

仮訳（本文のみ）

実体的特許調和の

テゲルンゼー・ユーザー協議に関する

最終統合レポート

2014年5月

Danish Patent and Trademark Office (DKPTO、デンマーク特許商標庁)
German Federal Ministry of Justice and Consumer Protection / German Patent and
Trade Mark Office (BMJV / DPMA、ドイツ特許商標庁)
European Patent Office (EPO、欧州特許庁)
Institut National de la Propriété Industrielle (INPI、フランス産業財産庁)
Japan Patent Office (JPO、日本国特許庁)
United Kingdom Intellectual Property Office (UK IPO、英国知的財産庁)
United States Patent and Trademark Office (USPTO、米国特許商標庁)

目次

はじめに	- 5 -
I. 背景	- 5 -
II. 補足説明	- 6 -
III. 回答者データ	- 7 -
A. 日本	- 7 -
B. 米国	- 8 -
a) 回答者の所属と居住地	- 8 -
b) 回答者の技術分野と居住地	- 8 -
C. 欧州	- 9 -
a) デンマーク	- 9 -
b) フランス	- 9 -
c) ドイツ	- 9 -
d) 英国	- 10 -
e) 欧州特許庁(EPO)	- 10 -
f) 欧州の結果総括	- 12 -
IV. 調査方法および本報告書 の特質に関する注記	- 14 -
PART I: グレースピリオド	- 15 -
I. 背景と回答者に関する情報	- 15 -
II. 概要／分析	- 17 -
A. ユーザーにおける経験／対応	- 17 -
a) 大企業	- 21 -
b) 中小企業(SMEs)	- 22 -
c) 大学・研究機関	- 23 -
B. 一般的な見解	- 24 -
a) グレースピリオド利用における政策的な目的	- 24 -
b) グレースピリオドの調和	- 27 -
c) いくつかの詳細分析	- 31 -
III. 概要／分析の結論	- 31 -
付属書 I: グレースピリオド - JPOデータに基づく詳細分析	- 33 -
i) 業種別詳細分析	- 33 -
ii) GPの利用頻度別詳細分析	- 35 -
iii) 技術分野別詳細分析	- 38 -
PART II: 出願の18ヶ月公開	- 40 -
I. 背景	- 40 -
II. 回答者に関する情報	- 41 -
III. 概要／分析	- 41 -
A. ユーザーの経験	- 41 -
a) 米国における出願の公開オプアウトに関する経験	- 41 -
b) 第三者によるオプアウトの影響	- 42 -
c) 公開後の競合者によるコピー又は主題回避	- 43 -

d) 特許の代替として営業秘密としての保護を求める動き	44 -
B. 一般的な見解	44 -
a) 全出願の18ヶ月公開	44 -
b) 18ヶ月時点での審査結果の入手可能性	46 -
c) 米国の制度は他の(国／地域の)公開制度と効果的に整合しているか? ...	46 -
d) 公開制度の調和の重要性.....	47 -
C. 具体的項目	48 -
a) 秘密とされる期間	48 -
IV. 結論	49 -
PART III: 衝突する出願の扱い	51 -
I. 背景	51 -
II. 回答者に関する情報	51 -
III. 経験的問題	52 -
A. 衝突する出願の発生頻度	53 -
B. 衝突するパテントファミリー	55 -
a) 衝突するパテントファミリーに関する経験	55 -
b) パテントファミリーが衝突する判断結果	56 -
c) 判断結果に見られる差異の原因	57 -
C. 「特許の藪」現象	58 -
a) 特許の藪に関する問題	58 -
b) 特許の藪が発生する市場	59 -
c) 特許の藪の原因	61 -
d) 技術分野別の特許の藪の存在率	62 -
IV. ポリシーに関する問題	64 -
A. 国際調和の重要性	64 -
B. ベストプラクティスの確認	65 -
a) 米国における回答状況	66 -
b) 日本における回答状況	67 -
c) 欧州における回答状況	67 -
C. PCT出願の取り扱い	69 -
V. 結果／全体の総括	71 -
PART IV: 先使用権	73 -
I. 背景	73 -
II. 回答者情報	73 -
III. 経験上の項目	74 -
A. 先使用権利用事例の頻度	75 -
a) 先使用権に関する相談の頻度	75 -
b) 訴訟における先使用権主張	75 -
c) 訴訟を避けるための先使用権の主張	76 -
d) 訴訟において回答者自身の特許に対して先使用権が主張された事例	77 -
e) 訴訟を避けるために自身の特許に対して先使用権が主張された事例	77 -
f) 結果の考察	78 -
B. 国内法の関与	79 -

C.	関連する技術分野	- 81 -
IV.	政策課題	- 83 -
A.	全般的な考察	- 83 -
B.	ベスト・プラクティス	- 83 -
a)	特許権者から善意で先使用権を派生させること	- 83 -
b)	権利の発生に対する最小必要要件	- 86 -
c)	発生に関する基準日	- 89 -
d)	先使用権の例外	- 91 -
C.	制度調和の重要性	- 92 -
V.	結論・エグゼクティブ・サマリー(重要な論点の整理)	- 94 -

はじめに

I. 背景

1. 2011 年 7 月、ドイツのテゲルンゼーで開かれた会合で、デンマーク、フランス、ドイツ、日本、英国、米国の各特許庁および欧州特許庁(「テゲルンゼーグループ」)の長官および代表は、特許法の国際的な調和に関する状況について新たな協議を開始した。同参加者は、発明者先願主義、グレースピリオド、先使用权、先行技術の範囲、新規性と非自明性／(発明の)進歩性の定義、および(出願の)18ヶ月公開の問題について、特許法の実体的な調和に向けた重要課題として特定し、参加庁の専門家に当該問題に関してテゲルンゼー会合参加国／地域で適用されている法律条項を表形式でとりまとめた「統合マトリックス文書(Aggregate Matrix Document)」を作成するよう要請した。
2. 2012 年 4 月にミュンヘン近郊スピッツィングジーで再招集されたテゲルンゼーグループは、専門家(専門家グループ)に対し、グレースピリオド、18ヶ月出願公開、衝突する出願の扱い、および先使用权の 4 つの問題を中心に事実認定調査を実施するよう委任した。
3. 2012 年 10 月 4 日、テゲルンゼーグループは、スイスのジュネーブで会合を開き、当該調査結果を検証した。会合では、専門家グループが同調査に基づき上記の 4 つの重要項目について、グループ各国／地域で比較可能なデータを抽出できるテゲルンゼー共通アンケート調査質問表(TJQ、「アンケート調査」または「調査」)の策定を含め、幅広いユーザーコンサルテーション(ユーザー協議)を開始すること、また、各国／地域でラウンドテーブルあるいはユーザー・ヒアリングを開催することを決定した。
4. Tテゲルンゼーグループ各庁は、ユーザーに関する情報を入手するため 66 の質問項目から成るアンケート調査(本報告書付属書 III 参照)を各々実施し、ラウンドテーブルあるいはヒアリングを開催した。その後、各庁は、管轄国／地域で自ら集めたデータに基づき同実施結果について個々に報告書を作成、2013 年 9 月にスイスのジュネーブで開かれたテゲルンゼー特許庁長官会合へ提示された。
5. 各管轄国／地域における回答者グループの規模の相違、並びに情報の提示方法の相違のため、テゲルンゼー各庁による報告書は、非常に興味深いデータを提供したものの、特に欧州における結果は 5 つの報告書に分かれており、各国／地域間の比較は難しく、調査結果の解釈も困難なものとなった。従って、専門家グループには、各ユーザーの見解における一致点・相違点を含め各庁の報告書の結果を分析した事実ベースの総括報告書を作成し、2014 年 4 月にイタリアのトリエステで開催される次回のテゲルンゼー長官会合で承認を得るべく提示するよう、要請した。

6. このように、「実体的特許調和のテゲルンゼー・ユーザー協議に関する最終統合レポート(Consolidated Report on the Tegernsee User Consultation on Substantive Patent Law Harmonization)」の主な目的は、各庁の報告書における結果について、各管轄国／地域で意味ある比較を行い、また包括的かつ分かり易く表示することである。また、2つの表を作成し、各国／地域におけるアンケート調査の結果および欧州地域の総括的な結果について秩序立って理解できるようにした。(本レポート 103 頁他の別表 I および II 参照)

