

# デジタルアーカイブにおける ソフトローの意義と実践

数藤雅彦・川野智弘・小松侑司

## 1 はじめに

デジタルアーカイブで資料を公開する際には、著作権や肖像権などの権利処理が必要になる場合がある<sup>1)</sup>。

権利処理は、まずは法律や判例などのいわゆる「ハードロー」をふまえて行われる。しかし、例えば著作権法は、デジタルアーカイブ一般の細かな権利処理までは定めていない<sup>2)</sup>。また、肖像権についてはそもそも明確に定めた法律がなく、最高裁の判示もデジタルアーカイブの現場において必ずしも判断しやすいものではない。そのため、法律などのいわゆる「ハードロー」だけでは、具体的な権利処理の筋道が見えないこともある。

そのような場合に参考になるのが、ガイドラインなどの「ソフトロー」である。実際にデジタルアーカイブの現場では、ソフトローを参考にした権利処理も行われている。

そこで本章では、デジタルアーカイブにおけるソフトローの意義と実践について論じる。まず2節では、ソフトローとはどのようなものか、その一般的な内容や必要性、役割を論じる。次に3節では、筆者3名も策定に関わったデジタルアーカイブ学会の「肖像権ガイドライン」の策定プロセスを振り返り、ソフトローの観点から分析を試みる。これらの検討をふまえて、最後

の4節では、これからデジタルアーカイブの分野でソフトローの策定を検討する人や組織に向けた留意点を述べる。執筆分担として、1節と4節は数藤、2節は小松、3節は川野が初稿を担当し、全員で相互に加筆修正を行った。

## 2 ソフトローの意義と役割

### 2-1 総説

ソフトローは、1970年代ごろの国際法分野に端を発する概念といわれる<sup>3)</sup>。ここでソフトローと呼ばれてきた対象は、非拘束的な国家間合意(「紳士協定」や「国際組織の非拘束的な決議」など)である。これと対比されるものはハードローという概念であり<sup>4)</sup>、条約など法的な拘束力を伴うものが例に挙げられる。

しかしながら、現在、ソフトローとハードローの概念は、国際法分野に限らず、あらゆる法分野において議論の対象となっている。

本節では、ソフトローの一般的な意義と役割について検討を行う。検討の順序としては、まず、ソフトローの定義を確認し(2-2)、ソフトローはなぜ必要なのかを論じ(2-3)、さらに、ソフトローは誰が作るのかを確認する(2-4)。そして、ソフトローに違反するとどうなるのかを検討し(2-5)、それに関連する論点として、ソフトローにおける正統性の問題を論じる(2-6)。最後に、ソフトローの限界と今後の展望について検討する(2-7)。

### 2-2 ソフトローの定義

まず、ソフトローとはどのようなものを指すのだろうか。ソフトローという言葉は、論者によって多義的である。そして、ソフトロー研究の分野においては、ソフトローという枠組みを作ることによって従来の法律学が明示的に取り扱っていなかったところにも目を向けることに意義があるのであって、厳密に定義する必要性を疑問視する見解もある<sup>5)</sup>。

しかし、少なくともソフトローの意義と役割を分析するにあたり、一定の

範囲でソフトローの定義を設定する必要があるだろう。そこで本章では、ひとまずの議論の出発点として、ソフトローの定義を「裁判所その他の権力によってエンフォースされないような規範であって、私人(自然人及び法人)や国の行動に影響を及ぼしているもの<sup>6)</sup>」とする(ここでのエンフォースとは、広く規範を遵守させることを指す<sup>7)</sup>)。そして、対比される概念であるハードローは「国家が形成し国家がエンフォースする規範」と定義する<sup>8)</sup>。

### 2-3 ソフトローはなぜ必要なのか

#### 2-3-1 ハードローの限界をふまえたソフトローの必要性

このようなソフトローはなぜ必要とされるのか。ハードローの限界の観点から検討する。

##### (1) 規定と解釈の難解さ

法律を例とするように、ハードローは一般的抽象的な規範である。しかし、現代の複雑な社会においては、多数の者の利害を調整し、一般的で抽象的な法律を制定しようとするれば、法律の規定そのものが難解で複雑なものになり、法解釈の技術にも専門性が必要となる<sup>9)</sup>。また、具体的な紛争が生じた場合に、法令を解釈、適用して紛争解決を行うのは裁判所であるが、裏を返せば、具体的な紛争にならなければ裁判所の紛争解決機能を利用することはできない<sup>10)</sup>。そこで、裁判所に代わる法令の解釈・適用の拠りどころが求められる。

これに対応するため、行政機関は、法令の解釈・適用の手助けとして、通達・通知や訓令などを定めて行政機関内部で通用させてきた<sup>11)</sup>。しかし、法令の解釈・適用に拠りどころを求めるのは行政機関だけでなく、適用の対象となる私人も同様である。

このようにハードローには、規定自体の難解さと、その解釈・適用に困難が生じる場合がある。他方で、ソフトローはハードローより具体的な規範を定めることができるため、ハードローの内容の具体化という役割を担うこと

ができる可能性がある<sup>12)</sup>。このようにソフトローは、ハードローの限界を補うために、行政機関や私人に対しても、難解な法規定や解釈を具体的な事案に適用しやすくするという機能を有する。

## (2) 手続の厳格さ

新たな技術の発展が著しい現代の中では、既存の法の迅速なアップデートや、新たな法の制定が必要になる場合がある。しかし、ハードローは一般に制定手続が厳格であることから、このような新しい技術の発展などに対して法整備が遅れやすいという限界もある。

これに対し、ソフトローは一般的に策定や改変にハードローほど厳格な手続を要せず、個別の状況に合わせた柔軟な策定・運用も可能である。したがって、時勢や技術に急激な変化が起こり、ハードローでは対処が間に合わない分野でのルール策定・運用においてはハードローよりソフトローによる方が適切である可能性がある<sup>13)</sup>。

## (3) その他の必要性

上記のほか、ソフトローの必要性として、ある集団内部の規律は、最も知識を有する当該集団内部の自律に委ねた方が効率的であるとする見解もある<sup>14)</sup>。

さらに、図書館や教育機関などの公的な組織にとっては何らかの依るべき行動規範があることが望ましいため、ソフトローのニーズもインセンティブも明白であることから、うまく機能することが見込まれると指摘する見解もあり<sup>15)</sup>、これもソフトローの必要性和評価できる。

### 2-3-2 デジタルアーカイブにおける具体例

このようなソフトローの必要性は、デジタルアーカイブに関する図書館や公文書館、美術館等の業界においても同様に見られる。例を3つ挙げる。

まず、「国立国会図書館のデジタル化資料の図書館等への限定送信に関す

る合意事項<sup>16)</sup>がある。これは、著作権法31条3項の限定送信の規定について法文上の解釈が求められるところ、主に現場の国立国会図書館職員にとって具体的な解釈基準を示すためのものということができる。

