

《WLJ 判例コラム》第 19 号

自炊代行業者と著作権侵害の成否

文献番号 2014WLJCC001

北海道大学大学院法学研究科

教授 田村善之

製本された書籍の裁断機やスキャナーを持ち合わせていないユーザーや、裁断やスキャンにかかる時間や労力を節約したい利用者などのために、(私的)複製(=「自炊」)の代行等を行う業者が台頭しており、著作権者との軋轢を生んでいる。具体的には、ユーザーが私的使用目的(著作権法 30 条 1 項によると「個人的に又は家庭内その他これに準ずる限られた範囲内において使用すること」とされている)で自炊をする場合に、それを何らかの形で支援する自炊関連業者が、私的使用目的の複製について著作権の制限を定める著作権法 30 条 1 項を援用することにより侵害の責任を免れることができるのかということが問われている。

ところで、自炊に関連する業者にはいくつかのタイプがあり、① 自炊のための道具や場を提供するに止まる業者、② 裁断済み書籍を提供する業者、③ 自炊代行業者などがある。最近、東京地判平成 25. 9. 30 平成 24(ワ)33525[サンドリーム]¹、東京地判平成 25. 10. 30 平成 24(ワ)33533[ユープランニング]²は、③タイプの業者に対して、著作権侵害の責任を認める判断を下した。以下、タイプ毎に著作権侵害の成否について考えてみよう。

① 自炊のための道具や場の提供をする業者

最初に、店舗内に自炊のための裁断機とスキャナーを用意しており、利用者は自ら持ち込んだ書籍を自ら裁断、スキャンしたうえで、その結果、できあがった書籍の電子データを持ち帰る、というサービスを提供するタイプの業者を取り上げてみよう。

この場合、店舗に設置されたスキャナーは、私的複製による著作権の制限規定の例外とされる「公衆の使用に供することを目的として設置されている自動複製機器」(著作権法 30 条 1 項 1 号)に該当しうが、附則 5 条の 2 によってさらに制限規定の例外の例外とされる「専ら文書又は図画の複製に供するもの」に該当すると解しうるため、利用者の行為には、30 条 1 項が適用される。

また、30 条 1 項が著作権を制限する趣旨が、私的に複製が行われる場合には、大量に複製が誘発されることはなく、著作権者に与える不利益が大きなものとならないと思料されることに鑑み、私的自由を優先するということにあるのだとすると、このタイプのサービスにおいては、複製する著作物の選別を完全に利用者が行っている以上、利用者の行為は、同項にいう「その使用す

る者が複製することができる」という要件に該当すると解される。

そして、業者の関与は、物理的な複製行為をなしているわけでもなく、複製の対象となる著作物を選別しているわけでもない。ユーザーの求めに応じてテレビ放送を録画し転送サービスを提供する業者が、いかなる要件の下で複製行為の主体と認められるのかということが争点とされた事件において、自らアンテナを立てて放送番組を受信し録画につなげていること等の諸事情を総合考慮のうえ、複製に関して「枢要な行為」をなしている場合には業者が複製の主体とみなされる旨を判示した、最判平成 23. 1. 20 民集 65 卷 1 号 399 頁[ロクラク]³を支持する立場の下でも、業者は複製の実現に当たる「枢要な行為」をなしているわけではないと評価されるように思われる。

② 裁断済み書籍を提供する業者

次に、②タイプの裁断済み書籍の提供を行う業者は、典型的には、店舗に裁断済み書籍を予め備え置き、それを受け取った利用客が、店舗内に設置されたスキャナーを用いて、自ら電子ファイルを作成するという態様のサービスを提供する業者であるが、これはどうか。

この種のサービスに対しては、前掲ロクラク最判を支持する立場の下では、(事案を異にするので、同最判の射程が直接及ぶものではないが) 裁断済みの書籍の提供という形で、業者主導でコンテンツを用意していることが、ちょうど同最判におけるアンテナを設置して放送を受信し複製装置に入力するという行為に比肩するものとされ、「枢要な行為」をなしているがゆえに業者が複製行為の主体であると判断される可能性がある⁴。同最判を事例判決としてその射程を極力制限する立場の下でも、このタイプの業者は、業者と利用客との間で複製すべきものの手渡しという形で、直接、人的に接触したうえで、複製されるべき著作物の特定をめぐって影響力を行使しており、古典的なカラオケ法理(最判昭和 63. 3. 15 民集 42 卷 3 号 199 頁 [クラブ・キャッツアイ]⁵)の主戦場として、業者を複製の主体と認めうるよう思われる。

