



Title	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
Author(s)	半田, 正夫; HANDA, Masao
Description	論説
Citation	北大法学論集, 18(1), 43-87
Issue Date	1967-09
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/27855">https://hdl.handle.net/2115/27855</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	18(1)_P43-87.pdf



# 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——

半田正夫

## 目次

はじめに

第一節 わが国における出版の法理

一 出版を目的とする著作物利用の方法

二 出版許諾契約と出版権設定契約

三 出版権

第二節 出版契約に関する調査とその結果

一 調査の方法および内容

二 調査の結果

第三節 調査結果に基づく法理の再構成

一 出版を目的とする法律的手段の簡素化

二 対抗要件としての登録制度の是非

三 一元的構成論との関係

一 機械技術とマスコミの急速な発展に伴い、著作物を利用するための契約——たとえば、出版契約、上演契約、放送契約、映画化契約など——は日常頻繁に締結され、その社会的重要度はますます大になろうとしている。だが、これらの契約の法理論的な検討はこれまであまり省みられることなく放置され、また組織的な調査、研究も従来全くなされていなかったといっても過言ではない。このことは、「著作権法の改正ならびに隣接権の創設に関し基礎となる重要事項」について諮問を受けていた著作権制度審議会が、去る昭和四一年七月、文部大臣に対してなした答申において、「現在の慣行も明確には把握しがたく、また将来の利用方法の発達についての予測も困難である」との理由をもって、出版契約を含む著作物利用契約全体の規定の整備を将来の課題としていることからも窺うことができる。<sup>(1)</sup>しかしながら、最近における国際的文化交流の活発化は著作物利用に関する涉外契約の著しい増加をもたらしている。いうまでもなく国際取引においては相手国の国内法規制ならびに取引慣習の不案内の故に往々にして紛争を生じがちである。かかる紛争の予防に対処し、もつて取引の円滑をはかるためには、あらかじめわが国における著作物利用契約の明確な内容をとらえ、これを確定しておく必要がある。わが国の著作物利用契約は、従来、伝統的に当事者間の道義的・人的信頼関係にのみ依存し、文書による契約はむろんのこと、起りうる紛争を法律的に解決するという態度にも乏しかったと一般に解されている。このような理解がはたして正鵠を射たものであったかどうかはしばらく措くとして、少くとも取引生活における各種の契約に比し遅れた領域にあったことだけは否めない事実であろう。だが、今後予想される締約量の増大は、いきおい契約内容の定型化を促進し、近代的契約関係の樹立への道程を歩ましめるに相違ない。したがって、現在の時点において取引慣行の実態を調査し、これと現行法とを対比して両者のギャ

ップをさぐり、その解決策を検討すると同時に、主要各国における著作物利用契約の実態を参照しつつ、最終的にはモデル・フォームを作成して個々の利用契約の典拠たらしめる作業に着手することの必要なことはいまさらいうに足らないものといえよう。

さらに右の作業の必要性は別の面からも基礎づけられる。著作物利用契約は著作権と不可分の関係にある。いわば著作物利用契約は著作権の動態的側面であり、著作権の主要な活動場面である。したがって、著作権を論ずる際には著作物利用契約を全く度外視するわけにはいかない。現在、わが国においては著作権法の改正が論議の対象となっており、この問題に対してわれわれは、現行法の改正にあたっては単に現行法上の欠陥を個々に補正するにとどまらず、より高い視野に立った著作権法体系の再構成を望むものであるが、すでに公表された著作権制度審議会の答申ならびに文部省文化局の作成になる試案<sup>(2)</sup>では著作物利用契約は全て除外して考えられている。だが、かかる態度を持続するかぎり改正法も当初に寄せられた期待を裏切って中途半端なものとなってしまっておそれがある。なぜなら、著作物利用契約の把え方如何によっては著作権に対する従来の考え方を変更せざるをえないという重大な結果を生じる場合もなしとしないからである。したがって、まず取引慣行の実態を調査してその全貌を把握、これを考慮に入れながら著作権法体系の構成をはかるといふ慎重な立法態度こそ現在わが国のとるべき唯一の途ではないかと考える。

二 筆者は、かつて「著作権の一元的構成について」と題する論稿<sup>(3)</sup>において著作権の統一的理解を試み、その際、著作物利用契約にも言及したが、この契約の著作権に及ぼす影響の大きさを十分に認識することなく、しかもまたこの契約の実態を知ることもないまま筆者なりの著作権理論の枠の中へ組み入れてしまったため、脱稿直後よりその不完全さを痛感し、折をみてこの点を検討してみようと考えていた。さいわい今回、筆者の「著作物利用契約の研究」に対して、昭和四一年度文部省科学研究費補助金（各個研究）が交付されたので、これを機にこの研究に着手するこ

説

とにした。この研究の当面の目標は、著作物利用契約の実態を調査して取引の慣行を知ると同時に、実務上の問題点をさぐり、これに理論的な解明を与え、筆者の著作権に関する基本的見解がはたして維持できるかどうかを考察する点に主眼をおいているが、将来はこの結果を手がかりとして各種著作物利用契約のモデル・フォームを作成し、さらには著作権法改正のための提言を試みることを最終の目的としている。

論

三 しかしながら、著作物利用契約すべてを同時に手がけることは、時間的にも、また能力の上からも不可能に近い。そこで比較的実態のつかみやすい出版契約をまずとりあげ、右の一連の作業を試みることを当面の課題としたいと考えている。本稿は、この研究の一環としてわが国の代表的出版社二八〇社を対象に行なった実態調査の結果を報告することをその主たる内容とし、あわせて出版の法理の素描を行なって、今後における筆者の出版契約に関する研究の序章としようと思図するものである。<sup>(1)</sup>

本稿は次のような構成をとる。(イ)まず、第一節においては、従来のわが国における通説的な現行著作権法の解釈理論と民法理論にしたがって、出版の法理を描出する。出版法理のすべての点について網羅的に説明するのが本稿の目的ではないから、重要項目を重点的に述べることにする。(ロ)続いて、第二節においては、今回実施した出版契約に関する調査に関し、その方法、内容および結果について述べ、(イ)とのギャップを指摘すると同時に問題点を明らかにする。(ハ)最後に、第三節においては、(イ)(ロ)の結果をもととして、従来の出版法理に改めるべき点があるかどうか、あるとすればいかなる点をどのように変えたらよいか、そしてそれは筆者の基本的見解とどう関連するか、について、出版者のとりうる法律的手段に問題を限定して考察し、将来の方向を展望することとした。<sup>(2)</sup>

(1) 昭和三十七年五月一六日、文部大臣から著作権法の改正ならびに実演家、レコード製作者および放送事業者の保護の制度（いわゆる隣接権制度）に関し基礎となる重要事項について諮問を受けた著作権制度審議会は、問題に応じて第一小委員会から第五小委員

会までの五つの小委員会を設け、各小委員会の審議事項を定めた。小委員会は、各審議事項について関係各方面の意見を聴き、各国の立法例を検討し、また必要に応じて参考人を招くなどして審議を重ね、昭和三八年一月四日中間報告を公表した。そして、さらにこれに対する各方面からの意見をも参考に審議を続行し、その結果を昭和四〇年五月二一日各小委員会審議結果報告として総会に提出した。これらの各小委員会の審議結果報告を基礎とした総会における答申案の検討に先立って、残された問題点の検討、各小委員会の結論の調整等が、会長、主査連絡会において予備的に審議され、さらに、特定の問題点の検討のために四つの専門委員会が設けられ、また会長、主査会議の示唆により、いくつかの問題点については関係小委員会において再審議が行なわれた。総会は、各小委員会審議結果報告およびこれに対して関係団体から提出された多数の意見ならびにこれらの会長、主査連絡会議審議結果報告、各専門委員会審議結果報告および各小委員会再審議結果報告について総合的に検討し、昭和四一年四月二〇日、その審議結果をとりまとめ文部大臣に答申している。

答申説明書では、著作物利用契約に関し次のように述べている。まず、出版契約については、出版権設定制度の維持を主張した後「以上のような出版権設定の制度とは別に、わが国における出版慣行のあり方にかんがみ、出版契約に関し詳細な規定を設けることが問題となりうるが、出版権設定に関する規定とともに出版契約に関する規定を併列的に設けることは、規定の態様としても適当ではなく、また出版契約の内容について詳細に規定するためには、むしろ著作権法とは別個の立法を考慮することがより適切であると考えられるところから、出版契約に関する規定の整備の問題は、出版契約法の制定の問題をも含めて、将来の課題とすることとした」と述べ、またその他の契約については、「放送、上演等、出版以外の著作物利用の分野においても、著作物利用に関する契約について規定を設けることが考えられるところではあるが、現在の慣行も明確には把握しがたく、また、将来の利用方法の発達についての予測も困難なところから、このことについても、あわせて将来の課題とした」と述べている。なお詳細については、文部省・著作権制度審議会審議記録(一)(昭和四一年一月)および同・著作権制度審議会答申説明書(昭和四一年七月)を参照されたい。

(2) この試案の正式の名称は、「著作権及び隣接権に関する法律草案(文部省文化局試案)」といい、昭和四一年一〇月に公表されている。

(3) 北大法学論集一五巻一号〜四号および一六巻一号に掲載されている。

(4) 出版契約に関する論稿は少ない。主なものをあげれば、東季彦・「出版契約の意義及び性質」勝本還曆記念、現代私法の諸

問題(下)所収、同・「出版権論」日大創立七〇年記念論文集2、同・「出版権の法」綜法五卷一二号、阿部浩二・「出版契約」契約法大系VI所収、伊藤信男・「著作権に関する当面の問題―出版権法制定と登録庁設置の要望について」日法一二卷九〇一―一〇号、勝本正晃・「著作権、出版権を目的とする質権の設定」法曹二卷一一号および現代文化と著作権所収、佐々木惣一・「出版と著作」京法三卷四号五号、末弘巖太郎・「著作権と出版権」法時五卷九号、末川博・「出版契約論」論叢六卷二号六号、民法に於ける特殊問題の研究第二卷所収、同・「出版契約の理論と実際」法時五卷九号、谷口知平・「出版契約」民事法學辭典(上)、布川角左衛門・出版権・出版契約・出版契約書の話(昭和三五年)、布川角左衛門・著作権・著作権・出版権問答(昭和四〇年)などのほか、拙稿・「著作権の法的構成と出版」ジュリ三二一九号がある。

