

智慧財產的動向和將來

蔡憲明¹譯

摘要

本文乃日本知財協會專門委員會委員於2010年1月20日專訪日本明治大學特任教授、東京大學名譽教授中山信弘律師之整理紀錄，原文刊載於日本《知財管理》Vol. 60 No.5 (No. 713) (2010年5月號)。中山教授自1969年起研究智慧財產逾41年，並自始即參與日本「智慧財產戰略大綱」及「智慧財產基本法」的制定，擁有多年智慧財產經驗，對日本智慧財產發展的歷史脈絡有深刻的瞭解；日本智慧財產實務有許多值得台灣思考及借鏡之處，例如：職務發明的對價問題如何從法律角度加以衡平、專利無效撤銷制度應該如何設計...，中山教授均發表了精闢的見解，本文特將此訪談紀錄經日本知財協會及中山教授同意後，作摘要翻譯如下文，期與國內讀者共享。

壹、序言

【問1】

智慧財產權在當今世界上非常受到重視，但在中山先生所處的1970年代前半段只有極少數學者研究智慧財產；請您以多年研究經驗，回顧以往智慧財產的變遷，並說明今後智慧財產的展望。

【答1】

本人從昭和44年（1969年）開始研究智慧財產，當時日本企業設有專利部的不多，且大都附屬於總務部。專利訴訟雖然從昭和30年代起已經開始出現，但不多見，特別是著作權，雖具有某種行業法的特性，卻不重要，在六法全書中也被歸類在「經濟諸法」中。

¹ 譯者蔡憲明現任連邦國際專利商標事務所顧問，國立台灣大學法律學士，日本一橋大學法學碩士，中國人民大學法學院民商法博士生。

我開始研究智慧財產最大感觸是：智慧財產法當時被稱為無體財產法，意在把智慧財產法當作一種普通的法律；但最近卻有將其當作某種特殊性質的法，或比普通法重要的法之趨勢。不過，我個人即使到現在，還是一樣認為智慧財產法只是一種普通的法律，原因是我認為世界並非只單靠智慧財產法就可運作，而是靠各種法律像齒輪般相互關連，智慧財產法只是其中的齒輪之一。因此，我認為不應特別突出專利法，而是要在全法體系中給予專利法或著作權法一個定位。

這幾年不知不覺間，智慧財產權的地位逐漸上升，這點從學生聽課人數增加可以得到證明；必修科目姑且不論，但像智慧財產法這種選修科目，在昭和40年代選修人數不足20人，經過了日立、IBM、富士通等事件發生的昭和60年代，選修人數增加到100人以上，不久又增加到200人，其後日本智慧財產戰略本部成立，從「智慧財產立國」的口號開始後，選修人數更高達300人以上。學生聽課人數增加，可說是真實反映了日本社會的風潮。

在小泉內閣時，2002年2月4日發表施政方針演說，同年2月25日即裁決設立「智慧財產戰略會議」，這是總理大臣的諮詢機關，由總理擔任本部長，加上全體內閣成員及有智慧財產學經歷背景者共10人組成。第一次會議於2002年3月20日舉行，負責提出各種智慧財產政策並快速執行，所以同年7月3日就已經提出「智慧財產戰略大綱」，7月5日內閣會議決定要設置「智慧財產基本法準備室²」，隨即於10月16日決定「智慧財產基本法」草案，而在第155次臨時國會就通過了該法律，11月27日公布，自2003年3月1日起施行，同日並設置「智慧財產戰略本部」。「智慧財產戰略本部」是一個永久性的國家機關，其本身雖然不能向國會提出法律案，但是位居各機關之上，可以指揮各機關；「智慧財產戰略本部」成員是以總理為本部長，加上全體內閣成員及10位有智慧財產學經歷背景的專家學者共同組成，而這10位智慧財產背景的專家學者變動頻繁，只有我從一開始到現在都是成員。

現在和昭和44年（1969年）的智慧財產狀況比起來，有如隔世。最大的不同是不僅廣泛使用智慧財產，且使用智慧財產作為一種戰略！關於這一點，日本政府和企業立場相同，而這也正是智慧財產和一般普通財產最大的差異。一般普通財產所有權概念下的權利，和智慧財產權利的意義，從戰略性使用的角度看，十分不同，而這也是國家與國家間，在智慧財產議題上如此對立的關鍵，所以國家彼此間難以締結條約，尤其是先進國家和開發中國家間的利益衝突更為明顯。例如：巴黎公約從1960年代左右起，就呈現停滯不前的狀態，於是又發展了WTO體系，在WTO體系下不僅處理智慧財產，也處理熱帶產品、農業發展...等議題，以包裹方式談判，所以在智慧財產方面就有可能因為整體考量而犧牲。也就是說巴黎公約只處理智慧財產問題，所以衝突對立比較難平衡，而WTO則綜合了智慧財產和其他議題，所以比較能夠取得協議。

今後，各項議題都不斷發展國際化，所以條約變得比過去更重要；先進國家與開發中國

2 「準備室」乃日文用法，中譯接近「籌備處」。

家間的衝突要靠條約調和自不待言，即使是先進國家彼此間，也因為牽涉到錯綜複雜的國家戰略，難以達成共識。例如各國搶奪石油資源，歐美的大石油公司擁有的權利，開發中國家想將其國有化以與之抗爭，智慧財產也一樣；雖然有國家口頭上希望將智慧財產國有化以提升國家競爭力，但要把智慧財產國有化也有相當高的困難度。所以未來究竟要如何做才適當呢？實在不簡單。

尤其在著作權領域，也和從前大不相同。即使著作權條文本質上沒有太大改變，但實際狀態卻大相逕庭，例如數位、網路帶來的變化。尤其是各國間的利害關係如此微妙地對立，未來著作權法將如何演變，也很難預料。

