

## 損害額の算定

2006/08/24

弁護士 山本隆司

### 1. 民法 709 条の適用

#### (1) 民法 709 条適用の原則

著作権等の権利が侵害されたことによって生じた損害の賠償請求権は、民法 709 条（不法行為）によって生ずる。著作権法 114 条の規定は、民法 709 条によって認められる損害額について、特則を定めるものである。

したがって、著作権等の権利が侵害されたことによって生じた損害の賠償を求めるには、まず、①民法 709 条に定める要件を満たす必要がある。また、②賠償が認められる損害の範囲は、著作権法 114 条の特則に定めのないものについては、なおも民法 709 条の適用がある。

さらに、③著作権法は、著作権等の侵害に基づく損害賠償請求権について、権利者の立証を容易にするために、民事訴訟法の特則を置いている（著作権法 114 の 2 以下）。

#### (2) 民法 709 条の要件

民法 709 条は、「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。」と規定する。したがって、損害賠償請求権の成立要件は、①権利または法律上保護される利益の侵害、②故意・過失、③損害の発生、④因果関係である。

#### ① 権利侵害

著作権等の関係で、その侵害について損害賠償請求権が認められる権利または法律上の利益はどのようなものか。

著作権法上、権利または法律上保護される利益として認められているものは、著作権（著作 21 ないし 28）、出版権（著作 80）、著作者人格権（著作 18 ないし 20）、著作隣接権（著作 91 ないし 100 の 5）、実演家人格権（同 90 の 2 ないし 90 の 3）がある。これらの侵害について、民法 709 条の適用があるのは問題がない。

また、著作権法は、著作権（著作 113①②③⑤）、出版権（著作 113①）、著作者人格権（著作 113①③⑥）、著作隣接権（著作 113①③④⑤）、実演家人格権（著作 113①③）の侵害とみなす行為を規定している。したがって、これらの行為についても、同様に民法 709 条の適用がある。

次に、著作権および著作隣接権の行使については、その目的物の利用を第三者に許諾することができる（著作 63・103）。この利用許諾には、当該第三者のみに独占的に利用させる約束を伴う形態である独占的利用許諾（排他的利用許諾ともいう）と、このような約束を伴わない形態である非独占的利用許諾（非排他的利用許諾ともいう）がある。独占的利用許諾を受けた者は、当該著作物等につ

いて独占的に利用する法的（債権的）利益を有しているため、他人による当該著作物等の利用に対して「法律上保護される利益」の侵害として、不法行為に基づく損害賠償請求権の成立が認められている（たとえば、東京地判平 3・5・22 判時 1421・113〔教科書朗読テープ事件〕）。他方、非独占的利用許諾を受けた者は、当該著作物等を自己が利用する法的（債権的）利益を有しているが他人による利用に対して法的利益を有しているわけではないので、一般的に、他人による当該著作物等の利用に対して不法行為に基づく損害賠償請求権の成立は認められない。

なお、著作権者等が被告による権利侵害を立証する上での負担を軽減するために、著作権法は、積極否認（著作 114 の 2）の制度と、書類提出命令（著作 114 の 3）の制度を定めている（民訴規 80、民訴 223 参照）。積極否認の制度は、著作権、出版権、著作者人格権、著作隣接権、実演家人格権の侵害にかかる訴訟に適用があるが、著作権または著作隣接権の行使に関する独占的利用許諾の侵害に係る訴訟においても著作権または著作隣接権の侵害が前提として問題となるから、本条の適用があると考えられよう。

## ② 故意・過失

特許侵害については過失を推定する規定（特許 103）があるが、著作権法にはこのような規定は置かれていない。

民法 709 条の解釈として、故意は、結果（著作権等の侵害）の事実を認識していることをいう。また、過失は、結果（著作権等の侵害）を生じないように、これを予見し回避すべき注意義務に違反することである。その注意義務の程度は、具体的状況において、人が払うことを通常期待される程度の注意と解されている（大審院明治 44 年 11 月 1 日判決（民録 17・617）「普通注意を用ゆる人が事物の状況に応じて通常為すべき注意を要求する」）。したがって、予見される結果の重大性と結果発生の可能性の程度に応じて回避のためにとるべき行為も段階的に異なってくる。予見される結果発生重大性と結果発生可能性が小さい場合には、とるべき結果回避措置の程度も低いもので足りる。予見される結果発生重大性と可能性が大きい場合には、とるべき結果回避措置の程度は高いものであることが必要となる。

例えば、カラオケ・スナック等による著作権侵害に対するカラオケ装置のリース業者の責任に関するビデオメイツ事件において、東京高裁平成 11 年 11 月 29 日判決（（平 11（ネ）2788）最高裁 HP）は、カラオケ装置のリースによってカラオケ・スナック等による著作権侵害が生ずる可能性が高いとは認定しなかったため、JASRAC との著作物使用許諾契約の締結が必要であることを告知すれば足り、その締結の確認までせずとも過失はないと判断した。これに対して、その上告審である最高裁平成 13 年 3 月 2 日判決（判時 1744・108）は、著作権侵害を生じさせる蓋然性の高い装置であると認定して、JASRAC との著作物使用許諾契約の締結まで確認しなければ過失があると判断した。すなわち、最高裁判決は、つぎのように判示した。

「カラオケ装置のリース業者は、カラオケ装置のリース契約を締結した場合において、

当該装置が専ら音楽著作物を上映し又は演奏して公衆に直接見せ又は聞かせるために使用されるものであるときは、リース契約の相手方に対し、当該音楽著作物の著作権者との間で著作物使用許諾契約を締結すべきことを告知するだけでなく、上記相手方が当該著作権者との間で著作物使用許諾契約を締結し又は申込みをしたことを確認した上でカラオケ装置を引き渡すべき条理上の注意義務を負うものと解するのが相当である。けだし、(1)カラオケ装置により上映又は演奏される音楽著作物の大部分が著作権の対象であることに鑑みれば、カラオケ装置は、当該音楽著作物の著作権者の許諾がない限り一般的にカラオケ装置利用店の経営者による前記1〔筆者注：演奏権侵害〕の著作権侵害を生じさせる蓋然性の高い装置といえることができること、(2)著作権侵害は刑罰法規にも触れる犯罪行為であること(著作権法119条以下)、(3)カラオケ装置のリース業者は、このように著作権侵害の蓋然性の高いカラオケ装置を賃貸に供することによって営業上の利益を得ているものであること、(4)一般にカラオケ装置利用店の経営者が著作物使用許諾契約を締結する率が必ずしも高くないことは公知の事実であって、カラオケ装置のリース業者としては、リース契約の相手方が著作物使用許諾契約を締結し又は申込みをしたことが確認できない限り、著作権侵害が行われる蓋然性を予見すべきものであること、(5)カラオケ装置のリース業者は、著作物使用許諾契約を締結し又は申込みをしたか否かを容易に確認することができ、これによって著作権侵害回避のための措置を講ずることが可能であることを併せ考えれば、上記注意義務を肯定すべきだからである。」

