

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

鈴木康平*

A Study of the Copyright Act in 2021 Concerning the Facilitation of Access to Difficult-to-Obtain Materials

SUZUKI Kohei*

抄録

本稿は、入手困難資料へのアクセス容易化に係る令和3年改正著作権法について、その解釈と運用の現状と問題点を明らかにし、入手困難資料の活用を促進するために必要となる解釈論や方策を示すことを目的とする。まず、検討にあたっての前提として、令和3年改正に至る文化審議会における検討の経緯と審議会報告書の内容、入手困難資料に係る規定の解釈をまとめた。そして、①入手困難資料の範囲、②関係者協議会の課題について検討した。①については、(1)「一般に入手することが困難」という要件は、市場での入手可能性を考慮するものである、(2)著作権者の保護の観点からは、著作権者に利益が還元されないため、中古本市場を考慮する必要はない。一方で、文化の保護の観点からは、原本へのアクセス環境を維持するために、中古本市場を考慮することもあり得る、(3)著作者の人格的利益の保護などの理由から、意図的に入手困難とされた資料はアクセス対象から除外することを認めてよい、(4)資料全体ではなく著作物単位で入手困難資料であるか否かを判断すべき、という考えに至った。②については、(1)国民の意見を反映させるために、関係者協議会の構成員に利用者側の関係者も含める必要がある、(2)合意内容の正当性を確保するために、議論過程の公開や意見募集の機会の確保など、透明性を高める必要がある、という考えに至った。

Abstract

This study aims to clarify the current status and problems in the interpretation and operation of the Copyright Act as amended in 2021 about difficult-to-obtain materials (DtOMs) and to present the interpretative theories and measures necessary to promote the use of DtOMs. First, I summarized the history of the discussion in the Council for Cultural Affairs, the contents of the Council's report and the interpretation of the provisions about DtOMs. Second, I discussed (1) the scope of DtOMs and (2) the issues about the stakeholder council. As a result, regarding (1): (1-1) the requirement of "generally difficult-to-obtain" considers the availability in the market; (1-2) from the perspective of the protection of copyright holders, the second-hand book market need not be considered, as no profit is returned to copyright holders. On the other hand, from the perspective of cultural protection, the second-hand book market may be considered to maintain an environment of access to the originals; (1-3) intentionally-DtOMs are acceptable to exclude from the scope of access for reasons such as the protection of authors' moral interests; and (1-4) whether they are DtOMs or not should be judged on a work-by-work basis. Regarding (2): (2-1) to reflect the opinions of the public, the members of the stakeholder council need to include user side members; (2-2) to ensure the legitimacy of the agreement, it is necessary to increase transparency by disclosing the discussion process and ensuring opportunities for public comments.

* 筑波大学大学院図書館情報メディア研究科博士後期課程
Doctoral Program
Graduate School of Library, Information and Media Studies
University of Tsukuba

1. はじめに

2021年5月26日、「著作権法の一部を改正する法律」(令和3年法律第52号。以下、「令和3年改正」という)が第204回通常国会において成立し、同年6月2日に公布された。令和3年改正は、著作権法(昭和45年法律第48号。以下、著作権法については法令名を省略する)に関して、(1)図書館関係の権利制限規定の見直し、(2)放送番組のインターネット同時配信等に係る権利処理の円滑化を図ることを目的として行われたものである。(1)については、①国立国会図書館(NDL)¹による絶版等資料のインターネット送信(入手困難資料へのアクセス容易化)、②各図書館等による図書館資料のメール送信等の規定が整備されており、①は2022年5月1日から施行されており、②は公布から2年以内に施行予定である。

本稿では、令和3年改正の(1)図書館関係の権利制限規定の見直しのうち、①入手困難資料へのアクセス容易化に係る規定(31条6項から11項²)に焦点を当てて検討を行う。入手困難資料へのアクセス容易化に係る規定については、入手困難資料の範囲が条文上曖昧であり、また、その運用にも課題があるところ、改正されて1年程度ということもあり、その検討は十分にはなされていない。誤った解釈や運用がなされると、入手困難資料へのアクセスが阻害されるおそれがある。そこで、本稿では、現行法の解釈と運用について、現状と問題点を明らかにし、入手困難資料の活用を促進するために必要となる解釈論や方策を示すことを目的とする。なお、入手困難資料に係る制度は、「使用していない」ことを理由に独占権の行使を制限するものであり、著作権法の理論的にも実務的にも大きな発展を示すものであると指摘されている³。令和3年改正により利用できる場面が拡大した入手困難資料に係る規定の解釈や課題を整理し、検討することは、不使用により著作権を制限するという制度の理論的な発展にも寄与するものと考えられる。

本章の構成は次の通りである。第2章では、令和3年改正の経緯をまとめる。これは、入手困難資料に係る規定の令和3年改正前の議論状況を簡潔にまとめることができるとともに、令和3年改正については学説の蓄積も少なく、裁判例もないため、改正経緯が令和3年改正の規定の解釈や課題の検討にあたって参考になると考えたためである。第3章では、入手困難資料に係る令和3年改正法について、逐条的にその解釈をまとめる。これにより、現行法の解釈と運用の現状が明らかになる。第4章では、第2章および第3章でまとめた従来の議論や令

和3年改正の解釈等の背景知識を基に、入手困難資料に係る規定の課題を検討し、入手困難資料の活用を促進するために必要となる解釈論や今後の方策を示す。

2. 図書館関係の権利制限規定の見直しの経緯

本章では、図書館関係の権利制限規定の見直しを行った令和3年改正に至る文化審議会における検討の経緯と、審議会による報告書の内容についてまとめる。

2.1 文化審議会における議論の経緯

図書館関係の権利制限規定の見直しが検討された背景として、新型コロナウイルス感染症の流行に伴い、2020年に多くの図書館が閉館を余儀なくされたことが挙げられる⁴。内閣に設置された知的財産戦略本部が2020年5月27日に決定した「知的財産推進計画2020」には、そのような状況も踏まえて、「絶版等により入手困難な資料をはじめ、図書館等が保有する資料へのアクセスを容易化するため、図書館等に関する権利制限規定をデジタル化・ネットワーク化に対応したものとするについて、研究目的の権利制限規定の創設と併せて、権利者の利益保護に十分に配慮しつつ、検討を進め、結論を得て、必要な措置を講ずる」とされ、短期施策として、「図書館等に関する権利制限規定をデジタル化・ネットワーク化に対応したものとするについて、2020年度内早期に文化審議会で検討を開始し、2020年度内に一定の結論〔原文ママ〕、法案の提出等の措置を講ずる」とされた⁵。

それを受けて、2020年7月29日に令和2年度第1回文化審議会著作権分科会法制度小委員会が開催され、「図書館関係の権利制限規定の在り方に関するワーキングチーム」(以下、「図書館WT」という)の設置が了承された。図書館WTは、2020年8月27日から2020年11月9日まで5回にわたって開催され⁶、2020年11月13日に図書館WTとしての報告書⁷が取りまとめられた。図書館WTの報告書を受けて、法制度小委員会において更に議論が行われ⁸、2021年1月15日に開催された第3回において、法制度小委員会としての報告書がとりまとめられた⁹。法制度小委員会の報告書は、2021年2月3日に開催された第60回文化審議会著作権分科会において、著作権分科会としての報告書案として議論がなされ、2021年2月3日に著作権分科会としての報告書とすることが合意された。

2.2 図書館関係の権利制限規定の見直し（デジタル・ネットワーク対応）に関する報告書

図書館 WT、法制度小委員会、著作権分科会での議論を経て、2021年2月3日に「図書館関係の権利制限規定の見直し（デジタル・ネットワーク対応）に関する報告書」¹⁰（以下、「図書館関係報告書」という）が取りまとめられた。

図書館関係報告書では、「第1章 問題の所在及び検討経緯」において、図書館関係の権利制限規定の見直しが必要になった理由を挙げている。見直しが必要になった理由は、「図書館関係の権利制限規定については、従来から、デジタル化・ネットワーク化に対応できていない部分があるとの指摘がなされてきたところ、今般の新型コロナウイルス感染症の流行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などについてのニーズが顕在化した」ためである¹¹。

入手困難資料のアクセス容易化については、「第2章 検討結果」の第1節において、現行制度と課題、対応の方向性、制度設計等がまとめられている。本節では、その内容をまとめる¹²。

