

著作権侵害による二倍賠償

—— ドイツ GEMA 判決をめぐる比較法的考察 ——

Der doppelte Ersatz des Schadens durch Urheberrechtsverletzungen

—— Eine rechtsvergleichende Studie im

Hinblick auf deutschen GEMA-Zuschlag ——

松 川 実

Minoru Matsukawa

要 約

本稿は、音楽著作権侵害による損害賠償請求事件で、ドイツの判例が音楽著作物使用料の倍額を損害として認定した判決を中心として、イギリス、アメリカ、オーストリアそしてドイツでの倍額賠償を歴史的に考察した論文である。我が国でも、著作権侵害につき損害額の二倍化の主張が最近、再び強くなってきた。そこで、本稿では、我が国でも、ドイツ同様、著作権侵害につき損害額の二倍化を導入できないかどうか、その可能性について論じている。

キーワード：音楽著作権、著作権侵害、GEMA、損害賠償、二倍賠償、三倍賠償、懲罰的損害賠償、民事責任と刑事責任の峻別論、比較法

目 次

- | | |
|-----------------|---------------------|
| 1. 問題の所在 | (3) 通常使用料・割引使用料 |
| 2. 比較法的考察 | (4) 音楽著作物使用料の倍額化 |
| (1) イギリス | 4. 監視費用 |
| (2) アメリカ合衆国 | (1) プロイセン音楽専門家会議鑑定書 |
| (3) オーストリア | (2) 準備費用 |
| (4) ドイツ | (3) 万引き摘発懸賞金 |
| 3. GEMA の二倍賠償 | (4) 考 察 |
| (1) ドイツ判例の問題点 | 5. 結 論 |
| (2) 個別計算・包括計算方式 | |

1. 問題の所在

1966年、文化局（庁）は著作権法の改正草案で損害賠償法としての実施料損害賠償の倍額化を提案したことがある¹⁾。それには三つの根拠があった。つまり、無体財産権は容易に侵害されやすいこと²⁾、侵害者は誠実に契約を締結した著作物の

利用者と同一に扱うべきではないということ、さらに損害賠償制度は、追加的に制裁という機能³⁾を持つべきであるというのが根拠であった。しかし、この提案は実現することはなかった。というのは、他の無体財産法では、実施料の倍額賠償が認められていないことから、無体財産法の統一を図るために、著作権法だけが突出するのを避けた

1) 加戸守行「著作権法逐条講義三訂新版」著作権情報センター（2000年）632頁によれば、「著作権及び隣接権に関する法律草案」（昭和41年、文部省文化局試案）。

2) 加戸・前掲注(1)632頁以下、紋谷暢夫「無体財産権法概論第9版」有斐閣（2000年）194頁、Rudolf KraBer, Schadenersatz für Verletzungen von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach deutschen Recht, GRUR Int. 1980, 259-272 (261).

3) 戒能通孝「債権各論」巖松堂（1946年）423頁、同「不法行為における無形損害の賠償請求権」法協50巻2号（1932年）18頁、岡松参太郎「無過失損害賠償責任論」有斐閣（1916年）23頁、末弘厳太郎「嘘の効用」日本評論社（1923年）12頁、三島宗彦「慰謝料の本質」神奈川法学5巻1号（1959年）17頁、奥野賢一「損害賠償と裁判官の裁量」法学志林40巻9号（1938年）18頁。

からである。さらに、一般法である民法でも、416条において損害賠償の範囲は、原則として「通常」損害であるから、この通常損害は、通常の「実施料」と同義に解せられたからである。さらに、仮に倍額制度を導入すると、著作権の損害賠償制度の中に「制裁機能」を紛れ混ませることになり、さらにそれが拡大する恐れもあったために、それを何とか回避したかったからである⁴⁾。

著作権法侵害による損害賠償の倍額化・三倍化は、最近、デジタル技術の発達により、再び強く主張されるようになってきている⁵⁾。著作権審議会も、三倍賠償制の導入につき議論しているようである⁶⁾。

本稿では、著作権侵害の場合に、損害額、例えば実施料相当額の倍額・三倍化などを立法上、判例上認める諸外国の制度を考察し、我が国での立法資料として提供することを目的としている⁷⁾。

2. 比較法的考察

(1) イギリス

イギリスは、懲罰的損害 (exemplary damages,

punitive damages, vindictive damages)⁸⁾と表記される近代以降の私法的な刑罰の発生地である⁹⁾。1763年、ハクレ対マニィ (Huckle v. Money) 事件で最初に懲罰的損害賠償が認められたが¹⁰⁾、この事件で、裁判官は陪審員に、損害賠償は実際の損害に限定することなく、さらに侵害行為の悪意性をも一緒に斟酌して算定することができることを示唆していたようである。

このような考えは、以下のように著作権法での訴訟費用の倍額化に一定の影響を与えたものと思われる¹¹⁾。つまり、彫版著作権1766年法¹²⁾によると、原告である被害者には、訴訟費用全額だけでなく罰金 (贖罪金) も賠償されなければならなかった¹³⁾。絵画著作権1777年法¹⁴⁾では、「罰金」(贖罪金) という表現は「損害」に置き換えられ、賠償されるべき訴訟費用の額が倍額になった¹⁵⁾。このような損害の賠償も、訴訟費用倍額の賠償という制度も、その後の彫刻著作権1814年法¹⁶⁾、脚本著

4) 最近では、最判平成9年7月11日民集51巻6号2573頁「万世工業」事件参照。

5) 著作権政策研究会「著作権法損害賠償規定改定等の提案」社団法人著作権情報センター (1998年) <http://www.cric.or.jp/teigen>

6) 齊藤博「著作権法」有斐閣 (2000年) 346頁。尚、竹田稔「民訴法及び特許法の改正と今後の特許権侵害訴訟」知的財産研究所編「21世紀における知的財産の展望」雄松堂出版 (2000年) 287-312 (295) 頁以下は、損害賠償額低額化の基本的要因について指摘している。

7) 筆者は、齊藤博・半田正夫編「著作権法判例百選・第3版」(有斐閣) のために「通常受けるべき金銭の額 (1) - にほんの館事件」(福岡高裁昭和57年1月27日判決) の評釈を執筆した (2001年1月脱稿) が、その中でドイツのGEMA 二倍化判決に触れた。但し、紙面の関係で詳細に論じることができなかったため、本稿ではその補足を試みることにする。

8) 損害の種類については、Winfield, Text-Book of the Law of Tort, 1st ed., 1937, 152-153; Ulrich Magnus, Schaden und Ersatz, Tübingen 1987, 36-43; Hans Stoll, Schadensersatz und Strafe, FS für Rheinsteint, Bd. II, Tübingen 1969, 569-590 (572) などを参照。

9) Arnold D. McNair Obligations and Civil Procedure, in: Edward Jenks (ed.), Stephen's Commentaries on the Laws of England, 18. edition, London 1925, 539; Bernhard Grosfeld, Die Privatstrafe, Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Frankfurt am Main u.a., 1961, 37; Hans Stoll, Penal purposes in the Law of Tort, American Journal of Comparative Law 18 (1970), 3-21 (10); 田中和夫「英米における懲罰的損害賠償法」・我妻栄遷暦記念論文集「損害賠償法の研究・第2巻」有斐閣 (1958年), 885-906 (887, 892頁), 田井義信「イギリス損害賠償法の理論」有信堂 (1995年) 143頁参照。

10) 2 Wilson's King's Bench Reports 205, 95 Eng. Rep. 768. 尚、大羽宏一「米国の製造物責任と懲罰賠償」日本経済新聞社 (1984年) 124頁によれば「冗談で大量のスパニッシュ・フライを入れたワインを飲んで病気になった被害者に対する」事件である。

11) Max Lange, Kritik der Grundbegriffe vom geistigen Eigentum, Nachdruck UFITA 117 (1991), 169-248 (214). イギリスの著作権法に二倍賠償に類似した制度が存在したという着眼は、このマックス・ランゲの示唆による。

12) 7 Geo.3, c.38. 設計、彫刻、歴史的絵画およびその他の絵画の食刻の促進、さらに一定の絵画の所有権をジョン・ホガースと未亡人に帰属させそれを保障するために、ジョージ二世の統治の8年目に制定された法を改正するとともに、より実効的にするための改正法。

13) 彫刻著作権1766年法5条:「(…) そして、すべての訴訟において原告 (原告は本法および前記の旧法によって負担しなければならなかった罰金を回復させられるべきである) は、自らの訴訟費用の全額と一緒に、同額を回復させられるべきである。」

14) 17 Geo.3, c.57. 発明者および彫刻師が特定の事件で罰金を賠償させられることによって、発明者および彫刻師の所有権をより効果的に保障する法。

15) 絵画著作権1777年法:「(…) その場合、そのような所有者はすべて、… 陪審がそのような訴訟の法廷で、あるいは調査命令書の執行の結果として、訴訟費用の二倍とともに与えるべき、あるいは課すべき損害を回復されなければならない。」

