

# 損害論再考（Ⅱ）

## 近時の2つの大合議判決を踏まえて



弁護士・弁理士 高橋 淳\*  
弁護士 宮川 利彰\*\*

### 第1 102条1項と3項、2項と3項の併用問題について

#### 1 令和元年特許法改正

令和元年特許法改正（以下「令和元年改正」）により、102条1項2号として「譲渡数量のうち実施相応数量を超える数量又は特定数量がある場合（特許権者又は専用実施権者が、当該特許権者の特許権についての専用実施権の設定若しくは通常実施権の許諾又は当該専用実施権者の専用実施権についての通常実施権の許諾をし得たと認められない場合を除く。）におけるこれらの数量に応じた当該特許権又は専用実施権に係る特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額に相当する額」との文言が追加されることとなった。

これにより、特許権者又は専用実施権者（以下「特許権者等」）は、実施相応数量を超える数量又は特定数量があるときにおいて、当該超過部分につき、これがライセンスの機会を喪失したといえない場合を除いては、ライセンスの機会を喪失したことによる逸失利益を損害として主張できることが明文化されたといえる<sup>1</sup>ものである。

この改正は、特許権者の損害（逸失利益）として、販売機会の喪失とライセンス料取得機会の喪失という二種類があることを前提とするものであり、この前提は理論的に正しいものである。

#### 2 損害の性質

そもそも「損害」とは、不法行為（民法709条）がなかったと仮定した場合の財産状態と現実の財産状態との差額を意味する。

特許権侵害の文脈においては、主な「損害」は、権利者の「得べかりし売上利益の喪失」（以下単に「販売機会の喪失」）と「得べかりし実施料の喪失」（以下単に「実施料取得機会の喪失」）である<sup>2</sup>。言い換えれば、権利者の「損害」は「逸失利益」であり、侵害者による権利侵害がなかったと仮定した場合に権利者が得られたはずの利益を、侵害者による権利侵害「により」（因果関係）喪失したことを意味する。

1 特許庁総務部総務課制度審議室編「令和元年 特許法等の一部改正 産業財産権法の解説」17頁（一般社団法人発明推進協会、2020年）。

2 これらに加え値下げ販売を強いられたことによる損害もあり得るが本稿の対象外とする。