

特許権侵害争訟における損害賠償額の 主張立証に関する一考察



辻本法律特許事務所
弁護士 辻本 良知

第1 はじめに

特許権をはじめとする知的財産権が侵害された場合、特許権者としては、民法709条に基づいて損害賠償の請求をすることが可能となる。ただ、特許権等の知的財産権は、技術内容等が公開されているため、その模倣が容易であるにもかかわらず、侵害行為の捕捉が困難であり、しかも、侵害行為と損害発生との因果関係や損害額の立証に関する困難性を内包している。このような知的財産権の特殊性にもかかわらず、民法709条が本来的に想定している場合と同じく、特許権者に損害額等に関する証明責任を負わせることは、むしろ侵害行為に対するインセンティブを与えることにもなりかねず、特許権を保護する観点から、決して好ましいことではない。

かかる観点から、損害賠償額の審理に関して、度重なる特許法の改正がなされ、上記のような不都合を回避するための方策が盛り込まれてきた。ただ、法を改正し、整備するのみで種々の問題が解決するものではない。法を運用するのは、裁判官、弁護士等の法律実務家である。特許権侵害争訟の現場において各種の法を駆使し、社会に厳然と存在する権利侵害を正すためには、法律実務家による法の適正な運用が不可欠であることは言うまでもない。

そこで、本稿においては、特許権侵害争訟における損害論審理が充実したものたり得よう用意されている各規定について、それが実務的にどのように運用されているのかについて概観し、法の趣旨を実現する観点から、如何に活用されるのが望ましいかについて、若干の私見を述べることを目的とする。

第2 損害額の算定に関する規定と証明方法

1 特許法102条1項

(1) 内容

特許法102条1項は、侵害品の譲渡数量に特許権者の利益額を乗じた額をもって損害額とする規定であり、その内容は、次のとおりである。

特許権者又は専用実施権者が故意又は過失により自己の特許権又は専用実施権を侵害した者に対しその侵害により自己が受けた損害の賠償を請求する場合において、その者がその侵害の行為を組成した物を譲渡したときは、その譲渡した物の数量（以下この項において「譲渡数量」という。）に、特許権者又は専用実施権者がその侵害の行為がなければ販売することができた物の単

位数量当たりの利益の額を乗じて得た額を、特許権者又は専用実施権者の実施の能力に応じた額を超えない限度において、特許権者又は専用実施権者が受けた損害の額とすることができる。ただし、譲渡数量の全部又は一部に相当する数量を特許権者又は専用実施権者が販売することができないとする事情があるときは、当該事情に相当する数量に応じた額を控除するものとする。

特許法102条1項は、平成10年改正により新設されたものである。かつては現在の特許法102条1項に相当する規定は存在せず、侵害者の受けた利益額をもって特許権者の損害額と推定する規定（旧・特許法102条1項）、及び通常の実施料相当額をもって特許権者の損害額とする規定（旧・特許法102条2項）が存在するのみであった。ただ、これらの規定のみでは、特許権者の保護として極めて不十分であることが指摘されていた。例えば、侵害者の受けた利益額をもって特許権者の損害額と推定するのみ（旧・特許法102条1項）では、侵害者が侵害品を廉価販売しているような場合など、当該侵害行為により、特許権者は多大な損害を被っているにもかかわらず、侵害者の利益が僅少であるが故に損害賠償が十分になされ得ない、という不都合が存在した。また、通常の実施料相当額をもって特許権者の損害額とするのみ（旧・特許法102条2項）では、侵害者とすれば、侵害品の販売等をしていても、仮に発見されれば事後的に通常の実施料相当額を支払えばよいのみであることから、侵害品の販売行為が発見されない可能性、さらには発見されても権利者が権利行使を躊躇する可能性等をも考慮するならば、むしろ侵害に対するインセンティブにさえなりかねないという不都合が存在した。

そこで、このような問題点を克服すべく、平成10年改正により、現在の特許法102条1項が新設されたのである（それに伴い、各項の番号が1つずつ繰り下げられている）。同条項は、侵害者の譲渡数量に権利者の利益額を乗じたものをもって「損害の額とすることができる」と規定しており、侵害者の譲渡数量の分だけ特許権者の売上が減少することを擬制することにより¹、特許権者の保護をはかろうとしている²。

