作権者に関する情報提供を募っている。提供された情報により、収録可能となった資料数は、平成16年度(2004年)は1件(6冊)、平成15年度(2003年)は976件(1,193冊)である<sup>9</sup>。近代デジタルライブラリー全体の収録件数<sup>10</sup>に比べれば、極めてわずかな数字に止まっている。ただし、公開調査によって権利者が判明しないからといって、直ちに上記の定義に該当するかは、一義的ではない。

このように網羅的あるいは正確な統計は存在しないものの、米国、欧州をはじめ、日本においても、近年になって孤児著作物問題の解決の必要性が強く認識され、後述するように解決に向けた動きが出ている。したがって、権利者の身元や所在の確認が、困難であるか不可能な著作物は相当数存在することは、想像に難くない。

### (3) 発生の原因

権利者の身元または所在の確認を困難にしている事情と、それに関連する法制度に分けられる。上記の米国著作権局による報告書は、発生の原因について詳しく分析している<sup>11</sup>。このような事情は、必ずしも米国に限られるものでなく、孤児著作物が生じる普遍的な原因を示していると考えられる。また、後述するように、外在的な原因も指摘されている。

<sup>9</sup> 国立国会図書館『著作者情報 公開調査』<<https://kokaityosa.ndl.go.jp/>>(最終参照日2007年2月20日。公表年は不明)。

<sup>10</sup> 平成18年(2006年)4月現在、約127,000冊を収録。国立国会図書館『電子図書館の蔵書』<<http://www.ndl.go.jp/jp/data/endl.html>>(最終参照日2007年2月20日。公表年は不明)。

<sup>11</sup> US Copyright Office, Library of Congress, *supra*, Chapters III and IV.

### (i) 権利者の身元または所在の確認を困難にしている事情

第一に、特定のタイプの著作物について、権利者の身元確認が困難なこと。無方式主義の下、著作者の表示が存在しないこともある。権利者に関する情報が作品自体から入手することができない場合においても、当該作品を利用しようとする者は、状況あるいは類推的な情報を元にして、利用するか判断しなければならない。こうした情報には、公表予定があるか、登録・更新の予定があるか、職務著作かといったものがある。しかし、写真著作物について、誰が当該写真を撮ったかすら、確認する術がないのが通常である。未公表あるいは匿名の原稿・手紙等の言語著作物、自家製ビデオや説明用映画といった視聴覚著作物、インターネット上に掲載された画像等の平面的美術・視覚芸術著作物、絵葉書・パンフレット等の様々な一時的著作物(ephemera)についても、然りである。

第二に、権利帰属や権利者に関わる状況の変化による、権利帰属関係の情報の入手が困難なこと。著作権の帰属の変化や、住所変更・死亡・解散・事業終了といった権利者側の状況の変化が生じるのは、よくあることである。権利の帰属の変化については、著作権の単独譲渡、企業合併、企業全体の資産承継といった形態をとる。著作権が企業に帰属している場合には、とりわけ権利関係が複雑になることが、多くのコメントにおいて指摘されている。また、二重譲渡が絡むようなケースにおいては、当事者間においてすら権利関係を確定することが困難である。外部の利用者にとっては、なおさら、利用を躊躇することになる。

権利者の死亡が生じた場合についても、遺言の存在や複数相続人への権利の分割承継といった事情により、権利関係が複雑になる。また、権利者が企業体の場合においても、企業の解散や破産といった事態によって、現在の権利関係が分かりにくくなり、やはり外部の利用者にとって、利用しづらい状況となる。

第三に、権利の帰属に関する、既存の情報源に制限があること。利用者が用いる一般的な情報源としては、インターネット上の検索、古い電話帳や死亡証明書・相続財産記録の調査などがある。米国においては、著作権局における記録が主な情報源である。1891年から1982年までは、著作権局は期間内におけるすべての登録を収録した Catalog of Copyright Entries

(CCE)を発行していた。1978年以降の登録については、著作権局のホームページ上<sup>12</sup>において検索が可能である。また、権利の帰属の変動に関わる情報についても、著作権局における閲覧が可能である(17 U.S.C. § 205)。著作権局以外にも、私的機関等において権利者調査を行うサービスがある<sup>13</sup>。また、集中処理機関が有する情報も、すべての種類の著作物を網羅的にカバーしているわけではないものの、権利の帰属を確認する上で有用である。

ただ、著作物の種類によっては上記のような情報が入手しにくい、データベースの情報の正確性を担保する手段が確保されていない、著作権局が有する情報の一部はオンライン上で入手できない、相続財産記録などは管轄する地域によって情報入手可能性や正確性において差が大きい、等の難点が指摘されている。登録制度が存在しない国においては、情報源の制約は、より大きい。

第四に、著作権に関する情報を調査することが困難なこと。著作権に関する情報の収集にかかるコストと時間、そして不確実性を考えただけで、多くの利用が躊躇されている。また、古い作品や海外作品については、調査が事実上不可能な場合もある。

## (ii) 関連する法制度

米国においては、1976年法<sup>14</sup>以前に適用されていた1909年法<sup>15</sup>によれば、著作権の更新なき場合は、保護期間は、発行時から28年間しかなかった。更新によって、さらに28年間の保護が与えられていた。1976年法は、1978年以後に創作された著作物について、更新制度を廃止した。さらに、1992年には、すべての著作物について更新制度を廃止し、著者の死後50年間保

<sup>12</sup> <<http://www.copyright.gov/records/>> (last visited on February 20, 2007).

<sup>13</sup> 米国著作権局のウェブサイトは、こうした機関を例示列挙している。US Copyright Office *Copyright Internet Resources, date of creation is unknown, available at* <<http://www.copyright.gov/resces.html>> (last visited on February 20, 2007).

<sup>14</sup> Copyright Act of 1976, Pub. L. No. 94-553, 90 Stat. 2541, October 19, 1976.

<sup>15</sup> Copyright Act of 1909, Act of March 4, 1909, ch. 320, 35 Stat. 1075.

護が与えられることになった<sup>16</sup>。なお、後に、1998年法<sup>17</sup>によって、さらに70年間へと延長されている。更新制度の廃止に伴い、利用者は著作権局における更新登録の記録を調べることによって、当該作品がパブリック・ドメインに属するか確認することができなくなった。なお、更新制度の廃止は、ベルヌ条約への整合性を確保するためであった。

1976年改正を含め、著作権の保護期間の延長が議論される度に、議会や著作権局において、権利者の所在を確認することができない場合の不都合が認識されるようになってきた。こうした経過を経て、著作権局は、この問題が、著作物の利用を阻害していると認識するようになっていた<sup>18</sup>。

## (iii) 外在的な原因

上記のような「構造的な原因」(structural causes)に対比される形で、米国著作権局による報告書には触れられていないものの、「外在的な原因」(extrinsic causes)があることも指摘されている<sup>19</sup>。すなわち、情報技術の進歩により創作活動が容易になり、著作物として保護される対象物の数が増大していること、他方、公表、複製、校正やコメント付与といった行為が一般人にも可能になっていることである<sup>20</sup>。インターネットの普及は、孤児著作物の数と、その潜在的利用行為の双方を増加させていると言える。

<sup>16</sup> Copyright Renewal Act of 1992, title I of the Copyright Amendments Act of 1992, Pub. L. No. 102-307, 106 Stat. 264, June 26, 1992.

<sup>17</sup> Sonny Bono Copyright Term Extension Act, title I of Pub. L. No. 105-298, 112 Stat. 2827, October 27, 1998.

<sup>18</sup> US Copyright Office, Library of Congress, *supra*, p.16において、1976年法改正、1998年法改正における問題提起の概要が紹介されている。

<sup>19</sup> Olive Huang, *Intellectual Property: Copyright: Note: U.S. Copyright Office Orphan Works Inquiry: Finding Homes for the Orphans*, 21 Berkeley Tech. L.J. 265, 2006, pp.268-77.

<sup>20</sup> Center for the Study of the Public Domain, Duke Law School, *Orphan Works Analysis and Proposal, submission to the Copyright Office*, 2005, available at <<http://www.copyright.gov/orphan/comments/OW0597-CPD2.pdf>> (last visited on February 20, 2007).

なお、同書は、制度的な原因、すなわち、とりわけ映画産業における、侵害行為とされるリスクに対する制度的な安全装置 (institutional safeguards) の限界についても、外在的な原因の一つとなっていると指摘する。映画監督は、二次的作品的創作者に対して、侵害責任保険の加入を要求することがある。このような保険は、孤児著作物が関わる場合をカバーしないこともしばしばである。また、映画監督は、映画の配給前に、すべての権利について許諾を得ることを要求することもある<sup>21</sup>。しかし、このような業界の慣行は、孤児著作物が生じる原因というよりは、孤児著作物が存在することにより映画製作が躊躇されることであるという意味で、その弊害が拡大するという現状を叙述するものといえよう。

#### (4) 孤児著作物を放置することに伴う問題点

本問題を放置すれば、利用者の利便のみならず、広く公共の利益を阻害すると考えられる。すなわち、権利者の身元と所在が不明な場合には、利用者は、利用の可否および条件を判断することができない。利用行為の後に真の権利者から訴訟を提起された場合に、仮に利用者の主張が裁判所によって認められる可能性が高いとしても、手続に伴うコストやリスクを考えて、孤児著作物を利用しないのが一般的である<sup>22</sup>。たとえ権利者が存在しなくなっていたり、あるいは作品の利用に制限を設ける意図を権利者が有しないとしても、権利者の身元や所在が不明であるが故に、当該作品が事実上利用されないとすれば、公共の利益に反すると考えられる<sup>23</sup>。たとえ利用されたとしても、権利の帰属が不明確であることによって、リスク相当分の割増料が消費者に転化されるとともに、二次的作品的創作活動の

<sup>21</sup> Citing Patricia Aufderheide and Peter Jaszi, *Untold Stories: Creative Consequences of the Rights Clearance Culture for Documentary Filmmakers*, 2004, available at <[http://www.centerforsocialmedia.org/rock/backgrounddocs/printable\\_rightsreport.pdf](http://www.centerforsocialmedia.org/rock/backgrounddocs/printable_rightsreport.pdf)> (last visited on February 20, 2007).

