

知的財産の担保性 (1)

——取引という側面からみた
知的財産法制度の現状と課題——

小野 奈穂子*

- I はじめに
 - 1 問題の所在
 - 2 本論文の視角と構成
- II 日本の現行制度とその形成過程
 - 1 知的財産に係る担保取引の現行法制
 - 2 形成過程
 - (1) 特許法
 - (2) 著作権法
 - 3 小活 (以上本号)
- III 比較法
 - 1 アメリカ
 - (1) 特許法
 - (2) 著作権法
 - (3) 統一商事法典 (UCC) 第9編
 - 2 UNCITRAL 担保取引立法ガイド
- IV 分析
 - 1 第一の課題：日本における知的財産法と民法との関係
 - 2 第二の課題：国際動向からの示唆
 - 3 第三の課題：特許法と著作権法は異なる取り扱いを要するか
- V 結論 (以上次号)

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科) 第11巻第2号 2012年7月 ISSN 1347-0388

※ コロンビア大学客員研究員。

本論文は、博士学位論文「知的財産の担保性——取引という側面からみた知的財産法制度の現状と課題——」の一部を加筆修正したものである。博士論文では機能と実態として判例もとりあげているが、本稿では紙幅の都合上、判例の分析は最小限にとどめている。

I はじめに

1 問題の所在

往古の法は唯有形の物を以て人の私有と定めしが、爾後人の知識を以て産する無形物にても自ら実価を得るの風俗とはなりたれども、稍や近代に至るまでも、国法に於て未だ其詳なる規則を揭示するに至らず¹⁾

福澤諭吉が幕末に当時の欧米の状況を紹介した「西洋事情」の記述である。1867年の大政奉還後明治政府が誕生し、数度の欧米視察を通じて、知的財産法制度は構築された。そして150年近く経た今、日本は世界有数の知的財産大国となった。例えば特許権についていえば、2010年に世界中で出願された約198万件のうち、日本に居住する出願人によるものは461,888件と415,648件のアメリカ居住者を突き離して1位である。同様に、世界中で発行された908,862件の特許のうち、日本に居住する出願人によるものは285,044件とやはり186,189件のアメリカ居住者を抜いて1位である²⁾。

しかしながら、こうして創出された特許権その他知的財産権が富の創出に結びついてないことが懸念される。統計によると、とくに現行昭和34年特許法以降、登録特許のうち第三者に移転登録された特許は5%未満を中心に一桁台にとどまっている³⁾。金額ベースでも、ライセンス収支は黒字であるが、その大半を占める外国企業へのライセンス収入の3分の2は企業グループ内のライセンスである⁴⁾。また、日本政策投資銀行が取り扱ってきた知的財産担保融資は2007年7

1) 福澤諭吉「西洋事情外編卷之三」慶応義塾『福沢諭吉全集一卷』（岩波書店、1958）473頁。

2) 昨今の中国の台頭があるも、少なくとも1995年以降、日本は世界一の地位を維持している。世界知的所有権機関（WIPO）『世界知的財産指標（World Intellectual Property Indicators）2011』（<http://www.wipo.int/export/sites/www/shared/images/icon/new/pdf.gif>）。

3) 特許庁『工業所有権制度百年史（下巻）』（発明協会、1985）資料及び同『特許行政年次報告書』を元に作成した統計による。

4) 特許庁『平成23年度知的財産活動調査結果統計表』による。

月現在で累計約 300 件、約 180 億円であるが、年間取り扱い件数は 30 件程度にとどまる⁵⁾。同年 3 月末時点で、都市銀行等による知的財産担保融資実績（残高ベース）は 26 件、21.6 億円のみである⁶⁾。さらに、映画ファンドも過去に好調な運用実績を上げている例は見あたらない⁷⁾。アメリカの対応データはないが、次の事例にみるように知的財産をより経済財として活用している。倒産したカナダの Nortel 社が有する 6,000 件の特許及び特許出願について 2011 年 4 月にグーグル社が 9 億ドルで応札したところ、マイクロソフト社等の連合が同年 7 月に 45 億ドルで落札した⁸⁾。グーグル社はこれに対抗してか同年 8 月に、IBM 社から 1000 件の特許を購入する他、モトローラ・モビリティ社を 125 億ドルで買収し、同社の主要資産は 14,600 件の特許と 6,700 件の特許出願といわれている⁹⁾。

知的財産権を経済財としてより活用すべきことは、すでに重要課題として認識されているが、パラダイム変換には至っていない¹⁰⁾。2002 年以來、知的財産の創造、保護、活用の好循環の確立を目指して制度改革が行われてきた。近時の特許庁長官下の研究会では、活用の促進が第一議題に挙げられ¹¹⁾、経済産業省産業構造審議会に移って議論された。しかし、特許庁における業務システムの広範な改造が不可欠であり、その「業務・システム最適化計画」による新たなシステムの構築が 2014 年 1 月稼働予定で進められていることを理由に活用に関する改正

- 5) 経済産業省「知的財産の流通・資金調達事例調査報告」中「知的財産を活用した資金調達」45 頁（2007 年 12 月）。
- 6) 全国銀行協会アンケート。
- 7) QUICK 社マネーライフ「特集コラム [映画ファンド]」（2007 年 2 月 22 日）（<http://money.quick.co.jp/column/topics/moviefunds/17.html>）。
- 8) 連合とはその他、アップル、RIM、EMC、エリクソン及びソニーから成る（<http://www.reuters.com/article/2011/07/01/us-nortel-idUSTRE7600PF20110701>）。
- 9) 参照（<http://investor.google.com/releases/2011/0815.html>）。
- 10) 活用に焦点を置いているわけではないが、パラダイム変換を訴える学者として、田村善之「インターネットと著作権——著作権法の第三の波」アメリカ法 1999 年 2 号（日米法学会）202 頁等参照。中山は、著作権法について『『人格権を重視し、かつ財産権に関しては物権的構成に囚われているという、19 世紀的な基本的パラダイム』は変わっていないとして、その変革の必要性を訴え、同著における財産権的著作権は「取引の対象としての著作権」という題目で構成する。中山信弘『著作権法』（有斐閣、初版第 5 刷、2010）3、317 頁。
- 11) 特許制度研究会「特許制度に関する論点整理について——特許制度研究会報告書——」（2009 年 12 月）。

議論はほとんど棚上げされた¹²⁾。また、著作権法に関しても、デジタル社会における著作権制度の在り方が議論され、「デジタルコンテンツ流通促進法制」の整備が模索されているも、未だ具体的な立法改正には至っていない¹³⁾。

たしかに、知的財産の創造と活用間のギャップには社会的、経済的その他の要因も考えられるが、日本の法制度自体に障害がないか。それを検証することが本論文の目的である。本論文は法制度として担保取引法制に焦点をあてるが、ここで担保取引法制をとりあげるのは次の理由による。現行担保取引法制は譲渡担保と質権が考えられるところ、担保物として例えば特許の場合、出願段階から特許権、専用実施権、通常実施権と多岐に亘るため、知的財産権を経済財とする取引法制を広く網羅できる（ただし自己実施は除外される）。また、知的財産権の経済的価値が増大しているとはいえない¹⁴⁾、日本に限らず世界的にみても、知的財産権を担保とする取引は盛況とはいえない。スタンフォード大学が Google 社上場により株主利益を大いに得たことは記憶に新しいが、知的財産権しか資産のないベンチャーにとって、それをより直裁に信用源、経済財として活用する手だてがあってもよいはずである。かかるなかで、世界銀行を含む金融機関が中心となり、2007年国連国際取引法委員会（UN Commission on International Trade Law, 以下 UNCITRAL）担保取引ガイド（Legislative Guides on Secured Transactions, 以下 UNCITRAL ガイド）が採択された。これはアメリカの担保取引法制を規律する統一商事法典（Uniform Commercial Code, 以下 UCC）第9編をモデルと

12) 経済産業省産業構造審議会特許制度小委員会報告書「特許制度に関する法制的な課題について」（2011年2月1日）1-14頁。

13) その他、知的財産戦略本部「知的財産推進計画2007」、同年6月19日閣議決定「経済財政改革の基本方針2007—美しい国へのシナリオ—」、知的財産戦略本部デジタル・ネット時代における知財制度専門調査会「デジタル・ネット時代における知財制度の在り方について（報告）」（2008年11月27日）、文化庁文化審議会著作権分科会「文化審議会著作権分科会報告書」（2009年1月）、文化庁文化審議会著作権分科会「文化審議会著作権分科会報告書」（2011年1月）等参照。

14) オーシャン・トモ社の統計によると、S&P上位500社の株価に関し、1975年には有形資産と無形資産の割合が83%対17%であったのに対し、2010年には20%対80%となっている（<http://www.oceantomo.com/productsandservices/investments/intangible-market-value>）。同社社長へのインタビューによれば、特許権関連は少なくとも、株式時価総額の22.5%程度を占める。

し、不動産を除く私的財産の担保取引に関し、簡素で包括的な現代的制度を構築するものである。日本ではどのような形成過程を経て現行法制に至ったのか、そしてそれを国際的な流れと比較することで日本の課題が明らかになるのではないかと考えた。

この点、先行研究において、知的財産の担保法制に関する優れた文献は多数存在する¹⁵⁾。また、上記アメリカ UCC 第9編や UNCITRAL ガイドについても優れた文献はある¹⁶⁾。しかし、前者について、当初からの史的展開を詳細に考察したものは見あたらない。また、後者は民法からの視点にとどまり、知的財産権の担保取引法制という視点から分析した文献は見あたらない。本論文はそれらに焦点をあてる。

2 本論文の視角と構成

上記目的のため、次の三つの課題を設定した。第一に、日本における知的財産

15) 古くから特許を受ける権利の質権解禁を主張するものとして播磨良承「無体財産権の担保」NBL266号22頁、その他、シンポジウム「知的財産担保の法的諸問題」(金融法学会、1997)中舎寛樹「権利客体としての権利(無体財産担保を中心に)(上)(下)」NBL762号50頁・764号41頁、鎌田薫編著『知的財産担保の理論と実務(IIP研究論集2)』(信山社、初版第2刷、2008)、池田雅則『ドイツにおける知的財産担保制度の基礎的考察——流通・管理スキームとしての担保法理の一局面——』(知的財産研究所、2007)、中島正寿「知的財産担保法制の最近の動向——知的財産の証券化を中心にして」創価法学33巻1号27頁(2003)、小坂準記「知的財産信託の構造と課題」知的財産法政策学研究14巻281頁(2007)、平野聖「知的財産権の金融担保法上の位置づけ」川崎医療福祉学会誌14巻1号99頁(2004)、五味由典「知的財産権行使における民法との交錯——準物権への取得時効適否を中心に」比較法制研究(国士舘大学)第28号(2005)135頁参照。

16) 國生一彦『改正アメリカ動産担保法』(商事法務研究会、2001)、田島裕『UCC コメントリーズ第3巻担保付取引』(レクシスネクシス・ジャパン、2009)、角紀代恵「UCC登録制度の史的素描——新たな債権譲渡の対抗要件の構築のために」金法1448号22頁、青木則幸「資産証券化取引における債権譲渡の分析の視点——アメリカにおける債権譲渡法制度の改正をめぐる議論を中心に——」早稲田法学会誌52巻1頁(2002)、同「アメリカ統一商事法典第9編における浮動担保制度の史的考察(1)、(2)——事業収益を基礎とする動産担保の制度設計に向けて——」早法79巻2号57頁(2004)等参照。

UNCITRAL ガイドの詳細な分析として、沖野眞己「UNCITRAL 担保取引立法ガイドの策定」金法1842号14頁(2008)(以下「沖野1」)(資料添付)、同「UNCITRAL『担保付取引に関する立法ガイド』(案)の検討状況——担保作業部会の動向」別冊NBL86号『新しい担保法の動き』48頁(初出NBL759号19頁、761号41頁、763号43頁、770号6頁(2003))。

に係る担保取引法制が一般法たる民法との関係でどのように展開されたか。第二に、国際的な知的財産担保取引に係る動向からどのような示唆が得られるか。第三に、特許法と著作権法とは異なる取り扱いを要するかである。

そのため、本論文では、日本特許法及び著作権法の現行制度とその形成過程(Ⅱ)、比較法分析としてアメリカ特許法、著作権法及びUCC第9編の現行制度とその形成過程、並びに近時採択されたUNCITRALガイドを取り上げる(Ⅲ)。そして、上記課題に分析を加えて(Ⅳ)、日本の(及び国際的な)知的財産の担保取引法制の在り方についての示唆を結論として与えたいと思う(Ⅴ)。

Ⅱ 日本の現行制度とその形成過程

Ⅰ 知的財産に係る担保取引の現行法制

日本の知的財産に係る担保取引は、ほぼ画一的に規律されているといっていよう¹⁷⁾。一般に、民法の規定を基礎として、知的財産法では移転可能性(譲渡担保)と質権について若干の規定を設けるのみである。ただ、民法が「物」を有形物に限定し(民85条)、占有を前提に規定しているため、占有を観念できない無体物を対象とする知的財産法上の質権は実質的には非占有担保権であり¹⁸⁾、設定後の実施権が原則設定者にあること及び物上代位性が規定されている(特95、96条、著66条)。

担保物の種類については次のとおりである。特許法上、特許権、専用実施権及び通常実施権は、譲渡担保及び質権設定が共に認められている(特98、95、77、94条)。なお、共有の場合に他の共有者の同意を要する他(特73条)、専用実施権や通常実施権の移転及び質権設定は特許権者ないし専用実施権者の承諾を要する。特許を受ける権利、仮専用実施権及び仮通常実施権は譲渡担保のみ認められ¹⁹⁾、

17) 以下では、特許法とはほぼ法制を同じくする実用新案法、意匠法、商標法は割愛する。

18) 中山信弘=小泉直樹編著『新・注解 特許法』(青林書院、2011)1336頁〔林いづみ〕。

19) 特許を受ける権利の移転性は以前から特許法に明記されており、さらに旧法下であるが、特許を受ける権利の譲渡担保の適法性は数回確認されている。東京地判昭和27・4・8下民3巻4号471頁(英文タイプライター練習機事件)、東京地判昭和31・9・24下民7巻9号2593頁=判時96号18頁(スーパーベアリング事件)。

質権設定は禁止されている（特 33 条、34 条の 2、3）。

著作権法上、まず財産権でない著作者人格権は譲渡性もなく（著 59 条）、担保物たりえない。著作権、著作隣接権及び出版権は、譲渡担保及び質権設定が共に認められている（著 61、63、103、87 条）。利用権は譲渡性のみ規定されており（著 63 条 2 項）、質権設定については規定がない。なお、共有の場合に他の共有者の同意を要する他（著 65 条）、出版権の移転及び質権設定は複製権者の承諾（著 87 条）、利用権の譲渡は著作権者の承諾（著 63 条 3 項）をそれぞれ要する。

以上のように、知的財産に係る担保取引法制は、ほぼ画一的に規律されているが、特許権その他実用新案権、意匠権、商標権と著作権とでは次の点で相違する。第一に、権利の発生である。特許権、実用新案権、意匠権、商標権は、「設定の登録により発生する」（特 66 条 1 項、実 14 条 1 項、意 20 条 1 項、商 18 条 1 項）。この設定登録は職権による登録であり（特許登録令 16 条、実用新案登録令 6 条、意匠登録令 6 条、商標登録令 7 条）、登録に至るまで出願（特許権の場合、出願後審査の請求を別途行う必要がある）、審査、査定という一連の手續を要する。他方、著作権は、著作物を創作した時点で自動的に発生し、何らの方式要件を必要としない²⁰）。

第二に、可分性の有無である。著作権法上、著作権は権利の束と考えられており、一部譲渡性が明示的に規定されているのに対し（著 61 条 1 項）、特許法にはかかる明示はない。少なくとも、特許法上物権的に分割譲渡することはできないと考えられている。その法的根拠はなく、強いて根拠を挙げると、登録制度がそのようなものを前提として創られていないことではないかと思われる。したがって、契約上製造権等を付与（許諾）するしかない。ただ、専用実施権は「設定行為で定めた範囲」について発明を実施する権利を専有するところ（特 77 条 2 項）、地域、期間の他権利の内容（生産、譲渡、輸入等）を限定することも可能であると考えられているので²¹）、実質的に一部譲渡に相似する。

第三に、第一点とも関連するが、登録の効力である。特許権及び専用実施権の譲渡担保（移転）及び質権設定について登録は効力発生要件であり（特 98 条 1

20) 方式性を要しないことはベルヌ条約の要請である（ベルヌ条約 5 条 2 項）。

21) 中山信弘＝小泉直樹編著『新・注解 特許法』1221 頁〔城山康文〕。

項1-2号)、通常実施権の譲渡担保権(移転)及び質権設定について登録は第三者対抗要件である(99条3項)。譲渡担保のみ認められている特許を受ける権利等について、出願前の移転は、その承継人による出願が第三者対抗要件であり、出願後の移転は、特許庁長官への届出が効力発生要件となっている(特34条1、4項)。また、仮専用実施権の移転は特許権同様、登録が効力発生要件、仮通常実施権の移転は通常実施権同様、登録は第三者対抗要件である(特34条の4第1項、34条の5第2項)。これに対し、著作権、著作隣接権及び出版権の譲渡担保(移転)及び質権の設定はいずれも登録は第三者対抗要件である(著77条1-2号、104条、88条)。

