

ナムランクォーターリー

Namrun Quarterly

発行所 / 弁護士法人苗村法律事務所 大阪市北区西天満 2 丁目 6 番 8 号 堂島ビルディング 7 階 制作協力 / 株式会社 陸風社 <http://www.rikufusha.co.jp/>

Index

祇園祭
…1

【事件ファイルより】

独禁法改正

一裁量型課徴金と秘匿特権
…2～3

【最近の判例から】

特許法 102 条 2 項および
3 項の損害額の算定方法に
関する知財高裁大合議判決に
ついて
…3～4

【事務局から】

…4

祇園祭

この原稿を書いている 7 月 18 日は台風の影響で梅雨前線が刺激されたとのことで、大阪でも大粒の雨が降っています。昨日は、雨が降らず、昨年に比べればずっと涼しい山鉦巡行となり、3 万人余りの方が、見物を楽しんだそうです。私はと申しますと、仕事を少し早めに切り上げたのが良かったのか悪かったのか三条京阪駅で下車して地上に出ますとなんだか人だかりで、大きな声も聞こえてきます。八坂神社から 3 基の御神輿が寺町の御旅所まで練り歩いた後、その界限をぐるぐる回るといって祇園祭の神幸祭に出くわしたのでした。御神輿を見ることができて有り難い気持ちにはなったものの、どうやって家に帰り着くか、と悩みましたが、同時にこれが例の祇園祭のポスター著作権侵害事件で原告が撮影されたお祭りなんだと、わかった気になった次第です^{※1}。この事件では、八坂神社の著作権侵害も認められました。京都では、寺社仏閣にさまざまな財宝があったり、その伝統行事があったりで、時には著作権が問題になったりもします。残念ながら、著作権と所有権の違いが判然としないのか、私が担当した事件でも、一切のコピーまかりならぬと、数百年もたった財宝について、高名な社寺から申し入れを受けたことがありました^{※2}。

さて祇園祭は、後祭が 2014 年に復活し、24 日に残りの 10 基が花傘とともに巡行しま

す。昨年は友人達と一緒に後祭の山、鉦の鉦立を見、ちまきを買いましたが、今年は難しそうです。

祇園祭のちまきには、中に甘いお餅は入っていません。代わりに表に「蘇民将来子孫」と書いたお札が貼ってあり、京都では、これを表札の近くに掛けておきます。蘇民将来は、貧しいながらも八坂神社の主祭神である牛頭天王の一行を温かくもてなしたので、その後、牛頭天王からその子孫だけは厄災から遠ざけて貰えることになったという説話により、京都では、皆このちまきを表札近くに置き、蘇民将来の子孫ですから、災いを避けてくださいとお願いすることになっています。

※1：東京地判平成 20 年 3 月 13 日

※2：最判昭和 59 年 1 月 20 日顔真卿自書建中告身帖事件



苗村 博子
(なむら ひろこ)



独禁法改正 — 裁量型課徴金と秘匿特権

1. 改正の趣旨

独禁法には、さまざまな規制が定められています。いま、大きな話題となっているのは、いわゆる GAFA といわれるデジタルプラットフォーマーが、その利用者に対して課しているさまざまな制約が独禁法に抵触しないかという問題です。この原稿を書いている最中にも公取委（公正取引委員会）が独禁法を企業対個人にも適用し、現在の法律においてもその圧倒的なシェアにより、プラットフォームを利用する者に自らの規律を一方向的に押し付けているような場合に、優越的地位の濫用に該たるとする指針案を出したと日経新聞に報道されました。今回の改正の次には、このプラットフォーマー規制について、立証の容易化その他が検討され、規制が強化されるものと考えられます。

