



®

令和7年 6月11日(水)
(2025年)

No. 16400 1部377円(税込み)

発行所

一般社団法人 発明推進協会

東京都港区虎ノ門2-9-1

虎ノ門ヒルズ 江戸見坂テラス

郵便番号 105-0001

[電話]03-3502-5493

発明推進協会ウェブサイト <https://www.jiii.or.jp>

特許ニュースは

- 知的財産中心の法律、判決、行政および技術開発、技術予測等の専門情報紙です。

定期購読料 1カ年75,090円 6カ月39,165円
(税・配送料込み)

本紙内容の全部又は一部の無断複写・複製・転載及び
入力を禁じます(著作権法上の例外を除きます)。

目次

☆知財の常識・非常識 56

出版権..... (1)

☆[春宵一刻] 須原屋市兵衛の心意気..... (8)

知財の常識・非常識 56

出版権

桜坂法律事務所

弁護士・弁理士 平井 佑希

第1 はじめに

1 特許法と著作権法

現在の司法試験には、必修科目(憲法、行政法、民法、会社法、民事訴訟法、刑法、刑事訴訟法)のほか、選択科目があります。選択科目は、全部で8科目あり、受験生はそこから1つを選択して受験をします。選択科目には知的財産法も含ま

れており、私も知的財産法を選択して受験をしました。知的財産法としては、大きく分けて特許法と著作権法から1問ずつ出題されます。したがって、知的財産法を選択する受験生は、特許法と著作権法の両方を勉強しなければいけません。

特許法と著作権法は、知的財産法の中で主要な法律ですし、実務でも、知的財産の案件を扱う弁

オフィス、官公庁の中心街、霞が関にゆったりとした会議室があります。



最寄駅

虎ノ門(地下鉄 銀座線 徒歩5分)
出口5番・出口11番

霞ヶ関(地下鉄 徒歩7分) 出口A13
溜池山王(地下鉄 徒歩8分) 出口8

会議室についての申し込み、お問い合わせ先:
03-3581-1634(代表)
E-mail: shoko-on@jade.dti.ne.jp
<https://shokokaikan.or.jp/>

一般財団法人 商工會館

〒100-0013 東京都千代田区霞が関3-4-2

護士になるのであれば、触れる機会の多い法律です。この2つの法律は、広く知的財産法という意味で共通し、考え方においても共通する点は多くあります。例えば、以前、この「知財の常識・非常識」でも執筆させていただいた権利消尽（種苗法のカスケード原則との関係で触れました。）は、明文規定があるか否かや多少の内容の違いはありますが、ほとんどの知的財産法に通底する考え方であると思います。

しかし一方で、特許法と著作権法は、「似て非なるもの」と言いますか、だいぶ違うところもあるなど、実務に入り、その両方の案件を扱うようになってから特に強く感じるようになりました（これは特許法と著作権法の対比に限らず、知的財産法の各法で様々な考え方の違いはあります）。

2 権利範囲等

例えば、権利範囲の捉え方について、特許権であれば、特許発明の技術的範囲は特許請求の範囲（いわゆるクレーム）の記載に基づいて定められるとされており（特許法70条1項）、権利範囲が文字として特定されています。その特許請求の範囲の記載と被告製品の構成とを対比して侵害の有無が判断されます。特許請求の範囲に記載された文言をどのように解釈するかということが議論になりますが、特許請求の範囲が存在しますので、議論の対象は自ずと定まっています。

これに対して、著作権の場合には、権利範囲が文字で示されているわけではなく、その著作物の表現上の本質的特徴がどこにあるのかを考えなければなりません。著作権侵害を主張する場合には、自らの著作物の表現上の本質的特徴をうまく文章化して、その特徴部分が被疑侵害者の作品にも使われているということを説明しなければなりません。その著作物のどこが特徴なのかというのは、その著作物だけを見てもなかなか掴みにくく、他の類似表現も見て、言うなれば「表現の相場」のようなものと照らし合わせなければ的確に把握することができません。

