

## 米国 Google ブック検索訴訟の和解が持つ意味—図書館関係者への助言—

### The implication of the settlement in the Google Book Search Case

山本 隆司

YAMAMOTO Takashi

#### 1. はじめに : Google ブック検索と訴訟の経緯

弁護士の山本隆司です。よろしくお願いたします。

まず、きょうのテーマであります Google ブック検索の内容について確認しておきたいと思います。

Google というのはご存じのとおり、Yahoo!などと同じ検索エンジンです。Google は多くの大学図書館と提携して、その蔵書をスキャンしてデジタルデータ化したものをデータベースにするという事業をやっています。

さらに Google は、このデータベースを使って公衆にブック検索サービスを提供しています。公衆がブック検索を行いますと、検索結果は全文表示、プレビュー表示、スニペット（抜粋）表示等の形で利用されます。

全文表示は、著作権が切れた、もしくは初めから著作権がない著作物について供される利用形態です。プレビュー表示は、権利者から許諾を得たものについて、書籍の販売促進のために最大 20 ページくらいを見せるものです。スニペット表示というのは、本文をスキャンしたテキストの 3-4 行を 3 か所切り抜いて、それを表示するという利用の形態です。さらに、「奥付ページ表示」という利用形態（契約書の中では「フロント・マター・ページズ・ディスプレイ」という用語が使われているものです）があります。アメリカの本などは奥付事項が本の最初の方に書いてありますので、そのページをスキャンしたものを表示するという利用形態です。

これらを Google ブック検索で提供するという前提になっています。

##### 1.1 紛争の経緯

次に紛争の経緯ですが、Google は 2003 年に「GooglePrint プロジェクト」という計画を開始して、2004 年から本格運用を始めました。後の Google Book Search (Google ブック検索) です。翌 2005 年 9 月に米国作家協会と数名の作家が Google に対して、著作権侵害訴訟をニューヨーク南部地区連邦地方裁判所に提起しました。訴状では、Google がミシガン大学の図書館と提携して書籍を

スキャンし、Googleブック検索に利用していることが著作権侵害だと主張しました。

この訴訟は集団訴訟（Class Action, 以下「クラス・アクション」）として提起されました。この時点での原告は今申しあげました米国作家協会と数名の作家だけではなく、実際にその訴訟に従事していない人たち、ミシガン大学の図書館の蔵書の著作権者も皆、このクラス・アクションの原告として挙げられています。自分は訴えをするつもりもないのに原告として扱われてしまうというクラス・アクションの性質については、後ほどご説明したいと思います。

翌10月に米国の大手出版社5社が、同じくGoogleに対して著作権侵害訴訟を同じ裁判所に提起しました。この訴訟の方はクラス・アクションではありません。これに対してGoogleの側は、自分の使っているのはフェア・ユースに該当するという抗弁を主張しています。このフェア・ユースの概念というのも難しいのですが、これも後ほどご説明したいと思います。

こうして2つの訴訟が提起されたのですが、2006年10月に併合され、2年後の2008年10月に原・被告間で和解が成立しました。この和解の時点で、米国出版社協会が当事者に入るとともに、原告集団という範囲が、ミシガン大学図書館の蔵書の著作権者という範囲からものすごく広げられまして、およそ出版されている書籍に対してアメリカ法上著作権を持っている人すべてというような極めて広い範囲にされました。これがどういう意味を持つのか、どういう問題を生ずるのかというのは、追ってご説明していきたいと思います。

クラス・アクションにおける和解が発効するためには、裁判所の認可が必要になります。去年（2008年）11月の段階で、裁判所が仮認可を与えました。正式の認可のためには、この和解に関係する原告集団の構成員に対して告知する努力を行うこととともに、公聴会を行い、公聴会の結果で正式の和解に対する認可を与えるという手順になっています。昨年（2008年）11月の仮認可の後に日程を変更する決定が今年（2009年）の4月28日に出了たので、最終的なスケジュールでは、今年10月7日に公聴会が行われる予定です。

