

# 計算鑑定人制度と知的財産の評価



牛島 正晴\*

## 目 次

1. はじめに
2. 計算鑑定人制度
3. 「ウェスタンアームス事件」(H13.2.8 東京地裁 平成9(ワ)5741号特許権侵害差止等請求事件)における計算鑑定人の役割
4. 計算鑑定プロセスに関する疑問
5. 知的財産評価手法
6. 計算鑑定人の育成
7. おわりに

## 1. はじめに

(1) 計算鑑定人制度が導入され、より確実な賠償価格等の算定が成される事が期待されている。従来判例等を参照してお分かりの通り、賠償額判断の尺度は「業界の相場」、「国営特許をライセンスする時の料率」或いは「純利益三分法による料率」に基づいて賠償額が判断されてきたと思われる。しかしこれらの方式はあまりにも疑問の多い算定方式である。例えば、「業界の相場」とは何を意味するのかと云えば、同業他社の実施したライセンス料率が2~3%であれば、賠償価格の算定もこの料率で行おうというものである。しかしライセンスの対象となる知的財産はどのようにして設定された権利なのであるか。それは新規性・進歩性・産業上の利用可能性といった基本要件を満たした発明であるか否かの審査を経たものである。換言すれば唯一無二とまでは云わないが、類似するような代替的解決策(発明)は原則的に世の中に存在していないことと考えられる。そのような特許に相場が存在すると擬制して判断することに基本的矛盾があると考えられる。又、本来相場とは日常的に特許等を売買できる株式市場のような市場が存在して初めて相場が形成されるのであって、同業他社のいくつかの契約条件を風聞したという程度のことを意味するものではないであろう。特許等には株式市場のような市場が存在していないにも拘わらず恰も存在しているかのように想定して判断する

ことに無理はないのであろうか等々、これまでの賠償額の算定にはあまりにも問題が多すぎたと感じているのは筆者一人だけではないと思う。

(2) 工業所有権制度の健全なる維持発展のためには、「厳格な権利付与制度の確立」というこれまでのあり方から「権利を実効性あらしめるための正確な損害賠償額の算定」という時代に入ったと考える。即ち、権利を取得することに主眼があった時代から、権利を適正に「行使」し「運用」する時代へと進化したとの意味である。この進化を支えるための基本制度が、法律専門家のみによる賠償額の判断から、会計等の知識を持った他分野の専門家が作成した資料に基づく判断をする「計算鑑定人」制度であり、これにより判断精度が向上するものと期待される。

(3) 以下本論では、このような問題意識の下、まず計算鑑定人制度について概説し、続いて我が国初の計算鑑定人を採用した判例を紹介し、その判例における鑑定人の果たした役割をトレースし、問題の所在について考察する。その一方で、米国及び日本の一部で既に実務が開始されている「知的財産評価」の方式について概説し、今後計算鑑定人に期待される能力・経験・知識について検討を加える。

## 2. 計算鑑定人制度

(1) 計算鑑定人制度は平成11年改正において立証負担の軽減を目的として導入された制度である。同制度は特許法第105条の2に「特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟において、当事者の申立てにより、裁判所が当該侵害の行為による損害の計算をするため必要な事項について鑑定を命じたときは、当事者は、鑑定

