

いわゆる「自炊代行業者」について、複製行為の主体であると認めるとともに、著作権法30条1項の適用を否定して、著作権侵害を認めた事例 —自炊代行事件—

知財高裁平成26年10月22日判決 平成25年(ネ)第10089号

KIT客員教授・立教および成蹊大学法科大学院講師 弁護士・NY州弁護士・弁理士 紋谷 崇俊

◆事案の概要

本件は、小説家、漫画家または漫画原作者であるX₁ないしX₇の、自炊代行業者Y₁およびその取締役Y₂に対する著作権侵害差止等請求事件である。

Y₁は、顧客（ないし利用者）から電子ファイル化の依頼があった書籍について、著作権者の許諾を受けることなく、スキナーで書籍を読み取って電子ファイルを作成（スキニング）し、その電子ファイルを顧客に納品していた。

X₁らは、Y₁が注文を受けた書籍には、X₁らが著作権を有する作品が多数含まれている蓋然性が高く、著作権（複製権）が侵害されるおそれがあるなどと主張し、著作権法112条1項に基づく差止請求として、Y₁に対し、第三者から委託を受けてX₁らの作品が印刷された書籍を電子的方法により複製することの禁止を求めるとともに、不法行為に基づく損害賠償として、Y₁らに対し、弁護士費用相当額としてX₁ら各1名につき21万円（附帯請求として訴状送達の日翌日から支払い済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金）の連帯支払いを求めた。

自炊に関連する事業にはさまざまな形態があるところ、本件サービスは、以下の一連の経過をたどるものであった。

- [1] 利用者がY₁に書籍の電子ファイル化を申し込む
- [2] 利用者は、Y₁に書籍を送付する
- [3] Y₁は、書籍をスキャンしやすいように裁断する
- [4] Y₁は、裁断した書籍をY₁が管理するスキナーで読み込み電子ファイル化する
- [5] 完成した電子ファイルを利用者がインターネットにより電子ファイルのままダウンロードするか又はDVD等の媒体に記録されたものとして受領する

本件訴訟に先立ち、X₁らを含む作家や出版社等が、Y₁を含むスキャン事業者に対し、スキャン事業における利用を許諾していないとしたうえで、上記作家の作品についてスキャン事業を行う予定の有無などを質問したところ、Y₁は、かかるスキャン事業を行う予定がない旨をX₁らに回答している。

しかるに、その後、X₁らの依頼した調査会社が調査したところ、Y₁は、X₁らの作品のスキャンの申し込みに対して、スキャンされたPDFファイルを収録したDVDを納品するとともに、裁断済みの書籍を返送している（また、Y₁は、X₁らの作品について合計557冊をスキャンして電子ファイル化し、顧客に納品したことも自認している）。

このため、X₁らはY₁らに対して、本訴の提起に及んだ（なお、X₁らは、同時期に訴外Zに対しても、同様の訴訟〈別件訴訟〉を提起している）。

本件における主な争点は、① Y₁による複製行為の有無（侵害主体性）と、② 著作権法30条1項（私的使用のための複製）の抗弁の可否である。

この点、原審〈東京地裁平成25年9月30日判決平成24年(ワ)33525号〉は、最判平成23年1月20日民集65巻1号399頁[ロクラクⅡ事件]に言及したうえで、左記[1]～[5]のように、「本件における複製は……一連の経過によって実現される」が、「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重要な行為というべきであるところ、その重要な行為をしているのは、Y₁らであって、利用者ではない」として、複製権侵害を認め、著作権法30条1項の適用を否定し、X₁らのY₁に対する著作権法112条1項に基づく差止請求を認容

するとともに、X₁らのY₁らに対する不法行為に基づく損害賠償請求をX₁ら各1名につき10万円および遅延損害金の連帯支払いを求める限度で認容した。

このため、Y₁らがこれを不服として控訴したのが本件である（なお、前述の別件訴訟についても、同様の判決〈東京地裁平成25年10月30日判決平成24年(ワ)33533号〉が下されているが、当該判決〈別件判決〉についての控訴事件は見当たらないようである）。

