

特許権侵害における損害額算定式の検討

——特許権の取得原価による損害額の算定——

古 川 孝 之*

抄 録 特許法102条における損害額の算定は逸失利益を基礎とする。しかし、侵害の大きさやその割合の認定が難しい特許権において、損害額を逸失利益によって算定するのみで十分なのであろうか。損害額の算定は、もっと違った角度から算定方法を捉えることができないであろうか。特許権に対する価値の捉え方と損害概念をもとに、逸失利益と対比させながら特許権の取得原価による損害額の算定を検討する。

目 次

1. はじめに
2. 特許法における損害額の捉え方
 2. 1 特許法102条1項
 2. 2 特許法102条2項
 2. 3 特許法102条3項
3. 会計的な資産価値の捉え方
 3. 1 価値の二元性
 3. 2 会計的な評価方法
 3. 3 特許権の侵害と価値毀損
 3. 4 法的な損害概念
4. 特許権の取得原価による損害額の算定の可能性
 4. 1 損害額算定における取得原価の意義
 4. 2 損害概念の検討
 4. 3 取得原価による損害額の算定方法
5. 多様な損害額算定の模索

1. はじめに

特許権の損害額の算定に関しては特許法102条に民法の特則規定がある。民法の原則のもと、特許権の損害額はかねてより逸失利益によって算定し、特許権の毀損をもって算定していない。毀損をもって算定しないのはなぜだろうか。

それは単に民法の特則規定であるからという理由で民法の損害額の算定に則っているわけで

はない。特許権が無形資産であるため毀損そのものの算定が困難だからである。毀損そのものの算定が困難な理由は、一つには特許権は無形であるがゆえに物理的毀損がなく経済的毀損のみである¹⁾ためであり、いま一つは特許権そのものを頻繁に売買する市場がないためである。

特許権は目にみえず、実際に触れることもできないから特許権そのものの毀損を物理的に測ることはできない。そのため、毀損の算定が可能なのは、特許権の売却価値や使用価値の低下という経済的毀損のみである。しかし、この経済的毀損による算定は、特許権そのものを頻繁に売買する市場がないため、侵害前後の売却価値を差額で把握できず、また使用価値も侵害前後でどれだけ価値が低下したかを見積ることが難しい。したがって、特許権の毀損は特許権を利用する製品を介して間接的に算定するしかない。この算定方法が特許法102条における逸失利益による算定である。

* 公認会計士税理士古川事務所 公認会計士・税理士
一橋大学大学院国際企業戦略研究科経営法務コース・知財戦略講座プログラム修士課程修了
Takayuki FURUKAWA

2. 特許法における損害額の捉え方

特許法102条は1項から3項まで三種類の算定規定を置いている。いずれも逸失利益による算定を基礎とするが、それぞれ算定方法が異なる。以下、1項から3項まで概観したい²⁾。

2.1 特許法102条1項

102条1項は平成10年の部分改正により新設された規定である。特許権を利用する製品の利益をもって間接的に損害額を算定する。

もともと特許権を侵害する製品が販売された結果として、特許製品の販売数量が減少したことにより損害が発生した場合は、民法709条により損害賠償を請求することができる。しかし、民法709条では権利者が侵害製品の販売数量全てを販売できたことを立証できた場合のみしか逸失利益による賠償が認められていない。いわばオール・オア・ナッシングによる認定となるため、損害が十分に填補されているとはいえなかった。

そこで、102条1項は侵害者の譲渡数量に権利者の製品の単位数量当たりの利益を乗じた額を実施能力に応じた額の限度において損害額としたのである。ただし、侵害者の営業努力その他の要因により侵害品の譲渡数量の全部又は一部を販売することができない事情が存在するときは、侵害者がその旨を立証することにより、その事情に応じた額を控除することとした。その意味で、102条1項は権利者の立証の負担を軽減するとともに逸失利益の割合認定を可能にした算定方法といえる。