権利の内容（ないし独占できる行為の範囲）についても、特許法では特許発明を利用する行為は全て「実施」（特許法2条3項）としてまとめられ

ています。物の発明、単純方法の発明、物を生産する方法の発明という特許発明のカテゴリに応じて、「実施」の内容は変わりますが、いずれにせよ「実施」という行為としてまとめられています。これに対して著作権法では、著作物を利用する行為態様（「法定利用行為」などと言います。）ごとに支分権が定められています。代表的な支分権としては、著作物をコピーをする行為などに係る複製権（著作権法21条）やインターネットで配信する行為などに係る公衆送信権（著作権法23条1項）などがあり、それら支分権の束が著作権であると言えます。

権利行使に対する抗弁（防御）に関しても、特許権が行使された場合に対する抗弁としては、実施の態様ごとに特別な規定が定められているわけではありません。特許法が定める抗弁は、特許権が無効であるとする無効の抗弁（特許法104条の3）や先使用权（特許法79条）など、特許権それ自体に対する抗弁と位置付けられているものが多いように思います。これに対して著作権法では、著作権が及ばない様々な類型が著作権法30条以下に定められており、その中には特定の支分権に向けられたものもあります。著作権法32条1項が定める適法引用などは、一定の場合に著作物を「利用することができる」と定めており、この条文が適用されると、どの支分権であっても制限がされますが、著作権法30条1項が定める私的使用目的での複製は、文字どおり「複製」権に向けられた権利制限規定ですので、権利制限されるのは支分権のうち複製権のみです。

司法試験を受験する際には、著作権法は請求原因も抗弁も、支分権ごとに考えなければならないのでちょっと面倒だなと思う程度で、あまり深く考えずに特許法と著作権法の両方を並行して勉強しましたが、実務に入って、その両方を実際の案件として扱うようになってから改めて考えてみると、両者はずいぶん似て非なるものだなと感じるようになりました。

3 出版権

本稿で書かせていただく出版権も著作権法独自の制度です。

私は弁護士登録後これまで、様々な幸運やご縁に恵まれて、特許と著作権の双方の案件を（自分としては）バランス良く扱ってすることができました。著作権に関する案件としては、出版に関わるものを多く扱ってきましたので、出版権に触れる機会も多かったのですが、この出版権も改めて考えてみると、とても特徴的な制度になっています。

第2 独占的なライセンス

特許法には、ライセンス（実施権許諾）の種類として、専用実施権〔特許法77条〕と通常実施権〔特許法78条〕が定められています。これは商標法（専用使用権〔商標法30条〕／通常使用権〔商標法31条〕）、意匠法（専用実施権〔意匠法27条〕／通常実施権〔意匠法28条〕）などのいわゆる特許庁系の知的財産法でも共通していますし、他の権利付与型の知的財産権である種苗法（専用利用権〔種苗法25条〕／通常利用権〔種苗法26条〕）などでも同様に定められています。

これらの「専用」型権利（と、本稿では仮に呼ばさせていただきます）については、その効力として、その対象となる行為（特許法の専用実施権であれば特許発明の実施行為）を行う「権利を専有する」と定められており、法律上、独占権が与えられています。この専有については、その範囲では特許権者すらも実施できないと理解されています。

これに対し、著作権法では著作権法63条が著作物の利用の許諾について定めていますが、ここでは専用利用権と通常利用権のような区別はされていません。

もちろん、契約に基づいて独占的なライセンスを与えることは可能です。特許法などでも講学上「独占的通常実施権」という概念がありますし、著作権についても契約において独占的な使用許諾を行うことはできますので、その点においては異なりません。しかし、著作権法には特許法という専用実施権のような制度は設けられておらず、法律上、独占権を与える許諾権は定められていないことになります。

第3 出版権の存在

このように著作権法には、特許法という専用実施

権に対応する制度はありません。

最初にご説明したとおり、著作権は、著作物の利用類型に応じた支分権の束ですが、それらの支分権の全てに共通するような独占的ライセンスの制度は、著作権法には設けられていないわけです。

