

知的財産権侵害に係る損害賠償と消費税（1） -知的財産法の観点からの消費税基本通達への疑問-

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2018-03-28 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 金子, 敏哉 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/19273

【論 説】

知的財産権侵害に係る損害賠償と消費税 (1)

—— 知的財産法の観点からの消費税法基本通達
への疑問 ——

金子 敏 哉

目 次

- I. はじめに
 1. 設例
 2. 本稿の検討課題
 - (1) 消費税制度の概要
 - (2) 消費税の課税対象と損害賠償金(検討課題①)
 - (3) 知的財産権侵害に係る損害賠償請求訴訟における運用(検討課題②)
 3. 先行研究と本稿の検討内容
 - (1) 先行研究
 - (2) 本稿の内容
 - (3) 損害額の算定における消費税を論ずる意義
- II. 裁判例における損害額の算定と消費税の取扱い
 1. 本稿による裁判例の分析について
 - (1) 裁判例全体に占める消費税に言及した判決の割合
 - (2) 調査対象とした裁判例
 - (3) 特許法102条等の改正と消費税率の引き上げ
 - (4) 裁判例の分析について
 2. 3項(実施料相当額・使用料相当額)
 - (1) 消費税分を含まないもの(16件)
 - (2) 消費税分を含むもの(40件)
 3. 2項(侵害者利益による推定)
 - (1) 消費税分を含まないもの(16件)
 - (2) 消費税分を含むもの(8件)
 4. 1項(権利者製品の単位数量当たりの利益の額)
 - (1) 消費税を含まないもの(5件)
 - (2) 消費税を含むもの(6件)

5. 裁判例全体の傾向

- (1) 裁判例一覧
- (2) 裁判例の概観
- (3) 損害額に消費税分を含む（含まない）理由
- (4) 小括

(以上本号)

III. 消費税法基本通達における取扱い

IV. 損害賠償金への消費税の課税の是非

V. 損害額の算定における消費税の取扱い

I. はじめに⁽¹⁾

1. 設例

〔設例 1〕

特許権者 X は、Y による侵害行為が行われた平成 25 年中（消費税率は 5 %）、特許発明の実施品（X 製品）を、事業者 A から製品 1 個あたり 6300 円（税込価格）で仕入れ、10500 円（税込価格）で消費者に販売していた。

Y による侵害行為がなければ販売できたであろう X 製品につき、その追加的な販売数量（逸失販売数量）に対応する限界費用⁽²⁾は A からの仕入れ代金のみとする。

(1) 本稿の執筆にあたり、税務大学校の山田晃央教授、植田祐美子氏、神戸大学の潤圭吾教授、名古屋経済大学の瀧麻依子准教授にご助言、ご協力を頂いた。ここに感謝の意を表す。ただし本稿の不備・誤りは全て筆者によるものであり、その責もすべて筆者が負うべきものである。

本稿は科研費（15H01928）による研究成果の一部である。

本稿は大野幸夫先生の高稀を祈念し献呈する論文である。調整不足により本号で完結できなかったことも含め不十分な検討であるが、大野先生の多大なご厚情・ご学恩に心より御礼を申し上げる。

(2) 特許権等の侵害による権利者製品の売上減少による逸失利益、侵害者利益については、かつてはこれを純利益（売上額から一般管理費等も控除）と解する見解が多数であった。しかし平成 10 年改正（特許法 102 条 1 項の新設）の前後の頃から、限界利益説が通説的となっており、販売価格・売上額から控除すべき費用は限界費用（あるいは売上に伴って変動する変動経費）であると解されている（中山信弘・小泉直樹編『新注解特許法〔第 2 版〕』（青林書院、2017 年）1786 頁以下・1841 頁以下・1936 頁以下〔飯田圭〕、増井和夫・田村善之『特許判例ガイド〔第 4 版〕』（有斐閣、2012 年）360 頁以下・371 頁以下〔田村善之〕参照）。

なおこの点に関連して、いくつかの裁判例において、「租税公課」や「公租公課」は売上

この場合、X製品が特許法102条1項の「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」に該当するとして、その「単位数量当たりの利益の額」はいくらか。

- (1) 4500円 (税込販売価格－税抜仕入価格)
- (2) 4200円 (税込販売価格－税込仕入価格)
- (3) 4000円 (税抜販売価格－税抜仕入価格)
- (4) 3700円 (税抜販売価格－税込仕入価格)

〔設例2〕

侵害者Yは、特許発明の技術的範囲に属する製品(Y侵害品)を、平成25年6月に事業者Dから6300円(税込み価格)で1つ仕入れ、10500円(税込価格)で消費者に販売した。

Y侵害品の販売に係る限界費用は、Dからの仕入れ代金のみとする。また、侵害行為を行わなかったと仮定した場合の侵害者の収入額は0とする。

この場合、特許法102条2項の侵害者が侵害の行為により受けた利益(侵害者利益)の額はいくらか(前記(1)～(4)参照)。

また、特許法102条3項の実施料相当額について、侵害品の売上高に相当な実施料率を乗じる手法を用いる場合、売上高は税込価格(10500円)を用いるべきか、税抜価格(10000円)を用いるべきか。

〔設例3〕

〔設例1〕、〔設例2〕の事例のもとで、特許権者Xが(消費税率が8%に引き上

から控除すべき変動経費に該当しないとの判断が示されている(一般論として東京地判平成7年10月30日判時1560号24頁〔システムサイエンス〕、大阪地判平成12年7月11日平成8(ワ)11623〔スーパーバンド〕、東京地判平成17年10月11日判時1923号92頁〔ジェロピタル〕等参照)。しかし税込み売上高に含まれる消費税相当分は、まさに売上に伴って変動するものであることからすれば、これらの裁判例における「租税公課」への言及は消費税を含む趣旨とはいえないであろう(例えば東京高判平成12年4月25日平成11(ネ)836〔キャラウェイ〕において控除が否定された租税公課は被告本社の土地建物に係る固定資産税である)。

げられた平成 26 年 4 月後の)平成 27 年 1 月に損害賠償請求訴訟を提起した。

裁判所は、侵害者に対してどのような金額の支払いを命じるべきであろうか。特に、消費税相当分についてどのように扱うべきであろうか。

判決の確定あるいは損害賠償金の支払いの時点が平成 31 年 10 月 1 日以降となる(消費税率が 10%となる)可能性がある場合についてはどうか。

2. 本稿の検討課題

本稿は、特許権・著作権等の知的財産権侵害に係る損害賠償と消費税を巡る問題、すなわち、①知的財産権侵害に係る損害賠償金が消費税の課税対象となるべき「資産の譲渡等」(消費税法 4 条 1 項)の対価といえるか、②損害額の算定において消費税相当分をどのように扱うか、との二つの問題について検討を行うものである。

(1) 消費税制度の概要

消費税とは、物品やサービスの消費に担税力を認めて課される租税である⁽³⁾。

日本では従前から特定の物品・サービス(酒・たばこ等)を対象とする個別消費税は導入されていたが、一般消費税(原則として全ての財・サービスを対象とする消費税)としての「消費税」は、昭和 63 年に制定された消費税法(昭和 63 年法律第 108 号)により導入され、平成元年 4 月 1 日から実施された。

消費税率は当初 3%であったが、平成 9 年 4 月 1 日に 5%(消費税 4%、地方消費税 1%)に、平成 26 年 4 月 1 日に 8%(消費税 6.3%(消費税法 29 条)、地方消費税 1.7%(地方税法 72 条の 83))にそれぞれ引き上げられている(以下では、消費税法上の消費税と地方消費税を合わせて「消費税」として言及し、地方消費税に関する記述は省略する)。

税率の 8%への引き上げを定めた「社会保障の安定財源の確保等を図る税制の抜本的な改革を行うための消費税法の一部を改正する等の法律」(抜本改革法。平成 24 年法律第 69 号)では、さらに平成 27 年 10 月 1 日に 10%に引き上げることが予定されていた。しかし引き上げは経済状況に鑑み延期され、平成 28 年 11 月の抜本改革法の一部改正により、10%への引き上げは平成 31 年 10 月 1 日に予定されている。

消費税の課税対象は、国内において事業者が行った「資産の譲渡等」及び特定仕

(3) 金子宏『租税法〔第 22 版〕』(弘文堂、2017 年) 734 頁。

入れ⁽⁴⁾と(消費税法4条1項)、輸入取引⁽⁵⁾である。

国内取引に関する消費税法上の納税義務者は、消費行為を行う者ではなく、国内において物品・サービスの提供(「資産の譲渡等」)や特定仕入れを行う事業者とされている(消費税法4条1項)。ただし、当該課税期間⁽⁶⁾の基準期間⁽⁷⁾における課税売上高が1000万円以下の事業者については納税義務が免除される(消費税法9条1項本文)。

そして原材料の供給、完成品の卸売、小売等の各段階の取引について、それぞれが「資産の譲渡等」として消費税の課税対象となり(多段階課税)、その対価の額(消費税額を含まないもの)が消費税の課税標準(税額算定の基礎となる金額)となる(消費税法28条1項)。他方、各事業者は仕入れ等の際に支払った消費税分について税額控除を受けることができる⁽⁸⁾ため(仕入税額控除。消費税法30条)、

(4) 「特定仕入れ」とは、「事業として他の者から受けた特定資産の譲渡等」を意味し(消費税法4条1項)、「特定資産の譲渡等」とは「事業者向け電気通信利用役務の提供」及び「特定役務の提供」(国外事業者が行う演劇等の役務)をいう(同2条1項8号の2、8号の3)。

例えば、国内事業者Aが国外事業者Bから日本国内の事業者向け広告配信サービスの提供を受けた場合、Aは「特定仕入れ」を行ったものとして消費税分を申告し納税する義務を負うこととなる(リバースチャージ方式)。

本稿ではこの特定仕入れについての記述は省略する。

(5) 輸入取引については、「保税地域から引き取られる外国貨物」が課税対象となり(消費税法4条2項)、「外国貨物を保税地域から引き取る者」(国内取引と異なり事業者に限られない)が納税義務を負う(5条2項)。

例えば、事業者Bが、平成25年6月に海外の事業者Aから製品を6000円(税抜価格)で仕入れて日本国内に輸入し、同年7月に国内で消費者Cに製品を10000円(税抜価格)で販売する場合、Aは製品の輸入時に輸入取引に係る消費税300円を納め、またCからは販売代金10500円を受領して、課税売上に係る消費税額(10000円×5%)から、課税仕入れに係る消費税額(6000円×5%)を控除した200円分を納付することとなる。

(6) 事業者(納税義務を免除される者を除く)は、各課税期間(原則として、個人事業者の場合は1月1日から12月31日まで、法人事業者は事業年度)の末日の翌日から2か月以内(個人事業者は翌3月31日まで)に、消費税の確定申告書を所轄の税務署に提出しなければならない。確定申告書には、課税資産の譲渡等に係る課税標準(資産の譲渡等の対価の金額)の合計額(課税標準額)や消費税額、仕入税額控除等の控除額などが記載される(消費税法45条)。

(7) 個人事業者の場合は課税期間の前々年、法人の場合はその事業年度の前々年度となる。

(8) 仕入税額控除の金額が課税標準に対する消費税額を上回る場合、確定申告を行うことで、当該超過分の金額につき還付を受けることができる(46条)。

9条1項の免税事業者である場合にはこの仕入税額控除を受けることができない。国内で原材料等を仕入れ加工し製品を海外に輸出している小規模事業者等、仕入税額控除による還付を望む場合には、課税期間の初日の前日までに届出を行い課税事業者となる

ある事業者が納税義務を負う消費税額はその事業による附加価値分に対応するものとなる。

〔設例 4〕

事業者 B は、平成 25 年 6 月に事業者 A から製品を 6300 円（税抜き価格 6000 円 + 消費税 300 円）で仕入れ、平成 25 年 7 月に消費者 C に当該製品を 10500 円（税抜き価格 10000 円 + 消費税 500 円）で販売した。

（A からの仕入れと C への販売は、B の同一の課税期間に属するものとする）

この〔設例 4〕において、C から B に支払われた製品の販売代金は、課税売上げ（課税対象となる取引の売上げ）に計上され、B が A に支払った製品の代金は、仕入税額控除の対象となる課税仕入れ（消費税法 2 条 1 項 12 号参照）に計上される。

そして、課税売上げに係る消費税額（10000 円 × 5 %）から、課税仕入れ（消費税法 2 条 1 項 12 号参照）に係る消費税額（6000 円 × 5 %）を控除した金額（200 円）が、B が納付すべき税額となる。これは B の製品の取引による附加価値（この場合は製品の税抜販売利益：10000 円（税抜販売価格）－ 6000 円（税抜仕入価格）＝ 4000 円）に対応するものとなっている。

また（議論を単純化するため）事業者 A の当該製品に係る課税仕入れが 0 円であるとすると、課税売上げ 6000 円に係る消費税額 300 円が、A が納付すべき税額となる。

そして各取引段階で事業者が納税義務を負う消費税は、それぞれの販売価格等に転嫁がされることで、最終的に財・サービスを消費する消費者が実質的に負担をすることとなる（〔設例 4〕でいえば、消費者 C は税抜き価格 10000 円の製品を購入するに際し、500 円分の消費税相当額を実質的に負担している）と考えられている。

(2) 消費税の課税対象と損害賠償金（検討課題①）

前述のとおり、消費税法 4 条 1 項は、「国内において事業者が行った資産の譲渡等」について消費税を課することを定めている。

同法の「資産の譲渡等」とは、「事業として対価を得て行われる資産の譲渡及び貸付け並びに役務の提供」を意味し（消費税法 2 条 1 項 8 号）、「資産の貸付け」に

必要がある（消費税法 9 条 4 項）。

は「資産に係る権利の設定その他他の者に資産を使用させる一切の行為（当該行為のうち、電気通信利用役務の提供に該当するものを除く。）」を含む（同2条2項）。

つまりある事業者XがYから受領する金銭は、当該金銭がXが国内で「事業として」行った「資産の譲渡等」（資産の譲渡・貸付け、役務の提供）の「対価」に該当するといえる場合に、消費税の課税対象となる。

例えば、知的財産権に係るライセンス料は、資産に係る権利の設定（特許権者による通常実施権の許諾・専用実施権の設定、著作権者による出版権の設定。消費税法基本通達5-4-1参照。）や「他の者に資産を使用させる一切の行為」（著作権者による利用許諾。消費税法基本通達5-4-2）の対価として、消費税の課税対象となることとなる。

これに対して、本稿において検討対象とするのは、損害賠償金（特に知的財産権侵害に係る損害賠償金）が消費税の課税対象となるのか、との問題である。この点について、消費税法基本通達5-2-5は以下のように定めている。

消費税法基本通達 第5章第2節 資産の譲渡の範囲

〔損害賠償金〕

5-2-5 損害賠償金のうち、心身又は資産につき加えられた損害の発生に伴い受けるものは、資産の譲渡等の対価に該当しないが、例えば、次に掲げる損害賠償金のように、その実質が資産の譲渡等の対価に該当すると認められるものは資産の譲渡等の対価に該当することに留意する。

- (1) 損害を受けた棚卸資産等が加害者（加害者に代わって損害賠償金を支払う者を含む。以下5-2-5において同じ。）に引き渡される場合で、当該棚卸資産等がそのまま又は軽微な修理を加えることにより使用できるときに当該加害者から当該棚卸資産等を所有する者が收受する損害賠償金
- (2) 無体財産権の侵害を受けた場合に加害者から当該無体財産権の権利者が收受する損害賠償金
- (3) 不動産等の明渡しの遅滞により加害者から賃貸人が收受する損害賠償金

以上のように、消費税法基本通達⁽⁹⁾は、損害賠償金は原則的に資産の譲渡等の

(9) この消費税法基本通達5-2-5の内容は、消費税導入の際に制定された消費税法取扱通達

対価に当たらないこと、例外的に損害賠償金の実質が「資産の譲渡等の対価」に該当する場合には消費税の課税対象となることを述べるとともに、知的財産権侵害に係る損害賠償金をその実質が資産の譲渡等の対価に当たるものの一つとして例示している。

しかし、この消費税法基本通達 5—2—5 に対しては様々な疑問が残る。

そもそもなぜ知的財産権侵害に係る損害賠償金が（他の損害賠償金一般と異なり）資産の譲渡等の対価といえるのか。またその解釈は正当なものか。さらに、ここでいう損害賠償金は実施料相当額（特許法 102 条 3 項等）として算定された損害賠償金に限る趣旨なのか、それとも、権利者製品の売上減少による逸失利益（及びこれに関連して特許法 102 条 1 項・2 項により算定された損害額）も含む趣旨なのか。また損害賠償金に消費税が課税されるとして、権利者は侵害者に対してどのような形で消費税相当分の支払いを請求できるのか（損害の一部なのか、損害と別途請求すべきなのか）、侵害行為の時点と裁判（あるいはその後の強制執行）等の時点で消費税率が異なる場合にどの時点の税率を適用すべきなのか（侵害行為に係る損害賠償金の場合の国税通則法 5 条 2 項 7 号の「課税資産の譲渡等…の時」はいつか）、そもそも消費税法基本通達 5—2—5 は裁判所により損害賠償金の支払いが命じられる場合を念頭においているのか、等の疑問である。

本稿では、消費税法基本通達 5—2—5(2) に対するこれらの疑問点について検討し、知的財産権侵害に係る損害賠償金への消費税の課税の是非とそのあり方について検討するものである。

なお税務訴訟・国税不服審判事件において、知的財産権侵害に係る損害賠償金への消費税の課税の可否について判断された公表事例は、見当たらない（損害賠償金一般への消費税の課税に関して判断された若干の事例については後述する）。

(3) 知的財産権侵害に係る損害賠償請求訴訟における運用（検討課題②）

他方、知的財産法分野において、知的財産権侵害に係る損害賠償金への消費税の課税の問題はほとんど論じられてこなかった。

また損害額の算定における消費税の取扱い、すなわち、権利者の単位数量当たりの利益（特許法 102 条 1 項）や侵害者利益（2 項）、実施料相当額の損害（3 項）に

