本日はまず、82 ページの最初に書いてある無効審判ですが、もう何度も名前自体はお話しています。特許庁の審査には、相当数のミスがあります。そのように、過誤登録で与えられた特許を事後的に無効にする制度が無効審判です。2005 年のデータによると、1 年間で 340 件ほど提起されています。審議の期間は約 10 カ月だそうです。

審決というのは審判における結論で、裁判の判決と同じ位置付けですが、2005 年の審決のうち、無効審決が 224 件、維持審決と言う、無効でないとする審決は 127 件でした。無効審判が提起されると、3 分の 2 は無効になっているようです。これは、3 分の 2 も審査ミスがあるということではなくて、有効性に疑いがある特許だけ無効審判をされるので、無効審決の方が多いというのは仕方がありません。無作為抽出して無効審判を行っているわけではないので、無効審決の方が多くなります。

無効審判の当事者適格については後で話しますが、特許庁が自動的に行うのではありません。ここも処分形式が機能していまして、審判請求があってから、初めて無効審判がスタートします。ですから特許庁が自主的に改めるということはないです。誰かが無効審判をしてくださいと言わないと始まらないものです。

無効審判の性質は特許を無効にするというものですが、2 回前の講義で、75 ページの当然無効の抗弁や、公知事実の抗弁と言って、現在では特許権侵害訴訟の中で無効の主張ができるようになったと話したと思います。それとの違いは、無効審判には対世効があるということです。教材ですと、上から 3 行目です。無効審決に確定すると、特許権は遡及的に消滅すると書いてあります。125 条ですが、始めから特許がなかったものと見なされるということが書いてあります。ですから、対世的に特許権が無効になります。

他方、75 ページの無効の抗弁や、現在の 104 条の 3 の抗弁は、民事訴訟の中で提起される抗弁にすぎませんので、対世効がありません。しかも、普通は特許権侵害という請求を棄却するという結論に対する判決理由中の判断にすぎませんので、判決効もないのです。そのような性質しかありません。ですからその場限りです。

他方、無効審判は対世的に無効になりますから、無効になった以上、特許権者は侵害訴訟を起こすことができないことになります。無効の抗弁の場合は、判決理由中の判断にすぎませんので、無効だと言われた特許権に基づいて、他の侵害者に対してもう一度権利を行使することは、理論上は可能です。そこが違うところです。ですから、実際の争いでは、被告は無効の主張もしますが、無効の主張をするのと並行して無効審判を提起することの方が多いようです。

ですから、もっと言えば、無効の抗弁が認められて、被疑侵害者側が裁判に勝ったとしても、無効審判を継続して行うということには意味があります。イ号物だ、と特許権者に文句を付けられた製品とは違う製品を、これから販売するかもしれないからです。そのときに侵害の客体が違えば、判決効は及びませんので、もう一度特許権者から侵害訴訟を起こされる可能性がないとは言えません。であれば、無効審判でつぶしておこうということは、合理的な行動です。そのようなことはよくあります。

無効審判は、審判官という審査官のベテランの人たちが 3 人ないし 5 人の合議体でやると決められています。昔は、手続きは書面が多かったのですが、現在では書面と口頭弁論とをミックスして行うことも多くなってきたと言われています。

無効審決が出ますと、特許は無効です。他方、無効ではないとすると、正式には無効審判請求不成立審決と言うのですが、特許維持審決が出ます。不服のある人は、審決取消訴訟というものを提起することになります。

審決取消訴訟については、教材 90 ページのフローチャートの右下の方です。右下の黄色い四角、審決取消訴訟提起 278 と書いてあります。ここから下が裁判手続きになります。ここから上は特許庁内の手続きです。

知財高裁のホームページにも書いてあると思います。審決に不服がある人は、現在では東京高裁の特別部である知的財産高等裁判所に専属管轄になっております。ですから、高裁は一緒なのです。高裁に不服があれば上告なので、2 審級で終わりです。審決取消訴訟という制度によって、行政処分が最終処分にならないように、司法のチェックを入れているのです。

審決取消訴訟については、83 ページでもう一度お話をします。無効審判について、無効だという理由は 123 条に書いてありますが、この無効理由というのは、今まで講義でお話をした拒絶の理由とほぼ同じです。微妙に違うところもありますが、皆さんの気にするところではありません。拒絶理由とほぼ同じだとお考えください。ですから、新規性、進歩性その他がないということが理由になります。これは審査のミスを正すという性格から、当然だということになります。

無効審判の被請求人についてですが、無効審判が請求される人ですから、これは当然特許権者になります。特許庁ではありません。ですから、無効審判の場合は、普通は競業者が無効審判を申し立てて、相手方は特許権者ということになります。特許庁でいわば裁判所のような話をします。

このような審判は、当事者対立構造を取っているので、当事者系の審判と言います。拒絶査定不服審判については、査定系の審判と言われます。拒絶査定不服審判というのは、特許庁の最初の審査に不服がある場合に提起される審判ですので、これは出願人対特許庁という構造になります。このような構造を査定系と言いますので、この場合は対審構造ではない、いわば被告と裁判所が一緒というような感じになっています。本日は無効審判の説明ですので、無効審判は対審構造を取っているということです。

請求人適格ですが、誰が無効審判を提起できるのかといいますと、現在では 123 条 2 項に請求人適格が書いてあります。現在では、特許無効審判は「何人も」請求することができるということが書いてあります。

昔はこの 2 項というのはありませんでした。ですから、請求人適格についてははっきりした条文がありませんでした。はっきりした条文がなかったので、昔は民事訴訟の、利益なければ訴えなしの処分形式が機能していまして、一定の利害関係が必要だという取り扱いがされていました。裁判例についても、塩化ビニルの事件（東京高判昭和 45.2.25 無体集 2 巻 1 号 44 頁［塩化ビニル樹脂配合用安定剤］）が教材に載っておりまして、当該審判請求について法律の正当な利益を有することを必要とするという、少し古い判決がありました。

ただ、現在の 123 条 2 項ができる前でも、この利害関係というのは、一応必要ですが、それ程うるさいことは言われていませんでした。どうしてかというと、特許権は基本的に排他権です。現実には、被疑侵害物を作っている人だけではなくて、これから作ろうかなという人、あるいは特許権者にライセンスを求めたいという人もいます。ライセンスを求めたいということは競業者に近いということですが、そのような人も利害関係があると考えられていたのです。ですから、一定規模の会社、あるいはそうでなくても、事業主がその分野に興味を示している会社であればたいてい認められていたので、ほとんど争いにはならなかったのです。