前置きが長くなりましたが、今回の改正は、それとは異なり、課徴金が最も効率よく課されている不当な取引制限、すなわち、カルテルの課徴金の額を公取委の裁量で決められるようにしようというものです。課徴金が導入された昭和 52 年以降、課徴金の対象行為は拡大されてきましたが、その執行が強化されたのは、2005 年に課徴金減免制度が導入されて以降です。この減免制度については、現在は、1 番目の申立者には、全額免除、2 番目の者には、50% 免除、3 番目の者には 30% 免除というように、免除額が、きそく 羈束されており、公取委には裁量権がありません。米国では、課徴金の免除制度に当たるリニエンスは、最初にこれを申し立てた者のみにしか与えられませんが、2 番目の者はセカンドインと呼ばれ、その協力の如何により、減じられる罰金額について司法省の裁量幅は相応に広く、対象企業は少しでも減じてもらうため、必死に情報提供を行います。そして提供された情報から、司法省は、新たなカルテルを見つけ出すのです。

このように課徴金について、公取委に一定の裁量権を認め、協力すれば課徴金を減じ、非協力であれば、課徴金を増額するとして、対象事業者にプレッシャーをかける、いわば米国司法省の捜査手法

を取り入れようというのが、今回の改正の趣旨なのです。

2. 改正の骨子

(1) 課徴金制度の見直し

これまでは、課徴金の算定の基礎となる期間は 3 年まででした。米国では反トラスト法違反には消滅時効が適用されないため、カルテルの開始時までさかのぼれるのは、大きな違いで、米国の罰金額と日本の課徴金額に大きな差異があったのは当然のことです。今回調査開始日から 10 年までさかのぼれるように改正されます。その売上額の 10% が課徴金額となりますが、算定基礎自体も追加され、①談合の際に、応札しないことによる対価や、②対象となる商品や役務に関連する業務によって受けた売上額も加算され、③違反者の売上だけでなく、カルテル等の指示を受けて行動した、子会社等の売上も加算対象となります。

(2) 課徴金減免制度の見直し

改正法は、これまでの順位のみによる低減率を小さなものとし、調査開始前であれば、1 番目の者には従前どおり全額免除を与えますが、2 番目に申請した者に 20% 減、3～5 位に 10% 減、6 位以下には 5% とし、調査後であれば、最大 3 社に 10%、それ以外には 5% の低減率と決めました。目玉はその他の低減率で、この基礎となる減率に加え、調査協力の度合いに応じ、これにプラスして調査前であれば、最大 40% の低減率が、調査後も最大 20% の低減率が用意されています。

また現在は、違反行為の繰り返しや、違反行為の主導者については、一方だけがあれば、50%、両方があれば 100% の加算が加えられますが、この改正で、これらに加え、隠ぺいや、仮装などの調査妨害もこの割増算定の対象とされることになりました。

協力する者には、2 番であっても場合によっては 60% の減算が可能となりますし、初めての検挙で指導的立場でなかったとしても、調査妨害があれば、50% 割増加算がなされるということになり、まさにアメとムチでの対応がなされるのです。

一定の裁量権を持つことは、公取委の悲願ともいえるものでしたので、公取委

としては、今回の改正は、その法執行力の強化に重大な影響を及ぼすものと理解しているはずですが。

3. 弁護士依頼者間の秘匿特権の導入

公取委は、法律ではなく、規則で主だった内容が明記されることとして、課徴金減免制度を用いた法執行の効率的な運用と適正手続を確保する観点から、一定の弁護士と依頼者の通信についての秘匿を認めることとしました。事業者から、弁護士への相談内容、もちろん最初の段階では、事業者は自社の行動が独禁法違反になるのかどうかという点からの相談となりますが、相談にかかわる弁護士とのさまざまなやり取りは、秘密として、公取委から求められても提出を拒むことができる制度の導入が検討されています。いまだ規則案が公表されていないので、議論はこれから始まるのですが、公取委としては、この制度は、独禁法違反行為全般に及ぶものではなく、カルテルについてのみ、独禁法 47 条の強制調査権に基づき、提出を求められた際に、これらの通信についての文書が調査の対象とならないとするようです。公取委が挙げている例を申しますと、事業者からの相談文書、弁護士からの回答文書、弁護士が行った社内調査に基づく法的意見が記載された報告書や、弁護士が出席する社内会議でその弁護士との間で行われた法的意見についてのやり取りが記載された社内会議メモなどが挙げられています。電子メールがこの中に入るのかが明確ではありませんが、ご依頼者との多くの通信が電子メールで行われている現在、これが対象とならないようでは、ほとんど意味がありません。この点はこれからも日弁連でも強く申し入れをしていく必要があるところと考えています。