2 形成過程

(1) 特許法

日本の特許制度は、欧米先進国の制度をモデルとして展開され、それら諸外国同様、恩恵(褒賞)主義から権利主義に移行した²²⁾。権利主義への移行は明治21年特許条例からで、権利主義の下、特許出願という、公権としての国家行為要求権の一種である登録請求権の行使としての申請を行う場合、それが法律に定める要件を具備する正規の手続によるものである限り、国家は裁量によりその許否を決することはできないという制度が確立された²³⁾。

恩恵主義の下では、特許を受けた者は発明を実施する義務を負うものと考えら

22) 恩恵主義とは、国王ないし国から恣意的に特権を付与される制度であるが、恩恵主義下でも、特許要件を法律によって定め、国家の自由な裁量によって許否が決められない制度にすることは可能である。例えばイギリスにおいて、議会在国王の特許の濫発に反発して、1624年専売条例を制定して以来、特許要件は法律によって定められ、国王の裁量により自由に許否が決められていたものではない。三宅正雄『特許 本質とその周辺』(發明協会、1981)172頁。他方権利主義とは、いやしくも発明をなし、その発明が法定要件を具備する者に対しては、すべてその権利として特許を受けることを有せしめ、また法定要件を具備しないときは特許を与えないという思想の方式を採用している。光石士郎『特許法詳説』(帝國地方行政学会、第5版、1968)6頁参照。

23) 欧米先進国と異なり、日本においては、恩恵主義の時代を余り経験していないので、権利主義的な見方、考え方が、実感として、制度の中に定着していない。一般に使用される「特許を与える」というような言葉遣いととも、もう少し出願人に特許登録を請求する権利があるとする権利主義の原点に立ち返った反省があって然るべきと思われるものも、なお残存するようである。三宅正雄『特許 本質とその周辺』173-175頁。

れるが、権利主義の下においては、一般の私権がそうであるように、権利者は実施する、しないの自由を有する²⁴⁾。権利主義からは、フランスのように無審査主義が導かれやすいが、日本は、審査主義、しかも慎重を期すため出願公告制度を併せた審査公告主義を採る²⁵⁾。

以下、各法条文につき、後掲付表を参照されたい（著作権法も同じ）。

① 明治4年（1871）専売略規則²⁶⁾

(i) 概観

徳川幕府は庶民の発明、改良を厳禁したが、明治政府においては、商品流通における封建的諸制限を撤廃して「営業の自由」を創出することが喫緊の課題とされ、廢藩置県に伴い、専売免許の付与を中央政府に統一化することがもっぱら目的として重視された。しかし同時に、同条例が西洋諸国の制度にならって作成されたことから²⁷⁾、特許制度の意義はすでに認識されており、それは布告前の明治4年3月18日になされた民部省の上申にも現れている²⁸⁾（後掲付表条文も参照）。

我カ國運日二月ニ開明ノ域ニ進ミ、人民隨テ新ニ制作工藝ヲ發明スル者アリ、是ノ時ニ當リ西洋各國ノ法制ニ倣ヒ其ノ專賣ヲ許可スル規則ヲ設定セサレハ、即チ奸民ノ狡詐ヲ招キ、遂ニ發明者ヲシテ利益ヲ失ヒ積年ノ焦心苦慮ヲシテ徒

24) 同上174頁。

25) 審査主義とは、発明の出願があったときは、審査官が法律に定める要件に適合するか否かを審査する主義で、要件に適合する場合において初めて特許を与える主義を言う。この主義の一種に公告主義、すなわち、出願があったときは一定の期間内その発明を公告し、一般の世人をもって異議をまっけて初めて審査する主義である。ドイツ、アメリカ、ロシア、日本は審査主義。他方、出願主義とは、発明の出願あったときは、その出願が形式上適法な場合はまずこれを登録する主義であり、その法定の要件に適合するか否かの実質上の審査をしない。イギリス、フランス、イタリアがそうである。光石士郎『特許法詳説』8頁。日本特許制度も旧法時からこのような思想に立脚している。出願公告制度を併用することにより、さらなる遅れが生じ得るが、これについては、仮保護制度を手当てしている（特52条）。

26) 明治4年4月7日太政官布告第170号。

27) 三宅正雄『特許 本質とその周辺』20頁。

28) 特許庁『工業所有権制度百年史（上巻）』17-18頁参照。

勞ニ歸セシメントス、將タ何ヲ以テ人民ヲ獎勵シ知識ヲ擴充セシムルヲ得ンヤ、凡ソ製作工藝ヲ發明セル者ニ專賣ノ許可ヲ與フル特權ハ專ラ工部省ニ屬スト雖モ、其ノ建省以來日タル尚淺ク、各般ノ事務多端ニシテ未タ之カ方法ヲ立定スルニ遑マアラサラン、然レトモ此ノ特權ヲ地方官ニ委センカ、必ス各自ニ其ノ旨ヲ殊ニシ一定ニ歸セサルノ弊患ヲ來サントス、是ヲ以テ我省假ニ其ノ事務ヲ擔任シ專賣ノ許可ヲ申請スル有レハ其ノ物品ヲ稽查シ、果シテ新ニ發明セルニ疑ヒ無キ者ニハ專賣ノ特權を付與セン²⁹⁾

ただ、恩恵主義に依っており、かかる恩恵主義は、後の特許条例前まで続く³⁰⁾。いずれにせよ、審査に当たる専門家もおらず、保護に値するような発明も現れないため、翌年には施行されないまま廃止された³¹⁾。

(ii) 取引制度

恩恵主義とはいえ、「相當ノ代金ヲ以テ年限中他人ニ賣渡シ候義勝手タルヘシ」と自由に譲渡できる旨規定されていたことは特筆すべきである（ただし、届出は要した）。また、利用発明は原発明者の許諾なく専売の対象となり得た。

一 他人ノ發明セシ品ヘ更ニ工夫ヲ加ヘタル分ハ某發明ノ品ヘ何々ノ廉改正ト委詳ニ書記スヘシ若他人ノ發明セシ品ニ似寄リタルモ其實品物ノ工用或ハ工夫等全ク相違致候ハハ異同ノ辨ヲ具ニ書分差出スヘシ

担保権に関し、明治維新以前には、債権者に目的物の占有を認めない抵当権に相当するものを「書入」、債権者に占有を認める質権に相当するものを「質入」と区別していたが³²⁾、本条例には規定がない。担保権について初めて明記されたのは明治21年特許条例であるが、後述するように「書入」として規定され

29) 同上18頁（大内・土屋編『明治前期財政経済史料集成』第2巻（原書房、1978）145頁）。

30) 三宅正雄『特許 本質とその周辺』172-173頁。

31) 特許庁『工業所有権制度百年史（上巻）』20頁。

た³³⁾。

② 明治 18 年 (1885) 専売特許条例³⁴⁾

(i) 概観

専売略規則停止後、とくに農商務省設立³⁵⁾直後から専売特許法の立案作業が始められた。このときから制定作業を担当したのが高橋是清³⁶⁾(後の初代特許庁長官)である。まず、専売特許条例の基本構想を示すものとして「大日本帝国特許条例議按心得」が作成された。これは大要アメリカの特許法に倣っており、先発明主義が掲げられていた³⁷⁾。

ただ、当時外国の技術が強く、日本人の「模造擬作の自由³⁸⁾」が脅かされる懸念が強かった³⁹⁾。当時制度取調局御用掛であった井上毅は、発明者に対して報いるのは「褒賞」か「専売」か、という議論において前者に立ち、同条例の制定に反対する意見書「發明免許法ノ利害⁴⁰⁾」を提出した。

32) 平野聖「知的財産権の金融担保法上の位置付け」川崎医療福祉学会誌 14 卷 1 号 99 頁 (2004) (田高寛貴『担保法体系の新たな展開 譲渡担保を中心として』(勤草書房、1996) 121 頁引用)。

33) 平野 99 頁によると、次の明治 18 年専売特許条例において書入の制度が制定された (小林久起「担保法制の視点から見た知的財産担保の検討課題」鎌田薫編『知的財産担保の理論と実務』(知的財産研究所、1997) 23 頁) とあるが、かかる規定が明記されたのは明治 21 年特許条例である。

34) 明治 18 年 4 月 18 日太政官布告第 7 号 (同年 7 月 1 日施行)。

35) 明治 13 年 11 月の農商務省創設の建議により、翌年 4 月 7 日太政官布告第 21 号に基づいて農商務省が設置され、内務、大蔵、工部各省にまたがっていた殖産興業政策が農商務省に一本化して実施されることになった。特許庁『工業所有権制度百年史 (上巻)』62 頁。

36) 明治 14 年 5 月 25 日文部省から農商務省御用掛に転じた高橋是清は、専売特許条例の制定作業の主任となり、後の明治 21 年特許条例を含め、制定作業の中心的な役割を果たした。明治 21 年特許条例制定前には、アメリカ、イギリス、フランス及びドイツの各国法制度調査のために歴訪している。同上 64、72 頁参照。

37) 同上 64 頁。

38) 「大日本帝国特許條例議按心得」に対して提出された工務・商務・農務の 3 局長による「發明專賣特許法ニ付意見書」には「專賣特許は本邦人の特徴たる模造擬作の自由を阻壓する」とまで述べられていた。同上 64 頁参照。

39) 農商務省が太政官に上申した条例案では、輸入特許も保護の客体に含められ、外国で特許期間中にない発明を国内に輸入し、実施した者は、国内の発明者とみなされ製造権の専有を認めること、と規定されていた。しかし、結局輸入特許は認められない形で決着した。同上 66-71 頁。

以上總テ之ヲ論スルニ、免許法ヲ設クルノ利ヲ填充シテ、猶餘リアル者ナリ、蓋免許法ハ、外國既行ノ工業ヲ採擇シ、盛ニ流傳ヲ望ムノ時機ニ適セザルナリ、今我國ニ在テハ免許法ニ代フルニ賞與法ヲ以テシ、其果シテ世ニ鴻益アルノ發明又ハ模造ヲ爲シタル者ハ、審査シテ後、衆論ニ依リ、之ヲ賞スルニ、名譽ト貨財トヲ以テシ、以テ之ヲ勵スルコト可ナリ（強調筆者）

行政府の介入を最小限に抑える褒賞説は、公衆の利益享受に發明の意義の源泉を見出しており、独占権を与えようとする専売説に比べ、より市場原理に親和性を有するとも思える。しかし結局、「専売」によるべきとの結論が出され、同意見書は採用されることなく、褒賞説は姿を消した⁴¹⁾。

その後高橋是清は欧米視察を行い、様々な審議を経て、明治18年専売特許条例は布告された。その制度趣旨は、次のように述べられている。

政府カ發明ノ保護ヲ爲スノ主意ニアリ、一ハ發明ナルモノハ人ノ智能ニ因テ始メテ造出シタルモノナルカ故ニ創造者ノ所有物トナスコト當然ノ理ナリ、譬ハ海底ニ沈ミテ珊瑚珠ヲ捨ヒ取りタル者アラハ國法ハ其獲物ヲ以テ人ノ所有ト見做スナリ、……一時ノ勞力ニ因テ得タルモノ猶此ノ如シ、況ンヤ發明ノ如キ多クノ資金ヲ費ヤシ數年ノ勞力ヲ費シテ始メテノ事物ヲ工夫シ而シテ其考出シタル結果ハ……一般ヲ益スルノ功アルモノヲ創メテ造り出シタルニ於テオヤ是レ版權ヲ與ヘテ著述ヲ保護スルノ一般ノ理ナリ、又二ツニハ發明ヲ保護スルハ社會一般ノ公益上便利アルトスルニ由ルナリ⁴²⁾

本条例は、「農商務卿ハ其專賣ヲ特許スヘキモノト認ムルトキハ專賣特許証ヲ下付スヘシ」（1条2項）と規定するように未だ恩恵主義の色彩が濃いのが、先發明主義、審査主義が採用された。ただ、当時ボアソナードによる民法の作業が進

40) 同上 68 頁（井上毅電機編纂委員會編『井上毅伝史料篇第一』（国学院図書館、1966）398 頁を引用）。

41) 同上 68 頁。

42) 同上 66 頁（特許庁万国工業所有権資料館蔵『高橋是清氏特許制度ニ関スル遺稿集』（以下、『高橋是清遺稿集』という）第5巻を引用）。

行中であり、民法に整合する形での全面改正が当初から予定されており、施行直後から改正作業が行われた⁴³⁾。

(ii) 取引制度

専売権の譲渡性は勿論、「分与」すなわち一部譲渡も認められる旨規定された(7条)。その際、官庁(農商務卿)に届出を要することは、従来と変わらない。原案となった農商務省による専売特許条例案では、特許を出願する権利及び特許権の譲渡を一緒に規定していたが(案10条)、本条例では、特許を出願する権利の譲渡(4条1項但書)と成立した専売権の譲渡及び分与(7条)とに分けて規定された。前者は間接的で、不特許事由の一つである「他人ノ既ニ發明シタルモノ」の但書に「他人ヨリ譲受ケタルモノハ此限ニアラス」と規定することにより、特許を受ける権利の承継が認められることを前提としていたといえる。

担保権についての規定は本条例でも設けられなかった。

なお、明治4年専売略規則と異なり、他人の発明を改良して専売特許を得ようとする者は原専売人の承諾を要することが規定されたが、原専売人の許諾を得られなくとも農商務卿が改良を妨げると認める場合は、相当の報償金をもって原発明及び改良部分の使用特許を付与することができた(9条)。

また、専売特許証の日付から2年実施せず、又は事故を届けず2年間実施を中止していた場合、あるいは専売特許の発明品を外国から輸入して販売した場合に専売権を失う旨規定されていた(15条)。

③ 明治21年(1888)特許条例⁴⁴⁾

(i) 概観

農務省は、明治21年(1888)2月16日に内閣総理大臣伊藤博文に特許条例草案等を提出した。特許条例草案は、法制局、元老院で審議され、同年11月26日に公布、翌年2月1日から施行された⁴⁵⁾。

43) 詳細は、特許庁『工業所有権制度百年史(上巻)』59-77頁参照。

44) 明治21年12月18日勅令第84号(明治22年2月1日施行)。

45) 特許庁『工業所有権制度百年史(上巻)』73頁。

本特許条例により恩恵主義は廃止され、国民に特許を受ける権利があるとする権利主義が採られ、「専売」の文字が法律名称から削除された。かかる提言を行った高橋是清によると、次の理由による。

特許證所有主ノ權利ニ二種アリ第一ハ其發明ヲ製作、使用、販賣スルノ權利ニシテ即チ此權利ハ特許證ノ有無ヲ問ハズ發明者ノ既ニ所有セルモノナリ第二ハ自己ノ發明ト同一ナルモノヲ他人ニ於テ製作、販賣、使用スルトキ之ヲ禁止シ得ルノ權ナリトス、而シテ此權利ハ特許證ニ因テ起ルモノニシテ毫モ他ノ法規ノ牽制ヲ蒙ルコト無シト雖モ第一ノ權利ノ如キハ必シモ特許條例ニ由リ起ルニ非スシテ一般人民ノ固有スルモノナレハ之ヲ行フニ方リテハ税法警察法其他營業規則等ヲ遵奉セサル可ラス、然ルニ該條例ヲ指シテ專賣特許條例ト云フカ如キハ政府人民ノ固有セル發賣ノ權利ヲモ該條例ニ由テ特許スルカ如キ嫌アリテ穩當ナラス其誤解シ易キカ爲メニ往々不都合ヲ生スルコトアリ故ニ專賣ノ二字ハ削除スルニ如カス⁴⁶⁾

本特許条例は、明治18年専売特許条例に続き先発明主義、審査主義⁴⁷⁾を採用したほか、拒絶査定に対する再審査請求、無効審判の各制度を創設するなど、極めて進歩的、画期的なものであった⁴⁸⁾。とくにアメリカ特許法の影響が強く、「新規有益ナル工術、機械、製造品及合成物ヲ發明シ又ハ工術、機械、製造品及合成物ノ新規有益ナル改良ヲ發明シタル者ハ此條例ニ依リ特許ヲ受クルコトヲ得」(1条1項)は、現行アメリカ特許法に酷似している⁴⁹⁾。

46) 同上 72-73頁(『法規分類大全』第17巻(原書房)50頁を引用)。本条例説明書によると、「専売」のみならず製作使用を含有することを明確にするために「専売」を削除した。明治21年2月16日農商務大臣による「特許條例制定ノ件」における説明書『公分類聚』第十二編462頁。

