

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」

第二部 パネル討論

(パネリスト)

奥邨弘司（慶應義塾大学大学院法務研究科教授）

窪田充見（神戸大学大学院法学研究科教授）

田村善之（北海道大学大学院法学研究科教授）

前田健（神戸大学大学院法学研究科准教授）

森田宏樹（東京大学大学院法学政治学研究科教授）

三村量一（長島・大野・常松法律事務所 弁護士）

（司会） 金子敏哉（明治大学法学部准教授）

目次

1. はじめに（三村氏・窪田氏・森田氏のコメント）	2
2. 議論の進め方と配布資料.....	11
3. もっぱら懲罰的な損害賠償	13
4. 法定損害賠償 上限・下限・民事訴訟法 248 条	14
5. 将来の侵害の抑止・侵害行為の悪性 TPP による要求内容と填補賠償の原則	29
6. “additional damages”の意味	39
7. 倍額賠償	40
8. 付加金制度について.....	44
9. TPP への対応のあり方（議論のまとめとして）	45
10. おわりに.....	46

1. はじめに（三村氏・窪田氏・森田氏のコメント）

司会(金子)：それでは、時間となりましたので、第二部のパネルディスカッションを開始させていただきます。第二部のパネルディスカッションでは、第一部の基調講演にご登壇いただきました奥邨先生、田村先生、前田先生に加えて、裁判官としてのご経験をもち、いまは長島・大野・常松法律事務所の弁護士として活動されている三村量一先生、そして、民法学のお立場から、神戸大学大学院法学研究科の窪田充見先生、東京大学大学院法学政治学研究科の森田宏樹先生にご登壇いただき、パネルディスカッションを行いたいと思います。

それでは、初めに、三村先生から、基調講演あるいは追加賠償制度、あるいは TPP への対応などについて、簡単に、5～10 分程度の範囲でコメントをいただければと思います。それでは、三村先生、お願いいたします。

三村：ご紹介にあずかりました三村でございます。時間も押しておりますので、手短に、自己紹介を兼ねて、損害賠償関係についての私の経験と考え方、今回のディスカッションに臨んでの基本的な姿勢ということをごく簡単にお話しさせていただきたいと思っております。

今日、この討論の場に加えていただきましたのは、一つには、裁判官として長年知財事件の審理に関与していたということだろうと思います。先ほど、田村先生から私が裁判長として担当した判決を 2～3 件御紹介いただきましたが、最高裁の調査官としては、小僧寿し事件判決（最高裁平成 9 年 3 月 11 日第三小法廷判決・民集 51 卷 3 号 1055 頁）に関与しています。この判決は、現行法の商標法 38 条 3 項、当時は 38 条 2 項でしたが、その規定による損害額の算定に際して損害額ゼロの判断が許されるかという論点についてのものです。また、皆さんはあまりご存じないと思いますが、最高裁調査官の時代は、民事通常事件も担当しておりまして、不法行為訴訟の分野では、交通事故の損害賠償に関する判決、その分野では著名な「貝採り事件」（最高裁平成 8 年 4 月 25 日第一小法廷判決・民集 50 卷 5 号 1221 頁）という事件の判決を担当いたしました。今日は、窪田先生と森田先生という民法の権威の先生方にも加わっていただいておりますので、基本に立ち帰って民法における損害概念という考え方を含めたディスカッションになることを楽しみにしています。

先ほど田村先生からもご指摘がありましたように、損害について、民事法一般の考え方からすれば、従来から支配的な差額説の立場と、もう少し違つかたち、抽象的な概念で損害を捉える立場があります。知財の関係では、先ほど「市場機会喪失説」というかたちでのご紹介がありましたが、交通事故の分野では「労働能力喪失説」という見解になります。労働能力喪失説のような考え方では損害を抽象的な概念として捉えますから、あとは金銭評価の問題ということになります。これに対して、差額説は、あくまでも不法行為により具体的な収入が減少すること、現実に入ってくるお金の額に差が生ずるということをもつ

て損害と考えることとなります。このように損害をどのように観念するかによって、その後の考え方も違ってくるのではないかと考えております。

先ほど田村先生から詳しくご紹介がありましたが、平成 10 年に工業所有権法の一連の改正が行われて、特許法に現行の 102 条 1 項が新設され、これに伴って現行の商標法 38 条 1 項の新設など、他の工業所有権法も同様の改正がされました。

また、その後、工業所有権法の改正に後れて、著作権法 114 条 1 項や不正競争防止法 5 条の改正もされました。このように、平成 10 年に、権利者の救済を厚くする趣旨で特許法等の損害額算定の規定の改正がされましたが、改正法施行当時、私は、東京地裁知財部の裁判長を務めておりまして、特許法 102 条 1 項について規範的なかたちで解釈し、適用をしていこうという立場から、同項但書の規定する「権利者において販売できないとする事情」というものについては相当程度限定的に考えていくというのが法改正の趣旨と考えて運用しておりました。特許法 102 条 1 項については、その後、下級審裁判例の解釈が変わってきて、私から見ると大変残念なことです、損害賠償額が低くなってきています。

その理由の一つは、102 条 1 項について、権利者が実施品ではなく、競合品でもよいとしたために、市場に第三者による製品を含めて多くの競合品がある場合には、それらを全て損害額計算に際して案分して控除すべきという抗弁が成立することになり、これによってかえって権利者の救済が薄くなるという結果を招いているということです。もう一つは、先ほど申し上げましたように、102 条 1 項但書にいう販売できないとする事情、諸般の事情を全て考慮の対象としてしまうという、裁判所特有の“諸般の事情を考慮”ということになってしまったために、侵害者のブランド力や企業規模、ひいては廉売をしたことまでも損害額の減額要素となってしまいました。そもそも、他人の特許権を侵害する製品は売ってはいけないはずであるのに、侵害者の企業規模あるいはブランド力でしかも廉価で売ったからこれだけ大量に売れたと言うと、損害額が減額される結果となるのです。廉価販売に対しては従来の 102 条 1 項、現行法における 102 条 2 項では十分な救済ができないという理由で、現行法 102 条 1 項を新たに導入したはずなのに、従来の轍（てつ）をまた踏んでいる状況になっているわけです。

裁判所では、損害額の算定については、裁判官によって多少温度差がありまして、私は 102 条 1・2 項については厚く、損害額は多めに、102 条 3 項については通常の実施料よりも多少多めに算定することはともかくとして、倍額というのはなかなか難しいというスタンスで事件処理に臨んでおりましたが、逆に 102 条 1・2 項については薄め、しかし、102 条 3 項については厚めという方もいらっしゃいまして、そのあたりは裁判官によって考え方が違うこともあるというのが現状と捉えていただろうと考えております。

私が、かつて東京地裁の裁判長として判決をしたように、102 条の 1 項を非常に規範的に捉えていく、同項の解釈としてそういう運用をすべきだということであれば、これを法定賠償的なかたちで評価することも可能だろうと思います。しかし、残念なことです、現在は、そういうふうになっていないということがありますので、このような現状を立法で

解決しようという議論が出てくるのもやむを得ないというふうに思います。

今回は TPP ということで、一つの見直しの機会になるわけですが、私の個人的な考え方からすると、裁判所の解釈いかんで、法改正なしでも損害額は倍ぐらいにはなるだろうと思います。ただ、そういう方向での解釈・運用の変更が、このままでいくとなかなか難しいということであれば、立法に向けての議論を行っていく必要があるだろうと思っております。

それと、特許法 102 条 1 項と商標法 38 条 1 項が導入されたときの反省というとは何ですが、今回立法するうえでは、創作系の権利である著作権・特許権と、標識系の権利である商標権とを区別せずに同列に論じると、また内容的に問題が出てくるだろうと思います。例えば 38 条 1 項について、メープルシロップ事件判決（東京地裁平成 13 年 10 月 31 日判決・判例時報 1776 号 101 頁）というのが、東京地裁の飯村裁判長のところ（民事 29 部）でございましたけれども、ああいうかたちで解釈に違いがでてきます。たとえて言えば、特許のように商品の中身に入っているものと商標のように包み紙だけのものとは議論の内容が違うのではないかと。小僧寿し事件最高裁判決の射程というところにも関連してくるわけですが、そういう意味で、特許権・著作権と商標権については、本来別々のかたちで議論をすることが必要ではないかと思っております。以上でございます。どうもありがとうございました。

司会：三村先生、ありがとうございました。続いて、窪田先生、お願いいたします。

窪田：神戸大学の窪田でございます。私も最初に自己紹介を兼ねてお話をしますと、専門は民法ですが、その中でも不法行為法を中心に研究し、最近は半分ぐらい家族法のほうも仕事をしています。不法行為法のほうでは、知的財産法関連の研究も若干はありますが、多くの場合、素材は交通事故などが中心です。実は貝採事件について書いたことのほうが、著作権について書いたことよりずっと多かったと思いますので、その点で、三村先生と並んでパネリストをさせていただけることは大変光栄な機会だと思っております。

私のほうからコメントですが、3つの段階でお話をしたいと思っております。

まずごく一般的な話として、知的財産法における損害賠償と民法の関係ということで、私自身の理解を少しお話しさせていただきたいと思っております。

田村先生のご報告の中でもございましたが、知的財産権の侵害が有する特殊性といったものは、これは間違いなくあるだろうと思います。ただ、そうした特殊性というのは、他の無形の財産、これは知的財産権というかたちで認められていない場合について、たとえば法人の信用や名誉といったものについても一般化は可能だろうと思いますし、知的財産法の特殊性を強調して、規律の特殊性を正当化するということは、おそらく方向としてはあまり適切ではないのではないかと思います。もちろん、田村先生もそういうご趣旨ではなかったと思います。その意味でも、知的財産法における損害賠償についても、民法の規

律との整合性の確保というのは、法制局や法務省が言うから大事なのだということではなく、やはり必要なのだらうと思います。

ただ、これは知的財産法を民法に服させるという発想ではなく、現にいままでもそうだったわけですが、知的財産法におけるルールを民法の一般ルールに昇華させることができるタイプのもの、こうしたものが望ましいということになるのではないかと思いますし、今回の作業においても、TPP 対応ということであったとしても、そうした視点は重視されるべきではないかと思っています。

次に、民法の世界での損害賠償に関する事柄で、今日の話に若干関連するのではないかという部分についてお話をしておきたいと思います。まず一つは、損害填補の原則、あるいは填補賠償の原則ともいわれますが、損害がないということ認めたらうで賠償を認める余地はないという点についてです。これは理念というより、損害の賠償という現行法の枠組みからは当然のことだらうと思います。

ただ、そうは言いつつも、損害填補の原則というのは、不法行為法理論が展開する中で、実は意味がかなり変わってきているのではないかという気がしています。かつての一般的な理解は、権利侵害と損害というのは別物であって、損害については、財産状態差額説、逸失利益を前提として考えるというものでした。そのため、権利侵害はあっても損害がないという例がいくらかでも考えられたわけです。しかし、三村先生からもご指摘がありましたが、一つは損害概念を見直す中で、差額説的な損害理解ではなく、まさしく事実としての損害、こういうものを損害として把握するという理解が一般的なものとなってきました。この場合、権利侵害と損害の間の区別というのは、おそらくそれほどはっきりしないものになるだらうと思います。これが一つです。

そして、こうした事実としての損害概念を前提としますと、損害の金銭的評価の手法についてはいろんな方法があるということになります。念のため確認しておきますと、差額説的な計算方法は許されないということになるわけではなく、差額説的な計算方法もそうした方法の一つとしてありうるということだと思えます。しかし、それ以外の使用料相当額、賃料相当額など、いろんなかたちでの損害の額を定める方法が出てくるということだと思えます。

もう一つ、近似の不法行為法における議論との関係で言いますと、私自身も議論に少し関わっているのですが、不法行為法の目的や機能の見直しに関する議論といったものがある程度なされています。まさしくそうした背景には、田村先生からご指摘のあった「私人による法の実現」に大学院生時代に強く影響を受けた世代が一定の年齢になって、また好きなことを言っているということなのかもしれません。ただ、今日の話とも関連すると思えますが、その点についてはやや慎重に判断する必要があると思っています。私自身は不法行為法の機能というのは、より積極的にいろんなものを含んでいいのではないかと思います。ただし、それはあくまで他の制度に委ねた場合に、損害賠償というかたちで私人の権利行使に委ねたほうがより適切だという場面に限定されるべきだらうと思います。

ですから、全ての機能、全ての目的を損害賠償が担う必要はないということだと思えますので、その点で、今日はもっぱら損害賠償の話だとしますと、こうした点についてはあまり立ち入らないほうがいいのかなどというふうには思っております。

ただ、この部分については、おそらく誰に尋ねても答えられないことになるだろうと思いますが、今回の TPP の内容を見たときに、ある種非常に強い印象を受けたのは、将来の権利侵害の抑止についても、損害賠償という手段で実現しようとしている。これはある種の損害賠償についての考え方を前提としているような気がします。もちろん、わが国でもできないわけではないけれど、多くの場合には、例えば行政的手法や刑事的手法というさまざまな手法が考えられるにもかかわらず、TPP は損害賠償という枠組みの中でそれを実現しようとしているわけです。その背景を探ってもしかたないことかもしれませんが、その意味では、完全にフリーな議論が許されているわけではなく、その部分はある種拘束された状態で議論しなければいけないというのが現在の状況なのかもしれません。

なお、いままでお話ししたことにも関係しますから、ごく簡単に触れておきますと、懲罰的損害賠償は、実損害がないということを前提として懲罰的損害賠償というのであれば、やはり認められないだろうと思います。ただ、アメリカ法において、本当にそういうふうに懲罰的損害賠償を説明するかというと、やはり一定の損害はあるのだという説明の仕方をしている論者もいると思いますので、この点は位置付けが難しいと思います。

逸失利益算定型ではない他の手法によって計算される損害賠償、これはもちろん知的財産法の世界でも理論的には可能だということだと思えますし、ここからは専門家でない者が無責任なこと、思い付いたことを言うということでご容赦いただきたいのですが、今日、田村先生のご報告の中でも出ておりました著作権法の 114 条 2 項でございますけれども、基本的には、従来、事後実施を前提とするという考え方が強かったのは、まさしくその論説の中にもあったように、古典的な財産状態差額説、逸失利益説というのを前提としているということなのではないかと思えます。ですから、せつかくそれと離れる機会があったにもかかわらず、一生懸命それに固執しているということなのかもしれません。

それに対して、市場機会の喪失という説明ができるのではないかということで、もちろんそれはあるだろうと思います。私自身は、もっと素直にある形の見えない権利が侵害されたということで考えられないかと思っています。それは一体しかない仏像をいくらと評価するのかという問題と同じで、金銭的にいくらと換算するかということは大変難しいわけですが。そのときに、その権利を通じてこれだけの利益を上げたということは、いわば侵害者が自ら、そのものにそれだけの金銭的価値があるということを証明したと考えるのであれば、まさしくそのものが持っている金銭的価値というのを侵害者自身が証明してくれた以上、それに対して、証明がなされていないというのは変な話だという気がします。その点で、もっとストレートに説明することはできないのかという感じがしておりました。

最後になりますが、今日、奥邨先生のご報告でも、前田先生のご報告の中でも、「実損害」であるとか、「現実損害」という言葉が出てきておりました。「現実損害と並んで」とか、「実