## 1.2 フェア・ユースとは

Googleが抗弁として主張していますフェア・ユースという概念をご紹介します。と思います。「フェア・ユース」という言葉は最近、よく聞かれることがあると思います。日本にも、このフェア・ユースの抗弁を著作権法の中に入れるべきではないかという議論があり、文部科学省文化審議会の著作権分科会でもこの点が議論されています。

フェア・ユースの法理はアメリカの著作権法107条に規定されていまして、およそフェアな使い方であれば著作権の侵害にならないという包括的な権利制

限規定です。日本の著作権法にも権利制限規定がいろいろ入っているのですが、具体的な使い方を定めて、「こういう場合は権利の侵害にはなりません」という個別的な規定であるのに対して、アメリカのフェア・ユースというのは、およそフェアな使用であれば適合だという極めて包括的な内容になっています。

この 107 条には、何がフェアなのかという判断をする場面において、次の 4 つを考慮すべきだと規定しています。(1)使用の目的および性格。(2)使われる著作物の性質。(3)使った著作物の量および実質性。(4)その使われた著作物の使用が市場に与える影響、です。この 4 つを考慮すべきだということが規定されています。

しかし、この 4 つをどういうふうに考慮すればよいのかというのは、法律にはまったく規定されていません。ですから、この 4 つについて、4 つとも肯定的な評価がないとフェア・ユースとしては認められないのか。あるいは、1 つでもフェア・ユースに肯定的な評価が与えられればフェア・ユースが認められるのか等、まったくこの規定からはわかりません。しかし、裁判例で適用の仕方はかなりはっきりしています。

第 1 の要件である使用の目的および性格と、第 4 の市場への影響が一番重要視されていますが、結局のところは、第 1 の要件、使用の目的および性格で大体の勝負は決まってしまう。使用の目的が非営利的な使用目的であれば、第 4 の要件も、市場への影響はないという推定が与えられまして、フェア・ユースが事実上推定されるという結論になるからです。

また、後述のトランスフォーマティブ・ユースという概念に当てはまると、やはり著作物の市場への影響はないという推定が働き、概ねフェア・ユースが成立するということになります。他方、商業ビジネスであって、かつトランスフォーマティブ・ユースにも該当しないようなものについては、第 4 の要件についても市場への影響があるという逆の推定が働きまして、フェア・ユースは成り立たないという判断にほぼ間違いなくなります。

トランスフォーマティブ・ユースというのは、日本でアメリカ法を紹介される方は「変形」とか「変容」等という言葉に訳されるのですが、イメージする内容は変形や変容とはまったく違います。「トランスフォーマー」という映画がありますね。その例で申し上げますと、トランスフォームする前は乗用車であったものが、バスにトランスフォームした場合は、ここで言うトランスフォーマティブ・ユースにはならないのです。

というのは、乗用車とバスというのは目的が同じだからです。つまり、人を乗せて運ぶ。ところが、乗用車がヘリコプターや戦車などにトランスフォームした場合には、これは目的がまったく異なっています。このように、形が変わるだけでなく目的まで変わる場合を、アメリカの著作権法上はトランスフォー

マティブ・ユースと言っています。

有名な事例で申し上げますと、「風と共に去りぬ」という小説をパロディに使って「風は永遠（とわ）に去りぬ（“The Wind Done Gone”）」という小説が発表されたことがあります。それは「風と共に去りぬ」と同じ背景・同じキャラクターを使っているのですが、言おうとしている内容はまったく違います。古きよき南部ではなく、黒人奴隷の側から見たひどい南部の状況に焦点を当てた小説で、「風と共に去りぬ」を批判する内容なのです。ですから、「風と共に去りぬ」の素材を使いながらも、まったく別の意味づけを与える、まったく別の機能を与える、逆に「風と共に去りぬ」を否定するような使い方をしていただけです。このようなものをトランスフォーマティブ・ユースと言います。

一方、例えばある著作物に解説をつける場合は、付加価値はつくけれども、もとの著作物の鑑賞価値をそのまま残しており、その鑑賞価値を変えていない、元の著作物を否定するわけではないし、単にただ乗りしているだけだというようなものは、トランスフォーマティブ・ユースには当たりません。そこで、今回の Google の使い方がフェア・ユースに該当するかどうかという問題点があるのですが、これは後で説明させていただきます。