47) 当時、イギリスやフランスは無審査主義を採っていた。特許庁『工業所有権制度百年史(上巻)』67頁。

48) 三宅正雄『特許 本質とその周辺』21頁。

49) 「新規かつ有用な方法、機械、製造物若しくは組成物、又はそれについての新規かつ有用な改良を發明又は発見した者は、本法の定める条件及び要件に従って、それについての特許を取得することができる」(101条)。アメリカ特許法の和訳は特許庁による。以下同じ。

また「固有の権利」として発明者に当然に帰属する権利と、法律をもって初めて認められる第三者による製作等を禁止する権利とを区別し、本条例の対象が後者であることを明確にするため、「特許」の定義が新設された (1条2項)⁵⁰⁾。

特許トハ発明者ニ他人ヲシテ其承諾ヲ經スシテ前項ノ発明ヲ製作、使用又ハ販賣セシメサル特權ヲ許スコトヲ謂フ

なお、特許の不実施は当該特許の失効理由の一つとされた。ただ、本特許条例においては、「相当ノ事故ナクシテ」の場合に限定された。これは、農商務省説明書によると、発明の使用者が「結託」して失効するまでは使用しないという企みを防ぐためとしている⁵¹⁾。

また、明治18年専売特許条例に先立つ明治17年商標条例により、農商務省工務局内に商標登録所が設置され、その後所内に専売特許所が設けられた。明治19年(1886)には専売特許局に格上げされた。明治20年(1887)には特許局となり、農務省官制から外されたが、明治23年(1890)に再び内局となった⁵²⁾。そして明治23年(1890)2月、裁判所構成法の公布に伴い、それまで裁判所で行われていた特許・意匠・商標権の「登記」が農商務省特許局で行われることとなった。それに伴い、明治21年特許条例において、「特許局長ハ」特許を与えるべきと査定した場合に、農商務大臣の認可を経て特許原簿に登録し、登録証下付の手続をなすべきことが要求された(4条)。保護期間もこのときより原簿登録日を起算時とする(6条)。

特許の不登録事例として「専売特許願出以前公ニ用ヒラレ又ハ公ニ知ラレタルモノ」が挙げられていた(4条)。出願以前に公知公用のものでないことは発明の要件であったが(1条1項)、当時の逐条解説と言える『専売特許願人心得⁵³⁾』

50) 明治18年専売特許条例についても当初、農商務省が明治17年(1884)2月18日に太政官に上申した発明専売特許条例案において、「専売特許」とは、発明者が他人にその発明をみだりに「施用」又は販売させずに専らこれを自己の利益とする権利を官において特許することと定義されていた。しかしながら、制定段階において削除された。

51) 特許庁『工業所有権制度百年史(上巻)』74頁。

52) 同上155-157頁。

によると、次のように説明されている。

自己の發明にもせよ他人より譲受けたる發明にもせよ我專賣特許を願出づるより前に既に賣品となして商店或は市場に上し公然世に用ひられ或は圖書に著はして人に知られたる物はすべて公有に係りたるものと見做さるゝか故に專賣を願ふことを得ずこの故に發明者專賣を願はんと欲せば試験中たりともはじめより秘して世人に示さず且決して賣品に供せざるやうに爲さるゝべからず⁵⁴⁾

明治18年4月20日の「各局處務規程」により、專賣特許發明の『官報』掲載が明記されたが、その内容は發明の名称と出願人氏名、管轄地程度のものであった。發明の内容については「特許公報」のほか、当初『特許發明明細書』が発行されていた⁵⁵⁾。

(ii) 取引制度

特許權の移轉性については、担保權を導入しつつ、次のように書き換えられた。これは、現行昭和34年法前まで基本的に維持されることになる。担保權については、条文に見るように「書入」、すなわち抵當權的非占有担保として導入された。また、登録の第三者對抗効も明記された(22条)。

特許ハ制限ヲ附シ若クハ附セスシテ賣與譲與シ若クハ共有トナシ又ハ書入トナスコトヲ得此場合ニ於テハ特許局ニ請求シ契約ノ登録ヲ受クヘシ登録ヲ受ケサル契約ハ第三者ニ對シ法律上其故ナキモノトス

「制限付移轉」という概念はドイツ特許法から取り入れられ⁵⁶⁾、以後大正10年法まで存置される。後の判例いわく「特許權の制限付移轉とは特許權の範圍を制限しその制限内に於いて之を行使する權利を他人に譲与する謂にしてその移轉

53) 通商産業省編『商工政策史』第14巻(商工政策史刊行会、1964)588頁。

54) 特許庁『工業所有權制度百年史(上巻)』。164頁

55) 同上169-171頁。

とは民法にいわゆる権利の譲渡とその意義を異にし権利の設定に外ならざる設権的移転の意義に於いて之を用いたるものとす」る趣旨である⁵⁷⁾。これに対し、譲渡契約に付帯する約款又は条件と異なる条件又は約款は、契約と関係するもので権利そのものの実質と相関するものではない。例えば、譲渡した権利を相続人又は第三者に移転すべきでないという条件は、付帯約款にすぎず、いわゆる制限を付した譲渡ではない。特許権の譲渡とは特許権の内容の一部を行使する権利を他人に分与することをいい、例えば特許発明に係る物品の販売権のみを譲与すること、又はある地域内における発明専用権を分与することをいう⁵⁸⁾。一部譲渡として実際に行われる法律行為は、ほぼ現行と変わらず、土地、時間、内容、その組合せによる制限があり、実務上、いずれの場合も譲受人のみが専用を有する場合と譲渡人も権利行使できる場合の二種があり、かつ最も多用されたのは、場

56) 当時のドイツ特許法6条は「特許請求権及特許権ハ制限ヲ付シ若ハ付セスシテ契約又は死前ノ処分ニ依リ是ヲ他人ニ移轉（ユーバルトラーゲン）スルコトヲ得」とする。この「ユーバルトラーゲン」という用語に含まれる譲渡（フェルオイセルング）中には一定の制限内において他人に発明を使用する権利を与えるような、いわゆる制限付譲渡として包含せらるることは、学者や実務家が等しく認めるところである。ドイツの学者の解説によれば、フェルオイセルング（譲渡）には、承継的譲渡（トランスラチーフエ、フェルオイセルング）と設定的譲渡（コンストトチーフエ、フェルオイセルング）がある。前者は、権利がその形のままで移転することで、通常の債権や物権の譲渡として行われ、譲受人は譲渡人の権利をそのまま継承する。例えば、地上権の譲渡である。設定的譲渡とは、譲渡の目的たる権利はむしろ譲渡人の有する権利に属し、譲受人はこれをその形のまま譲受するのではなく、全く別種の権利を取得する。したがって譲渡人の権利は実質においては滅殺されるが、以前従前の性状を有する。例としては土地の地上権設定が挙げられるように、譲渡人は依然所有権を有し、譲受人は別種の物権でしかも所有権の一部に他ならない権利を得る。杉本貞次郎『特許法』（法政大学、1905）81-83頁。なお、ドイツでは現行特許法においても、同様の規定を維持している（15条）。

- (1) 特許に関する権利、特許付与を受ける権利、及び特許に由来する権利は、相続人に移転する。これらの権利は、制限を付して又は付さずに、他人に譲渡することができる。
- (2) (1)に基づく権利は、その全部又は一部を、排他的又は非排他的に、本法施行地域の全体又は一部に関して、ライセンス付与の対象とすることができる。実施権者が、第1文の規定による、同人のライセンスに関する制限に違反したときは、同人に対し特許によって付与された権利を主張することができる。
- (3) 権利の移転又はライセンスの付与は、その前に他人に付与されているライセンスに影響を及ぼさない。

ドイツ特許法の和訳は特許庁による。以下同じ。

57) 大審判大正元・12・18民録18輯28巻1046頁。

58) 杉本貞次郎『特許法』79頁。

所的・時間的制限のある専用権の譲渡であったようである⁵⁹⁾。

また、本条は農商務省案第10条とほぼ同じであるが、その説明によると次のとおりである。譲与分与は出願して官が許可を与える旨規定するが、元来譲与分与は権利者の自由であり、政府の許可をまって初めて取得するものではない（強調筆者）。したがって、本条例においては、譲与分与は権利者の自由に任せ、単に登録を「請ケシムルコトト為サント欲ス」とする趣旨である。また、書入についても同趣旨であると明記する。なお、「分与」の二字を削除した理由は、「譲与」に分与も包含するからと説明されている⁶⁰⁾。

特許を受ける権利に関し、明治18年専売特許条例と異なり、本特許条例において、特許を受けることのできる発明として「新規」性を明記し、特許を出願する権利の譲渡等の規定が削除され、特許を受ける権利の承継は認められないと解されるに至った。特許局の実務も同様で、かつ特許局の考え方を支持する判決もある⁶¹⁾。

利用発明については明治18年専売特許条例と基本的に変わりはない（第8条）。

(iii) 旧民法における特許権

明治21年特許条例が、民法典の編纂作業に影響を受けたことは前述したが、かかる編纂事業は、明治4年（1870）に始まる。その後、フランスのポアソナード教授を中心に編纂が続けられ、明治21年（1888）10月に第一草案が完成した。草案は多くの修正がなされ、明治23年（1890）4月に財産法（財産編外3編）、5月に身分法が公布された（以下、「旧民法」という）。

明治18年専売特許条例、明治21年特許条例の制定の際、財産権の一つとしての特許権の性格を、立法作業においてどのように位置づけたかは不明であるが⁶²⁾、少なくとも旧民法は、無体財産権についてイタリア民法を参考にして次

59) 同上 80-81 頁。

60) 明治21年2月16日農商務大臣による「特許條例制定ノ件」における説明書『公分類聚』第十二編 464 頁。

61) 特許庁『工業所有権制度百年史（上巻）』74 頁。判決として、明治36年3月20日大審院第2民事部判決、明治36年（オ）第11号（明治35年11月7日特許局審決第608号〈特許第3585号紙巻煙草製造機無効事件〉上告事件）が挙げられている。

のように規定していた(以下強調筆者)⁶³⁾。

第四條 著述者ノ著書ノ發行、技術者ノ技術物ノ製出又ハ發明者ノ發明ノ施用ニ付テノ權利ハ特別法ヲ以テ之ヲ規定ス

第六條 物ニ有體ナルアリ無體ナルアリ

有體物トハ人ノ感官ニ觸ルルモノヲ謂フ即チ地所、建物、動物、器具ノ如シ無體トハ智能ノミヲ以テ理會スルモノヲ謂フ即チ左ノ如シ

第一 (略)

第二 著述家、技術者及ヒ發明者ノ權利

第十三條 法律ノ規定ニ因ル動産ハ左ノ如シ

第五 著述者、技術者及ヒ發明者ノ權利

第三十條 所有權トハ物ノ使用収益及ヒ處分ヲ爲ス權利ヲ謂フ

また旧民法は、「第二部人權及ヒ義務」の第1章第2節「不当ノ利得」と第3節「不正ノ損害即チ犯罪及ヒ准犯罪」のなかで不当利得と不法行為について次のように規定している。

第三百六十一條 何人ニテモ有意ト無意ト又錯誤トヲ問ハス正當ノ原因ナクシテ他人ノ財産ニ付キ利ヲ得タル者ハ其不當ノ利得ノ取戻ヲ受ク

此規定ハ下ノ區別ニ從ヒ主トシテ左ノ諸件ニ之ヲ適用ス

第一～第三 (略)

第四 他人ノ物ノ添附ヨリ又ハ他人ノ勞力ヨリ生スル所有物ノ増加

第三百七十條 過失又ハ懈怠ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ其賠償ヲ爲ス責ニ任ス

此損害ノ所爲カ有意ニ出テタルトキハ其所爲ハ民事ノ犯罪ヲ成シ無意ニ出テタルトキハ准犯罪ヲ成ス

62) 特許庁『工業所有権制度百年史(上巻)』76頁。『高橋是清遺稿集』第5巻に、「發明者ノ所有權」と題する文章がみられる程度である。

63) 特許庁『工業所有権制度百年史(上巻)』76頁。

発明が民法上の法定動産であり、かつ動産に対する不法行為につき規定を設けている以上、特許権の効力について特許条例中に規定を置く必要はなかったのである（事実当時のフランス特許法には特許権の効力に関する規定がなかった）⁶⁴⁾。

しかしながら、旧民法は施行されることなく無期延期に陥り、当時公表されていたドイツ民法典の草案を参考として三編（総則・物権・債権）は明治28年に、その他二編（親族・相続）は同30年に草案の完成をみた。それぞれその翌年に公布、いずれも明治31年7月16日施行となった（以下、「新民法」という。）。

そして、ドイツ民法に倣い、新民法は、物権と債権を峻別し、「物」を有体物に限った。この点は、現行民法でも変わらない（民85条）。物を有体物に限った理由については、次のように説明されている。

旧民法は物を有体物無体物に分かったが、その結果「物権、人権モ亦常ニ権利ノ目的物トシタルカ頗ル奇異ナル結果ヲ生スル」（〈民法修正案〉理由書86条一現行法85条）、例えば「債権ノ所有權、地上權ノ所有權等ノ如キモノヲ認メサルコトヲ得」なくなり「一般権利ノ種別ニ財産權ノ大分類トセル物権ト債権トノ區別ヲシテ紛淆錯雜セシメ遂ニ之ヲ識別スル標準ナキニ至レル」（〈民法言論第1巻〉富井264頁）から特に「所有權ノ所有權」まで認めるに至っては困るからである（〈民法要義巻1〉（同旨梅85条）⁶⁵⁾）

④ 明治32年（1899）特許法⁶⁶⁾

(i) 概観

フランス法系の旧民法からドイツ法系の新民法への移行に対応すること、不平等条約改正に伴って外国人に対しても日本人と同様の権利が原則として保障されるようになったこと（民法第2条）、並びに日英条約の改正時に約定したパリ条約に加盟するため、特許法は大改正された⁶⁷⁾。

64) 同上77頁。

65) 同上187頁（星野英一『民法論集』第1巻（有斐閣、1970）143頁、西本穎『法史論民法学』（法律文化者、1976）44頁も併せて参照）。

66) 明治32年3月1日法律第36号（同年7月1日より施行）。

67) 特許庁『工業所有権制度百年史（上巻）』182頁。

とりわけドイツ法系の新民法への移行による影響が大きい。現行アメリカ特許法酷似の条文も現行日本特許法の原型に近くなり、特許の定義も削除され、排他的権利から独占的権利の色彩が強まった (1 条)。

工業上ノ物品及方法ニ關シ最先ノ發明ヲ爲シタル者若ハ其ノ承繼人ハ此ノ法律ニ依リ特許ヲ受クルコトヲ得
物品ノ發明ニ係ル特許ハ特許ヲ受ケタル者ニ限り其ノ發明ノ物品ヲ製作、使用、販賣若ハ擴布スルノ權利ヲ有セシム (方法の發明については後掲附表参照)

ここで「拡布」とは、他人をして発明の目的物を利用し得べからしむる諸般の行為を総称した用語であり、「circulation」と同義と考えられていた。すなわち、譲渡は勿論、貸付、広告、陳列 (店舗又は博覧会場、共進会場等の) 等は全て含まれる。販売も当然に拡布の一部である⁶⁸⁾。拡布という行為の相対行為、例えば買う、借りる等の行為は拡布には含まれない。従って、専用権の作用に属しないことをもって、他人がこれらの行為をしても特許の侵害とは言えず、使用するに至って始めて特許権の侵害となる⁶⁹⁾。

新民法において、「物」は有体物に限られ、特許権のような無体物は民法上の保護から除外されたため、特許権を十分に保護するためにはドイツ特許法のように特許権の定義を物権に準ずるものとして民法と整合させなければならなくなった⁷⁰⁾。当時、特許権 (その他の工業所有権) を民法に対してどのように位置づけるか議論が錯綜したが、それを草案の起草者である杉本貞次郎は、次のようにまとめている。

發明ハ特許權ノ目的物ナリ。特許權ハ恰モ所有權カ有體物ノ上ニ行ハルルト同様ナル状態ニテ發明ノ上ニ行ハルルナリ。而シテ其効力モ甚相似タリ。此ニ於テ特許權 (著作權ト共ニ) ヲ稱スル者アリ、或ハ無體物上ノ權利又ハ非物質的

68) 杉本貞次郎『特許法』73頁。

69) 同上74頁。

70) 特許庁『工業所有権制度百年史 (上巻)』187頁。

貨物上ノ權利ト稱スル者アリ。……發明ハ有體物ニ非サルカ故ニ民法上ノ物ニ非スト雖法律ハ之カ専用ヲ認メ又其ノ讓渡、質入等ノ處分ヲ認ム。乃チ一種ノ對世的權利ニシテ民法上ノ債權又ハ物權ニ非サルコト明カナリ⁷¹⁾

