

论代人扫描制作电子书籍的合法性 ——以日本“自炊代行服务案件”为例

黄淮舒

(福建工程学院 法学院, 福建 福州 350118)

摘要: 个人将自己合法购买的书籍扫描并制作成电子文档用于在平板电脑等设备阅读的行为通常受到各国著作权法中关于“合理使用”条款的豁免,但代人扫描制作电子书籍的服务在日本法律中则被判决为侵权。由于中日著作权法的差异,该服务在中国法律下可能获得完全不同的合法地位。过分保护权利人或许合法但未必有益,从消费者需求出发积极提供更有价值的服务才是电子书籍产业发展的关键。

关键词: 电子书籍; 合理使用; 复制权; 著作权

中图分类号: D923.41

文献标志码: A

文章编号: 1672-4348(2015)05-0466-05

On legality of e-book making services for other people as a business:

Based on the case of Japanese “Jisui Daiko Service”

Huang Huaishu

(Law School, Fujian University of Technology, Fuzhou 350118, China)

Abstract: Scanning and making e-books by a lawfully proper purchaser for personal use on a e-reading device such as Ipad (a tablet) will often be exempted from infringements for the “proper use” articles in Copyright Law. However, e-book making (for other people) as a business was ruled illegal by the Japanese court. Because of the differences in the Chinese and Japanese legal systems, the service is more likely to be judged legal in China. Over-protection of the copyright owner may be of legal significance but may be less beneficial to e-book industry. The key to ebook industrial development is to provide services based on customers’ demand.

Keywords: e-book; proper use; reproduction right; copyright

随着手机、平板电脑、电子书阅读器等设备的不断发展进步,我国的电子阅读渐成趋势、日益普及。然而相对快速增长的电子新闻阅读,电子书籍的阅读增长却十分有限。^[1] 由于电子书籍的可阅读数量仍远远低于传统书籍,因而各国消费者除了向权利人通过正版渠道购买电子书籍之外,还普遍存在将自己的既有藏书扫描并制作作为电子文档、导入电子阅读设备阅读的做法。该做

法虽然理论上侵犯了著作权人专有的复制权,但因各国著作权法中关于“合理使用”条款的豁免不构成侵权行为。

在日本,部分商家针对这一新兴需求顺势推出了收费代人扫描藏书制作电子书籍的新型服务。然而2014年10月22日,日本知识产权高等法院对一起代人扫描制作电子书籍的民事诉讼作出二审判决,^① 否定了该项服务在日本的合法性,

① 一审:东京地方裁判所平成24年(ワ)第33525号;二审:知的財産高等裁判所第4部平成25年(ネ)第10089号著作権侵害差止等請求控訴事件。

收稿日期:2015-05-21

作者简介:黄淮舒(1983-),男,福建福州人,讲师,硕士,研究方向:中日知识产权法。

在日本相关业界与读者中引起了巨大反响。日本作为电子书籍产业的领先国家之一,其法院对此案的判决结果、判决思路对我国蓬勃发展中的电子书籍相关产业及司法判决具有相当的参考价值。

一、“自炊代行”案件的背景

日本早在2000年前后就已经有厂商通过网站等方式进行免费或付费电子书籍阅读服务的尝试,而在2007年智能手机、平板电脑、电子书阅读器等终端的普及和实用化后,读者从纸质书阅读转变为电子书阅读的比率进一步上升,^[2]电子书籍市场整体呈现出良好的增长势头。

但另一方面,众多已经与传统出版媒体合作的作者囿于排他性的出版合同未能与电子书店合作,导致大量作品的读者愿意花钱也无处享受电子阅读。由于不同电子书店之间互不开放,各自为了防止盗版对提供给读者阅读的多数电子书籍文件进行了加密,而且文件标准又各自不同,导致消费体验不佳。为了摆脱这些限制,日本的读者发明了将自己的藏书“自炊^①”为电子书籍这样一种过渡性的做法来自行增强体验,敏感的日本商家也迅速地把握商机推出“自炊代行”服务。该服务因涉及到著作权人的重要经济权益复制权,自诞生以来便受到权利人多次警告,最终发展为代表性的本案诉讼。

