

## 逸失利益の推定覆滅後の 相当実施料額賠償の可否

田村善之

### 1 問題の所在

特許法102条3項は、特許権者は侵害者に対して、その特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額を損害額として賠償請求できると規定する。かつては、賠償額のところは「実施に対し通常受けるべき金銭の額」と定められていたが、1998年改正により「通常」の文言が削除された。それにより、契約ベースでの一般のライセンス料の算定に過度に依存することなく、被侵害特許における特殊性を考慮した算定がなされることが期待されている<sup>1</sup>。一般には、同項の賠償額は「実施料相当額」と表現されることも多いが、契約ベースの実施料に相当する額であるという印象をいわずらに喚起することのないよう、筆者は従前から「相当実施料額」という用語を用いており、本稿もそれを踏襲する。

さて、この相当実施料額賠償に関しては、従前から、特許権者が不実施であるために逸失利益の賠償が全く認められないとしても、その賠償が認められることに変わりはないと考えられており、そのコロラリーとして、侵害製品の販売数量の一部について因果関係が否定されて逸失利益が認められなかった場合にも、当然にその部分について相当実施料額の賠償が認められる、と理解されていたように思われる。ところが、近時、102条1項の逸失利益こそが損害賠償の本則であり、それが否定された以上、3項

---

<sup>1</sup> これは、田村善之『知的財産権と損害賠償』（新版・2004年・弘文堂）213～232頁〔初版・1993年〕、田村善之「特許権侵害に対する損害賠償（4・完）」法学協会雑誌108巻10号1575～1593頁（1991年）が提唱した発想である。

の賠償は認められないとする学説が登場し、この見解に与する裁判例も現れ論議を呼んでいる。

この問題は102条が前提とする損害概念は何かという根本的な問題にも関わる論点であるので、以下、検討を試みる。まずは、前提問題として相当実施料額賠償と逸失利益賠償との関係に関する従前の考え方をおさらいするところから始めることにしよう。

## 2 逸失利益との関係

### 1) 一般的な取扱い

一般には、102条3項の損害賠償請求が認められるためには、102条1項や2項と異なり、特許権者の売上げが減少していることを主張、立証する必要はない、と理解されており、裁判実務では、特許権者不実施の場合にも実施料額の賠償を請求できると取り扱われている(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]、福岡高判平成8.4.25判例工業所有権法〔2期版〕2293の290頁[円筒型長提灯袋製造装置2審]、広島地判平成7.10.25判例工業所有権法〔2期版〕5359の52頁[スポット溶接の電極研磨具])。

### 2) 小僧寿し最判の影響の有無

最判平成9.3.11民集51巻3号1055頁[小僧寿し上告審]<sup>2</sup>は、商標法38条2項(当時)の相当使用料額賠償規定について、「損害の発生していないことの明らかな場合」には同項の損害賠償義務はないと説いたので、最高裁が従来の理解とは異なる考え方を提示したのかということが問題となる。

しかし、最判自身により、その意味するところは、「登録商標に顧客吸引力が全く認められず、……類似する標章を使用することが……商品の売上げに全く寄与していないことが明らかなき」であると言い換えられている。具体的にも、登録商標「小僧」の商標権者が全国的に著名な「小僧寿し」チェーンの四国地域のフランチャイザーを訴えたという事件であり、商標権者(大阪市を中心とする近畿地区で「おにぎり小僧」の名称で持ち

<sup>2</sup> 田村善之[判批]法学協会雑誌116巻2号336頁(1999年)。

帰り用のおにぎりやすし等を製造販売している業者)が侵害地域(四国)で登録商標を未使用であったことに加えて、判旨が類似性を肯定せざるをえなかった「KOZO」標章は、使用態様が限定的であり(出入口横のウィンドウに表示していた店舗が一店、壁面に表示していた店が一店)、むしろ全国的に著名な表示「小僧寿し」「KOZOZUSHI」等(類似性が否定されている)が主として使用されていた。最判は、これらの事情を斟酌したうえで、問題の「KOZO」標章は何ら被告の売上げに寄与していないから、被告の「KOZO」の使用により原告に損害は生じていない、と帰結したのである(既に、高松地判平成4.3.23民集51巻3号1148頁参照[小僧寿し]、高松高判平成6.3.28民集51巻3号1222頁参照[同2審]が同旨を説いていた)。当該使用態様に対する相当な対価額がゼロに近いと判断すべき事件である。「小僧寿し」「KOZOZUSHI」等に関しては、筆者の考えでは、全国的に知られている表示に対する権利行使ということで権利濫用として請求を棄却すべき事案でもあり<sup>3</sup>、判旨の射程は、商標権侵害事件においてもこの種の事案に限定されると理解すべきであろう。

