

## 知的財産の動向と将来

——中山信弘先生に聞く——

回答者：中山信弘\*

質問者：日本知的財産協会 専門委員会<sup>1)</sup>

**抄録** 知的財産権は産業の発達に寄与することが念頭に置かれており、産業振興政策の一環と捉えることができる。もっとも、産業振興への寄与の仕方・アプローチは法律ごとに異なるであろうし、時代や産業構造の変化とともに、保護の対象や範囲は絶えず変化してきた。知的財産法が一諸法に過ぎなかった1970年代から「知財立国」として国家政策の柱に位置づけられた今日に至るまで、長年にわたって知的財産法を研究してこられた中山信弘先生に、産業の発展とそれに対する知的財産権の寄与・貢献のあり方という視座から約2時間にわたってお話を伺った。

### 目次

1. はじめに（総論）
2. 特許法
3. 著作権法
4. 商標法・意匠法

### 1. はじめに（総論）

**【質問者】** 知的財産権は今でこそ非常に重要視されていますが、先生が研究を始められた1970年代前半の頃はどちらかというとマイナーな存在で、知的財産を専門にされている研究者も非常に少なかったのではないかと思います。その当時から長年にわたり知的財産権を専門に研究されてきた先生のご経験から、これまでの知的財産制度の変遷を振り返り、今後はどういう方向に進んでいくのかというところをお話し戴けますでしょうか。

**【中山】** 私が研究を始めたのは昭和44年（1969年）になります。そのころは企業に特許部というのはあまりなくて、総務部の片隅で少々やっているくらいでした。特許訴訟も、昭和30年代から少しずつ出てきてはいたものの、

余り多くはありませんでした。特に著作権に至っては、ある種の業法的な雰囲気がありまして、本当にマイナーな法律でした。六法でも「諸法」に分類されていて、独禁法等とともに「諸法」という扱いだっただけです。

私が研究を始めて一番感じていたのは、知的財産法、当時は無体財産権法と言っていました。知的財産法を普通の法律にしたいということでした。最近ではむしろ何か特殊な法、あるいは普通よりも重要な法であるというイメージもあるようですが、私はいまでも知的財産法は普通の法律だと思っています。その意味は、知的財産法のみで世の中が回っているわけではなく、色々な法律が歯車となり、相互に関連しあって世の中が動いているということで、知的財産法はその歯車の1つだと言うことです。歯車の1つとして認知してもらえればいいという感じでした。特許法だけ突出して何とかやろうとか、そういうことではなく、あくまでも全体の体系の中で特許法、あるいは著作権法というも

\* 明治大学特任教授，東京大学名誉教授，弁護士  
Nobuhiro NAKAYAMA

のを位置づけたいと思ったわけです。

そうこうしているうちに、だんだんと知的財産の地位が上がってきました。特に学生は現金なものでして、社会の風潮によって受講者数が全く変わってきます。必須科目は別ですが、知的財産法のような選択科目は学生数を見れば推移が分かります。昭和40年代は20名足らずだったのが、日立・IBM事件、富士通・IBM事件が起こった昭和60年頃を通じて人数が増加し、100人以上の大台に乗りました。そのうちに200人ぐらいになり、次には知財戦略本部などができて、「知財立国」と言われるようになってから300人ぐらいになりました。そういう学生の受講者数を見ていると、社会の風潮を反映しているような感じがします。

小泉内閣のときに知財戦略会議ができました。これは総理大臣の私的諮問機関でして、正式な国家機関ではないのですが、総理を本部長として全閣僚と有識者10名で構成される会議でした。そこで色々な政策を打ち出しました。その知的財産戦略会議の答申の中に「知的財産基本法を作る」とあり、すぐにその次の臨時国会でその法律ができ、その中で知財戦略本部という組織が恒久的な国の機関としてでき上がりました。ですから政権が変わっても、知財戦略本部は廃止するという法律ができない限り存続するわけで、今でも存在し、活動しております。

この知財戦略本部が日本の知財戦略の司令塔になっています。戦略本部自体は法律案を国会に出す能力はないのですが、各官庁の上であって、各官庁に対して、あれやれ、これやれという指示を出しています。構成メンバーは昔と変わっておらず、総理を本部長として、全閣僚と10名の有識者ということになっています。有識者は出入りが激しいのですが、私だけは、どういうわけか最初から今までメンバーとなっております。

今申し上げましたように、昭和44年と比べると

と隔世の感があります。一番大きな違いは、単なる財産権として知的財産権があるというのではなくて、それを使って戦略的な行動をとることです。これは国家も企業も同じです。従って、知的財産権という名前だけでも、単なる財産権とは違う印象を持っています。所有権というときの権利と、知的財産権というときの権利の持つ意味合いが、戦略的な使い方がなされてくるという観点からはかなり違ってきます。それだけに、国と国との対立が激しく、なかなかうまく条約ができません。特に先進国と途上国との対立が激しくて、パリ条約などは一時、1960年代あたりからデッドロックに乗り上げてしまって動かない状態が続きました。それでWTOになったわけです。WTOでは単に知的財産だけを扱うのではなくて、熱帯産品はどうするかですとか、農業はどうしようかという具合に色々な問題をパッケージで扱っていますから、知財は少しぐらい不利になっても仕方がないとか、こっちで取れば、知財では譲ろうという話になってくるので、WTOでやっと話がまとまるようになってきました。パリ条約のように知財だけを議論していると、利害ばかりが対立してまとまらないということです。

これからは、色々な意味で国際化が進んでいきますから、条約が大事になってきますけれども、今言いましたように先進国と途上国との南北問題はもちろんのこと、先進国同士でも諸々の国家戦略が絡まっているので、なかなか国際的合意は難しいという状況にあります。その他、例えば「伝統的な知識」をどのように扱うかとか、色々な問題が出てきていますので、これからの国際情勢は本当に難しくなると思います。これは石油などの鉱物資源を見ても同じでして、欧米のメジャーが持っていた権利を途上国は国有化するということをしています。知財は国有化すると言ってもなかなか難しい問題がありますので、これから一体どういう落としどころ

ろをつけたらいいのかということとは分からないです。

特に著作権の分野が分からないですね。これは昔と大きく違っていています。著作権の条文自体は本質的にはあまり変わらなくても、実態は様変わりだと思っています。デジタル、特にネットですね。しかし、これこそ国によって利害関係が非常に微妙に対立していますので、なかなか一致しません。ですから、これからは著作権法をどうしていくのかということとはなかなか難しいところだと思っています。



中山信弘先生

**【質問者】** ありがとうございます。ところで、先生はなぜ知的財産を研究テーマに選ばれたのですか。

**【中山】** それはよく聞かれる質問です。私が大学1年のときに東大教養学部でとったゼミが、山本桂一先生のゼミでした。この山本先生は有斐閣法律学全集の『著作権法』という体系書を書かれたことで有名です。ただこれは旧著作権法の下での体系書なので、もう今はあまり読まれていないと思うのですが、名著です。山本先生は、私が学生の頃、その本を執筆されたのですが、そのとき、私が目次とか索引とか、そういうのを作るお手伝いをしたというのが知的財産とのめぐり合いの最初です。それから興

味を持って、知的財産に入ったわけです。

でも、当時の東大法学部には知的財産法の教授はおりませんでした。知的財産で大学に残るといのは非常に難しかったので民法で残りました。民法の物権法というのは知的財産と似ていますので、物権法をやっているうちに知的財産もいけるのではないかと思って民法の助手になりました。もうお亡くなりになられた加藤一郎先生（元東大総長）という先生に師事いたしました。やがて助手の後半になってから知的財産法に移って、それからずっと知的財産法の学者ということになっています。

