

知的財産権の資産活用及び価値評価の視点から職務発明対価訴訟及び特許権侵害訴訟の判決を読む(1)

—実施料率の加算性, 定性評価と利益寄与率の相関, 売上排他率の相場観及び超過売上高思考の可逆性—

会員 鈴木 健治

要 約

知的財産権を資産として活用することが期待されている。この知的財産権の資産活用としては、知的財産権による事業の保護の他、知的財産権の売買、ライセンス、担保融資、信託、証券化などが想定されている(図1)。これら知的財産権の資産活用の局面では、その知的財産権(群)の値段(価額)を算定する価値評価が必要となる。価値評価の議論では、事業による利益に対して、何割が特許権による利益なのか、という特許権の利益に対する寄与率(利益寄与率、式8)が問題となる。この利益寄与率は、また、職務発明対価訴訟及び特許権侵害訴訟での実質的な論点ともなる。

本稿は、弁理士を含む知財の実務家や法学者が、知財について蓄積した知識経験を用いて、価値評価の議論を行いやすくするための方法論を提案することを、その目的とする。このため、第1に、特許権を財産権とするための諸制度(図2)、特許権が製品市場にて発揮する役割(図3、発明の効果の市場性)、実施料率の性質(図4、実施料率の加算性)を検討した。

第2に(以下次号)、特許権の定性評価(表1、表2)と、特許権の利益寄与率との相関(図5)を検討した。特許権の利益寄与率は、定性評価により事例に応じた定量化(式19、次号)をすることができた。

第3に、特許法の規律、判決及び判例・学説のうち、価値評価の参考となるものを整理した。知的財産権の排他的効力による超過売上高及び利益を認定しようとする点で、知的財産法の判例・学説には学ぶべき点が多数ある。ライセンス収入のある知的財産権については、ライセンス収入を賃料収入と見立てて、不動産と同様な計算によりライセンス収入分についての価値を計算することは容易である。一方、自社実施の際には価値評価が格段と難しくなる。この点、職務発明対価訴訟や特許権侵害訴訟においても同様である。

職務発明対価訴訟にて、自社実施に際して、地裁判決により提案され、知財高裁判決も採用した算式がある(式14)。この算式及びパラメーターを紹介し、パラメーターの一つである売上排他率の相場観を16件の判決から抽出した(表3)。特許権侵害訴訟についても、特許法第102条の代表的な算式を超過売上高アプローチの一種と位置付けて考察する。特許権の価値評価、職務発明対価訴訟及び特許権侵害訴訟で使用されるパラメーターは、個々独立して相場観を有する他、本稿で提案される実施料率の加算性(前掲図4)及び超過売上高思考の可逆性(図6)により、相互検証可能となった。このように、特許法の解釈と整合し得る価値評価の手法が模索された。

本稿は、判例評釈をするものではないが、法学及び裁判実務への提案を含んでいる。また、今後の課題として3つの余談を示した。

目 次

- | | |
|---------------------|------------------------|
| 1. はじめに | 2.2 利益三分法と法学説 |
| 1.1 特許権の資産活用と特許法の趣旨 | 2.3 利益三分法と価値評価 |
| 1.2 本稿の主題 | 2.4 特許権の利益寄与率と実施料率との相関 |
| 2. 利益三分法とその系譜にある思考 | 3. 知的財産権の資産活用と特許法の解釈 |
| 2.1 利益三分法と判決 | 3.1 事業化 |
| | 3.2 ライセンス |

- 3.3 売買
 - 3.4 担保融資
 - 3.5 信託
 - 3.6 証券化
 - 4. 財産権としての特許権に関する特徴的な法制度
 - 4.1 登録制度
 - 4.2 民事執行
 - 4.3 特許権の損害額の算定
 - 4.4 特許法第 102 条 1 項に関する論点
 - 4.5 職務発明対価
 - 5. 発明の効果の市場性
 - 5.1 発明と発明の効果
 - 5.2 発明の効果の市場性
 - 5.3 要因シェア
 - 5.4 明細書における発明の効果の位置付け
 - 6. 特許権の価値評価の基本要素
 - 6.1 信用リスクと事業リスク
 - 6.2 リスクを価額に反映させる手法
 - 6.3 割引と中間利息の控除
 - 6.4 財務分析
 - 7. 実施料率の加算性
 - 7.1 実施料率間の加算性
 - 7.2 営業利益率と実施料率との加算性
- (以上本号)
- (以下次号)
- 8. 利益寄与率と定性評価との相関性
 - 9. 売上の排他と利益の排他
 - 10. 売上排他率の相場観
 - 11. 超過売上高思考の可逆性
 - 12. 知財重視経営と知財内部統制
 - 13. 特許法の解釈論
 - 14. 知財担保融資実務への提言
 - 15. おわりに

1. はじめに

1.1 特許権の資産活用と特許法の趣旨

発明は新規有用な技術情報である。情報は、古来より自由な利用が可能であり、他者による模倣を抑止するには秘密管理するしかなかった。特許法は、他人の模倣を禁止するのみならず、情報について所有権類似の権利を付与する。これは、財産的情報の資産化である^①。中山信弘教授は、「財産的情報に法的保護を与えるだけであるならば、他人の模倣を禁止し、情報の独占的利用による利益を保証することで足りるが、時代の発展とともに、情報を資産化したいという要求が強まってくる。…ある情報を資産化するということは、…経済的利益を与えるということであり、その結果、譲渡・ライセンス・担保権設定等が可能となり、…情

報が経済財として取引の対象となり、技術の移転を促進するという作用も果たすことになる。」と述べる(前掲中山・工業所有権法上(2000)第7項)。

特許法は、不正競争防止法のように行為規整法として模倣を禁止するのみならず、権利付与法として所有権類似の権利を付与し、その取引を規律する。すなわち、特許法は、特許権の譲渡及び通常実施権の効力発生・第三者対抗や、質権や、信託に関する規律を置いている。この権利付与法の構成の採用は、まさに、産業の発達を目的とする特許法自体、特許権の資産活用を想定しているのだと解される。

特許の対象となる技術情報は、特許請求の範囲の文章によって特定される発明である。その他、この発明に係る物の作り方や使い方の情報が発明の詳細な説明として開示される。特許請求の範囲の記載により特定される発明は、技術要素 A, B, C, …の組み合わせとなることが一般的である。技術要素は、現特許法では発明特定事項という。発明特定事項 A, B, C, …の有機的一体性により、所要の作用効果を奏する。ある製品が、発明特定事項をすべて含むとき、その製品は当該特許発明の技術的範囲に属する。当該技術的範囲に属する製品は、所要の作用効果を奏するものと想定される。

1.2 本稿の主題

本稿の主題は、特許権の資産活用の促進であり、特許権の価値評価の精度向上と、特許制度のあるべき姿とを視野に含めつつ、特許法の解釈と価値評価とを整合的に議論する際の地平線を模索することにある。この地平線は、知的財産権の価値評価の議論が法的妥当性に裏付けられ、特許権の侵害訴訟等で使用される数値が当業者の相場観を反映する地平線である。本稿では、様々な分野の思考を紹介する。そして、知的財産権の価値評価と、職務発明対価訴訟の論点と、特許権侵害訴訟の論点を取り上げる。特許権は、その発明の効果の市場性に依りて、当該技術情報を利用した特許製品に、製品市場における優位な地位を排他的に与えることで、超過売上高及び超過利益を特許権者にもたらし、これにより、技術情報の独占による利益を特許権者に保証するものと解される。

2. 利益三分法とその系譜にある思考

特許権者又は侵害者の利益額のうち、特許権による利益額を測定することは難しい。すなわち、事業利益

に対する特許権の寄与の割合を求めることは難しい。知的財産権の価値評価や、職務発明対価訴訟や、特許権侵害訴訟の損害賠償論は、すべて、この「利益に対する特許権の寄与」を測定するための思考であるともいえる。我が国のライセンス実務や、価値評価手法や、法学説や、職務発明対価訴訟や、損害賠償論に影響を与えたことが推認される思考として、利益三分法がある。この利益三分法を採用した昭和37年(1962年)の判決と、この判決を引用する又は同趣旨のいくつかの学説や価値評価手法を紹介する。

2.1 利益三分法と判決

利益三分法は、事業の利益の源泉のうち特許権を要因とする比率を直接的に検討するものである。すなわち、利益の源泉を資本金(資金力)、営業力及び特許権との3つと把握し、利益を投資者、営業実施者及び特許権者に配分することを想定しつつ、その比率を認定する。利益四分法は、資本、組織、企業努力(労働力)、特許(技術)に分解するものであり、25%ルールともいう。

東京地判昭和37・5・7判決(昭和33年(ワ)第6097号)[鉄筋コンクリート構造物の構築法]⁽²⁾は、(黙示の)独占的实施権の実施料の算定に際して、「特許発明を独占的に実施してあげた事実上の年間利益金は資金力(a)、営業力(b)、特許権(c)の三要素の相乗的効果にもとづくものであり、その比重に応じて資本提供者、営業実施者、特許権者に配分されるべきである。独占的实施料をL、年間工事利益金をG、修正係数をHとして、右の関係を算式で表すと、

$$L = G \times \{c \div (a + b + c)\} \times (1 - H) \text{ となる。}$$

[筆者注 式(1)]

本件特許発明は極めて小資本によって簡単に実施することができる発明であるから、 $a : b : c = 2 : 4 : 4$ とするのが妥当である。」と判示した。さらに、権利内容について比較的幅が狭いと認定するとともに、製品市場の動向に関して代替品が発明され競合者の出現が予想されると認定し、式(1)の修正係数Hを0.2として、利益額に特許権の寄与率を掛けた値の80%を実施料額とした。

その後、知的財産権侵害訴訟等では、純利益から出発する額や通常の実施料相当額を賠償額とする算式が主流となり、利益三分法を採用する判決は発見できない。被告が損害額の減少を狙ってか利益三分法を主張することがあるが、採用されていない(実用新案権に

ついて大阪地平成8年7月18日判決平成5年(ワ)第5324号、著作隣接権の事例であるが、東京地裁平成15年12月17日判決平成14年(ワ)第4249号)

2.2 利益三分法と法学説

田村善之教授は、前掲東京地判昭和37・5・7判決を紹介し(田村・損害賠償新版第26頁(2004)⁽³⁾、この三分法または四分法を「特許発明自体の価値」を求める実施料額の算定方式と位置付け(同第225頁から第230頁)、特許発明の実施による利益のうち、どの程度が発明に帰属すべきであると観念されているのかを推測している。すなわち、公判裁判例(特許法102条改正前)で顕出なのが「一般に利益率が10%~20%であって、しかも実施料率が3%~5%であるという事実は、当事者は10%~20%の利益を予測しつつ、実施料を3%~5%に設定していると推測することを許しそうである。…、この割合は大体において資本、労力による分を控除した特許発明自体の価値として業界が想定している率を指し示しているように思われる。この事実からみるかぎり、前記三分説なり、四分説は的確な割合を出しているように見受けられる。」と述べる(同第226頁から第227頁)。なお、この「的確な割合」という評価は、特許権の数字に対するものであって、資本・営業・特許権という配分の的確性に関する説示ではないように思われる。

あとは、特許発明の収益性に応じて発明に帰属すべき割合を上下する修正をなせば良いと示す(同第227頁)。また、利益三分法等の課題として、当事者の交渉過程を睨んだ議論の必要性を指摘し、利益見込みの不確実性に対するビジネス・リスクの負担を金額評価するという課題を提示する(同第227頁)。利益三分法による的確な割合の算出が示唆される一方、現在設定される実施料率が利益と対応している保証はないとも考えられている⁽⁴⁾。また、従前の裁判実務を批判し、特許法第102条第3項(本稿では、平成10年特許法改正後の条文番号を使用する)の賠償額算定に際して、権利者の利益率を参酌し、例えば、利益率30%を三分して10%を相当な実施料率と認定する思考を提案する⁽⁵⁾。

