

第2章

知的財産権の損害賠償制度に関する研究

第1節 研究内容の要約

中国では知的財産権にかかる懲罰的損害賠償制度の導入と活用が進められており、商標関係では判例も出始めている。日本では同制度の導入が見送られているが、令和元年の特許法改正においては損害賠償額の算定方法についての見直しがなされた経緯がある。

本テーマでは各々が持つ課題について研究し、それらを共有した結果、中国および日本は相互に異なる状況下で、異なる課題を有し、政策目標が違っていることが明らかになった。

先ず、中国においては、賠償額が低過ぎて抑止力が弱いという点を課題とし、また、侵害訴訟の数が多く、損害論の審理にそれほど時間をかけられないという事情があり、法定賠償を重視する一方で、賠償額の算定における計算法の一層の精査や体系化が必要である。これに対して日本では、賠償額が低いという課題は余りないが、賠償額の算定が複雑になり過ぎており、明確化が課題である。また、賠償額算定における侵害プレミアムの具体的認定等で模索している。これらの検討を通し、賠償額の算定等において難しい問題がある点等が共通しており、両国がそれぞれのアプローチを互いに参考していくことが今後に向けて有益であることを確認した。

以下に、各研究者の研究の概略を記載する。

まずは、中国の研究者により中国で知的財産権にかかる懲罰的賠償制度を確立する目的について言及されているが、これは中国本土の需要に合致するためであるとされている。つまり、法律機能の面では、公法と私法の空白地帯に特殊な法律責任形式を構築し、知的財産権侵害行為を効果的に抑制することを意図し、政策目標の面では、知的財産権の確実な保護を図り、発展する社会ニーズを満たすためである。知的財産権にかかる法律における懲罰的賠償は、その本質的な機能が「懲罰」と「予防」にあり、「賠償」の基礎機能を保有し、「奨励」の価値機能を備えていると評価している。

加えて、知的財産権にかかる懲罰的賠償制度の司法適用は3つの問題の解決に力を入れなければならないと指摘されている。一番目は構成要件であり、すなわち主観要件は故意を前提とし、行為要件は情状が深刻であることが必要である。二番目は基數認定要件であり、すなわち損害額の基礎として倍数(1~5倍)を認定することである。三番目は手続要件であり、すなわち適用条件、立証責任の分担、証拠基準などである。

また、懲罰的賠償は補償、懲罰、抑止機能を一体に集める特殊な民事侵害損害賠償制度であり、その機能を正確に理解し、発揮するためには、司法実務において、その具体的な適用条件をさらに明確にする必要があるという指摘もある。懲罰的賠償は、権利者の実際損失、権利侵害者の不法な利得、適切なライセンス料の三者の一つに基づいて賠償額を計算した上で、主觀的故意と情状が深刻な侵害者に対して倍以上の賠償責任を負わせるものである。現在の中国の大多数の知的財産権侵害の損害賠償は、三つの計算方式で賠償額を確定できない場合の法定賠償方式を採用していることに鑑み、短期的には基數を確定し懲罰的賠償を適用する事案は限られるという。むろん、法定賠償を適用する際、主觀的故意と情状が深刻である懲罰的な要素を考慮して賠償を加重することも考えられる。懲罰的賠償の適用には、権利侵害の行政、刑事責任との協調をも考慮し、知的財産権侵害事件は専門裁判所または法廷で「三審合一」モードで解決しなければならないと中国の研究者が主張している。

さらに、損害額の評価においてあまり低く評価すると、侵害行為の発見および権利行使のコストを考慮し、事前に権利者から許諾を得るより、権利者の許諾を得ずに利用した方がより利益が高いことになる虞があるとの見解がある。逆に、損害額をあまり高く評価すると、無形財産の効力範囲の確定

における不明確さから、正当な実施者のビジネス活動の自由を制限することになりかねないという。中国側の共同研究者の中には、中国商標の損害賠償額の算定の沿革と適用から、各種算定方法の具体的な実務及びその背後にある理念を検討し、商標権侵害損害賠償額の評価に科学的な基準を提供し、それとともに日本の商標権侵害における損害賠償額の算定方法を対比した上で、中国の司法実務における問題の解決に有益な指針を与えることを目指している研究もあった。

一方、日本の研究者によれば、1990年代後半からみられた裁判実務や立法の努力により、日本の特許権侵害に対する損害賠償額の高額化という課題はほぼ解消したのではないかと思われるが、依然として、賠償額の算定の明確化という課題は残っているという。特許権侵害は様々な態様で行われるため、種々の事例について個別的に対応していたのでは、いつまで経っても、損害額算定の予測可能性は確保されないと指摘されている。その意味で、特許権侵害論に対する損害論には、特許権侵害訴訟における損害額の算定に明確な指針を与えるものであることが望まれるが、現在の裁判実務においては各種論点において前提とされていると思われる損害論に混乱が見られる。この共同研究において、日本の研究者は特許法102条の各項に期待される役割という観点から、各項で前提とするべき損害論を特定し、各種論点に対する指針を提供することを試みている。

また、特許権者は、特許権侵害に対する損害賠償として特許発明の実施に対し受けるべき額（相当実施料額）を請求できる。特許発明の技術的範囲への属否や特許の有効性が不明な中で定める事前の通常実施料と異なり、有効な特許権が侵害された前提で事後的に定める相当実施料額は非侵害のリスクを織り込む必要がなく、通常実施料より高額になると考えられるとの指摘があった。相当実施料額が通常実施料額を上回る部分が侵害プレミアムであり、2回の法改正と知財高裁判決を経て侵害プレミアムという概念は確立されたが、今後は、どのように侵害プレミアムを算定するかを課題として挙げている。侵害プレミアムの幅としては、侵害プレミアムを通常実施料と同額と考える2倍説が有力であり、それ以上に侵害プレミアムを引き上げる必要はないが、他方で個別の事案に応じて侵害プレミアムがゼロとなる場合もあり得ると述べられている。そのほか、具体的にどのような事情により侵害プレミアムを調整するのか、実施料率のみならずロイヤリティ・ベースをどのように決定するのか等についてさらに検討を深める必要があるとの考え方を示している。

第2節 中国における知的財産権の損害賠償制度

I. 知的財産にかかる懲罰的賠償の私法基礎と司法適用

中南財經政法大学 知識産権研究センター 呉 漢東 教授

はじめに

中国はすでに立法レベルで知的財産権にかかる懲罰的賠償制度の構築を完了した。当該責任形態は、平等な民事主体に適用され、補償的賠償以外の追加賠償であり、被害者の賠償請求の請求権に基づいて発生するため、民事責任に分類することができる。懲罰的賠償は、損害賠償制度の一般的な規範的機能を備えているが、それぞれの機能の位置付けと役割が異なる。そのうち、懲罰は核心的な機能であり、補償は基礎的な機能であり、抑制は目標的な機能とみなされる。知的財産権の分野において、懲罰的賠償責任は他の民事責任と合わせて適用でき、複数の法的責任が重複する場合に優先的に適用され、法定賠償責任と競合する場合、選択的に適用される。司法実務において、知的財産権にかかる懲罰的賠償責任の適用には、慎重謙抑の原則(適用範囲の必要性)、罰則相当の原則(処罰力の適正性)及び司法定価の原則(裁判基準の合理性)に従わなければならない。司法裁判の過程において、懲罰的賠償責任の構成要件、すなわち、故意、悪意を特徴とする主観的要件、情状が深刻を重要な意義とする行為要件を把握しなければならず、それとともに、懲罰的賠償額の算定基準を正しく適用して、基數の算定と倍数の確定という2つの主要問題を解決する。

2020年、中国の民法典の正式な公布及び專利法の第4回改正、著作権法の第3回改正の公布により、中国は立法レベルで知的財産権にかかる懲罰的賠償制度の構築を完了した。現在の知的財産領域における重要な任務の1つは、この特別な民事責任制度に対して、概念体系の解説及び実践研究の規範化を行うことである。本稿では、懲罰的賠償責任の規則記述、法理分析及び裁判経験のまとめなどを通じて、関連条項を検討、解説し、法の教義解釈において法の適用を推進し、法の適用において現行法の継続を促進するためである。

1. 懲罰的賠償の私法構築及び知的財産権の立法選択

(1) 懲罰的賠償制度の私法構造

懲罰的賠償は、懲罰的損害賠償(Punitive damage)を意味し、警告的賠償(exemplary damage)とも言い、補償的損害賠償と区別される私法の概念である。近代の懲罰的賠償制度は、英国の判例法から始まり、米国に入ってから長期的に発展してきた。18世紀の名誉毀損、悪意の訴訟提起事件から20世紀初期の権利濫用による商取引事件、それから20世紀中期の商業権利の侵害、製品責任の事件まで、懲罰的賠償規則が、財産権、契約債権、人身権及び知的財産権の各分野に広く適用され、現代の米国法において、既に完全な懲罰的賠償責任の体系が形成されている。

1980年代中期以来、中国は懲罰的賠償制度を導入してきた。30年近くの発展を経て、関連単行法から民法典まで補償的損害賠償と区別できる懲罰的賠償の規則が確立された。1993年に公布された消費者権

益保護法 49 条において、初めて商品又はサービスの 2 倍価格の増加賠償¹を規定した。2009 年に公布され、2015 年に改正された食品安全法 148 条 2 項では、消費者が損害賠償のほかに、「代金の 10 倍又は損失の 3 倍の賠償金」を受けることができると規定している²。また、2007 年の労働契約法 87 条に規定された「雇用者の責任」³、2009 年の権利侵害責任法 47 条に規定された「製品責任」⁴、2013 年の旅行法 70 条に規定された「旅行契約責任」のいずれも懲罰的賠償にかかる規定⁵を含んでいる。上述単行法の規則の体系において、権利侵害責任法の関連規定は基礎的な地位を有し、その条文より規範化された立法の方向性及び構造方法が、懲罰的賠償制度の構築に指導的意義を有している。しかし学者が指摘した通り、権利侵害責任法 47 条に規定されている懲罰的賠償の適用は、「製品責任」の範囲内に限定されている。これは、「製品責任以外の侵害行為は、懲罰的損害賠償を適用することができず、その立法の目的が重視されるべきである」⁶ことを意味している。権利侵害責任法に対して、その他の法律の専門的な規範は特別規則に属し、このような条文の重要な課題は適用分野の議論にある。懲罰的賠償が私法の侵害責任に適用されるのか、違約責任に適用されるのかについて、学者の見解は統一されていない。米国司法部門の研究資料によると、米国の懲罰的賠償の大部分は契約事件として扱われ、懲罰的賠償裁判における契約事件は侵害事件の 3 倍である⁷。中国の関連立法から見れば、懲罰的賠償は、特定対象への専門的な保護を提供する契約責任分野及び特別に限定された不法行為の責任分野に大別される。例えば、旅行法に規定されているのは、旅行代理店が「パッケージツアー契約の義務を履行しない又は契約義務の履行が約定に合わない」状況である。労働契約法には、雇用者が規定を違反して「労働者と固定期間のない労働契約を結ばない」状況を定めている。消費者権益保護法、食品安全法に規定されている製品責任について、多数の学者は主に権利侵害責任であるが、大多数の場合には違約責任と不法行為責任との競合に及んでいると考えている。中国の契約法 122 条は、被害者が責任競合の場合、そのうちの 1 つを選択して請求又は訴訟を提起できることを定めている。上述状況において、通常、契約の被害者が契約の当事者という特定の身分を有し、かつ法律関係では弱い立場にあるため、法律にその権益に特別な保護を提供してもらう必要がある。懲罰的賠償の司法構造は、適用範囲に特別な規定があるほか、構成要件においても厳格な限定を有している。即ち、このような懲罰的規則の適用は「死亡または健康に重大な損害をもたらす」侵害行為、または「深刻な結果」となった侵害行為に限定されている。従って、中

¹ 1993 年の消費者権益保護法 49 条に、「経営者が商品又はサービスを提供することに詐欺行為がある場合、消費者の要求に応じて損害賠償を増額しなければならない。増額された賠償額は消費者が商品を購入した代金又はサービスを受けた代金の 2 倍になる。」と規定していた。2013 年の改正案において、「増額された賠償額」を 3 倍に向上させ、条文においてこれを「懲罰的賠償」と明確にした。

² 2015 年の食品安全法 148 条 2 項に、「食品安全基準を満たしていない食品を製造する場合、又は食品安全基準を満たしていないことを明らかに知りながら経営を続けた場合、消費者は損害賠償を請求するほか、製造者または経営者に代金の 10 倍又は損失の 3 倍の賠償金を請求することができる。増額された賠償額が千元を満たない場合は千元とする。」と規定している。

³ 2007 年の労働契約法 87 条に「雇用者が本法律の規定に違反して労働契約を解除又は終了する場合、本法 47 条の規定に従い、経済補償基準の 2 倍を以って、労働者に賠償金を支払わなければならない。」と規定している。

⁴ 2009 年の権利侵害責任法 47 条に、「製品に欠陥が存在することを明らかに知りながらも製造及び販売を行ったことにより、他人を死亡させた場合、または健康に重大な損害をもたらした場合、被害者は相応の懲罰的賠償を請求する権利を有する。」と規定している。

⁵ 2013 年の旅行法 76 条に、「旅行代理店は履行条件を備えて、旅行者の要求を経たものの契約の履行を拒否して、旅行者の人身的損害、滞在などの深刻な結果をもたらした場合、旅行者はさらに旅行代理店に旅行費用の 1 倍以上 3 倍以下の賠償金の支払いを求めることができる。」と規定している。

⁶ 梁慧星「権利侵害責任法重要条文解説」中国民事立法評選：民法典、物權法、権利侵害責任法 2010 年版 369 頁（法律出版社、2010）。

⁷ 王利明「懲罰的賠償研究」中国社会科学 2000 年第 4 期（2000）。

国の民事法律分野では、懲罰的賠償制度が初步的に確立され、かつ経済社会などの諸要素を総合的に考慮した上、その適用範囲を徐々に拡大していると考えられる。

2020年に通過した民法典は、基本法の形式で懲罰的賠償責任の規範的な体系を確立させ、それぞれ「総則編」と「権利侵害責任編」に分けて規定している。「総則」179条は「民事責任方式」の特別条項で、そのうち、1項は民事責任方式の類型条項であり、権利侵害民事責任方式と違約民事責任方式を含む11種類の民事責任を負う方式を規定している。2項は懲罰的賠償のガイドライン的な条項であり、「法律に懲罰的賠償を規定している場合、その規定に従う」ことを明記した。3項は、民事責任方式の適用条項であり、即ち「上述民事責任を負う方式は、単独にも適用でき、併合しても適用できる」。「権利侵害責任編」には3つの条項で懲罰的賠償の適用範囲を規定している。即ち、製品権利侵害責任(1207条)、環境権利侵害責任(1232条)及び知的財産権侵害責任(1185条)である。1185条は、「故意に他人の知的財産権を侵害し、情状が深刻な場合、被侵害者は相応の懲罰的賠償を請求する権利がある。」と規定している。これは旧権利侵害責任法が及んでいなかった新設条項であり、民事基本法の知的財産権にかかる懲罰的賠償に関する原則的な条項でもある。知的財産権にかかる個別法が懲罰的賠償について規定していない場合、同条の規定は知的財産権にかかる法律に上位法としての根拠を提供しており、基礎的な規範的意味を有している。即ち、特別法の規定はこれを基とすべきであり、細則化、具体化することができるが、当該規定と矛盾してはならない。また、同条は知的財産権分野に対して一般法準則を設け、補足的な規範機能を生じさせており、知的財産権にかかる法律が懲罰的賠償について規定していない場合、裁判官は具体的な事件と結びつけて同条の規定を適用できる。知的財産権にかかる特別法において懲罰的賠償条項を規定している場合、「特別法が一般法より優先」という原則に従い、特別法の関連規定を優先的に適用できる。

(2) 懲罰的賠償が知的財産権分野における立法表現

中国の知的財産権分野において、商標法が最初に懲罰的賠償制度を導入し、2013年改正案63条1項には、商標権を侵害した場合の賠償額の算定方式、すなわち実際の損失、侵害により得た利益、使用許諾料の倍数などを規定している。2項は、「悪意により商標専用権を侵害し、情状が深刻な場合、上述の方法により確定した金額の1倍以上3倍以下で賠償額を確定することができる。」と規定している。2019年改正案はさらに懲罰的賠償の倍数を1から5倍に引き上げた。2015年に改正された種子法73条3項は、植物新品種権を侵害し、情状が深刻な場合、確定した金額の1から3倍で懲罰的な賠償を確定できると規定している。2019年に反不正競争法が第1回目の改正を経て、同法17条3項は経営者が悪意に営業秘密を侵害する行為を実施し、情状が深刻な場合、確定した金額の1から5倍で懲罰的な賠償を確定できると規定している。2020年專利法の第4回改正案において72条1項は賠償額の算定方式を列挙してから、「故意に専利権を侵害し、情状が深刻な場合、上述の方法により確定した金額の1倍以上5倍以下で賠償額を確定することができる。」と明確に規定している。著作権法の第3回改正案53条1項は、故意に著作権又は著作隣接権を侵害し、情状が深刻な場合、確定した賠償額の1から5倍で懲罰的賠償額を確定できると規定している。上述の規定から、懲罰的賠償制度はすでに中国の知的財産権に係る法律の分野を基本的にカバーしており、かつ「民法典」の基本条項の指導の下、特別な賠償責任体系が形成されていることが分かる。

(3) 知的財産権にかかる懲罰的賠償と一般的な懲罰的賠償との相違点

知的財産権にかかる懲罰的賠償は、私法分野の関連制度の思想的成果及び規範の構造方法を吸収したが、適用範囲及び具体的な構成要件において、多くの相違点がある。

適用範囲について。懲罰的賠償は特別な民事責任であり、法律に明確に規定されている権利侵害の類型に適用される。このような不法行為は、即ち加害行為が作用する対象は人身権、物権、知的財産権などの私法分野を含む被侵害者の民事権益である。債権は、極めて特別な条件の下でのみ加害行為より侵害する対象となり、懲罰的賠償の罰則が適用される。通常の私法分野において、懲罰的賠償は主に不法行為責任であるが、ある特別な不法行為の契約責任にも及んでいる。環境私益訴訟のほか、製品責任、食品安全責任、旅行事故責任、雇用者責任などは、加害者と被害者とは事前にある権利義務内容の法的関係を有し、義務を違反した加害者の多くは「やらなければならないのにやらない」、知的財産権にかかる懲罰的賠償はそれと異なり、責任を負担する加害者は特定しない如何なる者でもよい、当事者の間に事前に契約関係を有するとも限らず、加害者の侵害行為はほとんど「やるべきではないのにやった」と表現されている。

主観的要件について。侵害者の主観的過ちは、懲罰的賠償責任を含む権利侵害責任の構成要件である。過ちは、侵害者に帰責できる一種の心理状態であり、故意と過失という2つの形式と表現される。懲罰的賠償責任の構成は、主観的故意を要件とし、即ち侵害者が損害の結果に対して予見でき、確定できる認知状態でありながら、その結果の発生を直接的に追及又は間接的に放任することをいう。民事特別法は、侵害者の主観的過ちの状態について、異なる立法表現を採用している。製品責任法、食品安全法などが、「明らかに知っている」という表現を多用しているが、知的財産権にかかる規定では「故意」（悪意）と呼ばれる。筆者は、「明らかに知っている」（実際に損害の発生又は発生可能性を知っている）は、「るべき」（侵害者は損害の発生を知るべき、又は発生する可能性があるが、実際に認識しておらず、具体的な状況を通じて知っていると推定できる）と相応する表現であり、米国の不法行為法の理論における主観的認識の分類に対応するもので、即ち、「実際認識」（actual knowledge）と「推定認識」（constructive knowledge）である⁸。「明らかに知っている」が表現している主観的状態は、故意における予見または損害の発生を確定している認知状態とは実質的な区別がない。それでも、知的財産権にかかる法律は他の民事特別法の侵害者の主観的過ちに対する判断基準とは異なっている。製品責任法、食品安全法、旅行法において、法律は特定の状況における特定の行為者の特別な注意の程度を規定し、例えば製造経営者の欠陥製品又は食品安全に対する注意の程度、旅行従事者の旅行者の人身・財産の安全に対する注意の程度が、懲罰を受ける主観的過ちに至らないため、法律規定の要求を満たさなければならない。しかし、知的財産権にかかる法則は「誠実な人」、「理性的な人」の通常注意の程度を、権利侵害者の過ちの有無を判断する基準としている。通常の注意の程度は、一般的な社会人の道徳のレベル及び認知能力に合い、法律が社会人に一般的に遵守することを要求する行動の基準である。知的財産権を侵害する者は、主観的故意を有し、るべきではないことを明らかに知りながらやったことは、必然的に「帰責可能性」を有する。

客観要件について。客観的要件は、主観的要件に対する表現であり、一般的な権利侵害責任の構成に

⁸ See A&M Records, Inc v. Napster, Inc, 239F, 3d 1021(9th Cir. cal. 2001); In Re Aimster Copyright Litigation, 252F, Supp. 2d(7th Cir, 2003).

において、具体的に加害行為と損害事実に該当する。侵害行為の非難性は、行為者の主観的な状態だけでなく、その客観的な行為とその行為の結果にある。懲罰的賠償責任の客観的要件として、各民事特別法の規定は異なっている。製品責任は「他人の死亡または健康に重大な損害をもたらした」ことを強調している。旅行事故の責任は「旅行者的人身損害をもたらし、極めて深刻な結果に至った」でなければならない。環境責任は、「環境を汚染し、生態を破壊して深刻な結果を招いた」である。上述の条項において規定している概念は結果要件である。知的財産権分野において、商標法、専利法、著作権法から種子法、反不正競争法まで、「情状が深刻」であることを懲罰的賠償の責任負担の客観的要件としている。法律においては、情状が深刻の意味が説明されておらず、司法判断において、損害結果が重大は、通常「情状が深刻」の一種とみなされるが、「情状が深刻」は結果要件ではなく行為要件として規定されている。言い換えると、情状が深刻の具体的な状況は、結果が深刻であることを含むが、これに限らない。

上述をまとめると、知的財産権にかかる懲罰的賠償は、語彙及び構成要件において、当該分野の伝統的な補償的賠償とも、他の私法分野の懲罰的賠償とも区別され、その法理基礎、規範構造、適用原則、裁判ルールに対して、改めて解釈する必要がある。

2. 知的財産権にかかる懲罰的賠償の法的基礎及び制度機能

(1) 知的財産権にかかる懲罰的賠償の民事責任の属性

知的財産権にかかる法律の分野に懲罰的賠償制度を導入することについては、学術界で議論があったが、その問題のポイントは長期に亘って懲罰的賠償責任の性質に対する認識の違いにあった。英米法系の国家において、司法実務と主流の観点はいずれも懲罰的賠償を一種の特別な民事制裁、つまり「私的罰金」と見なされている⁹。その理由は、懲罰的賠償と罰金の責任とは、目的と機能において、共通点があるが、前者は民事責任として規定されており、民事主体より訴訟を提起し、民事訴訟法の手続きを適用するため、私法上の権利侵害責任に該当する。しかし、懲罰的賠償責任は補償的な賠償責任とは異なり、その主な機能は情状が深刻な侵害行為に対して、懲罰と制裁を行うことであるため、「私的罰金」という民事制裁の意味を有している。大陸法系国家において、法曹界は公法と私法の異なる機能を強調し、不法行為に対する懲罰や制裁と、侵害された権益に対する補償や救済とが厳格に区分されている。民事責任は懲罰的な機能を有しないと考えられる。過ちの深刻さは、実際の損害よりも大きな賠償が正当であることを証明できない¹⁰。従って、懲罰的賠償制度の懲罰目的は、原状回復の補填的賠償とは性質が異なり、「刑罰」に属される¹¹。「理論は灰色だが、生活の樹木は永遠に青い」(ドイツの詩人ゲーテより)。上述のような異なる認識があるにもかかわらず、現在では、懲罰的賠償制度が既に一部の国や地域で認められている。法的技術から言えば、私法分野に当該制度を導入することは、大陸法系の不法行為法の伝統に対する重要な突破である。学者が指摘した通り、「公法私法二分の理論の下、懲罰的賠償制度は実質的に私法のメカニズムを利用して本来公法が担うべき懲罰、抑制という目的を体現する特別な懲罰制度であり、準犯罪行為を罰する私法制度であり、民事主体間の報いを条件付きで認めた」¹²ものである。

⁹ 金福海「懲罰的賠償責任の性質について」法学論壇 2004 年第 3 期を参照 (2004)。

¹⁰ [独]クリスチャン・フォン・バー著、張新宝訳『歐州比較権利侵害行為法』12 頁 (法律出版社、2001)。

¹¹ 陳聰富著『権利侵害の帰責原則と損害賠償』199 頁 (北京大学出版社、2005)。

¹² 朱広新「懲罰的賠償制度の進化と適用」中国社会科学 2014 年第 3 期 (2014)。

知的財産権の保護を強化する法的政策の立場から、知的財産権にかかる法律は私法のメカニズムを通じて公法の目的を達成する特別な賠償責任制度を構築しており、その立法目的は、2つの面が体現されている。第一に、侵害行為制裁の刑法機能の欠陥を補うことである。刑事的手段を通じて侵害行為を規制、予防することは、知的財産権分野において厳格に制限されている。例えば、適用範囲の側面では、刑法に規定している著作権犯罪は、複製発行、出版、製作販売、販売など海賊版に関する4つの罪に限られている。商標分野では登録商標の詐称行為のみが刑罰の対象となっている。専利分野において、刑事制裁を適用するのは、専利偽称罪のみである。責任の結果が深刻な刑法は、慎重性と謙抑性を保たれなければならない、上述問題に対して指摘の余地がない。問題は、公法と私法の絶対分離による法律の調整で生じた一部の「空白地帯」、即ち一部の犯罪に該当しないが、一定程度の社会的危害性を有する行為に対して規制し難いという点である。懲罰的賠償制度はこのような不足を効果的に補い、知的財産権分野における刑事的制裁が広く実施されにくい状況下、「私的法執行協力のメカニズム」を構築することによって、法律規制を有効的に強化している。つまり、懲罰的賠償を刑罰の代替措置として、知的財産権の保護が不十分な問題を解決する。第二は、権利侵害賠償責任の私法機能構成を完備することである。権利侵害責任法の伝統的な理論では、賠償責任は権利者が受けた損害に対する回復と救済を唯一の目的とし、懲罰性がなく補償性のみを有することを強調している。知的財産権の対象が無体物という特徴から、侵害者は利益を得ることが容易であるが、損害を証明することが難しく、侵害者が得た利益が巨大であるが、損害の計算が困難である。この状況において、被害者は訴訟を提起したくない可能性があり、または訴訟を提起することを通じて、侵害された権利の回復を実現できない。これは、伝統的な補償的な賠償理論がすでに不適合となり、権利侵害の賠償責任の形式を補足、補完する必要があることを説明している。上記を鑑み、懲罰的賠償は、有効的な救済目的を実現する民事手段とすることができる。日本の学者が指摘した通り、知的財産権分野において、加害者は被害者の権利と信用を無償で使用することが多いが、通常の損害賠償の算定が困難であり、加害者側が得た利益が多くなるため、故意に違法行為を実施した加害者に対して、懲罰的賠償制度を導入しなければならない¹³。

語彙上、懲罰的損害賠償は「警告的」(exemplary)という基本的な意味を有しているため、賠償機能とは異なる制裁や抑制の機能を表している¹⁴。刑法機能は、故意の深刻な不法行為に対して罰則を実施して侵害行為を制裁する効果を図るが、私法機能は加害者及び社会一般人に対して威嚇し、将来の侵害行為を制止する効果を実現する。いずれにせよ、懲罰と抑制機能は民事賠償責任体系に構成され、実現される。要するに、上述刑法機能の矯正および私法機能の補足を通じて、知的財産権にかかる立法の政策目標、即ち、知的財産権を厳格に保護し、違法コストを高め、深刻な侵害行為を制裁し、イノベーション発展の社会的ニーズに適応させる等の目標の実現を目指す。

知的財産権にかかる法律における懲罰的賠償は、民事責任の性質を有する金銭的な懲罰である。懲罰的賠償の責任属性の区分は、法律部門分類の一般的な基準に従わなければならず、つまり法律の調整対象を基礎、法律の調整方法を補足としなければならない。要するに、民法が調整するのは「権利義務の平等」の関係で、平等な主体の間に権利義務の内容を有する私益関係であるのに対して、刑法・行政法が調整するのは「権力服従」の関係であり、従属主体の間の社会秩序の維持を目標とする公益の関係である。権利を本位とする現代社会において、民事責任は私的権利(私益)を直接的に保護することを目的

¹³ [日]浦川道太郎「日本法における懲罰的損害賠償と制裁的慰謝金」法学家 2001 年第 5 号 (2001)。

¹⁴ 王利明「懲罰的賠償研究」中国社会科学 2000 年第 4 期 (2000)。

とし、刑事責任、行政責任は社会秩序(公益)の保護を目的とするが、両者とも個人の合法的な権利の保障を中心とする。ある学者が指摘した通り、「憲法、民法からその他の法律まで、権利規定は義務より先行し、主導的な地位にあり、刑法を論ずるにしても、その論理的前提も公民、社会又は国家の権利である」¹⁵。権利を本位とする社会におけるいかなる法律の目的も、権利に対する保護であり、補償又は処罰は、保護を実現する手段に過ぎないと考えられる。従って、補償的責任は私法責任で、懲罰的責任は公法責任であると単純かつ絶対的に考えることはできない。要するに、知的財産権保護の必要性から、懲罰と補償はいずれも民事賠償責任制度の規範として選択できる。懲罰的賠償を民事責任の範疇に帰属させることは、以下の基本的な事由の通りである。①懲罰的賠償責任は、平等な主体の間に適用される法的責任である。公法上の財産懲罰制度は、通常公共の利益を守るために設けられており、その処分の財産利益は国家機関よりコントロールされ、民事主体である被害者とは関係がない。行政罰金や刑事罰金の性質と異なり、私法分野における懲罰的賠償は「私的な法律関係」に発生し¹⁶、②懲罰的賠償の主張は被害者が法に基づいて救済を受ける民事権利である。私法の規定に従い、民事主体には他人を処罰する権利はなく、権力の服従関係における懲罰権も発生しない。しかし、その主張の懲罰的賠償には特別な救済機能を有し、かつその主張が成立するか、及びその主張がどのような程度・範囲に実現できるかは、人民法院の判決によって最終的に決定が下される。知的財産権分野における懲罰的賠償の主張は、民法上の請求権の性質を有し、つまり被害者と加害者との間に特別な権利侵害の債権・債務の関係が生じる。知的財産権の権利能力には使用権と禁止権の区別があり、後者は、権利者が他人に対して無断での知的財産権の利用を禁止する権利で、関連法律では、明確かつ具体的に規定されている。懲罰的賠償主張の請求権は、知的財産権を侵害する事実行為から生じる独立に存在している請求権であり、加害者が禁止権に違反した場合、被害を受けた権利者に特別な救済を受けさせる¹⁷。③懲罰的賠償の方式は補償的賠償のほかの追加的な賠償である。懲罰的賠償の適用は、法益が損害を受けることを前提とし、損害がなければ賠償はない。補償的又は懲罰的賠償が同様である。また、懲罰的賠償の判定は補償的賠償を基礎としており、被害者は補償的賠償の後にのみ、さらに権利侵害者を懲罰する請求権を提起することができる。ある学者は次のように強調している。懲罰的賠償は1項の単独の賠償ではなく、補償的賠償が権利侵害に対する抑止に不十分な時に付加される賠償である¹⁸。法的技術の側面から言えば、懲罰的賠償は補償的賠償に対する補足であり、補償的賠償によって補償し難い損害へのさらなる賠償である。知的財産権分野において、損害行為の認定が難しい、損害額の算定が難しいなどの問題が多いため、補償性賠償が適用されない場合、被害者に追加の賠償を与える必要がある。司法手続きについて、補償的賠償請求と懲罰的賠償請求は裁判の前後の区別がある。米国の著作について、裁判所は原告が受けた補償的賠償以外に懲罰的賠償を認めるべきであり、補償的賠償がなければ懲罰的賠償を判決しないと主張している¹⁹。上述状況から、懲罰的賠償の制度機能は主に懲罰にあるが、補償から遊離しておらず、本質的には特別な民事責任とみなさるべきであることを示している。

¹⁵ 張文顕「『権利本位』の語彙及び意味分析」中国法学1990年第4期（1990）。

¹⁶ 張新宝、李倩「懲罰的賠償の立法選択」清華法学2009年第4期（2009）。

¹⁷ 請求権は、その発生方式によって、原始的請求権と派生的請求権に分けることができる。前者は独立請求権であり、それ自体は一定の意味を有し、例えば、債権が挙げられる。後者は非独立請求権で、その前に発生した権利に依存し、補佐的な機能のみを有し、例えば、物権請求権が挙げられる。【独】カール・ラレンツ著、王晓暉等訳「ドイツ民法通論」（上）327頁（法律出版社、2003）参照。

¹⁸ 羅莉「懲罰的賠償の知的財産権法における導入及び実施について」法学2014年第4期（2014）。

¹⁹ 朱広新「懲罰的賠償制度の進化と適用」中国社会科学2014年第3期（2014）参照。

(2) 知的財産権にかかる懲罰的賠償の基本的な制度機能

権利侵害損害賠償制度には、不法事態を矯正し、秩序を回復させる重要な使命がある。知的財産権の侵害行為は、本質的には公共の利益を害する行為であり、行為者が遵守すべき法定義務の違反であり、行為者が法律によって認められた既存の権利状態に対する破壊でもある。懲罰的賠償は民事責任の属性を有する特別な金銭的賠償の形式で、補償、懲罰と抑制という権利侵害の損害賠償制度の一般的な規範的機能を備えるべきである。民法学者は大抵、上述3つの規範的機能は、一種の侵害行為にはすべて適用できるが、他の特別な侵害行為には同時に存在しないと考えている²⁰。知的財産権を深刻に侵害する行為に対しては懲罰的賠償責任が適用され、その制度の基本的機能及びその役割は独自のいくつかの特徴を有している。そのうち、懲罰は核心的な機能であり、補償は基礎的な機能とし、抑制は目標的な機能とみなすことができる。

①補償的機能

どのような侵害行為にしても、どの種類の損害賠償帰責原則を適用するにしても、侵害に対する賠償責任の損害補填機能を備えなければならない。権利侵害に対する賠償責任制度の出発点は、民事活動によって実現する目的とは一致している。ある学者が指摘した通り、民事主体が民事活動を行う主な目的はその正当な利益を実現することであり、その基本的な利益の形態は身体的な利益と財産的な利益であり、民事責任の目的は被害者のこれらの利益の回復と補填を如何に保障するかであるべきである²¹。権利侵害賠償責任は損害を補填することに立脚し、「被害者のために、もし損害行為が発生していなかつた場合の状況に復させることを目的とする」²²。損害を補填する立法の立場は、民事の権利侵害責任法における全面的な賠償原則を貫いている。全面的な賠償原則は、知的財産権にかかる損害賠償、さらに民事賠償の全体の上位原則である。世界貿易機関（WTO）の知的財産権協定は、「損害を補償するのに十分」な法律原則を提示しており、45条2項は、損害賠償、利得返還のほか、弁護士費用を含む関連費用も支払わなければならないと明記している。これは、知的財産権にかかる損害賠償が財産の損失及び精神的損害、直接的損失及び間接的損失を全面的に賠償することを求めていることを意味する。そのほか、被害者が侵害行為を調査、保護する費用及びその他の訴訟に関連する費用も、司法機関が「合理的費用」の裁量を下した場合に賠償を受けることができる。認定が難しい、立証が難しい、算定が難しい状況において、全面的な賠償原則が実現されにくい。即ち、補償的賠償は権利者の損害の補填に不足であり、懲罰的賠償の手段を借りて、本来の公法責任である罰金を国庫に納めるのではなく、賠償の名目で権利者に支払わなければならない。懲罰的賠償は、より被害者の利益選択に合致し、権利を正常な状態に回復させるのに有利であると考えられる。従って、この特別な賠償責任形態は依然として補償の基礎的な機能を有している。

②懲罰機能

権利侵害責任法の意味での懲罰は、法的制裁の手段を通じて、義務を履行しない不法行為を是正し、権利侵害者に強制的な法的結果を負担させることである。伝統的な補償的賠償と異なり、懲罰的賠償責

²⁰ 江平編『民法学』435頁（中国政法大学出版社、2000）参照。

²¹ 彭誠信「民法責任現代帰責原則の確定」法制と社会発展2001年第2期（2001）。

²² 曾世雄著『損害賠償法原理』16頁（台北三民書局、1996）。

任は権利状態を救済する基礎的な機能を有するが、その主な機能は権利侵害者の不法行為を懲罰することにある。重大な知的財産権の侵害行為は、主観的な道徳的な側面で非難されるべきである性質を有するだけでなく、客観的な結果では不法利益を追求する性質も有する²³。このような権利侵害行為者に対して懲罰的賠償責任を適用することは、実際の損失を補填する又は不法利益の返還以外に、一定の罰金を科すことを通じて、より重い経済的負担を附加させ、追加の賠償を施して、不法行為を制裁する制度効果を達成する。現代の権利侵害責任法理論の発展は、権利侵害賠償責任の懲罰的な機能が既に学術界に注目、承認されたことを表明した。中国民法学者の王利明氏は、「不法行為法は被害者に対する補償の役割を果たしているとともに、一定程度で不法行為者を制裁する役割を有している」と考えている²⁴。日本の民法学者の田中英夫氏、竹内昭夫氏は、不法行為責任を損害賠償の目的に制限する考え方を批判し、権利侵害責任の制裁的機能を強調した²⁵。オーストリアの学者コジオル (koziol) 氏をはじめとする欧州の不法行為法研究チームは、「『懲罰的賠償』は明らかに被害者の実際の損失と賠償を比例しなくさせ、その唯一の目的は民事賠償を通じて違法者を制裁することである」と考えている²⁶。知的財産権侵害にかかる損害賠償制度は、懲罰的な機能を含む権利侵害法の基本的機能を有さなければならないと考えられる。TRIPs 協定は、各締約国が知的財産権侵害行為に対して、侵害防止の迅速的な救済措置および更なる侵害を制止するための措置を含む有効的な行動を取ることを要求しており、即ち、締約国は司法救済の適時性と抑止力を保証する義務がある。まさに国際条約の推進の下、一部の国家は補償的賠償規則のほか、懲罰的賠償制度を確立した。懲罰的賠償のメカニズムにおいて、被害者の権利状態を回復する補償的機能が依然として存在しているが、悪意の権利侵害行為を罰し、混沌とした社会秩序を是正する懲罰的機能は、核心的な地位にあり、主導的な役割を果たすべきである。

③抑制機能

抑制は侵害賠償制度の目標機能であり、懲罰的賠償の合理性についての伝統的な解釈であり、その旨は、利益メカニズム(侵害者に利益を獲得させない)および世論メカニズム(不法行為に対する非難)を通じて公共の利益を害する行為を防止することである。補償的賠償制度は、損害を補填することを趣旨としており、損害が一旦発生した場合、被害者が十分な補償を受けたとしても、社会全体の財産の観点から見れば、その損害が補うことができないものである。したがって、現代の権利侵害責任法は、損害が発生した後の補償ではなく、損害の発生を予防・回避することを最優先事項とすべきである²⁷。損害賠償責任制度の機能は、紛争の解決、損害の補償にあるだけでなく、最大限に紛争を減らし、損害を防ぐことにあることを認識しなければならない。これが懲罰的賠償制度の目標機能、つまり権利侵害を抑制する役割である。抑制機能は、一般的な予防と特別な予防に分けられる。前者は、違法コストの向上、罰則の強化を通じて、知的財産権を深刻に侵害した加害者に対して、抑制する役割を果たす。補償的賠償より高い追加賠償は、不法利益と受けるべき負担との「差額」であり、このような「財産的な罰金」は権利侵害行為が重大な法的効果に結び付いていることを認識させ、「過去の過ち」を懲罰することにより、「将来の過ち」を抑制するというものである。これは懲罰的賠償が「警告的賠償」の意味を有する

²³ 朱丹著『知的財産権懲罰的賠償制度研究』111頁（法律出版社、2016）。

²⁴ 王利明『権利侵害行為法研究（上）』19頁（中国人民大学出版社、2004）。

²⁵ 于敏著『日本権利侵害行為法』47頁（法律出版社、1998）参照。

²⁶ 欧州権不法行為法研究チーム、于敏、謝鴻飛訳『歐州権利侵害原則：テキストと訳注』208頁（法律出版社、2009）。

²⁷ 郭明瑞、張平華「権利侵害責任法における懲罰的賠償問題」中国人民大学学報（新聞）2009年第3期（2009）。

理由である。後者は、深刻な侵害行為に打撃を与えることによって、一般的な社会公衆を警告する。法的教育の目標は、社会公衆に他人の知的財産権を尊重し、知的財産権を侵害するリスクを恐れ、侵害行為を行わないよう教育することである。知的財産権の取引または伝達の過程において、「理性的な人間」の注意義務を果たし、これは「個人の過ち」を罰することで「社会公衆の過ち」を抑制する。

(3) 知的財産権にかかる懲罰的賠償責任の法律適用

懲罰的賠償責任の法律適用問題は、主に民事責任体系における当該内容の責任形態の地位問題、その他の関連法律責任との関係及び責任の重複、競合した場合の責任選択問題にかかわる。以下の通り、分けて述べる。

①民事責任方式の構成及び懲罰的賠償の併合適用

1984年の民法通則以来、中国の民法は民事責任方式を集中的に規定する立法体系を形成してきた。民法典179条1項には11種類の民事責任方式を列挙しており、影響の消去、名誉の回復、謝罪などの属人的な救済方法があり、財産の返還、妨害の排除などの財産権益のみに適用される方法があり、違約金の支払い、継続履行などの違約責任に属すものがあり、侵害の停止、損害賠償など不法行為の責任分野に帰属されるものもある。当該条項の前述民事責任の負担方法は、単独で適用することもできるし、併せて適用することもできる²⁸。2項に規定されている懲罰的賠償の適用について、関連する法律に従って処理する。商標法、專利法、著作権法から反不正競争法まで、確定された賠償額を基礎に、一定の倍数で懲罰的賠償を科す。これらの条項から分かるように、知的財産権の法律に規定されている懲罰的賠償は、ほかの民事責任方式と併合して適用されるべきであり、すなわち損害賠償の認定を前提とし、補償以外の追加の賠償であり、懲罰的賠償は単独に適用する法的根拠を有しない。

②複数の法的責任の重複及び懲罰的賠償の優先適用

現代の法律体系において、刑法、行政法、民法などの部門があり、各部門法には、それぞれの法的責任を有しており、その性質の違いから「刑事責任」、「行政責任」と「民事責任」に分けられる。知的財産権を侵害する行為は、権利者の無体財産権を侵害し、国家の行政管理の秩序または社会秩序に対する破壊を構成するため、異なる性質の法的責任の構成要件に該当し、これは法的責任の重複である²⁹。行為者の1つの行為が2つ以上の異なる法的責任の構成要件を満たす場合、法的責任の重複制度の関連規定を適用する。民法典18条は、「民事の主体が1つの行為のために民事責任、行政責任および刑事责任を負うべきで、行政責任または刑事责任を負うことは民事責任に影響を与えない。民事主体の財産が支払いに十分でない場合、民事責任を優先的に負担させる」と規定している。当該規定は、民事責任の独立的地位及び民事責任負担の優先原則を確立しており、知的財産権にかかる懲罰的賠償と刑事罰金、行政罰金の責任と重複した場合に適用される。民法典の上述規定によれば、懲罰的賠償責任の適用は、2つのポイントを把握しなければならない。1点目は、独立的地位である。懲罰的賠償は、責任の重複によって被害者に民事賠償の請求権を失うことではない。例えば、刑事责任と民事責任が重複した場合、被害

²⁸ 張新宝著『中華人民共和国民法総則の釈義』39頁（中国人民大学出版社、2017）。

²⁹ 吳漢東、陳小君編集『民法学』629頁（法律出版社、2013）参照。

者は刑事訴訟において付帯民事訴訟を起こすこともできるし、刑事訴訟の手続きが終わった後、単独で民事訴訟を提起することもできる。2点目は、優先的に負担する問題である。法律は民事賠償責任の優先順位を認めており、すなわち、刑事の罰金、行政の罰金と民事の賠償の財産的責任と重複したとき、同一の侵害行為がすでに行政の罰金または刑事の罰金に処せられた場合、侵害者はその負担すべき懲罰的賠償責任の軽減または免除を請求することができない。権利侵害者の財産が上述法的責任の支払いにて足りない場合、まず民事賠償責任を優先的に負うべきである。当該規定は、被侵害者に対する優先的な保護および権利主体を中心とする立法思想を体現している。知的財産権分野において、もし被害者が懲罰的賠償の民事手続きを選択した場合、刑事責任を問わなくともよい、もし行政懲罰と懲罰的賠償の手続きが併存した場合、先に提起された訴訟手続きを適用すべきであると主張した学者がいる。当該学説は民法典の規定の方針とは合わない。

③知的財産権侵害責任の競合及び懲罰的賠償の選択適用

法的責任の重複と異なり、責任の競合とは、1つの行為が同一の法律部門の複数の責任の構成要件に該当する状況を指す。知的財産権侵害において、責任の競合の発生は、懲罰的賠償と法定賠償責任の選択問題である。法定賠償は一種の特別な金銭的救済であり、知的財産権にかかる法律に設けた特別な賠償制度で、その特徴は自由裁量であり、実際の損失、権利侵害によって得た利益、使用許諾料の倍数という計算方法と異なる。その優位性は、証明責任を軽減し、訴訟の効率を高めることである。世界において、法定賠償は各国で普遍的に行われているわけではない。著作権法を例として、世界知的所有権機関が収録した177か国の著作権法のうち、法定賠償を規定しているのは24か国のみで、そのほとんどが発展途上国である³⁰。米国の著作権法にも法定賠償が規定されているが、中国の関連制度と異なり、実際に一種の「代替的賠償」(in lieu damages)、すなわち「実際の損害賠償」を代替する金銭的救済を簡単に受けるルートであり、原告が実際の損害賠償以外に単独で選択して適用することができる³¹。中国知的財産権の立法において、法定賠償と懲罰的賠償は適用において異なる特徴を有し、前者は数量の計算方法が採用されず、実際の賠償額を認定できない場合のみ、法定賠償の自由裁量を適用できる。後者は、数量算定の方式を採用し、実際の賠償額を認定した上、追加の賠償額を裁定しなければならない。しかし、知的財産権侵害の賠償制度において、上述2つの責任方式は同じ性質を有しており、つまり法定賠償にも懲罰的要素を有している。最高人民法院による「商標民事紛争事件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈」は、法定賠償の適用は侵害行為の性質、期間、結果などを考慮しなければならないと強調している。上記要因は、侵害者の過ちの類型と程度に及んでおり、その構成要件は懲罰的賠償責任規定と類似している。そのため、「劣性の懲罰的賠償」と呼ぶ学者もいる³²。そのほか、法定賠償と懲罰的賠償は、いずれも裁判官の自由裁量の結果であり、前者は500万元以内に、裁判官が侵害行為の過ちの状況および損害の結果によって上限を超えない裁量を下すことである。後者は、賠償額を認定した上、裁判官が主観的な「故意」や「深刻な情状」の状況に応じて一定の倍数の裁量を下すことである。いずれにせよ、上述2種類の懲罰的要素及び自由裁量の特徴を有する賠償責任形式は、被害者よりいずれかを請求することができるが、同時に適用することはできない。「実体法の観点から言えば、権

³⁰ 羅莉「懲罰的賠償の知的財産権法における導入及び実施について」法学2014年第4期（2014）参照。

³¹ 王遷等「知的財産権権利侵害損害賠償：問題と反省」知識産権2016年第5期（2016）。

³² 馮術杰、夏暉「懲罰的賠償は知的財産権分野における汎用を用心」知識産権2018年第2期（2018）。

利侵害者の主觀的な過ちに対して二度評価することは望ましくない」³³。

3. 知的財産権にかかる懲罰的賠償の司法原則及び裁判規則

(1) 懲罰的賠償の適用における基本原則

中国の知的財産権にかかる法律は、すでに全面的に懲罰的賠償制度を受け入れており、立法論意味での「利・害」と「得・失」の議論は当面の間は重点ではない。応用研究の立場からは、知的財産権分野における懲罰的賠償制度の具体的な適用及び司法実務に対する影響を注目すべきである。そのうち最も重要な問題は、司法機関が当該制度を適用する際の基本原則および基本精神である。

①慎重・謙抑の原則

懲罰的賠償には、公法責任における懲罰、抑止などの機能的性質があり、これを知的財産権分野に適用するには、慎重・謙抑の司法立場が必要である。慎重・謙抑とは、審査と慎重、限縮と抑制を指し、刑法の理論研究でよく強調される法的理念である。刑法上の慎重・謙抑とは、「必要性原則」とも呼ばれ、判決量刑の基本的原則の一つである。つまり、刑事立法において、刑罰に代わる適切な他の方法が存在しない場合にのみ、法的秩序に違反するある行為を犯罪に設定する。知的財産権にかかる法的意味における慎重・謙抑は、刑罰や民事懲罰に「請求がなければ追及しない」という司法立場を求める。具体的には、適用範囲の必要性原則は、刑罰と民事の懲罰の措置を使わなくてもよい場合に使わない、少なく使ってもよい場合に少なく使い、使う場合にも慎重に使わなければならず、できるだけ最小のコストで最大の社会的利益を実現することを主張している³⁴。適切性を要義とする慎重・謙抑の原則は、知的財産分野における適用は2点に体現されている。1点目は、知的財産権にかかる犯罪行為に対する刑法の抑制である。知的財産権が私権であり、知的財産権を侵害した犯罪行為が中国の刑法において、「財産侵害罪」ではなく、「社會主義經濟秩序破壞罪」に属している。これは、知的財産分野において、財産権を侵害する行為は「經濟の秩序」を破壊する程度に達しなければ、刑罰を適用できないことを表明している。当該問題の本質は犯罪判断の範囲を把握することであり、慎重・謙抑の法的理念から、知的財産権は私権であるとの属性に対する基本的な認識を保って、「市場經濟秩序を侵害」に係る少量な侵害行為のみに対して犯罪として懲罰し、犯罪であるか非犯罪であるかという曖昧な領域にある多くの侵害に対して、「慎刑（慎重に刑罰）」という立場で、刑罰の濫用を抑制する。2点目は、知的財産権侵害行為に対する懲罰の制限である。懲罰的賠償は刑罰の代替措置であり、その目的は、「輕刑化」の法的秩序を実現することである。それとともに、補償的賠償とは異なる付加の財産責任であり、厳格な帰責の役割がある。2018年、最高人民法院より発表した「企業家のイノベーション、起業に良好な法治環境を構築するため、裁判機能の役割を十分に發揮することに関する通知」では、「知的財産権にかかる市場価値を方針とし、補償を主とし、懲罰を補助とする侵害損害の司法認定メカニズムを構築する」と指摘した。これによって、懲罰的賠償の適用範囲を限定し、「慎重に使用」という方向性を保持しなければならないことを認識できる。懲罰的賠償は諸刃の剣であり、正しく適用しれなければならない³⁵。インセンティブ

