



## イントロダクション

日本にいる普通の作家を想像して欲しい。

彼女は、日本生まれで、一生日本暮らした。本は出したが、それは国内だけの話である。アメリカに行ったこともないし、アメリカで本を売ろうとしたこともない。

それが1・2ヶ月前から「グーグル・ブック検索和解」について耳にするようになった。初めは気にも留めなかつただろう。アメリカの訴訟に影響される覚えがない。アメリカでは本を出してもいないのだ。そもそも、レターも何も公式書面は送られてきていない。当然、影響される前に、何かを送られてくるだろう。その筈だ、と彼女は思う。

だが、それは違っていた。アメリカで幾人かの人達が集まって、彼女を「助けてくれる」ということらしい。彼女の本をアメリカでスキャンする権利を手放す代わりに．．．何を？ 彼女には、一体何が彼女の利益になるのか、判らない。どうやら、彼女への「利益」というのは、非常に複雑で商業的な契約（134ページもあって、アメリカで「彼女の弁護士」がすでに合意済みのもの）に、彼女は拘束されることになる、ということらしい。

インターネット上に掲載されている通知書を見つけたとしよう。この通知書によると、和解からの「オプト・アウト」が可能だという。だが、同時に、「オプト・アウト」に関する質問があれば弁護士等の専門のアドバイスを聴けというが、彼女には弁護士を雇う余裕はない。通知は更に、「オプト・アウト」をしなければ、和解案に対する「異議申し立て」が出来るという。だが、この「異議申し立て」は、米国で、しかも英語で提出しなくてはならない。

つまり、有意義な選択肢がないのだ。ところで、134ページもある契約書だが、それは日本語に翻訳されておらず、英語のものしかない。だから、彼女には、その内容は判らない。

彼女としては、長期的に痛手とならないことを願うだけだ。

なぜ、このようなことに？

こうなった理由は、2つの重要な法的手段（クラスアクションとベルヌ条約）の乱用にある。これらは双方とも、本来、上記の彼女のような立場の者を保護するためのものだが、ここでは、そのような立場の者に被害を与えることに使われている。

クラスアクションは、そのクラス構成員（原告）が個々では発言力が無いことを前提にしている。個人の損害の性質とサイズからして、一人一人では裁判において権利を行使することが困難だということに基づいているのだ。したがって、クラスアクションの根本的な存在理由は、これら「声なき個人」を救済することにある。

そして、その意図通りに、クラス構成員を守る「盾」として使われれば、それなりに機能する。だが、もし、クラス構成員に対して何らかの意思を強制する「矛」として使われた場合、非常に危険かつ歪んだ結果をもたらすことになる。実質上、単に、クラス構成員に発言力がないことにつけこんだ手口と化してしまう。

クラスアクションの根本的な性質上、仮に、クラスアクションを何らかの想定された損害に基づいて構成し、そのまま今度は、同様の損害をクラス構成員に対してクラスアクションの文脈の中で与えた場合、個々の構成員が、クラスアクションの枠組みの外で抵抗することは困難であると思われる。まさに、それが起きたのが、本件であるように見受けられる。

同様に、手続きを逆手に取った乱用が、ベルヌ条約についても犯されている。

ベルヌ条約の根本的目的は著作権の保護にある。その為、著作権に国境を越えた効力を与え、一国で著作権が認められた書籍が他国で自由に複製されることを防いでいる。この条約が、世界中の全ての者の著作権を一国に引き入れ、一部の者達が世界中の書籍を自分たちのテリトリーとして宣言することの手段として使われるとすると、それは歪んだ乱用であるとしか言いようがない。

## 提案和解案は拒絶されるべきである

上記の根本的な理由に加え、以下の理由から、提案和解案と日本の権利保持者に関する訴訟クラスの設定は、拒否されるべきである。(i) この裁判所には海外の権利保持者に対する管轄権がない、(ii) 日本の権利保持者に対する通知に欠陥があった、(iii) 連邦民事訴訟規則ルール 23 (a) の「可確認性」「共通性」「典型性」「適正」の要件が満たされていない、(iv) 同ルール 23 (b) (3) 「支配性」と「優越性」の要件が満たされていない、そして、(v) ベルヌ条約の基本的な目的に反する。

提案和解案が表現の自由と日本と世界の出版文化に与える重大な脅威に鑑み、日本ペンクラブの本書面参加メンバーは、提案和解案とそれに基づく集団と下位集団の設定に、異議を申し立てる。

本異議書面と同時に、現在10月7日に予定されているフェアネス・ヒアリングへの参加の通知も提出する。

## 事実的背景

### A. 異議申し立て人

この異議は、日本ペンクラブのリーダー或いは委員会メンバーである22人の作家によって、起こされている。異議申し立て人には、日本において著名な作家、そして日本の出版界において著名な人物が含まれる。<sup>1</sup>

### B. 日本の出版業界事情

日本の出版ビジネスは、そのサイズにおいても、日本文化に占める位置においても、重要なものである。 Declaration of Naoki Gokita, dated September 4, 2009

<sup>1</sup> 異議申し立て当事者は以下のメンバーである。阿刀田高（日本ペンクラブ、会長）、中西進（副会長）、下重暁子（副会長）、浅田次郎（専務理事）、堀武昭（常務理事）、松本侑子（常務理事）、高橋千劔破（常務理事）、吉岡忍（常務理事）、山田健太（理事；言論表現委員会委員長）、相澤与剛（理事）、大原雄（理事）、清原康正（理事）、辻井喬（理事）、野上暁（理事）、篠田博之（言論表現委員会会員）、湯浅俊彦（同）、加藤弘一（同）、元木昌彦（同）、中西秀彦（同）、植村八潮（同）、宇田伸夫（同）、吉田司（同）。

(“Gokita Decl.”) at ¶2. 統計にもよるが、日本の出版ビジネスの書籍と雑誌を合わせた年間総売上金額は、アメリカの書籍の年間総売上金額に匹敵するとも言われる。

*Id.*

日米において類似点もあるものの、日本の書籍出版ビジネスは、アメリカのそれとは大きく異なる。相違点は全般に及ぶが、ビジネス上の慣習、流通システムの全体と、それを取り巻くロジスティックス、マーケティングとPRの仕組み、企画と獲得（procurement）の仕組み、そして著者と出版者の関係、等における根本的な違いが含まれる。 Gokita Decl. at ¶4.