II. 補足説明

7. アンケート調査は、全ての(テゲルンゼーグループ)各管轄国／地域で 2013 年初めに実施された。(各詳細は、2013 年に出された各庁による報告書を参照)
8. 調査方法について一部補足する。最初にテゲルンゼー専門家グループは、本レポートについて、科学的な調査ではなく、また適正規模の比較可能なユーザーグループに関する適切に選択された代表的な事例に基づいた統計的に有効な証拠を提示できるものではないことを注記する。
9. 第一に、テゲルンゼーグループ各庁は、独自の方式で個々にコンサルテーションを実施しており、詳細については各報告書で収集可能である。一部の庁ーデンマーク特許商標庁(DKPTO)、欧州特許庁(EPO)、英国知的財産庁(UKIPO)、米国特許商標庁(USPTO)ーでは、同アンケート調査を自庁のサイトに掲載し、回答者は全て自己選択式であったが、他の庁ードイツ特許商標庁(DPMA)とフランス産業財産庁(INPI)では掲載していない。DKPTO、EPO および UKIPO は、産業界の代表者と専門家団体をヒアリングの参加者として招いていたが、USPTO は公開ヒアリングを開催し、日本国特許庁(JPO)は会議形式でラウンドテーブルを開催した。結果に疑念を抱きかねない自己選択の調査結果の例としては、以下のような状況がある:USPTO の調査では、88 の欧州ユーザーが回答していたが、同回答数は EPO の調査で受け取った回答数 72 より多い。更に、米国の調査への欧州の回答者のうち、29 名が個人発明家だったが、EPO では個人の発明家の回答者は一人もいなかった。
10. 参考とする各庁の回答者数における規模の相違(最大:412／最小:7)だけでも一部の比較作業を困難にしている。
11. 最後に、注意事項として一部の質問内容がある。質問によっては項目上次善の選択肢もしくは表現となっており、回答者から信頼できるデータを集められない場合もあった。
12. こうした状況は調査結果の意義を全て否定するものではないが、集められたデータは慎重に扱う必要があり、また本レポートは、アンケート調査への回答およびヒアリング又はラウンドテーブルで得られたユーザーからのフィードバックに基づく特徴的な傾向を表すものに過ぎない可能性がある。

13. しかしながら、調査は、具体的な証拠に基づいた議論を支えることになる非常に興味深いデータを摘出しており、また、我々の知る限り、これまで実施された実体的な特許法の調和(SPLH: substantive patent law harmonization)に関する一般に開かれた調査の中で、最大かつ最も詳細な調査である。

III. 回答者データ

A. 日本

14. 日本国特許庁(JPO)は、アンケート調査に対し 412 の回答を得ており、テゲルンゼーグループ全体で最多である。JPO は、日本発明推進協会(JIPII)と協力し、メールおよび書簡を積極的に利用、またラウンドテーブルの聴衆にアンケート調査への回答を記入してもらうよう依頼した。
15. JPO は、専門家によるパネルディスカッションと共にシンポジウム形式で大規模なラウンドテーブル協議を 2 回開催した。1 回目は大阪で催され 70 名が参加、2 回目は東京で 140 名が参加した。(「JPO 報告書」3 頁参照)
16. 回答者の内訳は以下の円グラフに示す通りである。また、回答者のうち、411 名が主に事業を行っている地域として「日本」、400 名が最も高い頻度で出願を行う知財庁は「JPO」である、と回答した。

Figure 1: Breakdown of Respondents to the JPO-administered survey

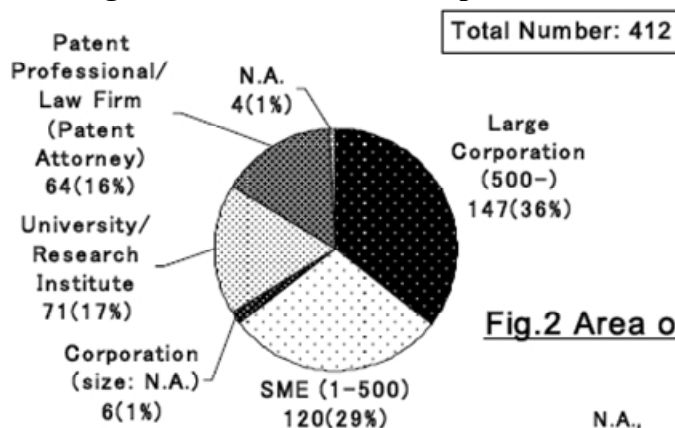
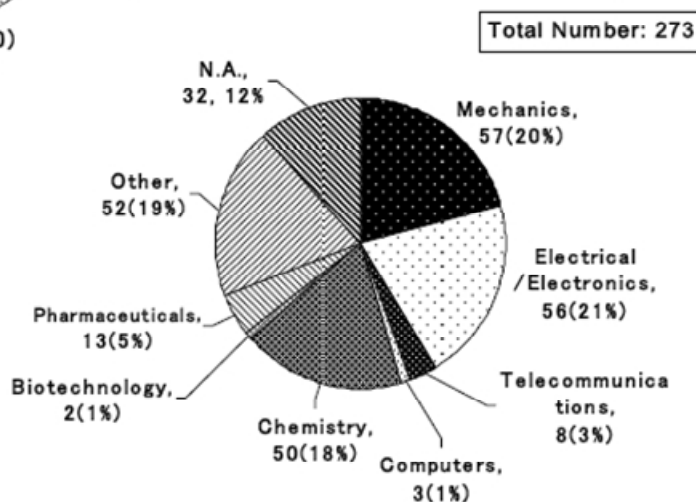


Fig.2 Area of Technology (Q.II-2b)



B. 米国

a) 回答者の所属と居住地域

17. 米国特許商標庁(USPTO)は、自庁のサイトにアンケートの質問事項を掲載した。計 289 名の関係者がサイトにログインしアンケートへの回答に着手した。ログインした関係者のうち、281 名が所属に関する質問に回答しており、所属に関する情報を提供した関係者のうち 247 名が居住地域についての情報も提供した。Table 1.1 は、回答者の所属と居住地域に関するクロス集計である。所属と居住地域について回答を行った関係者 247 名のうち、122 名(49%)が米国、88 名(36%)が欧州、37 名(15%)がその他の地域に居住していた。
18. 所属については、69 名(28%)が企業、59 名(24%)が法律事務所に所属しており、46 名(19%)特許代理人、41 名(17%)が個人発明家で、19 名(8%)が大学または研究機関、そして残り 13 名(5%)がその他の業種に従事していた。

Table 1.1
Cross tabulation of respondent affiliation with region of respondent residence

	Region			Total
	Europe	Other	USA	
Affiliation*				
Corporation	35	8	26	69
%	50.7	11.6	37.7	100
University/Research Institute	9	6	4	19
%	47.4	31.6	21.1	100.0
Individual Inventor	29	3	9	41
%	70.7	7.3	22.0	100.0
Patent Professional	7	14	25	46
%	15.2	30.4	54.3	100.0
Law Firm	0	3	56	59
%	0.0	5.1	94.9	100.0
Other	8	3	2	13
%	61.5	23.1	15.4	100.0
Total	88	37	122	247
%	35.6	15.0	49.4	100.0

b) 回答者の技術分野と居住地域

19. ログインした関係者のうち、171 名が技術分野に関する質問に回答し、247 名が居住地域に関する情報を提供した。当該回答者のうち、150 名が両方の質問に関する情報を提供した。Table 1.2 は、回答者の技術分野と居住地域に関するクロス集計である。両方の質問に回答した関係者 150 名のうち、70 名(47%)が欧州、62 名(41%)が米国、18 名(12%)がその他の地域に居住していた。

20. 技術分野については、97 名(65%)がエレクトロニクス(電子工学)、コンピューターまたは通信、14 名(9%)がバイオテクノロジーおよび製薬業界、9 名(6%)が化学業界、7 名(5%)が機械、そして残り 23 名(15%)がその他の技術分野と回答した。

Table 1.2
Cross tabulation of respondent technology area with region of respondent residence

Technology Area*	Region			
	Europe	Other	USA	Total
Biotech/Pharma	1	2	11	14
%	7.1	14.3	78.6	100.0
Chemistry	2	1	6	9
%	22.2	11.1	66.7	100.0
Electronics/Computers/Communications	59	10	28	97
%	60.8	10.3	28.9	100.0
Mechanics	2	0	5	7
%	28.6	0.0	71.4	100.0
Other	6	5	12	23
%	26.1	21.7	52.2	100.0
Total	70	18	62	150
%	46.7	12.0	41.3	100.0