そして、前述した 30 条 1 項の趣旨に鑑みると、選択可能なコンテンツの範囲を業者が選別しており、それにより特定の著作物について大量の複製が誘発される可能性が生じている以上、少なくとも業者の行為は、もはや同項の「その使用する者が複製することができる」という要件の枠内に収まるものとはいえないように思われる⁶⁷。

③ 自炊代行業者

問題は、ユーザーが所有する書籍の裁断、スキャン等をユーザーに代わって代行するサービスを提供する業者の行為の取扱いである。

このタイプの業者をさらに細分化すると、店舗に持ち込まれた書籍の自炊を代行するタイプ、利用客が業者に書籍を送付し、業者が電子データを作成して利用客に納入するタイプ、利用客がインターネット書店等に発注した書籍を発注元から直接業者に送り、業者が電子データを作成し

て利用客に納入するタイプなどがある。これらの業者に共通していることは、利用客が複製すべきものを主体的に決定している反面、物理的な複製自体は業者がなしているということである。そのために、複製の主体はどちらなのか、30条1項の適用があるのか、ということが争われることになる。

前掲東京地判[サンドリーム]は、利用客が書籍を業者に自ら送付ないし書店から直送するというサービスを行っている自炊業者が被告とされたという事件で、ロクラク最判を引用したうえで「本件における複製は、書籍を電子ファイル化するという点に特色があり、電子ファイル化の作業が複製における枢要な行為というべきであるところ、その枢要な行為をしているのは、法人被告らであって、利用者ではない」と判示し、行為主体を代行業者であると判断した。この判決は、30条1項の私的複製の適用の可否を論じる必要がないという立場を示していることにも特徴がある。

ほぼ同様の事案で、前掲東京地判[ユープランニング]もロクラク最判を引用したうえで、「書籍を受領した後に始まる書籍のスキャナーでの読み込み及び電子ファイルの作成という複製に関連する行為は、被告会社の支配下において全ての作業が行われ、その過程に利用者らが物理的に関与することは全くない」ことを理由に、「上記によれば、本件事業において、書籍をスキャナーで読み取って電子化されたファイルを作成するという複製の実現に当たり枢要な行為を行っているのは被告会社らであるということができると認定し、「本件事業における複製行為の主体は被告会社らであり、利用者ではないというべきである」と帰結している。この判決は30条1項の適否を別途論じる体裁をとってはいるが、当てはめにおいては結局、利用行為主体論のそれを援用して、「その使用する者が複製する」という要件を満たさないと判示している。

しかし、利用行為の主体論とは別個の法理である私的複製による著作権の制限を規定する30条1項の適否が問題となる以上、利用行為の主体論だけで最終判断をしたり、利用行為主体論の判断をそのまま援用するのではなく、30条1項の趣旨に則した判断をなす必要があるというべきである。そして、同項が「その使用する者が複製する」ことを要求している趣旨が、私人である本人以外の者が複製する著作物を決定する場合には、特定の著作物について組織的に複製されることになりかねず、著作権者に与える影響を無視しえないからであるとすれば、肝要なことは使用者本人が何を複製するのかということを決めているのかということなのであって、物理的に複製をなす者が誰かということは重要ではない⁸。この種の自炊代行は30条1項の枠内にあるというべきではなからうか⁹。

このような解釈論を採用することに対しては、権利侵害を肯定すべきという立場から、自炊代行業を容認すると、DRMが施されていない電子ファイルが拡散し、著作権侵害が横行することにつながるとか、裁断本がオークション等で販売されていることに鑑みると、著作権者の経済的な不利益は無視し得ないという反論が予想される。しかし、私的複製にかかる電子データがインターネットにアップロードされた時点で複製権侵害や公衆送信権侵害に該当するのであり、そこで