◆判旨一控訴棄却一

1. Y₁による複製行為の有無

(1) 『『著作者は、その著作物を複製する権利を専有する。』（著作権法21条）ところ、『複製』とは、著作物を『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』である（同法2条1項15号）。そして、複製行為の主体とは、複製の意思をもって自ら複製行為を行う者をいうと解される。

本件サービスは、（前記[1]～[5]の）一連の経過をたどるものであるが、このうち（[4]の）裁断した書籍をスキャナーで読み込み電子ファイル化する行為が、本件サービスにおいて著作物である書籍について有形的複製をする行為、すなわち『複製』行為に当たることは明らかであって、この行為は、本件サービスを運営するY₁のみが専ら業務として行っており、利用者は同行為には全く関与していない。

そして、Y₁は、独立した事業者として、営利を目的として本件サービスの内容を自ら決定し、スキャン複製に必要な機器及び事務所を準備・確保した上で、インターネットで宣伝広告を行うことにより不特定多数の一般顧客である利用者を誘引し、その管理・支配の下で、利用者から送付された書籍を裁断し、スキャナーで読み込んで電子ファイルを作成することにより書籍を複製し、当該電子ファイルの検品を行って利用者に納品し、利用者から対価を得る本件サービスを行っている。

そうすると、Y₁は、利用者とは対等な契約主体であり、営利を目的とする独立した事業主体として、本件サービスにおける複製行為を行っているのであるから、本件サービスにおける複製行為の主体であると認めるのが相当である」

(2) 「一般に、ある行為の直接的な行為主体でない者であっても、その者が、当該行為の直接的な行為主体を『自己の手足として利用してその行為を行わせている』と評価

し得る程度に、その行為を管理・支配しているという関係が認められる場合には、その直接的な行為主体でない者を当該行為の実質的な行為主体であると法的に評価し、当該行為についての責任を負担させることがあり得るといえることができる。

しかし、……利用者は、Y₁が用意した本件サービスの内容に従って本件サービスを申し込み、書籍を調達し、電子ファイル化を注文して書籍を送付しているのであり、Y₁は、利用者からの上記申込みを事業者として承諾した上でスキャン等の複製を行っており、利用者は、Y₁の行うスキャン等の複製に関する作業に関与することは一切ない。

そうすると、利用者がY₁を自己の手足として利用して書籍の電子ファイル化を行わせていると評価し得る程度に、利用者がY₁による複製行為を管理・支配しているとの関係が認められないことは明らかであって、Y₁が利用者の『補助者』ないし『手足』ということとはできない」

2. 著作権法30条1項の適用の可否

(1) 「著作権法30条1項は、①『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』こと、及び②『その使用する者が複製する』ことを要件として、私的使用のための複製に対して著作権者の複製権を制限している。

そして、……Y₁は本件サービスにおける複製行為の主体と認められるから、Y₁について、上記要件の有無を検討することとなる。しかるに、Y₁は、営利を目的として、顧客である不特定多数の利用者に複製物である電子ファイルを納品・提供するために複製を行っているのであるから、『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』ということとはできず、上記①の要件を欠く。また、Y₁は複製行為の主体であるのに対し、複製された電子ファイルを私的使用する者は利用者であることから、『その使用する者が複製する』ということとはできず、上記②の要件も欠く。

したがって、Y₁について同法30条1項を適用する余地はないというべきである」

(2) 「本件サービスにおいて、Y₁を利用者の『補助者』ないし『手足』と認めることはできないから、Y₁らの上記主張はそもそも前提となる事実を欠き、採用することができない」