ましてや、登録主義を採る日本の商標法の下では、使用していないために顧客吸引力を化体していない商標の登録が認められるが、他方で、技術水準を凌駕していることが登録要件とされており、実施されていようがいまいが守られるべき価値を有していると捉えうる特許権に関しては、商標法と異なる取扱いが必要とされる。本判旨も、その理由付け中で、(やや不明ながら)商標法の特殊性に配慮しており、特許法102条3項他にまでその射程が及ぶものではないと解すべきである<sup>4</sup>。

<sup>3</sup> 参照、田村善之『商標法概説』(第2版・2000年・弘文堂)89～91頁、同「商標法の保護法益」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『新商標法の論点』(2007年・商事法務)。

<sup>4</sup> 田村・前掲注(1)地的財産権335～336頁、高林龍『標準特許法』(第3版・2008年・有斐閣)263頁。これに対して、三村量一[判解]『最高裁判例解説 民事篇 平成9年度(上)』(2000年・法曹会)409・414～415頁、高松宏之「損害(2)―特許法102条2項・3項」牧野利秋＝飯村敏明編『知的財産関係訴訟法』(追補版・2004年・青林書院)322頁、高嶋卓「特許法102条3項に基づく請求について」牧野利秋他編『知的財産法の理論と実務 第2巻 特許法Ⅱ』(2007年・新日本法規)300頁、小池豊[判批]中山信弘他編『商標・意匠・不正競争判例百選』(2007年・有斐閣)77頁、佐野信「損害2(特

この他、無償の専用実施権を設定していた場合に、損害がないということで商標権者の38条2項(当時)の請求を棄却する判決もある(大阪地判平成3.12.25判例工業所有権法〔2期版〕8353の18頁[トレーナー])。もとより正当であるが、これはむしろ損害賠償の請求権者間の割り振りの問題であろう。

### 3 102条1項等の推定の覆滅後に3項の賠償を認めないとする新傾向を示す裁判例

このように、特許権者不実施の場合等、侵害製品の影響による特許権者の側の製品の売上減退による逸失利益を想定しえない場合にも102条3項の賠償が認められるというのであれば、その論理的な展開の結果として、逸失利益の推定規定である102条1項が援用された場合であって、同項但書きに該当する結果、推定の覆滅が認められ、因果関係が一部否定された結果、逸失利益が一部認められなかった場合にも、その認められなかった部分について、102条3項の損害賠償が認容されると考えるのが素直であるように思われる。そして現にそれが従前の裁判礼の立場であった(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[空気の除去および遮断機構付血液採取器]、大阪地判平成12.12.12平成8(ワ)1635[複層タイヤ]、大阪高判平成14.4.10平成13(ネ)257等[同2審]、大阪地判平成17.2.10判時1909号78頁[病理組織検査標本作成用トレイ]、なお、逸失利益と侵害者利益の関係を選択的に捉える判決として、東京地判平成11.7.16判時1698号132頁[悪路脱出具])。

ところが、知財高判平成18.9.25平成17(ネ)10047[エアマッサージ装置2審]は、このような事例で、逸失利益の賠償が本則であるという考えを打ち出し、102条1項の賠償が認められなかった部分について、102条3項の

---

許法102条2項・3項) 飯村敏明=設楽隆一編『知的財産関係訴訟』(2008年・青林書院)233~234頁は、特許法102条3項にも本判決の射程が及びうるとしつつ、結論としては損害の不発生の抗弁が認められることはほとんどないと考えている(もつとも、小塚荘一郎[判批]中山信弘=相澤英孝=大淵哲也編『特許判例百選』(第3版・2004年・有斐閣)197頁は少しニュアンスを異にする)。