(2) 主張立証責任と立証に関する具体的方法

特許法102条1項は、侵害品の譲渡数量に権利者の単位当たりの利益額を乗じた額を、権利者の実施能力に応じた額を超えない限度において損害額と認定するとし、ただし、権利者において販売することができない数量分については控除するものとしている。特許法102条1項の規定に従うならば、権利者は①侵害品の譲渡数量、②自らの単位当たりの利益額、及び③自己の実施能力を証明することにより損害額を導き、これに対して、侵害者は④権利者において販売することができない数量分を証明することにより、損害賠償額からの控除を主張することになる。

ア 侵害品の譲渡数量の証明責任について

権利者は①侵害品の譲渡数量の証明責任を負っているが、当該数量は侵害者側の内部にのみ存するものであるため、権利者においてその証明責任を果たすことは困難を極める。そこで、実際の特許権侵害訴訟においては、裁判所が権利侵害の心証を形成して損害論に入ることとなった場

1 もっとも、知財高裁平成18年9月25日判決は、特許法102条1項の性質につき「特許法102条1項本文は、民法709条に基づき逸失利益の損害賠償を求める際の損害額の算定方法について定めた規定であり、侵害者の譲渡した製品の数量に特許権者等がその侵害行為がなければ販売することができた製品の単位数量当たりの利益額を乗じた額を、特許権者等の実施能力の限度で損害額と推定することとした規定である」と述べている。

2 中山信弘「特許法」(弘文堂)346頁

合³、権利者において一定程度、侵害品の譲渡数量に関する主張がなされれば、裁判所から侵害者に対して、自主的に譲渡数量の開示を求めるのが一般的である。そして、権利者において、侵害者の開示した譲渡数量に疑義がある場合に、より具体的・実質的な譲渡数量の立証活動に入ることとなる。損害論に関する立証方法は、個々の事案によって多様であるため、それらを網羅的に検討することはできないが、例えば、侵害品の譲渡数量に関する立証方法として、以下のような方法が考えられる。

a. 侵害品の譲渡数量を調査する手段

侵害品の譲渡数量を調査する手段として、民間のデータ収集機関や調査会社を利用することがあり得る。もっとも、各種商品の販売実績等の管理に用いられているPOSシステムにおけるデータ等は、裁判所における損害論審理の現場においても客観性のあるものとして信用され得るであろうが、一般的には、民間のデータ収集機関等の調査にかかるデータは、その根拠が不明確であるとして、必ずしもその信用性が高くは評価され難いという傾向にあるようである。

b. 第三者から収集する手段

また、侵害品が海外からの輸入にかかる製品であるような場合には税関当局、あるいは、侵害品の販売につき代理店等が介在しているような場合には当該代理店等に対して、弁護士法23条の2に基づき、輸入数量・販売数量等の照会をすることも可能である。

さらに、弁護士会からの照会等では実効性が充分ではないという場合には、裁判所に対して調査嘱託の申立（民訴法186条）をすることも考えられる。確かに、裁判所による調査嘱託が実施された場合には、いまだ裁判所の判断が確定的に示されていないにもかかわらず、嘱託先に対して、当該当事会社等が違法行為を行っていたとの印象を与え、その今後の事業活動等に対して少なからぬ影響を与えてしまう可能性も拭い去ることはできない。しかしながら、特許権侵害訴訟において、本稿で取り上げているような損害論審理の局面に至っている場合には、裁判所には、権利侵害の存在に対する暫定的な心証が形成されているのが通常であるところ、権利侵害を行っていた者の今後の事業活動等への影響の可能性よりも、権利侵害行為により権利者が被ってしまった損害額を明らかにすることの方が、優先されるべきは当然である。かかる観点に基づくならば、弁護士会からの照会等では実効性が充分ではないという場合には、裁判所には、権利侵害を行った者に対する毅然とした姿勢のもと、逡巡することなく、調査嘱託を実施することが期待されていると言うべきであろう。

c. 侵害者に対して客観的資料等の開示を要求する手段

侵害者の自主的な開示にかかる譲渡数量等に疑義がある場合、侵害者の有価証券報告書やインターネットホームページ、あるいは前記のような民間のデータ収集機関等の提供するデータを根拠として侵害者の事業規模を算出し、そこから侵害品の譲渡数量を推計して、侵害者の自主的な開示にかかる譲渡数量の不合理性を指摘するという方法も考えられる。当該方法によっては、多くの場合、侵害品の譲渡数量を推測することができるのみであるが、侵害者が自主的に開示した譲渡数量と大きな差が認められる場合には、侵害者に対して、さらなる数量、客観的資料等の開示を要求する根拠とすることができる。