損害とは別に」という言葉があったかと思いますが、先ほど申し上げたように、私自身は、損害がないのに賠償を認めるということは大変難しいと思っています。ですから、その意味では、「実損害とは別に」というのが、「損害ではないにもかかわらず」という意味を持つのだとすると、これは非常に説明が困難なものを持ち込むことになるのだらうと思います。ただ、その前提として、いまではなくても結構ですが、後ほど機会があれば、お二人の先生のおっしゃる「実損害」「現実損害」というのが同じものなのか、何を内容としているのかということについてお話いただければと思って伺っておりました。私のほうからは以上でございます。

司会：ありがとうございます。いただいたご指摘については、また後ほどパネルディスカッションの中で議論させていただければと思います。それでは、森田先生、お願いいたします。

森田：私からも冒頭に一言だけ申し上げたいと思います。法定損害賠償について論じるときには、法定損害賠償というのをどう理解するかという点が出発点となりますし、鍵になるのだらうと思います。

今日の前田先生、あるいは奥邨先生のご報告にありましたように、法定損害賠償というのは、アメリカ法では **actual damages** に対置される概念であり、損害を事実として立証することに代えて、法律の規定に基づいて一定の損害賠償を認める場合に使われる概念ということであります。したがって、さしあたり、ここでは、広く損害を事実として立証することが困難な場合に、それに代えて一定の規範的な操作ないしは評価によって相当な損害額が認定できるという実体法上の規律ないしは裁判官の権限があらかじめ定められているものを「法定損害賠償」というふう理解できるのではないかと思います。かりに、そのように理解いたしますと、民法においては、実損の填補賠償が原則であるといわれますけれども、直前に窪田先生からご指摘があったように、そこでいう「損害」というのは、事実として立証できるものだけではなく、いわば規範的な評価を経たうえで算定されるものも、填補賠償の対象に広く含まれてきたと思います。現在の民法学におきまして、この種のもは、「事実的損害」に対し、「規範的損害」といわれるものに対応すると理解するのが適切ではないかと思います。

そう考えますと、法定損害賠償というのは、日本法において異質なものかという必ずしもそうではなく、現に存在しております。一つの典型的な例としては、年少者の死亡の場合の逸失利益の算定ルールを挙げることができます。例えば、年少者が交通事故等で死亡した場合において、その逸失利益がどのように算定されるかといいますと、かりに当該年少者が死亡せずに生きていたら、今後何歳まで働いて、生涯でどれだけの収入を得たであろうかということを計算し、これを現在化することにより、財産的な損害額の算定をします。その場合には、就労可能年数として 67 歳まで働くという前提が採られ、また、賃金

のベースは賃金センサスという統計における平均賃金、これは全労働者の平均賃金によるのか、男女別の平均賃金によるのかという選択肢がありますけれども、それで算定した額から本人の生活費や中間利息を控除して財産的な損害額を算定するというルールが判例法上確立しているわけです。これは、同じような立場にある年少者であれば、誰でも一律に同じような損害額の計算がなされるものであって、そこで事実というのは、基礎データは必要ですけれども、この人がかりに死亡しなかったとすれば、将来実際にいくら稼いでであろうという事実の立証は要求されていないわけですし、また、このようなルールで算定した損害額に対して事実によって反証するのもほぼ不可能だと思います。そうしますと、これは先ほど定義したところの法定損害賠償の典型例だと言うことができます。

実は、これと同じような規範的な操作によって損害額を算定するルールを立法によって定めた例として、先ほどからの議論に上がっている特許法の 102 条 1 項の、侵害者の譲渡数量による逸失利益の算定ルールというのを挙げるすることができます。これは、当初は、特許法、商標法などの知財四法について立法され、その後、不競法や著作権法にも導入されたものであります。

この特許法 102 条 1 項につきましては、知財研（知的財産研究所）に研究会が設置されて、1998 年改正の準備作業がなされたわけですが、その原案となった考え方は、私がこの研究会で提案したものです。それが一定の経緯を経まして、特許法 102 条 1 項として立法化されました。今日の議論に資するために、その検討の経緯について、法定損害賠償という観点から、少しだけお話ししておきたいと思います。

侵害者の譲渡数量に基づく逸失利益の算定ルールは、知財研の研究会で私が提案したわけですが、そのさいの発想源となったのは、当時のフランスの判例法です。フランスでは、当時、日本の民法 709 条に相当する、不法行為責任の一般原則を定めるフランス民法 1382 条の解釈によって損害額を算定してきたわけですが、そこで採られていたルールをモデルとして私が構成したものであります。フランスでは、その後、知的所有権の尊重に関する 2004 年 4 月 29 日の EU 指令を 2007 年 10 月 29 日の法律によって国内法化しております。現在では損賠償額の算定に関して明文規定があるわけですが、そこでもほぼ同様の解釈がなされております。

1997 年の 6 月末の知財研の研究会で、侵害者の譲渡数量に基づく逸失利益の算定ルールを提案したわけですが、9 月頃には、それを含めたいくつかの案に絞り込んで、損害賠償に関する法改正の方向性がとりまとめられました。審議会レベルでは、11 月 25 日に工業所有権審議会の損害賠償等小委員会で報告書が公表されております。一般に、審議会で一定の結論を得ますと、その後は省庁レベルでの法案作成の検討作業に入ります。損害賠償の問題は民法に関わるということで、特許庁と法務省との間での協議が続けられたわけですが、実はその後の過程でかなり難航しました。

この譲渡数量による算定ルールというのは、当時は B 案と呼ばれていましたが、当初は侵害者の譲渡数量による権利者の逸失利益の「推定」ルールとして、改正案が示されてい

ました。つまり、侵害者の販売数量をもって、侵害がなければ権利者が販売しえたであろう販売数量を推定するという形での条文化が提案されていたわけです。なぜ「推定」規定の形式をとったかといいますと、現在の特許法 102 条 2 項にある、侵害者利益による逸失利益の推定規定と並んで、逸失利益の「推定」というふうにパラレルに規定したほうが一般の理解は得られやすいのではないかと考えたからであります。

しかし、中身を詰めていきますと、法務省民事局との協議の中で、これは推定規定ではないのではないかという指摘を受けました。通常の「推定」というのは、事実認定のレベルの問題における「推定」であり、一定の経験則を基礎としているものであります。しかし、譲渡数量のルールは一定の経験則を基礎とするものではない。また、通常の「推定」であれば、事実レベルでの反証によって覆るものですが、譲渡数量のルールは反証によって覆るかといいますと、そういうものではなく、侵害者の販売数量を、権利者の逸失利益を算定する一つの物差し、ないし指標として用いながら、当該販売数量について特許発明以外の要因が寄与していることを侵害者が証明した場合は、裁判所は、その寄与の部分を法的に評価して、その部分だけ減額するというプロセスを通じて、特許製品の購買需要に向けられた部分について割合的認定を行い、それにより権利者の逸失利益を算定するというものです。このプロセスを全体として見ますと、譲渡数量を基礎としつつ、それに寄与した諸事情についての裁判所の裁量的な評価によって「相当な損害額」の認定を行うというものであって、通常の「推定」とはかなり異なります。

実は、そのことは当初から認識していたことであり、小委員会の報告書でもその点について言及されていますが、当初は「推定」規定として提案してきたところ、どうもそれでは法案化は難しいということになったわけです。当時の記録を見てみますと、12月25日のクリスマスの日に特許庁から連絡をいただきまして、どうもこれは難しいということになって、このままいくと法案提出は無理かもしれないということで、12月29日に、御用納めも終わった特許庁の制度改正審議室に私が行きまして、特許庁の担当者の方もスーツ姿ではなかったと思いますけれども、暖房も止められた中で、どうするかという対応を協議したわけであります。

私は、侵害者の譲渡数量による算定ルールというのは、理論的にみれば、単なる「推定」規定ではなく、当初からそのように規定することには無理があったものなので、それをやめて、先ほど述べたような、裁判所による裁量的な評価による損害額の認定というプロセスをそのまま条文に書き表すということを考えました。そのさいに、私の念頭にあったのが、当時の証券取引法、現在の金融商品取引法 19 条です。この規定は、発行市場において有価証券届出書や目論見書の不実記載があった場合における発行者の民事責任について、その損害額の算定ルールを定めたものです。その後、21 条の 2 に、流通市場における民事責任についても、これと同様のルールが規定されておりますが、この 19 条については、損害額を「法定」したものというふうに一般に説明されているかと思えます。

ここでの問題になぜ証券取引法が関わるかといいますと、両者の責任の性質・内容は異

なるわけですが、それらに共通するのは、いずれも市場を介在して生じる損害であるという特殊性に求められます。市場というものはいったいどのような要因が作用して成立しているのかというと、その因果関係ないしメカニズムを自然科学的な事実として直接立証することは不可能に近い。これは、権利者だけではなく、侵害者にとっても不可能に近い。したがって、誰かにその立証責任を負わせればよいというものではなく、誰もそれを直接に立証することは難しいわけです。そうしますと、それに代えて、特許権侵害による逸失利益を、侵害者の販売数量を指標に用いながら、特許発明とそれ以外の市場に作用する諸要因の裁量評価という規範的な操作によって相当な損害額の算定をするというルールが必要であり、それを法定するのが特許法 102 条 1 項であります。

特許法 102 条 1 項については、現在でもしばしば「損害額の推定」と呼ばれることがあり、近似的には「推定」という用語を使うことは妨げないかもしれませんが、条文を見てみますと、本文で「特許権者又は専用実施権者が受けた損害の額とすることができ」と規定し、ただし書きで、「当該事情に相当する数量に応じた額を控除するものとする」というふうに、損害額の算定ルールを実体法的に規定しているわけであります。このように見ていきますと、これも、立派な法定損害賠償制度の一つであるということが出来ます。なお、特許法 102 条 3 項については、この後で議論になるかと思いますが、3 項についても同様の捉え方が可能であります。

そうしますと、ここでの問題は、従来わが国においては、填補賠償の原則の下で存在しなかった法定損害賠償制度を新たに導入する必要があるか、ということではなく、著作権や商標権についても、法定損害賠償制度は現に存在しており、それが条約が要求する水準に十分なものであるかどうか、もし不十分であるとすれば、どういうルールがさらに追加的に導入されるべきであるか、ということが検討課題ではないかというふうに、私は考えております。私からの冒頭のコメントは以上です。

司会：森田先生、ありがとうございました。一つだけ、前田先生に、いまの森田先生のコメントに関してお伺いしたいことがあります。前田先生の理解する日本法における法律の解釈ではなく、TPP で要求されている **pre-established damages** として、現状の特許法 102 条 1 項がこれに該当するかということについて、前田先生はどのようにお考えになるかコメントをいただければと思います。

前田：私が森田先生に何か申し上げるということもないのですが、先ほどお話ししたことを淡々と繰り返しをさせていただきます。3 項については法定という余地があるだろうと申し上げました。その点は森田先生と同じかと思えます。1 項について、これは **pre-established** といえるのかどうかという点について、私はいえないという前提で先ほどは申し上げました。その理由は、私の説明だと、譲渡数量と単位利益については証明活動が必要で、もちろん相当実施料についても必要ですが、それと比較しても、求められる証明活動が大きい

のではないかと私は思いましたので、その点でやや難しいのかなと思いました。

もう一つ重要なのが、権利者の選択により活動できるというところがあります。これは pre-established そのものの要件ではございませんが、いまの理解だと、厳密な意味での自己実施でなくてもいいですが、少なくとも何らかの実施が必要だということになると、常に選択できないのではないかと思います。その点はどう考えるのかと考えた次第です。

司会：いまの前田先生のコメントに関して、現時点で森田先生から何かございますか。法定損害賠償をどう理解するかはまた後で話しますが、もしいまコメントがあればお願いします。

森田：特許法 102 条 1 項については、当事者の証明活動が求められるので、法定損害賠償とみるのは難しいのではないかとこの点ですが、この後で法定損害賠償について議論になることでしょうか、例えば、上限と下限だけを定めておいて、その幅の中で具体的な損害額をどのように算定するかについては、当事者が何も言わなくても裁判所が相当額を認定してくれるということがあり得るかということ、それは考えにくいのではないのでしょうか。いずれにせよ、損害額の算定の基礎となるような一定の事情については、当事者が証拠を提出しなければいけないということになると思います。

それから、田村先生のご報告でも特許法 105 条の 3 と民訴法 248 条の関係について言及されましたが、特許法 105 条 3 は、損害額を立証するために必要な事実については、民訴法 248 条では対象にならないような事実についても、さらに緩やかに認定してよいことを規定しております。例えば、侵害者の譲渡数量についても、ある地域でこれだけの譲渡数量が認定できるとすれば、他の地域についても同様の推計が成り立つというように、その限度で譲渡数量についても立証責任の緩和が図られております。

したがって、事実の立証が要求されているといっても、それがどの程度困難な立証を要求することなのかによっても評価は変わってきますし、また、事実の立証活動を一切要求しない法定損害賠償のルールが果たして書けるのかということ、それはないだろうと思います。

また、当事者の選択については、少なくとも 3 項は選択できるわけですので、現実損害の立証に代えて、1 項だけではなく、3 項のルールもあり、さらに、民訴法 248 条による方法もあるわけですから、そのうちのひとつとして選択できるということはいえるのではないかと思います。

2. 議論の進め方と配布資料

司会：ありがとうございました。とりあえずパネルディスカッションの次のところに進んでいきたいと思えます。

本日の議論の進め方ですが、いろんなやり方があると思いますけれども、いくつか考えられる制度設計の選択肢を論じていながら、その中で、いわゆる TPP の政策大綱にも表れている民法の原則との整合性、あるいは、もう一つ、TPP 協定との整合性。その中では、pre-established damages をどう理解するか、additional damages をどう理解するかということも含めた TPP 協定との整合性。そして、それ以外の実際上の影響。将来および現在に及ぼすさまざまな影響、その 3 点について、さまざまな選択肢によってそれぞれ重点は変わってきますけれども、それらを検討していながら、いまの冒頭のコメントでも出た点を含めて議論していくかたちで進めていきたいと考えております。

そのような議論の参考資料として、パネルディスカッション用参考資料というものを、お配りしている資料の末尾に付けさせていただいております。これはパネルディスカッション登壇者の先生方の意見をまとめたものではなく、私のほうで勝手に作ったものです。いろいろと不正確な部分もあろうかと思いますが、一つが、TPP への対応に関する諸方策の例ということで、特に TPP 協定違反という指摘を受けるのではないかという懸念の度合いと、国内に対して与える影響の度合いについて考えられるいくつかの制度設計について、一覧表にしてみました。この表自体も不正確な点が多々あろうかと思いますが、とりあえず一覧表にしております。

また、田村先生のご報告の最後のところで、損害算定規定について制度設計としては選択肢の分岐点ということで、主観的態様の限定、客観的な保護範囲の限定などいくつかの項目を挙げていただきました。私のほうでは、それに一部対応するかたちで、損害算定規定にかかるさまざまな制度設計の選択肢とその例を、考えられるものの例をいくつか挙げさせていただいております。

これらはメニューであって、具体的にどう組み合わせていくかについてはいろいろな可能性があります。それら全てを検討していくことはできませんので、主要なものを検討していくということになるかと思いますが、なお、お配りしているものに、参照条文として、TPP 協定の暫定案文やアメリカ法などの条文を掲載させていただいております。韓国法と中国法については翻訳も掲載しております。韓国法は前田先生が Google 翻訳を活用されて、Google が侵害したらどうかは分かりませんが、自動翻訳ならした可能性はないと。