しかし著作権法は、支分権のうち複製権（著作権法21条）及び公衆送信権（著作権法23条1項）についてのみ、「出版権」と呼ばれる独占的なライセンスの制度を定めており、そこでは専用実施権などの場合と同様に一定の行為を「専有」させることが定められています。

具体的には、著作権法79条1項は「第21条又は第23条第1項に規定する権利を有する者・・・は、その著作物について、文書若しくは図画として出版すること・・・又は当該方式により記録媒体に記録された当該著作物の複製物を用いて公衆送信・・・を行うこと・・・を引き受ける者に対し、出版権を設定することができる。」と定め、著作権法80条1項は出版権の効力に関し、「出版権者は、設定行為で定めるところにより、その出版権の目的である著作物について、次に掲げる権利の全部又は一部を専有する。①頒布の目的をもつて、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・・・②原作のまま前条第一項に規定する方式により記録媒体に記録された当該著作物の複製物を用いて公衆送信を行う権利」と定めています。

上記の著作権法80条1項のうち①（紙媒体などに複製して頒布する出版行為に関する出版権）が「1号出版権」、上記②（電子書籍などを配信する出版行為に関する出版権）が「2号出版権」と呼ばれています。2号出版権は、電子出版が盛んになってきたことを受け、平成26年の著作権法改正で新設されたものです。

第4 出版権の特徴

1 専有している範囲が限定されている

(1) 特許法における専用実施権の効力については、特許法77条2項が「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。」と規定しています。つまり、設定行為で限定をすることは可

能ですが、特許権の範囲全体に専用実施権を設定することも可能です。

これに対して、著作権法における出版権は、先ほどもご説明したとおり、支分権のうち複製権と公衆送信権にしか設定することができず、他の支分権(例えば上演権など)について出版権と同様の権利を設定することはできません。契約に基づいて独占的な上演の許諾を行うことはできますが、「専用上演権」のような権利は定められていないわけです。

(2) 加えて出版権の場合、複製権や公衆送信権の全般にわたって設定することもできず、出版権者は、出版権の目的である著作物について「原作のまま」複製や公衆送信を行う行為しか専有していません。

この「原作のまま」とは、例えば1号出版権で言えば、出版権の目的である著作物の一部が複製された場合や、改変されて複製されたような場合には、「原作のまま」に当たらず、出版権が及ばないと理解されています(ただし、擬似脱字の修正など、わずかな変更すら許さないという趣旨ではありません)。

2 出版権者は出版義務を負う

特許法における専用実施権の場合、専用実施権者は専用実施権の目的となった特許発明を実施する義務を負うわけではありません。専用実施権の設定を受けつつ、その特許を使わなくても特許法に違反するわけではありません(特許権者との間の契約違反になることはあるかもしれません)。

これに対して、著作権法における出版権については、出版権者に出版義務が課されています。著作権法81条は、例えば1号出版権者に対し、著作権者から、原稿などの出版に必要なものを受け取ってから6ヶ月以内に出版行為を行う義務があると定め、さらにその後も慣行に従って継続して出版行為を行わなければならないと定めています。2号出版権についても同様で、原稿等を受領してから6ヶ月以内に配信を行い、その後も慣行に従って継続して配信を行う必要があります。

出版権者がこの出版義務を怠った時は、著作権者は出版権の消滅を請求することができます(著

作権法84条)。6ヶ月以内に出版や配信を開始しなかった場合には、著作権者は出版権者に通知をして出版権を消滅させることができますし、出版や配信を開始後に、慣行に反して出版や配信をやめてしまった場合には、3ヶ月以上の期間を定めて催告をした上で、出版権を消滅させることができます。

3 著作物の修正増減

特許法における特許の訂正と著作物の修正とは、それらを行う目的なども全く異なりますので、これらを比較するのは適切かどうかわかりませんが、特許発明の内容や著作物の内容を変更するという意味においては、両者は共通とも言えます。