賠償をも否定するという理解を打ち出した。

同事件の発明の機能は、侵害製品の一部の動作モードを選択した場合に初めて発現するものであり、本件発明に係る作用効果は、椅子式マッサージの作用としては付随的であり、その効果も限られたものである。ところが、同裁判所の認定によると、侵害製品のパンフレットや特許権者の製品のパンフレットにおいても、本件発明に係る作用は、ほとんど紹介されていないこと、そして、本件特許の設定登録当時、特許権者の市場占有率は数%にすぎず、椅子式マッサージ機の市場には有力な競業者が存在していた。さらに、侵害製品は、もみ玉によるマッサージとエアバッグによるマッサージを併用する機能や、光センサーによりツボを自動検索する機能など、本件発明とは異なる特徴的な機能を備えており、これらの機能を重視して消費者は控訴人製品を選択したと考えられること、特許権者の製品はエアバッグによるマッサージ方式であり、その市場競争力は必ずしも強いものではなく、特許権者の製品販売力も限定的であった。控訴審判決は、これらの事情を考慮して、特許権者の製品の販売額減少の主たる原因が本件特許権の侵害にあるということではできないのであって、むしろ特許権者の市場競争力や製品販売力が限定的であったと判断して、逸失利益の賠償に関して、102条1項但書きによる99%の覆滅を認めた<sup>5</sup>。

---

<sup>5</sup> このように、いったん推定を適用しつつ99%の覆滅を認めたということは、もはや損害賠償はかぎりなくゼロに近いと判断したということなのであろう。後に続く裁判例として、原告主張の4つの特許権中3つについて無効の抗弁を認められたために、侵害が肯定された残る1つの特許権について損害賠償が算定されたという事件で、価格差(原告製品が2000円、子供用ゴーグルでも1050円ないし1365円であるのに対し、被告製品は100円)、販売ルートの差(原作製品はスポーツ専門店等、被告製品は100円ショップ)、原告のシェア(全ゴーグル市場で17.6%)、本件特許発明の本質的特徴の売上げに対する寄与度(本件特許発明は取付台部の後面側に属する部品に関する技術であって、ゴーグルの前面からは確認することはできず、ジュリンク包装がなされている被告製品にあっては当該部分に着目して商品が購入されるとは想定しがたいところ、原告製品のカタログ等において特許発明にかかる技術に言及されることがほとんどなくなっていること)を参酌して、1項但書きにより99%の覆滅を認める判決(さらに覆滅部分について3項の賠償を否定しつつ、大阪地判平成19.4.19平成17(ワ)12207[ゴーグル])が現れている。

そのうえで、102条3項の請求に関しても、「特許法102条1項は、特許侵害に当たる実施行為がなかったことを前提に逸失利益を算定するのに対し、特許法102条3項は当該特許発明の実施に対し受けるべき実施料相当額を損害とするものであるから、それぞれが前提を異にする別個の損害算定方法というべきであり、また、特許権者によって販売できないとされた分についてまで、実施料相当額を請求し得ると解すると、特許権者が侵害行為に対する損害賠償として本来請求しうる逸失利益の範囲を超えて、損害の填補を受けることを容認することになるが、このように特許権者の逸失利益を超えた損害の填補を認めるべき合理的な理由は見出し難い」と論じて、1項但書きによる推定覆滅部分について3項の実施料相当額賠償の適用を否定した。

本判決の後も、大阪地判平成19.4.19平成17(ワ)12207[「ゴークル」]は、102条1項但書きによりやはり99%の覆滅を認めたとうえで同旨を説いている<sup>6</sup>。さらに、東京地判平成22.2.26平成19(ワ)26473[「ソリッドゴルフボール」]も、1項但書きにより譲渡数量中60%の部分について推定の覆滅を認めたとうえで、当該部分について3項の賠償を否定した。

しかし、他方で、102条2項と3項の関係に関するものであるが、侵害者

---

しかし、裁判例の主流を占めている傾向は、102条1項は逸失利益の推定規定と解し、心証の取れた限度で推定を覆滅する(その運用に当たっては、実際には推定額が幾分高止まりのところで維持される)というものである(田村善之/増井和夫=田村『特許判例ガイド』(第3版・2005年・有斐閣)341~344頁)。前掲知財高判[「エアマッサージ装置」]や大阪地判[「ゴークル」]の取扱いに対しては、裁判例の趨勢からみると違和感を覚えざるをえない。もっとも、102条1項の推定の覆滅過程を検証すること自体は本稿のテーマではないので、ここでは指摘するに止める。