前田：自動翻訳したものについて、明らかに間違っているだろうと思われたものを私個人の判断で修正したものです。

司会：分かりました。中国語については JETRO のほうでまとめられた仮訳を引用して掲載しております。これが引用の要件を満たさないとすると刑事罰は受けるかもしれませんが、引用にあたり強く信じております。なお、中国のところの特許法について、実はいま改正素案ということでパブリックコメントを受付開始しているものについては、知的財産法研究所の研究員の井手さんにご指摘をいただきまして、翻訳等にもご協力をいただいております。

せております。

3. もっぱら懲罰的な損害賠償

司会：そのうえで、最初に理論上考えられる対応策の一つとして、もっぱら懲罰的な損害賠償制度を導入する。これはアメリカ法で導入されている損害賠償は懲罰的かといったこと、それから、先ほどもご指摘があったように、あれをもっぱら懲罰的なものとするか、それともある種の損害の填補賠償の原則として捉えることもできるのかということについてはさまざまな議論がありますので、理論上の一つの考え方として、もっぱら懲罰的な存在賠償。損害ではない制裁金のようなものを損害賠償ということで算定するような規定を導入するというのが、民法の原則との関係で可能なかということについて、まず議論の前提としてお伺いしたいと思います。窪田先生は、これはできないということでしょうか。

窪田：少し補足してもよろしいですか。懲罰的損害賠償については、現行法においては基本的にはできないだろうと思っております。それは形式的には、あくまで損害賠償であるということもありますが、もう一つ、私自身がもう少し緩やかに利益の吐き出し的な損害賠償が認められないかという議論を提起しても、一般的な民法学の世界からの反応というのは非常に厳しいものだったということがあるからです。

先ほど三村先生からお話があった控えめな算定という考え方の背景にあるのもそうなのだと思いますが、損害賠償の議論をするときには、加害者にどれだけの責任を負わせるのかということもあるのですが、もう一つは、被害者が実際に生じた損害以上のものを受け取っていることに対する非常に強い拒否反応というのが、おそらくわが国にはあるように思います。つまり、不法行為によってもうけさせるようなことはしてはいけないということです。ですから、積極損害の場合は財布から出ていったものなので、基本的には領収書があれば賠償を認めるけれども、つまり、そうしても被害者がもうかるわけはありませんが、逸失利益というのは外から入ってくるものなので、緩やかに認めてしまうと、ひょっとするともうけさせてしまうかもしれない。だからこそ控えめな算定だということが従前からいわれてきたのではないかと思います。その意味でも、全体の仕組みとしても、また、現在の法感情としても難しいのかなというふうに思っております。

司会：森田先生、何かコメントをいただけますか。

森田：できるかできないかという点、形式論理的にはできないわけではないと思いますが、それが適当かといえば、やはり難しいだろうと思っております。この問題を考えるときに考慮に入れなくてはならない重要なことは、いまは著作権と商標権についてだけ議論しているわ

けですが、それらに限って懲罰的な損害賠償を導入することにすれば、他には影響は及ばないのかという点、そうではなく、日本法上そういうものがありうることを認めることになるという点です。そうしますと、萬世工業事件のように、外国判決の承認執行が問題となったときに、最高裁は、日本法上は懲罰的損害賠償を認めないというのが公序であると判断したわけですが、著作権や商標権について懲罰的損害賠償が認められれば、そのような公序が変わったことになります。その結果、日本法上もそれは選択肢としてありうるけれども、当該事案についてはそれを認める制度がないというにすぎないことになり、前提条件が大きく変わってくることになりますので、懲罰的損害賠償を命ずる外国判決の承認執行がわが国の公序に反するとはいえないことになるかと思えます。

ですから、ここだけに限ってという議論をする性質の問題ではないとしますと、わが国の法体系として懲罰的損害賠償制度を導入するのが適当かどうかという点について、一定の説得的な議論が成り立たない限り、それは難しいだろうと思えます。そういう観点から日本法を見ますと、先ほど述べました知的所有権の尊重に関する EC 指令においても、もっぱら懲罰的な損害賠償は認めないというのがヨーロッパ共同体法においても公序であるとされておりますので、この点は、日本法だけが特異なものというよりは、損害賠償制度における基本的な一つの考え方なのだろうと思えます。

司会：他のパネリストの先生から何かコメントはありますか。そうしますと、もっぱら純粹に損害ではない制裁、あるいはもっぱら懲罰的な損害賠償というのは、特に TPP への対応としては原則上、法体系全体を見直すという議論をするなら別として、いまのところはそのような議論をすることは適切ではないということになるかと思えます。

他方で、先ほどもご指摘があったように、損害というものをどう捉えるかについては、かなり幅を持った捉え方をして、ある人から見れば損害を超える賠償と見えても、ある人から見れば、あくまで損害の賠償だというふうにさまざまな理解が可能かと思えます。そういった中で、あくまでも損害の賠償だということを前提として、以下の議論を進めていきたいと考えております。

4. 法定損害賠償 上限・下限・民事訴訟法 248 条

司会：そのうえで、具体的な制度設計として、比較的イメージしやすいものとして、奥邨先生にご紹介をいただきましたアメリカ型の法定損害賠償を TPP への対応として日本法に導入するという案が考えられます。そのことについて、どのように思われるのか。アメリカ法のように、特に上限と下限が決められていて、その中で裁判官や陪審員が裁量的に判断するけれども、下限を下回るものは認定できない、下限については著作物単位というものについて、日本法で導入すべきか、ということについて意見を伺いたいと思えます。まず、奥邨先生、どう思われますか。

奥邨：日本法で導入すべきかと言われたら、なかなか厳しいものがあります。先ほど窪田先生のお話とも関係しますが、アメリカの法定損害額賠償制度が、いまのように「現実損害に代えて」となっているのは、多分、旧法のとくに、現実損害に加えて請求するようなことも認められていたということで非常に混乱をしたことがまず背景にあって、それで、今は、現実損害額などの賠償と別立ての制度になっているということが一つあります。

それから、現実の損害がなくても法定損害賠償が認められるというのは、制度の導入などをいろいろ調べてみますと、そもそもそれを指向していたというよりは、言葉を直訳してしまうと問題があるかもしれませんので英語で言いますと、アクチュアル・ダメージズやプロフィッツを証明するのが難しいということが前提にあって、それをいかにカバーするかということで、法定損害額賠償制度ができてきたわけです。その効果として、結果的に下限を定めているために、実際には損害が、極端に言えばなかった、もしくは、証明が全くできなかったとしても最低限は保障するということになっているということだと思います。

そういうことから考えたときに、TPP の要請がどこまであるかは横に置きますと、アメリカの背負っているそういう背景を背負っていない日本が、アメリカと全く同じ制度をあえて採用する必要があるのかというと、いまのアメリカの制度は、ある種の歴史的背景の中でできてきたものなわけですから、あえて日本が倣う必要は、私は弱いのではないかと思います。

窪田：私自身が感じていることを上手に説明できるかあまり自信がないのですが、先ほどアクチュアル・ダメージズがどういう意味なのかについて確認した部分にも関係するのですが、例えば、わが国で現実損害というのを非常に古典的な逸失利益、財産状態差額説を前提とするのだとすれば、権利侵害はあるけれど、アクチュアル・ダメージズはないということになるのだらうと思います。にもかかわらず、法定の損害賠償を認めるというかたちで問題が位置付けられることになると思いますので、これは大変に難しいということになりそうです。

それに対して、権利侵害があるのだったら損害があるのだとし、ただ、金銭的評価の手法として、差額説的な手法ではうまく機能しない、他の方法を使ってもうまく分からない、そういう場合に、一定の損害賠償を認める適切な判断をさせましょうという仕組みだとすると、損害賠償の原則とは抵触することなしに、わが国でも認められるということになるのではないのでしょうか。後ほど出てくる話だらうと思いますが、それは、民訴 248 条といった問題で扱われているのと同種の問題ということになるかもしれません。

その点についてももう少し触れさせていただきますと、田村先生からのご報告の中で、まさしく 248 条でいろいろ問題があったので、少し触れさせてください。248 条をめぐっては、多分、不法行為をやっている人間にとっては比較的身近な問題として、慰謝料という

のは 248 条の問題なのかということが古典的な問題として存在しています。

一方で、248 条ができてよかったという考え方もあるでしょうが、248 条ができる以前から、慰謝料はみんな裁量でやっていたので、別に 248 条ができて初めて裁判官の裁量的判断がなされるようになったわけではありません。一部の有力な考え方として、これは 248 条の証明の問題ではなく、もともと裁判官の裁量的な判断によって慰謝料というものは請求権として具体化するのだから、248 条とは別次元の問題だという説明もあります。

実は、人身の精神的・肉体的苦痛に関しての慰謝料はそうした考え方が妥当するのではないかと思うのですが、法人の名誉毀損における非財産的損害賠償としての慰謝料、あるいは信用毀損の場合の慰謝料というのは、むしろ、ここで扱っている法定損害賠償とかなり共通する性格を持ったものではないかという感じがしています。私自身は、248 条とは別にこういう仕組みを認める必要があるかはよく分かりませんが、そういうふうに位置付けたとすると、日本法でもそんなに異質なものではないということまではいえるかと思えます。

司会：ありがとうございます。田村先生から何かコメントがあれば、お願いします。

田村：三村先生に直してもらったほうがいいかもしれませんが、私は、現在の日本の知的財産権侵害の損害賠償というのはそんなに悪くないと思っています。ですから、すごく大きな改正をする必要はないというのが基本的なスタンスです。条約対応で仕方がないところでいいのではないかと考えているので、基本的に反対、反対と言いたくなってしまうのですが、それでは議論できないので少し考えると、まず、下限というのは一番反対したくなるタイプです。それが 100 円だったら賛成してもいいと思うのですが、金額で決まっているとどうしても計算単位の問題が出ますし、金額次第ではありますが、現在のように大量に著作物を侵害する可能性があるということを考えると、かなり過剰な賠償額になる可能性があると思っています。下限タイプで計算単位を個数などでやることに最も問題があるように私は思います。それを導入するほどの必要性がいまあるとはちょっと思えません。

こういう下限タイプについては、刑事罰というものが厳然としてありますので——特許権は事実上ないに等しいですけども、著作権と商標権では事件としてきちんと挙がっている——、もし必要があるならそちらのほうを強化するという話だと思います。下限の定め方によって、例えば事件の弁護士費用、そういったタイプで計算単位にあまり恣意（しい）的にならずに、事件規模に応じて、しかもある程度基準が分かるタイプを入れるのであれば私は賛成できます。ただ、弁護士費用相当額が日本ではもうとれているので——多少低いかもしれませんが——、必要ないということがあると思います。下限というのは、私が最も嫌だなと思うタイプです。

三村：窪田先生から慰謝料の決め方という話が出たので、裁判所でどうやって決めているかということです。実際は確かにある程度の範囲のなかで自由裁量により決めているという事はありますが、いろいろな類型がある場合については、その基礎になるような事情を立証してもらうということになります。一番規範的なものは、交通事故での通院慰謝料といった場合、どうかたちであれ、人間がけがを負ったということ是一緒ですし、病院に行かなければいけないということも一緒ですから、一日いくらということで、特段の事情がなければ、いわゆる「赤い本」の基準でやっているということです。

それから、いま法人の慰謝料という話がありましたが、法人の慰謝料のほうは、どんなものがどうかたちで侵害されたのか、あるいは、法人自体がどのぐらいの社会的評価を受けている法人かということがありますので、そこはあまり定形化していないというふうに思っております。

あと、いまの懲罰的というか、再犯的な他のものを防止するためのものとして、金銭給付をどうするのかという話です。例えば不正競争防止法の誤認表示などは、誤認表示によって原告自身が具体的に損害を被っているわけではないですけれども、そういうかたちで整理することを認めています。これは、金を払わせることで誤認表示をさせないという考え方だろうと思いますから、全く同じようなかたちで入れること自体はおかしくないのではないかと思います。

それからもう一つ、上限と下限での法定賠償という話が出ました。下限については確かに田村先生がおっしゃるとおりですが、上限でどうかたちであれば、侵害訴訟において審理が速く進むということがあると思います。ただ、一部請求ということで、実務的に速くしてもらいたいときには、実際は10億円の損害があると思うけれども、少なくとも1億円を上回することは明らかだから1億円を払ってくださいとかたちで、その事件に限っては上限を原告で決めるかたちで速く処理をするということもできているので、実務的にはそんなに困らないのではないかと思います。

逆に、アメリカ的に言うと、一部請求で一回訴訟をやった場合には二度と賠償を取れないのかということになって、一部請求でやっているにもかかわらず法定賠償をしてしまうと、窪田先生のご説明ですと、その案件に関しては二度と請求できないということになりそうです。そのあたりが、他の一般的な民事事件において、一部請求の残額を請求する可能性が存在するのと、うまく整合的に説明できるのかという疑問を持っております。

司会：いろいろな論点が出ているところで、また検討していきたいと思っております。窪田先生に一つ確認したいと思っておりますが、侵害行為があればそこで損害が発生していると捉えて、その額を規範的に評価していくこと自体はあり得るのではないかと、私もそれはそう思いますが、法によって額の下限を定めるということについて、どのようにお考えになりますか。

窪田：私自身は、法定損害賠償というときは248条をイメージしながらお話をしております。

したので、下限・上限の話はまた後で考えればいいと思っていました。基本的には下限や上限といったものは、先ほど私から申し上げた説明からは出てこないと思っています。したがって、あくまで損害の金銭的評価の手法として、例えば消極損害型で見るのか、積極損害型で見るのかというのと同じようなかたちでの選択はあるにしても、裁量的に判断されることとなります。機会説のもともとの発想はまさしくそうだったわけですが、そこでは上限も下限もありませんし、まさしく慰謝料と同じだということになるだろうと思います。

ですから、その意味では、上限や下限を設ける制度というのは、単にそれだけでは説明ができない、別の内容をはらんでいるのではないか、その部分がどのように説明されるのかという点が、私自身は大変気になっています。法定損害額というのを裁判官の裁量によって決めるというところまではわが国でも比較的簡単にいえるのだけれども、その後、上限・下限を定めるということはどういうふうに説明するのか、これについてはまだよく分からないという感じがします。

その点で確認しておきたいのですが、まさしく今回のシンポジウムの事前の打ち合わせの中でも出ていた問題ですけれども、こういうふうなかたちで上限・下限を定めた制度を導入した場合、それが民訴法 248 条との関係で上書きをするような特則になるのか、それとも、そうではなく、民訴法 248 条によるアプローチというのは基本的には残るものなのか、一応、当事者が選択できるということですから、これを選択しなければいいだけなのかもしれませんが、両者の関係がよく分からないという感じがします。

田村先生は、先ほど下限を定めるのは問題だということでしたが、権利の保護という観点から考えると、上限を定めるほうがむしろ問題なのではないかという気がします。ただ、そのときに、本来 248 条でいいのかもしれないけれども、こちらの法定損害賠償でいけばごく簡単にいけますよ、ごちゃごちゃ言わなくてもこの権利が侵害されたということだけ言えばいいんですよ、と。その代わり、上限はここまでですよという説明をするのであればあり得るのだろうと思うのですが、248 条とこうした特則との関係が必ずしも明確でない、議論がうまくかみ合わないまま進んでしまうのではないかという気がしました。