インターネット・サービス・プロバイダの責任をめぐっては、各国でさまざまな議論が展開されたが、わが国においては、最終的にプロバイダ責任制限法を定めて、プロバイダの損害賠償義務について過失責任主義を維持した(同法3①)。では、プロバイダが置かれた状況において具体的に、どのような場合にどのような注意義務が発生すると考えられるか。

プロバイダの注意義務として、著作権者に無断で著作物をサーバーに書き込むことを予見し、①サービスの提供に当たって予め警告表示するなど侵害行為が起こらないよう注意する義務(警告義務)があるか、②サービスが侵害行為に利用されないか事前に審査して侵害行為を予防するよう注意する義務(事前検査義務)があるか、③侵害行為が行われていないか常時監視して侵害行為を発見するよう注意する義務(監視義務)があるか、④侵害行為が存在するとの権利者からの通知を受けた場合に、当該侵害行為がないか調査確認するよう注意する義務(調査義務)があるか、⑤侵害行為を発見した場合に当該侵害を除去するよう注意すべき義務(削除義務)があるか、が問題となりうる。

以上のうち、①の警告義務については、通常のプロバイダのサービスにおいては、ユーザーが著作権者に無断で著作物をサーバーに書き込むことを抽象的にしか予見しえないから、原則として、これを負わないと考えられる。ただし、2ちゃんねる・動物病院事件の東京高裁平成14年12月25日判決(判時1816・52)は、プロバイダYの提供する匿名性が高い電子掲示板にユーザーが動物病院の経営者の名誉を毀損する書き込みを行った事案において、違法書き込みの高い蓋然性を指摘して、利用者に注意を喚起するなどして本件掲示板に他人の権利を侵害する発言が書き込まれないようにする義務を認めた。

②の事前検査義務は、具体的に検討するまでもなく、通信の秘密と抵触するからあり得ない。③の監視義務については、ユーザーによる利用のほとんどは適法

な書き込みであり、ユーザーが著作権者に無断で著作物をサーバーに書き込むことを抽象的にしか予見し得ないから、原則として、これを負わないと考えられる。⑤の削除義務については、侵害行為を発見した場合には、当該侵害を除去するという結果回避措置をとる義務があると考えられる。

問題は、④の調査義務の有無である。権利者からの著作権侵害の具体的事実が通知された場合、通告の内容が一見して不実のものである場合を除いて、著作権侵害が存在する蓋然性が高いと考えられる。したがって、プロバイダには、著作権等の侵害が生じている蓋然性が消滅するか、著作権侵害の発生を確認するまでは、書き込みを行ったユーザーや権利侵害の通告者に釈明や証拠物の提供を求めるなどの調査を行うべき義務があろう。2ちゃんねる・小学館事件の東京地裁平成16年3月11日判決（判時1893・131）は、この調査義務を否定したが、東京高裁平成17年3月3日判決（判時1893・126）は、以下のように判示してこれを肯定した。

「インターネット上においてだれもが匿名で書き込みが可能な掲示板を開設し運営する者は、著作権侵害となるような書き込みをしないよう、適切な注意事項を適宜な方法で案内するなどの事前の対策を講じるだけでなく、著作権侵害となる書き込みがあった際には、これに対し適切な是正措置を速やかに取る態勢で臨むべき義務がある。掲示板運営者は、少なくとも、著作権者等から著作権侵害の事実の指摘を受けた場合には、可能ならば発言者に対してその点に関する照会をし、更には、著作権侵害であることが極めて明白なときには当該発言を直ちに削除するなど、速やかにこれに対処すべきものである。」

### ③ 損害・損害額

民法709条に基づいて、賠償を求めることのできる損害の範囲は、財産的損害に限られず、精神的損害が含まれる。財産的損害には、不法行為によって必要となった出費（積極的損害）と不法行為がなければ得ることができたはずの利益（逸失利益＝消極的損害）がある。

著作権、出版権および著作隣接権は、財産的権利であるので、その侵害に対しては、財産的損害（積極的損害および逸失利益）の賠償は認められるが、格別の精神的愛着が認められる場合は格別（東京高判昭60・10・17判時1176・33〔藤田嗣治絵画複製事件〕）、精神的苦痛は通常、財産的損害の賠償により慰謝されるので精神的損害の賠償は認められない（たとえば、東京高判昭58・2・23判時1029・21〔パロディ写真事件〕）。他方、著作者人格権および実演家人格権は、人格的利益の保護を目的とするので、精神的損害のほか積極的損害の賠償は認められるが、逸失利益の賠償は認められない。

#### イ 逸失利益

民法709条の適用上問題となるのは、逸失利益の算定である。すなわち、逸失利益は、「著作権等の侵害がなければ販売できたであろう原告複製物の数量×原告複製物の価格×原告複製物の利益率」によって求められることになる。ところが、「著作権等の侵害がなければ販売できたであろう原告複製物の数量」は、仮



定の議論となって立証がきわめて困難である。そこで、著作権法 114 条は、後述のとおり、著作権等の侵害がなければ販売できたであろう原告複製物の数量に代えて被告複製物の数量を用いる方法（著作 114①）、被告の得た利益を原告の逸失利益と推定する方法（著作 114②）、および使用許諾料相当額を逸失利益として選択する方法（著作 114③）を、代替措置として規定している。

また、著作権法は、立証を容易にするために、損害計算のための書類提出命令（著作 114 の 3）、鑑定による損害算定のための当事者の説明義務（著作 114 の 4）および相当な損害額の認定（著作 114 の 5）の制度を定めている（民訴 223・248 参照）。

#### ロ 積極的損害

著作権等の侵害における積極的損害としては、侵害調査費用、損害回避費用、弁護士費用が考えられる。

侵害調査費用については、侵害事実の調査のために要した交通費・宿泊費等の賠償を認めたものがある（商標権侵害の事案であるが、東京地判昭 43・3・6 判タ 223・240〔ピザ商標事件〕）。しかし、侵害事実の監視・調査のために要した人件費については、通常業務を行う社員であることを理由に侵害との因果関係を否定したものがある（東京地判平成 15・10・22 判時 1850・123〔転職情報事件〕、東京地判平成 17・4・27（平 16（ワ）26771）最高裁 H P〔予備校ビデオオークション事件〕）。