なお、102条1項の推定の覆滅に関しては、従前は、むしろこれらの判決とは逆に、ほとんど覆滅を認めない取扱いをする裁判例が下されたこともあった。102条1項の損害概念を逸失利益とは別のものと捉えた上で、覆滅事由を極めて限定的に解する裁判例である(東京地判平成14.3.19判時1803号78頁[「スロットマシンⅡ」]、東京地判平成14.3.19判時1803号78頁[「スロットマシンⅠ」]、東京地判平成14.4.25平成13(ワ)14954[「生海苔の異物分離除去装置Ⅱ」]、東京地判平成14.6.27平成12(ワ)14499[「生海苔の異物分離除去装置Ⅲ」])。これについては、田村善之「特許法102条1項但書きの推定覆滅事由の理解について」同・前掲注(1)知的財産権所収を参照。

<sup>6</sup> 大橋麻也[判批] 発明107巻4号(2010年)。事案につき、前述注(5)を参照。

利益額の推定を95%覆滅させたうえで、3%の実施料率の下で3項の賠償を認める判決もあり(東京地判平成19.9.19平成17(ワ)1599[「キー変換式ピンタンブラー錠」])、裁判例の趨勢は決していない。今後の動向を注視する必要がある。

くわえて、前掲東京地判[「ソリッドゴルフボール」]は、傍論ながら、特許権者の実施能力を超える部分については3項の適用の余地がある旨を説いている。さらには損害賠償請求権が消滅時効にかかった分について実施料率を5%とする不当利得返還請求を認容しているが、その際には譲渡数量60%の部分に関しても特に迷うことなく請求を認めていることも注目される(ただし、争点とはされていない)。

#### 4 学説

学説では、推定覆滅部分について、前掲知財高判[「エアマッサージ装置」]とは異なり、3項の賠償を認めるべきであるとするもの<sup>7</sup>と、同判決と同様に、推定覆滅部分について3項の賠償を認めない見解<sup>8</sup>とが対立している。

なお、否定説を基調とするものなかでも、折衷的な取扱いをなすものがある。たとえば、102条1項但書きの推定の覆滅の場合には3項の賠償を否定するが、1項本文の実施の能力がない場合には、その部分について3項の賠償を認める見解がある(後に、傍論ながら、前掲東京地判[「ソリッドゴ

---

<sup>7</sup> 辰巳直彦[判批]判時1721号227頁(2000年)、青柳吟子/中山信弘編『注解特許法(上)』(第3版・2000年・青林書院)1012頁、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅰ』(第2版・2006年・有斐閣)303頁、高橋司[判批]知的財産法政策学研究13号202頁(2006年)、飯田圭[判批]AIPPI52巻7号465~467頁(2007年)、竹中俊子「特許権侵害による損害の適正な填補」高林龍編『知的財産法制的再構築』(2008年・日本評論社)88頁、市川正巳「損害1(特許法102条1項)」飯村=設楽編・前掲注(4)213~214頁、佐野/前掲注(4)236~239頁、大友信秀[判批]知財管理59巻1号86~87頁(2009年)、大橋/前掲注(6)46~47頁。

<sup>8</sup> 小池豊「知的財産権侵害による損害賠償額算定の視点—平成10年改正特許法102条の運用をめぐる」『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)312~314頁、同「特許法102条の解釈に関する実務の方向」知財年報2007・283~285頁(2007年)、小松陽一郎[判批]Law & Technology37号76~78頁(2007年)。

ルフボール]が与した立場である)<sup>9</sup>。この見解を敷衍して、102条1項の推定の覆滅が認められた部分は、「権利者製品が市場で評価されていないことを反映した数量」であって、権利者の全逸失利益はそこで評価し尽くされているから、重ねて3項の賠償を認めるべきではないが、他方で、102条1項の要件のなかでもたとえば実施の能力が欠如しているがために逸失利益の請求が認められない場合には3項の賠償を認めると理由付けをなしつつ、さらに、権利者製品と侵害者製品とが販売地域が異なったり、対象とする顧客が異なったり、価格帯が異なるなどのために「実質的に同一の市場に属さないことが理由となって」逸失利益が否定された場合にも3項の賠償が認められるとする論者もいる<sup>10</sup>。

