

米国における著作権関連訴訟文書に係る法的論点整理及び分析等

調査報告書

平成 22 年 3 月 1 日

骨董通り法律事務所

調査の目的及び方法

本報告書は、Google, Inc. (「グーグル」) による書籍のデジタル検索・配信サービス「グーグル・ブックサーチ」(現在の名称は「グーグル・ブックス」) をめぐる米国での著作権侵害訴訟(「本件訴訟」)において、原告である作家団体・出版社団体等とグーグルとの間で合意された和解契約案(「本和解案」)を対象に、その内容及び問題点を整理するとともに、書籍や雑誌のデジタル配信・アーカイブ化の現状及び課題を論じるものである。

本報告書は、概ね以下(1)～(5)の目的で行った調査等の結果をまとめたものである。それぞれの調査等の方法は、概ね以下(1)～(5)に付記したとおりである。

- (1) 本和解案の内容についての全体日本語版の作成(別冊)
方法...日米両国有資格者の弁護士が行った。
- (2) 本和解案の概要の作成(第2章)
方法...和解案に精通した弁護士が作成した。
- (3) 米国クラスアクション制度の沿革、運用実態及び問題点の整理及び分析(第3章)
方法...米国の法令・判例及び日本語・英語文献の調査により行った。
- (4) 本和解案及び「グーグル・ブックス」に係る論点及び問題点(米国及び日本の著作権法に関するものを含む)の整理及び分析(第4章)
方法...本件訴訟の管轄裁判所に提出された異議申立書及び第三者意見書(amicus brief)の検討、並びに米国の法令・判例及び日本語・英語の文献及び報道資料(ウェブサイトを含む)の調査により行った。
- (5) 本和解案がもたらす、我が国の関係者に対する実質的な影響(デジタル配信・アーカイブ化に関する各国の動向を含む)の分析及び整理(第5章)
方法...日本語・英語の文献及び報道資料(ウェブサイトを含む)の調査等により行った。

本報告書の執筆は、4名の弁護士が行った。各自の氏名、所属及び主たる担当箇所は、以下のとおりである。

- ・福井 健策(骨董通り法律事務所)...プロジェクト責任者、第5章
- ・北澤 尚登(骨董通り法律事務所)...進行管理、第1章・第4章
- ・増田 雅史(森・濱田松本法律事務所)...第2章
- ・唐津 真美(骨董通り法律事務所)...第3章

また、城所岩生国際大学グローバル・コミュニケーション・センター客員教授には、報告書全体にわたって助言、調査協力を頂いた。

なお、本報告書の記述は、本文中に別段の記載がない限り、2010年3月1日までに執筆者が得た情報に基づいている。

目 次

第1章 本件の経緯.....	6
第2章 修正和解契約の概要	8
2.1. 修正和解契約.....	8
2.2. 和解の効力が及ぶ範囲.....	8
2.2.1. 修正和解契約クラスと権利者	8
2.2.2. 書籍及び挿入物	9
2.3. 和解の関係者.....	10
2.3.1. 作家と出版社	10
2.3.2. レジストリ	10
2.3.3. 参加図書館	11
2.4. 書籍の分類とその変更手続.....	12
2.4.1. グーグルによる当初の分類（市販書籍／非市販書籍、非表示書籍／表示書籍）	12
2.4.2. 権利者のアクションによる分類の変更.....	13
2.4.3. 作家と出版社の関係（刊行中書籍／絶版書籍）	13
2.5. 関係者の権利義務.....	14
2.5.1. グーグルの権利	14
(1) デジタル化	14
(2) 表示使用	14
(3) 非表示使用	15
(4) 広告使用	15
(5) 追加的な収入モデル	16
(6) 研究開発目的の使用	16
2.5.2. フル参加図書館の権利	17
2.5.3. 権利者の権利	17
(1) デジタル化について	17
(2) 表示使用について	19
(3) 非表示使用について	20
(4) 広告使用について	20
(5) 追加的な収入モデルについて	21
(6) 研究開発目的の使用について	21
(7) フル参加図書館における利用について	21
2.5.4. 小括	22
2.6. 紛争解決手続.....	24
2.7. まとめ	25

第3章 米国クラスアクション制度	26
3.1. クラスアクション制度の概要	26
3.1.1. クラスアクションとは何か	26
3.1.2. クラスアクションの根拠法令	27
3.1.2.1. 現行法に至る経緯	27
3.1.2.2. 連邦法・州法の関係	28
3.1.2.3. クラスアクション公正法	28
3.2. 連邦裁判所におけるクラスアクション手続	29
3.2.1. クラスアクションの手続概要	29
3.2.2. クラス認証	30
3.2.2.1. クラスアクションの成立条件	30
3.2.2.2. クラスアクションの基本的要件 (Rule23(a))	32
3.2.2.3. クラスアクションの三類型	34
3.2.2.5. クラスの拡張・変更	36
3.2.2.6. 和解のためのクラス認証	36
3.2.3. クラス構成員への告知	36
3.2.3.1. 必要的クラスアクションにおける告知	36
3.2.3.2. オプトアウト型クラスアクションにおける告知	37
3.2.3.3. 告知の手法	37
3.2.4. オプトアウト	39
3.2.5. 和解	39
3.2.5.1. クラスアクションにおける和解	39
3.2.5.2. 和解のタイミング	39
3.2.5.3. クラス構成員に対する告知	40
3.2.5.4. 和解案の承認要件	41
3.2.5.5. 和解案が承認された場合	41
3.2.5.6. 和解に対して不服がある場合	41
3.2.6. 判決	42
3.2.6.1. 判決の効力	42
3.2.6.2. 判決に対する上訴	43
第4章 法的論点の整理及び分析	44
4.1. グーグル・ブックス (本和解に基づかない、現行のグーグルの書籍検索・配信サービス) に関する問題点	44
4.1.1. 米国法に基づく著作権侵害の成否	45
4.1.1.1. フェアユースの要件	46
4.1.1.2. フェアユースに関する裁判例	46
4.1.1.3. 「グーグル・ブックス」におけるフェアユースの成否	48
4.1.2. 日本法に基づく著作権侵害の成否	49
4.2. 原和解案に関する論点・問題点	50
4.2.1. 議論の状況	50

4.2.1.1. 裁判上の議論	50
4.2.1.2. 裁判外	51
4.2.2. 主要論点	52
4.2.2.1. 著作権法との抵触	53
4.2.2.2. 独占禁止法違反	54
4.2.2.3. 権利者（特に孤児作品・米国外作品の）に対する手続保障	55
4.3. 修正和解案の論点・問題点	57
4.3.1. 著作権法との抵触（前記 4.2.2.1. 参照）	57
4.3.2. 独占禁止法違反（前記 4.2.2.2. 参照）	58
4.3.3. 権利者（特に孤児作品・米国外作品の）に対する手続保障（前記 4.2.2.3. 参照）	59
第 5 章 わが国への実質的影響	62
5.1. 日本の作家・出版社への、現行「グーグル・ブックス」の影響及び和解案の適用関係	62
5.1.1. 現行「グーグル・ブックス」の影響	62
5.1.2. 和解案の適用関係	63
5.1.2.1. 適用範囲	64
5.1.2.2. 適用の結果	64
5.1.2.3. 本件修正の評価	66
5.2. 今後の書籍・雑誌のデジタル配信・アーカイブ化に与えるインパクト	67
5.2.1. 世界的な書籍・雑誌のデジタル配信・アーカイブ化の動向	67
5.2.1.1. 米国	67
5.2.1.2. EU 諸国	68
5.2.1.3. 韓国	70
5.2.2.1. 日本での過去の取り組み	70
5.2.2.2. 民間のビジネス・プロジェクト	71
5.2.2.3. 公共セクターのプロジェクト	72
5.3. 日本における書籍・雑誌のデジタル配信・アーカイブ化の課題と対策の検討	72
5.3.1. 権利処理のコスト	73
5.3.2. 孤児著作物の多さ	74
5.3.3. 裁定制度の活用状況	75
5.3.4. 著作権の集中管理、データベース搭載率	75
5.3.5. 出版社の権利と出版契約の曖昧さ	76
5.3.6. 今後の対応案	77
第 6 章 総括	78
参考文献リスト	80
参考資料 1 Federal Rules of Civil Procedure (連邦民事訴訟規則 原文)	81
参考資料 2 連邦民事訴訟規則 第 23 条（和訳）	87

第 1 章 本件の経緯

本件における訴訟提起以降の経緯を要約すると、以下のとおりである¹。

2005 年 9 月 20 日	米国作家協会（the Authors Guild）及び複数の作家（個人）が、損害賠償及び差止を求めて、グーグルを相手取ってクラスアクションを提起した。 なお、当初のクラス範囲は「ミシガン大学図書館の収蔵作品の著者」であった。
2005 年 10 月 19 日	大手出版社 5 社（The McGraw-Hill Companies, Inc.、Pearson Education, Inc.、Penguin Group (USA) Inc.、Simon & Schuster, Inc. 及び John Wiley & Sons, Inc.）が、グーグルを相手取って差止訴訟を提起した（なお、この訴訟自体はクラスアクションではない）。
2006 年 10 月	上記の両訴訟が併合された。
2008 年 10 月 28 日	当事者が、原和解案に合意（この段階では、全米出版社協会（Association of American Publishers, Inc.）が原告に加わっている）
2008 年 11 月	裁判所による、原和解案の仮承認及びクラスの仮認証 （ここにいう「クラス」は、和解案の法的効力を受ける作家・出版社の権利者たちの総称である） この段階では、日本でのみ出版されている書籍の作家・出版社を含む、広範囲のクラスが認証された。また、和解からのオプトアウト期限は 2009 年 5 月 5 日とされていた。
2009 年 1 月 5 日	原和解案に定める「通知開始日」 この日以降、原和解案の通知が行われた（例えば、日本では、2009 年 2 月 24 日の 朝日新聞及び読売新聞の朝刊等に公告が掲載された）。
その後、原和解案に対する批判が高まったことから ² 、当初のオプトアウト期限の直前（2009 年 4 月）に、オプトアウト期限及び公正公聴会期日が延期された。 また、裁判所への異議申立て及び意見書 ³ 等（特に、2009 年 9 月 18 日付の米国政府による意見書）をふまえて、和解案の見直しが行われた。	

¹ 修正和解契約 別添 I・J・N の和解通知のほか、松田政行＝増田雅史「Google Books 問題の最新動向および新和解案に関する解説（上）（下）」（NBL 918 号 38 頁・921 号 50 頁）等を参考にした。

² 原和解案に対する議論の状況については、後記 4.2.1. 参照。

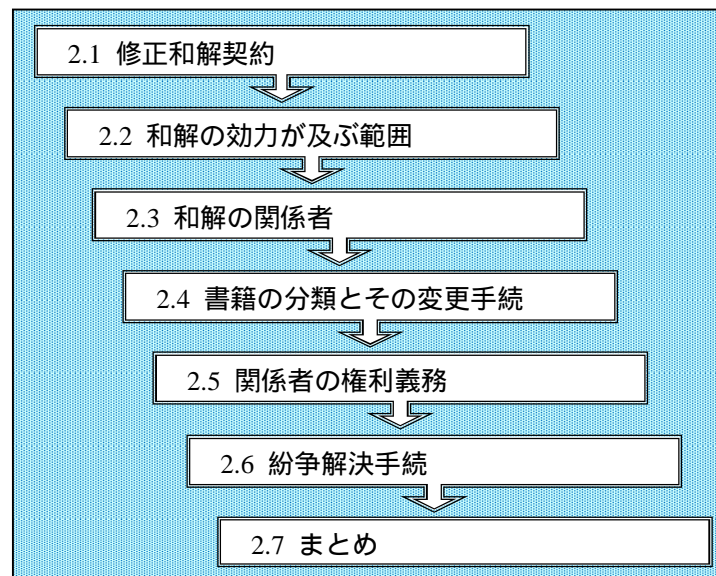
³ 異議申立書及び意見書の提出状況及び内容については、後記 4.2.1.1. 及び 4.2.2. 参照。

2009 年 11 月 13 日	当事者が、修正和解案に合意 (オプトアウト期限は 2010 年 1 月 28 日に、公正公聴会の期日は 2010 年 2 月 18 日に、それぞれ再延期された)
2009 年 11 月 19 日	裁判所による、修正和解案の仮承認及び修正和解クラスの仮認証(「修正和解クラス」とは、和解案の修正により狭められたクラスをいう。その範囲は、2.2.1.参照)
2009 年 12 月 14 日	修正和解案に関する補足通知プログラム(補足通知書の送付及び和解管理ウェブサイトへの掲載等)の開始
2010 年 1 月 28 日	オプトアウト、オプトバックイン(いったんオプトアウトしたクラス構成員が、和解に復帰すること)及び異議申立ての期限
2010 年 2 月 18 日	最終公正公聴会(裁判所は、同日には修正和解案を最終承認するか否かを判断せず、審理を継続することとした)

なお、本和解が最終承認に至った場合、和解に参加することとなった権利者は、以下の期限に留意する必要がある。

2011 年 3 月 31 日	和解契約に基づく現金支払(「Cash Payment」= デジタル化の補償金)を受けるための、請求フォームの提出期限
2011 年 4 月 5 日	削除要求期限 (修正和解契約案 1.126(a)) (この日までに要求すれば、グーグル及びフル参加図書館によるアクセスが不可能になる)
2012 年 3 月 9 日	削除要求期限 (修正和解契約案 1.126(b)) (2011 年 4 月 6 日以降、かつ、この日までに要求すれば、グーグルによるアクセスが原則不可能になる。但し、フル参加図書館に対する一定の提供は可能である)

第2章 修正和解契約の概要



2.1. 修正和解契約

本修正和解契約（以下「本件契約」という）は、和解契約書及びその別添 A～N によって構成されている。

本件契約は、クラスアクションとして追行されている本件訴訟における和解として行われるものであって、その成立のためには、米国連邦民事訴訟規則第 23 条(e)に基づき、本件が係属する裁判所（以下「本件裁判所」という）による承認を要する。

2.2. 和解の効力が及ぶ範囲

本件契約の当事者となるのは、下記の修正和解契約クラスに含まれる者のうちオプトアウト手続をしなかった者（「権利者」と、グーグルである。

2.2.1. 修正和解契約クラスと権利者

修正和解契約クラス（以下「本件クラス」という）⁴とは、2009 年 1 月 5 日現在、「書籍」又は「挿入物」につき著作権上の権利（米国著作権又はその独占的ライセンス）を有する全ての者をいう（1.13）。ただし、グーグル自身、米国政府及びその機関、並びに本件裁判所等は除外される。

⁴ 2009 年 11 月 13 日に和解契約書が修正されたため、このような名称となっている。

ここで、ベルヌ条約等の加盟国においては作品を創作した時点で当然に米国著作権等が発生することになるので、本件クラスには、米国国民又は米国居住者以外の者も含まれることになる。ただし、「書籍」の定義によって、本件クラスの範囲は相当程度限定される（後述）。

オプトアウト手続とは、和解契約の当事者から離脱するための手続であり、本件訴訟においては、2010年1月28日までに行う必要があった。そして、期限までに手続をしなかった者は、効力発生日をもって「権利者」となる（1.134）。効力発生日とは、最終承認日の到来、裁判所による本件訴訟の終局判決及び棄却決定、同判決及び決定に対する上訴期間等の満了という各事由がすべて生じた日をさす（1.53）。

2.2.2. 書籍及び挿入物

「書籍」とは、2009年1月5日現在、ハードコピーの形で綴じられた紙に筆記又は印刷された作品であり、著作権者の許諾を得て出版等されたもののうち、以下のいずれかに該当するものをいう（1.19）。

2009年1月5日までに米国著作権局に登録されたもの（登録要件）

（米国著作権法にいう「アメリカ合衆国作品」でない場合⁵には）出版地がカナダ、イギリス又はオーストラリア（以下「本件3ヶ国」という）であることが、当該作品のハードコピーに印刷された情報により明らかであるもの（出版地要件）

このように、和解の対象となる書籍は実質的に、米国、カナダ、イギリス又はオーストラリア（以下「本件4ヶ国」という）のものに限定されることになった。いずれも英語圏に属する国家であるが、出版言語が英語であることは要件となっていない。

修正のポイント及び注意点：和解の対象となる書籍の範囲

これが本件契約に関する最も重要な修正点である。すなわち、修正前の和解契約によれば、2009年1月5日以前に、ハードコピーの形で綴じられた紙に筆記又は印刷された作品であり、著作権者の許諾を得て出版等されたものがすべて「書籍」に該当することとされており、ベルヌ条約等の国際条約が加盟国間で当然に各国の著作権を発生させていたことから、対象となる「書籍」が全世界に及ぶこととなったが、修正により、これに登録要件及び出版地要件が加えられた結果、わが国の国民が関与する出版物の大半は、「書籍」に含まれないこととなった。

ただし、登録要件又は出版地要件を満たすものであれば、たとえ日本人によって日本語で出版され

⁵ 例えば、米国で最初に発行されたもの（他国で同時に発行された場合も含む）は「アメリカ合衆国作品」に含まれる。

たものであっても、依然として「書籍」に含まれるため、注意を要する。

なお、定義上、定期刊行物（漫画本を含む）出版されていない日記等の個人的な文書、楽譜等の一部、米国著作権法上パブリック・ドメインとなった作品、米国政府刊行物等は「書籍」に含まれない。

「挿入物」とは、2009 年 1 月 5 日以前に発行された書籍、パブリック・ドメインの作品又は政府刊行物に含まれている、まえがき、あとがき、エッセー、詩、引用文、書簡、歌詞、他の書籍等からの抜粋、図表等のうち、著作権が存続しているものであって、その著作権者等が「書籍」の主要作品と異なるものをいう（1.75）。主要作品とは、書籍の主要部分をさし（1.113）複数の小作品を集めたもの（アンソロジー等）も一つの主要作品となりうる。一つの書籍に含まれる主要作品は一点のみであり、例えば当該書籍が編集著作物（著作権法第 12 条参照）である場合、その編集物一つが主要作品であって、各素材は挿入物として扱われることになる。

修正のポイント及び注意点：児童図書のイラストの扱い

修正前の和解契約においては、児童図書以外のイラストについて「挿入物」から除外するものとされていたが、結局、児童図書のイラストも含め、イラストは一律に「挿入物」から除外されることとなった（1.75）。

以下では、書籍及び挿入物をあわせて「書籍等」という。

2.3. 和解の関係者

2.3.1. 作家と出版社

本件クラスは、作家サブ・クラスと出版社サブ・クラスに分類される。作家サブ・クラスには、書籍等の作家、その承継人（相続人等）その他出版社サブ・クラスの構成員を除くすべての者が含まれる（1.17）。出版社サブ・クラスには、主に、書籍を出版する出版社及び同社から独占的ライセンスを付与された者、並びにこれらの承継人が含まれる（1.122）。

以下、作家サブ・クラス及び出版社サブ・クラスの各構成員のうち、オプトアウト手続をせず権利者となった者を、それぞれ、単に「作家」及び「出版社」という。

2.3.2. レジストリ

書籍等に関し、権利者及びその権利行使に関する情報を集積し、権利者に対する支払を調整するための非営利の機関として、ニューヨークに「レジストリ」が設立される。その設立費用は、グーグルが負担する（6.4(a)）。

レジストリの意思決定は理事会によってなされ、作家及び出版社から同数の代表者が出される。作家及び出版社の理事として、本件4ヶ国からそれぞれ1名以上の理事が選任されることとなっている（6.2(b)(ii)）。レジストリは、グーグルとの関係では権利者団体として、作家・出版社間の関係では調整団体として機能することになる。

修正のポイント及び注意点：レジストリ理事の選任

修正前の和解契約においては、理事は単純に作家と出版社から同数を出すだけ定められていたが、これに対しては、全世界にわたり和解の対象者が存在するにもかかわらず、レジストリの運営が米国の権利者に独占されるのではないかと懸念が示されていた。

修正により、米国以外からも理事が送り込まれることになるが、本件契約には理事の総数が示されていないなど、レジストリの具体的な運営形態は明らかでない。

また、書籍等のうち、権利者による「請求」（レジストリへの登録）手続が行われていないもの（未請求作品⁶）については、当該書籍等の権利者のための独立した代表機関である、未請求作品受託者（以下「受託者」という）が設置される（1.160、6.2(b)(iii)）。受託者は、未請求作品の各種利用に関し、権利者の権利の一部を代位して行使するほか（3.2(e)(i)等）レジストリの権限の一部について委譲を受けている（4.3(g)等）。

修正のポイント及び注意点：未請求作品受託者の設置

修正前の和解契約にはこのような定めがなかったが、米国政府の意見等においては、登録権利者（本文にて後述）と未請求作品の権利者との間で利害が相反するおそれがあり、クラスアクション手続の適法性に疑義が呈されていた。

2.3.3. 参加図書館

グーグルのデジタル化等（後述）に参加する米国国内の図書館は参加図書館と呼ばれ、これはさらに、フル参加図書館、協力図書館、パブリック・ドメイン図書館、その他図書館に分類される（1.103）。このうち、フル参加図書館が、最も本件への関与の度合いが大きい図書館である。

⁶ いわゆる孤児作品（概ね「著作権の消滅していない作品であって、許諾を得ようとする利用者が著作権者を（合理的な努力によっても）特定または探知できないもの」と定義できる）も、これに含まれる。

フル参加図書館となるためには、効力発生日から 2 年以内（ただし、レジストリの許可によりさらに延長できる）に、グーグルとの間で、フル参加図書館となるための契約を締結する必要がある（1.62、7.1）。

2.4. 書籍の分類とその変更手続

本件契約において、「書籍」は様々に分類される。グーグルによる利用が許容される範囲を確定し、書籍に関する権利行使が可能な権利者を確定することが、この分類の主な目的である。

2.4.1. グーグルによる当初の分類（市販書籍 / 非市販書籍、非表示書籍 / 表示書籍）

分類の入り口は、市販されている書籍（以下「市販書籍」という）か否かである。本件 4 ヶ国内の購入者に対し、販売者から、通常の商流を通じて新品が販売されている書籍は、販売者の所在地等を問わず、市販書籍にあたる（1.31）。この判断は、まずグーグルによってなされる（3.2(d)(i)）。

修正のポイント及び注意点：市販されているか否かの判断基準

修正前の和解契約においては、市販されているか否かは“米国内における”流通の有無により判断されていたが、諸外国から、自国において流通している出版物の大半が非市販書籍に該当するものと判断されるおそれがあるとの批判があった。

市販書籍に分類されたものは原則として「非表示書籍」に分類され、グーグルによる利用行為が制約される。逆に、市販されていない書籍（以下「非市販書籍」という）と判断されたものは、原則として「表示書籍」に分類され（3.2(b)）、グーグルは分類から 60 日後、そのデジタル・データを様々な方法で利用できるようになる（3.3(a)；具体的内容は後述）。

詳細については後述するが、市販書籍に分類されたものについては、原則としてグーグルによる利用が許されず、グーグルがこれを利用するためには、権利者による別途の意思表示を要する点で、いわゆるオプトイン方式がとられている。これに対し、非市販書籍に分類されたものについては、原則としてグーグルによる利用が許され、権利者がこれを制限するためには別途の意思表示を要する点で、いわゆるオプトアウト方式がとられている。そのため、本件契約が成立することによる大きな変化は、非市販書籍の領域で起こること

になる⁷。

2.4.2. 権利者のアクションによる分類の変更

権利者又はレジストリは、非市販書籍と分類されたものについて、市販されている旨の情報提供その他の方法により、市販されていることを主張することができる。その場合、グーグルは一旦、当該書籍を市販書籍に分類しなおさなければならない(3.2(d)(i))。

権利者は、市販書籍か否かの分類を争わない場合であっても、当該書籍を表示書籍とするか非表示書籍とするか、すなわちグーグルによる広範な利用を許すか否かを選択することができる(3.2(e)(i))。

なお、グーグルも、非表示書籍を表示書籍に変更するよう、レジストリに対して要求することができる(3.2(e)(ii))。

2.4.3. 作家と出版社の関係(刊行中書籍/絶版書籍)

書籍の表示/非表示についての選択権は、常に権利者全員にあるわけではない。その権利の所在は、書籍が「刊行中書籍」であるか「絶版書籍」であるかによって異なってくる。すなわち、市販書籍は原則として刊行中書籍に分類され、作家も出版社も権利行使をすることができるが、非市販書籍は原則として絶版書籍に分類され、出版社による権利行使が認められないケースがある。

より具体的には、書籍の利用に関する意思決定のみならず、後述する一時金の支払や収益の分配を受ける権利を有する者も、当該書籍が刊行中書籍か絶版書籍かによって異なってくる(別添 A(作家・出版社手続)6.1)。絶版書籍はさらに3つに場合分けされるが、本稿では、その詳細は割愛する⁸。

ある書籍が刊行中か絶版かについては、その分類を争う手続が用意されている(別添 A)。

⁷ そもそも、権利者がグーグルによる商用利用を望む場合は、グーグルが用意している「パートナープログラム」に参加することができる。これは出版社を対象としたものであり、自費出版である場合や版權が作家に帰属している場合には作家自身に参加できるというものであるが、本件契約のスキームにおいてはそもそも、市販書籍をグーグルに利用させるためには作家及び出版社の両方の意思表示を必要とする(別添 A(作家・出版社手続)5.2、5.3)。そのため、市販書籍をグーグルのサービス上で提供するにあたっては、本件契約のスキームを利用する必然性はない。

