

# 「カラオケ法理」と「自炊」をつなぐもの

—— 私たちが「コンテンツ」を享受する態様と、その法的規整についての基礎的考察

小島 立

- 1 はじめに
- 2 いわゆる「カラオケ法理」について
  - (1) 「カラオケ」の特徴について
  - (2) いわゆる「カラオケ法理」の登場
  - (3) その後の「カラオケ法理」の適用について
- 3 いわゆる「自炊」について
  - (1) 「自炊」という「メタファー」
  - (2) 電子書籍における「自炊」について
- 4 若干の考察
  - (1) 「自炊」において「料理」のメタファーが用いられることの意味とは？
  - (2) 私たちが「コンテンツ」を享受する場合の法的規整のあり方について
- 5 結語

## 1 はじめに

本稿では、私たちが歌謡曲を享受する態様の一つとしての「カラオケ」と、電子書籍において顕在化した、いわゆる「自炊」の二つを素材として、私たちが「コンテンツ」を享受する態様について検討するとともに、その問題に法（とりわけ著作権法）がどのように関わるべきなのかということについて基礎的考察を行う。<sup>①</sup>

「カラオケ」は、私たちが歌謡曲を自ら歌うことによつて享受するという態様である。また、電子書籍<sup>②</sup>における「自炊」の問題とは、書籍や雑誌といった出版物について、読者が紙媒体の書籍に基づいて自ら出版物の内容のデジタル化を行い、そのデジタルデータについて、PCや電子ブックリーダーなどの機器を用いて享受するという態様である。つまり、「カラオケ」と「自炊」においては、享受者自らが「コンテンツ」の歌唱や複製<sup>③</sup>という「メディア」的な行為<sup>④</sup>を行うことにより、その「コンテンツ」を享受するという構造になっていることが、両者に共通する特徴として挙げられる。

しかし、私たちが「コンテンツ」を享受する態様は、享受者自らが歌唱や複製といった行為を行うことだけにとどまらない。というよりむしろ、享受者自らの「メディア」的行為によつて「コンテンツ」の享受が行われるケースは、日常生活において限られていることに気づく。

音楽であれば、私たちは、「聴衆」<sup>⑤</sup>として、プロの実演家（歌手や楽団など）が音楽ホールで開催する演奏会やライブに足を運んで享受するか、あるいは、音楽CDや音楽配信サービスにおける楽曲などの「パッケージ化」された「コンテンツ」を購入して聴取することが一般的であろう。「カラオケ」のように、「アマチュア」である私たち自らが「メディア」的行為を行うことによつて音楽の享受を行うという形態ばかりではない。

また、出版物であれば、私たちは「読者」として、出版者が提供<sup>⑥</sup>する書籍や雑誌などを購入し、そのままの形態で読

むことが一般的であろう。つまり、紙媒体の書籍として流通しているものであれば、私たちは書店でそれを購入し、そのまま紙媒体の書籍の形態で享受することが一般的である。

しかし、電子書籍における「自炊」の問題は、前述の私たちの行動様式に一石を投じる。ここでは、読者が紙媒体の書籍を裁断し、それをスキヤナで読み込んでデジタルデータを抽出し、読者個人に適合的な電子書籍（いわば「自家製電子書籍」とでも呼ぶべきもの）としてカスタマイズした上で、当該コンテンツを享受している。<sup>7)</sup>

さらに、電子書籍における「自炊」の問題を考えるに当たっては、「自炊」という「メタファー（隠喩）」が用いられていることにも注意せねばならない。<sup>8)</sup>ここで私たちは、「食事」を享受する場合に、「外食」という態様と「自炊」という二つの態様があることに気付かされる。食事という「コンテンツ」においても、歌謡曲や出版物の享受と同様の関係性が観察されるということであり、だからこそ「自炊」というメタファーが意味を有するのではないかという仮説が成り立つ。

このように、「カラオケ」と「自炊」という二つの素材は、私たちが「コンテンツ」を享受する態様について様々な示唆を与えてくれる。もつとも、享受者の媒介行為によって享受者自らが「コンテンツ」を享受するといっても、その活動を行うときに、享受者が全ての環境整備を行うことは現実的ではない。「カラオケ」を楽しむ場合には、現代を生きる私たちは、いわゆる「カラオケボックス」に足を運ぶことが一般的であろう。また、書籍の「自炊」においても、その作業を手伝ってくれる「自炊」代行業者が存在している。このように、享受者自らの行為に関与する第三者の行為については、法的にいかなる評価がなされるべきなのだろうか。

近年の著作権法学においては、著作権侵害の主体（いわゆる「侵害主体論」や「利用主体論」）について議論が高まっている。<sup>10)</sup>そこでは、いわゆる「間接侵害」や「私的使用のための複製」といった論点に関係して、いわゆる「カラオケ法理」<sup>11)</sup>や「自炊」などの問題が議論されてきた。そこで、本稿では、それらの議論を参照しつつ、私たちが「コン

「テンツ」を享受する態様と、その法的規整についての基礎的考察を行う。第一に、「カラオケスナック」を舞台として展開された著作権問題において登場した、いわゆる「カラオケ法理」について、カラオケという「コンテンツ」の享受形態の特徴に照らして考察を行う。第二に、電子書籍において議論されている、いわゆる「自炊」をめぐる問題について、そこで用いられているメタファーとの関連性も踏まえつつ検討する。第三に、それらの分析を踏まえて、若干の考察を行う。

- (1) 本稿の執筆に当たっては、寺本振透教授との議論から多くの示唆を得た。記して感謝申し上げる。残された誤りは、当然のことながら筆者の責任に属する。
- (2) 電子書籍の問題については、拙稿「電子出版——出版者及び公共図書館の観点から」知財研フォーラム九〇号（二〇一二年）六八頁。
- (3) ここでは、適当な用語が見つからないために「複製」という用語を用いた。しかし、電子書籍における「自炊」において重要なことは、単に第三者が提供するデジタルデータをいわば「カットアンドペースト」する意味での「複製」がなされるのではなく、紙媒体の書籍という素材を、享受者の好みに応じてデジタル化するという一連のプロセスの中に「複製」という行為が存在しているということである。
- (4) これらは「媒介行為」といってもいいであろうし、その役割を果たすものを「媒介者（メディア）」と呼んでも差し支えないであろう。ここで取り上げる「媒介行為」には、著作権法における著作隣接権の対象となる行為（具体的には、「実演家の権利」や「レコード製作者の権利」、またはその対象となるべきであるという主張がなされている行為（具体的には、いわゆる「出版者の権利」との共通性を見出すことができるであろう）。
- (5) 「聴衆」という概念については、渡辺裕『聴衆の誕生——ポストモダン時代の音楽文化』（春秋社、一九八九年）を参照。
- (6) 「出版者」と「出版社」の違いについては、半田正夫「出版の法理——出版契約に関する実態調査を手がかりとして」同『著作権法の研究』（一粒社、一九七一年）二四三頁。
- (7) 自炊が注目を集める理由については、山口真弘『自炊』のすずめ——電子書籍「自炊」完全マニュアル（インプレスジャパン、二〇一一年）一七頁以下は、電子書籍マーケットに流通している電子書籍のタイトル数が不足していることを理由に挙げている。

