

2015年12月6日

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—

主催 明治大学知的財産法政策研究所

文部科学省私立大学戦略的研究基盤形成支援事業（平成 23-27 年度）

「情報財の多元的価値と、創作・利用主体の役割を考慮した知的財産法体系の再構築」

第一部 基調講演③

日本の知的財産権に係る損害賠償制度の現状と今後のあり方について

田村善之（北海道大学大学院法学研究科教授）

それでは私の方からはタイトル通りということでありまして、**TPP** に対する対応を考えるに当たっては、現在、日本の知的財産権侵害に関して特に大きな改正を必要とするような課題があるのかどうかによって、例えばもし大きな課題があるということであれば、この機をとらえて大改正が必要だということになるので、あるいはそれほど大きな問題はないというのであれば最小限の対応というふうな方向性になるかと思っておりますので、今どのような課題が残っているのかということについてお話をしようと思っております。

まず、知的財産権侵害については損害賠償制度があるわけですが、それを評価するにはなぜ知的財産権侵害について、——さまざまな特則があるわけですし、また今回もさらに特則を設けるべきかどうか議論されているわけですが——なぜそのように特則があるのか、あるいは特則を設けるべきだという議論がなされるのかということをお話ししてみようと思っております。

いくつかの論点があるのですが、まず1つは、特に知的財産権の特徴について、有体物に関する権利ではない、ということによく言われることでありまして、故に、所有権等と異なる知的財産権の特殊性というのがあるのではないかという点です。具体的には、知的財産権侵害行為というのは至るところで行われうる。これがもし有体物に関する権利ですと、——例外はもちろんあり得るわけですが——一般的には物理的な接触が必要ですから、1カ所である特定のところで侵害が行われることがほぼ多いと思うのですが、知的財産権侵害行為は、例えばカラオケ店舗の例などを考えれば分かる通り、現在は日本中どこでも行うことができる。

それに対して、有体物に関する権利、特に所有権ですと物理的な侵害から守ろうと思えば、金庫の中にしまっておくとか、塀を立てるとか、さまざまな手段、物理的な防御策を

講じることができるのですが、知的財産権は逆にそういった物理的な防御策を講じることが困難です。

営業秘密などであれば秘密として管理するという手はもちろんあるわけですが、特に特許権のようなことを考えると、あれはそもそも技術内容を公開することが権利の条件になっているというところもありますし、また多くの著作物は基本的には出版して稼いでいる、商標はそもそも出所識別機能をするために公にしながらかつ財産の実を上げているという事情があるので、おおよそ物理的な防御策を講じることが困難な場合の方が普通であります。

こういった事情を考えると、サンクションが非常に必要になってくるのではないかと、侵害がしやすく、かつ防御策を講じることが困難だという事情は、差し止めだけではすべて完全な保護は困難ですので、もし侵害されてしまった場合の制裁というものを強くするという形で保護を強める必要があるのではないかと、ということを考えさせます。それが例えば3倍賠償などを基礎付ける理念だということになります。

特に、ここに付随的に入ってくる事情として、そもそも何か物が壊れたという形で損害が発生しませんので、マーケットを通じて何か売り上げが落ちているのかもしれない、あるいは自分の売り上げはすごく順調に伸びているのだけれど、本当はもっと伸びたのかもしれないという、そういった仮定の話で考えていくために、損害の可視的な把握が困難だ、という事情もあります。

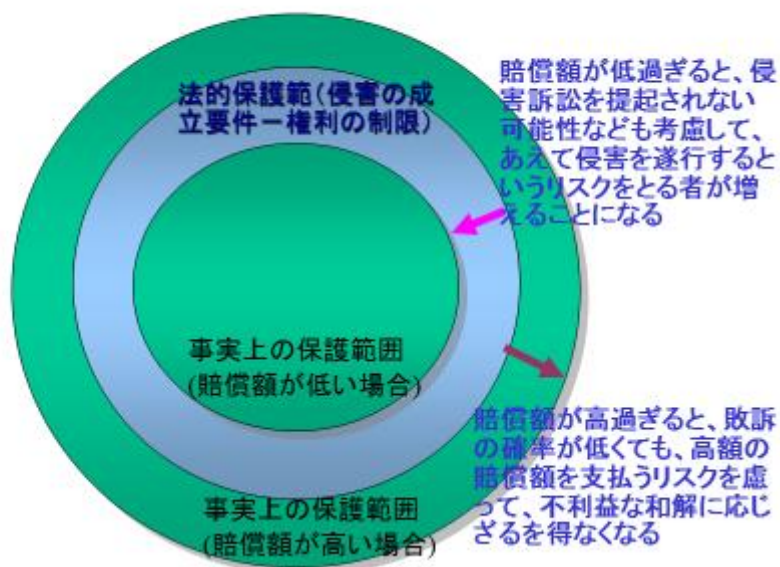
更に加えて、証明責任が仮に権利者にあるとすると、賠償額がただでさえ低くなりがちだという事情もありますので、こういった、本当は高くした方がいいし、かつ何もしないと低くなりがちだという事情は何かの特則を——どちらかというと高める方の特則を——設ける理論的な基礎を与えます。

私は実は、1991年ですか、一番最初に書いた論文がこの知的財産権の損害賠償についての論文でありまして¹、ちょうど東京大学の助手の時代にこういうふうにした時は、このことだけを考えてずっと書いていたのですが、これからちょっとお話をしますが、90年代にかけてさまざまな立法や裁判実務の工夫がありましたので、昔ほど低くて大変だ大変だというほどではないと私は評価しております。

逆に今度はアメリカ等でよく議論されている別の問題が今は生じるようになっているかと思えます。それはどういうことかという、知的財産権の保護範囲が不明確という問題です。

¹ 田村善之『知的財産権と損害賠償』（初版・1993年・弘文堂）[新版・2004年]、田村善之「特許権侵害に対する損害賠償」法学協会雑誌 108巻6・7・9・10号(1991年)。

