HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	美容器事件及び二酸化炭素含有粘性組成物事件に係る各知財高裁大合議判決と令和元年改正特許法の下での損害論についての考察・続
Author(s)	飯田, 圭
Citation	知的財産法政策学研究, 64, 113-163
Issue Date	2022-10
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/87429
Type	departmental bulletin paper
File Information	64_04_Iida.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

連続企画：特許権侵害に対する損害賠償　その６

美容器事件及び二酸化炭素含有粘性組成物事件に係る各知財高裁大合議判決と令和元年改正特許法の下での損害論についての考察・続

飯　田　　圭

１．はじめに

特許法102条３項（以下「３項」という。以下同様に「特許法102条」は省略する）による「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」（以下「実施料相当額」という）の算定に関し、知財高特判令和元年６月７日[1]は、3項「による損害は、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である」と判示したうえで、３項「に基づく損害の算定に当たっては、必ずしも当該特許権についての実施許諾契約における実施料率に基づかなければならない必然性はなく、特許権侵害をした者に対して事後的に定められるべき、実施に対し受けるべき料率は、むしろ、通常の実施料率に比べて自ずと高額になるであろうことを考慮すべきである。したがって、実施に対し受けるべき料率は、①当該特許発明の実際の実施許諾契約における実施料率や、それが明らかでない場合には業界における実施料の相場等も考慮に入れつつ、②当該特許発明自体の価値すなわち特許発明の技術内容や重要性、他のものによる代替可能性、③当該特許発明を当該製品に用いた場合の売上げ及び利益への貢献や侵害の態様、④特許権者と侵害者との競業関係や特許権者の営業方針等訴訟に現れた諸事情を総合考慮して、合理的な料率を定めるべきである」と判示した。

[1] 知財高特判令元・6・7判時2430号34、50頁〔二酸化炭素含有粘性組成物Ⅱ事件〕。

また、3項（及び令和元年特許法改正[2]前1項（以下「旧1項」という）における侵害品の譲渡数量の控除分に係る3項による実施料相当額の請求を同改正により原則肯定した1項2号。以下「1項2号」は省略する）による実施料相当額の算定における契約例や業界相場の増額（いわゆる侵害プレミアムの上乗せ）の肯否との関係において、同改正により4項が新設され、「裁判所は、…特許権者…が、自己の特許権…に係る特許発明の実施の対価について、当該特許権…の侵害があつたことを前提として当該特許権…を侵害した者との間で合意をするとしたならば、当該特許権者…が得ることとなるその対価を考慮することができる」こととされた。

かかる知財高裁大合議判決及び令和元年改正特許法の下で、本稿は、3項による実施料相当額の算定方法、特に、侵害態様の部分での特許発明の実施の場合における特許発明の寄与度の考慮(2)と、侵害プレミアムの上乗せの肯否及び4項所定の「裁判所は…考慮することができる」との規定文言の解釈(3)とについて、検討するものである。また、前稿[3]及び本稿(2)において、1項1号、2項及び3項における権利者製品及び／又は侵害態様の部分での特許発明の実施の場合における特許発明の寄与度の考慮について、検討したところを前提に、本稿は、さらに、1項1号、2項及び3項による権利者製品又は侵害態様の付随品等に係る損害賠償請求の肯否(4)について、検討するものである。

また、権利者製品及び／又は侵害態様の部分での特許発明の実施の場合に関し、知財高特判令和2年2月28日は、旧1項本文所定の権利者が「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」について、「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であっても、特許権者の製品の販売によって得られる限界利益の全額が特許権者の逸失利益となることが事実上推定される」と判示し[4]、かかる「全額」「推定」がそもそも及ばない例外を明示的には許容していない一方、知財高特判令和元年6月7日は、

---

[2] 令和元年法律第3号。

[3] 飯田圭「美容器事件及び二酸化炭素含有粘性組成物事件に係る各知財高裁大合議判決と令和元年改正特許法の下での損害論についての考察」知的財産法政策学研究62号（令3）11-20頁及び41-49頁。

[4] 知財高特判令2・2・28（平31（ネ）10003号）最高裁HP〔美容器Ⅱ事件〕。

2項「所定の侵害行為により侵害者が受けた利益の額とは、原則として、侵害者が得た利益全額であると解するのが相当であって、このような利益全額について同項による推定が及ぶと解すべきである」と判示し[5]、かかる「全額」「推定」がそもそも及ばない例外を明示的に許容した。

かかる各知財高裁大合議判決の下で、本稿は、さらに、1項1号及び2項における権利者製品及び／又は侵害態様の部分での特許発明の実施の場合における「全額」「推定」が及ばない例外の許否(5)について、検討するものである。

2．3項による実施料相当額の算定方法について

(1) はじめに

ア．実施料相当額の意義、算定基準時及び算定資料について

3項における実施料相当額とは、裁判例[6]及び学説[7]上、一般に、特許発明の実施料として客観的に相当な額と解されている。

そして、かかる客観的に相当な額は、裁判例上、侵害者における侵害品の利益率が高いこと[8]、侵害者における侵害品の利益率が低いこ

---

[5] 前掲知財高特判判時2430号46頁〔二酸化炭素含有粘性組成物Ⅱ事件〕。

[6] 旧特許法に係る名古屋高判昭32・6・26下民集8巻6号1165、1179-1180頁〔製材用送材車の進退装置事件〕、旧特許法に係る東京地判昭36・11・20下民集12巻11号2808、2820頁〔書架用支柱事件〕、大阪地判平元・4・24無体集21巻1号279、313頁〔製砂機ハンマー事件〕等。

[7] 品川澄雄「85不実施特許権者の損害額の算出」我妻榮編集代表「特許判例百選」〔別冊ジュリ8号〕(有斐閣、昭41)185頁、筒井豊「損害(3)－複数の権利の侵害」牧野利秋編「工業所有権訴訟法」(裁判実務大体系(9))(青林書院、昭60)347頁、髙松宏之「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」(新・裁判実務大系(4))(青林書院、平13)320頁、古城春実「損害論の現状と展望」金・商1236号(平18)81頁(同「特許・実用新案侵害訴訟における損害賠償の算定(5)」発明86巻(平元)5号39頁等も同旨)、竹田稔＝松任谷優子「知的財産権訴訟要論(特許編)」(発明推進協会、〔第7版〕平29)370頁等。

[8] 名古屋地判昭58・3・18判タ514号291、294頁〔打撃練習用ボールの自動回収および供給装置事件〕、不当利得返還請求に係る名古屋地判平10・3・6判タ1003号277、284

と[9]、侵害者が侵害により利益を得ていないこと[10]、等の侵害開始時以後の事情をも考慮して事後的に算定されてきた。また、学説上も、一般に、事実審の口頭弁論終結時までに顕出された資料により判明する諸事情を考慮して事後的に算定すべきものとされている[11]。

この点、平成10年特許法改正[12]により同改正前２項（以下「旧２項」という）所定の「通常」との規定文言を削除した趣旨は、「訴訟当事者間の具体的事情を考慮した妥当な実施料相当額が認定できるよう」明確化する点にあり、かかる事情としては、「侵害者の得た利益」等の侵害開始時以後の事情をも含めて、事実審の口頭弁論終結時までに顕出された資料により判明する「訴訟当事者間において生じている諸般の事情」が想定されていた[13]。かかる旧２項の改正の趣旨によれば、実施料相当額が、事実審の口頭弁論終結時までに顕出された資料により判明する諸事情を考慮して事後的に算定されるべきことは、より一層明らかであろう[14]。

頁〔示温材料事件〕、東京地判平10・7・24判例工業所有権法〔第２期版〕5329の18、22頁〔ガスライター事件〕、名古屋高判平17・4・27（平15（ネ）277号）最高裁HP〔圧流体シリンダ事件〕、東京地判平24・5・23（平22（ワ）26341号）最高裁HP〔油性液状クレンジング用組成物事件〕等。

9 東京地判平２・２・９判時1347号111、132頁〔クロム酸鉛顔料Ⅰ事件〕、大阪地判令元・6・20（平29（ワ）9201号）最高裁HP〔シリコーン・ベースの界面活性剤を含むアルコール含有量の高い発泡性組成物事件〕等。

10 不当利得返還請求に係る大阪地判昭50・３・28判タ328号364、366頁〔関着接手事件〕等。

11 中山信弘編著「注解特許法」上巻（青林書院、〔第３版〕平12）1064-1065頁〔青柳玲子〕、田村善之「特許権侵害に対する損害賠償額の算定」パテ67巻（平26）１号130頁（同「知的財産権と損害賠償」（弘文堂、〔新版〕平16）219-221頁等も同旨）、中山信弘「特許法」〔法律学講座双書〕（弘文堂、〔第４版〕令元）416-417頁等。

12 平成10年法律第51号。

13 特許庁総務部総務課工業所有権制度改正審議室編「平成10年改正／工業所有権法の解説」（発明協会、平10）22-23頁、中山編著・前掲注11・1058頁〔青柳玲子〕、増井和夫＝田村善之「特許判例ガイド」（有斐閣、〔第４版〕平24）381頁〔田村善之〕（田村善之「損害賠償に関する特許法等の改正について」知管49巻（平11）３号338頁等も同旨）等。

14 なお、かかる「事後的に見て相当な実施料額」は、規範的損害概念に馴染むとの

イ．実施料相当額の算定方法の一般論について

次に、かかる実施料相当額の算定方法の一般論としては、学説上、「当該事案に応じた各種算出方法が可能と解され」ており[15]、「一般的にはそれぞれの業界の実施料に関する実例に徴して決すべき」とされている[16]。また、「実施料相当額は、侵害者が特許権を権限なく使用したことにより得た利益（基本的には『限界利益』）を基準として、その中の被侵害特許発明の寄与分（経済的利益への貢献割合）を算定する方法…が最も合理的である」とする見解がある[17]一方、「原則として、侵害品の売上高を基準とし、そこ

見解（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ー続・知的財産権と損害賠償ー」知的財産法政策学研究60号（令３）38頁）があるが、３項が対象とする損害の種類を多数説（中山信弘＝小泉直樹編「新・注解特許法」中巻（青林書院、〔第２版〕平29）1987頁〔飯田圭〕参照）のように侵害者から得べかりし実施料の喪失と解した場合でも、実施料相当額の算定において、侵害開始時を基準に契約・その交渉を仮想することになる必然性はなく、侵害者から得べかりし実施料額として、事実審の口頭弁論終結時を基準に、実施許諾されるものとすれば客観的に相当な額を事後的に算定するものとすることも、十分に可能であり（吉田和彦「損害賠償」高林龍＝三村量一＝竹中俊子編集代表「知的財産法の実務的発展」〔現代知的財産法講座Ⅱ〕（日本評論社、平24）173-180頁）、かかる多数説から４項の上記規定文言も合理的に説明できる。因みに、平成10年特許法改正の際の工業所有権審議会法制部会損害賠償等小委員会報告書「知的財産権の強い保護」（平成９年11月25日）83頁において「合理的実施料の算定においては個別事情を考慮することが可能となっている」外国法制度として踏まえられた米国及びドイツの状況のうち、米国の判例（Georgia-Pacific Corp. v. United States Plywood Corp., 318 F. Supp. 1116 (S.D.N.Y. 1970), modified and aff'd sub nom. Georgia-Pacific Corp. v. United States Plywood-Champion Papers, Inc., 446 F.2d 295 (2d Cir.), cert. denied, 404 U.S. 870 (1971).）におけるジョージア・パシフィック・ルールにおいては、特許権者と侵害者との侵害開始時のライセンスの仮想交渉により合意されたであろう実施料額を基準とし、様々な要素を考慮すべきものとされている。他方、ドイツの判例においては、前記損害賠償等小委員会報告書85頁によれば、「相当実施料としては、判決時を基準時として算定される『事後的にみて客観的に相当な』実施料が判例上認められている」とされている。

[15] 中山編著・前掲注11・1075頁〔青柳昤子〕。

[16] 品川・前掲注７・185頁。

[17] 日本知的財産仲裁センター実施料判定プロジェクトチーム研究報告書（平30）２頁。

に、実施に対し受けるべき料率を乗じて算定すべき」とする見解もある[18]。

また、裁判例上、「どのような計算方法で使用料相当額を計算すべきかは、それが特段不合理なものであるときは別として、商標権者の主張するところによるのが相当である」と判示したもの[19]、「原則として、侵害品（直接侵害品又は間接侵害品）の売上高を基準とし、そこに、当該特許発明自体の価値や当該特許発明を当該製品に用いた場合の売上げ及び利益への貢献などを斟酌して相当とされる実施料率を乗じて算定するのが相当である」と判示したもの[20]、「侵害行為である不正競争の具体的態様に応じて合理的な支払方法に基づき算定することが相当である」と判示したもの[21]等がある。

そして、かかる状況の下で、知財高特判令和元年６月７日は、３「項による損害は、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である」と判示し[22]、大多数の裁判例

---

[18] 髙部眞規子「特許権侵害による損害」L&T90号（令３）33頁（同「実務詳説特許関係訴訟〔第３版〕」（金融財政事情研究会、平28）266頁も同旨）。

[19] 商標法38条３項に係る大阪地判平17・12・８判時1934号109、119頁〔中古車の110番商標事件〕。

[20] 知財高判平27・11・12判時2287号91、113頁〔生海苔異物分離除去装置における生海苔の共回り防止装置Ⅱ事件〕。

[21] 不正競争防止法５条３項に係る大阪地判令２・10・１（平28（ワ）4029号）最高裁HP〔リフォーム事業営業秘密侵害事件〕。

[22] 前掲知財高特判判時2430号50頁〔二酸化炭素含有粘性組成物Ⅱ事件〕。前掲大阪地判〔シリコーン・ベースの界面活性剤を含むアルコール含有量の高い発泡性組成物事件〕、知財高判令元・９・11（平30（ネ）10006号）最高裁HP〔システム作動方法及び遊戯装置制御方法事件〕、知財高判令２・11・18（令２（ネ）10025号）最高裁HP〔発光装置事件〕、東京地判令３・１・20（平29（ワ）24942号）最高裁HP〔ウェブページ閲覧方法およびこの方法を用いた装置事件〕、東京地判令３・１・29（平30（ワ）1233号）最高裁HP〔コンクリート造基礎の支持構造事件〕、東京地判令３・５・19（平29（ワ）36506号）最高裁HP〔コンピュータシステムおよびプログラム事件〕及び東京地判令３・８・31（平30（ワ）1130号）最高裁HP〔印刷された再帰反射シート事件〕も同旨。また、商標権に係るものではあるが、大阪地判令３・４・26（平31（ワ）784号）最高裁HP〔たこ焼工房商標事件〕及び東京地判令３・６・28（平31（ワ）8117号）最高裁HP〔夢商標事件〕も同旨。

の算定式[23]に沿って、実施料相当額の算定方法の一般論に係る原則を定立したものである。

この点、3項が、利得吐き出しを目的としない、確認規定的なものであり、その対象とする損害の種類が、侵害者から得べかりし実施料の喪失と解されること[24]からすれば、一般に侵害者の限界利益を基準に特許発明の寄与分を算定する方法が「最も合理的」であるとは言い難い。他方、アに述べた通り実施料相当額が特許発明の実施料として客観的に相当な額である以上、その算定方法は、一般論としては、当該事案に応じて、当該業界における実施料の実例に徴して決せられるべきものとして、各種のものが可能と考えられるところ、特許権が特許権者に無断で侵害された場合であることや一般的な業界における特許発明の実施料額の算定方法に照らせば、一応、特に不合理でない限り、特許権者の主張する算定方法や侵害による侵害者の売上高を基礎とする算定方法によることが相当である場合が多いものと考えられる[25]。

（2）実施料相当額の算定における侵害品の売上高の算定方法、特に侵害態様の部分での特許発明の実施の場合における非実施部分の売上高相当分の控除の肯否について

そして、実施料相当額の算定における侵害品の売上高の算定方法、特に侵害態様の部分での特許発明の実施の場合における非実施部分の売上高相当分の控除の肯否については、裁判例[26]上、非実施部分が実施部分と侵

---

[23] 中山＝小泉編・前掲注14・2009頁〔飯田圭〕参照。

[24] 中山＝小泉編・前掲注14・1988頁〔飯田圭〕参照。

[25] この点、特に侵害による侵害者の売上高を基礎とする「算定式を採用する場合には、実施料率を調整することで妥当な額を算出することが可能であるうえ、事前のライセンスの例と比較した場合の規範的な考慮も働かせやすいという利点も考えられるから、事後の算定に適している面があることはたしかである。売上×実施料率という算定式が論理必然ではないとしても、算定の枠を裁判所があらかじめ明示することは、当事者の主張立証すべきポイントを明確化して算定コストを削減する効果はあろう」とする見解（宮脇正晴「判批」L&T86号（令2）93頁）がある。

[26] なお、米国の裁判例によれば、侵害品の部分での特許発明の実施の場合における実施料相当額の算定上、apportionmentの原則（Garretson v. Clark, 111 U.S. 120, 4 S.Ct.

