

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

田村善之

1 序

特許法は、特許発明の技術的範囲に属する製品が製造され、販売される度に、特許と抵触する実施行為がなされていると観念している（特許法68条、2条3項1号）。侵害製品が転々流通した場合には、流通の度に特許権侵害を構成するので、特許権者は、侵害製品の製造業者、卸売業者、小売業者の各々に対して損害賠償を請求することができる。しかし、各人に請求しうる損害賠償額は、どのように算定されるのだろうか。これが本稿が扱うテーマである。

2 論点の抽出

想定事例を示しながら本稿の問題関心を説明しておこう。

Xの特許権を侵害する製品をY1が1万個製造し、単価300円で卸売業者Y2に販売、総額で60万円の利益⁽¹⁾を得た。

Y2はこれを単価400円で小売業者Y3に販売し、総額で50万円の利益を得た。

Y3はこれを単価500円で消費者に販売し、総額で50万円の利益を得た。

ちなみに、X自身は、特許製品を単価600円で販売しており、1個当たり200円の利益⁽²⁾を得ている。なお、本件特許発明の相当な実施料率は販売価格の5%とする⁽³⁾。

この場合、Xは誰に対していくらの損害賠償を請求しうるのか。特に本稿が問題とするのは以下の場面である。

第一に、特許法102条1項の逸失利益の推定規定を利用して、誰かから200万円(=単位当たり利益額200円×侵害製品の譲渡数量1万個)の賠償を得た場合、さらに他の誰かから1項、あるいは102条2項や3項に基づく損害賠償を請求しうるのか、それともはや誰にも請求することができなくなるのか。

第二に、102条2項の侵害者利益額の推定規定を利用する場合、Y1、Y2、Y3の三者に対しては、各人が利益を受けている限度で、Y1に対して60万円、Y2に対して50万円、Y3に対して50万円を請求しうるに止まるのか、それとも、総計160万円の利益があがっていることを理由に、それぞれに160万円請求できるのか。また、誰かから賠償を受けてしまえば他の者に対して102条1項や102条3項に基づく賠償を請求しえなくなるのか。

第三に、102条3項の相当な実施料額の賠償を請求する場合、Y1、Y2、Y3に対して、各自のマージンに対応した相当な実施料額として、Y1に対して15万円(=300円×1万個×5%)、Y2に対して5万円(=(400円-300円)×1万個×5%)、Y3に対して5万円(=(500円-400円)×1万個×5%)しか請求できないのか、それとも各々の販売高に応じた相当な実施料額として、Y1に対して15万円(=300円×1万個×5%)、Y2に対して20万円(=400円×1万個×5%)、Y3に対して25万円(=500円×1万個×5%)を請求できるか、それともさらに最も高額である25万円を全員に対して請求することができるのか。また、やはり誰かから賠償を受けてしまえば他の者に対して102条1項や2項の賠償を請求しえなくなるのか。

これらの問題に対して回答を与えるためには、侵害製品が流通した場合の損害賠償額の算定に関して、相互に関連する二つの主要な論点について応える必要がある⁽⁴⁾。順を追って検討していくことにしよう。

3 同一の特許製品に関して異なる侵害者から賠償を受けることができるか

(1) 問題の所在

特許権者は、同一の侵害製品に関して特定の侵害者から賠償を受けた場合でも、さらに他の侵害者に対して重ねて損害賠償を請求することができるのか、という論点がある⁽⁵⁾。

前提問題として、特許権者の許諾を得て適法に実施品が製造、販売された場合には、以降、それが転々流通しようとも、特許権者が当該製品に関して重ねて実施料を請求することはできなくなるということである(用尽理論)⁽⁶⁾。これに対して、侵害品の場合には、特許権者は一度も対価を得ていないのだから、転々流通するたびに特許権侵害行為があり、これに対して損害賠償を請求しうることに問題はない。

しかし、売上げ減退による逸失利益を考えてみれば、侵害製品により満足されてしまった需要は一つなのであるから、同一の需要に関して重ねて売上げの減退を観念する余地はない。侵害者利益に関しても、かりにこれが逸失利益の推定規定であると理解するのであれば、同様の取扱いとすることも考えられなくはないが、自己が取得した利益の返還に止まるのであれば、流通に関与する者各人がそれぞれの利益を返還すべきであるという発想もありえるだろう。また、用尽理論を推し及ぼせば、適法に製品が流通する場合には重ねて実施料を請求することができないことも勘案しなければならない。

(2) 裁判例⁽⁷⁾

特許法102条1項同士の関係が問題となった裁判例としては、逸失利益につき製造販売者と転売者の連帯責任とした判決がある(東京地判平成11・7・16判時1698号132頁[悪路脱出具])。連帯責任ということは、一方から支払いを受けた場合には、他方に対して再度、その支払いを請求することはできないということを意味している。

102条2項同士の関係が問題となった事案では、卸売業者Aからの仕入額を控除して小売業者Bの利益額を算定しているのだから、Aの取得した利益額とBの取得した利益額を合算してその合計額の賠償を認めても、一回の流通分として評価できる額を超えて損害額を算定することにはならない、とする判決がある(東京地判平成13・2・8判時1773号130頁[自動弾丸供給機構付玩具銃I]。同旨、東京高判平成16・9・30平成16(ネ)1367[自動弾丸供給機構付玩具銃II2審]、東京高判平成16・9・30平成16(ネ)1436[自動弾丸供給機構付玩具銃III2審])。商標法38条2項に関し、製造販売業者と転売業者の各々に対して、それぞれが取得した利益の額の賠償請求を認容した判決がある(原告の主張に沿った判決であるが、大阪地判

昭和62・12・9判例工業所有権法2851の885頁 [LV マーク V])。いずれも、それぞれの侵害者毎に評価される損害が異なるので、重複して賠償を受けるわけではないと考えられた事例であるといえよう。

関連して、商標法38条2項に関する事例であるが、商標権者が取引を自ら行った場合の利益が1ダース270円(400ダースで10万8,000円)程度であることを斟酌し、侵害商標の印刷を請け負って工賃約2万9,000円の利益を得た印刷業者と、侵害商標を印刷した商品400ダースを製造販売して11万6,000円の利益を上げた製造販売者、そして、侵害商品を輸出してマージン約7万6,000円を得た輸出業者の各利益の合算額ではなく、製造業者の利益11万6,000円の限度で1項の推定を維持した判決がある(大阪地判平成元・5・24判例工業所有権法[2期版]8352頁 [Super Doll])。この判決は、商標権者自身が印刷や輸出もなしているという事案であれば侵害者利益全額について推定を享受しうることを前提にしつつ、当該事件における商標権者は問題の地域に代理店経由で輸出しているに過ぎず、印刷業者や輸出業者が取得した利益に関してまでその損害と推定することが不自然であるために、その限度で推定の覆滅を認めたものであると理解することができよう。

特許法102条3項に関しては、多くの裁判例が重複して賠償を受けることは許されないと考えている。たとえば、実施料相当額につき製造販売者と転売者の連帯責任とした判決(前掲東京地判[悪路脱出具])、用尽理論を斟酌すると明言しつつ、輸入業者、国内販売業者の各々に対して別個独立して実施料額の賠償を請求することを認めず、両者は連帯して相当実施料額の賠償責任を負うとして取り扱った判決(東京地判平成6・7・22知裁集26巻2号733頁 [BBS 特許並行輸入])がある(傍論ながら、東京地判平成16・2・20平成14(ワ)12858[自動弾丸供給機構付玩具銃Ⅱ]、東京地判平成16・2・20平成14(ワ)12867[自動弾丸供給機構付玩具銃Ⅲ]も参照)。やはり用尽理論を斟酌しつつ、損害賠償額は同一の侵害製品については一回の流通分として評価しうる額を限度とする旨を説き、特許権者が最終的に得ることができる損害賠償額の総額は小売価格に実施料率を乗じた金額を上限とする旨を説いた判決もある(出願公開に基づく補償金請求権に関する判断を導く前提として示された説示であるが、前掲東京地判[自動弾丸供給機構付玩具銃Ⅰ])。不当利得返還請求権につき同旨を説くとともに、

適正な実施料額から、製造業者と卸売業者が支払った65条の補償金を控除した残額について、不当利得の返還を認める判決もある(前掲東京高判[自動弾丸供給機構付玩具銃Ⅱ2審]、前掲東京高判[自動弾丸供給機構付玩具銃Ⅲ2審])。

裁判例のなかには、不当利得返還請求の事件で、イ号装置を侵害者Y1から侵害者Y2が購入して転売したという事例で、各自の販売価格に実施料率10%を乗じて相当な実施料額を算定する場合、Y1は、Y2への販売価額に実施料率10%を乗じた金額を利得しており、Y2は第三者への販売価額からY1からの購入価額を控除した額に実施料率10%を乗じた金額を利得していると認定して、それぞれに対する請求を認容した判決がある(東京地判平成11・9・29判例工業所有権法[2期版]2389の96頁 [巻返し装置])。しかし、重複額について連帯責任とする前記裁判例は、侵害者は各自、販売の都度、特許権者の販売の機会を奪っているのだから、少なくとも損害賠償請求に関する限り、各自の販売価額に実施料率を乗じた金額が賠償額となるのであって(販売価額が重複している分につき、連帯責任となる)、仕入れた価額を控除したうえで相当な実施料額を計算するということにはならないと考えているものとおもわれる(前掲東京地判[BBS 特許並行輸入])。