2つ目に、内閣総理大臣決定の「行政文書の管理に関するガイドライン」がある。これは、公文書等の管理に関する法律10条において義務付けられている規則の制定のために規則例を示すとともに、現場の職員のために留意事項を定めるものである。なお、本ガイドラインは業務で使用される状態の公文書（「現用文書」という）の管理に関するものであるが、電子文書についても規定されており、将来的なアーカイブの前提となるものである。

3つ目に、「美術の著作物等の展示に伴う複製等に関する著作権法第47条ガイドライン<sup>17)</sup>」がある。これは、著作権法第47条に基づいて美術の著作物等を利用する際には法文上の解釈が求められるところ、現場の美術館員等に対して、例えば同条3項の「必要と認められる限度」にあたるサムネイルとは「32,400画素以下の画像を指す」などといった具体的な解釈基準を示し<sup>18)</sup>、画像データの利活用等、利用の円滑化を図るためのものということができる。

このように、デジタルアーカイブの分野においても、難解な法規定やその解釈を具体的な事案に適用するために、ソフトローが機能していると言える。

## 2-4 ソフトローは誰が作るのか

それでは、このようなソフトローは誰が作るのか。ソフトローを形成する代表的な主体としては、公益的な民間組織、業界団体、企業、当事者などが考えられる。また、慣習的に成立した規範のように形成主体が存在しない場合もある<sup>19)</sup>。

さらに、利害関係の観点から以下のように整理する見解もある<sup>20)</sup>。

- ① 利害関係者団体が自らの利益を守るために形成する
- ② 政府(行政)またはそこから委託を受けた利害関係者の団体が形成する
- ③ 社会システムの正統性を維持するため、その構成員が自発的に形成する

#### ④ 一定の理念の提示を目的として形成される

デジタルアーカイブ業界のソフトローを見ると、例えば前述の「国立国会図書館のデジタル化資料の図書館等への限定送信に関する合意事項」は、資料デジタル化及び利用に係る関係者協議会により取りまとめられている。この団体は、著作権者・出版者団体、大学、図書館など関係の団体や機関のメンバーによって構成されており、上記①の利害関係者団体が形成主体といえるだろう。

また、「美術の著作物等の展示に伴う複製等に関する著作権法第47条ガイドライン」も同様に、一般社団法人日本美術家連盟、一般社団法人日本美術著作権連合、一般社団法人日本写真著作権協会、公益財団法人日本博物館協会、全国美術館会議、一般社団法人日本書籍出版協会が連名で策定したものであり、①の利害関係者団体が形成主体といえるだろう。

他方で、「行政文書の管理に関するガイドライン」は、内閣総理大臣決定なので②の行政が形成主体である。

### 2-5 ソフトローに違反するとどうなるのか

ハードローに違反した場合は、その規範の実効性を確保するために、裁判所の判断により執行が行われるなど、エンフォースの手段として何らかのサンクション(制裁)が課されることがある。それでは、ソフトローの違反にも、何らかのサンクションが課されるのだろうか。法的なサンクションと事実上のサンクションに分けて整理する。

#### 2-5-1 法的なサンクションの可能性

まず、ソフトローの違反が法的なサンクションを伴う例としては、ソフトローの内容が契約の条項に取り込まれる場合や<sup>21)</sup>、慣習(民法92条)と評価される<sup>22)</sup>ことにより一定のサンクションが生じる場合が考えられる。

#### 2-5-2 事実上のサンクション

また、法的なサンクションではないが、ソフトローを遵守しないことにより他者から白い目で見られるなど評判の低下や、企業においては取引相手の減少、製品の売れ行きが悪化、就職希望者の減少などの事実上のサンクションも考えられる<sup>23)</sup>。さらに、加入する業界団体の会員資格の停止や除名処分もありえる<sup>24)</sup>。これらのサンクションは、限られた範囲の業界内で生じる事象であり、業界の自浄作用として機能するという評価もできる。すなわち、ソフトローのサンクションは閉じた業界の自浄作用として働く場合もあり、ハードローによるエンフォースメントが適切とは限らない場面においても有効に機能する可能性がある。

### 2-6 ソフトローにおける正統性とは

ソフトローはすでに述べたように、業界団体の利害関係者といった限られたごく一部の者が策定することもある。そのため、ソフトローに関しては、それが権力や法秩序などの正統な権威に由来するののかという、いわゆる正統性の問題も検討されることがある<sup>25)</sup>。

一般的に、ハードローには正統性が備わっていると評価できる。例えば、ハードローの一種である法律は、国民により選ばれた国会議員によって組織された国会での審議を経て国民に公布される。このように国民の代表が決めたことだから従わなければならないし、従わなかった場合にはサンクションが課されることがある、というのが正統性の問題である。

他方で、ソフトローは、ハードローのような民主的手続を経ていないにもかかわらず、場合によっては前述のようにサンクションを伴い得るという問題がある。

それでは、この民主的手続に比するような正統性(またはそれと同程度の何か)を得るには、どのような手段が考えられるか。

一般に正統性は、例えば①人々の合意によってルールが形成された場合、②一定の手続に則ってルールが形成された場合、③適切な内容のルールに

なっている場合、④長い期間にわたってルールが使われていた場合に高まるとされる<sup>26)</sup>。

この議論をソフトローにも適用すると、例えば協議の場や意見聴取の機会等を通じて、ソフトローに関係する利害関係者の意見をできる限り多く集約していること、またはその機会を確保していることが正統性の補完になると考えられる<sup>27)</sup>。なお、その検討に十分な期間が確保されていると利害関係者への配慮が十分にされていると推認でき、より有効と考えられる。

## 2-7 ソフトローの限界と展望

### 2-7-1 ソフトローの限界

ここまで、ソフトローの必要性やそれを取り巻く議論について述べてきたが、ハードローに限界があるように(2-2)、ソフトローにも以下のような限界がある<sup>28)</sup>。

- ① 正統性が欠如する可能性があること(2-6)
- ② 多様な利害を持った関係者を統合して、透明性のある手続きでルールを策定しようとする場合、時間とコストがかかり、時に失敗する場合があること
- ③ すべての関係者の利益を公平に反映できず、経済的に最も強い者の利益を優先しがちになること
- ④ ③の逆にルール策定過程で特定の利益グループが優位に立たない場合、合意が最低限にとどまる可能性があること
- ⑤ 遵守の意識が必ずしも高くなく、強制力を持たないこと(実効性が高くない)
- ⑥ 様々な自主規制が併存する状況は「法の分裂」につながりかねないこと
- ⑦ 内容の明確性、十分性、公平性、手続の透明性、結果の予測可能性などに欠ける場合があること

### 2-7-2 ソフトローが社会の中で通用力を得るための方法

このように、ソフトローにも限界があるものの、これまでのソフトロー(及びハードロー)の議論をふまえると、ソフトローが限界を克服し、社会の中で通用力を得るためには、下記表1のように、(1)関係者の利益への配慮・正統性の補完、(2)実効性の確保、(3)内容の明確性、十分性、公平性の確保の要素を備えることが有効と考えられる<sup>29)</sup>。(1)は上記2-7-1の①③④で触れた限界の克服(特に正統性の補完)という意味合いがあり、(2)は同⑤、(3)は同⑦の限界を克服することを試みている。