米国とは違い、日本の出版社は仲介を通して本屋へ委託販売をし、期間を超えて売れ残った本は出版社へ返却されるというシステムをとっている。 *Id.* at ¶5. また、日本においては基本的にリテラリー・エージェント（literary agent）は一般的でなく、出版社が米国ではリテラリー・エージェントが果たす役割を担うことも時々ある。 *Id.* これらに加えて多くの理由により、価格設定やコスト構造、そして出版業に関わる者達のインセンティブも、日米においては大きく異なる。 *Id.*

加えて、日本においてはマンガ（コミックス）が活発であり、マンガ専門の雑誌を通して売られる連載マンガを含めて、出版界における重要なマーケットシェアを占めている。 *Id.* at ¶3. 日本のマンガが世界の市場に占める位置が重要なものである。 *See id.* at ¶15.

明らかに、日本とアメリカでは、出版全体において、ビジネスモデルが大きく異なっている。 *Id.* at ¶6.

## C. 日本の法律制度

### 著作権法

日本の著作権法は、大陸法・civil lawのアプローチに基づいており、アメリカにおける英米法・common lawのアプローチとは対照的である。 Declaration of Jiro Makino, dated September 4, 2009 (“Makino Decl.”) at ¶2.

日本法は、「fair use」の法理を認めていない。 *Id.* at ¶3. 日本の著作権法上、事前に許可をとらないスキャンは禁止されている。 *Id.* at ¶4. これには例外もあるが、例外は明確に定義され限定されており、グーグルが行った行為には当てはまらない。 *Id.*

グーグルによる行為は、スキャン行為・インターネット掲載行為ともに、日本の著作権法上は明らかな著作権違反と看做される行為である。 *Id.* at ¶5. なお、日本法上、著作権違反には刑事罰も課せられる。 *Id.* at ¶7.

日本はベルヌ条約の締結国の一つである。<sup>2</sup>

#### クラスアクション無し

米国以外の多くの国と同様、日本においてクラスアクションは認められていない。 *Makino Decl.* at ¶8.

#### **D. 日本の権利保持者への通知**

我々が知る限りでは、日本の個々の作家に対しては、個別の通知は行われていない。 *Gokita Decl.* at ¶7.

日本における主要となる通知は、三つの出版物に一度ずつ掲載された簡易通知 (summary notice) のようである。 *Id.* at ¶8. まず、今年2月23日に、朝日新聞と読売新聞それぞれに簡易通知が掲載された。 *Id.* at ¶8, Exhs. A and B. そして、もう一度、7月2日に、新文化 (出版業界紙) に簡易通知が掲載されている。 *Id.* at ¶8.

これら出版物に掲載された簡易通知は、活字も小さく、読み辛いものだった。

*Id.* at ¶9. 更に、添付の五木田氏の宣誓書にも説明されているように、この簡易通知、そしてネットに掲載された通知も、誤訳とこなれていない表現ばかりで、理解が不可能なものだった。 *Id.* at ¶10.

日本における通知は明らかに無効である。

#### **E. 日本での集団代理弁護士の発言**

<sup>2</sup> See <http://www.worldcopyrightcenter.com/signatories-berne-convention.html>.  
Japan PEN Google Objection Japanese Translation.doc

今年5月23日（既に、提案和解案の合意後で、当初のオプト・アウト期限も過ぎた後、そして本訴訟が起こされてから、まさに3年以上経った後）、著者下位集団と出版社下位集団の弁護士が、やっと初めて来日をして日本の出版業界関係者を訪ねた。 Gokita Decl. at ¶13. このミーティングにおける彼ら弁護士の発言は、提案和解案が日本において適用された場合の問題点を更に浮き彫りにするものである。 See id. at ¶¶14-17.

- それまで全く日本の権利保持者と連絡することを怠っていた点について、これら弁護士は、「和解については守秘義務が課せられていたため、連絡出来なかった」と説明した。 Gokita Decl. at ¶ 14. これは不誠実な説明である。これら弁護士は、もし本当に日本の権利保持者の利益を代弁する気持ちがあったのであれば、訴訟の状況を伝えることが出来たはずであるし、日本の権利保持者の興味のある部分・あるいは心配な部分について聴くことも出来たはずであるし、そして、彼らからの質問・問い合わせに答えることも出来たはずである。
- これら弁護士は、日本のマンガ（コミックス）が日本と世界のマーケットに占める重要性について考慮しなかったことを認め、更に、マンガの取り扱いについて提案和解案において明言しなかったことは彼らの過ちであったことを認めた。 Gokita Decl. at ¶15. 彼ら自身が認めたことによると、この見落としにより、既にスキャンされているものもあるにも関わらず、多くのマンガが和解に含まれないこととなるという。 *Id.*
- 提案和解案における「Commercially Available（商業的に入手可能）」の定義によると日本だけしか出版されていない書籍については「Commercially Available」として扱われず、グーグルによるディスプレイ使用の対象となってしまうという問題については、これらの弁護士は、もしこれらの書籍が「amazon.co.jp」等のサイトを通してアメリカでも入手可能の場合には「Commercially Available」と看做すと述べたが、その他には何の解決策も示さなかった。 Gokita Decl. at ¶16. この問題が放置されているため、日本でしか出版されていない書籍は「Commercially Available」と看做されないままであるのは、これら弁護士も認めるところである。 *Id.*
- これら弁護士は、本クラスアクションにおいて集団の定義を米国に居る権利保持者だけに限定し、海外の権利保持者は適用外にすることも出来たと述べ

た。 Gokita Decl. at ¶17.

