

21 複数の侵害行為と損害額の算定について——特に権利者の妥当な救済と重複的損害支払の回避について——

寒 河 江 孝 允

1 はじめに

本テーマは、特許権侵害における複数の権利に基づく損害賠償額の算定、権利者が複数の場合の損害賠償額の算定、侵害者が複数の場合の損害賠償額の算定、負担割合などについて論じる。この分野は、多くの裁判例の累積と諸学の論文・解説が既に存在しており、最近の裁判事例を追加しつつこれらの整理を試みることを主題とし、権利者救済のための損害賠償額の妥当な認定と、反対に侵害者に対する重複的な支払請求の回避について触れてみる次第である。

2 権利者側の視点

権利者側からみて、複数の権利関係という場合、権利が複数存在する場合と、権利者が複数の場合が考えられる（もちろん、実際はこれらの組合せによるその応用ということになる。）。

(1) 権利が複数存在する場合

① 権利が複数存在する場合、例えば特許権が複数の場合これらを合わせてイ号物件（侵害対象物件）による侵害に対して損害賠償請求をする場合である（特許権とその他の知的財産権、例えば商標権、意匠権を合わせた行使も考えられるが、ここでは、特許権が複数の場合を主に論じる。）。

② 損害賠償額認定における填補賠償の原則

不法行為（民法709条が原則法、なお、特許権侵害に基づく損害賠償請

求権なども不法行為法大系の中で論じられる。詳しい論説は、特許法102条の各解説に譲る。)に基づく損害賠償金額は、填補賠償が基本である(判例・通説、例えば最高裁平成9年7月11日判決(民集51・6・2573、判時1624・90)は、我が国の損害賠償は米国のような懲罰的賠償は認められず、填補(補償的)賠償の限度で認められるとする。)

③ 特許権者が複数の権利に基づいて損害賠償の請求をする場合、各々の権利ごとに単純に損害額を算定して合算(累積的合算)すると、合計金額が当然常識を超える金額となり得る(例えば、1つの権利で特許法102条2項に基づく逸失利益損害として、イ号物件販売数に相当する金額を算出し、他の権利で特許法102条1項による損害金額ないしは同条3項の実施料相当金額を算出してこれを単純に合算すれば、複数権利保有者は、自らの逸失利益損害額を超えて賠償をし得ることとなり、填補賠償の原則ともそぐわない結果となることが考えられる。)。もちろん、不法行為法の大系として、積極損害、無形損害、非財産(権)的損害が認められ得ることは当然のことである。

④ そこで、複数の権利に基づく損害額算定に当たっては、被った実際の損害額の総額はいくらなのか、という視点からの調整が必要となる。

イ 判決事例の紹介

(イ) 特許権4件(P1~P4)、実用新案権(U1)1件の複数の権利に基づく損害賠償請求につき、特許権P3につき2%、特許権P4と実用新案権U1の競合侵害につき7%、特許権P3、P4と実用新案権U1の競合侵害につき10%と、それぞれ実施料率を算出し、それに相当する不当利得ないし損害額が発生したと認定した例(東京地判平17・9・29(平15(ワ)25867)最高裁HP)

(ロ) 数件の特許権に基づく損害賠償請求において、特許法102条1項の適用においてイ号物件の利益(権利者の損害の算出の前提としての)に占める本件権利の寄与率を95%(逆に5%の減額をした)として、損害額を算定した。

〔(イ)寄与度

被告は、本件発明1、3ないし5は、いずれも、作用を及ぼす部位が限定されていること、また、マッサージ作用と方法に関して限定された技術であるとし、その点を考慮すれば、被告各製品の利益に占める本件発明1、3ないし5の寄与度は低いと主張する。

この点について、確かに、本件発明1、3ないし5は、脚部を対象とするものではあるが、他方、同発明は、エアマッサージ式の椅子の全体的な機能に関連し、製品の販売促進に寄与しているものと考えられ、ごく一部分だけに関連すると評価するのは必ずしも適切ではないこと、被告各製品は、いずれも原告の有する複数の特許権を侵害していること等の諸事情を総合考慮すると、本件においては、損害額のうち、5パーセントに相当する額を減額するのが相当であると判断した。〕(東京地判平15・3・26判時1837・101)

(ハ) 2件の特許権について、特許法102条3項の実施料相当額の算定として、各特許権の相当実施料の5%であり、両方の特許権を合わせても一切の事情を総合的に考慮・判断し5%である、とした(東京地判平16・5・28(平15(ワ)14687)最高裁HP)。

(ニ) 実用新案権と意匠権侵害の事例であるが、特に詳しい理由は示さず、実用新案法29条2項と意匠法39条2項の併合適用により、逸失利益損害額を算定した(大阪地判平18・12・7(平18(ワ)1304)最高裁HP)。

(ホ) その他複数の権利に基づく場合、寄与率をもって、損害額の全体を算定した判決事例は多い(増井和夫=田村善之『特許判例ガイド(第2版)』360頁(有斐閣・2000年)参照)。

なお、この場合の寄与率算定要素としては、

- ① イ号製品全体に対する権利の占める部分、
- ② 競合品・代替品の存在の有無、
- ③ 権利者実施品の製品全体に占める売上貢献度、
- ④ 他の権利との寄与度比較、

などが考慮要素となろう。

ロ 学説の紹介

(イ) 増井＝田村・前掲360～364頁は複数の権利侵害の場合の損害額算定について寄与率を用いることを認めている。しかしながら、特許法102条1項、2項の適用につき、

「理論的に考えれば、本来は因果関係の問題であり、たとえば、実施部分が製品の一部であったとしても、それが侵害者の需要者の購買動機を形成していると思料される場合には、全額につき推定が維持されるのであって、寄与率という用語にはミス・リーディングなところがないわけではないが、実務上、算定がやりやすくなったり、攻撃防御目標が明確になるというメリットはあるのだろう。ともあれ、実施部分が侵害者の需要者のうちどの程度の購買動機を決定したかという尺度で維持すべき推定の割合を決定するという作業を寄与率という言葉で言い換えているに過ぎず、しかもその割合を減じていく責任は侵害者にあるということを銘記すべきである」

とし、無用な寄与率による減額論には警鐘を鳴らす。

(ロ) 筒井豊「損害(3)－複数の権利の侵害」牧野利秋編『裁判実務大系9 工業所有権訴訟法』341頁(青林書院・1985年)は、複数の権利侵害の場合、訴訟物の数(社会的に1個の訴訟物ととらえるべきか、権利ごとに複数の訴訟物となるのかなど)について訴訟物論の観点から詳述している。