⁸ 書籍の分類と権利者による権利行使の可否との関係については、松田政行・増田雅史「Google Book Search クラスアクション和解の実務的検討(下)」NBL906号91頁以下のほか、同98頁の図表を参照。

2.5. 関係者の権利義務

本件訴訟は、グーグルによる「書籍をスキャンし、それによって得たデジタル・データを検索可能な状態において、検索語に応じてその周囲数行の抜粋を表示する」という一連の行為が、著作権者の承諾なく行われたことに端を発している。

本件契約においては、これらの行為を「デジタル化」「スニペット表示」と定義してグーグルへの利用を認めたほか、グーグルにはさらなる利用を許容し、これに対し、権利者がその利用範囲及びその態様を一定限度で指定し、利用から生じた収益のうち多くの部分の配分を受けるという枠組みが採用された。

2.5.1. グーグルの権利

グーグルは、米国国内において、以下の行為を行うことができる。

なお、グーグルに与えられる権利は、非独占的な権利である。レジストリは、その管理する書籍につき、グーグル以外にもその利用を許諾することができるので、競合は排除されていない。それでもなお、本件契約が競争制限的なものであるかどうか問題となりうるが、本稿では割愛する。

(1) デジタル化

デジタル化とは、作品をハードコピー形式から（スキャンするなどして）デジタル・データに変換することをいう（1.50）。その際、OCRを利用することで、画像情報を解析して得たテキスト情報等を含んだ「デジタル・コピー」（1.48）のデータベースが形成される。

グーグルは、書籍等をあらゆる手段で入手して自らデジタル化し、又はフル参加図書館等にデジタル化させることができる（3.1(a)）。

(2) 表示使用

グーグルは、「表示書籍」及び当該書籍中の挿入物について、以下の4つの態様での利用をすることができる（3.3(a)）。これらを総称して、「表示使用」という。

表 1 . 表示使用の具体的態様

アクセス使用	<p>書籍の内容を表示することをいい、以下の行為をそれぞれ行うことができる。</p> <p>機関購読：企業等の団体に対し、データベース中の全て又は一部の書籍等について一定期間の閲覧を許可することで料金を徴収する（4.1）。</p> <p>消費者購買：書籍一冊単位で、閲覧、コピー／ペースト及び印刷を許可することで料金を徴収する（4.2）。</p> <p>パブリック・アクセス・サービス：公共図書館や非営利の高等教育機関において、データベースの検索と閲覧を無償で許可するほか、表示書籍に限り印刷を許可し実費を徴収する（4.8）。また、グーグル及びレジストリは、商業的パブリック・アクセス・サービスとして、コピー・ショップ等の団体との間で、パブリック・アクセス・サービスを営利目的で提供することについて合意できる（同(b)）。</p>
プレビュー使用	<p>ユーザーによる購入決定のためのサンプルとして、書籍の一部についてその閲覧を許可することをいう（4.3）。レジストリ又は権利者の承諾なき限り、コピー＆ペースト及び印刷はできない（同(b)(i)(3)）。書籍の最大 20% かつ隣接した 5 ページを超えない範囲が、プレビューの標準範囲として定められており、特定の種類の書籍についてはプレビューの範囲が制限される（同(1)）。</p>
スニペット表示	<p>ユーザーの検索に応じ、最大 3 箇所、それぞれ概ね 3～4 行程度を抜粋したテキストを表示することをいう（1.147）。</p>
冒頭表示	<p>表題ページ、奥付けページ、目次等を表示することをいう（1.61）。</p>

(3) 非表示使用

非表示使用とは、書籍等の表現を公衆に対して表示しない使用態様である（1.94）。

グーグルは、書籍の分類にかかわらず、書誌情報を表示したり、本文を表示せずに全文を検索させたり、当該書籍の重要語を機械的にリストアップしたり、デジタル・コピーをグーグル内部の研究開発に用いたりすることができる（3.3、3.4）。

(4) 広告使用

グーグルは、「広告使用」として、プレビュー使用ページ、スニペット表示ページ、検索結果表示ページその他グーグルが提供する一切の製品やサービスのページのうち、単一の

書籍のみを取り扱うページに、広告を表示し、広告収入を得ることができる（3.14）。表示使用と異なり、「非表示書籍」であっても原則として広告使用がなされる。

なお、単一の書籍のみを取り扱うページ以外でもグーグルが広告を表示することはあるが、当該広告からグーグルが得た収入は、権利者には分配されない（3.14 参照）。

(5) 追加的な収入モデル

グーグルは、レジストリとの合意により、以下の収入モデルを追加することができる（4.7）。

表 2 . 追加的な収入モデル

プリント・オン・デマンド	非市販書籍に限り、その印刷コピーを販売することができる。
ファイル・ダウンロード	消費者購買による購入者に対し、当該書籍のデジタルデータを様々な電子機器にダウンロードさせることができる。
消費者購読モデル	機関購読用のデータベースの全体又は一部へのアクセス権を、一般の消費者にも販売することができる。

修正のポイント及び注意点 : 追加できる収入モデルの限定

修正前の和解案においては、「新たな収入モデル」として 5 つのモデルが示されていたが、これは例示列举であった。そのため、グーグルはレジストリとの合意により、あらゆるサービスを追加できる可能性があった。

これに対し、本件契約における上記 3 つのモデルは、限定列举である。

(6) 研究開発目的の使用

グーグルは、デジタル・コピー全体をリサーチコーパスとして、「有資格ユーザー」の研究に使わせることができる（7.2(d)）。

コーパスとは一般に、言語学や自然言語処理などの研究に用いる目的で生成された、特定の言語に関する大規模な電子データベースをさし、辞書編纂の際には用例の頻度等の分析にも用いられるなど、学術研究にとどまらない用途を有する。「有資格ユーザー」に許される研究は、書籍の表現内容を用いないコンピュータ分析による研究（画像分析によるテキストの抽出、テキスト分析による情報の抽出、言語分析、自動翻訳、索引情報作成及び検索に関する研究など）に限られる⁹。

⁹ コーパスの利用が研究目的に限定されるとしても、文字情報を主たる検索対象として情報の収集と整理をビジネス化してきたグーグルにとっては、きわめて重要な資源になるものと思われる。

2.5.2. フル参加図書館の権利

フル参加図書館は、その所蔵する書籍につきデジタル・コピーを作成し、また、当該図書館に蔵書が存在する書籍に対応する限りで-googleが作成したデジタル・コピーを受領し、利用することができる(7.2)。具体的には、検索ツールの提供等の館内における利用、同図書館が高等教育機関に属する場合の教育研究目的の利用等が挙げられ、その他、フル参加図書館等は、前記リサーチコーパスのホストサイトを選ぶ権限等を有する。

フル参加図書館は、デジタル・コピーの使用やそのセキュリティの維持に関する義務を負う(8.1等)。

2.5.3. 権利者の権利

前記のとおり、権利者は-googleによる各種利用行為を制限するほか、その利用から生じた収益の分配を受ける権利を有するが、その前提として、レジストリに対する「請求」手続きを採り、情報を登録する必要がある(13.1；以下、「請求」を済ませた権利者を「登録権利者」という)。このように、権利者に対してその権利行使の前提として、いわばオプトイン手続である「請求」手続を求めることで、権利者に関する情報を効率的に収集する仕組みが採用されている。

-googleは、本件和解に基づくサービスから得た全収入のうち、標準で63%をレジストリに支払う(2.1(a))。レジストリは、そこから自身の経費を差し引いた残余を「含有料」「購読使用料」「書籍使用収入」として(それぞれ後述)権利者に分配するが、そのうち未請求作品に関する部分は、レジストリにより、経費を差し引かず保管され、一定期間経過後、当該作品の書籍等の権利者を特定する等の目的で用いられる(6.3(a))。

なお、-googleによる利用行為は米国国内においてのみ行われるため、本件3ヶ国の居住者をはじめとする、米国国外の居住者は、-googleによる利用実態を直接確認できない。そのためレジストリは、米国国外の権利者に関する書籍について-googleによる表示及び価格設定をモニタリングし、かつ、権利者が自身の書籍に関してモニタリングをする手段を提供するものとされている(6.1(f))。

以下、書籍等の利用態様に応じてそれぞれ検討する。

(1) デジタル化について

(i) データベースからの「削除」

書籍の権利者は、レジストリに対し、2012年3月9日まで、既にデジタル化された書

籍をデータベースから「削除」するよう指示することができる(3.5(a))¹⁰。

修正のポイント及び注意点 : 削除を指示する期限

修正前の和解契約においては、「削除」を求められる期限は2011年4月5日と定められていたが、修正によりこれが伸長された。

グーグルは、レジストリから当該指示に関する通知を受けた場合、遅くとも30日以内に、当該書籍のデジタル・コピーをデータベースから除外する措置を講じる(ただしグーグルは、バックアップを作成することができる)。また、フル参加図書館が保有するデータについても、2011年4月5日までにレジストリに請求することで、レジストリの通知から遅くとも90日以内に「削除」がなされる。そのため権利者は、当該書籍を「削除」することで、当該書籍に関するその後のあらゆる利用を回避することができる。

ある書籍がまだデジタル化されていない場合であっても、期限までに「削除」の指示をすることができ(3.5(a)(i))。これによって、グーグルには、将来その指示に反してデジタル化した書籍を「削除」する義務が生じるものと解される。これに対し、期限を徒過した後の「削除」の指示は、当該書籍がデジタル化未了である場合に「尊重される」ととどまる(3.5(a)(iii))。

なお、挿入物の権利者は、当該挿入物を含む書籍の「削除」を請求できない。

(ii) 一時金の支払を受ける権利

グーグルは、2009年5月5日までに権利者の承諾なくデジタル化した書籍等につき、一時金を支払うため、4,500万ドルを供出する(5.1(b))。当該供出金は、2009年5月5日までにデジタル化された書籍について、当該書籍及び当該書籍中の挿入物の権利者に分配される(5.1(a))。

権利者は、2011年3月31日までに¹¹支払請求の手続をとることで、主要作品については最低で60ドルの支払を受けることができる(13.4)。分配は作品の単位で行われるため、例えば同一の作品で複数の書籍が存在する場合であっても、支払の機会は一度だけである(支払の詳細については、別添C(分配プラン)第 章を参照)。

なお、その他の収益分配等も含め、レジストリからの支払を作家と出版社との間でどのように分け合うかが問題となる。前記2.4.3にて述べたとおり、収受権者やその割合は

¹⁰ なお、修正により本件契約上の権利者ではなくなったわが国の大半の出版関係者等、本件契約上の権利者でない者が、既にデジタル化されたデータについて「削除」を求める手続は示されていない。グーグルは、かかる権利者でない者の「削除」の要請にも任意に応じる旨述べているが、もし任意に「削除」されない場合は、おそらく訴訟を提起するほかない。

¹¹ 修正前の和解契約においては、支払請求手続の期限は2010年1月5日であったが、修正によりこれが伸長された。

刊行中書籍か絶版書籍であるかによって異なり、絶版書籍である場合はさらに 3 つのケースに分けられる等、複雑な構造となっている。

(iii) 含有料の分配を受ける権利

含有料とは、機関購読用のデータベースにおいて書籍等が利用可能な状態であることに対して支払われる対価である。これは、データの蓄積が進むほど当該データベースの利便性（＝商品価値）が向上することに着目して、データベースを構成すること自体に対価を支払う趣旨と考えられる。

権利者は、その支払を受けるためには、効力発生日から 10 年以内に、登録権利者となっている必要がある。

含有料が支払われるのは、早くとも、レジストリが機関購読に関するグーグルからの支払（ライセンスフィー）を受領した日から 10 年後である（支払の詳細については、別添 C の 1.2 を参照）。

(2) 表示使用について

(i) 表示使用からの「除外」

「表示書籍」である書籍等の権利者はいつでも、グーグル又はレジストリに対し、当該書籍等を表示使用から「除外」するよう指示できる（3.5(b)）。書籍については表示使用のうち「除外」すべきものを選択して指示できるが、挿入物については全ての態様からの「除外」のみを指示できる。グーグルは、レジストリから当該指示に関する通知を受けた場合、遅くとも 30 日以内に当該書籍等を表示使用から「除外」する。また、グーグルも、自らの裁量による「除外」をすることができる（3.7(e)）。

逆に、表示使用からの「除外」を指示した権利者は、再び表示使用を行うよう指示することができるものと解される（3.13 参照）。

なお、「非表示書籍」である書籍の権利者はいつでも、グーグル又はレジストリに対し、当該書籍を一部又は全部の表示使用に含めるよう、グーグルまたはレジストリに指示することができる（3.4(b)）。これに対し、挿入物の権利者は、「表示使用」への含有を指示できない。

(ii) 消費者購買における価格決定

書籍の権利者は、消費者購買に係る書籍の価格を決定する権利を有する（4.2(b)(i)(1)）。なお、自ら決定しない場合は、グーグルが提供する価格決定アルゴリズムにより決定される（同(2)）。

(iii) プレビュー使用におけるオプション

書籍の権利者は、表示使用のうちプレビュー使用に関連して、書籍の権利者は、プレビューの仕方について複数のオプションを選択することができ、プレビューの範囲についても任意に拡大することができる（4.3(c)、同(d)）。

(iv) 購読使用料の分配を受ける権利

購読使用料とは、機関購読用のデータベースに存在する書籍が利用されたことに対して支払われる対価であり、書籍ごとの閲覧回数や閲覧分量から計算された額が支払われることとされている。含有料と異なり、挿入物に対しては支払われない。

権利者がある書籍について発生した購読使用料の支払を受けるためには、概ね、当該書籍について基準額以上の購読使用料が発生したときから 10 年以内に登録権利者となっている必要がある（支払の詳細については、別添 C の 1.1 を参照）。

(v) 書籍使用収入の分配を受ける権利

書籍使用収入とは、消費者購買、パブリック・アクセス・サービス（商業的パブリック・アクセス・サービスを含む）広告使用、追加的な収入モデルに関する分配金をさし、書籍ごとの実際の購買及び使用に応じて対価が支払われることになる。含有料と異なり、挿入物に対しては支払われない。

権利者がある書籍について発生した書籍使用収入の支払を受けるためには、概ね、当該書籍について基準額以上の書籍使用収入が発生したときから 10 年以内に登録権利者となっている必要がある（支払の詳細については、別添 C の第 4 章を参照）。

(3) 非表示使用について

権利者は、表示使用と異なり「除外」を指示する権利がないため、データベースからの「削除」をしない限り、グーグルによる非表示使用を防ぐことはできない。

(4) 広告使用について

書籍等の権利者はいつでも、グーグル又はレジストリに対し、当該書籍等を広告使用から「除外」するよう指示できる（3.5(b)）。グーグルは、レジストリから当該指示に関する通知を受けた場合、遅くとも 30 日以内に当該書籍等を広告使用から「除外」する。

逆に、広告使用からの「除外」を指示した権利者は、再び広告使用を行うよう指示することができるものと解される（3.13 参照）。

なお、広告使用に伴い発生する収益の一部が書籍使用収入として分配されることは、前

記(2)(v)で述べたとおりである。

(5) 追加的な収入モデルについて

書籍等の権利者はいつでも、グーグル又はレジストリに対し、当該書籍等を各収入モデルから「除外」するよう指示できる(3.5(b))。これに関連し、レジストリは、追加的な収入モデルの提供から 60 日前までに、登録権利者又は受託者にその旨を通知し、「除外」の手続をする機会を与えることとされている(4.7)。

この通知は、「除外」の機会を与えるにとどまるものであって、グーグルとレジストリが合意しさえすれば、原則としてそれぞれの追加的な収入モデルが導入されることとなるから、ここでもいわゆるオプトアウト方式が活用されているといえる。

なお、収入モデルに伴い発生する収益の一部が書籍使用収入として分配されることは、前記(2)(v)で述べたとおりである。

(6) 研究開発目的の使用について

権利者は、書籍を当該使用から「除外」することはできないが、市販書籍については、これをリサーチコーパスから「撤去」することで、その使用を回避することができる(7.2(d)(iv))。もっとも、当該書籍が非市販書籍に分類されると、そのデジタル・コピーは再びリサーチコーパスに戻される(同)。

(7) フル参加図書館における利用について

「非表示書籍」である書籍の権利者は、図書館内における検索ツールの使用に際して行われるスニペット表示を中止するよう求めることができる(7.2(b)(iv))。

しかし、このほかの利用については、権利者は、データベースからの「削除」をしない限り防ぐことはできない。

2.5.4. 小括

本件和解の関係者の権利義務関係は、概ね、下表のように整理できる。

表 3 . 関係者の権利義務関係

グーグル及びフル参加図書館 が有する権利		権利者が有する権利		
		各種利用のコントロール		収入の分配等
グーグルとフル参加図書館 によるデジタル化		2012 年 3 月 9 日まで「削除」でき、 又はデジタル化しないよう請求できる (図書館に対しては 2011 年 4 月 5 日まで)		一時金 含有料
グーグル による利用	表示使用	「削除」 された書籍は 使用されない	表示使用から「除外」できる 消費者購買の価格を決定できる プレビューの範囲を決定できる	購読使用料 書籍使用収入
	非表示使用		(コントロールできない)	-
	広告使用		広告使用から「除外」できる	書籍使用収入
	追加的な 収入モデル		各モデルから「除外」できる	書籍使用収入
	研究開発目的 の使用		市販書籍のみサーチコーパス から「撤去」できる	-
完全参加 図書館 による利用	館内における 各種利用等		非表示書籍のみ検索ツールの スニペット表示を中止できる	-

また、和解関係者の相関図は、和解契約の修正前後について、それぞれ下図のように整理できる。図においては、データ、収入、権利の流れをそれぞれ図示するとともに、特に図2. においては、和解契約の修正のポイントを明らかにしている。

図1. 和解契約修正前の関係者相関図

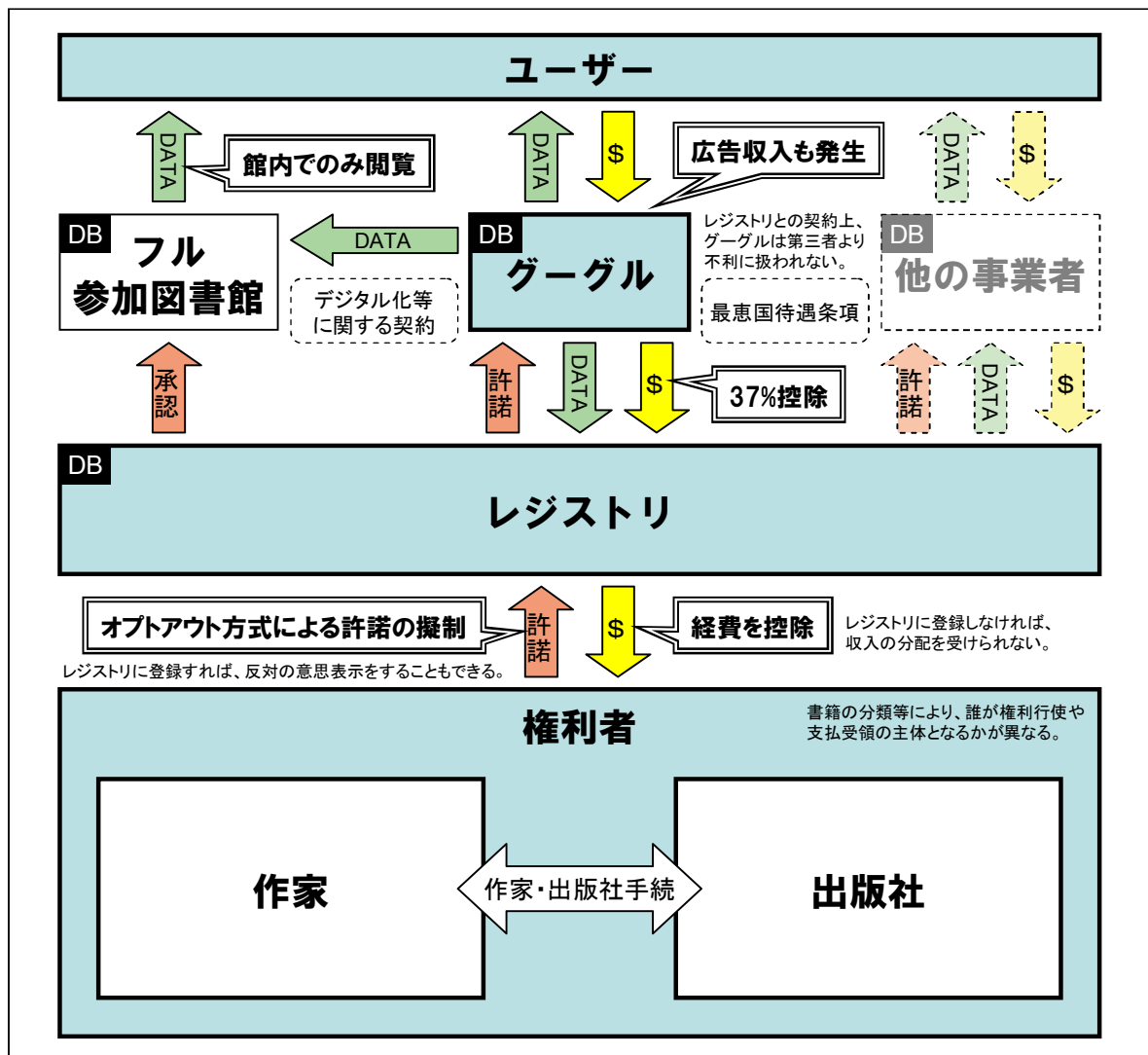
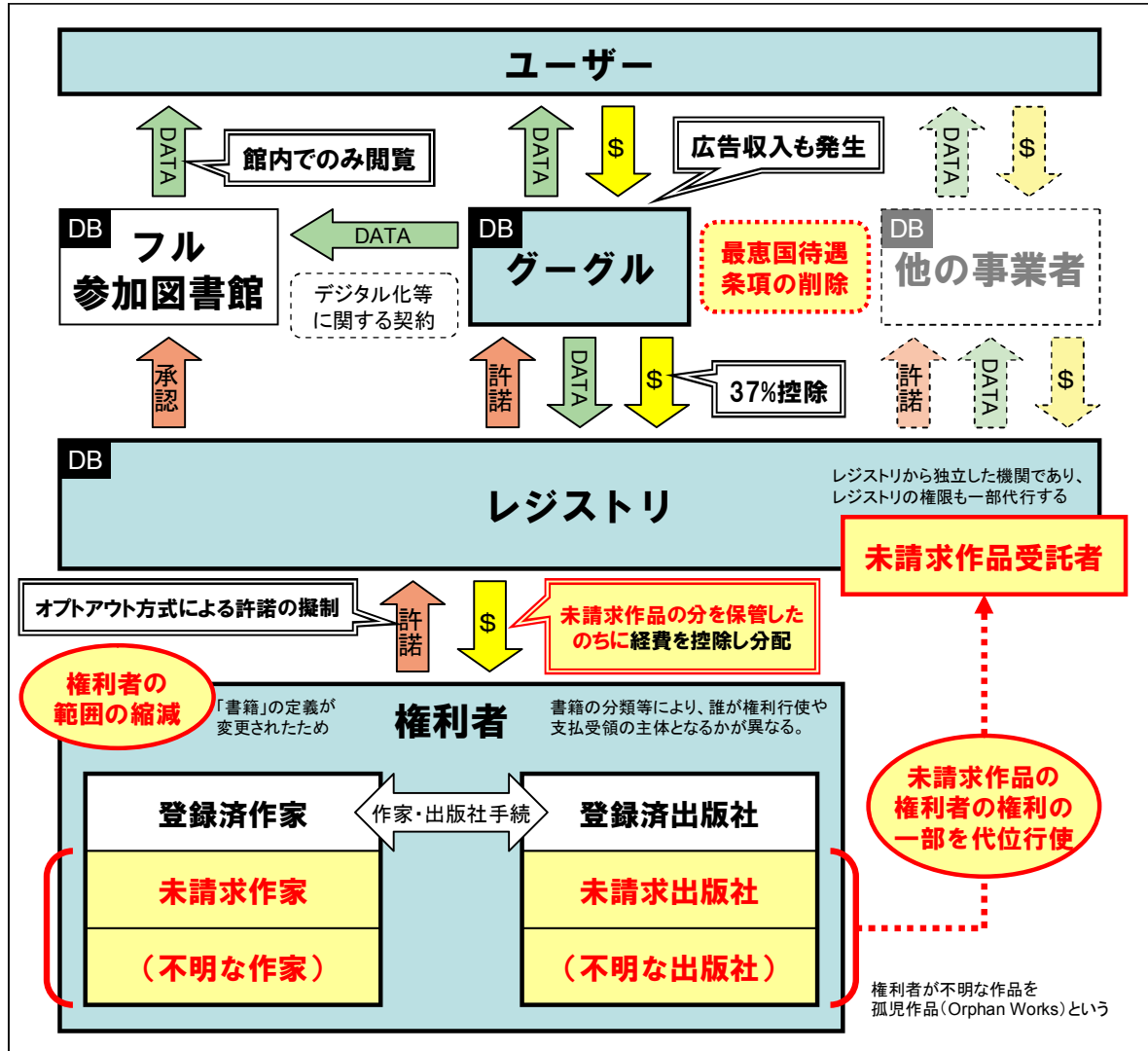


