

**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
～TPP対応策の検討～**

**北海道大学
情報法政策学研究センター長
田村 善之**

1. 規定の概観

知的財産権侵害に対する救済手段の役割分担

過去の侵害行為

裁判時

現在・将来の侵害行為



●損害賠償請求(民法 § 709)

侵害者の故意・過失が要件
但、過失推定(特許法 § 103)

●不当利得返還請求

(民法 § 703)

侵害者の故意・過失は不要

●刑事罰(特許法196 I)



●差止(=停止・予防)請求

(特許法 § 100)

侵害行為組成物の廃棄等(§ 100 II)

侵害行為供用設備等の除却(100 II)

間接強制(民事執行法 § 172 I)

特許法102条(著作権法114条・商標法38条)

1項 特許権者又は専用実施権者が故意又は過失により自己の特許権又は専用実施権を侵害した者に対しその侵害により自己が受けた損害の賠償を請求する場合において、その者がその侵害の行為を組成した物を譲渡したときは、その譲渡した物の数量(以下この項において「譲渡数量」という。)に、特許権者又は専用実施権者がその侵害の行為がなければ販売することができた物の単位数あたりの利益の額を乗じて得た額を、特許権者又は専用実施権者の実施の能力に応じた額を超えない限度において、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る。ただし、譲渡数量の全部又は一部に相当する数量を特許権者又は専用実施権者が販売することができないとする事情があるときは、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。

2項

特許権者又は専用実施権者が故意又は過失により自己の特許権又は専用実施権を侵害した者に対しその侵害により自己が受けた損害の賠償を請求する場合において、その者がその侵害の行為により利益を受けているときは、その利益の額は、特許権者又は専用実施権者が受けた損害の額と推定する。

3項

特許権者又は専用実施権者は、故意又は過失により自己の特許権又は専用実施権を侵害した者に対し、その特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額に相当する額の金銭を、自己が受けた損害の額としてその賠償を請求することができる。

4項

前項の規定は、同項に規定する金額を超える損害の賠償の請求を妨げない。この場合において、特許権又は専用実施権を侵害した者に故意又は重大な過失がなかつたときは、裁判所は、損害の賠償の額を定めるについて、これを参酌することができる。

105条の3 特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟において、損害が生じたことが認められる場合において、損害額を立証する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ときは、裁判所は、口頭弁論の全趣旨及び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。

102条1項 ⇒ 逸失利益の推定
(1998年改正で新設)

102条2項 ⇒ 侵害者利益による損害額の推定
(1959年現行法制定時に導入)

102条3項 ⇒ 相当実施料額の賠償
(同上) 伝統的には「実施料相当額」と呼ばれているが・・・

102条4項 ⇒ 軽過失参酌
(同上)

104条の5 ⇒ 自由心証による損害額の認定
(証明責任を権利者にも侵害者にも課さない＝五分五分)