## 議論

### I.

本連邦地裁には日本の権利保持者を拘束する管轄権がない

#### A. 人的管轄権の欠如

伝統的な文脈においては、アメリカ憲法のデュー・プロセス（手続保証）条項は、当事者が裁判管轄地と最低限のコンタクト（minimum contact）を有し、裁判所の管轄権の行使が「伝統的なフェア・プレイと実質的正義のコンセプトに照らして合理的であり正しい」ものであることを要求する。 *Int'l Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310, 319-20 (1945) (stating that the Due Process Clause did not permit a State to make a binding judgment against a person with whom the State had no contacts, ties, or relations); *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 444 U.S. 286, 287 (1980) (stating that for the Due Process Clause to be satisfied there must be sufficient contacts between the defendant and the forum state such that the defendant “should reasonably anticipate being haled” into that State for litigation).

典型的なクラスアクションにおいては、この「minimum contact」の要件は、不在のクラス構成員に対しては、厳しく適用されない。 アメリカ最高裁によると、クラスアクションの不在な原告には同レベルのデュープロセスの保護は与えられておらず、この主な理由としては、民事訴訟における被告に比べて、同レベルの負担（例えば弁護士を雇う必要性や、不利な判決等に拘束されるリスク）が課せられていないことにある、とされている。 *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797, 809-810 (1985). 更に、多くのクラスアクションにおいては、「オプト・アウト」を

する機会が、不在のクラス原告には与えられている、とされている。<sup>3</sup> *Id.* at 810-811.

しかしながら、最高裁が述べる「minimum contact」の要件を緩める理由は、本件においては存在しない。

まず、本件で提案される不在クラス原告（特に日本に居る者）に対する負担は、甚大なものである。多くのクラスアクションにおける原告は、訴訟でクレームする権利と引き換えに（通常小額の）支払いを受け取ることとなるが、本件の海外の権利保持者は、クレームと引き換えに、複雑かつ半永久的（そして異国であるアメリカから管理される）契約に拘束されることが要求されている。更に、これらの海外の不在クラスアクション原告は、提案和解の通知への対応をすることを要求されるばかりか、この異国で管理される複雑なシステムに参加し、そのモニターを行い、そして、このシステムが生み出す長期的な影響にあまんじて生きていかななくてはならない。

そして、まさに通知の文言自体が、海外の権利保持者に課せられた多大な負担を物語っている。まず、この通知は、世界中全ての著者と出版社に提案和解の適用対象であると仮定することを求めている。<sup>4</sup> そして彼らに対し、弁護士か「複

---

<sup>3</sup> この点に関連して言及すべきなのは、本件の日本等の海外の権利保持者にとって「オプト・アウト」が商業的に現実的な選択肢でない、ということであり、その理由は、まさに提案和解案の適用範囲が過度に広いところにある、ということである。本件における通知が、全ての著作権者に対し、米国と著作権関係を現在持っていない数か国において書籍を出版していることが確実でない限り本件のクラス構成員に含まれると述べているが、これをグーグルがサーチ・エンジン・ビジネスにおいて支配的な立場を有していることと合わせて考えると、権利保持者としては、この提案和解案が認定された場合、デジタル出版ビジネスにおいては、グーグルに支配された新たな体制が構築され、この体制に参加しそこねた者は、将来の市場においてのプレーヤーとなることは出来ない、と考えざるを得ない。つまり、本提案和解案は、新たに支配的（で唯一意味のある）アリーナをデジタル出版界において生むことを脅かすと同時に、権利保持者に参加者となるか傍観者となるかを尋ねているものである。これでは、少なくとも多くの者にとっては、意味のある選択ではない。

<sup>4</sup> 通知の文言は以下の通り：

[Y]ou should assume that you own a U.S. copyright interest in your Book, unless you are certain that your Book was published in, and that you reside and are located in, one of the few countries that have not had or do not now have copyright relations with the United States.

Notice at p. 5, available at [http://www.googlebooksettlement.com/r/view\\_notice](http://www.googlebooksettlement.com/r/view_notice).

製権機構」の助言を求めることをアドバイスしている。<sup>5</sup> この弁護士を雇うという「アドバイス」は、形としては著者か出版社がオプト・アウトするかどうかについて質問があることを条件としているが、実際に日本の権利保持者で、オプト・アウトをするかどうかはおろか、アメリカのクラスアクション制度について、そしてこの通知が何を意味するのかについて、質問が無い者を見つけるのは困難だろう。

更に、この通知の文言は、この提案和解案の、前例の無い広範な適用範囲を赤裸々に示している。提案和解案は、全世界の著者と出版社をこの地裁の管轄権下に治めており、これらの著者達や出版社達がアメリカと何の接触も無く、将来も何の接触も無いとしても、全く考慮していない。このような無制限な人的管轄権の行使は拒否されるべきである。

**B. この連邦地裁は、その裁量の範囲において、本件での管轄権を行使することを慎むべきである**

この連邦地裁は、その裁量権を発揮し、提案和解案が日本の権利保持者に与える広範かつ深刻な影響と日本政府（その立法、行政、司法当局）がこれら権利者の権利と行為を規制する利益の重要性に鑑み、本件における日本の権利保持者に対する管轄権の行使を慎むべきである。

国際的礼讓（international comity）の原理によると、一国の裁判所は、他国のとの関係が深い者や行為に関して、不合理（unreasonable）に管轄権を行使したり法律を適用してはならないとされている。 *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* §403; see also *Sequihua v. Texaco*, 847 F.Supp. 61 (S.D.Tex. 1994) (dismissing claim based on the principle of comity under which “a court should decline to exercise jurisdiction under certain circumstances in deference to the laws and interests of another foreign country”).

---

<sup>5</sup> “If you own a copyright in a Book or Insert published outside the United States, you are advised to seek advice from an attorney or a Reproduction Rights Organization if you have questions concerning whether to participate in or opt out of the Settlement.” Notice at p. 5, available at [http://www.googlebooksettlement.com/r/view\\_notice](http://www.googlebooksettlement.com/r/view_notice).