この塩化ビニルの事件は、弁理士が当事者となって提起をした無効審判だったようです。

このようなことはときどきあるのですが、どうしてかというと、無効審判を提起したということを特許権者に

知られたくない場合があるからです。例えば、ライセンスをもらいに行こうと考えている人です。ライセンスをもらいに行こうと考えている人が無効審判を請求するのはおかしいと思うかもしれませんが、そんなことはありません。特許が無効であれば、そもそもライセンスをもらいに行かなくても実施できるので、潜在的ライセンシー、つまり、ライセンスを欲しい、実施許諾をしてほしいと思っている人は、実施許諾について交渉をしながら、裏では特許をつぶしに行くということがあるのです。

もっと言うと、この特許は無効になりそうだという証拠をライセンシーの方がつかむと、それを取引の材料にすることもあります。特許権者のところに行って、このような証拠があるのだけど、僕がこのまま無効審判を請求したら無効になるよというふうに取引を持ち掛け、特許権者が、非常に安いライセンス料でライセンスを出してくれることがあります。その方が、特許権者としても、特許をつぶされるよりはよいです。どうしてかというと、特許権者とライセンシーだけで独占できるからです。

そのようなこともあって、無効審判を提起するということを特許権者に知られたくない場合というのは結構あります。ですが、無効審判というのは、昔はそのような提起を認めていませんでした。どうしてかというと、昔は異議申立制度という、簡易無効審判の制度が用意されていたからです。異議申立制度というのは何人も提起することができたので、つぶしに行っているということを特許権者に知られることがありませんでした。

ただ、異議申立制度は煩雑だということで無効審判制度と統合されました。統合するときに、異議申し立ては匿名で、といいますか、何人でも異議申し立てをすることができたので、それは今言ったように、実務上非常に大事だったということで、無効審判も原則何人もできるというふうにしましょうということになりました。ですから今では、2 項に、原則何人も無効審判を提起することができると書いてあります。無効審判を何人もできるというふうに書いてあるのは、そのようなプロセスがあるのです。何人もですので、皆さんもすることができます。私もすることができます。皆さんの実名ですることができます。匿名 X では提起できませんが。

原則は「何人も」ですが、例外はただし書きと括弧書きに書いてあります。ただし書きと括弧書きの内容は、これは冒認出願だった場合と共同出願違反だった場合という意味です。条文を掛けてくれれば分かると思いますが、そのような拒絶理由に限定して、利害関係人に限り請求することができるという条文の体裁になっているはずです。

冒認出願についてはすでに 64 ページのところでお話をしましたが、発明をしていないのに、例えば発明者から発明が書いてある DVD のディスクを盗み出してコピーをして、発明をしていない出願をして、特許を取ってしまったというようなケースです。共同出願違反というのは、共同発明の場合は共同発明者全員がそろって特許を出願しなければいけないのに、その中の何人かが抜け駆けをしたという場合です。

このように、誰が特許を出せるのか、ということに関する無効理由については、利害関係人に限ると 2 項に書いてあります。この利害関係人の解釈が、若干の争いを呼んでいます。利害関係人は、冒認された真の出願人に限られるかどうか、つまり、冒認というのは特許を受ける権利を有していない人がした出願ですから、特許を受ける権利を有する特許権の卵、基本的には発明者ですが、そのような人がどこかにいます。どこかにいるその人しか、この利害関係人に該当しないのか、というところで、若干の争いがあります。

立法者の立場は、基本的には、真の出願人に限るという考えのようです。これは、産業財産権については、法律の改正がありますと、通称、改正解説、改正本などと言われている薄い冊子が出ます。そこに立

法理由やその経緯、立法プロセス、あるいは立法者の◇……◇などが書いてあります。研究者にとっては必読の書です。

それを読んでいくと、明確には書いていないのですが、どうも真の出願人に限るという立場を採っているようだということは分かります。どうしてそのように書いたかというと、真の出願人に限るということは、発明を盗まれたような人に限るということですので、一般的な競業者は、冒認を理由として、お前、あの人の発明を盗んだだろうという理由で無効審判を提起することはできないということを意味します。

それはどうしてかというと、そのような発明は、新規性や進歩性といった実体的な要件は満たしているはずだからです。誰に特許権を与えるべきかというところを間違えただけで、発明自体は特許を与えるにふさわしい発明のはずです。そうであれば、当事者同士で争えば十分じゃないかという発想があります。

もう少し言うと、実は、冒認を理由とする権利返還請求というのは、現在の特許法の解釈ではできないと言われています。つまり、冒認出願が特許になった場合に、真の発明者が特許を返せ、移転をしろと言うことができないと言われているのです。ですから、当事者間の交渉でしか、それは達成することができません。

ですから、無効審判を梃子に、真の権利者、発明者、あるいは発明者から承継した人へ譲渡されることを期待して、このようにしたのではないか、ということです。つまり、冒認された人が無効審判を提起すれば、このままだと冒認を理由として特許がなくなってしまいます。しかし、冒認をした、盗んだ人が、盗んだものを盗まれた人に返せば、特許は生き残ります。

特許は生き残るので、冒認した人がされた人に返しますが、返すときの代償として、これからは継続的なライセンスをくださいということで、当時者間の解決が図られることを期待したのではないかと言われています。東京大学の中山先生はそのようなご説ですが、田村教授や私は、これに反対をしています。

反対説が教材に書いてあります。基本的な発想は、64 ページの冒認出願について説明をしたときと同じです。基本的に、冒認出願はもちろん拒絶理由になっています。審査官にはその冒認の事情が分かりにくいというだけで、拒絶理由になってはいるのです。冒認出願というのは、サンクションとして、先願の地位がないというふうに条文で決められています。これはサンクションですが、冒認出願は他の出願を排斥することはできないと言われています。

他方、真の権利者は、実は冒認された後に即座に特許を出願すれば、特許を取ることができたのです。どのようなことかといいますと、冒認出願が今出願されたとして、1 年 6 カ月後には、当然冒認出願も、出願公開の制度によって公開されます。