2. 知的財産権侵害について何故特別を設ける必要があるのか

知的財産権侵害について何故特則を設けるのか

⇒ **所有権と異なる知的財産権の特殊性**

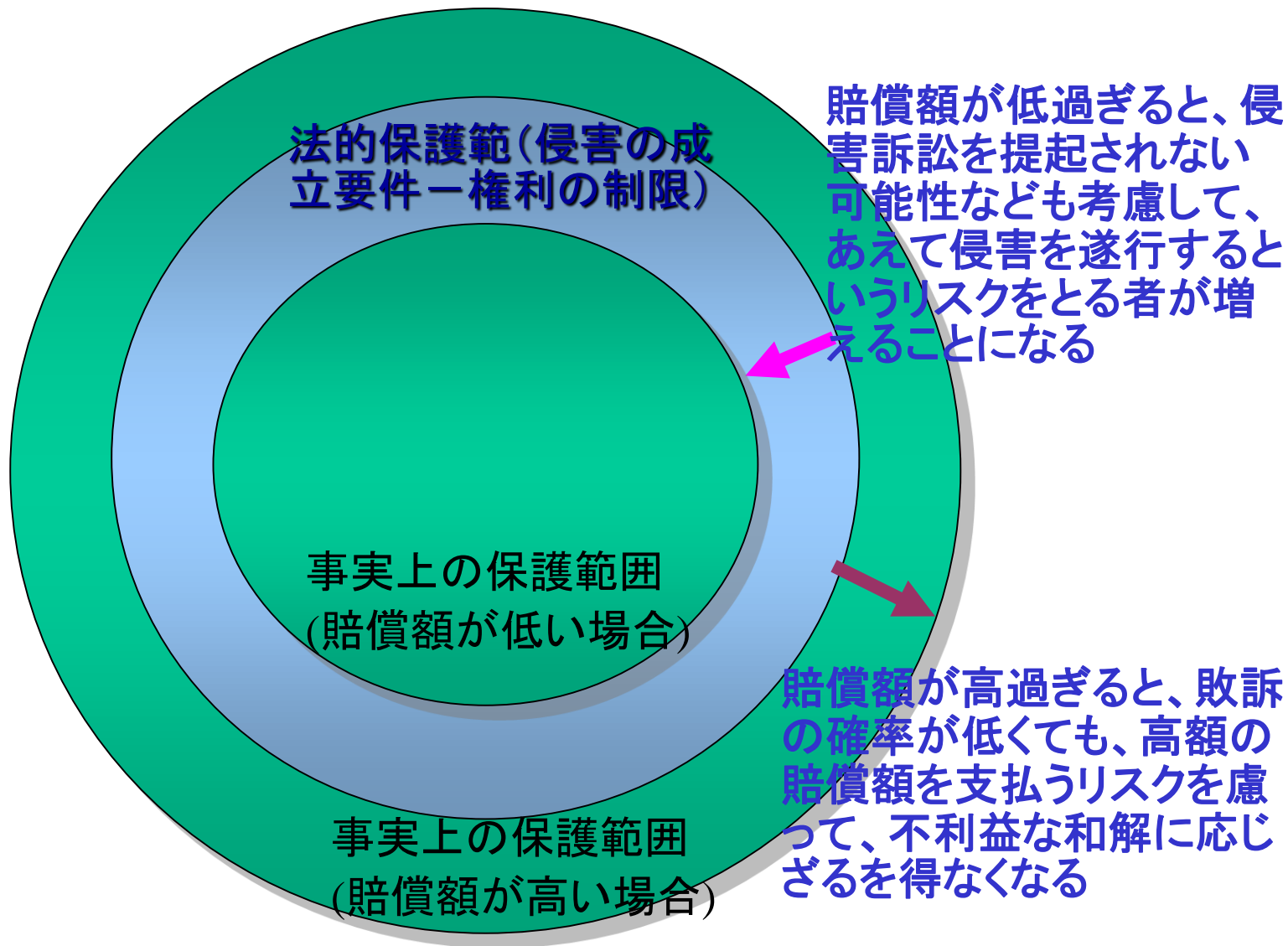
- 知的財産権侵害行為はいたるところで行われうるのに対して、侵害に対して物理的な防御策を講じることが難しい
 - ∴ サンクションの実効性を考えれば、賠償額は高い方がよい
 - ex. 3倍賠償
- 損害の可視的な把握が困難
 - ∴ 損害額の算定に関する特則が必要

しかし・・・ 知的財産権の保護範囲は不明確

- ∴ サンクションが強すぎると、萎縮効果により保護範囲が事実上、拡大する

⇒ **賠償額の適正な算定が必要**

損害賠償と事実上の抑止範囲の関係



3. 法改正と裁判例の変遷

[参考文献]

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)

1990年代始めまでの裁判実務の問題点＝「3点セット」

cf. 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)

- **逸失利益額の賠償** 特許法102条1項の推定規定はなかった

All or Nothing的思考により高度の要件

侵害製品の全需要について因果関係が認められない限り、逸失利益は否定

割合的な中間的な処理はしない 100%か0か

- **侵害者利益の推定** 特許権者不実施の場合,働かない

- **実施料相当額** 実施契約の相場による平準化
(客観的?)

⇒ **侵害したほうが得ということになりかねない**

1990年代末の法改正による対応

- 1998年改正

102条1項新設 逸失利益の推定規定 ⇒ 3点セットの1
に対処

102条3項の文言改正「通常」をとる ⇒ 3点セットの3
に対処

- 1999年改正

105条の3の新設 ⇒ 裁判所の自由な算定を促す

1990年代後半からの裁判例の工夫

- 限界利益説の導入
⇒ 当初は3点セットの2の対処策
のちに3点セットの1にも対応
- 実施料額の算定の柔軟化
⇒ 3点セットの3に対応 1998年法改正が後押し
- 算定の柔軟化
⇒ 105条の3新設に先立って民訴法248条を活用

現在の裁判実務の損害額の算定の評価

概ね適切な範囲に収まったのではないか

これ以上に賠償額を高める改正

たとえば、3倍賠償・懲罰的損害賠償の導入

⇒ 支持は少ない

残された課題は何か？

4. 暗数問題

暗数問題

特許法102条(著作権法114条・商標法38条)による算定は、
いずれも、譲渡数量や売上額など、売上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る

⇒

売上の規模に関する数字が判明しない場合には、
活用が困難

文書提出命令(特許法105条)+不提出の場合の真実推定(民訴法224条)に一定の役割を期待することはできる

文書不提出の効果 民事訴訟法224条

1項:「文書の記載」に関する相手方の主張を真実と認めることができる(=かつての「文書の趣旨」説の取扱い)

3項: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、および、当該文書により証明すべき事実を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(=かつての「証すべき事実」説の取扱い)

文書提出命令違反の効果に関する裁判例

原告主張どおりの販売数があったと認めた判決(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])

原告主張どおりの記載が文書にあるとまでは認めなかったが,原告の売上げの減少数とともに文書を提出しない被告の態度を斟酌して,被告の販売数量を原告主張の4割に相当する数と見積もり,原告主張通りの単価を乗じたうえで,侵害者利益額を算定した判決(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:旧民訴法))

侵害製品と非侵害製品の内訳が定かではないので,売上の2分の1が侵害製品によると推認する判決(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)

売上元帳や商業帳簿類が不提出であることを斟酌しつつ、侵害者の代表者の過去の言動等に基づき、販売数を少なくとも200名分と見積もった判決（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））

侵害製品の販売数量を算定するに際して、被告侵害者が会計帳簿を提出しなかったことを、被告の販売額を低める主張を斟酌しない理由の1つとした判決（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〕）

もっとも...