害機能的に別体かつ非実施部分の売上高相当分が算定可能な場合に肯定例が複数ある[27]一方、非実施部分が実施部分と侵害機能的に一体の場合に

291, 28 L.Ed. 371 (1884).）の下、原則として、製品全体ではなく（Uniloc USA, Inc. v. Microsoft Corp., 632 F.3d 1292 (Fed. Cir. 2011).）、最小販売可能特許実施単位（smallest salable patent practicing unit）を基礎に、さらにapportionmentすべきものとされる（LaserDynamics, Inc. v. Quanta Computer, Inc. et al., 649 F.3d 51 (Fed. Cir. 2012); Versata Software, Inc. v. SAP America, Inc., 717 F.3d 1255 (Fed. Cir. 2013); VirnetX, Inc. v. Cisco Systems, Inc., 767 F.3d 1308 (Fed. Cir. 2014); Ericsson, Inc. v. D-Link Systems, Inc., 773 F.3d 1201, 1226 (Fed. Cir. 2014); Finjan, Inc. v. Blue Coat Sys., 879 F.3d 1299 (Fed. Cir. 2018); Power Integrations, Inc. v. Fairchild Semiconductor Int'l, Inc., 904 F.3d 965 (Fed. Cir. 2018), rehearing en banc denied, 2018 U.S. App. LEXIS 26837 (Fed. Cir. 2018).）。他方、かかるapportionmentの例外として、the entire market value rule (Garretson v. Clark, 111 U.S. 120, 121, 4 S.Ct. 291, 28 L.Ed. 371 (1884).) により、製品全体を基礎とし得るものとされる（Rite-Hite Corp. v. Kelley Co., Inc., 56 F.3d 1538 (Fed. Cir. 1995)(en banc), cert. denied, 516 U.S. 867 (1995); King Instruments Corp. v. Perego, 65 F.3d 941 (Fed. Cir. 1995), cert. denied, 517 U.S. 1188 (1996); Fonar Corp. v. GE, 107 F.3d 1543 (Fed. Cir. 1997); Bose Corp. v. JBL, Inc., 274 F.3d 1354 (Fed. Cir. 2001); Lucent Techs., Inc. v. Gateway, Inc., 580 F.3d 1301 (Fed. Cir. 2009); AstraZeneca AB v. Apotex Corp., 782 F.3d 1324 (Fed. Cir. 2015).）。

この点、基本的に、日本の裁判例の判断枠組みは、全体額をスタートラインにするものであるのに対し、米国の裁判例の判断枠組みは、部分額をスタートラインにするものである点で、異なるものの、その余は、日米ともに同様の点が問題とされているようである。

[27] この点、原反掛部、製袋部、U型打抜き部及び排出コンベア部からなる製袋機全体の売上高から製袋部に係る封着部離間装置以外のU型打抜き部、排出コンベア部及び付属電気部品に係る分離算定可能な売上高相当分を控除したものがある（東京地判平4・9・30判例工業所有権法〔第2期版〕5401の1、7頁〔製袋機の封着部離間装置事件〕）。

また、侵害ゲームソフトと非侵害ゲームソフトとのパッケージ商品について、非侵害ゲームソフトが単独で流通する別個の商品でもある場合に、全体の売上高から当該非侵害ゲームソフトの売上高相当分を控除し、侵害ゲームソフトと関連グッズの同梱品について、同じ侵害ゲームソフトに関連グッズの同梱の有無で販売価格差がある場合に、全体の売上高から当該関連グッズの売上高相当分を控除したものがある（前掲知財高判〔システム作動方法及び遊戯装置制御方法事件〕）。

さらに、地域ターゲティング機能に係る侵害方法及び装置が用いられるウェブサイト上の地域ターゲティング広告等のサービスの売上高総額から地域ターゲティ

は非実施部分の売上高相当分が算定可能なときでも否定する例やさらに特許発明の寄与度ないし利用率を考慮する例が多数ある[28]。

ング機能と関連しない部分を控除したものがある(前掲東京地判〔ウェブページ閲覧方法およびこの方法を用いた装置事件〕)。

また、「ふるふる」によるユーザ同士の友達登録機能に係る侵害コンピュータシステム及びアプリケーションソフトが用いられる事業における「アカウント広告」及び「コミュニケーション」の各売上げのうち、同機能と無関係又は関係希薄な企業等からの「アカウント広告」分は対象とせず、また、ユーザからの「コミュニケーション」分のうち、ユーザとの友達登録及びその後の交流と無関係又は関係希薄な「着せ替え」分及び「LINE Out」分は対象としなかったものがある(前掲東京地判〔コンピュータシステムおよびプログラム事件〕)。

[28] この点、一般に侵害部分を構成の一部として完成された製品全体として取引され、侵害部分のみが取引されず、かつ、本件も同様である場合、侵害品としては、侵害部分ではなく、製品全体とすべきものとされている(旧特許法に係る前掲東京地判〔書架用支柱事件〕)。

また、侵害部分が侵害品全体と機構上も商品価値の構成上も密接に結合した関係にある場合、侵害部分のみの売上高ではなく、侵害品全体の売上高を基準としつつ、特許発明が侵害品全体に占める割合(利用率)を考慮すべきものとされている(東京地判昭47・5・22無体集4巻1号294、310頁〔光導電体を使用する等間隔目盛露出光計事件〕)。

さらに、侵害部分の目的が製品全体を対象とし、両者が一体不可分の関係にある場合、侵害部分のみの売上高を基準とすべき理由はないとしつつ、製品全体の売上高を基準に、利用率を考慮すべきものとされている(大阪地判平3・9・30知財集23巻3号711、730頁〔受水槽事件〕)。

また、侵害部分が被告製品に組み込まれて一体不可分で、販売が被告製品単位の場合に、被告製品全体の売上高を基準に、侵害部分の寄与度ないし利用率さらには実施料率を乗じる方法を採るべきものとされている(補償金請求に係る名古屋地判平4・7・24判例工業所有権法〔第2期版〕2399の296、301頁〔海苔調合液の濃度制御用表示盤事件〕)。

さらに、侵害材料を用いた製品の最大の特徴として侵害材料が不可欠の場合に、製品の販売額に原価割合を乗じて侵害材料相当分のみを基礎とすることは相当ではなく、製品の販売額を基礎とすべきものとされている(前掲名古屋地判判タ1003号287頁〔示温材料事件〕)。

また、侵害部分が非侵害部分と一体となって被告製品を構成する場合、被告製品の売上高から侵害部分に相当する売上高を算出し、それに相当実施料率を乗ずる方

(3) 実施料相当額の算定における相当実施料率の算定方法の一般論について

他方、実施料相当額の算定における相当実施料率の算定方法の一般論については、特に(1)アに述べた通り旧2項所定の「通常」との規定文言の削除により「訴訟当事者間の具体的事情を考慮した妥当な実施料相当額が認定できるよう」明確化された平成10年特許法改正以後より一層、学説[29]

法は妥当ではなく、被告製品全体の売上高を基礎とし、非侵害部分は相当実施料率を判断する際の一事情として考慮するのが相当であるとされている(知財高判平22・2・24(平21(ネ)10012号)最高裁HP是認の東京地判平20・12・24(平17(ワ)21408号)最高裁HP〔電圧形インバータの制御装置事件〕)。

さらに、特許発明部分が侵害態様の内部で分離困難に実施され、侵害態様の機能・性能・品質・コスト等に影響し、当該侵害態様により販売収益が得られたときには、当該特許発明部分に独立の市場価値があるときでも、売上高自体は、必ずしも直ちに侵害部分に限定することを要さない一方、寄与度を考慮し得べきものとされている(前掲知財高判〔発光装置事件〕)。

[29] 以下に摘示するもののほか、中山編著・前掲注11・1065頁〔青柳玲子〕等。

この点、髙松宏之判事は、平成10年特許法「改正が行なわれたからといって、全く何の基準もなしに一から実施料の主張立証を行なうことは困難であるし、改正の主たる趣旨は個別事情を十分に斟酌させようとする点にあると解されるから、特許権者としては、過去の実施許諾例や業界相場等の従前使用されてきた基準を前提としつつ、当該発明の価値、侵害者との競業関係や特許権者の営業政策等、実施料相当額に影響を与えるべき個別事情を具体的に主張立証していくことによって、従来の基準による相場からの増額を主張することが重要になるものと思われる」とする(髙松・前掲注7・321頁)。

また、古城春実弁護士は、「実際問題として、相当な実施料額を認定するには何らかの拠り所が必要である。相当な実施料とは、実務的には、同一特許の過去の実施許諾契約における実施料率、同種・類似特許の同種・類似製品に関する実施料率、同一・類似の技術分野における実施料率、当該技術に関する業界の一般的実施料率などを参照しつつ、他方で、侵害品の利益率、販売趨勢、価格などを考慮し、これにさらに権利者側の事情、侵害者側の事情、両者の関係等の固有特殊の事情を考慮することによって、裁判所が客観的に相当と認める額であるといってよい」とする(古城春実「損害額」大渕哲也＝塚原朋一＝熊倉禎男＝三村量一＝富岡英次「専門訴訟講座(6)特許訴訟〔下巻〕」(民事法研究会、平24)786頁)。

さらに、佐野信判事は、「権利者が当該発明について、第三者に実施許諾をしていれば、それらの契約における実施料率…等が…重要な資料となり、これに、上記の

及び裁判例[30]上、契約例を第一の基準、業界相場を第二の基準として考慮しつつ、同基準を他の各種の増額又は減額要素を十分に考慮して柔軟に修

当該発明の技術内容、侵害者の得た利益、侵害者の技術・努力のほか、第三者との実施許諾契約の締結に当たって特別に考慮された諸事情も考慮して、実施料率を認定することになる。…また、権利者が当該発明について、第三者に対して、実施許諾をしていない場合には、当該発明と同一の分野における実施料率の相場…を一応の目安として、上記の当該発明の技術内容、侵害者の利益、侵害者の技術・努力、実施許諾例がないことの理由…等も考慮して実施料率を認定していくことになる」とする(佐野信「損害2(特許法102条2項・3項)」飯村敏明＝設樂隆一編著「知的財産関係訴訟」(リーガル・プログレッシブ・シリーズ)(青林書院、平20) 235-236頁)。

[30] 以下に摘示するもののほか、大阪地判平13・10・9判例工業所有権法〔第2期版〕2339の447、468頁〔電動式パイプ曲げ装置事件〕等。

この点、大阪高判平成16年5月28日是認の大阪地判平成14年10月29日は、「(平成10年特許法)改正の経緯に照らせば、同法102条3項に基づく損害の算定に当たっては、必ずしも当該特許権についての実施許諾契約における実施料率に基づかなければならない必然性はなく、そうした実際の実施許諾契約における実施料率や業界相場等も考慮に入れつつ、特許発明の技術内容や重要性、侵害の態様、侵害者が侵害行為によって得た利益、権利者と侵害者との競合関係や特許権者の営業政策等を総合考慮して、相当な実施料率を定めるべきである」と判示した(大阪高判平16・5・28(平14(ネ)3649号)最高裁HP是認の大阪地判平14・10・29(平11(ワ)12586号等)最高裁HP〔筋組織状こんにゃくの製造方法及び装置事件〕)。

また、名古屋高判平成17年4月27日は、「権利者の実施状況、実施契約の状況、侵害された権利が基本的技術か又は改良的技術か、従前技術との距離はどうか、被告製品において果たしている重要性はどうか、商業的実施に困難性があったか、更に投資を要するものであったか等の当該権利の技術内容と程度、被告の規模、被告製品の単価数量等の諸般の事情に加え、平成10年法律第51号による改正によって、現行の実用新案法29条3項の規定が新設された趣旨を総合的に考慮して、相当な割合を算定すべきである」と判示した(前掲名古屋高判〔圧流体シリンダ事件〕)。

さらに、著作権に係るものではあるが、大阪高判平成30年6月29日は、「著作権法114条3項は、平成12年の改正により、『通常受けるべき金銭』の『通常』の文言が削除された。これは、使用料額の認定において、一般的相場にとらわれることなく、訴訟当事者間の具体的事情を考慮した妥当な使用料額が認定できることを明確にしたものである」と判示した(大阪高判平30・6・29(平30(ネ)433号)最高裁HP〔アダルト動画著作権事件〕)。

正すべきものとされている。

そして、かかる状況の下で、知財高特判令和元年６月７日は、「実施に対し受けるべき料率は、①当該特許発明の実際の実施許諾契約における実施料率や、それが明らかでない場合には業界における実施料の相場等も考慮に入れつつ、②当該特許発明自体の価値すなわち特許発明の技術内容や重要性、他のものによる代替可能性、③当該特許発明を当該製品に用いた場合の売上げ及び利益への貢献や侵害の態様、④特許権者と侵害者との競業関係や特許権者の営業方針等訴訟に現れた諸事情を総合考慮して、合理的な料率を定めるべきである」と判示し[31]、相当実施料率の算定における考慮要素を、従前からの裁判例[32]に沿って、類型的に例示したものである。

この点、相当実施料率の算定の客観的合理性を担保しつつ、具体的妥当性を実現するために、さらには、同算定の予測可能性及び検証可能性を可及的に確保するためにも、基本的に、事案に応じて、契約例を第一の基準、

