

第1章 ドイツにおける特許侵害に基づく損害賠償の範囲

半 田 吉 信

1 はじめに

わが国の特許権侵害による損害賠償の理論は、伝統的にドイツ法の影響を強く受けている。もっとも、近時はわが国固有の展開がみられるし、アメリカ法の影響も強くなっているように思われる。しかし、それでもなお、今日において、ドイツの法理論の重要さは、わが国で失われておらず、むしろそのわが国への紹介は、評価されることが多い。唯一ついえることは、ドイツの文献を読みこなせる層が薄くなっているということである。

特許権侵害による損害賠償の問題は、広い意味の財産権侵害による損害賠償の問題であるが、一般の損害賠償の問題にはみられない特殊性を有するために、民法の分野から外され、無体財産権の固有の領域となっている観がある。無体財産権を研究している者の中には、もともと民法を専攻している者が少なくないことを考慮に入れてもである。そればかりでなく、特許権侵害による損害賠償の範囲は、私にとっては、始めて手がける問題で、また研究対象の基礎知識が不十分であるために、論点の整理、集約を試み、ドイツの諸資料を整理、通読しても、今ひとつ焦点を絞りきれず、また現在わが国で問題となっている論点を見過ごしてしまったかもしれない。私にとっては、無体財産権侵害による損害賠償の範囲に関するドイツの大まかな議論の紹介で手一杯だったからである。

以下には、ドイツの議論を紹介する前に、まずわが国における無体財産権の侵害に基づく損害賠償の範囲の問題を簡単に整理しておこう。

わが国で特許権の侵害が加害者の故意、過失で行われた場合は、不法行為責任が成立する（日民709条）。特許法には、特許権が侵害された場合の特許権者の保護を容易にするために、特許権侵害が業としての実施に限られ、かつ特許公報などが発行されていることから、特許権の侵害者には過失があったものと推定する規定が置かれ（特許103条）、また、特許権者の被った損害額の算定を容易にするために、ドイツの制度に倣って、従来から、侵害者の得た利益の額を特許権者の損害額と推定する規定（特許旧102条1項）と通常の実施料相当額の請求権を認める規定（特許旧102条2項）が置かれていた。従って、特許権侵害における損害賠償の種類として、従来わが国では、（a）民法709条に基づく、逸失利益

を含む、通常の損害賠償、(b) 侵害者の得た利益（特許旧102条1項）及び（c）特許実施料相当額（特許旧102条2項）の賠償の三つの種類が認められてきた。これら三つは、相互に権利者が受けた損害の回復のための具体的侵害態様に応じた損害額の算定の選択肢の一つという関係に立つ¹⁾。

しかし、わが国の判例は、逸失利益の賠償については、侵害行為がなければ侵害者が販売した製品の数量分だけ権利者の製品が売れたはずだという因果関係の立証の困難性や侵害品が存在しなかったとしても、そのときに権利者が果たして需要を満たすだけ権利者の製品を製造、販売できたかという権利者の製造、販売能力などの問題があって、簡単には被害者の賠償請求を認めてくれず、他方において、被害者の損害額と推定される侵害者の利益についても、侵害者の利益を粗利益ではなく、純利益であるとするために、特許権者が侵害者の純利益を立証する必要がある²⁾、また、特許権者が特許発明を実施していないときには、損害額の推定は働かないものとされてきたため³⁾、実際上加害者の利益の賠償が認められることも少なく、通常被害者は、ライセンス契約に基づく実施料相当額しかえられない結果になって、研究開発投資の十分な回収ができない状況にあった⁴⁾。このため、平成10年の改正により、逸失利益の賠償請求において、侵害者の販売商品の数量に特許権者の単位数量当たり利益額を乗じたものを損害額と定め（特許102条1項）⁵⁾、実施料相当額の賠償についても、通常の実施料相当額（特段の事情がなければ、国有特許に通常適用される3パーセント）としていたのを、裁判で争った加害者と争わなかった加害者の支払う額が同じというのは問題だという理由で、単に実施料相当額に改めた（特許102条3項）。そして更に、平成11年の改正では、損害の計算鑑定人の制度を設けて、会計書類の解読に当たらせるとともに、当事者の協力義務を定め（特許105条の2）、他方において、裁判官に相当な損害額の認定権を認めて、被害者の実質的な損害賠償の実現を図っている（特許105条の3）。特許法は、裁判所における損害額の計算のために書類の提出命令を定めているが（105条）、この書類提出命令の名宛人は、平成11年の特許法改正により、書類の所持者にまで拡大された（105条2，3項）。

わが国において、特許権の侵害はまた、不当利得返還請求権を生ぜしめることが認められている（日民703，704条）。特許権の侵害者は、正当な権限なしに他人の特許発明により利益を受けていることになり、これにより損失を受けた特許権者は、利得の返還を請求することができると考えられるからである。その額は、あくまでも損失の範囲に限定され、侵害者が善意のときは現に存する利益の範囲で、悪意のときはそれに利息を付して返還さ

れる。しかし、実務上は、この不当利得の金額は、特段の事情の立証がなければ、発明の実施に対する通常の実施料になるとされている。この不当利得返還請求権は、故意・過失を要件とせず、またその消滅時効は10年である⁶⁾。

<注>

- 1) 松本重敏・特許発明の保護範囲[新版]350-351頁。
- 2) 大阪高判昭和57・9・16無体集14巻3号571頁。なお、近時は粗利益から製造原価といわゆる変動費用のみを控除した額によるべしといういわゆる限界利益説が有力化している(田村善之・知的財産権と損害賠償(平成5年)238頁以下)。
- 3) 東京地判昭和37・9・22判タ136号116頁。
- 4) 角田政芳・辰巳直彦・知的財産法(平成13年)120頁、東京弁護士会弁護士研修委員会編・特許権侵害訴訟の実務(研修叢書34)(平成12年)114頁以下[尾崎英男]。
- 5) なお、つとに東京地判平成10・10・12判時1653号54頁(H2ブロッカー事件)参照。
- 6) 角田・辰巳・前掲書121頁、東京弁護士会弁護士研修委員会編・前掲書132-133頁[尾崎英男]。

2 特許権侵害による損害の賠償

(1) ドイツでは、特許権侵害の場合、被害者には、通例金銭賠償である損害賠償請求権が帰属する。場合によっては、原状回復請求権という形の損害賠償請求権も認められる。原状回復として、報酬の返還と引き換えの売却された製品の返還の申し出で、買主の側の特許権侵害利用の禁止などが考えられるが、かような手段は、被害者の損害の填補のために不相当だとされている⁷⁾。請求権の基礎は、差し止め請求権におけると同様、故意、過失による特許権の侵害である。ドイツ特許法139条2項は、「その行為を故意または過失でなした者は、被害者に対してそれから生じた損害の賠償義務を負う。被害者に軽過失のみが帰するときは、裁判所は、損害賠償に代えて、被害者の損害と加害者の得た利益との間で補償額を確定しうる」と規定する。