（昭和 63・12・30 間消 1—63）以来、本稿執筆時点での最新版（平成 29 年 3 月 31 日の改訂を反映したもの）までほぼ修正はされていない。

つき、算定の基礎となる権利者製品・侵害者製品の価格を税込価格とするか税抜価格とするか、また価格から控除すべき費用に納付すべき消費税分が含まれるか否かについても、詳しく論じた文献は見当たらない。

そこで本稿では、まず、損害額の算定における消費税の取扱いの現状を明らかにする趣旨から、裁判例の分析⁽¹⁰⁾を行う。さらに損害賠償金への消費税の課税の是非についての検討を踏まえうえて、損害賠償請求訴訟における消費税の取扱いのあるべき姿について考察を行う。

裁判例の状況については詳しくはIIで検討するが、消費税相当額の取扱い自体が判決文上は明らかではない事案が多数を占めるとともに、裁判所の判断が示された事例においても統一的な運用がなされていない状況にある。

但し近年、いくつかの裁判例において、消費税法基本通達5—2—5を参照し知的財産権侵害に係る損害賠償金が消費税の課税対象となることを理由に、消費税相当額分を控除すべきとの被告側の主張を退けて損害額を算定した事例が現れている（特許法102条1項につき東京地判平成29年7月27日平成27（ワ）22491〔マキサカルシトル損害賠償〕、2項につき東京地判平成24年7月31日平成23（ワ）29563〔バルコニーアンドヘッド〕・知財高判平成29年2月22日平成28年（ネ）10082〔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I〕、3項につき大阪高判平成20年9月17日判時2031号132頁〔デサフィナード〕等）。

ただしこれらの事例も含め、消費税相当額分も含む形で損害額が認定された裁判例においては、損害賠償金に判決時点での税率に基づく消費税相当額を加算する（あるいは別途支払いを命じる）という形ではなく、消費税込みの権利者・侵害者製品の価格（侵害行為の時点での税率に基づくもの）を用いて損害額を算定する手法が用いられている。

3. 先行研究と本稿の検討内容

(1) 先行研究

従来、知的財産権侵害に係る損害賠償と消費税の問題を巡っては、租税法の概説書・消費税に関する解説書において通達に基づいた若干の言及がされる他は、租税

(10) 次に述べる先行研究でも若干の裁判例についての検討がされるにとどまっており、消費税分の取扱いについて網羅的な分析を行うのは本稿が初めてのものといえるであろう。

法・知的財産法の両分野においてほとんど論じられてこなかった⁽¹¹⁾。

しかし近時、本論点に関して先行研究（占部裕典「損害賠償金と消費税：特許法 102 条 3 項における実施料相当額の算定における消費税の位置付け」税経通信 71 卷 14 号（2016 年）143 頁以下、及び「知的財産権の侵害に伴う実施料相当額の算定における消費税の位置づけ」同志社法学 68 卷 7 号（2017 年）2243 頁以下）が公表されている。

この先行研究では、租税法の見地から、実施料相当額の損害額の算定において算定の基礎となる侵害品の売上高に消費税相当分を含めることの是非について検討し、結論として税抜き価格を用いるべきことを主張している。また併せて実施料相当額の損害賠償金は「資産の譲渡等の対価」に当たらず消費税の課税対象とならない解すべきことも主張されている。

(2) 本稿の内容

本稿では、先行研究の問題提起を踏まえつつ、知的財産法の観点から、①損害賠償金（実施料相当額のみならず、売上減少による逸失利益に係る損害額も含めて）への消費税の課税の可否、及び②知的財産権の侵害に係る損害額の算定における消費税の取扱いにつき、若干の検討を試みるものである。

本稿の結論を先取りすれば、①については、知的財産権侵害を理由とする損害賠償請求訴訟において認定される損害賠償金は、条文の文言解釈⁽¹²⁾としても実質論

(11) 金子・前掲注(2)740 頁においても、知的財産権侵害に係る損害賠償金への課税に関する最初の論考として占部裕典「損害賠償金と消費税：特許法 102 条 3 項における実施料相当額の算定における消費税の位置付け」税経通信 71 卷 14 号（2016 年）143 頁以下を挙げている。

(12) 詳細は III 章、IV 章で検討するが、端的に言えば、消費税法基本通達 5—2—5(2)は、「無体財産権の侵害を受けた」ことを、権利者が「他の者に資産を使用させ」た（消費税法 2 条 2 項参照）と解するものであり、消費税法の条文の文言に反するものである。

また、仮に知的財産権が侵害されたことが「他の者に資産を使用させ」たと解するとしても、売上減少による逸失利益（及び特許法 102 条 1 項・2 項による算定額）はもちろん、実施料相当額の損害も損害の金銭評価として「実施料」というフィクションを用いるものにすぎず、また判決に基づく損害賠償金の支払いによって事後的な許諾が行われるわけでもなく（損害賠償金を支払っても侵害行為は侵害行為であることに変わりはない）、資産の譲渡等の「対価」とはいえない。

結局、消費税法基本通達 5—2—5(2)の規律が妥当するのは、当事者の和解等の合意により、事後的な実施（利用）許諾の対価が名目上「損害賠償金」として支払われる場合に限られると解すべきである。そして通達もしそのような限定的な趣旨であるとすれば、現在の通達の文言は裁判を通じた損害賠償金の支払いにも射程が及ぶとの誤解を現にい

(税収面でのメリットの少なさと手続きコストの大きさ⁽¹³⁾)においても、消費税の課税対象となる「資産の譲渡等」の「対価」に当たらないと解すべき、とするものである。

また②については、本来的には消費税相当分は権利者に帰属すべき損害にあらず、原則的には税抜き価格を基礎として損害額を算定すべきである⁽¹⁴⁾。ただし、実施料相当額の損害（特許法 114 条 2 項）においては侵害品の価格は一考慮要素に過ぎないという点で、例外的に税込み価格が損害額の算定の基礎となる場合もありうると思われる。

仮に①につき消費税法基本通達 5—2—5(2)の取扱いを前提とする場合にも、損害額の算定過程で侵害行為時の税率による税込価格を用いることは妥当ではなく、税抜価格により損害額を計算したうえで、(損害額のうち資産の譲渡等の対価となる部分を特定して)消費税分の支払い(判決時又は支払い時の税率によるもの)を別途命じることが適切と考える。

端的に言えば本稿は、消費税法基本通達 5—2—5 の知的財産権侵害に係る記述は、(訴訟にも適用されるとの趣旨であれば)消費税法に反し誤りであるか、(和解時の事後的な許諾があった場合に限る趣旨であるとしても)大きな誤解と混乱を生じているものであり、改められるべきものであることを強く主張するものである。また仮に消費税法基本通達 5—2—5 に基づく運用が妥当とするとしても、税率の基

くつかの裁判例に生じさせているものとして、文言が改められるべきであろう。

(13) 端的にいえば、損害賠償金が消費税の課税対象となるとしても、権利者は受領した消費税分を納税する一方で、侵害者は消費税分について仕入税額控除を受けることとなるため、総額としての税収には(損害賠償金に消費税を課税しない場合と比較して)変わりがない。

他方で、損害賠償金への消費税の課税は、消費税法基本通達による実際の運用の不明確さ・裁判例の不統一な運用状況に加えて、消費税の課税の可否や「資産の譲渡等の対価」となる損害賠償金額の確定に係る主張・裁判所の判断のための紛争の長期化、消費税分に係る印紙代の負担、(裁判例のように侵害時の税率に基づく運用の場合)侵害期間の属する課税期間についての修正申告・更正の請求のコスト、共同不法行為責任の処理等、制度運用に関する様々なコストを生じさせる。

損害賠償金への消費税の課税に実益があるとすれば、消費者が侵害行為を行った場合に、当該消費者を被告とする損害賠償請求訴訟において損害賠償金に加えて消費税分も支払う必要があるとの運用をすることで、侵害行為に係る消費行為への実質的な消費税の負担を可能とする点であろう。しかしそもそも消費者の行為が知的財産権の侵害となる場合(著作権法 30 条 1 項各号参照)は例外的である。

(14) 冒頭の設例 I・II についていえば、(3)4000 円(税抜販売価格-税抜仕入れ価格)が 1 項の単位数量当たりの利益の額、及び侵害者利益額となると解すべきこととなる。

準時の取扱い等についてより明確なルールが提示されることが少なくとも必要であると考えられる。

以下ではまず、裁判例における知的財産権侵害に係る損害額の算定における消費税相当額の取扱いについて網羅的な分析を行う(II)。そして次に、消費税法基本通達5—2—5が前提としている知的財産権侵害に係る損害賠償金の理解と通達に基づく場合の運用(特に消費税率の取扱い)について明らかにする(III)。そのうえで、知的財産権侵害に係る損害賠償金への消費税の課税の可否(IV)と、(損害賠償金が消費税の課税対象とならないと解する場合と、消費税法基本通達5—2—5を前提とした場合のそれぞれについて)損害賠償請求訴訟における消費税相当額の取扱いのあり方(V)について、本稿の立場を明らかにする。

なお筆者は、知的財産法の研究者であり、租税法・消費税法については十分に専門的な知見を有していない。そのため本稿については、租税法の観点から見れば基本的な事項のレベルにおいて誤りがある可能性がある。それでもなお本稿を執筆する理由は、消費税法基本通達5—2—5の内容が知的財産権侵害訴訟に大きな混乱を生じさせることへの懸念とともに、本稿が租税法分野と知的財産法分野の相互の議論の一助となれば幸いと考えた次第である。

(3) 損害額の算定における消費税を論ずる意義

知的財産法の観点からみれば、損害額の算定における消費税相当額の取扱いというのは個々の事案についてみれば金額的には「細かい」問題であり、それゆえに訴訟においてこの問題が実質的な争点となることはまれである。

しかし消費税相当額の取扱いは知的財産権侵害に係る損害賠償請求訴訟において、(損害賠償金に消費税が課税されるか否かに関わらず)ほぼ常に問題となることに留意しなければならない。消費税分につき不適切な、あるいは不統一な運用がされることは、知的財産に係る紛争処理システム全体の公正・効率性の観点からすれば大きな問題である。

以上の問題関心から、本稿(特にVの検討内容)は、当事者が消費税に関する主張・立証を尽くした場合⁽¹⁵⁾に、裁判所としてどのような判断をすべきかについて

(15) 知的財産権侵害に係る損害賠償を巡る裁判例の分析に当たっては、裁判例の判断が当事者の主張・立証に基づくものであることに特に留意をする必要がある。そのため裁判例の分析においても、当事者が消費税分の取扱いについて(特に裁判所の判断と異なる)主

考察をするものである。

もちろん、厳密な計算に要する時間等のコストに鑑み、個々の事案において当事者の主張等に基づき消費税額についてはあえて厳密な算定をしないという運用は本稿のもとでも許容されうる。しかしこのような便宜的な運用が適切になされるためにも、仮に厳密な計算をした場合の消費税額分の取扱いについて一貫した考え方を示すことは有益であると考ええる。

また理論的な観点からも、本稿の検討課題は、知的財産権侵害に関する損害とその額とは何かとの問題（例えば実施料相当額と逸失利益の額は消費税法上の「対価」といえるのか、損害賠償金に消費税が課税されないとしてもなお消費税分を損害額に含める考え方がありえるのか、実施料相当額とは、侵害者が権利者に支払うべき金銭の額か、それとも最終的に権利者に帰属すべき金銭の額か等）との問題に、消費税の取扱いという観点から検討するものでもある。

II. 裁判例における損害額の算定と消費税の取扱い

1. 本稿による裁判例の分析について

本章では、知的財産権の侵害が認められ、権利者製品の売上減少による逸失利益の額や権利者製品の単位当たり利益の額（特許法 102 条 1 項等）、侵害者利益額（同 2 項等）、実施料相当額・使用料相当額（同 3 項等）が算定された裁判例において、消費税相当額がどのように扱われているか、について検討する。

(1) 裁判例全体に占める消費税に言及した判決の割合

まず指摘できることは、知的財産権侵害に係る損害賠償請求を巡る裁判例の件数全体に比して、判決文中で消費税に言及するものは割格的にはかなり少ないことである。

例えば、LEX / DB インターネットの判例データベース上で、平成元年 1 月 1 日以降の裁判例につき「特許権 or 著作権 or 商標権 or 意匠権 or 実用新案権」and「損害額」のキーワードによる検索結果の件数（平成 29 年 11 月 18 日時点のもの。

張をしていたか否かを一つの着目点として分析をしている。

以下同様)は、2358 件である。

この検索結果から「税」のキーワードにより絞込み検索を行うと該当件数は 610 件となり、さらに「消費税 or 税込 or 税抜 or 税引」のキーワードで絞込むと該当件数は 400 件 (2358 件に対して 17.0%) となる。またこの件数は、当事者の主張でのみ消費税に言及されたもの・損害賠償請求が棄却されたもの等も含めて判決文中にキーワードが一つでも存在する場合を全て含むものとなるため、裁判所が消費税につき実質的な判断を行っているものはさらに少なくなる (後述の裁判例一覧に記載しているとおり約 100 件となる)⁽¹⁶⁾。

このデータはあくまで大まかな参考資料にとどまるが、以下検討する消費税の取扱いにつき何らかの判断を示した裁判例は例外的なものであり、多くの裁判例においては消費税額の取扱いについて明示的な判示がされていないことは留意されるべきである。

(2) 調査対象とした裁判例

以下の裁判例の分析では、判例データベース (LEX / DB インターネット) において下記のキーワードの設定 (期間は全期間) による検索結果 (平成 29 年 11 月 8 日時点。約 400 件) の中から、消費税分を含めるか否かについての裁判所の判断が示されているものを選び、分析の対象としている。

検索キーワード: 「特許権 or 著作権 or 商標権 or 意匠権 or 実用新案権」 and 「損害額」 and 「消費税 or 税込 or 税抜 or 税引」

本稿による当事者の主張・裁判所の判断の分析は、データベース上で公開されて

(16) 調査対象とした平成 27 年以降の裁判例のうち、損害賠償請求が全部又は一部認容されたが、裁判所による損害額の算定において消費税相当額の取扱いが明らかではないものとして、東京地判平成 27 年 1 月 29 日平成 25 (ワ) 8146、東京地判平成 27 年 3 月 26 日平成 25 (ワ) 19494 [幻想ネーミング辞典] (侵害者利益の算定について、税込み販売価格が算定の基礎とされているが、控除された経費分に消費税相当額が含まれるかが不明)、東京地判平成 27 年 6 月 25 日平成 26 (ワ) 19866、東京地判平成 27 年 9 月 10 日平成 26 (ワ) 29617、東京地判平成 27 年 12 月 22 日平成 26 (ワ) 26819、東京地判平成 28 年 2 月 16 日平成 26 (ワ) 22603、知財高判平成 28 年 10 月 5 日平成 26 (ネ) 10133、知財高判平成 28 年 11 月 2 日平成 28 (ネ) 10029、大阪地判平成 29 年 1 月 30 日平成 28 (ワ) 7450 がある。

また実施料相当額が被告の売上高をベースとせず、総合考慮により算定されたものとして知財高判平成 28 年 2 月 24 日平成 27 (ネ) 10062、知財高判平成 28 年 8 月 18 日平成 27 (ネ) 10103 がある。

いる判決文に基づくものであり、訴訟記録等を閲覧したものではない（特に当事者の主張については、裁判所による判決文中での記載に基づくものである点に留意する必要がある）。またキーワードの設定の問題や筆者の検討不足により裁判例を見落としている可能性もある。それでもなお本稿の検討は、ある程度の網羅性を備えた分析ということ是可以であるであろう。

(3) 特許法 102 条等の改正と消費税率の引き上げ

調査対象の裁判例には、損害額の推定・算定規定に関する法改正、消費税率の引き上げ（詳細については前記 I. 2 (1) 参照）の前後のものが含まれるため、以下その一覧を示す。

また本稿の記述において、旧 1 項とは、平成 10 年特許法等の改正、平成 14 年著作権法の改正以前の侵害者利益による推定規定（現 2 項）を指し、旧 2 項とは、これらの改正以前の実施料相当額・使用料相当額の損害に係る算定規定（現 3 項）を意味する。

平成元年 4 月 1 日 消費税（3%）の導入

平成 9 年 4 月 1 日 消費税率が 5% に引き上げ

平成 11 年 1 月 1 日 特許法等の平成 10 年改正法の施行

平成 10 年の特許法等の改正（平成 10 年法律第 51 号）により、特許法 102 条（実用新案法 29 条・意匠法 39 条・商標法 38 条）1 項の追加。新 3 項につき、旧 2 項の「通常受けるべき金銭の額」から「通常」の文言を削除。

平成 13 年 1 月 1 日 著作権法の平成 12 年改正法の施行

平成 12 年の著作権改正（平成 12 年法律第 56 号）により、著作権法 114 条旧 2 項の「通常受けるべき金銭の額」から「通常」の文言を削除。

平成 16 年 1 月 1 日 著作権法の平成 15 年改正法の施行

平成 15 年の著作権法改正（平成 15 年法律第 85 号）により、著作権法 114 条 1 項の追加。

平成 26 年 4 月 1 日 消費税率が 8% に引き上げ

なおこの他、環太平洋パートナーシップ協定中の法定損害賠償規定への対応のための著作権法 114 条・商標法 38 条の改正（平成 28 年法律第 108 号）が成立して

いる⁽¹⁷⁾が、改正法の施行は TPP 協定の発効時とされているため、現時点では未施行である。

(4) 裁判例の分析について

以下では、特許法 102 条・実用新案法 29 条・意匠法 39 条・商標法 38 条・著作権法 114 条の 1 から 3 項に係る損害額につき、3 項の実施料（使用料）相当額の損害、2 項の侵害者利益の額、1 項の権利者製品の単位数量当たり利益の額の順に、消費税相当額を含めたか否かに付いて判断を示した裁判例について検討する。