もちろん、秘匿する特権ですから、これらの電子メールが、CC 等で社内の人とはいえ、あまりに多くに送付されているようでは、秘密性が疑われてしまいます。むやみに CC に入れて送付するのはよくありません。

また公取委と弁護士の間で、秘匿特権の対象となるかについて、見解が分かれた時には、まずは、書類に封をした状態

で、公取委に渡し、これを、事件を担当する審査官ではなく、公取委内の官房に置かれた判別官がこれらの書類の要件の充足性について審査を行うとしています。電子メールのようなデータの取扱いについては、公取委の規則案、細則案を見ないとわかりません。米国では、まずは、司法省は、電子データをすべてコピーして持ち帰りますが、直ちに捜査担当検事が見るのではなく、事業者側で、自らベンダーに依頼してフォレンジック機能を用いて、関係するデータだけをサーチワード等で、検索するとともに、これらの検出されたデータの中から、弁護士が秘匿特権対象文書の記録（ログ）を作

成して、検察官に提出し、検察官は納得すれば、対象証拠にはアクセスしません。争いになった場合には裁判所に判断を求めることができます。公取委も判別官と弁護士の意見が分かれた場合には、行政事件訴訟法の規定に基づいた取消訴訟の提起が可能だとしています。

公取委では、今回の秘匿特権らしきものの導入は、事業者側の要請に格別の配慮をしたものとして、国際的にもアピールしたいとの考えのようですが、世界では全く逆に評価されているようで、本来すべての事件で、依頼者と弁護士の通信は秘密であるべきと考える英米の弁護士には、このような一部にだけ、しかも課徴金減免

制度を利用した者にのみ秘匿特権を認めるということは、ほかには認めないものと考えらるべきだと思います。米国の弁護士から、よく、あなたには弁護士依頼者間の秘匿特権がないのでは？と言われるのに閉口しています。私はNY州の資格もあるから大丈夫と答えています、そのような答えをしなければならぬところに日本の弁護士としてのもどかしさを感じて仕事をしております。

苗村 博子
(なむら ひろこ)



最近の判例から

特許法102条2項および3項の損害額の算定方法に関する知財高裁大合議判決について

1. はじめに

知的財産権に関して、侵害を主張する被侵害者は、損害賠償請求権の根拠となる事実の主張・立証責任を負い、侵害があると主張する被侵害者が、自己の損害を立証しなければなりません。しかし、知的財産権侵害の場合は、損害額の証明が事実上困難であることから、損害額の推定およびみなし規定が設けられています（特許法102条、商標法38条、不正競争防止法5条等）。

令和元年5月10日に成立した改正特許法^{*1}は、侵害した者が不当に得をしないように、損害賠償額算定方法の見直しを行っており、知的財産権の侵害に対しては、より権利者の保護を拡充しようとしています。そのような中で、令和元年6月7日に特許法102条2項および3項^{*2}の損害額の算定方法に関する判断基準を具体的に示した知財高裁大合議判決が出されました。本稿では、同判決が示した判断、同判決の内容について検討します。

2. 事案の概要について

名称を「二酸化炭素含有粘性組成物」とする発明に係る2件の特許権を有する化粧品メーカーである被控訴人（原審原告）が、控訴人ら（原審被告ら）が製造、販売する炭酸パック化粧品（原審被告ら各製品）は上記各特許権に係る発明の技術的範囲に属する等主張して、特許権侵

