

「孤児著作物」等に関するドイツの最近立法

Recent Legislation on "Orphan Works" in Germany

Karl-Friedrich Lenz

I. はじめに

ドイツ連邦政府の2013年5月著作権改正法案¹⁾は、9月に連邦参議院も通過し、成立した。本件立法は、2014年10月29日の期限まで立法が義務付けられているEU指令2012/28²⁾を実施するとともに、著作権についての規制緩和を目的としている。

主に、以下の三点に関する改正である。

第一（その限りはEU指令を実施しているが）、「孤児」著作物の問題について一定の規制緩和を実施する。「孤児」著作物は、念入りに調査しても著作権者との連絡が取れない著作物のことである。

例えば、1958年に死亡した著者Aの小説について、ドイツで著作権の保護期間が70年間である³⁾ため、2029年1月1日まで著作権が存続する。その小説を電子化してインターネットに掲載したい図書館Bは、Aの相続人の著作権を尊重しなければならない。著作権者の許可が必要となる⁴⁾。しかし、56年前に死亡したAの相続人が誰なのか、その相続人は今どこにいるのか、Bが分からない。Bが仮に著作権者に報酬を支払う用意がある場合でも、その著作権者の身元・居場所が分からないため、必要な許可を確保できない。この問題について、下記II.で検討する。

1) Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 08.05.2013, k-lenz. de/waisen01.

2) Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works, k-lenz. de/waisen02.

3) § 64 Urheberrechtsgesetz.

4) § 19a Urheberrechtsgesetz, Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (送信可能権).

第二（その限りはEU指令を超えるが）、絶版書籍についての一定の規制緩和を実施する。一定の書籍について、著作権管理事業者に権利行使の権限があることが推定される。

例えば、上記の例でAの小説が絶版である場合、それを電子化したい図書館Bが「VG Wort」という著作権管理事業者と交渉して、「VG Wort」に必要な印税を支払うことで安心して電子化を実施できることになる。この問題については、下記 III. で検討する。

第三、（その限りも、EU指令を超えるが）、学者による送信可能権についての一定の規制緩和を実施する。

例えば、学者Cがある論文を書いた後に、有名な専門誌に掲載した場合を想定する。Cと出版社Dの契約に基づく掲載になる。当該契約の条件は、出版社Dが一方的に定めることになる。そのため、Cが自分で書いた論文をインターネットに掲載できない場合が多い。

しかし、特にCの研究が国家援助金などを予算として、Cが国家から給料を貰って生活している場合、Cの研究活動の成果についての経済価値を民間業者であるDに無制限に帰属させるべきでない。そのため、本件制限が新たに導入された。この点については、下記 IV. で検討する。

II. 著作権者不明状況に関する立法

1. 図書館による電子化との関係

「孤児」著作物に関する改正法は、図書館による電子化を背景とする。民間業者による計画として Google 事件が有名である⁵⁾。Google は2005年以降、1000万冊以上の書籍を電子化し、検索を可能とする計画を実施している。この Google の計画が一つの刺激になった⁶⁾が、EU 段階およびドイツ段階で書籍の電子化計画が進行中である。

例えば、ある図書館が所有する書籍について著作権が終了したのちに、それらの書籍を電子化して、インターネットに掲載する（送信可能化する）。そうすれば、利用者は図書館まで足を運ばなくても、当該書籍をいつでも利用できる。また、実物の本ではで

5) Karl-Friedrich Lenz「インターネット検索の著作権問題」青山法学論集第51巻3・4 併合号（神永勲教授・谷原修教授・重田晴生教授退官記念号）（2010）、147-186参照。

6) Katherina de la Durantaye, Wofür wir Google dankbar sein müssen, ZUM 2011, 538-542; Gerald Spindler/Jörn Heckmann, Retrodigitalisierung verwaister Printpublikationen, Die Nutzungsmöglichkeiten von „orphan works“ de lege lata und ferenda, GRUR Int 2008, 271; Karl-Nikolaus Peifer, Die gesetzliche Regelung über verwaiste und vergriffene Werke, Hilfe für verborgene Kulturschätze, NJW 2014, 6.

きない検索も可能となる。

EU 段階の当該計画は、2005年の EU 委員会報告書⁷⁾を出発点としている。当該報告書もまた、2005年 4 月に EU 加盟国首相・大統領 6 名が「EU 電子図書館」(virtual European library)を提案したことを受けての報告書である⁸⁾。

委員会はそこで Google についても指摘した上に、現状について以下のように説明している。

2001年現在、EU の図書館が有していた書籍の数は、25.3億冊を超え、莫大であった⁹⁾。これらの資料を電子化してインターネットで利用可能とすることは、大きな社会利益となる。更に、フィルム関係の資料の場合には、電子化しなければ、昔の媒体が物理的に破損し、利用できなくなる問題も指摘している。フィルムなどの 7 割程度も、そのリスクを抱えている。現に、毎年、何万時間分のフィルムが媒体破損により、失われている¹⁰⁾。

その対策に必要な電子化について、法的問題として著作権処理が指摘されている。特に著作権者の確認が困難となる場合（孤児著作物）には、費用が伴うことになる¹¹⁾。

2. EU 段階の指令

a) 指令の趣旨：電子化の課題

本件 EU 指令¹²⁾は、最初に理由を述べている。最初は、上記のような図書館による電子化について述べている¹³⁾。欧州電子図書館 (European Digital Libraries) を目指しての活動である。その活動の目的は、欧州の文化遺産の拡散にある。大規模なオンライン図書館を整備することは、新たに検索を可能とすることにより、研究者に新たな文献発見の機会を与える。

理由はさらに著作権に関する基本原則を再確認している。電子化のために、著作権者の事前同意が必要である¹⁴⁾。

7) COM (2005) 465 final, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic Social Committee and the Committee of the Regions i2010: Digital Libraries, 2005年 9 月30日, k-lenz. de/waisen03.