---

[31] 前掲知財高特判判時2430号50頁〔二酸化炭素含有粘性組成物Ⅱ事件〕。前掲大阪地判〔シリコーン・ベースの界面活性剤を含むアルコール含有量の高い発泡性組成物事件〕、前掲知財高判〔システム作動方法及び遊戯装置制御方法事件〕、大阪高判令３・２・18（令２（ネ）1492号）最高裁HP是認の大阪地判令２・５・28（平30（ワ）6029号）最高裁HP〔データ記憶機意匠事件〕、前掲知財高判〔発光装置事件〕、前掲東京地判〔ウェブページ閲覧方法およびこの方法を用いた装置事件〕、前掲東京地判〔コンクリート造基礎の支持構造事件〕、前掲東京地判〔コンピュータシステムおよびプログラム事件〕、前掲東京地判〔印刷された再帰反射シート事件〕及び知財高判令３・９・16（令３（ネ）10005号）最高裁HP〔ピストン式圧縮機における冷媒吸入構造事件〕も同旨。また、商標権に係るものではあるが、前掲大阪地判〔たこ焼工房商標事件〕及び前掲東京地判〔夢商標事件〕も同旨。さらに、不正競争防止法５条３項に係るものではあるが、大阪地判令和２年10月１日は、１回払いの実施料相当額の算定方法についても、知財高判令和元年６月７日に沿って、「当該営業秘密に類する性質の情報の実際の使用料額や、それが明らかでない場合には業界における相場等も考慮に入れつつ、当該情報自体の価値、当該情報を使用した場合の売上及び利益への貢献や侵害の態様、営業秘密保有者と侵害者との競業関係や営業秘密保有者の営業方針等訴訟に現れた諸事情を総合的に考慮して、合理的な使用料額を定めるべきである」と判示した（前掲大阪地判〔リフォーム事業営業秘密侵害事件〕）。

[32] 中山＝小泉編・前掲注14・2017-2040頁〔飯田圭〕参照。

業界相場を第二の基準として考慮しつつ[33]、同基準を他の各種の増額又は減額要素を十分に考慮して柔軟に修正する、という算定方法によることが相当であろう。

(4) 侵害態様の部分での特許発明の実施の場合における特許発明の寄与度の考慮について

ア．はじめに

特許発明が侵害態様の部分で実施された場合に、実施料相当額の算定において特許発明の寄与度を如何に考慮することが許されるか、が問題になる。

イ．裁判例

この点、裁判例上、否定例もある[34]ものの、殆ど全てが肯定例であり、そのうち、①相当実施料率の算定において他の事情と総合考慮することを肯定したもの（総合考慮説）が多数ある[35]一方、②相当実施料率の算定に

---

[33] この点、知財高特判令和元年6月7日は、「①」を「基準」と明記せず、「考慮」要素とする(飯田圭「判批」ジュリ1538号(令元)9頁)ものの、高橋彩判事は、知財高特判令和元年6月7日後も「①」が「基準」とされる従前の実務に変更はないとする(高橋彩「特許法102条2項、3項による損害賠償額の算定－二酸化炭素含有粘性組成物事件大合議判決－」髙部眞規子裁判官退官記念論文集「知的財産権訴訟の煌めき」(金融財政事情研究会、令3)90頁)。

[34] 旧特許法に係る前掲東京地判〔書架用支柱事件〕。なお、不当利得返還請求に係る大阪高判平15・2・18(平14(ネ)1567号)最高裁HP是認の大阪地判平14・4・11(平11(ワ)3857号)最高裁HP〔ニカルジピン持続性製剤用組成物事件〕は、製剤に占めるニカルジピン持続性製剤用組成物の含有率によることを否定した。また、東京地判平26・12・18判時2253号97、104頁〔流量制御弁事件〕は、節水装置における流量制御弁について、その顕著な作用効果や具体的な額・割合に係る被告の不主張を勘案して、原告主張の相当実施料率をそのまま肯認した。

[35] 大阪高判平5･10･26判例工業所有権法〔第2期版〕2319の90、93頁是認の大阪地判平4・7・23判例工業所有権法〔第2期版〕2399の263、283-284頁〔海苔の自動連続包装装置に於ける切断直後の海苔送り機構及び切断移送機構事件〕、前掲東京地判〔製袋機の封着部離間装置事件〕、最判平10・10・22判例工業所有権法〔第2期版〕2537の110、110頁是認の東京高判平7・5・18知財集27巻2号332、340頁是認の東京地判

おいて又は利用率[36]等として独立して考慮することを肯定したもの（独立

平６・７・29知財集27巻２号346、371頁〔混水精米法事件〕、最判平10・10・22判例工業所有権法〔第２期版〕2293の345、345頁是認の東京高判平８・２・21判例工業所有権法〔第２期版〕2293の253、253頁是認の東京地判平６・７・29判例工業所有権法〔第２期版〕2399の385、397頁〔湿式精米装置事件〕、前掲名古屋地判判タ1003号284及び287頁〔示温材料事件〕、東京地判平11・11・４判時1706号119、129頁〔芳香性液体漂白剤組成物事件〕、東京地判平11・11・30判例工業所有権法〔第２期版〕2375の294、300頁〔複合プラスチック成形品の製造方法Ⅰ事件〕（但し、東京高判平12・12・14（平12（ネ）159号）最高裁HPにて非侵害により取消し）、大阪地判平12・９・26（平８（ワ）5189号）最高裁HP〔自動麻雀卓における牌の移載・上昇装置事件〕、東京地判平13・９・６判例工業所有権法〔第２期版〕2407の80、87-88頁〔温風暖房機事件〕、大阪地判平15・４・22（平13（ワ）11003号）最高裁HP〔回転式ケーシングドライバの回転反力取り装置及び方法事件〕、東京地判平19・12・26（平17（ワ）23477号）最高裁HP〔電着箔製造用ドラムのアウタースキンの製造法事件〕、知財高判平20・９・29（平19（ネ）10098号）最高裁HP〔物品取出装置及び媒体販売装置事件〕、知財高判平22・２・24（平21（ネ）10012号）最高裁HP是認の前掲東京地判〔電圧形インバータの制御装置事件〕、不当利得返還請求に係る東京地判平23・２・24（平20（ワ）2944号）最高裁HP〔ノーマルクローズ型流量制御バルブ事件〕、不当利得返還請求に係る知財高判平24・１・24（平22（ネ）10032号）最高裁HP〔ソリッドゴルフボール事件〕、知財高判平25・11・６（平25（ネ）10035号）最高裁HP是認の大阪地判平25・２・28（平21（ワ）10811号）最高裁HP〔回転歯ブラシの製造方法及び製造装置事件〕、最判平27・９・９（平26（オ）1135号・平26（受）1446号）最高裁HP是認の知財高判平26・４・24（平25（ネ）10086号）最高裁HP是認の東京地判平25・９・26（平19（ワ）6312号等）最高裁HP〔接触操作型入力装置事件〕、前掲知財高判判時2287号115頁〔生海苔異物分離除去装置における生海苔の共回り防止装置Ⅱ事件〕、前掲知財高判〔ピストン式圧縮機における冷媒吸入構造事件〕等。

[36] この点、従来、「国有特許方式」すなわち特許庁長官通牒（昭和25年２月27日特総第58号、改正昭和42年５月26日特総第533号、改正昭和47年２月９日特総第88号）に基づく「国有特許権実施契約書」における国有特許の実施料の算定方式においては、実施料率を「基準率」（特許の実施価値が上、中及び下の場合に、販売価格を基礎とするときはそれぞれ４％、３％及び２％とし、また、価格若しくは価値の増加又は利益金額を基礎とするときは30％、20％及び10％とするもの）×「利用率」×増減率×開拓率により算出することとされており、裁判例上、相当実施料率の算定において、かかる「国有特許方式」における「基準率」を重視するものが多数あった。もっとも、かかる「国有特許方式」における「基準率」を重視する裁判例は、国有特

考慮説)も多数ある[37]。(なお、著作権法114条3項に係る裁判例として、

許の利用に関するライセンス契約のガイドラインとして特許庁長官通達(平成10年6月29日特総第1173号)に基づき「特許権等契約ガイドライン」が制定されたことに伴い、前記「国有特許権実施契約書」が廃止され、「基準率」が数値として規定されなくなった以降、殆ど見当たらなくなっている。

[37] 不当利得返還請求に係る東京地判昭42・7・3判時505号51、56頁〔ジヒドロストレプトマイシンの製造法事件〕、前掲東京地判〔光導電体を使用する等間隔目盛露出光計事件〕、大阪地判昭58・5・27無体集15巻2号429、467、469及び472頁〔ゴルフコース用ゴルフバッグ搬送循環軌道装置事件〕(但し、最判平元・11・24判例工業所有権法〔第2期版〕5453の20、20頁是認の大阪高判昭61・8・27無体集18巻2号272頁にて非侵害により取消し)、大阪地判昭59・2・28判タ536号343、347頁〔麻雀牌の整列装置事件〕、最判平2・10・29判例工業所有権法〔第2期版〕2395の33、33頁是認の大阪高判昭63・3・30判例工業所有権法2395の40、40-41頁是認の大阪地判昭60・5・31判タ567号296、301頁〔即設の旧窓枠に換装されるべき新窓枠を取付ける装置事件〕、大阪地判昭63・6・30判例工業所有権法2193の83、97頁〔墜落防止安全帯用尾錠事件〕、前掲大阪地判〔受水槽事件〕、名古屋地判平4・1・31判例工業所有権法〔第2期版〕2399の222、232-233頁〔海苔剥ぎ機事件〕、補償金請求に係る前掲名古屋地判〔海苔調合液の濃度制御用表示盤事件〕、東京高判平8・5・23判時1570号103、113頁〔位置合せ載置方法事件〕、大阪地判平8・7・18判例工業所有権法〔第2期版〕5469の104、124頁〔多数本同時伸線装置事件〕、東京高判平13・1・25判例工業所有権法〔第2期版〕2375の404、407頁是認の東京地判平10・12・18判時1676号116、128頁〔包装積層品をヒートシールする装置事件〕、東京高判平11・6・15判時1697号96、103頁〔潜熱蓄熱式電気床暖房装置等に用いる蓄熱材の製造方法事件〕、東京高判平12・9・26(平11(ネ)5647号)最高裁HP〔電動型スロットマシンのリール停止時間間隔制御装置事件〕、大阪地判平12・10・24判タ1081号241、265頁〔製パン方法事件〕、東京地判平13・10・31(平12(ワ)3585号)最高裁HP〔連棟式車庫の屋根端部連結構造事件〕、大阪地判平13・11・27(平8(ワ)4753号)最高裁HP〔自動ボウリングスコア装置事件〕、名古屋地判平14・1・30(平11(ワ)541号)最高裁HP〔生花の下葉取装置事件〕(但し、名古屋高判平16・3・31(平14(ネ)151号)最高裁HPにて非侵害により取消し)、大阪地判平14・4・25(平11(ワ)5104号)最高裁HP〔実装基板検査位置生成装置事件〕、前掲大阪高判平16・5・28是認の前掲大阪地判〔筋組織状こんにゃくの製造方法及び装置事件〕、大阪地判平16・7・29(平13(ワ)3997号)最高裁HP〔地表埋設用蓋付枠事件〕、前掲名古屋高判〔圧流体シリンダ事件〕、東京地判平19・10・31(平16(ワ)22343号)最高裁HP〔スピーカ用振動板の製造方法事件〕、東京地判平21・9・15(平18(ワ)21405号)最高裁HP〔回転式加圧型セパレータを備えた粉砕機事件〕、東京地判平25・9・

必ずしも同一には論じ難い[38]ものの、独立して考慮することを肯定したものが多数ある[39]。）

ウ．学説

他方、学説上、肯定説が通説である[40]。そのうち、①相当実施料率の算定において考慮することを肯定する見解[41]があるものの、同見解は、一般に、他の事情と総合考慮するもの（総合考慮説）か、独立して考慮するも

12（平23（ワ）8085号等）最高裁HP〔洗濯機用水準器事件〕、部分意匠に基づく不当利得返還請求に係る大阪高判令元・9・5（平30（ネ）2523号）判時2476号69、83頁是認の大阪地判平30・11・6（平28（ワ）12791号）判時2476号69、100頁〔検査用照明器具部分意匠事件〕、前掲知財高判〔発光装置事件〕等。

[38] 飯田圭「93損害額の算定(2)」小泉直樹＝田村善之＝駒田泰土＝上野達弘編「著作権判例百選」〔別冊ジュリ242号〕（有斐閣、〔第6版〕令元）189頁参照。

[39] 東京地判昭53・6・21無体集10巻1号287、300頁〔日照権著作権事件〕、東京高判平14・4・11（平13（ネ）3677号等）最高裁HP是認の東京地判平13・6・13判時1757号138、141頁〔絶対音感著作権事件〕、東京高判平15・7・18（平14（ネ）3136号）最高裁HP〔ほぐしのマニュアル著作権事件〕、東京高判平16・12・9（平16（ネ）3656号）最高裁HP是認の東京地判平16・5・31判時1936号140、153頁〔南国文学ノート著作権事件〕、東京地判平22・4・28（平18（ワ）24088号）最高裁HP〔携帯端末向けコンテンツ配信用ソフトウェア著作権事件〕、知財高判平25・9・30判時2223号98、107頁是認の東京地判平25・3・14（平23（ワ）33071号）最高裁HP〔風にそよぐ墓標著作権事件〕、東京地判平27・2・25（平25（ワ）15362号）最高裁HP〔THEナンバー2～歴史を動かした陰の主役たち著作権事件〕、不当利得返還請求に係る東京地判平30・5・31（平28（ワ）20852号）最高裁HP〔トムとジェリー著作権事件〕、前掲大阪高判〔アダルト動画著作権事件〕等。

[40] 以下に摘示するもののほか、品川・前掲注7・185頁等。

[41] 渋谷達紀「知的財産法講義Ⅰ」（有斐閣、〔第2版〕平18）311頁、茶園成樹「特許権侵害に対する救済(2)」法学教室349号（平21）128頁、佐野信「損害額（特許法102条1項～3項）の要件事実」大渕ほか・前掲注29・1196頁（同・前掲注29・236頁も同旨）、荒井章光「損害賠償(1)」牧野利秋＝飯村敏明＝髙部眞規子＝小松陽一郎＝伊原友己「知的財産訴訟実務大系Ⅱ」（青林書院、平26）18頁、吉田和彦「寄与率について考える」飯村敏明先生退官記念論文集「現代知的財産法　実務と課題」（発明推進協会、平27）760頁（但し、吉田・前掲注14・181頁は、独立考慮説による）、三村量一「特許権侵害と損害額の算定－木を見ず森を見よう」野村豊弘先生古稀記念論文集「知的財産・コンピュータと法」（商事法務、平28）449頁等。

の(独立考慮説)か、必ずしも明らかではない。他方、②利用率等として独立して考慮することを肯定する見解(独立考慮説)[42]がある。

また、「①の方式も②の方式も、『利用率』という概念を用いて算出根拠を説明するか否かの差にすぎず、いずれの方式によっても最終的に導かれる結果であるところの製品全体の価格に対する相当実施料率は理論的には同一となるものである」とする見解[43]、及び、「どちらの考え方を用いても最終的な結果は同じとなるべきはずのものである。要はどちらの計算方法が実情に即しているかという問題であろう」とする見解[44]がある。

さらに、②「の方法は、業界相場等のように寄与率100%を前提とする基準を基に実施料率をいったん決定した上で、更に寄与度を考慮するときに用いられている」とする見解[45]、及び、「参酌すべき実施料が業界の相場などのように抽象的なものであった場合には、製品全体の価値に占める実施品の貢献度ないし寄与率をもって実施料を按分する必要が生じることがある」とする見解[46]がある。

エ. 特許発明の寄与度の考慮の可否及び方法に関する検討

この点、特許権侵害を理由とする損害賠償請求は、民法709条に基づくものであって、民法709条において賠償されるべき損害の範囲及び額は、相当因果関係により画定されるものである[47]。そして、このような因果関

---

[42] 馬瀬文夫「工業所有権侵害訴訟における損害賠償額算定の理論と実際」自由と正義25巻(昭49)9号19頁、村林隆一「公知・均等と損害賠償請求における利用率」特管34巻(昭59)4号457頁、設樂隆一「損害(2)－侵害行為により受けた利益」牧野編・前掲注7・339-340頁、牧山皓一「特許権の損害賠償における発明の寄与率算定についての一考察」パテ72巻(平27)5号69頁等。