二、本案在日本著作权法框架下的法理分析

本案的一审原告、二审被告是包括小说家、漫画家等在内的著作权人(以下简称“原作权利人”),一审被告、二审原告是日本DB株式会社(以下简称“服务提供者”)。服务提供者通过运营一家名为“Scapon”的网站为用户提供“自炊代行服务”,即网站用户可以通过向服务提供者邮寄自己合法拥有的藏书、漫画、文件等纸质印刷品,服务提供者则根据用户的要求使用专业扫描仪等仪器进行扫描读取、输出为电子书籍文件交付给用户并收取一定服务费。原作权利人作为著

作权人起诉服务提供者侵犯了原作权利人的复制权等著作权,请求法院(一审东京地方法院、二审知识产权高等法院,以下简称“日本法院”)判决服务提供者停止侵权行为并支付损害赔偿金。

本判决中日本法院围绕日本《著作权法》112条1项^②的停止侵害请求权是否成立、基于侵权行为的损害赔偿请求是否成立以及损害金额的数目等问题展开辩论,最后作出综合判断,认定服务提供者侵权成立。其法理如下。

(一)代人扫描制作电子书籍服务属于复制行为

根据日本《著作权法》2条15项^③对“复制”的定义,服务提供者使用扫描仪等设备扫描书籍并电子化的行为即已构成复制。服务提供者辩称服务已经承诺电子书籍制作完成后将销毁原书,意图证明复制品的数量没有增加而不存在复制行为;但日本法院依然强调条文的字面意义,认为“最终复制物的数量并不是决定复制行为是否成立的因素”,并且指出,即使服务提供者制作电子书籍失败了或是未将其交付给用户就已直接删除,虽然这种情形看似最终没有产生任何复制品,但复制行为依然存在。服务提供者抗辩的“复制数量论”至多在计算侵权赔偿时作为减轻经济影响的考量因素而无法否认行为的性质。因此,代人扫描制作电子书籍属于复制行为。

(二)责任承担者是服务提供者而非用户

服务提供者辩称,电子化的书籍完全由用户本人提供,自己不过是接受用户的委托要求,代替用户进行扫描、电子化的过程而已。即使存在复制行为,也仅仅是被动地、机械地作为用户的“手足”,复制行为的主体(行为人)应该是用户而非服务提供者。而日本法院则认为:服务提供者作为企业,自主策划了服务内容并筹备必要的复制设备及条件,在互联网上发布宣传广告吸引不特定多数的一般用户,提供服务以获取报酬显然是一种主动行为,并非“手足”。^[3]用户虽然是委托人,但获取、寄送书籍行为并不构成“复制”,用户仅仅是遵守服务提供者提出的条件使用其复制服务,事实上并未介入服务提供者的扫描等复制行

① 所谓“自炊”一词原意是不在外面吃饭而自己在家做饭,在这里是日本读者自己购买设备自行扫描制作电子书籍行为的代称。

② 日本《著作权法》112条1项:作者、著作权人、出版人、表演者、或著作邻接权人对于侵害或可能侵害其作者人格权、著作权、出版权、表演者人格权或著作邻接权者可以请求停止侵害或预防侵害。

③ 日本《著作权法》2条15项:复制指以印刷、写真、复写、录音、录像及其他方式进行有形再制的行为。(下略)

为,因此服务提供者并非用户的“手足”,而是复制行为的主体。因此,责任承担者是服务提供者而非用户。

(三)服务提供者不可援用合理使用之抗辩(即日本《著作权法》30条1项^①“私的复制”)免除侵权责任

日本法院强调了“私的复制”的两个要件,即“在个人或者家庭之内及其他准照该标准的限定范围内使用”(条件1)以及“使用者本人”(条件2)。^[4]对于条件1,“自炊”服务属于营利性质,目的是以电子文件的方式向不特定多数的顾客交付复制品,因此脱离了“在个人或者家庭之内及其他符合该标准的限定范围内使用”的范围,条件1不成立。对于条件2,复制行为的主体是服务提供者,而私的使用的主体是用户,因此不符合“使用者本人”的范围,条件2亦不成立。因此,服务提供者不可援用合理使用免除侵权责任。

