

出版権設定契約の法的性質と信託法理

諏訪野大

- 一 はじめに
- 二 出版権の沿革と立法担当者意思
 - (一) 出版権創設までの沿革
 - (二) 出版権制度立法担当者意思
- 三 出版権設定契約の法的性質と信託法理
 - (一) 出版権設定契約の構造
 - (二) 出版権設定契約への信託法理の適用
 - (三) 信託法の観点から見た出版権設定契約
- 四 おわりに

一 はじめに

著作権法は、著作物の利用について債権的効力を持つライセンス制度を設けているが（著作六三条）、特許法における専用実施権（特許七七条）のような物権的効力を有するライセンスを支配権すべてに対して設けていない。

しかし、複製権（著作二二条）については、物権的効力を有するライセンスである出版権（著作七九条以下）が規定されている。

後述のとおり、出版権は旧著作権法（明治三三年法律三九号）の一九三四年（昭和九年）改正により新設された（昭和九年法律四八号）。これは当時の出版業者からの強い要請によるところが非常に大きかったものである。他方、当時の著作権法の所管官庁は内務省であるが、省内に著作権課というような専門の部課は存在せず、思想統制に深く関与していた警保局図書課（太平洋戦争中に「検閲課」に名称変更）が選挙法、新聞紙法や出版法などと併せて著作権法を担当していた。実際、出版権を新設した著作権法改正と同時に出版法も改正されている（昭和九年法律四七号）。そして、戦後の内務省解体により著作権法が文部省の所管となり、一九七〇年（昭和四五年）に現行著作権法が制定されたときにも、出版権の規定は、ほぼ変更なく現行著作権法に受け継がれていた。

出版業者の業界団体である日本書籍出版協会（書協）⁽¹⁾は、その第一条を「出版権の設定」とする「出版契約書」のひな型を作成・公開し、使用を奨励している。同協会の会員四八〇社に対する調査によると、一年間（二〇〇四年四月～二〇〇五年三月）の新刊書籍のうち書面による出版契約書を著者と取り交わしたのが五九・六％、そのうち書協ひな型をそのまま使用しているのが二五・〇％、修正を加えて使用しているのが五二・九％であるが、この調査の回答率が二一・六％（二〇四社）であることや書協非加盟出版社も非常に多くあることから、実際に出版権が設定されている割合は低いと思われる。また、昭和四十六年（一九七一年）から平成一〇年（一九九八年）までの三〇年間弱の出版権登録件数の合計は一六七件にすぎない。⁽²⁾

出版権に関する規定が少なく、出版権の内容（著作八〇条）が現代のメディア事情と合致しないこともあるが、出版権が活用されないことは、文化の発展に寄与することを目的とする著作権法にとっても歓迎される状況ではない。そこで、出版権の設定がどのような法的性質を有するのかを明らかにし、また出版権の今後の在り方につ

いても考察を加えることとする。

二 出版権の沿革と立法担当者の意思

(一) 出版権創設までの沿革

出版権は旧著作権法の一九三四年（昭和九年）改正によって新設されたものであり、それまで同法に出版業者が有することができるとは存在しなかった。しかし、一八九九年（明治三十二年）の旧著作権法制定以前に目を向けてみると、一八六九年（明治二年）に布告された出版条例では、「圖書ヲ出版スル者ハ官ヨリ之ヲ保護シテ専売ノ利ヲ得セシム」と定められており、出版業者が権利者であった。その後、一八八七年（明治二〇年）の版權条例で、版權が著作者に属することとされ、さらに旧著作権法により複製権等は著作者の専有となり、出版業者には何らの権利も付与されないこととなった。出版条例時代のような固有の権利を創設することは出版業界の悲願となっていた。

さらに、大正末期に始まったいわゆる円本騒動が出版権獲得運動へ大きな影響を与えた。出版不況からの脱却を狙い、一九二六年（大正一五年）に第一巻を配本した改造社による一冊一円という廉価本の「現代日本文学全集」の企画が成功すると各社が争って廉価版全集出版競争に参入し、無断出版や著者による二重契約などが頻発して出版業界は混乱疲弊した。また、出版業者は出版契約にもとづいて出版するが、著作者が契約を無視し、あるいは一片の通告で契約を破棄して、よりよい条件を提示する他の出版業者に出版させるという風潮が強まっていた。しかし、出版業者としては著作者の違背を責めて訴訟を起こすことは事実上困難であり、事態の改善には、法律による出版業者の保護以外に救済の方法がない、というものであった。⁽³⁾

このような状況下で、東京書籍商組合は一九二六年（大正一五年）三月一三日に旧著作権法改正の請願書を衆議院に提出した。その主な内容は、複製権が著作者の専有であることを定める旧著作権法一条一項に「但著作作家出版ヲ業トスル者ヲシテ其ノ出資ニ依リ著作物ヲ發行シタル場合ニ於テ別段ノ契約ナキトキハ其ノ著作作家ノ著作権ハ著作作家及發行者ノ共有ニ屬ス」という但書を加えるというものである。この著作作家と出版業者との著作権の共有を前提にして、「持分ノ譲渡ハ他ノ共有者ノ承諾ヲ得ルコトヲ要ス」という但書を二条に加えること、共同著作物の著作権侵害に対して他の著作権者の同意なく告訴ができるとする三四条一項を準用する同条二項を加えることなどを内容とするものであった。⁽⁴⁾

また、同年に東京出版協会も発行権法案を作成し、議員立法として提出されたが、審議に入らなかった。一九二八年（昭和三年）に出版権法案と改め、再提出したが審議未了となった。政府は法案趣旨に賛同し、政府として調査し法案提出を約したが、一九三一年（昭和六年）の再提出も審議未了となった。⁽⁵⁾ただし、同年のベルヌ条約ローマ会議の改正に照応した著作権法改正の際、出版業者から強い陳情を受け、次回著作権法改正のときは必ず出版権設定の規定を加えるとの約束が内務省との間になされていたという。⁽⁶⁾