「著作権法30条1項は、個人の私的な領域における活動の自由を保障する必要性があり、また閉鎖的な私的領域内での零細な利用にとどまるのであれば、著作権者への経済的打撃が少ないことなどに鑑みて規定されたものである。そのため、同条項の要件として、著作物の使用範囲を『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』（私的使用目的）ものに限定するとともに、これに加えて、複製行為の主体について『その使用する者が複製する』との限定を付すことによって、個人的又は家庭内のような閉鎖的な私的領域における零細な複製のみを許容し、私的複製の過程に外部の者が介入することを排除し、私的複製の量を抑制するとの趣旨・目的を実現しようとしたものと解される。そうすると、本件サービスにおける複製行為が、利用者個人が私的領域内で行い得る行為にすぎず、本件サービスにおいては、利用者が複製する著作物を決定するものであったとしても、独立した複製代行業者として本件サービスを営むY₁が著作物である書籍の電子ファイル化という複製をすることは、私的複製の過程に外部の者が介入することにほかならず、複製の量が増大し、私的複製の量を抑制するとの同条項の趣旨・目的が損なわれ、著作権者が実質的な不利益を被るおそれがあるから、『その使用する者が複製する』との要件を充足しないと解すべきである。

そのほか、Y₁らは『その使用する者』について主張するが、いずれも同条項の趣旨を逸脱するものであり、失当である」

◆評釈—判旨賛成—

1. 本判決の位置づけ、および評価

近時、デジタル化の進展に伴い、自分の持っている書籍等をスキャナーで読み取って電子ファイル化する自炊行為が増加し、業者がこれを代行するサービスも登場している。

本件は、かかる自炊代行サービスにおける著作権法上の是非を問う争いである。本判決は、当該自炊代行業者を複製行為の主体と認めるとともに、著作権法30条1項の適用が否定されることを明言し、差止請求および損害賠償請求を認容した、知財高裁における最初の判決である。

判旨1において、本判決は、原審同様、自炊代行業者を複製行為の主体と認めているが、原審とは判断枠組みを異にしている。

原審は、「**「枢要な行為」**という前記ロクラクII事件の規範を前提に論じたが、本件は自炊代行業者が物理的、自然的に自らスキャンという複製行為を行っている事案であるため、あえてかかる規範を前提とする必要があるのかどうか疑問があった^{*1}。

これに対して本判決は、かかるロクラクII事件の規範に言及することなく、端的に複製行為（有形的複製）を認定しており、妥当であると解される。

判旨2において、本判決は、著作権法30条1項本文の適用を否定しているが、この点も妥当であると解される。

Y₁らは控訴審で、「**「技術の発展」**等を背景に「私的領域内の私人の自由な行為の保障すべき」などと、同条に力点を置いた主張を新たに展開しているが、同条の過度の拡張は、「閉鎖的な私的領域における零細な複製を許容する」ため、「その使用する者が複製する」場合に同条を限定した趣旨を没却しかねない。

無論、デジタル技術の恩恵の享受は重要であるが、業者自ら複製行為を行う本件サービスについては、（法改正がなされればともかく）現行法上は、著作権者側の許諾の下に運用されるべきと解される（後述3（2）参照）。

2. 判旨1（Y₁による複製行為の有無）について

（1）侵害主体論

自炊に関連する事業には、書籍の提供者、スキャン機材の提供者、スキャン作業の主体のそれぞれが利用者か、または業者であるかなどによって、さまざまな形態が考えられる。本件サービスにおいては、利用者が書籍を提供して自炊代行を依頼し、業者がスキャン機材を提供してスキャン作業を行っているが、本件では、かかる業者が複製行為の主体といえるかどうか争点となった。

ア. 侵害主体の基本的判断枠組み

もっとも、本判決は、判旨1（1）において、上述のスキャン作業が「複製」（著作権法2条1項15号）に該当し、かかる行為は自炊代行業者「Y₁のみが専ら業務として行っており、利用者は同行為には全く関与していない」として、以下に記すような従前の侵害主体の認定法理の規範に基づくことなく認定を行っている。