(5) 本稿では、「出版者」「出版社」の二つの用語を使い分けている。「出版者」という場合は個人、会社を含めた一般的な敘述をする際に、また「出版社」という場合は出版会社を指す際に使用している。

## 第一節 わが国における出版の法理

### 一 出版を目的とする著作物利用の方法

#### (a) 種類とその性質上の差異

出版を目的として著作権者が出版者に著作物を利用させる場合の法律的手段として、従来わが国では次の四種類のもの認められている。それは、

- ① 著作権(著作財産権)の譲渡
- ② 有形的複製・頒布権の譲渡
- ③ 出版権の設定
- ④ 出版の許諾

である。このうち、①は著作権の全部譲渡であるのに対して、②は著作権の内容をなす多くの権能のうち有形的複製・頒布権（これを著作権の構成部分としての出版権と称する場合もあるが、出版権の設定によって出版者にはじめて生ずる出版権と区別するため、本稿では右の呼称を用いることとする）のみを譲渡するものであるから、両者は全部譲渡と一部譲渡の関係にある（著作権法二条）。いずれも譲渡された権利が終局的に出版者に帰属する点では同じである。ただ②の場合、その他の権能——たとえば、上演権、放送権、展示権、映画化権など——が著作権者に留保される点に相違があるにすぎない。③は制限物権の設定と同様、著作権者のもとに留保される著作権を基礎として出版者に出版権が生ずるものである（同法二八条の二）。①②とくに②との相違は、③の場合に出版者の取得した権利が設定期間の満了その他の事由によって消滅したとき、出版権は著作権者のもとに復帰し著作権はもとの円満な状態に戻る点にある。以上の①②③はともに物権的効力を有し、登録をもって對抗要件としていたる点においては一致している（同法一五条、二八条の一〇）。これに対し、④は出版許諾契約によって行なわれるが、これについては現行法上なんの規定もおかれていない。だがこの契約が債権契約であり、許諾が債権的効力しか生じえない点については争いが無いところである。

(b) 効力上の差異

前述した如く、①②③は登録を對抗要件とする。したがって、著作権者（A）と出版者（B）とが右のいずれかの契約をした後、Bが著作権、有形的複製・頒布権もしくは出版権（以下、これらを総称する場合は出版権等とよぶこととする）取得の登録を経由すれば、Bは、Aとの契約によって同一著作物について出版権等を取得したCに対して、自己の権利をもって対抗しうる。その結果、BはCに対して物上請求権類似の発行差止請求をなしうる（同法二九条、三六条、二八条の一一参照）<sup>1)</sup>ほか、既發行分については損害賠償を請求しうる（同法二九条）ことになる。ただ

説

Cが有形的複製・頒布権以外の権利——たとえば、上演権、放送権など——を取得したにすぎないときは、①の場合にかぎりBは自己の権利をもって対抗しうるが、②③の場合には対抗しえないのはいうまでもない。

論

では①②③の場合で登録をしないときはどうか。右の例でBが出版権等の登録をしないとき、BはCに対抗しえない。したがって、BはCに対して発行差止を請求したり、損害賠償を請求したりすることは許されない。だが、A B間においては出版権等はBに帰属しているから、このBの出版権等をAが違法に侵害したことを理由に、Aに対して不法行為に基づく損害賠償請求をなしうるし、またAが出版に関する独占的権利をBに与えるという債務不履行を理由に損害賠償請求をなしうるにすぎないと解すべきであろう。ただし、Cが背信的悪意者の場合には、民法理論にしがたい、Bは登録なしでCに対抗しうるから、この場合は登録済の場合と同一に解して差支えないであろう。<sup>(2)</sup>

以上の場合とは異なり、④は債権的効力しか有しないのであるから、許諾を受けたBがCに対抗しえないのはいうまでもない。したがって、BはCの出版を甘受しなければならないのは当然であるが、一般に、Aの債務不履行を理由にAに対して損害賠償責任を追求することはできないものと解する。なぜなら、無体物としての著作物の性質上、これの利用は重複・併存することが可能であり、Cの出版によってBの出版が阻害されるわけではないからである（なお、許諾のなかには右に述べた一般的なもののほかに、とくに排他性の特約がなされる場合がある。これについては二参照）。

無権限の第三者（D）が同一著作物を出版したときかどうか。これはBの取得した権利の対外的効力の問題である。これには、不法行為に基づく損害賠償請求をなしうるかという問題と、妨害排除請求をなしうるかという問題とがある。

まず前者についてみてみよう。①の場合に、Bが自己の取得した著作権侵害を理由として損害賠償を請求しうるこ

とは、著作権法二九条で明文をもって規定されているので問題はない。②の場合も、明文はないが、Bの取得した有形的複製・頒布権は著作権の一部をなすものであるから、同条の適用を認めても差支えないものと解する。③の場合については、同法二八条の一で二九条が準用されているから、この場合も不法行為の成立しうることはいうまでもない。なお、加害者Dは登録の欠缺を主張するにつき正当な利益を有する第三者に該当しないから、以上のすべての場合において登録の有無は関係ないものと解すべきである。問題は④の場合である。この場合にBの取得した権利は債権にすぎないから、債権侵害による不法行為の成立に関する一般法理によって解決しなければならない。<sup>3)</sup>だがすでに述べたように、著作物は無体物であるから、これの利用が同時に重複し併存することは性質上許されるべきものである。とすれば、著作物の利用を内容とするBの権利も、おのずから第三者（有権限であると、無権限であるとを問わない）による利用を認容した権利として理解しなければならぬ。Bの権利をこのような性質の権利ととらえると、Dの加害行為によって債権の帰属自体が侵害されるということはあるし、債権の目的たる給付自体が侵害されるということもないといつてよいだろう。この点を強調すれば、Dの加害行為には違法性がないとみることも可能である。しかしながら、Dの行為は著作権法上「偽作」に該当し（同法二九条）、これは刑罰規定の適用を受ける行為であるから（同法三七条）、たとい被侵害利益が僅少であっても、加害行為が刑罰法規違反の行為であるというただそれだけの事由で、違法性ありと認めて然るべきものと思われる。したがってこの場合も、その他の要件をみたすかぎり不法行為に基づく損害賠償請求は可能であると解する。

つづいて後者についてみてみよう。前述した如く、①②③は物権的効力を有し、準物権的性質を有するものと解されるから、これらの場合に妨害排除請求権ありと認めても差支えないものと思われる。したがって、Dが登録をうけた場合にこれを抹消せしめ、不適法な頒布を停止せしめ、またはすでに頒布したものを回収せしめること、などはす

説  
べて可能と解される。だが④については、この場合のBの権利は債権にすぎないから、民法上の通説・判例によれば  
おそらくB自身の権利に基づく妨害排除請求は否定され、Bの救済はせいぜい著作権者Aの有する請求権の代位行使  
という迂遠な方法による以外にはないということになる<sup>4)</sup>。

論  
(c) 契約内容不明の場合

以上のように四種類の著作物利用の法律的手段には多くの点でそれぞれ差異がみられる。具体的な契約の際、この  
差異が当事者に明瞭に意識されて、そのいずれかの選択が明示の意思表示でなされている場合は格別問題はない。だ  
が、なかにはどれを選択したのか明らかでない場合も少なくないものと思われる。かかる場合の判定基準は、当該契  
約の目的とか取引慣行に求めなければならないのももちろんであるが、なかでも報酬の種類如何がメルクマールとし  
てのひとつの役割をはたすものと思われる。報酬の種類としては、原稿用紙の枚数で計算される原稿料と、定価の百  
分比による印税とがあるが、このうち前者は一回払いで買切制が原則であるところから、この場合には①または②の  
契約がなされたものと推定することが可能である。そして①と②の間では、当該契約が出版を目的としてなされるも  
のであるが故に、これによって生ずる権利の譲渡もこの目的に適う最小限度の権利の譲渡であると解するのが妥当で  
あるから、①よりもむしろ②の一部譲渡がなされたものと推定すべきであろう。また報酬の支払が印税の方法による  
とりきめがある場合は、一般に③または④の契約がなされたものと解するのが実情に沿っているように思われる。③  
と④の間では、右の場合と同様に最小限度の権能を出版者に与えるものと解するのが当事者の意思に合致した妥当な  
考え方であると思われるから、④の出版の許諾がなされたものと推定すべきであろう。もっともこれはいちおうのメ  
ルクマールにすぎず、これと異なる慣習があればそれによることはいうまでもない。とくに出版が無報酬の場合にお  
いては、右の基準によりえない。このような場合には、著作権者の保護を第一義とする著作権法の基本理念にしたが

い著作権者の一番有利な方法、すなわち④の出版の許諾がなされたものと解すべきである。

## 二 出版許諾契約と出版権設定契約

広義の出版契約には出版許諾契約（狭義の出版契約）と出版権設定契約とが含まれる。以下、順次にそれぞれの特質を簡単に述べ、最後に両者の関係についてみてみたい。

### (a) 出版許諾契約

出版許諾契約とは、当事者の一方（著作権者）が相手方（出版者）に、著作権の内在する著作物の利用を為さしめることを約し、相手方が自己の計算において、著作物を複製しそれを発売・頒布することを約するに因って成立する諾成不要式の契約をいうものと解されている。<sup>5)</sup>

わが現行法は、出版許諾契約に関し、何らの規定をもおいていない。したがってその内容をいかに定めるかは当事者の自由であるが、出版許諾契約というためには、少くとも著作権者は出版者に対して著作物を利用せしめ、出版者は自己の計算においてそれを複製・頒布する義務を負うものであることを必要とする。この両当事者の本質的義務を中心にして、そこから種々の派生的な諸義務が生じてくるのであるが一般的にみて、著作権者の義務は、原稿提供の義務および出版認容の義務に総括されるのに対し、出版者の義務は、著作物の複製・頒布の義務、著作物の内容不変更の義務および報酬支払義務を主とし、その他特約によって種々の義務が附加される場合が多い。