まず、報告書がまとめられた当時の制度として、2012年6月20日に成立した「著作権法の一部を改正する法律」（平成24年法律第43号。以下、「平成24年改正」という）にて新設された旧31条3項の概要や新設された理由、運用実態がまとめられている。そして、感染症の流行による休館や病気等により、「図書館等への物理的なアクセスができない場合には、絶版等資料へのアクセス自体が困難となる」という課題がある。また、実態上、必ずしも全ての図書館等が国立国会図書館による参加承認を受けているわけではなく、参加承認を受けた図書館等においても利用できる端末数が限定的であるなどの課題もある¹³。

次に、対応の方向性として、「権利者の利益を不当に害しないことを前提に、国立国会図書館が、一定の条件の下で、絶版等資料のデータを利用者に直接インターネット送信することを可能とすることとする」とされた¹⁴。

そして、制度設計等として、（1）補償金の取扱いを含めた全体の方向性、（2）「絶版等資料」について、（3）送信の形態、（4）受信者側での複製の取扱い、（5）NDLから送信される入手困難資料に係る公の伝達権の制限、（6）大学図書館・公共図書館等が保有する入手困難資料の取扱い、についてそれぞれまとめられている。

（1）補償金の取扱いを含めた全体の方向性について、まず前提として、旧31条3項による図書館等への送信に

は補償金は課されておらず、その理由として、市場等で流通していない入手困難資料の性質上、権利者への影響が軽微と評価できること、NDLが行う非営利の公益性が高い行為であること、送信先が図書館等に限定されていること、が考慮されたものと考えられるとする。また、関係者間の協議による合意事項により、厳格な運用が担保されていることが挙げられている¹⁵。

そして、送信先の拡大が権利者に与える影響、国民の情報アクセスへの影響、サービスの利便性を高める観点からの補償金の積極的活用の可能性、適切な徴収・分配等のためのシステムの実現可能性、の4つの視点に基づいて検討した結果、「権利者の利益保護を図りつつ、国民の情報アクセスを早急に確保する観点から、『送信対象資料の範囲等について現行の厳格な運用を尊重しつつ、利用者に直接インターネット送信することを可能とし、補償金制度は導入しないこと』とすることで認識が一致した」とされた。一方、将来的には送信対象資料の拡大等、サービスの利便性を高めるとともに、補償金制度の導入の方向性も目指すべきという意見が複数示されたとして、継続的な議論が望まれるとした¹⁶。

（2）「絶版等資料」について、まずその呼称について、条文上は「一般に入手することが困難」か否かが判断基準であり、「絶版」という用語を用いることで実質的な問題は生じていないものの、「絶版」という用語により制度への誤解・混乱が生じることも想定されることから、図書館関係報告書では便宜上「入手困難資料」と呼称するとした。ただし、法令上の定義を改める必要性については検討が必要とされている¹⁷。

次に、入手困難資料の内容・外延の現行での解釈・運用について、「一般に入手することが困難」が判断基準であるとする。入手困難資料に該当しない（権利制限の対象とならない）場合として、「絶版であっても、電子出版やオンデマンド出版等により円滑な流通が確保されている場合」や「単に値段が高く経済的理由で購入が困難であることや、郵送等の手続のため入手までに一定の時間を要することなど」の場合が挙げられている。一方、入手困難資料に該当する（権利制限の対象となる）場合として、「絶版でなくても、流通在庫がなく、かつ、電子出版やオンデマンド出版等もされていないなどの場合」や、「そもそも、絶版という概念自体が存在しない種類の資料や、最初から広く一般に流通させることを目的としていない資料（例：ごく少数しか発行されない地域資料、郷土資料、行政資料等）」、「将来的に再版等の構想があるとしてもそれが現実化していない場合」が挙げられている。また、権利者との合意事項における送

信対象資料で留保・除外されている資料は、「法律の解釈というよりは、当事者間における運用上の配慮として、将来の電子出版市場の発展や権利者の利益に悪影響を与えないなどの観点から独自に定められたものであると考えられる」とした¹⁸。

入手困難資料の内容・外延についての対応方針として、①利用者に直接送信可能となり、権利者への影響が一定程度大きくなること、②今回の見直し等の主眼が、現状で図書館等において閲覧できる資料を家庭等でも閲覧できるようにすることであることから、入手困難資料の範囲を広げることは慎重である必要があるとして、対象範囲が過度に拡大しないよう法令で一定の担保を行うことも含めて検討が必要とした。一方、図書館等へ送信する資料については、現行の運用を厳格に維持するか否か検討の余地もあった。そして、具体的な運用の在り方については、NDLと出版社・権利者等との間で議論が行われるべきであるが、「国民全体の情報アクセスの確保や、出版社・権利者団体に属しない権利者全体の利益にも関わる重要な事柄であることから、今回の改正後における運用について議論する際には、関係府省や研究者・弁護士など、中立的な立場の第三者も参画することが望ましい」とした¹⁹。

入手困難資料と中古本市場との関係については、「当事者間の合意に基づく現行の運用においても、中古本の流通状況は考慮されていないこと」、「中古本の流通によって権利者に対価が還元されることはなく、権利者の利益保護の観点からの考慮は必ずしも求められないこと」、「中古本については幅広いニーズに 대응できる十分な分量が確保されていないことも多く、価格も流動的であるとともに、流通状況についての統一的・確実なチェックも困難であるという点で、新刊本の場合と同様の入手容易性が確保されているとは言い難い状況にあること」を理由に、入手困難資料であるか否かの判断にあたって中古本の流通状況は考慮しないとされた。ただし、運用の議論にあたって、中古本市場を考慮することを妨げるものではないとのなお書きが付された²⁰。

(3) 送信の形態について、国民の情報アクセス確保の観点から閲覧者を特定の属性を持つ者に限定することは望ましくないが、権利者の利益保護の観点から、ID・パスワードなどによる管理の仕組みを設ける必要があるとし、また、ID・パスワードなどの取得時等に利用規約への同意を求め、不正利用を防止することが想定されるとする。また、利用者による複製の可否については、ストリーミングだけでは利便性の観点から問題があり、プリントアウトはデータの不正拡散等の懸念も少ないこ

とから、プリントアウトを認めるべきであるとする。一方、プリントアウトの分量については一致した見解は示されていない。そして、具体的な送信の形態等については、法律ではなく政省令やガイドラインで定めるのが望ましいとされた²¹。

(4) 受信者側での複製の取扱いについて、何らかの複製可能な形態で送信する場合、「現行権利制限規定で認められている行為に該当しない場合（例：業務目的での複製）であったとしても、自ら閲覧するために複製する限りにおいては、権利者の利益を不当に害することは想定されないため、その限りにおいて受信者側での複製も権利制限の対象に含めることとすべき」とされた²²。

(5) NDLから送信される入手困難資料に係る公の伝達権の制限について、旧31条3項では公の伝達権の制限については、規定の目的の範囲内では当然に公の伝達も可能であると解されており、明示されていないところ、送信対象の拡大により、公の伝達のニーズの高まりが想定され、また、旧31条3項の条文の文言も変わることが想定されるため、明示的に公の伝達権を制限する規定を設けることとすべきとした。また、その際には図書館等以外の場での公の伝達も非営利・無料の要件の下、幅広く認めるべきとした²³。

(6) 大学図書館・公共図書館等が保有する入手困難資料の取扱いについて、NDLが保有しておらず、大学図書館・公共図書館等が保有している入手困難資料への国民の情報アクセスを確保する観点から、「(ア) 大学図書館・公共図書館等においてデジタル化した上で、(イ) 大学図書館・公共図書館等から国立国会図書館に提供し、(ウ) 国立国会図書館において専用サーバーにデータを蓄積するとともに、(エ) 国立国会図書館から全国の図書館等や個々の利用者に向けた送信を行うこと（いわば、国立国会図書館をハブとして資料の全国的な共有を図ること）が望ましいと考えられる」とし、(ア)～(エ)はいずれも現行法及び今回の改正で可能であると考えられるとした。また、(イ)に関して、31条1項3号では公衆送信権は制限対象ではないが、大学図書館・公共図書館等からNDLに対してメールで提供することも可能であると評価できると考えられるとし、一方で、NDLが管理するサーバーに直接データを蓄積することについては規定の文言について検討の必要があるとした²⁴。

「第2章 第2節 図書館資料の送信サービスの実施（法第31条第1項第1号関係）」の記載内容については、本稿が検討する入手困難資料のアクセス容易化に係る規定とは直接関係しないため、詳細は省略する。