[43] 中山編著・前掲注11・1079頁〔青柳昤子〕。

[44] 古城・前掲注7金・商80頁(同「特許・実用新案侵害訴訟における損害賠償の算定(完)」発明86巻(平元)6号46頁も同旨)。

[45] 髙嶋卓「損害3　特許法102条3項に基づく請求について」牧野利秋＝飯村敏明＝三村量一＝末吉亙＝大野聖二編「知的財産法の理論と実務　第2巻　特許法〔Ⅱ〕」(新日本法規出版、平19)298頁。

[46] 田村・前掲注11パテ143頁。

[47] 最判昭39・6・23民集18巻5号842頁、最判昭48・6・7民集27巻6号681頁、最判平23・9・13民集65巻6号2511頁等。

係の相当性について、損害の公平な分担の観点から、全体に対する部分の特許発明の寄与度が考慮され得べきものである[48]。

よって、特許権侵害を理由とする3項による損害賠償請求についても、法的位置付け及び立証責任の所在は別論として、肯定説が相当である。

そして、肯定説において、相当実施料率の算定において考慮しても、利用率等として考慮しても、確かに理論上は結果は同じになるべきはずであるものの、寄与度の算定自体が様々な事情の考慮によることもあって、その寄与度を他の事情と総合考慮するか、独立して考慮するかにより、実際上は結果が異なり得るであろうことからすれば、相当実施料率及び寄与度の各算定の客観的合理性を担保するために、さらには、同各算定の予測可能性及び検証可能性を可及的に確保するためにも、総合考慮説ではなく、独立考慮説によることが相当であろう。

さらに、1項1号及び2項において権利者製品及び／又は侵害態様の部分での特許発明の実施の場合に非寄与度について侵害者が立証責任を負担するものと解されること（1項1号に係る括弧書外説[49]及び2項に係る

[48] この点、判例上、有価証券報告書等に虚偽記載がされている上場株式を取引所市場において取得した投資者が当該虚偽記載がなければこれを取得しなかった場合における「当該投資者に生じた当該虚偽記載と相当因果関係のある損害の額」について、いわゆる取得自体損害説のいう現状回復的損害賠償を認めず、処分したときは取得価額と処分価額との差額又は保有しているときは取得価額と事実審の口頭弁論終結時の市場価額をそれぞれ基礎とし、その差額から当該虚偽記載に起因しない市場価額の下落分を控除して、これを算定すべきとされる（最判平23・9・13民集65巻6号2511頁）。また、その調査官解説では、「これは、一つの価値判断であり、理論的には、田原裁判官の補足意見にあるように、相当因果関係の法理によったものと解される。差額説に立つ場合であっても、当該加害行為の作用を受けた結果として現に存在する利益状態…は、当該加害行為と条件関係のある利益状態全てに広がるものではなく、どこまでを加害者に賠償させるべきかという問題は相当因果関係の法理によって判断されると考えられる。…（注20）幾代通・前掲注17は、『この差（仮定的利益状態と現実利益状態との差）のうち、その原因を不法行為として被害者に救済を与えるべきだと評価される範囲のもの』が加害者の賠償すべき損害であるとする」とされる（中村さとみ「判解」最判解説民事篇平成23年度（下）598頁）。

[49] 飯田・前掲注3・14-17頁。

全体利益・非寄与度立証責任配分説[50]）とのバランスに鑑み、3 項においても、「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」との規定文言をいわゆる規範的要件と理解し、その評価障害事実として[51]、非寄与度について侵害者が立証責任を負担するものと解するのが相当であろう[52]。（但し、契約例を基準とする場合に同契約例において契約対象製品等との関係において既に特許発明の寄与度が考慮済みである場合が有り得ることに留意する必要がある。）

オ．知財高特判令和元年 6 月 7 日との関係

なお、知財高特判令和元年 6 月 7 日が上述の通り「実施に対し受けるべき料率は、…③当該特許発明を当該製品に用いた場合の売上げ及び利益への貢献や侵害の態様…等訴訟に現れた諸事情を総合考慮して、合理的な料率を定めるべきである」と判示したことに関し、学説上、侵害態様の部分での特許発明の実施の場合における特許発明の寄与度の考慮に係る総合考慮説を採用したものと理解する見解[53]がある一方、上記③を含めて従前からの裁判例における相当実施料率の算定の際の各種の考慮要素一般を踏襲したものであり、それ以外の要素を検討する余地を否定する趣旨ではないと理解する見解[54]もある。また、裁判例上、上記③について侵害品の部分での特許発明の実施の場合における特許発明の寄与度の考慮の問題

---

50 飯田・前掲注 3・46頁。

51 規範的要件や評価障害事実に係る一般論として伊藤滋夫「要件事実の基礎　裁判官による法的判断の構造」（有斐閣、平12）125-131頁参照。

52 この点、特許発明を実施する侵害態様の部分が最小販売可能特許実施単位（smallest salable patent practicing unit）の場合におけるロイヤリティ・ベースの問題としてではあるが、「SSPPUであることや、問題の最終製品がそのSSPPUの用途として通常想定されるものであることなどの事情は侵害者側で主張立証すべきであろう」とする見解（宮脇正晴「特許法102条 3 項の下での損害額の算定」L&T別冊 7 号（令 3 ）49頁）がある。

53 柏延行「判批」AIPPIジャーナル65巻（令 2 ）3 号54頁。

54 前田健「特許法102条 2 項・3 項による損害額の算定方法－炭酸パック事件大合議判決－」NBL 1154号（令元）12頁及び設樂隆一「特許法改正と 2 つの知的財産高等裁判所大合議判決－今後の損害賠償額の算定を巡る特許法解釈」高林龍＝三村量一＝上野達弘「年報知的財産法2020－2021」（日本評論社、令 2 ）7 頁。

と捉えたもの[55]がある一方、そのように捉えることなく、相当実施料率一般を10%と算定してから、特に侵害品の部分での特許発明の実施の場合における相当実施料率を0.5%と算定したもの[56]もある。

したがって、知財高特判令和元年６月７日における上記③の判示部分をもって侵害態様の部分での特許発明の実施の場合における特許発明の寄与度の考慮に係る総合考慮説を採用したものとは断じ難い[57]。このように、依然、学説や裁判例が分かれた状況であり、これを統一するとともに、具体的考慮の肯定及び否定裁判例の集積等により、寄与度の具体的な考慮の仕方及び程度に係る判断基準を明確化することが、今後の課題[58]となろう[59]。

カ．寄与度の具体的考慮の肯定又は否定裁判例

かかる課題との関係において、寄与度の具体的な考慮を肯定又は否定した裁判例[60]を整理すると、別紙１の通りであり、①製造原価割合によったもの[61]、②販売価格割合によったもの[62]、③成分含有割合によったもの[63]、

---

[55] 前掲知財高判〔ピストン式圧縮機における冷媒吸入構造事件〕。

[56] 前掲知財高判〔発光装置事件〕。

[57] 飯田・前掲注33・9頁。

[58] かかる課題の指摘について中山＝小泉編・前掲注14・2045頁〔飯田圭〕参照。

[59] 特に、近年、多数の特許から成る標準規格必須特許に係る実施許諾又は権利行使との関係において、FRAND条件による実施料（相当）額の算定の仕方が重要な課題となっている（田村善之「標準化と特許権－IT産業を中心に」AIPPI･JAPAN「ドイツ・アメリカ・日本知的財産法セミナー」（平成23年10月31日）スライド42頁以下）ところ、寄与度の考慮の仕方及び程度に係る判断基準の明確化は、かかるFRAND条件による実施料（相当）額の算定の仕方の基礎を提供するものとしても、実務上極めて重要といえよう。

[60] 総合考慮説によったものは、一般に他の事情をも総合考慮するため寄与度のみの考慮の仕方及び程度が判別し難いことから、摘示しない。

[61] 前掲大阪地判〔多数本同時伸線装置事件〕及び前掲大阪地判〔地表埋設用蓋付枠事件〕。

[62] 前掲大阪地判〔ゴルフコース用ゴルフバッグ搬送循環軌道装置事件〕（但し、前掲最判平元・11・24是認の前掲大阪高判昭61・8・27にて非侵害により取消し）及び前掲大阪地判〔麻雀牌の整列装置事件〕。

[63] 不当利得返還請求に係る前掲東京地判〔ジヒドロストレプトマイシンの製造法事件〕。

④使用割合によったもの[64]、⑤特に基準・考慮要素等を示さなかったもの[65]、等もあるものの、一般には、特許発明による商品等の財産的・経済的な価値ないし需要者の購買動機への寄与度に影響し得る各種の事情が考慮されてきた。(なお、著作権法、特に侵害品が複数の同様の著作物から成るときに係る裁判例には、必ずしも同一には論じ難い[66]ものの、頁数等、全体に対する侵害部分の数量的・客観的な割合を重視して寄与度としたものが多数ある[67]。)

キ．寄与度の具体的考慮の肯定又は否定裁判例に関する検討

この点、3項での特許発明の寄与度の考慮の性質上、特許発明による商品又は役務の財産的・経済的な価値ないし需要者の購買動機への寄与度を最終的な判断基準とするのが相当であろう[68] [69]。

---

[64] 前掲最判平2・10・29是認の前掲大阪高判昭63・3・30是認の前掲大阪地判〔即設の旧窓枠に換装されるべき新窓枠を取付ける装置事件〕。

[65] 前掲大阪地判〔製パン方法事件〕。

[66] 飯田・前掲注38・189頁参照。

[67] 前掲東京地判〔日照権著作権事件〕、前掲東京高判平14・4・11是認の前掲東京地判〔絶対音感著作権事件〕、前掲東京高判〔ほぐしのマニュアル著作権事件〕、前掲東京高判平16・12・9是認の前掲東京地判〔南国文学ノート著作権事件〕、前掲東京地判〔携帯端末向けコンテンツ配信用ソフトウェア著作権事件〕、前掲知財高判平25・9・30是認の前掲東京地判〔風にそよぐ墓標著作権事件〕、前掲東京地判〔THEナンバー2～歴史を動かした陰の主役たち著作権事件〕、不当利得返還請求に係る前掲東京地判〔トムとジェリー著作権事件〕、前掲大阪高判〔アダルト動画著作権事件〕等。

[68] 以下に摘示するもののほか、村林・前掲注42・457頁、荒井・前掲注41・19頁等。

この点、髙嶋卓判事は、「寄与度の検討では、侵害品の中に占める特許発明に係る部分の物理的な割合を検討すれば足りるというものではなく、…侵害品における特許発明の効果の占める割合の検討が必要である」とする(髙嶋・前掲注45・298頁)。

また、田村善之教授は、「実施部分の製品全体の売上増大に対する貢献度が大きい場合には、当該部分を構成する部品価格以上の割合で実施料を按分するなどの処理をする必要がある」とする(増井＝田村・前掲注13・398頁〔田村善之〕)。

さらに、吉田和彦弁護士は、「実施料率に影響しうるのは、部品の全体に対する原価率ではなく、特許発明が、製品全体の価値にどれだけ貢献しているか、ひいては、特許発明の実施により、どれだけ売上(利益)を増大させることができるか、という

もっとも、これを前提とする限り、商品又は役務全体の価格における特許発明の実施部分の価格割合、商品又は役務全体の原価における特許発明の実施部分の原価割合等を一応の目安とすること自体は、特許発明の寄与度の考慮の客観性を担保するものとして、許され得るであろう[70]。また、

ことであるから、102条3項において寄与率が問題になる場合も、後者の点を重視すべきである」とする（吉田・前掲注14・192頁）。

[69] なお、対象とする損害の相違から、3項の場合には、1項1号や2項の場合と異なり、後者よりも前者が重視されるべきであろう。この点、金子敏哉教授は、「3項及び1項2号の損害に関しては、結果として特許発明の実施が侵害品の販売に全く寄与しなかったとしても、特許発明αの実施をしたこと…それ自体を損害と捉え、その賠償を認めるべきと考えている」（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（令3）1号58頁）及び「少なくとも特許権については、独立の特許発明としては何らかの経済的価値がある（それゆえ侵害者が当該発明に係る機能を製品に付した）場合、特許発明の実施は結果としては当該侵害品の売上には実際の影響を何ら及ぼさなかった（侵害品の当該購入者との関係では特許発明に係る機能は購買動機の形成に何ら影響しなかった）としても、…なお相当実施料額の賠償が認められるべき場合があるように思われる」（同「令和元年改正後の特許法102条1項2号の意義と解釈」同志社大学知的財産法研究会『知的財産法の挑戦Ⅱ』（弘文堂、令2）118頁）とする。

[70] この点、設樂隆一判事（当時）は、「侵害部品単体での販売利益、または部品につき市場価格がないときは製品全体の生産コストに占める侵害部品の生産コストの割合を基準として、製品の販売利益中に占める特許発明（侵害部品）の貢献度すなわち当該部品が製品の販売力に及ぼす効果と当該部品使用による生産コスト節約の効果を考慮して決めることになる」及び「利用率の算定については、製品の利益中の侵害部分の寄与度又は利用率について述べたのと同じことがいえると思われる」とする（設樂・前掲注42・338-339及び340頁）。

また、古城春実弁護士は、「利用率の算定は、製品の顧客吸引力に対する部分の寄与度を基本とすべきだと考えられますが、実際には寄与度の認定が困難であることから、全体に対する部分の価格の割合（取引価格がないときには製造原価の割合）が参考にされることが多いといえます」とする（古城・前掲注44発明46頁）。

さらに、特許庁長官通達は、「利用率の算定方法としては、特許部分（部品）の購入価格相当額、原料価格相当額、工数原価、工程比率等を算定根拠とするケースが多い。ただし、発明がその製品の一部分しか占めていない場合であっても、その発

特許発明による商品又は役務の財産的・経済的な価値ないし需要者の購買動機への寄与度を決定するに当たり、商品又は役務における特許発明の実施部分の不可欠性・重要性、特許発明の実施部分による他の代替・競合商品又は役務との差別化の有無・程度、宣伝広告・販売促進における特許発明の実施部分の強調の有無・程度、需要者における特許発明の実施部分の評価、他の特許発明等の実施の有無、特許発明の機能以外の機能の有無、等を参酌することは勿論、特許発明の技術的価値の大小、代替技術の存否、等を参酌することも、許され得るであろう[71]。また、需要者へのアンケート調査結果[72]、コンジョイント分析[73]、離散的需要者選択の計量経済学モデル[74]、等の活用の余地もあろう。

さらに、特許発明の寄与度の考慮の性質上、最終的に裁判所によるある程度の裁量に基づく判断によらざるを得ないことも肯定されよう。但し、エに述べた通り覆滅額をも含めて非寄与度について侵害者が立証責任を負うものと解される以上、本来侵害者の具体的な主張立証に応ずべきものであり、全くの裁量的な判断が許されるものではないことに留意する必要があろう。

明の効果が製品全体に及び、製品全体が創意的で特許の実施価値が認められれば、利用率をこれより上げることができる」とする(「特許権等契約ガイドライン」(特許庁長官通達平成10年6月29日特総第1173号))。

[71] この点、青柳玲子弁護士は、「全体製品に対する当該特許権の利用率は、単なる価格比によって定められるべきものではないことは当然のことであり、全体製品に対する当該部分のもつ商品としてのあるいは機構上の不可欠度・重要性を基準として実質的な考慮によって判断さるべきである」とする(中山編著・前掲注11・1079頁〔青柳玲子〕)。