出版許諾契約によって出版者は複製・頒布権を取得するが、それは性質上債権であるから著作権者を拘束する力しかもちえないのは当然である。だが著作権者に対する拘束力には強弱二種あり、それに伴い排他的出版許諾と排他性のない単純許諾の二種に分けることが可能である。前者は当事者間において出版者に出版の独占をなさしめる旨の特

約が存在する場合をいい、後者はこれのない場合をいう。両者の相違はとくに二重契約の場合に生じる。すなわち、前者では、著作権者に債務不履行責任を追求しうるのに対し、後者にはそれが無いという結果を生ずる（一(b)参照）。

(b) 出版権設定契約

出版権設定契約は出版権の設定を目的とする準物権契約をいう。この契約により出版者は排他的な出版権を取得する。出版者は設定行為の定めるところにより、著作物を原作のまま文書または図画として複製・頒布する権利を専有し（著作権法二八条の二本文）、その出版権は特約のないかぎり設定のときから三年間存続する（同法二八条の四）。設定期間が経過すれば、出版権は消滅し、著作権者の著作権は円満な状態に復帰する。

出版権者は特約のないかぎり出版権設定後三月以内に出版する義務を負い（同法二八条の五第一項）、かつ継続出版の義務を負う（同法二八条の六第一項）。出版権者がこの義務に違反したときは著作権者は出版権の消滅を請求することができる（同法二八条の五第二項、二八条の六第二項）。

出版権の得喪変更および質入を第三者に対抗するためには登録を必要とする（同法二八条の一〇）。この点についてはすでに述べたとおりである。

(c) 両者の関係

出版許諾契約と出版権設定契約とは、前者が債権契約であり、後者が準物権契約であるから、両者の間に架橋の余地はないといちおうはいえる。だが、出版許諾契約については現行法上なんの規定もなく、したがってその内容は当事者が自由に定めることのできるものであるから、出版権設定契約とほぼ同内容のとりきめをする場合も決してなしとしない。出版許諾契約も出版権設定契約もいづれも出版を媒介とする著作権者と出版者との関係である点では共通であって、両者の本質的な相違は、前者が債権的効力のみを生ぜしめるにに対し、後者は準物権的性質をもつ出版権を

出版者に取得せしめる点にあるにすぎない。したがって出版権の取得の有無から生ずる両者の違いを除けば著作権法二八条の二以下の出版権に関する規定を出版許諾契約に類推適用することは可能であると解される。たとえば、三月以内の出版義務（同法二八条の五第一項）とか継続出版の義務（同法二八条の六第一項）などはその典型である。<sup>(8)</sup>

したがって、両者の区別は契約書のタイトルだけによって決定することは許されない。「出版権設定契約書」と銘打っていても、契約の全趣旨から著作権者が他の出版者に対しても許諾しうる場合は、これを出版権設定契約と解することはできないし、また「出版契約書」あるいは「出版許諾契約書」と銘打っていても、出版者に出版権を設定する趣旨がその契約内容から明らかである場合には、これを出版許諾契約と解すべきではない。問題なのは契約書中に「著作権者は他の出版者に同一著作物を使用させてはならない」とか、あるいは「著作権者は出版者に対し独占的に出版することを許諾する」旨の文言を使用している場合に、この契約を出版権設定契約と解することができるかどうかである。これらの文言はいずれも著作権者の不作為義務を定めたものであって、物権的効力を生ずる出版権の設定とは異なるから、出版許諾契約と解すべきである。ただかかる特約は著作権者を強く拘束するものであるから、さきに述べた排他的出版許諾契約がなされたものとみるべきであらう。<sup>(9)</sup>

### 三 出版権

#### (a) 出版権の特質

出版権設定契約によって出版者に設定せられた権利を出版権という。出版権は出版者に対して契約によって定められた範囲内で出版の目的のために著作物の直接的支配を許す権利であるから準物権的権利であり、著作権者およびその権利承継人は出版者による著作物の利用を認容しなければならない義務を負うものである。ただし、出版者による

説 著作物の直接的排他的支配は、出版の目的でかつ設定行為で定められた範囲内に限られるから、それ以外の著作物利

用権が著作権者に留保されるのもちろんである。

論

出版権は本来、著作権の存在を基礎とし、この上に成立している権利であるから、著作権の消滅後に存続することはできないはずであるが、たとえば、著作権者が死亡したがその相続人が不存在であるなどの事由により、著作権の保護期間の経過以前に著作権が消滅した場合において、かかる出版者の予期せざる事由によって出版権が消滅するとすれば出版者の地位はかなり不安定なものとなるから、著作権の存否とは無関係になお独自に存続しうる権利と解さなければならぬ。<sup>(9)</sup>

また出版権は著作権の母権 (Mutterrecht) たる地位に対して派生権 (Tochterrecht) としての地位を有するにとどまり、出版権設定後といえども著作者との関係は断ち切れないのであるから出版権の行使にあたっては著作者の意思に反することはできない (この点については後掲(b)参照)。出版権が設定期間の満了その他の事由によって消滅するときは、出版権は著作権者のもとに復帰して著作権に吸収され、著作権は従前の円満な状態に戻る。

#### (b) 出版権の効力

出版権は出版の目的のための著作物の排他的支配権であるから、出版権者が複製物を独占的に発行、頒布する権利を有することはいうまでもない。だがかかる本体的な効力とは別に、一箇の財産権として、譲渡、質入あるいは許諾をなすことができる。

出版権の譲渡とは出版権者としての法律上の地位を第三者に移転することである。たとえばAからBが出版権の設定を受けている場合に、その出版権をCに譲渡すればCはA B間に生じていた一切の権利義務を承継し、Bはその契約から脱退して、従前の契約がA C間に継続することになるのである。出版権は固有な内容をもった権利であるから

本来任意に譲渡しうるはずであるが、著作者は彼の著作物に完全性が維持されることについて利益を有しており、そのため出版者を選択する場合にその著作物を正当に評価しうるような信頼できる者を選び、これに出版権を設定するものであるから、かかる出版権の譲渡に際しては著作者の意向を無視するわけにはいかない。したがって出版権の譲渡には著作者の同意を必要としなければならない(同法二八条の九)。出版権の質入についても同様である。<sup>10)</sup>

出版権者は出版権に基づき他の出版者に出版の許諾を与えることができる。この出版の許諾は、著作者が著作権に基づいてする出版の許諾の場合と同様、排他的許諾と排他性のない單純許諾とに分けることができるが、いずれの場合も、著作者の同意を必要とすると解すべきである。なおこの許諾は出版権に基づいてなされるものであるから、出版権が消滅した場合は、存続の根拠を失い効力を失うと解すべきであろう。

- (1) 同旨・勝本正晃・日本著作権法(昭和二三年)一九一頁以下。
- (2) 不動産の二重譲渡における背信的悪意者排除説はとりわけ、舟橋諄一・物権法(昭和三五年)一八二頁、川島武宜・民法I(昭和三五年)一七〇頁、川井健・「不動産の二重売買における公序良俗と信義則」判夕一二七号、広中俊雄・「對抗要件は悪意の第三者に対しても必要か」民法の基礎知識所収などによって展開され、通説たる地位を確保しつつある。なお筆者はこれに異を唱え、悪意者排除説を主張していることについては、拙稿・「不動産の二重譲渡へのひとつのアプローチ」北法一六卷四号参照。
- (3) 第三者の債権侵害による不法行為の成立については、我妻栄・新訂債権総論(民法講義IV)(昭和三九年)に詳細である。
- (4) 第三者の債権侵害に基づく妨害排除請求については、好美清光・「債権に基づく妨害排除についての考察」一橋大学法学研究2に詳細である。
- (5) 末川・「出版契約論(一)」論叢六卷六号二頁、東・「出版契約の意義及び性質」勝本還暦記念・現代私法の諸問題(下)六〇三頁、阿部・「出版契約」契約法大系VI八〇頁。
- (6) 同旨・阿部・前掲八九頁。
- (7) 同旨・城戸芳彦・著作権法研究(昭和一八年)二〇〇頁。
- (8) 同旨・蓼優美・条解著作権(昭和三六年)二二二頁。

(9) 同旨・阿部・前掲九七頁以下。

(10) 出版権の質入については、勝本・「著作権・出版権を目的とする質権の設定」法曹二卷一―号（『現代文化と著作権』所収）参照。

## 第二節 出版契約に関する調査とその結果

### 一 調査の方法および内容

以上述べた、わが国における出版契約および出版権の法理がはたして現実に密着したものであるのかについて、筆者はかねてから関心をもっていたが、今回はからずもその機会を得て実態調査に踏み切るにいたった。

調査方法としては、まず調査票を作成、これをわが国の代表的出版社二八〇社（昭和四一年度版文芸年鑑所収の全出版社二七二社と、これ以外の出版社のうち、社会科学専門の出版社八社を加えた<sup>1)</sup>）に送付して回答を求めると同時に、会社独自で出版契約書を作成、使用している場合にはその雛形の寄贈を願うものであった。参考に供するため以下にその全文を掲げる。

#### 出版契約に関する調査についてのお願い

わたくしは、かねてより著作権法の理論的体系樹立のため研究を重ねてまいりましたが、このたび昭和四一年度文部省科学研究費の交付を受け、出版契約の理論的かつ実証的研究を行なうこととなりました。そして、この研究の一環として、出版契約に関する実態調査を試みることとなりましたので、御多忙中恐縮には存じますが、学問的には不毛なこの分野の開拓のため、なにとぞ御協力を賜わりますようお願い申し上げます。

#### 調査目的

- 1 出版契約に関する実務上の問題点をさぐり、これに理論的な解明を与えるため
- 2 出版契約の実態と現行著作権法の諸規定とのギャップをさぐり、その解決策を検討するため

- 3 主要各国における出版契約の実態との比較検討のため
- 4 最終的には、出版契約のモデル・フォームの作成と、著作権法改正のための提案資料作成のため

調査要領

- 1 貴社が使用している出版契約書の雛形を、ぜひ一部御寄贈下さい。
- 2 次頁以降の調査票に御記入のうえ(該当個所にマル印をおつけ下さい)お送り下さい。
- 3 出版契約に関して貴社が現に経験し、実務上問題となつた点があれば、御面倒でもその内容をお知らせ下さい。
- 4 調査票ならびに契約書は、集計の都合上恐れいりますが二月三十一日(昭和四一年)までお送り下さるようお願い致します。

