

アウト・オブ・コマーンス著作物の制度と理論：  
図書館資料のデジタル化とオンラインアクセス

筑波大学

図書館情報メディア研究科

2023年1月

鈴木 康平

## アウト・オブ・コマース著作物の制度と理論：

### 図書館資料のデジタル化とオンラインアクセス

#### 要約

1949年に初めて宣言され、2022年7月18日に最新版が採択された「ユネスコ公共図書館宣言」では、公共図書館は、「商業的、技術的または法的な障壁なしに、科学的知識や地域的知識を含むあらゆる種類の知識へのアクセスを提供し、その創造と共有を可能にすることによって、健全な知識社会を支えている」ものであり、「全ての人々に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を果たすために、新たなコミュニケーション手段に継続的に適応している、知識社会の不可欠な構成要素である」とされている。また、この宣言に示された公共図書館の使命には、「情報、コレクション、プログラムに可能な限りアクセスできるように、デジタル技術を通じて、対面および遠隔でコミュニティにサービスを提供する」、「文化的表現や文化遺産の保存と有効なアクセス、芸術の鑑賞、科学的知識や研究、イノベーションへのオープンアクセスを、伝統的なメディアだけでなく、デジタル化された資料やポーン・デジタルの資料も含めて促進する」というものが含まれている。これらの宣言内容から、現在の図書館には、あらゆる種類の知識へのアクセスの提供とその創造・共有を可能にするために、従来のアナログな資料だけでなく、デジタルの資料を含めて、新たな技術も用いてサービスを提供することが望まれていると読み取ることができる。デジタル時代の図書館がサービスを提供する上で、障壁の一つとなるのは著作権法である。著作権法は、著作権者に強力な権利を与えることで創作のインセンティブを高めようとする一方、一部の例外的な利用行為を除き、著作権者の許諾なしに著作物を複製することやインターネットを通じて提供することなどは禁止されることから、図書館の使命である知識へのアクセスの提供が妨げられるおそれがある。デジタル時代の図書館と著作権の在り方については、著作権法の見直しの必要性が議論されている状況にあるところ、少なくとも日本、EU、米国の著作権法において、図書館によるインターネットを介した著作物の提供が比較的広く認められている種類の著作物がある。それが、商業的に入手することが困難な著作物である「アウト・オブ・コマース著作

物」(out-of-commerce works)である。アウト・オブ・コマース著作物とは、EUにおいて「通常の商業流通経路では利用することが困難な著作物」と定義されるものであり、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。しかし、各国でその概念は統一されていない。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」問題と呼ばれる、商業的に入手できないために権利処理が困難であるにもかかわらず、著作権は存続しているために、図書館等によるデジタル化やオンライン利用を実現することが困難な著作物が存在するという問題がある。

本研究は、図書館資料のデジタル化とオンラインアクセスを可能にする、アウト・オブ・コマース著作物の制度と理論を明らかにすることを目的とするものである。この目的を達成するために、以下の3つの研究課題を設定した。

【研究課題 1】日本法、EU 法、米国法におけるアウト・オブ・コマース著作物に係る規定の内容を明らかにする。

【研究課題 2】アウト・オブ・コマース著作物のデジタル化とオンラインアクセスの実現を支援し得る理論モデルとして‘Controlled Digital Lending’に着目し、その内容と妥当性を明らかにする。

【研究課題 3】比較法的研究を通じて、絶版等資料に係る日本の著作権制度の今後の展望を明らかにする。

本研究は、全6章で構成される所、研究課題1は第2章と第3章、研究課題2は第4章、研究課題3は第5章において、それぞれ扱った。

第1章「序論」では、研究背景、研究目的と研究課題、先行研究、研究方法、本研究の構成を示した。

第2章「日本法におけるアウト・オブ・コマース著作物」では、日本におけるアウト・オブ・コマース著作物に相当する概念である、「絶版等資料」に関する日本の著作権法の権利制限規定について、2009年、2012年、2021年の著作権法改正の概要をそれぞれまとめ、特に現行法である2021年の改正法の規定の解釈を詳細に検討した。また、絶版等資料の解釈をまとめるとともに、制度の具体的な運用を定める関係者協議会の課題を検討した。