102条1項では以下の算式で特許権を利用する製品の利益を介して損害額が計算される。

$$\begin{aligned} \text{損害額} &= \text{侵害者の譲渡数量} \times (\text{権利者の製品の販売単価} - \text{権利者製品の単位当たりの控除費用}) - \text{調整項目} \\ \text{控除費用} &= \text{変動費} + \text{個別固定費}^3) \end{aligned}$$

調整項目：実施の能力⁴⁾、権利者が販売することができない事情、寄与率⁵⁾

2.2 特許法102条2項

102条2項は損害賠償を請求する者が、侵害者が侵害行為によって受けた利益の額を立証すれば、その利益の額が損害額と推定される旨を定めた規定である。利益の額の立証がなされた後に侵害者が権利者の損害額を立証しない限り、その利益の額が損害額と認定される。102条2項は侵害によって権利者が受けた損害額を立証するよりも侵害者が受けた利益の額を立証する方が容易であると考え、権利者を保護するために設けられた規定である。

102条2項では以下のとおり損害額が計算される。

$$\begin{aligned} \text{損害額} &= \text{侵害者の譲渡数量} \times (\text{侵害者の製品の販売単価} - \text{侵害者製品の単位当たりの控除費用}) - \text{調整項目} \\ \text{控除費用} &= \text{変動費} + \text{個別固定費} \\ \text{調整項目} &: \text{寄与率} \end{aligned}$$

102条2項では侵害者が特許権の利用により侵害者が受けた利益を権利者の逸失利益と推定する。しかし、権利者と侵害者は主体が異なり、権利者の逸失利益は侵害者が受けた利益とは等しくならない。そのため、同項を不当利得をもって解釈する見解もある⁶⁾。

2.3 特許法102条3項

102条3項は特許権が侵害されたときに特許発明の実施料相当額について損害賠償を請求できることを定めた規定である。平成10年の改正前では、特許発明の実施に対し「通常」受けるべき金銭の額に相当する額の賠償を請求できる旨を定めた規定であったため、侵害訴訟で認められる実施料相当額については、権利者が他者に設定している既存の実施料率や業界相場の実施料率等により認定され、個別の特許発明の価

値や訴訟当事者間の諸々の事情が考慮されないという問題があった。そこで、平成10年の改正において「通常」の文言は削除され、具体的な事情を考慮して実施料相当額が認められるようになったものである。

102条3項の損害額は侵害者の譲渡数量×実施料相当額、または侵害者の売上高×実施料率で計算される。

102条3項は本来受け取れたはずのライセンス収入が侵害行為によって受け取れなかったという意味での逸失利益を算定するものである。

3. 会計的な資産価値の捉え方

特許法102条では特許権を利用する製品の利益から間接的に特許権の損害額を算定していると述べた。しかし、特許権の侵害とは特許権に対してなされるものだから、本来特許権の価値がどのようなものであり、その価値が侵害によっていかに減少するかを検討しなければならないはずである。そこで次に特許権の価値の捉え方について検討したい。

3.1 価値の二元性

特許権の価値は、効益値と犠牲値という二つの側面をもち二元的に捉えることができる⁷⁾。

(1) 効益値

まず、効益値とは財がもたらす効益の尺度⁸⁾である。効益であるから資産を保有することによる便益と捉えてよく、便益を得る、すなわち財を売って、あるいは利用して効用を得る側面であらわされる。それは、価値の側面の捉え方の相違によって、ある時は資産を売却した時の売却価値であり、またある時はその資産の利用によってどれだけの便益がもたらされるかという使用価値である。効益値は図1のとおり売却価値と使用価値という価値側面に分けられる。

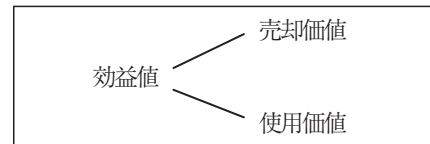


図1 効益値の価値側面

(2) 犠牲値

次に、犠牲値とは財を得るために必要な犠牲の尺度⁹⁾である。犠牲であるから資産を取得することによって費やす価値と捉えられる。それは、価値の側面の捉え方の相違によって、ある時は過去の支出時点の取得原価であり、またある時は現時点で再調達した場合の再調達原価である。