\* 税理士・工学博士 プライスウォーターハウスクーパース税務事務所 知的財産評価室 マネージングディレクター

人に対し、当該鑑定をするため必要な事項について説明しなければならない」と規定された。

(2) 同条は「特許権侵害訴訟において当事者の申立により裁判所が侵害行為による損害を計算するため必要な事項について説明しなければならない」<sup>(1)</sup>との趣旨とされる。同条の規定中特に重要と考えられるのは「損害を計算するために必要な事項」に関してである。ここでいう必要な事項とは「例えば侵害者の販売数量、販売単価、利益率等であり、当事者双方の意見を聞いたうえで裁判所が決定するとされる。鑑定の基礎となる資料は、訴訟で任意に提出された証拠、文書提出命令によって提出された資料、鑑定に際して当事者が提出した資料」<sup>(2)</sup>である。これに対し村林他は「特許侵害訴訟において立証上問題となるのは、むしろ『権利者が販売できない事情及び販売できない数量』（法 102 条 1 項）、『売上の増減に伴って変動する販売経費の金額』（法 102 条 2 項につき限界利益説を取った場合）、『実施に対し受けるべき金銭の額』（法 102 条 3 項）、『製品全体に占める特許発明の寄与割合』等の特許法プロパーの事項である」<sup>(3)</sup>と指摘し、「侵害者の販売数量、販売単価、利益率等」のみが対象となるのではないと述べている。即ち、基礎的な財務資料が判断できる販売数量、販売単価、利益率等を検討するために計算鑑定人制度が創設されたのではなく、102 条 1・2・3 各項及び特許発明の貢献利益率の鑑定にこそ同制度の意義があるとの主張である。

(3) 損害賠償額の算定に関し、田村は「1998 年改正前の特許法 102 条等に対しては、その実効性を疑問視する有力な見解が説かれていた。第一に、裁判実務では、逸失利益の損害が認められることが例外的な場合に止まるところ、第 2 に、やはり裁判実務では侵害者の利益額を権利者の損害額と推定する 1998 年改正前 102 条 1 項（現 102 条 2 項）は、特許権者自身が不実施の場合など、推定が全く機能しないとされる事例が少なくない。そして、第 3 に、1998 年改正前 102 条 2 項（現 102 条 3 項）は、客観的に相当な実施料額の賠償を認める規定であると解されているにも拘わらず、実際には、業界の相場などのような実施料の額が算定の対象とされることが少なくない。しかし、このように賠償額が許諾を求めていたとした場合と同様の額に

しかならないのであれば、特許権者が裁判にかかる費用を慮って訴訟を提起しない可能性を考えると、経済的には侵害した方が得をすることにもなりかねない」<sup>(4)</sup>と指摘している。これらの指摘は、前述の 102 条各項と貢献利益を導くことが計算鑑定人制度の本旨だとする理解よりも更に現実的な内容となっている。

(4) しかし筆者はこの田村説でも未だ物足りなさを感じている。その原因は単に“経済的には侵害した方が得をする”というものではないと考えるためである。何故そのように考えるかといえば、読者がライセンスをする時を想起されると分かりやすい。ライセンサーはどのような条件の下にライセンサーを選択するのであろうか。最も基本となるアイデアは、製造・使用・販売のみをセット<sup>(5)</sup>にして、用途制限・地域制限・能力制限等を課す<sup>(6)</sup>ことである。これらの条件をつけてライセンサーを選択する背景は、市場における競合の排除にある。それ故に、ライセンスにおいて独占禁止法の問題が重要なのである。即ち、ライセンサーは常に市場における競争優位を基本的に確保できる条件でライセンス行動をとる。既にお分かりのようにライセンスにおける意思決定で最重要事項は、ライセンサーの自由意思の形成である。翻って上述の侵害と損害賠償の係りに論を戻すと、賠償額の算定基礎としての 102 条各項の規定、貢献利益率の算定の問題と、侵害した方が経済的には得となるような現実に加えて、“侵害という行為”は権利者としての、個人或いは企業経営上の自由な判断を喪失せしめる行為といえる。通常であればライセンスの申込みがあっても経営戦略上の判断から拒絶するような相手が、ライセンスしてくれないのなら黙って実施してしまえという行為に出た場合、その侵害行為を発見し訴訟を提起した権利者が、自らの経営上の自由意思を踏みにじられたにも拘わらず、その賠償が正規のライセンスを実施した場合と同じという結論しか導き出されないのであれば、権利者はどのようにして自らの権利を企業運営上有効に機能させたらよいのであろうか。どうやって市場での競争優位性を確保していったらよいのだろうか。つまり、何のための独占的排他権であり、何のために特許を取得するのであろうか。新規技術を開示して産業の発達に貢献することの見返りは何処にも確保されていないのである。特