アメリカの国際関係法のリステートメント（第三版）のセクション403によると、裁判所による管轄権の行使が合理的であるかどうかを判断する際に考えられることに含まれる、8つの要素がリストされている。<sup>6</sup>

これらの要素を検討すると、本連邦地裁は日本の権利保持者に対して管轄権の行使を拒絶するべきだということが示される。（ここでは管轄の対象となるのが、被告ではなく、提案和解案が強制されている海外の権利保持者であるのが、通常とは違うが。）：

- (a) 本件における合意内容を課すことは、日本の権利保持者の権利と行為に重大な影響を与える；
- (b) 本件の合意内容は、日本のほぼ全ての著者と出版社に影響を与えるが、これら権利保持者の多くはアメリカと何の関係も有さない；
- (c) 日本当局は、日本の出版業界を規制に関し、そして日本のほぼ全ての著者と出版社に影響を与える支配的な体制が出来際には発言をすることに、利益を有している；
- (d) 今回の提案合意内容は、著作権が付された文献については明示的な許可なしに配布されることはない、という全世界の著者と出版社における正当な期待を裏切り、破壊することになる； また、異国の裁判所が一方的に全ての本の全面的な出版許可を、特にクラスアクションという他国では存在しないシステムによって直接の通知も無しに強制することは出来ない、という正当な期待をも破壊する；
- (e) 出版業界、著者と出版社に関連する規制や制度は、国際政治・司法・経済において重要なことであり、一裁判所や、ましてや限定された一部の利益団体・企業・個人に任せられるものではない；

<sup>6</sup> この8要素は以下の通り：

(a) the link of the activity to the territory of the regulating state, (i.e., the extent to which the activity takes place within the territory, or has substantial, direct, and foreseeable effect upon or in the territory); (b) the connections, such as nationality, residence, or economic activity, between the regulating state and the person principally responsible for the activity to be regulated, or between that state and those whom the regulation is designed to protect; (c) the character of the activity to be regulated, the importance of regulation to the regulating state, the extent to which other states regulate such activities, and the degree to which the desirability of such regulation is generally accepted; (d) the existence of justified expectations that might be protected or hurt by the regulation; (e) the importance of the regulation to the international political, legal, or economic system; (f) the extent to which the regulation is consistent with the traditions of the international system; (g) the extent to which another state may have an interest in regulating the activity; and (h) the likelihood of conflict with regulation by another state.

(f) 強制される合意内容は、国際社会のシステムの伝統に真っ向から、内容（許可なしのライセンス）においても手続（アメリカ型のクラスアクション）においても、反対するものだ；

(g) 日本には、本件で問題になっている行為、（必ずしもアメリカにおける個々のスキャン行為ではないが）特に日本のほぼ全ての著者と出版社に対する特定の商業的合意の強制については、規制をする利益がある；

(h) 提案和解契約においてはアメリカを中心とした行為を列記しているが、日本のほぼ全ての書籍を（それをはっきりと禁ずる指示が無い限り）スキャンをしてよいという包括的な許可の強要は日本の著作権法の根本的な目的に反するものだ。

国際的礼讓の原理に従い、この裁判所は管轄権の行使を拒否するべきである。

## II.

### 日本の権利保持者に対する通知は不十分で欠陥があった

#### A. 「実行できるベストの通知」の欠如

ルール 23(c)(2)によると、「ルール 23(b)(3)によるクラスアクションにおいては、裁判所は、合理的な努力によって見つけることが出来る全てのメンバーへの個々の通知を含め、状況下で実行できるベストな通知をクラス構成員に出すことを指示すべきである」とされている。最高裁はこれに関し「合理的な努力によって指定出来る全てのクラス構成員に対して通知がなされなくてはならない。これは該当者がクラスアクションからの除外を要求して個別の訴訟を遂行するか、あるいは例えばクラスアクションに残ってクラスアクションの管理に参加することが出来るようにするためである。」と述べている。 *Eisen v. Carlisle and Jacquelin*, 417 U.S. 156, 173 (1974).

殆どの訴訟では、「実行できるベストな通知」には、知られているメンバーに対する個々の通知の郵送に加えて、住所が特定出来ないメンバーのために、公告による通知もするのが一般的である。 *See, e.g., Molski v. Gleich*, 318 F.3d 937, 952-953 (9<sup>th</sup> Cir. 2003) (ruling that notice provided at service stations and in four major

newspapers to disabled rights groups was inadequate under the stringent notice requirements of Rule 23(b)(3), when individualized notices could have been mailed to disabled drivers by using the motor vehicle database). 状況によって、裁判所は、更なる手段を要求することもある。 *See, e.g., Montelongo v. Meese*, 803 F.2d 1341, 1351 (5<sup>th</sup> Cir. 1986) (determining that in a class action brought by migrant farm workers, many of whom were likely not to be proficient in English, mailing individual notices in English and Spanish and ordering bilingual radio and newspaper announcements met the requirements of Rule 23); *Hartman v. Wick*, 678 F. Supp. 312, 329-330 (D.D.C. 1988) (in an employment discrimination class action that involved numerous unidentified class members, Rule 23 would be satisfied by mailing notices, publishing notices in the largest newspapers within 18 of the largest Standard Metropolitan Statistical Areas and in newspapers and magazines where defendant advertised job openings, and posting notices in all government employment offices).

ルール 23(c)(2)において要求されている、ルール(b)(3)クラスアクションにおける通知の要件は必須の義務であり、裁判所の裁量によって免除することは出来ない。例えば、*Eisen v. Carlisle and Jacquelin*, 417 U.S. 156 (1974)において、最高裁は、2,250,000人のクラス構成員の住所は容易に指定出来るとし、個々の通知が必要であり、原告は、個々の通知は費用が法外にかかり、またそのように通知される不在原告に個々の訴訟を遂行出来るだけのサイズのクレームがあるものはない、と議論したが、それでも個々の通知を地裁は免除出来ないとした。

ルール 23によると、クラスの代表者は「状況下で実行可能な」手続をとることで、クラスのメンバーが通知を受け取るようにしなくてはならない。そして、クラス代表者は、個々のクラス・メンバーの名前と住所を発見すべく「合理的な努力」をはらう必要がある。 *See, e.g., In re Southern Florida Waste Disposal Antitrust Litig.*, 896 F.2d 493, 494 (11<sup>th</sup> Cir. 1990) (ruling that class counsel had made a “reasonable

effort” to ensure that class members received notice when counsel sent notice to all persons or entities that purchased defined waste disposal services in a two-county area during 10-year time period).

