

新たなビジネスモデルと特許権・著作権侵害の 損害額算定上の課題

神戸大学大学院法学研究科 教授 前田 健

要 約

近時、製品（商品及びサービスを含む）の単位・対価関係が明確ではないビジネスモデルの重要性が増している。本稿は、それらの「新たな」ビジネスモデルを①複数の製品の組合せ、②複数の顧客グループの組合せ、③同一顧客グループ内での価格差別に分類し、実際の裁判例を分析して損害額算定上の課題を抽出した。売上げ減少の逸失利益の算定においては、事実上の因果関係を有する損害額を算定するために、①権利者製品・侵害者製品の確定、②それら製品の付随品も①に含めてよいか、③侵害がなかった場合に侵害者が提供し得た代替製品の認定が論点となる。議論に際しては、独立かつ完結していると評価し得るものであって支払われる一群の対価が密接不可分といえる範囲のものを、製品の単位と捉えるべきだろう。また、仮に保護範囲を限定する立場を採るなら④売上げに対する知的財産の寄与度の認定も論点になるが、排他権を行使すれば確保し得たすべての逸失利益が保護範囲に含まれると考えるべきだろう。ライセンス料相当額の算定は、理想的には侵害者利益の一部を権利者に分け与えるよう行うべきだが、同様に①～④の要素が重要となる。

目 次

1. はじめに
2. 新たなビジネスモデルの分類
 - 2.1. ビジネスモデル①：複数の商品・サービスの組合せ
 - 2.2. ビジネスモデル②：複数の顧客グループの組合せ
 - 2.3. ビジネスモデル③：同一顧客グループ内での価格差別
3. 新たなビジネスモデルに係る裁判例の整理
 - 3.1. 複数の商品・サービスの組合せに係る裁判例
 - 3.2. 複数の顧客グループの組合せに係る裁判例
 - 3.3. 同一グループの顧客間の価格差別に係る裁判例
4. 損害額算定上の課題
 - 4.1. 知的財産権侵害における2種類の損害
 - 4.2. 売上げ減少の逸失利益を算定する上での論点
 - (1) 商品・サービスの単位（権利者製品・侵害者製品の把握）
 - (2) 事実上の因果関係が認められる範囲
 - (3) 保護範囲
 - 4.3. ライセンス料相当額を算定する上での論点
 - (1) ライセンス料相当額の意義
 - (2) ライセンス料相当額算定のベース
 - (3) 侵害者利益への貢献度
 - 4.4. 小括
5. おわりに：まとめと残された課題

1. はじめに

本稿の目的は、「1つの明確に区別された商品・サービスが提供され、それに対する対価が1回的に支払われる」という古典的な取引状況ではない「新たな」⁽¹⁾ビジネスモデルが用いられる場面において、知的財産権の侵害が認められた場合の損害額の算定方法について検討することである。検討の対象としては、創作法（人間の精神的創作活動の成果を保護する法律⁽²⁾）の代表といえる特許権及び著作権の侵害のみに絞ることとする。創作物が、提供される商品・サービスの一部に組み込まれ、その商品・サービスの価値の一部を基礎づけている状況における損害額の算定に関心があるからである。従来 of 損害額の算定を巡る議論は、古典的な取引状況を念頭に置いて発展してきたが、それらの議論を新たなビジネスモデルの場面に接合することが本稿の目的である

本稿の問題意識をより明確にするため、「新たな」ビジネスモデルの特徴がどこにあると考えているかを明確にしておきたい。それは、主に2点ある。第1に、近時「モノ消費からコト消費へ」と喧伝されるように、有体物の所有や占有の移転を伴わない形で価値の提供が行われることに特徴がある点である。別の言い方をすると、有体物やサービスの一つのまとまったパッケージが対価支払いの対象となっているというより、ユーザごとの個々の体験が対価支払いの対象となっていて、何に対して対価を支払っているかを客観的かつ明確に特定することが容易ではない点である。第2に、用いられるビジネスモデルが多様である点である。近時は、フリーミアム⁽³⁾やプラットフォーム型ビジネス⁽⁴⁾など、多様な方法でユーザへの課金を行うビジネスモデルが増加している。以上の2点を踏まえて、本稿は、対価の支払い対象が明確ではない多様なビジネスモデルが関わる場合の損害額の算定方法を検討する。

このような問題については、特許庁の特許制度小委員会においても検討され⁽⁵⁾、論文も増え始めている⁽⁶⁾。本稿は、これらの先行業績を踏まえつつ、新たなビジネスモデルが関わる場合の損害額算定の基本的な考え方を明らかにし、特許法・著作権法が今後どのような解釈論的・立法論的対応を取るべきかについての示唆を得ることを目指す。

2. 新たなビジネスモデルの分類

本稿の目的とする新たなビジネスモデルにおける損害額算定上の課題を明らかにするため、まずは生起している問題状況の把握をする目的で、新たなビジネスモデルを分類し、整理することとする。新たなビジネスモデルの問題点は、既に述べたとおり、対価と商品・サービスの対応関係が不明確な点（換言すると、知的財産と実際の収益の関係性が薄い場合がある点）にあるから、その分類もそれに沿った形で行うべきである。

-
- (1) 後述のとおり、近時出現し普及しているビジネスモデルは、本質的には古くから存在していたビジネスモデルと共通する特徴を有しており、その意味では「新たな」と形容することは正確ではない。しかし、そのような特徴を持つビジネスモデルの重要性が増したのは最近のことであるから、あえて「新たな」と呼ぶこととする。
 - (2) 創作法の定義は、愛知靖之ほか『知的財産法』（有斐閣、2018年）10頁による。
 - (3) 基本サービスを無料で提供し（フリー）、高度なサービスについてのみ課金する（プレミアム）形式。フリー+プレミアム=フリーミアム。
 - (4) 産業構造審議会知的財産分科会特許制度小委員会「AI・IoT技術の時代にふさわしい特許制度の在り方—中間とりまとめ—」（令和2年7月10日）（以下「中間とりまとめ」として引用。）10頁は、「ユーザがアプリを無償でダウンロードし、当該アプリを通じてユーザから提供されたデータをAIで処理し、ユーザ向けにサービスを無償で提供する一方、オプションの有料サービスへの課金や広告収入等で収益をあげる」ビジネスのことをこう呼ぶ。
 - (5) 前掲注4）「中間とりまとめ」参照。同中間とりまとめは、問題の核心を「特許に係る発明の利用と実際の収益との関係性は薄い」、「ビジネスの中心が「モノ」から「コト」へとシフトしている」と表現している（同10-11頁）。対価の支払い対象と特許発明との関係性を問題にしたり、「モノ」から「コト」へのシフトを問題にしたりするなど、本稿の整理は、この中間とりまとめに触発された部分も少なくない。
 - (6) 代表的なものとして、金子敏哉「知的財産との関係が「薄い」製品・サービスに係る売上減少による逸失利益：寄与率・部分実施、付随品の取扱いに関する試論」民商法雑誌157巻1号47頁（2021年）、上田卓哉「プラットフォーム型ビジネスに係る特許権侵害による損害額の算定」知的財産紛争の最前線No.7（Law & technology別冊）61頁（2021年）。

この点に関して、近時フリー（無料）をうまく利用した多くのビジネスモデルが生み出されていることが指摘されている⁽⁷⁾。対価と商品・サービスの対応関係が不明確になるのは、つまるところ、「無料」の商品・サービスが組み合わされているからだとする、フリー・ビジネスモデルに関する記述は本稿にとっても参考になるといえるだろう。そこで、それらの分類に基本的に依拠しつつ、本稿としての視点を提示することにする。

まず、第1に考えるのが複数の商品・サービスが組み合わされて提供されるビジネスモデル（ビジネスモデル①）である。複数の商品・サービスが組み合わされているため対価との対応関係が曖昧になり、知的財産はそれらの一部に利用されているため対価と収益の関係性も曖昧となる。これは、提供される商品・サービス側に注目した分類である。

別の視点として、対価を支払う顧客側に注目して分類することもできる。新たなビジネスモデルでは、顧客が同一の商品・サービスを利用しながらも、顧客ごとに支払う対価が異なる場合がある。そして、ある顧客が支払う対価が直接には一連の製品・サービスの一部にのみ対するものであり、問題となる知的財産がその一部に直接関係していない場合において、当該対価を知的財産権侵害に関係するものと扱うべきか否かが問題となるのである。そのような視点から本稿では、第2の分類として同一プラットフォームに複数の顧客グループが存在するビジネスモデル（ビジネスモデル②）、第3の分類として同一グループの顧客間で価格差別が行われるビジネスモデル（ビジネスモデル③）を考える。

上記の分類は、現実のビジネスモデルを網羅的に包摂するものとはいえないかもしれないが、検討の視点を得るのには十分であると考えている。

2.1. ビジネスモデル①：複数の商品・サービスの組合せ

ビジネスモデル①は、複数の商品・サービスを組み合わせで販売するものである。ここでは、ある商品・サービスが無料とされているが、実態としては他の商品・サービスに支払っている対価が、別の商品・サービスに対する対価も含んでいる。後記のビジネスモデル②や③と違い、一人の顧客が払う対価と受け取る商品・サービスは、基本的には、すべて等しい。さらに、ある商品・サービスが無料ではなく廉価だけであり、他の商品・サービスと組み合わせで実態としては対価をまとめて徴収する趣旨のものもここに含めることとする。

具体例としては、プリンタ本体を無料で販売し、それ専用のインクタンクを有料で販売するビジネスモデルを挙げられる。同様に、プリンタ本体を廉価で販売し、インクタンクの価格を高めを設定することでトータルで対価を回収するビジネスモデルもこれに含められる。他には、ネット通販において5000円以上購入した場合には送料が無料になるというものや、食堂において水やお茶は無料、ご飯、味噌汁、キャベツのおかわりは無料といったものも挙げられる。

2.2. ビジネスモデル②：複数の顧客グループの組合せ

ビジネスモデル②は、ある顧客グループと別の顧客グループが出会う（取引を行う）場としての1つのプラットフォームにおいて、それぞれに異なった料金を課すものである。その一方のみに課金する場合もあり、その場合、対価を支払わない顧客もいることになる。顧客グループ同士の取引は、有償の場合も無償の場合もある。

(7) クリス・アンダーソン（高橋則明訳）『フリー〈無料〉からお金を生み出す新戦略』（NHK出版、2016年）40-46頁、414-418頁。同書によれば、フリーを利用したビジネスモデルは、①直接的内部相互補助（製品1（有料）と製品2（無料）を組み合わせで販売）、②三者間市場（二者が無料で交換をすることで市場を形成し、第三者が費用を負担してそこに参加する）、③フリーミアム（基本製品を無料で提供し、一部の消費者にはプレミアム製品を有料で提供する）に分類されている。本稿のビジネスモデル①～③は、それぞれこの分類に対応するものである。