³³ 張鵬「知的財産権懲罰的賠償制度の正当性及び基本構造」知識産権 2016年第4期（2016）。

³⁴ 陳興良「刑法謙抑の価値の意義」現代法学 1996年第3期（1996）参照。

³⁵ 張富興、許健聰「中国著作権懲罰的賠償の立法の完全化に関する思考」知識産権 2015年第8期（2015）。

が不十分であれば、当該制度の権利侵害行為を抑制する社会的効果を発揮することは難しく、インセンティブが過剰であれば、萎縮効果を生み、市場取引やイノベーション活動に影響を与える。専利を例として、専利範囲の曖昧性及び専利権侵害基準の複雑性のため、グレーゾーンにある特定の行為は、従来技術の累積的なイノベーションを実現する可能性があり、デザインを回避し、又は従来の専利を狭くしたり、最適化したりすることなどを含み、所謂「限界の合法行為」である³⁶。懲罰的賠償のインセンティブが過剰な場合、上述「限界の合法行為」を抑制することになり、その結果はベンチャー企業、零細企業のイノベーションの発展に影響を与えることになる。

②罰則相当の原則

懲罰的賠償は、実質的に私法のメカニズムを利用して、公法上の懲罰目的を実現する特別な懲罰制度であり、懲罰目的の充足は、懲罰的賠償制度の適用効果を評価する主要な基準とすべきである。これに基づいて、刑法上の罪刑均衡の原則や行政処罰法上の罰則相当の原則によって、懲罰的賠償の適用は、行為者が受ける懲罰の適正性を重点に考慮しなければならない³⁷。適用原則について、懲罰的賠償は補償的賠償とは異なり、前者は強制的に加えた追加賠償の結果、被害者が財産において受けた結果であるものの、これは当該制度が考慮すべき趣旨ではない。言い換えれば、懲罰的賠償は「賠償の妥当性」ではなく「懲罰の適正性」を有しなければならない。公法責任規定の要件を参考にして、懲罰の適正性原則は「罪責均衡」、「罰則相当」の基本的な意味を有しなければならず、懲罰的賠償の度合と知的財産権侵害行為の程度と相当することを保証しなければならない。処罰度合の適正性原則は、追加賠償の額が故意や違法過ちの程度と相当することを求め、軽い過ちに重く罰せず、重い過ちに軽く罰しない、軽すぎや重すぎの妥当でない状況の発生を避ける。知的財産権にかかる懲罰的賠償の適用について、当面の課題の主な側面は、制度の濫用及び高すぎる賠償請求額を防ぐことである。米国では、懲罰的賠償制度の導入により、高額の賠償額の訴訟件数が激増し、訴訟を提起する権利の濫用は司法資源を浪費しただけではなく、市場秩序を大いに乱していた³⁸。中国においても、懲罰的賠償が適用過程における機能の異常化を防ぐ必要がある。消費者の権益保護の分野において、懲罰的賠償は一部の学者により「私的執行を奨励するインセンティブ」と呼ばれ、その目的は違法経営者を懲罰することではなく、国家市場管理の不足を補うためである³⁹。知的財産権分野において、法定賠償の上限額の向上及び懲罰的賠償制度の実施に伴い、「権利侵害防止経営、大量の権利保護訴訟」という現象が起き始めているため、「パテント・トロール」行為に対して警戒する必要がある⁴⁰。従って、司法実務において、懲罰の適正性の原則に従い、懲罰的賠償の適用基準を把握し、知的財産権がイノベーションを駆動する制度の機能に対する損害を避けなければならない。

³⁶ 李晶、林秀芹「専利権侵害懲罰的賠償の法経済学分析」国家行政学院学報 2016年第3期（2016）。

³⁷ 朱広新「懲罰的賠償制度の進化と適用」中国社会科学 2014年第3期（2014）。

³⁸ 陳瀛洲、高仁宝「懲罰的賠償制度初探（初めての調査）」法律適用 2001年第5期（2001）参照。

³⁹ 孫效敏「奨励制度と懲罰的賠償制度の争い」政治と法律 2010年第7期（2010）参照。

⁴⁰ 「パテント・トロール」は、欧米で流行っている名詞であり、実体製造のない法人が、特許の抜け駆け登録、他人から特許を購入し、訴訟を通じて巨額の和解金又は賠償金を稼ぐ専門的なグループを指す。謝光旗「パテント・トロールを抑制：米国特許訴訟費用移転規則の新発展」法律科学 2017年第1期（2017）参照。

③司法定価の原則

懲罰的賠償は、賠償額の認定における一種の「加重賠償」または「追加賠償」である。侵害行為を制裁し、賠償救済を図ることは、現在知的財産権にかかる裁判における最も重要で、最も悩ましい課題である。当該課題を解決するためには、知的財産権司法保護の価値理念を再構築し、損害賠償認定の価値理論の基礎、価値判断の基準、市場価値及び司法定価の関係を把握しなければならない。懲罰的賠償の裁判基準に従わなければならない「合理的な要求」である。有名な経済学者コモンズは、「合理的な取引、合理的な慣行、公共に相当する社会的有用性」、すなわち「合理的価値説」を無形財産の損害賠償の裁判基準の思想基礎とした⁴¹。合理性を実現する司法定価の基本的な要義は、第一、知的財産権の市場価値を基礎とすることである。異なる知的財産権の異なる競争的地位と異なる独占利益によって形成される資産変数を正確に評価する。知的財産権の価値変数の不確実性のために、企業のバランスシートでは、「正の資産」、「ゼロの資産」または「負の資産」という状況が生じ、それによって、司法における侵害の賠償も「賠償しない」、「少なく賠償する」または「多く賠償する」という差異が生じている。懲罰的賠償は補償性的賠償と異なり、実際の損害に「相応」する必要がないが、「資産価値」を考慮しなければならないと考えられる。第二、侵害行為におけるコスト、収益の関係を科学的に推算する。市場価値の理論の分析において、侵害行為のコスト、収益は、行為の実施経過に支払った物資の消費、つまり必然的なコスト、実施数行為の結果によって法に基づいて受ける制裁、すなわち法定コスト、及び実施数行為の予期される不法利得、つまり必然的な利益を含む。一般的な状況では、権利侵害行為発生の原因とコスト、収益との間の比率に密接な関係を有し、つまりコストが低ければ低いほど、収益が高く、権利侵害行為の発生の確率が高く、程度がより深刻である。懲罰的賠償制度は、違法侵害の法定コストを高め、「権利侵害の収益」が「コスト」より大きい期待を抑制し、理性の経済人が権利侵害行為を放棄することを図っている⁴²。第三、深刻な権利侵害行為に対して定型分類の賠償を行う。懲罰的賠償額は、確定された賠償額の一定の倍数によって裁量される。「数量計算のルール」を適用する実際の損失、違法利益などは、大抵「差額説」または「規範説」を採用している。「差額説」は、被害者の現在の財産状況と損害事件がない場合の在り方の状況を比較して算出した差額をもって損害を確定することであり⁴³、「規範説」は係る権利の機能的な保護の内容又は侵害された特別な状態を評価することを通じて賠償額を確定することである⁴⁴。しかし、懲罰的賠償は一種の「自由裁量のルール」を採用し、「定額説」を理論の基にして、分類定額の賠償を強調し、特別な権利侵害の損害の場合に適用される⁴⁵。「実損主義」の制約を受けず、確定額に基づいて追加賠償の認定を下すであろう。要するに、懲罰的賠償の司法定価は合理性を裁判基準としている。その合理性は一つの経済的基準であり、知的財産権の市場価値を考慮し、知的財産権の市場シェアの喪失又は機能的価値の損害を基準としなければならない。それとともに、さらに法律の基準であり、裁判官が個別事件に基づいて、自由裁量が必要であり、知的財産権の侵害が深刻な行為に対して、定性的な判断を行ってから採用する定額の裁量である。

⁴¹ [米] 康芒斯著『制度経済学 下』310頁（下巻）（商務印書館、1962）参照。

⁴² 呂忠梅、劉大洪著『経済法の法学と経済学分析』369頁（中国検察出版社、1998）参照。

⁴³ 欧州権利侵害法チーム編、于敏、謝鴻飛訳『欧州権利侵害原則：テキストと訳注』57頁（法律出版社、2009）。

⁴⁴ 葉金強「権利侵害損害賠償範囲の確定」中外法学 2012年第1期（2012）。

⁴⁵ 劉士国『現代権利侵害損害賠償研究』14頁（法律出版社、1998）。

(2) 懲罰的賠償責任の構成要件

構成要件とは、権利侵害の賠償責任を負うために必要な条件要素を指す。懲罰的賠償責任の構成要件は知的財産権に係る立法に明確に規定されており、これを侵害行為が民事責任の負担を認定する裁判の基準としている。侵害訴訟の中で、原告は通常被告の権利侵害行為の各構成要件を証明することで、裁判官に被告の行為が権利侵害を構成するか、または賠償責任を負担する可能性があるかについて確認してもらう。被告の抗弁も主に権利侵害の構成要件から展開され、そのうちの1つまた複数の要件が存在しないことを証明することで、裁判官にその行為が権利侵害を構成しないことや賠償責任を負わないことを認定してもらう。懲罰的賠償責任の構成要件には、主観的要件と行為要件を含む。

①故意、悪意を特徴とする主観的要件

主観的要件は行為者が非難されるべき主観的な心理状態を表し、著作権法、専利法には故意という表現を採用しているが、商標法、反不正競争法には悪意という表現を強調している。故意と悪意とは、主観的状態の表現において一定の差がある。

不法行為法の理論において、故意は行為者が損害結果の発生を予見したもの、その結果の発生を望んでいるまたは放任している心理状態のことを指し、直接的故意と間接的故意に分けられる。法律条文において、1986年の民法通則、1991年のコンピュータソフトウェア保護条例及び2020年の民法典の「権利侵害責任編」は、直接的な追求及び間接的な放任の心理状態について、それぞれ「知っている」と「知らなければならない」と表現しており、両者は「明らかに知っている」と「知るべき」という表現に対応できる。最高人民法院による「知的財産権民事紛争事件にかかる懲罰的賠償の法律適用に関する若干問題の解釈」（意見募集稿）は、主観的要件の成立を事実認定と法律推定に分けている。前者について、主観的な故意の責任認定に対する一般的な状況であり、証拠に基づいて判断できる⁴⁶。後者について、主観的故意の要件に対する法律推定であり、賠償責任認定の例外状況であり、法律の関連規定に該当し、その適用を把握しなければならない⁴⁷。

民法理論の意味における悪意は、善意と対応し、物権法、契約法及び権利侵害責任法の分野で広く用いられる。悪意は不誠実またはよくない意図の心理状態であり、認識主義の悪意、意思主義の悪意に分けられる。認識主義の悪意は、その行為が法的根拠を欠如していることまたはその行為の相手が権利を有しないことを明知しながら実施したことである。意思主義の悪意は、動機不良の故意を有し、他人の利益を害することを目的として実施することである。権利侵害責任の分野において、商標法、反不正競

⁴⁶ 2020年最高人民法院による「知的財産権民事紛争事件にかかる懲罰的賠償の法律適用に関する若干問題の解釈」（意見募集稿）3条には、「被告はその行為が他人の知的財産権を侵害することを知っているかまたは知るべきであるが、権利侵害行為の発生を積極的に追求または放任した場合、人民法院は権利侵害の故意を有すると認定しなければならない。」前項でいう故意を認定するには、「侵害された知的財産権の類型、知名度、被告と原告または利害関係者との間の具体的な関係、被疑侵害行為の具体的な状況、被告の訴訟行為及び原告被告の生産経営規模、就業時間などの要素を総合的に考慮しなければならない。」と規定している。

⁴⁷ 2020年最高人民法院による「知的財産権民事紛争事件にかかる懲罰的賠償の法律適用に関する若干問題の解釈」（意見募集稿）4条において、「人民法院は、以下の状況に基づいて被告はその行為が他人の知財権を侵害することを知っているかまたは知っているべきと推定することができるが、被告が反対の証拠をもって、十分に転覆できる場合を除く。1. 被告は原告又は利害関係者の代理人である場合、2. 被告と原告又は利害関係者の間に近い親族関係を有している場合、3. 被告と原告又は利害関係者の営業住所は隣接している場合、4. 被告と原告又は利害関係者との間で業務往来、契約達成など、協議したことがある場合、5. そのほかの被告が知的財産権を侵害すること知っているかまたは知るべきであることを推定できる場合」と規定している。

争法及び最高人民法院によるコンピューターネットワークドメインネームに関する民事紛争事件の審理における法律適用の若干問題についての解釈、知的財産権民事紛争事件にかかる懲罰的賠償の法律適用に関する若干問題の解釈(意見募集稿)には、「悪意」により構成される主観的要件を規定している。懲罰的賠償責任の構成要件である悪意は、結果の発生を直接的に追求するという明らかに知っているという心理状態を有しているだけではなく、動機及び目的において他人の権益を侵害する悪質な表現がある。裁判官が言及した通り、悪意は故意と同じ意味を有しているわけではなく、権利侵害を知っているべきであるものの損害結果の発生を放任する間接的な故意を含まず、主観的過ちの程度が深刻な直接的故意に相当すべきである⁴⁸。以上のことから、悪意は故意よりも深刻な主観的悪性を表していることが表明されている。立法者はこれを商標、営業秘密、ドメイン名分野の懲罰的賠償責任の適用基準として、著作権侵害や専利権侵害の主観的故意の規定と区別でき、適用範囲を縮小する立法の方向性を持ってい。最高人民法院は、商標法、反不正競争法の規定に基づいて、悪意の認定に対して司法解釈を下した⁴⁹。このような厳重な権利侵害行為は他人の商標権、営業秘密を損害することを目的とし、意思主義の悪意の表現を有し、その主観的動機の認定は難しく複雑であり、司法解釈は、悪意要件の成立を認定する具体的な状況にかかわり、行為者の主観的心理状態と特定の権利侵害対象、特定の法律関係とを結びつけて考察し、行為者の主観的動機における悪質性及び帰責性を強調した。

懲罰的賠償にかかる事件において、行為者は主観的故意、悪意を有するか否かを判断する基準は、到達すべき注意の程度に達しているかどうかである。一般的に言えば、人々は、他人の知的財産の保護に対して、「誠実な人」、「理性的な人」という一般的な注意義務のみを負う。仮に、権利侵害者が上述注意の程度に達しておらず、損害結果の発生に対して直接的に責任を負う場合または間接的に放任し、さらにその目的と動機に悪質な表現を有する場合、主観的要件の構成を認定できる。桜花衛厨中国股份有限公司は、蘇州桜花科技公司、屠氏を訴えた商標権侵害紛争事件において、被告は権利侵害として判決された後にも、引き続き会社を設立し、権利侵害規模を絶えず拡大していた。二審判決はその「権利侵害の悪意が明らかである」と判断し、懲罰的賠償を加重した⁵⁰。暴風集团公司と深セン市騰訊公司(テンセント)との情報ネットワーク伝播権紛争事件において、前者は著作権者から複数回の権利侵害通知を受け、かつ国家版権局より発表した警告リストを知っていたものの、依然として削除の措置を取らなかつた。二審判決は、その伝達行為が「明らかに知っているながら実施した」と認定した⁵¹。飛天誠信公司が北京信安世紀公司等を訴えた実用新案専利権侵害紛争事件において、法院は被告が生産・経営した係争製品がすでに原告専利の請求項の権利範囲に入っているため、権利侵害に該当すると判定したが、権利者は「侵害者が主観的故意を有し、かつ何度指摘されても是正しないことを証明できなかった」ため、その懲罰的賠償を適用する主張を支持しないと判断した⁵²。以上のように、侵害者の主観的な心理状態は、権利の存在を知っている(または知るべきである)が、合理的な注意を払わなかつた状況によって、「故意」と認定できる。さらに動機、目的の悪質な表現を有する場合、「悪意」と認定できる。

⁴⁸ 朱丹「商標専用権を侵害する懲罰的賠償責任の司法適用」人民法院報 2014年8月27日第7版(2014)。

⁴⁹ 2020年最高人民法院による「知的財産権民事紛争事件にかかる懲罰的賠償の法律適用に関する若干問題の解釈」(意見募集稿)5条では、被告が悪意を有することを認定できる状況は、すなわち「1. 侵害された知的財産権の知名度が高い場合、2. 被告と原告又は利害関係者との間に、労働、労務、協力、許諾、販売代理、代理、代表などの関係を有する場合、3. その提供する商品又はサービスにある登録商標が塗替えられ、置き換えられ、又は上書きされたことを知っている又は知るべきである場合、4. そのほかの悪意と認定できる状況」を含むと規定している。

⁵⁰ 江蘇省高級人民法院(2015)蘇知民終字00179号民事判決書を参照。

⁵¹ 北京知識産権法院(2017)京73民終1259号民事判決書を参照。

⁵² 北京知識産権法院(2017)京73民初154号民事判決書を参照。

②情状深刻を意味とする行為要件

情状深刻は伝統的な意味の民事責任の構成要件ではなく、当該表現は通常「刑法」の犯罪構成にかかる規定および行政法律規定の行政処罰にかかる規定によく見られる。

懲罰的賠償は民事責任体系において公法制裁を代替、懲罰目的を実現する一種の加重責任である⁵³。これに基づいて、知的財産権の法律は、懲罰的賠償を規定しているとともに、公法責任によく見られる「情状深刻」という要件を導入した。

情状深刻は、故意、悪意という主観的要件と並列している客観的要件であり、結果要件ではなく、行為要件に該当する。ある学者は、悪意の権利侵害そのものは情状深刻の一種の表現形態であり、両者を重ねて規定する必要がないと主張し、侵害者の主観的状態の評価における付随的な基準に過ぎないとされている。司法実務において、2015年の華潤(グループ)有限公司が深セン市華潤管理顧問有限公司を訴えた商標権侵害及び不正競争紛争事件や、2015年の法比奥社が上海競合国際貿易有限公司を訴えた商標権侵害紛争事件などにおいて、法院は情状深刻に言及せず、直に「主観的悪意が明らか」であることを理由に懲罰的賠償を適用した。筆者は、故意、悪意及び情状深刻は懲罰的賠償の主観的および客観的要件であり、それぞれ独立して存在する法的価値があると考えている。裁判官の裁判活動において、まず行為者の主観的な心理状態を審理してから、行為の情状の深刻の程度に対して評価するもので、すなわち2つの要件の認定を通じて、懲罰的賠償の有効的な適用を規律するものである。米国の不法行為法が当該賠償責任形態を適用する際に提示される理由のように、主観的要件は権利侵害行為の非難されるべきことを特徴とし、客観的要件は侵害行為の非難されるべき程度を説明している⁵⁴。

情状深刻は、客観的な面での法益侵害の程度に対する全体的な評価である。刑法学者によれば、通常「情状深刻」における情状は、特定の面の情状を指しているわけではなく、いずれかの面の要素を指すという⁵⁵。「情状深刻」の刑法学理論の成果を参考とし、知的財産権分野における懲罰的賠償の適用は、被訴侵害行為に係る諸要素を総合的に考慮しなければならず、そのうちの1つの要素の深刻程度が高ければ、「情状深刻」を構成する。ここでは、損害結果の厳重さは「情状深刻」の認定において重要な要素であるが、考量の唯一の要素ではない。ある学者が指摘したように、「懲罰的賠償を適用する核心は知的財産権所有者の損失の大きさではなく、侵害者行為の性質によって決めるものである」⁵⁶。最高人民法院は司法経験をまとめた上、被訴侵害行為の性質、持続時間、地域の範囲、規模、結果などの要素に及ぶ「情状深刻」の具体的な状況について規定している⁵⁷。司法解釈の「情状深刻」の認定要素に関する規

⁵³ 稲兵「懲罰的賠償規範構造」法学 2015年第4期（2015）。

⁵⁴ 史玲、王英等「懲罰的賠償制度が中国知的財産分野における応用」天津法学 2012年第1期（2012）参照。

⁵⁵ 張明楷「刑法分則における構成要件とする『情状深刻』について」法商研究 1995年第1期（1995）。

⁵⁶ 曹新明「知的財産権侵害懲罰的賠償責任探（求分）析」知識産権 2013年第4期（2013）。

⁵⁷ 2020年最高人民法院による「知的財産権民事紛争事件にかかる懲罰的賠償の法律適用に関する若干問題の解釈」（意見募集稿）6条の規定によれば、次のいずれかに該当する場合、情状深刻と認定できる。1. 同一または類似の商品に原告または利害関係者の未登録馳名商標を使用する場合、2. 原告または利害関係者の馳名商標の名声に乗り、原告または利害関係者の馳名商標を抜け駆け登録する場合、3. 原告または利害関係者の通知、警告を経ても、引き続き侵害行為を実施する場合、4. 正当な理由がなく、明らかに市場価格より低い価格で、知的財産を侵害する製品またはサービスを提供する場合、5. 原告または利害関係者の登録商標を詐称する場合、6. 窃盗、賄賂、詐欺、脅迫、電子侵入またはその他の不正手段で権利者の知的財産権を取得する場合、7. 権利侵害の繰り返し、権利侵害行為は行政処罰されまたは裁判所の裁判に責任を負担させた後、類似する権利侵害行為を再度実施する場合、8. 知的財産権侵害を業とする場合、9. 侵害行為を隠蔽、侵害証拠を偽造または壊滅するなどの場合、10. 行為保全の裁定を拒み履行しない場合、11. 権利侵害によって得た利益または権利者の損失が巨大な場合、12. 重大な自然災害、事故災害、公共衛生事件の期間に、災害救援、防疫物資などの商品の登録商標を詐称する場合、13. 被疑侵害行為は国家の安全、人身の安全を害し、経済秩序を乱し、環境資源を破壊または公共の利益に危害を及ぼす場合、14. ほかの情状が深刻と認定できる状況。

定は、当該要因が懲罰的賠償責任と無関係の条件ではなく、規律し必要な地位付けのものであり、同時に主観的故意要件の「付隨的判断基準」ではなく、主観的要件と共存する客觀的要件であり、もちろん損害の程度にこだわる結果要件ではなく、多くの要素に及ぶ行為要件であることを表明している。

懲罰的賠償制度において、情状深刻は、侵害行為が非難されるべき程度についての立法の表現である。英米法系国家は、故意や惡意に関する非難され得る行為を、「異常の、非難されるべき行為」、「情状が惡質な行為」、「周到に計画された侵害行為」などと表現している⁵⁸。中国の権利侵害責任法の意味における情状深刻は、行為、事件と結果の性質が悪い、影響が重大、危害が大きい状況を指す。裁判官は特定要素に拘らず、いずれかの要素の深刻さが重大な程度に達せば、「情状深刻」に認定することができる。斐樂体育有限公司が浙江中遠靴業公司を訴えた商標権侵害紛争事件において、法院は、被告がその商品に係争標章を際立って使用し、且つ販売の売上が巨大で、権利者が先に商標の登録を取得したことを十分に知っている状況において、侵害品を引き続き生産、経営していることは、「権利侵害の情状が深刻」に該当すると認定した⁵⁹。江蘇省金地種業公司が徐州市地王恒鑫公司を訴えた植物新品種権侵害紛争事件において、法院が認定した情状が深刻である事由は、原告の植物新品種の独占的実施権を侵害し、種の製造販売の秩序を深刻に害し、品種の購入者、栽培者の合法的権益を侵害する可能性があるということである⁶⁰。松下電器株式会社が中山市金稻電器公司を訴えた外観設計専利権侵害紛争事件において、被告は発効判決の受入れを拒んで、侵害製品製造、販売を継続した。法院は「その持続的な権利侵害行為は惡意の権利侵害及び権利侵害の繰り返しに該当し、賠償を加重する法的結果を負わなければならぬ。」と判断した⁶¹。情状深刻は、異なる知的財産権分野の具体的な事件において異なる表現の形態があり、権利侵害行為の性質、影響、結果等の判定要素が深刻な程度に達せば情状深刻と認定できると考えられる。

(3) 懲罰的賠償額の算定規則

懲罰的賠償額の算定は、計算の基数および倍率の確定という2つの大きな課題に及ぶ。

①懲罰的賠償額の算定の基数について。中国の知的財産に係る法律は大抵数量計算の方法によって確定した金額を基数とすることを規定している。すなわち実際損失、権利侵害によって得た利益、許諾使用料の倍数の計算によって得た額を基数とする。司法実務において、以下の問題点が思考に値する。1点目は、前述数量計算の方法に、適用の優先順位があるか否かである。2点目は、多くの数量計算方法によって計算できない場合、賠償額を如何に確定するか。3点目は、賠償額を確定できない場合、懲罰的賠償が適用できるか否かというものである。最高人民法院による「知的財産権民事紛争事件にかかる懲罰的賠償の法律適用に関する若干問題の解釈」6条は、上記の関連問題について回答している。第一、数量計算方法の優先順位を定めている。人民法院は懲罰的賠償額を計算するとき、原告の実際の損失額又は被告の違法収益額を基数としなければならない。原告の実際の損失額又は被告の違法収益額を計算し難しい場合、権利使用料を参照して基数を定めることができる。第二、数量の計算方法が適用できな

⁵⁸ 陽庚徳「普通法国家の懲罰的賠償制度の研究」環球法律評論2013年第4期(2013)。

⁵⁹ 北京市高級人民法院(2018)京民申4666号民事裁定書を参照。

⁶⁰ 江蘇省南京市中級人民法院(2020)蘇01民初226号民事判決書を参照。

⁶¹ 北京市高級人民法院(2016)京民終245号民事判決書を参照。

い場合の救済方法を規定している。すなわち原告の実際の損失額、被告の違法収益額、権利の使用料のいずれも計算が困難である場合、類似する権利の使用料を参照して合理的に基数を確定することができる。第三、上記の計算方法がいずれも適用できず、また参考とする類似の権利使用料がない場合、懲罰的賠償を適用できるか否かについては、司法解釈では規定していない。筆者は、このような極端な状況が存在する可能性がないわけではなく、確定金額を基数として選択できない場合、懲罰的賠償はその数量計算の前提条件が達成しないため、適用できない。このような場合、一定の懲罰的機能を有し、数量計算方法の代替方法としての法定賠償は、裁判官が裁量できる。

②懲罰的賠償の倍率の確定について。知的財産権にかかる懲罰的賠償の倍率の設定について、裁判官が法に基づいて裁量することが有益である。米国の司法実務において、後の判決で懲罰的賠償額を確定する際、懲罰的賠償額と補償的賠償額との間にある合理的な比例関係を維持するために、いわゆる「比例的原則」(the Ratio Rule)を参照することが多い⁶²。中国の司法実務において、賠償額の基数と賠償の倍数とは密接な関係を有している。法律によって規定されている3種類の補償的賠償額について、その精確性に異なる程度の差異を有し、賠償倍数の係数の具体的な計算は、具体的な事件における基数確定の関連状況を十分に考慮しなければならず、総合的に考量した上、懲罰的賠償の合理的な倍数を確定する。裁判官の言及通り、合理的に倍数を確定することを上手に利用して、賠償額の基数確定に存在する不足を補い、倍数の確定において、双方当事者の利益のバランスをとり、懲罰の不足又は過剰を防ぎ、最終的に認定した懲罰的賠償額が合理、公正であることを保証する手段とする⁶³。

中国の知的財産権の法律は、懲罰的賠償額を確定した賠償額の1~5倍に規定しており、このような明確な比例規範が裁判官の裁判に利便性をもたらし、法律適用の安定性を高めている。しかし、1~5倍の倍数の幅が大きいため、司法裁判において、精密化することが難しく、係数指標の比較体系及び賠償額の計算規則を構築する必要がある。同時に、倍数の確定は一概に言えず、事件ごとに係数を判断し、裁判しなければならない⁶⁴。

⁶² 謝哲勝著『財産法専門研究（二）』23頁（台湾元照出版公司、1999）。

⁶³ 広東省深セン市福田区人民法院課題チーム「商標権侵害懲罰的賠償の制度構築」知財産権2020年第5期（2020）。

⁶⁴ 上述司法解釈（意見募集稿）8条には倍数確定の参考要素が列挙されている。1.被告の権利侵害の主観的悪意の程度、2.被訴侵害行為の情状の深刻の程度、3.そのほか懲罰的效果に影響を与える要素。

第
2
章

II. 「知的財産権侵害の懲罰的賠償の適用問題」

管 育鷹 教授（中国社会科学院）

序言

第2章

損害賠償法の基本的な目的は被害者の被害を補填することであり、民法学説は理論的に「損害補填の原則」と呼ばれている。これは各国の民法の共通原則でもある¹。中国の学術界において、補償が損害賠償制度の基本的な機能であると考えている。即ち補償を通じて被害者が減少した財産の金額を返還すると共に、被害者に被害が発生する前の状態に回復させる²。中国の権利侵害法にも賠償範囲は被害者の実際の損害を超えた懲罰的賠償制度があるが、「例外的な状況であり、権利侵害に係る損害賠償の補償的特徴は変更されることがない」³。理論的には通常「知的財産権と伝統的所有権は損害賠償において共通の理論と原則を有しており、即ち損害を補填する」と言われている⁴。司法実務には、知的財産権侵害に係る損害賠償が遵守した補償原則は「全面的賠償原則」または「補填原則」とも言われている⁵。

保護された客体の無形性とその市場価値に影響を与える評価要素が極めて専門的で複雑的であるため、知的財産権侵害に係る損害賠償額の算定は、これまで各国の司法実務を悩ませてきた難題である。知的財産権を確実に保護し、権利者の実際の損失に対する立証困難を克服するために、各国は他のいくつかの損害賠償額を計算する代替方法を次第に発展させてきた。即ち、権利侵害者の不法所得、合理的な許諾料倍数と、これらの計算方法のいずれも損害賠償額を証明することが困難な時に採用される法定賠償（定額賠償ともいう）、英米法系の国家が立法と判例において悪意の侵害に対して懲罰的賠償を導入した。中国の民法は主に大陸法系の伝統を踏襲しているが、知的財産権分野の法律規定は英米法の影響も受けている。長期的に権利者を困惑させ、知的財産権保護の実効性に影響を与えた「立証が困難、賠償が低い」という問題や、悪意の侵害に対して懲罰的賠償制度を導入し、その抑制と懲戒の作用を十分に發揮して保護の程度を強化することは、理論的、政策的、立法的に徐々に共通認識が形成された。

2020年に公布された中国の民法典1185条は、「故意に他人の知的財産権を侵害し、情状が重大である場合、被侵害者は相応の懲罰的賠償を請求する権利を有する」と定めている。当該知的財産権侵害に係る懲罰的賠償の一般条項については、関連する国と地域の経験を参考にし、中国の知的財産権立法と実務を結合し、適用中の問題を深く検討し、関連規定と裁判の筋道を明確にし、法律実施の予期可能性を高め、立法の意図が実現されることを確保する必要がある。

¹ 王沢鑑『損害賠償』25頁（北京大学出版社、2017）。

² 程啸『権利侵害責任法〔第2版〕』664頁（法律出版社、2015）。

³ 王利明『権利侵害責任法』167頁（中国人民大学出版社、2016）。

⁴ 吳漢東『知的財産権総論』92頁（中国人民大学出版社、2013）。

⁵ 李国光主任編集『知的財産権訴訟』259-263頁（人民法院出版社、1999）。

1. 知的財産権侵害に係る懲罰的賠償制度の起源と現状

(1) 知的財産権侵害に係る懲罰的賠償の制度出所及び諸外国の経験

懲罰的賠償はイギリンドを起源としている⁶。学者の言う通り、「補償、懲罰、抑制などの機能を一体にする制度として、懲罰的賠償は主に米国で採用されている」⁷。英米法系国家は、懲罰的賠償制度を各種類の侵害民事訴訟事件に適用している。特に米国での適用範囲が最も広く、権利侵害法、契約法、財産法、海事法、雇用法と家庭法に係り、判決された賠償額は時には驚かせるものである⁸。実用主義にあふれた米国と違って、哲学レベルから制度の正当性の根拠を求めるなどを極めて重要視している大陸法系国家は、この制度を一般的に排斥し、正義の是正にそぐわなく、公私法の基本的学理区分を混同させ⁹、且つ民事侵害に係る損害賠償責任の補償原則に違反し、行政、刑事の罰金との釣り合いが取れず、二重処罰禁止の原則に違反したと思われている¹⁰。学者が異なる意見を持っているが、総じて大陸法系諸国は懲罰的賠償を認めていない¹¹。例えばドイツでは、米国の懲罰的賠償の判決はドイツの公共秩序に反していると裁判所が判断し、それを認めていない¹²。個別の状況において、EUも懲罰的賠償を実施する可能性がある。例えば、1995年7月24日第(EC)1768/95号EU委員会条例第18条に基づき、何度も故意に侵害した場合、植物新品種の権利者は、何倍もの賠償を受けることができる。

注目に値するのは、米国が強力な知的財産権保護と国際貿易のバンドル政策を推進しているため、もともと民法が大陸の法系の影響を深く受けた東アジア地域は知的財産権の分野で懲罰的賠償に対して異なる程度の受け入れ方を示している。ドイツ、日本の民法の伝統を踏襲したのみならず、米国法の影響も受けた中国台湾地区は、公正取引法、証券取引法、消費者保護法及び複数の知的財産権法において懲罰的賠償金制度を確立しただけでなく¹³、民法において懲罰的賠償に関する立法の検討を開始したこともあるが、この改正のプロセスは今まで進められていない¹⁴。韓国では、90年代から民法に懲罰的賠償の条項を追加するよう提案されているが、大多数の学者が反対し、関連する立法、司法の試みも結論のつかないままである。著作権と商標分野において、韓国は法定賠償を算定する際、懲罰的賠償を考慮して故意侵害の責任を負わせる¹⁵。しかし、近年は特許、意匠、営業秘密保護の分野において、法を改正することによって直接に懲罰的賠償制度が導入された¹⁶。また、法律の伝統的にドイツと一致している日本では、最高裁判所が1997年のある事件の中で、日本企業に対する米国カリフォルニア州裁判所の

⁶ 林世宗「懲罰的賠償と違約懲罰の研究比較」方文長教授の九十歳誕生日の祝い論文集編集委員会編纂『比較民商法論文集』122頁（元照出版有限公司、2005）。周友軍『侵害責任認定：争点と判例』77頁（法律出版社、2010）。

⁷ 王利明『権利侵害責任法』286頁（中国人民大学出版社、2016）。

⁸ 陽庚徳「普通法国家の懲罰的賠償制度の研究—英、米、オーストラリア、カナダ四国を対象に」環球法律評論2013年第4期。

⁹ 張保紅「懲罰的賠償制度と我が国の侵害法の融合を論ずる」法律科学2015年第2期。

¹⁰ 金福海『懲罰的賠償制度研究』58頁（法律出版社、2008）。

¹¹ Helmut Koozol; Punitive Damages-A European Perspective, 68 La. L. Rev. (2008), 748, footnote 44.

¹² BGHZ 118, 312(343), Volker Behr, Punitive Damages in American and German Law-Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts, 78 Chi.-Kent L. Rev. (2003), 108.

¹³ 王沢鑑『損害賠償』375頁（北京大学出版社、2017）。

¹⁴ 台湾地区立法院第8期第4期第14回会議案関係文書、2013年12月11日印刷発行。

¹⁵ 崔真「韓国の懲罰的賠償制度」中国外資2011年10期。

¹⁶ Jeeyoon Park「韓国における特許権の故意侵害に関する懲罰的賠償の新規定発表」『科叢唯安アジア太平洋知的財産権2020年度報告』45-46頁。2020年7月から実施されている韓国の不正競争防止法に基づき、故意に営業秘密を侵害した場合、3倍以下の損害賠償に処すことができる。韓国の法律第16204号、14条の2第6項を参照。

下した懲罰的賠償判決の執行を明確に拒否し、日本の民法の基本原則と理念に基づく侵害責任に係る損害賠償制度にそぐわなく、公共秩序に違反していると判断した¹⁷。現在、日本は知的財産権分野に対して懲罰的賠償制度を導入するかどうかまだ躊躇しているが、特許庁の2019年の知的財産権制度に関する調査から見ると、全体として日本企業の導入に賛成している比率は40%で、反対の32%より多い。しかしながら、大企業の中では賛否が半々で、弁護士の中では反対意見が半数以上である。これによると、日本企業全体が知的財産権分野に懲罰的賠償制度を導入するかどうかについては迷っている状態にあり、法曹界、政府の政策決定機関と立法者はまだ日和見的な態度である¹⁸。

(2) 中国の知的財産権分野において、懲罰的賠償制度が明確に導入

懲罰的賠償は、早くも1993年の中国消費者権益保護法55条において定められ、消費者が経営者の詐欺行為に対して、賠償倍数の増加を請求することができる。中国学術界は域外の経験を参考して、一部の特殊な民事侵害の分野で懲罰的賠償を適用にするかどうかについてずっと違った意見を持っていたが、実践の中で明らかに知りながら偽薬や粗悪粉ミルクを製造・販売することによって患者と乳幼児が死亡するなど、重大な侵害による悪質な結果を招く現象が絶えず発生しているため、関連する法律の中で、懲罰的賠償を明確にする必要性はますます強調されるようになった¹⁹。2009年の権利侵害責任法の47条では、「製品に欠陥があることを明らかに知りながら、継続して生産、販売し、他人を死亡させたり、健康に重大な損害を与えた場合、被侵害者は相応の懲罰的賠償を請求する権利を有する」と定めている。この制度は、補償、懲罰、抑制などの機能を一体に集中し、主な目的は被侵害者の損害を補うことではなく、主観的悪意のある侵害行為を懲罰すると共に、このような侵害行為の発生を抑制することにある²⁰。その後、2009年の食品安全法96条2項(現在は148条2項)、2013年の商標法63条1項、2015年の種子法73条3項、2018年の電子商取引法42条3項、2019年の不正競争防止法17条3項には、次々と悪意または故意侵害に対する懲罰的賠償制度を導入した。2020年5月に可決された民法典の178条には「法律に懲罰的賠償が定められた場合、その規定に従う」というリンク式の規定を盛り込み、同時に知的財産権侵害、製品の権利侵害と環境侵害に対する懲罰的賠償責任を明確にし²¹、体系性と開放性を具現している。

知的財産権の分野では、権利者が権利侵害に遭遇した時、いくつかの状況の下で刑事、行政救済が求められるが、他の救済手段と比べて、民事救済は知的財産権の保護に対してより直接的であり、特に権利者が権利状態を維持するように即時に差止命令を請求でき、損害に対して経済補償も請求できる。しかし、長年にわたって権利者が民事救済を求める時に、無力感にさらされている。例外なく立証の難しさ、賠償の低さを訴えている。この現状をもたらした原因是複雑で、例えば無形財産の価値評価自体が難題であり、権利者は普遍的に成熟した知的財産管理の経験と立証能力に欠け、かなり多くの業者が完璧な会計財務制度に欠けているため損失または取得した利益を明らかにしがたく、法院の立証責任の配

¹⁷ 平成5(オ)1762、最高人民法院第二小法廷平成9年7月11日判決。

¹⁸ 日本特許庁「特許権侵害に係る損害賠償制度について」令和2年5月29日公布、URL:

https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/tokkyo_shoi/document/39-shiryou/03.pdf。

¹⁹ 白江「我が国における侵害責任法の懲罰的賠償の適用範囲を拡大すべき」清華法学2015年第3期。

²⁰ 王勝明主任編集(全国人民代表大会常務委員会法制工作委員会編纂)『中華人民共和国権利侵害責任法の解釈〔第2版〕』268-272頁(法律出版社、2013)。

²¹ 民法典1185条、1207条、1232条を参照。

分と証拠収集規定は一般的民事訴訟の考え方に関し、商業的権利の保護モデルの代替などが挙げられる。

悪意侵害を抑制する対策として、知的財産権分野における懲罰的損害賠償制度の導入についての議論は、中国がWTOに加盟した後も続いていた²²。2008年に採択された「国家知識産権戦略綱要」が実施されて以来、知的財産権の保護の程度を絶えず強化することは、中国の明確な政策の方向となっている。また、国際経済貿易の往来の中で米国制度の影響を受けて、知的財産権に係る損害賠償制度の機能に関する議論がさらに深まっている。多くの人は知的財産権に係る懲罰的賠償は悪意的知的財産権侵害行為を厳罰し、潜在的な侵害者に対して強力な抑制を構成し、権利侵害行為の発生を防止することができると言っている²³。学術界は、侵害責任理論そのものの発展の必要性、知的財産権制度の経済学分析などの観点からさらに論証し、伝統的な民事侵害法の填補（補償）原則がうまく対処できない場合、悪意のある重大な知的財産権侵害を抑制する目的を達成するために、懲罰的賠償制度を導入するとともにその機能を発掘すべきであると考えているようである²⁴。むろん、議論の過程で、社会各界は懲罰的賠償とその具体的な適用効果に対して疑いがないわけではなく²⁵、特に民法典が制定された後の2020年に改正された特許法、著作権法については、その具体的な適用ルールが最近の国内外の実務界と学術界で再び注目されている。革新的な創作活動は持続性があり、予防の必要性を超えて非功利の懲罰効果を追求してはならないという観点がある²⁶。これは、ある程度においても、業界関係者の懸念を反映しており、特に特許分野において、技術の発展・応用が常に他人の特許技術と絡み合う中で、厳しすぎる侵害責任規定を適用することによって、イノベーターの手足を束縛する可能性がある。

（3）商標法における懲罰的賠償制度の適用中の問題

中国的商標法は、2013年改正される際に、63条において悪意の商標専用権の侵害であり、情状が重大な場合、侵害者に対して懲罰的賠償を科すことができると明らかにした。2019年に法改正された時に、懲罰的賠償の倍数がこれまでの「1倍以上3倍以下」を「1倍以上5倍以下」に引き上げられた。しかし、実務においてこの条項を適用した判決は極めて少ない。中国的裁判文書ネットというウェブサイトで2015年以来のものに「懲罰的賠償」というキーワードを入れて商標権侵害事件の二審判決を検索した結果、これらの事件で原告が懲罰的賠償の請求をしたが、大多数の判決では法院がこれについて言及していないことが分かった。一部の事件で法院が「法定、情状酌量」賠償を論じた際に、「懲罰的賠償」の要素を考慮したと言及した。少数の事件の中で、法院は「懲罰的賠償」（後述する「小米」事件）の条項を明確に適用した。具体的には以下のとおりである。

（i）法定賠償は依然として中国知的財産権侵害の損害賠償額の主要な算定方式である

上記の結果は、過去の実証研究において、圧倒的多数の知的財産権事件に対して法定賠償を適用する

²² 曹建明主任編集『知的財産権裁判指導〔2006年第1集〕』163頁（人民法院出版社、2007）。

²³ 吳漢東「知的財産権損害賠償の市場価値基礎と司法裁判規則」中外法学2016年第6期。

²⁴ 馬栩生「比較法の視野での故意的侵害理論体系の構築」法学評論2010年第4期。袁杏桃「知的財産権侵害の懲罰的賠償の正当性基礎と制度構築」甘肅社会科学2014年第5期。朱丹「知的財産権の懲罰的賠償制度の経済分析」東方法学2014年第6期。

²⁵ 張廣良「懲罰的賠償は中国の知的財産権保護の難題を解決するための良策でない」中国特許と商標2012年第1期。和育東、石紅艶、林声輝「知的財産権侵害に懲罰的賠償導入についての論争」知識産権2013年第3期。

²⁶ 蒋舸「著作権法と特許法における『懲罰的賠償』の非懲罰性」法学研究2015年第6期。

という結論を証明し²⁷、中国の司法実務における損害賠償の簡易化処理の現状をも反映している。知的財産権の無形性のために、それ自体の価値及び有形製品、企業の他のタイプの無形財産と絡み合い、実際の損失、侵害所得または合理的な許諾料という方法で計算する場合、大多数の当事者はこの立証責任を達成することが困難である。そのため、同時に法定賠償による計算をよく請求する。一方、法院は事件件数、結審までの期限などのプレッシャーのため、過度の精力を費やし、関連証拠に基づいて賠償を精密に計算する余裕がなく、直接法定賠償方式を採用する傾向がある。主観的に悪意のある侵害に対しては、法院は通常この要素を考慮して法定賠償の範囲内で損害賠償を重くするが、賠償を論ずる部分が簡単すぎるため、一般の人は最後に得られた具体的な賠償額が一体どのように計算されているのか理解できない。

例えば、多くの権利者が懲罰的賠償を主張する事件で、法院は被告の故意侵害に対する原告の立証をある程度は採択したが、判決では、主觀的な故意と賠償額の関係について、詳しく論じることがなく、原告の懲罰的賠償の主張を認容するか否かについては一言も触れていない。そして、法院は法定賠償を適用する時、通常は「酌量」と表現し、非常に簡単な表現しか採用しない。多くの判決では賠償額に関する論説部分、ひいてはテンプレートの表現を用いて、司法公信力に大きな影響をもたらしている。典型的な例としては、「賠償額について、原告は、侵害による実際の損失または被告の侵害行為によって得られた利益を証明できる証拠を提供していないため、当法院は本件商標の知名度、被告の侵害行為の性質及び結果、イ号製品の販売価格及び原告が権利侵害を差し止めるために支払った合理的な費用等の要素を総合的に考慮し、情状を酌量して賠償額を確定する」というものである。このような賠償に対する簡単すぎた論説は各当事者の疑惑を招きやすく、法院が「酌量」の時に考慮した要素と最終的に下した賠償額については慎重であっても、裁判官の自由心証に高度に依存し、かつ簡略すぎた裁判の論説は人々に「よく考えず直感で決めている」と誤解を与えやすい²⁸。

(ii) 司法機関が「懲罰的賠償」の適用規定と基準についての理解はまだ一致していない

現在の司法実務において、懲罰的賠償の適用規定については2つの主要な問題がある。一つは、法定賠償と懲罰的賠償の両制度の機能を区別すべきかどうかについて、明確で一致した認識を持たないことがある。もう一つは、法定賠償の算定額が懲罰的賠償のベースとする金額としてもよいかについて論争がある。一部の法院は、判決の中で権利侵害の主觀的悪意と重大性を考慮し、これに基づいて「懲罰的賠償」という判決を下したとするが、法定賠償額を算定する時に懲罰的な要素を考慮して通常より高額の賠償額を算定し、これをもって懲罰的賠償制度と同一視している。例えば、「華潤」事件では、一審法院が損害賠償額の算定について論じた時に、次のとおり指摘した。本件において、「華潤」が商標と商号としての顕著性、高い知名度、大きな商業的価値を考慮し、侵害者は「ただ乗り」、「フリーライド」など商業上の信用を利用する悪意が明らかであるため、不正競争を構成する侵害行為に対して懲罰的賠償を与えなければならないと法院が判断した。同時に、侵害者が営業上の信用を利用した悪意と権利侵害の情状、及び華潤集団の権利維持コストを考慮し、権利者の合法の権益を保護し、華潤顧問会社の知的財産権侵害のコストを高めるため、本件は華潤顧問会社に対して懲罰的賠償とし、法定の300万元以下の範囲で情状酌量して100万元の損害賠償額を判断した。しかし、二審の判決では、賠償の論説部分に

²⁷ 詹映「我が国の知的財産権侵害損害賠償司法現状再調査と再思考」法律科学 2020年第1期。

²⁸ 和育東「知的財産権侵害法定賠償制度の異化と回帰」清華法学 2020年第2期。

については、懲罰的賠償の条項を適用すべきかどうかは言及せず、金額は不当がないだけを指摘してそれを維持した²⁹。

法定賠償額をベースとする金額として懲罰的賠償条項を適用して賠償を重くしてもよいかについては、法院によって理解が異なる。また、一部の法院において、主観的故意と情状の重大という要件については初步的に論証するが、懲罰的賠償の適用は前の3つの方法で算定された賠償額をベースとする金額とするかどうかについては説明せず、実際には「法定賠償+酌量」という方法を採用している。この場合、最終的な賠償額は立法で定められた法定賠償の上限を超える可能性がある。例えば、伊力偽酒の販売事件において、被上訴人の玉瑛商行の行為が商標専用権の悪意の侵害に該当し、且つ情状が深刻で、上記の法律に定められた「懲罰的賠償」の適用条件に適合すると法院が判断した。すなわち、「上訴人の伊力特会社が本件の訴訟において、その実際の損失または権利侵害者が獲得した利益を立証できなかつたため、本法院は一審で確定された賠償額に基づいて、上記の法律規定を参照し、法に基づいて被上訴人の玉瑛商行が上訴人の伊力特会社に対して25000元の損害を賠償しなければならないとする」と法院が判断した³⁰。この懲罰的賠償は、法定賠償のベースとする金額を基にさらに重くすることができるという観点は珍しくない³¹。これに基づいた判決は、必然的に両者が併用できない観点に基づく裁判と衝突する。近年、中国の多数の観点は、関連する司法文書と訴訟事例に反映されているが、例えば北京市高級人民法院の「知的財産権侵害及び不正競争事件について損害賠償の確定に関する指導意見」（2020年4月28日発表）には、懲罰的賠償の「ベースとする額」は権利者の実際的損失、権利侵害者の獲得した利益及び許諾料を含むと指摘している。一部の法院の研究報告も懲罰的賠償は法定賠償をベースとすべきでないことを論証した³²。「太平鳥」の商標権侵害事件においても、法院は「権利者の実際の損失、権利侵害者の獲得した利益または商標の許諾料の具体的な金額を明らかにしなければ」懲罰的賠償を適用できないと明確に指摘した³³。しかし、中国の知的財産権の立法において、法定賠償と懲罰的賠償制度が同時にあり、理論と実務界には一定の相違があることに鑑み、司法解釈で懲罰的賠償は法定賠償額をベースとなる金額として計算していくべきである。