C. 欧州

a) デンマーク

21. デンマーク特許商標庁(DKPTO)は、自庁のサイトでのアンケート調査に対し、合計 7 名の回答者を得た。DKPTO は続いてユーザー会合を開催、参加者はアンケート調査の回答者とほぼ同じであった。デンマークの回答者では、3 名がユーザー団体に属していた。

b) フランス

22. フランス産業財産庁(INPI)は、エレクトロニクス、機械、および通信など各セクターのユーザーから 11 件の回答を得たが、うち 4 件がユーザーまたはビジネス団体からだった。

c) ドイツ

23. ドイツでは、アンケート調査質問表はドイツ連邦司法・消費者保護省(BMJV)から関係者に送られた。ユーザー協議を受け、36 の記入されたアンケート調査質問表を受領し、ユーザー団体からの 3 件の書面による提出があった。このように、全体として

は、ユーザー団体からの 5 件を含め、39 の回答があった。ドイツ特許商標庁 (DPMA) はユーザー・ヒアリングを開催しなかった。

- 24. 回答の大半はドイツの企業によるもので(64.1%; 大部分が化学／製薬および機械／電気／エレクトロニクスの分野で活動する大規模企業)、特許代理人と法律事務所(合わせて 23.1%)、重要な産業団体、特許団体、特許分野に関連する専門家団体(合わせて 12.8%)が続いた。
- 25. 以下の(ユーザー)グループは証例として不十分なデータしか得られなかった: 中規模企業、大学／研究機関、個人発明家、通信およびコンピューター産業、並びに出願実績の少ない出願人。

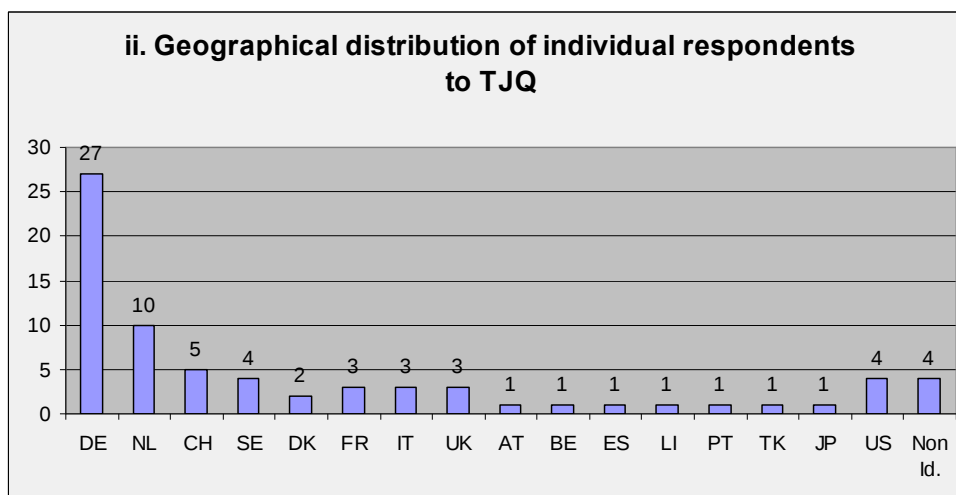
d) 英国

- 26. 英国知的財産庁 (UKIPO) は、アンケート調査について 9 件の回答および書簡の形式での提出を 1 件受け取り、比較分析作業は 10 の回答のうち 9 件に基づき実施された。
- 27. 回答者の内訳は、特許専門家 3、大企業 2、ユーザー団体 3、大学に関連した技術移転組織 2 である。
- 28. 回答者の主な技術分野は、機械 2、コンピューター 1、製薬 1、その他 1 で、本質問に回答しなかった回答者が 3 名あった。
- 29. 回答者の居住地域または事業の拠点については、6 名が欧州、1 名が日本、3 名が米国で、当該情報を提供しなかった回答者が 2 名いた。

e) 欧州特許庁 (EPO)

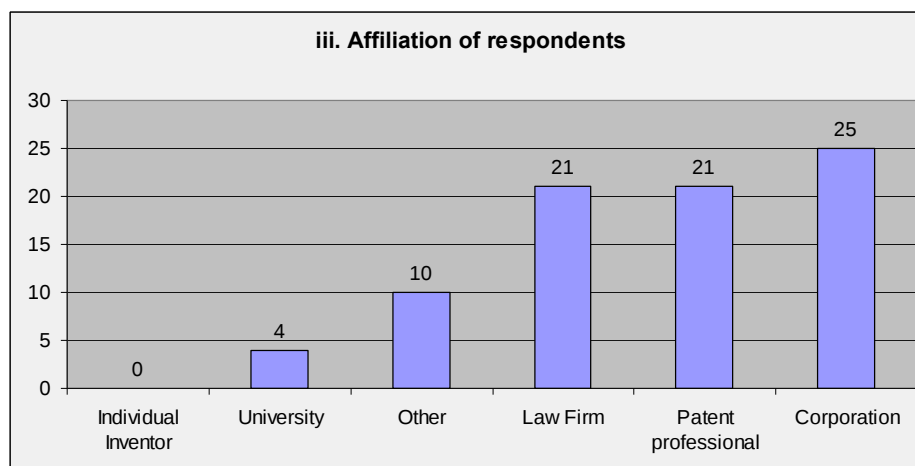
- 30. 欧州特許庁 (EPO) では、アンケート調査が同サイトに掲載され、回答者は全て自己選択式だった。技術的な理由で、アンケート調査は当初 4 つのパートに分かれて掲載され、後に一つの質問表にまとめられた。更に、TJQ 共通質問表の一部の内容が不明確であることから、EPO は同質問表に幾つかの質問項目を付加したが、内容(2 つの項目を除き)は EPO の報告書に記載されている。
- 31. EPO では、アンケート調査により合計 81 の回答を集めた。うち 9 は欧州各国および欧州のユーザー団体からだった。更に、6 は書面による提出で、EPO の報告書に掲載されているが、質問表に基づく比較分析の対象にはなっていない。
- 32. TJQ アンケート調査の個々の質問項目への回答数()内はユーザー団体による回答数は、グレースピリオド 69(9)、18 ヶ月公開 63(9)、衝突する出願 52(9)、先使用权 54(8)で、全ての調査項目について合計 47 の回答者を得た。質問表の一部の項目のみに答えた回答者のうち、グレースピリオドのみに回答した者が 12、18 ヶ月公開のみが 5、先使用权のみが 3 で、4 項目のうち 2 又は 3 項目への回答は 14 だった。

33. 欧州のユーザーへのヒアリングは、2013 年 2 月 21 日にミュンヘンで開催され、欧州各国または欧州の団体から 23 の参加者を得たが、控えめに見積もって欧州全土における 10,000 を超える特許専門家と 217,000 超に及ぶ欧州の企業を代表するものである。米国、日本、ドイツからのオブザーバー数名も参加した。
34. 個人の回答者 72 名の地理的な分布は以下の図の通りだった。欧州特許条約 (EPC) 締結 14 ヶ国および欧州以外の 2 ヶ国 (米国と日本) からのユーザーが回答を行った。最も回答者が多かったのはドイツで、欧州全域 (欧州南部諸国、東部諸国) を代表するものではない。

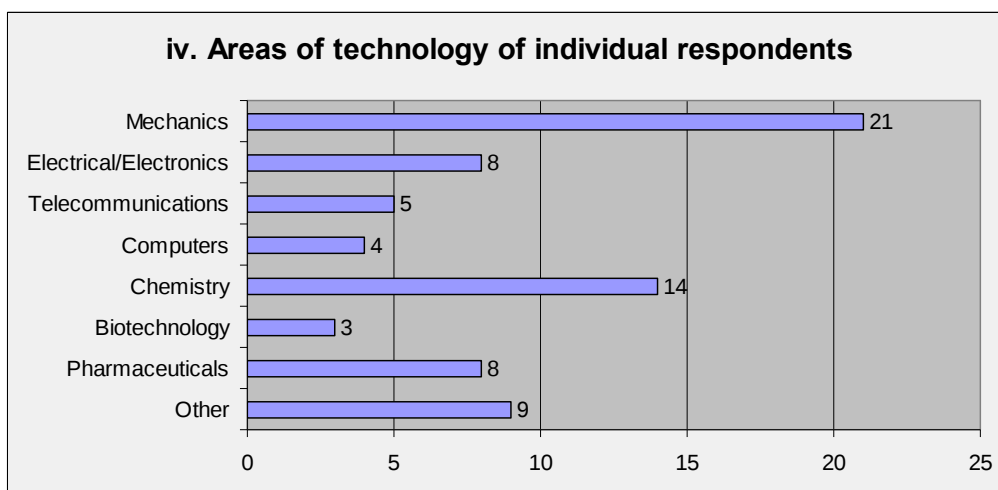


Note: Total=72 individual respondents to the questionnaire overall.

