

損害論における主張立証の困難性を緩和する 制度の概観



辻本法律特許事務所 所長
弁護士・弁理士・ニューヨーク州弁護士 辻本 希世士

第1 はじめに

知的財産権侵害訴訟において権利侵害が成立する場合、権利者が被った損害額は、①権利者が自己の製品の販売等により得た単位数量当たりの利益額に被疑侵害品の譲渡数量を乗じた額、②被疑侵害者が被疑侵害品の譲渡等によって得た利益額、③実施料相当額等により算定される(例:特許法102条)。

この規定により、知的財産権侵害によって権利者が被った損害額的主張立証の困難性は相当程度緩和されるが、例えば上記②において、「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ものと解すべきである。」と解されている¹。このことからして、権利者としては、上記各規定の基礎となる事実関係の主張立証を行うべく、被疑侵害者側に存在する事実や証拠を収集する必要がある。しかるに、特許法等においては、証拠収集を拡充する規定や合理的な損害額の認定に資する制度が複数設けられており、裁判実務においても、損害論の審理場面で各制度が活用された結果、一定の損害額の認定に至ったケースも散見される。

そこで、本稿においては、損害論における主張立証の困難性が緩和された裁判例を参照しつつ、特許法等所定の各制度の活用状況を整理し、効率的な活用方法を模索する。

第2 証拠収集の拡充に資する制度

1 被疑侵害者からの証拠収集

特許権侵害訴訟の損害論においては特許法102条2項の適用が求められるケースが多いが、同条項の場合、権利者は、被疑侵害品の売上高と限界利益を構成する経費を主張立証することにより、被疑侵害者が被疑侵害品の譲渡等によって得た利益額を算出しなければならない。また、同1項の場合には少なくとも被疑侵害品の譲渡数量を、同3項の場合には少なくとも被疑侵害品の

1 知財高判大合議令和1年6月7日(平成30年(ネ)10063号・判例時報2430号34頁)

売上高を、それぞれ主張立証する必要があるため、権利者としては、いずれの場合も、被疑侵害者側に存在する証拠を収集する必要がある。

実務上、まずは被疑侵害者に対し、被疑侵害品の売上高や経費にかかる事実関係及び証拠につき任意の説明及び開示が求められることが多く、その結果、被疑侵害者から任意の説明及び証拠開示がなされるケースもある。しかしながら、任意の説明及び証拠開示がなされない場合や、一定の説明及び証拠開示があっても不十分であると考えられる等の場合、権利者は、文書提出命令（特許法105条1項、民事訴訟法220条）を申し立てることにより、強制力を伴う形で資料開示を求めることが考えられる。現在の裁判実務において、損害論の審理に入ったということは、裁判所は権利侵害の心証を有していることが前提になっているから、被疑侵害品の売上高や経費が記載されている帳簿等は、「損害の計算をするため必要な書類」（特許法105条1項）に該当すると解される可能性が高い。これに対し、被疑侵害者は、正当な理由があれば文書の提出を拒めることになってはいるが（同但書）、少なくとも秘密保持命令（同法105条の4）によって秘密性は維持されるため、文書の提出を完全に拒める結果となることは、あまりないように思われる。

このような制度の概要からすれば、被疑侵害者から証拠収集する手段として、権利者において文書提出命令を申し立てることは非常に効果的であり、実務においても頻繁に活用されている。また、実務においては、文書提出命令が申し立てられたことを踏まえ、裁判所から被疑侵害者に対して売上高や経費に関する証拠の提出が促された結果、被疑侵害者から任意提出されるに至ることも多い。売上高や経費に関する証拠が何らかの形で一定程度提出されている場合には、より具体的なし詳細な証拠を確認する必要性の有無が問われ、結果として、必要性がないとして申立てが却下されるケースもあり得るが、少なくとも証拠が一切提出されていない場合には、申立てが認められる可能性は高いであろうし²、上記実務の現状と併せ鑑みれば、文書提出命令の制度により、被疑侵害者が保有する被疑侵害品の売上高や経費に関する証拠の提出が促進されていることは、間違いない。