森田：これまでの指摘と重なる部分がありますが、大きく分けて問題は 2 つあるように思います。

第 1 に、上限・下限で具体的な金額が入るとした場合に、それはいったい何によって決まるのかという問題があると思います。法益侵害を規範的に評価して損害額を算定する場合に、例えば、生命侵害などの場合には、かつて、人の価値というのは本来平等であるべきであると主張して、それを定額化するという議論がありました。それは人の価値は平等であるというある種のイデオロギーによって説明することは可能であったわけです。しかし、ここで具体的な金額を入れるときに、それが何に基づくかということ、実際に存在する著作物の価値は多様なわけですので、平均的な価値があるとか、著作物はすべて平等で

あるといった議論で、その説明がつくのかどうかというと、現実にはそうではありません。

そうしますと、第 2 に、法定した金額と現実損害との乖離という問題が必然的に生ずることになります。そのような乖離は、特に損害額に下限を定めた場合には、合理的に評価してそれだけの損害がないにもかかわらず、実損に比して過大な損害賠償が認められることになり、填補賠償の原則に反することになるという不都合が生ずることになります。かりにそのような不都合を解消しようとするならば、下限は定めるけれども、事案によっては、それを裁判所は減額することができることを認める必要が生じます。しかし、そうすると、これは下限なのだろうかという疑問が出てきます。

奥邨先生のご講演の中でも言及されたように、アメリカ法でも、法定損害として認められる損害額が現実損害とあまりにも乖離している場合には、それが憲法上のデュー・プロセスに違反するかどうかという議論がありますし、デュー・プロセス違反の審査基準についても議論がなされております。このほかにも、陪審が認定した損害額が過大な場合には、コモンローの手續上、裁判所による賠償額の縮減決定 (remittitur) の可能性もあるようであり、厳密な意味で下限となっているかについては、慎重な検討が必要であるように思います。

さらに、この点に関して、カナダでは、2012 年に著作権現代化法による改正がなされていますが、そこでは、故意による侵害であるか否かによる区別のほかに、営利目的か否かによって区別したうえで、非営利目的 (non-commercial purposes) の場合には、法定損害賠償の上限・下限をそれぞれ減額しており、さらに、一定の場合には、かりに下限額を適用したとしても、賠償総額が侵害に比して著しく均衡を失うときは、裁判所は、その相当と認める額まで下限額をさらに減額することができることを明文で定めています。

これらにおいて念頭に置かれているのは、一つの侵害で多数の著作物を侵害するような個人によるファイル共有のケースなどの場合には、被侵害著作物の個数によって法定損害賠償を機械的に適用するときには、実損に比して著しく過大な損害額の賠償責任が課されることになってしまうことの不都合であり、このことが問題であることは、ある程度広く認識されているように思います。かりに、この点が法定損害賠償の制度に内在的な問題であって、カナダのように立法によってそうした不都合に対応しようという国が現れてきている状況にあるとすると、日本法において損害額の下限を設けるということが果たして妥当なのかという問いが立つだろうと思います。

そもそも、損害賠償額について一律に下限を設定するときに、その額についての合理的な説明をすることは難しいとしますと、そもそも下限を何のために設定するのかということが問題になってくるように思います。損害額の上限や下限を設定するよりも、むしろ民訴法 248 条のように、上限や下限を設定することなく、裁判所は、その裁量評価によって、相当な損害額を認定することができるという規律のほうが妥当なのではないか、ということでもあります。

民訴法 248 条の意義については議論があるところであり、それを整理するのはなかなか

難しいところですが、大別すると、学説上 2 つの方向での説明がなされております。すなわち、一方で、損害額に関する証明度を軽減したものである、つまり、問題を損害額という事実の立証レベルで捉えたうえで、その証明度を一定の範囲で軽減することを認めたものであるという考え方と、他方で、損害額の認定について裁判官に裁量評価の権限を認めたものであり、ある法益侵害があった場合に、それによる不利益を金銭的に評価するという実体法的な裁量評価の権限を裁判官に付与したものであるという考え方の、2 つの説明があります。私自身は、伊藤眞説がそうだと思いますけれども、事案に応じて、双方をともに認めたものであると考えております。つまり、損害額を事実に近いレベルで捉えて、その証明度を軽減したものと説明できるような場合はそれでよいけれども、一定程度以上に証明度を軽減していったら、事実の立証から離れれば離れるほど、損害額の算定について一定のフィクションを入れてこないという説明ができないこととなります。そうなってくると、証明度の軽減ではもはや説明できず、裁判官に裁量評価によって相当な損害額を認定する実体法上の権限を付与したものと説明するのが実態に適合的であると考えられます。

例えば、生命侵害の場合における逸失利益についていえば、50 歳や 60 歳になっていれば、いつまで働いたかを事実として立証することはある程度は可能かもしれませんが、他方で、被害者が小学生の場合には、将来何歳まで働いたであろうかということを実事として立証することは困難であって、平均稼働年齢によって算定するというのは、一定のフィクションによる損害額の認定であると思います。それでは、事実としての立証は何歳から可能なのかと問われると、年齢が下がるにつれて一定のフィクションを挟まないと説明ができないということになってきますので、事実としての損害額の証明度の軽減によって説明できるものから、フィクションによって相当な損害額を認定するものまで、双方があるのだと思います。

このように考えますと、民訴法 248 条が適用される事例には、裁判官が合理的なフィクションを入れて裁量評価によって相当な損害額を認定できるという実体法的なルールが含まれているとみることができます。これは、冒頭で私が定義したところ法定損害賠償に相当するものでありますので、そうしますと、日本法上は、上限や下限が設定されない、法定損害賠償の一般規定があるということになります。

このような民訴法 248 条についての理解を前提にして、特別法で損害賠償額について上限や下限を定めるということが、どういう意味を持つのかを考えてみますと、特別法は、一般法としての民訴法 248 条の適用を排除しないとする場合には、特別法に上限や下限を設けることの実質的な意義は失われます。他方で、先ほどの窪田先生の問題提起にあったように、特別法は一般法としての民訴法 248 条の適用を排除するとしますと、そのことは、裁判官の裁量評価によって相当な損害額を認定することは、恣意的な損害額の算定がなされる危険性があるので、著作権と商標権についてはそのような危険性を限定するために、裁判官が相当の損害額が認定できる場合について一定の上限を設けるものであると説明することになります。しかし、このような説明は、民訴法 248 条が上限を設けないこと自体

が不合理であるという前提に立つことになり、下限を設けることについてはうまく説明できず、それが必要なのかという問いが立つだろうと思います。

田村：まず、下限と上限は大分性質が違ってくると思います。下限については、特に金額で一律に定めるのが普通だと思いますが、それをいったい何のために正当化するのかというのは困難ですけれども、仮に正当化するとしますと、ほとんどそれは抑止力を考えているとしか言いようがありません。しかも、その抑止力を個々の裁判官に委ねるのではなく、法定することによって必ず一個の単位の侵害行為があったときにはこのぐらいの金額を取られることを覚悟しろということを一般的にアナウンスすることは、抑止効果を法律で定めたということになるので、これは政策大綱の填補賠償を超えてはならないということに矛盾している、反すると思っている、というのが1点目です。

次に、上限のほうですけれども、これはいろいろな意味で考えることができます。やはり窪田先生がおっしゃるとおりで、ここで他のものが使えないという厳しい上限の定めで、かつ、上限が一定の金額だとすると、大規模侵害についてはいまよりも後退するわけです。それについては、そんなものを導入する必要は全くないということになります。民訴法民訴法 248 条との関係で、あるいは、特許法 105 条の 3 に関して先ほどご紹介しましたが、数がすごく多いわけではないですが、これらの規定があるおかげでかなり柔軟な処理をしている裁判例は現実にあります。特に大規模侵害のときにいままでできていたことが、何千万か何億か分かりませんが、一定の上限をかぶせられてできなくなるということは明らかに後退でしかありませんから、そういうかたちの定め方は許されないだろうと思います。

そのうえで、もし上限を入れたらどうなるか。これは先ほどから森田先生からもご指摘がありました。可能性としては、民訴法 248 条、特許法 105 条の 3 の要件すら満たしていない場合でも裁量で一定の金額まで積み上げることができるという趣旨でしかないと思います。そうすると、最後に考えなければいけないのは、特許法 105 条の 3 や民訴法 248 条でできているとされていることをさらに緩めるものでないかという上限を入れることは正当化できないわけですが、そういうときの算定を裁判所はどうやるのかということはある程度分からないと議論のしようがないところがあります。

もし、今回、法定されるものが、何も具体的な指針を書かないものだとすると、結局裁判所の判断に委ねられることになってしまうのでしょうけれども……。一つ可能性があるのは、私の民訴法 248 条の理解が正しいかは分かりませんが、畑先生がおっしゃっていることは非常に実務的に感覚が分かるのではないかと思っていて、ああいうふうに理解しています。平均的な、大体このぐらいの侵害者がこのぐらいをもうけるためにはこのぐらいの填補はあるというぐらいでも民訴法 248 条でいけると考えます。それでいけないということで、今回もし入れるとしたら、その程度を認めるということになるでしょう。

いま現に、民訴法 248 条や特許法 105 条の 3 ができているとなると、さらにそれを超えて、ばらつきがあり過ぎて、平均でも見積もりにくいぐらいかなりばらついているような

ときに、とにかくそれでも侵害の規模など、一応、諸般の事情を考慮して、裁量でこのへんというのを定めることができる制度というのにはあり得ると思います。そういう制度を設けると、何となく高そうに聞こえるなら侵害者のほうが行ってこいとか、場合によっては低いと思ったら権利者が行ってこいということで、一つの訴訟の過程の中でのいったんの落ち着き先、暫定案みたいなかたち——和解金額の提示みたいなことになるかもしれませんが——、そういうかたちでの運用というのにはあり得るのかなと思っています。

前田：既にいろいろ出たところだと思いますが、1点だけ付け加えさせていただきます。民訴 248 と新たに法定損害賠償制度を入れるとどうなるかということで、次に出てくると思いますが、韓国法はまさにそうになっています。248 があるかどうかはちょっと分かりませんが、少なくとも特許法の 105 条の 3 に相当する規定は著作権法にも商標法にもあって、それとは別に法定損害賠償制度があります。このときのすみ分けがどうなっているかというのは、私も正直よく分からないところがありますけれども、一つありうる説明としては、韓国法の場合は、填補賠償の原則というものを一種放棄した部分があって、法定損害賠償については、少なくとも填補賠償という原則で説明しきれないものの額についても認めるということがあり得ます。一方、民訴 248 あるいは特許法 105 条の 3 に相当する部分では、あくまで填補賠償の原則という建前は崩していないとすると、そういう意味ですみ分けの意味はあるというのは、韓国法だと説明が成り立つかもしれません。

一方、日本が填補賠償の原則は崩さないということであれば、そういうすみ分けをすることの意味はどこにあるのかという疑問は解消できないと思いました。

田村：説明を少しします。

先ほど私が説明したとき、上限の話ではなく、民訴法民訴法 248 条と別にこういうものを設ける意義ということで話をしたので、最後忘れていたのですけれども、さらにそれになぜ上限を入れるかという、裁判官の裁量に対する制約と当事者に対する予測可能性の確保みたいなことだと思います。

三村：いま裁判官ができるのかという話がありましたが、私自身は民訴法 248 条や特許法 105 条の 3 を使ったことはありません。一般的には、裁判例の数を見ていただければ分かるように、これらの規定はなかなか使いません。裁判所としては、本当にもうどうしようもないというぐらい立証の方法がないような事案でなければ、民訴法 248 条や特許法 105 条の 3 は使いません。一つは、証拠調べを逃がっているとか、いいかげんに審理をしているという印象をまわりに与えてしまうのではないか、そういう気持ちもありまして、本当にこれはどうしようもないという事案にしか実際は使っていません。

それでは、自由裁量でやったときにどういうふうになっているかという話ですが、民訴法 248 条ではなく普通に特許法 102 条 1 項や 2 項で損害額を積み上げていった事例があるか

らこそ民法 248 条が使えている。要するに、同じような業界で同じような規模で侵害があったとき、あの事件ではこれぐらい取っているという、それをある程度勘案して民法 248 条による算定額を考えているというのが実状だと思います。

もう一つ、最終的に証拠に基づく厳密な算定ではなく、裁量でいいということになれば、ある程度審理は速く進みます。もちろん双方に立証を促すことにはなりますけれども、最終的には裁判所が決めればいいので、そういう意味では普通の厳格な証明で証拠がないのに認定するのはけしからんという趣旨での控訴理由とか非難というものは当てはまらないこととなりますので、そのような審理は気が楽ですし、速く進むだろうというふうに思っております。その意味では、立法においてに取り入れる価値は十分あると思っております。

窪田：いま扱っている問題とずれますが、先ほど森田先生から提起された問題に関して、前田先生からは、こう理解するのだということがありました。私自身も少し気になっておりまして、114 条 1 項の規定ですが、法定損害賠償といったときに何をイメージするかというと、おそらく前田先生がイメージされているのは、特に何も立証しなくてもこれがポイント認められるというものだし、森田先生がおっしゃっていたのは、厳密な意味での損害は立証できていなくても、その算定手法が示されているので、それをもって損害額と認定することができるというものだったかと思えます。法定損害賠償という言い方がよくないのだと思うのですが、そうした法定損害額の認定というイメージでいくと、まさしく入るだろうと思えます。

その意味では、ここで TPP の求められているものは何なのかということにもなりますし、それは、私自身が専門家ではないのでよく分からないとしか言いようがありません。ただ、この 1 項に関して問題になるのが、選択的だという部分が規定されていないことだけだとすると、例えば 1 項を原告が求める場合にはという言い方をするというのは、おそらく現行法との関係でもそんなに都合が悪いものではないと思えますし、仮にその程度の対応で、ここで求められているものに対応することができるのであれば、TPP に対応する対応としては一つ考えられる対応なのかなということを含めて全く無責任に思いました。専門家の先生方はどう考えられるかお聞きしようと思った次第です。

司会：ここで少し議論を整理したいと思います。いろいろな論点が出ていますが、登壇者の先生方で上限と下限を積極的に入れるべきだと思っている人はいないということで、そうしますと、問題がいま出てきましたが、TPP 協定で求められている **pre-established damages** で要求されているものというのは何か。前田先生の理解としては、上限や下限を入れることは求められていないということでしょうか。

前田：それ自体は求められていないと思えます。

司会：韓国法で下限がない一方で、上限を入れることを TPP などアメリカやその他の国が求めているとも思えませんね。

前田：ですから、韓国法の法定損害賠償の規定があつて、下限はないわけですが、あそこからさらに上限を取ってもおそらく大丈夫ではないかと思っております。ただ、いま窪田先生からもご指摘があり、先ほどは森田先生からご指摘がありましたが、私はそういう規定は少なくとも TPP にいう **pre-established** になると思ったのです。しかし、**pre-established** の理解の仕方は多義的なので、私が言ったようなものが **pre-established** であるし、森田先生がおっしゃるものも **pre-established** であるという理解もあるだろうと思います。

司会：その理解ですと、前田先生としては現在の特許法 102 条 1 項が TPP の協定で言う **pre-established damages** にあたりうる、とのこととなりますか