特許侵害の構成要件的特徴は、この場合もまた、特許料の支払いによって排除される、使用の違法性である。損害賠償請求権のもう一つの要件は、加害者の帰責事由である。損害賠償が認められるためには、差し止め請求と異なり、被害が発生したことが必要である。

ヨーロッパの特許権の侵害による損害賠償請求権は、それがドイツの特許法の適用領域でなされた行為による場合は、原則としてドイツ法に従う(ヨーロッパ特許条約64条)。将来の共同体特許権の侵害による賠償請求権は、国際私法の規定の基準に従い、統一的な

ヨーロッパの原則がまだ作られていない限り、同様にドイツ法に従う。外国の特許権の侵害による損害賠償請求権は、原則としてその外国法に従うが、それが被告にとって有利である限り、ドイツ民法施行法12条によりドイツ法もまた適用されうる²⁾。

(2) 特許侵害者の過失とは無関係に、ド民812条以下の不当利得返還請求権が認められるか否かは、長い間議論されてきた。大審院は、不動の判例で、ド民812条以下の不当利得返還請求権が特許法の特別規定によって排除されることを認めたが、連邦最高裁は、学説上通説となったこれとは反対の見解に従った。それによれば、特許権や実用新案権の違法な利用者は、彼に帰責事由がない場合でも、違反行為によって取得したものを不当利得に関する規定（ド民812条以下）に従って返還する義務を負う³⁾。

不当利得返還請求権は、利得債権者と利得債務者の間の不当な直接的な財産移動を前提とし、この移動の回復を目的とする。どこにこの相対的な財産移動が存在するかは、絶対権侵害による不当利得の事例では、侵害された規範の割り当て内容によって判断されるべきである。営業上の保護権の場合は、財貨割り当ての客体は、排他的な利用権である。保護権の侵害者は、これをわが物とし、それによって非財産的な保護の客体の利用を手に入れる⁴⁾。

不当利得返還請求権の範囲については、まず第一に、ド民818条2項に従って保護の客体の利用の価値が、返還されるべきである⁵⁾。客観的な保護客体の利用の代償は、もっぱら相当な特許料である。その限度で、権利者が保護権を自ら利用しようとし、侵害を受けたと感じたかどうかは問題ではない。従って、特許権者は、原則として実際上大抵ド特許法139条2項の損害賠償請求権もまた逢着するものを請求することになる。特許料の計算は、ド特許法139条2項による場合と同じ原則に従ってなされる⁶⁾。利得喪失の抗弁は、この場合問題になっている事例については原則として排除されないが、事実上の理由から大抵は貫徹されない。特許の侵害者は、その限度で全部の説明及び証明の負担に任じる。それに際して、彼は、特許侵害行為が彼に結果的になんら利益をもたらさなかったという主張に制限されるべきではない。彼は、むしろ、利得が、法に適った行為（事実上用いられた設備または方法の特許取得または変更）に際して推測されるべき、同じまたはより高額の損失の回避の中に見出されうるかどうかという問題とも対峙しなければならない。それに際して、侵害者の事実上の行為は、まず第一に、彼が保護権を尊重していれば、特許侵害行為の代償なき放棄ではなく、特許取得または行為の変更をしたであろうとの推測を正当化

する。最高裁の判例は、それ以上に進みさえし、利得債務者が明らかに例外なしに、彼自身によって作り出された事実状態に拘束されるのでなければならないことを認める⁷⁾。

不当利得返還請求権の範囲は、決して損害賠償請求権を越え得ない。従って、ド特許法139条2項の請求権が過失がないため排除される場合にのみ、実際上の意味を有する。これが目的に合っているとしても、それはこの場合のために明示的に主張されるに及ばない。むしろ常に特許違反に関して提示された事実関係に基づいて職権で審査されるべきである⁸⁾。

<注>

- 1) Benkard/Rogge, Patentgesetz, 9., Aufl., S.1273.
- 2) Benkard/Rogge, a.a.O., S.1269.
- 3) BGHZ Bd.68, S.90; BGH GRUR 1979, S.48.
- 4) BGHZ Bd.82, S.299=BGH GRUR 1982, S.301; BGHZ Bd.99, S.244=BGH GRUR 1987, S.520.
- 5) BGHZ Bd.82, S.299=BGH GRUR 1982, S.301.
- 6) BGH GRUR 1992, S.599.
- 7) BGHZ Bd.20, S.345.
- 8) BGH GRUR 1978, S.492.

3 特許権侵害による損害の種類

(1) 損害の三つの種類

(イ) 損害とは、権利者がその権利の利用によりその財産に受けた侵害である。ド民249条以下の規定が適用される。ド民249条によれば、特許が侵害されなかったとすればあるであろう状態が回復されるべきである。特許を侵害する製品の回収、市場からの撤去または破却のような原状回復は、被害者の十分な補償にとってほとんど不可能であり、通例金銭賠償が問題になる。

大審院以来の判例は、慣習法的に損害の三つの計算の種類、すなわち、(a) 特許侵害がある場合とない場合の財産の差額の計算の主たる適用事例としての逸失利益、(b) 特許料の類推、(c) 加害者の利益を選択的に許容する¹⁾。このような損害計算の三つの種類は、特許権侵害の場合だけでなく、実用新案権、意匠権、著作権のようなその他の無体財産権の侵害、更には、連邦最高裁によれば、真正な特許の付与も、排他的な地位の授与も問題にならないにもかかわらず、商標権の侵害の場合に、また、模倣された製品の特別の保護

価値のために、模倣が他人に対して拒否され、そのため無体財産権の保護に類似した自己の利益獲得に関する地位が利用された場合には、不正競争防止法に違反する模倣についてもあてはまる³⁾。この場合、かような不正競争法上の特別事例では、他人の労働の成果の利用のためには特許の付与が通例であり、かつそれが法秩序によって是認されている、更に、不正競争防止法上であるとはいえ、高められた侵害可能性及び損害立証の困難性に関して、無体財産権者の地位と同様に評価されるべき、第三者に対して保護される法的地位を権利者が具体的な給付成果のために有するという考量がその基礎になっている。