8) 前掲 COM (2005) 465 final, Introduction.

9) 前掲 COM (2005) 465 final, 4. Digitisation.

10) 前掲 COM (2005) 465 final, 4. Digitisation.

11) 前掲 COM (2005) 465 final, 4. Digitisation.

12) Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works, k-lenz. de/waisen02.

13) 本件指令理由第 1 項。

14) 本件指令理由第 6 項。

しかし、「孤児」著作物の場合、事前同意を受けることは、不可能である¹⁵⁾。その問題を解決するために、または法的安定性を確保するために、域内市場における共通規制が必要である¹⁶⁾。

国際礼讓 (international comity) を理由に、本件指令は、最初に EU 加盟国で出版された著作物のみに本件指令を適用する。映画などの場合では、放送・その他の公開が権利者の同意の元で最初に EU 域内であった場合に限って、本件指令を適用すべきである¹⁷⁾。

「孤児」著作物として指定する前に、著作権者について念入りの調査 (diligent search) を必要とすべきである¹⁸⁾。その「念入りの調査」についての最低基準は、統一にすべきである¹⁹⁾。調査の効率・二重手間の防止のために、「念入りの調査」は、当該著作物が最初に発表された加盟国中心で行うべきである²⁰⁾。

調査の結果はデータベースとして公開する。規則396/2012²¹⁾は知的財産権についての情報収集の課題を EU 商標・意匠庁 (Office for Harmonization in the Internal Market (Trademarks and Designs)) に委ねている。特にその2条1号g)は、加盟国間のオンライン情報交換について必要な制度を整備するように EU 商標・意匠庁に要請している。そのため、本件データベースの運営を、EU 商標・意匠庁に委ねるべきである²²⁾。

学習および文化の拡散を促進する目的で、本件指令は、指令2001/29²³⁾第5条で規定されている制限に、新たな制限を加える²⁴⁾。この指令は、著作権の制限を列挙しているが、加盟国はそれ以外の制限を自由に導入できない。従って、本件指令は指令2001/29に認められていない制限を新たに可能とする上に、その導入を加盟国に要請している。

電子化の動機づけのため、「孤独」著作物の利用により収入を得ることも可能とすべ

15) 本件指令第7項。

16) 本件指令理由第9項。

17) 本件指令理由第12項。

18) 本件指令理由第13項。

19) 本件指令理由第14項。

20) 本件指令理由第15項。

21) Regulation (EU) No 386/2012 of the European Parliament and of the Council of 19 April 2012 on entrusting the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs) with tasks related to the enforcement of intellectual property rights, including the assembling of public and private-sector representatives as a European Observatory on Infringements of Intellectual Property Rights, k-lenz. de/waisen04.

22) 本件指令理由16項。

23) Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society, k-lenz. de/waisen05.

24) 本件指令理由20項。

きである²⁵⁾。

b) 指令の内容

本件指令は全ての著作物に適用されるものではない。1条は、その適用範囲にいくつかの制限を加えている。

第一、国際礼譲を原因に、EUの加盟国内で最初に出版・放送された著作物に限定されている（1条2項）。

更に、一定の著作物のみが列挙され、それ以外の著作物が対象外である。例えば、写真については規定がないため、本件指令は写真に適用されない。但し、当該写真が書籍に含まれている限り、対象となる²⁶⁾。写真について現在の著作権者が分からない、「孤児」著作物となる場合が多いが、そこまでは適用範囲が及ばないことになっている。Klassが指摘しているように、写真の8割から9割について「孤児」状態にある²⁷⁾。

逆に対象となるものは、①文書の著作物（本・雑誌・新聞の形のもので、図書館などで所蔵されているもの、2項a）、②映画・放送・レコードのうち、図書館などで所蔵されているもの（2項b）、③国営放送によって2002年12月31日まで製作された映画・放送・レコードの内、それらの国営放送のアーカイブに所蔵されているもの（2項c）である。

3. ドイツの実施立法

本件立法は、現在欠番となっている著作権法61条のところ、新たに61条から61c条まで、孤児著作物について定めている。61条は著作権法第1章第7節の「著作権の制限」（*Schranken des Urheberrechts*）の一部である。本件立法は、著作権の新たな制限を導入するからである。

本件立法は「孤児著作物」についてEU指令を補充する規制を整備していない。単に指令を実施するための国内立法を行っている²⁸⁾。

25) 本件指令理由21項。

26) Katharina de la Durantaye, Die Nutzung verwaister und vergriffener Werke- Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, ZUM 2013, 437.