表1 ソフトローが社会の中で通用力を得るための要素

項目	具体的な要素
(1) 関係者の利益への配慮・正統性の補完	<ul style="list-style-type: none"> <li>・利害関係者の利害を代表して意見を主張しうる主体が特定できること、その場合、利害関係者内部での意見集約やソフトローの運用管理を行うことのできる体制が設けられていること</li> <li>・協議の場や意見聴取の機会等を通じて、ソフトローに関係する利害関係者の意見をできる限り多く集約していること、またはその機会を十分な期間確保していること(「民主的正統性」の補完、少数者バイアスへの耐性)</li> </ul>
(2) 実効性の確保	<ul style="list-style-type: none"> <li>・法の運用の場面において、利害関係者にとってソフトローを示す必要性があること(ニーズの存在)</li> <li>・利害関係者にソフトローの策定・運用に取り組むインセンティブがあること(インセンティブの存在)</li> <li>・名宛人にソフトローに従って行動しうる一定の理由やリテラシーが備わっていること</li> <li>・ソフトローの形成主体または協議に参加した当事者以外の関係者にもソフトローが行動規範として尊重され得ること(分野における標準性)</li> </ul>
(3) 内容の明確性、十分性、公平性の確保	<ul style="list-style-type: none"> <li>・ソフトローの内容や形式が、規律される名宛人にとって具体性、明確性などに照らして適切なものとなっていること</li> <li>・ソフトローが関係者間の公平の調整を図る、社会情勢の変化への対応などのため見直しの仕組みの体制が設けられていること</li> </ul>

なお、上記のようにソフトローの限界を見据えた上でこれを克服しようとする方法もあるが、その他にも、共同規制(Co-regulation)と呼ばれる方法がある。これは、自主規制(ソフトロー)と法的規制(ハードロー)の双方により構成され、公的機関と産業界(私人)が特定の問題に対する解決策を共同で管理するという規制方法である。共同規制は、ソフトローとハードローのデメ

リットをカバーしつつ問題に対処する方法論と言える<sup>30)</sup>。

### 2-7-3 留意点(利害関係者への配慮)

ソフトローにおける正統性の重要性は2-6でも述べたが、ソフトローによって権利・利益を制限される者(名宛人を含む利害関係者など)への配慮も重要である(2-7-2(1))。

ソフトローは、ハードローに比べてサンクションが弱く、その意味で実効性が高くない規範であることから、利害関係者の理解がないと機能しにくいという特徴がある。ソフトローによって権利・利益を制限される者に対して何らかの配慮を示さなければ、ソフトローを遵守するというインセンティブが働きにくく、策定してもソフトローとして機能しないおそれがある。このようにソフトローには様々な関係者が絡むことから利益の調整が必要になる。

このような調整のためには、ソフトロー形成に向けての「牽引役」が大きなポイントである。ソフトローを策定するには、関係者を力強く引っ張っていくような、情熱をもち、資質、能力のある牽引役の存在が大きいという実務的な示唆がある<sup>31)</sup>。

### 2-7-4 小括

以上に見てきたようにソフトローという概念は、難解な法令の解釈・適用の拠りどころになることや、その柔軟さ、策定までの速さといった性質から、ハードローの限界を補う形で複雑な現代社会において有効に機能する可能性がある。

他方でソフトローにも限界があることには注意が必要であり、限界を考慮しつつソフトローが社会の中で通用力を得るためには、関係者への利益の配慮・正統性の補完、実効性の確保、内容の明確性、十分性、公平性の確保などが求められ、また策定に向けては、関係者を引っ張っていく牽引役の存在も重要であるといえる。

次節では、以上の検討を参考にしつつ、我々が策定に関与したデジタル

アーカイブ学会の「肖像権ガイドライン」をソフトローの観点から分析する。

## 3 「肖像権ガイドライン」に対するソフトローの観点からの分析

### 3-1 肖像権ガイドラインとは

デジタルアーカイブ学会(以下「DA学会」という)は、2021年4月、「肖像権ガイドライン～自主的な公開判断の指針～」(以下「肖像権GL」といい、引用の際は「肖像権GL〇頁」と表記する)の学会公認版<sup>32)</sup>を正式公開した。

肖像権GLは、非営利目的のデジタルアーカイブ機関が、所蔵写真をインターネットその他の手段で公開する場面を想定し、①被写体の判別(知人が見れば誰なのか判別できるか)、②被写体の同意(その公開について写っている人の同意はあるか)、③ポイント計算(ポイント計算リストに従い計算すると何点か)の3ステップを経て、個々の写真について、その公開の適否や公開方法・範囲を判断するための方針を示すものである。

### 3-2 肖像権ガイドラインはソフトローといえるか

肖像権GLは、2-2で説明したソフトローの定義、すなわち「裁判所その他の権力によってエンフォースされないような規範であって、私人(自然人及び法人)や国の行動に影響を及ぼしているもの」に該当するだろうか。

あるデジタルアーカイブ機関が、その所蔵する写真データを肖像権GLに反して公開したとしても、そのことのみを理由に、何らかの制裁等が課されることはない<sup>33)</sup>。公開の具体的な態様や写真データの内容によっては、当該写真データの肖像に関する本人等との関係で民事上の不法行為が成立し、公開の差止めや損害賠償請求を受けるおそれがあるが、これは肖像権GLに反していたか否かとは関わりなく、あくまで公開の態様や写真データの内容を含めた様々な事情を考慮した上で判断されるものである。したがって、肖像権GLもまた、他のソフトローと同様に、「裁判所その他の権力によってエンフォースされない」ものである。

一方、肖像権GLは、ガイドラインの内容そのものが今後も見直されていくことを予定していることに加え、そもそも指針に過ぎず、各デジタルアーカイブ機関において必要に応じた改変を行い、自主的なガイドライン作りをすることが推奨されている(肖像権GL2頁)<sup>34)</sup>。すなわち、肖像権GLにおいて示された基準に、各デジタルアーカイブ機関がそのまま従うことを求めるものではない。そのため、本章で紹介された他のソフトローと比較すると、「規範」の強弱という意味ではやや弱い面もある。

ただし、肖像権GLは、肖像権に関する抽象的な考え方のみを示すのではなく、具体的な判断基準を提示しつつその考え方を説明するものであり、当該基準をそのまま用いて公開等の適否判断がなされることも想定されている。また、既に一部のデジタルアーカイブ機関において肖像権GLが適宜アレンジされ、または基準をそのまま用いる形で様々な活用され、公開等の適否判断がなされている。今後もさらに多くの場で活用されることが期待されており、このような柔軟さをもって活用されるガイドラインも、「私人…の行動に影響を及ぼす」[規範]足り得るといえる。

したがって、肖像権GLも「裁判所その他の権力によってエンフォースされないような規範であって、私人(自然人及び法人)や国の行動に影響を及ぼしているもの」というソフトローの定義に該当するものと考えてよいのではないか。

