

## 規範的損害と保険 —知的財産権侵害に即して—

山 本 哲 生

### 1 序

知的財産に関連するリスクにはいろいろなものがある。たとえば、ライセンス契約を締結していた場合にライセンス側に事故が生じたため、予定のロイヤルティ収入が得られなくなるリスクがある。また、知的財産権を侵害されたことにより損害を負うリスクがある。このような種々のリスクのうち、保険保護の高いニーズがあるリスクは、他人の知的財産権を侵害したことによる損害賠償責任や訴訟に関する費用を負担するリスクであるといわれる<sup>1</sup>。

知的財産権の侵害による損害賠償責任負担についての責任保険は、日本では一般的ではない。筆者の知りえた限りでは、著作権侵害に関して、数社が取り扱っているだけのようなようである<sup>2</sup>。知的財産権侵害に関して一般的に扱われている保険としては、知的財産権訴訟費用保険がある。これは侵害した場合であれ侵害された場合であれ、知的財産権の侵害に関する訴訟費用を担保する保険である<sup>3</sup>。この保険は1994年に発売されたものであり、

---

<sup>1</sup> 石井康之「知的財産権をとりまくリスクと保険」特技懇190号（1997年）36頁。

<sup>2</sup> たとえば、IT業務賠償責任保険（オール・リスクプラン等）（ニッセイ同和損害保険株式会社）がある。

<sup>3</sup> この保険の解説として、一本木真史「知的財産権訴訟費用保険の開発について（1）—（4）」保険毎日新聞（損保版）1994年10月3日号—10月6日号、鎌田薫「知的財産紛争と保険」知財管理45巻4号（1995年）503頁、508頁以下、火災新種業務部『『知的財産権訴訟費用保険』の概要』ほうむ39号（1995年）23頁、有田克彦「知的財産

当時は注目を集めたが、実際にはほとんど利用されていない<sup>4</sup>。

利用されていない理由としては、保険会社からすれば、引き受け可能な限界として設計された内容が、保険加入者にとっては利用価値がそれほど高くはない内容になってしまっているということが考えられる<sup>5</sup>。また、逆選択により保険料が高くなる危険性も指摘されている。つまり、知的財産権の侵害リスクについて、被保険者が他人の権利を侵害するかどうかについては、一般的な侵害発生頻度などの統計情報以外に具体的な製品分野における特許等の権利保有状況（パテントマップ）やライセンス契約取引の実態が大きく影響し、個別の事情によって侵害の可能性は大きく変化するが、このような個別情報は保険会社には知らされたいとの指摘がある<sup>6</sup>。

このような現状からして、現実のニーズに適合しつつ、かつ合理的な引き受けが可能である保険商品としての制度設計を行うことが、実務上の大きな問題点であるが<sup>7</sup>、知的財産に関する保険については従来から理論的な問題点も指摘されてきている<sup>8</sup>。

本稿では、知的財産に関する保険についての理論的問題の1つとして、規範的損害の賠償責任についての保険の妥当性の問題を扱う。知的財産権侵害の損害賠償における損害については、不法行為による損害賠償としては逸失利益が損害として考えられるところ、逸失利益とは異なる規範的

---

訴訟費用保険について」特技懇190号（1997年）42頁等。

<sup>4</sup> 石井康之「知的財産保険の現状と展望」知的財産研究所『中小・ベンチャー企業における知的財産の活用方策に関する研究会報告書』（2005年）134頁、137頁。

<sup>5</sup> 石井・前掲注(4)144頁参照。

<sup>6</sup> 石井・前掲注(4)146頁。

<sup>7</sup> この点に関して、どのような会社が特許に関する訴訟のリスクが高いかについての、アメリカにおける実証研究として、Jean O. Lanjouw & Mark Schankerman, Protecting Intellectual Property Rights: Are Small Firms Handicapped? 47 J. L. & Econ. 45 (2004)。

<sup>8</sup> 大原淳司「知的財産に関する保険の開発に際して」知的財産研究所『知的財産の金融商品化に関する調査研究』（産業研究所、1992年）126頁、鎌田・前掲注(3)506頁、石井・前掲注(4)143頁。

損害概念が定立されているとの説が有力に提唱されている<sup>9</sup>。すなわち、知的財産権侵害に対する抑止・制裁という観点から損害概念を定立するということである。詳しくは後述するが、ここでは市場機会の喪失が損害とされている。本稿では規範的損害概念を認めることの妥当性自体には立ち入らず、知的財産権侵害において賠償の対象となる損害として規範的損害が認められるという立場を前提として、そのような損害の賠償責任についての保険の妥当性の問題を扱う。

すなわち損害概念において抑止・制裁が考慮されているとすると、その賠償責任に対する保険でん補を認めることは規範的損害を認めた趣旨を害するのではないかという問題が考えられる。類似の問題として、英米における懲罰的損害賠償に対する保険の可否の問題がある。そこで、本稿では、アメリカにおける懲罰的損害賠償に対する保険の可否の議論を参考として、知的財産権侵害における規範的損害の賠償責任に関する保険の妥当性について検討を行う。なお、規範的損害を抑止・制裁の見地から定立するという場合に、保険との関係では、抑止との関係と制裁との関係が別々に問題となりうるが、本稿では抑止との関係をとりあげる<sup>10</sup>。

## 2 懲罰的損害賠償と保険

### 2-1 総論

懲罰的損害賠償とは、被告の行為が未必の故意による（wanton）、無謀である（reckless）、害意のある（malicious）、あるいは強圧的である（oppressive）点で悪性の強いものである場合に、現実の損害を超えて認められる損害賠償のことである<sup>11</sup>。懲罰的損害賠償制度の合理性、合理的な

---

<sup>9</sup> 田村善之『知的財産権と損害賠償(新版)』（弘文堂、2004年）206頁以下、211頁以下。

<sup>10</sup> なお、不法行為制度につき、懲罰機能を認めることはわが国の法体系上認められないとしても、一般予防・抑止機能を認めることは法秩序に反するものではないとするものとして、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156巻5・6号（2006年）258頁。

<sup>11</sup> Linda L. Schlueter & Kenneth R. Redden, Punitive Damages (4<sup>th</sup> ed. 2000) § 2.1 (A), at

あり方については様々な議論があるが、わずかな州を除いて懲罰的損害賠償は認められている<sup>12</sup>。この懲罰的損害賠償に関する典型的な論点の1つとして、保険の可否の問題がある。2005年時点では、州法で付保を認めるのが4州、判例により認められているのが23州、州法で付保を認めないのが3州、判例により認められていないのが12州という状況とのことである<sup>13</sup>。

懲罰的損害賠償に対する保険の可否の問題は<sup>14</sup>、大きく分ければ約款解釈として認められるかという問題とそのような保険は公序 (public policy) に反するかどうかという問題に分けられる<sup>15</sup>。本稿では前者は取りあげない。

公序に反するかどうかという問題については、通常は、懲罰的損害賠償の目的をどう理解するかが大きく影響する。懲罰的損害賠償の目的は抑止・制裁とされることが多い<sup>16</sup>。もっとも、懲罰的損害賠償の目的を抑止・制裁以外に、補償<sup>17</sup>、小額損害についての訴訟の奨励 (spur to litigation)<sup>18</sup>としてとらえる見方もある。このような理解に基づけば、懲罰的損害賠償についての責任保険を認めることにはそれほど問題はない<sup>19</sup>。本稿では懲罰

的損害賠償を抑止のための制度ととらえた場合における、抑止と保険に関する議論を主にみることとする。たとえば、典型的には懲罰的損害賠償の目的が制裁・抑止であるとして、責任保険を認めることでそれらの効果が減殺されるかどうかということが問題となる<sup>20</sup>。

公序違反とする立場と公序に反しないとする立場のいずれについても、それぞれの立場を代表する2つの判決が非常に重要な地位を占めている<sup>21</sup>。そこで、議論の全体像を把握するため、まず、これらの2つの判決を概観する。

公序違反とする代表的判例が *Northwestern National Cas. Co. v. McNulty* 判決<sup>22</sup>である。事案を簡単に述べれば次のようなものである。訴外Aが自動車を飲酒運転している際に、時速80マイル以上で運転中に追い越しをしようとしてX (原告、被控訴人) の運転する自動車に衝突し、そのまま逃走したが、後に捕まった。Xはこの事故により重大な後遺障害を被った。XのAに対する損害賠償請求訴訟では、補償的損害賠償として37500ドル、懲罰的損害賠償として20000ドルが認められた。Aは50000ドルを限度額とするY保険会社 (被告、控訴人) の自動車保険に加入していた。XがYに対して保険金の支払を求めて本件訴えを提起した。原審では、Xの請求が認容され、Yが控訴した。

---

Liability Insurance Coverage for Punitive Damages? Discerning Answers To the Conundrum Created By Disputes Involving Conflicting Public Policies, Pragmatic Considerations and Political Actions, 39 *Vill. L. Rev.* 455, 477 (1994). Also see Harriet M. King, *The Insurability of Punitive Damages: A New Solution to an Old Dilemma*, 16 *Wake Forest L. Rev.* 345, 357 (1980).

