

16パソ協第132号  
平成17年2月14日

内閣官房 知的財産戦略推進事務局 御中

社団法人 日本パーソナルコンピュータソフトウェア協会  
会長 浅田 隆治

## 「知的財産推進計画2004」の見直しに関する意見

はじめに

平成15年7月に策定された「知的財産の創造、保護及び活用に関する推進計画（以下、推進計画）」について、政府は毎年推進計画に基づき議論・検討を重ね、その成果の一部は具体的な施策や立法という形であらわれており、知的財産立国の実現に向けて高く評価しています。

当協会では、推進計画の進捗状況を踏まえて、必要な施策の拡充と推進計画のさらなる推進を目途に、当協会会員企業への意見聴取等を通じて適宜意見集約を行い、以下の通り意見を作成いたしましたので、ご提出申し上げます。

推進計画の見直しにあたっては、本意見を十分お汲み取りいただき、知的財産立国の実現に向けて、邁進されることを期待しています。

### ・ 知的財産の保護の強化

#### 1. 損害賠償制度の強化

(1) 「損害賠償制度を強化する」ことについては、侵害し得る社会からの脱却を図るため、2004年度末までに結論を得ること、及び、特にインターネットによる送信可能化権侵害については、損害の回数や侵害額の立証が困難であることに鑑み、文化審議会で検討されている損害賠償制度の見直しについて、2004年度も引き続き検討を行い、立証負担の軽減を図る、とされている。

この点、先ごろ、文化審議会より、著作権法に関する今後の検討課題が発表され、損害賠償については、法定賠償制度の創設等を含めて、著作権侵害に係る損害賠償請求や不当利得返還請求等の役割・機能に関して総合的に検討する、とされており、それぞれについての意見は以下のとおりである。

## 法定賠償制度

日本では、公衆送信権や送信可能化権を先進国の中でもいち早く取り入れ、インターネット上のデジタル著作物の権利侵害に関し著作権法の手当てをしているものの、現在、インターネット等を利用したデジタル著作物の権利侵害は飛躍的に増大しており、かつ、著作権者の許諾なく著作物を送信可能にした本人にとっても、これに対する損害賠償の可能性を正しく予測できず（むしろ、損害賠償は困難であろうと予測される）、その結果、残念ながら侵害し得の結果を招いている。例えば、ファイル交換ソフトを利用する著作権侵害について民事訴訟を提起するにも、ファイル交換ソフトの仕様の相違もあり、ダウンロードされた回数、即ち侵害の回数を少なめに見積もったとしても、これを逐一立証していくのは困難なため、違法行為が簡単に瞬時に行われるのに対して、権利行使には多くの困難が伴う。

現在、法定賠償制度は、文化審議会著作権分科会での検討課題とされているが、デジタル著作物の違法行為の証拠は侵害者側にあり反証を認めればとりたてて不都合のないこと、適法行為へのインセンティブという観点からは違法行為を行えばおおよそいくら償うことが必要か侵害者にとって明確にしておく必要があること、他国でも検討が進んでいることなどから、裁判所に一定範囲で裁量を認めて損害賠償制度の実効性を図るため、法定賠償制度について早期導入が行われるべきと考える。

なお、法定賠償制度は、侵害の数の立証がデジタル著作物の違法行為という性質上、権利者側で立証することが困難な場合があることに基づくものであるから、同様の事態は公衆送信権または送信可能化権侵害以外の場合にもあてはまり、著作権侵害の損害賠償一般にあてはまる規定とすべきと考える。

### 侵害の数量の推定規定

デジタル著作物の侵害行為は、いつでもどこでも、他人の目には見えないところで、瞬時に行われ、その証拠もいつでも消去することができる。このため、権利者が侵害された著作物の全数を立証することはほとんど不可能に近い。このため、裁判実務ではかなり控えめに数の認定がなされていると考える。

