

令和元年度
博士論文

主査 高橋 洋一 先生

知的財産政策の研究
(A Study on Intellectual Property Policy)

嘉悦大学大学院
ビジネス創造研究科
藤原 香澄

目次

はじめに	1
第 1 章 日本における知的財産政策の歴史的変遷	4
一 明治以降から 90 年代前半まで	4
1.1 はじめに	4
1.2 産業財産権制度とその影響	5
1.3 著作権制度の変遷とその影響	15
第 2 章 国際的な知的財産政策の歴史的変遷	25
2.1 はじめに	25
2.2 知的財産権の国際的保護制度の歴史的変遷	27
2.3 国際条約の現状	30
2.4 TPP 協定の知的財産条項	37
2.5 国内制度・政策への影響と問題点	41
2.6 おわりに	43
第 3 章 産業財産権政策の影響評価	44
3.1 はじめに	44
3.2 先行研究の展望	46
3.3 知的財産政策の歴史的変遷	48
3.4 知財政策と経済効果分析用概念モデル	62
3.4.1 経済効果分析のための概念モデル：経済効果モデル	62
3.4.2 個別法改正と経済効果モデル	63
3.5 知財政策と経済効果	65

3.6 おわりに	70
第4章 著作権制度と孤児著作物問題	83
4.1 はじめに	83
4.2 問題の所在	85
4.3 国際的な動向	91
4.4 国際条約による制限	106
4.5 日本におけるデジタル・ライブラリー構築に向けて	110
4.6 おわりに	115
むすび	116
参考文献	118
謝辞	127
注	129

はじめに

技術革新が急速に進む現代社会において、新しい技術の研究開発を促進していくことは、企業の収益の確保、増大だけでなく一国の経済成長をも左右することになる。日本のように天然資源に乏しい国では、研究開発を促進しつつ、同時に保護して技術立国を図ることが不可欠である。また、そうした技術の特許だけではなく、商標や意匠、著作権の保護も経済活動推進のためには重要である。

歴史を振り返るならば、明治維新以来、商標・意匠・特許等に対して対外対応政策から始まり、次第に本格的な保護・促進政策がとられてきた。第二次大戦後の高度成長期には、それほど積極的な政策はとられず、国際的にもあまり問題とはなっていなかった。しかし、グローバル化や IT 化の急速な進展や、アメリカの国際収支問題に端を発する知的財産権の保護強化論の展開に伴い、国際的にも問題意識が高まってきた。日本では、バブル崩壊後の長期のマクロ経済の停滞に対して小泉内閣時に改めて「知的財産立国」宣言がなされ、以後産業財産権や著作権制度の再整備が急速に進められている。

このような状況に対して、知的財産保護政策についてはさまざまな側面からの研究が進められてきた。大別すると、法制史的側面からのものと経済成長との関係で分析するものがある。法制史的な側面では、特許庁(1984・1985)が工業所有権制度について明治維新前後から 1970 年代半ば頃までの歴史を整理している。中山(2011)は、貴重な研究として、産業財産権に関わる法改正の内容の分析を踏まえて歴史的考察を試みている。著作権に関わる法制史的側面については、白田(1998)、半田(2015)により研究が進められている。

一方、経済成長との関係を試みた主要な実証分析としては、Gould and Gruben(1996)によるクロスカントリー分析が挙げられる。また、特許権などの知的財産権に対する保護・促進政策の政策効果や最適な政策のあり方を理論的に分析した山田(2015)では、産業発展に寄与する望ましい特許制度の設計や政策運営について、経済学の視点から理論的・実証的な分析が試みられている。具体的には、1970 年以降に実施された主要な特許制度の改定や政策運営に着目

し、それらの経済効果について分析を行い、政策的評価が試みられている。また、祝迫(2016)では、特許保護と経済成長の関係を再検証することを目的として、R&Dによる経済成長モデルを拡張して理論的な分析を行っている。結果として特許保護と経済成長の関係が、逆U字になる可能性を示した。

しかし、特許・商標等の法改正に伴う知的財産政策が、登録件数の増加や国際収支上のロイヤリティの受取等、どのようなルートを通じてマクロ経済に影響を与えているかの研究はあまり行われていない。そこで、本研究では、知財政策の国際条約との関係も含めた歴史的変遷を俯瞰しながら、登録件数あるいは国際収支というマクロ経済的な側面への影響に視点を当て、その政策効果を分析してみることにした。著作権制度については、その歴史的推移を振り返りながら、近年のデジタル・ライブラリー化の進展の中で問題となっている孤児著作物への対応策の影響を考慮した上で、今後の在り方を検討してみた。

本研究の構成は以下の通りである。第1章では、まず産業財産権に対する歴史的変遷を法改正のレベルで捉え、それが特許・商標・意匠・実用新案の登録にどのような影響を与えてきたかを検討した。また、登録件数が大きく変化した時点の前の数年にどのような政策・法改正が行われたかを調べることにより、政策・法改正と登録との関係を捉えた。次に、著作権制度の変遷についても、国内制度の歴史的変遷を法改正のレベルで捉え、推移を整理した。

第2章では、知的財産権の国際的な保護制度に関する議論の歴史的変遷を踏まえ、TPP協定の発効までに締約国が加入を義務付けられている知的財産権に関する国際条約の現状と課題を整理した。その後、TPP協定の知的財産条項が、どのような面で既存の条約よりも高い保護を義務付けているのか、また権利の行使についてはどのような救済措置を認めているかを整理した。さらに、TPP協定が発効した場合、日本国内の知的財産制度・政策にどのような影響をもたらし、権利者、利用者が今後どのような利益や不利益を受けるかについて論述した。

第3章では、1994年以降の知的財産権保護に係る法改正の内容および施行時期を明確化し、国際収支に特に影響を与えると考えられる改正を抽出した。その後、本研究の重要な貢献といえる分析として、産業財産権収支と登録件数の関係を明確化し、登録件数と政策（法改正施行時期）の関係を整理した。これ

らを踏まえて、本研究のもう一つの重要な貢献として各法改正がどのようなルートでマクロ経済に影響を与えるかを明らかにし、その政策効果の数量的分析も試みた。最後に、これらの分析結果を踏まえて、今後の知的財産政策の在り方を議論した。

第4章では、デジタル・ライブラリーを構築する意義や問題の所在を明らかにするとともに、EU諸国や米国の著作権法制度を整理し、日本の既存の制度との相違点を分析した。その後、国内法を整備する際の制約となる条約上の要件についての整理を行い、それを踏まえて孤児著作物を円滑に利用するための施策を提言し、今後の法改正の在り方について検討した。

最後に、むすびでは、以上の各章で得られた結果を再述するとともに、その政策的含意を論述した上で、今後に残された課題を列挙して結びにかえることにした。

第1章 日本における知的財産政策の歴史的変遷 — 明治以降から 90 年代前半まで —

1.1 はじめに

知的財産権の中でも産業財産権に関わる法的保護のはじまりは、1883年に遡ることができる。当初は条例という形で保護がはじまり、産業財産権四法のすべての制定は 1905 年であった。これにより、現在に至る特許権・商標権・意匠権・実用新案権の四権利に対する保護政策の基礎が確立されたと考えられる。以後、国内状況による改正や国際条約への対応による改正が繰り返され、今日では、日本の経済発展にとって不可欠な制度となっている。

本章では、まず産業財産権に対する歴史的変遷を法改正のレベルで捉え、それが特許・商標・意匠・実用新案の登録にどのような影響を与えてきたかを検討した。また、登録件数が大きく変化した時点の前の数年にどのような政策・法改正が行われたかを調べることにより、政策・法改正と登録との関係を捉えた。その後、著作権制度の変遷についても、国内制度の歴史的変遷を法改正のレベルで捉え、推移を整理してみた。

1.2 産業財産権制度とその影響

以下では、産業財産権制度の歴史的変遷を法改正のレベルで捉え、それが特許・商標・意匠・実用新案の登録にどのような影響を与えてきたかを検討する。法改正の整理にあたっては、①国際条約に対応するための規定、②国内法との調整のための規定、③権利保護政策のための規定、④国際収支増加を目的とすると考えられる規定の4つに分類する。

1.2.1 戦前における政策と登録件数の推移

1.2.1.1 近代化に向けた明治維新前後の産業政策

明治維新以前には、現代の産業財産権に類するものの保護は諸藩における領主専売制と、幕府の株仲間政策によって維持されていた。しかしながら、明治維新政府が経済政策として各種の近代化および営業の自由化を拙速に推進したことにより、国内の経済秩序が混乱し、1875年頃から国産品および外国製薬品・ビール等の商標偽造事件が多発するようになった¹。このような背景から、国内の商標保護制度の必要性が認識されはじめ、内務省において、1870年代後半より商標保護法制に関する検討が開始された。その後1880年11月に農商務省が設置されて以降、内務省、大蔵省、工部省に横断していた殖産興業政策が農商務省に一本化された。以後、商標条例および専売特許条例の制定作業が急速に進められるようになった。

1883（明治16）年6月1日、商標条例が公布され、同年10月1日より施行された。これは、当時の殖産興業政策の推進と国内の近代化を目的とするものである。2年後の1886（明治18）年には、専売条例が公布された。これは、国内の輸出品による産業化を図ることを目的とし、同年7月1日に施行された。その後、この2条例は、専売特許局長高橋是清の欧米の特許制度の調査に基づき、1888年に大改正されることとなる。

ここで、図1.1の登録件数の推移を参照すると、1883年の商標条例が施行されてすぐに1000件程度の商標が登録され、その後500件前後の商標が継続的に登録されていることがわかる。

この時期の産業財産権政策は、近代化を目的とした権利の保護政策の基礎を築くものであると評価できる。

1.2.1.2 国内法との調整のための条例の制定

1888年11月26日、旧民法（いわゆるボアソナード民法）に整合するように専売条例、商標条例が改正され、意匠条例（明治21年勅令85号）が新たに制定された。意匠条例は、当時の米国の制度に倣い審査主義が採用された。1890年には、3条例に定める権利について裁判所から特許局に「登記」されるようになる。1892（明治25）年には、上記の3条例の施行規則が改正され、旧民法下での整備が完了した。

ここにおける法政策は、国内法との調整のために行われた。

図1.1を参照すると、意匠条例制定後、すぐに登録が増加することはなかった。

1.2.1.3 国際条約に加入するための三法の制定

1899（明治32）年3月1日、特許法（明治32年法律第36号）が公布され、同年7月1日に施行された。この法律は、同年6月16日に施行された現行民法に整合するよう整備され、また、諸外国との通商航海条約の義務の履行としてパリ条約に加入するために制定された。

同年3月2日には、意匠法（明治32年法律第37号）も公布された。本法は、パリ条約への加入を視野に、意匠の模倣・盗用を防ぎ、国際的保護を図るために制定され、同年7月1日に施行された。

同時に、商標法（明治32年法律第38号）も公布された。商標法は、①時代の変遷によって修正補充が必要となったこと、②不平等条約の改正の結果、外国人に対する権利共有の道を与えることとなり、それに関する規定の補充を必要としたこと、③パリ条約への加入に伴う既定の変更を必要としたこと等を理由に制定され、同年7月1日に施行された。

同年7月15日にパリ条約が日本に対して発効し、国内法は国際基準に沿った内容に整備された。19世紀の日本における産業財産権保護政策は、海外諸国との対等関係を構築するための施策として導入、実施されていた。その後、1904年には商標の外国人登録がピークに達することから、同時期の商標の登録件数の増加は、条約に対応した法整備の影響であると評価できる。

さらに、1905（明治38）年には、実用新案法が制定され、同年7月1日よ

り施行された。当時は、図 1.1 から明らかなように、特許登録よりも実用新案登録の件数が多かったが、実用新案の登録にかかる外国人出願は 1%程度であり、むしろ日本人に利用される制度として定着していた。

1.2.1.4 権利保護強化と手続効率化のための法改正

1909年4月2日、特許法（明治42年法律第23号）が公布され、同年11月1日に施行された。前項で整理した1899年の法改正はパリ条約へ加入するために応急で整備されたものであったため、これを再整備することを目的として改正が行われた。具体的には、下記の規定が挙げられる。

(1)新規性喪失の判断基準の変更（4条）

具体的には、世界公知から国内公知へと変更された。

(2)先発明主義と先願主義の折衷（9条1項）

(3)職務発明規定の新設（3条）

上記のうち、(1)および(2)の規定は国内における登録を促進するための改正であり、(3)の規定は発明者の権利保護を強化する規定であるといえる。

同時に改正された意匠法（明治42年法律第24号）では、下記の規定が新設された。

(1)秘密意匠制度（16条）

(2)実用新案からの出願変更（7条）

また、商標法（明治42年法律第25号）では、商標の概念の明確化および拡大（1条）が行われた。同時に、実用新案法（明治42年法律第26号）も公布された。上記の四法の改正法は、同年11月1日に施行された。単なる条約への対応だけではなく、権利登録を促進する法改正を行ったことで、1910年前後の産業財産権の登録件数は大幅に増加した。

関連する法整備として、1909年10月5日、特許弁理士令（明治42年勅令第300号）が公布され、同年11月1日に施行された。これは、1899年特許法8条に規定されていた「特許代理業者」を「特許弁理士」とし、その職務について規定したものである。1916年3月17日には、改正実用新案法（大正5年法律第32号）が公布された。この改正は、実用新案権者の保護を厚くするために行われた。具体的には、実用新案権の存続期間を10年に延長した。1917

(大正6)年10月には、発明奨励公布規則(農商務省令第28号)が公布され、同年10月より施行された。これは、発明奨励のために補助金を給付することを目的として制定された。

このように、20世紀の初頭から約20年の間に、産業財産権の保護政策は以前の対外向けのものから国内向けの制度に変わり、保護政策としての実体を伴うものに充実していった。

1.2.1.5 大正10年法から戦前まで

第一次世界大戦より以前は、染料や医薬品をドイツからの輸入に依存していたため、戦争により国内産業が混乱状態に陥ることとなった。そのような産業・技術の脆弱性を認識した政府は、科学技術振興を重視するようになった。そこで1921年4月30日に、産業財産権四法の全面改正を行い、翌年1月11日に施行された。

改正特許法(大正10年法律第96号)では、下記のような規定が整備された。

- (1)先願主義の採用(8条)
- (2)職務発明規定改正(14条)
- (3)強制実施許諾規定(41条)新設
- (4)特許権の改訂又は分割の規定の改正(53条、54条)
- (5)出願公告制度および異議申立制度(73条、74条)

これを準用する形で実用新案法(大正10年法律第97号)も改正された。

同年の意匠法(大正10年法律第98号)改正では、次のような規定が明記された。

- (1)意匠の客体の改正(1条)
- (2)調整規定に「商標権」追加(8条)
- (3)他人の権利との利用関係のある場合の調整規定(13条、14条)

同年の商標法(大正10年法律第99号)の改正では、次のような規定が明記された。

- (1)類似商品の概念の採用(2条、3条、4条等)
- (2)周知標章の概念の明確化(2条8号)
- (3)世人欺瞞の商標に関する規定の改正(2条1項11号)

- (4) 権利不要求制度新設（2条2項）
- (5) 意匠権との調整規定（7条3項）
- (6) 周知標章の使用者に対して継続して使用することを認める規定の新設（9条）
- (7) 更新登録出願の審査に関する規定の改正（11条）
- (8) 商標登録の取消制度の改正（14条、15条）
- (9) 商標登録の無効審判制度の整備
- (10) 団体標章制度の新設（27条）
- (11) 罰則に関し、商標権侵害を非親告罪化（34条）
- (12) 審査審判の手続きの改正（特許法の準用）
- (13) 商標登録証の廃止

上記の改正法のうち、多くが現行の商標法においても運用されている。

1925年には、特許法中改正法律（昭和4年法律第47号）が公布され、同年10月1日に施行された。これは、民事訴訟法の改正に伴う改正として行われ、主な内容は下記のとおりである。

- (1) 特許に関する出願・請求等ができる者の権利規定（17条の2）
- (2) 外国、遠隔地等にいる者の手続期間の延長規定（23条）
- (3) 手続の追完（25条）
- (4) 審判に関する規定の整備（88条の2等）

1929（昭和8）年には、意匠法一部改正（昭和8年法律第10号）が行われ、意匠公報の発行に関する規定の追加（19条の2）がなされた。また、翌年3月27日、不正競争防止法（昭和9年3月27日法律第14号）が公布された。さらに、1934（昭和13）年には、特許法一部改正（昭和13年法律第3号）が行われ、同年8月1日に施行された。これは、ロンドンで改正されたパリ条約の加盟に必要とされる規定を整備することを目的として行われた。規定の詳細は下記のとおりである。

- (1) 不実施の場合の措置（41条）
- (2) 特許標記（64条3項削除）特許にかかる物であることを知らずに侵害した者に対して損害賠償を請求可能

戦争に入り、1939（昭和18）年10月31日、「工業所有権戦時特例（昭和18年法律第109条）が公布され、同年12月10日より意匠権の登録出

願が停止されることになった。

1.2.2 戦後からバブル期までの政策と登録件数の推移

1.2.2.1 戦後の復興と産業財産権制度

図 1.2 に示した通り、戦後の登録件数の推移を見ると、1947 年頃から急速に商標の登録件数が増加している。その要因としては以下の 5 つが挙げられる。

- ① 企業の商品開発競争による多くの商標登録
- ② 総合雑誌の創刊ブームによる、題号の登録
- ③ 家庭用電気機械器具の商標登録
- ④ 1950 年代半ばからの週刊誌創刊による、題号登録
- ⑤ 団体標章制度の浸透による登録の増加

1.2.2.2 1950 年後半の改正

1959 年 4 月 13 日、特許法、実用新案法、意匠法、商標法が改正された。これらの改正の目的は、戦後の急速な産業の発展に対応することにあった。特許法の一部を改正する法律（昭和 34 年 4 月 13 日法律第 121 号）は翌年 4 月 1 日より施行された。特記すべき規定は下記の通りである。

- (1) 新規性判断に外国の刊行物を含める（29 条 1 項）
- (2) 不特許事由の追加（32 条 4 号）
- (3) 発明の進捗性の規定を追加（29 条 2 項）
- (4) 特許対象を「産業上利用することのできる発明」とした（29 条柱書）
- (5) 新規性喪失の例外規定の追加（30 条 1 項）
- (6) 特許請求の範囲に多項式の記載を認める（38 条）
- (7) 特許出願の明細書又は図面の補正の要旨についての規定（40 条等）
- (8) 実施権制度を新設（77 条、99 条）
- (9) 権利侵害について詳細に規定（100 条、108 条）

実用新案法の一部を改正する法律（昭和 34 年 4 月 13 日法律第 123 号）では、

- (1) 実用新案の保護対象（2 条、3 条）
- (2) 「考案」の進歩性についての規定の創設（3 条 2 項）
- (3) 特許との先後願および意匠との出願変更（7 条 3 項、8 条 2 項）この規定に

より、特許、実用新案、意匠の三者間のいずれかの権利が登録可能、の3点を挙げることができる。

意匠法の一部を改正する法律（昭和34年4月13日法律第125号）では、次の9点を指摘できる。

- (1)意匠の定義（2条）
- (2)登録要件の整備（3条）
- (3)新規性喪失の例外規定（4条）新設
- (4)一意匠一出願（7条）
- (5)組物の意匠の規定（8条）
- (6)類似意匠登録（10条）
- (7)出願変更の範囲の拡大（12条）
- (8)存続期間を設定から15年に延長（21条）
- (9)権利侵害に対する規定の整備（37条、41条）

商標法の一部を改正する法律（昭和34年4月13日法律第127号）では、

- (1)目的規定の創設（1条）
- (2)定義規定の創設（2条）
- (3)登録要件に関する規定の明確化（3条）
- (4)不登録事由の追加（4条）
- (5)存続期間の短縮（19条）
- (6)商標権の自由譲渡を認める（24条）
- (7)商標権の使用許諾制度（30条、31条）創設
- (8)防護商標制度新設（64条）

の8点が特記すべき点である。

1.2.3 1970年代の改正

1970年5月22日、特許法の一部を改正する法律（昭和45年法律第95号）が公布され、翌年1月1日より施行された。改正の目的は、技術開発の進展とともに、発明等が適切かつ迅速に保護される必要性が高まり、そのための法を整備することにあつた。具体的には、改正により以下の規定が置かれた。

- (1)出願公開制度（65条の2、65条の3）

- (2) 審査請求制度（48条の2、48条の6）
- (3) 審査前置制度（161条の2、161条の4）
- (4) 補正、分割、変更の時期の制限（17条、17条の2等）
- (5) 仮保護の権利の強化（52条、52条の2）

一方、同年6月には、特許の国際制度を創設する特許協力条約（PCT）が採択された。さらに、1973（昭和48）年6月には、商標の国際制度を創設する商標登録条約（TRT）が締結された。

1975（昭和50）年には、特許法等の一部を改正する法律（昭和50年法律第46号）が公布され、翌年1月1日より施行された。特許法については先述の特許協力条約（PCT）加盟を視野に、多項制を導入することを目的として改正が行われた。多項制とは、一つの発明について複数項での請求の範囲の記載を認める制度である。他方、商標法については、迅速な権利登録処理のための法整備および商標行政の国際協力のための改正が行われた。同年10月1日、パリ条約のストックホルム改正条約が日本に対して発効した。

具体的な規定の内容は下記のとおりである。特許法改正においては、

- (1) 物質特許制度の採用（32条一部文言削除）
- (2) 多項制の採用（36条5項）
- (3) パリ条約のストックホルム改正条約関係法の整備
- (4) 料金の改正

商標法改正では、

- (1) 更新登録に関する規定の改正（20条の2、21条2号）
- (2) 不使用取消審判に関する規定の改正
- (3) 出願人の業務記載に関する施行規則の改正

1978（昭和53）年1月24日には、特許協力条約（PCT）が発効した。国内では同年4月26日、条約に対応する国内法の整備のため、特許協力条約に基づく国際出願等に関する法律（昭和53年法律30号）を公布し、同年10月1日に施行された。具体的内容は下記の通りである。

- (1) 翻訳文の提出等
- (2) 翻訳文の取扱い（要約文の提出を不要とする）
- (3) 国内公表

(4)国際出願の補正の取扱い

(5)条約 25 条に基づく検査

1.2.4 1990 年代前半の政策と登録件数の推移

1991 年 5 月 2 日、商標法の一部を改正する法律（平成 3 年法律第 65 号）が公布された。この改正では、サービスマークを登録対象とし、国際的な知的財産制度の調和の動きに対応することが目的とされた。登録件数の増加に寄与したと考えられる改正は以下のとおりである。

(1)商標の定義の改正（サービスマークを追加）

(2)商品商標とサービスマークの保護の調整

(3)登録要件の追加

1993（平成 5）年 4 月 23 日には、特許法等の一部を改正する法律（平成 5 年法律第 26 号）が公布された。これは、特許権および実用新案権の登録手続における迅速な権利付与、制度の国際調和を目的として行われた改正である。特許法改正では、

(1)補正の適正化（17 条 2 項）

(2)審判手続の簡素化

が規定された。また、実用新案法改正では、

(1)権利付与手続

(2)実用新案技術評価書制度の導入

(3)明細書および図面等の補正

(4)権利の存続期間の短縮（6 年）

の 4 点が規定された。

1.2.5 1990 年前半までの産業財産権政策の評価

図 1.1 から図 1.3 に示した登録件数の推移を見ると、1990 年前半までは商標登録が中心であったことがわかる。戦前においては、しばしば登録に対して抑制的な法改正が行われることがあった。具体的には、登録要件の強化や事務量抑制のための改正が挙げられるが、商標の登録は増加傾向にあった。

1990 年後半まで、特許よりも実用新案の登録件数が多いことがわかる。この点については、特許登録の手続および登録の条件に困難性があった可能性が指

摘できる。以後の特許政策により、96年以降は特許の登録件数が急激に増加している。詳細な政策については、本研究の第3章において扱う。これに対して意匠の登録件数は、96年頃まで安定的に推移している。

1.3 著作権制度の変遷とその影響

国際的には 15 世紀の活版印刷の発明により、著作権の保護が開始されたとされているが、日本国内においては、1869（明治 2）年の「出版条例」（以下、出版条例と称する。）がその起源であるといえる。

日本の著作権制度が開始された当初は、産業財産権と同様に「専売権」としての性質を有しており、以後多くの法改正がなされてきた。本章では、著作権制度の法改正の歴史について整理を行う。法改正の整理にあたっては、①国際条約に対応するための規定、②国内法との調整のための規定、③権利保護政策のための規定、④国際収支増加を目的とすると考えられる規定の 4 つに分類する。なお、現行法においては、著作権の発生には何らの登録も必要としない無方式主義が採用されており、産業財産権のように登録件数で法改正の影響を見ることが難しい点を注記しておく。

1.3.1 先行研究

著作権事情の歴史的研究としては、吉村（2002）、大家（2002）、斎藤（2002）を挙げることができる。吉村（2002）は、明治初期の著作権事情を詳細に整理している。大家（2002）では、はじめての単独の著作権立法である版權条例から 1899 年の旧著作権法制定までの歴史の変遷が整理されており、日本における最初の著作権法規である版權法が、著作者人格権保護を早期に認めていた点を指摘している。斎藤（2002）では、民法上の不法行為を論ずる際には必ず参照される「桃中雲右衛門事件判決」²を著作権法制の側面から分析し、当該判決がその後の著作権法制に果たした機能を明らかにするとともに、近年における国際的次元の法整備とどのように連動したかが示されている。さらに、文化庁が編纂している著作権法制百年史においては、明治維新前から現行法整備にかけての詳細な法制史が整理されている。次節からは、上記の先行研究の整理に基づきながら、日本における著作権制度の歴史の変遷を、特に法改正に焦点を当てて整理することとする。

1.3.2 出版条例・版權条例・版權法

封建制度の採られていた幕末から明治初期にかけては、書籍や絵草紙に収録

される著作物が行政上の取り締まりの対象とされていた。そのため、創作者に対する権利を尊重するという意識がそれほど高くなかった³。このような社会情勢の中で、無体財産が尊重されるべきことを説いたのが福沢諭吉である。福沢は、その著書の中で、“Copyright”に「蔵版の免許」と訳語をつけ、その定義を「著述家をして独りその書を版木に製して専売の利を得せしめるもの」とした⁴。自身の著書の違法な複製の刊行を問題視した福沢は、著作権が尊重されるべきことを訴え続け、後の出版条例の制定に大きな影響を与えたといわれている⁵。

1869（明治2）年5月13日の出版条例（行政官達第444号）は、「図書を出版する者」を対象とし、国が専売権を与えることで出版者と著作者の利益を保護することを目的として制定された。条例において権利が認められるためには、著者訳者の氏名住所の記載が要件とされた（同条例21条）。その保護期間は、「著述者の生涯」に限られたが、親族の意思により死後も保護されうることが明記された。

出版条例で規定された罰則は、無断で複製された図書をすべて没収し、罰金を科すというものだった。罰金は、すぐに権利者である著述出版をした本人に償金として附与することとされた。ここでいう償金とは、現行法上の損害賠償金に相当する。また、無断で複製された図書をすべて没収するという規定は、現行の著作権法にはない厳重な規定である⁶。

1872（明治5）年に改正された出版条例は、前述の償金の規定が削除され、罰金は官没となる旨が規定された。また、保護期間の規定も削除されることとなった。権利者の保護という観点からみれば、初期の条例よりも後退した改正である⁷。この条例は1875年に改正され、専売の権が「版權」と明記されるようになった⁸。また、このころの出版条例は、日本に在留している外国人には適用されることがなかった。

出版条例はその後、出版を規制する出版条例（明治20年12月30日勅令76号）と版權を保護する版權条例（明治20年12月30日勅令77号）とに分離された。同時に、脚本楽譜条例（明治20年12月30日勅令78号）、写真版權条例（明治20年12月30日勅令79号）が制定された。版權条例では、版權が「文書図画を出版してその利益を専有する権利」と定義され、「版權所有者の許諾を得ずにその文書図画を翻刻することを偽版という」と規定された（1条）。すな

わち、著作権者の許諾なく著作物を複製した場合に著作権侵害となる現行法と同様の規定がこのころから整備されていたということがわかる。著作権条例はその後、著作権法、著作権法と改正を繰り返すが、日本が国際条約への加入を視野にいたした法政策を行う以前から、特に著作者人格権を強く保護する法として高く評価する者もいる⁹。

著作権条例はその後著作権法（明治 26 年 4 月 13 日法律第 15 号）として公布された。これは、著作権条例にほとんど変更を加えずに施行されたが、後のベルヌ条約加入のための法改正によって廃止された。

1.3.3 著作権法の制定（国内の法制度の近代化）

国内において近代的な著作権法が整備されたのは、1899 年の著作権法（明治 32 年 3 月 4 日法律第 39 号）が制定されたときである。同法は、同年 7 月 15 日より施行された。ここでは、「著作権」と呼称されていた権利が「著作権」として統一された¹⁰。これは、同年に締結された著作権保護に関する国際条約であるベルヌ条約に対応するために整備されたものである。ベルヌ同盟に入るためには、内国民待遇の規定を国内法に整備し、外国人の著作物を保護する必要があった。この改正で、外国人の著作物を保護する規定が整備された点は、著作権法と大きく異なる点である¹¹。

次に、ベルヌ条約の規定に則するように、無方式主義が採用された。すなわち、著作権が国へ登録することを要件としていたのに対し、著作権は創作と同時に発生すると規定された。保護期間は、著作権者の生存中および死後 30 年と定められた。また、翻訳権の保護期間は原著作物発行時から 10 年と規定された。

旧著作権法は、1970 年に制定された現行の著作権法が整備されるまでの間、連続的な改正を経ている。改正の主な内容は下記の通りである。

●1910 年改正法（明治 43 年法律第 63 号）は同年 7 月 5 日より施行された。特記すべき点は、次の 4 点である。

- (1) 保護される著作物に「建築」が追加された（1 条）
- (2) 登録要件の削除（15 条 3 項および 4 項の削除）
- (3) 翻訳権に関する規定の削除（21 条 2 項の削除）

(4)活動写真（映画）による他人の著作物の複製は侵害行為とした（32条の2）
この改正は、ベルヌ条約ベルリン改正条約に加入するために行われた。

●1920年改正法（大正9年法律第60号）は、同年9月9日より施行された。
特記すべき点は次の2点である。

- (1)保護される著作物に「演奏」および「歌唱」が追加された（1条）
- (2)レコードの保護規定新設（レコードの無断録音の禁止）（32条の3）¹²

この改正は、「桃中軒雲右衛門事件」判決をうけた改正である。

●1931年改正法（昭和6年法律第64号）は同年8月1日より施行された。特記すべき点は以下の6点である。

- (1)著作者人格権の強化（18条2項、3項の追加）
- (2)保護される美術著作物に「音楽」が追加された（1条）
- (3)新聞紙、雑誌の記事の転載引用権に関する規定の整備（20条）
- (4)映画の保護（原著作物の保護と映画著作物の保護）（20条の2、22条の2～4）
- (5)ラジオ放送に対する著作者の権利の新設（22条の5）
- (6)著作物の使用に関する強制許諾制度の新設（22条の5第2項）

この改正は、保護の強化と利用の促進のために行われた。

●1934年改正法（昭和9年法律48号）は、翌年9月9日より施行された。特記すべき点は、以下の6点である。

- (1)設定出版権制度の新設（28条の2以下）
- (2)創作年月日の登録制度を新設（15条）
- (3)著作権の制限規定の拡大（30条の7～30条の9）
非営利の興行および放送、適法録音物の興行・放送の自由利用
- (4)録音権および録音物による興行の規定の新設（26条の6）
- (5)著作権者の居所不明の場合等における強制許諾制の導入（27条）
- (6)著作権審査会の設置（36条の2）

この改正は、国内の社会現状、具体的には出版業者への対応といわゆる「プラゲ旋風」への対応のために行われた。

●1958年改正法（昭和33年法律第155号）は、同年5月15日より施行された。
特記すべき規定は以下の3点である。

- (1)罰則に懲役刑を追加（37条、40条）
- (2)罰金額の引き上げ（37～40条、42条）
- (3)時効規定の削除（45条の削除）

この改正は、海賊版防止のための罰則強化を目的として行われた。

●その他著作権関係法律の制定

昭和14年には仲介業務法が制定された。これは、プラーゲ旋風対策を目的とするものであり、音楽等の著作権の仲介業務を行うためには、主務大臣（内務大臣）の許可が必要とされた。

昭和27年には連合国および連合国民の著作権の特例に関する法律が制定された。これは、同年に発効したサンフランシスコ講和条約に伴うものであり、保護期間の戦時加算制度を導入したものである。戦時加算については、1.3.5で後述する。

昭和31年には万国著作権条約の実施に伴う著作権法の特例に関する法律が制定された。これは、同年に上記条約が日本に対して発効することに伴う国内措置である。具体的には、以下の3点を特徴として挙げることができる。

- (1)著作権の保護期間の相互主義を締約国に適用すること
- (2)翻訳権7年強制許諾制の新設
- (3)第一発効年月日の登録制度の新設

1.3.4 現行の著作権法

現行の著作権法は、1970（昭和45）年に昭和45年5月6日法律第48号として制定され、翌年1月1日より施行された。著作権の保護期間が著作者の死後50年に延長された。

1970年代後半から1990年代前半までの法改正としては、国際条約への対応の他に、新たなビジネス（レコード・カセット等のレンタル店、コンピュータソフト等）に対応した改正が主なものと指摘できる。具体的には、以下の通りである。

●1978年改正法（昭和53年法律第49号）は、同年10月14日より施行された本改正は、レコード保護条約への加入に伴う改正である。

- (1)保護を受けるレコードに関する規定の追加（8条）

(2)レコードの複製権に関する規定の追加（96条2項）

●1984年改正（昭和59年法律第46号）翌年1月1日より施行。

(1)貸与権の新設（2条8項、26条の2）

(2)罰金の引き上げ（109条）

●1985年改正（昭和60年法律第62号）翌年1月1日より施行。

(1)コンピュータ・プログラムの保護規定の設置（10条3項、47条の2）

●1986年改正（昭和61年法律第64号）翌年1月1日より施行。

(1)有線放送権の新設（9条の2、100条の2～100条の4）

(2)データベースの保護（12条の2）

●1988年改正（昭和63年法律第87号）同年11月21日より施行。

(1)著作隣接権の保護期間を30年に延長（101条）

(2)侵害行為に頒布の目的をもって「所持する行為」を追加（103条）

●1989年改正（平成元年法律第43号）同年10月26日より施行。

実演家、レコード製作者および放送事業者の保護に関する条約（ローマ条約、実演家等保護条約、隣接権条約）への加入に対応する改正である。

(1)保護を受ける対象に締約国での実演を追加（7条5号）

(2)保護を受けるレコードの拡張（8条）

(3)保護を受ける放送の拡張（9条）

●1991年改正（平成3年法律第63号）翌年1月1日より施行。

(1)外国の実演家、レコード制作者の貸与権、報酬請求権新設（121条の2）

(2)著作隣接権の保護期間を50年に延長（附則15条）

●1992年改正（平成4年法律第106号）翌年6月1日より施行。

(1)私的録音補償金制度の導入（104条の2以下）

●1994年改正（平成6年法律112号）1996年1月1日より施行。

WTO協定への加入に伴う改正である。

1.3.5 戦時加算問題

現行法を制定する際に注目され、現在でも日本固有の問題として指摘できるのが保護期間の戦時加算問題である。日本は、連合国との間で1952年に締結した、「日本国との平和条約」（サンフランシスコ講和条約）15条(c)の規定に