(ハ) 尾崎英男「損害(3)－複数の権利の侵害」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系4 知的財産関係訴訟法』323頁(青林書院・2001年)も詳しく、填補賠償を基本に、特許法102条各項の請求において例えば、選択的請求権競合論、寄与率論等を用いて上限を限定する試みをしている。

(2) 権利者複数の場合の典型例

権利者が複数の場合の典型例としては、特許権の共有関係の場合、1つの特許権につき専用実施権若しくは独占的通常実施権が存在する場合などがある。

まず、権利共有の場合に触れる。

① 権利共有の場合の基本原則

権利の共有の場合、損害賠償額はその共有者の持分に従って分配されるべきことになる（特許73、民249～264参照）。

② 共有持分者間での按分方法

イ 判例・学説の概観

(イ) 共有持分は特に定めがなければその持分は均等であるが、特に均等持分以上の権利を請求する場合は、その主張・立証の責任は権利者側にある。また、特に資料がなければ持分均等ということで按分することになる（大阪高判昭57・1・28無体集14・1・41、東京地判平13・3・21（平11(ワ)6807）最高裁HP、名古屋地判平14・1・30判タ1127・255参照）。

ただし、増井＝田村・前掲373頁は、共有持分の按分割合の適用について特許法102条1項、2項の推定規定における立証責任緩和規定の趣旨から共有権者側に主張・立証上の負担とならぬよう十分配慮すべきとする。

(ロ) なお、共有者の1人が製造・他の1人が販売している場合、その利益額の割合で分配すべきであるとしたものがある（東京地判昭44・12・22判タ243・252、吉原省三「損害(5)－複数の侵害者」牧野利秋編『裁判実務大系9 工業所有権訴訟法』361頁（青林書院・1985年）も参照のこと）。

(ハ) 特許法102条3項の適用については、権利者による製造販売行為の有無を問うことなく認められるものであるから、特段の問題は生じない。

前記の共有の場合の原則論に立ち、実施料相当額を共有者の持分権の割合によって按分した額を、損害額として賠償請求することになる（東京地判平8・10・18判時1585・106）。

(ニ) 共有権利者間の持分と特許法102条1項、2項、3項との適用関係においては、判決例はケースバイケースでの認定をしており、一概に判断基準を統一することはしにくい（判決例ごとの詳細な解説につき、青柳吟子「第102条（損害の額の推定等）」中山信弘編『注解特許法（上）（第3版4

刷) 1099~1102頁(青林書院・2003年)参照)(例えば共有者の1人が実施行為をしており、特許法102条1項に基づいて請求をし、他の共有者は実施をしていないので102条3項の請求をした場合など、単純に共有持分割合(例えば2分の1ずつ)と損害額を割り振れず、各自の計算方法による金額を各権利者の損害額と認定すべきであるが、この事実認定が困難な場合は、結局持分割合による推定をすべきことになろう(増井=田村・前掲373頁も参照)。

東京地裁平成17年3月10日判決(判時1918・67)では、共有権者2人の持分は各2分の1としつつ、自ら実施している権利者に対しては、特許法102条2項、実施していない権利者に対しては同3項に従った計算による各損害額を認めている。

ロ いくつかの学説を掲げておく。

(イ) 共有者全員が実施している場合

① 特許法102条1項(現行2項、以下「2項」という。)の関係で、

「侵害者が製造・販売をすれば、それによって権利者の製造・販売がその分だけ減殺されるという、抽象的・観念的因果関係を想定しているということができ、共有者全員の損害合計額として現行102条2項の額が推定されることになるから、これを持分によって按分した額が、各自の推定額とする」(ただし特許権者と専用実施権者の双方が実施しているような場合には持分というものはないから、各自の実施の割合、例えば販売額の割合によって分割されると考えるのが合理的である)。

② 共有者の1人が製造し、1人が販売している場合のように分業的に実施している場合には、

「製造についての損害として推定される額は侵害者が製造によって得た利益の額であり、販売についての損害として推定される額は侵害者が販売によって得た利益の額であり、全体として推定される損害の額は侵害者が製造・販売によって得た利益の額と一致する」。

① 共有者の一部のみが実施している場合には、

「実施している共有者には102条2項が適用されて推定された額の持分相当額が請求額となり、実施していない共有者には102条3項が適用されて3項の額の持分相当額が請求額になる」と解する（以上、吉原省三「共有者の一人による損害賠償請求と特許法102条1項」特許40巻5号579頁）。

※ なお、著作権法114条2項（当時旧114条1項）に関してであるが、権利者側の著作物利用の有無は、本条適用の前提条件ではないとする（牧野利秋「複数者が関与する場合の著作権侵害に基づく損害賠償請求について」社団法人著作権情報センター平成13年講演録より）。

(ロ) 「共有者の利益額に比例した按分を行うべきであるが利益による按分ができないか不明の場合には持分割合によって推定するほかないと解している。」（新保克芳「権利者、侵害者側が複数の場合の問題点」西村宏一ほか監修『民事弁護と裁判実務8 知的財産権』337頁（ぎょうせい・1998年））

(イ) 「共有者は持分権にかかわらず特許発明全部を実施しているのであるから、侵害行為による実際の損害額も持分に比例してではなく実施の程度の比に応じて蒙るのが通常と考えられるので102条2項適用の場合には、持分権に応じて損害額を算定すべきではないとし、侵害行為による市場侵奪によって損害が発生するのであるから、各共有者の損害も市場参入の度合（売上高）で按分される。」（中島敏「複数権利者に対する損害賠償」別冊NBL33号93頁）

(ニ) 「共有者が存在するという事実を推定の（一部）覆滅事実として捉えた上で、各特許権者にいったんは認められた侵害者利益額の推定が共有者が存在するという限度で覆り、その覆り方は事案ごとに顕出している事情による、と解すべきであろう。そして、特に資料もない場合には、共有者4人ということであれば、とりあえず各人4分の1ずつと推定する。〔中略〕ただし、特許製品の製造業者と販売業者の共有であるような場合で、しかも互いの利益率が判明しているような場合には、侵害者利益額を利益率の比で按分した額の推定を各人について維持する。また4人存在した共有者の1人が不実施であって実施料相当額（を

