

書籍の自炊代行に関する著作権問題

平成 23 年度著作権委員会第 4 部会

野田 薫央, 渡辺 毅, 川崎 仁, 渡部 寛樹,
前浜 正治, 関 昌充, 平木 康男

目次

- 第 1 章 電子書籍と自炊
- 第 2 章 自炊の態様
- 第 3 章 複製行為の法的評価
- 第 4 章 第 30 条適用の可否
- 第 5 章 複製行為以外の法的評価
- 第 6 章 間接侵害
- 第 7 章 専門家の見解
- 第 8 章 まとめ

自炊	自己が所有する書籍をスキャナー等で電子データ化すること。 ⁽²⁾
自炊代行	書籍の所有者から依頼を受けて所有者に代わって書籍を裁断・電子データ化すること。スキャン代行とも呼ばれる。ただし、後述する機材提供店舗を含む場合もある。
機材提供店舗	店舗内に裁断機とスキャナーを設置し、利用者が自由に自炊をおこなえる店舗。店舗に裁断済みの書籍を設置している場合もある。
自炊関連業	自炊代行（スキャン代行）と機材提供店舗の両方の業態を含む総称。

はじめに

著作権委員会第 4 部会では、毎年コンテンツ分野に関する研究をおこない、過去にも「アニメの著作権（平成 20 年）」「動画投稿サイト（平成 21 年）」「ゲームコンテンツのマルチユース（平成 22 年）」等のテーマについてパテント誌で研究内容を報告している。平成 23 年度は、最近巷で何かと話題になっている書籍の自炊（電子データ化）代行に関する著作権法上の問題点についていろいろと検討した。今回も本誌でその内容を簡単にご報告させていただく。本稿がこの分野における問題点整理の一助になれば、執筆者としても幸いである。

具体的には、「第 1 章 電子書籍と自炊」で電子書籍と自炊に関する現在の状況を説明し、「第 2 章 自炊の態様」で主な自炊代行の業態を分類し、「第 3 章 複製に関する法解釈」で複製を中心として自炊代行で問題となる法律を説明し、「第 4 章 第 30 条適用の可否」で複製権侵害の例外規定である第 30 条について検討し、「第 5 章 複製以外の法解釈」で同一性保持権や貸与権等について検討し、「第 6 章 間接侵害」で審議会の議論を踏まえて間接侵害を検討し、「第 7 章 専門家の見解」でこの問題に関する学者や弁護士の各種見解を紹介する。

なお、本稿において用いる用語は、便宜的に以下のように定義する。⁽¹⁾

第 1 章 電子書籍と自炊

1. わが国の電子書籍の状況

iPad (R) などの汎用タブレット端末の世界的ヒット、各種電子書籍専用端末の登場、さらにはスマートフォンの普及も相まって、我が国でも 2010 年頃から電子書籍の普及が本格化した。

2010 年の我が国の電子書籍市場規模は 650 億円を超え（書籍全体の約 8%）、2015 年には 2000 億円程度になると予想されている（インプレス R&D 調べ）。

電子書籍が普及すれば、紙の書籍にはない効果（動き、音、ネット接続など）を内容に加えることができる上に、印刷・在庫・流通・返本等のコストやリスクが少なく紙の書籍より安価になる可能性が期待されている。

しかし、現在日本の電子書籍は約 30 万点といわれているが、そのほとんど（売上げの 88%）は携帯電話向け電子コミックであり、一般書籍については期待されたほど電子化が進んでいない。

普及を妨げている原因はいろいろ取りざたされているが、規格（フォーマット）が統一されていないことや⁽³⁾著作権契約上の問題⁽⁴⁾などが大きいと言われている。

ちなみに米国では、最近では普及速度にブレーキがかかりつつあるようであるが、2011 年の電子書籍の売上げは約 9 億 6990 万ドルで書籍全体の 18.6% を占め（米国出版社協会調べ）、ネット書籍販売大手の amazon では、2011 年 4 月に電子書籍の売上げが紙

書籍の売り上げを超えたという。電子書籍の市場規模では日本とさほど変わらないが、一般的な書籍について、米国は日本に比べて電子化の普及が進んでいると言える。

【日米の電子書籍の状況】

	米国 (2011年)	日本 (2010年)
電子書籍の売上	9億6990万\$ (約850億円)	650億円
書籍に占める割合	18.6%	8%
対前年の増加率	117%	13%
備考	2010年の増加率も 164%	電子書籍の約9割は 携帯向けのコミック

※米国は米国出版社協会調べから、日本はインプレスR&D調べから筆者が計算

2. 書籍の自炊と代行

このように、まだまだ電子化された書籍が少ない日本の状況下で、すでに存在する紙の書籍を電子化したというニーズが生まれた。

書籍を電子化することのメリットは、主に省スペース化でき、携帯性、及び検索性が向上することである。例えば、電子化してスマートフォンやパソコンの中にデータを入れておけば、数百冊の書籍を携帯することができ、OCR機能で文章をテキストデータとして読み込めば、書籍の中身を自由に検索することもできて大変便利である。さらに、大量の本が物理的に部屋を占拠することもなくなる。

このため、自己が所有する書籍を自分でスキャンして電子データ化するいわゆる「自炊」が自然発生し、現在では自炊のやり方を指南した入門書が多数出版されている。また、スキャナーも自炊に便利な機種が人気を博している。

このような「自炊」とともに登場したのが自炊代行（スキャン代行）等をおこなう自炊関連業である。個人で自炊する場合は、まず裁断機やスキャナーを入手し、1冊ずつ背表紙を裁断して頁順にスキャンする必要がある。多数の書籍を自炊する場合は多大な時間と労力を要する。そこで、1冊数百円程度の料金を受け取って書籍のスキャンを請け負う商売が成り立っている。

具体的な自炊代行・関連業の業態については後述するが、代表的なものは、ユーザーから送られた書籍を裁断してスキャナーで読み取り、電子データを保存したCD-ROM等のメディアを返送する業態である。他にも、店内に書籍とスキャナーを設置し、ユーザーが

持ち込んだ書籍や店内に設置した書籍を自由にユーザーに電子化させる業態などもある。現在では、このような自炊代行業社が百社以上存在するという。

3. 問題の所在

著作権法上は、著作者（のみ）が著作物を複製できる。

第21条 複製権

著作者は、その著作物を複製する権利を専有する。

ただし、例えば個人が所有する書籍を自分が読む目的で自分でスキャン（複製）することは、例外として合法である。

第30条 私的使用のための複製

著作権の目的となつている著作物は、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を目的とするときは、次に掲げる場合を除き、その使用する者が複製することができる。（以下略）

自炊代行・関連業は、この例外規定には該当せず、著作権侵害の問題を生じるとというのが一般的な考え方であるが、ユーザーの立場などから反対意見も存在する。詳細は後述する。

4. 自炊代行をとりまく状況

このような自炊代行・関連業の存在に出版社及び作家は危機感を募らせており、2010年頃から書籍の奥付に「第三者に依頼して電子化することは違法」等と明示することが多くなった。

さらに2011年9月には、大手出版社7社と人気作家・漫画家122人が連名で自炊代行業社約100社に質問書を送付し、「著作権者の許諾のない自炊代行業務は複製権侵害にあたる」として回答を求めた。

さらに2011年12月には、上記質問書の回答で悪質と思われた2社に対して人気作家・漫画家7人（浅田次郎／大沢在昌／永井豪／林真理子／東野圭吾／弘兼憲史／武論尊）が連名でスキャン行為の差し止めを求めて東京地裁に訴えを提起した。