- (8) 法律学におけるメタファアの重要性について論じるものとしては、松浦好治『法と比喩』(弘文堂、一九九二年)。また、メタファアの問題一般については、瀬戸賢一『メタファア思考——意味と認識のしくみ』(講談社現代新書、一九九五年)を参照。
- (9) 最近では、既に調理済みの惣菜などを購入し、自宅で食べる形態のことを「中食」と呼ぶこともあるようであるが、それについては本稿では立ち入らない。
- (10) いわゆる「間接侵害」や「侵害主体論」について判示する裁判例は枚挙に暇がない(最近のごく一例として、最判平成二三年一月一八日民集六五卷一頁二二頁「まねきTV事件」、最判平成二三年一月二〇日民集六五卷一頁三九九頁「ロクラクII事件」)。また、二〇〇五年以降、文化審議会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おいて継続的な検討がなされ、その成果に基づいて法改正がなされる予定であるといわれている。この点については、平成二四年第二回(二〇二二年六月二九日開催)の文化審議会著作権分科会法制問題小委員会における議論を参照のこと([http://www.bunka.go.jp/chosakukken/singikai/housei/h24\\_shiho\\_02/gijyoshi.html](http://www.bunka.go.jp/chosakukken/singikai/housei/h24_shiho_02/gijyoshi.html))。それによると、「差止請求の対象として位置付けられるべき間接行為者の類型」として、「(一)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たまたは適用された物品・場を提示する者、(二)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」、(三)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」が挙げられている。
- (11) いわゆる「カラオケ法理」という言葉が一人歩きすることの危険性を戒めるものとして、最判平成二三年一月二〇日民集六五卷一頁三九九頁「ロクラクII事件」における金築誠志裁判官の補足意見が挙げられる。金築補足意見は、「カラオケ法理」について以下のように論じている。
- 「同法理については、その法的根拠が明らかでなく、要件が曖昧で適用範囲が不明確であるなどとする批判があるようである。しかし、著作権法二二条以下に規定された『複製』、『上演』、『展示』、『頒布』等の行為の主体を判断するに当たっては、もちろん法律の文言の通常の意味からかけ離れた解釈は避けるべきであるが、単に物理的、自然的に観察するだけで足りるものではなく、社会的、経済的側面をも含め総合的に観察すべきものであって、このことは、著作物の利用が社会的、経済的側面を持つ行為であることからすれば、法的判断として当然のことであると思う。このように、『カラオケ法理』は、法概念の規範的解釈として、一般的な法解釈の手法の一つにすぎないのであり、これを何か特殊な法理論であるかのようになすのは適当ではないと思われる。したがって、考慮されるべき要素も、行為類型によって変わり得るのであり、行為に対する管理、支配と利益の帰属という二要素を固定的なものと考えるべきではない。この二要素は、社会的、経済的な観点から行為の主体を検討する際に、多くの場合、重要な要素であるというにとどまる。にもかかわらず、固定的な要件を持つ独自の法理であるかのように一人歩きしているとすれば、

その点にこそ、「カラオケ法理」について反省すべきところがあるのではないかと思う。」

本稿の筆者も、金築補足意見が説く内容に同意するものであるが、執筆の便宜上、いわゆる「カラオケ法理」という言葉を用いることを予めお断りしておく。

## 2 いわゆる「カラオケ法理」について

### (1) 「カラオケ」の特徴について

いわゆる「カラオケ法理」について考察を行うのであれば、その前提条件として、「カラオケ」という音楽（歌謡曲）の享受の態様がいかなる特徴を有しているのかという点について検討を行うことが必要であると思われる。<sup>(12)</sup>

「カラオケ」という言葉は、一九五〇年代に、ラジオ放送局で働く人たちの間で自然発生的に生まれたものであるといわれる。<sup>(13)</sup>一説によれば、歌手だけを局に呼んで歌を放送する際、いちいちバック演奏をする演奏家（楽団）を集めなくてもいいように「歌を抜いた（つまり歌が空〓カラの）楽団演奏（〓オーケストラ）」をテープに録音しておいた。

この「空オーケストラ・テープ」が短縮されて「カラオケ」と、放送局関係者の間で呼ばれるようになったといわれる。<sup>(14)</sup>装置としての「カラオケ」の起源は一九七〇年代に遡る。<sup>(15)</sup>それが発明される以前は、「流し」と呼ばれるミュージシャンが、バーやスナックにおいて伴奏を務めており、客はその伴奏に合わせて歌唱を行っていた。<sup>(16)</sup><sup>(17)</sup>一九八〇年代初めには、大手家電メーカーが、音楽と一緒に映像の流れる「レーザーディスク・カラオケ」を発売し、カラオケ人気が一段と高まった。<sup>(18)</sup>

カラオケが出現した当初は、カラオケという娯楽を享受する場所は、歌唱行為がなされている場に不特定多数の客が出入りする可能性がある「カラオケスナック」が主流であったが、一九八〇年代半ば頃から、いわゆる「カラオケボックス」が隆盛を極めるようになった。カラオケボックスが好まれるようになった需要者側の要因としては、第一に、低価格の参加型レジャー (DIY-type leisure) であり、ストレス発散に適していること、第二に、気のあった仲間以外の他人の視線を完全に排除した、個室型閉鎖空間を提供したこと、が大きいという指摘もなされている。<sup>(19)(20)</sup> 現在に至っては、一人でカラオケを楽しみたいというニーズに対応するべく、いわゆる「一人カラオケ」の専門店も登場するに至っている。<sup>(21)</sup>

## (2) いわゆる「カラオケ法理」の登場

いわゆる「カラオケ法理」という言葉は、カラオケテープによる伴奏のもと、カラオケスナックにおいて客が歌唱 (演奏) した行為について、カラオケスナックが著作権法上いかなる責任を負うべきなのかという点について争われた「クラブキャッツアイ事件」に起因する。<sup>(22)</sup> 前述したとおり、カラオケテープの再生による伴奏の前には、「流し」と呼ばれるミュージシャンがバーやスナックといった場所で伴奏を行なっていたため、権利者が著作権侵害の責任を問うのであれば、無許諾のミュージシャンの伴奏を捉えればよかった。<sup>(23)</sup>

しかし、カラオケスナックにおけるカラオケテープの再生は、複製物の上演に当たり、それまでのように「流し」のミュージシャンが実際に伴奏することとは事情が異なる。さらに著作権者にとって都合の悪いことに、著作権侵害に問うためには、無許諾のカラオケテープの再生を捕捉することが考えられるものの、当時の著作権法の下ではそれが困難であると受け止められていた事情が挙げられる。そのような認識が一般的であった理由については、当時の「演奏権」

（著作権法二二条）に関する事情について触れなければならない。

演奏権侵害（著作権法二二条）の対象となる「演奏」は、著作権法二条七項により、「著作物の上演、演奏又は口述で録音され、又は録画されたものを再生すること……を含む」とされている。しかしながら、旧著作権法（明治三十二年法律第三九号）においては以下のように定められ、レコード等の録音物の再生行為は演奏権侵害に当たらないとされていた。

「第三〇条〔著作権の制限〕既に発行したる著作物を左の方法に依り複製するは偽作と看做さず。…（略）…  
第八…音を機械的に複製するの用に供する機器に著作物の適法に写調せられたるものを興行又は放送の用に供すること」。

