

著作権法における 法定損害賠償制度の再検討

～追加的損害賠償の可能性を中心に～

台湾弁護士 鄭 鈺璇



要 約

平成9年の萬世工業事件判決が下されて以来、日本の損害賠償制度が追加的（懲罰的）損害賠償を認めるべきかについての論争は減ってきたが、完全に消えてしまったわけではない。特に情報通信技術の革新等に伴い、知的財産権の保護要請が高まっており、損害賠償制度における抑止の機能を持った追加的損害賠償の規定を認める可能性は再び注目されている。しかし、加害者に実際に生じた損害を超える賠償金を支払わせることには、日本における不法行為に基づく損害賠償制度の基本原則、すなわち、補填賠償原則と相容れないという法体系上の困難がある。

そこで本稿では、日本の著作権法における損害賠償制度を再検討するために、まず序論で日本の著作権法における「法定の損害賠償」に係る法整備を簡単に説明する。第1章では、著作権法における加害者に対する刑事規定の厳罰化傾向の実態、問題の所在及び有体物の侵害と情報の侵害との区別を検討する。第2章では、著作権の特殊性を踏まえ、さらに日本の補填賠償原則の枠内でどのように追加的損害賠償制度を構築していけばよいかについて述べる。

目次

はじめに

- 1 序論：日本著作権法における「法定の損害賠償」に係る法整備
- 2 知的財産権及び著作権の特殊性
 - (1) 訴訟における実損算定の困難性
 - (2) 知的財産権は公共財の性質を有する私権
 - (3) 著作権法の適用対象の大衆化
- 3 「付加的」損害賠償の可能性
 - (1) 社会的に最も望ましい行動を惹起するためのインセンティブの設定
 - (2) 著作物の生産・消費がもたらした外部効果の内外部化
 - (3) 「付加的損害賠償」の非懲罰性
 - (4) 賠償を認める要素及びその制限
 - (5) 小括
- 4 おわりに
- 5 参考文献

はじめに

従来、日本の損害賠償制度は、「萬世工業事件判決」が民法118条3号（同事件当時は200条3号）の公序に反することを理由に懲罰的損害賠償を命じる米国の裁判所の判決の承認を否定したことにより、「実損害を超える損害賠償」を認めない立場と考えられてい

る。だからといって、実損害の算定が難しい知的財産権侵害のケース、特に著作権侵害において、その侵害行為を一々調査・追及して立証することがほぼ不可能であり、かつ可能だとしても不経済である場合、追加的損害賠償の可能性を検討する余地は十分ある。例えば、サーバーが海外に設置されている海賊版サイトや、違法に複製された写真や盗撮された映像をSNSに匿名で公衆送信した場合のように、インターネット上の侵害行為が増えてきて、権利者にとっては資源配分の天秤は非効率的な方向に傾く傾向がある。この問題を解決する方策として、刑事規定の厳罰化又は懲罰的損害賠償の導入を要請する声が出ていることも、このことと背景を同じくするものと捉えることができるのではないかと。

これに鑑み、本稿は、知的財産法において権利者に対する保障と利用者の自由の間にある大きなギャップを埋め、経済的・社会的な側面を踏まえつつ、現制度の柔軟な解釈を基に、権利者の侵害行為によって被った損害を補償すると同時に、日本著作権法における損害補填原則の枠を越えない限り、最適な著作権侵害予防を達成するための試論を展開しようとする試みである。

1 序論：日本著作権法における「法定の損害賠償」に係る法整備

著作権侵害による損害賠償を請求するには、多くの事実について立証しなければならないところ、その立証活動は困難な場合が多いので、損害額については著作権法第114条及び114条の5で損害賠償請求を容易にする算定規定が設けられている。しかし、著作権法に基づく損害賠償請求のいずれもが「将来の侵害を抑制することを目的」とは思われない。その理由として、不法行為の当事者の間に、被害者が加害者から、実際に生じた損害を超える賠償金の支払いを受けることができることは、日本における不法行為に基づく損害賠償制度の基本原則と相容れないと言われるからである⁽¹⁾。

通説がそれを否定する理由は主として二つある。第一に、不法行為制度の主な目的と機能は、「被害者の救済」、すなわち権利者に生じた現実の損害を金銭的に評価し、加害者にこれを賠償させることにより、権利者が被った不利益を補てんして、侵害行為がなかった時の状態に回復させるという考えである⁽²⁾。第二に、近代法は民事責任と刑事責任が分化しており、加害者に対する制裁は刑事責任が負うべきだという考えである⁽³⁾。裁判上も、日本の不法行為に基づく損害賠償制度は、加害者に対する制裁や、将来における同様の行為の抑制、すなわち一般予防を目的とするものではないと解されている（下線筆者）⁽⁴⁾。

「我が国の不法行為に基づく損害賠償制度は、被害者に生じた現実の損害を金銭的に評価し、加害者にこれを賠償させることにより、被害者が被った不利益を補てんして、不法行為がなかった時の状態に回復させることを目的とするものであり（……）、加害者に対する制裁や、将来における同様の行為の抑制、すなわち一般予防を目的とするものではない。……日本においては、加害者に対して制裁を科し、将来の同様の行為を抑制することは、刑事上又は行政上の制裁にゆだねられているのである。そうしてみると、不法行為の当事者間において、被害者が加害者から、実際に生じた損害の賠償に加えて、制裁及び一般予防を目的とする賠償金の支払を受け得るとすることは、右に見た日本における不法行為に基づく損害賠償制度の基本原則ないし基本理念と相いれないものであると認められる」。

こうして、不法行為訴訟の下級審の裁判例でも踏襲

され、判例の考え方として確立しているようであつて⁽⁵⁾、違法行為の抑止を目的とする制度である懲罰的損害賠償の制度は、日本の法律体系に相容れないとされ、明確に否定された⁽⁶⁾。但し、萬世工業事件最高裁判決は必ずしも損害賠償制度一般の基本原則について述べているわけではなく、理論的には他分野において追加的損害賠償に関して議論の余地が未だあると考えられる⁽⁷⁾。この問題意識をもって、次に、知的財産権および著作権の特性の検討に入っていく。

2 知的財産権及び著作権の特殊性

通説・判例は不法行為制度の主な目的と機能が「被害者の救済」と解しているが、無体物である知的財産権に対する侵害は、繰り返して発生することが可能であり、特に後述のように、デジタル時代において著作権の侵害が容易である一方、侵害の発見・摘発が極めて困難であるため、創作者にとって一番望ましいのはただ一回の「損害填補」より、むしろ侵害行為の阻止、並びに加害者に2度と著作権侵害行為をしないようにしてほしいものであろう⁽⁸⁾。つまり、知的財産権侵害の場合、伝統的な不法行為と異なり、侵害者の行為を抑制する目的が、損害填補という目的より、少なくとも劣らないといえよう。

抑制・制裁の機能は刑法にあるという通説・判例の立場は知的財産の分野でも変わらない。現在、著作権法119条1項は、著作権侵害罪で個人に対する刑事罰は、最高で「十年以下の懲役若しくは千万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する」と規定されている。それは他の犯罪と比べて、どれくらい重いものかを下表に示す。

表1 著作権法における刑事罰と他の犯罪との比較

罪名	内容
著作権等の侵害	10年以下の懲役若しくは千万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する
加重人身売買罪 (刑226の2条3項)	1年以上10年以下の懲役に処する。
窃盗罪 (刑235条)	10年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。
ガス漏出等及び同致死傷罪 (刑235条1項)	3年以下の懲役又は10万円以下の罰金に処する。
公然わいせつ罪 (刑174条)	6月以下の懲役若しくは30万円以下の罰金又は拘留若しくは科料に処する。