普通、真の発明者、権利者というのは、出願された段階では盗まれたことに気付かないことが多いと言われています。実際はそうでもありませんが、多いというふうに言われています。真の権利者が気付くのは、だいたいこの公開のときです。真の権利者は、その発明を価値がないと思って出願しなかったけれども、発明をしているときによく出入りしていた業者が出願している、どうも盗まれたらしい、あの業者にこの発明をする能力はないはずだ、と気付きます。この公開の段階で、自分のした発明が出願されていると気付きます。

そうしますと、ベストの選択は、この辺で出願すれば真の発明者は特許を取れるはずだというふうに、我々は説明します。それはどうしてかといいますと、まず、普通は、同じ発明ならば先願が勝つということになりますが、教材に書いてある通り、冒認出願には先願の地位はありません。

それから、この公開ですが、これは普通は 30 条 2 項の、意に反する公知だと言われます。真の出願人

は、要するに公開するつもりがなかったから出願しなかったのですが、出願していないのだから公開されるとも思っていませんでした。それなのに勝手に公開されてしまったということで、意に反する公知だと言われます。だとすると、30 条のところでお話したように、6 カ月以内に出願をすれば、30 条の例外適用を受けて、真の権利者は特許を取れたはずです。

ここは先後願の関係にはなりません。冒認出願というのは先願の地位がないからです。この公開では 30 条 2 項に該当しますので、この公開がされてから 6 カ月以内に出願をすれば、特許を取れたはずなのです。

特許法の設定というのはもう何度も話をしているつもりですが、発明しただけで特許を与えるという構造にはなっておりません。公開代償説ですので、発明プラス出願、出願ということはすなわち公開ですが、発明プラス出願をして、初めて特許権を与えるに値するものだと言われます。

そこで、仮に、真の発明者がこの出願をしないで、冒認出願が特許になった後にこれは無効だというとすれば、別に真の出願人に限られるべきことではないといいます。つまり、立法者が言っているように、真の発明者が出願していないとすれば、本当は特許を与えなくてよいはずです。出願していればよかったのですが、出さずに無効だけを主張するということはもちろん可能ですが、無効だと主張して、それを梃子に真の権利者に権利を戻すべきだという考えは誤っているというふうに言えます。

もともと出願していないのだから、最初から権利を与える必要はないということになりますので、別にこの無効を主張できる人は真の権利者に限る必要はないというのが、ここで書いてあることです。

冒認出願が拒絶されるのは、別に当事者の問題ではないと我々はとらえています。当事者間の問題ではなくて、制度上からきている要請だと我々は考えています。ですから、ここは、利害関係人というのは真の権利者だけではなくて、競業者まで含む、従来通りの概念だと考えるべきだということが、ここに書いてあることです。当事者適格で問題になっているのは、ここだけです。

83 ページには、審決取消訴訟ということが書いてあります。審決で負けた方は、審決取消訴訟を提起することができます。審決取消訴訟については、専属管轄、出訴期間が決められています。

審決取消訴訟で勝つということはどのようなことかといいますと、審判の審決を取り消すというだけです。審決取消訴訟というのは最終処分ではありません。ですから、審決取消訴訟で、この特許は無効であるとか、この特許は有効であるとかいう結論は出ません。審決取消訴訟というのは、審決が正しいかどうかの訴訟です。ですから、審決が正しいと思えば、審決はそのまま維持という判決が出ます。審決が間違っていると思えば、審決を取り消すといって、特許庁に届出人差し戻しになります。

行政法で勉強したと思いますが、羈束力が働くので、審決取消訴訟の理由に特許庁は反することができません。例えば、証拠文献 1 から見てこれは新規性がないという判断を特許庁がしたときに、審決取消訴訟では、その証拠から新規性はまだあるのだという判決が出ます。だとすると、特許庁の方では、その審決の理由に反する判断をできないと言われています。これが羈束力です。

ですので、その証拠 1 から新規性がないという理由で審決を維持することは、特許庁はできません。これは拘束されます。拘束した結果、普通は特許庁が、今の例で言えば、特許は無効ではないという審決を出すことになります。

ですから、審決取消訴訟というのはこのような意味を持ちます。審決を取り消すだけです。もちろん、審決が間違っていなければ維持しますが、審決を取り消しするだけの機能しかありません。上告された場合にもそれは同じです。90 ページの図を見てください。右下の方の黄色は、審決取消訴訟の提起と書いて

あって、その下の緑のひし形の中に、「審判の判断正しいか」とあります。これはあまりよい言い方ではないですね。審決が正しいか、ですね。審決が正しいかどうか、ということが判断されます。正しくないと思えば、右側の請求認容です。

請求認容判決というのは審決の取り消しの判決ですので、もう一度審判をやり直すことになります。当事者対立構造のときは、取り消し判決に不服がある反対当事者もいるはずなので、上告することもできます。そこで矢印が上下に分かれているのは、そのような理由です。審決が正しいと思えば、請求棄却が出ますので、審決はそのまま維持されます。それで不服がある人は上告をすることになります。

無効審判と判断されなかったら、新証拠を審決取消訴訟で主張することができるのかという話については、やや難しいです。本日は損害賠償の話をしたいので、ここは飛ばす方向でいきます。基本的に、無効審判と判断されなかった新証拠は、審決取消訴訟で提出できないと言われています。それは、1 回は特許庁の専門家に判断をさせるというところに、審判をやって審決取消訴訟というステップの意味があるからです。ですから、審判で判断されなかった証拠を、審決取消訴訟でいきなり出すということは、審判で 1 回は専門家に判断させるというステップを飛ばしてしまうことになりますので、基本的には、審決取消訴訟では新しい証拠は出せないということです。

ただ、補強的な証拠は出せるというのが、現在の判決です。どこまでいったら新しい証拠、どこまでいったら補強的な証拠なのかということは相変わらず難しい問題ですが、基本的な判断としては、そうなっています。最初に特許庁の専門家に 1 回判断させるというところに、審判、それから取り消し訴訟というステップを作った意味がありますので、いきなり審決取消訴訟で、審判官が判断した証拠を出されるのは、そのような制度を作った趣旨に反すると考えられています。

ということで、無効審判制度というのはこのようなものです。審決取消訴訟というのは、すべての審判に対して提起することができますので、無効審判だけではなくて、拒絶査定不服審判等もあり得ることです。以上が、被疑侵害者側が主張できるお話ということになります。

教材 83 ページの「3 特許権侵害の効果」です。今まで不正競争防止法でも商標法でも、侵害の救済についてはお話をしてきませんでしたが、ほぼここに集約されます。ほぼ同じです。特許が一番説明しやすいといいますか、典型的ですので、ここで話をするということにしています。