【問2】

中山先生當初為什麼選擇智慧財產作為研究主題呢？

【答2】

這是常被提出的一個問題。我在大學一年級時，於東京大學教養學部所修的課堂討論，是山本桂一先生指導的，山本先生因為寫了《有斐閣法律學全集》中的《著作權法》而聞名；這是屬於舊著作權法下的體系書，所以現在已經不太有人閱讀了，但當時是名著。我當學生時山本先生執筆該書，我幫忙編目次和索引，這是我最早開始接觸智慧財產領域，之後漸漸產生興趣，而進入鑽研這個領域。

即使在當時的東京大學法學部，也沒有智慧財產法的教授，所以選擇以智慧財產的研究、教學留在大學，非常困難。因此，最開始我是以研究民法留在學校，民法中的物權法和智慧財產相近，所以我想一方面研究物權法，也可以同時研究智慧財產；於是我擔任民法的助教，師事已過世的加藤一郎先生（曾任東京大學總長）。在擔任助教的後半段，我就轉而研究智慧財產法，一直到成為智慧財產法的學者。

貳、專利法

【問3】

為了擔保專利品質，確保專利不會被無效撤銷，在制度上有現狀情報提供制度、無效審判制度等，甚至也有主張引進類似美國的再審查制度。為了提升專利品質，究竟應採取何種制度比較適當？

【答3】

從質的提升來說，重點在採取什麼樣的制度，體系會產出優質的專利，淘汰劣質的專利，

但這問題沒有正確的解答。無論採取何種制度，都不可能滿足所有人的需求。

實際上，這個問題是經過「智慧財產戰略本部」和「司法制度改革推進本部」深入研議後，才形成了日本現在的制度。例如：日本現行的雙軌制度，專利局就專利是否存在無效事由，在無效審判上也能審理；也就是在法院也能就全部的無效事由加以審理的這個完全雙軌制度，是因為在「司法制度改革推進本部」中，產業界代表的強烈要求，積極主張「一切專利無效事由在法院必須都能審查，絕不讓步」才採取的；但當時的法官、學者，包括我在內，對此卻都抱持懷疑的態度。不多久，產業界對這個制度又有了新的意見，有人主張專利局與法院的無效審判擇一即可，較為簡速，但也有人認為這樣做仍不恰當。

再從核准專利前的異議制度來思考，過去採用異議制度時，異議案件數量很多，導致很難取得專利，這對申請人是很困擾的。後來改為核准專利後異議制度，現在則增加類似無效審判的制度，結果變成權利人不得不就侵害訴訟、無效審判、提出異議三者之結果加以爭執，產業界對此也有意見。

我認為：既然設計出不同階段可以採用的措施，應該統合這些措施並加以除弊。例如：在專利侵害訴訟中，可以把權利化後的5年當作除斥期間，也就是說專利核准5年後就不得再提起專利無效訴訟；這對權利人來說固然保有安定性的優點，但也可能造成缺乏新穎性、進步性的專利取得5年後就不得再加以爭執的缺點。也有人提出另一種設計：專利核准5年後，若該專利具有無效事由，也容許可以授權他人使用並取得權利金，只是不得對抗他人。

其實雙軌制最大的問題，是法院審判結果可以推翻先前專利局的判斷結果，使得一度確立的財產權嗣後可能產生實質內容上的變更，而這種複雜的程序，除了在專利領域外，其他法領域殊難想像。而為了減少這制度的不安定性，只能慢慢地修改制度設計，例如如何使公眾審查更有效率、如何更完備資料庫以方便後人檢索先前技術，此外還有「同行評審（peer review）」制度，或者透過各國專利局間的國際合作、交換情報、互通審查結果，來逐漸改善專利制度，除此之外沒有別的辦法。

從這個角度來看專利制度不免悲觀，但這不僅是日本的問題，世界各國也都有同樣的問題。專利局的專利無效判斷進行速度比司法的專利無效訴訟更快，但完全交由專利局來處理是否妥當，各方也有不同的意見。所以專利制度只能隨著時代發展慢慢改善，無法一蹴可幾。

【問4】

日本專利法因為引進第104條之3變成了完全的雙軌制，法院能就一切的無效理由重新審理做出裁判；法院和專利局在功能上應如何分擔？

【答4】

理論上說，專利局和法院的角色已經完全規劃好了，專利局擁有專利是否具有對世效力的判斷權，可以塗銷專利登記，而法院只對當事人間的爭執作出判斷，不包括使專利成為無效。

但在實務上，並非依照上述規則來區分專利局和法院的功能，所以才會有現行的雙軌制。除非將雙軌制完全廢止，只交由其中一方來執行判斷專利是否無效的工作，否則專利效力的判斷就不可能簡速，但這樣一來，又會產生其他的弊病。

目前法院審理專利無效案件最大的問題，在於審理期間太長，也影響到侵權訴訟的裁判。但因為日本甫制定專利法第104條之3，現在要回頭廢止雙軌制也很難；況且前面提過該條文的制定是由於日本產業界的強烈要求，如果現在又用同樣理由廢止該條文，內閣法制局相關機關恐無法接受。

【問5】

對於侵害專利權的嫌疑人（主要是高科技大企業）行使專利權，要求鉅額賠償或主張權利金，但自己並未實施該專利製造產品或提供服務的「專利蟑螂（Patent troll）」，或在制定技術標準過程中不表示意見，也不加入「專利池（Patent pool）」，而在技術標準確立後才對使用該項技術的人主張權利的投機者之所以存在，是因為專利權制度給予權利人的「停止侵權請求權」效力太強之故。但另一方面，也有主張希望勿對「停止侵權請求權」施加任何限制，例如製藥產業。究竟何種制度設計才是最好的呢？

【答5】

專利制度具有的意義，依產業種類不同而異。醫藥業界的專利和電機業界的專利，雖然名稱相同都叫專利，但實質內容並非相同；產業界全體共通的專利制度事實上是不存在的。在專利法上，要把停止侵權請求權加以廢止或限制是相當困難的。就「專利蟑螂」而言，首先，「專利蟑螂」本身如何定義就很難，即使能下定義，要制定「專利蟑螂沒有停止專利請求權」的條文也很難。若本質屬於一種權利濫用，我認為只要規定「禁止權利濫用」的原則就可以了，對於其他類似的投機行為也是如此處理。