損害賠償と事実上の抑止範囲の関係



このスライドの真ん中のブルーの円のところが例えば適正な保護範囲です。「保護範囲」という言葉は何か文言侵害と均等論とか類似性といったことに使うのですが、ここではもうちょっと広い意味で用いております、例えば著作権で言ったら、依拠して、類似の範囲で、かつ法定された利用行為——ここまでが請求原因で、そこからマイナスとしての著作権の制限、例えば引用とか私的複製とかいろいろとあるわけですが——を指します。つまり、最終的にこういった行為を侵害とすべきだということを、ちょっとここではない言葉がありませんので、保護範囲と述べさせていただきます。

要するに、法律に書いてあって、あるいは裁判の解釈等でいろいろな意味で成立の範囲とか制限規定を解釈した上で、ここが保護範囲だというのが真ん中のブルーの円の外枠で表されているとします。

そうすると、先ほど最初の方で話したこと、すなわち、もし賠償額が低いとどうなるかということ、——侵害してもライセンスの場合と同じような金額さえ払えばいいといたら、見つからないことを考えたら、あるいは提訴されないことを考えたら侵害の方がいいかなとか、そういった形で事実上もっと虫食い穴のように本当はごちゃごちゃするわけですが——事実上の保護範囲は狭くなる、ということを小さな緑の円で描いてみました。

他方、賠償額が高いとどうなるかということ、例えば裁判に行けば少し微妙だけれども6:4ぐらいで自分はブルーの円の外にいるというふうに理解をしているとしても、例えば賠償額が3倍だとか、あるいは懲罰的損害賠償が10倍だとか、法定損害賠償がものすごい金額だなどということになると、今、権利者の方からお安くしておきますよというようなライセンス料の申し出があったときに、これは受けておいた方がいいかなということになったりします。

あるいは、例えば——日本にはフェア・ユースはありませんけれど、でも著作権制限規

定で解釈の余地がある条文は引用とかいろいろとあるわけですが——自分としては引用に当たると思っている、けれどももしかしたら裁判所次第ではちょっと厳しい方に当たると駄目かもしれないと思っているときには、今、権利者の方からこのぐらいの額でと言われたときにやはり受けてみようかなということになる。

これらのいろいろなことがありますので、あるいはそもそも自粛するということを考えると、賠償額が高過ぎると事実上の保護範囲が広がってしまうという、こういった要素もありますので、高ければいいというものではない。

もし、有体物に関する所有権と同じように、保護範囲が相対的であるものの、かなり明確であるとすれば、こういった問題は起きないわけですが、知的財産権の場合は保護範囲が不明確だということに賠償額の高さが事実上影響するという事情がありますので、低ければいいというものではないけれど高ければいいというものでもない。ここは大変問題を難しくするということがあります。

続いて、では現状はどうなっているかということですが²、大体 1990 年代の初めごろ、私が最初の論文を書いたころにはどのようなことが言われていたかということ、やはり日本の損害賠償額は——特に特許権中心に議論がされていましたが——低過ぎるねということがよく言われておりました。

まず、現在で言えば 102 条 1 項の推定規定はありませんでした。しかし、なかったものの、同じ計算式による賠償は民法 709 条に基づいて請求し得るというふうにされておりましたが、そのためには侵害者の売り上げた数量に対応するほどの売り上げを権利者が達成できるということを証明しなければいけないわけですが、その証明が非常に解釈上要求できる以上のものを要求していたと思います。

非常に極めて優れているので、侵害者の製品が 1 万個売れたとすれば、侵害がなければ同じ数だけ特許権者が売れるような、そのぐらい経済的に極めて優れた特許発明に限って逸失利益の賠償が認められていましたので、非常に要件が高度化していました。

それから、侵害者利益の推定規定は今と同じようにありますが、——不実施の意味についてはいろいろと争いがありますけれども、大ざっぱに言いますと、代替品の実施も含めて不実施ということが多いと思いますが——特許権者が不実施の場合には働かないということが言われていました。

さらに、現行法で言えば 3 項は、条文上そういうふうに読めますから、実施料相当額と呼ばれておりました。私は、いや、英語とかドイツ語の *reasonable royalty* の翻訳だと、本当は相当実施料と呼ぶべきだと思って、前からそんなふうに言っているのですけれど。

ということで、実施料相当額というのは割と当時は実施契約の相場により平準化してましたので、例えば、当該特許について割と高い 22% などという実施料率が出てきたとしても、相場をちょっと超え過ぎるということで、5% にしてしまうというようなことがあります。

² 田村善之「特許権侵害に対する損害賠償額の算定—裁判例の動向と理論的な分析—」パテント 67 巻 1 号 (2014 年)。

ましたので、特に不実施の場合、侵害したとしても契約と同じ額で足りるということで、侵害した方が得ということがいわれていたわけです。

それに対して、1990年代後半はそれに対する対応がありました。大きく1998年に改正がありまして、102条1項で逸失利益の推定規定というのができております。それから102条3項については、それまで実施に対し「通常受けるべき」と書いてあったのを、この「通常」を取ることにしました。この取る時に次に申しますような事後的に相当なということの特許庁の方の改正では意識して、「通常」を取ったのです。

私は最初にこの「通常」を取ると聞いた時、別に「通常」を取らなくてもできることはできるし、取ったからといってそう大きなことはないだろうと思って、まあいいのではないですかというぐらいにしか思ってなかったのですけれど、やはりこれはメッセージ性が非常に強くて、取った、法改正があったということによって何かを変えようとしているという意志が伝わりますので、——そうではないときにもふつつつと動きはあったのですが——以後裁判所はガラッと対応を変えております。

それから、今日非常に大事なテーマになりますが、105条の3というのができまして、裁判所での心証に基づく自由な算定を促すような条文が、相当な損害額が認定できる条文ができております。