前田：**pre-established** という点はそういう意味ではクリアできるのかもしれませんが、権利者の選択に基づきというところがどうなるのかというのはなお疑問で、そこを改正していいということであれば……。

司会：具体的にはどう改正するのですか。

前田：問題になるのは、単位利益を立証しないといけないわけです。販売していないのに単位利益というものは観念できないので、そこをどうクリアするのかというのがかなり難しいと思います。

司会：田村先生、どうぞ遠慮なさらずに。

田村：いま窪田先生からお話がありましたけれども、こちらのほうでは 102 条 1 項のただし書きで推定が覆滅された場合に、例えば推定 60 パーセントの確率でも、その 60 パーセントについて 3 項の算定ができるかということで裁判例の対立があるところで、おそらくそこにも関わってくると思います。ここでそういう話をしてよろしいのでしょうか。

司会：どうぞ。いわゆる 1 項と 3 項の併用の問題でありますね。

田村：私自身、102 条というのはそれぞれ権利者の救済のために設けられたと理解していますので、本来は選択ができるというのが原則で、一回途中まで使ったからもう使えなくなるというのはバランスを欠くように思っています。その意味でも、条約対応でゼロ回答が

できないときに、一つの可能性としては、——裁判例の多数説がこの10年で大分変わりました。昔は選択できましたが、いまはそうではないので、その意味で、——1項の枠内で販売もしていないのに、前田先生がおっしゃるとおり、常に1項を求めるといのはいまの制度ではちょっと無理ですので、違う制度を作ることになると思います。

例えば、そうではなく、販売しないときには3項を選択することが確実にできるというやり方です。一部の実施能力が届かないとかを——私は実施能力と販売能力を含むただし書きというのは理論的に付かないと思っているのですけれども——ただし書きで何らか入れて、マーケットシェアの問題などで全部取れなかったときに3項を選択できるというのを規定するというのは、単に弥縫策というかゼロ回答を防ぐ意味でも、一つの可能性だと思っています。そのタイプのやり方があると思います。

もう一つは、先ほどから紹介しているように、上限はどちらでもいいのですが、現行法とは別に105条の3との関係で、三村先生がおっしゃるとおり、まだ使いづらいということでしたら、より要件を明らかにするような、ある意味では和解金提示機能みたいなつものやり方もあると思いますので、そのどちらかだと思います。

三村：いま102条の1項と3項の重畳適用の話になったので、その点だけ一言言っておきます。平成10年に102条1項が導入されたころは、当然へこんだ部分、販売できないとされる事情があったとされた販売数量については3項の適用ができるというふうに思っておりました。2つの考え方があるというのは、ある意味イデオロギー的な対立のようなところがあって、言い換えると感覚の問題です。というのは、販売できないとする事情としては、私がかつてやってきたように、部品が来ないとか、工場が焼けているとか、あるいは自分が許諾したライセンサーに案分されてその分がいつてしまう、そういうものに原則限定されるという考えでは、当然3項の重畳適用ができるということになります。

しかし、いまの下級審裁判例は、どちらかという、販売できないとする事情としては何でもありという考え方です。安く売ったから、被告はブランド力があるから、大企業だから売れたでしょうとか、そういうものを全部入れる。全部入れる説はどういう考え方しているかという、結局、神の手により決められた損害額というのが伽官的に存在して、裁判官がそれを発見している。ということは、一回全ての要素を考慮した額を決めた、そこで客観的に正しい損害額を決めたのもう一回3項で追加額を算定してくださいというのはおかしいじゃないかという考え方です。方程式を2回使えばいいのだから、2回適用した結果が客観的な正しい損害額になるというふうに考えればいいんじゃないかと私は思っているのですが、2回やるのは背理であるというのです。

そういうところで、先に結論ありきではないですが、私は諸般の事情を全て考えてこの額ですという判断がされているといわざるを得ません。そういう考え方の人からすると、何で2回計算させるのだという考え方になるというふうに思っております。そこはイデオロギーとは言いませんけれども、そういう立場の違いによって1項と3項の重畳適用がで

きるかできないかという違いが出てきているのが実状だと思います。

司会：分かりました。1項と3項の併用について話を区切ろうと思いますが、森田先生はいかがですか。

森田：1項と3項の重畳適用の問題について、ここで立ち入って議論するつもりはありませんが、二点だけコメントしておきます。

第1に、1項と3項の重畳適用というのは、当事者がいずれかを選択することができることが前提となりますが、選択というのは、同一の法益侵害について複数の損害額の評価方法が成立するということがその前提となります。そうでないと、選択の問題は出てきません。この点について、古典的な差額説の考え方によれば、侵害がなかったとすればあったであろう財産状態と現実の財産状態の差を金額で示したものが損害であり、かつ、侵害がなかった場合の仮定的な財産状態というのは、相当因果関係という事実レベルの立証によって定まるとしますと、ある法益侵害についてその損害は一義的に定まることになりますので、選択というのは論理的には出てこないことになります。選択というのは、ある法益侵害によって被った不利益を損害額に評価する手法が複数存在するときには、必ず出てくるものであります。つまり、選択があるかないかというのは、そういう問題だということです。したがって、特許権侵害については、損害について複数の評価方法が存する場合がありますが、ここでの議論の前提となっているといえます。

第2に、1項・3項の重畳適用についての議論の中身については立ち入りませんが、1項・3項の重畳適用の可否というのは、理論的にみれば、同一の侵害について重複して損害の評価を行っているかどうかどうかという問題であるといえます。ある特許権の侵害について、1項で権利者が販売することができないとされた譲渡数量は、1項による損害額を評価するさいにすでにカウントされているものであると解される場合には、それを3項においても1回損害額に評価することになると、同じ対象について2回カウントすることになるので、規範レベルで損害を重複して評価していることになります。したがって、複数の損害額の算定方法の選択として、両者を組み合わせて選択することは認められるとしても、それぞれを重複して損害を評価しないようにしなくてはいけない、という要請を満たしたうえで、両者を足すことはできるけれども、重複して評価する部分を取らせることは二重取りになるので認められないわけです。ここでの議論の対立は、同一の損害についての重複評価が生じているとみるかどうかであり、この点でいろいろな考え方があるというのが現状だと思います。

司会：ありがとうございます。私も1項と3項の併用については肯定的で、**additional damages** ともいえるのではないかと思うところですが、それはそれとしまして、1項自体について、権利者の選択等については、おそらく権利者が他のものと選択できれば、3項等

他の算定方法と選択できれば権利者の選択といえるのではないかと私も思います。むしろ、前田先生のご報告からすると、損害の発生的なものを要件としているあたりが問題になるのではないかという趣旨にも聞こえましたが、その点はいかがですか。

前田：1項単体ではという意味で、3項があつて初めて選択できる状態が完全に確保されているという趣旨です。3項があるということが選択できる法定損害賠償が用意されているというための必要条件であるということです。1項が選択肢に入っていること自体はいいと思います。

司会：でも、なお1項はそれ単体では **pre-established damages** にあたらない、と？

前田：1項だけで、3項がないという状態のときに満たしているのかというと、それは満たしていないのではないかということです。

司会：現行法の102条1項・2項・3項がある状態で、1項はTPPの **pre-established damages** に含まれますか。

前田：1項と3項がそうであるという言い方はしてもいいと思います。

司会：分かりました。ありがとうございます。では、いろいろと議論したような気もしますが、想定したものではまだ入り口です。上限と下限は設けるべきではない。他方で、裁判官がある種規範的な評価を行って損害を算定するということが **pre-established damages** だとすれば、それは現行法においても既に導入されているともいえるのではなからうかということをお聞きしたいかと思ひます。

そのうえで、現在の3項と248条、あるいは特許法105条の3との組み合わせが、TPPで要求される **pre-established damages** にあたるかどうかということについて、先生方からもしご意見があればお願いします。つまり、改正をしなくても **pre-established damages** があるといえるのかどうか。1項がそれにあたるのではないかということもありましたが、3項についても、これにあたるといえるのか。あるいは、あたらないというご意見があればお願いします。

民事訴訟法248条は損害の発生を要件としているのでそこが問題になるのですが、他方で、3項について侵害があれば損害があると。損害不発生は抗弁、小僧寿し判決は別として、侵害があれば損害があるという考え方がいまは一応通説的な理解だと思いますので、それについて裁判官が248条を適用して、かなり裁量的に額を算定しているという状況に現状あります。しかも売上減少逸失利益とは選択的に主張できる損害ということですので、これを **pre-established damages** と解する余地もあるのではないかと。前田先生はその点はいかが

がでしょうか。

前田：私はそういう理解で先ほどご説明申し上げたと思います。

司会：やはりそうはいえないのではないか、というご意見はありますか。三村先生、いかがですか。

三村：先ほど、民訴法 248 条はなかなか使いづらいということを言いましたが、TPP との関係でそういう選択的な手法として、248 条を積極的に使っていきたいと思いますという機運が出れば、裁判所のほうも 248 条を積極的に使うことになると思います。

司会：田村先生、どうぞ。

田村：民訴法 248 条の話ですね。金子先生のご提案は、特許法 102 条 3 項、著作権法 114 条 3 項に民訴法 248 条と特許法 105 条の 3 をプラスしたものであるということでしょうか。

司会：プラスしなくてもよいのですが。

田村：理屈はいろいろと立つので、これを **pre-established** ということができるのであれば大変喜ばしいことだと思います。ただ、歴史的に考えると、リーズナブル・ロイヤルティの制度はかなり多くの国が持っていて、あえて条約で書く必要はないと思います。そういうふうに考えると、条約に書いてあるものはリーズナブル・ロイヤルティとは大分違ったものでないといけないのかなと。本当は僕はそういうことは言いたくなかったのですが、誰も言わないので、嫌々ながら申し上げます。

それから、もちろん同じことは特許法 102 条 1 項についても言えて、いま運用は逸失利益の推定で動いていますから、そうすると——、あれも一般的にはあるので、いろいろな国の証明責任についてはよく分からないのですが、証明責任についてはいろいろな意見があるかもしれないので条約であえて定めた、というには弱いかなというところがどうしてもあります。その点、105 条の 3、そして、三村先生がおっしゃるとおり、その使い勝手がいま少し悪いということであれば、使いやすいようにするというのは **pre-established** になると思います。

ご質問については、おっしゃることの理屈は分かりますが、歴史的に考えると少しきついかと思います。

司会：窪田先生はいかがですか。

5. 将来の侵害の抑止・侵害行為の悪性 TPP による要求内容と填補賠償の原則

窪田：著作権法の外の人間は好きなことが言えるものですから、せっかくまとまりかけた話に水を差すようですが、前田先生のパワーポイントのスライドの 3 ページ目で **pre-established damages** について 4 つの内容が示されています。この③、特に④の話というのは、いままでの議論で解決されたのでしょうか。他人事のような聞き方で申し訳ないのですが、「将来の侵害を抑止することを目的として定めること」、これは本来 248 条やそうした規定の中には入っていないタイプのものだと思います。

それは先ほど、本来わが国では損害賠償という仕組みの中で、当然には求められていないものを損害賠償という仕組みの中で TPP は実現しようとしているのではないかということにも関係しますが、この場で手打ちができたとしても、他の国の人に対して説明できるのかというあたりは教えていただけたらと思います。

司会：分かりました。その点はこれから検討に入っていきたいと思いますが、前田先生から何かコメントがあればお願いします。

前田：私の理解としては、④として、填補賠償の原則という枠組みを超えた対応を損害賠償制度に求めているのかいないのかという点で言えば、そこまでは求めていないだろうと整理できると考えて説明しました。では、何でこの文言が入っているのかというと、損害賠償制度というのは、填補賠償の原則の枠組みの中で運用したとしても抑止の機能を果たすことは当然ある。その意味で、填補賠償の枠組みの中でなるべく抑止の機能を果たすように最大限の配慮をしてほしいというぐらいの趣旨で理解できるのではないかという整理で私は理解しておりました。

窪田：その点について、よろしいでしょうか。非常に単純な人身損害型の古典的な不法行為の世界ですと、世の中に損失だけが発生していますので、そうした損失を誰が負担するかということであって、損害を賠償するということは、当然損害の填補にもなるけれど、同時に、加害者のほうはそれだけの新たな支出を負担しなければならないわけですから、当然に間接的な効果として制裁や抑止の機能が生じることになります。これはずっといわれてきたことだと思います。

しかし、知的財産権の侵害のような類型については、賠償しても利益が残ってしまう、不法行為をしても、ある程度賠償でもっていかれるとしても全体としてはペイするという、まさしくそうした類型として捉えられてきたと思います。だから、うまく吐き出させない限りはうまくペイしてしまうということになります。

前田先生の説明は、不法行為の損害賠償の一般的な説明としては分かるのですが、本当

に知的財産権の世界でうまく成り立つのかということ、例えば 248 条で対応したとしても、裁判官の気持ちとしてはがんがん認めようということにはならないと思いますし、まさに控えめな算定的といったかたちで評価していくのだとすると、本当に大丈夫なのかというところが気になったということでお聞きしました。

前田：その点に関しては、むしろお伺いしたいのですけれども、そういう積極的な認定を裁判所がガンガンやるという制度にしたときに、民法の填補賠償の原則との関係ではどう説明されることになりますか。それはなお原則の範囲内であるという説明が成り立つのか、それとも、そこは逸脱した部分があるという話でしょうか。

窪田：私は多分不法行為で、あまり一般的な理解ではしていないほうだと思いますので、私から申し上げた後、森田先生から不法行為の正しいご説明をしていただくとして……。

司会：その回答の前に、ちょっとよろしいですか。司会の権限で、議論を少しずらしますが、実際にオーストラリアとニュージーランドの追加的賠償制度を説明させていただいて、そのうえで、填補賠償の原則の下で行為を抑制できるのかということ、いまの質問に対してお答えいただければと思います。そういう議論の仕方でもよろしいでしょうか。

そこで、いまの論点、つまり侵害の行為の抑止ということを損害の賠償の中で考慮することができるのかということと、TPP との関係でしなければならないのかという両面が問題になっているわけですが、追加的損害賠償、**additional damages** という制度に関しては、奥邨先生のところで飛ばされたスライドですが、ニュージーランドとオーストラリアでこの追加的損害賠償というものに関わる条文が設けられております。

お配りしている参照条文の、ニュージーランド著作権法の 121 条の 2 項を見ていただければと思います。もう一つの選択肢で「利得の吐き出し」というのがありますが、これはまた後で触れさせていただきます。1 項では損害の賠償と利得の吐き出しを主張することができるかと書かれていて、2 項において、侵害訴訟において裁判所は諸事情を考慮したうえで、侵害行為の悪性と侵害者が得た利益を考慮して追加的な損害賠償、**additional damages** を命じてよいという規定が設けられております。ここでは、侵害者が得た利益と共に侵害行為の悪性というものを考慮して、追加的な損害賠償を命じることができるという規定がニュージーランドの著作権法では設けられております。

ちなみにニュージーランドの商標法では、この追加的損害賠償に関する規定は現在のところ入っておらず、特許にも入っていないようです。このニュージーランド法は、イギリスの著作権法等で設けられている追加的損害賠償の規定をそのまま入れているものです。

他方、オーストラリアの著作権法・商標法では、6 ページの 115 条 4 項ですが、ここでは 4 項によりまして、ニュージーランド法よりも多くの考慮要素が挙げられて、これらを考慮して追加的な損害賠償を命じることができるという規定が設けられております。その中に