35. 所属別では、全体として、従業員 1000 人超の大企業そして法律事務所と弁理士が回答の大半を占めた。但し、調査には、中小企業 (SME) の回答者が 1 人 (バイオテクノロジー)、大学関連の回答者が 4 人参加していた。



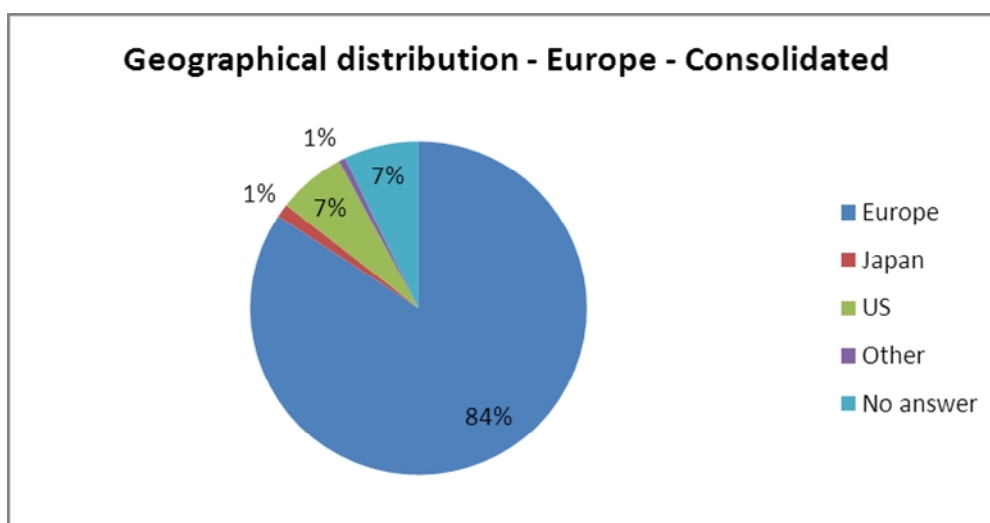
36. EPO の調査に回答した個人の技術分野については、以下の通りである：



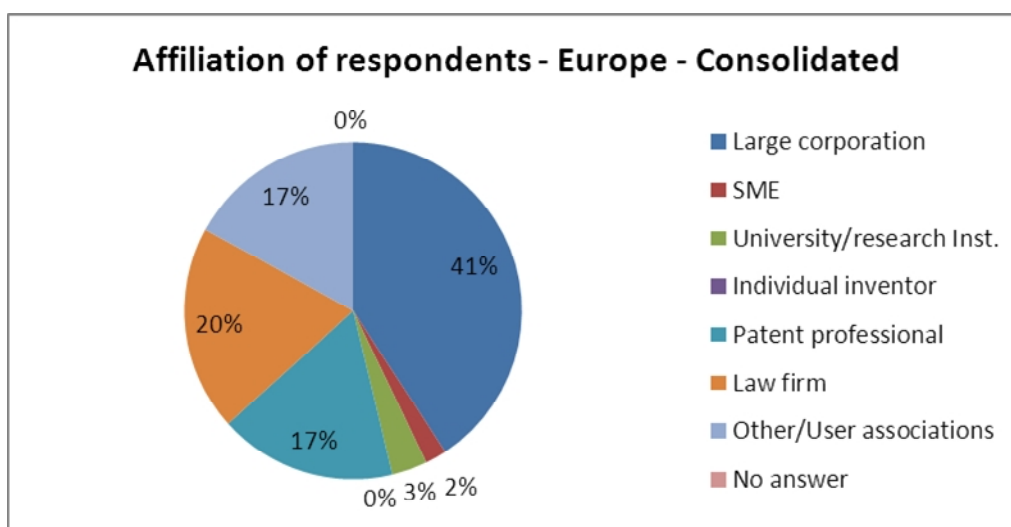
f) 欧州の結果総括

37. 日米欧 3 地域全体における調査結果をより理解しやすく表示するため、欧州における回答を統合した。但し、結果として、各グループ内で意見が大きく分かれているため、欧州各国の個別の結果の一部を付加し、完全かつバランスの取れた事例を提示した。
38. 透明性を高めるため、追加作業が行われ、調査結果について 2 つの表が作成された。一つは、欧州各国の結果全てを個々に表示し(本報告書の付属書 I)、もう一つは欧州のテゲルンゼー会合参加各庁全ての結果を欧州として一つにまとめたものである(同付属書 II)。
39. 全体としては、欧州でのアンケート調査への回答において重複が 4 あったが(全回答 147 のうち、TJQ アンケート調査の各項目について 134、129、118、119 の回答者)、全てユーザー団体によるもので、与えられた時間内に除くことが出来なかった。これは、経験に関する質問について、回答者は自身の実際の経験について聞かれたが、ユーザー団体はデータを提出していなかったため、重複したデータは無いことを意味する。
40. ユーザーに与えられた質問を提示しなかった庁があった場合には、パーセンテージは、当該質問について回答者数を減らした全体の数字に基づいて計算されている。欠落した回答者が答えを提出すべく選択していなかったことを鑑み、調査結果を歪曲しないようにするためである。但し、回答者が特定の質問に回答していなかった場合、同「無回答」の回答がパーセンテージの計算に含まれることになる。

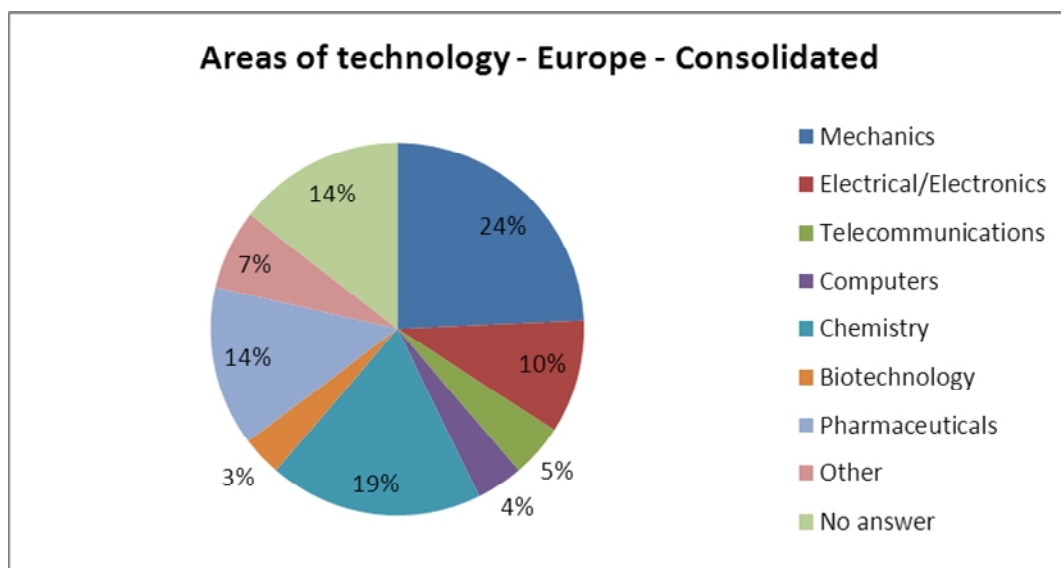
41. 欧州の全回答者の地理的分布は以下の通りである：



42. 一般に欧州では、SME および大学／研究機関について十分な調査結果が得られず、個人の発明家の結果も得られなかった。一方、欧州各国を代表するユーザー団体はアンケート調査に非常に積極的で、調査には計 21 の団体が参加した（2つの知財庁におけるアンケート調査では 4 つのユーザー団体が回答）。所属別の結果は、以下の図の通りである：



43. 欧州の全回答者の技術分野については、以下の図の通りである：



IV. 調査方法および本報告書 の特質に関する注記

44. テゲルンゼー・グループ各地域におけるアンケート調査への回答者数には差異があり(JPO の調査には 412、USPTO の調査には 289、欧州での調査には 147)、グループ各地域での違いを確認するためには、回答の絶対数よりもパーセンテージで比較したグラフを提示することが有効と所見された。回答者数が大きく異なる中、分かり易く且つ歪曲することなくデータを比較できるようにするためである。
45. 最後に、テゲルンゼー専門家グループは、本レポートの使命について、各国でのテゲルンゼー・ユーザー協議において実施された調査の結果について事実概要を透明性ある形で提示することを強調したい。本レポートで注目すべきは各国／地域におけるユーザーの見解である。従って本レポートは、テゲルンゼーグループ各庁の立場、職務等を示すものとは解釈されない。