综上所述,日本法院判决服务提供者败诉,维持一审原判结果,即服务提供者停止该服务并向原作权利人支付相应侵权赔偿。

三、本案在我国著作权法框架下的法理分析

相比日本,我国目前“自炊代行”服务未成气候,有两个原因:第一,我国作为发展中国家,无论人均总阅读量抑或人均电子阅读设备拥有量均远远不及作为发达国家的日本,缺乏总量基础;第二,由于我国知识产权保护相对薄弱,用户可从盗版网站等获取电子书籍的渠道较多,“自炊”动力不强。因此目前我国虽尚少针对“自炊代行”的诉讼与专门法律研究,但随着近些年来我国电子阅读的爆发式增长,今后读者对电子书籍的需求极有可能也大量催生“自炊”及相应的“自炊代行”服务,而在我国著作权法框架下对“自炊代行”合法性的认定与日本却不尽相同,甚至可能得出完全相反的结论。

(一)代人扫描制作电子书籍服务属于复制行为

根据我国《著作权法》10条5款^②规定,纸质书籍扫描制作作为电子书籍的数字化过程完全符合我国《著作权法》及《伯尔尼公约》第9条意义下的复制,因此属于复制行为当无异议。尽管该款提及了“将作品制作一份或者多份”这一关于数量上的表述,但扫描制作电子书籍行为一旦成功即已足够构成复制,而之后是否毁去原本以维持所谓一比一的数量关系本身对行为的法律性质并无影响。因此,代人扫描制作电子书籍在我国著作权法体系中亦属复制行为,与日本相同。

(二)责任承担者可能是服务提供者也可能是用户

判断责任承担者的关键在于对服务提供者与用户之间的关系进行认定。

根据我国合同法相关规定,“自炊服务”实际上是服务提供者与用户之间的一种承揽合同关系。判断该服务的责任承担方不仅要看到“服务提供商进行复制行为”这一表面事实,更应看到“用户通过承揽合同要求服务提供商进行本非侵权的复制行为”这一深层事实。尽管服务提供者作为营利企业,在设计、推广、运营该服务等诸多环节上都有着相当主动性,但该服务归根结底只有通过用户委托、同意并提供书籍才能得以进行,应以认定其为用户的“手足”为妥当。当然,如果我国法院倾向于与日本法院同样认定“自炊代行”服务是服务提供者的一种主动行为而非简单的“手足”关系,则较大可能认定服务提供者 of 责任承担者。因此,根据对“手足”性质的认定与否,责任承担者是服务提供者或用户都有可能。

(三)服务提供者亦可援用合理使用之抗辩免除侵权责任

根据我国《著作权法》22条1款^③及《著作权法实施条例》21条^④规定,只要符合“为个人学习、研究或者欣赏”的目的,并满足“不影响该作品的正常使用”及“无不合理地损害著作权人的

① 日本《著作权法》30条1项:在个人或者家庭之内及其他符合该标准的限定范围内使用著作物时,(中略)使用者本人可以进行复制。

② 我国《著作权法》10条5款:复制权,即以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份的权利。

③ 我国《著作权法》22条1款:为个人学习、研究或者欣赏,使用他人已经发表的作品(下略)可以不经著作权人许可,不向其支付报酬。

④ 我国《著作权法实施条例》21条:依照著作权法有关规定,使用可以不经著作权人许可的已经发表的作品,不得影响该作品的正常使用,也不得不合理地损害著作权人的合法利益。

合法利益”两要件,即可豁免著作权的侵权责任。相比日本《著作权法》30条1项,我国著作权法体系对援引合理使用并没有设定范围及行为人的限制,而是对使用目的与使用的合理程度作出要求。