## 2. 特許法

**【質問者】** 特許の質、すなわち無効理由のない特許を担保していく制度的な仕組みとして、現状、情報提供制度、無効審判制度等があります。また、付与後の簡易な手段として、アメリカの再審査制度のような制度を導入してはどうかという声もあります。このような背景において、特許の質を更に向上させるために、どのような制度を採用すればよいか先生のお考えをお聞かせ下さい。

**【中山】** これは難しい問題です。質の向上という点からしますと、例えば日本の特許庁は、世界的に見て質が悪いわけではありません。ただ、個別に見た場合に、特許の質の悪いものがないわけではありません。どういう制度、システムで質の良い特許を出していくか、または質の悪い特許をつぶすかということだと思います。おそらく正解はなく、どれをとっても全ての皆さんが満足できる制度はないと思います。

この問題は実は、知財戦略本部と司法制度改革推進本部でさんざん議論したあげく、現在の制度となったものです。例えば、現在のダブルトラック、すなわち特許庁も無効事由の有無について無効審判にて審理でき、裁判所でも全部の無効事由について審理できるという、この完

全なダブルトラック制度は、産業界の強い要望で採用されました。当時の司法制度改革推進本部における産業界からの代表の方々はこの制度の採用に極めて積極的で、しかも特許無効事由のすべてを裁判所で審査できるようにと主張して絶対に譲りませんでした。当時、私や裁判官や学者の中には疑問を呈する人が多かったのですが、押し切られる形で今の制度になりました。

しかし、またすぐ産業界から、この新制度に対して問題であるとの声があがりました。基本的にダブルトラックとすると、必ずどこかで矛盾が出るのです。それならば、無効審判をやめてしまって、裁判で全部やるか、または、昔のように必ず無効審判を経由するようにするか、どちらかにすれば極めてすっきりします。しかしそれもまた問題があるという指摘がありました。

付与前の異議で考えてみますと、過去に採用されていた時は、異議が多数出され、なかなか特許にならないという問題がありました。出願人の立場としては大変であり、特に外国からこの付与前異議制度に対して批判が上がっていました。そこで付与後にしたのですが、今度は無効審判と似たような制度となってしまう、権利者は3回、つまり侵害訴訟裁判と無効審判と異議と3つで争わなければならないことになり、これはまた産業界から問題であるとの声が上がります。

ですから、裁判と審判の両方を設ける以上、うまい解が出ないですね。細かく言えば色々な施策は考えられます。例えば昔のように、侵害訴訟裁判において、権利化から5年間を除斥期間とし、5年経過後は無効を争えないシステムが考えられます。これは権利者にとっては安定性があるのですが、5年間黙っていて、5年後に暴れ回るとか、別の弊害が考えられます。つまり、新規性・進歩性もない瑕疵ある特許権が、5年後に権利行使ができてよいのかという問題

です。

あとは、中間的な考えとして、5年経過後は、無効な特許であっても、存続は許容するが、例えば対価請求権とする、つまり差止は認めないことにしようとか、いろんな亜流があります。議論は色々あるのですが非常に難しいですね。

特にダブルトラックで一番問題なのは、訂正があることです。一度確立した財産権が後から内容の変更が認められ、そのための複雑な手続きが必要なものということは、特許の世界以外では考えられないですね。財産権はできた時に決まれば、その大きさですっといくというのが普通ですが、特許権については訂正制度があるので複雑怪奇なことになります。

結局、少しずつ変えていく、例えば公衆審査をもっと有効なものにしていくとか、特許庁等でも考えていますけれど、データベースを整備して、もっと簡単に先行技術がわかるようにするとかですね、あとピアレビューといいますが、学者などに頼んで意見を色々出してもらうような制度とか、そういうことを少しずつやる。あるいは国際的な連携を作って、特許庁同士が情報の交換をするとか、そうやって少しずつ手直しをしていく以外に方法はないのではないかと思います。ドラスティックにこれがいいというシステムはないと思いますし、もし名案があるなら、もうやっているでしょう。

そういう意味では悲観的ですが、これは別に日本だけの話ではなく、世界中どこでもそうです。アメリカもそうですし、諸外国全てが問題を抱えています。審判を非常に早くすることでも1つの手かもしれません。例えば審判が1ヶ月とか2ヶ月で済めば、昔のように全て審判を経由するような制度も合理的かもしれません。あるいは最近ですと、再審をなくしたらどうかという議論もあります。しかし、再審は特許法だけの制度ではありません。一般法的な観点からどうかという問題が残ります。やはり、

細かいところで、少しずつ直していく、それ以外に手はないと思います。

**【質問者】** 特許法104条の3の導入によって、完全なダブルトラックとなり、裁判所で、全ての無効理由について審理できることになりました。中山先生は、特許庁と裁判所の役割分担に関してどうお考えでしょうか。

**【中山】** 理論的には役割分担はきちっとできているわけで、特許庁は対世的な効力を持った判断、つまり瑕疵ある特許権を無効とし、登録を抹消する役割、一方、裁判所は、当事者間同士での判断を出すだけの役割で特許権を無効とする役割は含まれていません。理論的には明確に区分ができていますのですけれども、実務上そんな区分で明確に動いているわけではありません。裁判所で無効という判断が確定すれば、ほぼそれで終了です。しかしこれも先ほど述べたことと同じでして、ダブルトラックを全部廃止して、どちらか1本にするということ以外には、なかなか完全な意味でのすっきりしたものはないですし、すっきりすると多分、別の弊害が起きるでしょう。

先ほどお話ししましたが、審判の期間が非常に短ければ、裁判所も多分、審理を停止して特許庁に回すというようなことが増えてくると思いますし、訴訟の遅延にもならないでしょうから、その辺が落としどころではないかという気もします。しかし審判期間を短くするといっても、公務員の数を増やすわけにもいかないとか、別の面での問題もあり、そう簡単にはいかないと思います。

そもそも裁判所で無効を争えるようにしてほしいという最大の理由は、あまりにも無効審判にかかる期間が長過ぎるからでした。無効審判の審決確定を待つと、結果的に侵害訴訟裁判が長引いてしまうのです。無効審判の審決確定までに3年とか4年もかからず、1、2ヶ月で確

定するということになれば、裁判所でも無効を争えるようにしたい理由のほとんどは消滅するわけです。

ただ、104条の3を作ったばかりで、今更やめるというのも難しいですね。しかも産業界の強い要望で作ったのに、今度は産業界の強い要望で無くすというのも、内閣法制局あたりからすれば「何だ!？」ということにもなりかねないですね。

**【質問者】** パテントトロール問題や、あるいは標準化団体におけるホールドアップ問題などは特許権に認められる差止請求権が強過ぎることが原因であるという声があります。他方で、例えば製薬業界等、差止請求権に制限をかけたくないとの意見を持つ業界もあります。産業振興という全体のバランスからどのような法制度が望ましいか、お考えをお聞かせ願えますでしょうか。

**【中山】** 特許制度の持っている意味というのは、産業の種別によって全く異なります。医薬業界の特許と電機業界の特許とでは、同じ特許という名前でもとても同じとは言えません。法的には同じでも、実際の機能としては全く異なり、産業界全体で共通の良い制度というのはいですね。