<sup>22</sup> Copyright Office, Library of Congress, *Orphan Works*, Federal Register Vol. 70, No. 16, 2005, pp.3740-41.

<sup>23</sup> US Copyright Office, Library of Congress, *supra*, p.15.

阻害を通じて、消費者への創作物の供給が減ることになる<sup>24</sup>。また、後述するように、文化的創造物を収集する公共の図書館等が、その所蔵物を電子化する際の障害となる。

## 2. 既存の制度による対応

### (1) 米国

著作権保護期間の延長や更新制度廃止の際に、孤児著作物の問題が認識され、いくつかの立法的な対応が行われた。米国著作権局報告書に紹介された制度を紹介する<sup>25</sup>。ただし、同報告書が認めているように<sup>26</sup>、既存の制度は、一部の利用者にとって特定の状況における解決策を提供するものの、孤児著作物問題に直面する一般の利用者にとっては処方箋とならない。後述するパブリック・コメントにおいては、孤児著作物として認識されている問題のうち、一定の局面については、既存の制度によって対処できることを強調する意見もあった<sup>27</sup>。しかし、現行法の下での解決には限界があると、一般に認識されている<sup>28</sup>。

なお、上記報告書は、権利付与の終了権行使のための、被付与者またはその承継人に対する通知について規定する17 U.S.C. § 203, § 304(c)および§ 304(d)について触れているが、権利者の身元・所在が不明の場合に利

<sup>24</sup> Jerry Brito and Bridget Dooling, *An Orphan Works Affirmative Defense to Copyright Infringement Actions*, 12 Mich. Telecomm. Tech. L. Rev. 75, 2005, pp.84-85.

<sup>25</sup> US Copyright Office, Library of Congress, *supra*, pp.44-59.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p.52.

<sup>27</sup> 「深刻な orphan works 問題があることは、われわれにとって明白ではない」RIAA (全米レコード協会), *Comments of the Recording Industry Association of America (RIAA) in response to Copyright Office Notice of Inquiry 70 Fed. Reg. 3739*, 2005, fn 3. 「既存の法律は、すでに作品の利用者を保護している (中略) エクイティ上の放棄 (abandonment)、消滅時効 (laches) および禁反言 (estoppel) は、孤児著作物の利用者は抗弁となり得る」ASCAP (米国作曲家・作家・出版者協会), *Reply Comments of the American Society of Composers, Authors and Publishers Regarding Orphan Works*, 2005, pp.5-6.

<sup>28</sup> US Copyright Office, Library of Congress, *supra*, p.70.

用行為を促進し、孤児著作物問題を解決するものではないため、本稿では割愛する<sup>29</sup>。

(i) 17 U.S.C. § 108(h)

本項は、著作権の保護期間を20年間延長した、前述の1998年法において導入された。Orphan works 条項と呼称されることもある。著作権の保護期間の最後の20年間に、図書館または文書資料館は、相当な調査に基づいて一定の条件に該当しないと判断した場合には、保存、学問または研究のために、かかる著作物またはその一部のコピーまたはレコードをファクシミリまたはデジタル形式にて複製、頒布、展示または実演することができる(第1項)<sup>30</sup>。

「相当な調査」および「相当な金額」が何か問題となるが、上記報告書によると、これまでに裁判例は存在しないとのことである。また、第2項(C)については、同報告書によると、上記法改正後、一度も利用された実績がないとのことである。したがって、図書館または文書資料館という、限られた利用者にとってですら、本項の存在によって、孤児著作物を利用することに伴う法定不安定性が解決された訳ではない。

<sup>29</sup> *Ibid.*, pp.50-52. 被付与者またはその継承人のいずれに対して通知を行うかは、権利の承継があったか否かについて「合理的な調査(reasonable investigation)」を経た上で決するべきであるとされている。37 C.F.R. § 201.10(d)(2). 「合理的な調査」には、著作権局における記録の調査の他、実演家の権利が関わる音楽著作物については、集中処理機関に対する問い合わせが含まれるとされている。37 C.F.R. § 201.10(d)(3).

<sup>30</sup> 山本隆司・増田雅子共訳『外国著作権法令集 -アメリカ編-』(2000年・著作権情報センター)による和訳を参照。一定の条件とは、次のとおりである(第2項)。

- (A) 著作物が通常の商業的利用の対象である場合。
- (B) 著作物のコピーまたはレコードが相当な金額で入手できる場合。
- (C) 著作権者またはその代理人が、著作権局長が定める規則に従って、第(A)号または第(B)号に定める条件が適用される旨の通知を行う場合。

(ii) 17 U.S.C. § 115

非演劇的音楽著作物のレコードが、著作権者の許可に基づいて米国内で公衆に頒布された場合には、他の者は、一定の要件の下に、強制使用許諾を受ける意思の通知を権利者に送達することによって、当該著作物のレコードを作成し頒布する強制使用許諾を受けることができる。ただし、レコードを作成する主たる目的が、それらを私的使用のために公衆に頒布する(デジタルレコード配信による場合も含む) 場合に限る(第 a (1)項)<sup>31</sup>。

本項は、孤児著作物問題を解決するものではない。利用を希望する者が、実際に権利者の身元や所在を知っていたか否か、合理的な調査を行ったか否かは、強制使用許諾や、あるいは使用料支払とは無関係である。当該利用希望者は、著作権局における登録を実際に調査する必要がある(37 C.F.R. § 201.18(d)(1)(vi)) が、その他の合理的な調査をすることまでは求められていない。

ただ、本項は、非演劇的音楽著作物のレコードという限られた種類の著作物について、権利者側に登録のための動機付けを付与することで、間接的な形で、孤児著作物が生じるのを減らす効果を有するといえよう。

(iii) 17 U.S.C. § 504(c)(2)

本条項は、1976年法によって導入されたものである。著作権の侵害にあたることを、侵害者たる利用者が知らず、かつ侵害行為と信じる理由を欠いた場合には、法定損害賠償の額が200ドルを下限として減額され得る。

<sup>31</sup> 上記の要件とは、著作物のレコードの作成前またはレコードの作成後30日以内でその頒布の前に、強制使用許諾を受けようとする意思の通知を著作権者に送達することである。著作権局の登録その他の公の記録が著作権者を明らかにせず、かつ、通知を送付することができる住所を記載していない場合には、意思の通知を著作権局に提出すれば足りる(第 b (1)項)。また、強制使用許諾による使用料を受けるためには、著作権者は、著作権局の登録その他の公の記録において特定されなければならない(第 c (1)項)。山本他・前掲による和訳。

著作物の利用がフェア・ユースであるとして、利用者=侵害者が信じ、かつそのように信じるにつき合理的な根拠があった場合には、一定の利用者について、法定損害賠償額の支払が減免される。ここでいう一定の利用者とは、非営利的教育機関、図書館もしくは文書資料館や、非営利的活動を行う公共放送事業者である。

本制度は図書館等に賠償責任の免除を認めている点で、孤児著作物を利用しようとする図書館にとって有益である。たしかに、孤児著作物問題が提起するのは、フェア・ユースに該当する場合に限らず、権利者が不明の場合に広く著作物の利用を行わせようとするものであり、本項の射程範囲よりも広い。しかし、本制度をヒントにして、著作権局は責任制限制度の創設を考えたようである。

## (2) 日本

著作権法第67条(著作権者不明等の場合における著作物の利用)第1条により、「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、若しくは提示されている事実が明らかである著作物は、著作権者の不明その他の理由により相当な努力を払ってもその著作権者と連絡することができないときは、文化庁長官の裁定を受け、かつ、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著作権者のために供託して、その裁定に係る利用方法により利用することができる。」とされている。「著作権者の不明その他の理由により(中略)連絡をすることができないとき」としては、(i) 著作者不詳、(ii) 著作権者不明、(iii) 著作権者は判明しているがその所在が不明、(iv) その所在は判明しているが、連絡をすることができないときがある<sup>32</sup>。

本項は、公益保護を目的とする。すなわち、一般に利用されている著作物について、利用者側において許諾を求める意思がありながら、著作権者不明等のために許諾を得る方法がない場合に、行政庁の裁定によってその利用を適法化する方が、利用者にとって便宜であり、著作権者の保護のた

<sup>32</sup> 斉藤博『著作権法』(第2版・2004年・有斐閣) 271頁。

めにも周到であると考えたものである<sup>33</sup>。

本項といえども、著作者の人格権的権利を制限するものではない。著作者が出版その他の利用を廃絶しようとする意思を明確にしている場合には、裁定をすることができない(同法第70条第3項第1号)。本裁定制度の対象となるのは、公表された著作物に限られるが、著作者がその未公表著作物に対する権利を譲渡した場合には、著作物の公衆への提供・提示に同意したものと推定される(同法第18条第2項第1号)。

「相当な努力」とは「利用したい著作物の著作権者について社会的に見て常識的な方法により著作権者を捜すこと」をいい、「単に時間や経費を要するからとか、捜すべき著作権者の人数が多いからというのは、捜す手間を軽減する理由には」ならないとされている<sup>34</sup>。単に著作権者が外国に居住していて連絡をとるのに時間や経費を要するのでは足りず、八方手を尽くしても連絡のしようがないという場合に限られる<sup>35</sup>。

「相当な努力」にも関わらず、著作権者が見つからない場合に、文化庁長官への裁定の申請、同長官による利用の可否の決定、補償金額の決定、補償金供託を経て、申請者が当該著作物を利用することができる。

## (3) カナダ

日本と同様に、政府の著作権委員会(Copyright Board)が、孤児著作物の利用について積極的に関与している。すなわち、利用者が「相当な努力」を払ったにも関わらず著作権者の所在が不明の場合に、当該利用者の申請に基づき、許諾がなされる<sup>36</sup>。「相当な努力」であったか否かは、同委員会

<sup>33</sup> 加戸守行『著作権法逐条講義』(5訂新版・2006年・著作権情報センター) 400頁。

<sup>34</sup> 文化庁著作権課『著作権者不明等の場合の裁定制度』、<<http://www.bunka.go.jp/1tyosaku/c-1/index.html>>(最終参照日2007年2月20日、公表年は不明)。

