

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②

TPP による要求内容と国内法による対応

前田健（神戸大学大学院法学研究科准教授）

神戸大学の前田でございます。奥邨先生に続きまして私からは、TPP の要求内容と国内法による対応というタイトルでお話ししたいと思います。この後、田村先生からはあるべき損害賠償制度についてのお話があると思うのですが、そしてその後パネルディスカッションに進んでいくわけですけれども、私からはその前提として TPP によって日本は何を求められているのか、あるいは今の日本法には求められている事項のうち何が足りないのかという点に関する事項を整理したいと思います。

TPP によって日本もアメリカの法定損害賠償制度とまったく同じものを導入しなければならないのではないかという理解も見受けられるところではございますが、本日はその点についても検証してみたいというふうに考えております。

まず先日公開された TPP 協定暫定案の原文の条文を確認してみたいと思います。そちらの 18.74 条に民事上の救済処置ということで、6 項においては著作権、著作隣接権の侵害について、7 項においては商標の不正使用について、次の 2 つの損害賠償制度の少なくとも片方を導入する必要があると定められていると思います。

1 つ目が権利者の選択に基づいて受けることのできる **pre-established damages** でありまして、2 つ目が **additional damages** であります。それぞれがどのような意味を持つかというものの解釈の手がかりは、その条文の次の 8 項と 9 項にも定められております。また **additional damages** については、注で懲罰的損害賠償を含むことができると示されております。

これらのことを総合すると、差し当たり TPP については次のような要件を満たす制度が求められているということがいえます。まず **pre-established damages** については、損害賠償があらかじめ確立されているということが必要です。この意味は後ほど検討致しますが、立証活動のいかんにかかわらず相当な額の損害賠償を受けられることが法律など

により定められているということが求められているといえるのではないかと思います。

そしてこの制度は権利者の選択に基づいて受けることができることが必要であり、損害の填補に十分な額、損害補償に十分な額でなければならず、将来の抑止も目的としていなければならないということになります。

そして **additional damages** については、その損害賠償が追加的なものであるというふうに定められております。そしてこれには懲罰的損害賠償を含むこともできるとされています。これは侵害者に対する懲罰、あるいは将来の抑止などを考慮することができ、賠償額は侵害の抑止の必要性などを考慮して司法当局がそれを定める権限を有しているということが必要であるとされております。

これから TPP の条約の文言の解釈についてお話ししたいわけですが、その前に関連する条約あるいは外国の法制度について触れておきたいと思います。まず TRIPs 協定でございますが、これは 45 条の第 2 項において加盟国は適当な場合には **pre-established damages** の制度を設けて良いということが記されております。

こちらについてはこれだけですが、次に偽造品の取引の防止に関する協定、いわゆる ACTA というのがございます。こちらはまだ発効していないものでございますが、その第 9 条に損害賠償についての規定があり、その第 3 項において各締約国は **pre-established damages**、**presumptions**、推定ですね、それから **additional damages** のいずれか 1 つを整備しなければならないということになっております。

ACTA においては **pre-established damages** と推定というものは異なるものというふうに整理されておまして、推定というのはご存知かと思いますが、いわゆる法律上の推定でございます。証明責任を転換するものでございます。

ここでの推定といいますのは、損害額の立証負担を軽減するために、別のある金額について立証すればそれが損害額を立証したものとされるということでございます。ACTA 第 9 条 3 項の注にこのようなものがございます。例えば注の (i) というところを見ますと、侵害者の譲渡数量に権利者の単位利益を掛けたものが損害額になるとされています。これが推定というのは権利者自身が譲渡するはずだった量というものに権利者の単位利益を掛けたものというものが関連できるとしたら、おそらくそれが損害だと考えるのが現実の損害だということなのでしょうが、ここでは侵害の譲渡数量を立証すればそれが権利者が譲渡するはずだったものと推定され、断定真実になるという趣旨なのだろうと思われまます。