（ⅲ）少数の懲罰的賠償の適用の具体的な条件を明確にした典型的な判例

近年、司法改革によって裁判文書の論説が強調され、懲罰的賠償が明確に適用され、より詳細な分析が行われている判決が出ている。「小米生活」事件³⁴において、二審法院の判決によると、ネットショッピングの商品に対する評価数は商品取引量を認定するための参考とすることができ、本件23軒店舗の売上高は当該事件の侵害により獲得した利益額の計算範囲に入れることができ、また、一審判決の格力社、美的社の年度報告書に記載された小家電業界の粗利率を参考にし、中間数33.35%を本件の被疑侵害品の利益率とすることを認めた。判決にて、法院は特にこの事件が懲罰的賠償の適用条件に適合すると指摘し、証拠は以下のとおりである。被告は本件商標がすでに無効と宣告され、訴訟手続き中であることを明らかに知り、一審の敗訴後も、二審までに被疑侵害商品を宣伝・販売し続けていたため、明らかに侵

²⁹ 広東省深セン市中級人民法院（2015）深中法知民初字第556号、広東省高級人民法院（2017）粵民終701号民事判決書。

³⁰ 新疆ウイグル自治区高級人民法院民事判決書（2020）新民終64号。

³¹ 例えば、侯鳳坤「新商標法の懲罰的賠償制度の問題調査」知識産権2015年第10期。

³² 広東省深セン市福田区人民法院課題チーム「商標権侵害懲罰的賠償の制度構築」知識産権2020年第5期。

³³ (2017)粵73民終2097号民事判決書。

³⁴ (2019)蘇民終1316号民事判決書。

害の悪意を持っている。原告の証拠にはまだ全部の販売数量を含まず、被告は複数の電子商取引プラットフォーム、多くのショップを通じてオンラインで販売し、ウェブページに展示されている侵害商品は多種多様で、数が多く、侵害規模が大きい。本件「小米」商標は著名商標で、高い知名度、名誉度と市場影響力を持って、被疑侵害製品は上海市市場監督管理局に不合格製品と認定され、本件ショップの商品評価にも一部のユーザーは品質問題があると訴えた。したがって、被告が「小米生活」の商標を使用することは、消費者における「小米」の著名商標に対する信頼をある程度下落させ、当該商標に積み重ねてきた良好な名声が損なわれることになるので、本件侵害行為に対して司法処罰を重くすべきである。上記の計算方法によると、売上高は 61158213.3 元で、33.35% の利益率で計算し、侵害利益額は 2039264.1 元で、3 倍にして 61188792.4 元と計算した。そのため、一審判決は、原告の 5000 万元の損害賠償を求めるという訴訟上の請求を全額認容したことは、正当なものである。ここ数年、北京、廣東、上海などの法院も懲罰的賠償を明確にし、賠償額の計算方法と倍数を分析する判決も幾つか下した³⁵。

まとめると、制度の起源から見ると、懲罰的賠償全体として民事損害賠償の特例であり、知的財産権侵害の懲罰的賠償については、知的財産権分野におけるすべての権利侵害においてもごくわずかな状況でのみ適用される。中国の知的財産権分野において、懲罰的賠償制度を全面的に導入する現実に向けて、法の執行効果の相対的安定性と予想可能性を高め、法律規範の役割を果たし、悪意のある侵害を抑制・制裁し、立法趣旨に応えるように、現在の実践の中に存在する基準と尺度に対する理解がまだ統一されていない問題及びそれによってもたされる可能性があるという懸念については、更に議論してこの制度の具体的な適用条件を明確にする必要がある。

2. 知的財産権侵害の懲罰的賠償の適用条件についての解析

本稿は、中国知的財産権の関連法と民事訴訟法の具体的な規定に基づいて、侵害が成立したという前提の下で、懲罰的賠償の適用に対して以下の 4 つの要件を提起した。権利者または原告が懲罰的賠償請求を行ったこと、懲罰的賠償のベースとなる金額が確定できること、侵害者の主觀的故意が証明できること、権利侵害の情状が重大で適用する必要があることが挙げられる。

(1) 権利者の主張と立証による適用

「不告不理」は、民事訴訟の基本原則である。知的財産権侵害の民事事件において、裁判所は当事者が提出した事実と主張のみに対して審理を行うことができ、自発的にその提出していない訴訟の主張を審理すべきではない。したがって、原告が懲罰的賠償の主張を行い、民事訴訟法の「主張者が立証」の原則に基づいて、法律に定められた懲罰的賠償のいくつかの適用要件を十分に立証してはじめて、法院はそれが成立したかどうかの審理を行い、具体的な賠償額を裁判する。例えば、現在の中国の知的財産権の各単行法は、全て侵害認定後の損害賠償額の算定に関する立証妨害規定を確立しているにもかかわらず³⁶、知的財産権客体の無形性という有形財産と区別される特殊性に鑑みて、実践に原告が実際の損

³⁵ 例えば（2017）京民終 413 号、（2017）粵民終 2347 号、（2018）滬 0115 民初 53351 号民事判決書。

³⁶ 例えば、専利法 71 条 4 項では、「権利者が立証に尽力したものの、侵害行為に関連する帳簿、資料が主に侵害者により把握されている場合、人民法院は賠償額を算定するために、侵害者に対して侵害行為に関連する帳簿、資料の提出を命

失、侵害所得または合理的な許諾料に対する立証が採択されるのは非常に困難であり、立証妨害規定はめったに役割を果たさず、例えば知的財産権紛争が多発している浙江省では、商標法が施行された2015年に1つの事件だけこの規定が適用された³⁷。これは間違なく法院がこの規定に対する機械的な理解と適用の条件が厳しすぎることに関連し、権利者がコストを考慮し権利侵害により獲得した利益について積極的に主張・立証することを怠り、訴訟の費用対効果が比較的に適切な法定賠償を求めるようになった所以である。これに対して、司法機関は、事件の状況に合わせて、知的財産権事件における証明基準を適切に低減させることができる。例えば、一般的にはウェブサイトの情報データは、直接的に採用すべきではないが、立証妨害を構成する場合、これらの立証責任を適当に軽減し、権利侵害者に関する証拠を提出するよう命じ、その他の事実を組み合わせて、優位証拠原則に基づいて最終賠償額を総合的に算定することができる。「欧普」事件で法院は、次のように指摘した。つまり、「権利者の欧普公司はすでに立証責任を果たしているが、権利侵害行為に関する帳簿、資料は主に権利侵害者の華昇会社に掌握され、当法院が華昇公司に関する証拠を提出するように命じても、華昇公司が京東の「欧普特オフィシャル旗艦店」の販売収入記録のみを提出し、アリババ、天猫網、タオバオ網などのプラットフォームの販売データを提出しなかったため、法により権利者の主張と提供した証拠を参考にして賠償額を算定する」³⁸と判決に記されている。結果として、原告が請求した許諾料の倍数、権利侵害の故意、情状の重大などの証拠に基づいて、その懲罰的賠償の請求を認容した。

中国の現在の知的財産権民事裁判の現実と結びつけて、当事者が積極的に立証することを推進・奨励し、知的財産権事件の中で長期的に存在する「立証困難」の問題解決に力を入れ、法により権利者の立証負担を軽減するため、「最高人民法院の知的財産権民事訴訟証拠に関する若干の規定」は2020年11月18日から施行され、当事者が信義誠実を遵守し法に基づいて積極的で、正確で、誠実に証拠を提供することが要求され、賠償額を証明できる一般的な材料の種類と許諾料の考慮要素を列挙した。これは間違なく今後当事者の効果的な立証の参考となり、今後、法院が裁判でより合理的で柔軟的に立証妨害ルールを適用して損害賠償を算定するために指導を提供した³⁹。

中国の司法機関が提唱する知的財産権の民事訴訟証拠規定は、今後損害賠償をより正確に計算し、法定賠償の一般化を減少させることに有利であり、懲罰的賠償のベースとなる金額の確立にも役立つものである。ただし、権利者にとって、懲罰的賠償請求を提出するかどうかは、権利侵害者の「故意」と「情状が重大」を証明する訴訟コストと実効性、及び行政、刑事手続との接続問題を考慮する必要がある。

じることができる。侵害者が提出しなかった場合や、虚偽の帳簿や資料を提出した場合、人民法院は、権利者の主張及び提出した証拠を参考にして賠償額を算定することができる」と定められている。

³⁷ 陳國猛主任編集『浙江省知識産権民事司法保護報告（2015）』148頁（法律出版社、2016）。

³⁸ 広東省高級人民法院（2019）粵民再147号判決書。

³⁹ 法釈〔2020〕12号第31条を参照。31条、当事者が提供した財務帳簿、会計証憑、販売契約、仕入れ証票、インボイス、上場企業の年次報告書、目論見書、会社のウェブサイトまたはパンフレット等の関連記載、デバイスシステムに保存された取引データ、第三者プラットフォームより統計された商品流通データ、評価報告書、知的財産権ライセンス契約および市場監督管理、税務、金融部門の記録等は、当事者が主張した知的財産権侵害の賠償額を確定する証拠として使用することができる。

32条、当事者が知的財産権ライセンス料の合理的な倍数を参照して賠償額を確定すると主張する場合、人民法院は、次の要素を考慮し、ライセンス料の証拠を審査・認定することができる。

(一) ライセンス料が支払われたかどうか及び実際の支払方法、ライセンス契約が実際に履行または届出されたかどうか、(二) ライセンスの権利内容、方法、範囲、期限、(三) ライセンサーとライセンサーに利害関係があるかどうか、(四) 業界におけるライセンスの通常基準。

(2) 知的財産権侵害の懲罰的賠償のベースとする金額の確定

懲罰的賠償は、損害を「補填」をもとに倍以上賠償するため、ベースとする金額を確立するのが一番の任務である。中国の現在の各知的財産に係る特別法の具体的な規定から見ると、懲罰的賠償に対する表現はいくつかの侵害損害賠償額の計算方法に関する規定に統一して同じ項とされるが、法定賠償の計算方法は別の項で規定される。専利法を例にとると、71条1項には、「専利権侵害の賠償額は、権利者が侵害により受けた実際の損害又は侵害者が侵害により得た利益に基づいて算定する。権利者の損害又は侵害者の得た利益の算定が困難な場合、当該特許の実施許諾料の倍数を参考して合理的に算定する。故意により特許権を侵害し、情状が深刻な場合、上記方法で算定した金額の1倍以上5倍以下の賠償額を決定することができる」と規定している。また、同2項においては、「権利者の損害、侵害者の得た利益及び専利の実施許諾料の算定がともに困難な場合に、法院は専利権の種類、侵害行為の性質や情状などに応じて、3万元以上500万元以下の賠償額を決定することができる」と規定し、同3項は合理的な支出、同4項は立証妨害について定めている。

知的財産権を故意に侵害し、情状が重大な場合、各知的財産に係る特別法の懲罰的賠償条項の表現はいずれも「上記の方法により確定した金額」の倍数で賠償額を確定することになっている。文義解釈によると、懲罰的賠償の具体的な金額の算定は、実際の損失、または侵害所得、あるいは合理的な許諾料のいくつかの方法に基づいて計算された金額を基に倍にすべきである。しかし、前に述べたように、現在の中国の絶対多数の知的財産権侵害事件は最終的に法定賠償の方法で賠償が言い渡される。主な原因是当事者の立証が不十分であったり、法院に採択されなかったり、または直ちに法定賠償によって判決を下すべきと主張したりするからである。また、さまざまな理由から、「法定賠償条項と懲罰的賠償条項の間で、裁判官は法定賠償条項を適用する傾向がある」⁴⁰とのことである。換言すれば、現在の大多数の事件の中で懲罰的賠償を適用するベースの金額が確定できないので、これによって倍額賠償の判決を下すことができない。これに基づいて、懲罰的賠償制度が放置されないように、権利者は既存の損害賠償におけるベースとする金額を確定するいくつかの計算方法と、被疑侵害者の主観的故意と権利侵害行為の客観的重大性などの側面において十分に立証することによって、法院が双方の証拠に基づいて最終的な算定を下すようにさせることを強調する必要がある。

知的財産権侵害に係る懲罰的賠償の適用は、明確にすることが可能な賠償額をベースにして計算しなければならないという立法意図への解釈は、まず中国知的財産権の現行立法による権利侵害の損害賠償制度配置に対する統一した理解の基礎の上に構築される。懲罰的賠償の適用が広い米国の経験から見れば、商標の分野で、一部の州の裁判所は悪意的に商標権を侵害する行為に対して懲罰的賠償金を賠償するような判決を下すが⁴¹、米国連邦商標法は特に裁判所が3倍以内に算定した賠償額を懲罰的賠償金としてはないと指摘した⁴²。米国の商標法の当該条項は、本当の意味での懲罰的賠償ではないことが

⁴⁰ 羅亜維「商標権侵害の懲罰的賠償条項の適用の思考と探求」中国法院網：

<https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/05/id/5186031.shtml>、2020年11月20日訪問。

⁴¹ 例えば、Big O Tire Dealers, Inc. v. Goodyear Tire&Rubber Co., 408 F. Supp. 1219(D. Colo. 1976)事件では、原告がタイヤに「Bigfoot」を表示していた先使用者で、Goodyearが後にテレビで「Bigfoot」の製品を大規模に広告し、自分が「Bigfoot」の唯一の真実の出所だと主張し、原告が不正競争訴訟を起こした。裁判所は、被告が商標権を侵害し、原告に被告の支払った広告費の25%に相当したビジネス信用の損害賠償と6倍の懲罰的賠償を言い渡した。

⁴² 商標権侵害については、米国法典1117条(a)の規定により、原告は被告の利益、原告の損失、訴訟費に基づいて賠償を得ることができる。損害賠償を評価する場合、裁判所は、証明された実際の損害を超える賠償額を情状酌量して与える

わかる。著作権法の分野では、米国の著作権法は損害賠償に対する計算方法が実際の損失、侵害所得、法定賠償があり、そのうち、権利者が故意の権利侵害について立証できる場合、法定賠償額は情状を酌量して引き上げることができる。米国デジタルミレニアム著作権法（DMCA）にはさらに、三年以内に再度侵害した場合、3倍以内の賠償を与えると定めている⁴³。著作権分野における懲罰的賠償は、DMCAにおける繰り返し侵害の状況のみに適用されることがわかる。営業秘密保護の面で、米国は長い間各州により慣習法に基づいて保護され、米国統一州法委員会は、基準を統一させるため、各州法を参考として「統一営業秘密法典」（UTSA）を発表したが、悪意の侵害問題に触れていない。営業秘密保護の保護が不十分である状況を変えるために、米国は1996年に連邦経済スパイ法を可決し刑事責任を追及することとした。2016年までによく連邦営業秘密防衛法案（DTSA）を可決し、営業秘密の保持者に、悪意の侵害行為に対して証明可能な損害（実際の損失、侵害による不当利得、合理的な許諾料）の2倍の懲罰的賠償を請求し、弁護士費用の負担を求める権利を付与した⁴⁴。この法律の実施期間は長くないので、参考になる司法経験はない。したがって、米国の知的財産権分野での法律適用の経験が豊富なのは、立法当初から懲罰的賠償を明確にした特許法だけである。その関連規定は長い期間の発展を経て、最終的に現行法の懲罰的賠償条項を形成し⁴⁵、権利者が権利侵害による損失について合理的な許諾料を下回らない適切な賠償金を請求する権利があり、3倍以内に引き上げることが可能であることを明確に規定した⁴⁶。実務において、米国の大量の司法判断では、「失った利益」または「合理的な許諾料」の具体的な計算方法を明らかにした。2006年から2015年までに、61%の損害賠償が合理的な許諾料で計算され、21%は失った利益、18%は2つの方法を組み合わせて計算された⁴⁷。米国の裁判所と陪審団は前述の方法に基づいてベースとする金額を確定した後、故意の権利侵害に対して巨額の懲罰的賠償を判断していたが、これについて反省の念も示されている。これに対して、特許権侵害の懲罰的賠償を導入した台湾地区は適用面で明らかに慎重である⁴⁸。

（3）侵害者の「故意」の判断

懲罰的賠償制度の要件のうち、「故意」の判断が真っ先に当たる。研究によると、故意の権利侵害にかかる制度は、現代社会の人類文明の進歩と社会分業の複雑性、及び法律が日増しに普遍性から妥当性へ回復することともに、各国で再び「振興」し、故意的権利侵害への重視は、不法行為法発展の歴史において非常に重要な分水嶺であり、また近代の権利侵害法理論が古典不法行為法から区別される著しい特

ことができるが、実際の損失の3倍を超えてはならない。裁判所が収益に基づく返済額が不足や多すぎると判断した場合、裁判所は情状酌量に基づいて公正であると思われた金額を判断することができる。上記のいずれの場合の金額はすべて補償金で罰金ではなく、裁判所は特殊なケースに対して勝訴側に合理的な弁護士費を算定することができる。

⁴³ 米国著作権法504条、DMCA1203条民事救済（c）損害賠償（4）権利侵害の繰り返し：倍にして補償を参照。

⁴⁴ DTSA第二節（3）救済（B）、略；（C）項：営業秘密系が故意または悪意により不正に利用した場合、裁判所は上記（B）項により判定された損害賠償額に基づいて、その2倍を超えない懲罰的損害賠償を言い渡すことができる。

⁴⁵ See Samuel Chase Means: The Trouble with Treble Damages: Ditching Patent Law's Willful Infringement Doctrine and Enhanced Damages, University of Illinois Law Review, Vol. 2013, 1999-2046.

⁴⁶ 米国特許法（35 U.S.C. § 284）を参照。裁判所が侵害を構成したと認定した場合、請求者に適切な損害賠償額を言い渡さなければならないが、侵害者が当該発明を使用するために支払うべき合理的な許諾料、及び裁判所が認定した利息及び訴訟費用を下回らないものとする。損害賠償額が陪審団に認定されない場合、裁判所がこれを酌量して決定すべきである。誰より認定しても、裁判所は認定された賠償金を3倍に引き上げることができる。

⁴⁷ See Russell L. Parr.: Intellectual property: Valuation, Exploitation, and Infringement Damages, Fifth edition, Wiley, [2018], p402.

⁴⁸ 吳靜怡「特許権侵害の損害賠償の実証研究」科技法学評論11巻2期、175-249頁（2014）。

徴でもある⁴⁹。民事侵害理論上の「故意」とは、一般的には明らかに知っていることを指し、その認定には意味主義説と観念主義説があり、多数の学者は意味主義を支持し、即ち、「行為者が自分の行為の結果を予見したが、依然として結果の発生を希望または放任する。故意には二つの主觀状態を含む。一つは被害が起こることを明らかに知っていること。もう一つは損害結果の発生を望むこと⁵⁰。しかし、実際には当事者からその行為に関する本当の考え方を明らかにする以外に（この状況は極めて珍しい）、行為者の「希望または放任」の心理的態度を探求・確信することは難しいため、故意は観念主義であるべきであり、即ち行為者がその行為の結果に対して予見があればいいと指摘した学者もいる⁵¹。日本の我妻栄博士は故意について、「故意とは、自分の行為が他人の権利を侵害したと認識し、他の違法と評価される事実が発生することを認識しながら、冒険的にその行為を実行する心理状態を指す」と解釈している⁵²。米国の不法行為法の繰り返し主張した（三回目）関連定義では、「故意」ということは、ある結果が発生することを望んだり、ある結果が必ず発生することを明らかに知っていたりすることを意味していると指摘した⁵³。

知的財産権分野において、権利侵害者に主觀的な故意があるか否かの判断は比較的に複雑である。客体の無形性と客体の利用形態の多様性により、ある技術や著作物の内容が無断で使用されたことは、不法侵入、占領、詐欺や他人の有形財産の窃取のように、行為者が「明らかに知っている」または行為の結果の「予見」を簡単に推測することができず、特に客体情報をデッドコピーしたりそのまま使用したりしない限り極めて困難である。表面的には、商標や專利などの工業財産権は一般的に国家主管機関によって審査され、保護された権利範囲などの情報が公示され、著作権も公開出版または公表によって保護される内容が明示されているが、権利の有効性とその範囲の定義は安定でなく正確ではなく、かつ権利証明書を取得した知的財産権も無効にされる可能性がある。したがって、原始的権利侵害、例えば著作権法によって保護されるコンテンツをデッドコピーし、伝達し、または完全に同一の商標、技術的解決手段を使用するなど明らかに偶然でない状況を除き、行為者の主觀的故意を推定することは困難である。また、その他の意図的に回避して客体を変形させて使用することが実質的に類似を構成するか否か、均等侵害となるか否かを、簡単に絶対多数の知的財産権客体がすでに公開されていることをもって、侵害者が明らかに知っているまたは故意であると認定しがたい。さらに、営業秘密については、窃盗などの違法手段を通じて取得することにより、行為者の主觀的故意を判断するには比較的に容易であるが、営業秘密そのものが存在し、合理的な秘密保護措置を講じたことと実際的な損失を取ったことを証明することは極めて困難である。

故意は典型的な主觀的過誤であるが、行為者自身が披露して表明しない限り、一般的にはその主觀的な心理状態は証明され難いが、一部の行為自体はその心理状態を証明する必要はない。例えば、著作権の技術保護措置を破壊することは、他人の住宅の鍵をこじ開けて侵入し窃盗するようなもので、明らかに故意と推定される。また、多くの場合、故意への算定は、行為者の行為状態と行為による結果を総合的に考察することを重視すべきであり、「主觀的故意に対する認定は行為者の外部行為に対する検証によって行われる」⁵⁴。したがって、行為者の主觀的故意または悪意に対する算定は、通常、ある特定の状

⁴⁹ 马栩生「比較法視野における故意的権利侵害理論体系の構築」法学评论 2010 年第 4 期。

⁵⁰ 王利明『権利侵害責任法研究〔第 2 版〕上巻』341 頁（中国人民大学出版社、2016 年 2 月）。

⁵¹ 姚輝編纂『中国権利侵害行為法理論と実務』179 頁（人民法院出版社、2009 年 11 月）。

⁵² 于敏『日本権利侵害行為法』96 頁（法律出版社、1998 年）。

⁵³ 丁海俊「故意権利侵害を論ずる」王利明主任編集『中国民法年刊 2008』73 頁（法律出版社、2009）。

⁵⁴ 王利明主任編集『民法 侵害行為法』、中国人民大学出版社 1993 年版、第 156 頁。

況において、ある特定の行為を行った時の主観的な意識に対する推定に転換する必要があり、知的財産権侵害の分野はさらにこのようである。米国特許分野の司法経験から見れば、裁判所は「故意」に対する判断基準をある程度調整している。従来、被告は侵害通知を受け取った後、法律意見書を求めるという積極的な義務を履行したかどうかをもって「故意」の存在を判断する鍵と見なされていた（この場合、意見書が間違っても、故意ではないことが証明される）⁵⁵。その後、法院は、被告が積極的に法律意見書を提出する義務を持たず、「故意」は複数の事実要素を総合的に考慮して算定すべきであり、例えば剽窃があるかどうか、設計を回避し、無効を提出するなどを含む。被告の行為が客観的に侵害の可能性が高いが、客観的な不注意がある（objective recklessness）ことを証明する「明確かつ説得的」（clear and convincing）な証拠があれば、主観的に知るべきであることに属する⁵⁶。その後に、米国の最高裁判所は「故意」認定の立証責任を緩和し、「明確かつ説得的」な証拠によって客観的な不注意を証明する必要はなく、特許侵害訴訟のこれまでの「優位証拠原則」を採用して主観的に悪意があるかどうかを算定すればいいと指摘した⁵⁷。米国の判例は「故意」の認定基準を緩和する傾向があるとみられ、特許保護への強化姿勢を示しているが、実践では「優位証拠」の認定は最終的な結果にまで影響を及ぼし、例えば SRI 事件において、裁判所は、陪審団が被告の行為を悪意があるものと認めるための証拠が不十分だと判断した⁵⁸。中国台湾地区は実践の中で「故意」の認定についても下記を含む一連の要素を総括した。1) 本件被告と前案の被告とは協力や親族関係にあり、または本件の被告が前案の内容に関与し、またはその内容を知っていることを証明できる証拠がある。2) 被告自身も同分野の特許を保有し、さらに自分の特許出願案件に係争特許を先行技術として記載している場合、被告は明らかに係争特許の存在を知っていると認めることができる。3) 原告は警告状を被告に送り、自分が係争特許権を有していると説明したが、原告が訴訟を起こしたときまでに、被告は引き続き侵害製品を製造販売し、または訴訟を起こされてからしばらくの間販売を続けた後停止した。4) 被告は原告とライセンス協議の締結を相談したが、最終的には締結されず、その後も特許権侵害品を製造している。または、被告は原告とライセンス協議を締結したが、契約が満期した後に契約の更新を拒否しているが、依然として権利侵害品を製造し続けている。5) 被告は係争製品を輸入した卸売業者であり、輸入量が多く、たとえそれを明らかに知っていて意図的に行方しなくても、権利侵害行為の発生を予見すべきである。6) 被告から製品を購入した証人が、ある特定の時間帯において、被告がすでに係争特許の存在を知っているが、依然として権利侵害品を製造・販売し続けていると証明している。7) 被告は業界内に専門能力のあるメーカーであり、当該分野の製品に関する特許権等の関連情報については専門知識及び専門能力が十分あるべきであり、その製造又は販売された製品は侵害になるかどうかを検証及び確認できる。しかし、台湾智慧財産法院は懲罰的賠償に対して慎重な態度を持って、2012-2014 年には 11 件の懲罰的損害賠償の事件を酌量しただけで、特許民事侵害の損害賠償事件の 2.85% を占め、しかも採用の倍数が低い⁵⁹。

「故意」の要件について、中国の現行商標法と反不正当競争法は「悪意」という言葉を採用している。中国語の表現から見ると、「悪意」は「故意」より主観的悪の程度が強いようである。「悪意」は主観の

⁵⁵ See Underwater Devices, Inc. v. Morrison-Knudsen Co., 717 F. 2d 1380 (Fed. Cir. 1983).

⁵⁶ See In re Seagate, 497 F. 3d 1360 (Fed. Cir. 2007).

⁵⁷ See Halo Electronics, Inc. v. Pulse Electronics, Inc., 136 S. Ct. 1923 (2016).

⁵⁸ See SRI Int'l, Inc. v. Cisco Systems, Inc., No. 2017-2223 (Fed. Cir. (D. Del.) Mar. 20, 2019).

⁵⁹ 吳佩珊「智慧財産裁判所の特許民事事件の懲罰的損害賠償の実証研究」（台湾地区）全国弁護士 18 卷 10 期（2014 年）、58 頁。

重大程度において「故意」より高いという見方がある⁶⁰。しかし、一体どのぐらいの重大で悪意と判断されるか。「悪意」という言葉を使うなら、行為者の動機付けを考慮しなければならない。大多数の学者の意見によると、「悪意」という言葉を使うなら、行為者の動機付けを考慮しなければならない。大多数の学者の意見によると、動機付けの問題は民法では意味がな」⁶¹く、また、実際に法院は「悪意」と「故意」を区別するのが難しい。前述北京市高級人民法院の意見によると、「悪意」は通常直接的な故意であり、1.13、1.15条に「悪意」と判断できる一連の状況を列挙した。(1) 被告またはその持株株主、法定代表者などは、判決が発効した後、同じ権利侵害行為または不正競争行為を繰り返し実施したり、または別の形で繰り返し実施したりする。(2) 被告またはその持株株主、法定代表者などは、権利者から何度も警告されたり、行政機関から処罰されたりした後も、引き続き侵害行為または不正競争行為を実施している。

(3) 原告の登録商標を詐称する。(4) 原告の著名商標の営業上の信用をただ乗り、原告の著名商標を抜け駆け登録する。(5) 被告は同様または類似の商品に原告の著名商標を使用する。(6) 原告と被告の間に労働、労務関係があり、または代理、許可、販売、協力などの関係があり、または協議したことがあり、被告は他人の知的財産権の存在を明らかに知っている。(7) 被告は被疑行為を隠蔽したり、侵害証拠を偽造したりまたは壊滅したりなどの行為がある。(8) 被告は行為保全の判断の履行を拒否する。(9) その他の状況。江蘇省高級法院が2019年8月に発表した「最も厳格な知的財産権の司法保護を実施、品質のある発展に司法保障の提供に関する指導意見」において、悪意は即ち故意であると指摘し、26条2項では、「故意」は次の内容を含むと指摘している。すなわち、権利者が侵害の警告書や通知を送付した後も、侵害者は正当な理由なく侵害行為を継続する場合、侵害者と権利者またはその被許諾者との間の代理、許諾、協力関係は終止した後も許可なしで引き続き関連行為を実施する場合、侵害者が行為保全の裁定を履行せず、引き続き関連行為を実施する場合、侵害者が法院または行政機関が同じ行為に対して判決または処罰決定を下した後も同じ権利侵害行為を継続的に実施する場合、侵害者が権利侵害を業として、会社の名称を絶えず変えたり、新たに会社を設立したりして権利侵害行為を実施する場合、侵害者が故意に著名商標の営業上の信用にただ乗りをして、同一または類似の商標を抜け駆け登録または他の商標権侵害行為を実施する場合などが含まれる。最近、最高人民法院は、「電子商取引プラットフォームに係る知的財産権民事事件の審理に関する指導意見」を発表し、人民法院は通知者が電子商取引法42条3項にいう「悪意」を持っているか否かを認定する場合、偽造、改造の権利証明を提出した場合、虚偽の侵害対比の鑑定意見、専門家の意見を提出した場合、権利の状態が不安定であることを明らかに知りながら通知を出した場合、通知が間違ったことを明らかに知りながら直ちに取り下げたり訂正したりしない場合、間違った通知を繰り返し提出するなどの要素を考慮できると指摘した⁶²。また、最高人民法院が発表した「著作権と著作権に関する権利保護の強化に関する意見」では、侵害者が効力を発生した法院の判決、行政決定により権利侵害を構成したと認定された場合、同様の権利侵害行為について権利者と和解の合意を達成したが、引き続き被疑侵害行為を行ったり、または別の形で繰り返し実施したりした場合、権利侵害の故意があると認定しなければならず、人民法院が侵害民事責任を認定する時に、十分に考慮しなければならないと指摘した⁶³。これらの考慮要素はいずれも参考としての意味がある。

国内外の司法経験から見れば、主観的な「故意」の行為の具体的な状況は、既存の判例に基づいてま

⁶⁰ 萝莉「罰則賠償の知的財産権法への導入及び実施」法学2014年第4期。

⁶¹ 王利明『権利侵害責任法研究〔第2版〕上巻』342頁（中国人大出版社、2016）。

⁶² 2020年9月10日法発〔2020〕32号6条を参照。

⁶³ 2020年11月16日法発〔2020〕42号8条を参照。

とめられたものと推定できる。そのため、関連行為は権利侵害通知を受けたことを時間帯とする「事前承知」と「事後継続」実施の2つの種類に抽出することができるが、具体的な状況は先行判例と同じでない限り、その他の状況において行為者に「故意」があると推定できるかどうかが実務の中で、新しいケースの事実と証拠を組み合わせて総合的に判断する必要がある。中国で知的財産権侵害に係る懲罰的賠償制度の立法が確立されてから、関連司法解釈の制定は2020-2021年の最高人民法院の計画に組み入れられた。故意の認定は懲罰的賠償の適用の核心的な要件であるため、司法実務において、「故意」の要件を含む懲罰的賠償の認定基準に対して、認識を早急に統一させ、正確に把握すべきであり、法に基づいて知的財産権権利者の懲罰的賠償請求を支持し、侵害行為に対する抑制作用を十分に発揮させるとともに、正当競争の公共利益と革新奨励の両立を確保する必要があろう。

(4) 「情状が重大」の意味とその判断

知的財産権を侵害する「情状が重大である」ということも、懲罰的賠償を適用する際に考慮する必要がある要件であるが、実践には「故意」の算定とはどのように区別するかが分かりにくい。筆者は、これが刑事責任認定における定性と定量の問題に類似すると考えている。即ち「故意」は懲罰的賠償を適用する前提であり、「情状が重大である」とは懲罰の程度（倍数の確定）を測定するために用いられ、一般的に侵害行為の性質が劣悪で、結果が重大で、影響が悪いなどを指す。前述の北京市高級人民法院の意見によると、「情状が重大である」とは、通常被疑行為によって重大な損害の結果をもたらすことを指し、例えば被疑行為の持続時間が長く、地域が広く、影響が悪い場合、繰り返し侵害（同一の権利者のある権利を何回も侵害する）、複数回侵害（何回も同一の権利者の数件権利を侵害）した場合、完全に侵害を業としている場合、侵害による利益額が巨大である場合、規模化された権利侵害（集団権利侵害、組織性があり、人数が多い）、多地区のチェーン式権利侵害、「生産、供給、販売」の一本化の産業化チェーンの発展していた場合、被疑行為が同時に食品、医薬品、医療、衛生、環境保護などの法律法規に違反し、人身の安全、環境資源を破壊したり、公共の利益を深刻に損害したりする可能性がある場合や、その他の情状が重大な場合が考慮される。

諸外国の経験から見れば、米国の裁判所は倍額の賠償額を「酌量」する時の参考要素として、1) 他人の革新成果を剽窃する意図があるかどうか、2) 他人の特許権の存在を知っていて、特許権の保護範囲を調査し、且つ当該特許が無効または自分の行為が侵害を構成しないと善意に信じているかどうか、3) 訴訟における行為の表現（故意的に隠蔽などの行為があるかどうか）、4) 経営規模と財務状況（侵害業務のみ）、5) 権利侵害と算定される可能性、6) 侵害事件の持続時間の長さ、7) 被告は救済措置を取るかどうか、8) 被告は権利者に損害を与える動機があるかどうか、9) 侵害行為を故意に隠蔽する意図があるかどうかなどが含まれる⁶⁴。注意する必要があるのは、米国では懲罰的賠償が広く適用されているが、国会では「家庭の生活を維持できなくなるような質素で規模の小さな業者」に対して3倍の加重賠償を適用すべきではないと指摘している。実際には、米国の裁判所は、個人破産、会社解散、財務危機に直面して弁護士を雇うことができないことで抗弁した中小企業に対していずれも3倍の賠償を適用してい

⁶⁴ See Christopher B. Seaman, Willful Patent Infringement and Enhanced Damages After *In re Seagate*: An Empirical Study, 97 Iowa L. Rev. 417 (2012).

ない⁶⁵。中国の民法理論も、損害賠償を算定する時に、当事者の経済状況の要素を考慮すべきだと主張している⁶⁶。

注意すべきであるが、域外の経験から見れば、主觀的故意のある重大な侵害に対しては、一般的に損失した利益または合理的な許諾料の3倍以内に賠償を算定し懲罰できるが、中国の各知的財産に係る特別法はいずれも5倍までに大幅に引き上げられている。したがって、中国の知的財産権侵害の懲罰的賠償制度の適用において生ずる可能性のある問題は、自由裁量権が大きいことである。当事者が受け入れられ、執行できる合理的な判決を下すように、裁判所は今後適用する時に格別に慎重で、賠償額のベースとする金額と倍数の確定における比例原則を適切に把握する必要がある。実務研究者が言うように、懲罰的賠償は、基礎的な賠償額が細かく計算される必要があるのみならず、その懲罰の倍数の確定においても細かく考慮する必要がある。これに対して、法院は専門家証人制度を設立し、当事者が監査、会計などの専門家証人に依頼して計算、説明、証拠調べを助けるよう奨励することができる⁶⁷。当事者も経済学などの専門知識を持つ人を専門家の補佐をする者として裁判に参加し、賠償の倍数について専門的に意見を陳述するよう申請することができる⁶⁸。

3. 結語：知的財産権侵害に係る懲罰的賠償の適用の見通し

（1）「法定賠償+酌量」の慣用方法を変えるには時間が必要

中国の知的財産権の分野で懲罰的賠償制度が導入されて以来、司法実務の中で長期的に採用された「法定賠償+酌量」方法に全面的に取って代わることができるか。まず明確にしなければならないのは、懲罰的賠償制度が機能する場合は、少数の厳罰に処する必要がある悪質な侵害状況である。前に述べたように、懲罰的賠償に適用された諸条件が同時に満たされれば、原告の立証と訴訟能力に対する要求は非常に厳しく、その適用前提是優位証拠原則に基づいて実際の損失、侵害による所得、合理的な許諾料などのベースとする金額が確定でき、かつ「故意+情状が重大」という要件を満たすことが求められる。しかし、実践の中で、権利者が自分の利益損失、合理的な許諾料を立証する際の考慮要素と困難が存在するが、例えば、第三者との協議中の守秘義務に係るものである場合、侵害された部分の利益への貢献率をその他の製品や役務から剥離することが困難である場合、財務及び関連情報の管理制度の健全性という観点から立証が難しい場合などがあり、これを直ちに取り除くことができない。侵害所得の方法で賠償を主張するなら、侵害された知的財産品や役務が侵害による販売量及び合理的な利益が減少した総数の立証困難性が同様に存在し、かつ立証妨害規定に従って被告の証拠開示義務を強め、関連資料の提供を要求しても、関連証拠をまったく提出できないかもしれない。次に、中国の法曹界が長期にわたって採用した知的財産権侵害の法定賠償方法には慣性があり、各地の各級法院が毎年「知的財産権ワイヤーク」に発表している統計データから見ると、知的財産権事件の件数は年々増加し、裁判官の負荷は依然として重い。この場合、法院は各種の要素を総合的に考慮し、「酌量+法定賠償」の方法を採用すること

⁶⁵ See Joseph L. Kish and Jonathon P. Reinisch: Overview of Trademark Infringement Damages, at Remedies in Intellectual Property Cases, DRI LegalPoint - Defense Library Series (DLS), Aug 31, 2018, p67.

⁶⁶ 当事者の経済状況を考慮することは、全面的な賠償と同様に、民事侵害責任判定の原則の一つであり、王利明主任編集『民法 侵害行為法』571-579頁（中国人民大学出版社、1993）。

⁶⁷ 徐春建、劉思彬、張学軍「知的財産権の損害賠償の証拠ルール」人民司法（応用）2012年17期。

⁶⁸ 張玲玲「斐樂」事件から商標懲罰的賠償の司法適用を見る」中国発明と特許16卷4期（2019）。

が、合理的、効率的で便利性があると考えられるであろう。むろん、各地の法院が統一的な標準的な尺度に欠けることは、司法裁判の指導的な役割を発揮するのに役立たないし、司法判決の権威を損なうこともあるので、司法解釈、司法政策または指導的な判例で各級法院を指導し裁判文書の関連部分の論説を強化させ、法定賠償の適用基準、特に各種の酌量の要素に対する考慮と根拠を明らかにする必要があると考えられる。裁判文書が適時に全面的に公開されることは、各界の疑念を減らし、司法の公信力を高めることにも役立つ。

中国の知的財産権分野が本気で保護を強化し、権利者の「立証が困難、賠償が低い」の苦境を変えようとする場合、法院が徐々に実践の中で「法定賠償+酌量」の方法を採用する慣性を変えて、精密化した裁判の方向に切り替える必要がある。むろん、これは権利者の訴訟能力と技能の向上にも関連している。「小米」事件では、原告が同種の製品の合理的な利益と販売量に基づいて権利侵害所得を立証し、法院に認められ、懲罰的な賠償の倍数を乗じた後、賠償額が明らかに酌量の法定賠償より高くなるので、ベースとする金額の確立の方法は非常に重要である。ただし、異なるタイプの知的財産権は、侵害損害賠償のベースとする金額の計算方法も異なっている。米国の経験から見ると、懲罰的賠償は主に特許分野で適用され、特許侵害事件における逸失利益と合理的な許諾料は最も主要な計算方法であり、その中には「仮想交渉」に基づく合理的な許諾料の方法を採用して計算されたものは半分以上を占めている。著作権と商標侵害の損害は主に実際の損失、侵害所得または法定賠償方法を採用し、営業秘密侵害は主に実際の損失、侵害所得または合理的な許諾料を採用している⁶⁹。

当事者の利益をさらに均衡させ、懲罰的賠償の最終的な判決結果の公正性と合理性を高めるために、中国の法院は懲罰的賠償を適用する時、「故意」と「情状が重大」の算定の面で米国の陪審員制度を参考にでき、知的財産権訴訟の中で人民陪審員の役割を発揮し、陪審員がこれに対して合議廷の観点と一致しない場合は、判決書に記載し、理由を説明しなければならない。ベースとする金額計算の面においては、資産評価機関は独立した第三者として知的財産権市場価値を評価し、価格をシミュレーションして計算することができる。「ただし、これらの専門的な意見は司法定価の参考であり、法院は侵害の損害賠償責任の構成要素を合わせて総合的に検討してこそ、具体的な賠償額の認定を行うことができる」⁷⁰。

（2）懲罰的賠償の適用には、行政、刑事責任との関係を考慮する必要がある

中国の現行の知的財産権法律制度によれば、商標権、著作権、営業秘密の侵害はいずれも同時に行政、刑事責任を負わせる可能性がある。例えば、商標法 60、61 条は登録商標専用権の侵害に対して侵害者の行政、刑事責任を定めている。中国の知的財産権立法の初期に確立された「行政-司法」の二重構造とその運用の中の利害得失については⁷¹、本稿では議論を展開しないが、中国の知的財産権分野では一般的に懲罰的賠償制度を実施した後、多重処罰を避けるように、制度の間の接続と協調の問題を考慮する必要がある。

中国の刑事訴訟法 101 条では、「被害者が被告人の犯罪行為によって物質的な損害を受けた場合、刑事訴訟の過程で付帯して民事訴訟を提起する権利がある」と定めているが、一般の人身または財産が犯

⁶⁹ See Mark A. Glick, Lara A. Reymann, Richard R. Hoffman : Intellectual property damages: guidelines and analysis, John Wiley & Sons, Inc. 2003, 315-342, 139-160.

⁷⁰ 吳漢東「知的財産権損害賠償の市場価値基礎と司法裁判規則」中外法学 2016 年 6 期。

⁷¹ 謝曉堯「著作権の行政救済の道—反省と批判」知的財産権 2015 年 11 期。

罪行為によって侵害された場合に発生した直接的な損害結果については、刑事訴追手続に付帯民事訴訟（「刑付民」と略称する）を起こすことができるという共通認識と違って、知的財産権の侵害事件の中で「刑付民」を起こすことができるかどうかについては、関連司法解釈で明らかにされていないので、各地の法院のやり方は異なり、司法実務の中でまだ論争がある。一部の地方法院では「刑付民」を支持して判決を下したりもするが、一部の法院では原則としてこのような事件を受理しない⁷²。そのため、知的財産権事件の「三審合一」の提案は早くからすでにあり、司法改革の実験の経験を吸収した知的財産に係る専門法院や法廷の建設も大きな進展を遂げたが、しかし、本当の意味での手続き統合にはまだ障害が残っている。刑事、行政と民事事件は、法律の根拠、審理レベル、司法資源の配分、立件基準、証拠要求、裁判官の考え方などの面でともに異なっている。裁判の理念や規定などの実質的な内容の統合が形に流れている。例えば、侵害責任の集合が発生した時、伝統的な思惟に従って通常「行政/刑事優先、民事は後」を実行する場合、後に起こされた民事訴訟において権利者が懲罰的賠償の適用を主張する場合、法院はさらに事件の状況に合わせて、前期にすでに科料が課されまたは罰金が科された場合、同時に懲罰的賠償を算定したら、侵害者が十分な財力に欠けて執行できない状況を考慮する必要がある。また、行政/刑事手続で押収された証拠を民事訴訟における懲罰的賠償の証拠とすると、公的権力が事前に介入し、権利者に代わって調査し、証拠を集めることに触れる可能性があり、民法の公平原則と民事訴訟法の「主張者が立証」の原則に反する。したがって、今後、法院は知的財産権侵害の事件において「民事優先、行政/刑事は後」、または「行政/刑事優先、民事は後」の時に、「刑事付帯民事」を起こすことが容認されること、行政または刑事手続において取得された証拠を民事訴訟における原告自身の立証としてはならないこと、及び民事の損害賠償は優先的に賠償を取得する原則、被告が先に科料または罰金を支払った後、賠償できない場合には、権利者が損害賠償として科料または罰金の差し戻しを申請することができるなどの規定を明確にする必要がある。

中国は最近、知的財産権行政、刑事保護に対して強化する傾向があるため、現段階では、懲罰的賠償制度が各知的財産権の分野での適用される見通しは異なっている。商標、著作権、営業秘密の分野において、明らかに判断しやすい悪質な侵害行為、例えば偽造、海賊版など登録商標専用権と著作権の中の複製権、発行権を侵害した行為、及び意図的に営業秘密を盗んだ行為について、行政、刑事法執行機関が介入する可能性が高く、特に営業秘密事件は、今まで民事と刑事責任とともに重視されている。責任の集合が発生する時、「三審合一」の裁判方法を実行することは、各種責任の判断と執行を調整することに重要な意義を持っている。商標と著作権の分野に比較的複雑で、権利侵害の有無について専門的な判断が必要な案件（例えば前述の小米生活と欧普特事件）については、権利者が、各種の手続きの交差・重複による訴訟コストと非確定性に直面せず、直接に懲罰的賠償を得るように民事訴訟を選択する可能性が高い。専利分野で、専利権は民事権利であり、民事侵害の損害賠償の主要な目的は権利者の実際の損失を補填することである。悪意、重大な侵害行為に対して、法律で処罰と制裁を与えるのも公平正義に適合する。比較法から見れば、特許分野における懲罰的賠償制度は主に米国が侵害民事救済の中で採用し、ドイツ、日本などの大陸法系国家は公私法の区分に基づいて、損害賠償の填補原則を守り、

⁷² 鐘莉、童海超「知的財産権刑事付帯民事訴訟事件の法律責任の確定—湖北高院の熊四伝登録商標詐称罪刑事付帯民事訴訟事件に対する判決」人民法院報 2012年9月6日第6版。浙江省高級人民法院刑二庭「知的財産権侵害刑事案件の審理に関する若干の問題に対する解答」12条を参照。「『刑事訴訟法司法解釈』138の定めにより…知的財産権侵害罪では、人身権利の侵害にも関わらず、有形財産が犯罪者によって破壊されることもない。上記司法解釈によると、被害者は付帯民事訴訟を起こすべきではない」。

同時に重大な悪意的侵害について、特許法で刑事責任を定めている。しかし、実践の中で、中国、ドイツ、日本などの特許法における悪意で重大な侵害は刑事に該当の条項に関しては、判例がない。疑いなく、米国のやり方は技術革新者への保護はもっと便利で効率的で、世界科学技術革新のシステムにおける先頭としての地位を固めるのにもっと有利である。中国は最近、専利を主とする技術系案件に対して専門的な裁判を行うメカニズムの改革の進展と効果が明らかである。例えば、裁判の基準と尺度の統一を保証するために、最高人民法院に知的財産権法廷を設立して、全国の技術系事件に関する控訴事件を専門的に管轄する。専利事件には刑事責任の判断の問題がなく、行政責任に対する司法審査も稀であるため、「三審合一」の手続き上の一貫性には困難なものではないため、権利者が直接に権利侵害民事訴訟において懲罰的賠償を求める可能性が高い。

即ち、中国の知的財産権保護には民事、行政、刑事の三種類の救済があるが、行政と刑事は社会公共コストがより高い。知的財産権侵害の民事訴訟の中で懲罰的賠償制度を追加することで、権利者が自ら証拠を集め不法侵害事件を調査し、さらに訴訟を起こし倍額の賠償を請求するよう奨励することができ、実質上個人で法執行の機能を備え、公的権力機関は同時に侵害者に料料や罰金を科することに影響を与えることなく、全体の社会公平正義を損なわない。この機能は権利者の実際的な損害総額があまり高くない時に特に実効性がある。このような状況では通常の行政や刑事手続きをはじめ、補償を得ることが難しいからである。したがって、懲罰的損害賠償制度の下で、より多くの賠償が期待されるなら、権利者は積極的で自発的に請求と証拠を提出し、悪意の侵害を取り締まり、知的財産権の保護全体の法治環境を浄化することにおいて有利である。

III. 商標権侵害による損害賠償額の計算に係る現状及び展望

中国社会科学院知識産権センター 張鵬 専任研究員

日中両国は、知的財産権侵害による損害賠償額の算定の問題において、共通課題に臨んでいる。すなわち、如何にしてより効率的かつより科学的に損害賠償額を算定するかの課題である。しかし、経済発展の段階及び知的財産権侵害関連の訴訟件数¹などにおいて、日中両国の間に実質的な相違点が存在しているので、共通課題を解決するために取るべき具体的な制度の発展においても、著しい差異が存在する。

日本の実務と学説では、引き続き「逸失利益」、「権利侵害による利益」、「許諾実施料の相当額」をより手際よく規定することを通じて、科学的な賠償額を算出できるよう工夫している。中国の場合は、効率性を重視するため、「法定損害賠償」という比較的に曖昧な計算方法を取る場合が多く²、「法定損害賠償」の金額で損害を補填できない場合、更に「懲罰的損害賠償」のルートを通じて、権利侵害行為に対する制裁機能を実現している。

日中両国は、具体的な制度において違いがあるものの、比較法研究において互いに参考することは非常に有意義と考えている。日本の場合、CPTPP から各加盟国への、著作権侵害及び商標権侵害行為に対する「事前に確定された損害賠償」(pre-established damages) 又は「追加的な損害賠償」(additional damages) の要求を満たすために、「法定損害賠償」又は「懲罰的損害賠償」を検討する必要性³を有する。その問題について、中国の「法定損害賠償」又は「懲罰的損害賠償」で累積した実務経験から多元化の考え方を提供することができる。また、中国にとって、日本の三種類の賠償額の算定方法への科学的解釈方法は、中国の損害賠償額の計算の精緻化に有益な見本を提供することができる。

上述の理由に基づき、本稿では中国の商標損害賠償額の計算の沿革とその適用から始め、各種算定方法の実践及びその背後の理念に対する検討を通じて、商標権侵害による損害賠償額に対して合理的な基準を提供すると同時に、日本の商標権侵害による損害賠償額計算の実務と比較した上⁴、中国実務における