按分した額)の賠償を受けうるに止まるということが明らかになり、しかもその額も証明されているような場合には、侵害者利益額から不実施共有者に賠償すべき相当額を控除した額を3分した額の推定を維持する、というように扱うべきである。〔後略〕(田村善之『知的財産権と損害賠償(新版)』259頁(弘文堂・2004年))

(3) 特許権者と専用実施権者若しくは独占的通常実施権者が存在する場合

① 特許権者と専用実施権者の関係

イ(イ) 特許権者固有の損害

前提論として、特許権者は専用実施権を設定すると、その範囲で特許権者自らといえど実施できなくなる(特許68ただし書参照)との解釈と、契約において特許権者自らの実施権(通常実施権)は留保し得る、との考え方がある。

(ロ) 判決例では、

① 特許法102条1項2項における、特許権者と専用実施権者との関係につき、特許権者と独占的通常実施権者との関係と同様に扱われているいくつかの判決例がある(後述の独占的通常実施権者の解説参照)。

② 特許法102条3項(実施料相当の損害賠償)の適用につき、専用実施権設定後は専用実施権者のみが請求できるとした例がある(東京地判昭55・1・30特企135・67)。

(ハ) 学説としては、

① 特許権者の実施を当事者間で留保した特許権の効力に基づくものであり、かつ不法行為者には留保の対抗要件を不要と解す場合には、特許権者は特許権に基づいて実施していると同じになり、特許権共有者が共に実施している場合と同じ適用関係になる(吉原・前掲『裁判実務大系9 工業所有権訴訟法』369頁)。

② 特許法102条3項に関して、

「特許権者と専用実施権者のいずれが法102条3項の適用を主張しうる

かの問題がある。法102条3項は、権利者が第三者へ当該特許発明についての実施許諾を為しうることを前提として、実施料相当額を損害と認めたものと解されるので（同旨、吉原368頁、原増司法学セミナー(2)869頁）、専用実施権を設定した以上、特許権者は3項の主張をしえないか、少なくとも3項適用排斥の抗弁となる（吉原前掲は、抗弁としている）」との見解がある（青柳・前掲1103頁）。

「上記の損害賠償が認められない場合でも、特許権者は第三者の侵害によって損害が発生した場合には、その実損害を主張立証して民法709条のみによって損害賠償を求めることが出来る。この場合の損害としては、専用実施権者が特許発明を実施していた場合であって且つ専用実施権者から実施に応じた約定実施料の支払いを得ていた時には、侵害行為によって減少してしまった（あるいは販売しうるはずであった）専用実施権者の販売量に応じた、得べかりし約定実施料相当額の損害について、相当因果関係を主張立証して賠償を求めることができる。」
（青柳・前掲1103頁）

② 専用実施権者の損害額

イ 特許法102条1項、2項の損害額を算定するに当たり、特許権者に支払われるべき実施料相当額は控除されるべきである（大阪地判平13・10・9（平10(ワ)12899）最高裁HP（本件は、専用実施権設定後とそれ以前の独占的通常実施権のいずれの場合も実用新案法29条1項（現行特許法102条2項に相当）の類推適用も認めた。）。）。

ロ 学説としては、

① 専用実施権者から特許権者への支払は内部問題にすぎず、侵害者からは控除以前の額について賠償を求め得ると解する（吉原・前掲『裁判実務大系9 工業所有権訴訟法』368頁）。

② 重複する特許権者への支払分については、侵害者に対する特許権者の債権と不真正連帯債権の関係になるとする（古城春実「特許・実用新案侵害訴訟における損害賠償の算定（完）」発明86巻6号46頁以下参照）。

㊦ ここで控除すべき特許法102条3項の関係での「実施料率」は約定実施料率ではなく特許法102条3項の相当実施料率である（新保・前掲337頁）（大阪地判平16・7・29（平13ワ3997）最高裁HP）。

㊧ ㊦特許権者、専用実施権者ともに実施をしている場合、㊢非完全独占通常実施権者（実施権の範囲、地域等が全面実施権でない場合）などの問題点がある（詳しくは、増井＝田村・前掲369頁、基本的には「共有」関係の場合の理論（前記(2)㊡の部分参照のこと）で処理すべきとする。）。

③ 独占的通常実施者の場合

イ 独占的通常実施者にも専用実施者の場合と同様に固有の損害賠償請求権を認めるのが判例・通説である。

ロ 東京高裁平成16年4月27日判決（（平14ネ4448）最高裁HP）、東京地裁平成17年5月31日判決（（平15ワ11238）最高裁HP）、前掲大阪地裁平成13年10月9日判決（（平10ワ12899）最高裁HP）など、なお、それ以前の判決事例は青柳・前掲1113頁に詳しい。

ハ なお、商標権の事件においては、独占的専用実施権者に商標権38条1項ないし3項の類推適用を否定した事例がある（東京地判平15・6・27判時1840・92）。

④ 非独占的実施権者（通常実施権者）に固有の損害賠償権を認めることはない（判例・通説、清永利亮＝本間崇編『工業所有権四法 実務相談』198頁（商事法務研究会・1994年））。

⑤ 重複請求部分の処理

以上の各事象において、理論的には最終的填補賠償額としての権利者各自の重複部分はありませんが、現実にはこの重複部分が存在した場合の処理として、民法上の不真正連帯債務論による処理、訴訟における請求額において控除の上請求する、抗弁として減額される、請求異議（民訴35）で調整する、不当利得返還請求で処理する、と各時系列の段階でのそれぞれの処理方法が考えられる。

- (4) 隠れたる権利者（共有権者、未登録の専用実施権者（登録が特許法上の効力発生要件）、独占的通常実施権に相当する者）の存在する場合

東京高裁平成12年4月27日判決（(平11(ネ)4056）最高裁HP）〔悪路脱出具控訴事件〕は、権利者の背後に事実上別会社（権利者の子会社）が実施している事実関係を認定の上、このような場合に特許法102条1項ないし2項（実用新案法29条1項ないし2項）の適用による逸失利益の計算を可能とする。

- (5) 特許権信託における場合

信託業法の全改（平成16年12月30日施行）により、知的財産の営業信託が可能となったが、委託者・受益者が受託者に特許権等の信託をした場合、特許法102条1項、2項の適用関係はどうなるかの論点があり、委託者と受託者の関係も広い意味で複数当事者の権利関係に入ると思われるが、信託法理もからむので、この整理は別の論者に委ねたい（小林卓泰「知的財産信託をめぐる現状」ジュリ1326号126頁など）。