そもそも計算関係文書すら作成していない
侵害者も存在するので、
文書提出命令による対処には限界
(自らも侵害の規模を把握していない場合も
ないわけではない)

特許法105条の3(著作権法114条の5・商標法39条(特許法準用)の活用の可能性

損害が生じたことが認められる場合において、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

特許法105条の3条と民訴248条との関係 (民訴248条に関する論者の立場により異なりうる)

民事訴訟法248条「損害が生じたことが認められる場合において、**損害の性質上**その額を立証することが極めて困難であるときは、裁判所は、口頭弁論の全趣旨及び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。」

⇒ 損害の性質上、算定が困難なもの(ex.慰謝料 幼児の逸失利益? 家財道具一式?)と異なり、知的財産権侵害は資料さえ整えば算定可能?

特許法105条の3「特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟において、損害が生じたことが認められる場合において、**損害額を立証するために必要な事実**を立証することが**当該事実の性質上**極めて困難であるときは、裁判所は、口頭弁論の全趣旨及び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。」

⇒ 計算式の一部の数字に関しても活用可能

もっとも裁判実務は両者の相違に拘泥していないもよう

特許法105条の3(民訴法248条)の意義

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)

平均的な賠償の算定を可能に

ex. 50%の確率で50万円 50%の確率で100万円となると見込まれる場合

⇒ 期待値?は75万円であるが、
心証(8割とも9割ともいわれる)がとれている限度は50万円にしかない

民訴法248条(=特許法105条)は、権利者、侵害者のいずれか一方に証明責任を負わせることなく平均的な算定を可能とする

⇒ 上例では平均値である75万円の賠償を可能とする

従来品と侵害製品の数量区分を正確になしえ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にくわえて、特許法105条の3の趣旨を併せ考慮して、総売上げの少なくとも7割は侵害製品の売上げであったと概算した判決（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定するための変動経費について、特許法105条の3の趣旨も考慮しつつ概算をなした判決（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〕）

1999年改正法施行前に民事訴訟法248条の趣旨に照らして控除費用の概算をなした判決（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〕）

特許法105条・民訴248条に依拠せずに柔軟に推認する裁判例

検証手続で判明した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83台のコンピュータの無断複製の量をその136分の83と推認した判決(本条の明示的な援用はないが、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)

仕入金額の総額が判明しているものの、個々の仕入額や販売価格が不明であったという事件で、弁論の全趣旨と小売単価の分布に照らすと、侵害商品の販売価格は概ね仕入価格に30%を加算した額であると認定した判決がある(東京地判平成11.1.29判時1681号139頁[JOELLE])(商標:1999年改正前)

原告JASRACの調査員が調査に訪れた際の演奏回数等を斟酌して、侵害の総数を推計した判決(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[会員制倶楽部あぽろん])(著作権:1999年改正前)

侵害者が対価を収受していないインターネットアドレスサービスによってもたらされる損害について、特許法102条3項の賠償が求められた事件で、現在の登録件数が14万件弱、有料サービス以降が実現した場合の侵害者の計画が1登録当たり3万1500円を収受する予定であったという事情を斟酌したうえで、性質上、必要な事実の立証が困難であることを指摘してそれ以上理由を付すことなく、損害額は1400万円を下らないと判示した判決(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])

平均的な見積もりすら困難な事例に対しては、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が、

そのような事例がどの程度頻出するのかということは検証が必要

5. 侵害し得問題

特許法102条1項(逸失利益推定)・2項(侵害者利益推定)の限界

特許権者に

「侵害の行為がなければ販売することができた物」(102条1項)

「侵害者による特許権侵害行為がなかったならば利益が得られたであろうという事情が存在する場合」(102条2項:知財高大判平成25・2・1判時 2179号 36頁[ごみ貯蔵機器])

であることが必要

∴不実施等, 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

⇒いきおい102条3項に期待がかかる

ライセンス料相当額から相当ライセンス料額へ

しかし、「ライセンス料相当額」といわれることが多い3項の算定において、実際のライセンス契約と支払わなければならないライセンス料額と同等の金額が算定されるとすると、

訴訟提起されない可能性などを勘案すると、侵害したほうが得となってしまうかねない

事後的に見て相当な実施料額

cf. 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)

ライセンス契約と侵害訴訟の違い

- 契約の場面 = 事前的に見て相当な実施料額
将来の実施に対して約定
対象となる実施行為による利益が確定していない
無効や非侵害のリスクを勘案した実施料算定
- 侵害訴訟の場面 = 事後的に見て相当な実施料額
過去の行為に対して遡及的に算定
侵害が確定しており上記リスクを勘案する必要はない