損害回避費用については、消費者への損害発生を防止するために要した費用を認めたものがある（意匠権侵害の事案であるが、大阪地判平 10・6・4 知財管理判例集Ⅲ平成 10 年判決 1887〔プリスター事件〕）。

弁護士費用については、一般的に、不法行為の被害者が権利行使のために訴えを余儀なくされ、弁護士に訴訟を委任した場合には、その弁護士費用は相当と認められる範囲内で、当該不法行為と相当因果関係内の損害とされている（最判昭 44・2・27 判時 548・19）。著作権等の侵害訴訟では、ほとんどの事件で弁護士費用の賠償が認められているが、例えば、判決認容額と大差ない和解金の申し入れのあったにもかかわらず、権利者が訴えを提起した場合には、訴えを余儀なくされたとはいえないので、弁護士費用の賠償は認められない（大阪地判昭 60・5・29 判タ 567・318〔心理療法入門事件〕）。著作権等の侵害訴訟の遂行には一般的に多くの労力を必要とし弁護士費用も高額となるが、裁判所の認定する弁護士費用はおおむね損害認容額の 1 割程度に止まっている。ただし、損害認容額が数万円や数十万円の場合には、同額に近い弁護士費用が認められることもある（東京高裁平成 7 年 5 月 16 日判決（知財集 27・2・285）〔出る順宅建事件〕では、逸失利益 35 万円に対して 25 万円の弁護士費用の賠償を認めた）。

#### ハ 精神的損害

前述のとおり、財産的権利である著作権、出版権および著作隣接権の侵害に対しては、格別の精神的愛着が認められる場合を除き、精神的損害に対する賠償は認められていない。これを認めた藤田嗣治絵画複製事件・東京高裁昭和 60 年 10 月 17 日判決（判時 1176・33）は、「本件に顕われた諸般の事情、特に被控訴人

は、控訴人の再三の懇請に応ぜず、藤田作品の本件書籍への掲載を明確に拒否していたのに拘らず、本件絵画の複製物が本件書籍へ掲載されたこと、その結果、藤田嗣治は世界的な評価を受けるべき画家であって日本の絵画の流れの中で位置づけることは許されないとする被控訴人の感情が著しく傷つけられたこと」などを考慮して、精神的苦痛に対する慰藉料として80万円の賠償を認めた。

他方、人格的利益の保護を目的とする著作者人格権および実演家人格権の侵害に対しては、権利者の精神的苦痛の態様・程度を考慮して、数万円ないし50万円の慰謝料の賠償が認められている。

#### ④ 因果関係

民法709条に基づいて、賠償を求めることのできる損害は、著作権等の侵害と相当因果関係のある損害でなければならない。

侵害と相当因果関係の認められる損害は、当該侵害から通常生ずる損害と、予見可能性のある特別の事情によって生じた損害である（民416類推適用）。

#### (3) 民法709条の効果

民法709条は、不法行為の効果として、損害賠償請求権を認める。フランスやドイツの不法行為制度は、原状回復を原則としており、侵害に対する差し止め措置も（物権的請求権に基づく差し止め措置とは別に）認められているが、わが国の不法行為制度は、金銭賠償の原則を採用しており、侵害に対する差し止め措置は認められていない。

しかし、わが国においては、著作権等の排他的権利性に基づいて、差し止措置が認められている（著作112）。また、著作権等侵害の教唆・幫助に対する差し止措置は、民法709条の不法行為の効果として認められる余地はないが、教唆・幫助が著作権等の侵害の一態様（間接侵害）であるので、著作権等の排他的権利性に基づいて、教唆・幫助に対する差し止措置を認める余地はあり得る。たとえば、ドイツ、フランス、アメリカ、イギリスなどの諸外国においては、権利の排他性に基づいて、著作権等侵害の教唆・幫助に対する差し止措置を認めている。

## 2. 114条1項による逸失利益の算定

### (1) 立法趣旨…損害額の立証責任の軽減

この規定は、平成15年（2003年）法律85号の著作権法改正の際に設けられたものである。前述のとおり、逸失利益の算定において、民法の原則によれば、侵害がなければ販売できたであろう権利者の複製物の数量を立証する必要があるところ、その立証がきわめて困難であるので、これに代えて侵害者が実際に販売した複製物の数量を使うことができることとした規定である（加戸守行『著作権法逐条講義（5訂新版）』671頁（著作権情報センター・2006年））。

### (2) 適用要件

#### ① 請求権者

この規定は、「著作権者、出版権者又は著作隣接権者」が「自己の著作権、出版権又は著作隣接権を侵害した者」に対して損害賠償請求する場合にのみ適用がある。

したがって、この規定は、著作者人格権または実演家人格権の侵害には適用がない。前述のとおり、これらの権利は、人格的利益の保護を目的とするので、逸失利益の賠償は認められないからである。

では、著作権または著作隣接権の独占的利用許諾を受けた者が損害賠償請求する場合には、この規定の適用は認められないであろうか。その適用を否定すべき実質的根拠は存在しないから、類推適用を認めることができよう（実用新案権の独占的通常実施権につき同旨、大阪高裁平成 12 年 12 月 22 日判決（（平 11（ネ）2063・3860）最高裁HP）〔包装用トレー事件〕）。

### ② 侵害行為および賠償義務者

この規定は、「侵害行為によって作成された物を譲渡し、又はその侵害の行為を組成する公衆送信〔中略〕を行ったとき」に適用がある。

したがって、この規定は、譲渡権、頒布権または公衆送信権の侵害の場合に適用がある。

また、この規定に基づいて損害賠償義務を負うのは、譲渡権、頒布権または公衆送信権を侵害した者である。

したがって、例えば、X 1 が著作物等を複製し、X 2 がこれを頒布する場合に、権限なく、Y 1 が著作物等を複製し、Y 2 が当該複製物等を第三者に販売した事例を考えてみると、譲渡権ないし頒布権を保有する X 1 または X 2 のいずれかが Y 2 に対して行う損害賠償請求には、本項の適用があることは明らかである。他方、譲渡権ないし頒布権を保有する者（X 1 または X 2 のいずれか）が Y 1 に対して行う損害賠償請求には、本項の適用はない。しかし、Y 1 と Y 2 は共同不法行為者として民法 719 条 1 項の適用（不真正連帯債務）を受けるので、結局、譲渡権ないし頒布権を保有する者（X 1 または X 2 のいずれか）は、Y 1 に対しても本項に基づく逸失利益額の賠償を受けることができよう。