3 侵害者側の視点

(1) まず、侵害者が1名の場合において、複数の権利侵害の場合、複数の権利者の場合（共有権者、専用実施権など）がある。これらは2で論じた裏表関係なので省略する。

(2) 次に、侵害当事者が複数の場合として、①侵害行為態様毎による（製造、販売、使用、輸入など特許2③参照）複数侵害態様の場合、②間接侵害的侵害態様（特許101）、③共犯的侵害態様（共同不法行為、教唆・幫助的侵害（民719参照））が考えられる。

※特許法100条、101条の場合は差止請求権の論点もあり得るが、本稿ではあくまで損害賠償論に限って論じるところである。

※1つの侵害物に対し、特許法102条1項、3項などの補充適用の可否の論点については、別の論者が該当項目にて論じられるので、ここ

では触れない。

※商標権など他の知財法においても、共通の論と各権利における特異論とがあるが、本稿は特許権に限った論である。

(3) 侵害行為態様からの視点（製造、販売、使用、輸入などイ号物件（侵害対象物件）の流通過程の上流から下流の関係など、いわゆる垂直関係の場合をいう。） - 1

① 侵害行為の各態様の独立性の有無

イ 侵害行為態様において、製造・販売・使用など垂直関係にある場合、行為態様ごとに権利侵害を形成するので損害賠償請求権発生も各々の行為ごとに成立する（実施行為独立の原則、吉藤幸朔『特許法概説（第13版）』291頁（有斐閣・1998年））。

ロ 侵害者が複数存在する場合に、侵害者間での共同不法行為（民709・719）の成立が問われる。これについては後記(6)で触れることとする。

② 共同不法行為の成立を考慮せず、侵害者複数の場合の損害賠償額算定に関する一般論

イ 判決事例として以下のものを掲げる。

① 東京高裁平成16年9月30日判決（（平16(ネ)1367、平16(ネ)1436）最高裁HP）〔玩具銃Ⅱ、Ⅲ控訴事件2件〕（原審が流通段階での製造業者、輸入業者、卸売業者、小売業者と転々する関係は共同不法行為であると認定し共同侵害者の間で一部填補されていれば、それは弁済の抗弁であるとしたのに対し、必ずしも共同不法行為とはいえない、と判断した。しかしながら控訴審においても、既に権利者に支払われ填補された金額は控除すべきであるとした。）

② 東京地裁平成10年5月29日判決（判時1663・129）

③ 大阪地裁平成4年9月29日判決（特管別冊判例集）

など、イ号物件製造者（又は輸入業者）とその販売者（卸売、小売）の関係で、基本的には相互に別々に各認定の損害額の賠償を認める。

ロ 独占的通常実施権者にその損害があった場合、固有の損害賠

償請求が認められることは判例・通説であるが、この場合に特許法102条1項もそのまま類推適用されるかどうかは、明確ではないが、肯定すべきとする学説はそれなりにある（青柳・前掲1117頁など）。

(4) 垂直（流通の上流下流の関係）関係の場合の論点－2

① 概説

イ 流通段階（製造（又は輸入）、卸売、小売）での行為が各自独立の賠償責任を追及される場合（共同不法行為の要件に該当しない一般の場合）、他方では権利者の損害賠償額は填補賠償の範囲内であることの原則の関係で、重複的支払や不当利得返還などの手当をどうするのかということでの論法が必要となる（田村・前掲、水上周「損害(4)－複数の侵害者」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系4 知的財産関係訴訟法』334頁（青林書院・1985年）、尾崎・前掲、清永利亮「損害(4)－複数の侵害者」牧野利秋編『裁判実務大系9 工業所有権訴訟法』350頁（青林書院・1985年）など）

ロ 流通関係における各行為者間の賠償責任範囲とその調整問題は、突き詰めてゆけば、民法、民事訴訟法、民事執行法もからんだ問題に発展するが、ここでは以下の点に限って検討する。

② 特許法102条1項同士の適用場面

イ 製造業者と販売業者の両方に特許法102条1項を基に請求する場合、後述のとおり共同不法行為と認定されれば不真正連帯債務であるので、それなりに問題は解決する（東京地判平11・7・16判時1698・132〔悪路脱出具事件〕）。

共同不法行為とならない場合は、各自の責任が認められ、仮に重複部分があればこれについては、訴訟段階であれば抗弁として、判決後の執行段階であれば、請求異議（民執35）、弁済の二重受領後であれば、不当利得請求返還請求などで対応することになる。

ロ 特許法102条1項と同条2項との関係も重複部分に関しては計算段階での控除や前記イにおける衡平法的処理がなされることになる。

ハ 特許法102条1項と同条3項の関係

(イ) 特許法102条1項と同条3項との関係はやや問題もある。

特許法102条1項や2項の場合、権利者における実施が前提であるのに対し、3項は権利者の実施は前提とされない（むしろ、権利者側の実施のない場合に適用される。）。

特許法102条1項により全額填補を受けた場合は他の侵害者に対し102条3項に基づく請求はできないとする考え方があるが（水上・前掲343頁）、侵害者1人に対して特許法102条1項によって権利者が全ての流通段階での侵害を回復することは必ずしもあり得ないので、102条1項と102条3項の合算請求・受領の場合にはあり得る。

(ロ) なお、1人の侵害者に対して特許法102条1項の請求をしたのに対し、一部推定が覆滅した場合（特許102①本文の後文・ただし書）、その覆滅部分については、特許法102条3項による請求を認めた事例がある（大阪高判平14・4・10（平13(ネ)257）最高裁HP〔複層タイヤ事件〕）。

③ 特許法102条2項同士の適用の場合

特許法102条2項同士の適用において、各自の賠償額は基本的には重複しないので、流通関係において特許法102条2項同士の適用場面においては問題はない（これも後述の共同不法行為の認定事例ではあるが、考え方として東京地裁平成13年2月8日判決（判時1773・130）〔玩具銃Ⅰ事件〕、前掲東京高裁平成16年9月30日判決〔いずれも前掲玩具銃Ⅱ、Ⅲ控訴事件〕参照）。

④ 特許法102条3項の場合、以下の論評がある。

イ 特許法102条3項の損害額は必ずしも逸失利益損害概念を前提にするものではない、と言われるものの、損害額の算定方法としては侵害者の行った販売価格に相当実施料率を乗じて算出することが多い。この算出方式で製造、卸売、小売の各販売価格に実施料率を乗じて算出した場合、権利者はこれらを単純に合算した総額を賠償金として受領することは、重複受領となるとの問題点が生じ得る（田村、水上、尾崎・前掲など。なお、前掲東京地裁平成13年2月8日判決（判時1773・130）は、