27) Nadine Klass, Die deutsche Gesetzesnovelle zur “Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes” im Kontext der Retrodigitalisierung in Europa, GRUR-Int 2013, 881, 887; Anne Vuopola, Assessment of the Orphan works issue and Costs for Rights Clearance, 2010, European Commission, DG Information Society and Media, 5, k-lenz. de/waisen06.

28) Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 08.05.2013, k-lenz. de/waisen01, 10.

a) 「孤児著作物」の定義

61条1項は、「孤児著作物」の利用が許される、と定めている。複製および送信可能化ができる。すなわち、図書館等にある書籍を電子化して、それをインターネットに掲載することを可能とする制限である。

2項には、「孤児著作物」の定義がある。

「孤児著作物」の範囲は最初から一定の著作物に限定されている。例えば、コンピュータプログラムは、ドイツ法でも著作権の対象となる²⁹⁾が、「孤児著作物」となることはない。本件立法の目的は、図書館などによる著作物のデジタル化を可能とするところにある。コンピュータプログラムは、最初からデジタルであるため、その必要がない。また、建築の著作物もドイツ法でも著作権の対象となる³⁰⁾が、図書館に建築物を収録することはないため、本件制限の対象外となる。

逆に対象となるものは、本・雑誌などに含まれている著作物（主に言語の著作物と写真）、レコード、および映画の著作物である。

これらの著作物は更に図書館などに収録されていることが必要である。

上記の条件を備えた場合でも、当該著作物が未公表である場合には、「孤児著作物」にならない。

最後の条件として、当該著作物の著作権者を特定できないか、それともその居場所を確認できない、とのことが必要である。「著作権者が分からない」または「著作権者との連絡をとれない」状態が「孤児」状態である。

当然ながら、何ら調べる努力しなければ、ほとんどの著作物についてこの状態になる。

しかし、「孤児著作物」に該当するためには、「念入りの調査」(sorgfältige Suche)を実施することが必要である。その調査の過程と結果について、記録を残す義務もある。この点について、61a条に規定が整備されている。

なお、複数の著作権者のうちの一部のみについて確認できない場合には、確認できる著作権者が当該著作物の利用を承認した場合でも、同様に「孤児著作物」の制限が妥当する(61条3項)。

b) 念入りの調査

念入りの調査の基準は、著作物の種類ごとに異なる。61a条1項によると、最低限でも「付録」で列挙されている資料を利用しなければならない。例えば書籍については、以下の資料である：ドイツ国立図書館(Deutsche Nationalbibliothek)のカatalog、出

29) § 2 Abs. 1 Nr. 1 Urheberrechtsgesetz.

30) § 2 Abs. 1 Nr. 3 Urheberrechtsgesetz.

版社・作家連盟の情報（特に「出版中書籍目録, Verzeichnis lieferbarer Bücher」）、既存のデータベース（例えば「WATCH」, Writers, Artists and their Copyright Holders³¹⁾）および ISBN³²⁾、著作権管理事業者のデータベース（特に VG Wort³³⁾）、複数のデータベースをまとめる資料：共通統一データベース（Gemeinsame Normdatei³⁴⁾）、図書館の間の国際協力による共通データベース Virtual International Authority File³⁵⁾、EU 域内の図書館等の共通データベース ARROW³⁶⁾）。

著作物の他の種類について、別な資料が最低限に必要とされている。

当該著作物が最初に公表された EU 加盟国で最初に調査しなければならない。他の加盟国で有意義な情報があるような場合には、当該他の加盟国内でも調査しなければならない。

図書館等は、調査を自分で実施しないで、第三者にその調査を委託することも認められる。

調査の二重手間を省略するために、図書館等は調査について記録を残し、調査結果をドイツ特許・商標庁に報告する。ドイツ特許・商標庁は、その情報をさらに EU 商標・意匠庁に転送する（61 a 条 4 項）。

EU 商標・意匠庁のデータベースに既に「孤児著作物」として記録されている著作物の場合、再度の調査が不要となる（61 a 条 5 項）。

c) 主体

本件立法は電子化を可能とする。しかし、その制限を利用できる主体は、図書館等に限定されている。誰でも図書館と並んで、教育機関、博物館、記録保管所（Archiv）および「映画・音声の文化遺産の領域で活躍する施設」で集録される場合でも足りる。但し、当該図書館などは、一般国民に公開されている場合に限る。

d) 利用目的の限定

図書館等は、「孤児著作物」を公益のためのみ利用できる（61条 5 項）。当該図書館等の公益のための課題の範囲内で行動することが条件となる。特に、文化政策・教育政策目的に貢献するために集録された書籍などを維持・修復し、または書籍等へのアクセス

31) University of Reading, Watch, k-lenz. de/waisen07.

32) Wikipedia, ISBN, k-lenz. de/waisen08.

33) Wikipedia, Verwertungsgesellschaft Wort, k-lenz. de/waisen09.

34) Wikipedia, Gemeinsame Normdatei, k-lenz. de/waisen10.

35) Wikipedia, Virtual International Authority File, k-lenz. de/waisen11.

36) Accessible Registries of Rights Information and Orphan Works, k-lenz. de/waisen12.