16) 54 Geo.3, c.56. 胸像の新しい原型や鋳型、あるいはそこで言及されたその他の物を創る法を促進するため、そしてそのような芸術に対しさらなる促進をさせるために、ジョージ三世の現陛下の法を改正し、より効果的にするための法 (1814年5月18日)。同法第3条は、「(…) 所有者は、陪審がそのような訴の法廷で、訴訟費用の二倍とともに、与えるべきあるいは課すべき損害を回復させられるべきであり、また回復させられることが許される。」

作権1833年法¹⁷⁾、絵画・彫刻著作権1836年法¹⁸⁾にも存続していた。そして、これらの法律では、損害は複製された紙一枚ごと、あるいは無断上演一回ごとに法律で定められていたか、あるいは陪審が訴訟でその額を決定したようである。

1842年の著作権法¹⁹⁾では、賠償すべき訴訟費用は弁護士費用のうち適正な額に限定されるようになった²⁰⁾。このように限定したということは、それ以前の法が認めていた「訴訟費用」とは、純粋な訴訟費用だけではなかったことを物語る。つまり、「訴訟費用」には、実際に支出した弁護士費用のほかに、さらに何らかの損害の賠償が含まれていたと思われる。「訴訟費用」の倍額の支払とは、それ故、数字で正確に立証することができない損害に代わる一種の填補機能を果たしていたと思われる。

このように損害を超えた損害の賠償、これは、イギリス法の伝統からすれば「私法上の刑罰」と解せられるが、そのような私法上の刑罰は、その後のイギリスの著作権法にも見られる。例えば、1956年の著作権法によれば、裁判所は、あらゆる事情、特に侵害自体の悪性を考慮した上で、損害賠償の上にさらに追加的な額の支払を認めることができた²¹⁾。

- 17) 3 & 4 Will. 4, c.15. 脚本著作権に関連する法を改正する法(1833年6月10日)。本法は、損害の最低限度額の賠償か、あるいは調査費用を含めた侵害者利得の返還か、このうちのいずれかを選択することを認めていた。つまり、同法2条は「そのような侵害者はすべて、各上演あるいは上演全部につき、40シリングを下らない額の支払責任を負うか、あるいは、そのような上演から発生した利益や利得の全額、あるいは権利侵害ないしはそれによって原告が蒙った損失、そのうちどちらかがより大きな損害であろうとも、本法の本当の意図や意味に反して上演された作品の著者やその他の権利者には、訴訟費用の二倍とともに、賠償されなければならない。」
- 18) 6 & 7 Will. 4, c.59. 絵画および彫刻の著作権保護をアイルランドにまで拡大させるための法律(1836年8月13日)。
- 19) 5 & 6 Vict. c.45. 著作権法を改正するための法(1842年7月1日)。
- 20) 著作権1842年法第10条:「その者は、発生した(訴訟)費用のうち、弁護士とクライアントの間での費用として査定された、適正な部分を回復されなければならない。」さらに、1893年の公的権威の保護法(56 & 57 Vict. c.61, 5th December 1893) 1条(b)および(c)参照。
- 21) 1956年の著作権法17条:「本章での訴訟において、著作権の侵害が立証のうえ認定され、裁判所も、(a)侵害の凶悪性、(b)侵害によって被告に発生したと思われる利得(さらに他のすべての事情をも)を考慮した上で、効果的な救済が、そうでなければ、原告にとって利用できないであろうということを納得させられた場合には、裁判所は、侵害の損害を評価する際に、この副章において、裁判所自身が、それらの事情で適切と見なす追加的な損害を認める権限を持つべきである。」さらに、Dietrich Reimer, Einführung-Großbritannien, in: Möhring/Schulze/Ulmer/Zweigert u.a. (Hg.), Quellen des Urheberrechts-Gesetzestexte aller Länder, Neuwied u.a. 1980, 16参照。

このような損害賠償額の上乗せは、1988年の著作権法²²⁾においても基本的にそのまま受け継がれている²³⁾。1988年著作権法によっても、損害賠償訴訟の際、裁判所は、あらゆる事情、特に侵害の悪性²⁴⁾や侵害行為によって侵害者に流れ込んだ利益全体を考慮して、損害賠償額の割り増し²⁵⁾を言い渡すことができるとされている²⁶⁾。

(2) アメリカ合衆国

アメリカにおいては、「懲罰的損害賠償」は損害のうち立証できない損害を填補するという役割とは違った役割をしばしば果たしている。それは、実際、私法上の刑罰と理解されているため、イギリス法と同様に、侵害者の主観的事情と密接に関連している²⁷⁾。但し、イギリスと違って、アメリカでは懲罰的損害賠償が頻繁に用いられてきた²⁸⁾。アメリカの著作権法では、被害者は、実際に発生した損害の賠償、著作権侵害によって得た利得の返還、あるいは法定損害賠償額を訴求することが

22) William R. Cornish, Einführung-Großbritannien, in: Möhring/Schulze/Ulmer/Zweigert u.a. (Hg.), Quellen des Urheberrechts-Gesetzestexte aller Länder, Neuwied u.a. 1991, 21-22; Michael F. Flint/Clive D. Thorne/Alan P. Williams, Intellectual Property-The New Law, London 1989, 81; Jeremy Phillips (ed.), Butterworths Intellectual Property Law Handbook, London/Dublin/Edinburgh 1990, 237.

23) 1988年著作権法96条2項:「著作権侵害に関わる訴訟では、原告は、他のすべての財産権の侵害について利用できる救済方法を、損害賠償、差止め命令、計算その余のためにも利用できる。」Silke von Lewinski, Großbritannien, Gesetzestexte, in: Möhring/Schulze/Ulmer/Zweigert (Hg.), Quellen des Urheberrechts, Neuwied u.a. 1991, 74.

24) Michael F. Flint/Clive D. Thorne/Alan P. Williams, Intellectual Property-The New Law, London 1989, 82によれば、1988年著作権法97条2項によって、損害額の割り増しの他に、さらに懲罰的損害賠償を言い渡すことができるかどうかは、不明瞭であるという。明確に否定する立場としてDavid Lester/Paul Mitchell, Joynson-Hicks on UK Copyright Law, London 1989, 341; E. P. Skone James (ed.), Copinger and Skone James on Copyright, London 1991, 345などがある。

25) James 前掲注24) 342ff.; Cornish 前掲注22) 22.

26) 1988年著作権法97条2項:「裁判所は、著作権侵害の訴訟において、あらゆる事情、特に、(a)侵害の悪性、(b)侵害によって被告に何らかの利益がもたらされたかどうかを考慮して、その事件の正義が要求するところにより損害額の割り増しを認めることができる。」

27) 早川吉尚「懲罰的損害賠償の本質」民商法雑誌110巻6号(1994年)1037-1062(1038)頁、樋口範雄「制裁的慰謝料論について」ジュリスト911号(1988年)19-25(20頁)参照。

28) Magnus 前掲注8) 46. さらにGrosfeld 前掲注9) 58参照。

できる²⁹⁾。本稿のテーマである損害額の倍額化に関係する算定方法としては、アメリカでは「法定損害賠償額」がある。つまり、アメリカ著作権法は、損害賠償の額に一定の枠³⁰⁾を法律で定めている。そこでは損害額の最低限度を750ドルとし、侵害者が善意であった場合にはこの最低限度の750ドルを200ドルまで下げることができる。他方、損害額の最高限度額を3万ドルとし、侵害が故意による場合には、この最高限度額の3万ドルを15万ドルにまで引き上げることができる³¹⁾。裁判所は、あらゆる事情を勘案して、この枠内で自由裁量によって適切な損害賠償額を言い渡すことがで

きる³²⁾。この場合、侵害者の主観的要素が損害額の決定を左右することになる。この主観的な要素の審査は、懲罰的損害賠償の際の審査と同一である。それ故、504条(c)に基づく法定損害賠償と懲罰的損害賠償とは、しばしば重複することになろう³³⁾。

さらに、アメリカ特許法は、一方では損害賠償の最低額を保障し、他方では、損害賠償額の三倍化を認めている³⁴⁾。アメリカ特許法は、特許侵害事件での損害額の具体化は裁判官に委ねられているが、判例によれば、損害賠償額の割り増しには、故意に基づく特許侵害がなければならないという³⁵⁾。しかし、損害賠償額の割り増しに関する、