<sup>20</sup> なお、このようなことは2倍額賠償、3倍額賠償についても、これらの目的が制裁・抑止であるとするれば問題となりうる。John J. Slade, *Risk Distribution and Treble Damages: Insurance and Contribution*, 45 *N.Y.U. L. Rev.* 263, 290 (1970); King, *supra* note 19, at 356; Sharkey, *supra* note 13, at 454. もっとも、3倍額賠償等が懲罰的損害賠償とまったく同じ目的かどうかについては議論がある。Schlueter & Redden, *supra* note 11, § 2.1(B), at 21; Franklin, *supra* note 19, at 1011. 田中＝竹内・前掲注(11) 152頁。

<sup>21</sup> Sharkey, *supra* note 13, at 422.

<sup>22</sup> 307 F.2d 432 (5<sup>th</sup> Cir. 1962).

---

20. 田中英夫＝竹内昭夫『法の表現における私人の役割』(東京大学出版会、1987年) 140頁、早川吉尚「懲罰的損害賠償の本質」民商110巻6号(1994年) 1036頁、1038頁等。

<sup>12</sup> Schlueter & Redden, *supra* note 11, § 2.2, at 25.

<sup>13</sup> Catherine M. Sharkey, *Revisiting the Noninsurable Costs of Accidents*, 64 *Md. L. Rev.* 409, 456 (2005).

<sup>14</sup> 以下につき、落合誠一「懲罰的損害賠償 (Punitive Damages) に関する責任保険てん補」成蹊法学28号(1988年) 197頁参照。

<sup>15</sup> Schlueter & Redden, *supra* note 11, § 17.2.

<sup>16</sup> Schlueter & Redden, *supra* note 11, § 2.2(A) (1), at 25. 田中＝竹内・前掲注(11) 140頁、早川・前掲注(11) 1046頁、リチャード・L・ブラット「懲罰的賠償」損保研究57巻4号(1996年) 243頁。

<sup>17</sup> Schlueter & Redden, *supra* note 11, § 2.2(B), at 30. 早川・前掲注(11) 1047頁以下。

<sup>18</sup> Schlueter & Redden, *supra* note 11, § 2.2(C), at 32. 田中＝竹内・前掲注(11) 165頁、早川・前掲注(11) 1047頁。

<sup>19</sup> Gary S. Franklin, *Case Comment: Punitive Damages Insurance: Why Some Courts Take the Smart out of "Smart Money"*, 40 *U. Miami L. Rev.* 979, 988 (1986); Alan I. Widdis,

本判決は、懲罰的損害賠償に対する保険は公序に反するとして、懲罰的損害賠償については保険金請求を認めなかった。判旨のうち、保険が公序に反するとした部分を要約すれば以下のようにいえよう。懲罰的損害賠償の目的は処罰と抑止である。処罰に対して付保できるとすれば、自由に違法行為(misconduct)ができるようになり、これは違法行為に対して処罰を課すことと一貫しない。刑事罰に保険をかけることは公序に反し無効であることには異論がないのであるから、同様に民事上の処罰である懲罰的損害賠償に関する保険も無効となる。処罰と抑止の見地からすれば、不法行為の責任を負う者が最終的にも賠償することが必要である。責任が保険会社に転嫁されるということは、負担は最終的には保険料を支払う公衆に帰する<sup>23</sup>。したがって、被保険者が犯した不法な行為について社会は自らを罰することになる。自動車による死傷事故は交通規制や刑罰によってほとんど解決されていないことからすれば、社会的に無責任な運転者が死傷事故につき有責であるときに懲罰的損害賠償における私的処罰(personal punishment)という要素を免れることは認めるべきでないという特に強い公序上の理由がある。刑事罰が課され、罰金を支払うことは行為者本人にとっては、贖罪の意味があるかもしれないが、他者の行為を抑止する十分な効果はない。

公序に反しないとする代表的判例がLazenby v. Universal Underwriters Ins. Co.判決<sup>24</sup>である。事案は次のようなものである。訴外Aは自動車を飲酒運転しており、その際、過失による事故で、X(原告、被控訴人)に人身傷害を負わせた。XのAに対する損害賠償請求訴訟では、総額4000.79ドル、うち懲罰的損害賠償は1087ドル、の賠償が認められた。Aの自動車保険の保険会社であるY(被告、控訴人)が懲罰的損害賠償については保険金の支払を拒否したため、XがYに対して保険金の支払を求めて本件訴えを提起した。原審ではXの請求が認容され、Yが控訴した。

本判決は控訴を棄却した。懲罰的損害賠償に対する保険が公序に反するかどうかという点についての判旨を要約すると以下のようなものである。

<sup>23</sup> Also see Joe McKay, Texas Public Policy on Insuring Punitive Damages: Time For a Freshlook, 2 Tex. Wesleyan L. Rev. 203, 230 (1995).

<sup>24</sup> 383 S.W.2d 1 (Tenn. 1964).

第一に、社会的に無責任な運転者の懲罰的損害賠償責任についての保険市場を閉鎖することで、彼らの不法な行為が抑止されるということには合意できない。自動車の適切な運行に関して、多くの詳細な刑罰が課されているが、これによって道路での致死行為が抑止されていないのは明らかである。したがって、懲罰的損害賠償に対する保険市場を閉鎖することで有責な運転者を抑止できるということには空論のようなどころがある。第二に、本件における保険契約の文言はほとんどの裁判所によって懲罰的損害賠償も付保するものと解釈されてきているので、この文言を読んだ平均的な保険契約者は故意に惹起したのではないすべての請求から保護されるものと期待する。第三に、単なる過失と懲罰的損害賠償が課されるような過失との境界は微妙なものであることが多い。公序により契約を無効とするようなことは明白な場合を除いてなされるべきではない<sup>25</sup>。

抑止効との関係でいえば、公序に反しないとするLazenby判決は、少なくとも自動車事故に関しては懲罰的損害賠償の抑止効には実効性がないとみているようである<sup>26</sup>。このようなそもそも懲罰的損害賠償の抑止効を疑問視する見解に対する批判としては懲罰的損害賠償が抑止をその目的の1つとしているのであれば、抑止の実効性があるうとなかろうと、保険を認めることは懲罰的損害賠償の趣旨に反するというものがある<sup>27</sup>。また、刑事罰によって抑止されない者が懲罰的損害賠償によって抑止されることは考えにくいしつつ、企業活動については、特に製造物責任のようなケースでは、懲罰的損害賠償が企業の安全に対する管理の程度に影響することはありうるという議論もある<sup>28</sup>。

<sup>25</sup> Also see Paul D. Seyferth, The Construction and Admissibility of Insurance Policies That Provide Coverage for Punitive Damage Awards, 71 Alaska L. Rev. 71, 80 (1990).

<sup>26</sup> 保険契約が明示的に懲罰的損害賠償に対する保険給付を免責としていないために保険契約者は保険給付を期待するのであり、そのために抑止効が減殺されてしまっている点を強調するものとして、Charles M. Louderback, The Exclusion Clause: A Simple and Genuine Solution To the Insurance for Punitive Damages Controversy, 12 U. San Francisco. L. Rev. 743, 762 (1978).

<sup>27</sup> Dorsey D. Ellis, Fairness and Efficiency In the Law of Punitive Damages, 56 S. Cal. L. Rev. 1, 75 (1982).

<sup>28</sup> Widiss, supra note 19, at 493.