ざっと見ますと、概観についてはもうすでにお話をしてきました。大きく言えば、2 つの救済方法があります。損害賠償請求と差止請求です。損害賠償請求は過去の侵害行為の被害の回復です。ですから、金銭賠償です。条文は民法 709 条です。他方、差止請求というのは、現在から将来にわたっての救済、現在から将来の侵害行為の停止です。ですから、きちんと分かれています。差止は現在を基準にして将来、損害賠償は、現在を基準にして過去の救済になります。

損害賠償は、根拠条文自体は 709 条です。損害額の算定等の特則についてはこれからお話をします。その他の救済としては、民法 703 条の不当利得があります。これも金銭の返還ですし、類型論で言うと、侵害利得の類型です。

現実の経路としては、不当利得返還請求は損害賠償請求が時効にかかった後に意味があります。普通は損害賠償請求権というのは 3 年で消滅してしまいますが、不当利得返還請求権は 10 年ですので、損害賠償が時効で切れてしまった後に、不当利得の意味があります。

故意または過失を必要としないということもありますが、事実上、特許権侵害に対する損害賠償は無過失責任になっていますので、ここにあまりメリットはないです。後は刑事罰です。それが過去の侵害に対す

る被害の回復です。

差止請求については、特許法にオリジナルの条文があります。民法にはありませんので、特許法 100 条に置かれました。付随して、侵害製品の廃棄や、侵害製品を製造する機械の廃棄等も一緒に請求することができます。

ここもなかなか難しいですね。差止請求認容判決が確定した後で、敗訴被告が実施している製品を若干変更することで、差止判決を潜脱しようとすることに対して、どの程度まで執行手続きで対応できるか。これを読んだだけではさっぱり分からないと思いますが、例えば 2 条 1 項 1 号の請求で、「東鮨」の名前を使用してはならないという主文の差止請求認容判決が出ました。

この後で、「みその東鮨」という商号の商品等表示を差し止めることができるのかという問題があります。これは、「みその東鮨」に対してもう 1 回訴えを提起するという意味ではなくて、「東鮨」の名前を使用してはならないという主文の下で、「みその東鮨」について差止をかけることができるのかという問題です。

というのは、差止判決というのは将来に対する救済ですので、差止判決を受けてから、被告の方が侵害態様を変更する可能性があります。だけれども、「東鮨」と「みその東鮨」の場合は、「東鮨」はだめと言われて、「みその」を付ければよいのか、という問題があります。もう 1 回訴えを提起しようと思うと、やはり権利者である原告の負担が大きくなります。「東鮨」を使ってはいけないという判決の下で、「みその東鮨」も使えないというように執行がかけられた方がよいでしょう。

差止判決では、どうしてもそのように後追いになりがちです。何と言っても、差止判決を見てから、被告の方は新しい名前を考えることができるのですから。「モーニング娘。」ではないですが、「東鮨」の後ろに「。」を付けたらよいのかという話になります。さすがにそれはねと皆さん思うでしょう。

差止判決についてはそのような問題があります。ですから、ある程度幅を見た差止判決であるとか、執行の在り方が期待されるということだけ、ここではお話をしておきます。

今まで何故若干急ぎ足だったかといいますと、この後の損害賠償が、やはりなかなか難しいからです。損害賠償請求ですが、最初に、所有権侵害に基づく損害賠償と、特許権、知的財産権侵害に基づく損害賠償の性質は大きく違うところがあります。常々言っているように、保護の対象が無体物なのです。ですから知的財産の場合は、柵を作って、お前はこっちから入るな、とか、金庫に入れておいて大事にしまっておく、ということができません。最初に言いましたが、複数の人が同時に違うところで使用できるのが無体物です。ですから、有体物とそこが決定的に違います。有体物というのは、今ここにあるもの、これを奪われてしまうと、権利者の手元からなくなる物です。侵害者のところにその物が行ってしまいます。

ところが、特許というものは抽象的なアイデアですので、侵害された、つまりクレイムに書いてある製品を製造販売されたとしても、特許権者の手元から目に見えてなくなってしまうわけではありません。そこが非常に難しいところだと言われています。

このため、知的財産というのは侵害に対して脆弱であると言われます。簡単に言えば、他人にまねされやすいということです。かつ、物理的な防御方法を講じることも難しいです。柵を作っておいたり、金庫に入れたりすることができないので、それも難しいということになります。

ですから、サンクションとしての実効性を考えると、損害賠償が高い方がよいだろうということになります。損害賠償を一般的に高くしておけば、侵害者のリスクを考えた場合に、できれば手控えるということが起こりますので、高い方がよいだろうということになるので、アメリカでは 3 倍賠償です。特許権侵害があった場合は、賠償額は裁判所の裁量ですが、3 倍まで認めると。それも 1 つのアイデアではあります。

他方、当たり前ですが、サンクションも強すぎてもいけません。知的財産権は侵害に対して脆弱だということは確かですが、他方で、その範囲が不明確だということもよく言われます。著作権法や不正競争防止法だと、似ているかどうかで判断します。だいたいこのように判断するのだ、というのは今まで説明してきたと思いますが、最終的には似ているかどうかです。やはりあいまいです。

特許にしても、比較的シンプルだと思われるあのジンギスカンの公報でさえ、図面がなかったら、何を言っているかさっぱり分かりません。どこまでいくと侵害なのかが不明確で、サンクションが強すぎると、本当は、神様が見たらセーフですが、ちょっと危ないと思って競業者が実施を手控えることがあります。例えば、特許権侵害をしたら常に損害賠償額が 1 兆円だというふうに固定的にすると、さすがに皆さん特許に気を付けます。しかし、万が一判断を誤って特許権侵害をしてしまったら、1 兆円払わなければいけないということですと、やはりなるべくマージンを取ります。特許発明の範囲からできるだけ遠いところでやろうとします。あくまで確率論ですが、できるだけセーフティーのマージンを取ろうとするでしょう。

だとすると、本当は神様が見たらそこはセーフなので、競業者はどんどん実施してほしいところです。非侵害であるところはやはりどんどん競業者が入っていった方が、競争効果が生まれて世の中がよくなります。

ところが、サンクションを常に 1 兆円と決めたばかりに、本当は神様が見たらそこはセーフなのに、萎縮してそこまで実施がされないということになりますと、やはりそれもよくない、競争を阻害しすぎるということになります。ですから、当たり前ですが、賠償がある程度適正である必要があります。

