

アウト・オブ・コマーンス著作物概念の考察

鈴木康平*

A Study of Out-of-Commerce Works Concept

SUZUKI Kohei*

抄録

本稿は、EUのDSM著作権指令において「通常の商業流通経路を通じて公衆に利用可能ではない」著作物と定義される、アウト・オブ・コマーンス著作物について、その概念を日本法、EU法、米国法の比較法的研究を通じて考察するものである。日本の著作権法では、アウト・オブ・コマーンス著作物に相当する概念である「絶版等資料」は、「絶版その他これに準ずる理由により一般に入手することが困難な図書館資料」と定義されている。EUのDSM著作権指令での定義は冒頭で述べた通りである。米国著作権法では、図書館等が相当な調査に基づいて、通常の商業的利用の対象でないか、相当な価格で入手できないものが、実質的にアウト・オブ・コマーンス著作物として理解されている。それらのアウト・オブ・コマーンス著作物概念について比較した結果、「著作物の流通に権利者のコントロールが及び、かつ、権利者が利益還元を受けることが可能な状況」を指す「通常の商業流通経路」における利用可能性がアウト・オブ・コマーンス著作物概念の核になっていると考えられる。日本の絶版等資料の解釈も、単に入手が困難か否かではなく、「通常の商業流通経路」における利用可能性を核として解釈すべきである。

Abstract

This article studies the concept of out-of-commerce works, defined in the EU DSM Copyright Directive as works that are “not available to the public through customary channels of commerce”, through a comparative study of Japanese, EU and US law. Under Japanese copyright act, ‘rare or out-of-print material’, a concept equivalent to out-of-commerce works, is defined as ‘a library material that is difficult to obtain through normal trade channels because it is out of print or for a similar reason’. The definition in the EU DSM Copyright Directive was first mentioned. Under US copyright act, material that is not subject to normal commercial exploitation or not obtained at a substantial price is understood to be, in effect, an out-of-commerce work. Based on a comparison of the out-of-commerce work concept in three countries, the availability of the work in “customary channels of commerce”, which refers to “a situation in which the distribution of works is subject to the control of the rights holder and in which the rights holder can receive a return of profit”, is considered to be at the core of the out-of-commerce work concept. The interpretation of rare or out-of-print material should also be understood with the availability in “normal commercial distribution channels” at its core, rather than mere obtainability.

* 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

「アウト・オブ・コマース著作物」(out-of-commerce works)とは、EUの「デジタル単一市場著作権指令」(以下、「DSM 著作権指令」という)¹⁾において、「通常の商業流通経路を通じて公衆に利用可能ではない」著作物とされるものであり(DSM 著作権指令8条5項)、日本や米国でも概ね同様の著作物を指す用語として理解されている。

アウト・オブ・コマース著作物に係る制度が必要とされる背景には、「20世紀のブラックホール」と呼ばれる問題がある。20世紀のブラックホール問題は、図書館員がそのように呼んでいる著作権法上の問題として、デューク大学ロースクール教授のJames Boyleが2009年にフィナンシャル・タイムズで発表した。Boyleは、著作権の保護期間がかつてと比べて非常に長くなったことから、「世界の図書館には、未だに著作権によって保護され、商業的に入手できず、また、それらの多くは権利者も分からない「孤児著作物」(orphan works)である書籍であふれている」として、「著作権はその機能を使い尽くされたにもかかわらず、著作物は文化的なブラックホールに閉じ込められたままである」と述べている²⁾。権利者またはその所在が不明な著作物は、「孤児著作物」と呼ばれており(孤児著作物指令³⁾2条1項参照)、商業的に入手できない孤児著作物は、アウト・オブ・コマース著作物にも該当すると言えよう。また、ヨーロッパには、20世紀のブラックホール問題について、ヨーロッパに登録されたデジタルコンテンツのデータセットを分析した結果、19世紀から20世紀後半にかけてオンラインで公開されるコンテンツの量は増えているものの、1950年代以降、オンラインで入手できる資料は激減しており、20世紀のブラックホール問題があることは明確であると主張している。加えて、20世紀のコレクションの複雑な著作権状況がデジタル化の取り組みを妨げているという文化遺産機関⁴⁾からの報告を多数受けており、文化遺産機関が大量の著作権者と交渉せずに済む法的な措置が必要と主張している⁵⁾。アウト・オブ・コマース著作物に係る制度を整えることで、20世紀のブラックホール問題を解決することに繋がる。

現在、アウト・オブ・コマース著作物に関する制度は多くの国に存在しており、EUでは、2019年に成立したDSM 著作権指令により、図書館等の文化遺産機関におけるアウト・オブ・コマース著作物の利用に係る規定の制定がEU加盟国に義務付けられている。また、米国においても、アウト・オブ・コマース著作物という用語は

用いられていないものの、図書館等によるアウト・オブ・コマース著作物の利用について定めた規定が米国著作権法⁶⁾に存在する。日本の著作権法(昭和45年法律第48号)にも、現行法の制定時から、「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」である「絶版等資料」に係る権利制限規定が設けられていた(著作権法31条1項3号)。絶版等資料は、アウト・オブ・コマース著作物に相当する日本の著作権法上の概念であると言って差し支えない。2021年には、国立国会図書館による絶版等資料のインターネット送信を可能にする法改正(令和3年法律第52号。以下「令和3年改正」という)が成立し、アウト・オブ・コマース著作物へのアクセス環境が向上している。

このように、各国で図書館等によるアウト・オブ・コマース著作物の利用を認める制度が制定されており、著作物がアウト・オブ・コマース著作物であると位置づけられると、デジタル化やインターネットを通じたアクセスを実現するために、複製権や公衆送信権等が制限されることになる。しかし、アウト・オブ・コマース著作物の概念は、各国で統一されておらず、どこまでをアウト・オブ・コマース著作物に含むのかについて、解釈が異なっている。本稿では、日本・EU・米国の比較法的研究により、アウト・オブ・コマース著作物概念について考察することを目的とする。なお、アウト・オブ・コマース著作物は、あらゆる種類の著作物を含むものであるが、後述するようにEUでは歴史的に図書館資料のデジタル化とその利用という文脈で検討されてきている。これは、日本や米国でも同様である。そのため、本稿では、アウト・オブ・コマース著作物として、主に図書館資料を念頭に置いて考察を行う。

2. 日本法における絶版等資料の解釈

本章では、アウト・オブ・コマース著作物に相当する日本法の概念である「絶版等資料」の解釈をまとめる。絶版等資料は、「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」(31条1項3号)と定義されているが、その範囲については、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。以下、①著作権法上の「図書館資料」、②「一般に入手することが困難」という要件について、どのように現行法が解釈されているかをまとめる。

2.1. 「図書館資料」の解釈

絶版等資料は、その定義から、図書館資料のうち、一

般に入手することが困難なものを指すと解することが相当である。著作権法において、「図書館資料」は、「図書館等の図書、記録その他の資料」(31条1項柱書)と定義されている。「図書、記録その他の資料」は、「書籍・雑誌・小冊子等の文書、地図、図表、模型等の学術資料、写真、レコード、録音テープ、あるいはフィルム、ビデオ・テープ等の視聴覚資料までを含む広い概念」⁷であると解されている。また、「図書館等の……資料」と規定されていることから、著作権法における「図書館等」が保管する資料である必要がある。著作権法における「図書館等」は、文部科学省令で定める司書相当職員(著作権法施行規則1条の4)が置かれている「法令の規定によって設置されたもの」(著作権法施行令1条の3柱書、同4号、同5号)が含まれるため、法律や条例により設置された美術館や博物館なども司書相当職員が置かれている施設は「図書館等」に含まれる。したがって、その施設が「図書館等」に該当するものであれば、美術館や博物館の資料も、著作権法上の「図書館資料」に該当すると解釈することは妨げられないと考えられる。