最近の議論では、抑止に実効性がないから保険は認めてよいという形の議論はあまりみられない。実効性の有無を根拠とするというよりは、懲罰的損害賠償が目的とする抑止・制裁機能を保険が害するかどうかという点を検討するものが多い。これは最近の議論では懲罰的損害賠償を合理的制度とするためにはどのような運用が妥当かを議論し、それに合わせて保険の適法性についても論じているものが多いことに起因しているのかもしれない。いずれにせよ、抑止を目的とする規範的損害の賠償責任についての保険の適法性という問題の参考という点では、このような見地からの検討が注目される。

また、公序に反するとする McNulty 判決は、行為者が責任を最終的に負担しない限り抑止・制裁という目的が達成できないとするが、これに対しては、従来から懲罰的損害賠償に対して保険者が保険金を支払わなければならないとすれば、そのリスクは保険料に組み込まれるのであるから、保険によって抑止効が阻害されることはないとの反論がなされている<sup>29</sup>。また、懲罰的損害賠償を課されることで評判が害されることによる抑止も機能するといわれる<sup>30</sup>。このような点も含めて、保険による抑止効への影響につき、いくつかの観点からより細かな分析がなされている<sup>31</sup>。そこで、以下では、比較的最近の議論の中から代表的と思われるいくつかの見解を

<sup>29</sup> Price v. Hartford Accident & Indemnity Co., 502 P.2d 522 (Ariz. 1972); First National Bank v. Fidelity & Deposit Co., 389 A.2d 359 (Md. 1978); Cieslewicz v. Mutual Service Cas. Co., 267 N.W.2d 595 (Wis. 1978) (3倍額賠償について)。7 Couch on Insurance (3d ed. 1997) 101:29, at 101-99.

<sup>30</sup> LeDoux v. Continental Ins. Co., 666 F.Supp. 178 (D. Alaska. 1987). Lorelie S. Masters, Punitive Damages: Covered or Not?, 55 Bus. Law. 283, 295 (1999).

<sup>31</sup> 公序に反するとするその他の議論として、保険料の高騰により懲罰的損害賠償への付保を認める州から企業が逃げ出すというものがある。McKay, supra note 23, at 231.

公序に反しないとするその他の議論として、保険者は保険料を得ているのだから義務を遵守するべきであり、被保険者の犠牲で保険者が棚ぼた (windfall) を得ることを認めるべきではないというものがある。Louderback, supra note 26, at 765; Seyferth, supra note 25, at 81.

とりあげてみることにする<sup>32</sup>。

## 2-2 懲罰的損害賠償による抑止効と保険

### (1) 効率性の見地からの適切な抑止

比較的最近の議論で目立つのは故意免責等を用いた保険者による被保険者の行動のコントロールができることを条件として懲罰的損害賠償に対する責任保険を肯定するものが多いことである<sup>33</sup>。もともと、その結論を導く分析の視角としては様々なものがみられる。

まず、保険による懲罰的損害賠償の抑止効への影響を効率性の観点から分析するものとして、Polinsky & Shavell の見解がある。まず、懲罰的損害賠償自体について、抑止との関連で次のようにとらえる。

効率的なレベルの抑止を実現する形で懲罰的損害賠償を設計すべきである。抑止の見地からした最適な損害賠償額は損害額に等しい。適切な予防のレベルは、賠償額を損害額とすることで達成される。すなわち、損害額を基準として発生の確率を考慮した期待損害値 (expected harm) の、予防による減少額と予防費用を比較することによって、適切な予防のレベルを考えることができるようになる。また、適切な活動量 (level of activity) については、潜在的加害者は、その製品やサービスの価格に期待損害賠償額を組み入れるので、損害賠償額が損害額と等しければ期待損害値が製品・サービス価格に反映され、消費者はその価格よりも製品・サービスに価値があると思う場合に製品・サービスを購入するので、適切な活動量が

<sup>32</sup> なお、懲罰的損害賠償に対する保険を認めない州でも、代位責任 (vicarious liability) に関して懲罰的損害賠償が課されている場合には、保険担保を認めるものが多い。Schlueter & Redden, supra note 11, § 17.2(C) (1), at 235.ブラット・前掲注(16) 253頁。

<sup>33</sup> 判例としても、懲罰的損害賠償が課された行為が故意である場合には、保険担保を認めないという類型があることが指摘されている。Schlueter & Redden, supra note 11, § 17.2 (C) (2), at 238; Seyferth, supra note 25, at 80; Masters, supra note 30, at 295. Southern Farm Bureau Cas. Ins. Co. v. Daniel, 440 S.W.2d 582 (Ark. 1969); Continental Ins. Co. v. Hancock, 507 S.W.2d 146 (Ken. 1973); Hensley v. Erie Ins. Co., 283 S.E.2d 227 (W. Va. 1981).

達成される<sup>34</sup> 35。

このことからすれば、損害賠償額は損害額に等しくするべきであるということになるが、加害者が負うべき責任を免れることがある。たとえば、被害者にも被害が発生した原因が分からないことがある。原因は分かっても証明できないこともある。また、訴訟にかかる費用、時間、労力を考慮して提訴しないこともある。このような事情で加害者が負うべき責任を免れることがあることを考慮すると、損害賠償額が損害額に等しいだけでは、加害者が行う予防は不十分なレベルになり、活動量は過大になる。したがって、損害賠償額は加害者が責任を免れる可能性の分、損害額を増加した額でなければならない。これが懲罰的損害賠償である<sup>36</sup>。

懲罰的損害賠償についてこのように理解したうえで、懲罰的損害賠償に対する責任保険の妥当性については、次のように述べる。基本的には最適なレベルの抑止を実現するための損害賠償額は損害額に一致し、懲罰的損

---

<sup>34</sup> A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, Punitive Damages: An Economic Analysis, 111 Harv. L. Rev. 870, 878-883 (1998).また、ロバート・D・クーター＝トーマス・S・ユーレン(太田勝造訳)『法と経済学(新版)』(商事法務、1997年)373頁以下。

<sup>35</sup> なお、本文のような説明は厳格責任の下では妥当するが、過失責任の下では、過失のない者が誤って過失有りだと判断されるようなことがありうるので、最適な賠償額は単純には決まらない。ただし、賠償額が高すぎれば潜在的加害者は過度に予防し、過度に活動量を減らすようになる。ここでは過失責任の下でも最適な賠償額は損害額に等しいと仮定している。この点は懲罰的損害賠償の理解には影響しない。Polinsky & Shavell, supra note 34, at 885-886.また、クーター＝ユーレン・前掲注(34)385頁。

また、ここでは潜在的加害者はリスク中立的であることが仮定されている。潜在的加害者がリスク回避的であれば、最適な賠償額は損害額よりも小さくなる。ただし、リスク回避的であっても責任保険に加入することができれば、最適な賠償額は損害額と等しくなる。また、公開株式会社は、その株主がポートフォリオを十分に分散しているのであれば、おおよそリスク中立的といえる。Polinsky & Shavell, supra note 34, at 886-887.

なお、リスク回避的・リスク中立的という語については、クーター＝ユーレン・前掲注(34)82頁以下参照。

<sup>36</sup> Polinsky & Shavell, supra note 34, at 887-890.また、クーター＝ユーレン・前掲注(34)397頁以下。

害賠償は加害者が責任を免れることを考慮したときに、加害者に損害額を賠償させるためのものである。したがって、最適なレベルの抑止の実現が害されるかどうかという点からいえば、懲罰的損害賠償への付保の妥当性と補償的損害賠償(compensatory damages)への付保の妥当性の議論は同じことになる。

補償的損害賠償についてみれば、次のように考えられる。仮に責任保険により加害者が注意を払わなくなり、事故の発生頻度が増加したとしても、被害者が十分に補償されるのであれば、被害者に悪影響はない。もっとも、非金銭的損害であれば被害者は十分に補償されない。また、過失責任の下では、加害者に過失がなければ被害者は補償されない。したがって、責任保険により事故の発生頻度が増加するものとすれば、被害者の富は悪影響を受ける。しかし、そうであっても、責任保険は社会的に望ましいことが多い。

なぜなら、被保険者(＝加害者)にとっての保険の価値が被害者の富の損失を上回るだろうからである。被保険者にとっての保険の価値とは、被保険者がリスク回避的であるときに、リスクを保険者に移転することで被保険者の富が増加することである<sup>37</sup>。すなわち、行為者がリスク回避的であれば<sup>38</sup>、期待損害値が50万円(損害額1千万円、損害発生率5%)である場合には、現実には1千万円を支出しなければならない可能性もあるという不確実性を嫌うので、50万円の期待損害値に見合う以上の過剰な予防をする。このような行為者にとっては、期待損害値50万円という負担を負っているよりも、保険に加入し、上記のような損害について確定的な50万円の保険料支出という負担をする(保険者にリスクを移転する)ことで効用が高まる。このことは保険に加入することで、過剰な抑止の程度は減少

---

<sup>37</sup> Steven Shavell, Economic Analysis of Accident Law (1987) 210-213.なお、クーター＝ユーレン・前掲注(34)91頁以下参照。

<sup>38</sup> リスク回避的な傾向の程度は、行為者の資産に対するリスクの大きさによるのが通常である。資産に対するリスクの大きさが大きいほど、リスク回避の程度は大きくなる。なお、行為者が株式会社の場合、株主のポートフォリオが分散されていれば、株主は会社がリスク中立的に行動することを望む。Shavell, supra note 37, at 189, 207.