許とは異なる法律の下では、暴力的に自らの自由意思を束縛された場合、暴力が振るわれたということのみならず、「自由意志」を束縛されたことが重要な論点になる。この構造が特許制度では全く考慮されずに、権利を侵害して製造販売しても、その行為により獲得した利益を変換すればそれで事たれりという結論の導き方は極めて異常である。また、現在の裁判所あるいは学説の動向を見るとあまりにも実際的でないことに驚く。ここで注意して頂きたいことは「逸失利益の賠償」<sup>(7)</sup>を筆者は主張しているのではないという点である。我々の住む社会で最も重要なことは、各人の自由な意思を束縛するには、公共の利益に反するというような特殊の事情なき限り起こってはならないにも拘わらず、現実にはこの様な事態が知的財産の世界では頻繁に起こっている。自由な意思の行使を踏みにじられた権利者本人そしてクライアントの利益を守るために行動する専門家も発明者・権利者の「自由意志の侵害」を主張しないという奇妙な姿がある。即ち、法人も権利者足り得るにもかかわらず“経営”という観点からの分析・主張がなく、侵害者、非侵害者共にあたかも一個人であるとの暗黙の前提で議論されているのではないかとさえ考えてしまう。

(5) そして、計算鑑定人が果たすべき役割は帳簿をトレースして販売数量、販売単価、利益率等を算出したりすることのみではないと思料するものである。そのためには関与する鑑定の専門家がより積極的に損害賠償認定の範囲や同額の算定方法について裁判所に対して見解を述べるべきであるし、判断する側は“企業経営”という経済行為はどのように行われ、どのようにして企業等は利益（儲け）を捻出しているのかを考慮されるべきと感ずる。この点が理解されると、上記の筆者の主張が理解頂けると思う。

### 3. 「ウェスタンアームス事件」(H13.2.8 東京地裁 平成 9(ワ)5741 号特許権侵害差止等請求事件)における計算鑑定人の役割

同事件は我が国初の“計算鑑定人”制度を採用した判決である。この判決が出る過程で計算鑑定人がどのように結論に影響を及ぼしたかを以下に考察する。

#### (1) 事案の概要

原告:株式会社ウェスタン・アームス

被告:有限会社マルゼン

被告:有限会社丸前商店

(有限会社マルゼンは、玩具銃を製造し、有限会社丸前商店に一括して売り渡す関係にある)

「本件は、自動弾丸供給機構付玩具銃の特許権を有する原告が、被告らに対し、被告らの製造、販売する玩具銃が原告の特許発明の技術的範囲に属し、その製造、販売が原告の特許権を侵害すると主張して、特許法 65 条 1 項に基づく補償金請求として 9485 万 0500 円、不法行為による損害賠償請求(弁護士費用を含む)として 1 億 4464 万 9500 円並びに補償金請求額の一部及び損害賠償請求額の一部の合計 5695 万円に対する平成 9 年 4 月 29 日(訴状送達の日)の翌日)から、損害賠償請求額の残額 1 億 1107 万 9500 円に対する平成 11 年 9 月 1 日(不法行為の後の日)から、補償金請求額の残額 7147 万 0500 円に対する平成 12 年 9 月 1 日(補償金請求を拡張した後の日)から各支払済みまで民法所定の年 5 分の割合による遅延損害金を連帯して支払うことを求めている事案である」<sup>(8)</sup>。

#### (2) 本件の争点

本件は 3 つの争点を有する。第一の争点は発明の構成要件 D<sup>(9)</sup>の充足性、第二は構成要件 F 及び H の充足性、第三は補償金の額、第四は損害賠償の額についてである。本論では「計算鑑定」に焦点を絞るため第三及び第四の争点のみを検討対象とする。

#### (3) 争点(補償金の額)について

本件特許発明が出願公開後の平成 7 年 11 月 9 日から本件特許権の設定登録の日の前日である同 8 年 9 月 18 日までの間の被告らが製造・販売した商品名「マルゼン イングラム M11」並びに「マルゼン UZI ピストル」に関する製造及び販売個数を特定し、その後、この個数に基づいて実施料相当額を算定する。