否則，如果放任「停止侵權請求權」毫無限制地執行，恐怕會讓社會無法順利運作，民法上有名的「宇奈月溫泉事件」³就是個例證。事後法院判決土地所有權人禁止溫泉管通過屬於一種「權利濫用」，溫泉管可以不拆除，只要給付租金即可；但就是因為通過土地的面積太小，主張租金恐怕不值得，所以土地所有權人才會直接主張拆除溫泉管。同樣的想法套用在專

3 日本民法上的「宇奈月溫泉事件」，是對所有權人行使權利毫無限制的案例，溫泉主人架設溫泉管因為通過他人的土地，土地所有權人主張行使權利，完全撤除溫泉管，導致溫泉主人受有嚴重損失，但土地所有權人並不因為溫泉管通過受有損害。這是典型的「權利濫用」的例子。

利的情況，如果同意專利權人行使「停止侵權請求權」，醫療機械停止運作可能會危及人的生命，專利權人固然認為行使「停止侵權請求權」或主張權利金都是不錯的選擇，但如果行使「停止侵權請求權」的利益（維護專利權）和不利益（危及人命）差別太大時，行使「停止侵權請求權」就會造成「權利濫用」。即使是在這種極端的案例中，權利人還是可以透過取得對價（權利金或損害賠償）來達到平衡。

類似的問題目前在日本專利局也還正熱烈討論，這是二、三年前在經濟產業省就電腦程式發生的問題。最初曾有人提出可以在《不正競爭防止法》中立法解決，但最後結論則是該案例尚未達到「權利濫用」，也不構成《獨占禁止法》上規定的「優越地位的濫用」，也沒有另外立法的必要。至於什麼情況構成「權利濫用」，必須在實務上不斷累積案例，才能歸納得出「權利濫用」的具體內容。所以現在最好的辦法，是利用一般條款。但是日本公司總是希望官方提出具體的指南（*guideline*）以為依循，無論如何，我認為這類案例用「權利濫用」的原則處理已足，即使未來立法，恐怕也不會超出民法「權利濫用」的規定太遠。

【問6】

再請教一個「停止侵權請求權」的問題：近年在歐洲地區有「License of Right」，也就是權利人不主張「停止侵權請求權」，只請求「專利實施費」的制度，日本經濟產業省稱之為「軟性智慧財產」（*Soft IP*）。這不是對「停止侵權請求權」的一種限制，而是權利人自己的主張。您認為這種制度是否能發揮正面作用？

【答6】

我認為非常難，制度要發揮良好作用必須給予誘因。具體來說，這種制度雖然使被授權人實施專利的費用降低，但往往專利權人也只願意授權他人使用無關緊要的專利；另一方面，雖然專利權人只要授權他人使用就可以主張權利金，但此權利金相較於高昂的研發費也屬偏低。將專利和著作權比較：無論是誰創作都可以取得著作權，所以著作權的獨占性較專利低；專利權由於取得困難，所以高價值的專利會被特別考慮後續如何運用，比較低階的專利才會用來授權他人使用取得權利金，會有這樣的趨勢。

如果「軟性智慧財產」體系能發揮機能固然理想，但專利權獨占的內涵不只有要求他人不行使，還有表明自己不行使而授權他人行使二種層次；從外國經驗來看，似乎運作成效也不是很好。此外，日本專利局幾十年前就開始推動專利仲介制度，但看來也不成功。

【問7】

「醫療行為」依日本專利法第29條第1項本文規定「不具產業上利用可能性」，所以不得准予專利；但實務上卻具可專利性而有廣泛應用。請問您對醫療行為可專利性的看法？

【答7】

因日本專利法第29條第1項本文的規定，而說「醫療行為無產業上利用可能性」，我在十幾年前的教科書中就曾提出反對，認為此規定過於違反實際狀態，也比美國的觀念來得落後。事實上，日本這幾年對於「醫療」和「電腦程式」是否准予專利已經透過《審查基準》變更了見解，卻沒有修改《專利法》；然而《審查基準》只具有專利局內部公務員通知的性質，僅是因為內容對外公開，所以實質影響了專利界和產業界，使《審查基準》具有類似法律的地位，有人稱之為「基準行政」，但我認為這是非常不妥的。過去電腦程式是不准專利的，現在法律雖然沒有變更，實務見解卻因為《審查基準》而改為准予專利。萬一有過去申請電腦程式被駁回的人現在提出訴訟請求國家賠償，恐怕將引起軒然大波。

如果真的要修改《專利法》相關規定，實際上和醫師公會、厚生勞動省等機構都有關連，單靠專利局恐怕無法周全，但也正因如此，一旦修法將勞師動眾；所以專利局才會容忍用《審查基準》影響實務的現狀。更何況修改《專利法》還牽涉到政治上的理由，所以原本應該提到國會討論的議題，卻一直停留在專利局內部研議，而知財本部也持續在檢討。儘管如此，短期內要修改《專利法》實際上相當困難，和【問4】提到的雙軌制一樣，我想恐怕都只能靠時間慢慢改善。

【問8】

職務發明制度應該如何設計？

【答8】

職務發明第一個問題是對價金額的決定方式，而這並非法律問題。過去日本職務發明的對價金額微乎其微，對發明人是不利的，所以在藍光二極體事件中，最後判決雇主應給付600億日圓，使此案成為注目的焦點。