するということでもある<sup>39</sup>。さらに、保険者はリスクをコントロールするために保険担保範囲や保険料を構成するインセンティブをもつ<sup>40</sup>。そうしないと保険料が高くなりすぎ、加入者が減る。保険担保範囲や保険料がこのように構成されることで、責任保険に加入しても被保険者の予防を行うインセンティブは大きくは減少しないであろう。さらに、責任保険が認められなければ、潜在的加害者の富が減少するだけでなく、社会的に有益な行為がなされなくなることもある<sup>41</sup>。

以上から、補償的損害賠償について責任保険を認めることは一般的には望ましい<sup>42</sup>。懲罰的損害賠償は、加害者が責任を免れることができる場合の補償的損害賠償の代替物であるから、同じことが妥当する<sup>43</sup>。

なお、加害者にとっての保険の価値が被害者の損失を上回る、あるいは責任保険が認められなければ社会的に有益な行為がなされなくなるといことも指摘しているが、基本的には保険料や保険担保範囲の設定により保険者が被保険者をコントロールすることができるという点を重視しているようである。すなわち、保険に加入することで被保険者が予防を行うインセンティブが大きく減少することはないとみているようである<sup>44</sup>。また、責任保険への加入を想定して懲罰的損害賠償の額を設定することで、

予防のインセンティブの低下は起こらないということも指摘している<sup>45</sup>。

ところで、Polinsky & Shavell の議論では、基本的には懲罰的損害賠償の額は最適なレベルの抑止を達成するために適切な額に設定されることが想定されているようにみえる。必ずしも明らかではないが、過失責任において過失と認定されるかどうか不明確な場合でも、それを考慮にいた上で懲罰的損害賠償の額は適切に設定されているという想定で議論されているように思われる<sup>46</sup>。

これに対して、Chapman & Trebilcock は、責任を負わされるかどうか不明確な場合には、懲罰的損害賠償がどのように機能するかは定かではない、すなわち、過剰な抑止をもたらすか、社会的に望ましい活動をもたらすかは定かではないとする<sup>47</sup>。また、基本的には抑止と保険による損失分

<sup>39</sup> 現実には保険料は危険保険料だけではなく、付加保険料からも構成されているので、付加保険料を払ってでもリスクを移転する方が保険加入者にとって効用が大きいということになる。

<sup>40</sup> 具体的には、経験料率、部分的にしか保険担保を提供しない(故意免責、縮小てん補等)、被保険者がリスクを減らすための一定の措置をすることを要件とするというようなことがあげられている。Polinsky & Shavell, *supra* note 34, at 932-933; Shavell, *supra* note 37, at 213.

<sup>41</sup> Polinsky & Shavell, *supra* note 34, at 933; *Developments In the Law: The Paths of Civil Litigation*, 113 Harv. L. Rev. 1752, 1801 (2000).

<sup>42</sup> 加害者に資力がない場合には微妙になる。Polinsky & Shavell, *supra* note 34, at 933.

<sup>43</sup> 一般的には、補償的損害賠償が抑止・制裁機能をもつとしても、懲罰的損害賠償では抑止・制裁機能が第一次的な目的である点で両者は異なるのであり、責任保険の妥当性についても違いが生じると理解されている。Robert E. Keeton & Alan I. Widdis, *Insurance Law* (1988) 497.

<sup>44</sup> Shavell, *supra* note 37, at 212-213, 252.

<sup>45</sup> 懲罰的損害賠償ではなく、損害賠償責任に加えて罰金を科するという制度に即して、損害賠償責任と罰金の支払についての保険が望ましいかについて論じたものであるが、Shavell, *supra* note 37, at 252.

<sup>46</sup> もっとも、抑止のために適切な損害賠償額について論じた箇所では、過失責任の下では適切な賠償額は一義的には決まらないとしている。前掲注(35)参照。付保の適切性について論じた箇所では、特にこの点について触れられていないが、おそらく懲罰的損害賠償で完全ではないにしても適切な額が設定されるという想定で論じているのではないと思われる。

<sup>47</sup> Bruce Chapman & Michael Trebilcock, *Punitive Damages: Divergence in Search of A Rationale*, 40 Ala. L. Rev. 741, 815 (1989). 責任を負うかどうか不明確なときには、責任を免れる可能性があることから抑止力が過少となる場合と、行為者の行為により責任を負う可能性を減少させることができる(たとえば、自動車の運転につき、速度を落とすほど過失と判断される可能性は低くなる)ことから、過剰な抑止となる場合がある。前者の場合には懲罰的損害賠償は適切な抑止に近づけるという形で機能するが、後者の場合には、問題を悪化させる。抑止力が過少となりやすいのは、予防のレベルを軽減することで節約できる行為者の費用が大きいとき、予防のレベルを最適レベルからごくわずかに下げた場合にも、責任を負わない可能性が非常に高いときなどである。ただし、具体的に抑止力が過少か過剰かを判断するのは非常に困難である。John E. Calfee & Richard Craswell, *Some Effects of Uncertainty on Compliance with Legal Standards*, 70 Va. L. Rev. 965, 979-981, 994-997 (1984). Also see John E. Calfee & Richard Craswell, *Deterrence and Uncertain Legal Standards*, 2 J. L. Econ. & Org. 279 (1986).

散は相対立するものとしつつ、保険者が被保険者の行為をコントロールすることでうまく抑止力の低下を監視できるという余地も認めている<sup>48</sup>。このような見地から、責任負担の基準が不明確な場合には、懲罰的損害賠償につき付保することは、過剰な抑止を緩和するように働くかもしれないとする。また、厳格責任のように責任負担の基準が不明確という問題がない場合にも、行為者がリスク回避的であれば過剰な抑止がなされることになるが、保険者が保険契約の内容をうまく構成することで、保険を利用することは社会的に望ましいものとなるとする。結局、保険者が被保険者を適切にコントロールできるかどうか、責任負担の基準が不明確な場合には懲罰的損害賠償がどのように機能するか、などが不明確であるから、明確な結論は出せないとするものようである<sup>49</sup>。

Polinsky & Shavell は、前述のように、懲罰的損害賠償の額は適切であるとの想定の下に、保険の影響について論じ、基本的には保険により抑止を行うインセンティブが減少することはないとみている。これに対して、Chapman & Trebilcock は、責任負担の基準が不明確な場合には、そもそも懲罰的損害賠償の適切な額を決定することが困難であり、どのように機能するかも分からないとする。そして、懲罰的損害賠償により過剰な抑止がもたらされることもあることを認め、そのような場合には保険により抑止のインセンティブが減少することで望ましい結果が得られるとする。つまり、保険により抑止のインセンティブが減少したとしても望ましい結果が得られることもあることになる。

この両者の見解はいずれも効率性の見地からみた最適なレベルの抑止の達成という観点から懲罰的損害賠償についての保険の妥当性を論じるものである。このような視角については、潜在的加害者が何らかの行為をする際に常に上記のような緻密な費用便益計算をするかという批判がある<sup>50</sup>。ただし、懲罰的損害賠償が一般的抑止を目的とする制度であることを前提とすれば、制度設計の思想としては、少なくとも大雑把な程度での計算はすることは想定されているものとみることが可能である。

<sup>48</sup> Chapman & Trebilcock, supra note 47, at 821-822.