を可能とする場合が想定されている。

従って、利益を目的とする利用は排除されている。

しかし、電子化の費用およびインターネット掲載の費用を回収するに必要である範囲内、「孤児著作物」へのアクセスを有料にすることも許される。

e) 利用の終了と報酬支払請求

図書館がある孤児著作物を利用した後に、権利者を確認できた場合、図書館等は、即時に当該著作物の利用を止めなければならない(61b条)。当然ながら、既に終わった利用行為は、遡って止めることはできないが、将来に向けて、さらなるインターネット掲載などを中止しなければならない。また、著作権者に適切な報酬を支払う義務も成立する。

この点は、他の著作権の制限と異なる扱いになる。本件制限は一時的な制限である。著作権者との連絡が取れない間にだけ妥当する。

4. 検討

a) 日本法との比較

本件規定は、日本著作権法第2章第8節で規定されている「裁定による著作物の利用」(著作権法67条以下)に相当している。日本の場合、「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」要件があるところは、ドイツ法・EU法で「念入りな調査」に相当する。従って、日本で「相当な努力」について解釈する際に、本件立法が参考になる可能性がある。

日本の制度と根本的に異なるドイツ・EUの制度の側面は、個別事例における裁定を必要としない点にある。「孤児著作物」に該当することだけで、利用が可能となる。行政庁の判断は必要でない。その分、特に文化遺産のデジタル化で必要となる大量の著作物の利用がより簡単に可能となる。

b) 相続法との比較

「孤児著作物」は、著作権者不明の場合である。実際は、著者の相続人が著作権者となる場合が多い。そのため、相続法が相続人不明の場合に予定している規制との比較もできる。

ドイツ民法1960条は、相続人不明の場合に、裁判所は職権で相続財産保佐人(Nachlasspfleger)を選任する。相続財産保佐人は、不明である相続人の代理人として、財産の維持に必要な法律行為を行う。また、相続人を探すことも職務とする。その際、

相続人探しを民間業者に委託することも許される³⁷⁾。

本件立法をこの従来の制度と比較してみると、「孤独著作物」の場合には、著作権者の法定代理人を置かない。

多くの著作物には、法定代理人を置くに必要な費用を正当化するだけの価値がないので、本件制度のような構成がより適切と思われる。

c) Google Books との比較

Google Books は、1000万冊単位で書籍を電子化し、その内容を検索できるようにする企画である。電子化行為は複製行為となるため、本来は著作権者の同意を必要とする。しかし、Google は同意を伺う努力何らなく、勝手に複製してきた。アメリカ著作権法にある「正当利用」(fair use) という制限に頼っている³⁸⁾。

仮に本件企画に本件規制を適用する場合、Google の活動を正当化することができない。

第一、Google は本件規制の対象である公益のために行動する図書館等に該当しない。民間会社である。その目的は、株主の利益にある。

さらに、Google は勝手に企画を実施している。一切、著作権者について調査することはない。「念入り調査」は、当然していない。

そのため、本件規制を配慮すると、Google のやり方が著作権法と根本的に矛盾していることは、なお明らかになる³⁹⁾。

d) 刑事法の観点

本件規制の最大の効果は、刑事責任についてのところに生じる。

ドイツ著作権法106条は、著作権侵害について3年以下の自由刑・罰金刑の罰則を整備している。Google のように許可の必要性を無視して電子化・送信可能化を勝手にやる場合、重大な刑法上のリスクが生じる⁴⁰⁾。著作権法109条によると、原則として被害者による告訴 (Strafantrag) が必要とされている。

すなわち、Google 方式 (勝手に大量の複製を行い、文句のある権利者が出た時点で対応する) を採用する場合のリスクは、刑事法の観点にある。

37) Leipold, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, Rn. 46 zu § 1960.

38) Google, Perspectives, Legal Analysis, k-lenz. de/waisen15参照。

39) 詳しくは Karl-Friedrich Lenz, 「インターネット検索の著作権問題」 青山法学論集第51巻3・4 併合号 (神永勲教授・谷原修教授・重田晴生教授退官記念号) (2010), 147-186参照。

40) Gerald Spindler/Jörn Heckmann, Der rückwirkende Entfall unbekannter Nutzungsrechte (§ 137 I UrhG-E) Schließt die Archive?, ZUM 2006, 620, 621; Gerald Spindler, Ein Durchbruch für die Retrodigitalisierung? Die Orphan-Works Richtlinie und der jüngste Referentenentwurf zur Änderung des Urheberrechts, ZUM 2013, 349, 350.

民事法問題のみとして考えた場合、権利者が著作権を主張しない間に、印税の支払・損害賠償などを心配する必要がない。勝手にやれば特に困ることがない。

権利主張された瞬間に、本件規制による制限が消える(61b条)。従って、本件制限が民事法として法的効果を有する期間は、最初から民事法上の権利行使が問題ならない。従って、結局、本件規制の実践的意義が少ないことになる。

しかし、刑事法問題については、そのGoogle方式(勝手に大量の複製を行い、文句のある権利者が出た時点で対応する)は大いに危険である。

一人の著作権者からでも刑事告訴された場合、著作権侵害で有罪となる。事後対応は効かない。権利者が出たから、既に終わった複製行為を止めることは、事実上不可能である。大量に書籍などを複製・インターネット掲載する企画ならば、事後に何人かの権利者が判明する可能性が大きい。これらの権利者の全く自由にできる判断によって犯罪者とされるリスクは、本件規制で排除される。