上表によると、著作権違反の最高懲役刑はガス漏出

等及び同致死傷や公然わいせつより重く、加重人身売買（営利、わいせつ、結婚又は生命若しくは身体に対する加害の目的で）や窃盗と同等であって、罰金刑はこれの中で一番重いものである。著作権法の適用対象は「業者」から一般市民へ拡大していく状況において、このような峻厳な刑法と市民の法意識が大きくずれてしまっていると批判されている⁹⁾。

著作権の侵害事件が増加しているとの理由で、平成18年改正で強化され、窃盗罪と同じ量刑になった著作権法は、侵害行為に対する抑止効果が現れているのであろうか？図1はサイバー空間の脅威情勢について、警察庁が発表した観測データ等を分析した結果に基づいて作成したものである¹⁰⁾。

図1の結果から、平成18年以降、著作権法がより一層厳罰化しているにもかかわらず、検挙件数が逆に伸びてきたということが分かる。結局、刑法の厳罰化による著作権侵害の抑止効果は薄いと云わざるを得ない。この厳罰化の現象に対し、中山信弘教授は「我が国の知的財産権侵害罪は、世界でも最も重罰の規定をもつことになった。今回の改正は、有体物の侵害と情報の侵害との区別の議論を全くしないままに政治主導でなされたものであり、法改正として極めて遺憾である」と慨嘆している¹¹⁾。

日本で知的財産犯罪の刑罰を強化する法律改正が続けているが、裁判所が大抵執行猶予を一定期間つけるため、侵害者が実際の懲役に服することはあまりないと指摘されている¹²⁾。これは日本のみならず、グローバルな問題だと思われる。例えば、タイでは、知的財産事件の被告人の大半は模倣品を販売する小売店の店主であり、彼らが罪を認めるため、懲役刑を言い渡されておらず、ほとんどが罰金を払った後に再度模倣品

を販売し続けるだろうと認めたという実態が指摘されている¹³⁾。

知的財産権を侵害する物品の製造・販売がとても魅力的な違法商売であることに鑑みれば¹⁴⁾、現在の判決の実務が少なくとも模倣品に関わる業者にとっては十分な抑制効果が果たせるのか社会的に疑念を持たれることが少なく、単にビジネスの代償に過ぎないと見なされるものであるとも思われる¹⁵⁾。

以上を踏まえ、本章は有体物の侵害と無体物である知的財産権の侵害との区別を検討していきたい。

(1) 訴訟における実損算定の困難性

判例及び通説は、一般不法行為での損害の定義について、差額説を基本に据えている。差額説とは、不法行為がなければ被害者が置かれている財産的・精神的利益状態と、不法行為があったために被害者が置かれている財産的・精神的利益状態との差を損害という¹⁶⁾。この意味で、現実に差額が生じていなければ、「損害」は生じていないとの帰結が導かれる¹⁷⁾。一方、損害とは、不法行為によって被害者に生じた不利益な事実であると解する「損害事実説」もある。損害事実説は、最上位の事実のレベルにまで損害を抽象化する。損害事実説によれば、不法行為の場合は、権利侵害自体ではなく、それによる不利益が金銭評価の対象となる¹⁸⁾。

しかし、知的財産権は所有権とは異なり、保護の対象は有体物たる物ではなく、人間の知的活動によって生み出される無体物である発明、考案、意匠、商標、著作物といった「情報」である。無体物である知的財産権侵害の場合、そもそも「財産的利益状態」を評価することが困難である¹⁹⁾。日本法の差額説か、それ

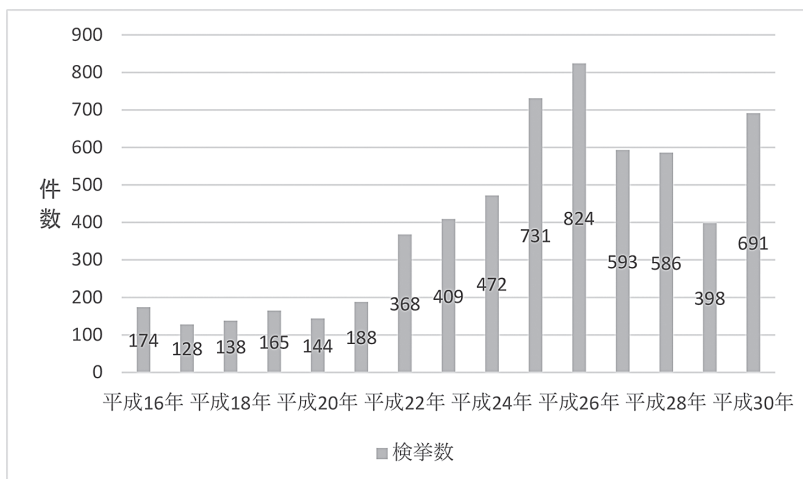


図1 サイバー犯罪（著作権侵害）の検挙数

とも損害事実説のどちらを用いても、有体物侵害の場合より、被害者に生じた「実損」を算定することが遙かに難しい。この点を認めた上で、日本を含む各国の著作権法は損害の算定を容易にするために、序論に書いたように、損害額の推定特別規定を設けている。しかし、権利者側から訴訟を通じて十分な賠償を得にくいという苦情がよく出てきた。それは、侵害事実の発見及び侵害の全容の把握は容易ではないからである。例えば、侵害行為と原告主張の損害額との間の相当因果関係の立証は困難であるとの指摘がある⁽²⁰⁾。さらに、日本に証拠開示（ディスカバリー）の制度は存在せず、権利者が侵害者の販売数量を把握するにおいては、権利者には、侵害者に対する販売数量の報告徴取権や帳簿閲覧謄写権はない。なお、侵害者が任意に販売数量を開示してもこれを信ずべき信頼の基礎がそもそも存在しない。結局、侵害者が負うべき程度の損害賠償責任を回避する可能性が高くなり、ここで「侵害のやり得」の結果を生じてしまい⁽²¹⁾、填補賠償が持つ抑止効果が十分に発揮されないことになった。さらに例を挙げると、仮に権利侵害が発見されたとしても、結果的に、ライセンス料相当額を損害賠償額として支払えば良いことになるのは、費用と労力を投入し、創作活動に励むよりも、他人の知的財産を無断で利用したほうが得策であるという侵害へのインセンティブが働く⁽²²⁾。また、著作権法114条3項を適用するにあたって、使用許諾料の算定について、裁判所がどのような思考過程で具体的な使用料相当額に辿り着くのが不明で、その予測も難しいといった配慮があるという点も指摘されている⁽²³⁾。実際、裁判上ほとんどの場合、権利者による請求額より減額した金額しか認容されなかったことから⁽²⁴⁾、知的財産侵害において権利者である原告が（自分の期待より）十分な賠償を得にくいことは確かであろう。

要するに、不法行為制度の主な目的と機能、すなわち「被害者に生じた現実の損害を金銭的に評価し、加害者にこれを賠償させることにより、被害者が被った不利益を補てんして、不法行為がなかった時の状態に回復させることを目的とするもの」⁽²⁵⁾が、知的財産侵害の民事訴訟において先天的不足が存在しているといえることができる。このような機能不全が加害者に引き続き、社会的に望ましくないとされる（権利侵害の）活動に投入するインセンティブを生じさせていると考えられる。