約束事項

- 1 この調査は、純粋に学問的研究のためのみ行なうものでありますから、調査結果を上記の目的以外に利用したり、あるいは社名を公表したりなどして、貴社に御迷惑のかかることのないよう配慮することをお約束します。
- 2 調査に御協力いただきました際には、後日、研究の結果を御報告してお礼に代えさせていただきます。

調査票

- 問1 貴社は、著作者と出版契約を締結するに際して、次の契約書のいずれを使用していますか。

- イ 日本書籍出版協会作成のもの
- ロ 日本文芸家協会勧奨のもの
- ハ 会社独自のもの
- ニ その他( )
- ホ 出版契約書を使用していない

- 問2 貴社は、出版契約のほかに、出版を目的として、著作者との間で、著作権全部を譲受ける契約(著作権譲受契約)あるいは、出

版権を譲受ける契約(出版権譲受契約)を結んだことがありますか。

- イ 著作権譲受契約、出版権譲受契約いずれもある
- ロ 著作権譲受契約はあるが、出版権譲受契約はない
- ハ 著作権譲受契約はないが、出版権譲受契約はある

ニ  
いずれもない

問3 貴社使用の出版契約書には、出版権を設定する旨の文句が挿入されていますか(問1につきハまたはニにマル印をつけた場合だけお答え下さい)。

イ 挿入されている

ロ 挿入されていない

問4 貴社使用の出版契約書には「著作者は他の出版社に同一著作物を使用させてはならない」旨の文句が挿入されていますか(問1につきハまたはニにマル印をつけた場合だけお答え下さい)。

イ 挿入されている

ロ 挿入されていない

問5 貴社は出版権設定の登録をしたことがありますか。

イ ある

ロ ない

問6 貴社が出版権設定の登録をしないのは、次のどの理由によるのですか(問5につきロにマル印をつけた場合だけお答え下さい)。

イ 登録制度があるということを知らなかったから

ロ 登録は手数がかかり、面倒だから

ハ 登録の効力についてよくわからないから

ニ 登録をしても、しなくても、その効力について差異はないと考えられるから

ホ 登録をすると著作者を信用しないようで嫌だから

ヘ 今までの経験から、登録をしないことよって問題の生ずるおそれはないと考えられるから

ト 出版権設定契約をしたことがないから

チ その他( )

問7 貴社は、出版権の設定によつて著作者より取得した出版権を第三者に譲渡したことがありますか。  
イ ある

問8 貴社はその際、出版権譲渡の登録をしましたか（前問でイにマル印をつけた場合だけお答え下さい）。

イ ある

ロ ない

問9 貴社は、出版権の設定によつて著作者より取得した出版権に基づき、他社に出版の許諾を与えたことがありますか。

イ ある

ロ ない

問10 貴社は出版権を放棄したことがありますか。

イ ある

ロ ない

問11 貴社は出版権を買入したことがありますか。

イ ある

ロ ない

問12 出版契約に関して日頃解釈上疑義を感じておられる点など、もしありましたらお知らせ下さい。

「出版契約に関する調査」と銘打つ以上、質問事項をもっと増加し、出版契約全般についての調査を行なうべきであつたらう。だがそれにもかかわらず、右に掲げたように質問事項をわずか一二とし、しかもその主たる調査範囲を出版権に限定した理由は、まず第一に、質問事項を多くすることによって出版社の回答意欲を失なわせ、よつて回収率の低下を来たすことをおそれたためであり、第二に、今回の調査は枝葉末節の点にとらわれることなく純粹に出版法理のみの追求を目的とするものであり、それには出版権の検討からアプローチするのが最も適切であると考えたためである。

## 二 調査の結果

論　すでに述べたように、調査票はわが国の代表的出版社二八〇社に送付されたが、うち一通は受取人居所不明により返送されてきたため、実際に調査の対象となった出版社は二七九社であった。これらの出版社ははからずもその全部が筆者の居住する所から遠く隔たった地に所在するもので占められていたから、調査はすべて郵送に頼らざるをえず、かてて加えて、調査内容が各社の機密事項に触れると思われるもの若干を含んでいたため、回収率についてははじめからかなりの危惧をもっていたが、結果は予想に反して、調査票の回収されたもの一二〇通（これは全体の四三％にあたる）、また提供を受けた契約書の雛形二五通（これは会社独自に契約書を作成、使用しているとの回答を寄せた出版社三八社の六五・八％にあたる）という好成績を示した。このように、この種の調査としては異例ともいえる高い回収率をあげたことの背後には、日本書籍出版協会の布川角左衛門氏の並々ならぬ御配慮があったことを見逃がすわけにはいかないが、それと同時に、著作権法改正をめぐる論議のさかんな今日、この問題に対して出版社が深い関心をもっていることを示すものとして評価すべきであろう。布川氏はじめ出版社各位に対し誌上をかりて厚くお礼申し上げたい。

以下は、この調査の結果報告である。とはいえ、筆者の身辺多忙のため未だ完全な集計および分析をなすにいたっていない。多くの出版社から寄せられた意見とか疑問は未整理であるし、また提供を受けた各種の契約書の雛形は目下、検討中であるため、いずれもこの報告からは割愛せざるをえなかった。だがしかし、集計の終わった部分からすでに興味あるいくつかの点が指摘される。そこで不十分な分析を承知のうえ、あえて公表することにした。なお集計の結果はすべて昭和四一年一月三十一日現在のものであることを附言しておく。

(a) 使用の契約書

これまでに出版契約書のモデル・フォームとして公表されたものとしては次の三つがあげられる。その一は、著作権者側の団体と使用者側の諸団体とによって結成された日本著作権協議会の作成になるもの、その二は、出版社の団体としての日本書籍出版協会（以下、書協とよぶ）の作成になるもの、その三は、文芸作家の団体たる日本文芸家協会（以下、文協とよぶ）の作成になるもの、である。このうち著作権協議会作成のものは、その記載事項や約款が著作権関係の全般にわたっているため、やや複雑の憾があり、実際にはほとんど使用されていないといわれている<sup>(2)</sup>。そこで今回の調査においてはいちおうこれを除外し、他の二者、すなわち書協作成のものと文協作成のものが、それぞれの程度使用されているかについて、まず検討することにした（問1）。

調査結果を報告する前に、書協作成のものと文協作成のものとは具体的にどのような違いがあるかを明らかにすることが必要であろう。主な点を対比すれば次のようになる（以下で甲とは著作権者をさし、乙とは出版者をさすものとする）。

(i) 出版権の設定 書協の契約書は「甲は表記の条件ならびに本約款に基づき、本著作物の出版権を乙に設定する」(約款一条)と規定し、さらに「乙は第三者に対抗するため第一条の出版権の登録を行うことができる」(同三条)と規定する。これは、この約款による契約が出版権設定契約であることを示すものである。これに対し、文協の契約書は「甲は乙が本著作物を、この条項に従い、単行本として出版することを許す。乙がこの契約の条項に違反しない限り、甲はこの契約の有効期間中乙以外の者に、本著作物を単行本として出版することを許さない」(三条)と規定しているにすぎず、出版権の設定についてはなにも触れていない。これは、文協の契約書による契約が出版許諾契約であること、しかも前述の排他的許諾の特約が含まれているものであることを示すものである。

(ii) 出版者の権利の範囲 書協の契約書は「甲はこの契約の存続期間中に、本著作物の全部または一部を第三者に転載もしくは出版させる場合、また、甲が本著作物を翻訳もしくはダイジェスト・演劇・映画・ラジオ放送・テレビ放送・録音・録画などの第二次著作物に自ら使用し、もしくは他人をして使用させる場合には、甲は乙の承諾を得なければならない」(八条一項)と規定する。これは著作権者の著作物利用について出版者が許諾権を有することを規定したものである。したがって、その前提として、この契約が出版者に出版権のみならず、それ以外のすべての利用権を与える趣旨のものだと解さなければならない。このような契約がはたして出版権設定契約とみることができ、るかは疑問の残るところであるが、それはともかく出版者に本来の目的たる出版の範囲をこえて大幅な権利の委譲を認めるものであるから、出版者の権利が非常に強いものとなっていることが明らかとなろう。これに対し、文協の契約書は「この契約に基づく乙の権利は、本著作物を単行本として複製し発行する範囲にとどまるものとする。従って乙は本著作物の使用及び利用に関し、前段に規定する権利のほか何等の権利を有しない」(一八条)と規定する。出版許諾契約としての本質上、出版者の権利を出版の目的に必要な範囲に限定する趣旨と解される。

(iii) 著作権者の義務 書協の契約書では、著作物の内容および校正が著作権者の責任とされている(四条一項)ほか、著作に要する費用の負担義務(五条本文)、全集その他の編集物への集録の際出版者の承諾を要する義務(九条一項)、著作権譲渡の際出版者の同意を要する義務(十一条)などが著作権者の義務とされているのに反し、文協の契約書では、本著作物が他人の著作権を侵害しないことの保証義務(一条)、同一または類似著作物発行の際出版者の同意を要する義務(一三条)などが著作権者の義務とされているにすぎない。

(iv) 出版者の義務 書協の契約書では、印税支払義務のほか、製作、販売、宣伝費用の負担義務(五条)、著作人格権の保護義務(六条)、出版権譲渡の際著作権者の同意を要する義務(十一条)および©記号表示義務(一〇条)

が出版者に課せられているにすぎないが、文協の契約書では、三カ月以内の発行義務（二条本文）、製造、発行費用の負担義務（四条）、検印を受ける義務（六条二項）、印税支払義務（七条）、寄贈に必要な書籍の割引義務（一一條）、出版権および紙型の譲渡・質入の際著作権者の同意を要する義務（一二条）、継続出版義務（一六条一項）、特価本販売禁止義務（二〇条）、©記号表示義務（二二条）、著作人格権保護義務（二二条）、原稿返還義務（二四条）などが出版者の義務とされている。

以上の対比からも明らかのように、書協作成の契約書は出版者に有利に、また文協作成の契約書は著作権者に有利に、それぞれその内容を定めている。これらの各団体がそれぞれの利益を代表する組織体であることを考えるならばこのような規定の仕方はむしろ当然のことといえよう。

