



特許権侵害における 損害賠償額の適正な評価に向けて

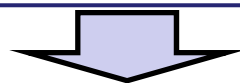
特許庁 企画調査課

目次

1. 背景・目的
2. 基本的な損害理論
3. 特許法102条について
4. 逸失利益の算定手法・考慮要素
5. 逸失利益の算定プロセス・考慮要素
6. 実施料相当の算定プロセス・考慮要素
7. 逸失利益と実施料相当の関係（重畳適用）
8. まとめ：損害賠償額の適正な評価に向けて

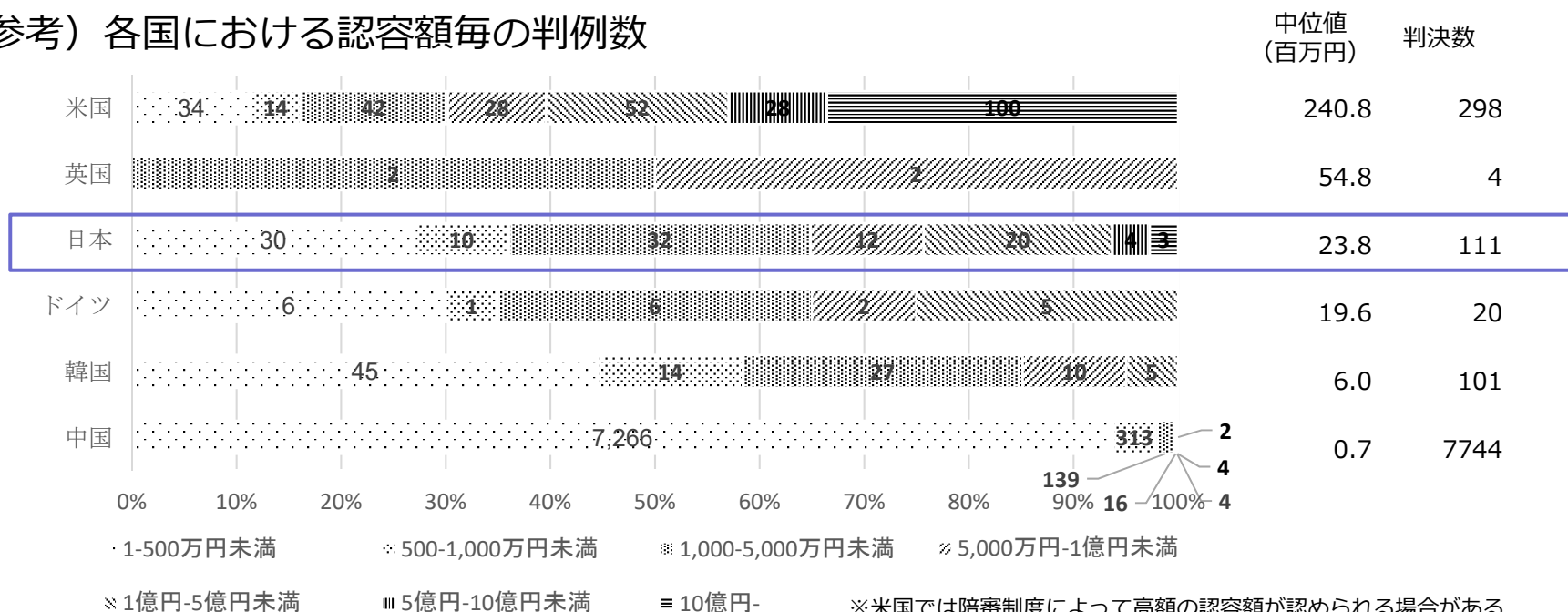
1. 背景・目的

特許権の活用によるイノベーション創出に向け、ビジネスの実態やニーズに即した、**権利者及び実施者双方に納得感のある適切な損害賠償を実現**することが必要



特許訴訟における**損害賠償額の算定手法**や**その際の各考慮要素等**について、訴訟の実態を踏まえ、紛争当事者が損害賠償額を適正に評価する（例えば、合理的な損害額算定の証拠を用意し主張立証する）際に有用な**基礎資料・情報**を提案する

(参考) 各国における認容額毎の判例数



(調査対象：2007年1月～2017年11月)