獨占ナル觀念ハ特許ノ本質ニシテ或學者ノ説明スルカ如キ他人ニ其利用ヲ禁シタル結果ニ非スシテ獨占的權利ノ効力トシテ他人ハ之ヲ利用スルコトヲ得サルナリ⁷²⁾

(ii) 取引制度

特許權の移転及び担保權については、明治21年特許條例の条文がほぼ維持された。しかし、担保權に関し、本條例では、「書入」から「質權の目的」へと書き換えられたが、「制限ヲ付シ若ハ付セスシテ讓渡シ」等の規定は従来と実質異ならない(4条)。

⑤ 明治42年(1909)特許法⁷³⁾

(i) 概観

前回の改正がパリ条約加入のため慌ただしく行われたものであったため、かつ日本の産業の發達に即応しがたいものがあったため、重要な改正が加えられた⁷⁴⁾。未だ先發明主義は維持されたが若干修正され、従来解釈で採用されていた世界公知から国内公知への轉換、職務發明に関する規定の新設、先使用權の規定の新設等がなされた⁷⁵⁾。

また本法までは、正当の理由なく3年以上「実施公行」しないことは、特許取消事由であった。恩恵主義、あるいはその色彩の濃い制度においては、むしろ當然のこのように思われるが、同制度の下においては特許權者に実施義務を課したと思われる形跡は見当たらない⁷⁶⁾。

71) 同上188頁(杉本貞次郎講述『特許法』3頁引用)。

72) 同上(引用部分は7頁)。

73) 明治42年4月2日法律第23号(同年11月1日施行)。

74) 三宅正雄『特許 本質とその周辺』21頁。

75) 中山信弘『特許法』(弘文堂、2010)36頁。

(ii) 取引制度

特許権が「登録」により発生する旨が明記された (28 条)。これまでは、意匠法、商標法を含めて「登記」となっていたところ、民法において物権の規定から発明等が除外されたことによるためか、民法の制定過程でこのように決められた⁷⁷⁾。

従前の譲渡・担保条項は若干表現を変えたが、制限付／制限なしの移転が認められること、及び登録が第三者対抗要件であることは維持された (32-33 条)。さらに、実施許諾の制度も新たに導入された (40-41 条)。

特許を受ける権利の移転を可とし、担保を不可とすることが明記された (10 条)。特許を受ける権利についての考え方は様々にあったが⁷⁸⁾、次の点では一致をみたようである。すなわち、特許を受ける権利は発明の完成と同時に発生するが、この権利の承継には (i) 発明完成後特許出願前における承継と (ii) 特許出願後特許権発生前における承継の二種が考えられる。当事者間においては、承継の事実又は行為をもって直ちに効力が生じるが、当事者以外の第三者に対しては、特許出願前にあっては特許を出願し、特許出願後にあっては出願人の名義変更を届け出なければ対抗することができない。もし、出願又は届出が競合する場合は関係人の協議により、協議が整わない場合はいずれも第三者に対抗することができないと規定されていた (10 条)⁷⁹⁾。

76) 三宅正雄『特許 本質とその周辺』10 頁。

77) 特許庁『工業所有権制度百年史 (上巻)』189 頁。

78) 特許を受ける権利の本質については、次のような学説があった。

(i) 国家に対して特許を要求する権利であって、純然たる公権である

(ii) 公権と私権の両者を兼ね備える

(iii) 発明をなした者は、自然法的権利、いわば発明権を獲得し、発明権を有する者は、国家に対してその「確認」を請求することができ、国家がこれを確認することにより特許権が発生する。発明権は実体的権利、確認請求権は手続的権利であり、その関係はあたかも所有権と所有権確認の訴権との関係のごとくである。したがって、移転できることは実体的権利である発明権を移転することができる旨規定したものであり、その結果手続的権利も随伴して移転する。

蓆優美『條解工業所有権法』(博文社、1952) 58-59 頁。

79) 松本静史『改正特許法要論』(三書樓、1911) 19-21 頁。

⑥ 大正10年(1921)特許法⁸⁰⁾

(i) 概観

主として、第一次世界大戦後の日本の社会的、経済的事情を背景として立案改正されたもので、当時の日本における一般的法概念の学問的發展を反映して極めて整った法体系が形成された⁸¹⁾。ここで、先発明主義から先願主義へ移行し、出願公告制度が採用された。このときまで、現行アメリカ特許法同様「新規ナル工業的発明ヲ為シタル者ハ其ノ発明ニ付特許ヲ受クルコトヲ得」(1条)と規定されていた。

(ii) 取引制度

特許を受ける権利については、共有に関する規定が設けられた以外、実質明治42年特許法と変わらない(12条)。

また、譲渡・担保条項も同様である(44条、45条)。ただ、本法では、特許権又は実施権を目的とする質権の他、先取特権についても規定され、物上代位についても規定された(56条)。すなわち、かかる先取特権又は質権が「本法ニ依リ受クヘキ補償金其ノ他特許権ノ對價又ハ特許発明ノ實施ニ對シテ受クヘキ金錢若ハ金錢以外ノ物ニ對シテ」も行使できる旨規定された。ただ、その払渡又は引渡前に差押を要した(現行制度に同じ)。

さらに実施許諾についても、共有や利用発明に関する規定が盛り込まれた以外、実質変わりはない(48-52条)。ただ実務上、実施権の登録には独占的である旨の付記が慣行的に認められており、その旨の付記ある実施権は、特許権の制限付譲渡と並んで、現行法の専用実施権に類似した機能を営んでいたといえよう⁸²⁾。

いずれにせよ、本法までは譲渡、質権、実施許諾の全ての登録は第三者対抗要件にすぎなかった。したがって、例えば特許権の譲渡は、単純な意思表示によりその効果を発生するのであり(民法176条参照)、ただ、第三者に対抗するために特許原簿に登録することが要求された。このように登録をもって特許権移転の

80) 大正10年4月30日法律第96号(大正11年1月11日施行)。

81) 三宅正雄『特許 本質とその周辺』22頁。

82) 中山信弘編著『注解特許法(上巻)』(青林書院、第3版、2000)〔中山〕834頁。

対抗要件としたのは、当時のフランス特許法 20 条第 3 項と同一である⁸³⁾。すなわち、民法 177 条において登記をもって不動産移転の対抗要件としたことと同様、フランス法を淵源とする⁸⁴⁾。したがって、旧法下においては、不動産登記について確立された解釈が特許登録に適用できると解されていた⁸⁵⁾。大正 5 年に出された不動産に関する中間省略登記を認める判決に続き⁸⁶⁾、同様の法理は特許法にも適用された⁸⁷⁾。

⑦ 昭和 34 年 (1959) 特許法⁸⁸⁾

(i) 概観

産業財産権四法は、大正 10 年の全面改正以来、抜本的な改正を経ることなく戦後を迎えたため、実態に合わない規定も生じていたばかりでなく、戦後の急速な産業・経済の変革にも対応できなくなっていた。昭和 24 年 12 月の閣議において、工業所有権制度について根本的検討を行うことが決定され、昭和 25 年 11 月に第一回工業所有権制度改正調査審議会が開催された。その後、特許法、実用新案法、意匠法に関する問題を扱う特許部会は 148 回開催され、昭和 31 年 12 月に答申が決定され、昭和 34 年 2 月には法案が国会に提出され、先議された参議院で一部修正のうえ可決、衆議院本会議では、参議院修正どおりに可決、成立に至った⁸⁹⁾。

特許権保護を強化すべく、目的規定が置かれ (1 条)、特許要件である新規性

83) 現行法では、次のような規定となっている。

L613 条 9 特許出願又は特許に由来する権利を譲渡又は変更する一切の行為は、他人に対して効力を有するためには、工業所有権庁に備える国内特許登録簿に登録しなければならない。ただし、登録前の行為であっても、当該行為の日後に権利を取得したが、権利を取得するときに当該行為を知っていた当事者に対しては、効力を有するものとする。

フランス知的財産法 (2006 年 3 月 1 日法律 2006-236 号)。和訳は特許庁による。

84) 清瀬一郎『特許法原理』(巖松堂、改訂版、1929) 189-190 頁。

85) 同上 191 頁。その他判例はないが、民法第 177 条の第三者の意義についても、大審判明治 41・12・5 明治 41 年 (オ) 第 269 号の判示が適法されるべきとする。同 190 頁。

86) 大審判大正 5・9・12 大正 5 年 (オ) 第 492 号。

87) 大審判大正 10・4・12 大正 9 年 (オ) 第 481 号。

88) 昭和 34 年 4 月 13 日法律第 121 号 (昭和 35 年 4 月 1 日施行)。

89) 特許庁『工業所有権制度百年史 (下巻)』256 頁。

判断の基準について外国で頒布された刊行物を含めたこと(29条1項)、特許要件として進歩性を新たに追加したこと(29条2項)、これまで民法の適用に委ねられていた権利侵害に関する規定(差止請求権や損害額の推定)が新設されたこと(100-108条)等大幅に改正された⁹⁰⁾。また、本論文に特に関係するものとして、特許権の効力について、「業として」という制限が付され(68条)、大正10年法35条のように家庭内で使用してもその行為に特許権が及ぶことは限定された⁹¹⁾。

(ii) 取引制度

取引制度に関しても、重大な改正が行われた。

第一に、従前の制限付移転制度が廃止されて専用実施権となり(77条)、差止請求権等特許権者の権利について特許権者と並び主体として併記された。そもそも制限付移転と独占的实施権は基本的に異なり⁹²⁾、制限付移転制度を残したまま独占的实施権を新設する意見の方が強いとの指摘もあったが⁹³⁾、当時制限付譲渡は年に1、2件と少なく、他方、諸外国における排他的ライセンス(exclusive license)制度⁹⁴⁾を法文で認める要請が実務上高かったため、制限付移転の廃止と「専用実施権⁹⁵⁾」制度、すなわち債権的なものに物権的効力をもたせる制度新設の方向で進められた。昭和28年にいったん結論づけられた専用実施権の内容案は以下のとおりである。

- (a) 特許専用権者は独占的に特許発明を実施する権利を有する。したがって特許専用権者は、その特許専用権についての侵害に対しては訴権を有する。

90) 説明書によると、「権利者の保護に万全を期するために工業所有権の特殊性に応じた法規制」を明記した。荒玉文庫513昭和31年10-12月審議会最終結論関係資料 工業所有権制度改正審議会一般部会答申案(昭和31年12月21日)説明書131頁。

91) また、同35条の下で、特許権者から特許品を正当に購入した者もそれを使用販売できないという問題について、通説はこの場合黙示の実施許諾とみなし又は特許権者が特許品を販売した時に特許権が用いつくされたと説明していた。しかし、これは無理な説明であり、かかる場合の特許物又は特許方法により製造した物はその後にこれを処分しても特許権侵害にならない規定を設けることも課題となったが、結局実現しなかった。特許庁庁議決定案「工業所有権制度改正に関する措置事項」(昭和27年4月14日)荒玉文庫510『昭和28年6月16日～昭和29年4月28日工業所有権制度改正審議会特許部会議事要録(第三議会一)14頁。

- (b) 特許専用権の設定契約において特許権者が、自らの実施を留保する特約を認める。かかる特約付きの特許専用権も、その物権的効力には影響を及ぼさない。
- (c) 特許専用権に、設定契約をもって時間的、場所的、内容的の各制限を付ける旨の特約を認める。
- (d) 特許専用権は、譲渡、抵当権の目的となることができる。再実施権の設定についても同様である。
- (e) 特許専用権の設定、移転、変更等については、登録をもって効力発生要件とする。(ii) (iii) の特約は登録事項とする。
- (f) 旧法 52 条 1 項及び 3 項に「事後設定の特許専用権者」を加える⁹⁶⁾。

92) 特許部に提出されたマイルトが強調するように、特許権の制限付譲受人は法律上の利益と権原、日本法では特許における「物権」といわれている如きものをもつ。ところが独占的实施権者は単に契約上の権利、すなわち債権をもつにすぎない。特許権の一部移転を受けた者が所定の代価又はロイヤルティを支払わない場合には、譲渡人は代金支払及び損害賠償のために上記譲受人を訴追することはできるが、譲渡された特許権の一部を取り返すことはできない。独占的实施権者が不払その他で実施契約を破棄した場合には、特許権者は法律の規定に従って実施許諾を取り消すことができる。第 87 回特許部会（昭和 28 年 12 月 2 日）提出資料（P. マイルト「特許権の制限付移転と独占的实施権の相違について」（昭和 28 年 12 月 1 日））荒玉文庫 510『昭和 28 年 6 月 16 日～昭和 29 年 4 月 28 日工業所有権制度改正審議会特許部会議事要録（第三議会一）211 頁。

ただ、制限付移転と実施許諾の二種を実際の場合においていずれに属するかを判定することは困難な場合が少なくなく、結局は当事者の意思を解釈することによって判断する他ないとの指摘もある。末弘巖太郎『工業所有権法』（日本評論社、1939）72 頁。

93) 第 87 回特許部会（昭和 28 年 12 月 2 日）荒玉文庫 510『昭和 28 年 6 月 16 日～昭和 29 年 4 月 28 日工業所有権制度改正審議会特許部会議事要録（第三議会一）227 頁。（大貝委員発言）。

94) 当時の説明によると、ドイツでは、独占的实施権者は物権的効力を有し、差止請求はできるが、損害賠償は請求できる時とできない時がある。フランスはのライセンスは準物権的で、登録することで第三者の債権侵害に対して訴追することができる。他方、英米法国は、物権と債権の中間的曖昧な効力しか有しない。第 88 回特許部会（昭和 28 年 12 月 17 日）荒玉文庫 510『昭和 28 年 6 月 16 日～昭和 29 年 4 月 28 日工業所有権制度改正審議会特許部会議事要録（第三議会一）243-245 頁。

95) 名称も「独占的实施権」（特許庁庁議決定案「工業所有権制度改正に関する措置事項」（昭和 27 年 4 月 14 日）荒玉文庫 510『昭和 28 年 6 月 16 日～昭和 29 年 4 月 28 日工業所有権制度改正審議会特許部会議事要録（第三議会一）19 頁』、「特許専用権」（第 87 回特許部会（昭和 28 年 12 月 2 日）荒玉文庫 510『昭和 28 年 6 月 16 日～昭和 29 年 4 月 28 日工業所有権制度改正審議会特許部会議事要録（第三議会一）226-227 頁』と様々に変遷した。

なお、旧法下の制限付移転を受けた者はその権利を自由に譲渡できたが、昭和34年法では特許権者の承諾を要求することになった(77条4項)。

第二に、質権については、質権設定の際の実施権能の所在が明らかにされた。旧法下では質権の内容、とくに実施権能につき次のように様々に解釈が分かれていた。

①民法362条2項から同356条を準用することを根拠に、不動産質に準ずる用益質とみる説。この説によると、質権設定後特許権者自らは発明を実施できなくなり、質権者が実施権を取得する(中島、清瀬、石田、竹内)

②普通の動産質と同様の性質を有し、したがって質権設定後は特許権者にも質権者にも発明実施の権利がなくなるという考え方である。

③実質は抵当権と同様の性質を有するが故に質権設定者が実施権能を有し、質権者は単に特許権の換価価値につき優先弁済権を有する他、民法304条及び旧法56条の物上代位権を有するにすぎないとする説(末弘、我妻(全書)、永田、尊)

④民法362条2項により同350条準用の結果、留置権に関する同297条及び298条を準用する。その結果、質権設定者の承諾があれば質権者が実施するが、この場合、質権設定者も実施できる。質権設定者が実施の承諾を与えないときは、設定者のみが実施権能を有する。この場合、設定者はさらに第三者に実施許諾をなしうる(我妻、勝本)⁹⁶⁾

②説は、質権設定の結果、発明を全く実施できない状況におくものであり、特許制度の精神に鑑み最も望ましくない考え方である。①説にはかかる欠点がないのみならず、法文上の根拠もあるから、法律的には最も通りやすい説であるが、実際上は質権者に実施権を与えても到底満足にその実施をなしえないのは明らかであって、この点から言うの特許権者に引き続き実施を許す③説が事物の性質に最も適合しているといえることができる。ただ、この説には、法文上質権と規定されているものを抵当権と解する点において形式上の欠点があることを免れ得な

96) 第91回特許部会(昭和29年2月9日)荒玉文庫510『昭和28年6月16日～昭和29年4月28日工業所有権制度改正審議会特許部会議事要録(第三議会一)323-324頁。

97) 同上277-278頁。

い⁹⁸⁾。

当時の審議会意見においても、質権を設定すると処分権だけが残り、他の支配権は質権者に移るのが原則であるが、現実には質権者には実施能力がない場合が多い。また質権設定者に使用収益させた方が早く債務の弁済ができるのではないか、その意味では占有を移さない抵当権の方が実情に合うが、民法上抵当権は不動産に限っているから抵当権とするわけにはいかない⁹⁹⁾。審議が進むなか、その場合にとるべき措置として、次が挙げられた。