それぞれの計算方法は、被害者にとって各々長所と短所を有する。相当な特許料の類推は、それが最も有利だからというのではなく、大抵は最も穏当であるがゆえに、最もよく選択されている³⁾。連邦最高裁は、(b)と(c)の方法を客観的方法の概念のもとに総括する。加害者の利益は、二つの客観的計算方法に従った損害額の計算のための標準であるにすぎず、被害者の事実上の損害の確定に直ちに代わりうる、独立の損害の原因ではない⁴⁾。被害者が逸失利益の賠償でなく、相当な特許料または加害者の利益を請求しうるとされているのは、無体財産権の侵害の特殊性、及び、それから生じる被害者の特別の保護の必要性のためである。権利者は、(侵害者の侵害がなければ)仮定的な危険の進行が直ちには再構成されえないがゆえに、侵害に対する予防措置をとったり、侵害を確定したり、また逸失利益の立証をしたりすることは極めて困難である。生じた損害のための確かな手がかりは、権利者にその利用がもっぱら留保されている、無体財産権が、通常のように特許料の方法で権利者によって利用され、侵害者によって節約された特許料を権利者の逸失利益とすることから導かれる⁵⁾。

ところで、近時の判例によれば、特許料の類推という損害填補の方法によってそれ以外の損害の主張が排除されるものではないことが明示的に確定されている⁶⁾。この立場では、特許料の類推による損害の賠償は、最小限度の損害の主張にほかならない⁷⁾。

(ロ) 計算の種類を選択への拘束は、原則として存しない。被害者は、原則的に三つの可能な計算方法の間の自由な選択権を有する⁸⁾。但し、営業上の保護権の侵害の場合は、加害者の利益の償還は問題とならず、ド民818条2項(不当利得返還請求権)の価値賠償が、相当な特許料の支払いによりなされるべきだとする判例がある⁹⁾。

従って、彼は、通常は、請求権の履行または既判力ある判決のあるまで、場合によっては手続きの進行中である場合でも¹⁰⁾、一つの計算方法から他の計算方法に移行しうる¹¹⁾。

従って、相当な特許料に代わる逸失利益または加害者の利益の返還のように、それまでに選択された計算方法に従った場合より高額な損害が主張されうる¹²⁾。

もっぱら被害者の側の利益の増加もまた加害者の利益の増加と結びついており、被害者には損害が発生していないという事情のために、加害者の利益の償還による損害計算の出発点に関して判例により導入された、加害者の利益の増加と被害者の側の損害の増加との間の通常の関係が欠けているときは、加害者の利益の償還という客観的な方式による損害計算は、損害賠償法を規定する賠償思考と相容れないがゆえに、例外的に観察には現れない¹³⁾。

(ハ) 損害額の算定に関する三つの計算方法の重複は、許容されない¹⁴⁾。様々な計算の種類は、相互に結び付けられ、または重畳してはならない¹⁵⁾。

(2) 付随損害

付随損害は、原則として、三つの計算の種類の一つ、特に、相当な特許料の類推に従って生じた損害と並んで主張されうる。その要件は、(a) 付随損害が、例外的に選択された計算の種類により填補されたとみなされる必要のないこと、及び、(b) その主張がいくつかの計算の種類の結びつきに帰着するものでないことである¹⁶⁾。

付随損害とは、権利追求費用、訴訟前の催告費用¹⁷⁾、誤導された市場への説明などである。市場誤導損害として、なかんずく、侵害の方式の瑕疵による特許を受けた製品の革新性に関する信用失墜により、時間的に特許侵害の発生を越えて作用する利益の喪失、必要な反対広告や説明のための費用が挙げられる。従って、市場混乱または信用失墜による損害は、例えば、特許侵害により特許者の信用が侵害され¹⁸⁾、広告などの適当な手段によりそれが回復されねばならなかった場合に、賠償が請求されうる¹⁹⁾。著作権の侵害の場合は、市場誤導損害は賠償されえない²⁰⁾。

デブリツキによれば、これらの損害は具体的に計算されるべき損害であり、前記抽象的損害計算方法との結合が許容されているのにほかならない。従って、その限度で損害計算方法の結合の禁止が破られている²¹⁾。前記判例は、その論拠を、これらの損害の賠償の支払いが、特許料が合意された場合でも命じられること、ないし、これらの損害が相当な特許料を越えることに求めている。デブリツキは、これらの市場誤導損害などは、その性質

に従ってある範囲において特許料に包含されている、すなわち、ある程度の市場の混乱は、通常の特許の場合でも、商標、見本の並存により通例惹起されており、特許合意に際して特許料の算定へのこの視点の組み入れにより顧慮されているため、この場合もまた、許容されない、二重の計算に導く二つの算定方式の結合が生じているとする²²⁾。

<注>

- 1) RGZ Bd.156,S.65 (折りたたみ式鏡) ;BGH GRUR 1962,S.401 (交差式床弁カバー) ;1974,S.53;1980,S.841.
- 2) BGH GRUR 1972,S.189 (壁止め器具) ;1977,S.395.
- 3) Benkard/Rogge,a.a.O.,S.1274.
- 4) BGH GRUR 1972,S.189;1977,S.539;1993,S.55 (チボー・ロレックス第二事件) ;1995,S.349.
- 5) BGH GRUR 1977,S.539.
- 6) BGH GRUR 1980,S.841.
- 7) Benkard/Rogge,a.a.O.,S.1274.
- 8) BGH GRUR 1993,S.55;1993,S.757 (紳士用オーバーコートの違法な模倣の事例) ;1995,S.349.
- 9) BGH GRUR 1982,S.301.
- 10) BGH GRUR 1993,S.757.
- 11) BGH GRUR 1966,S.375;1974,S.53;1982,S.301;1993,S.55;1993,S.757.
- 12) BGH GRUR 1993,S.55;1993,S.757.
- 13) BGH GRUR 1995,S.349 (被告が、原告の製造したメガネの通信販売をしている場合に、被告の作成したカタログ中のサングラスの写真の大部分が、原告の作成したカタログ中の写真の模写だった事例).
- 14) BGH GRUR 1962,S.509;1977,S.539 (データ加工機械についての企業秘密の不正利用に関する事例) ;1980,S.841.
- 15) BGH GRUR 1993,S.757.
- 16) BGH GRUR 1977,S.539;1993,S.757.
- 17) BGH GRUR 1982,S.489 (不当な広告によって惹起された損害に関する). 反対 : OLG Karlsruhe, GRUR 1985,S.36.
- 18) BGH GRUR 1991,S.921.
- 19) BGH GRUR 1966,S.375;1970,S.296;1975,S.85.
- 20) BGH NJW-RR 2000,S.185.
- 21) Teplitzky,Grenzen des Verbots der Verquickung unterschiedlicher Schadensberechnungsmethoden, Festschrift für F. Traub zum 65.Geburtstag,1994,S.406.
- 22) Teplitzky,a.a.O.,S.409-410.