は、特に侵害行為の悪性、1の他に1aとして同種の侵害行為を抑止する必要性というものも追加的損害賠償の考慮要素として明確に規定されているということでもあります。

奥邨先生、具体的な事案が1つあるということですが、お願いします。

奥邨：私もオーストラリア法が分かるわけではなく、あくまでタベインターネットでの **additional damages** についてオーストラリア関係で調べたところ出てきた事例となります。一つ留保をつけておかなければいけないのですが、判決をもう一回読み込んでみますと、どうも欠席裁判になったようです。ただ、欠席裁判になっているけれども、いろいろと判断しているので、どれぐらいの有効性があるかというのは、留保したいと思いますが、弁護士事務所のアラートで重要な判断だということ以案内されていたものではありません。

事案を言いますと、写真のストックから勝手に写真を取って自分のインターネットサイトに使っていたという人が写真家から訴えられた事案です。

ライセンス料相当としては 1,850 オーストラリアドルの損害賠償が命じられたのに対して、追加的損害賠償としては、1万 2,500 オーストラリアドルということで、7倍ぐらいを命じられています。そのときの裁判所の理由として、これからの時代、インターネットでこういう著作権侵害というのは広がると思う。それを考慮する必要があり、しかも今回の件は初めて裁判所に来た件だから、などということが理由で、あとは細かいことも何もなく、1万 2,500 オーストラリアドルが命じられているということです。

TPP の条文を見ていただいてもそうですし、オーストラリア法を見ていただいてもそうですが、**similar future infringement** となっています。法定賠償のほうは、TPP のほうも単なる **future infringement** を抑止するとなっていますが、追加的賠償の方は、“**similar**” が付いていますが、これは、オーストラリア法を引き写しているのだと思います。そうすると、オーストラリア法的には、追加的賠償制度には、一般予防というか、世の中一般に対する侵害抑止的な価値というのかなり重視している可能性があるということになると、我が国とすれば、やはり異質な感じはすると思います。

司会：ニュージーランドの場合は侵害の抑止という言葉は考慮要素には挙がっていないくて、あくまで侵害行為の悪質さを考慮するとしているという点で、オーストラリア法とニュージーランド法の差異があると思います。なお、イギリス型の追加的損害賠償について、以前、今村先生が文化庁の何かの報告書にまとめたところでは、ニュージーランドやイギリスのような追加的損害賠償が懲罰的な損害賠償なのか、それとも精神的苦痛なども含めた、あくまである種の損害の填補の範囲なのかということについては議論が分かれているというご紹介がありました。

このオーストラリア法、ニュージーランド法をどう理解するべきか、ということは、いまここで議論することはできませんが、いま議論したいのは前田先生から出た点であります。この 3 項の問題に限らず、損害賠償の算定において、まずは侵害行為を抑止するとい

うことを考慮要素とすることが填補賠償の原則の下で可能なかどうかということについて、窪田先生にお答えいただければと思います。

窪田：一般的に可能なのかというと、私自身は可能だろうと思っています。先ほど答えたことが簡単かなと思ったのは、いくつか異なる局面の話があって、前田先生から切り返されたご質問というのは、裁判所ががんがん認めるかたちになったら、それは填補賠償の原則に違反するののかということですが、それはおそらく控えめな算定という経験則的なものとはずれるかもしれないけれど、それが法的に正当化されたかたちで損害の算定手法として認められているのだったら、填補賠償の原則に違反しているわけではないだろうと思います。

一方で、いま紹介していただいたオーストラリアの話は、多分わが国では不可能だろうと思っています。それは見せしめの損害賠償で、「こいつは初めてだから今後のために」ということであって、この人が2番目だったらこの額にはならないわけで、前提となる損害を説明することができないのでこれは不可能だろうと思います。そうだとすると、お前の立場からは制裁というのを損害賠償額の算定どおりに評価する余地はないじゃないかと言われそうですが、損害事実を前提としたうえで、損害の金銭的評価の方法にはいくつもあるという選択肢を取った場合には、加害者の悪性が高いような場合等については、より不利なかたちで算定することが可能ではないか、特に、悪意をもって他人の権利を無断で利用した場合には、それによって利益を上げている場合、お前はまさしくその権利にそれだけの価値があるということを自ら立証したのだと、いわばそういうことを主張することは比較的容易になるのではないかと思います。

ですから、填補賠償の枠というのは、損害がないところまで賠償を認めるわけではありませんが、その前提となる損害をどのように理解して、どのように評価するのかというレベルにおいて、そういったものを考慮することは、その範囲では許されているのではないのかというのが私の理解です。しかし、必ずしも一般的な民法、不法行為法の理解ではないだろうということはお断りしておいた方がいいかもしれません。

司会：森田先生はいかがでしょう。

森田：私も一般的な民法の理解を代表しているつもりはありませんが、萬世工業事件の最高裁判決が言っているのは、加害者に対する制裁や、将来における同様の行為を抑止する一般予防を目的とする賠償金の支払は認められないということです。この③④というのは、規範的な損害の評価により相当な損害額を認めることによって、それが将来予防の役に立つし、また、そういうことも考慮しつつ損害額を定めるということであれば、これはわが国の填補賠償の原則の範囲内で、将来の侵害を抑止するものであって、当該行為者が相当な損害額の賠償を命じられることが、ひいては将来の侵害の抑止にもつながることを考慮

することを妨げるものではないと思います。

規範的な損害の考え方というのは、事実として損害を立証できなくても、それに代えて、法益侵害について一定の規範的な評価によって相当な損害額を認定するものですが、先ほど議論があった民訴法 248 条が使いやすいかどうかという点も、かりに上限と下限を定めたとしても、それだけで損害額を認定することは難しいし、実際にどのような論理によって相当な損害額を認定するのかというところがはっきりしないと、判決理由に書きようがないわけです。こういうケースでは、このようなロジックを用いて相当な損害額を導き出すのだという一定のフィクションが必要であって、それを特許法 102 条のように法律で規定するのか、生命侵害における逸失利益の算定ルールのように判例によって法形成するのかはともかく、いずれにおいても、何らかのフィクションが必要であるということは規範的な損害の考え方において共通すると思います。

それでは、規範的な損害の評価で用いられるフィクションは何でもよいのか、という問題がもう一つあって、一般の人が納得できないようなフィクションはやはり認められないのだろうと思います。例えば、すべての人が平均賃金で 67 歳まで働くというフィクションについては一般の人は納得していると思いますが、納得できないフィクションでは駄目です。

本日の最初に、三村先生が調査官として担当された貝採り事件の話をされました。貝採り事件というのはどういう事件なのかといいますと、事故の被害者が事故後に別の原因で死亡した場合に、つまり、被害者が当該事故とは別の原因でその後に死亡したことにより、平均余命までは生きられないということが事実として判明した場合に、逸失利益の算定においてこの死亡の事実をカウントするかしないかという問題について判示したのが、貝採り事件の最高裁判決（最判平成 8 年 4 月 25 日民集 50 卷 5 号 1121 頁）です。最高裁は、労働能力の一部喪失による損害というのは、事故時に一定の内容のものとして発生しているというふうに考えられるのだから、事故後の事由によって消長を来すものではないと判示しましたが、これはある種のフィクションであって、その人が事故後に別の原因で死亡し、その後は生きられないということが明らかになったとしても、逸失利益の算定上は、死亡の事実は考慮しなくてもよいといったわけです。

しかし、その後、被害者の介護費用についても、同じことがいえるのかが争われた最高裁判決（最判平成 11 年 12 月 20 日民集 53 卷 9 号 2038 頁）が現れました。本件でも、事故によって介護を要する状態になった被害者が、事故後に別の原因により死亡しましたが、将来の介護費用は現に要らなくなるということがはっきりしたにもかかわらず、その賠償が認められるかが問題となりました。先の最高裁判決が述べたように、労働能力の喪失による損害は、事故時に一定の内容のものとしてすでに発生したものと観念されるというフィクションに基づいて、事故後の別原因で死亡しても消長を来すものではないとして、被害者が平均余命まで生きるという前提でその間の介護費用の賠償が取れるかという点、最高裁は、これは認められないとしました。それでは、最高裁はなぜ認められないと言った

のかということ、労働能力の一部喪失による損害を算定するうえで、法的なフィクションも用いるのはよいけれども、衡平性の裏付けが欠ける場合にまで法的フィクションを及ぼすのは相当でないということで、そこで区別をしたわけです。被害者の死亡によって不要となった将来の介護費用の賠償を認めることは、被害者ないしその遺族に根拠のない利得を与える結果となり、かえって衡平の理念に反することになる、というわけです。

したがって、このような判例の考え方によれば、法益侵害により生じた損害を規範的に評価して相当の損害額を算定するさいには、一定の法的フィクションを挟むことになるけれども、その法的フィクションというのはやはり合理的なものでなくてはいけないということになります。そのような合理的なフィクションを豊かにしていくということが、事実として損害を証明することが困難である場合にも、規範的な評価によって損害を認めることが可能になり、損害の填補を充実したものにすることになるし、また、そのことが侵害の抑止にもつながることにもなるわけです。填補賠償の原則のもとで考えるときには、これがあるべき方向であり、そのような規範的な評価の方法として何が考えられるのかについて知恵を出していくことが最も現実的な可能性がある方向だろうと思います。

田村：皆さん既に言い尽くされていることですがけれども、先ほどのオーストラリアの判決というのは、かなり一般予防を中心に考えています。そうすると、自分の他に侵害者の数がどれぐらいいるのかということでは、侵害者というのはコントロールが不能な事情ですから、そういったコントロール不能な事情に対して、そういう責任をやや超えるのではないかという指摘がありました。本人にとっては十分狙い撃ちで、なぜ私かという公平の問題とか、いろんな意味で、日本法の感覚でいくと正当化がしづらい。さらに、権利者のほうも、他にたくさん侵害されていれば、自分が賠償を受けることができるということもかなり正当化が困難で、いろいろな意味で三重ぐらいのハードルがあると思います。

他方、従来の制裁機能とか法の実現における私人の役割とかを議論したら、むしろ、侵害者の加害態様とか、害であるとか、あるいは侵害利得の吐き出しとかの、基本的にはご自身の中の責任あるいはご自身の中でコントロールができるということ、あるいはそれはあなたの属性ですということで説明ができますので、いまの三重苦が比較的なくて、ただ、最後の1点、権利者が柵からぼたもちになっているのかなというところで、3倍は行き過ぎで、侵害利得の吐き出しぐらいだと、僕はわりと、先ほどのご説明にもありましたが、そんなにすごく乖離しないと思います。市場機会の評価としてもそのような尺度を使う、そういう位置付けができると思います。

ですから、制裁とか抑止とわれわれも簡単に言ってしまいますけれども、このオーストラリアの判決は、一般予防で特別予防が果たせば果たせるかなと副次的に考えないのと、一般予防を中心に考えるのとの法制度の違いをもろに明らかにしていただいた。そういう意味ではわれわれにとってはありがたいです。

奥邨：補足だけです。先ほどの事案ですが、通知が来ても被告が侵害行為をやめなかったというのも判断要素に入っています。また、行為の悪質性もあるのですが、それも強調されています。

それから、一般予防特別予防のことでもう一つ、アメリカは侵害抑止と言うのですが、やはり一般予防的なことを言っているというよりは、本人が繰り返さないということのほうに強調感があるように私は理解をしております。

そういう意味でも、TPPで2つに書き分けて、しかも、TPPの追加的損害賠償のところには懲罰的賠償でも構わないのだという注釈が入っているという意味は、よそから見ると、オーストラリアなどの追加的賠償制度は、かなり特殊に見える可能性があるということなのではないかと思いました。

三村：いま議論になっている裁判所に受け入れられるのかという話から、一言申し上げたいと思います。説明の方法であって、それが反射的效果とか副次的効果としてという言い方を挟むのであれば、森田先生がおっしゃるように、そこはそういうかたちでの法の運用が既にされているわけです。例えば、刑事ですら、その人自身の再犯ではなく、一般的な犯罪抑止のために重罰にすると正面から書くのはどうかというふうに思いますけれども、そういうことを十分考慮したうえで重罪犯罪に対しては量刑しているわけですし、そこは検察官も裁判官も分かっているけれども、それを主に書くわけにはいきませんので、そこは反射的あるいは副次的効果というかたちでやっています。

あと、民事の交通事故の場合には、損害額が低いなら事故を起こしてもよいと考える人はいないと思いますけれども、知的財産の場合には損害額が安ければ侵害品を売ってやろうという誘惑はどうしてもある分野です。例えば不正競争防止法が今回改正になりましたけれども、営業秘密の関係ではいままではたいした事件はなかったのですが、ただ、今回、東芝と新日鉄という大型事件が出てきて、それにより侵害の規模に見合ったかたちの損害額の議論がされたわけです。その場面ではそういう大きな金額が認められないのであれば、また同じようなかたちでの営業秘密の漏えい、窃取が行われるだろうという議論がされています。

裁判所としても、正面からそれを主目的にしてという言い方をするのは大変なじみにくいと思いますけれども、それを考慮していないかというところを決してそういうわけではなく、現在の審理でも考慮していますし、副次的あるいは反射的な効果という意味での説明は外部にもしているというのが現状だということを、一言申し上げます。

窪田：いろんなかたちで議論が尽きているのかもしれませんが、アディショナルなものということですので、それについてお話をさせていただきたいと思います。ライセンス料相当額のものがある、それが損害だとしたうえで、それ以外に制裁として、7倍はともかく、1倍の追加を認めるといったことは、これはわが国の損害賠償法の説明としてはうまくいか

ないし、森田先生からお話があったフィクションという点でも、それほど成功していないのではないかと思います。

ただし、何か説明ができたうえで 2 倍ということになれば、より適切に抑止の効果や制裁の機能を果たすと思いますが、その場合は間接的な機能だ、効果だとかたちで正当化が可能だと思います。そうだとすると、それがフィクションであったとしても、2 倍にする理由をどのように説明することができるのだろうかということになるのではないかと思います。

こんな理屈が通るかどうかはよく分かりませんが、私自身、以前から感じておりましたのは、ライセンス料相当額というのは、確かに逸失利益的な損害賠償としては説明できるけれども、ライセンス料相当額のことを過去について賠償を認めるということは、その過去についてライセンス契約を締結したのと同じ状況が無理やり認めさせているということです。ですから、契約の締結強制の状況を作り出していることとなります。この締結強制させられたということについては、実は何ら手当をされていないのではないかと考えると、フィクションとして同じ額を認め、倍額の賠償を認めるということも説明できあるのではないかなという気がします。

実はライセンス料相当額の賠償を認めるのでは足りなくて、それにきちんと一定のものを付加しないと、本来の損害の填補はなされていないはずだというような説明ができるのではないかと。これはおそらく森田先生がおっしゃるフィクションだと思いますし、フィクションとして説得的かどうかは分からないのですが、こういう説明をして「倍」といったうえで、それが抑止の効果を伴うという説明をするほうが、わが国においてはやはり通りやすいのではないかと気がいたします。