基づき、連合国民が太平洋戦争前または戦争中に取得した著作権について、通常の保護期間に戦争期間を加算して保護しなければならない¹³。これは、日本にのみ課せられている義務であり、例えば同じ敗戦国のイタリアは、最後には連合国の一員になった等の理由により、他方ドイツは外交交渉等の理由により、いずれも戦時加算義務を免れている。戦時加算義務により実際に加算される期間は、連合国民が開戦の日の前日までの日数、開戦の日以降に取得した著作権については、著作権取得の日から平和条約発効の前日までの日数となると定められている¹⁴。

戦時加算の対象となるのは、連合国民の中で、戦時中に著作権条約により日本国において保護義務があった 15 カ国（アメリカ、カナダ、イギリス、フランス、オランダ、ノルウェー、ベルギー、ギリシャ、オーストラリア、ニュージーランド、南アフリカ、ブラジル、スリランカ、レバノン、パキスタン）の国民に対するものである。具体的には、下記の2つである。

- ①1941年12月7日（日本が参戦した日の前日）に著作権を有していたもの。
- ②1941年12月8日（日本が参戦した日）から、当該連合国について平和条約が発効した日の前日までに著作権を取得したもの

加算日数は、各国の平和条約の批准時期によって以下の様に異なっている。アメリカ、イギリス、フランス、カナダ、オーストラリアに対しては 3,794 日、ブラジルに対しては 3,816 日、オランダに対しては 3,844 日、ノルウェーに対しては 3,847 日、ベルギーに対しては 3,910 日、南アフリカに対しては 3,929 日、ギリシャに対しては 4,180 日である。多くは約 10 年間 5 ヶ月（3,794 日）の保護期間が加算されている¹⁵。

戦時加算の問題点としては、以下2点が挙げられる¹⁶。第一に、義務が日本にのみ一方的に課せられている点である。戦時加算の制度趣旨は、戦争による著作権者の逸失利益の回復である。しかしながら、戦争により著作物の正当な利用がなされず、著作権者の利益が損なわれた状況は、交戦国双方に共通しているはずで、敗戦国が条約による義務として負う性質のものではない。第二に、戦時加算の保護期間の対象であるかどうかの明確な判断が困難である点である。著作物の創作時期、第一発行地、国境をまたぐ著作権譲渡の有無等によって、作品毎に確認することが必要となるため、戦時加算の対象かどうかは、著作者

の国籍だけでは単純に判断できない。

1.4 おわりに

本章における歴史的考察では、国際関係上からの法整備からはじまった日本の知的財産政策が、技術立国に向けて国内的事情からの整備が 20 世紀初頭から開始されたことが明らかにされた。

著作権に関する現状の問題としては、ここで挙げた戦時加算問題の他、孤児著作物問題やソフトウェアに関する問題等が挙げられる。孤児著作物問題に関しては、本研究の第 4 章で詳述する。

図 1.1 特許・商標・意匠・実用新案の登録件数：1885-1915

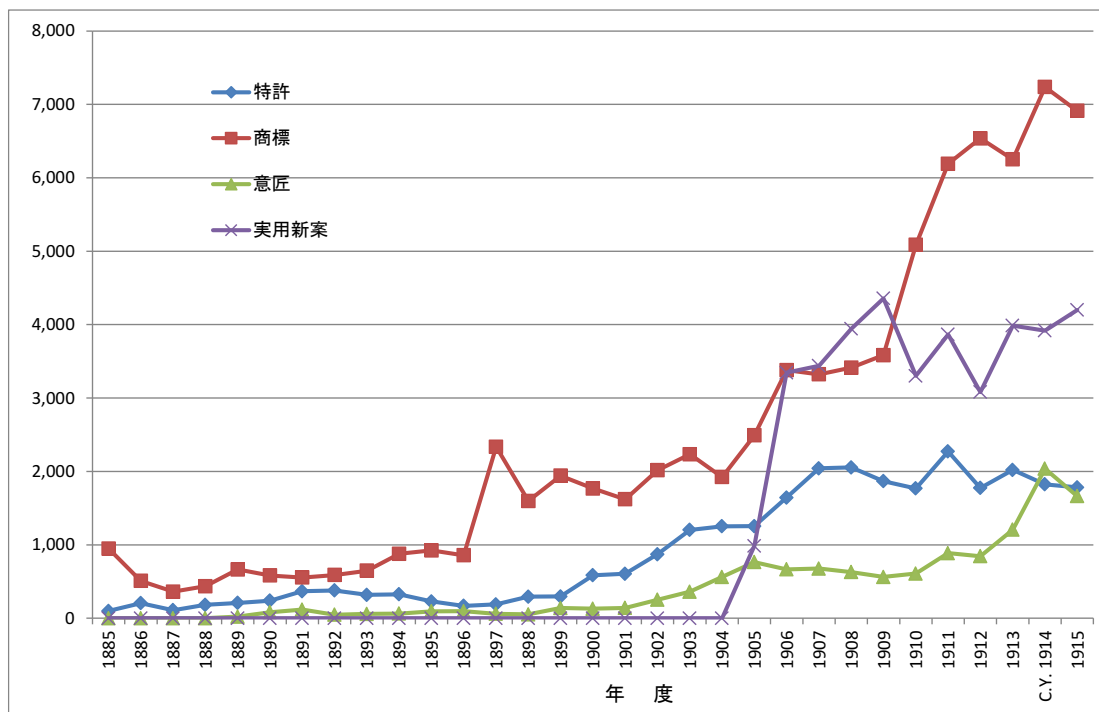


図 1.2 特許・商標・意匠・実用新案の登録件数：1885-1960

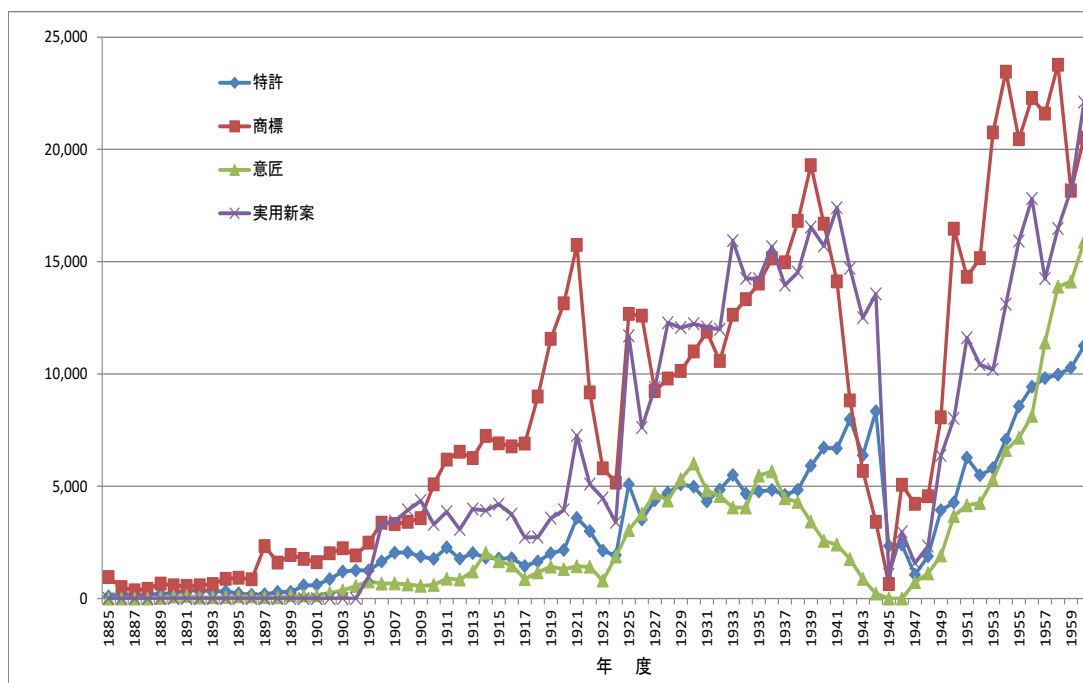
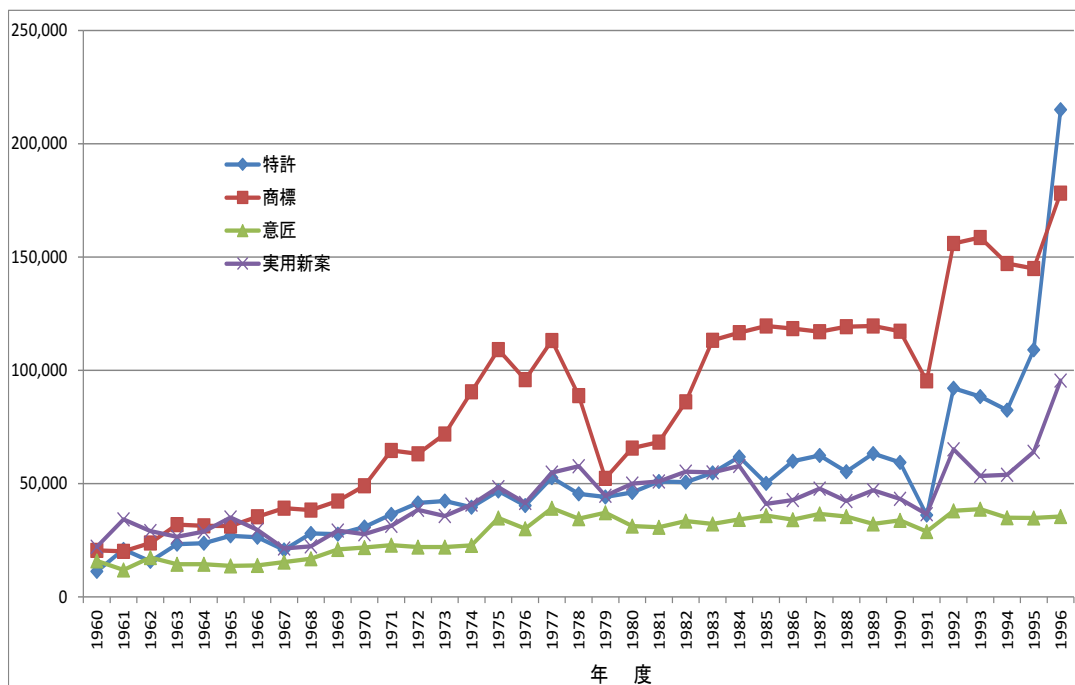


図 1.3 特許・商標・意匠・実用新案の登録件数：1960-1996



第2章 国際的な知的財産政策の歴史的変遷

2.1 はじめに

知的財産とは何かという問題について、国際的な単一の定義が存在しているわけではないが、一般的には、財産的価値を有する情報（無体物）の総称として用いられている¹⁷。こうした情報は、複製が容易で減少しないという性質があり、複数の者が同時に利用することが可能である。情報通信が発達した現代においては、国境を越えた利用も容易に可能となっている。

経済学的に公共財（public goods）的な性質を有しているという考え方もできるが、知的財産に対するすべての利用行為を無制限に認めると、創作や発明のための投下資本の回収が困難となったり、創作や発明の意欲がなくなったりするおそれがある。したがって、経済的または財産的価値を有する知的財産の創作者が利益を得る権利を確保するため、情報の自由な利用を制限する必要がある。このような知的財産に対する他者の行動を制限する権利として認められているのが、知的財産権¹⁸である¹⁹。

知的財産は容易に国境を越える性質を有しており、国内のみならず国外における不正な利用行為に対しても、権利者への救済措置が必要となる可能性が高い。また、ある国においては権利として認められている一方で、他の国では同様の権利が認められない場合や、権利の保護の水準が国によって異なる場合も想定される。以上のことから、知的財産法分野の権利の保護については、国内法による保護のみでは不十分であり、究極的には、国際的な保護制度が統一される必要があると考えられてきた。

国際条約は権利が強化される傾向にあるが、開発途上国を中心として権利の強化には消極的な国家もあり、権利の強化を進めたい先進国との間で、南北問題が生じてきた。歴史を見ても、国際的な知的財産保護制度の統一は容易ではなかったといえる。しかし、今日では特許権や商標権等の産業財産権に関する国際的な権利の取得手続はかなりの面で簡略化・効率化されてきている。これに対して、権利の発生に何らの手続も要しない著作権については、著作物自体のデジタル化や、インターネットの発達にともない国際的に新たな問題（孤児著作物問題²⁰ や違法アップロード・ダウンロード問題等）が生じており、国際

的な単一の保護制度が十分に整備されているとは言い切れない。

2016年に署名された TPP 協定の知的財産条項は、既存の条約、特に TRIPS 協定よりも高い水準での権利の保護を締約国に要求しているため、保護が不十分であるという課題を解決できる可能性がある。その一方で、政策的には国際協調を求められるものの、日本の法制度の原則から見れば、国内法への導入が難しい規定があるという課題もある。

そこで、本章では、2016年2月4日に署名された TPP 協定の発効を想定し、日本国内の知的財産法制度にどのような影響が出るのかを検討する。次節 2.2 では、知的財産権の国際的な保護制度に関する議論の歴史的な変遷を整理する。2.3 では、TPP 協定の発効までに締約国が加入を義務付けられている知的財産権に関する国際条約の現状と課題を整理する。2.4 では、TPP 協定の知的財産条項が、どのような面で既存の条約よりも高い保護を義務付けているのか、また、権利の行使についてはどのような救済措置を認めているかを整理する。2.5 においては、TPP 協定が発効した場合、日本国内の知的財産制度・政策にどのような影響をもたらし、権利者、利用者が今後どのような利益や不利益を受けるかについて言及する。おわりに、本章で明らかになった点を整理するとともに、残された課題を列挙し、結びとする。

2.2 知的財産権の国際的保護制度の歴史の変遷

まずは知的財産権の国際的保護制度について、パリ・ベルヌ体制から TPP 交渉までの歴史的な推移を先行研究の整理に基づきながら概観する。

2.2.1 パリ・ベルヌ体制

19 世紀の後半までは、知的財産権の国際的保護制度として二国間条約が締結されていたが不十分であったため、多国間条約を策定する必要性が国際的に認識されるようになった²¹⁾。1873 年のウィーン国際会議は、各国の特許法を統一することを目的として開催されたが、議論の成果として 1883 年に制定された「産業財産権の保護に関するパリ条約」は、各国の法制度を尊重する内容のものとなった。他方、著作権に関しても、1886 年 6 月に「文学的および美術的著作物の保護に関するベルヌ条約」が締結された。

これら 2 つの条約は、現在まで世界知的所有権機関（World Intellectual Property Organization、以下 WIPO と称する）によって管理され²²⁾、国際的な権利の得喪に関する統一規定の基盤となる法的枠組みとして多くの加盟国に締結されている。しかしながら、条約違反への制裁や、国際的な権利侵害への救済措置が不十分であるという課題があった。

2.2.2 GATT 交渉

この課題を解決するために、米国を中心として、WIPO 以外の国際機関による条約の策定が検討されるようになり、1970 年代に GATT（General Agreement on Tariffs and Trade）で初めて知的財産権の保護が通商問題の一環として扱われた。GATT に提出された理由は、制裁措置を紛争解決システムに含んでいたためである。

その後も米国は、主として自国の政策²³⁾の実現のために、知的財産権保護の問題が貿易に影響を及ぼしていることを指摘し、あくまで「通商問題」として GATT でこの問題を取り扱うべきであると強く主張した²⁴⁾。この米国の主張には、EC や日本も賛同し、1986 年のプンタ・デル・エステ閣僚会議において、「不正商品を含む知的財産権の貿易関連の側面」の問題を GATT のウルグアイ・ラウンドの交渉項目の一つとして扱うことが決定されることとなった。

2.2.3 TRIPS 協定

ウルグアイ・ラウンドの議論の成果として、1995年に世界貿易機関（WTO: World Trade Organization）を設立するマラケシュ協定（WTO 設立協定）が制定され、附属書 1 C において知的所有権の貿易関連の側面に関する協定（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : 通称 TRIPS 協定）が制定された。

同協定では、WTO の加盟国に対してパリ条約やベルヌ条約に規定されている義務の履行を求めるとともに、広範な知的財産に対して高水準の保護を義務付け、権利行使の規定および義務の不履行に関する紛争解決システムについても明記された（同協定 42 条）。これにより、パリ条約やベルヌ条約にみられた課題が一応は解決された²⁵⁾。

しかし、その後の通商問題一般に関して WTO の交渉がなかなか進展しないことや²⁶⁾、多くの国・地域が地域経済協定の締結を積極化してきたこと、知的財産分野の南北間の対立の激化によって、多国間条約の制定・改定が困難となったことを背景として、二国間ないし複数国間で知的財産関係の合意をする動きが始まった。特に 1990 年頃から、TRIPS 協定のような加盟国の多い国際条約に定められている保護水準よりも高度な保護の実現を目的とした自由貿易協定（FTA : Free Trade Agreement）等の地域貿易協定（RTAs : Regional Trade Agreements）²⁷⁾に、いわゆる「TRIPS プラス」と呼ばれる知的財産条項を含む傾向が高まった²⁸⁾。

日本では、2002年に知的財産基本法が成立し、「知的財産政策大綱」において日本国民および企業の知的財産権の保護活用や模倣品・海賊版対策の推進を図る手段として経済連携協定（EPA : Economic Partnership Agreement）の活用を促進したことが後押ししたといわれている²⁹⁾。

2.2.4 TPP 協定

環太平洋戦略的経済連携協定（以下、TPP 協定という）は、2006年に発効した P4³⁰⁾を拡大・発展させ、アジア太平洋地域における高い水準の自由化を目的として、物品市場アクセスやサービス貿易のみならず、知的財産分野等の非関税分野についても締約国間の共通ルールを策定し、21世紀型のルールを構築

する EPA である³¹⁾。

参加国は、日本、米国、カナダ、メキシコ、チリ、ペルー、マレーシア、シンガポール、ベトナム、ブルネイ、オーストラリア、ニュージーランドの 12 か国であり、2011 年 11 月 12 日には TPP 交渉参加国の首脳会議で大枠合意に達し、2015 年には大筋合意がなされた。2016 年 2 月 4 日に署名され、各国の批准プロセスに移行した。

知的財産条項は TPP 協定における一分野であるが、この協定内で知的財産に関する共通の手続、権利行使の制度が構築され、模倣品・海賊版対策が強化されることを通じて、域内での企業の経済活動を促進し、日本の知的創造活動が活性化することが期待されている³²⁾。

特に、この協定における知的財産条項は、TRIPS 協定よりもより高度な権利義務の規定を目的としているため、上記の参加国は TRIPS 協定の改正議定書を受託しなければならない³³⁾。

TPP 協定が対象としている知的財産は、「TRIPS 協定第 2 部第 1 節から第 7 節までの規定の対象となるすべての種類の知的財産」である（第 18・1 条）。TRIPS 協定における知的財産としては、著作権および関連する権利、商標、地理的表示、意匠、特許、集積回路の回路配置、開示されていない情報が対象となる（同協定 1 条 2 項）。

また、TPP 協定では、TRIPS 協定以外の国際条約についても締約国間で加入（締結）の足並みを揃えるための規定がある³⁴⁾。これにより、少なくとも締約国間では統一的な知的財産保護制度が構築されることが期待されるといえる。

ここで加入を「確認」される条約として、(a) 1979 年 9 月 28 日に修正された特許協力条約（Patent Cooperate Treaty: PCT）、(b) パリ条約ストックホルム改正条約³⁵⁾、(c) ベルヌ条約パリ改正条約³⁶⁾の 3 つが規定される³⁷⁾。他方、加入を「必要」とされる条約は、(a) マドリッド議定書³⁸⁾、(b) ブダペスト条約³⁹⁾、(c) シンガポール条約⁴⁰⁾、(d) UPOV（Union internationale pour la protection des obtentions végétales）条約⁴¹⁾、(e) WIPO 著作権条約（WCT）⁴²⁾、(f) WIPO 実演・レコード条約⁴³⁾があり、これらは TPP 協定が当該締約国について効力を生ずるまでに締結されることが要求されている。条約の詳細については、次章で言及する。

2.3 国際条約の現状

先述のとおり、既存の条約よりも高い水準の規定を地域連携協定に包含することが新たな国際潮流となっている。本章では、先行研究に基づきながら、TPP協定に明記されている既存の国際条約の現状を整理し、課題を論述する。なお、国際条約の中には、条約の他にも協定（Agreement）や議定書（Protocol）等の呼称があるが、国の間において文書の形式により締結され、国際法によって規律される国際的な合意であれば、条約と同様の効果を有し、呼称による差異はない（条約法に関するウィーン条約（条約法条約）2条1項(b)）。

2.3.1 特許権に関する制度

特許権に関する国際的保護制度で、TPP協定の発効までに締約国への加入が要求されている条約は、以下の6つである（第18・7条1項および同条2項）。

(A) パリ条約

特許権をはじめとする産業財産権に関する最初の国際条約であり、1883年に制定された。この条約の目的は、パリ同盟国間での産業財産権の保護であり、基本原則として、内国民待遇（同条約2条）、優先権制度（同条約4条）、独立の原則（同条約4条の2）の3つが規定されている。日本は、1899年に加盟した。最新の改正条約は、1975年のストックホルム改正条約であり、現在は176か国が加盟している。

パリ条約の保護対象は、同条約1条2項に列挙されているが、保護するか否かは、原則として同盟国が自由に決定することができる。独立の原則からも窺えるように、パリ条約の同盟国が自由に決定できる権利保護の内容の範囲は広く設定されている。

パリ条約の同盟国は、産業財産権の保護の強化のために条約を改正しなくても、この条約に抵触しない限りにおいて、保護に関して二国間条約あるいは多国間条約を締結することができる（19条）。いわゆる「特別の取極（special agreements）」であり、以下で述べるPCTやTRIPS協定がこれに当たる。

パリ条約において、条約違反に対する規定は28条に定めがあるが利用されたことは一度もなく、この課題がTRIPS協定によって解決された点は先に述

べた。

(B) 特許協力条約 (PCT)

特許協力条約 (以下、PCT という) は、1970 年 6 月 19 日に制定され 1978 年に発効した、締約国間で特許取得手続を効率化するための条約である。具体的には、「国際出願制度」の創設により、特許出願の手続面での協力、技術情報の拡散および技術的業務の提供による協力を図ることを目的としている。PCT はパリ条約の特別条約であり、パリ条約の同盟国が締結国となることができるが、対象となるのは「発明」のみであり、商標や意匠といった特許以外の産業財産権は含まれない。日本では 1978 年 10 月 1 日に発効しており、現在は、148 か国が加盟している。

現在、国際的な特許出願をする場合に取りうる手段として、①直接出願、②パリ・ルート、③PCT ルートの 3 つの手段がある。現在は③PCT ルートでの出願が増加している。PCT に基づく国際出願制度を用いることにより、PCT 締約国の一つの国の受理官庁または国際事務局に対して、PCT に規定する要件を満たす一つの出願を行うだけで、指定国である複数の PCT 締約国に実際に出願したのと同様の効果を得ることができる。また、PCT に定められている国際公開制度 (同条約 21 条) により、世界的な言語で発明の内容が早期に公開される。

なお、紛争解決については、パリ条約と同様に国際司法裁判所への付託が認められている (同条約 59 条) のみであり、十分に機能しているとはいえない。

PCT は、パリ条約の特別条約として、特許の国際的な登録手続を容易にするために機能している。その点においては、国際的な権利取得のシステムは整備されているといえる。

(C) 特許法条約 (PLT)

PLT は、国内の特許出願の手続きを統一・簡素化することにより出願人の負担を軽減することを目的とした条約であり、2000 年に制定された。日本は、2016 年 6 月に承認を予定していた。

(D) TRIPS 協定

TRIPS 協定は、パリ条約の特別の取極にあたるが、パリ条約の未加盟国に対しても、パリ条約の実体規定 (同条約 1 条～12 条および 19 条) の遵守を義務付けている (同協定 2 条 1 項)。

基本原則として、①内国民待遇（同協定3条）、②最恵国待遇（同協定4条）がある。内国民待遇とは、内国民と外国人を同等に扱うことを求める原則であり、パリ条約やベルヌ条約も引用しているが、改めて強調するために創設されている。他方、最恵国待遇の原則が知的財産権に関する多国間条約に導入されたのはこれが初めてである。

TRIPS 協定の発効後、明確に定めのない医療品特許について、強制実施許諾の柔軟な適用や並行輸入の容認が途上国から強く求められてきた。

（E）ブダペスト条約

ブダペスト条約は、締約国が、いずれかの国際寄託当局に対する微生物の寄託を自己の特許手続の寄託として承認することを目的として 1977 年に締結された。2016 年 5 月現在の加盟国は 80 か国であり、日本は 1980 年に加入している。

（F）UPOV 条約

UPOV 条約は、植物の新品種の育成者の植物の新品種の育成者の利益保護を目的として 1961 年にパリで採択された。同条約は、独立した同盟（UPOV 同盟）を形成しているが、その管理は WIPO が行っている。

2.3.2 商標権に関する制度

商標に関する国際条約として、以下の 6 つがある。

（A）パリ条約

基本原則は、3.1 で述べたとおりである。

（B）標章の国際登録に関するマドリッド協定⁴⁴⁾

この協定は、標章の国際的保護を確保するための商標登録出願および権利維持の手続きを簡略化することを目的として 1891 年に成立し、1982 年に発効した。締約国に国際または住所もしくは現実かつ真性の営業所を有する者が、その本国でした商標登録に基づきジュネーヴの国際事務所に登録すれば、締約国で登録したのと原則的に同じ効力を持つようにした。同協定には、使用言語がフランスに限定されていることや、指定された国の官庁は国際登録日から 1 年以内に拒絶の通報をしなければならない等の課題があった。

（C）標章の国際登録に関するマドリッド協定議定書

マドリッド協定を修正、補完するものとして提案されたのがマドリッド協定議定書である。これは、標章の国際的保護を得るための国際出願制度を通じ、商標登録手続きを簡略化することを目的とし、1989年にイギリス、フランス、スペインを中心として制定された。日本は1999年に加入し、2000年に発効した。なお、ASEANは2015年までに加入する合意を行っている。ちなみに、(B)マドリッド協定とマドリッド協定議定書は独立した国際間合意であり、どちらにも加盟している場合は、議定書が優先する。基本的にはPCTと同様に、国際出願および国際登録を可能とする条約である。

マドリッド協定議定書では、①フランス語に加え、英語およびスペイン語が使用言語として認められ、②審査の拒絶を出す期間も18か月以内に延長された。また、③本国の登録のみならず出願も基礎とすることができ、④セントラル・アタックに対する救済措置も設けられている。

(D) 商標法条約 (TLT: Trademark Law Treaty)

この条約は、国内の商標登録手続きの簡素化および調和を図ることを目的として、1994年にジュネーブで採択された。主たる内容は、一出願多区分制の採用、多件一通方式の採用、願書・各種申請書の記載事項および各種証明書提出の簡素化、更新時の実体審査・登録商標の使用チェックの禁止等があり、実体的側面を扱うものではない⁴⁵⁾。日本は、1994年に加入した。同条約は、パリ条約の規定の中で、標章に関するものの遵守義務を定めている。

(E) 商標法に関するシンガポール条約

この条約は、2006年の商標法条約の改正条約であり、日本は2015年6月に同条約の締結を承認した。

(F) TRIPS 協定

TRIPS 協定の15条～21条は、商標に関する規定である。基本原則は2.3.1で述べたが、発効後、ワインや蒸留酒について認められている地理的表示の追加的保護（同協定23条）について、他の農業産品などを含めより広く認められるべきという途上国の主張があった⁴⁶⁾。

2.3.3 著作権に関する制度

ここでは、国際条約でTPP協定発効までに加入を要求されている条約を4つ

整理する。

(A) 文学的および美術的著作物の保護に関するベルヌ条約

ベルヌ条約は、1886年に、個人の創作に対する経済的利益や人格的利益を国際的に保護することを目的として制定された。制定当初の加盟国は欧州諸国が中心であり⁴⁷⁾、日本は1899年に加入した。日本におけるベルヌ条約加入までの政策決定プロセスについては、大家(2002)に詳しい。

2016年5月現在の加盟国は171カ国であり、管理はWIPOが行っている。

ベルヌ条約では、著作物の明確な定義をしておらず、保護対象は、同条約2条1～8項に規定されるすべての著作物と同条約2条の2に規定されている著作物である。これは例示列举であり、広く知的創作にかかる表現も含むと解されている⁴⁸⁾。ベルヌ条約の基本原則は、①内国民待遇原則⁴⁹⁾および②無方式主義の原則(5条2項)⁵⁰⁾、③保護独立の原則(5条2項第2文)⁵¹⁾である。

ベルヌ条約もパリ条約と同様に、特別の取極が認められている(同条約20条)。

(B) TRIPS 協定

TRIPS 協定では、ベルヌ条約の未加盟国に対して、ベルヌ条約の実体規定の遵守を義務付けている(同協定9条)。TRIPS 協定の方が義務の水準の低い部分があるので、ベルヌ・マイナスと呼称されることがある⁵²⁾。

(C) 実演家、レコード製作者および放送機関の保護に関する国際条約(ローマ条約)⁵³⁵⁴⁾

実演家、レコード製作者、放送機関の著作隣接権の国際保護のため、1961年にローマで作成され、1964年10月26日に40カ国により署名され、1964年5月18日に発効した。

ローマ条約に加入できる国は、ベルヌ条約または万国著作権条約の加盟国となっており、2016年5月現在、92カ国が加盟している。日本では、1989年10月26日に発効している。また、WIPO、UNESCO、ILO(国際労働機関)の共管条約であり、管理業務はWIPO事務局が行っている。

(D) 著作権に関する世界知的所有権機関条約(WIPO著作権条約)

既存のベルヌ条約やTRIPS協定はインターネットに十分に対応していなかったため、WIPO著作権条約が1996年に署名され、2002年3月に発効した。

日本は、制定時加盟国である。現在は 46 か国が加盟しており、WIPO が管理事務局である。基本原則として、①内国民待遇、②無方式主義、③遡及効、④インタラクティブ機器への対応、⑤IT 関連の規定、⑥権利管理についての規定がある。

2.3.4 権利行使に関する制度

権利の行使について明文規定のある既存の条約には TRIPS 協定があり、未発効であるが TPP 協定に明記されている条約として、模倣品・海賊版拡散防止条約 (ACTA: Anti-Counterfeiting Trade Agreement) がある。

TRIPS 協定 64 条は「1994 年 GATT22 条 (協議) および 23 条 (パネル) はこの協定に係る協議および紛争解決について準用する」と定めている。すなわち、条約の違反問題を、WTO の紛争処理手続で通商的に解決しうる。例えばパリ条約の実体規定に関する国家間の争いは、当事者がともに WTO 加盟国である限り、WTO の紛争処理が適用されることになる。

他方、ACTA を受託しているのは日本のみであり、現在は未発効である。発効には最低 6 カ国からの批准を要するため、この協定よりも早く TPP 協定が発効する可能性がある。未発効の協定ではあるが、TPP 協定において ACTA と同水準の権利行使規定を設けるという規定が明文で示されているため、ここでは該当箇所のみ言及することとしたい。

改めて ACTA とは、模倣品・海賊版の流通の防止と権利保護を規定する国際合意であり、2016 年 4 月現在日本のみが批准している。ACTA の交渉が始まった年に発行された「2009 年度特許庁模倣品被害調査報告書」によれば、日本の企業が全世界において被った模倣品被害の 1 社あたりの平均は 1.9 億円にも上る。大企業、中小企業ともに、模倣品の被害率は増加している。3 億円以上の被害を受けた企業が、調査対象企業の 11% に達している。

上記のような問題を解決するために、ACTA では①差止めに関する規定 (同条約 8 条)、②損害賠償規定 (同条約 9 条)、③国境措置 (同条約 16 条)、④刑事執行 (同条約 4 節以下) 等が含まれた。特に②の規定に、追加的損害賠償が明記されている点は注目に値する。また、④刑事執行については、23 条において商標権および著作権に対する故意の商業的不正使用は、刑事罰の対象となる

旨の規定がなされていることに加え、26条では当局による職権での刑事執行が可能となる旨の規定が含まれている。これにより、不正使用に対する取り締まりの強化を通じて、侵害行為が減少することが期待される。

2.4 TPP 協定の知的財産条項

実際に TPP 協定の知的財産条項は、どのような面で既存の条約よりも高い保護を義務付けているのだろうか。また、権利行使についてはどのような救済措置を認めているのだろうか。ここでは特に、既存の国際条約と異なる点を主として整理する。

2.4.1 特許権について

まず、TRIPS 協定に定めのない、医薬品に関する措置が同協定第 C 款（同協定 18・48 条以下）に規定された。具体的には以下の 3 つが挙げられる。

① 不合理な特許期間の短縮に対し、期間の延長等を認める特許期間調整制度（同協定 18・48 条）

② 開示されていない新薬のデータ等の保護期間に関する規定の導入（同協定 18・50 条）

③ ジェネリック医薬品の承認時に有効特許を考慮する特許リンケージ制度（同条約 18・53 条）

他方、一般的な特許に対しても、上記①のような特許期間延長制度が規定されている（18・46 条）。このとき、出願から 5 年、審査請求から 3 年を経過した特許出願の権利化までに生じた不合理な遅滞につき、特許期間の延長が認められる。参加国には、この規定の導入が義務付けられている。

最後に、新規性または進捗性の判断がなされる際の例外規定が導入されている（18・38 条）。これにより、特許出願前に自ら発明を公表した場合などに、公表日から 12 月以内にその者がした特許出願に係る発明は、その公表によって新規性等が否定されないことになる。

2.4.2 商標権について

商標権については、国際条約によって登録や取得のための手続が円滑化されてきている。しかしながら、未加入の国に対しては、該当する国際条約を締結することが義務付けられている。具体的には、①国際的な商標の一括出願を規定した標章の国際登録を定めるマドリッド協定議定書（マレーシア、カナダ、ペルーが未締結）、②商標出願手続きの国際的な制度調和と簡略化を図るための

シンガポール商標法条約（マレーシア、カナダ、ペルー、メキシコが未締結）である。

また、商標の不正使用について、既存の国際条約では規定されていない、法定損害賠償制度または追加的損害賠償制度を設けるという規定がある（同協定 18・74 条 7 項）。刑事上の手続および処罰については、各加盟国に対して、少なくとも故意により商業的規模で行われる商標の不正使用および著作権又は関連する権利を侵害する複製について適用される（同協定 18・77 条）。著作権については後述する。