そのように考えた場合、本件時限付き制限を導入するよりは、単に刑事責任を限定する規制方法にすべきであった。本件規制と同様の条件のもとに、106条の刑事責任を排除し、民事責任(損害賠償など)については何ら制限しない考えである。

また、実質的に、本件改正の法的効果が主に刑事法に生じる。私が主張しているように、本件改正を明白に刑事法改正に限定する形で実施しても、実質的に結果が同様である。

e) 全体的評価

本件立法は、積極的に評価すべきである。

孤児著作物の問題を解決する際に、大量の権利を利用する必要があるため、個別案件において比較的簡単な手続きを用意する必要がある。日本法のように、孤児著作物毎に行政庁の判断を必要とするのでは、負担が重い。

著作権の保護期間が切れた著作物は、自由にインターネットに掲載できる。従って、孤児著作物も、著作権が切れるまで待てば、インターネット掲載が可能となる。

著作権が切れる間に、著作権者の利益も配慮する必要があるが、その肝心の著作権者に連絡できない場合、印税支払などの形でその利益を配慮することは、最初から不可能である。利益実現が不可能な状況で、なお無制限に著作権を尊重する必要がない。

反面、Googleのやり方(勝手に権利を侵害して、文句のある権利者が出たときに対応する)にも疑問がある。本件立法は、Googleのやり方を否定している。孤児著作物のインターネット掲載は、公益に行動する図書館等のみができる。民間企業が株主の利益を目的に組織的に大量著作権侵害を行った場合、本件立法の反対解釈として、違法性がなお明白になる。

その点を考えても、本件立法は積極的に評価すべきである。

Ⅲ．絶版書籍に関する立法

1．立法の趣旨

「孤児著作物」に該当しない書籍等についても、著作権者との交渉より著作権管理事業者と一括交渉を可能とする。

その限り、著作権の制限を導入することが許されない。指令2001/29⁴¹⁾および2012/28⁴²⁾は、可能な著作権の制限を列挙しているためである。しかし、指令2012/28の理由4項は、本件立法も可能であることを明らかにしている⁴³⁾。

本件立法は、上記理由4項と並んで、関係者による合意も参照にして制定されている。

第一、2011年9月20日にEU関係の作家連盟・出版社連盟・図書館連盟など業界関係者が署名した「合意文書」(Memorandum of Understanding)⁴⁴⁾がある。その4号に、著作権管理事業者に所属していない著作権者(外部権利者)について、著作権管理事業者による権利行使を可能とする推定規定の導入を要請している。

第二、ドイツ国内で既に2010に、著作権者・著作権管理事業者・出版社および図書館等の代表が同様の提案について合意した⁴⁵⁾。

本件立法は、これらの業界内合意を条文化している。著作権の行使に関する法律⁴⁶⁾に新しい13d条および13e条を導入している。

13d条1項は、本件規制の法的効果を定めている。著作権管理事業者が絶版著作物について複製権・送信可能権を行使している場合、その活動範囲内に、当該著作権管理事業者に権利の行使を委任していない著作権者のためにも、第三者に複製権と送信可能権

41) Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society, k-lenz. de/waisen05.

42) Directive 2012/28/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on certain permitted uses of orphan works, k-lenz. de/waisen02.

43) Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 08.05.2013, k-lenz. de/waisen01, 11.

44) Memorandum of Understanding (MoU) on Key Principles on the Digitisation and Making Available of Out-of Commerce Works, k-lenz. de/waisen13

45) Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (Urheberrechtswahrnehmungsgesetz – UrhWahrnG) vom 30.11.2010 (Entwurf der SPD), k-lenz. de/waisen14, 3参照。

46) Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 294).

を与える権利を有することが推定される。以下の五つの条件が満たされる必要がある。

当該絶版著作物が1966年1月1日以前に、書籍・専門雑誌、新聞、雑誌、その他の書物で公表された著作物であること、1項1号。

当該著作物が公開されている図書館、教育機関、博物館、記録保管所（Archiv）および「映画・音声の文化遺産の領域で活躍する施設」で集録されること、1項2号。

複製および送信可能化が営利目的のためでないこと、1項3号。

著作権管理事業者の申請により、当該著作物が絶版著作物登記簿（13e条）に登録されたこと、1項4号。

権利者が著作権管理事業者による予定されている権利行使に対し、登記簿への登記が公布された時点の6週間以内に異議を申し立てたことがないこと、1項5号。

法案の理由⁴⁷⁾によると、権利者がいつでも異議を申し立てることができる。異議があった場合、その時点から著作権管理事業者が実施権を与える権限を失う。13d条1項の推定に対して、いつでも権利者による反証が可能である。

b) 登記簿

13e条1項は、登記簿の管理をドイツ特許・商標庁に委ねた上に、登記簿に記入する情報を列強している。著作物のタイトル（1号）、著者の名称（2号）、当該著作物を公表した出版社（3号）、著作物の公表の日にち（4号）、13d条1項4号に基づいて申請した著作権管理事業者の名称（5号）、権利者が著作権管理事業者による権利行使に異議を申し立てたか否かの情報（6号）、という内容である。

ドイツ特許・商標庁は、申請者の権限および登記すべき事実が真正であるか否かを検討しないで登記を実施する。登記の費用は先払いしなければならない（2項）。

登記簿の内容は、ドイツ特許・商標庁のウェブサイトで公表する（3項）。但し、2013年12月現在、未だそのページ⁴⁸⁾に公開されていない。

c) 従来制度との相違点

2006年にすでに導入された著作権法137の1条⁴⁹⁾が導入された。この条文によると、1966年から2008年の間に著作権から生じるすべての利用権を他人に譲渡した場合、譲渡当時にまだ知られていない権利も譲渡されたことが推定される。

例えば、著者Aが1976年に著作権管理事業者Bに全ての利用権を譲渡した場合、後に

47) Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 08.05.2013, k-lenz. de/waisen01, 12.