（2） 知的財産権は公共財の性質を有する私権

知的財産権保護の対象は有体物たる物とは異なり、人間の知的活動によって生み出される情報である以上、経済学でいう「公共財」の性質を有する。第一に、知的財産は無体物であるため、誰でも、どこでも、いつでも利用することができる特徴を持つため、対価を支払わない者を消費から排除することが技術的ないし経済的に不可能なことである（「非排他性」という）⁽²⁶⁾。特に、著作権分野において、1990年代以来、インターネットと携帯電話の普及、情報技術の高度化に伴い、情報は有体物である媒体を離れてそれ自体を短期間で、大量に、かつ低コストで流通させることが可能になり、且つ、何度コピーしてもオリジナルと同一の品質を維持することができる。しかし、世界中に流された大量のデジタル音楽・文字・写真といった情報に対し、全面的な管理は事実上不経済、かつ不可能である。第三者により著作権の侵害が容易である一方、著作権者により侵害の発見・摘発が極めて困難であるため、侵害を発見したとしても、証拠の収集の面で難しい場合が少なくない⁽²⁷⁾。

次に、ある個人が情報を利用しているとき、追加的に他の個人が同じ情報の消費に加えても、両者の消費はお互いに妨げられないという性質である（「消費の非競合性」という）。映画著作物の例でいえば、たとえAが映画を観ているとき、Bが同時に映画を観ても、Aの消費量を減らさないということである。さらに、情報は完全に社会全体で等量消費が可能な公共財であるため、最も非競合性の強い「純公共財」の性質を有している⁽²⁸⁾。

上記の特性から知的財産権による保護の対象となる情報と伝統的な財産権の保護対象とする有体物を分類すると、下図のようになる⁽²⁹⁾。

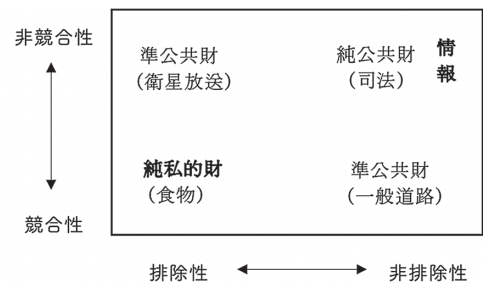


図2 公共財の性質を有する知的財産権

公共財は社会の全メンバーによって消費されるので、外部経済が非常に大きい財である。この意味で、情報は誰でも自由に利用できるものであって、社会全

体の情報量が多ければ多いほど良いと考えられる一方、公共財が抱えている「フリーライダー」問題は知的財産権分野においても生じる。つまり、大量の時間や労力や費用を投下して新たな情報を創作・流通させても全て公共財となってしまったら、創作等へのインセンティブが損なわれる懸念が生じかねない⁽³⁰⁾。それは社会的な観点から見れば望ましくないことといえよう。したがって、他人の「知的創造」にただ乗りするという行為を防ぐため、将来に向けて創作等を奨励すべき情報については、私有財産としたほうが産業や文化の発展に貢献するという知的財産権の正当化する根拠となる⁽³¹⁾。つまり、知的財産権は情報の利用を規制する権利なのだから、そのような権利を認めることによって、人の行動の自由が制約されてしまう。したがって、知的財産権とは、他人の自由を法的に制約する特権に過ぎないものであって⁽³²⁾、他者の自由を制約する権利の正当化根拠は、それが権利者自身の利益ではなく、一般公衆の利益（すなわち、著作物の公正な利用）にも資するように思われる⁽³³⁾。

(3) 著作権法の適用対象の大衆化

「知的財産権法」は大きく分けると、「産業財産権（工業所有権）」と「著作権」の二つに分けられる⁽³⁴⁾。現在、日本における知的財産法制度は、下表のように、情報の種類によって規制手段が異なる⁽³⁵⁾。

この表が示すように、知的財産分野における工業所有権法的保護と著作権法的保護の形式は異なる。一言で言えば、著作権法による保護の対象は、創作活動の所産であって、その発生について無方式主義に認められ、保護を得るために、公開・秘密管理などの積極的に法的義務が一切ないものである。したがって、知的財産権において、著作権法は公共財の色彩が一番高く、利用手段が一番多様化し、並びに適用対象が最も大衆化している分野といえよう。

こうして、著作権法の適用対象は、商工業などの事

表2 特許権、商標権および著作権の規制手段に対する比較

権利の種類	産業財産権（工業所有権）		著作権
	特許権	商標権	
目的	産業の発達	信用維持	文化の発展
保護対象情報の種類	技術的創作活動の所産のうち高度のもの	産業活動上の識別標識	創作活動の所産
方式の要否	要	要	不要
保護範囲の公示	あり	あり	なし

業を営んでいる「業者」から、一般市民へ拡大し、老若男女を問わず、未成年者でも著作権法の傘下に入ってくるようになる。これにより、いろいろ権利者との対立を生み出すことになったのである⁽³⁶⁾。例えば、有体物と異なり、法律の素人である第三者にとって、現代社会において日常的な行為でも、思わぬ著作権侵害に該当する恐れがある。したがって、前述のように、裁判所が一般市民の著作権侵害者に対して、実際の懲役刑を科すことを控えることになった。

よって、法定損害賠償制度は、あらゆる知的財産権で問題となるが、侵害が一番容易であるが、侵害の摘発が一番難しく、かつ、一般市民に影響が最も大きい著作権法において、法定損害賠償制度の調整には一番の正当性があると考えられる。

3 「付加的」損害賠償の可能性

(1) 社会的に最も望ましい行動を惹起するためのインセンティブの設定

本章は前章で論じた知的財産権及び著作権の特殊性を踏まえ、法学及び経済学的な観点から、著作権侵害におけるどのような場合に追加的損害賠償を採用することが「社会的に望ましいレベルの行為」に導けるかを検討する。

まず、長岡貞男教授は以下の公式で損害賠償制度を抑止力の観点から分析する。

$$V = G - K \times q$$

V	財産侵害の期待利益
G	財産を侵害した場合の利益
K	罰金
q	侵害が発見・確認される確率

侵害となる客体が有体物や無体物であるかそれぞれの場合について、長岡教授は以下のように説明している⁽³⁷⁾。

—

侵害への誘因がなくなるには V がマイナスになる必要があるから、 $K > G/q$ である必要がある。有体物の場合は侵害の発見が容易であるために、侵害が罰せられる確率はほぼ1に近い。したがって K が G 以上であれば、侵害への誘因はほぼ無くなる。

他方、民法による損害賠償制度では、財産の所有者は財産侵害を受けた場合その逸失利益を侵害者から得ることができる。有体物の場合はその所有者が財産を利用しつつ同時に他者にライセンスする可能性はないので、その逸失利益はその直接的な損害、すなわち有体物の財産権が行使できなくなることによる直接的な損害 (L) に等しい。多くの場合財産はそれを所有し利用している人に最も高い利益をもたらしている。その財産を利用するためのノウハウの蓄積、補完的な投資などを行っているからである。その場合

$L > G$ である。

また、侵害対象の財産に競争的市場(その価格を P) が存在すれば、 $L = P = G$ である。したがって、両方のケースで $L \geq G$ であり、侵害者に権利者の逸失利益 L の支払いを求める損害賠償制度は有体財産の侵害の抑止には強い効果があると言える。

しかし、知的財産の場合は以下の二つの点が異なる。第一に、侵害が発見され確認される確率は1より小さいと考えられる。このため、侵害者利益 G を直接罰金として課したとしても侵害への抑止効果は弱すぎる。例えば q が $1/2$ であるとすれば、侵害者利益 (G) の倍額の支払いを課さなければ侵害への誘因を十分下げられない。第二に、権利を侵害された企業の逸失利益 L は必ずしも常に侵害者利益 G を上回らない。…権利企業の逸失利益にはライセンス料を含むとすれば、逸失利益はライセンス料 $[(G+L)/2]$ にまで増大するが、それでも侵害者利益を下回ることがあり得る。