PART I: グレースピリオド

I. 背景と回答者に関する情報

46. 先願主義における一般的な原則は、特許出願を行う出願日より前に公開された情報は当該出願の先行技術となる、ということである。このように、例えば、ある発明者が自らの発明の詳細について、特許出願を行う前に商取引または学会誌で公開した場合、当該発明の公開内容は、後の出願に対し新規性を否定する先行技術となる。
47. グレースピリオド(以下、GP)とは、発明について特許出願が行われる前の期間で、当該期間中は GP が有効に適用されることにより、同発明は、新規性を喪失することなく、様々な方法を通じた開示が可能となる。多くの国／地域で、GP は何らかの形で特許制度に導入されている。但し、各国／地域の GP は様々な点で相違している場合がある。
48. GP については、調和すべきか、また調和すべき場合にはどのようにして調和するのか、検討に当たって多くの政策課題がある。当該課題には、開示形態、GP の適用範囲、GP の期間、GP の適用開始基準日、GP を行使する方式要件などがある。テゲルンゼーグループ各庁により実施されたアンケート調査では、こうした問題に関連した多くの質問、並びに GP 一般に関するユーザーの経験を例証する多くの質問が提示された。
49. テゲルンゼーグループ各庁により実施されたアンケート調査における GP に関する項目については、日本・米国・欧州全体で、最終的に回答数は 737(日本:412、米国:194[同 194 中 159 で居住地域に関する情報が提供されていた]、欧州:134)だった。USPTO が実施したアンケート調査について、注意すべき重要事項は、アンケート調査の GP の項目について少なくとも一つの質問に回答し居住地域に関する情報も提供していた 159 の回答者のうち、92 名(58%)が米国、41 名(26%)が欧州、26 名(16%)がその他の地域に居住していたことである。
50. 本レポートにおいては、「日本」とは、日本で開催されたユーザー協議において JPO が実施したアンケート調査の結果を意味する。同様に、「米国」は、米国特許商標庁(USPTO)により集められたアンケート調査結果、「欧州」は欧州特許庁(EPO)、ドイツ特許商標庁(DPMA)、フランス産業財産庁(INPI)、英国知的財産庁(UKIPO)、およびデンマーク特許商標庁(DKPTO)により実施されたアンケート調査の総括的結果を意味する。
51. 回答者のグループおよび技術分野による内訳は、それぞれFigure 1とFigure 2に示されている。Figure 1とFigure 2で合計回答数が異なっている理由は、未回答および重複回答によるものである。また、アンケート調査の結果についても、同様の理由により、回答者総数は相違している。

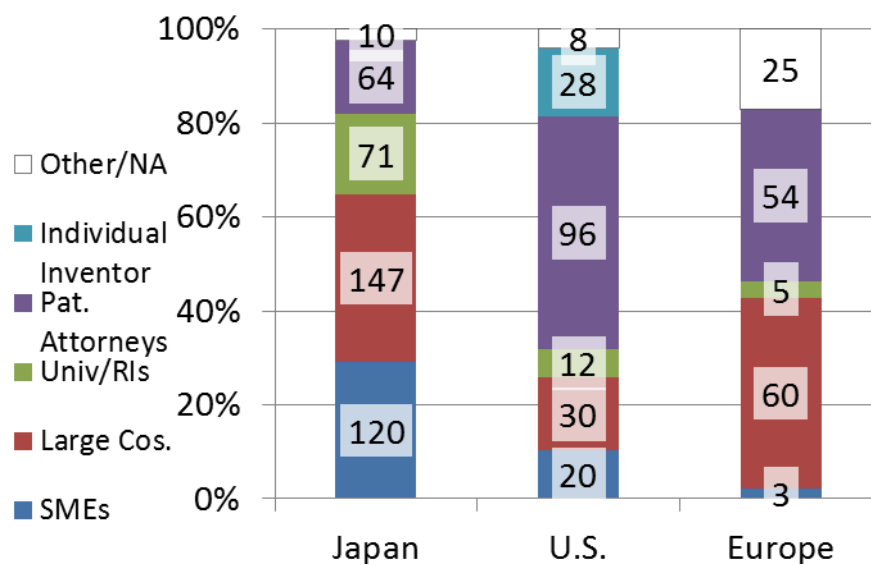


Figure 1 Respondents' affiliations

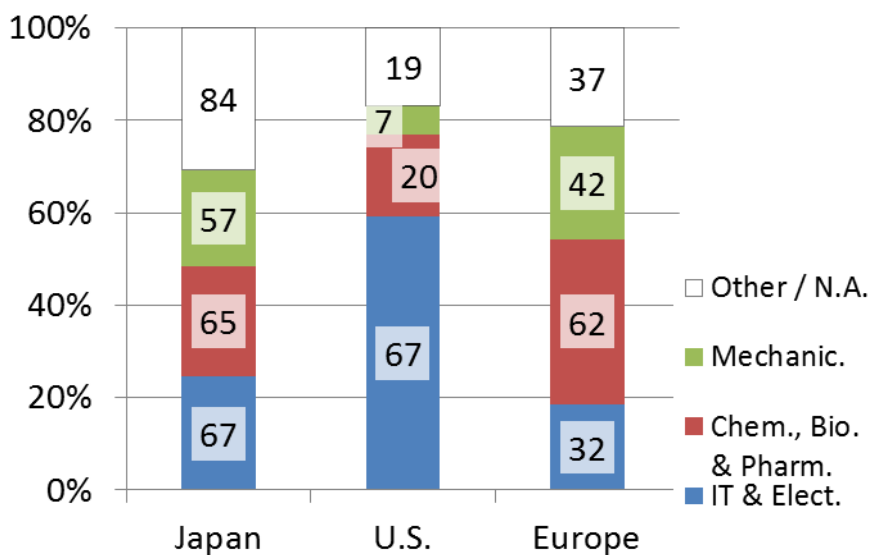


Figure 2 Respondents' technical field

II. 概要／分析

A. ユーザーにおける経験／対応

52. アンケート調査の結果によれば、大多数の日本と米国の回答者がGP（一部の図表で「GP」と表示）を支持していた（日本：78%、米国：79%）。欧州では状況がかなり異なっており、GPへの支持は全体の過半数を僅かに超える回答（53.8%）に留まり、ドイツでのDPMAによる調査では回答者の多数となる61.5%がGPに反対であった（Figure 3、Q. 9参照）。興味深いことに、日本と米国では回答者の約1／5がGPに反対（各々22%、21%）だった一方、欧州の調査では回答者全体の43%がGPに反対であった。