図 2. 和解契約修正後の関係者相關図



2.6. 紛争解決手続

本件契約に関する紛争の解決については、原則として、米国仲裁協会（AAA：American Arbitration Association）による商事仲裁を利用するものとされている（9.3(a)）。本件契約の準拠法はニューヨーク州法であり（17.22）、仲裁地もニューヨーク市である。

ただし、権利者と請求者（13.1；自らが権利者であると主張し、又は権利者の代理人とし

て振舞う者をいう。)との間における紛争については、裁判、又は当事者が合意した他の紛争解決手続による解決を選択することができる(9.1(a))。また、紛争の当事者となった権利者又は請求者は、AAAの仲裁手続を利用する場合であっても、電話会議やテレビ電話会議を利用した仲裁手続を希望することができる(9.3(a))。

修正のポイント及び注意点 : 紛争解決手段の柔軟化

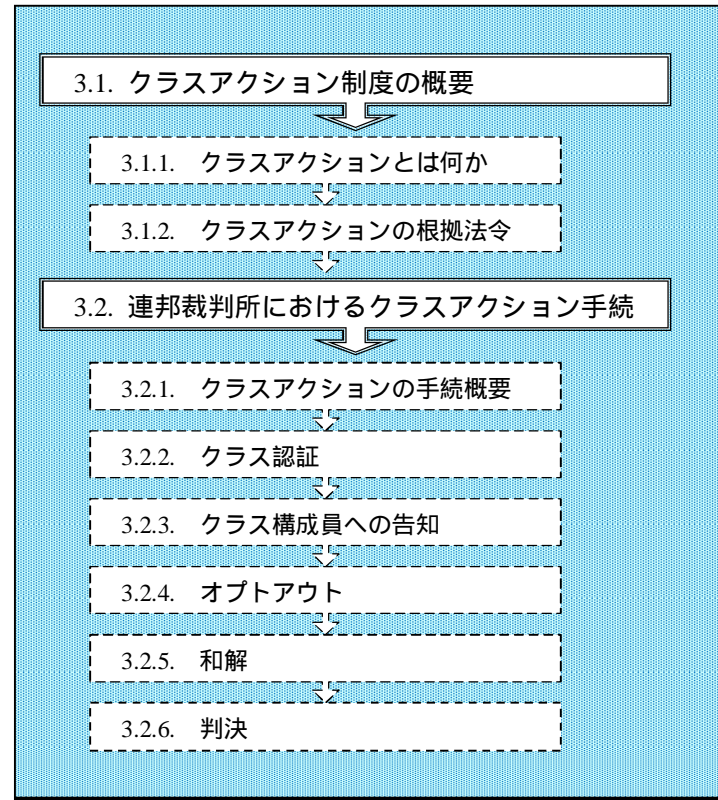
修正前の和解契約においては、紛争解決手段はAAAによる仲裁手続に限定されていたが、米国外の権利者にとっては手続的負担が過大であるとの批判があった。

2.7. まとめ

本件契約の要点は、グーグル・レジストリ・権利者の相互の関係にある。

すなわち、本件契約は、グーグルが過去に行った書籍のデジタル化行為を追認し、グーグルが権利者の個別的・積極的な許諾なくして、当該書籍のデータを多様な形で活用することを認める一方で、書籍やその権利者に関する情報をレジストリに集約することとし、権利者がグーグルの利用行為をコントロールし、グーグルの挙げた収益の分配を受けなければ、レジストリを通して積極的に意思表示することを求めている。いわば、膨大な量の書籍の電子利用に道を開くため、「オプトアウト」方式の積極的な利用により、従来ネックであった権利処理の手続の相当部分を権利者側に転嫁している点が、本件契約の最大の特徴といえよう。

第3章 米国クラスアクション制度



3.1. クラスアクション制度の概要

3.1.1. クラスアクションとは何か

クラスアクションとは、共通点をもつ一定範囲の人々（クラス）を代表して1人または数名の者が、全員のために原告として訴え又は被告として訴えられるとする訴訟形態のことである¹²。原告又は被告たりうる利害関係者がクラスを代表する者（クラス代表者）として名乗り出て、自分自身のためだけでなく、あらかじめ確定される他の利害関係者（クラス構成員）のためにも、クラスの他の構成員から特段の授權や委任を受けることなく、原告ないし被告として訴訟を進行することができる¹³。共通点を持つ複数の原告又は複数の被告が存在する訴訟を統合する手段としては、法律事務所が多数の原告と委任契約を締結し

¹² 田中英夫編集代表『英米法辞典』（東京大学出版会、1991年）

¹³ 浅香吉幹『アメリカ民事手続法（第2版）』（弘文堂、2008年）35頁

て訴訟を遂行する方法や、訴訟の併合を利用する方法も存在するが¹⁴、クラスアクションの場合、訴訟当事者の地位につくのはクラス代表者だけであり、その他のクラス構成員はすべて特定される必要もなく、裁判所に出頭する必要もないにもかかわらず、判決や和解にはクラスの全構成員が原則として拘束される点に特徴がある¹⁵。このような特徴を有しているため、クラスアクションを利用することによって、多数の原告又は多数の被告を当事者とする訴訟を統合して追行することが比較的容易となる。クラスアクションは米国において発展した制度であり、一定の集団に対する差別的取扱いが問題となることが多い公民権訴訟や、少額の被害が多数の被害者に及ぶことが多い消費者事件においても広く活用されてきた¹⁶。

3.1.2. クラスアクションの根拠法令

3.1.2.1. 現行法に至る経緯

クラスアクションは、多数の請求を1回の訴訟で処理することを可能にした17世紀のイギリスにおける濫訴防止訴状（bill of peace）制度に端緒を発する¹⁷。このイギリスの制度が米国に受け継がれ、現在のクラスアクション制度へと発展した。米国では、19世紀からクラスアクションの実例が見られ、エクイティ規則にもクラスアクションの規定が明文化されるようになったが、さらにコモンローの分野でもクラスアクションが用いられるようになり、1938年には連邦民事訴訟規則第23条（旧23条）にクラスアクションの規定が明文化されるに至った。その後、この旧23条の規定を参考にして、多くの州の民事訴訟においても、同様の規定が導入された¹⁸。

旧23条は要件が抽象的で、実務上混乱が生じていたことから、1966年に全面的に改正され、現行の連邦民事訴訟規則（Federal Rules of Civil Procedure）第23条（以下「Rule23」という）が制定された。現在、州レベルでは、州の民事訴訟法において、Rule23を参考にしたクラスアクション制度を有しているケースが多いが、旧23条当時の規定を維持している州、さらに古いタイプの規定を有している州、クラスアクション自体を認めていない州もある。

¹⁴ Richard A. Nagareda 「The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation」 (Foundation Press, 2009) 67 頁

¹⁵ Jack H. Friedenthal 他 「Civil Procedure Case and Materials 10th Edition」 (West, 2009) 742 頁

¹⁶ 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会 「アメリカ合衆国クラスアクション調査報告書」 (以下「日弁連報告書」という) (2007年) 7 頁

¹⁷ 浅香 42 頁

¹⁸ Friedenthal 742-747 頁

3.1.2.2. 連邦法・州法の関係

米国は、連邦レベルと州レベルとで異なる法体系を構成しており、連邦と各州では法体系も裁判所システムも異なる。クラスアクションの手續についていえば、州裁判所において行われるクラスアクションにはその州のクラスアクションに関する規定が適用され、連邦裁判所において行われるクラスアクション訴訟には Rule23 が適用されることになる。

連邦裁判所は、合衆国憲法で認められた範囲においてのみ司法権を行使することが認められている。民事関係では、連邦問題事件（連邦レベルの憲法、法律、条約のもとで発生する事件）¹⁹、州籍相違事件（相互に異なる州の市民間の民事訴訟で訴額が 7 万 5000 ドルを超えるもの）²⁰などが、連邦裁判所の管轄とされている。連邦裁判所が司法権を行使できる事件には、連邦裁判所が専属的に取り扱うことができる事件と、州裁判所と管轄が競合する事件とがある。州裁判所は、連邦裁判所に専属的に管轄が認められている事件を除き、すべての種類の事件について裁判権を行使することができる。ただし、土地管轄の観点からの制約があり、基本的に、その州の領域に存在する人及び物について裁判管轄権を有している。

著作権に関する訴訟については、連邦裁判所に裁判権が専属しており²¹、本件訴訟も連邦裁判所において行われている。したがって、以下、連邦民事訴訟規則 Rule23 に基づいて、クラスアクションの手續を説明する。（別途記載のない限り、以下「規則」とは連邦民事訴訟規則を意味する。）

3.1.2.3. クラスアクション公正法

連邦裁判所におけるクラスアクションに適用されるその他の法律として、クラスアクション公正法(The Class Action Fairness Act of 2005 (CAFA))がある。クラスアクション公正法は、1990 年代以降の消費者クラスアクションの激増に伴い、クラスアクションの弊害として指摘されてきた法廷地あさり（Forum Shopping²²）やクーポン和解²³に対応するために制定されたものである。クラスアクション公正法は連邦民事訴訟法を修正するものであるが、本

¹⁹ 28 USC1331

²⁰ 28USC1332(a)

²¹ 28USC1338(a)

²² 州裁判所の裁判官は選挙で選出されるために、一般的に連邦裁判所よりも原告側に好意的だと理解されている。このため、多くのクラスアクションが、州裁判所とりわけ原告側に特に有利だといわれている。特定の裁判所に訴訟が集中する状況が見受けられた（日弁連報告書 21 頁）。

²³ 被害者であるクラス構成員に対して現金による損害賠償の代わりに、被告企業の商品の利用券や割引券（クーポン）を配布することによって賠償とする和解をクーポン和解という。実際に利用されるクーポンの割合が低い、被告企業の利用が前提となるため被告にも利益がある、クーポン額を基準とすると代表原告の代理人弁護士報酬が高額となる、等の問題点が指摘されていた（同上）。

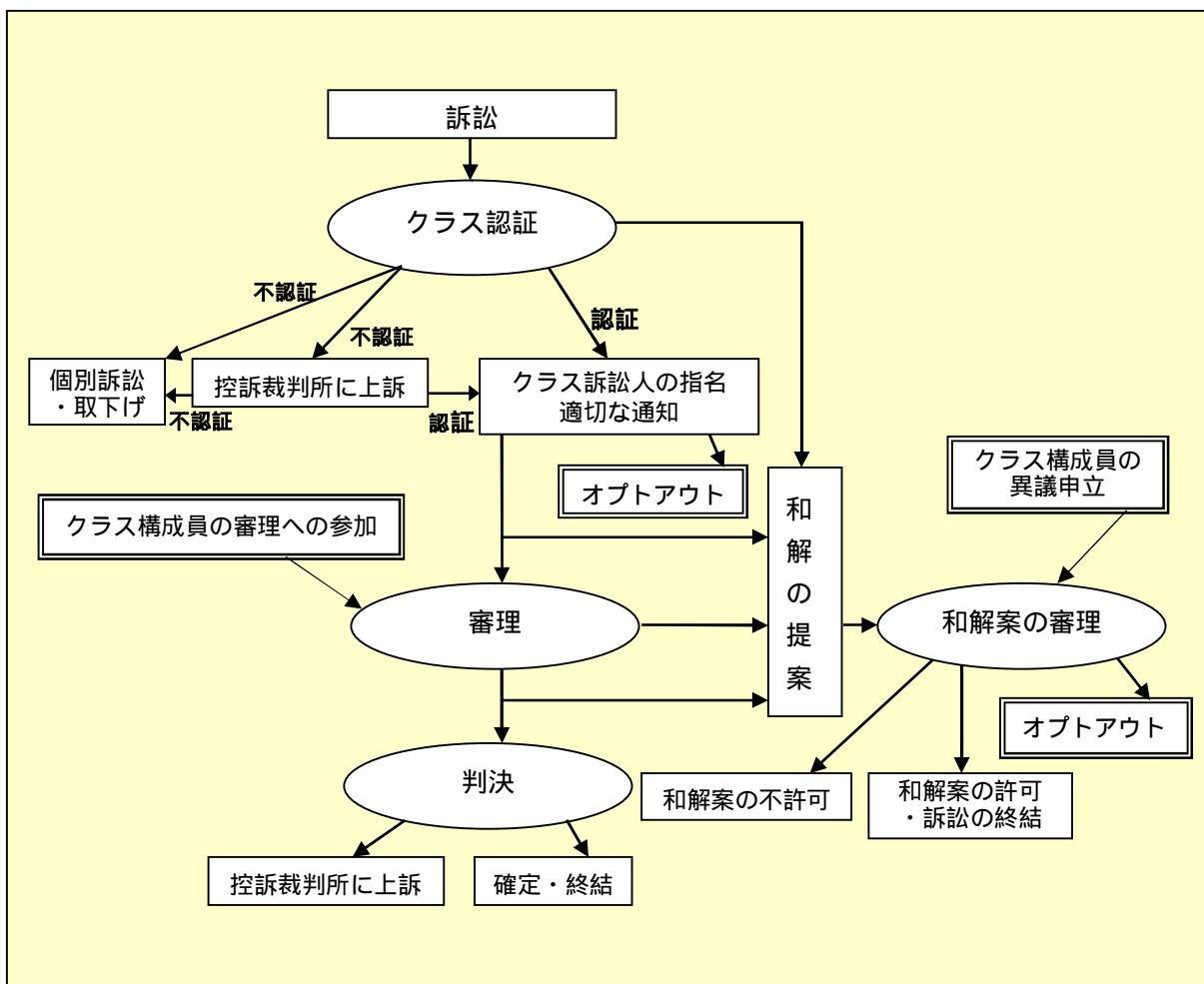
件とは関連性が低いため、詳細は割愛する。ただし、和解に関する規定について下記 3.2.5. で触れることにする。

3.2. 連邦裁判所におけるクラスアクション手続

3.2.1. クラスアクションの手続概要

Rule23 に基づくクラスアクションの手続きの概要をまとめると、以下の図のようになる。なお、後述するように、クラスアクションは 3 つの類型に分類されるが、以下の図は、もっとも頻繁に利用されており、本件訴訟の類型でもある、Rule23(b)(3) (オプトアウト型クラスアクション) の手続きを示している。なお、クラスアクションには、原告がクラスを形成する場合と、被告がクラスを形成する場合とがあるが、前者の訴訟が圧倒的に多数を占めるので²⁴、以下の記述は、原告がクラスを形成する場合を念頭に置いている。

²⁴ Friedenthal 746 頁



クラスアクションは通常の訴訟と同様に原告が訴状を提出し、訴状が被告に送達されることによって開始される²⁵。通常の訴訟と異なるのは、原告が、共通点を持つ一定の人々を代表して提訴している点である。以下の項においては、クラスアクションの訴訟手続のうち、米国の通常の民事訴訟には存在しない特有の要素について概説する。

3.2.2. クラス認証

3.2.2.1. クラスアクションの成立条件

連邦裁判所にクラスアクションを提起するにあたって、原告が裁判所の許可を得る必要はない。しかし裁判所は、様々な要件が充足されている場合に限り、その事件をクラスア

²⁵ Friedenthal 746 頁

クションとして追行することを認める（クラス認証）²⁶。したがって、クラス認証が認められるか否かが、クラスアクションにおいて重要な意味を持つことになる。クラス認証の時期について、Rule23(c)(1)は「実務上可能な早期の段階(at an early practicable time)」で行うことを定めている。

クラスアクションの基本的要件は後述する Rule23(a)に規定されているが、多くの裁判所及び学説は、Rule23(a)に明記されていないクラスアクションの成立条件として以下の 3 つを充足する必要があるとしている。

(1) 確定可能なクラスが存在すること

クラスアクションを適切に進行させるためには、クラスの定義が十分に確立されていることが重要である。クラスの定義は、判決の結果として救済が認められた場合にその利益を受ける者、反対に不利な判断が出された場合にその結果に拘束される者を決定することになるからである。さらに、訴訟進行上で要請される通知の対象を画するという意味でも、クラスの定義が重要な意味を持つ。これらの理由により、一般的に、確定可能なクラスが存在することがクラスアクションの成立条件だとされている²⁷。特に、後述するオプトアウト型クラスアクション（Rule23(b)(3)によるクラスアクション）においては、オプトアウトの機会を与えるためにクラス構成員への通知が要求されることから、特に明確なクラスの定義が要求されている²⁸。

(2) クラス代表者がクラスの構成員であること

クラスアクションの第 2 番目の成立条件として、多くの裁判所は、クラス代表者が、代表しようとしているクラスの構成員であることを要求している²⁹。

(3) クラス代表者の請求が争訟性を喪失していないこと

米国憲法上の要請として、連邦裁判所で事件が争われるためには"case or controversy"がな

²⁶ Friedenthal 749 頁。なお、連邦民事訴訟規則の和訳については渡辺惺之・吉川英一郎・北坂尚洋他編訳『アメリカ連邦民事訴訟規則 2004-2005 Edition』（LexisNexis、2005 年）を参照しその後の法改正を反映させた。

²⁷ Robert H. Klonoff 「Class Actions and other Multi-Party Litigation」(West Natshell Series) (Thomson/West, 2007) 28 頁

²⁸ Klonoff 29 頁

²⁹ Klonoff 30 頁 この成立条件が問題とされたケースとして、*East Tex. Motor Freight Sys., Inc. v. Rodriguez*, 431 U.S. 395, 403 (1977) は、雇用差別に関する訴訟においてクラス代表者となろうとした原告が、対象となる職位の要件を満たしていなかったことから、この者は代表しようとしているクラスの構成員ではなく、したがってクラス代表者とはなれないと判示した。

なければならない³⁰。この要件は、裁判のどの段階においても要求されている。裁判の継続中に原告・被告間に和解が成立した場合のように、両当事者間に争いがなくなった場合、裁判は"moot"（争いがない状態）となり、裁判所は判断を下さないことになる。クラスアクションにおいても、クラス代表者の請求が争訟性を喪失していないことが成立条件とされているが³¹、クラス構成員のために訴訟を進行するというクラスアクションの特性から、クラス認証後にクラス代表者の請求が争訟性を喪失しても、クラスアクション自体は"moot"にはならないとされている³²。

3.2.2.2. クラスアクションの基本的要件（Rule23(a））

Rule23(a)は、ある事件についてクラス認証をするための4つの基本的要件を定めている³³。

(1) 併合訴訟が実際に困難であるほどクラス構成員の数が大きいこと（Numerosity）

クラスアクションの要件のうち、理念的には最も重要な要件とされている。訴訟に参加すべきクラス構成員の利益を考えれば、本来ならば各構成員が通常の当事者として訴訟に参加するのが望ましいのは当然であり、併合訴訟が現実的でないからこそ、クラスアクションとしてクラス代表者にクラス構成員を代表させる必要があるからである³⁴。併合訴訟が不可能であることまでは必要ではないが、現実的ではないこと(impracticable)であることが要求されている。クラス構成員の人数のほかに、請求額、個別訴訟提起の可能性、各原告の所在などが総合的に考慮されるが³⁵、クラス構成員の人数についていえば、30人から100人の間のケースで裁判所の判断が分かれるようである³⁶。

(2) クラスに共通する法律上または事実上の争点があること（Commonality）

クラス構成員の間に、クラスアクションにおける集団的な解決に適するような共通の争点が存在していることが要求されている。多数のクラス構成員の請求を単一の手続で判断することによって効率的な解決を可能とするのが、クラスアクションの主たる制度目的であり、したがって単一手続での解決を可能とするような請求の共通性が要求されるのである³⁷。裁判所は Commonality の要件について寛大な判断をする傾向にあるといわれており、

³⁰ U.S. Const. art, III § 2, cl.1

³¹ Klonoff 32 頁

³² *Sosna v. Iowa*, 419 U.S. 393 (1975)

³³ Nagareda 67 頁

³⁴ Nagareda 67 頁

³⁵ Klonoff 36-37 頁

³⁶ Nagareda 68 頁

³⁷ Klonoff 39 頁

重要な争点の一つ共有するだけでも Commonality を認める場合もある³⁸。各クラス構成員は、それぞれ異なる事実的背景を有しているので、集団的解決に適するか判断する際には、クラス構成員の間に存在するそうした背景の差異が法的判断に影響を与えるのか、検討することが必要になる³⁹。

なお、近時の裁判例では、Commonality の要件と後述する Typicality の要件は一括して検討される傾向にある⁴⁰。

(3) クラス代表者の主張・抗弁がクラス構成員の主張・抗弁の典型であること(Typicality)

Typicality の要件は、訴訟に直接参加しないクラス構成員の利益を適切に保護するために要求されている⁴¹。クラス構成員の主張が共通の事実関係に基づくものであり、同様の法的構成に基づいて被告の責任を追及する場合には Typicality が認められることになる。もっとも、上記の Commonality が認められるのであれば Typicality は当然に認められるのであり、独立して検討する実益がないのではないかという議論も存在する⁴²。

(4) クラス代表者が公正かつ適切に他のクラス構成員の利益を主張できること(Adequacy)

Adequacy の要件は、憲法上の要請でもある適正手続 (due process) の観点から要求されている⁴³。クラス代表者とクラス構成員の間に利益相反が生じる場合には、クラスアクションの判決が、現実的な意味では訴訟に関与していないクラス構成員にも効力を及ぶことは正当性を欠く。したがって、Adequacy の要請は訴訟の進行中常に充足されている必要があり、訴訟進行中に Adequacy の要件を欠くことになった場合には、裁判所はクラス認証を取り消すことができる⁴⁴。Adequacy の要件を欠いたまま判決が出された場合、クラス構成員は判決に拘束されないと主張することができる⁴⁵。また、クラス構成員間に利益相反の状況が生じた場合には、裁判所はクラスを複数のサブ・クラスに分割して訴訟を進行させることも可能である (Rule 23(c)(5))。

³⁸ Friedenthal 250 頁

³⁹ 同上

⁴⁰ Nagareda 73 頁

⁴¹ Friedenthal 751 頁

⁴² 同上

⁴³ Friedenthal 753 頁、Nagareda 76 頁

⁴⁴ Klonoff 51 頁。なお、クラス構成員間の利益相反ないし利害の不一致を理由に、クラスアクションの成立を否定した判例として、*Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997)がある。この判例は、アスベストに曝された (exposed) 労働者の現在・将来にわたる全請求に係るクラスアクション和解を否定したものであり、その理由として、既に受傷した者は (exposed ではあるが) 未受傷の者とは異なる利害・目的を有していることを挙げている。

⁴⁵ Klonoff 52 頁、例として *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Epstein*, 516 U.S. 367 (1996)

3.2.2.3. クラスアクションの三類型

Rule23(b)は、上記 Rule23(a)の条件が充足されていることを前提として、さらに下記の三類型のいずれかに該当することをクラスアクション追行の条件としている。

(1) Rule23(b)(1) (必要的クラスアクション-1)

個々のクラス構成員により、または個々のクラス構成員に対して訴訟追加がなされた場合に、(A)判決相互の不一致や相違により、当事者（通常被告）に矛盾した行為が求められる事態が生じる危険や、(B)クラスの個々の構成員と関係で、裁判が、他の構成員で裁判の当事者でない者の利益を害する危険が認められる場合に認められる類型である。

この例としては、あるアパートに迷惑な賃借人が居住する場合の、大家の権利義務に関する訴訟が挙げられている⁴⁶。複数の賃借人が大家に対して損害賠償や退去命令を出すことを求める訴訟を提起し、それぞれの訴訟の結論が異なるものになった場合は、大家としては対処方法に窮することになるからである。(B)が適用される典型例は、損害賠償請求訴訟において、被告の支払能力に限界があり、原告全員に対して賠償に応じる前に支払い財源が枯渇してしまう危険がある場合である⁴⁷。

(2) Rule23(b)(2) (必要的クラスアクション-2)

相手方が、クラス全体に関わる理由から、クラス構成員に対して一定の行為（不作為を含む）をしているために、クラス全体との関係で、差止請求や勧告による救済が適している場合に認められる類型である。これは差止請求を求めるクラスアクションについて適用される。一般的に、金銭的請求も併せて行っている場合には、Rule23(b)(2)のクラスアクションとしてクラス認証を受けることは困難だといわれている。なお、本項では下記 Rule23(b)(3)と対比させる目的で、以下上記 2 類型のクラスアクションを「必要的クラスアクション」と呼ぶ。

(3) Rule23(b)(3) (オプトアウト型クラスアクション)

クラスの構成員に共通の争点が、各構成員個人にのみ関わる争点に優越するものであ

⁴⁶ Advisory Committee Notes （Advisory Committee Notes は連邦民事訴訟規則の改正案を起草した Advisory Committee on Civil Rules が作成したものである。法的拘束力はないものの、連邦裁判所は、判決の中で連邦民事訴訟規則の解釈にあたりしばしば Advisory Committee Notes を引用している（<http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/ACRule23.htm> にて閲覧可能）。）

⁴⁷ Klonoff 75 頁

て(predominance of common questions)、かつ他の利用可能な手段と比較して、クラスアクションによって解決することが適切である(superiority)と認められる場合に認められる類型である。Rule23(b)(3)は、現在最も利用されているクラスアクションの類型であり、本件もこの類型として提起されている。そこで以下、各要件についてより詳細に解説する。

(A) クラスにおける共通争点が他の争点に優越するものであること

共通争点とその他の争点との相対的重要性を比較して判断することになるが、単に争点の数だけを比較するものではなく、共通争点が事案の解決においてどの程度重要かという観点で判断することになる。たとえば、共通争点とその他の争点それぞれの審理に要すると予想される時間を比較して、共通争点の審理に大部分の時間を要すると予想される場合には、共通争点の優越性が認められる可能性が高いと考えられる。