現行著作権法（昭和四五年法律第四八号）は、旧著作権法に定められている前述の規定を廃止したため、レストラなどなどでバックグラウンドミュージック（BGM）として音楽を流す行為なども演奏権侵害に問われることとなった。しかし、この規定を突然適用するのは社会的にも混乱を招くとして、現行著作権法においては、「録音物による演奏についての経過措置」として附則一四条が定められた。

「附則一四条…適法に録音された音楽の著作物の演奏の再生については、公衆送信に該当するもの及び営利を目的として音楽の著作物を使用する事業で政令で定めるものにおいて行なわれるものを除き、当分の間、旧法第三〇条第一項第八号及び第二項並びに同項に係る旧法三九条の規定は、なおその効力を有する。」



そして、著作権法施行令三条において、以下の三つの類型に関しては、旧著作権法三〇条一項八号の規定が効力を有するとされた。

「(一) 喫茶店その他客に飲食をさせる営業で、客に音楽を鑑賞させることを営業の内容とする旨を広告し、又は客に音楽を鑑賞させるための特別の設備を設けているもの（たとえば、名曲喫茶、ジャズ喫茶など）

(二) キャバレー、ナイトクラブ、ダンスホールその他フロアにおいて客にダンスをさせる営業（ディスコなども含まれる。）

(三) 音楽を伴って行われる演劇、演芸、舞踊その他の芸能を観客に見せる事業」

附則一四条については、権利者側から廃止の要求が何度も出されていたものの、平成八年のTRIPS（知的所有権の貿易関連の側面に関する協定）理事会において、附則一四条がベルヌ条約に違反するのではないかとの指摘を受けたことを受けて、ようやく廃止の機運が高まり、平成十一年の法改正により廃止された。<sup>24)</sup>

附則一四条の制定時には、まだカラオケ装置は社会に広く普及しておらず、当時の著作権法施行令三条一項には、カラオケスナックに関する規定が存在していなかったため、カラオケスナックにおいてカラオケ装置を用いて音楽を再生する行為は演奏権侵害に当たらないと一般的には考えられていた。そのような事情が存在していたこともあり、「クラブキャッツアイ事件」においては、カラオケスナックに来店する客の「歌唱」という行為を捉えて、店舗の著作権侵害の責任を問えるのかどうかということが、主要な争点として浮上したと考えられる。<sup>25)</sup> 「クラブキャッツアイ事件」の最高裁判決は以下のように述べる（以下の説示におけるXは原告・被控訴人・被上告人、Yは被告・控訴人・上告人を指す）。

「Yらは、Yらの共同経営にかかると、カラオケ装置と、Xが著作権者から著作権ないしその支分権たる演奏権等の信託的譲渡を受けて管理する音楽著作物たる楽曲が録音されたカラオケテープとを備え置き、ホステス等従業員においてカラオケ装置を操作し、客に曲目の索引リストとマイクを渡して歌唱を勧め、客の選択した曲目のカラオケテープの再生による演奏を伴奏として他の客の面前で歌唱させ、また、しばしばホステス等にも客とともにあるいは単独で歌唱させ、もつて店の雰囲気作りをし、客の来集を図つて利益をあげることを意図していたというのであり、かかる事実関係のもとにおいては、ホステス等が歌唱する場合はもちろん、客が歌唱する場合を含めて、演奏（歌唱）という形態による当該音楽著作物の利用主体はYらであり、かつ、その演奏は営利を目的として公にされたものであるというべきである。ただし、客やホステス等の歌唱が公衆たる他の客に直接聞かせることを目的とするものであること（著作権法二二条参照）は明らかであり、客のみが歌唱する場合でも、客は、Yらと無関係に歌唱しているわけではなく、Yらの従業員による歌唱の勧誘、Yらの備え置いたカラオケテープの範囲内での選曲、Yらの設置したカラオケ装置の従業員による操作を通じて、Yらの管理のもとに歌唱しているものと解され、他方、Yらは、客の歌唱をも店の営業政策の一環として取り入れ、これを利用していわゆるカラオケスナックとしての雰囲気醸成し、かかる雰囲気をお客の来集を図つて営業上の利益を増大させることを意図していたというべきであつて、前記のような客による歌唱も、著作権法上の規律の観点からはYらによる歌唱と同視しうるものであるからである。

したがつて、Yらが、Xの許諾を得ないで、ホステス等従業員や客にカラオケ伴奏によりXの管理にかかると音楽著作物たる楽曲を歌唱させることは、当該音楽著作物についての著作権の一支分権たる演奏権を侵害するものというべきであり、当該演奏の主体として演奏権侵害の不法行為責任を免れない。」

「クラブキャッツアイ事件」の最高裁判決には、伊藤正己裁判官の補足意見が付されている。少し長くなるが、本判

決を検討する上では欠かせないものであるので、以下に引用する。

「私は、原審の確定した事実関係のもとにおけるカラオケ演奏に関して、Yらは演奏権侵害の不法行為責任を負うものであるとして、右不法行為に基づくXの損害賠償請求を認容した原判決は是認することができるとした多数意見の結論には賛成するが、その結論に至る理由づけには同調することができない。その理由は、以下のとおりである。

多数意見は、Yらがその共同経営にかかるスナック等において、カラオケ装置とカラオケテープとを備え置き、ホステス等従業員においてカラオケ装置を操作し、客に曲目の索引リストとマイクを渡して歌唱を勧め、客の選択した曲目のカラオケテープの再生による演奏を伴奏として他の客の面前で歌唱させ、また、しばしばホステス等にも客とともにあるいは単独で歌唱させ、もつて店の雰囲気作りをし、客の来集を図って利益をあげることを意図していたという原判示の事実関係のもとにおいて、ホステス等が歌唱する場合だけでなく、客のみが歌唱する場合についても、その演奏（歌唱）という形態による音楽著作物の利用主体は営業主たるYらであると捉え、その演奏は営利を目的として公にされたものであるから、右演奏につきXの許諾を得ていないYらは、当該演奏の主体として演奏権侵害の不法行為責任を免れない、とするものである。

私見においても、カラオケ伴奏によりホステス等従業員が歌唱する場合に、営業主たるYらをもつて、その演奏（歌唱）という形態による音楽著作物の利用主体と捉えることには異論はなく、また、ホステス等が客とともに歌唱する場合も、ホステス等と客の歌唱を一体的に捉えて利用主体は営業主たるYらであると解することができるであろう。しかしながら、客のみが歌唱する場合についてまで、営業主たるYらをもつて音楽著作物の利用主体と捉えることは、いささか不自然であり、無理な解釈ではないかと考える。多数意見は、客のみが歌唱する場合でも、前記のような店の従業員による歌唱の勧誘、Yらの備え置いたカラオケテープの範囲内での選曲、Yらの設置したカラオケ装置の従業員によ

る操作を通じて、Yらの管理のもとに歌唱しているものと解され、他方、Yらは、客の歌唱をも店の営業政策の一環として取り入れるなど営利を目的としているとして、客による歌唱も著作権法上の規律の観点からはYらによる歌唱と同視しうるといふのであるが、店の従業員による歌唱の勧誘等、多数意見の挙げる右の各事実を考慮しても、客は、Yらとの間の雇用や請負等の契約に基づき、あるいはYらに対する何らかの義務として歌唱しているわけではなく、歌唱するかしないかは全く客の自由に任されているのであり、その自由意思によつて音楽著作物の利用が行われているのであるから、営業主たるYらが主体的に音楽著作物の利用にかかわつてゐるということとはできず、したがつて、客による歌唱は、音楽著作物の利用について、ホステス等従業員による歌唱とは区別して考えるべきであり、これをYらによる歌唱と同視するのは、擬制的にすぎて相当でないといわざるをえない。

