

知財紛争処理システム検討委員会（第6回）

日 時：平成28年1月14日（木）16:00～18:00

場 所：中央合同庁舎4号館12階 1208特別会議室

出席者：

【委員】伊藤委員長、岡部委員、上山委員、東海林委員、高林委員、豊田委員、
長谷川委員、二瀬委員、別所委員、八島委員、山本（和）委員、
山本（敬）委員、早稲田委員

【関係機関】法務省	鈴木昭洋参事官
特許庁	仁科雅弘企画調査官
最高裁判所事務総局	品田幸男行政局第一課長

【事務局】横尾局長、増田次長、田川参事官、北村参事官

1. 開 会

2. 損害賠償額について

3. 閉 会

○伊藤委員長 新年明けましておめでとうございます。予定の時刻より、若干早めでございますけれども、ただいまから「知財紛争処理システム検討委員会」の第6回会合を開催いたします。本日は、御多忙のところお集まりいただきまして、誠にありがとうございます。

初めに、横尾事務局長から御挨拶をお願いいたします。

○横尾局長 横尾でございます。新年明けましておめでとうございます。本年もどうぞよろしく願いをしたいと思います。

この委員会、今までに5回開催していきまして、今年になってから6回目以降でございますが、皆さま、席をリフレッシュさせていただきまして、こういう審議会は、大体ずっと隣の人が固定されるのも、ちょっと面白くないなと思いきまして、年が改まったのと併せて、隣の人を替えてみましたということで、今年は、この席で行わせていただければと思っております。

ちょっとお時間を頂戴して、実は、先週、アメリカに行つてまいりまして、特許の侵害訴訟の件についても、向こうの連邦巡回裁判所と、弁護士、その他、大学の先生等からお話を伺ったので、ちょっと雑感的に、口頭で大変恐縮でございますが、今日の議論も含めて、この委員会の議論に参考になるものがあればということで、挨拶がてらお話をしたいと思います。

御案内のとおり、アメリカは、今、パテント・トロール対策が最大の関心であります、向こうでは、NPE、Non-Practicing Entityということで、パテント・トロールとは呼ばないのですが、この対策が最大の関心であります。

それで、3つありまして、1つは分野なのですけれども、主としてITCというか、エレクトロニクス産業分野での現象であるということで、そういう意味では、あまねく分野ということでは必ずしもないという評価のようであります。

次に、要因であります、言っていることを総合すると、1つは特許の質あるいは対象の問題、特にエレクトロニクス分野でクレームの構造が良くないという特許の質の問題が1つ。もう1つは、これが最大ですけれども、証拠収集手続においてディスカバリーで多額のコストが掛かることと、提訴が簡単にできるということが相まって、提訴してディスカバリーに入って、コストに耐えられなくて、多額の金銭で和解をするというのが基本のビジネスモデルであります。

そういう意味では、賠償額の多さというのは関連があるかと思うのですけれども、余り賠償額の多さということと関連付けてトロールの話をする人は余りいなかったというのが印象的でございます。

3番目に、トロールに対応して、近年の裁判での実務、それから、連邦のいろんな規則の改正の努力等がなされておりますが、立法については、ちょうど去年の夏前ですかね、上院、下院、それぞれの委員会で一応案はできていますけれども、今年は大統領選挙の年でもあり、もうこれ以上は動かないだろうということ。あと、もう1点は、NPE対策として

分かるけれども、逆に正当な権利者なりイノベーターに支障がある可能性もあるという一方の議論もある中で、まだ、この立法の動向はどうか、大統領選挙後になるとは思いますが、分からないという感じであります。

それで、各論で、特許の有効性、質の問題と、証拠収集手続の問題と、賠償額の問題それぞれであります。まず、特許の有効性については、2012年に導入されたIPRという、日本でいう無効審判ですかね、アメリカの特許商標庁で有効性を再審査する、これが非常によく効いていると。現時点で、トロール対策としては、これが最も効いているということで、直近では、7割ぐらいの特許は無効になっているということでもありますので、これが、非常にポジティブに評価をされているという印象であります。

2番目の証拠収集手続ですが、ディスカバリー手続については、私が出会った人は、異口同音に批判をしております。大変なコストが掛かって、ある弁護士によると、実際に使えるネタは、ディスカバリー手続で得た資料の「less than 1%」と言っていましたから、1%未満のものしか使えるものはなかったと、そういう手続で、非常に批判が多かったという印象であります。

実は、去年の12月から連邦の民事訴訟規則の一部が改正されていて、ディスカバリー手続については、均衡するようなもののみというのか、そういうことにすると併せて、提訴要件をもう少しハードルを上げるという改正がなされております。

今後、これの効果については、まだ、1カ月と少しですので、様子見ではありますが、私が出会った弁護士では、ディスカバリー手続の均衡的にというのも、裁判官の裁量に委ねられるので、そんなに効果を上げないのではないかと。やはり、立法的にもっと制限をすべきだという声が多かったような印象であります。

3番目、賠償額であります。御案内のように、アメリカの、いわゆる填補賠償、compensatoryな賠償と、もう一つは、懲罰的、punitiveといったら、いや、enhancedと云うのだよなというふうには、ちょっと言い替えられたのですが、何故かという、enhancedという概念で、いわゆるpunitiveと、それから、弁護士費用の敗訴者負担と2つを合わせてenhanced、だから、追加的と言っていいのかもしれませんが、そういう2つのコンセプトで説明をしてくれました。

まず、填補賠償の方は、全般的に賠償額は多かったのですが、裁判実務としても減額をしようということになりました。

特に、部品特許で、エレクトロニクス分野の典型ですけれども、この部品の特許侵害で、全体を評価しようと、Entire Market Valueという概念については、大変運用が、2011年の判決以降運用が厳しくなって、なかなか簡単には認められないという中で、これと併せて、Smallest Salable Patent Practicing Unitという単位概念をベースにということなのですけれども、実際には、それでもって当該部品がどれだけ全体に寄与しているかというのを立証して賠償額を計算するというか、そういう、いわば、日本でいう寄与率、寄与度に近い、それを原告側が立証して賠償額につなげると、そういう実務ということだという解説

がございました。

ちなみに、日本の裁判例で、パチンコの地裁判決がかつてあって、2審でひっくり返された。あれで、日本としては大変多額の賠償額だと言われている例が、向こうの弁護士から出て、あんなの全然大したことないよという評価がありましたので、ちょっとアメリカのレベル感が、大分日本と違うのだらうなという印象はありました。

それから、いわゆる追加的賠償のうちの故意侵害の場合の、日本でいう懲罰的賠償の件ですけれども、かつて10年ほど前は、故意の認定が結構緩やかで、割と2倍、3倍と認められたことがあったのですが、それがやり過ぎだということで、故意の認定が、その後、4、5年前と言いましたか、大変厳しくなって、いわゆる故意侵害による、懲罰的賠償が認められるケースは、極めて限られているという話がありました。ところが、それが、余りに厳し過ぎるので、もう一度、見直しをしよう、緩和をしようという可能性がある。

それは、実は、弁護士費用の敗訴者負担の話と絡んでいまして、弁護士費用の敗訴者負担については、例外的な場合には、敗訴者に負担をさせるというのが、アメリカのルールらしいのですが、この例外的な場合の認定、これも大変厳し過ぎるということで、たしか、これは、一昨年ぐらいですかね、判例が出て、少し緩和をさせようということになったので、弁護士費用の敗訴者負担は、より認められやすくなるだろうということを言われています。

これと同じ発想というか、故意の認定についても、より緩和をしようというのが、今、最高裁に案件が掛かっているらしいのですが、それできっとそうなるだろうと言われてい

ると。

という意味では、全般的に、いわゆる追加賠償の話については、より認められやすく、金額も増えるという傾向にあるのかなという印象を抱いた次第でございます。

ちょっと長くなりましたが、ざっくりの印象でございますが、アメリカの直近の動きを御紹介させていただきました。

今日は、損害賠償の議論でございますが、是非、今日も闊達な御議論をいただければと思いますので、どうぞ、よろしくお願ひしたいと思います。

○伊藤委員長 局長、最近の情報を含めまして、ありがとうございます。

本日は、小松委員、森田委員及び渡部委員につきましては、所用のため御欠席でございます。

早速でございますが、議題に入りたいと存じます。

本日は、損害賠償額につきまして御議論いただきます。

初めに、その論点について、事務局からの説明をお願いいたします。

○北村参事官 お手元の資料1を御覧ください。

めくっていただきまして、2ページでございます。

基本的視点という紙を第2回のおきに出させていただきました。今回、改めて掲載させていただいたのが、2つ目のポイント、経済的合理性の視点ということで、今般、損害賠

償額の議論ということですので、こちらも大事であるということを変更して思い起こしていただくということで掲載をさせていただいております。

その損害賠償額の論点ですが、次の3ページに記載をさせていただいております。

過去、平成10年、11年の改正で、一定程度良くなってきているという評価があるという一方で、ビジネスの実態やニーズを反映した額よりも低い額にとどまっているのではないかというような御指摘もあると認識しておりますところ、論点を4つほど挙げて御議論いただければと思っております。

まず、個別論点①ですが、現行の特許法の中での課題は何かということ。具体的には、①-1にあります第102条各項に関する課題で、もう一つとしては、寄与率に関する課題ということで、設定をさせていただいております。

2つ目の論点として、そういった現行法の枠を超えた、何か高額な損害賠償というものができ得るのかどうかということで設定をさせていただいております。

論点3ですが、これは、ドイツなどで行われているような判断の仕方ですけれども、その判決では、侵害判断のみを示すと、損害賠償額は、当事者で決めるというやり方、こういったやり方についての御意見をいただければと思っております。

最後、4点目ですが、損害賠償額とリンクいたしまして、弁護士費用の話が必ず出てまいりますので、これについての負担についてどう考えるかということで、論点を設定させていただいております。

資料少し飛びまして、7ページになります。

参考4「特許法102条各項に基づく損害賠償額の算定等について」でございます。

既に御案内のところかと思いますが、一応、図示して書いてございます。

まず、もともとは第2項、3項があったわけですけれども、それに加えて、第1項が平成10年にできたというものです。

第1項は、侵害者が譲渡したものの数量に権利者の利益率を掛けるということで、一定程度は、ただし書によって覆滅されるという仕組みになっております。

第2項は、侵害者利益を損害と推定するという規定。

第3項は、実施料相当額を支払うというような規定となっております。

右の方に参りますが、いずれも、第1項は、ただし書によって、第2項は、いろんな調整によって、あと、寄与率という考え方も、ここに絡められながら金額が調整されるというのが現状であると捉えております。

この損害賠償額について、各国では、こういった考え方を採用しているのかというのを次の8ページに示してございます。

大きく分けて、上段の逸失利益賠償、中段の実施料相当額賠償、こういった考え方は、日本では、特許法第102条1項、第2項、あと、第3項、第4項にそれぞれ規定されておりますところ、諸外国でも、法定あるいは判例上認められている、それぞれありますが、基本的な考え方、法律の構成は、大きく変わるところはないのではと考えております。

米国については、先ほど、横尾から御説明申し上げたとおりですし、あと、英、独、仏については、逸失利益賠償という考え方もあると、あと、実施料相当額という考え方も存在しているというものです。