なお、著作権法上の「図書館資料」は、ある図書館等が責任をもって保管している資料であることを必要とすると解釈されており、当該資料の所有権が当該図書館等にあるのか、他の図書館等にあるものなのかは問われていないため、他の図書館等から相互貸借などで借りている資料であっても、借り受けている図書館等の「図書館等資料」に該当すると解されている⁸。

著作権法以外の法令における図書館資料の定義として、図書館法では、「郷土資料、地方行政資料、美術品、レコード及びフィルムの収集にも十分留意して、図書、記録、視聴覚教育の資料その他必要な資料(電磁的記録(電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によつては認識することができない方式で作られた記録をいう。)を含む。以下「図書館資料」という。)(図書館法3条1号)と定義されている。この規定の立法趣旨は、「図書館資料の収集の範囲を非常に広くしてこなければならないということである」とされ、立法当時は図書館の収集対象として一般的ではなかったであろう美術品なども含む点について、図書館がレクリエーション・センターとしての機能を持つようになってきた結果、収集範囲も拡大されるのは当然であるとされている⁹。なお、国立国会図書館法には、図書館資料の定義規定はないものの、NDLが収集する資料として、図書、小冊子、逐次刊行物、楽譜、地図、映画フィルム、そのほか印刷その他の方法により複製した文書又は図画、蓄音機用レコード、人の知覚で認識できない方法により文字、映像、音又はプロ

グラムを記録した物が挙げられている(国立国会図書館法24条1項各号)。

法令上の定義と図書館実務上の定義との間に乖離がないかを確認するために、図書館情報学や図書館実務で用いられている「図書館資料」の定義を概観してみる。『図書館情報学用語辞典』の「図書館資料」の項目では、「図書館が収集し、整理し、利用者に提供する資料」とされている。ここでは、博物館資料や文書館資料と必ずしも排他的ではないものの、「一般的に言えば、人間が作り出した作品(work)のうち、実体的なものが博物館資料となり、記号で表現される平面的な形態を持ったものが図書館資料となる」、「文書館資料は、作品というよりも、ある意思決定の結果の記録である」として、現在の図書館が扱う主たる対象は、「大量に複製され配布される記録物である」と説明されている¹⁰。『図書館情報学ハンドブック』では、「図書館で収集、組織化、保存、提供する資料を<図書館資料>と呼ぶ」として、「図書館の館種やサービス対象、規模によって扱う図書館資料は異なってくる」とされている¹¹。『図書館ハンドブック』では、図書館法における図書館資料の定義について、そこで規定されている資料はあくまで例示であり、現在の図書館が収集・提供している資料にはそこに含まれないものが多数あり、今後も新しいタイプの資料が生まれてくることが予想されることから、「図書館資料とは、『図書館奉仕のために必要な資料すべて』と考えるのが一般的である」として、オンラインデータベースやインターネット情報などのネットワークを通じて利用可能な電子資料も図書館資料に含めている¹²。

図書館情報学や図書館実務上においては、図書館資料には物理的な書籍だけではなく、デジタル媒体のものを含む多様な資料が含まれると解されているようであり、著作権法や図書館法でも、具体的な資料の種類を挙げつつ、最後に「その他の資料」、「その他必要な資料」という受け皿を設けている。以上から、図書館情報学や図書館実務で認識されている「図書館資料」と法令上の「図書館資料」との乖離は生じないといえる。したがって、「図書館資料」であることが前提となる絶版等資料には、図書館が扱い得るあらゆる著作物が該当し得ると解釈することができる。

2.2 「一般に入手することが困難」の解釈

絶版等資料の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¹³。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、絶版等資料として挙げられる¹⁴。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¹⁵。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絶版等資料に該当しないと解されている¹⁶。関係者協議会による合意では、絶版等資料は、「流通在庫（出版者、書店等の市場）がなく、かつ商業的に電子配信されていない等、一般的に図書館等において購入が困難である資料」であり、「オンデマンド出版されている資料及び電子書籍として流通している資料は、現

に商業的に流通している事実を踏まえ、入手可能なものとして扱う」と整理されている¹⁷。ただし、合意事項が「図書館等において」入手困難としているところ、令和3年改正に向けての議論をまとめた文化審議会著作権分科会の報告書（以下、「図書館関係報告書」という）¹⁸では、法律上は、絶版等資料の送信対象者にとって入手困難か否かが問題になる旨の解釈が示されている¹⁹。

中古市場で入手できる場合に絶版等資料として扱うか否かについては、学説上争いがあり²⁰、特に、中古市場で大量に流通している場合の扱いが争いになる²¹。令和3年改正が議論された文化審議会著作権分科会が示した報告書では、絶版等資料に該当するか否かの判断にあたって、中古市場は考慮する必要がないとの認識で一致したとして、その理由として、①関係者の合意に基づく令和3年改正前の制度の運用においても中古市場は考慮されていないこと、②中古市場の流通によって権利者に

表1 EUにおけるアウト・オブ・コマース著作物の用語と定義の変遷

時期	文書名等	用語	主な定義
2006年8月	文化資料のデジタル化・オンラインアクセシビリティとデジタル保存に関する欧州委員会勧告	絶版又は流通外著作物	絶版又は（視聴覚著作物の場合）流通外 ²³
2006年10月	デジタル図書館に関する高次専門家グループ著作権サブグループ・中間報告書	絶版著作物	図書館や公衆の間に当該著作物の有形的複製物が存在するか否かにかかわらず、もはや商業的に利用できないもの ²⁴
2007年4月	同・実施課題報告書 附属のモデル条項	絶版著作物	図書館や公衆の間に当該著作物の有形的複製物が存在するか否かにかかわらず、もはや商業的に利用できないと権利者が判断した著作物 ²⁵
2008年6月	同・最終報告書 附属のモデル条項（オンラインアクセスのオプション）	絶版著作物	図書館や公衆の間（古書店を通じて利用可能な場合を含む）に当該著作物の有形的複製物が存在するか否かにかかわらず、もはや商業的に利用できないと権利者が判断した著作物 ²⁶
2010年5月	欧州デジタルアジェンダ	絶版著作物	（定義の記載なし） ²⁷
2011年5月	知的財産権のための単一市場	アウト・オブ・コマース著作物	著作権で保護されているが、もはや商業的に利用することができないもの。アウト・オブ・コマース著作物は、著者または出版者は分かっている一方で、その書籍が従来または新たな電子的な取引経路で利用できないという点で、孤児著作物と異なる ²⁸
2011年9月	アウト・オブ・コマース著作物のデジタル化と利用可能化の主な原則に関する覚書（以下、「MoU」という）	アウト・オブ・コマース著作物	著作物は、図書館や公衆の間（古書店を通じて利用する場合を含む）でその著作物の有形的複製物が存在するか否かにかかわらず、すべての版およびマニフェストが通常の商業流通経路で商業的に利用できないとき、アウト・オブ・コマースであるとされる ²⁹
2019年	DSM 著作権指令	アウト・オブ・コマース著作物	著作物または他の保護対象物が公衆に利用可能かどうか決定するために合理的な努力がなされた後に、当該著作物またはその他の保護対象物全体が、通常の商業流通経路を通じて公衆に利用可能ではないと善意で推定される場合に、当該著作物または他の保護対象物は、商業的に入手できない〔アウト・オブ・コマース〕とみなされる ³⁰

（出典：表に挙げた各種文献を基に筆者作成。DSM 著作権指令を除き筆者訳。〔〕内筆者補足）

対価が還元されないこと、③中古市場は、十分な分量が確保されていない場合も多く、価格も流動的で、流通状況のチェックも困難という点で、新品と同様の入手容易性が確保されているとは言い難いこと、といった理由が示されている²²。