その際、原告側は本件特許と関連する特許発明(特許番号第 56142 号)について、既実行中の契約条件を独立第三者価格(Arm's Length Price)として、本来ならば被告らが原告に支払うべき実施料相当額を補償金額算定の基礎とするように主張している。その第三者取引の条件は

「i.実施許諾の対価として実施品 1 種類当り 1000 万円、  
ii.個々の実施に対し実施品 1 個当り 900 円を支払う」<sup>(10)</sup>というものである。

原告被告両者が主張する販売数及び売上金額の差（原告見積 - 被告申告）

被告製品 1	販売数	43287 個（原告 > 被告）
	売上金額	1 億 1470 万円（原告 > 被告）
被告製品 2	販売数	17599 個（原告 > 被告）
	売上金額	1 億 7599 万円（原告 < 被告）

のように両社に大きな差異があり、特に原告の主張が被告の申告数値を大きく上回っていることが分かる。

#### (4) 計算鑑定人による分析

##### 計算鑑定採用の理由

本件においては、「被告らが補償金及び損害賠償の額を争い、しかも、被告各製品の販売数、売上額、利益率についても、原告の主張と被告らから提出された書証の間に少なからぬ相違がみられたため、損害額の認定を迅速かつ適正に行うため、原告の申立てにより損害計算のための鑑定（特許法 105 条の 2）を採用した」<sup>(11)</sup>。

##### 計算鑑定事項

「被告各製品の販売数、売上額、利益率について鑑定を命じ、……同鑑定人は、……被告らの会社を訪れて被告らの会計担当の従業員から任意に会計帳簿、伝票類の提示を受け、同従業員らからその内容の説明を受けるなどした上で、これを検討し……計算鑑定報告書を提出した。なお、……同鑑定人は、被告らから、個別の取引先ごとの売り上げを記録した帳簿等を含めた一切の関係書類の開示を受け、個々の取引の内容を含め、すべての事項について必要な説明を受けたものである……」<sup>(12)</sup>

##### 計算鑑定結果

計算鑑定では先ず侵害を構成していると思われる被告の各製品の販売数、売上金額について確定する。次いで同数値に基づいて、補償金の額の算定に入り、「…本件特許発明の実施料の率……は以上の事実によれば、……、上記契約に基づく実施料として、1920 万円を請求できる。

##### 計算式

$$(8,000,000 \text{ 円} + 800 \text{ 円} \times 14,000 \text{ 個}) \div 14,000 \text{ 個} =$$

1371 円

……、製品 1 個当たりの実施料は 1371 円となり、さらにこれを上記の販売価格（卸売価格）で除すると、実施料率は計算上 11.5%となる。

原告は、本件特許発明と関連する特許発明（特許番号第 2561421 号）について……との間で締結した特許権実施許諾契約の例に基づいて計算すると、実施料率は売上げの 19.1%ないし 41.4%となる旨主張する。…（中略）……

しかし、上記……契約……の対象とされているのは関連するとはいえ本件特許権とは異なる特許権であるし、しかも、いずれも製品の販売数が 1 万個に満たないことから、実施料率の計算に際しては、事前に一括で支払われる金額の実施料に占める割合が高くなる（そのために実施料が高めに計算される）ことが明らかである。したがって、本件特許権に係る実施料率は、ルガー P08 実施許諾契約に照らし販売価額の 12%と認めるのが相当である。……」<sup>(13)</sup>

#### (5) 争点（損害の額）について

##### 特許法 102 条 2 項の「利益」の意義について

「……特許法 102 条 2 項所定の『侵害の行為により利益を受けているとき』における『利益』とは、侵害者が侵害製品の製造、販売のみに要する専用の設備や従業員を新たに設置し、あるいは雇い入れたといった例外的な事情がない限り、侵害製品の売上額から仕入れ、加工、梱包、保管、運送等の経費のうち侵害製品の製造、販売のみのために要した部分を控除した限界利益ともいうべきものを指すと解するのが相当である。