<sup>35</sup> 加戸・前掲、401頁。

<sup>36</sup> Section 77, An Act to amend the Copyright Act, S.C. 1997, c. 24 (Assented to 25 April 1997). カナダ著作権法第77条(所在不明の権利保有者)

77.(1)(委員会によって許諾証が発行され得る事情) 著作権が存続する次の目的物について、その利用に係る許諾証の取得を希望する者の申請があったとき、

が判断することになる。申請人は、当該委員会への申請の前に、集中処理機関へのコンタクト、インターネット上の検索、出版者・図書館・大学・美術館・地域の教育担当当局へのコンタクトをすることが前提となっている<sup>37</sup>。1990年以来、2007年1月末に至るまで、192件の許諾がなされている。その際、利用者は許諾料の支払が必要であるが、当該所在不明の著作権者を代理することが通常行われている集中処理機関への支払が、委員会によって求められるのが通常である。そして、当該許諾終了後5年間を経ても、なお権利者が現れない場合には、当該集中処理機関は、その会員の一般的な利益のために、当該許諾料を使用することが著作権委員会によって認められる。

こうした扱いは、創作活動に寄与していない集中処理機関の会員に対して、望外の利益を与えるものだと批判がある。また、カナダの制度は公表された作品だけを扱うものであって、非公表作品との均衡を失する、また、政府機関への申請手続を介在させるのは非効率的だと批判がある<sup>38</sup>。

#### (4) 英国

---

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、(中略)許諾証を、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

(2) (許諾の条件) (1)の規定に基づき発行される許諾証は、排他的でなくかつ委員会が定める期間及び条件に従う。

(3) (権利保有者への支払い) 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許諾証の期間満了後5年以内に、当該許諾証に裁定される使用料を徴収(中略)することができる。

駒田泰士・本山雅弘共訳『外国著作権法令集(26)-カナダ編-』(1999年・著作権情報センター)による和訳を参照。

<sup>37</sup> Copyright Board Canada, *Unlocatable Copyright Owners*, date of creation is unknown, available at <<http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable/brochure-e.html>>(last visited on February 20, 2007).

<sup>38</sup> Brito et al., *supra*, pp.105-07.

孤児著作物について網羅的な制度が存在する訳ではないが、権利者が不明の場合における、著作物の利用促進のための条文が散見される。利用行為を促進するため、一定種類の著作物について、立法的手当てがなされている<sup>39</sup>。

(i) 侵害行為の否定。英国著作権法<sup>40</sup>第57条第1項により、合理的な探索によっても著作権者を探し出すことができない、あるいは著作権期間の消滅日時が不確かであるものの著作権が消滅したと考えるのが合理的な場合においては、文芸、演劇、音楽又は美術の著作物について、著作権侵害が生じないとされている。ただし、国王の著作権が存続する著作物や、国際機関に帰属する著作物には適用されない。

(ii) 許諾の範囲の拡張。複写複製のための許諾において、許諾の範囲内であることが明白である場合には、黙示的な補償(implied indemnify)が含まれるとされる(同法第136条第2項)。また、教育機関による複写複製のための許諾については、合理的かつ権利者の利益を不当に害しない限り、所管大臣(Secretary of State)が範囲を拡大することができる(同法第137条第2項)。

(iii) 政府機関による強制許諾。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(同法第190条第1項)。

#### (5) フランス

著作物の権利承継者が不明の場合に、当該著作物の利用について、裁判所は「適当ないずれの措置(toute mesure appropriée)」を命ずることができる<sup>41</sup>。隣接権について定めたCPI<sup>42</sup>第211条の2については、現行法の下では、

---

<sup>39</sup> 大山幸房『外国著作権法令集-イギリス編-』(2005年・著作権情報センター)による和訳。

<sup>40</sup> Copyright, Designs and Patents Act 1988 (c. 48).

<sup>41</sup> 「第122の9条 (中略) 大審裁判所は、適当ないずれの措置も命ずることができる。(中略) 認められる権利承継者がいない場合、又は相続人の不存在の場合も、同様と



かかる措置についての明文の規定はない。しかし、「特に(notamment)」という副詞をあえて使用していることを理由として、解釈論として、司法当局は同様の措置を採ることができる権限を与えられている<sup>43</sup>。ただし、「適当ないずれの措置」については、許諾に代わる措置を命ずることはできず、裁判官の権限の範囲は限定的であるとされている<sup>44</sup>。

## (6) 北欧諸国

孤児著作物に関する非商業的利用のための、拡張された集中許諾スキーム(Extended collective licensing scheme)が採られている。複数の権利者の所在を確認することは、時間・費用がかさむことも多く、また、誰であるかを把握することも困難である。上記スキームは、こうした問題に悩まされることなく、代表的な集中処理機関から許諾を得ることによって、利用者が合法的に著作物を利用することを可能にする。例えば、デンマーク著作権法第50条によれば、教育目的のための複製行為、あるいは図書館、美術館や放送事業者による複製行為といった、非商業目的のための著作物の利用行為について、上記のスキームが用いられている<sup>45</sup>。

本スキームは孤児著作物問題を解決するために生まれたわけではないが、権利者の身元や所在が不明の場合に生じる問題を、かなりの程度解決することができる。身元や所在が不明の権利者にとっても、所定の期間内

---

する。」「第211の2条 訴訟を提起する利害関係を証明するいずれの者にも加えて、文化担当大臣は、認められる権利承継人がいない場合、又は相続人の不存在の場合には特に、司法当局に提訴することができる。」大山幸房訳『外国著作権法令集 - フランス編-』(2001年・著作権情報センター)。

<sup>42</sup> Loi relative au code de la propriété intellectuelle (n° 92-597 du 1er juillet 1992, modifiée en dernier lieu par les lois n°s 94-361 du 10 mai 1994 et 95-4 du 3 janvier 1995).

<sup>43</sup> A. Lucas et al., *Traité de la Propriété Littéraire & Artistique*, Litec, 1994, p.649.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p.389. 「適切ないずれの措置」の具体的な内容については、同書において触れられておらず、また、フランス政府による判例検索システムにおいても、該当する判例は見当たらなかった。http://www.legifrance.gouv.fr/ <last visited on February 20, 2007>.

<sup>45</sup> Commission of the European Communities, SEC(2005) 1194, *supra*, p.12.

(多くの場合は3年間)に現れれば、補償を受けることができる<sup>46</sup>。

なお、集中許諾スキームの基本的な要素は、次のとおりである<sup>47</sup>。

- (i) 自由交渉に基づいて、当該機関と利用者との間の合意が形成されること。
- (ii) 当該機関が、当該国において代表的であること。
- (iii) 当該機関が代理権を有しない権利者についても、合意が法的拘束力を有すること。
- (iv) 第三者による個々の請求や刑事的制裁に煩わされることなく、利用者が合法的にすべて著作物を利用できること。
- (v) 代理権を付与していない権利者は、個別に補償を受ける権利を有すること。
- (vi) 代理権を付与していない権利者は、多くの場合、自分の作品が利用されることを禁止する権利を有すること。

## (7) 一般的な制度による対応

権利者の身元や所在の不明に関わる状況を解決するための制度ではないものの、著作権についての普遍的な制度、許諾不要作品の活用や情報提供機能の整備が、孤児著作物問題にとって有効な解決策を提供する可能性がある。こうした制度は、個々の提案についてはともかく、一般論としては積極的に活用すべきで、新しい立法とは補完関係に立つと、米国では考えられている<sup>48</sup>。また、後述するように、欧州においても、新たな立法を検討する前に、一般的な制度を利用すべきだとのコンセンサスがある。

### (i) アイデアと表現の区別

---

<sup>46</sup> European Digital Library Initiative, High Level Expert Group (HLEG)-Copyright Subgroup, *Interim Report*, 2006, p.11.

<sup>47</sup> Jukka Liedes et al., *Extended Collective License*, leaflet issued by the Ministry of Education of Finland, 1991.

<sup>48</sup> US Copyright Office, Library of Congress, *supra*, pp.58-59.

著作権が保護する対象は、表現であって、アイデアではない。米国法においても同様である(17 U.S.C. § 102(b))。したがって、既存の著作物からヒントを得て、創作活動を行うことは、表現を剽窃するのではない限り、著作権制度は妨げない。したがって、権利者の身元や所在が不明な場合には、利用者は表現が異なるものの、同等の機能を達する創作物を目指すことにより、権利許諾を得る必要がなくなる。ただし、アイデアの剽窃と表現の剽窃とは、明確に区別できない場合も存在すると指摘されている。

#### (ii) 著作権の制限・例外

著作権は公益による制限に服する。ある行為が「フェア・ユース」に該当するかについて、17 U.S.C. § 107は、列挙主義によるのではなく、非限定的な要素を規定している。したがって、フェア・ユースによる抗弁は、結果的に裁判所によって、ケース・バイ・ケースで是認される。かかる認定は不確実であり、事前の段階において予測が難しい。したがって、利用者にとっては、フェア・ユースを根拠とした利用行為を躊躇するのが一般的である<sup>49</sup>。なお、著作権局は、孤児著作物に関わる条項は、フェア・ユースの代替物(substitute or replacement)としての機能を有するべきではないとする。

#### (iii) 代替物の活用

パブリック・ドメインや市場が提供する作品など、代替物を利用することにより、利用者が創作目的を達することもあり得る。たしかに、パブリック・ドメインに属するのかが確認が困難な場合もある。しかし、著作権局によると、ほとんどの場合は、著作権によって保護されているのかが短時間で確認できるとしている<sup>50</sup>。また、Creative Commons(以下、CC)による許

<sup>49</sup> Copyright Office, Library of Congress, Federal Register Vol. 70, No. 16, *supra*, p.3740.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p.57, *citing* U.S. Copyright Office, *Circular 22: How to Investigate the Copyright Status in a Work, date of creation unknown*, available at <<http://www.copyright.gov/circs/circ22.html>> (last visited on February 20, 2007). もっとも、登録制度が整備されて