加えて、地理的表示の保護または認定のための行政手続を定める場合、①過度の負担となる手続を課すことなく申請等を処理すること、②申請の対象である地理的表示を公開し、これに対して異議を申し立てる手続を定めること、③地理的表示の保護または認定の取消について定めること等が規定されている（同協定 18・31 条以下）。

2.4.3 著作権について

著作権に関しては、以下の 3 点が TPP 協定によって強化されうると考えられる。

①保護期間の延長（同協定 18・63 条）

同協定 18・63 条によれば、映画を含む著作物、実演又はレコードの保護期間は、著作者の生存期間および著作者の死から少なくとも 70 年とされ、著作者の生死によらない場合でも、起算点から少なくとも 70 年の保護期間が認められる。

既存のベルヌ条約においては、著作者の生存の間およびその死後 50 年と規定されている（7 条 1 項）⁴²⁾が、これよりも長い保護期間を許与することが認められている（同条約同条 6 項）。他方、TRIPS 協定は、1971 年のベルヌ条約パリ改正条約の第 1 条から第 21 条までおよび附属書の規定の遵守義務を規定している（同協定第 9 条）。これには、ベルヌ条約上の保護期間の規定が含まれているので、原則として TRIPS 協定における著作物の保護期間は、著作者の死後 50 年である⁴³⁾。

上記のことから、TPP 協定によって締約国間で 70 年あるいはそれ以上の保

護期間を定める必要がある。日本は、該当する著作物の保護期間を 20 年延長する必要がある。参加国で、日本の他に保護期間を延長する必要がある国は、カナダ、ニュージーランド、ベトナム、ブルネイ、マレーシアである。

②非親告罪化（同協定 18・77 条 6 項(g)）

故意による商業的規模の著作物の違法な複製等を非親告罪とする規定である。国際的に、著作権侵害に対しては親告罪の制度を採用している国が多数であるため、参加国の多くが国内法を整備しなければいけない分野である。ただし、すべての違法な複製が非親告罪となるのではなく、市場における原著作物の収益性に影響を与えない場合はこの限りではないという留保がある（同条同項注）。

③損害賠償（同協定 18・74 条 6 項）

最後に、著作権等の侵害⁵⁵⁾について、民事上、商標権と同様に、法廷損害賠償制度または追加的損害賠償制度を設けるための規定がある。追加的損害賠償には、懲罰的損害賠償も含まれる。ベルヌ条約において、紛争処理については、保護国に定める法令による⁵⁶⁾と定められている（ベルヌ条約 5 条 2 項 3 文）。

2.4.4 権利行使について

知的財産保護の権利行使については、刑事罰および民事上の救済措置の両面の観点で、既存の WTO・TRIPS 協定や ACTA と同等またはそれを上回る規範の導入が目指されている。TPP 協定では、18・74 条に民事上の救済措置規定、18・77 条に刑事上の手続きおよび刑罰についての規定がある。

まず、民事上の救済措置として各締約国は、国内法による民事的な解決手段の整備を必要とされる（18・74 条 1 項）。ここで規定されている救済方法は、差止めおよび損害賠償である。まず、差止めについては、自国の司法当局が、TRIPS 協定第 44 条の規定に適合する差止めによる救済を命ずる権限を有することを定める（18・74 条 2 項）こととされた。他方、損害賠償請求については、原則として、自国の司法当局が、民事上の司法手続において、侵害活動を行っていることを知っていた又は知ることができる合理的な理由を有していた侵害者に対し、少なくとも、当該侵害者による権利者の知的財産権の侵害により当該権利者が被った損害を補償するために適当な損害賠償を当該権利者に支払うよう命ずる権限を有することを定める（第 18・74 条 3 項）こととされた。

刑事執行については、特に著作権と商標権について詳細な規定が置かれており、例えば権限のある当局が、不正商品や著作権侵害物品の差押え・没収・廃棄等を命じることができる旨の規定が置かれている（同協定 18・77 条 6 項）。

2.5 国内制度・政策への影響と問題点

TPP 協定が締結され発効した場合、協定に規定されている権利義務を履行するための国内法が整備されている必要がある。協定の実施のために必要な日本国内の知的財産制度・政策の整備内容は、以下の通りである。

2.5.1 特許・商標について

特許法、商標法における TPP 協定への対応としては、大きく以下の 3 点の整備が必要となると考えられる。

① 2.4.1 で述べた医薬品の特許に関する措置をはじめとする制度の整備

② 新規性喪失の例外期間を 6 ヶ月から 1 年へ延長

③ 商標の不正使用により生じた損害を賠償するための法廷損害賠償または追加的損害賠償に係る制度の整備

上記のうち、①および②は、国際的な権利取得を円滑化すると考えられるが、③については、日本の損害賠償制度になじまない部分もあり、法律的な議論が必要である。

2.5.2 著作権と権利行使について

TPP 協定の発効までに必要な措置は、下記の 5 点である。

① 著作物等の保護期間の延長

著作権の保護期間を著作者の死後 70 年へと延長することにより期待されるメリットとしては、国際的な制度の調和⁵⁷⁾、保護期間の延長に係る収益により新たな創作活動や新たな創作者の発掘・育成が可能となること⁵⁸⁾、日本が長期に利用される作品を多く輸出することで、保護期間の延長による利益を受けられることが考えられる。

著作権の保護期間の延長に関しては、日本国内において 2005 年から 2009 年まで文化審議会著作権分科会において検討されてきたが、延長派と反対派の対立が大きく、見送られてきた。国際的に、保護期間は延長傾向にあるが、延長を採用している国において、保護期間の延長によって創作が増えたという事実は認められておらず、かえって孤児著作物の増加等の問題も考えられるため、今後の検討課題である。

②著作権等侵害罪の「一部」 非親告罪化

昨今、「クール・ジャパン」政策によって日本のアニメーションや音楽等のコンテンツ産業を世界に発信する動きが活発化している。国内に目を向けても、既存の作品の二次創作やパロディ商品の流通によってコンテンツビジネスが発展しているという見方もある。

このような背景の中で、権利侵害物品と考えられるすべての二次創作物を非親告罪化の対象としてしまうと、現在日本において展開している政策の意に反する結果を招く可能性がある。二次創作文化への萎縮効果を生じさせないよう、国内法整備の段階で、その対象となる範囲を適切に限定することが必要となるだろう。

③著作権等侵害に対する法定損害賠償または追加的損害賠償に関する制度整備

著作権侵害により生じた損害の賠償額の算定は著作権法 114 条に規定されているが、日本の損害賠償制度の原則は原状回復義務であり、「被害者に対する制裁や、将来における同様の行為の禁止、すなわち一般予防を目的とするものではない」点との整合性をどうとるのが問題である。

2.6 おわりに

本稿では、TPP 協定の批准により日本の知的財産制度にどのような影響が生じ、また、どのような課題が解決されるかを検討した。それにより、以下のことが明らかとなった。

第一には、知的財産権の侵害に対する権利行使規定の整備に関わる問題が指摘できる。

現在、知的財産権（特に商標権、著作権）のアジアにおいての侵害額が大きいため、十分な権利行使規定が整備されることで、侵害によって被った不利益を賠償金という形で補填しうると考えられる。この点は、日本にとってメリットがあるといえる。しかしながら、損害賠償の算定方法や、権利の範囲についての法律的な観点からの議論は残っている。

第二には、著作権の保護期間の延長による問題が指摘できる。国内では延長論議がまだ成熟していないが、国際的協調が進めば、収益の増大となる可能性がある。二次創作に与える影響や、孤児著作物増大の問題が発生する点は注意する必要がある。また、権利の存続期間が長期化することによって、権利の管理自体が困難になる可能性も指摘できる。

戦時加算については、保護期間の延長により、締約国間のみで解決される可能性がある。

第三には、著作権侵害に対する非親告罪化により生じる問題である。国内法における変更も二次創作への悪影響等が指摘されているが、政府による対策も検討されることになっている。しかし、国際間では今後も大きな議題となると予測される。

発効前に残された課題としては、孤児著作物問題や著作権の保護期間の延長による管理の問題、侵害に対する刑罰の厳格化による二次創作文化への影響などが考えられるが、これらの点については今後の研究課題としたい。

第3章 産業財産権政策の影響評価

3.1 はじめに

近年、知的財産権の保護政策が重視されている。知的財産権には、特許権、実用新案権、意匠権、商標権、著作権などが含まれ、これらの権利の保護政策は日本のマクロ経済にも好影響を与え始めていると考えられる。その政策効果を把握しておくことは、今後の知財政策の在り方を考える上で重要である。

従来の研究において、海外では保護政策と経済成長との関係の実証分析が、Gould and Gruben(1996)により行われている。他方、国内では、特許権などの知財政策の政策効果や最適な政策のあり方を理論的に分析したものが多い。例えば、山田(2015)では、産業発展に寄与する望ましい特許制度の設計や、政策運営について経済学の視点から理論的・実証的な分析を試みている。具体的には、1970年以降に実施された主要な特許制度の改定や政策運営に着目し、それらの経済効果について分析を行い、政策的評価が試みられている。また、祝迫(2016)では、特許保護と経済成長の関係を再検証することを目的として、R&Dによる経済成長モデルを拡張して理論的な分析を行った。結果として特許保護と経済成長の関係が、逆U字になる可能性を示した。

しかし、上記のようなマクロ的な経済効果を知財政策との関連で分析した近時の研究はそう多くはない。そこで本稿では、知財政策の歴史的変遷を俯瞰しながら、国際収支というマクロ的な側面への影響に視点を当て、その政策効果を分析してみることにした。歴史的推移としては、WTO発足およびTRIPS協定の発効や科学技術基本法の公布を契機に「プロパテント政策」として国内法が急速に整備され始めたので、1994年頃から近年までの推移を詳細に整理した結果を提示する。

一方、個々の知財保護政策の強化は、一義的には特許申請や特許登録等の件数の増加に政策効果として現れ、マクロ経済への影響として国際収支の知的財産権収支や産業財産権収支の「収支差額」や「海外からの受取」に現れると考えられるので、その動向と政策との対応を検討した上で、政策効果を数量的に検証する。

本稿の構成は以下の通りである。次節3.2では、関連する研究を展望する。3.3では、1994年以降の知的財産権保護に係る法改正の内容およびその公布な

いしは施行時期を明確化し、国際収支に特に影響を与えると考えられる改正を抽出する。3.4 では、本研究の重要な貢献である、知財政策がどのようなルートを通じて国際収支や経済成長に影響を与えるかを明らかにするための概念的モデルを提示し、前項までで明示した個々の政策と経済効果ルートとの関係を明示する。3.5 では、産業財産権収支と登録件数の関係を明確化し、登録件数と政策（法改正施行時期）との関係を整理し、政策効果を明らかにする。最後に3.6 では、分析結果を踏まえて、今後の知財政策の在り方を議論し、むすびとする。

3.2 先行研究の展望

国際収支における産業財産権収支は、図1に示したように、2003年頃から黒字に転じている。一時、リーマンショックから数年は黒字幅が減少したものの、その後現在に至るまではほぼ順調に増加している。こうした傾向は、90年代半ばから強化された知財保護政策に起因していると考えられる。しかしながら、数量的には知財政策による全般的な経済効果の実態を捉えることができるが、個別政策がどのように影響したかは明確になっていない。

これまでの研究は、海外では経済成長を実証的に分析したものがあるが、日本の研究としては最適な保護政策のあり方についての、理論的分析が中心であった。以下では近時の研究のうち、その主なものを紹介しておく。

まず、海外の研究を簡単に展望すると、海外の研究では、知的財産権の保護の水準を数値化したデータベースが IIPR (Index of Intellectual Property Rights)⁵⁹ という形で特許の保護と経済成長の関係を、IIPR と経済成長率の関係として分析した研究としては、Gould and Gruben(1996)、Park and Ginarte(1997)、Tompson and Rushing(1996)、Falvey, Foster and Greenaway(2004)等が挙げられる。

Gould and Gruben(1996)では、IIPRの経済成長との関係が国際貿易における開放度に影響されることを95か国のクロスカントリーデータを用いて明らかにしている。開放度が高いほど、両者の間の関係は強くなることが示された。他方、Tompson and Rushing(1996)とFalvey, Foster and Greenaway(2004)の研究では、一人当たりGDPが一定水準以上の国々を対象に分析すれば、経済成長と知的財産権の保護水準との間に正の関係があることが示された。Park and Ginarte(1997)においては、基本的には両者の間に明確な正の関係は見いだせなかったと報告されている。

翻って、国内の研究としては、山田(2009)と祝迫(2016)等が挙げられる。まず、山田(2009)では、経済の効率を改善し、産業の発達や経済成長に貢献する特許制度体系はどうあるべきか、という問題意識に基づいた実証的な特許研究が行われている。具体的には、2005年に日本において開発された特許データベース『IIP 特許データベース』を用いて、特許生産関数の推計、特許ストックデータを用いた生産関数の推計、特許制度が研究開発インセンティブに与える

影響の分析など、幅広い包括的な研究を試みている。特に、特許権の早期確定と特許出願数には正の関係が見いだされ、審査請求から登録に要する期間を短縮させる特許政策は、企業の特許出願やイノベーションの公開を促し、研究開発活動を刺激する可能性が指摘された⁶⁰。

山田(2015)では、産業発展に寄与する望ましい特許制度の設計や、政策運営について経済学の視点から理論的・実証的な分析を試みている。具体的には、1970年以降に実施された主要な特許制度の改定や政策運営に着目し、それらの経済効果について分析を行い、政策的評価が試みられている。

近年の特許保護と経済成長の関係を再検証することを目的とした研究としては、祝迫(2016)が挙げられる。具体的には、R&Dによる経済成長モデルを拡張して理論的な分析を行っている。結果として特許保護と経済成長の関係は、逆U字型になる可能性を示した。この分析では、財政政策が一国の生産性を決めるモデルに基づいているので、財政政策によって生産性が高い国では、保護を強めれば成長率が高まる。逆に、財政政策によって生産性が低くなってしまった国では、経済成長を最大化する特許保護水準は低くなるという結果を導き出した。この結果は、海外のクロスカントリーデータに基づく多くの研究と基本的には同じ結論を導いたものと考えられる。

また、産業財産権制度の歴史研究として、1980年から2000年までの国内外の詳細な政策史については中山(2011)に詳しい。また、中山(2015)においては、2002年の「知財立国」宣言以降の国内における政策形成プロセスの特徴と新たな枠組みの下でどのような政策面での変化が生じたかが示された。

以上の研究を踏まえ、次節 3.3 では、産業財産権に関する諸政策を振り返りながら、どの政策、あるいはどの法改正が国際収支においてその受取を増大させることになったかを定性的に検討してみたい。

3.3 知的財産政策の歴史的変遷

ここでは、経済活動と関連が強い産業財産権に関する政策の歴史的変遷を、2つの側面から整理することとしたい。1つは、国際的な関係において、海外からの受取金額に直接的な影響を与える政策であり、他方は、国内の権利申請・登録を促進する政策である。

まず、国際的な関係について、日本銀行の国際収支項目（直近改定時点 2017 年 10 月）を参照すると、著作権を除く知的財産権の使用料、技術指導料に該当する使用料は項目番号「451」として報告され、内容としては以下が含まれる。

- (1) 産業財産権（特許権、実用新案権、意匠権、商標権）の使用料の受払
- (2) ノウハウ（技術情報）の使用料の受払
- (3) フランチャイズ加盟に伴う各種費用の受払
- (4) 販売権の許諾・設定に伴う各種費用の受払
- (5) 上記に準じる知的財産権の使用料の受払
- (6) 上記(1)～(5)の権利に関する技術、経営指導料の受払

なお、産業財産権（特許権、実用新案権、意匠権）の取得、譲渡代金の受払は「720」、商標権の取得・譲渡代金の受払は「723」で報告される。

産業財産権は各国国内法による登録を必要とするため、日本の産業財産権の使用料受取が発生する場合、国内における特許登録はもちろんのこと、海外での権利の登録が行われていることが前提となる。したがって、海外からの受取金額に影響を与える政策としては、国内外における権利の登録手続、保護期間の延長および権利内容の拡充に関する法改正が考えられるので、こうした権利の登録を促進する政策について整理を行いたい。

加えて、権利の登録手続が適正に行われた後に、当該権利に基づいて権利者が経済的な利益を得る環境が整備されている必要がある。具体的には、権利の侵害行為に対して適切な救済手段が用意されている必要があり、そのためには国内外において知的財産権に関する紛争解決を迅速かつ適切に行うための法整備が必要となる。

以上のことから、まずは権利の登録および侵害への救済に関する法整備を中心として、歴史的変遷を振り返る。なお、法改正が行われた場合、それが効力

を發揮するのは施行日以降であるから、以下ではその日時によって整理を行う。
具体的には、「施行年＝法（番号）」という表記を付すことにより改正規定の整理を行いたい例えば、1995年に施行される特許法の項目①は、「95＝特①」と表記する。

3.3.1 日米包括経済協議および TRIPS 協定等への対応

1994年8月、「日米包括経済協議」（1993年合意）において宮沢喜一内閣総理大臣（当時）とビル・クリントン米国大統領（当時）間で知的所有権分野の合意がなされた。その内容には、特許権について、英語出願の許容、権利付与前異議申立て制度から付与後異議申立て制度への変更、早期審査制度の運用の改善等が含まれた。同年、WTO（World Trade Organization：世界貿易機関）協定の付属書1CにおいてTRIPS協定（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights：知的所有権の貿易関連の側面に関する協定）が妥結された。

上記の日米の二国間合意および多国間合意であるTRIPS協定の規定等に対応するため、同年12月14日、「特許法等の一部を改正する法律（平成6年法律第116号）が公布された。

TRIPS 協定第2部第5節（第27条～第34条）に対応した特許法改正

下記の規定は、1995年1月1日に施行された。

- ①特許権の効力範囲の拡大（実施行為の追加）（特許法2条）95＝特①
- ②新規性喪失の例外規定の整備（同法30条）95＝特②
- ③特許対象分野の拡大（不特許事由削除）（同法32条）95＝特③
- ④パリ条約の例による優先権主張（同法43条の2）95＝特④
- ⑤特許権の存続期間の延長（同法67条）95＝特⑤
- ⑥裁定実施権の取消条件および移転条件についての改正（同法90条）

これらの改正において、海外からの受取の増加に寄与したと考えられる政策は、①と⑤と考えられる。また、国内外の特許申請・登録を増加させる要因としては、②、③、および④の政策が挙げられる。

TRIPS 協定第2部第3節（第22条～第24条）に対応した商標法改正

下記の規定は、1995年1月1日に施行された。

- ①ワインおよびスピリッツの地理的表示の追加的保護（商標法4条1項17号）
- ②WTO加盟国に係る紋章および印章等の保護（同法4条1項4号および5号）
- ③冒用した商標についての拒絶査定（15条）

日米包括経済協議における知的所有権分野の合意に対応するための改正

下記の規定は、1995年1月1日に施行された。

- ①外国語による出願と翻訳文の提出の許容（特許法 36 条の 2、41 条）
- ②翻訳文を審査対象とする規定（特許法 29 条の 2）
- ③出願継続中の誤訳の訂正（特許法 17 条の 2 第 2 項、17 条の 4）
- ④拒絶・無効理由（特許法 49 条 1 項 1 号、5 号、5 号、55 条、123 条 1 項 1 号、123 条 1 の 2 号等）

上記の法整備により、海外からの特許登録が容易になったと考えられる。

制度の国際的調和のためになされた改正

下記の規定は、1996 年 1 月 1 日に施行された。

- ①特許付与後の異議申立て制度への移行
（103 条、114 条、116 条、120 条の 5、115 条、117 条、118 条、119 条他）⁶¹

3.3.2 科学技術基本法および商標法条約への対応等

1995 年、科学技術基本計画策定のため、科学技術基本法（平成 7 年法律第 130 号）が公布され、同日施行された。科学技術基本計画は、今後 10 年を見通した計画として 5 年に一度作成されるが、政府はその実施に関し必要な施策を講ずるよう努めることが同法に規定されている。

他方、国際的な関係に目を向けると、同年 WTO が発足し、TRIPS 協定が発効した。また、「標章の国際登録に関するマドリッド協定議定書（以下、マドリッドプロトコルと呼称する。）」も日本以外で発効した。日本についての発効は、2000 年まで遅れた。

翌 1996 年、商標法条約⁶²に対応する手続の簡素化、国際調和および時代に即した国内制度の見直しのために「商標法の一部を改正する法律（平成 8 年法律第 68 号）」が公布された。

主施行日は 1997 年 9 月 1 日であるが、一部異なる施行日となるものは括弧書きで以下に記した。改正の内容は以下の通りである。

商標法改正

- ①商標法条約に対応した工業所有権法の改正
（商標法 6 条、5 条、19 条、20 条等）97＝商①
- ②不使用商標対策（商標法 50 条、54 条）
- ③早期権利付与の確保（商標法 43 条以下）

- ④著名商標等の保護（商標法 4 条 19 号）
- ⑤立体商標制度の導入（商標法 2 条 4 項）
- ⑥団体商標制度の導入（商標法 7 条、11 条等）
- ⑦商標権侵害に係る法人重課（罰則の強化）（商標法 82 条）96＝商⑦
- ⑧登録料等の現金納付制度の導入（商標法 40 条等）（1996 年 10 月 1 日施行）

⑨指定商品の書換制度の導入（商標法 2 条）（1998 年 4 月 1 日施行）

これらの改正において、海外からの受取の増加に寄与したと考えられる政策は、①と⑦である。

3.3.3 「強い保護」の実現のための法改正

1997 年 12 月、特許庁長官の私的懇談会として「21 世紀の知的財産権を考える懇談会」が設置され、翌年まで 5 回の会合を経て、表 1 に示した 8 つの提言を含む報告書が取りまとめられた。

その提言を受けて、1998 年に大幅な法改正が行われ、「特許法等の一部を改正する法律（平成 10 年法律第 51 号）」が公布された。これまでの法改正では、権利の早期登録等の手続面に関する法整備が主として行われてきたが、この年の改正はより「強い保護」の実現のため、登録した権利の侵害に対する救済制度の整備等を目的として行われた。同法の改正内容は以下のとおりであり、本法律は 1999 年 1 月 1 日に施行された。

特許法改正

- ①逸失利益立証の容易化（特許法 102 条 1 項）⁶³ 99＝特①
- ②具体的事情を考慮した実施料相当額の認定（特許法 102 条 3 項）⁶⁴
99＝特②
- ③侵害罪の非親告罪化（特許法 196 条等）⁶⁵ 99＝特③
- ④侵害罪についての法人重科の導入（特許法 201 条）99＝特④
- ⑤無効審判の理由補充の制限
- ⑥出願公開前の拒絶査定確定出願についての先願の地位の見直し
（特許法 39 条）99＝特⑥
- ⑦優先権書類のデータの交換（特許法 43 条等）

これらの改正において、特許権侵害に対する救済規定が見直された。①と②が民事上の救済についての規定であり、③と④が刑事上の救済についての規定である。権利保護が強化されることで、海外からの受取を増加させるだけでなく、国内登録の増加にも影響を与えたと考えられる。

意匠法改正

- ①部分意匠の保護（意匠法 2 条）⁶⁶
- ②創作容易性の要件（意匠法 3 条）⁶⁷
- ③先願意匠の一部と同一又は類似の後願意匠の保護除外（意匠法 3 条の 2）
- ④機能確保に不可欠な形状のみからなる意匠の保護除外（意匠法 5 条）
- ⑤組物の意匠制度の見直し（意匠法 8 条）
- ⑥先後願の判断における拒絶確定出願等の取り扱いの見直し
（意匠法 9 条、28 条、29 条の 2、66 条）
- ⑦類似意匠制度の廃止と関連意匠制度の創設
（意匠法 10 条、21 条、22 条、27 条等）

3.3.4 「広く強く早い」保護の実現のための改正

翌 1999（平成 11）年には、より「広く強く早い」保護の実現を図るとともに、商標の国際的保護を図るため、商標の国際登録制度（マドリッドプロトコル）⁶⁸へ加入し、所要の関係規定の整備を行うため、「特許法等の一部を改正する法律（平成 11 年法律第 41 号）」が公布された。その規定内容と施行日は下記の通りである。

特許法改正

- ①出願審査の請求期間の短縮（特許法第 48 条の 3 等）
当該規定は、2001 年 10 月 1 日に施行され、当該日以降の出願について適用された。②以下の規定は、2000 年 1 月 1 日に施行された。
- ②特許出願人の請求による早期出願公開の導入（特許法第 64 条等）
00＝特②
- ③特許権の存続期間の延長登録出願の条件の見直し（特許法第 67 条等）
- ④判定等の手続の整備（特許法第 71 条等）
- ⑤特許権等の侵害に係る訴訟における救済措置の整備

- (特許法第 105 条の 3 等) 00=特⑤
- ⑥特許料等の引下げ(特許法第 107 条等) 00=特⑥
- ⑦詐欺行為罪および虚偽表示罪の罰則の見直し(特許法第 201 条等)
00=特⑦
- ⑧特許等の要件の見直し(特許法第 29 条等) 00=特⑧
- ⑨特許出願等の分割又は変更に係る書面又は書類の提出の省略
(特許法第 44 条等) 00=特⑨
- ⑩訂正請求の見直し(特許法第 120 条の 4 項) 00=特⑩

これらの改正において、海外からの受取の増加に寄与したと考えられる政策は、⑤と⑦である。また、国内外の特許申請・登録件数を増加させる要因としては、①、②および③が挙げられる。

商標法に関する改正

商標法の改正は、主としてマドリッドプロトコルに加盟するために行われ、同時に商標の早期保護のために出願公開制度が導入された。マドリッドプロトコル加盟のための規定の整備としては、下記の改正が実施された。

- ①国際登録出願手続を新たに規定(商標法 68 条の 2～68 条の 8)
- ②外国からの国際登録出願は、国内の商標登録出願とみなす規定を整備
(商標法 68 条の 9～68 条の 20)
- ③国際登録された商標権は、更新登録の方法などに国内商標権に対する特例を規定(商標法 68 条の 21～68 条の 31)
- ④国際登録が取り消された場合、救済措置として国内の商標登録出願に切り替えるための特例措置を規定(商標法 68 条の 32～68 条の 39)
- ⑤設定登録前の商標に基づく金銭的請求権(商標法第 13 条の 2)
00=商⑤
- ⑥商標登録出願の出願公開の導入(商標法第 12 条の 2)
- ⑦商標登録出願の区分の数を減ずる補正の時期の拡大
(商標法第 68 条の 2、第 68 条の 40)

その他の改正

電子情報処理組織を使用した処分等の見直し(特例法第 4 条等)

3.3.5 「知的財産立国」宣言とその実現に向けた 3 つの改正

(1) 2002 年改正

2002 年 2 月 4 日、小泉内閣総理大臣（当時）による「知的財産立国」宣言がなされ、同年 4 月 17 日には「特許法の一部を改正する法律（平成 14 年法律第 24 号）」が公布された。本改正の目的は、情報技術の急速な進展に伴い、ネットワークを利用した新たな事業活動に即応した法整備を行うこと、社会経済の変化を契機として、特許権等の効力範囲のあり方の見直しを行うこと、制度の国際調和、出願人の負担軽減、特許庁における審査効率化のため、特許および実用新案の出願方式の見直しを図ることであった。改正の主な内容と施行日は以下の通りである。

特許法改正

①発明についての実施の定義の見直し（特許法 2 条）（同年 9 月 1 日施行）

02 = 特①

②特許権の侵害とみなす行為の拡充（特許法 101 条）（翌年 1 月 1 日施行）

03 = 特②

③国際特許出願に係る手続の整備（同年 9 月 1 日施行）

（特許法 184 条の 3、184 条の 4 等）02 = 特③、02 = 特③

これらの改正において、海外からの受取の増加に寄与したと考えられる政策は、①と②と③である。また、国内外の特許申請・登録を増加させる要因としては③が挙げられる。

商標法改正

①標章についての使用の定義の見直し（商標法 2 条 3 項）

②マドリッド協定の議定書に規定する国際登録に係る手続の整備

（商標法 68 条の 30、68 条の 35）

意匠法改正

①侵害とみなす行為の拡充（意匠法 38 条）

(2) 2003 年改正

2002 年 7 月 3 日に知的財産戦略会議によって「知的財産戦略大綱」が取りまとめられた。同大綱の中では、知的財産政策に関する創造戦略、保護戦略、活用戦略および人材基盤の育成が基本的方向として示された。特に、保護戦略の

中では、迅速かつ適切な特許審査・審判、紛争処理にかかる基盤の強化、海外および水際における保護の強化等が今後の課題として指摘された。

これらの政策の実現のために、2003年3月には知的財産戦略本部が設置され、7月には「知的財産の創造、保護、活用に関する推進計画（いわゆる知的財産推進計画2003）」が取りまとめられた。この推進計画に基づいて、出願者の費用負担不均衡の是正や特許に係る適切な紛争解決および国際的権利取得の円滑化等の施策の実施のために「特許法の一部を改正する法律（平成15年法律第47号）」が公布された。2004年1月1日に施行された規定は以下の通りである。

特許法の改正

- ①特許関連料金制度の改正（特許法107条、195条等）04＝特①
- ②付与後異議申立て制度を廃止し、無効審判制度へ一本化（特許法123条）
- ③無効審判制度の手続の簡素化（特許法131条、133条等）

これらの改正において、特許の有効性を争う紛争処理制度が一本化され、その手続も簡素化された。これにより、権利の有効性を争う事件を迅速に解決することが可能となった。

その他の改正

- ①国際的権利取得の円滑化（国際出願法2条）04＝他①

（3）2004年改正

2004年には、「知財立国」の実現を図り、特許審査の迅速化等に必要な立法措置を講ずるため⁶⁹「特許審査の迅速化等のための特許法の一部を改正する法律（平成16年法律第79号）」が公布された。

特許法の改正

以下の規定は2005年4月1日より施行され、いずれも特許登録を促進する規定であると考えられる。

- ①実用新案権に基づく特許出願制度の導入（特許法46条の2）⁷⁰05＝特①
- ②職務発明に関する改正（特許法35条3項および5項）05＝特②

その他の改正

- ①インターネットによる公報の発行（特例法2条）
- ②指定調査機関制度等の見直（特例法18条他）

③特定登録調査機関制度の導入（特例法 39 条 2）

④予納制度を利用した特許料等の返還（特例法 14 条）

3.3.6 権利保護および模倣品対策の強化

（1）知的財産高等裁判所 設置

知的財産高等裁判所の構想は、2003 年 7 月 8 日に決定された「知的財産の創造、保護および活用に関する推進計画」で示され、翌 2004 年に「知的財産高等裁判所設置法（平成 16 年法律第 119 号）」が公布され、2005 年 4 月 1 日に施行された。同時に、「知的財産に関する事件についての裁判の一層の充実および迅速化を図るため、知的財産に関する事件を専門的に取り扱う」（知的財産高等裁判所設置法 1 条）裁判所として知的財産高等裁判所が設立された。これは、東京高等裁判所の管轄に属する事件のうち、同法 2 条 1 号～4 号に掲げる知的財産に関する事件を取り扱わせるため、東京高等裁判所に知的財産高等裁判所を設けるものである。これにより、日本の裁判所に係属する知的財産紛争を専門的に解決するための環境が整備されたといえる。

同じ時期の国際的な法整備状況に目を向けると、特許法条約（Patent Law Treaty : PLT）が発効したが、日本についての発効は 2016 年まで遅れた。

また、地域ブランドをより適切に保護することで、競争力の強化と地域経済の活性化を支援するために「商標法の一部を改正する法律（平成 17 年法律第 56 号）」が公布された。ここでは、地域名と商品名からなる商標について、団体商標として登録を受けることを可能とする法改正がなされた。

（2）2006 年の権利保護の強化および模倣品対策の強化

2006 年には、「意匠法等の一部を改正する法律（平成 18 年法律第 55 号）」が公布された。同法律の主施行日は 2007 年 4 月 1 日であるが、一部施行日が異なるものは、括弧書きで下記に記載する。また、法改正の内容は以下の通りである。

特許法改正

①特許出願の分割出願が可能な時期の追加（特許法 44 条）07＝特①

②国際出願の日本語翻訳文の提出期限を 2 ヶ月から 1 年 2 ヶ月に延長（特許法 17 条の 3 等）07＝特②

これらの法改正は、国内外の特許登録を促進したと考えられる。

商標法改正（②のみ 2006年9月1日施行）

- ① 役務商標制度の導入（商標法 2 条 2 項）
- ② 団体商標の主体に社団（法人格を有しないものおよび会社を除く）を追加（商標法 7 条 1 項）

意匠法改正（⑥のみ 2006年9月1日施行）

- ① 意匠権の存続期間を 15 年から 20 年に延長（意匠法 21 条）
- ② 意匠権の保護対象の拡大（意匠法 2 条）
- ③ 意匠の類似判断基準の明確化（意匠法 24 条）
- ④ 関連意匠や部分意匠の出願期限の延長（意匠法 10 条）
- ⑤ 秘密意匠制度の請求可能時期の追加（意匠法 14 条）
- ⑥ 意匠の新規性の喪失の例外に関する書類の提出期限の延長（意匠法 4 条）

模倣品対策の強化（2007年1月1日施行）

- ① 侵害とみなす行為に、「模倣品の輸出」を追加する
（特許法 2 条、商標法 2 条、意匠法 2 条、実用新案法 2 条）
- ② 侵害行為に「譲渡等を目的として模倣品を所持する行為」を追加する
（特許法 101 条、意匠法 38 条、実用新案法 28 条、商標法 37 条 1 項 1 号および 67 条）
- ③ 特許権、意匠権および商標権の侵害罪並びに営業秘密侵害罪の懲役刑の上限引上げ（意匠法 69 条等、特許法 196 条等、実用新案法 56 条等、商標法 78 条等）

（3）知的財産権の戦略的活用のための改正

2008 年には、知的財産権の戦略的な活用を促進し、知的財産権の迅速かつ適正な権利の保護の環境整備を図るため「特許法等の一部を改正する法律（平成 20 年法律第 16 号）」が公布された。

特許法改正

- ① 通常実施権等登録制度の見直し（特許法 34 条の 2 ～） 09＝特①
- ② 不服審判請求期間の見直し（特許法 121 条、17 条の 2 等） 09＝特②
- ③ 優先権書類の電子的交換の対象国の拡大（特許法 41 条）
- ④ 特許関係料金の引き上げ（特許法 43 条）

商標法改正

- ①不服審判請求期間の見直し（商標法 16 条の 2 第 3 項）
- ②特許・商標関係料金の引き上げ（商標法 40 条）

意匠法

- ①不服審判請求期間の見直し（意匠法 13 条 1 項）

（4）2011 年改正

2011 年には、ライセンス契約の保護強化、共同研究等における発明者保護、ユーザーの利便性の向上、知的財産をめぐる紛争を迅速・効率的に解決するための審判制度の見直しのための「特許法等の一部を改正する法律（平成 23 年法律第 63 号）」が公布された。