※米国では陪審制度によって高額な認容額が認められる場合がある
 (2012年～2016年の認容額中位値は、陪審1070百万円程度に対して裁判官裁判68百万円程度)

2. 基本的な損害理論

① 民法第709条による損害賠償

差額説

$$\text{損害額} = \text{不法行為がなかった場合の仮想的な利益状態} \\ - \text{不法行為により不利益を被った現実の利益状態}$$

② 上記規定のみによる不都合性

特許権侵害による損害は、**特許権の毀損そのものではなく、マーケットを媒介して損害が顕在化する**という特殊な性格を持つ。
そのため、**一般の不法行為法に委ねると因果関係や損害額の立証ができないおそれがある。**



特許法102条による損害推定規定の創設

3 - 1. 特許法第102条 条文の確認

特許法102条

第1項

特許権者又は専用実施権者が故意又は過失により自己の特許権又は専用実施権を侵害した者に対しその侵害により自己が受けた損害の賠償を請求する場合において、**その者がその侵害の行為を組成した物を譲渡したときは、その譲渡した物の数量に特許権者又は専用実施権者がその侵害の行為がなければ販売することができた物の単位数量当たりの利益の額を乗じて得た額を、特許権者又は専用実施権者の実施の能力に応じた額を超えない限度において、特許権者又は専用実施権者が受けた損害の額とすることができる。**ただし、**譲渡数量の全部又は一部に相当する数量を特許権者又は専用実施権者が販売することができないとする事情があるときは、当該事情に相当する数量に応じた額を控除するものとする。**

第2項

特許権者又は専用実施権者が故意又は過失により自己の特許権又は専用実施権を侵害した者に対し**その侵害により自己が受けた損害の賠償を請求する場合**において、その者が**その侵害の行為により利益を受けているときは、その利益の額は、特許権者又は専用実施権者が受けた損害の額と推定する。**

第3項

特許権者又は専用実施権者は、故意又は過失により自己の特許権又は専用実施権を侵害した者に対し、**その特許発明の実施に対し受けるべき金銭に相当する額の金銭を、自己**が受けた損害の額としてその賠償を請求することができる。

3-2. 特許法102条による推定

②特許法第102条による推定

逸失利益	第1項	損害額 = 侵害者の譲渡数量 ×特許権者の単位数量当たりの利益
	第2項	損害額 = 侵害者が侵害行為により得た利益 (侵害者の譲渡数量×侵害品の単位数量当たりの利益)
実施料相当	第3項	損害額 = 実施料相当 (侵害者の譲渡数量×権利者が単位数量当たり受けるべき金銭の額) ※第4項において、第3項の実施料相当を超える損害賠償の請求を妨げないことを規定

- ・当事者は、上記損害推定規定を選択的に主張することができる。
- ・同規定は損害額の推定規定である。
損害の発生を推定するものではない。

4 - 1. 逸失利益の算定プロセス・算定手法（1）

特許法第102条第1項又は第2項に基づく手法（例）

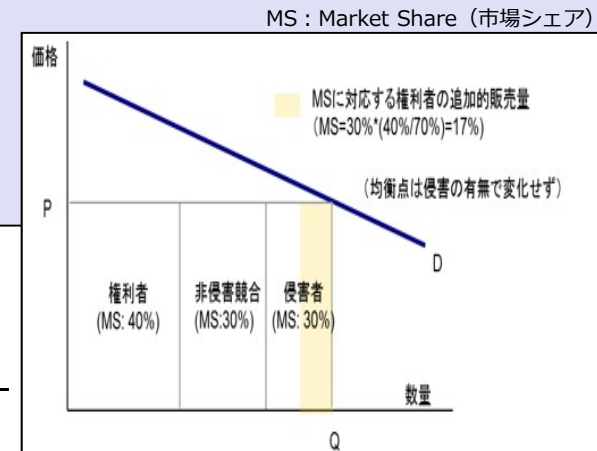
① 侵害売上げを基礎とする方法

「侵害者の販売数量」 × 「特許権者又は侵害者の単位あたり利益」

非侵害の競合が存在、各製品が同質である場合

② 市場シェア法

「侵害者の販売数量」 × 「特許権者又は侵害者の単位あたり利益」
× $\frac{\text{特許権者のシェア}}{\text{特許権者のシェア} + \text{非侵害競合のシェア}}$