最後に、文書提出命令申立てを巡る経緯を踏まえ、以下のような認定がされることもあり得ることを、紹介しておく。

<大阪地判平成21年4月7日³>

原告は、本訴において、平成20年10月8日に文書提出命令を申し立て（当庁平成20年（モ）第1296号）、これを受けて、当裁判所が平成20年11月7日に文書提出命令（被告の決算報告書及び法人事業概況説明書、確定申告書控え、総勘定元帳、サーコンGR販売記録並びに売上傳票を対象とする。ただし、本件と関連のないものについては除く。）を発令し、被告からこれらの文書の提出があった。その後、原告は同文書を閲覧したものの、平成20年12月15日の第12回弁論準備手続期日において「平成20年11月7日付けで決定のあった文書提出命令に基づいて、被告から提出のあった文書を検討したが、原告からこれを書証として提出する予定はない。」と述べた。以上の経過は当裁判所に顕著である。

GR-nの販売額等を示す最も直截な書面は、上記文書提出命令において提出を命じた各

2 文書提出命令が申し立てられた場合の帰趨については、亀ヶ谷薫子「知財訴訟における文書提出命令に関する調査・研究及び提言」（平成27年12月24日知財紛争処理システム検討委員会（第5回）配布資料3）7～12頁において、詳細な整理・分析がなされている。

https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki_2/tyousakai/kensho_hyoka_kikaku/2016/syori_system/dai5/siryous3.pdf

3 平成18年（ワ）11429号・判例時報2065号115頁

文書であるところ、上記のとおり、原告はこれらを閲覧しながら、証拠として提出しなかったのであるから、かかる本訴の経過に照らし、被告の自認する販売額の限度で、GR-nの販売額等を認定するのが相当である。

上記判示事項から理解できるように、本件は、裁判所は、権利者の文書提出命令申立てを認め、被疑侵害者は、裁判所の命令を受けて一定の文書を提出したが、権利者は、当該文書を証拠として提出しなかったケースであり、裁判所は、かかる経緯を踏まえ、被疑侵害者が説明するおりの販売額を認定した。あくまでも推測ではあるが、権利者は、被疑侵害者から提出された文書を確認しても、被疑侵害者が説明する以上の販売額を裏付ける記載を発見できなかったことから、証拠として提出することを控えた可能性がある。権利者としては、それでもなお被疑侵害者の説明に承服できない部分があったかもしれないが、権利者が被疑侵害者保有の文書を確認するというプロセスを経たことにより、被疑侵害者の説明が一定程度裏付けられた前提で被疑侵害品の販売額が認定されたという意味において、文書提出命令制度が機能したと評価できる。

2 第三者からの証拠収集

被疑侵害者の説明や被疑侵害者から提出される証拠は、被疑侵害者が賠償すべき損害額に直結するという関係にあるため、かかる説明や証拠の信憑性に疑義が呈されがちであり、特に権利者は、より客観的に確認したいとの思いに駆られる。この点、例えば被疑侵害品の売上高に関する事項は、被疑侵害品の販売先に対して確認することで判明する場合もあり、特に販売先数が一定程度に限定されているような場合には、各販売先に確認することが考えられる。ここで、権利者が販売先に確認しても任意の回答を得られないことも多いが、調査嘱託（民事訴訟法186条）の手続きにより、裁判所から販売先に照会することが考えられる。もちろん、裁判所は、調査嘱託の必要性を慎重に吟味するが、被疑侵害品の売上高は損害額の認定に際して最も基礎的な事項であるから、被疑侵害者の説明や開示した証拠のみにより客観性が担保されていると判断できる場合でなければ、権利者が希望した場合に、調査嘱託を行うことには合理性が認められる。

例えば、以下の裁判例では、調査嘱託が機能したと評価できる。

<大阪地判平成14年4月9日⁴>

大創産業が被告から仕入れた2本組ワイヤーブラシセットの数量について調査嘱託を受けて回答した書面（甲16）によれば、大創産業は、平成10年7月から平成11年12月末日までの間に被告から、2本組ワイヤーブラシセットを21万5592個（原告商品A、B及び被告商品A、Bの合計仕入数量）仕入れていることが認められ、前記2（2）オ記載のとおり、原告が被告に納品した原告商品A、Bの数量は15万1200個であるから、被告が平成11年12月末日までに販売した被告商品A、Bの数量は、6万4392個（21万5592個－15万1200個）であると認められる。