司会：ライセンス料相当額というのも特権侵害という損害をフィクションとして取られているので、別のフィクションの取り方もあるのではないかと。一点は、TPP で要求されている侵害の抑止を目的として、あれも”with a view to”を「目的として」と訳すべきかどうかというのはあると思うのですが、オーストラリア法のように、本気で、こいつに見せしめで 7 倍ということを要求しているのではなく、制度全体として、結果として十分な抑止になっていると言えればよいという理解で、前田先生、よろしいですか。

前田：私もそう思います。もちろん、自国の主体的な選択としてそういうものを入れること自体は自由だと思いますが、TPP は特にそれを義務として求めているわけではないと思います。

司会：だとすれば、additional damages として必ずしもオーストラリア法のような、あるいは先ほどの判決のような判断をする必要はなく、全体として見て侵害の抑止と十分いえれば、結果として十分な、TPP に違反するものではないということになるのではないかと

思います。そのうえでの選択肢として、倍額賠償、あるいは侵害行為の悪質さというものを考慮要素とするということがあります。侵害行為の悪質性を損害算定において考慮要素とすること自体は、損害の賠償の範囲内という説明をどちらにしろする必要はあるわけですが、それは可能だと。先ほど窪田先生の中で、特に利得の吐き出しについては、悪意でやっていたら、それぐらいの価値だというふうに侵害者自身が認めるというのは、そういう説明として可能ということですね。

窪田：今日は専門家でもありませんし、本当に寡黙になって語らないつもりでしたが、しゃべってしまって申し訳ございません。今の点については、可能ではないかと思えますし、現行法でも、悪意の不当利得という制度があります。悪意の不当利得というのは、国によって不当利得に位置付けているのですが、不法行為に位置付ける場合もあるタイプのもので、まさしくあのタイプのもので言えば、主観的要件を限定したうえで利益を吐き出させるような仕組み、準事務管理でも結構ですが、損害賠償というかたちを取らないだけで、現行法でも実は類似のものがあるので、それほど不自然ではないのではないかという気がいたします。

司会：森田先生からコメントはありますか。

森田：一般的に可能かと問われれば、私自身はそう考えているわけですが、伝統的な差額説を前提とするときには、侵害がなければあったであろう仮定的な財産状態は相当因果関係によって定まることになり、因果関係というのは行為者の主観的な態様に関係なく定まることになるので、加害者の主観的態様は損害賠償の範囲には影響しないことになります。しかし、故意による不法行為については、損害賠償の範囲を広く認めてよいという見解が近時の学説においては有力になってきていますし、そのさいの理由づけはさまざまだろうと思います。

それから、侵害行為の抑止について議論するときに、先ほど窪田先生が指摘されたのは、加害者に利得が残らないということが重要であるという点ですが、この点は、従来はどちらかというところ、2項に関して侵害者利益の吐き出しとして議論されてきたわけです。そして、そのさいの説明の仕方としては、ドイツ法的には準事務管理という考え方で説明をすることが一つあります。これに対し、フランスでは、最近では「営利的フォート (faute lucrative)」という議論があります。これは、違法な事業活動によって経済的な利益を得ようとする行為に対しては、そのような侵害者の主観的態様を考慮して、利得の吐き出しを内容とする損害賠償を認めようというものですが、懲罰的損害賠償とは異なるものとされており。

このように侵害者の主観的態様を考慮して、違法行為による利得の吐き出しについては、諸外国においてもいろいろな説明の仕方がありますけれども、わが国においてこうした考

え方が確立しているかどうかは、必ずしも定かではありません。ただ、2項との関係でいいますと、かりに権利者に生じた損害を超えるものであったとしても、侵害者に利得が残るのは適当でないので、これを損害賠償によって吐き出させる必要があると考えるときは、侵害者に故意または重過失が認められる場合に限り、あるいは違法の事業活動から経済的な利益を得ようとして意図的に侵害行為を行った場合に限定して、そういうことは許さないというふうに侵害者の主観的要件を絞る必要があります。

このような観点から、現行の2項をみますと、2項はそのような主観的要件の限定がないので、侵害者の利得の吐き出し法理としてこれを純化する場合には、2項を改正して主観的要件を絞る必要が生じてきます。しかし、そうなると、2項に基づく損害賠償が認められる場合を限定することになりますので、権利保護の強化の観点からは、むしろ逆行することになるのではないかという指摘が出てきます。このような理由で、98年の特許法改正のときにも、特許法102条2項には手をつけておりません。

2項には、一つには、侵害者利益の吐き出し法理としての機能が認められるのですが、もう一つ別の機能も認められます。これは、1項の侵害者の譲渡数量を指標として逸失利益を算定する場合には、権利者の利益率を示す必要があるのですが、権利者がその利益率を明らかにしたくない場合には、2項によって逸失利益の賠償を請求することが可能です。この場合には、侵害者の利益率でもって、権利者の利益率に代替させることを意味します。そうしますと、侵害者の譲渡数量を指標として逸失利益を算定するという点では、むしろ1項と2項とは平行に捉えられますが、利益率については、2項では、侵害者の利益率は権利者の利益率にほぼ等しいというフィクションを挟んだうえで、侵害者の利益率を用いて近似的に逸失利益を算定するのが2項であると説明することになります。もっとも、このように1項と2項を平行に捉えるときには、2項が現行のように推定規定のままでもいいのか、むしろ、1項と同じように、特許発明以外の要因によって譲渡数量が生じたときには、それに相当する部分を控除することにより割合的に損害額を認定するという形で、規定の仕方を整理し直す必要があるかもしれないところです。

このようにみますと、いずれの考え方によっても、現行の2項の規定それ自体は、やや中途半端なものになっているということができます。いろいろな理解の仕方が可能な規定となっており、そうであるがゆえに、いろいろな使われ方が可能になっているという面もあるわけです。これを理論的にすっきりさせて、いくつかの考え方に即して分解し、それぞれに純化させようとするときには、いくつかの選択肢がありえますけれども、その議論をこのTPP対応の法改正の中で行うとすると、手を広げすぎることになるので、さしあたり利益の吐き出し法理の問題は、今回は括弧にくくって議論するのが適切ではないかと私は考えます。

司会：今の点について、窪田先生や田村先生から何かコメントはありますか。

田村：時間も考えると……。森田先生で尽きていると思います。

司会：利得の吐き出しでやるときに、TPP で要求されている **additional damages** や **pre-established damages** に考えてくれるのかというのがちょっと難しいかなとも思われます。

田村：先ほどロスト・プロフィットとリーズナブル・ロイヤルティについてお話したのと同じ状況で、少なくとも、いまご紹介がありました、ドイツでは、百何年間、侵害者利得を損害として算定していますし、アメリカでは、特許は経緯があって廃止していますが、奥邨先生が紹介したとおり、著作権などでは歴史的にやっけて、それらを決して **pre-established** とか **additional** には位置付けませんので、そういう経緯を考えると、私の解釈は三村先生と同じように利得の吐き出しはいまでもできるという少数説です。それを明らかにした条文を置いたところで何か許してくれるような雰囲気はないと思います。

6. “additional damages”の意味

司会：そのうえで、TPP 協定で言う **additional damages** というのが何を意味するのかということについて、もう少しお伺いしたいと思います。先ほどの侵害の抑止を直接的な考慮要素をする必要はないと思うのですが、文言からすると、何らかの損害に対してアディショナルであるということは要求されているようにも見えます。前田先生、この点についてはいかがですか。

前田：最初のほうの窪田先生の現実損害とは何かかというご質問にもお答えつつ、お答えしたいのですが、現実損害といったときにはいくつかのレベルがあります。一つは訴訟の中で証明された損害という段階、次に差額説的な損害というものがあって、最後に損害事実説による評価額としての損害があると思います。このいずれも現実損害という言葉で呼ぶことがあると思います。このアディショナルというのがどれに対してアディショナルなのかということですが、一番狭い意味で考えると、裁判所で証明された額に対してアディショナルだというふうを考える。こうすると、填補賠償の原則の範囲内でも理解できる余地が出てきます。

一方で、差額説もしくは損害事実説としての損害額に対して追加的と考えたと、これは絶対に填補賠償の原則を超えることになるという整理ではないかと思います。

司会：窪田先生、今の点について何かコメントはありますか。

窪田：大変適切にお答えいただいたと思います。結局、3つの選択肢があって、どれを取っ

でもいいということですか。というのは、一番簡単な選択肢は実際に証明された損害というのは実際の損害よりはるかに少ないだろうから、倍まで認めましょうというのだったら、多分、填補賠償の原則には反しないということになるのですが、それもオッケーなのですか。

前田：どうなのでしょう。この TPP の文言からそれをオッケーといえる余地はあるようにも思ったのですが、同様の侵害の抑止の必要性を「含む」となっていますから、別に入れてなくてもいいのではないのでしょうか。

司会：加算する部分、証明された金額に足すときに同種の侵害の抑止的效果を結果として発生するようなものとなっていれば足りるので、オーストラリア法のように侵害の抑止を直接的に考慮要素とする必要はないと思います。奥邨先生、いかがですか。

奥邨：TPP 協定では、**additional damages** に注釈がついて、**punitive damages** と書いています。これは、アメリカ人なりに **additional damages** として意識しているところがあってそれとは異なるからではないかと思うのです。アメリカの 110 条 5 項の追加的賠償場合は、法定でもいいし、現実損害でもいいし、とにかく普通の損害賠償を支払させた上で、プラス、ライセンス料の 2 倍の 3 年間分、時効にかかるまで払いなさいというものです。つまり、かなり具体的に計算できる金額をはっきりしたかたちで追加で払わせる制度というイメージをアメリカ人は持っているのではないかと思います。オーストラリアやニュージーランドが何を考えているかは知らないみたいな世界ではないかと思います。

7. 倍額賠償

司会：条約に対する考え方というのも含めて、その点も議論させていただければと思います。ただ、文言としては解釈の余地はあって、紛争解決手続きなどで争う余地はあるところではないかと思いますが、それはまた後にします。そのうえで、倍額賠償のような考え方を、証明された金額に対して何を証明したかというのがライセンス料相当額、あるいは相当実施料の場合と売上減少の逸失利益のような場合があると思うのですが、それを必ず倍にする、あるいは、裁判官がすることができるという規定ということも考えられます。この点について、田村先生ご自身はどのように思われますか。

田村：私自身は売り上げ減少による逸失利益とか、102 条 1 項・2 項のものについてさらに倍にすることは、先ほどの過剰抑止の観点から考えると少し強過ぎると思います。他方、ライセンス料の場合、少し細かいことを言うと、いま事後的に見て相当なライセンス料ということで、全てとは言いませんけれども、裁判所によっては倍近いところまで運用して

いるので、あれに倍すると事実上は3倍か4倍になるので、そうではなく、契約ベースのライセンス料に倍というイメージは私は十分あり得ると思っています。

それは、窪田先生からご紹介がありましたように——窪田先生の理由付けは僕のものとは若干違っているように見えますが——、要するに、事後的に相当な侵害とされたという事情を考慮したうえでの均衡回復のための倍です。いままでは **additional** のほうに入っていると思いますけれども。これは填補賠償から見ると一見離れるように見えて、しかし、従来も、事後的に相当なのでやっていたり、場合によっては商標で無形損害のところをやっていたり、あるいは三村先生のところでは慰謝料を使っていたりしていました。従来もやっていたものを法定で倍にする。少し抵抗があるようだったら、倍までとか、あるいは事情によってということにして、そこで言うことを聞いていないことを考慮する。あるいは、単に無垢のイノセントなものには倍にしないとといった処理は、私はあると思います。理屈というよりは政策的に契約ベースの使用料相当額の倍はいいのですけれども、他は少し過大過ぎるように思います。

司会：具体的な条文としてはどのようなかたちになりますか。

田村：いまの3項にそのまま倍と書くと、実質3~4倍の可能性があるので、逆作用で、3項の柔軟性が失われるかもしれません。でも、いろいろな考え方があって、新しく倍ができるのだったら、いままでの事後的相当のやつは全部これに吸収するという手はあるかもしれません。そうすると、契約ベースだということが分かるような文言、例えば、めちゃくちゃなことを言うと、「通常」を復活させて、それに倍までというのが一番いままでのなじみの手段です。ただ、条文の文言は、心が分かればあとは何とでもという気がします。

司会：裁判官が倍にできる場合もあるのですか。それとも、常に倍になるのですか。

田村：「常に」は私はあまり好きではありません。「常に」と書くのであれば要件を絞らないといけないと思いますが、それは立法技術的に大変でしょうから、諸般の事情の中に入れていいのではないかと思います。

森田：3項で「倍」と書くときに、なぜ「倍」なのかという点について、どのように説明するかによって大きく変わってくると思います。

3項の問題については、そもそも、98年の改正で「通常」の文言を削除したときに、私が採っていた見解は、田村先生と同じであります。事前に実施許諾契約を締結する場合における対価と、事後的に見て相当な対価を賠償額として算定する場合とでは、そもそも前提が異なっており、契約で対価を合意する場合には、将来に生ずるさまざまなリスクを織り込んでディスカウントされているはずですから、侵害者には既に一定の利益が上がった

ことを前提に、それを権利者に分配するという観点から事後的に評価するときには、理論的には、事前に契約で合意した対価よりも高額になってしかるべきだと思います。

その当時、フランスの判例においては、**majoration** といって、解釈によって事後的に認められる相当の対価を増額しており、平均すると通常の約定実施料の 1.5 倍ぐらいになるのではないかという指摘があります。98 年改正においては、日本法においても、これと同様の解釈を採ることを促すべく、「通常」の文言を削除したわけであります。したがって、そのような改正の趣旨がいまも十分に機能して受け止められているとすれば、現行規定のままで特に問題はないところです。しかし、かりにそうでない場合には、98 年改正の趣旨をさらに明確化すべく、侵害者が実際に得た利益やその主観的態様などを考慮して、事後的に見て相当な対価を算定するというように、その考慮要因を書き込むことはありうると思います。これに対し、3 項に「2 倍」という数字を書き込むとすると、なにゆえ「2 倍」なのかということの説明が必要になってくるだろうと思います。

この点に関連して、田村先生のご報告の中に出てきた暗数問題についても、一言しておきたいと思います。この議論の危険なところは、民事訴訟の原則というのは、訴訟においては、立証された事実のみが存在すると扱われるというものですが、暗数問題という考え方は、この基本原則に抵触する面があることです。訴訟において立証されるのは、氷山の一角であって、実際はそうではないということはみんなが知っていることだから、暗数を考慮しなければならないというわけですが、それを言い始めると、すべての問題について同じことがあてはまりそうです。そうだとすると、なぜ知的財産権についてだけ暗数を考慮すべきなのかが問われます。

例えば、医療過誤で訴訟に敗訴するのは、患者の側で立証することが困難な事実が沢山あるからであって、訴訟で立証できた医療過誤は、実際にはその一部かもしれないというときに、この立証の困難さから生ずる問題点をどのようにクリアすべきかという問題があります。このような問題に対処するために、判例は、医師の医療行為と患者の死亡等との間の因果関係が立証されない場合であっても、適切な医療行為を行われていたならば、患者が生存していた「相当程度の可能性」の存在が立証された場合には、医師に不法行為に基づく損害賠償を負わせることができるという法理を形成しております。この判例法は、生存について「相当程度の可能性」を新たな法益として構成することにより、不法行為責任の成立を認めて、立証の困難から患者の救済を図るものであります。さらに、患者の生存可能性が侵害されたことの立証ができない場合であっても、医師がとった医療行為が著しく不適切なものであった場合には、不法行為責任は認められないのか。この点については、最高裁は結論を留保していますが、その場合は、適切な医療行為を受ける期待権の侵害を不法行為と構成するという方策もありうるようです。