あらためて四度目の法案提出が一九三三年（昭和八年）になされた。同法案二条は「自己ノ計算ニ依リ著作權ノ他人ニ屬スル著作物ノ出版ヲ引請タル發行者ハソノ著作物ニ付出版權ヲ専有ス、著作權法第一条ニ依リ著作作家ノ有スル著作物複製ノ權利ハ出版權ノ存續中著作作家ヨリ發行者ニ移轉シタルモノト看做ス」とし、同四条は「第二条ニ依ル出版權ハソノ著作物ニ付著作權者ト發行者トノ間ニ出版契約カ成立シタル時ニ發生シソノ契約ノ存續スル期間存續ス但シ出版契約ニ期間ノ定ナキトキハソノ著作權消滅ト同時ニ出版權モ亦消滅ス」としていた。内容的には、一九二六年発行権法案以来、同様のものである。このときは、特別委員会での議論を通じ、法案の議會通過の見通しが出てきたことにより、出版権法案の趣旨に関して「著作権法に對抗して出版事業界を統制保護

しようとする」ものであるという新聞報道がなされ、文藝家協会が「著作家を無視し死命を制す」と強い反対運動を展開し、出版者・文芸家の両者間に激しい抗争が生じた。このため小委員会が設けられ、文藝家協会の意見を入れて原案が修正され衆議院を通過、貴族院で修正が加えられ、最終案ができた。ところがその時点で、政府当局より法案について同意したい諸点について意見が出され、新たに次期議会に政府案を提出することとなり、成立が確実視された出版権法案は、⁽⁷⁾ ともや審議未了となった。

四度目の法案提出の際に反対運動を行った文藝家協会も、一九三二年（昭和六年）に一七条からなる出版契約書の雛形を作成している。条項の半数は、出版の費用負担や印税について定めたものである。著作者と出版業者との権利義務関係については、「著作権及び出版権は、著者及び出版者合意の上にあられざれば、之を他に譲渡することを得ず。」（八条）、「出版者の同意を得ずして、本書と同一内容若くは著しく類似の著作物を、著者は、自ら発行し、又は他人をして発行せしむることを得ず。」（九条）、「本書の出版に関し故障を生じたときは、著者及び出版者協力して其排除に努むべし。」（一〇条）、「著者若くは出版者の一方より、初版発行壹年以後に於て、本書の内容を改善する為め、適宜の訂正追加を申出でたるときは、他の一方は之を拒むことを得ず。」（十一条）、「本契約存続中、著作権の侵害に対する救済に付ては、出版者は著者の意に反せざる限り、著者に属する権利を行使することを得。」（一二条）といったことが定められている。ただし、これは部分的にかなり著作者側に有利にできている一方、作家は著作権についての認識にうとく、この出版契約書がどの程度の作家によって使用されたかは疑問であるとい⁽⁸⁾う。

その一方で、内務省も調査を行ったところ、出版業界には出版契約書式というものが普及しており、出版業者が出版を引き受けると、その一定書式に著者の署名捺印を取る慣例が行われていることが判明した。その書式は、既述した一九三三年出版権法案の内容とほとんど同様であるが、中には出版業者が自ら対世的権利を確保しよう

と著作権譲渡を受ける契約条項の入った書式を使用し、法律の知識を有しない著者が慣行と思い例文書式に捺印してしまったために著作権を奪われていたということもあったという。⁽⁹⁾

(二) 出版権制度立法担当者の意思

一九三四年(昭和九年)三月九日、政府は「著作権法中改正法律案」を第六五回帝国議会に提出した。同月一四日から貴族院で審議が開始、ほぼ原案通り同月二二日に可決され、衆議院に送付された後、同月二五日に可決され、成立した。⁽¹⁰⁾

改正法の立法担当者によれば、出版業者の権利保護の方法につき、①出版業者が出版を引き受ける契約を締結すると出版業者は出版によりその著作物を複製頒布する許諾、すなわち双務的債権を得るが、この許諾により取得した債権を直ちに対世的物権とする建前を取り、これとあわせて著作者保護のため必要な出版業者の義務を法定する方法、②出版業者が自己の権利安定を欲するならば、著作権の権能の一部、すなわち出版に関する権能を譲り受けるとの建前を取り、これとあわせて、その「部分著作権」の譲受人の義務を明確詳細に法定する方法、③土地に対する地上権(民二六五条)のような用益権類似的出版権制度を新設し、慣行の出版契約にこの出版権設定の条項を加えることにより、出版業者が対世的権利を取得するものとする方法、という三つの方法が想定された。

①は、既述した一九三三年出版権法案と同様のものであるが、この制度を採用した場合、当時慣行されていた出版契約がすべて対世的出版権を生ずることとなり、あまりに広く行きすぎる弊害があつて、対世的出版権の発生は出版業者が特にこれを希望し、かつ、著作者との間に合意の成立した場合に限定してよいとの考えから採用されなかった。②は、出版業者に対世的権利を取得させる点ではきわめて簡明であるが、著作権自体の譲渡とな

ると、著作者は爾後その著作物に対する権利が皆無となり、たとえ著作権の一部の譲渡であっても重大広汎である出版権を手放すことは著作者にとって容易なことでないため、このような制度で出版業者の利益安定を図ることをすると、それは著作者の利益を犠牲にしての出版業者保護となるとして、②も採用されなかった。そこで③を採用して、出版権を新設する改正法案が立案された。¹¹⁾ただし、出版権の性質については、権利目的である著作物が、土地のような有体物ではなく無体物であるから、一つの用益権を設定しても、他の用益権をも許容でき、地上権や賃借権の法理だけでは活用できず、特殊の (sui generis) 用益権であると¹²⁾わかった。

また、立法担当者は、出版契約の法的性質について、その契約対象には売買される「物」がなく、複製行為が存続するだけであるため、売買契約には該当せず、他人の著作物を複製して収益を上げることが契約の対価となるため賃貸借契約になるとも考えられるが、借主に該当する出版業者が複製の義務を負う点で、また貸主にあたる著作権者が複製行為に関与する権能を有する点で賃貸借契約とは異なり、また、出版を引き受け受けるということが請負契約に類似するとも考えられるが、注文者に該当する著作権者が、請負者にあたる出版業者に対して、稿本交付等の協力行為を必要としその義務を負う点で相違すると述べる。出版契約は特殊 (sui generis) 契約ともいわれているが、民法の有名契約と比較することが妥当ではなく、上記の有名契約との相違点として掲げた事項が約定の条項中に入っていれば、それはもはや単なる債権契約として律するわけにはいかないと立法担当者は考えていた。一九三四年改正前の著作権法には出版権のような物権的権利が法認されていなかったため物権契約になりえなかったが、改正後は在来の出版契約条項は出版権を設定すれば物権契約になりうることとなったもの¹³⁾としている。