裁判例でもこの法改正にやや先立ちながらいろいろな動きがありまして、そもそも102条2項、あるいはさらには1項の利益の意味については、より適切な——これは決してサクションということではないですけど——賠償額を認めるために、限界利益説と呼ばれるものが導入されております。また、実施料の算定は柔軟化している、これはちょっと後でお話しします。損害額自体の算定も柔軟化していますが、これについても後でお話ししましょう。

ということで、以下ちょっと問題点があるかどうかを探りながらいくつか裁判例を紹介していきますが、現在の裁判所の損害の算定の評価は、私自身はおおむね適切な範囲に収まっているのではないかと、1980年代後半、90年最初のような状況ではないのではないかと、思います。逆にこれ以上に賠償額を高める改正、例えば3倍賠償を設けようとか、あるいは——何倍になるか分かりませんが——懲罰的損害賠償を設けようなどという議論は、今はほとんど下火になっているのではないかなと思います。

とはいえ残された課題がまったくないかというところは少しは残っているように思いますので、ちょっとそのお話に移ろうと思います。まず最初は、私はこの言葉は今回皆さんとお話した時に初めて知ったのですけれど、暗数問題というのがあると思います。暗数というのは、訴訟に出てきてこれが侵害だという数は氷山の一角で、その背後の暗闇の中にもっと侵害がありそうだというのを示す言葉なのです。

具体的には、いろいろと法改正がなされましたけれども、特にこの特許法102条、あるいは同じ条文が著作権法114条と商標法38条にあります。これらの算定はいずれも——1項、2項、3項ですけれども——譲渡数量とか売上額とかその売上げの規模に関する数

字が判明していることが前提となっています。

この売上げの規模に関する数字、例えば1,000万個売っているのかとか1,000万円売上げがあるとか、そういった数字が判明しない場合にはこれらの規定の活用が困難だという限界を抱えております。

それに対してどのような対応が可能かということですが、1つは文書提出命令（特許法105条）、そして、仮に文書提出命令をかけても文書が出てこなかった場合の不提出の場合の効果に一定の役割を期待することができます。

文書不提出の効果に関して、これも1996年民事訴訟法に改正がありまして、文書の記載に関する相手方の主張、例えば——損害と関係ありませんけれど——契約書に関しての文書に意思表示があるといった相手方の主張を真実と認めることができる、ちょうど文書が提出されたと同じ状態にするという、そういった従来型の救済（=かつての「文書の趣旨」説の取扱い）だけではなくて、新たに224条3項を設けました。これは一部の裁判所では解釈でやっていたことですが、特に損害賠償額についてですと、被疑侵害者の文書に何が書いてあるか、そこに1,113個とか書いてあるとか、それが分からないから文書提出命令を申し立てているのであって、不提出の場合は文書の記載に関する相手側の主張を真実と認めると言われても、この主張ができないから問題なのです。

そういうときにこの3項ができて、相手方が当該文書の記載に関して具体的な主張をすること、及び、当該文書により証明すべき事実を——この場合は損害額になりますが——他の証拠により証明することが著しく困難な場合には、裁判所はその事実に関する相手方の主張を真実と認めることができるとされました（=かつての「証すべき事実」説の取扱い）。

例えば、現在1,500万円の逸失利益があると、それが証すべき事実になっていて、そして、文書に何が書いてあるか分からないけれど、とにかく文書、領収書を出してくれ、貸借対照表を出してくれ、損益計算書を出してくれとか、いろいろな売上帳を出してくれといったときに、この3項の要件を満たす場合には主張事実を真実と認めてくれるという、これはかなり強い効果があります。裁判所がこれに従って原告主張通りの販売数があったと認める判決もあります（大阪地判平成17・12・15判時1936号155頁[化粧用パフ]（意匠）、大阪地判平成20・5・29平成18(ワ)8725[廃材用切断装置]、知財高判平成21・1・28平成20(ネ)10054他[同]）。

ただ、これだとすごくふっかけた者勝ちみたいなどころがありますので、裁判所は=そういう意味では=柔軟処理をしまして、どうもふっかけているなというときには、原告主張通りの記載が文書にあるとまでは認めないけれども、文書不提出の被告の態度とか=を斟酌=して被告の販売数量を原告主張の4割に相当するなどに見積もる、こういった処理をするものもあります（東京地判平成5・3・24判例工業所有権法〔2期版〕8157の6頁[コンタクトポイント]（商標））。これはそもそも民訴法改正前になされています。

あるいは、内訳が定かではないから売上の2分の1が侵害製品と推認するとか（大阪高

判平成 5・7・15 判例工業所有権法〔2 期版〕2293 の 85 頁〔三角袋の製袋方法〕(旧民訴法)。それから、いろいろな帳簿類が不提出であることを斟酌しながらも、侵害者の代表者の過去の言動に基づいて販売数を少なくとも 200 名分と認めるとか（東京高判平成 10.2.12 判時 1645 号 129 頁〔四進レクチャー〕(著作権)）、こういった形での中間的な処理というのもこの文書不提出の効果として実施されているところであります³。

なのですが、そもそも文書提出命令自体がやや数が少ないということや、あるいはそもそも計算関係文書すら作成していない侵害者という、そういう強者も実は——特許権ではあまり見たことがないですけど商標権、あるいは特に著作権侵害などには——おりますので、作ってないものは提出できませんから不提出の効果もあり得ないわけです。そうすると文書提出命令による侵害の対処には限界があります。

特に、すごい強者の場合は、侵害者自身がどのぐらい侵害したのか分からないという、本気でそういう訴訟ももちろんあるわけです。とにかく売り上げてしまえと、現金ですべて処理という、そういったこともあるわけです。

そこでもう 1 つ、より一般的に期待できるのが、特許法 105 条の 3、あるいは同じ条文がほかの知的財産権法にあります（著作権法 114 条の 5・商標法 39 条（特許法準用））、この活用の可能性です。条文上は、損害が生じたことが認められる場合において——これらの侵害訴訟ですね——、損害額の証明のために必要な事実を立証することが当該事実の性質上極めて困難である場合には、裁判所は口頭弁論の全趣旨と証拠調べの結果に基づき、相当な損害額を認定することができるという規定です。