(B) 他の可能な手段と比べて、クラスアクションによる解決がより適切であると認められること

Rule23 は、この認定に際して、以下の事項を総合的に考慮するものと規定している。

クラスの個別構成員が別々の訴訟で個別的に請求・防御することについて有する利益
その紛争に関してクラスの個別の構成員がすでに開始している(または開始されている)訴訟の範囲と性質
請求に関する請求を特定の法廷地に集中させることが望ましいか否か
クラスアクションの運営に際して予想される困難

上記の各要素のうち、最も重視されるといわれているのが、⁴⁸ のクラスアクションとしての運営可能性である。この点で問題になることが多いのが、あまりにクラスが大規模である等の理由によりクラス構成員の特定が困難で、後述する告知手続にも困難が伴うと予想されるケースである。裁判例の中には、1250 万人という不特定多数の航空券購入者をクラス原告とした事案でクラスアクションが唯一の公正な訴訟手続きであるとしてクラス認証したケースもある⁴⁸。他方、ホテルの利用者 4000 万人をクラス原告とした事案で、効果的にクラスアクションを運営できないという理由でクラス認証が否定されたケースもある⁴⁹。なお、運営に困難が予想されるケースであっても、それだけで紛争解決手段としての優越性が否定されるわけではないので、留意が必要である。

3.2.2.4. クラス認証に対する不服申立

⁴⁸ *In re Domestic Air Transportation Antitrust Litigation*, 137 F.R.D. 677 (N.D. Ga. 1991)

⁴⁹ *In re Hotel Telephone Charges*, 500 F.2d. 86, 91 (9th Cir. 1974)

クラス代表者は裁判所に対してクラス認証の申立てを行う。クラス認証の要件を満たしていることの立証責任は、クラス認証を求める側にある。一方、クラスアクション訴訟の相手方となった当事者は、クラス認証却下の申立てをすることができる。クラス認証の判断にあたっては、当事者に対する聴聞手続がとられるのが一般的である。

クラス認証に関する裁判所の決定は最終判決ではないため、従前は、クラス認証の決定に対する独立の不服申立てはできないとされていた。しかし、クラスアクションにおいてはクラス認証こそが訴訟の帰結を左右する重要な意味を持つことに配慮して、1998 年の規則改正により、クラス認証に対する独立の不服申立て（上訴）ができる旨が明文で規定された（Rule23(f)）⁵⁰。

3.2.2.5. クラスの拡張・変更

裁判所がクラス認証を決定した後においても、クラス認証に問題があったことが明らかになった場合には、裁判所は、終局判決の前であれば、クラスの範囲を修正したり、クラス認証を取り消したりすることができる（Rule23(c)(1)(C)）。

3.2.2.6. 和解のためのクラス認証

1980 年代以降、事案の審理はそもそも予定せずに、和解目的のためだけにクラス認証を求める事案が見られるようになってきた。このような和解のためのクラス認証について規則上明文の規定は存在しないが、連邦最高裁は、和解目的のクラス認証であってもその目的ゆえに否定されることはないと判示する一方、クラス認証の要件については、通常のクラス認証と同様の基準で判断すべきであるとしている。

3.2.3. クラス構成員への告知

3.2.3.1. 必要的クラスアクションにおける告知

裁判所は、Rule23(b)(1)及び(b)(2)によってクラス認証をした場合（必要的クラスアクションの場合）、そのクラスに対して適切な通知をなすように指示することができる（Rule23(c)(2)(A)）。告知の要否もその内容も、裁判所の裁量に委ねられている。ただし、必要的クラスアクションであっても、和解の場合には、別途告知が必要となる（Rule23(e)(1)。3.2.5.3.参照）。

⁵⁰ Advisory Committee Notes

3.2.3.2. オプトアウト型クラスアクションにおける告知

他方、Rule23(b)(3)によってクラス認証をした場合には（オプトアウト型クラスアクション）裁判所は、クラスの構成員に対して「事情の許す限りで最善の通知方法(the best notice practicable under the circumstances)」を指示しなければならない。このような通知方法には、合理的な努力によって特定可能なすべての構成員に対する個別通知も含まれている（Rule23(c)(2)(B)）。規則上、通知は、理解しやすい簡明な言葉で、正確かつ明確に、請求の内容、争点、認証されたクラスの定義、法廷出廷権（クラス構成員が望む場合にはクラス訴訟代理人⁵¹によって出頭できること）、オプトアウトの権利（下記 3.2.4.参照）及びオプトアウトしない限り判決に拘束される旨を記載することが求められている。また、代表原告や弁護士の情報なども記載すべきだとされている⁵²。

オプトアウト型のクラスアクションでは、代表原告が告知手続を行い、その費用も負担するのが原則である。ただし、被告側の方がより容易に告知手続やクラス構成員の特定を行うことができる場合には、裁判所は、Rule23(d)に基づいて、被告側に対し、告知手続やクラス構成員の特定をするように命令することができる。

3.2.3.3. 告知の手法

オプトアウト型のクラスアクションにおいては、規則上、合理的な努力をもってクラス構成員を特定し、個別告知を含む告知を行うことが要求されている。

クラス構成員特定のためにすべき「合理的な努力」に関しては、たとえば、廃棄物処理サービスが問題となった事案で、クラス代表代理人が、対象区域内で問題となっているサービスを過去 10 年間に利用したすべての個人・団体に対して通知をしたことをもって、合理的な努力がなされたと認定されたケースがある⁵³。

告知方法に関しては、連邦裁判所は、適正手続の観点から、具体的に特定されたクラス構成員については、いかに大人数であっても個別告知が必要という立場をとっている。個別告知の方法については、郵送によることが基本である。1974 年の *Eisen v. Carlisle & Jaquelin* 事件において、裁判所は、225 万人のクラス構成員の氏名と住所が容易に特定できる場合には、たとえ通知に多額の費用を要するとしても、各構成員に対する個別通知が要

⁵¹ 裁判所は、クラス認証にあたり、クラスの訴訟代理人（Rule23(g)）を指名しなければならない（Rule23(c)(1)(B)）。

⁵² Klonoff 166 頁

⁵³ *In re Southern Florida Waste Disposal Antitrust Litig.*, 896 F.2d 493, 494 (11th Cir. 1990)

求されると判示した⁵⁴。

裁判所は、状況に照らして追加的な条件を要求する場合もある。例として、英語以外を母国語とし英語を理解しないクラス構成員が多く存在する場合に、英語と当該他言語による通知をもって適切な告知があったと認定したケースがある⁵⁵。合理的な努力をしても特定できなかったクラス構成員に対しては、新聞等のマスコミを利用した告知によることが可能とされている⁵⁶。

個別告知がなされる場合においても、マスコミを利用した告知が併用されるケースもある。たとえば、従業員に対する差別的取扱いに関するケースで、特定できない多数の従業員が存在した場合に、特定できた従業員に対する個別通知に加えて、主要な新聞及び被告が求人広告を掲載した新聞上での告知、さらに政府の職業安定所(employment office)における告知の掲載が必要であると判示したケースがある⁵⁷。もっとも、特定できないクラス構成員が多数に及ぶ場合には、クラスの特定性に問題が生じる可能性や、クラスアクションの運営に難点があると判断される可能性があると考えられる。

オプトアウト型のクラスアクションにおいては、クラス認証が行われた後、直ちに本項の告知をするべきだとされている。ただし、ほぼ同時に和解の交渉が進んでいる場合は、後述する和解案の告知との二重の告知となることを回避するために、告知のタイミングを遅らせることが実務上広く行われている⁵⁸。

オプトアウト型クラスアクションにおいてクラスの範囲が修正され、新たなクラス構成員が追加された場合には、このような構成員に対しては、必ず告知する必要がある⁵⁹。他方、クラス範囲が修正されて従前はクラス構成員だった者がクラスから除外される場合には、法律上、告知が要求されているわけではない。もっとも、このようにクラスから除外された者が、従前のクラス認証を信用したことによって、別訴の提起など行使できる権利を行使しないという事態を回避するために必要であれば、合理的方法での告知をするべきだとされている⁶⁰。頻繁にクラスの範囲が修正されるような場合には、告知の費用を節約するために、インターネットを利用した告知も推奨されている⁶¹。なお、Rule23(d)(B)に基づいて裁判所がその裁量で任意に命令する告知に関しては、訴訟のある段階でクラス構成員に対して告知がされたからといって、その後も引き続き告知をする義務があることにはなら

⁵⁴ *Eisen v. Carlisle & Jaquelin*, 417 U.S. 156 (1974)

⁵⁵ *Montenegro v. Messe*, 803 F.2d 1341, 1351 (5th Cir. 1986)

⁵⁶ Manual for Complex Litigation, Forth (Federal Judicial Center 2004)(以下 MCL4th) § 21.311。Federal Judicial Center は連邦司法制度における研究・教育を担う機関で、本書は多くの書籍に引用されている。
[http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/mcl4.pdf/\\$file/mcl4.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/mcl4.pdf/$file/mcl4.pdf) にて入手可能である。

⁵⁷ *Hartman v. Wick*, 678 F. Supp. 312, 329-330 (D.D.C. 1988)

⁵⁸ MCL4th § 21.311

⁵⁹ Advisory Committee Notes

⁶⁰ MCL4th § 21.311

⁶¹ 同上

ない、とされている⁶²。

3.2.4. オプトアウト

オプトアウト型のクラスアクションにおいては、クラス構成員がクラスからの脱退を要求する場合には、裁判所は、その者をクラスから除外しなければならない(Rule23(c)(2)(B))。これがオプトアウトと呼ばれる手続である。クラス構成員に対する通知には、構成員がオプトアウトの権利を有すること、及び構成員がオプトアウトを選択できる時期と方法を記載することが要求されている(Rule23(c)(2)(B))。オプトアウトを希望する構成員は、通知書記載の期間内にオプトアウトの権利を行使する。期間を経過したオプトアウトの申し出についても、裁判所は裁量で許可を与えることができるとされている⁶³。

3.2.5. 和解

3.2.5.1. クラスアクションにおける和解

通常の民事訴訟と同様に、クラスアクションにおいても、和解において解決することが可能である。連邦裁判所において認証されたクラスアクションの 9 割は和解により解決されているといわれている⁶⁴。消費者事件などのクラスアクションでは、多数の被害者が存在するために被告事業者側が敗訴した場合のリスクが大きく、他方原告被害者側からすると実際にクラス認証されるかどうか不明であるため、双方に和解に応じるインセンティブがあると説明されている。

クラスアクションにおける和解には、クラス代表者が自己の利益のみを追求して和解を行い、他のクラス構成員の利益が害される危険性がある。このため、クラスアクションにおける和解については、裁判所の承認が必要とされている(Rule23(e)(1)(A))。

3.2.5.2. 和解のタイミング

和解は、クラスアクションの様々な段階で行うことが可能である。クラス認証と並行して行われるケース、審理の前に行われるケース、さらに、審理後判決前に行われるケースがある。多くの事例において、クラス認証が行われる前から当事者間で和解に関する協議

⁶² Advisory Committee Notes

⁶³ Klonoff 170 頁

⁶⁴ 日弁連報告書 18 頁

が行われており、クラス認証の申立てと和解承認の申立てが同時になされることもある。

3.2.5.3. クラス構成員に対する告知

和解案の提案があった場合、Rule23(e)(1)は、和解に拘束されることになる全てのクラス構成員に対して、合理的な方法で告知することを要求している。上述したクラス認証後の告知と異なり、告知の方法及び内容については特に規定されていないので、裁判所の裁量に委ねられることになる。例えば、和解による利益を受けるために各クラス構成員が個別に手続きをとることが要求されるような場合には、各クラス構成員宛ての個別の通知が望ましいとされている⁶⁵。適切な通知が行われない場合、裁判所は和解案を承認しないことができる (Rule 23(e)(2))。

和解の告知は、クラスアクションの類型に関わらず要求されるものであるが、オプトアウト型のクラスアクションの場合、クラス認証後の告知の際にオプトアウトの機会が与えるのに加えて、クラス認証時にオプトアウトしなかったクラス構成員に対して、和解の告知の際に再度オプトアウトの機会が与えなければならない (Rule23(e)(4))。クラス認証と同時に和解の提案が同時にされる場合には、1 回の通知で、2 段階のオプトアウトの通知を兼ねることができる⁶⁶。このようなオプトアウトの機会が与えられなかった場合、Rule23(e)(4) は、裁判所が和解の承認を拒絶することを認めている⁶⁷。

クラス構成員は、提案された和解案に対して異議がある場合には、異議の申し立てをすることができる (Rule23(e)(5))。和解案に対する異議申立てに関しては、不適切な和解を防止するために効果を有するものであるが、他方で、異議を申し立てることで、早期解決を望む当事者から個別に利益を得ようとする者が出る可能性もある⁶⁸。このような不当目的での異議を防止するために、2003 年の規則改正により、異議の取り下げには裁判所の許可が必要とされた (Rule23(e)(5))。

クラス構成員から異議が申し立てられた場合でも、裁判所としてその異議に拘束されるわけではない⁶⁹。裁判所は、異議申立ての事実やその内容を考慮した上で、和解を承認するかどうかが判断することになる。なお、クラスアクション公正法は、クーポン和解の弊害に対応するために、クーポン和解については、和解案の承認には、和解内容が適正・合理的かつ十分である旨の裁判所の書面による意見を必要としたほか(CAFA Sec 1712(e))、和解案

⁶⁵ Advisory Committee Notes

⁶⁶ 同上

⁶⁷ 同上

⁶⁸ MCL4th § 21.643

⁶⁹ 日弁連報告書 19 頁

について、適当な連邦機関及び原告クラス構成員が居住する州の機関に対する通知を要求している(CAFA Sec 1715)。

3.2.5.4. 和解案の承認要件

裁判所は、ヒアリングを行い、和解内容が公正で合理的かつ適切(fair, reasonable and adequate)であると判断した場合にのみ、和解を承認することができる (Rule23(e)(2))。これはクラス構成員から和解に対する異議が出たか否かに関わらない。

裁判所には和解を承認するか否かの権限しかなく、和解条項を職権で変更させる権限までは認められていない。もっとも、実務上は、和解条項の変更を示唆しつつ変更に応じない場合は承認しない意向を示すことで、事実上和解内容を変更させるケースも多いようである⁷⁰。

3.2.5.5. 和解案が承認された場合

和解内容については、金銭の支払いが基本となるが、これ以外にも、金銭の支払いにかえてクーポンや商品を提供する場合や、被告事業者のビジネス方法を変更させるような差止請求的な解決、さらにこれらを組み合わせた和解内容などもある。

和解が承認された場合、和解に拘束される当事者（クラスを構成する側の当事者（通常は原告）については、クラス構成員でかつオプトアウトしなかった者）は、和解の内容を履行していくことになる。承認された和解案に対して不服があるクラス構成員がとり得る手段については、次項で述べる。

和解が不承認の場合は、原則として、通常の審理手続に戻っていくことになる。なお、上述のように、Rule23(f)によってクラス認証の命令に対する独立の不服申立（上訴）が認められているが、この規定はクラス認証命令以外の命令には適用されない⁷¹。従って、和解の不承認という裁判所の行為自体に対して、独立の不服申立は認められないと考えられる。

3.2.5.6. 和解に対して不服がある場合

通常の民事訴訟であれば、和解に対して当事者が裁判所に不服を申し立てるということは考えられない。そもそも和解は、訴訟当事者間の合意の成立に他ならないからである。

⁷⁰ MCL4th § 21.61

⁷¹ Advisory Committee Notes

ところがクラスアクションに関しては、裁判所が和解を承認するにあたって裁判所に和解の影響を受けるクラス構成員全員が和解案に同意することは要求されておらず、クラス構成員の中に異議を申し立てる者がいた場合においても、裁判所はこれを考慮すれば足りるのであって異議に拘束される必要はないため、異議が反映されないまま和解案が承認される可能性も高い。そこで、和解に対して不服がある場合に上訴できるのかという点が議論されてきた。

必要的クラスアクションの事案に関しては、クラス構成員（原告として記載されていない構成員）が、和解案に対して異議を申し立てたが和解案が承認され、さらに訴訟参加も認められなかったケースにおいて、「特定されていないクラス構成員であっても和解に拘束されるという意味では当事者であり、下級審において適切に異議を申し立てていれば、訴訟参加していなくても和解について上訴することができる」としてこの構成員による上訴を認めた連邦最高裁判所判決がある⁷²。しかし、この議論がオプトアウト型クラスアクションにも適用されるかについては、現時点まで連邦最高裁判所の判決は出ておらず、下級審での判断は分かれている。オプトアウト型クラスアクションでは、クラス構成員がそもそもクラスから離脱することが可能なことから、和解に対する上訴を認める必要はないという説も有力である⁷³。

3.2.6. 判決

3.2.6.1. 判決の効力

和解が成立せず、当事者による取り下げも行われない場合、クラスアクションは、通常の民事訴訟と同様に和解によって終結することになる。

Rule23(b)(1)及び(b)(2)に基づいてクラスアクションとして追行された訴訟による判決は、クラスに有利と不利とを問わず、裁判所がクラス構成員と認定した者に効力が及ぶ。ただし、本来なされるべき告知がされなかったクラス構成員については、判決効が及ばないとされている⁷⁴。オプトアウト型のクラスアクションの判決については、クラスに有利と不利とを問わず、Rule23(c)(2)の規定による通知の対象とされた者で、オプトアウトを要求しなかった者、及び裁判所が構成員と認定した者に及ぶ（Rule23(c)(3)）。判決の内容に不服がある場合は、通常の訴訟と同様に控訴裁判所に上訴することができる。クラスアクションの場合、クラスが認証されたか否かに関わらず、クラス代表者として上訴する資格のある者

⁷² *Devlin v. Scardelletti*, 536 U.S. 1 (2002)

⁷³ Klonoff 266 頁

⁷⁴ 日弁連報告書 19 頁

が上訴申立書を提出すれば上訴申立てとして十分であると規定されている⁷⁵。

3.2.6.2. 判決に対する上訴

民事訴訟の判決に対して上訴することができるのは、訴訟の当事者である。クラスアクションにおいて当事者として明記されていないクラス構成員は、訴訟参加することによって上訴する権利を持つことができる。訴訟参加のタイミングについて、連邦最高裁判所は、クラスアクションについて原告不利な判決が出た場合、判決後（直後）に訴訟参加していれば上訴する権利は認められると判示している⁷⁶。他方、訴訟参加しておらず、原告として明記されていないクラス構成員及びオプトアウトしたクラス構成員については、上訴を認めないという判決がある⁷⁷。

なお、前記 3.2.5.6 で述べたように、必要的参加型クラスアクションの和解については、下級審において適切に異議を申し立てていれば、訴訟参加していなくても和解について上訴することができるとした連邦最高裁判所の判決があるが、この判決が、クラスアクションの判決についても適用されるかという問題については、現時点では結論は不明である⁷⁸。

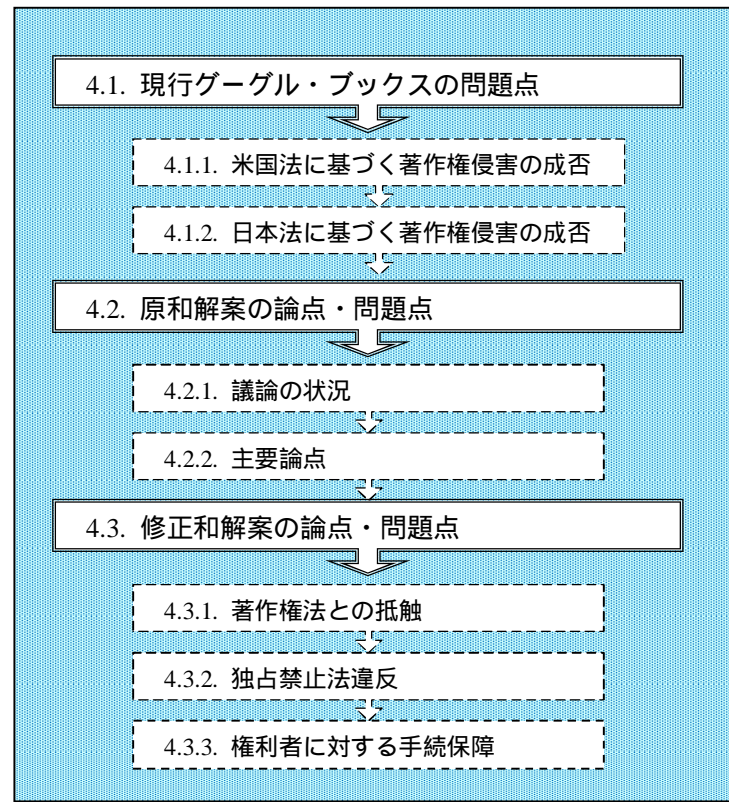
⁷⁵ 連邦上訴手続規則（Federal Rules of Appellate Procedure）Rule3(c)(3)

⁷⁶ *United Airlines, Inc. v. McDonald*, 432 U.S. 385 (1977)

⁷⁷ *In re Brand Name Prescription Drugs Antitrust Litigation*, 115 F.3d 456 (7th Cir. 1997)

⁷⁸ Klonoff 293 頁

第4章 法的論点の整理及び分析



4.1. グーグル・ブックス（本和解に基づかない、現行のグーグルの書籍検索・配信サービス）に関する問題点

（本和解とは無関係に）グーグルがすでにおこなっている現行の書籍検索・表示サービス（「グーグル・ブックス」）では、日本語版（<http://books.google.co.jp/>）の場合、ユーザーの入力した検索語に対応する書籍のリスト（すなわち検索結果）が表示された上で、書籍自体については、以下のいずれかの要領で表示がなされているようである。

全文表示...パブリック・ドメインの書籍、及び権利者が全文表示を許諾した書籍の場合
プレビュー表示...権利者が一部のみの表示を許諾した書籍の場合
スニペット表示...権利者が書籍のページの表示を許諾しなかった書籍の場合
「プレビュー不可」（書誌情報等のみの表示）...グーグルが書籍ページのデジタル・データを保有していない書籍の場合は、これに該当すると思われる。

これは、主として、絶版書籍についても権利者の許諾がなければ全文表示までは行われ

ない点（上記）及び市販中書籍について権利者の許諾がなくてもスニペット表示による表示使用が行われる点（上記）で、本和解に基づく利用とは異なる。

和解案の修正により、日本で出版されている書籍の多くは和解の適用対象外となったが、これらの書籍については、現行の「グーグル・ブックス」サービスが継続するものと予想される（後記 5.1.1.参照）。そこで、かかるサービスに伴う書籍の利用行為、具体的にはスキャンによる複製行為及び表示による公衆送信行為につき、著作権侵害の成否が問題となり得る。以下、米国法と日本法とに分けて検討する。

（なお、フランスでは、グーグルの書籍検索・表示サービスに関連して著作権侵害を認める判決が下されている。報道によれば、この判決は、Editions du Seuil 等の出版社を傘下に持つグループである La Martiniere が、グーグルのフランス法人を相手取って提起した訴訟に係るものである。2006 年 5 月に La Martiniere が提訴したことを発端とし、後にフランス出版社協会（SNE）とフランス作家協会（SGDL）も訴訟に加わり、1500 万ユーロの罰金を求めている。2009 年 12 月 18 日、パリの第一審裁判所はグーグルに対し 30 万ユーロの損害賠償（及び利息）の支払、並びに 無許諾複製の中止（1 日あたり 1 万ユーロの支払義務による間接強制）を命じる判決を下した⁷⁹。この判決に対し、グーグル側は 2010 年 1 月 21 日付けで控訴した。）

4.1.1. 米国法に基づく著作権侵害の成否

スキャンが米国内で行われた場合、当該スキャンすなわち複製行為につき、米国著作権法が適用されると解される。また、書籍ページの表示（無許諾で行われるスニペット表示）に伴う配信行為については、発信から受信までの全過程が米国外であれば米国著作権法の適用外となるものの、発信地・受信地いずれかが米国内であれば、米国著作権法が適用される可能性がある⁸⁰。そこで、かかる行為について米国著作権法に基づく著作権侵害の成否、特に同法に定めるフェアユース規定（第 107 条）の要件を充足するか否かが問題となる。

⁷⁹ 参照報道は、<http://www.itmedia.co.jp/enterprise/articles/0912/21/news026.html>、<http://news.livedoor.com/article/detail/4514582/>、<http://www.reuters.com/article/idUSTRE5BH2IK20091218> 等。なお、AP の報道（<http://abcnews.go.com/Business/wireStory?id=9371194> 等）によれば、同判決はフランス法を適用したものである。認定された著作権侵害行為としては、スキャン（複製権侵害）及びスニペット等による書籍ページの表示（公衆送信権侵害）が考えられるが、上記の参照報道からは特定し難い。ここでは、フランス法の適用の可否について、属地主義との関連で以下の問題を指摘するにとどめる。

スキャンについては、フランス国内で行われなければフランス法を適用できないのではないかと考えられる。ページ表示（公衆送信）については、発信地が米国であれば、フランス著作権法を適用できないのではないかと考えられる（もっとも、フランス国内からアクセスできる場合は、受信国法たるフランス法を適用する余地はある）。

⁸⁰ 複数国間にまたがる公衆送信行為に対し、いずれの国の著作権法を適用すべきかについては、後記 5.1.1. 参照。

以下、同条の文言に即して検討する。

4.1.1.1. フェアユースの要件

米国著作権法第 107 条は、著作物の批評・報道・教育・研究等を目的とする公正な利用（フェアユース）は著作権侵害でないと定めており、個々のケースにおける利用がフェアユースであるか否かを判断する際の考慮要素として、以下の 4 つを例示している。