従って、特許法で、一般論として差止請求権を無くすとか、制限するとかいうことはなかなか難しいですね。パテントトロールについて言えば、まずトロール自体の定義が非常に難しく、仮にそれが定義できたとしても、おそらく特許法の中からパテントトロール的なものに対して、差止請求権は有りませんよという条文を作ることはかなり難しいと思います。本質は権利濫用ですね。権利濫用的な行為を抑えればいいのではないかと思います。これはホールドアップ問題でも同じです。

加えて、例えば、その特許発明の実施を差し

止めたら銀行のオンラインシステムが止まってしまうとか、飛行機が飛ばなくなるとか、鉄道が止まるとか、電気が止まることだってあり得るわけです。これは別にトロールでもホールドアップ問題でもないのですけれども、しかしやはり止められては、社会全体が困るということがあるわけです。民法で有名な宇奈月温泉事件について、皆さんご存じだと思いますが、温泉から湯を導く引湯管が、ある人が所有する原野のほんの一部分だけを通してしまい撤去の請求がなされた事件です。

宇奈月温泉事件では権利濫用とされ、撤去しなくてもよいという判決がなされました。ただ、これは差止請求の事件ですね。仮にこれが原野を通過している部分の賃料の請求だったら、原告側の主張が認められたはずです。もちろん、原野の中のほんの一部ですから、賃料はおそらく請求するに値しないような額でしょうから、差止請求をしたのだと思いますが、同じような考え方が特許でも言えると思います。これを止めたら医療機械が止まってしまうと人の命が危ないというような場合には、権利者は何も悪くないと思うのですが、差止める利益と差止められる社会の不利益があまりに違い過ぎる場合は、権利濫用が成立し得ると私は思います。

しかしその場合でも対価は取れます。全く無効になるとか、権利が制限される訳ではなく、お金は取れるだろうと思います。権利濫用の主張をされて、差止請求は認められなくても、損害賠償だけは取れるということはある得ると思いますし、おそらくそういう形でいくしかないだろうと思います。

この問題は、現在、特許庁でも議論されていますし、2、3年前も経済産業省でコンピュータープログラムに限定して議論されました。最初は不正競争防止法の中で立法化したいという意向もありましたけど、結局できませんでした。権利濫用になる類型とか、あるいは独占禁止法

における優越的地位の濫用の類型に関するガイドラインまでもいかない位の報告書で終わっているのです。権利濫用自体だったら、これは別に立法化する必要はない、今も条文がありますから、あとはどういう場合に、権利濫用になるのかという、その具体例ですね。これは裁判を積み重ねないと権利濫用の内容は分からないのです。つまり「けしからんことをしちゃいかん」というぐらいにしか書いていないわけです。

ですから、本当は一般条項を皆さんにもっと利用してもらい、そのケースの中から具体例を積み重ねていく以外にありません。しかし日本の会社というのは、どうもそれは嫌で、役所にガイドラインを出してくれと要求するのが常です。先ほどのプログラムの検討もそれで仕方なく、役所でガイドラインではないが、それに近いものを出すことになりました。いずれにしろ、これは権利濫用的なものでいくしかないのではないかなと思います。

具体的に立法化できるかもしれませんが、立法化してもおそらく民法の権利濫用の規定からそれほど出るものではないだろうという気がします。念のために規定するとか、特許法の関係者に注意を喚起するために規定するとか、そういう点では意味があるかもしれませんが、基本はやはり民法の権利濫用だろうと思います。それでないと、パテントトロールの定義の議論から進まず、それだけでもう頓挫してしまうと思うからです。

**【質問者】** 差止請求権に関してもう1つ質問させて戴きます。今、差止請求権の行使を一般の権利濫用の法理で制限するというお話を伺いましたが、近年ですと、欧州等で、ライセンス・オブ・ライトという形で、権利者が差止請求権は基本的に行使せず、実施料のみを請求する旨を宣言する制度があったり、最近、経済産業省ではソフトIPと呼ばれる同様の制度が議論されています。差止請求権の制限ということで

はなく、権利者自らが宣言すると例えば特許料が安くなるとか、そういった制度というのはいまうまくワークするのでしょうか。先生のお考えをお聞かせ下さい。

**【中山】** 非常に難しいですね。うまくワークさせるには何かインセンティブを与えなければだめですね。具体的には特許料を安くするわけですけれども、どうでもいいような特許権のみ出して、肝心な特許権は抑えておくことになりがちです。権利者がそこへどんどん出してくればいいのですが、特許権は高いお金を出して取得するわけですから、なかなか出してくれないでしょう。

著作権だと、誰でも著作物を書いたり作ったりすれば権利が発生し得ますから、そんな独占権なんか要らないという人も多くいます。しかし、特許権の場合はどこの国でもなかなか難しいようです。良い特許は囲い込んで自ら良い条件で処理するでしょうし、どうでもよい特許は、特許料節約のために出す、という傾向になるでしょう。

このシステムがうまく機能すれば理想的だとは思いますが。やはり独占権というものは、行使しないというだけじゃなくて、行使しないよということを明らかにしていることによってうまく回ることもありますからね。しかし諸外国をみても、なかなか上手く回っていないようです。

これに限らず特許の仲介とか、何十年も前から特許庁などが一生懸命やっていますが、なかなかうまくいかないですね。

**【質問者】** 我が国では医療行為は、29条1項柱書き（産業上の利用可能性）で、特許の対象から外れる形の運用がなされています。医療行為の特許性について、どう取り扱うのが望ましいのか、先生のお考えをお聞かせ下さい。

**【中山】** これも難しいですね。現行の法律と

か、医師会等々の実情とかを抜きにして考えれば、29条1項柱書きで、産業上利用可能性がないというのはおかしいということ、私は10数年前に教科書にも書きました。医は仁術で産業ではないというのは実態にあまりにも反している気がします。更に、再生医療等の新しい医療も出てきています。アメリカに比べて遅れをとる危惧もあり、色々な意味で現行法はおかしいと思っています。

また、運用や審査基準で変えてしまっているのかという問題もあります。運用や審査基準は法律ではないので、裁判所へ行けば法的効力はありません。審査基準は元々は特許庁内の公務員への通達のようなものです。それを通達だけではもったいないということで公開したために、弁理士会や産業界では審査基準が法律のごとく扱われています。医療だけでなく、例えばプログラムなどでもそうですが、法律は変わってなくても、特許の可否を審査基準で変更しています。

そういう意味で、基準行政というのは、私はちょっとおかしいのではないかと感じていました。こんなこと言うとよくないかもしれませんが、かつて、プログラムに関し、法律が変わっていないのに、運用が変わって特許を認めやすくなった時に、過去に特許はだめだと言われた人が国家賠償請求をしたらどうなるんだろうと心配したりしました。幸い誰も訴訟を起こさなかったので問題になっていませんが、起こされたら非常に困ると思います。審査基準で特許性の有無は判断できないはずですから。そういう意味で、理論的にもおかしいし、実際にも川上規制というのは本当におかしいと思っています。やるのなら川下規制だと理論的には思っています。

しかしこれを実際やろうと思うと、医師会ですとか、厚生労働省ですとか、色んなものが関連しているようでして、なかなか特許庁の力だ

けでは突破はできないという状況ではないかと思えます。話が大き過ぎてなかなか難しい。それに、医師の中からも「何で我々の行為が産業なのだ」という声が非常に強く、感情的な反発も強いです。