### 1.3 クラス・アクションとは

クラス・アクションについてご説明します。日本でも集団訴訟という言葉があります。これは公害訴訟などの場合に大勢の原告が集団を形成するという意味での集団訴訟なのですが、アメリカの集団訴訟、クラス・アクションというのはまったく概念が異なります。原告が大勢だという意味ではなく、弁護士に対して委任状を出す人たちのみならず何のアクションもしていないけれども利害が共通する人たちを原告当事者にしてしまう。そういう制度です。

原告になるつもりもない人たちまで原告にしてしまう、そういうことが可能になるための要件を、連邦レベルでは連邦民事訴訟規則 23 条が規定しています。そこで要件として挙げられているのは、(1)その原告集団なり被告集団が、個々の構成員が訴訟参加するのは実務的ではないと言えるほど、巨大であること。(2)集団に共通する法律上または事実上の争点が存在すること。(3)集団として現実に訴訟にかかる当事者が持っている請求なり抗弁が集団全体の請求や抗弁の典型であること。(4)集団を代表する当事者が集団の利益を公正かつ適切に擁護できる場合であること。このような要件があります。

### 1.4 原告集団の範囲

Google ブック検索訴訟において、原告集団の定義が途中で変更したと申し上げましたが、集団の定義は書籍または挿入物に対して米国著作権上の利益を有

するすべての者または団体という定義になっています。われわれが日本で本を書いたり出版したりしますと、ベルヌ条約に基づいて自動的にアメリカにおいても著作権が発生します。したがって、われわれも自動的に原告当事者になってしまいます。

世界中のほとんどの国はベルヌ条約に加盟しています。ベルヌ条約では他国で著作権が発生するような著作物がつくられたときには、自分の国でも無条件で著作権を認めるという条約で、その著作権の保護を受けるためには何らの手続も必要ありません。特許の場合であれば、日本で特許を受けるためには日本の特許庁に出願して、アメリカの特許を受けるためにはアメリカにもまた出願する手続を取らなければならないのですが、著作権に関してはそういうものはまったく必要なく、単純に日本で著作物をつくれれば、日本の著作権法で保護されます。そうしますと、それと平行でアメリカでもフランスでもドイツでもイギリスでも、世界中のベルヌ条約加盟国において著作権の保護が与えられます（内国民待遇の原則）。

したがって、皆さんが日本で何らかの著作物に対して著作権を持っているということは、その著作物に対してアメリカでも著作権を持っているということになります。したがって、何らかの著作権を持っていらっしゃる皆さんも今申し上げました原告集団の定義に該当するということになります。

### 1.5 オプトアウトとは

先ほども申し上げましたが、和解の仮認可の決定と変更決定があり、その公聴会が10月7日に行われます。この仮認可の決定は、その中で幾つかのことを決めており、2009年1月5日から2月27日までの間、原告集団に対して告知活動を行うことが決定されました。

続いて、オプトアウト手続期間について。オプトアウトとは、原告集団から抜きたいと思えば、抜けることができるということです。そのかわり、原告は今年（2009年）の9月4日までにオプトアウト（離脱）する手続を取らなければならないことになっています。他方、このオプトアウトをしないで原告団に残っていながらも、和解の内容であるとか、弁護士報酬などに対して不服があれば、異議を申し立てることができます。その期限は9月4日になっています。

## 2. 和解の内容

### 2.1 和解契約の当事者・対象

和解契約の当事者になる原告集団についてはすでにご説明したとおりですが、正確に申し上げますと、2009年1月5日が基準日で、その時点で著作権を持つ

ている人ということが要件になります。それ以降に本を書いたり出版したりして著作権を取得した方はこの対象にはなりません。

和解契約の対象になる著作物ですが、書籍 (books) と挿入物 (inserts) という概念が使われています。書籍というのは、この定義の中では 2009 年 1 月 5 日までに発行されて、米国著作権法の対象となっている書籍。正確には書籍に限らず、印刷物すべてです。ただし、定期刊行物や楽譜は除かれています。挿入物といいますのは、本の中にある序文、あとがきなど本文に付随するものです。ですから、挿入物は書籍の概念の中に含まれています。ただ、お金の支払いの仕方が異なるので、別に定義されています。