### ③ 販売物の代替関係

逸失利益の賠償を求めることができるのは、「著作権者等がその侵害の行為がなければ販売することができた物」であるので、「譲渡等数量」に当たる侵害物がなければ著作権者等の正規複製物が販売できたという関係（以下「代替関係」という）がなければならない。

したがって、（イ）侵害物が正規複製物と同等である場合、本項の適用のあることは明らかである。

他方、（ロ）そもそも著作権者等が著作物等を複製・販売していないのであれば、侵害品との間に代替関係は存在しないので、本項の適用はないと考えられる（著作権法令研究会編『著作権関係法令実務提要』第 1 巻 2039 頁（第一法規））。また、著作権者等の正規複製物販売における利益額を算定の前提にしていることから、本項は著作権者等が著作物等を複製・販売していない場合を予定していないと考えられるし、またこのような場合における利益額の算定は仮定的な

ものであって信頼性に疑問がある。

問題は、(ハ) 侵害物が正規複製物の一部を複製したものである場合、(ニ) 侵害物が正規複製物をその一部分として利用している場合、及び(ホ) 侵害物が著作物を翻案して利用している場合である。本項に相当する特許法 102 条 1 項においては、侵害物への寄与率として、このような事情を考慮に入れている（例えば、(ニ) の事案について、東京地裁平成 15 年 3 月 26 日判決（判時 1837・101）〔エアーマッサージ事件〕）。本項の解釈においても同様のアプローチを採ることができるであろう。

#### ④ 権利者の能力

本項は、逸失利益算定のための規定であるので、「著作権者等の当該物に係る販売その他の行為を行う能力に応じた額を超えない限度において」のみ適用が認められる。したがって、著作権者の能力を越える部分を、侵害物の譲渡等数量から控除することになる。

これに該当する事由として、権利者における生産能力や販売能力の限界が考えられている（加戸・前掲 675 頁）。しかし、権利者における生産能力といっても、現に保有する生産能力に限られない。例えば、外部に委託生産できる場合には、それによって増量される生産能力が権利者の生産能力と考えられる（実用新案権侵害の事例であるが、東京地裁平成 11 年 7 月 16 日判決（判時 1698・132）〔悪路脱出具事件〕）。また、侵害品によって市場が奪われたために現実には生産設備を増強しなかったが、侵害がなければ融資を受けるなどして市場の大きさに対応して生産設備を増強できた場合には、増強可能であった生産能力が権利者の生産能力と考えられる（特許侵害の事例であるが、アルゼ事件・東京地裁平成 14 年 3 月 19 日判決（判時 1803・78））。

これに該当する事由の立証責任は、権利者側にある。この事由が権利者側の事情であることによるといわれている。

なお、「著作権者等の当該物に係る販売その他の行為を行う能力に応じた額を超え」る侵害者の譲渡等数量については、114 条 3 項に基づく使用料相当額の賠償を求めることができる（前掲『著作権関係法令実務提要』第 1 巻 2039 頁）。

#### ⑤ 権利者が販売できないとする事情

本項の適用においては、「譲渡等数量の全部又は一部に相当する数量を著作権者等が販売することができないとする事情があるときは、当該事情に相当する数量に応じた額を控除する」ことが必要である（①ただし書）。

本項ただし書に該当する事情の立証責任は、侵害者側にある。この事情は侵害者側の事情であることによるといわれている。

本項ただし書に該当する事情として、(イ) 代替品の存在、(ロ) 販売市場の相違、(ハ) 侵害者の営業努力、(ニ) 侵害品固有の顧客吸引力など、が考えられている（加戸・前掲 675 頁）。すなわち、(イ) 代替品（競合商品）が存在する場合、例えば侵害者がすでに競合商品について販売網を確立し一定の市場シェアを持っており、侵害物の販売は競合商品からの代替として行われる場合、(ロ) 販売市場が相違する場合、例えば正規複製物が単行本であるのに対して侵



害物が文庫本である場合、（ハ）明らかに権利者ではなしえないような営業努力を侵害者が行った場合、例えば侵害者が大企業でTV広告などを駆使した営業努力を行った場合、（ニ）侵害品に固有の顧客吸引力がある場合、例えば正規複製物にはない日本語吹き替えを侵害DVDにつけた場合、侵害物の販売には、侵害がなくても権利者にはなしえない販売数量が存在し得る。

なお、侵害者の譲渡等数量のうち、権利者が販売できないとする事情が認められる数量については、114条3項に基づく使用料相当額の賠償を求めることができる（前掲『著作権関係法令実務提要』第1巻2039頁）。

### （3）逸失利益の算定方法

この規定に基づいて、「〔譲渡等数量〕に、著作権者等がその侵害の行為がなければ販売することができた物（受信複製物を含む。）の単位数量当たりの利益の額を乗じて得た額」を、逸失利益として賠償請求することができる。

したがって、本項に基づく逸失利益の算定式は以下のようなになる。

$$\text{逸失利益額} = (\text{譲渡等数量} - \text{控除数量}) \times \text{正規複製物の単位利益} \times \text{寄与率}$$

#### ① 「譲渡等数量」の意義

逸失利益の算定に利用される「譲渡等数量」とは、「その譲渡した物の数量又はその公衆送信が公衆によって受信されることにより作成された著作物若しくは実演等の複製物（以下この項において「受信複製物」という。）の数量」をいう。

#### ② 単位利益

本項にいう「利益」の概念については、限界利益（売上額から変動費を控除した額）と考えられている（「著作権法損害賠償規定改正等の提言について」・コピー1月号（1999年）64頁）。

限界利益は、販売量が1単位増加する場合における利益の増加額を意味する。逸失利益は、侵害行為がなければ権利者が得られたであろう利益額であるから、本項に基づく逸失利益の算定に用いるには限界利益がふさわしい。

限界利益の計算は、売上額から変動費を控除する。変動費には、原材料や販売手数料などが入るが、通常、生産設備の減価償却費や人件費は入らない。ただし、権利者の現有生産能力を超えた潜在的生産能力についても、本項に基づく逸失利益を計算する場合などには、限界利益額の計算において、変動費に、生産設備の減価償却費や人件費を加える必要が生ずる。例えば、侵害者の販売数量が10万個／年であるところ、権利者の現有生産能力は5万個／年であるが、容易に10万個／年への設備増強が可能であった場合、最初の5万個／年については、変動費には生産設備の減価償却費は入らない。しかし、残りの5万個／年については、生産設備の減価償却費は、侵害行為がなければ権利者が支出しなればならなかった費用であるので、変動費に入ると考えられる。