「第3章 まとめ（関連する諸課題の取扱いを含む。）」

では、「権利者の利益保護を図りつつ国民の情報アクセスを早急に確保する観点から、政府においては、この内容に沿って早急に法整備等の対応を行うとともに、著作権法の規定やガイドラインなどを遵守した適切な運用がなされるよう、図書館関係団体や権利者団体等とも連携しつつ、その趣旨・内容を図書館関係者や国民に対して丁寧に周知・普及啓発していくことを期待する」とされ、また、図書館関係の権利制限規定には多岐にわたる論点が残されているとして、検討を継続する必要があるとした²⁵。

3. 入手困難資料に係る令和3年改正法の解釈

図書館関係報告書を受けて、令和3年改正により、31条が改正され、入手困難資料へのアクセス容易化を実現する規定として、新31条6項から11項が新設されることとなった。本章では、31条6項から11項の各項の解釈について、文化庁著作権課による解説²⁶を中心にまとめる²⁷。

3.1 NDLによるデジタル化（6項）

31条6項は、旧31条2項が一部改正されたものである。旧31条2項は、NDLによる所蔵資料のデジタル化と、入手困難資料を図書館等へ自動公衆送信することを目的とするデジタル化についての権利制限を規定していた。令和3年改正により、31条8項が定める、入手困難資料を直接利用者に自動公衆送信を行う目的で行われるデジタル化も認められることとなった。

3.2 送信された資料の図書館等での複製（7項）

31条7項は、旧31条3項のうち、後段が改正されたものである。旧31条3項後段では、図書館等に送信された入手困難資料の複製について、31条1項1号と同様の要件（「調査研究の用に供するため」「著作物の一部分」「一人につき一部」）を満たした場合のみ権利制限の対象とされていた。令和3年改正により、①「利用者が自ら利用するために必要と認められる限度」において入手困難資料の複製が認められるようになることと（31条7項1号）、②「自動公衆送信された当該著作物を受信装置を用いて公に伝達すること」が認められることとなった（同2号）。

①「利用者が自ら利用するために必要と認められる限度」について、従来は31条1項1号と同様の要件を設けていたところ、令和3年改正でその要件を設けないこと

とした。その理由は、複製物の作成・提供の目的・範囲が、「自ら利用するために必要と認められる限度」にとどまるのであれば、31条1項1号と同様の要件を設けずとも権利者の利益を不当に害することは想定されないためである²⁸。したがって、「自ら利用するために必要と認められる限度」であれば、調査研究以外（娯楽等）の目的での複製や、著作物の全部の複製、複数部数の複製であっても権利制限の対象となると解される²⁹。

「自ら利用するために必要と認められる限度」とは、「自動公衆送信された当該著作物を利用者が自らの手元で利用（閲覧）するために必要な範囲内」であり、「業務の過程で利用する目的であっても、あくまで自ら閲覧することが目的であれば『自ら利用するために』という要件に該当する」³⁰。

②「受信装置を用いて公に伝達すること」について、旧31条3項においても、自動公衆送信の目的が「公衆に提示することを目的とする場合」と規定されていることから、公の伝達についても許容されていると解されていたが、そのことが明示的に規定されたものである³¹。なお、公の伝達を認める理由として、図書館等の職員が図書館等に設置されている端末により利用者に対して入手困難資料を閲覧させたり、市民向け講座の中で入手困難資料を利用したいというニーズが高まっており、「図書館等は、（ア）図書館資料を一般公衆の利用に供することによって、国民の情報アクセスを確保するといった公共的奉仕機能を有していること、（イ）設置主体が非営利法人に限定されていること、（ウ）司書等の著作権法に関する知識を有する職員が配置されていることから、公益的観点から広く公の伝達を認めることが望ましく、かつ、権利者の利益に配慮した形での対応を継続的かつ責任をもって実施することができるものと評価される」とされている³²。

公の伝達にあたっては、伝達を受ける者から対価を得ないという要件を満たす必要がある。また、公衆送信された著作物を受信装置を用いて公衆に直接視聴させる、いわゆる生伝達の場合のみが対象となっており、送信されたものをいったん記録してそれを再生して視聴させるといった複製行為が介在する場合は含まれない³³。

3.3 利用者への直接送信（8項）

31条8項は、令和3年改正で新設されたものであり、一定の要件を満たした入手困難資料を直接その利用者に自動公衆送信することを認めるものである。送信の主体はNDLであり、客体は入手困難資料のうち、31条10項に定める要件を満たす「特定絶版等資料」（詳細は後述）

に限られる。

31条8項により権利制限される自動公衆送信には、「当該自動公衆送信を受信して行う当該著作物のデジタル方式の複製を防止し、又は抑止するための措置として文部科学省令で定める措置を講じて行うものに限る」という限定が付されている。「当該自動公衆送信を受信して行う当該著作物のデジタル方式の複製」とは、ダウンロード行為を意味しており、NDLは、ダウンロード行為を防止・抑止する措置を講じる必要がある。

31条8項による送信対象は、NDLに事前に氏名や連絡先等を登録した「事前登録者」に限定されており（1号）、NDLは送信先が事前登録者であることを識別するための措置を講じていることが求められる（2号）。事前登録を求める趣旨は、利用者がダウンロードの防止・抑止措置を不正に回避してデータが拡散されるなどの侵害行為が行われ、権利者の利益が不当に害された場合に、利用者を特定し、サービスの利用停止や責任追及を行うことができるようにするためである³⁴。

3.4 利用者による入手困難資料の利用（9項）

31条9項は、令和3年改正で新設されたものであり、8項の規定により特定絶版等資料を受信した者に認められる行為として、①「自ら利用するために必要と認められる限度において複製すること」（1号）、②「受信装置を用いて公に伝達すること」（2号）を規定している。

まず、①「自ら利用するために必要と認められる限度において複製すること」が認められる理由として、31条7項の解説において前述した理由（複製物の作成・提供の目的・範囲が、「自ら利用するために必要と認められる限度」にとどまるものであれば、31条1項1号と同様の要件を設けずとも権利者の利益を不当に害することは想定されないこと）に加えて、私的使用目的での複製（30条1項）と同等の私的領域内の行為と評価できる範囲であり、私的領域内での活動の自由の確保という観点から、31条1項1号のような要件は設けられていない³⁵。

②「受信装置を用いて公に伝達すること」については、（1）個人または家庭内で閲覧する程度と同等の私的領域に留まる場合（2号イ）と、（2）（1）以外の場合で、図書館等と同様の公共的性質を有する施設であって、著作権法等の公の伝達にあたって適正な法に関する知識を有する職員が置かれている場合（2号ロ）に限って認められる。また、いずれの場合も非営利かつ無償で行うことが要件とされている。以下、それぞれの場合において公の伝達を認める趣旨や、追加で課される要件をまとめる。

（1）個人または家庭内で閲覧する程度と同等の私的領域に留まる場合については、一般的に個人で利用されるパソコンやタブレット等を用いて公の伝達を行うのと同等の大きさ以下で表示する場合には、「少人数での回し読み程度の場面に限定され、一度に伝達できる人数は少数にとどまるため」、権利者に与える不利益の程度は個人や家庭内での閲覧と同程度であって、私的領域の範囲内と評価できることから、非営利かつ無償の公の伝達が認められている³⁶。具体的な表示の大きさの上限は政令で定められるが、「家庭用として一般に流通しているパソコンなどの受信装置を用いて表示した際の最大表示サイズを踏まえて」定めることが想定されている³⁷。

（2）（1）以外の場合、すなわち、個人で利用されるようなパソコン等ではなく、大型スクリーン等を用いて公に伝達する場合は、一度に伝達できる人数が多数であり、かつ、個々のユーザが閲覧する場合は利用態様が大きく異なることから、非営利かつ無償であることに加えて、図書館等と同様の公共的性質を有する施設であって、著作権法等の公の伝達にあたって適正な法に関する知識を有する職員が置かれている場合に限って公の伝達が認められている³⁸。

3.5 「特定絶版等資料」の定義等（10項・11項）

31条10項及び11項は、令和3年改正で新設されたものであり、10項において「特定絶版等資料」を定義し、11項において10項に定められている申出を補足している。

「特定絶版等資料」が新たに定義されることとなった理由は、31条8項等による送信対象となる入手困難資料であるか否かは、NDLからの送信時点で「一般に入手することが困難」といえるか否かによって判断されることになるため、近々復刻する予定であったとしても送信対象となってしまう、将来的な復刻版の需要を奪い、権利者に不利益を与える恐れが高くなる。そこで、利用者向けの送信である8項の送信対象を、図書館等向けの送信である7項よりも絞るために「特定絶版等資料」を設けることとされた³⁹。

