

## 桃中軒雲右衛門事件と明治・大正の不法行為理論

能見善久

### 1 はじめに

桃中軒雲右衛門事件<sup>1)</sup>(以下では簡略化のために単に「雲右衛門事件」と呼ぶことにする)は、日本の不法行為法の歴史の中で、権利侵害を狭く解する考え方に基づき、浪曲の演奏を無断でコピーしても「権利」侵害にならないとした事件として大学の講義などでは教えられてきた。その後、不法行為の成立を狭く限定する立場に対する批判を受けて大審院は大学湯事件<sup>2)</sup>において今度は権利とは言いにくい大学湯という老舗の侵害についても不法行為の成立を認める立場へと転じたが、このような流れの中で、雲右衛門事件は、権利侵害を狭く解する立場を代表するものと考えられてきたのである<sup>3)</sup>。しかしながら、後述するように、雲右衛門事件は、そのように単純にとらえ方によって理解すべき事件ではない。この事件は、著作権法違反の刑事事件の附帯私訴として不法行為による損害賠償が請求されている点に大きな特徴がある。このことが持つ意味は大きく、雲右衛門事件における不法行為理論についても、その背景および附帯私訴事件であったことの意味も含め再検討の必要があるように思う。本稿は、このような関心から、雲右衛門事件の背

1) 大判大正3年7月4日刑録20輯1360頁。

2) 大判大正14年11月28日民集4巻670頁。

3) 加藤一郎『不法行為(増補版)』(法律学全集)32頁(1975年)。

景と同事件で争われた不法行為理論の意味について考察を加えるものである。

本来、本稿で扱おうとしていたのは、民法典施行（明治31年＝1898年）後の、比較的初期の不法行為事件の特徴を考察することであったが、不法行為事件の全体的な分析についてはなお時間がかかるので、とりあえず、雲右衛門事件に焦点を当てることとした。もっとも、興味深いのは、雲右衛門事件そのものが初期の不法行為事件に共通する特徴の一端を備えていることである。初期の不法行為事件の特徴としては、①事件類型として取引に関連する不法行為が多いこと、②外国人が当事者となる事件がかなりあること、③附帯私訴を利用した損害賠償事件が多いこと、などを挙げることができるが、雲右衛門事件はまさにこれらの特徴を備えているのである。①は、当時の不法行為理論が債権侵害についても広く不法行為の成立を認めたことと関連があり、広く取引に関する不法行為が裁判で争われたことに起因する特徴である。②は、外国人が裁判制度の利用に積極的であったことからくるものである（雲右衛門事件の原告は桃中軒雲右衛門こと岡本峰吉から著作権の譲渡を受けた Werdermann ヴェルダーマンというドイツ人である。判決書の中では「ワグマン」と表記されている）。また、③は、まだ弁護士の数も少なく東京などでも簡単には適切な弁護士が見つからない時代において検察官による証拠収集や職権による取り調べに基づいて行われる公判の事実認定が損害賠償請求にも使われる附帯私訴制度が不法行為被害者にとって便利な制度であったこと、などに関連するであろう。このような①②③の特徴を備えているという意味で、雲右衛門事件は、初期の不法行為事件の代表的な裁判なのである。

## 2 桃中軒雲右衛門事件の背景

### (1) 三光堂から雲右衛門のレコード発売

明治45年5月、東京銀座1丁目3番地に店を構え、レコード輸入・製作・販売を業としていた「三光堂」は、桃中軒雲右衛門の浪曲を吹き込んだ



〈写真1〉三光堂が雲右衛門のレコードを発売したときの新聞広告（萬朝報（明治45年5月31日））

「武士道鼓吹 浪花節文句全集」を発売した<sup>4)</sup>。

雲右衛門は、当時40歳で、浪曲界で人気絶頂の浪曲師であり<sup>5)</sup>、吉田奈良丸、京山小円とならぶ浪花節三傑の一人と言われていた。本名は岡本峰吉といい、明治5年群馬県生まれ、三河屋梅車のもとで浪曲修行をしたが、師匠である梅車の妻お濱と駆け落ちをしたため、しばらくは各地を転々としなければならなかったようである。そこで明治36年から、その弟子となった桃中軒牛右衛門（大陸浪人こと宮崎滔天）の故郷である九州に出向き、ここをしばらく活躍の拠点とした。しかし、明治40年（36才）に、東京に戻り、本郷座などにおいて舞台上がった。雲右衛門は、当時の時代世相の中で「武士道鼓吹」をうたい文句にして、「赤垣源蔵」など忠臣蔵の場面や人物を語るのが得意であった。その浪曲はうなるだけというのではなく、なめらかな語り調子、ほどよい抑揚など、当時の庶民の嗜好に合ったものだったといわれる<sup>6)</sup>。当時のレコード会社が、これに目を付けたのは当然であった。

発売されたレコード（当時は「音譜」と呼んでいた<sup>7)</sup>）は、雲右衛門が得

4) 雲右衛門のレコード発売の経緯、当時のレコード業界の背景などについては、倉田喜弘『日本レコード文化史』（東京書籍株式会社1992年刊、岩波現代文庫版2006年で加筆されている）が詳しい。本稿も多くを本書によっている。

5) 桃中軒雲右衛門の活動については、安田宗生『美富一調・桃中軒雲右衛門関係新聞資料』（2004年）が、雲右衛門の九州時代の新聞記事を年月日順に整理しており、参考になる。

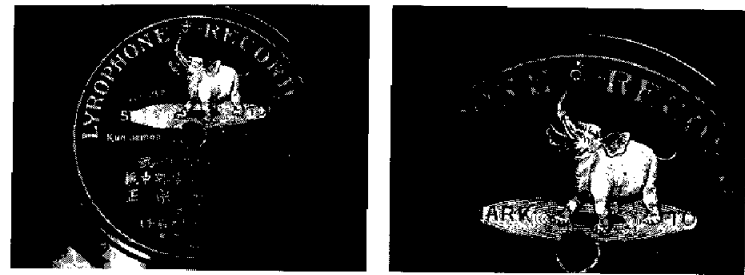
6) 桃中軒雲右衛門「浪花節稽古手引」（続）蓄音器世界6巻2号76頁以下（1919年）で、雲右衛門自身が浪曲演奏にあたってどのようなことに注意すべきかを語っているのが興味深い。

7) 「レコード」という呼び方は、日本でも明治44年には見られるが（萬朝報明治44

意としていた忠臣蔵のいろいろな場面の中から、「赤垣源藏（徳利の別）」「南部坂後室雪の別」「大石生立（御薬献上）」「村上喜剣」「正宗孝子伝」の5つをSPの両面に吹き込んだものであった。それぞれがSPの両面に吹き込まれており、1枚のレコードは3円80銭であった。当時、国内で製作されるレコードは、一般に1枚1円50銭程度であり、輸入盤が3円程度であったから、雲右衛門のレコードは、大変高価であった。それは、三光堂から発売された雲右衛門のレコードが以下に説明するように、当時の最先端の両面録音レコードであり、かつ、実質的には輸入盤だったからである。

三光堂から発売された雲右衛門のレコードは、次のように製作された。まず、ドイツのレコード会社から録音技師が来日し、三光堂の録音室で雲右衛門による吹き込みが行われた。広告にある録音風景の写真（写真1）に録音技師レーマンという名前が出ているのがそれであろう。録音技師が外国から出張して録音原盤を作成するので、こうして製作されたレコードは「出張録音」などと呼ばれている。また、日本国内ではレコードを録音・製作する技術が未熟だったのである。雲右衛門の浪曲録音は、レコード発売に先立つこと約半年前の明治44年12月に行われた。当時の写真を見ると、雲右衛門は、それまでの長髪を撫でつけた髪型から、ぱっきりこれを剃り落とした坊主頭になっており、そのために「入道」と呼ばれていた。広告に、「桃中軒雲右衛門入道」とあるのはそのためである。こうして作られた原盤はドイツに送られ、ライロフォン社（LYROPHON）においてレコードが製作され、日本に持ち込まれ三光堂から発売されたのである。この時発売されたレコード（写真2）のレコードラベルには、LYROPHONE-RECORDとある。円盤の上に立っている象が鼻でレコードの円盤をつかんでいる図と、写真では見にくいですが、STARKTON（ドイツ語で「強い音」という意味）という字が書かれており、これらがregistered trademarkであると表示されている。レコードラベルには三光堂の名前が出てこないのが、「象印 STARKTON」

年6月7日の天賞堂の広告）、明治45年当時はまだ音譜という言葉の方が一般的であった。雲右衛門事件の大審院判決文中でも同様の使い方をしている。



〈写真2〉当時発売された5種のうちの1つ。表が青緑色、裏がオレンジのラベルで美しい。

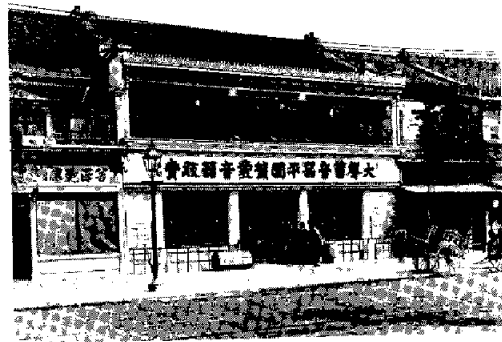
はLYROPHON社の商標のようにも思えるが、LYROPHON社はドイツ本国や他のアジア諸国で発売したレコードでは別の商標を使っており（ライロという楽器の図案）、レコード発売時の新聞広告（明治45年5月31日）では三光堂の商標であるかのように扱われているところからすると、「象印 STARKTON」は当初から三光堂の商標だったのかもしれない。残念ながら、当時の商標登録の記録を見ることができなかったのも、確認できない。その他、〈写真2〉のレコードラベルには、日本語で「武士道鼓吹 桃中軒雲右衛門入道 村上喜剣 其一（粹も不粋も絹飾り）日本東京 70904」と印刷されている。このときは、全部で5種類のレコードが発売された<sup>8)</sup>。後に大正元年11月18日（1912）に、この統編ともいべき別の5種（同じくライロフォン社製）が同じ三光堂から発売されている。

雲右衛門のレコードを発売するにあたって三光堂は、幾つかの新聞に広告を出した。レコード発売当日の明治45年5月18日には大阪毎日新聞に広告が出された。そこには、「桃中軒雲右衛門入道吹込 スタークトン両面円盤（第1回）着荷 久々御待兼の雲右衛門吹込の武上道鼓吹浪花節漸く着荷本日より左記曲譜売出し申候精々御注文願上候…」とある（写真3）。翌19日には、大阪朝日新聞に、三光堂の特約店であろうか、大阪の寺田清四郎商店の名前で、同じく桃中軒雲右衛門入道吹込平盤着荷の広告が出された（大阪

8) この中の1枚を、岡島豊樹・友子ご夫妻にいただいた。この場を借りて謝意を表したい。



〈写真3〉レコード発売当日の新聞広告（大阪毎日 明治45年5月18日）



〈写真4〉銀座の三光堂

毎日明治45年5月19日）。続いて、報知新聞明治45年5月26日と萬朝報（明治45年5月31日）は、同じ内容の広告（〈写真1〉）で、桃中軒雲右衛門の収録風景の写真およびドイツから来日したドイツ人の録音技師の写真まで載せて、レコードが発売されたことを広告している。他の広告と比べてもひときわ目立つ広告であり、三光堂の意気込みが感じられる。雲右衛門事件の判決によると、レコード発売当日に、ほかにも幾つかの新聞に広告が出されたようであるが、東京日々新聞、読売新聞、朝日新聞にはそれに該当するような広告は見あたらなかった。

## （2）レコード業界の競争

桃中軒雲右衛門のレコード発売を知らせる三光堂の明治45年5月31日の広告（萬朝報）〈写真1〉には、次のようなことが書いてある。「桃中軒雲右衛門人道の義士銘々伝、義烈百傑其他各興行毎に好評を博せる得意の浪花節蓄音機吹き込みは一切本人と特約を結び其の著作権は譲受登録済みに有之。「象印スタークトン」の商標に異なる音譜は必ず偽作品なり、発売後未曾有の盛況を博せるを嫉視するもの仕切りに流言を放ち販路阻害を計る哉に聞き及び候故、御試聴の上玉石御批判被下度候。」三光堂は、無断でレコード