<sup>49</sup> Chapman & Trebilcock, supra note 47, at 822.

<sup>50</sup> Developments, supra note 41, at 1797.

両者の結論は異なるが、基本となる点は、懲罰的損害賠償の額の適切さをどうとらえるか、保険者による被保険者のコントロールの実効性をどうみるかである。この点につき、懲罰的損害賠償の額が責任負担の不明確さをも踏まえて適切に設定されているのであれば、保険者によるコントロールがかなり厳格になされていることが重要になる（あるいは、保険者によるコントロールの程度をも考慮して懲罰的損害賠償の額を設定するということもありえる<sup>51</sup>）<sup>52</sup>。これに対して、責任負担の不明確さにより懲罰的損害賠償による抑止が過剰な状態になっているとすれば、保険者による被保険者のコントロールはそれほど十分ではなくても、むしろ保険によって抑止のインセンティブがある程度減少する状態の方が望ましいことになる<sup>53</sup>。

## (2) 規範の客観化による抑止

次に、別の視角から分析を行うものとして、Baker の見解がある。まず、懲罰的損害賠償による抑止について次のように述べる。抑止の実現は、金銭的負担を課すことでなされることもあるし、規範の客観化 (norm projection) によってなされることもある。規範の客観化とは、一定の行為は承認される範囲の枠外にあるという強い言明 (statement) をなすことである<sup>54</sup>。たとえば、一定の行為を不法行為として行為者に損害賠償責任を課すということは、そのような行為は承認されるものではないとの言明で

<sup>51</sup> Shavell, supra note 37, at 252.

<sup>52</sup> Polinsky & Shavell は責任保険を認めないと社会的に有用な行為の活動量が減少することも指摘しているので、仮に保険者による被保険者のコントロールが十分ではなくても、行為の社会的有用性から、責任保険を妥当なものと評価することもあるのかもしれない。Polinsky & Shavell, supra note 34, at 932-933.

<sup>53</sup> もともと、Chapman & Trebilcock は懲罰的損害賠償で適切な抑止がもたらされる状態なのか過剰な抑止がもたらされる状態なのかの判断が困難であるとするので、当然に責任保険が望ましいということもいえないことになる。Chapman & Trebilcock, supra note 47, at 815, 822.

<sup>54</sup> Tom Baker, Reconsidering Insurance for Punitive Damages, 101 Wis. L. Rev. 101, 104 (1998). 規範の客観化による抑止については、Marc Galanter & David Luban, Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism, 42 Am. U. L. Rev. 1391, 1429 (1993).



あり、この言明がなされることでそのような行為をしなくなる効果があるということであろう<sup>55</sup>。ある行為に対して懲罰的損害賠償を課すことは、そのような行為は許されるものではないことを一層強く示すことになる<sup>56</sup>。

このような理解に基づいて、保険の適法性について次のように述べる。保険により金銭的負担による抑止効果は薄れる。しかし、保険によって規範の客観化による抑止が損なわれることはない。ここで、懲罰的損害賠償の対象となるのは、自ら進んで注意義務に違反するような場合である。補償的損害賠償の対象となる注意義務に不注意で違反するような者は規範の客観化により制御されるが、懲罰的損害賠償の対象となるような自ら進んで注意義務に反する者は規範の客観化によっては制御されない<sup>57</sup>。したがって、懲罰的損害賠償の対象となる者に対しては金銭的負担による抑止が重要である。懲罰的損害賠償に対する保険は金銭的インセンティブがもっとも必要な者に対してそのインセンティブを減らすので、抑止の見地から反対される<sup>58</sup>。

しかし、実際に提供されている保険には故意免責があり、故意免責の対象となるケースでは懲罰的損害賠償責任に対して保険金が支払われることもない。また、懲罰的損害賠償を課せられる危険性が高いような事由については、個別的に免責が定められていることも多い<sup>59</sup>。さらに、保険者は懲罰的損害賠償を課されるような危険性が高い者に対しては保険を引き受けないようにしている<sup>60</sup>。したがって、問題は保険会社に故意免責等による対応を委ねてよいかであり、結論として、保険会社はモラル・ハザード、逆選択をコントロールする大きな金銭的インセンティブをもつので、

<sup>55</sup> See Baker, *supra* note 54, at 109.

<sup>56</sup> Baker, *supra* note 54, at 104; Galanter & Luban, *supra* note 54, at 1430.

<sup>57</sup> このことは評判の低下による抑止(前掲注(30)参照)という考え方についても妥当すると思われる。

<sup>58</sup> Baker, *supra* note 54, at 108-109.

<sup>59</sup> 具体的には、アスベスト、セクシャル・ハラスメント、淫行(molestation)、暴行(assault)、環境汚染があげられている。Baker, *supra* note 54, at 122.

<sup>60</sup> 例として、自動車の飲酒運転で有罪判決を受けたことのある者には自動車責任保険を販売しないことがあげられている。Baker, *supra* note 54, at 117-118.

任せておいてよい<sup>61</sup>。

Baker の議論では、効率的な抑止という見地からの分析が中心になっているわけではないが、効率的な抑止の達成が懲罰的損害賠償の機能の1つであることは前提となっている<sup>62</sup>。ただし、議論の中心点の1つは、補償的損害賠償と懲罰的損害賠償では保険の適法性についての考え方は異なることを示す点である。つまり、保険により金銭的負担による抑止力は低下するとしても、規範の客観化による抑止が機能するのであれば、問題はなく、この点で補償的損害賠償と懲罰的損害賠償は異なるとする点である。結論としては、実際の保険実務、保険契約の内容からすれば、懲罰的損害賠償責任に対する保険によって金銭的負担による抑止が大幅に損なわれることはないとするが、この点は Polinsky & Shavell などの議論と変わるところはない。

### (3) 保険制度への影響

抑止の議論とは異なる角度から故意免責を重視する見解として Priest の見解がある。Priest は懲罰的損害賠償の抑止効には実効性がないから保険は適法であるという議論は適切ではないとし、保険利用の可能性の増加と事故率の低下の実現という点において懲罰的損害賠償は付保することに馴染むものかという見地から<sup>63</sup>、次のように論じる。これらの実現のためには、故意免責は必要である。故意による損害のような確率的に正確に予測することが困難である行為を付保すると、正確な予測が困難であるから保険料を適切に設定することができない。また、故意行為を免責としなければ、モラル・ハザードにより事故発生率が増加する。これらのことにより保険料は上昇し、保険利用可能性は減少する<sup>64</sup>。懲罰的損害賠償が課される場合は故意免責の場合と類似しているから<sup>65</sup>、その点で懲罰的損害賠

<sup>61</sup> Baker, *supra* note 54, at 116-127. Also see Sharkey, *supra* note 13, at 434-439.

<sup>62</sup> Baker, *supra* note 54, at 105-108.

<sup>63</sup> George L. Priest, *Insurability and Punitive Damages*, 40 Ala. L. Rev. 1009,1031-1033 (1989).

<sup>64</sup> Priest, *supra* note 63, at 1025-1026.

<sup>65</sup> Priest, *supra* note 63, at 1027.

償への付保は望ましくない<sup>66</sup>。ただ、懲罰的損害賠償が課される範囲が拡大し、懲罰的損害賠償が一般化してきていることからすれば、付保は認めたと上で故意免責で対処しておけばよい<sup>67</sup>。

この議論は付保による事故率の増加も考慮しているので、その点で抑止効への影響を考慮したものと見える。ただし、Priest の議論の特色は、付保することによる懲罰的損害賠償制度への影響ではなく、懲罰的損害賠償を付保することによる保険制度への影響という観点から分析している点である。この観点からしても、故意免責があれば保険制度への悪影響はないという結論がとられている。

なお、Priest は、結論としては故意免責があればそれほど悪影響はないとするが、懲罰的損害賠償の要件の不明確さ、賠償額の基準の不明確さにより、懲罰的損害賠償を付保すると保険料が高騰し、問題が生じるという議論もある<sup>68</sup>。

<sup>66</sup> Priest, supra note 63, at 1032. Also see Sharkey, supra note 13, at 434-439.