「對價」是不可能經由計算正確得出的，「貢獻度」也是一樣，所以判決只不過是附上理由而已，沒有標準答案。同樣的條文，過去和現在判決的結果，就是不一樣。有人認為這不是專利法的問題，而是勞務管理的問題，因為有勞動者受到600億日圓的刺激內心不滿，所以提起訴訟，如果能做好勞務管理，就不至於產生爭議。但我認為，公司員工間的「公平」才是最大的問題；如果徒有專利發明人而沒有雇主投入資金，是無法產生巨額利益的，必須大家一起協力合作才可能創造利益。那為什麼只有發明人才有權利獲得對價？因為在金額很小的時候沒有爭議，但如果金額變成幾百億，就會產生不公平的感覺。再以600億日圓的案例來說，癥結點應該是「誰負擔了風險」，如果發明人當初自己另外興辦事業，賺賠都是他個人的事，但實際上發明人是公司員工，風險是公司負擔的，所以應該由公司享有利益；該案既然已經判決發明人可以獲得對價，所以在職務發明案件對價究竟如何計算，還是很難決定。

要解決問題，其實還是要修改法律，重視當事人間的程序。但在法律修改前案件如何處理，目前日本尚未採取措施。如果以事後法來剝奪已經決定的財產權，其實在憲法上也有扞格，但法制局表示要立法恐怕要花十年時間，所以職務上發明的對價應如何計算的問題，現階段還是沒有法律可以適用。

此外，對價請求權的時效是10年，但有人認為其性質應屬於勞動債權，所以希望縮短為如普通工資、退職金的短期時效。這點在立法論是可行的，但目前仍然沒有法律明文依據。

【問9】

著作權保護的創作每天都大量產生，但不若專利創作受到的保護周到。您的看法如何？

【答9】

專利和著作權的整合理論上是不可能的，著作權的創作門檻太低，隨便寫張紀錄、摘要也都有著作權，所以無法和專利相比擬，也無法像專利般主張對價。

其次，如果勞動市場是完全的自由市場，勞動者和企業是立於對等關係締結契約，那麼日本專利法第35條的職務發明就不需要了。因為優秀的發明人只要把自己的能力高價賣給別的公司，如果績效不好，公司就把發明人開除，優秀的發明人如果沒有優渥的待遇就離職，不優秀的發明人即使被開除也毫無怨言。換言之，全部都用契約就可以處理了。美國的勞動市場雖然還不是完全自由的市場，但接近這種情形。

第三，日本是終身僱用制，雖然現在已經有些例外，但法律無論如何還是傾向保護受僱人，希望給予發明人較多保護。在這種意義上，職務發明的問題就要考慮各國勞務市場、僱傭關係的情況，而有不同的立法。如此一來，就又產生進一步的問題。例如：日本企業在美國取得專利，像是過去發生的日立事件、味之素事件，究竟在各國間要如何整合？學說意見很分歧。特別是演變成跨國爭議時，結論如何，現在也只能參考過去的判例。

【問10】

日本版的《Bayh-Dole Act》⁴較美國遲了20年才制定，但產學合作上卻出現難以協調的問題，究竟應該如何設計此一制度？

【答10】

4 美國的《Bayh-Dole Act》於1980年制定，主要是鼓勵創新，加快科技成果轉化，規定將研發成果及其智慧財產，授予科研項目的承擔單位。

這問題當初在知財戰略本部就曾提出討論，應該如何帶動大學的研發力量，並轉化到企業？我想可能是對大學抱持過高的期待，所以成果並不理想。大學畢竟只是進行基礎研究的地方，比如說最近京都大學山中教授研究的幹細胞。當然依領域不同，基礎和應用兼備的也有。但硬將大學教授所作不賺錢的研究拉進實務，是不是好事？知財戰略本部希望大學也能做好知財管理，大學也能靠智慧財產賺錢，但這究竟是不是正確？

如果想用智慧財產賺錢，在申請專利前就必須保密，那麼就不可能用研究會方式向企業募款，研究成果發表論文也只能秘密進行，大學也就變成秘密主義了。知財戰略本部大力鼓吹要做好訊息管理，不要洩漏營業秘密，但這樣做真的好嗎？我抱持很大的疑問。

我認為大學是個互相共有訊息，互相對話，互相研究，互相發表，不斷前進的世界。但如果企業也做同樣的事，當然無法取得專利，因為違反了公司利益。從事研究的大學世界，和追求利益的企業，本質上就不相同。例如美國，即使產學關係良好，也只是鳳毛麟角，頂多是生化等少數高科技領域而已。但即使如此，如果要把得來不易的日本大學研究成果扼殺也不行，特別是像幹細胞那樣的研究，會直接影響到日本國力，所以非舉全國之力支持不可。

【問11】

在大學進行基礎研究的學生素質提高，進入企業後也可以提升企業的研發品質。是否只要秉持這種信念前進就可以？

【答11】

投入教育的預算，在OECD⁵國家中日本算是非常低的，非增加援助不可。另一方面，對大學技術移轉機關（Technical Licensing Organization，簡稱TLO）加以援助固然好，但要給予什麼樣的援助呢？

前面已經提過，大學和企業本質上是不同的，所以我認為即使給予大學技術移轉機關補助，效果也不會太好，恐怕大多數的大學技術移轉機關還是赤字經營，這樣下去大學技術移轉機關也會失去原有功能。因此，我認為即使TLO研發出賺錢的專利，也比不上企業會經營，企業會抓住方向，傾全力發展出「專利群」，但大學教授只會針對某個點而已。

把專利集中到大學，大學透過TLO得到利益，乃是目前日本的國策，但我認為過去那樣由個別的教授和企業一起研發，效率更好，現在的情況基本上有種不調和感。全日本都支援幹細胞研究是個特例，但不能成為樣本，也不能適用於一般的情形。

5 經濟合作開發組織（Organization for Economic Co-operation and Development，簡稱OECD）。

參、著作權法

【問12】

專利法以產業的發達為目的，而著作權法以文化的發展為目的；但近年來，著作有加強發展經濟的趨勢。從振興產業的角度看，您認為今後著作權制度應如何轉變？

【答12】

專利法著重「產業」，著作權法著重「文化」，這在立法當時就已經清楚地區分開來。但昭和60年（1985年）電腦程式（program）、昭和61年（1986年）資料庫（database）列入著作物以後，我認為產業和文化已經變為不能切割的關係。我認為透過文化振興產業，也可以稱為「文化產業論」吧？然而權利人團體卻抱持「為什麼文化人非要具有產業特性」的想法，審議會中也經常說「文化產業化實在是不像話」之類的言論；但文化和產業在現實中的確已成為不能切割的關係，發展文化的同時也發展了產業，並由此形成一種循環，使產業化帶來的利益最終會回到權利人身上。如果文化不被利用，則權利人也無法享有利益；如果什麼都不循環，才是最壞的狀況；但權利人卻說「不是錢的問題」，結果使這個爭議停留在「文化」與「產業」對立上。這是非常不幸的事，我認為沒有必要使文化和產業對立。