¹ 日中米三か国における商標権侵害の一審民事事件数の比較

	2014	2015	2016	2017	2018	合計
中国	21362	24168	27185	37946	51998	110661
日本	77	107	78	83	74	419
米国	4143	3047	3139	2934	3221	16484

日、米の関連データの出典：金子敏哉「商標権に係るエンフォースメントの日、米比較 損害賠償と刑事罰を中心に」2019年度産業財産権制度調和に係る共同研究調査事業調査研究報告書（知的財産研究所、2020年3月）。

² このような方法の曖昧性により、たとえ権利侵害の該当性が確定されたとしても、当事者の間に損害賠償額については和解を達成することができなくなり、更に法院の負担を増やしてしまう。日中両国の商標権侵害一審民事事件において、裁判所が損害賠償を言い渡した件数から、その計算結果の予測可能性を確保する重要性について、一層直接的に感じることができる。

	2014	2015	2016	2017	2018	合計
中国	943	2062	4188	7449	10327	24969
日本	5	6	7	9	10	37

日本関連データの出典：金子敏哉「商標権に係るエンフォースメントの日米比較 損害賠償と刑事罰を中心に」2019年度産業財産権制度調和に係る共同研究調査事業調査研究報告書（知的財産研究所、2020年3月）。

³ 愛知靖之「TPP協定に基づく法定損害賠償制度の著作権法への導入と法定損害賠償—追加的(懲罰的)損害賠償を命じた外国判決の承認執行」パテント 69巻14号 154-166頁（2016）。明治大学知的財産研究所シンポジウム「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」

<http://www.isc.meiji.ac.jp/~ip/archive.html#20151206>（発表、2015年12月6月）。

⁴ 当該内容については、紙面が限られているため、本稿では日本の具体的な状況を詳細に紹介しないことにする。中国語

る関連問題の解決のために有益な見本を提供できることを期待している。

1. 歴史・沿革

商標法⁵（1982）39条では、商標権侵害による損害賠償額の計算方法、すなわち、賠償額は侵害者が権利侵害期間に侵害により得た利益、又は被侵害者が被侵害期間に権利侵害により被った損失より計算すると規定している。また、この2種類の計算方法については、被侵害者が選択権⁶を有すると規定している。法（1993）においても同規則を採用し、如何なる改正も行っていない。

法（2001）56条では、権利侵害による収益又は権利侵害により被った損失を確定することが困難な場合、法院は権利侵害行為の情状に基づき、50万元以下の賠償を言い渡すことができるという内容を追加した。司法解釈では、当該損害賠償の計算方法について「法定損害賠償」と称呼し、当事者の請求又は職権により適用することができるとした。法定損害賠償額を確定する際には、権利侵害行為の性質、期間、結果、商標の信用、商標許諾使用料の金額、商標使用許諾の種類、時間、範囲及び権利侵害行為を制止するために支払った合理的な支出などの要素を考慮した上、総合的に確定⁷すべきである。

法（2001）改正前に、すでに司法解釈を通じて、類似した賠償方法について規定したことがあるが、当時に「定額賠償」と称呼していた。最高人民法院は「全国一部法院の知的財産権裁判業務の座談会に関する紀要」⁸において、「すでに被告が権利侵害に該当し、かつ原告に損害を与えたことを調査して明らかにしたもの、原告の損害と被告の収益がいずれも確認できない事件については、定額賠償方法を採用してその損害賠償額を確定することができる。定額賠償の幅については、5000元から30万元までの範囲内であれば裁量で判断できる。具体的な金額については、法院より侵害を被った知的財産権の類型、査定価値、権利侵害の継続時間、権利者が権利侵害により被った商業名誉の損害などの要素に基づいて、定額賠償範囲内で確定することができる。」と定めた。

「法定損害賠償」では、賠償額の上限を定めているものの、更に司法解釈を通じて、法定最高限度額以上を酌量して賠償を確定するルール形成をしている。すなわち、最高人民法院の「現在の経済情勢下での知的財産裁判服務大局の若干の問題についての意見」⁹において、「権利侵害による損害又は権利侵害による収益に係る具体的な金額を証明することが困難で、上記の金額が明らかに法定損害賠償の最高限度額を超えていることを証拠によって証明できる場合、事件全体の証拠の状況を総合して勘案した上、

文献に興味を持つ方は次を参照できる。張鵬「日本専利権侵害損害賠償額計算的理念与制度」知識産権 2017年第6期（2017）。

⁵ 字数の制限で、本稿において次の通り商標法を引用する。1、商標法（第五回全国人民代表大会常務委員会令第10号、1982年8月23日公布）（以下「法（82）」という）。2、全国人民代表大会常務委員会の商標法改正に関する決定（1993）（主席令第69号、1993年7月1日公布）（以下「法（1993）」という）。3、全国人大常委会の「商標法」の改正に関する決定（2001）（主席令第59号、2001年10月27日公布）（以下「法（2001）」という）。4、全国人大常委会の商標法改正に関する決定（2013）（主席令第6号、2013年8月30日公布）（以下「法（2013）」という）。5、全国人民代表大会常務委員会の「中華人民共和国建築法」などの八部法律に関する決定（2019）（主席令第29号、2019年4月23日公布）（以下「法（2019）」という）。

⁶ 最高人民法院「商標専用権侵害関連の損失賠償額を如何に計算するか及び権利侵害期間問題に関する返答」（法〔經〕復[1985]53号、1985年11月6日公布。現在失効）（以下「「返答」（1985）」という）。同様に権利者に選択権を付与した規定は、最高人民法院「商標民事紛争事件審理における適用法律の若干の問題に関する解釈」（法〔解〕[2002]32号、2002年10月12日公布）（以下「「解釈」（2002）」という）13条にも散見できる。

⁷ 「解釈」（2002）16条。

⁸ 法[1998]65号、公布期日1998.07.20。以下「『紀要』（1998）」という。

⁹ 法発[2009]23号、2009年4月21日公布。以下「『意見』（2009）」という。

法定最高限度額以上で合理的にその賠償額を確定すべきである。」と定めている。実務において、通常、その賠償計算方法を「裁量による賠償」¹⁰と称呼している。

法（2013）63条では、元来の損害賠償額計算方法に対して、比較的に大幅な改正を行っているが、主に次の点において表れている。第一に、実際の許諾使用料の合理的倍数を計算方法として追加した。第二に、各種の損害賠償の計算方法の適用順を明確にしている。すなわち、「実際損害」、「侵害による所得」、「実際の許諾使用料の倍数」、「法定損害賠償」の順に適用し、前者を確定し難い場合に初めて後者の計算方法¹¹を使用することができると規定している。第三に、懲罰的損害賠償の計算方法を追加し、悪意による商標権侵害であり、情状が深刻である場合は、「上述方法」（即ち「実際損害」、「侵害による所得」、「実際の許諾使用料の倍数」の3種類の方法）に基づいて確定した金額の一倍以上三倍以下の範囲内で賠償額を確定することができると定めている。第四に、「立証妨害の規定」を追加した。すなわち、権利者がすでに立証のために尽力したもの、権利侵害行為に係る帳簿、資料が主に侵害者に掌握されている状況で、侵害者に対して、権利侵害行為に係る帳簿、資料の提供を命じることが可能であり、侵害者が提供を拒否したり、又は虚偽の帳簿、資料を提供したりした場合、法院は権利者の主張、及び提供された証拠を参照した上で、賠償額を確定することができるという内容を追加した。第五に、法定損害賠償額の上限を300万元までに引き上げた。

法（2013）では、過去の被侵害者の計算方法に対する選択権という規定を改正し、各種計算方法の適用順を定めているものの、最高人民法院の『最高人民法院による専利権侵害をめぐる紛争事件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈（二）』などの18件の知的財産権類の司法解釈の改正に関する決定¹²においては、依然として「解釈」（2002）13条（「解釈」（2020）13条も同様）に定めた、被侵害者が「実際損害」、「侵害による所得」、「実際の許諾使用料の倍数」の3種類の計算方法に対して、その選択権を有するという規定を保留しているので、司法解釈の形式を通じて、変わらずに被侵害者に選択権を与えており、法（2013）63条における適用順の規定を執行する必要がないと理解することができる。

法（2019）63条についての法（2013）63条における改正では、懲罰的損害賠償の倍数を一倍以上五倍以下に改めたこと、及び法定損害賠償額の上限を500万元までに引き上げたことの2点しか反映されていない。

¹⁰ 北京市高級人民法院「知的財産権侵害及び不正競争事件で損害賠償を確定するための指導意見及び法定損害賠償の裁判基準」（北京法院サイトより、<http://bjgy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2020/04/id/5090617.shtml> 2020年4月23日公布）（以下「『北京意見』（2020）」という）。実務においては前者を「酌定賠償」（江蘇省高級人民法院の「十分に裁判職能役割を發揮し、企業家のイノベーション・創業のために良好な法治環境を構築することに関する実施意見」（蘇高法發[2018]7号、2018年9月18日公布）とも称呼する。

¹¹ 当該改正理由について立法機関は明確にしておらず、一部の学者は、立法の指導機能を發揮し、当事者の立証責任を強調し、かつ順位に基づき逐一に立証するよう要求することにより、司法実務の中でやむを得なく普遍的に法定損害賠償を使用することによる争議を減少させる目的であると主張している。管育鷹「商標権侵害の損害賠償計算方法に関する思考」を参照。IP HOUSE、<https://mp.weixin.qq.com/s/uINd8d2NFo1geREI9favCQ>、2020年7月22日。

¹² 法釈[2020]19号、2020年12月29日公布。以下「「決定」（2020）」という。

2. 現実的運用

(1) 実際の損害

伝統的な民法における逸失利益の算定は、「仮に権利侵害行為がなければ、権利者が当然に到達できたであろう利益のレベルであるものの、権利侵害行為の存在があるため、喪失した利益」をその根拠とし、損害賠償の趣旨は、正に当該両者の利益レベルの間の差額を補填することである。具体的な計算について、伝統的な民法では、通常、直接損害と間接損害という2つの側面をそれぞれ定義しているが、そのうち、直接損害とは権利者の現有財産の減少を指し、間接損害とは取得可能な利益の減少を指している。

既存の商標権侵害事件において、実際損害を適用する算定方法は、通常、いずれも権利侵害行為の存在により売上高が減少した実際損害に基づくものである。商標権者としては、その売上高の減少と権利侵害行為の間に因果関係が存在することを証明しなければならない。司法実務において、原告は、「他の要因で売上高を減少させる証拠がないため、原告の売上高を減少させる最も重要な原因是正に被疑侵害行為であることを証明できる」程度（「巴洛克」事件¹³⁾に達しなければならない。極めて特殊な状況を除き、実際損害の算定方法は、実務において法院に認められることは比較的に少なく、権利者が実際損害額に基づき、損害賠償額を主張できる条文は、形骸化した存在と同然である。実際損害の計算方法を適用した前例として、「巴洛克」事件があるが、その事件には、下記の特別な状況が存在する。すなわち、「原告は被告が輸出業務に従事する資質を有しない状況を証明することができたので、被告の権利侵害行為は、原告の海外販売に影響を与えず、国内販売だけに影響を与えていた。したがって、なぜ原告の海外販売収入が明らかに増加したのに、国内販売が明らかに減少していたかについての原因をはつきり解釈することができた。被告は、原告の販売量の減少とは無関係で、原告の内部管理上の混乱及び市場全体の不況によるものであると主張していたものの、当該抗弁は認められなかった。両者が店舗を開設した場所は、同一市場、又はその近辺に該当し、かつ比較的に安い値段で被疑侵害製品を販売していた。」ということである。

実証研究の結論からみれば、商標権侵害による損害賠償額の計算において、実際損害に基づく計算方法の適用割合は極めて低い¹⁴⁾。

具体的な計算について、「解釈」(2002) 15条によると、「直接損害の計算方法：実際損害=権利者が権利侵害による商品の販売減少量、又は権利侵害商品の販売量×当該登録商標商品の単位数量あたりの利益」に基づき算出されたものとされている。

司法実務における商標権侵害による実際損害の計算では、伝統的な民法上の直接損害と間接損害に関する分析の枠組みを参照しているが、実際損害の認定範囲¹⁵⁾には、販売量の流失により喪失した利益（権利侵害行為により、原告の元来実現可能な販売成績が実現できなかった原因で喪失した利益）、価格侵

¹³ 江蘇省高級人民法院民事判決書（2017）蘇民終1297号。本稿の判例の出所と引用方法は次の通りである。1、本文中の判例は、中国裁判文書サイト及び北大法宝サイトでの司法判例データベースから引用したものである。2、字数制限があり、慣習に基づいて、引用した判例については、事件番号のみ明記し、判例名称を「『係争登録商標名称』+『案』の字」の方法で略称する。

¹⁴ 例えば、統計によれば2014-2017年6003件の商標民事一審事件に係るデータの中には実際損害を適用した事件は1件しかなかった。田艶陽「司法実務から商標民事の権利侵害事件の損害賠償の権利者が受けた実際損害を検討する」中国知識産権雑誌2020年総第156期（2020）。

¹⁵ 商建剛「知識産権侵权損害賠償に関する実際損害の司法認定について」電子知識産権2020年第4期（2020）。

蝕により喪失した利益（権利侵害品との競争により、原告は値段を下げるを得なく、比較的高い販売価格を実現できなかったことで喪失した利益）、将来的に喪失する販売利益¹⁶、付属製品の販売損失¹⁷、商業的な信用の損害¹⁸なども含まれている。

（2）権利侵害による利益

実務において権利侵害による利益の計算方法を適用する割合は比較的に低い¹⁹。具体的な適用に係わる理念においても、確定できない部分が存在している。すなわち、懲罰的なものと理解する考え方もあり、補填的なものと理解する考え方もある。

懲罰的な立場からみれば、実務の中で権利侵害による利益の計算方法の適用は、悪意による権利侵害の状況に限らず、侵害者が権利侵害行為により得た利益以上に返済するような状況（全部返済）も存在する。そうすると、権利者の使用がない場合、又は逆混同に係わる判決の中に、当該方法により算出した賠償額が極めて高い金額となる（典型的な事件は「AWS」事件²⁰である）。

補填的な立場からみれば、保護を求める登録商標が実際に商業使用に投入されていない場合について、司法解釈では（「意見」（2009）7条）の「通常、被疑侵害者の収益に基づく賠償確定をしない」と強調している。例えば、「三洋」事件²¹において、「原告がエレベーター製品を製造していないこと、すなわち、登録商標権者が長期にわたってエレベーター製品に登録商標を使用していないことに鑑み、係争登録商標は、エレベーター製品に対する識別機能を実現しておらず、被告の権利侵害行為は、実際に原告の元来存在しないエレベーター製品市場でのシェアの喪失又は減少をさせておらず、実際に原告の元来製造していないエレベーター製品の利益に損害を与えたことを鑑みれば、その損失額については、侵害者の経営収益を基準として確定することが良くない」と指摘している。「貢献度」²²の計算にお

¹⁶ 「巴洛克」事件において下記内容を指摘した。すなわち、将来的な利益損失賠償を主張するためのキーポイントは、仮に権利侵害行為がなければ、確実に当該利益を得ることができたと証明することにある。

¹⁷ 「多米諾」事件（広東省高級人民法院民事判決書（2017）粵民終 2659 号）において下記内容を指摘した。「インクジェットプリンターのような製品と消耗材との間に比較的強い対応関係があり、被疑侵害製品 E50 製品は、墨出しシステムという核心部品を改良したことによって、直接に関連消耗材の販売に影響を与えていたため、多米諾社が消耗材利益の損失と被疑侵害行為との間に直接的な因果関係があり、明らかに期待可能な利益が失われた間接損害に該当すると主張した。多米諾社の当該賠償請求については、法により認めるべきである」。

¹⁸ 最高人民法院公報判例「海天」事件（広東省高級人民法院民事判決書（2016）粵 06 民終 8698 号、最高人民法院公報 2014 年第 5 期）において、商業信用回復費用を参照して商業信用損失を計算する方法を明確に承認した。同事件では、「商業的な信用を回復するために、原告は実際に広告費 4076644 元を支出しているが、法院は被告に対して原告が製品の販売量の減少により被った利益損失 350 万元を賠償することを言い渡したほかに、更に原告が影響の消去、名誉回復のために支払った広告費用の中の 300 万元も賠償範囲に算入すると言い渡した」「巴洛克」事件において、「商業的な信用関連の損害賠償額の確定について、原告が影響の消去のために支払った必要費用、権利侵害行為の程度、発生範囲及びもたらされた損害結果など複数の要素を考慮した上、確定することができる」と指摘した。

¹⁹ 詹映「中国の知識産権侵害賠償の司法現状への再調査及び再思考—中国の 11984 件知識産権権利侵害司法判例への深度分析に基づいて」法律科学 2020 年第 1 期（2020）。

²⁰ 北京市高級人民法院民事判決書（2018）京民初 127 号。

²¹ 江蘇省高級人民法院民事裁定書（2009）蘇民三終字第 0129 号。

²² 「貢献率」の計算に対する解釈において、不明確なところが存在する。例えば、「新百倫」事件（広東省高級人民法院民事判決書（2015）粵高法民三終字第 444 号）において、一審法院は、利益に対する権利侵害行為の貢献の割合、又は割当割合が 50% であることを認めたものの、二審法院は、利益に対する権利侵害行為の貢献割合又は割当割合が約 2.5% であると判定し、最終的に損害賠償額を 9800 万元から 500 万元に引き下げた。前者は後者の約 20 倍に近い。具体的な計算方法を明示した判例もある。例えば、「港中旅」事件（湖南省高級人民法院民事判決書（2014）張中民三初字第 5 号）において、被告は 2008 年から「港中旅」商号を含む社名に変更して、当年の営業収入は 1292 万元になり、2007 年度の営業収入 348 万元と比較すると、944 万元増加した。同社が営業収入の大幅な増加に対して寄与するその他の市場要素を立証で

いて、再び「被疑侵害品の販売利益と権利侵害行為との間の因果関係」を強調する理念の下で、司法実務では「逆混同の状況の下で、侵害者の経営能力、ブランドの知名度、プロモーション能力は、明らかに商標権者より高く、特に登録商標に対する商標権者の使用と宣伝が限られている状況の下で、侵害者の販売利益は、往々にして商標権者の損失より高い。侵害者が自身の商標、企業信用、又は商品の固有価値に基づいて得た利益について、商標権者には賠償を請求する権利がない」²³と指摘した。「利益率」の計算においても、「賠償額の確定は、必ず被疑侵害行為と収益との間に直接的な因果関係があるか否かに基づいて確定しなければならず、販売利益が必ずしも権利侵害による利益と同等であるとは限らず、両者を厳格に区分しなければならない」²⁴と強調した。

「解釈」(2002) 14条における計算方法によれば、権利侵害による利益=権利侵害品の販売量×商品の単位数量あたりの利益であり、当該商品の単位数量あたりの利益を明らかにできない場合、権利侵害による利益=権利侵害品の販売量×登録商標品の単位数量あたりの利益である。しかし、司法実務においては、往々にして「利益率」の概念を引用して侵害者の利益を確定している。すなわち、「権利侵害による利益=権利侵害品の販売収入×利益率」の計算方法を採用している。これは主に実務の中で「権利侵害商品販売収入」について比較的容易に確定することができ、「権利侵害商品販売量」の入手が比較的難しいからである²⁵。

「利益率」の計算において、司法実務では三種類の計算方法がある。その一つは、侵害者の利益率に基づく方法で、二つ目は、権利者の利益率に基づく方法で、三つ目は、同業界利益率に基づく方法である。そのうち、権利者利益率に基づく計算方法は、侵害者利益率を調査により入手できない場合に限定して適用できるものである。

侵害者の利益率に基づいて計算する際に、往々にして中国の財務会計制度に基づき、利益を販売利益、営業利益と純利益などの多種類に区分している。そのうち、販売利益とは、製品販売収入から相応する販売コスト（製造コストと販売費用を含む）、製品販売に係わる税金及び付加費用を引いた利益のことを指し、営業利益とは、製品販売利益から管理、経理などの費用を引いた後の利益を指し、純利益とは、販売利益から付加価値税などの税金を引いた後の利益を指している。3種類の利益への選択について、司法実務では往々にして専利法の司法解釈の関連規定を参照して適用している。すなわち、最高人民法院の「専利紛争事件の審理における法律適用問題に関する若干の規定」²⁶20条3項では、「侵害者が権利侵害により得た利益について、通常、侵害者の営業利益に基づいて計算し、完全に権利侵害を主業としている侵害者に対しては、販売利益に基づいて計算することができる」²⁷と定めている。

例外として、「粗利益」（販売利益）を適用した判例の場合は、往々にして懲罰的目的を図るためであ

きなかったため、法院は当該944万元の増加額について、「港中旅」ブランドを使用したことによる利益に該当すると推定すべきと認定した。「港中旅」ブランドが被告の旅行業の利益に対する貢献率について、 $944 \div 1292 = 73\%$ に相当すると認定した。

²³ 「米家」事件（浙江省高級人民法院民事判決書(2020)浙民終264号）。

²⁴ 「卡斯特」事件（最高人民法院民事裁定書(2018)最高法民申2312号）。

²⁵ 王彦傑「商標権侵害にかかる損害賠償での『利益率』の確定及び計算—「侵害者収益」という賠償計算方法の適用の視点から」中華商標2020年Z1期（2020）。

²⁶ 法釈[2001]21号、公布期日2001年6月22日、以下「『若干規定』（2001）」という。

²⁷ 例えば、「雅馬哈」事件（最高人民法院民事判決書(2006)民三終字第1号）において、「専利紛争事件の司法解釈の規定を参照し、侵害者が権利侵害により得た利益については、通常、侵害者の営業利益に基づいて計算している。本事件の雅馬哈発動機株式会社は、権利侵害による利益に基づいて賠償額を確定することを主張したが、販売利益と企業純利益ではなく、営業利益より計算することを主張し、すでに関連製品の販売に係わる税金及び附加費用・期間費用を控除したため、企業の所得税を控除する必要ないと主張した」と記載した。

る。例えば、「FILA」事件²⁸においては、「司法解釈では商品の単位あたり利益を純利益として限定せず、現段階で知的財産権侵害による損害賠償額を引き上げる司法政策の指導の下で、権利侵害行為と正常な商品経営との間の区別を考慮し、権利侵害を制止し賠償額を引き上げるための立場から出発し、販売価格からコストを引いた後、更に販売価格で割る方法で粗利益を計算した上、賠償額の計算根拠とするには特に妥当ではないところがない」と指摘した。

同業界の利益状況に基づいて計算する際に、主に国家統計部門の報告、政府背景の協会組織の年度統計、信用力が高い財政経済の新聞及びソフトウェアに記録された業界財務指標、投資機構より発行した研究報告などの財務データ²⁹を参考すべきである。例えば、「白水杜康」事件³⁰において、法院は業界組織の統計情報と上場会社の財務データを参考した上、最終的に上場会社の平均利益率を基準にして権利侵害による利益額を確定した。

法(2019)63条2項における立証妨害の法理は、権利侵害による利益額の計算方法に比較的に多く適用されており、実務上の要件について、権利者は侵害者が権利侵害行為により販売量、収入又は利益を得ているものを証明できれば、例え公開ルートを通じて精確なデータを入手することができなくとも、依然として立証に尽力したこと、又は初步的に立証したことの条件を満たしたとみなされる。その結果、規定では「法院は、権利者の主張と提供された証拠を参照した上、賠償額を判定することができる」と定めているものの、実務において、直ちに権利者の主張が成立すると推定するか、又は侵害者の権利侵害による利益が莫大で法定損害賠償の最高限度額³¹を超えていると推定する状況になる。

(3) 裁量による賠償

「意見」(09) §16に定めた裁量による賠償は、通常、法定損害賠償ではなく、権利者の実際に受けた損害又は侵害者の収益に対する概括的計算³²に該当すると理解されている。司法実務において、如何に「実際に受けた損害又は権利侵害による利益の額が明らかに法定損害賠償の最高限度額を超えている」のを証明するかのことに明確ではないところが存在するため、往々にして裁判官の自由裁量³³に任せている。そのうち、判断基準が非常に厳格ではない判例がある。例えば、「阿里斯頓」事件³⁴において、「本事件の被告が商標権侵害及び不正競争行為を実施した時間が比較的に長い」、「本事件の訴訟及び行政関連訴訟も比較的に長い」ことを認定しただけで、裁量によって法定損害賠償額の上限を超える金額を確定した。

実務において、一定の判断基準を提供した判例もある。すなわち、「その他のデータ」の状況を確定することができなかつたが、少なくとも「一部のデータ」に対する証明が求められた。例えば、「希能」事件³⁵において、被告の収益に基づく計算方法は成立しなかった（被告は権利侵害薬品のほかに、その他

²⁸ 北京市高級人民法院民事判決書(2018)京民申4666号。

²⁹ 王彦杰「商標権侵害にかかる損害賠償での『利益率』確定及び計算—『侵害者収益』という賠償計算方法の適用の視点から」中華商標2020年Z1期(2020)。

³⁰ 河南省高級人民法院民事判決書(2017)豫民終857号。

³¹ 関連判例の整理について、劉曉、「知的財産権損害賠償の確定における証明妨碍規則の適用」知的財産権2017年第2期(2017)を参照。

³² 「北京意見」(2020)1条8項。

³³ 孔祥俊「創意的な考え方で創新を保護する—現在の知的財産権審理に関する新思考」人民司法(应用)2013年第9期(2013)。

³⁴ 江蘇省高級人民法院民事判決書(2015)蘇知民終字第00211号。

³⁵ 上海知識産権法院民事判決書(2017)沪73民終299号。

の薬品も製造販売していたが、上記の計算に算入された営業収入の中から非権利侵害薬品の収入貢献を排除することができなかつたため、当該計算方案には基礎データが欠如していた。また、原告が提出した製薬業界の30%の平均利益率にも、客観的証拠による証明が欠如し、両者より計算した結果は、明らかに被告の権利侵害行為により得た利益と同視することができない）ものの、法院は権利侵害行為に対する全体的な評価、各段階についての評価を行なっていた。例えば、下記の権利侵害の情状から見れば、被告の不法収益が明らかに法定損害賠償の最高限度額を超えていることを証明できるため、法院は300万元以上を本件の賠償額として確定すべきであると判断した。「先ず、被告は、悪意出願及び悪意使用の行為があり、そのただ乗りの故意が一貫している。次に、被告は10年以上も権利侵害行為を継続し、その全期間を原告の賠償請求範囲に入れることができる。そして、被告の生産・研究規模は比較的に大きく、営業ルートも比較的に有力のため、権利侵害がもたらす影響は莫大である。更に、法院には上述の財務データに基づき、権利侵害による利益について、比較的高い利益の割合で推定できる理由がある。最後に、原告の立証状況は、確かにすでに尽力した程度に達している。」

（4）実際の許諾料の倍数

法（2013）63条で新たに追加された「実際の許諾料倍数」の規則について、「当該商標の許諾料の倍数を参照した上、合理的に確定する」という内容の中に、「当該」の存在があるため、実践中に、係争商標に係わる許諾使用が存在する場合に限定して、初めてこの計算方法³⁶を使用できると要求されている。しかも、たとえ許諾使用が存在したとしても、法院が依然として当該許諾使用の「真実性」に対して非常に厳しい審理³⁷を行うため、当該方法の適用の割合³⁸が極めて低い。比較可能な許諾使用を認定した後でも、「意見」（2009）16条の規定に基づき、実施方法、時間と規模などにおける通常の許諾使用と権利侵害行為の区別を十分に考慮し、かつ、侵害賠償額は、通常の許諾料より少々高い方針を体現すべきである。

実際許諾料の金額を確定した後、倍数規定を適用することにおいて、法院は比較的幅広い裁量の余地を有し、実務において、通常、1～3倍の間で任意に確定しているが、一部の状況では懲罰の特徴を有す

³⁶ 商標法における実際の使用料の倍数ルールは、専利法における（2001）65条2項の規則を参照して定めている。したがって、その解釈上では専利法の影響を受けている。専利法（2001）65条2項を解釈する際に、通説として、「仮に専利権者が根本的に他人に対してその専利実施を許諾していない場合、権利者はこの方法で賠償額を確定することを主張しかねる」としている（尹新天「中国専利法詳解」735頁（知的財産権出版社、2011年）参照）。「若干の規定」（2001）21条では、「参考可能な専利許諾使用料がなかったり、又は専利許諾使用料が明らかに不合理であったりする場合、法院は専利権の種類、権利侵害行為の性質と情状などの要素を基に、専利法65条2項の規定に基づいて賠償額を確定することができる」と定めている。すなわち、当該司法解釈によれば、実際許諾料が存在しない状況の下で、法院は法定損害賠償の規則を採用すべきである。

³⁷ 司法実務において、原告が許諾使用契約を提出して証拠として使う事件は少ないものの、実際に賠償根拠として採用されたことは多くない。その主たる理由は、権利者が提出した商標の使用許諾契約の信憑性、事件との関連性にその他の証拠証明（欧陽福生「商標許諾使用料の倍数を参照して商標権侵害賠償額を確定する方法の司法での適用」中華商標2017年10期）が欠如していたことにある。そのうち、既存の使用許諾契約が認められない状況には、被許諾者が専利を実施していないこと、許諾双方に利益関係が存在すること、許諾料を支払わなかったこと、許諾契約を届出さなかったことなどを含んでいる。

³⁸ 約0.07%（詹映「中国の知識産権侵害賠償の司法現状への再調査及び再思考—中国の11984件知識産権権利侵害司法判例への深度分析に基づいて」法律科学2020年第1期）。長沙市中級人民法院の2011-2015年間の知的財産権侵害事件に対する統計（計3309件、商標権侵害事件は約48%）によれば、「僅か0.56%の原告が合理的許諾料の証拠を提出できる」（長沙市中級人民法院知的財産権及び外事商事審判庭「長沙市中級人民法院知的財産権民事事件の損害賠償額の判断状況（2011-2015）」中国知的財産権2016年5月、総第111期）。

る。例えば、重慶市高級人民法院の「知的財産権侵害の損害賠償額の確定における若干の問題に関する指導意見」³⁹16条では、「法院が許諾使用料の倍数を確定する際に、侵害者による権利侵害使用が許諾使用の方法、時間、範囲及び権利侵害情状などの要素を含む許諾使用の状況に類似するか否かを考慮しなければならない。侵害者の権利侵害使用の幅が許諾使用の幅より小さい場合は、比較的低い倍数で確定することができるが、模倣を主業としたり、又は重複侵害などの深刻な情状行為があつたりした場合、比較的高い倍数を採用することができる。許諾使用料の倍数は、通常、1~3倍以内で裁量する」と定めている。

(5) 懲罰的損害賠償

法(2013)の中に懲罰的損害賠償制度を導入しているものの、実務の中で適用する割合は極めて低くなっている⁴⁰。その原因は、懲罰的損害賠償を適用するには、基礎賠償額とする実際損害、権利侵害による利益又は実際許諾料の額を必要としているものの、実務の中で当該三種の賠償方法を適用する割合は極めて低い。

実務の中でも確かに法定損害賠償を適用した後、法定損害賠償額に基づいて更に懲罰的損害賠償を適用すると議論した判例が存在している。例えば、「徳爾」事件⁴¹において、法定損害賠償額を基にして、三倍の懲罰的損害賠償を確定しているものの、当該判例は極めて例外的な状況⁴²に該当する。特に法定損害賠償の適用において、すでに「権利侵害行為の性質、情状、結果、権利侵害商品の販売価格及び原告商標の信用、原告が権利侵害行為を制止するために支払った合理的支出などの要素」に対する考察を行い、同様に懲罰性があるため、懲罰的損害賠償の計算基準とすべきではない。

懲罰的損害賠償を適用するときの「悪意」と「深刻な情状」に対する解釈について、各地法院は一連の規定を公布している。代表的な規定としては、「北京意見」(2020)1条15において、「悪意」について、「次に掲げるいずれかに該当する場合は、被告に悪意があると認定することができる。(1)被告又はその支配力がある株主、法定代表者などが、発効判決が言い渡された後、再度、同一の権利侵害行為又は不正競争行為を実施した場合、又は再度実施と看做せる場合、(2)被告又はその支配力がある株主、法定代表者が権利者に数回警告されたり、又は行政機関から処罰が科させられたりした後、依然として継続して権利侵害行為又は不正競争行為を実施した場合、(3)原告の登録商標を冒認した場合、(4)原告の著名商標の信用へのただ乗り行為、原告の著名商標への冒認登録行為があつた場合、(5)被告が同一又は類似の商品に原告の著名商標を使用した場合、(6)原告と被告との間に労働・労務関係が存在し

³⁹ 渝高法[2007]89号、公布期日2007.07.01。

⁴⁰ 2019年9月3日まで、事由を「商標権侵害紛争」とした判決数量は50697件で、更に「本院（法院）の認定」部分におけるキーワードは「懲罰的損害賠償」を検索条件として設定した結果、計111件の判決を検索した。111件の判決内容を個別に調べたところ、その中の33部の判決において、懲罰的損害賠償の適用を明確に示しているが、商標権侵害紛争事件の6.5%〔千分の6.5〕（広東省深セン市福田区人民法院課題チームの「商標権侵害における懲罰的損害賠償の制度構造—知的財産権2020年第5期より）しかならない。「商標権侵害紛争」、「懲罰的損害賠償」と「判決書」を検索条件として、「中国裁判文書サイト」2014年5月から2020年4月までの期間における裁判文書を検索したところ、計711件の判例を見付けたが、その中の6件において、明確に懲罰的損害賠償（欧阳福生「商標権侵害における懲罰的損害賠償制度の適用の窮境及び制度の再構造—711件判例への実証分析に基づいて」学海2020年第6期）を適用したと明らかにした。

⁴¹ 山西省高級人民法院民事判決書（2018）晋終555号。

⁴² 学説の中には「懲罰性」を排除した法定損害賠償を懲罰的損害賠償の計算基準として適用できる主張（張偉君「『懲罰性を排除した』法定損害賠償額は懲罰的損害賠償の計算基準としても良い」）

https://mp.weixin.qq.com/s/dLCUFXh1xdS7dmqs_4o11A, 2020年12月15日最終アクセス）もある。

たり、又は代理・許諾・販売店・提携などの関係が存在したり、若しくはかつて相談したことがあって、被告が他人の知的財産権が存在することを明らかに知っていた場合、(7) 被告に被疑侵害行為を隠蔽し、権利侵害証拠を毀損・偽造した行為などがあった場合、(8) 被告が行為保全の裁定の履行を拒んだ場合、(9) その他の状況」を挙げている。同1条16項においては、「深刻な情状」の認定について、「次に掲げるいずれかに該当する場合、侵害商標権の情状が深刻であると認定することができる。(1) 完全に権利侵害を主業としている場合、(2) 被疑侵害行為の持続期間が長い場合、(3) 被疑侵害行為が及んだ区域範囲が広い場合、(4) 権利侵害による利益の金額が莫大な場合、(5) 被疑侵害行為が同時に食品、薬品、医療、衛生、環境保護などの法律・法規に違反し、人身安全を害したり、環境資源を破壊したり、又は公共利益を深刻に損害するおそれがある場合、(6) その他の状況⁴³」を挙げている。

司法実務において実際に懲罰的損害賠償を適用した事件に対して類型化の分析を実施すると、次の要素が比較的に多く考慮されていることを発見できる。すなわち、a) 侵害者がかつて自己の係争侵害商標を商標局に提出して商標登録を求めていたものの、権利者の先行登録商標との衝突により拒絶され、拒絶された後に侵害者が権利侵害行為を続けたことは、法院が懲罰的損害賠償を適用するための重要な参考要素である。b) 侵害者が行政処罰後に権利侵害行為を継続したこと、c) 法院の禁止令又は保全措置に違反したこと、d) 権利侵害に該当すると警告された後、依然として権利侵害を停止していないこと、e) 業務提携により先行登録商標を知り得た上、引き続き権利侵害行為を実施していたこと、f) 侵害者が商標侵害に従事していたこと、g) 侵害者が販売している権利侵害製品に品質問題などが存在し、その他の深刻な結果をもたらすおそれがあること、h) 権利者の商標の顕著性及び知名度、i) 侵害者の権利侵害の規模・範囲・継続時間、収益など⁴⁴である。

(6) 法定損害賠償

「紀要」(1998)に定めた「定額賠償」の中には、上限への規定も下限への規定もあるが、その後に定めた「法定損害賠償」には上限の規定⁴⁵しか定めていない。実務において、権利者が上記の三種の賠償方法について立証することができないとき、98%以上の事件に適用されたのは、いずれも法定損害賠償であり、法院よりその賠償額⁴⁶を裁量している。特に関連性のある事件⁴⁷において、ほとんど法定損害賠償方

⁴³ 類似の規定は、深セン市中級人民法院より公布した「知的財産権民事権利侵害紛争に適用する懲罰的損害賠償に関する指導意見（試行）」（公布期日：2020年12月14日）、天津市高級人民法院より公布した「知的財産権侵害事件における懲罰的損害賠償の適用問題に関する審判委員会紀要」（公布期日：2020年12月16日）などがある。

⁴⁴ より具体的な類型化分析について、下記に参照する。蘇和秦、莊雨晴「商標紛争事件における懲罰的損害賠償に関する司法的適用及びその反省」電子知的財産権2020年第9期。

⁴⁵ 法定損害賠償について、商標法実務と異なり、中国の專利法及び著作権法中にすでに上限も下限もあることに改正した。專利法（2020）の規定によれば、3万元以上500万元以下である。一方、著作権法（2020）規定によれば500元以上500万元以下である。

⁴⁶ 2012年1月から2015年12月までの中国の法院が言い渡した3085件商標権侵害事件に対する実証分析を実施した結果、99.6%の事件が法定損害賠償を適用したことを発見した（詹映「中国の知識産権侵害賠償の司法現状への再調査及び再思考—中国の11984件知識産権権利侵害司法判例への深度分析に基づいて」法律科学2020年第1期、193頁）、2015年から2019まで北京知識産権法院が言い渡した賠償を認定した290件の商標権侵害事件において、法定損害賠償を適用した件数は285件で、98.3%に達している（胡海容、王世港「中国商標権侵害における法定損害賠償の適用に関する新たな思考——北京知識産権法院2015-2019年判決への分析に基づいて」知的財産権2020年第5期）。

⁴⁷ 通常、同一の原告は類似した事由で異なる被告に対して提起した複数件の関連訴訟を指す。多くは、権利者は一括で専門代理事務所に委託して提起した権利保護訴訟であり、商標権侵害事件の73.52%を占める。（詹映「中国の知識産権侵害賠償の司法現状への再調査及び再思考—中国の11984件知識産権権利侵害司法判例への深度分析に基づいて」法律科

法を適用していたが、通常、その賠償額は比較的低くなっていた（通常1万元以下）。

「法定損害賠償」を適用するとき、権利者は法定損害賠償を適用するための理由及び賠償額を主張する関連要素⁴⁸を説明しなければならない。裁量の対象である要素には、懲罰的な考量に係わる要素も含まれている。代表事例である「大潤発」事件⁴⁹において、「賠償額を確定するとき、仮に賠償額を計算することが困難で、更に懲罰的損害賠償条項を適用することができないときは、被告の主觀的悪意を考慮した上、適宜に法定損害賠償額を追加することにより、懲罰的損害賠償に対する補足適用を実現することができる」としている。最高人民法院の「法により知的財産権侵害行為に対する懲罰を強化することに関する意見」⁵⁰11条では、「権利侵害行為が権利者に重大な損失をもたらしたり、又は侵害者の収益が莫大な場合、権利者の損失を十分に補填して、かつ有効に権利侵害行為を阻止するために、法院は権利者の請求に応じて、最高限度額に近い金額、又は達した金額により、法定損害賠償額を確定することができる。法院が高めに法定損害賠償額を確定するときに考慮すべき要素には、権利侵害の悪意があるか否か、権利侵害を主義としているか否か、重複的な権利侵害が存在するか否か、権利侵害行為の持続期間が長いか否か、侵害行為の及んでいる区域が広いか否か、人身安全を害したり、環境資源を破壊したり、又は公共利益を損害したりするおそれがあるか否かなどを考慮しなければならない。」と指摘している。このように高い賠償額から法定損害賠償額を確定するときに考慮する要素は、事実上、懲罰的損害賠償を適用するときに考慮する要素と基本的に同一であるために、「懲罰的損害賠償規則のほかに、法定損害賠償に対しても懲罰的機能を与えていると、多く事件では、相変わらず最終的に法定損害賠償方法により解決しており、懲罰的損害賠償規定は、形式だけ残り、実際に使用されていないおそれがある」⁵¹と指摘する学者も少なくない。

実務において関連要素を考慮した後、商標権者の損失に対して、法定損害賠償の救済を提供することを拒否することもある。例えば、原告の商標が実際に商業利用に投入されていないこと、係争権利侵害製品が実際に市場流通に進入されていないこと、原告の商標の知名度が非常に低いこと、被告の権利侵害情状が深刻ではないため、原告に損失をもたらすおそれがないこと、及び原告が損害に関する証拠を提供していないこと等を理由として法定損害賠償⁵²の適用を拒否した例がある。

（7）損害賠償責任を負わない状況

（i）合法的出所の抗弁

法（2001）56条3項では、「合法的出所の抗弁」、すなわち、「登録商標侵害品であることを知らずに販売し、当該商品が自ら合法的に取得したことを説明することができ、かつ提供者は誰かを説明することができた場合は、賠償責任を負わないものとする。」（法（2013）、法（2019））54条2項も同じ）と定

学2020年第1期）。また、一部の統計によれば、長沙市中級人民法院より公布した「知的財産権民事事件の損害賠償額判定の状況(2011-2015)」の中に、91%の事件は、終端権利侵害行為に係わる。73%の事件での係争製品は一般日用消費品である。60%の事件での被告は、個人経営者又は個人である。法人又はその他の組織を被告とする事件の84%は、販売行為と類似する終端権利侵害行為に関する事件であり、81%の事件は関連性がある事件である。

⁴⁸ 「北京意見」（2020）1条11項。

⁴⁹ 上海知識産権法院民事判決書（2015）沪知民初字第731号。

⁵⁰ 法發[2020]33号、2020年9月14日公布（以下は、「「意見」（2020）」という）。

⁵¹ 焦和平「知識産権に係わる懲罰性賠償及び法定賠償に関する立法的選択」華東政法大学学報2020年第4期。

⁵² 具体的な判例整理は次を参照できる。徐聰穎「中国商標権紛争における法定損害賠償の現状及びその反省」甘肃政法学院学報2015年第3期。

めている。実務において、原告は権利侵害品の製造者を訴えずに、小売業者⁵³を訴えていることが多い。抗弁者（小売業者）は立証に対応する能力が不足⁵⁴し、かつ合法的出所の抗弁という要件に対する司法機関の判断基準が益々厳しくなる影響の下で、合法的出所の抗弁が認められる割合はそれほど高くない⁵⁵。

合法的出所の抗弁が成立した後、いわゆる賠償責任を負わない内容の中に、権利者が権利保護のために支払った合理的費用を含めるか否かについて、二つの観点が存在している。一つの観点では、侵害者が合理的支出費用を負担すべきではないと主張している。すなわち、権利者が権利侵害行為を制止するために支払った合理的支出は、正に賠償額の一部に該当するため、合法的出所の抗弁が成立した後、法院としては、再度、販売者に対して、権利保護に係る合理的支出⁵⁶を負担させると言い渡すことが適當ではない。もう一つの観点では、侵害者が合理的支出費用を負担すべきであると主張しているが、当該観点は司法実務における普遍的な支持⁵⁷を得ている。

（ii）三年不使用の抗弁

「意見」（2009）7条では、すでに次の通り定めている。「登録商標が連續三年使用停止の状況に該当する場合、その損害賠償請求を認めないことができる。法（2013）64条1項では、登録商標権者が過去の三年以内に実際に当該登録商標を使用していたことを証明できず、権利侵害行為によりその他の損失を被ったことも証明できない場合、被疑侵害者は賠償責任を負わないものとすると定めている。『意見』

（2009）7条に比べ、法（2013）64条1項の規定の中では、『権利侵害行為により被ったその他の損失も証明することができない場合』の要件を追加している。解釈論からみれば、「商標権者が実際に使用していないかったとしても、依然として許諾料を既に被ったその他の損失額として算入できる」ということが容認される余地があるようだが、司法実務ではこのような解釈を認めず、権利者が権利保護のために支払った合理的費用のみを認めている。例えば、代表的な判例である「Noir」事件⁵⁸において、「使用していない登録商標がその未使用の原因により、商品出所を区別するための機能がなく、いわゆるその商標権への侵害も消費者に混同をもたらしていないため、商標権者にも損失をもたらしていない。未使用的登録商標は、商業的な信用が化体するものに該当せず、侵害者がその商業的信用にただのりして自己製品の販売を促進することができず、侵害行為により利益を得ることもできないため、被疑侵害行為の発生前に使用されていない登録商標の商標権者は、侵害行為により被った損害がなく、損害賠償に対する請求権も成り立たない。しかし、商標権者が登録商標を享有し、かつ当該登録商標が取り消されず、又は無効にもされていない状況の下で、当該商標の完全な権利を享有すべきである。商標権者は、指定商

⁵³ 詹映「中国の知識産権侵害賠償の司法現状への再調査及び再思考—中国の 11984 件知識産権権利侵害司法判例への深度分析に基づいて」法律科学 2020 年第 1 期。

⁵⁴ 特に実務中に、数多くの権利者が専ら小零細業者を訴えた事件において、関連零細業者は往々にしてリスクの対応能力を欠如し、正式な帳簿もなく、契約、伝票を重要視せず、又は現金払いによる取引方法などを取っているため、多くの事件において、合法的な出所抗弁を援用できない。（余傑「販売者に限定して提訴する際に合法的出所抗弁の成立後の合理的支出の負担への検討—白帆裁判官との討論」I P H O U S E

https://mp.weixin.qq.com/s/isB6p37euk8mSKepaL_yUw 発表期日 2016 年 4 月 14 日）。

⁵⁵ 陳中山「合法出所抗弁の審査認定」人民司法（応用）2019 年第 28 期。

⁵⁶ 余傑「販売者に限定して提訴する際に合法的出所抗弁の成立後の合理的支出の負担への検討—白帆裁判官との討論」I P H O U S E https://mp.weixin.qq.com/s/isB6p37euk8mSKepaL_yUw、発表期日 2016 年 4 月 14 日。

⁵⁷ 例えば、最高人民法院民事判決書（2019）最高法知民終 25 号では、「合法的出所の抗弁は、賠償責任免除の抗弁であり、不侵害の抗弁ではない。販売者の合法的出所の抗弁が成り立つことは、侵害製品販売という行為の権利侵害性質を変えることもできなければ、販売侵害製品停止の責任を免除することもできず、変わらずに権利者が侵害停止の救済を求めるために支払った合理的支出を負わなければならない。」と指摘している。

⁵⁸ 広州知識産権法院民事判決書（2018）粵 73 民終 3670 号。

品における登録商標専用権と同一又は類似商品における他人の同一又は類似商標の使用を禁止する排他権を享有する。したがって、商標権者は法律の規定に基づき、他人の権利侵害行為を禁止する権利を有するため、支払った合理的支出を侵害行為により被った損失として、侵害者にその賠償を請求できる権利を有する。」と指摘している。

(8) 訴訟時効の問題

「解釈」(2020) 18 条は、商標権侵害の訴訟時効に関する規定であるが、民法典における訴訟時効に関する一般規定と異なり、持続性を有する権利侵害訴訟の時効の規則を強調している。すなわち、商標登録権者又は利害関係者が三年を経過した後に提訴する場合、仮に権利侵害行為が提訴の際に依然として持続中であれば、当該登録商標専用権の有効期限以内に、法院は被告に対して、権利侵害行為を停止する判決を言い渡すべきであり、権利侵害の損害賠償額については、権利者の提訴日から三年前に遡って推定して計算すべきである(「解釈」(2002) 18 条における訴訟時効は二年である)。

当該規定は、実務における損害賠償額の計算に対して、正・反両面の影響を与えており、損害賠償を拡大することにおいて、たとえ権利侵害行為の発生時に、権利者がすでに見付けたとしても、すでに三年経過して訴えた場合、権利侵害行為が起訴時に継続的に存在していることさえ証明することができれば、権利者は依然として起訴日から三年前に遡って計算した損害賠償を得ることができる。ただし、権利者が積極的に権利侵害行為を制止せず、権利侵害規模が拡大された後、依然として損害賠償を求める権利がある場合には、そのような規則の設定は、明らかに不当なところがある。例えば、「賽信」事件⁵⁹において、原告は 2006 年から権利侵害行為を明らかに知っていたが、長期間にわたって訴訟などの方法を通じて、自己の合法的権益を主張することを怠り、2012 年になってから初めて訴訟を提起した。当該状況において、損害賠償額について、法院は依然として原告の 2012 年の提訴日からその 2 年前に遡って推算すべきであると認定した。また、損害賠償額の制限について、司法実務の中でも、原告が権利損害されたことを知る又は知るべき日から三年内に訴訟を提起することを考慮せず、被告の権利侵害行為が持続的に存在していることだけ確定できれば、原告の提訴日から 3 年前に遡って損害賠償を計算する場合も存在している。例えば、「採蝶軒」事件⁶⁰において、原告は 2002 年、2005 年から提訴までの権利侵害による利益により損害賠償額を計算すべきであると主張したもの、法院は原告が 2012 年に一審法院に訴訟を提起した際に、権利侵害行為が継続していた理由だけで、損害賠償の計算期間について、原告の提訴日から 2 年前に遡って推算すべきであると認定した。そして、原告の 2002 年、2005 年からの損害賠償額を計算すべきであるという主張を棄却し、原告が提訴した日は訴訟時効を経過していたか否かについては、実際の認定を行っていない。

(9) 権利侵害行為を制止するために支払った合理的支出

法(2001) 56 条において、特別に賠償額には被侵害者が権利侵害行為を制止するために支払った合理的支出を含めるべきであることを強調していた。その中には権利者又は代理人が権利侵害行為に対して

⁵⁹ 最高人民法院民事判決書(2015)民提字第 6 号。

⁶⁰ 最高人民法院民事判決書(2015)民提字第 38 号。

行なった調査、証拠収集における合理的費用が含まれている。国家関連部門の規定を満たす弁護士費用について、賠償範囲内⁶¹に算入することができる。また、権利侵害を制止するための調査・証拠収集に用いた旅費、権利侵害製品の購入費用、公証費用などについて、その関連証拠さえあれば、通常、いずれもその全額を認めることができる。弁護士費用については、比較的大きい不確定性⁶²が存在している。