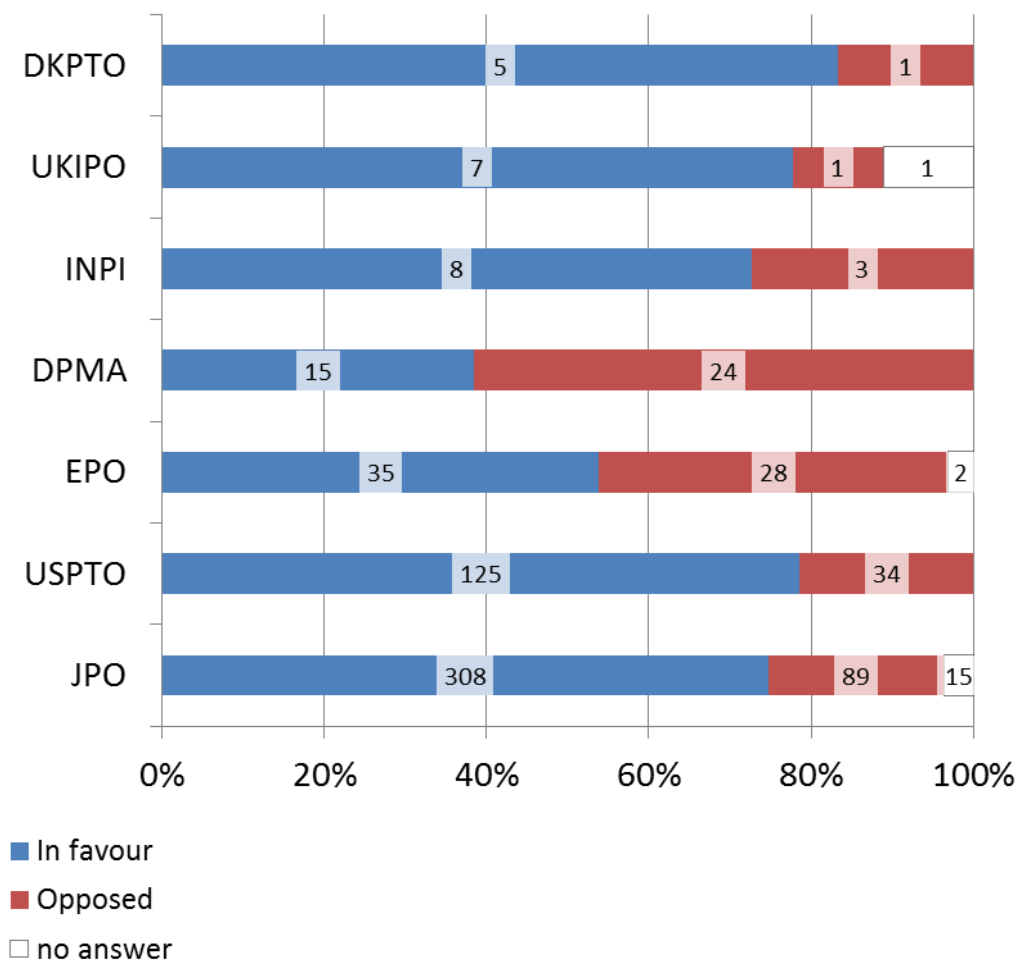


Figure 3 Position on grace period in principle

53. EPOによるアンケート調査に対し、欧州の6つのユーザー団体はGPに原則的に賛成、2つのユーザー団体は反対で、1つのユーザー団体は公式見解を示さなかったが、同団体の会員が本問題について合意に至ることが出来なかったためである（「EPO 報告書」31頁参照）。また、EPOの調査に対し、法律事務所と特許代理人がGPに賛成であった一方、欧州の大企業においては、12社がGPに反対、6社が賛成と、反対と賛成の割合は2対1であった（「EPO 報告書」33頁参照）。

54. 自らの発明を開示した後に特許を出願する必要性を感じたことがあるとした回答者の割合は高かった（日本：78%、米国：65%、欧州：64%）（Q.2 参照）。日本、米国、欧州において、特許の出願を必要とした最も多い共通の理由は「学会の発表」で、次が「出願人の過失」であった（Figure 4、Q.2a 参照）。

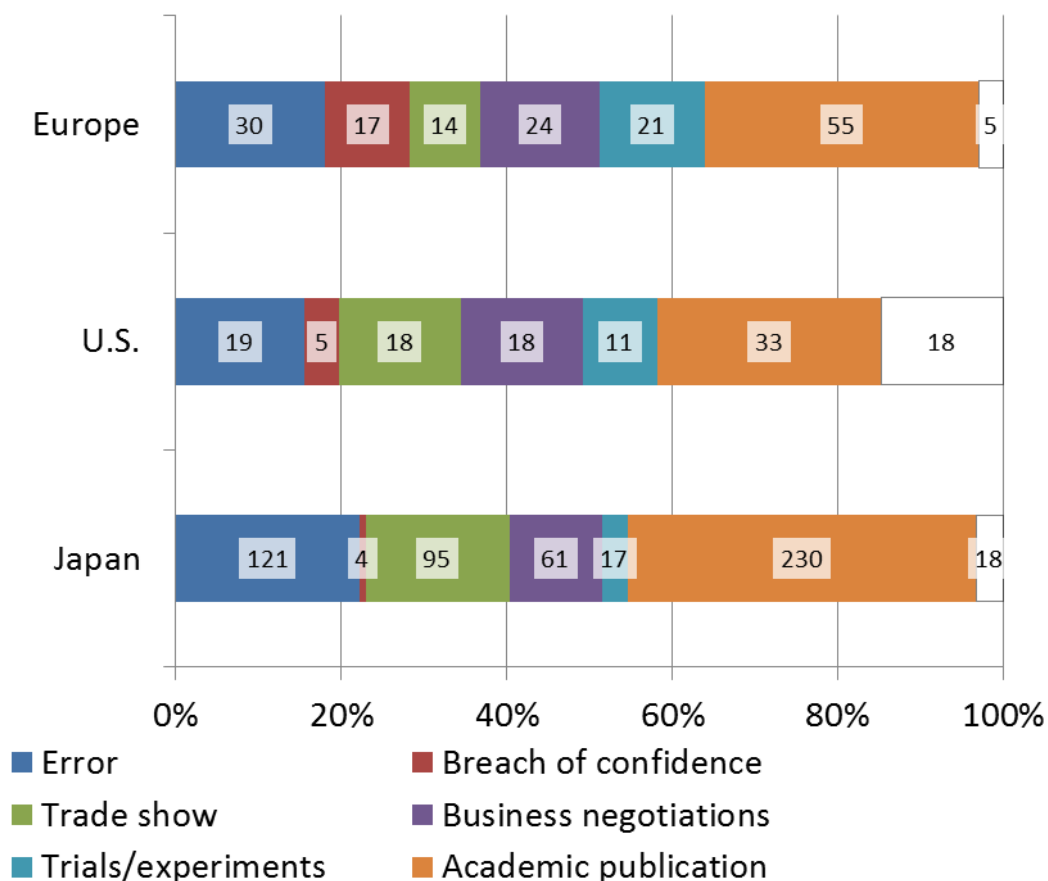


Figure 4 Grounds for pre-filing disclosure (Q.2a)

55. 更に、自らの発明の開示後に特許を出願する必要性を感じたことがある回答者のうち、一定の割合の回答者（日本：31%、米国：15%、欧州：24%）が「とりあえず特許出願した」と記していた。これは、先の開示が高い確率で拒絶理由となり得る中で特許出願を行った可能性を意味する。また、一部の回答者（日本：75%、米国：65%、欧州：52%）は「GPを利用できる国／地域にのみ特許を出願した」と報告しており、GPに関する国際的な調和が欠如している現在の状況では、出願人にとって負担となっていることがうかがえる（Figure 5; Q.2b参照）。
56. また、EPO の調査で、3 人の回答者（6%）が 6 ヶ月の GP の対象となるものの 10 年の保護しか与えられないドイツの実用新案での出願を選択したことは興味深い。（「EPO 報告書」22 頁参照）