102条各項の損害賠償の相互関係はどうか。

102条1項と3項の関係に関しては、商標法38条1項と3項に関する事件であるが、被告が侵害商品を輸入し訴外会社に販売し、訴外会社がこれを需要者に販売したところ、既に原告は訴外会社に提起した別件訴訟に対する判決で認容された3項の使用料相当額賠償の支払いを受けていたのだが、さらに被告に対して本件訴訟を提起したという事案で、原告が被告から受けた1項に基づいて算定された逸失利益の額が既に支払いを受けた額を下回っていたという事案で、両債務は不真正連帯債務の関係にあるということをも理由に請求を棄却した判決がある(東京地判平成15・5・28判時1830号140頁 [Canadian Maple Syrup])⁶⁾。

特許法102条2項と3項の関係に関しては、特許権者が侵害製品の製造販売業者に勝訴し、侵害者利益額によって推定された賠償の支払いを受けたにも拘わらず、何らの留保を示すことなく、当該製品を購入し他に転売した者に対する実施料相当額の不当利得返還請求を認容した判決がないわ

けではないが(大阪高判平成5・10・26判例工業所有権法〔2期版〕1711の2頁〔シート状物の取出装置Ⅱ2審〕。最判平成6・10・25判例工業所有権法〔2期版〕1711の10頁〔同上告審〕もこれを維持)、追隨するものはない。むしろ、実施料額を不当利得とする返還請求に関するものであるが、製造業者と卸売業者が支払った102条2項の侵害者利益額を控除した残額について、小売業者に対して返還を認める判決もある(前掲東京高判〔自動弾丸供給機構付玩具銃Ⅱ2審〕、前掲東京高判〔自動弾丸供給機構付玩具銃Ⅲ2審〕)。

(3) 用尽理論との関係

まず、用尽理論との関係を明らかにするところから始めよう。

用尽理論を認めるべき積極的な根拠は取引の安全を図るところにある⁽⁹⁾。ところが、損害賠償請求が行使される場面では、侵害製品は既に流通済みであり、取引の安全を考慮する余地はないことのほうが通例であろう⁽¹⁰⁾。同一の侵害製品について複数の侵害者から賠償を受けることを否定する理由はないというべきである⁽¹¹⁾。特許法は、特許製品が譲渡される度ごとに実施行為があると定義し、特許権者に排他権を行使させる機会を与えているが(2条3項1号・3号、68条)、侵害製品でない特許製品が流通する場合には用尽理論が適用されるのだとすれば、特許法2条3項がその適用を見るのは、まさに侵害製品が流通した場合に限られることになる。法は、特許権の実効性を確保するために、侵害製品の譲渡の度ごとに特許権を行使することを認めたのだと理解されることになる。そうだとすると、損害賠償の場面でも、同一製品に関するものとはいえ、それが転々流通した場合、特許権者の救済を図るため、個別の侵害者毎に権利行使をなすことを認めるべきであろう。

もっとも、損害の性質の問題として、重複して賠償を求めることができない場合はある。その場合には、いったん特定の侵害者から損害賠償の支払いを受けた特許権者は、損害が重複する限度で他の侵害者に賠償を請求しえなくなることがありうると解される。ことが損害論に関わる以上、個別の損害毎に検討していく必要がある。

(4) 特許法102条1項の損害の賠償を受けた場合

特許法102条1項は、売上減退による逸失利益の額を推定している⁽¹²⁾。逸失利益とは、侵害なかりせば得べかりし利益にほかならない。1個の侵害製品についてかりに侵害がなかったとしても、特許権者の代替製品が2個売れるわけではない⁽¹³⁾。一つの侵害製品について、特許権者が賠償を求ることができる逸失利益は、最大でも、代替製品一個分に関する利益額を超えることはないのである。そして、102条1項の損害額は、個別の代替製品に関する限り、特許権者の単位当たりの利益額で算定されるので、侵害製品が転々流通したとしても、同一の製品に関する限り、実体法の問題としては、損害額が上下することはない⁽¹⁴⁾。そうだとすると、特定の侵害者から102条1項に基づき損害賠償の支払いを受けた特許権者は、それにより満足を受けた限度では、同一の侵害製品に関しては、再度、他の侵害者に対して1項に基づく損害賠償を請求しえないと解すべきである(東京地判平成11・7・16判時1698号132頁〔悪路脱出具〕参照)。その意味で、各人の損害賠償債務は連帯債務の関係にあると解すべきことになる⁽¹⁵⁾。

もっとも、この帰結に関しては、「それにより満足を受けた限度では」という留保を付していることに注意されたい。その意味するところは、以下のとおりである。

第一に、ここでの結論は同一の侵害製品に関する限り重複して支払いを受けえないというに止まるので、たとえば、前訴で特定の侵害者に対して損害賠償を請求したところ、102条1項本文の実施の能力に(一部)欠けることがあるとされたり、同項但書きにより推定が(一部)覆滅された結果、逸失利益の賠償を受けることができなかった侵害製品の数量分に関しては、後訴で他の侵害者から賠償を受けることができると解すべきである。この部分に関しては、連帯債務の関係にはならないと考えるのである。もっとも特許法2条3項が複数の侵害者に対して権利行使することを認めている趣旨が、権利行使の選択肢を増やし、もって特許権者の保護を万全なものとするところにあると理解すべきである以上、特定の侵害者に対する訴訟で証明に失敗したからといって、他の侵害者に対して権利行使しえなくなると解すべきではないからである。

第二に、同一の侵害製品に関するものといえども、たとえば、前訴で権利者の単位当たりの利益額の証明に拙いところがある等の理由で低めに

賠償額が認定されたことを理由に、後訴で同一の製品に関してより高い権利者の単位当たりの利益額を主張し、立証に成功した差額分について賠償を受けることができるのかという問題がある。第一の問題と異なり、同一の製品に関して既に損害賠償の支払いを受けているので、それを理由に消極に解するという結論を採用することもありえよう。しかし、特許法が、同一の製品に関しても、複数の侵害者に対して権利行使をなしうる機会を与えているということを重視するのであれば、同一製品に関しても、他の侵害者に対して、支払いを受けていない差額分があることを主張、立証して、差額分について賠償を求めるときを否定する必要はないようにおもわれる。また、訴訟中に和解が成立した場合などには、和解金額の算定の根拠となった明細が不明であることが多く、結局、特許権者は和解契約外の侵害者に対して、超過額があることを主張、立証して差額分の損害賠償の支払いを求めると取り扱うことが現実的な解決策であろう。そうだとすると、均衡上、判決に基づいて賠償が支払われた場合にも同様の取扱いとすべきであるようにおもわれる。

これらの二つの留保事項について、本稿と異なり、超過額に対する権利行使を認めない見解の下でも、特定の侵害者に対する前訴で102条1項に基づく損害賠償請求が認容されたとしても、未だ賠償金額が支払われていない段階では、他の侵害者に対する損害賠償請求訴訟を提起することを認めないわけにはいかないのではないか。その場合、前訴の既判力は、当事者を異にするので後訴に及ぶことはない。同じ102条1項に基づく損害賠償額であっても、因果関係の推定の一部覆滅や権利者の単位当たりの利益額の認定が異なるために、異なる金額が認容されることがありうる。ここで、かりに特定の侵害者から102条1項に基づく損害賠償金額の支払いを受けた特許権者は、たとえ超過額があったとしても、他の侵害者に対して1項の賠償金額を請求しえないという解釈論を採用してしまうと、低額の方の判決に基づき全額、賠償金額を受領した特許権者は、もはや他方の判決に基づいて超過額分の執行を求めることができなくなるはずだが、そこまでして守らなければならない法益はどこにも存在しないのではなからうか。

以上、102条1項に基づく賠償の支払いを受けた特許権者は、それにより満足を受けた限度で他の侵害者に対して重ねて賠償を請求しえないと解すべきであるが、しかし、超過額があることを主張、立証してその差額

分について再度、他の侵害者に請求することができる、と解するのが本稿の帰結であるということになる。侵害訴訟の場面でこのように複数回の権利行使を許容したところで、取引の安全を図ることを目的とする用尽理論の趣旨に反することにならないことは既述したとおりである。

さて、話は変わって、特定の侵害者から102条1項に基づく賠償の支払いを受けた場合、他の侵害者に対して102条2項や3項に基づく損害賠償を請求しうるのか、ということも問題となる。

侵害製品が一人の侵害者の手元から直接、最終消費者に販売された場合に関しては、同一製品に関する限り、特許法102条1項と2項、3項の賠償額についてはどちらか高い方を請求しうることに止まり、合計額を請求することはできないというのが通常の理解であろう⁽¹⁶⁾。102条1項、そして伝統的な理解に従えば102条2項も、逸失利益額を推定する規定であるに止まり、格別の損害概念を打ち立てるものではないから、別々に請求しうるわけではない。102条2項に関して逸失利益とは異なる損害概念を前提とすると理解するとしても(後述(5)参照)、1項と2項の損害額は、権利者が侵害なかりせば取得したであろうと推察される利益、侵害者が侵害により取得した利益であって、両者はともに特許発明の実施行為により得られた利益であるところ、かたや侵害がなかった場合に想定される利益、かたや侵害があったために得られた利益という択一的な関係にあるから、両者をともに請求しうることは概念的に矛盾しているといわざるを得ないだろう。また、102条3項は、侵害がなかったとしたならば侵害者と特許権者との間で締結されるであろう想定実施契約における想定実施料額を賠償額として算定するものではなく、排他権を特許権者に付与している特許法の目的に従って算定されるという意味で客観的に相当な実施料額⁽¹⁷⁾の賠償を命じるものと解すべきである点で、逸失利益とは異なる損害概念⁽¹⁸⁾を前提としていると理解すべきではある⁽¹⁹⁾。しかし、102条4項第1文が明文で示すとおり、102条3項の賠償額の支払いを受けたあと、別個独立に逸失利益等の損害賠償を請求することは許されていない。102条3項の金額を超過する差額分の請求が認められるに止まる⁽²⁰⁾。侵害者を異にするからといって、この取扱いを変える理由はない。