那麼究竟要如何做才好呢？如果在理念上，區分「產業性的著作」和「古典性的著作」，而用法律限制「產業性的著作」發展，不是很奇怪嗎？雖然日本經團連⁶公開發表的意見書「因應數位時代網路化時代的多軌制著作權法制的應有合理狀態」，也提倡多軌制的著作權制度，且表明產業性與古典性二種著作權是不同的，但具體要怎麼劃分呢？說這個著作適用A著作權法，那個著作適用B著作權法，還是很難有一個劃分的標準。現在就連音樂也已經是一大產業，所以當被問到「音樂是產業還是文化」時，實在難以回答。

況受限於條約，也不能將著作權法一分為二，要求產業性著作權需如專利一般以登記為要件。如果允許著作權人任意選擇「適用A著作權法」，則或許可以解決條約限制問題，但若允許著作權人任意選擇著作權法，則和適才提到的「License of Right」問題相同的，在沒有任何誘因的前提下，不會有人想要適用。不過又要如何提出誘因？亦為一個難題。目前世界上並沒有採用多軌制著作權制度的國家，事實上恐怕也相當難以採用；問題並非出在那個制度比較好，而是受限於國際條約及現在政治情勢的限制而無法為之。

這樣一來，只能對現行著作權法作個別條文修正以為因應。2009年著作權法修正時，雖然已經作出許多不得不為的修正，但還是有問題，例如看到「搜尋引擎」的修正條文（日本著作權法第47條之6「為檢索可傳送資訊之資訊提供人識別符號等行為而為之複製」規定⁷），即

⁶ 日本「社團法人經濟團體連合會」（Nippon Keidanren）簡稱。

使是法律家，也幾乎沒有人能知道這是規範「搜尋引擎」的條文吧？條文中有括弧，括弧中還有括弧，其中又有委任政令，變成一條非常難理解的條文。想到每年都非得修訂這種醜陋的條文，真是不寒而慄！

其次，著作權要想成為一種產業，重要的是流通；但流通如果無法上下游環環相扣，還是沒有用。要讓上下游環環相扣該怎麼做呢？最理想的是用當事人契約來處理，特別是映像關係的著作，牽涉到的權利人很多，權利處理非常複雜。例如NHK On Demand⁸，用網路可以聽過去的廣播節目，可是要花很多成本、時間和勞力來處理著作權問題，有時候有一部份演出人找不出來，或得不到遺族的諒解等。如果能決定一個人當代表，只要和那個代表簽訂契約就夠了，這是最理想的吧？如果能這樣修改法律，用特別的規定像是「網路法」讓流通容易，這和大多數當事人都有密切關係，但也因為反對的人多，而無法實現。

最後，因應網路時代而修改法律，我想是有必要的。最近日本雖然有相關法律的修改，但仍不夠充分，還不能立即因應網路時代的需求。

【問13】

2010年1月1日起修正之著作權法施行了，先生對此次修正的評價如何？

【答13】

修正得不夠，大的地方並沒有改變。這次修改，以身心障礙者的放寬權利限制規定為主，但這和上一次平成18年（2006年）的修改一樣，只是將已經執行中的狀態合法化而已。例如：修理錄音錄影機器，若將儲存在機器內的多媒體素材取出保存，修理完必須再回復原狀。

著作權法修改陷入一種「開倒車」的情況：著作權思想一擴散，各行各業紛紛發現自己正在做的事，好像屬於侵權行為，於是紛紛要求修改法律，把這個也列為合法，那個也列為合法，本來是違法的事情，一議論後就變成不得不修改法律；所以著作權法真正有意義的修改，反而是少有。

這次著作權法修正，就「為障礙者放寬權利限制」是有意義的，例如對於「活化網際網路的著作利用」之修改，的確是達到圓滑化的功能，不過若問修改是否充分，我也不得不答不充分。

【問14】

7 原文「送信可能化された情報の送信元識別符号の検索等のための複製等」。

8 所謂「NHK On Demand」，即NHK所提供之「隨選視訊」服務。

那麼，為了解決不充分，應如何做才好呢？

【答14】

公平使用（**fair use**）的規定還是必要的，與其追加難解的個別限制規定，公平使用的規定反而容易瞭解。有公平使用條文，可以省去很多繁冗的規定，也可以因應各式各樣的疑難雜症。

其次，為了促進流通，我認為某種強制性的手段也是必要的。本次修改了「權利人不明時的措施」規定，有它好的一面，例如課以使用者嚴厲的條件，要求非在一般報紙刊登廣告不可，但這對於促進流通能發揮多大效果，還待觀察。

這幾年在不知不覺間，**Google**等搜尋引擎興起了，對於**Google**固然有種種批判，但使用者終究會利用方便的東西。有人說搜尋引擎在日本是違法的，日本的網頁（**website**）完全被**Google**拷貝蒐集，最後日本人都用**Google**了。**Google**的檢索功能在日本有人批判是「不像話」，但在歐洲等其他地區，考慮的卻是「那麼，我們應該怎麼做呢？」再這樣下去，日本將很有可能成為資訊落後國。