- (a) 抵当権の設定・移転・変更・消滅又は処分の制限について登録を効力発生要件とする
- (b) 被担保債権の範囲については民法 374 条による。これによって、登録事項を不動産登記法 117 条及び 120 条に従って整備する
- (c) 物上代位の効力を規定する旧特許法 56 条を抵当権の規定に改めて存置する
- (b) 抵当権の実行に伴う措置：
 - (イ) 抵当権設定以前から特許権者が実施している場合その実施関係を保護するために法定地上権（民 388 条）のような趣旨の規定を必要とするか否か
 - (ロ) 抵当権設定後抵当権者の承諾を得て特許権者から実施許諾を受けた者の実施権については抵当権の競落人に対抗しうること。抵当権の承諾を得ない場合の実施権者の実施権は短期間の保護を与えること（民 395 条）。
 - (ハ) 抵当権設定後特許権の譲渡を受けた第三者については、民法の代価弁済（377 条）と滌除（378 条以下）の制度を次のように考える。
 - ・特許権の第三取得者が実施している場合は両制度を認める。
 - ・特許権の第三取得者が実施していない場合は代価弁済のみ認める¹⁰⁰⁾。

98) 末弘巖太郎『工業所有権法』73-74 頁。

99) 特許庁庁議決定案「工業所有権制度改正に関する措置事項」（昭和 27 年 4 月 14 日）荒玉文庫 510『昭和 28 年 6 月 16 日～昭和 29 年 4 月 28 日工業所有権制度改正審議会特許部会議事要録（第三議会一）20-21 頁。

100) 第 91 回特許部会（昭和 29 年 2 月 9 日）荒玉文庫 510『昭和 28 年 6 月 16 日～昭和 29 年 4 月 28 日工業所有権制度改正審議会特許部会議事要録（第三議会一）278 頁。

審議会において、少なくとも質権を設定した場合に実施権能が特許権者に存するような制度を立てることが眼目であることは一致していたようである¹⁰¹⁾。質権（権利質）が適用され占有はあり得ないとすれば実態は抵当権と変わらない。質権登録の実例は年2、3件だったようだが、ある銀行からは特許を何件かまとめて根抵当の形で担保にして金融をしたいが、質権ではできないとの要望も出された。しかし抵当権となると、物上代位で法定果実を収取する他果実の収取権能はない。法定果実（実施料）を抵当権者と抵当権設定者のいずれに収取せしめるかが問題となり、物上代位の問題と併せて考えなければならぬなかで結局、旧法における物上代位を維持し、かつ質権の名称を維持したまま、質権者が実施権能を有しない旨明記された（特95条）¹⁰²⁾。

また、旧法条文にあった「先取特権」は削除された。これは、特許権上に成立する先取特権は一般の先取特権に限定され、民法304条の物上代位の規定が当然適用されないというのが通説であることに鑑みると、旧法条文に先取特権が入っているのは立法上の誤りであるからであるという理由に基づく¹⁰³⁾。

第三に、登録に関し、権利の変動に係る登録はすべて第三者対抗要件にすぎなかったところ、特許権の移転、質権設定・移転、専用実施権の設定・移転、質権の設定・移転に係る登録は効力発生要件となった¹⁰⁴⁾。通常実施権についても、その設定・移転等の登録を効力発生要件とすることが一時提案されたほどである¹⁰⁵⁾。通常実施権については対抗要件存続で決着したが、その他については、特許権の効力をいつから発生させるか（出願又は公告）として、当初より存続期間の始期（出願、公告又は登録）と関連して問題となっていた¹⁰⁶⁾。英米独にお

101) 同上 293 頁。

102) 同上 93-294 頁。

103) 特許庁庁議決定案「工業所有権制度改正に関する措置事項」（昭和27年4月14日）荒玉文庫510『昭和28年6月16日～昭和29年4月28日工業所有権制度改正審議会特許部会議事要録（第三議会一）23頁。

104) 当時の審議会意見として、商標部会でも取り上げられた際、登録が遅いので権利侵害問題などが起こった場合に前の名義でやっていたかどうか解らない。登録を権利発生の要件とした場合には登録を申請したらその場で直ちに登録できるような制度にしなければ困る旨が述べられていた。にもかかわらず実現をみた。特許庁庁議決定案「工業所有権制度に関する措置事項」（昭和27年4月14日）荒玉文庫510『昭和28年6月16日～昭和29年4月28日工業所有権制度改正審議会特許部会議事要録（第三議会一）20頁。

いて効力発生とする制度はないことも認識されていたが、以下の現状認識を有していた。

- (a) 形式主義の下では物権変動を生ずる時期は登記の時期であるから、物権変動が明瞭となるに対し、意思主義の下ではとくに種類売買、将来の物の売買のごとき場合に時期に関する意思が不明瞭となるおそれがある。
- (b) 形式主義及び実質審査主義の立法では公信力の機能が伴っている。登記簿上所有者として表示されている者は、たとえ実質上無権利者であっても、その登記を信頼して取引したものに対しては所有者として扱われることになるから取引の安全と円滑に益する。対抗要件主義の下ではたとえ登記法に従って登記があっても、登記されている権利又は変動が実質的に存在しなければ効力を生じる理由がない。
- (c) 対抗要件主義の下では、当事者間に有効に成立した物権変動といえども、登記なき限り第三者に否認権を行使されるおそれがあるから、権利関係が不安定になるおそれがあるが、効力要件主義の下では、公示手段なき限り権利変動もないことになるから、権利関係は明瞭かつ安定している。

105) 現行法制にいう法定実施権を含む全ての通常実施権で議論されたが、約定実施権（旧法48条）の設定・移転等については第三者対抗要件で決着を見た。なお、効力発生要件とすべきとの提案は、次のように説明されていた。

- (i) そもそも、許諾実施権の設定・移転の契約により実施権の給付をなすべき債権関係が発生するが、実施権は契約により発生するものではない。（形式主義）登録要件と実施権の設定変動を生ぜしめる合意とは一体をなして物権契約を構成し、債権契約と明らかに区別される。
- (ii) 無体財産権の実施権は、登録制度により初めて公示の昨日を備える。従って効力要件として登録を励行せしむることにより二重譲渡及び二重弁済の危険を防禦できる。
- (iii) 第三者対抗要件主義は「第三者」「対抗」の二義に関し法律的な複雑な問題を生ずる。効力要件とすることにより初めて権利関係を明瞭かつ安定せしめることができる。
- (iv) 実施権は既に登録により称物権類似の権利となっているとみることができる。公示方法のない債権と同列に考えることはできない。

第91回特許部会（昭和29年2月9日）荒玉文庫510『昭和28年6月16日～昭和29年4月28日工業所有権制度改正審議会特許部会議事要録（第三議会一）』284-285頁。

106) 審議室「特許法の実体規定改正に関して問題となるべき事項」（三訂版）（昭和26年9月）荒玉文庫507『昭和26年10月10日～昭和27年3月26日工業所有権制度改正審議会特許部会議事要録（第二議会一）』006頁。

(d) 対抗要件主義の下では対抗要件を備えない者相互間の優劣決定に問題がある。効力要件主義ではかかることはない¹⁰⁷⁾。

そして、以下の理由から、効力要件主義を採用することが望ましいと考えられた。

(a) 当事者間においても、第三者との関係においても、権利関係の明確化と権利変動の効力の安定の点からみれば効力要件主義が一般的に支持される。特に「対抗」ないし「第三者」の解釈から来る複雑な解釈論はすべて消滅するし、更に二重譲渡のケースも効力要件主義の下では、先に登記所にかけてつけた者が勝つということにより解決される。

(b) 公信力主義をとらないものとしても、当事者は権利変動の効力発生のためには登録を事実上強制されるし、原簿と実体的関係が符合すべしとする要請にも即応するであろう。

(c) 所謂「取引の実情」論もこれを支持する。

(d) 権利侵害のケース——民法177条においては、不法行為者に対しては登記がなくても物権変動を対抗することができるというのが判例の態度であり且つ殆どの学説の支持するところである。則ち、不法行為者はその侵害した物権の所在によって責任を左右せらるべきものでなく、真の権利者が対抗要件を具備していないということを争って特に保護を受けるに値せぬ者であるからこの考え方は妥当であろう¹⁰⁸⁾。

諸外国で効力発生要件とする国はないことも注記されているが¹⁰⁹⁾、審議会資料によると特に問題とされることなく、効力発生要件の採用に至ったようである。

なお、特許を受ける権利に関し、移転を禁止すべきか、あるいは担保を認めるべきかも議論されたが、担保に関し、権利が不明確であるし、担保について第三者に公示する制度がない等の理由から、従来通り移転は可、質権は不可となった¹¹⁰⁾。

その後数度の改正を経るが、取引法制については限定的である。第一に、信託業法が改正され、知的財産権についても受託することが可能になり、また大学の技術移転機関等金融機関以外の者が信託業に参入することが可能になった（改正

107) 特許庁資料（昭和29年5月4日）荒玉文庫532『特許法関係雑資料（一）』067-068頁。

108) 同上067頁。

破産法 56 条)¹¹¹⁾。第二に、破産法改正において、対抗要件を具備したライセンス契約については、破産管財人が解除権を行使できないこととなった¹¹²⁾。第三に、ライセンス契約単位で包括的に登録する特定通常実施権登録制度が導入された¹¹³⁾。第四に、通常実施権等登録制度の見直しを行い、特許の出願段階におけるライセンスに係る登録制度が創設され、また、通常実施権者の氏名、通常実施権の範囲等の秘匿ニーズが高い事項の開示を一定の利害関係人に限定する措置が講じられた。また特許を受ける権利につき、仮専用実施権及び仮通常実施権の設定が新たに認められた¹¹⁴⁾。第五に、通常実施権の当然対抗制度が導入された¹¹⁵⁾。

109) 英米独の特許法と商標法条文がすべて列記されていた（以下は特許法のみ）。

1949 年イギリス特許条例

73 条 3 号 特許原簿は、本条例により又は基づいて記入しなければならない事項又は記入することができる事項の一応の証拠とする。

アメリカ特許法

47 条 特許権及び特許出願の譲渡、行為の証拠

譲渡、許可又は移転は善意でその後に有償の対価を以てこれを買受けた者又は質権を設定した者に対抗することができない。但し、譲渡等の日付後 3 ヶ月以内、又はその後になされる売買若しくは質権設定前に、特許局ニ之を登録した場合はこの限りではない。

ドイツ特許法

24 条 ドイツ特許局は特許権者又はその代理人の名義変更の証明あるときはこれを特許原簿に付記す。（途中省略）変更ノ登録あるまでは従前の特許権者及び従前の代理人において奔放の規定に従い権利義務を有す。

注 1) 譲渡は直接権利の移転を生ぜしめる合意（物権的行為）と、移転行為の基礎をなす契約（債権的行為）に区別される。特許権の譲渡には一般に特別の形式を要しない。登録名義人の変更は実体法上の意味を有しない。

注 2) 実施許諾用意の表示は登録により第三者に対し対抗力を有する。

注 3) 特許原簿の登録は宣言的意義を有し、設権的意義を有しない。則ち登録は特許権の発生変更、消滅の原因ではない。又第三者に対する対抗要件をなすものでもない。

特許庁資料（昭和 29 年 5 月 4 日）荒玉文庫 532『特許法関係雑資料（一）』069-070 頁。

110) 特許庁庁議決定案「工業所有権制度改正に関する措置事項」（昭和 27 年 4 月 14 日）荒玉文庫 510『昭和 28 年 6 月 16 日～昭和 29 年 4 月 28 日工業所有権制度改正審議会特許部会議事要録（第三議会一）』13 頁。

111) 改正信託業法（2004 年 12 月 30 日施行）。

112) 平成 16 年法律第 75 号（2005 年 1 月 1 日施行）。

113) 産業活力再生特別措置法等の一部を改正する法律（平成 19 年法律第 36 号）（2008 年 10 月 1 日施行）。これにより、複数の特許権、実用新案権又はこれらの専用実施権を対象とし、特許番号又は実用新案登録番号が特定されていない一定のライセンス契約（包括ライセンス契約）に基づいて許諾された通常実施権について、ライセンス契約単位でまとめて通常実施権を登録することが可能とされた（詳しくは詳述）。

114) 特許法等の一部を改正する法律（平成 20 年法律第 16 号）（2009 年 4 月 1 日施行）。

(2) 著作権法

著作権法制度も表現は異なるが、特許法制度と基本的には同様に恩恵主義から権利主義へと展開したといえよう。

興味深いことに、第一の時代は「特許時代」と称される。著作権制度は、15世紀中庸のイタリアのベネチアを起源とするが、印刷術の発明後、政府による「特許」により特定の出版者が印刷・販売する独占権を一定期間取得する制度が設けられたのである¹¹⁶⁾。当時、著作者の利益は、出版者の利益保護を通じて間接的に保護されるにすぎなかった¹¹⁷⁾。

第二の時代は「立法時代」である。かかる「特許」制度が漸次廃止され、国内で法令化による普遍的保護が進展する。初期においては、出版の取締と私権としての著作権の保護とが混同していたが、両者は区別して発達するようになる¹¹⁸⁾。後者について当初は、著作者の財産的利益が主として着眼されたが、その後、著作者の人格的利益も保護されるに至る¹¹⁹⁾。

第三の時代は「条約時代」である。国際交流の活発化に伴い、1852年にフランスは外国の著作者にも内国人の著作者と同一の権利を認め、1886年には、かかる内国民待遇の原則を採用しつつ、財産的利益と人格的利益の双方を保護する著作権制度を国際的に確立するベルヌ条約が成立した¹²⁰⁾。

① 明治2年(1869)出版条例¹²¹⁾

(i) 概観

日本の著作権法制度は、時期的には第三の時代から始まったが^{s122)}、内容的には第一の時代から始まる。すなわち、出版図書への著作者・発行者・販売者の氏

115) 特許法等の一部を改正する法律(平成23年法律第63号)(2012年4月1日施行)。本改正では冒認・共同出願違反の出願に関して、直接移転請求できる旨も規定されたが、紙幅の都合上割愛する。

116) 榛村専一『著作権法概論』(巖松堂、1933)2頁。

117) 同上。

118) 同3頁。

119) 同上。

120) 同3-4頁。

121) 明治2年5月13日行政官達。

名住所の記載を義務づけ、公安・風俗を害する記載をなす者を罰する等出版取締の枠組みに著作権の保護が盛り込まれていた。その最初の体系的な法令が明治2年出版条例であるが¹²³⁾、以下にみるように、著作権的保護の対象は出版者であり、著作者でない¹²⁴⁾。

「圖書を出版する者は官より之を保護して専賣の利を収めしむ」ことが明記され¹²⁵⁾、そのためには、官(学校)に対して出願し、出版許可の免許状を受けることが要求された。なお、「凡そ新たに舶來の圖書を翻刻¹²⁶⁾する者」にも同様に、免許状を受けることによって専売の利益が認められていた。

「官に告げずして」出版・販売する者の版木製本も没収されたが¹²⁷⁾、より著作権的な保護として、重版の図書も没収され、かつ著述者出版人の損害の多少に準じて罰金が課された。なお、この罰金は「著述出版の本人」へ付与する償金とされた¹²⁸⁾。

- 122) 明治維新前にも、元禄11年(1698)に本物屋申合せの「覺」(大阪)が成立、享保12年(1727)には書物屋行事(組合理事)より仲間(組合員)に達せられた「定」(江戸)が発せられる等、出版物の重版類版を取り締まる観点から同業者間の私的協定は存在していた。また天保15年(1844)正月には町年寄館市右衛門から書物掛名主に触れられた沙汰書が出され、これが、日本において出版に関して規律した私法的法令の最初といえる。しかし、これらは出版者の保護を規律するものとして体系的に整備されていたとはいえ、さらに著作者について法制上の保護は存しなかった。榛村専一『著作権法概論』(巖松堂、1933)5-9頁、作花文雄『詳解著作権法』(ぎょうせい、第3版、2005)48-50頁。
- 123) 本条例に先立って個別の法令は出されていた。慶応4年(1868)4月28日太政官布告第358号は「官許」を受けなければ新著や翻刻書の出版ができない旨定めていた。また、同年6月2日太政官布告第500号は書物を開版(発行)する際の学校官による草稿検閲、同年12月14日「書籍開版心得」は偽判禁止をそれぞれ定めていた。作花文雄『詳解著作権法』51頁。
- 124) 本条例における著作権の保護は、福沢諭吉が自己の著書の見聞版が出回っていたために政府に陳情したことに基づくが、その福沢諭吉でさえ、著者でなく、版木の所有者——通常は出版者——が独占的に複製権をもつ法律構成を考えていたようである。大家重夫「明治二年五月十三日出版条例制定の背景——旧慣は引き継がれたか」半田正夫先生古稀記念論集『著作権法と民法の現代的課題』(法学書院、2003)4、9、21頁。
- 125) 榛村専一『著作権法概論』11頁。
- 126) 「翻刻」を「翻訳」と解する本もあるが(榛村専一『著作権法概論』11頁参照)、正確には「外国の刊本を複製すること」であり、翻訳も含む広い概念と考えられる。大家重夫「明治二年五月十三日出版条例制定の背景——旧慣は引き継がれたか」19頁。
- 127) 榛村専一『著作権法概論』11頁。
- 128) 同上11頁。