4 逸失利益

特許侵害の前と後との財産状態の差額が、ド民249条により補填されるべきである。ド民

252条によれば、事物の通常の経過に従って被害者によって蓋然性をもって期待されうる、逸失利益もまたこれに属する。

逸失利益賠償のための要件は、以下の如くである。

(a) 被害者が特許を自ら用い、または対価を得てその使用を第三者に許諾したことの証明が必要である。

(b) 例えば、その取引が解消され、またはその競売が行われないことにより、被害者が利益を得たであろうという蓋然性があることの証明も必要である¹⁾。主張される利益の期待は、裁判所のド民訴287条による自由な財産評価が可能ないように、事実を挙げて立証しなければならない。被害者は、逸失利益を厳密に証明するには及ばないが、裁判所の少なくともおおむね正確な評価を可能にする事実上の基礎を提出しなければならない²⁾。彼の売り上げが、特許権の侵害行為がなければ事物の通常の経過または特別の事情に従って何らかの蓋然性をもってド民訴287条によって評価されるべき範囲において増加したであろうことが確定されることが必要である³⁾。一般的に比較しうる製品について計算される利益の説明や加害者によって惹起された製品価格の値下げの指摘では十分ではない。高額の研究開発費用の指摘もまた、これが、具体的に作られた製品において、これらの余計な費用が取り戻されることがどの程度可能かをなんら述べていないがゆえに、説得的でない⁴⁾。特許権の侵害者による製品価格の値下げが、被害者に自己の製品価格の値下げを余儀なくした場合は、彼の得た利益が売り上げの増加により補填されえない限り、代価の値下げにより生じた損害もまた填補されるべきである。特許終了後失った利益もまた、それが以前なされた侵害行為、それによって得られた、被害者の時間及び競争上の利益と結びついてい限り、賠償されうる。特許による製品が、それが既に以前に違法に製作され、かつ用意されたものであるにもかかわらず、特許終了後市場にもたらされたことによって生じた損害や、競争者が、彼が特許終了前に特許を侵害する行為をなしたために、予め必要な官庁の許可を得て、市場に参入しえたことと結びついてい損害がそれである⁵⁾。侵害者が特許をもつばら特許の付与により用いる場合は、賠償されるべき損失、すなわち、逸失利益は、彼が得ることができなかった特許料である⁶⁾。

(c) 侵害と逸失利益の間に因果関係がなければならない。因果関係の立証も、原則的には被害者がこれを負担するが、加害者のみが、付加的な需要を開拓し、かつ利益を得る状況にあったことなどは、加害者が立証しなければならない⁷⁾。

(d) 被害者が得た蓋然性のある利益の額の証明もまた要求される。これは、加害者の利

益と同じであるとは限らない。被害者は、逸失利益を請求する場合は、不真正事務管理に関するド民687条2項を援用しうるのでなく、請求された利益を実際に取得しえたであろうことを証明しなければならない。この立証をなしえない場合は、彼は、他の損害賠償の方法を選ぶしかない⁸⁾。

<注>

- 1) BGH GRUR 1962,S.580 (カルダン式継ぎ手) .
- 2) BGH GRUR 1980,S.841.
- 3) BGH GRUR 1979,S.869.
- 4) BGH GRUR 1980,S.841.
- 5) Benkard/Rogge,a.a.O.,S.1275.
- 6) BGH GRUR 1970,S.296.
- 7) Schulte,Patentgesetz mit EPÜ,6.Aufl.,2002,S.130.
- 8) Benkard/Rogge,a.a.O.,S.1276.

5 特許料の類推

(1) 特許料の類推の論拠

判例は、慣習法上被害者の相当な特許料請求権を与える¹⁾。

理由(a) 加害者は、契約上の特許料権利者より有利な立場に置かれるべきではない²⁾。

(b) それによって被害者の軽減された損害計算が可能になる。彼は、逸失利益または加害者の利益の額のしばしば困難な立証を免れる。特許料の類推にとって、許されない使用の範囲の確定で十分だからである。損害賠償としての客観的に相当な特許料額の算定にあたって、原則として加害者にとってそれ以上の違法な利用の可能性がどの程度残っていたかは、問題とはならない³⁾。

この計算方法の承認は、その保護権を利用できず、または、彼にとってしばしば困難な、侵害行為によって生じた具体的な財産損害の立証ができず、または、不完全にしかできない被害者に、同様に、被害者に保護権の違法な利用により金銭的な財産損害が発生し、その額が、彼がその保護権を適法に利用していたとすれば、彼の財産状態が計算されたであろう最も適正な方法で算定されうる場合と同じ賠償を得せしめようとする努力に基づくものである。この場合、彼は、この者が通常の場合のように報酬、すなわち、特許料の支払

いと引き換えにのみ付与したであろう保護権の所持者の許容を追完しなければならないであろう。従って、加害者は、彼がその違法な侵害により被害者が得られなかった特許料を支払わねばならなかった場合のように扱われる⁴⁾。

メルッリスは、次のように述べる。侵害者は、彼が正規のやり方によった場合に支払わねばならなかった特許料を節約したのである。被害者からは、正規の方法によった場合に帰したであろう報酬が逸出した。従って、賠償義務の客体は、保護権と結びついた、特許の付与による経済的利用の可能性である。かような観点から、ここに論じられた関係における特許料は、権利者に正規の利用がなされた場合に支払われねばならない特許料の最小限度のものといえる⁵⁾。

特許料の類推という損害算定の方法については、わが国でもよく知られているように、1980年にクラーサーが、これを差額説によってではなく、市場機会の喪失（市場機会論）によって説明する立場を説いた⁶⁾。それによれば、侵害者が市場における需要を充足すると、被侵害者は市場機会を不可逆的に喪失する結果になるが、それが被侵害者の損害となる。従って、被害者は、侵害者によって費消された市場機会の客観的価値に相応する金銭を侵害者に対して請求しうる。この立場では、権利者が実際に市場機会を行使して利益を得られたか否か、当事者の個別的事情がどうであったかは、問題とはならない。しかし、このようなクラーサーの見解は、これまでのところドイツでは、判例、学説によって一般的には必ずしも支持されていないようである。

これに対して、学説上更に、特許料の類推は、不当利得法上の機能を有する、または、端的に現行不当利得法に服するという有力説がある⁷⁾。この立場では、保護法違反により取得されたものは、被保護法益の利得であり、この利得は、利得債権者の費用で取得されたものである。返還を認めるためには、返還されるべき利益が、彼に法律上割り当てられた財産として取得されたことで十分である。保護権者への利得の返還が不可能なのであるから、818条2項に従って価値賠償が給付されねばならない。これは、保護法違反の場合は、相当な特許料である⁸⁾。善意の加害者の不当利得法上の責任は、事実上得られた利得である。