この訴えに関する記者会見で、原告は複製防止措置（DRM）⁽⁵⁾が施されていない電子データの拡散が電子書籍市場の形成を阻害することやスキャン後の裁断本が多数流通していることを問題視し、東野氏は「このままでは漫画家や作家が近い将来職業として成立しない可能性もある」と危機感を吐露している。

なお原告の弁護団は「違法行為であることを裁判所に認めてもらうのが目的」としており、被告側も争う姿勢を見せていることから少なくとも地裁判決までは和解しないものと思われる。⁶⁾

その他にも、機材提供店舗（書籍の設置あり）として有名な「自炊の森」が、何度かの営業休止を経て、第30条「私的使用のための複製」、附則第5条の2「自動複製機器についての経過措置」、図書館でのコピーを認めた判決（平成20年(ワ)第32593号）などを根拠に「当店のサービスは適法」だとして営業を再開している。自炊の森は、裁断本を多数店内に設置して自由にスキャンできることから「人気コンテンツにただ乗りしている」として特にフリーライドの観点で批判する意見が強い。

このように書籍の自炊代行に関する問題は現在訴訟が進行しており最終的には裁判所の判断を待つ状態であるが、現時点におけるこの問題に関する幾つかの論点について以下で整理して説明する。

（本章担当：野田 薫央）

第2章 自炊の態様

「自炊」には様々な態様があるが、本部会において検討を行った結果、議論をやりやすくするために、態様を以下の4つの類型に便宜的に分類した。

1. 態様1

～ユーザーが所有する書籍を用いて、ユーザーのスキャナーを用いてユーザーがスキャンする態様～

自炊の最も基本的な態様である。ユーザー自身が自己のスキャナーを用いてスキャンを行うので、私的使用のための複製（第30条）に該当し、著作権的な問題は生じないものと考えられる。しかしながら、すべての作業をユーザー自身が行うため、書籍を裁断してスキャンする際には、裁断機やスキャナーといった機材を準備するコスト、および裁断とスキャンの作業にかかる手間と時間が要求される。

また、自宅で自炊を行うユーザーのためにスキャナー等の機材をレンタルする業者も存在するが、スキャン行為がユーザーの管理下で行われるため、やはり私的複製であると考えられる。しかしながら、裁断とスキャンの作業の負担は変わらないばかりか、レンタルした機材の運搬に関する金銭的あるいは肉体的負担が新たに加わる。

こうした不便さを解消するために誕生したのが、以下で挙げる3つの態様である。これらの態様ではユーザー以外のものが自炊行為に関わってくるため、様々な著作権法的論点が生じるが、詳しい法的検討は次章以降で行う。

2. 態様2

～業者に書籍を送付すると、業者から書籍をスキャンした電子データが返送される態様～

いわゆる自炊代行業者がこれにあたる。ユーザーが書籍を業者に送付すると、業者がその書籍を裁断およびスキャンし、スキャンされた電子データがCD-Rなどのメディアによって、あるいはインターネットなどの電気通信回線を介してユーザーに返送される。似たような態様として、ユーザーが通信販売で書籍を購入し、送り先を自宅ではなく自炊代行業者として、書籍をスキャンした電子データを業者から受け取るものもある。この場合、ユーザーは書籍を手にはしていないが、ユーザーが購入した書籍であるから書籍の所有者はユーザーである。

いずれの場合も、書籍の所有権はユーザーにあるが、スキャナーの管理者およびスキャンする主体は代行業者である。したがって、書籍のスキャンを業者が行う点において、複製権（第21条）侵害などの著作権法的論点が生じる。

なお、本態様には、裁断およびスキャンされた後の書籍が電子データと共にユーザーに返される態様と返されない態様があるが、この相違点は著作権法的論点とは直接は関係ない。

3. 態様3

～店舗に置かれたスキャナーを用いて、ユーザーは持ち込んだ自らの書籍、または当該店舗で購入した書籍を当該店舗において自らでスキャンし、電子データを持ち帰る態様～

機材提供店舗の第1の態様であり、「レンタル自炊スペース」などと呼ばれる。店舗には裁断機およびスキャナーが用意されており、ユーザーは持ち込んだ自らの書籍、または当該店舗で購入した書籍を当該店舗において自らの手で裁断およびスキャンし、電子データをメディアにコピーして持ち帰る。

本態様においては、スキャンを行う主体がユーザー自らである点が上記態様2と異なる。このことにより、

スキャン行為は私的複製に該当するとも考えられる。

しかしながら、店舗が提供するスキャナーによる複製行為が「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を用いて複製する場合」（第30条第1項第1号）に該当するかどうか論点となる。また、いわゆるカラオケ法理によって、ユーザーによるスキャン（複製）行為を店舗による複製行為と同一視して、店舗による複製権侵害とみなすことができるかどうか論点となる。

4. 態様4

～店舗に置かれた書籍およびスキャナーを用いて、ユーザーは当該書籍を当該店舗において自らでスキャンし、電子データを持ち帰る態様～

機材提供店舗の第2の態様であり、代表的な店舗と

して「自炊の森」が挙げられる。態様3とは、スキャンする書籍が店舗の所有である点で異なっている。さらに、店舗によっては書籍が裁断済みの場合もある。したがって、ユーザーは手ぶらで来店しても、自ら所有しない書籍で気に入ったものがあれば、それをスキャンして電子データ化することができる。いわば漫画喫茶にスキャナーが置かれたようなものである。

本態様においては、態様3と同様の著作権法的論点に加え、店舗の所有する書籍をユーザーがスキャンすることが「貸与」に該当し貸与権（第26条の3）侵害となるかどうか論点となる。

5. まとめ

態様1～態様4を表にまとめると、概ね以下のようになる。

	態様の内容	スキャンする主体	スキャン機材の所有	スキャンする書籍の所有
態様1	すべてユーザーが行う	ユーザー	ユーザー	ユーザー
態様2	業者に本を送り、電子データが戻ってくる	他人（スキャン業者）	他人（スキャン業者）	ユーザー
態様3	機材を提供する店舗でスキャン（書籍は持ち込み、あるいは店舗で購入）	ユーザー	他人（機材提供店舗）	ユーザー
態様4	機材を提供する店舗でスキャン（書籍は店舗が提供）	ユーザー	他人（機材提供店舗）	他人（機材提供店舗）
	論点	ユーザーが行うスキャンは私的複製（第30条）といえるか？ カラオケ法理は適用されるか？	機材提供店舗には第30条1項の問題	他人が所有する書籍の場合は貸与権（第26条の3）の問題

（本章担当：渡辺 毅）

第3章 複製行為の法的評価

1. 上記第2章の「自炊の態様」の説明を受け、第1の態様以外の自炊関連業の態様と、著作権法における複製権（第21条）等との関係を以下検討する。

2. まず、自炊関連業の態様の主なものは、上記第2章に示されている通り次の3態様であると考えられる。

(A) 態様2

業者に書籍を送付すると、業者から書籍をスキャンした電子データが返送される態様。

(B) 態様3

店舗に置かれたスキャナーを用いて、ユーザーは持ち込んだ自らの書籍、または当該店舗で購入した書籍を当該店舗において自らスキャンし、電子データを持ち帰る態様。

(C) 態様4

店舗に置かれた書籍およびスキャナーを用いて、ユーザーは当該書籍を当該店舗で自らスキャンし、電子データを持ち帰る態様。

3. 自炊代行業についての一般的法解釈で特に問題となるのは、上記のスキャンして電子データを得ることが著作権法でいう複製に該当するか、このスキャンを利用者自らが行うか、業者に代行してもらうかであると思われるので、ここでは、それらに絞って議論を進める。

