

2. 考察

(0) 目次

- (1) ロクラクⅡ最判の規範を援用することについて
- (2) ロクラクⅡ規範の適用の仕方について
- (3) 私的複製の適否を検討しなかったことについて
- (4) 原告の証拠収集方法について
- (5) 利用者の自炊代行依頼について
- (6) 自炊の場を提供することについて
- (7) 原告が弁護士費用以外の損害を主張しなかったのはなぜか
- (8) 中古書籍流通とのバランスについて
- (9) その他

(1) ロクラクⅡ最判の規範を援用することについて

問題となった事案に限定されるのか，一般的な判断基準になるのか？

【参考1】ロクラクⅡ最判（最判平 23.1.20）

a. 判旨抜粋

「放送番組等の複製物を取得することを可能にするサービスにおいて，サービスを提供する者…が，その管理，支配下において，テレビアンテナで受信した放送を複製の機能を有する機器…に入力して，当該複製機器に録画の指示がされると放送番組等の複製が自動的に行われる場合には，その録画の指示を当該サービスの利用者がするものであっても，サービス提供者はその複製の主体であると解するのが相当である。すなわち，複製の主体の判断にあたっては，複製の対象，方法，複製への関与の内容，程度等の諸要素を考慮して，誰が当該著作物の複製をしているといえるかを判断するのが相当であるところ，上記の場合，サービス提供者は，単に複製を容易にするための環境等を整備しているにとどまらず，その管理，支配下において，放送を受信して複製機器に対して放送番組等に係る情報を入力するという，複製機器を用いた放送番組等の複製の実現における枢要な行為をしており，複製時におけるサービス提供者の上記各行為がなければ，当該サービスの利用者が録画の指示をしても，放送番組等の複製をすることはおよそ不可能なのであり，サービス提供者を複製の主体というに十分だからである。」（下線部は発表者記入）

b. 柴田義明・最高裁判所調査官（ジュリスト 1423号 38頁）

「判文においては，そのような行為（発表者注：複製の実現における枢要な行為のこと）がなければ，複製が『およそ』不可能であるとしているところ…本判決は，複製の実現について因果関係のある行為がすべて枢要な行為であるとか，上記因果関係がある行為をした者が複製の主体となるといっているものでない。」
「本判決の射程は，その判文からも，放送番組等の複製物を取得することを可能にするサービスにおけるなど，判決設定事例におけるものに限定される。」

c. 小泉直樹・慶大教授（判例時報 2123 号 182 頁）

「利用行為の社会的、経済的意義をも考慮して、『枢要な行為』をその管理、支配下において行う者を著作物の利用主体とみなす、という上位レベルの規範は、今回の最高裁判決以降、今後のあらゆる利用主体判断において指針となる…。さしあたり、この…読み方によらざるをえない。」

(2) ロクラクⅡ規範の適用の仕方について

本判決は、本件複製を構成する一連の経過のうち特色ある作業が何かを判断し、その特色ある作業（電子ファイル化の作業＝裁断した書籍をスキャナーで読み取る作業）をもって、複製における枢要な行為と認定している。

- a. 特色（発表者注：他の複製方法と比較した場合の差異？）と、枢要（発表者注：問題となっている複製における本質的部分？）は異なる概念であり、常に一致するとは限らないので、別の事案に応用した場合に不都合をきたすおそれはないか。
- b. 本判決では、最判で言及している「複製を容易にするための環境等」の「管理、支配」について検討していないことに問題はないか。
- c. 本件の場合、複製の対象である書籍について、原則として利用者がその所有権を取得していることを考慮要素とすべきとの意見をどう考えるか。*
- d. 書籍の電子化はスキャナーを用意すれば、利用者自ら行うことが可能であるから、被告らの関与がなければ複製が「およそ」不可能であるとはいえず、被告らの行為はいずれも「枢要な行為」にあたらぬとの意見をどう考えるか。*

*2013年11月19日に行われた第二東京弁護士会の研修会で田村善之・北大教授が言及したもの（以下同じ）。

【参考2】もう一つの自炊代行事件

東京地裁平成25年10月30日判決（www.courts.go.jp で公開）

「…これら一連の作業をみると、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。」

「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あ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出来る。そうすると、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。」（下線部は発表者記入）

(3) 私的複製の適否を検討しなかったことについて

判決理由では、書籍の複製主体が被告らであり利用者でないため、著作権法 30 条 1 項の適用は問題とならないとしている。

これに対し、(a) 著作権法 30 条 1 項は「その使用する者が複製することができる」と規定していることから、物理的に誰が複製をなしているかは重要ではなく、使用者本人が複製するか否かを決定していることが肝要であるとして蔵書所有者（書籍の使用者本人）が書籍の電子化を決定する自炊代行は私的複製の枠内とする意見、また (b) 自炊代行により一冊の書籍が複製される回数は一度だけであるとして自炊代行は私的複製の枠内とする意見がある。*