犠牲値は図2のとおり取得原価と再調達原価という価値側面に分けられる。

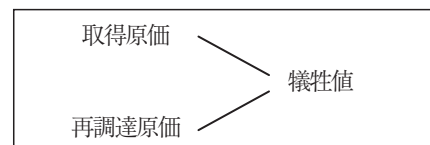


図2 犠牲値の価値側面

(3) 特許権と犠牲値及び効益値との関係

特許権は一連の経済行為の中で研究開発ないし購入によって取得され、それを利用し、特許権を利用する製品あるいは特許権そのものの売却によって投資を回収する。特許権の取得から売却に至る過程と価値側面との関係は図3のようになる¹⁰⁾。

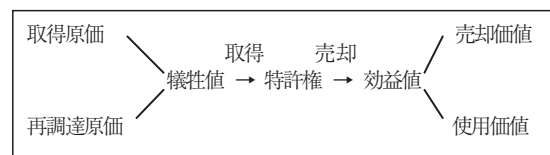


図3 特許権と価値側面との関係

3. 2 会計的な評価方法

以上の効益値と犠牲値の価値側面をもとに特許権の評価方法を考える。評価方法には大きく分けて三つのアプローチがある。

(1) インカム・アプローチ

インカム・アプローチは特許発明の実施を前提として特許権を期待利益に基づいて評価する方法であり、特許権の評価方法のなかではもっとも一般的な評価方法である。

インカム・アプローチを推奨する論評が多い¹¹⁾が、これは特許権の存在意義が利益の獲得にあると考えるからである。企業評価と異なり、特許権の価値評価にあたっては事業収益のうち特許権による寄与分を抜き出す手続が必要となる。25%ルール（事業による収益は資本、組織、労働、技術が寄与しており、そのうちの技術の寄与分を25%と仮定して評価する規則¹²⁾）といった概括的な算定方法が用いられる¹³⁾が、その割合は見積りにすぎず25%でなぜ妥当かという点については十分な説明がなされているとはいえない。

(2) マーケット・アプローチ

マーケット・アプローチは特許権の価値を市場価格に基づいて評価する方法である。特許権の市場価格があれば価値評価としてふさわしいが、現在のところ特許権を頻繁に売買する市場は存在しない。特許権をM&Aによって取得する場合など過去の売買事例がある場合、それが市場価格に準じる価格となりマーケット・アプローチを採用することが可能となるが、その事例は多くない。

マーケット・アプローチには売買取引比較法（特許権と類似の特許権の実際の売買取引に基づいて評価する方法）やロイヤリティ免除法（特許権の所有者がその利用を第三者からライセン

スされたものと仮定した場合に、そのロイヤリティコストを推定する評価方法¹⁴⁾、事業価値から特許権の価値を推計する方法¹⁵⁾等があるが、特許権自体の売買取引が多く行われていない状況でこれらの評価方法を採用することには制約があると言わざるを得ない。

(3) コスト・アプローチ

コスト・アプローチは特許権をその取得のために要した原価に基づいて評価する方法である¹⁶⁾。コスト・アプローチは、取得原価により測定した場合には客観性に優れるも、特許権の利用によってもたらされる利益を反映していないため、使用特許の価値評価としては一般に採用されていない。

コスト・アプローチは、ソフトウェアや労働力などの評価に適しているといわれている¹⁷⁾。また、売り手が開発コストを回収したい場合にコスト・アプローチが用いられることがある¹⁸⁾。ソフトウェアや労働力がコスト・アプローチに適しているとされるのは、コストを費やした量に概ね比例して評価額が増えると考えられているからである。

コスト・アプローチについては同じ研究開発費を費やしても現在の特許が発明されずとは限らず、また、創出される収益との間に合理的な相関関係は必ずしも見出せないという問題が指摘されている¹⁹⁾。