結論として、特定の侵害者から102条1項の賠償額の支払いを受けた特許権者は、同一の特許製品に関する限り、他の侵害者に対して102条2項、3

項の支払いを独立に請求することはできず、ただ、2項や3項に基づいて算定される損害額が既に支払いを受けた賠償額よりも高額である場合に限り、超過額分の支払いを受けることができるに止まると解すべきである⁽²¹⁾。

ただし、やはり1点、留保が必要である。102条1項本文の実施の能力に(一部)欠けるところがあるという理由で推定を一部、受けることができなかつたり、あるいは同項但書きに該当する事由があるという理由で一部因果関係の推定が崩れた場合、その結果、賠償を請求しえなかつた侵害製品の数量分に関しては、別途、独立して102条2項あるいは3項の損害賠償を請求しようと解すべきであるということである。当該製品に関しては、1項の賠償を受けていないのであるから、同一製品について重複して賠償を受けるということにはならないからである。この部分については、連帯債務の関係にはならないと考えられる。

たとえば、一人の侵害者に対して102条1項に基づく損害賠償を請求する場合、推定が覆滅された部分に関しては、102条3項の賠償が可能であると取り扱われている⁽²²⁾。特許権者が不実施等であるために因果関係が全く認められないために逸失利益がないとしても、102条3項の相当な対価額の賠償が認められるのであれば、因果関係が一部認められた事例においても、認められなかつた部分について3項の賠償を否定する謂われはなく、この見解に与すべきであろう⁽²³⁾。そして、本稿の主張は、侵害者を異にする場合にも、同様の取扱いをなすべきであると論じているに過ぎない⁽²⁴⁾。

2で示した具体例でいえば、前訴で、特許権者Xが侵害者Y1に対して侵害製品の数量1万個分について逸失利益200万円を請求したにも関わらず、市場に他に競合製品がある等の理由でそのうち30%に当たる3,000個分について推定が覆滅されたと判断され、結局、7,000個分すなわち140万円についてしか賠償を受けえなかつたとする。特許権者は、この140万円の支払いを受けたとしても、なお、3,000個分について実施料率5%であると主張してY2から6万円(400円×3,000個×5%)を受取ることは許されるということである。この場合、いずれか高いほうではなく、合計額である146万円の賠償の支払いをXは享受することができる⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾。

(5) 特許法102条2項の損害の賠償を受けた場合

特許法102条2項は、侵害者利益額を損害額として推定している。特定の侵害者から102条2項に基づく賠償の支払いを受けた特許権者が、同一の製品に関し別の侵害者に対して、2項の損害の賠償を請求しうるのか否かということをはっきりさせるためには、2項が前提としている損害論をどのようなものとして理解するのかということを検討する必要がある。

102条2項に関しては、あくまでも特許権者が侵害行為により失った逸失利益を推定する規定であるという伝統的な理解⁽²⁷⁾を貫徹するのであれば、102条1項の賠償の支払いを受けた場合と同様に、2項の支払いを受けた場合にも、同一の製品に関しては、他の侵害者に対して2項の損害賠償額を請求しえないか、あるいは、超過額がある場合に限りその差額分を請求しうるに止まる(1項に関する本稿の立場)という理解が主張されるかもしれない。

しかし、102条2項は、裁判実務では、特許権者が特許製品を実施していることを隠れた要件とする侵害者利益の返還を認める規定として機能しているという実態⁽²⁸⁾を重視する場合には、事実上、逸失利益とは異なる損害概念を前提とするものとして運用されているのであるから、独自に取り扱って構わないという理解が生まれくるといえよう⁽²⁹⁾。くわえて102条2項の金額は、侵害者毎に異なる利益額として算定され、しかも、同一製品が転々流通する場合には、卸売業者の利益を算定する際には製造業者からの仕入額を費用として控除しなければならず、小売業者の利益を算定する際には卸売業者からの仕入額を費用として控除しなければならないから、製造業者の利益、卸売業者の利益、小売業者の利益は、概念上、互いに重複することはなく、これらの合計額を特許権者が請求しようと解したとしても、二重取りという批判は妥当しないと考えられる(東京地判平成13・2・8判時1773号130頁[自動弾丸供給機構付玩具銃I]、東京高判平成16・9・30平成16(ネ)1367[自動弾丸供給機構付玩具銃II2審]、東京高判平成16・9・30平成16(ネ)1436[自動弾丸供給機構付玩具銃III2審]の説示を参照)。

たとえば、特許権者自身は、卸売業者や小売業者を介在させることなく、直接、最終消費者に特許製品を販売していたとしよう。かりに伝統的な理解に則って、102条2項は特許権の逸失利益額を推定するという立場を採

用したとしても、この事例で、特許権者が得ることができたと想定される利益と同質の利益を侵害者利益でもって推定しようとするならば、製造業者の利益ばかりでなく、卸売業者や小売業者の利益についてもその賠償を認める必要があるといわざるをえないだろう⁽⁹⁰⁾。そして、前述したように、侵害訴訟の場面で、異なる侵害者に対して別々に権利行使をすることを認めても、用尽理論の趣旨に反することはないと考えられる。

もつとも、侵害者利益を侵害者毎に算定するという取扱い自体、変更するというのであれば話は変わる。

逸失利益の推定規定であることを貫くのであれば、特許権者が製造販売業者であった場合に、102条2項の推定額をなるべく逸失利益に近づけるために、卸売業者や小売業者に仕入価格を費用として計上させるのは妥当ではない、という理解が提唱されてもおかしくはない。また、本稿のように市場機会の喪失という損害概念を前提とする場合でも、特許権者の失った市場機会を把握するためには、同じく仕入価格の控除を許さないとする立場にも相応の説得力がある。

しかし、後述するように(4(3)参照)、侵害者間に主観的関連共同がある場合、もしくは(学説によっては)強い関連共同がある場合には、他の侵害者が与えた損害についても連帯責任を負担すると考えられる以上、議論の実益があるのは、主観的関連共同性や強い関連共同性を欠く場合である。そのような場合には、侵害者利益については、逸失利益と異なり、他人の取得した利益についてまで責任を認める必要はなく、自らの取得した利益の返還のみを認めれば足りる、と理解することが衡量として優れているといえるだろう。

ともあれ、このような102条2項に関する通常理解を前提とするのであれば、特許権者は、特定の侵害者から当該侵害者が取得した利益の賠償の支払いを受けたとしても、それとは全く無関係に、別個独立して、他の侵害者に対して当該侵害者が取得した利益の賠償を求めることができる、と解すべきである⁽⁹¹⁾。各人のこれらの損害賠償債務は連帯債務の関係にはならない、と考えることになる。

もつとも、1点、留保が必要となる。特許権者も卸売業者や小売業者を介させており、製造販売業者としての利益しか取得していなかったという場合、製造販売業者が取得した利益の賠償を求めうるとしても、それ以

上に卸売業者や小売業者が取得した利益の賠償までも求めるとはできないのではないか、という議論はありうるだろう(大阪地判平成元・5・24判例工業所有権法[2期版]8352頁[Super Doll])⁽⁹²⁾。この立場に与する場合には、特許権者は、(4で後述する主観的関連共同が認められない限り、製造販売業者から損害賠償の支払いを受けているか否かに関わらず、いずれにせよ)卸売業者や小売業者に対して102条2項に基づく損害賠償を請求しえないということになるのであろう。102条2項をして、逸失利益の推定規定であると理解する伝統的な考え方の下では、このような帰結が素直な解釈論として導かれる可能性がある。実施を条件とした利益の返還規定であるという理解に立つとしても、実施の意味如何で、たとえば、侵害者のなしている実施行為に相応する実施行為をなしている必要があると解する場合には、同様に、卸売業者や小売業者に対する請求を棄却する考え方が導かれるのかもしれない。それに対して、逸失利益と異なる損害概念を前提としていると理解する場合には、そのように解する必然性はないことになる⁽⁹³⁾。

さて、102条2項に関しても、特定の侵害者から2項に基づく賠償額の支払いを受けた特許権者が、同一製品に関して、重ねて102条1項や3項の損害賠償の支払いを受けることができるかということが問題となる。

前述したように((4)参照)、102条2項の侵害者利益に基づく賠償額の支払いを受けた以上、同一製品に関する限り、満足を受けた限度で、概念的に択一的な関係にある102条1項の逸失利益を重ねて請求することは許されないと考えるべきである。ただし、これまた前述したのと同じ理由で((4)参照)、102条1項の逸失利益の額のほうが賠償を受けた102条2項の額よりも高額であることを主張、立証してその支払いを受けることは妨げられないと解すべきである⁽⁹⁴⁾。

ところで、従来の裁判実務では、少なくとも特許権侵害に関する限り、特許権者が実施しているために102条2項の推定が認められた事案では、競合製品が市場に存在する等の事情があるということを理由に推定の(一部の)覆滅を認める裁判例はほとんど存在しなかった。こうした取扱いの下では、102条2項の損害賠償が認められた場合には、侵害製品全てについてその賠償が認められたということの意味している。しかし、最近では、新たな動きも見られないわけではなく、競合製品がある等の理由で102条2

項の推定が一部覆滅される可能性が生じている⁽³⁵⁾。その場合には、一部覆滅分については特許権者は賠償を受けていないのであるから、これまた前述したのと同じ理由で((4)参照)、理屈の上では、102条1項の請求をなすことが許されると解されることになる。もともと、競合製品があるという理由で102条2項の請求が一部認められなかったのであれば、いずれにせよ102条1項の請求に関しても推定の一部覆滅が認められることが多いだろうが、それは証明の問題である。