(4) 原告の証拠収集方法について

原告は調査会社を使い、意図を隠したまま被告側に書籍の電子ファイル化を依頼し、その結果を証拠として提出している。このような「おとり捜査」的に収集された証拠の採用に問題はないか。民事事件と刑事事件で違いはあるか。

(5) 利用者の自炊代行依頼について

自炊代行が著作権侵害だとすれば、利用者（書籍所有者）が自炊代行業を被告に依頼することは、教唆者として共同不法行為（民法 719 条 2 項）になるのではないか。

利用者による自炊代行依頼も不法行為であるならば、本件調査会社が被告に書籍の電子化を依頼した行為も不法行為なのではないか。かかる調査会社に依頼した原告も同様ではないか。被告の行為が違法だとする一方で、調査会社や原告の行為が適法になりうるのか。

(6) 自炊の場を提供することについて

本判決理由によると、本件複製における枢要な行為とは、裁断した書籍をスキャナーで読み取り電子ファイル化する作業にあるという。この作業を行うためのスキャン設備は被告が占有・管理するものであり、またこの設備を実際に操作したのも被告の従業員であるから、枢要な行為を行ったのは被告であり、利用者でないことに特段問題はなかった。しかし、スキャン設備の占有・管理者と、その操作者が別人格の場合はどのように考えられるか。

仮にスキャン設備を操作する作業が枢要な行為だとすると、セルフコピー形式で自炊設備と場所（以下「自炊の場」という）を提供する事業は著作権侵害ではないことになる。そうすると、書籍所有者から蔵書を預かり、自炊の場へ行って電子ファイル化のための設備操作を行う個人レベルの自炊代行業が出現し、問題がより複雑化するのではないか（外形上は書籍所有者本人による自炊と区別できないため）。

自炊の場を提供する事業が著作権侵害とされるおそれはあるか。

(7) 原告が弁護士費用以外の損害を主張しなかったのはなぜか

- ・原告の目的は自炊代行の違法性と差し止めを裁判所に認めてもらうことだった？
- ・私的使用複製に過ぎないから損害がないという議論を避けるため？
- ・自炊代行に対する許諾料の相場がなく損害立証が困難だったため？

【参考 3】 日本文芸家協会，日本写真著作権協会，日本漫画家協会は，1冊 30 円程度の著作権使用料を徴収する代わりに自炊代行を許諾する方向で検討していることを発表（朝日新聞デジタル 2013 年 3 月 27 日）

※被告サンドリームによる 500 頁の自炊代行費用は，納期により 100 円から 480 円

(8) 中古書籍流通とのバランスについて

自炊代行が違法だとしても，自炊そのものと自炊済みの書籍の中古流通が適法な以上，焼け石に水のようなもの？

※公衆に供された自動複製機器による複製であっても，文書と図画に関しては私的使用複製になる件につき著作権法附則 5 条の 2 参照

【参考 4】 蔵書の電子化における基本方針の合意について

蔵書電子化事業連絡協議会（My ブック変換協議会）および日本蔵書電子化事業者協会（JABDA）が日本文芸家協会などの権利者側と書籍の電子化について協議を開始し，基本方針について合意したことを報道発表（2013 年 6 月 14 日）

※本件法人被告は，上記協会に参加していない

1. 許諾の対象
 - ・電子化の許諾対象は個人の蔵書のみとする。
 - ・電子化は許諾ベースで行うこととし，同タイトルの書籍についても毎回許諾を受けた上で電子化を行う。
 - ・裁断済みの書籍は受け付けない。
2. 電子化された蔵書の管理
 - ・電子化された元となった蔵書は，電子化した後，必ず溶解処理などの方法で廃棄する。
3. 電子ファイルの管理
 - ・電子化されたファイルが私的利用を超えて外部に流出することがないように安全管理措置を講じる。
 - ・電子化されたファイルには一定の情報を付す等の処理を行う。
4. ルールの遵守・監視機能
 - ・定められたルールを守るために，第三者の監視組織を設置する。
 - ・ルールを守る事情者については JABDA への参加を促し，適正な事業者であることの表示を行う。

(9) その他（時間に余裕があれば…）

- a. 電子書籍に対応した著作権のあり方をめぐる協議
（2013年9月文化庁文化審議会小委員会中間報告）
出版社側：現行の著作権が原則として電子書籍にも及ぶように改正すべき
著作者側：現行の著作権とは別に電子書籍を対象とした権利を創設すべき
- b. 自炊「代行」ではなく自炊そのものを容易にする，非破壊式自動スキャン装置の影響
- c. 同じ電子書籍でも海外事業者から買った方が安いという電子書籍の内外価格差の問題
- d. 電子書籍を普及させるべきか？ 書籍を裁断されることに対する作家の心理的抵抗と，ネット上で入手できない情報はこの世に存在しないも同然という意見
- e. 違法な書籍の電子ファイルが流通するのをどうやったら防ぐことができるか，防止することにどの程度の労力を割くべきか

以上