48) Deutsches Patent- und Markenamt, www. dpma. de 参照。

49) 「137」は数字で、「1」は「L」の小文字で文字であるが、数字の「1」と読み違う可能性があるので、「137 1」ではなく「137の1」と表記する。

認められる送信可能化権（インターネット掲載の権利）も、その対象になる。従って、Bが送信可能化権についても、許可を与えることが可能となる⁵⁰⁾。

本件立法の適用範囲が1966年以前に公表された著作物に限定されていることは、1966年以降については既に著作権法137の1条が整備されているからである⁵¹⁾。

2. 検討

a) 基本的な矛盾

本件立法の法的効果は、「第三者に複製権と送信可能権を与える権利を有することが推定される」ことである。

その権利を有する主体は、著作権管理事業者である。著作権管理事業者Aが著者Bの著作物について、本件権利を有する。

その第一の条件は、1966年以前に当該著作物が公表されていることである。

1966年以前にはインターネットは存在しない。

従って、実際に著作権管理事業者Aが著者Bから本件権利を与えられたことは、ありえない。

従って、本件「推定」は「推定」として極めて奇妙である。

例えば、ドイツでも日本でも、妻が婚姻中で懐胎した子は、夫の子と推定する（嫡出の推定）。この場合、推定のとおり、子が夫の子であることは不可能ではない。むしろ、多くの場合、その推定のとおり、実際に夫の子である。

更に、本件「推定」は、AがBから何ら依頼を受けていないことを前提としている。BはAに何ら権利を与えていないことを条件としながら、AがBから権利を受けたことを「推定」することが法的効果である。

基本的に矛盾している構造である。

従来からある著作権法137の1条の規制と比較すると、この点がなお明らかになる。137の1条の場合には、著作権者が利用権を譲渡したことが前提となる。その意思表示の理解として、「将来新たにできる利用方法についても、譲渡する」という解釈も、合理的な可能性としてありうる。

逆に、「何ら権利を与えていない」ことを前提として、「権利を受けているを推定する」ことは、矛盾している。

50) 詳しくは Gerald Spindler/Jörn Heckmann, Der rückwirkende Entfall unbekannter Nutzungsrechte (§ 137 I UrhG-E) Schließt die Archive? ZUM 2006, 620.

51) Gerald Spindler, Ein Durchbruch für die Retrodigitalisierung? Die Orphan-Works Richtlinie und der jüngste Referentenentwurf zur Änderung des Urheberrechts, ZUM 2013, 349-350.

b) 連邦憲法裁判所の機器補償義務 (Geräteabgabe) 判例との関係

連邦憲法裁判所の第1法廷第2部会は、2010年8月30日の決定⁵²⁾で、機器補償義務 (Geräteabgabe) の判決を破棄して、事件を連邦通常裁判所に差し戻した。この事件では、著作権管理事業者が原告であり、プリンターの製造者が被告である。プリンターは、インターネットで見た文書を複製するに利用できるため、原告に補償金を支払必要があるか否かが問題となる訴訟である。

連邦憲法裁判所は、既にEU裁判所に委託が必要であった点を理由に、連邦通常裁判所の判決が違憲である、と判断した⁵³⁾。その後、連邦通常裁判所がEU裁判所に本件事件に関する解釈を要請した。EU裁判所はその質問に2013年6月27日の判決⁵⁴⁾で答えた。

本件立法を議論する際に注目すべき点は、連邦憲法裁判所判例の理由の最後のところ⁵⁵⁾にある。そこで連邦憲法裁判所は、実際に何ら存在しない同意が推定されている、との考えに対して反論している。憲法上でも疑問である、と説明している。

私も同様に考えている。本件立法で著者Bが著作権管理事業者に何ら権利与えていない。しかし、権利があることが勝手に「推定」される。

Bの意思など完全に無視している。理論的にも矛盾する発想である。

c) ベルン条約違反

本件規制は、著作権者に逆に判断する二つの機会を与えている。

第一、著作物が登記簿に登録されて6週間以内に異議を申し立てることができる。異議がある場合、本件規制の法的効果が生じない。

さらに、その期間が終了した後でも、当該利用に対する異議が可能である。その時点から「推定」に対する反証が成立することになる。

このような立法形式は、ベルン条約⁵⁶⁾5条2項違反である。登記簿への異議を申し立てる行為は、「方式の行使」(formality)に該当する。

その観点からしても、本件規制は疑問である。

d) 上記「孤児」制限との関係

Peifer が指摘している⁵⁷⁾とおり、本件制度を利用すると、図書館等は、「念入りの調

52) k-lenz. de/waisen16.