3 特許権侵害訴訟においては、侵害論と損害論の審理が明確に区別され、裁判所が権利侵害の心証を形成したうえで、はじめて損害論の審理に入るという運用が確立している。

開示を要求する資料等としては、例えば、該当年度に関する損益計算書、貸借対照表、売上帳、仕入台帳その他が考えられる。また、税務上・行政上の理由等により、公的機関に対する販売数量の報告が求められている場合（例えば、酒税法47条4項）には、当該販売数量報告書の開示を要求することも有効な手段となり得る。

上記のような手段により、侵害者の自主的に開示した譲渡数量が、あまりに不自然であると評価され得るにもかかわらず、侵害者において合理的な数量、客観的資料等を任意に開示しない場合、権利者としては文書提出命令の申立（特許法105条）をすることができる。特許法105条によれば、侵害者において「その提出を拒むことについて正当な理由があるとき」は、当該資料等の提出をする義務はないとされているが、「正当な理由」がないにもかかわらず、文書提出命令に従わない場合には、裁判所は、当該文書の記載に関する相手方の主張を真実と認めることができる（民訴法224条）。

なお、文書の提出を拒否し得る「正当な理由」は、既に裁判所が権利侵害の暫定的な心証を形成していることに加えて、侵害者の自主的な開示にかかる数量が客観的資料等に比較して明らかに不自然であるとの事情をも斟酌するならば、これを安易に容認するのは公平でない。また、例えば、閲覧等の制限手続（民訴法92条）のみならず、平成16年の特許法改正により秘密保持命令の制度（特許法105条の4）が新設されるなど、訴訟当事者の営業秘密等の保護に関する各種の制度的担保が設けられている状況をも考慮するならば、文書の提出を拒否し得る「正当な理由」とは、例えばその開示をすることにより第三者の正当な利益に影響を及ぼすような、極めて例外的な場合に限定されるのが妥当であろう。

イ 自らの単位当たりの利益額の証明責任について

前記のように、権利者は②自らの単位当たりの利益額の証明責任を負っているが、これは権利者側の事情に属するものであることから、その証明をすることは容易である。しかも、特許法102条1項における「単位数量当たりの利益の額」に関しては、権利者の売上額から仕入価格等の販売のための変動経費のみを控除した限界利益を意味するとされている⁴ことから、権利者とすれば、原則として、開発投資費や人件費等を算出し、売上額から控除する必要もない。つまり、権利者とすれば、売上額から仕入価格等の製造販売に要した費用を単純に控除すれば足りるところ、これらの数字は、一般的には、自らの損益計算書、貸借対照表、売上帳、仕入台帳その他を示すことで容易に証明することができる。

もっとも、特許法102条1項が、権利者に「利益の額」の証明責任を負わせるものである以上、権利者において何らかの主張さえすれば足りるというものではない。「利益の額」を算出するために必要となる経費等に関する資料の提出が充分になされない場合には、権利者の証明責任が果たされていないとして、同条項の適用が排除される可能性の存することは当然である。

ウ 自己の実施能力の証明責任について

特許法102条1項によれば、権利者の「実施の能力に応じた額を超えない限度」において損害額が認定されるため、権利者とすれば、自らの実施能力を証明しなければならないこととなる。ただ、現実の損害論審理の場面において、当該要件が重要な争点として取り上げられることは頻繁にはないように思われる。確かに、同要件を厳格に解釈して、例えば、権利者の既存の工場等

4 東京地裁平成7年10月30日判決（制御用プログラム事件）、東京地裁平成9年2月21日判決（プラスチック製幼児用玩具事件）、大阪地裁平成19年4月19日判決（Google事件）その他。