加えて、立法担当者は、出版契約の特質が特別の信託関係に基づく契約であると述べ、英米法では最高信義を必要とする契約を *Uberrimae fidei contract* と称して¹⁴⁾特殊な扱いをしているが、これに類似した特質があるも

のと考えている。それは精神的作品に関する契約であることから招来する特質であり、したがって、出版権の設定を受けた者は、その権利を著作権者に無断で他人に移転することは許されるべきではなく、そこで出版権の譲渡や質入れば著作者の同意を必要とする旧著作権法二八条ノ九を設けた⁽¹⁵⁾。一九三四年改正にあたっては、出版契約法を整備しようと立法担当者による草案も作成されたが、机上理論で作り上げた契約法では到底実際に適合せず、契約法ができて実際に運営、利用されることが乏しいため止めたという。これは、自然にでき上がった慣例慣行を法制化するものでなければならず、適正な慣例慣行の育成が肝要第一であると考えられたからである⁽¹⁶⁾。

当時、出版業界からは、このような出版権制度では出版業者がむしろ義務を負う点がクローズアップされるから困るとの陳情を受けたが、著作者と出版業者との両者の利益を調和させるといふ見地からはやむを得ない義務負担であり、その義務負担も法文上では当事者間の合意に任せている面が多いことを極力説明して納得を得たといふ⁽¹⁷⁾。

このような背景により創設された出版権については、現行著作権法の制定が進められた当初は大幅な手直しが予定されていたが、結論を得ないままに旧著作権法の内容をおおむね踏襲する形となった⁽¹⁸⁾。できるだけ少ない条文にとどめようとする要請で縛られ、そして最大の眼目ないし唯一の目的を出版業者に排他的専権を享有させるということにおいて創設された出版権の諸規定だけでは決して十分ではないことは立法担当者自身が認めるところであるが、その状態は現行著作権法においても何ら変わるところがないのである⁽¹⁹⁾。

なお、出版権創設の一〇年余り前の一九二二年(大正十一年)に信託法(大正十一年法律六二号。以下、「旧信託法」という。)はすでに制定されていたが、立法担当者が出版権創設にあたり信託を候補としなかった理由は明らかでない。この点、まだ信託自体に馴染みがなかったということもあると思われるが、旧信託法が、立法過程において意図的に信託業法(大正十一年法律六五号)とワンセットの形で立法され、しかも立法の中核ないし重心

は、あくまでも本来は各論的な性格を持つはずの信託業法の方に置かれ、本来は基本とされるべき一般法である信託法が、むしろ補充的な位置づけに追いやられていたことも影響したと推測される。⁽²⁰⁾ 出版権創設の五年後に、著作権信託を取り込んだ「著作権ニ関スル仲介業務ニ関スル法律」(仲介業務法)が制定されたが、その際、当社の内務省関係者と大蔵省関係者との間に協議が行われ、信託財産の制限規定があつた信託業法が将来著作権を引き受けることを認めるよう改正される場合には仲介業務法も改正を行うことを条件として覚書が交換され、仲介業務法は特別規定として取扱うことに両者の意見が一致したという。⁽²¹⁾ つまり、信託の構成を採るとした場合、大蔵省との協議が必要であり、内務省内部だけで完結しないことの影響は小さくなかつたと思われる。

三 出版権設定契約の法的性質と信託法理

(一) 出版権設定契約の構造

著作権法は、出版権設定契約に関する規定をまったく設けていない。既述の通り、一九三四年改正にあたり、出版契約法草案が作成されたが、取りやめとなつてゐる。したがつて、出版権設定契約には民法が適用されることとなるが、民法は有体物を念頭において構成されており(民八五条)、無体物である著作物を対象とする出版権の設定契約について馴染む規定ばかりではない。立法担当者も、出版契約は民法上の各種典型契約とは異なるとするが、出版権が創設されたことにより、出版権の設定契約がなされれば、それは債権契約ではなく物権契約になるという認識があつたにすぎない。

しかし、立法担当者は、その一方で、精神的作品に関する契約であることから招来する特別の信頼関係に基づく契約であるとし、それゆえ出版権の譲渡や質入れは著作者の同意を必要とする旧著作権法二八条ノ九を設けた

という点は注目に値する。

出版権は設定契約により発生し、その後、「著作物を複製する権利を専有する」(著作二一条)はずの複製権者が出版権者の許諾なく出版することができなくなり(著作八一条一項)、出版権者は権利侵害に対して、著作権者と同様に、差止め(著作一二二条)や損害賠償(民七〇九条、著作一二四条等)を求めることができる。そして、このように複製権者が自己の複製権の効力範囲を狭める結果となる契約の基底には特別な信頼関係の存在が前提とされ、モデルとされた地上権の譲渡が自由であることと異なり、出版権の譲渡等には複製権者の承諾が必要とされている(著作八七条)。

すなわち、出版権を設定するということは、複製権(著作二一条)から出版権の内容(著作八一条一項)を離脱させて出版権者に管理処分権を認めることであり、出版権設定契約とは、当事者間の特別な信頼関係に基づいて、複製権者と出版権設定を受けようとする特定の者との間で、当該特定の者に対し出版権の設定という財産の処分をする旨並びに当該特定の者が一定の目的に従い財産である出版権の管理または処分およびその他の当該目的の達成のために必要な行為をすべき旨の契約と言える。

このことより導きだされるのは、出版権設定契約が信託契約と同様の構造を有しているという点である。信託法は、「信託」を特定の者が一定の目的(専らその者の利益を図る目的を除く。)に従い財産の管理または処分およびその他の当該目的の達成のために必要な行為をすべきものとするものと定義した(信託二条一項)。信託を設定する方法の筆頭は、特定の者との間で、当該特定の者に対し財産の譲渡、担保権の設定その他の財産の処分をする旨並びに当該特定の者が一定の目的に従い財産の管理または処分およびその他の当該目的の達成のために必要な行為をすべき旨の契約、つまり信託契約を締結する方法である(信託三条一号)。同号は、「財産の譲渡、担保権の設定その他の財産の処分」をすることを要すると規定している。これは旧信託法一条における「財産権ノ移