3. EU法におけるアウト・オブ・コマース著作物概念

「アウト・オブ・コマース」という用語は、主にEU法で用いられている用語である。表1に、EUにおけるアウト・オブ・コマース著作物の用語と定義の変遷をまとめる。

EUでは、2010年頃までは「絶版」という用語が用いられており、2011年から「アウト・オブ・コマース」という用語が使われるようになったようである。ただし、「絶版著作物」という用語が用いられていた2006年の時点で、商業的な利用可能性の要件や、オンラインアクセスやオンデマンド印刷で利用可能な場合は絶版著作物には含まれないとの見解が示されていたことから³¹、2006年の時点で、「絶版著作物」という用語は、紙媒体で利用不可能なもののみを指すものではなく、実質的には現在の「アウト・オブ・コマース著作物」と同義で用いられていたと言えよう。また、表の定義にも「図書館」が多く出てくる通り、アウト・オブ・コマース著作物の利用は、主に図書館によるデジタル化とその利用を想定して検討されてきたことが、EUにおける議論から読み取ることができる。

3.1. 2011年 MoU におけるアウト・オブ・コマース著作物概念

2011年9月20日、欧州の図書館・出版社・著者・集中管理団体の合計10団体により、「アウト・オブ・コマース著作物のデジタル化と利用可能化の主な原則に関する覚書」(MoU)が合意された。MoUでは、著作物がアウト・オブ・コマースである場合を次のように定義している³²。

著作物は、図書館や公衆の間（古書店を通じて利用する場合を含む）でその著作物の有形的複製物が存在するか否かにかかわらず、すべての版およびマニフェストが通常の商業流通経路で商業的に利用できないとき、アウト・オブ・コマースであるとされる。

また、欧州委員会は、アウト・オブ・コマース著作物について、MoUのFAQにおいて、以下のような定義を

示している³³。

アウト・オブ・コマース著作物とは、著作権で保護されているが、著者や出版社が新版を発行せず、通常の商業流通経路で複製物を販売しないことを決定したため、もはや商業的に利用できない著作物を指す。従来、書籍などの著作物は、「出版中」あるいは「絶版」と呼ばれていた。現在、電子的な商業流通経路の出現により、「アウト・オブ・コマース」という用語が使われている（電子出版では、書籍が電子形態でしか利用できないとしても、「イン・コマース」となる）。

MoUおよび欧州委員会によるFAQでは、アウト・オブ・コマース著作物の要件として、いずれも通常の商業流通経路での商業的な利用可能性が挙げられている。通常の商業流通経路での商業的な利用可能性の判断方法について、MoUは、「商業的な利用可能性を決定する方法は、書誌データ基盤における特定可能性に依存するため、著作物が最初に発行された国において合意されるべきである」³⁴とされ、「各契約では、著作物がアウト・オブ・コマースであるか否かを確認するために実施されるステップを定めなければならない」³⁵とされている。ここからは、商業的な利用可能性の具体的な判断方法は読み取れず、アウト・オブ・コマースあるいはアウト・オブ・コマース著作物の定義で示された以上の基準は示されていないといえる。

3.2. DSM 著作権指令におけるアウト・オブ・コマース著作物概念

DSM 著作権指令の定義規定（2条。本節でDSM 著作権指令の規定を参照する際は、指令名を省略する）には、アウト・オブ・コマース著作物の定義はない。DSM 著作権指令の成立過程において、欧州議会の法務委員会は、2条4a項としてアウト・オブ・コマース著作物を定義することを提案していた。欧州議会による定義の案では、アウト・オブ・コマース著作物とは、「著作物又は他の保護対象物がどのような版又はマニフェストであっても、通常の商業流通経路を通じて加盟国において公衆がもはや利用することができないもの」、あるいは、「加盟国において商業的に利用されることがない著作物又は他の保護対象物。ただし、その状況から、著作者が公衆に利用可能とすることを拒否したことが明らかである場合は、この限りではない」とされていた³⁶。提案された定義は、成立したDSM 著作権指令において定義規定としては採用されていないが、アウト・オブ・コ

マースとみなされる条件は、8条5項において以下のよう規定されている。

8条5項

著作物または他の保護対象物が公衆に利用可能かどうか決定するために合理的な努力がなされた後に、当該著作物またはその他の保護対象物全体が、通常の商業流通経路を通じて公衆に利用可能ではないと善意で推定される場合に、当該著作物または他の保護対象物は、商業的に入手できない〔アウト・オブ・コマース〕とみなされる。

また、前文37において、アウト・オブ・コマース著作物に該当する場合について、補足されている。

前文37

文化遺産機関のコレクション内の著作物または他の保護対象物の多様性を考慮すると、重要となるのは、本指令に定めるライセンス付与体制および例外または制限が利用可能となることであり、かつ、写真、ソフトウェア、レコード、視聴覚著作物、単体の美術の著作物（それらが、これまで商業的に入手できなかった場合を含む）を含む、さまざまな種類の著作物および他の保護対象物が、実際に使用され得ることである。これまで商業的に入手できなかった著作物〔ネバー・イン・コマース著作物〕には、ポスター、リーフレット、トレンチ・ジャーナル、アマチュアの視聴覚著作物だけでなく、著作者人格権に関する国内規定のような、他の法的制約の適用を害することのない、未公表の著作物または他の保護対象物が含まれる。ある著作物または他の保護対象物が、その別のバージョンのいずれかにより入手可能である場合（例えば、文学の著作物の後続の版または映画の著作物の別バージョン）、またはその別の形態で入手可能である場合（例えば、同一の著作物のデジタル形式および印刷形式）、当該著作物または他の保護対象物は、商業的に入手できないとみなされる。逆に、特に、他言語バージョンまたは文学の著作物の視聴覚著作物への翻案といった、翻案の商業的な入手可能性は、著作物または他の保護対象物を当該言語において商業的に入手不可能とみなすことを妨げるものではない。……

2011年のMoUでは、対象は書籍と雑誌に限定され、孤児著作物指令でも単独の写真や画像の著作物は対象外

となっており、DSM 著作物指令ではそれらも対象とされている。加えて、それらが実際に使用され得ることが重要であるとも明示されている。これは、欧州委員会がすべての種類のアウト・オブ・コマース著作物に対するライセンス対応が必要と考えたためである³⁷。

8条5項が定める「合理的な努力」は、「時間の経過に応じて反復して行われることを要するものではないが、通常の商業流通経路における著作物または他の保護対象物の将来的な利用可能性について、容易にアクセス可能なあらゆる証拠を考慮することを要するものでなければならない」（前文38）とされている。ただし、対象となるすべての著作物に対して調査を行うことを要求するのではなく、サンプリング調査などが行われることが想定されているほか、調査は原則として文化遺産機関が設立された加盟国において行われ、国境を超える検証は相当な理由がある場合にのみ求められる（前文38）。

8条5項が定める「通常の商業流通経路」について、「中古品店における入手可能性のような、著作物または他の保護対象物の限定的な入手可能性、または著作物または他の保護対象物のライセンスを取得しうる理論的な可能性は、通常の商業流通経路における著作物または他の保護対象の公衆に対する利用可能性とみなされてはならない」（前文38）とされており、中古市場が含まれないことが明示されている。

もっとも、どのようなものが「通常の商業流通経路」であるのかは、明らかではない。通常の商業流通経路であるか否かは、著作物の分野など様々な要因に依存しており、時間の経過によっても変化するものであると指摘されている³⁸。また、「通常の商業流通経路」であるかの判断基準の主体が誰であるのか（一般人基準なのか、文化遺産機関基準なのか）や、ネバー・イン・コマース著作物も含まれるとされているが、それらには商業流通経路がなく、どのように検討すればよいのか不明確であるとも指摘されている³⁹。

4. 米国法におけるアウト・オブ・コマース著作物概念

本章では、アウト・オブ・コマース著作物について、利用者からの求めに応じた複製・頒布について定める米国著作権法108条(e)項（以下、本章において米国著作権法の条文番号を示す際は、法律名を省略する）と、著作権の保護期間の最後の20年間の複製等について定める108条(h)項について取り上げる⁴⁰。