における具体的な生産能力を限度とするのであれば、権利者の資金力、従業員数、その工場数、製造設備の型式や規模、その他をめぐり、同要件が損害論審理における主要な争点とされることも予想される。しかしながら、それでは特許法102条1項を設けた意義が失われるとして、同要件にいう「実施の能力」とは、侵害品の販売時点における、権利者の具体的な製造能力、販売能力を意味するのではなく、金融機関等から融資を受けて設備投資を行うなどして、一定量の製品の製造、販売を行うことのできる潜在的な能力を意味すると、一般には解釈されている⁵。

「実施の能力」がこのように解釈されている以上、権利者と侵害者との間において、余程の経営規模の格差が存しない限り、同要件を根拠として、損害額が抑えられる事態にはなり得ず、実際の訴訟においては、侵害品の譲渡数量すべてについて権利者に「実施の能力」があることを当然の前提として、原告・被告のいずれからも、同要件に関する特段の主張立証がなされないまま、審理が終結することも珍しいことではない。換言するならば、特許法102条1項によれば、「実施の能力」は、権利者において証明責任を負っているように規定されているものの、同要件を上記のように潜在的な能力で足りると解釈することの帰結として、むしろ侵害者側において、権利者にそのような潜在的な能力すら存しないことの説明⁶が求められていると表現することができる。

エ 権利者において販売することができない事情に関する証明責任について

特許法102条1項但書によれば、侵害者は、権利者において「販売することができないとする事情」の証明責任を負うとされている。つまり、侵害者とすれば、かかる事情を証明することにより、特許法102条1項本文により算出された損害額から、当該事情にかかる数量分を控除した額のみを賠償すればよいことになる。

そこで、侵害者とすれば、「販売することができないとする事情」として、いかなる事情を証明する必要があるのかが問題となるが、当該事情に関して、現在では、特許権者等が販売することができた物に固有な事情に限られず、市場における当該製品の競合品・代替品の存在、侵害者自身の営業努力、ブランド及び販売力、需要者の購買の動機付けとなるような侵害品の他の特徴（デザイン、機能等）、侵害品の価格などの事情をも考慮することができるとされている⁷。

かかる特許法102条1項但書の理解を前提とするならば⁸、侵害者には、損害賠償額からの控除を主張する事情に関して、実に広範な立証の選択肢が認められることになる。例えば、侵害品以外の競合品・代替品に関するチラシ、パンフレット、インターネットホームページその他の広告媒体等を提出することにより、仮に侵害品が存在しなかったとしても、侵害品に向いていた需要のすべてが当該特許製品に流入したのではないことを主張し得ることとなる。また、権利者と侵害者との事業者としての比較に関する各種資料、例えば、両者の資格証明書、有価証券報告書、インターネットホームページ、あるいは民間のデータ収集機関等の提供するデータによるシェアその他事業規模の違い、各地域における事業所、営業所数の違い、それぞれの主戦場とする

5 東京地裁平成13年7月17日判決（記録紙事件）、東京地裁平成14年3月19日判決（スロットマシン事件）。

6 証明責任を負っているのが権利者であるとの前提を維持する限り、侵害者において、権利者に潜在的な能力すら存しないことの「証明」が要求されるものではない。

7 知財高裁平成18年9月25日判決（エアマッサージ機事件）

8 特許法102条1項制定の趣旨から考察するならば、同条項但書の事情に関して、平成18年知財高裁判決が指摘するような広範な事情を考慮することは妥当でないと考えるが、当該論点に関しては、本稿の主題ではないため立ち入らない。

マーケットの違い、各種団体の実施するブランドイメージに関する調査結果報告書その他を提出することで、侵害品の販売数量が伸びたのは、権利者の有する特許権を利用したことによるものではないことも主張し得ることになる。さらに、特許製品と侵害品との比較として、例えば、両製品のパンフレット、取扱説明書、製品仕様書その他を提出することにより、侵害品の方が安価であること、特許製品には存在しない特徴的なデザインや機能その他に基づく顧客吸引力が存在することその他を主張することも可能となる。

この点に関連して、損害論審理の現場において、頻繁に争点として取り上げられるにもかかわらず、認定の極めて困難な問題が、いわゆる寄与率の問題である。寄与率とは、要するに、侵害品の構成中において、権利者の有する特許権が占める割合のことである。侵害品が特許製品のデッドコピーであり、両者のマーケットも完全に重複しているような場合には、寄与率が100ということもあり得るであろう。その反面、仮に、侵害論審理において権利侵害の心証が形成されたとしても、それが侵害品の機能との関係において何ら意味のないものであり、パンフレットその他においても触れられておらず、顧客が商品選択に際してまったく認識し得ないものであり、侵害者の営業員さえ意識していなかったような場合には、寄与率は限りなく0に近づくとということもあり得るであろう。