がコピーされることを強く警戒していることがわかる。また、競争関係にある同業者への警戒感にもじませている。レコード業界は当時どのような状況にあったかを見ておくことは、桃中軒雲右衛門事件を理解する上でも1つの鍵となる。

三光堂の歴史については、先に引用した倉田喜弘氏の『日本レコード文化史』に詳しく書かれている。また、創業者の1人（松本武一郎）の甥にあたる松本重雄氏の回顧録においても触れられている<sup>9)</sup>。これらの記述によれば、三光堂は、明治32年に、松本武一郎、片山潜、横山雄一郎らによって蓄音機の輸入と普及を促すために設立された会社であり、当初は浅草に店を構えていたが、後に銀座に本店を構えた。会社の中心的な人物は、松本武一郎であった。しかし、松本武一郎は、明治40年に物故し、その弟で横須賀海軍工廠の技術者であった松本常三郎が跡を継いだ。そして、技術者であった松本常三郎は、レコードの輸入販売だけでなく、レコードの製造技術面にも関心を持っていた。明治30年代は、ちょうど蠟管レコードから平盤（円盤）レコードに切り替わる時期であり、松本常三郎は、当初は、ドイツから迎えた蓄音機技師に吹き込みをやらせていたが、吹込技術を日本人の手で開発するために努力を重ね、ついに吹込機械の国産化に成功したと言われる。

このころは、丁度、欧米のレコード会社が世界的に事業の拡大を始めた時期でもあった。世界的には、グラマフォン、ビクター、コロムビアなどが熾烈な競争を始めていた。日本でも、いくつかのレコード会社が名乗りを上げ始めたころである。すなわち、1907年（明治40年）10月には、シカゴ出身の機械貿易商ホーン（F.W.Horne）が「ホーン商会」（横浜）および「日米蓄音器製造株式会社」を設立し、蓄音器の販売会社として明治43年に「日米蓄音器商会」（後「日本蓄音器商会」と改称）が設立された<sup>10)</sup>。このころはレコードの技術革新の時期でもあり、いわゆる蠟管ないし円筒（cylind-

9) 松本重雄「大正時代の銀座の系譜」貯蓄時報（1978年）。本文献および三光堂関係の写真は松本敦雄氏から提供を受けた。ここに謝意を表したい。

10) 日本蓄音器商会は、その後、いろいろな変遷を経て、現在のコロムビア・ミュージック・エンターテイメントとなる。

der) から平円盤 (disk) のレコードへの転換期であった。もっとも、平盤レコードの初期は、まだ片面盤であり、明治 40 年代になって両面盤が漸く出始めた。三光堂が発売した両面盤のレコードは、当時の最新の技術だったのである。今日の DVD、光ディスクの開発競争のようなものであった。

このように、日本でも相次ぐレコードの販売、製造が始まり、競争が激化しはじめていた。丁度、そのようなときに三光堂から桃中軒雲右衛門のレコードが発売されたのであった。前述の三光堂の広告の文言の中にも、当時の環境の厳しさと緊迫感がよく現れている。

### (3) 三光堂と日本蓄音器商会

当時は、レコード業界の黎明期であったが、すでに激しい競争が始まっていた。三光堂の最大の競争相手は、株式会社日本蓄音器商会であった。両者の店も、同じ銀座ですぐ近くにあった。日本蓄音器商会は、アメリカ人の機械貿易商ホーン (F.W.Horne) が明治 40 年に横浜に設立した会社がもとになっている。ホーンの貿易事業自体かなり手広く、かつ、大規模なものであった。横浜、東京、大阪、神戸、門司、呉、舞鶴、京都などに支店を有していた<sup>11)</sup>。また、レコード事業を行っていた日本蓄音器商会も、豊富な資金を背景に、アメリカ流のやり方で事業を拡大していったのではないかと思われる。三光堂もいくつかの支店を全国に持っていたが、日本蓄音器商会はむしろ多くの特約店と契約して広く自社のレコードを販売するというところ

11) 詳細な調査はしていないが、1898年(明治31年)のYokohama Directoryによると、横浜55B番に店を構えており、機械の貿易商をしている。また、いろいろな会社の代理店をしており、その扱う商品は、工作機械、鉄道用機械、エンジン、アスベストなどの建設資材である。蓄音器などの音楽関係の商品はこの時期には扱っていない。従業員として記載されているのは3人のアメリカ人だけである(1901年にはアメリカ人2人、日本人4人が記載されている)。支店は、東京、大阪、神戸にあるほか、旅順、上海、天津、広東にもある(1899年には横浜の店も70Bに移転。1901年には、東京、大阪、旅順、上海、天津、広東、香港、マニラ、Chiefooが記載されている)。日本だけでなく、中国、マニラと商売を広げているのがわかる。その後、頻繁に各種の記録に登場するので、横浜の外国人の中では有名人であったと思われる。

っている。三光堂が雲右衛門のレコードを出す前は、主にアメリカ・ドイツの輸入レコードや蓄音器を販売していたのに対して、日本蓄音器商会は当初から日本におけるレコードの製造にも相当な力を入れていた。すでに、明治42年ころから義太夫や浪曲などのレコードが製作販売されており、三光堂から雲右衛門のレコードが発売される前年の明治44年には吉田奈良丸のレコードが、また明治45年4月には京山小円のレコードが日本蓄音器商会から発売されている(赤鷲印のロイヤル・レコード)。いずれも浪曲で、題材も雲右衛門が得意とする忠臣蔵と重なる。もっとも、忠臣蔵を題材とした浪曲は雲右衛門の専売特許というわけではなく、当時の浪曲師の誰もが演じたものであった。後に裁判の争点とも関連するが、浪曲の中身(文句)自体は各人似たり寄ったりで、誰かが作り出した創作物というわけではなく、従って、文句自体は著作権の対象となるものではないと考えられていたようである。しかし、同じ物語で、内容的には似たり寄ったりでも、文句すなわち表現が浪曲師間で全く同じというわけではなく<sup>12)</sup>、それぞれに特徴や違いがあるので、文句の部分が著作権の対象にならないと決めつけることもできない。現在であれば、文句自体にも著作権が成立したのではないが、

明治45年5月18日に三光堂から発売された雲右衛門のレコードがどの程度売れたのかは定かでない。しかし、吉田奈良丸のレコードについては50万枚売れたことを指摘する新聞記事もあり、雲右衛門のレコードは当時は他からは販売されていなかったもので、順調に行けば相当な数が売れたと思われる。しかし、三光堂にとって不幸なことに、雲右衛門のレコードはすぐにコピーされ、また、明治45年8月には明治天皇の崩御に伴い、歌舞音曲を控えることとされたこともあって、売れ行きは期待したほどには伸びなかったようである。

また、三光堂から雲右衛門のレコードが発売された直後の明治45年7月

12) 同じ「赤垣源蔵徳利の別れ」でも、雲右衛門のもの(桃中軒雲右衛門講演「赤垣源蔵徳利の別れ」(明治44年明倫社発売)と、吉田奈良丸「義士銘々伝」のうち「赤垣源蔵徳利の徳利」は同じ場面を演じるものであるが、その文句はかなり違う。

5日には、日本蓄音器商会からも雲右衛門のレコードが発売された<sup>13)</sup>。これは雲右衛門自身が発売に同意したようである。発売されたレコードの内容は、「静御前吉野落ち」「蘇我物語(1)」「蘇我物語(2)」「忠臣2度目の清書(その1)」「同上(その2)」の5枚であり、三光堂から5月18日に発売されたレコードと内容的には抵触しなかったが、雲右衛門がヴェルダーマンとの契約に違反した可能性はある。これは、雲右衛門がヴェルダーマンとどのような契約をしたか、に関わる。雲右衛門はヴェルダーマン(ないし三光堂)から相当の対価を得て、雲右衛門の演じる浪曲をレコードとして録音販売することをヴェルダーマン(ないし三光堂)に許諾する契約をしたと考えられるが、そこで許諾された演奏曲目の範囲が何であったのか、雲右衛門とヴェルダーマンの契約はヴェルダーマンに専属的な権利を与えるものであったのか、など契約内容が問題となる。雲右衛門はヴェルダーマンに「著作権」の譲渡契約をしているので、著作権が成立していたか否かはともかく、契約としてはヴェルダーマンに何らかの専属的な権利を与える趣旨であったと考えられる。そこで問題は、どの範囲の浪曲についてそのような権利をヴェルダーマンに与えたかである。しかし、この点も、ヴェルダーマンに対する「著作権」譲渡契約では、その対象が「武士道鼓吹浪花節文句全集1冊」となっているだけであり、その中にどのような曲目が含まれていたか明らかではない。雲右衛門がそれまでに演じていた「武士道鼓吹義烈百傑」や「義士銘々伝」などを「浪花節文句集」としてまとめたものが対象であったようである<sup>14)</sup>。

13) 倉田・前掲書78頁。同書によれば、ヴェルダーマンは日本蓄音器商会からの雲右衛門のレコード発売を受けて訴訟を提起したようであるが、和解によって解決したという。三光堂と日本蓄音器商会はいずれも多額の投資をしてレコードを発売する側であり、競争関係にはあるが、レコードをコピーする業者達に対する関係では、これと戦う側に立っていたことも和解解決を可能にしたのであろう。

14) 「武士道鼓吹義烈百傑」(精華堂、明43年10月)には、後にライロホンのレコードになる「正宗孝子伝」が入っている。また、「義士銘々伝」は1冊の出版物としては確認できなかったが、その中にあったという「赤垣源蔵徳利の別れ」(明倫社、明治45年6月)などが個別に出版されている。このような状況を見ると、雲右衛門は両者をまとめてその集大成として「武士道鼓吹浪花節文句全集」としたのではないかと思われる。

そして、そこに含まれているものを順次ライロホンのレコードとして出す計画でヴェルダーマンと契約したように推測される。そうだとすると、上記5つの曲目がすでにヴェルダーマンに許諾した曲目の中に含まれていた場合には、雲右衛門がその重複する曲目について日本蓄音器商会からレコードを発売することを許容したことは、雲右衛門の演奏に著作権が成立するか否かにかかわらず、雲右衛門のヴェルダーマンに対する契約違反となる可能性が高い。

なお、その後、ライロホンのレコードとして三光堂から発売されたものとしては、次のようなものがあるが、これらはいずれもヴェルダーマンとの当初の契約において、ライロホン社がレコードを製作し、三光堂から販売することが合意されていたものと思われる<sup>15)</sup>。

第1回発売(明治45年5月18日)「大石生立」,「赤垣源三徳利の別」,「南部阪後室雪の別」,「村上喜剣」,「正宗孝子伝」

第2回発売(大正元年11月18日)「大石夢物語」,「大石東下り」,「中山安兵衛」,「南部阪雪の別れ」,「正宗孝子伝(続)」

第3回発売(大正2年6月27日頃)「赤垣源蔵 禁酒の条」,「中山安兵衛生立」,「山鹿護送」,「岡野金石衛門絵図面取り」,「前原伊助」

#### (4) 被告人らによる複製と提訴

三光堂から雲右衛門のレコードが発売されたことを新聞広告で知った島口(以下では $Y_1$ と表記する)、村上( $Y_2$ )、神田( $Y_3$ )、橋倉( $Y_4$ )の4名は、早速これを三光堂で買い求め、複製を作成、販売した。彼らは、もともと「音譜」の製造・販売業者だったようである。

一審の東京地裁第2刑事部の判決<sup>16)</sup>は、この間の経緯を次のように述べ

15) 厳密には、第三弾のレコードのうち、「山鹿護送」「岡野金石衛門絵図面取り」「前原伊助」は、もはやLYROPHONE RECORDという表示がなく、単にSTARK-TON RECORDの表示しかない。しかし、レコードラベルのそれ以外の装丁は、第一回発売のライロホン盤と同じである。ライロホン社と三光堂の関係が少し変わった可能性がある。