具体例としては、古くからあるものとして、テレビ放送が挙げられる。テレビ放送というプラットフォームには、視聴者という顧客と広告出稿者という二種類の顧客グループがいる。視聴者には無料でテレビ番組というサービスが届けられるが、広告枠という商品は有料で販売されている。また、多くのクレジットカードのビジネスモデルもこれに該当する。カード利用者は年会費無料（又は極めて廉価）でカードを利用でき、一方加盟店は手数料を支払うからである。

2.3. ビジネスモデル③：同一顧客グループ内での価格差別

ビジネスモデル③は、同じ商品・サービスを同じように利用する同一グループの顧客の間で価格差別を行うビジネスモデルである。各顧客の支払意思額が異なることを利用し、様々な手法を用いて、顧客間の価格差別を行う。フリーミアムと呼ばれるものがその典型であり、無料で商品・サービスを利用する顧客と有料で利用する顧客とが存在する。

このようなビジネスモデルは、一部のアプリ、特にオンラインゲームにおいて幅広く活用されている⁽⁸⁾。アプリのダウンロードや会員登録は基本無料であり、基本的なサービスは無料でも受けることができ、さらに追加的なサービスを受けようとする課金される仕組みとなっている。具体的には、①アイテム課金、又は、②月額課金（プレミアム会員）という仕組みを取るものが多い。後者は、会費を支払うとよりプレミアムなサービスを受けられるという仕組みである。前者は、基本サービスを受ける際に使用するアイテムを購入するという仕組みである。アイテムを購入することによって、他のユーザよりも有利にゲームを進められたり、又は、単に見た目がおしゃれになったりする。他のユーザよりも有利になりたいという意思を持つ顧客やおしゃれにこだわる顧客は、そのサービスを高度に利用している顧客であり、より高い支払意思額を有していることを利用して、価格差別を行っているのである。

なおアイテム課金を行う場合、アイテムの購入方法は、抽選購入と個別購入の2つがある。前者は、どのアイテムが手に入るかは抽選によって定まるという方式であり、いわゆる「ガチャ」のことである。ガチャはオンラインゲームにおいて多用され射幸心を煽っているとの批判もある⁽⁹⁾。ガチャそのものがゲームの楽しさを構成するようゲームデザインと一体化している場合も少なくない（そのため無料ユーザでもある程度ガチャに参加することができ、課金はガチャへの参加機会を増加させるものである場合がある）。

3. 新たなビジネスモデルに係る裁判例の整理

引き続き、本節では、上記のビジネスモデルの分類に沿う形で既存の裁判例の分類・整理を行い、問題点の把握を目指す。取り上げる裁判例としては、本稿の問題関心が直截に表れる、ソフトウェア関連発明及びオンラインゲームやプログラムに係る著作物の利用が問題となったものを中心とする。

3.1. 複数の商品・サービスの組合せに係る裁判例

ビジネスモデル①の下、知的財産権侵害の成否が争われた裁判例はいくつかある。たとえば、知財高判平成26年1月30日・平成25年（ネ）10079号〔情報データ出力システム〕では、被告はクレジットカードの発行者であり、その利用者に対しWeb会員サービス「Net Branch」を提供し、その一環として「ご利用明細ネット切替サービス」を提供していた。被告サービスは、利用者に対してEメールで毎月の請求額の確定を通知し、「Net Branch」で利用明細を確認するサービスである。この被告サービスにおいて原告の特許発明が実施されていたか否かが争われた。被告サービスそのものは無料であるが、クレジットカード利用

(8) 田中辰雄・山口真一『ソーシャルゲームのビジネスモデル—フリーミアムの経済分析』（勁草書房、2015年）参照。ソーシャルゲームを中心に、フリーミアムのビジネスモデルについて経済分析を行っており、本論文もこの業績に依拠するところは大きい。

(9) 田中・山口・前掲注8) 145頁以下参照。同書は、このような批判は必ずしも妥当しないとの分析を示している。

者の支払う年会費にはこのサービスの対価も含まれているのだとすると、被告はビジネスモデル①を用いていたことになる⁽¹⁰⁾。この事件ではそもそも侵害が否定されたが、損害額を計算するには、その基礎となる被告の売上げ・利益をクレジットカード事業の売上げ全部とすべきかが争点となり得た⁽¹¹⁾。仮に、原告もクレジットカード事業において自己実施していた場合には、売上げ減少の逸失利益の損害賠償を求めることができるが、クレジットカード事業の全売上げを基礎にしてよいのかや、利用明細のネット通知サービスはクレジットカード事業全体から見るとごく一部にすぎない点の扱い（いわゆる寄与度）が問題となったであろう。

また、大阪地判平成24年3月29日・平成22年（ワ）8137号〔預かり物の提示方法〕及び知財高判平成27年5月14日・平成26年（ネ）10107号〔預かり物の提示方法〕もその例である。これらの事件は、同じ特許権についてのものであるが、両事件とも被告はインターネットを利用した衣類のクリーニング・保管・宅配サービスを提供していた。特許発明は、クリーニング対象の顧客からの預かり物の内容をインターネットを介して顧客に提示する方法についての発明である。預かり物の保管業務・インターネットからそれを確認できるサービスそのものは無料であり、クリーニングサービスに付随するものである。実際の訴訟では、前者の事件は特許権侵害が肯定されたが差止めのみが求められており、後者の事件では侵害が否定されたので損害額が争われることはなかったが、仮に計算するとしたらこれも様々な論点が生じたであろう。上記のクレジットカードの事件と同様、逸失利益やライセンス料相当額の計算の基礎に、クリーニングサービスの売上げ全般を用いてよいかなどが問題となったであろう。

(1) 旅 nesPro 事件判決

侵害が認められ、実際に損害額の算定が行われた事例としては知財高判平成28年1月19日・平成26年（ネ）10038号〔旅 nesPro〕がある。この事件で侵害が認められたのは、「旅 nesPro」（被告システム）という旅行業務システムのうちの「検索及び行程作成業務用データベース」（CDDDB）と呼ばれる部分に係るデータベースの著作権である。

原告もCDDDBを含む旅行業務システムを販売していたので、著作権法114条1項に基づいて売上げ減少の逸失利益の賠償が認められた。具体的には、被告システムの譲渡数量（397本）に原告システム（CDDDBを含むシステム全体）に係る単位数量当たりの利益額を乗じ、さらに、CDDDBの原告システムへの寄与割合（50%）を乗じて計算している。CDDDBは原告システムの中では一部を占めるにすぎないから、原告システム全体の利益ではなく、著作物が寄与した分だけが「単位数量当たりの利益」となると計算しているのである⁽¹²⁾。この判決は、あくまで製品・サービスの売上げ全体ではなく、知的財産が寄与した部分だけが損害額算定の基礎となるという立場を採っている。

その一方で、興味深いのが、この判決が「データメンテナンス契約」に係る利益額についても逸失利益と認めている点である。データメンテナンス契約とは、各種データを常に最新なものに保つために、データ更新のためのメンテナンスCDを提供するという契約である。判決は、旅行者が原告システムを購入するに当たっては、少なくとも購入時から1年間はこの契約を継続するのが通常であり、1年分の利益額に相当す

(10) ただし、そもそもクレジットカードは、利用者からは年会費を全く若しくは低廉なものしか徴収せず、加盟店からの手数料収入により成り立つ場合が少なくなく、その場合には後述のビジネスモデル②を用いていることは断っておきたい。

(11) 原告は、特許法102条3項に基づき、被告が特許発明を実施することによって支出を免れた費用に相当する額を損害額と主張していた。すなわち、書類をインターネットを介して提供することにより、送付書類の印刷や郵送に要する費用を免れるという利益を得たと主張していた。確かに、本件発明を実施することで少なくとも免れる費用以上の利益を被告は受けるはずだから、それを実施料相当額と見る推計は合理的である。ただし、代替技術がある場合にはこれより低くてもよいかもしれないし、被告サービスが顧客吸引力をもたらしている場合はもっと高くてもよいかもしれない。

(12) このような寄与度の処理は、知財高判令和2年2月28日判時2464号61頁〔美容器〕における「特許発明を実施した特許権者の製品において、特許発明の特徴部分がその一部分にすぎない場合」の処理と同一であるといえるだろう。

る損害との間に相当因果関係が認められると判断した。侵害部分である CDDB が寄与する売上げだから逸失利益と認めたものと思われるが、侵害部分が直接に含まれていないサービスにまで損害の範囲を拡張したことは注目に値する。この判決は、逸失利益算定の基礎とすべき商品・サービスの範囲については柔軟に考えているものといえるだろう。

3.2. 複数の顧客グループの組合せに係る裁判例

ビジネスモデル②によるサービスの提供において、知的財産権侵害が問題となった例は多数ある。多いのが、EC サイトでの侵害の成否が争われた事例である⁽¹³⁾。EC サイトは、購入者と出品者が取引を行う場であるが、サイト運営者は、購入者には当該サイトを無料で利用させているが、出品者からは手数料を徴収することで収益を得ている（また、広告収入を得ている場合もある）。このほかにも、SNS における事例⁽¹⁴⁾やオンライン送金・決済サービスにおける事例⁽¹⁵⁾もある。前者は、利用者に無料でサービスを提供し広告収入を得ているので、テレビ放送と類似のビジネスモデルであり、後者はクレジットカードと類似のビジネスモデルである。これらの裁判例では、いずれも侵害は認められていないが、サイト全体からの運営者の売上げに実施料率（3～5%程度）を乗じた額が請求されていたようである⁽¹⁶⁾。

(1) Yahoo!JAPAN 地域ターゲティング広告・天気予報事件

侵害が認められ、損害額の算定が行われた裁判例としては、**東京地判令和3年1月20日・平成29年（ワ）24942号〔ウェブページ閲覧方法およびこの方法を用いた装置〕**がある。原告は、ウェブページを閲覧しているユーザの発信地域を判別しそれに応じた情報を送るという技術に関する特許の特許権者であり、被告は「Yahoo!JAPAN」（被告ウェブサイト）の運営者である。当該特許発明が利用されていたのは、被告ウェブサイト中の、ユーザの発信地域に応じた天気予報及び広告の提供である。サイトの利用者として閲覧者と広告出稿者という二種類の顧客がいて、前者は無料、後者は有料と理解すると、ビジネスモデル②が取られていたことになる。ただし、広告枠の出稿者への販売というところだけに着目すれば、古典的な「1つの商品・サービスが提供され、それに対する対価が1回的に支払われる」というビジネスモデルだと捉えることもできる。

広告サービスとして、被告ウェブサイトは「Yahoo! プロモーション広告」を提供しており、同サービスには、被告ウェブサイトや主要提携サイトのコンテンツページに広告を掲載する「Yahoo! ディスプレイアドネットワーク（YDN）」と、被告ウェブサイトや主要提携サイトの検索結果画面に広告を掲載する「スポンサードサーチ」が含まれていた。このほかにも、被告ウェブサイトのトップページ、検索結果画面、各種サービス内に広告を表示するサービスである「Yahoo! プレミアム広告」も提供していた。