### 3-3 肖像権GL策定の必要性和その策定経緯

#### 3-3-1 ソフトローとしての肖像権GL策定の必要性

それでは、なぜ肖像権GLを策定する必要性があったのか。

肖像権に関して法律の明文の規定が存在するわけではない<sup>35)</sup>。他方で、学説上は、肖像権は「自己の肖像を、他人が権限なくして絵画、彫刻、写真その他の方法により作成・公表することを禁止できる権利」などと定義され<sup>36)</sup>、また判例上も認められた権利である<sup>37)</sup>。

デジタルアーカイブの構築・運用に際しては様々な権利の壁が立ちただか

るが<sup>38)</sup>、肖像権も難問の一つである。いかなる場合に権利の侵害となるのか、その線引きが明確ではないからである。

最高裁<sup>39)</sup>は、肖像権侵害の有無について、複数の要素を総合考慮し、被写体の「人格的利益の侵害が社会生活上受忍の限度を超える」か否かを判断する手法をとっている。考慮要素としては、被撮影者の社会的地位、被撮影者の活動内容、撮影の場所、撮影の目的、撮影の態様、撮影の必要性を挙げるが、必ずしもこれらに留まるものではなく、また、総合考慮とは具体的にどのように行われるのか、評価の基準がはっきりしない。例えば、当該判断手法を最高裁として示したいいわゆる「法廷内撮影事件」では、本人の許諾なく法廷内の容ぼう、姿態が撮影・公開された事案において、撮影当時に社会の耳目を集めていた刑事事件の被疑者であることを、侵害を否定する方向に評価し、裁判所の許可なく法廷内にカメラを持ち込んで隠し撮りしたことを、侵害を肯定する方向に評価するなどしているが、それらを含めた各要素が具体的にどう「総合考慮」され結論に結びついているのかを判決文から読み解くことは困難である<sup>40)</sup>。したがって、デジタルアーカイブの現場においても、個々の写真の公開にあたり、どのような場合に肖像権の侵害と評価されるのかを判断することは容易ではなかった。

そのような状況下にあっては、ある人の肖像を含む写真データをアーカイブして公開しようとした場合には、原則として許諾を得ることが推奨されるケースが増えることとなる<sup>41)</sup>。例えば、東日本大震災後の震災関連アーカイブ構築時には、総務省の「震災関連デジタルアーカイブ構築・運用のためのガイドライン」(2013年)などにおいて、肖像権に関して、写っている人をすべて特定し、個別に許諾を得ることが必要であると指摘されるなどしていた<sup>42)</sup>。

しかし、被撮影者本人からの個別の許諾が得られないケースは多い。また、アーカイブされた過去のデータに関してはそもそも被撮影者を特定できないケースも多いが、著作権における裁定制度<sup>43)</sup>のような、権利者が不明な場合の処理制度も存在しない。一方で、肖像権を侵害していると判断された場

合には、不法行為として侵害行為の差止めや損害賠償の責任を負うこととなる。そのため、個別の許諾が得られず、侵害の可能性ありと判断せざるを得ないものについては、公開を差し控えるか、マスキング処理を施す必要がある<sup>44)</sup>、<sup>45)</sup>、判断基準の不明確さを背景に、過度な公開萎縮や不必要なマスキング処理によるアーカイブとしての価値の毀損が懸念されてきた<sup>46)</sup>、<sup>47)</sup>。

もちろん、判例の立場を参考にしながら、様々な考慮要素をふまえて公表・非公表の判断を行う実務も見られた<sup>48)</sup>が、個々の担当者らによる個別的な努力、取り組みに留まっており、できるだけ平易に、誰もが取り扱うことのできる判断基準や考え方の整理が求められていた。

### 3-3-2 肖像権GL策定の経緯

#### (1) 第1版の策定

DA学会では、2017年の設立当初より、デジタルアーカイブにおける法制度や権利処理に関わる問題点の一つとして、肖像権についても大きな課題として認識し<sup>49)</sup>、準公的なガイドラインの策定が解決策の一つになりうることを指摘していた<sup>50)</sup>。そして、DA学会会員のうち法律家や権利処理に詳しい会員等をメンバーとする法制度部会において、肖像権GL策定に向けた議論を2018年頃から行ってきた。

法制度部会では、ポイント計算により判断基準を一定程度まで客観化することができないか、との発想を出発点に、まずは肖像権に関する主要な裁判例を分析し、どのような要素があれば侵害になりやすいのか、逆にどのような要素があれば侵害になりにくいのか、個々の要素の評価を整理した。その上で、部会内での度重なる議論の末に、2019年9月に肖像権GLの第1版を取りまとめた。

#### (2) シンポジウム(円卓会議)の開催

ただし、法制度部会では、内部的な議論・検討だけで有用なガイドラインが策定できるとは考えず、第1版はあくまで議論や意見交換のたたき台とし

て位置づけた。そして、法制度部会以外の関係者らと公開の場で議論を行うため、2019年9月から2020年5月までの間に、東京、京都、そしてオンラインによる全3回の肖像権ガイドライン円卓会議を開催した(肖像権GL25-28頁)。この間、憲法学者や弁護士などの法律家のほか、様々な種類のデジタルアーカイブに関わる研究者や、様々な規模・種類のデジタルアーカイブ機関の職員が登壇者として議論したほか、公開イベントに参加した多くの関係者や一般市民からも、それぞれの立場から多方面にわたる意見を得た。これにより、法制度部会として当初認識していなかった新たな視点(例えば、被撮影者側の事情のみならず、撮影者の属性をふまえた考慮が必要ではないかなど)が得られるなどした。

#### (3) 実証実験の実施

さらに、2020年5月から同年10月にかけて、DA学会からの実証実験の呼びかけに応募のあった5機関(新潟大学、関西大学、愛荘町立愛知川図書館、神奈川県立歴史博物館、NHKアーカイブス)にて実証実験が実施され、DA学会第5回研究大会(2020年10月)では、同実証実験の結果報告とこれを受けた肖像権GLの改訂に関して議論するワークショップを開催した(肖像権GL28-31頁)。

#### (4) パブリックコメントの実施

法制度部会では、円卓会議や実証実験等においてフィードバックが得られた都度、肖像権GLの見直しと改訂案の公表を行ってきたが、これらの過程において、肖像権GLのようなガイドラインを策定することそれ自体や、項目ごとの点数計算によるアプローチなどについて、いずれも肯定的な評価を受けていた。そこで、最終段階として、2021年1月から2月にかけて、DA学会のホームページ上でパブリックコメントの手続を実施し、より広範に一般市民を含めた関係当事者からの意見を聴取した<sup>51)</sup>。並行して関連する外部の様々な研究会やシンポジウム<sup>52)</sup>などでも議論を重ね、意見を反映させ

るべき点の改訂を実施した上で、ようやく2021年4月にDA学会として肖像権GLを正式公開するに至った。

肖像権GLは以上の経緯により策定されたものであった。これにより、特定の利益を保護するとの観点から利害関係者団体としてガイドラインを策定するのではなく、「豊かなデジタル知識基盤社会構築のための草の根から政府までを縦横につなぐ政策形成のプラットフォーム」<sup>53)</sup>との立場から、多様な当事者の様々な利益をふまえ、対話を繰り返しながら策定を進めたと言えるのではないかと。