- (i) 利用の目的及び性質（当該利用が商業的なものか、非営利的な教育目的か、を含む）
- (ii) 利用された著作物の性質
- (iii) 利用された著作物全体に占める、利用された部分の量及び実質的価値
- (iv) 当該利用が、利用された著作物の潜在的な市場または価値に与える影響（執筆者注：これは、「利用された著作物の権利者に与える経済的ダメージ」と言い換えることができる。）

4.1.1.2. フェアユースに関する裁判例

グーグルのウェブ検索サービスによる複製及び送信（表示）につき、フェアユースの成否が問題となった著作権侵害訴訟の裁判例として、以下 ～ が挙げられる。これらは本件においても参考になると思われるため、各裁判例の概要（特に、第 107 条(i)～(iv)の各要素へのあてはめ）を紹介する⁸¹。

Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003)

（事案の概要）

検索エンジン会社である被告（Arriba）が、写真家である原告（Kelly）の作品の画像をウェブページ上からクローラーによりコピーし、ユーザーの検索に応じてサムネイル表示した。原告は、被告のかかる行為が著作権侵害であると主張した。

（判示）

大要以下のとおり、第 107 条(i)～(iv)の各要素へのあてはめを行った上、フェアユースを肯定した。

(i)について…被告の利用は商業目的ではあるが、オリジナルとは異なる目的（鑑賞用ではなく、アクセス改善のための検索用）に奉仕し、インターネット上の情報収集の

⁸¹ 田村善之「Google Books 和解案の光と影」(NBL925 号「特集 米国クラス・アクションの日本の法制度への影響～Google 和解をケーススタディとして～(上)」27 頁)を参考にした。

利便性向上という公益に資するため、著作権法ないしフェアユースの趣旨に沿うものである。従って、当該(i)の要素は被告に有利に働く。

(ii)について...創造的な(“creative”)性質の作品は、事実に基づく(“fact-based”)作品に比べ、著作権保護の核心に近いため、フェアユースが認められにくい。しかし、出版済み作品は既に世に出たものであるため、フェアユースが認められやすい。これらの事情を総合すると、当該(ii)の要素は、原告に少しだけ有利に働くにとどまる。

(iii)について...作品全体をコピーしてはいるが、検索機能の実現のためには全体のコピーが必要であるため、やむを得ないところもある。従って、当該(iii)の要素は原告・被告いずれにも有利に働かない。

(iv)について...サムネイル画像は解像度が低い(拡大に限度がある)ので、原告によるフルサイズ画像のライセンス市場は害されない。また、検索エンジンによりユーザーが原告のウェブサイトへ誘引され、かえって原告の市場に益する側面もある。従って、当該(iv)の要素は被告に有利に働く。

Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 487 F.3d 701 (9th Cir. 2007)

(事案の概要)

写真誌の出版社である原告(Perfect 10)がウェブサイト上に掲載していた画像を、被告(Google 等)がクローラーによりコピーし、ユーザーの検索に応じてサムネイル表示した。原告は、被告のかかる行為が著作権侵害であると主張した(なお、原審は *Perfect 10, Inc. v. Google, Inc.*, 416 F.Supp.2d 828 (C.D. Cal. 2006))。

(判示)

大要以下のとおり、第 107 条(i)~(iv)の各要素へのあてはめを行った上、サムネイル表示につき(i)の要素が被告に大幅に有利に働くことを重視して)フェアユースを肯定した。

(i)について...被告の利用は、(上記 の事案と同様)オリジナルとは異なる情報検索という目的に奉仕するものであり、社会的便益に資するのであって、高度に変容的(“highly transformative”)である⁸²。従って、当該(i)の要素は被告に有利に働く。

(ii)について...(上記 の事案と同様)オリジナルは創造的な性質の作品だが、出版済み作品なので、当該(ii)の要素は原告に少しだけ有利に働くにとどまる。

(iii)について...(上記 の事案と同様)作品全体をコピーしてはいるが、検索機能の実現のためには全体をコピーすることが必要であるから、当該(iii)の要素は原告・被告いずれにも有利に働かない。

⁸² この判例では、“transformative”とは、大要「新たな作品が原創作物の目的を単に代替するのではなく、更なる目的または異なる性質を加えるものであり、新規の表現、意味またはメッセージによる改変をなすものであること」であるとされている。

(iv)について...オリジナル(フルサイズ画像)の市場への影響は不明であるから、当該(iv)の要素は原告・被告いずれにも有利に働かない。

Field v. Google Inc., 412 F.Supp.2d 1106 (D.Nev., 2006)

(事案の概要)

作家である原告(Field)が自己の作品をウェブページ上に掲載していたところ、被告(Google)が当該ウェブページをクローラーによりコピーし、キャッシュ・リンクにより(すなわち、ユーザーが検索結果画面における「キャッシュ」のリンクをクリックした場合に、当該ページ上で)表示した。原告は、被告のかかる行為が著作権侵害であると主張した。

(判示)

大要以下のとおり、第 107 条(i)~(iv)の各要素へのあてはめを行った上、フェアユースを肯定した。

(i)について...被告の利用は、オリジナルとは異なる社会的に重要な目的に奉仕するものであって(キャッシュ・リンクの提供により、ユーザーによる情報へのアクセスの向上、ウェブページの変更履歴の探索が可能になること、当該ページが検索にヒットした理由の確認が可能になること、等の便益がもたらされる)、単にオリジナルに代替するものではなく、“transformative”である。従って、当該(i)の要素は被告にとって大きく有利に働く。

(ii)について...(上記の事案と同様)オリジナルは創造的な性質の作品だが、原告が自ら無料でウェブサイト上に提供した作品なので、当該(ii)の要素は原告に少しだけ有利に働くにとどまる。

(iii)について...作品全体をコピーしてはいるが、検索機能の実現のためには全体をコピーすることが必要であるから、当該(iii)の要素は原告・被告いずれにも有利に働かない。

(iv)について...キャッシュ・リンクが原告の(オリジナルの)潜在的市場に悪影響を与えるという証拠はないため、当該(iv)の要素は被告にとって大きく有利に働く。

4.1.1.3. 「グーグル・ブックス」におけるフェアユースの成否

上記を踏まえて、現行の「グーグル・ブックス」において行われる書籍等の利用(複製及び公衆送信)がフェアユースに該当するか否かを検討すると、概ね以下ようになる。上記裁判例との比較では、フェアユースが肯定される可能性が相対的に高いようにも思われるが、結論は断定し難い。

(i)について...グーグルの利用は商業目的ではあるが、現行の利用は、許諾がない限りは原則として検索語周辺のスニペット表示に留まっており、いわばオリジナルとは異なる目的（鑑賞用ではなく検索用）に奉仕するものであって、インターネット上の情報収集の利便性向上及び書籍へのアクセス向上という公益に資する。従って、グーグルの利用は“transformative”（すなわち、オリジナルを単に代替するものではなく別途の有用な目的及び性質の行為）と言い得るから、グーグルにとって有利に働きやすい。

(ii)について...オリジナルは創造的な性質の作品も多いが、各作品の本国では出版済みなので、権利者に少しだけ有利に働き得るにとどまる。

(iii)について...スキャンは作品全体をコピーしているが、検索機能の実現のためには全体をコピーすることが必要であるから、権利者・グーグルいずれにも有利に働かない。また、スニペット表示は1冊の書籍から検索語の周囲の数行ずつを3箇所までに限って表示するものであって、（当該表示箇所だけを見れば、ユーザーが知りたい情報を得られてしまうケースもないとは言えないため、多少の疑問もあるものの）、分量からみて軽微と言い得るので、グーグルにとって有利に働き得る。

(iv)について...スニペット表示は分量からみて軽微と言い得るため（上記参照）権利者の市場（書籍販売市場）を害する度合いは比較的低いと言い得る。かえって、検索によりユーザーが書籍を購入するよう誘引され、売上増の効果も期待し得るから、グーグルにとって有利に働き得る（もっとも、表示箇所だけを見てユーザーが知りたい情報を得られてしまうケースでは、逆に売上減となるため、疑問がないとは言えない）。

4.1.2. 日本法に基づく著作権侵害の成否

「グーグル・ブックス」に日本の著作権法が適用されると解した場合⁸³、スキャン及びスキャン・データの保存は複製（第21条）に、スニペット表示による配信は公衆送信（第23条）に、それぞれ該当するため、著作権のある書籍については、制限規定が適用されない限り、複製権・公衆送信権の侵害になるものと解される。

本件に適用される可能性のある制限規定としては、引用（第32条）及び検索エンジン用の複製（平成21年改正により追加された第47条の6）が考えられるが、いずれも適用される可能性は低いと考えられる。

第32条に定める引用は、報道・批評・研究等の目的のために他人の著作物を自己の作品に採録することであり、自己の編集著作物やデータベースの主要部分としての利用はこれ

⁸³ スキャンまたは発信行為が米国で行われた場合には、アクセス（受信行為）が日本で行われたとしても、日本の著作権法が適用されるか否か、属地主義との関連で問題となる。この点に関する検討は、後記5.1.1.参照。

にあたらない⁸⁴と解するならば、「グーグル・ブックス」のための複製及び公衆送信が引用に該当する可能性は比較的低いように思われる。

第 47 条の 6 は新設されて間もない規定であり、裁判例等の蓄積がないため解釈論は必ずしも確立していないが、同条は主としてウェブサイト検索を想定した規定であり、同条による利用は「送信元識別符号」(ウェブサイトの URL)の検索及びその結果の提供を行うために必要と認められる限度においてのみ許容されている。「グーグル・ブックス」は、URL ではなく書籍自体の検索を目的としているため、この限度を超えており、従って同条による利用は認められないように思われる。また、同条但書によれば、著作物が違法に送信可能化されているものであることを知った後は当該著作物を自動公衆送信することが認められないため、その意味でも、同条による利用は不可とされる可能性が高い。

4.2. 原和解案に関する論点・問題点

4.2.1. 議論の状況

本件和解案に対しては、米国の内外を問わず様々な声明・抗議・見解表明の形で議論がなされており、大別すると、裁判上のもの(裁判所に提出された異議申立書及び第三者意見書(いわゆる amicus brief))と裁判外のものに分けられる。

4.2.1.1. 裁判上の議論

裁判所に提出された異議申立書及び意見書については、Association of Research Libraries、American Library Association 及び Association of College and Research Libraries が米国内・米国外、賛成・反対等の内訳による分類を行っている

(<http://wo.ala.org/gbs/wp-content/uploads/2009/10/The-Google-Books-Settlement-Who-Is-Filing-And-What-Are-They-Saying.pdf>)。当該分類によれば、内訳は大要以下のとおりである。

⁸⁴ 中山信弘『著作権法』(有斐閣、2007 年)256 頁、東京地裁平成 7 年 12 月 18 日判決(判例時報 1567 号 126 頁(ラストメッセージ in 最終号事件)参照。

総意見の内訳

賛否 \ 主体	クラス構成員から	第三者 (amicus) から
賛成	8 (全て米国内)	米国内 27 米国外 2
反対 (異議)	米国内 82 米国外 295	米国内 10 米国外 3
留保	3	5

主要な意見の内容の内訳

賛否 \ 理由	競争への影響	権利者への影響	ユーザーへの影響
賛成	4	1	22
反対 (異議)・留保	10	23	12

なお、これら異議申立書及び意見書のうち、和解案の見直し・修正に大きな影響を与えたものと思われる⁸⁵のが、米国政府による意見書（2009年9月18日付。以下「米国政府意見書」という）⁸⁶である。4.2.2.の論点分析においては、当該意見書、及びその中で言及されているドイツ政府及びフランス政府の意見書（以下、それぞれ「独政府意見書」「仏政府意見書」という）を特に参考とした。

4.2.1.2. 裁判外

裁判外では、以下の論者によるものを含め、様々な議論がなされている。かかる議論の内容を詳述することは紙幅等の関係により困難であるため、以下のように米・欧・日本の各代表例を紹介するとともに、主要論点の整理及び分析は後記 4.2.2 に譲る。

- 米国下院司法委員会 (committee on the judiciary) のヒアリング (2009 年 9 月 10 日) に
おける、米国著作権局長 (Register of Copyrights) Marybeth Peters 氏の証言 (以下「Peters
証言」という)
- パメラ・サミュエルソン氏 (カリフォルニア大学バークレー校ロースクール教授)
(<http://people.ischool.berkeley.edu/~pam/> 参照)

⁸⁵ 修正和解案の概要を伝える補足通知書 (修正和解契約の別添 N) の冒頭においても、当事者が米国司法省 (United States Department of Justice) との協議及び原和解案への異議に応じて和解案を修正した旨が述べられている。

⁸⁶ 森・濱田松本法律事務所のウェブサイト、日本語訳 (仮訳) が掲載されている
(http://www.mhmjapan.com/sites/default/files/publications/pdf/amicus_curiae_brief_by_usa_090918.pdf)。

- ・ ローレンス・レッシング氏(ハーバード・ロースクール教授)(<http://hon.jp/news/1.0/0/1253/>等を参照)
- ・ ジャン＝ノエル・ジャンヌネー氏(元フランス国立図書館長)(2009年9月15日に行われた国立国会図書館での講演(<http://japan.cnet.com/news/media/story/0,2000056023,20400282,00.htm>参照)等)
- ・ 城所岩生氏(国際大学 GLOCOM 客員教授 米国弁護士)(<http://it.nikkei.co.jp/business/netjihyo/index.aspx?n=MMITs2000031072009>、<http://it.nikkei.co.jp/business/netjihyo/index.aspx?n=MMITs2000008122008>等)

4.2.2. 主要論点

原和解案の最大の特徴は、グーグルによる書籍等のデジタル・スキャン(複製)及び「市販中」でない書籍の表示使用(公衆送信)について、著作権者が個別の事前許諾を与えていなくても反対の意思表示をしていない限り適法とすること(いわゆるオプトアウト方式⁸⁷⁾)にあるといえる。

この方式がもたらす主なメリットは、個別許諾によっていては到底不可能に思える、膨大な規模の書籍(特に、絶版書籍や稀少本のように紙媒体での入手が困難な書籍や、いわゆる孤児作品⁸⁸⁾のように個別の権利処理が困難な書籍)に対するユーザーのアクセスの利便性を向上させ、学習・教育・研究・創造等の活動を促進し得ることである。原和解を支持する見解にはこの点を指摘するものが多く、原和解案に批判的な米国政府意見書も、このようなメリットがあること自体は肯定している。

他方、主な問題点として考えられるのは、著作権法の原則(著作物の複製行為及び公衆送信行為には、権利者の個別の事前許諾を要する)を逆転させるものであるから、著作権法との抵触を生じ得ること、グーグルのみにオプトアウト方式が認められているため、独占(米国の連邦独占禁止法であるシャーマン法違反)の問題を生じ得ること⁸⁹⁾、オプト

⁸⁷⁾ ここでの「オプトアウト」は、米国の訴訟手続上の用語(米国連邦民事訴訟規則にいう、クラスアクション和解からの離脱を意味する用語)ではなく、利用に対する反対の意思表示(書籍のデジタル・コピーの削除要求、表示使用を禁止または制限する旨の指示等)の意味で用いている。

⁸⁸⁾ 孤児作品(orphan works)は、概ね「著作権の消滅していない作品であって、許諾を得ようとする利用者が著作権者を(合理的な努力によっても)特定または探知できないもの」と定義することができる。

⁸⁹⁾ なお、法的な独占の問題とは別に、グーグルによる事実上の情報独占を危惧する見解もある。独政府意見書及び仏政府意見書は、原和解案がグーグルへの過度の情報集中を招き、グーグルが順位付け・検索アルゴリズムの設定・書籍をデータベースに含めるか否かの選択(原和解案 3.7(e)条)等を通じて、「知識の門番(gatekeeper of public knowledge)」となり、その結果として、情報への自由なアクセス及び文化の多様性に対する危機が生じるとの懸念を表明している。これらの意見書は、「グーグル化(“Googlization”)」 「検閲(censorship)」等の表現を用いて、かかる懸念を強調している(5.3で後述)。

アウト方式の適用を受ける書籍の範囲が広いため、権利者に対する訴訟上の手続保障（特に孤児作品及び米国外の作品）が不十分となり得ること、等である。

すなわち、原和解案の主要論点としては、上記（著作権法との抵触）（独占禁止法違反）及び（孤児作品・米国外作品の権利者に対する手続保障）を挙げることができる。そこで、以下、これらの各論点について分析する。なお、原和解案に対して批判的な見解が指摘するデメリットは他にも多岐にわたるが、本稿では主要論点の分析に重点を置くため、上記 ～ に絞って言及する。

4.2.2.1. 著作権法との抵触

(1) 法律上・条約上の原則との関係

本件和解案が最終承認され発効すれば、その効力が別段の手続によって覆されない限り、和解案に従った利用は米国において形式上著作権侵害にならないように見える。

また、本件和解案はデジタル・データの送信過程（発信から受信まで）が米国内で完結することを想定しているため、和解案に従った利用に対して、米国以外の国の著作権侵害を直接に問うことは難しいと思われる（アクセス制限の潜脱（後述）等により、和解案に反して米国外への表示配信が行われた場合は、別論である）（後記 5.1.2.2.(1)(ii)参照）。

しかし、上記にもかかわらず本件利用を和解案によって認めることは著作権法上の原則に反し許されないとの有力な議論がある。

本件和解案は前述のとおり、デジタル・スキャン（複製）及び「市販中」でない書籍の表示使用（公衆送信）についてオプトアウト方式をとっており、著作権法の原則⁹⁰（著作物の複製行為及び公衆送信行為には、権利者の個別の事前許諾を要する）を逆転させる効果をもつ。米国政府意見書、独政府意見書及び仏政府意見書は、このような効果（後二者は、これを強制許諾(compulsory license)と称している）を生じさせるためには著作権法の改正という立法手続によるべきであり、クラスアクション和解という司法上の手続によるべきでないと論じている⁹¹。

この点が、いかなる法条の適用ないし解釈の問題であるかは必ずしも明らかでないが（米国政府の意見書は Rule 23 を挙げているものの、具体的な該当条項までは特定していない）、同意見書は、クラスアクション和解に存する性質上の限界の問題として論じているように見受けられる（論旨は、「クラスアクションは紛争解決手続であるから、そこでの和解は紛

⁹⁰ 同様の原則は、国際条約上も存在する。独政府意見書及び仏政府意見書は、WIPO 著作権条約第 6 条（著作物を公衆に提供(making available...to the public)する権利）を例に挙げている。

⁹¹ 同様の趣旨で、Peters 証言は、米国議会が孤児作品の利用に係る立法的解決を模索中であるところ、この問題の解決には複雑な利害調整（例えば、どの程度まで権利者探索を要求するか）が必要であり、個別事件を通じた司法的解決に適さないと指摘するとともに、原和解案は立法に向けた努力を阻害するものであると批判している。

争解決目的との合理的関連性を有する範囲内に限られるべきであり、実質的に立法に等しい権利許諾の効果を生じさせることは認められない」と要約することができる）。なお、この論旨は、修正和解案に対する米国政府の意見書において、より明確化されている（後記4.3.1.参照）。

(2) 事実上の問題（米国外からのアクセスによる、米国外での著作権侵害）

原和解案は、米国外からのアクセスを（IP アドレスの識別等により）ブロックすることにより、和解案に従った書籍等の利用範囲を米国内のみに限定することを想定しているようである。しかし、そのようなブロックの仕組みが現実に機能するのか、疑問なしとしない。例えば、独政府意見書及び仏政府意見書は、事実上はアクセス自由な米国のプロキシ・サーバーを用いて米国外からのアクセスが可能であると指摘している。

4.2.2.2. 独占禁止法違反

(1) 孤児作品に係る、グーグルによる競合他社の参入排除

米国政府意見書が指摘するように、原和解案によればグーグルは孤児作品をデフォルトで（権利者の個別の事前許諾を得ずに）利用できる一方、競合他社はレジストリから「法律により許される範囲で」のみライセンスを受けることができるため、競合他社は権利者を探し出した上で個別の事前許諾を得なければ孤児作品を利用できない。

かかる許諾を全ての孤児作品について取得することは事実上困難であり、グーグルだけが完全な書籍データベースを具備できるのに対し、競合他社のデータベースは不完全なものにとどまるため（現実に存在する孤児作品の数の多さ、及び許諾取得の困難性に鑑みれば、この不完全性は深刻なものとなり得る）、実質的な競争ができなくなり、孤児作品の利用について競合他社の参入が阻まれてしまう懸念がある。また、原和解案にはグーグルに対する最恵国待遇条項（大要、「レジストリが、競合他社に対するライセンスを、グーグルに対するよりも有利な条件で行うことができない」旨の条項。第3.8(a)条）があるため、競合他社は参入意欲を削がれかねず、参入阻害による独占の弊害を生じ得る。

(2) 作家・出版社間の価格協定

原和解案における独占禁止法上の問題には、グーグルによる市場独占（競合他社の排除；上記(1)参照）の他に、権利者（作家・出版社）間で利用許諾の価格条件を取り決めること（米国の独禁法用語で「水平的協定(horizontal agreement)」という）による競争制限の問題がある。具体的には、米国政府意見書が指摘している以下の点が挙げられる。

全作品につき、卸段階（権利者・グーグル間）での収入分配条件を取り決めていること（権利者への分配率を 63%とする等）。この条件が、個々の作家・出版社から値引きのインセンティブを奪ってしまうおそれがある。

小売段階（グーグル・ユーザー間）での、プライシング・アルゴリズム（グーグルが消費者購買の販売価格を決定する際に用いる計算方法をいう）によるデフォルト価格の設定、及びグーグルによる値引に対する禁止権（権利者・レジストリの各々が値引の拒否権を有する）に合意していること。これにより、グーグルによる値引の自由が失われる。

孤児作品の価格設定を、これと競合し得る書籍の作家・出版社（登録権利者）にコントロールさせていること。その結果、孤児作品の価格が、登録権利者の作品との競争が起こらないような価格に設定される（すなわち、高止まりする）おそれがある。

4.2.2.3. 権利者（特に孤児作品・米国外作品の）に対する手続保障

(1) 適切代表性

クラスアクションが成立するためには、代表当事者（すなわち、現実に訴訟を進行している当事者）が、クラス全体の利益を公正かつ適切に保護できることが必要である（Rule 23(a)(4)）。これを、「適切代表性（adequacy of representation）」の要件ということがある。

本件訴訟ないし本件和解案では、米国作家協会及び全米出版社協会等が原告として、和解案における「書籍」「挿入物」の定義に含まれる全作品の権利者を代表しているが、孤児作品及び米国外作品については、このことが適切代表性の要件を充たすか、問題となる。

まず孤児作品については、米国政府意見書が指摘しているように、原和解案では孤児作品に係る使用料収入がレジストリ及び登録権利者に分配されることとなっており、孤児作品の権利者の損失のもとでレジストリ及び登録権利者が利益を得る関係にある。このことは潜在的な利益相反といえるため、孤児作品の権利者とそれ以外の作品の権利者との双方の利益を同一のクラス代表者が適切に反映することは困難であり、適切代表性の要件を充たさないとも考えられる⁹²。

次に米国外作品については、独政府意見書・仏政府意見書が指摘しているように、米国作家協会及び全米出版社協会の会員資格の認定基準によれば米国外の作家及び出版社の大多数は会員資格を有しないため、両協会が米国外の作家及び出版社の利益を適切に反映することは困難であり、適切代表性の要件を充たさないとの見解が成り立つ。

⁹² クラス構成員間の利益相反ないし利害の不一致を理由に、クラスアクションの成立を否定した判例として、*Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997)がある（前記 3.2.2.2.(4)参照）。

(2) クラス構成員への通知

Rule 23 によれば、「オプトアウト型」のクラスアクション (Rule 23 (b)(3)) において和解がなされる場合、以下の 2 種類の通知を行う必要がある。

クラスアクションの内容等の通知(根拠条文は Rule 23(c)(2)(B))(3.2.3.2.及び 3.2.3.3. 参照)

クラスアクション和解案の通知 (根拠条文は Rule 23(e)(1))(3.2.5.3.参照)

これらの通知がそれぞれの根拠条文に定められた要件を充足しているか否かは、裁判所がクラスアクション和解案を承認するか否か、すなわち承認の要件である「和解案が公正、合理的かつ適切(fair, reasonable and adequate)であること」(Rule 23(e)(2)) を充たすか否かを判断する際の考慮要素となり得る。

本和解では、原和解案の通知(原和解案・修正和解案別添 I 及び別添 J の様式によるもの) は、上記 の双方を兼ねているようである。そこで、これらの通知が上記 の各根拠条文に定められた要件を充足しているか否か、検討する。

(i) クラスアクションの内容等の通知 (上記) の要件充足性

根拠条文である Rule 23(c)(2)(B)によれば、この通知は「状況に応じた実務上最善の通知 (合理的な努力により特定可能な構成員の全員に対する個別通知を含む)」でなければならず、明瞭かつ簡潔に、平易で理解しやすい用語で、クラスアクションの内容等 (Rule 23(c)(2)(B)(i) ~ (vii)に列挙された事項) を説明するものでなければならない。