特許法改正

- ①通常実施権等の対抗制度の見直し（特許法 99 条、34 条の 5）
- ②冒認出願等に係る救済措置の整備（特許法 74 条、79 条の 2 等）
12＝特②
- ③審決取消訴訟提起後の訂正審判の請求の禁止（特許法 126 条）
- ④特許料等の減免に係る関係法令の見直し（特許法 109 条、195 条の 2）
- ⑤発明の新規性喪失の例外規定等の見直し（特許法 30 条）12＝特⑤
- ⑥出願人・特許権者の救済手続の見直し（特許法 36 条の 2）12＝特⑥
- ⑦再審の訴え等における主張の制限（特許法 104 条の 4）
- ⑧審決の確定の範囲等に係る規定の整備（特許法 126 条等）
- ⑨無効審判の確定審決の第三者効の廃止（特許法 167 条等）

上記の改正で、②、⑤、⑥の改正は特許登録件数を増加させると考えられる。

商標法改正

- ①商標権消滅後一年間の他人の登録排除規定の廃止（商標法 4 条 1 項 13 号の廃止）
- ②再審の訴え等における主張の制限（商標法 38 条の 2）

意匠法改正

- ①意匠料金の見直し（意匠法 42 条）
- ②冒認出願等に係る救済措置の整備（意匠法 26 条の 2 等）

その他の改正

- ①料金の見直し（国際出願法 18 条）

3.3.7 世界最高の「知財立国」を目指すための改正

2014 年には、「日本再興戦略」および「知的財産政策に関する基本方針」（いずれも平成 25 年 6 月閣議決定）を踏まえ、今後 10 年間で世界最高の「知財立国」を目指し、知的財産の更なる創造・保護・活用に資する制度的・人的基盤を早急に整備するために「特許法等の一部を改正する法律（平成 26 年法律第 36 号）」が公布された。

（1）2014 年改正

特許法改正

- ①救済措置の拡充等（特許法 30 条、43 条、44 条）
- ②特許異議の申立て制度の創設（113～120 条等）

意匠法改正

①意匠の国際登録に関するハーグ協定のジュネーヴ改正協定実施のための規定の整備

- （国際出願を可能とする改正）15＝意①

商標法改正

- ①保護対象の拡充（色彩と音の追加および使用方法の追加）
（商標法 2 条 1 項、2 条 3 条 9 号および 10 号、2 条 4 項、3 条、4 条等）

15＝商①

- ②地域団体商標の登録主体の拡充（商標法 7 条の 2）

弁理士法改正

- ①弁理士の使命の明確化
- ②弁理士の業務の拡充

その他

①「特許協力条約」に基づく国際出願の手数料のうち他国の特許庁等に対する手数料について、特許庁に対する手数料と一括で納付するための規定の整備（国際出願法 18 条等）

(2) 2015 年改正

2015 年には、「特許法等の一部を改正する法律（平成 27 年法律第 55 号）」が、知的財産の適切な保護および活用により、イノベーションを促進すること、知的財産権に関する国際的な制度調和等を実現すること、特許法条約⁷¹および商標法に関するシンガポール条約を実施することを目的として公布された。

特許法改正

- ①職務発明制度の見直し（特許法 35 条 2 項、同条 4 項～6 項） 16＝特①
- ②特許料の改定（特許法 107 条）
- ③特許法条約の実施のための規定の整備（特許法 5 条、36 条の 2、43 条、38 条の 2 等） 16＝特③、16＝特③

商標法改正

- ①登録料の改定（商標法 40 条、41 条の 2、65 条の 7）
- ②商標法に関するシンガポール条約の実施のための規定の整備（商標法 9 条、41 条等）

(3) 2016 年

2016 年には、商標法に関するシンガポール条約⁷²が日本について発効した。

3.4 知財政策と経済効果分析用概念モデル

本項では、3.3 で示した知財政策の個別法の改正がマクロの経済成長に影響を与える種々の経路を明示し、本研究の重要な貢献である経済効果分析用の概念モデルを提示しつつ、個別法の改正の意義を再確認し、3.5 で試みる経済効果分析の前提を整理する。

3.4.1 経済効果分析のための概念モデル：経済効果モデル

知財政策の個別法改正の第一次的影響としては、図 3.1 に示したように、例えば特許法の改正であれば、特許登録に影響を与えるルート（ルート A）、と海外からの特許使用料の受取収入に直接影響を与えるルート（ルート B）が考えられる。ルート B は国際収支の改善により、ルート H を通じてマクロの経済成長に影響を与えることになる（ルート B・H）。

これに対して、特許登録の増加の次なる影響ルートとしては、研究開発投資（R&D）をさらに促進する可能性ルート（ルート C）、およびその特許による新製品の輸出を増加させるルート（ルート E）と海外でのその特許の利用による使用料受取を増加させるルート（ルート F）が考えられる。これらはいずれも国際収支の改善を通じて、マクロの経済成長に影響を与えることになる（ルート A・D・H とルート A・E・H）。

一方、R&D の増加は、さらなる特許登録の増大をもたらす可能性ルート（ルート F）もあり、これは上記 2 つのルート（ルート D とルート E）を通じてマクロの経済成長に影響を与えることになる（ルート A・C・F・D・H とルート A・C・F・E・H）。また、特許登録の増加と R&D の増加の相乗効果としては、生産技術面の改善による生産性上昇を通じてマクロの経済成長に影響を与えるルート（ルート G）も考えられる（ルート A・C・F・G）。

以上のように、知財政策がマクロの経済成長に影響を与えるルートとしては、次の 6 ルートがあると考えられる。

ルート I：ルート A・C・F・G

ルート II：ルート A・C・F・D・H

ルート III：ルート A・C・F・E・H

ルート IV：ルート A・D・H

ルート V：ルート A・E・H

3.4.2 個別法改正と経済効果モデル

表1でまとめた個別法の改正のうち、ルートVIの海外からの使用料受取の増加を通じて経済成長に影響を与えたと考えられる政策としては、表中に赤字で示した、

施行1995年では特許法改正のうち、95＝特①と⑤、
施行1997年では商標法改正のうち、97＝商①と⑦、
施行1999年では特許法改正のうち、99＝特①②③と④、
施行2000年では特許法改正のうち、00＝特⑤と⑦、
施行同年の商標法改正のうち、00＝商⑤、
施行2002年では特許法改正のうち、02＝特①と③、
施行同年の意匠法改正のうち、02＝意①、
施行2003年では特許法改正のうち、03＝特②、
施行同年の商標法改正のうち、03＝商②、
施行2004年ではその他改正のうち、04＝他①、
を挙げることができる。

これに対して、特許登録の増加を通じて経済成長に影響を与えた(ルートVI以外のルートによる)政策としては、表1に青字で示した、

施行1995年では特許法改正のうち、95＝特②③と④、
施行1999年では同法改正のうち、99＝⑥、
施行2000年では特許法改正のうち、00＝特②⑥⑧⑨と⑩、
施行2002年では同法改正のうち、02＝特③、
施行2003年では同法改正のうち、03＝特②
施行2004年では同法改正のうち、04＝特①、
施行2005年では同法改正のうち、05＝特①と②
施行2007年では同法改正のうち、07＝特①と②、
施行2009年では同法改正のうち、09＝特①と②、
が挙げられる。なお、今後の登録増加に影響を与える政策としては、
施行2012年では特許法改正のうち、12＝特②⑤と⑥、

施行 2016 年では同法改正のうち、16＝特①と③

をあげられる。

これらのうち、国際特許出願にかかわる政策は、

施行 2002 年では同法改正のうち、02＝特③、

施行 2004 年では同法改正のうち、04＝特①

であり、これらは特許登録の増加を促しつつ、直接特許使用料の受取も増大させようとする政策であり、ルート V (ルート A・E・H) を通じてマクロの経済成長に影響を与えられられる。

また、開発技術の保護を目的とした政策としては、

施行 1995 年では特許法改正のうち、95＝特②と④

施行 2000 年では特許法改正のうち、00＝特⑨と⑩

施行 2003 年では同法改正のうち、03＝特②

施行 2004 年では同法改正のうち、04＝特①

施行 2007 年では同法改正のうち、07＝特①と②

施行 2009 年では同法改正のうち、09＝特①と②

が挙げられる。これらは、保護を目的としているので、特許登録の増加を通じて、おもに新製品の輸出増加につながると考えられるので、マクロの経済成長に与えるルートとしては、ルート IV (ルート A・D・H) が想定できる。

さらに、新技術開発あるいは新製品開発の促進を目的とした政策としては、

施行 1995 年では特許法改正のうち、95＝特③

施行 1999 年では同法改正のうち、99＝⑥、

施行 2000 年では特許法改正のうち、00＝特②⑥と⑧

施行 2005 年では同法改正のうち、05＝特①と②

施行 2012 年では特許法改正のうち、12＝特②⑤と⑥

施行 2016 年では同法改正のうち、16＝特①と③

を挙げることができる。これらの政策は、研究開発を通じてさらなる技術開発に意欲を持たせることとなるので、特許登録と R & D 投資に相乗効果をもたらすと考えられる。その結果としては、特許登録の増加により海外からの使用料受取の増加、新商品による輸出増加を通じた経済成長、また技術進歩の促進による生産性の上昇を通じた経済成長の可能性が期待できる。つまり、ルート III

(ルートA・C・F・E・H)、ルートⅡ(ルートA・C・F・D・H)、ルートⅠ(ルートA・C・F・G)という3ルートでのマクロの経済成長を促す政策と考えられる。

個別法改正がマクロの経済成長に与える影響を定量的に把握することは、現在の公表データではかなり困難である。しかし、次項では、既存情報から、可能な限りそれを試みることにした。

3.5 知財政策と経済効果

3.2 において示した通り、従来の実証研究では、保護政策の強化と経済成長の関係が議論されてきた。本項では、保護政策が特許申請・登録を促進し、海外からの知的財産権・産業財産権に対する使用料の受取の増加を通じて、その収支を改善し、結果的に経済成長を促す可能性を検証することとした。以下では、知的財産権および産業財産権の収支、並びに産業財産権の海外からの受取の推移を保護政策との関連で振り返る。続いて、産業財産権と特許登録との関係を考察し、その後、特許登録と保護政策との関連を明らかにし、保護政策の影響を検証する。

3.5.1 知的財産権と産業財産権収支と受取

日本銀行の国際収支統計では、知的財産権・産業財産権使用料に関する収支や支払および受取データを1996年度から2016年度までインターネット上で入手することができる。まず、知的財産権および産業財産権使用料の収支の推移から整理する。

3.5.2 知的財産権と産業財産権使用料の収支

国際収支における知的財産権使用料の収支は、図1に示したように、1996年当時は約3,600億円の赤字であったが、その幅は徐々に縮小し、2003年には黒字に転じている。その後、急速に黒字幅が増大し、2007年には7,700億円に達した。しかし、2009年にはリーマンショックの影響により大幅に落ち込み、その後2013年まで影響が残っているが、2014年には2008年までの傾向線上に復活し、2015年には2.3兆円を超えるレベルにまで増大している。黒字に転

じた 2003 年を基準とすれば、黒字額は 12 年間に実に 6.9 倍に増加している。

一方、図 2 に示した産業財産権使用料の収支は、図 1 から著作権使用料収支を差し引いたものである。著作権使用料に関する収支は、2016 年でも 8,000 億円を超える赤字であるから、それを差し引くと図 1 よりも早い段階で黒字になり、黒字幅もかなり大きくなっている。実際に収支が黒字に転じたのは 97 年で、198 億円であった。その後、収支は増大し、2007 年には 1.3 兆円に達している。しかし、やはりリーマンショックの影響は大きく、2009 年には 1 兆円を下回ることになったが、徐々に回復し、2014 年には以前の傾向線上に復活し、2015 年には 3.1 兆円に達している。黒字に転じた 1997 年を基準にすれば、18 年の間に 15.7 倍に増加したことになる。

3.5.3 産業財産権使用料の受取

上記で示した両者の収支の推移から明らかなように、知的財産権収支の時系列的な推移は産業財産権収支のそれに強く依存している。そして、産業財産権使用料の収支は、当然その海外からの受取に左右されることになる。そこで、次に、海外からの産業財産権使用料の受取を図 3 で見てみることにしよう。

図 3 から明らかなように、産業財産権使用料の受取は、1996 年には 6,800 億円程度であった。それが、毎年大きく増加し、2007 年には 2.5 兆円を超え、11 年間で 3.6 倍になった。リーマンショックの影響により、2009 年には 1.9 兆円を下回ることになった。以降、5 年ほど停滞したが、2014 年には回復し、3.7 兆円に達し、2015 年には 4.2 兆円レベルに達している。2007 年時点と比べると 8 年間で 1.7 倍に、産業財産権使用料収支と同じ 1997 年時点と比べると 18 年間で 5.3 倍になっている。図 2 より倍率が小さくなっているのは、支払が相対的には小さくなっているためである。

3.5.4 産業財産権使用料受取と保護政策

図 4 は 3.3 で提示した、保護政策としての諸法律の改正のうち、使用料の受取に影響があると考えられるものを図 3 に挿入したものである。受取額は、90 年代と比べると、2000 年代に入り、順調にかつ急速に増加している。これは 90 年代後半の知的財産保護政策の効果と考えられる。このような 2000 年代前

半の受取額の増加に貢献したと考えられる政策としては、3.3 の表 1 に示したように、

施行 1995 年では特許法改正のうち 95＝特①と⑤、

施行 1997 年では商標法改正のうち 97＝①と⑦、

施行 1999 年では特許法改正のうち 99＝①②③と④、

施行 2000 年では特許法改正で 00＝特⑤と⑦、施行同年の商標法改正では 00＝商⑤、

施行 2002 年では特許法改正で 02＝特①と③および意匠法改正で 02＝意①、

施行 2003 年では特許法改正で 03＝特②および商標法改正で 03＝商②、

施行 2004 年ではその他改正で 04＝他①

の法改正を挙げることができる。これ以降 2015 年まで、産業財産権使用料の受取に強く影響与える法改正は行われていない。したがって、上記した諸改正による保護政策が徐々に効果を発揮し、2007 から 2008 年、さらには近年の受取の増加をもたらしたと考えられる。なお、2015 年には意匠法改正で 15＝意①、商標法改正で 15＝商①、2016 年には特許法の改正で 16＝特③、商標法改正で 16＝商②が今後の受取の増加に寄与する政策として実施されている。

3.5.5 特許登録と産業財産権使用料受取

では次に、産業財産権に関する国内政策が直接影響を与えたと考えられる特許の登録件数の推移を振り返りながら、それが海外からの受取とどのように関係していたかを検討する。登録件数の推移を示した図 5 からは、次のような特徴が読み取れる。第一には、1996 年に 20 万件を超える登録が行われた。これは、1995 年に施行された特許法の改正によるものと考えられる。引き続き 97 年、98 年、99 年は毎年ほぼ 15 万件が登録された。これらの登録が 2000 年代の海外からの受取の増加に貢献したと考えられる。

2000 年代前半はやや減少するが、それでも 12 万件前後の登録が毎年行われていた。特許法の改正は、表 1 に示したように、施行では 1999 年、2000 年、2003 年、2004 年、2005 年と数次にわたり実施され、その結果 2006 年以降、大幅な増加に転じ、2010 年には再び 20 万件を超えることになった。特許登録面では、リーマンショックの影響をあまり受けず、特許申請や審査請求の簡素

化等の改正で国内的には登録が安定的に増加してきた。それが産業財産権使用料の海外からの受取の増加にも貢献していると考えられる。

では、特許登録と海外からの受取はどのように関係しているであろうか。それを両者の関係を示した図5を参照する。ここでは、受取におけるリーマンショックの影響を一部取り除くため、受取額の対GDP比と登録件数との関係が描かれている。1996年から2015年までの全期間で相関係数を求めると0.56であったが、1996年の特異性（登録件数の多さ）とリーマンショック時の海外の経済活動の停滞による使用料受取の減少は日本のGDPの低下だけでは十分には除去できないようなので、2009年から2015年までを除外して、1997年から2008年までの標本期間で相関係数を求めたところ、0.78まで上昇した。つまり、登録件数で国際収支における産業財産権使用料の受取がほぼ説明できるということであるから、知財政策が登録件数に与えた影響をみれば、国際収支における産業財産権の受取額の推移はかなりの部分まで説明できると考えられる。

3.5.6 特許登録と保護政策

最後に、特許保護政策としての法改正と特許登録件数との関連を具体的に考察する。図6は、3.3で提示した保護政策としての特許法の改正のうち、特許登録に影響があると考えられる改正を図5のデータを折れ線グラフにした図に挿入したものである。登録件数は、1996年に大きく上昇し、20万件を超える登録がなされた。これは、表1に示した、施行1995年の特許法改正のうち95=特②③④が関係していると考えられる。

90年代後半はほぼ15万件のレベルで推移しているところ、96年の数値はむしろ異常値であるといえる。2000年代に入ると、登録件数は12万件のレベルに多少低下しているが、2000年代前半には連続的に改正が行われた。

施行2000年では特許法改正のうち95=特②⑥⑧⑨⑩、

施行2002年では同改正のうち02=特③、

施行2004年では同改正のうち04=特①、

施行2005年では同改正のうち05=特①②

これらの改正が2000年代後半の急速な増加をもたらしたと考えられる。

2000年代後半においても、特許法の改正は断続的に続けられ、

施行 2007 年では特許法改正のうち 07＝特①②、

施行 2009 年では同改正のうち 09＝特①②、

の改正は登録に影響を与えたと考えられる。この時期にリーマンショックが発生し、経済活動は世界的な規模で停滞したものの、特許登録にはほとんど影響を与えていないことがわかる。

その後の 2012 年には、登録件数は 27 万件を超えた。このような 2000 年代のきめ細かな特許保護政策の実施により、特許登録が促進された結果、産業財産権使用料の受取も増大することになったと考えられる。また、2012 年と 2016 年には、さらなる特許法の改正も実施されており、今後の特許登録も増加が見込め、産業財産権使用料の受取にも好影響を与えると期待できるであろう。

3.6 おわりに

日本の知的財産権に関する保護政策は、1994年ごろから本格化したと考えられる。本章では、こうした保護政策のうちどの政策がどのようなプロセスをへて、国際収支の使用料収入を増大させ、結果的に経済成長に貢献しうる否かを検証してみた。日本の保護政策の歴史的な変遷を1990年代半ばから個々の法改正という形で振り返ると、かなり多くの改正を繰り返し、現在に至っていることがわかる。

それらの保護政策の効果が、国際収支における知的財産権・産業財産権使用料の受取に直接的に現れている可能性があり、本章ではその点を検証した。その結果、1990年代後半からの数次にわたる法改正の中で、使用料の受取に影響を与えた可能性のある保護政策としての法改正を明らかにした。また、その受取は特許登録件数と密接な関係を持っていることをデータにより明らかにした。この結果は、特許保護政策が特許登録に影響を与え、それが使用料受取の増加を引き起こす可能性を示唆している。

最後に、どの特許保護政策としての法改正が特許登録に影響を与えたかを検討してみた。

2016年の産業財産権使用料の収支は3兆円ほどの黒字であり、知的財産権使用料の収支は2.1兆円の黒字である。GDPは500兆円規模であるから、その構成比は0.4%程度に過ぎない。このことから、知的財産権の保護が経済成長に直接貢献する規模はまだかなり小さいといえる。しかしながら、産業財産権に関する黒字の規模としては、10数年で5倍強増大している。仮にこの実績を今後も持続することができるならば、GDPの3%を構成することも不可能とはいえないだろう。したがって、今後も引き続き保護政策の強化と研究開発の促進を図ることは、特許登録等の増加を通じて、日本の今後の経済成長を促すためには不可欠であるといえる。本研究の政策的含意はまさにこの点にある。

本研究における残された課題としては、第一には、登録件数と受取額との因果関係を計量経済学的に分析してみることも必要であると考えられる。第二には、個々の法改正の影響をさらに詳細に検討していくことも必要であろう。第三には、知的財産権保護政策の経済成長への間接効果として、研究開発が付加価値の高い生産の増加を通じてGDPを増大させる効果をも組み込んだ計量モ

デルでの分析も必要と考えられる。これらを今後の研究課題として指摘し、むすびにかえることとする。

以上

表 1 法改正の推移 その 1

年	国内の政策	目的	内容	施行日	条約関係
1994年 12月14 日	特許法等の一部を改正する法律（平成6年法律第116号）公布	TRIPS協定第2部第5節（第27条～第34条）の規定等に対応するため	特許法改正 ①特許権の効力範囲の拡大（実施行為の追加）（特許法2条）95＝特① ②新規性喪失の例外規定の整備（同法30条）95＝特② ③特許対象分野の拡大（不特許事由削除）（同法32条）95＝特③ ④パリ条約の例による優先権主張（同法43条の2）95＝特④ ⑤特許権の存続期間の延長（同法67条）95＝特⑤ ⑥裁定実施権の取消条件及び移転条件についての改正（同法90条）	1995年 7月1日	WTO（World Trade Organization 世界貿易機関）のTRIPS協定妥結 商標法条約が採択される
		TRIPS協定第2部第3節（第22条～第24条）の規定等に対応するため	商標法改正 ①ワイン及びスピリッツの地理的表示の追加的保護（商標法4条1項17号） ②WTO加盟国に係る紋章及び印章等の保護（同法4条1項4号及び5号） ③冒用した商標についての拒絶査定（15条）	1995年 7月1日	
		日米包括経済協議（1993年宮沢・クリントン間で合意）における知的所有権分野での合意（1994年8月）に対応するため	特許法改正 ①外国語による出願と翻訳文の提出の許容（特許法36条の2、41条） ②翻訳文を審査対象とする規定（特許法29条の2） ③出願継続中の誤訳の訂正（特許法17条の2第2項等） ④拒絶・無効理由（特許法49条1項1号、5号、6号、55条、123条1項1号）	1995年 7月1日	
	迅速な権利付与の実現および国際的制度的調和のため	特許付与後の異議申立制度への移行（特許法103条等）	1996年 1月1日		
1995年 11月15 日	科学技術基本法（平成7年法律第130号）公布・施行	科学技術基本計画策定のため	(1) 科学技術振興のための方針について規定。 (2) 科学技術振興に関する国・地方公共団体の責務を規定。 (3) 科学技術振興施策を総合的、計画的に推進するため、政府において、科学技術会議の議を経て、科学技術基本計画を作成すべきことを規定。また、政府は、科学技術基本計画について、その実施に関し必要な資金の確保を図るため、必要な措置を講ずるよう努めることを規定。 (4) 国が講ずべき施策について規定。		WTO（World Trade Organization 世界貿易機関）発効 TRIPS協定発効 標章の国際登録に 関するマドリッド 協定議定書発効 （2000年3月14日、 日本について効力 発生）
1996年	科学技術基本計画策定				商標法条約が日本以外に対して発効

出所）特許庁『産業財産権法（工業所有権法）の解説【平成6年法～7年法】』

表 1 法改正の推移 その 2

年	国内の政策等	目的	内容	施行日	条約関係
1996年	商標法の一部を改正する法律（平成8年法律第68号）公布	商標法条約に対応する手続きの簡素化・国際調和及び時代に即した国内制度の見直しのため	商標法改正 ①商標法条約に対応した工業所有権法の改正（商標法6条、5条、19条、20条等） 97=商① ②不使用商標対策（商標法50条、54条） ③早期権利付与の確保（商標法43条以下） ④著名商標等の保護（商標法4条19号） ⑤立体商標制度の導入（商標法2条4項） ⑥団体商標制度の導入（商標法7条、11条等） ⑦商標権侵害に係る法人重課（罰則の強化）（商標法82条） 97=商⑦ ⑧登録料等の現金納付制度の導入（商標法40条等） ⑨指定商品の書換制度の導入（商標法2条）	①～⑦ 1997年4月1日 ⑧1996年10月1日 ⑨1998年4月1日	
同年12月	「21世紀の知的財産権を考える懇談会」設置				
1997年4月7日	「21世紀の知的財産権を考える懇談会」（座長：有馬朗人理化学研究所理事長（当時））		提言 （1）知的財産権の「広い保護」、（2）知的財産権の「強い保護」 （3）大学・研究所の「知的財産権信仰」、（4）「特許市場」の創設 （5）「電子パテント」の実現、（6）「発展途上国協力」の促進 （7）「世界共通特許」への道、（8）「知的財産政策」の国家的取組		商標法条約が日本について発効（4月1日）
1998年5月6日	特許法等の一部を改正する法律（平成10年法律第51号）公布	権利の早期保護に加え、侵害に対する救済制度の整備のため	特許法の改正 ①逸失利益立証の容易化（特許法102条1項） 99=特① ②具体的事情を考慮した実施料相当額の認定（特許法102条3項） 99=特② ③侵害罪の非親告罪化（特許法196条等） 99=特③ ④侵害罪についての法人重科の導入（特許法201条） 99=特④ ⑤無効審判の理由補充の制限 ⑥出願公開前の拒絶査定確定出願についての先願の地位の見直し（特許法39条） 99=特⑤ ⑦優先権書類のデータの交換（特許法43条等）	1999年1月1日	
			意匠法の改正 ①部分意匠の保護（意匠法2条） ②創作容易性の要件（意匠法3条） ③先願意匠の一部と同一又は類似の後願意匠の保護除外（意匠法3条の2） ④機能確保に不可欠な形状のみからなる意匠の保護除外（意匠法5条） ⑤組物の意匠制度の見直し（意匠法8条） ⑥先後願の判断における拒絶査定出願等の取り扱いの見直し（意匠法9条、28条、29条の2、66条） ⑦類似意匠制度の廃止と関連意匠制度の創設（意匠法10条、21条、22条、27条等）	1999年1月1日	

出所) 特許庁「産業財産権法（工業所有権法）の解説【平成8年法～10年法】」

表 1 法改正の推移 その 3

年	国内の政策等	目的	内容	施行日	条約関係
1999年 5月14	「特許法等の一部を改正する法律」(1999(平成11)年法律第41号)公布	特許制度につき、「広く強く早い保護」の実現を図る	特許法改正 ①出願審査の請求期間の短縮(特許法第48条の3等) ②特許出願人の請求による早期出願公開の導入(特許法第64条等) 00=特② ③特許権の存続期間の延長登録出願の条件の見直し(特許法第67条等) ④判定等の手続の整備(特許法第71条等) ⑤特許権等の侵害に係る訴訟における救済措置の整備(特許法第105条の3等) 00=特⑤ ⑥特許料等の引下げ(特許法第107条等) 00=特⑥ ⑦詐欺行為及び虚偽表示罪の罰則の見直し(特許法第201条等) 00=特⑦ ⑧特許等の要件の見直し(特許法第29条等) 00=特⑧ ⑨特許出願等の分割又は変更に係る書面又は書類の提出の省略(特許法第44条等) 00=特⑨ ⑩訂正請求の見直し(特許法第120条の4様) 00=特⑩	①2001年10月1日 ②～⑩ 2000年1月1日	
		商標の国際的保護を図るため、商標の国際登録制度(マドリッド協定議定書)に加入することとし、所要の整備を行う	商標法改正 ①国際登録出願手続を新たに規定(商標法68条の2～68条の8) ②外国からの国際登録出願は国内の商標登録出願とみなす規定を整備(商標法68条の9～68条の20) ③国際登録された商標権に対する特例を規定(商標法68条の21～68条の31) ④国際登録が取り消された場合の救済措置を規定(商標法68条の32～68条の39) ⑤設定登録前の商標に基づく金銭的請求権(商標法第13条の2) 00=商⑤ ⑥商標登録出願の出願公開の導入(商標法第12条の2) ⑦商標登録出願の区分の数を減ずる補正の時期の拡大(商標法第68条の2、第68条の40)	2000年3月14日	
2000年	意匠・商標・審判手続の電子化				特許法条約締結マドリッドプロトコルが日本について発効
2001年 10月	「産業競争力と知的財産を考える研究会」(委員長:阿部博之東北大学総長)	2004年度以降の審査請求件数は大きく増加。一次審査件数も増加。			
2002年 2月4日	小泉内閣総理大臣(当時)施政方針演説「知的財産立国」宣言		「世界最高水準の「科学技術創造立国の実現に向け、人の遺伝子情報の医療への応用、極めて微小なレベルでの新材料開発など、最先端の戦略的研究分野に重点的に取り組みます。併せて、産学官の連携の推進、地域における科学技術の振興を図ってまいります。我が国は、既に、特許権など世界有数の知的財産を有しています。研究活動や創造活動の成果を、知的財産として、戦略的に保護・活用し、我が国産業の国際競争力を強化することを国家の目標とします。このため、知的財産戦略会議を立ち上げ、必要な政策を強力に促進します。」と発言		
同年 7月3日	知的財産戦略会議が知的財産戦略大綱を取りまとめ	知的財産立国実現のため	基本的方向 (1) 創造戦略、(2) 保護戦略、(3) 活用戦略、 (4) 人的基盤の充実、(5) 実施体制の確立		
同年 7月5日	知的財産基本法準備室設置				

出所) 特許庁『産業財産権法(工業所有権法)の解説【平成11年法】』

表 1 法改正の推移 その 4

年	国内の政策等	目的	内容	施行日	条約関係
同年 4月17 日	特許法の一部を改正する法律（平成14年法律第24号）公布	社会経済の変化を契機として、特許権等の効力範囲のあり方の見直しを行う制度の国際調和、出願人の負担軽減、特許庁における審査効率化のため、特許等の出願方式の見直しをはかる	特許法改正 ① 発明についての実施の定義の見直し （特許法2条）02=特① ② 特許権の侵害とみなす行為の拡充 （特許法101条）03=特② ③ 国際特許出願に係る手続の整備 （特許法184条の3、184条の4等）02=特③、02=特③	①、③ 2002年 9月1日 ②2003 年 1月1日	
			商標法改正 ① 標章についての使用の定義の見直し （商標法2条3項） ② マドリッド協定の議定書に規定する国際登録に係る手続の整備 （商標法68条の30、68条の35）	①2002 年 9月1日 ②2003 年 1月1日	
			意匠法改正 ① 侵害とみなす行為の拡充 （意匠法38条）	①2002 年 9月1日	
同年 12月4 日	知的財産基本法（平成14年法律第122号）公布			2003年	
2003年 3月1日	知的財産戦略本部発足（18日初会合）				ジュネーブ改正協定が日本以外に対して発効
同年7 月	知的財産推進計画2003策定				
同年 5月16 日	特許法の一部を改正する法律（平成15年法律第47号）公布	「知的財産戦略大綱」（平成14年7月知的財産戦略会議決定）実施のため	特許法の改正 ① 特許関連料金制度の改正 （特許法107条、195条等） 04=特① ②付与後異議申立て制度を廃止し、無効審判制度へ一本化 （特許法123条） ③無効審判制度の手続きの簡素化（特許法131条、133条等）	①2004 年 4月1日 ②、③ 2004年 1月1 日	
			その他の改正 ① 国際的権利取得の円滑化 （国際出願法2条）04=他①	2004年 4月1日	
2004年 6月	知的財産高等裁判所設置法公布				
同年 6月4日	「特許審査の迅速化等のための特許法等の一部を改正する法律」（2004（平成16）年6月4日、法律第79号）	「知財立国」の実現を図り、特許審査の迅速化等に必要な立法措置を講ずるため	特許法の改正 ① 実用新案権に基づく特許出願制度の導入 （特許法46条の2）05=特① ② 職務発明に関する改正 （特許法35条3項及び5項） 05=特②	2005年 4月1日	
			その他の改正 ①インターネットによる公報の発行（特例法2条） ②指定調査機関制度等の見直し（特例法18条他） ③特定登録調査機関制度の導入（特例法39条2） ④予納制度を利用した特許料等の返還（特例法14条）	①2005 年 4月1日 ②、③ 2004年 10月1 日 ④2004 年 6月4日	

出所) 特許庁『産業財産権法（工業所有権法）の解説【平成14年法～16年法】』

表 1 法改正の推移 その 5

年	国内の政策等	目的	内容	施行日	条約関係
2005年 4月	知的財産高等裁判所 設立 インター ネット出願 開始				特許法条約発効 (日本は未加入 (当時))
同年	特許データ ベース“Stra Vision” 『IIP特許 データベ ース』の導入				
同年	商標法の一 部を改正す る法律(平 成17年法 律第56号)		地域団体商標制度の導入	2006年 4月1日	
2006年	意匠法等の一 部を改正す る法律 (平成18年 法律第55 号)		特許法改正 ①特許出願の分割出願が可能な時期の追加 (特許法44条) 07=特① ②国際出願の際の日本語翻訳文の提出期限延長 (特許法17条の3等) 07=特②	①、② 2007年 4月1日	
			商標法改正 ①役務商標制度の導入(商標法2条2項) ②団体商標の主体に社団を追加(商標法7条1項)	①2007 年 4月1日 ②2006	
			意匠法改正 ①意匠権の存続期間を15年から20年に延長(意匠法21条) ②意匠権の保護対象の拡大(意匠法2条) ③意匠の類似判断基準の明確化(意匠法24条) ④関連意匠や部分意匠の出願期限の延長(意匠法10条) ⑤秘密意匠制度の請求可能時期の追加(意匠法14条) ⑥意匠の新規性喪失の例外に関する書類提出期限延長 (意匠法4条)	①～⑤ 2007年 4月1 日 ⑥2006 年 9月1 日	
2008年 4月18 日	特許法等の一 部を改正す る法律 (平成20年 法律第16 号)公布	知的財産権 の戦略的な 活用を促進 するため 知的財産権 の迅速かつ 適正な権利 の保護のた めの環境整 備を図るた め	特許法改正 ①通常実施権等登録制度の見直し(特許法34条の2～) 09= 特① ②不服審判請求期間の見直し (特許法121条、17条の2等) 09=特② ③優先権書類の電子的交換の対象国の拡大(特許法41条) ④特許関係料金の引き上げ(特許法43条)	①、 ②、③ 2009年 4月1日 ④2008 年 6月1日	
			商標法改正 ①不服審判請求期間の見直し(商標法16条の2第3項) ②特許・商標関係料金の引き上げ(商標法40条)	①2009 年 4月1日 ②2008 年6月1 日	
			意匠法 ①不服審判請求期間の見直し(意匠法13条1項)	2009年 4月1日	
			その他の改正 ①料金納付の口座振替制度の導入(特例法)	2009年 1月1日	