科学的なサンプリング手法が適用可能な場合

③ 顧客アンケート調査法

「侵害者の販売数量」 × 「特許権者又は侵害者の単位あたり利益」
× 「侵害品がなかった場合、権利品を選択する割合（調査結果）」

※特許権者の実施能力を超える部分や「販売することができない事情」（②③にて各前提を満たす場合には控除可能）の控除が必要

損害（逸失利益）

4-2. 逸失利益の算定プロセス・算定手法（2）

特許法第102条第1項又は第2項以外の手法（例）

市場の状況やコスト構造が変化しない前提がある場合

④前後法

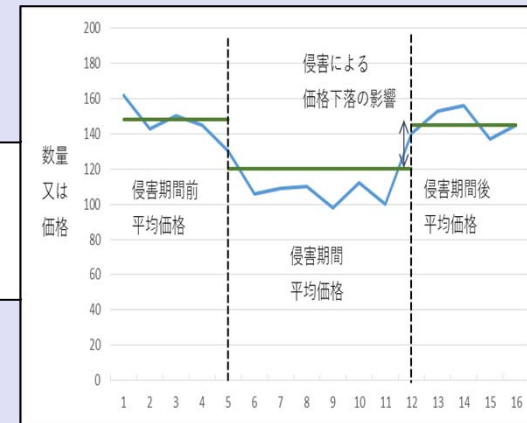
「侵害期間の販売数量」
× 「（侵害前の価格－侵害後の価格）」

分析に必要なデータが入手可能で、
計量経済学のスキルを有する専門家の関与が可能な場合

⑤計量経済学的手法

事情に応じて経済モデルを構築して推定

※「寄与率」については必要に応じていずれかの段階で考慮され得る。



損害（逸失利益）

5 - 1. 逸失利益の算定プロセス・考慮要素（1）

<p>市場における代替関係</p>	<p>逸失利益の前提として、権利品と侵害品が代替関係にあるといえる</p> <p>※特許法102条1項の「特許権者が販売することができないとする事情」に関連</p>	<p>①商品間の代替性</p> <ul style="list-style-type: none"> ・用途 ・価格・数量の動き等 ・需要者の認識・行動 <p>②地理的範囲と代替性</p> <ul style="list-style-type: none"> ・供給者の事業地域 ・商品の特性 ・輸送手段・費用等 <p>③非侵害競合の存在</p>
<p>特許権者の能力</p>	<p>侵害がなかった場合に、自社実施能力の拡大が可能であったか</p> <p>※特許法102条1項の「特許権者の実施の能力に応じた額を超えない限度」に関連</p>	<p>①生産設備</p> <p>②増産能力</p> <p>③流通体制</p> <p>④営業体制</p> <p>⑤資金調達の実現可能性</p> <p>※ここでいう「能力」は、特許権者が侵害品の販売数量に対応する数量の被侵害製品の製造、販売を行う潜在的能力を有していること</p>

5 - 2. 逸失利益の算定プロセス・考慮要素（2）

<p>特許発明を実施していない部分に係る損害</p>	<p>対象特許を直接使用していないが、関連する部分について請求可能な場合がある</p>	<ul style="list-style-type: none"> ①完成品中に特許を使用する機能及び使用しない機能がある ②機能的に特許実施製品と密接に関連する非実施製品のセット販売 ③特許実施品に係る派生製品（修理部分、スペアパーツ等）
<p>寄与率</p>	<p>対象特許に関連する部分に特定すべき場合、考慮され得る</p> <p>※販売数量等に関する減額プロセスの根拠理由と寄与率の根拠理由が同様である場合、二重減額となり得る点に留意</p>	<ul style="list-style-type: none"> ①対象製品の一部分のみが権利者の権利に係るものである場合 ②対象製品に係る利益のうち特許権以外の要因が寄与する部分がある場合

(参考) 判例 (特許法102条第1項による損害賠償請求・市場シェア法)

平成27年(ワ)第22491号 (東京地裁平成29年7月27日判決) オキサロール事件

原告の主張

オキサロール軟膏と被告製品とは、医師の処方箋でマキサカルシトールを有効成分とする軟膏が選択された後で競合しており、患者が薬局等でマキサカルシトールを有効成分とする軟膏を購入する際には、医師の処方箋に従って、必ずオキサロール軟膏か被告らの後発医薬品のどちらかが販売される。したがって、被告製品の販売数量分だけオキサロール軟膏の販売数量が減少すると主張。