少なくとも ACTA においてはこういう推定規定を持っているだけでは **pre-established damages** にはならないという前提があるのだろうと推測されます。おそらくですが推定規定というのは証明責任を軽減することは致しますが、証明対象を負担の軽いものに変えたとはいえ、その負担の軽いものの証明に失敗すれば権利者は損害賠償を受けることができないということになってしまいます。こういった場合には **pre-established** とは呼ばないということなのではないかと思われまます。

次にアメリカと韓国との自由貿易協定、いわゆる米韓 FTA についてお話ししたいと思います。米韓 FTA はこの TPP とよく似た条項を多く含んでおりますが、損害賠償についても TPP と対応する規定を有しております。米韓 FTA の 18.10 条第 6 項というところで pre-established damages の導入を義務付けております。この条文は TPP とほとんど同じようにも見えるのですが、よく見ると違うところがございます。スライドをご覧ください。

初めの 2 つの要件については TPP と同じでございます。損害賠償が pre-established されていなければならない。それから権利者の選択に基づいて受けることができなければならないといけないということです。3 番目と 4 番目は文言が違います。TPP では損害賠償の額が先ほど書いたものに set out されていなければならない、定められていなければならないとされているわけですが、米韓 FTA の方は be 動詞になっておりまして、米韓 FTA では単にそれではなければならないということです。

この差に意味があるのかというのはちょっと難しいところではございますが、私には米韓 FTA の方がそうでなければならないというニュアンスが強いようにも思われます。そしてより違いがあるのが、まず③の要件において米韓 FTA においては権利者を完全に補償するために十分な額でないといけないというふうに書いております。従いまして米韓 FTA の方がより高い、あるいは十分な賠償額が補償される仕組みを設けなければならないとされているということかと思われます。

同じように④の要件については、TPP においては将来の侵害の抑止を目的としてと付いていたわけですが、英語の原文としては with a view to という表現が選択されていたと思います。これは侵害抑止を目的にしなければいけないのですが、それが第一義的な目的というニュアンスではないような感じが致します。一方、米韓 FTA におきましては将来の侵害の抑止を構成するという文言になっていますので、より明確に侵害抑止を目的とするということが要求されているように思います。従いまして米韓 FTA でも pre-established damages を求めているわけですが、TPP との比較の上でより厳しいものが要求されているのだろうということができるとかと思えます。

これを前提にして米韓 FTA 後の米韓損害賠償制度は、TPP の義務以上のものをすでに持っている、少なくとも pre-established damages についてはそうであるという理解が可能かと思えますので、米国と韓国の損害賠償制度について簡単に検討したいと思います。アメリカの制度については先ほど奥邨先生からお話があった通りでございますので、私は簡単にコメントするだけにしたいと思います。

先ほど奥邨先生のお話で 504 条 (c) において、権利者の選択により法定損害賠償、英語で言えば Statutory damages を受けることができると定められているというお話がありました。ここで Statutory というのは英米法ではコモンロー上、現実損害の賠償を受けられるというふうにされているわけですが、それとの対比の上で制定法により特別にこういったタイプの損害賠償が認められるという趣旨かと思えます。

日本でもアメリカでも現実に被った損害の賠償を受けるためには侵害行為が単に存在したのみならず、損害と侵害の因果関係など立証するというのがアメリカでは原則であり、日本も少なくとも民法 709 条を用いる場合はそうであると思われます。この点アメリカにおいてはこういった権利者の証明の負担を軽減する考慮というものが特許法にはありますが、著作権法にはそういったものはなく、この 504 条 (c) がそこを代替する役割を果たしているというふうにいえるわけです。

このアメリカの著作権法の法定損害賠償制度を、先ほどの 4 つの要件に照らして考えてみたいと思います。まずアメリカ法におきましては法定損害賠償の下限額と上限額が法定されており 750 ドルから 3 万ドルの間ということでしたが、結局は裁判所が正当と考える額を裁量により決めるということですが、実際には裁判所が現実損害に関する証拠も考慮するということがあるとされておりまして、そういった観点から言いますと法定損害賠償制度は、権利者が損害額の立証をできなかったときにそれを補って裁判所が裁判所枠を認定してくれる仕組みになっているというふうにとらえることができるわけです。その意味で権利者は損害の立証に失敗しても、賠償額がゼロにならないということが保証されているといえるわけです。