なお、平成13年11月13日付文書提出命令（平成13年（モ）第7214号）に従って被告が提出した被告商品A、Bの販売台帳によれば、被告は、大創産業に対し、平成11年12月末日までの間に、被告商品Aを2万6496個、被告商品Bを2万4516個、合計5万1012個を納品しているとの集計結果が示されているが、上記甲16の書面は第三者である大創産業の作成に係るものであって、より信用性が高いと認められるから、被告提出の販売台帳に基づく上記集計結

4 平成12年（ワ）1974号／平成12年（ワ）12240号・判例時報1826号132頁

果をもってしても、上記認定を覆すには足りない。

上記判示事項から理解できるように、本件では、被疑侵害品の販売数量が被疑侵害者の販売先に対してなされた調査嘱託の結果から認定された。これに対し、被疑侵害者も、別途なされた文書提出命令に応じて販売台帳を提出していたが、販売先の回答より販売数量が少なく記載されていた模様であった。このように、両者に齟齬が生じる結果となったが、裁判所は、第三者である販売先の回答の方が信用できるとして、被疑侵害品の販売数量につき、被疑侵害者による説明よりも1万個以上多く認定した。販売数量が多く認定された分、損害賠償が多く認定されたことになるから、権利者の立場からすると、調査嘱託を活用したことにより、より多額の損害額の認定を受けることができたと評価できる。

ただし、「調査嘱託に対する嘱託先の回答義務は、前記のとおり当該調査嘱託をした裁判所に対する公法上の義務」であるとされているものの、同時に「調査嘱託の職権発動を求めた訴訟当事者に対する直接的な義務ではないので、上記公法上の義務に違反したことが直ちに上記訴訟当事者に対する不法行為になるというものではない」と解する裁判例⁵もある点には、注意が必要である。同裁判例によると、嘱託先が回答を拒絶した場合、調査嘱託の職権発動を求めた訴訟当事者に対する不法行為が成立する余地を肯定しているが、一定の要件を必要とするように解される判示部分もあり、権利者としては、嘱託先が回答しない場合の対応に苦慮することもある⁶。かかる場合には、第三者に対する文書提出命令を申し立てることも考えられるが（民事訴訟法220条）、公務員の職務上の秘密に関する文書（同4号ロ）であるとか、専ら文書の所持者の利用に供するための文書（同ニ）であるという理由で、提出を拒まれる可能性は残る。

以上を総合すると、調査嘱託が必ずしも万能であるとは言い切れないものの、一般的に、第三者の説明は、被疑侵害者自身の説明よりも高い信用性が認められる傾向にあるため、損害額の主張立証の際にも活用できる場面は多い。事実、調査嘱託によって一定の事実が認定されたケースは散見されるので⁷、権利者としては、調査嘱託を中心に、第三者から証拠開示を受ける制度の活用を前向きに検討するとよい。

第3 合理的な損害額の認定に資する制度

1 計算鑑定

損害論の審理に必要な証拠が一定程度提出されたとしても、権利者は、被疑侵害品の売上高や限界利益を構成する経費の計算を正確にできないことも多いが、損害額を算定すべく、会計の専門的知識を有する者の鑑定を求めることができる。いわゆる「計算鑑定」と称される制度であるが、知的財産権侵害訴訟においては、当事者が鑑定人に対して必要な事項を説明する義務を課せられる点において（特許法105条の2の11）、鑑定の実効性が担保されやすくなっている。したがって、計算鑑定は、損害額の計算に資する制度であることに間違いはなく、さらに被疑侵害者からの証拠収集にも資する側面があることも見逃せない。

例えば、以下の裁判例では、計算鑑定が機能したと評価できる。

5 東京高判平成24年10月24日（平成24年（ネ）4113号・判例時報2168号65頁）

6 筆者も、代理人として関与した事案において、裁判所が認めた調査嘱託に対し、嘱託先から回答が拒絶された経験がある。

7 知財高判令和2年11月30日（平成29年（ネ）10049号・裁判所ウェブサイト）・大阪地判平成31年3月28日（平成29年（ワ）5011号・裁判所ウェブサイト）