特許法102条3項の重複請求の問題に関し、卸売、小売の相当実施料額は、小売価格に乗じた金額が上限となるとし、卸売価格の部分が連帯債務となるとする。)

ロ このような場合共同不法行為の成立に関わらず、侵害者同士の実施料相当額損害賠償債務は不真正連帯債務関係として処理すべきであるとの考え方がある(水上・前掲341頁)(東京地裁平成16年2月20日判決((平14(ワ)12858、同14(ワ)12867)最高裁HP)[前掲玩具銃Ⅱ、Ⅲ事件]は流通の上下流関係の場合(共同不法行為の有無に触れず)、不真正連帯債務関係になるとして重複請求問題の調整をはかる。)

ハ 「販売価格に実施料率を乗じる方式であっても、製造業者であるか卸売業者であるか小売業者であるかに応じて、実施料率を変更するとか、あるいは、侵害者ごとに個別に計算される侵害者利益の額を基準にしてそこから特許権者に配分すべき金額を決定する方式により102条3項の賠償額を算定することが推奨されるべきであろう」(田村善之「複数の侵害者が特許侵害製品の流通に関与した場合の損害賠償額の算定について」知財政策研究7号1頁)。

⑤ 重複部分の扱いについて(救済方法)

侵害行為者各自に同一侵害行為に対し重複的に損害賠償の支払が認容されても、請求者が二重に弁済を受けることはできないのであるから(填補賠償の限度の範囲内での満足を得れば足りる)、重複部分につき弁済の抗弁や請求異議の事由(民執35)ということになる(前記2(3)⑤)(前掲東京地判平16・2・20(平14(ワ)12858、同14(ワ)12867)最高裁HP[玩具銃Ⅱ、Ⅲ]参照)。

⑥ 小 括

以上特許法102条1項ないし3項に分けて概括的に論じて来た(これらの基本問題に加え、特許法102条1項本文の後文、同但書、特許法102条2項の推定の一部覆滅、特許法103条3項の相当実施料率の算出、特許法104条4項前段、後段の関係などの詳細については機会を改める(田村・

前掲知財政策研究7号、水上・前掲などがこの点の詳細論を展開する。))。

(5) 間接侵害的行為態様

① 間接侵害行為(特許101各号)と直接侵害(特許100)とのいわゆる侵害行為としての成立要件の問題点がある(ここでは直接侵害と間接侵害の成立要件との独立説、従属説という問題には触れない。)

② 間接侵害者に対する損害賠償額を認定するにおいて、特許法102条2項に基づいて算定した事例(前掲大阪地判平13・10・9(平10(ワ)12899)最高裁HP)、特許法102条3項を適用した事例(東京地判平6・7・29判時1513・155)などがあり、このような認定方法に特に異存はないであろう。もちろん、間接侵害行為の権利侵害の全体での関与度(寄与度)は存在する。また、直接侵害者と間接侵害者は、後述の共同不法行為となる場合が多いであろう。

前掲東京地裁平成17年3月10日判決(判時1918・67)も、間接侵害を認定の上、共有特許権者(本来は、前記2(2)の事案と連動する)のうちの自ら実施をしている原告の1人の関係で特許法102条2項により、自ら実施をしていない他の1人の関係は特許法102条3項の適用により、被告に各損害額の支払を命じた。

(6) 共犯的複数当事者間(共同不法行為の成立が認められる)の場合

① 共犯的複数当事者関係といっても、例えば、①製造業者と販売業者(流通の上流下流関係(垂直関係))の場合における共犯、②製造行為の共同行為(水平関係)、③教唆・幫助的関与(民719②)、④製造行為における直接侵害者と間接侵害的関与の関係(特許101一～四)など様々な態様がある。

② 基本的な共犯行為の場合

イ 判決事例における共同不法行為関係の認定例

(イ) 共同不法行為の要件としては、各行為者間に行為関連共同性があれば足りるとする(最判昭43・4・23民集22・4・964、判時519・17)。

最近の判決例もおおむねこの判例を基にしている(多少の言い廻しに

より、変形をしているケースもある。)

- ①大阪地裁平成16年5月27日判決 ((平14(ワ)6178) 最高裁HP)
- ②大阪地裁平成15年4月3日判決 ((平13(ワ)6924) 最高裁HP)
- ③大阪地裁平成14年10月29日判決 ((平11(ワ)12586) 最高裁HP)
- ④東京地裁平成6年7月22日判決 (判時1501・70)

など。

(ロ) 前掲東京高裁平成12年4月27日判決 ((平11(ホ)4056) 最高裁HP)、この原審・前掲東京地裁平成11年7月16日判決 (判時1698・132) では、製造業者とその販売業者間について、製造・販売関係以外の具体的詳しい理由は示さず、製造業者の損害賠償債務と販売業者の損害賠償債務について、(不真正) 連帯責任を認めている。

(ハ) a 前掲東京地裁平成16年2月20日判決 (平14(ワ)12858、同14(ワ)12867) [玩具銃Ⅱ、Ⅲ事件] は、製造(又は輸入)業、卸売業、小売業の転々流通関係者の間では、不真正連帯債務を認容し結果として、共同不法行為関係を認めている。

b これに対し、前掲東京地裁平成13年2月8日判決 (判時1773・130) [玩具銃Ⅰ事件] は、「共同意思」を認定の上、共同不法行為を認めている。

(ニ) 前掲東京地裁平成16年5月28日判決 ((平15(ワ)14687) 最高裁HP) は、被告両名が資本上100%親子関係にあることを前提に、両者間の取引は「意思を通じて」いる、として、主観的要件を認定の上、共同不法行為を認定する。

ロ 製造行為を複数の者が一部ずつ分担する場合において、前記判決例に拠れば、「客観的共同関連性」、「共同意思」等を認定して共同不法行為の成立を認めることになる。ビジネスモデル特許における構成要件の各一部分の分担(例えば、複数のサーバーから構成される特許クレーム)においても論理は同様のものとして扱うことになる(東京地決平12・12判時1734・110) は、この考え方を前提にしているものと思われる(寒河江孝允「システム特許権侵害上の問題点の今日・明日」パテ55巻10号3頁以下参照)。