16) 法律新聞828号26頁。

ている。「茲に被告兩名（Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>）は、共謀の上これを偽作発売せんことを企て、同日（5月18日）大石生立、赤垣源三徳利の別、南部阪後室雪の別、村上喜剣及び正宗孝子伝の5種の真正なる象印音譜を三光堂にて買い入れ、犯意継続して同年7月までの間に数回に前記東京音譜製造商会工場（筆者注：被告人らが東京に設立した会社）に於いて、右原譜に蜜蠟等を塗りたる者を丹礬液中に入れ電気力を応用して原版を作り、之に基づき右5種の両面音盤合計1860枚計をほしいままに製作して以て右著作物を偽作し内1800枚については鸚鵡印、其他には獅子印の各商標を貼付して日本橋葺屋町7番地成田等に売却した。このようにして複製されたレコードの一部は、Y<sub>3</sub>によって新潟県長岡市において販売されたほか、Y<sub>1</sub>によって東京市牛込区神楽坂において販売された。当時すでにレコードの複製を作る技術は確立していたこと、そしてそれを被告人達が有していたことが興味深い。

複製が作成されたことは直ちに三光堂の知るところとなり、Y<sub>1</sub>らは告訴されることとなった。もっとも、告訴をしたのは、三光堂ではなく、判決文にあるように、横浜市山手153番地に住所を持つ「リチャード・ワダマン」であった。「リチャード・ワダマン」とされる人物は、正確にはRichard Werdermann（「ヴェルダーマン」と表記する）といい、横浜の同住所にあったオランダの貿易会社ファン・ニーロップ商会（Van Nierop）で働いていた<sup>17)</sup>。おそらく、同商会の責任者のような地位にあった者と考えられる。横浜市山手153番地は、ファン・ニーロップ商会の住所である。実は、雲右衛門のレコードの録音が終了した後、明治45年2月28日に「著作権の登録」がなされ、同日、その「著作権」はヴェルダーマンに譲渡された。なぜ、三光堂ではなく、ヴェルダーマンに譲渡されたのか、レコードを製作したドイツのレコード会社ライロフォンとの関係はどのようなものか、など詳しいことは分からない。日本蓄音器商会のホーンとは違い、自ら貿易商を経

営していたわけではなかったヴェルダーマンには、レコードの権利や「著作権」を買い取る資力があつたようには思えない。しかし、いずれにせよ、ヴェルダーマンが著作権者としての登録を受けているので、ヴェルダーマンが著作権を侵害されたとして、Y<sub>1</sub>らを告訴し、その刑事裁判の附帯私訴として、Y<sub>1</sub>の行為によって受けた損害の賠償を請求した。これが民法・知的財産法の世界では有名な「桃中軒雲右衛門事件」の始まりである。

### 3 裁判の経緯

#### (1) 一審の裁判

(a) 第1回公判（大正元年10月23日）

雲右衛門事件の裁判は、提訴当時から注目されていたようであり、大正元年10月23日（1912年）に開かれた第1回の公判についても、法律新聞（821号14頁）だけでなく、一般紙の萬朝報（10月24日）もこれを報じている。この事件が世間一般から関心をもって見られていた証拠である。

事件は、前述のように、被告人4名に対する著作権法違反事件であるが、ヴェルダーマンを原告とする附帯私訴が同時に提起されている。ヴェルダーマンの請求は、著作権侵害を理由とする1万3996円の損害賠償請求である。その請求の内容は法律新聞によれば次のようなものであった<sup>18)</sup>。「独逸人リチャード氏は桃中軒雲右衛門入道岡本峰吉の有する義士銘々伝及義烈百傑と題せる浪花節の種本の著作権を譲り受け、更に金1万5千円を投げ入道をしてこれを蓄音器に吹き込しめ本年5月18日より銀座三光堂より販売することとなるや、被告等4名は大石生立、赤垣源蔵徳利の別れ、南部阪後室雪の別れ、村上喜剣、正宗孝子伝の5種の音譜を買い受けて複製に着手し、6月下旬までに5種の両面盤1800枚を複製販売した」「又独逸人は当時商人より7万枚の注文を受け内2万5千枚を売りたる際、恰も被告等の偽作物現れ競

17) R・ヴェルダーマンが働いていたファン・ニーロップ商会は、オランダ政府が東アジア航路にてこ入れするために1888年に設立した会社「王立郵便商船 Koninklijke Paketvaart Maatschappij」の日本代理店であった。

18) 法律新聞 821号14頁。

争となりたる結果廉売せざるの已むを得ざりし結果本件請求の如き損害を生じた」。

この法律新聞の記事によると、次の2点が注目される。

第1に、ヴェルダーマンが主張している著作権は演奏についての著作権ではなく、むしろ浪花節の「種本」についての著作権であることである<sup>19)</sup>。この点は、本件において著作権の対象が何であるか、そしてどのような意味で著作権侵害があったのか、という論点として重要である。原告側からすればおそらく幾つかの主張の仕方があり得たと思われる。①1つは、一審におけるヴェルダーマンの主張がそうであるように、「種本」に著作権があるとして、被告人らによるレコードの複製がこの著作権を侵害したという主張である。②もう1つは、レコードに吹き込まれた演奏自体に著作権があるという主張である。前者①の主張については、(a) この「種本」が著作権の対象となる著作物であるかどうか、(β) 仮に著作物であるとして被告人のレコード製作によって著作権侵害があったか否かが問題となる。被告人が「種本」を書物の形で複製すれば、それは著作権の侵害になることは確かであるが、はたしてレコードなどによる、すなわち音声による複製が著作権侵害になるかどうかであった。後者②の演奏自体に著作物であるとする主張については、2つのバリアーがあった。まず、当時の旧著作権法1条（大正9年の改正前規定）は「文書演述図画建築彫刻模型写真其ノ他文芸學術若ハ美術ノ範囲ニ属スル著作物ノ著作者ハ其ノ著作物ヲ複製スルノ権利ヲ専有ス」と規定しており、演奏については規定していなかった（大正9年の改正で「演奏歌唱」が追加された）。「演奏」が著作物として保護されるかどうか最大の問題であった。浪曲の演奏を「演述」の中にも入れることができなくはないのかもしれないが、争いのあるところであった（後述、上告理由を参照）。また、仮に浪曲の演奏が「演述」に当たりうるとしても、著作権として保護されるためには、それが「精神的創造物」でなければならないと考

19) 現行著作権法では、「演奏」そのものも、著作権としてではないが、著作権接権として保護されている。斎藤博「著作権法」(2004年)44頁以下。

えられていたので、浪花節の演奏が「精神的創造的」かどうかも、問題となった。こうした著作権法上の多くの問題を抱えつつも、著作権法違反の附帯私訴の原告ヴェルダーマンは、被告人達に不法行為による損害賠償を求めたのであった。

これに対して被告人等の主張は、次のようなものであった。浪花節吹き込みの「音譜」が著作権法の保護の対象となる著作物が否かについて、被告人等は鶴澤法学博士に質した後、音楽学校にも聞いたところ、「音譜」は著作物ではないという鑑定を得たので、犯罪となることの認識なくして複製を作ったというものである<sup>20)</sup>。ここでいう「音譜」の意味が必ずしも明確でないが、「演奏」ないしその演奏の吹き込まれたレコードのことを考えているようである（後掲一審判決文中の「音譜」はレコードを意味している）。

第2の注目点は、損害賠償請求の中身についてである。すなわち原告の主張では安く売らざるを得なくなったことによる損害が中心となっていることである。附帯私訴の原告は著作権を譲り受けたと称するヴェルダーマンであるから、彼に生じた損害でなければならないが、ここで主張されたのは販売上の損害である。しかし、レコード販売は三光堂からなされているので（おそらく三光堂がヴェルダーマンにレコード販売の許諾を得た代わりに一定額を支払っている）、このような売り上げ利益の減少という損害がはたしてヴェルダーマンの損害として賠償請求できるのかも疑問の余地がないではない。ヴェルダーマン自身に生じた損害なのか、発売元の三光堂に生じた損害なのか、それともレコードを製作したライロホン社に生じた損害なのか、そしてこの三者の関係が不明確なことも、この事件の理解を困難にしている。

(b) 第2回公判（大正元年11月1日）

第2回公判は、大正元年11月1日に開かれた。その様子を、当時の新聞は次のように伝えている（萬朝報大正元年11月2日）。まず、著作権法違反の刑事事件については、被告人らは、無断でレコードを複製販売したことを

20) 萬朝報大正元年11月2日3頁記事「雲人道の音譜」。



認めたが、ただ、複製販売の前に、法律専門家に被告人らの行為が著作権法違反ではないことを確かめたと主張した。そして、著作権侵害があったか否かの法律論に関して、弁護側は、①「音譜」は著作物ではないから、音譜を複製しても著作権侵害とならないこと、②日本の著作権法には音譜複製行為を禁止する規定がないことなどを主張した。これに対して、検察側は、被告人の行為が著作権侵害になることを主張したのはもちろんであるが、ただ、注目すべきは、「音譜に著作権なしと仮定するも刑事政策上此の如き不法行為は罰せざるべからず」と論じたことである。

ウェルターマンから提起された1万3500円の損害賠償請求の附帯私訴については、新聞はその詳細を伝えておらず、「被告側は全然その要求に応じること能わざることを主張し、互いに弁論を戦わせた」としか伝えていない。

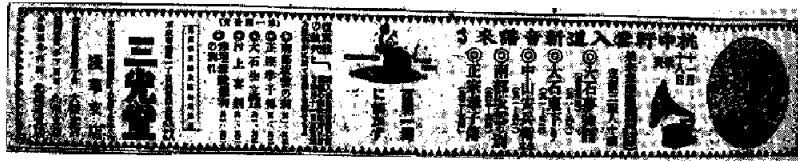
(c) 一審判決（大正元年11月11日）

著作権法違反事件に関しては、主文は被告人らを有罪とし、罰金刑を科すものであった<sup>21)</sup>。判決理由の部分は、長いが重要なので、少し長めに引用することとする。

「第一、被告 Y<sub>1</sub> 及同 Y<sub>2</sub> の両名は外数名と共に東京市下谷区入谷町三百十一番地に蓄音機の音譜製造の目的を以て合資会社東京音譜製造商會を設立し居る者なる処明治44年12月中浪花節芸人桃中軒雲右衛門入道事岡本峰吉が赤垣源蔵外古人数名の伝記文句を作出し之に武士道鼓吹浪花節文句全集と題し独特の浪花節の音階、曲節並びに声調を付して京橋区銀座1丁目3番地三光堂に於いて蓄音器の蠟盤に演述即ち吹込を為し以て特殊の美術上の著作を為したる上翌45年2月28日所管官庁に其の登録を為し即日著作権を横浜市山下町153番地独逸国臣民「リチャード、ワダマン」に譲渡して之が登録手続を了し同年5月18日右の「ワダマン」より前記三光堂名義にて右蓄音樂的著作物を写調せる蓄音器の音譜の売り出しの旨を各新聞に公告したるより茲に被告両名は共謀の上之を偽作発売せんことを企て同日大石生立赤垣源蔵