[72] ユージン・P・エリクセン＝サラ・M・バトラー「知的財産紛争におけるアンケート調査の活用」NERAエコノミックコンサルティング編「知財紛争の経済分析」(中央経済社、平19) 143-147頁。

[73] 平成29年度特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書「特許権侵害における損害賠償額の適正な評価に向けて」(平30) 79頁。

[74] ジョセフ・P・クック「知的財産の評価におけるヘドニック特性」NERAエコノミックコンサルティング編「知財紛争の経済分析」(中央経済社、平19) 154-155頁。

３．３項による実施料相当額の算定における侵害プレミアムの上乗せの肯否及び４項所定の「裁判所は…考慮することができる」との規定文言の解釈について

(1) はじめに

令和元年特許法改正による４項の立法の経緯[75]や所管官庁である特許庁による４項の立法趣旨の説明[76]から明らかな通り、４項は、３項による実施料相当額の算定、特に相当実施料率の算定の際の様々な考慮要素のうち、特に①「有効な特許が侵害されたことが認定されていること」、②「特許権者による実施許諾の判断機会の喪失」及び③「侵害者は契約上の制約を負っていないこと」のような「類型的」な「増額」「要素」を「裁判所は…考慮することができる」ことを「概念的に」「明確化」したものである。そして、かかる４項所定の「裁判所は…考慮することができる」との規定文言の解釈との関係において、上記①～③のような「類型的」な「増額」「要素」を如何に考慮すべきか（侵害プレミアムの上乗せの肯否）、が問題になる。

(2) 裁判例

この点、令和元年特許法改正前の裁判例上、特に「訴訟当事者間の具体的事情を考慮した妥当な実施料相当額が認定できるよう」明確化するために旧２項所定の「通常」との規定文言を削除した平成10年特許法改正前には否定例もあった[77]ものの、同改正後には肯定例が複数あった[78]。

---

[75] 産業構造審議会知的財産分科会特許制度小委員会報告書「実効的な権利保護に向けた知財紛争処理システムの在り方」（平成31年２月）20-21頁。

[76] 特許庁編「工業所有権法〈産業財産権法〉逐条解説」（発明推進協会、〔第21版〕令２）340頁。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」（発明推進協会、令２）25頁も同旨。

[77] 東京地判平元・10・13判例工業所有権法〔第２期版〕5473の37、51頁〔勾配自在形プレキャストコンクリート側溝Ⅰ事件〕、東京地判平６・７・22知財集26巻２号733、753頁〔自動車の車輪並行輸入事件〕（但し、最判平９・７・1民集51巻６号2299頁結論是認の東京高判平７・３・23民集51巻６号2441頁にて取消し）。

[78] 以下に摘示するもののほか、補償金請求に係る知財高判平31・２・20（平30（ネ）10041号）最高裁HP〔二酸化炭素経皮・経粘膜吸収用組成物事件〕等。

この点、東京地判平成10年１月23日は、「右調査結果は、当事者間の合意によって定められる実施料であるが、ここで問題とすべきは、被告の違法行為による損害の額として、本件特許発明の実施に対し通常受けるべき金銭の額に相当する金銭の額の算定のための実施料率であるから、被告の指摘する実施料率の算定要素（筆者注：減額要素のこと）を考慮に入れても、特許法102条２項にいう『特許発明の実施に対し通常受けるべき金銭の額に相当する額』を算定するに用いる実施料率は、右資料における最頻値である五パーセントとするのが相当と解される」と判示した（東京地判平10・1・23判例工業所有権法〔第２期版〕5593の６、７頁〔溶接用ポジショナー事件〕、東京地判平10・1・23判例工業所有権法〔第２期版〕2247の44、45頁〔溶接用反転装置事件〕）。

また、東京地判平成12年７月18日は、「実際、ライセンス契約では、被許諾者において、…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」と判示した（東京地判平12・7・18判例工業所有権法〔第２期版〕2199の１、10頁〔ヒンジⅢ事件〕）。

さらに、東京地判平成13年10月30日は、「上記の実施料率は、円満にライセンス契約が締結された事例についての実施料率であるから、実用新案権を侵害した本件について、同じに考えなければならないということはない」と判示した（東京地判平13・10・30判例工業所有権法〔第２期版〕5593の26、38頁〔揺動クランプ事件〕）。

また、大阪地判平成15年10月９日は、「適法な取引関係を前提として約された実施料率は、円滑な取引関係の継続や販売の促進という種々の取引的要素を考慮して定められることも多いから、これをそのまま不当利得又は損害賠償の額の算定に反映させるのも相当でない」と判示した（不当利得返還請求に係る大阪地判平15・10・9（平14(ワ)9061号）最高裁HP〔５相ステッピングモータの駆動方法Ⅱ事件〕）。

さらに、東京高判平成16年９月30日は、「裁判所により特許権侵害行為が認定され、特許の明らかな無効事由についての判断がされた後に認定される本件発明１の適正な実施料率が、裁判所に訴えが提起される前に、特許権侵害が成立するか否か、あるいは、特許が無効とされる蓋然性があるか否か等について確定的な判断がない状況下で、当事者間において互いの交渉力、企業間の経済的、社会的関係なども考慮して締結される実際の実施許諾契約における実施料率と比べ、より高額となることがあったとしても決して不合理なことではない」と判示した（不当利得返還請求に係る東京高判平16・9・30（平16(ネ)1367号）最高裁HP〔自動弾丸供給機構付玩具銃Ⅱ事件〕、不当利得返還請求に係る東京高判平16・9・30（平16(ネ)1436号）最高裁HP〔自動弾丸供給機構付玩具銃Ⅲ事件〕）。

なお、著作権に係るものではあるが、東京高判平成15年７月18日は、「著作権利用

そして、かかる状況の下で、知財高特判令和元年６月７日は、「特許法102条３項所定の『その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』については、平成10年法律第51号による改正前は『その特許発明の実施に対し通常受けるべき金銭の額に相当する額』と定められていたところ、『通常受けるべき金銭の額』では侵害のし得になってしまうとして、同改正により『通常』の部分が削除された経緯がある」、「特許発明の実施許諾契約においては、技術的範囲への属否や当該特許が無効にされるべきものか否かが明らかではない段階で、被許諾者が最低保証額を支払い、当該特許が無効にされた場合であっても支払済みの実施料の返還を求めることができないなどさまざまな契約上の制約を受けるのが通常である状況の下で事前に実施料率が決定されるのに対し、技術的範囲に属し当該特許が無効にされるべきものとはいえないとして特許権侵害に当たるとされた場合には、侵害者が上記のような契約上の制約を負わない。そして、上記のような特許法改正の経緯に照らせば、同項に基づく損害の算定に当たっては、必ずしも当該特許権についての実施許諾契約における実施料率に基づかなければならない必然性はなく、特許権侵害をした者に対して事後的に定められるべき、実施に対し受けるべき料率は、むしろ、通常の実

許諾契約における一般的な利用料率がおおむね10％程度であることは、当裁判所に顕著な事実であり、また、著作権侵害訴訟における損害額の算定においては、上記契約により合意される利用料率より高率の利用料率に基づく金銭の額を認定しなければ、適法に著作権利用許諾を受けた者と違法に著作権を侵害した者との間に上記『侵害し得』の結果を生ずるから、これを回避することを目的とする改正法の趣旨に本件事案の諸般の事情を総合考慮すると、本件における被控訴人の『受けるべき金銭の額に相当する額』は、本件書籍１の販売価格に上記寄与度及び利用料率15％を乗じた額と認めるのが相当である」と判示した（前掲東京高判〔ほぐしのマニュアル事件〕）。

また、大阪地判平成28年３月24日は、「著作権法114条３項にいう『著作権…の行使につき受けるべき金銭の額に相当する額』とは、利用許諾契約（ライセンス契約）を締結した場合の利用許諾料（ライセンス料）を参酌するとしても、権利者は当該侵害者との関係で必ず利用許諾契約の締結に応じなければならないわけではなく、むしろその契約締結に応じるか否かの自由を有していることも踏まえて算定されるべきであ（る）」と判示した（大阪地判平28・3・24（平27（ワ）7614号）最高裁HP〔Tekla Structures著作権事件〕）。

施料率に比べて自ずと高額になるであろうことを考慮すべきである」と判示し[79]、令和元年特許法改正による確認規定的な4項の新設を先取りしたものである[80]。

そして、令和元年特許法改正後の裁判例も、上記知財高特判令和元年6月7日と同旨である[81]。

(3) 学説

他方、令和元年特許法改正前の学説上も、肯定説が多数であった[82]。

---

[79] 前掲知財高特判判時2430号50頁〔二酸化炭素含有粘性組成物Ⅱ事件〕。前掲大阪地判〔シリコーン・ベースの界面活性剤を含むアルコール含有量の高い発泡性組成物事件〕、大阪地判令元・9・10(平28(ワ)12296号)最高裁HP〔棒状フック用のカードケース事件〕、前掲知財高判〔システム作動方法及び遊戯装置制御方法事件〕及び知財高判令元・10・23(平31(ネ)10018号)最高裁HP〔ケーブルテレビ再放送著作権及び著作隣接権事件〕も同旨。

[80] 飯田・前掲注33・9頁。

[81] 前掲大阪高判令3・2・18是認の前掲大阪地判〔データ記憶機意匠事件〕、前掲知財高判〔発光装置事件〕、大阪地判令3・1・12(平30(ワ)11672号)最高裁HP〔Re就活商標事件〕、東京地判令3・4・23(平30(ワ)16422号)最高裁HP〔舞豚商標事件〕、前掲大阪地判〔たこ焼工房商標事件〕、前掲東京地判〔印刷された再帰反射シート事件〕、大阪地判令4・2・10(令元(ワ)10829号)最高裁HP〔東部マッサージ具及び指マッサージ器意匠事件〕、東京地判令4・3・18(令元(ワ)34096号)最高裁HP〔ぼてぢゅう総本家商標事件〕等。

[82] 以下に摘示するもののほか、生沼寿彦「実施料相当額の損害」大阪弁護士会知的財産法実務研究会編「知的財産権・損害論の理論と実務」別冊NBL139号(平24)56頁、渋谷達紀「特許法」(発明推進協会、平25)484頁、荒井・前掲注41・6頁、金子敏哉「日本法における特許権侵害に基づく損害賠償」工業所有権法学会年報41号(平29)76頁、高橋淳「粘性組成物事件大合議判決評釈(1)」知財ぷりずむ18巻(令元)206号12頁(高橋淳「損害賠償・不当利得論」知財ぷりずむ10巻(平23)110号22頁も同旨)等。

この点、青柳昤子弁護士は、平成10年特許法「改正経過からすれば、第三者との間に合理性のある料率での実施許諾例が存在する場合には、当該料率は当該特許権の価値を適正に反映したものであると一応の推認をすることができ、答申の考え方によれば侵害者に対しては当該実施料率よりは高率の実施料率が定められたはずであるとの方向で参酌することになろう」とする(中山編著・前掲注11・1067頁〔青

なお、かかる肯定説を超えて、実施料相当額は、契約上の実施料額よりも常に高くなるべきとする見解もあった[83]ものの、かかる見解に疑問を呈

柳眴子〕)。

また、高林龍教授は、「むしろ従前から事前に契約などで定められる実施料率よりも、侵害行為が行なわれて侵害者が得た利益額等も判明した後で認定される使用料が高くなることがあるのは当然だと考えていました」とする(高林龍「特許法第102条に基づく損害賠償について」パテ59巻(平18)1号75頁。同「標準特許法」(有斐閣、〔第7版〕令2)304-305頁も同旨)。

さらに、佐野信判事は、「当該実施許諾契約において、当事者間に特許の有効性に疑義があったという事情があれば、訴訟の損害論の審理時においては、当該特許が有効であることが前提となっているのであるから、上記事情の存在は実施料率を高める要素となる」とする(佐野・前掲注29・235-236頁)。

また、田村善之教授は、「侵害訴訟の裁判所において、特許権侵害が認定され、明らかな無効理由がないと判断された後に算定される適正な実施料額と、裁判所に訴えが提起される前に、特許権侵害が成立するか否か、特許が無効とされるか否かということについて確定的な判断がない状況下で当事者間において互いの交渉力等も考慮して締結される実際の実施許諾契約における実施料率と比べて、より高額となるとしても不合理とはいえないはずである」とする(増井＝田村・前掲注13・384頁〔田村善之〕(田村善之「特許権侵害に対する損害賠償額の算定に関する裁判例の動向」知管55巻(平17)3号373頁等も同旨))。

さらに、吉田和彦弁護士は、「正当に実施許諾された場合の条件がどのようなものであったかを考察するわけであるから、基本的に、被告製品等が有効な特許の技術的範囲に属する前提で、相当な実施許諾料の額を算定すべきであろう」とする(吉田・前掲注14・180頁)。

[83] 以下に摘示するもののほか、商標法38条3項に係る君嶋祐子「損害」牧野＝飯村編・前掲注7・422頁、仙元隆一郎「特許法講義」(悠々社、〔第4版〕平15)253頁等。

この点、飯塚卓也弁護士は、「特許侵害の事案の場合に認められるべき損害賠償額の算定基準としての実施料率は、常に、正当のライセンシーに対するよりも高率なものでなくてはならない」とする(飯塚卓也「改正特許法における実施料相当損害賠償規定の解釈に関する一試論(下)」NBL642号(平10)25頁)。

また、竹中俊子教授は、「侵害に対する実施料相当額は、合法的な契約締結による実施料率より高い率が認定されるべきである」とする(竹中俊子「特許権侵害による損害の適正な填補－特許権侵害損害賠償論の比較法的考察と平成10年102条改正の評価」高林龍編「知的財産法制の再構築」(日本評論社、平20)87頁)。

さらに、鈴木將文教授は、「損害賠償としての実施料相当額は…ライセンス交渉に

する見解もあった[84]。

（4）検討

この点、令和元年特許法改正前後を問わず、相当実施料率の算定の際の第一及び第二の基準として考慮されるべき契約例及び業界相場は、いずれも、一般に、有効な特許が侵害されたかどうかが公権的に認定されていない状況における任意の合意を基礎とするものであること、並びに、２(1)アに述べた通り実施料相当額が事実審の口頭弁論終結時までに顕出された資料により判明する諸事情を考慮して事後的に客観的に算定されるべきであること、からすれば、①有効な特許が侵害されたことが認定されていること、②特許権者による実施許諾の判断機会の喪失及び③侵害者は契約上の制約を負っていないことは、知財高特判令和元年６月７日の上記判示のように当然に増額要素として定型的かつ実質的に考慮されるべきであろう（侵害プレミアムの上乗せの定型的かつ実質的な肯定）[85] [86]。（但し、特許に無効理由があり訂正（の再抗弁）が認められた場合や特許権者がPAE（Patent Assertion Entities）である場合に例外的に侵害プレミアムの上乗せが否定されるべき[87]かどうかは一考を要しよう。）

そして、かかる定型的かつ実質的な考慮の具体的な程度は、契約例又は

より設定される実施料よりも高めに算定されるべきことは、当然である」とする（鈴木將文「特許権侵害に基づく損害賠償－総論」工業所有権法学会年報41号（平29）61頁）。

[84] この点、古城春実弁護士は、「損害賠償として何が適正な実施料相当額かは、諸種の考慮要素のバランスの上に立って論議されるべき問題であろう」とする（古城・前掲注７金・商82頁）。