4.1. 108条 (e) 項および (h) 項

108条 (e) 項は、アウト・オブ・コマース著作物の図書館等による複製及び頒布について定めている。108条 (e) 項によるアウト・オブ・コマース著作物の利用にあたっては、①複製物が利用者の所有物となり、かつ、私的研究、学問又は調査を目的とする利用であること、②著作権局長が規則により定める要件に従った明瞭な著作権注意書を掲示・表示することが必要になり⁴¹、それらの要件を満たす場合には、図書館等は著作物全体又は重要な部分の複製及び頒布を行うことができる。108条 (e) 項は、アウト・オブ・コマース著作物を直接的に定義はしていないが、権利制限される前提として、「図書館または文書資料館が相当な調査に基づき著作権のある著作物のコピーまたはレコードを公正な価格で入手できないと第一次的に判断したとき」と規定している。下院報告書は、108条 (e) 項における「相当な調査」について、「相当な調査の範囲と性質は状況に応じて変化する」としつつ、米国内で一般的に知られた取引情報源を利用することに加えて、通常は、出版者や著作権登録簿で確認できる場合には著作権者、あるいは、認可された複製サービスを利用（調査）することが常に求められるとする⁴²。

108条 (h) 項は、「最終20年条項」とも呼ばれており、アウト・オブ・コマース著作物について、著作権の保護期間の最後の20年間は、図書館やアーカイブが複製物のオンライン公開等をするを権利制限の対象としている。108条 (h) 項は、1976年米国著作権法改正時には設けられておらず、1998年に制定された、著作権保護期間を20年延長するソニー・ボノ著作権延長法⁴³により新設された。108条 (h) 項により、図書館等は、発行著作物⁴⁴について、著作権の保護期間の最後の20年間に、図書館等が相当な調査に基づいて、①通常の商業的利用の対象である場合、②相当な価格で入手できる場合、③著作権者等が①又は②の条件に定める条件が適用される旨の通知を行う場合、以上の3つの条件全てに該当しないと一次的に判断した場合には、保存、学問又は研究のために、当該著作物を複製、頒布、展示又は実演することができる（108条 (h) 項 (1) 及び (2)）。ただし、108条 (h) 項に基づく利用は、図書館等以外の利用者による利用には適用されない（同 (3)）。米国著作権局は、②相当な価格での入手可能性には、新品のものだけでなく、中古での入手可能性も含まれるという見解を示している⁴⁵。

4.2. Townsend Gard による108条 (h) 項の分析

108条 (h) 項について、テュレーン大学ロースクー

ル教授の Elizabeth Townsend Gard が詳細な分析を行っている⁴⁶。本稿では、108条 (h) 項が要件とする、①通常の商業的利用と、②相当な価格での入手可能性についての Townsend Gard の分析を取り上げる。

Townsend Gard は、108条 (h) 項が相当な調査で要求している、①「通常の商業的利用」が行われていないこと、②「相当な価格」で入手可能でないこと、という2つの要件を詳細に検討している。まず、①「通常の商業的利用」について、過去の裁判例や特許法、パブリシティ権、著作権法における出版の概念を検討した結果、108条 (h) 項における「通常の商業的利用」とは、販売または販売のための申出を意味すると考えられ、販売の準備や販売に向けた単なる議論、価格リストの要求は含まれないと考えられるとする。そして、「通常の商業的利用」がなされている具体的な判断基準例として、ISBN が付与されているか、冊子体が入手できるか、新品が Amazon で入手できるか、業界の標準的な情報源から入手できるか、ということを示している⁴⁷。

次に、②「相当な価格」について、中古品の価格も含むのか否かが大きな問題の一つであるが、いずれの議論もあり、米国著作権局は中古品の価格も含むとしているが、条文上は明確でない Townsend Gard は指摘する。また、①と②の要件は、いずれも同様の調査を必要とすることから、①が新品を指し、②が中古品を指すという解釈が可能であり、さらに、オリジナルの著作物の新たなバージョンが発行されている場合には相当な価格で入手可能であるとおそらく解釈ができるとする。その理由として、108条 (h) 項の趣旨が調査や学問のためのアクセスを提供することであるのだから、相当な価格で入手可能なものがあれば十分であると述べている⁴⁸。このような解釈に対して、Townsend Gard は、現在商業的に利用されていないものは中古品もほとんど存在しないこと、中古品は著作権者に利益をもたらさないこと、108条 (h) 項は複製物に対して品質を要求していないために中古品の品質が悪い場合もあり得、また、中古市場は在庫の変動が激しく、中古市場に1部でも複製物が存在する場合もあり得るところ、それらのような場合にまで図書館が108条 (h) 項で利用できなくなるのは妥当ではないことから、108条 (h) 項では中古市場を考慮しないことを提案している⁴⁹。

Townsend Gard は、デジタル領域における「相当な価格」での入手可能性について、動画配信サービス Netflix を例に検討している。著作物が Netflix を通じてある時期にのみ利用可能であり、他の時期には利用できない場合、利用できる時期には「通常の商業的利用」

であっても、Netflixでの利用は十分に安定的でない可能性があり、1998年の108条(h)項の起草・制定時点での「通常の商業的利用」を指すとすると、定額制によるストリーミング配信は、「通常の商業的利用」とは言えないとする。また、「通常の商業的利用」は、図書館が購入できることを指すことから、図書館が安定的な複製物を含むサブスクリプションを購入できないのであれば、図書館のコレクションとして複製物を入手するという目的のための「通常の商業的利用」とは認められない可能性があるとして指摘する。そして、108条(h)項の目的はNetflixで再生できない著作物を救済することであり、「通常の商業的利用」について著作権者とコミュニケーションが取れるのであれば、それも戦略としてあり得るとの考えを示している⁵⁰。

また、FRBR(書誌レコードの機能要件)を参考に、どのような場合に新たな著作物とみなされるのかを検討し、少なくとも改訂版や翻訳版は元の著作物とは別の著作物とみなされるべきであり、108条(h)項の適用対象になるとの考えを示している⁵¹。

5. 考察

本章では、日本法、EU法、米国法の比較法的研究を通じて、アウト・オブ・コマース著作物概念について、「通常の商業流通経路」を中心に考察する。その考察を受けて、日本法の絶版等資料の解釈の見直しが必要か、考察する。

アウト・オブ・コマース著作物の判断にあたって、EU法では「通常の商業流通経路」、米国法では「通常の商業的利用」での利用可能性が判断基準になる。これらの要件は、実質的に同等であると解されるため、本稿ではこれらの要件をEU法に倣って「通常の商業流通経路」と呼ぶことにする。日本法では、通常の商業流通経路に相当する概念は、絶版等資料に係る規定において条文上明記されていないが、解釈上、「市場で購入できないもの」が要件とされており、「通常の商業流通経路」での利用可能性が判断基準になっている可能性がある。もっとも、通常の商業流通経路がどのようなものであるのかは、日本・EU・米国いずれにおいても法令上明らかではなく、解釈に委ねられている。そして、その解釈も統一された基準はなく、アウト・オブ・コマース著作物の概念には揺らぎがある。

5.1. 通常の商業流通経路

本節では、アウト・オブ・コマース著作物概念におけ

る「通常の商業流通経路」について、複数の具体的なケースにおける各国法での扱いを比較して考察する。

5.1.1. 商業出版・電子出版

日本法、EU法、米国法のいずれにおいても、新品が書店で流通している場合や、オンデマンド出版がある場合、電子書籍などの電子媒体が利用可能な場合は、アウト・オブ・コマース著作物ではないと判断されている。これは、通常の商業流通経路と判断される典型例であろう。ただし、電子書籍などにおいて、電子媒体の入手を伴わない、アクセスのみが可能なライセンスでの入手可能性との関係については、後に別途検討する。