転」については、委託者が、すでに有する権利を受託者に移転することのほか、新たに地上権、担保権等を設定して受託者がこれらの権利を有するものとする（いわゆる設定的移転）も含まれるとの解釈が有力であることから、前者の例示として「財産の譲渡」を、後者の例示として「担保権の設定」（いわゆるセキュリティ・トラスト）を掲げたものである²²。出版権の設定はここにいう設定的移転に当たる。

出版権設定契約の当事者は、それを信託契約と認識しているわけではない。それにもかかわらず出版権設定契約を信託契約とすることには躊躇を覚えるかもしれないが、後述のとおり、当事者にそのような認識がなくとも構造が同じであることを理由にして信託法理を適用する範囲が広がっていることに注目しなければならない。とくに、出版権設定契約は当事者間の特別な信頼関係を基底にしていることから、「信じて託す」ものである信託への親和性は非常に高いものであると言える。

出版権の立法担当者は、既述のとおり、自然にでき上がった慣例慣行を法制化するものでなければならず、適正な慣例慣行の育成が肝要第一であると考えたため、出版契約法の制定を断念したが、七〇年以上経過した現在でもそのような適正な慣例慣行が存在しているとは言えず、出版契約法もまだ制定されていない。出版権設定契約を信託契約とみることができれば、信託法の規定により明確に当事者の権利義務関係が定められ、それに基づいた適正な慣例慣行の育成にも資する。

（二）出版権設定契約への信託法理の適用

出版権設定契約当事者の意思は、当然のことながら、出版権を設定するというところにある。そこには、信託契約を締結しようという意思は存在しない。このような場合、信託法理を適用しうるか否かが問題となるが、結論としては可能であると思われる。

旧信託法下ではあるが、最高裁判所は、地方公共団体 A から公共工事を請け負った B が保証事業会社 C の保証の下に前払金の支払を受け、銀行に預金していた場合について、次のように判示した。すなわち、「本件請負契約を直接規律する A 公共工事請負契約約款は、前払金を当該工事の必要経費以外に支出してはならないことを定めるのみで、前払金の保管方法、管理・監査方法等については定めていない。しかし、前払金の支払は保証事業法〔公共工事の前払金保証事業に関する法律（平成二十一年法律一六〇号による改正前のもの）…引用者注〕の規定する前払金返還債務の保証がされたことを前提としているところ、保証事業法によれば、保証契約を締結した保証事業会社は当該請負者が前払金を適正に使用しているかどうかについて厳正な監査を行うよう義務付けられており（二七条）、保証事業会社は前払金返還債務の保証契約を締結しようとするときは前払金保証約款に基づくかなければならないとされ（一二条一項）、この前払金保証約款である本件保証約款は、建設省から各都道府県に通知されていた。そして、本件保証約款によれば……前払金の保管、払出しの方法、被上告人保証会社による前払金の使用についての監査、使途が適正でないときの払出し中止の措置等が規定されているのである。したがって、B はもちろん A も、本件保証約款の定めるところを合意内容とした上で本件前払金の授受をしたものというべきである。このような合意内容に照らせば、本件前払金が本件預金口座に振り込まれた時点で、A と B との間で、A を委託者、B を受託者、本件前払金を信託財産とし、これを当該工事の必要経費の支払に充てることを目的とした信託契約が成立したと解するのが相当であり……この信託内容は本件前払金を当該工事の必要経費のみに支出することであり、受託事務の履行の結果は委託者である A に帰属すべき出来高に反映されるのであるから、信託の受益者は委託者である A であるというべきである。」として、A を委託者・受益者、B を受託者、前払金を信託財産とし、これを当該工事の必要経費の支払に充てることを目的とした信託契約が成立したと解すべきであると判示した（最判平成一四年一月一七日民集五六卷一號二〇頁）。

また、DがEから、Eの騙取金の疑いがある一一万一三〇〇円五九銭の保管を託され、保管の方法として自己名義でF銀行沖繩支店に預け入れたことにつき、この預金債権は同人の詐欺による被害者と目される者等を受益者とする信託であるとし、D個人の財産ではないと認定した最高裁判決もある（最判昭和二十九年一月一六日集民一六号四六七頁）。

平成一四年一月一七日最高裁判決に対しては議論がある。たとえば、これを安易に一般化することは危険であるという見解がある⁽²³⁾。また、当該契約関係が信託でない⁽²³⁾とされたところで、通説的見解⁽²⁴⁾によれば、信託類似の法律関係——準信託（Quasitreuhand）については、信託法の規定を類推適用すべき場合があり得るとされているため、敢えて信託の成立を認める必要もないとする見解もある⁽²⁵⁾。たしかに、前述の二つの最高裁判決は一見、信託とは関係がないように思える事例であり、前払金に関する平成一四年一月一七日最高裁判決について、その射程を制限したり、信託の成立を認める必要がないとする見解は同判決に対する批判として一定の説得力がある。しかし、その点を逆の面から考えると、出版権設定契約と信託契約とはその基底に信託関係が横たわっている点で共通しており、出版権設定契約が信託契約であると認めることは右の二つの最高裁判決の事例よりもはるかに親和的である。学説も、信託の定義規定の要件が満たされれば、信託は成立し、当事者が信託という文言を用いていたか否か、法的な意味において信託契約であるという認識を有していたか否かは決定的意味を持たない⁽²⁶⁾としている。さらに、他人の財産を管理することを内容とする法律関係に対して、積極的に信託法理を適用ないし類推適用することも提唱⁽²⁷⁾されている。

加えて、他の法分野でも信託法理の適用が主張される。手形法の分野において、いわゆる隠れた取立委任裏書の法的性質につき信託裏書説⁽²⁸⁾と資格授与説⁽²⁹⁾との争いがあることは周知の通りであるが、この隠れた取立委任裏書を信託法の信託であるとする説が主張⁽³⁰⁾されている。つまり、隠れた取立委任裏書では、裏書人から被裏書人に譲