#### ③ 寄与率

例えば、正規複製物が当該著作物の単純な複製ではなく、他の多数の著作物から構成されている場合には、本項に基づく逸失利益の計算において、単純に「譲渡等数量×正規複製物の単位利益」で算定することは適当ではない。正規複製物の単位利益に寄与する当該著作物の割合を「寄与率」として、考慮する必要がある（特許侵害の事案であるが、前掲アルゼ事件・東京地裁平成14年3月19日判決（判時1803・78））。

同様に、前述のとおり、①侵害物が正規複製物の一部を複製したものである場合、②侵害物が正規複製物をその一部分として利用している場合、および③侵害物が著作物を翻案して利用している場合にも、特許法102条1項の解釈（前掲東京地判平15・3・26判時1837・101〔エアーマッサージ事件〕）と同様に、譲渡等数量や単位利益への寄与度を考慮すべきであろう。

#### ④ 逸失利益

本項は、逸失利益（消極的損害）の算定方法を定めるものである。したがって、積極的損害については、本項ではなく、民法709条に基づいて賠償請求することができる。

#### ⑤ 選択的救済手段

本項は、本条2項の侵害者利益の賠償と異なり、推定規定ではない。したがって、著作権者等は、民法709条の原則に従って逸失利益の賠償を求めることも、本項に従って逸失利益の賠償を求めることができる。すなわち、侵害者は、民法709条の原則に従った逸失利益の額を証明することによって、本項に従った逸失利益の額についての賠償責任を免れることはできない。

### 3. 114条2項による逸失利益の算定

#### (1) 立法趣旨

この規定は、現行著作権法の制定当時から規定されていたものである。前述のとおり、逸失利益の算定において、民法の原則によれば、侵害がなければ販売できたであろう権利者の複製物の数量を立証する必要があるところ、その立証がきわめて困難であるので、これに代えて侵害者が実際に得た利益を権利者の逸失利益と推定する規定である（東京地判平7・10・30判時1560・24〔システムサイエンス事件〕）。

本項について、権利者の逸失利益の賠償に止まらず侵害者の得た利益を吐き出させる規定として積極的に理解しようとする学説（利益吐き出し説）がある（作花文雄『詳解著作権法（第3版）』481頁（ぎょうせい・2004年）参照）が、現在の不法行為法制度が権利者の原状回復を目的とすることを前提に本項が制定されていることに鑑みれば、利益吐き出し説は立法論としてはあり得ても解釈論としてはあり得ないであろう（大阪地判平16・12・27（平14（ワ）1919・2526）最高裁HP〔アルゼ事件〕）。

#### (2) 適用要件

## ① 請求権者と賠償義務者

著作権法 114 条 2 項は、「著作権者、出版権者又は著作隣接権者が故意又は過失によりその著作権、出版権又は著作隣接権を侵害した者に対しその侵害により自己が受けた損害の賠償を請求する場合において、その者がその侵害の行為により利益を受けているときは、その利益の額は、当該著作権者、出版権者又は著作隣接権者が受けた損害の額と推定する。」と規定する。

したがって、この規定は、「著作権者、出版権者又は著作隣接権者」が「その著作権、出版権又は著作隣接権を侵害した者」に対して損害賠償請求する場合にのみ適用がある。著作権または著作隣接権の独占的利用許諾を受けた者が損害賠償請求する場合にも、この規定の適用を否定すべき実質的根拠は存在しないから、類推適用が認めることができよう（実用新案権の独占的通常実施権につき同旨、大阪地裁昭和 54 年 2 月 28 日（無体集 11・1・92）〔人工植毛用植毛器事件〕）。

## ② 権利者による利用

本項に相当する特許法 102 条 2 項については、権利者が権利者製品の製造・販売行為を自ら行っていない場合には、自らの製造・販売行為による得べかりし利益喪失という損害の発生があり得ないから、同項の適用がない、と解されている（通説判例：中山信弘『注解 特許法（上）（第 3 版）』1018 頁（青林書院・2000 年））。

同様に、本項の解釈としても、著作権者等が侵害者と同様の利用行為を行っている場合にのみ本項の適用があると解するのが一般的である（例えば、東京地判昭 53・6・21 判タ 366・343〔日照権事件〕）。他方、本項の適用は著作権者等が侵害者と同様の利用行為を行っている場合に限られないとする裁判例もある（東京地判昭 59・8・31 判時 1127・138〔藤田嗣治絵画複製事件〕）。しかし、著作権者等が侵害者と同様の利用行為を行っていない場合には、事実関係において、侵害者の利益を権利者の逸失利益と推定する合理的根拠はないように思われる。

では、著作権者等の利用行為と侵害者の利用行為との間にずれがある場合には、どうか。「右推定規定の前提には、当該著作物を利用して侵害者が現実にある利益を得ている以上、本来の著作権者が、同様の方法で著作物を利用するかぎり同じ利益を得られる蓋然性があるとの推定を裏付ける社会的事実の認識があるものと認められる」（前掲東京地判平 7・10・30 判時 1560・24〔システムサイエンス事件〕）。したがって、事実関係の相違に応じて本項の適用に当たって、事実関係において合理的に推定できる範囲を考慮する必要があるであろう。

ところが、L E C 事件（東京地判平 13・5・16 判時 1749・19）において、X の複製販売するパソコン用プログラムを Y が市場から正規商品を購入して使用許諾条件に違反して多数のパソコンに複製して使用した。この場合、X の利用行為は複製と頒布であるが、Y の利用行為は複製のみである。東京地裁は、本項を適用して、Y の受けた利益である市販価格相当額をそのまま X の逸失利益と推定した。しかし、この事実関係においては、侵害者の利益をそのまま権利者の逸失利益と推定する合理的根拠はないであろう。確かに、侵害者の受けた利益は市販価格相当額である。しかし、X は卸売店・小売店を通じて当該プログラムを消費者

に市販しており、明らかにXの逸失利益は市販価格ではなく、卸売価格である。いわば、市販価格と卸売価格との価格差は、卸売店・小売店の寄与部分であるから、本項に基づくXの逸失利益の推定においては、卸売価格÷市販価格を寄与率として考慮すべきであろう。