出所) 特許庁『産業財産権法(工業所有権法)の解説【平成17年法～18年法】』

特許庁『平成18年法律改正(平成18年法律第55号)解説書』

特許庁『平成20年法律改正(平成20年法律第16号)解説書』

表 1 法改正の推移 その 6

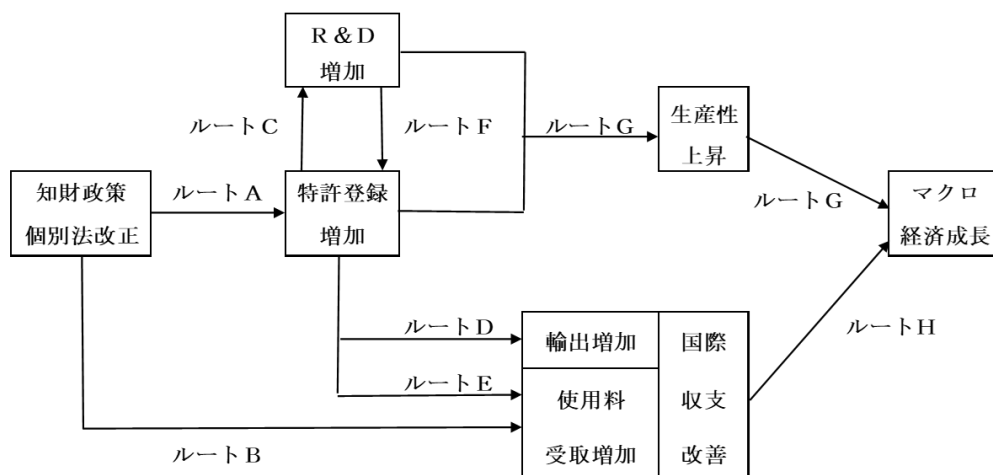
年	国内の政策等	目的	内容	施行日	条約関係
2011年 6月8日	特許法等の一部を改正する法律（平成23年法律第63号）公布	ライセンス契約の保護強化 共同研究等における発明者保護 ユーザーの利便性の向上 知的財産をめぐる紛争を迅速・効率的に解決するための審判制度の見直し	特許法改正 ①通常実施権等の対抗制度の見直し（特許法99条、34条の5） ② 冒認出願等に係る救済措置の整備 （特許法74条、79条の2等） 12=特② ③審決取消訴訟提起後の訂正審判の請求の禁止（特許法126条） ④特許料等の減免に係る関係法令の見直し（特許法109条、195条の2） ⑤ 発明の新規性喪失の例外規定等の見直し （特許法30条） 12=特⑤ ⑥ 出願人・特許権者の救済手続の見直し （特許法36条の2） 12=特⑥ ⑦再審の訴え等における主張の制限（特許法104条の4） ⑧審決の確定の範囲等に係る規定の整備（特許法） ⑨無効審判の確定審決の第三者効の廃止（特許法）	2012年 4月1日	
			商標法改正 ①商標権消滅後一年間の他人の登録排除規定の廃止 ②再審の訴え等における主張の制限（商標法38条の2）	2012年 4月1日	
			意匠法改正 ①意匠料金の見直し（意匠法） ②冒認出願等に係る救済措置の整備（意匠法26条の2等）	2012年 4月1日	
			その他の改正 ①料金の見直し（国際出願法18条）	2012年 4月1日	
2014年 5月14日	特許法等の一部を改正する法律（平成26年法律第36号）公布	「日本再興戦略」及び「知的財産政策に関する基本方針」（いずれも平成25年6月閣議決定）を踏まえ、今後10年間で世界最高の「知財立国」を目指す。 知的財産の更なる創造・保護・活用を資する制度的・人的基盤を早急に整備するための措置を講ずる	特許法の改正 ①救済措置の拡充等（特許法30条、43条、44条） ②特許異議の申立て制度の創設（113～120条等）	2015年 4月1日	
			意匠法の改正 ① 意匠の国際登録に関するハーグ協定のジュネーブ改正協定を適切に実施するための規定の整備（国際出願を可能とする改正） 15=意①	①2015年 5月13日	
			商標法の改正 ① 保護対象の拡充 （色彩と音の追加及び使用方法の追加）（商標法2条1項、2条3条9号及び10号、3条、4条等） 15=商① ②地域団体商標の登録主体の拡充（商標法7条の2）	①2015年 4月1日 ②2016年 8月1日	
弁理士法の改正 ①弁理士の使命の明確化 ②弁理士の業務の拡充 その他 ①「特許協力条約」に基づく国際出願の手数料のうち他国の特許庁等に対する手数料について、特許庁に対する手数料と一括で納付するための規定の整備（国際出願法18条等）	2015年 4月1日				
2015年 7月10日	特許法等の一部を改正する法律（平成27年法律第55号）公布 平成28年4月1日まで施行	知的財産権に関する国際的な制度調和等を実現するため特許法条約及び商標法に関するシンガポール条約の実施のため	特許法改正 ① 職務発明制度の見直し （特許法35条2項、同条4項～6項） 16=特① ②特許料の改定（特許法107条） ③ 特許法条約の実施のための規定の整備 16=特③、16=特③ （特許法5条、36条の2、43条、38条の2等）	2016年 4月1日	ジュネーブ改正協定（ハーグ協定）が日本に対して発効
			商標法改正 ①登録料の改定（商標法40条、41条の2、65条の7） ② 商標法に関するシンガポール条約の実施のための規定の整備 （商標法9条、41条等） 16=商②	2016年 4月1日	
2016年 6月11日					商標法に関するシンガポール条約に加入、日本について発効
2017年					

出所) 特許庁『平成 23 年法律改正（平成 23 年法律第 63 号）解説書』

特許庁『平成 26 年法律改正（平成 26 年法律第 36 号）解説書』

特許庁『平成 27 年法律改正（平成 27 年法律第 55 号）解説書』

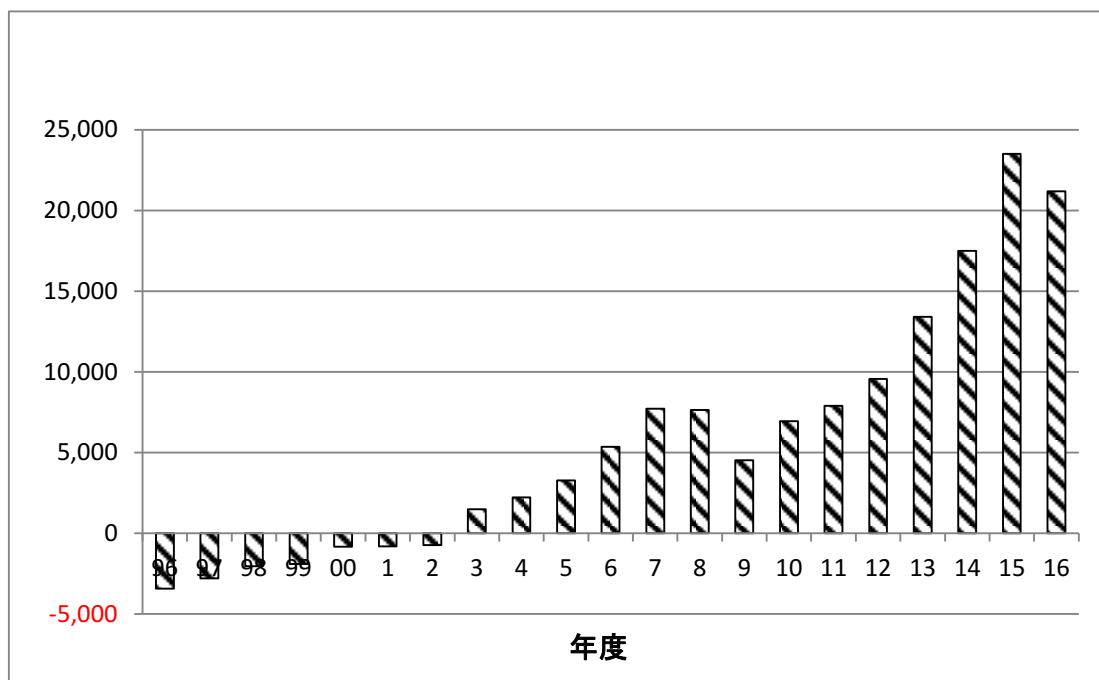
図 3.1 知財政策の経済効果ルート：概念モデル



- ルート I : A→C→F→G
- ルート II : A→C→F→D→H
- ルート III : A→C→F→E→H
- ルート IV : A→D→H
- ルート V : A→E→H
- ルート VI : B→H

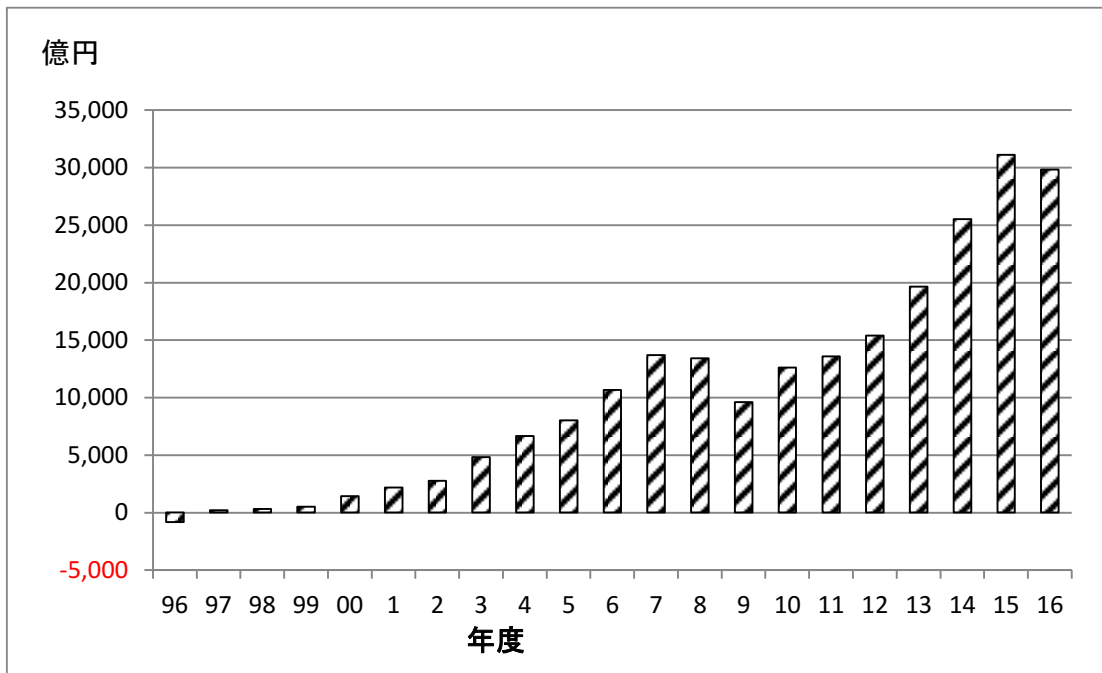
筆者作成

図 3.2 知的財産権収支（単位：億円）



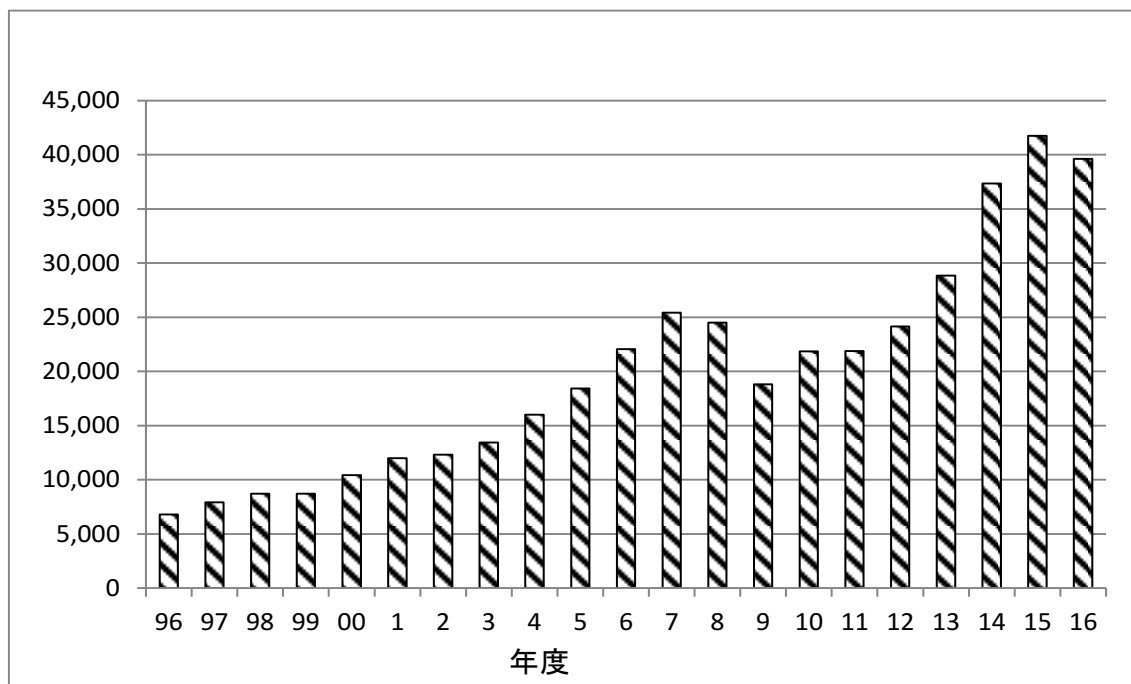
出所) 国際収支統計 (日本銀行)

図 3.3 産業財産権収支（単位：億円）



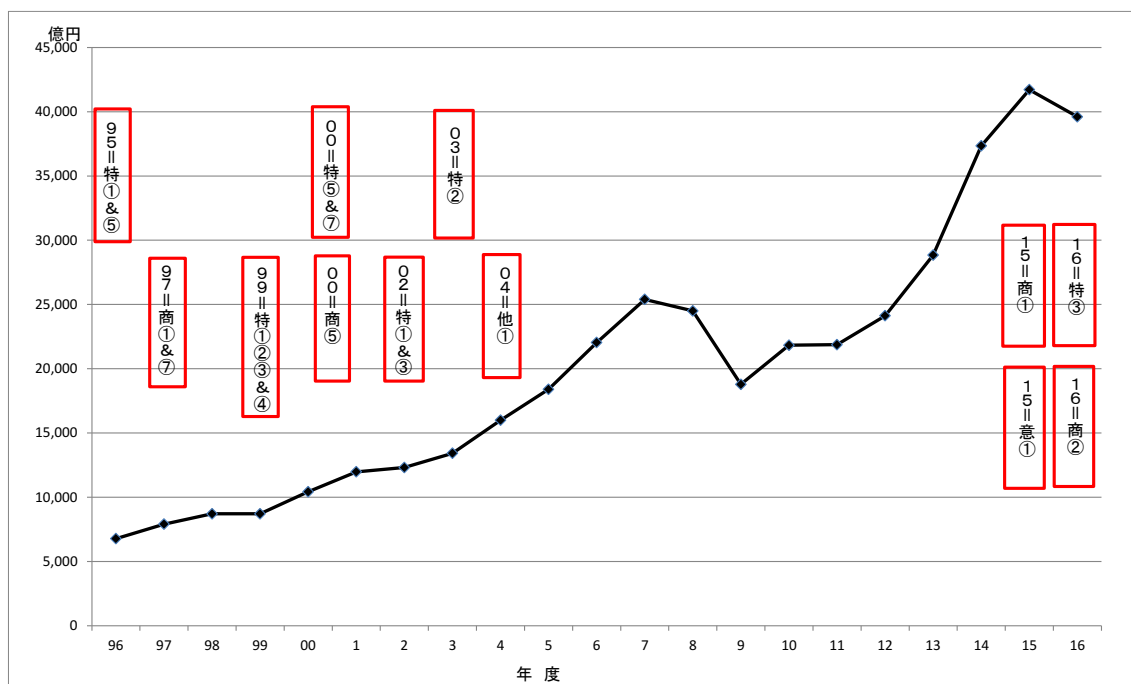
出所) 図 1 と同じ

図 3.4 産業財産権使用料の受取



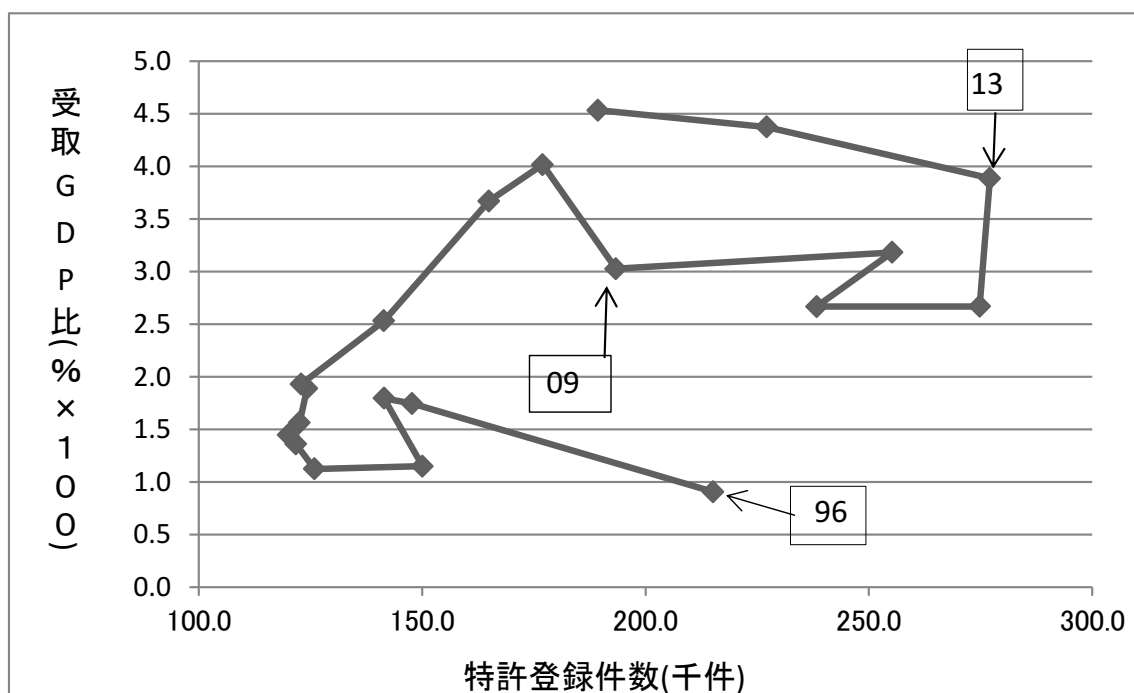
出所) 図 1 と同じ

図 3.5 産業財産権使用料の受取と知財保護政策



出所) 使用料受取は図 1 と同じ。法改正は表 1 と同じ。

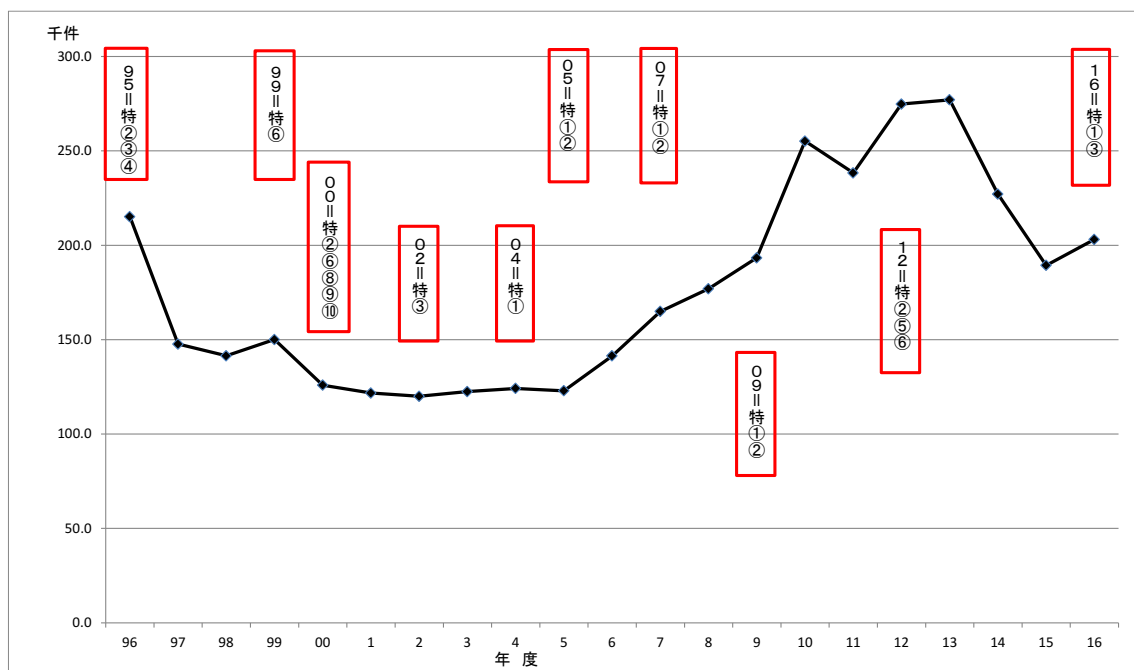
図 3.6 特許登録件数と産業財産権使用量の受取



	相関係数	傾き
全期間	0.5567	0.0119
97-08	0.7847	0.0391
参考		
97-08&14-15	0.8689	0.0339

出所) 特許登録件数は「特許行政年次報告書」(96年～16年) 使用料受取は図1と同じ

図 3.7 特許登録件数と特許保護政策



出所) 特許登録件数は図5と同じ。法改正は表1と同じ。

第4章 著作権制度と孤児著作物問題

4.1 はじめに

産業財産権政策と同様に、著作権制度についても多くの法改正が歴史的に行われてきているが、国際収支をみると、日本における著作権使用料収支は赤字が続いている。収支がマイナスとなる原因は他稿にゆずることとし、本章では、現在著作権制度上問題となっている孤児著作物問題について、その利用を促進する施策について検討する。

デジタル・ネットワーク化が進む現代社会において、情報の有用な利用を促進し、歴史的・文化的遺産を保存するため、知のインフラとしてのデジタル・ライブラリーの必要性が国際的に認識されている。しかしながら、著作権法で保護された作品を適法に利用するためには、原則として事前に著作権者の許諾を取得することが必要であるところ、著作権者の許諾を得ようにも、著作権者の身元や所在が不明の著作物が数多く存在し、デジタル・ライブラリーを構築する際の大きな障壁となっている。このような権利者不明の著作物は、孤児著作物（Orphan Works）と呼称され、国際的に解決するための取組みがなされてきた。

現在においても、孤児著作物の問題を解決するための独立した国際条約は存在していない。そのため、各国の国内法による解決が試みられている。例えば日本では、著作権法67条に規定される裁定制度があり、孤児著作物について、利用者が相当な努力を払っても著作権者から利用許諾を得ることができない場合には、文化庁長官の裁定により、著作物の利用が認められる。しかしながら、一度に大量の資料を扱うデジタル・ライブラリーの構築を念頭に置いた規定ではなく、十分な活用がなされていないという現状がある。

これに対してEUでは、デジタル・ライブラリーの構築を前提として、2012年に孤児著作物指令が出された。これは、域内での国境を越える孤児著作物の利用の促進を目的として、図書館等が公益的な目的を達成するために行う特定の複製行為を認めるものである。EU構成国では、指令を受けて、著作権の制限・例外規定と相互承認規定を包含する国内法の整備が進められてきた。

一方、伝統的に公衆の利用という公益の実現に重きを置く米国の場合は、孤

児著作物を利用可能とする規定が多い。例えば、公益目的で情報の共有を促進するためのフェア・ユースや、後に権利者が現れた場合の救済の制限規定がそれに当たる。

また上記のとおり孤児著作物について各国で取組みがなされているが、これらは既存の条約による一定の制限を受けている。例えば、権利の制限・例外規定を設ける場合には、ベルヌ条約に定めのあるスリー・ステップ・テストを充足する必要がある。

現在、孤児著作物に関する先行的な研究として、各国の制度を整理・分類するものや、ベルヌ条約の解釈から可能な範囲で柔軟な解決策を導こうとするものがあるが、結論として日本への示唆に留めるものが多く、具体的な施策を提言している論文はあまり見当たらない。そこで本稿は、孤児著作物の円滑な利用を促進するための先進的な取組みを行っている国と日本の制度を比較し、条約との関係性に留意しながら、次の2つの点を明らかにすることを目的とする。まず、日本において公益を目的とする孤児著作物の利用を促進するための具体的な施策とは何か、そして、デジタル・ライブラリー構築に向けた国際的な孤児著作物の利用を促進するための施策とは何か、について提言する。

本章の構成は、次の通りである。まず、次節 4.2 においてデジタル・ライブラリーを構築する意義や問題の所在を明らかにし、4.3 において、EU の孤児著作物指令とそれを受けた EU 構成国の動き、そして米国著作権法制度を整理し、日本の既存の制度との相違点を分析する。4.4 では、国内法を整備する際の制約となるベルヌ条約上の要件の解釈についての整理を行う。4.5 では、日本において孤児著作物を円滑に利用するための施策を提言するとともに、国際的な条約の締結の可能性について言及する。おわりに、孤児著作物の営利目的での利用を視野に入れた、今後の法の在り方について展望し、結びとする。

4.2 問題の所在

4.2.1 デジタル・ライブラリーの歴史的背景

4.2.1.1 デジタル・ライブラリーとは

デジタル・ライブラリーの概念が発生したのは1970年代と言われているが⁷³、今日、その定義は多様であり、確立された一つの定義は存在していない。日本において議論される際には、デジタル・アーカイブ⁷⁴とも呼称されるが⁷⁵、国際的にデジタル・ライブラリーという呼称が一般的に用いられており⁷⁶、利用者の立場からも役割や内容が認識され易いと考えられるため、本稿においては、デジタル・ライブラリーという呼称に統一して論述する。

本稿において構築されるべきデジタル・ライブラリーとは、教育や研究活動のための情報へのアクセスの促進や、歴史的・文化的遺産の保護を目的として、人間の知的活動に利用されるデジタル化された資料や情報の集合を記録し、保存し、インターネットを介して利用するための機関またはシステムである。したがって、図書館の資料を単にデジタル化しただけでは、デジタル・ライブラリーが構築されたとはいえず、利用者が有用な情報にアクセスし、閲覧し、その利活用が容易に行えることが必要となる。

デジタル・ライブラリー構築の効果として、あらゆる利用者が、あらゆる場所からインターネットを介して有用な情報にアクセスすることが可能となる。そして、デジタル・サーチを利用した特定研究の効果的な遂行が可能となり、また、不特定多数の利用に供することのできない極めて貴重な資料をデジタル保存することで、多くの利用者が貴重資料を閲覧・利用することが可能となる⁷⁷。国際的な観点からは、日本の文化的遺産をデジタル化し、世界へ発信することで、国際社会における日本文化の理解に繋がる効果が期待されている⁷⁸。

4.2.1.2 国際的な動き

国際的にデジタル・ライブラリーの概念が認識されるきっかけとなったのが、1995年にブリュッセルで開催されたG7情報社会に関する関係閣僚会合⁷⁹である。本会合では、国際的に文化遺産に対するマルチメディアアクセスを可能とするための計画が合意された。本会合で合意された11項目の中の 하나가「エレクトロニック・ライブラリー・プロジェクト」であり、現在のデジタル・ラ

イブラリー構想の基盤となる概念が初めて提示された⁸⁰。

エレクトロニック・ライブラリー・プロジェクトは、その後の G8 でも引き続き議論が進められ⁸¹、各国におけるデジタル・ライブラリーに関する情報を共有し、デジタル・ライブラリーの国際的協力を推進する役割を果たしてきたが、各国における独立した事業の進展、あるいは複数国間での協力事業における目覚ましい成果が見られるようになってきたため、2005年に当該プロジェクトは終了している。

その後、各国の国立図書館や、民間企業が主導となり、デジタル・ライブラリー構築のための取組みがなされているが、まったく国際的な動きが見られない訳ではない。例えば、国際図書館連盟（以下、IFLA と称する。）は、世界知的所有権機構（WIPO）や世界貿易機構（WTO）等の諸機関と連携しながら、図書館の国際的な発展を目指した活動をしている⁸²。また、米国議会図書館（LC）と国際連合教育科学文化機関（UNESCO）等が取り組んできた「ワールド・デジタル・ライブラリー」は、LC、UNESCO の他、世界 34 機関によって手稿や貴重書が提供されている。日本の国立国会図書館からは 15 件のコンテンツが選ばれ、画像や解説を閲覧することができる⁸³。

4.2.1.3 阻害要因の整理

デジタル・ライブラリーの必要性が認識され始め、その構築に着手された初期の段階において、主に以下で述べる 3 つの阻害要因が存在していた⁸⁴。

第 1 の要因として、科学技術や情報基盤が未発達であったことが挙げられる。具体的には、大量データの保存容量の不足や、それらの情報を集中管理する基盤が存在しなかったことが指摘されている⁸⁵。

第 2 の要因は、経済面の問題である。1990 年代、インターネットは普及しつつあったものの、家計の経済状況や利用頻度の観点からみて、個人でそれを活用できる利用者はそれほど多くはなかった。更に、大量の情報をデジタル化するためには、人件費や設備費に多額の費用がかかったため、なかなかデジタル化自体が進まなかった⁸⁶。

第 3 の要因として、著作権の複雑な権利関係の処理の問題があった。図書館の所蔵資料をデジタル化するためには、著作権法上、著作権者の許諾を得るこ

とが原則である。大量の資料のデジタル化を行うためには、大量の著作権について著作権者から許諾を得る必要があった。このとき、著作権者の身元や所在が不明の著作物について、許諾が得られないことが、デジタル化を進める上で決定的な障壁となっていた。

前述した①の科学技術・情報基盤や②の経済面の阻害要因は、その後 20 年内の技術の発達に伴う HDD 容量の増加や高速インターネット回線の一般化、スマートフォンやタブレット型 PC の普及によって、概ね取り除かれたといえるだろう。したがって、デジタル・ライブラリーの構築のために現在残されている最大の問題は、第 3 の要因として指摘した著作権の複雑な権利関係の処理の問題であるといえる。

著作権で保護された著作物を適法に利用するためには、原則として事前に著作権者の許諾を得ることが必要とされることは既に述べたが、許諾を得ようにも、著作権者の身元や所在が不明の著作物が多数存在する。このような権利者不明の著作物は、孤児著作物 (Orphan Works) と呼ばれ、国際的にも様々な文脈で重要視され⁸⁷、その解決策が模索されている。

4.2.3 孤児著作物問題

4.2.3.1 定義

孤児著作物とは、欧州委員会による定義によれば、著作権者の身元または所在を確認することが困難あるいは不可能な、著作権者によって保護されている作品⁸⁸をいい、表現に多少の差異は見られるものの、国際的に統一的な理解がされているといえる。例えば、米国著作権局は、著作権によって保護された作品の権利者が、当該作品の利用許諾を求める利用者によって、身元の特定または所在の確認が困難な状態にある作品と定義している⁸⁹。

日本の著作権法には、孤児著作物という用語は存在していないが、「著作権者の不明その他の理由により相当な努力を払ってもその著作権者と連絡することができない」著作物について、適法な利用を確保するための裁定制度が認められている (著作権法 67 条)⁹⁰。裁定制度は、「孤児 (Orphan) となった著作物を発掘し、利用可能とするところに、本来の意義がある」⁹¹とも言われており、孤児著作物が違法状態で利用されることを防止することが法律上想定されてい

る⁹²。

孤児著作物問題の核心は、利用者が著作権者に対して利用の許諾を求めるためのアクセスができないことである。そのため、著作権者に連絡し、利用の許諾を求めたにも関わらず、許諾あるいは返答を得られなかった場合は、孤児著作物の問題とはならない。なぜなら、著作権者の身元または所在は特定され、一応のアクセスが可能だからである。同様に、集中処理機関が問題となる著作物の管理権限を有しているような場合等、利用の許諾を得るための手段が確保されているときも、孤児著作物の問題とはならない⁹³。

4.2.3.2 問題の規模と現状

著作物は、社会に利用されてこそ大きな価値を持ちうるものであるが、孤児著作物の多くは、その利用がなされないまま放置されているのが現状である。利用の需要がある一方で、供給のための有効な手段がないことは、公益的な観点から見て適切ではないだろう。

例えば、日本では 2014 年時点で国立国会図書館に所蔵されていた明治期刊行図書の全体の 7 割に相当する 51,712 名の著作権の有無が不明であった。その後、後述する文化庁長官による裁定を経て、38,794 名（全体の 53 パーセント）の作品についてはデジタル化を完了し、あらゆる利用者がインターネットを介して利用することが可能となった⁹⁴。しかしながら、外国作家等 13,000 名分以上の貴重な書籍は、著作権者の探索のための調査が困難であったため、公開が断念される結果となり、利用がされないままとなっている⁹⁵。

他方、世界に目を向けると、英国図書館（British Library）では、所蔵されている図書 1 億 5 千万点の内、著作権の有無が不明な著作物の 40% が孤児著作物であると推定されている⁹⁶。また、米国学術図書館では、所蔵資料の約 50% が孤児著作物という推計もある⁹⁷。

国際的に存在する孤児著作物の数や規模は、現在の調査によっても明らかになっていないが、図書館等の機関に所蔵されている資料に、孤児著作物が占める割合は少なくない。そして、これらの大量の孤児著作物は、著作権者の検索のために多大な時間的・経済的費用を要することや、無許諾で利用した場合の訴訟リスクがあることから、利用されずに放置されているのが現状である。

4.2.3.3 孤児著作物の発生原因

既存の孤児著作物が放置されているのに加え、今後も孤児著作物は増加していく可能性が高い。孤児著作物が発生する原因として、以下の3つが挙げられる。

まず、著作物の国際的保護のための多国間条約である「文学的および美術的著作物の保護に関するベルヌ条約 (Berne Convention for the Protection of Library and Artistic Works)」(以下、ベルヌ条約と称する。)に規定されている無方式主義である⁹⁸。著作権の発生には特許権のような登録審査がなく、著作物の創作と同時に権利が発生する。登録が権利発生要件とならないことにより、著作権が誰に帰属しているかが不明となりやすい。そして、住所変更や事業終了、相続等を原因とした著作権者側の情報の変更が生じた場合には、権利の所在の特定がより困難となる⁹⁹。

次に、著作権の保護期間が長期であることが挙げられる。保護期間が終了した著作物は、パブリック・ドメイン(共有財)となり、著作権者の許諾なく、あらゆる人が利用することができる。日本における著作権の保護期間は著作物の死後50年であるが、英米では著作権者の死後70年、メキシコでは著作物の死後100年となっている。著作物の死後も長期間にわたり保護期間が存続することで、保護期間が終了するまでの間に著作権者が不明確となり易い。さらに、保護期間は長期化の傾向にあるため、今後も著作権者が保護期間の存続中に不明になる可能性は高まっている。

特に現在、TPP協定の交渉で日本が著作権の保護期間を20年延長するか否かが議論されており¹⁰⁰、今後日本において一層孤児著作物が増加する可能性が懸念される。この点について、仮に権利保護期間が延長された場合、過去の著作物の利活用に支障が生じないようにする必要がある¹⁰¹。

そして今日、インターネット上で無秩序に情報が流通し、改変されることもあり、プライバシー保護の要請が強まっている。対応策としての個人情報へのアクセス制限により著作権者の所在情報の入手が困難になっている。このように、インターネットの普及も孤児著作物の発生を助長する原因と考えられている¹⁰²。