10項は、特定絶版等資料の定義を定めており、①31条6項の規定によりデジタル化された入手困難資料のうち、②著作権者や出版権者のほか、その許諾を受けた者からの申出を受けて、NDLの館長が当該申出日から3か月以内に絶版等資料に該当しなくなる蓋然性が高いと認めた資料を除いたものと定義している。②について、「絶版等資料に該当しなくなる蓋然性が高い」とは、具体的な出版計画が存在する場合⁴⁰を言い、このような蓋然性は3か月以内において認められることを要する。3

か月以内とされるのは、国民の情報アクセスの保障（期間は可能な限り短いほうが望ましい）と権利者の利益保護（出版予定日の3か月前であれば、具体的な計画が定まっている場合が多く、当該計画が変更される可能性も低い）のバランスを図る観点から定められた⁴¹。

11項は、10項の規定による申出について定めており、申出は、NDLの館長に対して、申出に係る資料が3か月以内に入手困難資料に該当しなくなる蓋然性が高いことを疎明する資料を添えて行われる。

3.6 関係者協議会による合意文書

令和3年改正が公布されたことを受け、NDLは文化庁と共催で、権利者団体や出版社団体、有識者等をメンバーとする「国立国会図書館による入手困難資料の個人送信に関する関係者協議会」を設置し、2021年12月に運用指針などを示した「国立国会図書館のデジタル化資料の個人送信に関する合意文書」（国図電2111252号）⁴²を取りまとめた。合意文書では、①送信対象となる資料の範囲、②データの送信形態、③提供方法、④その他について、合意事項が明らかにされた。

まず、①送信対象となる資料の範囲については、特定絶版等資料のうち、「『国立国会図書館のデジタル化資料の図書館等への限定送信に関する合意事項』（資料デジタル化及び利用に係る関係者協議会）（国図電1212041号）⁴³の『2 国立国会図書館からの送信対象となる資料の範囲』に定める範囲内の資料」とされた⁴⁴。国図電1212041号では、送信対象候補となる資料として、図書、雑誌、博士論文が挙げられているものの、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は取扱いが留保されている⁴⁵。また、送信対象を入手困難資料に限定するための除外手続きとして、NDLによる入手可能性調査、事前除外手続、事後除外手続（オプトアウト）の内容が示されている。事前除外手続及び事後除外手続における除外基準として、①市場（オンデマンド出版及び電子書籍市場を含む）で流通している場合（おおむね3か月以内に流通予定の場合を含む）、②著作権等管理事業者により管理されている場合、③著作者から送信利用の停止の要請があった場合が挙げられているほか、経済的利益以外の正当な理由（人権侵害、個人情報保護等）による送信停止は、「国立国会図書館資料利用制限措置に関する規則（平成28年国立国会図書館規則第2号）に基づく資料利用制限措置をとるか、とる場合にはその内容について検討する」とされている⁴⁶。

次に、②データの送信形態については、ストリーミン

グ方式によることとされ、プリントアウトについては、デジタル方式の複製防止・抑止のための措置を実装の上、2023年1月に可能になる予定である⁴⁷。

次に、③提供方法について、提供対象はNDLの登録利用者制度による事前の利用登録を行った者（登録利用者）とされ、海外在住者への提供は引き続き検討される。登録利用者に対しては、ID・パスワード等の認証情報を発行し、サービスを利用させるにあたっては、認証情報を確認する措置を講ずることとされた。また、認証情報の適切な管理や送信されたデータの無許諾の第三者への送信等の禁止などの事項を含む利用規約を定め、利用規約に同意した登録利用者によりのみサービスが提供される。また、同時閲覧数の制限は行われない⁴⁸。

最後に、④その他として、NDLは個人を特定しない形で利用状況（利用統計）を公表することが求められる。また、大学図書館・公共図書館等の各図書館等は、NDLや文化庁・文部科学省からの依頼に応じてNDLへの積極的な入手困難資料の提供に努めることが望ましいとされた⁴⁹。

4. 検討

本章では、入手困難資料のアクセス容易化に係る規定に関して、①入手困難資料の範囲と②関連者協議会の課題について検討を行う。本稿が①および②を取り上げるのは、次の理由による。

まず、①については、入手困難資料の範囲外となる著作物を利用した場合には、他の権利制限規定に該当しない限り著作権侵害となり得ることから、入手困難資料の範囲を検討し、立法趣旨に照らして妥当な解釈論を構築することは重要であると考えためである。

次に、②については、規定の運用にあたって関係者間の協議が行われることは、図書館関係報告書でも言及されていた通り、改正の検討時から想定されていたものである。しかし、著作権法上許容されている利用が、法令ではなく、関係者間の協議により実質的に制限され得ることについては、従来から疑問が呈されていた⁵⁰。協議の合意内容によっては、法解釈にかかわらず、権利制限規定の立法趣旨を没却する運用がなされかねない。そこで、関係者協議会の課題を指摘し、その解決策を検討することが重要であると考えことから、本章では①に加えて、②の課題についても検討することとした。

4.1 入手困難資料の範囲

入手困難資料の範囲については、条文上細かな要件は

定められておらず、解釈に委ねられているところが大きい。本節では、①「一般に入手することが困難」要件の解釈、②中古本市場の考慮、③意図的に入手困難とされた資料の取扱い、④資料に複数の著作物が含まれる場合について、それぞれ検討する。

4.1.1 「一般に入手することが困難」要件の解釈

入手困難資料は、著作権法上、「絶版等資料」と呼称されている。そして、「絶版等資料」とは、「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」を指す。この定義から明らかであるように、「絶版」は例示であり、判断基準となるのは「一般に入手することが困難」であるか否かという点である。

「一般に入手することが困難」とは、絶版や重版未定となった書籍や発行後長期間を経過した定期刊行物等の、市場で購入できないものを意味すると解されている⁵¹。例えば、紙の書籍が絶版で電子出版等もされていないもの、復刻の構想があるが実現していないもの、大学紀要や郷土資料等のごく小部数しか発行されていないものが入手困難資料として挙げられる⁵²。一方、資料が高額であることや、取り寄せに時間がかかる外国書籍であるために購入が困難といった、経済的・時間的な理由により入手困難な資料は、「一般に入手することが困難」には含まれないと解されている⁵³。また、市場には流通しておらずとも、電子媒体やマイクロフィルムで流通している場合やオンデマンド出版がある書籍も入手困難資料に該当しないと解されている⁵⁴。

4.1.2 中古本市場の考慮

中古本市場で入手できる場合に入手困難資料として扱うか否かについては争いがあり、中古本市場で入手できる場合には入手困難資料の該当性を否定するもの⁵⁵と肯定するもの⁵⁶の双方の見解がみられる。図書館 WT の議論においても、入手困難資料の判断と中古本市場との関係については様々な意見が出されたが、入手困難資料であるか否かの判断に中古本市場は考慮しないとする意見が多勢であった。中古本市場を考慮する必要がない理由として、①創作者に利益が還元されないこと、②中古本市場にはニーズに応える十分な分量が確保されていないことも多いこと、また、分量を基準とする場合、何点以上の流通があれば入手困難でないと言えるのかの判断が難しいこと、③価格が流動的であること、④中古本市場には様々なルート（大手古書店や SNS での売買等）があること、といったものが図書館 WT での議論では挙げられていた⁵⁷。そのような議論を受けて、図書館関係

報告書では、入手困難資料であるか否かの判断にあたって中古本の流通状況は考慮しないとしたものの、運用の議論に当たって、中古本市場を考慮することを妨げるものではないとされた⁵⁸。

しかし、中古本市場での利益が創作者に直接還元されることがない以上、制度の運用面でも、著作権法の枠組みのなかで中古本市場を考慮する必要があるのかは疑問である。もちろん、中古本を購入したことで著者のことを知り、その著者の新刊を購入する、といった間接的な利益が創作者に還元されることは考えられるが、中古本市場に売られた書籍は、通常は譲渡権が消尽していることから（26条の2第2項）、直接的に利益が創作者に還元される仕組みは、少なくとも現在の著作権法においては整備されていない。したがって、権利者の利益保護の観点からは、運用面でも中古本市場を考慮する必要はないと考える。この点について、EU のデジタル単一著作権指令（Directive (EU) 2019/790）では、日本の著作権法における入手困難資料に相当すると考えられる「アウト・オブ・コマース（out of commerce）」の著作物には、中古本市場で入手可能であるか否かを考慮しないと明文で示されている⁵⁹。日本の入手困難資料についても法令上に中古本の流通状況を考慮しないことを明記する必要がないか、デジタル単一市場著作権指令との比較を通じて今後検討する必要があるだろう。