あと、追加的賠償のところは、アメリカに特異な制度であるということで、一番下段に記載させていただいております。

この損害賠償額について、総論的な御意見として、事務局で承知しているものを次の9ページにまとめてございます。

まず、左側「改善すべき」というところですが、損害賠償額がビジネスの実態に合わない、低過ぎるということを複数の産業界の方からいただいているというところなんです。その結果、知財の価値に影響するということ。

あと、価値に影響する、2つ目の四角にありますけれども、訴訟に限らず、交渉の場においても、日本の特許を持っていても、付録程度にしか見てもらえないのではないかなという御意見も承っているところです。

あと、産業政策上、賠償額は高くあるべきであるとか、中小・ベンチャー企業の視点を考慮すべきというような御意見もいただいております。

他方で、右側、制度的には十分整備されているのではないかなという御意見も、実は、少なからずいただいております。

そのため、運用の問題ではないかなとか、賠償額は平成10年の改正によって、そこそこ適切ではないかなという御意見もいただいております。

あと、一概にその額が大小ということは、余り言えないのではないかなという話であるとか、パテント・トロールについても考慮すべきという御意見もいただいております。

以上が総論ですが、次の10ページから各論の論点に入っていきます。

まず、第102条の各項についてということで、課題を①から③まで設定してございます。

①、これは、第1項の課題ですけれども、原告の利益率を開示しなければいけないということで、これを躊躇する状況にあることをどう考えるか。

②として、第2項において、考慮要素等が明確でない寄与率ということを用いて、損害賠償額が減額されてしまうことをどう考えるか。

③として、これは第3項ですけれども、実態に沿った情報が流通しておらず、きちんとしたロイヤルティー額の情報が無いということで、具体的な検討例として、①から③まで、下の方に書いてございますが、例えば、第1項であれば、利益率の開示を制限するとか、第2項であれば、控除できる事情を法定してしまう。あるいは推定規定から、みなし規定としてしまう。あるいは第3項につきましては、実態に沿ったデータベースなりガイドラインを策定するということが、アイデアとしてあるのではないかと考えられます。

これについての、メリット、デメリット、次の11ページに並べてございます。

まず、一番上、利益率の開示を制限するという考え方、これによって、第102条第1項を使うという抵抗感を和らげることができる一方で、被疑侵害者側の立場からすると、それ

に対して反論する機会が与えられないということは、問題ではないかというようなところがあるかと思えます。

あと、第2項についてですけれども、控除する事情を明確にすれば、透明性がまず一方で、むしろ、そういったものを法定することによって、損害賠償額が減額されやすくなるのではないかとか、みなし規定を入れることによって、権利者が、損害額を超えた利益を得られる可能性があるのではないかというところもございます。

あと、ライセンス料のデータベースなりを作るというアイデアですけれども、そもそもそれに関する情報が企業の側から得られないおそれがある、その結果、作成できないのではないかという点も考慮すべきかと考えております。

資料を何ページかめくっていただきまして、16ページにさまざまな御意見を並べてございます。

まず、左側、改善すべきというところですが、利益率の開示を制限すべきとか、第1項で覆滅事情がいろいろありますので、ここを限定すべきという話とか、第2項については、ただし書の追加あるいはみなし規定とすべき。

あと、第3項については、現状は、国有特許の実施率表を使っているのが不適正であると。よって、例えば、国レベルでガイドラインを作成すべきではないかという御意見がございます。

あと、右側、留意すべき点ですけれども、総論として運用の問題ではないかという御意見もあれば、各項に対して、第1項については、やはり反論機会のために利益率の明示は必要であるという規定であるとか、第2項のただし書は、その法定化が難しいのではないかと。あるいは第3項については、データベース等の作成は難しいのではないかと御意見も承っているところでございます。

次、現行の枠内でということの2つ目として、寄与率の話がございます。検討例①にありますように、これについて、例えば、侵害者側に、立証責任をより負担させると。要は、非寄与の背景となる事実のみならず、どれぐらい寄与していないかという程度についてまで立証させるというアイデアであるとか、その寄与率について、考慮できる事情を例示するという事をしてはどうかということが、この寄与率の問題に対しての一案かとも考えられます。

これについての、メリット、デメリット、下の18ページに書いてございますけれども、侵害者側により責任を負担させるという考え方に対しては、期待される効果もある一方で、侵害者の立証に対して必ずしも、その権利者が有効な反論をできない場合もあるということも考えられます。

あと、寄与率の事情を例示するという話ですが、納得感が増すという一方で、考慮すべき要因は、それぞれ事案ごとにあるので、果たして法定化になじむのかというところも問題としてあろうかと思えます。

これについての各方面の御意見、19ページに並べてございます。

まず、左側、寄与率の概念や説得性に疑問があるという御意見とか、寄与率の立証責任を侵害者に負担させるべきとか、あと、第102条第1項で寄与率を使うのはおかしいのではないかという御意見をいただいているという一方で、右側ですが、寄与率の考え方、それ自体は妥当であろうと。例えば、アメリカでも、そういった数値は、調整弁として出てくるという話もお聞きしはしておりますし、あと、考慮要素を条文化するということも、なかなか難しいのではないかというような御意見もいただいております。

あと、2つ目の論点、次の20ページに書いてございます。現行法の枠を超えて考えてみようというところに立っているものですが、例えば、下の検討例①ですけれども、権利者に対して、より手厚い救済はできないものか。

例えば、aのように損害賠償の範囲をより拡大する。例えば、追加的賠償であるとか、経験則等を基に、その損害額を超える金額を認定するというやり方もあれば、bにありますように、損害賠償とは別の形、例えば、付加金という制度などを基に救済を充実させるという考え方もあるかと思えます。

あと、下の検討例②にあるように、損害賠償額を直接上げるというよりは、侵害抑止という観点で課徴金であるとか、あるいは侵害利益の没収規定、こういったものを導入するという考え方もあり得るかと思えます。

このメリット、デメリット、次の21ページに並べてございます。

上の方、検討例①、権利者に対するより手厚い救済ですけれども、期待される効果としては、侵害し得を防ぐというところがありますが、他方、留意点としては、権利者が実際の損害を超えた利益を得られる可能性であるとか、あと、医療過誤等の人命が掛かった事件においても、そこまで認めていないのに、なぜ、その特許権侵害だけは認めるのかという、法律のバランス論の問題もあります。

あと、追加的賠償については、右上に書いてございますように、最高裁判決に抵触するおそれがあるのではないかという御意見もいただいております。

下の検討例②、課徴金とか侵害利益の没収、こちらは、民法との整合性という観点では、図ることができるのかと考えられますが、直接的な権利者の救済にはつながらない可能性があるということが考えられます。

参考資料が幾つかございます。例えば、23ページ、一番上が懲罰的賠償に関する最高裁判決ということで載せてございますし、その下、a-1参考条文とありますが、これは、電車でキセルをすると3倍取られますよと、そのような制度も一応ございますということで載せております。

24ページ、付加金という考え方、損害賠償に更に加えてという考え方が、労働基準法や船員法という法律で見られるという御紹介になります。

26ページ、課徴金について、こちらも公正取引委員会あるいは金融庁の情報にもありますように、独占禁止法とか金融商品取引法の中で制定されている規定ということで御紹介をしております。

あと、犯罪収益の没収については、次の27ページ、昨年改正された不正競争防止法の中にも盛り込まれたところでございます。

あと、侵害の抑止という観点では、刑事罰が今もありますけれども、実際の適用として、非常に検挙数が少ないというのは、28ページの一番下のところに情報として載せてございます。

これについての各方面の意見、29ページに掲載してございますが、実損を超える追加的賠償規定とか、実損の推定等による賠償規定を導入すべきではないかという積極的な御意見もある一方で、やはり、懲罰的賠償の導入は厳しいのではないかとか、他の法律との関係でバランスが悪いのではないかとというような御意見もいただいております。

次、個別論点の3、30ページになりますが、例えば、ドイツのように、侵害の判断は裁判所で行うと。その判決の中に、損害賠償義務が課されて、情報も出さないというところまで義務を課されると。損害賠償額は当事者で決められるようにする、こういった考え方は、いかがでしょうかということでもあります。

この期待される効果としては、ビジネスの実態に即した損害賠償額が期待できる可能性がある、訴訟自体の期間が短縮できるという一方で、右側にもありますように、情報を出す、資料の開示を求めるための方策が必要であるとか、交渉力の差が不合理な結果になるのではないかとこの考え方もありますし、あと、右下の留意すべきというところにもありますけれども、本来、裁判所が判断すべきで、そういったことを当事者も望んでいるのではないかと、そういった考え方もあろうかと思えます。

最後の論点、31ページですが、弁護士費用の話です。敗訴者負担をどうするかということですが、期待される効果については、提起を躊躇することがなくなる可能性があるという一方で、逆に負けた場合のリスクを考えますので、右上の留意点にもありますように、逆に抑制する効果にもつながりかねないということが言えるかと思えます。

これについて、各国比較をしたのが、1枚めくっていただいた33ページになりますけれども、日、米、各国とも訴訟費用については、敗訴者負担ということになっていると。

弁護士費用が訴訟費用に含まれる、含まれないということで、若干分かれております。日本とアメリカは、訴訟費用に含まれず、各自が負担するということ。

欧州の国々は、訴訟費用に含まれるというような整理をしているということで、それぞれ制度がございます。

あと、これについての御意見ですが、34ページにあります、左側、弁護士費用を敗訴者に負担させるべきという御意見がある一方で、右側、訴訟を提起しにくくなるのではないかとか、あと、右の一番下、その賠償額が上がれば、その10%が費用という相場もあるので、賠償額自体を上げるのがよいのではないかとこのような御意見もいただいております。

あと、資料2についても、簡単に御説明申し上げます。

アンケート結果でございます。先日の証拠収集のときと同じ方々へアンケートを取った

ものですが、ポイントのみ御紹介します。

2 ページですが、特許権者としての損害賠償に関する経験ということで、左側の企業の方を御覧いただくと、b1の納得したということは8件、不満が残ったというb2の方が16件ございます。

これに対して、3 ページ、今度は立場が逆の被疑侵害者側としての経験はどうですかと聞いたときには、左側の企業のところで見ますと、納得したというものが7件、不満が残ったというのが8件ということで、権利者側としては不満が割合多く出ると。それで、被疑侵害者側としては、不満と満足が同じぐらいになっているというのがざっくりした印象かと思えます。

あと、本日、御欠席の小松委員から資料が資料4として出てございますので、簡単に御紹介申し上げます。

損害賠償額関連についての御意見ということですが、例えば、1 ページ目の(3)平成10年の改正で、実施料率はアップしたという印象を持っておられるということもございませし、あと、次の2 ページにあります、(6)の第102条第2項に関する知財高裁大合議判決についても御紹介されていて、実施要件を外したので、より良くなったのではないかという御意見。

その下、2の日本の損害賠償額認定額は低いかということで、出された資料等を見ると、必ずしも低いとは言えないのではないかという御意見も承っております。

それでも改正する必要がもしあればということで、幾つか御提案を承っておりまして、3 ページ目に第102条の条項ごとに幾つかいただいてありますが、付加金を請求できるとしたらどうかとか、ライセンス料についてのガイドラインの作成の検討でありますとか、あと、利益率を相手方に開示しないという制度はよろしくないのではないかとか、そういった御意見をいただいておりますので、簡単に御紹介をさせていただきます。