2.3 利益三分法と価値評価

・国有特許権実施契約書

国有特許権実施契約書は、利益金額を基準として実施料を算定する場合、実施価値の上、中、下に応じて利益額の30%、20%、10%を実施料算出の基準とす

る旨が規定されている⁽⁶⁾。

・須田孝一郎モデル

弁理士・税理士須田孝一郎は、国税庁相続税財産評価の営業権に関する価額算定方式を上記利益三分法等により発展させた算式を案出した⁽⁷⁾。算式の概要は次の通りである。

$$\text{特許権の価値} = \text{超過利益} \times \text{現価率} \times \text{特許権の製品寄与率} \times \text{利用率} \quad (2)$$

超過利益は、対象企業の成長率に配慮しつつ予想した利益から、同業同種企業の年平均利益を減算したものである。現価率は経済的持続年数と割引率とにより求める。経済的持続年数は、特許権の存続期間ではなく、利益に寄与する持続年数である。割引率は、超過利益の不確実性等を考慮した値で、5%から20%程度である。特許権の利益寄与率は利益三分法と関連する概念といえる。利用率は、特許権侵害訴訟の損害論でいう寄与率（本稿では「製品寄与率」という）である。

・日本弁理士会委員会等の検討

後述する価値評価の方式Aは、利益三分法を含む算式であり⁽⁸⁾、主に、差し押さえられた特許権の譲渡価格を算出する際に使用されている。

・ライセンス実務

実施契約の実務として、利益三分法や四分法(25%ルール)は有力で、25%ルールは国際的にも通用する一応の基準と紹介されている。そして、利益三分法等の欠点は、ライセンス契約の締結前に将来の実施による利益を正確に予測することが極めて難しい点にあるとの指摘もされている⁽⁹⁾。

・技術評価

技術評価の観点から利益三分法、利益四分法を紹介する書籍⁽¹⁰⁾では、技術が収益に結びつくまでのリスクを考慮しつつ、技術の実現化、製品化、量産化、セールスという4工程を掲げ、この工程毎に収益を分配することで、技術への配分を1/4とするのが25%ルールであると紹介している。

技術を裏付けとする知的財産権の価値評価と値決めに関する別の書籍⁽¹¹⁾でも、25%ルールはライセンス交渉に際して歴史があり国際的に参酌されると紹介している。

・職務発明

平成17年4月に改正された職務発明制度では、相当の対価が労使間の自主的な取決めに委ねられた。そして、使用者等が従業者等に提示する資料の例として、対価を決定するための基準として期待利益を採用する場合、製品の市場規模予測や、利益率予測等と並んで、「利益に対する本件発明に係る特許権の寄与度予測」が挙げられている⁽¹²⁾。

2.4 特許権の利益寄与率と実施料率との相関

利益三分法は、次式(3)の特許権の利益寄与率を33.3%とするものであり、25%ルールはこれを25%とするものである。

$$\text{特許権の価額} = \text{事業利益} \times \text{特許権の利益寄与率} \quad (3)$$

以下、本稿で説明する算式は、直感的理解としては、売上高又は事業利益の事業年度1年分の値である。事業利益は、その事業の売上高から売上原価と一般販管費を控除した利益とする。特許権の価値評価業務に際しては、将来の売上高、事業利益又はキャッシュ・イン・フローについては、割引を行い、その上で、各式を適用する。各事業年度について各式を適用し特許権の価額を求めた後に、評価時点に割り戻しても良い。特許権の価額評価法として、上記式3の他、次式4で表される(免除)ロイヤルティ法がある。

$$\text{特許権の価額} = \text{ライセンス料} = \text{売上高} \times \text{実施料率} \quad (4)$$

この式4の「売上高」は、特許に係る物(特許製品)についての通常実施権者等(ライセンシー)の売上高である。特許権の価額をその損害額と把握する際には、特許法第102条3項の算式となる。

いま、式3と式4を等しい、つまり、独占の利益として、実施料率によるライセンス料と、事業利益の按分による特許権の価額とが等しいと考えると、次式5A、5Bとなり⁽¹³⁾、この式5を整理すると式6及び7となる。

$$\begin{aligned} \text{特許権の価額} &= \text{売上高} \times \text{実施料率} \\ &= \text{事業利益} \times \text{特許権の利益寄与率} \end{aligned} \quad (5A) \text{ [売上アプローチ]}$$

(5B) [利益アプローチ]

$$\text{実施料率} = (\text{事業利益} / \text{売上高}) \times \text{特許権の寄与率}$$

(6)

$$= \text{事業利益率} \times \text{特許権の寄与率}$$

(7)

式6及び式7は、前掲田村・損害賠償(1993)にて、営業利益率30%を三分して実施料を10%とするという思考そのものである。このように、事業利益率を介して、特許権の寄与率と実施料率とが関係付けられる。このため、特許権の利益寄与率と実施料率とを相互検証することができる。また、式7から、特許権利益寄与率は次式8で表される。

$$\text{特許権の利益寄与率} = \text{実施料率} / \text{事業利益率} \quad (8)$$

なお、式5Aの売上アプローチと式5Bの利益アプローチとを等しいとしたが、実際には、ライセンスを行うよりも、自社独占実施の方が、利益率は高くなる。これは、知財実務家にとって経験的に良く知られているところである。ライセンスするよりも自社独占実施した方が増加する利益の比率については、自社独占実施レバレッジとして後述する。

3. 知的財産権の資産活用と特許法の解釈

上記では、利益三分法を採用した判決から出発し、判例、学説、ライセンス実務を含む価値評価実務への影響を眺め、利益寄与率と実施料率との相関性を確認した。25%ルールは利益額から特許権のライセンス料を求めようとする算式であるから、その利益率と実施料率とは相関する。我が国では、特許権侵害訴訟の損害論にて、業種・技術分野ごとの実施料率の一般相場を参酌する事例が増加し、ライセンス実務においてもその影響が認められるため、現在に至っては、利益率と実施料率との相関性は必ずしも明確ではない。しかし、実施料率は、そもそも、利益との相関があるのだ、と確認した。次に、知的財産権の資産活用の態様を説明しつつ、関連する特許法の解釈を確認する。

図1に特許権の資産活用を題材とするユースケース⁽¹⁴⁾を描いた。ユースケース図等の描き方を定義するUMLでは、人型をアクター(役者、プレイヤー)とする。アクターは、分析対象の外側にて、分析対象と関係する存在である。楕円は分析対象に含まれる概念や動作である。ここでは、分析対象は、特許権の資

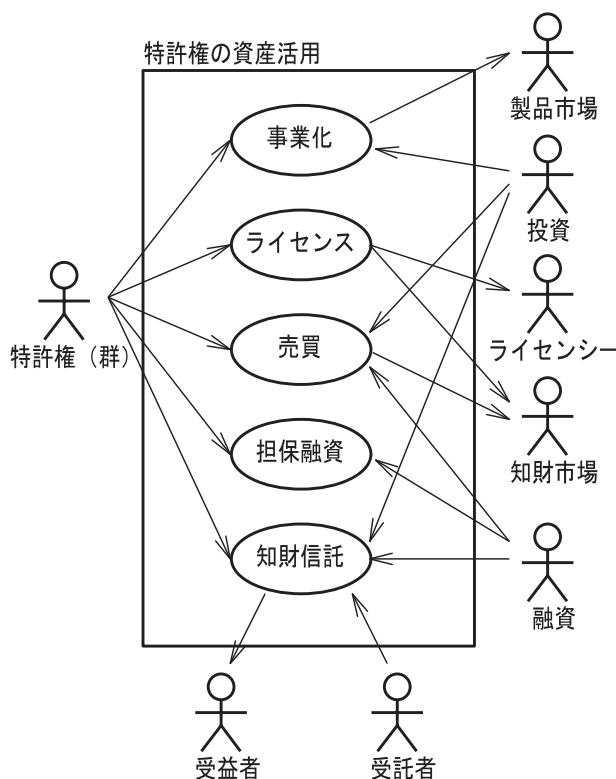


図1 特許権の資産活用のユースケース

産活用であり、下記事項が含まれる。

3.1 事業化

「特許権者は、業として特許発明の実施をする権利を専有する」(特許法第68条)。特許権者である企業は、発明等の技術情報を利用して製品を作り、使い、製品市場にて販売し、対価を得る。自社がその技術を利用し、他者によるその技術の利用を禁止することで、製品市場において、自社製品が競合品よりも優位な地位を確保している際には、特許権による利益を得ている。

事業について入手しやすいパラメーターは売上高である。その事業を含む業種・業界の情報、例えば業界平均の営業利益率等を入手することもできる⁽¹⁵⁾。しかし、著作権と異なり、特許権と事業(製品・サービス)との関係は直ちに確定するものではない。すなわち、製品に利用されている技術の認定や、特許権の技術的範囲の認定や、その対比判断等が必要となる。

他者の製品が特許権の技術的範囲に属する場合には、判決を得ることで、特許権の侵害として将来の模倣を禁止し(特許法第100条等)、過去の損害について賠償を請求することができる(民法第709条、特許法第102条等)。

また、事業化された特許権について、発明者に対する対価の支払いの有無やその額を判断しなければなら

ない(特許法第35条)。

事業化との関係で必要となる価値評価は、直接的には無いが、職務発明の対価を売上高や利益に連動させる際には中間的に特許権の価値を算出することとなる。また、海外子会社が我が国本社の現地特許権等を使用する際には、移転価格税制として、税務上その対価の算出が要請される。

3.2 ライセンス

「特許権者は、その特許権について他人に通常実施権を許諾することができる」(特許法第78条)。「通常実施権は、その登録をしたときは、その特許権…をその後取得した者に対しても、その効力を生ずる」(特許法第99条第1項)。特許権について通常実施権を許諾し、対価を得ることは、特許権の資産活用であり、この対価は、製品市場ではなく、知財の市場を介した対価である。特許権の実施料率については、技術分野ごとの実施料率の実績値についての情報を入手することができる。

通常実施権は登録が第三者対抗要件であるため、登録していないと、第三者対抗を得ることができず、ライセンス(特許権者)の破産時にもライセンス契約が解除され得る(破産法第56条第1項)。ライセンス(特許権者)保護として議論されてきたが、第166回国会に「産業活力再生特別措置法等の一部を改正する法律案」が上程され、可決された。これは、新しい登録制度と、通常実施権の対抗についての特例とを創設するものである⁽¹⁶⁾。また、現行特許法の通常実施権等に関する規律についての見直しも提案されている⁽¹⁷⁾。

通常実施権の設定等に関連する価値評価としては、実施料率を定める作業がある。通常、通常実施権の設定を含むライセンス契約の締結では、特許権についての通常実施権の設定のみならず、ノウハウの提供や、各種付帯条項が付加されるため、特許権についての実施料を定めるのではなく、すべての付帯条項等を含めた対価が定められる。従って、特許権についての価値評価ではないが、当該特許権についての実施料の相場観は、契約交渉の前提とできるであろう。なお、クロスライセンスとその対価の定めについては、当事者の思惑はともかくとして、裁判所により吟味されると、「営利企業の合理的判断」としてなされた筈であるとの認定がなされる⁽¹⁸⁾。