## 2.2 損害賠償義務および免責

この和解契約の中で、Google の行ったことに対して 2 つの問題があります。一つは既に行っている行為に侵害があるかどうか、侵害があるとしたら損害賠償の義務があるのかという問題です。もう一つは将来的に Google にどんな権利を与えるのかという問題です。ここではまず前者の過去の侵害に対するけじめについて述べます。

そのけじめのつけ方なのですが、Google はオプトアウト期限であります 2009 年 9 月 4 日までにデジタル化した書籍に関して、書籍の主要部分 (挿入物を除いた部分) に対しては一律 60 ドル、挿入物に対しては 15 ドルを、レジストリという権利登録機関を通じて権利者に支払います。また、レジストリの設立と初期運営費として 3,450 万ドル、約 35 億円を支払うということになっています。また、原告の弁護士費用として 3,000 万ドル、約 30 億円を支払うことになっています。

そのかわり、Google は、和解の発効、つまり和解が正式に認可された場合、発効する以前の侵害行為について、すべて免責されるという内容になっています。

## 2.3 Google の権利

他方、Google に対して将来の使用権についても和解で定めています。こちらの方が問題なのですが、和解発効日をもって、Google は、非市販書籍については権利者の許諾なく、また市販書籍については権利者から個々の許諾を得て、書籍および挿入物をディスプレイ・ユース、またノンディスプレイ・ユースに使うことができるということになっています。

ディスプレイ・ユースには、先ほど申し上げましたスニペット表示や奥付ページ表示があります。和解が成立すると、Google はこれらを、皆さん権利者に対してお金は払わずに使えるということになっています。また、プレビュー表

示については、書籍の販売のためにその書籍の最大 20%を見せるということができるのですが、これも無償でできるということになります。

アクセス・ユースは全文を読むことができるという権利です。これについては Google が利用者に、全文を読めるような形にするにはお金を徴収し、徴収したお金の 63%をレジストリを通じて権利者に分配するということになっています。契約書の中で 70%と書いてあり、他方で Google がその 70%のうちの 10%を管理手数料として差し引くので、レジストリに支払われるのは 63%です。恐らくレジストリで手数料を取られますから、皆さんの手元に渡る金額は 63%よりは小さくなると思います。

ノンディスプレイ・ユースというのは、検索結果として著作物の表現を使用しない使用方法です。つまり、書誌情報を表示する方法です。Google ブック検索を使ってみるとわかりますが、著作物のスキャンした画像は出てこなくて、単純にその書籍の情報として出版年がいつであって出版社はどこで、執筆者はだれというような書誌情報が出てくるのですが、書誌情報は著作権で保護されないで、これはノンディスプレイ・ユースとされています。研究開発のための Google 内部での使用も、このノンディスプレイ・ユースとされています。

ここで重要なのは、市販書籍と非市販書籍に概念を分けていることです。市販書籍というのは和解契約書の原文ではコマーシャリー・アベイラブル (commercially available) と定義され、しかもアメリカで商業的に入手可能かどうかだけの問題になっています。非市販書籍とは告知開始日、つまり今年 (2009年) の 1月5日の時点で商業的に入手可能 (commercially available) になっていない書籍です。商業的に入手可能かどうかというのは、絶版かどうかを基準に判断することになっています。

商業的に入手可能かどうかという点は、この和解契約書で「for sale new through one or more then-customary channels of trade in the United States (米国内にある一つあるいは複数のその時点で慣行的な取引経路において新本として販売されている)」と書いてありまして、あくまでもアメリカでの流通を前提にしたものです。たとえ日本で店頭で並んでいたとしても、米国で並んでいなければ市販書籍にはなりません。この契約上は非市販書籍になります。したがって、皆さんが許諾を与えないという意味でいたとしても、自動的に使われてしまいます。