実は、特許法 105 条の 3 の 1999 年改正に先立って——96 年だったですか——口語化された民事訴訟法 248 条には、ほぼ同様の規定が先行して存在致します。ただ、民訴法 248 条の方は若干条文が違ってまして、損害が生じたことを認めるのではなくて損害の性質上うんぬんというふうにありました。

実は、民訴法 248 条については学説が——百花斉放とまでは言いませんが——6、7、8 個ぐらいいろいろとあります。一括することはなかなか困難で、学説次第というところがあるのですが、こちらから見ると厳しめの学説ですと、「損害の性質上」というのはそもそも算定がおよそ困難なもの、どのような資料を持ってきても算定できないようなもの、例えば、慰謝料とか、——判例法理を前提とすれば——幼児の逸失利益とか、あるいは何か火事があったときの家財道具一式みたいなもの——このうちどれが資料を出せば損害こいつもまだいくつ争いがあるのでちょっとややこしいのですが——をいうとされております。

ともかくそういったものと異なって、知的財産権侵害はいろいろと資料さえ出してくれば算定可能だからこれに当たらないという説がないわけではないわけです。特許法 105 条の 3 というのはそういった厳しめの説を取った場合でも対応可能なように設けた規定でありまして、民訴法 248 条と異なり、「損害額を立証するために必要な事実」を立証することが、

³ その他、東京地判平成 10・10・12 知裁集 30 巻 4 号 709 頁〔シメチジン製剤〕。

つまり売上数量とかの立証が、「当該事実の性質上」極めて困難な場合に相当な損害額を認定できる、という言い方をしております。

またさらに、——こういうことは民訴法 248 条でもできるような気がするのですが——その損害額全体ではなくて損害額の計算過程の譲渡数量とか侵害者の限界利益とか、そういったところだけが分からないときも、そこについてだけ適用できることが可能なことが明らかな体裁の条文になっております。ただ、裁判実務はあまりこの 2 つの条文の違いにこだわっていないように思われます。

ということで、105 条の 3 あるいは民訴法 248 条の意義なのですけれど、これは一般的には裁判官の自由心証で、でもどの辺なのか、時には権利者にも侵害者にも証明責任を負わさずになどと言っていることの意味は何なのかということについて、非常に分かりやすいことを元知財専門部の裁判官で現在弁護士の畑郁夫先生が論文に書いておられましたのでちょっとご紹介します⁴。

畑先生ご自身の経験ですと、民訴法 248 条とかの立法の前は、簡単に言うと、控えめの原則を賠償の算定に取っていた。控えめの原則とは何かというと、例えば、仮説例ですけれど、50%の確率で 50 万円、50%の確率で 100 万円とすると、期待値といいますか平均値は 75 万円になるわけです。ところが権利者の方に証明責任があるという前提でいきますと、——心証は一般的には 80%とか 90%とかのように言われているわけですが——この裁判官の心証が取れている限度では、この例だと 50 万円にしかありません。これを民訴法 248 条のもとではどちらにも証明責任がないように自由心証で考えているということですから、平均的に 75 万円と算定できるのだ、こういうふうにおっしゃっておられました。

裁判所の方はこの規定を使いましてかなり柔軟に算定するものがあります。例えば、侵害製品の数量区分を正確になし得ないのは、主として侵害者の商品管理上の都合によるという事情と特許法 105 条の 3 を併せ考慮して、総売り上げの 7 割が侵害製品の売り上げだと概算する判決とか（大阪地判平成 13・3・1 判例工業所有権法〔2 期版〕2573 の 43 頁〔環状カッタ〕）、侵害者の限界利益を算出するための変動経費について概算をなした判決（東京地判平成 12・4・27 判例工業所有権法〔2 期版〕5477 の 85 頁〔冠婚葬祭用木製看板〕）等がありますが、そもそも改正法の施行前の事件でも、施行どころか立法前の事件でも、民訴法 248 条の趣旨に照らして控除費用のところだけ概算する判決（東京地判平成 10・10・12 知裁集 30 巻 4 号 709 頁〔シメチジン製剤〕）などがあります。

あるいは、——条文を使っているような気もしますが——特に条文をあえて明示せずに柔軟に処理しているものもあります。例えば、検証手続きで判明した 136 台のコンピュータにおけるプログラムの無断複製の量をもって、同一校舎内の他のコンピュータの無断複製の量を推認する判決（東京地判平成 13.5.16 判時 1749 号 19 頁〔東京リーガルマインド〕（著作権））などがございます。

⁴ 畑郁夫「新民事訴訟法 248 条について」『改革期の民事手続法』（原井龍一郎古稀・2000 年・法律文化社）。

あるいは、仕入れ金額の総額が判明しているものの、個々の区分が不明確だった場合に、侵害商品の販売価格をおおむね仕入れ価格に30%加算した額であると認定するとか(東京地判平成11・1・29判時1681号139頁〔JOELLE〕)(商標：1999年改正前)、等々いったものがございませう⁵。

あるいは、最近でも、これは特許権ですけれど、侵害者が無料でやっているインターネットアドレスサービスでもたらした損害について、特許法102条3項の実施料相当額の賠償を求めた事件で、侵害者の現在の登録件数が14万件弱、侵害者が将来3万1,500円を収受する予定であったという、そういった事実のみを摘示するだけで、性質上、必要な事実の立証が困難であることを指摘する以外は理由を付すことなく、いきなり1,400万円という判決もあるところであります(知財高判平成22・3・24平成20(ネ)10085〔インターネットサーバーのアクセス管理〕)。