また、例えば、X1（複製権者）が著作物等を複製し、X2（頒布権者または譲渡権者）がこれを頒布する場合に、権限なく、Y1が著作物等を複製し、Y2が当該複製物等を第三者に販売した事例を考えると、X1からY1への損害賠償請求およびX2からY2への損害賠償請求には、本項の適用があることは明らかである。他方、X1からY2への損害賠償請求およびX2からY1への損害賠償請求に本項を適用することには問題がある。しかし、Y1とY2は共同不法行為者として民法719条1項の適用（不真正連帯債務）を受けるので、X1からY2に対しても、またX2からY1に対しても、結局、本項に基づく逸失利益額の賠償を受けることができるであろう。

### (3) 侵害者の利益の範囲

この規定に基づいて、侵害者がその侵害の行為により受けた利益の額が、著作権者等の逸失利益と推定される。本項に基づく逸失利益の算定式は、後述のとおり、寄与率が考慮されるので、以下のようになる。

$$\begin{aligned} \text{逸失利益額} &= \text{侵害者の受けた利益} \times \text{寄与率} \\ &= (\text{侵害物の数量} \times \text{侵害物の単位利益}) \times \text{寄与率} \end{aligned}$$

#### ① 侵害者の「利益」の概念

本項における侵害者の「利益」の概念については、判例学説上、(i)純利益（売上高から総費用を控除した額）説、(ii)粗利益（売上高から売上原価を控除した額）説、(iii)限界利益（売上高から変動費を控除した額）説の対立がある。かつては、純利益説（たとえば、東京地判昭57・3・8判時1038・266〔将門記訓読文事件〕）が多数説であったが、前掲システムサイエンス判決（東京地判平7・10・30判時1560・24）以降現在は、限界利益説が有力となっている。

そもそも本項において「侵害の行為により利益を受けているとき」というのは、「侵害の事実がなかったと仮定した場合に予想される侵害者の財産の総額と比べてその事実が発生した後の侵害者の現実の財産の総額が増加している場合」を意味している（加戸守行・前掲676頁）。したがって、販売量が1単位増加する場合における利益の増加額を意味する「限界利益」が、本項の意味する利益にふさわしい。純利益説や粗利益説の利益計算方法では、侵害の事実がなかったと仮定した場合と比べて増加した利益額を把握できない。このことは、具体的事例で考えれば明らかである。

たとえば、DVDの生産設備を有する侵害者Yが適法DVDを年間10万枚製造していたところ、さらに違法DVDを年間5万枚製造することになった場合を考えてみよう。Yにおける生産設備の減価償却費と工場の人件費の合計額が年間2,000万円で、DVD製造量が10万枚でも15万枚でも変わらないとする。原材料費がDVD1枚あたり200円で、製造枚数に比例して増加するとする。販売およ



び一般管理費が 1,000 万円+100 円/DVD1 枚とする。また、DVD1 枚の売値は 1,000 円とする。この場合、Y が適法 DVD を年間 10 万枚だけを製造していれば純利益額は 4,000 万円であるが、さらに違法 DVD を年間 5 万枚製造すれば純利益額は 7,500 万円である。したがって、Y が侵害行為を行ったことによって増加させた利益は 3,500 万円であり、本項によって把握されなければならない侵害者の利益額である。

これを各説によって計算してみると、純利益説によれば、売上高から総費用を控除した額を侵害者の利益額とする。売上額は 5 万枚×1,000 円=5,000 万円、総費用は (2,000 万円+200 円×15 万枚+1,000 万円+100 円×15 万枚) ÷ 15 万枚×5 万枚=2,500 万円となり、侵害者の利益額は 2,500 万円になる。侵害者の利益額 3,500 万円を過小評価する結果を生ずる。これは、総費用の計算において、本来侵害行為による費用のみを計算に入れるべきところ、侵害がなければ適法 DVD が負担すべき固定費を違法 DVD にも分配させてその費用が水増しされる結果を生ずるからである。粗利益説も同じ問題を抱えており、具体的計算をするまでもなく、侵害者の利益額の過小評価を生ずる。

他方、限界利益説によれば、売上高から変動費を控除した額を侵害者の利益額とする。売上額は 5 万枚×1,000 円=5,000 万円、変動費は 200 円×5 万枚+100 円×5 万枚=1,500 万円となり、侵害者の利益額は 3,500 万円になる。侵害者の利益額 3,500 万円を過不足なく評価することができる。

## ② 寄与率の考慮

侵害者または侵害物にあつて権利者にはない特徴が利益創出に寄与した場合、侵害者の受けた利益全部を権利者の逸失利益と推定するのは合理的ではない。そこで、侵害者または侵害物にあつて権利者または著作物等にはない特徴が利益創出に寄与した割合 (r) を逸失利益の推定から控除するために、侵害者の得た利益に著作物の寄与率 (= 1 - r) を乗ずることが行われる。

寄与率を考慮すべき場合には、(i) 侵害物が著作物をその一部分として利用している場合及び (ii) 侵害物が著作物を翻案して利用している場合が考えられる。

侵害物が著作物等の一部複製である場合には、おおむね、その複製割合について寄与率が考えられる。例えば、城事件・東京地裁平成 6 年 4 月 25 日判決 (判時 1509・130) は、侵害出版物 577 頁のうち約 2 頁に違法複製が認められる場合に、2 / 577 の寄与率を認定した。他方、著作物が機械の一部分である ROM に収録されたプログラム著作物のような場合、複製割合を物理的数量で算定することが困難となる。複製割合を原価構成に占める割合で価格的数量化することも、無断複製の場合には原価を掛けていないのであるから、妥当な結果をもたらさない。前掲システムサイエンス事件においては、裁判所は、当該部品の原価構成に占める割合が 26.7% であったが、このような事情を考慮して、寄与率を 35% と認定した。

また、侵害物が著作物を翻案して利用している場合、侵害者が新たな創作行為を加えているので、おおむね、50% の寄与率が考えられる (東京地判平 12・5・25 (平 11 (ワ) 8471) 最高裁 HP [キャンデーキャンデー事件])。

しかし、寄与率を認定する上で、複製部分の客観的数量割合も一応の目安にはなるが、さらにその上で、価値的重要性をも考慮することが必要である。すなわち、たとえ著作物の複製部分が全体の50%でもその部分のみに集客力があるというような事情がある場合には利益創出に対する寄与率は100%ということもありうる。このような場合に、寄与率100%を認めるのが米国のエンタティア・マーケット・バリュー・ルール(entire market value rule)であるが、このようなアプローチは、日本法においても寄与率の解釈として採りえよう。