諾の対象作品については、二次的利用が可能な場合が多い。

#### (iv) 情報提供機能の拡充

米国におけるパブリック・コメントにおいては、法改正を要しない方法を用いて、著作権局が情報提供機能を拡充すべきだとする意見もあった。例えば、1978年以前の登録情報の電子化、職務著作に関わる企業の合併やパブリック・ドメインに属する作品のリストを含むデータベースの構築、統一された著作物情報の提供などである。しかし、いずれの提案も、孤児著作物問題を解決するために十分な解決策であるとされていない<sup>51</sup>。後述のように、欧州連合における検討においても、政府機関あるいは集中処理団体による情報提供機能が、孤児著作物問題を軽減することは、確認されている。しかし、新たな立法的手当てを必要とせず、孤児著作権問題を完全に解決することができるかについては、合意をみしていない。

とりわけ、著作物の本国が不明の場合、あるいは海外作品について、著作権局が情報収集を行う法的な根拠がない。仮に、設置目的上の根拠が与えられるとしても、日々膨大な数の著作物が創作される今日、それらすべてについて情報収集を行うことは現実的ではない。

### 3. 各国における検討の経緯・状況

#### (1) 大きな流れ

米国において検討が開始されたが、欧州や日本においても、問題が認識されるようになってきている。各国・地域における検討を概観すると、問題解決方法としては、次の4つに分類される。(i)すでに存在する現行法・現行制度による解決、(ii)新法によらない基盤整備、(iii)権利行使を制限する法的手当て、(iv)ラディカルな制度改正の、4つの方法である<sup>52</sup>。

このうち、第1の方法を活用すべきことについては、争いがない。また、

いない国においては、こうした事情は当てはまらないかも知れない。

<sup>51</sup> US Copyright Office, Library of Congress, *supra*, p.71.

<sup>52</sup> *See ibid.*, p.69.

第2の方途、すなわち、権利者に関する情報提供機能の拡充についても、一般論としては、概ねコンセンサスが得られている。ただ、これをもって十分と考えるかについては、欧州においては未だ一致していないが、他方、米国においては不十分であるとの認識が支配的なようである。欧州においては、上記にみたように、すでに国内法によって対応が図られている国もあるため、新たな域内統一規範を設けることについて、抵抗があるようである。

そして、米国において最も議論がされているのが、第3の権利行使の制限方法である。立法技術的に、著作権の制限、強制許諾、利用者による一定の調査活動を要件とした権利救済の制限といったものがある。米国においては、最後の方法が支持を集めており、米国著作権局報告書においては、その具体的方法をめぐる議論が中心に行われている。裁判所によるフェア・ユースの事後的判断は予測可能性に乏しいこと、また、強制許諾制度は行政機関による審査の非効率性を伴うことが理由である<sup>53</sup>。欧州においても、後述するように、一部の参加者によって権利救済の制限が提案されているが、米国における程は細かい議論は示されておらず、米国における動向を見守っているようである。

第4の方法については、同報告書においては簡単に紹介されている程度であるが、確立した国際規範に明らかに抵触するパブリック・コメントも出された。すなわち、孤児著作物はパブリック・ドメインとすべきである、著作権保護に登録・更新制度を導入すべきである、著作権保護期間を大きく短縮すべきである、著作権制度を廃止すべきである、米国はベルヌ条約

<sup>53</sup> *Ibid.*, pp.82-83. なお、米国においても、強制許諾制度に対して好意的な意見がない訳ではない。報告書に紹介された International Coalition for Copyright Protection (ICCP)や Future of Music によるコメントの他、Pamela Brannon, *Note: Reforming Copyright to Foster Innovation: Providing Access to Orphaned Works*, 14 J. Intell. Prop. L. 145, 2006, p.171. なお、田村教授は、「市場が失敗しているのであるから、利用の可否(中略)に第三者機関を介在させるべき」であると述べておられる。田村善之『知的財産法』(第4版・2006年・有斐閣)18頁。行政機関に対する信頼が、国によって異なることに起因すると思われる。

から脱退すべきであるといった、急進的な意見である<sup>54</sup>。確立した国際規範である無方式主義等の遵守については、パブリック・コメントに対する各国政府あるいは地域政府当局の対応においても、概ねコンセンサスがある<sup>55</sup>。したがって、本稿においては検討しない。

## (2) 米国

### (i) 議論の始まり

前述したように、著作権保護期間の延長等の立法にあたり、権利者の身元・所在が不明の場合の問題を解決するための議論がなされた。しかし、孤児著作物問題として、著作物全般にわたり利用者を限定することなく、幅広い検討がなされたのは、最近のことである。すなわち、権利者の許諾を得る途がないことは、孤児著作物の利用者にとって、過大な不便を強いているとの問題意識を背景として、上院法務委員会(Judiciary Committee)

<sup>54</sup> US Copyright Office, Library of Congress, *supra*, pp.89-91. なお、(a)すべての権利者に対して、公表から50年後に税金支払を義務づける、Lessig 教授による提案、(b)非強制的な更新制度を設け、それに従わない場合には公定の許諾料による強制許諾が認められるとの、Sprigman 教授による提案、そして(c)公表から25年後に権利者に対して登録義務を課し、履行せぬ場合には強制許諾(default licenses)にかかる、そして公表から50年後には更新登録を課すとする、Creative Commons による提案の詳細については、Brito et al., *supra*, pp.86-105 を参照。Sprigman 教授は無方式主義の修正を主張している。Christopher Sprigman, *Reform(aliz)ing Copyright*, 57 Stan. L. Rev. 485, 2004, p.490. 他方、Lessig 教授も関与している Creative Commons によると、強制許諾は取引費用を軽減するものであるから権利の享受・行使をかえって容易にする、また権利者としては登録する自由もあったはずだから、同提案は無方式主義に反しないとする。Lawrence Lessig et al., *Comments of: Creative Commons and Save the Music*, 2005, available at <<http://www.copyright.gov/orphan/comments/OW0643-STM-CreativeCommons.pdf>> (last visited January 20, 2007), pp.19-21. この立論は困難であろう。一定の方式を得なければ、権利の享受・行使を制限することに変わりはなく、無方式主義に反すると考えられる。See Brito et al., *supra*, pp.101-02.

<sup>55</sup> なお、国際規範としての位置付けについては、拙著『国際規範としての無方式主義が及ぶ範囲』(本誌第12号)を参照されたい。

の Hatch と Leahy 両氏の依頼<sup>56</sup>により、2005年著作権局が調査を開始した。また、下院法務委員会(Committee on the Judiciary)司法・インターネット・知的財産小委員会(Subcommittee on Courts, the Internet and Intellectual Property)の Smith(議長)と Berman 両氏も、利害関係者の意見を幅広く聴取することによる、本問題への調査を推奨した<sup>57</sup>。こうした状況を踏まえ、2005年1月付の官報(Federal Register)によって、著作権局がパブリック・コメントを募集した<sup>58</sup>。

著作権局は、約850通のコメントを受領した。コメントに対する反応を踏まえ、いくつかの代表的な問題点について公の場で討議すべく、米国ワシントン DC(2006年7月)及び加州バークレー(同年8月)にて、円卓会合が開催された<sup>59</sup>。

<sup>56</sup> Orrin G. Hatch and Patrick Leahy (US Senators), letter of the U.S. Senate, *addressed to* Marybeth Peters, Register of Copyrights, January 5, 2005.

<sup>57</sup> Lamar Smith, letter of Congress of the U.S., House of Representatives, *addressed to* Marybeth Peters, Register of Copyrights, January 7, 2005, and Howard L. Berman, same nature of letter *addressed to* Peters, January 10, 2005. なお、前者のレターにおいては、「孤児著作物」という言葉が用いられず、代わりに、「権利者の所在を確認することができない、古い著作物の利用」という表現で、問題提起がされている。

<sup>58</sup> パブリック・コメントを求める際に、著作権局によって議論の枠組みとして提示された諸問題については、Copyright Office, Library of Congress, Federal Register Vol. 70, No. 16, *supra*, pp.3741-43 を参照。

<sup>59</sup> 著作権局によって提示された議論の枠組みは、次のとおりである。

(1) 「孤児著作物」の定義

ケース・バイ・ケース方式またはフォーマル方法か。年数や発行状況によって機械的に排除するか。真摯な・合理的な調査の基準。著作権の帰属および「孤児著作物」の利用に関する登録機関の役割。未発行作品の扱い。年数、作品の形態、利用者の形態、利用の形態。

(2) 「孤児著作物」とされることに伴う効果

次の諸案についてのさらなる分析。(i)救済手段の制限アプローチ、(ii)著作権免除(exemption)とパブリック・ドメイン化アプローチ、(iii)利用者による許諾料支払または供託(escrow)、(iv)利用者に対する他の条件・義務。例えば、期間制限、通知、登録など、(v)従前の調査の結果を爾後の利用者が信用すること(piggybacking)。

本稿ではすべてのコメントや円卓会合において指摘された観点を個々に扱うことはできないが、著作権局から2006年に報告書<sup>60</sup>が提出され、上記コメントおよび円卓会合の内容が分析されている。そして、著作権局は、コメントや円卓会合において提起された論点について、より具体的な分析を行うべく、非公式・個別に各種団体から意見聴取し、その結果も報告書に反映したとしている<sup>61</sup>。したがって、立法に向けた問題提起や分析の結果は、立法作業への影響という意味においても、同報告書に集約されていると言ってよい<sup>62</sup>。

(ii) 著作権局による主な論点についての検討および条文案について

同報告書は、孤児著作物をめぐる状況を分析し、条約を含む既存の法的制度を鳥瞰した後、提案された諸解決策を紹介している。それらを踏まえて、次のような結論に達した。第一に、孤児著作物は現実の問題であるこ

(3) 「孤児著作物」の権利者の出現

権利者が出現による、準備中の、あるいはすでに行われている利用行為に対する効果。利用者による調査の合理性といった問題についての、訴訟における証明責任の分配。弁護士報酬の回復および法定損害賠償。「孤児著作物」を元にした二次的作品に対する権利。

(4) 国際的問題

ベルヌ条約上の無方式主義への適合性。TRIPS 協定やベルヌ条約上の、制限・例外に関する三段階テストへの適合性。海外作品を除外するか。「孤児著作物」に関する海外における知見について、情報収集するか。

Marybeth Peters, Copyright Office, Library of Congress, *Orphan Works (Notice of Public Roundtables)*, Federal Register Vol. 70, No. 129, 2005, p.39342.