（2）特許料の額

判例、多数説によれば、賠償給付の範囲は、特許権の使用の許可の取得のために出捐されなければならなかったであろう報酬に向けられる。加害者は、彼が適法に行爲した、す

なわち、彼が特許料契約を締結したかの如く扱われうるものでなければならないのだから、特許料の類推による損害の計算のために、その額は、彼らが将来の展開及びなにかんずく権利侵害の範囲を予見していたとすれば、個々の加害者ではなく、合理的な特許契約当事者が、特許を認識してその使用のために、特許料として合意したであろうという基礎の上に置かれねばならない⁹⁾。従って、擬制的な特許料が問題になる。その結果、特許権者がそもそもまたは加害者に対して特許を付与する用意があったかどうかは、問題とはならない¹⁰⁾。

メルッリスによれば、利用可能性ないし評価可能性の価値として、客観的な観察に際して特許の付与のために所与の事情のもとで申し込みと問い合わせの顧慮のもとに追求されうるであろう報酬のみが基礎づけられうる。従って、その探求は、比較しうる権利についての相当な特許合意の類型的な内容、すなわち、当該取引分野における取り扱いに従って、侵害された権利の種類及び意味に従った保護権の特許のために通例報酬として合意されるものに向けられる客観的な標準に従う。そのためその額にとって標準となるのは、抽象的な基準ではなく、具体的な保護権の特徴に基づき、かつその価値を測る報酬である。それに際して、個々の取引部門における慣行は、個々の保護権の標準に従った変容と補充を必要とする外部的なパラメーターにすぎない¹¹⁾。

(3) 特許料算定の方法

(イ) 特許料算定の出発点は、市場で獲得されるべき報酬により確定される、保護される権利の価値である¹²⁾。それに際して、経済的に合理的な加害者の代わりになる人¹³⁾、特許に基づく独占的な地位¹⁴⁾、他の保護される権利の共同利用¹⁵⁾、保護される特許の依存性または改良された競業法上の地位¹⁶⁾、先使用权の存在¹⁷⁾、ありうる自由に合意された特許料の額のような、自由な特許料の合意に際しても、報酬額に影響したであろう、総ての価値決定的要素が関与させられるべきである。

事実審裁判官は、ド民訴287条1項により、総ての事情の評価のもとに自由な確信に従って特許料を評価すべきである。事実審裁判官は、恣意的に評価すべきではなく、彼が形成した確信のために確かな基礎を有すべきである。これは、彼に帰属しない専門知識を自己が身につけたことを認識させようとするものであってはならない¹⁸⁾。ド民訴287条は、手続の簡素化と促進を目的とするものであるが、争いの解決にとって中心的な問題において事実状態に従って不可欠な認識を放棄することを正当化するものではない¹⁹⁾。

(ロ) 前記壁止め器具の事例では、相当な特許料は、純粋売り上げ額の2.5パーセントとされている²⁰⁾。このような電気取り付け器具において通常の特許料が0.5パーセントから5パーセントの間とされていること、この物件の場合は、比較的小額で大量に取引される、比較的簡単な製品が問題になっていることが考慮されているが、本件では、単に不正競争防止法上保護された、容易に回避されうる商品の形態及び装飾が問題になっていること、原告が市場を支配する地位を占めていないこと、及び原告が被告と並んでずっと市場で一定の地歩を占めていたことが、賠償額を減額する方向に、他方において、取り違えの危険の程度の高さ、すなわち、模倣された製品の知悉の程度及び評判だけでなく、模倣の程度の高さは、賠償額増額の方向で作用するとされた。

チボー・ロレックス第二事件では²¹⁾、特許料の類推による損害計算に際しては、仮想の特許契約締結時後、この時期における契約当事者の予想に反して仮想の特許権取得者の不利益において契約危険が展開したことは、仮想の特許権授与者の負担において損害減額的に顧慮されえないとされている。同判決によればまた、他人の製品の違法な模倣の場合、仮想の特許料の額の計算に際して、模倣された製品の価値が違反時において既に他の模倣製品によって侵害されていたかどうか、またどの範囲で侵害されていたのかもまた問題となる。不正競争防止法上の損害の評価のための最小限の要件の立証においては、不正競争防止法上の挙証の困難に鑑みて、高度な要求はなされえない。被害者の損害が疑いもなく存在し、損害ないし蓋然性のある最小損害の漸近的な決定のための手がかりがない場合は、裁判所が損害ないし最小損害の評価をなさねばならない。

(4) 製品の一部が特許の対象になっている場合

(イ) 客体の一部だけが特許の対象となっているときは、賠償される特許料が特許の対象となっている機械の一部の価値に従って計算されるか、それとも、装置全体の価値に従って計算されるかという問題が生じる。この場合もまた、まず第一に、取引の慣行と目的適合性が標準となる。その他、個々の事例の総ての特別事情が観察に現れる。なかんずく、問題となるのは、(a) 全部の装置が通例全体として給付されるか否か、(b) 全体の装置が特許の対象となっている部分により価値の上昇を生じているか否か、(c) 特許の対象となっている部分が装置全体との関係でいかなる意味を持っているか、なかんずく、それが装置全体に特徴を与えているかどうかである²²⁾。水力式多段階テレスコープシリンダー第二事

件²³⁾では、連邦最高裁は、加害者が自己または特許料及び損害賠償義務を負っている第三者の権利もまたともに用いた場合は、それによって価値の増加が生じ、または当事者が他の理由から同様に特許料の減額に合意したであろうときは、特許料は減額させられうるとする。このことは、完成品における複数の保護された発明工夫の協働により価値の増加が生じ、個々の発明の寄与度が営業上の利益自体よりも少ないように思われるときは、その限りで、相互に独立した保護権の場合にもあてはまる。

パン生地分割装置に関する1999年5月20日のデュッセルドルフ地方裁判所判決²⁴⁾などによれば、特許料の増額は、以下の場合に顧慮される。(a) 特許から直接に借用された侵害形式であるために節約された開発費、法律上永続的でない保護権であることによる危険の減少のような、契約上の特許実施権者の地位に比較した場合の侵害者の利益は支払われるべきである。(b) 安い製品によるイメージダウン、(c) 侵害しないという約定の欠缺も特許料を増額させる。(d) 被告が当初から法律上有効でない保護権のために特許料を支払うという危険にさらされないことも同様である。特許権の侵害の場合、被害者は、被告の申告の正当さを帳簿の検査により吟味する可能性を有さない。通常の特許権の使用を認められた者は、通例、特許権の使用契約において特許権の授与者に帳簿の閲覧を許諾する義務を負い、特許権授与者は、専門家にその検査を委託している。これに対して、特許料の減額は、以下の場合に顧慮される。(a) 契約上の特許実施権者と比較した場合の侵害者の損害、(b) 法律上不安定かつ拘束された利用者の地位、(c) 特許料の支払いを越えた損害賠償義務の危険、(d) 他の保護される権利の協働利用、(e) 先使用権の存在がこれである²⁵⁾。