ソフトウェアの違法コピーでは、違法コピーに違法なバージョンアップを重ねて行なわれていることも非常に多いが、いつどのバージョンからそのソフトウェアのコピーを行なっているかを権利者が立証するに至っては、事実上不可能であろう。このことから分かるように、いつからいくつ著作物を侵害したのか一番明確に知っているのは侵害者である。このような状況にもかかわらず、侵害者に対して侵害数の立証（反証）責任を一切負担しないことは、真実発見、公平、適法行為へのインセンティブの全ての点で反する。

従って、公平等の観点から、目に見える一部の侵害の2倍の侵害があったことを推定し、これを侵害者が反証する侵害の数量の規定を導入すべきである。

この点、審議会の審議では、損害額の立証がしつくされたと判断される場合にも2倍と推定するのは理論的におかしいから、少なくとも立証された部分を上回る損害があるので

はないかと疑わしい状況であることが必要ではないかとの指摘があったということであるが、これらの点は規定の書きぶりにおいて対応が可能と考えられ、導入の方向を早期に決定すべきと考える。

## 2. デジタル時代に対応した法制度のあり方について

### (1) ファイル交換ソフトを用いた違法コピーダウンロード行為と私的使用

前記のとおり、日本では、公衆送信権や送信可能化権を先進国の中でもいち早く取り入れ、インターネット上のデジタル著作物の権利侵害に関し著作権法の手当てをしており、これについては評価できるが、現在、ファイル交換ソフトを用いた著作権侵害は著作権者に対して甚大な被害を与えている。このような状況にもかかわらず、違法な著作物をダウンロードする側は、例え著作権侵害行為によってアップロードされたことを認識していても、私的使用目的の複製であれば著作権侵害を一律構成しないというのは広きに失すると考える。

ファイル交換ソフトの種類によっては、ダウンロードしたものがそのまま公開される仕組みなので、ファイル共有する目的で複製しており私的使用目的での複製ではないといえる。しかし、ファイル交換ソフトの仕様や設定によって、ダウンロードする側の規範・責任が決定されるのが妥当かは疑問であり、そのような仕組みでなくともファイル交換においてはダウンロードという需要があるからアップロードにより供給されるわけであり、違法な著作物の供給を望みそれを取得した者について、一律私的使用目的という枠内で保護に値するかは十分検討すべき課題である。

インターネットを通じた著作権侵害は、国境を越えて行なわれるので、ダウンロードにより複製を行なう者の複製権侵害についても、他国とのハーモナイズも踏まえて検討をすべきである。

### (2) 間接侵害

日本においては、カラオケ店の経営者等を直接的な著作物の利用主体と見なし、また業務用カラオケ機器のリース業者に条理上の注意義務を課すという裁判法理が定着している。日本の著作権法第30条以下により、私的使用のための複製等が広範に著作権の制限の対象と規定されているため、個人的に著作物を利用している者を利用主体と解すると、不合理な結果となってしまう場合があるからである。そのため、実質的な価値判断に基づいて誰が利用主体であるかが決定されてしまう傾向があり、利用主体性の判断基準が不明確となって混乱が生じているように思われる。特に、前記のとおり、現状、ファイル交換の場面においても私的使用目的の複製が広きに失っていて見直しが必要と考えられることから、このような新たな技術を利用した著作物の利用主体に関する考え方をきちんと整理しないまま、安易に間接侵害の規定を創設した場合には、混乱に拍車がかかってしまうことが懸念される。また、著作権法第30条のような権利制限規定についても、デジタル時代に適正な権利保護と利用のバランスを実現するため広きに失する場面があると考えられ、

全体的にバランスを鑑みて見直しを検討課題になっていることも考慮する必要がある。仮に、立法化する場合であっても、正当な技術開発とその利用を阻害しないように配慮することが重要である。社会的に有用な技術やツールを悪用して他者の権利を侵害した者が本来負うべき責任を、当該技術やツールを提供した者に転嫁すべきではない。特許法第101条の間接侵害規定の趣旨に鑑み、著作権が侵害されることを認識して、継続的に、かつ意図的に、著作権侵害のみに供することのできるツール等を提供することにより、他者に著作権侵害行為を行わせた場合に限って間接侵害の責任を負わせるようにすべきものと考ええる。また、単に悪用の可能性があることを予見できたことのみを理由として、開発者に責任を負わせるべきではなく、著作権侵害の意図を有することを主観的な要件として規定すべきものと考ええる。