29) 1988年著作権法504条(a)+(b):「(a)総則一本編に別段の定めある場合を除き、著作権を侵害する者は、(1)第(b)節に定めるように、著作権者が被った実際の損害額および著作権の侵害者が獲得した利益、あるいは(2)第(c)節に定める法定損害賠償額を支払う責を負う。(b)現実的損害賠償および利得—著作権者は、侵害の結果被った現実的損害の額、および侵害に起因して侵害者が受けた利益で現実的損害の額の算出にあたり考慮されなかった額の支払を受けることができる。侵害者の利益を立証するにあたっては、著作権者は、侵害者の総収入を証明すれば足り、侵害者は、控除できる費用および著作権のある著作物以外の要因に起因して受けた利得の要素を証明しなければならない。」さらに、Paul Goldstein, Copyright-Principles, Law and Practice, Volume II, Boston/Toronto/London 1989, 307-308; Ernest S. Meyer, Tonaufzeichnungen und das neue U. S. Copyrightgesetz, UFITA 82 (1978), 191-211 (207); Gerald Meyer, Urheberrechtsschutzklage nach dem neuen US-Urheberrechtsgesetz (Copyright Act), UFITA 82 (1978), 169-189 (176-177); Heinz-Dieter Assmann, Schadensersatz in mehrfacher Höhe des Schadens. Zur Erweiterung des Sanktionensystems für die Verletzung gewerblicher Schutzrechte und Urheberrechte, BB 1985, 15-25 (23); 土井輝生「アメリカ新著作権法の解説」第一法規(1981年)139頁以下参照。

30) Goldstein・前掲注29) 332によると、1988年のベルヌ条約施行法(Pub. L. No.100-568, 102 Stat. 2853 [1988])によって、1976年著作権法の504条(c)で定められていた法定額が倍額にされた。また、現行の著作権法では、さらに、その額が一部増額されている。

31) 1988年著作権法504条(c):「法定損害賠償—(1)本節第(2)項に定める場合を除き、著作権者は、最終的判決が言い渡される前はいつでも、現実的損害および利益に代えて、一の著作物に関して当該訴訟の対象となる全ての侵害(一人の侵害者は単独で責任を負い、二人以上の侵害者は連帯して責任を負う)につき、750ドル以上30,000ドル未満で裁判所が正当と考える金額の法定損害賠償の支払を選択することができる。本節において、編集著作物または二次的著作物の部分は、全て単一の著作物を構成するものとする。(2)侵害が故意に行われたものであることにつき、著作権者が立証責任を果たしかつ裁判所がこれを認定した場合、裁判所は、その裁量により法定損害賠償の額を150,000ドルを限度として増額することができる。侵害者の行為が著作権の侵害にあたることを侵害者が知らずかつ信じ理由がなかったことにつき、侵害者が立証責任を果たしかつ裁判所がこれを認定

した場合、裁判所は、その裁量により法定損害賠償の額を200ドルを限度として減額することができる。著作権のある著作物の利用が第107条に定めるフェア・ユースであると侵害者が信じかつ信じるにつき合理的な根拠があった場合において、侵害者が(i)非営利的教育機関、図書館もしくは文書資料館の被用者もしくは代理人としてその雇用の範囲内で行動している者、または非営利的教育機関、図書館もしくは文書資料館であって、著作物をコピーまたはレコードに複製することにより著作権を侵害したとき、または、(ii)公共放送事業者または個人であって、公共放送事業者の非営利的活動の通常の一部(第118条(g)に規定する)として、既発行の非演劇的音楽著作物を実演しまたはかかる著作物の実演を収録した送信番組を複製することによって著作権を侵害したときには、裁判所は、法定損害賠償額の支払を減免しなければならない。」

32) Goldstein 前掲注29) 334; G. Meyer 前掲注29) 177; Jochen Pagenberg, Die amerikanische Schadensersatzpraxis im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht. Mehrfacher Schadensersatz für Patentverletzung als Model für Europa?, GRUR Int. 1980, 286-198 (288).

33) Goldstein 前掲注29) 321; Walter J. Derenberg, Die urheberrechtliche Situation in den Vereinigten Staaten, UFITA 62 (1971), 29-75 (56f.). さらにディビット・A・ワインスティン(山本隆司訳)「アメリカ著作権法」商事法務研究会(1990年)339頁以下参照。

34) 米特許法284条:「原告勝訴の判決に基づいて、裁判所は、原告に、その侵害を補償するのに十分な賠償額を裁定しなければならない。但し、その賠償額は、いかなる場合にも、侵害者による発明の実施に対する適正なロイヤリティーに、裁判所で定めた利子および経費を加えた額を下回ってはならない。賠償額が陪審で決まらないときは、裁判所がそれを決定しなければならない。いずれの場合にも、裁判所は、評決または決定された額の3倍まで損害賠償を増額することができる。裁判所は、損害賠償額またはその状況下で合理的と見られる実施料の裁定のための参考として、専門家の証言を聴取することができる。」ヘンリー幸田「米国特許法逐条解説・第3版」発明協会(1999年)297頁以下、小林秀之「日米知的財産訴訟」弘文堂(1997年)75, 80頁参照。

35) いわゆる故意の侵害(willful infringement)。Underwater Device Inc. v. Morrison-knudsen Co., 717 F. 2 d 1380, 219 USPQ 567; Central Soya Co., v. Geo. A. Hormel & Co., 723 F. 2 d 1573, 220 USPQ 490. 古城春美「米国特許侵害と三倍賠償」発明協会(1989年)9頁など参照。

統一的・客観的基準はなく、個別事件ごとに判断される³⁶⁾。この損害賠償額の割り増しには、懲罰的損害賠償と同一の発想がその根底にある³⁷⁾。

(3) オーストリア

1936年のオーストリア著作権法では、損害賠償額は、一定の場合に、損害額の立証義務の軽減化のために、最低限度として、適切な著作権使用料の倍額と規定していた³⁸⁾。本規定は、1972年の現行法にも変更されることなく取り入れられている³⁹⁾。ドイツの判例⁴⁰⁾とは違い、オーストリアでは、著作権管理団体だけでなく、その他の著作権を侵害された被害者も著作権使用料の倍額を賠償として請求することができる⁴¹⁾。この発想は、すでに1932年の大ドイツ帝国のためのドイツ・オーストリア統一著作権法草案にその源があった⁴²⁾。

公の上演あるいは放送が著作権の権利者の許可なくなされた場合、被害者が蒙った損害額として著作権使用料の倍額よりも高額な損害額を立証しない限り、被害者は侵害者に対し、適切な著作権使用料の倍額を請求することができる⁴³⁾。この倍額請求について学説は、ドイツの学説と同様に「無断使用者には確かに強度な不正というものが認められるわ

けではないが、ことさらに無断使用者のそのような侵害行為が、結局、権利者側で、費用の掛かる監視機構を整備しなければならないという状況へし向けることになるからである」と根拠づけている⁴⁴⁾。

(4) ドイツ

1990年、コピー氾濫から著述家と出版社を保護する対策として、二倍賠償制度がドイツ著作権法の中に追加導入された⁴⁵⁾。つまり、カセット・レコーダー、ビデオ・デッキ、生テープ、コピー機のメーカーあるいは輸入業者が、ドイツ国内で複写用器械やテープを譲渡したり、レンタルやリースした場合、さらに、それらのコピー機を使ってコピー・ダビング業を営む者がある場合、著作権者（実際には著作権の管理団体）は、メーカー、輸入業者に対しては取引商品の種類および数量を報告するよう請求でき、また、コピー業者に対しては、その補償額算定に必要な情報を請求することができる。メーカー、輸入業者、コピー・ダビング店が、求めに対しその報告を怠ったり、あるいは報告内容が不完全、不正確であった場合には、補償額の二倍を賠償しなければならないとするものである⁴⁶⁾。本立法は、ドイツ著述家・出版者管

36) Pagenberg 前掲注32) 290. さらに古城・前掲注35) 9頁。

37) 古城・前掲注35) 11; Stoll 前掲注8) 574 Fn. 17.

38) Willy Hoffmann, Der Entwurf eines Urheberrechtsgesetzes, UFITA 5 (1932), 419-459 (450); ders., Das neue österreichische Urheberrechtsgesetz, UFITA 9 (1936), 236-271 (270) によれば、「この規定は注目すべきである」と積極的に評価している。しかし、Helmut Koziol, Zu schadenersatzrechtlichen Problemen des § 87 UrhG, in: Robert Dittrich (Hg.), Österreichische Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz, Urheber- und Medienrecht, Beiträge zum Urheberrecht IV, Wien 1996, 51-62 (51ff.) は懐疑的。

39) オーストリア著作権法87条1項：「本法に反し違反行為によって他者を侵害し、それにつき有責な者は、被害者に対し、故意過失の程度を問わず、逸失利益をも賠償しなければならない。」

40) BGHZ 97, 37-51 (47) = GRUR 1986, 376-380 (377) [v. 22.1.1986] - "Filmmusik"-; BGH GRUR 1988, 296-299 (299) [v. 15.10.1987] - "GEMA-Vermutung IV"-; Manfred Rehbinder, Die rechtlichen Sanktionen bei Urheberrechtsverletzungen nach ihrer Neuordnung durch das Produktpirateriegesetz, ZUM 1990, 462-466 (463). ドイツの判例では、後述のように、著作権のうち音楽著作権に限定し、それが侵害された場合に、音楽著作権管理団体である GEMA が音楽著作権使用料の倍額を損害賠償として請求することを認めている。

41) Maaß 前掲注57) 107頁。

42) Philipp Möhring, Einzelfragen der Schadensliquidation im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 1931, 419-433 (433).