被告の主張

被告らは、オキサロール軟膏には複数の競合品(ボンアルファ等)があるところ、・・被告製品は、上記各競合品のシェアをも奪ったものであるとし、かつ、上記各競合品は、乾癬の治療薬としての外用ビタミンD3製剤の市場において42%のシェアを有しているから、42%分について推定を覆滅すべきと主張。

裁判所の判断

乾癬の治療薬としての外用ビタミンD3製剤としては、上記各競合品、オキサロール軟膏、被告製品があり、いずれも薬効や作用機序の面でほぼ同等と解されており、医師も、これらを適宜選択して処方していること、被告製品が販売開始された後、オキサロール軟膏だけでなく、他の外用ビタミンD3製剤の売上高も減少したこと、上記各競合品が・・その販売高において外用ビタミンD3製剤の市場の合計41～42%程度のシェアを有していたことが認められる。

他方、いずれも医師の処方箋を必要とする薬品であり、消費者が自由に選択できるものではないこと、被告製品はオキサロール軟膏の後発医薬品であって、有効成分も同じであり、医師がオキサロール軟膏を処方した場合、処方箋の変更なしに患者が自由に購入できるのは被告製品だけであることが認められる。

そうすると、オキサロール軟膏から被告製品に変更する場合と比較すると、上記各競合品から被告製品に変更するのは容易ではないというべきであって、上記各競合品が乾癬の治療薬としての外用ビタミンD3製剤の市場で42%程度のシェアを有していたとしても、被告製品が同シェアをそのまま代替したものととは到底認められない。

以上の諸事情を総合的に考慮すると、被告製品は、上記各競合品のシェアを一定程度奪ったものとして、特許法102条1項本文による推定が覆滅される割合を10パーセントと認定するのが相当である。

(参考) 判例 (民法709条による損害賠償請求・前後法)

平成27年(ワ)第22491号(東京地裁平成29年7月27日判決) オキサロール事件

原告の主な主張

(1) 侵害行為と損害とに間に因果関係がある

侵害行為と損害との間に相当の因果関係があり薬価を維持することにより得られる利益は新薬の創出を行ったものが得られる正当な利益である

(2) 賠償額を原告と医薬品メーカーの取引価格の下落分より算出

①被告製品薬価の引き下げに伴い原告製品の販売価格が下落したことによる売り上げ減少が原告の逸失利益である。

②医療業界では薬価の引き下げが頻繁に生じるため、薬価の変動に備えた正味仕切価格を製造販売元の販売価格として定めておくことが合理的であり、引き下げ額が合理的範囲を超えていない場合はその損害は相当因果関係の範囲内である。

被告の主な主張

(1) 先発医薬品の薬価が維持されるとの期待は法的に保護された利益ではない。

医薬品では、2年ごとに薬価が引き下げられることが原則であり、新薬については薬価の引き下げが一時的に猶予されているにすぎず、別の製造方法であれば後発品が参入できたことから、薬価が維持できたとは言えない。

(2) 賠償額を薬価自体の下落率(10.72%)より算出

①薬価とは、原告から医薬メーカー、医薬品メーカーから医療機関等に販売する際の価格を直接決めるものではない。

②販売価格の決定に薬価が念頭に置かれるとしても原告・医薬メーカー間で、自由に価格を決めることができ、薬価の下落を超える部分は原告が合意して減額したものであるから、被告らに賠償を求める理由はない。

裁判所の判断

(1) 原告は薬価収載されるまで現に薬価の維持という利益を得ており、**被告の薬価収載がなければ原告の薬価は下落しなかったと認められることからその損害について賠償責任を負うべきである。**新薬創出加算制度が現に存在し、所定の要件を満たす新薬が一律に加算を受けられることから被告の主張は採用できない。

(2) 医療機関の請求額には薬価の規制があるため、医薬品メーカーや販売代理店が販売する医薬品の価格は、薬価を基準に定められることから、被告製品の薬価収載によって原告製品の薬価が下落し、**それに伴って原告・医薬品メーカー間の原告製品の取引価格が下落したと認められ**、取引価格の下落分の全てが被告製品の薬価収載と因果関係のある損害である。