(A) 複製（第2条第1項第15号）

法第2条第1項第15号は、「複製とは、印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により有形的に複製することをいい」と規定している。

(a) 書籍の文字を電子データに変換することは、本

条にいう「複製」に当たるか。

「スペース・インベーター・パートⅡ」事件（東京地裁昭和54年(ワ)第10867号，昭和57年12月6日判決）では、『本件機械のコンピューター・システムのROMに収納されている本件オブジェクトプログラムは，本件プログラムに用いられている記号語を，開発用コンピューター等を用いて，コンピューターが解読できる機械語に変換した上，これを電気信号の形で本件機械のROMの記憶素子に固定して収納されていること，右記号語から機械語への変換は，右両言語が一对一の対応関係にあるため機械的な置き換えによって可能であり，そこに何ら別個の著作物たるプログラムを創作する行為は介在しないこと，このROMに電気信号の形で固定して収納されている本件オブジェクトプログラムは，ロムライター等の複製用具を用いて，他のROMに電気信号の形で収納することができるものであり，訴外電商サービスらは，右の手段で本件オブジェクトプログラムを他のゲームマシンのROMに収納したこと，右ROM内の情報（プログラム）はコンピューターシステムの電源スイッチが入ると中央演算装置（CPU）によって読みとられ，CPUが順次その命令を実行し，ゲームマシンの受像機面上に本件ゲームの内容を映し出すものであることが認められる。

右事実によれば，本件オブジェクトプログラムは本件プログラムの複製物に当たり，訴外電商サービスらの本件オブジェクトプログラムを他のROMに収納した行為は，本件プログラムの複製物から更に複製物を作成したことに当たるから著作物である本件プログラムを有形的に複製するものとして複製に該当する。』と判示している。

すなわち，「機械的な置き換えによって可能であり，そこに何ら別個の著作物を創作する行為は介在しない」場合には，複製における複製であると判示している。

スキャンにより電子データを作成する場合も，「機械的な置き換えによって可能であり，そこに何ら別個の著作物を創作する行為は介在しない」ため，当該複製に当たるものと解される。

(b) 有形的に複製しているか

加戸守行著「著作権法逐条講義」によれば，「有形的に複製」とは，「具体的に存在するものの中に著作物等を収録する行為」をいうとしている。また，同

著によれば，複製概念としては，印刷・写真・複写といった可視的な複製の他，「録音，録画等の再生可能な複製」も含まれるとし，「データなどを磁気テープ・ディスク，ROMなどに記憶させる」のも再生可能な複製であるとしている。このことから，スキャンして得た電子データを記録メディア等に記憶させるのも，有形的に複製しているに該当すると思料される。

(B) 複製権（第21条）

(a) 法第21条は，「著作権者は，その著作物を複製する権利を専有する。」と規定する。

「書籍の文字を電子データに変換し，その電子データを記録メディア等に記録する」行為は，上記したように複製行為に該当するので，著作権者に無断でこの行為を行う場合には，この複製権を侵害する。

しかしながら，法は，「著作物利用の性格からして著作権が及ぶものとするのが妥当でないもの」等を理由として，著作権の制限規定を設けており，その一つとして「私的利用（第30条）」がある。次に，私的利用（第30条）について説明する。

(C) 私的利用（第30条）

法第30条は，「著作権の目的となっている著作物は，個人的に・・・使用することを目的とするときは，その使用するものが複製できる。」と規定している。

ただし，私的使用の目的であっても，公衆提供自動複製機器による複製は，著作権者の許諾が必要である（第30条第1項第1号）。ただし，この公衆提供自動複製機器としては，専ら文書又は図面の複製に供するものは含まれない（附則第5条の2）。

上記のスキャンをおこなうスキャン機器も，専ら文書又は図面の複製に供するものと考えられている。

したがって，書籍を所持するものが，私的使用の目的で，自己の，あるいは公衆提供のスキャン機器を用いて，書籍をスキャンし，電子データを得，この電子データを記録メディア等に記録すること（いわゆる自炊）は，著作権の複製権侵害とはならない。

(b) 上記スキャンを業者（いわゆる自炊代行業者）が行った場合（その使用する者が複製するとは？）

上記「著作権逐条講義」によれば，『「使用する者」とは，法律上の複製主体を指しておりますので，使用者自身による複製が原則でありますけれども，使用者の手足として，その支配下にある者に具体的複製行為を行わせることは許されます。例えば，会社

の社長が秘書にコピーをとってもらおうというのは、社長がコピーをとっているという法律上の評価をするわけであり、ただし、コピー業者に複製を依頼することになりますと、その複製の主体はコピー業者であって、本条にいうコピーを使用する者が複製をすることにはなりません。』と説明している。

この説に基づけば、スキャン業者（いわゆる自炊代行業者）は、スキャン等による複製の主体であるから、このスキャン業者（いわゆる自炊代行業者）は、その書籍（著作物）に係る著作権の複製権を侵害する。

なお、この第30条の適用の詳細については、次章の「第30条適用の検討」の項を参照されたい。

(D) 複製物の目的外使用等（第49条）

第49条第1項柱書では、「次に掲げる者は、第21条の複製を行ったものとみなす。」と規定し、同条同項第1号では、「第30条第1項、第30条第1項第1号、……に定める目的以外の目的のために、これらの規定の適用を受けて作成された著作物の複製物を頒布し、又は当該複製物によって当該著作物を公衆に提示した者」と規定する。

したがって、自炊して得られた複写物であっても、その複写物を頒布（例えば、公衆に譲渡）した場合には、当該著作物の複製権を侵害する。

（本章担当：川崎 仁）

第4章 第30条適用の可否

ここで、第30条の条文について再度確認する。

第30条 私的使用のための複製
著作権の目的となつていゝ著作物（以下この款において単に「著作物」といふ。）は、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（以下「私的使用」といふ。）を目的とするときは、次に掲げる場合を除き、その使用する者が複製することができる。（以下略）

この規定によれば、第30条の適用について満たされるべき条件は大きく分けて2つあり、「①限られた範囲内における使用であること」、「②その使用する者が複製すること」、の2つである。

①の“限られた範囲内”とは、例えば家庭内や親しい友人間と解され、音楽CDをダビングする行為等は、このような関係において許される。この①が満たされるか否かについてはユーザー次第であり、ここでは特に問題としない。

自炊関連業において大きな論点となっているのは②

の要件であり、実際にスキャンを行う者の行為が“その使用する者”の行為に相当するか否かが問題となっている。

1. 自炊代行（第2章 態様2）における適用可否について

態様2の自炊代行業者側の主な主張は、「“その使用する者”とは即ちユーザーを指すものであり、代行業者はユーザーの依頼に基づき、ユーザーの手足として行っているのであるから、ユーザーの行為も同然である。」との趣旨である。

これに対して、コンテンツホルダー側の主張は「独立した事業者として多くの人達から料金を取ってデジタル化を業として行っているのですから、デジタル化という複製の主体であり、委託した者の「手足」とは認められません。」というコメントに現れている。