裁判所は、広告サービスに関して、広告の売上高に相当実施料率を乗じた額を特許法 102 条 3 項による損害額として認定している⁽¹⁷⁾。実施料相当額の基礎とされた売上げは、YDN 及びプレミアム広告の売上げ（た

(13) 知財高判平成 27 年 2 月 26 日平成 26 年（ネ）10114 号〔ネット広告システム〕、知財高判平成 27 年 5 月 21 日平成 27 年（ネ）10006 号〔ネット広告システム〕、知財高判平成 28 年 4 月 27 日平成 28 年（ネ）10127 号〔Web-POS 方式〕、知財高判平成 28 年 6 月 29 日平成 28 年（ネ）10017 号〔Web-POS 方式〕、知財高判平成 28 年 11 月 24 日平成 28 年（ネ）10027 号〔電子ショッピングモールシステム〕。ただし、いずれも侵害否定。

(14) 知財高判令和元年 9 月 11 日・平成 30 年（ネ）10071 号〔人脈関係登録システム〕。SNS ミクシィにおける友達申請に関する特許の侵害が問題となったが、侵害否定。

(15) 知財高判令和 2 年 8 月 26 日・令和 2 年（ネ）10023 号〔ホワイトカード使用限度額引上げシステム〕。送金・決済サービスである LINE pay において送金・入金の処理に関する特許の侵害が問題となったが、侵害否定。

(16) ただし、いずれも侵害論のみで審理が終了していると推測されるから、必ずしも損害論において攻撃防御が尽くされているわけではないものと推測される。

(17) また、同額を、不当利得返還請求における受益者の利得の額かつ権利者の損失の額に相当すると判断している。

だし、スマートフォンからモバイル接続を利用した場合は除く⁽¹⁸⁾）であり、スポンサーサーチの売上げは除かれた。その理由は、除かれたサービスの提供には特許発明の実施が伴わないからである。なお、被告は、「年齢」、「性別」、「行動履歴」など「地域」以外のターゲティング機能に対する部分の売上げは、本件における相当実施料額の算定の基礎とならないと主張したが、裁判所は、地域ターゲティングは中心的な機能で、他のターゲティング機能に比べてその重要性は高い上、これらの機能は重複して利用されることも多くその寄与の度合いを個別に算定することが困難であることから、地域ターゲティング機能と関連のある売上高の全額を対象とするのが相当と判断している。そして、相当実施料率については、二酸化炭素含有粘性組成物事件大合議判決を引用しつつ、原告が行っていた本件特許に係るライセンスを参照して、それと同率が相当な実施料率と認定した。

広告サービスに関する損害の計算方法は、極めてオーソドックスなものであるように思われる。特許発明が用いられた「侵害品」が何かを確定した上で、その売上げの全額に対して、ライセンス例を参考にした実施料率を乗じたにすぎないからである。注目すべき点を挙げるとすれば、「侵害品」は広告枠だと捉えた点にあるといえるだろう。そして、広告のうち本件特許発明が利用されているのは地域ターゲティング広告に限られるにもかかわらず、それが他のターゲティング機能と一体化している点に着目して広告の売上げの全体を算定の基礎とした点も注目される。寄与度に従った減額を行わなかったということであるが、本件は3項による実施料相当額の事案であり、相当実施料率の算定にすでに寄与度の評価も織り込まれていたと見る余地がある点には注意を要する。

天気予報として被告が提供していたサービスは、被告ウェブサイトのトップページなどにおいてユーザの発信地に応じた天気予報の情報を掲出するサービスである。天気予報については、損害額は特許法102条3項の実施料相当額として年間10万円と算定された。これも、原告が行っていた本件特許に係るライセンスを参照したものであるが、本来は、基本利用料+売上げ×所定の実施料率と計算できるところ、天気予報に係る売上高の算出が困難であったため、基本利用料のみの請求になったものと推測される。天気予報の方では、「侵害品」の売上高はゼロとされているのである。売上げの算出が難しいのは確かであるが、被告ウェブサイトの天気予報は多数の人が利用する価値の高いものと思われる⁽¹⁹⁾ことに鑑みると、何らかの方法で売上げを算出した損害額の算定方法が許容される余地はあったようにも思われる。

(2) LINE「ふるふる」機能事件

よりダイレクトにビジネスモデル②における損害額の算定が問題となった裁判例として、**東京地判令和3年5月19日・平成29年(ワ)36506号〔コンピュータシステムおよびプログラム〕**がある。この事件は、ビジネスモデル②と③とが組み合わされたビジネスモデルが問題になっており、興味深い。

原告は、互いの個人情報を通知することなく、かつ、成りすましを防ぎながら、連絡可能な状態を構築する手段を提供するコンピュータシステムについての発明の特許権者であり、被告は、コミュニケーションアプリケーションソフト「LINE」（被告アプリ）を提供していた。被告アプリ中の「ふるふる」と呼ばれる友だち追加の機能（隣にいる人と一緒に携帯端末を振ることにより友だち追加できる機能）が本件特許を侵害しているとされ、損害額の算定が問題になった。原告は、特許法102条3項に基づく損害賠償請求をしており、争点は、本件発明を実施したことにより得た売上高の範囲、すなわち、実施行為と因果関係のある売上げの範囲である。

被告アプリは、ユーザが基本的に無料で利用できるため、収益の方法が大きく分けて2つあった。すなわ

(18) スマートフォンからWi-Fi接続をした場合には、本件特許発明の実施がなされるが、モバイル接続の場合そうでないことがその理由である。

(19) 「約1300万人が使う、Yahoo!天気・災害の舞台裏」Yahoo!JAPAN, 2017年10月11日, <https://about.yahoo.co.jp/info/blog/20171011/weather.html> (2022年1月26日最終アクセス)。

ち、「アカウント広告」及び「コミュニケーション」の各売上げにより収益を得るビジネスモデルを採用していた。

「アカウント広告」とは、判決によると、〔1〕公式アカウント、〔2〕ビジネスコネクト、〔3〕LINE @、〔4〕スポンサードスタンプ、〔5〕セールスプロモーション、〔6〕広告、〔7〕〔8〕（黒塗りされて詳細不明）、〔9〕限定スタンプの9種類がある。〔1〕～〔3〕は、企業が被告アプリ上でアカウントを開設し、自社のアカウントを友だち登録しているユーザにメッセージを送信等するサービスである。〔4〕及び〔9〕は、オリジナルの「スタンプ」を企業を通じてユーザに無料又は有料で提供するサービスである⁽²⁰⁾。〔6〕はアプリ内に企業の広告を掲載するサービスであり、〔5〕は企業が販売促進／広告宣伝のために被告アプリ上で各種のキャンペーン等を行うことができるサービスである。アプリ自体は無償であり、ユーザ側は基本的には対価を支払わないが、企業がこれらのサービスを利用するときは被告に対価を支払う。これは、ビジネスモデル②の典型例といえる。

もう一つの「コミュニケーション」とは、判決によると、〔ア〕LINE スタンプ、〔イ〕LINE 着せ替え、〔ウ〕LINE 絵文字、〔エ〕クリエイターズスタンプ、〔オ〕クリエイターズ着せ替え、〔カ〕クリエイターズ絵文字、〔キ〕LINE スタンププレミアム、〔ク〕LINE Out の8種類がある。いずれも、利用するためにはユーザが被告に対価を支払う必要がある。このうち、〔ア〕～〔キ〕に係る「スタンプ」「絵文字」（ユーザ間のトークの中で送信できるもの）や「着せ替え」（ユーザ自身の被告アプリの背景を変更するもの）は、被告アプリ上での体験を豊かにするが、「スタンプ」「絵文字」は無償でもある程度使用することが可能であり、「着せ替え」は純粋に見た目に関するものである。これは、各ユーザの支払意思額の違いを利用した価格差別に他ならず、ビジネスモデル③の典型であるといえよう。なお、〔ク〕は被告アプリを経由して固定電話や携帯電話に発信ができるサービスであり、通話時間によって課金されるから、古典的なビジネスモデルといえるだろう。

裁判所は、上記のうちアカウント広告の売上げは、本件の損害賠償の対象とならないと判断した。その理由は、これらの売上げが、いずれも、一般のユーザ同士の「ふるふる」機能による友だち登録との関係がないか、関係があっても希薄であるからである。企業とユーザの友だち登録に「ふるふる」が使われるとは考えがたく、そもそも友だち登録がなくても企業からユーザへのコミュニケーションが取れるものも含まれているからということだと思われる。確かに、「ふるふる」は、直接アカウント広告に係るサービスには使われていない。しかし、「ふるふる」により安心して友だち登録ができるプラットフォームだからこそ人が集まり、したがって、企業が広告宣伝活動を行う理由が生じているのだとすると、全く損害額算定の基礎としないことには疑問もある。

他方、コミュニケーションの売上げについては、スタンプと絵文字については被告の侵害行為と関連する売上高であると認定する一方で、着せ替えとLINE Outについては「ふるふる」機能による友だち登録及びその後の交流とは関係がないか、関係があっても希薄であるとして損害賠償の対象から除外した。さらに、スタンプと絵文字の売上げについても、「被告の侵害行為と相当因果関係にある売上高」は、当該売上高に「本件損害算定期間中の「ふるふる」による友だち登録割合」を乗じて算出するのが相当であると述べている。これも「ふるふる」が直接使われた場合の売上げに限定する意図であると思われる。「ふるふる」で友だちとなった相手にスタンプや絵文字を送る場合のみの売上げを算定の基礎とするということであるように思われる。これに対しても、「ふるふる」機能があるからこそ顧客が増加するという関係があるのだとすれば、

(20) 判決によれば、スポンサードスタンプは、企業等が広告宣伝のために、被告アプリ内で自社のオリジナルの「スタンプ」をユーザに無料で提供することができるサービスであり、限定スタンプは、企業等を通じて被告が販売する「スタンプ」であり、被告は当該企業等からその対価の支払いを受ける。

少なくとも着せ替えの売上げも含めることも正当化し得たように思われる⁽²¹⁾。また、「ふるふる」の売上げへの貢献度による減額をすべきだとしても、貢献度の値を、「ふるふる」による友だち登録割合によって代替させてよいのかには議論の余地もあるように思われる。

3.3. 同一グループの顧客間の価格差別に係る裁判例

ビジネスモデル③に関する知的財産権の侵害訴訟も多数存在する。

月額課金制に関するものとしては、家計簿アプリ（マネーフォワード）の侵害の成否が問われた東京地判平成29年7月27日・平成28年（ワ）35763号〔会計処理装置〕を挙げられる。この件では侵害が否定され、そもそも損害賠償請求もされていないが、現実には、無料会員と有料会員とが存在するサービスである。仮に損害賠償を認めるとしたら、侵害部分が専ら無料会員の利用する機能に関するものであった場合などに、議論が生じることになるだろう。