102条3項との関係についても、同様の取扱いとなるというべきである⁽³⁶⁾。ただし、本稿は、102条3項についても、侵害者毎に実施料率を違えるなど、102条2項と同様の取扱いをなすべきであると考えている(後述(6)参照)。そういうことになれば、同一の製品に関するものといえども、侵害者を異にする場合には、102条1項と3項の賠償を別個独立に請求できる、両者は連帯債務の関係には立たないと解されることになる。

(6) 特許法102条3項の損害の賠償を受けた場合

特許権者が特定の侵害者から特許法102条3項の損害の賠償を受けた場合、他の侵害者に対して3項に基づく損害の賠償の請求をなすことができるか、ということが問題となる⁽³⁷⁾。

102条3項は逸失利益という損害概念を前提とするものではない⁽³⁸⁾。しかし、一般的に3項の相当な実施料額は、販売価格に実施料率を乗じる方式で算定されることが多い⁽³⁹⁾。この方式に基づくと、102条3項の賠償額は、製造業者の製造販売行為に関しては、製造業者が卸売業者に販売した価格に実施料率を乗じた金額となり、卸売業者の販売行為に関しては卸売業者が小売業者に転売した価格に実施料率を乗じた金額となり、そして、小売業者の販売行為に関しては、小売業者が最終消費者に販売した価格に実施料率を乗じた金額となる。そして、かりに実施料率が、製造業者であるか、卸売業者であるか、小売業者であるかということによって変化することなく、常に一定の料率が乗じられるのだとすれば、製造業者、卸売業者、小売業者各人について算定される102条3項の相当実施料額には、102条2項の侵害者利益と異なり、算定方式の問題として、重複が存在するといわざるをえないことになる。

そうだとすると、102条3項の賠償額の支払いを受けた特許権者は、既払

いの実施料額と重複する金額については、他の侵害者に対してその賠償を請求することはできない、換言すれば、両者は連帯債務の関係に立つと考えなければならない(東京地判平成6・7・22知裁集26巻2号733頁[BBS特許並行輸入]、東京地判平成11・7・16判時1698号132頁[悪路脱出具])⁽⁴⁰⁾。他の侵害者に対しては既払いの賠償額を超える3項の損害額が発生していることを主張、立証して初めてその賠償を受けることができる、と解さざるをえないだろう(東京地判平成13・2・8判時1773号130頁[自動弾丸供給機構付玩具銃I]参照)。

しかし、前述したように((5)参照)、主観的関連共同ないしは強い関連共同がない場合にまで、他人の販売価格や利益⁽⁴¹⁾によって算定される金額についてまで連帯責任を負わなければならない理由は無いのではなかろうか。このように理解する場合には、たとえば、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か、あるいは、侵害者毎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⁽⁴²⁾。この方式を採用する場合には、各人の賠償債務は連帯債務の関係にはなく、特許権者は別個独立に請求することが許されると解されることになる(不当利得返還請求に関するが、東京地判平成11・9・29判例工業所有権法[2期版]2389の96頁[巻返し装置])。

102条3項に基づいて賠償金の支払いを受けた特許権者が、他の侵害者に対して102条1項や2項の賠償を請求しうるのか、という問題についても、既述の論法が当てはまる(前述(4)、(5)参照)。特許権侵害に関しては、逸失利益が発生していないということを理由として3項の相当な実施料額賠償が否定されることはない⁽⁴³⁾と解されており、因果関係が無いとして否定された侵害製品に関して、他の侵害者に対し別個独立に賠償請求をなすという事態が生じることは考えにくい。102条3項に基づく損害賠償債務の支払いを受けた特許権者は、他の侵害者に対しては、既払額を超える102条1項の損害額が発生していることを証明して初めてその賠償を受けることができると考えるべきであろう。重複額については連帯債務の関係が成立すると考えるわけである⁽⁴⁴⁾。102条2項との関係も同様に重複額がある場合には連帯債務となると解されるが⁽⁴⁵⁾、これまた前述したように((5)参照)、

かりに102条3項の賠償額が、102条2項と同様に、侵害者毎に個別に算定されるものであるならば、各侵害者の負っている3項ないし2項の損害賠償債務は連帯債務ではないということになるので、別個独立にその賠償を請求することが許されることになろう⁽⁴⁶⁾。

(7) 重複分の取扱いについて

以上のように、一定限度で、特許権者は複数の侵害者から二重に支払いを受けることができない損害賠償というものがあると解される。この重複部分について、特許権者が他の侵害者から支払いを受けた場合、侵害者はその限度で自己の債務が消滅していることを抗弁として主張することができる、と解される⁽⁴⁷⁾。

いまだ賠償の支払いを受けない段階で、複数の侵害者に対して損害賠償の支払いを命じる判決を受け取ることができるか否かということも、確認しておこう。

特許法が同一の侵害製品に関しても、侵害者毎に権利行使することを認めている以上、損害賠償の支払いを受けるまでは、どの侵害者に対しても賠償を請求しようと解することが法の趣旨に適う。この場合、重複して支払いを受けることができない分に関しては、各侵害者は連帯債務を負担していることになる(東京地判平成11・7・16判時1698号132頁[悪路脱出具])⁽⁴⁸⁾。

同一の訴訟で複数の侵害者を訴えた場合には、重複部分の支払いに関しては連帯責任となる。そのうえでどちらかが債務を支払った場合には、他方の債務者は、そのことを請求異議事由(民事執行法35条)として主張しうようになる。異なる訴訟で訴えられた場合、いまだに支払いがない段階では、重複額を含めて各自にそれぞれが負担すべき賠償額の支払いが命じられ、その後、どちらかが債務を支払った場合には、やはり請求異議事由に該当するものとして処理されることになる⁽⁴⁹⁾。

4 各侵害者が全額について連帯責任を負うのはどのような場合か

(1) 問題の所在

既にみたように、流通過程で侵害品の販売金額が変わったり、各自の取

得した利益には差異があるため、特に特許法102条2項や3項で損害額を計算する場合には、侵害者毎に算定される損害額が異なりうることになる。これまでの叙述では、この場合、各自について個別に賠償額を計算することを前提にしたうえで、重複部分があると解される場合には、その部分について連帯責任を負うという解釈論を展開してきた。しかし、既に小出しに説明してきたように、場合によっては、最も高額な賠償額に合わせて連帯責任を負ったり、各自について計算された損害額を合算した合計額について連帯責任を負うと解すべきこともある。裁判例の紹介から着手することにしよう。

(2) 裁判例

多くの裁判例は、侵害者が製造を担当する業者と、その譲渡を受けてこれを第三者に販売する業者である場合には、両者ともに損害額全額についての連帯責任を負うとしている(京都地判昭和61・10・9判例工業所有権法2305の139の259頁[抜染糊組成物]、東京地判昭和55・3・24判例工業所有権法2183の80頁[半自動梱包機]、東京高判昭和59・6・21判例工業所有権法2183の97頁[同2審]、東京地判昭和59・2・24判時536号307頁[石抜撰穀機]、東京高判昭和62・2・26判例工業所有権法2305の139の294頁[同2審]、東京地判平成11・7・16判時1698号132頁[悪路脱出具]、東京高判平成14・10・31判時1823号109頁[新規芳香族カルボン酸アミド誘導体の製造方法Ⅲ2審]⁽⁵⁰⁾)。侵害者利益額の推定につき、侵害品を製造したAと、Aから侵害品を購入して一般消費者に販売したBの損害賠償責任について、A、Bともに自身の利益額ばかりでなく、それにAがBに販売した利益額を合計した額が102条2項の推定額となることを前提とする判決もある(傍論だが、前掲東京地判[悪路脱出具])。また、特許権を侵害することを知らずながら玩具の製造会社に材料を提供した以上、特許権侵害の助成者として共同不法行為責任を負うと論じて、玩具の製造会社が玩具を販売して得た利益全額について賠償責任を認める判決がある(名古屋地判平成10・3・6判時1003号277頁[示温材料])。

他方で、このような解決に疑問を呈し、販売業者Bに対しては小売価格に実施料率を乗じた金額を請求しうるが、製造業者Aに対しては卸売価格に実施料率を乗じた金額を請求しうるに止まる(重複部分では両者連帯責

任を負うとする)という解釈を披露する判決もある(傍論ながら、東京地判平成13・2・8判時1773号130頁[自動弾丸供給機構付玩具銃Ⅰ])。侵害製品を製造、販売した業者について侵害者利益額の推定を用いた賠償を認容するとともに、侵害製品を購入して使用している業者に対しては相当実施料額の限度で賠償を認容、そのうえで両賠償債務は不真正連帯債務となると説いた判決もある(大阪地判平成3・5・27知裁集23巻2号320頁[二軸強制混合機])。その他、弁護士費用に関して、被告から侵害品を購入し他に販売していた訴外会社が被告と代表者を同じくし事務所、本店所在地も同一であるという事案で、被告は、原告が申請した訴外会社に対する仮処分等に要した弁護士費用のうち訴外会社の侵害行為と相当因果関係を有するものを賠償する責任を負うと判示した判決がある(東京地判平成6・9・21判時1515号150頁[フレキシブル・パイプ])。