ここで、両者の主張の違いについて、各種判例に基づいて検討する。

(1) ロクラクⅡ事件について

ロクラクⅡ事件（最判平23年1月20日）は、テレビチューナーが内蔵された親機とユーザーが操作する端末である子機とがインターネットを介して接続され、ユーザーの操作に応じた子機からの指示に応じて親機が録画したテレビ番組のデータを、インターネットを介して子機に送信するサービスを提供している者（以降、サービス提供者とする）に対して、放送事業者等が著作物であるテレビ番組の複製権の侵害を主張した事件である。この裁判においてサービス提供者は、「サービスの利用者が私的使用を目的とする適法な複製をしているのであり、複製をしているのはサービス提供者ではない」との主張を行っている。

このような主張に対して、判決では「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重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充分である」と判断している。

「コンテンツの複製を伴う代行業」という観点においては、放送番組の録画と書籍の電子化は共通してお

り、上記判決に倣えば自炊代行業における代行業者は、複製の主体であってユーザーの手足とは認められないということになる。

他方、放送番組の録画と書籍の電子化との間には、「放送番組」と「書籍」という客体の違いがあると共に、書籍の電子化の場合には、(中古書籍等の場合を除き)ユーザーはコンテンツホルダーに対して既に対価を支払っているというビジネス形態の違いもあるため、上記判決が単純に自炊代行業に当てはめ可能であるか否かは不明である。

更に、ロクラクⅡ事件では、複製対象である放送番組を、ユーザーが未だ取得する前の状態であり、ユーザーは、サービス提供者の行為を経て初めて放送番組を取得する。これに対して、自炊代行業においては、既にユーザーが取得している書籍の電子化をサービス提供者である自炊代行業者が行っているのであり、この点からも上記判決の自炊代行業への当てはめは容易ではない。

(2) スペース・インベダー・パートⅡ事件について

自炊代行業において代行業者がユーザーの「手足」であることを認める論旨は、第30条の適用により代行業者の行為が適法であることを認めることを目的としたものである。これに対して、行為者の侵害を認定するためという目的の違いはあるが、行為者が依頼者の「手足」であると認められた判例として、スペース・インベダー・パートⅡ事件(東京地裁昭和54年(ワ)第10867号)を参照する。この事件においては、著作物であるインベダーゲームのプログラムを著作権者に無断で複製するに際して、その行為を下請け会社に行わせていた者に対する損害賠償請求が認められた。その判例において、裁判所は「右訴外人らを被告会社のいわば手足として使用したもので、被告会社自身が本件プログラムの複製行為をしたものと評価できる」と説示している。

このような、いわゆる「手足論」が適用されるのであれば、代行業者の主張の通り、代行業者による複製の行為は依頼者たるユーザーの手足としての行為であり、複製の主体はユーザーということになる。しかしながら、本事件における「手足論」は、上述した通り複製権の侵害を認める際に、行為者ではなく依頼者を複製主体と認定する趣旨のものであり、第30条の適用による「非侵害」を結論とするために即座に適用されるものではない。

(3) 地球儀型トランジスターラジオ事件について

次に、「非侵害」との結論において、いわゆる手足理論に近い一機関の要件が認められた判例として、地球儀型トランジスターラジオ事件(最判昭44年10月17日)を参照する。地球儀型トランジスターラジオ事件は、意匠権に対する先使用権を有する者の依頼に基づき、専ら先使用権者のためにのみ地球儀型トランジスターラジオを製造、販売ないし輸出していた行為者に対して、意匠権者が権利行使を行ったものである。これに対して、裁判所は、「被上告人(行為者)らは、右スチブンス社(先使用権者)の機関的な関係において、同社の有する右ラジオ受信機の意匠についての先使用権を行使したにすぎないものである」として、権利行使を認めなかった。

このように、「非侵害」という結論において行為者の行為が依頼者の行為であるとみなされる趣旨の判断がなされた判決も存在する。(但し、地球儀型トランジスターラジオ事件における意匠権は、冒認出願の可能性もあり、「非侵害」という結論が一機関の理論のみに基づいて導かれたものであるか否かは不明である。)

(4) 自炊代行業と判例との違いについて

スペース・インベダー・パートⅡ事件、地球儀型トランジスターラジオ事件のいずれにおいても、行為者は独立した事業者として対価を得て行為を行っているのであり、「独立した事業者として多くの人達から料金を取ってデジタル化を業として行っているのですから、デジタル化という複製の主体であり、委託した者の「手足」とは認められません。」というコンテンツホルダー側の主張にも疑義は残る。

他方、地球儀型トランジスターラジオ事件において「非侵害」の根拠となっているのは「先使用権」という正当な権利であるのに対し、著作権法第30条は、「文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作者等の権利の保護を図り、もつて文化の発展に寄与する」という法目的のもとで定められた「例外規定」である。

そして、一般的な産業の形態等を考慮すれば、特許権や意匠権等の産業財産権についての先使用権を、下請け会社にも拡大して適用することは正当な論旨である。

これに対して、あくまでも「例外規定」であり、そのため厳格な適用が求められる著作権法第30条の適用範囲を、一般のユーザーから、その依頼に基づいて事業を行う業者に拡大する場合、上記著作権法の法目的における「著作権者の権利の保護を図る」という文

面からも、その判断には慎重さが求められるのではない。

(5) 著作権法第30条の制定経緯について

そもそも、著作権法第30条1項1号において、公衆の仕様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による複製は第30条の適用除外とされている。この趣旨は、複製機器の氾濫により、個々的には私的使用目的の複製であっても、全体としては大量の複製がなされ、著作物の通常の利用を妨げ、権利者の正当な利益が不当に害されることに対応したものである(著作権法/中山信弘)。この規定の趣旨からも、態様2に係る自炊代行業を手足論によって第30条適用の範囲内と認めることは、第30条の立法趣旨に反するのではないだろうか。

尚、文献の複写については附則第5条の2において第30条1項1号の適用外であることが定められているが、附則第5条の2の趣旨は、文献複写の分野において多くのコピー業者が営業していると共に利用者の数も多数に上っているのに対し、それに関する権利を集中的に処理する体制が整っていないことを理由とする経過措置である。従って、附則第5条の2の規定は、上述した論旨、即ち、第30条の適用範囲を態様2に係る自炊代行業者にまで広げる意義が薄いことを否定するものではない。

2. 機材提供店舗(第2章 態様3, 4)における適用可否について

次に、態様3, 4, 即ち、業者によって提供、設置されている機器を利用してユーザーが自分で電子化を行う場合の第30条の適用可否について、「第30条1項1号(附則第5条の2)との関係」、「カラオケ法理」の2つの観点において検討する。

(1) 第30条1項1号(附則第5条の2)との関係について

態様3, 4のいずれも行為者はユーザー本人である。従って、上述した「②その使用する者が複製すること」の要件は満たされており、第30条の適用について一見問題はないようにも考えられる。

しかしながら、業者によって提供、設置されている機器は、第30条1項1号における「公衆の仕様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」に他ならず、そうすると業者によって提供、設置されている機器を用いた電子化は第30条1項1号において

禁止されている行為に他ならない。これに対して、上述した通り文献複写については附則第5条の2において第30条1項1号の適用除外とされているため、第30条1項1号及び附則第5条の2との関係においては、態様3, 4に係るユーザーの行為はいずれも適法であると判断される可能性がある。

但し、上述した通り附則第5条の2は経過措置としての規定であり、今後附則第5条の2が削除されることにより態様3, 4に係るユーザーの行為が違法な複製に該当することとなる可能性はある。