調査対象の裁判例のうち、特許法 102 条等によらず、民法 709 条に基づく売上減少等による逸失利益の額につき消費税相当額の取扱いについて明示的に判示された事例は [91]〔マキサカルシトール損害賠償〕の値引きによる逸失利益のみであった⁽¹⁸⁾。同判決については、1 項の箇所では扱っている。

以下の整理において「消費税分を含む」とは、損害額の算定について、算定の基礎となる権利者製品価格・侵害者製品価格につき消費税込みの価格を用いかつ費用として消費税相当分を（少なくとも明示的に）控除していないもの、または、税抜価格ベースで算定された金額に消費税相当額を別途加算しているものを意味する。税込販売価格から、税込仕入価格のみを費用として控除し、納付義務を負う消費税分についての控除を明示していないもの（冒頭の〔設例 I〕でいえば(2)4200 円（税込販売価格－税込仕入価格）に該当するもの）は、「消費税分を含む」ものとして扱っている。

また「消費税分を含まない」ものとは、算定の基礎となる権利者製品価格・侵害者製品価格につき消費税抜きの価格を用いかつ別途消費税相当額の加算等を行っていないもの、あるいは、税込価格から納付すべき又は納付した消費税相当分が明

(17) 同改正の詳細については、金子敏哉「TPP と著作権法・商標法における『法定損害賠償』」高林龍他編『年報知的財産法 2016—2017』（日本評論社、2016 年）31 頁以下参照。

(18) この他、東京地判平成 22 年 6 月 2 日平成 21（ワ）36373〔LEE〕は、被告が本件各 CD の出来上がり見本計 7 本を販売した行為について、原告の著作隣接権（レコード製作者の権利）及びジャケット等についての著作権の侵害を認めた。

同判決では損害額として、最終的な利用許諾には至らなかったものの、交渉中には原告が被告に複製品を定価の 7 割で卸すことが合意されていたこと、被告の CD の定価が 3000 円（税込みで 3150 円）であったことを挙げて、著作権・著作隣接権侵害に係る財産的損害額を CD1 枚当たり 3000 円の 7 割である 2100 円として算定している。

被告から受領すべき逸失販売利益を税抜ベースで損害額として算定した事例とも評価できるが、損害額の性質が不明確であることから本文では取り上げていない。

示的に控除されているもの（実際には該当する裁判例は存在しなかった）を意味する。判決文上「消費税」分が費用として控除された場合も、当該消費税が仕入代金と合わせて支払った消費税⁽¹⁹⁾や輸入時（保税地域からの外国貨物の引取り）の際に支払う消費税⁽²⁰⁾を意味するにすぎず⁽²¹⁾、販売時に受領した消費税分から納付すべき消費税分を明示的に控除していない場合には、以下の整理では「消費税を含まない」ものとしては扱っていない。

個々の裁判例の検討にあたっては、特に当事者の消費税に関する主張の有無、税率の取扱い、費用についても税込か税抜か、裁判所が損害額に消費税分を含む・含まないことについてその理由を判示したか、等の点に重点を置いて検討している。

2. 3項（実施料相当額・使用料相当額）

(1) 消費税分を含まないもの⁽²²⁾ (16件⁽²³⁾)

- [1] 東京地判昭和47年5月22日無体裁集4巻1号294頁〔光導電体を使用する等間隔目盛露出光計〕⁽²⁴⁾

(19) 具体例として東京地判平成16年9月29日平成16(ワ)4605参照。

(20) 前掲注(5)参照。

(21) 後掲注(89)以下に対応する本文を参照

(22) 判決文中では断言はできないが、筆者がネットで販売価格を確認したところ税抜価格を基礎に使用料相当額が算定されたものと解される事例として[58]（後掲注(73)参照）がある。

また消費税相当額を含まないものとして分類される可能性がある裁判例として、東京地判平成11年11月30日平成7(ワ)2708〔複合プラスチック成形品の製造方法〕がある。

同判決では、特許権者の約定実施料例において消費税抜きの正味価格ベースで算定していることを挙げて、被告製品の卸価格×販売数×約定実施料率を実施料相当額の損害とした。判決中では、被告製品の卸価格（1030円）が税込みの価格か否かについては判示されていない。1030円という価格からすると、消費税（3%）込みの価格である可能性もあり、その場合には、約定実施料は税抜価格ベースであったが、3項の実施料相当額は税込価格ベースで算定された事例ということとなる。他方、全販売期間（平成3年5月～平成9年9月まで）につき卸価格が1030円として算定されていることからすれば消費税抜きの価格であることも考えられる。

(23) 以下の件数では、第一審と控訴審で同様の判断をしているものは合わせて1件として計上し、またある判決中で1項・2項・3項に付きそれぞれ判断が示された場合には別の件数として計上している。

(24) 被告写真機の販売が、原告特許権の侵害に当たると認定された事例。

特許法102条旧2項の実施料相当額につき、被告写真機の税引卸売価格×被告写真機における特許発明の利用率（いわゆる寄与度に相当）40%×実施料率4%が損害額とされた。

- [2] 東京地判平成 4 年 11 月 25 日平成 2 (ワ) 15000 [土産物用のれん]⁽²⁵⁾
- [3] 東京地判平成 11 年 10 月 18 日判時 1697 号 114 頁・東京高判平成 12 年 5 月 23 日判時 1725 号 165 頁 [三島由紀夫—剣と寒紅]⁽²⁶⁾
- [4] 東京地判平成 12 年 5 月 25 日平成 11 (ワ) 8471 [キャンディキャンディ CANDY]⁽²⁷⁾
- [5] 大阪地判平成 13 年 3 月 13 日平成 10 (ワ) 4292 [ICOM]⁽²⁸⁾
- [6] 東京地判平成 15 年 12 月 19 日判時 1847 号 70 頁 [記念樹・ポニーキャニオン]⁽²⁹⁾

原告側が、被告写真機の 1 台当たり税込卸売価格 (20301 円) から、「課されるべき一五パーセントの物品税即ち金二、六四八円を差し引」いた税引卸売価格を基礎として主張した事例。

- (25) 調査対象とした裁判例の中では、判決文中で消費税に言及した最初の判決。原告が、被告商品の定価 (税抜) × 1 割を使用料相当額として請求し、これを認容した。
- (26) 被告書籍の税抜定価 × 発行部数 × 使用料率 (10%) の金額 × 約 4% (本件書籍中の侵害部分 (三島由紀夫の手紙の掲載部分) の重要性等を考慮) の 500 万円 (を持分で按分した額) を複製権侵害による損害額とした (使用料相当額とは明記していないが、算定手法に準じて 3 項に関する裁判例として本稿では分類している)。控訴審も原審の判断を維持。権利者 (三島由紀夫の相続人)、侵害者の利益 (税抜売上高の 3 割) を損害額として主張したが、裁判所はこの主張を退けている。
- (27) Y1 (二次的著作物の著作権者) が X (原著作物の著作権者) に無断で、Y2 にキャラクター商品に係る利用許諾をした事案において、Y1 と Y2 の共同不法行為責任が認められた。裁判所は著作権法 114 条旧 2 項の損害額として、Y1・Y2 間の約定キャラクター使用料 (税抜小売価格 × 3%) の 2 分の 1 を X の損害額として認定した。
- (28) 被告システムの売上高 (税抜) × 使用料率 (3%) が商標法 38 条 3 項の損害額とされた事例。原告側の主張が税込価格ベースであったか否かは不明。
- (29) 先行訴訟 (東京高判平成 14 年 9 月 6 日判時 1794 号 3 頁 [記念樹]) では、A の乙曲 (記念樹) が X の甲曲 (どこまでも行こう) を編曲したものであるとして編曲権等の侵害が肯定された。本件では、乙曲に係る音楽出版社 Y1 (A から著作権を譲り受け、JASRAC に管理を委託) と乙曲の CD を製作したレコード会社 Y2 を被告とする訴訟であり、Y1・Y2 らの行為 (乙曲の CD の複製、乙曲をフジテレビで放送させたこと等) について、27 条・28 条の権利を侵害した・させたものとして不法行為責任が認められた事例。著作権法 114 条 3 項の損害額の算定につき、乙曲の CD やカラオケ音源への録音・出版 (CD ジャケットへの掲載) については、JASRAC から Y1 への使用料の分配額 (消費税を含まず、JASRAC の手数料を控除せず) × 3 / 8 (JASRAC の使用料分配規定上、編曲者・作詞者への分配分を控除したもの) が損害額として算定された。また別の使用態様については、JASRAC の使用料規程の曲別使用料に基づいて著作権法 114 条 3 項の使用料相当額の損害が算定されているが、JASRAC を原告とする一連の訴訟と異なり、(使用料規程に基づく) 消費税相当額分の明示的な加算は行われていない。消費税に関する取扱いは、原告自身の主張に基づくものである。

- [7] 東京地判平成 18 年 3 月 31 日平成 15 (ワ) 29709⁽³⁰⁾・知財高判平成 18 年 12 月 6 日平成 18 (ネ) 10045⁽³¹⁾ [国語テスト III]
- [8] 東京地判平成 19 年 8 月 24 日平成 18 (ワ) 9708 [回転打撃美容ローラーマッサージ器]⁽³²⁾
- [9] 東京地判平成 19 年 8 月 30 日平成 18 (ワ) 5752・知財高判平成 20 年 2 月 12 日平成 19 (ネ) 10079 [最強営業軍団]⁽³³⁾ ([63][81] と同事件)

(30) 被告による昭和 58 年度から平成 11 年度までの国語テストの複製につき、(国語教科書に収録された著作物の著作権者である)原告らの著作権を侵害するものと判断された事例。被告テストの本体価格(平成元年以降は消費税分を控除したもの)×印刷部数×国語テストの紙面における原告著作物の使用率×使用料率(10%)が、著作権法 114 条第 2 項の使用料相当額として算定された。

原告側は、使用料相当額の損害の算定の基礎とすべき販売価格については、消費税率を控除すべきでないことを主張したが、以下のように判示し退けている。

「ア) 本件国語テストの単価は、被告らが本件国語テストを各小学校に対して販売する際の価格(消費税導入後は本体価格)と解するべきである。

(イ) 原告らは、本件国語テストの価格は消費税分を含むべきであると主張するが、消費税を含むか含まないかは、結局は使用料率の割合と関係するのであって、前記イ(ウ)認定の事実にも照らし、著作権の行使につき受けるべき金銭の額に相当する額を算定する基礎となる価格として、消費税相当額を控除する方法を用いることが不合理であるとはいえない。」

〔前記イ(ウ)認定の事実〕とは、日本児童文藝家協会の使用料規程や教材利用に係る協定例において、使用料が、本体価格×発行部数×使用料率(5%)×使用割合(ページ割)として定められているとの事情のことを指す)

そして裁判所は、使用料率の算定において、平成 12 年改正により旧 2 項から「通常」の語が削除された趣旨に鑑み、(前記教材利用に係る協定例や日本児童文藝家協会の使用料規程における使用料率 5%等に比して高額の)10%と認定している。

他方、損害賠償請求権が時効により消滅した分に対応する不当利得返還請求権については、不当利得の額を本体価格(税抜)×使用料率(5%)と算定している。

- (31) 原審の判示を引用。控訴審において、著作権者側は単価に消費税相当額を含めるべきことを改めて主張したが、裁判所は日本文藝家協会の使用料規程や権利者団体と教材会社の団体との協定例において税抜きの本体価格をベースとしている事実からすると「消費税相当額を控除する方法を用いることが不合理であるとはいえない。」として退けている。
- (32) 特許権者である被告らによる被告製品の製造販売につき、原告の専用実施権の侵害が認められた事例。被告製品の税抜価格(口号物件につき 19800 円、イ号物件につき 12800 円)×販売数×実施料率(4%)が特許法 102 条 3 項の損害額として算定された。

原告は、特許法 102 条 3 項の損害として、被告と訴外 A とのライセンス契約(イ号物件 1 個当たり 1000 円(消費税抜))の例に基づきイ号物件 1 個当たり 1000 円(これに準じ口号物件 1 個当たり 1200 円)を主張していた。

- (33) 後掲注(102)参照。

- [10] 東京地判平成 19 年 9 月 13 日平成 19 (ワ) 6415 [464.jp]⁽³⁴⁾
 [11] 東京地判平成 19 年 12 月 27 日平成 18 (ワ) 5272 [ガトーしらはま]⁽³⁵⁾
 [12] 東京地判平成 20 年 11 月 27 日平成 20 (ワ) 8049 [床用目地装置] ([66]と同事件)
 [13] 知財高判平成 21 年 9 月 15 日平成 21 (ネ) 10042 [黒澤明・角川]⁽³⁶⁾
 [14] 東京地判平成 22 年 8 月 31 日平成 21 (ワ) 123 [カルティエ]⁽³⁷⁾
 [15] 東京地判平成 23 年 7 月 11 日平成 21 (ワ) 10932⁽³⁸⁾・知財高判平成 24 年 2

(34) 多数の漫画本をスキャンしサイト上で公開した行為について、公衆送信権侵害についての被告らによる共同不法行為責任が認められた事例。

著作権法 114 条 3 項の損害額としては、「本件著作物の漫画単行本を電子書籍化した場合の想定販売価格 (税別) 300 円」×「相当な使用料率 (35%)」×「閲覧総数」として算定された。

原告側の主張では、実際に行われている電子書籍配信サービス上の税込販売価格 (315 円または 420 円) ベースでの主張がされたが、裁判所は税抜販売価格を用いる理由について特に判断していない。

(35) Y1 が製造し、Y2 が販売するチーズケーキに係る被告標章の使用につき、B が有する本件商標権の侵害に該当すると認定され、B から損害賠償債権を譲り受けた X (原告) による請求が一部認容された事例。

B の商標権の侵害に係る商標法 38 条 3 項の使用料相当額につき、被告チーズケーキの税抜販売価格×販売数×使用料率 (5%) が損害額として算定された。

原告側は、被告製品一つあたり税抜価格×25% を使用料相当額として主張していた事案。

(36) 著作権法 114 条 3 項の使用料相当額の損害の算定について、原告の主張どおり、被告 DVD の小売価格 (1800 円) ではなく、原告 DVD (正規品 DVD) の税抜表示小売価格 (4700 円)×使用料 (原告の約定使用料ベース。数字は伏せられている)×被告 DVD の輸入数が損害額と算定された事例。

第一審 (東京地判平成 21 年 4 月 27 日平成 20 (ワ) 6848) は、被告 DVD の小売価格 (1800 円)×使用料率 (原告主張の 20%)×被告 DVD の輸入数を損害額としていた。

(37) A 社 (被告 Y が取締役を務める会社) は、本件各キーホルダー (被告商品) を、原告 X の真正商品として B 社に販売し、B 社はさらに C 社に販売したところ、A 社による B 社への被告商品の販売行為が原告 (カルティエ) の商標権を侵害するものであり、Y に過失が認められるとして、Y の不法行為責任が肯定された事例。

裁判所は、商標法 38 条 3 項の使用料相当額の損害として、A 社の B 社に対する税抜売上 (商品 1 個あたり 13528 円×1113 個)×使用料率 (10%)

原告側は、原告商品の税込価格 (31500 円)×5%×被告商品販売数を商標法 38 条 3 項の使用料相当額の損害として主張。

裁判所は原告の主張を退けた理由について特に判断していない。実質的に見れば、商品 1 個当たり、原告主張額 (1575 円) に対し裁判所の認定額 (1352.8 円) とそれほどには大きな差はなく、売上高は被告商品の卸価格 (税抜) をベースとしつつ、使用料率を高めに認定することで損害額としての調整を図った事例ともいえる。

(38) 被告 (Y) による被告各 DVD (「中国の世界遺産」。各巻の税抜表示小売価格は 3800 円)

月 28 日平成 23 (ネ) 10047⁽³⁹⁾ [中国の世界遺産 DVD]

[16] 東京地判平成 27 年 4 月 24 日平成 26 (ワ) 30442 [投資ブログ]⁽⁴⁰⁾

[コメント]

- ・ 時系列に関して

[1] は、消費税導入以前の物品税に係る判決である。この判決以外に損害額の算定に際し物品税の取扱いについて裁判所の判断を明示している裁判例は見当たらなかった。[2] は、調査対象とした全裁判例の中で最初に消費税に言及した判決である。

が、原告 X (中国中央電視台のグループ企業) が著作権を有する記録映画 (「中国世界自然文化遺産」) を翻案したものであるとして、Y の不法行為責任が認められた事例。Y 側は、権原を有する A から利用許諾を受けたことを主張したが、認められなかった。著作権法 114 条 3 項の使用料相当額の損害額として、原告側は、YA 間の約定ライセンス料 (マスターテープ等の供給対価 2100 万円 (税抜) + 印刷・複製使用料 (3800 × 0.1 × 12000 本) = 計 2630 万 6000 円) を主張。

裁判所は、被告各 DVD の大半に関して消滅時効の完成を認めたとうえで、消滅時効の完成していない被告各 DVD の第 2 巻 (平成 18 年 8 月 17 日分) 100 本分につき、YA 間の約定ライセンス料に関する取り決め等を参考に、被告 DVD の税抜表示小売価格 (3800 円) × 25 % × 製作・販売本数を損害額として算定した。

結論としての金額・算定手法等は大きく異なるが、消費税に関していえば原告側が税抜ベースで主張をしていた事案。

- (39) 第一審で認められた損害賠償請求に加えて、第一審では不法行為に基づく損害賠償請求権が時効により消滅したとされる被告各 DVD の枚数分 (11000 本) につき、不当利得返還請求を認容。不当利得の金額は、損害額と同様に被告 DVD の税抜表示小売価格 (3800 円) × 25 % × 製作・販売本数として計算。
- (40) 原告 X は、訴外 A 社との間で、A の代表取締役である訴外 B が、X のブログに記事を掲載し、ブログに掲載された記事に係る著作権は X に帰属するものとし契約を締結した。