(参考) 判例 (特許法102条2項による損害賠償請求)

平成24年(ネ)第10015号(知財高判平成25年2月1日判決)

紙おむつ処理容器事件知財高裁大合議判決

原告の主な主張

Xは、特許法第102条第2項の適用のためには、特許権者が日本国内において特許発明を実施していることは要件ではないとして、Yの利益の額をXの損害額と推定できると主張。

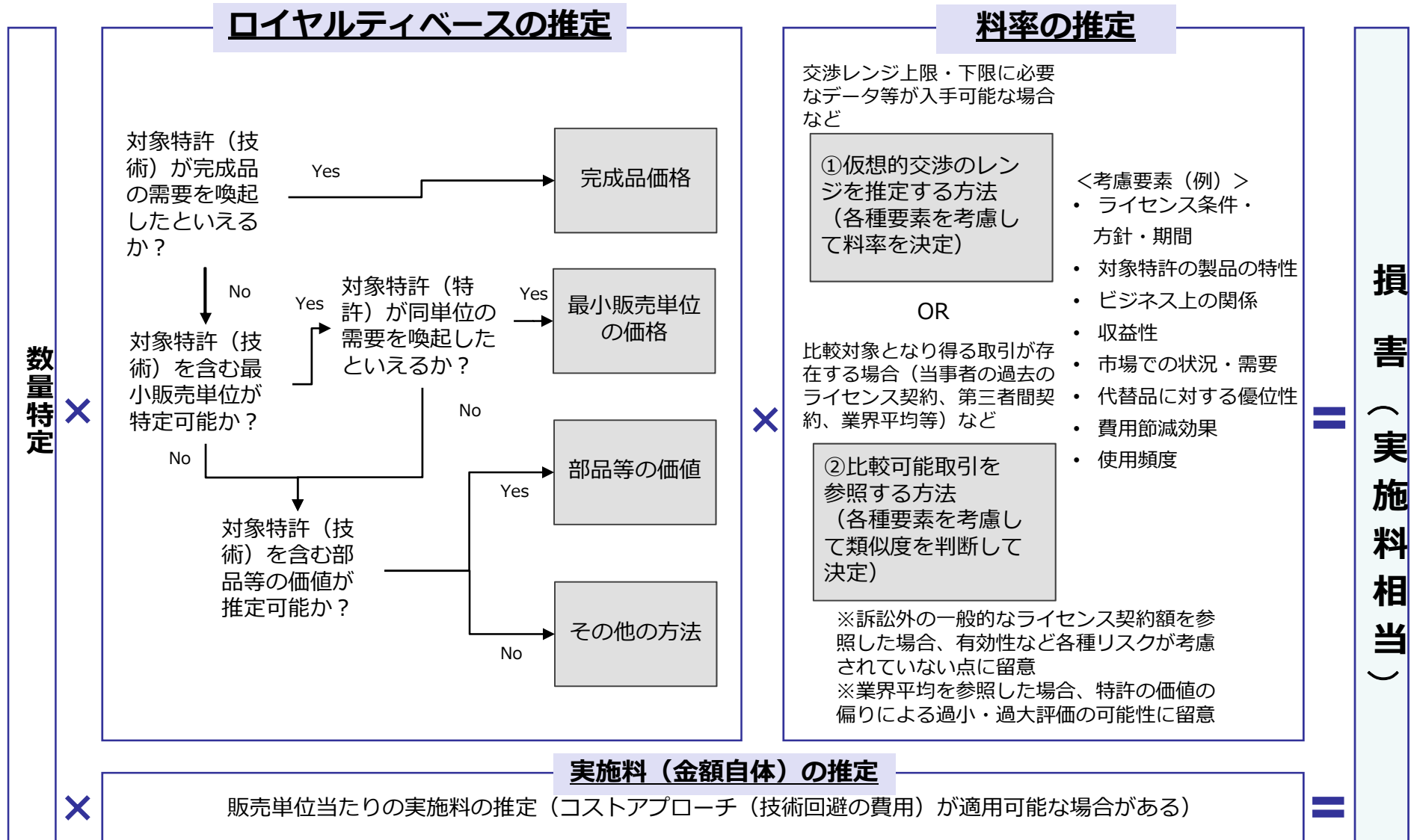
被告の主張

Yは、特許法第102条第2項の適用のためには、特許権者が日本国内において特許発明を実施していることを要し、日本国内において特許発明を実施していることを要し、Xは日本国内で本件特許発明を実施していないから、同項を摘要することは出来ないと主張。