寄与率の算定は、実際には、侵害品に関するパンフレット、取扱説明書、製品仕様書その他において、特許権に関する機能が謳われている程度等によって判断せざるを得ないが、例えば、客観的に確立した計算式等に従って、その具体的な寄与率の割合が一義的に算出されるという性質のものではない。このことを、あえて視点を変えて表現するならば、寄与率の概念とは、客観的な根拠を示すことなく、合理的と思料される解決点（賠償額）に到達するための手段として、いかようにも割合を設定し得る都合の良い概念とすることができるかもしれない。しかしながら、仮に、寄与率の概念に、そのような利便性の高い機能が内在しているとしても、その具体的な割合の認定に際しては、可能な限り、客観的な根拠を示すことが求められていることは当然とすべきである。

2 特許法102条2項

(1) 内容

特許法102条2項は、当該侵害行為によって侵害者の受けた利益額をもって特許権者の損害額とする規定であり、その内容は次のとおりである。

特許権者又は専用実施権者が故意又は過失により自己の特許権又は専用実施権を侵害した者に対しその侵害により自己が受けた損害の賠償を請求する場合において、その者がその侵害の行為により利益を受けているときは、その利益の額は、特許権者又は専用実施権者が受けた損害の額と推定する。

(2) 主張立証責任と立証に関する具体的方法

ア 損害発生的事实（権利者による実施）に関する証明責任について

特許法102条2項は、侵害者の利益額をもって権利者の被った損害額と推定する規定である。ただ、同条項は損害額の推定規定であって、損害発生的事实についてまで推定するものではない。そこで、同条項適用の前提となる損害発生的事实を基礎付けるものとして、権利者は、自ら特許発明を実施していることについて証明責任を負うとされている⁹。もっとも、当該実施の事実については、例えば権利者の製品に関するパンフレット、製品仕様書、注文書、納品書その他によって、それほど困難性なく証明することは可能であろう。現実の損害論審理においても、

権利者が、当該特許発明に関する何らかの実施をしていることさえ証明すれば、同条項の推定が覆ることは稀のようである¹⁰。

イ 利益の額に関する証明責任について

特許法102条2項の規定によれば、権利者は、侵害者がその侵害行為により受けた「利益の額」について証明責任を負うとされている。そして、同条項にいう「利益の額」に関しては、同条1項における「利益の額」と同じく、その売上額から仕入価格等の販売のための変動経費のみを控除した限界利益を意味する¹¹とされている。つまり、原則として、権利者とすれば、侵害者の開発投資費や人件費等を証明し、これらを売上額から控除する必要はなく、仕入価格等の製造販売に要した費用を証明して、売上額から単純に控除すれば足りることになる。ただ、同条1項においては、これらの数字は権利者側に存するものであり、一般的には、自らの損益計算書、貸借対照表、売上帳、仕入台帳その他を示すことで容易に証明し得るのに対し、同条2項においては、これらは侵害者側に存するものであって、権利者が容易には証明し得ないという決定的な違いがある。

そこで、損害論審理の現場においては、このような証明の困難性にも鑑みて、権利者において、侵害者の「利益の額」に関する一定程度の主張がなされれば、裁判所から侵害者に対して、自主的に、「利益の額」に関する資料の開示を求めるという訴訟指揮がなされるのが一般的である。そして、権利者において、侵害者の開示した「利益の額」に疑義がある場合に、より具体的・実質的な「利益の額」の立証活動に入ることとなる。

そこで、より具体的・実質的な侵害者の「利益の額」に関する立証方法が問題となるが、これは、前述の特許法102条1項における「侵害品の譲渡数量」に関する立証方法と、基本的には共通する。ただ、「侵害品の譲渡数量」は客観的に明確な数量として、例えば、民間のデータ収集機関の活用、調査嘱託の申立（民訴法186条）、文書提出命令の申立（特許法105条）等により、調査・収集の対象たり易い性質を有するのに対し、侵害者の「利益の額」は、例えばPOSシステムにおけるデータや税関当局が把握している数字そのものには顕出されず、侵害者における売上額や仕入価格等の細目から算定、あるいは推計せざるを得ないという特殊性がある。