—

上記の分析に従えば、前述のように、著作権の特徴は侵害があっても発見されにくいことにあり、この結果、逸失利益を賠償する損害賠償の仕組みは十分な抑止力を持っていない。これに対し、権利者の「逸失利益」に相当する額のほか、侵害者に別に罰金を払わせると、侵害者における侵害への誘因がなくなってしまう。要するに、デジタル時代において、著作権侵害が発見・確認される確率 (q) が極めて低いから、経済

学的な観点から、追加的損害賠償制度は社会的に望ましい行為(著作物の合法的な利用)を選択するインセンティブを与えるという経済的側面を有するということができる。

(2) 著作物の生産・消費がもたらした外部効果の内部化

主流派経済学のモデルの基本前提となっている「合理的経済人」の観点から見れば、個人ないし企業などの経済主体が自らの消費行為を合理的に選択している⁽³⁸⁾。

デジタル時代には、大多数の市民は著作物情報に接触する頻度が極端に頻繁となり、ほぼ毎日他人の著作物に触れる機会があると言っても過言ではない(音楽はその典型的な例である)。したがって、著作権の限界を画定するに際して、著者に正当な利益に対する保護を与える同時に、一般消費者の自由とのバランスを求めるとを前提として、著作物等の利用の性質、公益上の理由、他の権利との調整、かつ社会慣行との整合性を顧慮すべきだと考える。特に、経済的な観点から見れば、公共財の性質を有する情報の消費や生産の行動にはいわゆる「外部経済」(external economies)(つまり、創作的情報の生産・公表は通常他の経済主体に利益となる)が存在する一方、創作的情報のフリーライダー消費は創作者の不利益となり、または創作者により権利の行使は他の経済主体における自由を制限する場合もある(「外部不経済」(external diseconomies))⁽³⁹⁾。

このような外部経済・不経済の効果が内部化されていなければ、消費や生産活動の選択者は、自分の行動から派生する他者への効果が適正にフィードバックされていられない。その結果、外部経済を与える活動が社会的に見て少なくなったり、逆に外部不経済を与える活動が多くなったりするわけで「経済全体での資源配分が不適切に行われている状態」になってしまう⁽⁴⁰⁾。したがって、これらの資源配分の不適切さの解決策として、政府の介入が要請され⁽⁴¹⁾、経済主体相互間の効果を、支払いや補償によって適正に行為の決定者に還元させ、外部効果が内部化するという方法がある⁽⁴²⁾。例えば、情報利用の大衆化に伴い、著作物利用者が各々の資源に対する対価の支払い意欲がどんどん下がっている(一年で約4億曲の違法な「お試し利用」という現象から分かる⁽⁴³⁾)。このように、著作物利用

者が資源に対する対価の支払い意欲は問題となるとき、効率性の最適点は、事故や危険から生じる全ての費用を最小化する資源配分にある。つまり、事故費用を発生させる活動（例えば著作権侵害行為）にかかるすべての事故費用が内部化された場合にはじめて、最適な効率性が達成できるということである。このことは、事故費用が最小化されるまで事故率を削減することを狙いとするものであり、「経済的抑止」とも呼ばれている⁽⁴⁴⁾。

さらに、公共経済学の理論上、資源配分を適正にするための手段として、政府による課税・補助金政策が提唱されているが、その一つの問題は、政府が公平な立場で、当事者の外部効果に対する主観的評価を測定しなければならないが、それは相当に困難な仕事と思われる。この意味で、著作物という創作的情報も同じであろう。すなわち、情報の利用者による著作物に対する限界評価と、情報の生産者が自分の時間・労力・費用を犠牲にしてまで創作物を生み出すことに対する評価とが通常一致していない状態になってしまい、資源配分上は最適な効果を達することが困難である。この場合、国家が経済主体相互間の関係にどう対処すべきかについて、どちらの当事者の行動に自由を与えるかにかかっている⁽⁴⁵⁾。

要するに、経済的な視点からすると、公共財の性質を有している著作物の最適な社会的生産量を実現させるために、著作物の生産・消費がもたらした外部不経済を内部化する必要がある。これに基づき、政府の介入により著作物の消費に関わる経済主体に「付加的な額」を支払わせることにはその法的正当性があるといえよう。その支払いの調整は、国の合法・合理的判断に委ねるべきである。

(3) 「付加的損害賠償」の非懲罰性

従来、懲罰的損害賠償その名が示す通り、違反者を罰する意図がある。このアメリカに由来する制度には、企業が危険な仕組みを採用する意思を抑制し、安全、かつ合理的な行動を奨励することになるといった利点が挙げられるのに対して、次のような批判が唱えられている⁽⁴⁶⁾。

- (1) 危険を回避する企業による社会的に有益な行動を害する。
- (2) 懲罰的損害賠償の費用は、結局消費者が負担することになってしまう。

- (3) 全く根拠がない訴訟を奨励することになりかねない。

これまでの懲罰的損害賠償制度に関する論争にもかかわらず、ここで論じられている追加的損害賠償は最大限に損害補填及び予防目的を追求しており、本質的に従来の懲罰性損害賠償制度とは異なるのに加え、上記の欠点が生じないものであるから、以下では「付加的損害賠償」と称する。

まず日本では、実損害の填補を超える賠償は認められないというのが通説的理解であるが、実損害の算定が極めて困難である著作権法の分野においては、前述のように、権利者に生じた実損害の填補が十分といえない。したがって、付加的損害賠償を適用することができれば、権利者による侵害事実の発見及び侵害の全容の把握は容易ではないという欠点を補完する機能を有する。この意味で、付加的損害賠償は「実損を超える懲罰性制裁」と異なるものといえることができる。

さらに、デジタル時代では著作物の侵害が容易であるため、損害の賠償以外、権利者からの侵害行為の予防に対する要請もよくされている。たとえ侵害者を訴えたとしても、訴訟で払わせる損害賠償額は彼が侵害行為より得た（表面上の）経済的利益に等しい（前述のように、実務上ほとんどの場合はより低い）。そのため、加害者は引き続き同様な危険な活動に投入するインセンティブが甚だしい⁽⁴⁷⁾。これは、侵害行為に対して刑事司法が厳罰化に向かっているにもかかわらず、著作権侵害件数が年々増加してきて、権利者からもっと厳しい刑罰を要請されているという背景があるのである。

その解決策として、被告が追及を逃れてしまう確率が高い場合、追及を逃れる確率の逆数に乗じて、その数字から元の損害賠償額（逸失利益）を引く額を加害者に追加的に賠償をさせることによって最適な予防を実現することができると思われる⁽⁴⁸⁾。具体例で説明すると、捕まる確率は1/4、捕まったら100,000円の損害を賠償すべきという事案である。この事案において、加害者は平均的に被害者に25,000円の損害だけ支払うことになる。そこで、仮に侵害の予防措置が50,000円かかるとき、加害者はその予防措置をとる適当なインセンティブがない。したがって、加害者に追加的に300,000円の損害賠償（100,000×4-100,000）を負担させることをはじめ、加害者にコストの低い行為をとるインセンティブが生じるわけである。

特に、不法行為の領域における保険制度の普及によって、賠償責任を課すことの制裁としての意味が減っていくが⁽⁴⁹⁾、著作権侵害行為によって生ずる損害の分担の社会化を全く行っていないものである。したがって、加害者にお金を払わせることにより、加害者は自腹を切って、痛い目にあい、侵害行為の抑止につとめるとも考えられる⁽⁵⁰⁾。さらに、付加的損害賠償は民間の当事者とその弁護士にクロスボーダのような規模が大きい不正行為の追及及び裁判を戦う動機付けとなり、外国語が堪能な涉外弁護士及び民間業者の能力やノウハウを積極的に活用するとともに、著作権侵害行為をより効率的に摘発することができよう⁽⁵¹⁾。