裁判所の判断

- ① 特許法第102条第2項は、損害額の立証の困難性を軽減する趣旨で設けられた規定であつて、その効果も推定に過ぎないことからすれば、同項を適用するための要件を、殊更厳格なものとする合理的な理由はないというべきである。
- ② 特許法第102条第2項には、特許権者が当該特許発明の実施をしていることを要する旨の文言は存在しないことなどを総合すれば、特許法第102条第2項の適用に当たり、特許権者において、当該特許発明を実施していることを要件とするものではないというべき。
- ③ 侵害者による特許権侵害行為がなかったならば利益が得られたであろうという事情が存在する場合には、特許法第102条第2項の適用が認められると解すべきであり、特許権者と侵害者の業務態様等に相違が存在するなどの諸事情は、推定された損害額を覆滅する事情として考慮されるとするのが相当である。

6-1. 実施料相当の算定プロセス・考慮要素 (1)

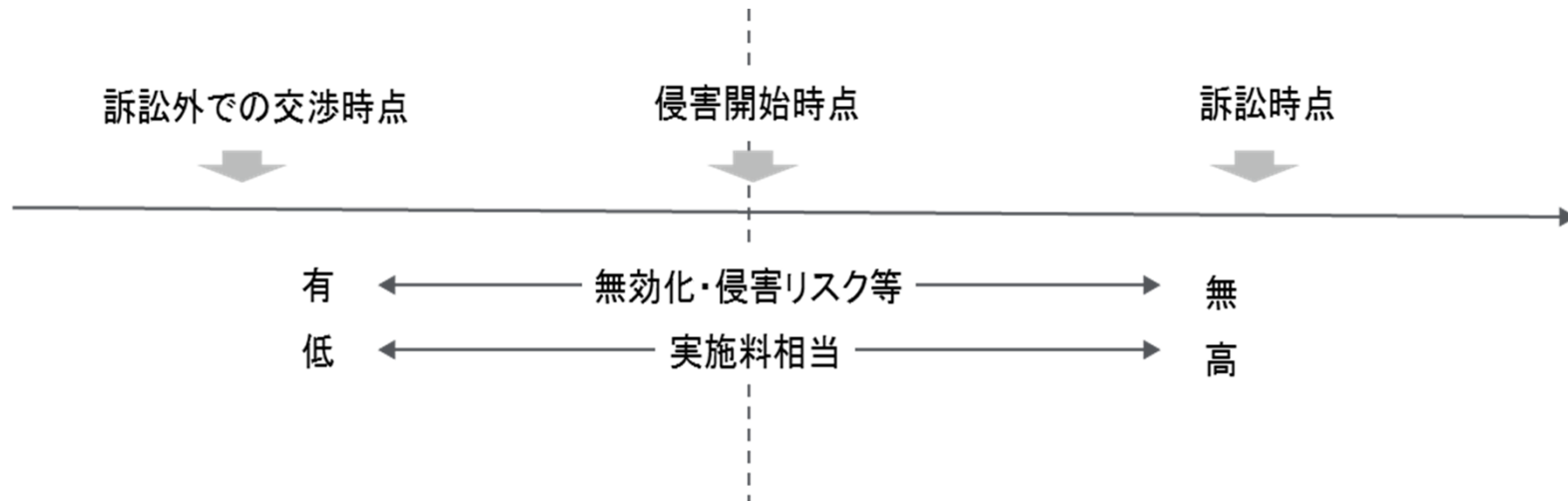


※「寄与率」については必要に応じていずれかの段階で考慮され得る
（ロイヤルティベース推定時に考慮された事情と同じ事情が料率の推定でも適用された場合、二重減額となり得る点に留意）