このような、侵害者の「利益の額」に関する証明の困難性にも配慮するならば、前記のような「侵害品の譲渡数量」を証明する際にも増して、裁判所には、調査嘱託や文書提出命令の申立にも躊躇することなく、さらには損害計算のための鑑定（特許法105条の2）も視野に入れつつ、これらを積極的に活用することで、損害論審理の充実をはかることが期待されるというべきであろう。侵害論審理において権利侵害の心証が開示された以上、損害論審理において、侵害者が文書提出その他に起因する不利益を受けざるを得ないことは是非もない。損害額の立証を容易化するための上記各種規定を積極的に活用して、立証の困難性を抱える損害論審理の充実をはかることが、その趣旨にもかなうものである。

9 東京地裁昭和37年9月22日判決（二連続玩具事件）、大阪地裁昭和55年6月17日判決（表札事件）、大阪高裁昭和56年2月19日判決。

10 権利者が不実施の場合には、特許法102条3項所定の実施料相当額の請求をすることとなる。

11 東京地裁平成10年10月7日判決（負荷装置システム事件）、東京地裁平成13年2月8日判決（自動玩具銃事件）。

ウ 侵害者の証明責任にかかる事項について

特許法102条1項但書には賠償額の控除事由が定められており、侵害者は、権利者において販売することができない事情を証明することにより、損害賠償額の減額を主張することが可能である。これに対して、同条2項においては、かかる控除事由は何ら規定されていない。

もっとも、侵害品を販売することにより発生する利益については、当該特許発明以外の要因に多くを依存していることも多々あり、その利益額のすべてを損害額として推定することは必ずしも公平ではない。そこで、特許法102条1項と同じく、侵害者において、侵害品の利益に占める当該特許発明の寄与率を証明することにより、損害賠償額の減額を主張することが認められている¹²。寄与率に関する証明方法については、特許法102条1項において指摘したことと基本的には共通するものであり、その算定は困難を極めるのが通常であるが、前述のように、その具体的な割合の認定に際しては、可能な限り、客観的な根拠を示すことが求められているとすべきである。

また、特許権者の他に、通常実施権者も当該特許発明の実施をしていたような場合には、特許権者において、侵害品の全てを販売することができたと認められないと考えられる。そこで、侵害者において、特許権者が他者に実施許諾をしており、実施権者も当該特許発明の実施をしていたことを立証することにより、特許法102条2項に基づく賠償額の減額を主張し得るとされている¹³。

なお、特許法102条2項は、同条1項とは異なり、推定規定であることが明確に規定されている。そこで、侵害者において、権利者の現実に被った損害額が、侵害者の利益額よりも低額であることを立証すれば、推定は覆滅することになる。

3 特許法102条3項

(1) 内容

特許法102条3項は、侵害された特許発明の実施料に相当する額をもって特許権者の損害額とする規定であり、その内容は、次のとおりである。

特許権者又は専用実施権者は、故意又は過失により自己の特許権又は専用実施権を侵害した者に対し、その特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額に相当する額の金銭を、自己が受けた損害の額としてその賠償を請求することができる。

(2) 主張立証責任と立証に関する具体的方法

ア 権利者における実施の有無、実施能力等に関する証明責任について

ある者が適法に他者の有する特許発明を実施するためには、権利者の実施の有無や実施能力、あるいは、競合製品の存在や主戦場とするマーケットの違い等を問うことなく、権利者との間で実施契約を締結して実施料を支払わなければならない。それゆえ、特許法102条3項が、権利者の最低限の損害額として実施料相当額を定めているのは、いわば当然のこととも言うことができる。

したがって、特許法102条3項の適用を主張するに際しては、同条1項や2項の場合とは異なり¹⁴、権利者において、その実施や実施能力等に関する証明責任を負うことはない。