しかし実際は、審査基準を色々変えてきたことで、かなりの部分は実はカバーされています。できていない部分も少しありますが、特許庁としては、おそらくそれで勘弁してもらおうということなのでしょう。実際、クレームの書き方によって大体はうまくいくので、それで大した不都合はないんじゃないか、というのが実態だと思います。

政治的な理由もあり、法律を動かすのは非常に難しく、産業上利用可能性がないというのは、別に日本だけではなくて、そういう国が他にもあります。これだけ歴史が続いていますので、今更、産業上の利用可能性があるに変更するのも難しいかもしれません。

**【質問者】** 私もこれは本来国会で議論すべきところを、特許庁の中でやっているような感じがしていましたし、審査基準の変わり方もどうも釈然としないところがありましたから、「川下規制が良い」というお考えには私もその通りだと感じます。

**【中山】** ただ、なかなか実現は難しいですね。国会で議論といっても、特許庁が原案を持って行って国会に出さないと、国会議員だけで議論をしてもどうしようもないというか、結局何も分からないということになるのではないかと思います。実はこの問題は特許庁だけではなく、知財戦略本部でも検討しています。それでも実際なかなか難しいですから、先ほどのダブルトラックと同じですけれども、おそらく、法的な問題や審査基準の法的位置付けは別として、少しずつ直していくしかないと思えます。

**【質問者】** 職務発明制度というのは本来どう

あるべきか先生のお考えをお聞かせ戴けますか。

**【中山】** これもまた難問中の難問ですね。一番の問題は対価の額の決定方式というか、結果の額だと思えますが、これは別に法律のせいではないですね。最近ちょっと手続は変わりましたけれども、根本的なところはずっと前から変わっていません。昔の対価は雀の涙で、35条はむしろ発明者に不利な規定だと言われていました。それが、青色発光ダイオード事件で200億円、一部請求ですので実質は600億円という判決が出たというので大問題になってきました。

要するに、対価というのは、正確な算定は不可能なものです。貢献度もそうですし、もうとにかく結果はエイヤ！と決めているようなものです。綿密なことを言っているように見えますが、最後に貢献度が5分の1か50分の1かで全然違ってくるわけで、目分量としか言いようがありません。判決に書いてあるのは、後からの理由づけにすぎないわけです。同じ条文で昔と今とでこれだけ結果が違うわけですから。

しかし、もっと言ってしまえば、審議会である方が言っていました、これは特許法の問題ではなく、労務管理の問題でしょう。不満がある労働者がいるからこうなるのであって、それが600億円に刺激を受けて「じゃあ私も」ということでやっている。そういうことなら、ちゃんと労務管理をしていけば問題にならないのでは、という発言もあったくらいです。

確かに色々問題はありますが、社員間の公平というのがおそらく一番大きな問題ですね。特許発明者だけでは、そんな利益が出るわけがないので、「じゃあお前、退職して自分ひとりでやってみろ」と言われれば何もできないわけです。ですから特許を取る人も、あるいは営業の人もみんな協力してやっているわけで、社員全員が協力して利益を出しているわけです。では、なぜ発明者だけかと言われると、昔のような小さな額なら、まあ多分問題なかつ



たのですね。しかし何百億円となると、おそらく不公平感というのは拭えないと思います。あの600億円の事件を見ていると、やはりリスクを誰が負担しているのか、というところをあまり考えていない印象があります。発明者が退職をして、自分で全部事業を起こしたのなら、何百億儲けようと、何百億損しようとして勝手にしょ、ということになります。社員の場合はやはりリスクは全部会社が負っているわけです。私はその点は忘れてはいけないと思います。しかしそのような判決が出た以上、今はだいたい下火になったとはいえ、今でも幾つか訴訟がありますし、私も相談を受ける中では職務発明の案件が結構多いです。

結局、どうしたらいいかというのは明確には分かりません。法改正して、当事者間の手続を重視するということになりましたが、あの改正条文の適用を受ける事件が出るのはまだ先です。ですから、今は旧法下の事件をどうするかということですが、ちょっと手の打ちようがありません。もう決まっている財産権ですから、それを事後法で取り上げるというのはなかなか難しいですし、憲法問題にもなってきますので、旧法時代の事件はどうしようもないですね。これは立法のときも、産業界から新法を遡って適用してほしいという意見はかなり強かったのですが、やはり法制局的にそれは難しいということでした。改正条文の効果はおそらく立法から10年ぐらいはかかりますので、今の時点ではどうしようもないということです。

あと、対価請求権の時効が10年と言われていますが、あれはやはり労働債権なのだから、普通の賃金や、退職金の時効位に短くしてほしいという人もいます。確かに立法論としてはあり得るのですが、当面の事件としてはちょっとどうしようもないという感じです。

**【質問者】** 著作物が日々、企業活動ではたくさん生み出されているわけですが、発明等には

創作者に対して手厚い保護がなされています。この点についてはいかがでしょうか。

**【中山】** 著作権との整合性というのは、理論的に言えば無いです。なぜ特許がこうで、著作権はあんなのかという理論的な説明というのは難しいです。ただ著作権の方が、日々あまりにも多く創作されます。ちょっとメモを書いても著作権が発生するとか、あまりにも広範なので処理できないという、実質的な理由はあるかもしれません。ただ、理論上なぜ著作物は対価無しなのかと問われれば、説明できません。

あと、労働市場が完全に自由な市場であって、労働者と企業というものが対等な力関係で契約を結ぶというような労働マーケットを前提にすれば、35条は不要です。優れた発明者は、自分の能力を別会社に高く売り込めばいいわけですし、実績が上がらなければ、会社としては首を切れればいいわけです。そういう時代ならば35条は不要です。アメリカは完全とは言わないけれどもそれに近いですから、35条がなくても契約でよいわけです。優れた発明者は、良い処遇をしないと逃げてしまう、悪い発明者は首を切られても文句は言えないという世界なら、契約で全部決めていいということになります。

一方、日本は終身雇用です。ちょっと崩れたとはいえ、自由な労働マーケットではありません。従って、どうしても法律は従業者というか発明者の方を保護してあげようという傾向になりがちです。その意味でこの問題は各国の労働・雇用情勢に非常に大きく関係しており、ドメスティックな問題と言えます。

そうなるとうち問題が出てきまして、日本は海外に輸出していたり、あるいはアメリカで特許を取ったりしています。日立事件、味の素事件というのがありましたが、各国のドメスティックな問題であっても、発明の方はドメスティックと言い切れないわけで、世界的に特許を取っているわけです。その整合性をどうしようか

という、学説はもう幾らでもあるというか、全く統一がとれていないという状態で、非常に難しい問題を提起しています。特に国際的な問題になってくると、多少は判決が出ていますが、今後も色々ともめたり、新たな問題が出てきたりするのではないかと思います。審議会でもこの問題に結論を出すことはできず、判例に任せているという状況です。

**【質問者】** 日本版のバイ・ドール法が、アメリカから20年遅れて制定されて、ようやく産学連携の促進が図れるかと思った矢先ですが、予想以上に産学が協調できているとは言い難い状況と考えています。うまく進めていくための産学連携の制度設計のイメージについて、先生のお考えをお聞かせ戴ければと思います。

**【中山】** これは知財戦略本部でも当初から問題になっており、大学の力をどうやって引き出して、産業にそれを移すかということで議論になっていますが、うまくいっていないですね。私は大学に対する期待が少し過剰なのではないかと感じています。大学にずっといて、こんなこと言うのもどうかと思いますが、大学にそんなに力があるのかなと感じています。