また、この和解契約で Google に対して、米国内で和解の対象となっている書籍および挿入物をデジタル化する権利が与えられています。デジタル化できる権利は米国内に限られています。これに対して、先ほどのディスプレイ・ユース/ノンディスプレイ・ユースの権限には米国内という制限は入っていません。ここは後ほど指摘しますが、ご注意ください。

さらに Google に対しては、ある本を紹介するページに広告を載せることができるという権利が与えられています。ただし、その広告収益のうち 63% をレジストリを通じて権利者に分配しなければいけないということになっています。

その他、Google に対する使用許諾に関して最恵待遇条項というものが入っています。レジストリが第三者に対して Google に与えたのと同様の権利を Google よりも有利な条件で与えた場合には、その有利な条件を Google に対して自動的に適用しないといけないという内容です。Google よりもよい条件を与えれば Google にも与えてやるというような何かフェアな感じがするのですが、Google だけが持っている権利に着目しますと、この点についても後でご説明しますが、この条項は Google に対して市場独占権を与える根拠になってしまいます。そこが問題になります。

先ほどから申し上げているレジストリとはどんなものかという、権利者の受けるべきお金を Google から受領して、それを分配するという機能を持つ非営利団体です。レジストリが著作権者の権利を管理する役割を担っていて、Google に自分の著作物が使われる場合、レジストリに「自分の著作物はこれこれで、自分はその権利者だ」という通知をすると、Google から支払われたお金を分配してくれます。つまり、いくら Google で著作物が使われて Google がお金をレジストリに払っても、本当の権利者が「自分にも分配してください」と手を挙げなければお金をもらうことはできません。手を挙げた権利者だけに分配されることになります。

この和解契約上、権利者は Google に対して、先ほど申し上げましたような使用許諾を与えているのですが、レジストリは権利を履行する権限を権利者から与えられたものと見なされるという規定が入っています。これについて問題になりますのは、レジストリは第三者、すなわち Google の競争相手に対して、Google に与えたのと同じような権利を与えることができるかどうか、です。この和解契約に基づいて、レジストリに、当然にそういう第三者に対する許諾権限が与えられるわけではありません。「法令の許す範囲内において権利者の米国著作権を第三者に許諾することができる」と書いてあるだけで、Google 以外の第三者に許諾する権限を与える根拠は、この和解契約には一切ありません。レジストリが個々の権利者から許諾をもらえば与えることは可能です、ということで、権利者の使用許諾を包括的にもらえるのは Google だけということになります。

#### 2.4 図書館の利用権限

この和解契約の当事者、被告側には図書館も入っています。図書館の利用権限は、Google に比べてかなり限定的な形で認められています。例えば「完全参

加図書館」という概念です。完全参加図書館に対して Google は当該図書館の蔵書のデジタルコピーを行って提供します。完全参加図書館は、Google から受領したそのデジタルコピーを一定の目的にのみ使えます。具体的には、図書館資料の保存や、障害者による利用、滅失・破損等の代替、図書館内だけに限った検索ツール、そして調査・研究使用などです。図書館による利用権限は極めて限られていまして、結局はこの和解がなくても法令上許される範囲とほぼ同じです。ただ、自前でデジタル化しなくても、Google から提供されたデジタルコピーを使えるところにメリットがあるということです。

## 2.5 著作権者としての選択肢

こういう和解に対して、原告集団に入っている権利者としてどういう対応ができるのかといいますと、3つあります。

1つは、オプトアウト。この原告集団から離脱するという手続です。これは何度も申し上げていますように2009年9月4日までに行う必要がありますが、和解管理者に対してオンラインまたは郵便で離脱の通知をするということが必要になります。

2番目の手続は異議申立です。これは原告集団に残っているながら、つまり和解契約に拘束されながら、「この和解条項はおかしいよ」とか「弁護士報酬が高すぎる」とか、そういう文句を言うことです。裁判所に対して、自分の異議内容を記載した書面を作成して、2009年9月4日までにニューヨーク南部地区連邦地方裁判所(SDNY)に提出することが必要になります。

