

16パソ協第003号  
平成16年4月20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  
法務・知財委員会

## 「知的財産の創造、保護及び活用に関する推進計画」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法案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できる。

当協会では、昨年推進計画に盛り込むべき事項について意見を述べたが、これまでの進捗状況を踏まえ、推進計画のさらなる推進及び必要な施策の拡充を目途に会員企業より意見聴取を行い、寄せられた意見を法務・知財委員会にてまとめたので、以下の通り意見を提出する。

推進計画の見直しにあたっては、本意見を十分考慮いただき、知的財産立国の実現に向けてさらなる推進が図られることを期待する。

### ・ 知的財産の保護の強化

#### 1. 損害賠償制度の強化

「損害賠償制度の強化」については、「侵害がされやすく権利者がそれを未然に防止することができないという知的財産権の特性を踏まえ、権利者を適正に救済し、侵害し得の社会からの脱却を図るため、2004年度末までに、知的財産に関する損害賠償制度の強化の方策について幅広く検討し、結論を得る。」とされており、この期限が変更されることなく、今年度中に強化策が具体的に法案の形で提出されることを望む。

侵害し得の社会からの脱却を目指すためには、何が違法行為であるかを明確にし、それを啓発・教育活動等により社会に周知徹底することが重要であるが、更に、制度として、侵害しないことへのインセンティブが担保されていなければならない。

つまり、違法行為が明確で、それが認知されていたとしても、その違法行為を償うこと

が実質上無い、不明確、または軽微（適法に行動したときの経済的対価を上回らず、むしろ下回る可能性が高い）という状況であれば、適法行為を選択するインセンティブを全く与えていないこととなり、適法行為を選択した者との間でも著しくバランスを欠く。

従って、再度、デジタル社会・インターネット社会において、技術的には容易に大量に著作権の侵害行為が行なわれている現実、その違法行為の痕跡を瞬間的に消去できる状況、各当事者の違法行為と証拠との距離に照らし、損害賠償制度の強化として、法定賠償制度、推定賠償制度の導入を検討すべきと考える。

#### （１）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が、現在、その普及に伴い、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いる。他方、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、ダウンロードされた回数即ち侵害の回数を立証するのが困難であるため、権利行使を権利侵害の数だけ行うことはおよそ不可能な状況にある。このことから、残念ながら、侵害者をして「どうせ請求されない」と思わせ、違法行為を行わないインセンティブが十分に働いていないと言える。

現在、侵害された１著作物について「１０万円」を損害額とみなす法定賠償制度について審議会等で検討され、その根拠等をめぐって検討が行われているが、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、どのような裁判を行うにも１０万円の費用は必要であること、などから、少なくとも、１著作物について１０万円を損害額とみなす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。そのうえで、他国の法定賠償額との比較も行ないながら、段階的に改定していくことが望ましい。

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。

#### （２）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. ネットワーク上での著作権の保護強化

### (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、ファイル交換ソフトを用いて、違法な著作物をダウンロードする側は、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、他国の動向も踏まえて検討をすべきである。

### (2) 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、著作権法およ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、現状、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、違法対象行為を諸外国の法制度も参考にして検討し直すべきである。

この点、現行の推進計画においては、「2004年度以降必要に応じ所要の法案を国会に提出する」とされている。デジタル著作物のコピーについては、技術的にも対応すべきという意見がある中、その技術的保護手段の回避の規制について十分な担保がなければその

促進も難しく、重要性に鑑み、2004年度以降という形ではなく、期限を区切った計画とすべきである。

### 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。この点、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。

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という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が、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等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(30頁)では、「米国のいわゆる「ディスカバリー」等、・・・証拠収集機能の強化のための総合的な検討を行い、2004年末までに結論を得る。」とされており、今後検討する課題として挙げられているため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、2004年以降と先延ばしをせずに、期限を区切った上で早急に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을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。

上記問題点を回避し、ソフトウェア関連分野の特許発明を健全に発達させるためにも、立法によって、CSDBへの登録・公開義務を定めることを視野にいれるべきである。

### 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。

### 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。

したがって、紛争に直面した場合に、第一次的に相談できるような窓口を用意すること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置いては、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った構造は、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、他方で新技術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。

したがって、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。

## ・知的財産権の経済学・社会学的観点からの検証

知的財産立国を目指し、知的財産の創造、保護および活用による知的経済を確立し経済の活性化をすべきという主旨は賛同できる。知的財産権に関しては法学的な研究は数多くなされ、議論も活発であるが、知的財産権にまつわる経済学・社会学的観点からの研究があまり活発ではないと感じられる。

知的財産権、特に今後きたるべき情報社会におけるイノベーションによる、知的財産権の創造、保護および活用のサイクルを通じて、経済および社会に与える効果・インパクトについては十分研究がなされるべきである。この研究成果は今後推進される計画の指針や推進後の評価軸としても活用できるものであり、より洗練された推進計画の立案・実行に寄与するものとする。特にソフトウェア、デザイン、ブランド、コンテンツ等の無形知的財産については経済的・社会的効果測定が困難な分野であるがゆえに、多くの研究成果の中から確固たる指針を導き出すべきであり、国としてこのような研究が数多く行われるための環境整備を実施すべきである。

## ・ゲームソフトの中古品流通に関する法制の整備

コンテンツ産業ではアニメと並んで強い国際競争力を有するわが国のゲームソフト産業であるが、かねてより問題となっていた中古ゲームソフトの流通量は2002年の最高裁中古ゲームソフト判決以降確実に増大し、今や中古ゲームソフトの販売数は新品ゲームソフトの販売数を上回っているとする指摘もある。最近では新品発売後一週間も経たないうちから大量の中古品が市場に氾濫しており、たとえば本年4月5日から11日までの中古ゲームソフト販売数の上位10タイトルのうち実に8タイトルが発売後2ヶ月以内のものである。現在、9割を超える販売店が、新品と中古品を併売し、隣り合わせで販売したり、一つのパッケージに中古と新品の二つの値札を貼り付けて陳列したりしている。

上記のような発売間もないタイトルが大量に中古品として販売されている状況も合わせて考えると、中古品の販売が新品の販売に影響を及ぼしていないと考えることは不可能である。ゲームソフトはデジタルコンテンツであり、何回使用しても劣化せず同じ品質のため、ユーザーから見れば中古品と新品とは同価値であり、販売業者は若干の価格差によりユーザーを中古品に誘導することが可能である。このような状況では、膨大なコストをかけ、クリエイターを育成しながら世界に通用するようなゲームソフトを開発することが日本ではもはや不可能になったと言わざるを得ない。このままの状況が続けば、これまで営々と築いてきたわが国ゲームソフト産業の基盤が崩壊し、わが国のコンテンツ産業はゲームソフトという一つの核を失うこととなるだろう。

現在、経団連などの場で協議が行われつつあり、中古ゲームソフトを販売している販売

店と、中古販売を利用するユーザーの便益を考慮しつつ、わが国のゲームソフトメーカーが膨大な開発費を回収して世界最高のゲームソフトを作り続けるとの観点から、対応策が議論されている。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、推進計画の見直しにあたっても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