4.2.4 小括

本章では、デジタル・ライブラリーを構築する意義と、その際に障壁となる孤児著作物の問題の本質を整理した。歴史的に図書館は、知の集積と利活用を推進するという知のインフラとしての役割を担ってきた。高度情報化が進み、図書館のあり方に変化が必要とされる中で、知のインフラとしての図書館本来の役割を維持するためにも、デジタル・ライブラリーが構築されることには意義があるだろう。

その中で、デジタル・ライブラリーの構築の際の障壁となる孤児著作物の問題は、著作権者の権利の保護と、公衆の利用の利益の間で生じている問題である。どのように権利の保護又は制限をして、公衆の利用を確保するかは、各国の著作権法制度に委ねられており、著作権法の歴史的発展過程や、保護と利用の利益のバランスのあり方は国によって異なるため、孤児著作物を適法に利用可能とする法政策は、国によって様々である。

次章では、まず日本の現行制度について整理を行い、続けて、孤児著作物の問題について特に公衆の利用の促進を重視した、先進的な取組みをしている国の制度の整理を行う。

4.3 国際的な動向

4.3.1 前提となる著作権制度の比較

著作権が第一に財産権として法的承認を受けたという事実については、争いがない一方で、著作権という用語の内容は、時代により移り変わり、国によっても異なり、必ずしも統一的な理解がなされてはいない。独仏法と英米法との間には、社会的・経済的あるいは法的な条件の差異によって、以下のような著作権概念の相違がある¹⁰³。

独仏法では、著作権を著作者の利益を保護する権利として捉えるのが通常である¹⁰⁴。フランスの著作権法では、著作権を *droit d'auteur*（作者の権利）と呼称している。著作権者の権利の保護が最も重要とされるため、著作者が著作物に対して有している利益であれば、財産的利益のみならず、人格的利益も認められている。特にドイツでは、著作者の権利保護が重視され、権利の制限規定も厳格に解釈されている。日本も独仏法の流れを汲む著作権制度を有しているため、明文のない権利の制限・例外規定は認められていない。

これに対して英米法では、著作権は著作物を排他的に利用する権限を有する者を保護する権利とされ、著作者を *owner of copyright*（複製権の所有者）として捉えている。例えば米国においては、合衆国憲法上、著作者の保護よりも、公衆の利用できる著作物の創作を促進することが究極の目的とされている¹⁰⁵。すなわち、著作者の有する排他的独占権よりも、その独占権から公衆の適法な利用を保護することを重視した制度設計がなされている。

このように、著作権をどのように保護するかは各国の法政策や文化政策に委ねられているが、孤児著作物の利用に関しては、著作権者の権利を制限し、公衆の利用を促進していく方向で、国際的に解決策が模索されている。そのため、以下では、日本の制度の現状を整理した後、公衆の利用を促進することを法政策の前提として先進的な取組みをしている EU 指令とイギリス、そして米国における既存の制度を整理する。

4.3.2 日本

4.3.2.1 日本のデジタル・ライブラリーと政策目的

「国立国会図書館電子図書館中期計画 2004」¹⁰⁶においてデジタル・ライブ

ラリーの構築と情報資源に関する情報を充実させ、個人のポータル機能を整備するという目標が掲げられた。そして平成 21 年、米国 Google 社による Google Book Search サービス¹⁰⁷に対抗するために国立国会図書館が蔵書のデジタル化を加速する方針を固めて以降¹⁰⁸、日本におけるデジタル・ライブラリーは、国立国会図書館が主導となって構築のための取組みがなされてきた。近年では、平成 23 年の「電子書籍の流通と利用の円滑化に関する検討会議」¹⁰⁹において、歴史的に知の集積と利活用を推進してきた図書館の果たす役割の重要性が再認識され¹¹⁰、平成 24 年 1 月には、国立国会図書館でデジタル化した資料の活用方策についての規定を設けるとの方針が発表された¹¹¹。

日本が国立国会図書館に主体を限定し、法改正を行う理由として以下 2 点が指摘できる。第一に、国立国会図書館が納本制度によって官庁出版物や民間出版物を網羅的に収集できることである。納本制度とは、図書等の出版物を、その国の責任ある公的機関に納入することを発行者等に義務づける制度をいう。日本において、国立国会図書館法（昭和 23 年法律第 5 号）により、国内で発行されたすべての出版物を、国立国会図書館に納入することが義務づけられている。

第二に、平成 21 年の著作権法改正を受けて積極的に所蔵資料のデジタル化を進めてきたことが挙げられる。

しかしながら、国立国会図書館以外の図書館がデジタル・ライブラリーを構築する動きが全く見られないわけではない。

現在、国立国会図書館は、納本されている資料を著作権者の許諾なくデジタル化することができる¹¹²。インターネットで提供されていない図書・雑誌のデジタル化資料は、「国立国会図書館デジタル化資料」として、国立国会図書館館内でのみ閲覧が可能となる。そのため、孤児著作物であっても、国立国会図書館まで足を運べば適法に利用することが可能となっている。

しかし、インターネットを通じた館外でのより広範な利用に供するためには、一定の場合¹¹³を除き、著作権者の許諾を得なければならない。国立国会図書館は、著作権の保護期間の満了を確認できた資料、著作権者の許諾を得られた資料、および、孤児著作物として文化庁長官の裁定を得られた資料を、順次デジタル・ライブラリーに追加している。したがって、孤児著作物の広範な利用に

関しては、裁定制度によって適法利用を確保していく必要がある。

4.3.2.2 裁定制度

裁定制度とは、著作権者の意思に関わらず、文化庁長官が著作権者に代わって許諾を付与し、著作物の利用を認める制度である。国際的には、強制許諾（Compulsory License）と呼称されることもある。その制度趣旨は、利用者が許諾を得る意思がありながら、それが孤児著作物であることによって許諾を得られない場合に、違法利用を放置するよりも、行政庁の裁定によって利用を適法化することで、利用者の便宜を図り、同時に著作権者を保護することにある¹¹⁴。

対象となる孤児著作物は、公表された著作物または相当期間にわたり公衆に提供・提示されている事実¹¹⁵が明らかである著作物であって、著作者の不明その他の理由により、権利者に利用の許諾を得ることができない著作物でなければならない。このとき、未公表の著作物が含まれないのは、そもそも未公表とは著作者の意思に基づいて公衆の利用に供されていない状態であり、裁定による利用を認めることが適切ではないと考えられるためである¹¹⁶。したがって、著作者人格権を制限するような場合には、裁定制度によって利用が認められにくい。この点、絶版作品については、裁定を受けることなく図書館等による利用の規定（31条3項）に基づいた提供が可能とされており、裁定制度の不備が補完されている。

行政手続きを迅速化し、利用者の予見可能性を高めるため、要件は明文で規定されている。まず、裁定制度が利用できるのは、孤児著作物について、著作権者に連絡することができない場合として政令で定める場合である¹¹⁷。この点、いかなる状態が、連絡することができない場合に該当するかが条文上不明確であったため、平成21年改正によって要件が明確化された¹¹⁸。

裁定を受けられる利用者については、特段の制限は設けられていない。過去の実績を参照すると、国立国会図書館による利用が多数を占めている¹¹⁹。その他の主体による利用例として、大学入試問題に使用された英文資料を、受験対策用参考書「赤本」等に掲載し、出版するための裁定、NHK（日本放送協会）大河ドラマのDVD出版、ストリーミング再生のための裁定等がある。裁定制

度では、孤児著作物の営利目的の利用であっても認められることがある。

次に、利用者が裁定を受けるためには、相当な努力を払っても著作権者の許諾を得られなかったことを文化庁長官に証明し、補償金の供託をする必要がある。相当な努力とは、著作権法施行令に定めるすべての方法で権利者の情報の取得を試み¹²⁰、得られた情報の他に利用希望者が保有するすべての情報に基づき権利者と連絡するための措置を講じることである¹²¹。

補償金の供託は、後に著作権者が現れた場合に、支払われることが予定されており、供託をせずに利用することは、著作権侵害となる¹²²。補償金の額は、通常の使用料の額に相当するものとして文化庁長官が定める額であり、文化審議会によって決定される。また、著作者が事後の権利行使を円滑に行うことができるように、利用者は、申請日付や裁定申請中利用¹²³をした旨を明示しなければならない（著作権法 71 条 2 項）。

裁定による利用許諾は、著作権者による通常の利用許諾（著作権法 63 条）と同一の効果を発生させる¹²⁴が、認められる利用形態は、裁定に係る方法に限られる。このとき、裁定により認められた利用権は、他者に譲渡することができない¹²⁵。すなわち、以上の要件を充足し、裁定を受けることができた利用者のみが、裁定にかかる範囲内で孤児著作物を利用することが可能となる。

法改正によって徐々に利用が促進されつつある裁定制度であるが、デジタル・ライブラリー構築を前提とした規定ではないため、次のような困難がある。第一に、大量の孤児著作物の権利処理が必要となるところ、個別に裁定を受ける必要があるため時間がかかること、第二に、外国の著作物については、調査が困難であり、裁定を受けること自体が難しいのである。実際に、裁定制度の最大の利用者である国立国会図書館が、明治期に刊行された図書を「近代デジタル・ライブラリー¹²⁶」でネット配信するために、裁定制度を利用した。このとき、明治期刊行図書という限られた範囲の資料でさえ、多大の調査時間と費用が必要とされた。特に、外国著作者の作品の中には、調査が困難で公開が断念されたものもあり、あらゆる著作物の利用は事実上不可能であることが報告された¹²⁷。その後国立国会図書館は、「現行制度の運用改善のみでは、デジタル・ライブラリーを構築する際に生じる孤児著作物問題の抜本的な解決は難しいため、英米で提案された新規制度等も視野に入れつつ制度を検討する必要性があ

る」との見解を示したが¹²⁸、依然として対応策は採られていない。

4.3.3 EU

4.3.3.1 EU のデジタル・ライブラリーと政策目的

2005年の欧州デジタル・ライブラリー構想（Digital Library Initiative）の文脈で障壁となる孤児著作物の問題がEUにおいて認識された当時は、著作権に関する指令¹²⁹は存在していたものの、「孤児著作物」の円滑な利用のための規定は存在していなかった¹³⁰。翌年、孤児著作物に関する委員会勧告¹³¹によって、孤児著作物とパブリック・ドメインの状態にある著作物のリストを作成し、その利用可能性を促進するための指針を示したが、拘束力はなく¹³²、国内法を整備する構成国はほとんどなかった。

2010年には、来る10年の成長戦略として「Europe 2020」¹³³を発表し、主要な7大旗艦の一つとして、「欧州デジタル・アジェンダ（Digital Agenda for Europe）」構想を掲げ¹³⁴、欧州の持続可能な経済回復と社会発展のための重要な要素となる、「デジタルでの単一市場の創出」を掲げた¹³⁵。これにより、デジタル・ライブラリーを作る際の決定的な障害となっている孤児著作物の利用の促進への必要性の認識がより一層高まったとともに、国境を越えた流通を促進するための法的枠組みの実現に向けた解決策が模索されるようになった。

EUにおけるデジタル・ライブラリー（Europeana）の構築には、日本と同様に、米国のGoogle社によるGoogle Book Searchサービスから、EUの文化を保護しようとする政策的背景があった。特に、「域外の民間企業に文化を掌握されてよいのか」との危機意識が早期に共有されたことが、現在でもEuropeana構築のための原動力となっている。そして、国境を超えた孤児著作物の流通の促進に関してEUが掲げた具体的な戦略は、インターネットという手段を用いて、欧州域内の図書館や博物館、美術館のデジタル化された文化的遺産に対する構成国の国民のアクセスとその利用を図ることである。

すでにEU域内の書籍や音楽、画像等3,000万点がデジタル化され、無償でインターネット公開されている。これらのデジタル化された著作物は、再利用され、EUの観光産業や教育分野にとって、新たな価値を創造することが効果として期待されている¹³⁶。

4.3.3.2 孤児著作物指令

EU は、デジタル・ライブラリー「**Europeana**」¹³⁷を構築し、域内での国境を越えた孤児著作物の流通を促進するために、2012年10月27日に、孤児著作物指令¹³⁸を発令した。

本指令は、EU法における補完性の原則¹³⁹および比例原則¹⁴⁰に従って作成されている¹⁴¹。すなわち、デジタル・ライブラリー構築の際の孤児著作物の管理について、構成国内ごとにまとまりのないアプローチが共存している現状が、構成国を横断した孤児著作物の利用の促進を困難にし、勧告によって当初期待された効果を生まなかったことから、欧州委員会が立法する必要性が認識され、同時に、期待される効果を達成するための手段として、政府による干渉が最も少ない方法が選択されたのである¹⁴²。指令によって期待される効果とは、非商業的または公共の目的として、域内で図書館等の公共機関による孤児著作物の利用と、一定の目的のための複製行為を可能とすることであり、そのために構成国の国内法に、権利の例外または制限の規定を設けることである（指令6条1項、2項）。

本指令の適用を受け、孤児著作物の利用が認められる主体は、[1]構成国で設立された、[2]公共のアクセスが可能なライブラリー、教育機関、博物館、同様に文書館、フィルムまたは音声遺産の保存機関、公共放送機関（指令1条）である¹⁴³。

指令において、上記の図書館等の諸機関が、孤児著作物について、「ある著作物又はレコードは、当該著作物またはレコードのいずれの権利者も明らかでない場合、又は権利者のうち1名以上が明らかであったとしても、そのいずれもが、第3条にしたがって、当該権利者らに関する入念な調査が行われたにもかかわらず所在が確認されない場合で、孤児著作物として登録された場合、孤児著作物と考えるものとする」と規定されている（指令2条1項）。したがって、孤児著作物状態として認定されるためには、本指令の適用の対象となる著作物¹⁴⁴について、①入念な調査（*diligent search*）をすることと、②第三者機関である欧州共同体商標意匠庁¹⁴⁵（**Office for Harmonization in the Internal Market** 以下、**OHIM** と称する。）に孤児著作物としての登録をすることが要件

となる（指令 3 条 6 項）¹⁴⁶。

要件の①入念な調査は、利用前に、孤児著作物状態にあるか否かの確認をするために、問題となる著作物その他の保護される主題の分野における適切な情報源¹⁴⁷を調べながら、それぞれの著作物その他の主題について誠実に（in good faith）行う必要がある（3 条 1 項）。その後、利用者は、入念な調査によって得られた情報を、国内の当局に提出しなければならない。

要件②の OHIM への登録は、権限を有する構成国内の国内当局が行うことになっている。構成国の国内当局は、①の入念な調査に際して得られた情報や記録¹⁴⁸を保存しなければならない（指令 3 条 5 項）。なお、登録後の情報管理は、OHIM が行う。

そして孤児著作物状態が認められた作品の国境を越えた利用を確保するために、EU 構成国は、孤児著作物を相互承認しなければならない（指令 4 条）。相互承認によって達成されるべき効果は、各国が固有の制度に基づいて孤児著作物の利用を促進し、ある構成国で一旦孤児著作物としての認定を受け、適法に利用可能となった作品に関しては、他の構成国においても、その国内制度による利用許諾手続きを経ることなく利用可能とすることである¹⁴⁹。すなわち、ある構成国において、指令 2 条に定める孤児著作物と認められた著作物またはレコードは、すべての構成国において孤児著作物状態であるとみなされ、指令に基づいた利用行為が可能となる。

指令に定める主体に該当する場合でも、あらゆる利用行為が適法となる訳ではなく、公共の任務を達成する目的での利用のみが認められる。公共の任務に関しては、「所蔵物に含まれる著作物およびレコードを保存し、修復し、および文化的又は教育アクセスのために提供すること」と例示列举がなされている（指令 6 条 2 項）¹⁵⁰。

指令は、著作権例外・制限による解決策を採用しているため、原則として利用に対する対価は求めないことが前提となるが、後に著作権者が現れた場合には、孤児著作物の状態は終了され、著作権者は公正な報酬を受け取ることができる（指令 6 条 5 項）。補償金の支払いについては、孤児著作物を利用する図書館等の機関が設立された構成国の法律に基づいて決定することができ、EU 法の制限の範囲内で自由な裁量権が認められている（指令 6 条 5 項）。

EU の孤児著作物指令は、デジタル・ライブラリーを構築する上で、国境を越えた孤児著作物の利用を検討する際には参考となると考えられるが、EU においても、国境を越えた利用をするためには、構成国の国内法が整備されることが第一条件となる。EU の孤児著作物指令を日本の制度にそのまま参考とすることはできないため、以下では、構成国の現行法と動向についての整理を行いたい。

4.3.3.3 指令を受けた構成国の動き

本指令は、2012 年 10 月 27 日付で発効しているが、構成国の国内法を整備するための移行期間が設定されている。そのため、構成国の著作権法によって保護されている著作物で、指令が適用されるすべての著作物に対して指令が適用されるのは、2014 年 10 月 29 日からである（指令 8 条）。構成国は、必要な法律や規則、行政規定を整備し、当該条項を欧州委員会に提出する義務を負う（指令 9 条）。

まず、ドイツにおいては、デジタル・ライブラリーの文脈で、孤児著作物の問題が認識されるようになった。ドイツの著作権法は、前述した通り、著作権の制限規定を狭い範囲でしか認めない、厳格な解釈がなされている。更に、前提となる第三者機関も存在しないため、指令の履行に関しては、多くの課題を抱えていたが¹⁵¹、2013 年 2 月、孤児著作物および絶版になった著作物の利用に対応する法案作成の動きがみられたようである¹⁵²。

一方、公衆の利用の促進に重きを置くイギリスにおいて、孤児著作物の問題は「著作権の制度枠組みにおいて調整が必要な最も明らかな失敗」と認識されており、商業的・非商業的との目的を限定しない利用行為を可能とするための法整備が進められている。また、2013 年には、ビジネス・イノベーション・職業技能が、孤児著作物に関して、「全く利用できない、著作権によって保護された著作物が大量に存在することは誰の利益にもならないため、商業的および非商業的利用の双方に関して、入念な調査およびその他のセーフガードを整備することを条件として、孤児著作物に利用許諾を与える制度」の構築を提案しており¹⁵³、現在も法案が審議されている。

現行のイギリス著作権法上は、以下の制度によって、孤児著作物が利用可能

となる。

(1) 孤児著作物の保護期間の算定 (イギリス著作権法 9 条(5))

合理的な調査によって著作者の身元が確認できない場合には、著作者の身元が知られていない著作物として保護期間が算定される。保護期間の算定は、イギリス著作権法 12 条に規定があり¹⁵⁴、孤児著作物の保護期間の満了時期を早期に擬制することで、パブリック・ドメインとしての利用を促進しようとするものである。

(2) 無名または変名の著作物に関して許される行為 (イギリス著作権法 57 条)

合理的な調査によって著作者の身元を確認することができない場合、あるいは、①著作権者が消滅していること、②行為または手筈が行われる暦年の初めから 70 年以上前に著作者が死亡していたことのいずれかを推定することが合理的であるときは、著作権侵害とはならない (同条(1))。

(3) 保護期間の短縮 (イギリス著作権法 1995 年規則 23 条(4))

1995 年規則により既にパブリック・ドメインに帰していた著作物に追加的保護期間を付与した結果として復活した権利については、許諾権者の名前および住所を合理的な調査によって確認できない場合、侵害を構成しないという規定である。本規定は、既にパブリック・ドメインに帰していた権利が復活した場合、利用許諾を得ることが困難となる場合を考慮して設けられた規定である。

4.3.4 米国

4.3.4.1 米国におけるデジタル・ライブラリーと政策目的

米国においては、著作権保護期間の延長や、更新制度廃止の文脈で、孤児著作物に関する問題が認識されるようになった。公衆の知へのアクセスを阻害する孤児著作物を放置することが、米国の制度上大きな問題であることが比較的早い段階で認識されたため、2006 年に提出された米国著作権局による「孤児著作物に関する報告書」¹⁵⁵内においても、孤児著作物問題の解決の必要性が強調された。その後、後述する Google Books 訴訟を受けて、2011 年に「大量デジタル化における法的問題についての報告書」¹⁵⁶が公表され、大量デジタル化を行う際の図書館等の利用における著作権の制限 (108 条) やフェア・ユースに

よって孤児著作物を利用可能とする方向で議論がされてきた。

米国の著作権法 106 条に定める、著作権者の専有する著作物利用行為を行う利用者は、事前に著作権者から利用の許諾を得る必要がある。このため、著作物が孤児著作物であり、許諾を得られない場合には、著作物の利用ができないのが原則となる。

公衆が利用できる著作物の創作を促進することを究極の目的とする米国著作権法の下では、著作権者の独占権からどのようにして公衆の利用を確保するかが重視され、著作物の円滑な利用を促進するための制度が充実している。そのため、著作物の利用前に活用できる制度に加え、著作物を著作権者の許諾なく利用してしまった場合でも、後に当該利用行為を正当化したり責任を軽減したりできる規定も存在する¹⁵⁷。

米国においてデジタル・ライブラリー計画は、国立図書館と Google 等の民間企業とが連携して進められており、保存よりも、あらゆる人があらゆる情報を共有するために、情報へのアクセスを促進することに主眼が置かれている。

4.3.4.2 利用前に活用可能な制度

(1) 図書館・文書館による利用（米国著作権法 118 条）

図書館および文書資料館が行う著作物の複製・頒布は、一定の場合に著作権侵害とならない。例えば、非営利目的での利用であれば、著作物 1 部の複製・頒布をすることができる。また、研究や保存の目的のためにデジタル化をすることや、利用者の求めに応じて複製の提供行為をすることも認められている¹⁵⁸。

効果として、上記の規定によって孤児著作物の大量デジタル化が可能となった場合、図書館等は、利用者の求めに応じて、一定の範囲で複製・提供行為を行うことが認められる。図書館等が本条に基づいて大量のデジタル化を行うことで、デジタル・ライブラリーの実現が達成されることが期待されている。

(2) 保護期間の短縮（米国著作権法 108 条(h)）

図書館等が、保存、学問または研究のために、著作権者の許諾なく複製等の利用行為を可能とする規定である。対象となる著作物は、通常の商業的利用の対象ではなく、合理的な金額で入手することのできない、公表された著作物で

あって、その保護期間が残り 20 年以内の作品である。なお、これは孤児著作物に限定された規定ではなく、要件に該当するあらゆる著作物に対して適用される。

対象となる著作物を利用するためには、相当な調査に基づいて、108 条 2 項に定める 3 要件に該当しないことを検証する必要がある¹⁵⁹。この点について、「合理的な金額」や「相当な調査」に関する明文規定はなく、「商業的でない」という重要な概念の定義もなされていないため、現在でも解釈に委ねられている。

保護期間が残り 20 年以内の作品に限定されているのは、1998 年のソニー・ボノ著作権延長法（Sony Bono Copyright Term Extension Act）によって米国著作権の存続期間の終期が著作権者の死後 50 年から 70 年に延長されたことが背景にあるためである。すなわち、延長前に本来パブリック・ドメインとなるはずだった孤児著作物についても、更に 20 年の保護が与えられたため、孤児著作物の問題の緩和を図ることを目的として、108 条(h)の規定は設置されたのである。

（3）フェア・ユース（米国著作権法 107 条）

利用者の利用行為が、批判、解説、ニュース報道、教授（教室における使用のために複数のコピーを作成する行為を含む）、研究または調査等を目的とする著作権のある著作物のフェア・ユースに該当する行為である場合には、当該利用行為は、著作権の侵害とならず、利用の許諾なく利用することが可能となる。

フェア・ユースに該当するか否かは、①使用の目的および性格（使用が商業性を有するか又は非営利的教育目的かを含む）、②著作物の性質、③著作物全体との関連における使用された部分の量および重大性、④著作物の潜在的市場又は価値に対して使用が与える影響（利用された著作物の権利者に与える経済的ダメージ¹⁶⁰）という 4 要素から判断される。フェア・ユースに該当する場合、未発行の著作物であっても利用することができる（同条）。

孤児著作物の利用が、フェア・ユースによって可能となるかに関しては、②著作物の性質や、④著作物の潜在的市場または価値に対して使用が与えるという影響という要素において、肯定的な判断がなされる可能性が高いと言われて

いる。

孤児著作物の利用に関してフェア・ユースの適用可能性が認められた近時の裁判例として、Hathi Trust 訴訟¹⁶¹や、Google Books 訴訟がある。Google Books 訴訟については後述する。

(4) 集中許諾

集中許諾とは、一般的に、著作権管理団体 (Copyright collecting society) が、複数の著作権者の著作権を一括して管理し、著作権者に代わって利用の許諾、利用料の徴収・分配を行う仕組みのことである。集中許諾は、自発的集中許諾と、拡大集中許諾の 2 つに分類される。米国の制度上、前者のみが認められている¹⁶²。

まず、自発的集中許諾 (Voluntary Collective License) は、権利者が自ら著作権管理団体に権利管理を委託するもので、オプトイン集中許諾とも呼ばれる。例えば、日本における JASRAC (一般社団法人音楽著作権協会) が、この分類に位置づけられる。

これに対し、拡大集中許諾 (Extended Collective License) は、著作権者の委託の有無に関わらず、著作権管理団体に、特定のカテゴリーに属する著作物の特定の使用を許諾する権限を与えるものである。米国の制度において拡大集中許諾の規定は存在しないが、孤児著作物の大量デジタル化に関してのカリフォルニア大学での議論では、拡大集中許諾の採用が支持されている¹⁶³。また、後述する Google Books 訴訟でも、和解案として米 Google 社による孤児著作物への拡大集中許諾が司法によって認められるかが大きなポイントであった。

集中許諾は、一度に大量の著作物に対して権利の処理をすることが可能であるため、検索と取引費用を抑制することができる点が長所である。利用者の望むすべての権利を提供することができないという短所もあるが、管理団体によって著作権者の情報が管理されていれば、たとえ利用者が著作権者を発見することができなくても許諾を事前に受けたり、情報に基づいて著作権者に個別に交渉したりすることが容易となるため、他の制度の調査要件を補助する役割も担うだろう。

4.3.4.3 利用後に活用可能な制度

米国著作権法上、著作権によって保護された著作物を無許諾で利用した後に著作権者が現れた場合に、事後的に違法利用を正当化したり、権利の救済を制限したりする規定が存在している。

(1) 善意侵害に対する法定賠償の減額 (504条(c))

利用者による著作権の侵害が善意でなされた場合、法定損害賠償金の額が200ドルを下限として減額される¹⁶⁴。したがって、例えば利用者が、孤児著作物をパブリック・ドメインであると誤信して利用してしまった場合には、法廷損害賠償の減免を受ける可能性がある。さらに、図書館等が著作物を複製する際に、フェア・ユースに該当すると過失なく誤診した場合、裁判所は法定損害賠償金の減免をしなければならない。なお、フェア・ユースに該当するときは、後に権利者が現れた場合でも、損害賠償金は減免される¹⁶⁵。

(2) 孤児著作物を含む場合の救済の制限 (514条)

無許諾での孤児著作物の利用の開始以前に、利用者が、善意かつ合理的で入念な調査 (**good faith, reasonably diligent search**) を行っているにもかかわらず、著作者または著作権者の表示を適切に行っていた場合には、権利者の救済が制限される¹⁶⁶。

同条の権利者の救済の制限を受けるのは、損害賠償請求および差し止め請求である。まず、損害賠償請求については、相当の補償金の支払いに限定され、利用行為が非商業的であり、侵害の通知後速やかにその利用を停止した場合には、支払が免除される。差し止め請求については、利用者が大幅に表現を加えた二次的著作物に対し、相当の補償金の支払いを条件に、請求が禁止される¹⁶⁷。なお、救済を制限するためにすべき、合理的に入念な調査の程度については、厳格な要件が設けられている。依然として改善の余地が残っているという指摘もあるが、孤児著作物の利用の促進を裏から保障する規定として機能することが期待される。

4.3.4.4 Google Books 訴訟¹⁶⁸

日本や EU がデジタル・ライブラリーを自国で構築するきっかけとなったの

が、米 Google 社による Google Books Search プロジェクトである。本サービスは、世界中に存在する書籍をデジタル化し、OCR によってインターネットで前文検索を可能とするものであり、著作権が切れてパブリック・ドメインの状態にある作品は全文が表示され、そうでなければ一部抜粋が表示されるという仕組みである。

2004 年から米 Google 社が著作権者の許諾なく Google Books のサイト上で、作品のカバー全体をデジタル化して複製し、作品の要約に利用者がアクセスすることを可能にするシステムを提供していたことに対し、著作権を有する出版社の団体が、故意による著作権侵害であるとして、2005 年に米 Google 社を相手として、訴訟を提起した。これに対して米 Google 社は、自社のサービスにおける利用行為は、米国著作権法 107 条に定めるフェア・ユースに該当すると主張した。すなわち、著作権によって保護された著作物を無許諾で利用した事実を認めた上で、フェア・ユースの抗弁による正当化を試みたのである。

本事案においてニューヨーク南地区連邦地方裁判所は、作品の全体をデジタル化する行為は、著作権者の事前の許諾を必要とする複製行為に該当し、その要約に対し、公衆のアクセスを可能とするシステムを提供する行為は、無許諾で著作物を公衆に提供する行為であり、著作権侵害を構成すると判断し、2011 年に米 Google 社敗訴の判決がなされた。最終的に、米 Google 社の利用行為が、フェア・ユースに該当するかの判断がなされないまま、訴訟は終了した。

当該判決に至るまでの間、和解案が検討されたが、全面的に採用されることはなかった。修正和解案には、米国における非営利の図書館で、米 Google 社のプロジェクトに参加契約している図書館は、デジタルコピーの作成または米 Google 社からのデジタルコピーの受領が可能となり、館内での無償提供を可能とする内容も含まれていた。そのため、仮に和解案が成立した場合、孤児著作物に関して、米 Google 社が包括的な利用許諾の権限を有することが可能となっていた。

これに対して 2013 年 11 月、ニューヨーク南地区連邦地方裁判所は、出版者団体による著作権侵害であるとの訴えを退けた。Google は裁判で、著作権の保護期間が満了している作品については全ての文章の表示を可能にしているが、著作権によって保護されている作品について表示されるのは一部であり、著作

権法で認められる範囲内であると主張していた。判事はこの主張を認めるとともに、Googleのプロジェクトが「芸術や科学の進歩に寄与している」と認定した。また、スキャンされた本の大半が絶版本であり、図書館などと協力して電子化を進めていることなども理由として指摘した。

なお、本判決を受けてIFLAは、情報へのアクセスの自由を基本原則とし、情報へのアクセスの平等が教育や健康で文化的なコミュニティにとって欠くことのできないものであると考える組織として、判決を支持するとの声明を発表している¹⁶⁹。

一般の利用者は、個別に著作権者に許可を得ることなく、米Google社のサービスを利用して、著作物にアクセスすることが可能となった。これにより、司法判断によって、デジタル・ライブラリーにおける孤児著作物の利用が実現されたことになる。なぜなら、Googleは、書籍のデジタル化に関しては「オプトアウト方式¹⁷⁰」を採用しており、孤児著作物の著作権者が現れない場合には、孤児著作物は自動的に無償利用が確保されるのである。

4.3.5 小活

本項では、日本におけるデジタル・ライブラリー構築の現状と、孤児著作物の問題への対応状況を整理し、日本の現行制度が抱える問題についての整理を行った。続いて、国境を越えた孤児著作物の利用促進について先進的な取り組みを行っているEUや、伝統的に公衆の利用の促進を重視する英米法において、孤児著作物問題の解決がいかなる法制度によって解決されているかの整理を行った。

次項では、前提として、各国が国内法を整備する際に制約となる条約の要件についての整理を行う。

4.4 国際条約による制限

4.4.1 国内法制に対する既存の条約上の制限

孤児著作物問題を解決するための個別の国際条約は存在していないため、各国の国内法による解決が必要とされている。前項で外観したとおり、デジタル・ライブラリーの文脈では、著作権の例外・制限規定を設けることにより孤児著作物を利用可能とする解決策が採用されている。基本的に、孤児著作物を利用可能とする制度を設計する場合には、著作権者の権利よりも公益の実現が優先されるため、著作権は必然的に制限を受ける。このとき、過剰に著作権の例外規定や制限規定が適用されることを防ぐため、既存の条約による制約を受けることになる。この制約は、スリー・ステップ・テストと呼ばれている。

孤児著作物の問題が国際的に認識されはじめてから、登録制度によって著作権者表示を義務化する方法による解決の可能性が模索されている。しかしながら、著作物の国際的保護のための多国間条約であるベルヌ条約の改正は全会一致が要件となっているため¹⁷¹、事実上改革が不可能な状況である。したがって、国内法は既存のベルヌ条約の枠内の法整備を行うことが要求されている。

4.4.2 ベルヌ条約上のスリー・ステップ・テスト

スリー・ステップ・テストは、政府が著作権者の利益を損なわずに、適切な権利の制限・例外を決定するために発展した国際基準である。著作権については、ベルヌ条約をはじめ、TRIPs 協定、著作権に関する世界知的所有権機関条約（以下、WIPO 条約と称する。）にその規定があるが、デジタル・ライブラリーの文脈で、特に孤児著作物の利用に関してはベルヌ条約上のスリー・ステップ・テストが最も重要であると考えられるので、以下ではベルヌ条約に関する議論のみを行う。

ベルヌ条約 9 条 2 項に定められるスリー・ステップ・テストは、複製権に関する規定である¹⁷²。複製権の例外・制限規定を国内法に整備する際には、①特別の場合について、②複製が当該著作物の通常の利用を妨げず、かつ③その著作物の正当な利益を不当に害しないこと、の 3 要件が充足されている必要がある。3 つの要件は、重疊的に適用されるため、1 要件でも充足しない場合には、その規定は条約違反となり、認められない¹⁷³。

スリー・ステップ・テストにおける「特別の (Special)」、「通常の (Normal)」、「不当に (Unreasonable)」という用語は一義的でなく、解釈に委ねられている¹⁷⁴。以下では、国際的にベルヌ条約のスリー・ステップ・テストの解釈が示された先例としての意義を有する WTO パネルの判断を参考としながら、その範囲を明らかにする。以下では、WTO パネルによるスリー・ステップ・テストの解釈を整理する。WTO パネルは、第一の要件は問題となる例外の範囲の定義と限定性について、第二の要件は著作物の通常の利用に抵触する程度について、第三の要件は著作権者の正当な法的利益を侵害する程度について、検討を行っている¹⁷⁵。

(1) 特別の場合

特別の場合とは、その範囲が限定的ということであり、明確な定義がなされている¹⁷⁶。少なくとも、著作権の制限・例外が、国内法の規定に明確に定義されていることが要求される。

(2) 通常の利用

通常の利用に抵触する場合とは、「利用行為が、国内法による権利の保護の範囲に含まれているが、例外あるいは制限によって許容される場合に、著作権者が著作物に対して有している権利（すなわち、著作権）から経済的対価を得る通常の方法と経済的競争を生じ、それによって著作権者から相当又は明確な商業的利益を奪う場合」である¹⁷⁷。