本件における日本の権利保持者への通知は、嘆かわしいほどに不足している。

和解推進者達が今もってどのような通知をしたのかの報告をしていないため、正確に日本でどのような通知方法が使われたのかを把握するのは困難であるが、著名な作家も含めて、個々の著者で個別の通知を郵送で受けとったものは特定できていない。 Gotika Decl. at ¶7. 公告による通知で確認が出来たのは、2つの新聞に同日一度だけ掲載されたものと、後日に業界紙に一度掲載されたものだけである。 Id. at ¶8. これらの通知は小さな活字で読み辛く、また稚拙な訳のため、解読困難であった。 Id. at ¶¶9-10. 加えて、未だに、提案和解案の日本語訳がなされていない。

この努力の欠如は、日本の出版社が本件について知ってから著者にコンタクトを図った努力(Gokita Decl. at ¶12)や、国会図書館が自らのコレクションを保護する目的を含めてスキャンをする際に個々の著者にコンタクトをし許可を得ることを試みている努力に比べると、特にその杜撰さが明らかである。 Makino Decl. at ¶6.

この適切な通知義務の放棄は、本件においては特に問題が大きい。 というのは、本件は、アメリカの一部の当事者が自らの利益となる合意をし、それを世界に強要しようとしている、と見える件であるからだ。 実行可能なベストの通知が必要とされる理由のまさに一つが、この問題に対処することにある。 つまり、交渉にあたった当事者たちが十分にその利益に注意を払わなかった者達の利益を守り、一部のプライベートな利益が、クラス構成員のベストとなる利益を犠牲にして、推進されることを防ぐことにある。 *Armstrong v. Board of School Directors of City of Milwaukee*, 616 F.2d 305, 313 (7<sup>th</sup> Cir. 1980).

## B. 通知内容の欠陥

ルール 2 3(c)(2)(B)によると、通知は「はっきりと簡潔に. . . 平易かつ判り易い言葉」で書かれなくてはならず、クラスの定義を含むいくつかの情報が含ま

れている必要がある。 和解通知は読み易い活字で、そして、クラス構成員が理解できる言葉遣いで書かれなくてはならない。 *See, e.g., White v. State of Ala.*, 74 F.3d 1058 (11<sup>th</sup> Cir. 1996) (in a class action suit that challenged the mechanism for electing state judges, finding that district court had erred when it inferred that the lack of response to a settlement notice indicated that the class members found it unobjectionable where the notice “was printed in very small type and couched in ‘legalese’ at times so dense that even a lawyer would have had difficulty determining the settlement’s probable impact on Alabama’s judicial system and on the rights of Alabama voters”)

ここでの簡易通知は小さな活字で読むことが非常に困難である。 *Gokita Decl. at ¶12.* そして簡易通知・通知ともに、ぎこちなく粗雑な訳のため、日本の権利保持者が理解することが不可能な内容となっている。 *Gokita Decl. at ¶10.* つまり、日本の権利者に対する通知は、内容的にも欠陥があった。

### III.

#### 提案和解案は連邦民訴規則 23 (A) の条件を充たしていない

アメリカ最高裁は、裁判所が、クラスアクションの認定を求める当事者がルール 23 (a) の条件を充たしたかを判断する際には、「厳格な分析」をすることを求めている。これは、クラスアクションは「訴訟は特定の個々の当事者同士だけで行われる」というルールから逸脱しているからである。 *General Telephone Co. of Southwest v. Falcon*, 457 U.S. 147, 155 (1982). クラスアクションの認定を求めている当事者が、ルール 23 (a) の 4 つの条件が充たされていることを示す負担を負う。この 4 つの条件とは多数性 (numerosity)、共通性 (commonality)、典型性 (typicality)、そして代理の適正 (adequacy of representation) であるが、それに加えて判例によって加えられた可確認性 (ascertainability) との条件も満足させなくてはならない。

## A. 「可確認性 (Ascertainability)」

ルール 23 (a) に明示された 4 つの条件に加えて、クラスが特定可能である、との要件が暗示されていると判例によって認められている。 *See, e.g., In re Initial Public Offering Securities Litigation*, 227 F.R.D. 65 (S.D.N.Y. 2004). この要件は、しばしば裁判所によって「可確認性」と呼ばれている。 *Id.* クラスの定義は十分に限定され、運営上、特定の個人が提案されたクラスのメンバーであるかどうか、裁判所が判断出来るものでなくてはならない。 *See Clay v. American Tobacco Co.*, 188 F.R.D. 483, 490 (S.D. Ill. 1999); *Rios v. Marshall*, 100 F.R.D. 395, 403 (S.D.N.Y. 1983).

明確なクラスの定義は、裁判所が「誰が通知を受け、誰が賠償金の分配を受け、誰が判決に拘束されるのか」等の判断をするために不可欠である。 *Kent v. SunAmerica Life Ins. Co.*, 190 F.R.D. 271, 278 (D. Mass. 2000). もし、不明確・曖昧なクラスの定義のクラスアクションを裁判所が承認すれば、様々なデュープロセス及び管理可能性に関する問題においおい直面することになる。例えば、不明確でクラスのメンバーの特定が困難なクラスの定義の場合、「典型性」等の要素の判断が難しくなり、またクラスのメンバーが十分な通知を受けたかの判断も出来なくなる。

*In re Paxil Litig.*, 212 F.R.D. 539, 545-546 (C.D. Cal. 2003). この点に関連して言うと、不明確なクラスの定義は、効率や合理性といったクラスアクションが達成しようとする利益に反するものである。 *Kline v. Security Guards, Inc.* 196 F.R.D. 261 268 (E.D. Pa. 2000). したがって、提案されたクラスの定義が曖昧で不明確な場合、ルール 23 に沿うように、裁判所はそれを制限したり書き直したりする権限がある。 *See Mueller v. CBS, Inc.*, 200 F.R.D. 227, 234 (W.D. Pa. 2001).