### ③ 推定効

本項に基づく逸失利益の算定は、法律上の推定である。したがって、侵害者は、推定事実と相容れない反対事実を証明しないかぎり、この推定を覆すことはできない。

## 4. 114条3項による逸失利益の算定

### (1) 立法趣旨

この規定は、現行著作権法の制定当時から規定されていたものである。本項の立法趣旨は、権利者側に立証の手間を省かせ、最低限の損害賠償額を確保させる観点から設けられたものであるといわれている（加戸守行・前掲678頁）。

そもそも、著作権者や隣接権者は、自ら利用することもできるが、常に、自己利用に代えてまたは自己利用とともに、他人に利用を許諾して、使用料を取得する機会を持っている。したがって、著作権者や隣接権者は、本項がなくとも、民法709条に基づいて、侵害者に対して使用料相当額を逸失利益として賠償請求できる。しかし、本項は最低限の損害賠償額を権利者に与えるための民法の特則である（著作権法114条4項前段はこれを確認する趣旨の規定であるといわれている）から、権利者は、損害の発生の要件を証明する必要がない。また、権利者に過失がある場合、民法の原則によれば過失相殺（民722）の適用があるが、本項の適用においては過失相殺による減額を受けなれないといわれている（加戸・前掲679頁）。

### (2) 要件

#### ① 請求権者と賠償義務者

著作権法114条3項は、「著作権者又は著作隣接権者は、故意又は過失によりその著作権又は著作隣接権を侵害した者に対し、その著作権又は著作隣接権の行使につき受けるべき金銭の額に相当する額を自己が受けた損害の額として、その賠償を請求することができる。」と規定する。

したがって、この規定は、「著作権者又は著作隣接権者」が「その著作権又は著作隣接権を侵害した者」に対して損害賠償請求する場合にのみ適用がある。

本項は、114条2項と異なって、請求権者に出版権者が含まれていない。その理由は、出版権者には第三者に出版を許諾する権利がないからである。同様に、著作権または著作隣接権の独占的利用許諾を受けた者にも、当然には第三者に利用を許諾する権利はないので、本項の類推適用は認められないであろう（商標

権の独占的使用許諾について、大阪地裁昭和 57 年 1 月 19 日判決（判例工業所有権法 2855 の 28）〔曾呂利事件〕）。

### ② 権利者による利用及び損害の発生

本項は最低限の損害賠償額を権利者に確保するための規定であるから、本項の適用に当たって、権利者による利用の有無を問わない。

また、前述のとおり、権利者は、損害発生要件を証明する必要がない。しかし、損害発生の可能性がない場合には、侵害者はこれ（抗弁）を証明して損害賠償義務を免れると解されるのであろうか（商標侵害について、最高裁平成 9 年 3 月 11 日（民集 51・3・1055）〔小僧寿し事件〕）。

### (3) 効果

この規定に基づいて、侵害者による利用行為に対する使用料相当額を、著作権者等の逸失利益として、賠償請求できる。本項に基づく逸失利益の算定式は、以下のようになる。

$$\begin{aligned} \text{逸失利益額} &= \text{侵害者による利用行為に対する使用料相当額} \\ &= \text{侵害物の数量} \times \text{使用料率} \end{aligned}$$

### ① 「通常」の使用料相当額との差異

本項は当初「その著作権又は著作隣接権の行使につき通常受けるべき金銭の額に相当する額」と規定されていたが、平成 12 年（2000 年）法律 56 号の法改正によって「通常」の文言が削除された。その理由は、誠実にライセンスを受けた場合と同じ金額を支払えばいいのでは侵害を助長しかねないので、裁判所が訴訟当事者間での具体的事情を考慮した妥当な使用料額を認定し得ることを明確にするためであると説明されている。

では、本項に基づいて認定されるべき使用料額は、当該利用における通常の使用料額、すなわち市場価格と、異なる金額であるのか。たとえば、ヘルプデスク事件・大阪地裁平成 15 年 10 月 23 日判決（判時 1883・104）は、不法行為が原状回復を目的とするから権利者に生じた現実損害の額であるべきと説いて、権利者側の 2 倍請求を否定した。とはいえ、裁判例を概観すると、事前にライセンスを受けた場合の使用料率と同額かまたはこれよりも高い使用料相当額を認定していることが多いようである。

### ② 使用料相当額の裁判例

具体的に裁判例で認定された使用料相当額をみていくと、

- イ 音楽の使用料相当額については、社団法人日本音楽著作権協会（JASRAC）の使用料規程に定める金額が、本項の適用においても一応の目安とされている。
- ロ 書籍の使用料相当額については、業界慣行である定価の 10% の印税額が一応の目安とされている（例えば、前掲東京地判昭 53・6・21 判タ 366・343〔日照権事件〕）。

- ハ キャラクターの商品化利用に対する使用料相当額については、商品小売価格の 3%を採用するものがある（東京地判昭 51・5・26 判時 815・27〔サザエさん事件〕、東京地判平 10・7・16 判タ 985・288〔包装パッケージ事件〕）。また、商品小売価格の 5%を採用するものもある（東京地判昭 52・3・30 最新著作権関係判例集 I・713〔たいやき君事件〕）。
- ニ 市販ソフトウェアの無許諾複製に対する使用料相当額については、小売価格相当額とするものがある（大阪地判平 15・10・23 判時 1883・104〔ヘルプデスク事件〕、前掲東京地判平 13・5・16 判時 1749・19〔L E C 事件〕）。
- ホ そのほか、業界慣行が存在しない利用については、過去の使用料額、同種著作物における使用料額の実績などを参考に、個別に認定されている（例えば、東京地判平 12・9・28 判時 1732・130〔角川ミニ文庫ロゴ事件〕、前掲東京高判昭 60・10・17 判時 1176・33〔藤田嗣治絵画複製事件〕、東京地判昭 52・7・22 判タ 369・268〔舞台装置設計図事件〕、東京地判昭 61・6・20 判タ 637・209〔S M 写真事件〕、東京高判平 7・1・31 判時 1525・150〔会社案内事件〕、東京地判平 7・12・18 判時 1567・126〔ラストメッセージ事件〕）。

なお、たとえば侵害者が著作物を 100 個複製したが 50 個しか販売していない場合、複製権の行使は 100 個について存在するから、販売数量 50 個ではなく、複製数量 100 個について使用料相当額の賠償請求が認められる（例えば、住宅デザイン事件・東京地判昭 49・11・25（最新著作権判例集 I・30））。