そして、上記限界利益の範囲は、財務会計上の観点のみから決せられるものではなく、不法行為法における損益相殺の観点に加えて、侵害者がその侵害行為によって得た利益の額をもって特許権者の逸失利益と推定することにより、特許権者による損害賠償請求に当たってその主張立証責任を軽減し、特許権者の保護を図るという特許法 102 条の規定の趣旨に照らして解釈するのが相当である。」<sup>(14)</sup>

##### 本件における「限界利益」について

「上記……の意味での『限界利益』は、売上額から販売に直接要する費用である変動費を控除した利益（本件報告書にいう『限界利益』）ではなく、右利益の額から、更に固定費の中でも対象となっている製品に

直接関連する経費（直接固定費）を控除して算出したもの（「貢献利益」）を指すものと解すべきである。

#### ア．被告マルゼンについて

計算鑑定の結果によれば、各製品の販売に直接要する費用としての変動費と直接固定費とに区分して分析している。先ず変動費部分であるが、

- A. 損益計算書の売上原価の内訳科目である
  - a. 仕入高、
  - b. 外注費、
  - c. 包装費の他被告各製品に貼付する合格シールに係る費用と認められる。
- B. 次に、上記の意味での直接固定費に含まれる費用、
  - a. 金型の減価償却費、
  - b. 販売促進費、
  - c. 荷造運賃、
  - d. 消耗品費、
  - e. 消耗工具費は、すべての製品に共通する費用ではあるが、売上高の割合で案分した限度で、直接固定費と認められる。

（ は筆者が加筆し整理したものである。）

#### イ．被告丸前商店について

計算鑑定の結果によれば、各製品の販売に直接要する費用（変動費）としては被告マルゼンからの仕入高を認めることができる。次に、直接固定費に含まれる費用としては、広告宣伝費のうち被告各製品の広告宣伝に用いられたもの（情報誌への広告料。被告丸前商店が被告各製品を顧客に販売していることから、同被告についてのみ直接固定費に計上することには合理性があるというべきである）が認められる。また、修理のためのアルバイト従業者の件数費と製品の運搬に伴う運賃も、売上高の割合で案分した限度で、直接固定費と認められる。

#### ウ．まとめ

「……そうすると、損害賠償の対象となっている期間における各被告の特許法 102 条 2 項所定の「利益」は前記のとおりであるから、原告の損害の額はこれを合算した金額であり（同法 102 条 2 項による損害算定の場合には、流通にのみ関与している者については、直前の流通関与者からの仕入額を変動経費として控除して利益額を算定するので、各関与者の利益額を合算した額が原告の損害の合計額であり、このように解しても同一の侵害製品について 1 回の流通分として評価

できる額を超えて損害額を算定することにはならない）被告らは、この合計額について連帯して支払義務を負うものである。」<sup>(15)</sup>

#### 4．計算鑑定プロセスに関する疑問

(1) 計算鑑定は原価構造分析をすることを目的とするのであろうか。計算鑑定人の立場からすれば、委嘱した裁判所からの指示に含まれている業務を遂行したのみであると理解できる。すると、鑑定人に業務内容を裁判所が指示した段階で賠償額の殆ど概略は定まってしまう事になる。例えば、権利者と侵害者の原価構造あるいは利益構造は違うのが普通である。であるならば、法の趣旨が権利者が実施していたら得られたであろう利益（逸失利益）を賠償しようとするのであるならば、権利者の原価構造あるいは利益構造に基づいて逸失利益が算定されるのが本旨ではなかろうか。極端に言えば、権利者が零細企業で先端設備を有しておらず、熟練工による機械手作業中心に製造を行い、限られた販売チャネルでのみ細々と販売を行っている時に、侵害者としての大企業では製造ラインに人はおらず人件費は殆ど掛からない、また自らの直売ルート及び物流子会社に委託して販売が行われているので高収益が確保されているような場合、高収益の額それ自体が、本当に権利者の逸失利益なのであろうか。逆に大企業の権利者が、零細企業の侵害者の上げた利益をもってして本当に権利者の逸失利益といえるのだろうか。どうやら逸失利益という理念で損害賠償額を算定し得るのは、権利者と侵害者の企業規模等が極めて類似している水準においてのみ有効に機能する方式ではないのか。計算鑑定を委嘱した裁判所は果たしてこのような分析の後、業務を鑑定人に委嘱したのであろうか。もしそうでないのであれば、賠償金額は計算鑑定人を委嘱したから正しいとは言えないように思われる。即ち、裁判所が鑑定人に作業指示する段階で大方の賠償額が実質的に決定されているとも判断できてしまう。上述の例の大企業はどのようにして自らの利益を守るべきか。このままでは計算鑑定人制度は存在意義を失いかねない。