12 東京地裁平成6年5月30日判決（内視鏡用フィルムカセット事件）

13 東京地裁平成11年7月16日判決（悪路脱出具事件）

イ 種々の具体的事情に関する証明責任について

現在の特許法102条3項は平成10年改正によりその内容が変更されているところ、同改正前には、「通常」の実施料相当額を損害として認める内容の規定であった。ところが、「通常」という文言があるが故に、一般的な相場や国有特許等を基準とした低額の実施料相当額の賠償しか認められないことも多いのが現実であった¹⁵。かかる現実の下においては、侵害者とすれば、侵害品の販売等をしていても、仮に発見されれば事後的に実施料相当額を支払えばよく、それどころか発見されなかったり、あるいは発見されても特許権者が種々の理由により権利行使を躊躇したりすれば、実施料等を支払うことなく侵害品を販売することができるという不都合が存在した。

そこで、平成10年改正では、かかる不都合を回避し、事案ごとの具体的事情に応じて実施料相当額を柔軟に認定し得るよう、「通常」の文言を削除することとしたのである。

かかる改正の経緯に基づくならば、権利者とすれば、特許法102条3項との関係においては、当該事案との関係における種々の具体的事情を証明することで、その賠償額が多額となり得るよう主張していくことが可能となる。いかなる具体的事情を証明すべきかは個々の事案によるが、例えば、当該特許発明に関して権利者の投下した開発費、権利者自身による実施状況、他者への実施許諾の状況¹⁶、当該特許発明の技術内容や重要性¹⁷、侵害品の販売数量や利益額及び市場占有率等を証明することが考えられる。さらに言うならば、侵害者の故意・重過失の程度を賠償額算定の一事情として参酌する可能性が検討されて然るべき場合もあり得るであろう（特許法102条4項参照）。

確かに、特許法102条3項所定の「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」を具体的に定めることは、裁判所においても困難を伴う。しかしながら、前記のような特許法102条3項改正の趣旨に基づくならば、権利者において上記のような種々の具体的事情を証明しているにもかかわらず、一般的な相場程度の低額な実施料率に基づく損害額のみ認定されることは妥当でない。違法行為に対するインセンティブを与えないためにも、裁判所には、相当な損害額を認定（特許法105条の3）することが望まれる¹⁸。

第3 おわりに

本稿「第1 はじめに」においても指摘したように、特許権等の知的財産権は、権利侵害が容易になされ得るにもかかわらず、権利者が被った損害額の証明が極めて困難であるとの特殊性を有する。このような知的財産権の特殊性に配慮することなく、一般不法行為の原則に固執して、極めて低額の賠償しか認められないのでは、違法行為に対するインセンティブを与えるのみなら

14 特許法102条1項但書により「控除」された数量について、同条3項に基づく実施料相当額の賠償が認められるか否かという論点については、本稿の主題とは異なるため立ち入らないこととする。

15 例えば、現実に実施権者から受領していた実施料よりも低額とされた例として、東京地裁平成2年2月9日判決など。

16 大阪地裁平成11年7月6日判決（包装用トレー事件）、東京地裁平成11年11月30日判決（複合プラスチック成形品製造方法事件）。

17 大阪地裁平成13年10月9日判決（電動式パイプ曲げ装置事件）、大阪地裁平成13年3月1日判決（環状カッタ事件）。

18 東京地裁平成12年7月18日判決（ヒンジ事件）、東京地裁平成12年8月31日判決（レンズ付きフィルムユニット事件）、東京地裁平成13年5月22日判決（電話用線路保安コネクタ配線盤装置事件）、大阪地裁平成13年10月18日判決（掘進機事件）。

ず、権利者に対して権利行使の意欲を減退させ、さらには発明者に対して権利取得の意欲を喪失させる結果を招来する。そして、数度の法改正を経ることで、このような不都合を回避するための制度は、それなりに整備されてきたようにも思われる。

法律実務家は、社会に現れる違法行為と直接的に対峙する立場として、このような各種制度を駆使し、その趣旨に則った運用がなされるよう、最善を尽くさなければならないこと言うまでもない。損害論における審理は、未開の森を進むようなものであり、方向性を見失いそうになることも稀ではない。しかしながら、権利侵害の心証を前提とする損害論審理においては、違法行為に対して毅然たる姿勢を示すことが要請されており、それによって、必ず道は示されるのではなかろうか。

本稿が、特許権侵害争訟における損害論審理の一助となり、僅かばかりでも権利者の保護に資するものたり得ることを祈念する次第である。

以 上