

無体財産権侵害における実施料相当額の損害賠償と不当利得

——ロルフ・ザック「無体財産権法の体系におけるライセンス・アナロジー」の紹介を中心として——

花 本 広 志

- 一 はじめに
 - 二 無体財産権侵害と不当利得（侵害利得）
 - 三 ライセンス・アナロジーによる責任を損害賠償法に位置づけることへの批判
 - 四 まとめと若干の考察
- 一 はじめに

わが国でもドイツでも、特許権や実用新案権、著作権などの無体財産権が無断で利用された場合、侵害者は、被

侵害権利につき実施許諾を受けていたとすれば権利者に支払わなければならない金額を損害として賠償しなければならぬ(特許法一〇二条三項等⁽¹⁾、RGZ 35, 63以来のドイツの確定判例)。ドイツ法にいう *Lizenzanalogie* である(以下、この呼び方にならって、無体財産権侵害の場合に実施許諾契約を想定し、そこで約定されるであろう実施料額を損害額ないし利得額と考える論法を、一般に「ライセンス・アナロジー」と呼ぶことにする)。このことは、無体財産権が侵害された場合の救済策として、日独に限らず世界中のどの国でも認められていることであろう。そして、その法律構成は(これも日独に限らず)不法行為に基づく損害賠償である。そして、少なくともドイツと日本では、それは同時に不当利得(侵害利得)に基づく利得返還でもあるとされている。

その一方で、ドイツでは、不当利得に関する類型論の登場以降(その影響を強く受けてわが国でも)、ライセンス・アナロジーは、実質的には不当利得に位置づけられるという主張も根強い。もっとも、損害賠償として構成するのであれば不当利得として構成するのであれ、結果にはほとんど差がないとされているので、ライセンス・アナロジーが損害賠償に位置づけられるのか不当利得なのかという議論には、現在の結論を正当化するという観点からみれば実益はない。⁽²⁾

しかしながら、少なくとも理論的には、損害賠償と不当利得とは相違点がある。詳細は、副題のザック論文⁽³⁾後に紹介するなかで述べるが、とりあえず列挙すると、第一に、要件面で、不当利得は侵害者の過失の有無を問題としないが、損害賠償は過失を要件とする。第二に、それに対応してか、効果面では、不当利得の場合、現存利益への責任軽減がはかられているが(日民七〇三条、日民八一八条三項⁽⁴⁾)、損害賠償ではそのような責任軽減はない。⁽⁵⁾第三に、(どのような損害概念を採るかにもよるが、差額説を前提とするかぎり)不法行為では実損害の発生が要件であるが、不当利得では、権利の割当内容に反する財貨の利用があればよく、利得要件は抽象化されている。第四

に、不当利得法上の価値賠償額の算定基準時は侵害時（または価値賠償義務の発生時）であるとされるが、不法行為に基づく損害賠償額の算定基準時は事実審の口頭弁論終結時であるとされる。第五に、（本稿での問題にとつては本質的でないが）消滅時効期間が異なる（注2参照）。

このような差異があるにもかかわらず、無体財産権が侵害された場合の救済策として、両者がほとんど同じ結果になるのは、むしろおかしなことではないだろうか。「侵害者が何を取得したかに着目する不当利得と、権利者が何を奪われているのかということにのみ着目する不法行為とは、おのずから効果も異なる⁶⁾」のではなからうか。とりわけ、實際上、過失の有無はほとんど問題とされず、また実損害の有無も問題とされない点で、ライセンス・アナロジーによる責任の要件は不当利得のそれに非常に近似しているのに反して、効果については損害賠償に近ところからみると、ライセンス・アナロジーが損害賠償というその法律構成にふさわしい要件と効果を提示しているかは疑わしいように思われる。

以上の点から、私は、ライセンス・アナロジーの法体系上の位置づけを検討することに、なお意義があると考えられる。本稿で紹介しようとしているザック論文は、ライセンス・アナロジーを不当利得に位置づけ、損害賠償構成は不要であると主張する。ザックの主張はドイツでも異端であるようだが、極論であるだけにかえて、ライセンス・アナロジーを単純に損害賠償に位置づけることの問題性を鮮明に示しているように思われる。この点で、ライセンス・アナロジーの体系上の位置づけ、およびそのあるべき要件・効果を考察するには、好個の材料を提供すると考える。ただし、ザック論文はその発表からすでに一六年を経ており、その間にドイツでもわが国でも関連法令の改正、判例・学説の進展があるので、それらの点については、筆者の調査が及んでいるかぎりで補いつつ、同論文を要約して紹介することにした。

二 無体財産権侵害と不当利得(侵害利得)

ザックはまず各種の無体財産権および無体財産権に類似する法的地位が侵害された場合に、不法行為のほかに不当利得が成立することを指摘し、次いで、その場合の不当利得責任の内容につき検討する。

1 適正な実施料額か侵害者利益か?

ザックは、不当利得に関するドイツの通説である類型論に従って、絶対権等、その財産的利益の享受が権利者に排他的に割り当てられている財貨を無断で利用したことそれ自身が、ド民八一一条一項一文に言う「なにかを取得した」ことであり、同時に権利者の「損失で」取得したことになるという。そして、無体財産権が侵害された場合は、保護された財貨を利用したことそれ自身が「取得したものである」とあり、それを原状回復することは不可能であるから、八一一条二項によりその価値が賠償されなければならない。それは「取得したものの」の客観的取引価値、すなわち適正な実施料額によって算定されるべきだといふ。

他方で、無体財産権侵害では、権利者は、侵害者が侵害行為によって獲得した利益(以下、侵害者利益という)の額を損害として賠償請求することも認められており、これを不当利得責任一般についても認めようとする見解が少数説ながら有力に存在するが、ザックはこれに反対する。すなわち、侵害者利益は、八一一条にいう「取得されたもの」でもなければ、八一一条二項によって賠償されるべき「価値」でもないからであるという。侵害者利益説によれば、「不当利得返還義務により善意の利得者は損失を被ってはならない」から、利得者が現実に獲得した利益

を返還されるべき「利得」だと捉えないと、侵害者利益が利用の客観的価値を下まわっている場合には、利得者が損失を被ることになるとされるが、⁽¹¹⁾ ザックはこれを八一八条三項の体系的位置づけを見誤ったものだという。すなわち、八一八条三項は善意者保護の規定であるから、右の考え方によれば、八一八条二項にいう「価値」の算定に際しても、必然的に善意者保護を考慮しなければならなくなる、つまり、利得者が善意か悪意かで同項にいう「価値」の意味が異なることになる、八一八条三項の機能は、（八一二条および八一八条一項・二項により）すでに確定した不当利得責任の額を軽減するというところにあるのだから、善意者保護はこの場面でのみ考慮すればよいと言っているのである。⁽¹²⁾