一方で、入手困難資料が同時アクセス制限無しでNDLから提供されることとなると、書庫スペースが逼迫している図書館等は、自らが所蔵する入手困難資料を廃棄する可能性がある。中古本市場においても、売れなくなった入手困難資料はいずれ廃棄されることが予想される。そうすると、入手困難資料の原本がNDLにしかないという状況が生じ、原本へのアクセス環境が悪化する可能性がある。著作権者の保護という視点からは、中古市場を考慮する必要はないと考えられるものの、著作権法の目的である文化の発展（1条参照）の観点から、原本へのアクセス環境を維持するために、中古本市場を考慮した運用をするという考え方もあり得るだろう。

4.1.3 意図的に入手困難とされた資料の取扱い

意図的に入手困難とされた資料の取扱いについても検討する必要がある。これは、平成24年改正の際の法制問題小委員会のまとめにおいて課題として示されていたが⁶⁰、令和3年改正時の議論ではその点について検討されていない。この点に関連して、送信対象資料を定めた合意文書（国図電2111253号）では、「経済的利益以外の正当な理由（人権侵害、個人情報保護等）により、送信

利用の停止の要請があった場合は、国立国会図書館資料利用制限措置に関する規則（平成28年国立国会図書館規則第2号）に基づく資料利用制限措置をとるか、とる場合にはその内容について検討する」とされている。国立国会図書館資料利用制限措置に関する規則では、利用が制限される資料として、①プライバシー侵害等の個人等の人格的利益の侵害（規則2条1号）、②著作権等の侵害（同2号）、③わいせつ物等（同3号）、④児童ポルノ（同4号）、以上①～④のいずれか（又は複数）に該当することが裁判所で確定したもの又は該当するかについての訴訟が裁判所に係属しているもののほか、⑤国の諸機関等の内部資料や利用範囲が限定されており、情報公開法等で不開示とされている情報を含むもの（同5号）、⑥民間の内部資料や公開することにより権利や正当な利益を害することが明らかなもの（同6号）、以上の6種類が挙げられている。

もっとも、平成24年改正の際の議論で挙げられていた意図的に入手困難にされた資料として想定されたのは、「著作者が過去に執筆した出版物のうち、当該出版物の内容等に照らして著作者が広く国民の目に触れることを希望しない」⁶¹ために再版等を断っているものであって、NDLで閲覧対象外としている資料の扱いを想定したものではない旨、文化庁より説明されている⁶²。平成24年改正の際の議論では、そのような著作者自身が意図的に入手困難にした資料については、入手困難資料の要件に合致するにもかかわらずオプトアウトを認めることについて消極的な意見が複数の委員から述べられていた⁶³。当時の著作権課長も、著作者自身が意図的に入手困難にした資料については権利制限の対象にすべきであり、除外することについては消極的という意見が非常に強かったと認識している旨発言しており⁶⁴、文化庁もその点を認識していた。しかし、実際の制度運用が定められた関係者協議会での合意文書では、「著作者から送信停止の要請があった場合」が送信対象から除外される基準の一つに挙げられており⁶⁵、著作者の主観による送信対象からの除外も認められている。個人の権利利益を侵害する資料ではない、著作者の意思により再版等をしないこととされた資料については、通常の出版物の場合よりも入手困難資料の要件に該当することは明らかであり、加えて、NDLに限らず全国の図書館でも既に所蔵している場合には利用可能になっているのであることからすると、どのような理由からNDLからの送信対象から除外することが正当化されるのか、基準を設けた趣旨を説明する必要があるだろう。

著作者による送信対象からの除外を認めることの正当

性を考えるにあたって参考になる見解として、84条3項に基づく著作者による出版権の消滅請求により入手困難となった資料について、著作者が死亡している場合には送信対象から除外することができないことから、遺族からの送信停止の要請も認められたほうがよいという見解がある⁶⁶。84条3項における出版権の消滅請求は、「著作者の公表権と裏腹の関係にある一種の人格的利益を担保する観点から設けられたもの」⁶⁷である。出版権の消滅請求を行使する要件として、「著作物の内容が自己の確信に適合しなくなつたとき」と規定されており、時代の推移で著作者の信条・思想・理論なども変わり得るところ、過去の自己の著作物を世間に通用させることが精神的に耐えられない場合に「自己の確信に適合しなくなつたもの」といふべきと解されている⁶⁸。また、本項の目的は、著作物の出版を廃絶する目的でなければならないことから、出版の一時停止では足りず、「未来永劫に出版させないことはもちろん、在庫品の廃棄までを含む措置を目的としたものであることを要」するとされ、一方で、「既に市場流通過程におかれた複製物の回収までも目的とするは、技術的・経済的な面からして要求されないと考えられ」と解されている⁶⁹。このような解釈からすると、出版権の消滅請求がなされた場合であっても、既に図書館等が所蔵している資料まで閲覧制限や廃棄をすることは求められないと解される。一方、NDLがデジタル化した資料を送信することは、著作者の人格的利益を保護するために出版を廃止したものを、再び世間に通用させることとなることから、84条3項の趣旨に反すると考えられる。平成24年改正の際の議論では、一度出版したものについて著作者による恣意的なオプトアウトを認めることには消極的であったが、以上のように84条3項が人格的利益の保護の観点から設けられた規定であり、現在も当該規定に基づく出版権の消滅請求が認められていることを踏まえると、84条3項に基づく措置により入手困難となった資料については、送信対象から除外することは正当化されると考える。また、遺族からの除外請求についても、当該著作物が84条3項に基づく措置により入手困難となったことを確認できる場合には認めるべきであろう。

また、実務上、明確に著作権侵害や名誉棄損であるとは言えないグレーなものについては、円満解決のために出版停止等をしないことで解決している事例が多くあり、そのような資料について、明確に侵害等が認められないことから送信対象から除外されないとすると、問題が再び生じることから、広く除外対象を認めるべきという見解がある⁷⁰。この見解に対しては、実際に著作権

侵害や名誉棄損が認められる内容が含まれていた場合には、申出がなされれば送信措置の停止が検討されるため⁷¹、送信対象から除外する必要はないという意見も考えられるが、あえて著作権侵害や名誉棄損の可能性があると申出がなされた資料まで積極的に送信対象とすることは、NDLがそれらの侵害を助長していると評価されるおそれもあると考えられることから、著作者等から出版停止等となった事情を説明させ、個別に送信対象から除外するか否かを判断することを認めてよいと考えられる。

ただし、84条3項に基づく出版権の消滅請求がなされた場合や、著作権侵害や名誉棄損等の恐れがあるとして出版停止等とされた資料について、調査研究目的で利用される場合も考えられる。例えば、前者であれば著作者の思想の変遷を辿ることや、後者であれば著作権侵害や名誉棄損の有無の調査に用いられるなどの利用が考えられよう。いずれも一度社会に流通したものであり、また、図書館で物理的に所蔵されている資料にはアクセスできるものであることから、そのような調査研究を目的とした利用についてまで、一概に利用者や図書館等への送信を取りやめる必要はないと考えられる。したがって、調査研究目的の利用であることが明らかな場合については、意図的に入手困難とされた資料についても利用を認めるべきであろう。

4.1.4 資料に複数の著作物が含まれる場合

入手困難資料に複数の著作物が含まれる場合の取扱いについて、当該図書館資料に含まれている全部の著作物が入手困難である場合に限り当該資料を入手困難資料であるとするか、図書館資料単位ではなく、著作物単位で入手困難資料であるか判断すべきであるという見解がある⁷²。この点に関しては、図書館WTにおいて委員から同旨の解釈で正しいのか質問がなされていたところ⁷³、文化庁からは、入手困難資料へのアクセス容易化に関する検討のとりまとめ案をまとめるに際して、そのような解釈であることを「確認的に」記載したというかたちで回答がなされていた⁷⁴。この回答からは、従来から入手困難資料の一部に入手困難でない著作物が含まれる場合には、その著作物以外が入手困難資料として権利制限規定の対象になると解されていたと読み取ることができる。しかし、図書館関係報告書がまとめられる過程のパブリック・コメントにおいては、資料に含まれる複数の著作物のうち一つでも入手困難となっていた場合に全体として入手困難資料からの除外申請を却下されたという意見が提出されており⁷⁵、文化庁が示した解釈に基