特許法ではどのような手当てをしたかといいますと、本体の条文は 709 条です。その代わりに、損害賠償額の算定のところで特許権者を少し応援しようという作戦を取りました。特に、やはり損害賠償については、侵害されたということは被告側の製品を原告が買ってきて、これはクレイムの範囲に含まれているのではないかと言えば、それで足ります。ただし、被告の侵害行為によってどれだけ原告が損害を被ったかというのを算定するのは、容易なことではありません。

ですので、そのような損害額の算定を特許権者にとってなるべく楽にしようという制度を作りました。それが 102 条です。102 条は 1 項から 4 項までありますが、損害の推定額というタイトルが付いていると思いますが、特許権者の損害の算定の負担を少し軽減することで、適正な賠償額を算定させようというふうに仕組んだのです。

基本的に損害賠償請求は 709 条が根拠ですので、どのような範囲で損害賠償がされるかといいますと、侵害行為と因果関係がある範囲で、普通は逸失利益になります。つまり、侵害行為があったことで特許権者がどれぐらい利益を失ったかという逸失利益になります。

ただ、この逸失利益を特許権者が立証することは非常に難しいと言われています。それはどうしてかといいますと、簡単に言うと、例えば有体物であったら、ここに私の時計が 1 個あって、これが侵害されたということは、誰かに盗まれたということです。そうだとすると、盗まれたこの時計 1 個分の損害ということが明らかです。

ところが、特許というのは無体物ですので、複数の人が違うところで同時に実施をすることができます。もっと簡単な場面を想定すると、特許権者の製品が今、市場にあって、100 個売れたとします。そして、実は侵害者が隠れていて、侵害者もこそこそ売っていたとします。侵害者も 100 個売っていたというときに、特許権者の方は今 100 個売れているのですが、逸失利益の場面というのは、もし侵害者がいなかったら、つまり侵害がなかったら、侵害者が売った 100 個分を特許権者が売れたかどうかということを考えなけれ

ばいけないのです。

要するに、侵害者が侵害製品を 1 個売ったときに、もしこの侵害製品が 1 個売れなかったら、特許権者の製品が 1 個売れたかどうかというところが因果関係です。逸失利益というのは、つまり、侵害行為がなかったらどうだったのかということを仮想します。侵害者が 100 個売れた、特許権者も 100 個売れた。では、侵害者がいなかったら特許権者は 200 個売っていたか、というところが問題になるのです。

普通は、200 個売れたとは限らないだろうと言われます。それはどうしてかといいますと、製品というのは、特許があるから買うということだけではないはずです。侵害者の製品と特許権者の製品が横に並んで売られているとします。他の製品との関係で、特許があるから買うという人はいるかもしれませんが、例えば侵害者の製品の方が値段が安いから買ったという場合もあります。あるいは、侵害者のブランドの方が気に入ったということで買うこともあります。

あるいは、製品それ自体、全体が 1 個の特許権で覆われているということはむしろ少なくて、普通は製品の一部にしか特許はありません。ですから、侵害者の製品が 1 個売れたというのは、特許権者のまねをしたから売れたという場合もあるけれども、全部が全部そうではないでしょう。先ほどの例で言えば、100 個のうち 70 個ぐらいは、侵害があったおかげで特許権者が売れなかった、侵害者の製品を買ったのだけれども、100 個のうち 30 個は、別に特許は全く関係なしに侵害者が売ったものだということもあり得ます。

そうだとすると、侵害者の製品が特許を侵害したことでどれだけ売れたのか、100 個のうち特許を侵害したことで売れたのはどの分だったのかということを特許権者が立証するのは、非常に難しいと言われています。

もう少し具体的に考えてみます。本日の資料を見てほしいのですが、これは教材説例 2 と同じはずです。利益の方はパーセントで書いてありますが、パーセントを計算すればこうなるはずです。ここを一応、粗利益としておきます。粗利益というのは、製品のうちの原材料費を差し引いた額です。設備投資や人件費は入っていません。

このような品目だったといたしましょう。特許権者の製品は 1 万 2,000 円で 5,000 個売れました。利益は 1 個当たり 3,000 円でした。他方、侵害者は、単価は 1 万円で、3,000 個侵害製品を売り、粗利益は 2,000 円だったという例にいたしましょう。

では、逸失利益はどこなのかと考えますと、ここです。逸失利益と言うからには、侵害がなかったらいくら利益があったかということですので、侵害がなかったら、特許権者は 5,000 個に加えてもう何個かは売れていたはずですよね。3,000 個かもしれません。けれども、先ほど言ったようにこれは侵害者の製品の方が安いです。侵害者の方が安いから買ったという人もいるはずなので、仮にこの侵害者がいなくて、この特許権者だけの市場だったとしたら、1 万 2,000 円であればこの製品は買わないという人がいるはずです。

だとすると、3,000 個よりは少ないかもしれません。あるいは、侵害者がいない方が、もっと特許権者が売れることもあるかもしれません。ここは分からないです。仮に α 個としておきます。だいたい 2,000 個ぐらいか、あるいは 1,000 個ぐらいでしょうか。もしかすると 500 個かもしれません。

逸失利益というのはここです。侵害がなかったら、5,000 個に加えてもう少し売れていたはずだ、という分です。ですが、この α 個というのは、侵害と因果関係がある個数である必要があります。何度も言っている通り、侵害がなかったら特許権者の製品が何個売れたのかというのは、やはり極めて難しい問題です。つまり、特許権者が立証するのは非常に困難と言われています。

証明責任は特許権者にありますので、立証ができなければ、このまま損害賠償は取れないということに

なってしまいます。あるいは、例えば 1,000 個と主張したとしても、裁判官が、いや 1,000 個も売れなかっただろう、1,000 個売れたかどうかは怪しい、真偽不明だということになれば、証明責任のある方の負けですので、1,000 個売れたかどうか分からないという心証が形成されてしまうと、請求棄却になってしまいます。ですから、損害賠償を取れないということになってしまいます。

このように、因果関係の証明は非常に難しいと言われているので、102 条は、その因果関係の証明を緩和する規定です。どのように緩和したかといいますと、侵害者の販売個数と特許権者側の利益を掛け算することにしたのです。これが 1 項です。