効益値と犠牲値の関係でいえば、三つの評価方法のうち、インカム・アプローチとマーケット・アプローチは効益値に基づく評価方法であり、コスト・アプローチは犠牲値に基づく評価方法である。三つの評価方法はそれぞれ一長一短があり、どのアプローチも決定的な手法はなく、これらのアプローチを組み合わせた評価も実務上行われている。

3. 3 特許権の侵害と価値毀損

以上の三つの評価方法がベースとなり、特許権の価値が評価される。次にその価値が侵害によっていかに減少するか検討したい。

特許権に毀損が発生した場合、効益値をもって特許権の価値の毀損を捉えるのが経済的毀損である。経済的毀損は侵害後の価値の毀損によって、侵害前に比べて売却に伴う利益あるいは使用に伴う利益がどれだけ減少したかによって測定することになる。

一方、犠牲値をもって特許権の価値の毀損を捉える場合はどうであろうか。有形資産の場合は、価値の毀損によって、その資産価値を補填すべき支出がどれだけ増加したかによって物理的毀損を測定することができる。しかし、無形資産である特許権の場合には侵害によって物理的毀損は発生しないから、特許権では犠牲値側の毀損は存在しないことになる。そのため、特許権は価値毀損との関係でいえば経済的毀損によってのみしか価値の毀損を把握できないことになる。

しかし、逸失利益という製品を介した経済的毀損の算定には以下のような問題がある。

- ①特許権の経済的毀損の算定は製品の利益を介した見積りに過ぎない。
- ②製品の利益のうちどれだけが、特許権の貢献に基づく利益であるかが不明であり、その寄与度もまた見積りに過ぎない。

有形資産では物理的毀損が算定できるのに対して、無形資産である特許権は特許権そのものを頻りに売買する市場がなく、特許権そのものの価値を客観的に測ることがおよそ難しい。そのような状況のもとで製品の利益を介した算定のみでは損害額の算定として心許ないといえる。そこで、アプローチの視点を変えて犠牲値による損害額の算定の検討を行う。

犠牲値による損害額の算定は、特許権が物理的毀損を伴わないため価値の毀損では説明できないことから別の論理によって説明しなければならない。これを説明する際に必要となるのが、次の法的アプローチにおける損害概念である。

3. 4 法的な損害概念

損害概念には以下の三つの考え方がある。

(1) 差額説

差額説における損害とは法益について被った不利益をいう。一般的には、もし加害原因がなかったとしたならばあるべき利益状態と加害がなされた現在の利益状態の差であるといわれている。

差額説は利益状態の差であるから、得べかりし利益、すなわち逸失利益を算定しているといえる。差額説は特許法における損害額の算定において通説的見解であるが、差額でしか捉えられないため差額が発生していない場合は損害が発生していないことになる。

差額が発生していない場合とは特許権の場合にどのような状況をいうのであろうか。それは特許権の侵害は受けているが、その特許権を利用した製品から利益が発生していない場合をいう。すなわち、差額説では特許権の侵害を受けていても、その特許権を利用した製品から利益がでていなければ、特許権の侵害はなかったことになる。侵害があってもたとえ製品の利益がでていなければ損害がないとするのは合理的でないとする見方もある。

(2) 市場機会喪失説

市場機会喪失説は損害の認定及びその評価が困難という特許権侵害の特殊性に着目し、損害を市場機会の利用可能性の喪失と捉える見解である²⁰⁾。特許権は市場機会を排他的に利用する権利であり、その侵害は特許権者の許諾なく行

われているから、特許権者の市場機会の利用可能性を奪ったことに対して賠償する考え方である。

市場機会の喪失に着目するのであるから、特許権の利用からもたらされる製品利益の喪失がその前提となっており、逸失利益の考え方を基礎としている。市場機会喪失説の特色は特許権の損害が市場を介して発生することを規範的に捉える点である²¹⁾。特許権を利用する製品を介して市場機会を捉え、その利用可能性の喪失をもって損害と考えるのである。