ただし、後者の立場の下でも、侵害者の行為が共同不法行為と認められる場合には、別論となり、各自損害額全額について連帯して責任を負うと解すべきである(傍論ながら、東京高判平成16・9・30平成16(ネ)1367[自動弾丸供給機構付玩具銃Ⅱ2審]、東京高判平成16・9・30平成16(ネ)1436[自動弾丸供給機構付玩具銃Ⅲ2審]、商標権侵害の事件で、大阪地判平成元・5・24判例工業所有権法[2期版]8352頁[Super Doll])。裁判例でも、製造業者Aと販売業者Bが同一の企業グループ内において製造部門と販売部門を分掌する関連会社が侵害者である場合には、Bの小売価格に実施料率を乗じた金額全額についてAとBが連帯して責任を負う、とされている(前掲東京地判[自動弾丸供給機構付玩具銃Ⅰ])。実際、特許権を侵害する製薬会社とその子会社の販売会社が密接な一体関係にあることを理由に、医薬品の製造、販売による利益全額について推定された損害額の賠償責任を製薬会社に課した判決もある(名古屋地判平成8・12・16判例工業所有権法[2期版]2293の295頁[2-スチリル-3誘導体]。名古屋地判平成8・12・16判例工業所有権法[2期版]2623の111頁[新規芳香族カルボン酸アミド誘導体の製造方法Ⅰ]、前掲東京高判[新規芳香族カルボン酸アミド誘導体の製造方法Ⅲ2審]も参照)。やや特殊な事案であるが、測定方法に係る発明(物を生産する方法の発明ではないとされている)を実施して確認試験を行い製剤を製造した侵害者Y1と、Y1が製造した全製剤の納入を受けてこれを販売するY2(侵害行為をなしていない

と評価されている)者が存在したという事案で、Y1に対する実施料相当額を算定する際に、Y1とY2はグループ企業内の製造部門と販売部門と評価しうることなどを斟酌して、Y2の製剤の販売価額を基礎に実施料率を乗じた判決がある(不当利得返還請求に係るが、大阪地判平成14・9・19平成11(ワ)10931[生理活性物質測定法Ⅱ])。さらに、Y1が製造した侵害品をY2のみに販売し、Y2がこれを第三者に販売していたという事案で、両者には相互依存的な関係があるということを理由に、Y2の売上高に実施料率を乗じた金額についてY1とY2の連帯責任とした判決もある(大阪地判平成12・2・1平成10(ワ)8461[縦型埋込柵柱])。

(3) 検討

共同不法行為に関しては諸説あるが、紙幅の都合上、様々なニュアンスの差異をあえて無視して、最近の傾向の最大公約数的な理解を抽出するのであれば、現在の学説の主流は、自己のなした不法行為だけでは事実的因果関係等の点において責任を負うことが無いはずの損害についても共同不法行為に関与したという理由で、民法719条1項前段が適用されて、共同不法行為と事実的因果関係のある損害の全額について連帯責任を負う場合はあるが、そのためには、主観的な関連共同性あるいは強い関連共同性などの全額の連帯責任を正当化するに足りる関連共同性がなければならない。単に客観的な関連共同性あるいは弱い関連共同性等、全額の連帯責任を正当化するには至らない関係があるに止まる場合には、各行為者は自らなした行為と事実的因果関係等の要件を満たすために単独で不法行為責任を負わなければならない部分について他の行為者と連帯して責任を負うに止まるというものであろう⁽⁵¹⁾。

特許権侵害が問題となる場面では、製造業者と卸売業者、小売業者との間では、侵害製品が流通したという以上の関係がない場合も多い。一律に、主観的な関連共同性、あるいは強い関連共同性等、他の者の行為によって算定される損害額についてまで全額について連帯責任を負わなければならないとするほどの関係があるようにはおもえない⁽⁵²⁾。

もつとも、特許権者に逸失利益という形で損害が生じている場合には、製造業者も卸売業者も小売業者もその発生に事実的に因果関係を与えている以上⁽⁵³⁾、102条1項で推定される損害額を各侵害者はそれぞれ支払わな

ければならないと解すべきであろう。102条1項の条文上も、これとは別異に取り扱うことを窺わせる手がかりはどこにもない。この場合、重複額については、主観的関連共同性や強い関連共同性が認められなかったとしても、その金額につき、いずれにせよ連帯責任を負うことになる。そして証明に差異がなければ、実体法としては、同一製品に関する限り、どの侵害者についても102条1項によって算定される賠償額は等しくなるはずであるから(特に同一訴訟で訴えられている場合)、民法719条1項の適用関係を議論する実益に乏しいという場合が多いだろう⁽⁵⁴⁾。

しかし、特許法102条2項や3項で算定される損害額については話が変わる。これらの各項において、特許法は、特許権者の救済を図るために(2項と3項の制度を設けるべきであるとする積極的根拠)、逸失利益とは異なる特別の損害概念を設けたと考えるべきであるが⁽⁵⁵⁾、特許権者が現実には被った逸失利益の有無とは無関係に、このような損害の賠償をなすことを正当視しうる理由(2項と3項の制度を設けても構わないとする消極的根拠)はどこにあるかという点、侵害者が自ら侵害行為により利益を得ているのではないか(102条2項)とか、侵害者は自らなした侵害行為による対価を支払うべきである(102条3項)というところに求めることになる。そうだとすると、他の侵害者が取得した利益の額や、他の侵害者がその実施行為に対し支払うべき実施料額についてまで、連帯責任を負担する理由は、ただちには出て来ないといえるのではなからうか。そして、その連帯責任を負担させる理由というのが、まさに主観的関連共同性なり、強い関連共同性など、民法719条1項前段の適用を肯定する事情なのだとおもうのである⁽⁵⁶⁾。

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賠償責任を負うが、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負うに止まると考えるべきであろう⁽⁵⁷⁾⁽⁵⁸⁾。

5 結論

2で紹介した想定事例を元に、本稿の結論を簡単に概括しておくことにしよう。

第一に、Xが特許法102条1項の逸失利益の推定規定を利用して、特定の侵害者から200万円(=単位当たり利益額200円×侵害製品の譲渡数量1万個)全額の賠償を得た場合、他の侵害者に対して重ねて1項の損害賠償を請求することはできなくなる。ただし、Xは、推定が(一部)適用されなかったり(一部)覆滅された場合、あるいは、単位当たりの利益額が低めに認定されたということを理由に、200万円を超える逸失利益が生じていると主張して、他の侵害者に対して102条1項の損害賠償を請求することは許される。

誰かから102条1項の賠償を受けた場合でも、他の侵害者に対して102条2項や3項に基づく損害賠償を請求することができるのかという点については、Xは支払いを受けた賠償額を超える損害額があると主張、立証すれば、その差額分について賠償を受けることができる。ただし、1項の推定が(一部)適用されなかったり(一部)覆滅された場合には、他の侵害者が負っている当該部分に関する侵害製品に対応して他の侵害者が負っている2項、3項の損害賠償債務は、既に支払いを受けた債務とは連帯債務の関係にはならないので、差額分に限らず、当該侵害製品の数量に対応する金額の全額を請求することができる。

第二に、102条2項の侵害者利益額の推定規定を利用する場合、Y1、Y2、Y3の三者に対しては、各人が利益を受けている限度で、Y1に対して60万円、Y2に対して50万円、Y3に対して50万円を請求しうるに止まる(これらの賠償債務は連帯債務の関係にはならない)。しかし、Y1、Y2、Y3に全額について連帯責任を正当化するに足りるほどの関連共同性が認められる場合には、Xは各自に対して合計額である160万円を請求することができる(この場合には各自の賠償債務はそれぞれ連帯債務の関係に立つ)。

特定の侵害者から102条2項に基づく損害賠償の支払いを受けた場合、他の侵害者に対して102条1項や3項に基づく損害賠償を請求しうるのかという問題については、既払いの賠償金額を超える損害額があることを主張、

立証して、その超過額について支払いを求めることができる。ただし、102条2項についても、102条1項と同様に推定の(一部)覆滅が認められるのであれば、覆滅した部分に対応する侵害製品に関しては既払いの賠償金額と102条2項、3項の賠償債務は連帯債務の関係には立たないので、当該侵害製品の数量に対応する金額の全額を請求することができる。また、102条2項について160万円全額ではなく、侵害者毎に算定される金額、たとえばY1から60万円の支払いを受けたに止まる場合には、Y2に対してY2の侵害行為に対して個別的に算定される3項の実施料額を全額請求することができる。

第三に、102条3項の相当な実施料額の賠償を請求する場合、各自のマージンに対応した相当な実施料額としてY1に対して15万円、Y2に対して5万円、Y3に対して5万円しか請求できない(これらの賠償債務は連帯債務の関係にはならない)。しかし、Y1、Y2、Y3に全額について連帯責任を正当化するに足りるほどの関連共同性が認められる場合には、Xは各自に対して最も高い販売高(本件ではY3の販売高)に実施料率を乗じた金額である25万円を各自に請求することができる(この場合には各自の賠償債務はそれぞれ連帯債務の関係に立つ)。

特定の侵害者から102条3項に基づく損害賠償の支払いを受けた場合、他の侵害者に対して102条1項や3項に基づく損害賠償を請求しうるのかという問題については、既払いの賠償金額を超える損害額があることを主張立証して、その超過額について支払いを求めることができる。また、102条2項について25万円全額ではなく、侵害者毎に算定される金額、たとえばY1から15万円の支払いを受けたに止まる場合には、Y2に対してY2の侵害行為に対して個別的に算定される2項の侵害者利益額を全額請求することができる。

(1) 特許法102条2項は、侵害行為による利益の額を特許権者の受けた損害の額と推定しているが、ここでいう「利益」の意味については諸説あり。大別して、純利益説、粗利益説、侵害者側の限界利益説、権利者側の限界利益説に分かれている。裁判例とともに、田村善之「特許権侵害に対する損害賠償額の算定に関する裁判例の動向」知財管理55巻3号368～371頁(2005年)、同/増井和夫＝田村善之『特許判例ガイド』(第3版・近刊・有斐閣)第2編第4章3(4)、考え方につき、田村善之『知

的財産権と損害賠償』(新版・2004年・弘文堂)235～240頁。本稿は、この問題を解明することを目的とするものではないので、論者の信じるところの利益概念を当てはめてもらえばよいように、本文では「利益」とだけ言及している。