53) 判決理由45項から58項。

54) k-lenz. de/waisen17.

55) 判決理由66項。

56) Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, k-lenz. de/waisen18.

57) Karl-Nikolaus Peifer, Die gesetzliche Regelung über verwaiste und vergriffene Werke, Hilfe

査」の費用を節約できる。そのため、上記「孤児」制限を実際に利用する者がなくなり、当該制限が空転することが予測される。

e) 全体的評価

本件立法は、「権利を与えていない」ことを条件に「権利がある推定」を法的効果にしているため、基本的に矛盾している。その上に国際条約違反でも成立するため、反対すべきである。

IV. 学者の送信可能化権に関する立法

1. 立法の趣旨

a) 体系的構造

本件立法は著作権法38条に新たに4項を追加する。38条は、第1章（著作権）第5節（著作権に関する相続および法律行為）2款（実施権）にある。雑誌、新聞、多数の著者の論文集などについての実施権に関する規定である。

従来からある1項によると、論文の著者が雑誌などへの掲載を許可する場合、出版社・編集者が専属的实施権を有する、と推定される。但し、その場合でも、原則として著者が出版から1年経過後、当該論文を他に複製し送信可能化する（インターネットに掲載する）ことができる（2文）。この権利は、契約により排除することが可能である。

b) 対象主体

4項は、対象となる著作物について限定条件を定めている。学術論文であることが必要である。さらに当該論文の執筆に基づく研究活動の予算の半分以上が納税者負担であることが必要である。

ドイツの大学の大半は州立大学で、大学教授は公務員である。しかし、本件立法は大学教授が執筆した論文には適用されない。大学以外の研究で、予算の半分以上が税金負担が適用範囲である⁵⁸⁾。

für verborgene Kulturschätze, NJW 2014, 6, 9-10; Gerald Spindler, Ein Durchbruch für die Retrodigitalisierung? Die Orphan-Works Richtlinie und der jüngste Referentenentwurf zur Änderung des Urheberrechts, ZUM 2013, 349, 357.

58) Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 08.05.2013, k-lenz.de/waisen01, 9; Georg Sandberger, Zweitverwertungsrecht, Anmerkungen zum Entwurf eines Gesetzes zur

c) 法的効果

その場合、著者が仮に出版社または編集者に専属実施権を与えた場合でも、最初の掲載から12か月経過後に、自分の原稿を送信可能化する（インターネットに掲載する）ことができる。但し、営利目的ではインターネット掲載できない。

インターネットに掲載するときに、最初の出版の出典を述べる義務がある。

この規定は強行規定である。著者が不利となる形で4項を排除することは、1項と異なり許されない。

d) EU 指令との関係

学者の送信可能化権が問題となる限り、本件立法は、EU 指令を実施するものではない。独自にドイツ立法者が指令を実施する際についてに行った改正である。

2. 検討

a) 主体限定

送信可能化権を州立大学の教授の場合に認めない理由は、説得力ない。法案はこの点について、次のように述べている⁵⁹⁾。「二次的送信可能化権の適用範囲は、以下の理由でこれらの領域に限定されている。この領域では、国家の研究結果が拡散される利益が特に重要であるからである。純粋に大学での研究と異なり、国家が納税者負担の援助金を支給する際に、研究の目標および利用について、通常に枠組みを定める。この区別は、研究結果の拡散・利用について、国家に異なる利益の重要性が認められることで、説明できる。企画援助および大学外の研究機関での活動は、予算提供者の方針設定に基づく。予算提供者は、事前に定めた問題領域における知識の増加を援助することを目的とする。このような援助金支給の枠組み内に、従来から研究結果の拡散・利用に関する規定も含まれている。」

この主体限定には批判が多い⁶⁰⁾。私も、上記の理由が当該限定を正当化できない、と

Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechts, ZUM 2013, 466, 3 ; Nadine Klass, Die deutsche Gesetzesnovelle zur „Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urhebergesetzes“ im Kontext der Retrodigitalisierung in Europa, GRUR-Int 2013, 881, 893.

59) Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 08.05.2013, k-lenz.de/waisen01, 9.

60) Georg Sandberger, Zweitverwertungsrecht, Anmerkungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urhebergesetzes, ZUM 2013, 466, 470 ; Nadine Klass, Die deutsche Gesetzesnovelle zur „Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des

考えている。

本件送信可能化権は、学問の拡散を確保することを目的とする。当該公益は、出版社の利益に優先する理由は、発表される研究が税金を予算としてできた点にある。ならば、大学外で研究者の給料などが半分税金負担となる場合と比べて、州立大学の教授の給料が全部納税者負担となる場合には、なおさら、その公益が優先すべきである。

b) ドイツ国内の出版社に限定

Sprang が指摘している⁶¹⁾が、本件送信可能化権は、ドイツ国内の著作権に関する契約法の一部である。従って、外国の出版社が発行する国際的に重要な雑誌には、最初から適用されない。その限りも、適用範囲が大幅に限定されている。

Sprang が「そのために本件送信可能化権が本来の目的を達成できない」と批判している。確かに、特に学者にして最も重要な国際的雑誌について適用がないことは、本件立法の効果が大幅に減少することになる。

