

損害賠償額関連についての意見

2015/01/11 弁護士 小松 陽一郎

1 特許法 102 条各項の制定経緯と裁判実務

特許権侵害に対する損害賠償額に関する特許法 102 条各項（今日では知財法全体でほぼ共通）の制定経緯を概観すると以下のように理解される。

（1）昭和 34 年改正法まで

昭和 34 年改正法までは、特許権侵害は不法行為であり、民法 709 条により損害の補填をすとの前提で特別な規定は存在しなかった。したがって、有体物に比して、情報財の侵害と因果関係のある損害額（逸失利益）を立証することは極めて困難であった（講壇事例であるが、特許権者が大阪でのみ特許実施品を製造販売していたところ、北海道の僻地で侵害品が販売されているような例）。

（2）昭和 34 年改正

そこで、特許権者の保護を厚くするため、昭和 34 年改正法により、過失を推定し（103 条）、不法行為の特則として、通常の実施料相当額を最低限請求でき、さらに侵害者の利益を特許権者の損害と推定すとの規定が設けられた。

（3）平成 10 年改正

その後、「通常の実施料相当額」の認定について、裁判実務では、国有特許の実施料率（2～4%）を重視する傾向が見られ 3%前後の裁判例が多かったことへの批判もあり、平成 10 年改正により、「通常」を削除して「実施料相当額」と改正された。

その結果、認定された実施料率はアップされた（最近の認定例は逐一検討していないが、少なくとも「通常」を削除される前よりはアップしている印象を持っている）。

（4）「利益」概念の変遷

また、侵害者の「利益」を特許権者の損害と推定する規定（現 1 項も同じ）は、なにをもって「利益」とするかにつき、長年「純利益」とする裁判例が主流であったが、東京地判平 7.10. 30（システムサイエンス事件、但し著作権侵害事件）が、損害論において限界利益説的な判断をしたリーディングケースとなり、今日では、限界利益説は裁判実務で確定しているといえる。

その結果、損害額はいわば粗利的となり高額化に寄与することとなっている。企業の最終利益が、売上額⇒粗利益⇒営業利益⇒経常利益⇒純利益となり実際には純利益しか手許に残らないことと比較すると、裁判実務における算定方式はかなり高額に認定される傾向がある。

（5）規範的損害論の出現

著作権侵害の場合であるが、東京地判平 13.5. 16（レック事件、大阪地判平

15.10. 23 も同じ) は、損害賠償額を、「無許諾複製したプログラムの数に正規品 1 個当たりの小売価格を乗じた額」としたものも出現している。従来の損害賠償における差額説（これが裁判実務である。）と異なり（差額説なら、少なくとも直接変動経費は控除されるのが通常である。）、規範的損害論をとったものであるとされている。

（6）特許法 102 条 2 項に関する大合議事件判決

知財高（大合議）判平 25.2. 1（ゴミ貯蔵機器事件）は、従来、特許権者が実施していなければ同項の適用を否定する裁判例が主流を占めていたが（その場合は 3 項となる。）、実施の要件を外した（東京地裁の認定額を約 7 倍に増額）。これも高額認定のツールとなる。

（7）以上からすれば、現行制度や裁判実務の傾向としては、全体としては格別に不具合な部分はないのではないかと思われる。

2 日本の損害額認定は低いか

12 月 15 日第 3 回委員会において特許庁から提出された「知財紛争処理に関する現状と特許庁の取組」（2015 年）でも分析されているが、そもそも日本の損害賠償額の認定が低いということはいえないのではないかと、との考えを基礎付けるデータがある。アメリカでは、懲罰賠償制度・陪審員制度、差止請求権より損害賠償請求権が重視されていること、特許権侵害事件もビジネス上巨大なものがあること、等から、単純にその比較をすることは正しくない、と考えられる。