(3) 損害事実説

損害事実説は法益に被った不利益を構成する事実そのものが損害であって、金額の算定は損害の金銭評価の作業であるとする見解である²²⁾。

損害の証明としては不利益を構成する事実の証明で足り、金銭的評価はその事実の評価の問題であって証明責任の観念を容れる余地なく、当事者による具体的な金額の主張は評価を基礎づける資料の提出であるとする。また、因果関係は不利益を構成する事実との間にあれば足り具体的な金額との間では不要であるとする。損害事実説では具体的な金額の形で差額が生じていなくとも損害は観念しうるし、それを評価して金銭に算定することは可能であるとの帰結が導かれることになる²³⁾。

損害事実説の特徴は、損害事実の認定と損害額の算定を別のレベルの問題として分けて考えている点にある。すなわち、ひとたび損害があったと認定されれば、その後の損害額の算定は裁量に委ねられるのであり、差額説のように損害＝損害額＝逸失利益ではない。

4. 特許権の取得原価による損害額の算定の可能性

4. 1 損害額算定における取得原価の意義

前述した価値の二元性について再度整理してみる。効益値には売却価値と使用価値がある。また、犠牲値には取得原価と再調達原価がある。このうちで確定的かつ実証的な評価方法はどれであろうか。

その評価方法とはこれらの価値側面のなかでは取得原価のみである。なぜなら、特許権の侵害を受ける時とは特許権を所有している時であるから、売却価値は特許権が実際に売却される前の所有時点における売れるであろう見込の価値である。使用価値も見積りに基づく特許権の収益予想に過ぎず、実際にその予想が実現可能であるかわからない。また再調達原価もその時点で同一の特許権を再取得した場合の価格であり、こちらも仮定の価値に過ぎない。唯一取得原価のみが実際支払ったという事実に基づくものなのである。

会計の世界では、その目的が利害関係の調整か否かで、企業をめぐる利害関係者の利害を調整する利害調整会計と経営上の意思決定のための意思決定会計に分かれる。この利害調整会計においては、取得原価主義といって支払対価が重視される会計が重要な位置を占めている。考えるに、特許権の侵害をめぐる権利者と侵害者の争いによる損害額の算定とは利害調整のプロセスなのではないだろうか。そうであれば、特許権の損害額を取得原価をもって算定することも可能なのではないだろうか。

4. 2 損害概念の検討

先に説明した三つの損害概念のいずれかで取得原価による損害額の算定を説明できないか検討する。

まず、差額説における損害は逸失利益の算定が基礎にあり²⁴⁾、取得原価とは相容れない。また、市場機会喪失説における損害は喪失した市場機会の利用可能性の対価である。市場機会の喪失とは、貨幣収入を得る機会の喪失であるから、取得原価を基礎に損害額を決めることは市場機会の喪失自体とは直接関係がない。

他方、損害事実説は侵害の事実を損害そのものとし、損害額の算定は裁量的な金銭評価の問題とする。したがって、損害事実説による損害額の算定は逸失利益のみならず取得原価も馴染むものである。損害事実説では逸失利益による算定も取得原価による算定も可能なのである。

それでは取得原価による損害額の算定をどのように根拠付ければよいだろうか。

特許権の取得にあたっては研究開発投資が必要となり、その金額も多額となる場合が多い。権利者は取得後にその費用を回収するが、その機会が奪われると研究開発に対するインセンティブが削がれる。折角、多額の研究開発資金を投下して特許権を取得しても侵害されたのでは、特許権の取得に対するインセンティブが減退することになる。

そこで、特許権の取得に対するインセンティブを確保するため、損害を研究開発に対する投下資本の回収を促進するという観点から規範的に捉え、損害とは損害事実説を基礎に研究開発投資を回収する機会を奪われた事実そのものとし、権利者が特許権の取得に要した原価のうち侵害者に応分の負担を求めるのである。

研究開発投資によって取得した特許権の利用による製品の販売によって獲得した利益のほうはその研究開発投資額に比べて少ない場合もあり、研究開発投資額をもとに取得原価によって損害賠償額を算定すれば、損害賠償額が逸失利益に基づく損害賠償額よりも大きくなるケースも考えられる。この点は侵害者の侵害行為の抑止にも繋がることになる。特許法は産業の発達