5.1.2. 図書館や公衆の間での利用可能性

ある著作物を図書館が所蔵している場合や、個人や官公庁が所有しているなどの公衆の間で利用可能な場合であっても、アウト・オブ・コマース著作物とはみなされない。EUでは、デジタル図書館に関する高次専門家グループ著作権サブグループが2006年10月に示した定義においてその旨示されており、2011年のMoUで示された定義でも踏襲されている。DSM著作権指令や米国法、日本法では明示的に記載はされていないものの、「商業」流通経路という要件に、非営利の図書館や商業目的ではない公衆の間での利用可能性が含まれるとは考えにくい。したがって、図書館や公衆の間で利用可能な場合は、通常の商業流通経路で利用可能と判断されるものではないと考えられる。

5.1.3. 中古市場

中古市場を通常の商業流通経路とみなすかは、各国で見解が異なる。ここで言う「中古市場」には、いわゆる古書店や新古書店といった商業的に中古品を扱う市場のほか、フリマアプリなどを通じた個人間での中古品のやり取りも含むものとする。

EUのDSM著作権指令では、中古市場での利用可能性は、通常の商業流通経路における利用可能性とみなしてはならないと明示されている(前文38)。一方、米国では、米国著作権局が米国著作権法108条(h)項の要件である「相当な価格」での入手可能性には中古市場での利用可能性も含まれると解しており、中古市場も通常の商業流通経路に含まれると考えられている。日本では、図書館関係報告書において、中古市場は絶版等資料の判断にあたって考慮しないとされたが、従来の学説上は賛否両論あり、特に、中古市場での流通量が多く、容易に入手できる場合について、考慮すべきか否か議論が

ある。

中古市場が通常の商業流通経路に含まれるか否かの判断は、権利者への利益還元の有無を重視するのか、権利者への利益還元は関係なく、純粋な入手可能性を重視するのかによって結論が変わる。EUは前者、米国は後者を重視していると考えられる。日本は、図書館WTにおいては前者が重視されているが、学説の中には後者を重視した解釈を採用するものがあると言えよう。純粋な入手可能性を重視する立場に関して、図書館WTは、中古市場には、ニーズに応える十分な分量が確保できるか、在庫が何点以上ならば入手可能と言えるのか、価格が流動的、購買ルートが数多くあり判断が困難、といった課題があることを指摘している⁵²。また、Dennis W.K. Khongは、中古市場には特定のタイトルの供給が保障されておらず、その入手可能性は時間経過とともに急激に減少するため、中古市場はアウト・オブ・コマース著作物の供給問題を解決する次善策にすぎないと指摘している⁵³。しかし、これらの理由は、十分な分量が確保でき、容易に入手が可能である場合に中古市場の考慮をしない理由としては弱いとも考えられる。この点について、Townsend Gardの調査によれば、現在商業的に利用されていないものは中古品もほとんど存在しないことが明らかにされており、また、Townsend Gardは中古品の品質が悪い場合もあり得ることも指摘しており⁵⁴、仮に中古市場で容易に入手できる場合であっても、品質の問題が生じる可能性がある。このような、様々な考慮要素が含まれ、また、それら考慮要素も流動的である中古市場は、「通常の」商業流通経路とは言い難いと考えられる。

したがって、中古市場で入手可能な場合であっても、通常の商業流通経路で利用可能とはみなさないという解釈が適当である⁵⁵。

5.1.4. 二次的著作物との関係

二次的著作物とは、日本法において、「著作物を翻訳し、編曲し、若しくは変形し、又は脚色し、映画化し、その他翻案することにより創作した著作物をいう」（著作権法2条1項11号）と定義されており、原著物とは別の新たな著作物として保護される。ベルヌ条約においても、「文学的又は美術的著作物の翻訳、翻案、編曲等による改作物は、その原作物の著作権者の権利を害することなく、原著物として保護される」（ベルヌ条約⁵⁶2条3項）と規定されており、EU法、米国法を含めて、国際的にも二次著作物は保護されている。

二次的著作物とアウト・オブ・コマース著作物の関係について、DSM著作権指令は、同じ著作物の多言語版

や文学作品が映画化され視聴覚著作物となっている場合などの翻案された著作物（二次的著作物）が利用できる場合であっても、アウト・オブ・コマースとみなされるとしている（前文37）。また、米国著作権法108条（h）項について、Townsend Gardは、改訂版や翻訳版がある場合であっても、アウト・オブ・コマース著作物の判断には影響しないとの考えを示している⁵⁷。日本の著作権法には、絶版等資料と二次的著作物の関係についての規定はみられないが、NDLによる送信対象についての合意（国図電2111253号）には、二次的著作物が存在する場合に絶版等資料とみなさないとする旨の記載はみられず、二次的著作物が存在する場合にも、原著物が一般に入手することが困難である場合には、絶版等資料と判断しているものと考えられる。すなわち、二次的著作物が通常の商業流通経路で流通していたとしても、それは原著物自体の通常の商業流通経路ではないと各国は解釈しているということになる。

二次的著作物の利用に関して、原著者は翻案権等を根拠として権利行使が可能であるから、権利者への利益還元がなされる可能性はある。しかし、日本、EU、米国のいずれも、二次的著作物が流通していても、原著物がアウト・オブ・コマース著作物であるか否かの判断には影響を与えていない。これは、二次的著作物が流通していても、原著物であるアウト・オブ・コマース著作物の流通に権利者のコントロールが及んでいるわけではなく、また、アウト・オブ・コマース著作物の安定的なアクセスが確保されているとも限らないためであると考えることができるだろう。

以上から、通常の商業流通経路で要求される権利者への利益還元は、二次著作物を通じた間接的なものでは足りず、原著物による直接的なものである場合を意味するものと考えられる。

5.1.5. 入手を伴わないアクセスのみのライセンス

電子書籍サービスでは、データ自体を利用者が入手できるのではなく、アクセスのみが許可されることも少なくない。また、サブスクリプションサービスを通じてアクセスできるようにする、個人のウェブサイトに掲載して広告収入や有料購読を提供するなど⁵⁸、デジタル技術の発展とインターネットの普及によって、著作物の入手を伴わない、アクセスのみのライセンスが提供されるサービスが成立している。

DSM著作権指令は、ライセンスを取得しうる「理論的な可能性」がある場合は、通常の商業流通経路での利用可能性とみなしてはならないとしているが（DSM著

作権指令前文38)、裏を返せば、「理論的な可能性」ではなく、実際にライセンスが提供されている場合には、通常の商業流通経路で利用可能と捉えているものと考えられる。また、米国著作権局は、108条(h)項等における通常の商業流通経路での利用可能性の判断にあたって、従来は「入手」(obtained)という用語が用いられていたところ、ライセンスと購入の双方を要件に含めるために、「アクセス」(accessed)という用語を用いることを提案しており⁵⁹、通常の商業流通経路には、ライセンスが提供されている場合も含まれるべきと解していると読み取ることができる。なお、EUの場合は、「利用できる/利用可能」(available)という用語が2005年に示された定義から継続して使われている。日本の場合、電子出版も通常の商業流通経路と解されていることから⁶⁰、ライセンスが提供されている場合も通常の商業流通経路に含んでいると解していると考えられる。