被告ら (Y1 及び Y1 が代表取締役を務める Y2) は、X ブログに掲載された各記事を、同日又は極めて近接した日に、デッドコピーで掲載していた行為 (平成 25 年 1 月・2 月) について、X の著作権を侵害するものとして認定されている。

原告は、著作権法 114 条 3 項に基づき損害額として、X が記事につき契約に基づき情報提供料を税込みで月 21 万円を支払っていたところこの金額は XA 間の特別な関係により低廉な金額となっていること、また被告らのブログ記事が被告らのビジネスへの導線となっていることから、少なくとも月額 60 万円と主張。

しかし裁判所は、「証拠 (甲 1 ないし 11 の 4) から認められる原告著作物の内容、その複製物である被告ら各記事の分量及び投稿回数、原告が訴外 W カバヤシに対し情報提供料ないし連載コンテンツ料の名目で原告著作物の取得に向けた対価として支払った額が税抜き月 20 万円であること等の事実によれば、原告に生じた著作権法 114 条 3 項に基づく損害は 40 万円であると認めるのが相当である。」と判断。

平成 25 年以降の調査対象判例のうち、税抜価格をベースとして実施料相当額が算定されたと解される事例は [16] のみであった。

- 権利者製品価格を基礎として算定された事例

一般的に 3 項の損害額は被告製品の価格×販売数に相当な実施料率を乗じる形で算定されることが多いが、上記の裁判例のうち被告製品の価格ではなく原告製品の価格を基礎として⁽⁴¹⁾ 実施料相当額を算定した事例として [13]、そのような主張が退けられた事例として [14] がある。

- 権利者の主張との関係

[1][2] をはじめ多くの裁判例は、権利者側の主張自体が税抜価格を基礎とするものである。これに対して権利者側が税込価格を基礎とすべきことを主張したが、税抜価格を基礎として算定された事例としては [7][9][10][14] がある。

- 消費税相当額を含めない理由

若干の裁判例では、参照した約定実施料例が税抜価格を基礎とすること等に言及している ([4][7][8]) が、税抜価格を用いて算定をする理由（または税込価格を用いるべきとの原告の主張を退ける理由）についてはほとんどの裁判例が明確な判示をしていない。

ただし [7]（〔国語テスト III〕第一審）では、消費税分を含むべきとの原告の主張⁽⁴²⁾ に対して、裁判所は「消費税を含むか含まないかは、結局は使用料率の割合と関係する」ことと約定使用料例が税抜価格ベースであったことを挙げて退けている。そして使用料率については、平成 12 年著作権法改正により旧 2 項の「通常」の文言が削除された趣旨が個別事情に基づいた事後的な損害額の算定という観点を重視するものであることに鑑みて、約定使用料例（5%）よりも高い 10% とし て算定している（他方不当利得に係る使用料率は 5% と算定）。

(2) 消費税分を含むもの (40 件)

消費税分を含む形で実施料相当額・使用料相当額が算定された事例には、日本音

(41) 権利者製品と侵害品の価格差を損害額の算定においてどのように取り扱うべきかについては、金子敏哉「著作権法 114 条 1 項と 3 項における正規品と侵害品の価格差の取扱いについて（格安 DVD 事件を題材に）[知財高裁平成 21.9.15 判決] AIPPI55 巻 5 号（2010 年）298 頁以下を参照。

(42) 後述のように、同判決以前の教科書用教材・国語テストに関する一連の訴訟では税込価格ベースで算定されてきた。

楽著作権協会 (JASRAC) の使用料規程に基づき算定された事例が多いため、以下の一覧では、JASRAC の使用料規程に基づく裁判例と、それ以外の裁判例に分けて記載する。

[JASRAC の使用料規程関連の裁判例]

[17] 東京地判平成 6 年 7 月 22 日平成 5 年 (ワ) 11897 [ソシエール中野]⁽⁴³⁾

[18] 長野地松本支判平成 8 年 3 月 18 日平成 6 (ワ) 282

[19] 水戸地判平成 11 年 4 月 14 日判タ 1067 号 252 頁 [ビデオメイツ]

[20] 大阪地判平成 11 年 8 月 24 日平成 10 (ワ) 9409

[21] 大阪地判平成 11 年 11 月 2 日平成 11 (ワ) 7625 (擬制自白が成立)

[22] 大阪地判平成 12 年 3 月 23 日平成 11 (ワ) 7626

[23] 大阪地判平成 12 年 11 月 14 日平成 11 (ワ) 13711

[24] 東京地判平成 12 年 12 月 26 日判時 1750 号 153 頁

[25] 名古屋地判平成 13 年 10 月 1 日平成 13 (ワ) 3153

[26] 神戸地判平成 13 年 11 月 16 日平成 11 年 (ワ) 423

[27] 神戸地判平成 13 年 11 月 16 日平成 11 年 (ワ) 424

[28] 大阪地判平成 14 年 4 月 18 日平成 13 年 (ワ) 435

[29] 知財高判平成 17 年 8 月 30 日平成 17 (ネ) 10012 [5 団体契約と CS 放送の同時再送信]⁽⁴⁴⁾

(43) 被告店舗におけるピアノ演奏・ビデオカラオケによる演奏について、演奏権の侵害が肯定された事例。JASRAC の使用料規程に基づき、消費税相当分 (3%) を加算した金額により著作権法 114 条旧 2 項の損害額が算定された。消費税込みの形で損害額が算定されたおそらく最初の事例。

(44) ケーブルテレビ局 (一番被告 (被控訴人) ら) による CS 放送の同時再送信が、原告 (控訴人。JASRAC) の管理著作物の著作権を侵害するものと認定された事例。

第一審 (東京地判平成 16 年 5 月 21 日平成 13 (ワ) 20747) では、CS 放送の同時再送信が、「5 団体契約」による使用許諾の範囲内であるとして侵害が否定されていた (契約に基づく使用料の支払い請求は認められている)。

裁判所は、損害賠償請求権と不当利得返還請求権 (損害賠償請求権につき消滅時効の完成が認められた期間に対応) に関して、原告と被告のうちの一人との間の使用許諾契約上の使用料の定めに基づき、消費税相当額を加算して算定された使用料相当額を損害額・不当利得の額として認定した。

第一審の当事者の主張では、消費税相当額の加算の可否につき、原告側は消費税法基本通達 5—2—5 を参照し使用料相当額損害金を実質的に資産の貸付けの対価に該当する

- [30]大阪地判平成 19 年 1 月 30 日判時 2000 号 103 頁⁽⁴⁵⁾・大阪高判平成 20 年 9 月 17 日判時 2031 号 132 頁〔デサフィナード〕
- [31]東京地判平成 23 年 11 月 29 日平成 23 (ワ) 16905 (擬制自白が成立)
- [32]東京地判平成 26 年 6 月 26 日平成 24 (ワ) 32330
- [33]東京地判平成 28 年 3 月 25 日平成 25 (ワ) 28704⁽⁴⁶⁾・控訴審知財高判平成 28 年 10 月 19 日平成 28 (ネ) 10041⁽⁴⁷⁾〔Live Bar X. Y. Z. → A〕
- [34]大阪地判平成 28 年 12 月 15 日平成 26 (ワ) 9552〔HIROSHIMA〕(JASRAC 以外の原告による JASRAC 使用料規程の援用)⁽⁴⁸⁾

ことを主張し、被告側は資産の譲渡等に当たらないとして争っていた。控訴審は、消費税相当額の加算の根拠について特段の判示はされていない。

- (45) 被告の経営する店舗において第三者の主権により行われたライブ演奏について、店舗の経営者である被告が、ライブ主催者である演奏者等と共同して著作権を侵害する行為を行ったと認定された事例。

原告 (JASRAC) の使用料規定に基づき、消費税相当額を加算した金額により、使用料相当額の損害・不当利得が認定された事案 (加えて、使用料相当額の損害が消費税の課税対象となることも明言)。

「前記使用料規程には、消費税相当額を加算した額を使用料とする旨規程していることは前記のとおりであるところ、消費税は、国内において事業者が行った資産の譲渡等を課税の対象とするものであり (消費税法 4 条)、ここにいう「資産の譲渡等」とは、事業として対価を得て行われる資産の譲渡及び貸付け並びに役務の提供をいう (同法 2 条 1 項 8 号) のであり、著作権侵害による使用料相当損害金は、その実質は著作物の (無断) 使用料に相当するものであるから、資産の譲渡等の対価に相当するといふべきである (消費税基本通達 5—2—5 (損害賠償金) 参照)。したがって、原告の被った使用料相当損害金に消費税相当額も含めるのが相当であり、これに反する被告の主張は採用できない。」

以上について控訴審も同様の判断をしている。

- (46) 被告らが共同経営する店舗で開催されたライブにおける楽曲の演奏につき、被告らが演奏主体と認定され演奏権侵害が肯定された事例。

原告 (JASRAC) の使用料規程に基づき、利用楽曲数に 1 曲当たり 140 円 (税抜き) を積算し、さらに消費税を加算 (平成 26 年 3 月分までは 5%、同 4 月以降は 8%) を乗じた金額を著作権法 114 条 3 項の使用料相当額の損害額として認定。

消費税分の取扱いについて被告側は特に主張していない。

- (47) 第一審と同様、平成 26 年 3 月分までは 5%、同年 4 月以降は 8% 分の消費税相当額を加算した金額を著作権法 114 条 3 項の損害額として認定。

控訴審では、平成 21 年 5 月から平成 22 年 10 月末までの損害賠償債権につき消滅時効の成立が認められたが、使用料相当額について悪意による不当利得の成立が認められるとして、不法行為に基づく損害賠償債務と同額 (すなわち税込金額) の不当利得返還債務を負うことが認定されている。

- (48) Y が全ろうの中自ら作曲したと発表していた楽曲につき、Y が虚偽の説明のまま X に対して実施を強く求め X が当該楽曲に係る全国公演を実施することとなったが、Y による虚偽説明が明らかとなり全国公演の中止を余儀なくされたことについて、Y の X に対する不法

〔JASRAC 関連以外の裁判例〕

- [35] 東京地判平成 11 年 5 月 31 日平成 10 (ワ) 13910 [ヘリコプターのアンテナ昇降装置]⁽⁴⁹⁾
- [36] 東京地判平成 12 年 9 月 29 日判時 1733 号 108 頁⁽⁵⁰⁾・東京高判平成 14 年 2 月 28 日平成 12 (ネ) 5295 [デール・カーネギー]
- [37] 東京地判平成 13 年 12 月 25 日平成 12 (ワ) 17019 [教科書準拠教材]⁽⁵¹⁾

行為責任が認められた (X の本訴請求)。他方、X により中止前に実施された公演 (平成 25 年 6 月から平成 26 年 2 月まで) における楽曲の演奏については、Y の著作権を侵害するものであるとして、使用料相当額の不当利得返還請求が認容された (Y の反訴請求)。

使用料相当額の不当利得の算定については、平成 26 年 12 月に JASRAC と Y との信託契約が解除されるまでの間は、X は JASRAC の使用料規程に基づく使用料を支払う必要があったとして、X の利得額を使用料規程に基づく使用料額 (総入場料算定基準額×5%×消費税相当額の加算) とし、同額につき不当利得の成立を認めた。

X 側は、JASRAC の管理手数料分を控除すべきことを主張したが、X の利得は X が支払うべき額を基準とすべきことを理由に退けられている。

- (49) 実用新案権侵害に係る実施料相当額の損害を販売価格の 5% として算定した。その際に、請求書記載の価格に「一般管理費と消費税相当額を加算」した金額が販売価格となることを判示している。
- (50) 被告書籍・カセットテープの税抜販売価格に消費税相当額 (3%) を加算した金額に、販売数を乗じた額の 10% を、著作権法 114 条旧 2 項の使用料相当額の損害として認定。

なお被告書籍・カセットテープの販売時期は、平成 8 年から平成 10 年 5 月末までの間であり、平成 9 年 4 月 1 日に消費税率が 5% に引き上げられているが、この事件では一律 3% として計算している。

被告側は消費税分が被告の利益となるものではないことを理由に控除すべきとの主張をしたが、裁判所は「消費税相当額も販売価格の一部としてそれに含まれているから、損害額の算定に当たって消費税相当額を控除すべき理由はない。」としてこれを退けている。

商標権侵害についても、税込の売上高ベースで使用料相当額の損害が算定されている。控訴審も損害額については同様の判断。

- (51) 著作権法 114 条旧 2 項 (使用料相当額) の損害について、税込み売上高×使用料率により算定 (ただし、税抜価格ベースで損害額を主張した原告に関しては税抜価格ベースで算定)。

被告側は「消費税は、被告の収入となるわけではなく、預り金として処理され、最終的には国庫に納付されるから、消費税を含めた価格を損害賠償算定の基礎とするべきではない」と主張。この主張に対して裁判所は、「消費税相当額も販売価格の一部としてそれに含まれているから、基礎となる価格として、消費税相当額を控除すべき理由はない。」として退けている。

なお使用料率に関しては、「本件で問題となっているのは、将来における使用料ではなく、過去の著作権侵害に対する使用料相当額を算定するための使用料率であること」等を挙げて、教材に関する約定使用料例 (5%) よりも高い 10% で算定。

侵害行為は著作権法の平成 12 年改正以前のものであるが、裁判時点では平成 12 年改

([38][39][40] も同様の判断)

- [38] 東京地判平成 14 年 12 月 13 日平成 12 (ワ) 17019 [教科書準拠教材 II]
 [39] 東京地判平成 15 年 3 月 28 日判時 1834 号 95 頁 [国語テスト I] 及びその控訴
 審東京高判平成 16 年 6 月 29 日平成 15 (ネ) 2467 [国語テスト I]
 [40] 東京地判平成 15 年 3 月 28 日平成 11 (ワ) 5265 [国語テスト II] 及びその控
 訴審東京高判平成 16 年 6 月 29 日平成 15 (ネ) 2515 [国語テスト II]
 [41] 大阪地判平成 14 年 12 月 10 日平成 13 (ワ) 5816 [21 世紀の健康法 気]⁽⁵²⁾
 [42] 東京地判平成 16 年 6 月 18 日判時 1881 号 101 頁 [NTT リース]⁽⁵³⁾
 [43] 東京地判平成 19 年 2 月 28 日平成 16 (ワ) 27086 [月例テスト]⁽⁵⁴⁾
 [44] 大阪地判平成 20 年 10 月 2 日判時 2038 号 132 頁 [招福巻]⁽⁵⁵⁾
 [45] 知財高裁平成 21 年 8 月 18 日判タ 1323 号 256 頁 [植物発酵エキス]⁽⁵⁶⁾

正法 (旧 2 項から「通常」の文言を削除) が施行済みであるため、改正以前の侵害行為に係る損害額の算定についても改正法が適用される。

- (52) 被告の通信教育の教材が、原告と被告の共同著作物である本件書籍を複製・翻案したものであるとされた事例。
 著作権法 114 条旧 2 項 (使用料相当額) につき、被告通信教育の売上 (税込み) × 使用料率 (10%) × 原告の持分割合 (2 分の 1) × 通信教育の売上における書籍の寄与度 (70%) として算定された。
 被告側は、通信教育の売上から消費税相当分を控除すべきとの主張をしているが裁判所は特に控除しない理由については判示していない。
- (53) Y1 がプログラムの複製物のリース先を A から Y2 に変更したことについて、貸与権侵害が認められた事例。
 リース契約上のリース料 (消費税相当額を含むもの) が、Y1 による貸与権侵害に係る著作権法 114 条 3 項の損害額として算定。さらにこの使用料相当額の損害と同額について、Y2 が不当利得を得たと判断。
- (54) 著作権法 114 条 3 項の「許諾料相当額」として、テストの税込用紙代 × 70% × 複製部数が認定された事例。
- (55) 被告による被告製品 (「十二単の招福巻」の販売 (平成 18・19 年度) につき、原告商標権 (「招福巻」) の侵害が認められた事例。なお控訴審では、商標法 26 条 1 項 2 号の抗弁により侵害が否定された (大阪高判平成 22 年 1 月 22 日判時 2077 号 145 頁)。
 被告商品の税込売上額 (税抜売上額 × 1.05) × 使用料率 (5%) が損害額として算定された事案。被告側は税抜金額を売上額とすべきことを主張。裁判所は税込金額を用いる理由について特に判断していない。
- (56) X3 (独占的通常実施権者) とのサブライセンス契約の解除後の Y の実施行為について、X1 と X2 の共有する特許権の侵害が認められた。
 X3 と Y の間のライセンス契約では、ライセンス料を Y の「正味売上高」の 2% に消費税相当額を加算した金額とすることが約定されていた。
 X1・X2 それぞれの特許法 102 条 3 項の実施料相当額の損害として、被告商品の売上

- [46] 東京地判平成 23 年 11 月 29 日平成 23 (ワ) 17393 [月光仮面]⁽⁵⁷⁾
- [47] 知財高判平成 24 年 5 月 9 日判時 2162 号 118 頁 [暁の脱走差戻審]⁽⁵⁸⁾
- [48] 東京地判平成 24 年 5 月 23 日平成 22 (ワ) 26341 [油性液状クレンジング用組成物]⁽⁵⁹⁾
- [49] 東京地判平成 25 年 3 月 14 日平成 23 (ワ) 33071・知財高判平成 25 年 9 月 30 日判時 2223 号 98 頁 [風にそよぐ墓標]⁽⁶⁰⁾
- [50] 東京地判平成 25 年 7 月 19 日平成 23 (ワ) 785 [4 気筒エンジン]⁽⁶¹⁾
- [51] 東京地判平成 25 年 9 月 26 日平成 19 (ワ) 2525 [接触操作型入力装置およびその電子部品] 及びその控訴審知財高判平成 26 年 4 月 24 日平成 25 (ネ) 10086⁽⁶²⁾