に寄与することを目的としており、研究開発投資に対する誘因を確保することは特許法の趣旨にも合致するのである。

4. 3 取得原価による損害額の算定方法

取得原価を利用した損害額の算定がどのように行われるか図4を使って説明する。

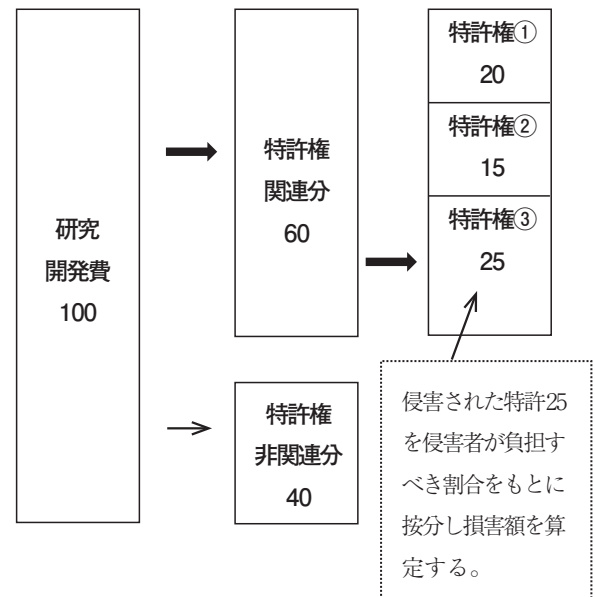


図4 取得原価による損害額の算定フロー

まず、研究開発費を特許権に関連する部分とそうでない部分に区分する。特許権に直接集計できる原価は特許権に直課し、そうでないものは特許権非関連分の原価とする。また、特許権の関連分と非関連分に分けられない共通のものは、一定の配賦基準で原価を関連分と非関連分に配分することになる。

次に、①～③のように特許権の関連分に直課ないしは配賦された原価から複数特許が生まれている場合は、侵害された特許である特許権③に直課できる分と配賦分に分けて集計することになる。

その上で、このうちどれだけ侵害者が負担すべきかを判定する。この際、侵害者の負担すべき損害額は例えば権利者と侵害者それぞれの累

計売上高をもって按分すればよい。権利者と侵害者の累計売上高は実際の売上高の累計値であり算定しやすい。

逸失利益による算定と異なる点は、製品の利益を見積もるのではなくこの集計された特許権③の原価をもって損害額を算定することにある。

数値をもって説明すれば、研究開発費が100, そこから集計した特許関連分の原価が60であり、最終的に侵害された特許権③に原価が25と集計される。特許権③に係る製品の権利者の累計売上高が80, 侵害者の累計売上高が20とすれば $25 \div (120 + 80) \times 80 = 10$ が侵害者の負担すべき損害額ということになる。

ただし、算定にあたっては以下の点に留意しなければならない。

まず、特許権の取得に要した原価がどこまでなのか原価を取り込むべき範囲の問題である。その特許権を購入によって取得した場合は、その支払対価が明らかになるが、自社開発によって取得した場合は、コスト・アプローチの項で説明したように、研究開発費のうちの特許権の原価がどこまでなのか特定するのが難しい。しかも日本の会計基準では研究開発費を全て資産計上せず費用化するため、費用化したものを拾い上げなければならず、特許権の原価の取り込みを難しいものになっている。

また、特許権が研究開発プロジェクトから単一でできるのであれば比較的その原価を集計しやすいが、研究開発プロジェクトが特定されていないか、特定されていても複数の特許が生まれている場合は、そこに原価の配分の問題が生じることになる。

5. 多様な損害額算定の模索

取得原価による損害額の算定は検討すべき点はあるものの、支出の事実がある点で確定性と実証性に優れる。会計的な評価方法でいえば、コスト・アプローチによる算定にあたる。

これに対して、102条1項から3項までは全て逸失利益を基礎としており、算定のアプローチはインカム・アプローチによるものである。

会計には相対的真実という考え方がある。相対的真実とは一つの会計事実に対して複数の会計処理が認められるという意味である。すなわち、事実是一个なのであるが、その表現の仕方は複数あり、その表現方法は仮定の置き方によって変わるという意味である。