3.3 売買

特許権の移転(相続その他の一般承継によるものを

除く。)は、登録をしなければ、その効力を生じない(特許法第98条第1項第1号)。この規律は、特許法による技術情報の資産化を根拠付けるものである。この登録の効力は対世的であり、登録しなければ、第三者対抗も得ることができないと解される。これにより、特許法は、特許権の二重譲渡について制度上の手当をしており、特許権という財産権の取引の安全を図っている。この特許権の売買は、特許権(群)単体での売買と、事業や企業の売買に伴って一体的になされることの双方を含む。特許法98条等の規定により、特許権は事業と分離した移転も可能となっている⁽¹⁹⁾。

特許権の売買については、売り手側の責任として、瑕疵担保責任がある。例えば、特許権者が、その特許権について先使用権が存在していることを知りつつ、それを買い手に知らせずに先使用権がないとした金額で売却すると、買い手から瑕疵担保責任を追及されるであろう⁽²⁰⁾。

売買としては、質権が実行される際や、特許権が差し押さえられて民事執行法により換価する際にも、事業と分離した譲渡が必要となる。特許権を事業と分離して譲渡するには、特許権(群)単体での価値評価が必要となる。ヒストリカルコスト、再調達原価、インカム、マーケット等の手法が想定される。

3.4 担保融資

「特許権…を目的として質権を設定したときは、質権者は、契約で別段の定めをした場合を除き、当該特許発明の実施をすることができない」(特許法第95条)。「特許権…を目的とする質権は、特許権…の対価又は特許発明の実施に対しその特許権者…が受けるべき金銭その他の物に対しても、行うことができる。ただし、その払渡又は引渡前に差押をしなければならない」(特許法第96条)。特許権単体や、特許権と著作権(著作物はコンピュータ・プログラム)との組み合わせにて、融資の担保とされる事例が散見される。金額的・件数としては決して多くはないものの、その金融市場は着実に成長している⁽²¹⁾。担保融資では、担保の目的物である特許権の処分にして、譲渡価格を価値評価する必要がある⁽²²⁾。処分に至らないまでも、質権設定者(特許権者、債務者)の信用リスクが増加した際には、質権者のリスク管理の観点から、処分可能見込額の算出がなされる⁽²³⁾。

なお、質権と通常実施権の競合については、議論がある⁽²⁴⁾。

3.5 信託

特許権は事業と分離した移転をすることができるため、信託の対象となる。業としての知的財産権の受託は信託業法により規制されていたが、2002年資産流動化法改正、2004年信託業法改正により、知的財産権を業として受託することが可能となった。特許権が信託財産である際には、受託者は、信託財産状況報告書を作成しなければならず(信託業法第27条第1項)、知的財産権の報告事項については、信託業法施行規則第37条第1項第7号に列挙されている。知的財産権の売却を予定する信託の場合につき、知的財産権ごとに、当期末現在における評価額を報告しなければならない(同号ハ)。ただし、予め受益者から当該評価額について記載を要しないとの承諾を得ている際には、その記載を要さない(同号)。

特許権が信託された際、「手続をする者の委任による代理人の代理権は、…本人である受託者の信託の任務終了…によっては、消滅しない(特許法第11条)」。また、信託に関する登録についての特例は特許登録令第56条以下に規定されている。

3.6 証券化

証券化については、様々なスキーム(仕組み)が想定されるが、事例としては、知財担保融資や不動産や債権の証券化のように多くはない。特許権では、モデル的な事例が知られている⁽²⁵⁾。今後、プロジェクト単体の証券化ではなく、知財担保融資を取り纏めて分散効果を発揮させ得るような証券化を期待したい。特に、地域金融機関の知財担保融資を集合させた証券等は投資商品として魅力的なものとなり得る。

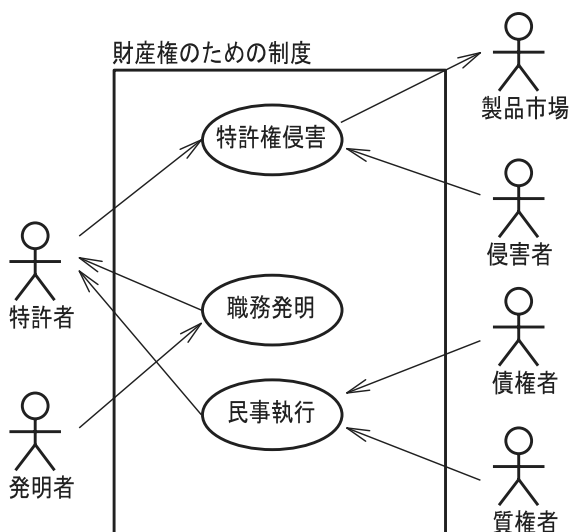


図2 特許権=財産権をめぐるユースケース

4. 財産権としての特許権に関する特徴的な法制度

技術情報の資産化により、資産活用が可能となることを確認した。また、特許権を事業と分離して又は一体に取引することができるのは、特許権が財産権であることによる。財産権としての特許権に関する特徴的な法制度は、まず、登録制度である。次に、図2に示すように、特許権侵害に関する特例、特に損害額の算定に関する規律や、職務発明制度、民事執行制度がある。

4.1 登録制度

特許権等の産業財産権は登録制度なくして成り立たない制度である。特許原簿は特許庁に備えられ(特許法第27条)、特許権は設定登録により発生し、権利内容は特許公報に掲載される(特許法第66条)。そして、特許権の移転や質権設定は登録が効力発生要件である(特許法第98条)。特許権は財産権であるから差押えの対象となり、差し押さえられた特許権等については移転その他の一切の処分が禁止される。裁判官より差押命令が発令されると、裁判所書記官は特許庁長官に権利の差押えの登録を囑託しなければならない(民事執行法第167条第5項、同法48条、特許登録令第24条)。また、登録されていない通常実施権について処分の制限を登録する際には、通常実施権者の氏名等を登録する(特許登録令施行規則第43条)。

差止請求権(特許法第100条)や、過失の推定(特許法第103条)は、この登録制度と登録を補完する特許公報への掲載とによる公示の裏付けがあって初めて導入可能な制度ではなかろうか。また、移転や処分の制限を登録公示することで、事業の専門家間の取引の安全を図っている。知的財産権の取引に際しては登録制度の活用が必須である。登記制度・登録制度の意義については、例えば(背信的)悪意者の論点など学説と判例とで不一致となりがちであるが、裁判実務では、登録制度の利用を促す方向で心証形成されることが多い点に留意すべきである⁽²⁶⁾。

4.2 民事執行

民事執行には、強制執行(民事執行法第167条)、担保権の実行(同法181条以下)、形式的競売(同法195条)とがある。強制執行は、金銭執行と、非金銭執行とがあり、金銭執行は、不動産執行(同法45条以下)、準不動産執行(同法114条以下)、動産執行(同法122条以下)及び債権その他の財産権に対する

執行（同法 145 条以下）とがある。

知的財産権は、債権その他の財産権に対する執行（同法 167 条）となるから、まず、判決や公正証書等を債務名義として差押えがなされる（同法 143 条）。知的財産権を目的とする質権の実行としての競売では、債務名義なしに担保権の存在を証明する法定文書を執行裁判所に提出することで、差押えをすることができる（同法 193 条第 1 項）。知的財産権を目的とする質権の実行としての競売（同法 193 条第 1 項）では、債権その他の財産権に対する執行（同法 167 条等）の規定が準用される（法 193 条第 2 項）。

民事執行法上のその他財産権としては、知的財産権の他に、電話加入権、ゴルフ会員権、株式・株券、投資信託受益権などがある。民事執行法の注釈書⁽²⁷⁾では、知的財産権の執行については三村量一判事が執筆しておられる。知的財産法特有な点との関係では、例えば、産業財産権が共有の際には、共有者の同意なしに持分の譲渡をすることができない（特許法第 73 条第 1 項）が、他の共有者の同意なくして差押えまでは可能と解されている。執行実務では、債権者による差押命令の申立てに際し、他の共有者の承諾書の添付を求めている⁽²⁸⁾。

前掲森鍵一（2003）第 150 頁は、「差押え後、日本弁理士会に評価人の推薦を依頼した上で評価人を選任している」とする⁽²⁹⁾。評価人が当該知的財産権の価額を鑑定し、評価書を執行裁判所に提出する。執行裁判所は、この弁理士による評価額を参考として、債権者の選択に応じて譲渡命令又は売却命令をする。譲渡命令は、差し押さえた知的財産権を債権者に移転するものである。売却命令は、競売と同様に、第三者に譲渡するものである。評価人弁理士の実務については、弁理士による論考⁽³⁰⁾を参照されたい。

4.3 特許権の損害額の算定

特許権は財産権であり資産であるから、資産の運用による利益を期待できる。特許権の資産活用では、まず、特許権で保護された製品を製品市場にて販売することで、製造原価等の他のコストの回収を含め、特許権の資産活用による利益を得る。この際、特許権の技術的範囲に属する侵害品が製品市場に出現すると、特許権者の製品の売上高が減少し、利益が減少することが想定される。特許権侵害訴訟の判決は、侵害者が占有する侵害品の破棄を命ずるとともに将来の製造を禁止することができる。過去の販売については、侵害品

の回収を命ずることはなく、不法行為による逸失利益を損害額として特許権者に帰属させることで、損失の填補をさせ、特許権者の本来の財務会計上の利益を回復させる。

現特許法第 102 条 2 項の「利益」の解釈として、純利益ではなく限界利益とする可能性が示唆され⁽³¹⁾、損害額算定での二重の控除をやめよという強力な学説が提唱されてから⁽³²⁾、裁判所は、勘定科目毎に固定費であるか変動費であるかの吟味に丁寧な努力をした⁽³³⁾。平成 10 年特許法改正により、特許法第 102 条 1 項が創設され、裁判実務上不法行為法として認容し得る極限に近い損害額の算定がなされ得ることとなり、判例・学説も積み重なっている。

しかし、1 項と 2 項と 3 項との関係、1 項の実施能力の解釈、1 項但書きの控除の解釈、控除された額と実施料との関係、製品の一部にのみ特許発明が使用されている際の寄与率（本稿では、「製品寄与率」という）の適用可能性及び解釈など、種々の議論が展開されている。帰一しないが、あえて算式とすると次のようになる。

・特 102 条 1 項

$$\text{特許権損害額} = \text{非侵害想定時の権利者単位利益額} \times \text{侵害品譲渡数量} \times \text{権利者販売不能控除率} - \text{実施能力} \\ \text{売上高} \quad (9)$$

・特 102 条 2 項

$$\text{特許権損害額} = \text{侵害者単位利益額} \times \text{侵害品譲渡数量} \times \text{製品寄与率} \quad (10)$$

・特 102 条 3 項

$$\text{特許権損害額} = \text{侵害品売上高} \times \text{想定実施料率} \times \text{製品寄与率} \quad (11)$$

直感的に理解しにくい日本語を羅列するのは恐縮であるが、算式として表すための表記としてお許し頂きたい。式 9 では製品寄与率を含めていない。法解釈論としては、実施の能力や販売することのできない事情の徹底した解釈により妥当な損害額の水準を導くべきであり、製品寄与率をもちだすべきではないと考える⁽³⁴⁾。式 10 及び式 11 には、製品寄与率が含まれる。製品寄与率を考慮しない際には、算式上、製品寄与率が 1.0 となる。その他の論点については後述する。

1 項についてのみ条文と対比する。下記「特許権者」

は専用実施権者を含む。

非侵害想定時の権利者単位利益額：「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単位数量当たりの利益の額（102条1項本文）」

侵害品譲渡数量〔数〕：「侵害の行為を組成した物を譲渡したときは、その譲渡した物の数量（102条1項本文）」

実施能力外売上高〔金額〕：「特許権者の実施の能力に応じた額を超えない限度において（102条1項本文）」

権利者販売不能控除率〔比率〕：「譲渡数量の全部又は一部に相当する数量を特許権者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ものとする（102条1項但書き）」