### (3) 発信者情報開示

上記のとおり、間接侵害の範囲の明確化を行うと同時に、権利者が、直接侵害者に対して、適正な権利行使を行い得る体制を整えていくべきであることは言うまでもない。

この点、インターネット上では直接侵害者の特定が難しく、掲示板の管理者等、違法な情報について単なる自動中継を行う装置等の管理者的立場にある者が、間接侵害者として狙い打ちにされるという現象が生じている。そのため、プロバイダ責任制限法では、被害者について、一定の要件のもと、プロバイダ(「特定電気通信役務提供者」。いわゆるプロバイダや掲示板の管理者等も含まれる)に対して、プロバイダが保有する当該権利の侵害に係る発信者情報(氏名・住所等)の開示を請求することを認めている(同法第4条)。当該発信者情報開示によって、被害者である権利者による直接侵害者の責任追求や権利行使がより行いやすくなる。

しかしながら、現在、プロバイダは、訴訟外において、事実上、発信者情報を開示することができない。なぜなら、「裁判所の判断に基づく場合以外に開示を行うケースは例外的」という総務省の解釈が存在するため(総務省・『特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律 - 逐条解説 - 平成14年5月』25頁)、訴訟外の発信者情報開示について、通信の秘密侵害罪を構成する場合や発信者からの責任追及を受ける場合があり得るとして、プロバイダに萎縮効果を生じさせているからである。

その結果、プロバイダにとっては全件訴訟対応という負担を生じさせ、また、権利者にとっては発信者の情報を取得するハードルが高くなるという、同法第4条の発信者情報開示の制度趣旨を没却するような事態が生じている。

そのため、訴訟外における発信者情報開示に関するガイドラインの策定や、裁判外紛争処理の活用といった改善により、発信者情報開示制度を活用することによって、被害者である権利者による直接侵害者に対する権利行使をより行いやすくすべきと考ええる。

### (4) 技術的保護手段

#### 技術的保護手段の定義

技術の発展に伴い、現在、次々と新しく著作権侵害行為を抑止する技術が考案されてい

るが、必ずしも「機器が特定の反応する信号を・・・記録し、または送信する方式」(著作権法2条)に該当せず、現在の著作権法上の技術的保護手段に含まれていない技術が出現している。立法当時と現在の間起こった技術の進歩、違法行為の実態の変化、及び著作物等の流通・活用形態の変化等を勘案して、技術的保護手段の定義について検討すべきである。

#### 私的録音録画補償金の見直し

私的録音録画補償金の見直しについて、文化審議会著作権分科会の検討事項にあがっているが、上記のとおり、現在では、新しいDRM(Digital Rights Management)技術が次々と創出されており、もはや実際の複製時点での対価の徴収が可能となり、これを信頼して新しいコンテンツの流通経路が創出されているのであるから、不平等な負担や分配の要素を持つ補償金制度を拡大することには反対であり、むしろ廃止を検討すべき時期にきていると考える。

#### 技術的保護手段の回避等にかかる違法対象行為の見直し

現在、著作権法及び不正競争防止法において、技術的保護手段の回避等について一定の保護がなされているが、前記のとおり、技術的保護手段の定義の整理が必要と考えられること、ネットワーク上で多数、頻繁にこれらを回避する重要な情報(シリアルナンバーやソフトウェアの使用に必要なキーに関する情報)が提供されたり、アクセスコントロールの回避について刑事罰がないことから抑止力が十分に働いていないことを鑑みれば、違法対象行為や刑事罰の導入について積極的に検討すべきである。