(3) 不当に害しない

「不当に」とは、「合理的な」基準よりも厳格な基準であり、その判断をする際には、市場の条件、つまり実質的・潜在的な効果も考慮される。そのため、市場において二次的利用の可能性が高く、著作権者の収益について不当な損失を与える潜在的な可能性がある場合には、不当な侵害があると判断される可能性があると解されている¹⁷⁸

4.4.3 図書館と文書館による利用の正当化とスリー・ステップ・テスト

図書館等の機関は、非営利であるときは特に、教育、情報へのアクセス、文化的遺産の保存を理由として、正当な権利者による権利主張の対象となるべきではないと言われている。その一方で、著作権で保護された作品は、図書館等の機関によっても利用されるべきではないという議論もある。そのため、スリー・ステップ・テストは、これらのバランスをとる役割を果たしている。図書館等の機関における利用行為は、ベルヌ条約に定めるスリー・ステップ・テストとの関係でどの程度認められるのだろうか。

第一要件との関係では、図書館等の機関による利用は、明文で制限が規定される必要がある。利用者の要求に応じてあらゆる著作物の無制限な複製を認める規定は、明らかに不当である。

第二要件との関係では、図書館等の機関に認められる例外が、著作権者が合理的に予測し得る自己のためにする利用にどの程度影響するかという点と、例外によって可能となる利用が、教育その他の公益目的によって、どこまで正当化されるかを検討する必要がある。

第三要件との関係では、例外によって認められる複製行為に対する制限の程度が考慮される必要があると同時に、不当に著作権者の利益を損なわないかを検討する必要がある。図書館等の機関の利用は、非営利目的で商業的利益を伴わないため、第三要件は充足されるだろう¹⁷⁹。

図書館等の機関に主体を制限した孤児著作物問題の解決策を模索することは、条約に違反する可能性が低いと考えられるため、一定の成果があるといえるだろう。なお、EUの孤児著作物指令によって整備されるべき権利の制限・例外は、著作物またはその他の権利の主題となるものの通常の利用を妨げず、また著作権者の正当な利益を不当に害しない一定の特別の場合にのみ適用するものであることを確認しており、現時点で条約に反するという指摘は見当たらない。

4.4.4 日本における裁定制度との関係

ベルヌ条約附属書では、強制許諾制度が認められている。裁定制度は、国際的には強制許諾に分類されるが、ベルヌ条約上の強制許諾制度は開発途上国を対象としているため、日本は対象とならないという指摘がある¹⁸⁰。開発途上国

を対象とする附属書は、日本にとって根拠となりにくいため¹⁸¹、日本において裁定制度を採用する場合には、権利の制限・例外規定として、スリー・ステップ・テストを充足しているかを検討する必要がある。そのため、現行の制度は条約上問題とはなっていないものの、今後制度を利用しやすいように緩和する場合には、著作権者の利益を不当に害しないような法整備が必要とされるだろう。

4.5 日本におけるデジタル・ライブラリー構築に向けて

4.5.1 分析および日本国内における孤児著作物の利用に関する施策の提言

国際的に認識されてはいるものの、統一的な解決策が依然として存在していない孤児著作物の問題は、著作権者の権利と、公衆の利用の利益の間に生じている問題である。どのように権利の保護又は制限をして、両者の利益を均衡させるかは、各国の著作権法制度に委ねられている。

日本におけるデジタル・ライブラリーの構築の実現には、現行制度上、以下のような問題がある。

第1に、著作権者の許諾なく著作物のデジタル化を行うことができるという例外が認められる主体に、制限があることである。現在日本では、国立国会図書館のみに主体を限定した、部分的な法改正によって文化的遺産のデジタル化を進めている。しかし、国立国会図書館以外の図書館は、著作権者の許諾なくデジタル化が認められる主体ではないため、所蔵資料をデジタル化する時点で、裁定制度を利用する必要がある、この結果、国立国会図書館以外の図書館によるデジタル・ライブラリーの構築は小規模にとどまっている。この問題を解決するには、デジタル・ライブラリーの構築のために許諾を必要としない例外が適用される主体を、より広く一般の図書館にも広げるべきであると考えられる。

第2に、国立国会図書館によってデジタル化された資料であっても、その閲覧は館内でしか認められておらず、単なる「図書館の所蔵資料の電子化」に留まっている。この理由は、デジタル・ライブラリーを館外の者が閲覧できるようにするには、新たに著作権者の許諾並びに孤児著作物においては裁定が必要となるからである。本来、デジタル・ライブラリーは、利用者が有用な情報にアクセスし、閲覧し、その利活用を容易に行うことを可能にすることに意義があると考えられるが、館外でのアクセスを許容しない現行制度の下では、このような意義は達成されていない。この点に対する解決方法として、まず、館外での利用を可能とするために、図書館が孤児著作物をデジタル化する場合、裁定による利用許諾を不要とする方法が考えられる。米国においては、2.4. で言及したとおり、フェア・ユースの規定があり、当該規定の要件を充足する場合、図書館が所蔵資料をデジタル化し、館外からのアクセスを可能とすることができ、裁定制度は採用されていない。日本においても、デジタル化社会の到来を

背景として、日本版フェア・ユースの規定の導入が検討されてきたが、未だ実現には至っていないのが現状である。将来的には、利用主体と利用目的を限定したフェア・ユースの導入がなされることが望ましい。

ここで、上記 2 つの施策が、ベルヌ条約上のスリー・ステップ・テストを充足するかに関して検討する。いずれの場合も、図書館等における公共目的の利用行為に制限され、それが明文で厳格に規定される限りにおいて、問題とはならないと考えられる。

第 3 に、現行の裁定制度を利用して、孤児著作物のデジタル・ライブラリーでの利用を可能とするためには、多くの時間と費用を要する。また、著作権者が後から現れた場合の損害賠償請求や差止め請求等の救済を制限する規定も不十分である。このため、多くの時間と費用を投じて裁定を受けた場合でも、後から孤児著作物の利用が差止められる可能性があるため、裁定制度が十分に活用されていないと考えられる。ゆえに、裁定制度の利用を促進するためには、この点についての解決が必要とされる。

裁定制度に時間と費用がかかるという問題については、一度裁定を受けた孤児著作物に関して、再度裁定を要求せずに他の利用者にその利用を可能とすることが、解決策として考えられる。この点については、日本の裁定制度によって著作権者の権利を制限するような規定を設ける場合には、ベルヌ条約上のスリー・ステップ・テストを充足する必要がある。一度裁定を受けた孤児著作物について無制限な利用を認めると、当該孤児著作物の商業的な利用がなされる可能性がある。これは、ベルヌ条約 9 条 2 項に定めるスリー・ステップ・テストのうち、第 3 の要件である「著作権者の利益を不当に害しない」との要件に反する可能性があるため、妥当ではない。したがって、新たに裁定を受けずに可能となる孤児著作物の利用行為は、公的目的での利用に限定されるべきである。

次に、後から著作権者が現れた場合に、損害賠償請求や差止め請求がなされる可能性があるという問題については、救済の制限規定を設けることによる解決策が考えられる。4.3 で述べたとおり、米国には、孤児著作物を含む利用に対する救済の制限規定が存在し、孤児著作物を利用する前に、利用者が善意かつ合理的で入念な調査を行い、著作者または著作権者の表示を適切に行ってい

る場合には、著作権者の救済が制限される。具体的には、損害賠償請求については、相当の補償金の支払いに限定され、利用行為が非商業的であり、侵害の通知後速やかにその利用を停止した場合には、支払が免除される。また、差止め請求については、利用者が大幅に表現を加えた二次的著作物に対し、相当の補償金の支払いを条件に、請求が禁止される。他方日本の裁定制度では、補償金の供託の要件が利用者に対して課されているが、補償金を超える額について損害賠償請求を免れるとの規定は存在していない。したがって、損害賠償の支払いに関しては補償金を上限として、損害賠償請求の支払いを減免する規定を設ける必要があるだろう。また、差止め請求に対する制限規定も存在していないが、補償金の支払いを条件として、請求が禁止されることが明文によって規定されるべきである。このとき、利用行為が非商業的なものに限定されている場合には、スリー・ステップ・テストを充足すると考える。なお、仮に、救済の制限規定を設けないとすれば、EUのように、孤児著作物について図書館等が行う利用は、例外として著作権侵害を構成しないという規定を設ける必要があるだろう。

最後に、孤児著作物を、著作権が切れたパブリック・ドメインとして利用できるようにする法制について検討する。

著作権の保護期間は、著作者の死亡時から起算されるため、著作者または著作権者に連絡がとれずに著作者の生死が不明な場合は、孤児著作物について保護期間が存続しているか否かが不明確となり、どの時点でパブリック・ドメインとなるかが判断できない。この点について、イギリス著作権法は、孤児著作物について保護期間の始期を明確にする規定を置いており、著作者の生死が不明な場合においても、孤児著作物がパブリック・ドメインとなる時点が明確になる。日本でも、著作権の保護期間の始期および終期を明確にする規定を整備することで、孤児著作物をパブリック・ドメインとして利用していくことが可能となるだろう。

また、現在、TPP 交渉において日本が著作権の保護期間を 20 年延長し、著作者の死後 70 年とするか否かが議論されている。実際に著作権の保護期間を 50 年から 70 年に延長した歴史のある米国著作権法およびイギリス著作権法には、保護期間の延長によって著作権が復活した著作物の利用に関しては、一定

の場合には著作権侵害とならない規定が設けられている。著作者の死後 50 年で権利の保護期間が切れる予定の孤児著作物が、さらに 20 年の保護期間が認められ、利用ができなくなるのは妥当ではないだろう。したがって、日本においても、仮に著作権の保護期間が延長されることとなった場合には、保護期間が延長される前の保護期間を過ぎた孤児著作物に対しては、図書館等による公的目的での利用行為が認められるべきであろう。

4.5.2 国際的な孤児著作物の利用について

国際的な孤児著作物の利用については、どのように考えるべきであろうか。EU においては、一つの構成国で孤児著作物と認められた著作物に関しては、他の構成国においても特別の経路を経ずに、当該孤児著作物の利用をすることができる相互承認の規定がある。これは、デジタル単一市場の創造という EU 独自の目的を達成するために設けられた規定である。

一方日本では、EU のような特別な前提を持たないため、海外の著作物の日本国内における利用は国際私法によって解決がなされる。すなわち、海外で孤児著作物として判断されたものについて日本で承認するか否かは、著作権の準拠法によることになる。著作権の準拠法については、保護国法¹⁸²によるとする保護国法説と著作物の本国法によるとする本国法説の 2 つがある¹⁸³。前者の見解は、著作権が各国の文化政策に基づく面が大きい以上、保護国ごとに著作権の発生・消滅が異なるというものであり、問題が生じる部分については、ベルヌ条約による実質法の統一が図られているという主張である。他方で後者については、一つの著作による著作権の発生・消滅が保護国ごとに判断され、異なる扱いを受けるとすれば、創作に関与した者の期待に反し、取引の安全を害するという点が根拠となる¹⁸⁴。多数説とされている保護国法説によれば、海外の孤児著作物が国内で利用可能となるか否かは、著作権が保護されている国の法によって判断されるということになり、海外で孤児著作物として判断された場合であっても、日本において孤児著作物として認められるかは、日本法に従って判断されることになる。文化庁の裁定の手引きによれば、孤児著作物が外国人の著作物等であっても、当該著作物等の利用が日本国内で行われるのであれば、裁定を受けることが可能であり¹⁸⁵、保護国法説を採用しているものと考え

られる。なお、日本で孤児著作物として認める判断を外国が承認するかについては、当該外国の国際私法による。

一方で、国境を越えた孤児著作物のアクセスを確実なものとするためには、国内法で孤児著作物と認める判断の相互承認が、日本と外国との間で認められることが理想であると考えられる。この点について、日本が外国と相互承認をするためには、EUのような単一市場を作るという前提がないため、新たに条約を締結することが必要である。そこで、孤児著作物の国境を越えたアクセスを確保するための相互承認条約を構築する際には、目的を同じくするEUの孤児著作物指令が参考となるだろう。

しかし、条約の締結に至るために多国間の交渉が必要とされ、締結の実現可能性が高いとはいえない。先述したとおり、孤児著作物の解決のために国内法の制度を統一する条約では、いずれかの国内法を大幅に変更する必要がある。EUの孤児著作物指令は、拘束力があるものの、国内法への干渉が最も少ない方法であり、例えば補償金の額の決定等、各国の裁量にゆだねられている部分も多い。孤児著作物指令は、孤児著作物を円滑に利用するための要件や主体についての明確な規定が設けられており、国内法に相互承認手続きを取り入れる際のモデル法的な性質も有している。それゆえ、条約によらずに、各国が自主的に採用できるモデル法を作る際にも、孤児著作物指令は参考となるだろう。

4.6 おわりに

知識は、公共政策の土台となる要素であり、その内容如何によって、その後の国家の公共政策の行く末が変化する。知識を作る情報のセンターとなるべき図書館のあり方を考えることは、今後の国家の公共政策にも大きな影響を与える。デジタル・ライブラリーは、そのような知識を収集し、保存し、公衆に提供する役割を担っている。

本稿の目的は、知のインフラとしてのデジタル・ライブラリー構築に向けて、孤児著作物の円滑な利用を促進するための先進的な取組みを行っている国と日本の制度を比較し、日本において公益を目的とする孤児著作物の利用を促進するための具体的な施策とは何か、そして、国際的な孤児著作物の利用を促進するための施策とは何かを提言することであった。そこで、3. 条約の章までの考察によって得られた結果から、①日本のデジタル・ライブラリーは国立国会図書館のみならず、広く国内の図書館と連携して構築されるべきであること、その場合、図書館外での孤児著作物のインターネットを通じた利用を促進するために、裁定制度が必要となるところ、日本の現行の裁定制度の利用を促進するための施策としては、②一度裁定によって利用可能となった孤児著作物については、再度の裁定を受けることなく公共目的による利用を可能とする必要があること、③裁定の効果として、後に著作権者が現れた場合の権利の救済の制限規定を設けること、の3つの施策を提言した。なお、現在進められているTPP交渉において著作権の保護期間が延長された場合に、保護期間を一定の場合に短縮する制度を設ける必要性について言及した。日本が採りうる施策として導いた。そして、国境を越えた孤児著作物へのアクセスを可能とするための一手段として、日本と外国とが相互承認条約を締結する可能性について言及したが、国際的な潮流が必ずしもあるとは言えないため、示唆にとどめることとした。

まずは日本国内において、デジタル・ライブラリーの構築の実現に向けて前進するために、本稿の施策として提言した点について、早期の段階で既存の制度が変革されることを期待する。

以上

むすび

本研究の目的は、日本における知的財産保護政策を、個々の政策を規定する個別の法改正に着目しながら、それぞれの政策効果を検討することにあつた。各章での議論の結果、以下のことが明らかになった。

第1章の歴史的考察では、国際関係上からの法整備からはじまった日本の知的財産政策が、技術立国に向けて国内的事情からの整備が20世紀初頭から開始されたことが明らかにされた。

第2章では、TPP協定の批准により日本の知的財産制度にどのような影響が生じ、また、どのような課題が解決されるかを検討し、以下の点を明らかにした。第一には、知的財産権のうち、特に商標権、著作権のアジアにおける侵害額が大きいため、十分な権利行使規定が整備されることで、侵害によって被った不利益を賠償金という形で補填しうると考えられるが、損害賠償の算定方法や、権利の範囲についての法律的な観点からの議論が残ることを明らかにした。第二には、著作権の保護期間の延長について、国際的協調が進めば、収益の増大となる可能性があるが、二次創作に与える影響や、孤児著作物増大の問題が発生する点は注意する必要があることを指摘した。第三には、著作権侵害に対する非親告罪化により、保護強化という側面は期待できるが、やはり二次創作への悪影響等が問題となることを指摘した。

第3章では、知的財産保護政策のうちどの政策がどのようなプロセスをへて、国際収支の使用料収入を増大させ、結果的に経済成長に貢献しうるか否かを検証した。日本の保護政策の歴史的な変遷を1990年代半ばから個々の法改正という形で振り返り、かなり多くの法改正を繰り返し、保護強化を進めながら、現在に至っていることを明らかにした。また、それらの保護政策の効果が、国際収支における知的財産権・産業財産権使用料の受取に直接的に現れている可能性があり、その点についてルート別モデルを作成して検証を行った。その結果、1990年代後半からの数次にわたる法改正の中で、使用料の受取に影響を与えた可能性のある法改正を明らかにした。また、その受取は特許登録件数と密接な関係を持っていることをデータにより明らかにした。この結果は、特許保護政策が特許登録に影響を与え、それが使用料受取の増加を引き起こす可能性

を提示した。最後に、どの特許保護政策としての法改正が特許登録に影響を与えたかを検討し、今後も引き続き保護政策の強化と研究開発の促進を図ることは、特許登録等の増加を通じて、日本の今後の経済成長を促すためには不可欠であるという結論を導いた。

第4章では、知のインフラとしてのデジタル・ライブラリー構築に向けて、孤児著作物の円滑な利用を促進するための先進的な取組みを行う国と日本の制度を比較し、今後の具体的な施策を検討した。その結果から、①日本のデジタル・ライブラリーは国立国会図書館のみならず、広く国内の図書館と連携して構築されるべきであること、②一度裁定によって利用可能となった孤児著作物については、再度の裁定を受けることなく公共目的による利用を可能とする必要があること、③裁定の効果として、後に著作権者が現れた場合の権利の救済の制限規定を設けること、の3つの施策を提言した。

最後に、今後に残された課題を指摘し、むすびにかえることにする。第一には、本研究での経済効果分析は相関分析に留まっているので、より精緻化するためには、登録件数と国際収支の受取額との因果関係を計量経済学的に分析してみることも必要であると考えられる。第二には、本研究における法改正の影響は直接的な効果に議論が限定されている側面があり、むしろ二次的効果、特に保護強化がむしろ利用に与えるマイナス効果も個々の法改正の影響として詳細に検討していくことが必要であろう。第三には、知的財産権の保護政策の経済成長への間接効果として、研究開発が付加価値の高い生産の増加を通じてGDPを増大させる効果をも組み込んだ計量モデルでの分析も必要と考えられる。最後に、著作権については、その背後にコンピュータ・ソフトウェアの著作権問題がある可能性も指摘されているところであるが、現在では国際収支上は大きな赤字となっているので、国際収支の詳細な内訳を分析しつつ、今後の政策を再検討していくことも必要であると考えられる。

以上

参考文献

朝日新聞「蔵書 デジタル化 国会図書館加速」2009年5月13日朝刊.

朝日新聞「TPP 懸案 進展乏しく」2013年8月31日朝刊.

朝日新聞「知財ルール議論 TPP 交渉きょうから東京で」2013年10月24日朝刊.

今西頼太・大西宏一郎（2012）「著作権存続期間延長論—存続期間延長による映画著作物の収益性上昇効果の実証的考察—」知的財産法政策学研究 Vol.37, pp215-252.

祝迫達郎（2016）「特許保護強化の経済成長への影響：財政政策の効果」『立命館経済学』第64巻第5号，665～676頁.

池村聡（2010）『著作権法コンメンタール〈別冊〉平成21年改正解説』勁草書房.

池松聡・壹貫田剛史（2013）『著作権法コンメンタール〈別冊〉平成24年改正解説』勁草書房.

植月献二（1995）「GII 電子図書館プロジェクト—情報社会に関する G7 関係閣僚会合—」カレントアウェアネス 188 巻.

馬田啓一・浦田秀次郎・木村福成編著（2012）『日本の TPP 戦略「課題と展望」』文眞堂.

大家重夫（2002）「著作権条例，著作権法から著作権法へ」『知的財産法の系譜』417-446 頁，青林書院.

外務省経済局知的財産室（2010）「模倣品・海賊版拡散防止条約（Anti-Counterfeiting Trade Agreement：ACTA）（仮称）構想について」.

笠井晴夫（2007）「デジタル・アーカイブの歴史的考察」映像情報メディア学会誌 61 巻 11 号.

笠井晴夫（2010）『デジタル・アーカイブ 基点・手法・課題』水曜社.

加戸守行（2013）『著作権法逐条講義 六訂新版』著作権情報センター.

金井重彦・小倉秀夫（2013）『著作権法コンメンタール』Lexis Nexis.

神田・寺林（2013）「TPP 交渉の経緯と交渉 21 分野の概要」外務省防衛委員会調査室，立法と調査 No.346，参議院事務局企画調査室.

- 木棚照一（2009）『国際知的財産法』日本評論社。
- 木棚照一（2012）『知的財産の国際私法原則研究—東アジアからの日韓共同提案—』早稲田大学比較法研究所叢書。
- 木村福成（2012）「TPPと21世紀型地域主義」馬田啓一・浦田秀次郎・木村福成編著『日本のTPP戦略「課題と展望」』文眞堂。
- 経済産業省（2008）「模倣品・海賊版拡散防止条約（ACTA）について」産業構造審議会第7回通商政策部会資料2。
- 経済産業省（2017）「第四次産業革命を視野に入れた知財システムの在り方について」第四次産業革命を視野に入れた知財システムの在り方に関する検討会。
- 小山隆史（2010）「我が国の経済連携協定（EPA）における知的財産分野の合意」パテント Vol.63, No.11, pp.78-89.
- 後藤晴男（1990）『パリ条約講話 第11版』発明協会。
- 国立国会図書館「国立国会図書館中期計画2004」。
- 国立国会図書館（2009）「ワールド・デジタル・ライブラリー公開」カレントアウェアネス 148号 E92.
- 国立国会図書館（2011）「学術図書館の所蔵資料でのパブリック・ドメイン資料や孤児作品の割合を調査した文献（米国）」カレントアウェアネス。
- 骨董通り法律事務所（2010）『米国における著作権関連訴訟文書に係る法的論点整理および分析等』。
- 斎藤博（2002）「「雲右衛門」事件判決と著作権法制」『知的財産法の系譜』447-474頁，青林書院。
- 斎藤博（2007）『著作権法 第3版』有斐閣。
- 櫻田嘉章・道垣内正人編（2013）『注釈国際私法 第1巻』有斐閣。
- 作花文雄（2008）『著作権法 制度と政策 第3版』発明協会。
- 佐藤辰彦（2007）「知的財産立国宣言以降の知的財産制度改革の状況—産業財産権分野を中心として—」パテント Vol.60, No.12, pp56-73.
- 渋谷達紀（2013）『著作権法』中央経済社。
- 肖志遠（劉曉倩 訳）（2007）「政策という観点からみた知的財産権の性質の研究—TRIPS序文を起点として—」知的財産法政策学研究 Vol.17, pp37-78.
- 庄司克宏（2008）『EU法 実務編』岩波書店。

- 白田秀彰（1998）『コピーライトの史的展開』信山社出版．
- 鈴木將文（2008）「地域貿易協定（RTAs）における知的財産条項の評価と展望」RIETI．
- 鈴木將文（2012）「TPPにおける知的財産条項」ジュリスト, No.1443, pp.36-41.
- 鈴木將文（2016）「Web 解説 TPP 協定」（第 18 章）独立行政法人経済産業研究所（RIETI）Web 解説 TPP 協定（<http://www.rieti.go.jp/jp/projects/tpp/>）最終アクセス：2016 年 7 月 31 日．
- 総務省（2012）『知のデジタル・アーカイブ-社会の知識インフラの拡充に向けて-デジタル・アーカイブ構築・連携のためのガイドライン』．
- 高倉成男（2001）『知的財産法制と国際政策』有斐閣．
- 武邑光裕（2003）『記憶のゆくたて-デジタル・アーカイブの文化経済-』東京大学出版会．
- 田中久徳（2007）（国立国会図書館総務部企画課電子情報企画室長）『過去の著作物の保護と利用に関する検討課題について-国立国会図書館のデジタル・アーカイブ事業への取り組みと課題-』文部科学省資料 8（http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/gijiroku/021/07050102/009.htm）最終アクセス：2018 年 1 月 31 日．
- 田中辰雄・林紘一郎編著（2008）『著作権保護期間』勁草書房．
- 田村善之（2001）『著作権法概説第 2 版』有斐閣．
- 田村善之（2006）『知的財産法第 4 版』有斐閣．
- 田村善之（2009）「デジタル化時代の著作権制度」知的財産法政策学研究 Vol.23, pp23-28.
- 田村善之（2015）「日本の知的財産権にかかる損害賠償制度の現状と今後のあり方について」明治大学知的財産法政策研究所（IPLPI）シンポジウム「TPP と知的財産権侵害における損害賠償制度-法定損害賠償・追加的損害賠償をめぐる検討を中心に-」基調講演③（2015 年 12 月 6 日）
- 田村善之（2012）『ライブ講義 知的財産法』弘文堂．
- 茶園繁樹（2015）『知的財産関係条約』有斐閣．
- 知的財産戦略本部「知的財産分野における TPP への政府対応について（案）」知的財産戦略本部決定案（平成 27 年 11 月 24 日）．

道垣内正人（2000）「米国著作権法 110 条(5)」『WTO パネル・上級委員会報告書に関する調査研究報告書』経済産業省。

特許庁（1984-1985）『工業所有権制度百年史 上巻・下巻・別巻』発明協会。

特許庁「2015 年度特許庁模倣品被害調査報告書」

特許庁「産業財産権法（工業所有権法）の解説【平成 6 年法～18 年法】」

特許庁「平成 18 年法律改正（平成 18 年法律第 55 号）解説書」

特許庁「平成 20 年法律改正（平成 20 年法律第 16 号）解説書」

特許庁「平成 23 年法律改正（平成 23 年法律第 63 号）解説書」

特許庁「平成 26 年法律改正（平成 26 年法律第 36 号）解説書」

特許庁「平成 27 年法律改正（平成 27 年法律第 55 号）解説書」

特許庁「特許行政年次報告書」（1996 年～2016 年）

特許庁編（2017）『工業所有権法（産業財産権法）逐条解説 第 20 版』発明推進協会。

内閣官房 TPP 政府対策本部「TPP の活用促進に向けて」（2015 年 12 月）。

中山一郎（2015）「知的財産政策と新たな政策決定プロセス―「知的財産立国」に向けた 10 年余」『知的財産法政策学研究』第 46 巻，1～66 頁。

中山信弘（2007）『著作権法』有斐閣。

中山信弘編（2011）『通商産業政策史 11 知的財産政策』通商産業政策史編集委員会。

名和小太郎（2010）『著作権 2.0 ウェブ時代の文化発展をめざして』NTT 出版，2010 年。

日本経済新聞「文化財，最新の技術でのこす」1998 年 11 月 24 日朝刊。

林紘一郎（2004）『著作権の法と経済学』勁草書房。

浜屋敏・林紘一郎・中泉拓也（2002）「著作権の経済学的分析に関する理論的枠組み」研究レポート，No.133，富士通総研経済研究所。

原田隆史（2002）「デジタル・アーカイブの現状と問題点」レコード・マネジメント 44 巻。

半田正夫（2013）『著作権法概説 第 15 版』法学書院。

半田正夫・松田政行（2009）『著作権法コンメンタール 2』勁草書房。

パメラ・サミュエルソン（1998）（財団法人知的財産研究所）『情報化社会の未

来と著作権の役割〔IIP 研究論集 3〕』信山社.

福井健策（2014）「知のインフラ整備とデジタル著作権の挑戦」情報管理 56 巻 10 号.

細野公男（2000）「デジタル化は学術情報を取り巻く環境にどのような影響を与えるか」人文学と情報処理 27 巻.

菱沼剛（2011）『孤児著作物問題の研究』成分堂.

菱沼剛（2009）『知的財産権保護の国際規範—孤児著作物問題への視座—〔知的財産研究叢書 8〕』信山社.

文化庁（2000）『著作権法百年史』著作権情報センター.

文化審議会著作権分科会（2009）『報告書』.

文化審議会著作権分科会（2011）『報告書』.

文化庁『国立国会図書館からの送信サービスに関する権利制限規定に係るまとめ（案）』

情報通信総合研究所（2013）『諸外国における著作物等の利用円滑化方策に関する調査研究報告書』文化庁委託事業.

文化庁『国立国会図書館からの送信サービスに関する権利制限規定について』.

文化庁（2012）『諸外国の著作権の集中管理と競争政策に関する調査研究報告書』一般社団法人比較法研究センター.

文化庁（2011）『電子書籍の流通と利用の円滑化に関する検討会議 報告』.

文化庁（2013）「著作者不明等の場合の裁定制度 過去の利用実績（2013 年 8 月 25 日現在）」

文化庁長官官房著作権課（2013）『裁定の手引き』.

三井情報開発株式会社総合研究所（2006）「知的財産立国に向けた著作権制度の改善に関する調査研究—情報通信技術の進展に対応した海外の著作権制度について—」文化庁.

山口直樹（2010）『知的財産権と国際貿易』成文堂.

山田節夫（2009）『特許の実証経済分析』東洋経済新報社.

山田節夫（2015）『特許政策の経済学 理論と実証』同文館出版.

山根崇邦（2010-2012）「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(1)～(8)」知的財産法政策学研究 Vol.28-39.

吉田広志（2008）「国際的知的財産権侵害における問題点」知的財産法研究 Vol.20, pp57-64.

吉村保（1993）『発掘日本著作権史』第一書房.

吉村保（2002）「明治初期の著作権事情」『知的財産法の系譜』397-416頁，青林書院.

F.W.ランカスター（植村俊亮訳）（1984）『紙なし情報システム』東京共立出版.

李亞虹（鈴木將文訳）（2013）「アジアにおける知的財産制度の地域内統合－必要性，課題，可能性とモデル－」知的財産法政策学研究 41 巻，pp.209-229.

和田哲夫（2008）「先行技術の量的指標としての特許引用数」RIETI Discussion Paper Series 08-J-038.

Agnieszka Vetulani, *The Problem of Orphan Works in the EU an overview of legislative solutions and main actions in this field, European Commission DG Information Society and Media Unit E4: Digital Libraries and Public Sector Information*, 2008.

Anna Vuopala, *Assessment of the Orphan works issue and Costs for Rights Clearance, European Commission DG Information Society and Media Unit E4 Access to Information*, 2010.

Barbara Stratton, *Seeking New Landscapes: A rights clearance study in the content of mass digitization of 140 books published between 1870 and 2010*, British Library.

Berkley Digital Library Copyright Project White Paper (2011-2012).

Bryan Mercurio, *TRIPS-Plus Provisions in FTAs: Recent Trends*, November 2006.

Commission of the European Communities, *Commission Working Document*

Consultation on the Future "EU 2020" Strategy, 2009, COM(2009)647 final.

Daniel J. Gervais, Intellectual Property, trade and development : strategies to optimize economic development in a TRIPS-plus era, Oxford University Press, 2007.

European Commission, Impact Assessment on the Cross-Border Online Access to Orphan Works, SEC(2011) 615 final.

European Commission, 'Europe 2020'.

Falvey, R., N. Foster, and D. Greenaway (2004) "Intellectual Property Rights and Economic Growth." International of Economic Policy, Research Paper Series, 2014/12.

Graeme B. Dinwoodie, William O. Hennessey, Shira Perlmutter, International Intellectual Property Law and Policy (2001) .

Gould, D. M. and W. C. Gruben (1996) "The Role of Intellectual Property Rights in Economic Growth.", *Journal of Development Economics*, 48, pp.323-350.

i2010:Digital Libraries High Level Expert Group – Copyright Subgroup, Final Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works, 2008.

G-7, Information Society pilot projects - Towards open multimedia access to the world's cultural heritage: museums and galleries, 1995.

G-8, *Global Information Society Complete Report*, 1999.

IFLA, IFLA welcomes US Court decision on legality of Google Books digitization; cautions against growing digital information divide for libraries elsewhere, 25/11/2013.

Park, W. G. and J. Ginarte (1997) "Intellectual Property Rights and Economic Growth." *Contemporary Economic Policy*, 15, pp.51-61.

Recommendation (EC) No.585/2006 on the digitisation and online accessibility of cultural material and digital preservation (OJ L236, 28[31.8.2006]).

Directive(EU) No28/2012 on certain permitted uses of orphan works (OJ L299, 5[27.10.2012]).

Sam Ricketson, *WIPO Study on Limitations and Exeptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment, Standing Committee in Copyright and Related Rights*, Ninth Session, Geneva, June 23 to 27, 2003.

Suzanne Scotchmer (2001), *The Political Economy of Intellectual Property Treaties*, University of California and NBER, *The Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol.20, No.2, pp.415-437.

Thompson, M. A. and F. W. Rushing (1996) "An Empirical Analysis of the Impact of Patent Protection on Economic Growth.", *Journal of Economic Development*, 24, pp.67-76.

US Copyright Office, Library of Congress, Report on Orphan Works, 2006.

US Copyright Office, Office of the register of copyrights, Legal Issues in Mass

Digitization: A Preliminary Analysis and Discussion Document, 2011.

WTO Panel, United States – Section 110(5) of the US Copyright Act Report
of the Panel,

WT/DS160/R, 15 June 2000, *The Authors Guild, Inc v. Google Inc*,
1:05-cv-08136-DC (S.D.N.Y. Nov. 14, 2013).

WIPO, *Guide to the Berne Convention*.