権利者販売不能控除率を条文文言と異なり率とするのは、比率で思考する学説・判例が主流であることによる。実施能力外売上高を、実施能力額としないのは、計算の順序としては減算となることによる。実施能力額とする際には、次式となる。

$$\text{特許権損害額} \leq \text{実施能力額} \quad (12)$$

$$\text{実施能力額} \leq \text{非侵害想定時の権利者単位利益額} \times \text{侵害品譲渡数量} \times \text{権利者販売不能控除率} \quad (13)$$

4.4 特許法第102条1項に関する論点

平成10年特許法102条改正の趣旨は、従前の判決では、「市場構造が極めて単純で「侵害製品の販売数量のすべてを権利者が販売し得た」ことの立証ができた場合にしか逸失利益の賠償が認められておらず、それ以外の場合には、妥当な損害の填補がなされているとはいえない状況であった。」との認識から、損害額の算定方式を定め、これにより、「侵害者の営業努力や代替品の存在等の事情が存在し、侵害品の譲渡数量のすべてを権利者が販売し得たとはいえない場合でも、それらの事情を考慮した妥当な逸失利益の賠償を可能とするものである」とされている⁽³⁵⁾。

三村判事は、「実施の能力」は、侵害期間中に限らず、特許権の存続期間中に実施ができたかどうかを見れば足りるとし、「侵害品の販売は、当該販売時における権利者の市場機会を直接奪うだけでなく、購入者の下において侵害品の使用等が継続されることによ

り、権利者のそれ以降の市場機会をも喪失させる」と理解した上で、但書きの「販売することができない事情（覆滅事由）」として侵害者の特別な販売努力とか、競合他社の存在等は含まれないと解すべきである旨を説示した⁽³⁶⁾。

田村教授は、このような但書きによる覆滅事由を限定的に解し、販売努力や代替品の存在を考慮しないとした判決を批判し、減額に結びつく事情と結びつかない事情との質的な相違を見いだせず採用が困難な解釈論であるとした⁽³⁷⁾。従って、「販売することができない事情」として、侵害者の製品の別の特徴に起因する売上高、侵害者の広告等の販売努力の寄与、競合製品があるか否かとの事情を考慮して、損害額の一部を覆滅する通説的理解を採用する。例えば、「侵害者が侵害製品に施したキャラクターが他人の著作物に該当し、著作権法の保護を受ける場合、…、本来、キャラクターに起因する売上増加分は著作権者に帰属すべき⁽³⁸⁾」と示す。

この解釈論の展開は、特許制度、特許権の本質、特許権と特許製品との関係、特許製品の製品市場における優位性、複数の知的財産権が単一の製品に重畳している際の解釈、市場機会の理解など、特許権の価値評価の議論にとっても有用な思考を提供している。すなわち、特許権侵害訴訟は、利益に対する特許権の利益寄与率をめぐっているのである。

利益の額は、権利者の販売価格（売上高）から権利者の変動費を控除した限界利益と解される。また、この利益の額は、「侵害の行為がなければ」販売できた物についての利益であるから、特許権の侵害によって権利者が販売価格を低下させなければならなかった際には、「侵害の行為がなければ」維持されたであろう販売価格を使用し得ると解される。

沖野眞己教授は、特許法102条1項の創設は、不法行為法の差額説（不法行為の有無の差に応じた利益の差額で、損害額の算定までが因果関係の証明の対象）から、有力説（立証は法益に被った不利益を構成する事実であり、損害額は裁判所による当該不利益の金銭的評価の対象）へのシフトが認められる、と位置付けた⁽³⁹⁾。特に、特許法第102条1項が「推定」の語を外しているから、損害額という金銭的評価は裁判官の裁量的・創造的評価との解釈を示す。そして、特許権侵害と人身事故における逸失利益の算定とを比較し、交通事故等の人身事故では「被害者のその後の人生の

予測とでもいえるもので、そこには相当の不確実さが存在する。」ものの、裁判例では、「個別の収入額を基礎としながらも統計資料を活用し典型的に就労可能年齢を算出」する等、統計資料を活用した逸失利益の算定がなされていることを紹介する（前掲沖野（1998））。

もちろん、特許権の侵害は、将来については差止請求となるから、人身事故のように将来の収入から出発する算定は行わず、過去の行為についての算定となるが、不確実性が存在する際に統計資料を活用して逸失利益を算出しているという裁判実務は、知的財産法学や特許権価値評価の参考となる。なお、職務発明対価訴訟では、将来の収入（売上高）から出発する算定もなされる。

また、不法行為法の一般法理によると、我が国では懲罰的損害賠償は認められない⁽⁴⁰⁾。このため、特許権の侵害と因果関係にある利益の議論の他、その利益額を特許権者に帰属させることが妥当か否かという議論が必要となる。この点、特許法第102条1項では、「実施の能力」を要件としているため、懲罰的であるか否かに応じた帰属の正当性に関する吟味は不要と考える。特許法第102条2項については議論がある。

別の論点としては、実施の能力外とされ、販売することができないとされた侵害者の売上高に対して、実施料を請求し得るか否かが議論されている。

4.5 職務発明対価

企業は、通常、投資をした成果物については、投資以外の対価を支払わずに使用することができる。しかし、特許を受ける権利については、投資とは別に、発明者に対価を支払わなければならない。職務発明対価訴訟にて、ライセンスをしていない自社実施の特許権の発明者から使用者への譲渡対価について、製品の売上高に連動する対価を求める算式は、次式14である。

$$\text{職務発明対価} = \text{自社売上高} \times \text{売上排他率} \times \text{想定実施料率} \times \text{発明者貢献度} \quad (14)$$

発明者貢献度を掛ける前の値は、特許権による独占の利益とされている。すなわち、次式15のように、自社売上高と売上排他率とを掛けることで、特許権の排他的効力により得た超過売上高を求め、この超過売上高に想定実施料率を掛けることで、特許権による独占の利益を求める。超過売上高を求めることで、使用

者の通常実施権の行使による売上高及び利益を控除している。

$$\begin{aligned} \text{独占の利益} &= \text{超過売上高} \times \text{想定実施料率} \\ &= \text{売上高} \times \text{売上排他率} \times \text{想定実施料率} \end{aligned} \quad (15)$$

職務発明において、使用者は元々、無償の通常実施権を有するから、「使用者の受けるべき利益」は、特許発明の実施により得られる使用者の利益ではなく、特許権取得によって特許発明を実施する権利を独占（専有）することによる独占の利益であり、この独占の利益は、特許発明の実施を他社に禁止したことによる自社の利益である。この売上高から超過分を取り出すための比率を、ここでは、売上排他率⁽⁴¹⁾とよぶ。売上排他率が0.5であれば、ライセンスしたと仮定した場合、自社が得た売上高は、自社と、競合他社（群）とで半分ずつになると想定したことを意味する。「超過売上高」は、ライセンスを仮定した際に、「ライセンシーが得るだろうシェアに応じたライセンシーの売上高」である。

この算式については、超過売上高に想定実施料率を掛けるのではなく、超過売上高から超過利益を求めべきである、との学説の批判がある⁽⁴²⁾。同趣旨と思われる論説や⁽⁴³⁾、一方、算式14による計算を、「当該発明に対する技術市場の客観的な評価、すなわち発明の客観的な利用価値を表す」⁽⁴⁴⁾との見解もある。

上記のように、職務発明対価訴訟も、発明者貢献度の議論とは別に、利益に対する特許権の利益寄与率をめぐっているのである。また、自社独占実施に関しては、超過売上高を導く思考が用いられている。

5. 発明の効果の市場性

上述のように、特許法は技術情報を資産として活用する道を開いており、財産権として取引でき、強制執行手続が整備され債権の満足のためにも用いられることを確認した。また、知的財産権の資産活用では、価値評価が重要であり、利益に対する特許権の寄与率の測定が課題であると述べた。そして、この利益寄与率の交渉に際しての出発点は25%とすることが国際的にも一応の基準と評価され、また、利益寄与率と実施料率との相関を確認した。特許権侵害訴訟の損害賠償論や、職務発明対価訴訟も、利益に対する特許権の寄

与をめぐると論点が多数あることをみた。

続いて、私見の立場を明らかにする。すなわち、発明の効果の市場性という着眼点を紹介する。

5.1 発明と発明の効果

特許発明の多くは、その有利な効果の存在によって進歩性の存在が推認され、特許査定されたものである。特許出願の必須書類である明細書等には、発明の効果の記載は義務づけられていないが、進歩性判断において発明の効果の記載が参酌される。特許権の技術的範囲の解釈に際しても、例えば、均等論が検討される際には、発明の効果が考慮の要素となる。

発明は技術情報である。発明の効果を、「発明という技術情報を利用した製品の優位性」と定義する。従って、発明の効果は、製品の購入を動機づけるもので、市場占有率（シェア）を説明する要素である。特許法は、技術情報の使用について独占権を付与するが、発明の効果そのものについての独占権を付与しない。同様の効果を奏することのできる他の技術を、ここでは代替技術といい、その製品を代替品という。

製品市場において取引されるのは知的財産権そのものではなくて、その情報を使用した製品である。特許権は製品市場や発明の効果の独占をさせるものではないため、特許製品は、製品市場において、競合品との競争にさらされる。競合品は、代替品である場合と、代替品ではない場合とがある。製品市場において、技術情報の独占により、事実上その発明の効果を発揮し得る製品の提供を独占している際には、その特許製品の製品市場における優位性は極めて高い。技術情報の独占があっても、競合品に代替品が存在する際には、その発明の技術的価値が高くとも、その特許製品の製品市場における優位性は低くなる。この場合、発明の効果の価値が高くとも、発明の効果の市場性は低下するのである。

5.2 発明の効果の市場性

発明の効果の市場性を、ここでは、「製品市場における競合品との比較において当該発明品の競争上の優位性をもたらし得る事情のうち、当該発明の効果による事情の程度」と定義する。発明品の競争上の優位性は、営業力（営業権、のれん）、資本力、流通支配力、知的財産権等様々な要素の多様な事情により得られるものである。また、製品市場の特性とも密接に関係する。一般的には、発明の効果の市場性が高い際には、その発明の特許権の価値が高く推認されるべきもので

ある。

「発明の効果の市場性」という着眼点は、様々な思考に対して次の役割を果たす。

第1 [独占の対象] 特許が独占をするのは技術情報であり、製品市場ではないことを前提とする。

第2 [技術と権利] 発明（技術情報）と特許（人工的な独占排他権）とを明確に切り分ける。技術情報である発明を評価する際の最大の事情は発明の効果であるが、特許を評価する際の最大の事情は発明の効果の市場性である。技術情報の独占による発明の効果の確保は特許権の存続期間まで有効であるが、発明の効果の市場性の賞味期限は製品市場の動向によって定まる。

第3 [段階的思考] 技術情報の独占の製品市場での役割を直接に検討するという困難さや思考不経済を回避する。技術情報と効果との関係の認定と、発明の効果による製品の有用性の認定とを切り分けることで、技術情報の独占による製品の優位性という関連性の認定の困難な思考を迂回する。

第4 [製品優位性] 製品市場の動向を決定付ける様々な要因のなかで、特許権を明確に位置付ける。すなわち、発明の効果の市場性を検討することは、製品自体の競争力があるか否か、それに占める特許権の役割がどの程度であるかを検討することとなる。製品市場の動向は、販売額のシェアの推移とその要因（製品の優位性の項目）や、各種利益率の推移（販売価格の維持等）や、新規参入者の有無の状況などがあたる。製品市場の動向を決定付ける要因としては、利益三分法や、特許法第102条や、職務発明対価や、特許権価値評価での定性評価項目にて取り上げられる要因があたる。例えば、販売力、企業規模、資金力、流通支配力、財務分析による超過収益力などである。これらの要因に対して、発明の効果の要因がどれほどであるかの按分を検討することが、発明の効果の市場性の認定となり、それは、まさに、特許権の価値評価となり、権利侵害に対しては、損害額を導く要因となる。発明の効果の市場性を検討要素とすると、需要者をして製品購入の動機づけとなる要因を吟味できる。