どうしてこのようにしたかというと、侵害者と言うからには、特許権者のライバルです。特許権者のライバルということは、多少プラスマイナスはあるけれども、ほぼ同じような実力を備えているはずだと考えらえます。侵害者の 3,000 個というのは現実に販売した個数です。他方、このαというのは空想の個数です。侵害者がいなかったら何個売れたかというのは、やはり空想に過ぎません。ですが、侵害者が何個売ったかというのは現実です。

ですから、何個売ったかというのは、頑張れば特許権者は数えられます。数を確定することができます。αは、やはりどんなに頑張っても、裁判官にそれは本当かいと言われてしまったら、真偽不明なのでもうアウトです。

これは本当によく考えられていると思います。102 条というのは推定ですが、特許権者と侵害者はほぼ同じ実力を備えていると一応推定をします。3,000 個というのは現実に売った個数なので、これは頑張れば何とか証明可能でしょう。特許権者のこの利益は自分の利益なので、自分の台帳を見れば分かるはずです。特許権者は、自分たちの製品と同等の製品をいくらの利益で売っていたかというのは分かります。ですから、分かりやすい 2 つの数値を掛け合わせるとしたのが、102 条 1 項の機能です。

これですと、特許権者は大分楽です。自分たちの利益 3,000 円の方はすぐ分かるし、侵害者の販売した 3,000 個も頑張れば数えられます。取りあえずここを掛けて、これだと 900 万円になるはずですが、ここを掛けることで逸失利益の額を推定するということにしました。

ですから、推定を覆すような事情というのも、102 条 1 項の中に書かれています。例えばただし書き等です。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控除するというふうに書いてあったり、あるいは本文に、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という文言があったりしますので、一応最初は、侵害者が何個売ったかという個数と、特許権者側の粗利益を掛けるのですが、侵害者側にはもっと言いたいことがあるのです。特許権者だったら 3,000 個も売れなかっただろう、俺だから 3,000 個売れたのであって、特許権者に売らせたらせいぜい 2,000 個だ、といったことは特許権者側ではなくて侵害者側に証明させることにしたのです。

ですから、特許権者としては、基本的には侵害者が何個売ったかというのを調べてきて、その個数と自分の利益の額を掛ければよいです。3,000 個も売れなかっただろうというのは、侵害者側に証明をさせることにしました。

どちらが楽かというと、やはり、侵害者側の方が楽でしょう。この 3,000 個という個数は侵害者の個数ですから、このような特許権者の製品にはない特徴があるから売れたのだ、そこは特許と関係ないだろうということは、侵害者側に証明をさせることにしたのです。これが 102 条 1 項の規定です。

利益率の話もありますが、その話は一旦置いておきます。2 項もあります。2 項というのは、特許権者の逸失利益を侵害者側の利益と推定するという規定です。実は、昔は 102 条 1 項というのはありませんでし

た。昔は 2 項が 1 項だったのです。

現在の 102 条 2 項しかなかった時には、侵害者側の利益を特許権者が証明しなければいけないという問題がありました。侵害者が侵害製品をどれくらいの利益で売っていたかというのは、やはり分かりません。侵害製品の利益構造はどうなっているか、原価がいくらで、どこから原材料を買ってきて、どのように組み合わせて、原材料をいくらで仕入れてきているのか分からないのです。ですから、この証明が非常に難しいと言われていました。

ですから、1 項と 2 項の関係では、ここが問題にされます。やはり、個数は何とか分かります。実際に市場に出ているものなので、侵害製品が流れた個数を数えればよいのです。他方、利益の額を証明するのは困難です。1 項を見ていくと、これは楽です。これは自分の利益の額なので、証明それ自体は楽なはずです。

1 項と 2 項の対比で見ると、昔の 1 項が 2 項になって、新しい 1 項が導入されたのですが、これによって特許権者の負担が減りました。やはり、侵害者側の利益率を証明することは非常に難しかったのです。そのような事情で、1998 年に 1 項が新しく導入されました。現在では 1 項がよく使われています。

この利益をいくらで、どの辺で見るのかというのが、次の難しい問題です。本日配ったプリントの下に、特許権者が 500 万円の先行投資をしていた、先行投資を入れると利益の率は 1 個当たり 2,000 円になりますという仮想例を書いておきました。これはどのようなことかといいますと、特許権者が特許製品を販売するに当たって、500 万円掛けて新しい工場のラインを建設しました。その後、特許権者は 1 万 2,000 円で、粗利益は 3,000 円という製品を売ることにしました。

ですから、最初に 500 万円の投資をし、その後、1 個当たりの利益 3,000 円の製品を販売して、500 万円を回収して、さらにもうけようというのが特許権者の作戦でした。

ただ、この作戦は、侵害者が出てきたおかげで一部崩れてしまったのです。侵害者が出てきたおかげで、製品は 5,000 個しか売れなかったのです。侵害者がいなければ、もう少し売れたかもしれないというのが、今の状況です。

プリントの上から順番にいきます。特許権者は 1 万 2,000 円で 5,000 個売ったということで、現在売り上げは 6,000 万円です。売り上げが 6,000 万円で、利益が 1 個当たり 3,000 円ですので、3,000 円×5,000 個なので、粗利益は 1,500 万円です。特許権者は、先行投資としての 500 万円の借金があって、3,000 円の利益で 5,000 個売ったので、1,500 万円のうちから先行投資を回収して、現在 1,000 万円利益を得ているという状態です。

でも、現在のこの 1,000 万円の利益の状態は、侵害者がいた状態です。ですから、侵害者がいなかったらもっと利益を得られたはずだと考えられます。仮に侵害者がいなかったら 3,000 個売れたとしますと、特許権者の製品は全部で 8,000 個売れていたはずです。本来であれば、8,000 個×3,000 円で 2,400 万円の利益、そこから先行投資を回収して、1,900 万円利益が上がっていたはずです。

ですので、現在の利益は 1,000 万円だけれども、侵害者がいなかったら 1,900 万円の利益が得られていたはずだということで、侵害者がいなかった状態に戻すというのが逸失利益の賠償ですので、1,900 万円から 1,000 万円を引いて、900 万円の賠償を受ければ、侵害がなかった状態に回復します。それが損害賠償の機能です。

ところが、侵害者の方は何と言っているかというと、特許権者の利益率はもう少し低いだろうと、利益は純利益で考えるべきではないのかということを主張してきます。

純利益だと、2,000 円です。純利益とはどのようなことかといいますと、この 500 万円の先行投資をこれに割り付けているのです。そうすると、1 個当たり 1,000 円の先行投資が掛かっていますので、純利益は 2,000 円ということになります。