高 (税抜か税込かは不明) × 実施料率 (2%) に消費税相当額を加算した金額の 2 分の 1 (持分割合) を認定。

- (57) テレビ映画「月光仮面」・「快傑ハリマオ」の著作権者 X (原告) は、DVD の複製・頒布を A に許諾したところ (本件契約)、本件契約上再許諾が明文で禁じられていたにも関わらず、A がさらに Y (被告) に DVD の複製・頒布に係るライセンス契約を締結していた事案。被告 Y による DVD の複製・頒布につき、原告 X の著作権侵害が肯定された。
著作権法 114 条 3 項の使用料相当額につき、XA 間の本件契約では実質的に少なくとも DVD1 枚当たり 50 円 (税別)、AY 間の契約でも 1 枚あたり 50 円 (税別) の価格が定められていたことを挙げて、「本件両作品の複製・頒布に係る利用料相当額は、消費税込みで DVD1 枚当たり 52.5 円とするのが相当である」とし、この金額に複製・頒布された DVD の枚数を乗じた金額を損害額とした (原告主張通りの損害額)。
- (58) 被告 DVD の税込表示小売価格 × 使用料率 20% × 輸入数が損害額とされた事例。
- (59) 被告が消費税相当額を控除した価格で売上を示したことについて、「被告は、被告各製品の売上高を算定するに当たり、消費税を含めるべきではない旨主張するが、国内売上分については、消費税を収受して販売するものである以上、消費税相当額についても売上高に含めて算定するのが相当である」と判示し、消費税分を加算した売上高をベースに実施料相当額の損害を算定した事案。
- (60) 被告書籍の税込定価 (1680 円) × 使用料率 (10%) × 侵害部分の占めるページ数の割合 (1.7%) × 被告書籍販売数を著作権法 114 条 3 項の使用料相当額の損害とした。消費税の取扱いは争点とならず。
控訴審は、侵害部分が占めるページ数の割合を約 1.5% と認定したことその他は、第一審と同様の判断。
- (61) 著作権法 114 条 3 項の使用料相当額の損害について、被告書籍の税込み価格 × 販売部数 × 寄与率 (5%) × 利用料率 (15%) が損害額として算定された。
- (62) 原告による輸入販売行為が、被告の特許権を侵害するとの反訴請求が一部認容された事例。特許法 102 条 3 項の実施料相当額の損害について、消費税込みの売上高に相当な実施料率を乗じる手法により算定。
消費税込みの価格を用いる理由について裁判所は特に判断せず (原告は損害賠償金が課税対象となることを根拠として主張)。控訴審も同様の判断。

- [52] 東京地判平成 27 年 2 月 12 日平成 26 (ワ) 33433 (擬制自白が成立)⁽⁶³⁾・知財高判平成 27 年 6 月 18 日平成 27 (ワ) 10039⁽⁶⁴⁾ [DRA-CAD10]
- [53] 東京地判平成 27 年 2 月 26 日平成 25 (ワ) 32114⁽⁶⁵⁾・知財高判平成 27 年 10 月 14 日平成 27 (ネ) 10041 [棟方志功美術額絵シリーズ]
- [54] 東京地判平成 27 年 3 月 25 日平成 24 (ワ) 19125 [子連れ狼]⁽⁶⁶⁾
- [55] 東京地判平成 27 年 4 月 15 日平成 26 (ワ) 24391 [アマナイメージズ]⁽⁶⁷⁾

(63) 被告が、原告のプログラムの著作物の違法複製版をサーバーに蔵置し、インターネットオークションサイトを経由してダウンロード販売を行った(平成 25 年 12 月 17 日から平成 26 年 2 月 25 日) ことについて、擬制自白により複製権・送信可能化権・同一性保持権の侵害が認められた事案。

原告は、本件ソフトウェア(正規品)の標準小売価格(税込み)(19500 円)×販売数(56 回)を著作権法 114 条 3 項の損害額として主張したが、裁判所は、小売価格全額ではなく小売価格×販売数に実施料率(50%)を乗じた金額を損害額として算定した。

原告側が税込み価格ベースで損害額を主張し、被告側に擬制自白が成立した事案。

消費税率はどの基準時によるものか不明。

(64) 控訴審では、正規品標準小売価格×販売数×90%が損害額として算定された。

控訴審においても、原告(控訴人)側は標準小売価格全額を基礎に算定すべきことを主張していたが、裁判所は、原告が直接ユーザーに販売する際の価格が税込み標準小売価格(19500 円)の 90%(17 万 9550 円、税込み)であることを理由にこれを退けている。

被告側は、消費税相当分については特に主張はしていない。

(65) X(原告)と Y1(被告)は、亡 A(棟方志功)の作品 24 点(本件作品)の著作権を共有していたところ(持分 2 分の 1 ずつ)、Y2(被告会社。許諾当時 Y1 は Y2 の取締役)が B 社との間で本件作品に係る許諾契約を締結し B 社に本件作品を複製させた行為について、Y2 と Y1 の共同不法行為責任が認定された事例。

損害額の算定については、Y2 が B から平成 24 年 12 月までに受領した金額(2520 万円)には、著作権利用料の他、作品の解説・監修に係る対価も含まれるとして、著作権法 114 条 3 項の損害額については、 $2520 \text{ 万} \times 0.8$ (B から受領した金額のうち著作権利用料に対応する金額)×0.5 (X の持分割合)を著作権法 114 条 3 項の損害額として認定した。控訴審もこれを維持。

被告側の主張及び控訴審の認定からすれば、この 2520 万円は消費税込みの金額である。また税率は判決時(8%)ではなく、侵害行為当時の税率(5%)に基づくもの。

被告側からは特に消費税に関する点は争われていない。

(66) 複雑な事案であるが本稿に関係する限りで概要を紹介すれば、Y1(漫画原作者である Y2 が代表取締役)による本件作品の出版行為について、X が Y2 から設定を受けた著作物の独占的利用権を侵害するものとして、共同不法行為の成立が一部認められた事案である。

損害については、X が Y1 から得べかりし印税相当額が損害額となるとし、個別出版契約に基づく場合の印税額(税込みの書籍の定価を基礎とするもの)に基づいて損害額が算定されている。

消費税分の取扱いは特に争点となっていない。

(67) 写真素材サイトを運営する原告 X1(アマナイメージズ)が著作権又は独占的利用権(各写真につき著作権者は原告 X2、X3、X4)を有する写真を、被告ウェブサイトに掲載し

[56] 大阪地判平成 29 年 2 月 20 日平成 28 (ワ) 10506 [Office ダウンロード販売] (68)

[コメント]

- 3 項に関する全体的傾向

調査対象とした裁判例の中では、3 項につき消費税を含まず算定した事例 (16 件) よりも、含めて算定した事例 (40 件) の方が多数である。特に平成 26 年以降の調査対象裁判例 (計 12 件) については、[16] を除き全て消費税分を含めた算定が行われている。

- JASRAC の使用料規程

JASRAC (消費税導入後、使用料規程を改訂し利用態様に応じた算定額に使用料相当額を加算した金額を使用料とすることを明記) を原告とする [17] は調査対象とした全裁判例 (3 項以外も含めて) の中で最初に明示的に消費税相当額を加算した金額を損害額として算定したものである。その後 JASRAC を原告とする判決のほぼ全て (69) において、使用料規程に基づき消費税相当額を含む形で 3 項の損害

た行為 (平成 25 年 7 月 5 日) について侵害が認められた事例。

著作権法 114 条 3 項 (独占的利用権については類推適用) の損害額として、原告サイトにおける正規の使用料金に基づく損害額を、原告らの契約における使用料分配に関する取り決めに基づき按分して損害額とした。

注目すべきは消費税率に関する判断。原告側は、正規の使用料金について「著作権侵害による損害賠償金は、消費税の課税対象となるから、損害額は税込みで算定すべきである」ことを理由に、平成 25 年 7 月から平成 26 年 1 月 15 日までの被告行為について、写真 1 枚あたり 4 万 3200 円 (消費税率は 8 %) が損害額となることを主張。

これに対して裁判所は、「同原告は、通常、税抜の使用料金に消費税を加えたものを購入者から受領していると認められ、本件掲載行為の期間中の消費税の税率が 5 パーセントであることは公知であり、8 パーセントとすべき理由はない。」として、損害額につき写真 1 枚あたり 4 万 2000 円 (消費税率は 5 %) として算定。

被告側は消費税について特に争っていない。

(68) インターネットオークションを通じた海賊版プログラムのダウンロード販売について、著作権法 114 条 3 項の使用料相当額として、正規品税込販売価格×ダウンロード数が損害額とされた事例。

(69) ただし JASRAC を原告とする訴訟において、侵害行為と使用料規程が想定する利用態様が対応していない (また形式的な適用時の金額が過大となる) ことを理由に、使用料規程による金額によらずに著作権法 114 条 3 項の損害額が算定された事例 (そのために消費税相当額の取扱が不明) として、東京地判平成 15 年 12 月 17 日平成 14 (ワ) 4237 [ファイルログ]、東京地判平成 21 年 11 月 13 日判時 2076 号 93 頁 [パンドラ TV] がある。

また JASRAC に管理委託がされていた楽曲に付き編曲権侵害が認められた事例に関して [6] も参照。

額が算定されている。

JASRAC 以外の原告が、使用料規程を損害額の算定に援用し消費税相当額を加算した金額で 3 項の損害額が算定された事例として [34] がある (ただし [6] も参照)。

- 正規品小売価格を基礎とするもの

被告製品の価格ではなく、正規品の小売価格 (税込) を基礎として使用料相当額が算定された事例として [52] 及び [56] がある。さらにこれらの事件では、原告ソフトの小売価格全額×ダウンロード数を著作権法 114 条 3 項の損害額とすべきことが主張されたが、[52] では第一審でその金額の 50%、控訴審では 90% が損害額とされるにとどまった。他方、[56] では正規品販売価格全額×ダウンロード数がそのまま損害額とされている⁽⁷⁰⁾。

- 消費税の税率

消費税の税率については、明示的な判断を示している全ての裁判例において、侵害行為時と判決時で消費税率が異なる場合にも、侵害行為時点の税率 (例えば [53]) により算定されている。侵害期間中に消費税率の引上げが行われた場合にはその前後に分けて計算がされている (例えば [33]) が、原告主張に基づき一律に引き上げ前の税率 (例えば [36]) によって算定した事例もある。また税率につき明示的な判断を示していない裁判例についても、「税込価格」や「税込売上げ」を算定の基礎としていることから、(判決時ではなく) 侵害行為時点の税率に基づいた税込価格等を基礎としているものと解される。

権利者側の主張自体も侵害行為時点の税率に基づくものが大半である。ただし [55] において原告は損害賠償金が消費税の課税対象となることを理由に、平成 25 年 7 月から平成 26 年 1 月 15 日までの被告行為に係る損害額につき消費税率を 8% として算定した金額 (写真 1 枚当たり 4 万 3200 円) を主張した⁽⁷¹⁾。しかし裁

(70) ソフトウェアに係る著作権侵害を巡る従前の裁判例においては、企業内複製事案においては正規品小売価格全額×複製数をそのまま 3 項の損害額とする (東京地判平成 13 年 5 月 16 日判時 1749 号 19 頁 [LEC]、大阪地判平成 15.10.23 判時 1883 号 104 頁 [ヘルプデスク]、東京地判平成 19 年 3 月 16 日平成 17 (ワ) 23419 [CATIA]、大阪地判平成 28 年 3 月 24 日平成 27 (ワ) 7614) 一方で、海賊版を他者に (ダウンロード) 販売する行為については、小売価格全額を損害額とすることは認めず何らかの実施料率を乗じてきた ([52] 参照。以上の状況につき金子敏哉「プログラムの違法複製と著作権法 114 条 3 項の損害額」民事判例 13 (2016 年) 128 頁以下参照)。これに対して、[56] は他者販売型の事案についてはじめて小売価格全額を損害額とすることを認めた事例といえよう。

(71) この他原告の主張において、侵害行為時の税率ではなく、侵害行為後に引上げられた税

判所は、「同原告は、通常、税抜の使用料金に消費税を加えたものを購入者から受領していると認められ、本件掲載行為の期間中の消費税の税率が5パーセントであることは公知であり、8パーセントとすべき理由はない。」として、損害額につき写真1枚あたり4万2000円(消費税率は5%)として算定した。

・ 侵害者側の主張との関係

消費税分を含めて実施料相当額の損害が算定された裁判例において、被告側が消費税分を除外・控除すべきことを明示的に主張した事例は例外的であり、下記のものに限られている。

被告側の主張に対して裁判所が消費税分を含める理由について特に判示していないものとして、[29] (第一審において、原告側は消費税基本通達5—2—5を参照し使用料相当額損害金を実質的に資産の貸付けの対価に当たることを主張したが、被告側は「資産の譲渡等」に当たらないと主張) の他、[41][44]がある。

他方、消費税分を含めるべき理由につき裁判所が判示した事例として[30][36][37][38][39][40][48]がある。これらについては次に述べる。

率による消費税額を加算した金額を損害額として主張した事例として以下のものがある。
大阪地判平成29年2月20日平成27(ワ)10267 [水質自動監視装置及び低濃度毒性検知方法]

原告は損害額として、特許法102条2項の侵害者利益額(平成24年10月から平成27年10月までの被告製品の販売による利益1500万円) + 弁護士費用(150万円) + 訴訟提起時点での消費税相当分(132万円:税率は8%)により合計1782万円を主張。裁判所は特許権の侵害を否定し、原告の請求を棄却。控訴審(知財高判平成29年8月29日平成29(ネ)10039)も控訴棄却。

大阪地判平成28年10月13日平成27(ワ)2504号 [ZENSHIN]

被告のパチンコ店等における標章の使用について、不正競争防止法2条1項1号の混同惹起行為に該当すると認定された事案である。原告側の請求において、一部請求として、不正競争による損害額(1億円) + 弁護士費用(1000万円) + 消費税分(880万円)と、弁護士費用も含めた損害賠償金と別途消費税額の請求をすることが明記されていた事案。また被告の不正競争行為期間(平成23年12月17日から平成26年8月8日まで)に関わらず、税率を8%と計算している。

裁判所は、不正競争防止法5条2項により、利益額6億6654万1348円(この金額に消費税分が含まれるか否かは判然としませんが、原告の使用料相当額に係る主張(売上高の10%を税込みの使用料相当額として明記)からすると、不正競争行為時点での税率に基づく消費税分が含まれている可能性が高い)による推定額につき99%の限度で覆減後の666万5413円 + 弁護士費用(66万円)を損害額として認定した。

控訴審(大阪高判平成29年4月6日平成28(ネ)2932 [ZENSHIN])も同様の判断であるが、推定の覆減割合を99%から97%としたため、2項による損害額を1999万6240円、弁護士費用200万円の合計が損害額として認定された。

- 消費税分を含めるべき理由

消費税分を含めなかった裁判例と同様、消費税分を含めた裁判例の多くも、消費税の取扱いの理由について明示的な判示をしていない。

ただし JASRAC の使用料規程 ([17]~[34]) 等、参照した約定実施料例が税込価格を基礎としている ([42][54])・消費税分を加算した額 ([45][55]) を使用料としていることに言及する裁判例がある。他方、約定実施料は税抜ベースであった(但し別途消費税分が支払われている可能性がある)が損害額としては消費税分を明示的に加算している裁判例 ([46]) もある。

これに対して、消費税分を控除すべきとの被告側の主張が退けられる際に判示された理由としては、消費税分も販売価格に含まれる ([36][37][38][39][40])・販売時に收受されること ([48]) と、損害賠償金が消費税の課税対象となること ([30]) が挙げられている。

[36] では、消費税分が被告の利益とならないことを理由に控除すべきとする被告側の主張を、「消費税相当額も販売価格の一部としてそれに含まれているから、損害額の算定に当たって消費税相当額を控除すべき理由はない」として退けている。

教科書準拠教材・国語テストに関する一連の訴訟 ([37][38][39][40]) では、被告側は「消費税は、被告の収入となるわけではなく、預り金として処理され、最終的には国庫に納付されるから、消費税を含めた価格を損害賠償算定の基礎とするべきではない」と主張したが、裁判所は [36] と同様、消費税相当額も販売価格の一部であることを理由にこの主張を退けている。なお国語テストに関しては、その後の [7] において、使用料率を約定実施料例よりも高く認定する ([37] と同じ 10%) 一方で、価格については税抜価格を用いた算定が前述のとおりされている。

また [48] では、売上高に消費税分を含めるべきでないとする被告の主張に対して「国内売上分については、消費税を收受して販売するものである以上、消費税相当額についても売上高に含めて算定するのが相当である」と判示している。

以上の裁判例における、消費税は販売価格の一部である等の理由付けは、実施料相当額の損害の算定については税込価格を用いるべきとの考え方を明示したにとどまるものといえよう。

これらに対して [30] の第一審(控訴審も同様)では、JASARC の使用料規程の内容とともに、使用料相当額の損害金は、「その実質は著作物の(無断)使用料に

相当するものであるから、資産の譲渡等の対価に相当するというべきある（消費税基本通達5—2—5（損害賠償金）参照）」として、消費税分を控除すべきとの被告の主張を退けている。

3. 2項（侵害者利益による推定）

(1) 消費税分を含まないもの（16件）

[57] 東京地判平成10年10月29日知裁集30巻4号812頁・東京高判平成11年5月26日平成10（ネ）5223〔SMAPインタビュー〕⁽⁷²⁾

[58] 東京地判平成17年3月15日判時1849号110頁〔グッドバイ・キャロル〕⁽⁷³⁾

[59] 東京地判平成18年2月21日平成16（ワ）11265〔TOMY〕⁽⁷⁴⁾

(72) 争いのない事実等として、被告書籍の販売による利益を、税抜卸売価格から校正費用等を差し引いた1560万9171円とした事案。同利益額につき著作権法114条旧1項による侵害者利益額としての推定がされた（最終的には、原告出版社の損害額の合計は400万円と認定された）。控訴審も同旨。