(ロ) 同一の侵害による複数の特許の使用は、使用に対する個々の特許の割合に従った、特許料の比例的な分割に導く²⁶⁾。それは、特許侵害の固有の要件を形成していない、依存的な特許の侵害の場合も同様である。従って、特許料は、古い特許との関係における超過部分には制限されえない²⁷⁾。

(5) 利息

侵害者が契約上の特許実施権者よりも遅く支払う特許料については、彼が契約上の特許料を取得したかのごとく、扱われねばならないがゆえに、侵害者は、利息を支払わねばならない²⁸⁾。しかし、その場合、彼は、違法な侵害に対してより早く特許料を支払わねばな

らなかったであろう。彼は、特許権者のこの損害を填補しなければならない。この利子率は、通例損害賠償としての特許費用のために、ドイツ連邦銀行の公定歩合プラス3.5パーセントであるが、ド民289条の未払い利息の重利禁止のためではない²⁹⁾。

(6) 加害者割増金

故意によってなされた特許侵害に対する相当な特許料と並んで、一般的禁止に関する罰則的な要素として加害者割増金が法政策的に要求されるが、侵害者は、特許の類推の枠内で契約上の特許料権利者より良い地位にも、また悪い地位にも立つべきではないから、ドイツの判例によりそれは認められていない³⁰⁾。

<注>

- 1) BGH GRUR 1966,S.375;1980,S.841;1990,S.1008;1992,S.432=1992,S.599 (水力式多段階テレスコープシリンダー) ;1993,S.899 (複写機) .
- 2) BGH GRUR 1973,S.379;1982,S.286;1987,S.37 (ビデオライセンス契約) .
- 3) BGH GRUR 1993,S.899.
- 4) Benkard/Rogge,a.a.O.,S.1276.
- 5) Melullis,Zur Schadensberechnung im Wege der Lizenzanalogie bei zusammengesetzten Vorrichtungen,Festschrift für F. Traub zum 65.Geburtstag,S.289.
- 6) Krasser,Schadensersatz für Verletzungen von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach deutschem Recht,GRUR Int 1980,S.270.わが国の文献として、飯塚卓也「改正特許法における実施料相当損害賠償規定の解釈に関する一試論」NBL 642号 (平成10年) 22頁以下。
- 7) Sack,Die Lizenzanalogie im System des Immaterialgüterrechts,Festschrift für H.Hubmann zum 70.Geburtstag,1985,S.375f.ザック説については、花本広志「無体財産権侵害における実施料相当額の損害賠償と不当利得」独協法学54号169頁。
- 8) Sack,a.a.O.,S.380.
- 9) BGH GRUR 1962,S.401 (加害時の価値が基準となる) ;1966,S.375;1962,S.509;1990,S.1008;1992,S.432=1992,S.599;1993,S.899;1995,S.578.
- 10) BGH GRUR 1992,S.599;1993,S.55;1994,S.808.
- 11) Melullis,a.a.O.,S.291-292.
- 12) BGH GRUR 1980,S.841 (薬品の特許に関する事例。加害者の販売した薬品の代価の8パーセントを基準とした) ;1987,S.36 (リリー・マルレーヌの歌の無権限の印刷。一冊あたりの相当な賠償は、少なくとも0.2ペニヒとされた) ;1993,S.897 (モーグル装置) .
- 13) BGH GRUR 1993,S.897.
- 14) BGH GRUR 1962,S.401;OLG Düsseldorf Mitt 1998,S.27.
- 15) BGH GRUR 1997,S.578.

- 16) BGH GRUR 1982,S.301.
- 17) BGH GRUR 1992,S.432=1992,S.597.
- 18) Schulte,a.a.O.,S.1303.
- 19) BGH GRUR 1995,S.578.
- 20) BGH GRUR 1972,S.189.
- 21) BGH GRUR 1993,S.55.
- 22) BGH GRUR 1992,S.599 (結合装置の一部が特許の対象となっていた事例) ;1995,S.578.
- 23) BGH GRUR 1995,S.578.
- 24) LG Düsseldorf GRUR 2000,S.309.
- 25) Schulte,a.a.O.,S.1303-1304.
- 26) OLG Düsseldorf Mitt,1998,S.27.
- 27) BGH GRUR 1992,S.432=1992,S.599.
- 28) BGH GRUR 1982,S.286;1982,S.304;OLG Düsseldorf GRUR 1981,S.45.
- 29) Schulte,a.a.O.,S.1303.
- 30) BGH GRUR 1973,S.379;1982,S.286;1987,S.37.

6 侵害者の利益の返還

(1) 請求権の根拠

判例は、慣習法上またはド民687条2項、667条の自己のためにする事務管理に関する規定に従って、侵害者の利益の返還請求権を認める¹⁾。それは、侵害者の利益の返還を規定する、G s c h m G (意匠法) 14 a 条1項、U r h G (著作権法) 97条1項の類推適用からも導かれる²⁾。

フォン・デル・オステン弁護士は、慣習法に論拠を求める立場に対しては、(a) 今日のように製品の市場での成功が、広告、販売、商標といった多様な原因に基づいている時代においては、特許による製品の改良が売上高にどの程度の寄与をなしているかの立証は困難である、(b) 加害者の利益として何を観念するか確定が困難である、(c) 被害者は、加害者によって主張された売上高から控除すべき費用に関する申告の正当さを有効に検討する可能性を有しないという理由で、説得的でないと批判を加える³⁾。同弁護士によれば、687条2項、681条1文、667条を適用する立場では、特許権者(本人)は、権利がないことを知って特許権を侵害した管理者に対して取得したものの返還請求権を有する。この見解は、法律の文言にも、また立法者の意思にも適合する。

687条2項、684条1文によれば、特許権者は、管理者から、彼が事務処理により取得し

たものを不当利得に関する規定に従って返還請求することができる。しかし、この場合は、管理者は悪意で事務を処理したのだから、本人は、悪意の管理者が取得した総てのものを取得すべきである。687条2項によれば、悪意の侵害者は、彼が本人の計算で事務を処理したかのごとく扱われるべきである。従って、加害者の費用賠償請求権は、本人が請求の時点で加害者の出費により利益を得ている限りにおいてのみ存在する。その結果加害者がその費用の額及び特許権者がそれにより利益を得ているという事実を立証しなければならない。他人の特許権を侵害した者は、取得したもの、すなわち、売買代価を特許権者に償還すべきである。加害者は、特許権者が利得している出費の償還を請求しうる。加害者のそれについての立証の相当な手段は、専門家による加害者の帳簿の検査であろう。単に過失があるにすぎない特許侵害者は、特許侵害の事実を告知されるまで事務管理者としては扱われない⁴⁾。