(ii) 取引制度

当事者双方の届出を要するとはいえ、明治2年出版条例のときからすでに、譲渡性が認められていたことは特筆に価する。

② 明治8年(1875)出版条例¹²⁹⁾

(i) 概観

本条例も未だ特許制度を採り、著作権の保護と出版取締を混同して規定していた¹³⁰⁾。基本的な内容は明治2年出版条例と変わらないが、本条例により、初めて「版權」という用語が使用され、かつ、かかる「版權」とは図書を著作又は外国図書を翻訳して出版する場合に付与される専売権とされた(2条)。ここで翻訳物が著作物と並べられて版權の客体となっていることは日本の特徴といえる¹³¹⁾。また、かかる版權の出願は任意であり、出願しない場合は一般人の出版が認められる旨明記されていたことも(同条但書)特筆に価する。ただ、前述のとおり出版取締の色彩も濃く残っており、版權の出願が任意の場合も出版届は要求された¹³²⁾。

救済手段としては、他人の版權を侵害して出版する者及び情を知って販売する者を罰金に処し、その刻版印本及び売得金を没収して版主に給付するものとした(罰則2条、3条)¹³³⁾。

(ii) 取引制度

明治8年出版条例は、版權の取引についてかなり詳細な規定を設けた。著訳者

129) 明治8年9月太政官布告第135号。これに続き明治9年には「写真条例」も制定され、写真の版權も認められた。明治9年6月太政官布告第90号。

130) 榛村専一『著作権法概論』12頁。

131) 翻訳が原著作物と同様に尊重されていたことは日本著作権法の特徴であり、翻訳の自由のためにベルヌ条約加入に反対する意見もあった。実際、ベルヌ条約加入時、翻訳権は10年留保された。作花文雄『詳解著作権法』(ぎょうせい、第3版、2005)54頁(倉田喜弘「著作権の軌跡(23)」コピーライト1979年2月号、伊藤信男「明治百年と著作権」コピーライト1968年12月号参照)。

132) 榛村専一『著作権法概論』12頁。

133) 同上13頁。

でない著作権者が続成する場合は原著訳者と示談の上、連印で出願 (9 条)、若しくは改版する場合は原著訳者の承諾を得て、連印で出願 (10 条)、あるいは、他人の著譯書を出版する場合に著譯者の承諾を得て、連印で出版届出 (14 条) をそれぞれ要する旨規定された。

また、明治 2 年出版条例において認められていた譲渡性についても当然 (22 条)、一部譲渡 (分版) についても明記された (23 条)。連印での届出を要することも旧条例と同様である。

そして、売買・分版等については、届出を怠ると著作権を失うという制裁が課された (24 条)。

③ 明治 20 年 (1887) 著作権条例¹³⁴⁾

(i) 概観

名称が示唆するように、本条例により、出版取締と分離され、始源的著作権法制度が構築された¹³⁵⁾。

「文書圖畫を出版してその利益を専有する権利を版權と稱し、版權所有者の承諾を経ずしてその文書圖畫を翻刻 (現行法にいう「複製」) するを偽版と稱する」 (1 条) とあるように、本条例における「版權」は現代の著作権の概念に近い。他方、偽版として論ぜられる者として、版權所有者の承諾を得ず翻訳し、増減し、注解、付録、絵図等を加え、若しくは未簡潔の部分を属性して出版する者 (19 条) の他、内国の版權所有の文書圖画を外国で偽版したものを輸入販売する者 (24 条) 等が列挙された¹³⁶⁾。

かかる版權は従来のような免許を要せず、内務省の版權登録を受けることにより発生し (3 条)、著作物に「版權所有」を記載しなければ、登録の効力を失い、

134) 明治 20 年 12 月 29 日勅令第 77 号。

135) 出版取締の部分は出版取締法として別個に制定された特許庁『工業所有権制度百年史 (上巻)』85 頁。なお同時期に明治 20 年脚本楽譜条例 (明治 20 年 12 月勅令第 78 号)、及び明治 20 年写真版權条例 (明治 20 年 12 月勅令第 79 号) も制定され、版權は演劇脚本や楽譜、並びに写真にも認められた。演劇脚本及び楽譜の版權を有する者は、版權年限中その興行権、すなわち「利益の爲め公衆の前に演ずるの權」を併せ有するとし、実演権の原型を認めていた (脚本楽譜条例第 2 条)。榛村專一『著作権法概論』20-21 頁。

著作権の保護を受けることができなかつた(5条)。その他権利の帰属を明定し(原則著作者に帰属(7条))、著作者人格権保護に関する規定も設けられていた¹³⁷⁾。

救済手段として、偽版者及びその相続人は著作権所有者に対し損害賠償の責に任ずる(16条、18条)。偽版者及び情を知る印刷者、販売者は、被害者の告訴により刑罰に処せられ、かつ偽版に係る刻版及び印本は「何人の手にあるを問わず」没収され、すでに販売した場合はその売得金を没収し、被害者に下付する(27条)。また、偽版の訴において出訴者の請願により販売頒布を差し止めることも認められた(17条)¹³⁸⁾。

(ii) 取引制度

本条例より、特許制度と同様、制限付又は無制限の譲渡ができるという書きぶりになった(8条)¹³⁹⁾。ただ、担保権についての規定はない。

④ 明治26年(1893)著作権法¹⁴⁰⁾

内容的には明治20年著作権条例と変わらない。本論文に係る重要な改正点として、美術的著作物としての書画に関し、「書畫の版權は其原本の所有者に属するものとす」と規定し(7条5項)、「所有者の承諾を経ずして書畫を出版するもの」も偽版として論ずることが定められた(22条後段)¹⁴¹⁾。

136) また著作者人格権的利益に関し、「世人を欺瞞する爲め故らに」氏名等の類似したものを湊合して他人の著作権を妨害する者(21条)や著作者又はその相続人の承諾を得ず公表する者(22条)も偽版者として論ぜられた。その他、著作権のない著作物について、「之を改竄して著作者の意を害し又は其表題を改め、著作者の氏名を隠匿し又は他人の著作と詐称して翻刻する者も罰せられた(28条)。榛村専一『著作権法概論』17-19頁。

137) 特許庁『工業所有権制度百年史(上巻)』85頁。

138) 榛村専一『著作権法概論』18-19頁。

139) 同上18頁。

140) 明治26年法律第16号(1893年4月14日公布)。

141) 榛村専一『著作権法概論』21-22頁。

⑤ 明治 32 年 (1899) 著作権法¹⁴²⁾

(i) 概観

ベルヌ条約加入¹⁴³⁾に適応し、かつ版權法、脚本楽譜条例、及び写真版權条例を単一の法律に統合するため、「著作権」という用語が創設された¹⁴⁴⁾。

この頃から著作権法は、精神的労作の所産たる一定の著作物を上述した著作者の個人的利益を保護、尊重することと共に、学問芸術に関する社会一般の公共的利益を維持、助長することが要請されるようになり、個人的利益と公共的利益の相互調和が図られた¹⁴⁵⁾。

明治 32 年著作権法の起草者水野鍊太郎は、第 1 期の特許主義から第 2 期の権利主義への移行を次のとおり記している。

第一期時代ニハ出版者ノ出版費用ヲ償フガ爲メニ出版者ニ一定ノ年限間専賣ノ特許ヲ與ヘテ居リマシタニ過ギマセヌケレドモ、ソレデハ著作者ノ保護ヲ完全ニスルコトガ出来ナイ、單ニ出版者ニ利益ヲ與フルダケデハ充分ノ保護ニナラナイ、出版者ヨリハ寧ロ著作者ニ權利ヲ與ヘナケレバナラス、有益ナル書物ナリ立派ナル繪畫彫刻ヲ製作シタ學者、美術家ニ權利ヲ與ヘ、ソレヲ保護シナケレバ立派ナ書物モ立派ナ製作物モ出来ヌ從テ學問美術ノ發達ヲ望ムコトガ出来ヌト云フコトカラシテ第二期ニ至リマシテハ、直接ニ著作者ニ權利ヲ與フルヤウニナリマシタ¹⁴⁶⁾。

重要な改正点は次のとおりである。

142) 明治 32 年法律第 39 号 (1899 年 7 月 15 日施行)。

143) ベルヌ条約への加入は日英条約の調印から 5 年後の明治 32 年 7 月 17 日までと約されていた。当時の日本は、欧米の先進的な文化を海外の著作物を通じて積極的に吸収していたことから、ベルヌ条約加入により、従来のように自由に翻訳ができなくなると大きな支障が生じるとの懸念も強かった。例えば、明治 31 年 2 月に鳩山和夫博士は雑誌「太陽」に「万国版權保護同盟加盟上の注意」を発表し、条約加入に反対した。作花文雄『詳解著作権法』54 頁。

144) 榛村専一『著作権法概論』23 頁。

145) 同上 29 頁。

146) 特許庁『工業所有権制度百年史 (上巻)』85 頁 (水野鍊太郎『水野鍊太郎著作シリーズ第一集、「著作権ノ性質ニ就テ」』(水野鍊太郎著作権論文刊行会、1972) 912 頁)。

第一に、ベルヌ条約の無方式主義（5条2項）を遵守すべく、著作権は著作することにより当然発生し、これまでのような登録を必要としなくなった¹⁴⁷⁾。また、外国著作者の保護を初めて認めたのも本著作権法である（28条）。

第二に、著作権保護の範囲を、従来の文書、図畫、写真、脚本、並びに楽譜のみならず、彫刻や模型等も保護の対象とした（1条）。また、旧著作権法では版權所有の文書、図画を不法に出版した場合に限り版權の侵害と認めていたが、本著作権法ではかかる限定を外し、また実演した場合にも著作権の侵害とした（1条）¹⁴⁸⁾。

第三に、旧著作権法では版權の保護期間内は何人も版權所有者の許諾なくしてその著作物を翻訳することはできず、翻訳権の保護期間は版權自体の保護期間と同一であると解されていたが、本著作権法では著作者が原著作物発行のときから10年以内に原著作物を翻訳し、又は他人をして翻訳せしめないときには翻訳権は消滅し、何人も著作者の承諾なく翻訳することができるとした（7条）¹⁴⁹⁾。

第四に、著作者の人格的利益の保護を拡張した。すなわち、未公表著作物の原本及びその著作権の差し押さえを禁止し（17条）、著作者の承継人でも著作者の同意なく著作者の氏名称号を変更し、若しくはその題号を改め、又はその著作物を改竄することを禁じた（18条）¹⁵⁰⁾。

第五に、著作権の限界を示し、その社会性を明らかにする規定を置いた。例えば、官公文書、新聞紙の雑報及び時事の記事、政談集会等における公開の演述は保護の客体とならないとし（11条）、新聞記事については、小説を除く他、著作権者が特に転載を禁ずる旨を明記しない限り、出所を明示して転載することができ（20条）、また一定の場合、例えば個人的使用のためにする複製、正当範囲の引用、教科書編纂のためにする複製、美術的著作物の異種複製等の場合には、著作権者の許諾なく著作物を複製しても著作権の侵害とはみなさないものとした（30条）。さらに、著作者又はその権利承継人に相続人がない場合には、著作権

147) 著作権の登録によって著作権の発生を来すものでないことは著作権法1条及び15条の規定に徴して明らかであると判示する。大審判昭和5・12・16。

148) 榛村専一『著作権法概論』24頁。

149) 同上24-25頁。

150) 同上25頁。

は国庫に帰属することなく消滅し、何人も自由に著作物を利用することができるものとした (10 条)¹⁵¹⁾。

(ii) 取引制度

旧著作権法では制限付き又は制限ない著作権の譲渡性が規定されていたが (8 条)、全部・一部譲渡性の規定にとって代わり (2 条)、現行法に受け継がれることになる。その趣旨は、著作権が著作者に専属する権利でなく譲渡できる権利であることを明らかにすることであった。著作権も一財産権である以上、民法の原則に従って譲渡できることは明らかであるが、この権利を所謂人格権として著作者に専属する権利とする見解や性質上譲渡できない権利であると誤解する者がいてはならないと恐れて当然のことを明らかにしたにすぎない、と説明されている¹⁵²⁾。なお、著作物の発売、頒布、興行等の取り締まりについては、別途新聞紙法、出版法、興行取締規則により規律された¹⁵³⁾。

その後、明治 43 年、大正 9 年、昭和 6 年と三回改正されたが、特記すべきは、次のとおりである。旧規定 (15 条 1、2 項) によれば、発行又は興行した著作物の著作権者は、登録を受けなければ偽作に対する民事の訴訟を提起できなかったが、明治 43 年改正によりこの規定を全部削除した¹⁵⁴⁾。

⑥ 昭和 45 年 (1970) 著作権法¹⁵⁵⁾

(i) 概観

明治 32 年著作権法後、数度の改正を経たが、抜本的な改正が必要であることは特に終戦後大きな課題となった。昭和 25 年頃、及び昭和 28 年頃に改正作業への取組みがなされたが、現行昭和 45 年著作権法に結実したのは、昭和 37 年 4 月

151) 同上 25-26 頁。

152) 水野鍊太郎『著作権法要義』(明法堂・有斐閣、1899) 18 頁。

153) 榛村専一『著作権法概論』33-34 頁。

154) 大審判明治 40 年 3 月 18 日も「著作権ノ享有ハ登録ノ有無ニ依リテ左右セラルルモノニ非ス從テ著作者カ登録ヲ爲サルモ其著作権ヲ侵害シタル者ハ偽作ノ制裁ヲ免レサルモノトス」と判示する。ちなみに、後述するように、アメリカ著作権法には未だ登録要件が残っている。

155) 昭和 45 年法律第 48 号 (1971 年 1 月 1 日施行)。

に設置された著作権制度審議会による。同年5月16日の文部大臣による「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（いわゆる隣接権）の制度に関し基礎となる重要事項について」行われた諮問に対し、昭和41年4月20日に審議会答申がまとめられた。その後、2年かけて法案が形成され、昭和45年2月に国会提出、同年4月に可決成立した¹⁵⁶⁾。

この全面改正は、著作物利用のメディアの発達と著作権の保護とをどのように調整するか、また、実演家は、旧法下においても、その演奏歌唱が「著作物」として保護されることはあったにしても、実演家のその他の活動をも保護していく必要もあった。同時に、著作物や実演を伝達する放送事業者をも保護していく必要に迫られていた。こうした要請を盛り込む形で行われたのである¹⁵⁷⁾。

ベルヌ条約の改正や隣接権条約に適応するための処置がほとんどであるが、審議会答申に述べられた主な改正点として、前述した「文化の発展への寄与」という目的条文の設置の他、次が挙げられる。(i) 応用美術に関して、意匠法との調整を図りつつ、著作権としての保護を明らかにすること、(ii) 著作者は、著作物をその方法を問わず有形的に複製する権利及び著作物を上演、演奏する等によりいわば無形的に複製する権利を排他的に有するものであることを明らかにすべく、支分権を列挙すること、(iii) 私的な利用に供する目的である場合の自由利用を認めること、(iv) 保護期間をベルヌ条約で定める著作者の死後50年に延長すること、(v) 民事上の救済に関する規定の整備である¹⁵⁸⁾。

(ii) 取引制度

著作権の譲渡に関し、上記審議会答申には、形式的に譲渡される権利の範囲の限定がない場合であっても、具体的な状況に応じて、その範囲が限定されるものであるとする趣旨の解釈規定を設けることが適当と考える旨記載された¹⁵⁹⁾。条文としては、二次的な形態における利用権が特掲されていない場合に、これらの

156) 作花文雄『詳解著作権法』66-68頁。

157) 齊藤博『概説著作権法』（一粒社、1988）2-3頁。

158) 文化庁監修『著作権法百年史』（著作権情報センター、2000）315-320頁。

159) 同上320頁。

権利が譲渡人に留保されたと推定する規定が設けられた(61条2項)。懸賞募集のように、画一的フォームの一方的契約約款による著作権譲渡のケースが念頭に置かれていたようである。すなわち、「応募した作品の著作権は当社に帰属する」という応募要項に基づいて応募したとしても、作品の著作権以外の、映画化権や翻訳権は応募者に残る。画一的な契約約款によって譲受人側の一方的意思に対する抗弁の余地が実際上存しない形において締結される契約にあつては、経済的に弱者の地位にある著作権者側を保護する必要性が強く認められるからである¹⁶⁰⁾。

また、利用許諾の条文(63条)が新設された。これは、著作権行使の基本的態様が著作物利用の許諾であることを明らかにしたものである¹⁶¹⁾。特許法と異なり、この利用権は譲渡できるが、質権の目的になるかは規定されていない。

登録制度に関しては、著作年月日の登録制度を廃止し、第一発行年月日登録制度について、最初の公表年月日をも登録し得る制度として整備することと記載された¹⁶²⁾。登録を効力発生要件とすることも議論されたが¹⁶³⁾、第三者對抗要件で決着した。