両者の相違に鑑みた修正が必要

⇒ 結果的に賠償額を高額化させることが可能

1998年改正特許法102条3項

1998年改正前

「実施に対し通常うけるべき金銭の額」

⇒1998年改正:「通常」の文言を削除

∴ 安易に通常のライセンス契約の料率に依存することに対する戒め

⇒ 以降、改正の趣旨に則した裁判例が趨勢となる

「ライセンス契約では、被許諾者において、発明の実施品の販売数量の多寡にかかわらず一定金額(最低保証料)を支払わねばならず、一定の事由のあるときを除いて契約を解除できず、また、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、侵害者は、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」

鉄鋼製品又は金属製品の技術分野における通常の実施料は売上額の2～5%(被告主張)という事案で、10%をもって相当と判示

大阪地判平成14・10・29平成11(ワ)12586等[筋組織状こんにやくの製造方法Ⅱ]

「改正の経緯に照らせば、同法102条3項に基づく損害の算定に当たっては、必ずしも当該特許権についての実施許諾契約における実施料率に基づかなければならない必然性はなく、そうした実際の実施許諾契約における実施料率や業界相場等も考慮に入れつつ、特許発明の技術内容や重要性、侵害の態様、侵害者が侵害行為によって得た利益、権利者と侵害者との競業関係や特許権者の営業政策等を総合考慮して、相当な実施料率を定めるべきである。」

特許権者は本件発明の実施許諾契約締結の申入れを行った際、実施契約金を50万円、実施料として、実施契約による製品売上金額の3%(1か年の最低保証実施料60万円、過去の販売実績分については別に協議)との条件を提示していたが、裁判所は最低保証の有無をも考慮し5%をもって相当と判示

被害者の代表者に対して許諾製品を販売した販売価格に3パーセントを乗じて得られた金額と当該販売で得られた売上げより諸経費を差し引いた額を特許権者と代表者の販売寄与率に照らして配分することが約定されていたことがあり、特許権者が求めた納入価格の値上げに代表者が応じなかったために共同事業関係が解消されたという事案で、10%をもって相当と帰結する判決もある(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])

原被告間で料率を3%とする実施許諾契約が締結されていたところ、被告が技術的範囲を争い実施料を支払わなかったために契約が解除されたことを斟酌して、解除後の実施行為に対する3項の賠償額は6%をもって相当とする判決(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])

著作権者が雑誌への掲載を許可することを予定していなかったことを斟酌して、相場のほぼ5割増しから倍額を相当額と認定する判決(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、同著者の増刷を重ねてきた著作物に関するレート(7~8%)をそのまま適用できず、10%をもって相当とする判決(東京地判平成12.9.29判時1733号108頁[デール・カーネギー])

訴訟提起前、著作権者の代理人が問題の複製に対する許諾料率を7%として交渉してきたという経緯がある事件で、他の同一著者の絵画の許諾料例を踏まえつつ、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])

もっとも・・・

こうした柔軟な算定手法は、賠償額を高める方向にばかり働くのではなく、経済的な価値の乏しいと思料される発明について、料率を減じることにつながる場合もある。

ex.0・1%(製パン器の把手にかかる考案であり寄与率10%とされた例で、他にそれぞれ2%, 1%をもって相当とされた発明を重複して侵害している製品もあったという事例で、大阪地判平成12・10・24判タ1081号241頁[製パン器]),

0・7%(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])

一般的な倍額賠償の可能性

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るので、
金額の絶対値こそ高くなることが少なくないが、それはあくまでも諸事情を考慮して均衡を回復する(=損も得もさせない)ところにある(運用として、実態としてはそれを超える賠償が認められているということもありうるとしても)

これを超えて、制裁・抑止機能を実現するために、一般的に、たとえばライセンス料の倍額の賠償を課すことができるのかということが問題となる

プログラムの無断複製の事例で、権利者が正規のプログラムの購入価格の倍額請求を否定しつつ、侵害者は既に違法複製物を抹消し、正規に購入したプログラムの使用に切り換えていたにも拘わらず、被告の正規品の購入は不法行為とは別個独立の行為でしかなく、賠償債務の弁済と評価することもできないこと等を理由として、購入価格の賠償を命じた判決（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]）

侵害会社が「故意」であることを斟酌して複製画の定価の3分の2の額を相当額とする判決（前掲東京地判[バーズ・コレクション]）

権利者が事後的に許諾を求めてきた者に対して高額のライセンスを要求していることを斟酌する判決

東京地判平成18.3.23判時1946号101頁[玉木屋]

「原告各絵画の使用料金は、事前に許諾を求めてきた者について、1作品1回当たり2万2222円である(甲34)。また、亡Aは、これまで、亡Aが描いた模写作品の無断複製行為に対しては、原則として上記料金の3倍額である6万6666円をペナルティとして請求し、これを受領していた(甲35, 36)。

上記の事情を総合すれば、亡Aは、事前に使用許諾を求めてきた者に対しては本来の使用料相当額よりも低い金額(1作品1回当たり2万2222円)で使用許諾し、無断使用については本来の使用料相当額よりも高い金額で使用許諾していたものと認めるのが相当であるから、本件においては、著作権法114条3項の「著作権・・・の行使につき受けるべき金銭の額は」、原告絵画2及び3それぞれにつき、4万4444円であると認めるのが相当である。したがって、被告の著作権侵害行為により亡A に生じた使用料相当の損害額は、8万8888円となる。」