特許法において、専用実施権が設定された場合、専用実施権の目的となっている特許を訂正するためには、専用実施権者の承諾が必要になります(特許法127条。なお、特許法127条については、もともとは通常実施権者からも訂正の承諾をもらわなければならないとされていたのですが、令和3年の特許法改正で通常実施権者は削除されています)。

これに対し、著作権法の場合、出版権が設定されている場合でも、著作者は、特段出版権者の承諾を得ることなく、出版権の目的となっている著作物に正当な範囲内において修正又は増減を加えることができると定められています(著作権法82条)。自分の作品ですから、著作者が自分で創作した著作物を修正等できること自体は、ある意味当然なのかもしれません。一方、あまり頻繁に著作物の内容が変わり、それに対応して出版物の内容も変更しなければならないとすると、出版権者は大変です。特に、従来のように版下を作成して印刷をするような場合は、著作物が修正されるたびに版下を作り直す必要がありますし、修正前の在庫をどうするかという問題もあります。そのため著作権法は、増刷のタイミングで、かつ正当な範囲内という限定を付けた上で、著作者に著作物の修正等をすることを認めているものです。正当な範囲内において著作物の修正等がなされた場合、修正等がされた内容で出版行為が行われます。

なお、著作者のこの修正等の機会を確保するた

めに、出版権者が増刷を行う場合には、あらかじめ著作者にその旨を通知しなければならないとされています(著作権法82条2項)。

4 登録の位置付け

特許法における専用実施権についても、著作権法における出版権についても、登録制度があります。しかし、その登録の位置付けは特許法と著作権法で異なっています。

特許法における専用実施権については、登録をしなければ効力が発生しないと定められており(特許法98条1項2号)、登録が効力要件と位置付けられています。特許権者との間で専用実施権の設定契約が締結されても、専用実施権の登録をしなければ、専用実施権は発生しないこととなります(ただし、契約当事者の意思を合理的に解釈して、そのような場合に独占的な通常実施権を許諾する意思があったと考えることはできるかもしれません)。

これに対し、著作権法における出版権の場合、登録は効力要件ではなく、対抗要件と位置付けられています(著作権法88条1項1号)。したがって、著作権者との間で出版権設定契約を締結し、仮に出版権の登録を行わなかったとしても、出版権は発生しています。

現在、侵害対策という観点での出版権の役割の重要性が増しています。特許権であれば、企業が特許権を保有していることが多く、特許権者自らが侵害対策を行うことに大きなハードルはありません。しかし、著作権、特に出版の分野では、著作権者は個人(作家)であることが多く、著作権者自らが侵害対策を行なっていくことには自ずと限界があります。そこで、出版を担う企業が、出版権者として侵害対策を行うことが必要になってくるのです。

その観点で、出版権の登録が効力要件ではなく、対抗要件と位置付けられているのは非常に重要です。出版権を登録しなければ対抗することができない「第三者」の範囲には、出版権を侵害している不法行為者は含まれないと理解されています(民法709条の第三者と同様の考え方です)ので、出版権の登録をしていなくても、出版権者は不法

行為者に対して出版権侵害を主張することは可能です。

なお現在の運用では、出版権を登録するためには、その申請にあたって著作権者の実名や住所を記載しなければならず、かつその内容が閲覧される可能性があります(著作権法施行令20条、著作権法88条2項が準用する著作権法78条4項)。このことなどが大きなハードルとなり、世の中に多数存在する出版権のうち、ほとんどは登録がされていないのが実情です。文化庁の著作権等登録状況検索システムに登録されている出版権のうち、最も古いものが昭和46(1971)年の登録番号20001号、最も新しいものが令和5(2023)年の登録番号20321号ですので、約50年で300件程度しか登録されていないと思われます。これは世の中に存在する出版物の数からすれば、ごくごくわずかです。

ペンネームで活動されている作家も多いですし、実名どころか住所まで明らかになってしまう可能性があるというのでは、安易に登録に応じられないというのはやむを得ないことであろうと思います。