TPP では **pre-established damages** は権利者の選択に基づいて受けることができないといけなくされているわけですが、この点、法定損害賠償はいつでも権利者が選択できますし、現実損害について立証活動をどの程度行っているのかということもまったく要求されないとされておりまして、一方で先ほどもお話がありましたように、著作権の登録を受けているということが制度選択の要件になっております。そういう意味では TPP などでは求められている **pre-established damages** というものは選択できないといけなくわけですが、権利者にある程度の権利保護を受けるにふさわしい活動というものを要求し、おそらくそれが典型的なものであれば少なくともそういうことを求めることは許されるということなのだろうと思われます。

次に権利者の補償に十分な額かということですが、これは少なくとも法律の条文上は裁判官の裁量に任せておりまして、制度的に十分になるかどうかということの担保はまったくなされておりません。実際高く出過ぎることもあるのですが、現実損害より少ない額が認定されることも少なくないという指摘もあるようです。補償が十分かどうかということは、それは客観的に判断することは難しいことですが、これはその制度の中において適当な賠償額が補償される工夫というものが十分になされているのかどうかというところが求められているということだと思います。

そして将来の抑止という観点ですが、米韓 FTA においてはこの点についてかなり明確に要求しておりますので、アメリカ法もそれを踏まえているだろうということになります。先ほど奥邸先生からもご紹介がありましたように、故意侵害の場合は上限を 15 万ドルまで増加することができますし、一般的に故意の場合は増額がなされます。下限も法定されておりまして、時として現実損害の額をはるかに超えた損害賠償が命じられること

もあります。

これ自体に対する批判があるというのは先ほどの通りですけれども、損害の填補ということを超えた賠償を認めることで、将来の抑止に作用している部分ということがあることはいえると思います。そういう意味ではアメリカ法は賠償の立証負担の軽減という側面もあるのですが、現実損害の填補という枠組みを越えて将来の抑止という観点を含んでいる部分があるということになります。

次に韓国法の話をしたしたいと思います。韓国著作権法は法定損害賠償制度を導入しましたが、米国の規定を参考にしてよく似ていると思われる部分も多いのですが、大きな違いもあります。まずすぐ目に付きますのは下限が法定されていないということです。上限は法定されております。従ってあらかじめ **established** されているかどうかという点で言えば、これは裁判所の裁量に任されている点が強く、ゼロにはならないけれども裁判所が適当な額を決めるということになっております。

この点は当事者が裁判所の裁量の発動を選択でき、適当な賠償額を認定する仕組みがあれば、TPP よりより厳しいと思われる米韓 FTA の基準さえ満たすということを示唆するように思われます。

もう一点指摘できるのですが、韓国も著作権については営利目的かつ故意侵害の場合の増額の制度を導入している点です。下限がないことでその性格は弱まっているとは思いますが、侵害の抑止を積極的に目的に取り込んでいる部分があるかと思えます。

アメリカの商標法は省略致しまして、韓国の商標法について言及させていただきます。韓国商標法を見ますと営利、故意の場合の増額の点に言及がありません。単純に裁判所が相当な損害額を認定する権限を持っているという制度であります。米韓 FTA は侵害の抑止という観点を強く求めているのではないかということでしたが、少なくとも商標法についてはその点を担保する明示の規定というものはないようにも思えます。

以上を踏まえて TPP の要求内容の解釈の話に行きたいのですが、その整理の前段階として **pre-established** と **additional** というのは何がどう違うのか、あるいはこの 2 つを区別するに当たって侵害の抑止というキーワードが出てくるわけですが、侵害の抑止というものは何なのかということをお簡単にですが押さえておきたいと思えます。