3 日本の不法行為体系等

特許権侵害は不法行為であり、填補賠償が本則であり、懲罰賠償制度は不法行為に基づく損害賠償制度と相容れないとの最判平 9.7. 11（萬世工業事件）がある。また、侵害者の利得を返還させる準事務管理の考えもあり得るが、不法行為体系とは馴染まない。

勿論、特許法に特別規定を加えることは一般論としては考え得るが（上記最判もアメリカの懲罰賠償をそのまま日本で執行できるかという事件であったので、立法を拘束するような判断をしたものではない。）、特許法特有の立法事実があるかという点と消極的にならざるを得ない。

4 特許法 102 条各項を改正するとすれば

私は、特許侵害訴訟をより権利者に優しい方向へ検討することについては、基本的に肯定的な考えをもっている。法改正にまで至らないとしても、委員会での議論の経過を公にすることにも意義があろう。

そこで、委員会で何らかの改正をすべきか、との議論の素材として、いくつか

の提案をしたい。

(1) 特許法 102 条 3 項関係

同 4 項では、3 項を超える損害賠償請求もできるが軽過失の場合は(減額)参酌できるとしている。これを逆にして、故意又は重過失の場合には、付加金(例えば倍額まで)を請求できるとすることも考えられよう(この付加金制度的なものは、労働基準法、船員法、印紙税法等でも存在する。)。そもそも侵害をしておきながらロイヤルティ相当額の損害で良いという立て付けについては、根本的に議論すべき点でもある。

また、ライセンス料についてのガイドラインを作成することも有効であると思われるので(実務上は、「実施料率[第5版]」発明協会やかなり詳細な分析をしている「ロイヤルティ料率データハンドブック」経産省知的財産政策室等が利用されている。)、裁判実務により使い勝手の良いもの(そうであれば任意の交渉の際にも役立つ)とすることも改めて検討すべきではなかろうか。

(2) 同 2 項

上記大合議事件では特許権者による「実施」を要件としなかったが、P A E などは排除する必要があるので全く実施しない場合は別にして、競合品の実施でもよいとすることは検討に値しよう(なお上記大合議事件では、実施していなくても「侵害行為がなかったならば利益が得られたであろうという事情」に置き換えている。)

(3) 同 1 項

実務上、同 1 項の利用が少ないのは事実である。本来は同 2 項を超えて損害額が認定されることを可能とする規定であるが、推進計画 2015 でも指摘されているように使い勝手が悪い。これは営業秘密との関係が大きいと思われる。ただ、利益率や原価等を相手方に開示しない制度は考えられない。反論のしようがないからである。

また、明文の規定のない「寄与率」という概念を減額要素として使用することは、本来、立証責任論で解決すべき問題を、裁判所が具体的妥当性に重きを置き(過ぎ)、客観的な判断をしようとする結果ではないか、とも考えられる。特に、裁判所が認定する寄与率には幅がありすぎる(寄与率を考慮しない判決や 99%認定した判決(2件)もある。)

勿論、102 条各項に共通する問題であるが、完成品に一部にのみ特許権が存在する場合には、その事情をすべて無視することはできない。

ただ、侵害者は減額要素について立証責任を負わされるのは当然とも言えるので、原点に戻って立証責任を明確に規定することの有用性はあるかと思われる。

また、「実施能力の限度」については、潜在的能力でも良いとするなら、その

要件は外しても良いように考えられる（最近の知財高判平 27. 11. 19（オフセット輪転機版胴事件）において、潜在的能力で良いとしている。知財高裁 HP 判決要旨参照）。

なお、2 項にも共通するが、「原告の立証した損害額の 2 倍の損害を推定する」との「損害賠償制度の強化に付いての意見」（文科省 HP，平成 14 年 10 月 23 日，山本隆司弁護士）の発想も参考となる。

（４）重複適用問題

1 項や 2 項で控除された部分について、さらに 3 項を適用すべきかについては、裁判例も分かれている（知財高裁では否定的な判決となっている。）。しかし、肯定裁判例もあり、ここは立法的に解決すべき可能性はあろう。

以上