<sup>67</sup> Priest, supra note 63, at 1033-1034. 懲罰的損害賠償は初期は飲酒運転による自動車事故のケースに課されることが多かったが、製造物責任、雇用関係のケースにも認められるようになり、重過失、無謀 (reckless) の場合に認められることが増えてきているとの指摘がある。Sharkey, supra note 13, at 437, 443.

<sup>68</sup> Ellis, supra note 27, at 74; McKay, supra note 23, at 231. なお、悪意のある行為、無謀な (reckless) 行為が付保されることによるモラル・ハザードの問題も含めて保険料の高騰が論じられることもある。これらにつき故意免責で対処できるかどうかは故意免責の対象の問題であるが、Priest は故意免責の解釈をモラル・ハザードへの対応を考慮して再構成することを提案しているので、その点で違いが生じるのかもしれない。Priest, supra note 63, at 1029 et. seq. また、実際の弁護士意識としては懲罰的損害賠償については故意免責が問題となることがほとんどであることを示唆する調査もある。Tom Baker, Transforming Punishment Into Compensation: In the Shadow of Punitive Damages, 101 Wis. L. Rev. 211, 220 (1998).

なお、Priest は懲罰的損害賠償の対象が拡大すれば、付保できるようになるとする。Priest, supra note 63, at 1033. しかし、単なる過失による損害についても、保険による注意の低下による事故の多発という問題は起こる。Shavell, supra note 37, at 212. もっとも、一般論として故意免責だけという内容の保険では、保険制度の適切な運営に悪影響を及ぼすほどの状態になるかどうかは必ずしも定かではない。

#### (4) まとめ

以上では、いくつかの異なる視点からの分析をとりあげたが、これらの議論で結論において共通している点は、懲罰的損害賠償についての保険の適法性に関して、保険料設定、保険担保範囲の設定等を通じた保険者による被保険者のコントロールを重視している点である<sup>69</sup>。

保険者によるコントロールの実効性の評価は様々に分かれているが、保険料だけについていえば、実効性のある保険料の設定は困難であるとの指摘がある<sup>70</sup>。ただ、上記のような保険者によるコントロールを肯定的にとらえる見解は故意免責等の担保範囲の設定、被保険者がリスクを減らすための一定の措置をとることを要件とすること、引受拒絶も含めて評価するものが多い<sup>71</sup>。

この点に関連して、保険者によるコントロールの1つとして、保険者に

<sup>69</sup> 厳密に言えば、故意免責だけをとりあげるというものもある。Priest, supra note 63, at 1024; Seyferth, supra note 25, at 80; Stephanie L. Grassia, Note, The Insurability of Punitive Damages in Washington: Should Insureds Who Engage in Intentional Misconduct Reap the Benefit of Their "Bargains?", 26 Seattle U. L. Rev. 627, 645 (2003). 故意免責だけで足りるかどうかについては、前掲注(68)参照。

<sup>70</sup> 過去の懲罰的損害賠償についての実績は、将来に懲罰的損害賠償を課される可能性を正確に示すものではない。また、一人の被保険者に巨額の懲罰的損害賠償が課されると同種の被保険者についてもそのような賠償が課される可能性が増し、その種類の被保険者全体について保険料が上昇する。Ellis, supra note 27, at 75.

なお、保険者は懲罰的損害賠償だけに対する保険金支払を記録しているのではなく、人損に対する支払と物損に対する支払という形の記録しかないので、保険料による調整は実効的にはなされないとの指摘もある。McKay, supra note 23, at 232.

<sup>71</sup> Polinsky & Shavell, supra note 34, at 932-933; Baker, supra note 54, at 116-122; Widdis, supra note 19, at 501; Seyferth, supra note 25, at 80, 82.

保険料だけではなく、これらの方策によってもある程度は抑止効は減少するとするものとして、David G. Owen, Punitive Damages in Products Liability Litigation, 74 Mich. L. Rev. 1257, 1310 (1976); Franklin, supra note 19, at 1018.

短期的にみれば、抑止効は減少するが長期的には本文のような措置から抑止効は減少しないとするものとして、Robert D. Cooter, Punitive Damages for Deterrence: When And How Much?, 40 Ala. L. Rev. 1143, 1184 (1989). 短期的な減少を問題とするものとして、Grassia, supra note 69, at 642-644.

よるリスク・マネジメントがあげられることもある。保険者はリスク管理の専門家として被保険者に対してリスク・マネジメントについての様々なアドバイスをすることができるので、保険に加入した方がうまくリスク・マネジメントすることができるということである<sup>72</sup>。

なお、McNulty 判決では、保険料を通じて懲罰的損害賠償の負担が公衆に帰することが問題とされていた。この点はここでとりあげた見解では、特に問題とされていない。問題を最適な抑止の達成という観点に限れば、保険料によるコントロールは抑止の達成の重要な要素の1つである。ただし、抑止への影響とは別に、保険料の高騰により懲罰的損害賠償を課されないような者も高額な保険料を負担しなければならないことは公正(fairness)の観点から問題となるとの議論もある。もっとも、この議論は懲罰的損害賠償の額の基準が不明確であることなどから、保険料が非常に高くなることを想定しているようである<sup>73</sup>。故意免責などによる保険者のコントロールを重視する立場からすれば、保険者が担保範囲等を適切に設定することにより、保険料が異常に高騰することはないと考えることになろう。そうであるとすれば、この問題のために保険を不適法とまでいう必要はないであろう<sup>74</sup>。

<sup>72</sup> Widiss, supra note 19, at 501; Developments, supra note 41, at 1801.

<sup>73</sup> Ellis, supra note 27, at 74.

<sup>74</sup> そもそも保険料が懲罰的損害賠償を負担するリスクを完全に反映するような形で設定されているのであれば、保険料が高騰するといっても、それはそのようなリスクの高い者に高額な保険料が課されるということであり、リスクの低い者が高額な保険料を払わされるという問題は生じない。したがって、このような完全なリスク区分はされていないことが前提である。See Ellis, supra note 27, at 75.

危険性の高い者の保険料を危険性の低い者が負担することになるという問題は、保険料を危険に応じて完全に細分化しない限りは、ある程度は生じる問題であり、完全な細分化は現実的には無理である。Kenneth S. Abraham, Distributing Risk (1986) 84. 山野嘉朗「保険制度におけるリスク・クラス区分の役割と法政策(2)」愛知学院大学論叢法学研究34巻1号(1991年)110頁、108頁。また、競争的市場では保険者はできるだけリスクを細分化するインセンティブを有するが、需要があれば保険者としてはコストをかけてリスクを細分化する必要はない。Abraham, id., at 67, 96. 堀田一吉『保険理論と保険政策』(東洋経済新報社、2003年)5-7頁。どこまで細分

### 3 規範的損害と保険

#### 3-1 規範的損害概念

アメリカでは懲罰的損害賠償に対する付保の可否の問題として、前節でみたような議論がなされている。本節では、それらの議論を参考としつつ、知的財産権侵害における規範的損害の賠償責任に対する保険の妥当性について検討する。

知的財産権侵害に対する損害賠償責任における損害としては、不法行為による損害賠償としてみれば逸失利益を損害とすることが考えられる。これに対して、この場面においては法律により規範的損害が認められている(特許102条3項、新案29条、意匠39条、商標38条、著作114条、半導体25条、種苗34条、不正競争5条)とする説は、知的財産権侵害の際に逸失利益を損害とするのでは損害賠償として十分ではないとして、市場機会の喪失を損害とする<sup>75</sup>。この点につき、特許権に即して以下のように説明される。

法は特許発明の需要に対する市場機会の利用の決定権を特許権者に排他的に付与している。特許権の侵害行為は、特許権者の許諾なく市場機会を利用する行為である。この侵害行為に対して特許権者には損害賠償という救済が与えられてはいるが、権利の客体が無体物であるだけに、侵害行為により特許権者の財産にいかほどの不利益が与えられているのかを判定することは困難であり、ために逸失利益の賠償のみでは特許権者が適正な保護を受けなくなる恐れがある。そこで、法は、特許権者が喪失した

化しなければ違法であるかは、判断の非常に困難な問題であり、現実的には保険者の商品設計にかかる問題として、市場に委ねられることが通常であろう(なお、保険5条1項4号参照)。