また、侵害者利益説は、八一八条二項にいう「価値」を主観的に理解する立場（利得者にとっての主観的な価値、つまり侵害者利益の価値と捉える）からも唱えられるが、⁽¹³⁾ ザックはこの立場にも反対する。利用の客観的価値を上回る侵害者利益の引渡しが認められるのは、他人の支配領域に悪意で介入した場合に限られるべきだからである（六八七条二項、六八一条、六六七条参照）。なお、他人の物が処分され、第三者が善意取得したときは、無権限処分者は、真の権利者に対して、八一六条一項により売得金の引渡義務を負うとするのが判例・多数説であり、⁽¹⁴⁾ 同規定から一般的に侵害者利益の引渡義務を導き出す見解もありうるが、⁽¹⁵⁾ ザックは、この場合にも、処分された物の客観的価値が賠償されるべきであると反論する。

2 利得消滅について⁽¹⁶⁾

次いで、ザックは、無体財産権侵害において侵害者利益が適正な実施料額を下まわる場合を前提に、八一八条三項の利得消滅の抗弁につき検討する。損害賠償法には利得消滅という制度がないからである。いったん獲得した侵

害者利益が後に消滅することは實際上ほとんどありえないので、この点では、適正な実施料額についての責任を不当利得と構成しようが損害賠償と構成しようが違いは生じない。したがって、問題となるのは、適正な実施料額を下まわる利益しか侵害者が獲得できなかった場合である。この場合、侵害者が悪意であるときは、損害賠償構成と不当利得構成とで差異は生じない⁽¹⁷⁾、利得者(侵害者)善意が、八一八条三項の要件だからである。これに反して、侵害者が善意であるときは、不当利得法上の適正な実施料額に対する責任は、八一八条三項の類推により侵害者利益の額まで縮減される。無体財産権侵害によって出費を節約していないと主張することが許されないとしても、現に侵害者利益が適正な実施料額を下まわっていることはありうるから、その場合には利得消滅を認めざるをえないという。

このように、無体財産権侵害において、適正な実施料額を不当利得として構成するときは、侵害者の責任は、侵害者利益が適正な実施料額を下まわっているかぎり、侵害者利益に制限されるが、損害賠償として構成するとそれに対応する責任制限はないことになる⁽¹⁸⁾。しかし、だからといって、このことは適正な実施料額に対する責任を損害賠償責任として位置づける根拠にはならないとザックは言う。なぜならば、第一に、損害賠償としてのライセンズ・アナロジーは、裁判官による法の欠缺補充として発展したのであるが、適正な実施料額に対する責任が不当利得として認められるに至った今日では、もはや法の欠缺は存在しないというべきであること、第二に、そうだとすれば、侵害者利益が適正な実施料額を下まわる場合には、利得消滅の抗弁を認めないことのほうがむしろ問題だからである⁽¹⁹⁾。他方で、ライセンズ・アナロジーの理由として、しばしば「無体財産権の侵害者は適法な実施権者よりもよい地位に置かれてはならない」という論証が用いられるけれども、適法な実施権者と同置することができるのは悪意の侵害者だけであるから、ここで主張している善意侵害者の責任制限と対立するものではないと言う。また同

様に、無体財産権侵害者は「自ら作り出した状況に拘束されなければならない (venire contra factum proprium)」という論証も悪意の侵害者にのみ適切なものであって、善意・有過失の侵害者には適切でない⁽²¹⁾と指摘する。

3 ライセンス・アナロジーによって想定される実施許諾契約が違法である場合について⁽²²⁾

ライセンス・アナロジーによって想定される実施許諾契約が違法で、そのために無効である場合には、⁽²³⁾権利者は損害を被っておらず、したがって、適正な実施料額の損害賠償責任を負わないという批判がライセンス・アナロジーに対しては可能である。しかしながら、B G Hは、登録商標に類似する商標が用いられた事件につき、次のように判示してライセンス・アナロジーの適用を認めた。すなわち、実際の侵害行為に相当する内容で実施許諾契約が有効に締結されうるかどうかは、損害賠償法上のライセンス・アナロジーにとってどうでもよいことである、なぜならば、有責の侵害者は、単に商標を侵害したというだけではなく、公衆を欺くような行為をしたことについても有責とされているのだから、それだけですぐに、適法な実施許諾権者よりもよい地位に置かれてはならないからである⁽²⁴⁾。

他方で、不当利得については、想定される実施許諾契約が無効であるときは、被侵害権利にはその限度で割当内容がないとして、その成立を否定する見解が有力である⁽²⁵⁾。これに反して、ザックは、無体財産権侵害から得られた利得が誰に帰属すべきかを検討する際には、利益衡量上、被侵害者の利益をより優先すべきであり、また、想定される実施許諾契約が無効であることは、その保持と利用とが権利者に排他的に割り当てられている財貨の助けを借りて侵害者が利益を獲得したという事実は何らの変更を来たすものではないから、割当内容説は、二重に違法な行

為をした者が不当に利得することのないよう、広く把握されるべきであると主張して、BGHの論証を不当利得法にも援用しようという。

こうして、ザックは、無体財産権侵害の領域でこれまで展開されてきた損害賠償としてのライセンス・アナロジーを不当利得として構成することが可能であることを論証し、次いで、これを損害賠償として位置づけることの問題点を指摘する。本稿の関心からは、ここからが重要であるので、章を改めて紹介しよう。

三 ライセンス・アナロジーによる責任を損害賠償法に位置づけることへの批判

1 ライセンス・アナロジーによる責任の損害賠償法への位置づけについて

(1) ライセンス・アナロジーによる損害賠償責任とド民二五二条⁽²⁶⁾

ライセンス・アナロジーによる損害賠償責任は、差額損害の算定方法の一つとして導き出されたものであるが、多くの判決では、ド民二五二条に基づく逸失利益の賠償とは別の、無体財産権侵害の場合に特別な損害算定方法によるものとされている。⁽²⁸⁾しかし、判例の中には、侵害者が適法に行っていたとすれば支払わなければならない⁽²⁷⁾ かつたであろう実施料を節約したことが、権利者にとっての逸失利益だとするものも存在する。すなわち、無体財産権は実施許諾契約を通じて利用されるのが通常であるから、その侵害によって、権利者は、実施許諾を与えることによって取得しえたであろう利益を逸失したことになる⁽²⁹⁾ というのである。