關於這一點，日本國會圖書館也很擔憂，現在已有鼓勵民眾用網際網路閱讀國會圖書館藏書的活動；然而日本著作網路化，無論如何還是非得到權利人允許不可，這點就連美國也一樣。美國因為在訴訟上有集體代表訴訟（**Class action**）制度，所以一下子就解決了。集體代表訴訟不限於處理著作權的問題，各式各樣的問題都可以適用。總之，美國由於集體代表訴訟制度，所以**Google**一下子就解決著作權法上的限制，得到非常多網路資訊；而網路化的利益也還給了著作權人，形成一種「雙贏」。但日本就沒有這麼順利。在日本，普遍存在一種「網路化會使著作權人權利受損」的印象，**Google**是老是壞姑且不論，但在國際化的現代，日本應該由**Google**的例子進而省思如何妥善利用資訊體系。

【問15】

關於間接侵權，權利人、利用人雙方都要求明確。著作權法引進間接侵權⁹的規定，您認為如何？

【答15】

9 美國「間接侵權責任」（**Secondary Liability**）源於習慣法上的侵權行為法，用以處罰幫助、教唆或煽動他人為侵權行為之人，後來出現在專利法，最早用來規範輔助侵害（**Contributory Infringement**）之行為。1984年美國最高法院在**Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.**案中借用專利法第271條C項的「商業上主要商品原則」，判定「銷售供重製之設備與銷售其他商業產品相同，只要被廣泛用於合法的、不會被反對的用途上，就不會成立輔助侵害責任；事實上，其只需具有可從事實質上非侵權使用的能力即可。」從此以後，美國各級法院在做有關著作權法間接侵權責任之分析時，都以此「著作權安全港原則（**copyright safe-harbor rule**）」作為判斷標準，也就是如果系爭商品具有可從事「實質上」或「有其他商業上顯著利益」之非侵權使用能力，就需負間接侵權責任。

我認為有必要早日引進間接侵權制度。間接侵權最早是因卡拉OK事件¹⁰，依據著作權法附則之解釋而作出最高裁判所判決¹¹（最判昭和63年3月15日Club Cat's Eye事件）故引發討論，俗稱「卡拉OK法理」，該法理其後為各裁判襲用，無論電視節目錄影、轉送服務等爭議都曾有過判決，但著作權人和利用人卻都無所適從，希望能釐清權利歸屬狀態。

有人說太廣泛地承認間接侵權有點不正常，例如：要求著作權人必須將自己的音樂預先寄存在某處，再用自己的手機收聽；但如此要求真的對著作權人不利嗎？站在大局長遠來看，與其限制他人使用音樂，不如開放讓大家都欣賞音樂，形塑社會潮流，音樂愛好者也會增加，這樣對著作權人不是有利的嗎？

【問16】

您認為著作人格權應如何規定？

【答16】

現行著作權法實際起草人加戶守行氏（歷任文化廳著作權課長、文化廳次長，現任愛媛縣知事）表示，該法規定了世界上最強的著作人格權，日本創作人的人格權被完整堅固地保護，所以增加創作人的誘因。在昭和40年代，給予著作權人強而有力的人格權產生的弊病少，也許是件好事；但在網路數位時代，給予創作人如此強大的人格權保護是否可行？我抱持懷疑態度。

數位（Digital）最大的特色之一是改作簡單，但日本著作權法第30條以下的權利限制規定，就著作人格權的保護卻沒有任何不同，即使原作已經變形，仍成為同一性保持權的適用客體，例如：把年曆上的女人貼上網路加上鬍鬚，也要處以5年以下有期徒刑。很多著作權法的教科書上都支持此種立法，寫著「這種程度應屬合理吧」的文字，卻沒有說明理由。在數位時代，真的因為給予世界最強的著作人格權保護，就能刺激創作嗎？實在有疑問。實則提供這麼強的著作人格權保護，不一定能增加創作熱情，反倒成為創作流通的阻礙。這點從日本的多媒體素材產業成長率遠在世界平均值以下，就可得到印證。

著作人格權真的有強力保護的必要嗎？侵害同一性保持權的處罰比刑法上侵害名譽法益的

10 日本卡拉OK盛行，對卡拉OK作品徵收著作權使用費源自日本。在日本，所有涉及卡拉OK經營者的著作權侵權訴訟都是由日本音樂著作權協會（JASRAC）提起的，因為JASRAC是日本唯一的音樂著作權集中管理機構。JASRAC接受日本幾乎所有的詞曲作者、音樂出版社的信託管理作品；權利委託方法是委託人全部作品的所有著作權委託，原則上不能進行個別委託，即權利的處理是綜合的，不能進行個別處理。JASRAC不斷地提起訴訟，在維護了信託人的著作權的同時，也促進了日本有關卡拉OK經營業著作權侵害的判例法理的形成與發展。

11 日本有關卡拉OK經營業著作權侵權事件，最早始於1981年在日本福岡地區開始對卡拉OK經營者的訴訟（《ミニクラブ水晶、クラブキャッツアイ事件》）。這一案件從福岡地方裁判所（1983年8月31日福岡地裁小倉支部判決）、福岡高等裁判所（1985年7月5日福岡高裁判決），最終到最高裁判所，終於在1989年得到了最高裁判所的終審裁決（1989年3月15日最高裁第三小法庭判決）；最高裁判所判決，由設置卡拉OK裝置、在卡拉OK伴奏下讓顧客歌唱的俱樂部經營者承擔侵害音樂作品演奏權的侵權責任。

誹謗罪和侮辱罪更重，在刑罰的衡平上合理嗎？過去著作權法只與出版社、音樂唱片公司、廣播公司等有關，但現在是一般人使用網際網路進行上傳、下載都有關，所以法條適用稍有改變的情形是存在的，但並非這些改變全部是好的。反過來說，如果全部不改好嗎？

過強的人格權保護對網際網路數位化時代是種枷鎖，我認為改成與國際標準相同或與國際條約相同較好；但因這是對人格權保護的降低，所以著作權人的反彈強烈。也許最後只能把著作權法第20條第2項第4款「同一性保持權」中承認的「不得已的改變」放寬解釋，或用民法權利濫用的規定來因應。