渡裏書がなされるが、これは手形上の権利という財産権の移転にあたり、被裏書人という他人に対して手形金の取立という一定の目的のために手形という財産の管理または処分をさせており、信託の定義に当てはまるものである。また、判例（最判昭和四四年三月二七日民集二二三卷三六〇二頁）も、隠れた取立委任裏書の法的性質を信託裏書であるとし、その隠れた取立委任裏書が訴訟行為を主たる目的としてなされたときは旧信託法一条（現行信託法一〇条）にいう訴訟信託にあたるとした。さらに、民事訴訟法の分野でも、法定訴訟担当について信託法理を取り入れる試みがなされている⁽³¹⁾。

仮に、信託成立について最も厳しい態度を取ると思われる前述の信託成立を認める必要がないとする見解に立つた場合でも、すべての場合で信託の成立が認められないというわけではない。すなわち、まず、大前提として、わが国の法制度が擬制信託を認めていない以上、この問題の処理は、法律行為の解釈に関する通常理論に委ねられる。そして、この法律行為の解釈に関する一般理論に従った場合には、契約締結時（＝紛争が生じた後の事後的評価ではない。）両当事者の真意こそが問題となるから、両当事者の信託法の規定する権利義務関係の本質的部分（＝信託の本質的要素の部分）を理解・想定して契約を締結したと認定できる場合以外には、信託法上の信託の成立を否定すべきであるとする⁽³²⁾。その信託の本質的要素とは、従前の学説によれば、（ア）特定された財産を中心とする法律関係であること、（イ）受託者が財産権の名義者となること、（ウ）受託者に財産の管理・処分の権限が与えられること、（エ）受託者の管理・処分の権限は排他的であること、（オ）受託者の権限は自己の利益のために与えられたものではなく、それは他人のために一定の目的に従って行使されなければならないこと、（カ）法律行為によって設定されることの六つである。換言すれば、六つの本質的要素を理解・想定して契約を締結したと認定できる場合には、信託の成立が認められることとなる。

（ア）については、出版権は、特定の著作物を対象とする財産権であり、その設定契約により特定されるもの

であって、出版権設定契約は出版権を中心とする法律関係にはかならない。(イ)については、出版権者が出版権の名義者となるのは当然のことである。(ウ)および(エ)については、出版権者は、設定行為で定めるところにより、頒布目的で、その出版権の目的である著作物を原作のまま印刷その他の機械的・化学的方法により文書・図画として複製する権利を専有するのであるから(著作八〇条一項)、両要素を満たす。(オ)については、旧信託法一条が、受託者となるべき者が「一定ノ目的」に従って信託財産の管理または処分をすべきことを規定しているにとどまるが、信託法は、この目的の内実をより具体的に規定し、専ら受託者自身の利益を図る目的であつてはならないことを明確にしたことを看過すべきではない。「専らその物の利益を図る目的を除く」とこととしていっているのは、受託者となる者が永続的に(すなわち、信託法一六三条二号の規定する一年間という制限を越えて)その者のみの利益を図ることを目的として財産の管理処分等を行うことは、受託者が他人(すなわち受益者)のために信託財産の管理処分等を行うという信託の本質に反し、信託と構成することはできないと考えられるためである。⁽³⁴⁾ たしかに、出版権者が自身の利益を図る目的を持っていることは否めないが、その出版行為はいわゆる印税のように複製権者の利益にもなるのであって、出版権者が永続的に自身のみの利益を図ることを目的として出版権の管理処分を行うというのではない。よって、(オ)は充足される。(カ)については、出版権はその設定契約という法律行為によって設定されるのであるから、この要素も満たされる。以上より、すべての信託の本質的要素を理解・想定して契約を締結したと認定でき、信託の成立が認められるという結論に達する。

したがって、出版権設定契約の場合にも、信託の定義規定の要件を満たす以上は信託法理の適用が可能であると解される。

(三) 信託法の観点から見た出版権設定契約

出版権設定契約に信託法理が適用できるとすると、複製権者が委託者、出版権者が受託者となり、両者が共同受益者となると解される。

1 信託登録と信託契約の諾成契約性

登録をしなければ権利の得喪および変更を第三者に対抗することができない財産については、信託の登録をしなければ、当該財産が信託財産に属することを第三者に対抗することができない（信託一四条）。出版権の登録制度は整備されているが（信託については著作権施行令三五条以下）、登録は第三者対抗要件であり（著作八八条一項）、既述のとおり、登録数も非常に少なく、登録制度が活用されていない状況である。

ただし、信託契約によってされる信託は、委託者となるべき者と受託者となるべき者との間の信託契約の締結によってその効力を生じ（信託四条一項）、信託契約が諾成契約であることが明らかにされている。これに對して、信託契約は目的物（信託財産）の實質的移転によって成立し効力が生じる要物契約であるとの見解が従来より有力であった。しかし、この見解では、委託者から受託者に対する信託財産の処分があるまでは、信託契約の効力が生じず、したがって、委託者に忠実義務等の各種義務も発生しないことになるが、このように受託者の義務の発生時期が遅れる解釈をとることとなれば、受益者の利益が害されるおそれがある。また、信託契約をもって要物契約であるとした場合には、当事者の合意があるのみで信託財産の処分がされていない段階であれば、信託契約の効力が未発生であることになるから、委託者はいつでも信託設定の意思表示を撤回できることになるが、それでは、信託財産の処分を受けることを予想して各種の準備行為をしていた受託者その他の関係者の利益が著しく損なわれることになりかねないからである。⁽³⁵⁾

すなわち、信託契約と出版権設定契約は諾成契約であり、その締結時に信託が成立し、かつ、出版権も発生し

ている。未登録であっても、当事者間では契約が有効であり、当該契約、信託法および著作権法に定められた権利を有し、義務を負うこととなる。

信託登録がない以上、第三者に対しては信託であると主張することはできず、倒産隔離機能（信託二五条）は働かないこととなる。また、受益者である複製権者による受託者たる出版権者の権限違反行為の取消し（信託二七条）もできない。

たしかに、倒産隔離機能は信託の大きな特徴であるが、未登録ゆえに倒産隔離機能が働かないからといって、出版権設定契約が信託契約ではないということにはならない。本稿では出版権設定契約の法的性質を考察しており、それが信託契約であることで当事者の権利義務関係を明確化できることは大きな利点である。