＜東京地判平成19年12月25日⁸＞

マンホール構造等の発明に係る特許権侵害訴訟において、計算鑑定の結果は信用性の高いものであるとしたが、出荷手数料や下水道展費用については、計算鑑定の結果と異なり一部控除すべき費用であると認定して、特許法102条2項の規定により損害と推定すべき利益の額が認定された事例。

上記要約から分かるように、本件では、特許法102条2項に基づく損害額が計算鑑定を踏まえて認定された。具体的には、被疑侵害品の売上高につき、「計算鑑定人が販売データの商品名に被告物件の製品名である「スパーサージョイントDR」を意味する「SJD R」の記載がある販売取引の売上高を集計し、かつ、サンプルベースで請求書と販売データとの照合手続をなした上で、算定された」ことに基づき、計算鑑定の結果に高い信用性を認めた。また、経費としては、被疑侵害者ごとに、①仕入高、運賃、新技術申請費、カタログ費用、出荷手数料、ロイヤリティ、展示会費用と、②材料費、人件費、水道光熱費、消耗品費、機械償却費につき、それぞれ検討が加えられた。このように、本件では、被疑侵害品の売上高の確定にも経費の確定にも計算鑑定が積極的に活用されたように見受けられ、計算鑑定が損害額の認定の中心的な役割を担ったと考えられる。もっとも、上記要約にもあるように、計算鑑定の結果のとおり、裁判所が利益額を認定するとは限らず、例えば「限界利益」の概念に基づき、裁判所が計算鑑定の結果を一部修正することはあり得る。

また、大阪地判平成30年3月12日⁹は、被疑侵害品の売上高や利益率に加え、特許法102条2項の推定を覆滅する事由の有無を検討する場面においても、計算鑑定の結果を参酌したと見受けられる。具体的には、権利者の製品と被疑侵害品の販売形態や販売数量の相違及び権利者の製品に対する消費者の評価等を検討すべく、権利者の製品の販売数量の推移を計算鑑定によって認定し、同認定に基づき、上記各事情が推定覆滅事由となり得るかを吟味した模様である。このように、計算鑑定の結果が活用される場面は、売上高や経費の算定よりさらに広がることもあり得る。

こうしてみると、計算鑑定は、損害額の算定に際して非常に有益な制度であるが、実施の方法等については、理論上の問題も含めて、必ずしも解決していない課題もある。

まず、計算鑑定人が検討した資料につき、東京地判平成25年9月25日¹⁰は、「計算鑑定は、営業秘密を対立当事者に開示することなく損害額を算定するために利用されており、鑑定資料がすべて対立当事者に開示されるとすれば、計算鑑定制度の円滑な運用を損なうおそれがあるというべきである。・・・鑑定資料が被告に開示されないとしても、本件計算鑑定が違法であるとはいえないし、その証拠能力や証明力に影響するものでもない。」と判示しており、鑑定人が検討した資料が訴訟手続きに顕出されない事態を容認している¹¹。また、被疑侵害者が鑑定人に対する説明に協力しない場合、後記2の真実擬制のような制度がないことから、一定の事実関係を画一的に認定するという対応は困難な状況下にある。この点、被疑侵害者が協力しないことを弁論の全趣旨として参酌することは考えられるが、どのように参酌し、その結果、どのように損害額を

8 平成18年（ワ）第1702号／平成18年（ワ）第27110号・判例時報2014号127頁。本文は、第一法規『D1-law.com 判例体系』の要約。

9 平成26年（ワ）7604号・判例時報2413・2414号156頁

10 平成22年（ワ）17810号・判例時報2276号111頁

11 当事者の意見を聴取する機会を設けるべく、実務上工夫する必要はあるように思われる。

認定するかは、結局、事案ごとの判断となる。その他、計算鑑定にはそれなりの費用が必要となる
ところ、当該費用は、まずもって申立人となる権利者が予納しなければならないことが多いと
思われる。最終的には敗訴者である被疑侵害者の負担となる可能性もあると思われるが、例え
ば、被疑侵害品の販売数量につき計算鑑定を実施した事案において、権利者がこれに要する費用
を負担する旨申し出ていたことや、計算鑑定を実施した結果、被疑侵害品の販売数量に関する被
疑侵害者らの主張が概ね正しいことが判明し、本来、計算鑑定を実施する必要はなかったことに
鑑み、計算鑑定に要した費用を勝訴当事者である権利者の負担とした裁判例¹²もある。