第3章「EU法・米国法におけるアウト・オブ・コマース著作物」では、EU法と米国法のアウト・オブ・コマース著作物に係る規定をまとめた。EU法については、アウト・オブ・コマース著作物に言及する2000年代の政策文書や、アウト・オブ・コマース著作

物に関する現在の制度の原型を示した、2011年に合意されたアウト・オブ・コマーンス著作物に関する覚書等の内容をまとめた後、2019年に成立し、EU加盟国にアウト・オブ・コマーンス著作物に係る規定の導入を義務付けたDSM著作権指令8条の内容をまとめた。米国法については、アウト・オブ・コマーンス著作物に係る規定である米国著作権法108条(e)項および(h)項について、その概要や改正に関する議論や、「最終20年条項」と呼ばれる米国著作権法108条(h)項について詳細に分析する先行研究の内容をまとめた。また、EU法にも影響を与えたとされるGoogle Books事件の和解案の内容や、大学図書館コンソーシアムにおける著作物のデジタル化とその利用について争われたHathiTrust事件の判示内容の一部をまとめた。

第4章「Controlled Digital Lending」では、デジタル貸出の理論モデルであるControlled Digital Lending (CDL)を扱った。CDLは、アウト・オブ・コマーンス著作物にその対象を限定したものではなく、あらゆる種類の著作物への応用が可能な理論モデルであるが、図書館と出版者との間のライセンス体制が整っていないためにデジタル貸出をすることができない資料(図書館が通常の商業流通経路を通じてはデジタル貸出の実現が困難な図書館資料)について、デジタル貸出を実現するための理論モデルでもある。そこで、本研究では、「アウト・オブ・コマーンス著作物のデジタル化とオンラインアクセスの実現を支援し得る理論モデル」としてCDLに着目した。CDLでは、「所有と貸出」の比率の維持やDRMの使用義務などの要件の遵守が求められており、デジタル貸出を物理的な書籍の貸出と類似させることにより、CDLにはフェア・ユースが成立すると分析されている。本研究では、フェア・ユースに関する代表的な理論の一つである市場の失敗理論を用いてCDLを分析し、フェア・ユースが成立すると結論付けた。

第5章「考察」では、日本法・EU法・米国法を比較し、アウト・オブ・コマーンス著作物概念を考察した後、日本の著作権制度の今後の展望について考察した。日本法・EU法・米国法を比較して考察した結果、比較法的観点からは、アウト・オブ・コマーンス著作物概念の核となるのは、「通常の商業流通経路」での利用可能性であり、それは、「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」を指すと整理できると結論づけた。したがって、アウト・オブ・コマーンス著作物に該当するのは、通常の商業流通経路で利用可能でない著作物ということになる。一方、日本の従来絶版等資料の解釈は、「入手することが困難」を核としていたと考えられるところ、デジタル技術やインターネットの発展により様々な流通経路が現れたことから、入手が困難であることは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、単に入手が困難であることを絶版等資料の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ことから、日本の絶版等資料も、「通常の商業流通経路」での利用可能性を核として理解するよう見直すべきである。また、絶版等資料を報酬支払義務もなく完全に自由に利用できるか、完全に排他的権利の対象となり利用ができないという、二者択一のオール・オア・ナッシング型の権利制限規定を採用している日本法の方式では、権利者の利益を害している可能性や、関係者間での利用の合意がとれずに利用できない場合に社会全体の不利益になっている可能性がある。そこで、日本法の今後の展望として、拡大集中許諾＋権利制限、補償金付権利制限、CDLモデルの権利制限規定、それらとカットオフデートの組み合わせについて考察した。加えて、制度の運用主体について、EU法および米国法とは異なり、日本法では国立国会図書館に限定している点について考察した。