そもそも大学の役割はやはり基礎研究だと思います。最近の京大の山中教授のiPS細胞のように、分野によっては基礎と応用が表裏一体という部分もちろんあるわけですが、基本的には応用ではなくて基礎だと思います。基本的には大学の先生というのはお金にならない研究をしており、これをあんまり実務に引きずりこんで良いものだろうかと考えています。知財戦略本部などですと、やはり大学も知財管理をきちんとやって、大学もお金を儲けなさい、という方向に進んでいますが、本当にいいのでしょうかという感じがするわけです。

知財でお金儲けをしようと思ったら、出願まではとりあえず秘密にしないではいけません

ね。そうすると、例えば研究会をやっている、ある企業からお金をもらおうとすると、ここからこっちの人は研究発表会に来てはいけないとか、あるいは博士論文を発表しようと思っても公表すると公知になるので秘密会で発表するとか、大学が秘密主義になるわけです。知財戦略本部などではもっと情報管理をきちんとやって、営業秘密が漏れないようにしろ、ということが盛んに言われていますが、それで本当にいいのか根本的な疑問を感じています。

大学は、お互いに情報を共有し合って、話し合って、研究し合って、発表し合って、それを聞いて進んでいくという世界だと思います。一方、企業が同じことしたら、もちろん特許も取れないし、会社の利益に反するわけです。研究をする大学の世界と、利益を追求する企業とは、本当は反りが合わないわけです。アメリカを見ていまして、うまくいっているのはほんの一部です。ほとんどがバイオで、あとはIT関係が若干かなといったところですが、それ以外はうまくいっていないです。ですから、ほんとうに今みたいな、産業界の秩序を大学に持ち込めということがいいのかなという気はしているのです。

ただそうはいっても、せっかく日本の大学で出た新しい発明を殺してしまうわけにもいきません。特にiPS細胞のケースなどはそうです。あれなどは将来の日本の国力に直結しますから、やはり国を挙げて応援していかなければいけないと思います。そういう特殊な例ももちろんあります。しかし、大学全般が本当に知財マインドに染まっていいのかなという、基本的な疑問を持っています。

**【質問者】** 大学で基礎研究等を行う学生の質が向上することは、企業にとっても非常にうれしいことです。きちんと基礎研究をやってきた学生が入ると企業の研究も発展的に成長しうるからです。もう少しそういうイメージを膨らま

せて進めていければと良いと思っています。

【中山】教育にける予算というのは、日本はOECDの中でも非常に低いので、もっと援助しなくてははいけません。

一方で、大学TLOとか、そういう機関に対して援助をするのがいいとしても、どういう援助がいいのか考えてしまいます。5年間の期限つきで援助したのですがあまり効果が上がっていないようです。

先ほども言いましたが、やはり大学の体質と企業の体質というのは、存在理由からして違うのではないかと思います。従って、私はあんまりTLOを補助しても、効果は出ないのではないかと考えます。おそらくTLOのほとんどは赤字で、このままいけばそのうちかなりのTLOはつぶれるおそれがあります。それに対処するために、例えば広域TLOですとか考えなくてはいけないのですが、基本的に大学の発明はそんなに儲からないと思います。仮に儲けるものがあつたとしても、企業はある方向を打ち出して、その方向に全力を注ぎ、色々な特許で周辺を固めて、「群」としてやるわけですが、大学の先生は好きなところを「点」で取っていただくだけです。周辺を固めて、他からの参入を阻止して利益を上げるというマインドがないので、そんなに期待できない気がします。

特許を大学に集めて、大学がTLO等を通じて利益を上げるというのが、現在の日本の国策です。しかし、昔のように個々の先生が企業と一緒にやった方が、むしろ効率は上がるのではないかという気もしています。私のような理科系ではない人間はなかなか言いにくいのですけれども、ちょっと基本的な違和感を持っています。

ただiPS細胞は別格で、あれはオール・ジャパンで支援していますし、政府自体も本腰を入れて支援しています。しかし、あれは見本にならないというか、あまりにも大き過ぎて、一般

のケースには適用できないですね。

### 3. 著作権法

【質問者】特許法は産業の発達を目的としているのに対し、著作権法は文化の発展を目的としています。しかし近年では、著作物は経済財としての性格を強めていると考えています。産業振興の側面から、今後の著作権制度はどうあるべきだとお考えでしょうか。

【中山】特許法の1条には「産業」、著作権法の1条には「文化」と書いてあり、立法当時は綺麗に切り分けができていたと思います。しかし昭和60年にプログラムが、昭和61年にデータベースが著作物に入れられて以降、私は産業と文化は切り離せない関係になったと考えています。文化を通じて産業を興すという、文化産業論とでも言いましょうか、それが大事だと思っています。しかし権利者団体は、なぜ我々が産業の犠牲にならなければいけないのかという発想が強く、審議会ではいつも「産業、産業とけしからん」と言われてしまうのですが、やはり文化と産業というのは現実問題として切れない関係です。文化を発展させることによって産業が発展し、それによって権利者に回す原資ができる。利用されないことには権利者に利益も回らないわけです。何も回らないという状況が私は一番悪いと思います。しかし、権利者団体から「お金の問題ではない」と言われ、結局「文化」対「産業」というところで議論が止まってしまう。これは非常に不幸なことです。文化と産業を対立させる必要はないと思います。

では、次の問題として、具体的にどうすれば良いのかと。確かに理念としては、産業的な著作物と、それ以外の古典的な著作物とを同じ法律で規制するのはおかしいではないかと言うことはできます。日本経団連が公表した意見書「デジタル化・ネットワーク化時代に対応する

複線型著作権法制のあり方」でも、複線的な著作権制度が提言されていて、2つは違うのだと述べられています。それはそれで理想的には良く分かりますが、では具体的にどのように仕分けるのか。この著作物はA著作権法、この著作物はB著作権法、という風にはなかなか仕分けられない。音楽だって今ではもう一大産業ですので「音楽は産業か文化か？」と問われると、なかなか切り分けられないという面があります。

また、条約上の制約もあり、著作権法を2つに分けて、産業的なものは特許のように登録を要件とするわけにもいきません。「私はA著作権法に入ります」と著作権者が任意で入るのなら、条約の問題はクリアできるかもしれませんが、任意とすると、これは先ほどのライセンス・オブ・ライトと同じでして、何かインセンティブがなければ誰も入りません。では、どういうインセンティブをつけたら良いかというと、これもなかなか難しく、世界でそういう複線的な著作権制度のある国はありませんし、現実にはかなり難しいと思います。理論的にどちらが良いかという問題ではなく、条約や現在の

政治情勢等を考えるとできないでしょう。

そうすると、小手先の改正で対応するしかありません。去年の著作権法改正でも色々改正されましたが、あのような改正を続けざるを得ないというわけです。しかし、これには大きな問題があります。例えば、検索エンジンの改正条文(47条の6)を見ても、法律家でも、これが検索エンジンを規定した条文だと分かる人はほとんどいないでしょう。カッコがあって、カッコの中に更にカッコがあって、その中で政令に委任していたりして、非常に難解な条文になっています。このような醜い条文を毎年毎年作って行かねばならぬと思うと寒気がいたします。