「意見」(2020) 13 条においても特別に「法院は事件の状況の複雑さ、作業専門性と強度、業界慣例、現地政府の指導価格などの要素を総合的に考慮した上、権利者が提供した証拠に基づき、合理的に権利者が賠償請求した弁護士費用を確定しなければならない。」と強調している。

法定損害賠償の計算方法を適用する際に、現行の立法では合理的支出に対して、別途計算するか否かについて明確にしていない。「解釈」(2002) 16 条において、権利侵害行為を制止するために支払った合理的支出は、総合的に考慮すべき要素のひとつになっている。ただし、「意見」(2009) 16 条では、「法定損害賠償を適用するとき、合理的な権利保護コストについて、別途に計算しなければならない。」と主張している。司法実務において、一部の事件では合理的支出を法定損害賠償額に算入する一方で、一部の事件では法定損害賠償額のほかに、合理的支出⁶³を別途計算することもある。また、「意見」(2020) 12 条では、「法院は、権利者が二審中に新たに増加した権利侵害行為を制止するために支払った合理的支出を賠償額に算入するという請求を併せて審理することができる。司法実務の中でも、先行判決より権利侵害を確定した後に新たに発生した合理的支出⁶⁴を認めることができる。」と指摘した。

3. 比較及び分析

(1) 損害賠償額の計算ルールを設定する理念

知的財産権侵害の「損害」に対する理解には、伝統的な民法上の権利侵害計算における「填補原則」の影響もあり、権利侵害行為に係る法制度の機能に対する理解の相異から生じる様々な制度設計も存在している。

仮に権利侵害行為に係る法律の主な目的が「損失補填」に帰着された場合、権利者が権利侵害行為の存在により、どんな損失を被ったかを探ることは、最も重要な作業になってしまう。立証責任の転移、金額推定などの技術的手法を通じて、権利者が「損失」を証明するための負担を軽減することはできるものの、権利侵害への救済を目的とする伝統的な権利侵害の賠償制度の影響を受けた各学説からの制限も存在している。一つ目は、「被侵害者が補填されるべき損失は、被害者が現実的に被った損失に限るものとする」。二つ目は、「被侵害者は権利侵害行為の原因により利益を獲得してはならない」。三つ目は、「許諾を得ずに他人の権利を実施した主体が自らの才能と努力により得た利益は、権利者の損失範囲の中に入れてはならない」⁶⁵ということである。このような状況は、権利者が実際の損害原則に基づき、逐一に自己の被った損害を証明し、かつ権利侵害行為との間で相当因果関係を有する範囲内で、当該損失を補填することを求めている必要がある。侵害者に損害賠償義務を負わせることを通じて、たとえ結果

⁶¹ 「解釈」(2002) 17 条。

⁶² 宋健「知的財産権における損害賠償問題への検討—実証分析の視点から」知的財産権 2016 年第 5 期。

⁶³ 胡海容、王世港「中国商標権侵害における法定損害賠償の適用に関する新たな思考——北京知識産權法院 2015-2019 年判決への分析に基づいて」知識産權 2020 年第 5 期。

⁶⁴ 上海知識産權法院民事判決書(2016)滬 73 民初 859 号。

⁶⁵ 潮見佳男「著作権侵害を理由とする損害賠償、利得返還と民法法理」法学論叢 2005 年 156 卷 5=6 号、218 頁。

的に加害者に対する制裁及び一般的予防の効果をもたらした場合、あくまでも反射的、派生的な効果に過ぎず、加害者に制裁を与えたり、一般的予防を根本的な目的としたりする懲罰的制度と比べて本質的な差異がある。加害者に制裁を与え、将来の類似行為の発生を制止することを、刑事と行政上の制裁に任せて行うことになっている。権利侵害紛争の当事者の間で、非侵害者は侵害者から実際に発生した損害にかかる賠償を得るほかに、更に制裁と一般的予防を目的とする賠償を得ることは、権利侵害行為に基づく損害賠償制度の基本原則及び基本理念と相違する⁶⁶。

仮に権利侵害行為にかかる法制度の主要目的を「最も適切に権利侵害行為の発生を抑制する」まで拡張すれば、いずれかの損害賠償額の計算方法の制度設計は、全て「権利侵害行為の発生を抑制する」という最終目標のために奉仕する技術的手段である。このような状況下での「損害」の概念は、一種の法の技術的擬制として、多様性と柔軟性の特徴を有し、かつ「権利侵害行為の発生を抑制する」という制度目的に統一されている。すなわち、「一般的予防」を目的として、事後にすでに発生した損害事実を評価すると同時に、事前の予防も目的とする。侵害者に限らず、被侵害者も含む全部の当事者に対して、権利侵害行為に係る救済方式の設置を通じて、ある種類の行為の実施を励まし、ある種類の行為⁶⁷の実施を禁止するという目的である。したがって、損害を評価する鍵は、権利者が実際に被った「損失」を個別に計算するだけでなく、同時に抑制効果も考慮しなければならない。

具体的に中国の現有商標権の侵害による損害賠償の各種規定の設置と適用状況によれば、各種の計算方法の間に往々にして共通の理論が存在せず、各種の計算方法は、いずれも補填、抑制、懲罰などの目的のために制定したものとして解釈することができるため、混沌たる状態にある。しかも、各事件においては、基本的に毎回も様々な理念（最近、いずれも懲罰的な解釈の傾向がある）から各種の計算方法に対する論述と適用を行い、各事例の間には原理と適用上、互いに衝突する状況も存在し、実務のために予測可能性を提供することができない。したがって、「最も適切に権利侵害行為の発生を抑制する」理念の下で、各種計算方法の具体的な適用を模索することは、非常に重要である。司法政策において、最高人民法院の「裁判職能の役目を十分に發揮し、企業家のイノベーション・創業のために良好な法治環境を構築することに関する通知」⁶⁸において、「知的財産権の市場価値を手引きにし、補償を主として、懲罰を從として、権利侵害による損害に係る司法認定のメカニズムを構築し、知的財産権侵害の賠償基準を引き上げること」を指摘した。当該司法政策の指針の下で、筆者は、中国の現有の商標権侵害の損害賠償に係る各種の方法について、基本的に「損失補填の計算方法」と「権利侵害を懲罰する計算方法」という2種類に分類することができ、これに基づいて機能的な法解釈の発展方向に参照して、各種計算方法の運用を精細化することができると考えている。

（2）損失の補填的な計算方法の適用に関する解釈論の構成

（i）実際損害

中国の司法実務において、実際損害の計算方法を適用する際に、往々にして権利者の売上の減少と権

⁶⁶ 日本の「万世工業」事件（最判平成9.7.11 民事51卷6号2573頁）判決趣旨。

⁶⁷ 森田果、小塙莊一郎「不法行為法の目的——「損害填補」は主要な制度目的か」NBL2008年第874号、10-21頁。

⁶⁸ 法[2018]1号、発布期日2017年12月29日。

利侵害行為との間の因果関係について、比較的に高い立証レベル⁶⁹を要求している。しかも、権利者が自ら商標を使用していない状況の下では、往々にして実際損害の計算方法の適用も認めていない。

このような状況について、日本の逸失利益に関する計算方法を参照することにより、因果関係の証明における権利者の負担を軽減すべき必要がある。権利者が、販売計画がある製品が被疑侵害者の製品に代替される可能性があったことを証明できた場合、被疑侵害製品の販売量に、権利者が獲得できる単位数量あたりの利益を掛け算した上、権利者の販売能力を限度として逸失利益の推定額を確定できる。

権利者にとって、次に掲げる要件を満たす立証責任を果たすべきである。その一つ目は、仮に権利侵害行為がない場合、権利者は製品を販売することができたはずである。当該要件では権利者に対して、権利侵害行為がなければ当該侵害により満たした市場ニーズの全部が真正品に移行するということの証明を要求せず、権利侵害品と真正品との間に代替可能性が存在し、権利侵害行為がなければ、その一部のニーズが真正品に移行するということさえ証明できれば、証明要件を満たすことができる。したがって、商標権侵害の場合、商標権者は類似区分での商品又は役務上の商標使用行為について、市場ニーズの代替関係を有しているため、商標権者が立証要件を満たせたと認められ、指定区分の商品又は役務に商標を使用していないことにより、逸失利益の存在が否定されるようなことを心配する必要がなくなる。その二つ目は、商標権者は自身が獲得できる単位数量あたりの利益を証明する必要があることである。その中の最も重要な問題は、販売単価の中からどのぐらいまでに原料費、運搬費、販売管理費、人件費、宣伝・広告費用などを含む管理費用を控除できるかということにある。仮に「純利益」の方法を採用し、全面的に上述の費用を控除した場合、権利者を獲得できる利益が非常に低くなる可能性がある。したがって、「限界利益」の計算方法を採用すべきである。すなわち、商標権者にとって、すでに投入した設備の減価償却費、人件費などの固定費用は、販売総額の中から控除することができず、原料費、運搬費などの費用は、販売数量の増減に応じて変動する変動費であるため、販売総額の中から控除すべきである。

権利者が上述の要件を満たす立証を行なった後、被疑侵害製品の販売量を権利者が被った実際の損害数量として推定できる。そして、立証責任が転換して、侵害者より権利侵害行為がなくても、市場ニーズが真正品に移転する可能性がないと証明する。侵害者は下記の内容を立証する。権利侵害品の価格が非常に安く、市場ニーズが権利侵害品における商標以外の要素より決まること、侵害者の宣伝・広告への投入などが含まれている。特に商標権侵害の場合、立体商標のような製品自体が商標であることを除き、通常、製品全体において、商標要素の占める割合が比較的に低いため、非常に高い限度で実際損害を控除することが可能である。このような状況の下で、控除部分に対して、実際に許諾料の計算方法を適用して再度計算することができるか否かについて、一部の学者は、日本の「敗者復活」の方法を参考にして解決する⁷⁰ことを提案しているものの、実務においてこのような実例がなく、今後の取扱も見守っていく必要がある。

⁶⁹ 例え権利者自身が商標を使用したことがあり、かつ、権利侵害後に売上が減少した事実を証明したとしても、因果関係の証明義務を果たしたこと意味しない。法院は、通常、権利者に権利侵害行為がなくても、権利侵害製品向けの市場は権利者の製品より満足されることを証明すると要求する。通常、権利者の製品のブランド価値が極めて優秀で、その他の市場での製品の代替可能性がない場合に限って因果関係の成立が初めて認められる。また、侵害製品の価格と真正品の価格との間の差異が非常に大きい場合、侵害製品の購入者はもともと値段の高い真正品を購入するつもりがない可能性もある。したがって、権利侵害品の存在は、権利者の売上の減少との因果関係がない。

⁷⁰ 徐小奔「専利権利侵害における合理的許諾料賠償条項の適用について」法商研究 2016年第5期を参照。

(ii) 権利侵害による利益

権利侵害による利益の計算方法について、中国の実務では、著しい矛盾が現れており、統一した理論に基づき、各種の具体的な計算規則を統轄するための整理が欠如している。

一方では、仮に「権利侵害による利益」を「実際損害」の一種の計算方法とする場合、侵害者は、権利者が被った実際の損害が権利侵害による利益額より少ないとさえ証明できれば、権利侵害による利益に対して、減額計算を行なわなければならない。同時に、権利者が使用していない状況の下で、権利侵害による利益の計算方法を認めない。また、侵害者の利益計算において、「粗利益」の概念を採用すべきである。すなわち、固定費用を含む「粗利益」をもって、権利侵害による利益を計算するのである。このような計算方法は、次のことを表している。仮に権利侵害行為がなく、被疑侵害品の市場ニーズの全部が権利者により満たした場合、権利者が市場ニーズを満たすための生産量を増やしたとき、一部の管理費用は、製品販売量の増加に応じて増加せず、権利者としては、当該費用の投入を増加するようなことがないため、「利益」計算において、権利者として増やさない当該費用を控除すべきではない。したがって、当該費用を控除した「純利益」に比べ、権利者の「限界利益」の金額は、相応して高くなっている。

他方では、仮に不法所得に係る制度の目的から「権利侵害による利益」を理解した場合⁷¹、その制度趣旨は、侵害者が違法行為から得た利益を取り戻すことにあり、財産運用における不当な行為を正すことであり、金銭的には、侵害者が得た財産上の利益の主観的な価値⁷²に表れている。したがって、権利者自身が使用していない状況の下で、権利侵害による利益規則の適用が排除されていない。「利益」の理解において、侵害者が侵害行為を実施した前の状態へ回復するように、投資の必要があるか否かのみ考慮する。そうすれば、固定費用、管理費用を含む費用については、往々にして「粗利益」の中から控除する必要がある。さらに、「貢献率」の調整を通じて、実体と手続で正確に権利侵害による利益金額を評価する機能を実現する。特に権利侵害製品の販売量、利益にとって、商標の寄与がない状況の下で、被疑侵害者は、通常、より多くの情報を掌握しているため、「貢献率」というものは、手続法における侵害者に立証責任を負わせる手段になっている。

二種類の理論が具体的な計算方法の中で構成する主な区別は、次の内容で体现されている。その一は、商標権者が使用していない状況の下で、前者は直接「権利侵害による利益」の適用を否定することができる。後者では適用することができるが、その後、「貢献率」を通じて調整する必要がある。その二は、「貢献率」という概念の下で、「権利侵害による利益」の金額を控除するとき、控除要素の考量において、前者の計算における金額の控除に当たって、権利侵害品がないときの市場ニーズが、競争要素によりどの程度で真正品に回されるかについて、比較的に多く考察することと異なり、後者は侵害者の立場から控除要素を考えている。具体的に言えば、仮に侵害者の販売量が 100 で、市場シェアがそれぞれ権利者 50%、侵害者 20%、第三者 30% である場合、「実際損害」を計算するとき、権利侵害行為がないときを考慮すれば、権利侵害品の販売量の 100 は、決して全部権利者の製品に回されるのではなく、62.5% 対 37.5%

⁷¹ 当該観点は、田村善之教授の日中共同研究での観点から啓発を受けたものである。具体的な内容については、田村善之教授が担当している部分を参照されたい。

⁷² 勿論、日本民法において、不当利得制度の機能と本質に対して、多種の認識が存在しているが、これは直接取り戻すべき不当利得にその範囲における差異をもたらしている。仮に「配分説」を採用する場合、いわゆる不当利得制度の目的は、法定の権利者に帰すべき法定排他的な帰属秩序から生じる法益の客観的な価値を取り戻すにあり、正すのは財産状態の不当にあり、金銭的には客観的な価値を基礎にしている。すなわち、当該法益は合意して得るべき市場機会である。潮見佳男「著作権侵害を理由とする損害賠償、利得返還と民法法理」法学論叢 2005 年第 156 卷 5=6 号、247 頁を参照。

の割合により、権利者と第三者の間で分配されるが、結局、権利者の実際損害は 62.5 件の利益となる。「権利侵害による利益」を計算する際に、侵害者の立場から権利侵害行為がなかったときの状態に回復することを考慮している。すなわち、侵害者の販売量 100 の全部を権利侵害による利益として権利者に返還する。その三は、「利益率の計算において、前者では「粗利率」を原則とし、後者では「純利益」を適用することが比較的に多い。

将来の実務の中で臨む問題として、「権利侵害による利益」の計算方法に対して如何に理解するかというものがあるが、上述の二種類の理解の方法は、いずれも一理があり、中国の実務の中でそれらを反映したものを見付けられる。ただし、問題の鍵は、ある理論を選んだ後、一貫して当該理論の枠の中に具体的に適用することを続けるべきであり、混沌した状態に置くべきではない。

(ⅱ) 実際の許諾料の倍数

現有する「実際の許諾料」の計算方法の適用において、一方では、権利者の既存の許諾使用を強調しすぎて、権利者の許諾使用がない場合、業界内で通用する許諾料基準の適用をあまり考慮していない。例えば、最高人民法院の「知的財産権民事訴訟の証拠に関する若干の規定」⁷³（2020）32 条では、次の通り指摘している。「業界内で通用する許諾料基準」は、当事者の知的財産権の許諾使用料の合理的倍数を参照して賠償額を確定するという主張を審理する時の一つの参考要素に過ぎず、単独で「業界内で通用する許諾料基準」を実際許諾料の参考要素とすることではない。証拠収集の視点からみれば、権利者にとって、既存の許諾料率は往々にして企業の核心的な営業秘密に該当するため、それを披露することが比較的に少ない。したがって、販売総額に業界通用费率を掛け算する方法を許諾条件とするやり方を考慮しなければならない。また、司法実務の中で比較的に多く見られるのは、懲罰的立場から合理的倍数の設置を理解することである。

実際の許諾料倍数の規定に対する理解は、原理的に「規範的損害賠償」の概念を参照することができる。いわゆる「規範的損害賠償」の概念は、田村善之教授が提起したものであり、専利権分野を例とすれば、主に市場に専利技術方案に対するニーズが存在し、当該ニーズが専利技術方案の製品に対する利用を通じて満たすことができる指す。専利法の規範性は、正に他人が専利権者の許諾を得ずに、生産・経営を目的として、技術方案を利用して市場ニーズを満たす行為を排除し、市場ニーズを利用して実現する収益、又は収益の予期のいずれに対しても、排他的に専利権者に与えることに体現されている。この場合における専利権者は、自ら技術方案を実施するか、又は他人に技術方案の実施を許諾するかの具体的な実施形態にかかわらず、市場ニーズを満たすことにより得た収益に対して、全ての権利⁷⁴を有する。専利権侵害の行為は、正に専利権者の許諾を得ずに、無断で一件の技術方案の市場ニーズを満たすことにより、専利権者が自ら市場ニーズを実現する選択権を排除する行為に該当する。損害賠償は正に市場ニーズを満たす上述の取引機会に対して、金銭的に評価するものであるが、そのうち、最も重要なのは、市場取引の機会の喪失を参考にして、適宜に実施許諾料に基づいて賠償額を計算する方法は、最低限を守る性質のある損害賠償の計算方法である。専利権者に逸失利益にかかる損害が存在しない場合、又は侵害者が得た収益がゼロである場合でも、侵害者は依然として適宜な実施許諾料により算出した損害額を負担しなければならない。

⁷³ 法釈[2020]12 号、公布期日 2020 年 11 月 16 日。

⁷⁴ 田村善之『知的財産権と損害賠償』213 頁（弘文堂、2004）。

市場機会を喪失した金額の計算において、市場における同一技術方案に係るある具体的な消費者群のニーズが一回しかないため、同一消費への利用から、数回の賠償を得ることができない。たとえ権利者に対して、各種の計算方法への選択権を与えたとしても、権利者が自己の立証能力などに基づき、同一損失の計算結果に係る最も高い計算方法を選択することについては許されるものの、同一損害に対する重複計算については許されない。なお、異なる損害、又は未だいづれかの計算方法による重複の計算を経ていない損害については、権利者が一件の訴訟の中で柔軟性のある選択で、多種の計算ルールを運用し、共同で最終的な賠償額を計算することを容認している。典型的な事例は、日本の特許法102条1項1号における逸失利益の賠償を主張する際に、侵害者が証明した専利権者の市場ニーズが専利品に回されていない部分について、専利権者が再度当該部分から控除した逸失利益に対する推定により、再び102条3項における適当な使用料額を主張できるか否かの事件である。市場機会の喪失を特許権の主な保護すべき法益としているため、当該法益の最低限を守る救済方法は、適当な実施許諾料である。たとえ特許権者自体が発明を実施せず、侵害者が発明を実施したことによりもたらした逸失利益の損失が存在しなかつたとしても、少なくとも業界内平均許諾料の基準より高く、特許発明の市場価値に相当する許諾料の金額と同等なものを得ることができる。したがって、控除した逸失利益の推定について、同様に再び適宜の実施使用料の賠償（日本の特許法102条1項2号）を請求することができる。

勿論、ここで指摘すべきところは、上述の一般理念と違って、商標権侵害による損害賠償の計算には一定の特殊性が存在する。すなわち、標識に係わる法と創作に係わる法が法益の保護において、著しい区別が存在することを考慮すれば、商標法で保護しているのは、主に出所・識別機能であり、創作に係わる法では主に独創性の内容自体を保護している。この場合、商標権者自体が使用していない状況下で、実際の許諾料賠償において最低限を守る計算方法とすることはできないが、これは日中両国の実務の中のいずれにも現れている。例えば、日本の最高裁判所が取り扱った「小僧寿司」事件⁷⁵では、「商標権の本質は、商標の出所識別機能を通じて、商標権者の業務上の信用を保護すると同時に、商品の流通秩序を維持することにより、一般消費者の保護を求めていたが、これは特許権又は実用新案権などのようなそのもの自体が財産価値を有するわけではない。したがって、たとえ登録商標に類似する商標を使用して、第三者が製造販売している商品の商標として使用したとしても、当該登録商標が完全に顧客に対する魅力がないというわけではない。当該登録商標と類似する商標を使用したが、第三者製品の販売促進に完全に寄与したことがない場合、得るべき利益である許諾料に相応する金額の損害が生じなかつたと認定すべきである。」と指摘した。

中国の実務における「意見」（2009）7条でも、特に「登録商標権者又は譲受人に実際に使用する意図がなく、登録商標を賠償請求のための道具だけにする場合は、賠償しなくても宜しい。登録商標がすでに商標法に定める連続三年不使用の状況に該当する場合、その損害賠償請求を認めなくとも宜しい。」と強調している。実務の中では、権利者が不使用の状況で許諾料の計算方法を主張することを認めていない。

合理的倍数の確定については、「権利侵害プレミアム」の理念の下で考量することができる。いわゆる「権利侵害プレミアム」は、下記のものを指す。「仮に権利侵害行為を発見された後、侵害者に命じて支払わせる実施許諾料と誠実を持って事前に許諾を得た上、生産経営活動に従事する被許諾人の許諾料と同等にする場合、事前に合法的に許諾を得た後で生産経営に従事する行為に対するインセンティブは、

⁷⁵ 最判平成9.3.11民集51巻3号1055頁。

二度と存在せず、かつ権利侵害行為の頻発を助長することになる。しかも、事前に取得した実施許諾契約について、被許諾人は、往々にして販売数量の多寡にかかわらず、いずれも一定の金額（最低費率）により許諾料を支払うが、特定状況の下で許諾契約を解除できる場合を除き、いずれも支払義務を履行し、かつたとえ権利が後で無効にされたとしても、すでに履行完了した許諾料については、その返還を求めることがない。被許諾人が上述の負担を負うため、許諾料は上述の負担を負わない侵害者に比べ、大体低く評価されている。したがって、後で侵害者が負うべき許諾料金額に対する遡及性の評価を行なうとき、合法的に許諾を得た料率を基に大幅に増やすべきである。そのため、既存の許諾実務及び業界内の通常許諾料率の基に「権利侵害プレミアム」の立場から合理的倍数の設定を考慮すべきであり、悪意などの要素を考慮すべきではない。

(iv) 法定損害賠償

中国の現実の中でよく適用されている法定損害賠償の計算方法について、学術界ではすでに一定の合意が得られている。それは二つの側面における当該計算方法の「回帰」を促進することである。その一は、「法定損害賠償」が伝統的な損害賠償方式⁷⁶に戻ることを促進するのである。この側面では伝統的な賠償方式の適用条件の明確化、商標権者の立証負担の軽減、損失との因果関係を証明する難度の低減などの措置を取ると同時に、法院が簡単に法定損害賠償⁷⁷を適用するのではなく、当事者に伝統的な方法を適用して賠償額を計算するよう導くことを強化することである。その二は、「法定損害賠償」が損失補填機能に回帰し、懲罰的考量⁷⁸を消去するよう促進することである。すなわち、法定損害賠償について、当事者が正確に損害額を確定することが困難である状況の下での一種の推定的計算方法として理解し、その適用が依然として損失の存在を前提とし、裁判官が関連事件の中で明らかにした事実では、原告に確かに損失が発生したことを証明できないとき、法定損害賠償の適用も制限⁷⁹されていることである。

(v) 手続法上の制度保障

上述の実体計算規定のほかに、手続法において、実務に既存しているやり方を考慮し、かつ日本の実務を参照し、損害賠償額の計算の実効性を確保すべきである。具体的に言えば、主に五つの内容を含んでいる。①損害に係わる必要な事実への立証が困難である場合、法院が如何に裁量性賠償を適用するかということである。②当事者に対して損害賠償額の計算に用いる資料を提出するよう命じることである。③川下に位置する販売者への処理である。④訴訟に係わる弁護士及び代理人などの費用の計算である。⑤持続した権利侵害に関する訴訟時効の規定の適用である。

①について、現在の実務において実際損害又は権利侵害による利益の具体的金額を証明しかねるとき、「裁量性賠償」を適用することには、比較的大きい不確定性がある。日本の特許法105条の3及び民事訴訟法248条の規定（商標法39条準用、特許法105条の3）においても、損害賠償額の酌量確定に関する規定がある。すなわち、「損失」の存在を認定する状況の下で、損害額に必要な事実がその性質上、立証が極めて困難なとき、法院は口頭弁論の全過程の趣旨、及び証拠調査の結果に基づき、適宜に損害賠

⁷⁶ 蒋舸「知的財産権における法定損害賠償は伝統的損害賠償方法への回帰」法商研究2019年第2期。

⁷⁷ 典型的なのは、「江蘇省高級人民法院商標権侵害紛争の審理指南」（江蘇省高級人民法院民三庭、公布期日2011年1月1日）の9条2項1号である。

⁷⁸ 和育東「知的財産権侵害における法定損害賠償制度の異化と回帰」清華法学2020年第2期。

⁷⁹ 徐聰穎「中国商標権法定損害賠償の現状及び反省」甘肅政法学院学報2015年第3期。

償額を認定することができる。当該規定は、損害賠償額から形成される裁判官の心証に対する具体的な規定であり、損害の事実を証明できる状況下で、当該規定を適用することができず、権利者が証明責任を負うものとする。既存の実践において、賠償額の計算に真偽が不明で、裁判官の心証が形成しかねる状況の下で、通常、権利者に不利な金額を言い渡していた。しかし、当該規定の下で真偽が不明な情況で、立証責任を負う当事者に対して、オールオアナッシングではなく、平均的な計算方法を採用している。例えば、損害賠償額についての50%確率で200万元、50%確率で1000万元という、既存の心証程度の下で権利者の200万元の損害額しか認められないものの、当該規定に基づき、平均的な心証を採用した場合は、 $600\text{万元} (50\% \times 200\text{万元} + 50\% \times 1000\text{万元})^{80}$ に達することができる。したがって、非常に大きい程度で損害賠償額を増やす機能を実現することができる。

②について、通常、権利侵害製品の数量、権利侵害による利益金額などの証拠資料がいずれも侵害者に掌握されているため、仮に侵害者が主動的に当該資料を提出しない場合、権利者は証明責任を履行することができなくなる。したがって、立証妨害の規定に基づき、当事者は相手方に対して、関連資料を提出するよう命じることを請求することができる。それと同時に、資料の所有者に正当な理由がある場合、関連資料の提出を拒むことができる。ただし、関連資料が一方の営業秘密に係わるという理由だけでその提出を拒んではならず、法院は双方当事者の関連利益を総合的に判断した上、一方に対して関連資料の提出を命令するか否かについて結論を出すものとする。中国の商標法では、一方の当事者が法院の関連資料提出の命令に違反して、その提出を拒否した場合の対処について、明確に規定せず、「権利者の主張と提供された証拠を参照した上、賠償額を判断することができる。」としか規定していない。それに対して、現実の中では懲罰的な立場から判断したり、又は権利者の主張の成立を直ちに推定したり、若しくは侵害者の権利侵害による利益が莫大であって、法定損害賠償の最高限度額を超えていると推定したりしている。権利者の高すぎる賠償主張が認められることを防ぐために、日本の実務経験を参照した上、業界で通用する損害額を基にして、権利者の主張が受け入れるかどうかを考慮することができる⁸¹。

③について、川下に位置する販売者が担う損害賠償額において、事実上、日中両国では共通した問題意識があるが、具体的な規範の構成上に比較的大きい差異が存在している。日本では軽過失状態における減額計算の形式で表現されている。日本の商標法38条6項（特許法102条5項）では、被疑侵害者の軽過失状態における損害賠償額の減額を定めている。同時に、裁判所が当該条項の規定を利用して、裁量時に必要限度を超えることを防ぐために、軽過失状況における賠償額について、商標法38条3項（特許法102条3項）における許諾使用料相当の金額を下回ってはならないと定めている。本条項の規定は、日本で実務に適用された例はさほど多くなく、かつたとえ適用時に被疑侵害者が軽過失であると認めたとしても、損害賠償額に対して減額計算を行なうとは限らず、裁判所の裁量で決まるわけである。通常、当該条項の規定は、主に「侵害連鎖」（すなわち、侵害者が川上の製造者、川中の卸売業者、小売業者などを含む様々な流通の段階に置かれていたが、これらの企業は権利侵害品の流通につれて、連帶して権利侵害責任を負うことになっている）中に、川下に位置する多種の製品を経営している小売業者に対する規定である。小売業者に対して、販売している商品が権利侵害に該当するか否かについて逐一に確認することを要求すると、過重な負担となるため、軽過失の規定を通じて、ある程度その経営コスト⁸²を低減することができる。一方、中国では合法的な出所の抗弁の形で存在しているが、当該抗弁が

⁸⁰ 田村善之『ライブ講義知的財産法』396頁（弘文堂、2012）。

⁸¹ 田村善之『知的財産法〔第5版〕』322頁（有斐閣、2010）。

⁸² 田村善之『知的財産権と損害賠償』328頁（弘文堂、2004）。

成立した後、被疑侵害者は、合理的な権利保護の支出しか負担しない。

④について、訴訟中に発生した弁護士及び代理人などの費用に対して、日本の司法実務では、損害賠償額の 10%は権利侵害行為との間に相当因果関係⁸³があると見なすことを確立している。実務の中でも損害賠償額が 500 万円を下回る状況の下で、明らかに訴訟の必要費用の割合を高く、損害賠償額が 1 億円を上回る状況の下で、訴訟の必要費用の割合を低減させる前例⁸⁴が現れている。したがって、日本で 10%の割合を基準として、事件の難易度、訴訟の経緯などの具体的な状況に合わせて、適切に権利者の権利保護のコストを補償するやり方は、中国の司法実務における弁護士費用の賠償判断に、比較的に大きい不確定性が存在する現実に対して、非常に参考になっている。

⑤について、持続的な権利侵害に関する処理において、訴訟時効の理解に回帰すべきである。すなわち、権利者が権利侵害行為を知る、又は知るべきであったときから三年以内に訴えた場合、いずれも時効利益を喪失せず、起訴日から三年前に遡って計算した損失を主張することができる。起訴時にすでに三年の訴訟時効が経過した場合、仮に起訴時に権利侵害行為が持続的に存在すれば、例外的に起訴時点からその前の三年まで遡って計算した損害賠償⁸⁵を与えることができる。

(3) 懲罰的損害賠償の計算方法の適用に関する解釈論の構成

商標分野を皮切りに、中国の知的財産権に係る単行法では、いずれも懲罰的賠償制度を導入している。公法と私法、民事と刑事との間の区別を絶対的な規律としてみるべきではないものの、法実現における私人の役割⁸⁶を發揮させる必要がある。しかし、民事、行政と刑事の三者間の関係を協調し、二重制裁などにより過度に制止する現象の出現⁸⁷を防ぐことは、依然として必要となっている。

商標分野の行政处罚からみれば、周知の通り、権利侵害行為を制止するための行政法の執行において、典型的な中国の特徴を有している。通常、権利者は自ら権利保護のコストを負担すべきであるものの、中国で行政機関が全国民の税金を利用して、権利者の代わりに私権を保護する一種の選択である。権利者は商標権侵害を受けた時、法院に提訴することだけではなく、工商行政管理部門に摘発を要請することもできる（法（2019）60 条）。しかも、工商行政管理部門にも法により権利侵害行為（法（2019）61 条）を取り締まる権利がある。工商行政管理部門が取り締まる際に、権利侵害行為が成り立ち、不法経営額が 5 万元以上であると認めた場合、不法経営額の 5 倍以下に相当する罰金を科することができるが、不法経営額がなかったり、又は不法経営額が 5 万元以下であったりした場合は、25 万元以下の罰金を科することができる。五年内に二度以上の商標権侵害行為を行ったり、又はその他の深刻な情状が存在したりした場合は、厳重に处罚（法（2019）60 条）すべきである。そのうち、不法経営額の認定において、商標法実施条例⁸⁸（2014）78 条の規定に基づき、次に掲げる要素を考慮すべきである。すなわち、権利侵害商品の販売価格、表明された未販売の権利侵害商品の価格、すでに明らかにした権利侵害商品の実際販売価格の平均値、真正品の市場における中間値、侵害者が権利侵害により得た営業収入、その

⁸³ 増井和夫=田村善之著、李揚ほか訳『日本專利判例指南』460 頁（知的財産権出版社、2016）。

⁸⁴ 飯田圭「特許権侵害による損害賠償額に関する立法的諸課題について」ジユリスト 2016 年 11 月号、43 頁。

⁸⁵ 同様の観点については次を参照できる。張偉君「如何に『権利侵害の損害賠償額を 2 年前に遡って計算する』？」http://blog.sina.com.cn/s/blog_4da63f410100k2re.html、発表期日 2010 年 7 月 4 日。

⁸⁶ 田中英夫、竹内昭夫『法の実現における私人の役割』156 頁（東京大学出版社、1987）。

⁸⁷ 佐伯仁志著、丁勝明訳『制裁論』239 頁（北京大学出版社、2018）。

⁸⁸ 国務院令第 651 号、発布期日 2014 年 4 月 29 日。

他合理的に権利侵害商品の価値を計算できる要素である。

商標分野の刑事制裁からみれば、中国の刑法における商標関連犯罪は、計三種類の罪名があるが、それぞれ「登録商標の偽造罪」(213条)、「登録商標の偽造品を販売する罪」(214条)及び「不法製造、不法製造した登録商標標章を販売する罪」(215条)となり、法定刑において、いずれも罰金刑を含んでいる。最高人民法院・最高検察院の「知的財産権侵害刑事事件の取扱における具体的法律応用の若干の問題に関する解釈(三)」⁸⁹の10条では、「知的財産権を侵害した犯罪について、犯罪の不法所得金額、不法経営金額、権利者にもたらした損害額、模倣品の数量及び社会にもたらした損害などの情状を総合的に考慮した上、法により罰金を科さなければならない。通常、罰金額については、不法所得金額の一倍以上五倍以下で確定している。不法所得額について明らかにできない場合、その罰金額については、通常、不法経営金額の百分之五十以上一倍以下で確定している。不法所得額と不法経営額のいずれに対しても、明らかにできない場合、三年以下の有期懲役、禁固、管制又は罰金を科した場合、通常、3万元以上100万元以下で罰金額を確定する。三年以上の有期懲役を科した場合、通常、15万元以上500万元以下でその罰金額を確定する。」と定めている。

民事訴訟、行政処罰と刑事制裁に係る手続法の設置において、民事訴訟と行政法の執行を取り扱うときは、通常、民事訴訟優先の原則を採用する。例えば、専利行政執法弁法⁹⁰の10条では、「専利業務管理部門に専利権侵害紛争の取扱を請求する場合は、『当事者が当該専利権侵害紛争について法院に起訴していない』条件を満たすべきである。」と定めている。すなわち、仮に当事者が先行して法院への提訴を選んだ場合は、行政法執行手続を排除したことになる。しかし、仮に当事者が優先的に行政法執行手続処理を選択し、その後更に法院への取扱を請求した場合、法院はその取扱を排除せず、先行して行われる行政機関の案件も民事訴訟手続に移送しないため、二種類の手続は平行して展開されることになる。このような状況において、行政法執行から下された罰金と民事訴訟における懲罰的賠償は、同時に存在する可能性がある。

一方、民事訴訟と刑事訴訟を取り扱うとき、通常、「先刑後民」の原則を採用している。すなわち、最高人民法院の「經濟紛争事件の審理における經濟犯罪容疑の若干問題に関する規定」⁹¹の10条から12条に定めた「法院が經濟紛争事件を審理するとき、經濟犯罪容疑があることを発見したり、又は警察機關若しくは検察機関が經濟犯罪容疑を認めたりした上、当該事件を受理した法院に書簡で告知した場合、審査を経て確かに經濟犯罪の容疑があると認めた場合、事件を警察機關又は検察機関に移送しなければならない」ということに基づくものとする。当該規定の中の經濟犯罪とは、主に最高人民检察院・公安部〔警察機關〕の「公安機關が管轄する刑事事件の立件追訴基準に関する規定(二)」⁹²に列挙された罪名を指しているが、それには知的財産権侵害罪も含んでいる。実務において、多くの知的財産権に係る犯罪事件は、いずれも行政機関が行政法執行の中で、經濟犯罪容疑があることを見つけた上、警察機關⁹³へ移送した事件である。したがって、行政罰金と刑事罰金では二重処罰のような状況は発生していないものの、刑事罰金と民事懲罰的賠償の間では、二重処罰のような状況が発生する可能性がある。特に中

⁸⁹ 法釈[2020]10号、発布期日 2020年9月12日。

⁹⁰ 国家知的財産権局令71号、発布期日 2015年5月29日。

⁹¹ 法釈[2020]17号、発布期日：2020年12月29日。

⁹² 公通字[2010]23号、発布期日 2010年5月7日。

⁹³ 「行政執法機關は犯罪容疑のある事件を移送する規定」（国务院令第730号、発布期日 2020年8月7日）3条2項では、「知的財産権分野における不法事件について、行政法執行機関は、調査収集した証拠と明らかにした事実に基づき、合理的な犯罪容疑が存在し、公安機關より更なる措置を取って証拠を入手することにより刑事事件の立件追訴基準に達するか否かを判断する必要があると認めた場合、公安機關に移送しなければならない。」と定めている。

国の知的財産権分野では、刑事付帯民事手続を承認するか否かについて、相変わらずに争議⁹⁴が存在している。最高人民法院の「『中華人民共和国刑事訴訟法』の適用に関する解釈」⁹⁵138条では、「被害者が人身権利に対する犯罪により侵害を受けたり、又は物が犯罪者に毀損されたりして物質的損失を被った場合、刑事訴訟手続き中に民事訴訟を付隨的に提起する権利を有する。」と定めている。その中の判例では、「登録商標偽造の犯罪行為により被った経済損失について提起した付隨的な民事訴訟は、刑事付帯民事訴訟事件の受理範囲に対する司法解釈の規定を満たさない。」⁹⁶と指摘している。一部の判例では肯定的見解を示している。例えば、「璜時得」事件⁹⁷では、刑事付帯民事訴訟手続の中に、刑事罰金10万元を科した上に、経済損失30万元も賠償する判決を言い渡した。刑事付帯民事訴訟手続を適用できない場合、被害者は法院の民事裁判法廷に別途民事訴訟を提起することができる。民事訴訟手続の中では再度懲罰的賠償の計算方法を適用する可能性もある。

上述の規範への整理からみれば、民事懲罰的賠償と行政処罰、民事懲罰的賠償と刑事制裁は、いずれも重複に適用される状況が生じ得るため、更にある程度で協調する必要がある。現段階で想像できる解決方法には、行政法執行と民事訴訟の二種類の手続の間にお互いに排斥するルール、すなわち、当事者がその中の一種の手続を選んで、権利侵害救済を実現することだけを認められる規定などのルール設定をすることを含む。民事訴訟と刑事訴訟の二種類の手続の間では、刑事訴訟の附帯民事訴訟で民事賠償の問題を解決できることを承認してこそ、同一司法手続の中で刑事罰金と民事の懲罰的賠償を協調させることができる。

⁹⁴ 童海超「知的財産権に係わる刑事付帯民事訴訟における刑事と民事の区別—熊四伝が登録商標を模倣する事件への評析」科技と法律2012年第2期。

⁹⁵ 法釈[2012]21号、公布期日2012年12月20日。

⁹⁶ 「六つの核桃」事件（安徽省安庆市中級人民法院刑事附帶民事裁定書（2017）皖8刑終54号）。

⁹⁷ 湖北省高級人民法院刑事附帶民事判決書(2011)鄂知刑終字第1号。

第3節 日本における知的財産権の損害賠償制度

I. 「日本の知的財産権侵害に対する損害賠償額の算定の現状と課題」

東京大学 田村 善之 教授

1. 序

日本の特許権侵害に対する損害賠償額の算定に関する歴史を俯瞰する。

特許権侵害に対する損害賠償の請求権を根拠づける条文は民法 709 条であり、そこにいう「権利」に特許権が含まれると解されている。特許法 102 条には、民法で損害賠償が認められることを前提として、その損害額の算定のための特則が設けられている。

102 条 1 項は逸失利益額の推定規定であり、1998 年改正で新設された。2019 年に従前の 102 条 1 項が実質的に 102 条 1 項 1 号に移動し、同号の推定が認められなかった場合に一定の条件の下に相当実施料額賠償を認めるために新たに 102 条 1 項 2 号が設けられた結果、条文の様相は大きく変更されたが、当該論点以外の取り扱いに関する条文の骨格は変わっていない。

102 条 2 項は侵害による利益額を損害額と推定する規定であり、現行特許法が制定された 1959 年に導入されたもので、当時は 102 条 1 項であったが、1998 年改正による特許法 102 条 1 項の新設に伴い、102 条 2 項に移動している。

102 条 3 項は、一般には「実施料相当額賠償」と呼ばれているが、私は以前から、「相当実施料額」と呼んでいる。後から述べるように、ライセンス契約の実施料に相当する金額ではなく、特許権侵害に対する相当な実施料額の賠償を定めるものだという現在では通説的になっている理解を呼称に反映させたほうがよいと考えたからである。同項も 1959 年改正により設けられたものであり、当時は 102 条 2 項であったが、1998 年改正により 102 条 3 項に移行した。1998 年に算定目標が、後述するように、事後的に見て相当な実施料額であることを明確化するための文言改正がなされており、さらに 2019 年改正でその旨を明確化する規定が 102 条 4 項に新設された。

2. 特許権侵害について何故特則を設ける必要があるのか

それでは、何故、このように特許権侵害に対する損害賠償額の算定について特則が設けられているのだろうか。その答えは、典型的な財産権である所有権と異なる、特許権の以下ののような特徴に求めることができる。

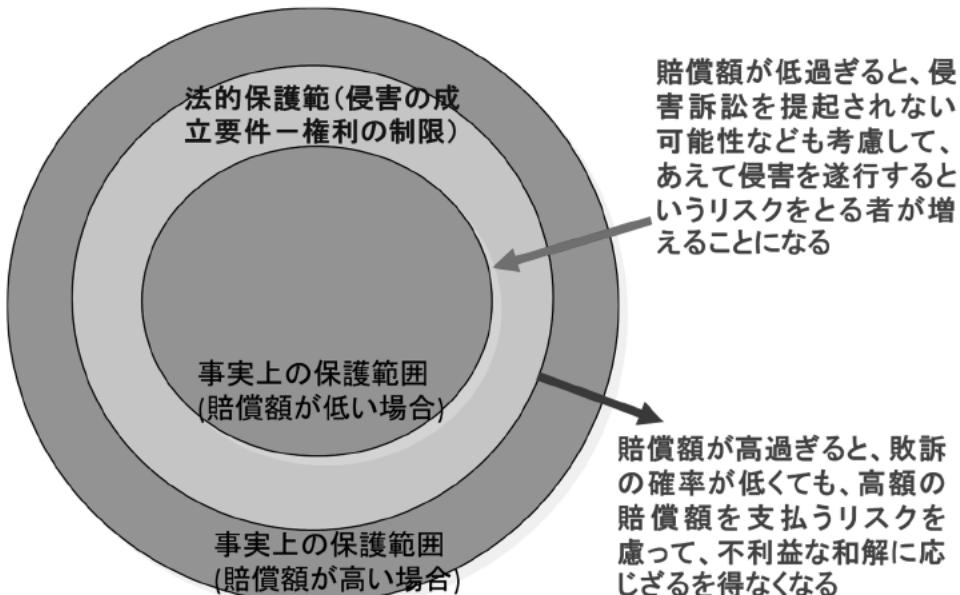
第一に、特許権侵害は、有体物に対する権利である所有権の侵害と異なり、いたるところで行われる。その反面、やはり有体物に対する侵害と異なり、侵害に対して物理的な防御策を講じることが難しい。このように侵害に晒されやすく対策をとりにくいという事情は、権利の保護の実効性に悖るところがないよう、賠償額を高め、侵害を抑止することが望まれる。

たしかに、損害賠償は過去の侵害行為に対する救済であって、将来の侵害行為の抑止、予防をなす機能は、第一義的には、差止請求の果たすべき役割では有る。しかし、上述したような特殊事情が特許権侵害にあることを考えると、損害賠償にも抑止力を発揮するような制度設計が期待されるということになる。

ところが、特許権の侵害は、有体物の毀損という形ではなくて、市場を媒介として損害が発生するので、可視的に把握することができない。これは、何も特則を設けず、権利者に証明責任を負担させたままにしておくと、損害額はむしろ低めに算定される危険性があるということを意味する。

これらの事情は、特許権侵害に対する損害賠償額の算定を高める方向の対策を設けることを要請する¹。

それでは、特許権侵害に対しては賠償額をひたすら高めた方がよいのかというと、そもそもいっておられない事情もあることに注意が必要である。それは、やはり有体物と違って、特許権は侵害となるか否かの範囲が必ずしも明確でないために、サンクションが強すぎると事実上保護の範囲が拡大するという可能性があるからである。



図の「法的保護範囲」は、本来、クレーム解釈や均等論の結果、技術的範囲が特定され、そこから先使用、消尽、そして無効の抗弁などに関する検討を経て決定された違法か否かの境界線であるとする。賠償額の算定が低すぎる場合、発見されなかつたり、訴訟提起されなかつたりすることを考えると、侵害をしたほうが得となると考えて侵害に走る者が増える結果、特許権の実効的な保護の範囲はこの境界線の枠内により狭い範囲に縮減することになる。

他方、賠償額が高すぎると、訴訟に行けば相当な確率で勝てると思っていても、いざ敗訴してしまった場合の賠償額が極めて高額であることが見込まれると、賠償額の期待値が相応に高額なものとなる。そのような状況下で、特許権者から、この時点で応諾すれば低廉な実施料で許諾するという申込みがなされた場合、訴訟で争うことを選択した場合の期待値その他の訴訟に随伴するコストの見込み次第では、この特許権者からの申込みを承諾することが経済合理的な行動になりうる（そして、そのような事態は、勝訴できると信じている確率が5割を超えていても起こりうる）。そうすると、賠償額が高すぎる場合には、事実上、特許権が保護される範囲も広がり、特許法が予定しているものよりも遥かに拡大すること

¹ 田村善之「特許権侵害に対する損害賠償（1）～（4）」法学協会雑誌108巻6・7・9・10号（1991年）【田村善之『知的財産権と損害賠償』（新版・2004年・弘文堂）206頁所収】。1988年ぐらいから書き始めて1990年に書き終えたこの論文では、こうした問題意識を開陳しながら、当時の裁判実務が特許権侵害に対する損害賠償をともすれば低めに算定する傾向にあったこと（後述する3点セットの問題点を参照）を批判的に考察し賠償額を高める算段を講じた。しかし、1990年代後半から裁判実務の傾向に変化が見られ、何度か法改正もなされた結果、後述するように、現在では特許権侵害訴訟において認容される損害賠償額の水準は、従前に比して相対的に高度化している。そうすると、逆に、次に本文で述べるような問題意識が芽生え、今にいたっている。

とになりかねない。

そうすると、追求すべきは、事実上の保護範囲が広すぎるということもなく、狭すぎるということもなく、法が予定している保護範囲をそれほど外さないところで収まるような、その意味での適正な賠償額を算定することだということになる。そのための舵取りは決して容易ではない。特許権侵害に対する損害賠償額の算定に関しては、法改正が何度も繰り返され、裁判例の傾向も変化しているが、本稿のようなものの見方をすると、それらの作業はこの難しい落とし所を探っていく漸進的な試行錯誤として位置づけられることになる。

3. 賠償額の水準の高度化の歴史～法改正と裁判実務の変遷とその評価～

(1) 1959年改正

前述したように、特許法102条は、1959年の現行特許法成立時に導入された。

改正作業においては、損害額の算定が困難であることから権利者が実効的な救済を受けえないという問題を解消するために、当初、ドイツの特許権侵害に対する三つの損害賠償額の算定方法（逸失利益の賠償、侵害者利益の返還、相当実施料の賠償）が参酌され、相当実施料額賠償の他、侵害行為により侵害者が得た利得の返還を義務づける規定を導入すべきことが審議会により答申された²。しかし、その後、答申の案は、侵害者利益の返還を認めていた点において、民法の損害概念に適合しないとして、法務省民事局等の強い反対にあつた。その結果、あくまでも答申の線で事を運ぼうとする特許庁と民事局の妥協の産物として、現在の特許法102条2項（1959年改正法102条1項）の侵害により得た利益額を権利者の損害額と推定するという規定が設けられることになった³。

(2) 1990年代前半までの裁判実務の問題点～「3点セット」～

(i) 序

日本の特許権侵害に対する損害賠償額の裁判実務は、1990年代初め頃までは、「3点セット」とでもいうべき問題点を抱えていた。

(ii) 3点セットその1：逸失利益賠償におけるオール・オア・ナッシング志向⁴

現在の特許法102条1項1号の逸失利益の推定規定は1998年に新設されたものであり、それまでは民法709条をそのまま適用して、差額説に立って、侵害がなかった場合に特許権者が得べかりし財産状態に戻すために、侵害がなかりせば得べかりし利益の賠償という形で、逸失利益の賠償が求められていた。

しかし、裁判実務においてそれが認容されるためのハードルは極めて高く、オール・オア・ナッシングとでもいうべき傾向を示していた。侵害製品に特許発明の実施部分以外に特徴がないとか、市場において他に競合製品がないなどの事情があるために、侵害製品の全ての需要が特許権者の製品に向くよう

² 特許庁編『工業所有権制度審議会答申説明書』（1957年・発明協会）142～143頁。

³ 以上につき、参照、田村善之『知的財産権と損害賠償』（新版・2004年・弘文堂）47～63頁。

⁴ 田村・前掲注3・3～6頁。

な場合には、侵害製品の全個数について因果関係が認められ、逸失利益の賠償が認められていた。しかし、侵害製品に特許発明以外の特徴があるとか、市場において競合製品が存在する場合であっても、侵害がなければ侵害製品の需要者の何割かは特許権者の製品に向くのではないかと思われるような事案で、当時の裁判所は、そのような中間的な数字を示すことなく、因果関係の証明がないとして、逸失利益の賠償を全面的に否定していた。