東京地判昭和62.10.26判時1259号118頁[会員制倶楽部
あぽろん]

原告JASRACの著作物使用料規定においては、1年分に相当する額の契約保証金を同時に納付すること等を条件として、5割相当額を減額する取扱いを行っているとしても、保証金を納付することのない侵害者に右減額措置を適用して賠償額を算定することを拒否した

もっとも・・・

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うと、
(特に約款等に規定があるだけで、実際には適用例がない場合)

過剰な賠償をもたらしかねないという問題がある

倍額請求を認めなかった裁判例
知財高判平成18.9.26平成18(ネ)10037[玉木屋]

「控訴人が原告絵画2, 3の著作権侵害による損害額として請求することができるのは、使用料である1作品当たり2万2222円に相当する額というべきであり、亡Aが生前著作権を侵害した者に対して訴訟外において使用料の3倍の額を請求した事例があるとしても、使用料を超える額を同項の規定に基づく損害額として請求することができる」と解することはできない。また、本件において、亡Aが被控訴人の著作権侵害行為により上記使用料を超える額の損害を被ったことを認めるに足りる証拠もない。したがって、上記のとおり、被控訴人による原告絵画2, 3の著作権(複製権)侵害による損害額は4万4444円(1作品当たり2万2222円)にとどまるというべきであり、控訴人の主張は採用できない。」

ただし・・・

特定の指定管理事業者に関しては、利用代表者からの使用料規程に関する協議の求めに応じる義務があり、文化庁長官の裁定にも服する(著作権等管理事業法23条・24条)ことをもって、正当化することが可能か？

ところで・・・

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かけていることを理由に、通常のライセンス料の(少なくとも)倍額などの割り増しの賠償を認めるべきであるという議論がなされることがある

しかし、(公平な負担という観点からはよく理解しうる議論ではあるが,)侵害監視費用は一般的に拠出されたものであって、当該侵害者の侵害行為によって惹起されたわけではなく、侵害行為との因果関係を欠くから逸失利益として賠償を求めることは理論的に困難

無形損害の活用の可能性

各種知的財産権のなかでは例外的に無形損害の賠償が認められることが多い商標権侵害にあっては、
無形損害の金額の算定に当たって、制裁的な要素が参酌されることがある

(なお、商標に関しては、3項において事後的に相当な賠償額という発想に基づいて増額が認められる例が少ないという事情を、結果的に埋め合わせていると評価することもできる)

無形損害の算定に懲罰的な機能を反映させた判決

大阪地判平成2・8・28判工所[2期]8155の17頁
〔LVマークVII〕

侵害者が二度にわたり刑事罰を受けながら、酷似的模倣品を継続的に大量に製造しているということや、有名ブランドをめぐる商標権侵害事件は被告のような製造業者の存在なしには成り立たないこと等を斟酌して、侵害者利益推定による3,357万円余りの賠償に加えて、無形損害について400万円の賠償を認容

明言はないが、具体的な金額をみると、賠償額を僅少に認定せざるを得なかったので、無形損害によりその調整を図ったのではないかと推察することが許されそうな判決もある(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〕)

侵害者利益額推定による227万円余りの賠償に加えて、500万円の信用毀損による損害賠償額を認めた判決もある(東京地八王子支判平成9・2・5判タ968号242頁〔GIORGIO ARMANI〕)

著作権・著作者人格権侵害における精神的損害の算定において
諸般の事情を読む込む裁判例
能を東京地判平成12.9.28判時1732号130頁[角川mini文庫シンボ
ルマーク]

「著作権・著作者人格権の侵害等による精神的損害

・・・ミニ文庫シリーズは書店の買取りとされていることから、原告による抗議がされた後も、既に店頭で並んでいた書籍については回収されず、また、書店に配付された書店備付陳列用ケースのなかには現在も店頭で使用されているものがある。

・・・たしかに書籍のなかには不倫体験やギャンブル必勝法の類を内容とするものもあるが、他方では、宮沢賢治、芥川龍之介、坂口安吾、横溝正史、寺山修司、五木寛之、森瑤子、森村誠一、赤川次郎等の作家の作品もあり、ミニ文庫シリーズがこのように広範なジャンルの作品を含んでいることに照らせば、本件著作物がミニ文庫シリーズに使用されたという事実から直ちに原告のデザイナーとしての社会的名誉が害されたということとはできない。

以上の点に加えて、本件全証拠により認められるその余の諸般の事情を併せて総合考慮すれば、被告の行為により原告が被った精神的損害を慰謝するに足りる額としては、五〇万円をもって相当と認める。」

6. 規範的な損害概念による解決の可能性

[参考文献]

田村善之『知的財産権と損害賠償』(新版・
2004年・弘文堂)

損害の填補賠償の意味

日本では、不法行為はあくまでも損害の填補を目的とするものであって、
填補賠償の機能を超えて、制裁抑止機能を発揮させてはならないという考え方が根強い(特に立法サイドで)

それ自体、議論の余地が大いにあるが
(ex. 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))