アイテム課金制に関するものとしては、抽選購入（ガチャ）に関するものとして、知財高判平成27年6月24日・平成26年（ネ）10004号〔大熱狂！！プロ野球カード〕（著作権）、東京地判平成26年6月6日・平成23年（ワ）29178号〔ネットワークゲーム用サーバ装置〕（特許）⁽²²⁾があり、個別購入に関するものとして、東京地判平成24年2月23日・平成21年（ワ）34012号〔釣りゲータウン2〕（著作権）、知財高判平成30年6月19日・平成29年（ネ）10096号〔携帯端末サービスシステム〕（特許）⁽²³⁾がある。以下では、これらのうちの侵害肯定事例について詳述する。

(1) 釣りゲータウン2事件

ビジネスモデル③のアイテムの個別購入に係るビジネスモデルの例として、**東京地判平成24年2月23日・平成21年（ワ）34012号〔釣りゲータウン2〕**を取り上げる。この控訴審判決はゲーム画面の類似性判断で著名であるが、本稿で取り上げるのは侵害を認めた地裁判決の方である。

原告と被告は、それぞれGREE（原告）又はMobage（被告）というプラットフォームにおいて、「釣り★スタ」、「釣りゲータウン2」という携帯電話機用釣りゲームを運営している。著作権侵害が認められたのは、原告が著作権者である、原告作品中の「魚引き寄せ画面」と呼ばれる部分である。これと類似する画像が被告作品にも利用されていた。同画面は、釣り針に掛かった魚を引き寄せる過程を影像的に表現した部分であり、釣りゲームをプレイする者が必ずたどる画面である。

原告作品・被告作品のビジネスモデルは次のようなものである。ゲームは原則無料でプレイすることができるが、釣り具等のアイテムを入手して使用すると有利に魚を引き寄せることができる。アイテムは、ゲーム中でためたポイントと引き換える方法か、仮想通貨と引き換える方法により入手できる。被告作品の場合、仮想通貨（モバコイン）は、対価を支払うことで購入することができる。この仮想通貨の売上げがゲームの収益となる。被告作品では、まさにビジネスモデル③が採用されていた。一方、原告作品の場合、仮想通貨（ゴールド）は直接購入することはできず、①原告の別の商品・サービスを有償で利用するか、②GREE内の他社広告を通じて他社サービスに登録した場合に獲得することができる。原告は、ビジネスモデル③にビジネスモデル①とビジネスモデル②も組み合わせていたといえる。

損害の算定に当たっては、まず、著作権法114条2項が適用できるかが問題となった。裁判所は、初めに、

(21) LINE Outについてはオプションで電話サービスがつけられているということであり、抱き合わされているだけで、本件特許とは無関係の別のサービスだと位置付けられるように思われる。

(22) 被告の提供していたサービスは、著作権の事件と同じオンラインゲーム「大熱狂!!プロ野球カード」である。選手カードを融合して強化する場合のルールに関する特許の侵害の成否が問題となり、侵害が否定されている。

(23) 被告の提供していたサービスは、「アメーバピグ」と呼ばれる仮想空間アバターコミュニティサービスである。基本無料で利用でき、種々のアイテムの個別購入に課金がなされる。お気に入りのキャラクタのパーツの購入、課金の方法に関する特許の侵害の成否が問題となり、侵害が否定されている。

原告作品と被告作品は市場において競合する商品であると認定している。次に、アイテムの購入者は「魚引き寄せ画面」を見て被告作品をプレイする者であるといえるから、被告らは、著作権侵害行為により、アイテムの売上げという利益を得ていると認定する。そして、原告は、原告作品のアイテムを対価の支払いを受けて販売しているものではないが、両作品の「いずれも、それぞれの作品の魅力により、ユーザーにアイテムを取得するための仮想通貨を入手したいと思わせることを通じて、ユーザーに対価の支払いを促し、これによって利益を得るものである点において、利益を得るための基本的な構造を同じくする」のであるから、著作権侵害によって「原告作品のアイテムを取得しようとする者が減少し、その結果、上記サービスの対価や広告収入等を失うという損害が生じている」ものといえると述べる。したがって、この損害は著作権法 114 条 2 項の「損害」に当たり、同項を適用できると判断した。この判断は、著作権侵害と関係のある収益の範囲を幅広く柔軟に捉えている点が特徴である。侵害部分を含む商品・サービスとは別の商品・サービスを購入している顧客グループからの収入（広告収入）や、それに付随する商品・サービスからの収入も損害の対象に含めているし、価格差別が行われている点も特段の扱いをせず、収益全体を損害算定の基礎としている。

次に、裁判所は、被告作品の売上げに対する被告作品の魚の引き寄せ画面の寄与度を認定している。裁判所は、同画面が両作品において不可欠かつ重要な画面であること、他方、被告作品にはトップ画面、釣り場選択場面、釣果画面などユーザが基本的にたどる不可欠で重要な画面は他にもあること、被告作品の売上げにはアイテム自体の魅力も一定程度寄与していることなどを総合的に考慮して、30%の寄与度を認定した。重要な部分とはいえ、ゲーム中の一つの画面が類似しているだけで利益の30%もの寄与度を認定することは、直感的には高すぎるようにも感じる。いずれにしろ、寄与度の認定が必要な場合に、いかにして客観的かつ妥当な値を認定するかが課題となる。

(2) 大熱狂！！プロ野球カード事件

続いて、知財高判平成 27 年 6 月 24 日・平成 26 年（ネ）10004 号〔大熱狂！！プロ野球カード〕について紹介する。この判決も GREE と Mobage との間の訴訟であり、原告被告は上記と共通である。したがって、ビジネスモデルも基本的に上記と同じであるが、アイテムが抽選購入（ガチャ）となっている点に違いがある。

原告は、「プロ野球ドリームナイン」、被告は「大熱狂！！プロ野球カード」というプロ野球のトレーディングカードゲームを運営していた。著作権侵害が認められたのは、1000 枚ほどに及ぶ選手カードのうちの 2 枚のデザインである（中島裕之選手、ダルビッシュ有選手）。

原告作品・被告作品のビジネスモデルは、釣りゲータウン 2 と同様であり、アイテムの購入を促すことによっている。被告作品における課金アイテムは「レアパック」と「スタミナ丼」であり、前者が希少な選手カードを入手するためのガチャ、後者は体力回復剤である。被告作品の売上げのほとんどは、レアパックへの課金によるものであり、売上げ全体の 9 割がレアパックによるものであり、その利益額について両当事者間に争いはなかった。

釣りゲータウン 2 事件と同様、本件でも著作権法 114 条 2 項の適用が主張され、裁判所はその適用を認めているが、本件では、2 項適用の可否そのものは正面からは争われていない。裁判所は、侵害者が侵害行為により受けた利益の額とは、本件では、あくまで本件 2 選手カードによって得られた利益の額に相当する額のみをいうものと解し、レアパックの販売利益のうちそれに相当する額を算定するという立場を採用している⁽²⁴⁾。裁判所は、新たなビジネスモデルが取られていることはいったん脇において、「レアパック」という

(24) 著作権者は、主位的に、ゲーム全体の配信による著作権侵害についての著作権法 114 条 2 項に基づく損害、予備的に、ゲームの 4 選手カードによる著作権侵害についての著作権法 114 条 2 項に基づく損害を主張していた。一方、判決は、2 枚の選手カードを除いて、被告ゲームの個別表現における著作権侵害及びゲーム全体についての著作権侵害を否定する判断をしている。この経緯から、2 選手カードについてしか侵害が認められない以上、主位的請求が認められる余地はないと判断している。したがって、判決が上記判断に至った経緯には多分に当事者の主張が影響している。

1つの商品に対する対価が1回的に支払われるという古典的なビジネスモデルに読み替えをした上で、それに対する本件2選手カードの寄与度を認定するという枠組みの下、受けた利益額を算定しようとしているように見える。そして、被告のレアパックにより入手できる選手カードは996枚あったが、本件2選手カードがレアパックの購入を促すのに相応の役割を果たしていたことについての具体的な事情を認定し、レアパックの販売利益のうち少なくとも8%が、本件2選手カードの販売により被控訴人が受けた利益と認めている。

裁判所は、釣りゲータウン2事件判決とは異なり、114条2項の推定覆滅事由を検討している。そこで検討しているのは「選手カードの表現以外の要素が寄与している割合」である。釣りゲータウン2では、他の要素が寄与している割合も「受けた利益」の認定において考慮していたから、本判決は、この点を二重に考慮しているようにも思える。しかし、本判決は、他の要素の寄与を「著作権侵害がなかったとしても、原告が原告ゲームのレアパックを販売することができたとは認められない割合」として認定している。つまり、ここで考慮しているのは、選手カードの特徴がレアパック販売による利益に貢献していると評価できる程度ではなく、被告が著作権侵害をやめたとしたら、被告からレアパックを購入していた者の何割が原告からのレアパック購入に戻るのかという割合であり⁽²⁵⁾、両者は異なるということである。そもそも、原告はレアパックを販売しているわけではないのだが、その点は捨象され無視されている。ともあれ、判決はここでさらに90%の覆滅を認めている。

本判決の特徴は、あたかも、原告も被告も「レアパック」という1つの商品を販売し、それに対する対価が1回的に支払われるという古典的なビジネスモデルを取っていたと仮定して、損害額を計算した点であるといえよう。このような判決の態度（あるいは、それを規定した当事者の主張の立て方）は、新たなビジネスモデルをうまく古典的ビジネスモデルに組み替えたものと肯定的に捉える評価もできる一方で、新たなビジネスモデルを無視したと否定的に評価することもできるように思われる。また、古典的ビジネスモデルに読み替えること自体をよしとしても、商品・サービスの単位として、レアパックではなくて、プロ野球トレーディングカードゲームという単位、あるいは、GREEとMobageといったプラットフォーム単位を考へることもできたはずである。これを決定する観点として、侵害部分が直接貢献している範囲に限定すべきという要請と、現実の取引単位を基準にすべきという要請とがあり、前者を重視した結果レアパック単位となったともいえそうである。しかし、カード2枚についての侵害しか認められないとしても、後者を重視するとプラットフォーム単位とすべきだったといえるし、両者の間を取って1つのゲーム単位で考えるという選択肢もあったように思われるが、判決にはなぜレアパック単位で考えるべきなのかの説明はない。

4. 損害額算定上の課題

以上の裁判例を踏まえて、新たなビジネスモデルにおいて何が損害額算定の上での課題となるのかを抽出することとしたい。知的財産権侵害における損害の意義について本稿が前提とするところを簡単に整理しつつ、損害論の一般論における論点のうち、どの点が特に問題となるかを検討する。以下に述べるとおり、中心となる課題は、損害算定の基礎とすべき権利者又は侵害者の売上げの範囲をどう画するか、及び、関係する売上げに対する知的財産の寄与度の取扱いであると思われる。