このオール・オア・ナッシングの取扱いにより、当時の裁判実務における 709 条に基づく逸失利益の賠償の要件が非常に高度化しており、侵害製品に特許発明以外の特徴があるとか、市場において競合品があるという一般によくある通常の事例では、賠償が認められないという状況にあった。

(iii) 3 点セットその 2 : 権利者不実施の場合の侵害者利益の推定の否定

次なる問題は、侵害者利益の推定において、特許権者が実施していることが推定の要件と解されたことである⁵。

1998 年改正前の特許法 102 条 1 項、そして現在の 102 条 2 項の侵害者利益の推定規定の条文上はそのような要件は書かれていなくても関わらず、裁判実務は、102 条 1 項は損害額を推定するものであって、損害自体は推定しないと考え、特許権者が不実施の場合には、損害が発生していないので 102 条 1 項は適用されないとしていた。ただ、特許発明を実施していなくとも、たとえば侵害製品と競合する製品を実施していれば足りるのではないかという論点はあり、実際、その後の時期の裁判例ではその意味で特許発明の実施は要しないとされるにいたるのであるが、いずれにせよ特許発明の実施ではないにせよ、侵害行為と競合するような実施はなしている必要があると解されている。ゆえに、特許権者がそのような実施をなしていないという意味で不実施の場合には、侵害者利益の推定は働かないという限界があった。

(iv) 3 点セットその 3 : 相当実施工賠償における実施契約の相場への平準化⁶

1998 年改正前の特許法 102 条 2 項（現行法 102 条 3 項）の賠償額に関して、裁判実務は、実施契約の相場による平準化を行っていた。

当時の裁判例の傾向を概括しておけば、被侵害特許発明の実施許諾例に解する約定率を重視しながら、それが同種製品における一般的な相場よりも高率の場合には減額を加える、また侵害者と権利者の間の特殊な事情があればそれも参酌される、証拠がなければ、3~5%を主流とする一般的な相場か、もしくは、発明価値に応じて販売価格の 4%、3%、2%を基準率とする国有特許実施契約書に記載されている実施工料の方式が活用される、というものであった。

そうすると、特に権利者が不実施の場合などには、逸失利益はいうに及ばず、侵害者利益の推定も働かないでの、賠償額はこの実施工料相当額ということになり、そこでは実施契約で一般的に支払われる実施工料の相場等、実施許諾を求めるにいった場合と同程度の金額を支払えば足りることになる⁷。そして、見つかったり訴訟提起されたりしない可能性があることを考えると、むしろ経済合理的には侵害したほう

⁵ 田村・前掲注 3・8 頁。

⁶ 田村・前掲注 3・24~26 頁。

⁷ さらにいえば、権利者（=国）が利益を得ようというよりは一般に技術を実施してもらおうと考え、低廉なものとなっているのではないかと思われる国有実施許諾契約の実施工料が参照される場合には、むしろ金額は実施許諾を求めるにいった場合よりも安くなることのほうが多いように思われる。

が得ということになりかねないという問題があった。

(3) 3点セット克服の提言

筆者は、こうした3点セットの問題点が当時の裁判実務にあることを指摘するとともに、その解決策として、3点セットそれぞれに対して以下のような対策を掲げていた⁸。

第一に、3点セットその1に対しては、たしかに、市場において他に競合品が存在する場合には、侵害行為がなかったとしても侵害者の製品の需要はひとり権利者の製品にのみ向けられることはない。また、価格その他の特許発明の実施部分以外の特徴が侵害者の製品の需要者の購買動機となった場合には、侵害者の製品が特許の実施部分を包含していなかつたとしても、当該需要者は侵害者の製品を購入したかもしれない。したがって、権利者が侵害者と「同数」の製品を販売したと認定することはできないであろう。しかし、正確に数量を特定することができなくても、少なくともこの程度を下ることはないと心証が採れる割合というものはあるはずだから（たとえば、5割か6割かは特定できないが、少なくとも4割は超えるはずであるなど）、その限度で因果関係の証明があるものとして扱わなければならない⁹。そのような中間的な取り扱いをなせば、逸失利益の賠償におけるオール・オア・ナッシングの問題は解消することになる、というのが第一の提言であった。

第二に、3点セットその2にかかる当時の特許法102条1項（現在の2項）の侵害者利益額の推定に関しては、従来の裁判実務や学説が逸失利益を推定する規定と捉えていることを批判し、むしろ当時の2項（現在の3項）の相当実施工料額の損害を推定するものとして捉えるという考え方（=重疊適用説）を提唱した。102条1項をして、そのような2項の金額を侵害者利益の額でいったん推定し、後は侵害者のはうで自己に留保すべき金額を証明していくというような過程を辿る利益配分の規定として機能させるという目論見である。相当実施工料賠償は権利者が不実施の場合でも請求可能と解されているので、この重疊適用説の下では、権利者が不実施であっても102条2項を推定する102条1項の適用が失われることなく、ゆえにその場合でも102条1項の推定の下で侵害者利益の配分が行われることになる。

第三に、3点セットのその3に対しては、事後的に見て相当な実施工料額という概念を導入することを提唱した。

この考え方は、一般的のライセンス契約における実施工料額の算定と、侵害訴訟における当時の特許法102条2項（現在の3項）の賠償額の算定の性質の差異を踏まえところから出発する。

ライセンス契約における実施工料額は、いわば事前的に見て相当な実施工料額といってよい。それは、和解契約的な性質を有するものなどの例外はあるが、通例は、将来行われる実施工行為に対して約定する。そこでは、対象となる実施工行為による利益が確定しておらず、また、特許がじつは無効であったり、ライセンス対象製品がそもそも特許発明の技術的範囲に属しておらず実施工料を得る必要がなかったりする可能性があるにも関わらず、ライセンスを支払うというリスクを負う。もちろん、中には、そのような無効となったり非侵害となったりする可能性が何らかの事情により極めて小さいとか、少なくとも当事者は全く意識していないなどという例もあるだろう。しかし、ライセンス契約の実施工料に関する業界の相場のように、多数の契約例を取り扱う場合には、大数の法則で、必然的にこうした無効や非侵害

⁸ 田村善之「特許権侵害に対する損害賠償（4）」法学協会雑誌108巻10号（1991年）〔田村・前掲注3。・261～263頁所収〕。

⁹ 古城春実「特許・実用新案侵害訴訟における損害賠償の算定（2）」発明86巻2号45頁（1989年）。

のリスクを勘案してライセンス料が割り引かれている例が一定割合で混入しているはずである。

これに対して、侵害訴訟における特許法102条3項の実施に対し受けるべき金銭の額は、事後的に見て相当な実施工料額といってよい。そこでは、過去に既に行われている実施工行為（＝侵害行為）に対して遡及的にその対価を算定する作業が行われる。通例のライセンス契約の場面と異なり、侵害であること、無効の抗弁が提出されなかつたか、あるいは成り立たないことが確定した実施工行為に対してその対価が算定されることになる。この場合、たとえばその種のリスクを勘案した割引の影響を受けているライセンス契約における実施工料の業界相場をそのまま用いてしまうと、必要がないリスクの分が参入されてしまい、その分、対価額が過少となってしまう。したがって、特許法102条3項の金額を算定する場面で業界の相場に依拠する場合には、こうしたリスクで割り引かれている分を逆に割増し（＝侵害プレミアム）を与える必要がある¹⁰。

また、ライセンス契約の場面では、将来、実施工行為からどのような利益が得られるか不確定で予測が困難であることに加えて、営業秘密であることも少なくない利益率を相手方に開示したくないという意識が働いて、売上げに対して一定の料率をかける算定方式が採択されることが多い。そして、大量にライセンス契約をなしている企業にとっては、業界の相場に依拠しておけば、個別的に損得はあっても、これまた大数の法則で、大過ないライセンス料を收受することもできる。

他方で、侵害訴訟の場面ではすでに実施工行為（＝侵害行為）は終了しており、そこから得られた利益の額も判明していることが少なくない。くわえて、侵害者の営業秘密に配慮する必要性は薄く、また、侵害訴訟に至る事件は、一般的ルーティン・ワーク的に処理しうる事例とは区別された特異性を有していることが少なくないから（だからこそ訴訟に至るのである）、業界の相場による平準化に馴染まないところがある。そうだとすると、侵害訴訟において、事後的に見て相当な実施工料額を算定する際には、侵害者の利益額など、当該事件に特有の事情にむしろ目を向けるべきである¹¹。

（4）法改正と裁判実務による対応

（i）序

1990年代後半以降は、3点セットのうち、第1のものと第3のものについては法改正が施され、その後の裁判例の展開により問題がほぼ解消するにいたっている。

（ii）逸失利益の推定規定の新設：3点セットその1対策

3点セットの1点目の対策として、1998年改正で102条1項が新設された。

そこでは、逸失利益の推定規定が置かれるとともに、オール・オア・ナッシングの認定を防ぐために、但書きが設けられ、「譲渡数量の全部または一部に相当する数量を特許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」と規定された。

¹⁰ したがって、この事後的に見て相当な実施工料額という発想に基づく割増しは、少なくとも理屈のうえでは、制裁的要素をもっていない。むしろ、業界の相場に混入している無効となったり非侵害となったりする可能性のある実施工例は比較の対象として不適切なので、その影響を可能なかぎり除去するために行われる作業なのである。

¹¹ このような発想の下では、事後的に見て相当な実施工料額の算定にあっては侵害者の利益額から特許権者に帰属すべき分を配分するという算定手法を採用することが可能となる。そこに、侵害者利益額の推定規定をかぶせ、特許権者が侵害者利益額の立証に成功した場合には、侵害者のほうで自己に留保すべき金額を証明しなければならないとする重複適用説を提唱したことについては、既述したとおりである。

ここでは、推定を一部覆滅しうる事情がある場合には、いきなりゼロにするのではなく、当該事情に相当する数量に応じた額を控除しなさいと明言されている。そして、その控除の責任は侵害者とされているので、不明確な部分は侵害者に不利に臨むことが明らかにされている。これはまさに先ほどのオール・オア・ナッシング問題を解消する規定であるとともに、筆者の提言の上を行き、因果関係の証明が困難だという事情を奇貨として、その作業を侵害者の責任とすることで、その限度で、侵害抑止のためのサンクションを設けていると評価できる。

裁判実務も、一般的には、この趣旨をよく体現する運用をなしている¹²。最近、知財高裁の大合議により下された知財高大判令和2.2.28平成31(ネ)10003〔美容器〕は、102条1項但書きの「販売することができないとする事情」の解釈として、本判決は、どのような事情がこの推定の（一部）覆滅を導きうる事情に該当するかということについて、後に判文を紹介するように、特許権者と侵害者の業務態様や価格等に相違が存在すること（市場の非同一性）、市場における競合品の存在、侵害者の営業努力（ブランド力、宣伝広告）、侵害品及び特許権者の製品の性能、侵害品及び特許権者の製品の性能（機能、デザイン等特許発明以外の特徴）に相違が存在することなどがこれに該当する旨を説いた¹³。

また、近時の裁判例は、第三者が販売している製品が市場における競合品といえるかという点について、たやすく競合品と認めて推定を（一部）覆滅することはしないとする傾向を示しており、前掲知財高大判〔美容器〕もその系統に属している。賠償額の高額化をもたらす運用の一つといえる¹⁴。

なお、特許法102条1項に関しては、2019年に、推定が認められなかった場合に、その認められなかった数量の部分について、一定の条件の下に相当実施料額賠償による敗者復活を認めるための改正がなされた。その結果、条文の文言は大きく変更され、改正前の102条1項但書きは、102条1項1号括弧書きに移行しているが、相当実施料額賠償の敗者復活以外の取扱いを変更する意図は起草者なく、そのことは条文の文言に照らしても明らかである。ゆえに、前掲知財高大判〔美容器〕（2019年改正法が未施行の時点での事件）を含めて、従前の裁判例は、2019年改正後においてもその意義を失わないものと解される。

(iii) 事後的に見て相当な実施料額概念の導入：3点セットその3対策

3点セットの第3点目の対策として、事後的に相当な実施料額が算定の対象となることを明らかにするために、102条3項の文言が改正された。1998年改正前の条文では、「その特許発明の実施に対し通常受けるべき金銭の額」と書かれていたのだが、1998年改正では、この「通常」という文言があるがために通常の契約の相場に依拠する算定が行われているのではないかという考え方の下、この2文字をとることになったのである。この「通常」の2文字に本当に従前の裁判例の算定が相場に依拠していた原因があったのかということはさておき、文言の改正がなされたということは、運用を変更すべきであるとする起草者の意図を示すメッセージとして、裁判実務に受け止められたようであり、その後、事後的に見て相当な実施料額という発想を採用する判決が相次いだ¹⁵。

その集大成として、知財高裁の大合議判決である知財高大判令和1.6.7判時2430号34頁〔二酸化炭

¹² 当初こそ、後述するように、逸失利益が推定額を下回る事情が認められたとしても覆滅を容易には認めないとする裁判例が一部の傍論に認められたものの、他の裁判体に追随するものがないことにつき、田村善之〔判批〕知的財産法政策学研究59号掲載予定。この点に関しては後述する。

¹³ 参照、田村／前掲注12。

¹⁴ 参照、田村／前掲注12。

¹⁵ 参照、田村善之〔判批〕知的財産法政策学研究58号掲載予定。

素含有粘性組成物】は、特許法 102 条 3 項について、「同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工率に基づかなければならない必然性はなく、特許権侵害をした者に対して事後的に定められるべき、実施に対し受けるべき料率は、むしろ、通常の実施工率に比べて自ずと高額になるであろうことを考慮すべきである」と説いている。事後的に見て相当な実施工額が算定目標であること、そして侵害プレミアムが認められるべき旨が明言されたのである。

そして、前掲知財高大判【二酸化炭素含有粘性組成物】の直後に成立した 2019 年改正特許法 102 条は新たに 4 項を設け、102 条 3 項の賠償額を算定するに際しては、当事者が「特許権・・・の侵害があったことを前提として・・・合意をするとしてたならば・・・得ることとなる」対価を考慮することができると規定した。これは、「特許権の侵害があったことを前提として」とは、侵害行為が特許発明の保護範囲に属し、各種制限規定や制限法理に該当せず、なかんずく無効の抗弁も成立しないことを前提とするということを意味するものであり、事後的に見て相当な実施工額という発想を採用することが、前にもまして明らかになったといえる。

なお、侵害プレミアムがどの程度の高額化をもたらすものかという点につき、前掲知財高大判【二酸化炭素含有粘性組成物】は、具体的な当てはめとして、業界の相場として 5.3% という数字が出ていたところ、原告が有する別特許の侵害に関する解決金などを参考しつつ、売上高の 10% をもって 3 項の実施工率としており、侵害プレミアムを具現している。特許権者の同種特許に対する侵害にかかる紛争における解決金も参考しているとはいえ、それ自体、侵害を踏まえた金額の例であり、特段の事情なく、侵害プレミアムのみをもって相場の倍額と判断したわけであるから、今後の裁判例では、相場の倍額を一つの標準として、そこから調整していく取扱いが流行るのではなかろうか。

(iv) 侵害者利益の返還の導入の見送り：残された課題としての 3 点セットその 2

これらの改正の結果、3 点セットのうち手つかずとなったのは、2 点目の侵害者利益の推定にかかるものだけとなった。

裁判例は一貫して、102 条 2 項の規定は、損害額を推定するに止まり、損害の発生までは推定しないという立場を堅持している。たとえば、知財高裁の大合議判決である知財高大判平成 25.2.1 判時 2179 号 36 頁【ごみ貯蔵機器】¹⁶は、「特許権者に、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には、特許法 102 条 2 項の適用が認められる」と説いている。この説示は、同項の推定を受けるためには特許発明を実施している必要はないが、侵害行為がなければ利益が得られたであろうという関係があることを推定規定適用の前提要件としたものといえる¹⁷。その後に下された大合議判決である前掲知財高大判【美容器】も、傍論ながら、この説示を踏襲している。これらの判決の論法の下では、特許権者が特許発明の実施品や競合品について製造販売輸入等をなしていない場合には、102 条 2 項の推定は一切働かないことになる。

また、推定の覆滅に関し、前掲知財高大判【美容器】は、「特許法 102 条 2 項における推定の覆滅については、同条 1 項ただし書の事情と同様に、侵害者が主張立証責任を負うものであり、侵害者が得た利益と特許権者が受けた損害との相当因果関係を阻害する事情がこれに当たると解される。例えば、[1]

¹⁶ 参照、田村善之【判批】知財管理 63 卷 7 号 1107~1123 頁（2013 年）。

¹⁷ 具体的には、特許権者が訴外会社を通じて日本に特許製品を輸入していたという認定の下での説示であり、この事実の評価を前提とする限り、特許権者は（訴外会社を通じてではあるが）日本国内で特許発明を実施（=輸入）していくことになるから、該当部分の説示は厳密には傍論となる。

特許権者と侵害者の業務態様等に相違が存在すること（市場の非同一性）、〔2〕市場における競合品の存在、〔3〕侵害者の営業努力（ブランド力、宣伝広告）、〔4〕侵害品の性能（機能、デザイン等特許発明以外の特徴）などの事情について、特許法102条1項ただし書の事情と同様、同条2項についても、これらの事情を推定覆滅の事情として考慮することができるものと解される。」と説いている。これは、逸失利益の推定規定である102条1項と同様の覆滅を求めるものといえる。とりわけ、市場における競合品が存在する場合に関しては、たしかに侵害がなかったとした場合に、侵害者の需要が競合品に流れる分は、権利者の利益に帰するわけではないから、逸失利益という発想の下ではその賠償は認められない。しかし、競合品に流れる分は、侵害がなかったと仮定した場合に、侵害者の手元に残るわけでもないのだから、侵害による利益を返還させるという発想の下では、権利者に返還すべきであるということになる。その意味で、この点においても、前掲知財高大判〔美容器〕の法理は、侵害者利益の返還には馴染まない¹⁸。

学説上は、少数説ではあるが、権利者の逸失利益の状況如何に関わらず、侵害者利益の返還を認めるべきであるという議論が一定の支持を集めている。しかし、既に見たように、裁判実務は、特許法102条2項の推定規定を発動させるためには、あくまでも権利者に逸失利益という損害が発生していることが必要となるという立場を崩していない。

（5）評価

このような歴史的変遷を経た日本の特許権侵害に対する裁判実務における賠償額の算定の現在の運用は、適切な範囲に収まっているのではないかと思われる。一昔前の1980年代や1990年代初めの頃であれば、3倍賠償を導入するという意見もそれなりに支持を集めたかもしれないが、現在では、むしろ、そのような賠償額の水準の質的な変化をもたらす改正を支持する声は少ない。

4. これからの課題：損害額算定の予測可能性の確保

（1）問題の所在

仮に本稿の見立てが正しく、賠償額の高額化という課題が解消したのだとしても、それで日本の特許権侵害に対する損害賠償に関する課題が全て消失したというわけではない。賠償額の算定の明晰化という課題が残されていると思われるからである。

特許権侵害は、以下に具体的な事例を検討していくように、様々な態様で行われる。こうした多種多様な事例についてカズイステッシュに対応していたのでは、いつまで経っても、損害額算定の予測可能性は確保されない。

あるいは、損害賠償額の予測可能性など、確保する必要があるのかという疑問をお持ちの方がいるかもしれません。たとえば、侵害行為に及んでいる侵害者の予測可能性など、そもそも確保する必要があるのか、特許権者にしても侵害されることを予測しえないことが多いのだから、賠償額について予測可能

¹⁸ もっとも、近時の裁判実務は、実際に市場において競合品であるのかという認定を厳しく吟味し、推定の一部覆滅を容易には認めない傾向にあることにつき、田村／前掲注12を参照。

性を確保することになにか意味があるのか、という疑問である。

こうした疑問は正鵠を射ていると思われるが、課題はこうした侵害前の予測可能性の確保にあるのではなく、侵害後、より厳密には紛争が顕在化してから後の予測可能性の確保にある。裁判において算定される損害額の予測可能性を高めれば、訴訟前の和解が促進され、紛争の早期解決が図られる。いったん訴訟にいたってからも、裁判所が侵害を肯定する心証を抱いてたから後の和解が促進される。こうした課題は、そもそも侵害の抑止の機能を果たしうる賠償水準の高度化に比すれば大きな課題とはいえないかもしれないが、紛争が起きることを防ぐことが大切なことであるのであれば、いったん紛争が起きてしまってから後もその解決を迅速かつ円滑に進めることもその重要性を否定しないように思われる。とりわけ、前者の高額化の課題が相当程度解消したのだとすれば、次なる課題の解決に力を傾注することが望まれよう。

この観点から、損害額の算定に関する各論的な個別の論点に対する裁判実務の取り扱いを吟味すると、そこで採用されている解釈論が、ある場合には逸失利益を前提としていたりするのに対し、他の場合には逸失利益では説明が困難であり、規範的損害論のような他の損害概念を前提としているといわざるを得ないものだったりと、区々に分かれていることが問題となる。しかも、それが 102 条の各項毎に分かれているというのではなく（そうであれば、一つの項のなかでは統一した損害概念が採用されていることになり、予測可能性は確保される）、同じ項の中でも統一されていないのである。これでは、新たな論点が生起した場合に、裁判所がいったいどのような解釈論を採用するのかということを、損害論から予測することが困難となる。

そこで、以下では、解決の糸口を探るために、この観点から、特許法 102 条の各項ごとに主要な論点について主流派の裁判例が採用している解釈論を、そこで前提とされている損害論という観点から分析し、問題状況を明らかにする作業から着手してみよう。

（2）特許法 102 条 1 項の各種論点において裁判例が採用している損害概念について

（i）概観

特許法 102 条 1 項のいわゆる逸失利益額の推定規定に関する各種論点について主流派の裁判例が採用している解釈論は、その通称のとおり、逸失利益で説明できるものが多いが、他方、一部の論点について逸失利益で説明できない処理を志向しているのではないかということを伺わせる大合議判決が現れている。

（ii）逸失利益を前提とする取扱いその 1：「侵害行為がなければ販売することができた物」の意味

特許法 102 条 1 項 1 号は、文言上、同項の推定が適用の要件の一つとして、特許権者等に「侵害の行為がなければ販売することができた物」があることを要求しているが、その意義については、特許発明の実施品であることを要するのか否かという点について議論がある。

裁判例に目を向けると、かつては、傍論ながら、特許の実施品であることを要求するものもあった¹⁹。この少数説の実践的意義は、そのように推定の要件を絞ることにより、但書きの推定の覆滅をほとんど認めないようにするというところにある。特許発明の実施品であるからこそ、侵害製品と規範的に補完

¹⁹ 東京地判平成 13.7.17 平成 11 (ワ) 23013 [記録紙] など。参照、田村／前掲注 12。

的な関係にあることを擬制することができ、ゆえに、事実の問題として、市場において他に競合品が存在するなどの主張をして、102条1項但書き（2019年改正法の下では102条1項1号括弧書き）の「販売することができないとする事情」に該当しないとする解釈論に結びつけようというのである²⁰。そして、その立論を支えるために、少数説は、特許法102条1項の前提とする損害概念は逸失利益ではなく、「市場機会の喪失」という規範的な損害であるとする²¹。

しかし、現在の裁判例の主流は、不要説である。主流派の裁判例の下では、特許権者の販売している製品が侵害製品と市場で競合する製品であれば、「侵害がなければ販売することができた物」に該当するのであって、それ以上に、特許発明の技術的範囲に属するものであるのかを確認する必要はなく、侵害製品と市場で競合する製品であれば足りる、とされている²²。

最近、大合議判決である前掲知財高大判〔美容器〕も、特許権者の製品は特許発明の実施品であるという事案であったので、厳密には傍論ではあるが、「侵害行為によってその販売数量に影響を受ける特許権者等の製品、すなわち、侵害品と市場において競合関係に立つ特許権者等の製品」であれば足りると説き、主流派の裁判例に与することを明らかにした²³。

特許法102条1項の依って立つ損害概念が逸失利益であるとするならば、前掲知財高大判〔美容器〕に代表される主流派の裁判例に与することになる。特許権者が製造販売している製品が特許発明の実施品でなかったとしても、侵害製品と市場で競合していることはありうるのであって、かりに市場で競合しているのであれば、侵害がなかったとすれば侵害製品の需要のいくばくかは特許権者の製品に流れ込むと思われる。特許権者をして侵害なかりせば得べかりし財産状態に戻してやるためにには、こうした侵害がなかりせば得べかりし利益、すなわち、逸失利益の賠償を認めなければならない²⁴。このいくばくかの割合を正確に証明することには困難がつきまとうが、だからこそ、権利者の救済に悖ることがないように、102条1項の推定の適用を認めなければならない²⁵。したがって、逸失利益という損害概念を前提とすると、特許法102条1項の「侵害行為がなければ販売することができた物」は、特許発明の実施品である必要はないと解すべきことになる²⁶。

（並）逸失利益を前提とする取扱いその2：「単位数量当たりの利益の額」の意味

特許法102条1項1号は、侵害者の侵害製品の譲渡数量に、侵害がなければ特許権者等が販売するこ

²⁰ 三村量一「特許権侵害による損害額の算定－特許法102条1項を中心に－」パテント 70巻14号（別冊18号）2～6頁（2017年）（筆者は、少数説を唱えた一連の裁判例の裁判長である）。

²¹ 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）294頁。じつは、市場機会の喪失という概念は、1998年改正により102条1項が新設される以前に、相当な実施工料額の賠償を定める当時の特許法102条2項（現在の102条3項に相当する）、さらには侵害利益による推定を定める同条1項（現在の102条2項に相当する）に関して、筆者が提唱したものであるが（田村／前掲注8・1563～1565頁【同・前掲注3・213～218頁所収】）、筆者自身は、102条1項は逸失利益を損害として観念していると理解している（田村善之「特許法102条1項但書きの推定覆滅事由の理解について」特許研究36号7～9頁（2003年）【同・前掲注3・334～336頁所収】）。

²² 参照、田村／前掲注12。

²³ 田村善之「損害賠償に関する特許法102条の改正について」知財管理49巻3号（1999年）【同・前掲注3・313～314頁所収】。

²⁴ 原増司／内田護文他『出願・審査・審判・訴訟』（特許法セミナー（2）・1970年・有斐閣）872～873頁。

²⁵ 参照、田村／前掲注12。

²⁶ 田村／前掲注23【同・前掲注3・313～314頁所収】。筆者は、1998年特許法改正に関与した際に、かなり早い段階から、新設される特許法102条1項について、特許発明の実施品ではなく市場において競合する製品であれば推定規定の適用を認めうるような文言の条文とすべきことを、特許庁工業所有権制度改正審議室の起草担当者に繰り返し提言しており、それから条文の「侵害がなければ販売することができた物」という文言に反映されたという経緯がある。

とができた物の「単位数量当たりの利益の額」を乗じた額を特許権者等の受けた損害の額と推定している。

1998年特許法改正により特許法102条1項が制定される前、民法709条のみに基づいて特許権侵害に対する損害として逸失利益の賠償が認められていた時代から、逸失利益を算定しようとする限り、賠償すべき金額は、侵害がなければ増加すると想定される特許権者等の代替製品の売上額から、それを達成するために増加すると想定される費用を控除した額（＝「限界利益額」）となることが指摘されていた²⁷。賠償額から投入済みの費用が控除されてしまうと、費用が二重にカウントされる分、損害の賠償が過少となり、侵害なかりせば得べかりし財産状態に権利者を回復させることに失敗することになるからである。この見解の下では、売上高から原材料費ないし仕入費、輸送費等、侵害行為により投下する必要がなくなった費用は控除しなければならないとしても、設備費、人件費他的一般管理費等のうち既に投入済みの経費を控除する必要はない、ということになる。

1998年改正102条1項における「単位数量当たりの利益の額」に関しては、これを限界利益の額の意であると解する見解が一般的であり²⁸、裁判例もこの見解を採用している²⁹。前掲知財高大判〔美容器〕も、限界利益説を採用すべき旨を説いた。

そして、もちろん、この限界利益説は、出自からも明らかなように、逸失利益を前提とする見解である。

(iv) 逸失利益を前提とする取扱いその3：「その全部又は一部に相当する数量を当該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」の意味

特許法102条1項1号括弧書きは、侵害者の侵害製品の譲渡数量の全部または一部に相当する数量を特許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を控除する旨を定めている。

1998年改正による特許法102条1項の新設の直後から、大方の学説は、同項但書きの推定の覆滅を導きうる事情として、侵害者の製品の方が低廉であるという事情、侵害者の売上のなかに特許発明の実施部分に起因するというより侵害者の製品の別の特徴に基づくところがあるとか、侵害者の広告等の販売努力に負うところが大きいという事情、他に競合製品があるという事情などを掲げていた³⁰。

裁判例のなかには、特許法102条1項が前提とする損害概念を、前述したように、「市場機会の喪失」と捉えたうえで、侵害者の営業努力や、市場に代替品や競合品が存在したからといって、「販売することができないとする事情」に該当するものではない旨を説くものもあった³¹。しかし、同じ裁判長の下での判決を除けば、支持が広がることはほとんどなかった³²。

そして、こうした一部の例外を除けば、裁判例は、通説的傾向と合致しており、市場における競合品の存在や、侵害製品と権利者の製品の価格差といった事情を推定の（一部）覆滅事由として扱っている³³。

²⁷ 「限界利益」という名称とともに、古城春実「特許・実用新案侵害訴訟における損害賠償の算定（2）」発明86巻2号45頁（1989年）。賛意を表するものに、田村／前掲注8・1569～1571頁（1991年）〔同・前掲注3・238頁所収〕。

²⁸ 田村／前掲注23・333頁〔同・前掲注3・314～315頁所収〕など。参照、田村／前掲注12。

²⁹ 参照、田村／前掲注12。

³⁰ 田村／前掲注23・335頁〔同・前掲注3・318頁所収〕など。参照、田村／前掲注12。

³¹ 東京地判平成14.3.19判時1803号78頁〔スロットマシンI〕など。参照、田村／前掲注21〔同・前掲注3・333～334頁所収〕、田村／前掲注12。

³² 参照、田村／前掲注12。

³³ 参照、田村／前掲注12。

そして、前掲知財高大判〔美容器〕も、通説的見解に与し、「例えば、①特許権者と侵害者の業務態様や価格等に相違が存在すること（市場の非同一性）、②市場における競合品の存在、③侵害者の営業努力（ブランド力、宣伝広告）、④侵害品及び特許権者の製品の性能（機能、デザイン等特許発明以外の特徴）に相違が存在することなどの事情」が推定覆滅事由となる旨を説いた。

そこで掲げられた事情は、逸失利益の賠償が認められるために論理的な要件となる因果関係を否定する事情にほかならない³⁴。

(v) 逸失利益を前提としない取扱い：特許発明の特徴が特許権者の製品の一部に止まる場合の取扱い

特許発明の特徴が侵害製品や特許権者の製品に一部に止まる場合に、特許法102条1項をどのように適用するのかという問題がある。

従前の裁判例は、大別すると、3つに分かれている。

第一に、最初に有力となったのは、いわゆる「寄与率」の問題として処理するものである。特許法102条1項制定直後から、裁判例では、賠償額の算定の際に、実施部分の製品全体に対する「寄与度」ないし「寄与率」を算定して、その限度で推定を認めるという取扱いを示すものが現れた³⁵。しかし、「寄与率」という概念に対しては、侵害がなければどの程度、侵害者の製品の需要が特許権者の製品に向かわれるのかということは因果関係の問題なのであるから³⁶、その証明が困難であることを理由に推定規定を設けることとした特許法102条1項の趣旨に鑑み、同項但書きの推定覆滅事由として取り扱い、侵害者が証明に成功し得た限度で推定が（一部）覆滅すると解すべきであるという筆者らの反対論が展開されていた³⁷。そのようななか、裁判例では、「寄与率」概念を維持しつつ、その証明責任を、権利者ではなく、侵害者に課すなどの修正を加えるものも現れた³⁸。

第二に、次いで台頭してきたのは、筆者等の見解よろしく、この問題を特許法102条1項但書きの推定の覆滅のところで処理する裁判例である。この取扱いの下では、特許発明の実施部分が侵害製品中の一部に止まるという事情は、推定の（一部）覆滅の問題として扱われ、心証のとれた限度で推定が（一部）覆滅することになる³⁹。

第三に、これに対して、最近、大合議判決である前掲知財高大判〔美容器〕は、第三の道を選択した。特許法102条1項の「単位数量当たりの利益の額」の問題として扱うというのである。大合議判決が採用した見解であるので、今後、裁判実務はこの方向で動くのだろう。

もっとも、このように解すると、「単位当たりの利益の額」は、通常は、特許法102条1項の推定のための要件と解されているから、その証明責任は権利者が負うことになりそうである。ところが、前掲知財高大判〔美容器〕は、この場合でも限界利益の全額が特許権者の逸失利益となることが事実上推定される旨を説いている。そのうえで、推定の覆滅に関しては、「推定覆滅は、原告製品の販売による利益に対する本件特徴部分の貢献の程度に着目してされる」旨が説かれている。具体的にも、本件特許発明の特徴部分が原告製品の販売による利益の全てに貢献しているとはいえないという事情を斟酌して、

³⁴ 参照、田村／前掲注12。

³⁵ 東京高判平成11.6.15判時1697号96頁〔蓄熱材の製造方法〕など。参照、田村／前掲注12。

³⁶ すでに、田村／前掲注8・1610頁〔同・前掲注3・244頁所収〕。

³⁷ 田村／前掲注31・332頁〔同／前掲注3・312～313頁所収〕。

³⁸ 東京地判平成15.3.26判時1837号101頁〔エアマッサージ装置〕など。参照、田村／前掲注12。

³⁹ 知財高判平成18.9.25平成17(ネ)10047〔エアマッサージ装置〕など。参照、田村／前掲注12。

推定額の限界利益額を6割控除した⁴⁰。

しかし、他の諸論点で、前掲知財高判〔美容器〕が、特許法102条1項が逸失利益額を推定する規定であると理解しうる取扱いをなしていたことは既述したとおりである。逸失利益額は、権利者の財産状態を侵害がなかったとした場合にあり得べかりし財産状態と現在の権利者の財産状態の差額として観念される。この額が、特許発明の特徴が特許権者の製品の一部に関わるに止まる場合にどのようなものになるのかということは、単に特許発明と特許権者の製品との関係を観察すれば答えを得られるというものではなく、侵害製品の需要者が、侵害がなかったとした場合に、はたして特許権者の製品を購入するのか、それとも市場における競合製品を購入するのか、あるいは、なお侵害者の製品を購入するのか、はたまた何も購入しないのか、ということで決定されるべき問題であり、その結果、権利者の製品を購入するわけではないという割合が、推定の覆滅の割合として表現されることになるのである⁴¹。そして、まさにこの証明が困難であるがゆえに、特許権の保護に悖ることのないよう、その責任を侵害者に課すことにしたのが、特許法102条1項1号括弧書きにほかならない⁴²。

しかるに、前掲知財高大判〔美容器〕のように、この問題を「単位数量当たりの利益」の問題としたうえで、「原告製品の販売による利益に対する本件特徴部分の貢献の程度」によって推定の覆滅を決めるという論法は、少なくとも字面を見る限り、侵害製品の状況や、競合製品の状況を顧みることなく、特許発明と特許権者の製品を観察するだけで答えが出るような理解を生みかねない点で疑問を禁じ得ない。

たとえば、特許権者と侵害者の2名のみが特定の1人の顧客を相手に大型の1つのロケットの受注を競っており、それぞれ様々な技術を駆使した見積もりを提出していたのだが、そのなかで当該顧客の関心は特許発明にかかるタンクの部分にこだわっていたところ、そのタンクの分を比較のうえ侵害者のロケットを発注したとする。この場合、侵害がなかったと仮定した場合の世界では、特許権者に発注されたと考えられる事例であるから、当該ロケット一個を受注したことによる全利益の額の賠償を認めないことには、侵害がなかったとした場合に得べかりし財産状態に回復することができない⁴³。ところが、本判決の抽象論だと、侵害者の状況とは無関係に、特許発明の特徴が特許権者の製品の販売による利益に貢献している程度が参酌される結果、たとえば特許発明以外にも一般的には利益に貢献する要因があることを理由に推定額が減額されることになりかねない。

実際、前掲知財高大判〔美容器〕の裁判体を構成する裁判官の一人が著した論文は、侵害製品の全ての需要者つまり100%の需要者が侵害がなければ特許権者の製品を購入すると想定される事例においても、特許発明が製品の一部に関わるに止まる場合には、100%の損害賠償を認めるべきではなく、何らかの配分を行わなければならないと考えることを明言している⁴⁴。しかし、そのような配分による減額

⁴⁰ 参照、田村／前掲注12。

⁴¹ 参照、金子敏哉「日本法における特許権侵害に基づく損害賠償—モデル化による寄与率等へのアプローチー」日本工業所有権法学会年報41号82~83頁(2018年)。

⁴² 金子／前掲注41・82~83頁、宮脇正晴「米国法における特許権侵害に基づく損害賠償」日本工業所有権法学会年報41号105~106頁(2018年)。

⁴³ 裁判例においても、考案や意匠の実施品が芯管であったところ、侵害者も権利者も芯管に分包紙を巻いて需要者が当該実施部分に着目して購買している場合には、侵害行為がなければ権利者の製品が購入されたと考えられるから、利益全額を逸失したと認めた判決がある(大阪地判平成12.2.3平成10(ワ)11089「薬剤分包機用紙管」、大阪高判平成12.12.1判タ1072号234頁[同])。

⁴⁴ 佐野信「製品の一部のみに特許発明が実施されている場合の特許法102条1項、2項による損害額算定における諸問題」知的財産紛争の最前線(Law & Technology別冊)6号82頁(2020年)がそれであり、侵害者の製品の一部に特許發

をなしてしまうと、特許法102条1項により、侵害がなかったとしたならばあり得べかりし財産状態に権利者の財産状態を回復させることに失敗することになる⁴⁵。このような取扱いが、いかなる損害論につながるのかは定かではないが、少なくとも逸失利益を前提とするものでないことだけは確かである。

(vi) 小括

特許法102条1項1号に関する各種論点に対する主流派と目される裁判例は、「侵害行為がなければ販売することができた物」、「単位数量当たりの利益の額」、「その全部又は一部に相当する数量を当該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」については逸失利益を前提とする取扱いをなしているが、他方で、最近の大合議判決である前掲知財高大判〔美容器〕は、特許発明の特徴が特許権者の製品の一部に止まる場合の取扱いについて、抽象論として、逸失利益で説明できない処理を志向している。

(3) 特許法102条2項の各種論点において裁判例が採用している損害概念について

(i) 概観

特許法102条2項の侵害者利益額の推定規定に関する各種論点については、主として逸失利益の推定規定として説明しうる処理がなされているが、一部に逸失利益としては説明が難しく、むしろ侵害者の利益吐き出しを目指していると理解するとおりがよい取扱いがなされている論点がある。

(ii) 逸失利益を前提とする取扱いその1：特許発明の実施の要否

前述したように、1959年改正においては当初、侵害者利益の返還の制度の導入が目指されたが、法務省の反対で、侵害者利益額をもって損害額と推定する旨の規定を設けることで決着したという経緯がある。このように積極的に推定規定の成立が目指されたわけではなく、妥協のような形で推定という形に落ち着いたという背景もあって、理論的になぜ推定されるのかという点が起草過程で深く詰められた形跡はない。特に推定の対象となる損害概念がいまひとつ明確にされないまま立法に至ったために（逸失利益なのか、それともそれとは別の損害概念なのか）⁴⁶、推定の要件やその覆滅に関する議論はほとんど詰められておらず、その後の裁判実務や学説に委ねられることとなつた⁴⁷。

明が一部に実施されているに止まるにも関わらず、侵害者の製品と権利者の製品が同一であるために、侵害者の製品がなかったとしたならばその全ての需要が権利者に向かうと想定される場合、「寄与度・貢献度を考慮した減額をしないと、1項により算定される損害額が過大となるのであり、寄与度・貢献度を考慮した減額が必要となる」と明言している。しかし、同論文は、なぜ「過大」と考えるのかということの理由は詳らかにしていない。そして、本稿は、むしろ同論文の見解のほうこそ、侵害なかりせばあり得べき財産状態に権利者を回復させることに失敗するから賠償額としては「過少」となると考える。

⁴⁵ 田村善之／飯田圭ほか「日本弁理士会中央知的財産研究所 第14回公開フォーラム『損害賠償論－更なる研究－』」パテント70巻14号（別冊18号）150～151頁（2017年）、田村／前掲注14・170頁。

⁴⁶ 参照、田村・前掲注3・60～62頁。

⁴⁷ もっとも、特許庁の起草作業過程では、民法学の権威であり工業所有権制度改正調査審議会一般部会委員でもあった我妻栄の損害論が参酌されている（参照、田村・前掲注3・57頁）。この我妻説は、特許権なるものが一般に権利者の下において利得を生ずるものである以上、権利者自身がはたしてそれだけの利得を上げ得たかということを検討することなく、侵害者が得た利得を権利者の損害とするのが妥当である、とするものであった。ただし侵害者が特殊な才能や機会に恵まれて、一般に合理的と予期される以上の利得を獲得したとすれば、その返還は認めないというものであった（我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（1937年・日本評論社）22・45頁）。民法の損失がそのように広い概念であるならば、民法によらしめれば足りるとの意見もあった（参照、田村・前掲注3・57頁）。起草当時、特許庁の事務官として

そのような状況下で、制定直後の草創期から裁判例で問題となったのが、特許権者が特許発明を実施していない等のために、侵害がなかったとしても侵害者の利益に匹敵するような利益を上げることはできないと思料される事案の取扱いである。裁判実務は、前述したように、特許法 102 条 1 項（当時）は、損害額を推定するものであって、損害の発生までは推定しないという理解を前提に、特許権者が実施していない場合には、推定が働く（覆滅ではなく、そもそも適用されない）という取扱いを示した⁴⁸。そのような場合には、権利者に逸失利益がない（大阪地判昭和 55. 6. 17 無体財産権関係民事行政裁判例集 12 卷 1 号 242 頁〔表札〕）とか、少なくとも侵害による利益と同種同質の利益を失っているとは考えられない（大阪地判昭和 56. 3. 27 判例工業所有権法 2305 の 143 の 63 頁〔電子的監視装置〕）というのである。その後、これも前述したように、特許権者が特許発明を実施していなくとも、競合品を実施しているなどの場合には逸失利益が発生しているのだから、侵害者利益額の推定が認められて然るべきではないかという論点が顕在化し、前掲知財高大判〔ごみ貯蔵機器〕がこれを認める一般論を展開し、その説示が前掲知財高大判〔二酸化炭素含有粘性組成物〕に踏襲された。

もっとも、いずれにせよ、これら大合議判決の法理の下でも、「特許権者に、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」でなければ、特許法 102 条 2 項の侵害者利益額の推定は認められないことに変わりはない。こうした取扱いは、同項が逸失利益を推定したものとする通説的な理解に馴染む。学説上は、逸失利益がなかったとしても、2 項を活用して侵害者利益の返還を認めるべきとする見解が筆者のものを含めていくつか唱えられているが⁴⁹、そうした考え方は裁判例の採用するところではないのである。

（iii）逸失利益を前提とする取扱い：推定の覆滅

かつての裁判実務においては、権利者が実施してさえいれば、侵害者利益の推定が覆されることは滅多になかった。よくその趨勢を体現する判決として、たとえば、一方で因果関係を問題にして売上げ減退による逸失利益額の請求を否定しつつ、他方で侵害者利益額の請求を推定規定によって全利益額に関する賠償を認容した判決がある（大阪地判昭和 62. 8. 26 判例工業所有権法 2585 の 899 の 63 頁〔モルタル注入器〕など）⁵⁰。

もともと、特許法 102 条 2 項に関しては、特許発明による利益は実施者や実施の仕方によって大幅に異なるものなのだから、経験則の問題として、侵害者利益額をもって権利者の逸失利益としての損害

起草作業に従事した織田季明は、後年、この我妻説をそのまま特許法 102 条 1 項（当時）の解釈論に当てている（織田季明＝石川義雄『増訂新特許法詳解』（1972 年・日本発明新聞社）368～369 頁）。

これらの見解では、推定の覆滅が、権利者の逸失利益との比較で推定を覆滅していくという作業ではなく、むしろ、あくまで侵害者の利益を睨んだまま、侵害による利益を侵害者と権利者に適切に配分していく作業として捉えられている節が伺われ、興味深い。この起草経過からは、特許法 102 条を（一定の条件の下での）「利得吐き出し型損害賠償」として機能させる契機があることが伺われるからである（参照、窪田充見「不法行為と制裁」『民法学の課題と展開』（石田喜久夫古稀・2000 年・成文堂）687 頁、「利得吐き出し型損害賠償」という命名とともに、潮見佳男「特許権侵害に 29 よる損害賠償請求と民法」大渕哲也他編『特許訴訟 上巻』（専門訴訟講座・2012 年・民事法研究会）348～353 頁）。

ただし、この我妻説は、けっして民法の通説的な解釈というわけでも、裁判例が採用している見解というわけでもなかったのだが、特許庁においてこうした民法学や裁判例における我妻説の浸透度が意識された形跡はない。こうした詰めの甘さが、結局、後年の裁判例において、起草者の意図どおりには 102 条 2 項が運用されない帰結が導かれることにつながったと評することができる。

⁴⁸ 参照、田村／前掲注 16・1111～1112 頁。

⁴⁹ 参照、田村／前掲注 12。

⁵⁰ 参照、田村／前掲注 16・1113～1114 頁。

額と推定することには無理があるという根本的な問題がある⁵¹。このように規定の合理性が見えないということは、逆にいったん推定してしまうと、どのように推定を覆していくのか、推定の覆滅過程を規律する合理的指針を欠くということをも意味している。従前、推定の覆滅がほとんどなされなかつたことには、そのような事情が与るところが大きかったのでなかろうか。

しかし、そのような状況に変化をもたらす動因となったのが、1998年特許法改正である。同改正により、侵害者利益の推定規定のお隣に逸失利益の推定を定める特許法102条1項が新設され、その但書きで推定の一部覆滅が明文化された。その後、裁判例では、実用新案権者以外にも実施品を製造販売する通常実施権者がいたことを斟酌して、3分の1の限度で推定の覆滅を認めた判決が現れ（東京地判平成11.7.16判時1698号132頁〔悪路脱出具〕）、以降、推定の一部覆滅を認める判決が散見するようになった⁵²。たしかに、同じ事情がかたや特許法102条1項では減額を導き、2項では導かないといふのはいかにも均衡を失する。そこで半ばバランスの観点から、特許法102条1項但書きにおいて推定の覆滅を導くに至る事情がある場合には、それとの平仄を合わせるために、特許法102条2項においても推定の覆滅が認められると考えられはじめたのではないかと推察される。

そのようななかで、前掲知財高大判〔二酸化炭素含有粘性組成物〕は、以下のように説いて、特許法102条2項についても、当時の同条1項但書きと同様の推定の覆滅過程を辿るべきことを明言したうえで、「例えば、〔1〕特許権者と侵害者の業務態様等に相違が存在すること（市場の非同一性）、〔2〕市場における競合品の存在、〔3〕侵害者の営業努力（ブランド力、宣伝広告）、〔4〕侵害品の性能（機能、デザイン等特許発明以外の特徴）などの事情」がこれに該当すると説いた。

特許法102条2項が権利者の逸失利益を推定する規定であると理解する限りにおいて穩当な取扱いといえる。他方、特許法102条2項の合理性を侵害者の利得の吐き出しに求める場合には、特許権者と侵害者の業務態様等に相違が存在すること、市場における競合品の存在などの事情が存在しても、侵害者が侵害により利益を得ていることに変わりはなく、ゆえに（一部）覆滅は認めるべきではないということになろう。

(iv) 逸失利益を前提としない取扱い：侵害者側の限界利益説

他方、特許法102条2項に関しては、逸失利益を前提としていたのでは説明がつかない解釈論が裁判実務において支持されている論点もある。

102条2項にいう利益の意義については、かつての裁判実務や学説は、純利益額が推定額となるということを前提としていた⁵³。しかし、権利者が新たに労働力ないしは設備投資を必要としないかぎりは、たとえば製品毎の「粗利益」額が逸失利益額になることも十分ありうる⁵⁴。それにも関わらず、一般管理費等、権利者が費やす必要のない費用を侵害者が要したということを理由にその控除を認めてしまうと、推定額が実損額から乖離してしまう。

そこで、筆者が提唱したのが、「権利者側の限界利益説」であった。特許法102条2項が権利者の立証責任を緩和する規定であるところ、一般管理費用等の控除項目は権利者にとっては証明困難であり、侵害者の方が証明しやすいことを考えれば、同項の「利益」は、権利者が最大限逸失する可能性のある

⁵¹ 中山信弘『特許法』（第3版・2016年・弘文堂）390頁。

⁵² 参照、田村／前掲注16・1115頁。

⁵³ 参照、田村／前掲注12。

⁵⁴ 古城春実「特許・実用新案侵害訴訟における損害賠償の算定（2）」発明86卷2号45頁（1989年）。

「粗利益」であり、その主張、立証があれば権利者は2項の推定を受けうると解すべきであろう。そのうえで、侵害者は自己の一般管理費用等を立証するだけでは推定額からの控除を受けないと取り扱うべきであるとするのである⁵⁵。

裁判例でも、著作権法114条1項（当時）の侵害者利益額の推定規定に関し、控除しうる費用に関してこの権利者側の限界利益説に与することを明言するとともに、具体的な算定においても、販売価格から費用を控除するに当たり、間接部門の労働者の人件費や、直接製造に関わる技術者が侵害製品の開発や製造上の慣熟に要した時間に費やされた人件費等を省く判決が現れた（東京地判平成7.10.30判時1560号24頁〔システムサイエンス〕）。以降、しばらくの間、この考え方を採用する判決が裁判例の主流を占める時代が続いた⁵⁶。