### 3-4 肖像権GLのソフトローとしての正統性

肖像権の問題は、DA学会に關与する者だけの問題ではなく、資料にその肖像が写し出されたあらゆる個人が關する問題である。そのため、ルール形成に際してあらゆる個人と合意することは現実的に不可能であるし、また肖像権の権利者らを代表する者や権利者団体といったものも想定し難いため、そのような代表者や団体を通じて権利者の意見をできる限り集約することにも限界が伴う。

そのような中で、肖像権GLは、約1年半にわたり、多様な利害関係者が参加する協議の場で議論されたほか、パブリックコメント等の各種の措置が実施されるなどしたことで、多層的な意見聴取の機会の下で策定されている。また、その過程で作成された肖像権GLの第1版からの各改訂版はすべて公開され、検討過程に関する記録やその公開も可能な限り行われている。

そのほか、關連する過去の主要な裁判例の調査や、肖像権GLによる判断と裁判所の判断との整合性の確認検討もなされている(肖像権GL32-47頁)ものの、正式公開された肖像権GLも、固定的なものとはされず、適宜見直されるべきものと位置づけられている。

そのため、策定プロセスや利害関係者の意見集約の機会確保状況、内容の適切さ、修正可能性等といった点で、ソフトローにおける正統性(2-6)やその補完に関して一定程度の説明が可能と考える。

### 3-5 限界と今後の展望

肖像権を巡っては、その性質上、あらゆる場面を想定した横断的・統一的かつ誰にでも容易に適用可能な基準を觀念することはおよそ困難といえる。また、立法化を想定すると、策定すべき基準の内容以外に、例えば、いずれの行政機関が肖像権の問題を所管するのかなどの問題も生じるように思われる。そのため、今後も明確な基準を伴うハードローを策定することは難しいのではないかと。

一方で、デジタルアーカイブ機関における肖像の利用は、機関ごとにアーカイブの目的や対象とする資料の性質、活用のされ方などが様々異なり、硬直的な判断基準に全体が従うことは必ずしもふさわしくないところ、個別の状況に合わせて柔軟に基準を策定・運用することのできるソフトローは、依るべき規範としてハードローよりも適切な面がある。

また、ソフトローの有するメリットの一つに策定や改変の容易性が挙げられるが(2-3-1(2))、デジタルアーカイブの領域においては、特に技術の進展による影響が顕著であることから、判断基準を不断に見直し続ける必要がある<sup>54)</sup>。改変が容易であるソフトローは、この点においても適しているといえる。

他方で、肖像権GLによる判断はあくまで個別の写真ごとに行わなければならないところ、資料となる画像等の量も増え続けていく中で、公開の適否判断に要する負担はなお重いものがある。肖像権GLにより点数処理の枠組みを提示したことで、個々の画像の判断についてある程度これを自動化していくことも期待されるが、点数処理の項目の中には、どこで公表等された写真なのか、あるいは誰から提供されたものかなど、画像データそのものの外にあるコンテキストから判断される要素も多いため、自動処理には限界もあるところである。また、将来的な顔認識技術等の発展により、個人の特定の容易性や公開による影響力の大きさが格段に上がり、判断枠組みそのものを見直さなければならなくなるおそれも否定はできない。そのため、権利処理を支える新たな各種の制度(裁定制度やオプトアウト的な制度、あるい

は本人による簡易な意思表示制度など)の検討<sup>55)</sup>や、写真や映像の新たな作成・取得時点での明確な同意取得<sup>56)</sup>など、様々な取り組みや検討を並行して行っていく必要がある。

肖像権GLは、これまでに同様の考え方が社会に開かれた形で議論されてきたわけではない中で、今般新たに策定されたものであったが、幸いにも様々なところで活用されはじめている<sup>57)</sup>。また、肖像権GLは、あくまで写真の肖像に限り、非営利目的でデジタルアーカイブ機関において公開することを念頭に議論されてきたので、映像資料を対象とする取扱いのようにガイドラインの対象に含まれていない論点も多い<sup>58)</sup>が、映像資料を対象とした検討や活用事例も増え続けている<sup>59)</sup>。

なお、検証過程で肖像権GLが参照されたアーカイブ事例の一つである朝日放送グループ「激震の記録1995 阪神淡路大震災取材映像アーカイブ」では、公開直後からSNS等において大きな反響があった一方で、公開から約9か月を経た2020年10月1日時点でも、肖像権者からのオプトアウトの申し出が一件もなかったとのことである<sup>60)</sup>。この事実は、同アーカイブの担当者による様々な配慮の成果であるとともに、ソフトローたる肖像権GLの有効性や安定性、そして写真の肖像に留まらない幅広い活用可能性を秘めていることを強く感じさせる<sup>61)</sup>。

#### 4 おわりに——ソフトロー策定の留意点

本章では、2節でソフトローの意義と役割を確認し、3節で肖像権GLの策定プロセス等を分析してきた。

我々は、肖像権GLを策定した際に、必ずしも2節で整理したようなソフトローの議論を十分に意識したわけではなかった。ただ、策定プロセスを振り返ると、肖像権GLは、まさにソフトローが必要とされる場面を見すえて作ったものと言え、また社会の中で通用力を得るための要素もできる限り押さえていたと言える。

そこで、これからデジタルアーカイブの分野で新たにソフトローを作る場面を念頭におきつつ、ソフトロー策定の際の留意点という形で、本章の議論をあらためて整理する。

まず、ソフトローの策定にあたっては、そのソフトローを作ることが必要かつ有益な場面なのかが問われる。この点に関しては、ハードローのみで法解釈を行うことに困難があるか、またソフトローによりその問題が解決可能かを検討すべきである。

次に、そのソフトローが社会で通用力を得るための一般的な要件を満たしているかも重要である。まず、策定を行う人(組織)は、利害関係者として適切だろうか。次に、策定のプロセスにおいて、他の利害関係者にも十分な意見聴取を行っているか。関係者の利益に十分に配慮しているか。策定に十分な検討期間を経ており、また見直しの体制を整えているか。利害調整を円滑に進めるための牽引役はいるだろうか。

これらの点について、肖像権GLを策定した際には、下記の表2に記載の各事項に配慮してきた。

表2 肖像権GL策定の際の配慮事項

ソフトローが有効に機能するための要素	肖像権GLにおける配慮事項
ハードローのみで法解釈を行うことに困難があるか	肖像権侵害の判断に関して最高裁が示した総合考慮の手法は、デジタルアーカイブの現場が用いるには容易でなく、困難があったと言える。
ソフトローの策定が必要かつ有益な場面か	デジタルアーカイブ機関が有する写真のうち、肖像利用の許諾が得られず、侵害の可能性があると判断せざるを得ないものは、公開を差し控えるか、マスキング処理の必要があり、過度な公開萎縮や不必要なマスキング処理によってアーカイブとしての価値を毀損するおそれがあった。
策定を行う人(組織)が利害関係者として適切か	DA学会は特定の利益を保護する利害関係者ではないが、デジタルアーカイブの関係者が数多く所属する学術的な組織であり、策定主体として少なくとも不適切ではないと考える。