そもそも填補賠償を目的することを前提としたとしても、填補されるべき「損害」概念が一義的に決まるものではない

規範的損害論

知的財産権侵害に関して採りうる損害概念は、侵害無かりせば得べかりし財産状態と、現実の財産状態を比較して、その差額を賠償額とするという差額説に止まるものではない

知的財産法が知的財産という財貨の利用を排他的に排他的に帰属させている場合、侵害行為が行われたことによって、そのような法の趣旨に反した状態が権利者に生じていることをもって「損害」と把握することも可能である

前提とされている損害概念の検討

1項 ⇒ 逸失利益

(もっとも、1項も「市場機会の喪失」を損害概念としていると捉える見解として、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))

2項 ⇒ 市場機会の喪失

侵害者利益をもって逸失利益と推定することの合理性は乏しい
だとすれば、規範的損害(=「市場機会の喪失」)を認め、算定の基準として侵害者利益を掲げ、それを(一部)権利者に配分することを定めた規定ではないか?

3項 ⇒ 市場機会の喪失

∴ 事後的に相当なライセンス料額という発想を差額説で根拠づけることは理論的に困難

解釈論の可能性

「市場機会の喪失」が「損害」であって、各種算定方法はその金銭的な評価に過ぎないと考えるのであれば、

たとえば、解釈論としても、
2項の侵害者利益の推定に当たって、特許権者に差額説的な意味での損害が生じていることは必要ではなく、
不実施であるとか、代替品等を製造販売していなくとも、推定規程の適用を受けることができ、
あとは損害額の割り付けの問題と理解することも可能となる

あるいは、(私見とは異なるが)1項についても、市場機会の喪失を損害概念としていると捉えれば、原則として推定の覆滅を認めないという処理も可能となる

(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))

7. TPP対応策の検討に際して留意事項

7.1.なぜ著作権と商標権侵害に限って議論をするのか

問題の所在

TPPによって対応が求められている以上、第一義的な検討対象は著作権侵害であり、商標権侵害であるとしても、

とくに特則を設ける場合には、
なにゆえ著作権侵害・商標権侵害に対して特別な規律とするのかという理由が提示されない限り、
議論は他の知的財産権侵害に波及する
(それを是とする考え方もありうる)

著作権侵害・商標権侵害の特殊性

特に特許権侵害に比して、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

相対的に侵害が容易な分、侵害者は多様かつ広汎なものとなりがちであり、また資力に比して侵害の規模が大きくなる可能性も高い

⇒ 侵害の抑止の必要性が高い

もっとも、そうだとすると、著作権や商標権に関する議論は意匠権侵害、一部の不正競争防止法違反行為にも波及する可能性がある

7.2. 過剰抑止に留意する必要

[参考文献]

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/>

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曖昧なところがあり、

過剰な抑止が実効的な保護範囲を過度に拡張しすぎないかということに対する配慮が必要(前述)

特に著作権侵害に関して、

侵害をなすのに「業として」の要件は不要であるために、

一般の私人の私的な活動が侵害行為となりうることに留意する必要がある


著作権法の条文と一般の著作権法に対する意識の乖離

個別の制限規定の数は多くかなり細かく規定されている

しかし..

✓企業内におけるファックスやメールのcopy&pasteなど、零細的に頻繁に行なわれている行為

に対して著作権を制限する規定はどこにもない

著作権法の条文  一般の著作権法に対する意識
乖離

ex. 校庭にキャラクターを模した雪だるまを作る

著作権法が条文どおりに遵守される世界

構造的課題があるため、著作権法が条文どおりに遵守されてしまうと

⇒日本経済が停滞する！

「この資料のなかには著作物が載っているから、コピーやPDFファイル化は御法度だ。明日からの支社への出張では、ちょっと重いけど資料の原本10冊ぐらいを手分けして持っていくことにしよう。

この資料、出張先とは別のところにも送る必要があるのだけど、添付ファイルにしてメールで送ったり、ファックスしたりしてはいけないことはもちろんだ。いずれも複製に該当するからね。コピーもできないから、原本を郵送するしかなさそうだ。」

「法務部によると、何でも、ウェブサイトにある写真や図表をコピーして社内資料として配布したり、たくさん文章を付け加えるとか、いろいろと工夫が必要らしい。そのようにしなくても、黙示の許諾とかなんとかいうもので処理できることも多いらしいのだけど、なかには変わった著作権者もいるし、ウェブサイトのほうで著作権者の許諾なくアップしている著作物もあるから、コンプライアンス、法令遵守を貫徹するためには、やはり逐一著作権の状況について確認をとっておいたほうがよいというお達しが先日来ていた(ついでに言えば、つい最近まで検索サイトもご法度だったらしいが、ようやく解禁されたらしい)。

なにせ著作権侵害は窃盗と懲役刑が同じで、罰金額は法人だと3億に達する重罪なのだから気をつけなくっちゃ。

あ、そうそう、今朝、部長から中国語の資料の翻訳を頼まれたので、いちおう法務部に確認をとったら、やっぱり著作権者を探して許諾をとらなければだめらしい。文書を作らず口頭で部長に伝えるのもだめで、なんでも翻案というものに該当するのだそうだ。唯一可能性があるのは、文書のアイディアなるものを抜き出してそこだけ翻訳すればよいのだそうだが、なんだか分からないから止めておこう・・・」