从使用目的上看,“自炊代行”虽然是一项收费的营利服务,主观上说,其运营模式有别于仅依靠大量生产、销售侵权物以牟利的盗版,而是以出租其专业、便捷的扫描能力来服务以“为个人学习、研究或者欣赏”为目的、有“自炊”需求的用户。从使用合理程度上看,“自炊代行”首先显然“不影响该作品的正常使用”;其次,在现行电子书籍体验不佳甚至没有现行正版电子书籍可买的情况下,“自炊代行”挤占的更多是“自炊”的市场份额而非权利人的潜在利益,其扫描制作电子书籍同时销毁原书的做法也充分表明了对权利人权利的尊重,因此可以认为并无“不合理地损害著作权人的合法利益”。

综上所述,根据谁主张谁举证的诉讼基本原则,除非权利人能够提交更具体的证据证明“自炊代行”脱离了“为个人学习、研究或者欣赏”的目的或其不合理地损害了权利人的合法利益,否则服务提供者亦可援引合理使用之抗辩免除侵权责任。

四、中日两国著作权法对“自炊代行”合法性判断法理的比较

中国与日本两国均为大陆法系,又都加入了《伯尔尼公约》等知识产权公约,在著作权法的体系、理念上基本一致。然而如上文法理分析可知,中日著作权法在判断“自炊代行”服务合法性的要点,尤其是合理使用制度的运用上存在明显的差异。

(一)更具弹性的中国著作权立法

日本法院在解释日本《著作权法》30条1项的宗旨时虽然也强调“私领域的个人行为自由应予保障”,设置行为范围与行为主体限制的目的在于确保“私领域内发生的零碎侵权并不至太过损害著作权人的经济利益”,但最终依然需要根据条文规定的“范围”及“行为人”两项要求作出判断,作为营利服务的“自炊代行”既超出了家庭的范围,也无法满足行为人限制为本人的要求,因此失去了合理使用的豁免。

而我国《著作权法》中没有明确的“范围”及

“行为人”要求,仅规定一项目的及两项程度要件,存在较大弹性,合理使用与否惟有倚靠法院根据个案分别判断。作为大陆法系,该一般条款存在标准不明、难以预测的局限性,因此部分学者相应提出了类型化、提供详细例外清单等立法建议。^[5]但需要注意的是,面对类似本案“自炊代行”及今后可能层出不穷、难以直接判断合法与否的新运用形态,保留判断的足够弹性仍十分必要。

(二)更为严格的日本著作权司法

日本极为重视知识产权保护,2002年前首相小泉纯一郎就推出了《知识产权立国宣言》,提出知识产权战略将是后工业时代日本的核心竞争力。日本除了拥有先进的产业技术外,其小说、音乐、电影、动漫及其周边产品等文化产业能够在全世界具有广泛的影响力,这归因于日本文化创作者的努力,而严格的著作权保护制度为其保驾护航也同样功不可没。本案中权利人一方获得了完全胜利,某种意义上说,也是符合日本严格贯彻知识产权保护的政策导向的当然结果。

回顾包括本案以及早前颇有争议的P2P文件共享服务在内的许多诉讼可以发现,其共同特点是侵权的可能性与技术发展的可能性并存,最终体现为私权与公共利益冲突时的价值判断问题。日本采取严厉措施保护权利人的做法一方面固然较好地维持了日本的文化创作激励性,但另一方面大量日本学者、消费者也对这种消极保守态度制约了日本产业国际化竞争力、导致“孤岛化(galapagosization)”表示了极大忧虑与不满。相比之下我国包括著作权在内的各类知识产权保护力度大都远远不及日本,鼓励创作、打击侵权依然是今后知识产权工作的重中之重,但司法保护权利人的力度则需要结合国情、政策多方面因素综合衡量,决非越强越好。

五、“自炊代行”案件的思考

从纯法律角度上看,日本法院认定代人扫描书籍行为侵权的判决完全符合日本《著作权法》的规定,也反映了日本保护知识产权的基本国策精神。日本的权利人通过诉讼的胜利再次展示了其强势的地位,然而利用强势地位不断地禁止与打压应消费者需求催生的新业态的做法却未必有助于电子书籍产业的良性发展。