(2) カラオケ法理について

カラオケ法理は、クラブキャッツアイ事件(最判昭63年3月15日)において示された考えであり、①管理(支配)性、②営業上の利益、という2つの観点により、実際の行為者ではない者を行為者として認定する論理である。上記クラブキャッツアイ事件においては、スナックにおいてカラオケ伴奏により楽曲を歌唱する客の行為が、スナックを経営する者の行為であると認定された。

このカラオケ法理によれば、態様3, 4のいずれにおいても、業者がスキャン用の機器を設置、提供していることにより①管理(支配)性があること、業者が有償で機器を貸し出し、若しくは機器を利用するためのスペースを有償で提供していることによる②営業上の利益があることが認められる。その結果、態様3, 4においてユーザーが文書を電子化する自炊行為は、ユーザーの行為でありながら、機器やスペースを提供する業者の行為として認定される可能性がある。

そして、カラオケ法理がそもそも非行為者の行為を擬制して「侵害」という結論を導くための論理であることを考慮すると、カラオケ法理によってユーザーの行為を業者の行為として擬制した上で、そこに手足論を認めて第30条を適用することは考えられない。

但し、態様3と態様4においては、著作物たる書籍の所有者がユーザーであるか業者であるかという点に大きな違いがあり、その結果「②営業上の利益」の考え方にも違いが発生する。

例えば態様3においては、(中古書籍の場合を除き)ユーザーはコンテンツホルダーに対して既に対価を支払っている。換言すると、ユーザーが業者に対して払う対価は、スキャンのための機器やスペースに対してのみであり、顧客吸引力を発揮しているのはそれら機器、スペースのみであるとも言える。即ち、態様3に

係る業者の「②営業上の利益」に寄与しているのは、主としてスキャンのための機器であり、著作物の寄与度は少ないとも考えられる。そのため、(電子化後のデータの氾濫を除けば)コンテンツホルダーに発生する損害は少ないとも考えられる。

これに対して態様4の場合、ユーザーは、スキャンのための機器やスペースのみならず、自己が未だ所有していない書籍をスキャンすることによりデータを持ち帰ることが可能であることも含めて業者に料金を支払う。即ち、業者は結果的に著作物の複製物を有償で頒布していることと同義であり、そこには確実に著作物による顧客の吸引力が発生している。

このようなことから、態様4においては、カラオケ法理に基づいて業者の行為の違法性が認められるべきではないだろうか。

尚、態様3の場合においても、業者による機器やスペースの貸し出し事業が成り立つのは著作物たる書籍があって初めてのことであり、「営業上の利益」が著作物とは完全に無関係であるとは言えない。

(本章担当：前浜 正治)

第5章 複製行為以外の法的評価

ここでは、第3章及び第4章で触れた複製行為以外の行為について検討する。

1. 代行業者による書籍の裁断行為

(同一性保持権との関係)

まず、第2章に記載のとおり、自炊の態様によっては代行業者が書籍を裁断する場合があるところ、この点について検討する。

この書籍を裁断する行為は、有体物を変形しているにすぎず、著作権法の観点からは、何ら問題はないように見える。しかし、例えばコミック本において、見開きの2ページで一場面(絵画)が構成されている場合、コミック本を裁断する行為は、見開きのページに掲載された美術の著作物の同一性を保持しているといえるだろうか？

第20条第1項は著作者の同一性保持権について以下の通り規定する。

第20条 著作者は、その著作物及びその題号の同一性を保持する権利を有し、その意に反してこれらの変更、切除その他の改変を受けないものとする。

同一性を保持する権利を侵害する行為とは、他人の

著作物における表現形式上の本質的な特徴を維持しつつその外面的な表現形式に改変を加える行為をいうと解される(最判平成6(オ)1082 本多勝一反論事件)。一方で些細な変更であるなど著作者の人格的利益を害することがないと認められる場合には、同一性保持権の侵害とはいえない場合もあると解される(東京地裁平成8年(ワ)8477号イルカ写真事件等)。

当該裁断行為について、書籍が裁断されるまで、見開きのページはその状態で固定され、常に見開きで一場面の美術を鑑賞されるように構成されている。しかし、裁断行意によりページが分断され、各ページが物理的に別々のものとなる結果、各々のページが独立した鑑賞の対象となってしまう。

確かに見開きのページは、元々それぞれのページに半分ずつ別々に印刷されており、1枚の絵も正確には2枚の部分から構成されている。しかし著作者は、固定された見開きのページに絵を掲載することにより、読者において、あたかも1枚の絵のように把握し鑑賞することを意図して掲載しているものと推測される。特に、デジタル化された書籍の利用者は、当該書籍を携帯電子端末上で1ページ毎に表示させ、これを読むことも多い事情に照らすならば、当該裁断行為が著作者の意に反した改変であるといえる場合もあるように思われる。

ところで、第20条第2項第4号は第20条第1項の適用除外について以下の通り規定する。

2 前項の規定は、次の各号のいずれかに該当する改変については、適用しない。
(中略)
四 前三号に掲げるもののほか、著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らしやむを得ないと認められる改変

もし当該裁断行為が「著作物の性質並びにその利用の目的及び態様に照らしやむを得ないと認められる改変」に該当するならば、当該裁断行為は、同一性保持権の侵害を構成しないこととなる。

また、当該裁断行為につき著作者の同意があれば、当該行為は同一性保持権侵害を構成せず、この同意は黙示であってもよいと解される。ただし、出版を容認する行為が裁断行為に対する黙示の同意を基礎付けると解するのは、難しいと思われる。

2. 自炊関連業者が所有する書籍をその店舗内にある機器を用いて顧客にスキャンさせる行為 (貸与権との関係)

次に、第2章で紹介したとおり、自炊には自炊関連業者が所有する書籍を、顧客がその店舗内にある機器を用いてスキャンし、データのみ持ち帰るという態様がある(態様4)。この自炊関連業者所有の書籍を顧客に用いさせる行為は、貸与権の侵害を構成しないであろうか。

第26条の3は貸与権について以下の通り規定する。

第26条の3 著作者は、その著作物(映画の著作物を除く。)をその複製物(映画の著作物において複製されている著作物にあっては、当該映画の著作物の複製物を除く。)の貸与により公衆に提供する権利を専有する。

そして、「貸与」には、いずれの名義または方法をもってするかを問わず、これと同様の使用の権限を取得させる行為を含むものとされている(第2条第8項)。そこで、自炊関連業者の店舗内において自らの書籍を顧客に利用させる行為が「貸与」に該当するか否か、問題となる。

この点について、書籍の店外持ち出しが禁止されているならば、自炊関連業者から顧客への専有移転を観念できないことから、「貸与」には該当しないとする考え方が⁷⁾ある。一方で、民法上の直接占有と間接占有の法理は有体物に対する支配性の観点からのものであり、複製物を介しての著作物の観点から著作権固有の規律がなされることは不合理ではなく、店内貸出しのうち、典型的な貸与と同等のものと評価し得るものがあるとするれば、「貸与」ととらえることも必ずしも不合理ではないとする考え方も⁸⁾ある。著作権の客体が無体物であるという特殊性からすれば、店舗内貸出行為においても「貸与」(第26条の3)に該当する行為もあるように思われる。しかし後者の考え方によれば、美容院や飲食店等におかれる週刊誌を顧客に閲覧させる行為までも貸与権の範囲に含まれてしまうおそれがあり、何をもって「典型的な貸与と同等なもの」とするのか、難しい問題がある⁹⁾。

(本章担当：渡部 寛樹)