[85] 飯田圭「損害賠償の実効化に向けて－令和元年改正特許法」ジュリ1541号（令２）31頁。

[86] なお、特許権侵害と問題状況がやや異なる著作権侵害や不正競争防止法違反の場合にも侵害プレミアムの肯否及び程度が議論されている（飯田・前掲注38・189頁、中川達也「損害額の柔軟な認定」コピライト699号（令元）17-18頁、小池眞一「判批」知財ぷりずむ18巻（令２）208号107頁、藤森卓也「判批」コピライト710号（令２）20頁、苗村博子「判批」WLJ判例コラム205号（令２）４－５頁）。

[87] 高橋元広「判批」知財管理70巻（令２）２号263頁、中山一郎「特許法102条３項の損害算定における侵害プレミアム」知的財産法政策学研究61号（令３）29-30頁。

業界相場の二倍とするのが相当であろう[88]。

---

[88] 以下に摘示するもののほか、著作権法114条３項に係るものではあるが、飯田・前掲注38・189頁。

この点、山田知司判事（当時）は、「正常なライセンス契約の実施料において訴訟リスクが折半されていることを前提とすると、訴訟において権利者が敗訴した場合の実施料はゼロとなるから、被疑侵害者が敗訴した場合の実施料は、正常なライセンス契約による合意実施料の２倍となるべきことになる」とする（山田知司「特許法102条３項の損害認定」L&T75号（平29）14-15頁）。

また、令和元年特許法改正による４項の立法の経緯に係る産業構造審議会知的財産分科会特許制度小委員会報告書「実効的な権利保護に向けた知財紛争処理システムの在り方」（平成31年２月）21頁は、「ドイツでは、相当実施料額の算定に当たり、通常のライセンス合意による実施料に比べて２倍と推定する説を著名な判事らが主張していることが参考となる。ドイツでは、こうした増額が認められる根拠として、懲罰的な要素は否定されていることにも留意すべきである」とする。

さらに、田村善之教授は、知財高特判令和元年６月７日「後の裁判例では、相場の倍額を一つの標準として、そこから調整していく取扱いが流行るのではなかろうか」とする（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（令３）64頁）。

また、宮脇正晴教授は、「（相場の倍額）を算定の原則とするのには一定の合理性はあり、算定コストの削減という観点からは是認されるべきものであるように思われる」とする（宮脇・前掲注52・49頁）。

さらに、中山一郎教授は、「２倍説により定型的な侵害プレミアムは事前の実施料額と同額とした上で、その他の事情は個別事案に応じて調整すれば足りると考えられる」とする（中山・前掲注87・16頁）。

これに対し、裁判例上、著作権法114条３項に係るものではあるが、同項「による賠償額があくまで填補賠償であることを考慮すると、裏付けとなる事実が何ら提出されていない本件において、損害額を通常の許諾の場合の２倍に相当する額と認定すべき根拠はないというべきである」とするものがある（東京地判平28・3・4（平27（ワ）37302号）最高裁HP〔創価学会名誉会長肖像写真著作権事件〕）。

また、学説上、「侵害確定を前提とした訴訟等における（条件なしの）和解金の例が、平時の契約の場合より何倍程度高額になっているかの実情に合わせて、判断されていくべき」とするもの（前田・前掲注54・13頁）、及び、「実施料相当額は、理論的には、現実世界の実施料の４倍となる」とするもの（高橋淳＝宮川利彰「損害論再考（Ⅱ）近時の２つの大合議判決を踏まえて」知財ぷりずむ18巻（令２）25号54頁）がある。

もっとも、実施料相当額は、米国のように侵害開始時の当事者間の仮想交渉によるのではなく、事後的に客観的に算定されるべきであることからすれば、2(1)アに述べた通り減額要素として侵害者における侵害品の利益率が低いこと・侵害者が侵害により利益を得ていないこと等の侵害開始時以後の事情があれば、当該事情をも考慮して事後的に客観的に算定されるべきである以上、必ずしも最終的・結果的に契約例又は業界相場よりも常に高くなるべきとまでは断じ難いであろう。

4. 1項1号、2項及び3項による権利者製品又は侵害態様の付随品等に係る損害賠償請求の肯否について

(1) はじめに

1項1号、2項及び3項における権利者製品及び／又は侵害態様の部分での特許発明の実施の場合における特許発明の寄与度の減額的な考慮とは逆に、1項1号、2項及び3項による権利者製品又は侵害態様の付随品等それ自体に係る拡張的な損害賠償請求が許されるか否か、が問題となる[89] [90]。

---

[89] この点、民法709条のみに基づく権利者製品等の付随品等の販売数量の減少による逸失利益の損害賠償請求の肯否については、学説上、その余地を肯定する見解がある(尾崎英男「特許権侵害の損害賠償」東京弁護士会弁護士研修委員会編「特許権侵害訴訟の実務」(商事法務研究会、平12)137頁、市川正巳「損害1(特許法102条1項)」飯村＝設樂編著・前掲注29・208頁、中山＝小泉編・前掲注14・1787頁〔飯田圭〕、金子・前掲注69民商法雑誌73頁)。また、著作権法に係るものではあるが、旅行業者向けシステムにおける検索及び行程作成業務用データベースに係る複製権等が侵害された事案において、著作権法114条1項による損害額に加えて、民法709条のみに基づきデータメンテナンス契約に係る1年分の利益額を同侵害と相当因果関係のある損害として肯認したものがある(知財高判平28・1・19(平26(ネ)10038号)最高裁HP〔旅行業者向けシステムにおける検索及び行程作成業務用データベース著作権事件〕)。

[90] 本稿4における考察は、金子敏哉教授の見解(金子・前掲注69民商法雑誌67-76頁)に負うところが多い。なお、「プラットフォーム型ビジネス」において非実施部分である「オプションの有料サービスへの課金や広告収入等による収益部分も含め、損

(2) 1項1号による場合

まず、権利者の販売に係る付随品による1項1号所定の「特許権者…がその侵害の行為がなければ販売することができた物」への該当性との関係で、学説上、否定説がある[91]一方、「侵害がなければ、当該他の商品の売上げも達成することができず、くわえて特許権者のほうが当該他の商品に代替する商品も販売していたというような事情がある場合に」肯定する見解[92]、及び、権利者製品において付随品がセット商品の場合や別売の場合でも少なくとも侵害品において付随品がセット商品であるときに肯定したうえで寄与度の考慮を肯定する見解[93]がある。

他方、裁判例[94]上、権利者製品においてクリップ等が風船用クリップ止め

害額と認められるかどうか」が問題となる（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2）10頁）ところ、同見解は、特に民法709条、1項1号（類推）及び2項による付随サービス、特に「『プラットフォーム型ビジネス』における特許発明の実施を伴わないオプションサービスに係る課金収入」に係る拡張的な損害賠償請求について、付随品の場合とパラレルに解釈する。

91 市川・前掲注89・208頁。

92 増井＝田村・前掲注13・393頁〔田村善之〕。

93 金子・前掲注69民商法雑誌74-75頁。

94 なお、旧1項の立法の際に工業所有権審議会法制部会損害賠償等小委員会報告書「知的財産権の強い保護」（平成9年11月25日）63頁において参照された米国の裁判例における Panduit テスト（Panduit Corp. v. Stahlin Bros. Fibre Works Inc., 575 F.2d 1152 (6th Cir.1978).）における侵害行為がないとした場合の権利者の利益額の要件について、さらに米国の裁判例（Rite-Hite Corp. v. Kelley Co., Inc., 56 F.3d 1538 (Fed. Cir. 1995)(en banc), cert. denied, 516 U.S. 867 (1995); King Instruments Corp. v. Perego, 65 F.3d 941 (Fed. Cir. 1995), cert. denied, 517 U.S. 1188 (1996); Micro Chemical, Inc. v. Lextron, Inc., 318 F.3d 1119, 1122, (Fed. Cir. 2003); Juicy Whip, Inc. v. Orange Bang, Inc., 382 F.3d 1367 (Fed. Cir. 2004); American Seating Co. v. USSC Group, Inc., 514 F.3d 1262 (Fed. Cir. 2008); DePuy Spine, Inc. v. Medtronic Sofamor Danek, Inc., 567 F.3d 1314 (Fed. Cir. 2009); Warsaw Orthopedic, Inc. v. NuVasive, Inc., 778 F.3d 1365 (Fed. Cir. 2015), vacated & remanded, 136 S.Ct. 893 (2016), reinstated in relevant part, 824 F.3d 1344 (Fed. Cir. 2016).）によれば、the entire market value rule (Garretson v. Clark, 111 U.S. 120, 4 S.Ct. 291, 28 L.Ed. 371 (1884).) により、convoyed or derivative sales として、権利者製品の付随品の販売による利益額をも含め得るものとされる。

装置とセット商品の場合に肯定したうえで寄与度の考慮を肯定したものがある[95]。また、同種別売品の同一業者への一括発注が一般的である場合に肯定したうえで寄与度の考慮を肯定したものがある[96]。

この点、旧1項ひいては1項1号は、平成10年特許法改正に係る工業所有権審議会法制部会損害賠償等小委員会報告書「知的財産権の強い保護」(平成9年11月25日) 55-59頁における「B案」及び「B－2案」を基礎とするものであるところ、同67-71頁においては、さらに、「損害賠償額の算定方式の明確化」に係る「(D案) 損害額の算定にあたり、侵害に起因する損害の範囲を的確に認定できるような参酌規定をおく考え方」として、「裁判所は、…特許権…を侵害する物と付随して販売された物があると認められるときは、これを参酌して、損害の賠償の額を定めることができる」との「改正のイメージ」「の条文を新規に追加する」ことが提案されたものの、「留意点」として「こうした規定を独立して設けるのではなく、…B案・B－2案…中に解釈規定をおく案もある」、「我が国においても、因果関係を広く捉えた判決が存在するため、こうした規定を置かずとも裁判官の裁量に委ねればよいとの指摘がある」等とされ、かかる「D案」は、立法化されなかった。かかる平成10年特許法改正の経緯に鑑みれば、肯否は、1項1号所定の「特許権者…がその侵害の行為がなければ販売することができた物」の解釈適用に委ねられているものと解される[97]。そして、1項1号所定の「特許権者…がその侵害の行為がなければ販売することができた物」は、一般に、侵害品と競合・代替可能性を有する物であれば足り、また、同一の物であることを要しない、と解するのが相当である[98]。したがって、権利者製品において機能的に一体の付随品が販売形式的に一体のセット商品の場合や、別売(販売形式的に別体)の場合でも、侵害品において機能的に一体の付随品が販売形式的に一体のセット商品のとき、別売(販売形式的に別体)のときでも、一括販売され、一括販売が一般的(販売実態的に一体)である場合等には、肯定したうえで寄与

---

[95] 東京地判平20・6・26(平19(ワ)21425号) 最高裁HP〔風船用クリップ止め装置事件〕。

[96] 大阪地判平24・3・15(平22(ワ)805号) 最高裁HP〔タイルカーペット意匠事件〕。

[97] 鎌田薫「特許権侵害と損害賠償－工業所有権審議会答申と特許法等改正案について－」CIPICジャーナル79号(平10) 33頁及び金子・前掲注69民商法雑誌71-72頁。

[98] 中山＝小泉編・前掲注14・1838頁〔飯田圭〕参照。

度を考慮するのが相当であろう[99]。

(3) 2項による場合

次に、侵害者の販売に係る付随品等による2項所定の「(侵害) 者がその侵害の行為により利益を受けている」との規定文言への該当性との関係で、学説上、「現在の損害論・侵害論の中で拡張的な周辺部材への損害主張の拡張は難しい面がある」とする見解がある[100]一方、「具体的事例ごとに寄与割合の事実認定の問題に帰するものと解される」とする見解もある[101]。そして、「セット商品の場合、特許権者もセット商品を販売しており、侵害部分がなければ需要者は皆、特許権者のセット商品を購入するという関係に疑義が生じないのであれば、利益全額について推定が維持されてよく、他方で、侵害部分がなければセット商品を購入する需要者の割合は100%には至らないという事情がある場合には、その限度で寄与率を減じればよい、と考えられる」とする見解[102]、及び、侵害品と付随品がセット商品の場合や別売の場合でも侵害と付随品の販売とに相当因果関係があれば肯定したうえで寄与度の考慮を肯定する見解[103]がある。

他方、裁判例上、別売品の場合に、価値の低い本体を高い価格で共に販売したことにより価値の高い侵害品の価格が不当に低く設定されたとき及び侵害品を付さなければ本体を販売できなかったときを除くものとしつつ、本体について否定したものがある[104]。また、侵害品が販売される場合の最小構成単位が本体であり、(交換用) パーツは本体と別製品として販売されており、本体と一体として販売されておらず、本体に不可欠のものとして本体と一体となるべきものであるともいえない場合に、本体と共

---

[99] 従前の否定説 (中山＝小泉編・前掲注14・1841頁〔飯田圭〕) から改説する。

[100] 小池眞一「東京地判令和2年9月25日［ベッド等におけるフレーム構造事件］の意義と実務」知財ぷりずむ19巻 (令3) 224号74頁。

[101] 中山編著・前掲注13・1039頁〔青柳昤子〕。

[102] 増井＝田村・前掲注13・393-394頁〔田村善之〕。

[103] 金子・前掲注69民商法雑誌75頁。

[104] 大阪地判平17・3・14 (平15(ワ)2893号) 最高裁HP〔長尺ワークのローディング装置事件〕。

に、又は単体で販売された(交換用)パーツについて否定したものがある[105]。さらに、意匠に係る組立家屋と土地が共に販売された事案において、注文住宅の建築の場合のように土地及び建物が個別に取引対象とされることも多く、注文住宅の建築をも請け負う被告において一体取引が常態ではなかったことから、土地について否定したものがある[106]。

これに対し、特許発明に係る尾錠を含む柱上安全帯セットについて肯定したうえで寄与度を考慮したものがある[107]。また、特許発明に係るタイヤの着脱装置による作業に多くの場合に必要であるため、一体として販売されているクレーン装置について肯定したものがある[108]。さらに、顧客が一体の商品として購入した特許発明に係る玩具銃とアクセサリーとのセット商品について肯定したものがある[109]。また、間接侵害品である胃壁固定具と他の部材が含まれる胃瘻造設術キットについて肯定したうえで寄与度を考慮したものがある[110]。さらに、特許発明に係る編み機と共に1つの製品として販売されている解説本及びビーズについて肯定したうえで寄与度を考慮したものがある[111]。また、特許発明に係る油冷式スクリュ圧縮機が組み込まれて一体として販売されているシステムについて肯定したものがある[112]。さらに、侵害品である圧縮機部分を機能させ、通常また被告も単独で販売せず、圧縮機部分と組み合わせて販売するクラッチ部分に

---

105 東京地判令2・9・25(平29(ワ)24210号)最高裁HP〔ベッド等におけるフレーム構造及びベッドにおける取付品支持位置可変機構事件〕。

106 東京地判令2・11・30(平30(ワ)26166号)最高裁HP〔組立家屋部分意匠事件〕。

107 最判昭62・10・6判例工業所有権法2535の434、434頁是認の大阪高判昭61・3・26判例工業所有権法2535の279、295頁〔柱上安全帯尾錠事件〕。

108 東京高判平11・6・15判例工業所有権法〔第2期版〕5459の48、55頁是認の東京地判平10・5・29判例工業所有権法〔第2期版〕5459の29、35-36頁〔タイヤの着脱装置事件〕。