(25) 判決が直接判断しているのは、被告ゲームをやめて原告ゲームに移る人がどれくらいいるかということである。それは、「両ゲームはそもそも提供されるプラットフォームが異なり、「GREE」を重複利用していない「Mobage」利用者が、選手カードの表現のみを理由として被告ゲームに代えて同ゲームと同様のプロ野球を題材とするトレーディングカードゲームである原告ゲームを選択する可能性は低い」との指摘や、「選手が選手カード上においてどのように表現されているかという点が利用者のゲームの選択の有無に影響する程度は低い」との指摘に表れている。また、被告からの反論として、被告がゲーム開発に多額の投資をしていること、被告独自の運営ノウハウ等が主張されていたが、それも被告ゲームをやめて原告ゲームに移る人がどれくらいいるかが争われていたことの証しである。

4.1. 知的財産権侵害における2種類の損害

不法行為における損害とは何かについては、不法行為によって生じた財産上の差額を損害として捉える差額説と、被害者に生じた一定の不利益という事実自体が損害だと考える損害事実説の対立があり、差額説が通説であるとされている⁽²⁶⁾。差額説に基づいて考えた場合、知的財産権侵害による損害は、知的財産権侵害がなかった場合の財産状態と侵害があった現実の財産状態との差額であるということになる。そして、侵害がなければより多くの利益を得られたであろうといえるから、逸失利益こそが知的財産権侵害の損害ということになる。

知的財産権侵害における逸失利益には、大きく分けて、①売上げ減少の逸失利益と②逸失ライセンス料の2つがある⁽²⁷⁾。通説的な理解では、前者は特許法102条又は著作権法114条の1項及び2項に、後者は3項に対応する。単に「逸失利益」といった場合には前者のみを指すこともある⁽²⁸⁾。前者は、知的財産権侵害がなければ、権利者の商品・サービスを、より多数又はより高い価格で販売できたはずであり、それゆえに得ることができなかった利益である。すなわち、販売数量減少の逸失利益又は単位利益減少の逸失利益である。後者は、知的財産権侵害がなければ、侵害者は許諾を受けて知的財産を利用しなければならず、したがってライセンス料を支払ったはずであり、それゆえに得ることができなかった利益である。前者では、知的財産権侵害がなければ、排他権たる知的財産権の下、侵害者は知的財産の利用が一切できなかったことを仮定するのに対し、後者では、侵害者はライセンス料の支払いと引換えに、知的財産を利用したことを仮定する点異なる。

なお、3項の損害は、通説的な理解では差額説を前提に逸失利益の一種と整理されるが⁽²⁹⁾、権利者の市場を利用する機会の喪失という損害事実を規範的に金銭評価するものと解する理解も有力である⁽³⁰⁾。後者の理解が登場する根本には、侵害がなければライセンス料を支払って許諾を受けたという仮定が仮想的にすぎることからと思われる。また、3項に侵害者の利益の一部を分配する機能を持たせることを企図しているとも思われる⁽³¹⁾。本稿も、ライセンス料相当額の賠償は、侵害者の利益の一部分配機能を持つと考えるが、さしあたり、通説的枠組みの中での議論を試みることにする。

以下では、①売上げ減少の逸失利益と②逸失ライセンス料に係る損害額の算定において、新たなビジネスモデルを念頭に置いたときに、いかなる点が論点となるかを整理する。

4.2. 売上げ減少の逸失利益を算定する上での論点

(1) 商品・サービスの単位（権利者製品・侵害者製品の把握）

売上げ減少の逸失利益を把握するに当たっては、逸失利益とは侵害がなかった場合に上げられたはずの利益であるから、侵害がなかったとしたならばどのような世界が実現されたと想定するかが出発点となる。そ

(26) 窪田充見ほか編著『事件類型別不法行為法』（弘文堂、2021年）11頁〔窪田充見〕。

(27) 長岡貞男「知的財産保護における損害賠償制度の経済分析」知的財産研究所編『21世紀における知的財産の展望：知的財産研究所10周年記念論文集』313頁（雄松堂出版、2000年）、金子敏哉「日本法における特許権侵害に基づく損害賠償：モデル化による寄与率等へのアプローチ」日本工業所有権法学会年報41号70頁（2017年）参照。

(28) 金子・前掲注27)72頁。

(29) 鈴木將文「特許権侵害に基づく損害賠償に関する一考察：特許法102条1項を中心として」Law & technology90号（2021年）16頁は、裁判例についてその旨指摘。

(30) 田村善之『知的財産権と損害賠償〔新版〕』（弘文堂、2004年）211-214頁、田村善之「特許法102条が前提とする損害概念の検討」論究ジュリスト31巻（2019年）168頁。また、金子敏哉「特許権侵害による損害の2つの主な捉え方-売上減少による逸失利益と実施料相当額の関係」小泉直樹ほか編『中山信弘先生古稀記念論文集 はばたき—21世紀の知的財産法』（弘文堂、2015年）451頁。権利の客観的価値の喪失を損害と捉えるものとして、潮見佳男「特許権侵害による損害賠償請求と民法」大淵哲也ほか編『専門訴訟講座（6）特許訴訟（上）』（民事法研究会、2012年）347頁、愛知靖之「創作法（特許法・著作権法）における損害賠償制度（特集 知的財産権に関する損害賠償の理論的課題）」民商法雑誌157巻1号（2021年）8頁。

(31) 田村・前掲注30)（2019年）168頁。

の基本となるのは、侵害がなかったとしたならば、侵害者が提供できなくなる商品・サービスは何か、その場合に行き場のなくなった需要が向かう権利者の商品・サービスは何かを把握することである。本節では、これらをそれぞれ、「侵害者製品」又は「権利者製品」と呼ぶ。特に新たなビジネスモデルにおいては、様々な商品やサービスが組み合わせられて提供されている実態があるが、どの範囲を一つの侵害者製品又は権利者製品と捉えるのかが問題となる。

侵害者製品及び権利者製品の認定には、どの範囲の商品・サービスが、一体として収益を上げている一つの塊といえるのか、実質的に把握することが必要となる⁽³²⁾。侵害者製品の提供ができなくなったならば、それに対して支払われていた対価が、いかなる権利者製品に向かったかを認定することがここでの目的だからである。この観点からは、独立かつ完結した一つのものとして評価し得る商品・サービスであって、それに支払われる一群の対価が密接不可分といえる範囲のものを、一つの侵害者製品及び権利者製品と捉えるべきといえる。対価の支払い先の最小単位を製品の単位と捉えるべきだからである。

新たなビジネスモデルの場合、この評価が単純ではないために、社会経済的な実態を十分に把握して柔軟に権利者製品及び侵害者製品の範囲を判断することが求められるといえるだろう。たとえば、釣りゲータウン2事件判決は、逸失利益算定の前提として、このような柔軟な把握がなされている。この事件では、侵害者の提供する「釣りゲータウン2」というゲーム全体を侵害者製品と捉え、そこにおける売上げすべてを「その侵害の行為により」受けた利益として損害額を算定している。また、権利者製品は「釣り★スタ」というゲーム全体だと捉え、プラットフォームたるGREEにおける広告収入を含めたすべての収入における得べかりし利益を逸失利益として計算している。両ゲームでは、一つのプラットフォームにおいて複数の顧客グループから収入を得ていたところ、侵害に直接関わらない顧客グループからの収入も算定の基礎に参入したことが注目される。また、アイテム課金による価格差別が行われており、侵害部分は無料ユーザでも利用する部分に使われていたにもかかわらず、ゲーム全体の売上げを基礎として、114条2項を適用したことも注目される。

一方、大熱狂！！プロ野球カード事件では、釣りゲータウン2事件と類似した判断を行っている部分もあるが、選手カードというアイテム自体、又はゲーム内のガチャに参加する権利といえる「レアパック」を侵害者製品であると整理して、ゲーム全体を侵害者製品とは捉えなかった。この事件でも、ゲーム全体を権利者製品・侵害者製品と捉える余地があったように思われる。

(2) 事実的因果関係が認められる範囲

逸失利益を算定するに当たっては、何が権利者製品・侵害者製品かを踏まえて、まずは、侵害と事実的因果関係を有する逸失利益を確定する必要がある。これは、事実の問題として侵害により失われた売上げといえる範囲、すなわち侵害状態と非侵害状態との利益の差額である。事実的因果関係の認められる逸失利益すべてを賠償の対象とすべきかには議論があり得るが、事実的因果関係が認められることが賠償を認める前提となる。

もっとも、「事実」といってみても、侵害がなかった場合にどのような世界が実現されたはずと考えるかは、厳密な意味での「事実」ではあり得ず、規範的な評価を免れ得ない。それでも、侵害がなかった場合との財産状態の差をどのように算定するかという問題と、そのようにして算定された差額のすべてを賠償すべきか

(32) なお、前掲注4)・「中間とりまとめ」10頁では、「裁判所においても、実際のビジネスの本質を見て、損害額を認定する等の判断が行われているとの指摘もあった」とされている。また、上田・前掲注6) 64-66頁は、広告料収入等で収益を上げるビジネスについて、サービス自体が無償であるとしても侵害者が特許法102条2項の利益を受けていないのだと限定して解釈しなければならぬ積極的な根拠はなく、相当因果関係が認められる限り利益を受けていると認定して差し支えない旨を述べている。なお、上田は、広告ビジネスモデルと消耗品ビジネスモデルを並列に論じているが、本稿の整理では前者はビジネスモデル②、後者はビジネスモデル①となるので、並列に論じきれない部分がある。後掲注36)も参照。

という問題とは、レベルの違う問題であると考えられる。そこで、本稿では、前者を事実因果関係の問題、後者を保護範囲の問題として区別することとする。

具体的な論点としては、知的財産権の侵害がなかったとしたならば侵害者は代替製品として何を販売することが想定でき、それゆえにどの範囲の売上げを失ったと認定することができるのかや、権利者が侵害によって売上げを失ったのは、権利者製品そのものに限られるのか、その付随品も含まれるのかも問題になる。

ア 侵害がなかった場合の代替製品

侵害がなかった場合に、侵害者が販売し得た代替の侵害者製品（これを「代替製品」と呼ぶ）として何を想定するか。侵害がなかった場合に何らかの代替品を販売できたはずというのは規範的な判断に他ならないから、事実因果関係を認定する際には、代替製品は用意できないと想定することもあり得なくはない⁽³³⁾。しかし、私見は、侵害がなかったならば、すなわち、侵害開始前の段階において自らの行為が禁じられるとしたら、侵害者は、それを回避すべく別の手段を選ぼうとしたはずであり、一番もっともらしい代替手段を選択したと想定してよいと考える。それが禁止権の下、侵害者の取ることができる、もっとも合理的な行動といえるからである。