第5 [法的概念] 発明の効果の市場性は法的概念であり、この検討を経由した思考は、法的妥当性・正義感の裏付けを得やすくなる。発明の効果の市場性の検討は、特許権の排他独占の性質と結びつくと、超過売

上高に対して適用できるのみならず、超過利益に対しても適用できる。

発明の効果の市場性を検討している判決は多数ある。理論的に整理された判決は後掲判決 A（次号掲載）であり、「被告会社は、高輝度青色 LED 及び LD の市場、とりわけ収益性の高い高輝度青色 LED の分野において、競業他社に対する優位を保っている」と市場の動向を認定し、さらに、「高輝度 LED 及び LD に関しては、本件特許発明の方法によってもたらされる結晶膜の質の差が、製品となった半導体発光素子の品質（輝度）に決定的な役割を果たしている」と技術情報と発明の効果との関係を認定した上で、代替技術があるものの「被告会社が常に何割か輝度の高い LED 及び LD を製造し続け、市場における優位性を保っているのは、被告会社が本件特許発明を実施して半導体結晶膜を製造し、他方、本件特許権の存在により競業会社…が本件特許発明を用いて…結晶膜を製造することができないことに起因するものといわざるを得ない。」と、発明の効果と市場における製品の優位性との関係を特許権の独占排他的という性質から導いている。すなわち、特許請求の範囲に記載された技術情報から高輝度という発明の効果を認定し、その発明の効果の市場性を検討した上で、市場性が高いと認定したものと解される。

5.3 要因シェア

この発明の効果の市場性の検討に関連して、特に段階的思考を図 3 を参照して再度説明する。通常、製品市場のシェアは、売上高を単位として製造者（出荷シェア）又は販売者（販売シェア）で表される。段階的思考は、この出荷・販売シェアを「需要者の購入の動機づけ」から分解し再構成を試みるものであり、例えば、要因シェア 1 はどのような機能を有する製品が実際に売上を得たのか、との観点から把握しようとするものである。要因シェア 2 は、細かな分類をせずに、需要者が性能に着目しているのか、それとも、使い易さに着目しているのかをみるものである。このような要因シェアとの関係から、出荷・販売シェアを評価すべきである。製品の機能、性能又は使い易さとして現れる発明の効果について、その市場性を検討するのである。

例えば、要因シェア 1 で、A 社が有する特許権により b 機能という発明の効果を実事実上独占できている

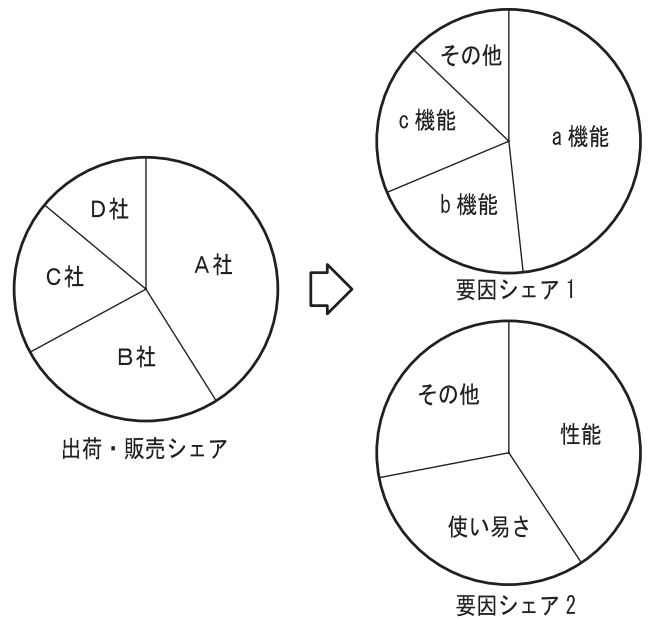


図 3 販売シェアと要因シェア

場合、そして、b 機能を有する製品の利益率が高ければ、これは、当該発明の効果の市場性が高い比較的分かり易い事例となる。

a 機能については、要因シェアで 50% 近く、1 社の販売シェアを超えている。従って、ライセンスをしているか、または、代替技術が存在するのであろう。とはいえ、当該要因シェアによると最大の売れ筋であり、発明の効果の市場性は失われていない。しかし、A 社単独の特許で a 機能を独占し続けることはできない点を考慮した評価が必要となる。要因シェア 2 では、性能と使い易さで製品市場の要因を 2 分している。このため、性能を向上させるという発明の効果を奏する特許については、当該製品市場では使い易さも重視されるため、性能を向上させるという発明の効果の市場性は若干控えめに検討すべきと考えられる。

また、ある機能が実現している製品群を母集団として、その中から購入する製品を選ぶ、という購買活動がある。この母集団に入るための技術は、最終的な製品購入の動機づけとしては高くないものの、製品の売上高を得るために必要な技術である。このような技術についても、代替技術が存在するであろうが、陳腐化等と評価すべきではなく、製品に必要な最低限の優位性と評価すべきである。ただし、このような最低限の機能に関する技術は、込み合うため、標準化や、(クロス) ライセンス等がなされることが多い。この場合には、製品市場のみをみるのではなく、知財取引市場についても検討すべきこととなる。

特許権侵害訴訟や職務発明対価訴訟の判決・学説で、製品市場のシェアを重視しその数値や比率を直接用いる例やそれを推奨する説があるが、可能な範囲で、そのシェアとなった経緯及び理由等を検討した上で、製品市場のシェアの数値を用いるべきと考える。

5.4 明細書における発明の効果の位置付け

余談その1となるが、権利化業務に言及する。発明を分析し、捉え、明細書を書く権利化業務の実務として、発明の多数の効果のうち、発明の効果の市場性の高い効果を選定し、明細書中に位置付けることで、その特許権の価値を高めるというプロセスを構築することに、配慮すべき時代が到来しつつあるように感じている。特許審査実務としては、発明の進歩性の存在を推認する事情として商業的成功があるところ、出願人及び実施者による商業的成功の主張は、より傾聴すべきである。特許審判は審査基準に拘束されないが、商業的成功を参酌すべき重要性は審査以上と考えられる。商業的成功の主張に際しては、その成功が販売技術等技術以外の要因によるものではないことの説明も必要となるが、これはまさに発明の効果の市場性が問題となるのである。

発明の効果が技術的である必要があるか否かについては、我が国においても、技術的效果を介さない社会的な効果によって進歩性の存在を推認することは困難と考える。とはいえ、技術水準の地平線に発明を位置付け、技術的課題を明確にし、発明を輝かせると、ソフトウェア関連発明を含め、ほとんどの発明は技術的效果を奏することが明白となろう。強く主張される効果が社会的であるとしても、その社会的効果を得るための技術的作用や技術的效果を見いだすことができる事例が多いであろう。

発明の効果の市場性が考慮された特許発明が増大すると、その特許権の価値評価の精度は向上するであろうし、知財担保融資等の資産活用にも質すると思われる。

6. 特許権の価値評価の基本要素

特許権の資産活用の対象、財産権との関係での諸制度、特許法の解釈や特許権価値評価での発明の効果の市場性の検討の重要性とを述べた。次に、不確実性(リスク)の取扱いを検討する。すなわち、経済学、経営学、会計学、金融工学等で使用される価値評価の基本要素のうち本稿の議論の参考となるものを説明

し、法学での中間利息の控除と対比する。

6.1 信用リスクと事業リスク

リスクの負担と利益の高さとが相関することが知られている。例えば、ハイ・リスクを負担するか否かは、ハイ・リターンを期待できるか否かの観点から決定されるべきものである。このような「リスク」を、将来の不確実性と定義する。リスクは、単純な意味での危険とは異なる。マイナスだけでなくプラスもあり、確率でいう分散や偏差により表現され得るものである。すなわち、将来の不確実性は確率的に捉えることができる。1から6までの面を持つサイコロを転がしたときに何がでるか是不確実であるから、何がでるかに依存する取引にはリスクがある。精巧なサイコロであれば1がでる確率は1/6(16.66%)であるから、次のサイコロの目を当てるとというサイコロの賭をするとき、10回のうち1.66回の勝利を期待できる。賭の参加料や当たった際の配当はこの確率に応じて定められるであろう。

科学技術の分野でも、例えば熱力学や量子力学は確率的・統計的な計算を行う。太陽などの天体や、大砲の弾丸や、ロケットの軌跡をニュートン力学により一定の精度で唯一に予測することができるが、熱運動する微粒子の軌跡は唯一に定まらず確率的であり、ブラウン運動をする。ブラウン運動の最初の発見は1820年代で、破裂した花粉の微粒子がなした水中でのランダムな運動である。アインシュタインは1905年にこれを熱運動として理論化した。花粉に限らず微粒子の運動には不確実性(リスク)があり、唯一に予測することはできない。また、光とは何か、を突き詰めて考えていくと、ある特定の光が粒子であるのか波であるのかを唯一に特定することはできず、不確実(不確定)であり、とはいえ、統計的に一定の範囲で粒子の性質と波の性質とを観測することはできる。その後、微粒子ではないあるモノが、ブラウン運動するという説が現れた。株価である。株価はランダムに変化し唯一に予測することができないが、確率的に取り扱うことができるようになった。将来の株価が不確実であることもリスクである。株価等の金融商品の変動に関するリスクをマーケット・リスクという。今日では、様々な予測・測定で「リスク」という名が使用されている。本稿の主題との関係では、「信用リスク」と、「ビジネス・リスク(事業リスク)」とを検討する。

ビジネス・リスク(事業リスク)とは、「経営環境

に関する不確実性」である⁽⁴⁵⁾。従って、事業の「売上高の変動」、「利益の変動」が含まれる。現在の製品や将来の製品が製品市場でのシェア(売上高)をどれだけ得るかというのは、発明の効果の市場性とも関係し、自由資本主義社会では、不確実である。明日や来年に何が売れているのかを唯一に予測することはできないものの、傾向を予測することはできる。傾向は、確率的に分布として表され、確率分布は数学では確率密度関数として表される。

信用リスクとは、「債権の元本と利息との全額又は一部が返済されない可能性」である。例えば、「債権の債務者の倒産(デフォルト)」、「債権の債権者が債務を3カ月以上返済しない確率」が含まれる。信用リスクは、金融上の監督行政で使用されることもあり、また、財務会計にも影響することから、「次の1年間に発生する確率」として計算されることが多い。例えば、金融行政に関する国際的合意であるバーゼルIIで採用された算式⁽⁴⁶⁾では、次の1年間に発生する確率を用いて金融行政に用いる指標(自己資本比率)を算出する。この点、事業リスクの内部統制等のための計算とは異なってくる。従って、事業リスクと信用リスクとはある程度の相関があるだろうが、それは単純(例えば、工学的な意味での線形)とはならないであろう。

不確実性は確率的に表され、確率は分布で表現されると述べた。例えば、バーゼルIIの算式では、企業が倒産(又は、3カ月以上延滞)する確率は正規分布(ガウス分布)すると仮定している。生徒の成績を標準偏差で表す際の成績の分布も正規分布を仮定している。後述するブランド価値評価モデルの試算では、業種・業界内の利益率は正規分布すると仮定している。確率分布には様々なものがあり、科学や品質・信頼性工学ではそれぞれ適した分布を模索し適用している。事業リスクについては、例えば、将来の利益(販売価格やコスト)の分布として三角形の分布を仮定して計算するものがある(前掲橋詰・ビジネス・リスク(2005)例えば、46頁や123頁等)。