法と経済学の文脈などでは社会的に最適なレベルに侵害を抑制するためには、現実の損害と同額の賠償額を認めれば十分であるという議論がされることがあります。ただこのことは日本の現在の民法 709 条のような、権利者が損害の額の証明責任を負っている損害賠償制度を有していれば侵害を十分に抑止できるということではございません。

実際に裁判所に行っても損害額を証明する責任は、それを認定させる責任は権利者側が負担しているということかと思えますので、最大限うまく行って現実の損害額、損害すべてについて賠償をもらえるわけですが、多くの場合はそれよりも少ないものしか賠償としては得られないということになるかと思えます。

そういった意味ではこの式で言うと P ですか、それを 1、つまりすべての損害について

賠償を受けられるように適切に証明負担等を軽減する制度というものを用意する必要があるということはいえるわけです。

でも一方で現実の損害を超えたものを賠償額として認める制度がまったく合理性がないのかといえそうではないのです。侵害は常に完全に発見されるとは限らず、例えば発見される確率が2分の1であれば2倍の賠償を認めないと適切に侵害は抑止できないということになります。さらに現実の損害＝賠償額であると、事前に交渉する場合に得られる額と事後の賠償額が同じということになってしまいますので、事前交渉に誘導すべきだと考えるのであれば、賠償額を高くするということは正当化できるわけであります。

ただし侵害の抑止には刑事罰あるいは行政処分といったほかの手段もあるわけですから、そういったものを活用することが考えられますし、現実損害をはるかに超えた賠償額を認めることには、逆に権利者による乱訴の危険というものも生じることには注意が必要です。

以上を踏まえすと侵害の抑止というのはあくまで現実の損害に対する賠償を行うという枠組みの範囲内で図る場合と、さらにそのいわゆる填補賠償の原則を超えて侵害の抑止のために積極的に損害賠償制度を運用するという2つの段階があると思います。

そういった意味でアメリカの法定損害賠償制度は憲法賠償の原則は逸脱したものを含んでいることは間違いないわけですが、少なくともそれは米韓 FTA が **pre-established damages** についてよりそういう目的を求めているからそうなのであると理解すれば、TPP としては填補賠償の原則を超えたものとして抑止を考える必要性は少なくともないということかと思えます。

そして **pre-established damages** と **additional** は何かという点です。

まず先ほど ACTA の話をしましたが、推定と **pre-established** は何が違うのかということですが、推定規定は証明対象の変更ということによる証明負担の軽減ということにその一番の趣旨があるというふうに言いましたけれども、その変更されたものの立証ができれば、なお賠償額がゼロになる可能性というものはあるわけです。一方 **pre-established** というからには証明にまったく失敗したとしても、ゼロではないなんらかの額が賠償額となることが保証されている必要があるのではないかというふうには思われません。ただ両者はなんらかの方法で権利者の証明負担を軽減し、なるべく現実損害すべてについて賠償額を取れるよう支援するという制度である点では共通しており、先ほど紹介した米韓の法定損害賠償制度でも、最終的には損害額は裁判所の裁量である。裁量の中で現実の損害がいくらなのかということも考慮されるということでもございましたので、**pre-established damages** といっても、最終的に適切な損害額を得るためには、権利者になんらかの立証負担というのは課さなければならない点があるということには注意が必要かと思えます。

以上をまとめまして、あくまで私の個人的な見解でございますが、**pre-established damages** とは何かということについてまとめておきたいと思えます。まずあらかじめ

established されているといえるためには、損害立証の程度にかかわらずなんらかの賠償が受けられることが保証されている必要はあると思います。ただそれが適切な額であるかどうかという点、必ずしもそうでない場合もあって、適切なものを求めるためにはある程度の証明負担というものを権利者に課すこと、これ自体は許されるというふうに思われます。最低額をいくらなどと保証する必要は、韓国の例などを見ますと、ないということかと思えます。

権利者による選択が自由にできる必要があるわけですが、登録やあるいは一定の定型的な要求事項が満たされた場合のみ選択することは、これは可能なのだろうということだと思えます。