アメリカでも、少数であるが、懲罰的賠償を予防のための手段とみなし、損失を超える賠償を道徳的非難から引き離して考えている判決がある⁽⁵²⁾。裁判官たちは、追及を逃れる確率を判決の主な根拠とすることで、加害者の日和見主義を修正しようとしている。この意味で本稿にいう「付加的損害賠償」も同じであろう。「付加的損害賠償」を適用した場合、道徳的非難の要素は排除され、予防目的を追求しているものである。よって、填補を超える賠償の目的が処罰と抑止に限られるものではなく、「懲罰的」という文言から解放されれば、問題解決における有効な手段となる場合と思われる⁽⁵³⁾。

なお、著作物の創作活動は既存の著作物からのモチーフ（模倣）が不可欠である上、賠償制度が予防目的とは別の懲罰目的を追求すれば、それによって引き起こされた権利侵害への過剰な予防が、著作物の利用により文化の発展を促進するという制度目標に直接の打撃を与えてしまうことになる。したがって、著作権法における損害賠償制度は、懲罰目的の排除が必要だと思われる⁽⁵⁴⁾。

（４）賠償を認める要素及びその制限

「故意」より「責任の追及を逃れる行為」に

従来の懲罰的損害賠償は道徳的非難の視点から「処罰」を理解した上、行為者の主観的な状態を評価する必要があることは言うまでもない。しかしながら、道徳的評価は直感的な判断であり、各裁判官の間で一致する基準を立てるのがほぼ不可能であろう。これを踏まえ、ここでの付加的損害賠償は、抑止の目的に重きを置き、それは刑事法の目的を重ねているので、あらゆる事件において認められるべきでない⁽⁵⁵⁾。その一

方、「付加的損害賠償」は填補原則を基にするものであるため、法的評価の基準は同様に客観化の立場を基礎とすべきだと考える。加害者が引き続き外部不経済の活動に投入するインセンティブを消滅させるという付加的損害賠償の目的に着目するのならば、その基準の客観性は、被告の「原告の権利及び侵害の発見や除去に必要となる社会的コストに対する傲慢な意識的な違法行為」にあるといえよう⁽⁵⁶⁾。つまり、行為者の主観的な状態は行為の客観的効果の表徴として運用し⁽⁵⁷⁾、被告には「侵害責任の所在に対する追及を逃れる行為」があれば、付加的損害賠償を認めるのは相当であると考える。例えば、違法コンテンツを提供するサーバーを海外に設置する行為、自分の正体を隠してオンラインで侵害行為を犯す行為等である⁽⁵⁸⁾。

なお、公害のような新たな型の不法行為に応じて新設された追加的損害賠償規定のように⁽⁵⁹⁾、付加的損害賠償におけるもう一つの正当化根拠として、①著作物の侵害が容易になってきたと共に、侵害の発見・摘発困難である時代において、侵害者の追及を逃れる行為の予防のために、損害賠償の抑止機能を特に高める必要であり、また②原告に対する損害賠償填補の責任はすでに認められており、侵害者に責任の追及を逃れる「悪意」が判明したのであるから、「表面上」の損害を填補する義務に加え、権利者が侵害行為のエンフォースメントをするためにかかったコストは、固定それとも変動費用として付加的損害賠償を認めれば⁽⁶⁰⁾、加害者と被害者との間の損失の負担の公平を図り、社会に生じた損害の合理的分担を定めるという民事責任の趣旨にかなうとも考えられる⁽⁶¹⁾。

当然、客観的に見れば、侵害者は権利侵害の責任から免れようとする行為があると認められない場合、付加的賠償は行われるべきではない。たとえば、脚注52の米国判決のように、被告企業は適正にビジネスを行っており、侵害の摘発から逃れると判断されていないので、懲罰的賠償の支払いは必要がないとされる。こうして、「懲罰的損害賠償制度」を導入することに関する日本業界からの懸念⁽⁶²⁾、すなわち、適正な損害賠償を超えた懲罰的目的とした訴訟が増加することが予想され、産業の健全な発展を阻害するというのが、付加的損害賠償の場合ではなかなか生じないであろう。それに加え、摘発から逃げる行動を一切取っていない企業に対し、付加的損害賠償の見込みがないから、その費用は消費者に負担させる心配もない。一

方、付加的損害賠償の対象となりがちである違法コンテンツの提供者は、無料か安価でサービスを提供するのがビジネスモデルであるから、付加的損害賠償の費用は消費者に転嫁する配慮もないといえよう。なお、創作活動自体は付加的損害賠償の対象とならないので、実損より高額な損害賠償額を認めたとしても、創作活動自体を萎縮させる効果を最小限に抑えられると思われる⁽⁶³⁾。

適正な額の設定について

抑止機能をもたせるため、下限は少なくとも訴訟において認められる補填損害額の1倍が必要であろう。上限は議会によるエンフォースメントのコストなど諸般の事情を踏まえた政策的な見地からの裁量権に基づく判断に委ねるべきである。その上下限の範囲内で額をどう定めるかは各事件の状況により裁判官に委ね、判決の累積を通じ、さらに類型化することが期待できる。もちろん、損害賠償額を算定するに際して、適正手続保障も忘れてはならない。金銭的評価について裁判官の自由裁量の余地を認めるべきであるが、訴訟法上の制度的保障は依然として要請されるべきである。つまり、判決理由中において被告に付加的損害賠償責任があると認定した以上、その賠償額算出の根拠を明確に示さなければならず、示さなければ理由不備として破棄事由となると解すべきである。

加害者の資力とは無関係

付加的損害賠償の主目的は懲罰的損害賠償とは異なり、特に侵害者の苦痛を追求せず、侵害者に侵害行為を選択する誘因を消滅させることであるので、必ずしも支払能力が強い侵害者はより多くの賠償額を支払わ

なければならないわけではない。実際、個人、または知識と資力のレベルが低い者は、経済的利益のために社会的に非効率的な侵害行為を行い、権利者から責任の追及を逃れる確率が企業より低いというわけではない点に考えれば、資力を理由として付加的賠償額を減免するとすれば、そもそも抑止の主目的を大いに損なってしまうおそれがある⁽⁶⁴⁾。さらに、同様の権利侵害行為について、企業の規模や売り上げを考慮して損害賠償額を調整すれば、社員と役員の努力によって獲得した市場の成功を罰することに等しいこととなり、これは決して常識的なものではないであろう。したがって、従来の懲罰的損害賠償に対する認識とは異なるかもしれないが、付加的損害賠償額を認定するに際して、侵害者の資力は考慮すべき要素から外されるべきだと考える。

(5) 小括

著作権の特性に鑑み、著作権侵害の損害賠償制度において、既存の一般の不法行為と異なる法則を採用しても、萬世工業事件判決に違反することになるものではないであろう。なぜかという、萬世工業事件判決の射程は、実損の算定・補填が極めて難しく、エンフォースメントのコストが遥かに高く、抑止機能を高める必要がある特殊的不法行為である著作権侵害行為に及ばないと解することにより、本稿でいう付加的損害賠償は日本における填補賠償原則の枠を超えるわけでないものである。最後に、本論文における付加的損害賠償の理論枠組みを法学・経済学それぞれの観点で下表のようにまとめる。

表3 付加的損害賠償の理論枠組—法学・経済学それぞれの観点のまとめ

	付加的損害賠償	
	法的観点	経済学的な観点
目的	不法行為の抑止 当事者間損失負担の公平	<ul style="list-style-type: none"> • 効率的行動を惹起するためのインセンティブの設定（「合理的経済人」の行動を是正させる） • 著作物の消費行動における外部効果の内部化
方法	加害者に金銭を負担させる	<ul style="list-style-type: none"> • 加害者のコストは利益を上回らせる • 著作物の消費者は著作物の生産者に対して支払わせる
賠償額の調整基準	侵害行為により得た利益 侵害が発見・確認される確率	支払いと著作物の利用の間の選好関係 (無差別曲線)
国家権力の限界	適正手続保障	適正手続保障