私は、カラオケ演奏については、右のようにカラオケ伴奏による歌唱の面で捉えるのではなく、カラオケ装置に着目し、カラオケ装置によるカラオケテープの再生自体を演奏権の侵害と捉えるのが相当であると考ええる。著作権法（昭和四五年法律第四八号をいう。但し、昭和六一年法律第六四号による改正前のもの。以下同じ。）附則一四条は、適法に録音された音楽の著作物の演奏の再生については、放送又は有線放送に該当するもの及び営利を目的として音楽の著作物を使用する事業で政令で定めるものにおいて行われるものを除き、当分の間、『音ヲ機械的ニ複製スルノ用ニ供スル機器ニ著作物ノ適法ニ写調セラレタルモノヲ興業又ハ放送ノ用ニ供スルコト』は『偽作ト看做サス』とする旧著作権法（明治三二年法律第三九号をいう。以下同じ。）三〇条一項第八号の規定は、なおその効力を有する旨規定し、これを受けて著作権法施行令（昭和四五年政令第三三五号をいう。以下同じ。）附則三条一号は、右にいう『政令で定める事業』として、『喫茶店その他客に飲食をさせる営業で、客に音楽を鑑賞させることを営業の内容とする旨を広告し、又は客に音楽を鑑賞させるための特別の設備を設けているもの』を挙げているところ、多数意見は、カラオケ装置の設置は『客に音楽を鑑賞させるための特別の設備を設けているもの』には該当しないとすると解されるが、カラオケ装置

は、カラオケテープを再生することにより客がこれを伴奏として公衆に直接聞かせるべく歌唱するための特別の設備であるから、かかる予定のもとにスナック等にカラオケ装置を設置することは、右にいう「客に音楽を鑑賞させるための特別の設備を設けているもの」そのものに当たるということはできないとしても、これに準ずるものとして、営利目的のカラオケ装置によるカラオケテープの再生については著作権法附則一四条による旧著作権法三〇条一項第八号の規定は働かないものと解するのが相当である。著作権法制定当時は今日のようなカラオケ装置の普及は予想されていないが、ため、著作権法施行令附則三条は、カラオケ装置を念頭に置いた規定の仕方をしていないが、音楽の提供が直接収益に結びつかない事業に限って旧著作権法の規定を当分の間適用することとした著作権法附則一四条ないし著作権法施行令附則三条の立法趣旨に照らすと、右のように解することは、むしろ立法趣旨にそつた解釈と考えられるからである。」

前述した附則一四条をめぐる事情が存在していたということもあり、最高裁は、カラオケスナックにおける客の「歌唱」（著作権法の支分権というならば「演奏権」）について、店側の責任を追及することができるかどうかという点に焦点を当てて検討を行ったように思われる。そして、法廷意見は「店の管理のもとで客の歌唱がなされている」ということと、「その行為により、店に営業上の利益が帰属していること」という二点に注目して、カラオケスナックが歌唱の主体であるという結論を導き出している。それに対して、伊藤正己裁判官の補足意見は、同じ支分権である演奏権を問題としていることは共通しているものの、あくまでも「カラオケ装置」による「楽曲の提供」という部分に注目していることが重要である。<sup>(26)</sup>

音楽著作物の楽譜も著作物である。しかし、楽譜を見るだけでは、よほどの音楽的才能がある人間を除けば、その内容を感得する（享受する）ことは非常に難しい。クラシック音楽を例に挙げれば、ワグナー、ブルックナーやマーラーなどが作曲した後期ロマン派の管弦楽曲に代表される複雑な構成の楽曲の場合に、楽譜を眺めて楽曲の全体像

を把握することは非常に困難であろう。さらに興味深いことに、バッハ作曲の「無伴奏チェロ組曲」のように、楽譜を見るだけでは一見シンプルに見える曲にこそ、それを再現することに大きな困難が伴うということについても、超一流の演奏家の多くが語るところである。

だからこそ、私たちは「聴衆」として、演奏家（指揮者、オーケストラ、独奏者など）が演奏するコンサート・ホールに足を運び、その演奏に触れることにより、作曲家のメッセージを感じ取ろうとするのであろう。ここで演奏家は、作曲家の書いた音楽を「解釈」した上で「再現」しているのであり、あたかもその姿は、「神」にも擬せられる作曲家の書いた作品という「聖典」の内容を伝える「神官」や「巫女」のような存在である。そして、コンサート・ホールという「神殿」に集う聴衆は、再現された演奏を通じて、「神」である作曲家の「啓示」に触れることになる。音楽が「再現芸術」であると言われるのは、このような一連のプロセスが存在するからであらう。<sup>27)</sup>

歌謡曲においては、それが楽曲だけで構成されているのではなく、歌詞を伴っているという事実注目する必要がある。つまり、「歌唱」という形態での演奏に触れることにより、私たちは歌謡曲の内容を十全に感得することができる。だからこそ、「歌手」の役割が決定的に重要とされるのであり、この事実が、歌謡曲において演奏される楽曲について、しばしば「伴奏」という「脇役」的な言葉が充てられることから首肯できよう。

このように、「演奏」という「再現行為」は、音楽著作物の社会における伝播において決定的に重要である。だからこそ、著作権法は「演奏権」を支分権に含めるとともに、演奏という「メディア」的な行為を行う主体に「実演家」としての著作隣接権を与えているとも考えられるであらう。<sup>28)</sup>

音楽については、そのようなプロフェッショナルの「実演家」による再現行為を、「聴衆」として享受するというプロセスの重要性を否定する者はいないはずである。しかし、カラオケにおいては、その再現行為を、多くの場合には「アマチュア」である享受者自らが行うという特徴を有する。そして、多くの場合、享受者は楽曲を自ら演奏すること

ができず、どこからか提供してもらわなければならない。カラオケという機器が発明される以前であれば、その提供者は「流し」のミュージシャンであったし、カラオケ装置が登場した後は、カラオケスナックやカラオケボックスという業態が楽曲提供の機能を営んできた。

カラオケという行為は、カラオケスナックやカラオケボックスが行う営業という傘の下でなされている。<sup>(29)</sup>歌唱を行いたいと思っても、自分で弾き語りを行ったり、楽曲の演奏をしてくれる演奏家を探すことは、多くの者にとっては至難の業である。カラオケスナックやカラオケボックスが、楽曲を提供するとともに、カラオケに相応しい雰囲気のスTEEジや個室を準備してくれているからこそ、享受者はそこで歌唱に興じ、あたかも「実演家」である歌手になりきったかのような充実感を得ることが可能となる。「クラブキャッツアイ事件」最高裁判決の法廷意見が、「Yらは、客の歌唱をも店の営業政策の一環として取り入れ、これを利用していわゆるカラオケスナックとしての雰囲気醸成し、かかる雰囲気をお客の来集を図って営業上の利益を増大させることを意図していた」と論じているのは、カラオケスナックの業態と、そこで展開されるカラオケという行為の特徴をよく表している。