ソフトローが社会の中で通用力を得るための一般的な要件を満たすか	策定のプロセスにおいて他の利害関係者にも十分な意見聴取を行っているか	対外的なシンポジウムを3回開催し、またパブリックコメントを実施して、一般市民も含めた幅広い利害関係者からも意見聴取を行った。
	関係者の利益に十分に配慮しているか	被写体の肖像権侵害に関する裁判例の判断基準を意識しつつ、デジタルアーカイブに特有の問題(例えば撮影後の年数経過等)を取り入れるなど、被撮影側とデジタルアーカイブ機関の利益の双方に十分に配慮した。
	十分な検討期間を経ており、見直しの体制を整えているか	約3年の長期にわたり検討を行った。その過程では、シンポジウムでの有識者の意見をふまえて内容の修正を行ったり、実証実験をふまえてポイント計算の項目を調整するなど見直しを行った。今後においても、利用者からのフィードバックなどをふまえて策定チームで見直しを行うことが予定されている。
	利害調整を円滑に進める牽引役はいるか	特定の牽引役はいないが <sup>62)</sup> 、DA学会法制度部会のメンバー間での議論を経て、内容の見直しやシンポジウム等の企画がなされており、強いて言えば同部会が牽引役と言える。

肖像権GLが、これからデジタルアーカイブ業界の中で(あるいは外でも)どれほど使われ、社会での通用力を増していくかは、利用者の評価に委ねるほかない。我々としても、現場で肖像権GLを使っている方々からのフィードバックをふまえて、情報をアップデートしたり、必要に応じて改訂を検討したりしつつ、社会での通用力をより高めていければと考えている。

以上に見てきたように、法制度の中でソフトローは重要な役割を担うものである。今後、デジタルアーカイブの分野で新たにソフトローの策定を検討する際には、本章で論じたような、ソフトローが社会で通用するための要件や、肖像権GLの策定プロセスにおける様々な配慮事項なども参考にしていれば幸いである。

注

- 1) デジタルアーカイブにおける権利処理の論集として、福井健策監修、数藤雅彦責任編集(2019)『デジタルアーカイブ・ベーシックス1 権利処理と法の実務』勉誠出版。
- 2) 例えば2022年5月に開始された、国立国会図書館による特定絶版等資料の個人向け配信サービスについては著作権法31条に規定があるように、デジタルアーカイブの一部分については著作権法に権利制限規定が置かれているものの、資料をデジタル化してインターネット上で公開すること一般に関する権利制限規定は存在しない。
- 3) 飯田高(2022)「条文ではない法規範——ソフトローとは何か I 総論ソフトローとは何か」『法学教室』497, 10.
- 4) 国際的なソフトローとハードローの歴史の変遷については、齋藤民徒(2005)「ソフトロー」論の系譜』『法律時報』77(8), 106以下、同(2005)「ソフトロー論の系譜——国際法学の立場から」『ソフトロー研究』4, 3以下。
- 5) 中山信弘ほか(2010)「座談会 ソフトロー研究を読み解く——「ソフトロー研究叢書」全5巻を刊行して」『書齋の窓』599, 14(藤田友敬発言)。
- 6) 中山信弘(2008)「はしがき」『ソフトローの基礎理論』中山信弘編集代表・藤田友敬編, 有斐閣, i.
- 7) ソフトローの文脈では、ソフトローの対象者が自発的に規範を遵守する場面と、裁判所の判決等によって規範を強制される場面の両方があることを指摘する文献として、清水真希子(2018)「ソフトロー——民事法のパースペクティブ(二)」『阪大法学』68(2), 397を参照。
- 8) 藤田友敬「はじめに」中山信弘編集代表・前掲注(6), 6.
- 9) 今村哲也(2022)「著作権法におけるソフトローの意義」『知的財産法制と憲法的価値』有斐閣, 67, 公益社団法人著作権情報センター附属著作権研究所(2018)「今村哲也」『著作権分野におけるソフトローに関する調査研究報告書』, 42.
- 10) 裁判所法3条1項により裁判所は「一切の法律上の争訟」を裁判し、その中で法令の解釈・適用も行うが、この「一切の法律上の争訟」とは、当事者の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であることが必要であり、一般的抽象的な問題には答えてくれない。最大判昭和27年10月8日民集6巻9号783頁(警察予備隊違憲訴訟)では「司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とする」と判断した。なお、司法権における法解釈の不確実性を述べるものとして、今村・前掲注(9), 71-72.
- 11) 行政機関とソフトローの関係については、齋藤健一郎(2022)「条文ではない法規

範——ソフトローとは何か II ソフトローが働く具体的な場面 行政分野』『法学教室』497, 15以下。

- 12) 青山社中株式会社編(2017)『遠藤洋路』『著作権における権利制限規定の柔軟性及び及ぼす効果と影響等に関する調査研究報告書』, 89、同[前田健ほか], 125。
- 13) 飯田・前掲注(3), 13、青山社中株式会社編・前掲注(12)[前田健ほか], 127。
- 14) 中里実(2005)『法制度の効率性とソフトロー』『知的財産法の理論と現代的課題——中山信弘先生還暦記念論文集』相澤英孝ほか編, 弘文堂, 572、青山社中株式会社編・前掲注(12)[前田健ほか], 127。
- 15) 吉田大輔(2022)『著作権分野におけるソフトローの現状と課題』『コピーライト』732, 20。
- 16) [https://www.ndl.go.jp/jp/preservation/digitization/digitization\\_agreement03\\_202112.pdf](https://www.ndl.go.jp/jp/preservation/digitization/digitization_agreement03_202112.pdf) (最終アクセス: 2022年9月11日。本章記載のURLの最終アクセス日は以下も同様)
- 17) <https://www.j-muse.or.jp/02program/pdf/chyosakuken47guide.pdf>
- 18) ただし、このような基準については、高解像度の画像が求められる時代のニーズに合っていない等の指摘もある。デジタルアーカイブ実務者検討委員会(2019)『第二次中間とりまとめ』内閣府, 16([https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/digitalarchive\\_suisiniikai/jitumusya/2018/torimatome2.pdf](https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/digitalarchive_suisiniikai/jitumusya/2018/torimatome2.pdf))
- 19) 清水真希子(2018)『規範の形成とエンフォースメント——ハードローとソフトローの相対化のための枠組み』『人間の尊厳と法の役割——民法・消費者法を超えて(廣瀬久和先生古希記念)』河上正二ほか編, 信山社, 495。
- 20) 青山社中株式会社編・前掲注(12)[前田健ほか], 126は、小塚壮一郎(2008)『形成主体の側から見たソフトロー——ソフトローを形成する「団体」』前掲注(6), 101以下を参照し、本文記載の四類型の整理を行う。なお本文記載の④は、原典では「掲載」とあるが、「形成」の趣旨と解した。
- 21) 公益社団法人著作権情報センター附属著作権研究所・前掲注(9)[松田政行], 105、また、自主規制の文脈であるが、長尾治助(1993)『自主規制と法』日本評論社, 9は、団体構成員が団体の自主規制に違反したと思考するときに、自主規制団体が立ち入りや帳簿の検査を行う権利を認める法的根拠を、構成員の決議あるいは契約にあるとする。
- 22) 美勢克彦(2010)『著作物の引用・利用とその周辺——ソフトローという視点から』『知的財産とソフトロー』中山信弘編集代表・大淵哲也編, 有斐閣, 80。
- 23) 飯田・前掲注(3), 12。
- 24) 小塚壮一郎(2009)『フランチャイズ業界と倫理綱領』『市場取引とソフトロー』中山信弘編集代表・神田秀樹編, 有斐閣, 157。なお、加入する業界団体の会員資格の停止や除名処分は、場合によっては法的問題になるため法的なサンクションと整理