(2) 権利者の逸失利益を推定する102条1項にいう利益の意味は、限界利益と解すべきであり(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(2)」発明86巻2号45頁(1989年)、田村・前掲注(1)損害賠償237～238・314～315頁)、侵害行為により販売することができなくなった製品の個数の代替製品を製造販売するのに追加的に必要となる費用を控除した利益額となるべきである。侵害行為により失われた製造販売数とは無関係に1個当たりの利益を算定することは無意味である。本文では、叙述の便宜上、1個当たりの利益と言及したが、本来は、上に述べたような意味での限界利益を指していると理解していただきたい。また、102条1項にいう「侵害の行為がなければ販売することができた物」に該当するためには、侵害製品と代替しうる製品であれば足り、特許製品である必要はない、と解すべきであるが(田村・前掲注(1)損害賠償313～314頁、反対説をとる判決例とともに、裁判例の動向につき、田村/増井＝田村・前掲注(1)第2編第4章3(3)(b))、これもまた本稿の関心事ではないので、本文ではただ単に特許製品とだけ記している。

(3) 102条3項にいう「実施に対し通常受けるべき金銭の額」とは、事後的に相当な実施料額であると解すべきである(田村・前掲注(1)損害賠償219～221頁、裁判例の動向につき、同/増井＝田村・前掲注(1)第2編第4章3(5)(c)。本文でいう相当な実施料率もその意味で用いている。

(4) 本稿は、完成品の流通に複数の主体が関わる場合に関する損害賠償額の算定を取り扱うものであるが、複数の侵害者が関与する例は、これ以外にも、侵害製品の完成までに部品の提供者や侵害行為の教唆者が絡む場合、特許発明の実行為が複数主体によって行われる場合などがある。田村/増井＝田村・前掲注(1)第2編第2章1(5)・(6)、梶野篤志「複数主体が特許発明を実施する場合の規律」知的財産法政策学研究2号(2004年)の分析を参照されたい。

(5) 叙述の便宜上、本節では、3(3)の裁判例の紹介の部分を除き、最初は、特許権者が特定の侵害者から損害賠償債務の弁済を受けた場合に、さらに、他の侵害者に対して損害賠償を請求しうるのか、ということ論じ、最後に3(7)で、いずれの侵害者からもまだ支払いがなされていない場合の話を取り扱っている。最初のほうで、支払いをした者とは別の他の侵害者から二重に賠償を受けることはできないとか、重複して賠償を受けることはできないと記述している重複部分に解する債務は、どの侵害者からも支払いがない段階では各侵害者が連帯責任を負っていることを意味している。

(6) 消尽理論、消耗理論と呼ばれることも多い。

(7) 特許法102条に関しては、1998年改正により1項が新設されたことに伴う項数の

れか高額の方を賠償額として認容するということなのである。

ところで、102条2項が逸失利益を推定するという建前を貫徹し、その逸失利益額が1項の推定により明らかになるのであればそちらが優先するという見解が主張されている(小池豊「知的財産権侵害による損害賠償額算定の視点」永井紀昭=安江邦治=岩崎幸邦『知的財産権 その形成と保護』(秋吉稔弘喜寿・2002年・新日本法規)307~308頁)。しかし、もはや102条2項は、事実上、実施を条件とした利益返還の規定として機能しているという事態を重視するのであれば、特許権者はどちらか高い方を請求しうるのだと考えることが間違いだとはいえないであろう。ちなみに、筆者のように、102条2項は、102条1項の逸失利益額を推定するものではなく、市場機会の喪失という規範的損害を前提とした2項の賠償額を推定するのだと理解する場合には(後述注(29)参照)、当然、選択が認められることになる。

なお、102条2項と3項の損害賠償請求に関する事件であるが、主位的請求にかかる2項の推定額と予備的請求にかかる3項の賠償額につき、後者の方が高額であることを理由に3項の請求のみを認容する際に、(侵害者の利益額が年度毎に変動しているため)特定の年度の侵害時期については2項の推定額のほうが高額となるが、この年度のみ切り離して2項の請求を認容することはできない旨、判示した判決がある(大阪高判平成12・12・22平成11(ネ)2603等[包装用トレー2審])。しかし、侵害製品が満足した需要毎に異なる算定手法を適用することが可能であるというべきだろう。

(17) 102条3項の相当実施料額の場面では、対価の支払いの対象となる実施行為(=侵害行為)が既になされているのであるから、将来になされる実施行為に対して実施料額を決定する一般の契約ベースの実施料の算定方式に過度に寄り掛かることなく、利益率等、具体的な事情を斟酌しながら具体的特許発明の価値に応じた算定を心掛けるべきである。その意味で、102条3項の賠償額は、事後的に客観的に相当な実施料額であると理解すべきである(田村・前掲注(1)損害賠償213~232頁)。平成10年改正で102条3項の条文の文言から「通常」の文字が削除されたことにより、この種の発想の実現が促されることが期待されている(明言するものに、大阪地判平成14・10・29平成11(ワ)12586等[筋組織状こんにゃくの製造方法II]、その他の裁判例につき、田村/前掲注(1)371~375頁、同/増井=田村・前掲注(1)第2編第4章3(5)(c)を参照)。

(18) 後述注(29)参照。

(19) 契約によって支払われる実施料と異なり、侵害者は侵害しなかった場合には特許権者に実施料を支払うのではなく実施自体を止めたであろうという形で因果関係を攻撃することが許されていない点も、逸失利益とは異なると考える向きもあるかもしれない。もっとも、この点は逸失利益として観念したところで、対価を支払うべき行為(=実施行為)という先行行為をなしている以上、それと矛盾する主張は

許されないという意味で、禁反言の法理により、本文のような形で因果関係を否定する主張をなすことが許されないと論理づけることが可能であろう(田村・前掲注(1)損害賠償96・249頁)。

(20) 筆者の理解では、逸失利益は、元来、102条3項の賠償が前提としている市場機会の喪失という規範的損害を金銭的に評価する場合の一つの算定手法に過ぎないから(田村・前掲注(1)損害賠償224頁)、二重に請求することはできないということになる。

(21) 水上周「損害(4)-複数の侵害者」牧野=飯村編・前掲注(12)343~344頁。抽象論として、商標法38条3項の賠償額の支払いが先行したケースであるが、東京地判平成15・5・28判時1830号140頁[Canadian Maple Syrup]参照(ただし、同判決の具体的な算定の当否に関しては、後述注(26)を参照)。

(22) 東京高判平成11・6・15判時1697号96頁[蓄熱材の製造方法2審]、東京地判平成12・6・23平成8(ワ)17460[血液採取器]、大阪地判平成12・12・12判例工業所有権法[2期版]2367の84頁[複層タイヤ]、大阪高判平成14・4・10平成13(ネ)257等[同2審]。なお、東京地判平成11・7・16判時1698号132頁[悪路脱出具]。

(23) しかし、小池/前掲注(16)312~314頁は、日本法は填補賠償の原則を採用しているという理解の下、102条1項の定める逸失利益が損害概念の基本形であり、それが否定されたにも関わらず102条3項の賠償を認めることは許されない旨を説く。

(24) すでに商標法38条1項と3項の関係に関し、前田/前掲注(8)221頁注(32)。

(25) Y2に対して、102条2項に基づく賠償を請求する場合にも同様の取扱いとし、3000個分についての利益額である15万円を別途請求できる、と解すべきである。これに対して、102条1項と2項の関係につき、2項は逸失利益を推定するものであって1項の金額が明らかになった以上、2項を適用する余地は無いとする立場を採用する場合(前述注(16)参照)には、別論となるだろう。

(26) (2)で紹介した東京地判平成15・5・28判時1830号140頁[Canadian Maple Syrup]は、商標法38条3項の相当な使用料額の支払いが先行した事例であるが、後訴で38条1項の逸失利益として算定した金額が3項の賠償額を下回っていることを理由に、その賠償請求を棄却した判決である。しかし、38条1項で算定すべき金額が38条3項の金額を下回った主たる理由は、侵害商品の譲渡数量の95%について推定が覆滅されたからである。この95%分については、別途、38条3項の賠償額を重ねて受領することが可能なのであるから、その分について既に支払いを受けていることを理由に、38条1項の賠償額を棄却すべきではない。あくまでも、残りの5%の侵害商品の譲渡数量に関して、38条1項の損害額を上回る賠償額の支払いがあつて初めて、1項に基づく賠償請求が棄却されると解すべきである。認定事実だけからは子細が不明なところがあるが、原告商品の単位当たりの利益率は、相当な使用料率として認定された率を上回っていたようであり、そうだとすると、本件で賠償請求を棄却した

ことは妥当ではなかったということになる。

(27) ゆえに、特許権者が不実施の場合には、102条1項の推定規定は働かないというのが、多数説および裁判例の理解である。東京地判昭和37・9・22判タ136号116頁〔二連銃玩具〕、大阪地判昭和56・3・27判例工業所有権法2305の143の63頁〔電子的監視装置〕、大阪地判昭和55・6・17無体集12巻1号242頁〔表札〕、大阪地判昭和59・5・31判タ536号382頁〔G 図柄〕、東京地判平成元・10・13判例工業所有権法〔2期版〕5473の37頁〔勾配自在形プレキャストコンクリート側溝I〕、東京地判平成2・2・9判時1347号111頁〔クロム酸鉛顔料I〕、東京高判平成3・8・29知裁集23巻2号618頁〔ニプリング金型機構2審〕、大阪地判平成13・10・18判例工業所有権法〔2期版〕2293の656頁〔掘進機〕。侵害者の製品と同種または競合する製品を製造販売していない場合も同様である(名古屋地判平成10・3・6判タ1003号277頁〔示温材料〕)。学説については、田村・前掲注(1)損害賠償14～23頁。