6-2. 実施料相当の算定プロセス・考慮要素（2）

「通常」のライセンス契約での実施料と 特許訴訟での実施料相当

- 一般的な（訴訟外の）ライセンス契約では、対象特許の無効化リスクや第三者侵害リスクが存在するため、実施料はそれらのリスクが割り引かれたものとなる。
- 他方、訴訟時点においては、すでに権利の有効性や侵害の事実があるため、一般的な（訴訟外の）ライセンス契約における実施料よりも高く算定することには、合理性があるといえる。



(参考) 判例 (「通常」のライセンス額と訴訟時の実施料相当額)

平成9年(ワ)第19789号(平成12年7月18日判決) ヒンジ事件

原告の主な主張

被告各製品の売上の15%

- ①本件特許権は顕著な作用効果があり、極めて利用価値が高い。
- ②被告がN社に販売しなければ、原告が販売できたはずであり、原告・被告間でライセンス交渉を仮定すると、原告はN社に対する販売を断念するに見合うだけの実施料(原告の仮想利益の5割以上)を要求したはず。

被告の主な主張

被告各製品の売上の1%

- ①本件特許権の技術分野の通常実施料は2～5%。
- ②原告主張と同様の作用効果を有する製品は他にも多数市場に出まわっているため、被告がN社に販売しなければ、原告が販売できたはずとの理屈は成立せず、また、多額の実施料を支払って実施許諾を受ける必要性も存在しない。

裁判所の判断

被告各製品の売上の約10%

- ①本件特許権の発明は、技術的観点から見て極めて評価の高いもの。
- ②現行の特許法102条3項は、侵害を発見された場合に支払うべき実施料相当額が誠実にライセンスを受けた者と**同じ実施料額では、事前にライセンスを申し込むというインセンティブが働かず、侵害行為を助長しかねないという批判を受けて見直しを図った**規定。
- ③実際、ライセンス契約では、被許諾者において、発明の実施品の販売数量の多寡にかかわらず**一定金額(最低保証料)を支払わねばならず、一定の事由のあるときを除いて契約を解除できず、また、万一当該特許が無効とされた場合であっても支払済みのライセンス料の返還を求めることができない**などの制約を契約上負担させられるのが通常であるのに対して、特許権侵害の場合には、**侵害者は、これらの契約上の制約を負わないという点だけを見ても、既にはるかに有利な立場に立つものである。**

7. 逸失利益と実施料相当の関係（重畳適用）

- 侵害者が権利者の実施能力では参入できない範囲（市場や販売能力）で事業を行う場合、異なる損害をそれぞれの手法で推定することとなり、経済合理性がある。

特許法第102条 の損害推定	特許権者の実施能力	
	範囲内の部分	範囲外の部分
第1項又は第2項	①請求可能	②請求困難
第3項	③請求可能	④請求可能

① + ③ : 重畳適用困難 ① + ④ : 重畳適用可能

※重畳適用を可能とする場合の整理

8. まとめ：損害賠償額の適正な評価に向けて

◆ 合理的な損害賠償額を算定するためには、

- ・ ケースに応じた算定手法の選択

逸失利益 : 侵害売上を基礎とする方法、市場シェア法、前後法...

実施料相当 : ロイヤルティベース×料率、又は、実施料自体の推定

- ・ 各考慮要素に関するデータ収集、算定への反映

逸失利益 : 市場における代替関係、特許権者の能力、寄与率...

実施料相当 : ライセンス条件、特許製品の特性、市場の状況...

による、適切な主張・立証（証拠提出）が求められる

※損害算定の専門家（damage expert）の活用も有用



より納得感がある合理的な損害賠償額の実現を期待

特許権侵害における損害賠償額の適正な評価に向けて

報告書は、全体版・要約版ともに、特許庁ウェブサイトに掲載しております。

特許庁 損害賠償額

検索

【特許庁HP】

[ホーム] - [資料・統計] - [刊行物・報告書] - [特許庁産業財産権制度問題調査研究について] (「29年度研究テーマ一覧」の(11))

<https://www.jpo.go.jp/shiryou/toushin/chousa/zaisanken.htm>



【全体版 (PDF)】



https://www.jpo.go.jp/shiryou/toushin/chousa/pdf/zaisanken/2017_11_zentai.pdf

【要約版 (PDF)】



https://www.jpo.go.jp/shiryou/toushin/chousa/pdf/zaisanken/2017_11_youyaku.pdf