6.2 リスクを価額に反映させる手法

企業価値評価や、債権(信用リスク)の価値評価や、財務会計基準では、将来の収入の不確実性(リスク)を価額の評価に反映させる。将来の収入の不確実性は、将来の売上高の変動と、将来の費用の変動とを含む。従って、将来の利益又はキャッシュ・イン・フローも

不確実となる。将来の利益は、確率分布で表されるところ、確率分布が多種類の際、確率分布の四則演算を解析的行うことは困難である。しかし、モンテカルロ・シミュレーションによりコンピューターを使用して計算をすることができる(前掲リチャード(2003)、前掲寺本他(2003)、前掲橋詰(2005)等)。

また、このようなシミュレーションを計算しなくとも、将来の不確実性を一定の精度で求めることはできる。n年目の売上高又は利益を CF_n とし、無リスク利子率を R_f とすると、n年目の売上高等 CF_n の不確実性を反映させない現在価値 V を次式16で求めることができる。

$$V = \frac{CF_1}{1 + R_f} + \frac{CF_2}{(1 + R_f)^2} + \dots + \frac{CF_n}{(1 + R_f)^n} \quad (16)$$

CF_n の不確実性を反映させるには、分母にリスク・プレミアム R_p を加えて $(1 + R_f + R_p)^n$ とするか、または、分子を乖離率 a を乗算し $(CF_n \times a)$ として減額する⁽⁴⁷⁾。なお、会計基準等の解説では、このリスクは事業リスク等のそのものではなくて、将来キャッシュ・フローが見積値から乖離するリスクと説明される。分子の値を確率分布として把握できる際には、その分散から乖離率 a を導くことができる。従って、確率表記する信頼区間に応じた乖離率を求めることができる。

リスク・プレミアムは、金融の分野では債務者の信用に応じて貸出金利に加算する金利として検討される。また、リスク・プレミアム R_p と無リスク利子率 R_f とを加えたものは、不動産鑑定評価の実務では、キャップ・レートという⁽⁴⁸⁾。キャップ・レートは、評価対象となる不動産物件に期待される投資利回りである。また、乖離率 a で乗算され減額された将来キャッシュ・フローを、期待キャッシュ・フローという。

さて、将来の収入の不確実性、または、将来の収入の見積値から乖離する不確実性は、リスクであり、このリスクを価値評価の算式に反映させるには、見積値(上記式16では CF_n)に乖離率 a を掛けるか、分母(割引率)にリスク・プレミアムを加算することを確認した。乖離率は見積値の分散に応じた値であり、リスク・プレミアムは、そのリスクの内容を評価した資本市場が求める利益率(配当率)に応じた値となる。

知的財産権の資産活用では、知的財産権に関する投資利回りの相場観の醸成が求められるが、当面、知財

におけるキャップ・レートは、現状、無リスク利子率と実施料率とを加算した値が相当するであろうと考えられる。

6.3 割引と中間利息の控除

法学では、上記式 16 は、中間利息を法定利率で控除する手法に対応し、ライブニッツ式とよばれる。中間利息の控除では、無リスク利子率 R_f ではなく、法定利率 5% が用いられる⁽⁴⁹⁾。中間利息の控除という法的概念と、不確実性を評価額に反映させるためのリスク・プレミアムの考え方とは、相反し一体化することがないのかも知れない。まず、法学では、交通事故訴訟等では算定期間が極めて長期となり得るため無リスク利子率 R_f を合理的に求めることは、(経済学や会計学の知恵を持ってしてもたぶん) 極めて困難で、長期平均としての利率の法定の意義は現代においても失われていないのであろう。例えば 20 年国債の利率を過去 30 年分加重平均したとして、その値を将来 30 年分の無リスク利子率と想定することが合理的であるとは思えない。過去 30 年分の利率の分布から得られる分散を将来 30 年に関する見積値の分散と推定することは許容されるであろうが、解決にならない。リスク・プレミアム以前に、無リスク利子率を見積ることが困難であるから、長期間の将来を対象とすることのある法学の議論で、分母(割引率)にリスク・プレミアムを加算することで不確実性を反映させる道筋は描きにくい。また、交通事故で死亡又は障害を得ることとなってしまったその被害者のその後に仮定される人生に、リスク・プレミアムという名の要因を適用すべきとも思えない。

一方、分子に乖離率 a を乗することで見積として計算した将来収入がその見積値から乖離する不確実性を反映させることは、法学においても許容され得るものとする。そうとすると、将来の売上高、収入又は利益を控えめに見積った際には、その控えめの程度にもよるが、法定利率で割り戻した現在価値は、将来の収入等がその見積値から乖離するリスクが反映されていると考えることもできる。

6.4 財務分析

価値評価や種々の分析の要素に、「定量的評価」と「定性的評価」とがある。科学技術で定量的理解というと、実験データ等の数値に裏付けられた思考や理解をいい、定性的理解は、厳密な量の議論をせずに、関係性や増減をみながら検討対象の全体的な構造を把握

することをいうことが多い。会計や金融で定量評価というと、財務諸表の数値や有価証券報告書にて開示される従業員数等の数値を用いた財務分析を意味する。例えば、総資本利益率 (ROA, rate of return on asset) や、自己資本利益率 (ROE, rate of return on equity) という経営指標は、財務分析による数値である。

桜井久勝教授は、デュボン・システムともいわれる ROE の 3 分解を紹介し検討している⁽⁵⁰⁾。ROE は当期純利益/自己資本であるところ、この 3 分解は、売上高と総資本とを用いて ROE を 3 要素の掛け算に分解し、次式 17 とするものである。

$$\text{自己資本純利益率} = \text{売上高純利益率} \times \text{総資本回転率} \times \text{財務レバレッジ} \quad (17)$$

売上高純利益率 (当期純利益/売上高) は、経営成績 (利益獲得能力) を示す指標であり、各種情報源を参照して業種・業界の平均値等を得ることができる。総資本回転率 (売上高/総資本) は、仕入、製造、販売という営業循環の 1 年間における回数である。売上高純利益率と総資本回転率とを掛けたものは資本利益率となる。右辺第 3 項の財務レバレッジ (総資本/自己資本) は、「自己資本比率の逆数であり、…、他人資本による資金調達額が存在すれば、この数値は 1.0 よりも大きくなって、他の 2 要因から規定される資本利益率を拡大する効果をも」ち、この効果は「てこ (lever) の作用に類似することから、…財務レバレッジとよばれている (前掲桜井 (2003) 第 156 頁)」。式 17 は、算式としては、売上高純利益率の分母の売上高と総資本回転率の分子の売上高とがキャンセルし、総資本回転率の分母の総資本と、財務レバレッジの分子の総資本とがキャンセルし、結局、ROE の定義式と同じになる。

なお、財務分析等の知識経験が活かされていると推認される会計的アプローチによる知的財産の価値評価も提唱されている⁽⁵¹⁾。経済産業省ブランド価値評価モデル⁽⁵²⁾も財務分析的な手法を用いているといえる。このような会計的アプローチは、財務会計基準の思考に従い、保守的で客観的となる値を導くことが可能である点が利点だが、事業全体の価値を評価するものであるため、個別の特許権単独の価値を求めることは難しい⁽⁵³⁾。

財務分析の視点で、桜井教授は、定性的評価の必要

性を次のように述べている。すなわち、「企業の評価にあたって考慮すべきほどの企業特性であれば、それはすでに財務諸表に反映されているはずである」から企業評価は財務諸表に反映された数値のみによるべきで、定性的判断を加味すると、「評価に主観が介在して客観性が失われる」という考え方は、「一面では正しい。しかし、…会計の利益計算では確実性や客観性が重視されるがゆえに、…財務諸表への反映が遅れがち」で、「例えば研究開発活動に熱心な企業は、そうでない企業よりも、画期的な新製品の開発に成功する可能性がよりいっそう高いが、実際に研究開発に成功して大量生産が行われ、損益計算書上で売上高の飛躍的な増加により当期純利益の増加がもたらされるのは、ずっと後の年度になってからである。」このため、「定性的判断は、ある種の企業特性が財務諸表に反映されるタイミングの遅れをカバーするためにも必要である。」とし、考慮すべき要素や定量的判断との関係を説示する(桜井(2003)第141頁から142頁)。財務分析の実践的研究者が特に研究開発を事例として定性的判断の必要性を述べていることは、重視すべきである。

なお、非財務情報の分析や開示のあり方を提案するものとして、経済産業省「知的資産経営開示ガイドライン」やその中小企業向マニュアルがある⁽⁵⁴⁾。強み・弱み・機会・脅威を分析するSWOT分析や、知的資産が利益に結びつくまでのストーリーの文章化や、利益の持続性という視点などを提供するものである。

7. 実施料率の加算性

事業利益に対する特許権の利益寄与率を検討していると、実施料率の性質をより深く検討したくなる。ここでは、実施料率の加算性を確認する。異なる知的財産権のそれぞれの実施料率の加算性と、売上高に対する営業利益率との加算性がある。

7.1 実施料率間の加算性

すべての知的財産権のロイヤルティーレート(実施料)は、加減算することができる。特許権群全体の実施料率を求めておき、この特許権群全体の実施料率を個々の特許権の実施料の総和と考えることができる。また、ある製品の売上高に対する知的財産権全体のロイヤルティーレートを認定し、それを個々の実施料・使用料に分配することができる。逆に、個々の実施

料・使用料をある製品についてすべて加算することで、全知的財産権の実施料を求めることもできる。

例えば、昭和59年4月26日大阪地裁 昭和57年(ワ)5803号は、同一の売上高に対して、実施料として意匠権3%、商標権1%を乗することで損害額を算出しており、平成16年12月27日判決大阪地裁 平成14年(ワ)第1919号等は、商標権と著作権との使用料を同一の売上高に対して適用している。

7.2 営業利益率と実施料率との加算性

事業利益率又は営業利益率は、売上高に対する比率であり、実施料率も、売上高に対する比率であるから、事業利益率と実施料率とは加減算及び比較が可能である。つまり、特許権の実施料率とは、事業利益率の源泉となる特許権(群)の寄与についての比率である。すなわち、事業利益率のうち、知的財産権を源泉とする利益率は、事業を保護する各種の知的財産権による実施料率の総和で表されることになる。このことから、実施料率を用いて、事業利益を複数の種類の権利(特許権、意匠権、商標権)や営業権(ノウハウ、商標権で保護されないブランドイメージ、流通支配力)へ分配することができる。また、複数の種類の権利によって重畳的に保護された製品の事業や知的財産権の価値評価では、この複合権利の分配を、実施料率の加算として検討することができる。

図4を参照すると、この実施料率の加算性は損益計算書(P/L)の分析に利用できる。損益計算書を売上高を100%とする百分率で表す際、売上原価が70%に計算されたとする。売上総利益(粗利益)は30%となる。そして、販売費及び一般管理費が18%であれば、売上総利益30%からこの販管費18%を控除して、営業利益が12%となる。営業利益では、他社の知的財産権に関する実施料を支払っていれば、その実施料は既に控除されている。

一方、自社の知的財産権の利用については、独占・排他的な権利に関する部分は、控除されていない。自己創設した知的財産権の自己創設に直接必要な費用、例えば研究開発費などは、過年度及び当期に控除されている。そして、自社は、研究開発の成果(技術情報)を利用できる。職務発明についても、独占・排他的な権利部分を除いて、その技術情報を製品に使用することはできる(職務発明に関する無償の法定通常実施権の行使)。営業利益は、通常実施権の行使に関する部分は控除されているが、排他権の部分については控除