43) オーストリア著作権法87条3項：「文学あるいは芸術作品が権限なく公に講演され、上演され、あるいは放送によって送信された場合、文学あるいは音楽作品の講演あるいは上演が第66条7項、第69条3項、第70条、第71条に反して放送によって送信されたり、公に再生された場合、写真が第74条に反し公に展示されたり放送によって送信された場合、レコードが第76条2項あるいは同4項に反し、放送あるいは公な再生に用いられた場合、放送が第76条aに反し送信されたり、公に再生された場合には、本来、被害者の許諾を得なければならなかった時には、被害者に対し有責でもたらされた財産損害があれば、被害者はその賠償として、第86条によって被害者に納入される使用料の倍額を徴収することができる。但し、それよりも高額な損害が立証された場合には、その限りでない。」

44) Fritz Schonherr/ Guido Kucsko, Schadenersatz im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht Österreichs, GRUR Int. 1980, 282-286 (284).

45) これは、知的所有権保護の強化と海賊製品撲滅のための著作権法の一部改正であり、1990年7月1日より施行されている。

46) ドイツ著作権法54条5号：「著作権者は、本条1項、2項によって補償義務を負担する者に対し、本法が適用をみる範囲で譲渡されたり、あるいは譲渡以外の形で取引された器械や録画・録音媒体についてはその種類と量を報告するよう請求できる。著作権者は、本条2項2文でいう設備があつて、複製器械を使って複製することを業とする者に対して、補償額の算定に必要な報告を請求することができる。これら報告義務者が、その報告を怠ったり、その報告が完全でなかったり、あるいは、その他、その報告が正確でなかった場合は、著作権者は補償額の二倍を請求する事ができる。」

理団体 (VG Wort)⁴⁷⁾の強力な要請を受けて法定化されたものであるが、そのヒントは法務委員会での報告⁴⁸⁾にも出ているが、ドイツ最高裁判所(以下、BGHと記す)が35年に渡って承認し続けてきたGEMAの二倍賠償判決にある。しかし、法律上の補償額の倍額化の根拠と、GEMAの二倍賠償のそれとを同視することはできない。

GEMAの二倍賠償は、音楽著作権が侵害された場合に、GEMAは音楽使用料の二倍を損害賠償として請求できるという慣習法あるいは裁判官法である。オーストリアの学説と同様に、ドイツの判例は、この二倍賠償を無断使用を監視するための機構を創設維持するための費用を捻出するためという根拠で認めている。つまり、「無断使用を摘発し、それを抑止するために監視機構を整備した場合、その経費を音楽使用料全体の値上げによって、正規の音楽著作権利用者の負担を増やしたり、音楽著作物の著作者に配当される報酬から差し引かれるようなことになれば、それは不公平であろう。」⁴⁹⁾という。

それに対し、法律上の補償額の倍額化は、ドイツ著作権法54条5項1文で法定された報告義務違反を条件としている。それ故、GEMAの場合のように、誰が、どのように著作権を侵害しているかを、未知の侵害者をいちいち探査する必要はない。あくまで報告義務を負っている者が報告義務に反しているのではないかという疑念がある場合に、一定の調査がなされればよいだけである。そのため、調査費用といっても、その費用は具体個別的に把握が可能ならずであり、その調査費用だけを報告義務違反者に負担させれば済むことになる。立法者は著作権法の改正により、可能な限り複写機器類等の設置者への補償額の実効的な徴収

を確保することを意図した⁵⁰⁾。補償額の倍額化は、それ故、報告義務者が報告を拒否したり、不完全な報告をしたり、不実な報告をすることを抑制するためにある。GEMAの二倍賠償と比較すると、法律上の補償額の倍額化は、抑止的機能がより明確に現れている。それ故、私見からすれば、GEMAの二倍賠償を正当化する根拠が、この場合にはそのまま妥当するものではないと解される。

3. GEMAの二倍賠償

(1) ドイツ判例の問題点

前述のように、比較法な考察からすると、損害賠償額の割り増しには抑止的機能あるいは刑罰的機能が入り込んでいることは明白であるといえよう⁵¹⁾。ドイツ著作権法での補償額の二倍化立法もその例外ではない。しかしながら、GEMAの二倍賠償を認めるドイツ判例は、抑止的・刑罰的機能を明確に否定し⁵²⁾、さらにその正当化の根拠をあくまでも、無断使用摘発の監視機構の維持費用を捻出するためであると繰り返し強調している。しかしながら、このような根拠は、理論的にみて肯定できないのではないかと思われるが⁵³⁾、ここでは、GEMAの二倍賠償に関して、ドイツの裁判所が下してきた判断の推移を考察していく。

(2) 個別計算・包括計算方式

GEMAの二倍賠償を認めたリーディングケース⁵⁴⁾で、ドイツ・ライヒ裁判所は、確かに著作権

47) Verwaltungsgesellschaft Wort, Rechtsfähiger Verein kraft Verleihung.

48) Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages: Bericht über zusätzliche Änderungen des Urheberrechts im Rahmen eines Gesetzes zur Bekämpfung der Produktpiraterie, – Aus dem Bericht der Abgeordneten Geis und Stiegler vom 21. November 1989 (Bundestags-Drucksache 11/5744) –, UFITA 113 (1990), 259–265.

49) Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages 前掲注48) 262; Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen der Urheberrechtsnovelle 1985 und Fragen des Urheber- und Leistungsschutzrechts (BT-Drucksache 11/4929 vom 7.7.1989), UFITA 113 (1990), 131–258 (155f.).

50) Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen der Urheberrechtsnovelle 1985 und Fragen des Urheber- und Leistungsschutzrechts 前掲注49) 137.

51) Pagenberg 前掲注32) 297; Stoll 前掲注8) 568参照。

52) 但し、ベルリン・カンマー裁判所判決 (KG Schulze KGZ 7, 14f. [v. 12.6.1955]) は、GEMAの二倍賠償を認める際に、「アメリカの判例も、著作権が侵害された場合、損害賠償義務と損害額算定の同様の方式を認めているが、損害を詳細に立証することが必要なく、被害者にライセンス料あるいは使用料の三倍を損害賠償 (triple damages) として認めている。」と判決文で述べていることは、英米の懲罰的損害賠償を意識していた。さらに Hubert Niederländer, Schadenersatz bei Aufwendung des Schädigten vor dem Schadensereignis, JZ 1960, 617–621 (617) を参照。

53) BGHは、GEMAの二倍賠償は特別な規定という表現で、その明確な理論的根拠を示すことを避けている節がある。例えば BGHZ 75, 230–241 (233f.) [v. 6.11.1979] –“SB-Lebensmittelabteilung”–。

54) RGSt. vom 20.5.1913 in Markenschutz und Wettbewerb Bd. XII, 658. さらに KG Schulze KGZ 1, 9 [v. 15.6.1931]; KG Schulze KGZ 2, 4 [v. 21.12.1931] を参照。

を侵害した者に対する損害賠償額の割り増しを考慮に入れたが、割り増しはあくまで直接的なものではなく、賠償すべき損害額の算定の基礎を個別的に計算するか、あるいは包括的に計算するかという手法を使った⁵⁵⁾。つまり、包括的な計算方法は、一回ごとの音楽著作権使用に対する使用料を合算したものより低額になる。そして通常、この包括的な計算方式で音楽著作権使用料の計算が許されるのはあくまで合法的な利用者に限り、音楽著作権の侵害者は、包括的な計算方法による割引を請求することができないという論法である⁵⁶⁾。個別の計算方式で行くか、包括的な計算方式で行くかの選択権は、従って、裁判所の判断によれば、あくまで音楽著作権者、現実には音楽著作権管理団体にしか認められなかった⁵⁷⁾。

(3) 通常使用料・割引使用料

ドイツ・ライヒ裁判所が、個別計算・包括的計算方式を採用したのに対し、ベルリン・カンマー裁判所 (Kammergericht) は損害額を算定するために、通常使用料と割引使用料という手法を採用した⁵⁸⁾。GEMA の前身である国立音楽著作権管理団体 (StAGMA)⁵⁹⁾ は、音楽著作物使用料を、音楽著作物を使用した期間、入場料がある場合にはその額、会場の広さなど、いくつかの基準に従い算定した⁶⁰⁾。さらに、国立音楽著作権管理団体は正規の契約を締結した上で音楽著作物を使用する者には、裁判所の概算によると、音楽著作権使用料の約50%を割引していたという。このような使用料の割引は、事前に届け出た利用者だけに