## 5 検討

これらの諸見解のうち、折衷説は、そもそも論理的に首尾一貫性を欠いているように思われる。折衷説は102条1項但書きによる推定の覆滅が認められた場合には一般論として3項の賠償を否定しつつ、他方で、実施能力が欠如しているために逸失利益が否定された場合等、3項の賠償を認める例外があることを容認するのであるが、実施の能力の問題も、但書きの推定の覆滅の問題も、両者ともに因果関係の問題でしかなく、質的に異なる取扱いをなす理由を見出すことは困難である。特に「実質的に同一の市場に属さない」か否かをメルクマールとする見解に関しては、そこに列挙されている事情にその他一般の推定の覆滅事由と質的に異なる点を見出すことは至難の技を要する。価格帯や需要者の相違により推定の覆滅が認められるのは一般的な現象であり、どの程度の乖離があると「実質的に同一

<sup>9</sup> かくして算定された1項の損害額が譲渡数量全体について3項の損害額を下回る場合には、1項は適用されず、3項の賠償が認められるとしつつ、尾崎英男[判批]『特許侵害裁判の潮流』(大場正成喜寿・2002年・発明協会)623～624頁。

<sup>10</sup> 古城春実「特許法102条1項に基づく請求について」牧野他編・前掲注(4)271～273頁。賛意を評するものに、美勢克彦[判批]『最新判例知財法』(小松陽一郎選暦・2008年・青林書院)160～163頁、なお、参照、高林龍「特許法第102条に基づく損害賠償について」パテント59巻1号75～76頁(2006年)。

の市場に属さない」と判断するのか、その尺度は皆目検討がつかない<sup>11</sup>。採用するをえない考え方であるといえよう。

残るは純粋否定説と肯定説であるが、純粋否定説が、かりに特許権者不実施の場合のように、完全に逸失利益の賠償が認められない場合であつても102条3項の賠償は認められるとしていた従前の裁判例の理解を前提としよう。逸失利益の推定が一部認められない場合にだけ、その部分について102条3項の賠償が認められないと考えているのだとすると、きわめて不均衡な事態を生じる<sup>12</sup>。たとえば、前掲知財高判[エアマッサージ装置]の事件で特許権者が不実施であれば、実施料賠償が認容されたはずである。それはもしかすると被告製品売上額の3%であったかもしれない。それが、実施をしているので102条1項の請求をしたばかりに、102条1項の推定は99%覆滅され、102条3項の賠償は一切認められない。その結果、被告製品の売上数1%に原告の単位当たりの利益額を乗じた額の賠償を認められるに止まるから、数字次第<sup>13</sup>では逆転現象が生じる。正当化しうる理屈ではないように思われる。

もちろん、この判決や純粋否定説が、特許権者不実施の場合にも102条3項の賠償は認められるとする従前の裁判例と袂を分かち、この場合にも逸

<sup>11</sup> 大友/前掲注(7)88頁の批判を参照。しかし、美勢/前掲注(10)164頁。

<sup>12</sup> 大友/前掲注(7)87頁の前掲知財高判[エアマッサージ装置]に即したシミュレーションも参照。

<sup>13</sup> この事件における相当な実施料率が低廉なものであったとすると、前述した逆転現象は解消する。もともと、この事件は原審の東京地判平成15.3.26判時1837号108頁[エアマッサージ装置]において侵害が認められた発明1～4が無効とされ、残った発明5について均等による侵害が認められたという事案であり、その発明5に対する評価も高くはない(同様の事情は、同じく否定説に与する前掲大阪地判[ゴークル]にも認められる)。推測になるが、控訴審の判断の背後には、102条3項の賠償を認めたとしても、料率は高いものにはならないという前提があるのかもしれない。また、本件とは異なるが、かりに推定の覆滅率が99%などという高率ではなく(注(5)で前述したように、102条1項但書きによる推定の覆滅の証明責任が侵害者側にあることを考えると、この99%という数字は極めて高率というべきであり、ほぼ推定を認めないという心証を控訴審判決が抱いていることを示すものである)、たとえば90%未満であったのなら、実施料額が通常のものであったとしても逆転現象は生じないこともありえたのである。