事務局からは、以上です。

○伊藤委員長 ありがとうございます。

ただいま、説明がございましたように、論点自体が特許法第102条にかかわるもの、それから、損害賠償額そのものにかかわるもの、さらに、この種の訴訟に関する裁判所や判決の役割に関するもの、さらに弁護士費用報酬の敗訴者負担という、これも大きな問題に関連するもの、多岐にわたっております、それぞれについて、従来から幾つかの視点からの議論がなされております。

本来ですと、それぞれについて分けて御意見を伺うこともあり得るかと思えますが、論点として互いに密接に関連しておりますので、皆様方には、議論の流れは多少意識していただくことはお願いしたいと思っておりますが、論点を区別してということはずらずに、全体に関して、御議論をお願いしたいと存じます。

御意見のある方は、御自由に御発言ください。

岡部委員、お願いします。

○岡部委員 弁理士の岡部でございます。

お手元の資料3というところに、私ども弁理士会の特許委員会が、平成24年に会長宛てに提出した答申書というものをお付けしてございます。

これは、第3回に上山委員が御説明になりました現行の損害賠償の認められる額が低いのではないかという話の根拠になった答申書でございまして、これについて、もう少し御説明したいと思えます。

答申書全体は、いろんなサブジェクトに触れておりますが、本件、損害賠償額のところにフォーカスして御説明いたします。

15ページ、この調査の背景となりました問題意識について説明がございまして。

平成10年法改正で第102条第3項から通常の実施料相当額という、その通常のことというのが削除されたわけですけれども、その削除が改正の趣旨どおりの結果に裁判例に反映されているのだろうかということをお調べしたということでございます。

まず、15ページ、下の方の図、これが通常契約締結時、右側ですが、特許を取得して契約を締結し、実施料を支払い、これが①といたしますと、侵害が起こったとき、警告状を送付することによって、相手が実施をやめ、和解に至った、その場合に実施料を支払ってもらおうという、これが②だとすると、訴訟を提起して、その訴訟手続の中で和解が成立したという、その場合の実施料率が③、判決にまで至り、その判決の中で損害賠償額として設定される額が④であるとする、この①から④にかけて、当然、理論的にといえますか、損害賠償額は上がっていく、取得できるお金は高くなっていくべきだろうというのが、普通に考えられるところであるし、実務も大体そういうふうになっているということなのですが、これが反映されているかという問題意識でございます。

10年法の改正も、この辺の問題意識をもとになされたということが逐条解説等にもされております。

16ページ、同じ解説本には、上記、産業財産権法の解説では、以下のこうした状況は、ライセンスにおける実施料の設定の実態と乖離したものであり、侵害が発見されなければ実施料すら払う必要がなく、仮に発見されたとしても、支払うべき実施料相当額は、誠実にライセンスを受けたものと同様か、同じ実施料では、他人の権利を尊重し、事前にライセンスを申し込むというインセンティブが働かず、侵害を助長しかねないという批判が生じていた旨の記載があると。

こういうことで、改正をされたわけですけれども、これに対して17ページを御覧ください。

上から3パラグラフ、平成10年改正において、通常の実施料相当額から「通常」という文言を削除した結果、司法決定実施料率がどのように変遷したかと、訴訟当事者間の具体的事情を考慮した妥当な実施料相当額が認定されたかについて調査を行ったということでございます。

対象とした最高裁判所の判例検索で、10年改正前の判決は54件抽出され、10年改正後は

91件抽出されました。

この結果、対象となった判決は、145件ということでございまして、下の方の図に見られるように、判決を分析した結果、これをどう見るかということはあるのですが、余り10年改正の前後で、実施料率というのが変わったとは言えないかなと、そういう感じを受けると、ちょっと定性的な話ですが、そういうことを感じられるということでございます。

18ページの上から2行目のところに、近年では11%前後まで低く算定されると、これは1%の誤記でございますので、御訂正ください。

ということで、余り平成10年の前後で数字に変化はないようだ、という評価でございます。

それから、判決を全文読みまして、実施料の評価、実施料率の設定する評価のいろんな項目があるのですが、プラス評価と認定されているか、減額要因となっているかということで、分析した結果の図が18ページ下の方にございます。

法改正後の方がマイナス評価、つまり、減額要因を多く判断しているようだ、という結果も出ております。

ということで、19ページの下から3パラグラフ目ぐらいに結論めいたことが書いてございます。

判決の結果として認められる実施料相当額が、訴訟提起後の和解時と同じか、それ以降の時期に認定されるにもかかわらず、警告状送付前の通常の契約締結時と同程度の低廉な実施料率になるという、いわゆる時期に応じた実施料率の問題について言及した裁判例があるかについても調査を行った。しかしながら、時期に応じて司法認定実施料率を上昇させた認定例はなく、平成10年改正時の契約実務と乖離していくという問題点の指摘は、依然として未解決となっているのではないかとということが、指摘されております。

そういった分析結果、そして、21ページと22ページに改正前後の、実際に検討した判決の分析の様子が、ちょっと書いてございます。

というような評価を弁理士会では下していたということを御説明いたしました。

どうもありがとうございました。

○伊藤委員長 ありがとうございます。

ただいま第102条の3項に規定する実施料率の問題を中心に御発言がございましたが、その点に関しまして、他の委員の方々、御意見ございますでしょうか。

○早稲田委員 私も102条3項につきましては、通常を取ったときは少し上がったのかなという印象がありますけれども、小松委員の方は上がっているというようなお話なのですが、それほど、今は変わっていないのではないかなと思っております。

ただ、ロイヤルティーは、非常に難しいところがあって、当該産業なり、当該特許なりの何パーセントが良いかというところの立証が非常にしにくいところがございますので、他社に対してライセンスをしていけば、それは、うちは何パーセントでやっているという

のが、現行法の方で主張立証できるわけですけれども、それが無い場合に、何を根拠にするかというところは、非常に悩ましいところがございます、国有特許は、この資料にも若干触れていらっしゃるようですが、これは、国が民間に開放する特許なので、やはり、民間でやるライセンス交渉よりは、これは比較的lowめであろうと思っております。

それで、民間で交渉する場合は、それよりは高い数字になるのではないかと考えておりますし、今、岡部委員の方で、御説明がありましたように、通常の交渉のときのライセンスの料率と、それから、紛争になったときのライセンスの料率が、本当にそれで同じでいかという問題は、そのとおりでないかと考えております。

ただし、これも資料にありますように、根拠の数字は、調査が非常に難しいというところがありますので、これは、むしろ、そういう調査が数年に一遍でも発表があれば、裁判所の方は、非常に喜んで採用していただけるのではないかなというところがあります。特に、自分が他社に対してライセンスをしていないところの数字をどういうふうに出すかという点が、102条3項は一番問題があるので、逆にいうと、その数字がなかなか出ない場合には、その他の理由で損害のライセンス料を少し増やすとか、損害賠償に対して見合うような形を考えるということも、102条3項以外で考える必要が出てくるのかなと考えております。

以上でございます。

○伊藤委員長 ただいまの御発言を伺っておりますと、相当な実施料判断の基礎となる資料の問題と、もう一つは、紛争が深化していくことに応じて、そこにしかるべき考慮を入れるべきではないかという2つの問題があるように感じますが、東海林委員、お願いいたします。

○東海林委員 今回の早稲田委員のお話にも関連するのですが、3項請求があったときに、裁判所の実務としてどのように処理されているかということについて御参考までにお話ししておきたいと思っております。

先ほど、御説明がありましたように、3項につきましては、平成10年の改正で「通常」という文言が取れたということで、通常ではない、本来あるべき実施料相当額を認定できるようになったということについては、裁判所といいますか、少なくとも担当している裁判官は皆、念頭にあると思っております。

ただ、問題は、先ほど早稲田委員からも出ましたように、例えば、今、現実に特許権者が実際に第三者との間でライセンス契約をしていて、それが、高率の実施料であれば、それを立証いただくということも1つの手だと思っております。

ただ、弁理士会の先ほどの資料の中には、そういうような主張をしたところ、独占的通常実施権の場合のものであるから、それは認められなかったという例もあるとのことですが、裁判所としては、基本的には、当事者が具体的にそういう実施料で行ったのであれば、それプラス α みたいな形で考えるのが、普通ではないかと考えています。

ただ、これは、やはり立証するにはハードルがあると思ひまして、それは何かと申しま

すと、大概の場合、実施料率については、企業間で秘密保持契約を結んでいることが多いのではないかと。だから、なかなかそれを出すことができないということで、特に和解の場では、それを何とか相手方に開示しないような形、裁判所限りで見るとか、そういうような形で営業秘密の契約に違反しないような形で開示できないかというような努力をすることもございます。

ですから、そういう理由で、実際に第三者との契約を行っているというのを立証するのはなかなか難しいと。

そうすると、一体どうやって相当額の実施料率を定めるかという問題は、裁判所から見ると、なかなか難しいものがあります。やはり、何らかのよりどころがないと認定するのは難しい。

そうすると、先ほどお話のあったような国有特許の実施料率を参考にするとか、あるいは発明協会の「実施料率」という本がありますが、それを基準にする。あるいは小松委員の資料にも出てきますけれども、経産省の知的財産政策室等が作成された「ロイヤルティ料率データハンドブック」、こういうようなものが書証として出てきて、それを基準にしながら、原告、被告双方が、相当と思われる料率を主張するということになるのではないかと思います。

ただ、それらの資料の正確性とか、いろいろ問題もございまして、それだけで決められないということが、3項請求の認定の難しさではないかと思っております。

もう一つ、3項について平成10年の改正前後あるいはそれ以降、更に現時点において、認定額が高いのか、低いのかということにつきましては、裁判所としては判断している側ですので、それについてコメントするのはなかなか難しいのですが、基本的なベースとしては、裁判所としては全体的に見て、高いとか、低いとかということ余り考えて裁判をしているわけではございまして、一つ一つの事案に向き合って、その事案の解決に妥当だと思われる額を認定しているというのが、正直なところではないかと思っております。

その結果、低いと評価されるのか、妥当だと評価されるのかというのは、いろいろあるとは思いますが、1つ傾向として考えられることとして、これは私個人の意見なのですが、先ほど申し上げましたように、平成10年の改正によって、「通常」という文言が取れたことによって、裁判所としては、通常実施料よりもより高い実施料、要するに侵害し得にならないような実施料を認定するということが可能になったというのは、基本的にはあるのですが、ただ、何故、少し低くなっている、もしくは改正前と余り変わらなくなっているのかという1つの事情といたしまして、先ほどの弁理士会で作成された資料の中にも出てきますが、3項請求の場合、15年以上ぐらい前、これはあくまで感覚の問題ですが、割と具体的な事情を考慮せずに、例えば、3%だったら3%、5%だったら5%と設定していたのではないかと思うのですが、ここで議論になっている寄与率の話とも絡むと思うのですが、最近、より細かく見るようになってきて、3項の実施料率についても具体的な事案に応じたバランスを図ろうという裁判例が多いのではないかと、個人

的には感じております。

ですから、先ほど、御紹介いただいた弁理士会において、プラス要因とマイナス要因で、どのぐらい考慮されているかという表があったかと思いますが、そこで考慮されている内容というのは、実は、寄与率の中で考慮されている内容と、ほぼ重なるところがあるのではないかと思います。