(2) 請求権の範囲

特許の保護された客体の販売と結びついて追求される経済的効果は、通例様々な原因を有する。発明に適った技術的な利益と並んで、販売組織の宣伝、性質及び規模、企業の名声、なにかんづく、取引関係及びそれ以外の発明と結びついていない事情もまた、重要な役割を果たしている。従って、得られた純益の一部のみが特許の利用に帰せられうる。それは、個々の事例で困難な評価を要求する。特許が保護されていない製品の販売に際して追求される利益との比較が重要である。侵害者が特許侵害によりなんら利益を得なかったときは、損害計算のこの種類は認められない。特許侵害による利益とは、まず第一に、当該特許侵害行為の費用を超える売得金の余剰である。特許侵害行為の前にそのために出捐された開発費用は、利益を縮減しうるが、その後の損失は、返還されるべき利益が発生したという事実に影響を及ぼさない。しかし、例えば、加害者が特許を侵害する製品を、彼が相応な特許を侵害しない製品を売却した場合よりも少ない損失で売却した場合は、損失の節約もまた、利益たりうる⁵⁾。

判例によれば、この請求権は、不当利得返還請求権ではなく、損害賠償の範疇に属する、違法な特許の利用による利得償還請求権である。従って、加害者にまだ利得が残っているかどうかではなく、彼が特許の侵害により利益を得たかどうかが問題になる。返還されるべき利益は、特許を侵害して製作された客体の費用を超える余剰利益のような、単なる直

接に特許の利用によって得られた利益である必要はなく、それが特許侵害と因果関係がある場合には、他の方法で特許を侵害する客体によって得られた利益もまた、特許侵害により得られた利益たりうる。カメラの製法特許の侵害の場合、被告の得た利益が単に特許製品の広告に帰着するだけのときは、原告は、利益の償還を請求しえない。それに対して、被告の特許製品の広告が、その根拠をその特許製品の特許侵害と結びついている技術的な性質の中に有しているときは、原告は、製品の広告に帰着されうる利益の償還を請求しうる⁶⁾。

被害者が侵害により得られた利益を保持しえないとすることが公平である。その前提は、利益が侵害により得られ、かつ、広告、侵害者の市場での地位などの他の原因に帰し得ないことである（因果関係）。特許の侵害が侵害者の利益に導くが、例えば、違法に販売された客体がもっぱら被害者により製造されるがゆえに、利益の減少なしに被害者における利益の増加にも導いたときは、被害者における財産上の損害が補填されるべきでないがゆえに、侵害者の利益の返還は問題にならない⁷⁾。それに対して、被害者が利益を獲得する状況にあったか否かは重要ではない⁸⁾。

裁判所は、侵害者の利益の算定に際して、ド民訴287条に従って、総ての事情の全体を考量し、その後で損害額を算定すべきである。被害者によって提出されるべき評価のための根拠資料については、ごく僅かな要求のみがなされるべきである。損害の発生が確定された場合は、その額について存在する不確かさは、常に被害者の不利に解すべきではない。場合によっては、概算において最小の損害が評価されるべきである⁹⁾。

共通の費用は、被害者の利益から、無制限にではなく、それが例外的に保護権を侵害する客体に直接に帰せられうる限りにおいてのみ、控除されうる¹⁰⁾。

<注>

1) RGZ Bd.46,S.14;BGH GRUR 1962,S.509;OLG Düsseldorf Mitt 1998,S.358.

2) Schulte,a.a.O.,S.1304.

3) von der Osten, Zum Anspruch auf Herausgabe des Verletzergerwinnes im Patentrecht,GRUR 1998,S.285-286.

4) von der Osten,a.a.O.,S.286-287.

5) Benkard/Rogge,a.a.O.,S.1281.

6) BGH GRUR 1962,S.509.

7) BGH Bd.95,S.349.

8) BGH GRUR 1973,S.478.

9) BGH GRUR 1993,S.55.

10) BGH GRUR 1962,S.509.

7 ドイツ特許法139条2項2文の賠償

ドイツ特許法139条2項2文（日本特許法102条4項対照）は、1936年に導入されたものであるが、従来裁判上あまり適用されなかった。軽過失の場合被害者は、法律上優遇される。すなわち、彼は、全部の範囲で損害賠償をする義務を負わず、彼に発生した利益に一致した損害のみを賠償する義務を負う。法は彼に利益を帰属したままにはしなかったのである。この場合でも、損害賠償請求権が問題になるが、それは、ド民249条の完全な損害賠償請求権とは異なった、制限的なものである（公平上の賠償請求権）。加害者は、彼がそれをその財産中に持っていない場合でも、侵害行為により取得した利益を返還しなければならない。これは、彼の賠償義務の最小限である。裁判所は、これと、ド特許法139条2項2文の適用に際して観念的により高額な、被害者に事実上発生した損害との間で評価しなければならない。法は、それによって、不注意または不知によってのみ責を負うに過ぎないが、彼が被害者の全損害を支払わねばならないとすれば、事情によっては経済的な破綻または著しい経済的な損失のおそれがある加害者を保護しようとした。公平の考量の枠内で、総ての事情、なかんずく、損害額や加害者の経済状態への賠償給付の影響、加害者により侵害行為から得られた利益額が論議されねばならない¹⁾。加害者の利益の計算に際して、全部の個々の事情、なかんずく、各々の利益と損失が考慮されうる。この場合裁判官の裁量は、広範かつ決定的な役割を果たし、民法の厳格な損害賠償原理は、加害者のために緩和される。軽過失が存在するか否かは、判例によれば、基本的に賠償義務の確定に関する手続において明らかにされるべきである²⁾。

<注>

1) BGH GRUR 1976,S.579.

2) Benkard/Rogge,a.a.O.,S.1282-1283.