捕捉することが可能なのであるから、かえって、侵害に結びつかないものも含めて一網打尽に禁圧しなければならない理由はない。また、私的複製を可能とする以上、自ら私的複製した場合に裁断本が市場に供されることは防ぎ得ないのだから、裁断済み書籍の流通によってそれと質的に異なる不利益が権利者に発生しているとはいいがたいようにも思われる。

むしろ、権利侵害肯定派からの最も意味がある反論は、電子書籍市場という著作権者にとっての新たな市場が自炊代行業者によって侵食されるというものであろう¹⁰。これに対しては、今後刊行される書籍については、自炊代行による私的複製の可能性を念頭に置いた対価を発行時に取得すれば足りるのではないか、という再反論がなされるかもしれないが、大半の書籍が自炊されるわけではないとすれば、自炊を想定していない読者層にとって書籍の価格が高すぎることになり、市場による書籍の普及を多少なりとも妨げることになる。

しかし、他方で、日本の著作権法が適用される国内で私人が所有している蔵書のうち、著作権の存続期間が消滅していないものの数は天文学的な数字にのぼるところ、電子書籍市場に関心を示し、これを活用している著作権者はごくわずかに止まる。そして、このように大きな母集団の下では、自炊代行による複製を禁止してまで自己の利益を守る必要はないと感じている著作権者や、そもそもそのような問題意識すら持ったことのない著作権者(その典型例は、著作権者の所在が不明のいわゆる孤児著作物の著作権者である)は莫大な数に上るはずであり、そこに大半の著作権者が権利行使をしない結果、事実として自炊代行が許容されており、それにより公衆が自炊代行による利益を享受することが可能となっていると見ることができる(このように権利者が権利行使をしないために蔓延している著作物の利用のことを *tolerated use* = 寛容的利用¹¹という)。

ここに落とし所の難しさがある。たしかに一部の権利者は保護に値する利益を有しているとしても、この状況下で、それを理由に、自炊代行業者という自炊の技術的、環境的プラットフォームを(寛容的利用を含めて)なべて著作権侵害に従事しているとして禁圧してしまうと、電子ファイル化による省スペースというデジタル技術の恩恵を私人が存分に享受することに失敗してしまうことになりかねない¹²。

立法論としては様々な解決がありえようが、解釈論の選択肢は限られている。そのなかで、寛容的利用を育みつつ、保護を必要とする権利者を守るための方策としては、前述のように、30条1項の「その使用する者が複製する者」という要件を活用して、裁断済みの書籍の保管や転用はせず、注文の都度、顧客からの宅送ないし直送を要するなど、相応に非効率なビジネス・モデルを採用する自炊代行業者に限り、同項の私的複製の範囲内と認めて著作権侵害の責任を免らしめる、という措置をとることがありえよう。このような解釈の下では、許容される自炊代行業者経由の電子ファイル化が相応に高コストなものとなり(利用客のコストには自炊代行業者に支払う対価だけでなく、書籍の購入代等の調達費用や送料が含まれる)、電子書籍市場を活用したい著作権者は、それよりも安価に電子書籍を供することにより、自炊代行業者との競争に勝てるように

なる。他方、この解釈は自炊代行業というプラットフォーム自体をつぶすものではないので、権利保護に無関心の著作権者の著作物は、電子書籍市場との競争に晒されることなく、自炊代行に供されることになる。このように市場を活用して、保護を欲していない権利者の書籍は自炊代行業者により、保護を欲している権利者の著作物は電子書籍市場により、それぞれ電子ファイルが提供されるように仕向けられることが期待される¹³。

※本稿の作成に際しては、文献の収集、整理等に関して、筑波大学の村井麻衣子講師にご教示を受けたところが大きい。記して感謝申し上げる。

¹ 本件判決の詳細は、[Westlaw Japan 東京地判平成 25 年 9 月 30 日 文献番号 2013WLJPCA09309001](#) を参照。

² 本件判決の詳細は、[Westlaw Japan 東京地判平成 25 年 10 月 30 日 文献番号 2013WLJPCA10309011](#) を参照。

³ 本件判決の詳細は、[Westlaw Japan 最判平成 23 年 1 月 20 日 文献番号 2011WLJPCA01209001](#) を参照。

⁴ 参照、小坂準記＝金子剛大「まねき TV・ロクラク II 事件最高裁判決にみるコンテンツ・ビジネスの諸問題」*Law & Technology*52 号 69 頁(2011 年)、上野達弘「総論」*年報知的財産法* 2011・212～213 頁(2012 年)、前田健「著作権の間接侵害論と私的な利用に関する権利制限の意義についての考察」*知的財産法政策学研究* 40 号 191 頁(2012 年)。