(73) 被告による本件DVDの複製頒布、特典DVD（ベスト盤CDの初回限定盤に付属）の複製頒布について、原告会社が有する著作権の侵害が認められた事例。侵害者利益の算定において、原告・被告の双方から消費税相当額の取扱いが争われた事案である。

裁判所は本件DVDの複製頒布については、著作権法114条2項の侵害者利益額として、以下のように明示的に「税抜き小売価格から税戻限界費用」により算定。

「本件DVDの1枚当たりの税抜き小売価格は3500円である（争いのない事実）。卸売価格は、小売価格3500円に75%を乗じた2625円である（乙118、119）。原告らは、売上げについても消費税を加算して計算すべきであると主張するが、売上げについての消費税は、被告の利益にならないことが明らかであるから、売上げに含めて算定すべきではない。なお、費用についての消費税は、それだけ被告が現実に出しているのだから、費用に含んで算出すべきである。」

また特典DVDの頒布については、ベスト盤CDの初回限定版と（特典DVDが付属しない）通常版の税抜価格の差額（135円）に販売枚数・寄与度（50%）・使用料率（10%）を乗じた金額を著作権法114条3項の損害額とした。この3項の判断では消費税相当額の取扱いについて判決文中では、初回限定版と通常版の差額が135円であること（及び当事者の主張中でベスト盤CDの初回限定版の税込み価格が3200円であること）が言及されるのみで、判決文中では差額が税込みか税抜きかははっきりしない。ただ筆者がネット上で確認した、税抜価格（前者が3048円、後者が2913円）からすれば、135円という金額は税抜価格によるものであるといえる。

なお控訴審（知財高判平成18年9月13日判時1956号148頁）では、原告会社は著作権を第三者に譲渡した（さらにその著作権は最終的に1審被告に承継された）として、著作権の侵害が否定されている。

(74) Y1がY2に50円（税込み税抜かは明示されず）で販売し、Y2が100円ショップ（直営店及びフランチャイズ店舗）に販売し、100円ショップが100円（税抜）で販売した商品につき、商標権侵害が肯定された事案。

- [60]大阪地判平成 18 年 12 月 21 日平成 17 年 (ワ) 5588 [ウォークバルーン]⁽⁷⁵⁾
 [61]東京地判平成 18 年 12 月 26 日平成 18 (ワ) 20126 [バーバリー]⁽⁷⁶⁾
 [62]大阪地判平成 19 年 6 月 21 日平成 18 (ワ) 2810 [衝撃式破砕機におけるハンマ]⁽⁷⁷⁾
 [63]東京地判平成 19 年 8 月 30 日平成 18 (ワ) 5752・知財高判平成 20 年 2 月 12 日平成 19 (ネ) 10079 [最強営業軍団]⁽⁷⁸⁾ ([9][81]と同事件)
 [64]東京地判平成 20 年 1 月 31 日平成 18 (ワ) 13808 [右脳を鍛える大人のバズ

Y2に係る特許法 102 条 2 項に基づく損害額につき、商品 1 個当たり 50 円 (税抜小売価格 100 円 - 仕入価格 50 円) × 販売数 × 寄与率 (20%) として算定された事例。

Y2 は、フランチャイズ店舗への販売分につき卸売価格相当額を基準とすべきことを主張したが、裁判所はフランチャイズ店舗での販売につき Y2 も共同不法行為責任を負うことを理由に、小売価格をベースとして算定している。

また Y1 については、(Y2 への販売価格 50 円 - 製造原価 30.69%) × 販売数 × 寄与率 20% が 2 項に基づく損害額として算定されている。

原告側が税抜価格ベースで主張をしていた事案。

- (75) 侵害者利益の算定の過程で、売上高から消費税相当分を控除した旨の判示があるが、別表等が省略されているため詳細は不明。

「被告商品の売上げは、レンタルと販売を合計して、平成 9 年から平成 14 年 6 月 11 日以前の分が 4598 万 6500 円、平成 14 年 6 月 12 日以降の分が 7297 万 4585 円、合計 1 億 1896 万 1085 円であると認められる。この算定の過程は、各別表のとおりであり、被告の自認分…に、原告指摘の欠落分…を加え、両者の合計額から消費税分を控除した【別表 4】。これを、平成 14 年 6 月 11 日以前分と平成 14 年 6 月 12 日以降分に分けて整理したのが【別表 5—1】である。」

平成 14 年 6 月 21 日以降の販売行為につき、被告商品の税抜売上高 × 利益率 30% × 寄与度 10% を商標法 38 条 2 項の侵害者利益とし、同額を損害額とした。

平成 14 年 6 月 11 日以前の被告商品の販売分に関しては、不当利得として、税抜売上高 × 使用料率 3% × 寄与度 10% の支払いを命じている。

被告商品の売上高に関する被告主張のみならず原告主張 (上記の「原告指摘の欠落分」) においても、税抜売上高をベースとした主張がされていた事案。

- (76) (税抜販売価格 - 税抜仕入価格) × 販売個数が、商標法 38 条 2 項に基づく損害額として算定された。

原告主張が税抜き価格ベースであった事案。

- (77) 被告製品を中国企業に製造委託し、日本国内に輸入・販売していた被告の侵害者利益について、被告製品の売上 (消費税抜き: 351 万 2515 円) から、経費 (中国企業への支払金額 + 輸入消費税 + 乙仲費用 (税込) + 運送費 (税込): 合計 235 万 2993 円) が控除された事例。

(原告側は、被告製品の売上 (720 万円) × 利益率 (40%) を侵害者利益の額として主張していた。消費税に関して原告側は特に主張せず)。

- (78) 後掲注 (102) 参照。

ル〕⁽⁷⁹⁾

[65] 東京地判平成 20 年 2 月 26 日平成 19 (ワ) 12770 [NuBra]⁽⁸⁰⁾

[66] 東京地判平成 20 年 11 月 27 日平成 20 (ワ) 8049 [床用目地装置]⁽⁸¹⁾ ([12] と同事件)

[67] 大阪地判平成 23 年 12 月 15 日平成 22 (ワ) 13746 [浄水器・意匠]⁽⁸²⁾

[68] 大阪地判平成 23 年 12 月 15 日平成 22 (ワ) 11862 [浄水器・商標]⁽⁸³⁾

(79) 被告パズルにつき、原告パズルの著作権の侵害が一部認められた事例。

原告は、著作権法 114 条 2 項に基づき、被告の印税分(書籍定価(税込) 650 円×印税率 10%×発行部数)を損害額として主張。

裁判所は、被告利益額につき、被告と出版社間の出版契約に基づき、予定本体価格 619 円(税抜価格に相当)×印税率 10%×発行部数×侵害部分の全パズルに占める割合の印税分を認定。

(80) 原告は、(税抜販売価格-購入単価)×1.05(消費税込)×被告商品販売数を侵害者利益による推定額として主張したが、裁判所は、(税抜販売価格-購入単価)×被告商品販売数を侵害者利益額と認定し、同金額を損害額とした。

消費税分を含めなかった理由について裁判所は特に判断していない。

(81) 原告は、被告が本件金物工事を受注し被告装置を設置することで特許権を侵害したとして、特許法 102 条 2 項により本件金物工事の利益額(少なくとも 300 万円)を損害額として主張した。

裁判所は、特許法 102 条 2 項につき、本件金物工事の税抜代金(2124 万円)から費用(2116 万 6623 円)を控除し、利益額は 7 万 3377 円にとどまると認定。

そこで裁判所は(被告の主張に基づき)特許法 102 条 3 項に基づき、本件金物工事の代金のうち特に特許製品に関わる工事の代金部分(217 万 8800 円。文脈上税抜と解される)に実施料率 3%を乗じた金額を損害額とした。

(82) Y1 による被告各製品の製造・Y2 への販売、Y2 による被告各製品の販売・レンタルが、原告の意匠権を侵害すると認定された事例。

裁判所は、Y1 の侵害行為に係る損害額につき、意匠法 39 条 2 項により、(Y2 への販売価格(税抜)-製造原価)×販売台数を侵害者利益とし、これに本件意匠の寄与率 10%を乗じた金額とした。原告も Y2 への販売価格を税抜ベースで主張していた。

他方、Y2 の侵害行為につき、原告は主位的に意匠法 39 条 2 項(予備的に 3 項により)、販売分につき税抜販売価格×20%(利益率又は実施料率)×販売台数、レンタル分につき税込月額レンタル価格(13650 円)×レンタル台数×(レンタル月数-仕入代金回収に係る月数分)を損害額として主張した。

裁判所は、Y2 の販売分については、意匠法 39 条 2 項については Y2 による販売価格が明らかでないとして原告の請求を棄却し、意匠法 39 条 3 項により売上高の推計値(少なくとも超えるであろう税込仕入れ価格×販売台数)×実施料率 3%を損害額とした。レンタル分については、税抜月額レンタル料(13000 円)×レンタル台数×(レンタル月数-仕入代金回収に係る月数分)を商標法 39 条 2 項の侵害者利益額としている。

Y2 のレンタル行為に関しては、原告は税込ベースで主張していたが裁判所は税抜ベースで算定した事例である。

(83) [67] と同一当事者、同一被告製品を含む製品について商標権の侵害が認定された事案。

- [69] 東京地判平成 24 年 7 月 11 日平成 22 (ワ) 44305 [パク・サンウォンの美しい TV 顔]⁽⁸⁴⁾
- [70] 東京地判平成 26 年 5 月 21 日平成 25 (ワ) 31446 [バーキン立体商標]⁽⁸⁵⁾
- [71] 東京地判平成 27 年 3 月 16 日平成 26 (ワ) 4962 [三人の騎士]⁽⁸⁶⁾
- [72] 東京地裁平成 28 年 12 月 6 日判時 2336 号 92 頁 [遮断弁]⁽⁸⁷⁾

[コメント]

・ 消費税分の取扱い

以上の裁判例では、税売上高(税込価格から販売時に受領した消費税分を除外する形で税売上高が算定された事例(例えば[60])も含む)から諸費用を控除する形で侵害者利益額が算定されている。税込売上高から、(販売時に受領した消費税分ではなく)納付すべき・納付した消費税分を控除して侵害者利益額を算定した

消費税分の取扱いについては[67]と同様の判断。

- (84) 著作権法 114 条 2 項の侵害者利益額について、190 円×被告 DVD の頒布枚数(2321 枚)×寄与率(50%)=22 万 495 円と算定。

原告の主張した 1 枚当たり 190 円との利益額を用いる点に関して、被告 DVD 1 枚当たりの仕入額が 1880 円(税別)、売上が消費者への直接販売につき 3800 円(税別)、卸売につき 2850 円(税別)であり、粗利益が 970~1920 円であることから、変動経費は明らかでないものの少なくとも 1 枚当たりの被告利益額は 190 円を下らないと認定。

3 項の使用料相当額については、50 円×被告 DVD の頒布枚数(後に返品された分も含めて 4049 枚)=20 万 2450 円とし、2 項による推定額を下回ると判断。

原告主張も税抜ベースであった事案。

- (85) 商標法 38 条 2 項及び不競法 5 条 2 項の侵害者利益につき、被告商品 1 個当たりの限界利益を(税抜販売価格-仕入価格)×80%とし、これに被告商品販売数を乗じた金額を損害額とした。

原告側は、被告商品 1 個当たりの利益につき税抜販売価格-仕入価格を主張。

- (86) 保護期間が満了した外国アニメ映画に係る日本語台詞・字幕に係る著作権の侵害が肯定された事例。

著作権法 114 条 2 項の侵害者利益額の算定につき、卸売価格を税抜き小売価格の 64%に相当する金額として認定したうえで、経費額相当分を控除。

原告側が、税抜き価格ベースで損害額を主張していた事例。

- (87) 被告による反訴請求に関する判断において、特許法 102 条 2 項による推定額から、原告の営業努力等に鑑み 20%分を控除したうえで、さらに訴外共有者への実施料相当額分(単独保有の仮定の下での 2 分の 1)が控除された事例。

原告製品の単価(税抜)をベースに売上高が算定されたと推測される事案(ただし金額が伏字であり、売上高の算定に関する表が省略されているため消費税額が売上高計算過程で加算されている可能性もある)。売上高につき当事者間に争いがなかった事例。

事例は見当たらなかった。

税売上高から控除される費用につき、[61]では税抜仕入代金のみが費用として控除されている。他の多くの裁判例では、売上高から控除された費用に仕入れ代金等に係る消費税分を含むか否かは明らかではない。これに対して[58]では、後述のように裁判所は意図的に、“税抜”売上高から“税込”仕入価格を控除する形で侵害者利益額が算定している。また[62]においても税抜売上高から経費として輸入消費税・運送費(税込)が控除され、[63]でも訴外出版者の利益に関して税抜売上高から税込費用が控除されている⁽⁸⁸⁾。

なお上記のリストに掲げていないが、売上高(税込か税抜か不明)から控除する費用の一つとして「消費税」に言及している事例として大阪地判平成5年7月20日知裁集25巻2号261頁〔モエ・エ・シャンドン〕⁽⁸⁹⁾、東京地判平成7年4月28日平成6(ワ)11023〔ヘネシー〕⁽⁹⁰⁾、神戸地判平成8年5月27日平成6(ワ)769〔ヘネシーII〕⁽⁹¹⁾がある。しかしこれらの事例は、海外からの輸入酒の売上高から費用として関税・酒税・消費税を控除するものであり、販売分につき納付すべき消費税分を控除するというよりも、輸入時(外国貨物の保税地域からの引き取りの際)に支払った消費税分⁽⁹²⁾を費用として控除する趣旨の可能性が高い(大阪地判平成12年12月21日判タ1063号248頁〔FRED PERRY〕及び東京地判平成22年11月10日平成20年(ワ)22305〔Champion〕ではより明示的に、売上高(税込か税抜か不明)から輸入諸経費の一部としての関税・消費税分が控除されている)。以上の理由から、これらの裁判例は輸入時に支払った消費税分が控除されたにとどまるものと解し、リストに挙げていない。

(88) 後掲注(102)参照。

(89) 被告の商標権侵害及び不正競争行為による利益の算定において、被告商品の販売価格から仕入価格・税(関税、酒税、消費税)、及び手数料等を控除する形で算定。

(90) 被告の商標権侵害につき、商標法38条旧1項(侵害者利益)に基づく原告の請求については、被告商品の販売価格の合計(1662万4800円)に対して、仕入れ原価及び関税・酒税・消費税等の費用の合計が少なくとも1761万2200円を上回り、利益がなかったとして退けている。

他方で、商標法38条旧2項の使用料相当額につき被告商品の前記売上に使用料率10%を乗じた金額を損害額として算定している。

(91) (返品分を控除した)被告商品販売価格の合計から、仕入原価(輸入申告価額)と関税・酒税・消費税額を含む総仕入販売経費を控除した。

(92) 輸入取引への消費税の課税に関しては前掲注(5)参照。

- 当事者の主張との関係

以上の裁判例の大半においては、権利者側は消費税額を含めることを特に主張していない。また [60][61][69][70] は権利者側の主張自体が被告製品の税抜価格を基礎とするものであった。

権利者側が消費税分を含む金額を侵害者利益の額として主張した事例としては、[58]（主張への裁判所の応答については次に述べる）と、[63][64][65][67][68]（裁判所は消費税分を含めない理由について特に判示していない）及び [64]（被告が受領した印税につき、原告は税込定価ベースにより主張したが、裁判所は出版契約上の「予定本体価格」（税抜価格）ベースで算定）がある。

- 消費税分を含めない理由

前述の裁判例のうち、消費税分を含めずに侵害者利益額を算定すべき理由について明示的に判断した判決は [58] のみである。[58] 判決は、税抜売上高－税込費用により算定すべき理由について以下のように判示している。

「原告らは、売上げについても消費税を加算して計算すべきであると主張するが、売上げについての消費税は、被告の利益にならないことが明らかであるから、売上げに含めて算定すべきではない。なお、費用についての消費税は、それだけ被告が現実に支出しているのであるから、費用に含んで算出すべきである。」

(2) 消費税分を含むもの (8 件)

[73]名古屋地判平成 17 年 4 月 28 日判時 1917 号 142 頁〔移栽装置〕⁽⁹³⁾

[74]東京地判平成 24 年 7 月 31 日平成 23 (ワ) 29563〔バルコニーアンドヘッド〕⁽⁹⁴⁾

(93) 被告製品の税込販売価格から、限界費用（部品代・交通費・人件費）を控除した金額を侵害者利益額とし、これに寄与率 20% を乗じた金額を原告の損害額として認定した。

被告側は、消費税の取扱いについて特に争わなかった事例。

(94) 被告による婦人用被服の販売について、原告の商標権の侵害が認められた事例。

損害賠償金に消費税が課税されることを理由に、侵害者利益の算定において税込販売価格からの消費税相当分の控除を認めなかった事例。

〔(2) 商標法 38 条 2 項に基づく損害額（予備的主張）について

ア 原告は、被告は、平成 23 年 6 月 12 日から同年 7 月 17 日までの間に、被告各商品を合計 67 着販売し、その販売価格は 5 着分が 1 万 1550 円、62 着分が 8085 円であること、被告各商品の仕入価格は 2650 円であること、被告は、仕入価格以外の変動経費の主張をしていないことからすると、被告が被告各商品を販売したことにより受けた利益の額は 38 万 1470 円であり、商標法 38 条 2 項により原告は同額の損害を被ったものと推定され

[75] 知財高判平成 24 年 3 月 22 日平成 23 (ネ) 10002 [切り餅]⁽⁹⁵⁾

[76] 東京地判平成 26 年 10 月 30 日平成 25 (ワ) 17433 [絵柄シール]⁽⁹⁶⁾

[77] 東京地判平成 28 年 6 月 30 日平成 27 (ワ) 12480⁽⁹⁷⁾・知財高判平成 29 年 2 月 22 日平成 28 年 (ネ) 10082⁽⁹⁸⁾ [生海苔異物分離除去装置における生海苔