本件では、原和解案の通知の方法は同第 XII 章 (修正和解契約では第 12.1 条) に規定されており、それによれば個別通知、新聞及び雑誌等 (原和解案及び修正和解案の別添 K に列挙されているメディア) への掲載、並びにウェブサイトへの掲載等を併用するとされているが、実際には、日本の権利者に対しては個別通知がなされていないようである。

米国の裁判例には、個別通知と新聞等への掲載との併用を認めたものもあるが (*Hartman v. Wick*, 678 F. Supp. 312, 329-330 (D.D.C. 1988) ; 前記 3.2.3.3.参照) 日本の権利者であっても容易に特定可能な者も少なくないはずであるから (例えば著名作家や大手出版社) それにもかかわらず個別通知が一切なかったのであれば、「合理的な努力により特定可能な構成員の全員に対する個別通知」がなされたとは言い難い。

また、和解管理ウェブサイト及び読売新聞・朝日新聞等に掲載された日本語の通知文書は、英語からの翻訳が適切とはいえず、内容の解読が困難であって、「明瞭かつ簡潔に、平易で理解しやすい用語」による説明とはいえない。

従って、日本の権利者に関する限り (そして、仮に他国における通知も日本と同程度であったとすれば他国に関しても) 原和解案の通知は Rule 23(c)(2)(B)の要件を充足していない可能性が高いように思われる。

なお、これらの点は、原和解案に対する日本ペンクラブ会員作家による異議申立書等において指摘されている。

(ii) クラスアクション和解案の通知（上記）の要件充足性

根拠条文である Rule 23(e)(1)によれば、この通知は「合理的な方法」で、和解案に拘束されるクラス構成員の全員に対して行われなければならない。

「合理的な方法」の具体的基準は法令上・判例上必ずしも明らかでないように見受けられるが、前記(i)に述べた個別通知の欠如及び日本語訳の解読困難性という問題点からすれば、日本の権利者に関する限り、原和解案の通知は「合理的な方法」とは言い難く、従って、Rule 23(e)(2)の要件をも充足していない可能性が高いように思われる。

4.3. 修正和解案の論点・問題点

和解案の修正（原和解案 修正和解案⁹³）は、原和解案に対する異議申立書・意見書等において指摘された問題点（特に、前記 4.2.2 において言及した主要論点）をふまえて行われたものである⁹⁴。

しかし、これらの問題点への対処は部分的なものにとどまっており、なお未解決とされる余地もある。そこで、以下、修正和解案における未解決の主要論点を分析する。なお、かかる未解決論点は、修正和解案に対して米国政府・ドイツ政府・フランス政府が裁判所に提出した第三者意見書にも詳述されているため、これらの意見書（以下、それぞれ「新・米国政府意見書」「新・独政府意見書」「新・仏政府意見書」という）を特に参考とした。

4.3.1. 著作権法との抵触（前記 4.2.2.1. 参照）

原和解案のオプトアウト方式（ないし「強制許諾」）は修正和解案においても維持されているため、かかる方式が著作権法上の原則に反するのではないかという疑問は残る。新・米国政府意見書は、この点につき「クラスアクション和解は、実体法上の権利を縮小または拡大するためではなく、訴訟当事者間における現実の紛争を解決するために用いられることが確保されるように、合理的な限界に服すべきである」と述べた上で、クラスアクション和解の限界について、裁判例（*Local No. 93, Intern. Ass'n of Firefighters v. City of Cleveland*, 478 U.S. 501 (1986)、及び *Wal-Mart Stores, Inc. v. Visa U.S.A., Inc.*, 396 F.3d 96 (2d Cir. 2005)）が示す基準をあてはめた上で、いずれの基準によっても修正和解案は限界を超えていると結論

⁹³ 修正の概要については、第2章及び補足通知書（修正和解案別添 N）を参照。

⁹⁴ 補足通知書の冒頭においても、当事者が米国司法省との協議及び原和解案への異議に応えて和解案を修正した旨が述べられている。

付けている。

もっとも、修正和解案において「書籍」の定義が狭まり（第 1.19 条）外国作品の多くは和解範囲外となったことから、その意味では、著作権法との抵触を生じ得る範囲が狭まったといえる。

4.3.2. 独占禁止法違反（前記 4.2.2.2.参照）

（1）孤児作品に係る、グーグルによる競合他社の参入排除

修正和解案では、最恵国待遇条項（原和解案第 3.8(a)条）が削除されたため、競合他社の参入を妨げる要因は減じたといえる。しかし、新・米国政府意見書が指摘しているように、孤児作品についてグーグルのみがオプトアウト方式の恩恵に浴することは修正和解案においても原和解案と同様であるため、グーグルの優位性は依然として維持されており、競合他社の参入排除による独占（同意見書は「事実上の独占性」(*de facto exclusivity*)と表現している）の懸念は完全には払拭されていない。

（2）作家・出版社間の価格協定

卸段階における収入分配条件の取決め

修正和解案第 4.5(a)(iii)条により、市販書籍につき、権利者・グーグル間の交渉によってデフォルトの配分率とは異なる収入配分に合意することが可能となった。

これにより独占禁止法違反の懸念は軽減されたが、新・米国政府意見書は、同条が適用対象を市販書籍に限っており非市販書籍に及んでいないこと、価格以外の条件について柔軟な合意を認めていないこと等の理由で、未だ懸念の払拭には至っていない旨を指摘している。

小売段階における、デフォルト価格の設定及び値引制限

修正和解案第 4.2(b)(i)(2)条及び第 4.2(c)(ii)(2)条により、プライシング・アルゴリズムの決定に際して、他の書籍の価格の変動は考慮されないことが明記された。また、修正和解案第 4.5(b)条により、グーグルの裁量による値引（(i)）及びレジストリの授権による消費者購買の値引（(ii)）が可能となっている。

これにより独占禁止法違反の懸念は軽減されたが、新・米国政府意見書は、個々の権利者がグーグルとの間で価格設定や値引を自由に行えないため、権利者間の価格協定が残存しており、未だ懸念の払拭には至っていない旨を指摘している。

孤児作品の価格設定メカニズム

修正和解案第 6.2(b)(iii)条により、未請求の作品（孤児作品は、概ねこれに含まれ得る）については、レジストリの権限は独立の受託者（未請求作品受託者）に委ねられることとなった。これは、レジストリが登録権利者と孤児作品の権利者の双方を代理することに伴う利益相反の問題を解決する趣旨であり、独占禁止法違反の懸念は軽減するものと考えられる。

しかし、新・米国政府意見書は、未請求作品受託者はレジストリからの独立性が不明であり、権限が限定的であるため、未だ懸念の払拭には至っていない旨を指摘している。

4.3.3. 権利者（特に孤児作品・米国外作品の）に対する手続保障（前記 4.2.2.3.参照）

(1) 適切代表性

まず孤児作品については、修正和解案における以下の条項により、孤児作品の権利者とそれ以外の権利者（レジストリへの登録を行った権利者＝和解案にいう「登録権利者」）との間における利益相反の問題が軽減されたといえる。

- ・第 6.2(b)(iii)条...未請求の作品については、レジストリの権限は独立の受託者（未請求作品受託者）に委ねられる。これは、原和解案のもとでレジストリが未請求作品の権利者及び登録権利者の双方を代理するという利益相反状態を解消する趣旨と解される。
- ・第 6.3(a)(i)条...未請求資金は如何なる場合もレジストリまたは登録権利者には配分されず、権利者探索に用いられるか、効力発生日から 10 年経過後は裁判所の監督下で慈善団体に配分される。これは、未請求資金の分配に関する登録権利者と未請求作品の権利者との間における利益相反を解消する趣旨と解される。

しかし、新・米国政府意見書は、未請求作品受託者はレジストリからの独立性が不明であるため、未だ懸念の払拭には至っていない旨を指摘している。

次に米国外作品については、修正和解案において「書籍」の定義が狭まり（第 1.19 条）外国作品の多くは和解範囲外となったことから、その意味では、そもそも米国外の権利者に関する適切代表性の問題を生じ得る範囲が狭まったといえる。

しかし、新・米国政府意見書、新・独政府意見書及び新・仏政府意見書が指摘しているとおり、米国で登録されているため修正和解案の適用を受ける米国外作品が少なくないことから、未だ問題の払拭には至っていないといえる。

(2) クラス構成員への通知

修正和解案の通知は、補足通知（修正和解案別添 N）の様式で、修正和解案第 12.2 条に定める方法（請求フォーム、オプトアウト申請、異議申立書及び第三者意見書の提出者等への個別通知、原和解案の通知に関与した権利者団体への個別通知、並びにウェブサイトへの掲載等の併用）によって行うものとされている。

修正和解案の通知も、原和解案の通知と同様、以下の二種類の通知を兼ねているようである（前記 4.2.2.3.(2)参照）。そこで、これら通知が の各根拠条文に定められた要件を充足しているか否か、検討する。

クラスアクションの内容等の通知（根拠条文は Rule 23(c)(2)(B)）

クラスアクション和解案の通知（根拠条文は Rule 23(e)(1)）

(i) クラスアクションの内容等の通知（上記 ）の要件充足性

上記のとおり、修正和解案の個別通知は専らグーグルに連絡先情報を提供した者に対してのみ行われるものであり、容易に特定可能な日本の権利者に対して個別通知がされることは想定されていない（実際にも、されていない）ようである。

そうであれば、原和解案と同様、「合理的な努力により特定可能な構成員の全員に対する個別通知」がされたとは言い難い。

従って、日本の権利者に関する限り、原和解案の通知は Rule 23(c)(2)(B)の要件を充足していない可能性が高いように思われる（なお、補足通知の日本語版は原和解案の日本語版に比べて相当にわかり易くなっており、「明瞭かつ簡潔に、平易で理解しやすい用語」による説明に近づいているが、そのみによって Rule 23(c)(2)(B)の要件が充足されるわけではない）。

(ii) クラスアクション和解案の通知（上記 ）の要件充足性

前記(i)に述べた個別通知の欠如という問題点からすれば、日本の権利者に関する限り、修正和解案の通知は「合理的な方法」とは言い難く、従って、Rule 23(e)(2)の要件をも充足していない可能性が高いように思われる。

なお、参考までに、以下の点を補足する。

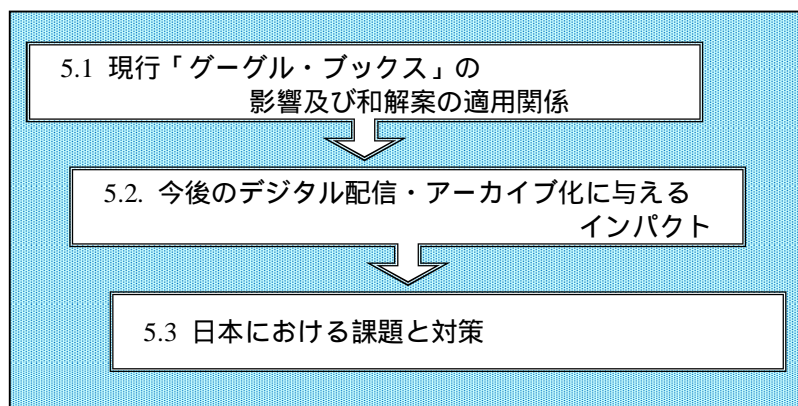
- 和解案の修正によって和解クラスから外れた権利者に対する通知は、Rule 23 によっては要求されていない。但し、必要に応じて合理的な通知をなすべきとの見解もある（前記 3.2.3.3.参照）。特に本件では、本和解がこれ程の社会問題となった後、和解クラスから外れた旨の網羅的な通知を関係者におこなわず、いわば「放置」することの是非は、別途問われ得る。

また、上記の方法による修正和解案の個別通知の対象者に含まれていたり、和解管理ウェブサイト閲覧した者は、事実上は通知を受けたのと同様の結果になる。また、

かかる権利者にとっての情報源として、「グーグル・ブックス」のウェブサイトがある。グーグルは、和解案の修正によって和解クラスから外れた（すなわち、本和解の適用対象外となった）権利者が採り得る選択肢（パートナーシップ・プログラムへの参加による配信許諾や、デジタル・コピーの削除要求等）について、ウェブサイト上で情報提供を行うこととしている（<http://books.google.com/support/partner/bin/answer.py?answer=166297>）。

- オプトアウトした権利者に対する通知は、Rule 23 によっては要求されていない。但し、上記のとおり、修正和解案第 12.2 条に基づき補足通知の個別送付が行われる。

第5章 わが国への実質的影響



以下では、5.1 項において、既存ブックサーチ及び和解案の日本の作家・出版社への直接の影響を、5.2 項において、和解案を含む世界的な書籍・雑誌のデジタル配信・アーカイブ化の動向と、その影響を受けつつ進む日本の取り組み、5.3 項において、日本でデジタル配信・アーカイブ化が進展して行く上での課題と、その克服のための選択肢を検討する。

5.1. 日本の作家・出版社への、現行「グーグル・ブックス」の影響及び和解案の適用関係

5.1.1. 現行「グーグル・ブックス」の影響

現行のグーグルによる書籍検索・表示サービス（「グーグル・ブックス」）では、前記 4.1. の冒頭で述べたとおり、日本語版の場合、検索結果の表示に加えて書籍自体につき 全文表示・プレビュー表示・スニペット表示・「プレビュー不可」という 4 種類の態様で表示がなされているようである。

グーグルのサイトで、「日本で提供されるブック検索の機能はこれまでと全く同じでなんら変更はありません」と述べられている（www.books.google.com/googlebooks/agreement/）。従って、日本からのアクセスに応じた検索結果表示（スニペット表示を含む）は、本和解が成立した場合でも、その後も継続するものと思われる。

従って、「グーグル・ブックス」による著作権侵害の問題は、今後も生じ得る。スキャンが日本国内で行われれば複製権侵害（著作権法第 21 条）日本国内からの検索に応じたページ表示に伴うデジタル・データの発信行為が日本国内（のサーバー）から行われれば公衆送信権侵害（同法第 23 条第 1 項）となることは疑問の余地が少ないが、日本国外で行わ

れた場合、日本の著作権法を適用できるか、問題となる。

まず、スキャンが日本国外で行われた場合には、複製行為が日本国外で完結するため、日本の著作権法第 21 条を適用することは困難と思われる。

次に、ページ表示に伴うデジタル・データの発信行為が日本国外（主に想定されるのは米国）で行われた場合の帰結は、受信行為地によって異なり得る。

受信行為も日本国外であれば、やはり送信行為が日本国外で完結するため、日本の著作権法第 23 条を適用することは困難と思われる。

これに対し、受信行為が日本国内である（すなわち、日本国内からアクセスされた）場合は、適用法につき複数の見解が成り立ち得る。公衆送信行為については、発信国法説（発信地の所在国の法律が適用されるとする説）・受信国法説（受信地の所在国の法律が適用されるとする説）・「再密接関係地たる受信国」法説（受信地の所在国のうち、送信行為との関係が最も密接である国の法律が適用されるとする説）等の見解がみられ⁹⁵、発信国法説によれば日本法は適用されないが、受信国法説では日本法が適用されることになる。「再密接関係地たる受信国」法説によれば、必ずしも一義的な結論は導き難いものの、万一日本語のウェブサイトで日本語の書籍のデジタル・データが送信される場合には、送信行為が主として念頭に置いている受信者層が日本国内に集中していることが明らかであろうから、日本法が適用されるとの結論に至り易いように思われる。

（日本の著作権法が適用される場合の、著作権侵害の成否については、前記 4.1.2.を参照。）

なお、日本において「権利制限の一般規定」が導入されると、日本でも現行「グーグル・ブックス」が正当化されるのではないかと懸念があるが、この点については、現在、文化審議会において「権利制限の一般規定」についての検討が進められており、具体的な内容が定まっていないため、現時点ではそうした懸念が当たるかどうかは判然としない。（なお、かかる懸念の前提として、そもそも現行「グーグル・ブックス」が著者・出版社に与えているメリット・デメリットの検証も必要であろう。）

5.1.2. 和解案の適用関係

⁹⁵ 前掲・田村「Google Books 和解案の光と影」（NBL925 号 27 頁）を参考にした。なお、「文化審議会著作権分科会国際小委員会 国際裁判管轄・準拠法ワーキングチーム報告書」（平成 22 年 1 月）（文化庁のウェブサイトに掲載されている（http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/kokusai/h21_03/pdf/shiryo_1_2.pdf））では、公衆送信権侵害の準拠法に関連して、侵害発生地を受信地とみるか「権利侵害の要件を充足する事実の存在する地」とみるかで意見が分かれたとされている。後者の意見によれば、発信地が米国内・受信地が日本国内である場合、「日本で提起された著作権（公衆送信権）侵害訴訟においては、日本法の概念で侵害発生地を判断することとなるが、我が国著作権法は、送信行為構成をとっているため、送信行為のある国が公衆送信侵害の発生地とみることになり、送信行為のある米国の法を適用すべきこととなる」との見解が示されており、発信地国法説と同じ結論になる（上記の「送信行為構成」とは、公衆送信権を「公衆に向けた送信を行う権利」と構成することと定義されている）。

5.1.2.1. 適用範囲

和解案の適用範囲については、前記 2.2.2 を参照。

2009 年 1 月 5 日以前に出版され、かつ同日以前に米国で著作権登録されている作品は、日本でのみ出版されているものであっても、和解対象となるので注意を要する。

5.1.2.2. 適用の結果

(1) 著作権侵害に基づく責任追及の可否

(i) 米国からのアクセスについて

本和解が最終承認された場合、米国からのアクセスに対する和解条件に従った書籍等のページ表示（公衆送信行為）を、著作権侵害に問うことができるか。

米国で提訴（本件訴訟の手續外で新たな差止請求・損害賠償請求等の訴訟を提起）することも理論上は考えられるが、和解が発効している以上、それに従った利用が米国の裁判所により米国著作権法違反と認定されることは考え難いので、実効性は期待し難い。

日本で提訴する場合には、以下の点が問題となり得る⁹⁶。

日本の裁判所が管轄権を有するか

米国からのアクセスについては、利用行為（発信から受信まで）が米国で完結するため、日本との関連性を見出し難く、管轄が認められない可能性が高い。

外国における裁判上の和解が、日本において効力を有するか

裁判上の和解は確定判決に準じるものと解されるため、本件和解が民事訴訟法第 118 条の要件を充たすかが問題となる。

同条は、外国裁判所の確定判決等が日本において効力を有するための要件を 4 つ掲げているが（同条 1 号ないし 4 号）本件和解では、特に以下の点が問題となり得る。

- 本和解契約に基づく、通知書の個別送付と新聞・雑誌等への掲載とを併用する方法で行われた通知が、同条 2 号の要件（当事者が「公示送達その他これに類する送達」以外の方法による送達を受けたこと）を充足するか否か

⁹⁶ 道垣内正人「外国裁判所によるクラス・アクション判決（和解）の日本での効力-Google Books をめぐる問題を例として-」（NBL925 号「特集 米国クラス・アクションの日本の法制度への影響～Google 和解をケーススタディとして～（上）」20 頁）を参考にした。

- ・ オプトアウト型のクラスアクションという、日本にない手続による裁判上の和解が、同条 3 号の要件（判決の内容及び訴訟手続きが、日本における公序良俗に反しないこと）を充足するか否か

適用法令

公衆送信行為における発信地・受信地とも米国であるとすれば、適用法は米国著作権法であると解される。従って、日本の裁判所が米国著作権法（なканずく、フェアユース規定）を適用して⁹⁷著作権侵害の成否を判断することになる。

(ii) 日本からのアクセスについて

本和解においてグーグルの想定するアクセス制限が機能せず、和解条件に反して日本からのアクセスが事実上可能である場合、かかるアクセスに応じたグーグルによる公衆送信行為、ないし当該公衆送信を受けた日本のユーザーによる複製行為を日本の著作権法違反に問うことができるか、問題となり得る。

(a) 送信行為

書籍のデジタル・データの発信行為は日本国外（米国）で行われているが、受信行為地は日本国内となる。このような場合に日本の著作権法第 23 条が適用されるかについては、前記 5.1.1.参照（公衆送信行為に対する適用法の選択については諸説あり、そのいずれを採るかにより、結論が異なり得る）。

(b) ユーザーによる複製行為

日本のユーザーによる、書籍のデジタル・データの複製（印刷、コピー＆ペースト、及び将来可能となり得るダウンロード）は、行為地が日本であるため日本の著作権法が適用されると考えられる。

とすれば、かかる複製は私的使用のための複製として原則適法となるが（著作権法第 30 条第 1 項）、同項各号に該当すれば、例外的に違法となる⁹⁸。

(2) 和解の適用対象外となることの影響

⁹⁷ もっとも、理論上は、法の適用に関する通則法 42 条（「外国法によるべき場合において、その規定の適用が公の秩序又は善良の風俗に反するときは、これを適用しない」）により、フェアユース規定の適用が否定される可能性がないわけではない。

⁹⁸ もっとも、同項第 2 号の「技術的保護手段」は著作物の利用を伴わない単なる視聴の防止手段を含まないと解されるため（半田正夫・松田政行編『著作権法コンメンタール 2』（勁草書房、2009 年）152 頁）、本和解に基づくサービスへの米国外からのアクセス防止措置は「技術的保護手段」にあらず、従って米国外からアクセスしたユーザーが行う複製を同項第 2 号により著作権侵害に問うことは困難と思われる。

和解案の修正により、日本で出版された書籍の多くが本和解の適用対象外となったが（前記 2.2.2.参照）このことは権利者にとってメリットばかりともいえない。

まず、和解案そのものを通じた収益機会（デジタル化の補償金についても）は失われる。もっとも、グーグルと相対で交渉する事実上の可能性は閉ざされていない（権利者としては、自身の書籍について本和解と同様の条件による利用許諾を申し入れること⁹⁹の他に、グーグル・パートナー・プログラムに加わることが考えられる。特に、大手出版社や著名作家のようにグーグルにとって魅力的な取引相手となり得る権利者の場合）。但し、これはあくまで法的には任意であり、グーグルが応じる確証はない。

次に、仮に権利者がスキャン自体に不満であっても、スキャンが米国著作権法に基づくフェアユースに該当するならば、米国で行われる新規スキャンの停止や既に行われたスキャンのデータの削除は、和解範囲外においてはグーグルに法的な応諾義務がないため、強制することはできないと思われる¹⁰⁰。

なお、グーグルは「グーグル・ブックス」のウェブサイトにおいて、和解案の修正によって和解クラスから外れた（すなわち、本和解の適用対象外となった）権利者が採り得る選択肢（データの削除要求等）について、ウェブサイト上で情報提供を行うこととしている（<http://books.google.com/support/partner/bin/answer.py?answer=166297>）。当面は、このサイトの更新情報を注視するのが良策と思われる。

本和解からオプトアウトした権利者についても、同様の問題点が存し得る。但し、和解管理ウェブサイトの FAQ（No.21）には「オプトアウトした権利者からの削除要求・非表示要求に対しては、それが正当な権利者からの要求であり、かつ対象たる書籍等が特定されていれば、（修正和解契約上の義務ではないが）自主的に尊重する（“voluntarily honor”）」旨の記述があり、（保証はないものの）このような自主的な削除や非表示が行われる可能性はある。

5.1.2.3. 本件修正の評価

日本書籍の大部分が本件和解の対象から除かれた点については、「ひとまず最悪の事態は

⁹⁹ 当初の和解通知（修正和解契約の別添 I）第 14 項には、「本件和解からオプトアウトした場合でも、後日、レジストリまたはグーグルに連絡して、貴殿の書籍を本件和解契約のプログラムに含める別途の取引に向けた交渉を試みることはできるかもしれません」と述べられている。オプトアウトした権利者だけでなく、そもそも本和解の適用対象外である権利者がそのような交渉を申し入れたとしても、グーグルが応じるかは不明であるが、理論上は交渉が成り立つ可能性がある。

¹⁰⁰ もっとも、グーグルは「グーグル・ブックス」のウェブサイトにおいて、いつでも権利者からの要求に応じて書籍等を検索結果から削除する用意がある旨を述べている（<http://books.google.com/support/partner/bin/answer.py?hl=en&answer=20771>）。従って、法律上または和解契約上の義務がなくとも、グーグルがスキャンの停止ないしスキャン・データの削除に応じる可能性はある。

回避された」など、これを一定の前進ととらえる関係団体の反応が目立つ¹⁰¹。その一方で、グーグルによる配信を希望していた著者・出版社からの違和感の表明や、（従来の和解案では可能だった）同社によるスキャン済みの日本書籍のデータ削除を求めたり今後のスキャン自体を封じ込める手段が曖昧・困難化した点の指摘も、見られる¹⁰²。また、このままでは電子出版分野で日本が遅れを取るとの危惧は、立場を超えて根強い¹⁰³。

5.2. 今後の書籍・雑誌のデジタル配信・アーカイブ化に与えるインパクト

5.2.1. 世界的な書籍・雑誌のデジタル配信・アーカイブ化の動向

5.2.1.1. 米国

米国では、2007 年にアマゾンの読書専用端末「キンドル」が発売されて以来、電子出版市場は主としてハード主導によって拡大を続けている（本書では時に、書籍・雑誌のデジタル配信を総称して「電子出版」と呼ぶ）。2009 年 9 月までの電子書籍の毎月の販売額は 1500 万ドルで、出版市場全体の中での比率はまだ低いものの、前年の 3 倍という急ピッチで拡大中とされる¹⁰⁴。

2010 年 1 月現在、キンドルの米市場シェアは 60-65%とされ¹⁰⁵、日本を含む世界 100 ヶ国以上でキンドルの販売を開始した。これを猛追する Sony の新機種「リーダー」のシェアは 30-35%、タッチパネル方式を特徴とし、グーグルから無償提供される 100 万冊を含めて百数十万冊が読書可能になる予定とされる¹⁰⁶。