(2) 計算鑑定人の利用を訴訟の両当事者が裁判所に要求することを許している（法 102 条）。本件の場合、原告が鑑定人を要求したが、被告も要求したらどうなる

のか。同時に要求すれば、一人の鑑定人のみが委嘱されると思われる。では同計算鑑定人により鑑定報告書が提出された段階でその内容に疑義を感じ、改めて被告らが（再）鑑定を要求したらどうなるのか。法にその規定はない。また鑑定にあたり評価する方法についても法は何ら規定していない。全て裁判官の指示に従うことになるが果たして裁判官は適正と考えられる評価算定方式に係る知識を専門家ほどに保有していると想定するのは困難であろう。すると当事者はどのような方式で評価すべきかという議論を計算鑑定制度を利用する前に、裁判官及び両当事者間で決定しておく必要があるのではなからうか。特許等の侵害に係る計算鑑定は、他の法律の下で行う“不動産鑑定人”による鑑定とは全く異なる。その理由は、不動産の鑑定は国家試験である不動産鑑定士試験に合格し、3年の実務経験を経て鑑定士として登録できる。この意味は、どの鑑定士に鑑定を依頼しても、基本的な評価鑑定方法はあまり差がないと考えられる。何故ならば、その評価方式に関係する知識を試験として出題し、それを基礎とした鑑定実務経験を積むことにより得られる結果だからである。しかし、計算鑑定人はその任にあたる為の資格試験は特になく、少なくとも“会計の専門家”であることが期待されているぐらいである。そのため、鑑定人が単なる原価分析とは異なる方式にて損害額を算定することができたとしたならば、原価分析方式で導かれた本件でいうところの「逸失利益」が全く異なる金額で算定される可能性（逆もまた真也）がある。また、鑑定すべき事項の中には「財務会計に関する専門知識では解決できない問題が多く含まれており、計算鑑定人制度がどの程度実効性を発揮しうかは、当事者の申立及び裁判所の適切な訴訟指揮にかかってこよう<sup>(16)</sup>との指摘も既になされている。

このように考えてくると、計算鑑定制度が実質的に有効に機能するか否かは第一に鑑定人に指示を与える裁判官が計算鑑定の方式についてどの程度の知識を有しているかにより計算鑑定の成果が決定されてしまうと考えられる。指示を詳細に裁判官が与えれば与えるほど従来からの裁判官が賠償額を決定することとあまり差はなくなり、単に会計的裏付け資料を鑑定人が確認整理するにすぎなくなる。第二は計算鑑定人の任命条件である。単に会計だけ分かればよいというものではないという指摘の通り、工業所有権法の基礎的な知

識に加え、市場経済の分析能力も当然に要求されよう。もしこれらの能力がなければ損害賠償額の的確な算定は不可能であろう。

しかし本質的問題は、計算鑑定人と裁判官の間で発生しているのではなく、寧ろ、損害額を申立てる権利者と弁護士側にあると考えられる。即ち、損害額の算定の方式として原価の積み上げによる方式のみしか視野に入っていないのではないかという疑問である。原価積み上げ方式以外にどのような方式があるかを次節において整理するが、もしそこで紹介する方式に基づいて賠償額を算定したならば、同額はもっと異なった値になったのではないかと思われる。もし原価積み上げ方式で権利者側が損害額を申し立てたならば計算鑑定人が行うべき業務が全く異なった可能性が高いのではないかと考える。