本件におけるクラスの定義は曖昧かつ不明確である。現時点でのクラスの定義に基づいたクラス・メンバー（世界中ほぼ全ての著者と出版社）の数と範囲はあまりに不明瞭であるため、クラスの推進者自身が、明確な定義をすることを放棄し、クラスに誰が属するかの判断を通知を読むクラス・メンバーに委ねているよう

に見受けられる。 See the Notice at 5 (“You should assume that you own a U.S. copyright interest in your Book, unless you are certain that your Book was published in, and that you reside and are located in, one of the few countries that have not had or do not now have copyright relations with the United States”). 結果として起きる運営上やデュープロセス上の困難は既に表面化しており、容易に名前や連絡先を特定出来る筈である権利保持者についても直接の通知を行っていない点、提案和解案の日本語訳やその他の海外の言語訳がまだなされていない点、そして提案和解案において海外の権利保持者の様々な特徴・権利や利益を考慮出来ていない点、等に現れている。

提案和解案は、クラス定義が不明確であり、拒絶されるべきである。

## B. 「共通性」と「典型性」

ルール 2 3 (a)(2)と(3)によると、クラスの認定前に、「クラスに共通する法的あるいは事実上の問題がある」（「共通性」の要件）そして「クラス代表者のクレームや防御がクラスと同様で典型的である」（「典型性」の要件）が必要であるとされる。

代表原告の状況がクラス・メンバーと顕著に違う場合、「典型性」の要件は充たされない。 *Weiss v. York Hosp.*, 745 F.2d 786, 809 n.36 (3d Cir. 1984). 例えば、代表原告の被告とのビジネス取引の性質が、クラス・メンバーの多くに比べて限定されていた場合、典型性が欠如しているとされる。 *Jacksaw Pontiac, Inc. v. Cleveland Press Pub. Co.*, 102 F.R.D. 183 (N.D. Ohio 1984).

本件におけるクラス代表者がおかれた状況は、海外の権利保持者に比べて顕著に異なっている。米国外にいる海外権利保持者にとっては、グーグルやその他の利害関係者との立ち位置も違う、グーグルによるアメリカでの権利侵害に関する憂慮や優先順位も違う、それぞれのビジネスモデルもインセンティブも利益・費用構造も全く異なっている。

なお、被告が代表原告に対して、他のクラス・メンバーに対しては提起出来ない、ユニークな防御の議論が出来る場合も「典型性」は欠如する。 *Hanon v.*

*Dataproducts Corp.*, 976 F.2d 497, 508 (9<sup>th</sup> Cir. 1992); *Gary Plastic Packaging Corp. v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, 903 F.2d 176, 180 (2d Cir. 1990). 「理論上可能なみの防御であっても、それが代表原告に特有なものである場合、クラスの認定の否定（あるいはべつの代表原告の指名）の根拠となる。」 *J.H. Cohn & Co. v. American Appraisal Assocs., Inc.*, 628 F.2d 994, 998 (7<sup>th</sup> Cir. 1980). 第二巡回区高裁が述べたように、「ユニークな防御の問題が、典型性の問題と看做されるにせよ、代理の適正の問題と看做されるにせよ、代表原告がその防御に没頭することで、不在のクラス・メンバーが不利益を被るリスクがある。」 *Gary Plastic Packaging Corp.* 903 F.2d at 180.

以下に「支配性」に関連して述べるように、日本の著作権法は、グーグルの主な防御である「フェア・ユース」の法理を認めていない。したがって、グーグルの防御に対する日本の権利保持者の立場は代表原告のものとは大幅に異なっている。

### C. 「適正」

代理の適正に関して、裁判所は、クラスの代表者と弁護士の間方に関して適性であると認定する必要がある。クラス代表と弁護士が適切にクラスの利益を守れるかは、それぞれの案件の特有の事実と状況によって変わるものである。

*Kirkpatrick v. J.C. Bradford & Co.*, 827 F.2d 718, 728 (11<sup>th</sup> Cir. 1987). クラスを認定するには、裁判所は、クラス代表者の利益が、不在原告の立場と十分に一致しており、クラスのメンバー同士における利益相反が存在しないことを確認する必要がある。

*In re Drexel Burnham Lambert Group, Inc.*, 960 F.2d 285, 291 (2d Cir. 1992). そして、クラスの弁護士が適任でありクラス全体の利益を代理することが出来ると確認する必要がある。 *Id.*

## 1. クラス代表の適正

代表の適正は、クラスアクションにおけるデュープロセスの基盤であると長く看做されてきた。 *See Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32 (1940). 憲法上最低限、憲法上適正であるためには、不在クラス・メンバーをクラス代表が行った訴訟の結果で拘束することが基本的にフェアである程度に、不在メンバーの利益とクラス代表の利益が十分に一致している必要がある。 *See In re Initial Public Offering Sec. Litig.*, 243 FRD 79, 85-86, (S.D.N.Y. 2007); *McKernan v. United Technologies Corp.*, 12 FRD 452, 454-55 (D. Conn. 1988).

「クラス代表はクラスの一部でなくてはならず、クラス・メンバーと同じ利益があり、同じ被害を受けていなくてはならない。」 *East Texas Motor Freight System Inc., v. Rodriguez*, 431 U.S. 395, 403 (1977). ルール 2 3 (a)(4)に基づいてクラス代表が適正とされるには、クラス代表がクラス・メンバーの利益の保護のために訴訟を精力的に遂行するかという判断も必要である。 *See Hassine v. Jeffes*, 846 F.2d 169, 179 (3d Cir. 1988) (a court should determine that the named representative “has the ability and the incentive to represent the claims of the class vigorously”).