更に、2009 年 11 月には書店チェーン最大手のバーンズ・アンド・ノーブル（B&N）も独自端末「ヌーク」を投入し、2010 年 1 月には、後述するように iPhone で世界の携帯市場を席巻した Apple が、満を持して読書端末機能を有するタブレット型 PC「iPad」を発表するなど、市場は過熱気味に活況を呈している。

米国の端末市場は 2009 年の 300 万台から 2010 年には倍増すると予想され、全世界的に

¹⁰¹ 毎日新聞 2009 年 12 月 10 日東京朝刊、<http://www.jvca.gr.jp/tokushu/google/pdf/jvcanewsgsp091119.pdf> ほか。

¹⁰² http://internet.watch.impress.co.jp/docs/news/20091116_329316.html、http://builder.japan.zdnet.com/member/u48681/blog/2009/11/24/entry_27035497/ ほか。

¹⁰³ 産経新聞 2009 年 11 月 19 日東京朝刊、<http://ikedanobuo.livedoor.biz/archives/51312798.html>、http://www.dotbook.jp/magazine-k/2010/01/06/before_the_big_ebookstore_arrives/ ほか。

¹⁰⁴ <http://www.itmedia.co.jp/news/articles/0912/04/news035.html>

¹⁰⁵ 毎日新聞 2010 年 1 月 5 日東京朝刊、<http://www.sankeibiz.jp/business/news/100122/bsb1001220507004-n1.htm>

¹⁰⁶ 前掲毎日新聞 2010 年 1 月 5 日東京朝刊 ほか

も、2009 年の 520 万台から 2013 年には 2200 万台に拡大すると予想されている¹⁰⁷。

他方、本件和解問題により 2009 年の台風の眼となったグーグルは、権利者の許諾のとれた作品を中心に、「グーグル・エディションズ」と名付けた配信サービスを、まずは 50 万冊程度の規模で 2010 年中に開始すると発表している。グーグル・ブックスによる電子書籍もこの配信サービスに加わる予定であり、修正和解が正式承認されれば上記冊数は飛躍的に増大し、同サービスはただちに世界最大規模の書籍のデジタル配信サービスとなる可能性がある¹⁰⁸。

米国ではこのように、電子出版は民間企業主導で進んでいる。そこで事業者が直面する課題は少なくないが、本件和解でも最大の争点となった、権利者不明の「孤児著作物」を中心とする、電子出版のための権利処理コストを上げることができよう。

かかる権利処理コストのゆえに、ボランティア中心に保護期間の切れた書籍約 3 万点を収録し無料配信する「プロジェクト・グーテンベルク」のような、先駆的なアーカイブ事業はパブリック・ドメイン作品を中心に展開して来た側面がある。

連邦議会は現在、「孤児著作物対策法案」を審議中である。これは、著作権者の所在を特定するために「善意かつ合理的に誠実な調査」を利用者がおこなった場合には、事後的に権利者が現れても、損害賠償の範囲を「合理的な補償」の範囲に制限し（非営利目的など一定の条件を満たせば賠償は不要）、かつ、作られた二次的著作物などを中心に差止の対象とならないとすることを柱とする¹⁰⁹。

5.2.1.2. EU 諸国

これに対して EU では、書籍・雑誌のデジタル化は民間事業以上に、公共セクター主導によるアーカイブとして進められる印象が色濃い。

2005 年には、EU の情報通信政策の枠組み「i2010」の一環として、「i2010：デジタル図書館イニシアティブ（Digital Libraries Initiative：DLI）」が策定され、2008 年 11 月には、EU 主導の電子図書館「ユーロピアーナ」の試験運用・一般公開が開始された（正式公開は 2010 年）。こうした動きの端緒は、2001 年 4 月に欧州委員会がヨーロッパの文化的・科学的資料のデジタル化政策についての汎欧州的なビジョンの確立を唱えた、「ルンド原則」などに求められるとされる¹¹⁰。

同図書館は、書籍に限らず、オーディオビジュアル作品、写真、公文書などを広く収蔵することに特徴があり、2009 年 12 月時点では 500 万点以上が収蔵・無料公開されている。

¹⁰⁷ 前掲毎日新聞 2010 年 1 月 5 日東京朝刊

¹⁰⁸ http://www.readriteweb.com/archives/more_details_emerge_on_google_editions_googles_ebook_store.php

¹⁰⁹ <http://www.copyright.gov/orphan/>、<http://www.orphanworks.net/History/> ほか。

¹¹⁰ 同図書館の詳細は、独立行政法人情報通信研究機構パリ事務所「欧州主要国における著作権法制とデジタル図書館調査 に関する調査報告書」（2009 年）60 ないし 76 頁に詳しい。
<http://www2.nict.go.jp/r/r313/images/stories/pdf/re090212.pdf>

2010 年中には、更に倍増が計画されている¹¹¹。また、同図書館は、単一のシステムに全てのデジタル情報を収蔵しようというのではなく、加盟国で個別におこなわれている様々なデジタル化プロジェクトを組み合わせ、いわば単一のアクセスポイントを介して複数のデータベースを検索し、資料を利用させようとするものである。

こうした積極的な取り組みの背景には、元フランス国立図書館長ジャン＝ノエル・ジャンヌネー氏が『Google との闘い 文化の多様性を守るために』（佐々木勉訳、岩波書店、2007 年）などで訴えたように、グーグルなどの巨大な営利企業が書籍のネット流通を掌握することによる作品の序列化・アングロサクソン文化への偏向への警戒があり、書籍・雑誌をはじめ文化のデジタルアーカイブを担うのは中立的で安定した公共セクターであるべきだ、との戦略的思考が見てとれる。時系列的に見ても、2004 年 12 月のグーグルによる最初の「グーグル・プリント」計画の公表の翌月にはジャンヌネー氏の最初のアピールがあり、その 8 ヶ月後には「i2010：デジタル図書館イニシアティブ」が策定されている。

野心的な EU の取り組みではあるが、米国におけるのと共通の、若しくは公共政策特有の、幾つかの課題に直面している。

課題の代表格は、グーグルをはじめアメリカの事業者のそれと同様、「権利処理・契約処理」である。デジタル化の権利処理をおこなえない孤児著作物の多さ、また絶版書籍を中心とする作家・出版社など関係者の利害調整の困難さにも阻まれ、現在のユーロピアーナは、基本的にパブリック・ドメインの作品のみに対象を絞っている。

このような権利問題の解消のため、EU レベルでは、2008 年 7 月「知識経済における著作権に関するグリーンペーパー」において、孤児著作物の扱いを含む、書籍のデジタル化及び提供のための著作権の整備について検討を開始し¹¹²、2009 年 10 月 19 日付通信「知識経済における著作権」では、今後の目標として「孤児著作物について必要とされる権利者調査の共通基準の確立と、潜在的な著作権侵害の解消」を挙げている¹¹³。また、個別国レベルでも、フィンランド・スウェーデンなどの 4 ヶ国で、「集合ライセンスを拡張した機構」により孤児著作物の処理がおこなえるとされるが¹¹⁴、総じて各国は取り組み途上といえる。

他方、公共政策特有の課題は多岐にわたるが、代表格は言うまでもなく財源問題である¹¹⁵。

デジタル化に特に意欲的なフランス政府は、サルコジ大統領が各種作品のデジタル化に 7.5 億ユーロもの巨額拠出をおこなうと発表し、またグーグルとの連携を模索するなど、積極策を矢継ぎ早に打ち出している¹¹⁶。このほかギリシャ政府が 2003 年から 2007 年にかけて

¹¹¹ <http://current.ndl.go.jp/node/14238>、<http://current.ndl.go.jp/node/15520>

¹¹² http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/greenpaper_en.pdf。図書館及びアーカイブにおけるデジタル化及び提供については同 3.1 項。

¹¹³ http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-info/20091019_532_en.pdf。孤児著作物については同 3.2 項。

¹¹⁴ 前掲「欧州主要国における著作権法制とデジタル図書館調査 に関する調査報告書」70 頁。

¹¹⁵ 以上及びその他の EU での取り組みについては、佐々木勉「グーグル書籍検索と欧州の書籍等デジタル化政策」コピライト 585 号 51 頁以下（著作権情報センター、2010 年）が詳細に伝えている。

¹¹⁶ <http://www.france24.com/en/20100112-france-accepts-googlerole-book-scanning>

て総額 1 億ユーロの助成をおこなうなど意欲的な例も見られるが、財政的な制約からデジタル化にそこまで積極的には取り組めていない国も数多い。

5.2.1.3. 韓国

隣国韓国では、2000 年以来、先進的な「図書館情報化推進総合計画」により主要図書館の書籍のデジタル化と他の図書館への伝送、更には「著作権に抵触しない範囲での」自宅からの閲覧、印刷が許されるようになった。これにあわせて、2000 年と 2003 年の著作権法改正により、閲覧や印刷の度に権利者には補償金（図書館補償金）が支払われるようになった¹¹⁷。

5.2.2. 日本での書籍・雑誌のデジタル配信・アーカイブ化の動向

5.2.2.1. 日本での過去の取り組み

日本での電子出版の試みは古く、たとえば 1998 年の「電子書籍コンソーシアム」による、読書専用端末の開発を含む「ブック・オン・デマンド総合実証実験」や、2000 年に角川書店ら大手 8 社の参加でスタートしたテキストデータによる「電子文庫パブリ」が見られる。2004 年には、松下電器による「Σブック」やソニーによる「LIBRIe（リブリエ）」といった読書専用端末が発売されたが、ビジネス的に成功するには至らず販売中止を発表している¹¹⁸。

このように専用端末は苦戦したが、2000 年代を通じて、電子出版市場は順調に拡大を続けて来た。2008 年度の市場規模は、対前年比 131%の 464 億円とされる¹¹⁹。牽引役は携帯電話向けの市場で、2006 年度には前年度比 243%となる 112 億円ではじめて PC 向け市場を上回り、2008 年度には 402 億円と市場の大部分を占める。また、電子出版全体の中で電子コミックの市場規模は約 350 億円、市場全体の 75%を占め、更にそのうちの実に 94%が携帯電話向け電子コミックである¹²⁰。

このように、電子出版の分野では日本はむしろ先発であり、市場規模について言えば 2008 年度において 5240 万ドル（約 51 億 7000 万円）に過ぎない米国を、圧倒的にリードしていたと言って良い。しかし、2008 年 7 月に「スマートフォン」と呼ばれる iPhone3G が登場し、

¹¹⁷ 白井京「韓国の電子図書館法制―「IT 大国」の図書館法と著作権法」

<http://www.ndl.go.jp/jp/data/publication/legis/242/024204.pdf>

¹¹⁸ 国立国会図書館「電子書籍の流通・利用・保存に関する調査研究」（2009 年）15 頁以下参照。

¹¹⁹ インプレス R&D インターネットメディア総合研究所『電子書籍ビジネス調査報告書 2009』10 頁以下。

¹²⁰ 前掲『電子書籍ビジネス調査報告書 2009』46 頁以下。ただし、同 35 頁にある通り、同書の分類による電子書籍・電子コミックとも売れ筋は「成人コミック」「ボーイズラブ」「ティーンズラブ」と呼ばれるような、「性的興奮を誘因するもの」に偏っていることが指摘されており、「ユーザー層の広がり」が今後の市場拡大の鍵とされている。

それと同時にスタートした App Store が (iTunes Store の 1 カテゴリーとして) キャリアごとの障壁なく世界中で電子書籍を販売するようになると、そのような先進性は短期間で崩れて行く。

現在、携帯電話市場の主力は、iPhone3G やグーグルのオープンプラットフォームである「アンドロイド」搭載機のようなスマートフォンへと、急速に移行して行く様相を呈する。また、前述の海外での読書専用端末の躍進に触発され、NEC やシャープなどの家電メーカーも再度、専用端末への参入を表明している¹²¹。

当面、日本では、キンドルや iPad の日本本格上陸をにらみつつ、既存の出版・電子出版事業者やメーカー・キャリアがこれら米国発の機器やサービスとどう連携し、対抗して行くか、並びに、ニンテンドーDS や Play Station Portable (PSP) といったゲーム端末 (それぞれ、2009 年上半期に世界累計の販売台数で 1 億台及び 5000 万台を超える) の展開を、軸に進むことが予測されている¹²²。

5.2.2.2. 民間のビジネス・プロジェクト

現在、電子出版の民間ビジネスとしては、先駆者である「電子書店パピレス」、前述の「パブリ」のほか、「eBookJapan」など多数が競い合っている¹²³。

各出版社も、こうした既存のオンラインショップに商品を提供するほか、グーグルなど新規参入の電子出版サービスとの提携にも積極的に取り組む例は少なくない。電子出版の国内市場は、2008 年度の 464 億円から、5 年後には 3000 億円規模になることが予想されている¹²⁴。他方、紙媒体での出版市場は長期低落傾向が続き、2008 年には前年比 3.2% 減の 2 兆 177 億円、中でも雑誌市場の縮小は厳しく、1997 年の 1 兆 7000 億円が 2009 年には 1 兆 1000 億円にまで落ち込んでいる¹²⁵。

2010 年 2 月には、講談社・小学館・集英社など主要出版社 21 社 (国内の電子書籍市場における合計シェア 9 割) が一般社団法人「日本電子書籍出版社協会」(仮称) を発足し、書籍デジタル化の規格づくりや契約モデル作りで大同団結すると報道されている¹²⁶。

こうした大同団結の背景には、アマゾンなどの攻勢に対する危機感があるとされる。同社は 2010 年 1 月、作家と出版社に対して販売代金の 70% という高率の印税を支払うことを表明 (ただし印刷版の最安値より 20% 以上安価な電子書籍であることが条件) し、また、個別の作家へも直接の作品提供を持ちかけたと報道されている¹²⁷。

中川正春文部科学副大臣は 2010 年 1 月、作家、出版社、IT 企業間の利害調整に文科省が

¹²¹ 前掲毎日新聞 2010 年 1 月 5 日東京朝刊

¹²² 前掲『電子書籍ビジネス調査報告書 2009』49 頁以下。

¹²³ 各社の展開状況は、前掲『電子書籍ビジネス調査報告書 2009』93 頁以下に詳しい。

¹²⁴ 朝日新聞 2010 年 1 月 13 日東京朝刊

¹²⁵ 産経新聞 2010 年 1 月 14 日東京朝刊

¹²⁶ 前掲朝日新聞 2010 年 1 月 13 日東京朝刊

¹²⁷ <http://www.sankeibiz.jp/business/news/100122/bsb1001220507004-n1.htm>

積極的役割を果たす意向を表明した¹²⁸。その後、文部科学省、経済産業省及び総務省により「デジタル・ネットワーク社会における出版物の利活用の推進に関する懇談会」が開催される運びとなっており（第1回懇談会は平成22年3月17日開催）そこでの議論の動向にも注意を払う必要がある。

雑誌サイドでも、2009年8月、日本雑誌協会は45社以上が参加する「雑誌コンテンツデジタル推進コンソーシアム」(<http://www.j-magazine.or.jp/consortium.html>)を立ち上げ、統一の契約書や使用料配分システムを整備しようとしている。2010年1月末より、総務省サイバー特区の予算を活用して、モニター参加による雑誌100タイトルのネット配信の実証実験をおこない、2年後には実用化をはかろうとしている¹²⁹。

5.2.2.3. 公共セクターのプロジェクト

国会図書館では、すでに著作権保護期間の切れた明治・大正期などの所蔵図書を中心に、15万6000冊の画像データを「近代デジタル・ライブラリー」として無償ネット公開しているが、更に本年度は1968年までの蔵書約90万冊のデジタル化を計画している¹³⁰。

また、こうした電子書籍の活用策を協議するため、2009年11月、国立国会図書館、社団法人日本書籍出版協会（書協）及び社団法人日本文藝家協会が、「日本書籍検索制度」のための提言協議会を設立した。協議会では、国会図書館が電子化する納本書籍のデジタル配信、なかんずく有料配信と収益の権利者への分配モデルを協議中である。グーグル和解を意識して「あくまでも事前の許諾を必須とする」旨の方針が示され、4月には具体的な提言が公表される予定とされる¹³¹。

5.3 日本における書籍・雑誌のデジタル配信・アーカイブ化の課題と対策の検討

前述の通り、日本の出版界には、EUと同様、グーグル・アマゾン・Appleなど海外（なかんづく米国）企業主導で電子出版が進むことへの危惧が少なからず見られる。それは時に、「出版文化（活字文化）の危機」という言説となって現れる。

第一に、かかる危惧は「独占の弊害」に対して向けられる。すなわち、第4.2.2.2（1）で述べたように、流通を少数企業が寡占することにより、電子出版物の価格が一律で高く（若しくは一律で安く）固定されてしまうことへの懸念である。（これは、「現在我が国では再販価格維持が認められているため、ネット流通は競争によって価格の弾力性を高める」と

¹²⁸ 朝日新聞 2010年1月7日東京朝刊

¹²⁹ 朝日新聞 2009年10月19日東京朝刊ほか

¹³⁰ <http://www.itmedia.co.jp/news/articles/0910/15/news020.html>

¹³¹ 毎日新聞 2009年11月6日東京朝刊

いう議論とは別次元の懸念である。そうした競争の結果、電子出版を一部企業が寡占した後に来る、価格支配力に対する懸念だからである。)

また、本件和解へのドイツ政府及びフランス政府の意見書にあるように、当該企業が配信する書籍の選択やランク付け等を掌握する結果、情報への自由なアクセス及び文化の多様性が害されることへの懸念も存在する。いわゆる「Googlization」(脚注 89 参照)の危惧である。

第二に、これと並行するものとして、危惧は「既存ビジネスモデルの長所の破壊」にも向けられる。これは端的には、出版社が現在果たしている機能が失われることへの懸念といえる。

現在、出版社は、単に紙媒体たる書籍・雑誌の製造(製版及び印刷)機能ばかりでなく、出版物が誕生し流通する上で多様な役割を(少なくとも理念の上では)果たしている。すなわち、出版社は 作家を発掘し育成し(発掘・育成機能) しばしば作品の創作をさまざまな面でサポートし、時にリードし(企画・編集機能) 文学賞や雑誌媒体に代表される蓄積された信用により、作家を世に紹介・推奨し(ブランド機能) 書籍・雑誌を宣伝しさまざまな販路を通じて展開し(プロモーション・マーケティング機能) 作品の二次展開においては窓口や作家の代理を務める(マネジメント・窓口機能)など、多彩な機能を発揮している。

仮に電子出版を他のプレーヤーが担い、その過程から出版社が除外されることで収入源を失い疲弊するならば、出版社が従前果たしていた上記の機能をどのプレーヤーが担うのか。言いかえれば、こうした多様な創作コストを負担した上で新規事業者は電子出版を担う用意があるのか。「出版文化の危機」という言説の背後には、こうした懸念が横たわっているようにも思える。

もっとも、そもそも出版産業は、前述したように長期縮小傾向が続いており、現状はすでに危機的ともいえる。また、出版社が常に前述したような多彩な機能を担って創作を支えて来たかといえ、異論もあろう(例えば、マンガ雑誌や文芸誌と、専門書の出版社とでは、出版社の役割や作家との関係も大きく異なるはずである)。よって、従来のビジネスモデルの長所を現に発揮しつつ、出版社を含む関係事業者がいかに書籍・雑誌のデジタル化のメリットを活用して行けるのか、が課題といえる。

かかる問題意識のもと、日本において、書籍・雑誌のデジタル配信・アーカイブ化を進める上では、予算面・技術面・ビジネスモデル上の諸課題に加えて、例えば、以下のような法制面及び契約面の課題があると考えられる。

5.3.1. 権利処理のコスト

書籍・雑誌のデジタル配信・アーカイブ化を大規模に進める上で、（欧米でも指摘されるように）著作権をはじめとする権利処理のコストが大きな課題となっている。言うまでもなく、書籍・雑誌のデジタル化とそのネット配信は、ほとんどのケースでは著作物の複製・公衆送信行為を伴うのであり、保護期間の切れた作品を除けば複製権・公衆送信権に関する利用許諾（権利処理）が必要となる。

こうした権利処理のコストは、次のように大別することができる。

（１）許可をもらう代償に権利者に払う対価（「使用料」や「印税」）

（２）許可をもらうための作業に要する、「取引コスト」（トランザクションコスト）

後者はさらに三分されて、権利者を探すまでのサーチコスト、権利者と交渉して許可をもらうまでの交渉コスト、権利者が対価を受け取るまでの徴収分配コスト、に分けられる。

著作物利用全般に言えることだが、(1)及び(2)の権利処理コストを含む事業コストが作品利用による便益を上回れば、著作物利用ビジネスの障害となりうる。

5.3.2. 孤児著作物の多さ

この点、そもそも権利者及びその連絡先が判明しない作品（言い方を換えれば前述のサーチコストが非常に高い作品）が、いわゆる「孤児著作物」である。

保護期間は終了した著書の例ではあるが、国立国会図書館が「近代デジタル・ライブラリー」で直面した困難さが、文化審議会著作権分科会の「過去の著作物等の保護と利用に関する小委員会」において報告されている¹³²。

すなわち、デジタル化・配信の候補となった明治期刊行図書 15 万 6000 冊、著者 7 万 2000 名余のうちで、没年が不明で保護期間終了の有無がわからない者が実に 71% に上った。そのほとんどは調査の結果連絡先がわからず、文化庁長官の裁定を利用して配信可能となった。連絡先が明らかになり、許諾を得られた権利者は 260 名強に過ぎない。

なお、裁定では、万一今後保護期間が続いている権利者が発見された場合、一冊あたりに支払われる補償金（５年間）は 51 円と決定された。他方、こうした没年及び連絡先調査（そのほとんどは不奏功に終わった）に要した期間は 28 ヶ月、総費用は 2 億 6000 万円、ひとりあたりの連絡先調査費は 2300 円であったとされ、古い書籍については、孤児著作物の多さと共に、前項(2)の取引コスト（特にサーチコスト）が課題であることを感じさせた。

上記は、書籍の著者だけに注目した処理であったが、実際には書籍にかかわる権利者は写真家・挿絵画家・装丁家・モデルなど多数考えられ、また、多数の著者が寄稿する雑誌・新聞など、極めて多くの権利者が関与する。ある程度古い書籍・雑誌となるとその相当部

¹³² 2007 年 4 月 27 日・第 2 回同小委員会における国会図書館配布資料
（http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/gijiroku/021/07050102/009/002.pdf）及び同議事録参照。

分の要素が孤児著作物となっていることは想像に難くない。このように、孤児著作物の多さは、デジタル配信・アーカイブ化にとって大きな障壁となり得る。

5.3.3. 裁定制度の活用状況

こうした孤児著作物を利用する手段として、現行法には「裁定制度」がある。しかしながら、こうした裁定制度は従来、必ずしも幅広く活用されていたとはいえず、前述の国会図書館が利用した際には、それ以前 4 年間ではじめての利用であった¹³³。過去 3 年間は年間数件の利用があり、また、近時の著作権法改正で、裁定申請中でも担保金を供託することで利用可能となる（著作権法第 67 条の 2）など改善もされており、今後の一層の利便性の向上と普及活動が期待される。

5.3.4. 著作権の集中管理、データベース搭載率

孤児著作物を減らし、権利処理コストを低く抑えるためには著作権の集中管理や権利情報データベースの整備が重要となる。

この点、国内では代表的な団体である社団法人日本文藝家協会の公表する「委託作家リスト」によれば、同協会が権利の委託を受けている作家は、2009 年 12 月末において国内の職業作家を中心に 3511 名であった¹³⁴。これは商業的なデジタル配信だけを念頭におくならば十分に多いと見られるかもしれない。

他方、国会図書館に所蔵される和図書の著者は同時期に 88 万名以上であり¹³⁵、（そのうちの文芸家の正確な数は不明であり、単純な比較はできないものの）「グーグル・ブックス」やユーロピアーナで志向されたような幅広い既存書籍の電子利用を考えるならば、なお一部のカバーにとどまっているともいえる。

さらに、「著作権問題を考える創作者団体協議会」によるポータルサイト¹³⁶や「Japan Contents Showcase」¹³⁷など、業界横断的な取り組みも緒についたところであり、今後の進展が注目される¹³⁸。

¹³³ 文化庁ホームページ「著作権者不明等の場合の裁定制度：過去の裁定実績」

（http://www.bunka.go.jp/1tyosaku/c-l/results_past.html）参照。

¹³⁴ <http://www.bungeika.or.jp/xls/itakulist20091231.xls>（電子利用までを権利委託していない場合もある。）

¹³⁵ 国会図書館へのヒアリング、及び同館ホームページ「NDL-OPAC：利用の手引き」

（<http://opac.ndl.go.jp/Process>）上の検索可能著者名数より推定。

¹³⁶ <http://www.sousakusya.jp/>

¹³⁷ <http://www.japancontent.jp/>

¹³⁸ このほか、複写権管理団体としては、一般社団法人学術著作権協会（<http://www.jaacc.jp/reference/about/>）（864 の団体）や一般社団法人出版者著作権管理機構（<http://jcopy.or.jp/workslst/rightsholders/>）（181 の団体）がある。