第6章「結論」では、本研究の結果をまとめた後、本研究の限界と今後の課題を示した。本研究の限界と課題は、次のようにまとめられる。第2章と第3章では、日本法、EU法、米国法のアウト・オブ・コマース著作物に係る制度の調査を行ったが、その他の国の制度の調査・分析はなされていない。欧州では、DSM著作権指令が成立する以前から複数の国にアウト・オブ・コマース著作物に係る規定が設けられていたことが指摘されており、それらの調査・分析を行うことで、アウト・オブ・コマース著作物概念の考え方やその変遷がより明確になると考えられる。第4章で扱ったCDLは、未だ裁判で適法と認められたモデルではなく、今後CDLについての司法判断がなされる可能性があるため、米国の裁判例の動向を追っていく必要がある。第5章では、日本法の今後の展望を示したが、選択肢を提示したにとどまり、どの選択肢が最も適切であるかは示せていない。最も適切なものを見定めるためには、通常の商業流通経路での利用可能性を確認するために要するコストや、仮に補償金制度を導入した場合の適切な補償金の額、制度を運営するために必要となるコストなどの定量的な分析の結果を踏まえた経済分析も行う必要があるだろう。本研究全体として、図書館資料に焦点を当てたものとなっており、ビデオゲームや放送番組など、書籍等とは異なる事情があるメディアに表されたアウト・オブ・コマース著作物の利用は検討できておらず、今後検討していく必要がある。

# Legal Systems and Theories of Out-of-Commerce Works: Digitisation and Online Access of Library Materials

## Abstract

The IFLA-UNESCO Public Library Manifesto 2022, first proclaimed in 1949, states that the public library ‘underpins healthy knowledge societies through providing access to and enabling the creation and sharing of knowledge of all sorts, including scientific and local knowledge without commercial, technological or legal barriers’ and ‘is an essential component of knowledge societies, continuously adapting to new means of communication to fulfil their mandate of providing universal access to and enabling meaningful use of information for all people’. And the mission of the manifesto also includes ‘providing services to their communities both in-person and remotely through digital technologies allowing access to information, collections, and programmes whenever possible’ and ‘promoting preservation of and meaningful access to cultural expressions and heritage, appreciation of the arts, open access to scientific knowledge, research and innovations, as expressed in traditional media, as well as digitised and born-digital material’. These can interpret as an expectation that current libraries are expected to provide services for analogue and digital materials, using new technologies that provide access to all kinds of knowledge and enable its creation and sharing. One of the barriers to libraries providing services in the digital age is copyright. While copyright seeks to increase creative incentives by giving rightholders the exclusive right, it also prohibits the reproduction or other use without the permission of rightholders except for some exceptional use cases. That could hinder the mission of libraries providing of access to knowledge. While the need for a rethinking is under discussion about libraries and copyright in the digital age, there is one type of works for which libraries can provide works via the internet, at least under the copyright laws of Japan, EU and US. These are ‘out-of-commerce works’ (OOCWs), which are works that are difficult to available commercially. OOCWs mean ‘the whole work or other subject matter is not available to the public through customary channels of commerce’ in EU law, and the term is generally understood to refer to similar works in Japan and the US law. However, the concept is not uniform across countries. The background to the need for a system for OOCWs is a problem known as the ‘the 20th century black hole’. That is the problem that there are works for which rights handling is difficult because

they are not commercially available, but copyright continues, making it difficult to achieve digitisation and online access by libraries.

This study aims to identify legal systems and theories of OOCWs that enable digitisation and online access to library materials. To achieve this purpose, this study addresses the following three research questions:

[RQ1] Clarify the details of the provisions relating to out-of-commerce works in Japanese, EU and US law.

[RQ2] To focus on 'Controlled Digital Lending' as a theoretical model that could support the digitisation and online access of OOCWs, and to clarify its details and validity.

[RQ3] Through comparative legal research, clarify the prospects of the Japanese copyright system about the 'rare or out-of-print material'.

This study consists of six chapters. Chapters 2 and 3 correspond to RQ1, Chapter 4 to RQ2 and Chapter 5 to RQ3.

Chapter 1 'Introduction' outlines the background, the purpose and research questions, previous studies, the research method, and the structure of this study.

Chapter 2 'OOCWs under Japanese law' summarises the 2009, 2012 and 2021 Japanese Copyright Act amendments regarding the limitation on 'rare or out-of-print materials' (ROPMs), a concept equivalent to OOCWs in Japan. In particular, the interpretation of the 2021 amendment is examined in detail. This study also considers the interpretation of ROPMs and the tasks of the council of stakeholders which defines the specific system operation.