109 前掲東京高判平16・9・30是認の東京地判平16・2・20(平14(ワ)12858号)最高裁HP〔自動弾丸供給機構付玩具銃Ⅱ事件〕。

110 東京地判平23・6・10(平成20(ワ)19874号)最高裁HP〔医療用器具事件〕。

111 東京地判平30・3・1判時2392号50、61頁〔ブルニアンリンク作成キット事件〕。

112 大阪地判令2・1・20(平28(ワ)4815号)最高裁HP〔油冷式スクリュ圧縮機事件〕(但し、知財高判令3・5・19(令2(ネ)10019)最高裁HPにて特許無効により取消し)。

ついて肯定したうえで寄与度を考慮したものがある[113]。また、被告製品の販売と一体となり、又は付随する搬送機・据付工事・試運転・諸経費に係る売上げについて肯定したものがある[114]。さらに、特許発明に係る装着補助プレートを付属品として併せて一個の製品として販売されるチャイルドシートカバー本体について肯定したうえで寄与度を考慮したものがある[115]。なお、工事代金全体のうち発明に係る物の使用により得られた工事代金部分へ2項の適用を肯定した裁判例上、当該工事部分の受注により工事全体を受注できたような場合に他の工事代金部分へも2項を適用する余地を肯定するものがある[116]。また、著作権法に係る裁判例として必ずしも同一には論じ難いものの、基本無料の携帯電話機用ゲームの画面に係る翻案権及び公衆送信権侵害の事案において、2項により、利得のための基本構造が同じとして、被告側のゲーム用アイテムの売上げ利益額による原告の有料サービス代金や広告収入に係る逸失利益額の推定を肯定したものがある[117]。

この点、権利者による権利者製品等及び機能的に一体の付随品等の販売を前提に、2項所定の「(侵害) 者がその侵害の行為により利益を受けている」との規定文言の文理によれば、侵害品等において機能的に一体の付随品等が販売形式的に一体のセット商品等の場合や、別売（販売形式的に別体）の場合でも、一括販売され、一括販売が一般的（販売実態的に一体）であるとき等には、肯定したうえで寄与度を考慮するのが相当であろう。

(4) 3項による場合

さらに、3項による実施料相当額の算定、特に侵害品等の売上高の算定

---

113 東京地判令2・12・1 (平29(ワ)28541号) 最高裁HP〔ピストン式圧縮機における冷媒吸入構造事件〕。

114 東京地判令3・3・10 (平29(ワ)7207号) 最高裁HP〔真空洗浄装置事件〕。

115 大阪地判令3・10・7 (令2 (ワ)4023号) 最高裁HP〔自転車のチャイルドシートカバー用装着補助プレート事件〕。

116 知財高判平30・9・25 (平29(ネ)10064号) 最高裁HP是認の東京地判平29・5・17 (平25(ワ)10958号) 最高裁HP〔掘削装置・掘削土飛散防止装置事件〕。

117 東京地判平24・2・23 (平21(ワ)34012号) 最高裁HP〔釣りゲータウン著作権事件〕(但し、知財高判平24・8・8 (平24(ネ)10027号) 最高裁HPにて非侵害により取消し)。

における侵害品等の付随品等の売上高の算入の肯否との関係で、裁判例[118]上、商標権に係るものではあるが、侵害品の単体販売の場合と付随品とのセット販売の場合とがある事案において権利者の差止請求の趣旨が侵害品しか対象としていないこと等に照らして否定したものがある[119]。また、被包装物を特定しない侵害品である包装体により被包装物が包装・取引された事案において否定したものがある[120]。さらに、侵害品を使用しなければ金物工事全体を一括受注できなかったとはいえないため侵害品の設置工事代金以外の金物工事代金にまで広げるべき因果関係の相当性はないとしたものがある[121]。

他方、侵害ゲームソフトと非侵害ゲームソフトとのパッケージ商品について、非侵害ゲームソフトが単独で流通する別個の商品でもある場合に、全体の売上高から当該非侵害ゲームソフトの売上高相当分を控除し、侵害ゲームソフトと関連グッズの同梱品について、同じ侵害ゲームソフトに関連グッズの同梱の有無で販売価格差がある場合に、全体の売上高から当該関連グッズの売上高相当分を控除する一方、関連グッズが単独で商品として流通するものではない侵害ゲームソフトの付属物の場合に、全体の売上高をもって相当実施料率を乗ずべき売上高とし、また、侵害ゲームソフトと専用ゲームデータ記憶媒体の同梱品について、同記憶媒体が単独で商品として流通するものではない場合に、全体の売上高をもって相当実施料率を乗ずべき売上高としたものがある[122]。また、「ふるふる」によるユーザ同士の友達登録機能に係る侵害コンピュータシステム及びアプリケーショ

---

[118] なお、米国の裁判例（Interactive Pictures Corp. v. Infinite Pictures, Inc., 274 F.3d 1371 (Fed. Cir. 2001), cert. denied, 537 U.S. 825 (2002); Union Carbide Chemicals & Plastics Technology Corp. v. Shell Oil Co., 425 F.3d 1366 (Fed. Cir. 2005); Fujifilm Corp. v. Benun, 605 F.3d 1366 (Fed. Cir. 2010), cert. denied, 131 S.Ct. 829 (2010).）によれば、the entire market value rule (Garretson v. Clark, 111 U.S. 120, 121, 4 S.Ct. 291, 28 L.Ed. 371 (1884).) により、bundling and convoyed salesとして、侵害品の付随品の販売価格を算入し得るものとされる。

[119] 大阪地判昭54・3・23無体集11巻１号247、270頁〔ポールセフティ商標事件〕。

[120] 不当利得返還請求に係る大阪地判平13・12・13（平12（ワ）4290号）最高裁HP〔ストレッチフィルムによるトレー包装体事件〕。

[121] 東京地判平20・11・27（平20（ワ）8049号）最高裁HP〔床用目地装置事件〕。

[122] 前掲知財高判〔システム作動方法及び遊戯装置制御方法事件〕。

ンソフトが用いられる事業における「アカウント広告」及び「コミュニケーション」の各売上げのうち、同機能と無関係又は関係希薄な企業等からの「アカウント広告」分は対象とせず、また、ユーザからの「コミュニケーション」分のうち、ユーザとの友達登録及びその後の交流と無関係又は関係希薄な「着せ替え」分及び「LINE Out」分は対象としないものの、ユーザとの友達登録及びその後の交流の際に利用される「スタンプ」分及び「絵文字」分は対象としたうえで、「ふるふる」によるユーザ同士の友達登録割合を乗じたものがある[123]。

また、食料切断器にフードチョッパーを添えて組としたセット商品について肯定したものがある[124]。さらに、ロッドレスシリンダ本体に機能的・購入動機的に完全に依存した付属部品であるストローク調整ユニット及びオートスイッチについて肯定したうえで寄与度を考慮したものがある[125]。

この点、権利者による権利者製品等及び付随品等の販売の有無を問わず、侵害品等において機能的に一体の付随品等が販売形式的に一体のセット商品等の場合や、別売（販売形式的に別体）の場合でも、一括販売され、一括販売が一般的（販売実態的に一体）であるとき等には、肯定したうえで寄与度を考慮するのが相当であろう。

５．１項１号及び２項における権利者製品及び／又は侵害態様の部分での特許発明の実施の場合における「全額」「推定」が及ばない例外の許否について

(1) はじめに

１項１号及び２項における権利者製品及び／又は侵害態様の部分での特許発明の実施の場合において、１に述べた通り、旧１項に係る知財高特判令和２年２月28日が「全額」「推定」を肯認する一方、２項に係る知財高特判令和元年６月７日が「原則」「全額」「推定」を肯認したこととの関係で、かかる「全額」「推定」がそもそも及ばない例外の許否が、１項１号及

123 前掲東京地判〔コンピュータシステムおよびプログラム事件〕。

124 東京地判昭46・6・14判タ266号220、221頁〔食料切断器事件〕。

125 前掲名古屋高判〔圧流体シリンダ事件〕。

び 2 項による権利者製品又は侵害態様の付随品等に係る損害賠償請求の肯否（ 4 (2)及び(3)）や 3 項における侵害態様の部分での特許発明の実施の場合における非実施部分の売上高相当分の控除の肯否（ 2 (2)）とも関連して、問題になる。

(2) 2 項による場合

まず、2 項に係る知財高特判令和元年 6 月 7 日が「原則」全額推定を肯認したことに関し、学説上、全額推定が及ばない例外要件は今後の課題とする見解がある[126]。

そして、例えば①侵害者が販売する完成品の部分で完成品に組み入れた侵害部品に係る特許発明が実施される場合や②侵害者が販売するセット商品の部分でセット商品に組み入れた侵害商品に係る特許発明が実施される場合等が例外に当たり得るとする見解がある[127]。

---

[126] この点、知財高特判令和元年 6 月 7 日は「全額説の例外とされる場合がどのような場合であるか…には触れておらず、残された問題である」とする見解がある（氏名不詳「判批」判時2430号（令 2 ）35頁）。

[127] この点、「部品特許に係る場合や、製品の一部分が部品として別途独立して販売されている場合が例外にあたり得ると思われる」とする見解がある（氏名不詳「判批」L&T85号（令元）85頁）。

また、「特許発明を実施している部分の独立性が高く、それ自体の譲渡行為を観念できる場合（たとえば、カーナビゲーションシステムについての特許権の侵害訴訟で、特許発明を実施したカーナビゲーションシステムを搭載した自動車の譲渡行為を侵害行為と構成した場合や、フライパンについての特許権の侵害訴訟で、特許発明を実施したフライパンと鍋、やかん等をセットにしたセット商品の譲渡行為を侵害行為と構成した場合など）には、特許発明を実施している部分を組み入れた完成品やセット商品の譲渡行為を侵害行為と構成し、特許発明が完成品やセット商品の譲渡利益に寄与、貢献していない程度についての立証を侵害者に負担させることには違和感を覚える。このような事例では、特許発明が完成品の譲渡利益の増大に寄与、貢献しているとはいえず、特許発明を実施した部分の譲渡行為を侵害行為と構成しても、完成品の譲渡行為を侵害行為と構成した場合と算定される損害額に変わりはない場合が多く、そのような場合は、特許発明を実施した部分の譲渡行為を侵害行為と構成するのが相当であり、特許権者が、完成品の譲渡行為を侵害行為と構成した場合には、特許発明を実施した部分の譲渡行為を侵害行為と構成するよう釈

これに対し、上記①及び／又は②は例外に当たらないとする見解がある[128]。また、裁判例上、上記①の場合に、なお全額推定が及ぶものの、推定覆滅事由として寄与割合が考慮され得るとするものがある[129]。

明することが考えられる。また、上記の事例で、特許権者が、特許発明が完成品の譲渡利益の増大に寄与、貢献しているとして、完成品の譲渡行為を侵害行為と構成した場合は、特許発明を実施した部分の市場価格はわかっており、特許発明の寄与、貢献の程度の立証が特許権者にとって困難であるとはいえないことを考慮すると、例外的に、特許発明の寄与、貢献の程度に関する立証責任を特許権者側に負担させることも考えられる」とする見解がある（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」L&T別冊６号（令２）88-89頁）。

さらに、「例えば、侵害者が販売する製品が装置である場合に、その部品が部品特許の発明の実施品であり、装置の販売が当該部品特許に係る特許権侵害の主張がされている場合などが考えられる」とする見解がある（高橋・前掲注33・79頁）。

[128] この点、「この例外が実際に存在するか、あるとすればどのような場合かについては本判決からは（部分実施に関する事情はこの例外ではないであろうこと以外には）明らかではない」とする見解がある（金子敏哉「判批」判時2470号（令２）134頁（判評745号16頁））。

また、上記①及び②の「いずれの例も、本判決が行為全体による利益について推定を認めるべきであるとした、特許発明の実施部分が侵害製品の一部を占めるに止まる場合と質的な違いを認めることは困難であり、それを無理に何らかの境界線を引いて区別しようとする場合には、境界線の前後のいずれに属するとされるのかということで証明責任の所在が正反対となることを正当化しえないように思われる。むしろそれらの例を含めて、原則どおり、いったんは全体について利益の推定を認め、あとは推定の覆滅の問題として取り扱い、ただその覆滅の場面で、特段の事情が示されない限りは、カーナビゲーション・システム単体が販売された場合の利益や、フライパン、鍋、やかんがそれぞれ単体で販売された場合の価格比をもってセット全体の価格をフライパンに按分した価格を斟酌して算出する利益の額までの限度で推定が覆滅すると取り扱うことにすれば、理論的な難点を抱えることなく、この見解が目標とする取扱いと大差ない取扱いを導くことができるように思われる」とする見解がある（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（令３）47頁）。

[129] 知財高判令４・３・29（令２（ネ）10057号）最高裁HP〔情報記憶装置事件〕。

(3) 1項1号による場合

また、旧1項に係る知財高特判令和2年2月28日が全額推定を肯認したことに関し、例外を許容する見解[130]、特に例えば①'権利者が販売する高価な完成品の部分で完成品に組み入れた一般に流通する安価な部品に係る特許発明が実施される場合等が例外に当たり得るとする見解[131]がある。

(4) 検討

この点、例外を許容する見解は、知財高特判令和元年6月7日及び令和2年2月28日により「全額」「推定」が肯認され、かかる「全額」「推定」に対する非侵害部分に係る「一部」「覆滅」が侵害者側の負担とされたこ

---

[130] この点、「事実上の推定は、具体的な事案において経験則を用いて行われるのであるから、本判決は、本件の具体的な事案において、上記の事実上の推定が働く旨判示したのであり、事案によっては、上記の事実上の推定は働かない場合もあると思われる」とする見解がある(氏名不詳「判批」L&T88号(令2)65-66頁)。

[131] この点、1項1号における権利者製品の部分での特許発明の実施の場合における寄与度の考慮に係る「本文説(単位数量利益説)によると、1項1号の『販売することができた物』を権利者製品全体ではなく、権利者製品のうち特許発明が寄与、貢献している部分と解することになるが、そのような解釈も可能と考える」、「特許発明を実施した部分が、部品等の一般に流通しているものであり、当該部品の価格とこれを組み入れた完成品である権利者製品の価格の差が著しく大きい場合など、経験則上、権利者製品の販売によって得られる限界利益のすべてが特許発明によってもたらされたとはいえない場合もあり、そのような場合は、上記の事実上の推定は働かないことになる」、「たとえば、特許発明がパワーウィンドゥ用のモーターの製造コストを下げることを目的としたモーターの発明であり、その実施品は数千円程度で市販されているが、原告が、侵害品および権利者製品を特許発明を実施したモーターを組み入れた自動車と構成した場合、通常、上記の特許発明は、権利者製品の販売によって得られる利益に寄与、貢献しているとは考えられないから、権利者製品である自動車を販売したことによって得られる単位数量あたりの利益の額の全額が『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』となると事実上の推定が働くことはないであろう」とする見解がある(佐野・前掲注127・83-85頁)。

また、かかる見解に肯定的な見解がある(大寄麻代「特許法102条1項の解釈を形成する裁判例の展開ー特許発明の寄与の考慮を中心として、美容器事件大合議判決までー」高部退官・前掲注33・230頁)。