Townsend Gard は、通常の商業流通経路とは、図書館が購入できるということを目指すため、図書館が安定的な複製物を含むサブスクリプションを購入できないのであれば、通常の商業流通経路ではないと判断される可能性がある旨の見解を示している⁶¹。日本の場合も、関係者協議会による合意では、アウト・オブ・コマース著作物は「一般的に図書館等において購入が困難である資料」と整理されており⁶²、Townsend Gard の見解と同じ結論を導くことも可能と考えられる。一方、Khong は、アクセスの提供が一時的に停止された後に再開される場合(一時的放棄)について、その目的がマーケティングコストの節約による著作権者による利益最大化戦略と仮定すると、一時的放棄がなされている間に自由な複製や配布を許可してしまうと著作権者の利益が減少してしまうことから、一時的放棄がなされている間の自由な複製等を認めるのであれば、補償金の支払いが必要であると分析している⁶³。これは、アクセスできない期間が一時的である場合には、未だ通常の商業流通経路で利用可能であるという見解と考えられる。

これまでの考察で通常の商業流通経路とは言えないと整理したものは、図書館や公衆の間での利用可能性がある場合、中古市場、二次的著作物の市場であった。これらの共通点として、権利者が著作権を有する著作物の流通に対して、権利者のコントロールが及ばないという点が挙げられる。図書館や公衆の間、あるいは中古市場での流通は、一度適法に譲渡された場合、譲渡権(EU法や米国法では頒布権)が消尽するため、権利者は流通に対してコントロールが及ばない。二次的著作物の市場については、原著作物の権利者としての権利行使は可能で

あるが、二次的著作物が流通していたとしても、原著作物が流通しているわけではなく、二次的著作物の流通を通じて原著作物の流通をコントロールできるわけではない。そして、これらの流通には権利者のコントロールが及ばず、権利者は利益還元を受けることができないことから(二次的著作物の場合は原著作物の権利者として権利行使可能であるが、原著作物の流通から直接利益還元を受けるわけではない)、権利者が著作物を商業的に流通させることができない状態になっている。逆に言えば、著作物の流通に権利者のコントロールが及ぶことにより、権利者が利益還元を受けることが可能な状況を、通常の商業流通経路を通じて著作物を流通させている状況と整理することができる。

以上の整理を踏まえると、アクセスのみのライセンスには、権利者のコントロールが及ぶことにより、利益還元を受けることが可能であるから、通常の商業流通経路を通じて利用が可能と言える。これは、サブスクリプションサービスや個人のウェブサイトでの広告収入、有料購読などで提供されている場合も同様と言えよう。

5.1.6. 小括

「通常の商業流通経路」に関する、これまでの考察をまとめる。商業出版や電子出版、様々な手段でのライセンスでの提供がなされている状態は、権利者のコントロールが及ぶことにより権利者が利益還元を受けることができるため、通常の商業流通経路とみなされる。一方で、中古市場や二次的著作物の市場では、権利者のコントロールが及ばず、権利者は自身の著作物から直接的に利益還元を受けることができない。このような流通経路は、通常の商業流通経路とはみなされないことになる。したがって、アウト・オブ・コマース著作物の判断にあたって重要な基準となる「通常の商業流通経路」とは、「著作物の流通に権利者のコントロールが及び、かつ、権利者が利益還元を受けることが可能な状況」を指すものと整理することができる。

通常の商業流通経路の外にある著作物は、権利者のコントロールを離れているために権利処理が困難であるか、あるいは、権利者が利益還元を受けることができないものであるため、仮にライセンスを結ぶ場合には低廉なライセンス料となることを見込まれるところである。しかし、実際にライセンス契約を結ぼうとすると、権利者にとってはライセンス契約自体にかかる手間などの諸コストがライセンス料を超過してしまう可能性がある。そうすると、権利者が赤字になってまでライセンス契約を結ぶとは考えにくく、何ら対策を講じない状態で放って

おくと、通常の商業流通経路の外にある著作物はパブリックドメインになるまで利用されずに埋もれてしまう。そのような著作物を再び世の中で利用可能とする制度を実現するために設けられた概念が、アウト・オブ・コマース著作物概念であると考えられる。以上から、「通常の商業流通経路」がアウト・オブ・コマース著作物概念の核になるものであると整理できる。

5.2. ネバー・イン・コマース著作物

アウト・オブ・コマース著作物に含まれるものとして、DSM 著作権指令ではネバー・イン・コマース著作物が挙げられている。また、日本の著作権法の解釈においても、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絶版等資料に含まれると解されており、これらはネバー・イン・コマース著作物と言ってよいだろう。

ネバー・イン・コマース著作物は、その用語自体が示しているように、「これまで商業流通の対象でない」ものである。したがって、通常の商業流通経路には一度も乗っていないのであるから、ネバー・イン・コマース著作物は、アウト・オブ・コマース著作物に該当するということになる。一方、ネバー・イン・コマース著作物に含まれるものとして、政府の会議録や報告書などが考えられるが、こういった著作物は、紙媒体での流通が主流であった頃には省庁や一部の図書館等でしか入手できない場合が多かったものの、現在ではインターネットで公開されている場合も多く、アウト・オブ・コマース著作物として図書館等がアクセスを提供する必要があるのか、という検討すべき課題が生じる。

この課題を検討するにあたっては、図書館情報学において「灰色文献」と呼ばれている資料の議論が参考になると考えられる。『図書館情報学用語辞典』において、灰色文献とは、「書誌コントロールがなされず、流通の体制が整っていないために、刊行や所在の確認、入手が困難な資料」であり、「政府や学術機関などによる非商業出版物を指し、インターネット上で公開されない審議会資料、会議・学会資料、報告書などには、灰色文献と呼べるものが多い」と解説されているが⁶⁴、この定義は最新の国際的な定義とは若干異なっている。灰色文献の定義は、1978年に開催された灰色文献に関するヨークセミナーにおいて最初に国際的に定まったと言われており、その後も灰色文献国際会議で議論されている⁶⁵。灰色文献の国際的な定義は、当初は紙媒体が前提とされ、「入手が困難」であることが明確にうたわれていたが、インターネットの発展に伴い、「電子フォーマット」が

含まれるようになり、「入手が困難」に代えて、「商業出版社によってコントロールされない」ことが定義に用いられるようになってきている⁶⁶。インターネットの発展前は、紙の出版物の流通経路から発想されていたことから、非商業出版物である灰色文献は入手困難であることが通常だった。しかし、インターネット発展後は、政府資料などがインターネットを通じて公開されるようになり、無償で入手が可能となった点で、むしろ商業出版物よりも入手は容易になった。一方で、インターネット上の情報は、提供側の都合やリンク切れ等でアクセスできなくなる可能性があり、恒久的なアクセスが保証されているわけではなく情報の保存や流通の面で課題が多い。そのため、デジタルコンテンツの保存や恒久的なアクセスが、灰色文献の今後の課題になると指摘されている⁶⁷。

ネバー・イン・コマース著作物も、灰色文献と同様に、仮にインターネットで公開されているとしても将来にわたっての安定的なアクセスが保証されるものではないことから、それらの保存とアクセスを保証することは、「情報への普遍的なアクセスを提供し、有意義に利用できるようにするという使命」(ユネスコ公共図書館宣言)を持つ図書館が取り組まなければならない。したがって、インターネットで公開されているなど容易に入手可能な場合であっても、ネバー・イン・コマース著作物をアウト・オブ・コマース著作物に含め、その利用を促す必要があると解するのが適当である。

5.3. 日本の絶版等資料の解釈

著作物を通じた権利者への利益還元を実現するには、かつては書籍の出版などアナログな流通経路を利用することが主流であった。日本の著作権法におけるアウト・オブ・コマース著作物概念である「絶版等資料」が、条文上、「一般に入手することが困難」なものであるか否かが核となっていることも、それを象徴していると言える。しかし、デジタル技術の発展やインターネットの普及に伴い、電子書籍の販売による提供など、電子的な流通経路も現れ、アウト・オブ・コマース著作物の判断にあたっては、そういった流通経路も考慮しなければならなくなった。EUが、電子的な商業流通経路の出現に対応して、2011年のMoUにおいて、「絶版」から「アウト・オブ・コマース」に用語を変更していることが、このような変化を示す象徴的な出来事であろう。さらに、現在では、個人ウェブサイトでの広告収益やサブスクリプションサービスなど、更なるデジタル技術の発展とインターネットの普及によって身近になった新たな収益方法も存在する。流通経路や収益方法がアナログからデジ