しかし、特に海外において出版権に基づく侵害対策を行う場面で、出版権の登録制度が役に立つであろうということも指摘されており、現在、このような問題を解決するために、実名や住所などが開示されないようにする制度変更が議論されています。

5 小括

このように、著作権法には全ての支分権に共通する独占的ライセンスの制度は設けられていません。

著作権法は、複製権と公衆送信権に限って、かつ、原作のまま出版する行為についてのみ、出版権という独占的なライセンス制度を設けていますが、特許法における専用実施権などとは、その内容や性質がだいぶ異なるように思います。

特許法における専用実施権は、自分の製品等に対して権利行使をされないということやライバル製品を排除するということが大事であり、それ以上に専用実施権者に対して、その特許発明を実施

した製品を世に出すことで、世の中を良くしているというような役割までは期待されていないように思います。

これに対して著作権法における出版権の場合には、その目的となっている作品を出版権者の出版行為を通じて、多くの人に見てもらおうという役割を、出版権者が担うことが想定されており、そのため出版権者には、そのような出版行為を担う者として、義務が課されているのです。

こうして考えてみると、出版権の設定というのは、単に著作権者からの許諾と位置付けられるのではなく、著作権法79条1項が出版を「引き受ける者に対し、出版権を設定することができる」と定めているように、責任を持って出版を引き受けることが「出版権の設定」であると言えるように思います。

第5 出版権の設定と出版の許諾

著作権者が、自分の作品を出版したいと思った場合、出版権を設定することも可能ですし、出版権の設定ではなく、出版を行うことの許諾を行うことも当然可能です。前者は著作権法79条の問題で、後者は著作権法63条の問題です。

出版権が設定されると、設定行為で定めた範囲内で、出版権者が出版等を行う権利を「専有」します(内容は限定されていますが、専有型の権利です)。著作権者は、重ねて他の人に出版権を設定することはできませんし、出版権者は、侵害者に対して、自身の名前で差止請求や損害賠償請求を行うことができます。

これに対して、出版を許諾するという場合には、著作権者は複数の人に対して、非独占的な許諾を行うこともできます。一方で、非独占的な許諾を受けた者は、第三者に対して差止請求や損害賠償請求をすることができないというのが一般的な理解です(独占的な許諾を受けた者については、固有の損害賠償請求権を行使できるか、とか著作権者の差止請求権を代位行使できるか、といった議論はあります)。

出版権を設定する際にも、設定行為で範囲を定めることは可能です(著作権法80条1項)。例えば、1号出版権(紙媒体等での出版に関する権利)と2号出版権(電子書籍の配信に関する権利)のうち一

方だけを設定することも可能です。それ以上に、例えば単行本についてだけ出版権を設定することができるかなど、各号の出版権をどこまで細分化できるのかについては、議論があります。出版権はいわゆる準物権的な権利(第三者に対して差止等を請求できる権利)ですので、あまりに細分化しすぎると、取引関係が不安定になるなどという指摘もあります。

先ほど述べたとおり、現在では侵害対策の場面における出版権の役割が重要になっています。その観点で言えば、あまりに出版権の内容を細分化しすぎてしまうと、権利が及ぶ範囲が狭くなってしまい、侵害対策の場面で困ってしまうように思います。例えば、1号出版権を設定するにあたり、あまり細かく版型などを限定してしまうと(そのような細分化が有効であるかは別として)、版型などが異なる侵害品が登場した場合に、権利行使ができなくなってしまいます。

そのような事態が生じないように、出版権自体はある程度広く、想定される侵害態様をカバーした形で設定しておくのが良いと考えています。もし版型などを限定したいのであれば、(出版権の範囲ではなく)契約でそのような条件を定めることは可能です。出版権の設定と契約による縛りをうまく使い分けることが大事です。