できる可能性もある。

- 25) 正統性の定義は、高橋和之ほか編集代表(2016)『法律学小辞典[第5版]』, 765-766に拠った。
- 26) 飯田・前掲注(3), 13。
- 27) 公益社団法人著作権情報センター附属著作権研究所・前掲注(9)[山崎貴啓], 41。
- 28) 本文記載の①から⑥については、清水真希子(2018)『ソフトロー——民事法のパースペクティブ(一)』『阪大法学』67(6), 288-289、⑦については、飯田・前掲注(3), 14、公益社団法人著作権情報センター附属著作権研究所・前掲注(9)[生貝直人], 76。なお、前掲注(9)[生貝直人], 76は実効性の不足も指摘しており、⑤と同趣旨。加えて①については、自主規制の文脈であるが、政府が、自身で行うことが困難な何らかの規制を行う際に、私人に対して自主的な規制を行うように働きかけることで迂回的に実質的な実現を図ろうとする手段として使用される可能性がある。この点を指摘する文献として、生貝直人(2011)『情報社会と共同規制——インターネット政策の国際比較制度研究』勁草書房, 20。
- 29) 以下の整理は、公益社団法人著作権情報センター附属著作権研究所・前掲注(9)[山崎貴啓], 40-41を参照した。なお、同報告書は、これまでに策定・運用されているソフトローで、権利制限規定の運用において有効に機能していると評価されるものの特徴として、これらの要素のほか、ソフトローによって規律すべき利用行為の類型が一定程度明確であること(利用行為の類型化の可能性)、利用分野や利用行為の特性、関係者の求めなどに応じて、公的機関が適切な形でソフトローの形成に関与しうることを挙げる。
- 30) 公益社団法人著作権情報センター附属著作権研究所・前掲注(9)[生貝直人], 76以下。共同規制を主題とする文献として、生貝・前掲注(28)。
- 31) 吉田・前掲注(15), 21。同文献は、著作物の教育利用に関するガイドラインの牽引役として、瀬尾太一氏の名前を挙げる。瀬尾氏は、本文で挙げた「美術の著作物等の展示に伴う複製等に関する著作権法第47条ガイドライン」の策定にも関与するなど、著作権法分野の様々なガイドライン等で牽引役を果たしたと考えられている。いわゆるオーファンワークス実証事業に関しては、瀬尾太一(2019)『オーファンワークスへの対応』福井健策監修・前掲注(1), 48を参照。瀬尾氏の実行力については、福井健策(2021)『瀬尾太一さんの思いで』『デジタルアーカイブ学会誌』5(4), 252を参照。
- 32) <http://digitalarchivejapan.org/wp-content/uploads/2021/04/Shozokenguideline-20210419.pdf>。なお筆者のうち川野による学会公認版に関する概説として、川野智弘(2022)『デジタルアーカイブにおける『肖像権ガイドライン』の試み』日本組織内弁護士協会(JILA)オンラインジャーナル(<https://jila.jp/2022/03/2474/>)がある。

- 33) なお、肖像権GLは、DA学会としてガイドライン利用者を契約により、あるいは間接的な措置等により拘束するようなものでもない。利用者の個々の判断によりアレンジを行うことを予定し、またそれが推奨されており、肖像権GLの違反に対して、DA学会内等において事実上のサンクションも含め、一定のサンクションが課されるようなことは全く想定されない。
- 34) 肖像権GLでは、ポイント計算リストにて示された「点数はデジタルアーカイブ機関における自主的なガイドライン作りの参考・下敷きにして頂くためのものであり、何らの法的アドバイスでも見解の表明でもないこと」、また点数及び項目について「ガイドライン利用者ごとの判断により、公開目的や写真の性質に応じて、項目又は点数の増減等のアレンジを行うことを想定しており、…そのようなアレンジを推奨している」ことに繰り返し言及している(肖像権GL3、4、10、18頁)。
- 35) 厳密には、昭和45年(1970年)改正以前のいわゆる旧著作権法では、肖像写真について、肖像本人に著作権を与えることによって肖像の保護を図る規定が設けられていたが、同年の改正により廃止された。
- 36) 五十嵐清(2003)『人格権法概説』有斐閣、163。
- 37) 最判平成17年11月10日民集59巻9号2428頁など。同判例では、「人は、みだりに自己の容ぼう等を撮影されないということについて法律上保護されるべき人格的利益を有する」、「人は、自己の容ぼう等を撮影された写真をみだりに公表されない人格的利益も有する」など、「権利」ではなく「人格的利益」との表現が用いられているが、本章の論旨には影響しないので、本章では「肖像権」の語で統一する(なお、「権利」性を認めただけに見える判例として、最判平成24年2月2日民集66巻2号89頁)。
- 38) 立ちはだかる壁の全体像については、福井健策(2018)「講演録 花開くデジタルアーカイブと著作権・肖像権・所有権の壁」『コピライト』690(2)を参照のこと。
- 39) 前掲注(37)の最判。
- 40) 加えて、最高裁の調査官による判例解説においても、どのように「総合考慮」されたのか、考え方の筋道が明らかにされていない(太田晃詳(2008)「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成17年度版(下)』法曹会、773)。なお近時の下級審裁判例には、「総合考慮」の枠組みを明示的に用いないものも見られる(例えば、東京地判令和4年7月19日令和2年(ワ)第33192号)。
- 41) 福井健策(2014)『誰が「知」を独占するのか——デジタルアーカイブ戦争』集英社、167では、あまりに神経質になりすぎず「本人に迷惑がかからないと思えば公開する判断も大事」であるとの言及があるものの、「リスクがあることも事実だから、大きく写っている方を中心に許可を取ろうというケースが増えます」と指摘されていた。
- 42) 総務省(2013)「震災関連デジタルアーカイブ構築・運用のためのガイドライン」、144-147、305-306([https://www.soumu.go.jp/main\\_content/000225069.pdf](https://www.soumu.go.jp/main_content/000225069.pdf))、岩手県復興局(2016)「震災津波関連資料の収集・活用等に係るガイドライン」、22、26-27、34(<http://iwate-archive.pref.iwate.jp/aboutus/pdf/guideline.pdf?msclid=414d2543b82b1ec876db19e7eab58b>)など。
- 43) 裁定制度の詳細は、文化庁「著作権者不明等の場合の裁定制度」([https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/seidokaisetsu/chosakukensha\\_fumei/](https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/seidokaisetsu/chosakukensha_fumei/))を参照のこと。
- 44) 生貝直人(2019)「デジタルアーカイブの構築に関わる法制度の概観」前掲注(1)、11-12など。
- 45) 大規模災害情報の収集・保存・活用方策に関する検討会(2018)「大規模自然災害情報の収集・保存・活用方策の方向性について(報告)」、7([https://www.bousai.go.jp/kaigirep/kentokai/daikibosaigai\\_jyuhou/pdf/houkoku.pdf](https://www.bousai.go.jp/kaigirep/kentokai/daikibosaigai_jyuhou/pdf/houkoku.pdf))においても、肖像権について権利処理が必要であること、処理手続きが煩雑であることを前提に、個人の容貌等については閲覧時にマスク処理等を行うなどの対応策を提示する。
- 46) 長坂俊成(2019)「自治体が運営する災害デジタルアーカイブ 肖像・プライバシー等を巡る現状と課題」前掲注(1)、68は、災害デジタルアーカイブに関し、「モザイクやマスクングを多用すると、被災者の混乱や疲労、不安などの表情が消され、災害の深刻さがリアルに伝わらないなど、コンテンツの利用上の価値が損なわれる恐れがある。」と指摘する。
- 47) 写真ではなく映像に関するものであるが、テレビ放送におけるマスクング処理の多用と肖像権の関係等について指摘するものとして、大高崇(2020)「放送アーカイブ活用に向けて『顔消し』はどこまで必要か?～肖像権処理ガイドライン(案)を契機に～」『放送研究と調査』(2020年3月)。また、肖像権GL策定・公開後の論稿であるが、大高崇・数藤雅彦(2022)「放送アーカイブ活用と肖像権ガイドライン 過去の映像に写る顔は公開できるか——メディアの未来に向けた考察」『NHK放送文化研究所年報』も参照。
- 48) 長坂・前掲注(1)、79-81。
- 49) デジタルアーカイブ学会第1回公開シンポジウム(2017年12月5日開催)「著作権だけではない! デジタルアーカイブと法制度の新たな課題解決にむけて」など。なお、同シンポジウムのプログラムや各報告、パネルディスカッションの内容については、『デジタルアーカイブ学会誌』2(3)、259-276を参照のこと。
- 50) 福井健策(2018)「権利問題の全体見取り図」『デジタルアーカイブ学会誌』2(3)。
- 51) パブリックコメントにより得られた意見もすべて公開されている(<http://digitalarchivejapan.org/wp-content/uploads/2021/05/Shozokenguideline-publiccomment-result-20210429.pdf>)。