づく運用がなされていない場合もあったようである。

図書館関係報告書では、入手困難資料の「現行規定の解釈・運用等」の脚注において、「書籍全体としては入手困難だが、その中に入手困難でない著作物が混在している場合（例：複数の論文を収録した書籍において、特定の論文が個別に電子出版されている場合）については、入手困難でない著作物（例：個別に電子出版されている論文）を除いた部分が『入手困難資料』に該当するものと考えられる」との解釈を示し、パブリック・コメントでの指摘にも触れ、留意が必要としている⁷⁶。

以上から、入手困難資料に複数の著作物が含まれる場合の取扱いについては、令和3年改正前から入手困難ではない著作物を除いた部分のみが入手困難資料として扱われると解されるべきものであり、令和3年改正後も同様の解釈が妥当すると考えられる。令和3年改正前までは、図書館等に送信された入手困難資料を複製できる範囲は一部分に限られていたが、令和3年改正後は、自ら利用するために必要と認められる限度であれば著作物全部の複製も許容されることから、この点についての運用は厳密に行われるべきである。

4.2 関係者協議会の課題

入手困難資料のアクセス容易化について、具体的な運用は関係者間での協議に委ねられている⁷⁷。しかし、関係者間による協議には、以下のような課題があると考えられる。

4.2.1 関係者協議会の構成

関係者協議会については、その構成に関する課題が挙げられる。2021年10月現在の名簿に記載された構成員には、権利者団体、出版社団体、図書館関係団体の代表者が含まれているが、利用者側の代表者は含まれていない⁷⁸。もちろん、各団体の代表者は、当然に利用者としても著作物に接していると考えられることから、利用者視点からの意見が全く考慮されないということはないだろう。しかし、権利者団体、出版社団体の代表者は、著作権者側に立った意見が中心となることが予想され、図書館関係団体は、利用者寄りである可能性はあるものの、公的な施設であるという性質から、利用者と権利者との間の中立的な意見となることが予想される。そうすると、合意内容について、利用者側に立った意見も十分に反映されていると言えるのか、疑問が生じる。図書館WTでは、図書館資料送信サービスについての議論過程で出された意見ではあるものの、サービスの運用をガイドラインに委ねる場合には、利用者側の立場からの意見

も反映できるよう、利用者側の当事者を加えることを検討すべき旨の意見が出されていた⁷⁹。図書館関係報告書では、図書館資料送信サービスに関する解釈・運用を示すガイドライン作成にあたっての関係者として利用者也挙げられていた⁸⁰。一方、入手困難資料の考え方に関するガイドライン作成の関係者には、利用者は挙げられていない⁸¹。入手困難資料のアクセス容易化は、「国民の」情報アクセスの充実等を目的としたものである⁸²。国民の大多数は、著作物の権利者としてよりも、著作物の利用者として図書館等と関わることが多いと考えられることからすれば、入手困難資料に関するガイドライン作成においても、図書館資料送信サービスのガイドライン作成の場合と同様に、利用者側の当事者がガイドライン作成に加わることが適切であると考えられる⁸³。もっとも、図書館利用者を代表する著名な団体はみられないことから、利用者側の当事者を加えるにあたっては、例えば公募による募集が考えられる。しかし、利用者側の立場に立つ協議への参加者が全くいない状態よりは好ましいものの、公募の応募者が利用者全体を代表する者であるとは言い難い。そうすると、公募と合わせて、広く利用者の意見を合意内容に反映できる仕組みが必要になると考えられる。その仕組みについては、次項の関係者協議会の透明性についての課題とも関係する論点のため、次項において検討する。

4.2.2 関係者協議会の透明性

関係者協議会については、透明性に関する課題も挙げられる。関係者協議で行われた議論について、公開された議事録等は見当たらず、どのような議論が行われた結果、合意事項がまとめられたのかが不透明である。審議会や国会であれば原則として公開された場で議論されるために、議論の場に参加する当事者以外の関係者もその動向を確認することができ、その議論に対する何らかのアクションを起こすことも可能となるが、関係者間の閉じた場で議論が行われ、その結果のみが提示されることとなると、議論の当事者以外の関係者の意見が反映されないことになってしまう。もちろん、協議の過程では公開することで権利者等の不利益となる情報が示されることもあろうが、そのような情報は一部非開示とすればよく、それ以外の情報について議論過程を公開することで、議論の透明性を確保することが合意文書の正当性を主張するために必要であろう。仮に議論過程を公開することが難しくとも、合意事項の案の段階でパブリック・コメントを実施することなど、当事者以外の国民の意見を反映することができる仕組みを導入することが、法で認め

られた利用を制限するようなガイドラインの正当性が認められるためには必要であろう。そのような措置を講ずることができないのであれば、パブリック・コメントの機会が原則として保証されている政省令において具体的な運用基準を定めるべきである。

今回の関係者間協議による運用基準の作成のような、法律で規制の大枠を定め、具体的な運用については関係者間で実態に応じて柔軟に決めていく規範形成は、ソフトローと呼ばれている。ソフトローの形成にあたっては、当事者のみでの円滑な規範形成を行うことが容易でないことや、多様なステークホルダーの参加確保などの観点から、ソフトローに対する行政の関与の在り方を検討すべきという指摘がある⁸⁴。今回も、文化庁などの行政機関が利用者の参加確保や透明性確保に向けて積極的に関与することが望ましかったと考えられる。既に合意文書はまとめられているが、今からでも意見募集を行い、それに対する回答や、場合によっては合意事項の変更をもって、合意文書の正当性を確保すべきであろう。正当性を確保する措置を講じることができないのであるならば、関係者間の合意という、多くの国民が関与できない場で制度の運用を決めるのではなく、法令によって決められるべきであろう⁸⁵。

5. おわりに

本稿で取り上げた論点ほか、入手困難資料へのアクセスについては、補償金制度の導入可能性⁸⁶やNDL以外を主体とした入手困難資料の更なる活用⁸⁷などが今後検討すべき論点として挙げられている⁸⁸。これらの残された論点についても今後検討していきたい。

注・文献

- 1) 国会法（昭和22年法律第79号）130条及び国立国会図書館法（昭和23年法律第5号）1条に基づき設置された国立国会図書館を指す。
- 2) 上記①と②の施行時期が異なるために、①に係る規定の条文番号は、①の施行後から②の施行前の間と、②の施行後とで異なる。②の施行前の条文番号は最長でも1年間しか用いられないものであるため、本稿では、②の施行後の条文番号を用いることとし、令和3年改正施行前の条文を示す際は、原則として「旧〇条」と表す。なお、31条6項から11項については、②が施行される前の条文番号は、31条2項から7項になる。