もう1つ出版権については注意をしなければならぬ点があります。平成23年の特許法改正で、通常実施権に関する当然対抗制度が導入されました(特許法99条)。改正前は、通常実施権にも登録制度が設けられており、通常実施権は登録をしなければ第三者に対抗することができないと定められていました(つまり登録が対抗要件とされていました)。これが法改正によって、「その発生後にその特許権若しくは専用実施権又はその特許権についての専用実施権を取得した者に対しても、その効力を有する。」とされました。その後令和2年の著作権法改正で、著作権法にも同様の当然対抗制度が導入されました(著作権法63条の2は「利用権は、当該利用権に係る著作物の著作権を取得した者その他の第三者に対抗することができる。」と規定しています。)。しかし、この時出版権については当然対抗制度の対象とされず、出版権については法改正の後もなお、登録が対抗要件とされています(著作権法88条1項1号)。

そのため、出版の許諾が行われた場合であれば、その後著作権が譲渡されたとしても、被許諾者はその許諾を新著作権者に対しても対抗することができ、引き続き出版を継続することができます。これに対し、出版権の設定がされた場合に、その後著作権が譲渡されてしまうと、出版権の登録がされていなければ(そして現在出版権の登録はほとんどされていません)、出版権者は新著作権者に対して、出版権を対抗することができなくなってしまいます。ただし、その場合でも、出版権設定契約を締結した当事者の合理的な意思として、出版権設定とともに出版行為を許諾することも含まれていると解釈することができれば、その許諾については当然対抗制度の対象になると考えることができます。出版権の登録がほとんど行われていない現状に照らすと、出版権設定契約の中には許諾も含む趣旨であると読めるように書いておくということも重要ではないでしょうか。

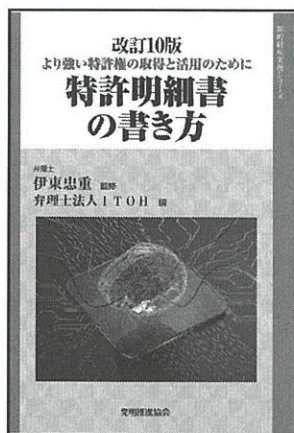
第6 最後に

私自身は、特許、著作権から、珍しいところでは種苗法まで、知的財産権の分野には限られますが、これまで広く浅く取り扱ってきました。そのような立場から、知的財産法の横のつながりや、実務上のよもやま的な論点を考える機会が多く、これまでの連載のタイトルにある「知財の常識・非常識」に多く触れてきました。

事務所を移籍した2022年4月以来、何度かこの連載で執筆の機会をいただきましたが、主に上記のような観点から題材を選び、書かせていただきました。今回の出版権を含め、読者の皆様にとって普段あまり馴染みがないかもしれない制度について、興味を持つきっかけになったとしたら、大変うれしいことです。

—つづく—

※⑤は4月4日付掲載



改訂10版 特許明細書の書き方 より強い特許権の取得と活用のために

弁理士 伊東忠重 監修 弁理士法人 ITOH 編
A5判 512頁 定価4,950円(本体4,500円) 978-4-8271-1408-9

**著者が有する特許明細書作成のノウハウを包み隠さず開示!
20年以上活用され続けている全ての特許実務者の座右の書**

本改訂版においては、AIを用いて新たな材料の発見・開発に寄与するマテリアル・インフォマティクス(MI)技術の明細書・請求項はいかにして記載したらよいのか、この分野に強い弁理士が中心になって記載しました。また、本改訂版にあっては、生物関連発明を得意とする新進気鋭の弁理士が著者として参画し、生物関連発明の明細書の記載につき充実させました。さらに、単に特許権を取るだけでは満足せず、いかにして権利行使し得る特許を獲得すべきか、という観点から、侵害立証容易な請求項をいかにして記載したらよいのかを記載しました。加えて知財経験が浅い方がなるべく早くに立ち上げられるよう、発明者との面談での留意事項についての記載を充実させました。また、判決例の紹介についても見直しを行い、更に充実を図りました。

一般社団法人 **発明推進協会**

〒105-0001 東京都港区虎ノ門二丁目9番1号
虎ノ門ヒルズ 江戸見坂テラス TEL 03-3502-5493