タルに変化したことで、著作物を享受する手段が入手を伴わないアクセスも含むものに変化している。米国著作権法では、アウト・オブ・コマース著作物の判断基準として、「入手」(obtained) という用語が使われているところ、米国著作権局は、ライセンスと購入の双方を対象とするために、「アクセス」(accessed) という用語を用いることを提案している⁶⁸。EUでは、2006年に示された定義の時点から「利用」(available) という用語が使われており、ライセンスと購入の双方を含んでいると考えられる。

従来のアナログな流通経路では、絶版などの著作物を安定的に入手できない状態が、権利者への利益還元がなされない状態に直結している場合がほとんどであり、入手困難であることをアウト・オブ・コマース著作物の判断基準としていても、権利者の利益を損なう結果に繋がることはほとんどなかったと考えられる。しかし、電子的な流通経路では、安定的なアクセスが確保されておらずとも、権利者への利益還元がなされるような著作物の提供方法が増えている。そのため、入手が困難であることは、安定的なアクセスが確保されていないことは意味しても、権利者への利益還元がなされていないことには直結しない。そうすると、日本法が絶版等資料を「一般に入手することが困難」な著作物と定義し、単に入手が困難であることを判断基準とすることは、権利者の利益を損なう結果を招きかねない。

もっとも、日本法における「入手することが困難」とは、「市場で購入できないもの」と解釈されていることから、実質的には「通常の商業流通経路」が判断基準になっている可能性がある。しかし、「通常の商業流通経路」を判断基準とすれば見解が分かれることはないはずの中古市場を考慮すべきか否かという点について、見解が分かっている。このような議論が続いているのは、何らかの手段により「入手」あるいは「購入」が可能な著作物であるか、ということが、日本の絶版等資料の核として認識されている傾向があり、「通常の商業流通経路」を核とした解釈が定着していないことを示していると考えられる。「入手」あるいは「購入」が可能な著作物であるか否かということを判断基準としてしまうと、自治体の資料などの特定の場所にいけば入手はできるものや、図書館に大量の所蔵があるもの、インターネット上のどこかには合法か違法か等を含めて載っているものなど、利用すること自体は可能であるということが、商業的には流通していないものとの兼ね合いで論点になる可能性がある。と既に指摘されており⁶⁹、見直す必要がある。

これまで考察してきた通り、比較法的な観点からは、

アウト・オブ・コマース著作物概念の核となるのは、「通常の商業流通経路」におけるアクセス可能性であって、単に入手可能か否かということではない。そのため、日本の絶版等資料の解釈においても、「入手することが困難」を核とする従来の理解から、「著作物の流通に権利者のコントロールが及ぶことにより権利者が利益還元を受けることが可能な状況」である、「通常の商業流通経路」での利用可能性を核として理解すべきである⁷⁰。

6. おわりに

本稿では、日本法、EU法、米国の比較法的研究を通じて、アウト・オブ・コマース著作物概念について考察した。その結果、「通常の商業流通経路」での利用可能性が、アウト・オブ・コマース著作物概念の核となるものであると結論付け、日本の絶版等資料の解釈もそれに合わせて見直すべきであると結論付けた。本稿では、EU法と米国の法を比較対象としたが、欧州では、DSM著作権指令の制定以前から、複数の国でアウト・オブ・コマース著作物に係る制度が制定されており、それらの制度も調査することで、より考察を深めることができると考えられる。今後の課題としたい。

参考文献

- 1) Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC (Text with EEA relevance.) [2019] OJ L 130/92.
DSM 著作権指令の日本語訳は、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) によった。
- 2) James Boyle, 'A copyright black hole swallows our culture' (*Financial Times*, 6 Sep 2009).
- 3) Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works Text with EEA relevance [2012] OJ L 299/5.
孤児著作物指令の日本語訳は、井奈波朋子訳「外国著作権法令集 (58) - EU 指令編 - : 孤児著作物指令」著作権情報センター (2021年) によった。
- 4) DSM 著作権指令 2 条 3 項では、文化遺産機関は、「公衆がアクセスできる図書館、博物館、アーカイブ、

- 映画またはオーディオ遺産を寄託される機関」と定義されている。
- 5) Europeana, “The 20th Century Black Hole: How does this show up on Europeana?” (29 Sep 2015) <https://pro.europeana.eu/files/Europeana_Professional/Advocacy/Twentieth%20Century%20Black%20Hole/copy-of-europeana-policy-illustrating-the-20th-century-black-hole-in-the-europeana-dataset.pdf> accessed 5 Sep 2022.
- 6) Copyright Law of the United States, Title 17 of the United States Code.
米国著作権法の日本語訳は、山本隆司訳「外国著作権法令集(60)－アメリカ編－」著作権情報センター(2022年)によった。
- 7) 加戸守行『著作権法逐条講義』291頁(著作権情報センター、七訂新版、2021年)。
- 8) 加戸・前掲注7) 290頁。
- 9) 西崎恵『図書館法』65-66頁(日本図書館協会、新装、1991年)。
- 10) 日本図書館情報学会用語辞典編集委員会編『図書館情報学用語辞典』180頁(丸善出版、第5版、2020年)。
- 11) 図書館情報学ハンドブック編集委員会編『図書館情報学ハンドブック』174頁〔上田修一〕(丸善、1999年)。
- 12) 日本図書館協会図書館ハンドブック編集委員会編『図書館ハンドブック』196-98頁〔山本昭和〕(日本図書館協会、第6版補訂2版、2016)。
- 13) 例えば、加戸・前掲注7) 295頁、池村聡＝壹貫田剛史『著作権法コンメンタル別冊：平成24年改正解説』129頁〔壹貫田剛史〕(勁草書房、2013年)。金井重彦＝小倉秀夫編著『著作権法コンメンタル(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。
- 14) 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への回答を参照<https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/r03_hokaisei/> (最終閲覧2022年9月5日)。
- 15) 加戸・前掲注7) 295頁、池村ほか・前掲注13) 129頁〔壹貫田剛史〕。作花文雄『詳解 著作権法』320頁(ぎょうせい、第5版、2018年)。
- 16) 池村ほか・前掲注13) 129頁〔壹貫田剛史〕。作花文雄『詳解 著作権法』320頁(ぎょうせい、第5版、2018年)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がある」とする。
- 17) 国立国会図書館「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」1頁(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> (最終閲覧2022年9月5日)。
- 18) 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> (最終閲覧2022年9月5日)。
- 19) 図書館関係報告書・前掲注18) 8頁脚注24は、誰にとって入手困難なのかという点について、法律上は基本的に個人にとって入手困難か否かが問題になると考えられるが、図書館等の組織向け配信サービスの場合は図書館等の組織にとって入手困難か否かが問題になると考えられるとの解釈を示している。要するに、「絶版等資料の送信対象者にとって」入手困難か否かを問題にしていると解することができる。
- 20) 例えば、中古市場で入手できる場合でも絶版等資料として扱う見解として、中山信弘『著作権法』393頁注97(有斐閣、第3版、2020年)。中古市場で入手できる場合は絶版等資料として扱わない見解として、加戸・前掲注7) 295頁。
- 21) 池村ほか・前掲注13) 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。齊藤博『著作権法概論』124頁(勁草書房、2014年)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」とする。小倉秀夫＝金井重彦編著『著作権法コンメンタルⅡ』92頁注3〔金井重彦＝芝口祥史〕(改訂版、第一法規、2020年)は、「どこの古書店でも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」とする。
- 22) 図書館関係報告書・前掲注18) 9-10頁。もっとも、運用の議論に当たって、中古市場を考慮することを妨げるものではないとされている。
- 23) Commission Recommendation of 24 August 2006 on the digitisation and online accessibility of cultural material and digital preservation [2006] OJ L 236/28,