#### 5. 114 条 4 項に基づく逸失利益認定における裁判所の裁量権

114 条 4 項は、「前項の規定は、同項に規定する金額を超える損害の賠償の請求を妨げない。この場合において、著作権又は著作隣接権を侵害した者に故意又は重大な過失がなかつたときは、裁判所は、損害の賠償の額を定めるについて、これを参酌することができる。」と規定する。すなわち、この規定の後段によれば、裁判所は、民法 709 条、著作権法 114 条 1 項および同 2 項に基づく逸失利益の認定において（すなわち、著作権法 114 条 3 項に基づく逸失利益の認定の場合を除き）、侵害者が軽過失であれば、これを参酌して、立証された逸失利益額よりも低い金額の損害賠償義務を認定する裁量権を持つ。

この規定の立法趣旨は、必ずしも侵害者が権利侵害を認識することが容易ではないから、権利者の損害と侵害者の負担とのバランスをとることにあるといわれている。例えば、軽過失の侵害者の得た利益が 100 万円であるときに、民法 709 条や著作権法 114 条 1 項に基づいて算定した権利者の逸失利益が 1000 万円と算定される場合には、この規定を適用して損害賠償額を 100 万円から 1000 万円の間で認定することは適当であろう。しかし、この規定を適用して侵害者の得た利益 100 万円よりも低い損害賠償額を認定することには合理性は認められないであろう。したがって、この規定の適用に当たっては、侵害者の得た利益を、損害賠償額を軽減することのできる下限と考えるべきであろう。

#### 6. 114 条の 5 に基づく相当な損害額の認定



### (1) 立法趣旨

民訴法 248 条は「損害が生じたことが認められる場合において、損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるときは、裁判所は、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき、相当な損害額を認定することができる。」と規定する。著作権侵害においては、損害を生じたことが明らかであっても、「損害の性質上」というよりは、損害算定の証拠が不足しているために「その額を立証することが極めて困難であるとき」がある。これに対処するために、平成 12 年（2000 年）法律 56 号の法改正で本条が設けられた。

### (2) 適用範囲

本条は、「著作権、出版権又は著作隣接権の侵害に係る訴訟において、損害が生じたことが認められる場合において、損害額を立証するために必要な事実を立証することが当該事実の性質上極めて困難であるときは、裁判所は、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき、相当な損害額を認定することができる。」と規定する。

したがって、本条適用の要件としては、①損害の発生が認められる場合であること、および②損害額の算定が極めて困難であること、が必要である。②損害額の算定が極めて困難であることとは、著作権法 114 条以下の規定を適用しても、損害額が算定できないという状況であることが必要であろう。

すると、このような要件を満たす事案としては、たとえば、カラオケ演奏等による継続的に演奏権等が侵害されたが、侵害行為発覚後の演奏回数は立証できるものの、過去の演奏回数まで遡って立証することが困難である場合、インターネット上の侵害行為について侵害行為発覚後の一定期間の侵害の規模は立証できるものの、過去の侵害の規模まで遡って立証することが困難である場合、全国規模での海賊版ビデオの販売があったが、東京での販売数量は調査により立証できたものの、全国で販売数量を調査することが費用的・時間的に実施が困難である場合が挙げられる（加戸・前掲 691・692 頁）。そのほか侵害者側が侵害の個数や期間を特定する記録を破棄またはあえて取らなかった場合にも、本条の要件を満たすと考えられる。

裁判例には、①侵害者が証拠保全手続の検証を妨害したためにプログラム著作物の旧バージョンと新バージョンの複製状況を把握できず、違法複製物の標準小売価格の立証が極めて困難である場合に、本条に基づいて、使用料相当額算定に必要な標準小売価格を認定した事例（前掲大阪地判平 15・10・23 判時 1883・104〔ヘルプデスク事件〕）、②侵害者がダウンロードさせた回数を把握していなかったためにその立証が極めて困難である場合に、本条に基づいて使用料相当額を認定した事例（東京地判平 15・12・17 判時 1845・36〔ファイルログ事件〕）、③侵害者による音楽著作物の演奏回数を立証することが極めて困難である場合に、本条に基づいて、使用料相当額算定に必要な演奏回数を認定した事例（東京地判平 15・12・19 判時 1847・71〔記念樹事件〕）、④侵害者が販売するパソコンに客の求めに応じてプログラム著作物を違法インストールしたがその記録を取っていないので、その立証が極めて困難である場合に、本条に基づいて逸失利益算定に必要な複製個数を認定した事例（大阪地判平 16・5・13（平 15（ワ）2552）

最高裁HP〔モリサワ事件〕）、⑤侵害者がCD等の宣伝目的で権利者の映像を無断で放送・上映したが、その放送・上映回数を立証することが極めて困難である場合に、本条に基づいて損害額を認定した事例（東京地判平17・3・15判時1894・110〔グッドバイキャロル事件〕）などがある。

### (3) 相当な損害額

以上のような場合、裁判所は、認定し得る事実関係（口頭弁論の全趣旨および証拠調べの結果）を基に、合理的な推計に従って損害賠償額を認定する裁量権を持つ。

## 7. 不当利得返還請求権

著作権等の侵害に対しては、不法行為（民709）に基づく損害賠償請求権のほか、民法703条に基づく不当利得返還請求権が競合的に認められる。

不当利得返還請求権に基づく返還の範囲は、権利者の損害額を上限として、侵害者の得た利益である。したがって、不法行為に基づく損害賠償請求権の方が、侵害者の得た利益の多寡にかかわらず、権利者の損害額の賠償を求めることができるので権利者にとって有利である。他方、時効に関しては、時効期間が10年である不当利得返還請求権の方が、時効期間が3年である不法行為に基づく損害賠償請求権よりも有利である。したがって、通常、権利者は、不法行為に基づく損害賠償請求権が時効にかかった場合にのみ、不当利得返還請求権を行使する。

不当利得返還請求権の行使においては、権利者は、侵害者の得た利益と権利者の損害額を立証しなければならない。しかし、権利者の損害額の立証には、著作権法114条2項の類推適用はないと考えられている（特許侵害の事案であるが、大阪高裁昭和57年1月28日（無体集14・1・41）〔タイヤ製法事件〕）。したがって、侵害者の受けた利益に基づいて不当利得返還請求権を行使する場合、権利者の損害額を立証することが極めて困難となる。他方、使用料相当額について不当利得返還請求権を行使する場合、権利者の損害額は侵害者の得た利益とが同額であると合理的に考えられる（特許侵害の事案であるが、大阪地裁平成3年10月30日特許管理1992年別冊判例集Ⅲ平成3年・648〔海苔の取出及び供給装置事件〕）ので、権利者は使用料相当額を証明するだけで足りる。