従って、本件送信可能化権の範囲が二重に限定されている。一部の学者の論文のみが対象となり、一部の雑誌のみが対象となる。両方の限定の効果を配慮すると、本件立法は大勢に影響ないと思われる。

c) 全体的評価

本件送信可能化権に関する改正には多くの問題点がある。その権利を有する学者の恣意的な限定、拘束される出版社の限定により、大きな改善として評価できない。

より思い切った改正が必要である。

学問は、自由であるべきである。その限り、法律と同様である。

ドイツでも、日本でも、法律に関する著作権保護を認めない。ドイツ法では著作権法5条1項、日本では著作権法13条1号により、著作権の保護が排除されている。

法律の著者は、議員である。国家から給料をもらうため、六法を出版して印税収入で生活する必要がある。反面、国民が幅広く法律を知る必要がある。印税支払を目的とする著作権制度で、法律に関する情報の流れを妨害・制限すべきでない。

学問について、学者の生活費が税金負担で賄う場合には、同様なことを言える。大学教員が印税で生活する必要は、議員と同様にはないはずである。

Urhebergesetzes“ im Kontext der Retrodigitalisierung in Europa, GRUR-Int 2013, 881, 893 ; Christian Sprang, Zweitveröffentlichungsrecht – ein Plädoyer gegen § 38 Abs. 4 UrhG-E, ZUM 2013, 461, 465.

61) Christian Sprang, Zweitveröffentlichungsrecht – ein Plädoyer gegen § 38 Abs. 4 UrhG-E, ZUM 2013, 461-462.

また、学問に関する情報の流れは、法律と同様に、情報化社会において自由でなければならない。

私は福島原発事故を受けて、最近の数年、エネルギー問題と地球温暖化問題について関心を持っている。この分野で世界銀行の各種報告書が重要な資料となるが、世界銀行は2012年7月から、すべての報告書を無料でインターネットに掲載する政策に移行した⁶²⁾。

残念ながら、IEA (国際エネルギー機関)⁶³⁾の政策は逆である。エネルギーに関する重大な報告書を発表しているが、インターネットに一部のみを掲載した上に、高額な料金を支払わない限り、一般市民は全体を読めない。例えば2012年7月の再生可能エネルギーに関する中間予測は180ページ程度の本だが、100ユーロの高額で販売している⁶⁴⁾。

IEAの予算の大半は、加盟国の税金で賄う。著作権を使って、その収益を増やすよりは、税金予算で得た研究結果を幅広く拡散する利益が優先すべきである。

従って、将来的には、研究論文について法律と同様に全面的に著作権の範囲外にすべきである。

既に現状でも、「事実」が著作権の対象外であることが、国際基準である。ベルン条約⁶⁵⁾2条8項は事実 (mere facts) についての著作権保護を否定している。従って、IEAが過去の再生可能エネルギー実績について数字を報告する場合、当該数字は著作権の保護対象でないことは、現状でも言える。

しかし、学問全体は、文学と区別すべきである。著作権による保護は、学問にして無益有害である。著作権法は、その分野から完全に撤退すべきである。でなければ、学問の一部のみ、インターネットで自由に利用できる状態が続く可能性がある。

この理想から考えて、本件立法により導入された極めて部分的しか認められない送信可能化権は、小さな一歩である。しかし、正しい方向への一歩である。そのため、不十分と思うが、本件立法は支持すべきである。

V. おわりに

全体的に評価してみると、本件立法の目的は支持すべきである。「孤児」著作物につ

62) Karl-Friedrich Lenz, World Bank Open Access Policy and Open Knowledge Repository, 2012年7月1日ブログ発言, k-lenz. de/waisen20.

63) Wikipedia, 国際エネルギー機関 k-lenz. de/waisen19参照。

64) Karl-Friedrich Lenz, IEA report on medium-term renewable market, 2012年7月19日ブログ発言, k-lenz. de/waisen21.

65) Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, k-lenz. de/waisen18.

いては、権利者の経済的利益を実際に侵害しない場面で、なお罰則の適用を含む著作権尊重を徹底することは、情報化社会の障壁となる。本件立法が行っているような規制緩和が必要である。

但し、その規制緩和の方法として、刑事法が最大の問題であるので、刑事法中心の改正にすれば充分であった。絶版になった著作物について全面的に罰則の適用を廃止する解決方法が最も簡単で分かりやすい。絶版になった著作物にはもはや経済的価値がないため、罰則の適用まで動員して保護する必要がない。そこまで緩和しない場合、利用の前に「念入りの調査」が行われた場合に、著作権者がいきなり告訴できないようにして、利用者が利用への異議を無視した場合に初めて告訴が可能である制度も、より簡単で分かりやすい。

また、絶版著作物に関する本件立法は、基本的に矛盾している上に国際条約を侵害しているため、反対すべきである。

学者の送信可能化権に関する規制も、目的は支持すべきであるが、手段は疑問である。権利者の範囲が恣意的に限定されている。相手もドイツの出版社に限定されている。そのため、効果が限定的しかない。研究成果について法律と同様に、著作権の対象外にすべきである。しかし、効果が限定的ではあるが、本件規制緩和が正しい方向への一歩として、支持すべきである。