【問17】

您對延長著作權保護期間的看法如何？

【答17】

我大大地反對。第一，期間的延長不符合世界標準，美國和歐洲確實有這樣的趨勢，但美國是礙於好萊塢（Hollywood）的壓力，歐洲則是為了統合的需要，所以配合規定保護期間長的國家，才延長著作權保護期間，而且這種修改不是為了因應像是網路上資訊流通頻繁所不得不作的修改。

第二，延長著作權保護期間誰得到利益？首先，哪個國家因此賺錢？以日、美關係來說，壓倒性的美國得到利益。先前曾有人提議日本電影保護期間要從50年延長到70年，美國某位教授就問：「日本是否受到好萊塢的什麼壓力？如果沒有受到壓力，修改成有利於美國的法律是沒有道理的。」其次，誰賺到了？只有像夏目漱石、森鷗外、橫山大觀等一小部分的巨匠大師獲益而已，迪斯尼也許也可獲益；延長著作權保護期間只是讓原本賺錢的人更賺錢的制度，實際上多數創作在著作人死後50年都已經不再使用。有志工將著作權保護期間屆滿了的作品輸入網路成立「青空文庫」¹²，我也時常利用，如果將著作權保護期間延長，有些作者死後經過50年的作品即使已經納入「青空文庫」也不能再讀到了。已經死亡的作家，最希望的是自己的作品被更多人閱讀，錢倒是其次。但權利人團體不知為何就主張將保護期間延長為70年，似乎變成有正當理由。

還有「戰時加算」的問題，很多人認為著作權保護期間因「戰時加算」再延長到死後70年是不合理的；有人提出也許著作權人會主張「把原條文廢棄一律改為死後70年」，但實際上這不太可能，沒有人會把自己一度已經得到的利益默默放棄。

主張在資訊不得不流通的時代，即使保護期間為死後50年還是太長的學者也不少。但因為

¹² 日本免費線上圖書館，網址<http://www.aozora.gr.jp/>。該網站專門刊載因作家逝世逾70年或因作家聲明拋棄著作權，導致著作權業已消滅之作品供一般使用者閱讀。

有國際條約限制，所以保護期間無法修改成死後50年以下。這些學者甚至主張如果沒有條約，理想狀態也可以改成保護死後10年或20年就夠了。

專利和著作權一樣都必須利用先人的作品再創作。即使沒有直接利用作品本身，也會利用某些觀念或想法。因此，我認為著作人死後50年作品成為公共財，就可以讓大家相互利用，不是更可以增加社會的福利嗎？

【問18】

先前您提到文化有產業的一面，電腦程式等產業的振興方案和傳統文化作品的產業振興方案是否能夠協調？也就是在一個政策，一個法制度下，二者是否能併進？或者要分別制定政策？

【答18】

著作權法不是為了產業振興政策而制定的法律，只要修改著作權法就能振興產業，是不可能的，只能說要盡量避免因為著作權法而發生阻礙產業發展的情況。例如搜尋引擎，要避免廠商因為怕觸犯日本著作權法規定，而不在日本設立搜尋引擎公司。日本這次修改著作權法已經解決了產業這個問題，但產業不是一修著作權法就可以振興的，振興產業主要是和事業計畫與商業模式有關，和資金與經營者手腕有關，這是產業政策的問題。著作權法不是用來獎勵或資助特定產業發展的，而是要避免拖累產業發展。

其實著作權法本來不是拖累產業發展的法律，但到了網路數位時代卻產生這樣的結果，一定要想辦法解決。實際上搜尋引擎在日本和美國開始發展的時間差不多，但在日本搜尋引擎公司只能使用已取得著作權人同意的網頁，根本無法和其他國家競爭，所以將著作權法修改成不拖累這個產業是有必要的。

反對派的人常說：「修改著作權法不是對產業振興沒有用嗎？」用這個理由反對修改著作權法。實際上，這些人對商場上的情況一點也不瞭解。以複製為目的所進行的活動當然大多會損害著作權人的利益，但也有不損害著作權人權益的利用方式，現行的著作權法對於這種情況仍認定屬違法，我希望能找到解決方案。

【問19】

著作權法拖累產業發展的情況到處可見，如果不逐一檢視個別修法，而是歸納後一次解決的方法，是否就是公平使用（fair use）呢？

【答19】

我不認為公平使用能解決全部問題，但我想能使解決某些問題變得簡單容易。那麼是使公家機關、法院或使用人變簡單容易呢？要視不同情況而定，但至少使著作有機會被利用。反之，若個別逐條修改法律，在法律修改前，著作權法禁止著作未經許可利用在網路等其他媒介上。搜尋引擎日本從2010年起已經合法化，而公平使用的概念在法院則更早開始應用。如果法院判決具體情況不該當公平使用，當然不得利用該著作；如果法院判決該當公平使用，那麼就依其使用態樣利用該著作即可。Google等搜尋引擎公司在日本是以準備迎接各式各樣訴訟的心態做生意，如果沒有這樣的精神，即使法律有了公平使用的規定，恐怕也不太有意義。像Google這樣開創風險事業的企業，總是希望得到「創業者利益」，由法律授權他們能利用著作，但是否只要主張公平使用，就一定能合法利用著作呢？

【問20】

除了公平使用外，您對現行法是否還有其他修正意見？

【答20】

前面曾提過「促進流通」（參見【問15】），如果只是在公平使用的概念下要促進流通是很困難的，所以我認為像日本經團連建言的制度或使權利集中的制度設計，是有必要的。

日本著作權法中，有所謂「One Chance」主義¹³，意圖盡可能以最初的利用去處理其後的權利，經團連所建議的則是規模更宏大的制度。這種制度或許是為了影像產業而制訂的，畢竟一部電影裡頭會有許多權利者存在，光是取得權利就是一項大工程。

但是即便有這個制度存在，這個制度是否可以溯及既往的適用在過去諸多的電影著作上？這恐怕要問憲法學者。只是這個制度至少要让今後的作品權利能夠集中，使其流通，並且把從中獲得的利益還原分享給著作權人。