認められ⁶¹⁾、当然のことながら違法な利用者には適用されない⁶²⁾。損害賠償額は、違法な利用者には支払が強制される使用料になり、それは通常の使用料によって算定されたため、この通常使用料は「侵害者料金」と揶揄され、評判が悪かった⁶³⁾。このように正規の利用者には割引使用料⁶⁴⁾、違法な利用者には通常使用料が適用されるという手法には、本来統一であるべき使用料に二元性が生じてしまうという問題がある。とはいえ、それが後に、ドイツ判例によって認められるようになった GEMA の二倍賠償の出発点である。

日本でも、音楽著作物の範囲では、その使用および無断使用に関して、通常の使用料と割引使用料という二元性が現在も残っている。つまり、通常の使用料とは、どの使用料か、つまり正規の使用料なのか、あるいは割引された使用料なのかを決定されなければならない。その際、日本音楽著作権協会 (JASRAC) の通常の使用料規程の額がもともと高く設定されすぎているのではないかという疑問がないではない⁶⁵⁾。

(4) 音楽著作物使用料の倍額化

前述したように、ドイツでも、音楽著作権を侵害した者は、事前に届け出たならば支払わなければならない額よりも高い額を支払うことになっていた。個別使用料や正規の使用料を基準とした損害賠償額は、しばしば包括的使用料や割引使用料の約二倍であったが、しかし、裁判所はそれを損害額の二倍化であると認めようとはして来なかった。しかし、それが1939年1月19日⁶⁶⁾、ベルリン・カンマー裁判所がはじめて、国立音楽著作権管理団体 (StAGMA) は音楽著作権の無許可での再

55) Assmann 前掲注29) 20ff.

56) Christian von Bar, Schadensberechnung im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und allgemeine Schadentheorie, UFITA 81 (1978), 51-73 (61).

57) Peter Jürgen Gotthardt, Doppelte Tarifgebühr für die GEMA bei ungenehmigter öffentlicher Musikwiedergabe oder Wiederkehr der Drachen, UFITA 71 (1974), 77-92 (79); Günther Maaß, Der Kontrollzuschlag der GEMA bei unberechtigter Musikwiedergabe und seine Erweiterungsfähigkeit, Pfaffenweiler 1986, 11.

58) KG UFITA 11 (1938), 55-57 (56) [v. 2.9.1937]; KG UFITA 11 (1938), 284-287 (286) [v. 2.9.1937].

59) StAGMA = Staatl. genehmigte Gesellschaft zur Verwertung musikalischer Urheberrechte.

60) KG UFITA 12 (1939), 194-196 (195) [v. 19.1.1939]によれば、「この規程は、個別の催し物につき主催者が徴収する入場料の額、催し物会場の広さ、つまりその会場に収容可能な聴衆の数によって積算される」という。

61) KG UFITA 11 (1938), 284-287 (286) [v. 2.9.1937].

62) KG UFITA 11 (1938), 55-57 (57) [v. 2.9.1937].

63) Gotthardt 前掲注57) 80.

64) Kraser 前掲注2) 270; Assmann 前掲注29) 19によれば、「この判決の基礎には、侵害者使用料は通常の使用料であるが、著作権使用の許諾を得た者に適用される使用料は、事前の使用許諾契約締結の促進のために割引された使用料であるという主張があった」という。

65) 松川実・前掲注7)「判例百選第3版」参照。尚、2000年4月27日の著作権法改正で第114条第2項から「通常」という文言が削除された(2001年1月6日施行)。

66) KG, UFITA 12 (1939), 194-196 (196) [v. 19.1.1939]の判決では、損害額は、侵害者が仮に使用料支払義務を果たしていたならば、国立音楽著作権管理団体 (StAGMA) に支払っていたはずの額を基礎とされていた。つまり、その額とは包括的な契約を事前に締結した場合に認められる低い数値であった。

生に対し、契約上の使用料の100パーセント割り増しを損害賠償として請求できる権利があると判示した⁶⁷⁾。

この判断を受けて、BGHも1955年6月24日の「社員祭事件判決」で、無断使用に対し、音楽著作権の通常使用料の倍額を損害賠償として認められた⁶⁸⁾。この判決では、倍額賠償は、その当時すでによく知られていた不正使用監視費用によって正当化された。そのため、侵害者の故意、過失などの主観的要素や、侵害行為自体の態様などには全く触れられていない⁶⁹⁾。これは損害賠償の刑罰的な要素を排除するためである。その後も、音楽著作権が侵害された場合に使用料の二倍賠償が認められる場合には、その根拠は、ほぼ常に、「広範囲に及ぶ監視機構を維持する」という点に置くようになった。そして、この高額な監視費用は、監視を必要にした原因を与えている不正利用者に負担させるのが公平であるといわれている⁷⁰⁾。

4. 監視費用

(1) プロイセン音楽専門家会議鑑定書

BGHは、1955年6月24日社員祭事件判決⁷¹⁾で、音楽著作権使用料の倍額化を認容した際に、1930年12月29日のプロイセン音楽専門家会議の鑑定書を引用した。その鑑定書を一部翻訳すると、

「この点については、当専門家会議は、以下のような見解に立つものである。つまり、楽譜一曲につき、権利者に発生する損害は、一般的

な通常の許諾料50ライヒマルク～75ライヒマルクを逸失したというだけでなく、損害を算定する際には、さらにそのような楽譜の無断複製が、総じて著作権者に一般的には知られずになされるということも考慮に入れる必要がある。それは、つまり、仮に無断複製者が事前に権利者へ届出をしていれば、権利者に支払わなければならない額と同額しか無断複製者に請求できないとすれば、そのような無断複製を利用した催し物を助長させることになってしまうからである。無断複製者とすれば、被害者が、無断複製という事実を知らないということが肝要となり、仮に無断複製が発見されたという不利益な場合にも、無断複製者は事前に許諾を得ていたときと比べて、それ以上の額を支払う必要がないということを事前に予測できてしまう。しかし、無断複製者が、許諾を得て複製物を販売する者よりも高い額を支払うべきであるというのは、取引慣行であるというべきである…⁷²⁾。

この鑑定書では、確かに使用許諾契約を締結した場合の使用料と損害賠償との間の差異、つまり合法的か、違法かという点を明確に区別している⁷³⁾。しかし、監視費用の問題にも、監視費用を侵害者に負担させるという点についても全く触れてはいない⁷⁴⁾。また、この鑑定書が扱っているのは音楽著作物の無許可の演奏ではなく、楽譜の海賊版であり、楽譜の海賊版を原因とする損害賠償請求事件では、当時も今日も、判例は著作権使用料の倍額化を認めていない⁷⁵⁾。

しかし、本稿との関連で興味深いのは二倍賠償

67) KG, UFITA 12 (1939), 194-196 (196) [v. 19.1.1939] は、さらに、この割り増しは、ドイツ民法287条を適用し裁判官の裁量によって判断しなければならなかった法廷には、相当であると思われたということを指摘している。

68) BGHZ 17, 376-385 (383) [v. 24.5.1955] -“Betriebsfeiern”-。さらに BGH GRUR 1960, 253-256 (255) [v. 18.12.1959] -“Auto-Skooter”-; BGH GRUR 1966, 570-574 (572) [v. 9.3.1966] -“Eisreue III”-; BGH GRUR 1973, 379-382 (379) [v. 10.3.1972] -“Doppelte Trifgebühr”-。

69) 但し、RGSt. vom 20.5.1913 in Markenschutz und Wettbewerb Bd. XII, 658 は、刑事事件であったため、侵害者の主観的事情も考慮された。本判決では、一方で贖罪金(罰金)、他方で損害賠償が認められた。

70) BGHZ 17, 376-385 (383) [v. 24.5.1955] -“Betriebsfeiern”-; BGH GRUR 1973, 379-382 (381) [v. 10.3.1972] -“Doppelte Tarifgebühr”-。さらに、von Bar 前掲注56) 62参照。尚、田村善之「知的財産権と損害賠償」弘文堂(1993年)140頁以下に的確な解説がある。

71) BGHZ 17, 376-385 [v. 24.5.1955]。

72) GRUR 1931, 544-545。実は、この鑑定書は、1955年5月24日のBGHの判決以前にも、鑑定書が発表された直後から、しばしばベルリン・カンマー裁判所の判決で引用されていた。KG Schulze KGZ 1, 10 [v. 15.6.1931]; KG Schulze KGZ 2, 4 [v. 21.12.1931]; KG Schulze KGZ 7, 14 [v. 12.6.1955]; KG Schulze KGZ 11, 11 [v. 25.5.1954]; KG Schulze KGZ 12, 8 [v. 15.3.1955]。

73) Theo Fischer, Schadenberechnung im Gewerblichen Rechtsschutz, Urheberrecht und unlauteren Wettbewerb, Basel 1961, 88 さらに BGH GRUR 1973, 379-382 (381) [v. 10.3.1972] -“Doppelte Tarifgebühr”- を参照。

74) Gotthardt 前掲注57) 82; Maaß 前掲注57) 23f.; Ulrich Loewenheim, Schadensersatz in Höhe der doppelten Lizenzgebühr bei Urheberrechtsverletzungen?, JZ 1972, 12-15 (12)。

75) Gotthardt 前掲注57) 82 Fn.25; Maaß 前掲注57) 23f.