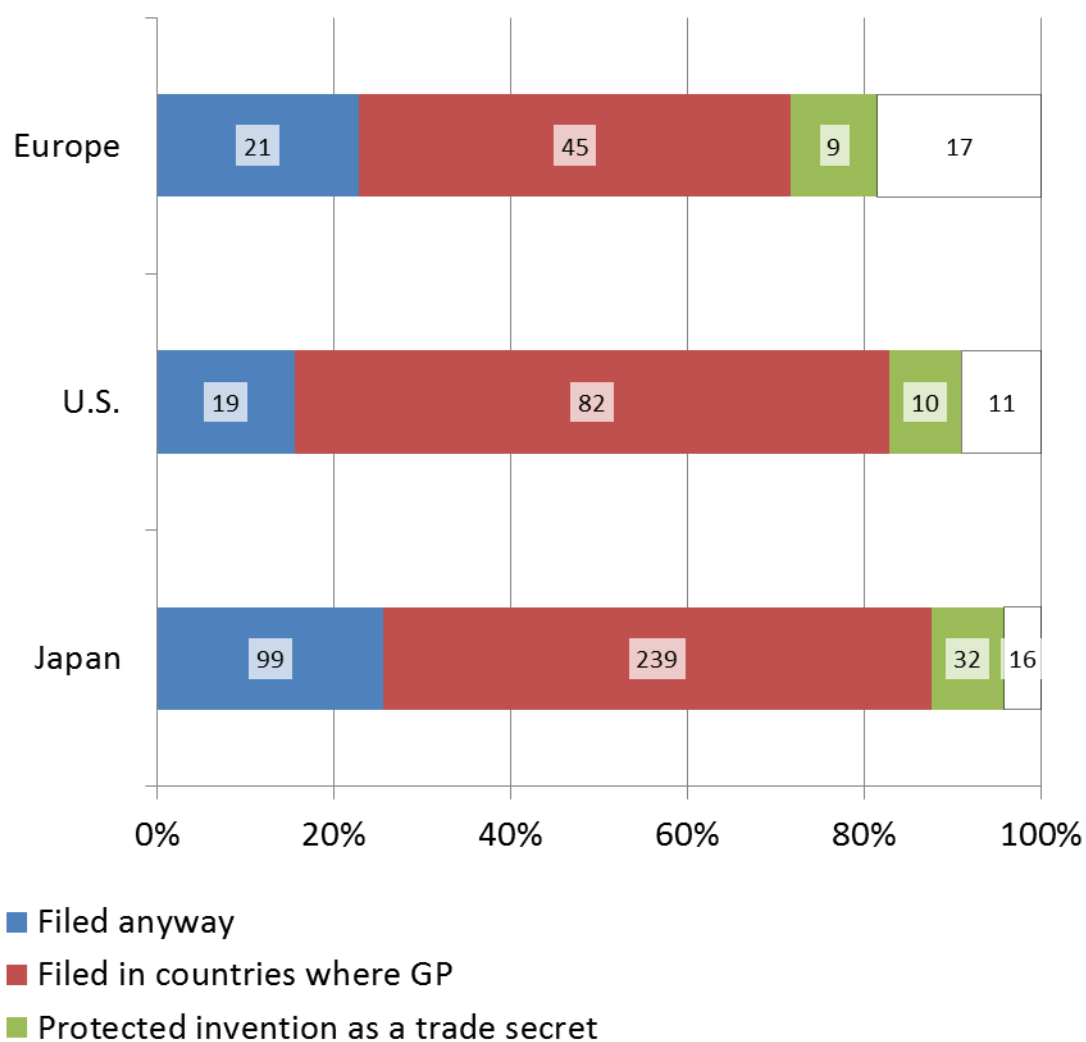


Figure 5 Reaction where pre-filing disclosure occurred (Q.2b)

57. また、GPの利用については、日本68%、米国67%、欧州63%と回答者の比較的高い割合で利用されていた。一方、GPを利用する頻度は、国／地域で異なっていた。100件に1回以上の割合で利用する者は米国で49%と最も高く、日本が40%で、欧州が29%と最も低い(Figure 6; Q.4, 4b参照)。

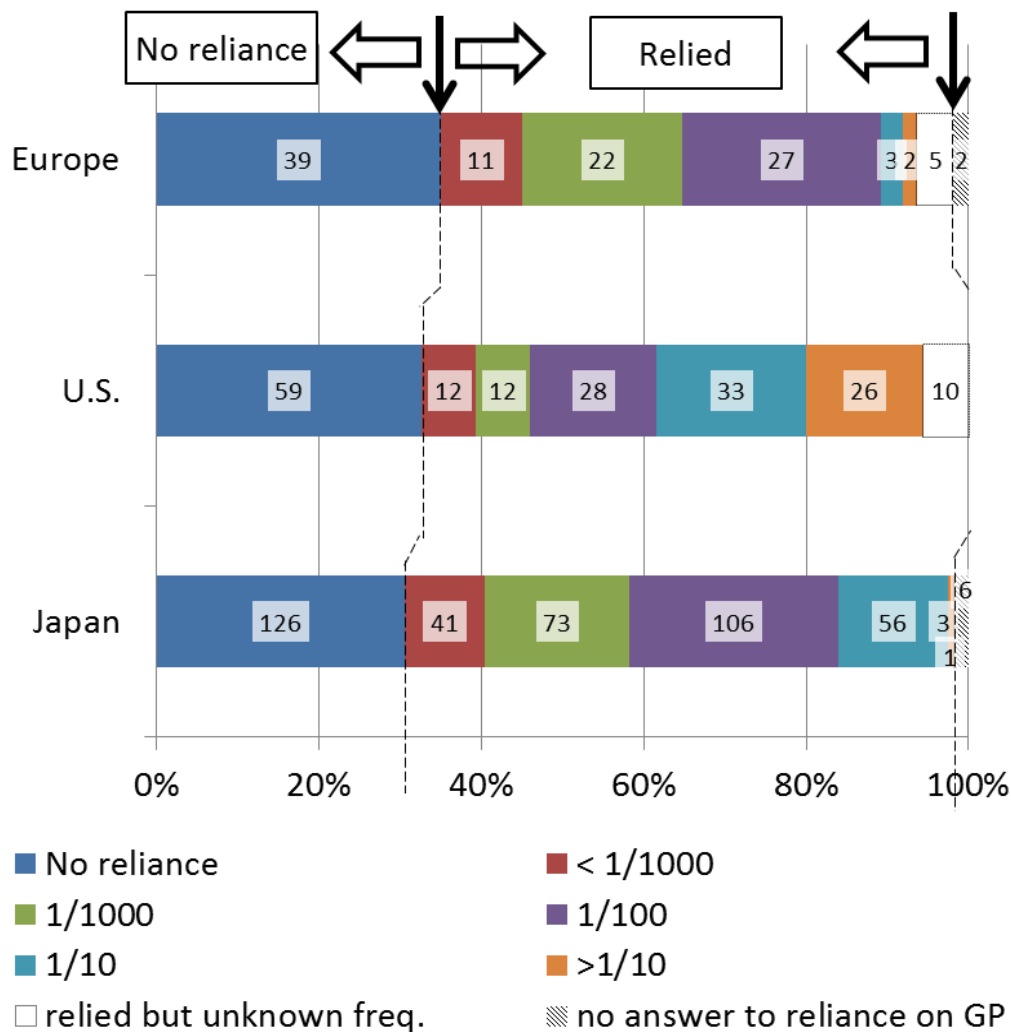


Figure 6 Frequency of reliance on grace period (Q.4 & Q.4b)

58. 欧州では、GP への依存する頻度は一般に非常に低いと推定され、EPO の調査に対し回答者の 63%が GP に全く頼ったことが無い、又は 1000 件の出願について 1 件以下の頻度でしか頼ったことがない、と述べている(「EPO 報告書」、GP に関する議論 23-25 頁参照)。注目すべきは、EPO の調査に対し数人の回答者が GP に依存することは「非常に稀」だが、欧州のユーザーにとって主たる市場が GP を有していないことを考えれば驚くことではない、との意見を述べていたことである(「EPO 報告書」24-25 頁参照)。
59. 更に、GP についてどのように考えるかを問うアンケート調査の質問 Q.11 への回答は、国／地域によって大きく異なっている。回答者には、選択肢として、GP に対してポジティブな選択肢、ネガティブな選択肢の両方を用意し、該当するものを全て選択してもらった(複数回答可)。結果は、Figure 7 に示されるように、日本と米国では、ポジティブな選択肢を選ぶ回答者の割合が高かった。選ばれたポジティブな選択肢には、GP 制度が設定されるべき理由として、SME にとって使い勝手が良いから(日本: 40%、米国: 70%)、また発明の早期公開を促すため(日本: 46%、米国: 65%)等の意見が

あった。一方、欧州においては、ネガティブな選択肢を選ぶ回答者の割合が高く、GP制度の導入は特許制度の法的安定性を損なう可能性がある(61%)、また特許制度を複雑にする可能性がある(42%)という意見があった。