このように考えると、一つの侵害された事実に対して、異なるアプローチによる損害額の算定方法があつてよいはずである。ましてや権利の対象が無体物で侵害の大きさやその割合の認定が難しい特許権においては、その算定方法も多様なものがありうるだろう。

特許権の侵害は、必ずしも特許製品に対する需要があるからなされるとは限らない。権利者によって製品化されていなくても侵害されることはありうる。そうだとすれば損害は逸失利益から捉えるだけでは十分とはいえない。

取得原価による損害額の算定と102条による損害額の算定は視点を異にするものであるから、当然両者の算定額は異なるものとなる。しかし、特許権のような情報財の場合は、複数の評価尺度から損害額を算定した方が算定の幅が広がり、侵害事例に応じてそれぞれの算定方法を単独で採用したり併用することが望ましいと考える。

注 記

- 1) ここでいう物理的毀損と経済的毀損は一般的な呼称ではないが、筆者があえて毀損を区別するために用いたものである。貸マンション部屋の毀損を例にあげれば、物理的毀損が原状回復のための修繕費であり、経済的毀損が修繕期間における喪失家賃となる。
- 2) 概観にあたっては特許庁編『工業所有権法（産業財産権法）逐条解説 [第18版]』（2009年、発明協会）288頁～291頁、中山信弘『特許法』（2010

- 年、弘文堂) 338頁～357頁を参照した。
- 3) 個別固定費がどこまで控除費用として含まれるかは裁判実務の解釈に委ねられている。個別固定費とは、製品の製造販売に直接的に必要な固定費であるが、個別固定費に含まれるか否か定量的に判断することは実務上困難が伴う。なお、個別固定費として扱われる範囲は1項と2項で必ずしも同一ではない。
 - 4) 実施の能力とは、権利者の製造販売能力のことであるが、どこまで現実性を求めるかで実施の能力の判定に大きな差異を生じる。例えば、実施の能力は侵害対象期間以外でも認められるのか、現有設備の能力が不足している場合に新規設備を備える資金力があればそれで実施の能力をみたすのかなどである。抽象的能力でよいとする見解もあるが、私見では実施の能力は現実的なものと捉えるべきであり、現有設備で実施の能力がなければ、その能力がないと考えるべきである。
 - 5) 特許権における損害額の算定で、特許権を利用する製品からもたらされる利益のうち、どの程度が特許権の貢献分にあたるかを求める寄与率は重要な概念である。102条1項が、特許製品そのものの利益の喪失を問題にするのか、それとも特許製品における実施部分の利益の喪失を問題にするのかによって、寄与率否定説と肯定説とに分かれる(飯村敏明 設楽隆一編著『知的財産関係訴訟』(2008年、青林書院) 210頁～211頁)。また、102条2項においても寄与率肯定説と否定説が対立している(同228頁)。寄与率は特許権の損害額の算定を困難なものにしている要因の一つである。
 - 6) 中山・前掲注2) 351頁
 - 7) 井尻雄士『会計測定的基础』76頁(1968年、東洋経済新報社)では、次のように説明する。「このように利益の源となるものを理解したので、次に経済財の貨幣による評価という重要な問題に移ることにしよう。たとえばいまAは米1kgを1,000円で買って2,000円で売ったとする。この場合米の価値はいったいいくらだといえいいのだろうか。前に述べた過程(2.11) $S(3 \text{ ユーティル}) \rightarrow G \rightarrow B(5 \text{ ユーティル})$ においてGの価値は二つの方法によって評価されるべきことを知った。すなわち一方では犠牲値に基づいて3ユーティルと評価し、他方では効益値に基づいて5ユーティルと評価する。この両者の差があるからこそGを獲得・消費する行為が行われるのである。したがってGの価値も二元であってその評価 $v(G)$ も $(2.12) v(G) = (3 \text{ ユーティル}, 5 \text{ ユーティル})$ というように二つの数を組み合わせて表現しなければならない。つまり一元の数でGの価値を表現することは価値の二元性からみてできないことなのである。これとまったく同じように(2.13) $M(1,000 \text{ 円}) \rightarrow G \rightarrow M'(2,000 \text{ 円})$ の過程において、貨幣で評価したGの価値 $m(G)$ も二つの数を組み合わせて(2.14) $m(G) = (1,000 \text{ 円}, 2,000 \text{ 円})$ というふうに表示しなければならないのである(ここで第1の数字はGの犠牲値を貨幣で評価したものであり、第2の数はGの効益値を貨幣で評価したものである)。」
 - 8) 井尻・前掲注7) 57頁
 - 9) 井尻・前掲注7) 57頁
 - 10) 効益及び犠牲と財の関係について、井尻教授は、「こういうふうには財への帰属の結果、物を獲得するために要する犠牲とそれがもたらす効益をあたかも財それ自身の性質であるかのように表現しながら研究していくことにする。いまわれわれが財を獲得するのに犠牲がいり、また財が効益をもたらすと考えるのはその根本に「犠牲→財→効益」という三者の間の因果関係(casual relationship)があるという考えによる(ここでも→は原因・結果の関係をあらわしている)」とする。(井尻・前掲注7) 50頁)
 - 11) 山本大輔・森智世『知的資産の価値評価』85頁(2002年、東洋経済新報社)
 - 12) 鈴木公明『知的財産の価値評価』54頁(2003年、IMS出版)
 - 13) 米国連邦巡回控訴裁判所(CAFC)のUniloc USA対Microsoft事件では25%ルールは否定されている。
 - 14) 栢谷克悦 監査法人トーマツ『企業価値評価の実務』279頁(2003年、清文社)
 - 15) 山本・森・前掲注11) 73頁～75頁
 - 16) コスト・アプローチは、取得原価による評価と再調達原価による評価に分かれる。
 - 17) 栢谷・前掲注14) 278頁
 - 18) 山本・森・前掲注11) 85頁
 - 19) 栢谷・前掲注14) 278頁、山本・森・前掲注11) 73頁