21) 法律新聞828号26頁。

徳利の別、南部阪後室雪の別れ、村上喜剣及正宗孝子伝の5種の真正なる象印音譜を三光堂にて買入れ犯意継続同年7月までの間に数回に前記音譜製造商會工場に於いて右原譜に蜜蠟等を塗りたる者を丹礬液中に入れ電氣力を応用して原版を作り之に基づく右5種の両面音盤合計1860枚計を恣に製作して以て右著作物を偽作し内1800枚に付いては鸚鵡印其他には獅子印の各商標を貼付して日本橋区葺屋町7番地成田某等に売却し……たるものなり」  
 「製品著作権の存在に付き案ずるに著作権法により保護せらるる著作物は汎く文芸學術若しくは美術の範圍に属する精神的創造物を包含することは同法第1条第1項により明瞭なり。然も文明の進歩と學術の發達とは日に月に新思想及び新材料を供給して止まざるべきを以て著作物の目的物に対する規律範圍も世の進歩に伴い其適用を拡張すべきや多言を要せず、而して右の内美術の範圍に属する著作物とは美術的觀念の發見にして吾人の感覚に美術的觀念を生ぜしむるものを云ひ就中所謂音樂的著作物と稱するものは音樂的意思表示換言すれば音階旋律又は曲節及び音調により成立する獨創的的產出物を汎稱するものと解すべく、樂器の發音を以て組織すると人声の發音を組織するとは音樂的意思表示たる於いて何等の差異あることなし。従って特種の音樂的意思表示の存するところ茲に一つの音樂的著作物を生ずるものと謂ふべく殊に近時機械的樂器の製造發達の結果一たび外部に發表せられたる音樂的演述を有形的に存続せしめ之を模写し得るに至りしを以て斯かる複製に付き著作者を保護すべきは当然にして、……されば著作者の同意無くして機械的に如上の音樂的演述を複製すれば著作権の侵害たるを免れざるものとす」  
 「翻つて本件を案ずるに証人岡本峰吉の予審調書中に其供述として製品吹込に係るものは雪の曙義士銘々伝義烈百傑中の古人の伝記文句の訂正を加え浪花節として曲節音調を付し自分限りにして永き経験により語るに緩急抑揚の諸点を頭に刻み調子を計りて演へたる旨の記載あるに徴すれば右岡本峰吉の本件蓄音器蠟盤に吹込みたる浪花節の演述は一個の音樂的演述にして然も個人獨特の技能による產出物なることを認むるに足るを以て其の上に著作物の存在すること明白なり。従って斯かる音樂的演述を機械的に複製すれば著作



〈写真5〉 萬朝報 大正元年11月22日(1912)。裁判のことが書かれている。

権侵害たること勿論なり」。

損害賠償請求の附帯私訴については、法律新聞には引用されていないが、読売新聞によれば、ヴェルダーマンに2000円の損害賠償が認められたことになっている<sup>22)</sup>。

## (2) 一審判決の影響

発売元の三光堂も、有罪判決そして損害賠償請求を認容した附帯私訴の判決に大いに勇気づけられたようである。大正元年11月22日の新聞広告(萬朝報)では、三光堂によって「桃中軒雲右衛門入道新音譜来る」の宣伝広告が掲載され(写真5)、その中で「複写版の裁判——雲入道象印音譜を複写したる偽作音譜を製造販売したる奸商等は本月十一日東京地方裁判所に於いて有罪を宣告せられたり」とわざわざ言及している。もっとも、著作権法違反の有罪判決が出たことで、その後、三光堂発売のレコードの売れ行きが伸びたのかどうかは明らかではない。大正元年11月の広告では、レコード価格はまだ発売当初と同じく1枚3円80銭である。これに対して、ライバルの日本蓄音器商会から発売された桃中軒雲右衛門のレコードが1枚1円50銭であったので、いくら録音がよくても価格面からは競争するのは楽ではなかったと思われる。しかも、裁判は一審が終わっただけで、まだ、裁判が最終的にどうなるかも明らかではなかった。三光堂にとっては大変な時期が続くことになる。

一審判決に対する法律関係者の反応は、当然いろいろあったが、その中で弁理士の荒木虎太郎は、一審判決直後から、『法律新聞』において判決に対

22) 読売新聞大正元年11月12日(朝刊)3面。

する激しい批判を展開した。

特許弁理士の荒木虎太郎による「蓄音機平円盤の告訴事件を論ず」法律新聞837号10頁(大正2年1月20日)「法理上より蓄音器平円盤を論ず」法律新聞845号6頁(大正2年2月28日)、は、レコード複製が著作権侵害となることを肯定した一審判決を痛烈に批判するものである。荒木批判は多岐にわたるが、重要なのは次の点である。

第1に、「雲右衛門の音声」が著作権の対象とならないことを主張する。その意味は必ずしも明確ではないところもあるが、雲右衛門のレコードに録音された「演奏」は著作権の対象とならないという意味と思われる。前述したように、当時の著作権法1条1項は、著作権の対象となるものを列挙しているが、そこには「演奏」は挙げられていない。楽譜として書かれた音楽は、第1条1項で列挙されている「文書」に該当し、しかも第2項によれば「楽譜の著作権は興行権を包含する」るので、楽譜の著作権者の承諾を得ないでその楽譜を演奏することは著作権侵害になる。しかし、「演奏」そのものには著作権は成立しないので、「演奏」を複製しても著作権法違反にはならないという意味のようである。

第2に、仮に雲右衛門の演奏が著作権の対象となりうるとしても、著作権が成立するには、それが著作者の独創的思想の成果でなければならないと主張する。しかし、雲右衛門の演奏がはたして独創的思想の表れかについて荒木は疑問を呈する。浪花節は、昔から語り継がれてきた物語に節を付けて語るもので、それを語るとき的美声や節回しのような音声の部分に、浪曲師毎の違いがあるとしても、これは独創的とは言えない(楽譜の独創的というのとは異なる)。従って、著作権は成立しないという議論である<sup>23)</sup>。

## (3) 大審院判決(大正3年7月4日)

一審と同じく、被告人達の著作権法違反を認め、附帯私訴の原告の損害賠償請求を認容した2審判決(東京控訴院大正2年12月9日)に対して、被

23) 荒木虎太郎『日本著作権法要綱』61頁(1915年)は、獨創性欠如の点を強調する。

告人達が上告した。被告人側の代理人（播磨辰治郎、江木衷、松沢九郎、佐藤重之、長島鶯太郎）の上告理由は多岐にわたるが、播磨辰治郎の上告理由がもっとも詳しく、基本的な論点にわたっているので、それを中心に整理しておく<sup>24)</sup>。

上告理由第1点は、こうである。原審は、雲右衛門が語った音声か「赤垣源藏外古人数名の事跡を叙したる文句に其の創意に係る音階曲節を配し独特の声調により演述したる音楽的著作」であるとし、「其の演述を機械的作用により写したる蓄音器平円盤の複製を以て著作権法に所謂偽作」であるとした。すなわち、被告人達のレコード複製が「著作物の偽造」（著作権侵害）になるとした。しかし、著作権の対象を規定する著作権法1条の「演述」とは、演述の内容のことを言うのであって、演述の仕方、「音声巧拙または声調等演述振りの態様」をいうのではない。従って、いくら演述の仕方が独特であっても、演述の仕方そのものが著作権法上保護される「演述」に該当するわけではない。すなわち、著作権法は、演述の中身が「思想にして創作即ち独特のものに対し権利を与えるにとどまり、その外形態様には著作権の生ずべき筋合いのものにあらず」。従って、原判決が演述の態様が著作権の保護の対象になるとして、その複製が著作権侵害になるとしたのは、著作権法の解釈を誤っている。

上告理由第2点は、2つのことを述べている。1つは、浪曲演奏のもとになっている文句（台詞）には著作権が成立しないということである。すなわち、雲右衛門の創意は、古人の事跡を叙したる文句に「其の創意に係る音階曲節を配し独特の声調により演述した」部分にあり、もとの文句の部分は在来のものであって雲右衛門の創意によるものではない。もう1つは、文句の部分に独創性がないとすれば、演奏の部分はどうかということであるが、上告理由はこの部分も著作権の対象とならないという。すなわち、雲右衛門の

24) 刑録20-1360。なお、播磨辰治郎（龍城）は横田秀雄の還暦記念に雲右衛門事件における横田判事の思い出を書いている（「横田博士の還暦を寿するに就て」法律新聞1894号3頁）。

加えた音階曲節の部分が作曲作譜としての創作性があるかといえば、「雲右衛門において在来の浪花節の範囲を脱し其の曲節に一種独特の型を創作しその曲節を定め何人も符号により同一の曲節を演奏しうるものとせば、或いは音楽的創作ありと云ひ得べけんも同人にはかかる創作あることなし」。雲右衛門が「蓄音器に吹き込みたる旋律なるものは確固たる音楽的作品として之を認むるをえず、寧ろこれを雲右衛門個人的演奏法の一現象」とみなすのが適当である。

上告理由第3点は、仮に浪曲の演奏法に独創性があるとしても、著作権法は「思想」に対して保護を与えるのであって、演奏方法という「動作」に対して保護を与えるものではないから、こうした技能には著作権は成立しない、という議論である。これは、音譜に著作権があつて、音譜を演奏する歌唱者の技量に著作権が生じないのと同じである。

上告理由第10点は、1908年改正のベルン条約との関係について述べる。同条約は、音楽的著作物の著作権者にその音楽を機械的に複製することを許可する権利を与えるので、もとの楽曲に著作権が成立するなら、無断で他人が平円盤に複製することは著作権侵害となる。しかし、雲右衛門の浪曲の場合には、もとの浪曲の文句にも、演奏にも著作権がないので、これを他人が平円盤に複製しても著作権侵害にならない。なお、ベルン条約は外国人の音楽的著作権に関する規律であり、本件では適用されない。

上告理由第11点は、原告が主張する著作権が、そもそも書物についての著作権なのか、演奏についての著作権なのかを問題とする。雲右衛門は明治45年2月28日に「武士道鼓吹浪花節文句全集」についての著作権の登録を受けたが、それは「武士道鼓吹浪花節文句全集」という書物についての著作権なのか、それともこれを雲右衛門が平円盤に吹き込んだその平円盤を著作物とする趣旨なのか、前者と思われるが、そうだとすると、本件被告人の行為はこの書物を複製したものではないから、著作権侵害はないという議論である。

このほかに、代理人江木衷、松沢九郎、佐藤重之らによる上告理由がある

が、上記と重なる部分が多いので、省略する。いずれにせよ、高名な弁護士による大變力のこもった上告理由が展開されている。単なる被告人等個人の利益のためというよりは、レコードを自ら録音・製作・販売する業界（三光堂、日本蓄音器商会など）と、レコードをコピーすることで商売をしている業者達との業界戦争という様相を呈している。

大審院判決は、これらの上告理由については、次のように応えた。

第1に、著作権法の解釈として、何が著作権の対象となるか、その基準を示す。そもそも音楽的著作物が著作権法1条1項には明示されていないが、「美術ノ範圍ニ屬スル著作物」は、広く芸術に関する著作物という意味であり、ここには音楽的著作物も含まれるとする。1条2項もそのことを前提に「楽譜ノ著作権ハ興業權ヲ包含ス」と規定した。また、ここでいう音楽的著作物は、楽譜が伴わないものであっても創意による新曲であれば構わない。そうでないと楽譜を用いる伝統のない日本の音楽について著作権が成立しないこととなり適当でない。このようにして著作権が成立した新曲については、これを演奏したり、楽譜を転写したり、楽譜なき新曲を楽譜に書き取る行為はいずれも「複製」に当たる。蓄音器に録音することも「複製」に該当する。「擅ニ他人ノ音楽的著作物ヲ直接ニ蓄音機ノ蠟管又ハ蠟板ニ写調スルハ我著作権法第二十九条ニ所謂著作権ノ侵害ヲ構成スルハ勿論他人ノ音楽的著作物ヲ写調シタル蠟管又ハ蠟板ヲ基礎トシ理学的化学的作用ニ依リ更ニ之ヲ他ノ蠟管又ハ蠟板ニ写調スルハ原作ヲ感覺セシムヘキ手段方法トシテ直接写調ノ場合ト毫モ異ナル所ナク其所為亦偽作ヲ構成スルコトヲ免レサルモノト断セサルヲ得ス」（判例集1391頁）。

しかし、以上のように言うためには、その前提条件として、演奏された音楽が著作権法の保護を受けるものでなければならない。すなわち、「他人ノ演奏シタル音楽ヲ蓄音機ニ写調スルコトカ著作権法第二十九条ノ意義ニ於テ偽作トナルニハ演奏セラレタル音楽カ音楽的著作物トシテ著作権法ノ保護ヲ受クヘキモノナルコトヲ要シ其音楽カ先人未発ノ新ナル旋律ヲ包含スルコト