しかしながら、ザックによれば、この論証には、無体財産権侵害と適正な実施料額の逸失との間の因果関係が一

律には認定しえないという難点があるという。なぜなら、ド民二五二条によれば、蓋然性をもって期待された利益だけが逸失利益として賠償されるのであるから、無体財産権侵害の場合には、侵害者に侵害行為をするか、適正な対価を支払って実施許諾を受けるかの選択肢しかなかったことが蓋然性をもって証明されなければならず、単に実施許諾契約を締結する機会があったというだけでは十分でないからである。そして、右の因果関係を論難する論法に対して、「侵害者は自ら作り出した状況に拘束されなければならない」と反駁することもできない。前述のように、それは悪意の侵害者へのみ当てはまるからである。

右のように因果関係を論難する論法は、人格権侵害に関するBGHのこれまでの判例において、しばしば用いられてきたが、(30)工業所有権および著作権侵害についてライセンス・アナロジーが用いられた判例では、これまで因果関係は問題とされておらず、適正な実施料額の賠償が常に認められていたとされる。そして、侵害行為と損害との間の因果関係が問題とされない点に関しては、抽象的ないし客観的損害算定であるととして判例の帰結を根拠づける見解が存在するが、(31)ザックによれば、無体財産権が侵害された場合のすべてが、一般に抽象的損害算定の要件を充足するわけではなく、侵害行為をするか実施許諾を受けて利用するかの選択肢しか侵害者になかった場合にのみ、抽象的損害算定が許されるに過ぎないという。この点で、ライセンス・アナロジーは、抽象的損害算定ではなく、純粹の擬制的損害算定(eine reine fiktive Schadensberechnung)であり、前述のように不当利得法が同等の法的保護を提供しうるのだから、擬制的損害算定の必要性は存在しないという。

(2) 権利者保護の必要性と公平の顧慮⁽³²⁾

ライセンス・アナロジーによる損害算定方法は、権利者保護の実際上の必要性および公平の要請によって根拠づ

けられることがある。すなわち、無体財産権は、有体物に比べて侵害が容易であること、侵害をつきとめることが困難であること、逸失利益の算定と証明とが著しく困難であること等々から、損害賠償の第二の機能である損害予防機能に重点が置かれるべきであり、無体財産権侵害の場合に特有の損害算定方法であるライセンス・アナロジーや侵害者利益は、この予防機能を果たすために認められるのだとされる。さらに、ライセンス・アナロジーの正当性は、「無体財産権者に対して適法に実施許諾を求めていたとすればあったであろう地位よりも、何人も侵害行為によってよりよい地位に置かれてはならない」という公平の要請にあるのだとされる。

この論証に対してザックは、その趣旨に賛同しつつも、それは、前述のような疑問のある損害賠償構成によってではなく、不当利得構成によって達成すればよいという。

この後で、ザックは、ライセンス・アナロジーによる損害算定方法が、判例によって形成された慣習法として効力を有するという根拠づけを次の理由で一蹴している。すなわち、不当利得法によって同等の結果を導き出すことができる以上、慣習法的効力を認めるには、その前提となる法の欠缺がなく、また理論的にも不当利得として構成するほうが妥当であるからだという。

2 ライセンス・アナロジーによる責任を損害賠償法に位置づけたことにより生ずる問題点³⁴⁾

ライセンス・アナロジーによる責任を損害賠償法に位置づけたことにより、次の三つの問題が生じているとザックは言う。すなわち、第一に、著作権・意匠権を除き、無体財産権が侵害された場合に、判例は長らく不当利得としての適正な実施料額に対する責任を拒絶してきたが、そのことにより、適正な実施料額に対する責任が必要だという実際上の要請を、不当利得法によってではなく、損害賠償法によって満たすこととなり、その結果、損害賠償法

に不当利得法上の機能を転用し、損害賠償法と不当利得法との機能的差異を不明確にするという過ちを犯したことである。第二は、第一の問題点もたらした別の結果でもあるのだが、無体財産権侵害の場合、あまりに過度の場合によっては遂行不能な注意義務が要求される結果、実質的には無過失責任といってよいほどの責任が課されるに至っていることである。第三は、ライセンス・アナロジーによる適正な実施料額の損害賠償責任は、しばしば権利者に生じた損害の填補を越えて、権利侵害がなかった場合の財産状態に比して同人により良い状態をもたらすことである。

ザックは、いずれの問題も、ライセンス・アナロジーを不当利得法に位置づけることにより解決することができ、そのほうが理論的にすっきりするし、体系適合的でもあると言う。そして最後に、「実施料額に対する損害賠償責任は、不当利得法の適用が厳格であったがために、そのような方法でしか（一定の）無体財産権に対する適切な保護を導き出すことができなかつた時代の歴史的遺物としてのみ、今日では理解されるべきである」と締めくくる。⁽³⁶⁾

四 まとめと若干の考察

ザックも自説を展開する中で紹介しているように、そもそも不当利得返還請求権の対象および内容が何であるかについては、ドイツでも議論のあるところである。⁽³⁷⁾したがって、この点に関する検討なしに、ザックの主張を（とりわけ積極的に）評価することは危険であるが、ド民八一八条二項にいう「取得したもの」と同八一八条三項にいう「利得」とを区別し、ド民八一八条二項にいう「価値」を客観的取引価値と解するのが、現在でもドイツの多数説

であるとされているから、無体財産権侵害の場合、ライセンス・アナロジを不当利得法に位置づけることが可能であり、しかもそれは、ライセンス・アナロジを損害賠償法に位置づけた場合とほぼ同等の帰結をもたらすというザックの主張をさしあたり出発点とすることが許されよう。以下、筆者の関心からザックの主張と関連づけながら、無体財産権侵害における実施料相当額の損害賠償と不当利得に関して筆者の感ずるところを述べよう。

1 要件・効果と法律構成との関係

ザック論文から、ライセンス・アナロジによる損害賠償責任では、その要件および効果と法律構成とが一致していないことがわかる。すなわち、ライセンス・アナロジによる損害賠償責任では、実質的に侵害者の過失は要件とされず、また実損害の発生も、侵害行為と適正な実施料額の損害との間の因果関係も問題とされない。これはまさに侵害利得の要件にはかならない。侵害利得では、善意・悪意、過失の有無は問題とされないし、絶対権その他これに類する法的地位の割当内容に反して財貨が利用されただけで十分であって、権利者の損失は実質的に要件とされており、利用の客観的取引価値が返還の対象と捉えられていることで、因果関係も問題とされないからである。他方で、この損害賠償責任の内容は、適正な実施料額の賠償であって、ザックによれば、それは侵害利得の効果とほぼ同じだとされる。これを評して、ザックは「損害賠償という衣を被った不当利得」と言うのである⁽⁴⁰⁾。