次に、著作権が産業として成り立つために大切なのは流通ですね。流通がうまく回らないことにはどうしようもないわけですし、うまく回すためにどうしたら良いのかということが問題になります。理想的には当事者の契約で処理することが一番良いのですが、特に映像関係の著作物は権利者がたくさんいて、権利処理が非常に複雑になります。例えばNHKオンデマンド



では過去の放送番組をインターネットで視聴できますが、この権利処理たるや大変な苦勞で、相当なコストがかかる。しかもそれでもなお、一部の出演者を探し出せなかったり、遺族の了解が得られなかったりして、ところどころ穴が空いている状態なわけです。誰か代表を1人決めて、その代表と契約をすれば足りるようにするのが一番良いでしょうね。法律を改正して、多数の当事者が関わるものは、何か違う特別な効果でもって流通しやすくしようということで、「ネット法」などの私案も出されていますが、反対が多くて実現しそうにありません。

最後に、ネット時代に対応した法改正が必要と考えています。最近の改正である程度手当てされてきていますが、まだまだ不十分で、ネット時代に即応した形にはなっていません。

**【質問者】** 今年の1月1日に改正著作権法が施行されました。先生は今回の改正をどう評価されていますか。

**【中山】** 物足りません。大きなところで変わっていませんね。

今回の改正では、権利制限規定の拡充が図られていますが、「これ、今までだって普通にやっていたよ」という事柄ばかりです。今回に限らず前回の平成18年改正でも、例えば録音録画機器を修理する際に、機器内に保存されたコンテンツをいったん機器の外に出して保存し、修理し終えたら元に戻すなど、どこでもやっている行為を、改めて合法としたに過ぎません。

著作権思想が広まってくると、「待てよ、自分がやっていることはどうやら侵害行為らしい」ということで、各業界から、これをセーフにしてくれ、あれもセーフにしてくれと法改正の要求があります。建前上は違法ですから、議論し出すと改正せざるを得なくなる。そういう後ろ向きな事情で改正するので、本当に意味の

ある改正というのは少ないのです。

今回の改正では障害者のための権利制限の拡大は意味があったと思いますが、例えばインターネットを活用した著作物利用の円滑化に関する改正、これは確かに円滑化を図るための措置ですが、これで十分かと聞かれれば、不十分ですという答えにならざるを得ません。

**【質問者】** では、不十分を解消するためには、どうすれば良いでしょうか。

**【中山】** やはりフェアユース規定が必要だと思いますね。難解な個別の権利制限規定を追加していくより、フェアユース規定の方がずっとわかりやすい。フェアユース規定があれば、かなりの条文が立法化しないで済んだはずですし、今後色々な要求が出てきた場合でも、かなりの部分が対処できるのではないかと思います。

それから、流通を促進するためには、何か強制的な手段も必要かと思います。今回の改正では、権利者が不明の場合の措置について改正されました。これはいい面もあるのですが、例えば一般新聞に広告を出さなければならないなど、厳しい条件が課せられていますので、流通促進にどれだけ効果があるかわかりません。

そうこうしているうちに、一方ではGoogleなどが台頭してきているわけです。Googleに対しては色々な批判がありますが、しかしユーザーというのは便利なものは利用してしまいます。検索エンジンは日本では違法だと言われていましたが、日本のウェブサイトは全てGoogleにコピーされてしまい、結局日本人はGoogleを利用するわけです。Googleの書籍検索なども、日本では「Googleはけしからん」で終わっていますが、ヨーロッパなどでは「では、うちはどうしようか」という議論をしています。このままでは日本は遅れをとり、情報後進国になってしまう可能性が多分にあります。

この点は国立国会図書館などが懸念しておりまして、国会図書館の本をインターネットで読

めるようにしようという動きがあります。しかし日本の場合はどうしても権利者の許諾を得てからやらないといけなく、ということになります。許諾が必要という点はアメリカでも同じですが、アメリカの訴訟法にはクラスアクションがあるおかげで、一挙に進みました。クラスアクションについては著作権法の問題に限らず、色々な問題がありますから総合的に判断する必要がありますが、ともあれクラスアクションによってGoogleは一挙にかなりの情報を手にしそうな情勢です。

しかしその代わり、ちゃんと権利者にも利益は還元します。権利者・出版社側とは和解案が出ていますが、その出版社側の代理人の弁護士に聞いたら、これはウイン・ウインだと言っていました。日本にはそういう感覚がないようですね。権利が制限されて、権利者は損するのではないかというイメージが非常に強い。Googleが良いか悪いかは別にしても、この国際化の時代には、Googleのような例をしっかりと睨んで、日本でも情報をきちんと利用できるシステムを考えていく必要があると思います。

**【質問者】** 間接侵害について、権利者・利用者の双方から明確化が求められています。著作権法に間接侵害の規定を導入することについて先生のお考えをお聞かせ下さい。

**【中山】** 早く設ける必要があると思います。間接侵害の問題は、元はカラオケの事件から起きたもので、当時あった著作権法附則の解釈をめぐって出された最高裁の判決（最判昭和63年3月15日 クラブ・キャッツアイ事件）が端緒です。俗に「カラオケ法理」と呼ばれていますが、それが使い勝手が良いということで、その後色々な裁判で応用されているのです。テレビ番組の録画・転送サービスなど、色々判決が出ていますが、権利者側も利用者側もどこまでなら良いのか分からない状態です。

ですから、両陣営からはっきりさせてほしいという要求があるわけですが、それではどこで線を引くかというのが大問題で、かなり大変な作業になるでしょう。サービス提供事業者側が勝った事件もあれば、負けた事件もありますが、あれらの事件のどの辺を基準にするのかということですね。

私は、間接侵害をあまり広く認めるのはどうかと考えています。例えば自分の音楽をどこかへ預けておいて、後から自分の携帯電話で聴くとか、そういうことが本当に権利者の不利益になっているのか疑問です。大局的に見て、音楽を使うなど制限をするよりも、むしろ音楽というものをみんなが楽しむという社会的な流れを作った方が、音楽愛好者も増え、権利者にとって有利ではないかと考えています。

**【質問者】** 著作者人格権のあり方についてはどのようにお考えですか。

**【中山】** 現行法ができた当時、実際上の起草者だった加戸さん（注：加戸守行氏。文化庁著作権課長、文化庁次長等を歴任、現在愛媛県知事）は、世界一強い人格権を作った、日本の創作者の人格権は強く守られている、それによって創作のインセンティブが増すのだ、ということをおっしゃっています。昭和40年代は、著作者に強力な人格権を与えることによる弊害は少なく、強く保護しておけばそれで良かったのかもしれない。しかし、ネットやデジタルの時代にそれで通用するのだろうか、という疑問があります。

デジタルの最大の特徴の1つは、変形が簡単だということです。しかし、30条以下の権利制限規定は著作者人格権に影響を及ぼさない（50条）と規定されていますから、30条に基づいて個人が変形してもそれは同一性保持権の侵害になるわけです。極端な例を言えば、カレンダーの女の人の絵にヒゲをつけたとしても、5年以

下の懲役です。多くの著作権法の教科書には「この程度はいいだろう」と書いてありますが理屈は書いてありません。

デジタルの時代において、本当に世界一強い人格権、特に同一性保持権があることによって、著作物の創作が刺激されているのかは疑問です。創作意欲が増してプラスになっているのなら、日本のコンテンツ産業はもっと発展してもいいと思うのですが、そうはなっていません。むしろ流通の妨げになっているのではないかと思います。日本のコンテンツ産業の成長率は、世界の平均をはるかに下回っています。