<sup>75</sup> 逸失利益の賠償請求を妨げるものではない。すなわち市場機会の喪失という規範的損害よりも逸失利益が大きければ逸失利益の賠償請求をすることができる。田村・前掲注(9)246頁。その際、侵害者に故意・重過失がなければ裁判所は賠償額を裁量的に減額できる(特許102条4項、新案29条4項、意匠39条4項、商標38条4項、半導体25条3項、種苗34条3項、著作114条3項、不正競争5条3項)。しかし、市場機会の喪失という損害より低く減額することはできない。田村・前掲注(9)254頁、同『知的財産法(第4版)』(有斐閣、2006年)288頁。

市場機会につき常に適正な対価を損害賠償として特許権者に与えることで、特許権者に適正な救済を付与し、もって特許制度の機能の維持を図ることとした<sup>76</sup>。

特許発明の利用の促進という観点からして、特許権者の保護として求められるのは、適正な保護であって過大な保護ではない。侵害が極めて容易に行われやすいという特許権侵害の特殊性に鑑みれば、損害賠償額に制裁的、抑止的機能が期待されることになる。他方で、賠償額が高額に過ぎれば、無体の情報の利用行為を扱う特許権の権利範囲は不明確なものとならざるを得ないから、情報利用に対する萎縮効果が生じる。したがって、重要なのは適正な賠償額の算定である<sup>77</sup>。

このように知的財産権侵害に対する損害賠償制度において規範的損害概念を提唱する説は、知的財産利用の促進と知的財産権侵害行為の抑制のバランスという観点から、侵害行為の抑止のための一定の適切なインセンティブを付与するものとして、この場面で規範的損害概念を用いる<sup>78</sup>。このような規範的損害と懲罰的損害賠償制度を比べると、どちらも適切なレベルでの抑止の達成を目的とするという点では共通性を有するといえる。もちろん、両者で違いはある。たとえば、知的財産権侵害の損害賠償の主観的要件としては過失で足りるのであるから(民709条)、懲罰的損害賠償

<sup>76</sup> 田村・前掲注(9)206頁以下、213頁、296頁以下。また、茶園成樹「特許権侵害による損害賠償」ジュリ1162号(1999年)49頁、安江邦治「利益の額の推定規定における利益の額について」清水利亮＝設楽隆一編『現代裁判法大系26[知的財産権]』(新日本法規、1999年)244頁。

<sup>77</sup> 田村・前掲注(9)206頁、231頁、303頁、同「特許権侵害に対する損害賠償額の算定に関する裁判例の動向」知財管理55巻3号(2005年)361頁、362頁。

<sup>78</sup> なお、知的財産権侵害において市場機会の喪失を損害ととらえつつ、規範的損害という枠組みはとらない説もある。森田宏樹「特許権侵害による損害賠償に関する規定の改正の方向」知的財産研究所『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』(1998年)35頁、41頁、沖野真巳「損害賠償額の算定」法教219号(1998年)58頁、62頁。

また、著作権侵害に対する損害賠償制度における利益吐き出し型賠償制度の法律構成として、法定委任・擬制信託構成の可能性を指摘するものとして、潮見・前掲注(10)216頁。

が認められる範囲が拡大しているとしても、この点では知的財産権侵害における規範的損害の賠償と懲罰的損害賠償とは異なっている。しかし、このような点に関わらず、懲罰的損害賠償責任への付保の適法性に関する議論は知的財産権侵害における規範的損害の賠償責任に対する保険の妥当性を考える際にも参考となる。すなわち、損害を規範的損害として定立することも適切なレベルでの抑止の実現を目的とするものであれば、その賠償責任につき付保することで、適切なレベルでの抑止という目的が害されるのではないかという問題は共通するものといえよう<sup>79</sup>。

このように知的財産権侵害における規範的損害も懲罰的損害賠償もどちらも適切なレベルでの抑止の実現を図るものである<sup>80</sup>。すなわち、どちらも一定の行為に対して損害賠償責任を課すことによって適切な抑止を実現するという考え方をとっているものであるが、損害賠償責任を課すことによって行為が抑止されるということについては、Bakerの指摘するように2つの考え方がありうるであろう。規範の客観化による抑止と行為者に金銭的負担を課すことによる抑止である。以下では、この2つに即して責任保険が適法な抑止に与える影響について検討する。

### 3-2 保険による抑止力への影響

#### (1) 規範の客観化による抑止

まず、規範の客観化による抑止について、Bakerの議論に即してみると、次のように考えられる。知的財産権侵害については逸失利益ではない市場機会の喪失という損害についての賠償責任を課すと示すことで、規範の客観化がなされている。過失による知的財産権侵害については規範の客観化による抑止が機能するため保険の存在は抑止効を低下させないといえる。故意・重過失による侵害の場合には、規範の客観化による抑止が機能しないので、保険のために金銭負担による抑止効が低下することが問題になり

<sup>79</sup> Polinsky & Shavellのような懲罰的損害賠償の理解からすれば、適切な抑止の実現のために行為者に賠償させべき損害額の調整という点では、ここでの規範的損害と変わるところはないといえよう。

<sup>80</sup> 両者が想定する適切なレベルが同じであるかどうかは、以下の検討には影響しない。

うる。しかし、故意・重過失免責等が適切に規定されていれば、問題は生じない。

ここでは規範の客観化による抑止が知的財産権侵害という場面において、機能するかどうかを考える。この点に関連して、企業実務について次のような指摘がなされていることが注目される。ある企業が収益性の高い事業を展開している場合、競合会社としては、あえて同じ分野への参入を行うことが多々あると考えられる。その場合、事前に相手企業の特許の存否を確認しつつ、侵害回避を意図するとしても、場合によっては該当する権利を確認できずに侵害を生起させてしまうことがある。その場合、侵害回避の努力が不十分であれば、侵害は当然に想定された事象といえるが、侵害回避の努力をどこまで行えば、そうならないかは不明確である<sup>81</sup>。また、実際の企業活動においては、他社の知的財産権との抵触すれすれのところで（時としてはそれを侵害することもいとわずに）、製品開発を行っているようである<sup>82</sup>。

このような実態が真実であるとするれば、過失による侵害と評価される場合においても、何の留保もなく責任保険を認めたらうと、抑止は規範の客観化で十分であると評価してよいかどうかは問題があるように思われる。たとえば、このような実務であることを前提とすれば、責任保険で損害賠償責任が補償されるのであれば、知的財産権侵害の予防にかかる注意の程度を減らすという判断をするということの方がありそうなのではなかろうか。

## (2) 金銭的負担による抑止

規範の客観化による抑止が十分に機能しないとすれば、損害賠償責任を課すことで加害者が一定の金銭的負担をすることによる適切なレベルの抑止の達成が、責任保険によって阻害されるかどうかが重要になる。

このような見地からは、Polinsky & Shavell や Chapman & Trebilcock の議論が参考となる。行為者がこれらの議論にみられるような緻密な計算をするかどうかは別として、金銭的負担による一般的抑止という制度を認めると

いうことは、行為者はある程度は金銭的負担を考慮して活動することを想定しているものといえる。そうであるとすれば、保険の存在により予防にかける費用・注意が減少することが考えられる。この点で、保険者が保険担保範囲や保険料の設定を適切に構成することにより、被保険者の行為を適切なレベルにまでコントロールできるのかという点がまず問題になる。

故意・重過失による侵害については、保険料の設定<sup>83</sup>、故意・重過失免責、免責金額、縮小てん補割合<sup>84</sup>などによりある程度コントロールできるように思われる。保険料の設定や、故意・重過失免責などをそれぞれ個別にみていけば、抑止力が下がらない程度のコントロールが可能かには疑問もないわけではない。たとえば、保険料設定については、ある程度のコントロールは可能であるとしても完全にリスクを反映したものにすることは困難であろう。また、故意・重過失免責については、立証の問題があるので、これにより完全に故意・重過失によって発生する事故に対する保険金の支払を防止できるわけではない。しかし、免責金額や縮小てん補割合と組み合わせれば、かなりの程度で抑止は機能するように思われる。

次に過失による侵害については、保険料の設定と免責金額、縮小てん補割合などによるコントロールが考えられるが、故意・重過失による侵害ほど実効的にコントロールできるかどうかは定かではないようにも思われる。特に保険料設定で適度な抑止力を保つように精密に設定することは困難であろう。ただし、これらを組み合わせることで、やはりある程度の抑止力を保つことは可能だと思われる<sup>85</sup>。