害の不法行為に基づく損害賠償金および遅延損害金の支払を求めた事案です。

3. 本判決における主要な争点

本判決における争点のうち、損害論における主要な争点は、

- ①特許法102条2項所定の侵害行為により侵害者が受けた利益の額、推定覆滅事由
- ②特許法102条3項所定の受けるべき金銭の額

4. 本判決の判断について

(1) 侵害者の利益および推定覆滅事由（争点①）について

ア. 侵害行為により侵害者が受けた利益の額

本判決は、特許法102条2項所定の「侵害者が受けた利益の額」とは、具体的には、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り、その主張立証責任は特許権者側にあるとし、控除すべき経費について、侵害品についての原材料費、仕入費用、運送費等は、侵害品の製造販売に直接関連して追加的に必要となった経費に当たるが、管理部門の人件費や交通・通信費等は、通常、侵害品の製造販売に直接関連して追加的に必要となった経費に当たらないことを示しました^{*3}。

イ. 推定覆滅事由について

本判決は、特許法102条2項におけ

る推定覆滅事由について、同条1項ただし書きの事情と同様に、侵害者が主張立証責任を負い、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して、具体的には、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（市場の非同源性）、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）などの事情を挙げ、これらの事情については、特許法102条1項ただし書きの事情と同様、同条2項についても推定覆滅の事情として考慮することができることを示しました。

(2) ロイヤルティーについて（争点②）

本判決は、特許法102条3項は、特許権侵害の際に、特許権者が請求し得る最低限度の損害額を法定した規定であるとし、平成10年の特許法改正により、同項の「その特許発明の実施に対し通常受けるべき金銭の額に相当する額」との定めから、「通常」の部分が削除された経緯を理由として挙げたうえ、特許権侵害をした者に対して事後的に定めらるべき、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ことを考慮すべきであるとしています。そして、実施に対し受けるべき料率は、①当該特許発明の実際

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等も考慮に入れつつ、②当該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、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およ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争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して、合理的な料率を定めるべきとし、具体的な考慮要素を示しました。

(3) 結論

本判決は、結論として原判決（大阪地方裁判所平成27年（ワ）第4292号）の判断に誤りはなく、控訴人ら（被告ら）の控訴は理由がないため、いずれも棄却すべきと判断しています。

5. 本判決に対する検討

本判決の内容は、従前、実務書等にも紹介されている見解を具体的に説明しているだけという点では、実務家からは面白くないものとも考えられているようです。しかしながら、冒頭で触れたように特許法改正により損害額算定規定の見直しが行われ、より権利者の保護を拡充しようというタイミングで、あえて、損害賠償額について丁寧な解説をする判決を出したという点については、裁判所としてプロパテントの立場を宣明し、今後、知的財産権一般の損害賠償額の判断にあ

たって、権利者保護を重視する姿勢を示したものと評価できます。

特許に限らず、知的財産権一般の侵害訴訟において、損害論の審理に入った段階で、原告側は、損害額の算定方法に関する規定の適用を主張しますが、その適用や要件についてさらに主張・立証を尽くす必要があります。また、被告側が売上額等を誠実に提出するとは限らず、侵害論で侵害が認められているにもかかわらず、結論として認定される損害賠償額が低いという話もあります。このように知的財産権の侵害に対して裁判を起しても、賠償額が低ければ、権利者は訴えを躊躇し、ひいては知的財産権自体の価値の低下を招きかねません。

先の特許法改正に当たっては、懲罰的損害賠償制度の導入という話もあったようですが、^{ひんぱ}填補賠償という不法行為の損害賠償制度の基本原則と相いれないとして、導入は見送られているようです。しかし、お隣の国、韓国では、本年7月9日から他人の特許権・営業秘密を故意に侵害した場合、損害額の最大3倍までの損害賠償を認める懲罰的損害賠償制度が施行されています。韓国では、従前、損害賠償額が大きくなかったため侵害が予想されても、まず侵害から利益を得て、事後に補償すればよいという認識が多いというまさに侵害し得な状況であったこ