3番目の手続は、これは和解契約の中に規定されている内容ですが、和解契約に拘束されながら、自分の著作物がGoogleブック検索に使われる使われ方について、「この書籍はディスプレイ・ユースはしないでくれ」とか「スニペット表示だけにしてくれ」とか、そういう使用制限をできる。あるいは、自分の書籍全部をデータベースから外してくれとか、和解の中にいながらも自分の書籍についてこういうことを言う手続です。このためには、所定の用紙に記入して和解管理者に通知するということが必要になります。

## 3. 各国の反応

### 3.1 日本の反応

こういう和解に対して、各国はどのような反応を示しているのかということをご紹介したいと思います。日本では、和解の締結という動きと、和解から離脱する動きと2つに分かれています。

日本文芸家協会などは和解を受け入れるということを表明しているのですが、

その前提として、日本での市販書籍も和解契約書の市販書籍の概念に含まれるという新定義がされるならば受け入れてもよいというような立場のようです。しかし、日本で市販されていればこの契約上の市販書籍に入るといような事実は、現在までのところまったくありません。つまり、和解契約の定義が変更されたということはありませんので、何を根拠にそういう主張を、結局は原告団の弁護士が説明したようなのですが、その根拠についてはまったく不明です。

### 3.2 アメリカの反応

アメリカでの反応ですが、訴訟当事者の関係者は当然この和解について支持を表明しています。しかし、学識経験者は専ら問題点を指摘しています。これによって発生する Google の独占的な地位は独禁法違反ではないかという問題点。その他、オーファン・ワークス（いわゆる孤児著作物）の権利保護などに欠ける、外国権利者の利益代表として原告団は適当ではない等の問題点が指摘されています。アメリカの司法省は、独禁法違反でこの問題について調査を開始したと報道されています。

### 3.3 ヨーロッパの反応

ヨーロッパでは、イギリス以外の国が和解に対して反発しています。まず EU 閣僚会議でドイツが、Google ブック検索和解はヨーロッパの著作権者の権利を害するという問題を提起し、フランスやオランダがこれに同調して欧州委員会がこの問題を調査するという事になっています。

また、民間レベルではこの Google 訴訟について、フランスやドイツなどの裁判所で 4 件くらい訴訟が提起されているということです。内 1 件についてはもう既にドイツで判決が出ていますが、今問題になっているのはあくまでもアメリカでの著作権の問題ですので、それをヨーロッパで訴訟を起こすというのはなかなか成立しないのではないかと思います。しかし、EU 閣僚会議で問題提起されたように、少々のことでは解決しない問題、根底的に存在する問題というのがあることは確かだと思います。

## 4. 和解による問題点

次に、私の考えます Google ブック検索の和解に関する問題を数点に整理しました。

### 4.1 フェア・ユースに該当するのか

第 1 は、Google が自分たちの利用はフェア・ユースだと主張している点につ

いてです。書誌情報の表示の部分はもともと著作権がありませんから、それを使ってフェア・ユース以前に侵害にはなりません。

スニペット表示に関しては恐らくフェア・ユースが成立するだろうと思われまます。なぜかという、スニペット表示というのは先ほども申し上げましたように3〜4行のものを3か所拾うだけなのですが、書籍は何ページもあるものですから、その鑑賞価値をそれだけの表示で見ることができるのかということ、まずそれはないだろうと思います。それに対して、なぜそういう3〜4行のものを挙げるのかということ、検索したい事項がその文の中にあるということ。どこに出ているのか、どういう文脈で出ているのかを明らかにするためです。これはその書籍の鑑賞価値を利用するためではなく、情報の所在を検索するための手段なわけです。これはさっき申し上げたトランスフォーマティブ・ユース、使用目的・意図が全然異なる使用方法になると思いますので、トランスフォーマティブ・ユースとしてフェア・ユースが成立することになると思います。

他方、最大20%のプレビュー表示は鑑賞価値を利用することが可能ですので、それにはフェア・ユースは成立しません。全文表示についてもそうです。その辺りのことはGoogleもわかっている、著作権のある書籍については権利者の許諾を得てプレビュー表示や全文表示をやっている、と思います。