それではこのようなモデル・フォームは実際にどの程度使用されているのであろうか。回収された調査票一二〇通の内訳は次のとおりである。

書協作成のものを使用している出版社	五一社（全体の四二・五％）
文協勧奨のものを使用している出版社	二社（一・六七％）
会社独自の契約書を作成、使用している出版社	三八社（三二・六七％）
その他	一四社（一二・六七％）
契約書を使用していない出版社	一〇社（八・三三％）
非該当（単行本の出版を取扱わない出版社）	四社
不回答	一社

なお、その他一四社の内訳は、著作権協議会作成の契約書を使用している出版社二社、書協の契約書を基礎として会社独自の契約書を作成、使用している出版社七社、他出版社のものを使用している出版社一社、出版物ごとに契約

説書を作成している出版社四社、であった。

以上の結果から次のことが判明する。

#### 論

1 契約書を使用している出版社は予想以上に多い。なんらかの形で契約書を使用しているものは一〇五社にのぼり、不使用一〇社に比較すると、全体の九一・三％に達する。出版契約が口頭契約でなされるという風評はもはや伝説にすぎないものといえようか。もっとも、このなかには、契約書を過去に一回しか使用していないという出版社も含めていたのであるから、これがそのまま契約の実数を反映していると解することはできない。したがって、極端な場合を想定してみると、調査では契約書使用の出版社が圧倒的多数であるにもかかわらず、個々の出版契約ではこの逆で、ほとんど利用されていないのが実態であるのかもしれない。今回の調査では、文書による契約の実数を技術的な理由でとらえることができなかったのは、はなはだ遺憾であった。だがこのような結果から次のことだけはいえるのである。すなわち、出版契約を締結する際に、もしも著作権者が契約書による契約を出版社に要求したならば、ほとんどの出版社がこれに応じうる態勢をすでに保持しているということである。

2 書協の契約書を使用している出版社は五一社、全体の四二・五％を占め、文協の契約書を使用している出版社を圧倒的に引きはなしている。そしてこれに、書協の契約書を基礎として会社独自の契約書を作成・使用している出版社を含めると五八社、四八・三％に達する。会社独自のものを作成・使用しているとの回答を寄せた出版社のなかにも、書協の契約書を基礎としているものが多いと考えられるから、これを含めるとおそらく全体の五〇％を優にこえるものと推測され、書協の影響力がいかに大きいかをあらためて思い知らされる。

3 意外なのは、著作権協議会作成の契約書を使用の出版社が二社もあったことである。この契約書の使用例はほとんどないといわれていただけに興味ある現象といえよう。

(b) 出版を目的として利用する契約

前述のように、出版を目的として著作者が出版者に著作物を利用させる場合の方法としては、著作権の譲渡、有形的複製・頒布権の譲渡、出版権の設定および出版の許諾の四種類がある。このうち後二者についてはのちに触れるとして、前二者、すなわち著作権の譲渡および有形的複製・頒布権の譲渡が実際にどの程度行なわれているかを検討しようとしたのが問2である。

著作権の内容の一部を構成する有形的複製・頒布権のことを、著作権者の出版権とよぶ場合があるが、本稿では出版権の設定によって出版者の取得する出版権と区別するため、あえて有形的複製・頒布権という呼称を用いている。だが一般には著作権者の有する出版権という呼称のほうがとおりよいのではないかと考え、調査においてはこれを使用した。したがって問2の「著作者との間の出版権譲受契約」とは、有形的複製・頒布権の譲受契約の意である。

この点に関する調査結果は次のとおりである。

著作権譲受契約、有形的複製・頒布権譲受契約いずれもありとするもの	一六社（一三・八％）
著作権譲受契約のみありとするもの	九社（七・八％）
有形的複製・頒布権譲受契約のみありとするもの	二二社（一九・一％）
いずれもないとするもの	五九社（五一・三％）
不回答	九社（七・八％）

これによると著作権者より著作権を譲り受けた経験のある出版社は二五社（全体の二二・六％）、また著作権の一部分たる有形的複製・頒布権だけを譲り受けた経験のある出版社は三八社（三二・九％）と、後者の方がやや上回っ

ている。これは出版社が出版の目的に必要な最小限度の権利を譲り受けることをもって満足し、それ以上の権利の取得を欲しない傾向にあることを示すものとして評価できるのではなからうか。また、著作権の全部譲渡および一部譲渡のいずれか一方、または双方を経験した出版社は、合せて四七社、全体の四〇・七%の高率に及んでいる。しかしながら、これらの出版社がはたして譲り受けた権利を第三者に対抗するために登録をすませているかどうかははなはだ疑問である。今回の調査ではこの点の調査にまで及びえなかったが、統計によれば、昭和三〇年から同三九年までの一〇年間における出版書籍総点数は二三三、八一〇<sup>3)</sup>であるのに対し、著作権譲渡登録数は三〇三<sup>4)</sup>と極端に少ない数字があらわれている。したがって、これらの出版社も登録しない場合が大部分ではなかったかと推測される。後述の出版権の設定の場合についてもいえることであるが、出版社は法律上かなり危険な立場におかれていると思わずにはいられない。

さらに右の調査では、一部譲渡であると全部譲渡であると問わず、とにかく著作権の譲渡を一度も経験したことがないという出版社が五九・三%を占めるという予想外の結果をえた。すでに述べたように、著作権者への報酬支払の方法として原稿買取の方式が採られている場合に、われわれは一般に著作権の譲渡があったものと推測する。ところが、かかる原稿買取の方式が実際にはかなり広く行なわれていると見受けられるにもかかわらず、このように著作権を譲り受けた経験なしと回答した出版社が全体の過半数を占めているという事実をいったいどのように解したらよいのであろうか。たんなる推測の域をでないが、次の二つが考えられよう。①原稿買取制と著作権譲渡とは互いに無関係であったとい原稿買取の方式を採用した場合でも、出版社としては著作権を取得したとの意識をもたないのが普通であること、②単行本の出版の場合には原稿買取の方式があまり行なわれていないことを示すものであること、である。このいずれであるかあるいはまたこれとは別の理由によるのか、今後さらに深い検討を必要としよう。

(C) 出版権設定契約

広義の出版契約には出版許諾契約（狭義の出版契約）と出版権設定契約とがあり、両者の相違は出版権設定の特約の有無如何にあると解されている。そして後者には登録の途がひらかれており、これを經由することによって前者にはない対抗力が附与され、両者の効力上の差異となつてあらわれている。もつとも、出版許諾契約の中には、出版権設定の特約ではないが「著作者は他の出版社に同一著作物を使用させてはならない」旨の文句を挿入し、排他的出版許諾の特約をする場合がある。かかる特約は出版権の設定の特約ではないが故に登録の途はない。したがって、登録済の出版権設定と排他的出版許諾とは大きな差異があるのはいうまでもない。だが、出版権設定の場合であっても、これを登録しないかぎり、排他的出版許諾と大差なくなることは注意を要するところである。

書協作成の契約書には、出版権設定の特約が明文をもつて規定されている、一方、文協作成の契約書にはこの規定はない。ただ排他的出版許諾の特約が規定されているにすぎない。それでは、これ以外の契約書を使用している出版社の現状はどうなのであるか。問3は、これらの出版社につき出版権設定契約の有無を問うものであり、また問4は排他的出版許諾の如何を調査するものである。

右の結果は表1（問3）、表2（問4）のとおりである。これで明らかのように、契約書中に出版権設定の特約に関する規定が挿入されているものは四〇社であるが、このほかにも書協作成の契約書にはすべてこの規定が含まれているので、これを合わせると、九一社、全体の七九・一％が出版権設定契約を締結していることになる。また、出版許諾契約において排他的許諾の特約をしている出版社は四〇社、これに文協作成の契約書を使用している出版社を含めると四二社、全体の三六・五％に達するという数字がでた。ただここで注意を要すべき点がひとつある。それは、問3と問4とが本来相容れない設問であるにもかかわらず、（筆者のねらいは、問3で、出版契約書に出版権設定の

特約に関する規定の挿入されていないと答えた出版社、つまり純然たる出版許諾契約だけしか締結しない出版社について、排他的許諾の特約の有無を問4でたづねようとするにあって、重複した回答がでてきたことである。両者の関係は表3のとおりである。

表 1

契約書の種類 出版権 設定の特約	会社 独自	そ の 他				計
		著 協	書 協 + 自	他版 出社	出 版 物 と	
挿入されている	29	2	7	1	1	40
挿入されていない	8	0	0	0	2	10
不 回 答	1	0	0	0	1	2
計	38	2	7	1	4	52

表 2

契約書の種類 排他的 出版許諾の特約	会社 独自	そ の 他				計
		著 協	書 協 + 自	他版 出社	出 版 物 と	
挿入されている	29	2	6	1	2	40
挿入されていない	9	0	1	0	2	12
計	38	2	7	1	4	52

会社独自：出版社独自に契約書を作成使用している出版社  
 著 協：著作権協議会作成の契約書を使用している出版社  
 書協+独自：書籍出版協会作成の契約書を基礎に会社独自の契約書を作成使用している出版社  
 他 出 版 社：他出版社が独自に作成使用している契約書を借用して使用している出版社  
 出版物ごと：出版物ごとに契約書を作成するがとくに契約書に定型のない出版社

表 3

	契約書の種類		会社 独自	そ の 他				計
	出版権 設定の特約	排他的許 諾の特約		著 協	書 協 + 自	他版 出社	出 版 物 と	
a	有	有	25	2	6	1	1	35
b	有	無	4	0	1	0	0	5
c	無	有	4	0	0	0	0	4
d	無	無	4	0	0	0	2	6
e	不 回 答	有	0	0	0	0	1	1
f	不 回 答	無	1	0	0	0	0	1
	計		38	2	7	1	4	52