最後のぐらいができるのであればいろいろなことができそうですが、ただそうはいっても平均的な見積もりすら困難な事例が仮にあるとすると、特許法105条の3といえども存分には機能し得ないのかもしれない。あるいは、理屈のうえでは可能であるが、裁判例のほうになかなかこの伝家の宝刀を使うことに躊躇いがあるということがあるかもしれません。そうだとすれば、侵害のされやすさ、抑止の必要性という観点をに入れて、あくまでも填補賠償の範囲内ですが、この105条の3をより使いやすくして、他の立証手段が尽きたときの最後のいたしかたない手段という位置づけではなく、むしろ、何も証明してこないのであれば、たとえばこの程度の損害賠償額ではどうか、というように和解金額の提示のような形で賠償額を暫定的に算定する制度のようなものを作るということには一定の意味があるかもしれません。

次にもう1つ、今、暗数問題の話はずっとしてきたのですが、もう1つの問題として侵害し得問題というのがあるかなと。まだ残っているのかもしれないし、あるいは残っていないのかもしれませんが、運用のしかた次第では残っているのかなというところがありますのでちょっとご紹介します。

特許法102条1項、2項についてですが、ちなみに、著作権では割と少し緩く考える場合もあります。著作者の死後50年、今度は70年間権利があるから、その期間中に著作権でいろんなことができるんだという理由で、若干違う取り扱いをすることがある可能性があるのですけれども、とにかくちょっと特許法でお話しをします。

いずれの規定も、1項であれば、侵害の行為がなければ販売することができたものがある、あるいは実施の能力があるということが前提ですし、2項は解釈になり、——私はこの解釈は取っていませんけれども、とにかく、少数説を除けば——一般的な理解では実施までは要さないけれども、侵害がなければ利益が得られたらという事情は存在する必要がある

⁵ その他、高松地判平成3.1.29判タ753号217頁〔まはらじゃ〕、福岡高判昭和59.7.5〔にほんの館二審〕、東京地判昭和62.10.26判時1259号118頁〔会員制倶楽部あぼろん〕(著作権：1999年改正前)。

るといふふうに言われていまして、代替品すら製造販売していない場合には推定が働かないと考える方が多数ではないかと思えます。

そうすると、やはり広い意味での不実施問題、代替品を入れた上での不実施問題というのがありまして、そのとき 102 条 3 項に期待がかかります。しかし、ライセンス料相当額となっているのですが、ここで実際のライセンス契約で支払わなければならないライセンス料と同額の金額が算定されるとなると、侵害し得問題が生じます。

ただ、この点については、事後的に見て相当な実施料——あるいは商標、著作権でもいいですけども——、相当なライセンス料だという考え方があることが知られています⁶。具体的には、ライセンス契約と侵害訴訟には違いがあるのではないかと、契約の場面ではある意味ではエグザクトといいますけれども、事前的に見て相当な実施料のことで、契約時点では全部ではありませんが、多くの場合これからライセンシーがなそうとしている実施行為に対して、将来の行為に対してライセンス料をあらかじめ締結するというのが多いわけですね。

その時には、例えば、——特に特許の場合には多いのですが、特許以外もあります——非侵害、そういったリスクがあることを勘案してライセンス料を普通は算定しているように思います。個々の算定、そういうことを考えてない人たちというのはいるでしょうけれども、大数の法則で相場などにはおそらく必ずこういったものが勘案されていると、これは減額されているはずですね。

それに対して、侵害訴訟の場面では、イクスポストと言われたりしますが、すでに行われた侵害行為に対して、それを振り返って事後的に相当な実施料額を算定することがあります。侵害は確定しております。やはり無効の抗弁が成立しない、あるいはそもそも主張すらされていないということですから、そうすると無効や非侵害のリスクは勘案する必要がありません。その分一般的にも高くなるだろうということが言われているわけですね。

このほかにも、ライセンス契約であれば、あらかじめ頭金になるとか、最低実施料額が最低実施分とかの定めになるとか、そういったさまざまな制約というのが侵害の場面にはないのではないかとといったことを金額に反映すべきではないかということが言われたりするわけですね。

1998 年改正はこういった考え方を後押しするために「通常」の文言を削除したわけですね。裁判例も例えばこういった考えに基づくものが多くありまして、ライセンス契約においては最低保証料を支払わなければならない、一定の事由のあるときを除いて契約を解除できない、万一当該特許が無効とされた場合であっても、支払済みのライセンス料の返還を求めることができないなどの制約を契約上負担させられるのが通常であるのに対して、特許権侵害の場合にはこれらの契約上の制約を負わないという点だけを見ても、既にはるかに有利な立場に立つものであるということによって、被告主張によると業界相場が 2 から 5%

⁶ 田村善之『知的財産権と損害賠償』(1993 年・弘文堂)[新版・2004 年], 田村善之「特許権侵害に対する損害賠償」法学協会雑誌 108 巻 6・7・9・10 号(1991 年)。

という状況で、10%をもって相当とする判決があります（東京地判平成 12.7.18 判例工業所有権法[2 期版]2199 頁 [ヒンジ]）。

あるいは、筋組織状こんにゃくの製造方法Ⅱ事件は、改正の経緯に照らすならば、諸般の事情を考慮できるといった上で、この特許権者の方が実施許諾契約締結の申し入れを行った際には、実施契約金 50 万円、実施料として、実施契約による製品売上金額の 3%の条件を提示していたという状況で、最低保証の有無を考慮した上で 5%をもって相当とする判決であります（大阪地判平成 14・10・29 平成 11（ワ）12586 等 [筋組織状こんにゃくの製造方法Ⅱ]）。

ほかにも、この当事者同士の過去の約定例で 3%という例があった点で、10%をもって侵害に対する相当な実施料と判断する判決（東京地判平成 20・11・13 平成 18(ワ)22106[対物レンズと試料との位置関係を逆にして拡大像を得る方法とその応用]）、あるいは、やはり同じように 3%の約定例があったところを、紛争に至った後のこの事件で 6%と相当とする判決（大阪地判平成 21・4・7 平成 18(ワ)11429[熱伝導性シリコーンゴム組成物]）等があります。