⁵ 本件判決の詳細は、[Westlaw Japan 最判昭和 63 年 3 月 15 日 文献番号 1988WLJPCA03150003](#) を参照。

⁶ 参照、小坂＝金子/前掲 69～70 頁。

⁷ なお、従前、「書籍または雑誌…」の貸与には「当分の間」貸与権が適用されないものとするので貸本業を貸与権の規律から免れしめていた附則 4 条の 2 が 2004 年改正で廃止された際、飲食店や理髪店、病院の待合室等に置かれている雑誌や図書の閲覧に関しては、元の占有主の占有から完全に離脱していないことを理由に、著作権法の解釈としてはいまだに「貸与」がなされていない、ゆえに(営利企業がなしていても)貸与権侵害にはならないというのが一般的な理解である。学説では、この解釈を前提に、裁断済み書籍を店舗内で提供する行為は「貸与」に該当せず、貸与権を侵害するものではないことを理由に、この種のサービスを著作権侵害に問責することができないことは、著作権者に与える不利益が相対的に大きいことに鑑みると問題がある旨を指摘するものがある(島並良「書籍の『自炊』」*法学教室* 366 号 3 頁(2011 年))。しかし、貸与権侵害に該当しないからといって、ただちに著作権侵害否定という結論を導かなければならないわけではないことは本文で述べた通りである。

⁸ 田村善之「デジタル機器の保守・修理・買換えと保存されたファイルの複製の可否」*知財管理* 55 卷 11 号 15 頁(2005 年)。特許法の共有者の下請けに関する議論を参考に、「使用者とコピー業者の間に、手間賃を支払ってコピーさせる契約が存在し、コピー業者はコピーの仕方等について使用者等の指示等を受け、そして、コピー業者は出来上がったコピーについて全量を使用者に納入する」という 3 要件が満たされるのであれば、コピー

業者による複製も使用者自身の複製と評価し、30条1項の適用を認めるべきであるとする見解として、奥邨弘司「著作権法30条1項の『使用する者が複製することができる』の意義」『知的財産権法と競争法の現代的課題』（紋谷暢男古希・2006年・発明協会）936～939頁。

⁹ 参照、小坂=金子/前掲 67～69頁。利用行為主体論の文脈ではあるが、この種の自炊代行業者に関して、利用客が行為主体であるとする見解として、前田/前掲 191頁、池村聡[判批]NBL1015号 6～8頁(2013年)。

¹⁰ 既発行の書籍についてはそのような市場を想定することなく創作されており、創作のインセンティブという観点から改めて新たな市場を利用する機会を与える必要があるのか、という再反論はありえようが、従来、著作権法上、新しい支分権が認められるたびに、既存の著作物の権利者にもそれが配分されていたという立法の慣行に鑑みると、(インセンティブの付与という観点からは意義が乏しいとしても)公平ないし平等の取扱いという観点から、この種のいわば遡及的な保護を肯定することも奇異なものともまではいいがたいだろう。また、いずれにせよ、この再反論は、今後創作される著作物には妥当しない。

¹¹ See also Tim Wu, “*Tolerated Use*”, 31 Colum. J. L. & Arts 617, 618 (2008).

¹² たとえば、およそ電子書籍市場に関心がなさそうであり(ごく一部に例外はあるが)、しかも自炊代行業者を禁圧する意思もなさそうな者が著作権を有していると思われる学術書をところ狭しと大量に抱えている大学教授の研究室を想像されたい。そして、大学の教授は、裁断機とスキャナーを購入する経済的余裕はあるかもしれないが、一般的に言って、実際に裁断しスキャンする時間的余裕はないものなのである。

¹³ 以上の叙述は、転送サービスに関する文脈でなされたものであるが、Branislav HAZUCHA(佐藤豊訳)「ロクラク事件とオンデマンド放送—新技術とオンラインサービスの規制における法、市場、裁判所の役割—」知的財産法政策学研究 26号 159～163頁(2010年)の分析に示唆を受けている。