本件においては、日本その他の海外の提案クラス・メンバーの利益が、代表原告の利益とは、お世辞にも合っているとは言えない。特に、グーグルが原告代表と合意した複雑な商業的契約に関して言うと、相違している。海外の権利保持者とアメリカの原告代理では、経済的なインセンティブも違う。それぞれ、主に全く異なった出版マーケットで存在するのであり、マーケティング、流通、対価、その他、権利保持者同士の関係も含んだ全てにおいて、ビジネス構造が違っている。更に、海外の提案クラス・メンバーでは、レジストリーとネットでの展示や配信の運営やセキュリティの問題に対する優先的な懸念事項も、アメリカの原告代表とは違って来る。例えば、アメリカの原告代表が（二年にも渡る交渉の後に）受け入れたいとした、ビジネス上の譲歩や妥協は、海外の権利保持者が受け入れたい（受け入れることが可能な）条件とは大幅に異なる。加えて、スキャンさ

れたデータがアメリカ領土から（権利保持者の母国へ）漏れるリスクや、それを避けるためにグーグルとそのパートナーがとるセキュリティ手段の強度は、海外の権利保持者にとってずっと重要な点である。また、海外の提案クラス・メンバーとアメリカの代表原告では、これまでのグーグルのアメリカ国内におけるスキャン行為に対する視点、そしてスキャンの世界的な包括的許可が元々の問題に対する適切な解決策・妥協案であるのかに関する視点、も大きく異なっている。

## 2. クラスの弁護士の適正

クラスの弁護士の適正を判断する際の要素には、当該弁護士の同様な訴訟を扱った経験、当てはまる法律の知識、そして、その他クラスの利益をフェアに代理する能力に関係した事柄、が含まれる。 Fed. R. Civ. P. 23(g).

本件において、クラスの弁護士は、海外の権利保持者を適正に代理出来ることを行動で示していない。むしろ、本クラスアクションが世界に与える影響に照らしてみると、アメリカ国外の権利保持者に対しては、ほぼ気にも留めず配慮も関心も払っていない、と言える。

まず、提案和解契約書とその暫定的認定の申立ともに、本件の国際的に甚大な影響に関して裁判所の注意を促すような文言は、ほぼ皆無である。提案和解契約所には国際的影響を示唆する文言はほぼ含まれず、そればかりか、アメリカの権利に関するアメリカ国内での合意であることが強調されており、国際的影響に関する記述は全面を通して控えられている。<sup>7</sup> 提案和解契約書において「foreign

<sup>7</sup> 例えば、提案和解契約における「Book」の定義は以下の通りである:

1.16 “**Book**” means a written or printed work that (a) if a “**United States work**”, as defined in 17 U.S.C. §101, has been registered with the **United States Copyright Office** as of the Notice commencement Date, (b) on or before the Notice Commencement Date, was published or distributed to the public or made available for public access as a set of written or printed sheets of paper bound together in hard copy form under the authorization of the **work’s U.S. copyright owner**, and (c) as of the Notice Commencement Date, is subject to a Copyright Interest. \* \* \* [emphasis added.]

「Settlement Class」は以下のように定義されている:

1.142 “**Settlement Class**” means all Persons that, as of the notice Commencement Date, have a Copyright Interest in one or more Books or Inserts. \* \* \*

そして上記両方で言及された「Copyright Interest」は以下のように定義されている:

1.38 “**Copyright Interest**” means (a) ownership (including joint ownership) of a **United States copyright interest** or (b) an exclusive license of a **United States**

(海外)」との表現がタイトルで使われた条項を読んでも、一貫して、当該契約書の焦点と影響はアメリカにあり他国ではない、との印象を与える文言となっている。<sup>8</sup>

通知書の「注意： アメリカ国外の著者と出版社」とのタイトルの条項（基本的に全世界全ての権利保持者の権利に影響があると述べている）を読んだところで初めて、提案和解契約の非常に広範かつ甚大な影響の範囲が明らかとなる。本和解が世界的に影響を与える部分は、後からの思いつきだったのか、あるいは意図的に手続を通して記述等を抑えていたのか、とでも考えざるを得ない。

加えて、和解合意の条件についての長引いた交渉の長い期間を通して、原告の弁護士は日本の権利保持者（そして我々の知る限り他国の権利保持者）を訪ねて、訴訟のステータスの報告したり、権利保持者の利益や憂慮事項を聞いたり、彼らの質問に答える、等の行為を全く行っていない。当事者がこの訴訟を起こしてから3年以上が経過しており、交渉が長期化し合意がこれほど複雑化した理由は、交渉に参加していた全ての各当事者の利益を考慮しなくてはならなかったことによると、原告弁護士自身が認めていることからすると、海外の権利保持者とのコミュニケーションの欠如は特に際立って見える。 See Memorandum of Law in Support of Plaintiffs' Motion for Preliminary Settlement Approval, at 4-5. つまり、訴訟に名前が出ている当事者同士とその他の関係者で、それぞれの利益を調整・交渉して現在の合意に及ぶのに2年以上かかったが、原告の弁護士は、無数にいる日本を含む海外の権利保持者についてはその声を聴くことさえもしなかった、ということである。 提

---

**copyright interest**, in each case only if and to the extent the interest is implicated by a use that is authorized or for which compensation could be payable under this Settlement Agreement. [emphasis added]

<sup>8</sup> 「Foreign Claims」とのタイトルの提案和解契約セクション10.7(d)の文言は以下の通り：

No rightsholder releases any claim for the reproduction, distribution, transmission, display, adaptation or preparation of derivative works of any Book or Insert in any jurisdiction outside the United States.

「Foreign Public Domain Work」とのタイトルの提案和解契約セクション17.7の文言は以下の通り：

Further, with respect to Books that are not in the public domain under the Copyright Act in the United States, but are in the public domain in any jurisdiction outside the United States, this Settlement Agreement neither authorizes nor prohibits Google from exploiting those Books in such jurisdiction; provided, however, that, in countries that do not have a copyright law that provides for a copyright term of at least the life of the author and fifty (50) years after the author's death for literary works that are not anonymous or pseudonymous where copyright is granted to natural persons, then Google will not treat Books as in the public domain in such jurisdiction.

案和解が合意された後になって初めて、クラスの弁護士は日本を訪ねている。

Gokita Decl. at ¶13.

このコミュニケーションの欠如は、提案和解契約おける、国際的な視点からみた重大なミスと見落としを生んでいる。例えば、日本のマンガ（コミックス）が日本と世界のマーケットに占める重要性について考慮しなかったことにより、提案和解案においては、マンガの取り扱いについて明言されていない。クラスの弁護士は、これは彼らの過ちであったことを認め、そしてこの見落としにより、既にスキャンされているにも関わらず、多くのマンガが和解の対象とならないことになると述べている。 Gokita Decl. at ¶15.