ハ其音楽ニ著作物タルノ性質ヲ認ムルカ為メノ必要条件ナリ故ニ音楽ノ演奏者ハ其声音ノ艶麗其声量ノ豊富ニ加フルニ其強弱緩急抑揚表情ノ妙ヲ以テシ聴聞者ヲシテ感嘆措ク能ハサラシムルモノアルモ既存ノ旋律ヲ実施シタルニ過キスシテ其旋律ニ付キ創意ノ認ムヘキモノナキニ於テハ其演奏ニ依リ音楽的著作権ヲ取得スルコトヲ得サルノミナラス演奏ニ係ル音楽カ新ナル旋律ヲ包含スル場合ト雖モ其音楽ハ常ニ必スシモ著作物トシテ著作権法ノ保護ヲ受クルコトヲ得ルモノニアラス」（1391頁）、「即興的音楽ノ演奏ニシテ純然タル瞬間創作ニ屬スルモノハ演奏者ノ主観ニ於テ其旋律カ確定スル場合又ハ演奏者カ特ニ楽譜ヲ作りテ之ヲ固定セシメタル場合ノ外ハ音楽的著作物トシテ著作権法ノ保護ヲ受ルコトヲ得ス從テ此種ノ音楽ヲ蓄音機ニ写調スルモ偽作トシテ著作権法ノ制裁ヲ受クルコトナシ」（1392頁）。

第2に、判決は、以上の基準を本件にあてはめ、雲右衛門の浪曲が如何に巧妙なものであっても、新旋律を含むものではないので、著作権の保護を受けないと断じる。「右原院ノ認メタル事実ニ依レハ蓄音機ノ蠟盤ニ写調セラレタルモノハ我国ニ於テ従来行ハレタル低級音楽ノ一種タル浪花節ニシテ斯道ノ達人タル桃中軒雲右衛門カ其独特ノ創意ニ依リ蓄音機写調ノ瞬間ニ於テ作曲演唱シタルモノニ係リ普通一般ノ浪花節芸人ノ演唱中ニ存セサル新旋律ヲ包含スルモノナルコトハ充分ニ之ヲ認ムルコトヲ得ヘシト雖モ雲右衛門ハ其創意ニ係ル本件ノ音楽ニ付キ楽譜ヲ作りタルヤ否ヤ其創意ハ楽譜ヲ作成スルコトヲ得ルノ程度ニ於テ固定セルヤ否ヤ少クモ雲右衛門ノ創意ニ係ル新曲ハ雲右衛門ニ於テ其固有ノ浪花節トシテ隨時隨所ニ之ヲ反覆スルノ意思アリテ且其意ノ如ク之ヲ反覆スルコトヲ可能ナラシムルノ程度ニ於テ熟シタル確定的旋律ヲ包含スルヤ否ヤハ原判文中一モ説示スル所ナク判文所掲ノ事實証拠ニ依リ之ヲ肯定スル事ヲ得サル以上ハ原判決ノ趣旨ハ消極的ニ之ヲ否定シタルモノト解セサルヘカラス抑モ雲右衛門ノ浪花節ヲ語ルノ巧妙ナルハ他ノ浪花節芸人ノ企及スル所ニアラス其芸風ハ能ク一部人士ヲシテ渴仰セシムルモノアリト雖モ其語ル所ハ浪花節ノ外ニ出テス此場合ニ於テ雲右衛門ノ浪花節ヲ貫通スル一種独特ノ定型的旋律アリテ本件蓄音機ノ蠟盤ニ吹込マレタル

楽曲ハ即チ其旋律ヲ表彰シタルモノニ外ナラストセハ雲右衛門ニ著作権アルハ論ヲ俟タス若シ然ラストスルモ本件ノ楽曲タル雲右衛門カ之カ蓄音機ノ蠟盤ニ吹キ込ムニ際シ新タニ創作シタルモノニ係リ其旋律ハ雲右衛門カ自家固有ノモノトシテ将来ニ向ツテ之ヲ反覆スルノ意思ヲ有シ且之ヲ反覆シ得ヘキ程度ニ於テ確定シタルモノトセハ此場合ニ於テモ雲右衛門ノ為メニ著作権ヲ認メサルヘカラス之ニ反シテ其楽曲カ確乎タル旋律ヲ包含セシテ純然タル即興的且瞬間的創作ニ過キサルトキハ其楽曲ハ偶々新旋律ヲ包含スルモ著作権ノ目的タルヲ得ス蓋シ浪花節ノ如キ比較的音階曲節ニ乏シキ低級音楽ニ在リテハ演奏者ハ多クハ演奏ノ都度多少其音階曲節ニ変化ヲ与ヘ因テ以テ興味ノ減退ヲ防キ聴聞者ノ嗜好ヲ繋クノ必要アルヲ以テ機ニ臨ミ變ニ応シテ瞬間創作ヲ為スラ常トシ其旋律ハ常ニ必スシモ一定スルモノニアラスシテ斯ル瞬間創作ニ対シテ著作権ヲ認ムルカ如キハ断シテ著作権法ノ精神ナリトスルヲ得ス而シテ本件雲右衛門ノ創意ニ係ル浪花節ノ楽曲ニシテ前示ノ如ク確乎タル旋律ニ依リタルモノト認ムヘキ事蹟ノ存セサル以上ハ瞬間創作ノ範圍ヲ脱スルコトヲ得サルモノニシテ之ヲ目シテ著作権法ニ所謂音楽的著作物ト謂フコトヲ得ス」(1393-1395頁)と判断し、原審が著作権が成立することを前提に「偽造」があったとした判断は誤りであり、被告人は無罪であるとした。

第3に、音楽的著作権が成立するために楽譜が必要かどうか、雲右衛門が楽譜を付けることなく、単に「武士道鼓吹浪花節文句全集1冊」として著作権登録を受けた場合には音楽著作権は成立しないのか(単に文学としての著作権の成立する余地しかないのか)、という問題については、大審院は、「音楽的著作権ハ演奏ニ依リテ之ヲ取得スルヲ得ルコト竝ニ演奏ノ目的タル音楽カ著作権ヲ生スルカ爲メニハ確乎タル新旋律ヲ包含スルノミヲ以テ足り樂譜ハ必ラスシモ之ヲ作成スルコトヲ要セサルコトハ既ニ説明スル所ノ如シ」「此場合ニ於テハ著作権ノ目的タル新楽曲ハ作曲者ノ腦裡ニ存シ演奏又ハ口傳ニ依リニアラサレハ其内容ヲ表示スルコトヲ得サルヲ以テ之カ登録ヲ爲スニ當リテモ亦其題號又ハ文句ニ依リテ抽象的ニ著作物ノ何タルヤヲ知ラシム

ルノミヲ以テ足り文字又ハ其他ノ符號ヲ用キテ具體的ニ著作物ノ内容ヲ表示スルノ必要ナシ」(1399頁)と述べ、楽譜に記載されていなくても演奏等によって表示されることでも著作権は成立しうるとした。そして、そのような音楽的著作権を登録するのは楽譜によることができないので、それを「武士道鼓吹浪花節文句全集1冊」と表示することも登録としては有効であるとした。しかし、判決は、そもそも雲右衛門の演奏内容について著作権が成立することを否定したので(上記第1点)、ここで述べた問題は、本件の解決にとってはもはや大して重要ではない。

第4に、不法行為の要件としての権利侵害があったかについては、公訴の上告理由に対して応えたことを繰り返した。すなわち、雲右衛門の浪曲に著作権は成立しないので、被告人らが雲右衛門の演奏をレコードに複製しても「著作権侵害」を理由とする不法行為は成立しないというものである。「本件雲右衛門ノ創意ニ係ル浪花節ノ作曲ハ音楽的著作物トシテ著作権法ノ保護ヲ受クヘキモノニアラサルコト從テ之カ複製ヲ爲シタル被告人ノ所爲ハ被上告人ノ有スル著作権ヲ侵害シタルモノニアラサルコトハ公訴ノ上告趣意ニ對シテ辯明スル所ニ依リテ明カナルヲ以テ之ヲ理由トシテ上告人ニ損害ノ賠償ヲ爲サシメントスル被上告人ノ請求ハ失當ナリ故ニ其請求ヲ採用シテ上告人ニ敗訴ヲ言渡シタル原院私訴判決モ亦失當ニシテ上告論旨ハ理由アリ原判決ハ破毀ヲ免レサルモノトス」(1401頁)。

#### 4 大審院判決と不法行為理論

##### (1) 判決の理論

判決の著作権侵害および不法行為に関する理論を単純化して整理すれば次のようなものである。

- (A) 創意工夫による新旋律を含むものであれば音楽的著作権が成立する。
- (B) 音楽的著作権は楽譜の形で表示されている必要はなく、演奏による方法で表示されても構わない。

(C) 音楽的著作権が存在する場合であれば、それをレコードで複製した場合には、著作権侵害になる。

(D) 著作権侵害は、民法709条の権利侵害として不法行為となる(判決は著作権侵害自体を否定したのでここまで述べていないが当然の前提となっている)

しかし、大審院判決は、雲右衛門の浪曲に関しては、そもそも(A)の部分を否定した。そのため、(B)(C)(D)は抽象論としては肯定するが、これらはこの事件の解決としては必要のない傍論となった。

判旨のロジックでも、音楽的著作権が成立する場合であれば((A)が成立する場合)、その音楽を録音したレコードを他人が複製する行為は音楽的著作権の侵害となり、音楽的著作権を有する者が訴えることができる。しかし、この理論はレコード業界にとってはほとんど役に立たない。なぜなら、音楽的著作権が成立しないとされた浪曲のような日本の伝統的音楽の場合はもちろん、西洋音楽でもレコードに録音されるのが音楽的著作権者以外の演奏者によるものである場合には、このような演奏者の録音したレコードには音楽的著作権が成立しないので、多くの西洋音楽のレコードも著作権法では保護されないことになるからである。そこで、この大審院判決を機にレコード業界は、著作権法改正を目指して各界に運動を始めることになるのである。

ところで、(A)の命題は、換言すると音楽の演奏そのものには著作権は成立しないということを意味するが、不法行為の問題としては、著作権そのものでなくても、何らかの意味の権利が認められ、その権利侵害があれば不法行為の成立を認めることができる。要するに、著作権にこだわることなく、レコード原盤製作販売者の取引上・営業上の何からの権利が認められれば、その権利侵害を理由とする不法行為を問題にすることができる。さらに進めて、権利侵害がなくても違法な行為によって取引上の損失が生じれば不法行為の成立を認めるという可能性もありえた。このように、雲右衛門事件当時は必ずしも意識されていなかったが、この事件は権利を厳格に考えるのか柔軟に考えるのか、そもそも権利侵害という要件を必須の要件と考えるか否か、

という不法行為法にとって重要な論点の出発点となっているのである(これを「権利の柔軟化・希薄化の問題」と呼ぶことにする)。次に、当時の学説がどのようにこの問題を扱っていたかを見ておこう。

## (2) 当時の不法行為理論

### (a) 概観

当時の不法行為理論については、「権利侵害」要件、特に「債権侵害」の問題に関しては、吉田邦彦『債権侵害論再考』においてほぼ検討しつくされている<sup>25)</sup>。雲右衛門事件との関連で問題となる「権利」概念の希薄化・柔軟化の問題は、「債権侵害」の問題とは別の問題であるが、関連がないわけではないので、「債権侵害」をめぐる不法行為の議論を見ておくことは、大きな流れを理解する上で参考になる。吉田邦彦『債権侵害論再考』によって整理しておこう。

吉田論文によれば、民法起草者達の見解も含め、明治末年頃まではイギリス法の影響のもと、「権利」の中に債権を含める見解が主流であったが(著者はこれを「第1期」と呼ぶ)、明治30年代末からドイツ法の影響を強く受けた石坂音四郎、川名兼四郎などによって、ドイツ民法823条1項と同様に、権利侵害による不法行為を「絶対権」侵害の場合に限定し、債権侵害を含めない説が主張されるようになる(「第2期」)。この立場は、ドイツ法全体の影響力が強まる中であって有力になっていくが、大正3年になると末広厳太郎の有名な論文<sup>26)</sup>「第三者の債権侵害について」「債権の排他性について」によって、「排他性」と「非侵害性」を区別し、債権などは第三者から侵害されないという意味での「非侵害性」はあるが、物権のような「排他性」はないということで、「第2期」のドイツ流の議論に対する反論が展開される。