ハ 共同不法行為の基礎理論の確認

(イ) 共同不法行為が成立する場合の要件として、民法上の通説は、

- ① 各人の行為はそれぞれ独立して不法行為の要件を具えていること
- ② 行為者の間には関連共同性があること（共謀も共同の認識も不要であり、その行為が客観的に関連共同していればよい）

とする（加藤一郎「不法行為」中川善之助編『注釈民法第19巻』207頁等（有斐閣・1965年））。

(ロ) これに対しては、

「通説判例は、共同行為者各自がそれぞれ不法行為の要件を備えることを要するとするが、そうであるならば、客観的共同という要件を加えなくとも、共同行為者は侵害につき賠償責任を負うことになるのではないか、民法719条は、連帯して損害賠償責任を負わせるのが妥当だと思われる程度の社会的にみて一体性を有する行為について、つまり関連共同性の範囲で、事実的因果関係に立たない損害ないし寄与度をこえる損害の部分についてもなお損害賠償責任を負う旨定めた規定と解すべきである」との批判がある（平井宣雄「共同不法行為に関する一考察－「因果関係」概念を手がかりとして－」来栖三郎＝加藤一郎編『民法学の現代的課題（川島武宣教授還暦記念2）』289頁（岩波書店・1972年））。

ニ 特許権侵害における共同不法行為要件の諸説について

(イ) 学説は共同行為という客観的要件と共同意思という主観的要件の組合せで多様である。以下、いくつか紹介する。

① 「特定の特許権侵害品の流通経路に縦列的に存在する複数の侵害者の行為について共同不法行為が成立するのは、製造業者と販売業者との間に資本的、人的に密接な関連性がある場合、製造業者の製造した特許侵害品を特定の販売業者が全量販売するなど総代理店的な立場にあるような場合などの密接な関連性がある場合に限定して考えるべ

きである。」(水上・前掲)

㊦ 「製造業者、卸業者、小売業者が侵害品を製造販売することについて共同意思を形成しているときは、共同不法行為の成立を認め、その間に意思の疎通を欠くときは、客観的にみても行為の関連共同を認めることは困難であるから共同不法行為の成立を否定することになる。しかし、その中間的形態、例えば卸売業者が侵害品であることの認識を有して製造業者からこれを買った場合(小売業者についても同様である。)に共同不法行為の成立を認めるかどうかは、認識の度合い(片面的な共同意思ないし相手方の行為を利用する意思の有無・程度)、行為の態様等を考慮し具体的に事案に即して判断するほかない」(竹田稔『知的財産権侵害要論 特許・意匠・商標編(第4版)』208頁(発明協会・2003年))

㊧ 「販売業者に製造業者の行為を利用する意思がある場合、共謀による行為の共同がある場合、製造業者が販売業者に対し自己の侵害行為が利用されることを容認している場合については、共同不法行為の成立を認め、また製造業者の「特許侵害品」の製造販売を販売業者が認識しているにすぎない場合は共同不法行為は成立しないとしており、さらに、製造業者・販売業者において資本的結合関係、人的交流の関係のある場合には、主観的共同の関係がある」(清永・前掲356頁)

(ロ) 客観的共同要件に主観的共同要件を加えて共同不法行為要件該当性を限定しようという試みは、単純に客観的共同要件のみでは、共同不法行為の適用が拡大され過ぎるとの配慮があると思われる(田村・前掲知財政策研究7号19頁は、特許法102条2項、3項の場合について、

「具体的には、各侵害者が当該侵害製品の製造販売に関して共同事業を行っているとか、開発部門と販売部門など企業グループの関係にある、フランチャイズシステムなど組織的な流通体制を敷いている関係にある等の事情が認められれば、全損害額について各自が連帯して損害責任を負うが、そうでない限りは、各自個別の侵害行為に対して算定される損害額について責任を追うに止まると考えるべきであろう。」

と、客観的共同行為態様を具体的に限定しようという試みをする。)

(ハ) 他方、共同不法行為となる場合を広く認めようとする説もある。

① 「当該侵害品の販売業者が多数存在する場合は別として、ある侵害品が製造され特定の販売業者がそれを販売するときには、製造と販売は相互依存的であり両者には関連共同性があるというべきである。」(新保・前掲348頁)

② 「製造・販売の各行為はいずれも同一商品の流通の一過程を担っていることにおいて客観的関連共同性を肯定し、共同不法行為の成立を認めるべきである」(栗原良扶「特許侵害訴訟における侵害額の算定にあたり民事訴訟法316条を適用した事例」特許38巻1号19頁)

③ 共同不法行為の場合の損害賠償額の具体的範囲、算定方法

イ 算定の基本的考え方

(イ) 共同不法行為の場合は各人は不真正連帯債務者として権利者に対する全損害額の賠償責任を負うことになるのは当然である(通説・判例)。

(ロ) 民法719条1項に基づく場合の共同不法行為の場合は、例えば、製造業者とその販売業者とが共同不法行為との責任を問われれば、共同不法行為と認定された全額について各自連帯して責任を負う(前掲東京地判平11・7・16(判時1698・132)[悪路脱出具事件]参照)。

(ハ) なお、前掲東京地裁平成13年2月8日判決(判時1773・130)[玩具銃事件]では、特許法102条2項に基づく製造者、販売者に対する損害額算定につき、販売者利益計算上製造者からの仕入原価を差引くのであるから、共同不法行為に基づいて全額を販売者に負担をさせたとしても、結果として重複賠償のようなことにはならないとする。

(ニ) 特許法102条1項ないし3項に基づく請求の場合も基本は民法709条、719条を前提にして請求をするわけであり、特許法102条1項の権利者の実施能力の問題、特許法102条2項の権利者自らの実施の問題、特許法102条3項の製造、販売の各業態における実施料率などの各条

文上の個別問題があるがこれらは更に別の論点となるが、ここでは、論点指摘にとどめる。

ロ 共同不法行為者間での責任割合の分担（求償権）については、各自の過失割合によることとなる（最判昭41・11・18民集20・9・1886、判時473・30、最判平3・10・25民集45・7・1173、判時1405・29参照のこと）。

④ 教唆・幫助（民719②）関係について

イ 教唆・幫助者は共同不法行為者として損害賠償上は共同不法行為責任としての不真正連帯責任を負う。

ロ 教唆・幫助行為関係の認定について、間接侵害の限定を試みる例（特許法101条各号の存在などを考慮し、無限定に教唆・幫助の事実を認めて共同不法行為とすべきでない」と判示する事例がある（東京地判平16・8・17判時1873・153）。ただし、これは、差止請求権の可否の事案であり、損害賠償請求事案ではない。）。