以上

謝辞

本論文の作成には、数多くの先生方にお世話になりました。この場をかりて御礼申し上げます。

まず、神田英明明治大学専任講師には、筆者を学問の道に導いていただきました。筆者の学部時代に在籍した神田先生のご指導によって、財産法に知的好奇心を感じ、研究の重要性を認識することができました。あらゆる物事に関して深く考えることの面白さに気づき、筆者が学術の道を志すきっかけとなったのは、神田先生の学恩に他なりません。また、学部卒業間際に大学院へ進学する決断をした際にも、大変丁寧なご指導を賜り深く感謝しております。

次に、跡田直澄京都先端科学大学教授は、筆者にとって灯台のような存在でした。大学院進学をはじめ公私にわたり、様々な助言、指導、支援を頂戴し、研究者としての道を照らし続けていただきました。筆者が学術の道で生きていけるとすれば、跡田先生のお陰に他なりません。深く感謝申し上げます。

そして、真鍋雅史嘉悦大学教授には、折に触れて様々な助言や支援を頂戴し、研究者としての心構えの多くを学ばせていただきました。いくつかの時点で諦めることなく修了することができたのは、真鍋先生のお陰であります。改めて感謝申し上げます。

筆者が大阪大学の修士課程に進学後も多くの師とめぐり合えたのは幸運でした。修士論文の指導教官をしていただいた野村美明大阪大学大学院教授は、筆者にとってはもっとも厳しい先生の一人でした。筆者ののんびりとした特性をいち早く見抜き、様々な場面で常に厳しく適確な助言を頂いたことが思い出されます。それと同じくらいに、温かな支援も多く頂戴しました。どちらかといえば異端児である筆者を研究室に受け入れていただいた野村先生の人格識見の幅広さには、感謝してもし尽くせません。

また、修士論文の執筆過程において、内記香子大阪大学大学院准教授（当時）には、国際条約の考え方について多くの助言を頂戴しました。また、松林哲也大阪大学大学院准教授には、経済学的な観点からの的確かつ具体的なご指導をいただきました。

さらに、短い間ではありましたが、文部科学省の公共政策大学院インターンシップ制度を利用し、科学技術・学術政策局の業務に携わる貴重な経験をさせ

ていただきました。その際にお世話になった文部科学省の諸氏には、生き活きとした政策の現場の感覚を多く学ばせていただきました。改めて感謝申し上げます。

筆者は、これまで大阪大学医療経済経営寄附講座研究会などへの参加の機会に恵まれ、多大な支援いただきました。特に、河越正明同講座特任教授との学術分野を超えた議論は、筆者の新たな知的好奇心を生み出す原動力となりました。改めて御礼申し上げます。

本論文は、いくつかの学会、研究会などで報告の機会をいただきました。特に、川瀬晃弘東洋大学准教授からは、折に触れて様々な助言を頂戴しており、本論文の核となる第3章部分についての適確かつ具体的なご指導を頂きました。また、匿名のレフェリーからも多くの貴重な助言を頂戴し、多くの方々からご指導を得ていることに、深く感謝申し上げます。

そして何より、本論文の主査を務めていただいた高橋洋一嘉悦大学大学院教授、副査を務めていただいた真鍋雅史嘉悦大学大学院教授、跡田直澄京都先端科学大学教授には、心より御礼を申し上げます。

最後に、私事ではありますが、筆者の自由すぎる研究活動を常に暖かく見守り、支えてくれている家族と友人に心からの謝意を表すことをお許しいただき、むすびとさせていただきます。

2019年7月

藤原 香澄

注

- ¹ 特許庁（1984）。
- ² 著作権法違犯並附帯私訴ノ件大正3年（れ）第233号大判大正3年7月4日
- ³ 著作権法百年史。
- ⁴ 著作権法百年史、福沢諭吉『西洋事情外編卷之三』1868年。
- ⁵ 著作権法百年史
- ⁶ 吉田（2002）。
- ⁷ 吉田（2002）。
- ⁸ 文化庁（2000）によれば、はじめ「蔵版の免許」と訳語をつけた福沢諭吉も、後にコピーライトは「出版の権」略して版權と訳した方がよいと提唱している。
- ⁹ 大家（2002）では、①著作者人格権、人格権の規定を置いていた点、②官公庁等の団体著作、団体名義を認めていた点、③文書図画を写真となし、その版權を侵すものを偽版とした点が、後の旧著作権法にはない優れた規定であると評価されている。
- ¹⁰ 吉田（1993）によると、明治17年5月16日、ベルヌ条約創設の際に農商務卿から外務卿へ宛てた文書内ではじめて「著作権」という用語が用いられた。
- ¹¹ 大家（2002）によれば、この改正以前から、日本国内における外国人著作物についての無断での複製は自粛されていた。
- ¹² 「音を機械的に複製するの用に供する機器に他人の著作物を写調する者は偽作者と看做す」という規定が設けられた。
- ¹³ 文部科学省文化審議会著作権分科会過去の著作物等の保護と利用に関する小委員会（第4回2007年6月26日）議事録・配布資料参照。
- ¹⁴ 前掲注（13）参照。
- ¹⁵ 文部科学省 HP「著作権の保護期間に関する戦時加算について」参照。
- ¹⁶ JASRAC HP「戦時加算の問題点」
- ¹⁷ 木棚（2009）。
- ¹⁸ 知的財産権のうち、特許権、実用新案権、意匠権および商標権の4つの権利を総称して産業財産権という。歴史的に工業所有権と呼称されている場合もあるが、本稿では可能な限り産業財産権に統一する。
- ¹⁹ 田村（2012）によれば、知的財産権の本質は、権利者が、権利者以外の他者によって行われる複製や演奏等の利用行為ひとつひとつのパターンを制限することにある。
- ²⁰ 孤児著作物とは、著作物の権利者が不明なもしくは権利者の居所が不明等の理由により、著作物の使用のための利用許諾を得ることのできない著作物をいう。
- ²¹ 後藤（1990）によれば、きっかけは1873年のウィーン国際博覧会である。当時、博覧会への出品物に対するオーストリアの特許法による保護が不十分であるとみなされ、特に米国から、発明品の出品に消極的な態度が示された。そこでオーストリアは、ウィーン国際博覧会への外国出品者に対して、その発明、商標および意匠を1873年12月31日まで保護することを目的とする法律を制定した。これは、権利の存続期間を延長するための法律であった。このオーストリアの措置が契機となって、各国の特許法が発明者の保護にとって十分であるか否かが議論されるようになった。
- ²² パリ条約とベルヌ条約は、当初はパリ同盟の事務局とベルヌ同盟の事務局が別個に管理していたが、1950年代に合同国際事務局として「知的財産に関する合同国際事務局（Bureaux Internationaux Reunis pour la Propriete Intellectuelle, 通

称 BIRPI)」が設立され、両者はまとめて管理されるようになった。これが現在の世界知的所有権機関 (World Intellectual Property Organization、通称 WIPO) の前身であり、「知的財産」という言葉が初めて国際的に公式に使われたのも BIRPI が設立されたときといわれている。Graeme B. Dinwoodie, William O. Hennessey, Shira Perlmutter, (2001) p.3。

²³ 米国は、1980 年代初めから、低下しつつある自国の産業競争力を回復するための方策について検討を行っており、1985 年 1 月の「ヤング・レポート」において、米国が他国に対して優位にある技術開発力を維持・強化するために知的財産権の保護を強化するとの方針を示した。同年のレーガン大統領の「新通商政策」、1986 年の米国通商代表 (UTSR) の「知的財産保護政策の骨子」においても、中長期的戦略として、多国間交渉により国際的に知的財産保護ルールの強化を図るといふ活動方針を明確にした。

²⁴ 当時の GATT はあくまでも物品 (goods) の貿易に関する協定であったため、知的財産権を物品の貿易と関連付ける必要があった。現に、1986 年からの 2 年間は、GATT に知的財産権問題を扱う資格があるのかという点について、先進国と途上国間での議論に終始することになった。

²⁵ TRIPS 協定は、基本的には加盟国に義務を課すだけの性質を有する通商協定と解されるのが通常であるだけに、加盟国がその義務を国内法でどのようにどこまで果たしているかをみる必要があるが、明確に TRIPS 協定に違反すると考えられる規定は見出されなかったとの見解がある。木棚 (2009)、97 頁。

²⁶ 1999 年のシアトル、2003 年のカンクンでの WTO 閣僚会議の失敗は、WTO から FTA への流れを決定的なものとした。山口 (2010) 95 頁。

²⁷ 鈴木 (2008) によれば、RTAs とは、狭義では WTO 上の地域貿易協定、すなわち、GATT (1994 年の貿易と関税に関する一般協定) 24 条が定める関税同盟および FTA 並びにそれらの形成のために中間協定を締結するものを指す。広義には、APEC のような地域協力のフレームワークも含む意味で用いられる。

²⁸ RTAs における知的財産関係の条項の意義について、先行研究においては、①二国間ないし複数国間で協定を結ぶことで、当事国の実情やニーズに応じた合意をすることができること、②一般的に、知的財産制度の国際調和に資する面があること、という 2 点があげられている。鈴木 (2008)。

²⁹ 経済連携協定 (EPA : Economic Partnership Agreement) とは、FTA の内容に加えて、投資規制の撤廃、人的交流の拡大、知的財産の保護、競争政策を含む幅広い分野における経済上の連携強化を図る協定である。現在では、FTA という名称であっても、EPA と同様の包括的な内容を規定することが一般的となっている。日本の進める EPA の詳細については、小山 (2010) に詳しい。

³⁰ P4 (Pacific 4) とは、太平洋地域の 4 개국 (シンガポール、ブルネイ、ニュージーランド、チリ) の FTA である。

³¹ TPP 交渉の経緯や歴史については、神田・寺林 (2013) に詳しい。

³² 知的財産戦略本部「知的財産分野における TPP への政策対応について(案)」平成 27 年 11 月 24 日 (知的財産戦略本部決定案) 参照。

³³ TPP 協定の前文で、「世界貿易機関を設立するマラケシュ協定に基づく各締約国の権利および義務を強化すること」が明記されている。

³⁴ TPP 協定第 18・7 条 1 項および項同条 2 項参照。

³⁵ 1967 年にストックホルムで改正された工業所有権の保護に関するパリ条約。

³⁶ 1971 年 7 月 24 日にパリで改正された文学的および美術的著作物の保護に関するベルヌ条約

³⁷ 第 18・7 条 1 項参照。なお、改正条約が複数ある条約については、2015 年時

点での最新の改正条約が参照されている。この点については、第 18・1 条の定義規定を参照。

³⁸ 標章の国際登録に関するマドリッド協定の 1989 年 6 月 27 日にマドリッドで作成された議定書。

³⁹ 特許手続上の微生物の寄託の国際的承認に関するブタペスト条約。

⁴⁰ 締約国は、マドリッド議定書またはシンガポール条約のいずれかを締約することにより、マドリッド議定書およびシンガポール条約に規定する義務を満たすことができる。

⁴¹ 1991 年 3 月 19 日にジュネーヴで改正された植物の新品種の保護に関する国際条約。

⁴² 1996 年 12 月 20 日にジュネーヴで作成された著作権に関する世界知的著作権機関条約 (World Copyright Treaty)

⁴³ 1996 年 12 月 20 日にジュネーヴで作成された実演およびレコードに関する世界知的著作権機関条約。

⁴⁴ パリ条約のマドリッド改正会議で採択された同盟国間の特別の取極に当たる。1891 年以来運用されていたが、1967 年のストックホルム改正会議で現在の名称に変更された。

⁴⁵ 国際登録の日から 5 年の期間が満了する前に本国における基礎出願が拒絶又は基礎登録が無効若しくは取り消しなどとなった場合には、国際登録も取り消される。その際、国際登録の名義人であった者は、救済措置として各指定国において国際登録を国内出願へ変更することができる。しかしながら、この従属性自体が不便という指摘もあり、現在マドプロワーキンググループにおいてその妥当性についての議論がなされている。茶園 (2015)。

⁴⁶ 木棚 (2012) 136 頁。

⁴⁷ 米国は、ベルヌ条約が欧州 (大陸法系欧州諸国) の制度・理念を反映して創設された条約であったことと、自国の制度と抵触する側面があることを理由として、100 年間条約に加盟しなかった (1989 年加盟)。

⁴⁸ 茶園 (2015) 参照。

⁴⁹ ベルヌ条約における内国民待遇の例外として、著作権の保護期間 (条約 7 条 (8)) について、相互主義を適用することが認められている。例えば、日本は著作権の保護期間が著作者の「死後 50 年」であるが、米国のような「死後 70 年」の国においても「死後 50 年」の権利しか認められない。相互主義は、内国民待遇の原則を規定した TRIPS 協定において例外として認められているが、パリ条約には相互主義条項はない。

⁵⁰ 無方式主義 (自動的保護) の原則 (5 条 2 項) とは、権利の発生に、いかなる方式要件も課してはならない、という原則である。したがって、すべての同盟国の著作者は、その著作物の条約上の保護に関し、自動的に保護を受けることができる。なお、5 条 2 項が適用されるのは「条約上の権利」のみである。加盟国がその国の著作者に方式主義を要求することは、国内法上認められる。現に、米国もベルヌ条約加入までは方式主義を採用していた。

⁵¹ 保護の独立 (5 条 2 項 第 2 文) の原則とは、権利の享有および行使は、著作物の本国における保護にかかわらない、という原則である。すべての同盟国の著作者は、①他の同盟国において所定の方式に従うことを求められることはない。さらに、②他の同盟国で保護を受けるにあたり、本国が方式主義である場合でも、本国の方式に合致していることを求められることはない。

⁵² 具体的には、ベルヌ条約の 6 条の 2 (人格権規定) が米国によって除かれた。

⁵³ 具体的には、ベルヌ条約の 6 条の 2 (人格権規定) が米国によって除かれた。

⁵⁴ Rome Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations.

⁵⁵ 故意による著作権又は関連する権利を侵害する複製について、「商業的規模で行われる」行為には、(a)商業上の利益又は金銭上の利得のために行われる行為、(b)商業上の利益又は金銭上の利得のために行われるものでない重大な行為であって、市場との関連において当該著作権者又は関連する権利の権利者の利益に実質的かつ有害な影響を及ぼすもの、との規定がある（18・77条1項）。

⁵⁶ 通説では、著作物の利用地（侵害地）の国の法律が適用される。

⁵⁷ 国際的な制度の調和については、経済協力開発機構（OECD）加盟国34か国中、著作物の保護期間が著作者の死後70年未満であるのは、日本、カナダ、ニュージーランドの3か国のみであり、この3か国はTPP協定交渉参加国であることを踏まえると、これらの国についてTPP協定が発効した場合には、OECDの全加盟国で著作物の保護期間が著作者の死後70年以上となる。これに対して、70年以上を規定しているのがメキシコ（著作者の死後100年）であり、その他の国はすべて著作者の死後70年が保護期間となっている。

⁵⁸ 保護期間が延長されることにより、長期的に人気を博する作品から、延長分についても継続的に収益を得ることができる可能性がある。

⁵⁹ IIPRの指標の先行研究

⁶⁰ 山田（2009）。

⁶¹ 従来国内法では、特許付与前の異議申立てが認められていたが、権利登録以前に異議申立てを認めることで、迅速な登録を困難にしていた。したがって、国際的な情勢も鑑み、付与後異議申立て制度へと移行した。

⁶² 商標法条約（Trademark Law Treaty: TLT）は、国内の商標登録手続の簡素化および調和を図ることを目的として、1994年にジュネーブで採択された。主たる内容は、一出願多区分制の採用、多件一通方式の採用、願書・各種申請書の記載事項および各種証明書提出の簡素化、更新時の実体審査・登録商標の使用チェックの禁止等があり、実体的側面を扱うものではない。日本は、1994年に加入した。同条約は、パリ条約の規定の中で、標章に関するものの遵守義務を定めている。

⁶³ 侵害人の販売数量さえ立証すれば、これに権利者側の販売単価を乗じて得た額を逸失利益と考え損害額とすることを可能とした。

⁶⁴ 実施料相当額の賠償について、「その実施について通常受けるべき金銭の額に相当する額」の中の「通常」という文言を削除し、実施料を個別具体の事情により認定することを可能とした。

⁶⁵ 商標権については当初から非親告罪が採用されていたが、本改正により特許権、意匠権、実用新案権に対する侵害罪も非親告罪とされた。

⁶⁶ これまで保護対象外であった「物品の部分」にかかる意匠を物品の概念に含む旨を明文化した。これに伴い、意匠登録を受けることができない意匠として「物品の機能を確保するために不可欠な形状のみからなる意匠」が加えられた。

⁶⁷ 登録の拒絶、無効の対象について、「日本国内において広く知られた」意匠に基づく、との要件を「日本国内又は外国において公然知られた」意匠に基づいて当業者が容易に創作できた意匠へと変更された。

⁶⁸ マドリッド協定を修正、補完するものとして提案されたのがマドリッド協定議定書である。これは、標章の国際的保護を得るための国際出願制度を通じ、商標登録手続を簡略化することを目的とし、1989年にイギリス、フランス、スペインを中心として制定された。日本は1999年に加入し、2000年に発効した。

⁶⁹ 特許の審査順番待ち期間は04年5月現在で26ヶ月、審査順番待ち案件は

50 件、今後 80 万件に増大すると見込まれていた。

⁷⁰ これに伴い、実用新案権の存続期間が 6 年から 10 年に延長された（実用新案法 15 条）。

⁷¹ 特許法条約（Patent Law Treaty: PLT）とは、国内の特許出願の手続を統一・簡素化することにより出願人の負担を軽減することを目的とした条約であり、2000 年に制定された。日本は、2016 年 6 月に承認を予定していた。

⁷² 商標法に関するシンガポール条約（Singapore Treaty on the Law of Trademark: STLT）は、2006 年の商標法条約（TLT）の改正条約であり、各国により異なる商標の国内出願手続等の簡素化に関する条約である。

⁷³ F.W. ランカスター（植村俊亮訳）『紙なし情報システム』（東京共立出版、1984 年）。

⁷⁴ 高度情報社会の発展過程でマルチメディアという概念が注目され、国宝をはじめとする文化資産のデジタル記録が考えられるようになった 1994 年頃に、記録保管所を意味する英語の archives と digital を組み合わせて、月尾嘉男東京大学教授（当時、現同大学名誉教授）によって考案された和製英語である。「文化財、最新の技術でのこす」『日本経済新聞』1998 年 11 月 24 日朝刊、総務省・後掲注（3）6 頁参照。

⁷⁵ 例えば、総務省では、「図書・出版物、公文書、美術品・博物品・歴史資料等公共的な知的資産をデジタル化し、インターネット上で電子情報として共有・利用できる仕組み」をデジタル・アーカイブと定義しており、デジタル・ライブラリーと機能を同じくする部分があるといえる。総務省『知のデジタル・アーカイブ —社会の知識インフラの拡充に向けて— デジタル・アーカイブ構築・連携のためのガイドライン』（2012 年）

<http://www.soumu.go.jp/main_content/000153595.pdf>（最終アクセス 2014 年 1 月 9 日）参照。

⁷⁶ 例えば、UNESCO と米国による World digital library (WDL) がある。

⁷⁷ 細野公男「デジタル化は学術環境を取り巻く環境にどのような影響を与えるか」人文学と情報処理 27 巻（2000 年）7-12 頁。

⁷⁸ 総務省・前掲注（3）7 頁。

⁷⁹ 会合開催の背景については、植月献二「GII 電子図書館プロジェクト —情報社会に関する G7 関係閣僚会合一」カレントアウェアネス No.188（1995 年）に詳しい。

⁸⁰ G-7, *Information Society pilot projects - Towards open multimedia access to the world's cultural heritage: museums and galleries, 1995, available at*

<http://cordis.europa.eu/fetch?CALLER=PROGLINK_PARTNERS&ACTION=D&DOC=384&CAT=PROG&QUERY=012d72ce5280:f947:5787816c&RCN=565>, (last visited at 9 January, 2014).

⁸¹ G8, *Global Information Society Complete Report, 1999, available at*

<http://www.channelingreality.com/Digital_Treason/G8_GIS_Complete_Report.pdf> (last visited at 9 January, 2014).

⁸² 国際図書館連盟とは、図書館情報サービスとその利用者の利益を代表する主要な国際機関として、世界 150 ヶ国 1500 のメンバーから構成されている、非政府非営利組織である。詳細については、IFLA の HP (<http://www.ifla.org/about/more>) 参照。

⁸³ 国立国会図書館「ワールド・デジタル・ライブラリー公開」カレントアウェアネス 148 号 E92（2009 年）。

⁸⁴ 原田（2002）。

⁸⁵ 原田（2002）。

-
- ⁸⁶ 原田（2002）によれば、OCR（Optical Character Recognition, 光学文字認識）装置による文字認識には技術的限界があり、最終的なチェックは、人手によって行われていた。
- ⁸⁷ 例えば、映画や音楽等のコンテンツビジネス業界で、孤児著作物を営利目的で流通促進させようとする動きがある。
- ⁸⁸ Recommendation (EC)No.585/2006 on the digitisation and online accessibility of cultural material and digital preservation(OJ L236, 28[31.8.2006]).
- ⁸⁹ US Copyright Office Report(2006).
- ⁹⁰ 以下、本稿において、日本の著作権法を参照する場合には、単に「著作権法」と表記し、外国著作権法を参照する場合には、米国著作権法というように、国名を明記することとする。
- ⁹¹ 渋谷（2013）。
- ⁹² 金井・小倉（2013）。
- ⁹³ 菱沼（2011）。
- ⁹⁴ 田中（2007）。
- ⁹⁵ 福井（2014）。
- ⁹⁶ Stratton (2011).
- ⁹⁷ 国立国会図書館（2011年）。
- ⁹⁸ ベルヌ条約 5 条(2)「権利の享有および行使には、いかなる方式の履行をも要しない。」。以下、本稿において条約や各国著作権法を参照する場合には、CRIC（Copyright Research and Information Center）による和訳を引用する。
- ⁹⁹ 菱沼（2011）。
- ¹⁰⁰ 「TPP 懸案 進展乏しく」『朝日新聞』2013 年 8 月 31 日朝刊、「知財ルール議論 TPP 交渉きょうから東京で」『朝日新聞』2013 年 10 月 24 日朝刊。
- ¹⁰¹ 田中（2007）。
- ¹⁰² 菱沼（2011）。
- ¹⁰³ 半田（2013 年）。
- ¹⁰⁴ フランス著作権法 111 条 1「精神の著作物の著作者は、その著作物に関して、自己が創作したという事実のみにより、排他的ですべての者に対抗しうる無形財産の所有権を享有する。」。ドイツ著作権法 11 条「著作権は、著作者を、その著作物に対するその精神的かつ個人的な関係において、およびその著作物の使用において、保護する。著作権は、同時に、著作物の使用に関する相当なる報酬の保障にも寄与する。」。
- ¹⁰⁵ 合衆国憲法 1 条 8 節 8 項によると、連邦議会は、「著作者および発明者に対し、一定期間その著作および発明に関する独占的権利を保障することにより、学術および有益な技芸の進歩を促進する権限」を享有する。
- ¹⁰⁶ 国立国会図書館「国立国会図書館中期計画 2004」
- ¹⁰⁷ 本サービスは、世界中に存在する書籍をデジタル化し、OCR によってインターネットで前文検索を可能とするものであり、著作権が切れてパブリック・ドメインの状態にある作品は全文が表示され、そうでなければ一部抜粋が表示されるという仕組みである。
- ¹⁰⁸ 「蔵書 デジタル化 国会図書館加速」『朝日新聞』2009 年 5 月 13 日朝刊。
- ¹⁰⁹ 本会議は、平成 22 年、文部科学省、総務省、経済産業省の 3 省が合同で開催した「デジタル・ネットワーク社会における出版物の利活用の促進に関する懇談会」における様々な検討に基づいて、デジタル・ネットワーク社会における図書館と公共サービスのあり方を検討するために設置された。
- ¹¹⁰ 文化庁（2011a）。

-
- ¹¹¹ 文化庁（2011b）。
- ¹¹² 資料保存のためのデジタル化は、著作権法 31 条 2 項に基づいて行われている。
- ¹¹³ 平成 24 年改正により、絶版等資料に係る著作物については、国立国会図書館へ足を運ばなくても公立図書館で閲覧し、一部複製をすることが可能となった（著作権法 31 条 3 項）。改正前の議論については、文化庁『国立国会図書館からの送信サービスに関する権利制限規定について』
- ¹¹⁴ 加戸（2013 年）。
- ¹¹⁵ 当該事実に関しては、疎明資料を提出する必要がある（著作権法施行令 8 条 2 項 3 号）。
- ¹¹⁶ 斎藤（2007 年）、半田・松田（2009 年）。
- ¹¹⁷ 著作権法施行令 7 条の 7 に規定されている。
- ¹¹⁸ 改正前の学説では、[1]著作者が不詳、[2]著作権者の身元不明、[3]著作権者の身元は明らかであるがその所在が不明、[4]著作権者の身元とその所在は明らかであるが連絡することができないとき、と整理されていた。斎藤（2007）
- ¹¹⁹ 文化庁「著作者不明等の場合の裁定制度 過去の利用実績（2013 年 8 月 25 日現在）」
- ¹²⁰ 著作権法施行令 7 条の 7 には、必要な措置が以下の通り規定されている。
第一に、広く権利者情報を掲載していると認められるものとして文化庁長官が定める刊行物その他の資料を閲覧すること。
第二に、著作権等管理事業者その他の広く権利者情報を保有していると認められる者として文化庁長官が定める者に対し照会すること。
第三に、権利者に関する情報を、時事に関する事項を掲載する日刊新聞紙への掲載その他これに準ずるものとして文化庁長官が定める方法により、公衆に対して広く著作権者の情報提供を求めること。
- ¹²¹ 池村（2010 年）。
- ¹²² 作花（2008 年）。
- ¹²³ 文化審議会著作権分科会『報告書』（2009 年）によれば、2009 年の文化審議会著作権分科会による報告を受けて、裁定を受ける前でも著作物を利用可能とする規定（著作権法 67 条の 2）が新設された。。
- ¹²⁴ 裁定に係る利用は、原則として著作権法「63 条 2 項の許諾に係る利用方法の場合と同様」である。加戸（2013）。
- ¹²⁵ 63 条 1 項における利用許諾が当事者間の契約に基づくものであるのに対し、裁定における利用許諾は行政処分であり、対等当事者間の契約によるものではないためである。加戸（2013）
- ¹²⁶ 近代デジタル・ライブラリーとは、国立国会図書館が所蔵する明治期以降に刊行された図書・雑誌のデジタル化資料をインターネットで閲覧できるサービスであり、約 340,000 点の図書と 5,000 点の雑誌が収録されている。
- ¹²⁷ 田中（2007）。
- ¹²⁸ 田中（2007）。
- ¹²⁹ 著作権に関する指令として、情報化社会指令（2001/29/EU）や、著作権と著作者隣接権の調和に関する指令（93/98/EEC）がある。
- ¹³⁰ Agnieszka Vetulani, *The Problem of Orphan Works in the EU an overview of legislative solutions and main actions in this field*, European Commission DG Information Society and Media Unit E4: Digital Libraries and Public Sector Information, 2008.
- ¹³¹ Recommendation

132 リスボン条約 288 条は第 5 段で、「勧告や意見は、何らの法的拘束力を有さない」と規定している。

133 European Commission, 'Europe 2020'

134 European Commission, Europe2020 Flagship Initiatives

135 Commission of the European Communities, Commission Working Document Consultation on the Future "EU 2020" Strategy, 2009, COM(2009)647 final.

136 Recommendation, *supra* note 17.

137 EU の書籍・絵画・映画等のデジタル化された文化的遺産を検索することができるデジタル・ライブラリーである。

138 Directive(EU) No28/2012 on certain permitted uses of orphan works (OJ L299, 5[27.10.2012])

139 補完性原則 (subsidiarity) とは、EU の排他的権限にあたらぬ分野において、規模または効果の点で構成国の中央政府や地方自治体より EU レベルのほうが目的をより良く達成できる場合にのみ EU が行動することを許されるという基準を指す。庄司克宏『EU 法 実務編』(岩波書店, 2008 年)。

140 比例原則 (proportionality) とは、当該要件が、追求される目的に対して適切であり、かつ、その目的の達成に必要な限度を超えてはならないという原則をいう。

141 European Commission, Impact Assessment on the Cross-Border Online Access to Orphan Works, SEC(2011) 615 final, *available at*

<http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/orphan-works/impact-assessment_en.pdf>(last visited at 9 January,2014).

142 *Ibid.*

143 Directive, *supra* note 70.

144 孤児著作物状態の認定を受ける対象となる著作物は、指令 1 条 2 項において次のように列挙されている。

[1]「公共のアクセスが可能なライブラリー、教育機関、博物館、同様に図書館、フィルムまたは音声遺産の保存機関」の所蔵品に含まれている「書籍、ジャーナル、新聞、雑誌、またはその他の文書の形式で発行された著作物」(指令 1 条 3 項(a))

[2]「公共のアクセスが可能なライブラリー、教育機関、博物館、同様に図書館、フィルムまたは音声遺産の保存機関」の所蔵品に含まれている「映画または音声著作物、およびレコード」(指令 1 条 2 項(b))

[3]「公共放送機関」が 2002 年 12 月 31 日までに制作した「映画または音声著作物およびレコード」であり、かつ「利用主体のアーカイブに含まれているもの」(指令 1 条 2 項(c))

145 OHIM とは、EU 規則にしたがって、国家当局、民間団体、連合内の機関の活動を促進し、支援することを目的として、特定の業務や活動を確保し、自己の予算を利用して融資を行う機関である。

146 Directive, *supra* note 70.

147 附則書には、情報源が以下の通り列挙されている。

[1]出版された書籍、[2]新聞、雑誌、ジャーナル、定期刊行物、[3]写真、イラスト、デザイン、建築、スケッチ、書籍、ジャーナル、新聞、雑誌その他の著作物に含まれる視覚的著作物、[4]視聴覚著作物およびレコード。Directive, *supra* note 70.

148 国内当局が管理する記録は、(a)主体となる機関が行った、著作物またはレコードが孤児著作物状態にあるとの結論を導いた入念な調査の結果、(b)指令に基づいて主体となる機関が行う孤児著作物の利用形態、(c)、指令 5 条に基づい

て行われる主体となる機関が使用する著作物およびレコードの孤児著作状態に関する変更、(d)関係する機関の連絡情報、である。

¹⁴⁹ [i2010:Digital Libraries High Level Expert Group- Copyright Subgroup, *Final Report on Digital Preservation, Orphan Works, and Out-of-Print Works*, 2008 available at

<http://ec.europa.eu/information_society/activities/digital_libraries/doc/hleg/reports/copyright/copyright_subgroup_final_report_26508-clean171.pdf>, pp.14-15.(last visited at 9 January, 2014).

¹⁵⁰ Directive, *supra* note 70.

¹⁵¹ 情報通信総合研究所 『諸外国における著作物等の利用円滑化方策に関する調査研究報告書』平成 24 年度文化庁委託事業。

¹⁵² German draft proposal for legislation on orphan and out-of-commerce works,01/03/2013,<<http://www.ifrro.org/content/german-draft-proposal-legislation-orphan-and-out-commerce-works>>.(last visited at 9 January, 2014)

¹⁵³ Department for Business, Innovation and Skills, Enterprise and Regulatory Reform Bill Updated Policy paper, January 2013, p.28, available at

<https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/87928/bis-13-654-enterprise-and-regulatory-reform-bill-policy-paper-jan-2013.pdf>,

¹⁵⁴ イギリス著作権法 12 条(3)は、著作者が知られていない著作物の著作権について、

(a)著作物が作成された暦年の終わりから 70 年の期間の終わりに消滅する。

(b)その期間中に著作物が公衆に提供されるときは、著作物が最初にそのように提供される暦年の終わりから 70 年の期間の終わりに消滅する。

と規定している。

¹⁵⁵ US Copyright Office, *supra* note 18.

¹⁵⁶ US Copyright Office, Office of the register of copyrights, *Legal Issues in Mass Digitization: A Preliminary Analysis and Discussion Document*, 2011, available at <http://www.copyright.gov/docs/massdigitization/USCOMassDigitization_October2011.pdf>(last visited at 9 January, 2014).

¹⁵⁷ *Ibid*, p.70.

¹⁵⁸ 米国著作権法 118 条(d)によると、以下の場合に複製および頒布が可能となる。

(1)コピーまたはレコードが利用者の所有物となること、かつ、図書館または文書資料館が当該コピーまたはレコードが 私的研究、学問または調査以外の目的に使用される旨の通知を受けていないこと。

(2)図書館または文書資料館が、著作権局長が規則により定める要件に従った明瞭な著作権注意書を、申込を受け付ける場所に掲示し、かつ、申込用紙に表示すること。

¹⁵⁹ 米国著作権法 108 条(h)(2)によると、以下のいずれかの場合、複製、頒布、展示または実演は本条において認められない。

(A)著作物が通常の商業的利用の対象である場合。

(B)著作物のコピーまたはレコードが相当な金額で入手できる場合。

(C)著作権者またはその代理人が、著作権局長が定める規則に従って、第(A)号または第(B)号に定める条件が適用される旨の通知を行う場合。

¹⁶⁰ 骨董通り法律事務所『米国における著作権関連訴訟文書に係る法的論点整理および分析等』(2010 年) 46 頁<

http://www.bunka.go.jp/chosakuken/pdf/beikoku_bunseki_houkokusho_itaku.pdf>

(最終アクセス 2014 年 1 月 9 日)。

¹⁶¹ *Authors Guild, Inc. v. Hathi Trust*, No.11-CV-6351, 2012 WL 4808939 (S.D.N.Y.

Oct. 10, 2012).

¹⁶² US Copyright Office

¹⁶³ Berkley Digital Library Copyright Project White Paper (2011-2012).

¹⁶⁴ 通常の法定損害賠償額は、750 ドル以上 30,000 ドル未満である（米国著作権法 504 条(c)(1)）。

¹⁶⁵ US Copyright Office, *supra* note 18.

¹⁶⁶ US Copyright Office, *supra* note 18. p.127

¹⁶⁷ 米国著作権法 514 条(c)(1)(B)「侵害者が、著しい量の独創的な表現とともに被侵害著作物を改作、変形、翻案又は統合した新たな著作物を、作成し又は作成を開始した場合には、裁判所による差止命令は、以下の条件に従うかぎり、侵害者がその新たな著作物の作成を継続し又は使用することを制限してはならない。」

¹⁶⁸ The Authors Guild, Inc v. Google Inc, 1:05-cv-08136-DC (S.D.N.Y. Nov. 14, 2013).

¹⁶⁹ IFLA, IFLA welcomes US Court decision on legality of Google Books digitization; cautions against growing digital information divide for libraries elsewhere, 25/11/2013, *available at* <<http://www.ifla.org/node/817>> (last visited at 9 January, 2014).

¹⁷⁰ オプトアウトとは、著作権者が離脱することを指す。すなわち、一旦 Google によってデジタル化された後に、当該利用に異議を唱える権利者がいた場合は、その権利者の著作物の利用を事後的に除外する選択をすることである。

¹⁷¹ ベルヌ条約 27 条(3)「第 22 条から前条までの規定の修正についての前条の規定が適用される場合を除くほか、この改正条約（附属書を含む。）の改正には、投じられた票のすべての賛成を必要とする」。

¹⁷²複製が著作物の通常の利用と抵触する場合には、その複製は一切認められない。

WIPO, *Guide to the Berne Convention*, pp.54-56, *available at* <<ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/historical-ipbooks/GuideToTheBerneConventionForTheProtectionOfLiteraryAndArtisticWorksParisAct1971.pdf>>(last visited at 9 January, 2014).

¹⁷³ WIPO, *supra* note 108, p3.

¹⁷⁴ *Ibid*, p3.

¹⁷⁵ WTO Panel, United States - Section 110(5) of the US Copyright Act Report of the Panel, WT/DS160/R, 15 June 2000, pp.29-30.

¹⁷⁶ Sam Ricketson, *WIPO Study on Limitations and Exeptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment, Standing Committee in Copyright and Related Rights*, Ninth Session, Geneva, June 23 to 27, 2003, pp.20-24, *available at* <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_9/sccr_9_7.pdf>(last visited at 9 January, 2014).

¹⁷⁷ WTO Panel, *supra* note 111, p.48.

¹⁷⁸ WTO Panel, *supra* note 111, p.58.

¹⁷⁹ Sam Ricketson, *supra* note 112.

¹⁸⁰ Sam Ricketson, *supra* note 112.

¹⁸¹ 菱沼（2011）249 頁。

¹⁸² 「著作権の保護国」は、ベルヌ条約 5 条(4)で規定されている。

¹⁸³ 木棚（2012）、櫻田・道垣内（2013 年）。

¹⁸⁴ 櫻田・道垣内（2013）640 頁。

¹⁸⁵ 文化庁長官官房著作権課『裁定の手引き』（2013 年）