<sup>83</sup> 知的財産権訴訟費用保険では、管理体制のチェックによる保険料の割増・割引および過去の損害率による割増・割引がなされている。前者では、20%の割引から150%の割増が適用される。後者では、50%の割引から200%（場合によってはそれ以上）の割増が適用される。一本木・前掲注(3)10月4日号3面。

<sup>84</sup> 知的財産権訴訟費用保険につき、免責金額は100万円以上、縮小てん補割合は80%以下で設定されることになっており、一般には高い免責金額と低い縮小てん補割合を同時に採用している。これは被保険者の行動を保険者がコントロールするためである。一本木・前掲注(3)10月4日号2面。

<sup>85</sup> なお、一般的に、経験料率、免責金額等と抑止の関係については、吉川吉衛『事故と保険の構造』（同文館、1988年）86-104頁、339-352頁、365-377頁、太田勝造「危険分散・損失補償・事故抑止：不法行為の経済分析」私法52号（1990年）161頁、

<sup>81</sup> 石井・前掲注(4)143頁。

<sup>82</sup> 大原・前掲注(8)126頁、鎌田・前掲注(3)507頁。

このように保険が被保険者のコントロールという点で適切な内容になっているかどうかは一概には判断できないところもあるが、保険による抑止レベルの適切さを考えるには、規範的損害概念により設定されている抑止レベルをどのようにみるかも関連してくる。前述のように、仮に、過失判断の不明確さなどをも考慮した上で最適な抑止が達成できるように設定されているものとする、行為の社会的有用性の議論を措くと、保険はリスク回避的な潜在的加害者について最適な抑止を達成するものとして認められることになる。すなわち、リスク中立的な者に対しては最適なレベルの抑止をもたらすように損害額が設定されているとすれば、リスク回避的な潜在的加害者にとっては過剰な抑止をもたらす効果をもつ。ここで責任保険を認めることにより、リスク回避的な潜在的加害者も最適な抑止をするようになる。この場合には、保険者による被保険者のコントロールはかなりの程度でなされていなければ、結果として抑止のレベルは最適ではなくなる<sup>86</sup>。

これに対して、一定程度の抑止をもたらすように規範的損害概念を設定する際には、過失判断の不明確さなどにより過剰な抑止がもたらされる可能性があることは考慮されていないとすれば、規範的損害の賠償により実際には過剰な抑止がもたらされうる。この場合には、責任保険による注意の低下が許される範囲は拡大する。このときには、保険者による被保険者のコントロールは厳格である必要はない。

また、規範的損害は金銭的負担による抑止を狙ったもの<sup>87</sup>としても、行

為者が精緻な計算をすることを想定したのではなく、大まかな程度で行為者の行動に影響することを狙ったものであるとすれば、そもそも規範的損害概念が意図する適切な抑止のレベルとは、ある程度の幅をもったものといえる。この場合にも、保険者によるコントロールが厳密なものでもなくとも、保険は許容されることになる。

したがって、保険によって抑止が軽減されることがあるとしても、その効果が不適切であるというかどうかは、規範的損害概念の設定において、どのような考慮がなされているか、あるいは規範的損害概念が意図する抑止のレベルはどの程度の幅をもつものと理解するかにもよることになる。この点については、規範的損害において基礎となるのは市場機会の喪失という概念であるから、過失判断の不明確さなどによる抑止への影響まで考慮して抑止のレベルが設定されているとみることはいささか合理的ではないであろう。そうだとすると、判断の不明確さ<sup>87</sup>により過度の抑止がもたらされる状況になっているということはある。もっとも、Chapman & Trebilcock によれば、過剰な抑止がもたらされる状態なのかどうかは判断が困難ということになる。また、抑止レベルの幅についても、知的財産権侵害にかかわる企業は緻密な計算に基づいて行動するような企業ばかりではないであろうから、ある程度の幅で抑止のレベルを考えているとみる方が妥当であろう。そうであるとすれば、保険者による被保険者のコントロールの精度がどの程度かは不確かであるが、それほど精密なコントロールは必要ないといえる。

### 3-3 保険契約の効力

以上では、保険により抑止のレベルが適切となるかどうかという形で検

166頁等参照。

<sup>86</sup> この場合にも、行為の社会的有用性を考慮して、不適切なレベルの抑止ではないという議論をすることはありうる。もっとも、後述のように、社会的有用性を考慮しないとしても、不適切なレベルの抑止と判断されることは現実にはほとんどないものと思われる。

なお、この場面で社会的有用性を考慮することが適切かどうかは、それ自体、非常に大きな問題であり、本稿ではこの問題には立ち入らない。この問題に関連する比較的近時の文献として、潮見佳男『不法行為法』(信山社、1999年)154頁以下、山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望」法学論叢154巻4・5・6号(2004年)292頁、山本顯治「現代不法行為法学における『厚生』対『権利』」民商133巻6号(2006年)875頁等。

<sup>87</sup> なお、特許権等の侵害については過失が推定される(特許103条。その他として、商標39条、意匠40条、種苗35条)。特許権については、過失の推定が覆ることは滅多にないといわれる。田村・前掲注(75)301頁。行為者がこのことを知っている場合には過失判断の不明確さはあまり問題にならない。しかし、他方、特許権につき、権利範囲は不明確にならざるをえないとされている。田村・前掲注(77)362頁。具体的には、田村・前掲注(75)220頁以下参照。したがって、特許権侵害かどうかというレベルで判断の不明確さは問題になる。

討してきたが、法律論としては、保険契約の効力が問題になる。規範的損害による抑止レベルが精密に設定されていて、それが強行法規であるとするれば<sup>88</sup>、理論的には、損害賠償責任についての保険により抑止のレベルが規範的損害が想定するレベルよりも低下するのであれば、保険契約は強行法規に違反して無効となるといえる。この場合には、保険者による被保険者のコントロールはかなり厳格に要求されることになる。

しかし、前述のように、それほど精密に設定されているものではなく、過剰な抑止がもたらされる状況であるとするれば、保険者による被保険者のコントロールはそれほど厳格であることは必要ない。また、求められる抑止には一定の幅がある場合にも、それほど厳格なコントロールは必要ないことになる。故意免責や免責金額、縮小てん補割合などが設定されている保険であれば<sup>89</sup>、問題になることはないであろう。また、そもそも、過剰な抑止がもたらされるかどうかの判断が困難であるとするれば、原則としては、規範的損害の目的に反するから無効という判断もできないことになる。以上のことから、現実には、保険契約の効力を否定すべきではないであろう。

なお、懲罰的損害賠償への付保の適法性の議論においては、Priest のように保険制度への影響という観点からの分析がみられたが、この議論は知的財産権侵害における規範的損害の文脈では形式的には特別な問題となるものではない。つまり、この場合も賠償責任を負担する主観的要件は通常不法行為の要件である故意・過失であり、この点で特に付保することが問題となるものではない。ただし、實際上知的財産権侵害の場面では、

---

<sup>88</sup> 強行法規かどうかについては、知的財産権侵害の適度な抑止、すなわち知的財産の利用の促進と知的財産権侵害の抑止のバランスをとる形での適切な抑止、を実現するための手段として、どのような制度が適切かどうかを別途検討する必要がある。この点は北海道大学田村善之教授のご教示による。

<sup>89</sup> 知的財産権訴訟費用保険については、これらは設定されている。注(83)(84)参照。そもそも知的財産権訴訟費用保険は損害賠償責任負担を付保するものではないが、厳密に言えば、訴訟にかかる費用負担が付保されることで、抑止力に影響すると考える余地もある。しかし、いずれにせよ適法性に問題はないであろう。

なお、IT業務賠償責任保険(前掲注(2)参照)については、故意免責、免責金額は設定され、てん補限度額も設定されている。

故意・重過失による侵害が多い、あるいは、保険により過失による侵害が非常に増加するとするれば、そのような行為に基づく賠償責任への責任保険は成り立つのかということは問題となる。もっとも、これは保険契約の効力の問題ではなく、知的財産権侵害についての責任保険が保険商品として成立するかという問題である<sup>90</sup>。

---

<sup>90</sup> なお、注(74)参照。