この「（権利者側の）限界利益」説の下では、侵害者の費用の控除を認めるか否かということは、それが権利者にとって追加的に必要な費用であったどうかという判断にかかることになる。侵害者の利益額を算定するために、侵害者の費用の額を控除するのであるが、しかし、その費用の額を控除するか否かということについては権利者側の事情を見るという、鶴的な判断を要求するのである。これは、もともと、侵害者利益の推定規定が、侵害者の利益をもって権利者の逸失利益を推定するという鶴的な構造をもっていることをそのまま推定額の解釈に反映させたからにはかならないが、それにしても不自然な作業を強いることに違いは無い⁵⁷（同説は、その責任はそのような推定を認めた立法にあると開き直るわけではあるが）。

そのような中、裁判例では、同じ「限界利益」説でも、侵害行為によって侵害者が追加的に必要とした費用のみを控除するという、「侵害者側の限界利益説」というべき裁判例が登場した。この侵害者側の限界利益説は、権利者にとって追加的に不要な費用であっても、侵害者にとって必要であれば控除を認めることになる説である点が、権利者側の限界利益説とは異なる。とくに、1998年改正で逸失利益を推定する特許法102条1項が新設され、侵害者の費用構造とは無関係に自己の費用構造にしたがって逸失利益の賠償を享受したい者は、特許法102条2項ではなく1項を利用すればよい状況になってからは、こちらの侵害者側の限界利益説が裁判例の趨勢を占め、近時は全く例外をみなくなった⁵⁸。

そして、前掲知財高大判〔二酸化炭素含有粘性組成物〕も、「侵害者の侵害品の売上高から、侵害者において侵害品を製造販売することによりその製造販売に直接関連して追加的に必要となった経費を控除した限界利益の額」である旨と説き、権利者側の限界利益説に与することを明らかにするとともに、その主張立証責任を特許権者側に課すことを明言した。

侵害者側の限界利益説は、権利者の逸失利益とは金額が乖離する可能性があり、特許法102条2項を逸失利益を推定する規定であると捉える通説的な見方に与する限りは、正当化することが困難である。しかし、同項が権利者の逸失利益を推定する規定であると解する限りは説明が困難であるが、利得吐き出しを狙う制度であると理解すれば、権利者が失ったものはなにかということではなく、侵害者が侵害により得たものはなにかということに着目することになるから、至極当然の理といえる。

⁵⁵ 田村／前掲注8〔同・前掲注3・235～240頁所収〕。

⁵⁶ 裁判例につき、参照、田村善之／増井和夫=田村善之『特許判例ガイド』（第4版・2012年・有斐閣）372頁。

⁵⁷ 参照、高松宏之「損害（2）—特許法102条2項・3項」牧野利秋=飯村敏明編『知的財産関係訴訟法』（追補版・2004年・青林書院）314～315頁。

⁵⁸ 裁判例につき、参照、田村／前掲注56・373～374頁。1998年改正の直後から、裁判例がそのように変化するであろうことを予言していたものとして、田村／前掲注23・338頁〔田村・前掲注3・323頁所収〕。

(v) 小括

特許法102条2項の各種論点に対する裁判実務は、特許権者が侵害行為により利益を失っていることを推定の要件としたり、市場における競合製品が存在する場合等に推定を（一部）覆滅したりする点では損害概念として逸失利益を前提としていると理解できる。他方、推定額について権利者側の限界利益説ではなく侵害者側の限界利益説を採用している点は逸失利益で説明することに難があり、むしろ侵害者利益の返還を志向していると理解した方が正当化が容易である。

(4) 特許法102条3項の各種論点において裁判例が採用している損害概念について

(i) 概観

特許法102条3項の相当実施工料額賠償に関しては、裁判例は逸失利益では説明しがたい規範的な損害論を採用しているといえるが、一部、逸失利益を算定する便法に過ぎないという理解を前提とした取扱いがなされる論点が残っている。

(ii) 逸失利益を前提としない取扱い：「特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額」の意味

特許法102条3項に関しては、侵害がなかりせば特許権者が実施工料から收受したはずの逸失利益としての実施工料（＝逸失実施工料）⁵⁹として基礎付けようすると、特許権者が実施工料を設定していなかった場合に賠償を請求しえないことになり、侵害があれば原則として常に請求しうると解されている3項の賠償を説明することはできない。

逸失利益として説明する他の方策としては、侵害がなかりせば特許権者が侵害者から收受したはずの実施工料の賠償を認めるものであるとする説明がありえるが⁶⁰、この説明の下では、損害額は、事件当事者である侵害者が侵害時点において特許権者と実施工料契約を締結した場合に支払うことになるであろう実施工料額となるはずである。ところが、既述したように、1998年特許法改正、2019年特許法改正は、筆者が提唱した事後的に見て相当な実施工料額賠償の導入を試みており、裁判実務もこの概念の論理的帰結である侵害プレミアムを認めている。そして、前掲知財高大判〔二酸化炭素含有粘性組成物〕もその理を確認した。

この事後的に見て相当な実施工料額賠償は、逸失利益ではなく、たとえば特許法が特許発明の実施に対する市場の需要をどのように利用するかを決定する機会を特許権者に排他的に与えているところを、侵害者がその機会を特許権者から侵奪したことをもって損害と解する筆者の見解⁶¹のように、特許法102

⁵⁹ この逸失利益としての実施工料を「逸失実施工料」と名付け、特許法102条が認める相当実施工料額賠償とは別物と理解し、その要件や金額が異なることを提唱したのは、田村／前掲注8〔同・前掲注3・248頁所収〕である。

⁶⁰ この説明をなそうとすると、侵害がなかったとした場合の仮想状態では、侵害者は特許権者に許諾を求めるにいき実施工料を支払うのではなく、むしろ、そもそも特許発明を実施しない、ゆえに実施工料も支払わないという行動に出ることが多いと考えられる。その頻度はともかく、そのようなことが十二分にありえることに間違いはなく、そしてその場合には、侵害がなかったとした場合の特許権者の仮想の財産状態では特許権者は侵害者から実施工料を收受しえなかつたはずである。そうだとすると、その場合には、侵害者から收受したはずの実施工料は侵害行為との因果関係を欠くことになるから、特許権者は逸失利益としてその賠償を請求しえないのでないかということが問題となる。

ただ、この点に関しては、侵害者は特許権者に對価を支払わなければなすことができない侵害行為に及んでいる以上、仮想状態においては侵害行為に及ばなかつたであろうということを主張して、その對価を免れることは自己の行為に矛盾しており、禁反言として許されないと論じることが可能である（田村／前掲注8〔同・前掲注3・249頁所収〕）。

⁶¹ 田村／前掲注8〔同・前掲注3・220～221頁所収〕。

条3項が特許法の趣旨を実現するための規範的損害概念を採用することで、容易に説明しうる算定手法である。

(iii) 逸失利益を前提とする取扱い：特許法102条1項の推定が認められなかった場合の相当実施料額賠償の可否

特許法102条1項で逸失利益の推定が失敗した場合、たとえば、特許権者に侵害製品の販売数量に対応するだけの製造販能力がないために同項1号括弧書き「実施の能力」がないとされて推定が認められなかつたり、あるいは、特許発明の特徴が侵害製品の一部に及んでいるに止まるとか、市場において他に競合品があるとか等の理由で推定が一部覆滅したりした場合、それらの推定が失敗した数量分について102条3項の相当実施料の賠償を受けることができるかという論点がある。

裁判例は当初、こうした敗者復活を認めていたが（東京高判平成11.6.15判時1697号96頁〔蓄熱材の製造方法〕など）、知財高判平成18.9.25平成17(ネ)10047〔エアマッサージ装置〕が、そのような請求は、「特許権者が侵害行為に対する損害賠償として本来請求しうる逸失利益の範囲を超えて、損害の填補を受けることを容認することになるが、このように特許権者の逸失利益を超えた損害の填補を認めるべき合理的な理由は見出し難い」との理由付けの下に復活を否定したために潮目が変わり、以降、否定説が裁判実務に定着した⁶²。

学説では、こうした否定説に対して、筆者の与する肯定説や折衷説が入り乱れていたが⁶³、2019年改正特許法は、こうした状況に終止符を打つために、新たに特許法102条1項2号を設け、特許権者の「実施の能力に応じた数量」（＝「実施相応数量」）を超える数量について同項1号の推定が認められなかつたり、特許権者が「販売することができないとする事情」があるために、「当該事情に相当する数量」（＝「特定数量」）について同項1号の推定が覆滅した場合、これらの数量に応じて、「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」の賠償を受けることができることを明定するに至った。3項の賠償額の敗者復活を、原則として認めることにしたのである。

ところが、起草者は、102条1項2号括弧書きに、「特許権者又は専用実施権者が、当該特許権者の特許権についての専用実施権の設定若しくは通常実施権の許諾又は当該専用実施権者の専用実施権についての通常実施権の許諾をし得たと認められない場合」には敗者復活を認めないとする文言を挿入したので、その意味が問題となる。

起草者によると、これは、特許発明が侵害製品や特許権者の製品の一部に関わるに止まるために推定が覆滅した場合に敗者復活を認めない趣旨であるという⁶⁴。しかし、そのような解釈は、2019年改正特許法102条1項2号の条文の文言に合わない。また、特許発明が製品の一部に関わることを理由に推定を覆滅させる度合いを測定するには、結局、侵害がなかったとすれば、侵害製品の需要者のうちどの程度の割合が特許権者の特許発明の実施品に向かうのかという問題設定をなさなければならないはずであり、そうだとすると、第三者の競合品との比較、侵害なきせば侵害者が製造販売していたと想定される非侵害製品との比較など、一般の推定の覆滅の問題と分離をすることが困難であって、取扱いを違

⁶² 参照、田村善之「逸失利益の推定覆滅後の相当実施料額賠償の可否」知的財産法政策学研究31号4～7頁（2010年）。

⁶³ 参照、田村善之「逸失利益の推定覆滅後の相当実施料額賠償の可否」知的財産法政策学研究31号4～7頁（2010年）。

⁶⁴ 川上敏寛「令和元年特許法等改正法の概要（上）」NBL1154号37頁（2019年）。

える理由はないというべきである⁶⁵。採用し得ない解釈論といえよう⁶⁶。それでは、2019年改正特許法102条1項2号括弧書きの意味は何かということが問題となるが、害のない規定とするために、括弧書きは特許権者と専用実施権者が併存する場合、特許権者は相当実施料相当実施料額の賠償を請求しうることができず、専用実施権者のみが請求できること⁶⁷を明文化しただけの趣旨と理解すれば足りよう⁶⁸。

ところが、前掲知財高大判〔美容器〕は、この点に関し、第三の道を示した。前述したように、同判決は、特許発明の特徴が特許権者の製品の一部に関わるということを、特許権者が証明責任を負担すると理解されている「単位数量当たりの利益の額」の問題としつつ、そのような場合でも、（特に理由も付すことなく）限界利益の全額が特許権者の逸失利益となることが事実上推定されると断じ、あとは事実上の推定の覆滅の問題としている。同判決は、2019年改正法が（成立後ではあるものの）未施行の段階で下されているが、この解釈が改正法にも適用される場合、特許発明の特徴が特許権者の製品の一部に止まるという事情は102条1項1号括弧書きの「販売することができないとする」事情（同項2号で原則として敗者復活が認められる「特定数量」の問題となる）ではなく、そもそも102条1項1号の適用の要件の「単位数量当たりの利益の額」に分類されるので、1項2号括弧書きの「特許権者又は専用実施権者が、当該特許権者の特許権についての専用実施権の設定若しくは通常実施権の許諾又は当該専用実施権者の専用実施権についての通常実施権の許諾をし得たと認められない場合」の文言解釈の問題に立ち入るまでもなく、1項2号括弧書きによる敗者復活が適用されないことになる。この場合に敗者復活を認めないとする起草者の趣旨を、1項2号括弧書きの文言上の疑義を迂回して、確実に実現する方策が提供されていると評することができる⁶⁹。

しかし、繰り返しになるが、1項1号括弧書きに該当しうる各種の推定覆滅事由のなかから、特許発明の特徴が製品の一部を占めるに止まるという事情をことさら取り出すことには無理があり、それを強引に区分してかたや敗者復活を認め、かたや敗者復活を認めないというように別異の取扱いとすることに合理的な理由はない。特許発明の特徴が製品の一部に止まるという事情を、権利者の「単位数量当たりの利益額」のところで処理する前掲知財高大判〔美容器〕の法理は、侵害製品の状況を参酌することなく、常に利益を按分することを志向する点で疑問があることは前述したとおりであるが、さらにこの法理は相当実施料額賠償の敗者復活の点でも問題を抱えていることになる。既述したように、そのような事情は「単位数量当たりの利益額」の問題として処理するのでなく、1項1号括弧書きの「販売することができないとする事情」という推定覆滅事由に該当するとしたうえで、1項2号の解釈としても、さきほど提唱したように、そのような事情によって推定が（一部）覆滅した場合にも敗者復活は否定されないという見解を採用すべきである。

いずれにせよ、この問題に関する起草者の見解や前掲知財高大判〔美容器〕の法理は、逸失利益が認

⁶⁵ 鈴木将文「特許権侵害に基づく損害賠償に関する一考察—特許法102条1項を中心として—」Law & Technology90号21頁（2021年）。中山一郎「政策・産業界の動き」年報知的財産法2019-2020・154～155頁（2019年）も参照。

⁶⁶ 金子敏哉〔判批〕小泉直樹=田村善之編『特許判例百選』（第5版・2019年・有斐閣）87頁も同様の評価を示す。

⁶⁷ 特許権者は民法709条に基づく逸失利益としての逸失実施料を請求しうることとともに、田村／前掲56・403～405頁。

⁶⁸ 田村善之=時井真=酒迎明洋『プラクティス知的財産法I 特許法』（2020年・信山社）173～174頁。賛意を表するものに、鈴木／前掲注65・24頁。

なお、このような読み方をする場合には、他の共有者の許諾を得なければ通常実施権を許諾できないと規定されている共有特許権者（73条3項）も、2019年改正特許法102条1項2号の損害賠償をなし得ないのかということが問題となるが、そのように解する場合、共有特許権の場合には特許権者が専用実施権者のどちらに請求させるのかということが問題となるわけではないから、同号の賠償を請求しうる者がいなくなってしまう。「共有」特許権と規定しているわけではない以上、2019年改正特許法102条1項2号括弧書きは共有の場合を念頭においていないと考えるべきだろう。

⁶⁹ 実際、前掲知財高大判〔美容器〕の担当裁判官の一人は、起草者の解釈に賛意を表している（佐野／前掲注44・90頁）。

められない場合には、相当実施工料額賠償は認めるべきではないということを理由とする前掲知財高判〔エアマッサージ装置〕の全面否定説の生き残りであり、相当実施工料額賠償は、特許法の趣旨を具現するための規範的損害として、逸失利益とは無関係にその賠償が認められるべきであるとする発想とは相いれないものがある。

(iv) 小括

特許法102条3項に関する裁判実務は、事後的に見て相当な実施工料額を賠償額とする点で、逸失利益ではなく、規範的損害概念に馴染む算定をなしているが、他方で、前掲知財高大判〔美容器〕の法理は、（同判決の射程が直接及ぶわけではないが）特許発明の特徴が製品の一部に止まっているために推定が（一部）覆滅した場合に相当実施工料額賠償の敗者復活を認めない点では、逸失利益を前提とする説明に親和的な取扱いをなしている。

(5) 特許法102条各項が前提としている損害論と各項に期待される役割について

(i) 検討の視角

以上のように、特許法102条1項から3項の各種論点に対する裁判実務の取扱いは、同じ項の中で異なる損害概念を前提とする論法を採用しており、その意味で一貫しない。このような状況は、新たな論点が生起した場合に、裁判所がいったいどのような解釈論を採用するのか、正確に予測することを困難ならしめる。

このような状況を改善するためには、以下のような分析の視角を持つことが肝要であろう。

第一に、特許権侵害論に対する損害論には、特許権侵害訴訟における損害額の算定に明確な指針を与えるものであることが望まれる⁷⁰。特許権侵害訴訟において損害論が問題となる事例は、既に検討した特許発明の特徴が侵害製品の一部に止まる場合ばかりでなく、権利者や侵害者の製品やサービスに付随する他の製品やサービスの売上が関わる場合、特許権が共有であったり専用実施権や通常設定されている場合、他の特許権や他の知的財産権等複数の権利が権利の製品や侵害製品に関わる場合、侵害行為が共同で行われていたり侵害製品が転々流通するために侵害者が複数存在する場合等々、多種多様なものが現れる。その都度カズイステッシュに処理をしていたのでは、各事例間の平仄を合わせることに苦労することになるばかりでなく、実務に対する予測可能性を与えることに失敗するだろう。

もちろん、損害概念には、金銭的な賠償が損害を被ったと観念しうる者に帰着することを正当化するという役割も期待されるべきであるが、学説上、特許法102条をめぐってはその種の役割（のみ）に焦点を当てていると思われるものも少なくない⁷¹。実際、損害論に関していかなる立場を採用したとして

⁷⁰ もともと筆者が特許権侵害に対する損害賠償の研究を始めた動機はここにあった（田村・前掲注3・iii頁）。

⁷¹ たとえば、特許法102条1項1号が前提とする損害概念を「市場機会の喪失」であると理解する学説の一部に、その種の傾向を看取することができる。

前述したように、102条2項や3項の損害概念として市場機会の喪失を観念した筆者自身は、特許法102条1項に関しては、市場機会の喪失ではなく、逸失利益が損害概念であると解しており（前述注21）、102条2項や3項とは峻別されると考えている（潮海久雄「特許権侵害に基づく損害賠償」日本工業所有権法学会年報41号132～133・141・149～153頁（2018年）の考察が示唆的である（同／駒田泰士＝潮海久雄＝山根崇邦『知的財産法I 特許法』（2014年・有斐閣）203頁も参照））。ところが、この損害概念は、損害と損害の金銭的評価を分ける民法学界における通説的見解（平井宜雄『損害賠償法の理論』（1971年・東京大学出版会）474～477頁）に即したものであったためか、1998年改正特許法102条1項は、この損害概念を前提としたものであるという見解が主張されるに至った（森田宏樹「知的財産権

も、各種問題に対して一義的に解答が得られるわけではない旨を明言し、各種論点に関して個別的な考量を働かす見解も有力である⁷²。だが、本稿のように、具体的な損害額の算定の規律に関心を向ける場合には、特許権侵害論に対する損害論には、そのような正当化の道具を超えた、特許権侵害訴訟における損害額の算定に明確な指針を与えるものであることも期待されて然るべきであるように思われる。実際、最近の学説ではこうした問題関心を共有するものも散見するようになった⁷³。

第二に、特許法102条の各項にいかなる役割分担を期待するのかということを論じることが望まれる⁷⁴。特許法102条の全体像についての構想を示すことのないまま、各項毎の個別的な論点の分析に終始するだけでは、特許権侵害に対する損害賠償制度について、制度全体としていかなる方向を目指すのかということを議論することができない。特許法102条はこれまでにも何回か大きな改正がなされており、解釈論ばかりでなく立法論に関しても生産的な議論をなしていくためには、制度全体の中で各項がどのような役割を果たしているのか、あるいは果たすべきなのかということを踏まえた、首尾一貫した政策論が提言されることが望まれる。

ここで、特許法102条1項から3項が前提としていると思われる損害論と各項に期待される役割分担に関する筆者の考え方を俯瞰しておこう⁷⁵。

(ii) 特許法102条1項1号について：逸失利益の賠償

第一に、特許法102条1項1号についていえば、そこに規定されている算定方式は、推定ということ以外は、実体的な規範としては1998年改正前から裁判実務でとられていた方式であることが示してい

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）39～41頁、鎌田／前掲注3・16～17頁、沖野眞巳「損害賠償額の算定特許権侵害の場合」法学教室219号62頁（1998年）、茶園／前掲注58・52頁、三村／前掲注7・294頁、高林龍「特許法第102条に基づく損害賠償について」パテント59巻1号72頁（2006年）。しかし、これらの学説の多くは（後述するように例外はある）、条文の趣旨を説明するために市場機会の喪失という損害概念を持ち出すに止まり、個別具体的な論点において賠償額の算定基準を導く場面でこの概念を活用するわけではない。

もちろん、損害概念には、算定を具体的に規律するという役割ばかりでなく、あるいはそれ以上に、金銭的な賠償が損害を被ったと観念しうる者に帰着することを正当化するという役割も期待されるべきであろう。そして、たしかに、市場機会の喪失という損害概念には、特許法により特許発明の実施に対する市場をいかに利用するかということに関して排他的な地位を与えられていた特許権者に賠償が帰着すべきことを端的に表現するものとして、金銭的な賠償を正当化する機能を期待しうる。その意味で、侵害者の利益返還を基礎づけたり、事後的に見て相当な実施工料額を支持するために、損害概念として特許法の趣旨に即した規範的損害概念である市場機会の喪失を持ち出すことにはそれ相応の意義がある（まさにそれが筆者の戦略である）。

しかし、市場機会の喪失という概念は抽象的であるから、それだけでは具体的な算定過程を明らかにしがたいという限界がある（金子敏哉「特許権侵害による損害の2つの主な捉え方—売上減少による逸失利益と実施工料相当額の関係」）『はばたき—21世紀の知的財産法』（中山信弘古稀・2015年・弘文堂）452頁、潮海／前掲注71・152頁）。具体的な損害額の算定の規律に関心を有する場合には、抽象的な損害概念として市場機会の喪失を打ち出すとしても、少なくともその下位概念として各項毎にいかなる損害賠償を目指しているのかということを明らかにすることが望まれる。それをなすことなく、市場機会の喪失と唄うだけで、あとはいきなり具体的な事例における損害額を個別的に論じていくのでは先が見えにくい作業に終始することになりかねない。

⁷² 森田宏樹「損害論からみた特許権侵害に基づく損害賠償」パテント70巻14号（別冊18号）52～56頁（2017年）。

⁷³ 田村／前掲注14・169頁。鈴木將文「特許権侵害に基づく損害賠償—総論」日本工業所有権法学会年報41号65頁（2018年）がいうところの「損害算定方法」。損害概念に賠償すべき損害を「あまねく・もれなく・かぶりなく」把握する機能を期待する、金子／前掲注71・443～444頁も参照。

⁷⁴ 鈴木將文「侵害者利益と損害賠償に関する覚書—特許権侵害の観点から」『21世紀民事法学の挑戦〔下〕』（加藤雅信古稀・2018年・信山社）687頁。最終的な方向性は、以下に示す筆者のものと異なり、逸失利益を超えた独立した利得吐き出しの機能を102条2項に認めるわけないものの、鈴木／前掲・687～690頁、同／前掲注73・53～56・60～62・64頁の分析を参照。

⁷⁵ 参照、田村善之「特許法102条が前提とする損害概念の検討—二酸化炭素含有性組成物事件知財高裁大合議判決を契機として」論究ジャリスト31号169～171頁（2019年）。

るよう、逸失利益という概念で説明することができる⁷⁶。

逸失利益に期待される役割は、いうまでもなく、特許権者の財産状態を侵害なかりせば得べかりし財産状態に戻すという機能⁷⁷の発揮であり、それがゆえに同号の賠償を正当化することができる。同号の賠償額は権利者の製品の単位当たりの利益額を基礎として算定されるが、これはもっぱら権利者の事情であるから、ときとして侵害者にとって不意打ちとなったり、過大となったりすることがある。そのような賠償が正当化されるのは、まさにそれが侵害がなかったとした場合の財産状態に権利者を戻して上げる制度だからなのであろう。

そうだとすれば、102条1項1号において、侵害なかりせば得べかりしという観点からは説明しえないような考慮を働かすことには疑問を呈さざるを得ない。同号に正当化しうる機能を超えた役割を求めることになるからである。たとえば、様々な場面で1項の但書きの推定の覆滅事情を絞るようなアプローチには反対することになる⁷⁸。その種の調整は、侵害者からなんらかの利益の全部または一部を特許権者に配分させることを実現するという機能を果たす特許法102条2項や3項によって実現すれば足りる。

逆に、特許法102条1項1号において、権利者の財産状態を侵害がなかったならばありうべかりし財産状態に戻すことに失敗するような過少な損害賠償をもたらすような解釈論にも反対せざるを得ない。

⁷⁶ 学説では、前述したように、特許法102条1項1号が前提とする損害概念は「市場機会の喪失」であると理解する見解も少なくない。

ただし、注意を要することは、そうした見解の大半が、そのような言明によって個別の損害の算定になにがしかの影響を与えるという実践的な意図を伴わないものであり、ゆえに、「市場機会の喪失」が損害概念であると主張することが、即、賠償額として逸失利益額とは異なる算定基準を採用するということを意味していないということである。

かえって、具体的な算定基準を説く段階で用いている論理構成や帰結に鑑みると、要するに、損害は市場機会の喪失であるが、その金銭的評価は逸失利益額によるのだという理解を前提としているものもある（鎌田／前掲注20・17～24・27～28頁）。その場合、102条1項が前提とする損害概念を逸失利益と解する多数説との違いは、損害概念を別個独立に論じ、それを市場機会の喪失として説明したという言葉の問題に止まる（高林／前掲72頁の評価も参照）。要するに、こうした見解は、102条1の推定する損害が何であれ、同項の推定する損害「額」は逸失利益「額」であると理解する点において、多数説的な見解と異なるところはなく、ゆえに、同項に関する具体的な論点に関する解釈論において、多数説と異なる帰結をもたらすものではないと理解することができる。

ただし、損害を市場機会の喪失と把握する学説の中には、例外的に、それにより逸失利益と異なる算定方法を志向することを明言するものもある（その代表例として、三村／前掲注20）。たとえば、起草過程を踏まえたうえで、規範的損害を前提とする規定として捉えるべきである旨を説く見解として、森田宏樹「損害論からみた特許権侵害に基づく損害賠償」パテント70巻14号（別冊18号）48～53頁（2017年）がある（沖野／前掲71・62頁も参照）。そこでは、自身のフランス法の理解を原案に反映させたことや、法務省との最終版のやりとりなど、起草過程の重要な経緯が紹介され、102条1項が本稿のいうところの「逸失利益」（厳密には「差額説」）を損害概念としているという理解に疑問が呈されている。しかし、1998年改正前から日本の裁判実務では特許権侵害訴訟において102条1項と数式としては同一の数式の算定が用いられていたこと、ただそこでは割合的な処理を拒絶するオール・オア・ナッシング的な手法を採用していたために結果的に因果関係の要件が高度化しているという筆者の分析は、最終的に1998年改正に結びつく一連の作業のなかで草創期の段階で（参照、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6頁（1997年））、特許庁の工業所有権制度改革審議室のメンバーを始めとする起草関与者に伝えられており問題意識が共有されていた。1998年改正に至る提案は、そのような土壤の下で発案され受け入れられたという側面もあるのであって、フランス法に端を発し、法務省との折衝へつながる規範的な損害論のラインの一筋のみで（そのような流れが存在したことには否定しないが）起草意図を色づけることには疑問が残る。

さらにいえば、森田／前掲の問題点は、逸失利益額という汎用性のある明解な指針を捨てながら、それに代替する機能を果たす損害論をあえて用意することなく、各種論点毎に様々な考量を働かせて、カズイスティッシュに対応しようとするところにある。森田／前掲は、損害論についていかなる立場を採用したとしても、各種問題に対して一義的に解答が得られるわけではなく、たとえば102条1項の推定の覆滅過程についても、同項の政策的な含意に鑑みて、事実認定のレベルでの問題を超えて、推定の覆滅に謙抑的に臨むという考えに合理性が認められる旨、明言している（森田／前掲52～56頁）。こうした方法論は、予測可能性の確保のために汎用性のある損害論を用意するという本稿の方法論と真逆を行くものといえる。

⁷⁷ 鈴木／前掲注74・687～688頁。

⁷⁸ 田村／前掲注45・130～131頁。

たとえば、特許発明の実施部分が製品の一部にしか過ぎない場合には、100%全てが侵害となることはなく、なんらかの形で割合的な調整をしなければならないという理解が一部に存在するようだが、その部分がなければ侵害者の需要者は侵害製品を買うことはなく、皆が特許権者の製品を買うというような場合には、むしろ100%の賠償を認めないと、かえって侵害がなかった場合の財産状態に特許権を到達させることに失敗してしまう。そして、侵害がなかったならばどの程度の需要者が特許権者の製品に向かうのかという因果関係の問題そのものであるから、競合品の存在と同じく、102条1項1号括弧書きの推定の覆滅の問題として取り扱うべきである⁷⁹。

(iii) 特許法102条2項について：侵害者利益の返還

第二に、特許法102条2項に関しては、侵害行為による利益は、まさに侵害者自身が得た利益であるから、権利者の逸失利益に比すれば、相対的には予測可能性は確保されている。それがゆえにこそ、侵害行為による利益を吐き出させ、侵害なかりせばありうべかりし財産状態に侵害者の財産状態を引き戻す、いわば侵害者側の差額説的な発想が登場する所以である。そして、近時の学説では、この方向で102条2項を侵害による利益の返還規定として機能させようという見解が提唱されている⁸⁰。

筆者も、特許法102条2項の役割を發揮させるためには、これと異なる機能（権利者の財産状態を侵害がなかった場合に戻す機能）に適合した損害論である逸失利益を前提とすべきではないと考えており、ゆえに、2項は、3項の規範的損害を推定する規定であるという考え方（＝重畳適用説）を提唱している。特許権者が仮に実施していなかったり競合品を製造販売していなかったりしたとしても、特許法102条3項の賠償は請求しうるはずであり、事後的に相当な実施工料額賠償を認めたと解される3項の賠償額の算定に当たっては実施による利益であるところの侵害者利益をベースに権利者に対して相当額の利益の配分を認めるという手法がありうる。そうすると、特許法102条2項は同条3項の損害額をも推定する規定であると理解することが可能であり権利者が競合品を製造販売していなかったとしても、侵害による利益額に対して1項の推定が適用され、そこから賠償額を控除していく責任は侵害者に課せられる、というのが筆者の見解である⁸¹。この見解は、2項や3項が前提とする損害概念を、逸失利益ではなく、侵害行為により奪われた特許権者の市場を利用する機会の喪失という規範的損害概念と解しつつ、利得吐き出し機能、より正確には、利益の（一部）配分機能をもたせようとするものである。

もっとも、筆者自身は、かつて、特許権者の特許発明の市場機会の利用状態とは無関係の利益吐き出しを認めることに対して、ただでさえ技術的範囲や各種の権利制限の範囲が不明確な特許権において、特許権者が利用もしていない（その意味で誰かに利用させる必要性が高い）特許発明に対して過大なサンクションとなり、過度に萎縮効果（本来は侵害とすべきでない範囲において過剰に抑止効果が働く）が働きかねないことを懸念し、3項の規範的損害論の下で、利益吐き出しではなく、利益配分という

⁷⁹ 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140～143頁（2014年）、同／前掲注45・131頁、金子／前掲注41・82～83頁、宮脇正晴「米国法における特許権侵害に基づく損害賠償」日本工業所有権法学会年報41号106頁（2018年）。

⁸⁰ 高林龍「特許法102条2項の再定義」『はばたき—21世紀の知的財産法』（中山信弘古稀・2015年・弘文堂）474頁。横山久芳「特許権侵害による損害賠償請求と特許法（特許法102条各項）」大渕哲也ほか編『特許訴訟 上巻』（専門訴訟講座・2012年・民事法研究会）384～386頁の評価も参照）。さらに、筆者の見解にも着目しながら、そして1998年改正後の特許法102条1項と2項の役割分担という意識を持ちながら、特許法102条2項をして、侵害利得の返還請求権をベースにしつつ、故意または過失という不法行為的な要件を加重することで証明責任の展開を図った規定と位置付ける構想を論じるものとして、長野史寛「知的財産権侵害における不当利得返還論求—侵害利得と不法行為が交錯する一場面—」法学論叢180巻5=6号652～662・682～684・686～687頁（2017年）がある。

⁸¹ 田村・前掲注3・15～16・220～221・230～231頁。

発想の下で、特許権者の特許発明の利用状態に応じた損害賠償が実現されるべきである、と考えていた。

しかし、1998年特許法改正により（筆者の理解では）逸失利益を推定する規定として特許法102条1項が設けられ、そちらに、特許権者の利用状態に応じてその財産状態を侵害がなかった状態に引き戻す機能を期待できるようになった現在、特許法102条2項にはむしろ侵害者の財産状態を侵害がなかった状態に引き戻すことで機能に純化させるという考えにも相応の合理性があるように思われる⁸²。このような取扱いに対しては、過大な特許発明の貢献というよりは、むしろ侵害者の多大な投資に起因して侵害者の利益額が膨らんでいる場合にまで侵害者の利益を返還させることに疑問が抱かれたり、パント・トロールを誘発するという懸念が表明されたりすることがあり⁸³、筆者自身も過剰な萎縮効果を懸念していたことは既述したとおりであるが、特許権の侵害に起因していない分は侵害者に留保を認めることにすれば⁸⁴、大きな弊害を生じることにはならないだろう⁸⁵。

このように、特許法102条2項の合理性を侵害による利益の吐き出しに求める場合には、特許権者と侵害者の業務態様等に相違が存在すること、市場における競合品の存在などの事情が存在しても、推定の（一部）覆滅は認めるべきではないことになる。侵害者が侵害により利益を得ていることに変わりはないからである。

他方、前掲知財高大判〔二酸化炭素含有粘性組成物〕が同項の推定の覆滅事情として掲げた侵害者の営業努力、侵害品の性能は、返還額を減じる事情として顧慮してよいといえよう。これらに起因する利益は、侵害がなくとも侵害者が獲得した利益と認められる可能性があり、仮にそうだとすれば、侵害がなかった場合に比べて侵害者を利することないようにという利益吐き出しの趣旨は及ばないからである。くわえて、イノヴェイションの促進による産業の発達を期する特許法の目的に鑑みると、そして侵害が成立し特許無効とならないか否かの判断には微妙なものが少なくないことに鑑みると、侵害製品に加えられたものといえどもイノヴェイションを過度に萎縮させるような解釈論は採用すべきではないという問題意識も、このような取扱いを支持する方向に働く⁸⁶。

ところで、以上のように、利益吐き出しという発想の下では、侵害者の現実の財産状態と、侵害がなかりせば侵害者がありうべかりし財産状態を比較し、その差額をもって賠償額とすることになるが、その確定作業は困難を伴う作業といえる。そこで、102条1項が推定規定であることを活用して、いったん販売による利益全額で損害額を推定し、仮想状態と比較して、侵害がなくても侵害者が得べかりし利益を特定していく責任は侵害者に課すべきであろう⁸⁷。

⁸² 特許法102条2項に一定の利益吐き出しの機能を期待する見解の下でも、権利者側の逸失利益の事情をどの程度混入すべきかという点については議論があるが（各説の対立状況につき、参照、金子／前掲注41・84～85頁、102条3項につき、金子／前掲注71・449～451頁）、1998年改正後は筆者は見解を修正するだろうとの長野／前掲注80・655～657・660頁の示唆を受けいれる。

⁸³ 鈴木／前掲注74・693頁。

⁸⁴ 諸説につき、鈴木／前掲注74・692頁。

⁸⁵ 参照、飯村敏明「特許権侵害と損害額の算定—特許法102条2項の推定規定の立法経緯とその活用を中心として」『知的財産・コンピュータと法』（野村豊弘古稀・2016年・商事法務）463頁。

⁸⁶ 制裁的要素を強調し、侵害者の営業努力や侵害品の性能に帰着する分の返還を要求する考え方もありえようが、過失責任も含んでおり、しかもそこに特許公報が発行されている時点以降は滅多なことでは覆らないと解されている特許法103条の過失推定規定が適用される102条2項の解釈論にそぐわない。そのような見解をもし支持するすれば、準事務管理の法理など、102条2項の外での導入を検討すべきである。ただし、筆者自身は本稿の冒頭で述べたように、侵害の成否の判断に困難がつきまとう特許権侵害の場面では過度に制裁的要素を強調することには、それが特許法102条2項の外からくるものであったとしても、疑問を覚える。

⁸⁷ 田村・前掲注3・242～243頁。より先駆的には、設楽隆一「損害（2）—侵害行為により受けた利益—」牧野利秋編『工業所有権訴訟法』（裁判実務大系9・1985年・青林書院）337頁。よって立つ損害概念を異にするものの、前掲知財高大判〔二酸化炭素含有粘性組成物〕もこの立場である。

(iv) 特許法102条3項について：相当実施工料額賠償

特許法102条3項に関しては、その特則としての意義を認めるためには、特許法の趣旨に即した規範的な損害論を前提とするものと理解すべきであろう。逸失利益として説明することに難がある事後的に見て相当な実施工料額の算定を要求していると解される102条4項の存在は、この解釈を後押しする。

それでは、特許法の趣旨はなにかというと、発明とその出願との引き換えで特許権を付与することにしているその構造に鑑みれば、特許法が特許権を与え趣旨は、発明とその公開に対するインセンティヴを付与するため、特許発明の実施に対し排他権を設定することで、特許発明の実施に対する市場の需要をどのように利用するかを決定する機会（＝「市場機会」）を特許権者に排他的に与えるところにあると解される⁸⁸。これに対して、特許権の侵害行為は、特許法が特許権者に付与した市場機会を侵奪する行為であり、特許法の趣旨に鑑みると、この機会の喪失（＝「市場機会の喪失」）が規範的な損害として観念されることになる。

市場機会の喪失という規範的損害論から導かれるコロラリーとしては、第一に、侵害行為があれば、必ず排他的な利用機会は奪われているのであるから、逸失利益の有無に関わらず、常に102条3項の損害賠償を肯定すべきであるということである。

第二に、同項の損害賠償額の算定は、規範的損害を特許法の趣旨に即して具体化する金銭的に評価する過程として捉えられることになる。事後的に見て相当な実施工料額という算定目標は、無効の抗弁が成り立たないことを含めて侵害が確定しているという状況を踏まえつつ、特許発明の実施を利用する態様を排他的に決定する機会を特許権者が自発的に失う場合の対価（これが一般の実施許諾に対する実施工料にほかならない）を参酌することを可能とすることで、市場機会の喪失に対する市場の価値を反映することを実現しようとするものであり、もとより正当である。その算定に際して実際の実施契約における実施工料額やその相場を参酌する場合には適宜、侵害プレミアムを加算することになり、また、侵害行為による利益額という形で特許発明の実施行行為から得られた利益額が判明しうるのであるから、それを参照して特許権者に帰属すべき利益を配分するという作業により賠償額を決定することができる（3項の損害額に2項の推定規定の適用がありうるという筆者の理解の下では、侵害者に帰属すべき利益を侵害者が証明していくという作業により賠償額が決定されることになる）。

5. 結び

本稿の検討結果を要約すると、以下のようになる。

紛争が勃発した場合にその迅速な解決を促すためには、多種多様に生起しうる特許権侵害の各種事例においていかなる賠償額が算定されるのかということに関する予測可能性を確保することが望まれる。そのためには、特許法102条各項に期待されている役割を特定し、そのような役割を実現しうるとともに、個別事例における算定を統御しうる損害論を定立することが望まれる。

この観点から検討した特許法102条各項の役割、それに即した損害論とその算定目標は以下のとおりとなる。

102条1項に期待される役割は、損害の填補機能にあり、そのために同項により権利者の財産状態を侵害がなかった状態に戻すことが期待されている。ゆえにこの役割に適した損害論は逸失利益となる。

⁸⁸ 田村／前掲注8〔同・前掲注3・220～221頁所収〕）。

その算定目標は、逸失利益額、つまり侵害なかりせば権利者が得べかりし利益額となる。

102条2項の役割は、侵害の抑止機能にあり、侵害者の財産状態を侵害がなかった状態に戻すことが望まれる。この役割を実現するためには逸失利益という損害概念は採用するを得ず、何らかの規範的損害論を採用することが望まれる。実体法としての算定目標は、侵害行為がなければ侵害者が得ることができなかつた利益額となる。ただし、推定額としては、そのような仮想状態との比較をすることなく、侵害行為そのものにより得た利益全額でいったん損害額を推定すべきである。

102条3項の役割は、侵害行為により損なわれた特許法の趣旨の回復にあり、そこにおける損害概念は、特許法が特許権者に排他的に帰属せしめていた、特許発明の実施に対する市場の需要をいかに利用するかということを決定する機会の喪失という規範的損害となる。算定目標は、事後的に見て相当な実施工料額となる。

こうした理解の下では、各種論点に関する裁判実務に対して、以下の様な一部変更を迫ることになる。

特許法102条1項についての裁判実務に関しては、「侵害行為がなければ販売することができた物」を侵害製品と市場において競合する製品であれば足りると解したり、「単位数量当たりの利益の額」について限界利益説を採用したり、「その全部又は一部に相当する数量を当該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」に市場における競合品の存在等がこれに該当する所とする点は、逸失利益という損害概念で説明しうるものであり、変更を要しない。しかし、特許発明の特徴が特許権者の製品の一部に止まる場合の処理に関しては、仮に前掲知財高大判〔美容器〕を受けた裁判実務が今後、侵害製品の状況と無関係に常に利益を按分する必要があると解する方向に進むのであれば、それは逸失利益の賠償に失敗することを意味し、ゆえに回避すべきことになる。

特許法102条2項についての裁判実務に関しては、特許権者が侵害行為により利益を失っていることを推定の要件としたり、市場における競合製品が存在する場合等に推定を（一部）覆滅したりする点は、侵害者の利益返還という目標を達成することに失敗することを意味しており、改めるべきである。他方、推定額について権利者側の限界利益説ではなく侵害者側の限界利益説を採用している点は、侵害者利益の返還の論理的な帰結と合致しており、維持することが望まれる。

特許法102条3項に関する裁判実務は、事後的に見て相当な実施工料額を賠償額としている点は、規範的損害概念を実践するものとして、当然、正鵠を射ていると評価される。他方、特許発明の特徴が製品の一部に止まっているという事情を「単位数量当たりの利益の額」の問題として処理する前掲知財高大判〔美容器〕の法理は、当該事情に基づいて102条1項1号の推定が認められなかつた分に、相当実施工料額賠償の敗者復活を定型的に否定する帰結を導く点で、逸失利益と無関係に規範的損害として賠償を認めるに失敗することを意味しており、採用するを得ないと考える。

II. 「侵害プレミアムを考慮した相当実施工料額をどのように算定するか」

北海道大学 中山 一郎 教授

1. はじめに

特許権者は、特許権を侵害した者に対して損害賠償を請求することができる。もっとも、損害の算定は容易ではない。侵害行為により特許権者の実施が妨げられるわけではなく、また、損害は市場を介して生じるからである。

そのために日本の特許法102条は、損害賠償額について3種類の算定方法を用意している。そのうちの一つが、本稿が検討対象とする102条3項に基づく損害の算定である。同項に基づく損害は、特許権者が「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」(以下、「相当実施工料額」という。)である。相当実施工料額については、後述する2回の法改正と知財高裁判決を経て、ライセンス契約などに基づいて支払われる通常の実施工料より高額になるとの考え方が確立されつつある。相当実施工料額が通常実施工料額を上回る部分が侵害プレミアムである。

そこで本稿では、102条3項が定める相当実施工料額がどのようにして侵害プレミアムを含むと解されるに至ったのかを振り返りつつ、侵害プレミアムをどのように考慮して相当実施工料額を算定するかについて検討する。

2. 特許法102条3項の改正と運用状況

(1) 102条各項の利用状況

特許法102条が定める3種類の損害算定方法は、以下のとおりである。

まず、102条1項は、1998年の法改正により新設された算定方法である。同項によれば、損害額は、特許権者等が販売することができた物の単位当たり利益の額に侵害品の譲渡数量を乗じた金額を基本とする。しかしながら、特許権者等の実施の能力に応じた数量(「実施相応数量」と定義される。同項1項1号)を超える数量や特許権者等が販売することができないとする事情に相当する数量(「特定数量」と定義される。同項1項1号)がある場合は、これらの数量を侵害品の譲渡数量から控除して損害を算定する。さらに、2019年の改正により、実施相応数量を超える数量や特定数量がある場合には、これらの数量に応じた相当実施工料額が加算された合計額を損害額とすることができる。

次に、102条2項は、侵害者の利益を損害額と推定する。

そして、102条3項は、前述のとおり相当実施工料額を損害額とするものである。相当実施工料額は、侵害者の製品の売上げ(ロイヤリティ・ベース)に一定の実施工料率を乗じて算定することが一般的である。

102条各項の利用状況についてみると、1998年1月から2017年11月までの特許権侵害訴訟の第一審判決の分析¹によれば、最も多く用いられているのが102条2項であり44%に及ぶ。次いで、102条3項が36%であり、最も利用が少ないので102条1項の21%である。前述したとおり、2019年の改正によ

¹ 特許庁「特許権侵害における損害賠償額の適正な評価 WG」=デロイト トーマツ ファイナンシャル アドバイザリー 合同会社編「特許権侵害における損害賠償額の適正な評価に向けて」(2018年3月) 109頁。

り、102条1項において実施相応数量を超える数量や特定数量がある場合には、それらの数量に応じた相当実施料額が同項の損害に加算されることとされたため、今後、102条3項に加えて同条1項においても相当実施料額が用いられることとなり、相当実施料額の考え方が用いられる場面は増えるものと予想される。

(2) 102条3項の趣旨

102条3項は、次のとおり定める。

「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。」

102条3項は、損害賠償の最低額を定めたものと解され²、相当実施料額の損害は、特許権者が、特許発明の実施品か競合品かを問わず、製品を何ら販売していない場合でも認められる。特許発明を実施していない特許権者であっても第三者に実施を許諾して、実施料を請求することができる以上、実施料の支払いを免れている侵害者に対して実施料相当額の請求は認められるべきと考えられるからである。

ただし、特許権者が他の何人にも実施を許諾していないような場合についてみると、特許権侵害により特許権者の財産状態は変化していないとも考えられる。にもかかわらず、実施料相当額の損害を認めることは、侵害がなかった場合の財産状態と現に侵害がある場合の財産状態の差額を損害と捉える純粋な財産状態差額説では説明が困難である。しかしながら、一般不法行為法においても、他人が所有する空き地に無断駐車したといった場合においては、所有権の侵害による財産状態の変化がないとしても周辺相場の駐車料金相当額の損害を認める立場が一般的であり、その限りで厳密な意味での財産状態差額説が維持されているわけではないとされる³。その点に鑑みるならば、特許法において何の製品も販売せず実施許諾もしていない特許権者に実施料相当額の損害を認めることを填補賠償原則の枠内で説明することも可能であると考えられる。

もっとも、一般不法行為法（民法709条）により請求可能な損害であれば敢えて特許法に特則を設ける意味に乏しいとして、3項について市場機会の喪失という規範的損害概念を提唱する学説も提唱されている⁴。特許権者は市場機会をどのように利用するかの決定権を有しており、侵害により喪失した市場機会に対しては「常に」適正な対価額を認めるべきというわけである。そしてこの学説は、事前の契約による実施料と事後的な損害賠償としての「相当実施料額」⁵とを区別し、有効な特許権の技術的範囲に属することが確認された後者の場面の損害額は、非侵害や無効のリスクがある事前の契約の実施料よりも高額なものとなり（侵害プレミアム）、また、その際には事後的に判明した侵害者利益の資料も利用すべきと説く⁶。このように侵害プレミアムは、当初、学説により提唱された。

そして1998年改正は、侵害プレミアムを考慮することができるよう102条3項を改正した。改正

² 中山信弘『特許法第4版』（弘文堂、2020）415頁。

³ 齢田充見「不法行為法における法の実現」長谷部恭男ほか編『岩波講座 現代法の動態2 法の実現方法』（岩波書店、2014）83～84頁。

⁴ 田村善之『知的財産権と損害賠償〔新版〕』（弘文堂、2004）335頁。

⁵ 田村・前掲注（4）214頁は、通常の実施契約における実施料ではなく、侵害に対する適正な対価という趣旨から3項の損害を「相当な実施料額」と、また、田村善之『ライブ講義知的財産法』（弘文堂、2012年）355頁では「相当実施料額」と呼ぶ。本稿では後者を用いている。

⁶ 田村・前掲注（5）390頁、田村善之「特許権侵害に対する損害賠償額の算定」パテント67卷1号（2014）129～131頁。

前の102条3項は、特許権者は特許発明の実施に対し「通常」受けるべき金銭の額を損害として請求できると定められていたが、1998年改正において「通常」という文言が削除され、改正後は特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額を請求できることとされたのである。

立法担当者（特許庁）は、改正理由を次のとおり説明する⁷。ライセンス契約の実務では、ライセンスにインセンティブを与えるため、契約時期が遅れるほどライセンス料が高くなることがある。例えば、①通常の契約による実施料、②警告後の和解による実施料、③提訴後の和解による実施料、を比較すれば、通常は①<②<③となる。しかしながら、改正前の規定により侵害者に対して「通常」の実施料、すなわち①の実施料相当額しか損害が認められないであれば、ライセンス実務から乖離するのみならず、侵害が発見された場合にのみ通常の実施料を支払えばよいのであるから、むしろ侵害を助長し、侵害し得を招く。そのため、「通常」を削除して諸般の事情を考慮した妥当な金額の認定を可能としたというわけである。

以上の立法担当者の説明によれば、「通常」を削除して侵害し得を防ぐ1998年改正の狙いは、裁判所が損害としての相当実施料額を通常の契約による実施料より高く認定すること、すなわち、裁判所による侵害プレミアムの考慮を可能にすることにあったことがわかる。日本の不法行為に基づく損害賠償は、実損の填補により被害者を不法行為がなかったときの状態に回復させることを目的とする填補賠償を基本とするものの、抑止の効果が副次的に生じることを否定するものではない⁸。そこで1998年改正は、102条3項が副次的にせよ抑止の効果を持つことを可能にしようとしたものともいえる。

（3）1998年改正後の状況

1998年改正により相当実施料額の算定において侵害プレミアムの考慮が可能とされたが、実際の裁判所による102条3項に基づく損害認定においても侵害プレミアムは考慮されたのだろうか。

1999年1月から2013年3月5日の68件の判決を改正前の1992年を比較した調査⁹によれば、1992年において認定された実施料率は3%が最も多かったが、改正後は5%が最も多く、10%とするものの割合も1992年により増加している。この結果は、侵害プレミアムが実際の損害認定に反映されていることを示しているように見える。ただし、日本では、2002年の知的財産基本法制定の例などからもわかるように、21世紀前後から知的財産の価値が向上してきた可能性もあり、実施料率の増加はその点を反映しているに過ぎない可能性もある。