2 受託者としての出版権者

(1) 受託者の資格

未成年者、成年被後見人、被保佐人は受託者になれない（信託七条）。著作権法は出版権者となる資格について規定していないが、そもそも出版権者になる者が信託法七条に挙げられる者であることは想定しがたい。逆に、このような者を出版権者にしないことは、出版権の対象となっている著作物の的確な利用に資することに⁽³⁶⁾なる。なお、信託法七条は自然人の受託能力の制限に関する規定であり、受託者が法人である場合に適用はない。

(2) 利益享受の禁止

受託者は、受益者として信託の利益を享受する場合を除き、何人の名義をもつてするかを問わず、信託の利益を享受することができない（信託八条）。これは、信託の終了事由に関する信託法一六三条二号の規定とあわせて、受託者が共同受益者の一人として、または単独受益者として信託の利益を享受することができること、ただし、単独受益者として信託の利益を享受できるのは一年未満に限られること、さらに、受益者以外の名義により

信託の利益を享受することは一切許されないことを規定したものである。⁽³⁷⁾ 想定し難いが、出版権者が複製権者の受益権を全部買い取るような場合、その期限は一年未満でなければならない。

(3) 受託者の権限

受託者は、信託財産に属する財産の管理または処分およびその他の信託の目的の達成のために必要な行為をする権限を有する。ただし、信託行為によりその権限に制限を加えることを妨げない(信託二六条)。出版権者が出版権の管理等のために必要な行為をする権限があること、また、出版権設定契約によりその権限に制限を加えることができるのも当然のことであろう。なお、出版権者は他に複製の許諾をすることができない(著作八〇条三項)。

受託者は、信託行為に信託事務の処理を第三者に委託する旨または委託することができ旨の定めがあるとき、信託行為に信託事務の処理の第三者への委託に関する定めがない場合には信託事務の処理を第三者に委託することが信託の目的に照らして相当であると認められるとき、信託行為に信託事務の処理を第三者に委託してはならない旨の定めがある場合には信託事務の処理を第三者に委託することにつき信託の目的に照らしてやむを得ない事由があると認められるとき、信託事務の処理を第三者に委託することができる(信託二八条)。旧信託法二六条一項は自己執行義務を定め、信託事務の第三者委託を例外的場合にのみ認めていたが、分業化・専門化が著しく進んだ現在、第三者に委託できることが受益者の利益に資するため本条が規定された。⁽³⁸⁾ 出版権者が第三者に事務の委託をする事柄は少なくなく、信託法二八条の趣旨は出版権に非常に馴染むものである。なお、信託事務の処理を第三者に委託するとき、受託者は、信託の目的に照らして適切な監督を行わなければならない(信託三五条一項・二項)。

(4) 受託者の注意義務

受託者は、信託の本旨に従い、信託事務を処理しなければならない（信託二九条一項）。「信託の本旨」という文言を用いたのは、委託者は受託者の信託事務の処理によって信託の目的が達成されることを期待していると考えられ、この目的達成のためには受託者は信託行為の定めに形式的に従っているだけでは足りず、信託行為の定めの背後にある委託者の意図である信託の本旨に従って信託事務を処理することが求められていると解すべきであるからである。⁽³⁹⁾ 出版権者は設定契約の定めに形式的に従っているだけでは足りず、その背後にある複製権者の意図に従って処理を行うことが求められ、そのことについて法的裏付けが得られるのは複製権者の利益に資する。受託者は善良な管理者の注意をもって信託事務を処理しなければならない。ただし、信託行為に別段の定めがあるときは、その定めるところによる注意をもって信託事務を処理する（信託二九条二項）。旧信託法時より任意規定であると解されており、⁽⁴⁰⁾ 義務の加重軽減は信託行為によって可能である。「善良な管理者の注意」とは、その職業や地位にある者として通常要求される程度の注意を意味し、受託者が専門家である場合には、専門家として通常要求される程度の注意をもって信託事務を処理しなければならない。受託者が善管注意義務に違反したか否かについて、受託者の行為時を基準として判断される。⁽⁴¹⁾ 出版権者は、出版に関する専門家としての注意を要求される。

(5) 受託者の忠実義務

受託者は、受益者のため忠実に信託事務の処理その他の行為をしなければならない（信託三〇条）。出版権者は複製権者に対して忠実義務を負う。

信託法は忠実義務の具体的内容として利益相反行為の禁止（信託三一条）と競合行為の禁止（信託三二条）について規定を置いた。

受託者が行ってはならない利益相反行為（信託三一条一項）とは、信託財産に属する財産を固有財産に帰属さ

せ、または固有財産に属する財産を信託財産に帰属させること（一号）、信託財産に属する財産を他の信託の信託財産に帰属させること（二号）、第三者との間において信託財産のためにする行為であつて、自己が当該第三者の代理人となつて行うもの（三号）、信託財産に属する財産につき固有財産に属する財産のみをもつて履行する責任を負う債務に係る債権を被担保債権とする担保権を設定することその他第三者との間において信託財産のためにする行為であつて受託者またはその利害関係人と受益者との利益が相反することとなるもの（四号）である。ただし、右の四つの行為を行うことが可能な場合がある（信託三一条二項）。つまり、信託行為に当該行為をすることを許容する旨の定めがあるとき（一号）、受託者が当該行為について重要な事実を開示して受益者の承認を得たとき（二号）、相続その他の包括承継により信託財産に属する財産に係る権利が固有財産に帰属したとき（三号）、受託者が当該行為をすることが信託の目的の達成のために合理的に必要と認められる場合であつて、受益者の利益を害しないことが明らかであるとき、または当該行為の信託財産に与える影響、当該行為の目的および態様、受託者の受益者との実質的な利害関係の状況その他の事情に照らして正当な理由があるとき（四号）である。

このうち、いわゆる間接取引の禁止を定めた信託法三一条一項四号の典型例は、受託者個人の債務の担保のために信託財産に担保権を設定することであるが、受託者が当該行為について重要な事実を開示して受益者の承認を得たときは可能である（信託三一条二項二号）。このことは、出版権に質権を設定する場合には、複製権者の承諾が必要とされること（著作八七条）と同様の構造を有する。

忠実義務のもう一つの具体的内容が競合行為の禁止であり、受託者は、受託者として有する権限に基づいて信託事務の処理としてすることができるとしてこれをしないことが受益者の利益に反するものについては、これを固有財産または受託者の利害関係人の計算ではならないとされている（信託三二条一項）。ただし、信