25) 吉田邦彦『債権侵害論再考』(1991年)1-79頁。

26) それぞれ、法曹記事24巻3号、5号(1914年)および法学志林17巻12号(1915年)に掲載。

楽曲ハ即チ其旋律ヲ表彰シタルモノニ外ナラストセハ雲右衛門ニ著作権アルハ論ヲ俟タス若シ然ラストスルモ本件ノ楽曲タル雲右衛門カ之カ蓄音機ノ蠟盤ニ吹き込ムニ際シ新タニ創作シタルモノニ係リ其旋律ハ雲右衛門カ自家固有ノモノトシテ将来ニ向ツテ之ヲ反覆スルノ意思ヲ有シ且之ヲ反覆シ得ヘキ程度ニ於テ確定シタルモノトセハ此場合ニ於テモ雲右衛門ノ為メニ著作権ヲ認メサルヘカラス之ニ反シテ其楽曲カ確乎タル旋律ヲ包含セスシテ純然タル即興的且瞬間的創作ニ過キサルトキハ其楽曲ハ偶々新旋律ヲ包含スルモ著作権ノ目的タルヲ得ス蓋シ浪花節ノ如キ比較的音階曲節ニ乏シキ低級音楽ニ在リテハ演奏者ハ多クハ演奏ノ都度多少其音階曲節ニ変化ヲ与ヘ因テ以テ興味ノ減退ヲ防キ聴聞者ノ嗜好ヲ繋クノ必要アルヲ以テ機ニ臨ミ變ニ応シテ瞬間創作ヲ為スヲ常トシ其旋律ハ常ニ必スシモ一定スルモノニアラスシテ斯ル瞬間創作ニ対シテ々々著作権ヲ認ムルカ如キハ断シテ著作権法ノ精神ナリトスルヲ得ス而シテ本件雲右衛門ノ創意ニ係ル浪花節ノ楽曲ニシテ前示ノ如ク確乎タル旋律ニ依リタルモノト認ムヘキ事蹟ノ存セサル以上ハ瞬間創作ノ範圍ヲ脱スルコトヲ得サルモノニシテ之ヲ目シテ著作権法ニ所謂音楽的著作物ト謂フコトヲ得ス」(1393-1395頁)と判断し、原審が著作権が成立することを前提に「偽造」があったとした判断は誤りであり、被告人は無罪であるとした。

第3に、音楽的著作権が成立するために楽譜が必要かどうか、雲右衛門が楽譜を付けることなく、単に「武士道鼓吹浪花節文句全集1冊」として著作権登録を受けた場合には音楽著作権は成立しないのか(単に文学としての著作権の成立する余地しかないのか)、という問題については、大審院は、「音楽的著作権ハ演奏ニ依リテ之ヲ取得スルヲ得ルコト竝ニ演奏ノ目的タル音楽カ著作権ヲ生スルカ爲メニハ確乎タル新旋律ヲ包含スルノミヲ以テ足り樂譜ハ必ラスシモ之ヲ作成スルコトヲ要セサルコトハ既ニ説明スル所ノ如シ」「此場合ニ於テハ著作権ノ目的タル新楽曲ハ作曲者ノ腦裡ニ存シ演奏又ハ口傳ニ依ルニアラサレハ其内容ヲ表示スルコトヲ得サルヲ以テ之カ登録ヲ爲スニ當リテモ亦其題號又ハ文句ニ依リテ抽象的ニ著作物ノ何タルヤヲ知ラシム

ルノミヲ以テ足り文字又ハ其他ノ符號ヲ用キテ具體的ニ著作物ノ内容ヲ表示スルノ必要ナシ」(1399頁)と述べ、楽譜に記載されていなくても演奏等によって表示されることでも著作権は成立しうるとした。そして、そのような音楽的著作権を登録するのは楽譜によることができないので、それを「武士道鼓吹浪花節文句全集1冊」と表示することでも登録としては有効であるとした。しかし、判決は、そもそも雲右衛門の演奏内容について著作権が成立することを否定したので(上記第1点)、ここで述べた問題は、本件の解決にとってはもはや大して重要ではない。

第4に、不法行為の要件としての権利侵害があったかについては、公訴の上告理由に対して応えたことを繰り返した。すなわち、雲右衛門の浪曲に著作権は成立しないので、被告人らが雲右衛門の演奏をレコードに複製しても「著作権侵害」を理由とする不法行為は成立しないというものである。「本件雲右衛門ノ創意ニ係ル浪花節ノ作曲ハ音楽的著作物トシテ著作権法ノ保護ヲ受クヘキモノニアラサルコト從テ之カ複製ヲ爲シタル被告人ノ所爲ハ被上告人ノ有スル著作権ヲ侵害シタルモノニアラサルコトハ公訴ノ上告趣意ニ對シテ辯明スル所ニ依リテ明カナルヲ以テ之ヲ理由トシテ上告人ニ損害ノ賠償ヲ爲サシメントスル被上告人ノ請求ハ失當ナリ故ニ其請求ヲ採用シテ上告人ニ敗訴ヲ言渡シタル原院私訴判決モ亦失當ニシテ上告論旨ハ理由アリ原判決ハ破毀ヲ免レサルモノトス」(1401頁)。

#### 4 大審院判決と不法行為理論

##### (1) 判決の理論

判決の著作権侵害および不法行為に関する理論を単純化して整理すれば次のようなものである。

(A) 創意工夫による新旋律を含むものであれば音楽的著作権が成立する。

(B) 音楽的著作権は楽譜の形で表示されている必要はなく、演奏による方法で表示されても構わない。

(C) 音楽的著作権が存在する場合であれば、それをレコードで複製した場合には、著作権侵害になる。

(D) 著作権侵害は、民法 709 条の権利侵害として不法行為となる（判決は著作権侵害自体を否定したのでここまで述べていないが当然の前提となっている）

しかし、大審院判決は、雲右衛門の浪曲に関しては、そもそも (A) の部分を否定した。そのため、(B) (C) (D) は抽象論としては肯定するが、これらはこの事件の解決としては必要のない傍論となった。

判旨のロジックでも、音楽的著作権が成立する場合であれば ((A) が成立する場合)、その音楽を録音したレコードを他人が複製する行為は音楽的著作権の侵害となり、音楽的著作権を有する者が訴えることができる。しかし、この理論はレコード業界にとってはほとんど役に立たない。なぜなら、音楽的著作権が成立しないとされた浪曲のような日本の伝統的音楽の場合はもちろん、西洋音楽でもレコードに録音されるのが音楽的著作権者以外の演奏者によるものである場合には、このような演奏者の録音したレコードには音楽的著作権が成立しないので、多くの西洋音楽のレコードも著作権法では保護されないことになるからである。そこで、この大審院判決を機にレコード業界は、著作権法改正を目指して各界に運動を始めることになるのである。

ところで、(A) の命題は、換言すると音楽の演奏そのものには著作権は成立しないということの意味だが、不法行為の問題としては、著作権そのものでなくても、何らかの意味の権利が認められ、その権利侵害があれば不法行為の成立を認めることができる。要するに、著作権にこだわることなく、レコード原盤製作販売者の取引上・営業上の何からの権利が認められれば、その権利侵害を理由とする不法行為を問題にすることができる。さらに進めて、権利侵害がなくても違法な行為によって取引上の損失が生じれば不法行為の成立を認めるという可能性もありえた。このように、雲右衛門事件当時は必ずしも意識されていなかったが、この事件は権利を厳格に考えるのか柔軟に考えるのか、そもそも権利侵害という要件を必須の要件と考えるか否か、

という不法行為法にとって重要な論点の出発点となっているのである（これを「権利の柔軟化・希薄化の問題」と呼ぶことにする）。次に、当時の学説がどのようにこの問題を扱っていたかを見ておこう。

## (2) 当時の不法行為理論

### (a) 概観

当時の不法行為理論については、「権利侵害」要件、特に「債権侵害」の問題に関しては、吉田邦彦『債権侵害論再考』においてほぼ検討しつくされている<sup>25)</sup>。雲右衛門事件との関連で問題となる「権利」概念の希薄化・柔軟化の問題は、「債権侵害」の問題とは別の問題であるが、関連がないわけではないので、「債権侵害」をめぐる不法行為の議論を見ておくことは、大きな流れを理解する上で参考になる。吉田邦彦『債権侵害論再考』によって整理しておこう。

吉田論文によれば、民法起草者達の見解も含め、明治末年頃まではイギリス法の影響のもと、「権利」の中に債権を含める見解が主流であったが（著者はこれを「第 1 期」と呼ぶ）、明治 30 年代末からドイツ法の影響を強く受けた石坂音四郎、川名兼四郎などによって、ドイツ民法 823 条 1 項と同様に、権利侵害による不法行為を「絶対権」侵害の場合に限定し、債権侵害を含めない説が主張されるようになる（「第 2 期」）。この立場は、ドイツ法全体の影響力が強まる中であって有力になっていくが、大正 3 年になると末広厳太郎の有名な論文<sup>26)</sup>「第三者の債権侵害について」「債権の排他性について」によって、「排他性」と「非侵害性」を区別し、債権などは第三者から侵害されないという意味での「非侵害性」はあるが、物権のような「排他性」はないということで、「第 2 期」のドイツ流の議論に対する反論が展開される。

25) 吉田邦彦『債権侵害論再考』（1991 年）1-79 頁。

26) それぞれ、法曹記事 24 卷 3 号、5 号（1914 年）および法学志林 17 卷 12 号（1915 年）に掲載。



そして、時をほぼ同じくして大審院も大正4年(1915年)の判決において債権侵害の不法行為を認める立場を明かにする。その後、学説も大きな流れとしては民法709条の「権利」の中に債権も含まれるという立場が有力となり、債権侵害も、少なくとも一定の条件のもとでは不法行為となることが承認される。

このように、雲右衛門事件当時、「債権」をも民法709条の「権利侵害」の対象に含めるかについては激しい議論があったが、いずれの立場も不法行為の成立には「権利」侵害があることは必要とされ、「権利」という概念を希薄化しようという議論とは結びついていない<sup>27)</sup>。債権侵害の不法行為を肯定する立場においても、「債権」はれっきとした「権利」なのであり、権利概念を希薄することで債権侵害の問題に対処しようとする姿勢は見られない<sup>28)</sup>。ただ、債権侵害の不法行為を認める立場は、取引上の利益に対する侵害を広く不法行為で保護する立場へと発展する可能性もあり、権利概念の希薄化の問題と連続しているのである。たとえば、従業員を第三者によって引き抜かれた雇主が引抜をした第三者に不法行為による損害賠償を請求できるかという問題は、債権侵害の問題として議論されているが(雇主の雇用契約上の労働請求権が侵害されたとみる)、雇主の商売上の利益が害されたと見ることもでき、経済的損失に対する不法行為による保護の可否という問題へと容易に移行しうるのである。

明治45年(1912)から大正3年(1914)にかけての雲右衛門事件は、取引や商売が活発になってきた時期において、そして不法行為法もさまざまな模索をしている時に、ちょうど発生した。本稿で当時の不法行為理論を網羅的に検討することはできないが、雲右衛門事件の上告審において裁判長であ

27) このことは債権侵害の不法行為を認めるイギリス法において、いわゆる純粋経済損失を不法行為の問題として扱わないというのが伝統的な立場であることから理解されるであろう。純粋経済損失の問題については、拙稿「経済的利益の保護と不法行為法(純粋経済損失の問題を中心に)」『民法学の百年』第1巻所収(1998年)。