（i）カラオケ法理との関係

主体の認定については、従前より、いわゆる「カラオケ法理」（最判昭和63年3月15日民集42巻3号199頁[クラブキャッツアイ事件]参照）が存在している。

かかる法理は、管理・支配と利益の帰属という2つの要素に着目し、「物理的、自然的には行為の主体といえない者について、規範的な観点から行為の主体性を認める」^{*2}のものであり、特許法101条のような幫助類型の規定のない著作権法において差止めの具体的妥当性を確保するために活用されてきたが、過度に擬制的であり^{*3}、問題の所在を不明確にし、適法行為が違法行為に転換される^{*4}などの批判が加えられていた^{*5}。

この点、文化審議会において、上記カラオケ法理による「擬制的拡張的直接行為者」ではなく、むしろいわゆる「間接侵害」の問題として議論されている^{*6}。

もっとも、このような（直接侵害の存在を前提とする）「間接侵害」の議論とは別に、誰が「直接侵害」の主体か、という根本的問題は依然解釈論として残されており、本件はむしろ「直接侵害」の問題であって、場面を異にすると解される。

(ii) ロクラクⅡ事件の法理との関係

近時、最高裁は主体の認定について、前記ロクラクⅡ事件や最判平成23年1月18日民集65巻1号121頁[まねきTV事件]において、新たに指針を示している。ロクラクⅡ事件は、「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……サービス提供者……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」という限定された設定事例において、（複製機器における有形的再製の前段階の）「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」ことを「枢要の行為」と認定し、サービス提供者の複製を認めた事案である^{*7}。

その際、「複製の主体の判断に当たっては、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」と総合考慮のアプローチを示している。

この判決の位置づけについては、カラオケ法理を維持したとする見解^{*8}もあるが、カラオケ法理とは別の主体の認定の法理と解する見解（業者がコンテンツを自動提供する場面で、私人が物理的に再製行為を行う場合、業者を主体と認定する直接侵害主体の認定法理〈ジュークボックス法理〉^{*9}と解するのが妥当であろう。

けだし、デジタル化・インターネット化の進展に伴い（いわゆる間接侵害の問題とは別に）、複製主体の実質的な確

定が課題となっているが、それは、前述のカラオケ法理のような過度に擬制的な判断というより、むしろ直接行為者の事実認定の問題であり、この判決は、そのような観点から、前述の特定の場面における規範を示したものと解されるからである。

本件の自炊代行の場合、直接侵害主体の認定が必要である点においては前記ロクラクⅡ事件と同様である。

しかしながら、前提となる設定事例が異なるうえ、本件では、ロクラクⅡ事件のように私人が物理的に再製行為を行うのではなく、業者が「物理的、自然的」にスキャン作業という「複製」行為を行う事案である^{*10}。

また、スキャン作業という複製行為がある以上、原判決のように（複製の前段階の）、情報の入力を「枢要の行為」と認定したロクラクⅡ事件の基準によって、あえてスキャン作業を「枢要の行為」と認め、同様に論じる必要はなかったといえる。

とすれば、本判決が、原判決のようにロクラクⅡ事件の「枢要の行為」の規範を前提に論じることなく、むしろ「複製」の意義に基づいて、Y₁による複製行為の存在を認定したのは妥当であったと解される。

イ. 手足論（例外論）への言及

本判決では、手足論などにも言及されているが、積極的にかかる法理を前提に検討するというより、むしろY₁らの主張に対する反論として専ら言及されている。

もっとも、判旨1(2)は、手足論について、例外的場面ではあるが、「一般に、ある行為の直接的な行為主体でない者であっても、その者が、当該行為の直接的な行為主体を『自己の手足として利用してその行為を行わせている』と評価し得る程度に、その行為を管理・支配しているという関係が認められる場合には、その直接的な行為主体でない者を当該行為の実質的な行為主体であると法的に評価し、当該行為についての責任を負担させることがあり得る」ことを認めつつも、本件では、自炊代行業者の主体性が失われる事情もないとしている。

ちなみに手足論^{*11}は、通常、他人を手足として侵害を行う場合において用いられるが、ここでは、違法性阻却事由のように、利用者の手足として侵害を否定する方向で用いられている（逆手足論）。もっとも、自ら侵害行為を行いながら、他人の手足であるとして侵害を免れしめることは、過度に擬制的であるようにも思われる。