- 3) EUの著作権制度に関する指摘であるが、Maurizio Borghi, 'Exceptions as users' rights in EU copyright law' [2020] Working Paper No. 06-2020 CIPPM 1, 15は、入手困難資料に相当する「アウト・オブ・コマース著作物」に関するEU指令上の制度について、「使用していない」ことを理由に独占権の行使を制限するものであり、著作権法の理論的にも実務的にも大きな発展を示すものである旨指摘している。
- 4) saveMLAK COVID-19libdata チーム「現在(いま)をアーカイブする: COVID-19図書館動向調査」カレントアウェアネス-E 395号(2020年7月30日)(<https://current.ndl.go.jp/e22831>, 2022年2月23日最終閲覧)では、新型コロナウイルス感染症の流行を受け、新型インフルエンザ等対策特別措置法(平成24年法律第31号)32条に基づき、2020年4月に初めて発出された緊急事態宣言後の2020年5月6日時点における全国の公共図書館・図書室等の休館率が92%であったという調査結果が報告されている。
- 5) 知的財産戦略本部「知的財産推進計画2020～新型コロナ後の『ニュー・ノーマル』に向けた知財戦略～」68頁、工程表項目番号127(2020年5月27日)(<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/chizaikeikaku20200527.pdf>, 2022年2月23日最終閲覧)
- 6) 各回の図書館WTにおける配布資料、議事内容については、文化庁ウェブサイト「図書館関係の権利制限規定の在り方に関するワーキングチーム」(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/toshokan_working_team/, 2022年2月23日最終閲覧)を参照。
- 7) 図書館関係の権利制限規定の在り方に関するワーキングチーム「図書館関係の権利制限規定の見直し(デジタル・ネットワーク対応)に関する報告書」(2020年11月13日)(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/toshokan_working_team/pdf/92654101_02.pdf, 2022年2月23日最終閲覧)。
- 8) 各回の法制度小委員会における配布資料、議事内容については、文化庁ウェブサイト「著作権分科会 法制度小委員会」(<https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hoseido/>, 2022年2月23日最終閲覧)を参照。
- 9) 文化審議会著作権分科会法制度小委員会「図書館関係の権利制限規定の見直し(デジタル・ネットワーク対応)に関する報告書」(2021年1月15日)(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hoseido/pdf/92783201_01.pdf, 2022年2月23日最終閲覧)。
- 10) 文化審議会著作権分科会「図書館関係の権利制限規定の見直し(デジタル・ネットワーク対応)に関する報告書」(2021年2月3日)(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/92818201_03.pdf, 2022年2月23日最終閲覧)。なお、文化審議会著作権分科会の報告書と、法制度小委員会の報告書との間に内容の相違はみられない。
- 11) 図書館関係報告書・前掲注10) 1頁。
- 12) 図書館関係報告書の内容を説明・検討するものとして、南亮一「最近の図書館に関する著作権法改正の動向について: 図書館WTでの検討を中心に」みんなの図書館527号17-25頁(2021年)。
- 13) 図書館関係報告書・前掲注10) 2-4頁。
- 14) 図書館関係報告書・前掲注10) 4頁。家庭等での閲覧を可能にすることは平成24年改正の議論においても最終的な目標とされていたことから、対応の方向性はその流れに沿ったものと考えられる旨のなお書きがある(4頁)。
- 15) 図書館関係報告書・前掲注10) 5頁。
- 16) 図書館関係報告書・前掲注10) 5-7頁。
- 17) 図書館関係報告書・前掲注10) 7-8頁。
- 18) 図書館関係報告書・前掲注10) 8頁。
- 19) 図書館関係報告書・前掲注10) 9頁。
- 20) 図書館関係報告書・前掲注10) 9-10頁。
- 21) 図書館関係報告書・前掲注10) 10-11頁。
- 22) 図書館関係報告書・前掲注10) 11頁。
- 23) 図書館関係報告書・前掲注10) 12頁。
- 24) 図書館関係報告書・前掲注10) 12-13頁。なお書きで、「美術館・博物館等において所蔵・保管している入手困難資料について、国立国会図書館がハブとして機能することには限界があるため、将来的に他の機関をハブとすることなどについても検討が必要となるものと考えられる」と記載がある(同13頁)。
- 25) 図書館関係報告書・前掲注10) 25頁。特に、31条の対象となる「図書館等」に学校図書館を追加することについて、追加すべきとの意見が分科会(法制度小委員会、図書館WT)での議論でも大勢であったとして、関係団体間で行われている協議の状況をみながら、早急に適切な対応がなされることを期待する旨記載されている(同25頁)。
- 26) 文化庁著作権課「著作権法の一部を改正する法律(令和3年改正)について」コピライト61巻728号31-76

- 頁(2021年)。なお、コピライトに掲載された内容と同様のものが、文化庁ウェブサイトにも掲載されている(文化庁ウェブサイト「著作権法の一部を改正する法律(令和3年改正)について」(https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/r03_hokaisei/pdf/93627801_01.pdf,2022年2月23日最終閲覧))。
- 27) 前掲26)及び以降の脚注で挙げる文献のほか、令和3年改正の国会での議論をまとめたものとして、川崎祥子「令和3年著作権法改正の国会論議：図書館関係の権利制限規定の見直しと放送番組のインターネット同時配信等に係る権利処理の円滑化」立法と調査437号64-78頁(2021年)。
- 28) 文化庁著作権課・前掲注26) 41頁。
- 29) 池村聡「令和3年著作権法改正について」高林龍＝三村量一＝上野達弘編『年報知的財産法2021-2022』2頁(日本評論社、2021年)。
- 30) 文化庁著作権課・前掲注26) 41頁。
- 31) 池村・前掲注29) 2頁。
- 32) 文化庁著作権課・前掲注26) 42頁。
- 33) 文化庁著作権課・前掲注26) 42頁。
- 34) 文化庁著作権課・前掲注26) 42頁。
- 35) 文化庁著作権課・前掲注26) 34-35、43頁。
- 36) 文化庁著作権課・前掲注26) 43頁。
- 37) 文化庁著作権課・前掲注26) 43頁。
- 38) 文化庁著作権課・前掲注26) 43-44頁。
- 39) 文化庁著作権課・前掲注26) 44頁。
- 40) 文化庁著作権課・前掲注26) 45頁では、「例えば、出版予定日や出版に係る基本的な使用が定まっている場合、関係する契約を既に締結している場合等」が具体的な出版計画が存在する場合の例として挙げられている。
- 41) 文化庁著作権課・前掲注26) 45頁。
- 42) 国立国会図書館ウェブサイト「国立国会図書館のデジタル化資料の個人送信に関する合意文書」(国 図 電2111252号)(https://www.ndl.go.jp/jp/preservation/digitization/kojinsoshin_agreement.pdf,2022年2月23日最終閲覧)。
- 43) 国立国会図書館ウェブサイト「国立国会図書館のデジタル化資料の図書館等への限定送信に関する合意事項」(国 図 電1212041号、国 図 電1901151号、国 図 電2111253号)(https://www.ndl.go.jp/jp/preservation/digitization/digitization_agreement03_202112.pdf,2022年2月23日最終閲覧)。国 図 電1212041号の合意事項は、2019年1月(国 図 電1901151号)、2021年12月(国 図 電2111253号)に改正されており、送信対象となる資料の範囲はほぼ変わっていない。改正された具体的な内容は、雑誌についての合意事項であり、国 図 電1901151号までは、「商業出版社に係る資料については、取扱いを留保する」と一律に送信対象から留保されていたが、国 図 電2111252号では、「商業出版社に係る資料については、関係者と合意が得られたものを除き取扱いを留保する」と改正されており、関係者と合意が得られたものについては送信対象となることが明確化された。
- 44) 国 図 電2111252号・前掲注42) 1頁。
- 45) 国 図 電2111253号・前掲注43) 1頁。
- 46) 国 図 電2111253号・前掲注43) 2頁。
- 47) 国 図 電2111252号・前掲注42) 1頁。
- 48) 国 図 電2111252号・前掲注42) 1-2頁。
- 49) 国 図 電2111252号・前掲注42) 2-3頁。
- 50) 上野・前掲注51) 41頁。
- 51) 池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタール別冊：平成24年改正解説』129頁〔壹貫田剛史〕(勁草書房、2013年)、加戸守行『著作権法逐条講義』295頁(七訂新版、著作権情報センター、2021)、小倉秀夫＝金井重彦編著『著作権法コンメンタールⅡ』81頁〔高瀬亜富〕(改訂版、第一法規、2020年)、上野達弘「国会図書館による絶版等資料の送信：平成24年著作権法改正の意義と課題」ジュリスト1449号36頁(2013年)、半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール2』215頁〔黒澤節男〕(第2版、勁草書房、2015年)。金井重彦＝小倉秀夫編著『著作権法コンメンタール(上巻)』398頁〔桑野雄一郎〕(東京布井出版、2000年)は、発行部数が極めて少ないような場合も該当する可能性があるとする。
- 52) 文化庁ウェブサイト「令和3年通常国会 著作権法改正について」「4.改正法 Q&A」問2への回答(https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/r03_hokaisei/,2022年2月23日最終閲覧)。
- 53) 池村ほか・前掲注51) 129頁〔壹貫田剛史〕、加戸・前掲注51) 295頁、小倉ほか編著・前掲注51) 81-82頁〔高瀬亜富〕、金井ほか編著・前掲注) 399頁〔桑野雄一郎〕、作花文雄『詳解 著作権法』320頁(第5版、ぎょうせい、2018年)。
- 54) 池村ほか・前掲注51) 129頁〔壹貫田剛史〕、半田ほか編・前掲注51) 218頁〔黒澤節男〕、小倉ほか編著・前掲注51) 88頁〔金井重彦＝芝口祥史〕(改訂版、第一法規、2020年)。作花・前掲注53) 320頁は、オ