しかし、現実には停滞は起こっていない

むしろ、世の中は他人の著作物の無断利用で潤っている

⇒ なぜか？

寛容的利用(Tolerated Use)

Tim Wu, “*Tolerated Use*”, 31 Colum. J. L. & Arts 617 (2008)

寛容的利用: 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利用

実際には権利行使されないと人々が信じているからこそ、寛容的利用が行われる

寛容的利用による事実上のフェア・ユース

✓大量の企業内複製

✓同人文化における「二次創作」

寛容的利用による事実上のオプト・イン方式

動画サイトに日々、動画が大量にアップされ、
notice and take down により保護を欲する権利者の著作
物が消えていく

自炊代行業者により大量に電子ファイルが生成され、
警告、訴訟提起により権利行使をなすことを明確化した
者の著作物が消えていく

⇒ 事実上のオプト・イン方式が具現化している

その結果、保護のための行動を起こさない者の著作物はインターネット上に残ることになり(=寛容的利用)、

分化した権利者に合わせた保護の棲み分けが達成されている

⇒人々は孤児著作物や著作権を行使しない権利者の著作物に対するアクセスを遮断されることなく文化を享受することができるようになっている

起草者も寛容的利用を前提に著作権法を理解？

2009年改正47条の6 検索サイトのキャッシング・スニペット表示を適法化した2009年改正47条の6

「権利者がこのことを問題にしたことはほとんどないにもかかわらず」、

「日本の著作権法のことをよくご存じない一部の学者さんや弁護士さん」が「大騒ぎ」し、

「経済産業省」から要望があったため、

改正に踏み切ったと発言

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

著作権法の条文ばかりでなく、ほとんどの権利者が権利行使・訴訟提起しないことによって保持されている状態までもが、「著作権法」に含まれている(「日本の著作権法のことをよくご存じない・・・」)

ロビイングがない限りは改正の要なし(「大騒ぎ・・・」「経済産業省・・・」)

寛容的利用の脆弱性

しかし、寛容的利用に頼った均衡は、脆弱なものでしかない

➤ 刑事罰による威嚇

➤ 小学校からの著作権教育

➤ プラットフォーム(ex. プロバイダー、自炊代行業者)に対する攻撃

長期的な観点で著作権法のリフォームを目指すのであれば、寛容的利用に頼った短期的な均衡に安住することは危険

寛容的利用は、著作権侵害というレッテルを免れておらず、ゆえにそれによる均衡の維持が政策的課題として語られることを期待しづらいという限界を抱えている

「法定損害賠償」が寛容的利用を過度に萎縮させるものにならないようにする必要性がある

著作権侵害に関して過剰抑止を避けるための方策その1 主観的要件の限定

真に抑止が必要な場合に発動を限定するために、

「pre-established damages or additional damages」を請求する侵害行為は、少なくとも故意があることを要件とし、あるいはさらに図利加害目的がある場合に限定する

⇒過失（故意要件を採用した場合）や、著作権者が利用している市場を害さない場合（図利加害目的要件を採用した場合の運用）には新制度の適用を回避する

著作権侵害に関して過剰抑止を避けるための方策その2

客観的な保護範囲の限定

過剰な抑止が、実効的な保護範囲を過度に拡張し、新たな創作活動を過剰に萎縮する事態を招来することを避けるため、

「pre-established damages or additional damages」を請求しうる侵害行為をデッド・コピーに限定する

⇒ 同人文化等の二次創作に累が及ぶことを避ける

著作権侵害に関して過剰抑止を避けるための方策その3 侵害態様の限定

過剰な抑止が、零細的利用型の寛容的利用を過度に萎縮させることを避けるため、

「pre-established damages or additional damages」を請求しうる侵害行為を商業的ないし大規模になされるものに限定する

⇒一般に寛容されていることが多い零細的利用を救済もつとも、商業的利用のみを対象とする場合には、私人によるインターネットを活用した無償の大規模な侵害を抑止し得ないので、非商業的なものでも大規模なものは抑止すべき

商標権侵害と「業として」要件

田村善之『商標法概説』(第2版・2000年・弘文堂)145～149頁

商標の使用の定義(2条3項)や侵害行為の定義(25条・37条)には、明示的には「業として」要件は書かれていないが、

別途、「商標」に関しては定義規定があり、業として商品を生産、証明、譲渡する者がその商品について使用するものでない限り、あるいは、業として役務を提供、証明する者がその役務について使用するものでなければ「商標」には該当しない

∴商標権侵害の要件として「商標」を使用することが要件とされている以上(25条),「業として」なされることが要件となる

商標法37条各号の解釈

類似商品、役務に類似商標を自ら使用する場合(37条1号)の他、類似商品、役務に類似商標を自ら使用するために、類似商標を表示する物を所持、製造、輸入したり、類似商品、役務の範囲で類似商標を他人に使用させるために、類似商標を付した商品や商品の包装、役務の提供を受ける者の利用に供する物等、類似商標を表示する物を譲渡、引き渡し、製造、輸入、譲渡もしくは引渡しのために所持する行為が規律されている(37条2号～7号)
⇒「業として」要件は明示されていない