28) 権利概念の希薄化と結びつくのは、鳩山、末川、我妻などの諸学説においてである。

った横田秀雄とレコード業界側の意見書を書いた鳩山秀夫の不法行為理論を見ておくことにしよう。

#### (b) 横田秀雄の不法行為理論

横田秀雄の『債権各論』<sup>29)</sup>については興味深いことに、雲右衛門事件裁判の始まる直前の明治45年の版と、雲右衛門事件の大審院判決が出た直後の大正4年の版とを参照することができる。

まず、明治45年の版においては、権利侵害の要件について、次のように述べられている。「如何なる場合に於て人の行為が違法なりと云うことを得べきやと云うに人の行為が違法たるが為には其の行為が他人の権利を侵害したることを必要とし他人の権利を侵害せざる行為はその結果として他人に損害を被らしむるも違法行為を以て目することを得ず。我が民法に他人の権利を侵害したる者とあるは之が為なり」(432頁-433頁)しかし、次のように続ける。「凡そ不法行為ありとするには常に必ず対世的關係に於いて権利の侵害あることを要し、对人的權利關係の当事者間に於ける権利の侵害は茲に所謂不法行為を組成せざるものとす。茲を以て常に其の成立に於いて対世的關係のみを生ずる物權特許權著作権等の侵害は其の何れの方面より來たるを問わず常に不法行為として債権発生の原因となるも、債権親族權の如き对人的權利に在りては対手人たる義務者の義務違反は債務の不履行又は親族法上の義務違背として其の当事者間に權利義務の關係を生ずるに止まり不法行為として別に債権発生の原因をなさざるものとす。但し債権關係に付きても亦対世的關係に於ける権利侵害の場合を想像することを得べく、この場合に於いて被害者たる債権者は不法行為の原則に従ひ救済を求めることを得べきやに付きては學者間議論の存する所なりと雖も、我が民法は不法行為の目的たることを得べき権利の種類を限定せざるのみならず、債権その他の对人權の侵害を以て一の不法行為なりとし法律の救済を求むることは權利其のもの

29) 横田秀雄『債権各論』(初版、明治45年4月、第7版、大正4年6月5日)。なお、引用にあたっては原文を平仮名に書き直した。

性質上毫も妨げなきを以て本問に付きては積極説を採るを可なりと信ず」(433頁-434頁)。結局、横田秀雄の立場は、民法709条の「権利」侵害は絶対に必要な重要な要件であり、「権利」には債権も含まれるが、債権侵害が常に不法行為になるというのではなく、一定の態様で債権が侵害された場合にのみ不法行為になるというものである。すなわち、債権についても「対世的関係に於ける権利侵害」という場合がありえ、この場合には債権侵害も不法行為になるというものである。しかし、それがどのような場合かについては触れられていない。

その後の大正4年の版では、「権利侵害」の要件について大幅に加筆されており、この点についての考察が深まったことが窺われる。「権利侵害」要件についての基本的な立場は明治45年版とそれほど変わっていないが、明治45年版では債権侵害の問題について、債権も民法709条の「権利」に含まれるとし、債権侵害の不法行為を認める「積極説」に与するとしていたのが、大正4年版ではより慎重な説明の仕方になっている。幾つか興味を引く部分を紹介しよう。

第1に、権利侵害の要件が重要なのは、損害が生じても権利侵害がなければ不法行為の成立を認めないからであるが(この点は45年版から変わらない)、その具体例として、「(1) 高樓を建築して隣地の眺望を妨げ、(2) 米穀の買占を為して米価を騰貴せしめ因って多数の人に損失を被らしめ、(3) 他人の買取りたる動産不動産に付き未だ登記又は引渡なきに乗じ之を買取り登記又は引渡により其の権利を取得する」場合などが挙げられている<sup>30)</sup>。横田は、民法709条の権利に「債権」を含める立場をとるものの、経済的損失があれば常に権利侵害があるというほど権利概念を希薄化するものではないことが分かる。

第2に、債権侵害の問題に関しては、既に述べたように、横田は債権侵害も侵害態様によっては不法行為になるという立場であったが、そのことをより具体的に議論している<sup>31)</sup>。すなわち、第三者が債務の目的物を毀損した

30) 横田・前掲書(大正4年版)842頁。

り、債務者を教唆して債務不履行をさせたり、雇用関係にある従業員を誘拐したりすることは、不法行為になるとする。第三者が「債権者の利益を害することを得るは容易に之を想像し得べく債権者の利益を不完全ならしめて其の利益を害するは債権者の権利を侵害するものに外なら(ず)」(845頁)とする。そして、伝統的には債権には対世的効力はなかったが、むしろ「法律思想界に一新生面を開く」ために、債権に対世的効力を認め、第三者による侵害を許さないようにすべきである。以上の基本的立場は明治45年版と同じである。それでは民法709条の解釈論として「権利」侵害には債権を含めるのかというと、明治45年版では「積極説」をとると明言していたのが、大正4年版では慎重な言い回しになっている。すなわち、民法709条の解釈として第三者による債権侵害によって不法行為が成立すると考えるかは別問題であるとして、「民法第709条に所謂「権利」中には債権をも包含するものなりとの解釈は俄に之を肯定するを得ず」(848頁)と述べる。それでは、民法709条の「権利」には債権は含まれないという立場をとるのかというと、その点も明確でなく、「然れども余は民法の解釈としても第三者が債権者の権利を害するの故意に出で不正に其の権利行使を不能不完全又は困難ならしめ債権者に損害を与えたる場合に付き賠償請求権を認めるを可なりと信ず。而して余が債権の侵害を認むるは一般権利の対世的性質と実際取引上の必要に基づくものにして第三者の過失に因る債権侵害を除外し、之に其の故意に因る債権侵害のみに限定するは、一面許害行為廃罷訴権より類推し、一面第三者の債権の侵害は其の故意に出でたる場合にあらざれば之に不法性を帶有せしむることを得ざる取引上の必要より演繹したるものなり」(848頁)という説明をしている。民法709条の「権利」に債権を含めるかについては消極説に転向したかのような印象を受ける。しかし、本稿との関係で注目したいのは、「債権」が民法709条の「権利」には含まれないとしても、「実際取引上の必要」から一定の場合(故意の侵害の場合)には、不法行為を認めるとしていることである<sup>32)</sup>。取引的な利益、経済的な利益を不法行為で保護

31) 横田・前掲書(大正4年版)843頁以下。

することが必要であるという考え方が現れている。これが雲右衛門事件の影響かどうかはわからない。

第3に、ドイツ民法の規定の影響によるが、「信用毀損よる生ずる損害は財産権の不法侵害として救済を与ふるを可なりとす」という立場を明かにしたことである<sup>32)</sup>。これも営業上の利益を不法行為法で保護する姿勢を表すものであり、明治45年版にはなかった視点である。なお、横田は、信用毀損などの営業上の利益侵害を「財産権の侵害」と構成しているが、これは後述する松本丞治、鳩山秀夫らの営業権＝人格権構成に対する批判を含むものであろう。

雲右衛門事件との関係で、横田秀雄の不法行為理論を見ると、レコード製造販売業者などが有する取引的・経済的利益を不法行為法で保護する必要性が多少意識されているものの、不法行為理論としては十分な展開を見せておらず、むしろ「権利」概念が厳格に維持されているために（「債権」を含めるという限りでは広い権利概念も主張されているが）、「権利」概念を拡張・希薄化して不法行為の成立を主張しても、横田の不法行為理論のもとでは認められる可能性はなかったと言えよう。すなわち、「著作権」概念を拡張するという方向も、また、著作権以外の何らかの権利の侵害があったと主張する方向も、いずれも難しかったことを意味する。それに加えて、「著作権」概念を拡張することについては、附帯私訴との関係でも大きな問題があったことは、後述する。

### (c) 鳩山秀夫の不法行為理論

鳩山秀夫は、「蓄音機レコード模写事件に関する意見書」<sup>34)</sup>において、レ

32) 横田・前掲書（大正4年版）848頁。

33) 横田・前掲書（大正4年版）848頁-849頁。

34) 鳩山秀夫「蓄音機レコード模写事件に関する意見書」蓄音器世界7巻6号（1920年）165頁以下。この「意見書」は裁判に提出された意見書が元になっているように思われるが、雲右衛門事件の裁判で提出されたのではなく、雲右衛門事件後に日本蓄音器商会（FW・ホーン）がそのレコードを複製した者を相手に提起した「蓄音器音譜複製製造販売の停止並損害賠償請求の件」（大判大正7年9月18日民録

コードの複製が著作権侵害となるという方向からではなく、不正競争による不法行為が成立するという視点からの議論を展開した。これは当時の不法行為理論としては画期的な視点である。

鳩山意見書はまず、営業の自由がないところには不正競争もないとして、営業の自由が最初に確立したフランスにおける不正競争の問題を検討する。そして、フランスにおいては、不正競争が不法行為になるという議論がされているが、その理論構成としては2つあり、1つは、不正競争が他人の「得意（顧客）(chalandage)」についての利益を侵害するものであり、これが権利侵害になるとして不法行為の成立を肯定する説であるという。フランス法は、「無体物」に対する「所有権」という考え方を認めており、「得意」（顧客関係）のような無体物も所有権の対象となる。そこで、このような「得意」への侵害も権利侵害として不法行為を構成するという議論である。もっとも、同じく権利侵害を議論する説の中にも、「得意」への侵害を無体物についての所有権の侵害としてではなく、「人格権」侵害として構成する説もあるという。「得意」のような営業の侵害がなぜ「人格権」侵害になるのかについては、当時の「人格権」概念についての理解が必要であるが、この点については鳩山がドイツ法の検討のところで詳しく説明する。フランスにおいて不正競争を不法行為とする2つ目の理論構成は、フランス民法の不法行為がそもそも「権利侵害」を要求していないとして、権利行使といえない行為によっても他人に損失を与える行為があれば不法行為が成立するという考え方に基づいて、不正競争行為は不法行為であるというものである。フランス民法典の不法行為の理解としては、後者の考え方が適当だと思うが、鳩山は日本の民法709条では「権利侵害」が必要があると考えているためか、権利侵害を不要とするフランス法的な説明についてはあまり興味を示していない。

次に、ドイツ法については、フランス法と異なり不法行為理論で不正競争の被害者を保護する法理の発展が遅れたとする。しかし、ドイツ民法典の不

24輯1710頁）で提出されたものではないかと考えられる。この事件の上告理由は、鳩山「意見書」とほぼ同じ議論を展開している。

法行為規定のもとで、いろいろな理論構成で不正競争の不法行為性を肯定する学説が登場するようになったとする。各種の学説の中で鳩山が目にするのは、人格権侵害説である。その論者によれば、人格権には2種類ある。1つは、自己の自然的存在についての人格権であり、もう1つは自己の行動についての人格権である。身体傷害などは前者の意味での人格権侵害であり、不法行為となる。もう1つの人格権は、自由な活動そのものを保護する人格権であり、自由な活動、自由な営業を保護することを内容とする。そこで、他人の録音したレコードを無断録音するような不正競争は人格権によって保護されている「自由な活動」を侵害することになり、不法行為を構成することになる。このほかに、鳩山は、営業権を絶対権として捉え、不正競争は営業権侵害として不法行為となるという説にも関心を寄せている。

以上の比較法的考察を踏まえて、日本法の問題としては、「人の活動を保障する人格権」ないし「営業をなす人格権」を認め、不正競争はこうした人格権の侵害として不法行為になるとする。結局は、ドイツ法の一部学説が主張する営業的人格権の侵害と捉える説を主張しているにすぎないが、営業上・取引上の利益の侵害が不法行為となりうることを正面から論じたという意味では画期的な論文であった。しかし、雲右衛門判決当時はこのような考え方は一般の不法行為理論の中ではほとんど主張されていなかった。むしろ、雲右衛門事件が営業上・取引上の利益侵害を理由とする不法行為による被害者救済の必要性を意識させたということができよう。