失利益がない以上、102条3項の賠償も認められないと考えているのだとすると、話は変わり、上に述べたような逆転現象は生じない。しかし、このような考えは、102条3項の存在意義を著しく減殺させることになる。しかも、特許権者は、不実施であっても、民法703条に基づく不当利得返還請求により特許法102条3項と同様の実施料額の請求をなすことができるというのが従前の理解であるから、本判決がこの不当利得までも否定するのでない限り<sup>14</sup>、最終的な逆転現象は解消しない。このような理解は、侵害利得に関する民法の一般的な理解、つまり特許権という排他権の割当内容に反する利得が生じている以上、実損を問うことなく、割当内容に反する不当利得の返還を求めうとする理解<sup>15</sup>とも対立してしまう。他方、推定覆滅部分に関して3項の損害賠償が否定されたとしても、その部分について不当利得返還請求が認められるのだとすれば、議論の実益は大分減じることになろう<sup>16</sup>。

そもそも102条1項とは別個に3項が設けられている以上、そこには逸失利益とは異なる損害概念が前提にされているのだと理解する方が素直であろう。故意または重過失がない場合の減額の可能性を定める102条4項が、減額可能な下限を定めるものとして102条3項の金額を掲げているのも、

<sup>14</sup> たとえば、否定説に立つ小池/前掲注(8)313頁は、不当利得は認めるようである。前掲東京地判[ソリッドゴルフボール]の取扱いについては、3で前述したところを参照。

<sup>15</sup> 不当利得の類型論につき、詳しくは、加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』(1986年・有斐閣)3～520・841～864頁、同『事務管理・不当利得・不法行為』(2002年・有斐閣)65～82・95～101頁、藤原正則『不当利得』(2001年・信山社)9～33頁、知的財産権侵害に則した叙述として、田村・前掲注(1)知的財産権103～117・164～169頁を参照。

<sup>16</sup> もっとも、3項の賠償額の算定において幾分なりとも制裁的な要素をもたせるとすれば、3項の賠償額は、故意過失が不要であるとされる不当利得返還請求よりも高額なものとなる可能性が有り、ゆえに議論の実益は失われないことになるのかもしれない。とはいえ、現実の特許権侵害訴訟において103条の過失の推定が覆ることは滅多にないことに鑑みると(田村/増井=田村・前掲注(5)333～336頁)、事実上、ほぼ無過失責任と化している3項の賠償責任と不当利得返還責任をこの観点から区別する意義を見出しがたいという反論が聞こえてきそうではある。

102条1項等による逸失利益が存在しない場合であっても少なくとも3項の賠償が認められることを前提としているといえよう。102条3項は、特許権侵害が行われた場合には、常に特許権者が観念的に被っていると思料しうる不利益、つまり特許権という排他権の庇護の下で特許発明の利用に対する市場を活用する機会の喪失(=市場機会の喪失)を規範的な損害概念として採用していると理解すべきである<sup>17</sup>。このような立場に与する場合には、102条1項但書き等により逸失利益<sup>18</sup>という損害の発生が否定されたりその金額が確定したりしても、そのことは全く別個の規範的損害概念を定める102条3項に影響することはない<sup>19</sup>。ゆえに、肯定説をもって是とする理解することになる<sup>20</sup>。

<sup>17</sup> 田村・前掲注(1)知的財産権213～218頁。

<sup>18</sup> なお、注(5)で紹介した但書きによる推定の覆滅過程の規律をめぐって、102条1項の前提とする損害が逸失利益であるかということに関しても異論が唱えられることがある。102条1項も3項と同様、市場機会の喪失を損害と捉えているというのである(三村量一「損害(1)―特許法102条1項」牧野利秋=飯村敏明編『知的財産関係訴訟法』(2001年・青林書院)291～292・296～297・300～301頁)。しかし、102条1項は、「実施の能力」がない場合や「販売することができないとする事情」があるときは、その事情に応じて損害がないと明定しているところ、同項について市場機会の喪失という損害概念を当てて(因果関係がない場合でも損害賠償を認める)3項とは異質なものを混入させるべきではない。結論として、1項は逸失利益の賠償に関する推定規定であって、市場機会の喪失という損害概念とは関係ない、ゆえに、権利者は1項と3項の損害を選択的に主張できると解すべきである。この立場の下では、1項但書きにいう「販売することができないとする事情」とは、まさに因果関係を(一部)否定する事情だということになる。これらの点については、田村/前掲注(5)を参照。

<sup>19</sup> 損害概念の捉え方と、102条1項但書きと3項との関係につき、飯田/前掲注(7)467頁の俯瞰を参照。

<sup>20</sup> もっとも、本稿の見立てはこのような大上段の議論をするまでもなく、折衷説や(純粋)否定説は内在的な矛盾を抱えており、採用するをえないというものである。