ここでは「管理・支配」というロクラクⅡ事件と同様の文言等による限定が存するものの、その射程範囲は必ずしも一義的には明確でないことから、例外的場面とはいえ、一般論としてかかる「手足論」を論じることの是非やその射程範囲が問題となり得よう（この点、著作権法30条1項の及ぶ範囲として侵害が成立しない可能性について別途検討していく余地もあり得る^{*12}）。

（2）複製行為の認定方法

判旨1（1）は、「複製行為の主体とは、複製の意思をもって自ら複製行為を行う者をいう」と、複製行為（客観面）に加え、複製の意思（主観面）についても言及している。

もっとも本判決は、「有形的複製」という客観面を重視する。この点、本件サービスは[1]利用者の申し込み、[2]利用者のY₁への書籍の送付、[3]Y₁の書籍の裁断、[4]Y₁のスキニング、[5]Y₁の利用者への電子ファイルの送付という「一連の経過」をたどるが、原審は、上記[1]～[5]によって複製が実現されるとして、ロクラクⅡ事件の「総合考慮のアプローチ」を用いたのに対し、本判決は、端的に上記[4]の、「裁断した書籍をスキャナーで読み込み電子ファイル化する行為が有形的複製をする行為、すなわち『複製』行為に当たる」と認定している。

そして、主観面については、「利用者が、自由な意思に基づき、無数にある書籍から特定の書籍を購入し、又は既に対価を支払い取得済みである書籍から、電子ファイル化を希望する『特定の』書籍を複製の対象として選定し、Y₁に電子ファイル化を注文・指示して、書籍を送付し、さらに複製された電子ファイルを使用しているからといって、独立した事業者として、複製の意思をもって自ら複製行為をしているY₁の複製行為の主体性が失われるものではない」と、専ら上述の複製行為を行った自炊代行業者Y₁の意思を補足的にのみ言及し、利用者の意思は特段考慮していない。

この点、本件については、利用者による著作物の購入や複製の指示等に係る視点の欠如^{*13}の指摘も見受けられる。しかし、スキニングという複製行為を行った業者に主観面が認められれば十分であって、逆に、一連の経過における主観面^{*14}を過度に重視すると、客観的な「複製」行為という枠を無視して、すべては利用者の指示に基づく（逆手足論）ことになりかねないが、かかる侵害主体の擬製は望ましくなく、本判決のように客観面を重視する（とともに、具体的な利益衡量は著作権法30条以下の規定に委ねる）べきと解される^{*15}。

3. 判旨2（著作権法30条1項の適用の可否）について

（1）著作権法30条1項

判旨2（1）は、本件における著作権法30条1項の適用を否定しているが、妥当である。同条は、①「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」こと、②「その使用する者が複製する」ことを要件として、私的使用のための複製に対して著作権者の複製権を制限している。その趣旨は、「閉鎖的な私的領域における零細な複製を許容するものであって、外部の者を介入させる複製を認めない」^{*16}ことであると一般に解されている。

とすると、本件のような自炊代行業者は、利用者という個人の私的領域に介入した外部者であり、不特定多数の利用者のためにスキニング作業を行うことは上記①の要件を満たさず、前述2のように複製を行う主体は、利用者ではなく代行業者であるから、上記②の要件も充足しないことになろう。

（2）他人を利用する場合と著作権法30条1項

Y₁らは、控訴審において、著作権法30条1項本文の「使用する者」という語を柔軟に解釈して、利用者に委託された代行業者は侵害にはならないとの主張を展開していたが、判旨2（2）は、かかる主張を否定しており、この点も妥当であると解される。同条については、一般に、「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」と解釈され、肯定例としては、「会社の社長が秘書にコピーをとってもらう」ケース、否定例としては、「コピー業者に複製を委託する」ケースがあると解されている^{*17}。