もちろん侵害者は侵害者製品を全く販売できなくなるという想定が一番もっともらしい場合には、代替製品はないと認定することができる。しかし、そのようにいえる場合とは、侵害部分が侵害者製品の不可欠な一部を構成し、かつその一部に代替するものが存在しない場合などに限られるであろう。

上記のような場合を除き、侵害者は何らかの代替製品を販売したはずだと想定できる。特許であれば、特許技術の代替技術を自ら開発したり、ライセンスを受けたりすることが十分あり得た場合には、代替製品の販売は可能であったといえるだろう。著作物についても、侵害者製品の中で同一の役割を果たす作品について、別の者にデザインを依頼する等により代替することが十分あり得たならば、代替製品の販売が可能であったといえると思われる。

代替製品の販売ができなかったならば、侵害者製品に対する需要のすべてが権利者製品に戻ったと認定しやすい。一方で、代替製品の販売ができるのであれば、なお代替製品の需要が維持され、権利者製品に需要は戻らなかったと認定しやすくなる。釣りゲータウン2事件や大熱狂！！プロ野球カード事件においては、侵害者は侵害部分を差し替えてゲームの提供を継続できるということを前提に、逸失利益の算定がされたように思われる。

新たなビジネスモデルに係る事件では、権利の対象は侵害者製品のごく一部を占めるにすぎない場合が多い。そのため、代替製品として何を想定するかが重要となる。

イ 権利者製品の付随品の取扱い

次に侵害がなかった時に需要が戻る権利者の製品に、権利者製品の付随品も含まれるかである。独立かつ完結した一つのものとして評価し得る商品・サービスであって、それに支払われる一群の対価が密接不可分といえる範囲のものを「権利者製品」と画するとしても、権利者製品と組み合わせられて商品・サービスが提供されることがある。ここで「付随品」と呼ぶのはそのような商品・サービスである。付随品の取扱いとい

(33) 金子・前掲注6) 62頁は、非侵害の仮想代替品の特徴・価格をどう想定するかについて、代替品の販売可能性を事実として認定できる事情が認められない場合について、仮想的な代替品の販売を規範的に想定することは、事実因果関係の認定においては行うべきではないと指摘する。金子は、代替製品の認定は、基本的には事実因果関係の問題と捉えつつも、事実として代替品の認定をできる場合は、本稿と比較して、相当限定的に理解しているようである。その上で、同65-66頁では、一定の場合に規範的に代替技術の想定をすべき場合がある旨も主張している。事実因果関係のある損害を高めに見つ、規範的に損害の範囲を限定することで調整を図るということだと思われる。

う論点は、従前から議論されてきた⁽³⁴⁾。

旅 nesPro 事件では、著作物たるデータベースを含む原告システムが販売され、これに付随してデータベースのメンテナンスサービスが提供されていた。仮に、システム自体は廉価で販売され、メンテナンス契約からの売上げが実質的にはシステムに対する対価としての意義を有するというビジネスモデルであったとすると、これは、システムとメンテナンス契約の組合せが、一つのまとまりとして権利者製品だと認めることができる。一方、そのような事実が全く認められない場合⁽³⁵⁾には、それぞれ独立した商品・サービスであるとして、メンテナンス契約は付随品であって権利者製品そのものではないと整理することになる。

このような付随品による売上げも、一般論としては、侵害行為と事実的因果関係を有する権利者の売上げに含まれ得る。旅 nesPro 事件で付随品の売上げとの因果関係が認められたのは、原告システムを購入した者でなければメンテナンス契約を結ぶことはできず、現に一定割合の者が締結している実績があるから、侵害行為により原告システムの需要が消失したことによって、付随するメンテナンス契約の需要も消失するからである。

新たなビジネスモデルに係る事件では、多くの商品・サービスが組み合わせられたビジネスが展開されているから、権利者製品の画定とともに、その付随品の取扱いが問題となる。権利者製品を購入した者でなければ購入することのできないもの、又は、権利者製品と共に利用することで真価を発揮するものは、事実的因果関係を肯定できると考えられる⁽³⁶⁾。

(3) 保護範囲

以上のように、侵害行為と事実的因果関係を有する売上げ減少の逸失利益を算定することができるとしても、そのすべてを損害賠償の対象とすべきかには議論が必要である。考え方としては、完全賠償原理⁽³⁷⁾に従い事実的因果関係を有するすべての逸失利益を損害賠償の対象とすべきという考え方と、何らかの原則に従って、一定の限度でしか賠償を認めないという考え方があり得る。賠償範囲の限定は、裁判例では通常「相当因果関係」という言葉で表現される。いわゆる保護範囲説⁽³⁸⁾によるならば、知的財産法は侵害行為を禁止することによりどのような損害が発生することを防止することを意図していたのかに依存して、賠償の限度が画されることになる。

知的財産権侵害の保護範囲についての議論は、従来それ自体が議論の対象とされてきたというよりは、寄

(34) 金子・前掲注6) 53頁, 67-75頁。また、増井和夫＝田村善之『特許判例ガイド〔第4版〕』（有斐閣, 2012年）393-394頁、中山信弘ほか編『新・注解特許法（中）〔第2版〕』（青林書院, 2017年）1787頁、1840-1841頁、1936頁（飯田圭）でも論じられている。

(35) 上記のような評価をしてよいか疑義が残る場合にも、独立の付随品と見て処理をすることがあり得る。次注も参照。

(36) 上田・前掲注6) 65頁では、付随品に係る問題を「消耗品ビジネスモデル」（ジレットモデル）を例にとりて議論している。法的構成としては、特許法102条2項にいう侵害行為「により」受けた利益といえる範囲の問題を、相当因果関係の問題と整理し、3つの見解を紹介している。本稿の整理では、ジレットモデルは、消耗品（たとえばトナー）に係る対価が本体（たとえばプリンター）に対する対価としての性質を有するなら、両者の組合せが侵害者製品と見て、本体の単価＋平均消耗品購入数をもとに侵害の行為により受けた利益を計算すればよいということになる。仮に必ずしもそのような対価関係を全面的に肯定することができない場合には、付随品と整理し、本体を購入した者でなければ消耗品を購入する意味がないから事実的因果関係を肯定した上で、あとは保護範囲に入るかという問題となる（そして、本稿は保護範囲に入るという立場を採っている）。ただし、そもそも102条2項の損害の性質を通説とおり売上減少の逸失利益と整理してよいかは議論の余地があると考えている。

(37) 窪田充見『不法行為法－民法を学ぶ（第2版）』（有斐閣, 2018年）306頁参照。同書によれば、不法行為と事実的因果関係を有する損害はすべて賠償しなければならないとの原理、あるいは、賠償義務者は賠償義務を基礎づける事実（侵害行為）があたかもなかったような状況を実現しなければならないという考え方と定義できる。対置される概念は、制限賠償原理である。

(38) 窪田・前掲注37) 330頁-331頁によると、法規違反行為（不法行為）と損害との間に当該行為の性質に照らして有意義な関連性があるかにより賠償範囲を決する考え方。換言すると、当該法規が発生防止を意図していた範囲で賠償されるという考え方。

与度⁽³⁹⁾の取扱い（特許発明・著作物が権利者製品の一部にすぎないという事情の取扱い）の中で議論されてきたといえるだろう。美容器事件大合議判決は、特許発明の特徴部分が特許製品の販売による利益の一部にしか貢献していないと認められる場合、その割合に従って、特許法 102 条 1 項にいう単位数量当たりの利益が減額して認定されるとし⁽⁴⁰⁾、二酸化炭素含有粘性組成物事件大合議判決は、特許発明が侵害品の部分のみに実施されている場合、特許法 102 条 2 項の侵害の行為により受けた利益が損害であるとの推定が一部覆滅されるとしている⁽⁴¹⁾。本稿で取り上げた旅 nesPro 事件、釣りゲータウン 2 事件、大熱狂！！プロ野球カード事件でも寄与度による減額が行われている。寄与度減額が正当化されるとしたら、事実上の因果関係のある逸失利益をすべて賠償の対象とせず、「寄与」が認められる範囲に保護範囲を限定するという考え方によるほかないだろう。逆に、特許発明・著作物が権利者製品の一部にすぎないという事情は、販売阻害事情（侵害がやんでも権利者製品に需要が戻らないといえる事情）としてのみ逸失利益と関係するという学説で有力な見解は、少なくとも寄与度減額として従来裁判所が行ってきたような形では、保護範囲が限定されることはないと考えていたといえるだろう⁽⁴²⁾。

寄与度による減額を、保護範囲論から正当化しようとしたのは金子である。金子によれば、特許権・著作権は、あくまで特許発明・著作物に関する需要に係る独占権であって、これと無関係な要素に係る需要は保護範囲に含まれない⁽⁴³⁾。また、権利者製品の売上げ・付随品の売上げのうち、特許発明及び著作物に対する需要に起因する売上げのみが賠償の対象となると論じている⁽⁴⁴⁾。他の学説でも、寄与とは「特許権が権利者製品の製造販売等による全利益に対してどの程度貢献しているか」⁽⁴⁵⁾とか、「特許発明が権利者製品の利益率を上昇させた程度」⁽⁴⁶⁾と論じるものがある。これらの見解は、特許発明が増加させた利益のみが特許権の保護範囲内にあり、それ以外の利益が侵害により減少させられてもそれは甘受すべきだという考え方を採っていることになるだろう。

なお、非実施の競合品による販売利益が保護範囲に含まれるかという論点があり、判例は、これも損害賠償の対象となると考えている⁽⁴⁷⁾。ある学説は、排他権により築き得る独占により確保し得る販売利益は、およそ特許権の保護範囲内にあり、したがって非実施の競合品による販売利益も逸失利益に含まれる旨を述

(39) 寄与度とは、特許発明・著作物の特徴部分が権利者製品の一部にすぎない場合、特許発明・著作物はその売上げに寄与している割合を認定し、算定される損害額に寄与度を乗じて損害額を減額することである（金子敏哉「日本法における特許権侵害に基づく損害賠償—モデル化による寄与率等へのアプローチ—」日本工業所有権法学会年報 41 号（2018 年）70 頁参照）。この運用を特許法 102 条 1 項においてどう位置付けるかについて、部分実施の事実は譲渡数量の一部を「販売することができないとする事情」となるとする説（田村善之「特許法 67 卷 1 号 141 頁、中山信弘『特許法〔第 4 版〕』（弘文堂、2019 年）401 頁。知財高判平成 18 年 9 月 25 日平成 17 年（ネ）10047 号〔椅子式エアーマッサージ器〕など）、部分実施の場合には製品全体の利益のうち特許発明の貢献した割合が「単位数量当たりの利益」の認定に考慮できるとする説（高部眞規子「渋谷追悼 192 頁）、特許発明の製品への寄与度が同項に基づく損害額の推定を金銭割合的に一部覆滅する事情となる説（鎌田薫「CIPIC ジャーナル 79 号（1998 年）23 頁。知財高判平成 17 年 9 月 29 日平成 17 年（ネ）10006 号〔液体充填装置におけるノズル〕）があった。