<sup>60</sup> US Copyright Office, Library of Congress, *supra*.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p.20.

<sup>62</sup> *Ibid.*, pp.2 and 21. 同報告書によれば、約40%のコメントは、孤児著作物として一般に捉えられている問題、すなわち著作権者の身元または所在が不明な場合であることについて、認識していなかった。また、約10%のコメントは、孤児著作物とは関係のない問題について提起していた。しかし、約50%のコメントは問題をきちんと認識していた。本問題が現実の問題であることについて、疑義を差し挟んだコメントはなかった。

と、第二に、同問題を数値化する、あるいは包括的に説明するのは困難であること、第三に、諸問題のうち既存の著作権法によって解決可能なものもあるが、多くの問題はそうではないこと、最後に、意義ある解決のためには、新法が必要であること。

上記著作権局の報告書は、パブリック・コメントの結果を踏まえた上で、著作権法のうち第5章「著作権侵害および救済」に関する改正案を示している。条文案をあえて簡潔に表現するなら、「利用者が、真摯な調査を合理的に行ったにも関わらず、著作権者を見つけることができなかった場合には、後日著作権者が現れ、侵害行為に対して訴訟を提起したとしても、当該利用者に対して採られる救済手段への制限を、当該利用者は享受することができる」<sup>63</sup>。主な検討のポイントは「真摯な調査を合理的に行った」ことの判断要素と、そうした調査がなされた場合における救済手段の制限にある。本稿においては、付随した論点についての検討と、条文案の概要についても説明したい。なお、条文案は著作権法第514条の新設という形をとっているが、改正案は最終的なものではなく、いわば「たたき台」である。そして、表現方法等について、更なる向上を図っている<sup>64</sup>。

(ii -a) 「合理的に行った真摯な調査(Reasonably diligent search)」要件

表面だけ調査を行った形をとることによって、保護された作品を許諾なしに利用する口実にしようとする利用者も存在し得る。本要件の趣旨は、孤児著作物条項の濫用を防止することにある<sup>65</sup>。

<sup>63</sup> *Ibid.*, p.95.

<sup>64</sup> *Ibid.*, pp.93-95. 改正案の4大原則が提示されている。(a) 権利者が自ら情報を開示することを促し、また、利用者が権利者を探すための努力をすることを促すことによって、利用者による権利者の発見、および許諾のための交渉が促進されること。それによって、著作物の利用が促進されること。(b) 利用行為によって思わぬ法的責任を利用者が被ることを避けるという法的不安定性と、権利者の利益保護との適切な調和を図ること。(c) 「孤児著作物」条項は、既存の例外・制限に該当せず、侵害行為ありとされる場合にのみ適用されること。(d) 権利者、利用者や政府機関といった、すべての利害関係者にとって、コストが最少となること。

<sup>65</sup> *Ibid.*, p.98.

「合理的な調査」の判断基準について、ケース・バイ・ケース説とフォーマル基準説とがあったが、前者が採られた。すなわち、当該利用に即したあらゆる状況が考慮される。パブリック・コメントに寄せられた意見においても、大多数は同方式を支持していた。理由は、第一に、著作物の種類や利用形態には様々なものがあり、また、著作物に関する状況を調査するための方法や技術も変遷することから、画一的な基準は難しい。第二に、フォーマル基準によれば、孤児著作物と取り扱われるのを避けるためには、権利者は自己へのコンタクト情報を事実上公表せざるを得なくなってしま<sup>66</sup>。

フォーマル基準説は、権利者に対してコンタクト情報を提供させることを特色とする。そして、かかる情報によって、現状では人手に頼っている膨大な検索作業を簡略化できると、提唱者であるグーグルは指摘する<sup>67</sup>。しかし、この方式が無方式主義と整合的であるかについて、同社は言及していない。この点、無登録に伴い孤児著作物とされて、一定の許諾料のみが権利者に支払われる仕組みは、権利の剥奪(forfeiture of rights)を伴うものではないとして、無方式主義に反しないとCCは主張する。すなわち、孤児著作物とされることは、取引費用がかさむ直接交渉に抛らずに許諾契約が締結されるため、権利の享有および行使にとって、かえって好ましいものであるとする<sup>68</sup>。しかし、そのような許諾料は僅少(nominal)であることも、CCは認めている。また、権利者から、許諾をするか否かの自由を奪うことは、権利の享有および行使を妨げるものと考えられる。パブリック・コメントに対する反応においても、無方式主義に反しないとした意見は、CCをおいて他にはなかった。したがって、コンタクト情報提供を権利者に強制することは、無方式主義に反するのではないか。

なお、権利者側の非強制的な登録については、多くの意見は賛成であったが、一部に抵抗もあった。なぜなら、第一に、写真などの著作物につい

<sup>66</sup> *Ibid.*, pp.72-75.

<sup>67</sup> David Drummond et al, Google Inc., *Google's Response to Notice of Inquiry Regarding Orphan Works*, 2005, pp.5-6.

<sup>68</sup> Lawrence Lessig et al, Creative Commons, *Comments of Creative Commons and Save the Music*, 2005, pp.16-21.

ては、描写することも困難である、あるいは膨大な数の著作物が作成され登録は実際のでない。第二に、登録件数に比した利用件数が少なく、社会的費用が大きい。第三に、登録に伴う手間が大きい<sup>69</sup>。このような点に鑑みても、登録内容は「合理的な調査」判断のための、一つの要素に過ぎないものと結論付けられた。

反対に、合理的な調査を行ったこと、および孤児著作物を利用する意図があることについての、利用者側の登録については、強制的なものとするべき、任意的なものとするべき、あるいは導入すべきではないとする意見があり、一致を見ていない。ただ、制度設計のコストや複雑さ、あるいは利用者にとって過大な負担になるとして、条文案に採られなかった<sup>70</sup>。

権利者側、利用者側のいずれの登録についても、登録事項、虚偽登録に対する制裁、登録業務の運営主体などの実務的な問題について、意見の一致を見ていない<sup>71</sup>。ケース・バイ・ケース説が採られたこともあり、法案には登録に関する規定は設けられなかった。

- 利用者の調査が「合理的」であったか否かの証明責任について。調査の内容を説明した書面を利用者が提出すれば、調査が「合理的」であったとの推定を生じ、調査が「不合理」であったことについて権利者の側に証明責任を転換するとの意見もあった。しかし、利用者が常に証明責任を負うとの意見の方が多く、調査内容は利用者側の管理下にあることを理由に、著作権局も同調した<sup>72</sup>。

また、利用者各自が調査を行うにあたり、他の利用者による先行調査の結果を参照すること(piggybacking)の可否が争われた。こうした情報を排除するのは非効率的だとする肯定説がある一方で、他人の行った調査結果を信用することはできない、あるいは従前の調査直後に権利者の変動があったかも知れないとして否定説もあった。円卓会議においては、「真摯な調

査」があったか否かの一つの判断要素にはなるとの意見が多かった<sup>73</sup>。

- 権利者の「所在を把握する(locate)」という場合、「所在」とは、作品の使用許諾を求めるために送付する住所をいう。問題となるのは、利用者が権利者の身元と所在を確認し、許諾を求めてコンタクトしたにも関わらず、権利者から反応がなかった場合である。このような場合についても孤児著作物として取り扱うべきだとの意見もあった。しかし、許諾要求を無視する権利は著作権の根本的な原則であることを理由に、権利者の所在が判明した場合には、孤児著作物の条項は適用されないと、著作権局は結論付けている<sup>74</sup>。

- 「合理的調査」をケース・バイ・ケースで判断する際の具体的な基準については、制定法や制定規則、あるいは著作権局による解釈指針の提示などは行わず、私的利害関係者によるガイドライン制定、およびそれに対する裁判所の判断に委ねている<sup>75</sup>。

もともと、いくつかの要素は報告書において示されている<sup>76</sup>。

第一に、権利者の身元を特定できるような情報が作品上に見あたらない場合には、利用者は、より「真摯な」調査を求められる。例えば、伝統的な写真作品の他、電子化された写真であって、複製者によって権利者情報が消されているような場合である。

第二に、発行済の作品におけるよりも、未発行作品にかかる方が、利用者はより重い調査義務を負う。プライバシー権を重視して、未発行作品を一律に除外する見解もあるが、発行の有無は一つの判断要素にすぎないとする。孤児著作物条項は、プライバシー侵害にかかる責任には直接的な影響がないからである。ただ、未発行作品の著作者の存命中と合理的に判断できる場合には、プライバシー保護を考慮して、利用者はより高い調査義務を負う。

<sup>69</sup> US Copyright Office, Library of Congress, *supra*, p.75.

<sup>70</sup> *Ibid.*, pp.112-13.

<sup>71</sup> *Ibid.*, pp.76-77.

<sup>72</sup> *Ibid.*, pp.87 and 96.

<sup>73</sup> *Ibid.*, pp.78-79.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p.96.

<sup>75</sup> *Ibid.*, pp.79 and 108-10.

<sup>76</sup> *Ibid.*, pp.99-108.