ところで、ドイツ法において適正な実施料額の算定基準は、侵害開始時に侵害者が実施許諾を求めたいたとすれば、権利者との間で約定されたであろう実施料額ではなく、「(裁判時点から)事後的にみて客観的に適正な実施料額(ex post objektiv angemessene Lizenzgebühr)」だとされているから、この点では、ザックの指摘に反して、不当利得よりも損害賠償に近いように思われる(この点に関してはさらに、次の2参照)。というのは、侵害利得にお

ける価値賠償の算定基準時は一般に、利得の時点、つまり侵害時であるとされているのに反して、損害賠償における損害算定の基準時は一般に、事実審の最終口頭弁論終結時とされているからである。⁽⁴²⁾

そうだとすれば、ドイツ法におけるライセンス・アナロジーによる損害賠償責任は、不当利得に損害賠償という衣をかぶせただけではなく、効果については「衣」である損害賠償に適合させられていると言うほうが適切だと思われる。⁽⁴³⁾要件と効果とが整合しているのなら、法律構成がなんであれ、それは単に理論上の問題にとどまるが、要件と効果との不整合は放置しえない。したがって、この責任を不当利得法に位置づけるべきだというザックの主張も、それだけでは、右の不整合を解消することができず、不十分なものだと思われる。

他方で、わが国においては、適正な実施料額の算定基準時は、侵害開始時とされており、その時点で、侵害者と権利者とが実施許諾契約を締結していたとすれば、約定されたであろう実施料額が基準とされる。そして、判例によると、権利者が、被侵害権利につき第三者に実施許諾をしていた場合には、その約定実施料額がそのまま、そうでないときは国有特許権実施契約書の実施料算定方式に依拠することが多いといわれている。⁽⁴⁴⁾ そうだとすれば、その体系的な位置づけの適否はともかく、わが国の場合は、「損害賠償」という衣を被った「不当利得」の状態に踏みとどまっていることになる。ところが、近時は、わが国においても、知的財産権保護の強化という政策的目的もあって、賠償額の高額化をもたらしようような効果論が近時提唱されている。⁽⁴⁵⁾ もちろん、無体財産権侵害に対するわが国の賠償額は比較法的にも著しく低額なので、⁽⁴⁶⁾ その高額化はそれ自体必要なことであるが、効果論ばかりに着目して、それと要件論とが整合するかを顧みないのは問題であろう。わが国においても、とりわけ特許法、意匠法、商標法など過失の推定規定がある分野では、実質的には無過失責任化しているのであるから、賠償額の高額化を目指すなら、それぞれの場合に要求されるべき注意義務の具体的な内容を検討し、それに対応して、場合によっては反

証を認めるなど、要件と効果のバランスを考慮する必要があるように思われる。⁽⁴⁷⁾

2 損害および利得・損失の抽象化(規範化)

前述のように、ライセンス・アナロジーを不当利得法に位置づけることをザックは主張するが、それだけでは、要件と効果との不整合が残る。ザックは、過失および実損害の有無や因果関係の存在が不問とされているという實際上の要件に法律構成を適合させることを主張したのであるが、反対に、法律構成を効果に適合させ、その効果にふさわしいように要件論を構築することによっても、右の不整合は解消可能である。

まず、過失の判断基準である注意義務の程度を、現在実際に要求されている水準よりも緩和することは、不当利得の成立が常に認められる以上、権利者の保護が欠けることになるわけではないから、実際上も理論的にも問題が少ないと思われる。その他の要件である実損害の有無および因果関係の存否については、これらを要件とする伝統的な理解によるのならばともかく、少なくともわが国では、ほぼ通説化している実体的価値説(損害Ⅱ事実説)によるならば⁽⁴⁸⁾、理論上の障害はなくなる。周知のとおり、実体的価値説によれば、被害者に不利益を生じさせた事実それ自体が損害であり、(事実的)因果関係は、この意味での損害と侵害行為との間にあればよく、それがいくらの額になるかは、損害の金銭的評価(損害算定)の問題として因果関係とは別の問題だとされる。したがって、無体財産権侵害においては、無体財産権が侵害されたということ自体が「損害」であり、被侵害権利に関する実際の実施料例や侵害者・権利者間に実施許諾契約があったと仮定した場合に想定される約定実施料額などは、金銭的評価の際の一資料に過ぎないということになる。⁽⁴⁹⁾ このような観点からすれば、ドイツ法上の「事後的に見て客観的に適正な実施料額」という基準も、単に損害算定の基準時が損害賠償のそれに一致するからというだけではなく、理

論的にも損害賠償に位置づけられうることになる。

他方で、侵害利得における「利得」「損失」概念は、類型論によれば、すでに抽象化・規範化されている。前述のように、侵害利得においては、絶対権その他これに類する法的地位の割当内容に反する財貨の利用それ自体が、権利者にとっての利得であると同時に、侵害者にとっての損失であって、現実の財産的增加・損失が権利者・侵害者に生じている必要はないとされているからである。

損害も利得も抽象化されるとすると、無体財産権が侵害された場合のように、不法行為も不当利得も成立しうる場合には、両者にどのような差異があるのだろうか。前節1で述べたように、損害算定の基準時は原則として事実審の口頭弁論終結時であり、侵害利得における価値賠償の算定基準時は侵害時である。損害賠償においては、侵害行為がなければあったであろう被害者の現在の状態をできるだけ完全に回復させるため、⁵⁰⁾判決に最も近い時点である事実審の口頭弁論終結時までに裁判上明らかとなった事情を参酌する必要があるからであろう。したがって、損害賠償としての適正な実施料額は、ドイツ法にいう「事後的にみて客観的に」適正な実施料額であるのに反して、不当利得としての適正な実施料額は、侵害開始時において、侵害者と権利者とが実施許諾契約を締結したと仮定した場合に想定される約定実施料額であるということになるか。⁵¹⁾

〔付記〕

本稿は、獨協大学から機会を与えられた在外研究（一九九八年九月～二〇〇〇年三月。於ドイツ連邦共和国・ミュンヘン大学）の成果の一部である。ここに記して、貴重な機会をお与えくださった獨協大学および同大学法学部並びに諸先生方に感謝の