(40) 知財高判令和 2 年 2 月 28 日判時 2464 号 61 頁〔美容器事件大合議判決〕

(41) 知財高判令和元年 6 月 7 日判時 2430 号 34 頁〔二酸化炭素含有粘性組成物事件大合議判決〕

(42) 田村善之「特許法 102 条各項の役割分担論と損害論定立の試み—続—知的財産権と損害賠償—」知的財産法政策学研究 60 号（2021 年）21-25 頁及び注 46 は、侵害なかりせばあり得べき財産状態に権利者を回復させるためには寄与度減額をすべきでない旨を論じるが、これは完全賠償原理を前提とした立論といえるだろう。

(43) 金子・前掲注 6）58 頁。

(44) 金子・前掲注 6）59 頁によると、権利者製品全体の売上げのうち、特許発明・著作物を使用・享受したからこそ支払ったといえる部分に限定して賠償の対象とすべきことになる。また、同 73 頁は、権利者により、①侵害行為がなければ権利者の付随品等が販売できたとの事実上の因果関係が認められ、かつ、②権利者による特許発明の実施・著作物の利用が付随品の購買動機に寄与していることが立証された場合、当該付随品等に係る逸失利益についても損害賠償の対象とすることが認められる（ただし、購買動機への寄与度に応じた減額を認める）と議論する。

(45) 高部眞規子「特許権侵害による損害」Law & technology 90 号（2021 年）28 頁。

(46) 佐野信「製品の一部のみに特許発明が実施されている場合の特許法 102 条 1 項、2 項による損害額算定における諸問題」知的財産紛争の最前線 No.6（Law & technology 別冊）（2020 年）84 頁。

(47) 知財高判令和元年 6 月 7 日判時 2430 号 34 頁〔二酸化炭素含有粘性組成物〕、知財高判令和 2 年 2 月 28 日判時 2464 号 61 頁〔美容器〕参照。

べる⁽⁴⁸⁾。その一方で、非実施の競合品による販売利益は、適法行為によっても容易に減少してしまうような利益であり、これを特許法が保護すると解することには疑問があると指摘する見解もある⁽⁴⁹⁾。寄与度に関して保護範囲を限定する見解を採るなら、非実施の競合品による販売利益は保護範囲に含まれないとする方が議論は一貫するように思われる⁽⁵⁰⁾。

ここまでの議論の背景にあるのは、知的財産が権利者製品のごく一部を占めるにすぎない、又は、全く使われていない場合すらあるのに、権利者製品の売上げすべてを、ましてや付随品の売上げまで含めて、保護範囲に含めることが正当化し得るのかという問題である。この点に係る詳細な検討は他日を期したいが、さしあたり、本稿は、排他権を行使すれば確保し得たすべての逸失利益が損害賠償の対象となるという理解を採りたい。その理由は、知的財産権が排他権であり、他者の知的財産の利用を禁止して独占を築くことが正当であると考えられる以上、事実的因果関係の認められる売上げ減少の逸失利益はおよそ知的財産権の保護範囲に含まれると考えられるからである。保護範囲を限定しないと損害額が過大となるという考えは、直感的には理解できなくもないが、その正当化にはいまだ誰も成功していないように思われる⁽⁵¹⁾。そもそも、侵害がなかった場合でも侵害者が代替製品を提供できる場合には、事実的因果関係を有する損害額はそこまで高額にもならないように思われる⁽⁵²⁾。また、次項で述べるライセンス料相当額の算定の議論と混同している印象も否定できない。

知的財産権侵害に係る損害の保護範囲の論点は、損害論一般にとって重要なテーマである。しかし、その重要性は、知的財産が侵害者製品のごく一部を占めるにすぎないことが多い新たなビジネスモデルにおいては、より重要となるといえるだろう。

4.3. ライセンス料相当額を算定する上での論点

(1) ライセンス料相当額の意義

逸失ライセンス料に係る損害額（これを「ライセンス料相当額」と呼ぶ）を検討するに当たって、逸失ライセンス料の損害の性質についての本稿の理解を明らかにしておきたい。4.1.でも述べたとおり、本稿では、あくまでこれを逸失利益の一種と整理している。そこで、「侵害なかりせば」実現した世界として想定するのは、きわめて仮想的な世界である⁽⁵³⁾。すなわち、権利者と侵害者が、すべての情報を知った上で、

(48) 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『新・裁判実務大系(4) 知的財産関係訴訟法〔追補版〕』（青林書院、2004年）309-310頁。

(49) 佐野信「損害2（特許法102条2項・3項）」飯村敏明＝設樂隆一編『リーガル・プログレッシブ・シリーズ3 知的財産関係訴訟』（青林書院、2008年）。ただし、特許権は第三者に当該特許発明の実施をさせないという防衛目的で保持するという場合もあるから、損害の発生を認めないことが妥当であるかという疑問もあるとして、結論はなお留保している。

(50) 佐野・前掲注46)及び49)はその意味で一貫している。また、金子・前掲注6)48頁注4)は、権利者製品が非実施品であるが侵害品と直接的な競合関係がある場合の特許法102条1項1号・2項の適用の問題については、十分に検討できていないため、検討対象としないと述べているが、自らの見解を一貫させるなら保護範囲外とすべきと思いつつも、その結論に躊躇しているからこのような記述になっているということであろうか。

(51) 佐野・前掲注46)82頁は「寄与度・貢献度を考慮した減額をしないと、1項により算定される損害額が過大となる」とするがその理由は述べない。また、金子・前掲注6)64頁は「以上の本稿の記述は基本的に筆者の考え方を説明したものにすぎず、異なる立場に対して十分に説得的な論証をしていない」と自認する。自己利用していない場合でも差止請求権を行使することに異論はなく、知的財産を一部に組み込んだ製品全体を独占することも正当な知的財産権の行使の一形態と考える以上は、「過大」と評価する根拠がないと思われる。

(52) 換言すると、代替製品を想定することにより損害額を圧縮することは正当化できても、それ以外の理由により損害額を圧縮することは正当化し得ないのではないか、ということである。

(53) なお、田村・前掲注30)（2004年）248頁は、特許法102条3項の実施料相当額と、より現実的に侵害がなければ実施権者から取受し得たはずの「逸失実施料」を区別し、両者は別物と理解すべき旨を提唱している。想定が仮想的にすぎることが、前者は規範的損害であって逸失利益ではないと位置付ける根拠だと思われるが、本稿はその観察そのものには賛成である。しかし、本稿は、両者とも逸失利益と位置付けることが可能であり、その差は相対的なものと捉えている。なお、田村・前掲注42)33頁は、ライセンス料相当額の賠償を逸失利益の賠償として説明しようとする、侵害プレミアムを認め得ないと論じるが、侵害なかりせばの世界では「すべての情報を知ったうえで」という仮定をおけることを正当化できるのであれば、その額は事後的に見て相当な実施料額と一致すると思われる。

侵害開始前にライセンス交渉を行い、当該侵害行為について許諾を与えたと想定している。ここで、すべての情報を知った上とは、権利の有効性及び排他権を行使し得る範囲、並びに知的財産を利用した場合に双方が得られる利得などについて互いにすべて知っていることを意味する。本稿が、そのような想定が正当化できると考えるのは、それが本来実現すべき特許法の理想とする世界といえるからである。

権利者にとって侵害がなかった場合の選択肢としては、①権利者製品を販売し、侵害者製品の販売を禁止する、②権利者製品は販売せずに、侵害者にライセンスをする、③何もしない（権利者製品を販売しないし、侵害者製品の販売も禁止する）、のいずれかしかない⁽⁵⁴⁾。この中から自己の利益が最も高くなる選択肢を採るはずだが、③は通常は利益がゼロのはずである。そうすると、基本的には①か②であり、①のときに得られるはずの利益が売上げ減少の逸失利益であり、②のときに得られるはずの利益が逸失ライセンス料である。そして、ライセンス契約は、Xが自ら権利者製品を販売するよりライセンスをした方が得である場合に結ばれるから、権利者製品販売による利益(L) < 侵害行為により増加する侵害者の利益(G)の場合である。互いの利得構造について知りながら交渉した場合には、LとGの間の額で、ライセンスに合意するはずである。したがって、侵害行為により得られる利益の一部を分け合うようにライセンス料は定まるはずであるといえる。そして、侵害行為により増加する侵害者の利益のうちどの程度が権利者に渡るかは両者の交渉力に依存し、それは、侵害者のビジネスにとっての当該知的財産の不可欠性や代替可能性、両者の力関係、競争関係等によって定まると考えられる。

以上によれば、本稿では、ライセンス料相当額は、侵害をしなかった場合と侵害をした場合とを比較して、侵害者製品の利益がどの程度上昇したかを認定し、その全部又は一部を権利者に分配するという発想で算定すべきと考えている⁽⁵⁵⁾。

(2) ライセンス料相当額算定のベース

ライセンス料相当額の意義を上記のとおり考えることができるとしても、実務的には、ライセンス料相当額は、侵害者製品の売上高に実施料率を乗じて算定することになる⁽⁵⁶⁾。しかし、どの範囲の売上高が侵害により利益が上昇したといえる範囲かを意識することが重要であり、実施料率の決定に当たっても(1)で述べたような発想を持つことが重要となろう。逸失利益のときと同様、侵害がなかった場合に提供し得る代替製品が何かも重要となり得る。理念的には、代替製品により上げることができた利益と侵害者製品の利益の差額が、ライセンス料相当額算定の基礎となるはずだからである⁽⁵⁷⁾。

ライセンス料相当額算定の基礎となるべき売上高については、4. 2. (1)で議論したように、独立かつ完結した一つのものとして評価し得る商品・サービスであって、それに支払われる一群の対価が密接不可分といえる範囲のものを侵害者製品と捉えて、その売上高のすべてが実施料率を乗じる基礎となり得ると考えら

(54) 本段落の説明は、長岡・前掲注27) 313-332頁による。金子・前掲注39) 70頁も参照。

(55) 田村・前掲注42) 48頁は、特許法102条3項の相当実施料賠償額は「侵害行為による利益額という形で特許発明の実施行為から得られた利益額が判明し得るのであるから、それを参酌して特許権者に帰属すべき利益を配分するという作業により賠償額を決定することができる」と論じるが、具体的な算定方法としては、本稿の述べるところは田村の見解と相当程度一致するものと思われる。

(56) 知財高判令和元年6月7日判時2430号34頁〔二酸化炭素含有粘性組成物事件大合議判決〕は「原則として、侵害品の売上高を基準とし、そこに、実施に対し受けるべき料率を乗じて算定すべき」とする。