このように、計算鑑定は、実務的に解決すべき課題も残されているが、証拠収集から損害額の
計算に至るまでの困難性を救済する可能性を包含する制度であることに間違いはなく、また、裁
判例において信用性が高く評価される傾向にもある。したがって、計算鑑定は、事案によって、
損害額の主張立証のための効果的な手段となり得る。

2 真実擬制

上記第2・1のとおり、被疑侵害品の売上高や限界利益を構成する経費を主張立証すべく、文
書提出命令を活用することは効果的であることが多いが、文書提出命令が発令されてもなお、被
疑侵害者が対象文書を提出しないこともある。このような場合、裁判所は、権利者が対象文書の
記載に関して具体的な主張をすること、及び、対象文書により証明すべき事実を他の証拠により
証明することが著しく困難であるときは、その事実に関する権利者の主張を真実と認めることが
できる（民事訴訟法224条3項）。いわゆる「真実擬制」と称される制度であるが、この制度があ
ることにより、万一被疑侵害者が文書提出命令に従わない場合には、権利者の主張が事実として
認定される可能性が担保されるし、被疑侵害者に対して任意の説明ないし証拠開示を促すという
事実上の効果も認められる。

例えば、以下の裁判例では、真実擬制が機能したと評価できる¹³。

＜東京地判平成28年3月28日¹⁴＞

被告は、当裁判所がした本件文書提出命令にもかかわらず、正当な理由なく、対象文書を
提出しなかったものである。

そこで、民訴法224条1項又は3項の規定により、対象文書の記載に関する原告の主張を真
実と認め、又は対象文書により証明すべき事実に関する原告の主張を真実と認めることがで
きるかについて検討する。

対象文書は、被告の売上傳票、請求書控え、製造原価報告書及び経費明細書（製造経費及
び販売経費）であって、被告の業務に際して作成される会計帳簿書類であるから、その記載
に関して、原告が具体的な主張をすることは著しく困難である。また、原告が、対象文書に
より立証すべき事実（被告における平成23年1月1日から平成27年4月20日までの被告各製
品の売上高及び利益の額が原告の主張する額であること）を他の証拠により立証することも
著しく困難である。

そうすると、民訴法224条3項の規定により、被告における平成23年1月1日から平成27年

12 東京地判平成29年7月27日（平成27年（ワ）22491号・判例時報2359号84頁）

13 真実擬制が機能した他の事案として、知財高判平成21年1月28日（平成20年（ネ）10054号／平成
20年（ネ）10071号・判例時報2045号134頁）や大阪地判平成17年12月15日（平成16年（ワ）6262号・
判例時報1936号155頁）もある。

14 平成26年（ワ）1690号・裁判所ウェブサイト

4月20日までの被告各製品の売上高及び利益の額は、原告の主張、すなわち、被告は、平成23年1月1日から平成27年4月20日までの間に、被告各製品を販売して合計8億1715万2306円を売り上げ（うち平成26年1月23日までの売上高は7億8021万6380円、同年12月21日までの売上高は8億1685万6414円）、かつ、被告各製品の利益率はいずれも15パーセントを下回ることではないとの事実を真実であると認めるのが相当である。なお、被告の平成22年4月1日から平成26年3月31日までの総売上の合計が53億6258万6000円であり、うち、完成工事高が36億2028万2000円、兼業事業売上高が17億4230万4000円であること、同期間中の兼業事業売上高に占める原価率は66.27パーセントであること（以上につき、甲70ないし77）、被告は、被告製品1-1及び同1-2につき平成21年12月17日に、被告製品4-1及び同4-2につき平成23年11月7日に耐火認定（建築基準法及び同法施行令に規定する基準に適合することの認定）を受けたこと（当事者間に争いが無い。）などの事実関係からすれば、上記真実擬制に係る事実は、客観的の真実とも十分に符合しうるといふべきである。

そうすると、被告は、本件特許権1の侵害により、8億1685万6414円に15パーセントを乗じて算出される1億2252万8462円（うち平成26年1月23日までの売上に係る利益は1億1703万2457円）の利益を受けたものと認められる。