意を表したいと思う。

注

- (1) その他、実用新案法二九条三項、意匠法三九条二項、商標法三八条三項、種苗法三四条二項、著作権法一一四条一項、不正競争防止法五条二項など。以下、これらを総称して特許法一〇二条三項等と呼ぶ。
- (2) 不当利得として構成することの実益は、もっぱら消滅時効期間にあるとされる。無体財産権侵害に基づく損害賠償請求権の消滅時効期間はドイツでも日本でも原則三年であるが(ドイツ特許法一四一条、同実用新案法二四c条など、日民七二四条)、不当利得返還請求権の消滅時効期間は、一般の債権としてドイツでは三〇年(一九五条)、日本では一〇年である(一六七条一項)。
- (3) Sack, R., Die Lizenzanalogie im System des Immaterialgüterrechts, in: Festschrift für Heinrich Hubmann, Frankfurt 1985, S.373 ff.
- (4) 無体財産権の無断利用のように、非有体的利益が利得された場合、不当利得責任が現存利益へと軽減されることは、ドイツでも日本でもほとんど認められない。物の使用利益が中心であるが、非有体的利益についても利得消滅が認められることを、ドイツ法と比較しつつ論ずる最近の文献として、油納健一「いわゆる『使用利益』返還義務についての一考察」…無効な利用型契約における『使用利益』を中心に」神戸四八巻三号(一九九八年)六七五頁以下がある。
- (5) 現存利益への責任軽減と同じ機能を果たしうるものが全くないわけではない。ドイツ特許法一三九条二項二文、同実用新案法二四条二項二文参照。しかし、ドイツの判例は、これらの規定の適用をほとんど認めていないと言われる(Sack, aa.O(Fn.3), S.385f).
- (6) 田村善之・知的財産権と損害賠償(弘文堂・一九九三年)二六七頁。
- (7) この点は広く否定されていた時代もあったが、ザック論文が公表された一九八五年までに最上級審は、特許権および実用新案権(BGH Urteil vom 30. 11. 1976 = BGHZ 68, 90〔すなわち、川角由和「不当利得法における『出費節約』観念の意義」島法三四巻二号(一九九〇年)二五頁に紹介がある。以下、本注で「」内は同論文中で判例が紹介されている頁である)」、氏名権(BGH Urteil vom 26. 6. 1981 = BGHZ 81, 75〔二五〇六頁)」、肖像権(BGH Urteil vom 8. 5. 1956 =

- BGHZ 20, 345 (二二―二頁)) について不当利得の成立を肯定していた。また、著作権および意匠権については、RGの時代からすでに認められており (RGZ 90, 137; RGZ 121, 258; BGHZ 5, 116; BGHZ 15, 338)、立法上も顧慮されている (著作権法九七条三項および意匠法一四 a 条二項は、権利侵害に対する救済策につき、他の法律上の諸規定の適用を排除しないと規定する)。RGが不当利得を否定していた商標権侵害については、肯定する学説が多数であったもののBGHの判決はなかったが、ザック論文公表の翌年である一九八六年に、これを肯定する判決が下された (BGH Urteil vom 18. 12. 1986 = BGHZ 99, 244 (二二―九頁))。なお、ドイツ商標法 (Warenzeichengesetz) は、一九九五年一月に廃止され、代わって新商標法 (Markengesetz) が施行されている。新法二条によれば、「商標、役務商標、地理的な出所表示に関する本法の保護は、標章の保護に関する他の諸規定の適用を排除しない」と規定するが、同条が不当利得規定をも排除しない趣旨なのかは調査不足により不明である。
- (8) Sack, aa.O(Fn.3), S. 379 ff.
- (9) BGHZ 82, 299 (返還の対象については判断しなかったBGHZ 68, 90の差戻後の再上告審判決。川角・前掲論文(注7)二七―八頁に紹介あり)。ただし、類型論に立ちつつ侵害者利益説を採用する見解もある。たとえば、Wilburg, W, Die Lehre von der ungerechtfertigte Bereicherung, 1934, S.122 ff.; Kleinheyer, Rechtsgutsverwendung und Bereicherungsausgleich, JZ 1970, S.477; Koppensteiner, H. G., Probleme des bereicherungsrechtlichen Wertensatzes(II), NJW 1971, S. 1771; Koppensteiner/Kramer, E. A., Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl., 1988, S. 155 ff. など。
- (10) RGZ 35, 63 以来のドイツの確定判例である。無体財産権侵害における三つの損害算定方法については、田村・前掲書(注6)六三頁以下に詳し。
- (11) 例え、Westermann, H.P. (Hrsg.), Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl., 1989 (zit. Erman/Westermann), §818 Rn. 17 f.; Koppensteiner, aa.O(Fn.9), NJW 1971, S. 1770, など。
- (12) Gursky, K. H., Ersparnisgedanke und Reservensache im Bereicherungsrecht, JR 1972, S. 379 ff., insbesondere S. 382 ff. なお、本文の説明は、下民不当利得規定の構造に詳しくない者にはわかりにくいので、ここで簡単に補足しておく。下民八二二条一項一文は不当利得の原則を規定するが、そこでは「なにものかを取得した(etwas erlangt)」と規定されており(日民七〇三条のように「利得した」とは規定されていない)、これを受けて、八一八条はその一項で、返還請求権が

- 「取得したものの」収益および代償に拡張されること、二項で「取得したものの」原状回復が不能なときは「その価値」が賠償されるべきこと、三項で「善意の(四項および八一九条一項参照) 利得者は「利得していない限度で (soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist.) 責任を免れることを定めている。ザックが依拠する客観的価値説は、不当利得返還請求権の第一次の対象は、「取得したものの」(八一二条一文) または「その価値」(八一八条二項) であって、利得者が善意であるときに限り、返還請求権が現存利益に縮減されると解するのである(わが不当利得法について同様の理解を示すものとして、四宮和夫・事務管理・不当利得・不法行為上巻) (一九八一年・青林書院) 六〇頁以下、とりわけ、注1参照)。また、「取得したものと」「利得」とを概念的に区別せず、しかも、利得者の財産増加が不当利得返還請求権の対象である「利得」であると解する見解もある(かつての通説)。この点に関するラインの学説状況については、油納・前掲論文(注4) 神戸四八巻三七〇一頁以下に詳し。
- (13) Koppensteiner, a.a.O(Fn.9), NJW 1971, 1769 ff.; Esser, J./ Weyers, H. L., Schuldrecht Bd. II, Besonderer Teil, 8. Aufl., 2000, §51 I 4 c. 4^{2a}。
- (14) BGHZ 29, 157; Erman/H.P. Westermann, a.a.O(Fn.9), §816 Rn.20., §818 Rn. 18.; Esser/Weyers, a.a.O(Fn.13), §51 I 3 c; Jakobs, H. H., Eingriffserwerb und Vermögensverschöbung in der Lehre von der ungerechtfertigte Bereicherung, 1964, S.64 ff.; Koppensteiner/Kramer, a.a.O(Fn.9), S.121 ff.; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl., 1997 [Lieb, M.], §816 Rn. 29.; Larenz, K./ Canaris, C.W., Lehrbuch des Schuldrechts II, Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Aufl., 1994, §72 I 2 4^{2a}。
- (15) 客観的価値説と「Caemmerer, E. von, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: Festschrift für Ernst Rabal, Bd.1, 1954, S.357 ff.; lin: ders., Gesamtele Schriften, Bd.1, S.233 ff.; Medicus, Bürgerliches Recht, 18. Aufl.(1999), Rn. 723. ザックはメディクス説に依拠するが、同説は技巧的に過ぎるとして批判され、現在ではほとんど支持者がいない。同説によれば、「処分によって取得されたもの」は、無権利者が取得者に対して負っている契約上の義務からの解放であり(売買契約なら、無権利者は、売主として所有権移転義務を負っている(四三三条)、取得者が善意取得するとこの義務から解放される)、この契約上の義務からの解放は原状回復されえないので、八一八条二項により、その価値が返還されるべきであるが、それは債権の目的であった物の客観的価値により算定されるとされる。なお、八一六条一項に関する議