表3の結果、まずb、c、dがそれぞれ出版権設定契約、排他性の特約のある出版許諾契約（排他的出版許諾契約）、排他性の特約のない出版許諾契約（単純出版許諾契約）を意味し、それぞれ数社づつあること、とくに単純出版許諾契約を締結している出版社が六社もあることが明らかとなった。著作権者の力が出版社のそれを上回るために個々の契約において出版社が単純許諾に甘んじなければならぬような場合がままあるであろうことは予測されるところであったが、一出版社の締結する契約がすべてこの単純許諾契約であるという事実の存在を知ったことは、今回の調査のひとつの収穫といわなければならないであろう。さらに興味のあるのはaである。aは、出版権設定契約と排他的出版許諾契約とが同一契約書中に併存することを認めるものである。しかしながら、出版権設定契約の存在する以上、排他的出版許諾の特約は不必要であるばかりでなく、後者は有形的複製・頒布権が——たといその内容が空虚であれ——著作権者に留保されていることを前提とするものであるから、これが出版社に帰属するとみる前者とは相容れないものといわなければならない。したがって両者の併存は論理的にありえないし、また認めるべきではないが、現にaをとる出版社が多いという事実を無視するわけにはいかない。この場合は次のように解すべきではなからうか。すなわち、「著作者は他の出版社に同一著作物を使用させてはならない」旨の排他的許諾の特約は、出版権の設定と全く同じ趣旨を同義反覆して意味を強めたにすぎず、この特約は一見、出版権設定契約と併存するようにみえるが、その実、後者に吸収されるものと把えるべきである、と。このように解するならばaは出版権設定契約を意味するにすぎないということになる。

以上の敘述にしたがい、各出版社の使用する出版契約の種類について再検討してみると、

出版権設定契約を結ぶ出版社（書協作成の契約書使用の出版社および、a、bを含めて）

九一社（七九・一％）

排他的出版許諾契約を結ぶ出版社（文協作成の契約書使用の出版社およびcを含めて）

六社（五・二％）

という結果をうる。

単純出版許諾契約を結ぶ出版社（dのみ）  
不明（契約書不使用の出版社およびe、fを含めて）

六社（五・二%）  
二社（一〇・五%）

表 4

出版権の登録経験	契約書の種類	書協	会社独自	その他			計
				著協	書協 + 独自	他版 + 出版社	
あ	る	7	6	0	0	0	13
な	い	43	23	2	7	1	77
不	明	1	0	0	0	0	1
計		51	29	2	7	1	91

それでは出版権設定契約を結ぶ出版社九一社のうち、はたしてどれだけ取得した出版権につき登録を行なっているであろうか。問5は出版権を登録したことのある出版社数を調査するものである。これについては表4に掲げる結果をえた。

昭和三〇年から同三九年までの一〇年間における出版書籍総数一三三三、八一〇、これに対し出版設定登録数一一三、という統計資料から、調査前すでに登録経験のある出版社が極端に少ないことが予想されていたのであるが、案に違わず、右の表で明らかのように一三社、出版権設定契約を結ぶ出版社の一四・三%にしかあたらないという数字がでた。

このように登録の事例が少ないのはいったいなにに原因するであろうか。問6はこの点についての調査を試みたものである。結果は次のとおりである（なお、二項目以上マル印をつけたものは、すべてを算入した）。

- イ 登録制度があるということ知らなかったから
- ロ 登録は手数がかかり、面倒だから
- ハ 登録の効力についてよくわからないから
- ニ 登録をしてもしなくても、その効力について差異はないと考えられるから
- ホ 登録をすると著作者を信用しないように嫌だから

- ヘ 今までの経験から、登録をしないことによつて問題の生ずるおそれはないと考えられるから 五一
- ト 出版権設定契約をしたことがないから 三
- チ その他 一
- 不明 二

この表から明らかのように、ヘをとるものが圧倒的多数を占め、続いてニ、ハの順になっている。すでに述べた如く登録の有無如何は効果の上に重要な差異をもたらすものである。すなわち、登録済みの出版権を有する出版社はその権利の排他性を第三者に対して主張することができ、他出版社による同一著作物の出版に対して発行差止請求ならびに損害賠償請求をなしうるのに対し、未登録の出版権を有する出版社はたんに著作権者に対して責任を追求しうるにすぎない。ニはこの点を全く誤解しているし、またヘをとるものが多いということは、著作権者によつて二重出版契約が締結されるおそれがないことを意味しているのかもしれないが、万が一かかる事態が生じ、法律上の紛争となつてきた場合、未登録の出版権者の勝つみこみはなく、危険な地位に常に立たされているといわなければならないだろう。この点、未登録出版社の注意を喚起したい。

(d) 出版権の効力

出版権は出版の目的のために著作物を直接支配する権利であるから準物権的権利の一種といわれる。この権利の最大の効力は登録をすることによつて、出版に関する排他的、独占的地位を確保できる点にある。だがそれ以外にもひとつの財産権として多くの利用の仕方がある。たとえば、これを第三者に譲渡または質入したり、あるいはこれを基礎として第三者に出版の許諾を与えるなど、である。問7から問11までは、取得した出版権を各出版社がどのように利用しているかを検討するものである。

まず出版権の譲渡についてであるが（問7）、出版権設定契約によって出版権を取得した出版社について、その経験の有無をたずねた結果、表5のような回答をえた。

表 5

出版権譲渡の経験	契約書類		その他				計
	書協	会社独自	著協	書協+独自	他版社	出版物ごと	
あ る	7	4	0	2	0	0	13
な い	39	25	2	5	1	1	73
不 回 答	5	0	0	0	0	0	5
計	51	29	2	7	1	1	91

この表に示されているように、出版権を譲渡した経験のある出版社は九一社のうちわずかに一三社で、一四・三％にすぎない。しかもこの一三社のなかで著作権者との出版権設定契約の際に出版権の登録をしたことのある出版社（問5参照）は書協作成の契約書を使用している二社のみで、その他の一一社はいずれも出版設定登録をしたことのない出版社である。設問の上でとくに問5と問7とに関連をもたせなかったため、両者の関係はかならずしもつまびらかでないが、それでも出版権譲渡の経験のある一三社のうち一一社までが設定登録していないことは、未登録のまま出版権がひとつの財産権として譲渡される例のあることを示しており、興味深い。

さて、それでは、出版権譲渡の経験ある出版社が、その譲渡の際、出版権譲渡の登録をしているであろうか。問8はこの点についてたずねたものである。右に述べたように、出版権譲渡経験のある一三の出版社のうち、一一社は設定登録をしておらず、したがってこれらの出版社が設定登録なしに譲渡登録だけをするという事は手続上不可能であると思われるので調査するまでもないといえるが、一応念のためこれらの出版社を含めた一三社全部について調べてみた。その結果は、いずれも未登録であった。出版権設定の際、登録をしたことのある二社も、出版権の譲渡の際には未登録であるということは、出版社の間に登録は無意味であるという考え方が

表 6

出版権に基づく許諾の経験	契約書の種類	書協	会社独自	その他			計	
				著協	書協+独自	他版、出版社		
あ	る	18	12	1	1	0	1	33
な	い	26	17	1	6	1	0	51
不	回	7	0	0	0	0	0	7
	答							
計		51	29	2	7	1	1	91

かなり根強く支配していることを示すものといえるのではないだろうか。  
 問9は一転して、出版権設定契約によって取得した出版権に基づき、出版社が他社に出版の許諾を与えたことがあるかどうかを検討するものである。結果は表6のとおりである。

これで明らかのように、取得した出版権に基づき第三者に出版の許諾を与えたことのある出版社は三三社で、出版権の譲渡の場合にくらべるとはるかに多く、著作権者と出版権設定契約を結ぶ全出版社の三六・三%にも達している。しかしながら、この中で出版権設定の際に登録したところのあるものは(問5参照)、書協作成の契約書使用の三社と、会社独自の契約書使用の二社、合計五社のみで、その他の二八社はいずれも未登録であった。このように、未登録の故に著作権者と有効な取引関係にたてる第三者に対抗しえないような、弱い効力しかもちえない出版権に基づいて他者に出版の許諾を与えているという事例の多いことは、出版権の譲渡の場合と同様に、少なくとも出版に関するかぎり、対抗要件としての登録制度がほとんどその機能を發揮していないことを示すものであろう。

出版権は設定期間の満了などのほか、放棄によっても消滅する。消滅した場合は、その著作物が公有 *gemeinfrei* となるのではなく、著作権者のもとに自動的に復帰し、著作権は再び円満な状態に戻ることになる。理論的にみればたしかに出版権の放棄はこのような性質のものとして理解しなければならないであろう。だが、はたして出版社がせっかく獲得した出版権を放棄するなどということが実際にあり

説  
 うるのだろうか、出版権設定契約を結ぶ出版社にこの点の回答を求めたのが問10である。結果は表7のとおりである。

論  
 このように予想に反して二七社、

表 7

契約書の種類 出版権放棄の経験	書協	会社独自	その他				計
			著協	書+自	他版 + 自 + 出社	出版 + 物 + と	
あ	16	6	0	5	0	0	27
な	31	23	2	2	1	1	60
不 回 答	4	0	0	0	0	0	4
計	51	29	2	7	1	1	91

全体の二九・七%が出版権放棄の経験があると回答している。放棄の理由については調査票にもりこまなかったために明らかでないが、あるいは市場性のない著作物に関し継続出版義務を負わなければならないことに（著作権法二八条の六）、出版社がたえられなくなる、などの事情がその理由のひとつとして数えあげることができるのではあるまいか。今後検討を要すべき問題のひとつであろう。

最後に、出版権の質入について調査を試みた。これは出版社およびその債権者が出版権をどの程度財産権の一種としてとらえているかを出版権の質入を通じて推測してみようとしたものである（問11）。だが結果はすべて質入の経験なしとでた。出版権の質入は登録を對抗要件としているが（同法二八条の一〇）、昭和三〇年度から同四一年度までの質権設定の登録数はわずか一件にすぎないから、右の調査結果と大体符合しているといえよう。このような結果から出版権の質入制度を不必要という結論をひきだすのは早計であろうが、對抗要件としての登録がこの場合にも機能していないことは明らかであるといえよう。

(1) 昭和四二年三月現在のわが国における出版者数は二、六七六であるが、このすべてについて調査することは不可能であるため、本文で述べたとおり、昭和四一年度版文芸年鑑所収の全出版社と、社会科学専門出版社八社をまじえ、合計二八〇社について調査を行なった。