不過這個制度的強制實行有其難度；而如果沒有強制性，又會回到我們先前已經多次提及的「誘因」的問題，所以一直沒能成案。

【問21】

公平使用也有屬於任意規定，無法要求強制實施的問題，權利限制規定（請參見【問17】）一般也被解釋為任意規定，您認為如何？

【答21】

13 對現場演奏者而言，其著作鄰接權包括現場演出之錄音、錄影權。但當同意任何人在電影中引用前述現場演出之錄音、錄影時，嗣後即不得再對該次現場演出主張權利，詳日本著作權法第91條。

不，我不認為可以一概而論，應該依具體規定而定。

【問22】

您認為權利限制規定未必全部都是任意規定，而是依照具體規定而異？

【答22】

是的。我認為應依各條文的立法理由來作解釋，不應一概而論。過去我曾和加戶先生就權利限制規定究竟是強制規定或任意規定進行辯論，或許當時加戶先生只考慮到侵權案件中，侵權人與被侵權人不存在契約關係，所以認為沒有成立任意規定的必要性；但現在考慮到著作權成立一種契約關係，是否屬於任意規定而得主張排除，就成問題了。

我認為區分任意規定和強制規定是有必要的，例如：審判程序的利用、時事報導的利用，如果解釋成任意規定，就有問題¹⁴。但某種權利限制規定，例如：甲交付鉅款予乙同時交代「請不要引用我的文章」，甲對乙的權利限制規定是否無效？因為乙收了鉅款，所以權利限制規定成立，此情況就不能在一開始就斷然區分這個權利限制規定是任意規定或強制規定，還是要視個案情況（case by case）而定。如果要求法律要就每個情況標明這個規定是任意規定，那個規定是強制規定，不是有困難嗎？

肆、商標法

【問23】

新型態的商標，例如顏色商標、聲音商標等，以往不能作為商標的領域，現在也有允許其登記為商標的傾向。但這些新型態的商標與傳統商標比起來，似乎有很多欠缺識別性，您的看法如何？

【答23】

即使是新型態的商標，也需具有識別性。所以即使是聲音商標或氣味商標，如果有識別性就准予註冊，如果沒有識別性則不准註冊。其次，聲音商標和氣味商標在日本登記註冊仍然困難，我認為還是用不正競爭防止法來處理比較適當貼切。美國的藍哈姆法案（Lanham Act）¹⁵等像是介於商標法和不正競爭防止法中間的法律，即使是聲音商標，就算是該聲音的權利人或持有該聲音的人，如果能證明該聲音的識別性，能登記註冊為商標也是好的；但因為證明聲音識別性很難，所以登記註冊聲音商標也很困難。在外國雖有各種登記聲音商標的例子，但實際

14 如果將審判程序的利用（例如裁判書內容）或時事報導的利用（報章雜誌的報導）等解釋成任意規定，將發生他人引用判決書或報章雜誌報導而遭控侵害著作權的情形，所以必須解釋為強制規定，再搭配公平使用的概念，在合理範圍內，得重製他人的著作（指裁判書或報導）。

15 美國《蘭哈姆法案》（Lanham Act）於1946年7月5日通過。

上究竟有多少實效？所以我認為不如用不正競爭防止法來處理聲音的爭議較適合貼切。

【問24】

本會中許多委員對於是否有必要承認新型態商標仍有存疑，此外，這些新型態商標要用資料庫來檢索也有困難，像這類權利如果登記註冊核准後，因為不容易確認權利狀態，反而成為產業活動的枷鎖，您認為如何？

【答24】

如您所說，這些新型態商標不僅存在如何登記註冊的問題，如果不准登記註冊的，也不能登載在資料庫；所以我認為這些新型態商標如果有識別性，不如直接用不正競爭防止法來處理，例如侵害了有識別性的聲音，就構成不正競爭，這樣一來不是比用商標法來得更適合嗎？

伍、新式樣法

【問25】

平成18年（2006年）修改新式樣法，延長保護期間為20年，加上又有開展復古新式樣（revival design）的趨勢，所以有人主張新式樣保護20年還不夠久。請從衡平的角度談您對新式樣保護期間的看法。

【答25】

說保護期間應該多長很難，也沒有理論根據可以論述保護幾年比較好，只能說大體上保護到什麼程度、常例如何而已。發明專利也是如此，依發明的不同，有人主張這個過長或那個過短，各種意見都有。新式樣產品100年還繼續生產的也有，但保護期間要延長到100年幾乎不可能；而新式樣產品只存在一個季節就不再生產的也很多。在眾多的產品種類中，要說保護20年好還是25年好，是非常困難的。與其主張保護期間延長到50年、100年，我認為還是用不正競爭防止法更適當，只要能滿足不正競爭防止法保護的要件，就可以永久受到保護。例如：英國有名的骨瓷Wedgwood，一看就知道是Wedgwood的產品，就可以用不正競爭防止法來保護。所以與其延長新式樣保護期間，不如將已具有特殊地位的產品，用不正競爭防止法無限地加以保護。

只是要注意：要滿足不正競爭防止法所規定的舉證很不容易。如果是已經登記的工業所有權，就有權利證明，要舉證比較容易；如果是希望被保護100年的新式樣，如果真的有付出相當的努力，我想大概也有機會滿足不正競爭防止法的要件。

至於復古新式樣商品，保護期間既然已經過了，第三人再重新拿出來製造銷售，原專利權

人不能主張受保護也沒有辦法。著作權在沒有得到超過保護期間的原著作權人授權而複製的情形也是一樣。

轉換個話題，現在東京都墨田區押上建設中的**Skycastle**（新的東京塔），聽說是使用奈良法隆寺五重塔的技術。我認為以前的東西，只要不在不正競爭防止法規範的保護範圍內，都不妨利用。將從前生產過的產品**50**年後復古再製造販賣，原專利權人會想再主張權利的心理可以理解，但整體來看如果重新賦予原專利權人主張的權利，將產生相當大的弊端，因為還是有很多產品沒有復古，難道也要一併繼續給予專用權嗎？