#### 4.2 表示使用の範囲

第2に、新聞報道によりますと、Googleはデータベース化した情報を米国以外からは見られないようにする方針だと書かれています。和解契約書にディスプレイ・ユースができるということが書いてありますが、その範囲について、米国内で、という定義は一切ありません。したがって、サーバさえアメリカの国内にあれば、そこに外国からアクセスすることについて何らの制限も和解契約上はありません。したがって、これはあくまでもGoogleの方針でありまして、あしたにも変わるかもしれません。

#### 4.3 市販本

3番目の問題点ですが、日本で販売されている書籍は絶版とは扱わないと、原告団の弁護士が表明していることなのですが、これは先ほども見ていただきましたように、「商業的に入手可能」の定義の記述から、まったく根拠がないと思います。

#### 4.4 原告の範囲の曖昧さ

次に、原告集団のとらえ方に幾つもの問題点があります。最大の問題は、原告集団の範囲が広すぎて、紛争成熟性に欠けていて訴訟当事者になれないものが

原告に含まれています。

例えば製造物責任を追及する場合に、クラス・アクションが用いられます。メーカーが全国に欠陥商品を売ったというときに、被害者は欠陥商品を購入しただけの人だけではなく、そういう欠陥商品を買わされた人も被害者です。実際に、被害者が1万人いたとして、その中の5人が現実の訴訟を提起した場合、被害者は1万人いますから、この1万人についてクラス・アクションを起こす、原告団を構成するというのは利害も同じですし、立場も同じ、被害者だという意味で同じなのです。しかし、将来買うかもしれない可能性があるだけの全消費者を原告集団にすることはできません。

当初のクラスの定義では、ミシガン大学図書館の蔵書の著作権者というとならえ方でした。なぜかという、Googleとミシガン大学図書館が契約して、その蔵書がスキャンされるという現実的なリスクが発生しています。現実にもう既にスキャンされた書籍の著作権者は現実の著作権侵害を被っています。これからの人は、自分の書籍がミシガン大学の図書館にあれば、時間の問題で侵害されるという現実的なリスクにさらされているわけです。いずれについてもこれは具体的な事件性があります。

しかし、変更後のクラスの定義から言いますと、アメリカの図書館に、例えば私の本があるかといえありません。つまりGoogleが私の本をスキャンする可能性というのはほとんどありません。あるかもしれませんが、それは可能性でしかなく、現実的な事件でも何でもないわけです。そういうものは、日本でもアメリカでも訴訟の対象にはなりません。

交通事故になるかもしれないから車を売るな、などという訴えを起こしても、日本でもアメリカでも裁判所は相手にしません。もう少し現実的な危険になったときに初めて訴訟になりうるわけです。それを考えると、今回の場合のクラスの定義は広すぎる。侵害の危険性がないのに、原告として訴訟の当事者にさせられている。

こういう抽象的な、具体的な可能性のない訴訟を起こす場合、これはムート・ケース (moot case) と呼ばれるのですが、アメリカでも裁判の対象にはなりません。それなのに、和解であれば当事者になることができるということはおかしいと思います。

#### 4.5 クラス・アクションの代表者の正当性

次にオーファン・ワークス (orphan works) についてです。一部の権利者がこの訴訟を現実に遂行しています。その人たちが和解の当事者として、クラス・アクションの代表になれる立場にいるのかどうか。そういう立場になれば、この訴訟はクラス・アクションとして成り立たないわけです。

和解ではなく、「侵害されている」「いや、侵害していない」という争いが続いている訴訟手続の中においてであれば、侵害されているかどうか、フェア・ユースが成り立つかどうかという争点に関しては、オーファン・ワークスの著作権者と代表者の立場は利害が一致します。しかし、和解契約の中においては、既に申し上げていますように、市販書籍か非市販書籍であるかによってまったく利害関係が異なります。

第1に、非市販書籍の場合には、本の権利者から許諾を得なくても自動的にディスプレイ・ユースできる。第2に、オーファン・ワークスの場合には、恐らく著作権者は権利主張をしません。したがって、オーファン・ワークスのような絶版書籍は全体のコンテンツの70%くらいと言われているのですが、その人たちの著作物を使った使用料は、市販書籍の権利者に分配されることとなります。