そういうことで、例えば、通常の実施料率に記載されているものが、通常3%だといったときには、それよりも上になるようなことは、念頭にはあるのですけれども、ただ、例えば、それが被告製品の中の全体の特許ではなくて、一部品の特許であったというような場合とか、それから、ここにも出ていますが、被告のブランド力とか、営業努力によって売れたというような事情があったときには、実施料率というのは、売上げに掛けるものですので、やはり、そこら辺で、どうしても寄与度的な考慮が働いているのではないかと個人的には考えております。

以上です。

○伊藤委員長 ありがとうございます。

上山委員、お願いします。

○上山委員 私は、今の弁理士会の特許委員会の報告書の委員として検討したものです。

それから、今回出されていませんけれども、2013年度に知財訴訟委員会、弁理士会の委員会ですけれども、こちらは多数の判例の個々を分析して、さまざまな個別事情の要素がプラス方向あるいはマイナス方向、どちらでどういうふうに考慮されているのかというのを詳細に分析しました。

その結果からすると、今、東海林委員からもあったように、かつてに比べると、非常に事情の考慮が詳細化、緻密化している。

そうすると、さまざまな事情を詳細に見れば見るほど、つまり、さまざまな要素をたくさん挙げれば挙げるほど、やはり減額方向に働いてしまう傾向が出てきてしまう。

さらには、正に1項、2項の寄与率の問題ですけれども、重複するような要素が考慮されているというのも、判例を分析した結果、そのとおりだと思います。

1項、2項の寄与率というのは、元の推定ないしは算定される金額に対して減額をするのが寄与率ですので、そちらの事情を精緻に見れば、見るほど、ますます減額される傾向が強まってしまうということで、一件一件だけを見ている場合には、かつてに比べて減少しているといった傾向は余り意識されないのかも分かりませんが、やはり、全体のトレンドとしては、裁判所の判断が非常に精緻化している。一個一個の判示は、なるほどなど、確かに思う部分もあるのですが、それが結果的に損害額を減少する方向に働いてしまっているのではないかと、分析を担当した一委員としては感じたところです。

ちょっと話を変えさせていただきますけれども、今回の資料の中にも、現在の制度は、制度的に整備されていて運用の問題であるという御意見がありますけれども、私は、これには反対です。今の特許法101条2項、これは民法709条の相当因果関係の立証を容易化す

るために設けられたものということで、あくまで相当因果関係ということが前提になっているがゆえに、精緻に裁判所が判断をすればするほど、減額方向に働くということで、現行法を適切かつ精緻に検討するようになってきた結果、現在の問題が起きてきているということですので、この問題の方向を変えようということであれば、やはり法的な手当、法改正が必要だと考えています。

以上です。

○伊藤委員長 上山委員、法改正の方向についても、御意見がございましたら、併せてお願いできればと思いますが。

○上山委員 私の意見としては、まず、填補賠償という考え方の延長では、やはり、現在の裁判所の判断の傾向は妥当というふうに考えざるを得ないと思います。「ざるを得ない」という表現は、ちょっと不適切かもしれませんが、現在の法律の解釈としては、現在の判例の傾向は当然の結果と言える部分があるのだろうと思います。

私の考え方としては、いわゆる追加的賠償的なものに特許侵害の賠償を切り替えていくべきではないかと思っています。

例えば、交通事故の生命侵害のような場合、加害者は、多くの場合、過失で加害者の方に利潤が生じているわけではないわけですね。それに対して、特許侵害の場合は、基本的には、侵害行為は企業の営利目的行為で行われる。

そこで、例えば、102条の2項本文で推定される金額に対して、寄与率を考慮して99%減額するとなると、結局、侵害行為によって得られた99%の利益が加害者側に残ってしまう。これは、交通事故のような偶発的な不法行為の問題とは全く違うわけですね。填補賠償を超える賠償を認めるという立場に対する批判としては、権利者に損害を超えた利益をもたらすのは不適切であるという、そういう意見がありますけれども、利潤目的で侵害行為を行ったものの手元に利益が残るというほうが、比較考量すれば、なおさら不合理ではないかと思っています。

あと、もう一つは、特許侵害の場合は、やはり、特許が無効になるとか、技術的範囲に属するか否かの判断が難しいということもあって、やはり、日本の司法制度の下では刑事罰は機能しないという前提で考えざるを得ないと思います。

そうすると、両者間の公平、それから、侵害の抑止効果、この2つの観点からすると、追加的賠償制度が必要だと考えています。

具体案としては、これは、幾つか考え方があって、どれというふうに特定できているわけではありませんが、例えば、102条1項、2項、これを追加的賠償制度の条文にしてしまって、寄与率を考慮しない、あるいは権利者が販売できなかったと認められる数量の金額を求めない、これによって侵害者が得た利益を全て吐き出させるという形の追加の賠償は、1つの選択肢になるのではないか。

さらには、行為が、事前に警告を受けていながら、非侵害と考えるべき合理的理由がないにもかかわらず、侵害行為を続けていた場合には、付加金ということで、さらに別の追

加的賠償を設けるといったことも考えられるのではないかというふうに思っています。

以上です。

○伊藤委員長 上山委員からは、本日の整理で申しますと、論点の2、損害賠償額そのものの考え方にまで踏み込んだ御意見をいただきましたが、その点もあわせまして、委員の方々、御発言をお願いいたします。

○八島委員 すみません、私は、どちらかというところ、企業の方からという形でさせていただきたいのですが、基本的には、先ほど上山先生がおっしゃったように、今の102条の各項についてどうかというところ、私、正直言いまして、それなりに整備されているのではないかと、私は思っていたのです。

ただ、おっしゃるようなところで、確かに裁判の過程で減額の要因があると、精緻にやればやるほど下がっていく、だから下がっていくのだろうというのは、確かにそうかなという感じはするのですが、ただ、私のこれまでの経験から言うと、前にもお話しさせていただきましたように、訴訟になるというのは、やはり、我々は訴訟をしたくない、その前に必ず交渉があると、ちょっとパテント・トロールは別に置いておいてもいいのですが、一般的に、多分、その前提としていろいろ交渉があって、それで進めるのですが、その前提として、我々ビジネスマンは、どちらかというところ、訴訟を目的としているわけではなくて、手段としてしか考えていないのです。だから、やはり、ビジネスで、どれだけちゃんときちんとして利益が出るようにするための、その1つの手段として訴訟を使うのだと、場合によっては使っていくということ。

そういう意味ですと、なるべくなら交渉して、交渉で実施相当率なり、それなりに立証されたらもらえるような形でビジネスを進めていくのだと。それでも、どうしても駄目だった場合には訴訟に行くのだと。

そういう意味でいうと、先ほど岡部先生がおっしゃるような、弁理士会にありますような、訴訟の前の通常にライセンスを受けたケースと、それから、警告状を送って、交渉をしてライセンスを受けたケースと、それから、訴訟に行くとライセンスを、それは、やはり、料率はどんどん上がっていくべきだと思いますし、特に侵害でユーザーとなった場合の総額というところ、賠償額も高くなるべきだからだと思いますので、そういう意味でいうと、少なくとも、現状から言うと、裁判で得られる損害額はすごく低いのだろうと、そうではないかと思っています。

ただし、先ほどおっしゃったような追徴というところ、課徴的なものをやられると、そこまでいくのは、ちょっとどうかと。

これは、非常に悩ませて申し訳ないのですが、上げるべきだけれども、やはり、そうではなくて、手段としてやる場合には、ある程度のところで抑えるべきではないかなという感じはしています。それが、どうなのかというところ、非常に難しいですけれども、今の額よりは、多分、もう少し上がらないか、特に、第3項に実施料相当額とおっしゃっているのですけれども、大概の会社の方は、大体自分たちの、この事業で、このぐらいの事業範囲

であれば、このぐらいのパーセンテージというのは、大体イメージは持っています。それよりも、少なくとも、せっかく裁判をやったのだからという、上げざるを得ない。

そういうときに、先ほど東海林委員がおっしゃるように、もし、提示ができないのならば、例えば、利益額なり、通常の実施額を出すのですけれども、それは出せないケースが多いので、それは、やはりインカメラでも何でもよいのですけれども、秘密保持を掛けて出していただくと。少なくとも、本に載っているような低率額よりも上げていただくということを裁判官の方に是非お願いしたいと思います。それと同じだと、それは、普通にやっている制度ですから、やはり、裁判まで持っていくという気持ちも、会社の方針もございますので、それは上げるようなことになる。少なくとも、最低額はそれであって、それを下げることのないようなことにさせていただきたいという感じはあります。

○伊藤委員長 高林委員どうぞ。

○高林委員 申し上げたいことを八島委員に言っていただいたような感じがいたしますが、私は、102条の1項と2項、1項が推定規定かどうかは別として、権利者側が、その分の個数を売ったときの利益額を基礎に置いて計算していくもの。

2項は、被告側が得た利益額を基礎にして計算していくものですから、寄与率等々は、減額要素しかない、利益よりも上回る損害があるわけではないということですから、1項、2項では、減額要素というものが考慮されるのは、私は当然だと思っております。

ただ、3項は、通常というのが原則的な損害賠償額だったわけですから、通常を上回る要素を考慮すべき事情であろうと思っているわけです。

ですので、1項、2項、3項、全部同じように議論するのではなく、私は、1項、2項において寄与率だったり、原告なら売上げられなかった利益額とか、そういうものを考慮するのは必然だと、私は思っておりますので、そこには、今の上山委員等々の御発言には異論がありますが、3項に関して言うと、「通常の」をなくしたという意味は、通常、3%なら3%、それを上回る、今、八島委員から言っていただきましたけれども、交渉するための手続費用とか、侵害者が得た利益額、既にそこにある利益があるわけですので、それを考慮した上での実施に対して支払うべき金銭というものを算定していくべきものだと思います。

ですので、3項については、今の運用が通常の実施料を下回る場合があるというのが、上山委員からの調査結果等々であったとするならば、それは、私はおかしいのだろうと思います。4項は、「通常の」があったときの規定と同じですが、3項が最低補償だったということですから、その「通常の」をなくしたという以上は、3項はその通常よりも上回るものであるということは明らかなのであって、その点を明確にするために法改正をするというのであれば、そのような方向での法改正はあり得るのではないかと思います。

○伊藤委員長 二瀬委員どうぞ。

○二瀬委員 中小企業、ベンチャー企業としての立場で、今、感じていることをちょっとお話ししたいと思います。

まず、損害賠償の認定が少な過ぎると、中小企業が勝訴しても賠償金の大半が訴訟費用でなくなってしまって、実質的な経済損失が補填されないということが実態だと思うのです。

例えば、賠償金額の見積もりが5,000万以下ぐらいで、例えば、10分の1ぐらいで確定しますと、とても裁判を起こす意味がなくなってしまう。

そうすると、それが分かっている場合は泣き寝入りするというのが中小企業の実態だと思います。もう裁判を起こさずに、すみませんと言って、泣き寝入りしてしまう。恐らく、この数字の中に出てこない、目に見えない、和解というか、泣き寝入りの数字というのが、相当数、中小企業ではあるのだろうと感じています。

そのため、賠償金額に、弁護士費用というのが、一番掛かると聞いています。例えば、一審だけで1,000万を超えるというような話をよく聞いていますので、それを含まないかと、一部でもいい、全部とは言いませんけれども、本当は全部がいいのですけれども、限りなく全部に近いぐらいを含まないのかということが1つ。