## 5. 知的財産評価手法

知的財産等を評価する手法としてコストアプローチ、マーケットアプローチ、インカムアプローチの三種の評価方法が通常使用されている。何れの手法にも強み・弱みがあるため、評価対象毎にそれぞれの特徴や使用目的等を考慮して手法を決定することになると考える。そこで次に各手法の概略を整理した後、どの手法が望ましいかを考える。

### (1) コストアプローチ

評価の対象となる資産が有する将来の用益力と同じ用益力を得るために必要な投資金額（コスト）を求めることで、資産価値としようとする方法がコストアプローチである。

### (2) マーケットアプローチ

市場での取引を総合的あるいは個別に判断して、将来的に得られるであろう利益の現在価値を算定するのがマーケットアプローチである。この手法を適用する前提として活発な公開市場の存在と、取引されているものが評価対象と類似していることが要求される。類似の度合いが低い場合、差異を調整して評価することになるためあまり信頼できない手法といえる。そのため、知的財産のようなユニークな資産の評価に適用されることはまずない。使用されているとすれば、内容を良く吟味しないと危険である。

### (3) インカムアプローチ

資産の将来の収益力を分析する評価手法がインカムアプローチである。この手法は、想定しうる期間内に得られるかもしれない利益を現在価値に引き直して評価するものである。この手法では、期待収益を実現するためのリスク予想が困難である。

### (4) 何れの手法が望ましいか

各手法の概略を整理したが、評価する対象資産は、これまでもそして今後も陳腐化等のリスク無き限り利益をもたらしてくれるものと考えられる。このように考えると、過去のコストだけを評価の土台とするコストアプローチは好ましい手法とはいえない。但し、評価の下限を判断するためには有効と考えられる。投資額を下回る金額での譲渡等は倒産のような特別な状況以外ではあまり有効ではないと思われる。

マーケットアプローチは、類似性を有する財を特定することが非常に困難で、どの程度類似していれば良いのかも判断し難い。もし類似財が発見できなければ差異を調整して使用するため、この調整の仕方について別途評価する必要が出てしまう。その際の判断基準は存在しない。

このように見てくると、最適な評価手法がないのではないかと判断されると思う。そのため、何れが良いかの比較衡量をして手法を決定することになる。その結果、インカムアプローチを実務上使用することが多い。

## 6. 計算鑑定人の育成

以上計算鑑定制度の課題と鑑定評価にあたり採用されるべき基本的な三種の評価方法（基本三法）について整理した。今後の課題としては、第一に計算鑑定を遂行すべき人材の育成である。現在想定されているような所謂会計の専門家のみならず、弁理士そして経営及び市場分析の専門家の少なくとも三者の参加が必要であろう。しかし、このような人々の合議により鑑定を行うことは、かなりの作業時間を要すると見込まれること、コストがかかること、そして多くの人の目に重要な経営情報を開示しなければならない事等の問題がある。短時日の中に低コストで計算鑑定を遂行することが最も望ましい訳であるが、そのためには一人の鑑定人が三分野の知識を同時に備えていることが最善

である。このような人材は今日極めて希少な存在であるため、上記三者が、自らの専門分野以外の2つの領域に精通するようになれば比較的早く計算鑑定の専門家を育成できる。計算鑑定の専門家の数が、今後の工業所有権制度の実効性を担保するバロメーターと言えるのではなからうか。

## 7. おわりに

計算鑑定の問題は、会計の専門家を司法制度の中に組み込むことで解決される問題ではなく、損害額等を判断する裁判所が、特許等の知的財産に関する科学・技術・デザイン・文芸・マーケティングそして経営に関する知識をどの程度の深さで有しているかにより、損害額の認定が大幅に変動する可能性を有する。これは、判断機関としての裁判所のみならず代理人としての弁理士・弁護士が同じ知識・センスを持たねばならないことも意味する。代理人が裁判所に対して申し立てない、判断を要求しない事項について原則的に判断機関は積極的に行動する義務はないからである。計算鑑定制度は、あまり注目されている新制度ではないが、本制度を積極的に活用していくことにより、工業所有権制度の更なる発展があるということを是非ともご理解を賜りたいと切に念ずるものである。