論は非常に錯綜しており、しかもここでの問題と直接は関係しないので、これ以上の説明は省略する。

- (16) Sack, aa.O(Fn.3), S. 383 ff.
- (17) 田村・前掲書(注6)一七頁注26は、「不当利得としての適正な実施料額の返還請求と損害賠償としてのそれとの間にほとんど差異はないと論じるものとして、Sack, aa.O(Fn.3), S.383以下を挙げる。しかし、ザックは、いったん取得した侵害者利益が後に消滅した場合および悪意侵害については、そう述べているものの、善意侵害で、当初から侵害者利益が適正な実施料額を下まわっている場合については、不当利得構成によれば利得消滅が認められる点で異なると言っているのだから、正確な引用とは言えないと思われる。確かに、ザックは、論文全体の結論として、両者ではほとんど差異がないと述べてはいるが、損害賠償構成に反対して不当利得構成でいくべきだ主張しているものであり、その理由の一つは、まさに利得消滅が認められるべきだところにあるのである。
- (18) 前注5参照。
- (19) ザックは、この点を捉えて、ライセンス・アナロジーを「損害賠償法という衣を被った不当利得責任」と表現する(Sack, aa.O(Fn.3), S. 385)。
- (20) たとえば、肖像権侵害に関する前出(注7)BGHZ 20, 345, 353など。
- (21) わが国には、日民七〇九条の解釈論として、「自己の先行行為に矛盾する態度の禁止」を根拠に、信義則上、侵害者は、適法行為の選択可能性を主張して、因果関係を論難することはできないとして、侵害者が実施許諾を求めていたとすれば権利者に支払わなければならないであったであろう実施料を「逸失利益」として賠償を認める見解が存在するが(田村・前掲書一四八〜九頁、二四九〜二五二頁)、ザックの指摘に対してどのように答えるつもりなのであろうか。なお、この点についてはさらに、注49参照。
- (22) Sack, aa.O(Fn.3), S. 386 ff.
- (23) 例えば、他人の登録商標に類似する商標を用いた製品が販売された場合、当該の類似商標について実施許諾契約の締結を仮定し、そこでの実施料額がいくらかを検討することになるが、そのような実施契約は、たとえ締結されたとしても、ドイツ不正競争防止法三条・ド民一三四条により無効である。
- (24) BGHZ 44, 372.

- (25) Haines, Bereicherungsansprüche bei Warenzeichenverletzungen und unlauterem Wettbewerb, 1970, S. 104, 106; Kleinheyer, a.a.O.(Fn.9), JZ 1970, 471 ff.; Koppensteiner/Kramer, a.a.O.(Fn.9), S.83ff.; Schlechtriem, P., Bereicherung aus fremdem Persönlichkeitsrecht, Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag, 1976, S. 464.; J. von Staudingers Kommentar zum BGB [Lorenz, W.J. 13. Aufl., Vorbem. §§812—822 Rn.36. など。]
- (26) Sack, a.a.O.(Fn.3), S. 388 ff.
- (27) リーディングケースであるRGZ 35, 63は、下民公布前の判決であるので(一八九五年六月八日判決)、下民二二二条には言及していないが、著作権侵害の場合(原告作曲の楽曲が無断で利用された事件)の損害概念につき次のように説示する。すなわち、「損害概念を注意深く分析しないと、問題となつてゐる規定が若干誤つて理解されることにならう。帝国法の解釈に際して、従来一般的に採用されてゐる概念が前提とされなければならない。すなわち、賠償されるべき損害は、侵害行為によつて生じた逸失利益を含む財産的不利益であることが前提とされなければならないのである。したがつて、侵害行為後に存在する財産と、侵害行為がなければあつたであろう財産との差がつきとめられなければならない。ここではなお、侵害行為をどのように理解するかが検討されなければならない」という(S.66)。そして、被告(侵害者)の行為態様を示したうえ、「何を侵害行為と見るかは権利者による」として、原告(権利者)が被告の行為を全体として否定するならば、総体的な差額が損害であるが、「被告が原告の許諾なくしてその作曲を利用し、その曲が記録された楽譜を販売したことを違法だとみるなら、被告が楽譜を原告の許諾なくして製造し販売したことから生じた損害の賠償、つまり、被告が原告の許諾を得て作曲を利用し、曲が記録された楽譜を販売したとすれば、原告が有していたであろう、しかし現に有していないものを請求することが出来る。被告が許諾を求めていたとすれば、原告は許諾を与えていたであろうし、その場合、実施料が対価とされていたであろうときは、被告が違法に行つたとなつたとすれば、同人がおそらく合意していただつた額の実施料を原告は請求することができる。これはまさしく損害賠償にほかならない。原告は、被告に過失がある場合、適正な手続をとつていたとすれば、原告が被告におそらく認めていたであろう額で、まさしく実施料を請求することができる」と判示したのである(S.67 ff.)。
- (28) ザックによれば、しばしば「差額損害」と「並んで(neben)」とか、「その代わりに(stattessen)」や「または(oder)」と表現されているとされる。たとえば、BGH GRUR 1957, 336; BGH GRUR 1962, 401, 402; BGHZ 61, 88, 90 など参照(これ

らは、「または」と表現している）。さらに、人格権侵害につき慰籍料請求を認めた判決として有名な素人騎手事件判決（BGHZ 26, 349）は、結論としては許諾料相当額の賠償を認めなかったものであるが、その判示の中で「財産的価値のある排他的な権利が侵害された場合、適正な対価を求める請求権を認める際には、損害賠償法の一般規定が問題となっているのではなく、慣習法によるその補充が問題となっているのだ」と述べている（S. 352）。

(29) BGHZ 57, 116, 118 f.