第三に、作品の年齢は、それ自体では孤児著作物に該当するかを決定づけるものではない。ただ、新しい作品ほど、利用者にとって調査可能な情報が多くなり、より多くの調査が求められるという意味では、作品の年齢は「合理的調査」であるか否かの、一つの要素になっている。

第四に、「合理的調査」において調査すべきデータベースとしては、著作権局における登録事項がある。これを調べずに、「合理的調査」を行ったこととなることは、ほとんどあり得ないとされている。非政府機関ではあるが、特定の種類の著作物のほとんどを取扱っているような集中処理機関のデータベースを探索することも、「合理的調査」において当然求められる。また、情報技術の進歩によって、調査を行うべき地理的範囲も拡大した。ただし、著作権局による情報の集中管理については、無方式主義との抵触の可能性や、業務費用等の理由により、著作権局は反対している。

第五に、現行法の下では、権利の変動に登録を必要としないことから、利用者が譲受人を特定するのは困難である。しかし、創作活動に携わったディレクター、脚本家、主演俳優などへのコンタクトを通じて、現在の権利者を把握しようとする努力は必要であると、著作権局は指摘している。

最後に、利用行為が商業目的、あるいは大規模な頒布の場合には、非商業的あるいは小規模な頒布に比べて、「合理的調査」であると判断されるための努力のレベルは高くなる。

#### (ii -b) 著作者および権利者の表示(attribution)要件

著作者および著作権者の表示が可能であり、かつ、当該事情に照らして合理的に適切である(reasonably appropriate)である場合においては、利用者はそのような表示を行う必要がある。市場における取引を促進する、著作者・権利者の利益を保護する、利用者にとって不合理な負担とならない、そして利用者による濫用行為を防止するという、4つの目的のためである。また、他の利用者や一般公衆にとっても、かかる表示は重要な情報であるとしている<sup>77</sup>。

<sup>77</sup> Statement of Jule L. Sigall, Associate Register for Policy & International Affairs before the Subcommittee on Courts, the Internet, and Intellectual Property, Committee on the

#### (ii -c) 権利者が出現した場合の救済方法に対する制限

権利者が出現した場合は、完全な権利(full rights)が将来に向かって回復し、その後の新しい利用行為に対しては、権利者は差止請求や損害賠償請求を行うことができるというのが、大多数の意見であった。他方、それ以前に行われた利用行為の継続については、条件や期間の限定を付けるべきだとの意見もあったが、大多数の意見は、孤児著作物条項を信頼して二次的作品創作に投資した等の事情がある場合には、当該利用行為を妨げられるべきではないとする。

具体的には、権利者による救済手段の制限が認められるべきであるが、それには主に2つの態様がある<sup>78</sup>。

第一は、金銭救済を当該利用に対する合理的な補償金(reasonable compensation)に限定するものである。大多数の意見や著作権局の結論である。「合理的な補償金」とは、当該侵害利用行為の開始前に交渉を行っていたとすれば、利用者が権利者に対して支払ったであろう金額をいう。具体的には、合理的で乗気な買い手である利用者と、合理的で乗気な売り手である権利者とが、比較可能な市場取引のみを参照した場合に、利用行為開始時において合意したであろう金額に等しい。そして、当該金額についての証明責任は、権利者の側が負う<sup>79</sup>。なお、利用者は、排他的許諾ではなく、非排他的許諾と同等の権利を有すると考えられている<sup>80</sup>。また、弁護士報酬の回復および法定損害賠償については、否定される<sup>81</sup>。

Judiciary, US House of Representatives, 109th Congress, 2nd Session, March 8, 2006.

<sup>78</sup> US Copyright Office, Library of Congress, *supra*, pp.83-88 and 115-21.

<sup>79</sup> 上記報告書116頁は、次の判例を根拠としている。Davis v. The GAP Inc., 246 F.3d 152; 2001 U.S. App. LEXIS 5532.

<sup>80</sup> US Copyright Office, Library of Congress, *supra*, p.86.

<sup>81</sup> 弁護士報酬の回復および法定損害賠償を、後に出現した権利者が行使することができるかについて、否定説は、利用者の側における予期せぬ負担が生じる不安定性を指摘する。他方、肯定説は、通常の損害賠償責任請求では、少額請求についても裁判費用がかさむ点を指摘する。そこで、合理的な許諾料を合理的な理由なく拒絶する場合にのみ肯定する見解や、少額裁判所(small claims court)の利用を制度化すべ

ただし、商業的な目的を間接的にせよ有せず、かつ、権利侵害との通知を受けた後直ちに当該侵害行為を停止した場合には、一切の金銭賠償責任が生じないとしている。わずかな金銭補償であっても、利用希望件数が数百あるいは数千に上るため、利用を躊躇させてしまうと指摘する、美術館、図書館や文書資料館関係者の主張を認めたものである。こうした文化的機関が希望する、孤児著作物の利用行為はインターネット上における提供であり、権利者が登場すれば、ウェブページから削除すれば済むことになる。

第二は、利用可能な孤児著作物であると信頼した利用者が、予期せぬ損害を被ることを防止するため、差止請求の一部または全部が否定される場合がある。映画制作者や出版社といった、孤児著作物を元に二次的作品を創作しようとする利用者にとっては、出版や封切の直前といった、間の悪い時期に差止が行われるかも知れないという恐れがあることで、たとえ差止の可能性が低いとしても、多大な投資がフイになるという威嚇効果がある。そこで、報告書は、孤児著作物の侵害行為に対する差止請求について、2つの角度から制限を推奨している。

まず、二次的著作物の準備段階において、当該著作物が被侵害作品を改作(recast)し、変形(transform)もしくは翻案する(adapt)にあたって、非常に大量の(significant amount)表現を用いている場合には、継続した準備行為や二次的著作物の利用を、裁判所は差止めてはならない。「非常に大量の」表現を創作した場合に限定しているのは、当該二次的著作物が元の作品を単に収集するだけの、電子データベースのようなものを除く趣旨である。本条項が念頭においているのは、小説を映画化したり、原稿や写真を歴史書に使用したりする場合である。こうした場合には、利用者の信頼は大きく、また、新しい表現をもたらした点で公益に貢献している。ただし、侵害者が著作権者に対して、準備行為や継続利用について合理的な補償金を支払い、かつ、当該事情に照らして裁判所が合理的と考える方法によって著作者および著作権者の表示を行うことが条件である。

その他の場合、例えば、内容を何ら変えずに、単に利用者が孤児著作物をそのまま再発行するに過ぎない場合には、裁判所は差止救済を課し、侵

---

きとの見解といった、折衷的な見解もある。ただ、否定的な見解が一般的のようである。US Copyright Office, Library of Congress, *supra*, pp.87-88 and 115-19.

害行為を全面的に防止または停止することができる。ただし、当該救済にあたっては、侵害行為を行うにあたり本条を信頼した侵害者に与える損害を、現実的に考慮しなければならない。例えば、1万部の書物を印刷している場合には、未販売部分について小売人に送ることも許される。

なお、差止請求が制限される「二次的著作物」の範囲については、もっと明確にすべきであるとして、今後条文案の修正の可能性が示唆されている<sup>82</sup>。

#### (ii-d) 国際規範との関係

孤児著作物条項に関わり得る条約上の義務としては、無方式主義、三段階テスト、そして権利行使手続がある。著作権局による提案は、海外作品を除外しない。したがって、本改正は米国が加盟する条約と整合的でなければならない。この点、海外作品を除外する考え方もあり得るが、著作権局は次の理由により否定している<sup>83</sup>。第一に、権利者の所在を把握することが極めて困難な作品のほとんどについて、孤児著作物条項の範囲から除外することになる。第二に、米国内作品と海外作品とを区別することは、著作権法を複雑にするので、避けるべきである。第三に、米国の権利者やその作品にとって、不利な扱いになる。最後に、報告書による提案の内容自体が、条約上の義務と完全に整合的と考えられた。

報告書においては、無方式主義に反する例として、通知を有しない作品について、あるいは、創作あるいは公表後遅滞なくすべての作品について、著作権局への登録を義務づけ、非登録の作品について、孤児著作物とみなし、自動的かつ恒久的にパブリック・ドメインになるとする条項が挙げられている<sup>84</sup>。他方、孤児著作物条項は、利用者に対して権利者に関する情報の合理的な調査義務を課しているものであって、著作者や権利者に対して何らの方式を課すものではなく、無方式主義に反しないとする。また、すべての利用者や特定の種類の利用者に対して適用されるものではない

<sup>82</sup> Sigall, *supra*.

<sup>83</sup> US Copyright Office, Library of Congress, *supra*, p.59.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p.61.



ため、著作権の免除や制限を認めるものではなく、特定の場合において救済方法に変更を加えるに過ぎない、したがって、三段階テストに抵触しないとする。さらに、「合理的な補償金」や差止請求等、著作者に対して「幅広い有意義な救済(a wide range of meaningful relief)」<sup>85</sup>が与えられており、条約上の権利行使手続を阻害しないと考えている。

#### (ii-e) 運用条項

第一に、孤児著作物条項は、権利、制限または、フェア・ユースを含む著作権侵害に対する防御方法に対して影響を与えないという、留保条項(savings clause)が加えられた。第二に、本法案は、制定後10年後に自動的に失効し、議会に対して見直しの機会が与えられた(sunset clause)。

#### (ii-f) 未解決の問題

第一に、著作者人格権との関係。ベルヌ条約により、著作者は、氏名表示権と同一性保持権を有する。利用行為に対して何らの制約が課せられないとすれば、通常の権利者であれば反対するであろうような利用行為も可能になってしまう。そこで、著作者人格権が侵害される可能性を指摘する意見もあったが、これについては有意義な解決策は示されなかった<sup>86</sup>。

第二に、孤児著作物問題の制限。(a) 孤児著作物の定義から、未公表の作品、海外作品、音楽作品といった著作物の種類に着目して除外するか、(b) 孤児著作物条項の適用を、非営利機関、教育機関、図書館、文書資料館といった利用者限定するか、(c) 孤児著作物の利用行為を、文化、教育・研究あるいは非商業的目的の利用に限定するかについては、それぞれ賛否両論あり結論に至らなかった<sup>87</sup>。ただ、著作物の年齢(age)を孤児著作物の要

<sup>85</sup> *Ibid.*, p.121.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p.89.