というように、市販書籍と非市販書籍の著作権者ではまったく立場が違います。利害が相反します。市販書籍の著作権者であります米国の代表者が、非市販書籍の著作権者たちをも含んだ集団の代表として集団の利益を公正かつ適切に擁護できるかといったら、それは違うのではないかと思います。したがって、これを原告集団に加えている限りはクラス・アクションは成り立たないと思います。

同様の問題は、外国人著作者ないしはオーファン・ワークス以外の絶版書籍についても存在します。外国人著作者やインターネットをあまり使われていないような方では、Googleで公告していることに気がつかないでいるという状況が起こっているはずで、その場合、適切な権利行使ができない。つまり、レジストリに自分も著作権者であると登録しない限り売上の分配もされませんし、権利行使もできません。外国人著作者の場合に関しては特に顕著です。

この和解の枠組みにおいては、そういう人たちの犠牲のうえに原告代表者は利益を得ることができます。この和解の枠組みにおいて、クラス・アクションの代表者は集団の利益を公正かつ適切に擁護できるのか。それもまた違うだろうと思います。

#### 4.6 ベルヌ条約違反の可能性

この和解はベルヌ条約上の問題もあると思います。ベルヌ条約は、加盟国に対して、著作権者にこんな権利を与えなさいということと、それから権利を制限する場合や強制許諾を認める場合にはこの範囲を超えたらできませんよということについて、厳しい制限を加えています。

しかし、この和解によれば、ベルヌ条約で保障されている著作者の権利が実質的に制限されてしまうこととなります。つまり、非市販書籍については、拒

絶通知しない限りは Google に対して使用許諾したことになる。これは一種の強制許諾です。こういうものは、ベルヌ条約上は許されておりません。ベルヌ条約違反です。

著作権者自身が当事者として、自分の意思で訴訟当事者になってそういう結果になるのだったらやむを得ないと思うのですが、自分の意思とは無関係に当事者にされていて、こういう包括的な和解契約に拘束されて権利制限を受けるという形を有するとすれば、これはベルヌ条約の実質的な権利制限、強制許諾にかかる。そういう問題があると思います。

#### 4.7 市場独占の問題

市場独占の問題はアメリカで指摘されている問題ですが、幾つかの理由があります。1つは、既にご説明したとおり、Google は明示の同意なく オープン・ワークスについて利用できますが、Google の競争会社は同じことはできません。レジストリがありますが、レジストリはオープン・ワークスについて、第三者に許諾する権限はありません。したがって、Google だけがオープン・ワークスを利用できるという独占的な地位になります。

第 2 に、Google は明示の同意なく絶版書籍（非市販書籍）も利用できるのですが、これも他社はできません。これは和解契約があるからできることで、レジストリは他社に同じようなことはできません。これは Google だけができる独占的な地位です。

第 3 に、そういう独占的な地位を持っている上に、後発者はさらに不利な条件に追いやられています。たとえ巻き返しのために権利者団体とより有利な条件を結び後追いしたとしても、自動的に同じ条件は Google にも適用されますので、結局条件は一緒になってしまう。そうすると、Google は先行者利益による優位性を維持できることになります。

#### 4.8 なれ合い訴訟の疑い

この和解契約は付属文書を合わせて 385 ページあります。これを読むだけでも、公開されてからこれまで半年くらい経っていますが、皆さんも内容を十分に検討できていない難しいというお話を聞きます。これをつくる側は、条件を一つずつ交渉して契約書に作り上げていく手続を踏むわけです。決まっている内容だけでも 385 ページの契約書にするのは大変なのですが、その和解交渉をするときには非常に時間がかかるはずで

つまり、この契約ができるまでの間に 2 年や 3 年は費やしたはずで

うことは、ほとんど訴訟を起こすと同時に、クラスを拡大しようという合意が Google と原告団との間でできていたのだらうと思います。

以上で終わらせていただきたいのですが、図書館関係者に対しての助言ということが副題についていまして、具体的にどうなのかという助言は、申し訳ないのですが行うことはできません。ただ、今申し上げました Google の和解の意味をご参考にしていただきたいという限りで、助言とさせていただきたいと思えます。

どうもご清聴ありがとうございました。