本件では、文書提出命令の対象文書が売上傳票、請求書控え、製造原価報告書及び経費明細書（製造経費及び販売経費）であり、売上高及び限界利益を構成する経費の双方が真実擬制の対象となった結果、被疑侵害者は、特許権侵害によって売上の15パーセントに相当する金額につき利益を受けたとの事実が認定された。この金額は特許法102条2項に基づき推定される損害額に相当するから、権利者は、真実擬制により、同条項所定の推定を受けるために必要な事実関係の主張立証責任を果たしたと認められたことになる。

真実擬制の適用を受けるには、「権利者が文書の記載に関して具体的な主張をすること、及び、対象となった文書により証明すべき事実を他の証拠により証明することが著しく困難であるとき」という2つの要件を充足する必要がある。しかしながら、上記判示事項にもあるように、売上高や経費に関する証拠は被疑侵害者の業務に際して作成される会計帳簿書類であるから、権利者において具体的な主張をすることも、他の証拠により立証することも、著しく困難であることが多く、多くの侵害訴訟においてこれらの要件を充足すると推測される。ただし、あくまでも権利者の主張を「真実と認めることができる」ととどまり、必ず権利者の主張のとおり事実認定されるとは限らない。上記判示事項においても、裁判所は、他の証拠関係等を踏まえて、権利者の主張が客観的事実と合致していることを詳細に確認しているし、「控訴人の主張は、本件全証拠から窺われる控訴人エアソフトガンのカスタムパーツの流通状況、被控訴人シェリフの営業内容を考慮すると不自然であり、控訴人の上記主張を全面的に真実であるとするに躊躇せざるを得ない。」として、被疑侵害品の販売数量につき、権利者主張の一部の範囲で真実と認めた裁判例もある¹⁵。

以上のとおり、真実擬制は、売上高や限界利益を構成する経費にかかる権利者の主張立証責任を大きく緩和する機能があるため、権利者は、この制度の活用を大いに検討するとよい。ただし、あくまでも事実は証拠等に基づき認定されることが原則であり、真実擬制の適用に際しても、他の証拠等に基づき客観的に認められる事実との関係で不合理でない範囲において認められるから、真実擬制の適用を求める前提として、可能な限り証拠収集に努める必要があることには

15 東京高判平成14年1月31日（平成11年（ネ）1759号・判例時報1815号123頁）

留意すべきである。

3 相当な損害額の認定

損害額を算定するために必要な事実の立証が「当該事実の性質上極めて困難である」場合は、口頭弁論の全趣旨や証拠調べの結果を踏まえ、相当な損害額が認定されることがある（特許法105条の3）。民事訴訟法にも「損害の性質上その額を立証することが極めて困難である」場合には相当な損害額が認定され得ると規定されていることから（同法248条）、両規定の関係等につき種々の議論があるが¹⁶、特許法の場合、条文の文言上、損害額そのものではなく、損害額を算定するために必要な事実関係の立証が性質上極めて困難な場合にも、相当な損害額が認定され得る。

例えば、以下の裁判例では、特許法105条の3が適用されて、相当な損害額が認定された。

<大阪地判平成13年10月9日¹⁷>

シュー及びガイドは、電動式直管ベンダーと同時に購入される場合に限り、共にイ号装置を構成するものとして本件特許権を侵害するが、単体で販売される場合には、直接本件特許権を侵害する行為に当たらないことはもとより、本件発明に係る物の生産にのみ使用される物の譲渡にも当たらない。

被告が販売したシュー及びガイドのうち、全体の1/2がイ号装置に用いられることは、被告の自認するところであるが、そのうち、電動式直管ベンダーと一体として販売されたものの数量及び金額を明らかにする証拠はない。

しかし、エンドユーザーがイ号装置を使用するには、電動式直管ベンダー、シュー及びガイドの3点を購入して組み合わせる必要があるのは前記3、(1)のとおりであるから、イ号装置に使用されるシュー及びガイドは、電動式直管ベンダーと一体して販売されるものが相当の割合を占めるものと推定される。加えて、原告大同興業は、同原告では、回転フォーマ（シュー）のうち一体販売されるものの割合が0.5092、ベンディングダイ（ガイド）のうち一体販売されるものの割合が0.4457であると主張するところ、この率は、同原告の電動式パイプ曲げ装置及び部品の売上実績（平成8年6月～平成10年7月）に基づくものであり信憑性が認められる。