つまり、この 5,000 個というのは、この先行投資を割り付けるとすると、1 個当たり 1,000 円の先行投資の負担を振り分けられるのです。ですから、利益は、この粗利益、つまり原材料費を引いた額ではなくて、そこから先行投資の分も引いたこの額のはずだろうというのが侵害者の言い分です。そうすると侵害者が有利です。掛ける数が減っているので、600 万円の賠償ということになります。

これはどちらが正しいのかという話です。正しいのは明らかに粗利益です。それはもうプリントで説明した通りです。今 1,000 万円の利益を持っている。でも侵害者がいなかったら、1,900 万円利益を得ていたはずだと。ということは、侵害がなかった状態に戻すためには、900 万円損害賠償を受ければいいのです。900 万円の額はどのような額かというと、粗利益を基にした額です。純利益ではありません。純利益だと 600 万円の賠償になってしまうので、1,000 万円にさらに 600 万円の賠償を受けるということなので、1,600 万円です。

ところが、1,500 万円＋600 万円－500 万円という計算で、1,600 万円です。この金額は 600 万円になってしまいますね。ですから、1 項で言う利益というのは、純利益、つまり先行投資を含んだ利益ではなくて、原材料費だけの粗利益だと一般には言われています。

一般には粗利益だというのも、正確に言うと本当はそうではありません。もう少し正確に言うと、この先行投資の額が問題です。先行投資の額は、利益の算入には入れないというのが 1 項の利益になります。それは、粗利益の方が賠償の額が高くなるからという意味ではありません。今説明をしたように、先行投資の額を利益に割り付けてしまうと、賠償の額が不足を生じてしまいます。

特許権者は今、500 万円を借金していて、そこからもうけて、上がりを取ろうとしているのです。この 500 万円というのは、もうけの中から提示されるものです。ですから、1 個当たり割り付けるというのはおかしいです。8,000 個売れていたら、500 万円の先行投資を回収するためには 1 個当たり 1,000 円ではなくてもっと安くなるはずですから、先行投資の額を特許権者側の利益の計算には入れないということです。なぜなら、上げた利益で先行利益を回収するという作戦だからです。

いろいろ難しい理屈はありますが、基本的には粗利益だとお考えください。粗利益というのは、原材料費だけを差し引いた額です。設備投資などで先行投資として投じた額は、利益の計算には割り付けないということです。ですから、プリントでは、1 項の掛け算というのは侵害者の販売個数と特許権者側の粗利益を掛けます。900 万円ですので、侵害者の販売個数と特許権者側の純利益を掛ける 600 万円ではないということです。

ここは非常に難しいです。田村先生の助手論文というのはこのあたりがテーマですが、私も理解するのに 5 年かかりましたので、皆さんも本当に理解しようと思うと、3 年ぐらいかかると思います。

皆さんは今、先行投資を 500 万円してから、特許製品を売ってもうけを出そうという作戦だったのです。ですから、ゼロからスタートしたのではなくて、マイナス 500 万円からスタートしています。マイナス 500 万円からスタートして、利益を上げて、もうけを出そうという作戦です。そのような場合は、先行投資のマイナスの額というのは、利益の率に割り付けないと。簡単に言うと高い方ですが、1 項は粗利益の方で計算をするということになります。

ついでに 2 項の話をしておきます。2 項も粗利益か純利益かという争いはありますが、2 項の賠償額とい

うのは、ここだと 600 万円です。ですから、2 項の場合ですと、侵害の回復には足りません。この表だと、本当は 900 万円を賠償してあげないと、侵害がなかった状態に回復しません。しかし、2 項は、どんなに頑張っても 600 万円にしかなりません。これが 2 項の限界です。

ですから、原理論を言えば、2 項も 1 項も推定ですので、特許権者がこの α を証明できるというのであれば、そちらで全く構いません。これが 1 項ですと、最大では 8,000 個にしかなりませんし、2 項だと賠償の額が 600 万円にしかなりません。ですから特許権者は、どのような理由を使うか分からないけれども、侵害者がいなければ 4,000 個売れたはずだというのに自信があれば、まさしく 4,000 と 3,000 を掛けて、1,200 万円の賠償を求めでも構わないのです。それは特許権者の選択になりますが、1 項と 2 項はあくまでも看做す規定です。

ですから、神様が見た場合、神様は α 個が何個かというのは分かりますから、神様が見た場合の損害賠償額と、実際の 1 項と 2 項の計算額がずれるということがあります。もうそれは仕方がないことです。これはあくまで推定規定の限界なのです。

2 項だと、例えば侵害者の利益率の方が高かったらどうなるかという話もないわけではありませんが、そのときは特許権者の方が得になるでしょう。2 項を使うと、侵害者の方が商売がうまい場合は特許権者が得をしますが、そこはやや難しいお話になります。推定規定なので、その場合、侵害者は、特許権者の利益はそんなに高くないだろうと言って、減額を求めることになるのでしょう。

ということですので、1 項の損害賠償の算定の方法は、侵害者の侵害個数と特許権者側の利益を掛ける、たすき掛けです。2 項の方は、単に侵害者側の利益を算出するだけです。たすき掛けにする理由は、先ほど言った通りです。本当は α ですが、たすき掛けで算定する場合はすごく多いと思います。

また、1 項の方が特許権者にとっては証明がかなり楽です。2 項より楽ですので、現在では 1 項が非常によく用いられています。2 項の方は、1 項ができたおかげで、使う人はあまりいなくなりました。やはり、侵害者側の利益の額と 1 個当たりの利益の額を証明するのが難しいという理由からです。使う人もいるのですが、現在では、1 項と 2 項の住み分けを図るべきなのではないかという難しい議論もあります。

ということで、1 項と 2 項の説明は以上とします。

残りは 102 条の 3 項です。この 3 項は昔からあります。3 項は何と書いてあるかというと、侵害した者に対し、その特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額に相当する額の金銭を、損害賠償の額として請求することができるということが書いてありまして、これは、一般には相当ライセンス料額と言われています。

つまり、仮に侵害者が実施許諾を特許権者のところに求めてきた場合に、特許権者はライセンス料としていくら請求するかを基準にします。当然これは特許権侵害の場面ですので、許諾など受けているわけはないです。でも、特許権者しか実施してはいけないと条文に書いてあるということは、侵害者としては、少なくともライセンス料額は払わなければいけないのではないかというのが、現在の 3 項の発想の源です。