### (3) その後の「カラオケ法理」の適用について

いわゆる「カラオケ法理」は、歌唱が行われる場所に不特定多数の客が出入りする可能性のある「カラオケスナック」を舞台として成立した。しかしながら、「カラオケ法理」はその後に主流となったビジネス形態である「カラオケボックス」にも引き継がれていく。<sup>(30)</sup>カラオケボックスは、一般的にはいわゆる気心の知れた家族や友人などと出かけるものであり、その参加者は「公衆」の要件を満たさない可能性が高く、<sup>(31)</sup>カラオケスナックとは異なる空間を形成している。にもかかわらず、カラオケボックスにおける客の歌唱行為についても、「カラオケ法理」は適用されることとなっ

た。

もつとも、カラオケボックスにおいては、楽曲を客に提供する行為をそれ自体を捉えて著作権侵害を論じれば足りるのではないかという見解もあり得よう。つまり、「クラブキャッツアイ事件」における伊藤補足意見が問題としていた行為である。カラオケボックスにおける歌唱においては、客自身が楽曲の選曲等を行なっているが、これは「オンデマンド的コンテンツ提供行為」とでも呼ぶべきものであつて、現在のカラオケボックスの営業形態を見る限り、客の歌唱に注目して店舗の法的責任を追及する必要性はなくなっているという指摘も見られる。<sup>34</sup>

「クラブキャッツアイ事件」の後、とりわけデジタル技術とネットワーク技術の発展に伴い、様々な著作物の利用形態が登場した。それらにおいて享受者が媒介的行為の全てを営むことは非現実的であり、必然的に媒介行為を業として行う者が現れる。このことは、インターネットに関連した多くのサービス・プロバイダが熾烈な競争を展開していることを見れば明らかである。権利者としては、末端の個々の利用者ではなく、媒介者の責任を追及するほうが、権利の実効性を担保する上で効率的である。<sup>35</sup> このような状況において、媒介者の責任を追及するに当たって、「カラオケ法理」の適用される裁判例が増えていったという評価がなされるのが一般的である。

後続の事案において、「カラオケ法理」の考え方が広く適用されているかのように理解された背景には、「カラオケ法理」の説示の普遍性が存在しているという指摘がなされている。<sup>36</sup> 著作権侵害訴訟における要件事実に従えば、「カラオケ法理」において示されている二つのメルクマール、すなわち「客の歌唱に対するスナック経営者の『管理・支配』」及び「客の歌唱によるスナック経営者への『営業上の利益の帰属』」は、「著作物の利用主体」という評価を導くための「要素」であつて、それぞれが独立した「要件」ではない。<sup>37</sup> さらに、一定の行為に対する「管理・支配」とそれによる「利益の帰属」という二つの要素を総合評価することによって当該行為についての責任主体を決するという帰責判断の方法は、民事法の様々な分野において用いられる一般的な手法であるという指摘もある。<sup>38</sup> そうであるならば、「カラ



「オケ法理」は著作権侵害をめぐる紛争類型についてのみ妥当するという限定されたものではないし、「カラオケ」利用をめぐるもののみならず、このように指摘には、傾聴すべきものがあるように思われる。<sup>(39)</sup>

ここまでは、いわゆる「カラオケ法理」について検討を行った。以下では、局面を変えて、電子書籍時代を迎えて注目を浴びた、いわゆる「自炊」について考察する。

(12) カラオケについては、鳥賀陽弘道『カラオケ秘史』(新潮新書、二〇〇八年)、鍛冶博之「カラオケの商品史(1)」(2・完) 社会科学四〇巻三号(二〇一〇年)四九頁、四号(二〇一一年)一六五頁などを参照。

(13) 鳥賀陽・前掲注(12)一八頁。

(14) 鳥賀陽・前掲注(12)一八頁。

(15) 発明者については諸説あるが、本稿ではその詳細には立ち入らない(鳥賀陽・前掲注(12)二〇頁を参照)。また、カラオケについては、それが開発された初期において特許権の取得がなされていないという点において、技術の普及という観点からも興味深い論点が存在するが、本稿では立ち入らない(鳥賀陽・前掲注(12)二九頁)。

(16) ここで興味深いのは、「流し」が客の要望に応じて(つまり、客を喜ばせるため)、楽曲の音程を変えたり、サビの部分で特定の音符の長さを伸縮させるなどの操作を行なったという点である。この機能は、現在のカラオケにも受け継がれているといえよう(鳥賀陽・前掲注(12)三四頁)。楽曲の音程を変えようといったことは、一見すると、著作物の同一性保持権を侵害している(著作権法二〇条一項)ようにも思われるが、カラオケにおいては、社会的にそれが予め許容されているように見受けられる事實は注目に値する。カラオケにおける前述の実態を、法的にどのようなように正当化するのかということは、いかなる法律構成を採用するのかという点とも相俟って興味深いところであるが、本稿ではこれ以上は立ち入らない。

(17) カラオケ発明者の一人と目されている井上大佑氏は、神戸において「流し」として活動していた。井上氏が「流し」として活動しながら、カラオケを発明した事情の詳細については、鳥賀陽・前掲注(12)三一頁以下。

(18) 鍛冶・前掲注(12)カラオケの商品史(1)五六頁。

(19) 柳川高行「レジャービジネスの経営学的分析(その二)……カラオケ・レジャー」白鷗大学論集八巻二号(一九九四年)一七一頁。

(20) この「DIY (Do-It-Yourself)」という言葉は、本稿の研究課題である「コンテンツ」の享受という問題を考える際のキー

ワードの一つであるように思われる。本稿執筆中に、DIY家具の愛好者がとりわけ女性を中心に増加しているというテレビ報道(二〇一二年八月二四日のNHKニュース)に接したが、ここでも出来合いの家具を購入するのか、それとも自分で家具製作に携わるのかという選択肢が競合していることに気付かされる。そして、「DIY」が注目を浴びるのは、「何かを生み出す」過程に自らに関わることに充実感を覚える人たちが多いからではないかと考えられる。

(21) 参照、「一人カラオケ究めたい」専門店、首都圏に続々」朝日新聞二〇一二年六月一八日朝刊。

(22) 最判昭和六三年三月一五日本民集四二巻三三〇一九九頁「クラブキャッツアイ事件」。本件について検討した文献は数多く存在するが、例えば、井上由里子「「クラブキャッツアイ事件」判批」『著作権判例百選(第三版)』(別冊ジュリスト一五七号、一九九四年)一五頁、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』(発明協会、二〇〇六年)七八一頁、市村直也「規範的利用主体論」田中豊編『判例でみる音楽著作権訴訟の論点六〇講』(日本評論社、二〇一〇年)一六六頁。

(23) この点を指摘するものとして、井上・前掲注(22)一六頁。

(24) 作花文雄『詳解著作権法(第四版)』(ぎょうせい、二〇一〇年)二六四頁。

(25) なお、「クラブキャッツアイ事件」については、上告の段階において差止請求がなされておらず、その部分についての説示がないという点には留意が必要である。上野・前掲注(22)七八七頁。