<sup>87</sup> *Ibid.*, pp.79-82. なお、州政府は、米国憲法修正第11条に基づき、権利者が登場した場合の許諾料支払から免責されるとして、「孤児著作物」条項の利用者から除外すべきとの意見もある。議論の収斂を見ていない。しかし、米国に特有の議論であり、他国における議論には影響が少ないと考えられる。

件として加えることは、著作物の年齢と権利者の身元・所在不明とは必然的な繋りがないとして、否定された。また、孤児著作物とされる期間について、限定を設けるべきとの意見もあったが、検討は今後の課題である<sup>88</sup>。

第三に、補償金の支払い時期とそれに伴う問題。利用者が補償金を支払う時期について、権利者が現れなくとも、利用行為前に供託金(escrow)を支払うべきだとの意見もあり、その場合には、供託金を預かる主体が必要となる。結果的に権利者が現れない場合が多いので、供託制度は非効率的であると判断された。その場合、利用行為時に補償金を支払っていないので、後に権利者から出訴される可能性がある。補償金額は制限されるとしても、莫大な訴訟費用を被る危険もあるが、「少額訴訟(small claims)」制度や他の低廉な紛争解決手続の創設の方が、より重要であると考えられた<sup>89</sup>。ただ、今後の検討に委ねられている。

第四に、三段階テストとの整合性。同テストの3つの要件をすべて満たすかについては、見解の一致を見ていない。著作権局による報告書は、肯定説が多数であるとしているが、本問題について得られたコメントの中の多数説と限定し、3つの出所を表示するのみである<sup>90</sup>。3つの見解とも、所在を不明にしているような権利者は権利を放棄しており、権利保護に値しないことを理由にしている。他方、Ginsburg 教授等は、利用者を限定しない一般的な強制許諾は、三段階テストを充足しないと解している<sup>91</sup>。したがって、本問題は、今後も提起される可能性が高い。

最後に、古い写真の利用に関する個人利用について、今後の解決に委ねられている。著作権局は、4つの利用行為に分けて、孤児著作物法案の内容が、著作者、権利者および利用者間の利害を適切に調整しているか、検

<sup>88</sup> *Ibid.*, p.86.

<sup>89</sup> *Ibid.*, pp.113-14.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p.88. See Glushko-Samuelson Intellectual Property Law Clinic, *Response to Notice of Inquiry on the Issue of "Orphan Works"*, 2005, pp.8-9; Mike Godwin and Gigi B. Sohn, Public Knowledge, *Comments of Public Knowledge*, 2005, pp.8-9; and Jennifer M. Urban et al (representing five film industrial associations), *mailto: orphanworks@loc.gov*, 2005, p.8.

<sup>91</sup> Paul Goldstein and Jane Ginsburg, *Comments on "Orphan Works" Inquiry (Federal Register, January 26, 2005)*, 2005, p.2.

証している<sup>92</sup>。そして、最後の分類に属する行為については、未解決であることを認めている。すなわち、家族の古い写真を複製したいが、写真を撮った者が分からない、あるいは行方不明の場合、また、オペレーティング・システムが古くなったために、新しいシステム上に、作者が不明になったソフトウェアを転送したいと考える個人利用者などが、典型例である。こうした利用者も、趣味的利用におけるのと同様、差止請求や損害賠償請求について抵抗が少なく、権利者が現れた場合には一定の補償金を支払う用意がある。しかし、当該個人利用者が、写真加工業者 (commercial photofinisher) の助力を得て、古い写真の複製を作成する場合には、孤児著作物法案は効率的な解決策とならない。通常の場合、当該写真加工業者ではなく、個人利用者が、古い写真の著作権の調査を行うことになるが、写真家と写真加工業者のそれぞれの団体が直接交渉した方が、写真家データベースの利用等の点で効率的である。著作権局は、本問題の解決について、議会による解決に委ねている。

そして、著作権局から米国議会への報告<sup>93</sup>においても、孤児著作物問題の解決について、例外というべき消極的な反応を示したのが、写真、図画や視覚美術に関わる著作者であると報告された。利用者が支払う合理的な補償金を得るために、多大な費用がかかるためである。こうした作品については、作品上や登録上において、権利者に関わる情報を公示することが、事実上困難なので、権利者として行うことができる公示方法にも限界がある。

ただ、上記報告者は、エンフォースメント上の問題は孤児著作物法案が成立するか否かを問わずに存在する問題であり、法案成立に反対する理由にはならないとする。当該問題は、少額裁判所の活用等によって、解決すべしとする。また、補償金の回収については、集中処理機関や技術的手段など、非法律上の仕組みを用いることが可能であるとする。

<sup>92</sup> (a) 大量頒布を目的としたアクセスのための利用者、(b) 二次的著作物の創作者、(c) 趣味的利用、(d) 限られた人の範囲内でのみ利用する個人利用者。US Copyright Office, Library of Congress, *supra*, pp.36-40. See also pp.122-26.

<sup>93</sup> Sigall, *supra*. なお、Sigall氏は、上記著作権局による報告書(2006年)の主な起草者であると、報告書冒頭において示されている。

### (iii) 議会に提出された法案

米国著作権局による法案に、概ね沿いつつ、いくつかの論点について、さらに踏み込んで規定した法案が提出されている。すなわち、前述したSmith議長によって提出された Orphan Works Act of 2006 (H.R.5439) 及びこれを受け継いだ Copyright Modernization Act of 2006 (H.R.6052) である。両法案は、一定の要件が満たされた場合において、権利者による救済を制限するという、前述した米国著作権局によって提唱された法案を基調としつつも、若干詳しい規定になっている。すなわち、「真摯な調査」とされるための要件、利用者が調査を行うための情報基盤の整備に関する著作権局の責務、侵害者が補償金額について真摯に権利者と交渉しなかった場合における金銭賠償の制限の例外、「合理的な補償金」の算出基準等が、第514条の改正項目に加わっている。さらに、少額著作権請求制度に関して、立法化のための調査をすることも含んでいる<sup>94</sup>。なお、両法案に対しては、日本政府から米国政府に対して、「(中略)ベルヌ条約のスリー・ステップ・テストの基準を満たすことなど著作権に係る国際条約との整合性が確保されるよう配慮することを求めると共に、関連する今後の動向について説明を求める。(中略)」との要望が出されている<sup>95</sup>。

## (3) 欧州

### (i) 経緯

孤児著作物の問題は、それ自体が単独で検討されてきたのではない。電

<sup>94</sup> なお、著作権局による前述の報告書(11頁)においても、少額請求制度は、今後も議会において検討することが重要であると指摘されている。

<sup>95</sup> 「米国の規制改革及び競争政策に関する日本国政府の要望事項」平成18年(2006年)12月5日、<[http://www.mofa.go.jp/mofaj/area/usa/keizai/pdfs/kisei06\\_yobo.pdf](http://www.mofa.go.jp/mofaj/area/usa/keizai/pdfs/kisei06_yobo.pdf)>(最終参照日2007年2月20日)47頁。

子図書館構想(digital libraries initiative)<sup>96</sup>の実現のための議論の過程で、孤児著作物の取り扱いを解決することが不可欠であるとの認識から、浮上してきた。同構想は、それまでの電子化図書館に向けた動きの集大成ともいえるもので、2005年9月30日に欧州理事会によって採択された。関連する問題点を分析した、スタッフによるたたき台ペーパー(Staff Working Paper)と、オンライン意見募集(Questions for online consultation)とによって、電子化図書館構想についての具体的な問題点の整理がなされている。欧州の多文化・多言語の下において、進んだ技術と新しいビジネスモデルを有する、豊かな知的遺産を統合することを、同構想は目指すものである<sup>97</sup>。欧州理事会のレポートにおいては、電子化(digitisation)、電子化された収集物の陳列(making digital collections available)、電子化によるアナログ作品の保存(preservation of analogue material through digitisation)、そして電子化作品の保存(preservation of digital material)が、主な課題として認識された<sup>98</sup>。そして、「電子化された収集物の陳列」の中で、孤児著作物の問題が提起されている。

<sup>96</sup> 電子図書館構想は、情報化時代におけるデジタル経済を発展させるための、欧州理事会の全体的な戦略である「i2010 strategy」の代表的なプロジェクトである。「i2010 strategy」については、Europe's Information Society, *i2010 - A European Information Society for growth and employment*, available at <[http://ec.europa.eu/information\\_society/eeurope/i2010/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/eeurope/i2010/index_en.htm)> (最終参照日2007年2月20日。公表年は不明)を参照。2010年までに、欧州電子化図書館により、少なくとも600万点の書物、書類や他の文化的遺産が提供されることを目標としている。2005年の電子図書館構想をさらに溯ると、「欧州電子化2002年行動計画(eEurope 2002 Action Plan)」(2002年)さらには「ランド原則：専門家会合の結論(Lund Principles: Conclusions of Experts Meeting)」(2001年)に源流がある。詳しくは、Europe's Information Society, *Timeline of Development*, available at <[http://ec.europa.eu/information\\_society/activities/digital\\_libraries/timeline/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/timeline/index_en.htm)> (最終参照日2007年2月20日)を参照。ただ、これらの段階では、孤児著作物の問題は、少なくとも明文上は認識されていなかった。

<sup>97</sup> Commission of the European Communities, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, i2010: Digital Libraries*, COM(2005) 465 final, 2005, p.3.

<sup>98</sup> Commission of the European Communities, Sec(2005) 1194, *supra*.

電子図書館に関するパブリック・コメントを求めた質問の中には、孤児著作物に関するものも含まれていた。すなわち、「孤児著作物の問題は、経済的に重要で、実的な問題となっていますか。そうだとすれば、技術的、組織的、法律的な仕組みをどのようにすれば、利用者が孤児著作物をより広く利用することができるようになるでしょうか。」との質問が、2005年9月末に出された。上記質問に対して、225件の回答が寄せられた。孤児著作物問題に対する解決策としては、著作権法改正、権利者の所在確認のためのツールの開発および共通欧州規格の作成、北欧式の拡張権利処理方式の適用、集中処理機関が介在しないカナダ方式の適用、権利者が判明した場合に備えての準備基金制度といった提案がされた。また、権利者が反対の意を唱えるまでは一般に利用可能とすること、孤児著作物の利用者に対する法的な免責(safe haven)を認めることといった、やや過激な提案もなされた。

回答をまとめた欧州理事会によるレポートは、孤児著作物問題に関わる問題を、今後拡散しないように注意を促している。回答の中には、権利保護期間の短縮等によるパブリック・ドメインの拡張から、権利者・著作物の確認のための技術的なシステムの利用まで、極めて幅広い提案が含まれていたことを踏まえてのものである<sup>99</sup>。

また、2006年2月には、欧州理事会の下で、「電子化図書館に関する高度専門家会合(High Level Expert Group on Digital Libraries)」が開催された。そこでは、映像コンテンツに対するアクセスにおいては、孤児著作物の問題解決が重要であることが認識された。とりわけ、1950年代以前の作品については、映像作品の多くが孤児著作物であることが、参加者により確認された<sup>100</sup>。そこで、電子化図書館に関わる著作権問題を検討するため、「著作権小委員会(copyright sub-group)」が設立された。孤児著作物は、優先順位の高い問題であると結論づけられたのである。

<sup>99</sup> Europe's Information Society, *Results Online Consultation 'i2010: digital libraries'*, available at <[http://ec.europa.eu/information\\_society/activities/digital\\_libraries/doc/results\\_online\\_consultation/en.pdf](http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/results_online_consultation/en.pdf)> (最終参照日2007年2月20日。公表年は不明), p.5.