3 小活

以上のように、特許権及び著作権に係る担保取引制度の形成過程を詳細に検証することにより、次の点が明らかとなった。

第一に、日本の特許制度は諸外国同様、とはいえ欧米諸国に遅れて導入したため比較的早い段階で恩恵主義から権利主義へと移行するが、恩恵主義下の最初の明治4年専売略規則からすでに、いったん付与された特許権の自由譲渡性が明記されていたことは特筆すべきである。著作権制度においても、実質同意義と考えられる特許時代から法律時代への発展のなかで、しかも出版取締の色彩があるな

160) しかし条文が示すように、対等当事者間における自由意思に基づく著作権譲渡契約についても推定規定は一応働く。加戸守行『著作権逐条講義』(著作権資料協会、1974) 258頁。なお、この規定は従来の著作権譲渡契約の本質を変えるものではなく、当然の事理を定めたものであるとの理由から、経過規定は設けられていないが、旧法下の譲渡契約にも適用される。同 259頁。

161) 加戸守行『著作権逐条講義』265頁。

162) 文化庁監修『著作権法百年史』320頁。

163) 第59回特許部会荒玉文庫 532『特許法関係雑資料(一)』76頁。

かで、著作権の自由譲渡性は最初の明治2年出版条例から認められていた¹⁶⁴⁾。現代のように「財産権」と当然に考えられる時代でなく、恩恵主義ないし特許主義という国家の裁量により特権として特許権や著作権が付与されていた時代においても、かかる特許権ないし著作権がいったん付与された後の取引について原則自由と考えられていたことは改めて認識すべきである。

第二と第三は、知的財産法制度に遅れて成立した民法に、なかば無理矢理整合しようとした形跡がとくに取引法制に関して顕著に見られることである。民法の物権・債権峻別論や有形物のみを物に限定とし（民85条）、ゆえに占有を前提に規律している点等が知的財産法制のその後の形成に当時の理解を超えて影響を与えたといえよう。まず第二として、一部譲渡性が挙げられる。当初特許法も著作権法も譲渡は「勝手タルヘシ」ないし「自在ナル可シ」とされ（特許法につき明治4年専売略規則、著作権法につき明治2年出版条例及び同8年出版条例）、その後一部譲渡性の明記に至るが（特許法につき明治18年専売特許条例、著作権法につき明治8年出版条例）、ドイツ法の影響を受け、制限物権としての「制限付移転」という概念が導入された（特許法につき明治21年特許条例から大正10年特許法、著作権法につき明治20年版権条例から明治26年版権法）。当時、制限付移転と一部譲渡は区別され、前者の概念は、知的財産権特有の、権利範囲を制限し、その範囲内で行使する権利の譲渡（排他的ライセンス）を意味した。旧法下の「分与」は「譲与」に含まれるとして削除されたにすぎなかったが、その後代替的に扱われるようになる。著作権法において、明治32年版権法で一部譲渡性が回復し、現行昭和45年法にも受け継がれる。他方、特許法では若干異なる展開がみられる。制限付移転という規定は旧法（大正10年特許法）まで存続し、活用されていないこと、及び諸外国における排他的ライセンス制度を法文で認める要請が実務上高かったため、現行昭和34年特許法において債権的なものに物権的効力をもたせる専用実施権制度が新設されるに至った。後に詳述するように、近時の改正議論において「独占的ライセンス制度の在り方」として見直しが図られるも失敗に終わったことについて、前記専用実施権制度の導入趣旨、か

164) ただし、売買・分版等について届出を怠ると版權を失うという制裁が課されていた。

かる導入を受けて独占的通常実施権制度という奇妙な実務が確立されたこと、それでもなお低い登録率という事情に照らすと、より根本的な改革が必要なのではないかと考えられる。

第三に、現行知的財産法における「質権」制度も、民法の影響を受けて歪曲的に展開された。特許法の形成過程にみたように、そもそも「質権」という用語は、担保制度が初めて明記された明治21年特許条例において使われていた「書入」に代わり、現行民法が施行された明治31年後、明治32年特許法から使われ始めた。「書入」とは抵当権的非占有担保のことであり、明治21年特許条例前には規定されていなかったが、前述のように、明治維新前から債権者に占有を認める質権に相当する「質入」とは区別されて使われた概念であった。にもかかわらず明治32年特許法により「質権」に置き換えられたのは、ドイツ法系の新民法が成立し、それに整合させるためという以外に理由は見当たらない。なお著作権法においては、明治32年著作権法で初めて担保制度が明記されるが、「質入」と表示されており、以降特許法と同様の規定となっている。日本の知的財産権に係る担保取引法制において「質権」制度が確立されたのは、後に成立した（しかも占有を観念できる有形物を前提とする）ドイツ法系民法上の物権法定主義との整合を図るため、性質上「抵当権」に近くても「抵当権」にすることはできないなかで、やむを得ず担保物権のカタログの中から「質権」に分類されたにすぎない。しかも、現行特許法制定議論にみるように、当初の経緯を看過して、あくまで無理矢理「質権」制度の枠内で規律しようとした。

第四に、担保取引法制に係る条文を時系列で通覧するとより明らかなように（後掲付表参照）、特許制度に関し、現行法前までは譲渡でき、登録は第三者対抗要件という簡潔な内容が維持されていたが、現行昭和34年特許法において突如詳細な規定となったことが顕著である。専用実施権及び通常実施権についても詳細な規定が設けられた。また、登録に関し、権利の変動に係る登録はすべて第三者対抗要件にすぎなかったところ、特許権の移転及び質権の設定・移転、専用実施権の設定・移転及び質権の設定・移転に係る登録が効力発生要件となった。いずれも導入趣旨には合理性があるも、ユーザーがかかる制度から利益を享受し得ていたか、その後の改正議論からも疑問である（後で詳述）。他方著作権制度に

については、著作権や利用権の設定の他は特許法ほどの極端な変更はなく、譲渡性と登録は第三者対抗要件という簡潔な内容が維持されているといえよう。

最後に、日本の知的財産権に係る担保取引に関する判例は多くない。このことから、現行法制自体が十全に機能しているとも、機能していないともいえない。条文解釈に関して問題となった事案は、手続に関するものが多く、その他は合意内容、すなわち契約問題である。最高裁も手続に関する問題が多く、唯一質権が問題となった判例も、特許庁職員が過誤により登録しなかったことによる国家賠償訴訟という極めて異例の事案である¹⁶⁵⁾。しかし、後に詳述するが、昨今の改正議論の多くがユーザーのニーズに基づいているにもかかわらず、特許庁の業務システムの広範な改造が不可欠であるとの理由から実質頓挫したことに鑑みると、少なくとも特許担保取引に係る現行法制が十全に機能しているとは到底いい難い。

以上からすると、特許法と著作権法の形成過程を詳細に検証した結果、まず、欧米先進国に後れて恩恵主義から権利主義に移行するなかで、時期的に短い恩恵主義の下でもいったん付与された権利利益の自由譲渡が認められていたことは特筆すべきである。また、日本の知的財産に係る担保取引法制は、遅れて成立した一般法たる民法に無理矢理整合しようと展開され、加えて現行特許法が専用実施権制度や登録制度等について突如詳細な規定を設けたことで、前者の展開をさらに歪曲させてしまった。

(以下次号)

165) 最判平成18・1・24判時1926号65頁。

(付表)

特許権の発生・効力

明治4年 専売略規則	一 是迄御國內ニ未タ開ケサル含密諸關器械諸器物武器織物物類其外都テ新發明及有來リノ器物トイヘトモ別ニ工夫ヲ為シ一層世用ノ便利ヲ爲スモノハ年限ヲ以官許ヲ與フヘシ
明治18年 専売特許条例	1条 有益ノ事物ヲ發明シテ之ヲ專賣セント欲スル者ハ農商務卿ニ願出其特許ヲ受クヘシ 農商務卿ハ其專賣ヲ特許スヘキモノト認ムルトキハ專賣特許證ヲ下付スヘシ
明治21年 特許条例	1条 新規有益ナル工術、機械、製造品及合成物ヲ發明シ又ハ工術、機械、製造品及合成物ノ新規有益ナル改良ヲ發明シタル者ハ此條例ニ依リ特許ヲ受クルコトヲ得 特許トハ發明者ニ他人ヲシテ其承諾ヲ經スシテ前項ノ發明ヲ製作、使用又ハ販賣セシメサル特權ヲ許スコトヲ謂フ
明治32年 特許法	1条 工業上ノ物品及方法ニ關シ最先ノ發明ヲ爲シタル者若ハ其ノ承繼人ハ此ノ法律ニ依リ特許ヲ受クルコトヲ得 物品ノ發明ニ係ル特許ハ特許ヲ受ケタル者ニ限り其ノ發明ノ物品ヲ製作、使用、販賣若ハ擴布スルノ權利ヲ有セシム 方法ノ發明ニ係ル特許ハ特許ヲ受ケタル者ニ限り之ヲ使用若ハ擴布スルノ權利ヲ有セシム但シ其ノ特許ノ効力ハ同一方法ニ依リ製作セラレタル物品に及フモノトス
明治42年 特許法	1条 新規ナル工業的發明ヲ爲シタル者ハ其ノ發明ニ付本法ニ依リ特許ヲ受クルコトヲ得 28条 特許權ハ登録ニ依リ發生ス 特許權者ハ物ノ發明ニ在リテハ其ノ發明ニ係ル物ヲ製作、使用、販賣若ハ擴布スルノ權利ヲ專有シ方法ノ發明ニ在リテハ其ノ方法ヲ使用シ及其ノ方法ニ依リテ製作シタル物ヲ使用、販賣若ハ擴布スルノ權利ヲ專有ス (以下省略)
大正10年 特許法	1条 新規ナル工業的發明ヲ爲シタル者ハ其ノ發明ニ付特許ヲ受クルコトヲ得 34条 特許權ハ登録ニ依リ發生ス 35条 特許權者ハ物ノ特許發明ニ在リテハ其ノ物ヲ製作、使用、販賣又ハ擴布スルノ權利ヲ專有シ方法ノ特許發明ニ在リテハ其ノ方法ヲ使用シ及其ノ方法ニ依リテ製作シタル物ヲ使用、販賣又ハ擴布スルノ權利ヲ專有ス (以下省略)

昭和34年 特許法	2条 1、2省略 3 この法律で発明について「実施」とは、次に掲げる行為をいう。 一 物の発明にあつては、その物を生産し使用し譲渡し貸し渡し譲渡若しくは貸渡のために展示し又は輸入する行為 ¹⁶⁶⁾ 二 方法の発明にあつては、その方法の使用をする行為 三 物を生産する方法の発明にあつては、前号に掲げるもののほか、その方法により生産した物を使用し譲渡し貸し渡し譲渡若しくは貸渡のために展示し又は輸入する行為 66条 特許権は、設定の登録により発生する。 2 (以下省略) 68条 特許権者は、業として特許発明の実施をする権利を専有する。ただし、その特許権について専用実施権を設定したときは、専用実施権者がその特許発明の実施をする権利を専有する範囲については、この限りではない。
--------------	---

譲渡・担保権

明治4年 専売略規則	一 免許済ノ株ヲ相當ノ代金ヲ以テ年限中他人に賣渡シ候義勝手タルヘシ尤其段ハ雙方ヨリ免許状へ書添ヲ願出スヘシ
明治18年 専売特許条例	7条 專賣ノ權ヲ他人ニ讓與又ハ分與セントスルトキハ農商務卿ニ願出ヘシ
明治21年 特許条例	22条 特許ハ制限ヲ附シ若クハ附セスシテ賣與讓與シ若クハ共有トナシ又ハ書入トナスコトヲ得此場合ニ於テハ特許局ニ請求シ契約ノ登録ヲ受クヘシ登録ヲ受ケサル契約ハ第三者ニ對シ法律上其故ナキモノトス
明治32年 特許法	4条 特許ハ制限ヲ付シ若ハ付セスシテ讓渡シ、共有ト爲シ又ハ質權ノ目的ト爲スコトヲ得 前項ノ場合ニ於テハ特許局ニ請求シ其ノ登録ヲ受クルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス

166) 平成14年法律第024号及び平成18年法第055号の改正により、現在では以下のようになっている。

- 一 物（プログラム等を含む。以下同じ。）の発明にあつては、その物の生産、使用、譲渡等（譲渡及び貸渡しをいい、その物がプログラム等である場合には、電気通信回線を通じた提供を含む。以下同じ。）、輸出若しくは輸入又は譲渡等の申出（譲渡等のための展示を含む。以下同じ。）をする行為
- 二 (変わらず)
- 三 物を生産する方法の発明にあつては、前号に掲げるもののほか、その方法により生産した物の使用、譲渡等、輸出若しくは輸入又は譲渡等の申出をする行為。

<p>明治 42 年 特許法</p>	<p>32 条 特許ハ制限ヲ付シ若ハ付セスシテ之ヲ移轉スルコトヲ得 33 条 特許權ノ移轉、拋棄ニ依ル消滅若ハ處分ノ制限又ハ特許權ヲ目的トスル質權ノ設定、移轉、變更、消滅若ハ處分の制限ハ其ノ登録ヲ受クルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス</p>
<p>大正 10 年 特許法</p>	<p>44 条 特許ハ制限ヲ附シ若ハ附セスシテ之ヲ移轉スルコトヲ得 (以下省略) 45 条 特許權ノ移轉、拋棄ニ依ル消滅若ハ處分ノ制限又ハ特許權ヲ目的トスル質權ノ設定、移轉、變更、消滅若ハ處分の制限ハ其ノ登録ヲ受クルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス 56 条 先取特權又ハ質權ハ本法ニ依リ受クヘキ補償金其ノ他特許權ノ對價又ハ特許發明ノ實施ニ對シテ受クヘキ金銭若ハ金銭以外ノ物ニ對シテモ之ヲ行フコトヲ得但シ其ノ拂渡又ハ引渡前ニ差押ヲ爲スヘシ</p>
<p>昭和 34 年 特許法</p>	<p>95 条 特許權、専用実施權又は通常実施權を目的として質權を設定したときは、質權者は、契約で別段の定をした場合を除き、当該特許發明の實施をすることができない。 96 条 特許權、専用実施權又は通常実施權を目的とする質權は、特許權、専用実施權若しくは通常実施權の対価又は特許發明の實施に對しその特許權者若しくは専用実施權者が受けるべき金銭その他の物に對しても、行うことができる。ただし、その払渡又は引渡前に差押をしなければならぬ。</p>
	<p>98 条 次に掲げる事項は、登録しなければ、その効力を生じない。 一 特許權の移轉 (相続その他の一般承継によるものを除く。)、信託による変更、放棄による消滅又は處分の制限 二 専用実施權の設定、移轉 (相続その他の一般承継によるものを除く。)、変更、消滅 (混同又は特許權の消滅によるものを除く。) 又は處分の制限 三 特許權又は専用実施權を目的とする質權の設定、移轉 (相続その他の一般承継によるものを除く。)、変更、消滅 (混同又は担保する債權の消滅によるものを除く。) 又は處分の制限 2 (省略) 99 条¹⁶⁷⁾ 通常実施權は、その登録をしたときは、その特許權若しくは専用実施權又はその特許權についての専用実施權をその後取得した者に対しても、その効力を生ずる。 2 (省略) 3 通常実施權の移轉、変更、消滅若しくは處分の制限又は通常実施</p>

167) 平成 23 年法律 63 号により、当然對抗制度が設けられ、1 項は「通常実施權は、その發生後にその特許權若しくは専用実施權又はその特許權についての専用実施權を取得した者に対しても、その効力を有する。」となり、2 項、3 項が削除された。

	権を目的とする質権の設定、移転、変更、消滅若しくは処分の制限は、登録しなければ、第三者に対抗することができない。
--	--

特許を受ける権利の移転・担保権

明治4年 専売略規則	なし
明治18年 専売特許条例	(直接でないが、4条1項但書より認められると解されていた) 4条 左ノ諸項ニ觸ルルモノハ專賣特許ヲ願出ルコトヲ得ス 一 他人ノ既ニ發明シタルモノ 但他人ヨリ譲受ケタルモノハ此限ニアラス
明治21年 特許条例	なし(上記条項は削除された)
明治32年 特許法	同上
明治42年 特許法	10条 特許ヲ受クルノ権利ハ之ヲ移轉スルコトヲ得但シ擔保ニ供スルコトヲ得ス 特許ヲ受クルノ権利ノ承繼ハ特許出願前ニ在リテハ出願人ノ名義變更ヲ届出ツルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス但シ同日ノ出願又ハ届出ニ係ルトキハ關係者ノ協議ニ依リ協議調ハサルトキハ共ニ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
大正10年 特許法	12条 特許ヲ受クルノ権利ハ之を移轉スルコトヲ得但シ擔保ニ供スルコトヲ得ス 特許ヲ受クルノ権利カ共有ニ係ル場合ニ於テハ各共有者ノ同意アルニ非サレハ其ノ持分ヲ譲渡スルコトヲ得ス 特許ヲ受クルノ権利ノ承繼ハ承繼人カ特許出願前ニ在リテハ特許ヲ出願シ特許出願後ニ在リテハ出願人ノ名義變更ヲ届出ツルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス但シ同日ノ出願又ハ届出ニ係ルトキハ關係者ノ協議ニ依リ協議調ハサルトキハ共ニ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス
昭和34年 特許法	33条 特許を受ける権利は、移転することができる。 2 特許を受ける権利は、質権の目的とすることができない。 3 (省略) 34条 特許出願前における特許を受ける権利の承継は、その承継人が特許出願をしなければ、第三者に対抗することができない。 2 同一の者から承継した同一の特許を受ける権利について同日に2以上の特許出願があつたときは、特許出願人の協議により定めた者以外の者の承継は、第三者に対抗することができない。