∴所持、製造、輸入手行為が業として行われることは必要ないが(最決昭和46・7・20刑集25巻5号739頁[ハイ・ミー])、「商標」となるためには2条1項が適用されるから、類似商標は業として商品を生産、証明、譲渡する者か、業として役務を提供、証明する者が使用するものでなければならない
逆にいえば、このように業として行われる行為に密接しているからこそ、所持、製造、輸入自体に業としてという要件を課すことなく侵害に問うのである

他方、「類似商標を表示する物」を製造するためにのみ用いる物を業として製造、譲渡、引き渡し、輸入する行為(8号)

⇒「業として」要件が明示されている

∴本号の場合には、そもそも製造、譲渡、引き渡し、輸入を行った者自身が業としてこれらの行為をなしていることが必要とされている

37条の他の号と異なり、業として行われることが要件とされている類似商標の使用行為との結びつきが間接的であるので、侵害の範囲が過度に拡大することを防いだのだと目される

商標権侵害には一般的に業要件は不要と説く裁判例
東京高判昭和44年9月22日刑集25巻5号751頁参照〔ハイ・ミー〕

「商標法第三七条第六号にはわざわざ「業として」という要件が明定されているけれども、所論同法第二条第三項第一号および同法第三七条第二号では、同条第一号、第三号および第四号と同様に、特にその要件は規定されていないから、同法第二条第三項第一号および同法第三七条第二号の行為は、必らずしも業としてなされることを必要としないものと解すべく、原判決が理由四の第三において示したこの点に関する判断も右と同趣旨であつて、何ら過誤はなく」

⇒「商標」の定義である2条1項の存在を看過し、事案を離れておよそ商標の使用行為一般(2条3項1号)に関して業要件を不要と解した点で誤り

最決昭和46・7・20刑集25巻5号739頁〔ハイ・ミー〕

「商品を収容している容器としての段ボール箱は同法三七条二号にいう「商品の包装」にあたり、また、同条号の行為は必ずしも業としてなされることを必要としないものというべきである。したがって、これと同趣旨の原判断は、いずれも正当である。）」

⇒判旨の射程を37条2号に限った点で妥当(ただし,それ以上の一般論は提示せず)

しかし・・・

このように商標権侵害に関しては、類似商標が「業として」使用されるものであることが必要であるとしても、

私人がインターネット・オークションに偽ブランド品を出品する行為に関して、反復継続していない科きり、「業として」に該当しないから、商標権侵害には該当しないと解釈すること(経済産業省「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」ii38-39頁

<http://www.meti.go.jp/press/2015/04/20150427001/20150427001-3.pdf>)

は疑問

∴ 特定私人間の単発的な取引と異なり、不特定多数に向けたものである以上、商標権侵害で抑止すべき出所の混同は生じている

商標権侵害に関して過剰抑止を避けるための方策

侵害の成立に業としての要件が入っていると同時に、新たな創作という要素も低い商標権侵害に関しては、

さらに出所の混同の抽象的な危険性を防ぐという公益目的もあることに鑑みれば、

著作権に比して相対的に過剰抑止の危険性は少ないが、

「pre-established damages or additional damages」の発動を真に抑止すべき場合に限定するために、故意を要求するということはありえる

7.3. 賠償額の算定の単位に関する 技術的な問題

問題の所在

かりに米国型の法定損害賠償を採用する場合、

被侵害著作物や被侵害商標の数(現在の制度)
侵害行為の数(かつての制度)によって、
賠償額が算定される

侵害著作物の数の把握の仕方や、
侵害行為数の把握の仕方に、
金額が左右される

それにも関わらず、これらの単位を確定する明確な基準が存在しない

⇒ 予測可能性を欠き、過剰抑止の危険性がある
徒に判断手続を重くする

刑事罰についても罪数の計算において同じ問題はああるが、

検察官の起訴のところて一定の謙抑性が保たれることが期待される刑事規制と異なり、

私人が直接、侵害訴訟を提起することが可能な民事訴訟においては、計算単位を巡る紛争が顕在化する危険性が相対的に高い

計算単位をめぐる紛争を回避するための方策 中立的な基準の推奨

権利者の逸失利益の額,侵害者利益額,相当なライセンス料額等を算定の基準とする1項から3項の取扱いは,被侵害財産や侵害行為の個数をいかに把握するかということとは中立的に損害賠償額を算定するという長所がある

∴新制度を導入する場合には,可能な限りこうした長所を発揮するというものが望ましい

それぞれ具体的にどのようなものとするのかに応じて異なるが、

一般論をいえば、

pre-established damagesよりもadditional damagesのほうが中立性を保つ選択肢をとる余地がより大きく残されているのではないか

ex. 倍額ライセンス料倍額

7.4. まとめ

選択肢の分岐点

主観的態様の限定

客観的な保護範囲の限定

侵害態様の限定

算定手法の中立性の確保