### 3. 証拠保全制度の拡充

知的財産権、特にソフトウェアに関わる侵害行為は、侵害者の支配下で行うことが可能であり、かつ、その侵害の結果は、ネットワークを通じて世界的に拡散するため、被害が甚大になる、という特徴を持つ。そして、侵害行為及び侵害結果に関するあらゆる証拠も侵害者の支配下に存在し、そのほとんどがデジタルデータであることから、証拠の隠滅も容易である。その結果、侵害者の手元には大量の証拠が存在するが、権利者の手元には全く存在しないという、「証拠の偏在」が生じている。

しかしながら、日本においては、訴訟提起以前の、強制的な証拠収集手続が存在しない。民事訴訟法においては、234条以下において証拠保全手続を定めてはいるものの、相手方が任意で証拠の提出に協力しない限り、証拠の保全はなし得ない。

この点、「裁判所法等の一部を改正する法律」により、特許法、実用新案法、意匠法、商標法、不正競争防止法及び著作権法において秘密保持命令が認められ、また、インカメラ手続が整備されることとなった。加えて、特許法、実用新案法、意匠法、商標法及び不正競争防止法において、当事者尋問等の公開停止が認められることとなり、侵害訴訟における営業秘密の保護が強化されるとともに、侵害行為の立証の容易化が図られたとされている。

確かに、当該法改正により、営業秘密の保護が強化され、相手方の保有する証拠の開示を当事者が受けられる可能性は、より高くなると考えられる。しかしながら、営業秘密の保護がいかに強化されようと、どのような証拠が存在するのかは侵害者の側しか知り得ず、またどのような証拠を提出するかについては、原則として、侵害者の任意に委ねられている以上、証拠の偏在という根本的な問題は解決しない。

その結果、裁判所において提出される侵害についての証拠は、権利者が外部から認識し得た、侵害者の支配下の外部に存在する一部分のみ、ということになる。そのため、特に民事訴訟における知的財産権侵害訴訟については、その侵害の一部のみを取り上げて審理し、判決を下すことになるため、権利者の救済からはほど遠く、また、侵害者に対する抑止力も期待できない。

そのため、現行の証拠保全制度に強制力を導入して、ある程度の強制力を有する証拠保全手続を早急に確保することが必要である。証拠の偏在化という問題は、立証責任の転換、インカメラ手続や損害額の推定、上記裁判手続上の営業秘密の保護の強化といった訴訟上の制度のみでは解決しない問題である。なぜなら、訴訟に至る前に証拠を破棄されれば、それまでであるからである。

この点、濫用された場合に「職務上の守秘義務に係る事項」「営業秘密」等が開示される等の問題が生ずるおそれもある。しかしながら、そのような不利益は、証拠保全手続におけるインカメラの導入や証拠保全申立者による担保負担、「裁判所法等の一部を改正する法律」により設けられた特許法・著作権法等における秘密保持命令や、特許法等における当事者尋問等の公開停止等の制度により回避可能である。現実には、証拠保全手続に強制力がないことを奇貨とし、侵害者が、「職務上の守秘義務に係る事項」「営業秘密」というマジックワードを、一切の証拠開示拒否の根拠として使用するケースが多く見受けられる。

現行の推進計画（４０頁）では、「証拠収集手続を拡充する」としながらも、「裁判所法等の一部を改正する法律案」について「同法案が成立した場合には、２００４年度は、これらの手続が活用されるよう周知を図る」「刑事訴訟における営業秘密の保護の在り方について、憲法上の公開原則にも配慮しつつ、産業界等のニーズを調査する」としており、証拠収集手続の拡充の手段として、営業秘密の保護強化のみを考えているかのようにも見える。営業秘密の保護強化は、前述のとおり、一定の評価はできる。しかし、日本を知財立国とするためには、知的財産権の権利救済に係る公正・公平な裁判が必須であり、そのためには、証拠の保全の強化・多様化を実現し、その偏在化を是正することが急務であると思われ、「米国のいわゆる「ディスカバリー」等、諸外国の証拠収集手続も参考にした新たな証拠収集機能の強化」（２００３年７月８日付「知的財産の創造、保護及び活用に関する推進計画」３０頁）を行うべきであり、早急を実現化すべきである。