4 おわりに

一般的不法行為損害賠償制度の核心である補填原則は、著作権侵害のような実損の算定が困難な場合、民法典の目標、すなわち「市民秩序の回復」を実現するにあたって、先天的不足が存在している。さらに、インターネット技術の進展及び著作物利用の多様化に伴い、全ての著作権侵害者に対する摘発がより不可能、かつ不経済という現実を踏まえ、日和見主義になってきた加害者の行為を抑止するために、効率的行動を惹起するインセンティブとしての付加的損害賠償は有効であるかもしれない。それに加え、著作権侵害における保険制度が未だ未発展な現状で、加害者に自腹を切って負担させる損害賠償制度は実用的効果も高める一方、そのお金は罰金として国に帰することにより、権利者に直接に還元することで、損害の発生により失った市民秩序の均衡を回復させることができ、他人の人格の尊厳、財産を尊重し、各人の生活利益を相互に侵害せざることを根本的規範として、不正侵害を救済するという不法行為制度における究極的な使命を叶えられると考えられる。

なお、実損を補填するという原則の核心は、法的評価の基準を客観化しようという立場にあり、それについて付加的損害賠償も同様に客観化の立場を基礎としている。つまり、付加的損害賠償の客観性は、損害賠償を算定する際に加害者の（外見から見える）客観的な行為のみを考慮するという点にある。同時に、行為者の主観的状态を重視しないことは個人の自由を尊重するという現代法における基本的な要請にも合致している。

結論として、本稿で論じた付加的損害賠償は、著作権侵害において被害者に生じた損害を最大限に補填すると共に、加害者の侵害行為を抑止するという二つの目的を同時に達成しようとするものである。付加的損害賠償制度は、日本における填補賠償原則の枠を超えるものでなく、現行制度・判例及び学説の運用と解釈によって無体物である情報の特性、かつ経済学的な側面に鑑み、一般人の生活経験及び一般国民感情に近い、かつ効率的なルールとなるであろう。これらの提言が、今後の議論の発展に寄与することを望むものである。

5 参考文献

(1) 日本文献

- 麻生良文『ミクロ経済学入門』（ミネルヴァ書房，2012）
- 上野達弘「著作権法における権利の排他性と利益分配」著作権研究 42 号（2016）69-84 頁
- 内田貴『民法Ⅱ債権各論 [第3版]』（東京大学出版社，2011）
- 大阪弁護士会知的財産法実務研究会『知的財産権・損害論の理論と実務』別冊 NBL139 号
- 加藤一郎『不法行為』（有斐閣，1974）
- 佐野隆「懲罰的損害賠償の非懲罰性」『国家の法的関与と自由—アジア・オセアニア法制の比較研究—』（信山社，2001）169-181 頁
- 寒河江孝允監修・永野周志ほか編集『知的財産権訴訟における損害賠償額算定の実務』（ぎょうせい，2008）
- 澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為 [第3版]』（有斐閣，2001）
- 四宮和夫『不法行為』（青林書院，1985）
- 島並良ほか『著作権法入門』（有斐閣，2020）
- 宗宮信次『不法行為論』（有斐閣，1968 年）
- 田村善之「知的財産法政策の試み」『知財の理論』（有斐閣，2019）
- 谷口洋志『公共経済学 [外訂二版]』（創成社，1996）
- 寺澤幸裕「知的財産権侵害にかかる民事的救済の適正化のために」知財研フォーラム 28 号（1997）2-17 頁
- 土居丈朗『入門公共経済学 [第2版]』（日本評論社，2018）
- 中山信弘『著作権法 [第2版]』（有斐閣，2014）
- 中山信弘「デジタル時代の知的財産権—覚書」『21 世紀における知的財産の展望—知的財産研究所 10 周年記念論文集』（雄松堂，2000）333-359 頁
- 難波譲治「損害の抽象性と具体性—損害の段階構造に関する覚書—」立教法務研究 1 号（2008）105-126 頁
- 長岡貞男「知的財産保護における損害賠償制度の経済分析」『21 世紀における知的財産の展望：知的財産研究所 10 周年記念論文集』（雄松堂，2000）313-332 頁
- 新美育文「不法行為基礎理論の素描」淡路剛久ほか編『不法行為法の現代的課題と展開：森島昭夫教授還暦記念論文集』（日本評論社，1995）27-46 頁
- 野口祐子『デジタル時代の著作権』（筑摩書房，2010 年）

芳賀雅顯「懲罰的損害賠償を命ずる外国判決の承認」『三枝一雄教授古稀記念論文集』（明治大学法律研究所，2008）313-342頁

藤岡康宏ほか『民法Ⅳ債権各論 [第4版]』（有斐閣，2019）

藤井俊二等『レクチャー民法学債権各論 [第2版]』（成文堂，2019）

藤田友敬「サンクションと抑止の法と経済学」ジュリスト1228号（2002）25-38頁

山田奨治『日本の著作権法はなぜこんなに厳しいのか』（人文書院，2011）

山田太門『公共経済学』（日本経済新聞社，1996）

山田卓生「不法行為法の機能」淡路剛久ほか編『不法行為法の現代的課題と展開：森島昭夫教授還暦記念論文集』（日本評論社，1995）3-26頁。

若竹宏論「著作権法114条3項の使用料相当額に関する雑感」OIKE LIBRARY 47号（2018）

サンタニー・ディサヤブット著・知的財産研究所訳『知的財産侵害の効果的な防止抑制のための法と政策の国際的調和 特許庁委託 平成20年度産業財産権研究推進事業（平成20～22年度）報告書』（知的財産研究所，2010）

トニ・M・ファトン著・牧野和夫監訳『アメリカ法制度と訴訟実務』（レクシスネクシス・ジャパン，2007）

マイケル・ティルベリ著・佐野隆訳「私法上の救済手段による『犯罪』行為の規制：懲罰的損害賠償の場合」『国家の法的関与と自由—アジア・オセアニア法制の比較研究—』（信山社，2001）83-100頁

蔣舸著・山東佳帆訳「著作権法と特許法における『懲罰的賠償制度』の非懲罰性」知的財産法政策学研究54巻（2019）1-40頁

（2）外国文献

A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, Punitive Damages: An Economic Analysis, 111 Harvard Law Review 869 (1998) pp25.

A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell, Enforcement Cost and The Optimal Magnitude and Probability of Fines, Journal of Law & Economics. Vol.35, No.1 (1992) pp133-148.

John Salmond, The Law of Torts: A Treatise on The English Law of Liability for Civil Injuries, Sweet &

Maxwell, London (1924, 6th edition) pp129.

Steven Shavell, Foundations of Economic Analysis of Law, Harvard University Press (2004) pp476.

Zachary A. Pollinger, Counterfeit Goods and Their Potential Financing of International Terrorism, Michigan Journal of Business, Vol.1, Issue 1 (2008) pp89.