	<p>3 同一の者から承継した同一の発明及び考案についての特許を受ける権利及び実用新案登録を受ける権利について同日に特許出願及び実用新案登録出願があつたときも、前項と同様とする。</p> <p>4 特許出願後における特許を受ける権利の承継は、相続その他の一般承継の場合を除き、特許庁長官に届け出なければ、その効力を生じない。</p> <p>5 特許を受ける権利の相続その他の一般承継があつたときは、承継人は、遅滞なく、その旨を特許庁長官に届け出なければならない。</p> <p>6 同一の者から承継した同一の特許を受ける権利の承継について同日に2以上の届出があつたときは、届出をした者の協議により定めた者以外の者の届出は、その効力を生じない。</p> <p>7 第39条第7項及び第8項の規定は、第2項、第3項及び前項の場合に準用する。</p> <p>34条の2～5（仮専用実施権及び仮通常実施権を新設）</p>
--	--

実施許諾

明治4年 専売略規則	一 官許相成候者八年限中我名前ニテ所々へ出店ヲ設ケ或ハ他人へ發明ノ品ヲ傳授スルコト苦シカラス
明治18年 専売特許条例	なし
明治21年 特許条例	なし（ただし、公益上の理由又は軍事上必要な場合に農商務大臣が「特許ニ制限ヲ附シ」又は特許を与えず、あるいは取り消すことが認められていた（7条）ことからすれば、下記制限付移転に含まれると考えてよいのではないか）
明治32年 特許法	なし（同上の規定において政府が相当ノ報酬を特許出願者又は特許証主に与えなければならぬ旨定められていた（16条））
明治42年 特許法	<p>40条 特許権者ハ特許發明ノ實施ヲ他人ニ許諾スルコトヲ得 前項ノ實施許諾ヲ得タル者ハ特許権者ノ承諾アルニ非サレハ其ノ實施權を讓渡スルコトヲ得ス但シ發明實施ノ事業ト共ニスル場合ハ此ノ限ニ在ラス</p> <p>41条 特許發明ニ付使用ノ許諾、審決、判決又ハ實施許諾ヲ得タル者ニシテ其ノ登録ヲ受クルトキハ其ノ使用權又ハ實施權ハ爾後其ノ特許權ヲ取得シタル者又ハ其ノ特許權ヲ目的トシテ設定シタル質權ヲ取得シタル者ニ對シテモ其ノ効力ヲ生ス</p>
大正10年 特許法	<p>48条 特許権者ハ特許發明ノ實施ヲ他人ニ許諾スルコトヲ得 （以下省略）</p> <p>52条 特許發明ノ實施權ハ之ヲ登録シタルトキハ其ノ特許權ヲ爾後</p>

	<p>取得シタル者及其ノ特許權ヲ目的トスル爾後設定ノ質權ヲ有スル者ニ對シテモ其ノ効力ヲ生ス</p> <p>2、3 (省略)</p> <p>4 第四十五條ノ規定ハ實施權ノ移轉、變更、消滅若ハ處分ノ制限又ハ實施權ヲ目的トスル質權ノ設定、移轉、變更、消滅若ハ處分ノ制限ニ付之ヲ準用ス</p>
昭和34年 特許法	<p>77条 特許権者は、その特許権について専用実施権を設定することができる。</p> <p>2 専用実施権者は、設定行為で定めた範囲内において、業としてその特許発明の実施をする権利を専有する。</p> <p>3 専用実施権は、実施の事業とともにする場合、特許権者の承諾を得た場合及び相続その他の一般承継の場合に限り、移転することができる。</p> <p>4 専用実施権者は、特許権者の承諾を得た場合に限り、その専用実施権について質権を設定し、又は他人に通常実施権を許諾することができる。(5省略)</p> <p>78条 特許権者は、その特許権について他人に通常実施権を許諾することができる。</p> <p>2 通常実施権者は、この法律の規定により又は設定行為で定めた範囲内において、業としてその特許発明の実施をする権利を有する。</p> <p>94条 通常実施権は、第83条第2項、第92条第3項若しくは第4項若しくは前条第2項、実用新案法第22条第3項又は意匠法第33条第3項の裁定による通常実施権を除き、実施の事業とともにする場合、特許権者(専用実施権についての通常実施権にあつては、特許権者及び専用実施権者の承諾を得た場合及び相続その他の一般承継の場合に限り、移転することができる。</p> <p>2 通常実施権者は、第83条第2項、第92条第3項若しくは第4項若しくは前条第2項、実用新案法第22条第3項又は意匠法第33条第3項の裁定による通常実施権を除き、特許権者(専用実施権についての通常実施権にあつては、特許権者及び専用実施権者)の承諾を得た場合に限り、その通常実施権について質権を設定することができる。(3省略)</p>
	<p>特定通常実施権登録制度の新設(産業活力の活性及び産業活動の革新に関する特別措置法¹⁶⁸⁾58-71条)(条文は省略)</p>

168) 産業活力再生特別措置法等の一部を改正する法律(平成19年法律第36号)(2008年10月1日施行)により新設された。

著作権の発生・効力

明治2年 出版条例	<p>圖畫ヲ出版スル者ハ官ヨリ之ヲ保護シテ專賣ノ利ヲ收メシム 保護ノ年限ハ率ネ著述者ノ生涯中ニ限ルト雖モ其親屬之ヲ保續セン ト欲スル者ハ聽ス</p> <p>一 圖畫ヲ出版スルニ先タチテ書名著述者出版人ノ姓名住所中ノ大意 等ヲ具ヘ學校ヘ出シ學校ニテ檢印ヲ押シテ彼ニ付ス此レ即チ免許状ナ リ此免許ノ月日ヲ併セ刻スヘシ</p> <p>一 凡ソ新タニ舶來ノ圖畫ヲ翻刻スル者ハ亦專賣ノ利ヲ收メム舊版漫 滅スルヲ見テ再刻ヲ願フ者ハ磨滅ノ度ニ從テ聽ス</p>
明治8年 出版条例	<p>2条 圖畫ヲ著作シ又ハ外國ノ圖畫ヲ翻譯シテ出版スルトキハ三十年 間專賣ノ權ヲ與フヘシ此ノ專賣ノ權ヲ版權ト云フ</p> <p>但シ版權ハ願フト願ハサルトハ本人ノ随意トス故ニ版權ヲ願フ者ハ 願書ヲ差出シ免許ヲ請フヘシ其願ハサル者ハ各人一般ニ出版スルヲ許 ス</p>
明治20年 版權条例	<p>1条 凡ソ文書圖畫ヲ出版シテ其利益ヲ專有スルノ權ヲ版權ト云ヒ版 權所有者ノ承諾ヲ經スシテ其ノ文書圖畫ヲ翻刻スルヲ僞版ト云フ</p>
明治26年 版權法	<p>1条 凡ソ文書圖畫ヲ出版シテ其ノ利益ヲ專有スルノ權ヲ版權ト云ヒ 版權所有者ノ承諾ヲ經スシテ其ノ文書圖畫ヲ翻刻スルヲ僞版ト云フ</p>
明治32年 著作權法	<p>1条 文書演述圖畫彫刻模型寫真演奏歌唱其他文藝學術若ハ美術ノ範 圍内ニ屬スル著作物ノ著作者ハ其ノ著作物ヲ複製スル權利ヲ專有ス</p> <p>文藝學術ノ著作物ノ著作權ハ翻譯權ヲ包含シ各種ノ脚本及樂譜ノ著 作權ハ興行權ヲ包含ス</p>
昭和45年 著作權法	<p>17条 著作者は、次条第1項、第19条第1項及び第20条第1項に 規定する権利（以下「著作者人格権」という。）並びに第21条から第 28条までに規定する権利（以下「著作権」という。）を享有する。</p> <p>2 著作者人格権及び著作権の享有には、いかなる方式の履行をも要 しない。</p>

譲渡・担保権設定

明治2年 出版条例	<p>一 凡ソ著述及翻刻ノ圖畫雙方ヨリシテ願ヒ出ルニ於テハ譲リ渡シヲ 得テ出版自在ナル可シ</p>
明治8年 出版条例	<p>22条 版權ノ賣買ハ勝手タルヘシ賣買スルトキハ雙方連印シ其由ヲ 内務省ヘ届出ヘシ</p> <p>23条 版權ヲ分テ譲リ若クハ賣リ同一圖畫ヲ各自ニ出版スルコト妨 ケナシ之ヲ分版ト名ク但シ雙方連印シテ届ケ出ルコト前条ノ如シ</p> <p>24条 版權ヲ相續シ若クハ賣買シ若クハ分版シ及ヒ改版ノ届ケ出サ</p>

	ル者ハ其版權ヲ失フヘシ
明治20年 版權条例	8条 版權ハ制限ヲ附シ若クハ附セスシテ賣渡シ又ハ讓渡スコトヲ得
明治26年 版權法	8条 版權ハ制限ヲ附シ若クハ附セスシテ賣渡シ又ハ讓渡スコトヲ得
明治32年 著作権法	2条 著作権ハ其ノ全部又ハ一部ヲ讓渡スルコトヲ得 15条 著作権ハ著作権ノ登録ヲ受クルコトヲ得 發行又ハ興行シタル著作物ノ著作権者ハ登録ヲ受クルニ非サレハ偽 作ニ對スル民事ノ訴訟ヲ提起スルコトヲ得ス 著作権ノ讓渡及質入ハ其ノ登録ヲ受クルニ非サレハ之ヲ以テ第三者 ニ對抗スルコトヲ得ス (以下省略) 17条 未タ發行又ハ興行セサル著作物ノ原本及其ノ著作権ハ債權者 ノ爲ニ差押ヲ受クルコトナシ但シ著作権者ニ於テ承諾ヲ為シタルトキ ハ此ノ限ニ在ラス
昭和45年 著作権法	61条 著作権は、その全部又は一部を譲渡することができる。 2 著作権を譲渡する契約において、第27条又は第28条に規定する 権利が譲渡の目的として特掲されていないときは、これらの権利は、 譲渡した者に留保されたものと推定する。 66条 著作権は、これを目的として質権を設定した場合においても、 設定行為に別段の定がない限り、著作権者が行使するものとする。 2 著作権を目的とする質権は、当該著作権の譲渡又は当該著作権に 係る著作物の利用につき著作権者が受けるべき金銭その他の物（出版 権の設定の対価を含む。）に対しても、行なうことができる。ただし、 これらの支払又は引渡し前に、これらを受ける権利を差し押えること を必要とする。
	77条 次に掲げる事項は、登録しなければ、第三者に対抗すること ができない。 一 著作権の移転（相続その他の一般承継によるものを除く。次号 において同じ。）【若しくは信託による変更 ¹⁶⁹⁾ 】又は処分の制限 二 著作権を目的とする質権の設定、移転、変更若しくは消滅（混 同又は著作権若しくは担保する債権の消滅によるものを除く。）又 は処分の制限 88条 次に掲げる事項は、登録しなければ、第三者に対抗すること ができない。 一 出版権の設定、移転（相続その他の一般承継によるものを除く。 次号において同じ。）、変更若しくは消滅（混同又は複製権の消滅

169) 平成21年法律第53号により追加。

	<p>によるものを除く。)又は処分の制限 二 出版権を目的とする質権の設定、移転、変更若しくは消滅(混同又は出版権若しくは担保する債権の消滅によるものを除く。)又は処分の制限 2 第78条(第2項を除く。)の規定は、前項の登録について準用する。この場合において、同条第1項、第3項、第7項及び第8項中「著作権登録原簿」とあるのは、「出版権登録原簿と読み替えるものとする。</p>
--	---

利用許諾・その移転等

明治2年出版条例	なし
明治8年出版条例	<p>9条 他人ノ著譯書已ニ版權ヲ有スルモノヲ續成セント欲スル者ハ原主ニ示談ノ上連印ノ願書ヲ出スヘシ其原主死去セル時ハ相續人ヲ以テ原主ト見做スヘシ 10条 他人ノ著譯書版權ヲ有スルモノヲ校訂シ或ハ節略シ或ハ註解附録繪圖等ヲ加ヘテ出版スル者モ亦原主ノ承諾ヲ得サルヘカラス其出願ノ手續ハ前條ニ依ルヘシ 14条 他人ノ著譯書ヲ出版スル者ハ必ス著譯者ノ承諾ヲ得ヘシ其版權願書若クハ出版届書ニハ必ス著譯者ト連印スヘシ (上記23条も参照)</p>
明治20年版権条例	なし
明治26年版権法	なし
明治32年著作権法	<p>28条の2 著作権者は其の著作物を文書又は図画として出版することを引受くる者に対し出版権を設定することを得 28条の3 出版権者は設定行為の定むる所に依り出版権の目的たる著作物を原作の儘印刷術其の他の機械的又は化学的方法に依り文書又は図画として複製し之を発売頒布するの権利を専有す但し著作権者たる著作者の死亡したるとき又は設定行為に別段の定なき場合に於て出版権の設定ありたる後三年を経過したるときは著作権者は著作物を全集其の他の編輯物に輯録し又は全集其の他の編輯物の一部を分離して別途に之を出版することを妨げず 28条の9 出版権は著作権者の同意を得て其の譲渡又は質入を為すことを得 28条の10 出版権の得喪、変更及質入は其の登録を受くるに非ざれば之を以て第三者に対抗することを不得</p>

	第十六条の規定は出版権の登録に付之を準用す
昭和45年 著作権法	<p>63条 著作権者は、他人に対し、その著作物の利用を許諾することができる。</p> <p>2 前項の許諾を得た者は、その許諾に係る利用方法及び条件の範囲内において、その許諾に係る著作物を利用することができる。</p> <p>3 第1項の許諾に係る著作物を利用する権利は、著作権者の承諾を得ない限り、譲渡することができない。</p> <p>4 著作物の放送又は有線放送についての第1項の許諾は、契約に別段の定めがない限り、当該著作物の録音又は録画の許諾を含まないものとする。</p> <p>5 【著作物の送信可能化について第1項の許諾を得た者が、その許諾に係る利用方法及び条件（送信可能化の回数又は送信可能化に用いる自動公衆送信装置に係るものを除く。）の範囲内において反復して又は他の自動公衆送信装置を用いて行う当該著作物の送信可能化については、第23条第1項の規定は、適用しない¹⁷⁰⁾。】</p> <p>79条 第21条に規定する権利を有する者（以下この章において「複製権者」という。）は、その著作物を文書又は図画として出版することを引き受ける者に対し、出版権を設定することができる。</p> <p>2 複製権者は、その複製権を目的とする質権が設定されているときは、当該質権を有する者の承諾を得た場合に限り、出版権を設定することができるものとする。</p> <p>80条 出版権者は、設定行為で定めるところにより、頒布の目的をもつて、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又は化学的方法により文書又は図画として複製する権利を専有する。</p> <p>2 出版権の存続期間中に当該著作物の著作権者が死亡したとき、又は、設定行為に別段の定めがある場合を除き、出版権の設定後最初の出版があつた日から3年を経過したときは、複製権者は、前項の規定にかかわらず、当該著作物を全集その他の編集物（その著作権者の著作物のみを編集したものに限る。）に収録して複製することができる。</p> <p>3 出版権者は、他人に対し、その出版権の目的である著作物の複製を許諾することができない。</p> <p>87条 出版権は、複製権者の承諾を得た場合に限り、譲渡し、又は質権の目的とすることができる。</p> <p>88条 次に掲げる事項は、登録しなければ、第三者に対抗することができない。</p> <p>一 出版権の設定、移転（相続その他の一般承継によるものを除く。次号において同じ。）、変更若しくは消滅（混同又は複製権の消滅によるものを除く。）又は処分の制限</p>

170) 平成9年法律第86号により追加。

二 出版権を目的とする質権の設定、移転、変更若しくは消滅（混同又は出版権若しくは担保する債権の消滅によるものを除く。）又は処分の制限

2 第78条（第2項を除く。）の規定は、前項の登録について準用する。この場合において、同条第1項、第3項、第7項及び第8項中「著作権登録原簿」とあるのは、「出版権登録原簿」と読み替えるものとする。