そもそも、人格権を強く保護する必要が本当にあるのだろうかという気もしています。同一性保持権侵害罪は刑法の名誉毀損罪や侮辱罪よりもかなり重い罪になっています。刑罰のバランスとしてこれで良いのでしょうか。

かつて著作権法は出版社や音楽レコード会社、あるいは放送局などが関係する法律でしたが、今は一般人がインターネットを使ってアップロードを行う時代です。その際、少々改変してしまうこともあるわけです。もちろん全部が良い変更とは言いませんが、反面、全部だめというので本当に良いのか、という気がします。

強過ぎる人格権というのは、インターネットやデジタル化時代以前の話であって、今の時代には足かせになっていると思います。従って、国際標準並み、あるいは条約並みに変えてもよいと考えていますが、これは権利の引き下げになりますので、権利者の反対が強い。結局、20条2項4号で認められた「やむを得ない改変」を柔軟に解釈するとか、あるいは民法の権利濫用の規定を使うとか、そういうやり方で対応していくしかないのかもしれない。

**【質問者】** 保護期間の延長についてはどのようにお考えですか

**【中山】** 大反対です。第1に、期間の延長は

世界標準ではありません。アメリカやヨーロッパは確かにそうなっていますが、アメリカはハリウッドの圧力がとても強かった。ヨーロッパは、統合しなくては行けないということで、長い期間を定めている国に合わせる以外になかったという事情がありました。しかも今ほど情報がネット上で頻繁に流通し、利用されている時代に行われた改正ではありません。

第2に、延長による利益を誰が得るのかということ。まず「どこの国が儲けるのか」というと、日米の関係では、圧倒的にアメリカです。少し前に映画の保護期間を50年から70年に変えましたが、アメリカのある教授から「日本はハリウッドからどういう圧力を受けたのか。圧力無しにアメリカを利するような法律を作るわけがない」という質問を受けました。次に「誰が儲けるのか」というと、これは夏目漱石とか森鷗外とか横山大観とか、ごく一部の巨匠・大家と呼ばれる人だけです。ディズニーもそうかもしれません。もう十分儲かっている方がさらに儲かる制度です。ほとんどの著作物は死後50年も経ったら使われていません。保護期間が満了した作品をボランティアがネット配信する「青空文庫」というサービスがあります。私もよく利用していますが、これもだめになってしまう。そうすると死後50年経って「青空文庫」でも読めないという作品がたくさん出てきます。出版されないのだから権利者にお金は入ってこないわけです。ですから、お金はどうでも良いが、自分の作品を多くの人に読んでほしいというのがおそらく多くの亡くなった作家の本音ではないかと思うのです。ところが、権利者団体になるとなぜか70年に延ばすというのがレーゾンデートルになってしまうようです。

戦時加算の問題もありますね。戦時加算を残したまま70年にするのはおかしいと、多くの方が言っています。戦時加算は法改正で保護期間が伸びたら、また伸びる、その後法改正があ

ったらまた伸びるので、ものすごく昔の著作物がずっと伸び続けることになります。権利者に言わせれば、「条約は破棄して一律死後70年にしろ」というかもしれませんが、実際は難しい。国際外交上、一度獲得した利益を黙って放棄してくれる国はありません。

そもそも情報を積極的に流通させなくてはいけないという時代においては、むしろ50年でも長過ぎると考える学者も少なくありません。条約がありますから50年以下にはできないのですが、理想を言えば10年とか20年で十分だと言う学者もいます。

特許も著作権も同じなのですが、先人のものを必ず利用して創作しています。表現そのものは利用していないとしても、必ず先人の何かを利用しています。従って、死後50年も経ったのなら、みんなで使い合うという方が、世の中全体のウエルフェアは増すのではないかと思います。

**【質問者】** 先ほど、文化もやはり産業的な側面があるというお話がありましたが、プログラムなどの産業の振興策と伝統的な文化作品の産業の振興策というのは、協調できるのでしょうか。すなわち1つの政策、1つの法制度の下で進めて行けるのでしょうか。それともやはり、別々に政策を立てるということになるのでしょうか。

**【中山】** 著作権法は産業振興策のための法律ではありません。いかに著作権法を改正しても、それで産業が興るということはないですね。ただ言えることは、著作権法があるために、この産業はできませんよ、このビジネスはできませんよという状況は避けなければいけないということです。

例えば検索エンジンです。著作権法があるから日本で検索エンジンをやると危ない、やめようという状況は避けなくてははいけません。今度

の法改正でこの問題については解決しました。ただ、法改正したからといってビジネスが盛んになるかというと、そのようなことはなく、それはビジネスプランやビジネスモデルの問題、あるいは資金の問題や経営者の手腕などそういう要素の話になってきます。それは、産業政策問題です。著作権法は特定の産業が興るのを奨励するとか助成するとか、そういうものではなく、足を引っ張ってはいけないということです。

元々著作権法はビジネスの足を引っ張るような法律ではなかったのですが、ネット時代、デジタル時代になって以降、足を引っ張るようになってしまいました。それを何とか避けなくてはいけない。検索エンジンだって日本とアメリカは同じ頃に興ったはずです。ところが日本では承諾してくれた人のウェブサイトしか採取できない、というようなことをやっているわけで、これでは競争になりません。あっという間に産業はつぶれてしまいます。ですから足を引っ張らないための法改正が必要です。

反対派の人はよく「著作権法を改正しても産業振興にならないじゃないか」と言うのですが、それはそれでいいのです。むしろビジネスは何が起きるのか全く分かりません。考えもしないようなビジネスやサービスが出てくるわけです。その時に著作権が足を引っ張る可能性があるわけです。もちろん複製自体を目的に行っている場合には権利者の利益を害するものが多いわけですが、他方で権利者の利益を害さない利用というのはいっぱいあります。それでも今の著作権法は違法になってしまいます。それを何とかしたいと考えています。

**【質問者】** そうしますと、著作権法がビジネスの足を引っ張ってしまっている部分が随所であり、それを個別の法改正で解消していくのではなく、まとめて解消してしまおうというのがフェアユースということになるのでしょうか。

**【中山】** もちろんフェアユースが全部を担う



と思いませんが、ある部分は楽になると思います。楽というのは役所が楽になるのか、裁判所が楽になるのか、利用者が楽になるのか、色々な意味がありますが、少なくともフェアユースの規定を設けると、とりあえず著作物は利用できます。相手が訴えてきて、裁判で負けたらだめですが、そこまでは利用できる。つまり先行者利益を得ることができます。

反面、個別の改正でいくと、法律改正するまでは禁止ということになります。検索エンジンは今年から合法になりましたが、フェアユースであればすでに始まっていたはずです。判決でアウトになればもちろんだめですが、判決でセーフになればそのまま続ければいいわけです。

Googleなどは数々の訴訟を払いのけて、訴訟覚悟でビジネスをやっています。そういうマインドがなければ、たぶんフェアユースの規定を作ってもあまり意味はないでしょう。ただ、ベンチャー企業などに聞きますと、創業者利益を得たい、早く事業を始めたいという企業が結構多いようです。だからフェアユースを作ればベンチャーあたりが利用してくれるかなという気はしています。