る旨主張する。

これに対し被告は、原告主張の被告各商品の販売数量、販売価格及び仕入価格を認めた上で、被告各商品の販売価格には、消費税額分が含まれており、この消費税額分は、事業者である被告にとって、消費者から預かり、国に納付すべきのものであって、「利益」とはいえないから、被告の受けた利益の算定の基礎とすべきではない旨主張する。

そこで検討するに、消費税は、事業者が国内において行った資産の譲渡等を課税対象とするものであるところ（消費税法 4 条 1 項）、「無体財産権の侵害を受けた場合に加害者から当該無体財産権の権利者が収受する損害賠償金」については、その実質が資産の譲渡等の対価に該当するものとして、消費税が課税され（消費税課税基本通達 5—2—5(2)）、商標権を侵害された者が侵害者から受ける損害賠償額についても消費税が課税されることに照らすならば、商標法 38 条 2 項により損害額の推定の基礎となる侵害者とその侵害行為によって受けた利益の額について消費税額分を控除すべきものとした場合、侵害された者の得べかりし利益について消費税が実質的に二重に課される結果となり、その二重に課される消費税相当分の損害の填補を受けられないことになるので、妥当ではない。

また、仮に侵害者とその侵害行為によって受けた利益の額について消費税額分を控除すべきものと解する余地があるとしても、本件においては被告が被告各商品の販売に関して現実に納付した消費税額についての立証はない（なお、消費税法 30 条 1 項により、仕入れに係る消費税額（課税仕入れに係る消費税額）は売上げに係る消費税額（課税標準額）に対する消費税額）から控除されるので、納付すべき消費税額は、商品の販売価格のみからは定まらない。）。

したがって、被告の上記主張は、採用することができない。」

(95) 被告側が、社内販売分につき売上高に消費税相当分が含まれるのでこれを控除すべきと主張したが、裁判所は「社内販売分の売上高から当該消費税分を控除すべきとする根拠及びその金額は、必ずしも明らかでない」として被告の主張を退けている。

(96) 著作権法 114 条 2 項により、税込販売合計額×利益率×シールの枚数に占める侵害部分の割合（32 分の 1）の侵害者利益額が原告の損害額とされた。

被告側主張の売上額も税込であった事案。

(97) Y1、Y2 による装置（本件装置 1・本件装置 2）の販売につき特許権の直接侵害、部品（本件各部品）の販売（遅くとも平成 22 年 10 月以降から少なくとも平成 26 年 4 月以降にも継続）につき特許法 101 条 1 号の間接侵害（専用品型間接侵害）が認定された事例。原告側の主張に基づき、特許法 102 条 2 項の侵害者利益額について、装置・部品の販売価格（税抜）から仕入れ価格（税抜）を控除し、これに消費税相当分を加算（原告の主張に基づき平成 26 年 4 月以降の Y らの侵害行為に関しても消費税率は 5% として計算）した金額により算定。被告側は消費税に関する点を特に争わず。

(98) 本件装置 1・本件装置 2・本件各部品については、第一審と同様の判断（税率は 5%）。さらに本件装置 3（A から Y1 が購入し、Y1 が Y2 に販売し、平成 26 年 12 月 17 日に Y2 が B に納入）につき Y1 の販売行為、Y2 の販売行為に付きそれぞれ単独の特許権侵害

の共回り防止装置 I]

[78] 東京地判平成 29 年 2 月 16 日平成 28 年 (ワ) 2720・知財高判平成 29 年 9 月 11 日平成 29 (ネ) 10040 [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]⁽⁹⁹⁾

[79] 東京地判平成 29 年 7 月 14 日平成 28 (ワ) 1777 [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 III]⁽¹⁰⁰⁾

[80] 東京地判平成 29 年 7 月 21 日平成 28 (ワ) 4529 [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 IV]⁽¹⁰¹⁾

が認められ、(税抜販売価格 - 税抜仕入価格) × 消費税相当分 (原告の主張に基づき 8%) の加算額が侵害者利益額として算定された。

控訴審において、被告側は、消費税分は国・地方公共団体に納税されるものであり被告の得た「利益」といえないとして、消費税相当額を加算すべきでないことを主張した。この主張に対して裁判所は以下のように判示している。

「しかし、消費税は、国内において事業者が行った資産の譲渡等に課されるものであるところ (消費税法 4 条 1 項)、「例えば、次に掲げる損害賠償金のように、その実質が資産の譲渡等の対価に該当すると認められるものは資産の譲渡等の対価に該当することに留意する。… (2) 無体財産権の侵害を受けた場合に加害者から当該無体財産権の権利者が収受する損害賠償金」(消費税法基本通達 5—2—5) とされていることに鑑みると、特許権を侵害された者が特許権侵害の不法行為に基づく損害賠償金を侵害者から受領した場合、その損害賠償金も消費税の課税対象となるものと推察される。そうすると、特許権者が特許権侵害による損害のてん補を受けるためには、課税されるであろう消費税額相当分についても損害として受領し得る必要があるというべきである。すなわち、「利益」には消費税額相当分も含まれ得ると解される。」

(99) 先行訴訟と同一当事者。税込み販売価格から税込み仕入れ価格を控除した金額を、侵害者利益として認定。同金額について原告の損害額として認められた。控訴審も第一審と同様の判断。

被告側はその主張において仕入価格・売上につき税抜・税込の双方を表示しているが、特に税抜価格を用いるべきとの主張をしていない。

(100) 先行訴訟 (I・II) と被告が異なる。侵害者利益の算定において、被告製品の販売価格のうち、内税方式のものは税込価格を算定の基礎とし、外税方式のものについて消費税相当額を加算することを明記している。被告側は税抜価格を用いるべきことを特に主張していない。

(101) 先行訴訟 (I・II、III) と被告が異なる。直接侵害に係る「本件旧装置」・「本件新装置」については II・III 事件と同様、税込み販売価格から税込み仕入れ価格を控除することで侵害者利益額を算定。専用品型間接侵害 (101 条 1 号) に係る「本件固定リング及び本件板状部材」については、税抜きベースで算定した利益額に、平成 26 年 3 月以前の利益については 5%、4 月以降については 8% 分の消費税相当額を加算した金額をもって、侵害者利益額と算定。

判決文中では被告側は消費税に関して特に争っていない (別紙とされている被告売上の一覧において税抜価格に基づいている可能性はある)。

以上の裁判例に関して、特筆すべき点としては以下の点が挙げられる。

- 2項に関する全体的傾向

2項の侵害者利益額の算定については、3項と異なり、消費税を含む事案（8件。うち同一原告によるものが4件）よりも、消費税を含まない事案（16件）が多数である。

また消費税を含んで算定された事案は[73]を除き比較的新しい時期（平成24年以降）に集中している。

- 消費税の税率

3項と同様、税率を明示して消費税相当額の加算が行われた事例（[77][80]）においては、（判決時と侵害時で税率が異なる場合にも）侵害行為時の税率（あるいは原告の主張に基づきより安い税率）が用いられている。またその他の裁判例も「税込価格」に基づいていることから侵害行為時の税率によっているものと解される。

2項に関して権利者側が侵害行為時の税率よりも高い判決時の税率により算定をすべきとの主張をした事例は見たらなかった。

- 被告側の主張との関係

大半の事例において、被告側は消費税分の取扱いについて特に主張をしていない。被告側から消費税分を含むべきでないとの主張がされた事例とは、次に述べる[74][75][77]（控訴審）に限られている。

- 消費税分を含めるべき理由

侵害者利益額に消費税分を含める理由についても多くの裁判例は特に判示していない。ただ消費税分を控除すべきとの被告側の主張を退けた裁判例として、[75]（社内販売分につき消費税が含まれているため控除すべきとの主張を、その根拠が不明とのことで退けた）の他、[74]・[77]控訴審判決では、消費税法基本通達5—2—5(2)を参照し知的財産権侵害に係る損害賠償金が消費税の課税対象となることとその判断の理由として挙げられている。

このうち[74]では、商標法38条2項の侵害者利益額から消費税分を控除すると、その金額から推定された損害額に係る賠償金につき消費税がさらに課税されるため、権利者の「得べかりし利益」に二重に課税されそれが填補されないこととなることを、消費税分を控除しない理由として挙げている。また仮に消費税分が控除されるとしても現実に侵害者が納付した税額の立証が必要であるとの理解を前提

に、その立証がないとして控除を認めていない。

また [77] 控訴審判決では、損害賠償金が消費税の課税対象となるため、「特許権者が特許権侵害による損害のてん補を受けるためには、課税されるであろう消費税額相当分についても損害として受領し得る必要がある」ことを理由に、2 項の「利益」には消費税分も含めるべきとの理由付けを示している。

なお [74] と [77] 控訴審判決とも、消費税法基本通達 5—2—5 を参照するのみであり、なぜ侵害者利益の額により算定された損害賠償金が消費税法上の資産の譲渡等の対価といえるのか、については特にそれ以上の説明をしていない。

4. 1 項（権利者製品の単位数量当たりの利益の額）

(1) 消費税を含まないもの（5 件）

[81] 東京地判平成 19 年 8 月 30 日平成 18（ワ）5752・知財高判平成 20 年 2 月 12 日平成 19（ネ）10079 [最強営業軍団]⁽¹⁰²⁾ ([9][63] と同事件)

(102) 被告書籍（Y が執筆、訴外 D 社が書籍を 4000 部制作し 851 部を委託販売。2000 部を Y が買取り 564 部を販売した）の一部について、原告書籍 2 及び 3 の翻案と認定された事例である。

著作権法 114 条 1 項の「単位数量当たりの利益の額」につき、原告書籍の税抜き定価（1800 円）× 利益率（50 %：被告書籍の利益率に基づき原告書籍の利益率を推認）として 900 円と認定。1 項による損害額として 900 円 × 1415 部（販売部数）× 寄与度（20 %）が原告らの損害として算定された。

2 項の侵害者利益額及び 3 項の損害額についても、被告書籍の税抜き定価（1400 円）が算定の基礎とされているが、いずれも 1 項による損害額を下回ることが認定されている。

侵害者利益額（2 項）につき、原告は、D の侵害行為に係る利益額（被告及び一般書店への販売に係る利益：被告書籍の税込定価（1470 円）× 販売部数 × 利益率 50 %）につき Y が共同不法行為責任を負うことを主張。

これに対して裁判所は、Y と D の共同不法行為につき 2 項を適用するのであれば、公平の見地から D の得た利益と Y の得た利益ないし損失を合算した金額によるべきとし、D の侵害行為により利益 63 万 2293 円（1 冊あたりの利益額を 743 円（取次店への卸価格（被告書籍の税抜き定価の 67 %）938 円 - 1 冊当たり印刷費（税込印刷費をもとに算定した 195 円）× 頒布部数 851 部）と Y の利益額（被告書籍の税抜き定価 - 税抜き仕入価格（税抜き定価の 8 割））× Y による頒布部数 564 部）の合算額が、Y の負担した自費出版費用（235 万 2000 円）を下回っているため侵害者利益はないものと判断された。

著作権法 114 条 3 項による算定額は、被告書籍の税抜き定価 × 頒布部数（851 + 564）× 10 % × 侵害部分割合 2 割の金額が 1 項の損害額を下回ると判断された。

原告は、1 項につき原告書籍の税込定価、2・3 項につき被告書籍の税込定価をベースに損害額を主張したが、裁判所は税抜き価格を用いる理由について特に判示していない。控訴審も原判決を引用。

[82] 東京地判平成 20 年 6 月 26 日平成 19 (ワ) 21425 [風船用クリップ止め装置]⁽¹⁰³⁾

[83] 知財高判平成 21 年 1 月 29 日判タ 1304 号 282 頁 [黒澤明・松竹]⁽¹⁰⁴⁾

[84] 知財高判平成 21 年 3 月 11 日判時 2049 号 50 頁 [裝飾印鑑]⁽¹⁰⁵⁾

[85] 知財高判平成 27 年 11 月 19 日判タ 1425 号 179 頁 [印刷物の品質管理装置及び印刷機]⁽¹⁰⁶⁾

[コメント]

• 消費税の取扱い

以上の裁判例は、全て税抜販売価格をベースに 1 項の「単位数量当たりの利益の額」を算定したものである。税込販売価格から、納付すべき消費税分を控除する形で算定したものは見当たらなかった。

また販売価格から控除すべき費用につき、税込の費用を明示的に含むもの、ある

(103) 原告・被告とも、特許発明の実施品（風船用クリップ止め装置である台座）1 台とヨーヨー風船の留め具 100 個をセットで販売していた事案。

裁判所は、原告の台座部分に係る 102 条 1 項の「単位数量当たりの利益の額」を、諸事情を考慮し、原告セット商品の税抜小売価格（450 円）から売上原価 77.14 円を控除した金額の 20 % として算定し、これに被告製品の譲渡数量を乗じた金額を 1 項の損害額とした。

原告側も、原告セット商品の価格につき税抜価格ベースで主張をしていた事案。

(104) 原告 DVD の税抜き価格から経費を控除し単位数量当たりの利益の額を算定。

原告の主張自体が税抜き価格ベースであった事案。

(105) 特許権の共有者から独占的通常実施権を設定された控訴会社 X による、独占的通常実施権を侵害した被控訴人 Y に対する損害賠償請求において、特許法 102 条 1 項の類推適用が認められた事例。

Y は、Y 製品を直接または代理店を介して百貨店等に販売をしていた。裁判所は、特許法 102 条 1 項の「単位数量当たりの利益の額」につき、直接百貨店に販売した際の利益（1645 円：税抜販売価格－税抜仕入価格－運送費）と代理店に販売した際の利益（595 円：税抜販売価格－税抜仕入価格－運送費）をまずそれぞれ算定し、それぞれの販売数の割合比率（3.6 対 6.4）に照らすと両者を合わせた控訴会社製品 1 本当たりの利益の額は 973 円である、と算定したうえで、特許法 102 条 1 項の「単位数量当たりの利益の額」は少なくとも 1 本当たり 900 円を下回らないと認定した。

原告の主張自体が税抜き価格ベースの事案。

(106) 被告（被控訴人）製品につき、原告（控訴人）が有する二つの特許権の侵害が認められ、損害賠償請求が一部認容された事例（原審は請求棄却判決）。

金額等多くの部分が伏字であるためはっきりはしないが、原告の単位数量当たりの利益の額を算定するに際して、原告製品の取引事例につき税抜き価格を参照している。

いは全て税抜のものであることが明示されているものの該当例は見当たらなかった。ただし [84] では、税抜価格から控除すべき費用の大半を占める仕入価格については税抜であることが明記されている（「運送費」も費用として控除されているがこれが税抜かは不明）。

- 権利者側の主張との関係

1 項の「単位数量当たりの利益の額」につき消費税を含まない形で算定された事例の多く ([82][83][84]) は、権利者側が税抜き価格ベースで主張していた事案である。また [85] においても権利者側は税込価格を用いるべきことを特に主張していない。

権利者側が税込価格を用いるべきことを主張したが、裁判所は税抜価格ベースで算定した事例は [81] のみである。

- 消費税を含まない理由

以上の裁判例のうち、消費税を含まない理由を判示したものは見当たらなかった。

(2) 消費税を含むもの⁽¹⁰⁷⁾ (6 件)

[86] 大阪地判平成 19 年 6 月 12 日平成 17 (ワ) 153 [YG 性格検査用紙]⁽¹⁰⁸⁾

(107) 調査対象とした裁判例の中で、当事者の主張中には消費税への言及があるものの、裁判所が税込・税抜で判断したか否かが不明確な事例として大阪地判平成 25 年 9 月 26 日平成 23 (ワ) 14336 [遊技機用表示灯] がある。

この事件において原告は、原告製品 1 台当たりの販売価格 23619 円から原材料費・変動費用を控除した金額 (12672 円) の 1 項の単位数量当たりの利益の額として主張した。

この主張に対して被告は、原告製品は消費税・取付工事費・代理店手数料を含めて 2 万円で販売されているのが実態であり、販売価格から取付工事費 (1000 円)・代理店手数料 (1000 円) に加え消費税を控除した 1 万 6046 円から諸費用を控除した額を 1 項の利益額とすべきことを主張した。この主張に対して原告は、実態の価格は侵害行為に伴う値引きを反映したものであり考慮すべきでないこと、仮に値引き後による価格についてもその版場価格には消費税分が含まれていないことを主張した。

裁判所は、意匠法 39 条 1 項の「単位数量当たりの利益の額」につき、原告製品 (顧客向けには取付工事費 (1000 円)・代理店手数料 (1000 円) 込み 20000 円で販売) の販売価格 (18000 円) から変動経費を控除した額として算定している。被告主張の消費税分の控除がされなかった理由が、20000 円に元々消費税が含まれていないためなのかどうかは判決文中では明らかではない。

(108) 著作権法 114 条 1 項の「単位数量当たりの利益の額」につき、原告会社が販売する本件用紙 1 部あたりにつき、消費税込みの定価 (231 円) から制作原価 (65.3) を控除した 165.7 円を下らないと算定。

被告側からは特に、消費税相当額の取扱いについて争われていない。

- [87] 東京地判平成 24 年 7 月 31 日平成 24 (ワ) 6732 [H2O]⁽¹⁰⁹⁾
- [88] 知財高判平成 24 年 9 月 10 日平成 24 (ネ) 10022 [北朝鮮の極秘文書]⁽¹¹⁰⁾
- [89] 東京地判平成 25 年 4 月 19 日判タ 1416 号 366 頁 [サンダル]⁽¹¹¹⁾
- [90] 知財高判平成 28 年 4 月 27 日判時 2321 号 85 頁 [触角計算 (液滴法) プログラム]⁽¹¹²⁾
- [91] 東京地判平成 29 年 7 月 27 日平成 27 (ワ) 22491 [マキサカルシトール損害賠償]⁽¹¹³⁾