<sup>100</sup> European Commission, Information Society and Media Directorate-General, *Summary Minutes of the 1<sup>st</sup> meeting of the High Expert Group on Digital Libraries*, 2006, p.3.

その後、欧州理事会は、加盟国に対して、文化的作品についての電子化およびオンライン・アクセス性向上のため、孤児著作物について、次の2つの勧告を提示した<sup>101</sup>。「利害関係者による意見聴取を経て、孤児著作物の利用を促進するための仕組みを創設すること」および「判明している孤児著作物およびパブリック・ドメインに属する作品のリスト作成を促進すること」である。この勧告から18ヶ月後（その後は2年毎）に、加盟国は現状報告が求められている（同第12条）。なお、上記の理事会勧告は、知的・文化的所産の活用、収集・保存を目的とした、従前からの欧州連合による政策に合致するものであることを確認している。

その後、「著作権小委員会」は上記専門家会合に対して、2006年10月に中間報告書を提出した。絶版作品（out of print works）および電子化保存（digital preservation）と並んで、孤児著作物についての提案が主な柱である。

## (ii) 議論の現状

「著作権小委員会」中間報告書の概要は次のとおりである<sup>102</sup>。問題に対する認識として、「孤児著作物問題の存在は、作品の大規模な電子化およびその後のオンライン上のアクセスにとって、妨げとなっている」ことがある。そして、孤児著作物においては、著作権の帰属の不明確さに対処するための基準が必要である。そのために、権利者の身元と所在を把握するために行われた調査が「真摯（due diligence）」であったことと、利用行為が合理的なものであったこと、すなわち「明確に画された（in a clearly defined manner）」利用行為であることが必要である。すべての種類の著作物について、孤児著作物問題を解決する必要がある。とりわけ、視聴覚著作物については、様々な権利が絡み合い、その表示について、一般書物におけるISBNやISSNのような方式が確立していないため、より問題が深刻である。また、文学的・視聴覚的著作物について、欧州全域にわたる解決策の必要性につき、一致して合意されたと、報告されている。

同報告書においては、解決の必要性、解決のための基本的な方向性、域

内諸国の制度との整合の必要性は固まっている。ただ、具体的な制度の在り方については、議論が煮詰まっておらず、今後の方向性が示されたに過ぎない。

また、非立法的なソフト・ローによる解決の必要性については、コンセンサスが得られたと報告されている。すなわち、(a) すべての孤児著作物をカバーすること、(b) 集中処理機関への相談を含む「真摯な」調査に関するガイドラインを作成すること、(c) 権利者が現れた場合に利用行為中止を規定すること、(d) 文化的非商業的な団体が文化的所産の普及目的を有する場合には、特別の措置を規定すること（ただし、利害関係者間における更なる議論が必要）、(e) 商業的利用者に対しても孤児著作物を利用するための機会を与えること、(f) 補償金に関する規定を設けること。また、将来的な孤児著作物の発生を防止するため、電子化された著作物について識別制度を改善する必要性も指摘されている。

さらに、立法的解決についても、いくつかの提案が紹介されている。権利者の身元または所在が不明の場合には、立法上の明確な枠組みがなければ、集中処理機関としても、許諾を与えることはできない。立法的解決には、孤児著作物問題に着目した解決策と、文化的機関の活動に着目した解決策とがある。両者を混合した提案もされている。

孤児著作物に着目して検討された立法策は、カナダの制度をモデルにしている。公的機関ないし委託を受けた集中処理機関等の仲介者が、権利者へのコンタクトを担う登録機関として機能する。そして、次の諸点を定めておく必要があるとされた。(a) 孤児著作物と見なされる状況を定める基準、(b) 孤児著作物に関する供託を委ねられる機関とその役割、(c) 許諾の有効性と、権利者が登場した場合における帰結、(d) 当該機関が補償金を保管する期間、(e) 保管期間を徒過した場合における補償金の取扱い。

他方、文化的機関のための一般的な立法においては、代理権の法的推定（legal presumption on representation）等の許諾権限の拡張や、あるいは、文化的機関による非商業的利用について、通知受領後の侵害行為の停止を条件とした、権利救済の制限が提唱された。許諾の拡張においては、権利者が登場した場合における補償金の供託が考えられている。後者の権利救済の制限は、米国に倣ったものである。

なお、今後のスケジュールとしては、2008年から2009年までに、域内諸

<sup>101</sup> Article 6(a) and (c), Commission Recommendation, 2006/585/EC, *supra*.

<sup>102</sup> HLG Copyright Subgroup, *supra*, Annex I.

国間における著作物の利用促進のために、大まかな骨格を固める必要があるとされた<sup>103</sup>。何らかの立法的解決が提唱されれば、米国におけるのと同様、実際の制度の運用に至るまでの諸問題の認識とその解決への努力が不可避となろう。

#### (4) 日本

今のところ、欧米におけるような突っ込んだ議論はされておらず、既存の裁定制度の運用を改善することにより、対応している。裁定制度は、調査事項が明確でなく、また申請の手引書が公表されていなかったことから、あまり利用されていない。具体的には、昭和47年(1972年)から平成17年(2005年)に至るまで、合計30件しか裁定がされていない<sup>104</sup>。このため、「知的財産推進計画2004」<sup>105</sup>において、「知的財産の円滑・公正な利用を促進する」ために、手続の見直しが求められていた。そこで、文化庁は手続の見直しや申請手引書の作成・公表といった施策をとった<sup>106</sup>。

<sup>103</sup> Council of the European Union, *Education, Youth and Culture*, 14965/06 (Press Release), 2762<sup>nd</sup> Council Meeting, p.16.

<sup>104</sup> 文化審議会著作権分科会契約・流通小委員会、資料2-2『過去の裁定の実績』(2005年)。

<sup>105</sup> 知的財産戦略本部『知的財産推進計画2004』(2004年)。

<sup>106</sup> 具体的には、次のとおりである。

「(1) 手続の見直し

○ 不明な著作権者を探すための調査方法を、以下の5項目に整理。

- ① 著作者の名前からの調査
- ② 利用者(出版社など)への照会
- ③ 一般や関係者への協力要請
- ④ 専門家への照会
- ⑤ 著作権管理団体への照会

○ また、「一般や関係者への協力要請」については、従来、新聞・雑誌等への広告掲載を求めていたが、申請者の経済的負担を軽減する観点から、インターネットのホームページへの広告掲載でも可とした。

○ 併せて、インターネットによる効果的な調査を可能とするため、社団法人著作権情報センターでは、4月25日(月曜日)から、「不明な著作権者を探す窓口ホームページ」を開設。

なお、政府は、孤児著作物問題への対策について、「諸外国の動向も十分踏まえつつ(中略)今後ともよく研究してまいりたい。」<sup>107</sup>としており、米国や欧州における動向によっては、新たな立法措置を含め、今後更なる方策が採られる可能性がある。

## 4. 終わりに

以上見たように、孤児著作物問題の解決策については、依然として混沌とした状況にある。米国著作権局による報告書の中でも、コンセンサスが未だ得られていない問題について、見切り発車をした論点もある。また、孤児著作物を生じる一つの大きな要因である、著作権の保護期間の長期化そのものを変えざるべきだとの意見もあり、他の大きな問題とセットにされる可能性もある<sup>108</sup>。また、米国においては、登録義務化や更新制度といった、方式主義への懐古も根強い。提出されている法案がすんなり議会で承認される状況ではない。

各国・地域における検討においては認識されていないが、インターネット時代にあつては、著作物が容易に国境を越えて流通するので、孤児著作物問題を解決するためには、一国のみの国内法では限界がある。とりわけ、英語やフランス語のように、数多くの国々あるいは複数の地域で用いられている言語によって表現された著作物については、著作者を把握するにも、一国あるいは一地域による対応では限界がある。音楽や写真といった、言語を媒体としない著作物に至ってはなおさらである。この点、非法律的手段による解決を志向しながら、各国の既存制度との整合性を保ちつつ、国

(2) 「申請の手引き」を作成・公表

○ 文化庁への申請に必要な手続、申請様式例等を説明した「著作物利用の裁定申請の手引き」を作成し公表。」

『著作権者不明の場合の裁定申請の手続き見直し等について』「著作権分科会契約・流通小委員会(第3回)議事録」(2005年、文部科学省)資料2-1。

<sup>107</sup> 川内博史衆議院議員の質問主意書(平成18年(2006年)10月31日提出)に対する内閣総理大臣の答弁書、内閣衆質165第127号(平成18年(2006年)11月10日送付)。

<sup>108</sup> 例えば、「著作権保護期間の延長を考える国民会議」<<http://www.thinkcopyright.org>>における議論を参照。

際的な規範形成を目指している欧州における動向は、一地域内にとどまるものではあるが、注目に値するものであるように思われる。

さらに、各国制度の枠組みを既定のものとして捉えるのではなく、迅速な利用促進にとって望ましい制度設計を追求していくことも必要であろう<sup>109</sup>。

\* 本稿の執筆にあたり、田村善之教授から懇切丁寧なご指導を頂いた。ここに改めて感謝申し上げます。なお、本稿は、筆者の属する組織の見解を示すものではない。

---

<sup>109</sup> ALAI (Association Littéraire et Artistique Internationale) 本部長 Victor Nabhan 博士による非公式コメント。同博士は、孤児著作物問題への関心が日本においても高まることを、期待されていた (2007年4月12日)。