- 20) 田村善之『知的財産権と損害賠償』214頁～215頁（1993年，弘文堂）
- 21) 田村教授は、「2項（筆者注：現行102条3項のこと）は侵害行為による特許の利用可能性の喪失をもってただちに損害ありとみなすこととし，それに対する適正な対価，すなわち特許の利用価値を賠償額にすると定めていることになる」とする（田村・前掲注20）215頁）。なお，損害概念としての市場機会の喪失を広汎に捉え，実施の能力は特許権の存続期間中に実施ができたかどうかみれば足り，その場合の能力も抽象的能力と考えるとともに，権利者が販売することができないとする事情についても，市場機会の喪失とさえも評価できないような特別の事情と考え，損害額の減額要因を狭く解釈する見解もある（三村量一「損害（1）—特許法102条1項」牧野利秋=飯村敏明編『新・裁判実務大系（4）知的財産関係訴訟法』（2001年，青林書院）291頁～299頁）。
- 22) 沖野眞巳「損害賠償額の算定—特許権侵害の場合—」法学教室219号60頁（1998年）
- 23) 沖野・前掲注22）60頁，平井宜雄『債権各論II 不法行為』75～77頁（1992年，弘文堂）
- 24) 差額説と逸失利益の関係について，窪田充見「損害賠償法の今日的課題—損害概念と損害額算定をめぐる問題を中心に—」司法研修所論集（2010年）19頁で，次のように明らかにされている。「おそらく，今日おいでになられている裁判官の方々も，差額説といったときに念頭に置くのは，逸失利益なのではないかと思います。本来，財産状態差額説を考えるのであれば，積極損害だって差額説で考えて何ら不都合はないのです。財産状態を考えるときに，プラスとマイナスの話だけなので，両者は基本的な性格が異なるものではなく，一緒に考えていいはずなのに，実際には，区別して扱っているわけです。」

（原稿受領日 2014年9月11日）