それから、中小企業は大企業に比べて、訴訟費用が経営に及ぶダメージというのは非常に大きいと思います。

ですから、裁判が長期化すると、その費用は経営に大きな重圧となってきます。上訴を重ねて、作戦的に経費が掛かるように中小企業をいじめるというようなことが故意で行われた場合に、その中小企業というのは途中でつぶれてしまう場合があるのです。途中で、そんなことのないように、でき得れば、差止請求の仮処分認定が重要となりますけれども、救済方法の1つとして、裁判が続けられるように訴訟の助成金制度などがあるといいのではないかと考えています。

助成金を受ける際には、必ず弁護士とか弁理士の専門家の意見が反映されると思うので、ある程度裁判の必要性がふるいにかけてられるのではないかと考えます。

助成金は、勝訴した場合は返済すればよいわけですから、国庫に余り負担が掛からない。ただし、負けた場合は、払う能力も多分ないと思いますので、それは、いただくということに、これは、例えば、よく研究開発などで、JSTでやっているのですけれども、研究をして、成功をすれば、少しずつ返すと。でも、失敗した場合は、それは、仕方がないねということで諦めてもらうというようなことは、やはり、国の助成金制度の中にシステムとしてありますから、そういうような形で、助成金制度が活用できればというふうに思います。

また、侵害者が財力にものを言わせて、裁判を長引かせて、資金の乏しい中小企業を脅かすような行為には抑制的に働くのではないかと。例えば、国がバックにお金を出してくれるということであれば、原告の権利を尊重してしないのではないかと、そのぐらい認められている権利だというふうに見なしてくれれば、余り無駄な訴訟を繰り返していくことはしないのではないかと考えています。

それから、負担の軽減の救済策として、できるだけ早期に和解勧告していただきたい。というのは、時間が掛かれば掛かるほど、お金も掛かるし、手間も掛かる、中小企業にと

って、一番痛手は、やはり、こういう場合は、多分、社長が出てくるのですよ、又は他の役員が担当する。専門家がいませんから、恐らく経営者が、経営のほかにも、このために陣頭指揮をとって、あらゆる手を尽くして、頭を悩ませながら、これに力を入れていく、そうすると、経営そのものがおかしくなる場合があると思います。ですから、できるだけ早いうちに、ある程度議論を尽くして和解勧告をしていただきたいというふうに思います。

もう一つは、裁判所の裁量権をもっと広げて、もし、侵害者が中小企業の場合、支払いの能力を勘案して、和解勧告で賠償金が発生した場合は、軽減措置も配慮してもらえればと思います。

それから、ベンチャー企業にとっては、特許の価値で商品価格が維持されてこそ、短期間で飛躍的に成長が遂げられるものであって、賠償金が低いと侵害のやり得になってしまう。

それで、中小企業が侵害の商品によって顧客を失った場合は、倒産の危機に見舞われるおそれもある。このようなことになれば、特許は著しく信頼を失って弱まる方向に働いて、特許の公開によって情報を与えるよりも、特許にしないでノウハウや、若しくは他の方法で選択する方向になり、そのことが特許の在り方を否定することになりかねない。このことが、広がれば、産業の発展の障害になるのではないかと思います。

それから、産業の発展は、創造から始まって事業として成功して、それが、模倣されて、時が経てば模倣はいいと思っているのですよ。参考にするということは、多いにいいことなので、模倣されて大きな産業に発展するというのが、大体新しい事業というのは、そうやって育ってきたと思うのです。

一方で、これは、特許の期限というのが必ずありますから、20年という期限があって、ただ、実際に出願してから10年で事業化して有効に特許が働くのは、仮に10年かもしれない。その間に、その産業の発案者が苦勞して、それを育てきれるかどうかというのは大事なところなのですけれども、その育つ間には大変なリスクを背負いながら汗をかくのですけれども、それが報われるようになっていなければ、恐らくベンチャーは出てこないだろうというふうに思います。そのために特許が大変必要だと思いますので、是非、その特許の力を失うことのないような方向で進めてもらえればと思います。

それから、賠償額の計算方法ですけれども、近年の産業構造の方向としては、大企業というのは、自動化を進めて、大量生産によって効率化を図ってきたと思います。

一方で、自動化や少人数化ができないような労働集約産業は、中小企業が下請けとして担ってきたというような構造があると思います。

このことから、中小企業にとってと、大企業にとっての特許の在り方というのは違うと思います。

大企業は、従来の方法で損失を計算しても構わないと思うのですけれども、中小企業というのは、労働集約型で人件費の高い製造業などは、ベンチャー企業も入りますけれども、原告の場合、損害賠償金の算定方法として、原告が顧客を侵害者に奪われた場合は、事業

が停止するのです。ベンチャー企業などは、その一点にかけて勝負している場合がありますから、場合によっては、工場の稼働が止まってしまう。でも、給料と減価償却は進むのです。

ですから、その分を算定の中に入れていただく、固定費として入れていただく、利益ではなくて、実際に損害賠償金ですから、それを固定費の中に入れていただいて、その割合を、損害賠償金を算出してもらうというようなこともあっていいのではないかと思います。

例えば、算出の内容については、裁判所に利益、その他、原価率は提出することで、相手側には提出しないというふうにしていただければよいと思います。

もう一方で、現在、確定金額が非常に安い、低いということで、そもそもが実態に見合わない賠償金の水増しというのをやっているかのように感じる場合もあるのです。それは、是非やめてほしいと、中小企業でも、極端なことを言うと、あれもこれも全部入れて、賠償金の水増しのような行為をするようなことは、真実から離れたところで、そういう戦略で、こういう金額を算出することはよくないだろうと思っています。

以上でございます。

○伊藤委員長 ありがとうございます。

二瀬委員からは、論点の第4にございます、弁護士費用の敗訴者負担や場合によっては、訴訟に要する費用の補助といえますか、一種の法律扶助的な発想かと思いますが、そういう問題を含めて、問題提起がございましたので、論点4なども含めまして、御意見を承りたいと思います。

それでは、先に別所委員からお願いいたします。

○別所委員 今、二瀬委員からお話のありました、法律扶助的なもの、助成ということについては、NPEと想定して話しているわけですが、一定の抑止力になるのではないかとというような感触を受けました。

論点4ということですが、すみません、二瀬委員のお話にもありました、実施料相当額のところ、102条の3項のところ、それから、4項にも関わると思うのですけれども、先ほど、八島委員からございました、訴訟前の当事者間の交渉の実態から、もちろん、ここには御案内の方は、たくさんいらっしゃると思うのですが、一例をお話ししたいと思います。

私どもに企業の規模の大小は別として、例えば、弊社の特許権の実施権が欲しいと、実施前に言ってくるようなケースがございます。つまり、自社でホンダでの技術を使いたいので、かつ、無効であるとか、あるいは回避が困難なような場合を想定しておりますが、使わせてほしいと申し出てくれる場合があります。

この場合の実施料率と、実施してしまってから、実はすみません、気付かずに実施しておりましたと言ってきて、それでも正直にホンダに使わせてほしいのであると言ってきた場合と、さらに、そうではなくて、実施していることがホンダの調査によって発覚して、警告状を送ったと、これは、それぞれ正に実施料相当額も変えて交渉するのが通常です。

当然、申し出てきた場合は別でしょうが、こちらから警告状を送ったような場合ですと、

特許権侵害をしているかどうかという議論にもなりましょうし、無効資料などを持って、限定解釈するなどというようなこともあるでしょうが、そういったようなことをやったとしても、最終的に認める場合には、当初の正直に申ししてきたものよりも、高くするのが通常の交渉であろうと思います。

したがって、裁判所の実務で、通常が外れたということによって、より高くしやすくなったというのは、そうございましょうし、その中で考慮すべき要因として、当事者がちゃんと立証しているのかというようなこともあろうと思いますが、一般的には、高くするのが、そういう意味では当然かなど、正直に言ってきたものと、同じ料率というのはあり得ないわけで、それを意図してある改正でございましょうから、当然ですし、実務上も当事者間の交渉でも実務上、そうしているというのが実態でございます。

○伊藤委員長 上山委員どうぞ。

○上山委員 先ほどの判例を分析した結果で申し上げますと、通常のか、業界平均あるいはライセンス実績のある料率を訴訟になったからという、係争状態に至ったからということを考慮して増額をした判例は、平成10年の前後には数件見られましたが、その後は、全くそういった判例は見られなくなって、ベースになっている係争状態にあるということ意識して料率を付加したというのは全く見られないとっていい状況であるということはお伝えしておきたいと思います。

あと、今回の証拠収集の問題も含めて、この改正が、仮に採用されると、訴訟がどっと増えるのではないかという危惧を前提にした御意見があるようですけれども、私は、仮にこれが100%取り入れられても、日本企業のメンタリティーからして、そういった事態になる可能性は、まず、ないだろうと思います。

それよりも、私が今回の改正が重要だと思っているのは、事前交渉の段階で、合理的な話し合いができる土俵を作ることなのです。弁護士が代理人として交渉する場合は、どこら辺で譲歩して手を打つかという場合は、必ず、これが、話し合いが決裂して、訴訟に至り、判決になったら、どういう結論になる可能性が高いか、それとの見合いで、事前の話し合いだから、ここら辺で手を打っておくことが妥当ではないかというふうな考え方をするので。

現状では、統計上の数値では勝訴率が低い、それから、賠償額についても寄与率が大きく認められる傾向にある等々からすると、やはり、なかなか事前の話し合いで、特に中小企業が権利者の場合は、資金力の点もあって、あるいは会社の従業員の技術的サポート力の問題もあって、なかなか納得のできる水準まで話し合いができないということで、そもそも歩み寄りができない結果になるケースも少なくない。

その結果、二瀬委員がおっしゃったように、提訴も諦め、泣き寝入りをせざるを得ないというケースが少なくないように、交渉の依頼を受ける者としては感じています。

そういった権利が多いということになると、結局、権利を取得していても絵に描いた餅で、全く権利としての実効性がないという扱いになってしまっているものが、かなりの件

数ある状況だと思えます。

特に中小企業が、大企業に伍して技術力を磨いていくためには、やはり知的財産権、中でも特許権をきちんと実際上行使して、創造力のある会社であるというふうなリスペクトをしてもらう。そういった実態を作っていくことが必要で、そのためにこそ、今回の改正が、意義があるのだらうと思っています。

以上です。

○伊藤委員長 ありがとうございます。

東海林委員、お願いいたします。

○東海林委員 まず、今、お話のありました、実施料相当額の関係ですけれども、先ほどもちょっと申し上げたのですが、裁判所としては、決して、通常よりも低くしようとか、そういうことは考えていなくて、できれば、実態に合った実施料相当額を認定したいというのが普通の裁判官の考え方だと思いますが、先ほど、別所委員の方から御指摘のあった、正常な契約段階、それから、警告状を送った段階、要するに、警告状を送っても、結局、当事者間で話し合いができなくて、訴訟に至った段階、それから、訴訟がずっと進んで、何年も時間と費用をかけて、それで、判決になった段階、それぞれ違うというのは当然だと思っていますし、そこら辺を、裁判所は考慮していないかという、これは、私個人の考えですけれども、普通だと十分考慮しているのではないかと思います。