(26) 伊藤補足意見に対して、市村・前掲注(22)一七四頁は、「同じスナック等において行われるカラオケ歌唱でありながら、ホステスが歌唱した場合には楽曲と歌詞の著作権の双方が及ぶのに対し、客が歌唱した場合には楽曲の著作権のみが及ぶといった奇妙な結論を導くことになる」との疑問を呈している。

(27) 「芸能」や「芸術」におけるメディアの重要性については、加藤秀俊『メディアの発生——聖と俗をむすぶもの』(中央公論新社、二〇〇九年)を参照。

(28) この考え方は、知的財産法が「媒介行為」に対するインセンティブを与えているという見方と親和的であると思われる。参照、寺本振透編集代表「解説改正著作権法」(弘文堂、二〇一〇年)九頁(寺本振透執筆)、同「社会ネットワーク分析を法学に応用する」東京大学法科大学院ローレビュー五巻(二〇一〇年)三一九頁。

(29) 一般家庭向けカラオケ装置も販売されており、技術革新によって小型化が進んできているものの(例えば、<http://labdaq.com/archives/51754565.html>を参照)、それを用いて家庭でカラオケを楽しむのは、騒音対策の問題などもあって容易なことではないように思われる。

(30) カラオケボックスに関する事件の一例としては、東京地判平成一〇年八月二七日判時一六五四号三四頁「ビッグエコー事件」

が挙げられる。本判決において、客の歌唱についての説示がなされている部分は以下のとおりである。

「本件店舗のカラオケ歌唱用の各部屋においては、顧客が各部屋に設置されたカラオケ装置を操作し、再生された伴奏音楽に合わせて歌唱することによって、管理著作物の演奏が行われていることが認められるところ、被告らは各部屋にカラオケ装置と共に楽曲索引を備え置いて顧客の選曲の便に供し、また、顧客の求めに応じて従業員がカラオケ装置を操作して操作方法を教示するなどし、顧客は指定された部屋において定められた時間の範囲内で時間に応じた料金を支払って歌唱し、歌唱する曲目は被告らが用意したカラオケソフトに収納されている範囲に限られることなどからすれば、顧客による歌唱は、本件店舗の経営者である被告らの管理の下で行われているというべきであり、また、カラオケボックス営業の性質上、被告らは、顧客に歌唱させることによって直接的に営業上の利益を得ていることは明らかである。

このように、顧客は被告らの管理の下で歌唱し、被告らは顧客に歌唱させることによって営業上の利益を得ていることからすれば、各部屋における顧客の歌唱による管理著作物の演奏についても、その主体は本件店舗の経営者である被告らであるというべきである。」

(31) カラオケスナックにおける歌唱については、それが非営利の演奏であるため、歌唱者は著作権法上の責任を負わないという考え方が一般的なのではないかと思われる。加戸守行『逐条解説著作権法（五訂新版）』（著作権情報センター、二〇〇六年）一八四頁。

(32) 東京地判平成一〇年八月二七日判時一六五四号三四頁「ビッグエコー事件」は、カラオケボックスによる楽曲の提供について以下のように論じている。

「本件店舗のカラオケ歌唱用の各部屋においては、主として顧客自らが各部屋に設置されたカラオケ装置を操作し、通信カラオケ又はCDカラオケにより管理著作物である伴奏音楽の再生による演奏が行われ、管理著作物たる歌詞及び伴奏音楽の複製物を含む映画著作物であるレーザーディスクカラオケの上映によって、管理著作物たる歌詞及び伴奏音楽の複製物の上映が行われていることが認められるところ、前認定のとおり、本件店舗の経営者である被告らは各部屋にカラオケ装置を設置して顧客が容易にカラオケ装置を操作できるようにした上で顧客を各部屋に案内し、顧客から求められれば被告らの従業員がカラオケ装置を操作して操作方法を教示しているのであり、顧客は被告らが用意した曲目の範囲内で選曲するほかに、被告らは、顧客の選曲に従って自ら直接カラオケ装置を操作する代わりに顧客に操作させているということができるから、各部屋においてカラオケ装置によって前記のとおり管理著作物の演奏ないしその複製物を含む映画著作物の上映を行っている主体は、被告らであるというべきである。」

(33) この考え方は「ジュークボックス法理」と呼ばれることがある。例えば、平成二四年第二回（二〇一二年六月二九日開催）の

文化審議会著作権分科会法制問題小委員会における大淵哲也教授の説明を参照されたい [http://www.bunka.go.jp/chosakuten/singikai/housei/h24\_shiho\_02/gijiyoshi.html]。この「シュルクボックス法理」について、最判平成二三年一月二〇日民集六五巻一号三九九頁「ロクラクII事件」との親近性を主張する見解も見受けられる（上野達弘「総論」高林龍二・三村量一・竹中俊子編『年報知的財産法二〇一』(日本評論社、二〇一二年)二二二頁)。

(34) 上野・前掲注(22)七八九頁。

(35) この傾向は、日本のみならず、普遍的なものであるといつてよいと思われる。媒介者の法的責任が追及されることの合理性については、奥邸弘司「著作権の間接侵害——日米裁判例の動向と実務への影響、今後の課題」コピーライト五八二号(二〇〇九年)五頁。ここでは、「作用」として「一網打尽効果」、「隠れ裏対策効果」、「Deep Pocket効果」が、「副作用」として「混獲現象」、「空洞化現象」、「過分配現象」が挙げられている。

(36) 田中豊「利用(侵害)主体判定の論理——要件事実論による評価」ジュリスト一四二三号(二〇一一年)一三頁。

(37) 田中・前掲注(36)一四頁。

(38) 田中・前掲注(36)一四頁。

(39) 田中・前掲注(36)一四頁。この指摘は、最判平成二三年一月二〇日民集六五巻一号三九九頁「ロクラクII事件」における金築補足意見(前掲注(1)参照)とも通じるものがある。

### 3 いわゆる「自炊」について

#### (1) 「自炊」という「メタファー」

従来、書籍を含めた出版物といえは紙媒体のものを指すことが多かった。しかし、ここ数年、デジタル技術の発達とともに電子出版が飛躍的に拡大しつつある。しかしながら、電子書籍の形式で入手可能な書籍が限られていることも事

実であり、読者自らが紙媒体の書籍を裁断し、スキャナーにかけてデジタルデータを抽出して、いわば「自家製電子書籍」とでも呼ぶべきものを作成することは珍しくない。

ここで興味深いのは、「自家製電子書籍」が作り出されるプロセスに、「自炊」という「料理」の「メタファー」が充てられているという事実である。「自炊」という用語が充てられた背景には、「自分で吸い出す」という「自吸」が転じたものであるという可能性も指摘されている<sup>40</sup>。しかしながら、本稿の筆者は、享受者である読者が自分自身のために電子書籍をカスタマイズして作成するという行為が、自分で料理を作る「自炊」という行為と何らかの意味で共通項を有していると直感的に感じ取った誰かが、当該行為に「自炊」という用語を充て、それが人口に膾炙するようになったのではないかと考えている。

料理の「自炊」においては、一般的に、私たちは料理の「素材」となる食材を調達するとともに献立を考え、「調理」を行う。ここでは、調味料を組み合わせるなどして味加減を調整するとともに、火の通し加減などについても、自分自身の好みに合わせた「カスタマイズ」がなされる。このように調理がなされることによって、「完成品（成果物）」としての料理が完成する。