(109) 専用使用権侵害につき、商標法 38 条 1 項の権利者の単位数量当たりの利益の額が、原告主張のとおり税込販売価格から税込購入原価を控除した金額により算定された事例。被告側は消費税分について争わず。

(110) 著作権法 114 条 1 項により、原告書籍の税込定価 (26 万 8000 円) × 利益率 (原告書籍 50 冊分の印刷等費用 / 売上高) × 被告販売数が損害額として算定された。被告側は消費税の取扱いについて特に争っていない。

なお第一審 (東京地判平成 24 年 1 月 31 日平成 20 (ワ) 20337) では、利益額に係る立証が十分でないとして 1 項に基づく主張が退けられ、著作権法 114 条 3 項の使用料相当額の損害として、原告書籍の税込定価を含む諸事情が勘案され 27 万円が損害額として算定された。

(111) 意匠法 39 条 1 項の「単位数量当たりの利益の額」につき、原告は、消費税込みの金額 (販売価格・仕入価格とも税込みとした場合の 270 円) とともに、予備的に、消費税抜きの金額 (販売価格・仕入価格とも税抜きとした場合の 256 円) を主張。

裁判所は、消費税込み価格により単位数量当たりの利益の額を 270 円と算定し、以下のように判示した。

「販売価格・仕入価格とも、現実に消費税を含めた価格で金員が支払われているのであれば、消費税込み価格をもって販売価格・仕入価格と認めるのが相当である。」

最終的な商標法 38 条 1 項による損害額は、270 円 × 被告サンダルの譲渡数量 (34360 足) × 寄与率 (75 %) から、競合品の市場シェアを考慮し 1 項但書として譲渡数量の 55 % 分を控除した金額を算定。

(112) Y (控訴人・被告) の製造販売する Y 製品 (Y 製品 1、Y 製品 3 及び 6) に搭載された接触角計算 (液滴法) プログラム (旧 Y プログラム) が、X (被控訴人・原告) が著作権を有するプログラムを翻案したものであるとして、Y 製品の製造販売につき著作権侵害が肯定された事案。バージョンアップ後の新 Y プログラムについては侵害が否定されている。

著作権法 114 条 1 項の「単位数量当たりの利益の金額」につき、裁判所は、Y 製品 3 及び 6 に対応する原告製品 2 について、その平均販売価格 (税込み) から、1 台当たりの原価 (税込みか否かは不明) のみを経費額として控除し、これに本件プログラムが製品全体の売上に貢献した度合い (70 %) を乗じた金額として算定 (なお Y 製品 1 に対応する原告製品 1 については消費税の取扱いは不明)。

被告側は消費税に関する点は特に争わず。第一審については消費税の取扱いが不明。

(113) 被告らによる後発医薬品の販売等の行為が均等侵害に当たるとして、特許権の共有者の一人である原告 (他の共有者からサブライセンス権つきの独占的利用権を設定されてい

〔コメント〕

- 全体的傾向

1 項の単位数量当たりの利益の額の算定に関しては、消費税を含めない裁判例・含む裁判例の双方とも少数である。

- 消費税の取扱い

消費税分を含めて 1 項の利益額が算定された事例の大半は、税込価格を算定の基礎とし、販売価格から控除する費用に納付すべき消費税分を明記していないもので

たと認定されている)による損害賠償請求が認容された事例。

損害額としては、侵害品である後発医薬品の薬価収載の結果、原告医薬品の薬価の引き下げが生じたとして、原告医薬品の卸価格における値引きの損害につき相当因果関係が認められ、値引き分×原告の販売数量が民法 709 条による損害として認められた。また特許法 102 条 1 項についても、値引き前の価格に基づき 1 項の利益額が算定されている。

被告側は、『平成 28 年版図解消費税』の記述を根拠に、基本通達 5—2—5(2)に関して「無体財産権侵害に基づく損害賠償金のうち、課税対象になるのは、権利の使用料というべき、実施料相当額としての賠償金のみである。この点は、実務的にもロイヤリティには消費税を加えていることと平仄があっている。よって、逸失利益に消費税相当額を付加して請求することはできない。」と主張した。

これに対して裁判所は、1 項に関して以下のように判示している（値引き分の逸失利益についても同様）。

1 項による損害額の「算定においては、消費税相当額を加算した。なぜならば、消費税は『資産の譲渡等』に対して課税される（消費税法 4 条）ところ、消費税法基本通達…では、『その実質が資産の譲渡等の対価に該当すると認められるもの』の例として『無体財産権の侵害を受けた場合に加害者から当該無体財産権の権利者が収受する損害賠償金』を挙げており（同通達 5—2—5(2)）、本件で X が Y に対して請求する損害賠償金は、正に上記の趣旨の損害賠償金であるから、これは、『資産の譲渡等』の対価に該当するものとして、消費税の課税対象になると解されるからである。

この点につき、Y らは、特許権侵害による損害賠償金は、それが実施料相当額以外の趣旨のものならば、『資産の譲渡等』の対価ではないから、消費税は課されないと主張するが、これは上記通達の趣旨に反するものであり、採用できない。なお、Y らは、平成 28 年版図解消費税（乙 A30）において、『無体財産権の侵害を受けたことにより受け取る権利の使用料に相当する損害賠償金』について『資産の譲渡等』の対価に該当する旨記載されているとも主張するが、これは例示にすぎないというべきであり、『無体財産権の侵害を受けたことにより受け取る損害賠償金』のうち『権利の使用料に相当するもの』以外の損害賠償金を除外する趣旨とは解されない。」

損害算定式が記載された別表が公開されていないため、税率は明らかではないが、値引きの逸失利益に係る X の主張と裁判所の認定額に照らせば、おそらく、平成 26 年 4 月 1 日以前の販売分については 5%、それ以降については 8% で計算をしたものと思われる。

ある。ただし[91]では「消費税相当額を加算」したことが明記されつつ、一覧表等が伏字となっているため具体的な取扱いは判然としない。

控除すべき費用となる仕入価格について、[89]では明確に税込価格を用いるべきことを明記している。他の裁判例でも税抜仕入価格等を明確に用いた事例は見当たらなかった。

- 消費税率

大半の裁判例は、税込価格を用いた算定を行っているため、消費税率は明記されていないが、侵害行為時点の税率に基づくものと解される。また[91]も、計算の詳細が伏せられているものの、当事者の主張及び認容額からすれば、侵害行為時点の税率により算定されているものと推測される。

- 当事者の主張との関係

消費税を含めた裁判例においても、被告側が消費税分を含めないことを特に主張したことが明記された事例はあまりない⁽¹¹⁴⁾。唯一の例外は次に述べる[91]である。

- 消費税を含めるべき理由

消費税を含めなかった裁判例と同様、消費税分を含めた裁判例の多くもその理由について特に判断をしていない。

ただし[89]では、「販売価格・仕入価格とも、現実に消費税を含めた価格で金員が支払われているのであれば、消費税込み価格をもって販売価格・仕入価格と認めるのが相当である」との判示がされている。

これに対して[91]では、消費税法基本通達5—2—(2)を根拠に、原告が被告らに対して請求する損害賠償金が「資産の譲渡等」の対価に該当し、消費税の課税対象となることを理由に、消費税を加算することを明言している。

[91]において被告側は、消費税法基本通達は実施料相当額にのみ妥当し、権利者製品の売上減少等に係る逸失利益等については「資産の譲渡等」の対価と言えないと主張したが、「上記通達の趣旨に反するものであり、採用できない」として退けている。また被告が引用した文献中の「無体財産権の侵害を受けたことにより受け取る権利の使用料に相当する損害賠償金」が資産の譲渡等の対価に当たるとの記載は例示に過ぎないとしている。

このように[91]では、実施料相当額以外の損害賠償金（本件では1項による損害賠償金）⁽¹¹⁴⁾ 但し前掲注(107)参照。

害額)も「資産の譲渡等」の対価に当たることが明言されている。もっともその根拠は、消費税法基本通達 5—2—(2)の文言(知的財産権侵害に係る「損害賠償金」につき特に限定していないこと)しか挙げられていない。

5. 裁判例全体の傾向

(1) 裁判例一覧

以下の表は、平成元年以降の裁判例を 5 年毎に区切り、以下の項目について一覧にしたものである。

総件数：前述(II 1 (1))の「特許権 or 著作権 or 商標権 or 意匠権 or 実用新案権」and「損害額」による検索結果

税言及：総件数の中でさらに「消費税 or 税込 or 税抜 or 税引」のキーワードによる絞り込み検索の結果。上段が総件数に占める割合を示す。

消費税を含まず算定・消費税を含んで算定：各裁判例の該当番号を表記。第一審と控訴審で同様の判断をしたものについては、第一審を基準に掲載。

③は 3 項、②は 2 項、①は 1 項に係るものをそれぞれ指す。

年 総件数	税言及	消費税を含まず算定	消費税を含んで算定
平成元～5年 102件	2.0% 2件	③ [2]	
平成6～10年 248件	8.9% 22件	② [57]	③ [17][18]
平成11～15年 590件	12.0% 71件	③ [3][4][5][6]	③ [19][20][21][22][23] [24][25][26][27][28][35] [36][37][38][39][40][41]
平成16～20年 453件	18.1% 82件	③ [7][8][9][10][11][12] /② [58][59][60][61] [62][63][64][65][66] / ① [81][82]	③ [29][30][42][43][44] /② [73] /① [86]
平成21～25年 516件	24.0% 124件	③ [13][14][15] /② [67][68][69] /① [83][84]	③ [31][45][46][47][48] [49][50][51] /② [74] [75] /① [87][88][89]
平成26年以降 449件	22.0% 99件	③ [16] /② [70][71][72] /① [85]	③ [32][33][34][52][53] [54][55][56] /② [76][77][78][79][80] /① [90][91]

(2) 裁判例の概観

以上の分析から、裁判例については以下のことが指摘できよう。

知的財産権侵害に係る損害額の算定における消費税の取扱いについては、判決文中で明示的に言及されることは少ない。ただしキーワード検索の結果からすると、判決文で言及する割合の増加傾向（平成20年以降は20%を超えている）がうかがわれる。

消費税を含めて損害額が算定された事例においては、実施料相当額や1項・2項の損害額の算定の過程で消費税分を含む形で算定しており、損害賠償金（及びその遅延損害金）と別に、消費税分の支払いを別途命じた裁判例は見当たらない。

また消費税分を含めて算定された裁判例は、判決時点で消費税率が引き上げられていたとしても、侵害行為時点の税率（あるいは原告の主張に基づきそれ以前のより低い税率）に基づいている。侵害行為後、訴訟時点でのより高い税率に基づく主張がされた事例としては[55]があるがこの事例でも侵害行為時点の税率により算定がされている。

3項については、JASARACの使用料規程に関する事案を中心に消費税を含めて実施料相当額・使用料相当額が算定された事例が多い⁽¹¹⁵⁾。特に平成26年以降は[16]を除き、調査対象判例では全て消費税を含む形で算定がされている。

2項については、消費税分を含まない形（税抜価格ベース）で侵害者利益額を算定する裁判例が多数である。ただし平成24年以降、消費税分を含めて侵害者利益額を算定する事例が増加している（特に損害賠償金が課税対象となることを理由とする[74]・[77]控訴審）。

1項については、消費税分を含まない事例、含めた事例共に少なく、基本的に原告の主張に基づき特に争点とならないまま判断がされている。ただし[91]事件では、被告側は売上減少等による逸失利益に係る損害額は消費税の課税対象とならないことを争ったが、裁判所は消費税基本通達を根拠にこれを退けている。

1項に限らず損害額の算定全体について、消費税分の取扱いが争点となること・また裁判所の判断と異なる当事者の主張がされることは少ない。また裁判所は、（一

(115) 先行研究（占部裕典「知的財産権の侵害に伴う実施料相当額の算定における消費税の位置づけ」同志社法学68巻7号（2017年）2243頁）も、実施料相当額の損害につき税込売上高に相当な実施料率を乗じることにより算定されることが多いと述べている。

方当事者の主張に反する扱いをする場合にも) 消費税分の取扱いの理由について明示することは少ない。

(3) 損害額に消費税分を含む(含まない)理由

例外的に裁判例により明示・示唆された消費税分を含める((ア)(ウ)(オ))・含まない((イ)(ウ)(エ))理由・根拠について、若干の整理を試みると以下のようになる。

(ア) 消費税が販売価格の一部であること(3項につき[36][37][38][39][40][48]の含める理由)

これらの裁判例は、実施料相当額の算定につき基礎となるべき販売価格は税込価格であることを明示しているが、そのように解すべき更なる論拠については特に判示していない。

(イ) 消費税分は侵害行為による利益とは言えないこと(2項につき[58]の含まない理由)

この考え方もややトートロジカルであるが、侵害品の販売の際に受領した消費税分は納税されるべきものとなるために、(最終的に侵害者に帰属する)利益には含まれないとの考え方を基礎とするものと解される。

ただし[58]判決では、価格から控除される費用については、税込の費用分が現実に支出されたことを理由に消費税込みの費用を計上し、結果として税抜販売価格から税込仕入価格により侵害者利益額を算定している([62][63]も理由は示していないが同様の算定がされている)。仕入れに係る消費税分について、仕入税額控除の対象となる可能性については特に検討がされていない。

(ウ) 約定実施料例の取扱いに準拠(3項につき双方の理由)

3項の実施料相当額・使用料相当額の算定の根拠として、約定実施料例が参照される場合、当該約定例が税抜価格をベースとする(税込価格をベースとする・税抜ベースで算定した金額に消費税相当額を加算した価格を使用料としている)ことが、損害額の算定においても消費税分を含まない(含む)ことの根拠として示唆されている事例が複数存在する(税抜価格をベースとした事例として[4][7][8]、消費税を含めた事例として、JASRAC 使用料規定に関する[17]~[34]、[42][45][54][55]がある)。

もっとも税抜ベースで算定された約定実施料についても、前述のとおり資産の貸

付けとして消費税が課税対象となることを考えると、契約上、(税抜きベースの)「実施料」とは別に消費税分を支払う合意がされている可能性が高いようにも思われる。消費税分を形式的に約定実施料の一部としているか、それとも、実施料と別途支払うことを定めているかによって、「実施料相当額の損害」の金額が変わるべきものなのか、については、損害賠償金が消費税の課税対象となるかと合わせてさらに検討する必要がある。

(エ) 基礎となる価格と実施料率の関係 (3項につき[7]の含めない理由)

[7]は、使用料相当額の損害の算定にあたり、使用料率を約定例よりも高め(10%)に認定する一方で、税込価格を基礎とすべきとの権利者側の主張に対して「消費税を含むか含まないかは、結局は使用料率の割合と関係する」として退けている。

この考え方は、使用料率が高めに認定されていることを主な理由とするものであるが、実施料相当額の算定において、被告製品の価格・売上は絶対的な指標というよりも、一つの参考資料にすぎないとの考え方と親和性を有するものでもある。

(オ) 損害賠償金が消費税の課税対象となること (3項につき[30]、2項につき[74]・[77]控訴審判決、1項につき[91])

これらの裁判例の中で、消費税を含めて損害額を算定することについて、明確な理由を示しているのが、消費税法基本通達5-2-5(2)を参照し、損害賠償金が消費税の課税対象となることを根拠とするものである。

これらの裁判例の背景には、損害賠償金が消費税の課税対象となる以上、損害賠償金を受領した場合に権利者が納税義務を負う消費税分についても、損害額の一部として侵害者に当該訴訟内で支払わせるべきである、との考え方が背景にあるものと解される ([74]・[77]控訴審参照)。

また[30]は、実施料相当額の損害につき「その実質は著作物の(無断)使用料に相当するものであるから、資産の譲渡等の対価に相当する」と述べている。

他方1項・2項に関する裁判例では、なぜ1項・2項により算定される損害額が、「資産の譲渡等の対価」といえるのかについて、消費税法基本通達5-2-5(2)の文言以外の根拠は示されていない。

また次章で述べるように、消費税法基本通達に基づき損害賠償金が消費税の課税対象となると解する場合、その課税の基準時(「資産の譲渡等」の時期)は、約定実施料の取扱いに準じるならば、損害額の確定時(消費税法基本通達9-1-21参

照⁽¹¹⁶⁾）あるいは支払い時と解されることになる。しかし、損害額の算定に関する裁判例では、[77]等判決時点と侵害行為の時点で税率が異なる場合にも、侵害行為時の税率を適用する立場がとられている。

(4) 小括

以上、裁判例全体の傾向としては、消費税分の取扱いについては、十分な議論が尽くされないまま⁽¹¹⁷⁾、不統一な運用がされている状況にある。

このうち比較的明確な立場を示す裁判例が、損害賠償金が消費税の課税対象となることを理由に消費税分を含めて算定する裁判例である。しかしこのような裁判例についても、消費税法基本通達全体の内容と整合的なものといえるか（特に消費税率）とともに、消費税法基本通達5—2—5(2)の損害賠償金は1項・2項の損害額も含む趣旨なのか、またそもそも消費税法基本通達5—2—5(2)の規律自体が妥当なものか、との問題が残る。

(明治大学法学部准教授)

(116) 消費税法基本通達9—1—21は、「工業所有権等又はノウハウを他の者に使用させたことにより支払を受ける使用料の額を対価とする資産の譲渡等の時期は、その額が確定した日とする」ことを定めている。

(117) もちろん各訴訟において侵害論・損害論につき他に重要な争点が多数ある中で当事者が些末ともいえる消費税分について特に争わないことは当然のことでもあり、また裁判所もそのような当事者の主張立証の下で判断を行うこととなる。それゆえ、当事者の主たる争点となっていない消費税の取扱いについて判決文中で議論が十分にされていないとしても、各裁判所の判断は当該事案の解決（紛争の迅速な解決という視点も含めて）としてはそれぞれ妥当性を有するものともいえる。