とが導入の理由です。

日本では立法として、まだまだ、権利者の保護が十分とはいえません。これまで、十分に整備がされていない立法の下で、裁判所が裁量により損害額を認定するという場面が多く、裁判所としても、損害額の認定に当たって慎重にならざるを得ないところはあったのではないかと思います。したがって、本判決も、丁寧な説示をしたにとどめざるを得ず、今後、裁判所が実際の金額として、権利者の利益の救済を図るには、やはりよって立つ法律が十分に整備されるべきであると考えます。

- ※1：改正特許法では①侵害者が得た利益のうち、特許権者の生産能力等を超えるとして賠償が否定されていた部分について侵害者にライセンスをしたとみなして、損害賠償を請求できること、②ライセンス料相当額による損害賠償額の算定に当たり、特許権侵害があったことを前提として交渉した場合に決まるであろう額を考慮できることが明記されます。
- ※2：特許法102条2項は、侵害者が侵害行為により利益を受けている場合に侵害者の利益を損害額と推定する規定、特許法102条3項は、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金銭を、自己が受けた損害額として賠償請求できる旨を定めた規定です。
- ※3：特許法102条2項の侵害者の利益については純利益、粗利益を指すのかについて議論があり、近年では、利益とはいわゆる限界利益を意味し、人件費や減価償却費のような販売管理費のうち、売上増減と無関係に必要とされる費用は、控除対象費目には含まれないと考えられており、本判決は同見解に沿った判断です。



倉本 武任
(くらもと たけつぐ)

Topic of the secretariat

事務局から

6月末に大阪にてG20（20カ国・地域首脳会合）大阪サミットが開催されました。日本が初めて議長国となり開催されるということもあり、連日報道でも大きく取り上げられています。

開催地の大阪では大規模な交通規制が実施されるとあって、開催前からCM、看板、新聞広告等、周知のための広報活動がたくさん行われていました。とりわけサミット会場となる大阪・咲洲周辺では住民の方々が行き来するための身分証を携帯する必要があったり、閉鎖される駐車場があったりという制限があったようです。

苗村事務所は大阪のメインストリートである御堂筋に面しており、事務所の窓からは阪神高速道路が見えるのですが、交通規制が始まり街中なのに1台も車が走っていない状態を初めて目にし、少し不思議な感じがしました（期間中、窓を開けることは禁止！です）。一般道も車が少なく、たまたま私は大阪城付近を

通ることがあったのですが、普段は海外からの観光客がたくさんいらっしゃるのですが、人がほとんどおらずとても静かでした。車と人が少なくなった代わりにあらゆるところに警察官が配置され、いつもと違った雰囲気となった大阪でした。

不便を感じられた方も多かったとは思いますが、事前の周知のいかもあって特に大きな混乱や問題もなかったようです。これから大阪ではラグビーワールドカップに大阪万博といった大きな国際イベントが続きます。そして東京ではいよいよオリンピックも開催されます。日本が世界に注目される機会でもあるので、イベント自体の面白さや成功ももちろんですが日本の魅力も伝わる機会になればいいと思います。

余談ですが私はオリンピックのチケットは落選したので、家で観戦を楽しみたいと思います！

いつもの渋滞がない阪神高速には驚きましたネ！（苗）



弁護士法人 苗村法律事務所

〒530-0047

大阪市北区西天満2丁目6番8号
堂島ビルディング7階

※ 地下鉄御堂筋線又は
京阪淀屋橋駅1番出口を上がり、
御堂筋を北へ徒歩5分

TEL：06-4709-1170

FAX：06-4709-0131

受付時間／9:00～18:00

<http://www.namura-law.jp>