出版の法理

- (2) 布川「出版権、出版契約、出版契約書の話」七一頁以下。
- (3) 出版書籍総点数は一九六七年度版出版年鑑により算出。
- (4) 著作権譲渡登録数は各年度の文部統計要覧により算出。
- (5) 出版権設定登録数は各年度の文部統計要覧により算出。
- (6) 著作権を目的とする質権の設定の場合に、著作権そのものについてまだ登録がなされていない場合でも、著作権の質入の登録は可能であると解する説がある(勝本「著作権・出版権を目的とする質権の設定」法曹昭和二五年一一号、現代文化と著作権所収)。この説によれば出版権の譲渡の場合も同様に解されるということになりそうであるが、設定登録を欠くことにより排他性の

資本金

50万以下	228
51～100万	230
101～200	222
201～300	129
301～400	59
401～500	79
501～1,000	119
1,001～2,000	62
2,001～3,000	16
3,001～4,000	13
4,001～5,000	14
5,001～1億	21
1億以上	27
不明	1,457
計	2,676

従業員数

10人以下	665
11～50人	561
51～100	89
101～200	63
201～1000	54
1000人以上	11
不明	1,233
計	2,676

(一九六七年度版出版年鑑一四七九頁による)

組織

株式	954
有限	99
合資	12
合名	6
社団	116
財団	94
宗教	11
学校	10
任意	125
個人	187
同人	58
特殊	14
会員制	2
その他	1
不明	987
計	2,676

なお、ちなみに昭和四二年三月現在におけるわが国の出版者の規模を表にすると次のようになる。

ない出版権を譲受けて譲渡登録をしても、譲受人が排他性ある出版権を取得するとは考えられないから、かかる登録は無意味だと思われる。譲受人が排他性ある出版権を取得したいと欲するのであれば、著作権者から直接設定を受けたという形で、いわば中間省略的な設定登録をすればたるといえよう。

### 第三節 調査結果に基づく法理の再構成

以上述べたことは調査のたんなる概括的な報告にとどまり、そのすべてを包含するものではない。今回の調査ではこのほかにも出版契約に関する実務上の問題点について各出版社の意見を求め、多くの示唆を受けたし、また異色ある契約書を多く集めることもできた。本来ならばこれらをすべて包括した綿密な分析を施さなければならなかったのであるが、これには多くの時間を費やすため本稿に間に合わせる事ができなかった。いずれ近いうちにこれらの点をも含めた研究の結果を公にしたい考えである。

しかしながら、このように不十分な分析を試みただけでも、従来の法理に反省をせまるいくつかの点を指摘することができるとは。それはとくに出版を目的とする法律的手段の種類とその内容について顕著である。本稿ではとりあえずこの点について検討してみよう。

#### 一 出版を目的とする法律的手段の簡素化

すでに第一節において、出版を目的とする著作物利用の法律的手段として現行法では著作権の譲渡、有形的複製・頒布権の譲渡、出版権の設定および出版の許諾の四種類が認められていること、そして出版の許諾は理論上、排他的許諾と排他性のない単純許諾とに分けうること、などについて考察した。ところが第二節における調査の結果、①著

作権の譲受よりも有形的複製・頒布権の譲受を経験した出版社が多いこと、②排他的出版契約はたんなる理論上だけのものではなく、実際上もかなり広く利用されていること、③出版権設定が未登録のまま放置され、対抗力を取得しないまま財産権として利用されていること、などの諸点が、右の法理に加味されるべきあらたな要素であることが明らかとなった。そこでいま一度出版を目的とする法律的手段について検討してみたい。

まず、著作権の譲渡と有形的複製・頒布権の譲渡との関係についてみてみよう。有形的複製・頒布権は著作権の内容の一部分をなすものであるから、両者は全部譲渡と一部譲渡の関係にあるといえる。だが現行法は著作物利用の法律的手段として両者を併列的に全く同格のものとして扱え、両者の主従関係を明らかにしていない。したがって、かりに、ある著作物利用の方法が譲渡と認められる場合であっても、それが著作権の譲渡なのか、あるいは有形的複製・頒布権の譲渡なのか不明である場合にそのいずれであるかを判定する法文上の根拠はない。ただ著作者の保護を第一義とする著作権法の根本理念より、解釈上、後者と推定すべきであると主張されるにとどまる。ところが①によれば、出版社は著作権の譲渡よりもむしろ有形的複製・頒布権の譲渡のほうをより多く経験している。一般に著作物を利用する際に広義の出版契約によらずに譲渡契約を結ぶ場合は、出版社の力が著作権者のそれを上回っているときに多くみられる現象であるが、このように出版社の力が強い場合は、譲渡契約のなかでも有形的複製・頒布権の譲渡契約よりもむしろ著作権の譲渡契約を結ぶ例が多く現われてきそうに思われるにもかかわらず、実際はこの逆となって現われてきているのは、出版社が出版の目的に最小限度に必要な権利の取得でもって満足する傾向にあるからであると理解すべきであろう。とすれば、出版法理においても著作権の譲渡と有形的複製・頒布権の譲渡とを併列的に扱えるのは妥当でなく、後者を原則とし、前者をその例外として扱えるべきものと思われる。しかも当事者の意思表示において「著作権」の譲渡なる旨が明示されている場合であっても、当事者の一方たる出版社が、契約締結の際

に、当該著作物を出版の目的以外にも使用する意思であることをとくに表示しないかぎり、「有形的複製・頒布権」の譲渡がなされたものと解すべきである。このように解するならば、著作権の譲渡は事実上ほとんど有形的複製・頒布権の譲渡に吸収されてしまうであろうが、一般の法意識において「著作権」と「有形的複製・頒布権」とが明瞭に区別されていない現状ではやむをえない、というよりはむしろ、妥当な構成であるというべきであろう。

次に、出版権の設定と排他的出版の許諾についてみてみよう。前者は登録を条件として対抗力を取得し、したがって物権的効力を有するのに対し、後者は債権的効力を有するにすぎないといわれる。だが前者は、登録しないかぎり独占的権利の取得を著作権者に対してのみ主張しうるにすぎないから、この点において後者との差異はなくなってしまうことになる。もっとも未登録の出版権設定と排他的出版の許諾とはすべての点について同一となるわけではなく、なお両者の間には微妙な差異があるのを見逃がすわけにはいかない。たとえば、(1)未登録の出版権を取得した出版者は、これと抵触する権利を取得した背信的悪意者に対して登録なしで自己の権利を主張しうるのに対し、排他的出版の許諾にはかかる効力はない、(2)著作権者による侵害行為は、前者では不法行為となるのに対し、後者では債務不履行となる、などである。このように両者の区別は理論上いちはおうは可能であるにせよ、前者に比し後者のほうが出版者にとって不利であるところから、実際には後者はほとんどその例がないものと筆者は考えていた。ところが②で示したようにこの実例の存在することが明らかになった以上、両者の区別は実際上もやはり重要といわざるをえない。しかしながら、調査結果から明らかなように、出版者のなかには同一契約書に出版権の設定と排他的許諾の特約とを併記しているものが多いこと、また排他的出版許諾契約を結びながら、出版権を取得したものと思ひこみ、出版権に関する設問に答えた出版社があったことなどから、両者の差異は出版社側において明瞭には意識されていないように見受けられる。このような出版法理に対する無知は出版社を危険な立場においているといえたいよう。だが、

もう少し深く考えてみれば、両者の差異は思ったほどには大きくないようである。なぜなら、前掲の(ロ)についてみれば、不法行為と債務不履行とは法律構成上大きな違いはあるが、よって生ずる損害賠償額にさほど大きい差が生ずるとは思われないし、また(イ)の点についても、出版権設定の場合に背信的悪意の立証ができれば、排他的出版の許諾との間に決定的な差異が生じえようが、背信的悪意の立証は非常に困難であるから、実際上は両者間に差はほとんどないといつてよい。とすれば、出版社の意識において両者を混同したとしても、それは決して誤りであるとはいいがたく、このさい、むしろ両者を統括した法律構成こそ望まれるところといえよう。

以上みてきたように、冒頭に掲げた出版を目的とする著作物利用の方法のうち、出版社側によって意識され利用されているのは、主として有形的複製・頒布権の譲渡、出版権の設定および排他性のない単純許諾の三種類であることが判明する。法律的手段の多様性はいたずらに紛糾を招くのみでその実益はないと考えられるから、かかる簡素化への傾斜はかえって望ましいものというべく、出版法理はそのために再構成しなおす必要があるといふべきであろう。しかしながら、未登録の出版権設定と排他的出版の許諾との統括が可能だとしても、登録済の出版権設定と排他的出版の許諾とを統括することは現行法の解釈上困難だといわなければならない。この点については項をあらためて次に検討してみよう。

## 二 対抗要件としての登録制度の是非

わが著作権法は、著作権または出版権の得喪変更および質入に関して登録を対抗要件としており（同法一五一条一項、二八条の一〇）、登録の有無如何がその効果の上に重大な差異を生ぜしめること既述のとおりである。したがって、法律的手段の簡素化の傾向は方向として望ましいとはいえず、その前面に立ちふさがって抑制している対抗要件としての登録制度の存在を無視するわけにはいかない。かかる制度が厳として存在する以上、出版法理の簡素化は単

説  
る夢想にすぎなくなってしまう。

論  
だが調査結果から明らかのように、かかる對抗要件としての登録制度は実際にはあまり利用されていない。登録を欠くことよってあまり不都合な事態が生じていないという事実（問6参照）が、登録回避にいつそのの拍車をかけているようである。そこで結果的にみれば、従来の法理如何にかかわらず、むしろ登録を回避することによって法律的手段の簡素化が事実上かなり自由に進んでいると、差支えないであろう。