この点、複製技術の進歩に伴い、同条を緩やかに考える見解なども提案されている^{*18}。また、自炊行為について、「もし一部の著作権者を保護し、自炊代行を一切認めないと、書籍を電子化することによる検索の利便性やスペースの節約といった恩恵を、私人がフルで享受することを困難にしてしま」うと指摘したうえ、本件のような自炊代行については適法としながら、他方で裁断済み書籍までを提供する代行業者については侵害とするの見解も見受けられる^{*19}。

しかし、著作権法30条1項本文が、前述の趣旨の下に、上記①②の要件を設けた意義を没却することも妥当ではあるまい。同条は、複製技術の進歩に応じて、他方で「機械的又は化学的方法ニ依ラズシテ」という旧法の制限を外して制限の範囲を拡張し、他方で私的使用による複製のリスクに鑑み、同項各号の例外を設けつつ、前記の趣旨に基づき、著作権者と第三者のバランスを図ってきたからである^{*20}。

同項1号によれば、補助的な立場で利用者の複製に関与する場合でさえ30条1項本文の適用がなく、業者が責任を負うのであるから、業者が利用者に代わって自ら複製する場合に30条1項本文の適用を認め、業者が何ら法的責任を追わないと解するのはバランスを欠くことになりかねない^{*21*22}。

とすれば（立法論^{*23}としてはともかく）、現行法下では、判旨2(2)のように外部の者の介入を認める場合、同条の適用を否定すべきであろう^{*24}。無論、デジタル技術の恩恵を享有するニーズが存在するのも事実であり、現行著作権法の下において認められるべきサービスも存在する^{*25}。

もっとも、本件においては、現行法上、例えば裁断後の

本やデジタルデータの無断利用についての制限や著作権者への対価還元の様式などが十分に担保されないまま、自炊代行業者という外部者の介入を許容すべきではなく、本来的には著作権者側と自炊代行者側の包括的な合意（若しくは権利制限に伴う補償金の支払義務の導入など現行法の改正^{*26*27}）等により、著作物の適正な利用のあり方の枠組みを設けることにより、対処されるべき問題と解される。

とすれば現在、何らの枠組みもないまま著作物の利用を認めることには疑問がある半面、今後は、かかる枠組みの確立が望まれるところである^{*28}。

（もんや たかとし）

- ※1) 小泉直樹「ジュリスト」1461号7頁、池村聡「NBL」1015号7頁など参照。
- ※2) ロクラクⅡ最高裁判決の金築誠志裁判官補足意見が上記のように定義している。
- ※3) 上記クラブキャッツアイ最高裁判決の伊藤正巳裁判官の少数意見など参照。
- ※4) 知財高判平成21年1月27日〔ロクラクⅡ事件控訴審判決〕参照。
- ※5) 上野達弘「いわゆる『カラオケ法理』の再検討」紋谷暢男教授古稀記念「知的財産権法と競争法の現代的展開」781頁以下など多数。
- ※6) 文化審議会著作権分科会法制委員会小委員会司法救済ワーキングチーム「『間接侵害』等に関する考え方の整理」（平成24年1月12日配付資料3）参照。
- ※7) 柴田義明「Law & Technology」51号105頁以下（上記事件最高裁判所調査官解説）参照。
- ※8) 前出脚注2）金築誠志裁判官補足意見、小泉直樹「ジュリスト」1423号6頁、田中豊「ジュリスト」1423号12頁など参照。
- ※9) 大淵哲也「著作権侵害に対する救済(1)(2)―著作権の間接侵害(1)(2) 法学教室356号142頁・360号137頁、上野達弘「民商法雑誌」149巻1号33頁など参照。
- ※10) 大淵哲也「著作権研究」40号263頁参照。
- ※11) カラオケ法理を含める見解（中山信弘『著作権法 第2版』618頁など参照）の他、カラオケ法理と区別して用いる見解（前出・上野「民商法雑誌」など参照）が見受けられる。
- ※12) 著作権法30条1項本文には「使用する者」とあり、本判決のように手足は侵害とならないと解すればともかく、そうでなければ、文言上は違和感があるが、外部の者を介入させたといえないような場合には、同条の趣旨から、背後の利用者と共に、同条の適用を否定することも考えられよう（前出脚注10）大淵270頁は共同行為と説明している）。
- ※13) 前出脚注2）池村7頁など参照。
- ※14) Aereo米最高裁判決[American Broadcasting Companies v. Aereo, 573 U.S. (2014)]におけるScalia反対意見参照。米国では、侵害主体の認定の際に「意思ある行為(volitional conduct)」という基準が下級審レベルにおいて用いられている。同基準は、主に侵害コンテンツの選択に関与しない者の帰責を否定するためのものであるが、同反対意見では、誰が対象コンテンツを「選択」しているかによって直接侵害主体を判断すべきであるとまで述べている。
- ※15) 利用者の侵害主体性について、原審はこれを否定するが、本判決では明示していない。この点、ロクラクⅡ事件の「総合考慮のアプローチ」により、利用者も侵害主体と肯定する見解も存する（柴田義明「著作権侵害の主体」牧野利秋ほか編「知的財産訴訟実務体系Ⅲ」154頁以下参照）が、端的に業者を複製主体と捉えたい