そこで事前の契約に基づく実施料率と裁判所が102条3項に基づく損害として認定した実施料率を比較してみると、全産業平均ロイヤリティ率を3.7%とする調査結果（調査時：2009/11/05～2010/02/15、n=680）¹⁰に対して、102条3項の実施料率は3.8%とする調査結果（調査時点：2004/02/20～2018/04/30、

⁷ 特許庁総務部総務課工業所有権制度改正審議室『工業所有権法の解説—平成10年改正』（発明協会、1999）21～24頁。

⁸ 最判平成9年7月11日民集51巻6号2573頁（萬世工業事件）。

⁹ 特許第2委員会「特許法102条3項により算定される損害賠償額の予測可能性」知財管理64巻2号（2014）220～221頁。

¹⁰ 帝国データバンク「知的財産の価値評価を踏まえた特許等の活用の在り方に関する調査研究報告書」（2010年3月）52頁。

n=79) ¹¹がある。両調査の数字のみを比較すると侵害プレミアムはほとんど存在しないに等しいが、二つの調査は時期も異なる別の調査であることに注意する必要がある。

一方、2004～2008 年の 46 件の判決（損害賠償請求事件 33 件及び職務発明対価請求事件 13 件）の実施工料率を分野別に契約に基づく実施工料と比較した別の調査¹²によれば、全分野の平均では、前者の損害として認定された実施工料率より後者の契約に基づく実施工料率の方が 0.9%高い結果となっており、損害として認定された実施工料率の方が高かったのは 11 分野のうち、化学と金属の 2 分野にとどまる。この結果を額面通り受け取るならば、侵害プレミアムは平均としてはマイナスである。

実施工料率の決定は、個別の事案の事情に左右される。そのため、事案の相違を捨象して契約に基づく実施工料を相当実施工料額の損害として認定された実施工料率と単純に比較してよいかという問題もあり、上記の調査結果から 1998 年改正後において侵害プレミアムは存在しなかったと結論に至るのは早計であろう。むしろ、侵害プレミアムを肯定した裁判例が多数あるとの見解もある¹³。とはいえ、上記の調査結果が、1998 年改正により侵害プレミアムが 102 条 3 項の損害認定に反映される実務が定着したとの見方に疑問を生じさせるものであることも否めないであろう。

(4) 2019 年改正

裁判所による侵害プレミアムの考慮を可能にしたはずの 1998 年改正の趣旨は、その後の裁判例の損害賠償額の認定において十分に斟酌されているかどうかが判然としないとの認識は、立法担当者も共有するところとなり¹⁴、2019 年に再び法改正がなされた。

2019 年改正は、102 条に以下の 4 項を追加している。

「裁判所は、第一項第二号及び前項に規定する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を認定するに当たつては、特許権者又は専用実施工権者が、自己の特許権又は専用実施工権に係る特許発明の実施の対価について、当該特許権又は専用実施工権の侵害があつたことを前提として当該特許権又は専用実施工権を侵害した者との間で合意をするとしたならば、当該特許権者又は専用実施工権者が得ることとなるその対価を考慮することができる。」

立法担当者は、102 条 4 項の趣旨について、相当実施工料額の算定において類型的に増額に働き得る事情を考慮することができることを明らかにしたものと説明する¹⁵。ここで増額要因として考慮できる具体的な事情としては、有効な特許権が侵害されたこと（＝技術的範囲に属すること）が裁判所により認定されていること、特許権者による実施工諾の判断機会が失われていること、侵害者は契約上の制約（e.g. 最低保証料、無効時の実施工料不返還等）を負っていないことが挙げられている。以上の点は、前述のとおり、侵害プレミアムを正当化し得る事情であり、2019 年改正は、事後的に見た相当実施工料額が侵害プレミアムを含むことを明確化したものといえる。

¹¹ 日本知的財産仲裁センター実施工料判定プロジェクトチーム「特許権等の実施工料相当額算定手法について」（2018 年 7 月 2 日）45 頁。

¹² 帝国データバンク・前掲注（10）90、92、109～110 頁。

¹³ 中山信弘＝小泉直樹編『新注解特許法第 2 版（中）』（青林書院、2017）2034～2035 頁〔飯田圭〕。

¹⁴ 川上敏寛「令和元年特許法等改正法の概要（上）」NBL1154 号（2019）38 頁、特許庁総務部総務課制度審議室編『令和元年 特許法等の一部改正 産業財産権法の解説』（発明推進協会、2020）12 頁。

¹⁵ 川上・前掲注（14）38 頁。法案立案段階の検討資料も同旨。産業構造審議会知的財産分科会特許制度小委員会「実効的な権利保護に向けた知財紛争処理システムの在り方」（平成 31 年 2 月）21 頁。

3. 2019年知財高判大合議判決（二酸化炭素含有粘性組成物事件）

（1） 大合議判決としての意義

2019年改正とほぼ同じ時期に、侵害プレミアムを認める知財高判令和元年6月7日平成30年（ネ）10063号判時2430号34頁（二酸化炭素含有粘性組成物事件、以下「二酸化炭素含有粘性組成物事件」という。）が大合議判決として言い渡された。大合議は、3名の合議体で審理判断する通常事件とは異なり、5名の合議により事件を審理判断するものであり（民事訴訟法310条の2等）、知財高裁は、「高度な専門的、技術的事項が問題となることや、その結果が企業活動や産業経済に与える影響が大きいことから、より慎重な審理判断を行うための制度で、これにより知的財産高等裁判所としての法的解釈の統一も図られる」¹⁶と説明する。そのため、知財高裁大合議判決は、その時点における知財高裁の統一的な解釈を示すものとして理論的にも実務的にも重要な意義を有する。

（2） 判決の概要

二酸化炭素含有粘性組成物事件は、「二酸化炭素含有粘性組成物」の発明についての特許権者が、被疑侵害者による炭酸パック化粧料の製造販売が特許権侵害に当たると主張して差止め、損害賠償等を請求した事案である。被疑侵害者による炭酸パック化粧料が本件特許発明の技術的範囲に属し、侵害が認定された後に、知財高裁は、102条2項（侵害者利益）及び3項（相当実施料）について判示したが、本稿の検討対象との関係から102条3項についての判示のみ取り上げる。

まず、知財高裁は、一般論として、102条3項の趣旨について以下のとおり判示して侵害プレミアムの考え方を肯定した。

「特許発明の実施許諾契約においては、技術的範囲への属否や当該特許が無効にされるべきものか否かが明らかではない段階で、被許諾者が最低保証額を支払い、当該特許が無効にされた場合であっても支払済みの実施料の返還を求めることができないなどさまざまな契約上の制約を受けるのが通常である状況の下で事前に実施料率が決定されるのに対し、技術的範囲に属し当該特許が無効にされるべきものとはいえないとして特許権侵害に当たるとされた場合には、侵害者が上記のような契約上の制約を負わない。…特許権侵害をした者に対して事後的に定められるべき、実施に対し受けるべき料率は、むしろ、通常の実施料率に比べて自ずと高額になるであろう…」。

また、相当実施料額の算定における実施料率の考慮事情として、知財高裁は、①特許発明の実際の実施許諾契約における実施料率や、それが明らかでない場合には業界における実施料の相場、②特許発明自体の価値すなわち特許発明の技術内容や重要性、他のものによる代替可能性、③当該特許発明を当該製品に用いた場合の売上げ及び利益への貢献や侵害の態様、④特許権者と侵害者との競業関係や特許権者の営業方針等訴訟に現れた諸事情を総合考慮とした。

本件へのあてはめにおいては、まず、①の特許発明の実施許諾契約例や業界相場として、アンケートに基づく化学分野の業界相場が5.3%であること¹⁷、特許権者の同分野の別件特許権の侵害に関する解

¹⁶ 知的財産高等裁判所「知的財産高等裁判所の組織（4）」
<https://www.ip.courts.go.jp/aboutus/organization/index.html>

¹⁷ 参照されたアンケート調査は、注12記載のものである。

決金（訴訟外の和解）が10%であることを考慮している。次に、②特許発明自体の価値としては、相応の重要性を有し、代替技術がないと認定した。続いて③売上げ・利益への貢献や侵害の態様については、本件発明は需要者の購入動機に影響を与え、侵害者の売上げ及び利益に貢献すると判断した。そして④競業関係や特許権者の営業方針については、特許権者と侵害者の間に競業関係を肯定した。

以上の事情を考慮した知財高裁は、最終的に相当実施料額としての実施料率を10%と認定した。

（3）判決の理解

まず注意すべきは、二酸化炭素含有粘性組成物事件判決は、2019年改正前の102条3項についての解釈を示したものである点である。したがって、侵害プレミアムを認める判示は、1998年改正の下でも侵害プレミアムを肯定することができることを確認したものといえる¹⁸。同時に侵害プレミアムの考慮を明確化した2019年改正との関係では、その趣旨が先取りされたといえる¹⁹。

その上で、侵害プレミアムを具体的にどのように認定するかについて、二酸化炭素含有粘性組成物事件判決が大合議判決として考慮要素を示してそれを事案にあてはめた点は、今後の侵害プレミアムの解釈運用に多大な影響を与えると考えられる。

もっとも、具体的な実施料率の決定についてみると、知財高裁は最終的に諸事情を考慮して相当実施料額の実施料率を10%と認定すると述べるのみで、何が10%の決め手だったのかは判決文からは読み取れない。とはいえ、知財高裁は、①の特許発明の実施許諾契約例や業界相場として、業界相場の5.3%と別件特許権の解決金の10%に言及しているから、この二つの数字が手がかりにはなるだろう。

この点に関する一つの理解は、10%という実施料率は業界相場5.3%の約2倍に当たるから、知財高裁は、侵害プレミアムを業界相場（約5%）と同額と考えて相当実施料額を業界相場の2倍と認定したというものである。本判決の評釈にもそのような理解に立つものがある²⁰。このように侵害プレミアムを事前の契約に基づく実施料と同額と考えて相当実施料額を事前の実施料の2倍とする考え方を「2倍説」と呼ぶこととする。

これに対して、知財高裁は、別件特許権の解決金が10%であることから、これと同一の10%を実施料率としたとの理解も考えられる²¹。その根拠は、二酸化炭素含有粘性組成物事件判決が、参照すべき実施料率の優先順位として、まず、同じ特許発明の実施許諾契約例を挙げた上で、それが明らかでない場合に業界相場を考慮するとしている点である。本件の場合、別件特許権は同じ特許発明ではないものの、それに近いものともいえる。そこで、知財高裁は、同じ特許発明の実施許諾契約例に近いものとして別件特許権の解決金を出発点とした上で、当該解決金は侵害プレミアムを含むと考えられるために、それと同率の10%と認定したと考えるわけである。この場合、知財高裁が業界相場の5%に言及したことは、10%の解決金が侵害プレミアムを含むことを確認するためと理解することになる。そのような理解からすると、知財高裁は、必ずしも2倍説を採用したわけではないこととなろう。もっとも、そのことは2倍説が妥当ではないということまで意味しないと考えられ、この点は後述する。

¹⁸ 知財高裁詳報L&T85号（2019）89頁、高橋元弘「判批」知財管理70巻2号（2020）262頁。

¹⁹ 飯田圭「判批」ジュリスト1538号（2019）9頁。

²⁰ 田村善之「判批」新・判例解説Watch27号（2020）242頁、田村善之「判批」知的財産法政策学研究58号（2021）所収予定。小島崇弘「判批」令和元年度重判ジュリスト1544号（2020）261頁。

²¹ 本稿のような根拠まで示しているわけではないが、前田健「判批」NBL1154号（2019）13頁も10%の解決金という事実が大きく作用していたと思われると言及する。同旨、高橋・前掲注（18）262頁。

二酸化炭素含有粘性組成物事件判決が2倍説を採用したのか又は採用しなかったのかのいずれであれ、10%という実施工率の認定においては、①の特許発明の実施工許諾契約例や業界相場という考慮要素が重要であったと考えられる²²。他方、②特許発明の価値、③侵害者の売上げ・利益への貢献、④競業関係や特許権者の営業方針といった考慮要素は、10%をさらに増額させる効果を有しておらず、せいぜい①の10%を減額する理由がないことを確認するために用いられたに過ぎないように思われる。

4. 侵害プレミアムをどのように認定するか

(1) 2倍説

前述のとおり、二酸化炭素含有粘性組成物事件判決が2倍説を採用したのか否かは定かでないものの、2倍説自体は、従来から学説²³により提唱されていた。

当該学説によれば、一般に訴訟の勝敗は五分五分であるとの実情を踏まえると、事前のライセンス契約では、訴訟リスクが当事者間で折半されていると考えられるため、この点を前提にすれば、特許権者が勝訴した場合の事後的な相当実施工料額は、事前の実施工料の2倍となる。これを簡単な式を用いて表現すれば、特許権者が50%の確率で勝訴した場合は事後的に相当実施工料額の損害賠償を受け取り、50%の確率で敗訴した場合には何も受け取れないことを踏まえると、事前の実施工料=1/2×(事後的な相当実施工料)+1/2×(0円)となり、事後的な相当実施工料額は事前の実施工料の2倍であることが導かれる。

2倍説の妥当性について検討するに、最終的に訴訟になるような特許については、特許権者と被疑侵害者の双方の主張に一定の分があるとみて勝敗リスクを折半しているとの考え方には一理あるとも考えられる。実際、過去5年(2014~2019年)の特許権侵害訴訟の一審での帰趨について、判決に至ったケースのみならず和解で終結したケースも含めてみると、特許権者の実質勝訴の割合は44%、実質敗訴の割合は55%(うち却下2%)である(図1 参照)²⁴。実質敗訴割合の方がやや高いものの、勝敗は概ね半々とみてもそれほど大過ないと思われる。

以上のような多数の事件を集計した一般的な傾向を踏まえれば、訴訟対象となる特許の事前ライセンス契約には勝敗リスクが折半されて織り込まれているとの想定は必ずしも不自然なものではない。そうすると、その点を前提とした2倍説も不合理ではないと考えられる。しかし、このことは、係争の対象とされた個々の特許に着目して、当該特許の無効の可能性が高い場合は、事前のリスクは高くなるから事後的な相当実施工料額を高くしてよいというわけではない。さもなければ、より多数の者が無効と考える特許ほど、侵害者の帰責性は低いにもかかわらず、認容される相当実施工料額が高くなるという不当な結果を招いてしまう。2倍説は、あくまで事前ライセンス契約では勝敗リスクが折半されているとの想定が多数の事件の一般的な傾向に照らしても不合理ではないことを前提に、定型的に侵害プレミアムを事前の実施工料と同額と捉えるものと考えるべきだろう。個別の特許の価値などの事情は、2倍説を一

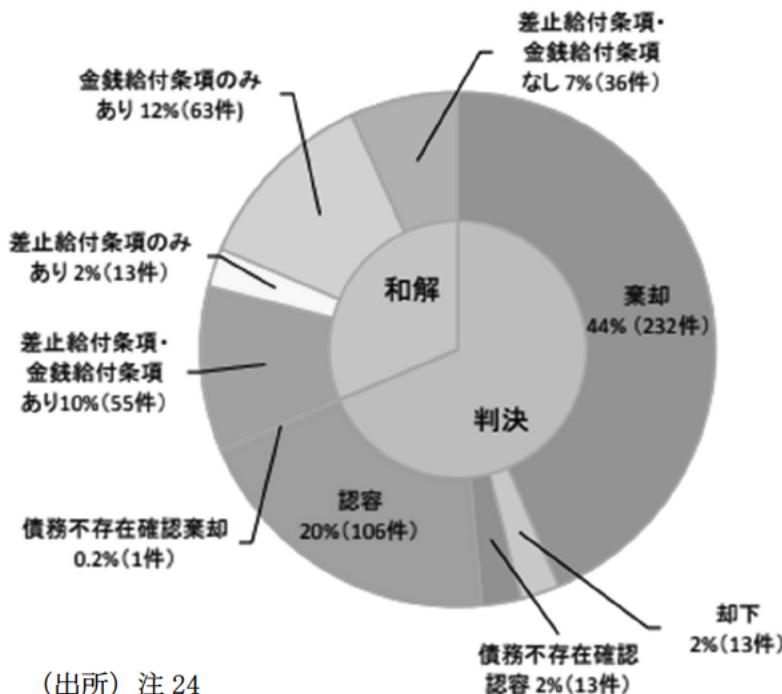
²² 飯田・前掲注(19)9頁は、①の特許発明の実施工許諾契約例や業界相場という考慮要素について、従来は増額・減額要素に対する基準とされること多かったが、二酸化炭素含有粘性組成物事件判決は、これを4つの考慮要素の1つに留めた点に特徴があるとする。一般論はその通りであるが、事案へのあてはめにでは、①の特許発明の実施工許諾契約例や業界相場という考慮要素が出発点すなわち「基準」を提供したものと考えられる。

²³ 山田知司「特許法102条3項の損害認定」L&T75号(2017)14頁。

²⁴ 知的財産高等裁判所「特許権の侵害に関する訴訟における統計(東京地裁・大阪地裁、平成26~令和元年)」
https://www.ip.courts.go.jp/vc-files/ip/2020/2019_sintoukei_h26-r1.pdf

応の基準ないし目安とした上でその他の増額又は減額事由として考慮すればよいと考えられる。

図1 特許権侵害訴訟の帰趨



(2) 4倍説

2倍説とは別に、4倍説を提唱する学説²⁵もある。当該学説によれば、事前ライセンス契約におけるリスクには、(ア) 対象製品が特許発明の技術的範囲に属さない「非充足リスク」と、(イ) 対象発明に無効理由がある「無効リスク」があり、それぞれのリスクを50%と仮定すると、事前実施工料=事後相当実施工料×0.5×0.5であるから、事後相当実施工料=事前実施工料×4となるというわけである。この考え方では、(ア)(イ)には、2つの可能性((ア): 充足する/充足しない、(イ): 有効/無効)があるためにそれぞれのリスクを50%と考えているようである。

しかしながら、4倍説によれば、特許権者は、25% (50%×50%) の勝訴確率しかないので、侵害訴訟を提起していることになるが、果たして特許権者はそこまでリスク愛好的なのかとの疑問を禁じ得ない。むしろ、実際には、実質的勝訴割合は概ね半分であることは前述したとおりである(図1参照)。そうであるとすれば、特許権者は(ア) 非充足リスク及び(イ) 無効リスクをあわせて50%の勝訴確率を前提にしているのではないか。したがって、4倍説は採りがたいといわざるを得ない。

(3) 2倍説を超える高額の相当実施工料額の妥当性

4倍説に限らずとも2倍説を超える高額の相当実施工料額は妥当だろうか?

この点については、損害賠償額の高額化が第三者に萎縮効果をもたらす懸念に留意する必要がある。高額の損害賠償を請求されるおそれがある場合、被疑侵害者は、特許の有効性や特許発明の技術的範囲

²⁵ 高橋淳=宮川利彰「損害論再考(II)」知財ぷりずむ18巻215号(2020)54頁注17。

の属否に疑義があると考える場合でも、事前の実施許諾に応じたり、あるいは特許発明の実施を回避したりせざるを得なくなり、特許権者を過大に保護する結果となりかねない²⁶。

米国の懲罰的賠償においても、多数の裁判例における懲罰賠償額の実情を踏まえて、懲罰賠償額は填補賠償額以下であると判示した判決 Exxon Shipping Co. v. Baker、554 U.S. 471 (2008) がある。これは、連邦海事コモンローという特殊な事件ではあるが、米国最高裁は、懲罰的損害賠償額は填補賠償額まで（両者の比率は1:1）と判示するに際して、実際にそのような傾向を示す実証研究を参照している。まず、1992年、1996年、2001年のデータによれば、懲罰的損害賠償額/填補賠償額の中央値は、0.62（陪審審理n=438）、0.66（裁判官審理n=101）である²⁷。また、1989～1998年のフロリダ州のデータによれば、懲罰的損害賠償額/填補賠償額の中央値は0.67（陪審審理n=232）である²⁸。一方、1985～1994年のデータによれば、懲罰的損害賠償額/填補賠償額の中央値は1.4（陪審審理n=647）と1を超えるが、時系列を見ると、85～89年の1.5から90～94年の1.2に低下している²⁹。そうすると、全般的な傾向としては、懲罰的損害賠償額：填補賠償額の比率は概ね1:1以下であるといつてもよさそうである。そして、各事件において裁判所が懲罰（抑止）の観点を加味して算定した懲罰的損害賠償額の事例を集積してみたときに概ね填補賠償額以下であるということは、裁判所は、填補賠償額以下の懲罰的損害賠償額の支払いを命じれば懲罰（抑止）の目的を達成できると考えていることを示唆しているといえるだろう。前述のとおり、日本の損害賠償の基本は填補賠償であり、抑止の効果はあくまで副次的に生じることが許されるに過ぎない。その点を踏まえれば、懲罰（抑止）の目的を掲げる米国の懲罰損害賠償ですら、その額は填補賠償額以下であるのだから、填補賠償を基本とする日本の損害賠償においては、侵害プレミアムを事前のライセンス契約の実施工料額と同額とすることにより、副次的な抑止効果の実現を図ることは可能と考えられる。

以上の諸点からすれば、2倍説により定型的な侵害プレミアムは事前の実施工料と同額とした上で、その他の事情は個別事案に応じて調整すれば足りると考えられる。

(4) 2倍説の出発点

2倍説によれば事前の実施工料を2倍して相当実施工料額を算定することになるが、その場合に出発点となる事前の実施工料とは何であろうか？

二酸化炭素含有粘性組成物事件判決は、まず、訴訟の対象である特許の実施工約例が存在する場合にはそれを考慮するとして、実際にも訴訟対象特許と同視し得る別件特許権侵害の解決金を出発点に、当該解決金が侵害プレミアムを含むと考えられるために、それと同率の10%を相当実施工料額の実施工率と認定したと理解可能であることは、前述したとおりである。このように、訴訟対象特許（またはそれと同視し得る特許）の実施工約例が存在する場合は、それを出発点にすればよいだろう。

訴訟対象特許（またはそれと同視し得る特許）の実施工約例が存在しない場合、二酸化炭素含有粘性

²⁶ 本報告書に掲載された田村善之「日本の特許権侵害に対する損害賠償額の算定の現況と課題」の図参照。

²⁷ T. Eisenberg et al., "Juries, Judges and Punitive Damages: Empirical Analyses Using the Civil Justice Survey of State Courts 1992, 1996 and 2001 Data", 3 J. of EMPIRICAL LEGAL STUDIES 263, 278 (2006).

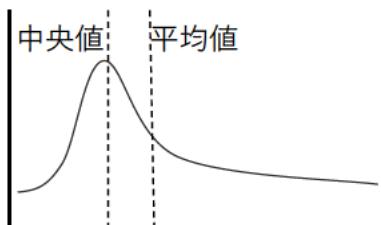
²⁸ N. Vidmar and M. Rose, "Punitive Damages by Juries in Florida", 38 HARVARD J. ON LEGISLATION 487, 492(2001).

²⁹ E. K. Moller et al., "Punitive Damages in Financial Injury Jury Verdicts", 28 J. LEGAL STUD. 283, 307(1999).

組成物事件判決は、業界相場を考慮するとした。業界相場を出発点とする場合、実施工料率の業界の平均値と中央値のいずれを出発点とすべきだろうか。

やや古いデータであるが、1992～1997年の3,270件の実施工料率の平均値、中央値を分野別に調査した結果³⁰によれば、多くの分野において平均値は中央値より高い。これは、一部の価値の高い特許の実施工契約が平均値を引き上げている可能性を示唆している（図2）。

図2 実施工料率の分布のイメージ



このような分布を示す場合、中央値が業界相場をより適切に反映しているとすれば、平均値を2倍すると過大な損害額にならないかとの疑問が生じる。

他方、約14万件程度³¹と推計される実施工契約件数に比べて、2019年に提起された特許侵害訴訟件数（一審）は120件³²と遙かに少ない。そうすると、訴訟の対象となるような特許は中央値よりも右側（=価値が高い）と考え、平均値をいわば訴訟対象特許と同視し得る実施工契約例の代理指標として使うことは現実的な選択肢として許容され得るのではないかと考えられる。もっとも、分野によっては実施工料率の分布が異なり、その場合には異なる考慮が必要かもしれない³³。

（5）個別の事案に応じた調整

前述のとおり、2倍説には一定の合理性が認められると考えられるが、2倍説はあくまで一応の基準ないし目安であり、最終的な相当実施工料額は、個別の事案の事情に応じて増額又は減額が図られることになる。

この点に関連して二酸化炭素含有粘性組成物事件判決は、①の特許発明の実施工契約例や業界相場のほかに、②特許発明自体の価値、③売上げ・利益への貢献や侵害の態様、④競業関係や特許権者の営業方針を考慮するとしていた。実際、②～④の事情は、従来の相当実施工料額の認定においても考慮されてきた³⁴。従来の裁判例（1999年1月1日～2013年3月5日の68件）に基づいてどのような考慮要素

³⁰ 帝国データバンク・前掲注（10）93頁。

³¹ 次のとおり推計した。2019年時点で現存する特許権数は約205万件である（特許庁「特許行政年次報告書2020年版」[2020]70頁）。他方、2019年度の知的財産活動調査結果によれば、調査した1,233,216件の特許権のうち82,516件がライセンスされており、その割合は6.7%である（特許庁「令和元年度知的財産活動調査結果 統計表」表1-12）。現存特許件数約205万件に6.7%を乗じると、ライセンス件数は13.7万件と推計される。

³² 最高裁判所事務総局行政局「令和元年度知的財産権関係民事・行政事件の概況」法曹時報72巻10号（2020）1939頁。

³³ 帝国データバンク・前掲注（10）93頁によれば、電子計算機分野では、中央値（40%）より平均値（33.2%）が低い。この場合、図2のような分布状況にはなく、本文で述べたことは当てはまらない。そもそも実施工料率の数字自体が極めて高いことから、業界相場としてこの調査結果を用いること自体の妥当性も問題となると思われ、別の手段を検討する必要もある。

³⁴ 中山＝小泉・前掲注（13）2027～2040頁〔飯田圭〕。

がどの程度相当実施工額を加算又は減算させるかを分析した結果³⁵によれば、加算減算要素としてその重みが最も大きいのは、上記の③に対応する侵害者（又はその侵害態様）に係る事情（e.g. 侵害者製品における特許発明の技術的・経済的意義の重要性、侵害品の売上げの増大や利益率の高さ等）であり、減算方向に特に大きく作用する。次いで重みが大きいのは、上記②に対応する特許発明に係る事情であり、加算方向への影響が大きい。そして三番目が特許権者（又はその実施態様）に係る事情（e.g. 特許発明の実施による他社製品との差別化による競争の展開、ライセンス不許諾方針等）であり、加算方向により大きく作用する。この要素は、上記④に概ね対応すると考えられる。

ただし、二酸化炭素含有粘性組成物事件判決は、上記①～④の事情「等訴訟に現れた諸事情を総合考慮」すると判示しており、①～④の事情は例示であるからその他の事情も考慮され得る。

（6）二酸化炭素含有粘性組成物事件判決以後の知財高裁判決

以下では、二酸化炭素含有粘性組成物事件判決以後に相当実施工額を算定した知財高裁判決を紹介する。

（i）知財高判令和元年9月11日平成30年（ネ）1006号（システム作動方法事件）

本件は、ゲームソフトの製造販売が2件の特許権の間接侵害に当たるとされた事案であり、2019年改正前の102条3項についての事件である。知財高裁は、相当実施工額の一般論に関しては、二酸化炭素含有粘性組成物事件判決と同様に、侵害プレミアムを肯定するとともに、その際の考慮要素についても二酸化炭素含有粘性組成物事件判決と同じ4つの考慮要素を挙げている。

あてはめでは、訴訟対象特許の実施工契約例が訴訟上現れていないとして、同じ技術分野の平均的実施工率の2.5%が出発点として参照された。その上で1件の特許権に関しては、侵害品のゲームソフトにおいては、ゲームのキャラクターや内容、販売方法の工夫等が売上げに大きく貢献していることは否定できないとはいえ、本件発明に係る技術も売上げの向上に相応の貢献をしていると認められること、代替技術は存在しないこと、当事者は競業関係にあることなどの事情を考慮して、相当実施工額の実施工率を3.0%と認定した。一方、2件目の特許権については、侵害品のゲームソフトにとってそれなりに意味を有するものであり、かつ代替性もないが、侵害品の売上げ及び利益への貢献度はゲームソフトの設定、ビジュアル、演出、キャラクターなど訴求力の高いものと比較すると低く、1件目の特許権と比べてもその価値は低いこと、当事者は競業関係にあることなどを考慮して1.5%と認定した。

2件の特許権の実施工率を分けたのは、侵害品の売上げ・利益への貢献であり、二酸化炭素含有粘性組成物事件判決の挙げる③の事情である。そのこと自体は不合理ではない。もっとも、侵害プレミアムが認められた場合でも、0.5%という侵害プレミアムは、出発点とされた平均実施工率2.5%の20%に過ぎず、全体の相当実施工額の実施工率3.0%は平均実施工率2.5%の1.2倍と、2倍説を相下回る。むろん、侵害プレミアムを認めるとしても、本件では、ゲームのキャラクター等の売上げへの貢献が減額方向に作用したために結果的に2倍説を相下回る帰結となった可能性もある。しかし、これも推測の域を出ず、考慮要素は示されていてもそこからどのようにして最終的な実施工率の数字に到達したの

³⁵ 特許第2委員会「特許法102条3項により算定される損害賠償額の予測可能性」知財管理64巻2号（2014）228頁、235頁。

かの判断の過程は不明である。

(ii) 知財高判令和元年10月23日平成31年(ネ)10018号(ケーブルテレビ再放送事件)

本件は、地上波テレビ放送を無許諾で再放送した有線テレビ放送事業者に対して著作権等管理事業者が有線放送権侵害を理由に損害賠償を請求した事案であり、著作権法114条3項が適用された事案である。著作権法114条3項は、特許法102条3項に対応する規定であり、特許法102条3項の1998年改正と同様に、「通常受けるべき金銭の額」における「通常」の後が削除されているが、2019年改正により新設された特許法102条4項に相当する規定は存在しない。

著作権法114条3項の相当使用料の趣旨について、知財高裁は、侵害し得防止の観点から「通常」を削除した法改正の経緯に照らすと事後的な相当使用料額は通常の利用許諾契約の使用料より高額になるとの一般論の下に、権利者と他のケーブルテレビ事業者との契約における使用料を約1.5倍した額に基づいて損害額を算定した。侵害プレミアムは50%である。ただし、約1.5倍とした根拠について、本判決は、他のケーブルテレビ事業者との契約、侵害態様、交渉経緯などを考慮したと述べるにとどまる。

本件は、テレビ放送について著作権や著作隣接権の存在が争われる類の事案ではない。その点では、構成要件非充足や特許無効のリスクがある特許権侵害訴訟とは類型的に事情が異なる。そのため、非充足や無効のリスクがない事後的な相当使用料額は事前の使用料より高いとの説明が当てはまらず、本判決も述べるとおり、専ら侵害し得の防止を考慮して侵害プレミアムを認定することになろう。

侵害し得の防止という観点から見るならば、本件は、当事者間の交渉が合意に至らなかった事案であるが、侵害者は、他のケーブルテレビ事業者の同様の契約を締結して、通常の契約に基づく使用料を支払うことが可能だったとも考えられる。そうすると、本判決は、交渉引き延ばしによる侵害し得を防止するために、侵害プレミアムを50%と認定したとも理解できなくもない³⁶。もっとも、特許権侵害訴訟のような非侵害・無効リスクが類型的に存在しない事案であることから、相当使用料額は、事前使用料の2倍ではなく、1.5倍とされたのかもしれない³⁷。

(iii) 知財高判令和2年1月29日平成30年(ネ)10081号・10091号(マリカー事件)

本件は、公道カートレンタル事業者による人気ゲームのコスチュームの貸与等が不正競争防止法2条1項2号の不正競争行為(著名表示不正利用)に当たるとされた事案である。当該不正競争行為に対しては、特許法102条3項と同趣旨の規定である不正競争防止法5条3項により相当使用料額の損害を請求することができる。特許法102条3項と同様に、不正競争防止法5条3項における「通常受けるべき金銭の額」の「通常」は改正により削除されたが、2019年改正の特許法102条4項に相当する規定は不正競争防止法には設けられていない。

本判決は、一般論として、特段の理由は示さずに、不正競争防止法5条3項に基づく事後的な相当使用料額の料率は、通常の料率に比べて必ずしも高額になるというべきであると判示し、侵害プレミアムを肯定した。また、相当使用料額の考慮要素については、二酸化炭素含有粘性組成物事件判決と同様の4

³⁶ これに対して、小池眞一「判批」知財ぶりずむ18巻208号(2020)107頁は、侵害者は誠実に対応してきたと評価できる面もあると指摘する。また、非充足や無効のリスクがない放送コンテンツの著作権・著作隣接権について侵害プレミアムを認めることには若干の違和感があるとも述べる。

³⁷ 藤森卓也「判批」コピライト70巻610号(2020)20頁は、本判決は相当使用料額を通常の使用料の1~2倍におさめるとの従来の裁判例の傾向に沿っており、懲罰的と評価されない範囲で侵害プレミアムを認めるとの考慮が働いたとの見方を示している。

要素を挙げている。

その上であてはめでは、①本件訴訟を提起した著名表示主体が著作物や商標等に関してこれまで締結したライセンス契約の料率を参照しつつ、②本件の商品等表示が著名で高い顧客吸引力を有していること、③不正競争行為の態様はそのような高い顧客吸引力を不当に利用する意図をもって不正競争行為を行ってきたものであり、本件の商品等表示と類似する不正競争行為者の標章等がその売上げに貢献した度合いは相当に大きいこと、を考慮して、相当使用料の料率を15%又は12%と認定した。

本判決は、一般論侵害プレミアムを認めたものの、その理由を述べてはいない。本件で著名とされた商品等表示は極めて著名なゲームに由来するもので、著名な商品等表示に当たることに問題はなく、また、不正競争行為者側による著名商品表示等の使用も明らかといえる事案であったことから、非充足や無効のリスクがある特許侵害訴訟とは異なるため、二酸化炭素含有粘性組成物事件判決が述べたような理由が本判決では述べられなかつたのかもしれない。しかしながら、不正競争防止法5条3項が改正により「通常」を削除した趣旨は、特許法や著作権法と同様に侵害し得の防止にある³⁸。したがって、侵害プレミアム自体を認めること自体に特段の問題はないであろう。

具体的な料率の認定についてみると、本判決は、15%又は12%という一般的にみて相当に高い料率を認定している。もっとも、判決文上、①で参照された著作物や商標等に関するライセンス契約例の料率は不明であるため、認定された侵害プレミアムがどの程度であったのかは不明である。他方、②の本件商品等表示の著名性や、③の不正競争行為者の売上げへの貢献、といった事情は増額方向に働いたと考えて差し支えないだろう。なお、③の点に関連して本判決は不正競争行為者の不当な利用の意図に言及しているが、これは、不正競争行為者の売上げへの貢献が大きいとの判断を裏付ける根拠として言及されたものとも考えられ、主観的な悪性を直接考慮するものとはいきれないと思われる。いずれにせよ、商品等表示等の著名性等の本件特有の事情が15%又は12%という高い料率をもたらしたと考えられる³⁹。

(iv) 小括

二酸化炭素含有粘性組成物事件判決以降の知財高裁判決を見る限り、侵害プレミアム自体は定着しつつある。また、二酸化炭素含有粘性組成物事件判決が侵害プレミアムの考慮要素とした4要素は、従来から用いられていたが、今後も引き続き用いられることになりそうである。

他方、侵害プレミアムの具体的認定プロセスは不明確である。そもそも知財高裁は、2倍説自体を明示的に認めたわけでもない（二酸化炭素含有粘性組成物事件判決が2倍説を探るものであるかについては前述のとおり両論ある）。したがって、本稿が検討したように、2倍説を一つの目安としてそこから個別の増額要素と減額要素に応じて調整するといった手法も採っていない。また、判決文において、侵害プレミアムの考慮要素が挙げられていても、それらが増額又は減額のいずれの方向に作用するのか、また、どの事情が決め手であるのかを読み取ることは容易ではない。そのため、侵害プレミアムの個々の考慮要素から最終的な相当実施工料額の料率の決定に至る過程は、裁判所に丸投げされている状態である。侵害プレミアムの定着を受けた今後の課題は、侵害プレミアムを具体的に認定する判断過程の明確化を

³⁸ 経済産業省知的財産政策室「逐条解説不正競争防止法令和元年7月1日施行版」173～174頁
<https://www.meti.go.jp/policy/economy/chizai/chiteki/pdf/20190701Chikujyou.pdf>

³⁹ 苗村博子「判批」WLJ判例コラム205号（2020）5頁は、不正競争防止法の侵害プレミアムはさらに高率になってしまるべきと述べる。その根拠は必ずしも明確ではないものの、不正競争防止法で保護される客体についてはライセンスが想定し難いといった点を主な理由とするようである。確かにライセンス不許諾の方針は侵害プレミアムを引き上げる方向に働くであろうが、不正競争防止法であれ、特許法であれ、最終的には個別の事案の事情によると考えられる。

図り、予測可能性を高めていくことであろう。

(7) 侵害プレミアムが否定される場合

これまで侵害プレミアムが肯定される前提で検討を進めてきたが、侵害プレミアムが否定されることはあるのだろうか。あるとすればそれはどのような場合であろうか。以下、2つの場合について検討する。

(i) 特許に無効理由があり訂正（の再抗弁）が認められた場合

当初の特許に無効理由があり、その後訂正あるいは訂正の再抗弁が認められて、特許権侵害が肯定されたという場合、侵害プレミアムは認められるだろうか。

この点について、東京地判平成29年12月25日平成27年(ワ)2862号は、無効理由の存在を理由に、侵害者がライセンス契約を締結しなかったことをもって実施料率をそれ程高額なものと認定するのは相当とはいえないとしている。もっとも、最終的に認められた相当実施料額の実施料率が判決文上不開示であるためにそもそも侵害プレミアムが認められたのか否かが不明である上に、他にも相当実施料額の減額要素（特許発明の効果が特に顕著ではないこと、特許発明以外の有効成分も重要な効果を有すること）があったことから、無効理由の存在の重みは定かではない⁴⁰。

確かに、無効理由がある特許について、侵害者は通例特許権者に実施許諾を求めるであろう。事前の実施契約が期待できない以上、事後的な相当実施料額を事前の実施料より高くして「侵害し得」を防ぐ必要はないともいえる。したがって、侵害プレミアムを認めるべきではないとも考えられる⁴¹。

もっとも、訂正により無効理由が解消し、侵害者は訂正後の特許請求の範囲に属する製品を製造していたのであるから、侵害者は、結果的に有効な特許権を侵害していたことになる。そうすると、当初は無効理由が存在したにせよ、侵害者は、訂正の可能性を考慮して実施許諾を求めるべきであり、そうしなかったのであれば侵害プレミアムが認められるべきとも考えられる。しかしながら、訂正の可能性があるといつても、特許権者が訂正（審判）を請求しない可能性もあり、また、訂正後の特許請求の範囲も不明の時点において、侵害者が特許権者に実施許諾を求めなければならないとすると、結果として無効理由を抱えたままの特許に対して実施料を支払い続ける事態を招きかねず、妥当とは思われない。したがって、侵害プレミアムを認める必要はないのではないかと考えられる。

(ii) 特許権者が PAE (Patent Assertion Entities) である場合

二酸化炭素含有粘性組成物事件において、侵害者側は、特許権者は特許主張事業体であり、そのビジネスモデルは、分割出願を繰り返して多数の特許を保有し、発明の実施品の生産者・販売者の投資後に提訴等により高額の実施料を得るというものであって、不当に競争を制限するものであるから、実施料率は3%以下であると主張した。

しかし、知財高裁は、特許権者は、特許発明の実施品を製造販売しており、そのビジネスモデルが不当に競争を制限するものであると解する根拠がないとして、この主張を認めていない。特許権者が実施

⁴⁰ 控訴審の知財高判平成31年4月25日平成30年(ネ)10017号は、無効理由を有していたことを考慮事情の一つとすると述べるに留め、それが減額方向に働くと明示的には述べなかった。

⁴¹ 高橋・前掲注(18)263頁。

していることを指摘する知財高裁は、特許権者が NPE (Non Practicing Entity、不実施主体) ではないことを述べるものと考えられる。NPE とトロールないし PAE (Patent Assertion Entities、特許主張主体)との異同は議論があるところだが⁴²、知財高裁としては、そこまで真剣に取り上げる必要はないとの判断したのかもしれない。

何をもって PAE と判断するかは大きな問題ではあるが、それは措いて仮に特許権者が PAE であると判断できる場合、侵害プレミアムは認められるだろうか。PAE とは、ライセンス料獲得の目的で専ら権利行使を重視する者であるとすると⁴³、PAE による権利行使はホールド・アップを招くおそれがあり、侵害プレミアムを認めると PAE に一層過大な実施工料を認めることになり、妥当ではない。また、侵害者についても、PAE に対して事前に実施工諾を求めるることは期待できないから、事後的な相当実施工料額が通常の実施工料と同額でも「侵害し得」との批判には当たらないだろう。

(8) ロイヤリティ・ベース

相当実施工料額は、侵害者の製品の売上げに実施工率を乗じて算定するのが一般的である。侵害プレミアムは、その場合の実施工率を通常の契約に基づく実施工率より高く設定するものである。これに対して、実施工率を乗じる侵害者の製品、すなわちロイヤリティ・ベースが問題となる場合がある。その点が問題となる典型的な場面は、特許が全体製品の中の一部の部品を対象とする場合であり、この点に関する近時の裁判例を取り上げる。

(i) 知財高判令和2年11月18日（発光装置と表示装置事件）

本件において特許発明の技術的範囲に属する製品は LED であり、その LED は侵害者が販売する液晶テレビに組み込まれていた。そのため、特許法 102 条 3 項に基づく相当実施工料額の算定において LED と液晶テレビのいずれをロイヤリティ・ベースとするか、また、実施工率をどのように認定するかが争われた。

知財高裁は、102 条 3 項の一般論に関しては、二酸化炭素含有粘性組成物事件判決を踏襲し、同判決と同じ理由により侵害プレミアムを認め、同じ 4 つの考慮要素を示した。

そしてあてはめでは、ロイヤリティ・ベースは液晶テレビとし、実施工率については、LED がロイヤリティ・ベースである場合を 10%とした上で、液晶テレビをロイヤリティ・ベースとする場合を 0.5% と認定した。

知財高裁は、ロイヤリティ・ベースを液晶テレビとした理由について、①本件 LED は、液晶テレビ内部に搭載された基幹的な部品の一つであるバックライトに搭載されており、液晶テレビから容易に分離することができないこと、②LED の性能は、液晶テレビの画質に大きく影響するとともに、どのような LED を用い、どのようにして製造するかは製造コストにも影響すること、③侵害者は、本件 LED の特性を活かした完成品として液晶テレビを販売し、収益を得ていたこと、を挙げている。

一方、実施工率の認定に関して、知財高裁は、まず、ロイヤリティ・ベースを LED とする場合について、①特許権者は、クロスライセンス以外に LED メーカーにライセンスを供与せず、侵害者に対しては、

⁴² 中山一郎「特許取引市場の機能と差止請求権制限の政策論的当否」日本工業所有権法学会年報 36 号（2013）125 頁。

⁴³ 注 44 参照。

侵害者が特許権者の製品に置換する場合は実施料率を 5%とするが、置換しない場合は、本件特許を含む特許権を侵害する LED 電球について実施料率 10%で和解したこと、②本件特許は非常に重要な産業上の意味を持ち、LED 市場の急速な拡大に大きく寄与したこと、などを考慮し、実施料率を 10%と認定した。他方、③競業他社が公表している実施料率（3%）は事前のライセンス料であるため、また、LED が属する技術分野の実施料平均値（3.3%、2.9%）は分野が広汎であるため、いずれも考慮しないとした。その上で、④液晶テレビは、多数の部品から成り立っているから 10%の実施料率をそのまま適用することは相当ではないが、侵害品の売上げに対する特許発明の貢献は相当に大きいとして、最終的に液晶テレビの 0.5%と認定した。

（ii）判決の評価

まず、ロイヤリティ・ベースを LED とする場合の実施料率についてみると、本判決は、和解事例と同率の 10%を採用した。和解事例は侵害プレミアムを含むものと考えられ、これと同じ 10%を採用することは、二酸化炭素含有粘性組成物事件判決とも共通し、妥当であろう。なお、結果的に、特許権者の製品に置換する場合の実施料率 5%の 2 倍となっているが、この点も二酸化炭素含有粘性組成物事件判決と同様に、2 倍説を採用したというより、和解事例が決め手になったと考えられる。

他方、最終的にロイヤリティ・ベースを液晶テレビとした点については議論の余地があろう。最終製品の一部の部分に特許権が存在する場合において、最終製品を基準に損害賠償を算定する手法は、EMV（Entire Market Value）と呼ばれる。これに対して、特許権が存在する部品を基準に損害賠償を算定する手法が SSPPU（Smallest Salable Patent Practicing Unit）である。侵害部品が最終製品の需要を喚起しているといえるのであれば、EMV が不合理であるとはいきれないが、実際に EMV を適切に運用するのは容易ではないように思われる。

本件において知財高裁は、10%の和解事例が LED 電球についてのものであったことから、液晶テレビをベースとする際に 10%を 0.5%に引き下げた。問題は、10%から 0.5%に引き下げる根拠であるが、本判決にその点に関する説明はない。これに対して、原審（東京地判令和 2 年 2 月 28 日平成 29 年（ワ）27238 号）は、LED をロイヤリティ・ベースとしたが、液晶テレビには 24 個の LED が搭載されていることから、LED24 個分の平均価格である 216 円に実施料率を乗じている。一方、知財高裁によれば、侵害者が販売していた液晶テレビの平均価格は、33,902 円と 34,461 円である。そうすると、液晶テレビと LED の価格差は約 157～159 倍であるのに対して、実施料率（10%→0.5%）の差は 20 倍である。ロイヤリティ・ベースを約 160 倍弱引き上げつつ、実施料率は 1/20 に引き下げるにとどまる理由をどのように合理的に説明することができるのだろうか。本判決に対しては、相当実施料額が過大に算定される懸念とともに、裁判所の裁量が大きくなり過ぎ、相当実施料額に対する予測可能性を低下させる懸念も持たざるを得ない。なお、標準必須特許について FRAND 条件でのライセンス料相当額の損害を算定した知財高判平成 26 年 5 月 16 日平成 25 年（ネ）10043 号判時 2224 号 146 頁（アップル対サムスン事件）は、標準必須特許の実施品（半導体チップ）ではなく、最終製品（スマートフォン、タブレット）をロイヤリティ・ベースとしたが、最終製品に対する標準規格の寄与を考慮して最終製品の売上げを減額している。

また、本判決に対しては、最終製品に多数の特許権が関係する場合に、個々の特許のロイヤリティが積み上がり、ライセンス料の合計額が高騰するロイヤリティ・スタッキングの問題が考慮されていないのではないか、との疑問もある。実施料率が最終製品の 0.5%とされた本件では、200 件以上の特許権が

最終製品に關係していれば、実施工合計が販売価格を上回ることになりかねない。この点についても、前掲アップル対サムスン事件では、全ての標準必須特許のライセンス料合計額の上限を設定するトップダウンアプローチを採用した上で、標準必須特許の件数で個数割りしている。そのようにトップダウンアプローチを採用するか、あるいは、SSPPU のように特許権が存在する部品を基準として当該部品の価格内にライセンス料をおさめれば、累積ロイヤリティが最終製品の価格を超えることを防止することは可能と考えられる。

EMV か SSPPU かは、主に標準必須特許のライセンス料の算定をめぐって議論されており、EMV が一切否定されるべきというわけではない⁴⁴。とはいっても、本判決による EMV の適用に対しては上記のような疑問を抱かざるを得ない。本件では、最終製品は液晶テレビであったが、IoT の進展により、特許が実施される部品と最終製品の価格差は一層拡大することも予想される (e.g. 最終製品が自動車や飛行機である場合など)。そのような場合において EMV を用いて発明の貢献度に応じた適切な損害額を算定することは至難の業ではないかと考えられる。最終製品の価格が高額であるために、実施工率のわずかな差であっても相当実施工額に与える影響が大きいからである。そのように考えるのであれば、EMV の適用については慎重であるべきとも考えられる。

5. 結論

本稿の結論をまとめると以下のとおりである。

特許法 102 条 3 項は、相当実施工額の損害について定める。この相当実施工額は、特許発明の技術的範囲への属否や特許の有効性が不明な状況において定められる事前の通常の実施工と異なり、有効な特許権が侵害された前提で事後的に定められることから、構成要件非充足や特許無効のリスクを織り込む必要がなく、通常の実施工より高額になる。相当実施工額が通常実施工額を上回る部分が侵害プレミアムである。2 回の法改正と知財高裁大合議判決を経て、相当実施工額の算定において侵害プレミアムが考慮されることの一層明確になり、実務的にも定着しつつある。

他方、侵害プレミアムを具体的にどのように認定するかは今後の課題である。侵害プレミアムの幅として、侵害プレミアムを通常実施工と同額と考える 2 倍説には一定の合理性が認められる。他方、それ以上に侵害プレミアムを引き上げる必要はない。2 倍説を一つの目安にするにせよ、個別の事案の事情に応じて増額又は減額が調整される。侵害プレミアムの調整において、単に考慮要素を列挙するだけでは、そこから最終的な実施工率の決定に至る判断プロセスが不明確であり、予測可能性に欠ける。それぞれの考慮要素が増額又は減額のいずれの方向にどの程度の重みをもって働くのかを明確にする必要がある。

他方、個別の事案によっては、侵害プレミアムがゼロとなる場合もあり得る。また、実施工率のみならずロイヤリティ・ベースをどのように決定するのかについても検討を深める必要がある。

⁴⁴ 経済産業省「マルチコンポーネント製品に係る標準必須特許のフェアバリューの算定に関する考え方」(令和 2 年 4 月 21 日) は、標準必須特許についてであるが、SSPPU と EMV のいずれであれ、標準必須特許の技術が貢献している部分(寄与率)に基づいてロイヤリティを算定することを提唱する。

https://www.meti.go.jp/policy/mono_info_service/mono/smart_mono/september/200421sep_fairvalue_hp.pdf