の根拠である。この鑑定書は首尾一貫、抑止機能・制裁機能を強調し⁷⁶⁾、侵害者は、正規の利用者としてくらべて不利に扱われるべきであり、損害賠償の額も威嚇的な役割を果たすべきであると主張している。

本来、BGHは、監視費用を根拠づけるために、1930年12月29日のプロイセン音楽専門家会議の鑑定書を引用するのではなく、それまでのライヒ裁判所およびベルリン・カンマー裁判所の判決⁷⁷⁾を引用すべきであった。前述したように、1913年5月20日のライヒ裁判所の判決は、すでに音楽著作権管理団体に無断使用監視摘発費用の賠償請求を認めていたからである⁷⁸⁾。さらに、特にベルリン・カンマー裁判所の判決が指摘していたことは、「国立音楽著作権管理団体 (StAGMA) がすべての音楽を用いた催し物を監視・チェックするために大規模な機構を維持せざるを得ない。そして、そのような監視・チェックのために生じた費用は、国立音楽著作権管理団体 (StAGMA) が管理する権利を無視して音楽著作物を使用し、その点につき有責性ある者に負担させなければならないし、その際には、このような特別な失費については、何らかの基準に従って負担が分配される必要がある⁷⁹⁾」ということである。そこで、簡単な基準として「侵害者使用料」あるいは「個別使用料」が考えられた。

(2) 準備費用

「社員暴走事件」以降の1970年代、BGHは1972年3月10日の「GEMA 使用料倍額」判決で、それ以前の判断を確認した上で、GEMAに無許可の音楽の公の再生につき音楽使用料二倍を請求する権利があると判示した⁸⁰⁾。この判決では、もはや1930年12月29日のプロイセン音楽専門家会議の鑑定書を引用することなく⁸¹⁾、BGHの準備措置に要した費用に関する他の事件の判決、つまり、市電の予備車両の維持費を扱った判決を引用し

た⁸²⁾。

この市電予備車両事件とは概ね以下のような事実関係である。つまり、市電車両の運転手以外の者の過失によって交通事故が生じ、市電の車両が大規模に破損し、そのままの運行が不可能であったため、102日に及ぶ修理期間、被害者たる市電経営体は、前もって待機させておいた代替車両を運行に投入した⁸³⁾。そこで、市電経営体は加害者に、修理期間に要する減価償却、資本利払いの費用の他に、代替車両の維持費用を含めて、総額6252.60マルクを損害賠償として請求した。

BGHはこの請求を認容し、代替車両を投入した間に生じた、代替車両の事前からの待機に対する費用を、加害者が負担しなければならない損害に含めた⁸⁴⁾。BGHはさらに、仮に市電経営体が、このような費用まで負担しなければならないとすれば、それは信義誠実の原則 (ドイツ民法242条)⁸⁵⁾に反することになり、また、市電経営体は、本来、レンタル車両を調達しそれを利用することによって高額な失費を避けがたいところ、このような代替車両を待機させておくことによって、加害者のためにその失費を大幅に抑えることができるという⁸⁶⁾。従って、このように事前の準備は、後続損害の発生を抑えたり、後続損害が発生したとしてもそれを減少させることができるという⁸⁷⁾。確かに、被害者は、ドイツ民法254条2項⁸⁸⁾によって

76) Gotthardt 前掲注57) 82.

77) 具体的には、RGSt. vom 20.5.1913 in Markenschutz und Wettbewerb Bd. XII, 658; KG UFITA 11 (1938), 55-57 [v. 2.9.1937]; KG UFITA 11 (1938), 284-287 [v. 2.9.1937] などの判決。

78) 同旨 Gotthardt 前掲注57) 82.

79) KG UFITA 12 (1939), 194-196 (196) [v. 19.1.1939].

80) BGH GRUR 1973, 379-382 (379) [v. 10.3.1972] -“Doppelte Tarifgebühr”-.

81) Loewenheim 前掲注74) 13 Fn. 19.

82) BGHZ 32, 280-287 (285) [v. 10.5.1960] -“Straßenbahnwagen”-.

83) BGHZ 70, 199-205 (201) [v. 10.1.1978] -“Linienbus”-: では、予備車両はわざわざ第三者の過失を原因とする交通事故のために待機させておかれていたことまでは必要でないと判示している。

84) BGHZ 32, 280-287 (280) [v. 10.5.1960] -“Straßenbahnwagen”-。さらに Hermann Lange, Schadensersatz, 2. Aufl., Tübingen 1990, 298; Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, 510; Niederländer 前掲注52) 615.

85) ドイツ民法242条:「債務者は取引慣行を顧慮し信義誠実に適うように給付を行う義務を負う。」

86) BGH JZ 1976, 134-135 (135) [v. 14.10.1975] 及び BGHZ 70, 199-205 (201) [v. 10.1.1978] も同旨。

87) Hans Harald Hagmann, Umfang der Ersatzpflicht des Ladendiebes, JZ 1978, 133-137 (134); Maaß 前掲注 57) 57.

88) ドイツ民法254条2項:「債務者が知らず且つ知ることを要しない非常に高い損害の危険を、被害者が債務者に注意しなかったこと、または被害者が損害を防止もしくは軽減しなかったことに被害者に過失があるときも前項 [過失相殺] に従う。この場合においては第278条の規定 [履行補助者の過失] を準用する。」

損害を減少させることに義務を負っているが、その損害を減少させるための措置をとるべき義務は、あくまでも被害者側に期待できる場合だけである。代替車両の営業運行への投入は、加害者がその投入によって生じる費用負担を賠償する場合にしか、被害者には「期待」できないという⁸⁹⁾。BGHは、本件の判決理由の中で再度、「社員祭」事件を引用し、「LUG37条に基づく損害賠償請求権について著作権侵害を調査するための監視機構を維持することによって発生する費用も損害額の算定の際に、損害額に含むというBGH17, 376, 383の判決の原則は、類似の法思考である」⁹⁰⁾という。

しかし、この判決に対しては、理論上多くの疑問が提示されている。まず、代替車両を待機させる費用は、具体的な交通事故が発生しなくとも掛かる費用であるという反論である。事前の準備措置の投入は、確かに、その費用が具体的な侵害から発生したならば、その限度で損害と見なされることは仕方ない⁹¹⁾。しかし、被害者である市電経営体には、複数の代替車両が常時準備され、侵害行為を理由とする賠償請求の額も被害者側の事情により恣意的に操作され、加害者は、侵害行為に直接関係しないような費用まで損害として負担させられる恐れがある⁹²⁾。

ドイツ民法254条2項で規定されている被害者側の損害減少ないしは損害発生回避義務は、すでに発生した具体的な侵害行為あるいは、少なくともその侵害行為の発生の脅威がある場合にしか、対抗措置を講じ得ないはずである⁹³⁾。発生するかどうか不確実な、将来の侵害行為に関しては、確かに特別法の中に、損害減少ないしは損害発生回避義務を規定するものがある⁹⁴⁾。市電の経営体は、このような法律によって、市電の運行が中断することがないようにすべき義務を負っている。この

種の義務から、市電の経営体は、現実には、相当数の予備車両を保有しなければならないのであって、そのような予備車両の保有及びそれに要する費用は、具体的な侵害行為、交通事故とは直接の関係はないといわなければならない。そして、このような費用は、現実には市電の利用者が負担することになっている⁹⁵⁾。

BGHの判例においては、GEMAの使用料割り増しは、とりわけ準備費用の理論によって正当化され、他方、準備費用の理論はGEMAの使用料割り増しによって根拠づけられるというように一種の循環論法がある。しかし、多くの論者は、市電の場合の準備措置と、GEMAの場合の監視機構との間に本質的な差を見いだしている。つまり、準備措置は、損害を生じるような事実が発生してはじめて、さらなる後続損害を、より具体的にいえば、利得の喪失を避けるためにあり、それに対し、GEMAの監視機構は、権利侵害の発見摘発、さらにその予防を目標としている点に違いがある⁹⁶⁾。あえて市電車両事件の判決をGEMAの監視機構の費用に適用するとすれば、音楽著作権使用料の包括的な二倍化は本来、否定されかねず、また侵害者には具体的な無許可の音楽再生でも、それが立証された範囲でしか、無断使用の調査・監視費用を課すことができなくなる⁹⁷⁾。なぜなら、損害賠償義務は、因果関係のないところまでは及ばないからである⁹⁸⁾。

(3) 万引き摘発懸賞金

商店、スーパーマーケット、デパートなどの店員は、しばしば、商店主あるいは店舗の経営者との契約により、商品の万引きを摘発し、万引き犯の身柄を拘束した場合には、懸賞金をもらえる制

89) BGHZ 32, 280-287 (285) [v. 10.5.1960] – “Straßenbahnwagen” –。さらに Maaß 前掲注57) 58参照。

90) BGHZ 32, 280-287 (286) [v. 10.5.1960] – “Straßenbahnwagen” –。

91) Niederländer 前掲注52) 618ff.