第6章 間接侵害

第4章で説明したカラオケ法理の適用では、差止請求の対象となる範囲が不明確である等の議論があり、特許法等にみられるように、一定の予備的行為につい

て侵害とみなす「間接侵害」の導入が議論されている。このような状況下、平成24年1月12日に「文化審議集著作権分科会法制問題小委員会」司法救済ワーキングチームによる『「間接侵害」等に関する考え方の整理』(以下、『整理』という。)が公開された。当該『整理』では、差止請求の対象とすべき間接行為者の範囲に係る試案(以下の3類型)が示されている。

- (i) 専ら侵害の用に供される物品(プログラムを含む。以下同じ)・場ないし侵害のために特に設計されまたは適用された物品・場を提供する者
- (ii) 侵害発生の実質的危険性を有する物品・場を、侵害発生を知り、又は知るべきでありながら、侵害発生防止のための合理的措置を採ることなく、当該侵害のために提供する者
- (iii) 物品・場を、侵害発生を積極的に誘引する態様で、提供する者

本章では、この3類型に、上述の第2章の態様2～態様4を当てはめて検討する。なお、『整理』では直接行為者による侵害の成立を前提とする従属説の立場を取っているが、直接行為者による侵害の成立を前提としない独立説の考え方も含めて検討する。

1. 業者に書籍を送付し、業者が書籍をスキャンしてデータをユーザーに送付する態様(第2章 態様2)

この態様では、業者は物品(スキャナー)・場(店舗)は提供しておらず、従属節・独立説を問わず類型(i)～類型(iii)のいずれにも該当しない。

しかし、この態様の行為は、業者による直接侵害(複製権侵害)の問題として扱えば十分で、間接侵害に該当しないとしても問題はないだろう。

2. 店舗に置かれたスキャナーを用いて、ユーザーが持ち込んだ自らの書籍等を自らスキャンする態様(第2章 態様3)

この態様だと、業者は、物品(スキャナー)と場(店舗)を提供している。しかし、ユーザーが自己の書籍をスキャンする行為は私的使用のための複製(第30条)であると考えられ、従属説に依ると、類型(i)～類型(iii)のいずれにも該当しない。

独立説に依る場合でも、スキャナーと場所の提供だけでは、「専ら侵害の用に供される」とまでは言えないため、類型(i)には該当しないと考える。

また、単に、ユーザーが自己の使用のために書籍をスキャンする状況であれば、類型(ii)と類型(iii)

にも該当しないであろう。

問題は、ユーザーが自ら使用するのではなく、インターネット等により提供（公衆送信）したり、スキャンしたデータを販売したりする状況になった場合である。このような状況では、当該ユーザーの行為は侵害になるため、業者が、当該ユーザーによる侵害の発生を知っていたか〔類型（ii）〕、侵害を積極的に誘引していたか〔類型（iii）〕等の観点で判断することになるであろう。例えば、多くのユーザーがスキャンしたデータを販売等していることを知っていた場合に、ユーザーに何らの注意も付さないで、スキャナーの使用を許していたような場合には、類型（ii）に該当する可能性がある。

3. 店舗に置かれたスキャナーを用いて、店舗に置かれた書籍等をスキャンする態様（第2章 態様4）

この態様でも、ユーザーが店舗に置かれた書籍をスキャンする行為が私的使用のための複製（第30条）であるとするれば、従属説では、類型（i）～類型（iii）のいずれにも該当しない。

独立説の立場でも、店舗に置かれた書籍は、ユーザーが自分で使用する範囲でスキャンすることもできるので、「専ら侵害の用に供される」とまでは言い難く、類型（i）には該当しないと考える。

なお、第2章と第5章で示した貸与権の論点については、業者の直接侵害の問題であるので、ここでは検討しない。

類型（ii）及び類型（iii）については、態様3における検討と同様に、業者が、当該ユーザーによる侵害の発生を知っていたか〔類型（ii）〕、侵害を積極的に誘引していたか〔類型（iii）〕等の観点で判断すべきだろう。

例えば多くのユーザーが当該店舗に置かれた書籍をスキャンしたデータを販売等している状況に至っても書籍を店舗に置き続ける、ということであれば類型（ii）に該当する可能性が高いであろう。また、このような状況下で、店舗設置した書籍のリストをHPで公表するということがなれば、類型（iii）に該当する、という解釈の余地もあるかと考える。

（本章担当：関 昌充）

第7章 専門家の見解

「自炊」及び「自炊代行」については、2011年12月の人気作家・漫画家7人による東京地裁への提訴前に司法による判断が下されたことはなく、その是非について、判例をメルクマールとして論じることは本章執筆時（2012年3月）ではできない。

このため、弁護士、弁理士、あるいは法学者、また、コンピューター、ネットワーク分野の専門家、さらにはこの分野に関心を持つ多くの人たちが、自著や論文、あるいはブログ等で自説を展開している。ここでは、その中から、コンピューター分野の専門家1人、法律家2人の見解を紹介したい。

1. 東京大学大学院教授 坂村健氏の見解

まず、コンピューター分野の専門家である東大大学院教授 坂村健氏⁽¹⁰⁾の見解を紹介する。坂村氏は、朝日、読売、日経の三新聞社が共同運営するサイト「あらたにす」に掲載された（2011年10月11日付。現在は配信停止。）『「自炊」の是非 新しい『紙』』で、現在の電子書籍、そして「自炊」について俯瞰的な見解を述べている。

坂村氏は、「音楽CDからパソコンでデータを読み取り、携帯音楽プレーヤーに書き込んで聞けるようにする『リッピング⁽¹¹⁾』行為の書籍版が『自炊』とした上で、「自炊」はスキャナーへの読み込みを容易にするために、基本的に本を裁断しなければならない点に着目する。そして、「つまり自炊すれば本はバラバラになり元には戻らない。CDが元のまま残るリッピングは『複製』だが、紙の本が壊されることで電子データに代わるという自炊は『複製』というより『変換』だ。」とした上で（この考え方は、自炊代行業者が自己の行為を合法とするときの主張と基本的に一致する。）、「図書館⁽¹²⁾で借りた本からデータだけ得て、元の本は返すというのは不可能だ。音楽業界で問題になっているような、レンタルショップでCDを借りてリッピングする人が増えて音楽CDが売れなくなる、というような問題は発生しにくい。」と結論づけて、自炊を野放しにすると、書籍の売り上げに深刻な影響を与える、とするコンテンツホルダー側の主張に疑義を呈している。

また、自炊されたデータのネット上への流出ということについても、自炊代行業に依頼するようなユーザーはたくさん本がありすぎて自分でスキャンをしきれない蔵書家か、たまにしか使わないのでスキャナー

などを買うのがもったいないという人たちが中心であって、自炊代行業によって得たデータを、わざわざ流出させるようなことはしないだろうと、比較的楽観的に捉えている。

坂村氏は自炊代行業者の問題は、「やはりそれが著作者から見て『フリーライド——タダ乗り』と見えることだろう。著作者が努力して創り上げたコンテンツを利用して商売している——コンテンツがまずあってそういう商売ができる（たしかに読みたくない本を、お金まで払って電子化して持ち続けたがる人は少ないだろう）のに、最初の著作者に見返りが無いのはおかしいというわけだ。」としている。この見解の前提として、坂村氏が著作権の本質はコンテンツであり、物体として書籍が転々流通したとしても、コンテンツの所有権は著作者にあるという考え方に立っているのは言うまでもない。

坂村氏は、コピーと著作権とは本質的に相性が悪く、長年の対立と妥協の歴史があるが、コピーのデジタル化がそれに拍車をかけていることを認めた上で、コンテンツホルダーが求める大幅規制には反対の立場を取っている。