#### IV.

#### 提案和解案はルール 2 3 (B)(3)における

#### 「オプト・アウト」クラスの要件を充たしていない

##### A. 「支配性」

ルール 2 3 (b)(3)は、クラス・メンバーに共通する法的あるいは事実的な問題が、個々のメンバーに影響するどの問題よりも、支配的であることを要求する。基本的に、支配性の判断には「訴訟全体と提起される各問題の現実的な評価」が必要である。 *Rodriguez v. Carlson*, 166 F.R.D. 465, 477 (E.D. Wash. 1996).

例えば、責任に関するセオリーが共通していたり、同様の防御が全てのクラスメンバーに当てはまる場合、支配性が認められうる。 *See Alexander Grant & Co. v. McAlister*, 16 F.R.D. 583, 590 (S.D.N.Y. 1987). 更に、クラス原告が様々な管轄地からくることによる法律の違いと、それに関連した準拠法選択の問題（つまり準拠法が何か判断するために様々な地の法律をみなくてはならない問題）が、支配性の認定を妨げるとされている。 *See Castano v. American Tobacco Co.*, 84 F.3d 734, 741 (5<sup>th</sup> Cir. 1996); *In re Bridgestone/Firestone, Inc.*, 288 F.3d 1012, 1014 (7<sup>th</sup> Cir. 2002).

本件訴訟において、もっとも重要な責任に関する問題は「フェア・ユース」であり、「フェア・ユース」のトピックが本件の本案に関する議論を支配している。

しかし、上記のように、日本では「フェア・ユース」や同様の法理は認められていない。 Makino Decl. at ¶¶3-4. 提案和解案の非常に侵略的な性格（日本の全ての書籍を将来に渡ってグーグルのスキャンの対象として宣言していること）に鑑みると、果たして「フェア・ユース」の法理を日本の書簡に関連して主張することが出来るのかという、準拠法の選択の問題が正当に存在する。 よって、日本の権利保持者に関しては「支配性」の要件が欠如している。

## B. 「優越性」

ルール 23(b)(3)は、クラスアクションが、他の手段よりも紛争をフェアで効率的に解決するのに優越でなければならないとしている。 ここで検討される要素には、全てのクレームの訴訟を一つの裁判地に集中させることが望ましいか・望ましくないか、クラスアクションを運営する上で直面することが考えられる困難、等が含まれる。 Fed. R. Civ. P. 23(b)(3)(C) and (D).

ここでは、クラス・メンバーが世界中に地理的に分散しており、また利益や状況もそれぞれ異なっており、そしてそれぞれが存在する商業的・法的・政治的システムが違うこと等から、世界的なクラスの構成は実際的でない。

クラスアクションとして運営が可能であるかは、裁判所の裁量に任される事実的な判断である。 *Windham v. American Brands, Inc.*, 565 F.2d 59, 65 (4<sup>th</sup> Cir. 1977). クラスアクションの運営可能性の判断の要素としては、クラスが限定されており容易に特定出来るか (*Ouellette v. International Paper Co.*, 86 F.R.D. 476 (D.Vt. 1980))、クラスのメンバーとコンタクトをすることは可能か (*Mateo v. M/S Kiso*, 805 F.Supp. 761, 774 (N.D. Cal. 1991))、クラス・メンバーの所在地が特定出来るか (*Riordan v. Smith Barney*, 113 F.R.D. 60, 66 (N.D. Ill. 1986))、そしてクラスメンバーがクラスの認定に反対しているか (*id.*)、等がある。

それらの要素が全て本件をクラスアクションとして運営することの困難を示している。まず、クラス・メンバーの数は無数に近く、クラスアクション推進者も特定することに成功していない。クラスの推進者は、理由は何であれ、殆どの海外権利保持者とのコンタクトが出来ていない。そして、クラスメンバー、特に海外の者は、特に強硬にクラスの認定に反対している。

本件は、少なくとも現在の構成においては、クラスアクションとして運営不可能である。

## V.

### 提案和解案はベルヌ条約の文言に違反しており、 その根本的精神を歪めるものだ

ベルヌ条約に関する網羅的な議論は本稿のスコープ外であるが、提案和解案がベルヌ条約の文言とその精神ともに違反するものであることは指摘するに値する。

ベルヌ条約は、著作権の国境を越えた保護を認めるために締結された。 4 Melville B. Nimmer and David Nimmer, Nimmer on Copyright §17.01[B][1] (Matthew Bender, Rev. Ed.)(the Berne Convention was born when “nations banded together to recognize copyright protection across their national boundaries”). この基本的目的（著作権保護の世界への拡張）は、提案和解案により根底から歪められて、この和解案では国境を越えて著作権を侵食するために、ベルヌ条約が使われている。更に、和解案において「オプト・アウト」システムを海外の権利保持者に適用することは、ベルヌ条約の文言に違反している。例えば、第9条（1）において「この条約に保護されたものの保持者は、どのような形であれ、その複製について許可をする排他的な権利がある」と定めているが、「オプト・アウト」制においては拒否しない限り自動的に許可を与えたことになる点において、この条項に違反しているといえる。

## 結論

上記の理由から、ここに記名された日本ペンクラブのメンバーは、提案和解案の拒否と日本と海外を含んだクラスの認定の拒否を求める。

日付: ニューヨーク州、ニューヨーク市  
2009年9月8日

ここに敬意をもって、

カーター・レドヤード・アンド・ミルバー  
ン法律事務所

By: \_\_\_\_\_

齋藤 康弘、弁護士

ローズ・アウスランダー、弁護士

パメラ・シュリンスキー、弁護士

ニューヨーク州、ニューヨーク市

ウォール街2番地

Tel: (212) 238-8614

Fax: (212) 732-3232

日本ペンクラブ会員、阿刀田高、中西進、  
下重暁子、浅田次郎、堀武昭、松本侑子、  
高橋千劍破、吉岡忍、山田健太、相澤与剛、  
大原雄、清原康正、辻井喬、野上暁、篠田  
博之、湯浅俊彦、加藤弘一、元木昌彦、中  
西秀彦、植村八潮、宇田伸夫、吉田司、の  
代理人

提案著者下位集団のメンバー