- ンデマンドなどが普及している現状では、「その時点におけるサービスの提供状況をも総合的に勘案する必要はある」とする。
- 55) 加戸・前掲注51) 295頁、小倉ほか編著・前掲注51) 81頁〔高瀬亜富〕、半田ほか編・前掲注51) 215頁〔黒澤節男〕、金井ほか編著・前掲注51) 399頁〔桑野雄一郎〕、齊藤博『著作権法概論』124頁(勁草書房、2014年)(ただし、齊藤は、「広く流通しているときには未だ入手困難とはいえない」(同124頁)とすることから、中古本市場で流通する数が少ない場合には、入手困難資料の該当性を肯定する趣旨とも考えられる)。田村善之『著作権法概説』236頁(第2版、有斐閣、2001年)は、加戸の見解を参照しつつ、「もっとも、盗難、滅失等により雑誌の特定後に欠缺が生じたところ、古本市場ではその号のみのバラ売りはなされていないという場合には、本号〔旧31条1項3号〕に該当すると考えてよいであろう」とする。
- 56) 中山信弘『著作権法』393頁注97(第3版、有斐閣、2020)、小倉ほか編著・前掲注51) 88頁〔金井重彦=芝口祥史〕(もっとも、「ただし、どこの古書店で売られているようなものについては、絶版本でも入手困難から除外してもよいだろう」(同92頁注3)としており、中古本市場を全く考慮しないとするわけではない)。また、池村ほか・前掲注51) 129頁〔壹貫田剛史〕は、絶版等資料に該当するか否かの判断が困難な例として、新品は入手困難であるが古本屋で容易に入手できる場合に言及しており、中古本市場に存在することが必ずしも絶版等資料の該当性を否定するものではないと考えていると推測される。
- 57) 文化庁ウェブサイト「図書館関係の権利制限規定の在り方に関するワーキングチーム(第3回)議事内容」(2020年9月29日)(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/toshokan_working_team/r02_03/,2022年2月23日最終閲覧)を参照。
- 58) 図書館関係報告書・前掲注10) 9-10頁。
- 59) デジタル単一著作権指令の前文38を参照。デジタル単一市場著作権指令の日本語訳として、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)を参照。
- 60) 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会「国立国会図書館からの送信サービスに関する権利制限規定に係るまとめ(資料3-1 平成23年度法制問題小委員会における審議の経過等について 別紙3)」4頁(2012年1月26日)(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/bunkakai/35/pdf/shiryo_3_1.pdf,2022年2月23日最終閲覧)は、「何らかの理由により意図的に絶版とされた出版物等の取扱いについて検討されることが必要である」としていた。
- 61) 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会・前掲注60) 4頁。
- 62) 文化庁ウェブサイト「文化審議会著作権分科会法制問題小委員会(平成23年第6回)議事録」(2012年1月12日)〔鈴木著作物流通推進室室長補佐発言〕(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hosei/h23_06/index.html,2022年2月23日最終閲覧)
- 63) 文化庁ウェブサイト「文化審議会著作権分科会法制問題小委員会(平成23年第5回)議事録」(2011年11月9日)(https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hosei/h23_05/index.html,2022年2月23日最終閲覧)における、上野達弘委員、森田宏樹委員、中山信弘委員、山本隆司委員の発言を参照。
- 64) 「(平成23年第6回)議事録」・前掲注62)〔永山著作権課長発言〕。
- 65) 国図電2111253号・前掲注43) 2頁。
- 66) 伊藤真「著作権法31条の改正とそれに伴うガイドライン等の作成について」コピーライト61巻730号6頁(2022)。
- 67) 加戸・前掲注51) 608頁。
- 68) 加戸・前掲注51) 609頁。
- 69) 加戸・前掲注51) 609頁。
- 70) 伊藤・前掲注66) 6-7頁。
- 71) 国図電2111253号・前掲注43) 2頁。
- 72) 伊藤・前掲注66) 7頁。
- 73) 「1つの書籍の中で複数の論文が掲載されている書籍を考えた場合に……書籍全体としては入手困難資料だと思うのですが、その中に入手困難でない著作物が含まれるという場合が生じるかと思えます。私の理解としては、そういう場合においては、入手困難でない著作物を除いた部分が入手困難資料としてこの対象になるというふうに考えるべきではないかと思うのですが、そういう理解でよろしいでしょうか。」図書館WT第3回議事内容・前掲注57)〔前田哲男発言〕。
- 74) 「書籍全体としては入手困難だけれども、その中に一部入手困難でない著作物が混在しているという場

- 合には、その部分を除いたのが入手困難資料になるということを確認的に記載しております。』
- 文化庁ウェブサイト「図書館関係の権利制限規定の在り方に関するワーキングチーム（第4回）議事内容」（2020年10月26日）〔大野著作権課長補佐発言〕（https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/toshokan_working_team/r02_04/,2022年2月23日最終閲覧）
- 75) 文化審議会著作権分科会法制度小委員会「『図書館関係の権利制限規定の見直し（デジタル・ネットワーク対応）に関する中間まとめ』に関する意見募集の結果について（第3回資料1-1）」15頁（2021年1月15日）（https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hoseido/r02_03/pdf/92766601_01.pdf,2022年2月23日最終閲覧）における新潮社の意見を参照。伊藤・前掲注66)7頁も、「例えば、100点掲載されているうち、99点はほかの画集とか写真集にも掲載されている。ただ1点だけが、どこにも掲載されていないとなると、その画集などは絶版等資料にあたるそうです。それはちょっとおかしいと思います」と指摘している。
- 76) 図書館関係報告書・前掲注10) 8頁脚注23。
- 77) 図書館関係報告書・前掲注10) 9頁。
- 78) 2021年10月時点において、関係者協議会を構成する14名の関係者のうち、11名が権利者側、3名が図書館側の関係者とみられ、利用者側の立場の関係者はみられない。また、中立的な第三者として、有識者として学者と弁護士が1名ずつと、事務局として、NDL電子情報部電子情報企画課、文化庁著作権課が構成員となっている（国立国会図書館ウェブサイト「国立国会図書館による入手困難資料の個人送信に関する関係者協議会 構成員名簿」（2021年10月）（https://www.ndl.go.jp/jp/preservation/digitization/kojinsoshin_meibo202110.pdf,2022年2月23日最終閲覧））。
- 79) 図書館 WT 第4回において、村井麻衣子委員からガイドライン作成への利用者側の当事者の参加も検討すべき旨の発言があり、生貝直人委員、田村善之委員が賛同している（図書館 WT 第4回議事内容・前掲注74) 参照）。
- 80) 図書館関係報告書・前掲注10) 17頁は、「文化庁の関与の下、幅広い関係者（図書館関係団体、利用者、出版社・権利者、流通業者など）及び中立的な第三者を交えて、ただし書に関する具体的な解釈・運用を示すガイドラインを作成する必要がある」とする。
- 81) 図書館関係報告書・前掲注10) 9頁は、入手困難資料の具体的な運用の在り方について、「今回の改正後における運用について議論する際には、関係府省や研究者・弁護士など、中立的な立場の第三者も参画することが望ましい」としており、利用者側の立場に立つ関係者の関与については言及されていない。
- 82) 文化庁著作権課・前掲注26) 33頁。
- 83) 中山一郎「政策・産業界の動き」高林ほか編・前掲注29) 171頁は、「類型的除外の例が示すとおり当事者間協議が権利者保護に偏りやすいことに鑑みると、送信対象資料の範囲についても当事者間協議にのみ委ねればよいわけでもないだろう」とする。
- 84) 生貝直人「図書館等のデジタル・ネットワーク対応」ジュリスト1565号32頁（2021）。
- 85) 中山・前掲注83) 170-171頁は、「本来、法律上のルールも権利者保護の観点を踏まえて策定されたはずであり、それが不十分であれば法律を改正すべきではないかとの疑問も生じる」（同170頁注46）とするほか、法律上は利用可能な入手困難資料が運用上は利用不可能という法律と運用の乖離状態が続くことについて、そのような取扱いが妥当なのか疑問が残るとする（同170-171頁）。また、上野・前掲注51) 41頁も、「〔入手困難資料に係る権利制限規定によって〕恩恵を被るのは利用者他に他ならない。にもかかわらず、著作権法上は国会図書館に許容されているはずの行為が、法令によってではなく、図書館、著者、出版者等の『関係者間』の協議によって実質的に制約され、結果として利用者の利益が損なわれるとするならば、その是非について議論の余地が残るように思われる」とする。
- 86) 上野・前掲注51) 40頁、村井麻衣子「令和3年著作権法改正：インターネットを通じた図書館資料へのアクセスの容易化と放送番組の同時配信等における権利処理の円滑化」法学教室494号59頁（2021年）。
- 87) 生貝・前掲注84) 33頁。
- 88) そのほか、図書館等の範囲に学校図書館が含まれていないことが論点として挙げられているが（生貝・前掲注84) 32-33頁）、これは入手困難資料へのアクセス容易化に限らず、31条全体における課題である（生貝も、31条の課題として提示している）。

(令和4年3月14日受付)

(令和4年8月26日採録)