- えで、利用者に共同行為が認められるか否かという見地から論じるべきであるようにも思われる。この点、前出脚注10）大淵306頁は、受動的な利用者については双方主体（共同主体）とするに消極的である。
- ※16) 加戸守行『著作権法逐条講義（六訂新版）』232頁。
- ※17) 同上。
- ※18) 奥邨弘司「著作権法30条1項の『使用することができる』の意義―複製業者に複製を依頼する場合についての再検討―」紋谷暢男教授古稀記念「知的財産権法と競争法の現代的展開」927頁など参照。
- ※19) 田村善之「コピライト」2014年12月27頁参照。
- ※20) 大淵哲也「著作権法研究」39号301頁参照。
- ※21) 横山久芳「ジュリスト」1463号41頁参照。
- ※22) 現行法上は、（自炊代行業務はともあれ）利用者が自炊機材を購入して自ら自炊を行うことが許容されており、その限度においては、利用者の便宜が図られるとともに、自炊機材の製造技術の発展も予定されているものと解される。
- ※23) 例えば著作権法を改正し、同法30条1項の権利制限範囲を拡張し、補償金の支払義務により調整することも考えられる。
- ※24) ドイツにおいては、例外的に、第三者に私的複製を行わせる余地も認められているが、（無償でない限り）紙媒体など、専らアナログの場面などに限定されており（ドイツ著作権法53条参照）、本件のようなデジタルによる自炊行為を許容するものではないと解される。
- ※25) 本件とは事案を異にするが、例えばインターネットを通じて著作物の複製や公衆送信の「場」を提供するクラウドサービスなどは、侵害主体認定の法理の射程範囲が適切に画されることにより、当該サービスの享受が不当に妨げられないものと解される（まねきTV事件：山田真紀「Law & Technology」51号103頁／ロクラクⅡ事件：柴田義明「Law & Technology」51号113頁など参照）。
- ※26) 前出脚注24) のように、ドイツ法では、アナログとデジタルとは、さらなる複製のリスク等において、必ずしも質的に同様に捉えていない。この点については、もし、わが国において第三者に私的複製を行わせることを許容する旨の立法を導入する場合であっても、留意が必要と思われる。
- ※27) なお、電子書籍の問題として、公共図書館におけるデジタルアーカイブの利用（ドイツ著作権法52b条・53a条参照）と併せて論じられることもあるが、本件のような、私的な複製代行者を同列に論じることができるかについては、別途、慎重な検討が必要と思われる。
- ※28) 例えば、著作権者側の「蔵書電子化事業連絡協議会(Myブック変換協議会)」と、スキャン代行側の「一般社団法人日本蔵書電子化事業者協会(JABDA)」の間で、2013年6月14日に、「蔵書の電子化における基本方針」が作られている。