その後鳩山は、『日本債権法各論(下)』<sup>35)</sup>で上記論文で展開した議論をさらに発展させた不法行為理論を論じた。ここでは、「我が民法が…唯権利侵害を要素とするもののみを以て不法行為と為したるは狭きに失す。権利の意義を広く解することに依りて多少実際上の不都合を避けることを得べきも立法論としては考慮の余地多し」と述べ、権利侵害以外に法規違反・良俗違反の不法行為を考えるべきであるとする。また、「営業権」を確立することに熱心で、「理論上営業的活動は人の重要な活動の一に属し活動の保護を目

35) 鳩山秀夫『日本債権法各論(下)』(大正13年=1924年)844頁以下。

的とする人格権として之を認めるを正当とすることによりて我国民法の解釈としても営業権そのものを認めるを正当と信ず」とする<sup>36)</sup>。横田が、営業上の利益を財産権として認めようとしたのと異なる方向を目指している。

### (3) 附帯私訴

雲右衛門事件は、被告人等に対する著作権法違反事件に附帯して、その被害者であるヴェルグマンから損害賠償請求の私訴が提起されている。附帯私訴は、フランスの刑事訴訟手続を範とした治罪法(明治13年=1880年太政官布告37号)から設けられた制度で、明治23年(1890年)の刑事訴訟法、大正11年(1922年)公布・大正13年施行の刑事訴訟法と引き継がれてきたものである<sup>37)</sup>。明治45年から大正3年にかけての雲右衛門事件の裁判当時の刑事訴訟法は、明治23年の刑事訴訟法であった。同法には、附帯私訴に関して大正11年の刑事訴訟法のように整備された規定はなく、10箇条程度の規定が散在しているだけである。そのためはっきりしない点もあるが、大正11年の刑事訴訟法も参考にしながら、手続の概要を描いてみよう<sup>38)</sup>(条文数は特に断らない限り、明治23年の刑事訴訟法のものである)。

私訴の提起については次のような条文がある。私訴は、その本質は民事訴訟であるから、被害者は附帯私訴を利用することなく、別途民事訴訟を提起することができるが、附帯私訴を用いる場合には、公訴が存在することを前提として損害賠償などの私訴を提起することになる。

2条 私訴ハ犯罪ニ因リ生シタル損害ノ賠償、贓物ノ返還ヲ目的トスルモノニシテ民法ニ従ヒ被害者ニ属ス

3条 私訴ハ其金額ノ多寡ニ拘ハラズ公訴ニ付キ第2審ノ判決アルマデ何

36) 鳩山・前掲書882頁。

37) 附帯私訴制度の歴史については、整見由美子『「附帯私訴」について』金沢法学45巻2号133頁(2003年)以下が詳しい。

38) 大正11年の刑事訴訟法のもとでの附帯私訴について、以下の叙述は、小野清一郎『刑事訴訟法』現代法学全集第5巻(1928年)311頁-320頁に基づく。明治23年の刑事訴訟法については、木下哲三郎『刑事訴訟法講義』(1904年)399頁以下。

時ニテモ其公訴ニ附帯シテ之ヲ為コトヲ得

7条 私訴ヲ為ス權ハ左ノ事項ニ因リ消滅ス

第1 拋棄又ハ和解

第2 確定判決

第3 時効

私訴の提起があると、公訴の公判期日に私訴関係人を召喚して、私訴の取り調べが行われる。私訴の取り調べにおいては、まず、原告から請求の原因となる事実の陳述と判決を受けるべき事項の申立がなされ、これに対して被告から答弁がなされる。証拠調べについては、当事者双方から証拠の申立もできるが、その他に公訴について取り調べた証拠は私訴についても取り調べたものと見なされる（大正11年刑訴法586条）。従って、検察官の収集した証拠や予審において取り調べられた証拠が私訴においても使えることになる。この点が私訴の大きな利点である。

被告人側については公訴の弁護人が私訴の代理人としても訴訟行為をすることになるが、原告側についても訴訟行為自体は検察官ではなく、当事者ないしその代理人が行うようである。そして、検察官は必ずしも私訴の審判に立ち会う必要がないが、立ち会った場合には、当事者の答弁の終わった後意見を陳述することができる（大正11年刑訴法588条）。

私訴の判決は、公訴の判決と同時にするのが原則である（大正11年刑訴法592条）。私訴の判決を出すのに時間がかかる場合には、私訴は却下される（大正11年刑訴法589条）。問題は、裁判所が公訴について無罪の判決を出す場合である。明治23年の刑事訴訟法5条は、「被告人免訴又ハ無罪ノ言渡ヲ受ケタリト雖モ民法ニ從ヒ被害者ヨリ賠償、返還ヲ要ムル妨碍ト為ルコトナカル可シ」と規定する。その意味は必ずしも明瞭でないが、その中心的な意味は、犯罪が不成立となっても民法上の不法行為が成立する可能性はあるので、そのことは排除されないという意味であろう。問題はその手続的な意味である。規定からは明確ではないが、公訴について無罪の判決する場合に、その同じ裁判所で附帯私訴については実体的な判断（本案の判断）を

することができるという趣旨なのか、別途民事裁判で審理をしてもらうことができるという意味なのか。この点、大正11年の刑事訴訟法590条1項では、「公訴ニ付無罪、免訴又ハ公訴棄却ノ判決アリタルトキハ判決ヲ以テ私訴ヲ却下スベシ」と規定されている<sup>39)</sup>（従って、再度民事裁判を提起する）。しかし、明治23年の刑事訴訟法5条のもとでは、公訴について無罪の判決がなされても、同じ裁判所で附帯私訴についても判決することができると解されていたようである。現に、雲右衛門事件の上告審は、著作権法違反事件については被告人全員を無罪とし、附帯私訴については却下ではなく「請求を棄却」している。

明治23年の刑事訴訟法5条を以上のように理解すると、理論的には、刑事裁判については無罪とし、附帯私訴については請求を認容するという可能性もあったことになる。しかし、これはあくまで理論的な可能性であって、実際には公訴の判決において認めた事実に基づいて犯罪（著作権法違反）を無罪としつつ、その同じ事実に基づいて附帯私訴の損害賠償請求については不法行為が成立すると判断することは困難であったであろう。とりわけ、その不法行為を著作権侵害に求めるとなると、刑事と私訴（民事）で著作権侵害の有無について判断を別々にすることになり、これは難しかったであろう。仮に、附帯私訴を用いずに、民事裁判で純粹に不法行為の事件として訴えたならば、あるいは著作権侵害についても、単に民事の不法行為の問題に限定されるので、より柔軟な判断（拡張的な解釈）がなされた可能性もないではない。しかし、附帯私訴を用いた結果、裁判官としては、事実上、刑事裁判の判断との連動を強く意識せざるをえなくなったと思われる。不法行為の成立を柔軟に判断するために著作権侵害の判断を柔軟にする（拡張的に解釈）と、事実上連動している刑事事件としての著作権法違反の判断も拡張的に認めることになってしまう。しかし、これは刑事における厳格な罪刑法定主義の考え方からしてできないことである。このような刑事と民事の判断の関連、特に附帯私訴からくる両者の連動というものが、雲右衛門事件においても影

39) その理由については、小野・前掲書317頁。

響しなかったとはいき切れない。

雲右衛門事件における不法行為の成否判断との関係では、次の点にも注意する必要がある。それは、附帯私訴であるために、損害賠償請求の原因も著作権法違反に限定されたことである。民法の不法行為理論としては、営業権の侵害などを理由とする損害賠償もありえないではなかったが<sup>40)</sup>、附帯私訴が許されるのは「犯罪に因りて生じたる損害」の賠償請求であり(2条)、営業権の侵害を理由とした場合には、「犯罪」によるものとは言えなくなる可能性がある。附帯私訴の運用上、裁判実務では損害賠償請求と犯罪との関連性については柔軟な扱いがされていたようであるが<sup>41)</sup>、やはり限界があり、附帯私訴の原告も著作権侵害以外のことは主張していない。

## 5 その後

ヴェルダマンの損害賠償請求は敗訴に確定した。当時の不法行為理論が取引的・営業的利益を十分に保護するほど成熟していなかったことが根本の原因であるが、附帯私訴からくる制約も、自由に不法行為理論を展開するのを妨げていた。ただ、その後、三光堂の競争相手であったF.W・ホーンの日本蓄音器商会もその発売したレコードを複製業者に無断コピーされたため、これを相手に損害賠償等の民事訴訟を提起し、鳩山秀夫が展開していた「営業の人格権」侵害を理論的支柱としたが、これも大審院の認めるところとならなかった(大判大正7年9月18日)<sup>42)</sup>。そこで、レコード業界(原盤製造

40) 鳩山・前掲「意見書」参照。

41) 樺見・前掲論文161頁。

42) 民録24輯1710頁。こちらは附帯私訴ではなく、純粹の民事裁判である。裁判長は、雲右衛門事件のときと同じ横田秀雄であった。判決の骨子は、演奏をコピーすることが著作権侵害とならない以上、レコード複製は営業自由の範囲内であって、営業権侵害とは言えない、というものである。「按スルニ蓄音器音譜ト雖モ其音譜ニ付著作権ヲ有スル著アルトキハ他人カ其音譜ヲ複写シテ之ヲ販売スルコトハ著作権者ノ権利ヲ侵害スルモノナレハ著作権者ハ其複写販売ノ停止ヲ求め且之ニ因リテ生シタル損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘキヤ論ヲ竣タス然レトモ何人ト雖法令ノ制限スル範囲内ニ於テハ他人ト同ノ営業ヲ為スコトハ各人ノ自由ニシテ之カ為メニ

の大手レコード会社)は、裁判で争うことを諦め、著作権法改正に向けて運動をしていくことになった<sup>43)</sup>。運動の甲斐があって、大正9年には著作権法改正が実現し、第1条に「演奏歌唱」の字句が加わった。また、32条の3「音ヲ器械的ニ複製スルノ用ニ供スル機器ニ他人ノ著作物ヲ写調スル者ハ偽作者ト看做ス」という規定が新設された。これによって、原曲の著作権とは別に、これを演奏する者の権利が著作権法で保護されることになった。

他方、不法行為理論に関しては、学説・判例とも権利概念を希薄化していく方向を進むことになった。前述した鳩山のほか、末川、我妻等の学説がこの方向を推し進めた<sup>44)</sup>。そして、判例においても、大正14年の大学湯事件(大判大正14年11月28日民集4巻670頁)は、権利侵害を厳格に考えることなく、「大学湯」を経営していた原告の営業的利益の違法な侵害によって不法行為が成立することを認めた。もっとも、取引・営業の場面で他人の経済的利益を侵害することがどこまで不法行為になるかという根本問題に関しては、意外と不法行為理論は発展しなかった。著作権法の改正を初め、不正競争防止法(旧法は昭和9年制定)やその他の特別法(商標法など)などによってかなり対処することができるようになったこと、「権利侵害から違法性」という不法行為理論の流れがかえって被侵害利益としての営業的利益の保護の必要性・その限界という問題から焦点をぼかしてしまったことなどがその原因であろう。しかし、あらためて雲右衛門事件を見直すことによって、同事件が不法行為に関するさまざまな重要問題を提起したことを再発見する

他人ノ営業ニ影響ヲ及ボシ商品ノ販路ニ減少ヲ来タサシメ因テ以テ他人ニ営業上ノ損失ヲ被ラシムルコトアルニ至ルモ是固ヨリ自由競争ノ結果ニ外ナラサレハ之ヲ以テ他人ノ権利ヲ侵害スルモノト云フヲ得ス」。なお、本判決については、松井正道の判例解説・著作権判例百選(別冊ジュリスト91号)168頁(1987年)がある。

43) 鳩山一郎提出「著作権法中改正法律案」。その委員会審議の状況は、蓄音器世界7巻10号35頁以下に掲載されている。なお、提出された法案では、レコード製作者も「著作物ト看做」し、保護することを内容としていたが、修正され、レコード製作者の保護は後退した。これらの問題については、半田正夫「蓄音機レコードに関する著作権法改正」著作権研究1号73頁以下(1962年)。

44) 末川博『権利侵害論』、我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』(新法学全集)(1939年)120頁以下。

桃中軒雲右衛門事件と明治・大正の不法行為理論

ことができるのではないだろうか。