Chapter 3 'OOCWs in EU and US law' summarises the provisions relating to OOCWs in EU and US law. Regarding EU law, this study summarises policy documents from the 2000s that refer to OOCWs and the current details of the Memorandum of Understanding on OOCWs agreed in 2011 and others. And this study summarises Article 8 of the DSM Copyright Directive in 2019 in detail, which obliges the EU Member States to introduce rules regarding OOCWs. Regarding US law, this study summarises the outline and discussion on Section 108(e) and (h) of the US Copyright Act, provisions regarding OOCWs. And this study also summarises the previous study analysing in detail Section 108(h). In addition, this study summarises the detail of the settlement of the Google Books case that is said to affect EU law. And this study also summarises the

HathiTrust case that disputed the digitisation and online access of works by a consortium of university libraries.

Chapter 4 ‘Controlled Digital Lending’ deals with Controlled Digital Lending (CDL), a theoretical model for digital lending. It is not limited in its scope to OOCWs, but it is also a theoretical model for realising digital lending for works that lack licensing schemes between libraries and publishers. This study focuses on CDL as a theoretical model that could support the digitisation and online access of OOCWs. CDL requires compliance ‘owned to loaned’ ratio, the deployment of DRM and others. In previous studies, by mimicking digital lending to physical book lending, they analyse that CDL is fair use. This study analyses CDL using the market failure theory, one of the leading theories on fair use, and concludes that it is fair use.

Chapter 5 ‘Discussion’ considers the OOCWs concept by comparing Japanese, EU and US law, and then discusses the prospects for the Japanese copyright system. From a comparative legal perspective, this study concludes that the core of the OOCWs concept is availability in the ‘customary channels of commerce’. This can be organised as ‘a situation in which the distribution of works is subject to the control of rightholders and in which they can receive a return of profit’. The traditional Japanese law interpretation of ROPMs is considered to have had ‘difficulty in obtaining’ at its core. However, since various distribution channels have emerged with the development of digital technology and the internet, the fact that a material is difficult to obtain does not directly lead to a lack of return of benefits to rightholders. In that case, using the difficulty of obtaining the material as a criterion for determining whether the material is ROPMs, may result in damage to the interests of rightholders. Therefore, ROPMs should be reviewed that the core criterion is availability through ‘customary channels of commerce’. In addition, the approach of Japanese law, which adopts an all-or-nothing type of limitation, whereby ROPMs can either use freely without any obligation to compensate or are subject to exclusive rights and cannot use, may be detrimental to the interests of rightholders. And if stakeholders cannot agree on using ROPMs, it may harm the public interest. Therefore, this study discusses the extended collective license plus limitation, the limitation with compensation, the CDL model limitation, and combinations of these models and the cut-off date requirement. In addition, this study discusses that, unlike EU and US law, the operating entity of the system is limited to the National Diet Library in Japanese law.

Chapter 6 ‘Conclusions’ summarises the results of this study and presents the limitations of this study. They can be summarised as follows: Chapters 2 and 3 survey and analyse the systems



under Japanese, EU and US law for OOCWs, but not do other countries. Several countries in Europe had systems for OOCWs even before the DSM Copyright Directive was adopted. A survey and analysis of these systems would clarify the OOCWs concept and its history. Chapter 4 dealt with CDL, but CDL is not yet been recognised as lawful in court. As judicial decisions on CDL may be made in the future, it is necessary to follow trends in US cases. Chapter 5 presents the prospects for Japanese law, but only suggests options and does not indicate which option is most appropriate. To identify the most appropriate one, an economic analysis based on the results of the quantitative analysis would be necessary, for example, (i) the costs of checking whether OOCWs are available through customary channels of commerce; (ii) the appropriate compensation if introducing a compensation scheme; and (iii) the costs required to operate the scheme. Overall, this study focuses on library materials and has not been able to examine the use of OOCWs represented in media such as video games and broadcast programmes, which have different circumstances from books or magazines. OOCWs in these media should also be considered in the future.