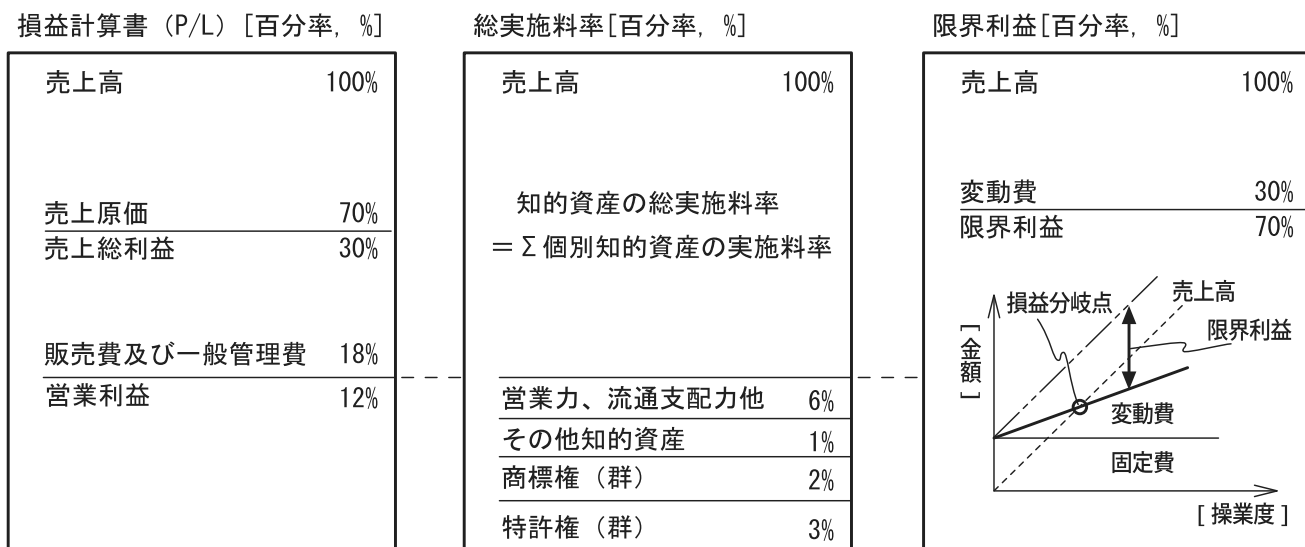


図4 実施料率の加算性

されていない（超過収益力を貸借対照表に計上して減価償却しているのではない）。このため、営業利益から、独占・排他的な権利のうち、製品の販売に有用であった知的財産権についての控除・対比を試みる。

営業利益率は売上高に対する比率である。図4に示す例では、売上高の12%が営業利益率である。実施料率も、売上高に対する比率である。例えば、特許権（群）であれば売上高の3%が想定されるとする。ここでは、実施料率の加算性として、第1に、実施料率間で加減算ができることを確認した。図示する例では、特許権群と商標権群との実施料率を加算すると5%となる。他の産業財産権は売上高に寄与していないとすると、産業財産権全体の実施料率は5%である。また、実施料率の加算性として、第2に、本稿は、営業利益率と実施料率との加減算の可能性を主張している。これによると、営業利益12%のうち、5%は特許権によるものと評価される。例えば、当該特許権を第三者に売却し、当該第三者にライセンス料を支払うことを考えると、当該ライセンス料は費用として控除され、営業利益率は7%となる筈である。

図4に示すように、営業利益率と、自社の知的財産権の想定される実施料とを比較することで、利益の源泉を定量的に把握しようとし、自社の強み・弱みをよりの確に捉えることができるようになる。無リスク利子率を含む実施料率が、知財の投資利回りであり、不動産価値評価でのキャップ・レートに相当し得るとするのは、この実施料率と営業利益率の加算性による。そして、利益に対する特許権の寄与を検討するというのは、この営業利益率に対する特許権の実施料率の割

合を考えることでもある。この知財キャップ・レート（想定実施料率）の値を検討する際には、特許権という排他独占権を評価すべきで、技術情報（発明）自体の評価のウェイトは小さい。営業利益率と比較可能なのは、特許権という排他独占権の財産上の価値が財務会計上測定されていないことによる。単に技術開発投資の成果である技術情報を自社製品に使うのであれば、研究開発費は費用として控除されているから、営業利益をさらに技術という概念に配当すべき根拠は小さい。一方、営業利益を得るために特許権の排他的効力を用いている際には、この点は会計上測定されていないから、想定実施料率と比較し得ると考える。

また、特102条1項では、限界利益なる法的概念が使われる。限界利益は、財務会計ではなく、管理会計で使用されている概念である。管理会計では、損益分岐点を導き出すために、固定費と変動費とを分解する。図中、横軸が操業度（売上高に応じる）で、縦軸が金額（売上高及び利益）である。一般的に、原点から右上45度の角度で売上高を一次式（図中点線の直線）で描く。操業度が低くても高くても固定費は一定であり、操業度が低ければ、売上高は固定費を超えず利益は発生しない。そして、操業度が高まるに応じて、変動費（図中実線の直線）が増加する。売上高直線と変動費直線とが交わる点が損益分岐点であり、この操業度を超えるところから利益が発生する。従って、特許法第102条1項は、特許権者の操業度がある程度を超えていることを前提とした算定方式といえる。すなわち、特許権者の操業度は少なくとも固定費を超えていて、それ以上に操業度を高めるには固定費を抛出する

必要が無く、変動費のみで足りることが前提となる。この前提では、侵害者の売上高から固定費を控除してしまうと、特許権者の固定費及び侵害者の固定費と二重の控除となってしまう。特許法第102条1項は、これを改めたものと解される。侵害者の売上高から侵害者の固定費を控除しないため、通常の営業利益率等と比較して、特許法第102条1項の限界利益率は高い値となりやすい。従って、限界利益率と実施料率とを直接に比較するには、議論の道筋を種々整理しなければならないと思われる。限界利益と比較するには、限界利益に応じた当該侵害者の売上高に対して適用すべき実施料率を検討すべきである。このため、実施料率の加算性の対象は、限界利益ではなく、営業利益となる。

また、限界利益は、売上高から変動費のみを控除した値であるから、図中矢印の範囲となる。売上総利益(粗利益)や営業利益を計算可能な情報があっても、限界利益は直ちには計算できない。固定的なのか変動的吗かを分離する必要がある、総費用法、最小二乗法、費目別法がある(前掲桜井(2003)第202頁から第216頁)。特許法102条の判例・学説では、費目別法が主流である。

限界利益の算定自体は、特許権の利益に対する寄与を模索するというのではなく、まず、二重の控除をやめよ、という計算をしていると理解できる。判例・学説では、特許法第102条1項の「実施の能力」及び「販売することができないとする事情」の解釈により利益に対する特許権の寄与を吟味していると考えられる。

次号では、判例を題材として定性評価により特許権の利益寄与率を測定する算式を導出し、さらに、超過売上高思考へと拡大する。

注

- (1) 中山信弘『工業所有権法 上 特許法第二版増補版』(弘文堂, 2000年)第5頁から第11頁。また、他人の模倣を禁止する不正競争防止法は権利付与をおこなわず、営業と分離した譲渡可能性は否定される(中山信弘「不正競争防止法上の保護を受ける地位の譲渡可能性」『小野昌延先生還暦記念 判例不正競争法』第41頁(発明協会, 1992年))。
- (2) 本判決の判例評釈としては、紋谷暢男ジュリスト320

号108頁以下がある。また、本判決は黙示の独占的通常実施権を認定した判例として紹介されている。例えば、佐藤義彦「黙示の実施許諾の成立」、鴻常夫=紋谷暢男=中山信弘編『別冊ジュリスト No.86 特許判例百選第2版』(有斐閣, 1985年)は、判決中の算式を紹介しつつも検討は省略されている。川井弘造「黙示の独占的通常実施権設定契約」、中山信弘=相澤英孝=大淵哲也編『別冊ジュリスト No.170 特許判例百選第3版』においても算式の検討は省略されている。

なお、本稿にて引用する判決は有償のデータベースや裁判所ホームページ等で全文を入手しているため、恐縮だが、判例集の明示を省略する。

- (3) 田村善之『知的財産権と損害賠償新版』(弘文堂, 2004年)[初版1993年第25頁]。
- (4) 田村善之「職務発明制度の在り方」、田村善之=山本敬三編『職務発明』(有斐閣, 2005年)第27頁は、職務発明対価訴訟の判決にて超過売上高に実施料率を掛ける算式を批判し、利益率と実施料率が対応している保証はないと指摘する。
- (5) 前掲田村・損害賠償初版(1993)第209頁。算式とすると、売上高×利益率[30%]×利益寄与率[33.3%]=実施料[10%]となる。
- (6) 発明協会研究センター編『実施料率第5版』第266頁(発明協会, 2003年)。前掲田村・損害賠償(2004)第229頁。実施料の率=基準率×利用率×増減率×開拓率との算式での基準率に関するものである。山本大輔=森智世『知的資産の価値評価』第127頁から第128頁(東洋経済新報社, 2002年)もこの算式を紹介している。
- (7) 須田孝一郎「超過利益価値還元方式による特許権評価額の具体的算定方法」(2002)旬刊経理情報 No.1002, 第30頁から第33頁。
- (8) 平成12年度弁理士会特許委員会「特許権の価値評価についての調査・研究に関する報告書」パテント(2001) Vol.54, No.11, 第13頁から第20頁
- (9) 竹田和彦『特許の知識第8版』第485頁から第486頁(ダイヤモンド社, 2006)
- (10) 寺本義也=山本尚利=山本大輔『最新技術評価法』第195頁から第199頁(日経BP社, 2003年)
- (11) Richard Razgaitis『Valuation and Pricing of Technology-Based Intellectual Property』(John Wiley & Sons, Inc, 2003), pp 145-178
- (12) 特許庁『新職務発明制度における手続事例集』第27