医療過誤について、最高裁がなぜこのような理論を形成してきたのかといえば、やはり民事訴訟における事実の立証は、高度の蓋然性をもってなされることを要するというのが民事訴訟の基本原則であって、医療過誤がなかったら患者は生存していたであろうという

ことが高度な蓋然性をもって立証されなければ、生命侵害を理由とする不法行為責任を射止めることはできない。その不都合を回避するためには、民事訴訟の基本原則を正面から否定するのではなく、それと両立する形で、患者の救済を図る必要があったからであります。

そうすると、「氷山の一角だから」という理由だけでは、賠償額を2倍とすることは、おそらく理屈としては通らないように思います。なぜ立証された損害額の2倍とすることができるのか。「2倍とする」のではなく、「2倍まで増額することができる」と規定したとしても、これを争う側は何を立証すれば2倍より減額してもらえるかということがはっきりしなければ、フィクションとしての合理性が欠けるということになるのではないかと思います。

司会：田村先生、何かありますか。

田村：暗数問題についてはおっしゃるとおりです。いまの特許法でいくと105条の3、著作権法110条の5で本来は対処しうるだろうと。ただ、三村先生がおっしゃったように、裁判所はまだなかなか使いづらいということであれば、先ほど申し上げたように、和解金額の提示ぐらいのつもりで、気楽にいったん出せるような条文を作ることはいいと思います。そうすれば、もう少し証明していけば崩れるということも可能で、森田先生のいまのご懸念に対応する制度だと思います。それを倍額というのは全く理由がないと私も思います。

司会：そうすると、法律に倍と書くよりも、むしろ民訴法248条とかそのあたりを……。

田村：それは売り上げ減少とかそっちのほうの話で、ライセンス料相当額については先ほどからご紹介している、ここらへんではコンセンサスが事後的に相当な、ただ、それをなぜ倍にするかという予測可能性を出して法定するとしか言いようがありません。

三村：102条3項について、通常をとっただけでどこまで増額できるのかが、裁判官によって考え方が違うということは先ほど申し上げたとおりです。確かにそこはフィクションとしては、いくつかうまい説明の仕方ができるわけなので、いま森田先生がおっしゃったように、後から見て、成功している特許だけ選んで実施しているとか、事前にライセンスを受けるときには、一つは数量について開示義務があって、権利者のほうが実施品の数量を監査をする権限がある場合もあります。それから、もう一つは、不争義務があって、特許無効で争えないということがありますし、最低実施数量が決められている場合もあります。侵害の場合には、そういうものが全くありません。要するに、訴訟において特許無効の抗弁も出せませんし、最低実施数量の定めもないので自分の好きなだけ販売して、この製品は売れないと思ったら事由にやめることもできます。そういう好条件で同じようにライセン

スを受けるとすればライセンス料が倍になるというのが社会的な常識だということであれば、市場において形成されているライセンスとして同様の条件でライセンス料が決められていた場合の料率という書き方をすることは一つ考えられると思います。

あと、もう一つ、対応とかそういうことを考えるのであれば、102条1項で、販売できない事情というのを考慮すると書いてあるのですけれども、例えばいまの下級審の裁判例の運用ですと、要するに侵害品を無料で配れば損害額が低くなるのかとか、侵害者が一生懸命努力をして侵害品を売ればその努力を評価して損害額を低くするのかとか、社会感情に反して、すごくたくさん殴ったほうが得になるというような状況になっているわけです。それはちょっとおかしいので、それらの事情は場合によっては考慮することができるというぐらいにして、廉価販売等による侵害を行った方が損害額が低くなるという解釈は一般にできないようなかたちの条文にするとということが、一つ考えられることかと思えます。

8. 付加金制度について

司会：ありがとうございます。いまの点に関して何かありますか。特になければ、一つ別のことをお伺いしますが、これまでの議論は、冒頭にも言いましたように、損害の填補を原則としてお話ししてきました。ある種、倍額賠償的な制度として、現行法で既にあるものとして、労働基準法および船員法の、参考資料に載せている条文に付加金という制度があり、未払い賃金などについて、それを付加金として裁判を通じたものとして労働者等が行使することができる。実績には倍額の賠償になるような結果の規定がございます。森田先生、この規定はどのような規定をして決められるのでしょうか。

森田：この点は専門ではないのですが、問題となっている状況を考えてみますと、契約上の義務の履行を確保するために課されるものなので、契約上の義務の問題であるとする、理論的にはいろいろな説明が可能であろうと思います。もともとはアメリカの公正労働基準法における付加賠償金にならったもので、末弘巖太郎博士は「GHQの横車」と言われたそうですが、その経緯はともかくとして、アメリカにおいて損害賠償額の予定とされているという指摘もあるようです。

契約上の義務についてはその履行を確保するために不履行に対して損害賠償額の予定ないし違約罰を定めることは可能であり、当事者間で合意すれば、それは有効です。そして、労働契約関係については、当事者の合意だけでなく、法律の規定によって強行的に契約内容が形成される面がありますので、このように考えていきますと、契約の履行の局面ではこの種の支払義務が法律によって課されることがあってもよいだろうと思います。

もともと、判例によれば、労働基準法 114 条の付加金の支払義務というのは、その支払を命ずる裁判所の判決の確定によって初めて発生するものであって、判決確定前には付加

金支払義務は存在しないと解されており、裁判外における実体権として存在するものではないとされております。そうしますと、法定損害賠償というのは、実体権としての損害賠償請求権について議論しているはずですので、この付加金制度はモデルとしてあまり参考にならないのではないかと思います。

9. TPP への対応のあり方（議論のまとめとして）

司会：いまの点について、何かご意見はございますか。特になければ、これまでの議論を踏まえまして、TPP への対応策として、各先生はどのような対応が望ましいとお考えになっているかということについて、お話しいただければと思います。特にないということであれば、パスで結構です。奥邨先生からお願いいたします。

奥邨：パスです。

司会：前田先生はいかがですか。

前田：私は何が最低限必要かということでお話ししたのですが、対応が必要かという話で言えば、現行法のままでも担保できる可能性はあるのではないかという理解でお話をいたしました。

司会：田村先生、お願いします。

田村：基本的には、何もしないで済むのであればそれでも全然構わないけれども、何かしなければいけないのであれば2つ可能性があって、1つは、105条の3に上書きするような感じになるかもしれませんが、先ほどから申し上げているとおり、和解金の提示のつもりでより簡易に一定の金額を出せる制度を設ける。ただし、下限は絶対に反対です。上限もないほうがより柔軟に運用できると思っています。もちろん暫定的なものであって、105条の3、民訴法民訴法248条の適用は妨げない。

もう1つは、倍額賠償、**additional damages**で、それはライセンス料相当、位置付けとしては、先ほど申し上げた填補賠償。それから、私は利益の吐き出しは好きですけども、それは今回の条約に何のたいしたことにもならないと思います。

司会：三村先生はいかがですか。

三村：TPPの対応のみを理由として考えなくてはいけないことがそんなに多く存在するとは思えませんが、この機会に損害額の算定を見直すということであれば、この機会を捉え

て、いま議論に出てきたように、裁判所の裁量による損害額の算定をもっと使いやすいような規定にするとか、あとは、いまの 102 条 3 項も現在はいろいろな解釈がありますが、要するに任意のライセンスよりも有利な事情を考慮して、増額するという言い方でもいいかと思えますけれども、そのあたりはもう少し条文に工夫をしてもいいのではないかと思っております。

司会：ありがとうございます。窪田先生、いかがでしょうか。こうすべきではなく、これをしてはいけないということがあれば。

窪田：本当はパスしたいのですが、一言だけ。民法との関係であまり変わったこと適切ではないだろうと思うのですが、今日のお話を伺っても、この議論の中で示されたような方向であれば、心配する必要はないと思います。どちらかといえば、オーストラリアみたいな方向が出てくるとは思えないので、そうした状況の中で、差額説的な損害概念に縛られてなかなか自由に身動きが取れないというところもあるとは思いますが、それを考える機会ではあるのかもしれませんが、でも、基本的に最後まで私は他人事だと思ってこの席に座っておりますので、許していただければと思います。

司会：森田先生、お願いします。

森田：私もだいたいこれまで申し上げたとおりです。基本的に何が必要かと言われると、現行規定のままでも TPP の要請に対応できているとみることができますので、そうであれば、このままでも実際上の問題はないと思います。強いて言うとしたら、3 項関係で、事後的にみて相当の対価を算定するさいの考慮要因を明示することにより、「通常」の文言を削除した趣旨がより明確に表れるような改正をこの機会にすることによって対応するということはありうると思います。

これに対し、法定損害賠償であるというためには、損害額の上限ないし下限を規定しなければ対応できていないとされる場合には、実際には意味がない上限だけを規定しておくとか、いちおう下限を規定するけれども、よく見ると実際には下限になっていないとか、その種のほとんど意味がない規定をアリバイ作りとして意図的に置くということが考えられます。しかし、それはあまりに恥ずかしいことですし、他の局面にも波及していくと大変ですので、そのような改正はしないほうがよいと思います。

10. おわりに

司会：ありがとうございました。TPP への対応については以上で一区切りとします。もう少しだけ議論をしたいと思いますが、一つは、TPP 交渉で損害賠償制度が議論されるとい

うことについてです。田村先生は、PP交渉の過程で秘密交渉に関して宣言にお名前を連ねていらっしゃるということもありますが、そういったことについて何かご意見はありますか。

田村：こういう問題は非常に難問ですし、各国の法制度によっていろいろな違いがあるとともに、皆さんそれぞれいろいろな課題を抱えています。いま、ごく一部の当事者で話して、フィードバックみたいなことはあり得ない交渉の過程になっています。最初から聞く気はないのでしょうかけれども、しかし、やはり人の英知というのは個人には限りがあるので、もう少しオープンになされるべきだろうと思っています。逆に、それでできた条文がさっぱり分からないのでこういうふうに、みんなでいま悩んでいるという状況はあると思います。

司会：もう一つ、TPPの条約自体、一般的にさまざまな解釈の可能性があると思いますが、そういったさまざまな解釈の可能性があるときに、国内法に対応するときに、絶対に条約に違反しないという対応をするのか、それともある程度柔軟な、条約には違反しないだろうけれども、文句をつけられたら、パネルで争うぐらいの対応をしていくべきだという考え方もあろうかと思っています。この点について、高倉先生、いかがですか。

高倉成男：アメリカはそういうタイプの国です。これに対して日本は厳格です。二十数年前、TRIPS協定ができたとき、日本政府の条約担当の当局は、国際法違反と訴えられるようなことがないようにしておくこと、仮に訴えられても絶対負けないようにしておくこと、というのが基本方針でした。でも最近は日本でも、争って負けたらその時点で対応すればいいのではないかと、WTOの紛争なんて、アメリカはゲーム感覚でとらえていますから、日本だって柔軟なやり方でもいいじゃないかと、というような考えも出てきたのではないかと考えております。

いずれにしても、条約の解釈には幅があります。Pre-determined（事前に決定された）の語についても解釈に幅があるようですから、まずは我が国の解釈を優先し、その解釈についての争いが生じて負けたらそこで対応するということでもいいのではないかと思います。

司会：ありがとうございました。もう一つ別の視点として、今回のTPPの法定損害賠償、あと、別の話ですが、著作権侵害の非親告罪化に対しては、特に二次創作などの表現が取られ、あるいは、二次創作以外も含めた表現活動に対して及ぼす萎縮効果というのを懸念する声があります。田村先生から、損害のほうで抑止しようという、適法な行為に対する過度な萎縮を与えてはいけないという話がありましたが、その点について他の先生から何かコメントがありますか。奥邨先生、お願いします。

奥邨：私もまさに田村先生がおっしゃったとおりだと思いますし、「侵害し得」という議論もありますが、一般論として、コピーライト・トロール等もアメリカでは問題になりかかっているように、「侵害され得」という状況をつくってしまってもいけないということはやはりあると思います。どこまでかという問題があるにしても、バランス論を考えなければいけないと思います。

それと、先ほどの話に戻ってしまうのですけれども、TPP 協定の交渉のようなかたちでバイではなくマルチで交渉する場合は、いろいろな背景を背負った国同士が交渉することになりますので、**additional damages** といっても、アメリカ人が思っている **additional damages** とオーストラリア人が思っている **additional damages** は違ってくるわけです。しかもそれは条文をみただけではよく分からなくて、それぞれが背負っている判例などを見なければ分からないということを考えると、より多面的な検討をしないといけないと、本当のところは何を求められているのか、逆にいうと、後でどんな文句がつくのか、予想しづらいのではないかとこのことを勉強させていただいて思った次第です。

司会：前田先生、お願いします。

前田：過剰抑止という点についてのコメントです。二次創作みたいなものについては過剰抑止という点は非常に気にしなければならないと思いますが、一方で海賊版などについては適切な抑止をする必要があると思います。ですから、仮に将来、損害賠償制度について設計する場合においては、どういう侵害であるかということについてメリハリをつけて制度を適切に変える、もしくは損害賠償が適切に運用できる仕組みを整えるという視点は必要なのではないかと思います。

司会：ありがとうございます。おそらくこれまでは権利の侵害というのをひとくくりにし過ぎていたところがありまして、それはもう少し精緻に考えていかなければいけないということと、もう一つは、途中の発言やご発表でもありましたが、侵害を抑止する手段は損害賠償だけではなく、刑事罰や、場合によっては＝ドウセイ＝規制などと組み合わせて、何が一番適切なかたちになるのかということを経営的に考えていかなければいけないと思います。

最後に、TPP への対応を超えて、もう少し中期的に知的財産の損害賠償制度について、ここを変えたほうがいいのかという点について、もしご意見があればお願いします。窪田先生、何かありますか。

窪田：何もございません。もう許してください。

司会：皆さんから先ほどコメントをいただきましたので、これで閉じさせていただきたいと思えます。司会の不手際により時間を超過してしまいましたので、申し訳ありませんが、質疑応答の時間はカットさせていただきます。その代わりとっては何ですが、このシンポジウムの終了後、ご参加いただいた皆さまに、このシンポジウムについてのウェブ上でアンケートを送付させていただきます。いつもは感想等を書いていただくのですが、今回は特別な項目として、**TPP** の対応についてどのようなあり方が望ましいのかというご意見をお聞かせくださいという項目があり、それについていただいた回答は原則として編集のうえ公表させていただきますことを予定させていただいております。これはまずいというものがあったときに、修正はしませんけれども、もしかすると公表しないということもありますが、原則として公表させていただきます。よろしければそこにさまざまなご意見を寄せていただければと思えます。以上でシンポジウムを終了させていただきます。

明治大学知的財産法政策研究所では、12月23日に、高等教育機関、大学における教材利用に関するシンポジウムを予定しておりますので、よろしければこちらにもご参加いただければと思えます。

それでは、最後に、今日ご来場いただいた皆様方、そして、大変お忙しい中、短期間でのお願いにもかかわらずご登壇いただいた先生方にあらためてお礼の拍手をいただければと思えます。それでは、以上をもちまして、本日のシンポジウムを終了させていただきます。お忙しい中、時間を超過して申し訳ありませんでした。