⑤ 間接侵害行為の態様については、前述(5)（非共同不法行為の場合）と同様のものが基本となる。直接侵害者と間接侵害者との間に共同不法行為が認められる場合は、該当行為のうちの重なる部分（例えば、全体製品のうちのある部品部分）について重複責任（不真正連帯債務）が認められることになる。方法の特許権侵害において、直接侵害者と方法の使用にかかる全体的製品メーカーにおける間接侵害者との場合の共同不法行為であれば損害全体につき不真正連帯責任を負うことになる（なお、京都地判平12・7・18（平8(ワ)2766）最高裁HP、大阪地判平14・4・25（平11(ワ)5104）最高裁HP、前掲東京地判平16・8・17を参照のこと）。

(7) 複数侵害者のうちの主観的拡張的適用の場合

複数侵害者という中に例えば民法44条1項（会社法350条（旧商法261条3項）や会社法429条（旧商法266条の3第1項）に基づく法人の責任、代表者個人の責任との関係もある（裁判例（旧商法266条の3の代表者の責任を認めた）東京高判平15・9・22（平15(ネ)277）最高裁HP））。

これらの場合の法人とその役員との間の責任関係は不真正連帯責任である（判例・通説）。

(8) 消尽論（用尽論）との関係

① 消尽論は、特許権者や専用実施権者など正当権利者の許諾を得ていったん市場に流通した後は、重ねてその流通品に対して権利行使（差止めや損害賠償請求など）ができない、という論であり、そもそも侵害物件に対しては（特許権侵害、不法行為など）、消尽論の適用余地はない（安田有三「損害賠償請求の責任主体と責任額 メーカー、ディーラー、ユーザーの負担」別冊NBL33号105頁、田村・前掲知財政策研究7号6頁など、通説）。

② 消尽論を否定した判決例として、前掲東京地裁平成16年9月30日判決（(平16(ネ)1436）最高裁HP）〔玩具銃Ⅱ、Ⅲ控訴事件〕。なお、肯定した判決例として前掲東京地裁平成6年7月22日判決（判時1501・70）があるが、転々流通する場合の権利者の侵害額の限度を認定するのに消尽論を用いるのは疑問がある（該件では輸入業者と販売業者間で実質的に経済行為上同一性がある事案のようであるので、結論は妥当なのかもしれない）。

したがって、同一侵害物件に対して、異なる侵害者（流通の上流下流関係（垂直関係））に対して損害賠償を重複的に請求できるとした場合の総額ないし上限を填補賠償の範囲内とすべきであると論じる際に、消尽論を用いることは妥当でない。

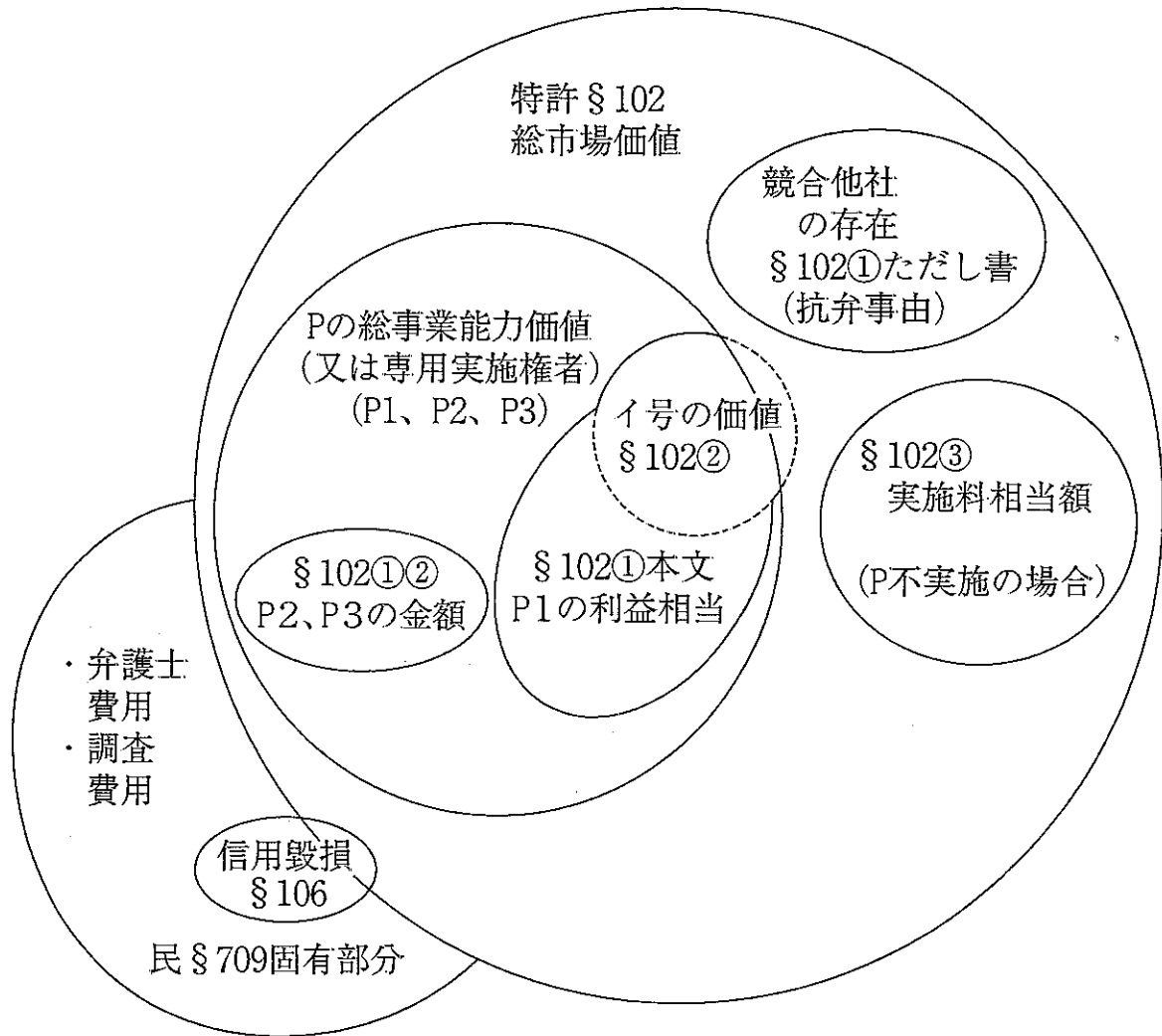
4 結 語

(1) 以上本稿「2 権利者側の視点」、「3 侵害者側の視点」の各場面において判例、学説の整理を試みてきたが、具体的事案は、これらの応用、組合せになるわけであり、実際は2、3の各要素を組み合わせた事案になり得る。