他方、上山委員の御指摘のとおり、102条第3項の裁判例を検討しますと、そこら辺について書いていないではないかという御指摘は、そのとおりだと思います。

102条第1項と第2項と第3項の違いがありますが、先ほど言いましたように、最近の裁判所の傾向は、第3項で実施料相当額を認める場合も、いろいろな事情を精査して、実態に合った額に近づけようと努力しているつもりではありますが、特に第3項の場合は、実施料相当額といういわばパーセンテージなので、何故、その実施料額を裁判所が認定したかというのは、判決文を読んだだけでは分からないということが、第1項、第2項に比べて更に多いのではないかと思います。

ただ、その中では、やはり、今、申し上げたようなことも含めて考慮しておりまして、何を基準にして実施料相当額を決めるかというのは難しいことは難しいのですけれども、私の個人的な考え方としては、第3項請求については、通常の実施料額よりも多いのは当たり前で、何故ならば、権利侵害した相手方と、それから、権利侵害された相手方との間の交渉の話であるということですから、しかも、費用を掛けて警告をし、訴えを提起し、判決まで至るという段階で、よく和解の中でもそういう話が出るのですけれども、警告段階で言ってくれば、このぐらいのパーセンテージで良かったけれども、今はそうはいきませんよという話は、通常よく出ることです。

ですから、裁判所もよくそういうことも含めて、第3項の妥当な実施料率を考えているというのが実態ではないかと思います。

また、1つの考え方としては、やはりここでいう実施料相当額というのは何かと考えた

場合には、通常取引ではないのは当然のことで、この事案における特許権者と、それから、侵害した者との関係で、もし、特許権者がある段階で、では、分かりました、話し合いをして、その時点の相当な実施料で実施許諾しましょうと考えたときの仮定の契約を想定したときに、では、幾らの実施料とするかという考え方もできるのではないかと考えています。

そう考えれば、訴え提起段階のように、まだ勝つとも負けるとも分からない段階から、だんだん進んでいって、裁判所が、もし侵害であるという心証を持ったときには、その時点で侵害と認定された特許の特許権者と、そういうふうに認定された相手方との間で、もし、契約をしたら妥当な額は幾らかというようなことで考えるということもあり得るのではないかと考えています。

少なくとも、外から見えにくいというのは、御批判、御指摘のとおりでございますので、裁判所としては、その点については、透明性とか、納得性を高める方向で、より理解していただけるような方向の、何らかの方策を考えなければいけないのではないかと、個人的には考えています。

もう一つ、ちょっと長くなって恐縮ですが、先ほど、高林委員からお話があった中で、通常の実施料を上回るというお言葉が出たかと思えます。

私としては立法の方向性について意見を述べるつもりはございませんが、例えば、資料の8ページに出ている各国比較の中で、フランスの知的財産法典615条の7というのがありますが、この中には、実は、今の日本における102条3項の議論と同じような議論がなされて、昨年、改正がなされたようです。

私の理解している限り、やはり、状況としては日本と同じような形で、フランスの裁判官も実施料を認定する際に、余り理由も示さずに認定するので透明性がないという批判があり、実際、高くなっているのか低くなっているのかもよく分からないという議論があったようで、そこで、その改正において、この条項の2項だったと思いますけれども、要するに、侵害者が侵害した権利の使用許諾を求めていたとすれば支払うべきであったロイヤルティー又は権利の総額を上回るものでなければならぬという条項が入ったようです。

先ほど、高林委員がおっしゃったような方向性というのは、場合によっては、そういうような形で、何らかの規定を盛り込むということも、参考になるのではないかと考えました。

以上です。

○伊藤委員長 八島委員、お願いします。

○八島委員 すみません、東海林先生のお話の中で、気になった点が1つあります。

これは、法律の中身として、実施料相当額というのをどう考えるか。多分、実施料相当額を、ライセンスをする率と考えてしまうと、多分、そうなるのだろうと思います。

それと、例えば、逸失利益に基づく賠償、基本的に損害賠償額ですから、やはり、損害賠償ということを経験した状態で、通常ライセンスした状態が、本当に損害賠償額かと、そ

それは違う、それは、先ほど、別所委員がおっしゃったような形で、やはり、だんだんステージが上がってきているのだから、実施料相当額というふうに言うけれども、それは、やはり損害賠償額なのだと、だから、本来なら逸失利益でやるべきところだけれども、できないから、ライセンスという形にして、ライセンスだとこのぐらいと、だから、パーセンテージがあつてとうなずく。何となく第3項を使うと、第1項、2項に比べて、損害額の賠償額が低くなるようなイメージであるのだったら、それは、多分違うのであって、やはり、第1項、2項、3項、4項、全部一緒ですけれども、基本的に損害賠償額なので、それは、先ほど言いましたように、最終的に判決が出て、それに基づいて、いわゆる賠償額が決まるわけですから、それは、いわゆる和解でやるのと違うわけですから、そこはきちんと区別していただかないといけないのではないかと。

それで、取り方として、例えば、先ほどおっしゃったような1項でやると、利益の想定が分からないから、だったら、3項で補うというか、それと同じような形でやる。だから、逆に言うと、通常我々のライセンスする、例えば、2%、3%の、少なくとも倍とか、想定が、少なくともその3倍とか、そのぐらいが本来なら、ここで言う実施料相当額と考えるべきではないと。

何となく、いわゆる1項、2項が高くて、3項は安いというイメージで捉えるのが違うのではないかと、私は思っています。

○伊藤委員長 東海林委員、どうぞ。

○東海林委員 今の御指摘、もっともかと思うのですけれども、ただ、実務的にと言いましようか、第102条第3項がどういう規定の位置付けになっているかということを考えますと、これは、基本的には、民法第709条の填補賠償の、いわば推定規定を含む特別規定ということだと思いますので、填補賠償であるという枠を、今のこの規定の状態を超えるのは難しいのではないかと思っています。

ですから、先ほど言ったようなことも考慮して、とはいえ、実施料相当額と言いますけれども、規定としては別に実施料と書いてあるわけではございませんで、条文を見ていただければ分かりますが、その特許発明の実施に対して、受けるべき金銭の額に相当する額ということですので、それは、場合によってはいろんな考え方も持ち込み得るかもしれません。

ただ、これは、一応、第1項、第2項とか、他の損害賠償の立証がなくても、最低限認められる額という前提で規定されているもので、なおかつ、実施しているかどうか等も一応考慮する必要がないということだと思いますので、どのぐらい高くなければいけないかというのは、やはり、個々の事案における事情に基づいて判断するものだと思います。

ちなみに、実務で、具体的にどういうふうな主張がされるかということをお紹介申し上げますと、もちろん、第1項、第2項、第3項のどれかを使ってくるのが多くて、個人的な感想としては、ひと昔前は第2項請求で主張されることが多かったように思いますが、御指摘のとおり、第1項は、それほど活用されていません。ただ、第3項は、常に主張さ

れるのが普通かなと思っておりまして、主張の仕方によりましては、第2項請求と第3項請求を選択的といいたしめようか、予備的に主張されることもあると。さらに、どちらも主張して、どちらも計算した上で高い方を認定してほしいというような主張の仕方もあったりします。

事案によっては、第1項、第2項で請求しても、例えば、第1項ただし書が適用され、あるいは第2項では覆滅事由が認定されて、認容額がぐっと抑えられた結果、第3項の場合の方が、むしろ高くなるというような事案もないわけではないのです。

ですから、裁判所が、第3項だから低いという意識で審理しているということはないのではないかと、個人的には思っております。

以上です。

○伊藤委員長 実体法上の填補賠償そのものの考え方であるとか、訴訟法上の弁護士費用の敗訴者負担や司法制度に関係する法律扶助的な発想だとか、実体法、訴訟法、両面に關わるような議論がなされておりますので、理論的な立場から、両山本委員の御意見を伺ってから、また更に議論を続けたいと思っておりますので、では、山本敬三委員、お願いいたします。

○山本（敬）委員 御指名いただきましてありがとうございます。理論的な話をしてよい場なのかどうか図りかねていましたので、背中を押していただきましてありがとうございました。

前提をまず申し上げたいと思います。最近の民法の損害論がどのような状況にあるかということ、まず御説明し、1項、2項、3項が、どのような位置付けになるのかということをお話しした上で、先ほどから出ている議論をどう理解すればよいかということをお話ししてみたいと思います。

まず、「填補賠償」といわれていますけれども、大きく分けますと、まず、所有権でも特許権でも、何でもよいのですけれども、権利が侵害されている場合に、その権利の価値は、最低限賠償しなければならない。つまり、権利の価値は、権利侵害がある以上、必ず賠償しなければならないと考えられます。

ただ、実際には、その権利を使って、他の労力や他の資源も使いながら、一定の利益を上げる活動をすることができるのに、その可能性が奪われている。つまり、結果として、自分の知的能力も含めて、他の資源を使って、利益を上げる可能性も奪われている。ただ、これは、さまざまな可能性があり得るので、実際にどのような可能性が現実にあったかということをお立証して、それで賠償を認める。これが「逸失利益」と言われているものだろうと思います。

その上で、1項、2項、3項を見ますと、3項が、権利の価値の最低限の賠償を明文化した規定だと位置付けられます。だからこそ、先ほどから、最小限の損害といわれているのだろうと思います。そこで、その特許の発明の実施に対して受けるべき金銭の額に相当する額が、その特許権の価値の具体的な1つの姿だと考えられます。

ただ、これも先ほどから議論があるのですけれども、特許権を実際を使って得られる実施料相当額が得られれば、それで、この価値が全てカバーされているかということ、恐らくそうではなくて、その権利をどう使うか、誰に使わせるか、どのような内容で使わせるかということを決める権利もあるはずでして、それが他人によって侵害されている場合は、この決める権利が侵害されているわけです。この部分の価値も填補しないと、全部の賠償が得られない。つまり、権利の価値の賠償が得られない。

その決める権利の侵害度が、先ほどから出ていますように、最初の交渉段階、あるいは向こうから言ってきた段階、ないしは、こちらが指摘して警告し、それでようやく問題になった、あるいは訴訟になった段階で、権利の侵害の度合いが変わっているのだらうと思います。それに応じて、この3項の賠償内容が増減してくるということではないかなと思います。

その意味では、理論的に筋に通っているのですけれども、3項の定め方が、これでよいのかどうか分かりません。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で、今、言ったような部分がきれいにカバーされているかどうか、やや不明で、通常だけだとカバーされていなかったのが、カバーできるようになった、つまり、より一層カバーされることが分かるような書き方にすれば、よいのかもしれませんが、なかなか文章にするのは難しいように思います。

したがって、先ほど言ったような意味合いがあるということをしかりと理解した上で、実務で運用されれば、何とか対処できるのではないかと思います。

問題は、もう1つの逸失利益の方です。要するに、その権利を使い、他の資源も使って、一定の利益を上げる可能性が奪われたという部分です。それは、先ほど言いましたように、現実に立証していかなければならないのですが、その部分を定型化して定めたのが、恐らく1項なのだらうと思います。侵害者が譲渡したものの数量を、権利者が譲渡できたものと推定してしまうという部分は、特則として意味があるのですけれども、基本的には、逸失利益の計算をここでしていることとなります。

私が少し分からないのは、これに寄与率を掛けるのが、何故なのだらうということです。後ほど教えていただければありがたく思います。何に対する、何の寄与かということもはっきりさせていただきたいと思うのですが、ただ、今の私の文脈で言いますと、恐らく、ここでの特許が利益に寄与している割合、つまり他にさまざまな部品を使ったり、さまざまなものを使ったりする中での割合として、例えば10%が寄与しているとしますと、その10%分の逸失利益を計算しているのだらうと思います。