5.3.5. 出版社の権利と出版契約の曖昧さ

契約面での課題としては、出版社の権利の曖昧さを挙げることができる。そもそも、日本の出版社は米国などの出版社と異なり、作家と出版契約書を締結する比率が低い¹³⁹。出版契約書を結んでいない場合、電子配信について出版社に何らかの契約上の権利があるかは曖昧であり、出版社は全く無権利だと判断される可能性もある。

現行著作権法が認める設定出版権は、条文上、紙媒体などによる出版のみを対象にするか、若しくは少なくともオンライン出版は含まないと一般に解されており¹⁴⁰、特段の合意を立証できなければ本則通り、書籍・雑誌のデジタル化と公衆送信は著作権者たる著者の専権と判断される可能性が低からず存在するからである。

仮に出版契約書を交わしているとしても、それが書協の契約書式（「出版契約書雛型・一般用」など¹⁴¹）による場合、なお出版社の権利には曖昧さ・脆弱さが目立つ。第一に、契約の期間が英米に比べ極めて短く、書面上は3ないし5年経過後は自動更新とされているケースが多数である¹⁴²。これは、大多数のケースでは3ないし5年を経過すれば作家の意向で出版社は何時でも無権利となり得ることを意味している。

第二に、書協書式は第20条において出版社に電子利用の「優先権」を認め、第21条において「二次利用の処理」を委任するが¹⁴³、前者は出版社に確定的な独占利用権を認めたものと言えるか疑問も指摘され、後者は受任者として作家の意向に従って二次利用の窓口をつとめることを出版社に求めるものであって、いずれも出版社の権利を明確に規定した

¹³⁹ 社団法人日本書籍出版協会「出版契約に関する実態調査」（2006年3月）II(1)項（http://www.jbpa.or.jp/pdf/documents/report0603.pdf#search=書籍出版協会_書式）によれば、過去1年間の新刊書について、書面による出版契約書の締結率は45.9%とされた。

¹⁴⁰ 半田正夫・松田政行著『著作権法コンメンタル2』（勁草書房、2009年）776頁（小松陽一郎執筆）、三山裕三『新版改訂 著作権法詳説』（LexisNexis、2005年）291頁、中山信弘『著作権法』（有斐閣、2007年）335頁 ほか。

¹⁴¹ <http://www.jbpa.or.jp/publication/contract.html>

¹⁴² 前掲「出版契約に関する実態調査」II(8)項によれば、回答された当初契約期間の最多は3年間（回答者中37%）であり、5年以下が全体の70%であった。ただし、前述の通り、過半数のケースでは書面による契約書はそもそも取り交わされておらず、これらのケースでは（仮に出版権設定が認められるとしても）著作権法第83条第2項により期間は「3年間」となると考えられることからすれば、大多数のケースにおける契約期間は3年間であるといえよう。

¹⁴³ 前掲・同契約書第20条（電子的使用）第1項「甲は、乙に対し、本著作物の全部または相当の部分、あらゆる電子媒体により発行し、もしくは公衆へ送信することに関し、乙が優先的に使用することを承諾する。具体的条件については、甲乙協議のうえ決定する。」

同第21条（二次的使用）「この契約の有効期間中に、本著作物が翻訳・ダイジェスト等、演劇・映画・放送・録音・録画・電子媒体・貸与等、その他二次的に使用される場合、甲はその使用に関する処理を乙に委任し、乙は具体的条件について甲と協議のうえ決定する。」

ものとは言い難い。

上記のようにデジタル配信・アーカイブ化における出版社の権利（すなわち作家・出版社両者の権利）は曖昧であるが、これまでは実態として両者の合意において処理がはかられて来た。しかし、ネットを中心に書籍・雑誌の流通経路が多様化し、アマゾンのような新たな事業者が参入し、同時に、取次・書店との連携により流通を握っているという出版社の優位性が次第に崩れて来る今後は、そのような「曖昧なる了解」ではビジネス処理をうまくはかれない可能性がある。

その結果、仮に既存の出版社がデジタル配信・アーカイブ化から排除されるケースが増え、弱体化・衰退することになれば、出版文化の中で、現在主に出版社が果たしている育成・企画・編集・マーケティング機能（いわば広義の「プロデューサー機能」）が失われてしまうのではないか、という危惧も根強い。

5.3.6. 今後の対応案

当分の間、書籍・雑誌をはじめ既存作品のデジタル配信・アーカイブ化のうねりは、世界的規模で加速することが予測される。そのメリットを文化面・経済面で生かすため、日本の民・官は、前述した各課題に鑑み、 著作者・出版社間における契約慣行の見直し・普及と権利所在の明確化、 権利の集中管理の促進・権利情報データベースの整備、 デジタル化及び権利処理に対する公的支援、 （孤児著作物対策やアーカイブ化支援策を含む）制度的対応の必要性、の検討等を進めて行く必要があるのではないか。

第6章 総括

本和解案においては、書籍のデジタル配信に関する新たなビジネスモデルが提示されているとみることができる。すなわち、グーグルは書籍をデジタル化（スキャン）して様々な形態で利用するが（書籍のページ表示を伴う「表示使用」による配信を含む）市販中の書籍を表示使用する場合には著作権法の原則どおり権利者の個別の事前許諾を要するが、デジタル化に伴う複製行為及び「市販中でない」書籍の表示使用については、かかる個別の事前許諾を要しないこととされている（いわゆる「孤児著作物」の多くは、ここに分類され得る。また、原和解案においては、米国外でのみ出版されている書籍は軒並み「市販中でない」に分類されるのではないかと懸念が強かった）。これは、著作権法の原則（著作物の複製行為及び公衆送信行為には、権利者の個別の事前許諾を要する、というものを逆転させるものである（「オプトイン」から「オプトアウト」へ）。

このビジネスモデルには、（孤児著作物を含め、大量の関連著作物の権利処理の負担がしばしば致命的課題となるデジタル配信の分野において）書籍へのアクセスの利便性を高め、利用を促進するメリットがあり、その点では文化・学問等の発展に資するものといえる。しかし一方、デメリットとして、権利者による利用のコントロール範囲を狭めることで（特に米国外作品について）時に著作権者の利益と衝突し、創作活動へのインセンティブを減少させる可能性も指摘され、その故に各国の権利者団体等から強い反発を招くことになった。

本和解案は、2009年11月の修正により日本でのみ出版されている書籍の大部分を対象外としたため、日本の権利者に与える法的効果はかなり小さくなったといえる。しかし、上記のメリット及びデメリットに鑑みると、本和解案は法的効果もさることながら、日本及び欧州を含めた全世界における書籍・雑誌のデジタル配信・アーカイブ化のあり方に与えた問いかけの意味は大きく、未だ検討価値は失われていない。

日本における書籍・雑誌の電子出版への取り組みは、長い歴史と蓄積を有するものの、権利処理・契約のありかたを含むビジネスモデルの確立は多分に未解決の課題として残されており、その点では日本の現状は米国のそれよりも危機的である。今後の取り組みに際しては、本和解案及びこれと相互に影響しつつ進められている欧州その他世界各国での書籍・雑誌のデジタル配信・アーカイブ化のプロジェクトが参考になろう。その際に根本的な問題として、本和解案が提示した「オプトアウト方式以外に有効な権利処理の促進策、なかんずく孤児著作物対策はあるのか？」という問いかけは重い。契約による権利の一元化という点でいっそう重い課題を抱えるわが国は、諸課題の克服を目指すならば、「著作

者・出版社間における契約慣行の見直し・普及と権利所在の明確化」「権利の集中管理化・権利情報データベースの整備」「孤児著作物対策・アーカイブ化支援策などの制度的対応」その他の施策について検討していく必要があるのではないだろうか。

以 上

参考文献リスト

(本文中で別途掲げた文献については、以下に掲げていないことがある。)

- ジャン＝ノエル・ジャンヌネー『Google との闘い 文化の多様性を守るために』(佐々木勉訳、岩波書店、2007年)
- 長尾真・ジャン＝ノエル・ジャンヌネー「館長対談 / 文化の多様性と知の伝承」月報 国立国会図書館 586号4頁以下(2010年)
- 独立行政法人情報通信研究機構パリ事務所「欧州主要国における著作権法制とデジタル図書館調査 に関する調査報告書」(2009年)
- 佐々木勉「グーグル書籍検索と欧州の書籍等デジタル化政策」コピーライト 585号51頁以下(著作権情報センター、2010年)
- 国立国会図書館「電子書籍の流通・利用・保存に関する調査研究」(2009年)
- インプレス R&D インターネットメディア総合研究所『電子書籍ビジネス調査報告書 2009』
- 「文化審議会著作権分科会国際小委員会 国際裁判管轄・準拠法ワーキングチーム報告書」(平成22年1月)
- 半田正夫・松田政行編『著作権法コンメンタール』(勁草書房、2009年)
- 三山裕三『新版改訂 著作権法詳説』(LexisNexis、2005年)
- 中山信弘『著作権法』(有斐閣、2007年)
- 田村善之『知的財産法』(第4版)(有斐閣、2006年)
- 福井健策『著作権の世紀 変わる「情報の独占制度」』(集英社新書、2010年)
- 福井健策「講演録 / 情報世界の覇権と著作権の戦略」コピーライト 585号2頁以下(著作権情報センター、2010年)
- 福井健策・北澤尚登「著作権登録の実務的研究 - 登録制度は使えるのか/どう使うべきか/どう改善すべきか - 」知財管理 2010年2月号(日本知的財産協会、2010年)
- 田中英夫編集代表『英米法辞典』(東京大学出版会、1991年)
- 浅香吉幹『アメリカ民事手続法(第2版)』(弘文堂、2008年)
- 日本弁護士連合会消費者問題対策委員会「アメリカ合衆国クラスアクション調査報告書」(2007年)
- 渡辺惺之・吉川英一郎・北坂尚洋他編訳「アメリカ連邦民事訴訟規則 2004-2005 Edition」(LexisNexis、2005年)
- Manual for Complex Litigation, Forth (Federal Judicial Center 2004)
- Richard A. Nagareda 「The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation」(Foundation Press, 2009)
- Jack H. Friedenthal 他「Civil Procedure Case and Materials 10th Edition」(West, 2009)
- Robert H. Klonoff 「Class Actions and other Multi-Party Litigation」(West Natshell Series) (Thomson/West, 2007)

上記のほか、情報提供などご協力頂いた皆様に、この場を借りて感謝申し上げます。

Rule 23. Class Actions

(a) Prerequisites.

One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

- (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable,
- (2) there are questions of law or fact common to the class,
- (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and
- (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

(b) Types of Class Actions.

A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if:

- (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of:
 - (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or
 - (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests;
- (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or
- (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include:
 - (A) the class members' interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions;

- (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members;
- (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and
- (D) the likely difficulties in managing a class action.

(c) Certification Order; Notice to Class Members; Judgment; Issues Classes; Subclasses.

(1) Certification Order.

- (A) Time to Issue. At an early practicable time after a person sues or is sued as a class representative, the court must determine by order whether to certify the action as a class action.
- (B) Defining the Class; Appointing Class Counsel. An order that certifies a class action must define the class and the class claims, issues, or defenses, and must appoint class counsel under Rule 23(g).
- (C) Altering or Amending the Order. An order that grants or denies class certification may be altered or amended before final judgment.

(2) Notice.

- (A) For (b)(1) or (b)(2) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), the court may direct appropriate notice to the class.
- (B) For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language:
 - (i) the nature of the action;
 - (ii) the definition of the class certified;
 - (iii) the class claims, issues, or defenses;
 - (iv) that a class member may enter an appearance through an attorney if the member so desires;
 - (v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion;
 - (vi) the time and manner for requesting exclusion; and

(vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3).

(3) Judgment.

Whether or not favorable to the class, the judgment in a class action must:

(A) for any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), include and describe those whom the court finds to be class members; and

(B) for any class certified under Rule 23(b)(3), include and specify or describe those to whom the Rule 23(c)(2) notice was directed, who have not requested exclusion, and whom the court finds to be class members.

(4) Particular Issues.

When appropriate, an action may be brought or maintained as a class action with respect to particular issues.

(5) Subclasses.

When appropriate, a class may be divided into subclasses that are each treated as a class under this rule.

(d) Conducting the Action.

(1) In General.

In conducting an action under this rule, the court may issue orders that:

(A) determine the course of proceedings or prescribe measures to prevent undue repetition or complication in presenting evidence or argument;

(B) require — to protect class members and fairly conduct the action — giving appropriate notice to some or all class members of:

(i) any step in the action;

(ii) the proposed extent of the judgment; or

(iii) the members' opportunity to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or to otherwise come into the action;

(C) impose conditions on the representative parties or on intervenors;

(D) require that the pleadings be amended to eliminate allegations about representation of absent persons and that the action proceed accordingly; or

(E) deal with similar procedural matters.

(2) Combining and Amending Orders.

An order under Rule 23(d)(1) may be altered or amended from time to time and may be combined with an order under Rule 16.

(e) Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise.

The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise:

- (1) The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal.
- (2) If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate.
- (3) The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal.
- (4) If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so.
- (5) Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court's approval.

(f) Appeals.

A court of appeals may permit an appeal from an order granting or denying class-action certification under this rule if a petition for permission to appeal is filed with the circuit clerk within 14 days after the order is entered. An appeal does not stay proceedings in the district court unless the district judge or the court of appeals so orders.

(g) Class Counsel.

(1) Appointing Class Counsel.

Unless a statute provides otherwise, a court that certifies a class must appoint class counsel. In appointing class counsel, the court:

(A) must consider:

(i) the work counsel has done in identifying or investigating potential claims in the action;

(ii) counsel's experience in handling class actions, other complex litigation, and the types of claims asserted in the action;

(iii) counsel's knowledge of the applicable law; and

(iv) the resources that counsel will commit to representing the class;

(B) may consider any other matter pertinent to counsel's ability to fairly and adequately represent the interests of the class;

(C) may order potential class counsel to provide information on any subject pertinent to the appointment and to propose terms for attorney's fees and nontaxable costs;

(D) may include in the appointing order provisions about the award of attorney's fees or nontaxable costs under Rule 23(h); and

(E) may make further orders in connection with the appointment.

(2) Standard for Appointing Class Counsel.

When one applicant seeks appointment as class counsel, the court may appoint that applicant only if the applicant is adequate under Rule 23(g)(1) and (4). If more than one adequate applicant seeks appointment, the court must appoint the applicant best able to represent the interests of the class.

(3) Interim Counsel.

The court may designate interim counsel to act on behalf of a putative class before determining whether to certify the action as a class action.

(4) Duty of Class Counsel.

Class counsel must fairly and adequately represent the interests of the class.

(h) Attorney's Fees and Nontaxable Costs.

In a certified class action, the court may award reasonable attorney's fees and nontaxable costs that

are authorized by law or by the parties' agreement. The following procedures apply:

- (1) A claim for an award must be made by motion under Rule 54(d)(2), subject to the provisions of this subdivision (h), at a time the court sets. Notice of the motion must be served on all parties and, for motions by class counsel, directed to class members in a reasonable manner.
- (2) A class member, or a party from whom payment is sought, may object to the motion.
- (3) The court may hold a hearing and must find the facts and state its legal conclusions under Rule 52(a).
- (4) The court may refer issues related to the amount of the award to a special master or a magistrate judge, as provided in Rule 54(d)(2)(D).

第 23 条 クラスアクション

（a）基本的要件

クラス（集団）の一人又は複数の構成員は、以下の場合に限りクラスの全員を代表する当事者として訴え又は訴えられることができる。

- （1）クラスが多数で全ての構成員を併合することが実際には困難であり、
- （2）クラスに共通する法律上または事実上の争点があり、
- （3）代表当事者の主張または抗弁がクラスの主張または抗弁の典型をなすものであり、
- （4）代表となった当事者がクラスの利益を公正かつ適切に主張することができる場合。

（b）クラスアクションの種類

本第 23 条(a)の要件を満たしかつ以下に定めるいずれかの要件を満たす場合に、クラスアクションは訴えることができる。

（1）クラスの個々の構成員により若しくはそれに対して個別に訴えを提起することが、次のような危険を生じる場合、

（A）クラスの個々の構成員との関係で裁判の不一致若しくは相違が、相手方当事者に矛盾した行動を命じることになる場合、又は

（B）クラスの個々の構成員との関係で裁判が、実際には、他の構成員で裁判の当事者でない者の利益の処分となり、若しくは、その者の利益の主張を実質的に害し又は妨げることになる場合、

（2）クラスの相手方当事者が、そのクラスの全体に関わる理由から、ある作為をなし若しくはそれをなすことを拒んでいるために、クラス全体との関係で最終的な差止めによる救済、又は、クラス全体に対応した宣言による救済が適切とされる場合、

（3）裁判所が、クラスの構成員に共通する法律又は事実に関わる争点が各構成員個人にのみ関わる争点に優越すると認め、かつ、クラスアクションが紛争の公正で効果的な裁判のための他の方法より適切であると認めた場合、この認定に際しては以下に掲げる事項を考

慮するものとする。

- (A) クラスの個別構成員が別々の訴訟で個別的に主張及び抗弁をなすことに関して有する利益、
- (B) その紛争に関してクラスの個別の構成員が既に開始し又はその者に対して開始された訴訟の範囲と性質、
- (C) 主張に関する訴訟を特定の法廷地に集中させることが望ましいか否か、及び、
- (D) クラスアクションの運営に際して予想される困難。

(c) 認証命令、クラス構成員への通知、判決、争点によるクラス、サブ・クラス

(1) 認証命令

- (A) 命令発行の時期：ある者をクラスの代表とする訴えが提起された場合、裁判所は実務上可能な早期の段階に訴えをクラスアクションとして認証するか否かを命令をもって決定しなければならない。
- (B) クラスの特定及びクラス弁護士の名指し：クラスアクションを認証する命令は、クラス、及び、当該クラスの主張と争点又は抗弁を特定し、かつ、第 23 条(g)に基づきクラス弁護士を指名しなければならない。
- (C) 命令の変更、訂正：クラス認証を付与するか否かの命令は、終局判決の前に変更又は訂正することができる。

(2) 通知

- (A) 第 23 条(b) (1)及び(b) (2)の場合：裁判所は、第 23 条(b) (1)及び(b) (2)によりクラスが認証された場合、そのクラスに適切な通知をなすよう指示することができる。
- (B) 第 23 条(b) (3)の場合：裁判所は、第 23 条(b) (3)によりクラスが認証された場合、クラスの構成員に対し、合理的な努力により特定可能な全ての構成員に個別的に通知することを含め、事情の許す限りで最善の通知方法を指示しなければならない。その通知は理解しやすい簡明な言葉で、正確かつ明確に、次の点を述べなければならない。
 - (i) 訴えの性質、
 - (ii) 認証されたクラスの定義、
 - (iii) クラスに係る主張、争点、又は抗弁、
 - (iv) クラスの構成員が望む場合にはクラス弁護士によって出頭できること、
 - (v) 裁判所は、構成員の要求する場合、その者をクラスから除外すること、
 - (vi) 構成員が除外を選択すべき時と方法、及び、
 - (vii) クラス構成員に対する第 23 条(c) (3)によるクラスアクション判決の拘束力

(3) 判決

クラスアクションによる判決は、クラスに有利と不利とを問わず、

- (A) 第23条(b)(1)及び(b)(2)に基づき認証されたクラスの場合、裁判所がクラス構成員と認定した者に及ぶものであり、判決にそれらの者を記載しなければならない。
- (B) 第23条(b)(3)に基づき認証されたクラスの場合、第23条(c)(2)の規定による通知の対象とされた者で、除外を要求しなかった者、及び、裁判所が構成員と認定した者に及ぶものとし、また、判決にそれらの者を特定し又は記載しなければならない。

(4) 特定の争点

相当とされる場合は、特定の争点について訴訟をクラスアクションとして提起し又は追行することができる。

(5) サブ・クラス

相当とされる場合は、クラスをサブ・クラスに分割し、各サブ・クラスをクラスとして扱い、それに準じて本条の規定を解釈し適用することができる。

(d) 訴訟指揮

(1) 総論

裁判所は、本条に定められる訴訟を指揮する場合に、以下に掲げる命令を下すことができる。

- (A) 証拠又は法律上の主張をなす際に不適切な重複や複雑化を避けるための手続追行の方法又は規制の手段を決定すること、
- (B) クラスの構成員の保護若しくは訴訟の公正な追行を図るために、構成員中の一部の者若しくは全員に対して、以下について適切に通知するよう求めること、
 - (i) 訴訟におけるあらゆる手続き、
 - (ii) 判決の予想される範囲、あるいは、
 - (iii) 代表者が公正かつ適切に構成員を代表しているか否かを構成員が明らかにする機会、訴訟に参加し主張又は抗弁を行う機会、あるいは訴訟に加わる機会、
- (C) 代表当事者若しくは訴訟参加人に条件を課すこと、
- (D) 訴答から不出廷の者の代表に関わる主張を削除してそれを修正し、訴訟をそれに従って追行するように命じること、又は、
- (E) その他、以上に準じた手続の取り扱いに関すること。

(2) 命令の変更及び併合

第 23 条(d) (1)に基づく命令は、事情の変化に応じて変更若しくは修正することができ、また、本規則第 16 条に基づく命令と併せてなすことができる。

(e) 示談、同意に基づく却下、又は、和解

裁判所の承認がある場合にのみ、認証されたクラスの主張、争点、抗弁は、示談、同意に基づく却下、又は、和解をすることができる。以下の手続きは、提案された示談、同意に基づく却下、又は、和解について適用される。

(1) 裁判所は、提案により拘束される全てのクラス構成員に対し、合理的な方法で通知をなすように命じなければならない。

(2) 提案がクラス構成員を拘束することになる場合、裁判所は、かかる提案が公正で合理的かつ適切であることについて審査し、その判断が得られた場合にのみ、承認することができる。

(3) かかる提案の承認を得ようとする当事者は、その提案に関連してなされた全ての取決めを明らかにする陳述書を提出しなければならない。

(4) 第 23 条(b) (3)によりクラスアクションが事前に認証されていた場合、裁判所は、先に除外を要求する機会を与えられたがそれをしなかった個別クラス構成員に改めて除外を要求する機会を与えない限り、和解を承認しないことができる。

(5) かかる提案が第 23 条(e) に基づき裁判所の承認を必要とする場合、全てのクラス構成員は、それに対して異議を申し立てることができる。かかる異議は裁判所の許可なく取り下げることはいできない。

(f) 上訴

本条に基づき地方裁判所が下したクラスアクションの認証を認め又は棄却する命令に対し、命令後 14 日以内に上訴受理申立書が書記官に提出された場合、控訴裁判所は裁量により上訴を受理することができる。地方裁判所における訴訟手続は、控訴裁判所又は地方裁判所の裁判官が特に命じた場合を除き、上訴により停止しない。

(g) クラス弁護士

(1) クラス弁護士の指名

クラス弁護士は、特に制定法が規定する場合を除き、クラスを認証した裁判所がこれを指名する。裁判所は、クラス弁護士を指名する場合、

(A) 次のことを考慮しなければならない。

- (i) 訴訟に含まれる考え得る請求の特定及び調査における代理人の働き
- (ii) クラスアクション又はその他の複雑な訴訟、当該クラスアクションにおいて主張されているタイプの請求に関する代理人の経験
- (iii) 適用される法律に関する代理人の知識、及び
- (iv) 代理人がクラスを代表するために用いる資産

(B) さらにクラスの利益を公正かつ適切に代表する代理人の能力に関する上記以外のあらゆる事情を考慮することができる。

(C) クラス弁護士となり得べき者に対し、指名に関連する事項の情報提供を命じ、また、弁護士費用並びに非課税費用に関する条件の提案を命じることができる。

(D) 指名の命令において、第 23 条(h)による弁護士費用並びに非課税費用の裁定条項を併せることができる。

(E) その他、指名に関連したことを命じることができる。

(2) クラス弁護士の指名の基準

裁判所は、クラス弁護士の指名を申し立てた者が一人である場合、その者が第 23 条(g) (1) 及び(4)に従い適当である場合に限り、指名することができる。クラス弁護士の指名を申し立てた者が一人以上である場合は、裁判所は、クラスの利益を最もよく代表できる者を指名しなければならない。

(3) 暫定的な弁護士

裁判所は、クラスアクションとして認証するか否かを決定する前に、想定されるクラスのために、暫定的な弁護士を指定することができる。

(4) クラス弁護士の義務

クラス弁護士は、公正かつ適切にクラスの利益を代表しなければならない。

(h) 弁護士費用及び非課税費用

裁判所は、クラスアクションとして認証された訴訟において、法律又は当事者の合意によ

り認められる相応な弁護士費用及び非課税の訴訟費用の額を裁定することができる。適用される手続きは、以下のとおりである。

(1) 弁護士費用裁定の申立て

弁護士費用及び非課税の訴訟費用額の裁定請求は、第 54 条(d) (2)の定める申立てにより、本項の規定に従い、裁判所の指定する時になされなければならない。申立ての通知は全ての当事者に送達されなければならない、クラス弁護士による申立てはクラス構成員に合理的な方法により発せられなければならない。

(2) 申立てに対する異議

クラス構成員、又は、支払いを求められた当事者は申立てに対して異議を述べることができる。

(3) 審理と認定

裁判所は、必要に応じ関係人を審尋し、事実を確定し第 52 条(d) (2) (D)の申立てに基づく法的結論を述べなければならない。

(4) 補助裁判官又は治安判事への付託

裁判所は、裁定額に関連した事項を第 52 条(d) (2) (D)に従い、補助裁判官又は治安判事に付託することができる。

(1966 年、1987 年、1998 年、2003 年、2007 年改正)