(28) もっとも、最近では揺らぎも見られる。たとえば、実用新案権者以外にも実施品を製造販売する通常実施権者がいたことを斟酌して、3分の1の限度で推定の覆滅を認めた判決がある(東京地判平成11・7・16判時1698号132頁〔悪路脱出具〕)。明示的に推定の一部覆滅を認めた裁判例として注目される(田村/増井=田村・前掲注(1)第2編第4章3(4)(e)参照。このような傾向に賛意を表するものに、高松宏之「損害(2)―特許法102条2項・3項」牧野=飯村編・前掲注(12) 317～319頁)。

(29) 筆者自身は、102条2項は、102条3項の相当な対価賠償における損害額を推定する規定であると理解している。そして、102条3項は、特許権者に特許発明の実施行為に対する排他権を設定する特許法の趣旨を損害賠償の場面でも貫徹するために、特許権者が失った特許発明の実施行為に対する市場の需要を利用する機会を侵害行為により失ったこと自体を損害として観念している、と理解している(田村・前掲注(1)損害賠償211～216頁)。

102条3項(事後的に客観的に)相当な対価の額に関しては、特許発明の実施行為により得られた利益である侵害者利益を基準にして、そこから特許権者に帰属すべき額を配分する方式で、これを算定する手法がありうるところ、102条2項は、特許権者が侵害者利益の額(を示す事実。以下、略)の証明に成功した場合には、そこから控除すべき額、換言すれば、侵害者の手元に留保すべき額の証明を侵害者の負担とすることで、侵害行為に対する相応のサンクションを課そうとしたものだ、と理解するのである(田村・前掲注(1)損害賠償34～40・206～210頁)。権利者が不実施の場合にも3項の賠償が認められる以上、2項の推定も否定されないという帰結を採用する点で一般の理解とは異なる。

(30) 特許発明の実施に対する市場の需要を利用する機会を特許権者が失ったことを損害として把握する筆者の立場の下でも、喪失した市場機会の価値を算定するためには、各業者の取得した利益を一つの基準として、そこから権利者に帰属すべき

利益を分配していくべきである、と解される。

(31) 前掲東京地判〔自動弾丸供給機構付玩具銃I〕、前掲東京高判〔自動弾丸供給機構付玩具銃II 2審〕、前掲東京高判〔自動弾丸供給機構付玩具銃III 2審〕、大阪地判昭和62・12・9判例工業所有権法2851の885頁〔LV マークV〕、新保/前掲注(15)347頁、水上/前掲注(21)339～340頁。

(32) 岩坪/前掲注(15)237頁も参照。

(33) 筆者のように、特許権者が不実施であったとしても102条2項の損害賠償をなすことが妨げられないと解する場合には、特許権者が卸売業者や小売業者を介在させていたという事情は、最終的に特許権者に配分される額の多寡に影響はあるとしても、2項の損害額をゼロとすることはなく、ゆえに、賠償は否定されないということになる。

(34) 水上/前掲注(21) 343～344頁。

(35) 前述注(28)参照。

(36) 水上/前掲注(21)343～344頁。不当利得返還請求に関するが、東京高判平成16・9・30平成16(ネ) 1367〔自動弾丸供給機構付玩具銃II 2審〕、東京高判平成16・9・30平成16(ネ) 1436〔自動弾丸供給機構付玩具銃III 2審〕、ただし反対、大阪高判平成5・10・26判例工業所有権法〔2期版〕1711の2〔シート状物の取出装置II 2審〕。

(37) なお、本稿の全般に関わることであるが、本稿の102条3項に関する取扱いに関する結論は、同じく実施料額を補償金額、返還額とする65条の出願公開に基づく補償金請求権や、不当利得返還請求権にも妥当すると考えられる。不当利得返還額に関しては、田村/増井=田村・前掲注(1) 第2編第4章4(2)、損害賠償としての102条3項の実施料額と異なる金額となる可能性があることを指摘するものとして、田村・前掲注(1) 損害賠償266頁。

(38) 前述注(29)と、注(18)に対応する本文を参照。

(39) 田村/増井=田村・前掲注(1)第2編第4章3(5)(c)。

(40) 新保/前掲注(15)347頁、青柳吟子「複数の侵害者と損害賠償」清永利亮=設楽隆一編『知的財産権』(現代裁判法大系26・1999年・新日本法規) 256～257頁、同/中山信弘編『注解特許法』(第3版・2000年・青林書院) 1110頁、岩坪/前掲注(15)238頁、水上/前掲注(21) 340～341頁。

(41) 102条3項の相当な実施料額を算定する場合にも、本来であれば、侵害者が取得した利益額が重要な参考資料となるべきことにつき、前述注(29)参照。

(42) 適法に行為した場合のことを考えると、用尽理論が適用される結果、約定の実施料額を支払うのは製造販売業者だけであるということのほうが多いだろう。もちろん、102条3項は侵害に対する救済の場面で問題となる条項であるから、約定の実施料額の決め方が必ずしも参考になるものではないが、しかし、通例、第一次的には製造販売業者が実施料を負担し、卸売業者や小売業者は、仕入価格に転嫁される

形でしかこれを支払っていないという事情は、102条3項の各侵害者が「実施に対し受けるべき金額の額」を算定する際に考慮に入れることは許されて然るべきだろう。

(43) 商標法38条3項に関する最判平成9・3・11民集51巻3号1055頁〔小僧寿し上告審〕(田村善之〔判批〕法学協会雑誌116巻2号(1999年))の位置づけとともに、田村/増井=田村・前掲注(1)第2編第4章3(5)(b)、同『商標法概説』(第2版・2000年・弘文堂)347~349頁を参照。三村量一〔判解〕『最高裁判所判例解説民事篇 平成9年度 上』(2000年・法曹会)409・414~415頁も、特許法102条3項に関しては、損害の発生がありえないという場を具体的に想定することは困難であるとする。

(44) 水上/前掲注(21)343~344頁、商標法38条に関し、前田/前掲注(8)220頁。

(45) 新保/前掲注(15)348頁は反対か。

(46) 以上、一個の特許発明について重複して損害賠償を請求しうるかという論点を吟味してきた。これに対して、複数の特許の実施品が流通する場合、技術的範囲が完全に重なり合うわけではない別の権利について実施料相当額を得たことがあるとしても、そのことから直ちに本件の権利について実施料相当額を請求することができなくなるわけではない(実用新案に基づく不当利得返還請求につき、大阪地判平成13・12・13平成12(ワ)4290〔ストレッチフィルムによるトレー包装体〕)。しかし、実施料額の算定に当たって、別発明の実施品でもあるということが参酌されることはありえよう(田村/増井=田村・前掲注(1)第2編第4章3(8)(a)、前掲大阪地判〔ストレッチフィルムによるトレー包装体〕)。また、技術的範囲が重複する部分については、別の権利に対する実施料相当額として支払いを受けた額を賠償額から控除することが許されよう(前掲大阪地判〔ストレッチフィルムによるトレー包装体〕)。

(47) 判決に基づくことなく、和解により賠償金が支払われた場合、和解契約が、どのような損害をどのように填補する趣旨であったのかということを確認する必要が生じることになる。ただし、既に論じたように、判決に基づいて賠償が支払われた場合でも、少なくとも超過額については再度の賠償の支払いが可能であると解すべきであるのだから、和解に基づき和解金が支払われた場合でも、特許権者は和解契約の対象となっていない侵害者に対して少なくとも支払われた金額を超える損害を生じさせていることを主張、立証して、差額分の賠償を求めることができると解される。

(48) 民法学の一般の議論に従い、連帯債務といっても、権利者の救済のために免除(民法437条)や時効消滅(439条)に関する絶対的効力がない、その意味で不真正連帯債務であると解すべきであると理解されている(共同不法行為一般に関し、幾代通(徳本伸一補訂)『不法行為法』(1993年・有斐閣)240頁、内田貴『民法Ⅱ 債権各論』(1997年・東京大学出版会)500頁、潮見佳男『不法行為法』(1999年・信山社出

版)427~429頁、大村敦志『基本民法Ⅱ』(第2版・2005年・有斐閣)254~256頁、ただし特に免除につき、森島昭夫『不法行為法講義』(1987年・有斐閣)125~126頁、吉村良一『不法行為法』(第3版・2005年・有斐閣)238~239頁。なお、澤井裕『テキストブック事務管理・不当利得・不法行為』(第3版・2001年・有斐閣)356頁は、全ての事由について絶対的効力を認めてよいとする)。もちろん、不真正連帯債務といっても、それは民法の連帯債務の絶対的効力に関する規定が全て適用されるわけではない連帯債務を指称する説明概念でしかない(四宮和夫『不法行為』(1985年・青林書院)788~790頁。参照、平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』(1992年・弘文堂)204~205頁、前田達明『民法VI₂(不法行為法)』(1980年・青林書院)188~189頁)。

(49) 連帯責任を負担している金額について、特定の侵害者が賠償額を特許権者に支払った場合、特許権者ではなく当該侵害者が他の侵害者に対して求償しうるのか、ということも問題となる。一般の共同不法行為の場面では、過失の割合に応じて各自の最終的な負担額が決まり、その差額分について求償を認めることにより、共同不法行為者間の負担の問題を調整するという理解が一般的であるかもしれない。しかし、すでに指摘されているとおり、過失といっても抽象的な概念であり、そこでは行為者間でどのように負担を分配することが適当かという実質的な判断がなされるのであって(内田・前掲注(48)500~501頁、潮見・前掲注(48)426~427頁、大村・前掲注(48)255頁)、そこでは様々な事情が衡量される(幾代(徳本)・前掲注(48)241頁、四宮・前掲注(48)790~791頁、森島・前掲注(48)128頁、平井・前掲注(48)205頁、澤井・前掲注(48)356頁、吉村・前掲注(48)239頁)。