日本作为一个知识产权保护业已极为完善的发达国家,日本读者具有很高的经济能力和正版意识。“自炊”以及“自炊代行”现象的出现并非源自单纯对盗版利益的追逐,而是当前电子书籍市场无足够电子书籍可读,特定电子书籍只能在特定电子书店、特定电子阅读终端阅读这一尴尬局面下催生的一种自助式解决方案。事实上,即使“自炊代行”服务因本案判决后退出日本市场,但包括专用裁纸机、扫描仪等设备的“自炊套装”销售与租赁仍然大量存在,可见即使没有了“自炊代行”,“自炊”的需求仍然旺盛。权利人在法律上的胜利既减少了读者的利益,也没有令自己得利。

购买实体书籍、实体CD时,消费者不仅在欣赏、使用上享有较大的自由,还可以在合理使用的条件下出借、复制,包括可以将其转售。而对于电子书籍、电子音乐,消费者事实上仅仅是获得了权利人设定的授权,除了允许在限定条件下欣赏、使用之外,其出借、复制、转让等行为无一不受到严格限制。因此,在数字技术的普及和互联网的发展使“商品”转型为“服务”的过程中,不单有消弱权利人控制、稀释权利含金量的一面,也有限制消费者的传统消费自由、消费权利的一面。著作权法的设立是为了促进知识的创作,促进科学、经济、社会和文化的发展,通过保护作品著作权的方式达到著作权立法的目的。^① 保护著作权人权利

仅是一种途径,其本身并非著作权法的最终目标。^[6] 今后著作权法在判断某新使用方式、新商业形态是否合法时,除了考虑法律条文对权利人的保护之外,也应该考虑与消费者乃至公共利益之间的平衡。

反观一度也曾诸强并立、各自为战的日本电子音乐市场现在却由美国苹果公司的iTunes一家独大,其根本原因就在于iTunes不仅提供了足够丰富的音乐内容,更大胆地撤销了在售音乐的数字著作权管理(digital copyright management, DRM)加密使消费者在iTunes上购买的音乐可在任何播放器上欣赏,从而提供了远胜于其他日本厂商音乐格式互不兼容的良好体验。

“自炊代行”的合法性之争与其说是权利人与盗版人的法律之争,不如说是传统著作权产业与互联网数字化产业之间的商业模式之争。本案日本权利人坚决维护权益的决心与法院依法保护知识产权的态度一方面值得我国学习,另一方面也应充分认识到权利人对著作权的过度操纵可能反而束缚住电子书籍原本的优势,甚至拖累一国电子书籍产业的健康发展。适当限制著作权人的权利,增加电子书籍的供给量、提升消费者体验,之后再通过一系列商业及法律规范确保权利人的利益得到实现的途径,更加值得我国日趋到来的电子阅读时代借鉴。

参考文献:

- [1] 中国新闻出版研究院. 第十二次全国国民阅读调查结果[J/OL]. http://cips.chuban.cc/kybm/cbyjs/cgzs/201504/t20150420_165698.html, 2015-04-20.
- [2] 大橋弘. 電子書籍の動向について[M]. 東京:公正取引委員会競争政策研究センター, 2013.
- [3] 谷川和幸. 判例研究 自炊代行事件 自炊代行業者に対する差止請求等が認められた事例[J]. Law & Technology, 2014[7]:72-79.
- [4] 平野惠稔. 知財判例速報 自炊代行サービスにおける複製の主体と法30条が認められる範囲[J]. Monthly Jurist, 2015(3):6-7.
- [5] 梁志文. 合理使用的类型化[J]. 华东政法大学学报, 2012(3):34-45.
- [6] 周玲玲. 合理使用原则在我国立法中的实践运用及发展趋势[J]. 科技与法律, 2010(4):32-35.

(责任编辑:许秀清)

① 我国《著作权法》1条:为保护文学、艺术和科学作品作者的著作权,以及与著作权有关的权益,鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播,促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣,根据宪法制定本法。