もちろん、「料理」を享受する場合に当たっては、「外食」という選択肢も存在するものの、経済的、栄養学的といった様々な理由から「自炊」がなされることもあるだろう。また、調理を行うもの兼享受者自身にとって、「自炊」それ自体が楽しいという理由から、その選択がなされることも決して稀ではないように思われる。

## (2) 電子書籍における「自炊」について

それでは、「自炊」のメタファーが使われている電子書籍の場合にも、この「料理」におけるプロセスが妥当するの

であろうか。読者が合法的に出版物を入手した後、それを裁断した上でスキャナーにかけ、デジタルデータを抽出するという一連の行為を全て自力で行うというプロセスには、「自炊」のメタファーがきれいに当てはまるように思われる。というのは、紙媒体の出版物という「素材」をもとに、そのデジタル化の過程において、「自炊」を行う者の好みに合わせる形で「カスタマイズ」がなされ、最終的に「電子書籍」という「完成品」が出来上がっているからである。この一連のプロセスにおいては、「自炊」を行なっている者に著作権法上の責任を見出すことはできない。というのは、上述の形でデジタルデータの抽出は、「私的使用のための複製」(著作権法三〇条一項)に該当するからである。しかし、世の常であるが、全ての行為を自力で行うことが難しい場合もあり得る。「自炊」の一部について、何らかの形で助けをしてくれるサービスがあれば、それを使いたいと思うのが人間であるし、そのような需要が存在する限り、そこにビジネスチャンスを見出す者が出てくることは避けがたい。

そのような中で登場したのが、いわゆる「『自炊』代行業者」である。ここにも様々なバリエーションがある。利用者が書籍を持参して、「『自炊』代行業者」がデジタル化(すなわち、「複製」)を行うという業態が最も典型的なものと<sup>(41)</sup>して考えられるが、それ以外にも、書籍の裁断を行うという業態もあるであろうし、自炊機材を貸し出すという業態も考えられる。さらには、裁断本を提供するという形態も存在する。この裁断本の提供が広範に認められるとすると、以下のような状況が生じることを懸念する見解も見られる。<sup>(42)</sup>

「つまり、自炊代行が適法になつてしまうと、早晚こんなサービスが生まれそうです。『うちでは自炊代行と裁断本の販売を行なっています。Webページでお好きな裁断本を選んでクリックして下さい。そのボタンは自炊代行の依頼ボタンでもあります。これはあなたに所有権が移った裁断本で、私たちはその自炊代行を行なっているだけなので適法です。終わったらデータをお送りします。スキャンが終わった「あなたの」裁断本がご不要であれば、私どもが買い取り

ます。裁断本の価格は五〇〇円、買取価格は二〇〇円となりますので、差し引きで三〇〇円だけ課金します。要するに、ワンクリックして三〇〇円払えば、あなたには電子データが届きます。』転々流通のサイクルが始まるわけです。

これ、なんて言うか？ 電子書店ですよ（笑）。しかも、作者や出版者に一円も入らない。」

ここで挙げられている「想定例」は、もはや「自炊」の名に値しないものであろう。すなわち、利用者は単にボタンをクリックしているだけであり、「自炊」代行業者」と称する者が、コンテンツの複製主体であるという法的評価を下さざるをえないのではないかと考えられる。<sup>43</sup>

(40) 山口・前掲注(7)一七頁、島並良「書籍の『自炊』」法学教室三六六号(二〇一一年)二二頁にその旨の記述が見られる。

(41) 著作権法の観点からは、これが「私的複製」(著作権法三〇条一項)に当たるかどうかが問題となる。詳細については、上野・前掲注(33)二二〇頁、島並・前掲注(39)二頁、同「電子書籍と著作権——読書環境の変化を中心に」高林||三村||竹中編・前掲注(33)二二六頁。

(42) 福井健策「ハスペシャルインタビュー」ここが知りたい!「自炊」の法律」山口・前掲注(7)七六頁。

(43) 同様の指摘を行うものとして、上野・前掲注(33)二二二頁。それでも紹介されているとおり、刑事罰に関する記述ではあるものの、現行法の起草者も、「貸レコード店や貸ビデオ店におけるダビング機器の提供のように、音源の音楽テープやビデオソフトまで提供し、機器の操作について説明を与えて、顧客に機器のボタンを押させる場合には、機器の物理的操作を除けば、業者自身が複製を行うて顧客に複製物を提供すると実質は同様であり、業者を著作権等の侵害罪の正犯と考えることができ」と述べている(加戸・前掲注(31)七二九頁)。

## 4 若干の考察

## (1) 「自炊」において「料理」のメタファーが用いられることの意味とは？

本稿の筆者は、かつて公の場において、「カラオケ」という行為について、ある「料理」を享受する行為とのアナロジーで捉える旨の発言を行ったことがある。<sup>(44)</sup> その料理とは「焼肉」である。以下では、どうして筆者が「カラオケ」と「焼肉」の間にアナロジーが成立すると考えたのか、言い換えれば、どうして「焼肉」という「料理」が「カラオケ」と親近性を有すると考えたのかということについて敷衍してみよう。

「焼肉」については、家庭内で行うこともあるだろうが（これは正しく「自炊」である）、それについては本稿では立ち入らない。本稿の筆者が興味深いと考えるのは、「外食」としての「焼肉店」の存在である。本来、肉の焼き加減は、肉料理において最も重要なプロセスの一つであり、プロである料理人の腕の見せ所のはずである。だからこそ、同じ肉料理であるステーキについては、客は焼き加減を事前に必ず尋ねられる。しかし、焼肉店では、肉料理において最も重要なプロセスの一つであるはずの焼き加減について、それを「アマチュア」であるはずの客（享受者）に委ねている。<sup>(45)</sup>

その理由は、焼肉においては、客自身が自分の好みの焼き加減を選択する（すなわち、「カスタマイズ」を行う）形で調理（すなわち「肉を焼く」という行為）を行い、自らが調理したものを享受することに楽しみを見出しているからではないかと思われる。鍋料理などにも、類似的な考え方が当てはまる場合が存在するであろう。<sup>(46)(47)</sup>

つまり、私たちは、ある「食べ物」を享受する場合に、プロの料理人が提供する料理を楽しむという形態に加えて、自らが調理し、その成果物を享受するという選択肢を有していることになる。ある意味では、この二つの料理の享受の仕方が、「外食」と「自炊」という形において、競争関係に立っていると見ることも可能である。



また、同じ人間が「肉を焼く」という行為についても、それが家庭内で行われる場合と、「外食」としての焼肉店において行われる場合とは、全く異なる評価が与えられるはずである。焼肉店において客が調理を行うといっても、それは家庭内における「自炊」という形態の焼肉とは異なる。焼肉店は、まさにプロフェッショナルとして肉の選定という「目利き」を行い、肉の味付け、調理機材の準備（例えば、無煙ロースターかどうかといったこと）、店の雰囲気作りなどを行なっている。客が焼き加減を調整しているという点で「カスタマイズ」を行なっているからといって、それは自宅で行う調理（これこそが「自炊」である）とは全く異質なものである（だからこそ、「焼肉店」は外食産業に含まれている）。

「焼肉」と同様のケースが、前述したカラオケについても、かなりの程度において当てはまる。カラオケに来店する客は、自ら歌うことによつて楽しんでる。極端な場合には、一緒に来店した友人や家族などが歌唱している場合であっても、その歌唱には見向きもせず、次に自分が何を歌おうかということを考えているといったことも珍しくない。