(30) 前出（注27）素人騎手事件判決（S. 352 f.）のほかは、BGHZ 30, 7, 16 f.; BGHZ 35, 363, 366; など。これに反して、不当利得として許諾料相当額の返還が認められたものであるが、パウエル・ダールケ事件判決（前出（注7）BGHZ 20, 345）参照。なお、ダールケ事件判決について、人格権侵害につき慰籍料請求が認められるまでの過渡的な方策として不当利得構成が採用されたという評価がわが国にあるが（斎藤博・人格権法の研究（一九七九年・一粒社）三三八〜九頁）、不当利得に関する現在のドイツの判例・学説は、（反対説はあるものの）人格権侵害について不当利得が成立しうることを認めているので（この点については、渡辺修「人格要素の財産的利用…ドイツにおける氏名・肖像の保護を中心として」著作権研究二一号（一九九四年）一六頁以下、拙稿「人格権の財産的側面…パブリシティ価値の保護に関する総論的考察」獨法四五号（一九九七年）二四一頁以下参照）、斎藤・前掲書が執筆された時点においてほとんどかく、少なくとも現在においては、ダールケ事件判決を右のように評価するのは適当でなく、むしろ、人格権侵害についても不当利得が認められる場合があることを示したリーディングケースだと評価すべきように思われる。

(31) 抽象的損害算定一般について、Steindorf, E., Abstrakte und konkrete Schadensberechnung, AcP 158 (1959), S. 431 ff. 無体財産権侵害の場合について、Loewenheim, U., Möglichkeiten der dreifachen Berechnung des Schadens im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, ZHR 135 (1971), S. 97 ff.; Schmidt—Salzer, J., Zur Technik der topischen Rechtsbildung: Angemessene Lizenzgebühr und Verletzergewinn als Grundlagen der Schadensberechnung, JR 1968, S. 81 ff.; Lutz, Die erweiterte Schadensberechnung, Diss. Tübingen, 1974; Leisse/Traub, Schadenssätzung im unlauteren Wettbewerb, GRUR 1980, S. 1 ff.; Bar, C. von, Schadensberechnung im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und allgemeine Schadensstheorie, UFITA 81 (1978), 57ff.; Kraßer, R., Schadensersatz für Verletzungen von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach deutschem Recht, GRUR Int. 1980, S. 259 ff.

- (32) Sack, a.a.O(Fn.3), S. 391 ff.
- (33) Schmidt—Salzer, a.a.O(Fn.31), JR 1969, S. 87 f.; Pietzner, R., Auskunft, Rechnungslegung und Schadensersatz bei wettbewerbswidrigen Eingriffen in fremde Firmenrechte, GRUR 1972, S. 160; Preu, A., Richtlinien für die Bemessung von Schadenersatz bei Verletzung von Patenten, GRUR 1979, S.759; Kraßer, a.a.O(Fn.31), GRUR Int. 1980, S. 269 f.
- (34) Sack, a.a.O(Fn.3), S. 394 ff.
- (35) ザックは、例として、BGH GRUR 1965, 198を挙げる。この判決は、被告製造・販売の多目的調理器が原告の実用新案権を侵害しないか否かを、被告が、無体財産権法の著名な教授に助言を求め、問題なしとの回答を得たうえで、その調理器を製造・販売したところ、裁判では侵害にあたることされた事案につき、次のように判示して、被告の過失を認定し損害賠償を命じたものである。すなわち、「模倣者が、本件のように、模範となるものを知っており、かつ、それが実用新案として登録され、形式的には効力を有していたことを知っていた場合において、美観上の印象を決定づける構成要素を機械の本質的特徴として取り込んだときは、通常、同人は過失をもって行為するものである。当該の実用新案権が実体的に成立していることを、本件におけるように模倣者が前提にもしていた場合には、いずれにせよ右のことがあてはまる。模倣者が問題となっている実用新案から十分距離を置いていたと錯誤していたとしても、それは、通常、同人の過失を認定する妨げとなるものではない。また、原審判決と被告提出にかかる鑑定意見書とが被告と見解を共にしていたという事情は、過失の認定と対立しない。当該分野で指導的な製造会社の一つとして、被告は、こと国内に関するかぎり、その営業部門において工業上の形態が全体としてどのように発展しているかを熟知していなければならなかったのである。そうであったのなら、問題となっているモデルの調理器が専門知識のある被告従業員にとって認識可能であるほど〔原告の調理器に(筆者注)「著しく酷似していたのであるから、鑑定意見書が問題なしとしていたとしても、被告は疑念を抱いたであろう」(S. 202 V.)〕。注意義務の基準がきわめて高いことについては、Kraßer, a.a.O(Fn.31), S. 260 f.も参照。
- (36) 表現は異なるが、損害賠償として侵害者利益の引渡を認めることも含め、ドイツ法の状況に対して同様の認識を示すものとしてすでに、好美清光「準事務管理の再評価」… 不当利得法等の検討を通じて」谷口知平教授還暦記念論文集・不当利得・事務管理の研究(3)(一九七二年・有斐閣)四〇九頁(無体財産法の不法行為規定が被害者保護のための完結的

・排他的な規制であるという特殊ドイツ的な判例の前提の上に築かれたいびつな法形成である」という。

- (37) この点につき詳しい文献として、川角「不当利得とはなにか(二)」島法三三卷一号(一九八九年)一四五頁以下、同前掲論文(注7)一三頁以下、有体物の使用利益に関するが、油納・前掲論文(注4)、無体財産権侵害の場合が中心であるが、田村・前掲書(注6)一〇三頁以下参照。

- (38) Larenz/Canaris, aa.O(Fn.14), §72 III; Staudinger/Lorenz, aa.O(Fn.25), § 818 Rn.26 f.; Münch.Komm./Lieb, aa.O(Fn.14), §818 Rn.18 など(ただし「カナリスは、価値の算定は「具体的事後的判断」を必要とする」として「結論的には侵害者利益説にかなり接近してゐる(§72 III 3 b)のような評価は Münch.Komm./Lieb, aa.O(Fn.14), §818 Rn.18 による)。もっとも、ザック論「文執筆当時からすでに、八一八条二項にいう「価値」を主観的に解して、侵害者利益の引渡責任を導き出す見解も有力になりつつある」と言われている(このような評価は Münch.Komm./Lieb, aa.O(Fn.14), §818 Rn.18 による。近時の主観説として、Koppensteiner/Kramer, aa.O(Fn.9), S.153 ff; Esser/Weyers, aa.O(Fn.13), § 51 I 4 c 以下)。

- (39) ただし、利得消滅がありうる点は別である。この点につき、前注17も参照。

- (40) 前注19参照。

- (41) ザックは、適正な実施料額の算定基準について論じていない。判例が本文のように定式化しうる点については、Lindenmaier, F., Zur Höhe der Lizenzgebühr als Entschädigung für Patentverletzung, GRUR 1955, S. 360; Fischer, T., Schadensberechnung im gewerblichen Rechtsschutz, Urheberrecht und unlauteren Wettbewerb, 1961, S. 88 ff.; Schmidt-Salzer, aa.O(Fn.31), JR 1969, S. 86; Kraßer, aa.O(Fn.31), S. 263; Barth, G., Urteilsanmerkung(BGH GRUR 1980, 841), GRUR 1980, 845. 文献の所在および「事後的に見て客観的に適正な実施料額」の具体的な内容については、田村・前掲書(注6)七四頁以下、七九頁注1参照。