著作権の方でも雑誌への掲載を許可することを予定していなかったということも斟酌して、相場の 5 割増から倍額を相当額とする判決とか（東京地判平成 11.3.26 判時 1694 号 142 頁 [Dolphin Blue]）、日本で未出版の被侵害著作物には一般のレートを適用しては駄目だよとあって、出版済のもの場合は 7 から 8%のところを 10%にするとか（東京地判平成 12.9.29 判時 1733 号 108 頁 [デール・カーネギー]）、あるいは、訴訟提起前に代理人が 7%の交渉を示したというところで、ほかの事情も斟酌して 10%をもって相当とする判決（東京地判平成 9.9.5 判時 1621 号 130 頁 [ガウディとダリの世界展]）等があります⁷。

ただ、こういった事後的に相当なライセンス料額という発想は、契約の場面と侵害の場面の相違を考慮して、均衡を回復することを目的とするものでありまして、一応金額の絶対値こそ高くなることは少なくありませんが、それはあくまでも均衡を回復させる、損も得もさせないのだという発想で成り立っております。

かつ、この場合にはいろいろな事情は一応示すのです。だから、こうしたことを越えて、とにかく特に理由もなく一般的に倍額というのとは若干隔たりがある。この若干をどう考えるかで今回 **additional** で入れることができるかどうかに影響してくるかと思えます。

この倍額賠償を正面から争った事件、倍額くれないことには話にならないよということ正面から争った有名な事件が、東京リーガルマインド事件で、予備校内での無断複製の事件です（東京地判平成 13.5.16 判時 1749 号 19 頁 [東京リーガルマインド]）。

ただ、非常に面白いというか中間的な解決といえますか、結局倍額賠償はできない、許

⁷ 他方、柔軟な算定手法は料率を減じることにつながる場合もある。0.1%のものとして、大阪地判平成 12・10・24 判タ 1081 号 241 頁 [製パン器]、0.7%のものとして、東京地判平成 19・2・15 平成 17(ワ)6346[使い捨て紙おむつ]、知財高判平成 20・4・17 平成 19(ネ)10024[同 2 審]、別途、意匠権に基づき 0・3%の賠償も合わせ認容されているが、東京地判平成 19・3・23 判タ 1294 号 183 頁[溶融金属供給用容器]。

されないという判断なのですけれども、しかし他方で、侵害者の方はすでに——Windowsでしたか——違法複製物を抹消しておりまして、正規に購入したプログラムの使用に変えていたということでもあります。そういう意味では今は対価を払っているわけです。それで、それを理由に被告の方は、そもそも賠償額はゼロだという主張をしているわけです。

それに対してどう切り抜けたかという点、裁判所は、倍額は否定するけれど、しかし、被告の正規品の購入は勝手にやっていることであって、別に弁済でも何でもないではないかということで、一切金額に影響しないと判示しました。つまり、被告は侵害分について払って、かつ、今は侵害分を使っているわけではないですから、買った分を払いっぱなしにしているので、結果的に倍額になったという、そういった判決でありました。

あるいは、そもそも侵害者が故意であることを斟酌して複製画の定価の3分の2を相当額とする判決もございます（東京地判平成10・2・20知裁集30巻1号33頁〔バーンズ・コレクション〕）。これはけっこう高くなります。

さらには、玉木屋事件では、事前に許諾を求めてきた者に対しては2万2,222円、他方、無断複製行為に対してはその3倍を請求しており、実際、ただ請求するだけではなくそれで受領していたという、そういった事情があるときに、中を取って倍額で4万4,444円、つまり、2倍で相当とされました（東京地判平成18.3.23判時1946号101頁〔玉木屋〕）。

ほかには、これはかなり有名ですけれども、JASRACは事前に包括許諾契約を結んできた場合には5割減というような、そういった約款を持っております。ただ、実際には普通の人には包括許諾契約で安くなる方を選びますので、実際ほとんどの適用例はその安い方なのですけれども、事前ではないのだからといって高めの方のものを採用して、事実上倍額になっているといった判決もあります（東京地判昭和62.10.26判時1259号118頁〔会員制倶楽部あぼろん〕）。ただ、この種の権利者の方針を無条件で3項の相当額の判断に反映させてしまいますと、仮に10倍と書いてあったらどうなるのかといった問題があります。

玉木屋の控訴審では、理由がないということで結局倍額にはしなかったという判決が出されております（知財高判平成18.9.26平成18(ネ)10037〔玉木屋〕）。ただ、JASRACのようなどこでは、野放図に約款をつくっているわけではなく、法定の手続きがありますので（著作権等管理事業法23条・24条）、正当化が可能かもしれません。

ところで、一般的にはこういう倍額、特にライセンス料相当額の倍額賠償に関しては、権利者が侵害を監視したり防止するために多大な費用を掛けているということを理由に——それはいくらか分からないのですが——、少なくとも倍は欲しいねということがよく言われます。この理由付けはよく分かります。

ただ、厳しく言ってしまうと、こういった侵害監視費用は一般的に抛出されたものであって、別に特定の侵害行為、つまり、当該侵害行為によって初めて惹起されたものではない。だとすると、その因果関係を理由にこれの賠償を認めることはやや困難なところがあるかと思えます。

裁判所の対応の最後ですけれども、無形損害の活用可能性があります。特に、各種知的

財産権の中で例外的に無形損害の賠償を認めることが多い商標権侵害にあつては、そこで制裁的な要素が参酌されることがないわけではないです。例えば、この侵害者の対応を斟酌して賠償額、無形損害を認めた判決（大阪地判平成 2・8・28 判工所 [2 期] 8155 の 17 頁[LV マークⅦ]）、あるいは、おそらくそういったことを考えているだろうなという判決があります（名古屋地判平成 4・10・30 判工所 [2 期] 8367 頁[studio α]、大阪地判平成 6・3・22 判工所 [2 期] 8155 の 54 頁[LV マークⅧ]、東京地八王子支判平成 9・2・5 判タ 968 号 242 頁[GIORGIO ARMANI]）。