92) Niederländer 前掲注52) 619.

93) Niederländer 前掲注52) 619; Maaß 前掲注57) 58も同旨。

94) ドイツ旅客運送法 (Personenbeförderungsgesetz) 23条や同施行法 (DV) 10条2文。さらに BGHZ 32, 281-287 (286) [v. 10.5.1960] – “Straßenbahnwagen” – 参照。

95) Niederländer 前掲注52) 620は、「仮に一步譲って、このような準備費用の賠償を認めようとする場合にも、準備費用の計算には、被害者側が選択した具体的な代替車両に掛かった費用ではなく、被害を蒙った市電経営体の車両一台の平均的純益をベースとすべきである」という。

96) Hagmann 前掲注87) 134; Loewenheim 前掲注74) 14; Maaß 前掲注57) 57; Manfred Klimke, Erstattungsfähigkeit der Kosten von Vorsorge- und Folgemaßnahmen bei Rechtsgutverletzungen, NJW 1974, 81-87 (83f.).

97) Minoru Matsukawa, Schadensersatz im Urheberrecht, Baden-Baden 1993, 104.

98) 松川実「著作権侵害における損害賠償額算定方法—日独の法比較」著作権研究22号 (1996年) 85-107 (106)頁。

度がある⁹⁹⁾。このような懸賞金は、万引きの摘発だけでなく、万引きの防止をも目的としている。というのは、このような懸賞金の特約により、店員の注意力が増すからである¹⁰⁰⁾。これは、事前の予防のための方策であるが、懸賞金自体は実際に万引きが起きた後に支払われることになる。

BGHは「SB食料品売場事件」で万引き摘発の懸賞金は、相当な範囲であれば、損害として加害者に賠償させることができると判断した¹⁰¹⁾。食料品市場での平均的な犯罪から、BGHは、万引き摘発懸賞金を50マルクの限度で相当であると判断した。この万引き摘発懸賞金はGEMAの監視組織の機能と類似の性格を持っているため、このSB食料品売場事件の判決を、GEMAの音楽使用料二倍化の理論的補強に利用できないかという点が問題となった¹⁰²⁾。しかし、両者を同一に扱うことは許されないだろう。なぜなら、万引き懸賞金とGEMAの使用料二倍化との間で、本質的な差異があるからである。つまり、万引きの場合には、店員が店舗での販売等の業務行為の一貫として付随的に万引きの監視と摘発にあたるが、GEMAの場合には、特別な部署として監視機構を組織し、それが無断使用の摘発を主要な任務としているという点である¹⁰³⁾。

万引き懸賞金判決に対しては、そのような懸賞金に刑罰的な性格があるという批判が、当然予想されたためか、BGBは用意周到に、万引き摘発

懸賞金の刑罰的な性格を否定している。つまり、BGHの見解によれば、万引き犯に万引き懸賞金を支払させたからといって「万引き犯を威嚇して将来の万引きを止めさせたり、その他の犯行を思い止まらせるために、あるいは、損害を生じた事件の処理での煩雑な手間について賠償をこのような方法で受けるために、所有権に向けられた具体的な侵害によって確定された填補すべき利益を超えて損害の範囲が拡大されることにはならない。」としている¹⁰⁴⁾。

万引き摘発懸賞金を商店等の店頭に張り出す行為は、商品所有権の保護のためである。商品所有権は、しかしながら、「商店主が、その商店という空間で、その従業員によって行使される事実上の支配という形で自然上の確実性」¹⁰⁵⁾を有している。それに対し、音楽著作権は、無体財産として、そのような有体財産への物権と比べて、侵害され易いことは明白であり、それ故、万引き摘発懸賞金のような制度は、音楽著作権の保護の方により役立つはずである¹⁰⁶⁾。さらに、もし、BGHが万引き摘発懸賞金に威嚇効果を結果として認めるならば、BGHは、音楽作品の著作権への侵害の場合のGEMAの使用料二倍化には、もっとはっきりと威嚇効果を認めることになるはずである¹⁰⁷⁾。

(4) 考 察

今日の判例は、GEMA使用料100%分の監視費用充当への割り増しを認めているが、それには、侵害者は、基本的に事前に契約を締結した利用者

99) ドイツではスーパーマーケット、デパートなどの入り口に、頻繁に「万引きには50マルクを課す」という表示がある。万引きが店員によって摘発された場合、万引きした商品の代金の他に、否認なしにその場で50マルク請求され、仮に50マルクを支払わなければ、警察に通報される(50マルク支払っても警察に突き出される場合もある)。このような方式は、もともとは公的交通機関(電車、バス、市電など)で見られたものである。ドイツでは公的交通機関では、一般的に改札がなく、しばしば社内検札がなされるが、乗車券を持たずに乗車する者が多い。公的交通機関での乗車券無しでの乗車が摘発されると、最近では60マルクが課される。

100) 山本豊「西ドイツにおける損害概念論の動向」・下森定編「西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究」日本評論社(1988年)251-302(265)頁。

101) BGHZ 75, 230-241 [v. 6.11.1979] -“SB-Lebensmittelabteilung”-。尚、山本・前掲注100) 263頁参照。

102) BGHZ 75, 230-241 (233f.) [v. 6.11.1979] -“SB-Lebensmittelabteilung”- は、逆に、権利侵害の防止のためのGEMAの監視費用の理論が、商店での万引きの事案に転用できると述べている。

103) Claus-Wilhelm Canaris Zivilrechtliche Probleme des Warenhausdiebstahls, NJW 1974, 521-528 (525)。

104) BGHZ 75, 230-241 (238f.) [v. 6.11.1979] -“SB-Lebensmittelabteilung”-。しかし、Maaß前掲注57) 66 ff. は、「このようなBGHの論理にもかかわらず、商店での万引き犯に対する、摘発の掛かった費用の損害賠償請求権は、その性格から、填補の手段というよりも、私的な刑罰であるということは無視できない」といい、Gotthardt前掲注57) 84も、「これは、最高裁判所の判例によって、最終的には、損害の填補を超える割り増しを、威嚇効果を上げるために承認されたと考える他にない」という。

105) Christian Wollschläger, Schadensersatzhaftung von Ladendieben, NJW 1976, 12-16 (13); Joachim Schmidt-Salzer, Zur Technik der topischen Rechtsbildung: Angemessene Lizenzgebühr und Verletzergewinn als Grundlagen der Schadensberechnung, JR 1969, 81-90 (90); Maaß前掲注57) 62; Hagmann前掲注87) 136は、万引き懸賞金の支払が、ドイツ民法823条の規範目的によってカバーされるかどうかを検討している。

106) Ernst Steindorff, Abstrakte und konkrete Schadensberechnung, AcP 158 (1959/1960), 431-469 (455); Maaß前掲注57) 61。

107) Wollschläger前掲注105) 13; Maaß前掲注57) 61。

と比べて、より有利にも、より不利にも置かれな
ないという条件がついている¹⁰⁸⁾。このような条件
は、1972年の「GEMA 二倍賠償事件」¹⁰⁹⁾以前へ
の回帰であると学説から批判されている¹¹⁰⁾。

監視費用割り増しの支持者の多くは、監視費用
割り増しを、音楽著作権の保護の必要性から正当
化する¹¹¹⁾。著作権は、前述したように、その性
格上、特に侵害されやすいという特質があり、ま
た、侵害された場合にも、それを探知するため
には費用が大変掛かる¹¹²⁾。それ故、確かに侵害
を調査し、摘発するための監視組織が必要である。
恐らくは、このような方法でしか、著作権者の利
益を無断使用から保護できないだろう。

利益考量からすれば、このような監視費用は、
確かに侵害者が負担すべきである¹¹³⁾。しかし、
この点について、学説は激しく批判をしている。
特に、包括的な割り増しと個々の侵害行為との間
の因果関係の存否がしばしば批判の対象とされて
いる¹¹⁴⁾。因果関係についての伝統的な立場によ
れば、侵害者は、市電車両事件と同様、具体的で、
現実に発生した監視費用を GEMA に賠償しな
ければならないはずである¹¹⁵⁾。GEMA が、監視費

用全額を「侵害者への割り増し」によって賄おう
としても、高々、使用料の二倍の程度では、焼
石に水のはずである¹¹⁶⁾。

さらに、GEMA の割り増しは、損害賠償の目
的及び機能との関係でも激しく批判されている。
損害賠償は純粋に、あるいは少なくとも、優先的
には、填補を目的としているはずである。
GEMA の100%割り増しは、しかしながら、莫大
な監視費用のうち、どれほどの費用を補填する
ことができるのか、極めて疑問である。