以上によれば、原告大同興業と被告の販売方法の違いを考慮しても、イ号被告に使用されるシュー及びガイド（全販売数量の2分の1）の40%は、電動式直管ベンダーと一体として販売されたものとみるのが相当であるから、シュー及びガイドについては、その全販売量の2分の1に対応する利益の額（売上額に被告が反訴において主張し、原告らがこれを援用する利益率35%を掛けた額）の40%が、本件特許権の侵害により原告大同興業が被った損害額として相当な額（特許法105条の3）というべきである。

本件では、一部の製品が単体で販売される場合には権利侵害を構成せず、他の製品とセットで販売される場合にのみ権利侵害を構成するという事情の下、セットで販売された数量が、権利者の販売方法等を参考に、特許法105条の3に基づき認定された。

その他、実施料相当額が特許法105条の3の類推適用によって認定された裁判例¹⁸や、商標権

16 中山信弘・小泉直樹編『新・注解特許法第2版 [中巻]』青林書院2251～2253頁 [相良由里子]

17 平成10年（ワ）12899号／平成11年（ワ）13872号・裁判所ウェブサイト

侵害に基づく権利者の逸失利益が特許法105条の3（商標法39条による準用による）に基づき認定された裁判例¹⁹もある。

このように、特許法105条の3は、損害額の算定に必要な事実関係の一部が立証できない場合でも一定の損害額が認定され得るという点において、損害額にかかる権利者の主張立証責任を大きく緩和する面がある。

もっとも、同条項は、裁判所に対して相当な損害額の認定を許容する文言になっており、必ずしも義務づけてはいないと解される。また、仮に適用されるとしても、特許法102条各項のように算定方法が明確に定められていないため、特許法105条の3によって算定される額も予測しづらい。さらに、損害額は、口頭弁論の全趣旨や証拠調べの結果を踏まえて認定される周辺事情に基づき、合理的と考えられる範囲で算定されることとなっており、上記各裁判例においても、認定した損害額が相当なものであることを一定程度の合理性をもって説明すべく、口頭弁論の全趣旨や証拠に基づき、周辺事情を慎重に認定している。そもそも「相当な損害額」という概念がやや抽象的であり、かかる概念の下に損害額を具体的に算定することは、他の手段を尽くしても不可能な場合に限定されるはずである。事実、今般、改めて裁判例における各制度の活用状況を整理した限りでは、特許法105条の3を活用して損害額を算定した裁判例は、他の制度と比較して必ずしも多くないように見受けられた。

以上のとおりであるので、特許法105条の3は、他の制度を駆使してもなお解消できない、やや特殊な事実関係の立証の困難性を救済する制度として位置づけられると理解すべきである。仮に、特許法105条の3の適用を視野に入れるとしても、まずは、主張立証可能な周辺事情を基礎として、同周辺事情から説得的な論理に基づき損害額を説明するように努めることが肝要である。

第4 おわりに

損害論の審理においても、客観的資料に基づき事実を認定し、認定した事実に基づき損害額を計算することが本則である。しかるところ、文書提出命令、調査嘱託及び計算鑑定は、この本則に沿った事実認定や計算のための制度であり、裁判例においても、積極的に活用されているように見受けられる。

これに対し、真実擬制は、当初からその適用を目指すというよりも、文書提出命令に沿って対象文書が提出されない場合に、同命令の実効性を担保する役割を果たすものであると理解するのが正しい。事実、文書提出命令に沿って対象文書が提出されれば、真実擬制を適用する必要はないし、真実は、擬制されるよりも、ありのまま訴訟手続きに顕出される方が公正であるともいえる。さらに、特許法105条の3については、各制度を駆使してもなお、主張立証責任を果たせない合理的理由がある場合に、損害額が不明であるという理由によって権利者が損害賠償を得られない事態を避けるための、いわば例外的な制度であると理解すべきであろう。

各制度の特徴を上記のように階層的に理解しておく、各制度をより効果的に活用できると考える。

以 上

18 東京地判平成21年2月18日（平成19年（ワ）28506号・裁判所ウェブサイト）

19 長野地判平成29年8月10日（平成27年（ワ）36号・D1-Law.com判例体系）