と、2項による推定の（数量的な）一部覆滅に慎重な知財高特判平成25年2月1日[132]以降の知財高特判令和元年6月7日を含む裁判例の傾向の一般化[133]、従前「寄与率」を不明確と批判した日本の産業界等[134]、特に近時の自動車業界ではむしろSEP（standard essential patent）のFRAND（Fair, Reasonable and Non-Discriminatory）条件による実施料額の算定における寄与度の考慮が強調されること[135]等に鑑み、「寄与率」の語を用いない、例外の必要性を忖度したものと理解される。そして、かかる見解による上記例外の各例は、基本的かつ実質的に米国の裁判例における最小販売可能特許実施単位（smallest salable patent practicing unit）の考え方[136]を導入するものと位置付けられる。

しかしながら、かかる考え方それ自体は、以下に述べるように、日本の特許権侵害訴訟の実務に馴染み難いとともに、関連する日本の裁判例等に照らして例外として広過ぎるように思われる。

すなわち、近年の日本の特許権侵害訴訟の実務においては、一般に、損害賠償請求について、請求原因事実において、対象物件（被告製品）が、請求（訴訟物）の特定のために、侵害者により過去に現に製造販売等されたものとして、侵害者の商品名・型式番号等で特定され、特に差止請求を伴うときには、かかる特定は、差止請求の対象物件（被告製品）を請求の趣旨ないし判決主文において侵害者により現に現在製造販売等されている又は将来そのおそれがあるものとして侵害者の商品名・型式番号等で特定する、別紙対象物件（被告製品）目録の引用によることが多い[137]。（そして、損害賠償請求及び差止請求のいずれについても、請求原因事実におい

---

132 知財高特判平25・2・1判時2179号36、50頁〔ごみ貯蔵機器事件〕。

133 飯田圭「寄与度」小泉直樹＝田村善之編『特許判例百選』（有斐閣、〔第5版〕令元）83頁。

134 知的財産戦略本部検証・評価・企画委員会知財紛争処理システム検討委員会「知財紛争処理システムの機能強化に向けた方向性について」（平28）19-22頁等。

135 経済産業省「マルチコンポーネント製品に係る標準必須特許のフェアバリューの算定に関する考え方」（令2）3－4頁等。

136 飯田・前掲注3・12-13頁参照。

137 司法研修所編「特許権侵害訴訟の審理の迅速化に関する研究」（法曹会、平15）47-48頁。

て、かかる対象物件（被告製品）の構成等が、請求原因の特定のために別紙対象物件（被告製品）説明書等により特許発明の技術的範囲への属否の判断に必要な限度で特定されることが多い。）かかる実務の下で、日本の特許権侵害訴訟、特に損害論において、一般に、侵害品は、対象物件（被告製品）として、侵害者の商品名・型式番号等の単位で特定されることが多く、かかる侵害品との競合・代替性が問題とされる権利者製品も権利者の商品名・型式番号等の単位で特定されることが多い。にもかかわらず、権利者製品・侵害品を、原・被告が自ら現に製造販売等する完成品やセット商品ではなく、それらに組み入れられた侵害部品部分や侵害商品部分で特定・審理することを一般に広く求めることは、実務に無用な混乱を招くおそれがあろう。

そして、4 (2)に述べた通り、1 項 1 号による権利者製品の付随品に係る損害賠償請求の肯否について、裁判例等に照らして、権利者製品において機能的に一体の付随品が販売形式的に一体のセット商品の場合等には、肯定したうえで寄与度を考慮するのが相当である。また、4 (3)に述べた通り、2 項による侵害態様の付随品等に係る損害賠償請求の肯否について、裁判例等に照らして、侵害品等において機能的に一体の付随品等が販売形式的に一体のセット商品等の場合等には、肯定したうえで寄与度を考慮するのが相当である。他方、2 (2)に述べた通り、3 項における侵害態様の部分での特許発明の実施の場合における非実施部分の売上高相当分の控除の肯否については、裁判例上、非実施部分が実施部分と侵害機能的に別体かつ非実施部分の売上高相当分が算定可能な場合に肯定例が複数ある一方、非実施部分が実施部分と侵害機能的に一体の場合には非実施部分の売上高相当分が算定可能なときでも否定する例やさらに特許発明の寄与度ないし利用率を考慮する例が多数ある。かかる関連する日本の裁判例等に照らして、米国の裁判例における最小販売可能特許実施単位（smallest salable patent practicing unit）の考え方により一般に例外を許容するのは広過ぎるように思われ、完成品やセット商品に組み入れられた部品部分や商品部分がさらに機能的に完成品やセット商品と別体である場合[138]に初めて

[138] このように類型的に寄与度を0%と見做し得る場合を例外とし、さらに特許権者にて寄与度を主張立証する（佐野・前掲注127・89頁）余地を否定する方が、審理も

例外に当たり得るとし、それ以外のときには原則通り完成品やセット商品の全体を基礎として寄与度を考慮するのが相当と考えられる[139]。

６．まとめ

前稿及び本稿にて検討した通り、美容器事件及び二酸化炭素含有粘性組成物事件に係る各知財高裁大合議判決と令和元年改正特許法の下で、３項による実施料相当額の算定における契約例や業界相場への侵害プレミアムの上乗せは、定型的かつ実質的に二倍とするのが相当である。

他方、１項１号、２項及び３項における権利者製品及び／又は侵害態様の部分での特許発明の実施の場合における特許発明の寄与度の減額的な考慮は、実施利益に係るものか（１項１号及び２項）否か（３項）という点と実施利益額の算定対象が権利者製品（１項１号）か侵害態様（２項）かという点とを除き、非寄与度について侵害者が立証責任を負担するものとして、独立考慮により、基本的かつ実質的に統一的に解釈適用され得べきものである。また、これとは逆の１項１号、２項及び３項による権利者製品又は侵害態様の付随品等に係る拡張的な損害賠償請求の肯否も、同様に、基本的かつ実質的に統一的に解釈適用され得べきものである。そして、かかる解釈適用を前提に、１項１号及び２項における権利者製品及び／又は侵害態様の部分での特許発明の実施の場合における「全額」「推定」が及ばない例外の許否も、整合的かつ統一的に解釈適用され得べきものである。

かかる統一的な解釈適用[140]を通じて相互に参照可能な多数の裁判例が集積されることにより、特許権侵害訴訟における損害額算定の客観的合理性を担保し、さらには、その予測可能性及び検証可能性を可及的に確保することができれば、平成10年特許法改正を端緒に、美容器事件及び二酸化炭素含有粘性組成物事件に係る各知財高裁大合議判決と令和元年特許法

より簡明になり得るのではないかと思われる。

[139] かかる寄与度の利益減額的な考慮が侵害者の具体的な主張立証に応じて裁判所においてある程度裁量的に可能であることについて飯田・前掲注３・19-20頁及び49頁参照。

[140] １項１号、２項及び３項による損害額の算定の基礎（ベース）の特定と寄与度の考慮に係る共通の問題として、その限度で統一的に解釈適用することになろう。

改正を経由して、賠償額の高額化という従来の課題をある程度解決した裁判実務上の今後のさらなる課題[141]の解決に資するところが大きいものと思われる。前稿に引き続き本稿がその一助になれば筆者の望外の喜びである。

以　上

[141] 田村・前掲注14・15頁は、同課題を「損害額算定の予測可能性の確保」とする。

別紙１

３項における寄与度の考慮の仕方及び程度

裁判例	全体	部分	寄与度	考慮の仕方
東京地判昭和47年５月22日[142]	写真機	露光計	40%	写真機の三機構（レンズ・シャッター及びボデー）中のシャッター部分に属し、撮影操作上最も重要かつ販売成果に不可欠な要素で、存在価値が全体に及ぶことを考慮
大阪地判昭和63年６月30日[143]	安全帯	ベルトの挟圧作用が確実となる等の構造の尾錠	30%	安全帯の墜落防止目的達成上の尾錠の役割の大きさと原価構成割合、他の部品全体の共働による安全帯の安全性・機能性の確保等を比較考量
		ベルトの保有強度を有効に生かす等の構造の尾錠	30%	
	安全帯	ベルトの保有強度を有効に生かす等の構造の尾錠	30%	
大阪地判平成３年９月30日[144]	受水層	特徴部分である給水装置及び水位調整装置を有する配管系	100%	同配管系の目的が受水層の腐食防止にあること及び両者の一体不可分の関係を考慮

[142] 前掲東京地判〔光導電体を使用する等間隔目盛露出光計事件〕。

[143] 前掲大阪地判〔墜落防止安全帯用尾錠事件〕。

[144] 前掲大阪地判〔受水槽事件〕。

名古屋地判平成4年1月31日[145]	海苔剥ぎ機	特徴部分である海苔剥ぎ機の基本的な構成 海苔・簀分離装置	80%	保有特許全体が実施数の多寡を問わず一台当たり定額で実施許諾されていた場合に、いずれも海苔剥ぎ機の基本的な構成に関するものであることを考慮
	海苔剥ぎ機	特徴部分である海苔剥ぎ機の基本的な構成	80%	
名古屋地判平成4年7月24日[146]	海苔濃度調整器	制御盤	60%	寄与度ないし利用率「を認定する際には、侵害部分が被告製品の商品価値ないし顧客吸引力に及ぼす効果の程度等のいわば質的要素に加えて、侵害部分を構成する部品の販売価額の合計額も、総合的に考慮すべき事項に含まれると解するのが相当である」としつつ、商品価値上の重要性と販売価格割合とを比較考量
東京高判平成8年5月23日[147]	精密研削盤により使用される方法	位置合せ載置方法	10%	高精度かつ迅速な研削という目的達成上の必要不可欠性・精密研削盤の製作原価の低減等と、主目的は研削であって位置合せではないこと・精密研削盤の販売価格と比較した位置合せ載置方法が使用される仮受け台の販売価格の低さ等を比較考量

[145] 前掲名古屋地判〔海苔剥ぎ機事件〕。

[146] 補償金請求に係る前掲名古屋地判〔海苔調合液の濃度制御用表示盤事件〕。

[147] 前掲東京高判〔位置合せ載置方法事件〕。

東京高判平成13年1月25日是認の東京地判平成10年12月18日[148]	液体食品用充填機	包装積層品をヒートシールする装置	20%	部品数割合・当該充填機の目的達成のための当該装置の機構の重要性等を考慮
東京高判平成11年6月15日[149]	潜熱蓄熱式電気床暖房システム	蓄熱材	60%	一要素であることと機構上も商品価値の構成上も必要不可欠な重要な要素であることを比較考量
東京高判平成12年9月26日[150]	電動型スロットマシン	ステッピングモータに組み込まれたリール停止時間間隔制御装置	50%	ステッピングモータの頭脳部としての機能の重要性等を考慮
東京地判平成13年10月31日[151]	連棟式車庫	屋根端部連結構造	20%	販売価格割合と屋根端部連結構造による連棟式車庫の販売増加見込み及び組立経費削減効果とを比較考量
大阪地判平成13年11月27日[152]	自動ボウリングスコア装置	特徴部分であるスコアに応じて別の遊戯を画面表示し、遊戯結果を記憶し、同結果を用いて新たなサービスを追	10%	侵害者によるシステム提案書における当該構成を含むソフトウェア部分の重要性の自認や当該システムの良好な投資効果の予測・侵害者の顧客による着眼広告例と当該構成の価格割合・機能比率の低さとを比較考量

[148] 前掲東京高判平13・1・25是認の前掲東京地判〔包装積層品をヒートシールする装置事件〕。

[149] 前掲東京高判〔潜熱蓄熱式電気床暖房装置等に用いる蓄熱材の製造方法事件〕。

[150] 前掲東京高判〔電動型スロットマシンのリール停止時間間隔制御装置事件〕。

[151] 前掲東京地判〔連棟式車庫の屋根端部連結構造事件〕。

[152] 前掲大阪地判〔自動ボウリングスコア装置事件〕。

		加できるようにした構成		
名古屋地判平成14年1月30日[153]	菊選別機	生花の下葉取装置	40%	機能の必要不可欠性や重要性・顧客の購入上の重要な要素であることと製造原価割合が高くないこと・他の装置の役割も無視できないこととを比較考量
大阪地判平成14年4月25日[154]	実装基板検査装置	実装基板検査位置生成装置	70%	機能数比・価格差と基板検査という本質的な機能における中心の一つであること・宣伝広告での効果の強調等とを比較考量
大阪高判平成16年5月28日是認の大阪地判平成14年10月29日[155]	サラダ製品	筋組織状こんにゃく	40%	当該製品における筋組織状こんにゃくの原材料費率の低さと構成要素上の重要性とを比較考量
名古屋高判平成17年4月27日[156]	ロッドレスシリンダ本体及び付属部品	圧流体シリンダ	90%	機能や購入動機上本体に完全に依存した付属部品が組み合わせて販売されること等を考慮
東京地判平成19年10月31日[157]	スピーカシステム	振動板	10%	スピーカシステムにおいてスピーカが本質的な要素であること、スピーカの性能が音質で決定されること、スピーカ音質特性要因における振動板に係る項目数の割合20%、本件発明に係る製法による

[153] 前掲名古屋地判〔生花の下葉取装置事件〕(但し、前掲名古屋高判平16・3・31にて非侵害により取消し)。

[154] 前掲大阪地判〔実装基板検査位置生成装置事件〕。

[155] 前掲大阪高判平16・5・28是認の前掲大阪地判〔筋組織状こんにゃくの製造方法及び装置事件〕。

[156] 前掲名古屋高判〔圧流体シリンダ事件〕。

[157] 前掲東京地判〔スピーカ用振動板の製造方法事件〕。

				振動板の材料選択の自由度の向上と、製法が振動板の音質要素の一部であること、振動板の販売価格とを比較考量
東京地判平成21年９月15日[158]	粉砕機	実質部分である回転式加圧型セパレータ	30%	同セパレータの有用性、同セパレータにより解決される課題の重要性と、粉砕機における駆動部・粉砕部及び分級部の構成及び機能、分級部の部材の原価とを比較考量
東京地判平成25年９月12日[159]	洗濯機	水準器	0.2%	洗濯機の機能上の水準器の重要性と、補助的部品性・使用頻度の低さ・代替可能性・不広告宣伝、製造原価割合とを比較考量
		脱水槽	15%	洗濯機の機能上の脱水槽の中核的部品性、使用頻度の高さと、不宣伝広告、製造原価割合とを比較考量
部分意匠に基づく不当利得返還請求に係る大阪高判令和元年９月５日[160]	検査用照明器具	後方部材	10%を超えない	物品の性質、用途及び販売態様等を考慮
東京地判令和３年５月19日[161]	「コミュニケーション」事業中のユーザとの友達登録及びその後の交流の際に利	同事業に用いられる侵害コンピュータシステム及びアプリケーションソフトにおける「ふるふる」に	「ふるふる」による友達登録割合	ユーザとの友達登録及びその後の交流の際に利用される「スタンプ」及び「絵文字」全体から「ふるふる」以外による友達登録に関する分を除く

[158] 前掲東京地判〔回転式加圧型セパレータを備えた粉砕機事件〕。

[159] 前掲東京地判〔洗濯機用水準器事件〕。

[160] 前掲大阪高判〔検査用照明器具部分意匠事件〕。

[161] 前掲東京地判〔コンピュータシステムおよびプログラム事件〕。

	用される「スタンプ」及び「絵文字」	よるユーザ同士の友達登録機能		
知財高判令和２年11月18日[162]	液晶テレビ	発光装置	５％	発光装置に係る特許発明の実施料率一般を10％と算定したうえで、発光装置を含む液晶テレビの販売価格を基礎とした場合における特許発明の実施料率を、液晶テレビに占める発光装置の価格割合が小さいこと等と特許発明による液晶テレビの売上げへの貢献が大きいこととを比較考量して、0.5％と認定

[162] 前掲知財高判〔発光装置事件〕。