著作権あるいは著作者人格権について、諸般の事情の中に抗議がされているのに解消していないよということも含めて考えて、かつ著作権と著作者人格権合わせての精神的損害ということで斟酌している判決があります（東京地判平成 12.9.28 判時 1732 号 130 頁[角川mini文庫シンボルマーク]）。

こういった話、特に、例えば、どうしても 102 条 1 項にも広い意味での実施が必要とされていたり、あるいは、均衡を回復するのはともかく、一般的な倍額賠償は困難などと言われたりする。あるいは、今回政策大綱でも民法の原則を超えないようにするといわれておりますが、その填補賠償を超えてはいけないというときの填補とはどういうことなのかということも議論になるかなと思います。

そもそもそれ自体、私などは、田中先生、竹内先生の法学入門のところから刷り込まれているので⁸、気にしない派なのですけれど、ちょっとその政策大綱もありますからあまり大きなことをしない、言わないとしても、「損害」概念というのは多義的であるということは注意が必要かと思ひます⁹。

一般的にわれわれ知的財産権の学者は差額説というのを割と信仰してしまして、民法の場合は差額説だねなどと思ってしまうわけですけど。つまり、侵害がなければ得べかりし財産状態と現実の財産状態を比較して、その差額が賠償額だ、逸失利益だと考えたりするので。

しかし、別の考え方も十分あり得るわけでした、知的財産法が知的財産という財貨の利用を排他的に帰属させている場合に、侵害が行われたことによってその排他的な帰属が侵害されている、それをもって規範的に損害なのだ、そして、そこが損害なのだをとらえた上で、その損害を金銭的に評価する手法はいくつかあるというふうに考えると、かなり柔軟に考えることも可能かと思ひます。

そうはいつでも何が規範的損害に当たるかはいろいろな争いがあります。私は 1 項はちょっと規定が細か過ぎますので逸失利益かなと思ひていますが。ただ、この 1 項についても今日登壇される森田先生、三村先生は市場機会の喪失という損害概念、規範的損害を前提としているととらえていらっしやいますし¹⁰、私は 2 項あるいは 3 項は規範的損害ではな

⁸ 田中英夫＝竹内昭夫『法の実現における私人の役割』（1987 年・東京大学出版会）。

⁹ 田村善之『知的財産権と損害賠償』（新版・2004 年・弘文堂）。

¹⁰ 森田宏樹「知的財産権侵害による損害賠償に関する規定の改正の方向」知的財産侵害に

いかな、ちょっと逸失利益では説明は困難だねと思っているところでもあります。

TPP 対応策の検討に際しての留意事項ということですが、まず、ちょっと考えないといけないのは、著作権と商標権侵害について今回条約対応を求められているのですが、この著作権と商標権侵害に限って立法する理由がなければ、やはり合理的に考えると他の知的財産権でも似たような措置を取らなければいけない、逆に、著作権や商標権侵害に特殊な理由で対応するというのであれば、ほかに波及しない、という点です。つまり、なぜ著作権と商標権侵害を議論するのかを、条約対応だからという以外の理由で考える必要があるかと思えます。

一応こういうことがいえるのかなと思えます。特に特許権侵害に比べると、著作権や商標権侵害というのは相対的に特別の設備、能力を有することなく侵害行為に及ぶことが可能です。ですから相対的に侵害が容易です。そういう意味ではそれだけでもまたサンクションが求められるわけですが、かつ、填補賠償という観点からも、侵害者は多様かつ広汎なものとなりがちであり、相対的に言えば資力に比して侵害の規模が大きくなる可能性が高いということがいえるかと思えます。

つまり、インターネットで無断の複製物をボンと乗せるだけで、私人でも大規模損害を与えられるような事態に今なっているということです。あくまでも相対的にですよ。そうだとすると侵害の抑止の必要性が高いということになります。あるいは填補という観点からも抑止の必要性が高くなるということです。

ただそうすると、この議論は意匠権侵害とかデッド・コピーとかに影響する可能性、あるいは、周知、著名表示の保護に影響する可能性があります。これがまず一点。

次に、過剰抑止の問題があります¹¹。先ほどちょっと図で紹介しましたが、これに留意する必要性が高い、特に著作権について高いのではないかと思います。一般的に知的財産権は類似性や制限規定の成否等に関してあいまいなところがありますから、過剰の抑止に対する配慮は必要です。特に著作権侵害に関しては、侵害をなすのに業としての要件は不要ですから、一般の私人の私的な活動が侵害行為となり得ることに留意する必要があります。

特に、ここでは、著作権法の条文に書いてあることと、一般の著作権はこのようなものであるということに対する意識が非常に大きく乖離しているということに注意が必要かと思えます。これについては北大の雑誌にはアンケート調査の結果が載っていますが¹²、一般的に企業内におけるファックスやメールのコピーなど、零細的に頻繁に行われている行為

に対する損害賠償・罰則のあり方に関する調査研究報告書（知的財産研究所・1998年）、三村量一「損害(1)」牧野利秋=飯村敏明編・知的財産関係訴訟法(新裁判実務大系4・2001年・青林書院)。

¹¹ 田村善之「日本の著作権法のリフォーム論ーデジタル化時代・インターネット時代の「構造的課題」の克服に向けてー」知的財産法政策学研究 44号(2014年3月)(<http://www.juris.hokudai.ac.jp/riilp/journals/>)。

¹² Branislav HAZUCHA=劉曉倩=渡部俊英(柳瀬貴子訳)「ユーザーから見た著作権とその保護手段のあり方」知的財産法政策学研究 41号 179頁(2013年)。