(57) なお特許法102条2項にいう侵害行為により受けた利益とは、「侵害の事実がなかったと仮定した場合に予想される財産の総額とその事実の発生した後の現実の財産の総額との差」を意味するという見解がある(特許庁編『工業所有権法(産業財産権法) 逐条解説 [第21版]』(発明推進協会, 2020年) 344頁)。これについて、田村善之「特許法102条2項における利益の意義・推定の覆滅と同条3項の相当実施料額の算定について—二酸化炭素含有粘性組成物事件知財高裁大合議判決—」知的財産法政策学研究58号(2021年)44頁((田村・前掲注30) 242頁も同旨)は、仮定的財産状態の証明は困難であって、これを求めることは損害立証の軽減を目的とする同項の目的とそぐわないから「侵害者が得た利益全額」が損害と推定されるべき旨を論じており、二酸化炭素含有粘性組成物事件大合議判決もその立場を採用している。ライセンス料相当額の算定でも同様の批判が可能であるから、侵害がなかったときの財産状態の証明を求めることは避ける必要があるだろう。

れる。同様に付随品の売上げも基礎となり得る⁽⁵⁸⁾。重要なのは知的財産の利用によりどれだけ利益が上昇したかであるから、侵害者製品の全体及び付随品の売上げもいったん算定の基礎としつつ、そのうちの利益の上昇に知的財産の貢献が認められる範囲を、実施料率を乗じるベースとすべきことになろう。

LINEの事件では、ふるふる機能の特許についての3項の実施料相当額算定の基礎として、ユーザからのスタンプと絵文字の売上げのみを算入し、ユーザからの着せ替えの売上げ、Line Outの売上げや、企業からのアカウント広告の売上げは除外した。裁判所は、LINEアプリ中の各オプションをそれぞれ一つの製品と捉えて、そのうちのスタンプ、絵文字のみを知的財産が利益に貢献している侵害者製品と理解していた可能性がある。しかし、現実の収益構造を捉えきるには、LINEというアプリ全体を一つの侵害者製品と捉えるべきであろう。LINEでスタンプに課金することは、純粋にスタンプそのものに対価を払っているというより、LINEというサービスそのものに対価を支払っているという側面が否定できないからである。その上で、特許技術が利益に貢献する売上げを選別するという作業を行うべきであったといえるだろう⁽⁵⁹⁾。

Yahoo!の事件では、3項の実施料相当額算定の基礎として、広告については、発明が直接利用されている広告の売上げのみをベースにし、天気予報については、ベースとなる売上げはないと判断している。Yahoo!というサイトは、閲覧者という顧客と広告出稿者という2種類の顧客がいる、全体として一つの商品・サービスだという見方もできる⁽⁶⁰⁾。このような見方に立てば、広告の収入も含めたあらゆる収益をサイトYahoo!の売上げであると見、あとは天気予報というコンテンツの収益への寄与度、地域ターゲティング技術の広告収入への寄与度を評価して、サイト全体の売上げに対する実施料率を算定していくという算定方法もあり得たであろう。しかし、判決がそのような方法を採用しなかったのは、当事者の主張ももちろんあるが、天気予報というコンテンツ、それぞれの広告出稿枠が侵害者製品であり、「Yahoo!」自体が侵害者製品であるという見方はしなかったからだといえよう⁽⁶¹⁾。

(3) 侵害者利益への貢献度

ライセンス料相当額の算定に当たっては、知的財産の利用によりどれだけ利益が上昇したかが重要な考慮要素となる。この判断においては、知的財産の利用がなかった場合に侵害者はどのような代替製品を供給できたのかや、知的財産を利用することによって代替製品と比較してどれだけ利益を上昇させられたかが重要な考慮要素となると考えられる。売上げ減少の逸失利益においては保護範囲を限定しない立場を採ったとしても、ライセンス料相当額の認定にあつては、いわゆる寄与度の認定と類似の判断が重要となってくる。

日本では、ライセンス料相当額の算定は侵害製品全体の売上げをベースとすることが多いとされるが⁽⁶²⁾、米国特許法では、SSPPU (Smallest salable patent practicing unit: 取引可能な最小の特許実施単位) をベースとする考え方も有力である⁽⁶³⁾。このような議論が登場する背景には、特許技術が売上げに貢献している限度で賠償額を定めるべきだという考え方があると思われる。知的財産の利用によりどれだけ利益が上昇したかの過大な評価を避けるために、日本でも、SSPPUをベースとした算定が選択肢の一つとなるだろう。

(58) 中山・前掲注34) 2015頁〔飯田圭〕によると、特許法102条3項において付随品の売上げを実施料相当額算定の基礎にした裁判例もある。

(59) 「ふるふる」機能に係る技術はLINEというプラットフォームの魅力全般に影響するものであるから、仮にその貢献度が低いものだとしても、特許技術が絵文字・スタンプについてのみ利益に貢献していたと認定することはできないように思われる。

(60) 天気予報の場合、閲覧そのものは確かに無料でできるのだが、Yahoo!というプラットフォーム全体で見れば、天気予報を見たくて閲覧する者に広告も見せるというビジネスモデルになっているということになる。

(61) 広告出稿枠についていうと、YDN、プレミアム広告、スポンサードサーチはそれぞれ別の商品であり、特許技術を利用したYDN及びプレミアム広告のみが「侵害品」であり、したがって、それらの売上げのみが損害算定の基礎となるということであろう。

(62) 中山・前掲注34) 2026頁〔飯田圭〕。

(63) 宮脇正晴「特許法102条3項の下での損害額の算定—事前のライセンス契約例がある場合の、事後的にみて妥当な実施料額の算定」知的財産紛争の最前線No.7 (Law & technology 別冊) (2021年) 51頁。

Yahoo!の事件及びLINEの事件でも、3項の適用において、特許技術が貢献したといえる売上げの範囲に限定して実施料相当額を算定したと解する余地がある。Yahoo!の事件では、広告の売上げからスマートフォンからモバイル接続を利用した場合を除くという作業をしているが、これは、その売上げには特許技術が貢献をしていないという評価があったからであろう。その一方で、「年齢」、「性別」、「行動履歴」など「地域」以外のターゲティング機能に対する部分の売上げは除いていないが、特許技術たる地域ターゲティング機能の貢献がそれらの売上げにも及んでいるという評価があったからだと思われる。LINEの事件においては、アプリ全体の売上げのうち、スタンプと絵文字の売上げに限定し、さらに「ふるふる」により登録される友だちに割合を乗じているが、特許技術が貢献した売上げに限定する趣旨であったと解する余地もあろう。

4.4. 小括

新たなビジネスモデルが関わる場合において売上げ減少の逸失利益を算定するためには、侵害がなかったとした場合と侵害があった場合との権利者の利益状態の差額を算定することが必要である。このため、①権利者製品又は侵害者製品の確定、②これらの付随品の売上げの取扱い、③侵害がなかった場合に侵害者が提供し得た代替製品の認定が問題となる。これらが定まって初めて、侵害がなかったとしたときに、侵害者製品及びその付随品に支払われていた対価のうち、どの程度が権利者製品及びその付随品に戻ってくるかというのを認定できるからである。また、そのようにして認定される事実的因果関係を有する損害のうち、④売上げに対して知的財産が貢献している寄与度を考慮して、回復させるべき損害を限定すべきかも問題となる。

ライセンス料相当額は、理念的には、侵害がなかったとした場合と侵害があった場合との侵害者の利益状態の差額を算定し、その一部を権利者に分け与えるように算定すべきと考えられる。この際にも、上記①～④の要素は重要となるといえる。ライセンス料相当額を実際に算定する際には、基礎となる売上額に実施料率を乗じることとなる。すなわち、①侵害者製品の売上額及び②その付随品の売上額を算定し、実施料率という形で、その何パーセントが、知的財産を利用したがゆえに上昇した利益といえるかを認定することになる。そのパーセンテージは、③侵害がなかった場合に侵害者が提供し得た代替製品として何を想定するか、④侵害者の①及び②の売上げに知的財産が貢献した程度によって、変化し得るはずである。なお、侵害者製品及びその付随品の売上げのうち、知的財産がその利益に寄与していないことが明らかな部分がある場合には、その部分を除いた一部をその基礎とすべきである。いわゆるSSPPUをライセンス料相当額算定の基礎とすべきという考え方は、上記と一致する限度で支持し得る。

①については、独立かつ完結した一つのものとして評価し得る商品・サービスであって、それに支払われる一群の対価が密接不可分といえる範囲のものを、一つの商品・サービスと捉えるところから出発すべきと考えられる。新たなビジネスモデルの場合、この評価が単純ではないために、社会経済的な実態を十分に把握して柔軟に判断することが求められるといえるだろう。そして、このように捉えるならば、同じ一つの商品・サービスに対するものといえる限り、別の顧客グループや価格差別されている者からの売上げも、少なくともいったんは算定の基礎とすべきということになる。裁判例には、独立かつ完結したものとはいえない細かな単位を基準に考えるものが見られたが、損害を正確に捉えきれないと思われる。

②については、組み合わせられる付随品の売上げもいったん損害額算定の基礎とすべきである。逸失利益の算定においては、排他権を用いて権利者が独占し得た範囲を余すことなく捉えることが議論の出発点となり、ライセンス料相当額の算定においても、それらの利益の上昇に知的財産が貢献している可能性が一般には否定できないからである。また、③について、侵害がなかった場合に侵害者は常に何もできなかったと想定することは侵害者の行動として合理的とはいえないから、侵害がなかったとしても、侵害者は一番もっともらしい代替製品を供給できたことを想定すべきであろう。

④は、知的財産権侵害の賠償範囲、すなわち、保護範囲の問題である。売上げ減少の逸失利益の算定においては、この点についてどのような立場を採るかが重要となる。本稿は、さしあたり、排他権を行使すれば

確保し得たすべての逸失利益が損害賠償の対象となるという立場を採ったが、保護範囲を限定すべきという意見も根強く、そもそも大合議判決がその立場である。保護範囲を限定するとしても、具体的にどうすべきかは大合議判決も未解決であり、さらなる検討を要する。

5. おわりに：まとめと残された課題

本稿では、「新たな」ビジネスモデルが用いられる場面において、知的財産権の侵害が認められた場合の損害額の算定方法について検討してきたが、基本的には、現在の議論の枠組みを使って、損害の認定が可能であることが明らかになったといえる。ただし、権利者製品・侵害者製品をどう把握するか、事実的因果関係の認定、保護範囲の認定において、十分に事案の特質を踏まえた認定を行うべきであるといえる。

一方、本稿では、上述の議論を、特許法 102 条又は著作権法 114 条の解釈論に落とし込む作業が十分にできていない。特に、モノの取引を念頭に置いている 1 項の文言との接合の可否や、2 項を売上げ減少の逸失利益の推定と理解すべきなのかという問題については、稿を改めて検討する必要がある。さらに、原則は広く損害の範囲を見積もりつつ、5 項の逸失利益の軽過失減額の規定を活用して、賠償額の調整を図るという方向性も検討すべきと考えている。

残された課題は多いが、本稿が今後の議論の基礎となることを願って結びとすることとしたい。

以上