- 頁, 問5 (2004年9月)
- (13) 赤尾謙一郎=鈴木健治「職務発明対価訴訟判決から見た特許権価値評価の課題」『パテント (2005) Vol. 58, No. 1, 第83頁から第92頁
- (14) ユースケース図は, ソフトウェア工学やソフトウェア開発の実務において, オブジェクト指向に基づいた分析を行うための図の一例である。ソフトウェア開発を主眼とするものであるが, ダウ・ローゼンバーグ=ケンドール・スコット『ユースケース入門 ユーザーマニュアルからプログラムを作る』(長瀬嘉秀=今野睦監訳) 第31頁から第52頁に分析の要点が記載されている。
- (15) 丸島儀一他「知的財産権価値評価ガイドライン(1号)の公表と知的財産価値評価推進センターの活動紹介」『パテント (2007) Vol.60, No.1, 第34頁から第35頁に業種・業界を調査する際に役立つ資料が整理されている。
- (16) 「ライセンス保護制度の在り方について」(産業構造審議会知的財産政策部会, 2007年1月)や, 「ライセンス契約登録ファイル制度」『平成18年度特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書, 知的財産の適切な活用のあり方に関する調査研究報告書』(財団法人知的財産研究所, 2007年3月) 第68頁から第89頁が参考となる。
- (17) 「通常実施権制度の在り方について」前掲『知的財産の適切な活用のあり方に関する調査研究報告書』(財団法人知的財産研究所, 2007年3月) 第90頁から第101頁
- (18) 後掲判決14(東京地平成18・6・8)は, 無償のクロスライセンスについて, 営利企業同士の契約であるから, 「相互に支払うべき実施料の総額が均衡すると考えて契約を締結したと考えるのが合理的であり, 均衡の予測は契約時であるから不確実性があり, その後, 結果として, 不均衡となることはあり得ると説示した。
- (19) 前掲中山論文(1992)「不正競争防止法上の保護を受ける地位の譲渡可能性」は, 不正競争防止法上の地位は事業と分離して移転することはできないと説く。知財信託の観点から特許を受ける権利等の移転可能性を検討するものに, 鈴木健治「未公表の知的財産を対象とする信託-技術上の営業秘密を中心として-」『研究報告第21号知財信託について』第59頁から第102頁(日本弁理士会中央知的財産研究所, 2007年3月)がある。
- (20) 専用実施権設定時の権利義務関係として説明されているが, 特許権の移転についても適用可能な議論として, 前掲中山・工業所有権法上(2000)第437頁から第438頁。また, 不動産取引についての瑕疵担保責任が紹介されているものとして, 道垣内弘人『民法ゼミナール第3版』第123頁から第131頁(日本経済新聞社, 2005年)
- (21) 質権設定数の推移については, 「登録した権利の変動に関する統計表」特許庁『特許行政年次報告書2006年度版』(2006年9月15日)等を参照されたい。日本政策投資銀行の取組については, 「座談会知的財産の活用の最新事情」『パテント Vol.60, No.6 小笠原発言等。
- (22) 民事執行法の強制執行手続による際には, 執行裁判所は, 弁理士等の評価人の評価を参酌して, 債権者への譲渡価格又は第三者への売却価格を定める。任意売却の際には, 相対の交渉となろう。
- (23) 債権者である金融機関は, 破綻の懸念が発生した程度に信用リスクが悪化した債務者への債権について, 個別貸倒引当金を計上しなければならず, その際, 厳格な資産査定が必要となる。知的財産権担保融資では, 知的財産権の客観的な処分可能額を算出できなければ, 会計上の担保価値は0円となってしまう(その後実際に売却した際には売却額が会計上特別利益となる)。知的財産権の強制執行案件についての相場観の醸成が望まれる。
- (24) 問題提起として, 前掲「知的財産の適切な活用のあり方に関する調査研究報告書」第58頁から第67頁, 第91頁から第92頁がある。民法学では賃借人の保護として論ぜられ, 道垣内弘人『担保物権法第2版』第171頁から179頁(有斐閣, 2005年)には, 平成15年民法改正「抵当権登記後の賃借権についての抵当権者の同意の制度」による一定の解決が紹介されている。
- (25) いわゆるピンチェンジモデルであり, 土井宏文編・著『コンテンツビジネス法務・財務/実務論』(九天社, 2006年) 第83頁から第89頁等に紹介されている。
- (26) 前掲道垣内・民法(2005) 第394頁から第397頁では, 学説の有力説を採用しない判例の理由の一つとして「…登記上なるべくきちんと公示されるようにすべきだが, そのことを促進するためには, 登記を具備していない者に不利益を課すべきである,」を挙げる。知財法学の分野では, 未登録通常実施権者(和解によるものを含む)の対抗力が, 当該未登録通常実施権の特許権を譲り受けた者に及ぶか否かの問題として現れる

- (増井和夫=田村善之『特許判例ガイド第3版』第464頁(有斐閣, 2005年))。
- (27)香川保一監修『注釈民事執行法7, 8』〔三村量一執筆〕(金融財政事情研究会, 1989年)。
- (28)西岡清一郎, 畑一郎, 上田正俊編『民事執行の実務債権執行編 下』〔森鍵一執筆〕第147頁(金融財政事情研究会, 2003年)。第143頁から第157頁にて知的財産権の執行の実務が説明されている。例えば, 処分の制限が発令され登録されても「もともと, 差押えによって制限されるのは権利の移転等の処分だけであって, 実施そのものが制限されるのではないから, 差押命令の効力が発生した後であっても, 特許権者等は, 特許発明の実施を行うことができる」(同149頁から150頁)。詳しい教科書としては, 中野貞一郎『民事執行法新訂四版』(青林書院, 2000年)がある。
- (29)評価人の推薦依頼は財産の種類に応じてなされる実務であり, 例えば株式・株券であれば公認会計士協会東京会へ推薦依頼がなされる(前掲西岡他(2003)第197頁)。
- (30)森收平=鶴本祥文「民事執行における知的財産権価値評価の一事例」『パテント』(2006), Vol.59, No.12, 第29頁から第34頁。
- (31)古城春美「特許・実用新案侵害訴訟における損害賠償の算定」『発明』第86巻第2号(1989)。
- (32)前掲田村・損害賠償新版, 第237頁から240頁(2004, 初版1993)。この前後の学説判例を緻密に整理するものとして, 中山信弘編著『注解特許法第3版』102条〔青柳唎子執筆〕。
- (33)裁判例については, 前掲青柳(2000), 前掲増井=田村(2005)に紹介されている。
- (34)損害論での製品寄与率に関する論説を考察したものとして, 古城春美「特許法102条の損害算定と寄与率の概念」『AIPPI』(2006a) Vol51, No.7があり, 102条1項で寄与率を含めることについて, 損害認定額を妥当に落ち着かせる判例の傾向について, 「常識的には, 納得できることであるが, 理論としては一貫性を欠くことは否めない。」とする。また, 後掲古城(2006b)では, 製品寄与率に関する議論を呼びかけている。
- (35)特許庁『工業所有権法逐条解説第16版』第265頁(発明協会, 2001年), 特許庁総務部総務課工業所有権審議室編『平成10年改正工業所有権法の解説』, 鎌田薫『特許権侵害と損害賠償-工業所有権審議室答申と特許法等改正案について-』CIPICジャーナル79号(1998年), 森田宏樹「知的財産権侵害による損害賠償に対する損害賠償・罰則のあり方に関する調査研究報告書」((財)知的財産研究所・1998年)第39頁から第41頁。
- (36)三村量一「損害(1)特許法102条1項」牧野利秋=飯村敏明編『新・裁判実務体系 知的財産関係訴訟法初版』第288頁から第322頁(青林書院, 2001年), 日本公認会計士協会編『知的財産紛争の損害額計算実務-計算鑑定人マニュアルの解説-』第40頁から第42頁等三村発言(第一法規, 2004年)。
- (37)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」『知財管理』649号〔Vol.55, No. 3〕(2005年)第361頁から第378頁, この覆滅事由を限定解釈する判例の評釈は前掲増井=田村(2005)にも掲載されている。両説の相違を整理して紹介する論考として, 古城春美「損害論の現状と展望」『金融・商事判例』1236号(2006b年3月14日)第72頁から85頁がある。
- (38)前掲田村・損害賠償新版338頁(2004)。また, 第339頁の注20にて, 「被告はキャラクターの権利処理をするためにライセンス料を著作権者に支払っているものとおもわれるが, 何故, それがために原告が利することになるのか疑問が残る」としている。
- (39)沖野眞已「損害賠償額の算定 特許権侵害の場合」『法学教室』219号(1998年)。また, 「推定」を規定していない点等, 不法行為法の一般法理との関係については, 前掲鎌田論文(1998), 前掲森田論文(1998)。
- (40)最高裁平成9・7・11第2小法廷判決。櫻田嘉章「懲罰的損害賠償を命ずる外国判決の執行」平成9年度重要判例解説(1998年)ジュリスト臨時増刊No.1135。前掲森田論文(1998)。前掲沖野論文(1998)。現特許法第102条2項の導入時の議論については, 前掲田村・損害賠償新版第47頁から第63頁(2004)が詳しい。
- (41)竹田和彦, 特許の知識(第8版)p.329(2006)ダイヤモンド社では, 「ライセンス調整比率」とされている。本稿では, 「利益排他率」も検討するため, この算式での超過売上高を導く割合を「売上排他率」とする。
- (42)前掲田村善之=山本敬三編『職務発明』(2005)〔田村善久執筆〕第24頁から第27頁
- (43)超過売上高に粗利益を掛ける等して二重控除を避けるべきとする論考に, 吉田広志「裁判例にみる論点の研究」前掲田村=山本(2005)第81頁から第82頁。

- また、超過売上高の利益から通常利益を控除した超過利益から出発すべきとするものに、小泉直樹「特許法35条の解釈に関する周縁的論点」相澤英孝＝大渕哲也＝小泉直樹＝田村善之編集代表『知的財産法の理論と現代的課題 中山信弘先生還暦記念論文集』（弘文堂、2005年）がある。
- (44) 横山久芳「職務発明における「相当の対価」の基本的考え方」前掲中山還暦・第87頁
- (45) 橋詰匠監修、早稲田大学経営リスク研究会編『ビジネスリスク分析入門 モンテカルロ・シミュレーションの応用事例』第2頁（早稲田大学出版部、2005年）
- (46) 算式は、銀行法第14条の2に基づく金融庁告示19号（2006年3月27日）の第153条等に規定されている。日本語で入手しやすい解説としては、佐藤隆文編著『バーゼルIIと銀行監督 新しい自己資本比率規制』第138頁から第152頁等がある。この注の読者へは、バーゼルII算式はリスクを算出するもので、財務会計基準での貸倒引当金はこのリスクに応じたコストを計算するという視点を提供したい。バーゼルIIの算式はリスクとコストの整理として見事であると思われる。また、算式は複雑であるが、パラメーター自体は相場観を採りやすい単純なものに限定した点も評価できる。
- (47) 辻山栄子編著『逐条解説減損会計基準第2版』第101頁から第116頁〔秋葉賢一執筆〕（中央経済社、2004）
- (48) 小野兵太郎＝岡内幸策『不動産の時価評価第2版』第160頁から第180頁等（東洋経済新報社、2003年）
- (49) 最高裁第3小法廷平成16年6月14日は、資本市場の動向に応じた利率の主張を退けて法定利率とした。知的財産法学の分野では、後掲判例10も資本コスト等の主張を退け、中間利息を5%で控除している。
- (50) 桜井久勝『財務諸表分析』第156頁（中央経済社、2003年）
- (51) 例えば、前掲山本＝森（2002）
- (52) 経済産業省企業法制研究会の報告書や算式の解説は、書籍としては、広瀬義州＝吉美宏『日本初ブランド価値評価モデル』（税務経理教会、2003a年）、試算値が公表されている書籍として、広瀬義州他『「ブランド」の考え方』（中央経済社、2003b年）。ブランド価値評価モデルでは、リスク・プレミアムではなく、乖離率を分子に反映させる期待キャッシュフロー・アプローチを採用しており、乖離率は当該評価算式のLDに相当する（広瀬（2003b）第55頁から第79頁、桜井久勝執筆）。野村証券金融研究所によるLDの試算値をみると、最頻度の範囲は90%から95%、業種により相違があるが平均は87%となっている（広瀬（2003b）第152頁から第153頁、その他試算値、平井直樹執筆）。
- (53) 例えば、鈴木公明「特許権の価値評価と評価モデル」パテント（2006）Vol.59, No.6の手法では、個別の価額を合理的に求めることが難しい。前掲ブランド価値評価モデルも、個別の商標権の価値や不正競争防止法上の地位の価値を切り出すことは難しい。
- (54) 産業構造審議会新成長政策部会経営・知的資産小委員会『経営・知的資産小委員会中間報告書』（2005年8月12日）、経済産業省知的財産政策室『知的資産経営の開示ガイドライン』（2005年10月14日）、経済産業省知的財産政策室・（独）中小企業基盤整備機構『中小企業知的資産経営研究会中間報告書』（2006年3月24日）、経済産業省知的財産政策室・（独）中小企業基盤整備機構『中小企業のための知的資産経営マニュアル』（2007年3月30日）

（原稿受領2007.6.4）