- (42) 損害賠償の「*da*」Jauernig/Schlechtriem/Stürner/Teichmann/Vollkommer, Bürgerliches Gesetzbuch, 8.Aufl (1997), Vorbem. §8249-253 VII 2 [Teichmann] 侵害利得の「*da*」ders. [Schlechtriem], §818 5 b)。「*da*」が「*da*」物損については原則として侵害行為時であるが、価格騰貴につき予見可能性があるときは、値上がり以前に他に処分したであろうと予測された場合でない限り、事実審の口頭弁論終結時であるとされる(債務不履行についてであるが、最判昭和三七・一一・

一六民集一六卷一〇号二二八〇頁)。人損については、特殊な考慮が必要な場合が多いので一律には決しえないが、支出済みの治療費など具体的な損害については、その支出の時点、それ以外は事実審の口頭弁論終結時だとされる(澤井裕・テキストブック・事務管理・不当利得・不法行為(一九九三年・有斐閣ブックス)二〇八頁参照)。侵害利得における価値賠償については、受益時(≠侵害時)または現存利益の判定時とされる(四宮・前掲書(注12)七六頁)。

なお、田村・前掲書(注6)八〇頁注6は、ライセンス・アナロジーによる損害の算定基準時が「事後的な」判断だとされていることについて、この場合も基準時はあくまで侵害時であって、「ただ、それを算定するために事後的に明らかとなった資料を参照するに過ぎない」という点で、一般の基準時の問題とは様相を異にするという。また、これに関連して、同書二二二頁注2は、所有権侵害の場合と比較して、「侵害時における価値を、事後的に明らかになった事情を基礎に算定する」ことであって、「どの時点においても実際には存在しない架空の価値を算定する」点で、損害賠償額算定の基準時の問題とは異なると主張する。敵密に言えば、田村・前掲書の指摘するとおりなのであるが、さしあたり「基準時」という語を用いることにする。

(43) 同様のことは、ライセンス・アナロジーによる損害賠償責任にとどまらず、無体財産権侵害の場合に特有のもう一つの損害算定方法である侵害者利益についても言える。このような「いびつな」構造は、好美・前掲論文(注36)四〇八頁が言うように、本来、不当利得(無過失、適正な実施料額)、準事務管理(悪意、侵害者利益)、不法行為(過失、逸失利益等の実損害)という異なった目的・効果を有する諸制度によってまかなわれるべき保護が、無体財産権についてだけ、不法行為に基づく損害賠償という構成一本に押し込まれたことにその原因があると考えられる。

(44) 判例の傾向につき、田村・前掲書(注6)二三頁以下、(財)知的財産研究所・平成七年度工業所有権制度問題調査報告書・知的財産権侵害にかかる民事的救済の適正化に関する調査研究報告書(一九九六年)三七頁以下。

(45) とりわけ、田村・前掲書(注6)二二二頁以下およびこれを支持する中山信弘・工業所有権法上(一九九三年・弘文堂)三二二頁。構成は異なるが、鎌田薫「知的財産訴訟における損害賠償法理」特許研究一七号八頁以下(一九九四年)。いずれの見解も、適正な実施料額の算定にあたって、侵害者利益を参照要素とすべきことを提唱する。このような方向性は基本的に首肯しうるが、いま一步慎重な考慮が必要であると考えられることにつき、拙稿「ドイツ法における利益引渡責任(Gewinnhaftung)」…ドイツ民法六八七条二項・八一六条一項・八一八条一項・二項・九五一条の成立史から」好美

清光先生古稀記念論文集（二〇〇一年・経済法令研究会）一九三頁以下参照。

(46) (財)知的財産研究所・前掲報告書(注44)六五頁の一覧表によると、損害賠償として実施料額の支払いが命じられる場合の平均実施料率は、アメリカ・一一％超、ドイツ・八〜一〇％、フランス・八％に對し、わが国は四％である。

(47) このような観点からする検討は、筆者の調査不足から他日を期したい。なお、無過失の立証を容易にしたとしても、適正な実施料額は常に不当利得として返還請求されうるから（利得消滅に關してはとりあえず措いておく）、権利者保護が後退するわけではない。

(48) 損害算定の側面では、ドイツ法にいう抽象的損害算定と同じである。ドイツ法における抽象的ないし客観的損害算定については、前注31所掲の文献参照。わが国の実体的価値説については、さしあたり、平井宜雄・損害賠償法の理論（一九七一年・東京大学出版会）、同・債権各論Ⅱ不法行為（一九九二年・弘文堂）参照。なお、わが判例は、少なくとも人損については実質的に実体的価値説を採用していると言われる（たとえば、医師が必要な検査を怠ったためにガンの早期発見が遅れ、患者が死亡した場合につき、最判平成一年二月二五日民集五三卷二号二三五頁）。

(49) 無体財産権侵害に關して、このような発想はすでに、田村・前掲書(注6)二二二頁以下。ただし、同書は、特許法一〇二条二項等（一九九八年の改正により現在は三項）に關してのみ、このように発想し、七〇九条については差額説的発想をする（二四九頁）。一般不法行為法に關して同様の発想が存在しないのならばともかく、すでに支配的になってきているのに、なぜ無体財産権侵害の場合にだけ損害概念を抽象化し、不法行為法では敢えてそうしないのか、理解に苦しむところである。同書は、特許法一〇二条三項等については「事後的に」相当な実施料額、七〇九条については、侵害時における想定実施料額を賠償額と解するが（二五二頁）、それは前者が後者よりも低額になることがありうるため、この不都合を回避するためである（二二二頁）。しかしながら、そのためには、（後述のように）侵害開始時における想定実施料額を不当利得として構成すれば足りるのではなからうか。

なお、実体的価値説を前提とする立論としては他に、鎌田・前掲論文(注45)一〇頁がある。

(50) 四宮・前掲書(注12)にいう「原状回復の理念」による（五六五頁以下）。この理念自体については、四七六〜七頁参照。算定基準時に関し、同趣旨を説くものとして、澤井・前掲書(注42)二〇八頁。

(51) 侵害開始時の想定実施料額を「逸失利益」として構成する点は疑問であるが、基本的な発想としてはすでに、田村・前掲

書（注6）二二二頁以下、二四九頁以下。なお、本文で述べたところは、きちんとした検証を行っていない現段階では、思いつきの域を出るものではない。いずれきちんとした形で論ずる予定である。