## ．ソフトウェアベンダーの中小企業・ベンチャー企業の育成

### 1．先行技術文献の検索の充実

特許庁は、ソフトウェア技術の著しい進展に対応するために、コンピュータソフトウェア関連発明の審査の運用指針を平成9年及び平成12年に改訂したが、この結果、ソフトウェア関連の分野において、特許公報の蓄積がない一方で、従来特許と無関係と考えられていた公知文献が、特許出願の際に利用される先行技術文献に該当するケースが多くなった。そのため、現在、特許庁のホームページの特許電子図書館（IPDL）において、『CSDB（コンピュータソフトウェアデータベース）検索』というサービスがインターネットを通じて提供されており、マニュアル、国内外の技術雑誌、学会論文、企業技報等のタイトル・キーワード等が一定の範囲で公開されており、『業界で周知である技術が先行技術文献が見つからないために特許化されてしまう』という事態を防ぐのに、一定の効果をあげている。

しかしながら、CSDBは、著作権処理の関係上、公開されている範囲は限られており、1次文献や抄録等、文献の内容に関わる重要な部分は公開されていないものが多い。そのため、ソフトウェア関連の発明については、現状においても、十分な先行技術文献の調査が可能とは言い難く、周知技術の特許化や、無用な裁判が発生するケースが少なくない。その結果、ソフトウェア関連分野における特許権の法的安定性に問題が生ずる。

CSDBの登録文献は年々増えており、今後の更なる拡充が期待されるどころ、上記問題を回避し、ソフトウェア関連分野の特許発明をより健全に発達させるためにも、検索の制度を上げる、検索方法の充実、文献の拡充等、より使い勝手をよくするべきである。

### 2．外国出願

海外におけるビジネスの展開を見据えて知財強化を行う場合、海外における権利取得が必須となる。しかしながら、将来のビジネスのグローバル化を支えるものとして、外国においても特許等の知的財産権を確保したくとも、外国出願にかかる費用は、国内出願にかかる費用の数倍に跳ね上がるため、出願国を絞らざるを得ないのが現状である。PCT出願によって費用を節減しても、翻訳費用がかかってしまう。英語で対応可能な国であればまだ問題は少ないが、中国・韓国・ロシア・欧州等、特許となった場合、最終的に当該国の言語に翻訳をしなければならない。

また、海外の庁との対応は、日本国内の特許事務所を通じて海外特許事務所を使うというケースが多いため、国内の庁への対応に比べ、費用が大きくなることになる。

このように、海外における権利取得に必要な費用は、中小・ベンチャー企業にとって極めて大きな負担であり、そのために海外での権利取得を見送らなければならない場合が多い。そのため、中小・ベンチャー企業の育成のためには、外国出願について費用面における支援策を設け、海外における権利取得を積極的に支援すべきである。

この点、現在の推進計画（58頁）では、「中小企業・ベンチャー企業については、海外

出願・翻訳等の権利取得手続や・・・に関する活動についての相談・助成をはじめとする具体的な支援を強化」する旨明言されており、高く評価できるものであり、また、国際的な審査協力の推進や特許の相互承認等のハーモナイゼーション（４１頁以下）も、中小・ベンチャー企業の費用等の負担を大きく減らすものとして、是非今後とも推進していくべき事項である。

### ３．紛争対策相談

知的財産権の重要性が強調されている現在、あらゆる企業が訴訟を起こされたり侵害警告を受けたりするという大きなリスクを背負っている。このような、訴訟・紛争に直面することは、資金力に余裕がなく、また、紛争経験・ノウハウのない中小・ベンチャー企業にとって、非常に厳しいことである。

推進計画（５８頁）によれば、「訴訟提起等の権利行使に関する活動についての相談・助成をはじめとする具体的な支援を強化」するとのことであるが、駆け込む場所としてわかりやすい第一次的な窓口の設置、周知啓発、事例の公開・拡充等が望ましいと考える。