特許権侵害訴訟の場面では、製造業者が当該分野の技術への習熟度が相対的に高いことが多い反面、卸売業者や小売業者は、直接、製造に携わっているわけではなく、場合によっては多品目を扱っているために当該技術について詳しい知識を有していないことが多いと推察される(井上由里子「均等論における『置換容易性』の要件に関する一考察—いわゆる進歩性説の検討』『知的財産と現代社会』(牧野利秋退官・1999年・信山社出版)643頁参照)。くわえて、製造業者は、製品を製造する際に、特許権侵害を回避して、特許権侵害をなすことがない製品を製造して流通に置く機会があったといえる。原則として、損害賠償は、最終的には製造業者が負担すると解すべきであり、そのように取り扱うことが、リスク配分に関する当事者の意思に合致することが多いようにおもわれる。ともあれ、製造業者、卸売業者、小売業者は、製品の流通に関し売買契約の連鎖でつながっているという関係にある。賠償額の負担に関する当事者の予測可能性を高めるため、主観的関連共同性や強い関連共同性(後述4(3)参照)がなく、719条1項前段が適用される共同不法行為者とは認められない場合でも、侵害者間での求償を認めるべきであろう。

(50) 参照、林康司〔判批〕AIPPI49巻3号(2004年)。

(51) 淡路剛久「共同不法行為 因果関係と関連共同性を中心に」『損害賠償法の課題と展望』(石田喜久夫=西原道雄=高木多喜男選譯・1990年・日本評論社)、能見善久/高木多喜男他『民法講義6不法行為等』(1977年・有斐閣)256～261頁、同「共同不法行為責任の基礎的考察(8・完)」法学協会雑誌102巻12号(1985年)、森島・前掲注(48)104～106頁、平井・前掲注(48)189～199頁、澤井・前掲注(48)347～355頁、北川善太郎『債権各論』(第3版・2003年・有斐閣)336～339頁、吉村・前掲注(48)226～235頁、内田・前掲注(48)493～495頁、潮見・前掲注(48)410～425頁、大村・前掲注(48)249～254頁。もっとも、これら近時の通説の議論は、民法709条の相当因果関係論に吸収しうるものであり、あえて719条1項を持ち出す必要はないとする見解もある(加藤雅信『新民法体系V 事務管理・不当利得・不法行為』(第2版・2005年・有斐閣)366・371頁)。

(52) 青柳/前掲注(40)損害賠償253～254頁、同/前掲注(40)注解1107頁、水上/前掲注(21)337～338頁。参照、清永利亮「損害(4)-複数の侵害者」牧野利秋編『工業所有権訴訟法』(裁判実務大系9・1985年・青林書院)255～256頁。反対、栗原良扶[判批]特許管理38巻1号28頁(1988年)、緩やかな要件の下、共同不法行為の成立を認める見解として、新保/前掲注(15)348頁。

(53) もっとも、特許権者が直接、小売業者や最終消費者に販売することはなく、卸売業者や小売業者を相手にするに止まっていた場合には、特許権者の逸失利益について事実的な因果関係が認められるのは、各々製造販売業者の侵害行為だけであったり(対卸売業者で競争関係にある場合)、製造販売業者や卸売業者の侵害行為だけである場合(対小売業者で競争関係にある場合)もありえないわけではない。たとえば、特許権者が卸売業者にだけ製造販売していたという場合、小売業者が最終消費者に一定数量分の侵害製品を販売しなかったとしても、いずれにせよ卸売業者が小売業者に販売する侵害製品の数量や、製造販売業者が製造販売する侵害製品の数量に変化はなかったであろう、したがって、いずれにせよ特許権者は特許製品を卸売業者に販売することができなかったであろう、という事態を想定しえなくはない。しかし、卸売業者や小売業者が侵害製品を販売するからこそ、侵害製品の製造販売業者も安心してそれだけの数の侵害製品を製造販売したという関係が認められることのほうが多いのではないだろうか。そして、この種の事情は特許法102条1項但書きの推定の覆滅の問題であるから、侵害者の側が証明しない限り、推定が覆ることはない。そうだとすると、ここに示した論法によって、事実的な因果関係を突き崩しうる事例はなかなか出てこないのではないかとおもわれる。

なお、卸売業者や小売業者が、自分が侵害製品を販売しなかったとしても、他の卸売業者や小売業者が代替製品を販売したであろうから、結局、特許権者の逸失利益はないと主張することもありえるが、これは一般の102条1項の推定の覆滅の問題に止まる。ただし、ここでいう他の者の代替製品が、侵害製品であった場合には別

論となり、推定が覆滅されることはないと解すべきである。この論法は、侵害者が複数の製品を製造、販売しているというだけで個別の製品についての因果関係を否定してしまう論法と何ら変わりはない。しかし、後者の同一の侵害者の例においては、全製品につき侵害行為がなかったとして因果関係を判断しないことには、およそ逸失利益という形の賠償を認めることができないといえよう。それならば他の侵害者に関しても同様に扱うべきである。裁判例のなかには、原告意匠権者と被告以外にも登録意匠に類似する製品を製造、販売している者がいないとは断じたいと述べて、因果関係を認めず、原告の逸失利益の賠償請求を棄却した判決があるが(意匠法39条1項が創設される前の事件であるが、項東京地判昭和47・6・26判タ282号267頁[電気スタンド])、この説示が他の侵害者の侵害製品の存在を顧慮しているのであれば、侵害が流布すればするほど個別の侵害行為と逸失利益の間に因果関係が認められなくなるといことになりかねず、とうてい採用するを得ないといえよう。

(54) 水上/前掲注(21)337～338頁。岩坪/前掲注(15)238頁も参照。

(55) 前述注(29)参照。

(56) 102条2項の侵害者の利益の額は、個別の侵害者自身が得た利益で算定されるべきであり、また102条3項の相当な実施料額も、個別の侵害行為に対する相当な実施料額であると解するのも同様の理由に基づく(前述3(4)、3(5)参照)。

ところで、こと侵害製品の製造販売業者についていえば、彼が侵害製品を製造販売しなかったのであれば、卸売業者や小売業者が侵害による利益を得ることもなく、また実施料の対象となる侵害行為をなすこともなかったといえることができる。その意味で、製造販売業者の侵害行為と、卸売業者や小売業者が賠償すべき損害である特許法102条2項の侵害者利益や102条3項の相当な実施料との間には、事実的な因果関係がある、ということではある。しかし、このように簡単に事実的な因果関係が認められるのは、102条2項や3項が、侵害行為と特許権者の受けた損害との間の事実的な因果関係を不問にする損害概念を用意しているからにほかならない(注(28)、(29)とそれに対応する本文を参照)。一般に共同不法行為の議論では、各行為者の行為との間に事実的な因果関係を欠く場合にも、連帯で全額について責任を負わせるべき場合があるのではないかとこの形で議論されるのであるが、そもそも因果関係の顕現の仕方がことなる特許法102条2項や3項の場面では、他者の侵害者利益や相当な実施料額についてまで負担させるのは、通例、相当因果関係を欠く、ないしは保護範囲を超えるが、主観的関連共同性なり強い関連共同性なりが肯定されて共同不法行為が成立する場合には例外的に連帯責任を負わせるべきではないか、という形で議論すべきである、と考える。

(57) 清永/前掲注(52)356～357頁は、卸売業者や小売業者に製造業者の行為を「利用する意思」がある場合や、製造業者が卸売業者や小売業者が自己の侵害行為を利用

することを「容認」している場合には、共同不法行為の成立を肯定して良いとする。しかし、これらの事例と同355頁が共同不法行為の成立を否定する単なる認識との区別は不明確であり、また、通例、製造業者は自己が販売した製品を卸売業者や小売業者が販売することを認識しており、また卸売業者や小売業者は自己の販売する製品が製造業者が製造販売しているものであるということを知っているのであるから、この要件論の下では、ほとんどの場合に共同不法行為が成立することになるのではあるまいか。清永/前掲355頁は「認識」のみでは共同不法行為は成立しないと説くが、「認識」と「容認」、あるいは「利用する意思」がどのように区別されているのか、よく分からないところがある。

その点、同じく侵害者の主観に着目する竹田稔『知的財産権侵害要論 特許・意匠・商標編』（第4版・2003年）360～361頁は、「侵害品」を製造販売することについて意思の疎通が有る場合に共同不法行為の成立を認め、「侵害品」であることの認識に止まる場合には認識の度合いや行為の態様の総合判断によって判断するとしているため、その趣旨はより明確なものとなっている。

しかし、たしかに意思的な関与があるという事情は、共同不法行為として全額の連帯責任を肯定する方向に斟酌すべきであるとしても（平井・前掲注(48)193～195頁に顕著である）、侵害について共謀がある場合は格別（本文でいう共同事業が侵害行為に特化した例として、当然に共同不法行為の成立を肯定すべきである）、単に侵害品であることを認識していたに過ぎない場合には、102条2項や3項という個別の侵害者の利益や侵害行為に着目した損害賠償に関し他人の行為について連帯責任を肯定する事情としては、なお不足があると考えられる。

(58) このように（102条2項や3項の損害額について）全額の連帯責任を負う場面を絞るとしても、転々流通する製品に関しては、特に末端の小売業者や製品のユーザー（業者）にとっては、102条1項の特許権者の逸失利益の賠償責任を課されることが、過大な負担となることがあるだろう。特許権侵害について過失が否定されるか、もしくは軽過失と認められて102条4項により賠償額の減額が図られる場合がありうると思われるべきであろう（田村・前掲注(1)損害賠償328～329頁）。ユーザーに関して減額を認めた判決として、水戸地判昭和48・2・22判タ295号366頁〔納豆包装菴〕がある（その他の裁判例につき、田村/増井＝田村・前掲注(1)第2編第4章3(6)）。

校正に関し、北海道大学法学研究科の渡部俊英 COE 研究員、同研究科大学院生の山根崇邦君・宮腰和朗君のご尽力を得た。記して感謝申し上げる。