ある意味、不当利得的ではあります。ライセンス料を払わなければ特許の発明を実施してはいけないので、侵害者は、本来払うべきだったライセンス料額を払わなければいけないはずで、特許権者からすれば、取れるはずだった金銭を取っていないということになると、不当利得的ではあります。

ライセンス料額というのは、たいてい侵害者の売り上げの額に掛けることになります。ライセンス料額は、なぜか 3%ぐらいが多いです。侵害者の売り上げは 3,000 万円ですので、ライセンス料の 3%はどうなるかというと、90 万円です。本来であれば 900 万円だったのですから、全然足りません。 ライセンス料額という

のは売り上げの 3%や 5%や 10%といった額が多いので、普通にライセンス料額を掛けると、やはり全然足りません。普通は、1 項 2 項の額より 3 項の額は少なくなります。ですから、特許権者にとってみれば、賠償が少ししか受けられないということになります。

その分、3 項というのは、計算自体は非常に楽です。侵害者がいくら売っていたか、1、2 項は利益でしたが、3 項のベースは売り上げなので、お店に行けば、侵害者の製品がいくらと書いてあるか分かりますよ。侵害者の売り上げを調べるということは、それ程難しいことではありません。実際に何個売っていたのかということと、いくらで売っていたのかということを調べれば済みます。利益とは違います。

ライセンス料額というのは、相場があって、10%、5%、3%などがありますが、3%であれば 90 万円になってしまいます。10%だとしても、300 万円です。本来受けるべきなのはおそらく 900 万円ですので、全然足りません。

ですから、3 項というのは、証明が簡単なのだけれども、かなり安くなってしまうということになります。ただし、裁判所の方は、3 項の額よりも低い額を損害賠償とすることは原則できないと言われています。ですから、3 項の額は、ざっくり言うと最低取れる損害賠償の額でもあります。

ところが、やはり基本的に侵害をしていいというわけではないので、やはりこれは損害賠償の額としても安すぎるという批判がありました。仮に 10%としても、300 万円ですから、安すぎるという批判があったのです。これはどうしてかというと、侵害のやり得になるからだと言われています。つまりどのようなことかというと、侵害者、これは競業者でもあるますが、競業者は、本当はライセンスを受けに行かなければいけないのですが、ライセンスをくださいと言っても、くれるとは限りません。断られるかもしれないのです。断られたら、やはりこの人は実施できません。

ライセンス交渉に行ったら断られるかもしれない。しかし、3 項の裁判例を見てみると、賠償額が普通の実施料だとわかれば、これは最初からライセンスを受けに行く人などいないです。どうしてかというと、侵害してもライセンス料額を払えば済むというのであれば、最初からライセンスを受けに行く人はいないでしょう。断られるかもしれないのであれば、勝手にやって、ばれたら払おう、ばれなかったらラッキーだ、ということになります。

だとすると、これは全然侵害の抑止になっていないだろうという批判があったのです。やはり、合理的に行動すればそうなると思います。ばれない確率がありますから。ばれない期待値が 2 分の 1 だとすると、期待値は 45 万円ですから、もっと侵害が横行するような気がします。

ですから、やはりこの額をもう少し高くしなければいけないと言われていたのです。現在ではもっと高くなっていますけれども。特に、この 3%や 5%という額は、事前に 2 人が交渉したら、これぐらいになると言われている額です。事前に交渉したら、3%ぐらいで妥結するだろう、という額になっていたのです。

ところが、この事前の実施料率と、今侵害が実際に起こってしまったときの計算で使う実施料率は違うはずだと言われています。そもそも、何でこの 3%という安い額で、普通はライセンスがされているのかというと、特許権者としては、自分の方にも弱みがある可能性があるからです。つまり、特許権者の方は事前にライセンス交渉に来られると、もしかしたら、自分の特許は無効かもしれないと、そのようなリスクといいますか、可能性があります。特許権者はそのような可能性を内在的に持っています。

無効にされたらライセンス料はゼロですから、取れません。先ほど言ったように、侵害者が何か無効理由になりそうな書類をちらつかせます。だとしたら、特許権者は、ライセンス料額は安くていいけど、事を荒立てないでくれということで、3%や 5%といった安い額でライセンスをしているのです。

ところが、今はもう侵害が起こってしまいました。侵害が起こって、損害賠償が取れるということは、これは特許権者の特許というのは万全です。無効理由がないから特許権侵害が認められたはずなので、特許権者には、もうそのようなリスクはありません。そのようなリスクがないのであれば、事後的に交渉するとすれば、もう少し高く要求していたはずです。特許権者は強気に出ていいはずです。無効理由があるかもしれないというリスク込みの 3%よりは、10%、15%といった額で許諾をするということになるはずです。

ですから、現在では、このような事前交渉のときのライセンス料の相場というのは、使ってはいけない、そうしたら侵害のやり得になってしまうから、もう少し高い額にするべきだと言われています。しかし、この額はまだいろいろな事情で動くこともあるのですが、10%、15%というのは、もう珍しくありません。昔に比べるとかなり高い額で、3 項の賠償額も取られています。高くするというのは、特許権者に手厚く報いるというよく分からない理屈ではなくて、今言ったようにきちんと理由があります。事前の交渉では、特許権者の方もリスクを抱えています。高い額で実施許諾すると言ったら、やめてしまうかもしれない。お互いが何か、いわゆるウィン・ウィンになるような関係の額を定めなければいけません。

しかし、侵害の場面というのは、もう特許権者の前面勝ちです。ですから、特許権者としてはもっと強気です。ウィン・ウィンの関係など求める必要はありません。ですから、事後的に交渉したら、特許権者はもっと強気に出るはずです。そのため、本当は、事後的なライセンス料額の方が、損害賠償の額として算定するにふさわしいと言われています。

ですから、例えば左側のページに、実施料の実例、相場が 5%、3%などと書いてあっても、普通はこれでは足りないというのが正解になります。もう少し高くするべきだというのが正解になります。去年の試験でも業界の相場が 5%であるというような問題を出したのですが、その正解としては、5%よりも高い額で認めるべきだというのが、3 項の問題の正解になります。大事なのは、事前交渉のときの実施料率は、特許権者側のリスク込みの実施料ですので、それでは安いということになります。