に対して著作権を制限する規定はどこにもありませんし、あるいは、——零細的かどうかはいろいろな意見があるかもしれませんが——校庭にキャラクターを模した雪だるまをつくるというのも、制限する規定は実はどこにもないということでもあります。

ということで、著作権法が条文通りに順守されるとどうなるか。日本経済は停滞すると思います。この資料の中には著作物が載っているから、コピーやPDFファイル化はご法度だ。明日からの支社への出張は、ちょっと重いけど原本10冊を手分けして持っていこう。

出張先とは別のところに送る必要があるけれど、メールで送ったりファックスもいけないね、複製に該当するから原本を郵送しよう。法務部によるとWebサイトの写真や図表をコピーして社内資料として配布するのも工夫が必要で、文章を付け加えなければ。

黙示の許諾とかで処理できることも多いらしいけれど、中には変わった著作権者もいるし、Webサイトの方で許諾なくアップしている著作物もあるから、やはり逐一状況を確認した方がいいだろう。つい最近まで検索サイトもご法度だし、ようやく解禁されたいらしい。なにせ侵害者は窃盗と懲役刑が同じで、罰金額は法人だと3億円に達する重罪だから気を付けなくては。

そうそう、中国語の資料の翻訳を頼まれたけれど、法務部に確認を取ったらやはり著作権者を探して許諾を取らなければ駄目らしい。大変ですねということになります。

こういったものを全部抑止していいのか。現実には停滞は起こってないのです。むしろ、世の中は他人の無断利用で実は潤っております。なぜかという、寛容的利用——Tolerated Useを私が訳しているものですが——のもと行われているからです。権利があっても実際には権利行使されないために寛容されているのです¹³。

これは実は非常に重要で、経済学的にはこれが均衡です。法律学上の均衡ではないかもしれない。しかし、これが現在の均衡なのです。

それによって2つあります。1つは、とにかくかなり自由になっているもの。事実上のフェア・ユースとなっている、大量の企業内複製、あるいはやはり同人文化、二次創作です。

それから、フェア・ユースとはいえないのだけれど、事実上オプト・インになっているものです。つまり、全部守られているわけではない、でも保護されるべき権利だけは守られているものです。例えば、動画サイトなどには大量に侵害著作物がアップされていますけれども、手を挙げないと事実上消えないのですね。だから、1回手を挙げる行為が必要です。手を挙げるとけっこう簡単に消えます。その結果、個人著作物とか、あるいはもう古い画像や動画などは残っている。そういう形で1つの均衡ができています。

立法サイドもこれを前提にされた方がおりました¹⁴。ただ、寛容的利用による均衡は非常に脆弱です。いろいろと今外堀を埋められつつある。ここに法定損害賠償が加わると、企業内複製も大変なことになってしまうかもしれないということでもあります。

最後に、いくつか工夫があります。「pre-established damages or additional damages」

¹³ Tim Wu, "Tolerated Use", 31 Colum. J. L. & Arts 617 (2008).

¹⁴ 山下和茂/コピライト 583号 (2009年)[改正作業時の文化庁長官官房著作権課長]。

を請求しうる侵害行為について、過剰抑止を避けるためには、まず1つとして、主観的要件を限定するという方策があります。これは、どの程度過剰か、どのような賠償法を取るかによりますが、それがあつた程度過酷なもの、ある程度実質的なものだとすると、主観的要件で故意があることを要求する、あるいは図利加害目的などを要求するというものです。

この図利加害目的を要求する趣旨は、故意というのは著作権法学者だったら十分な故意があつて、企業内複製、研究所内複製になってしまいますので、もうちょっと強めに何か要求しなければなつたということです。

あるいは、客観的な保護範囲の限定ですね。デッド・コピーで大量複製ならやはり抑止した方がいいと思いますけれども、過剰な抑止がデッド・コピーではない二次創作型に及ぶことに配慮すると、やはり対象となる侵害行為をデッド・コピーに限定するといった方策があり得ます。あるいは、侵害態様の限定として、この零細的利用を救済するためには、例えば対象となる侵害行為を商業的もしくは大規模なものに限るといった方策もあり得ます。もつとも、商業的なものだけに限つてしまいますと、私人がインターネットでドンと海賊版をアップするのが全部セーフになってしまいますから、それはまた大規模に限るとか。こういったいくつかの方策が必要かなと思います。

商標権については実はいろいろな議論があるかもしれませんが、行為の方に「業として」の要件が書かれてないことがほとんどなのですが、商標は「商標」の定義のところ「業として」の要件が入つていますので（商標法2条1項）¹⁵、ちょっと著作権の条件とは異なります。

最後に、——もう奥邨先生からご紹介がありましたけれど——もう1つの問題は、法定損害賠償のある種のタイプ、つまり被侵害著作物や被侵害商標の数、侵害行為の数などによって賠償額を算定するタイプの場合には、かなり人為的、恣意的に把握せざるを得ない侵害著作物の数とか侵害行為数とかの把握のしかたに金額が左右されるという問題です。これには、予測可能性を欠き、場合によっては非常に莫大な金額になつたりする、あるいはいたずらに判断手続きを重くするという、そういった問題があるかと思つたいます。

そういう意味では、やはりそういった恣意的な概念設定から中立的な基準というのを私は好みます。逸失利益の額、侵害者利益額、相当なライセンス料額というのは、その侵害行為数がいくつかとか、そういったものに左右されずに算定できるという長所があります。

これらの事情を勘案すると、たとえば、さきほど、特許法105条の3の文脈で申し上げたような、和解金額の提示のようなつもりで暫定的に損害額を見積もることを可能とする制度や、倍額ライセンス料賠償というのは1つの選択肢なのかなとも思つたいます。後者に関して、填補賠償がどうかで議論があるかもしれませんが。現在でも、先ほどの裁判例のようになつた程度の程度行われてつたいますので、そういったものを法定するという考え方もあり得るのかなと思つたいます。

¹⁵ 田村善之『商標法概説』（第2版・2000年・弘文堂）145～149頁。