(2) いずれにせよ、我が国の損害賠償論の基本として、権利者は侵害者より被った損害の範囲内で、填補賠償として救済を受けるのであり、たとえ広い意味で損害論をとらえるにせよ、填補賠償論を超えて、米国のような懲罰的賠償（実損害額の3倍賠償を認める制度）などの救済方法は認められないところである。

《参考図1》

特許侵害事件における複数の権利者、侵害者の場合の損害額算定



P (特許権) = P 1、P 2、P 3 . . . 共有権者又は専用実施権者

《参考図2》

流通における垂直関係（上流～下流）のフロー

P 特許権者 (専用実施権者)		イ号			
§102①本文 Pの販売利益 率	§102③ 実施料 相当額	メーカー (数量) g1 §102① M1	§102② g2 M2	§102① 輸入 (数量) g3 I1	§102② g4 I2
同上	同上	卸売 g1 W1	g2 W2	g3 W3	g4 W4
同上	同上	小売 ^{g1} R1	g2 R2	g3 R3	g4 R4

P = 特許権者

M = メーカー

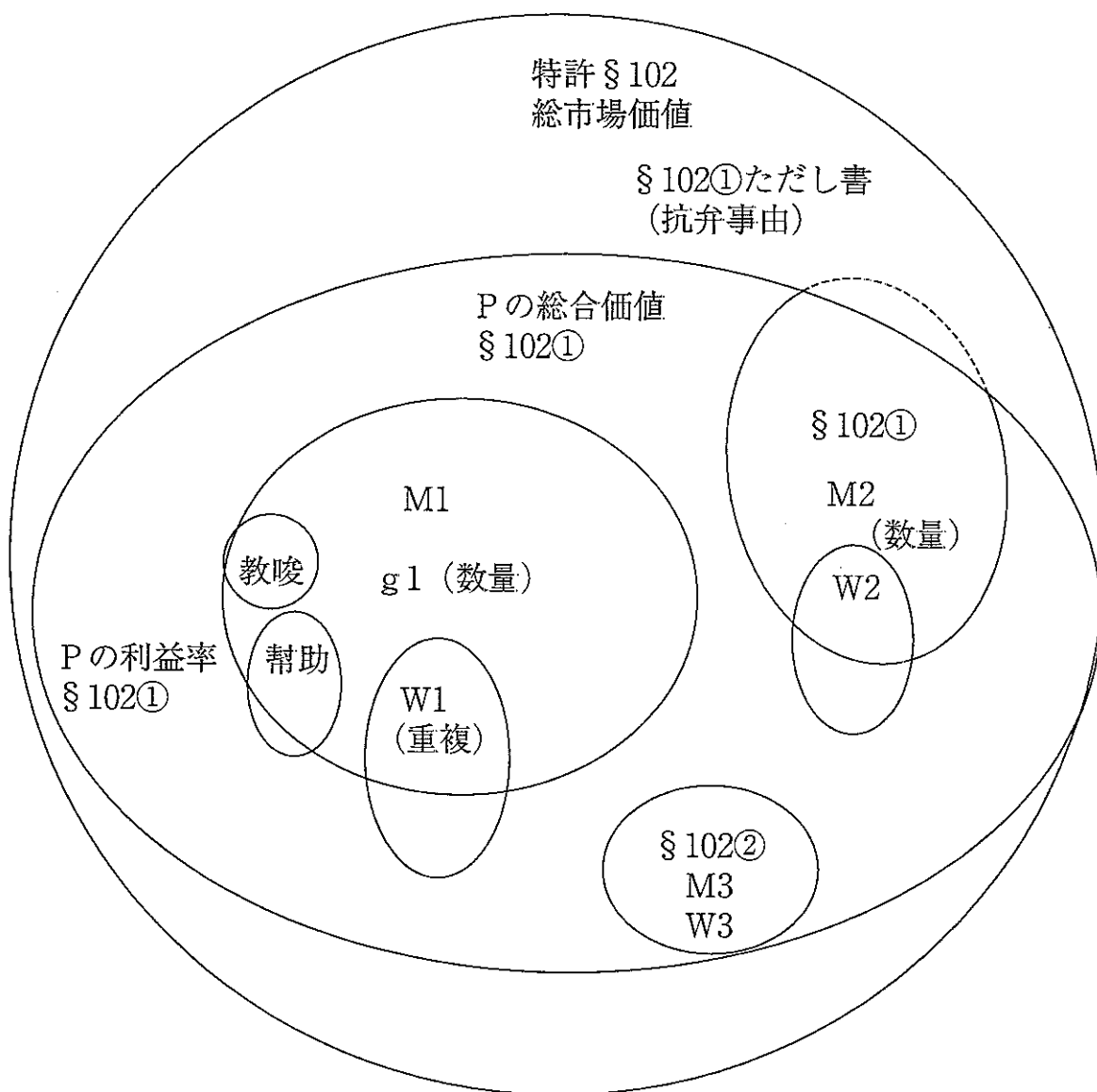
W = 卸売業者

R = 小売業者

I = 輸入業者

《参考図3》

水平関係（メーカー同士、卸売業者同士、共同不法行為者間など）



M (メーカー) = M1、M2、M3

W (卸売業) = W1、W2、W3

<参考文献>

- ・中山信弘『工業所有権法（上）（第2版増補版）』 338頁以下（弘文堂・2000年）
- ・美勢克彦「損害(5)－複数の権利者」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系4 知的財産関係訴訟法』345頁（青林書院・2001年）
- ・村林隆一ほか『新特許侵害訴訟の実務』236頁（知的財産実務シリーズ通商産業調査会・2000年）
- ・高部眞規子「国際化と複数主体による知的財産権の侵害」永井紀昭ほか編『知的財産権 その形成と保護（秋吉稔弘先生喜寿記念論文集）』161頁（新日本法規出版・2002年）
- ・牛山積「共同不法行為と差止請求」法時47巻4号26頁以下