さらに十分な額もしくは将来の抑止という点ですが、これは具体的にこれをしなければならぬということではなく、実損害のすべてについて賠償額が適切に受けられるよう、制度により担保を全体的にしているのかということが、規範的に判断されるのだろうと思われます。

additional damages についてですが、これは損害が追加的ということですので、裁判所で一旦ある額が認定されたとして、その損害だと認定されたとして、その額に適宜な算式で追加したものが追加的損害賠償ということになります。これは裁判所がその裁量を有しているということが重要であるということ、おそらくアメリカの特許法の3倍賠償の制度などは制度の典型例の1つなのかもしれません。

以上を受けた日本法の対応について簡単にコメントしたいと思います。11月25日に決定された政府のTPP政策大綱では、民法の原則を踏まえてというふうにされておりまして。そして文化審議会におけるTPP協定に対する考え方においても、填補賠償原則などわが国の法体系に即してというふうに書かれておりました。基本的にはおそらく pre-established damages というものを念頭に置いて、その中で填補賠償の原則と反しないように考えるというのが日本法の対応方針なのだろうと思えます。ですので、そういう前提の中でお話ししたいと思います。

その意味で現行の損害賠償に関する114条ないし38条がTPPの要求を満たしているかという点について、簡単にコメントしたいと思います。まずここに書かれた2項については、これは侵害者の利益を損害と推定するものです。侵害者の利益を立証する必要があり、これ自体は必ずしも容易ではないわけですので、これを pre-established と呼ぶことは難しいのではないかと思います。

一方、1項については譲渡数量と単位利益を掛けたものを損害とするということです。ただ単位利益と譲渡数量そのものは証明の必要性があるので、ここが極めて困難であるという事情があるのであれば、これはあくまで損害額の推定であって、pre-established とはいえない可能性は高いとは思えます。さらに自己実施等が必要だというのが現在の通説だと思えますので、そこを考えるといつでも選択できるという点にやや問題があるようにも思われます。

一方、3項については、これは損害の発生等が基本的には認定されており、侵害行為の立証があれば常に発動できるということになっています。そういう意味では pre-established といえる可能性は十分にあるようにも思います。一方、3項においてもなお使用料相当額という額については証明しなければならないので、その点において pre-established ではないのだという余地もそれはあると思います。

ただ使用料相当額というものは簡単に証明できる場合も少なくないですし、著作権法で言えば 114 条の 5 という相当な損害額の認定の制度と合わせて考えた場合には、裁判所が立証が困難な場合には相当な使用料相当額を認定してくれるという仕組みになっておりますので、そういう意味では権利者が 3 項の発動を選択すれば、立証活動のいかんにかかわらず相当な損害額を認定してもらえということが、事実上保証されているというふうに理解する余地はあるように思われます。

そうだとするとこれはアメリカや韓国の裁判所の裁量により相当な額を認定するという仕組みと実質的には同じ部分があり、pre-established と呼ぶ余地はあるようにも思われます。

今お話ししてきたように現行法もそういうふうに呼ぶ余地はあるとは思いますが、一方でこういう解釈というのは實際上裁判所がそのような運用をするだろうという期待に基づいている部分もあるとは思いますが。従いましてその点をとらえて 3 項プラス 114 条の方でも、なお TPP の要件は満たしていないのだとする余地も一方であろうかとは思いますが。そのためにはその懸念を解消するための改正をするということは最低限の対応としてはあり得るのだろうとは思いますが。

私から TPP による要求内容をお話ししてきたわけですが、これはあくまで私個人の見解でございます。きょうのパネリストの方々も違うご意見をお持ちの方もいろいろあると思います。また私のお話ししたことは、あくまで TPP を担保するために最低限何が必要だろうかという観点からの考察でございます。日本の損害賠償制度がどうあるべきかという観点からの話ではないことにはご注意くださいと思います。この点については田村先生が十分お話くださるだろうということで、私の話はここまでにしたいと思います。

ご清聴ありがとうございました。