別紙

平成11年8月から令和2年12月までにおける、著作権法にかかる損害賠償事件のうち、著作財産権侵害が認定された150件につき調査検討を加えた⁶⁵⁾。そして、この150件の請求に基づく条文を表にしたのが表4である。表4によれば、主請求をベースで見ると、著作権法114条3, 4項の使用料相当額の件数が全体の62.67%と一番多いとなっている。

表4 著作財産権侵害が認定された判決の統計(H11.8-R2.12)

条文	認容合計
著作権法114条1項	7
著作権法114条2項	21
著作権法114条3, 4項	94
著作権法114条の5	10
民法709条	18
総計	150

また、(弁護士費用を除外した)請求額に対する認容額(額の算出方法が複数あるときは、当該複数の算出方法によりそれぞれ算出した額のうち一番高い額)の割合を示したのが図3である。裁判所から減額して認容されたほとんどの原因は侵害者利益の立証の失敗及び使用料率の減少である。多くの場合は請求額に対する認容額の割合が30%未満である現状に鑑みると、著作権侵害訴訟における権利者の満足が得られているかどうかは大きな疑問である。

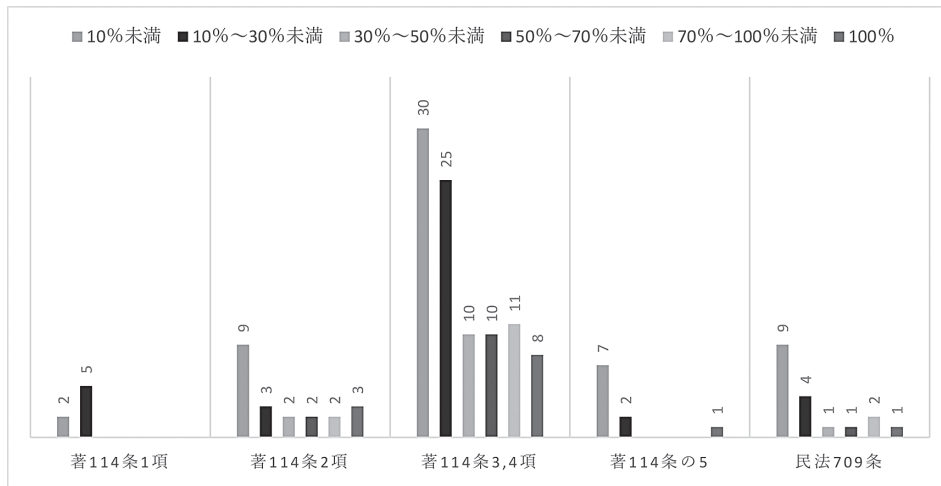


図3 請求額に対する認容額の割合

(注)

- (1) 四宮和夫『不法行為』（青林書院，1985）267頁，加藤一郎『不法行為』（有斐閣，1974）228頁，宗宮信次『不法行為論』（有斐閣，1968）18-19頁，澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為〔第3版〕』（有斐閣，2001）85頁参照。
- (2) 内田貴『民法Ⅱ債権各論〔第3版〕』（東京大学出版社，2011）323頁参照。
- (3) 芳賀雅顯「懲罰的損害賠償を命ずる外国判決の承認」『三枝一雄教授古稀記念論文集』（明治大学法律研究所，2008）316頁参照。
- (4) 最判平成9年7月11日民集51巻6号2573頁（いわゆる「萬世工業事件」）。
- (5) 東京地判平成15年7月18日（平14（ワ）27910），奈良地判平成13年12月25日（平11（ワ）168）判決参照。
- (6) だからといって，それ以降，懲罰的損害賠償を認めた判決が全くないわけではない。大阪地判平成11年12月13日（平11（ワ）8121）で，裁判所は，明示的に合計1,100万円の賠償に懲罰的要素があると述べていないが，類似のセクハラ的事件と比べてかなり高いものである。
- (7) 藤岡康宏ほか『民法Ⅳ債権各論〔第4版〕』（有斐閣，2019）34頁参照。
- (8) 企業が日本で知的財産訴訟を提起する目的としては，損害賠償の請求よりもむしろ差止に重さをおいていると指摘されている。寺澤幸裕「知的財産権侵害にかかる民事的救済の適正化のために」知財研フォーラム28号（1997）12頁参照。
- (9) 山田奨治『日本の著作権法はなぜこんなに厳しいのか』（人文書院，2011）22頁参照。
- (10) 内閣府「青少年のインターネット利用環境実態調査及び統計・調査研究 サイバー犯罪の検挙状況等」https://www8.cao.go.jp/youth/kankyau/internet_torikumi/tyousa_002.html（最終確認2021/12/9）トレンドマイクロ株式会社「2018年のサイバー犯罪検挙件数，9,040件で過去最多に 警察庁調べ」<https://www.is702.jp/news/3461/>（最終確認2021/12/9）
- (11) 中山信弘『著作権法〔第2版〕』（有斐閣，2014）660-661頁参照。
- (12) サンタニー・ディサヤプット著・知的財産研究所訳「知的

- 財産侵害の効果的な防止抑制のための法と政策の国際的調和」『特許庁委託 平成20年度産業財産権研究推進事業（平成20～22年度）報告書』（知的財産研究所，2010）5頁参照。
- (13) サンタニー・前掲注12）6頁参照。
 - (14) 模倣品は「ローリスク・ハイリターン（low-risk, high-return）」の犯罪だと考えられている。例えば，コカイン販売で100%程度の利幅を獲得できるとすると，海賊版マイクロソフト・ソフトウェアの販売で最大900%の利益を生み出すことができる。Zachary A. Pollinger, Counterfeit Goods and Their Potential Financing of International Terrorism, Michigan Journal of Business, Vol.1, Issue 1 (2008) at 89. Available at <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/summary?doi=10.1.1.117.7393>（最終確認2021/12/7）
 - (15) サンタニー・前掲注12）6頁。
 - (16) 藤井俊二等『レクチャー民法学債権各論〔第2版〕』（成文堂，2019）273頁参照。
 - (17) 「損害賠償制度は，被害者に生じた現実の損害を填補することを目的とするものであるから，労働能力の喪失・減退にもかかわらず損害が発生しなかった場合には，それを理由とする賠償請求ができないことは言うまでもない」最判昭和42・11・10民集21巻9号2352頁。
 - (18) 難波謙治「損害の抽象性と具体性—損害の段階構造に関する覚書—」立教法務研究第1号（2008）112頁。
 - (19) 有形財産の社会的価値が，その所有者にとっての価値と基本的に同じであるのに対し，知的創造活動の成果が作り出した社会的価値は，それが創造者個人に与える価値よりもはるかに大きいことが多い。蔣舸著・山東佳帆訳「著作権法と特許法における『懲罰的賠償制度』の非懲罰性」知的財産法政策学研究54巻（2019）28頁参照。
 - (20) 例えば，違法ダウンロードの侵害について民事訴訟を提起するにあたっては，ダウンロードされた回数，すなわち侵害の回数を立証することが困難であり，第114条第1項及び第3項の適用が困難であること，侵害者に利益がないため，第114条第2項が適用できないことなどの問題点が指摘されている。また，「送信可能化権」侵害については，権利者の「損害」をどう捉えるかなどの問題もあり，損害の立証が困難であると指摘されてきた。文化審議会著作権分科会司法救