しかし、本来は、自分で特許を使えば、他の資源も利用できた。それで、収益を上げることができたのに、それが実現できていない。なのに、何故、10%なのだらうというのが、私には分からないところでして、教えていただければと思います。むしろ、全部の賠償が得られた上で、実際には実施していないわけですので、その労力や資源は、他へ転用したはずですから、その分は控除するという計算ならば分かるのですけれども、そうなっ

ているのか、なっていないのかが分からないということが、1項についての疑問です。

2項に関しては、これは全く違う性格を持ってしまして、御承知のとおり、侵害者の方が得た利益を吐き出させるというためのもので、本来、損害賠償の問題かどうか、怪しいところがあるのですけれども、特許法では、損害という構成でカバーしています。

ここに寄与率を掛けるのであれば、まだ理解できます。というのは、侵害者の方がさまざまな資源を使って利益を上げているわけですが、それは侵害者の資源であって、侵害されている者の資源ではないわけですから、そこまで全部損害として賠償を取れるのはおかしいからです。したがって、ここで特許権の特許の寄与した割合のみを吐き出させることは、損害論からすると、あり得る構成だと思います。

ただ、何度も先ほどから出ていますように、結局、それだと、本来ならば、侵害者は使えないはずの自分の資源を、この特許を使うことによって使えるようになっていく。それで、利益を上げているのに、それを保持できるのは、おかしいのではないか。それは吐き出させないとおかしいのではないか。そうすると、寄与率を掛けるのは、この規定の趣旨からすると、やはりおかしいのではないかという議論はあり得ると思います。これは、実は、102条2項を損害論の中での規定と見るのか、それを超えた利益を吐き出させるものとして貫徹するのかという問題であって、これは、この規定を改正しないとしてもあり得る解釈の問題ではないかと思います。

少し講義調になってしましまして、申し訳ありません。

以上です。

○伊藤委員長 ありがとうございます。

では、訴訟法上の問題について、山本和彦委員からお願いいたします。

○山本（和）委員 基本的には、この点は、今、山本敬三委員から、実体法の問題だと思いますので、私からは、訴訟法的に見て、幾つか、この提案等で気になった点、アドホックになるとは思いますが、何点か申し上げたいと思います。

順番にしますと、まず、第1に、最初の提案、10ページの102条各項の改正の提案の中では、この検討例①に挙がっている原告の利益率の当事者への開示を制限すると。これは、やはり訴訟法の観点から見ると、かなり問題がある提案だろうと思います。原告の利益率というのは、判決主文に直結する問題ですので、これを相手方に開示しないということになると、相手方の防御権を直接侵害するおそれがあるということになりますので、訴訟法的に、やはり、このような規定を設けるのは、なかなか難しい、利益率を開示したくないという御趣旨は、理解できますけれども、それは、せいぜいのところ、相手方には一応開示するけれども、相手方に秘密保持命令を課すというところが、訴訟法としては、精いっぱいのところかなと思いました。

それから、20ページの個別論点②のところですか。これは、今の山本敬三委員のお話ともつながるのですが、私は、追加的賠償とか、大きな話はもちろん訴訟学者としてはコメントの限りではないのですけれども、この検討例①のb-2というのが、若干気になっておりま

して、それは、先ほどの2項のお話です。

それで、正に山本敬三委員が言われたとおりで、損害を前提にして、不法行為の特則的構成でいけば、今の2項のような損害額の範囲になるということは必然だろうと思うのですけれども、立案段階で、この14ページのあたりに、審議会、工業所有権制度改正審議会の議論だと思いますが、審議会の議論が出ていて、そこで、不真正事務管理という議論が出ていて、これは、今の民法では、準事務管理と言われるものだと思うのですけれども、こういう考え方で、損害とは切り離して利益を吐き出させるという道というのが、これは、民法でどうなっているのかというのを、ちょっとお伺いしたいところです。

私が、ざっと民法の教科書を見たところでは、割合、準事務管理という考え方自体については、比較的肯定的なニュアンスを言われる方も多いような印象を受けておりまして、ただ、特許においては、102条がもうできたので、余り實際上問題ではないという整理がされているものも見受けたのですが、今、正に山本敬三委員が言われたとおり、やはり、まだ、損害額の制約を受けるというところで問題が残るのだとすれば、こういう道を、またもう少し育ててみるということは、果たして民法上、あり得ないのだろうかということ。これは、訴訟法学者のコメントを超えています、少し思ったということです。

それから、その下の検討例②にある話で、課徴金という話が出てきます。課徴金というのは、私の理解では、公法上の義務の履行を確保するための制度ということで、現在、整理されている独禁法にしても、金融商品取引法にしても整理されているものと理解しています。

そういう意味では、特許権を侵害しないという義務が、公法上の義務なのかという問題を、恐らく想定する必要があつて、それが、果たして、そう言えるのだろうか、普通に考えれば、特許権を侵害しない義務というのは、特許権者に対する私法上の義務だろうと思われるわけですが、それを公的なものとして位置付けられるのだろうか、それがそうだとすると、所有権を侵害しない義務というのも公法上の義務なのだろうか、それを課徴金で強制できるのだろうかという感じもします。

これも訴訟学者のコメントを超えているかもしれませんが、行政法等で、かなりこれは慎重な議論が必要な提案ではなかろうかという印象を持ちました。

30ページの個別論点3の判決で侵害判断だけをして、損害賠償額は当事者で決められるという提案は、興味深い提案だと思いました。

これは、当事者で決めるということになっていきますけれども、場合によっては、中立公正な第三者を仲介させて、損害賠償額についてだけ判断する。つまり、ADRをかませ、侵害判断のみを裁判所が示して、訴訟手続を中止してADRに付すというようなことも制度としてはあり得るように思ひまして、これは、そういうものが、もし、できるとすれば、私は賛成なのですが、ただ、これがここで目的とされていることを達成する手段として有効なのかというのは、かなり疑問があります。つまり、それで、損害額が高くなるのだろうかということなのです。

結局、ADRで、あるいは当事者の合意で決めるというのは、両当事者が合意しなければいけないわけなので、判決で予想される損害額を超えるような賠償額を侵害者の側で合意するようなインセンティブというのが、果たしてどれだけあるのかなということは、かなり疑問があるところです。恐らく、利点としては、そこに挙がっているように訴訟期間を短縮できるとか、当事者間で、それほど激しい争いがないのであれば、そういう専門家を介して話し合いをして、より迅速に処理をする可能性というのはあり得るのかなと、そういうメリットはあるかもしれませんが、損害額を上げるという点で、どれだけ効果がある制度なのかというのは、やや個人的に疑問です。

最後、31ページで、座長からもお尋ねがあった弁護士費用の点でして、弁護士費用の敗訴者負担の制度というのは、個人的には、実は私は賛成で、これは、座長、御存じのとおり、司法制度改革審議会の前から、私は、そういう持論として賛成なのですが、ただ、これもここでの目的を達成する手段として、これが意味があるのかということは、やや疑問です。

というのは、既に勝った被告側から負けた原告に対して弁護士費用を取りたいというのが目的であれば、現在は、確かにそういう制度が基本的にありませんので、敗訴者負担制度を導入する意味がある。例えば、パテント・トロールを抑制するための手段として、こういう制度を入れようというのなら、それは、それで1つの検討する選択肢にはなるだろうと思いますが、ここでの目的が、原告が勝った場合の弁護士費用を被告から取ろうということ、その額を引き上げようということが目的なのだとすれば、それは、現行法上、既に不法行為に基づく損害賠償請求については、相当因果関係がある損害として、弁護士費用は取れるということになっていますので、あえて、ここで弁護士費用の敗訴者負担という議論、非常にハードルが高い議論に踏み込む必要があるのだろうかということは疑問です。

むしろ、そうすれば、相当因果関係がある弁護士費用の損害というのが、意見のところに出ているように、損害賠償金が1,000万円で、弁護士費用が何億も掛かるみたいな、もし、そういう話があるのだとすれば、それは、現在、損害賠償金の、基本的には、例えば、10%の額しか弁護士費用を、相当因果関係がある損害として認めていないという、その考え方に対する疑問というか、問題点の指摘なのかなと思います。

現在の、いわゆる10%ルールと言われているのは、従来の弁護士報酬の取り方が、いわゆる成功報酬というものを日本は基礎としていたことに、私はかなりの影響を受けているのかなと思っていて、こういうような事態が発生するのは、きっと成功報酬ということではなくて、タイムチャージで弁護士報酬を取るがために、損害金とは、全く無関係に弁護士費用が積み重なっていくという実態があるのかなと思っています。

もし、そういう実態があるのだとすれば、相当因果関係がある損害の考え方の中にも、そういうものを反映させていく可能性というのは、あり得て、非常に困難な知財の訴訟で弁護士費用が相当掛かっているという実態が、もしあるのであれば、全部とは言えないか

もしれませんが、その一定部分を相当因果関係のある損害として認めていくという考え方、あるいは、それを何らかの形で法律に表すというようなことはあり得るのかなど。

しかし、いずれにしろ、それは、知財における弁護士費用についての実証的なデータがあって、他の訴訟とかなり典型的に違っていて、弁護士費用について、一定の特別の配慮が必要な訴訟類型だというような何らかの実証データみたいなものがある、それに基づいて、議論をしていく話なのかなと思っております。

恐らく、法律扶助の話は、次回、中小企業の援助の話になるのかなと思いますので、今の段階では、以上です。

○伊藤委員長 両山本委員からは、これまで議論が出ていた問題についての理論的な視点からの御意見を開陳され、さらに、議論が必ずしも十分でなかった部分についても、いろいろ御指摘をいただきました。

まだ、15分ぐらい残された時間がございますので、引き続き御発言をお願いいたします。

では、上山委員どうぞ。

○上山委員 権利者が活用できた資源と、活用できなかった損害等も損害に含まれるというのは、そのとおりだと思うのですが、あるいは相当因果関係論を前提とすると、その立証が難しい、より直接的な損害としてよくあるのは、被告製品は、大抵の場合、原告製品よりも安価に市場に出てくるのです。従来3,000円で売っていたものが、被告製品で2,000円が出てきたとすると、原告製品も2,000円に値下げせざるを得ない。それで、被告製品を特許侵害訴訟で勝って市場から駆逐できたとしても、3,000円には、もう戻せないのです。その値下げ分の損害というのは、実務ではなかなか認めていただけないと、そういった立証が、實際上不可能な損害もかなりあるということ、私は、追加的賠償というふうに申し上げましたけれども、2項で言えば、侵害者の得た利益を全額吐き出させると、そういったことによって、実質的にはバランスのとれた損害の填補ができるようになるのではないかと考えています。

もう一つ、付け足して言うと、2項と3項を選択または併合的に主張されるケースがほとんどだというのは、最近はそのようなのですが、私の経験では、10年前は、ほとんどなかったはずなのです。それは、特に2項で寄与率がかなり大きく認められる傾向が出てきて、判決を受けてみると、3項でいっておいた方が金額がたくさん取れたのではないかと傾向が出てきたために、弁護士の知恵として、2項と3項を選択的に主張するようになってきているということで、これは、私の見解としては、2項の損害額が減少する傾向が実務家の間で浸透してきたための対処策ではないかと思っております。