それにもかかわらず、70年以上に渡って、ドイ
ツの判例では、監視費用の割り増しの根拠は生き
延びてきた。それ故、GEMA であれ、BGH であ
れ、その主張や判断の裏には、填補目的とは全
く別の目的が隠れていると憶測せざるを得ない¹¹⁷⁾。
音楽使用料を割り増すことによる威嚇効果は、
音楽作品の将来の利用者に、確かに、GEMA と
任意に使用契約を結ぶという十分な誘因を提
供している。二倍賠償を法定したドイツ著作
権法54条5項3文の場合には、もっと強い威嚇
効果があると思われる。文献では、監視費用の
ための使用料割り増しには予防・刑罰性格があ
るとい点については、程度の差はあるが、意外
なことにほぼ例外なくこれを認めている¹¹⁸⁾。

仮に、BGH が民事責任と刑事責任の峻別¹¹⁹⁾の

108) BGHZ 20, 345-355 (353) [v. 8.5.1956] – “Paul Dahlke” –;
BGH GRUR 1962, 509-515 (513) [v. 29.5.1962] – “Dia
Rähmchen II” –; BGH GRUR 1982, 286-289 (288f.) [v.
24.11.1981] – “Fernsehstützvorrichtung” –.

109) BGH GRUR 1973, 379-382 (379) [v. 10.3.1972] – “Do-
ppelte Tarifgebühr” –.

110) Steindorff 前掲注106) 452 und 455 f.; Loewenheim
前掲注74) 13 Fn. 20; Gotthardt 前掲注57) 86ff.; Kraßer
前掲注2) 270 f.; Pagenberg 前掲注32) 297; Assmann
前掲注29) 19; Schmidt-Salzer 前掲注105) 85.

111) Otto-Friedrich Frhr. von Gamm, Urheberrechts-
gesetz, Kommentar, München 1968, § 97, Rdnr. 34;
Eugen Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl.,
Berlin u.a. 1980, § 131 II 2, § 97, Rdnr. 12; Philipp
Möhring/ Käte Nicolini, Urheberrechtsgesetz, Berlin
u.a. 1970, § 97, Anm. 10 b) bb).

112) Steindorff 前掲注106) 455; Schmidt-Salzer 前掲注
105) 90; Möhring/ Nicolini 前掲注111) § 97, Anm.
10 b) bb); Maaß 前掲注57) 27 und 61.

113) Dietrich Reimer, Anmerkung zu BGH – “Doppelte
Tarifgebühr” – Fall [v. 10.3.1972], GRUR 1973, 381-
382; Maaß 前掲注57) 28.

114) Loewenheim 前掲注74) 14は、「事実的条件関係の適
用段階で、すでに因果関係は否定されてしまう。」という。

115) もっとも、一般的な必要経費の場合は批判が強い。
例えば、Ulrich Loewenheim, Möglichkeit der drei-
fachen Berechnung des Schadens im Recht gegen den
unlauteren Wettbewerb, ZHR 135 (1971), 97-143 (118);
Walter Wilde, Schadenberechnung und Gerichtsstand
bei Urheberrechtsverletzungen, UFITA 19 (1955), 104-
113 (107); Fischer 前掲注73) 81.

116) Manfred Groh, Die Liquidierung betrieblicher
Kosten beim Schadensersatzpflichtigen, BB 1962, 620-
623 (623).

117) Loewenheim 前掲注74) 14; Maaß 前掲注57) 43f.;
Groh 前掲注116) 623; Gunther Arzt, Forum: Zur Bek-
ämpfung der Vermögensdelikte mit zivilrechtlichen
Mitteln-Der Ladendiebstahl als Beispiel, JuS 1974,
693-698 (696); Hans Joachim Hirsch, Zur Abgrenzung
von Strafrecht und Zivilrecht, in: FS für Karl Engisch
zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1969, 304-
327 (326).

118) Loewenheim 前掲注74) 13; Kraßer 前掲注2) 265;
Gotthardt 前掲注57) 84; Assmann 前掲注29) 19; Nie-
derländer 前掲注52) 617; Wilde 前掲注115) 106 ff.;
Fischer 前掲注73) 81; Albert Preu, Richtlinien für die
Bemessung von Schadensersatz bei Verletzung von
Patenten, GRUR 1979, 753-762 (758); Fritz Traub,
Abstaffelung der Schadensersatzlizenz bei wiederholter
Urheberrechtsverletzung?, in: FS für Georg Roeber,
Freiburg 1982, 401-411 (401). さらに中村哲也「人格の
商品化とドイツ不法行為法—カローネ・フォン・モ
ナコ事件をめぐる—」法政理論33巻2号(2000年)1-
49頁では最近のドイツの判例・学会動向が詳しい。

119) 松川実「損害賠償論における制裁的機能(1)—日独に
おける二倍賠償の可能性—」高岡法学11巻2号(2000年)
197-233頁参照。

原則を維持したいと思うならば、BGHはGEMAの使用料割り増しの刑罰的・抑止的性格を当然ながら批判すべきである。しかし、BGHが何故に、監視費用による使用料の割り増しを慣習法によって根拠づける代わりに、別の理論上の根拠を探さないかは、なかなか理解することができないところである¹²⁰⁾。もちろん、従来の損害賠償制度の枠組みの中で、「損害を超える損害」を認めてしまえば、民事責任全体に亀裂を生じさせてしまうという危惧感もあるだろう。

さらに、今日、損害賠償の填補以外のさらなる機能を、もはや無視することはできないということはドイツにおいても異論がなさそうである¹²¹⁾。

5. 結論

我が国でも、二倍・三倍賠償の導入といえ、従来の損害賠償法制度に合致しないという反論がでてくる。しかし、比較法的にみれば、同じ大陸法系であるドイツやオーストリアでも、著作権侵害に限るが、倍額賠償が立法上、あるいは判例法上認められている。我が国が同一の制度を導入するには、比較法上、大きな障害になるとは思えない。

我が国では、三倍賠償に関しては、JR車両への不正乗車の違約罰がしばしば引き合いに出される。JRは旧国鉄時代から運輸省がチェックした運送約款の中に正規運賃の三倍支払がある。これは約款という形を取りながらも、一種の契約に基

づく罰金である。電車に乗り込むこと自体に運送契約成立を認めるかどうかについては、いわゆる事実的契約関係理論¹²²⁾で議論がなされてきた。一般消費者が著作物を無断で利用する場合にも、著作者と事実的な利用契約を擬制することは困難であろう。それ故、JRの不正乗車の例は、著作権侵害の場合には直接参考とならない。

次に、ドイツ著作権法54条5項1文のように、一定の者に報告するという作為義務を認め、仮にそれを怠れば、あるいは不正な報告をすれば、作為義務違反として損害賠償を課するという方法も考えられる。ドイツでは、この作為義務は、複製機器を利用して商売をする業者に限定している。もちろん、理論上はすべての国民にこのような作為義務、つまり、著作権を利用する際には、著作者あるいはそれらの権利を管理する団体へ届け出をすべきであるという立法をなすことは可能であろうが、その届出義務違反を摘発するには、従来と変わらず、多大な労力と費用を要するだろう。またその実効性が特別上昇するとも思われない。

従って、実効性の観点からすれば、個別具体的に無断使用が摘発された場合に、従来のように損害賠償訴訟を提起するという方策が無難としかいえない。そして、その際に適用される法律に、著作権使用料の倍額あるいは三倍化を明確に規定しておくしかないだろう¹²³⁾。

120) Assmann 前掲注29) 16 Fn. 29参照。

121) Hans-Joachim Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Stuttgart u.a. 1967, 109; Steindorff 前掲注106) 431 und 456f.; Peter Gottwald, Schadenszurechnung und, München 1979, 160; Assmann 前掲注29) 15ff.; Schmidt-Salzer 前掲注105) 87; Gotthardt 前掲注57) 90; Udo Wolter, Der Alternativ-Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl und die "actio furti" – Einige rechtshistorische Bemerkungen zu einem aktuellen rechtspolitischen Problem, JZ 1976, 469-473 (470); Michael Lehmann, Bürgerliches Recht und Handelsrecht – eine juristische und ökonomische Analyse, Stuttgart 1983, 150; Erwin Deutsch, Haftungsrecht, Erster Band: Allgemeine Lehren, Köln u.a. 1976, 71ff.; Preu 前掲注118) 759; Manfred Wolf, Freizeichnungsverbote für leichte Fahrlässigkeit in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1980, 2433-2440 (2437).

122) 神田博司「事実的契約関係と行為能力」・加藤・米倉編「民法の争点I」有斐閣（1985年）14-17頁参照。

123) 尚、この点については別稿で詳細に論じる予定である。