- 52) エンターテインメント・ロイヤーズ・ネットワークでの弁護士らを対象とした講演(2021年1月)、毎日メディアカフェでのメディア関係者を対象とした講演(2021年3月)。
- 53) 「デジタルアーカイブ学会設立について」(<http://digitalarchivejapan.org/about/shuisho/>)
- 54) 技術の進展に伴う肖像権GLへの影響や見直しの重要性については、第1回円卓会議における瀬尾太一氏の発表(瀬尾太一(2020)「デジタルアーカイブにおける肖像権の諸問題」『デジタルアーカイブ学会誌』4(1), 41)や、第2回円卓会議における曾我部真裕氏の発言(鶴田実里『第2回肖像権ガイドライン円卓会議IN関西』参加記『デジタルアーカイブ学会誌』4(3), 306)など、肖像権GLの策定過程において多数指摘を受けてきた。
- 55) 福井・前掲注(50), 265は、肖像権問題の解決策として、「(1)権利・契約についての教育の普及と関係者との対話、(2)現行法の柔軟・現実的な解釈、(3)準公的なガイドライン(例えばデジタルアーカイブ学会による)の策定と共同規制、(4)権利者不明な場合へのオプトアウト的制度の導入、などが考えられる」と指摘する。また、太下義之ほか(2018)「パネルディスカッション「これからどう取り組めばいいのか」」『デジタルアーカイブ学会誌』2(3)や福井健策(2022)「講演録 肖像権ガイドラインの試みと、故人再生の法律問題」『コピーライト』729(2), 22では、肖像に関する本人の意思表示の仕組みの整備に関する指摘がある。
- 56) 福井・前掲注(55)末尾記載の文献, 23は、「アーカイブとして二次的な活用を考える上で、本人との間に何の約束もない肖像が大量に存在していることは課題」とし、簡易な同意フォームの活用を指摘する。
- 57) 朝日放送グループ「激震の記録1995 阪神淡路大震災取材映像アーカイブ」の開設や、神戸大学附属図書館「震災文庫」における映像公開に際して、肖像権GLが参照されている。また、佐賀県伊万里市の「昭和の波多津 映像・写真展」には、写真の肖像権について、肖像権ガイドラインに従い判断した旨の記載がある (<https://www.city.imari.saga.jp/18137.htm>)。さらに、神奈川県立歴史博物館「赤星直忠考古学研究資料デジタルアーカイブ」には、マスキング箇所の選別にあたり肖像権GLを参照した旨の記載がある ([https://jmapps.ne.jp/akahoshinaotada\\_digitalarchive/](https://jmapps.ne.jp/akahoshinaotada_digitalarchive/))。
- 58) パブリシティ権や、プライバシー・個人情報・忘れられる権利、文化的・宗教的コードの問題など。詳しくは肖像権GL19-20頁を参照。
- 59) 前掲注(57)の朝日放送グループ「激震の記録1995 阪神淡路大震災取材映像アーカイブ」、神戸大学附属図書館「震災文庫」。なお前者について木戸崇之(2020)『阪神淡路大震災取材映像アーカイブ』の取り組み：四半世紀を経てのアーカイブ公開その目的と課題』『デジタルアーカイブ学会誌』4(2), 181を、後者について井庭朗

子(2021)「地元テレビ局と連携した阪神・淡路大震災関連映像の公開」『カレントアウェアネス-E』418(<https://current.ndl.go.jp/e2411>)を参照。また、放送アーカイブに関する前掲注(47)の議論も参照。

- 60) 木戸崇之・朝日放送テレビ株式会社(2020)『スマホで見る 阪神淡路大震災 災害映像がつむぐ未来への教訓』株式会社西日本出版社, 12.
- 61) なお、肖像権GLについて、企業におけるガイドラインの活用可能性を踏まえ、非営利のアーカイブ機関に留まらない利用可能性について指摘するものとして、栗原佑介(2022)『デジタルアーカイブにおける著作権の権利制限：「ユーザの権利」論序説』, 139なども参照。
- 62) 本章筆者のうち数藤は肖像権GLの策定チームリーダーを務めたが、役割としてはプロジェクトマネジメントに近く、牽引役ではない。