**【質問者】** フェアユース以外で、現時点で先生が「これぐらいはやった方がいいのではないか」とお考えの部分や改正の必要性をお感じになっているポイントがあれば教えて戴けますか。

**【中山】** 繰り返しになりますが、やはり流通促進ですね。流通促進はフェアユースだけでは難しいと思います。日本経団連が作成した提言のような制度か、あるいは権利を集中させる制度が必要でしょう。

著作権法にはワンチャンス主義というものがあり、できるだけ最初の利用でその後の権利を処理していこうということになっていますが、それを広げたような感じの規定です。特に映像関係でそういうものを作成してはどうかと思います。映画にはものすごくたくさんの権利者が

いますから、後から権利処理をやろうとしても大変です。

ただ、仮に作ったとしても、過去の映画はいっぱいあるわけで、規定を遡及適用できるのか、憲法学者に聞くなどしています。しかし、少なくとも今後の作品は何かそういう権利を集中させて、それを流通させ、そしてそこから得た利益を還元するというスキームを作る必要があると考えています。

もっとも、それを強制できるかという点、やはり難しい。任意でやるということ今度は、先ほどの繰り返しになりますが「インセンティブは何ですか？」という問題があって、なかなか法案にまでは至らないというところです。

**【質問者】** フェアユースもそうですが、権利制限規定は一般に任意規定だと解釈されるようですが、いかがでしょうか。

**【中山】** いえ、規定によって異なると思います。

**【質問者】** 権利制限規定全体が必ずしも任意だというわけではなく、規定ごとに異なるということでしょうか。

**【中山】** そうです。各条文の立法理由によって異なると思います。

昔、ある座談会で加戸さんと強行規定か任意規定かという議論をしましたが、加戸さんはそもそもそういう議論はあまり馴染まないという発言をされました。昔は侵害のケースだけを想定し、侵害者と被侵害者は契約関係がないから、任意規定かどうか考える必要がなかったのかもしれない。ところが、現在では契約関係に入った時には、任意規定かどうかというのが問題になる、オーバーライドできるかどうか問題になります。ですから、馴染まないというのは、あまり著作権の契約というのがなかった時代の議論ではないかと思います。

私はやはり任意法規と強行法規の仕分けというのが必要だと思いますが、例えば裁判手続で

の利用などは、これが任意でいいかという、かなり問題だと思います。時事の報道なども、これが任意だということがあります。しかしある種の権利制限規定は、任意と強行を確実に分けられないと考えています。例えば、引用などはかなりの範囲で認めた方がよいと思いますが、大金を支払って「引用しないで下さい」と言って何か情報を渡した場合でもそれは無効なのかと問われると、それは、それだけのお金をもらったのだからいいでしょう、という面もあるかもしれません。ですので、やはりケース・バイ・ケースだと思います。法律で「この規定は任意、この規定は強行」と書くことはかなり難しいのではないかと思います。

## 4. 商標法・意匠法

### (1) 商標法

【質問者】 新しいタイプの商標の議論において、色や音、ホログラムなど、今までの商標法では商標として定義できなかった領域のものにも登録を認めていこうという動きがあります。従来の商標と較べて新しいタイプの商標には識別性が欠如しているものも多いと思われませんが、それらの商標について先生のお考えをお聞かせ下さい。

【中山】 新しい商標についても識別性は必要だと思います。ですから音とかにおいなどでも、識別性が出たら権利を与えるというなら分かりますが、そうではない与え方は難しいと思います。また、においや音はやはり登録も難しいので、私は不正競争防止法の方が馴染むのではないかと思います。アメリカのランハム法などは商標法と不競法の間みみたいな法律ですね。音でも、確実にその音の権利者というか、音を持っている人が識別性を証明するとかできれば登録してもいいと思いますが、なかなか登録というのは難しいのではないのでしょうか。諸外国で色々な例がありますが、実際に実

効性がどのくらいあるかと考えた場合、非常に難しい。ですから、むしろ不競法に馴染む気がします。新しいタイプの商標は本当に要求が強いんですか。

【質問者】 私どもの中では、やはり本当に必要なかと疑問を抱く声が多く出ました。また、データベースで検索をすること自体が難しいものもあります。そういうものが登録になってしまうと、権利の存在の確認も難しくなり、逆に産業活動の足かせになってしまうのではないかとこの見方もあります。

【中山】 おっしゃる通り、そもそもどうやって登録するかという問題があります。登録できなければデータベースにも載せられないですから、なかなか難しいかと思います。不競法なら、これだけ識別性がありますよと証明できた場合には認めますということですから、商標法よりまだ馴染むのではないかと思います。

### (2) 意匠法

【質問者】 平成18年の意匠法改正で保護期間が20年に延びたのですが、リバイバルデザインを実施展開するというようなトレンドもあり、まだ少し短いのではないかという意見があります。意匠の保護期間について、保護と活用のバランスから、先生のご見解を伺わせて下さい。

【中山】 保護期間というのは難しく、何年がいいという理論的根拠は、特許でも著作権でも意匠でも、何もないですね。だから大体この辺かと、相場はこんなものかということしかないですね。そうしますと、特許もそうですが、発明によってあれは長過ぎるとか、あれは短くしろという意見も出るわけです。意匠も100年続く意匠はたくさんありますが、期限を100年に延ばせるかということ、不可能に近い。他方で意匠というのはワンシーズン物も随分あるわけで、数多くの種類がある中で、20年がいいか、25年がいいかというのは非常に難しいと思いま



す。

もし50年、100年と保護して欲しいということなら、やはり不正競争防止法を活用すべきだと思います。不競法で保護される条件を満たしさえすれば永久に保護されます。ウェッジウッドのお皿等のように、これを見たらウェッジウッドだと分かるようなものは不競法で保護できます。会社が存続していれば100年でも200年でも保護できます。ですから、意匠法の保護期間を長くするより、むしろ、確固たる地位を占めたものを不競法で期限なく保護するという方が適切ではないかと思います。意匠法一般を延ばしてしまうと、早くパブリックドメインにした方がいい意匠まで延びてしまいます。

さきほどの著作権の期限と同じで、本来みんなが使った方がいいというものまで抑えてしまう効果がありますから、私は不競法をもっと注目していいのではないかという気がしています。ただ、不競法は立証が大変です。工業所有権ですと、登録を持っていけば権利の証明になるから楽です。もっとも、100年保護してほしいと言うくらいの意匠であれば、それなりの努

力はしてもいいと思いますし、100年も続くようなものなら、多分、不競法上の要件も満たしているのではないかと思います。

リバイバル商品は、保護できなくても仕方がないと思います。著作権も昔の本の復刻は許諾なしでできますしね。

ちょっと話は違いますが、今、墨田区の押上で建設中の東京スカイツリーも、法隆寺の五重塔の技術を使っていると聞きました。昔のものは不競法の侵害にならない範囲でなら使ってもいいように思います。権利者というか、実施している人が、昔やったものをもう1回、50年後に復活して、また権利が欲しいという要求は分かりますが、やはり全体を見ると、かなり弊害が出てきます。リバイバルにならないものまで抑えてしまう可能性があります。ごく一部のリバイバルの利益のために全体を抑えてしまうというのは、弊害が大きいのではないかという気がします。

#### 注 記

- 1) 当日の参加者は以下の通り。金平裕介（特許第

本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

1 委員会), 島野哲郎, 大塚章宏 (以上, 特許第  
2 委員会), 小坂拓也, 佐久間央 (以上, デジタ  
ルコンテンツ委員会), 手塚尚樹 (意匠委員会),

池田俊彦 (商標委員会), 高城真, 松原洋平,  
齋藤誠, 貝田有佳 (以上, 会誌広報委員会)。

(インタビュー 2010年1月20日)