#### ．政府調達知的財産権の帰属

現状、政府・自治体からの調達においては、著作権・特許権等を全て調達者である政府・自治体に譲渡させることが一般的である。しかしながら、このように技術を調達者である政府・自治体が全て吸い上げるという構造は、知的創造活動へのインセンティブを著しく削ぐものであり、知的財産立国を目指す政府自身が採るべき構造ではない。

政府に技術を帰属させることにより、中小企業はコア技術を失うことになりかねず、他方で新技术を開発するコストは膨大になってしまうため、結果として、政府調達に参加することができなくなる。また、政府調達にかかる成果物に関わる技術を、引き続き企業に帰属させ運用させた方が、新たな知的創造活動へのインセンティブや経済活動の合理化につながり、日本が知的財産立国となることに資すると思われる。

現在は、産業活力再生特別措置法の改正により、同法第４章「研究活動の活性化等」第３０条１項において、国がその委託にかかる技術に関する研究の成果にかかる特許権等について、研究成果が得られた場合の国への遅滞無き報告、国が公共の利益のために特に必要があるとしてその理由を明らかにして求める場合には無償で利用する権利を許諾することを約すること、当該権利を相当期間活用していないと認められ、かつ、そのことに正当な理由がない場合に、一定の要件のもと、第三者に利用権を許諾することを約することを条件として、「その特許権等を受託者から譲り受けないことができる。」としている。当該規定により、一定の範囲内で、政府調達における委託技術に関する研究の成果にかかる特許権等を、企業が保有することが可能になるが、特許権等が譲渡されることを前提と

して、例外的に「譲り受けられないことができる」と定め、国が譲り受けるか否かについて自由な決定権を有しているため、実効性に乏しく、また恣意的に運用されるのではないかという点が危惧される。

この点、推進計画（29頁）では、「産業活力再生特別措置法第30条（いわゆる日本版パイドール制度）の適用は、既に約9割に達している」とされているが、具体的な活用事例の公開等も含め、更に同制度を活用すべきであり、より新たな知的創造活動へのインセンティブや経済活動の合理化を推し進めるために、政府調達については、原則として受託者の開発・研究した技術が受託者に帰属することを法律上明記し、国が譲り受ける場合を例外として定めるべきである。

#### ・ゲームソフトの中古品流通に関する法制の整備

2002年の最高裁中古ゲームソフト判決は、ゲームソフトを著作権法上「映画の著作物」に該当し、頒布権を有するものと認めたが、その頒布権のうち譲渡に関する権利は最初の販売により消尽するものとされ、著作権者は中古品として流通するゲームソフトについて何らの権利も有しないと判断された。同判決以降、中古品として流通するゲームソフトの数量は確実に増大している。

デジタルコンテンツであるゲームソフトは、従来の中古品とは異なり、通常の使用では劣化しないため、ユーザーにとって新品と中古品は複製物としての価値が変わらない。現状では、その新品と同価値を有する中古品により形成される大きな市場から著作権者が何らの還元も得ることができないが、それが知的財産立国を志向するわが国の政策として果たして妥当なのか、というのがこの問題の基本である。

現在のゲームソフト、特に世界に通用するような高度な内容のゲームソフトの開発には長期に亘る開発期間と莫大な費用が必要である。かつてはゲームソフトの世界市場を席卷していたわが国ゲームソフトであるが、近年では巨大な市場を抱える欧米のメーカーや政府支援を得たアジア諸国のメーカーの攻勢の前に日本製ゲームソフトの占める世界シェアは大きく減少している。このままの状況が続けば、アニメと並んで国際競争力を有するとされているわが国ゲームソフト産業の基盤が早晩弱体化することは論をまたない。コンテンツ産業を支える制作者への適正な報酬が確保されるような実効性のある法的枠組みの整備が早急になされるように、推進計画の見直しにあたっては引き続きこの中古ゲームソフト流通の問題を盛り込んでいただくことを要望する。

以上