このように一方では登録制度とそれに基づく法理が厳然としてそびえ、他方ではかかる法理をなせば無視した実務界の慣習が存在する場合に両者を融合させる策としては、関係者の法意識を高めて法理の周知徹底をはかり、よって現実を法理に接近せしめるよう努めるか、あるいはまた法理を現実<sup>1</sup>に妥協せしめ、現実に適合するように改めるか、のいずれかでしかない。このうち前者の途をとるのが本来の行き方であるかもしれないが、現行登録制度を顧みるとき、これはかえって関係者に過度な要求を強いることになるように思われる。それはたとえば、①わが国の對抗要件としての登録制度が著作権のほかには出版権についてのみ認められているにすぎず、出版権以外の著作物利用権——上演権、放送権、映画化権など——を設定登録して利用者に排他的独占的権利を確保せしめる方法が現行法上承認されていないこと、②著作物の同一性の識別、判定は困難であり、したがって著作物を特定して登録しても類似著作物に排他性を主張することができず、登録をしたことの意味が無に帰せられること、③諸外国の立法例をみても對抗要件としての登録制度を保持しているものはほとんどなく、比較法的にみてもすでに遅れた制度となっていること、<sup>(1)</sup>などで示されるように、現存の登録制度は制度的に完備しているものとはいいがたく、関係者を従わせるにはあまりに不十分きわまりないものだからである。

このように對抗要件としての登録制度が制度的にあるいは技術的にきわめて不十分なものである以上、これに基づ

く法理を強要してもそれは関係者を納得させるにたる説得力あるものとはなりがたい。したがってこの際思い切つてかかる登録制度の廃止に踏み切るべきではなからうか。むしろこの方が取引慣習にも合致するし、規定の上のアンバランスを消失させることにもなる。だが登録制度を廃止するには二つの前提条件がととのっていないなければならない。ひとつは、当事者間においていかなる権利が移転されたかを明確にしておく必要があることであり、他のひとつは登録に代わるべき第三者對抗要件が案出されるべきことである。しかしながらこの二条件の具備は現在においてもさして困難な問題ではない。まず当事者間の関係についてであるが、これは著作権者と出版者の契約の際に、帰属する権利の種類および範囲、さらには排他性の有無について明らかにされればよい。幸いなことに、調査結果で示されているように文書による契約が思いのほか多く行なわれており、またこれを使用していない場合においても、大多数の出版社がいつでも文書による契約の要請に応じうる態勢をとっているといえるのであるから（問1参照）、これを最大限に活用することでありたい。次に公示方法についてであるが、これについてはすでに他の立法例にもみられるように、複製物に出版者の取得した権利の内容を掲げることとし、しかもこれに排他的権利の取得の表示があるかぎり対抗力を有することにすれば、公示手段の技術的困難性を克服することができるのではあるまいか。

かようにして、もしも登録制度の廃止が実現されるならば、出版権の設定と排他的許諾とを融合する法律構成はよりいっそう可能となり、法律的手段の簡素化へのあい路はここに取除かれることになるものと思われる。

### 三 一元的構成論との関係

以上述べたことを要約すると次のようになる。出版を目的とする著作物利用の各種の法律的手段のうち、出版社側は主として、有形的複製・頒布権の譲渡、出版権の設定および単純許諾の三種を利用しうる手段として意識していること、未登録の出版権設定と排他的許諾とは性質上互いに相容れないにしても、効果の点においてはほぼ一致してい

説  
論

るところから、両者を統括した理論構成が望まれ、実務上は両者をほとんど同視して扱っていること、登録済の出版権設定と排他的許諾とは対抗力の有無の点で決定的な差異を生じているから、現行法上両者を同視することはできず、したがって法律的手段の簡素化といってもそれには限度があること、とはいえ対抗要件としての登録制度は現在ほとんどその機能を發揮していないばかりか、多くの不満な面を有するものであるから、将来の立法においてはこれを廃止すべきであり、よって法律的手段の簡素化の途を拓くべきこと、などである。

調査結果の分析を通じて得られた以上の推論は、出版法理の将来を卜するひとつの道標としての役割を果たすに相違ない。とくに締約量の増大に伴う契約の定型化現象が今後進めば進むほど、法律的手段の簡素化の傾向はさらによりそう促進されるものと思われる。だが、ここで注意を要するのは、これまでの考え方を変えないかぎり、同一の機能を営む有形的複製・頒布権の譲渡と出版権の設定との間によこたわる溝を解消することができず、簡素化の傾向もここで停止せざるをえないという点である。

両者の相違は次の点にあらわれている。第一に、有形的複製・頒布権の譲渡の場合、移転された権利は著作権者から完全に切り離されてしまうのであるから、譲受人たる出版者が取得した権利を放棄した場合とか出版者死亡の際における相続人不在の場合など、権利の消滅事由が発生した場合において、この権利が著作権者のもとに復帰することはありえず、公有となってしまうことになる。これに反し、出版権の設定の場合、出版社に設定されたこの権利は、設定期間の満了とか出版権の放棄など、権利の消滅事由が発生した場合には自動的に著作権者のもとに復帰し、著作権は円満な状態に回復する。したがって公有とはならない。第二に、有形的複製・頒布権の譲渡の場合、権利を取得した出版者はこの権利をさらに第三者に譲渡することができる。だがこの場合に著作権者の同意は必要でない。これに対し、出版権の設定の場合、出版者は設定によって取得した権利を譲渡することはできるが、この場合に著作

権者の同意を必要とする（同法二八条の九）。

このように両者の間にはかなりの差異がある。権利の「譲渡」の意味を、従来の見解が採っていたように、承継的移転、すなわち従来譲渡人に属していた権利が終局的に譲受人に移転することをいい、そのために譲渡人とその権利を結ぶ紐帯が完全に切断されて、爾後、譲渡人のその権利に対する容喙がいっさい許されなくなることをいうものと解するかぎり、両者の差異は抹消せられない。だが、右の二点についてさらに仔細に検討してみると、いづれの点においても有形的複製・頒布権の譲渡のほうに難点があるようである。すなわち、第一の点について考えてみると、出版者による権利の放棄とか相続人不在の場合の出版者の死亡などの著作者の予期しない事情によって出版の自由利用が許されるという、右の譲渡概念の論理的帰結は、著作権に保護期間を設け、その限度内で著作者に著作物の経済的利用を認めた法制度の趣旨がかかる偶然の事情によって破壊されることになって妥当ではないし、また第二の点についても、著作者の特定の出版者に対する個人的信頼関係が、著作者の同意を要することなく権利が譲渡されることによって破壊されることになり、これも妥当とはいえない。そこで有形的複製・頒布権の譲渡はできるかぎりその内容を出版権の設定に近づけ、その差を縮小あるいは消滅せしめるよう理論構成する必要があるというべきである。

筆者はさきに、著作者の権利には著作財産権——たとえば有形的複製・頒布権、上演権、放送権など著作物を経済的に利用する権利——と、著作人格権——たとえば公表権、著作物内容変更権、著作者たることを主張する権利など著作者の観念的利益に奉仕する権利——とがあり、両者は密接不可分の関係にあるから、著作権は両者を統括した単一の権利でなければならぬという見解（一元的構成論）を述べた。そしてさらに、著作者と著作物とを結ぶ観念的紐帯は切り離すことのできぬものであるから、著作人格権は常に著作者に留保されるものと解さなければならず、したがって著作権じたいの譲渡はむろんのこと、著作財産権の譲渡もまた著作人格権との不可分性により否定されなければ

ばならないこととなるが、それでは著作物を経済的に利用する方法が大幅に制限されることになって実状にそぐわない結果となる。そこでこのような一元的構成の理論的帰結として生じる著作財産権の不可譲渡性と、著作物の経済的利用性という相反する二つの要求を一元的構成の立場から矛盾なく説明するには、著作財産権の「譲渡」(一部譲渡としての有形的複製・頒布権の譲渡の場合をも含む)を前述の承継的移転として把握することをやめ、むしろ設定的移転——制限物権の設定の例にみられる如く、譲渡人の権利と譲受人の取得する権利とは母権(Mutterrecht)と派生権(Tochterrecht)の関係に立ち、後者が消滅すれば前者は円満な姿に復帰するという形での移転——と解すべきであると主張した。<sup>(2)</sup>

さて、このように著作財産権の譲渡およびその一部譲渡としての有形的複製・頒布権の譲渡を設定的移転と解するならば、これと出版権の設定とは本来同質のものであり、とくに有形的複製・頒布権の譲渡と出版権の設定とは内容的に全く同一で両者を区別することができないばかりでなく、区別する必要もないことになる。したがって、わが著作権法における著作権(≡著作財産権)の譲渡に関する規定(同法二条)と出版権に関する規定(同法第二章)との相関関係についてみれば、後者は前者の一部譲渡の中で最も主要な形態である有形的複製・頒布権の譲渡についてその内容および基準を示したものと解することが可能となってくる。

以上述べたことから明らかなように、一元的構成論の立場では有形的複製・頒布権の譲渡と出版権の設定との架構が可能である。だがこれは現行法の解釈論としてすでに可能であると主張するものであって、ここでは登録制度の尊重が前提とされている。筆者は、登録可能な右二者と登録不能の排他的出版の許諾とは同質のものとは考えられないという認識を立論の基礎においていたため、後者を除外して考えていたのであるが、いまはこの三者を同質同内容のものとしてとらえ、単一の理論構成で説明すべき必要を感じている。少くとも現行法のもとでは有形的複製・頒布権

の譲渡と出版権の設定とがいずれも未登録であるかぎり、排他的出版の許諾と同一平面上にあり、同質のものと考えられる可能性および実益はあるように思われるし、また将来、登録制度が廃せられたならば、三者はすべて出版権の設定に吸収されて、これ一本になり、排他性のない単純許諾と並んで、出版を目的とする法律的手段はこの二種類のみという簡素化が達成せられるのではないかと思われる。今後の理論の展開が期待せられる所以である。

(1) わが国と類似した登録制度を採っているのはカナダである。カナダ著作権法四〇条によれば、未登録の権利譲受人または被許諾人は、既登録で、かつ善意で対価を支払った後順位の譲受人または被許諾人に対して自己の権利の有効を主張しえないものとなっている。その他の立法例で著作権譲渡に関し登録をなすものとは若干あるが、いずれもわが国のように対抗力という実体法上の効力を認めているものではなく、手続法上、法定証拠としての効力を認めているにすぎない。

(2) 筆者のこの見解は、「著作権の一元的構成について(一)(四完)」北大法学論集一五卷一号〜四号、一六卷一号で述べたほか、さらに「著作権の一元的構成」私法二八号および「著作権の法的構成と出版」ジュリスト三二九号で要約した形で述べている。