それから、他の論点で、1項が余り活用されていないということですが、これに関しては、私は、運用で、これは、権利者側の代理人の知恵で十分対応できるのではないかと思っております。

というのは、確かに権利者からすると、相手方に、仮に秘密保持命令を出してもらって

も利益に関する情報が渡るのは避けたいというのは当然ですけれども、それを回避する方法としては、今、もう既に計算鑑定制度があって、私が経験したところだと、計算鑑定で大体数百万円ぐらいだと思います。

それで、損害額の審理をするというのは、侵害論で勝訴の心証が開示された後ですから、その時点で計算鑑定を申し立てると。かつ、計算鑑定については、訴訟費用の一部に含まれますので、それについては、今の訴訟費用は、請求額の中の認容額の割合を考慮して何分の1ということで、敗訴者負担になっていますけれども、例えば、計算鑑定に関して、100%敗訴者負担とするというようなことにして、かつ、原告の利益に関する資料は、計算鑑定人と原告代理人のみに開示をする。会社当事者に対しては、開示をしてはならないという秘密保持命令制度と組み合わせるといったことで、十分安心して活用できるのではないかと思います。

あと、ドイツのように損害賠償額は当事者の協議に委ねることはどうかという案は、現状では問題があると思います。

先ほども申し上げたように、当事者間で協議をする場合は、従来の裁判所の判断基準でいったら、どういった金額になるのかというのが非常に重要なメルクマールになりますので、まずは、裁判所の判決の水準額を実務家の感覚からして妥当なものだということまで引き上げる、そういった法改正がなされた後であれば、導入の検討の余地はあると思いますけれども、現時点では、これを導入しても機能しないのではないかと思います。

以上です。

○伊藤委員長 東海林委員どうぞ。

○東海林委員 2点ほど、お話しさせていただければと思います。

まず、第1点、先ほど山本敬三委員からお話のありました、第102条第1項に寄与率というのはどうかという点につきまして、裁判例等の傾向もちょっとお話しさせていただければなと思います。

確かに、従前、第102条第1項に寄与率という言葉を使って、減額をしている事案があることは確かでございますが、最近では、第102条第1項と第2項の違いというものも考慮するようになってきておりまして、大体第102条第1項の制定過程からすれば、同項にはきちんと本文とただし書がございます、特に、ただし書の中に「販売することができない事情」ということがあって、法条的には立証責任も含めて、きちんと整備された法律になっていると思います。

そこで寄与率という概念を用いるということになると、分かりにくいということがあるというのは確かですから、裁判所としても納得性の点で、少し工夫しなければいけないという点もあったと思います。

ただ、最近では、第102条第1項の場合は、できるだけ寄与率という言葉は使わないようになっていないかと思っています。

その1つの例といたしまして、つい最近出た知財高裁の判決なのですが、これは、小松

委員のペーパーの4ページにも出てきておりますけれども、平成27年11月19日言い渡しのオフセット輪転機版胴事件というものがございます。

これは、従前、寄与率と言われていたものを、ただし書の要素として見ることを前提にしまして、ただし書として考慮されるべき事情を具体的に基準として挙げて、それに基づいて判断しているという裁判例です。

それで、実務的な傾向としては、第1項に関しては、こういうふうな方向に進んでいくのではないかと思います。

ちなみに、考慮されている事情ですが、判決を見ていただくと分かるのですが、1つには、市場における競合品や代替品の存在、被告側の営業努力、これは、被告のブランドとか、それから、多額の広告費用を掛けているなどの事情も入るかと思えます。

それから、被告製品自体の性質、要するに、その被告製品自体が、例えば、非常に有名なデザイナーのデザインを使っているとか、それから、有名なキャラクターを使っている、それがゆえに、顧客吸引力があって売れるということもあるかと思えます。

それから、市場の非同一性と言いまして、原告製品と被告製品の価格の差、あるいは販売形態の差なども考慮するという事になっているかと思えます。

一方、第102条第2項に関しましては、規定がございませんので、そこで、御批判もあるかと思えますが、やはり、その推定規定という前提ですから、それには、当然具体的に妥当な金額をはじき出すために、寄与率という言葉が良いかどうかは別にいたしまして、推定覆滅事由ということで、今、申し上げたような事情も含めて考慮されているというのが裁判例の実態かと思えます。

今、申し上げたような具体的な基準といいたいまいしょうか、考慮要素は、実は、第1項と第2項と、それほど変わりはないのではないかと、個人的には思っていますので、今、申し上げたようなものを基準として、今後は、第102条第2項についても覆滅事由として検討するという事になるのではないかと思います。

そういうような言葉を立法化するかどうかというのは別に置きまして、裁判所としては、従前からそういうようなマインドで、個々の事件を判断していたのではないかと考えております。

もう一点なのですが、先ほど、上山委員がおっしゃっていた追加的賠償という点につきまして、立法の方向性について意見を言うつもりはないのですが、追加的賠償ということで規定を設ける際に、やはりちょっと注意しなければいけないのは、それは懲罰的賠償と、どこが違うかということ、やはり検討する必要があるのではないかと考えています。

懲罰的賠償については、資料にもありますように、最高裁の平成9年7月11日の判例がございまして、これ自体、もちろん、執行判決の成否というものでありますが、その中で記載されていますように、日本の賠償制度は填補賠償であり、それは、要するに損害の回復を前提にしているもので、例えば、侵害者に対する制裁とか、それから、将来における同種行為の抑制という一般予防目的を持ったようなものについては、損害賠償の目的となら

ないというような判示がなされています。

ですから、これは、一応、我が国における、不法行為に基づく損害賠償制度の原則とか、基本理念というものをよくよく考えながら、仮に懲罰的賠償とは違う意味での追加的賠償を立法化するというような場合にも、結果的に、懲罰的賠償になるようなことになったら、果たして、それがいいのかどうかということについても、よくよく検討する必要があるのではないかと考えております。

以上です。

○伊藤委員長 早稲田委員、お願いします。

○早稲田委員 今の不法行為体系ですと、東海林委員がおっしゃるとおりで、填補賠償で議論をすると、102条1項、2項、3項を幾らいじっても、それほど上がってこないのではないかと、個人的に思っております。それは、やはり、今の日本の裁判官が非常に緻密な認定をされると、個人的には、損害額の認定には、もう少し大ざっぱでもいいのではないかなと思うようなところもあるのですが、非常に緻密になると、先ほど来、話がありますように、やはり、減額する要素が強くなると思っております。

それで、先ほど、東海林委員が最後におっしゃった立法論の問題なのですが、実は、日弁連でもいろんな意見がございまして、これは、民事司法全体の意見と、それから、知財に限った意見といろいろございまして、昨年いろんな委員会に対して、抑止的付加金制度という名前で、やはり、填補賠償をずっとやっている、やり得というところがあるのに対して、どう考えるかという視点からアンケートを取ったのですが、これは、実は日弁連的に真っ二つに意見が割れました。やはり、抑止的付加金を付けるべきだという答えもありますし、いや、それは、我が国の不法行為体系ないしは損害賠償の考え方に合わないのだという意見もございました。

それで、知財センターでも、やはり真っ二つに分かれたというところでもございまして、知財というのは、無体財産というか、非常に侵害が分かりにくいところなので、少なくとも訴訟までいった場合には、ある程度抑止的な付加金という制度を考えた方がよいのではないかなという意見と、それから、通常の損害賠償の議論と、どこが違うのだろうかというような意見で、2つに分かれたということをお紹介させていただきたいと思っております。

○伊藤委員長 山本敬三委員、お願いいたします。

○山本（敬）委員 先ほど、山本和彦委員から、利益の吐き出しについて、どのような考え方が、今、民法で採られているのかという御質問がありましたので、少しだけ情報提供をしておきます。

2項に関わることですけれども、侵害者が得た利益は、権利者の側の損害かと言われると、そのままではないだろう。したがって、不法行為責任でカバーできるかということ、難しいのではないかなということが、まず、前提としてあります。

そして、不当利得法でも、利得と損失があつて、権利者側に損失があると言えないと、不当利得返還請求はできない。そうすると、侵害者が得た利益が、本当に権利者の損失と

言えるかという同じ問題が生じて、不当利得でも、やはり、難しいということになります。

そうすると、考えられるのが、先ほど出ていた準事務管理というのですが、もともと事務管理とは、他人の事務を頼まれもしないのに処理してあげるといえるものです。契約はありませんので、事務処理をした人を保護する必要はないという考え方もあり得るはなないのですけれども、日本法は、一定の範囲で、事務を処理した人が、少なくともかけた費用の償還を請求できるほか、事務処理の過程で取得した利益は、事務処理をされた人に返さなければならないというような関係は、最低限認めることとしています。これが事務管理制度です。

ただ、今、問題になっているケースは、他人のためにその事務を処理してあげているというような善意に基づく行為ではなく、頼まれもしないどころか、勝手に他人の権利を使って処理をしているわけです。これを事務管理と同じものだという説明をするのは、やはり、事務管理制度の本質とは相入れない。なので、準事務管理とか、不真正事務管理と、これはドイツ法概念なのですが、そう言われるけれども、やはり、事務管理の類推というのは難しいだろう。

したがって、現在の民法のツールでは、この問題はカバーできないというのが共通理解だと思います。

ただ、知的財産の領域では、特許法の102条の2項を初めとして、損害と推定するという構成で、一応対応している。非常に問題が大きい領域なので、立法によって対処したのだろう。民法学者の側は、これで利益の吐き出しを損害論の枠内で解決した規定ではないかと漠然と理解していると思います。

ただ、損害構成は、本来できないはずのものを無理に推定しているので、何か問題が生じるのではないかとというぐらいには思っていました。今回のお話を通じて、寄与率という考え方がどうしても損害論からすると出てきてしまって、全部の利益の吐き出しにはどうもなっていないようであるということが分かって、非常に興味深く思いました。

ただ、元々の立法の趣旨が、利益の全部の吐き出しだったのかどうか分かりませんが、もし、そうだとすると、損害構成を採った以上、やむを得なかったのかもしれませんが、意図しない形で使われているという状況なのではないか。したがって、問題が必ずしも解決されているわけではなさそうであるというのが、私からのお答えということになります。

○伊藤委員長 ありがとうございます。

多様な議論をしていただきまして、各論点についても御意見の内容が分かっているように承りました。本来ですと、局長がいらっしゃれば、ここで総括をして次のまとめにつながるのですが、本日、やむを得ない所帯で退席されましたので、次回に回したいと思いません。ただ、大きな意味で、特許権という権利の重要性、それが侵害された場合において実効的な救済を与えるべきことについての認識、さらに侵害者に不当な利益、利得を残さないという形での制度の運用ないし改善の必要性ということでは、大方の委員の御意見は一

致しているかと思いますが、個別の論点のことになりますと、かなり多様な方向での御意見を承りましたので、この点については、大変御苦勞ですが、事務局に一度整理をしていただいて、その上で、どういう形での取りまとめができるのかをお諮りしたいと思いますが、それで、よろしゅうございますでしょうか。

最後に、事務局からお願いいたします。

○北村参事官 次回会合ですが、2月4日、木曜日になっております。あと、次々回以降につきましては、資料6に記載のとおりでございます。

以上です。

○伊藤委員長 それでは、本日は、長時間にわたりましてありがとうございました。次回、また、よろしくお願いいたします。