「技術が可能にする新しい自由と現実とのズレを、自由の方をより厳しく縛る方向で埋めるのには、どうしても無理があるだろう。」とした上で、「コンテンツ発表後の全ての取引について一定割合を著作者に還元することを前提に、有償の複製については自動的に全て認める」という新しいビジネスモデルで著作権法を組み直すことも一考に値するとしている⁽¹³⁾。

2. 神戸大学教授 島並良氏の見解

次に法学者である、神戸大学教授、島並良氏⁽¹⁴⁾の見解を紹介する。島並氏は法律専門誌「法学教室（有斐閣）」2011年3月号に、「書籍の『自炊』」と題した文章を発表している。

島並氏はまず、現在の「自炊ブーム」とも呼ぶべき状況を「自宅の書籍収蔵スペースが限られた日本に特有な現象」とした上で、「出版社による（正規版）電子書籍出版が一般化するまで当面の間は続くものと思われる。」としている。

島並氏は、スキャナーで書籍を読みとる行為は、書籍の「複製」にあたるという一般的な見方を取っている。その上で、私的な自炊はいわゆる第30条適用により合法であり、裁断後の書籍をネットオークション

などに出品するのも合法であるとしている。

次に、島並氏は自炊代行業の態様を業者の関与の具合に応じて、3態様に分類している。各態様の内容は本稿第2章の態様2（業者に書籍を送付すると、業者から書籍をスキャンした電子データが返送される態様）、態様3（店舗に置かれたスキャナーを用いて、ユーザーは持ち込んだ自らの書籍、または当該店舗で購入した書籍を当該店舗において自らでスキャンし、電子データを持ち帰る態様）、態様4（店舗に置かれた書籍およびスキャナーを用いて、ユーザーは当該書籍を当該店舗において自らでスキャンし、電子データを持ち帰る態様）と基本的に一致するので省略する。

その上で、島並氏は態様2（業者に書籍を送付すると、業者から書籍をスキャンした電子データが返送される態様）については、著作権法第30条第1項柱書が、著作物を「使用する者」自身による複製であることを要求しているため、実際には業者が複製を行うこの態様は、複製権侵害にあたるとしている。いわゆる「手足論」についても、「音楽や映像について、これまでダビング録音・録画代行が違法とされてきた実務との整合性を考えても、書籍の複製主体だけを手足論によって例外扱いするのは難しいだろう」として、採り入れるべきではないとしている。

また、態様3（店舗に置かれたスキャナーを用いて、ユーザーは持ち込んだ自らの書籍、または当該店舗で購入した書籍を当該店舗において自らでスキャンし、電子データを持ち帰る態様）については、島並氏はスキャナー＝複写機と捉えており、「自炊」が書籍を対象とする以上、附則第5条の2の「専ら文書又は図面の複製」に該当するので、「現行法上は辛うじて適法ということになる。」と結論づけている。このように、態様2、態様3についての島並氏の見解は、概ね一般的な見解といえよう。

興味深いのは、島並氏が態様4（店舗に置かれた書籍およびスキャナーを用いて、ユーザーは当該書籍を当該店舗において自らスキャンし、電子データを持ち帰る態様）を合法としていることである。

ユーザー自身が複製を行うことを合法とするのは態様3についてと同様であるが、一般に違法と考える者の少なくない「裁断済書籍の貸与」を、「争いがある」としながらも、島並氏は「店舗外への（裁断済）書籍持ち出しが許されていないのであれば、著作権法上の『貸与』には該当しないと思われる」として、合法であ

るとしている。この店舗外への書籍の持ち出しが許されないで、著作権上の貸与に当たらない、というのは複合型喫茶店（いわゆるマンガ喫茶）の是非について争われた際の考え方である、と島並氏は説明している。

その上で、島並氏は態様2の自炊代行については、前述の坂村氏同様「売上に影響がない」とした上で、態様2については売上に影響がないのに「違法」、態様4については売上に影響があるのに「適法」と、実質的な経済上の不利益の有無（書籍売り上げの減少）と、著作権法の形式的な適用の結果が両者は逆転しているとしている。

そしてこのような法の実質と形式の乖離現象が、現代の著作権法上の問題点であるとした上で、この乖離を埋めていくのが今後の課題であると結論づけている。

3. 弁護士 福井健策氏の見解

最後に、弁護士 福井健策氏の見解を紹介する。福井氏は著作権を専門分野とする弁護士であり、現代の著作権の諸問題についての著書も多い。また、「自炊」についてもサブカルチャー界のオピニオンリーダーである岡田斗司夫氏との共著で「なんでコンテンツにカネを払うのさ？」という対談集を出版している他⁽¹⁵⁾、ネットや雑誌媒体などでも、この問題について語っている。さらには、昨年提起された「自炊」についての訴訟の原告弁護団の一人として名を連ねている。

福井氏は態様3については合法としながらも、態様2、態様4については「著作権者に許可を得ない限りは」違法であるとしている。

態様2について、第30条適用は受けられず、また手足論も採用できない、という点では、福井氏と島並氏の考えは同様である。ただし、島並氏が、態様2の「自炊代行業」が、書籍の「売上に影響はない」としたことについては、「裁断本の転売サービスに結びつく⁽¹⁶⁾」として、正反対の立場を取っている。

態様4について、福井氏は、島並氏の様に「適法」と考える研究者もいると認めながらも、ネット上では態様4について否定的な見解が多かったことについて、「これは実質論で見たのでしょうか。フリーライ

ディング（ただ乗り）がそこにあるのかどうかという意識が働いているのだと思います⁽¹⁷⁾」として、素朴な市民感覚、あるいはフリーライディングの観点から、実質論として違法であるという見解を取っている。

島並氏が態様4の裁断済書籍の貸与を、マンガ喫茶での書籍の貸与と同様としたことについても、福井氏はマンガ喫茶では一人が読める本の数には限度があり、また本も物理的に劣化するのに対し、態様4の自炊代行では、「1冊の本から、劣化しないデジタルデータが、あっというまに大量にできてしまう。裁断済み書籍をスキャンしても摩耗も少ない。権利者から見たときの逸失利益がずっと大きいように思える⁽¹⁸⁾」として、同一視できないとしている。

さらに坂村氏や一部自炊代行業者が主張する、裁断済書籍をスキャンするのは「複製」にはあたらない、という考え方についても、福井氏は「裁断後の書籍が元の書籍と同じかという『入れ物』の問題ではなく、『裁断後も著作物か』が問題です。裁断された紙にも同じ著作物が載っていますから、そのスキャンは複製権の侵害です⁽¹⁹⁾」として、明確に「違法」と断言している。

福井氏は現状では態様3以外の「自炊代行業」は全て違法であるのだから、一旦全て止めた上で、適正対価の仕組みを作るか、現行法の下での包括的契約を推進すべきだという考え方を取っている。

しかしこれらが上手く進まなかった場合、坂村氏の懸念する「技術が可能にする新しい自由と現実とのズレを、自由の方をより厳しく縛る方向で埋める」ことになりかねないとも言える。

4. 本章まとめ

本稿執筆中の、2012年2月、大手出版社の講談社は株主総会で、2012年6月より、著作者から許諾の取れた全ての出版物について、紙版と電子版を同時に出版可能とする体制を取ると発表した。この流れが進めば、島並氏の言葉通り、「自炊」「自炊代行」という考え方自体下火になっていくのかもしれない。