託行為に当該行為を固有財産または受託者の利害関係人の計算であることを許容する旨の定めがあるとき、あるいは受託者が当該行為を固有財産または受託者の利害関係人の計算であることについて重要な事実を開示して受益者の承認を得たときは可能である（信託三二条二項）。

(6) 受託者の公平義務

受益者が二人以上ある信託においては、受託者は、受益者のために公平にその職務を行わなければならない（信託三三条）。たとえば、複製権が共有されている場合には、出版権者は各共有者を公平に扱わなければならない。

(7) 受託者の分別管理義務

受託者は、信託財産に属する財産と固有財産および他の信託の信託財産に属する財産とを、信託の登録をすることができ財産は当該信託の登録により、分別して管理しなければならない（信託三四条一項）。この場合、信託の登録をする義務は、これを免除することができない（信託三四条二項）。

出版権の登録については、既述のとおり、ほとんど活用されておらず、受託者である出版権者は分別管理義務違反となってしまうかのように見える。しかし、信託行為の定めをもってこのような義務を一時的に猶予することについては、禁止されるものではない。⁽⁴²⁾ 加えて、信託財産と固有財産または他の信託財産との区別がつくように、信託財産としての特定性を維持しておくことが分別管理義務であり、その意味では、対抗要件具備と分別管理は異質なものである。⁽⁴³⁾ 出版権は、そもそも設定行為で特定された著作物を対象とし、設定契約によって特定された範囲で出版することを定めるものである。出版権設定行為自体が他の財産と区別することであり、その設定契約において、常に登録するという慣行もなく、当事者間で信託契約であるとの認識がない現在においては、一時的猶予の意味を広くとらえ、未登録をもって出版権者の分別管理義務違反と即断すべきではない。

(8) 受託者のその他の義務

信託事務の処理の状況についての報告義務（信託三六条）、帳簿等の作成等、報告および保存の義務（信託三七条）が受託者に課せられている。これらの義務が、複製権者の利益に資することとなるのは疑いなくところである。また、出版義務（著作八一条）や通知義務（著作八二条二項）などの著作権法上の出版権者としての義務も負う。

3 信託財産に属する財産についての混同の特例

所有権以外の物権およびこれを目的とする他の権利が信託財産と固有財産または他の信託の信託財産とにそれぞれ帰属した場合には、民法一七九条二項前段の規定にかかわらず、当該他の権利は、消滅しない（信託二〇条二項）。一方、出版権者が複製権を譲り受けた場合は混同により出版権は消滅するため（著作八八条一項一号）、両者の関係が問題となりうる。しかし、信託法二〇条二項と著作権法八八条一項一号は一般法と特別法の関係に立ち、出版権設定契約が信託契約であるとしても、出版権者が複製権を譲り受けた場合などは混同により出版権は消滅すると解される。

4 禁止される信託

脱法信託（信託九条）と訴訟信託（信託一〇条）は禁止されるが、出版権に関しては主に後者が問題となりうる。訴訟信託であるか否かは、信託行為の時を基準として、当該信託がされた経緯、信託行為の条項、受託者の職業、委託者と受託者との関係、対価の有無、受託者が訴訟を提起するまでの時間的な隔たり等、諸般の事情を総合的に考慮して判断されることになる⁽⁴⁴⁾。また、信託法一〇条は強行規定であるから、同条に違反する信託行為は無効となる。出版権設定契約が、右の基準に照らして訴訟行為をさせることを主たる目的とすると認められる場合には、契約は無効になると解される。

5 出版権設定後の複製権者の差止請求

特許法において専用実施権設定後の特許権者に差止請求が認められるかという点が問題となったが（最判平成一七年六月一七日民集五九卷五号一〇七四頁）、出版権設定後の複製権者も同様の問題が生じるため、考察を行う。

出版権設定契約を信託契約であるとする、受託者の地位にある出版権者には忠実義務があり、受益者である複製権者の利益のために侵害行為を差し止める義務、換言すれば、侵害排除義務があると解される。また、受託者の任務懈怠により信託財産の変更があった場合、受益者は原状回復を求められるが（信託四〇条一項二号）、出版権は排他的独占権であり、侵害の放置は受託者である出版権者の任務懈怠により排他的独占性が貫徹されていないという変更に該当し、受益者である複製権者は原状回復として差止請求を出版権者に求めうると解される。仮に、出版権者が侵害を放置していたとすれば、複製権者は侵害排除請求権、あるいは原状回復請求権という特定債権を満足させるため、債権者代位権（民四二三条）の転用により差止請求が可能であるということが導かれる。

6 信託の終了

信託の終了事由（信託一六三条）や委託者・受益者の合意等による終了（信託一六四条）のほか、設定行為で定めた存続期間満了により出版権は消滅し、したがって信託も終了する（著作八三条一項、信託一六三条九号）。また、存続期間の定めがないときは、最初の出版日から三年を経過すると出版権は消滅する（著作八三条二項）。さらに、出版権者が出版義務（著作八一条）に違反した場合、および、複製権者である著作者が、著作物の内容が自己の確信に適合しなくなったとき、出版権者に通常生ずべき損害をあらかじめ賠償した場合には出版権は消滅し、信託も終了する（著作八四条）。

四 おわりに

出版業者の要請が契機となって創設された出版権であるが、規定が少なく不透明な部分が残る。現在のように自費出版が盛んになるなど、業界外部との接触が多くなると、これまでの業界秩序による解決にも限界がある。

出版権設定契約が信託契約であるとした場合、出版権者の義務が明らかになり、複製権者の利益に資することをもう一步進めると、出版権の設定と著作権信託とは著作権者側から見て同様の機能・効果を有しており、任意法規化され柔軟な対応が可能となった信託法に基づく方が著作権者の利益に資するであろう。これは楽曲・歌詞の著作物を信託により受託している日本音楽著作権協会（JASRAC）の二〇〇八年（平成二〇年）度使用料徴収額が一・二九億円であることから裏付けられる。出版権設定登録料が一件三万円であるのに対して、著作権信託登録料は一件三〇〇〇円であることも注目すべきである（登録免許税法七条・別表第二）。

このように考えてみると、信託法や信託業法、著作権等管理事業法など著作権法以外の法律が整備されてきており、内務省警保局図書課、後の検閲課により創設された出版権の廃止も選択肢とし、著作権信託の促進を図ることを視野に入れるべきであろう。⁽⁴⁵⁾