もちろん、カラオケという場合は、享受者自身が歌謡曲を自ら歌うことによつて享受するという「自己満足」にとどまらず、場を同じくする他人の歌唱を聞いているのではないかという反論があり得るであろう。しかし、カラオケに行く仲間、通常は親しい友人か勤務先の同僚といった人的関係を有する人たちであり、プロの歌手の歌唱を聞くためにライブ会場に足を運ぶ際の私たちの「振る舞い方」や「身構え方」とは全く異なるものではないかと思われる<sup>49</sup>。

また、「焼肉」とのアナロジーを論ずる以上、「カラオケ」は「自炊」とも異なる。楽曲を歌うのであれば、自分で音楽を演奏するか（いわゆる「弾き語り」）、または自分で楽曲を演奏する演奏家を探してやることも可能であるものの、私たちの多くにとつてそれが現実的でないことも多いであろう。「カラオケスナック」や「カラオケボックス」は、そのような楽曲の調達が難しい私たちに對して楽曲を提供してくれることで、私たちの歌唱行為を可能にし、あたかも「歌手」になりきったかのような満足感を与えてくれている。

要するに、「焼肉」と「カラオケ」においては、享受者自らが媒介行為を行い、その成果を享受するとともに、享受者が媒介行為を行う上での素材の調達などを第三者に依存しているという点に共通点を見出すことができる。「焼肉店」と「カラオケボックス」は、そのような「もの」やサービスを享受者に提供することによって成り立っている業態であると言え換えることもできよう。

ここまでの検討に鑑みると、「電子書籍」において、「自炊」という「料理」に関係するメタファーが用いられたことは、決して偶然の一致とは考えられない。「カラオケ」と「自炊」をつなぐ媒介項として「焼肉」を持ち出すというのは、一見したところ荒唐無稽のように思われるかもしれないが、私たちが「コンテンツ」を享受する態様についての共通の視点を見出すことを可能とするはずである。

## (2) 私たちが「コンテンツ」を享受する場合の法的規整のあり方について

ここまでの検討からも分かる通り、私たちが生きる現実世界において、享受者がある「コンテンツ」を享受するに当たって、何らかの形で自ら媒介行為を行ない、その成果物を享受していることは珍しくない。しかしながら、媒介行為に関する要素（例えば、素材の調達や提供、カスタマイズの方法、享受行為が行われる場の雰囲気醸成など）について、享受者自らが全てを行うことも現実的ではなく、そこに媒介者の関与する余地が生まれる。「コンテンツ」の享受に関する責任主体について、法的規整の観点から検討がなされるに当たって留意すべき点は、以下の二点ではないかと思われる。

第一に、享受者による媒介行為について、いかなる「素材」に対して、いかなる形で手が加えられ、享受者自らによって、いかなる「カスタマイズ」が行われて、最終的な「完成品（成果物）」ができて上がっているのかということ

明確に把握する必要がある。

第二に、前述したとおり、享受者の媒介行為がなされるに当たり、第三者による何らかの関与がなされることは珍しくない。上述したとおり、媒介行為を分節化すると、素材の調達や提供、カスタマイズの方法、享受行為が行われる場の雰囲気や醸成などの複数の要素が明らかとなる。媒介者がいかなる関与行為を行った場合に「責任主体」という認定を受けるのかということについて、さらなる理論的考察が求められよう。

(44) 二〇一〇年三月三日に開催された「第三二回東京大学著作権法等研究会」における発言である。

(45) この点は、『福岡口福案内（初版）』（南々社、二〇〇〇年）二一六頁の記述によって気づかされた。すなわち、「焼き肉は、一番大切でむずかしい焼き加減を、客という素人に任せるといふ、きわめて不完全な料理だと思ふ」という指摘である。

(46) 筆者のこれまでの観察によれば、福岡の名物料理の一つである「水炊き」においては、仲居の方が調理を行う場合が多いように思われるが、「しゃぶしゃぶ」などの場合には、客自らが火加減の調節を行うとともに、肉や野菜などの火の通り具合についても一任されている場合も珍しくないように思われる。

(47) ここで興味深いのが、「焼肉奉行」という言葉遣いである。本文で記したとおり、焼肉においては、自分で調理を行うからこそ、享受者である私たち（客）は満足感を得られるはずである。しかし、「焼肉奉行」は、それが「奉行」当人の厚意に基づいている場合であっても、他人の調理に介入している側面がある。その介入の度合いが過ぎると、介入されている側は、「焼肉奉行」にあたかも高圧的な態度で命令されているように感じ、不快感を覚えるであろう。そのニュアンスが見事に表現されているのが、「奉行」というメタファーであると思われる。同様の考え方は、「鍋奉行」という表現にも当てはまるであろう。

(48) 料理の盛り付けのことを英語で presentation と表現することがあるが、この事実が料理が「コンテンツ」であることを示しているように思われる。

(49) プロの歌手の歌唱を鑑賞する場合であっても、聴衆が参加する形での「全員合唱」がなされることは決して珍しくない。その場合には、聴衆自らが歌唱を行うことにより、コンテンツを享受している側面があることは否定できない。だからといって、そこにおける聴衆の参加のあり方は、私たちがカラオケにおいて歌唱を行う場合とは異なるものであろう。同様のケースは、元日に開催されるウィーン・フィルハーモニー管弦楽団の「ニューイヤール・コンサート」のアンコールで演奏される「ラデツキー行進曲」に

において、聴衆が手拍子をする場面においても当てはまるであろう。ここにおいても、主役はあくまでもウィーン・フィルであって、聴衆の拍手は付随的なものとどまっているはずである。

## 5 結語

本稿においては、私たちが「コンテンツ」を享受する態様と、その法的規整について、いわゆる「カラオケ法理」と、電子書籍における「自炊」を素材として検討を行った。本稿で示したかったことは、「カラオケ」という行為と、電子書籍における「自炊」という行為には、一見したところ何の関係もないように見えるものの、享受者が自分自身のメディア的な行為（媒介行為）によって、「コンテンツ」を享受するという共通項を見出すことができるということである。本文でも触れたが、現代社会においては、“Do-It-Yourself”の形態は増えてきており、そこにおいては、私たちは単なる「受容者」とどまらず、何らかの「メディア的」行為に関与していることができる。そして、享受者の行為に第三者が関与するケースが増加しているからこそ、当該第三者の法的責任について検討する必要性が高まっている。もつとも、本稿において考察したとおり、その法的規整の制度設計は必ずしも容易ではないのが現状である。

また、電子書籍の文脈において、「自炊」という「料理」に関するメタファーが用いられていることの重要性についても繰り返し述べたとおりである。メタファーは、物事の本質を捉える際に大きな助けとなる。しかし、留意せねばならないことは、単にメタファーを用いて事足りるとするのではなく、メタファーとして用いられている概念と、メタファーによって表現されている概念の双方に共通する原理原則とは一体何なのかということを抽出することが必要であるという点である。本稿においては、メタファーを用いることによって示されている原理原則について十分な考察を行

「カラオケ法理」と「自炊」をつなぐもの（小島）

い得たとは考えていない。今後も継続的に、本稿で取り上げた課題について考察を深めていきたい。