### 注

- (1) 村林隆一・松本司・岩坪哲・鎌田浩「新特許侵害訴訟の実務」通商産業調査会 2000年9月28日 初版 P.224
- (2) 特許庁編「平成11年改正法の解説」P.50
- (3) 村林隆一・松本司・岩坪哲・鎌田浩「新特許侵害訴訟の実務」通商産業調査会 2000年9月28日 初版 P.224
- (4) 田村善之「知的財産法」有斐閣 1999年9月30日 初版 P.257
- (5) 並川啓志「技術者のためのライセンスと共同研究の留意点」(社)発明協会 1997年10月1日 初版 P.15
- (6) 並川啓志「技術者のためのライセンスと共同研究の留意点」(社)発明協会 1997年10月1日 初版 P.21-22
- (7) 田村善之「知的財産法」有斐閣 1999年9月30日 初版 P.258
- (8) H13.2.8 東京地裁 平成9(ワ)5741号 特許権侵害差止等請求事件 <http://www.courts.go.jp/>
- (9) 本件特許発明の構成要件を分説すると、次のとおりである(以下、それぞれを「構成要件A」などという)。  
A グリップ部内に配される弾倉部と  
B 上記グリップ部内にガス導出通路部が連結されて配される蓄圧室と

- C 銃身部の後端部に設けられ、上記弾倉部における一端の近傍に配される装弾室と
- D 該装弾室に供給された弾丸を発射させるべく操作されるトリガに連動して上記ガス導出通路部を開閉制御する開閉弁部と
- E 上記銃身部に対して設けられ、該銃身部に沿って移動し得るものとされたスライダ部と
- F 該スライダ部における上記銃身部の後方となる部分内に設けられ、上記スライダ部と一体的に移動する部材である受圧部と
- G 上記装弾室と上記受圧部との間に配され、上記スライダ部の移動方向に沿う方向に移動可能とされた可動部材と
- H 該可動部材内において移動可能に設けられ  
ガス導出通路部から可動部材内を通じて装弾室に至る第 1 のガス通路及びガス導出通路部から可動部材内を通じて受圧部に至る第 2 のガス通路のそれぞれを開閉制御し  
開閉弁部によりガス導出通路部が開状態とされている期間において、前記第 1 のガス通路を開状態として、蓄圧室からのガスを装弾室に供給する第 1 の状態から、前記第 2 のガス通路を開状態として、蓄圧室からのガスを受圧部に作用させてスライダ部を後退させ、それに伴う可動部材の後退を生じさせて、弾倉部の一端から装弾

室への弾丸の供給のための準備を行う第 2 の状態に移行する

ガス通路制御部と

I を備えて構成される自動弾丸供給機構付玩具銃

- (10) H13.2.8 東京地裁 平成 9(7)5741 号 特許権侵害差止等請求事件 <http://courtdomino2.courts.go.jp/chizai.nsf/Listview01/6D66FF0B4IECE7BA49256ACA001C23C7/?OpenDocument>
- (11) H13.2.8 東京地裁 平成 9(7)5741 号 特許権侵害差止等請求事件 <http://www.courts.go.jp/>
- (12) H13.2.8 東京地裁 平成 9(7)5741 号 特許権侵害差止等請求事件 <http://www.courts.go.jp/>
- (13) H13.2.8 東京地裁 平成 9(7)5741 号 特許権侵害差止等請求事件 <http://www.courts.go.jp/>
- (14) H13.2.8 東京地裁 平成 9(7)5741 号 特許権侵害差止等請求事件 <http://www.courts.go.jp/>
- (15) H13.2.8 東京地裁 平成 9(7)5741 号 特許権侵害差止等請求事件 <http://www.courts.go.jp/>
- (16) 村林隆一・松本司・岩坪哲・鎌田浩、「新特許侵害訴訟の実務」通商産業調査会 2000 年 9 月 28 日 初版 P.224

判例検索の頁でキーワードに「計算鑑定」と入力すると全文表示の頁に入り本件判決が表示されます。

(原稿受領 2001.8.31)