- 済制度小委員会「文化審議会著作権分科会司法救済制度小委員会報告書（案）」https://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/gijiroku/012/04010901/002.htm（最終確認 2021/12/7）
- (21) 山本隆司「損害賠償制度の強化についての意見」https://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/gijiroku/012/03100701/006.pdf（最終確認 2021/12/7）
- (22) 寺澤・前掲注 8） 3 頁参照。
- (23) 若竹宏論「著作権法 114 条 3 項の使用料相当額に関する雑感」OIKE LIBRARY 47 号（2018） 37 頁。
- (24) 別紙を参照。150 件の判決を調査した結果、認容額割合の平均は僅かな 33.56% しかない。付随的な意見であるが、紛争解決の実効性・訴訟経済の観点から、著作物を類型化することにより、どのように証拠提出手続を改善すべきか、法定されていない「使用料率」、「寄与率」という概念をどのように考えるべきかなどが、今後の検討課題になりそうである。
- (25) 最大判平成 5・3・24 民集 47 巻 4 号 3039 頁。
- (26) 谷口洋志『公共経済学〔外訂 2 版〕』（創成社, 1996） 146 頁参照。
- (27) 中山信弘「デジタル時代の知的財産権－覚書」『21 世紀における知的財産の展望－知的財産研究所 10 周年記念論文集』（雄松堂, 2000） 340, 355 頁参照。
- (28) 山田太門『公共経済学』（日本経済新聞社, 1996） 27 頁参照。
- (29) 谷口・前掲注 26） 148 頁参照。
- (30) 中山・前掲注 27） 337 頁参照。
- (31) 著作権の正当化する根拠として、他には「創作活動に励む手段として国家が与えた権利」だけでなく、「著作者が人であるがゆえに本来的に手に入れる自然権」をも取り上げられる。島並良ほか『著作権法入門〔第 3 版〕』（有斐閣, 2021） 4-5 頁参照。
- (32) 田村善之「知的財産法政策の試み」『知財の理論』（有斐閣, 2019） 6 頁参照。
- (33) 著作権法は著作者の権利保護と著作物の公正な利用の調整を目的として著作権法だと理解する考え方。上野達弘「著作権法における権利の排他性と利益分配」著作権研究 42 号（2016） 79 頁参照。
- (34) パリ条約第 1 条第（2）項参照。
- (35) 特許権、実用新案権、意匠権及び商標権については、客観的内容を同じくするものに対して排他的に支配できる「絶対的独占権」といわれている一方、著作権及び不正競争防止法上の利益については、他人が独自に創作したものには及ばない「相対的独占権」といわれています。特許庁「知的財産権制度入門」（2019） 9 頁参照。
- (36) 野口祐子『デジタル時代の著作権』（筑摩書房, 2010） 80 頁参照。
- (37) 長岡貞男「知的財産保護における損害賠償制度の経済分析」『21 世紀における知的財産の展望：知的財産研究所 10 周年記念論文集』（雄松堂, 2000） 327-328 頁参照。
- (38) 麻生良文『ミクロ経済学入門』（ミネルヴァ書房, 2012） 6 頁参照。
- (39) 山田・前掲注 28） 46 頁参照。
- (40) 山田・前掲注 28） 48 頁参照。
- (41) 土居丈朗『入門公共経済学〔第 2 版〕』（日本評論社, 2018） 4 頁参照。
- (42) 山田・前掲注 28） 48 頁参照。
- (43) 山田・前掲注 9） 8 頁参照。
- (44) 新美育文「不法行為基礎理論の素描」『不法行為法の現代的課題と展開』（日本評論社, 1995） 30-31 頁参照。
- (45) 山田・前掲注 28） 53 頁参照。
- (46) トニ・M・ファトン著・牧野和夫監訳『アメリカ法制度と訴訟実務』（レクシスネクシス・ジャパン, 2007） 154 頁参照。
- (47) A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, Punitive Damages: An Economic Analysis, 111 Harvard Law Review 869 (1998) at 25.
- (48) *Id.* at 26-34. なお、損害賠償額の算定に際して「損害の重大さ（magnitude of the harm）」及び「予防措置のコスト（costs of precautions）」を考えなければならないとする。
- (49) 労災補償保険・責任保険など不法行為によって生ずる損害の分担の社会化を意識に行われるものである。田山輝明『事務管理・不当利得・不法行為〔第 3 版〕』（成文堂, 2016） 110 頁参照。
- (50) 山田卓生「不法行為法の機能」『不法行為法の現代的課題と展開』（日本評論社, 1995） 21 頁参照。
- (51) 刑事上の執行を阻害する要因の一つとして、法執行機関には知的財産犯罪を摘発するために必要な特殊技能や戦略的アプローチが欠けていることを挙げられる。サンタニー・前掲注 12） 7 頁。
- (52) *ZAZU Designs v. L'Oreal S.A.*, 979 F.2d 499, 508 (1992), *Mathias v. Accor Econ. Lodging, Inc.*, 347 F.3d 672 (2003)
- (53) 佐野隆「懲罰的損害賠償の非懲罰性」『国家の法的関与と自由－アジア・オセアニア法制の比較研究－』（信山社, 2001） 178 頁参照。
- (54) 蔣舸・前掲注 19） 4 頁参照。
- (55) マイケル・ティルベリ著・佐野隆訳「私法上の救済手段による『犯罪』行為の規制：懲罰的損害賠償の場合」『国家の法的関与と自由－アジア・オセアニア法制の比較研究－』（信山社, 2001） 90 頁参照。
- (56) この概念は元々不法行為学者である Sir John Salmond の著書で挙げられている。“Exemplary damages, therefore, are given only in cases of conscious wrongdoing in contumelious disregard of another’s rights.” John Salmond, *The Law of Torts: A Treatise on The English Law of Liability for Civil Injuries*, Sweet & Maxwell, London (1924, 6th edition), at 129.
- (57) 蔣舸・前掲注 19） 36 頁参照。
- (58) 筆者が台湾で著作権侵害の取締りを行った時、被告が若い娘や高齢者の親の名前を用いて、会社の代表者若しくはオンラインアカウントの保有者として名乗りつつ、侵害物品を売っていたという事例をよく経験してきた。全体的に言うと、侵害者の正体発見には司法と訴訟当事者の莫大な資源を費やしてしまった。
- (59) 原子力損害賠償法 3 条、鉱業法 113, 114 条参照。

- (60) エンフォースメントのコストは、問題となる行為がもたらす社会的損失の一種であるので、サンクションの大きさを決める際には含まれるべきだと考えられる見解。藤田友敬「サンクションと抑止の法と経済学」ジュリスト 1228号(2002) 31頁。
- (61) エンフォースメントのコストを反映する「罰金」のほうは最適であると述べられる。A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell, Enforcement Cost and The Optimal Magnitude and Probability of Fines, Journal of Law & Economics, Vol.35, No.1 (1992) at 133. なお、2021年6月に施行した中国著作権法第54項第3項は、「賠償数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支（賠償額には権利者が支出した合理的なエンフォースメントの費用を含めなければならない）」

- と明示的に規定している。
- (62) 一般社団法人日本知的財産協会「『懲罰的損害賠償制度の導入に強く反対する』 http://www.jpaa.or.jp/jyohou_hasin/teigen_iken/17/170502_jipaa.pdf (最終確認 2021/12/7)
- (63) Steven Shavell, Foundations of Economic Analysis of Law, Harvard University Press (2004), at 476.
- (64) 蔣舸・前掲注 19) 38頁参照。
- (65) 裁判所ウェブサイト (キーワード:「著作権」+「損害賠償」), 寒河江孝允監修・永野周志等編集『知的財産権訴訟における損害賠償額算定の実務』(ぎょうせい, 2008) 158-232頁; 大阪弁護士会知的財産法実務研究会『知的財産権・損害論の理論と実務』別冊 NBL139号 212-309頁参照。
(原稿受領 2021.10.6)

ヒット商品は こうして 生まれました!

令和元年
改訂版


**JPAA
Information**

ヒット商品を支えた知的財産権

「パテント・アトニー誌」で毎号連載しております、「ヒット商品を支えた知的財産権」。

こちらの記事を一冊にまとめた「ヒット商品はこうして生まれました!」は発明のストーリーをコンパクトにまとめたもので、非常に好評を博しております。

是非ご覧いただき、知的財産、更には弁理士への理解を深めていただければ幸いです。



◆本誌をご希望の方は、panf@jpaa.or.jp までご一報ください。