※本研究は社団法人信託協会平成二〇年度信託研究奨励金による助成を受けているものである。

- (1) 日本書籍出版協会サイト <http://www.jbpa.or.jp/pdf/publication/publication01.pdf>。
- (2) 著作権法百年史編集委員会編『著作権法百年史資料編』（著作権情報センター、二〇〇〇年）一・一六五頁。
- (3) 『50年史』編集委員会編『日本雑誌協会日本書籍出版協会50年史』（日本書籍出版協会、二〇〇七年）一五六頁以

下。

- (4) 東京書籍商組合『東京書籍商組合五十年史』（東京書籍商組合、一九三七年）一八八頁以下。
- (5) 『50年史』編集委員会・前掲注(3)一五六頁以下、著作権法百年史編集委員会編『著作権法百年史』（著作権情報センター、二〇〇〇年）二三六頁。
- (6) 小林尋次『現行著作権法の立法理由と解釈』（文部省、一九五八年）一七四頁。
- (7) 『50年史』編集委員会・前掲注(5)一五七頁、小林・前掲注(6)一七二頁以下、著作権法百年史編集委員会編『著作権法百年史』（著作権情報センター、二〇〇〇年）二二六頁。
- (8) 日本文芸家協会『日本文芸家協会五十年史』（日本文芸家協会、一九七九年）三六頁以下。
- (9) 小林・前掲注(6)一七五頁。
- (10) 著作権法百年史編集委員会・前掲注(7)二二二頁以下。
- (11) 小林・前掲注(6)一七四頁以下。
- (12) 同右一七九頁。
- (13) 同右一八〇頁以下。
- (14) 契約のなかで、その重要な事実すべてを明らかにする義務が一方当事者に生じ、その不履行により相手方当事者は契約を取り消しうるものをいう。この義務は、一方当事者のみが、相手方当事者が得られず、かつその判断に影響すると認められる知識を有する場合に生じる。例えば各種保険契約がこれにあたる。また、当事者間に信託関係(fiduciary relation)のような信頼の特別の関係がある場合にも生じる。本人と代理人、弁護士と依頼人、後見人と被後見人等の間の契約は、その典型的なものである（田中英夫編『英米法辞典』（東京大学出版会、一九九一年）一九五頁）。
- (15) 小林・前掲注(6)二八一頁。
- (16) 同右一九〇頁。
- (17) 同右一七五頁以下。東京書籍商組合は一九三四年（昭和九年）「四月十六日午後二時、組合事務所樓上に於て内務省事務官小林尋次氏の講話を請ひ、同氏は三時間に亘つて妻々詳細に説明された。」という（東京書籍商組合『東

- 京書籍商組合五十年史』(東京書籍商組合、一九三七年) 二三九頁。
- (18) 加戸守行『著作権法逐条講義』(著作権情報センター、五訂新版、二〇〇六年) 四四一頁。
- (19) 小林・前掲注(6) 一九〇頁。
- (20) 新井誠『信託法(第三版)』(有斐閣、二〇〇八年) 一九頁。
- (21) 国塩耕一郎『著作権仲介業法が意図したもの』日本音楽著作権協会『国塩耕一郎著作権論文集』(日本音楽著作権協会、一九八七年) 一二七頁。
- (22) 寺本昌広『逐条解説 新しい信託法』(商事法務、補訂版、二〇〇八年) 三三頁。
- (23) 河上正二『信託契約の成立について——最高裁判平成14・1・17判決をめぐって——』トラス60『創立20周年記念論文撰集』(トラス60、二〇〇七年) 三一頁。
- (24) 四宮和夫『信託法』(有斐閣、新版、一九八九年) 一二頁。
- (25) 七戸克彦『信託法上の信託か、信託類似の他の法律関係か——『信託』概念の全容と信託の成立認定——』法学研究八二巻一号(二〇〇九年) 七二六頁。
- (26) 新井・前掲注(20) 一九〇頁、四宮・前掲注(24)、大村敦志『遺言の解釈と信託——信託法二条の適用をめぐって——』実体信託法に関する研究会編『実定信託法研究ノート』(トラス60、一九九六年) 三七頁。
- (27) 植田淳『信託法理の適用および類推適用について』トラス60『創立20周年記念論文撰集』(トラス60、二〇〇七年) 一七九頁。
- (28) 石井照久・鴻常夫『手形法小切手法』(勁草書房、増補、一九七五年) 二四七頁、倉沢康一郎『手形判例の基礎』(日本評論社、一九九〇年) 一七〇頁、鈴木竹雄・前田庸『手形法・小切手法』(有斐閣、新版、一九九二年) 二九一頁、木内宜彦『手形法小切手法』(新青出版、第二版復刊、二〇〇三年) 一六二頁など。
- (29) 大隅健一郎『手形法小切手法講義』(有斐閣、新版、一九八九年) 一一二頁、弥永真生『リーガルマインド手形法・小切手法』(有斐閣、第二版補訂二版、二〇〇七年) 一五一頁など。
- (30) 前田庸『手形法・小切手法』(有斐閣、一九九九年) 三八〇頁。
- (31) 山本克己『信認関係として見た法定訴訟担当』法学論叢一五四巻四・五・六号(二〇〇四年) 二三六頁。

- (32) 七戸・前掲注(25)七・一六頁以下。
- (33) 四宮・前掲注(24)七頁以下。
- (34) 寺本・前掲注(22)三四頁。
- (35) 同右四一頁以下。
- (36) 新井・前掲注(20)二〇一頁。
- (37) 寺本・前掲注(22)五一頁。
- (38) 同右一〇九頁。
- (39) 同右一一一頁以下。
- (40) 四宮・前掲注(24)二四七頁。
- (41) 寺本・前掲注(22)一一三頁。
- (42) 同右一三八頁。
- (43) 新井・前掲注(20)二七八頁。
- (44) 寺本・前掲注(22)五四頁以下。
- (45) 特許法における専用実施権設定契約についても同様の問題がある(諏訪野大「専用実施権設定契約と信託法理」慶應義塾大学法学部編『慶應の法律学 商事法―慶應義塾創立150年記念法学部論文集』(慶應義塾大学出版会、二〇〇八年)一六七頁)。