いずれにしても、「自炊」「自炊代行」についての司法の判断を待ちたいところである。

（本章担当 平木 康男）

「自炊」「自炊代行」についての各氏の見解まとめ

ポイント	坂村 健 氏	島並 良 氏	福井 健策 氏
「自炊」は複製に該当するか。	「複製」ではなく、「変換」である。	該当する	該当する
私的な「自炊」は合法か。	合法	合法	合法
自炊代行業のうち「業者に書籍を送付すると、業者から書籍をスキャンした電子データが返送される態様」は合法か。	言及せず	違法 (30条適用は受けられず、手足論も×。ただし、本の売上に影響はない)	違法 (30条適用は受けられず、手足論も×。しかも、本の売上に影響ある)
自炊代行業のうち「店舗に置かれたスキャナーを用いて、ユーザーは持ち込んだ自らの書籍、または当該店舗で購入した書籍を当該店舗において自らでスキャンし、電子データを持ち帰る態様」は合法か。	言及せず	合法	合法
自炊代行業のうち「店舗に置かれた書籍およびスキャナーを用いて、ユーザーは当該書籍を当該店舗において自らでスキャンし、電子データを持ち帰る態様」は合法か。	言及せず	合法 (複製はスキャナーを用いて、ユーザー自身が行っている上、業者が裁断済書籍を用意し、ユーザーに利用させるのは「貸与」には当たらない。)	違法 (フリーライド等の観点から実質的に違法と考えるべき。また裁断済書籍を利用させる行為が「貸与」に当たらないとは言い切れない。)

第8章 まとめ

ここまでで述べてきたように、自炊代行は現行の著作権法上では複製権の侵害に該当する可能性が高いと言えるが、ユーザーの利便性やニーズを考えると、完全に否定するのも個人的に惜しいサービスである。

過去にも貸本業やレンタルレコード・レンタルビデオ業についてコンテンツホルダーと業界団体等との間で調整が図られ、一定条件の下で合法的なサービスとしておこなわれているものもある。

拡散が極めて容易な電子データが発生する自炊代行を過去のケースと同列に論じることはできないが、例えば、データへの複製防止措置（DRM）の実施、裁断本の処分、スキャンデータを代行業者に残さない仕組み、許諾の意思表示をした作家の作品に限る、適正な対価の支払い、などの条件により、コンテンツホルダー側も合法化に向けて歩み寄れないものであろうか。

今後発行される新しい書籍については、紙の書籍とともに公式の電子書籍も増えていくことが予想されるが、過去の書籍の電子化については、当面自炊に頼らざるを得ないと思われる。

昨年提起された訴えを契機に、コンテンツホルダーと自炊代行業社との間で交渉がおこなわれ、最終的にユーザーが不利益を受けない形で解決が図られることを期待したい。

最後になるが、わが国の電子書籍に関する状況につ

いて、本稿執筆中の平成24年3月前後にも幾つかの動きがあった。

まず、大手出版社の講談社は、本年6月から紙の本を作る際に併せて電子データも作成し、本と電子書籍を同時に刊行できる体制を整えると発表した。実際に同時刊行するかどうかはケースバイケースのようだが、停滞気味の電子書籍普及の一助となることが期待される。

また、国内の出版社等が連携して、出版物の電子化を請け負う新会社「出版デジタル機構」が平成24年4月に設立される。大手出版社と大手印刷会社等が約20億円、政府系ファンドの産業革新機構が150億円を出資し、既に280の出版社が賛同を表明している。機構では書籍100万点の電子化を目指しており、特に資金やノウハウが少ない中小の出版社が自社コンテンツを電子化する際に役立ちそうである。

また、国立国会図書館では平成21年から所蔵資料のデジタル化を進めており、既に210万冊が電子化されて閲覧に供されている。そして、著作権法改正案が国会で成立すると、絶版書等については全国の公立図書館や大学図書館の端末でも閲覧できるようになる予定である。

現在係争中の裁判⁽²⁰⁾の動向も含めて、今後も我が国の電子書籍に関する状況の変化に注目していきたい。

以上

(本章担当：野田 薫央)

注

- (1) これらの定義は本稿における便宜的なもので、実際には一義的でなく様々な意味を有する。
- (2) 電子化の際、データを自ら吸い込むことから「自炊」と呼ばれるようになった。Wikipedia より。
- (3) 欧米では EPUB が電子書籍の事実上の標準規格だが、日本では XPDF を中心に様々な規格が混在しており、機器によって閲覧できる規格が異なる。
- (4) 電子化を前提とした契約をしていない場合が多く、元の出版社が電子書籍の著作権を有するかどうか曖昧なことが多い。
- (5) DRM : Digital Rights Management (複製防止措置) のこと。
- (6) 本稿執筆後の平成 24 年 5 月 22 日に、被告の事業廃止等を理由に訴訟を取り下げることが原告から発表された。
- (7) 島並良 「書籍の自炊」法学教室 366 号 3 頁
- (8) 作花文雄 詳細著作権法 284 頁
- (9) 作花教授も、どのような店内貸出しについて権利が及ぶかは、慎重な精査が求められるとしている (詳細著作権法 284 頁)。
- (10) 東京大学大学院情報学環教授。工学博士。1984 年からオープンなコンピュータアーキテクチャ TRON を構築。現在、TRON はユビキタス環境を実現する重要な組込 OS として、世界で幅広く使われている。「あらたにす」の記載)
- (11) DVD や音楽 CD などに記録されているデジタルデータ

を、そっくりそのままの形またはイメージファイルでパソコンに取り込むか、パソコンで扱いやすいデータの形に変換して、ファイルにすること (Wikipedia の記載)

- (12) 当然、レンタルショップなどの書籍も含まれる。
- (13) 坂村氏は「自炊代行」については、『『自炊』の是非 新しい『紙』』の中では特に言及していない。
- (14) 日本の法学者。神戸大学法学部教授。専門は知的財産法。(Wikipedia の記載)
- (15) ただし、この対談集のタイトル自体は専ら岡田氏の持論によるものであり、福井氏は基本的には反対の立場である。
- (16) 福井健策ロングインタビュー「スキャン代行はなぜいけない？」より (<http://ebook.itmedia.co.jp/ebook/articles/1112/23/news009.html>)
- (17) 同註 7
- (18) 同註 7
- (19) 書籍の電子化、「自炊」「スキャン代行」は法的に OK? ~ 福井弁護士に聞く著作権 Q & A より (http://internet.watch.impress.co.jp/docs/special/20100917_393769.html)
- (20) 平成 23 年 12 月に作家・漫画家 7 名が自炊代行業者 2 社に対してスキャン行為の差し止めを求めて東京地裁に訴えを提起したが、本稿執筆後の平成 24 年 5 月 22 日に被告の事業廃止等を理由に訴訟を取り下げることが原告から発表された (第 1 章参照)。

(原稿受領 2012. 5. 31)

日本弁理士会九州支部移転のお知らせ

～ 6 月 25 日 (月) より新九州支部室で業務を行っております～

日本弁理士会九州支部は、新支部室に移転いたしました。

今後とも「アジアの拠点として、グローバルな視点で皆さまの知的財産を保護します」をキャッチフレーズに、皆さまの知的財産の取得・活用の一助となりますよう努めてまいります。

新住所

〒812-0011

福岡市博多区博多駅前 2 丁目 1 番 1 号 福岡朝日ビル 8 階

TEL:092-415-1139 FAX:092-415-1169

(※TEL・FAX は変更ありません)