- Recital 10, para 6 (b).
- 24) i2010: Digital Libraries, High Level Expert Group on European Digital Libraries, Copyright Subgroup, 'Interim Report' (16 Oct 2006) 6, 17 (Annex II).
- 25) i2010: Digital Libraries, High Level Expert Group on European Digital Libraries, Copyright Subgroup, 'Report on Digital Preservation, Orphan works, and Out-of-Print Works: Selected Implementation Issues' (18 Apr 2007) Annex § 1.14.
- 26) i2010: Digital Libraries High Level Expert Group, Copyright Subgroup, 'Final Report on Digital Preservation, Orphan Works and Out-of-Print Works' (4 Jun 2008) Annex 4 § 1.16.
- 27) European Commission, 'A Digital Agenda for Europe' COM (2010) 245 final.
- 28) European Commission, 'A Single Market for Intellectual Property Rights Boosting creativity and innovation to provide economic growth, high quality jobs and first class products and services in Europe' (Communication) COM (2011) 287 final, § 3.3.5, note 25.
- 29) 'Memorandum of Understanding: Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works' (20 Sep 2011), DEFINITION.
- 30) DSM 著作権指令 8 条 5 項。
- 31) 'Interim Report' (n 24) Annex II.
- 32) 'Memorandum of Understanding' (n 29) DEFINITION.
- 33) European Commission, 'Memorandum of Understanding (MoU) on Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of-Commerce Works – Frequently Asked Questions' MEMO/11/619 (20 Sep 2011) <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/MEMO_11_619> accessed 5 Sep 2022.
- 34) 'Memorandum of Understanding' (n 29) DEFINITION.
- 35) 'Memorandum of Understanding' (n 29) Principle No. 1(2).
- 36) European Parliament Committee on Legal Affairs, 'REPORT on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market (COM (2016) 0593 – C8-0383/2016 – 2016/0280 (COD))' (29 Jun 2018) 47 <https://www.europarl.europa.eu/RegData/seance_
- pleniere/textes_deposes/rapports/2018/0245/P8_A(2018)0245_EN.pdf> accessed 5 Sep 2022.
- 37) European Commission, 'Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on copyright in the Digital Single Market' COM (2016) 593 final.
- 38) Eleonora Rosati, *Copyright in the digital single market: article-by-article commentary to the provisions of directive 2019/790* (Oxford University Press, 2021) 172.
- 39) Melanie Brown, 'Exploring Article 8 of the Copyright Directive: Hope for Cultural Heritage' [2020] CIPPM Working Paper No. 04-2020 1, 18-19.
- 40) 本稿では詳細を取り上げないが、アウト・オブ・コマース著作物のアーカイブに関する規定として、108条(c)項がある。108条(c)項は、図書館等が「相当な努力の後、公正な価格で未使用の代替物入手できない」場合であって、著作物が「デジタル形式にて公に利用可能になっていない場合」に限り、損傷、変質、紛失若しくは盗難又は形式が古くなった著作物を代替する目的で、3部の複製を許容している。
- 41) 108条(e)項(1)及び(2)。
- 42) 'House Report. No. 94-1476: Copyright Law Revision' [1976] 1, 76 <https://www.copyright.gov/history/law/clrev_94-1476.pdf> accessed 5 Sep 2022.
なお、下院報告書は、108条(e)項を 'Out-of-print works' に関する規定としており、'out-of-commerce works' という用語は用いられていないが、108条(e)項の対象となる著作物は、本稿で議論するアウト・オブ・コマース著作物と同等であると考えられることから、本稿では、108条(e)項の概要を説明するに際して、「アウト・オブ・コマース著作物」という用語を用いている。
- 43) Sonny Bono Copyright Term Extension Act, 1998, Public Law 105-298.
- 44) 「『発行』とは、著作物のコピーまたはレコードを、販売その他の所有権の移転または貸与によって公衆に頒布することをいう。」(101条)
- 45) U.S. Copyright Office, 'Section 108 of Title 17: a discussion document of the register of copyrights' (Sep 2017) 44 <<https://www.copyright.gov/policy/section108/discussion-document.pdf>> accessed 5 Sep 2022.
- 46) Elizabeth Townsend Gard, 'Creating a Last Twenty

- (L20) Collection: Implementing Section 108(h) in Libraries, Archives and Museums' [2017] SSRN <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3049158> accessed 5 Sep 2022.
- 47) Townsend Gard (n 46) 27-32.
- 48) Townsend Gard (n 46) 32-34.
- 49) Townsend Gard (n 46) 96.
- 50) Townsend Gard (n 46) 34-36.
- 51) Townsend Gard (n 46) 63-64.
- 52) 図書館関係報告書・前掲注18) 10頁。
- 53) Dennis W.K. Khong, 'Orphan Works, Abandonware and the Missing Market for Copyrighted Goods' (2007) 15 (1) Int. J. Law Inf. Technol. 54, 66.
- 54) Townsend Gard (n 46) 96.
- 55) ただし、文化の発展を究極の目的とする著作権法の考え方として、デジタル化されたものではない、原本へのアクセス環境を維持するために、中古市場を考慮するという考え方もあり得る。図書館関係報告書・前掲注18) 10頁も、「運用の議論に当たって、古書店の有する社会的役割等に鑑み、中古本の市場との関係を考慮することを妨げるものではない」としている。
- 56) 「文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約パリ改正条約」。日本語訳は、著作権情報センター訳「文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約パリ改正条約」 <https://www.cric.or.jp/db/treaty/tl_index.html> (最終閲覧2022年9月5日) によった。
- 57) Townsend Gard (n 46) 63-64.
- 58) Tatiana Synodinou, 'The New Copyright Directive: Out of commerce works (Articles 8 to 11): is it possible to untie the Gordian knot of mass digitisation and copyright law without cutting it off? – Part I' (Kluwer Copyright Blog, 29 July 2019) <<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/07/29/the-new-copyright-directive-out-of-commerce-works-articles-8-to-11-is-it-possible-to-untie-the-gordian-knot-of-mass-digitisation-and-copyright-law-without-cutting-it-off-part-i/>> accessed 5 Sep 2022.
- 59) U.S. Copyright Office (n 45) 36-37, Model Statutory Language § 108(g) (2).
- 60) 図書館関係報告書・前掲注18) 8頁。
- 61) Townsend Gard (n 46) 35.
- 62) 国図電 2111253号・前掲注17) 1頁。もっとも、図書館関係報告書は、「図書館等にとって」ではなく、個人を含む、「絶版等資料の送信対象者にとって」と解していることについて、前掲注19) を参照。
- 63) Khong (n 53) 68-70.
- 64) 日本図書館情報学会用語辞典編集委員会編・前掲注10) 198頁。
- 65) 池田貴儀「インターネット時代の灰色文献：灰色文献の定義の変容とピサ宣言を中心に」情報管理58巻3号194-96頁(2015)。
- 66) 灰色文献の国際的な定義の変遷は、池田・前掲注65) 198頁の「表1 灰色文献の国際会議と灰色文献の定義」を参照。
- 67) 池田・前掲注65) 196頁、岡村光章「インターネット普及下における灰色文献の再定義と今後の課題」立正大学図書館司書課程年報3号28-38頁(2017年)。
- 68) U.S. Copyright Office (n 45) 36-37.
- 69) 図書館 WT 第3回における生貝直人委員の発言を参照 <https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/toshokan_working_team/r02_03/> (最終閲覧2022年9月5日)。
- 70) 図書館 WT 第3回において、生貝委員も、比較法的観点から、通常の商業流通経路に乗っているかどうかを前面に出した定義があり得る旨、発言している(前掲注69) 参照)。

(令和4年9月26日受付)

(令和4年11月17日採録)