8 結びに代えて

日本とドイツの特許権侵害における損害賠償の範囲に関する議論を比較すると、少なくともこれまでは、相似的な展開を辿っており、基本的には、わが国の議論がドイツにおける議論を参考にして、この場合の損害賠償に関する理論を展開してきたといつてよいであ

ろう。特許権侵害の場合に、不法行為による損害賠償と不当利得返還請求が認められること、不法行為に基づく特許権侵害における損害賠償の範囲として、逸失利益を含む通常の損害賠償、特許料の類推、及び、加害者の得た利益の返還の三つの態様があり、かつこれらが選択的關係にあるとされていることは、日独を通じて、従来の判例、多数説によって認められてきたものであり、ドイツにおける議論は、そのままわが国の議論として比較研究に値する。ドイツで特許権侵害者がそれによって得た利益の全部を被害者に返還させるため、不真正事務管理の概念が主張されたが、これも好美清光教授によりわが国の議論として紹介、導入されている¹⁾。

ドイツでも、特許権侵害による損害賠償請求の一態様として特許料相当額の支払いが認められており、それが特許権侵害の場合の通常の損害賠償額算定の方法となっている。しかし、ザックが1985年の論文で、相当な特許料の支払いが損害賠償ではなく、不当利得の問題だと指摘し、議論を巻き起こした。このザックの論文を待つまでもなく、特許侵害の場合に不当利得返還を請求するときは、現存利益による返還義務の縮減が實際上裁判所によってあまり認められないことが指摘されていた。不法行為による損害賠償と不当利得返還請求との違いを挙げれば、1 損害賠償請求は、過失を要件とする（ド民823条、日民709条）、2 不当利得では、返還義務の範囲は、現存利益に制限される（ド民818条3項、日民703条）、3 不法行為では、実損害の発生が要件とされている、4 不当利得の価値賠償の算定基準時と不法行為による損害賠償の算定基準時が同じとは限らない、5 両者は、異なった消滅時効のルールに服するといった諸点を指摘しうる。もっとも、この最後の点は、わが国ではその通りであるが（日民167条1項、724条）、ドイツでは、2001年に法改正が行われ、今日では、いずれも基本的に同じ時効ルールに服する（ド民195条）。3、4の諸点も、解釈論により一般的には様々な選択肢が考えられる以上、必ずしも決定的な相違点とはいえないように思われる。花本教授は、損害賠償的構成と不当利得的構成との違いを、損害賠償においては、侵害行為がなければあつたであろう被害者の現在の状態をできるだけ完全に回復させるために、判決に最も近い時点である事実審の口頭弁論終結時までには明らかになった事情を斟酌する必要があるため、損害賠償の算定基準時は、原則として事実審の口頭弁論の終結時であるのに対して、不当利得としての適正な実施料額が、侵害開始時において侵害者と権利者が実施許諾契約を締結したと仮定した場合に想定される約定実施料額となる点に求められるが²⁾、損害賠償額算定の基準時は、一般的に事実審口頭弁論終結時ではなく、損害発生時に求めるのが民法学の通説であり、また不当利得返還請

求権も、利得発生時以後現在（事実審口頭弁論終結時）までの利得の現存を考慮するのだから、両者の間で決定的な違いがあるとはいえないように思われる。従って、両者の相違点は、帰責事由の存在－実損害の賠償と帰責事由の不存在－現存利益の賠償という二つのシェーマに還元できると考えられる。もっとも、加害者の帰責事由は、今日では緩く解されるのが一般であるし、既述のように、特許侵害の場合は、特にドイツでは、現存利益による償還額の制限は、實際上ほとんど認められないといわれる。このような判例法理のもとでは、ザックのように、特許料の類推による損害賠償の場合についてだけであろうと、これを不当利得として構成する立場にも、無理からぬものがあるといえよう。

しかし、筆者は、このような事情を考慮しても、日独の通説である、特許料の類推を損害賠償の問題として扱う立場を支持すべきだと考える。損害賠償の問題として構成すると、不当利得構成による場合よりも賠償額が多額になる可能性があるという点を除いても、そもそも特許権その他の無体財産権の侵害とは、行為者が他人の特許権その他の無体財産権の存在を知りつつ、ないしそれを調べてみることをしないで無謀にもそれを侵害する結果になる行為をするという構造を有するのであって、その場合の法的効果として、通常の特許料の賠償を命ずるのは、具体的な実損害額の算定が困難な場合が多いことに鑑みて、賠償額の算定を経験則上妥当と考えられる算定の方法に仮託するという面が強いように思われるからである。すなわち、通常は無体財産権侵害行為は、単なる不当利得の獲得を越えた、財産権侵害行為なのであり、最低限不当利得返還の方法が可能であるとしても、被害者の受けた損害の賠償たる本質を見失うべきではない。田村教授は、この場合規範的損害賠償概念という把握のあり方を提言される³⁾。また飯塚弁護士は、明示的にドイツのクラーサーによって説かれた、前記市場機会論をわが国の特許法102条3項の解釈論として導入される⁴⁾。これらの見解は、いずれも伝統的な損害算定方式に関する差額説に対する代案として展開されたものである。これは、相当な特許料相当額の賠償という賠償額の算定方法が、伝統的な損害概念からは捉えがたいことを示すものである。もちろんこの場合、不当利得返還を求めうることも、否定されない。不当利得返還を請求する場合でも、その範囲が、通常の実施料と同じになるとすれば、被害者は、10年の消滅時効に服する不当利得返還を請求して、長期間にわたる利得の返還（特許実施料の支払い）を請求することができるという点にそのメリットを見出さう場合があることが指摘されうる。

今日では、特許権その他の無体財産権の侵害の場合の賠償額が高額化しているといわれる。わが国では、アメリカとは異なり、懲罰的損害の賠償は認められていないが⁵⁾、それ

にしても、近時のわが国の裁判所における無体財産権侵害における損害賠償額の高額化は、特筆すべきものであり、新聞種になっているほどである。その原因として考えられるものとしては、特に最近における無体財産権の国策としての重視が挙げられよう。特許権その他の無体財産権の経済的評価が上がれば、それだけその侵害の場合の損害賠償額が高まるのは当然といえる。その他、高額な賠償金の支払いが命じられることになれば、無体財産権の侵害予防にも役立とう。しかし、賠償額の過度の高額化は、手放して支持すべきものではない。無体財産権の経済的評価といっても、それらの実際の収益を基礎にして損害額を算定すべきであるし、また到底支払えないような賠償負担を課することは、債務者を過酷な状況に追い込むことになるからである。そこにはやはり節度というものが要求されよう。

<注>

- 1) 好美清光「準事務管理の再評価」谷口知平教授還暦記念 不当利得・事務管理の研究(3) (昭和47年) 407頁以下。
- 2) 花本・前掲独協法学54号183頁。
- 3) 田村善之・知的財産権と損害賠償118,214頁。
- 4) 飯塚・前掲論文 NBL642号23頁以下。
- 5) 最判平成9・7・11判時1199号3頁。

<略語一覧>

GRUR = Gewerblicher Rechtsschutz u. Urheberrecht
Mitt = Mitteilungen der deutschen Patentanwälte