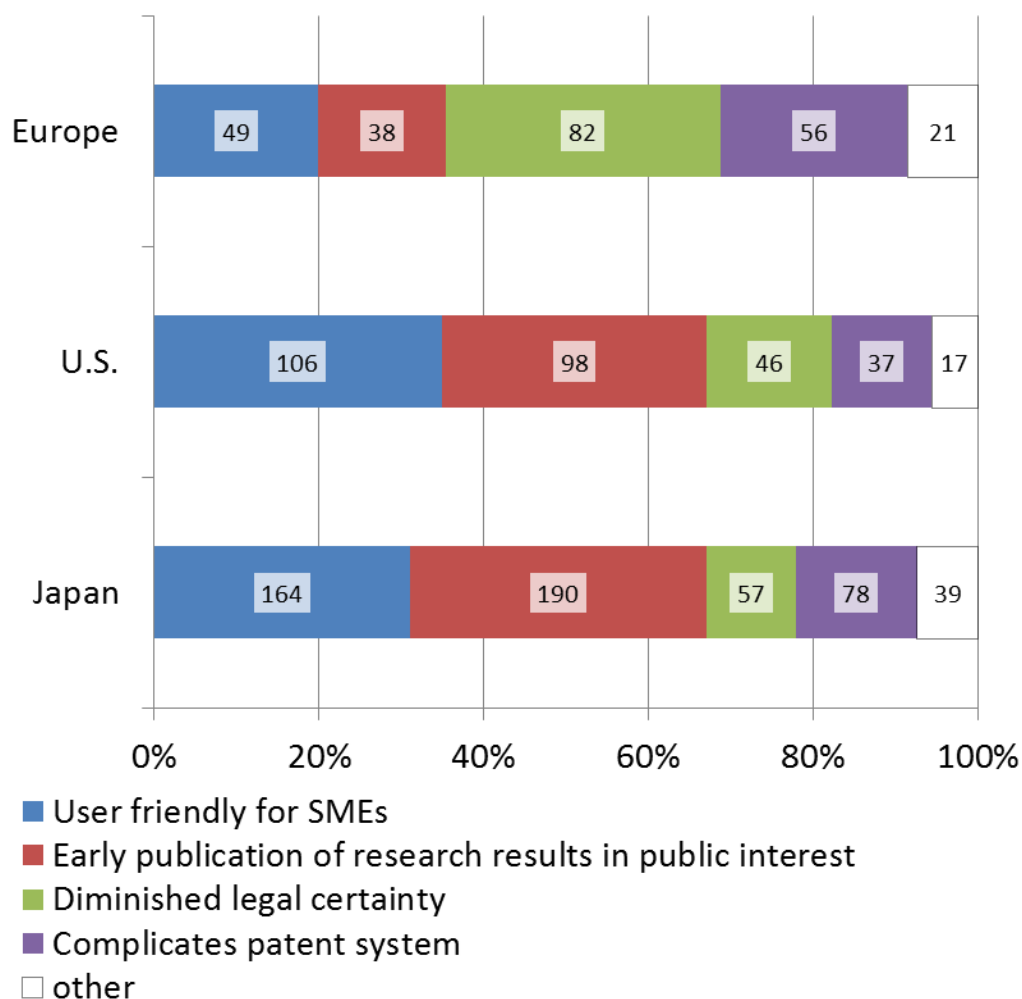


Figure 7 Implication of grace period (Q.11) (*note that the percentage of the horizontal axis indicate the ratio between each of responses)

a) 大企業

60. 一般に、大企業はGPをほとんど利用しない、と考えられている。例えば、日本においても、65%の大企業がGPを利用するのは1000件の特許出願に対して1件以下の頻度である、と回答していた(Q.4b参照)。
61. しかし、「GPを利用したことがありますか？」という質問Q.4への回答によると、日本、米国、欧州(EPO+DPMA+UKIPO)では各々大企業の83%、52%、59%がGPを利用した経験がある、と回答していた。過半数を超える大企業がGPを利用したことがあるという事実は、ユーザー協議における意外な結果であった。しかしながら、質問Q.2aへの回答から、その理由を窺い知ることができる。

62. 大企業において、発明が開示された後に特許出願が必要となる最も多い状況は、学会での発表で、全体の回答と同じであった。回答者の割合では、日本78%、米国26%、欧州(EPO+DPMA+UKIPO)53%であった。オープンイノベーションが進む中、企業では大学／研究機関と共同研究を行う機会が増えている。質問Q.1に対しても、多くの大企業(日本:88%、米国:73%)が大学／研究機関と共同研究を行ったことがある、と回答していた。
63. 加えて、他の理由でもGP制度を利用することがあった。相当数の回答者が「過失」のためGPを利用したと述べており、日本では50%、米国では16%、欧州(EPO+DPMA+UKIPO)では28%の回答者が同選択肢を選んでいる。これは、大企業であっても、知財を常に完全に管理することはできないことを示している。例えば、何百件も特許出願をする際には、人為的な間違いも要因となる。大企業においても、危機的な状況において自らの権利を救済するため、GP制度に高い期待を抱いていることは明らかである。
64. とはいえ、Q.9の結果によれば、大企業におけるGPの支持率には、(国／地域によって)大きな差がある。即ち、日本と米国では支持率はかなり高い(日本:70%、米国:73%)が、欧州(EPO+DPMA+UKIPO)では32%と低い。
65. 興味深いのは、USPTO 主催の特許法の国際調和に関する公開ヒアリングの際、知的財産権の保有者を代表する一人の関係者が「『当社の社員でさえ米国で特許を保護するために GP に頼らざるを得ない、また外国で対応する GP が無い場合には世界で特許権を喪失する可能性がある』といった事態が起きている」と述べていた(「USPTO 報告書」29 頁)。

b) 中小企業(SMEs)

66. 欧州で実施された調査では、中小企業(SME)について議論に付す程の十分なデータが無かったため、SME については、日本と米国の調査結果に関する見解に留まることとする。SME は、大学／研究機関に次いで、GP への支持率が高い。Q.9 の結果によれば、日本と米国では、SME の多く(日本:76%、米国:63%)が GP を支持していた。
67. GP を利用した経験がある SME は、日本において 30%、米国で 29%に過ぎない(Q.4 参照)。しかし、自らの発明を開示した後に特許を出願する必要性を感じたことがあるかという質問 Q.2 に対しては、回答者の高い割合(日本:63%、米国:41%)で必要性を感じたと回答していた。日本における質問 Q.2a への回答によれば、SME で発明を開示後、具体的にどのような場合に特許出願の需要があるかという割合は、過失が 39%、展示会での開示が 37%、商談での開示が 31%、学会での発表が 37%である。また、SME においては展示会、商談での開示による割合が大企業および大学よりも高く、SME の特徴といえる。
68. また、Q.2b の結果によると、大企業および大学／研究機関では、自らの発明を開示した後に特許出願の必要性を感じた場合に「GP を利用できる国／地域にのみ特許

を出願する」という対応を行う傾向があった(大企業－日本:78%、米国:63%、大学／研究機関－日本:93%、米国:66%)。一方、SME の多くは、そのような対応ではなく、かなりの割合(日本:53 %、米国:43%)の SME が「とりあえず特許出願をした」と答えていた。即ち、出願が拒絶される可能性が高かったものの、出願していた場合があったのである。残念ながら、アンケート調査の質問では、出願の対象について、出願前公開が生じなかった場合に出願した対象と同じか否かについては情報を得られなかった。

69. この点については、日本で開催されたラウンドテーブルでの発言が興味深い。「SME との協議で、一部の SME は、発明を先に展示して販売してしまったり、又はウェブサイトで公開を行ってしまったと述べていた。」「SME およびベンチャー企業は、出願より先に製品を作って、顧客の反応が良いと分かってから、出願する。出願しようとした時には GP が利用できないという場合もあった。」という発言があった。ラウンドテーブルで代表者らはまた、その理由について、「SME は十分に知財管理ができないというのが実情である。多くの SME では知財を専門に扱う部署が無い。平均的にいうと、従業員 200 名規模の会社で、せいぜい専任の知財担当者が 1 人、また兼任の知財担当者が 2 名いる程度である。」と指摘している。(「JPO 報告書」6-7 頁参照)
70. 更に、USPTO によるラウンドテーブルで一人の関係者は、「一部の国で GP が無いことは、新興企業の成功、または最先端の研究活動を制限する重大な要因となり得る」と述べていた。(「USPTO 報告書」29 頁)

c) 大学・研究機関

71. 欧州で実施された調査では、大学／研究機関について議論に付す程の十分なデータが得られなかったため、大学／研究機関の GP 利用については、日本と米国の調査結果に関する見解に留まることとする。GP は、特にアカデミア(学会)によって利用されるよう設定されたとされるが、アカデミアでは革新的な発明についての特許申請を行う前の段階を含め、出来る限り早く研究成果を発表せざるを得ない状況があるためである。調査結果はこうした状況を反映したものとなっている。結果として、大学／研究機関は、GP を導入している日本と米国において、GP を多く利用するユーザーとなっている。実際、Q.2a への回答によれば、日本と米国における大学／研究機関の回答者の各々95%・75%が、学会論文で自らの発明を開示した後に特許を出願する必要性を感じた、と述べている。大学／研究機関において、GP を支持する回答者の割合は日本で 84%、米国で 73%で、大企業および SME における支持率より高い(Q.9 参照)。また、GP を利用した経験がある回答者の割合についても、日本で 94%、米国で 75%と非常に高い(Q.4 参照)。GP の利用頻度については、日本では、10 件に 1 件程度以上が 65%と、比較的高い割合になっている。
72. しかしながら、GP があるという理由で、常に研究成果を安易に特許出願前に開示している訳でないと考えられる。Q.1 の結果によると、大学／研究機関の回答者は、日本においては 98%、米国においては 91%が民間企業と共同研究プロジェクトをある程度の割合以上行っていると回答している。そのような場合、民間企業との契約等の関係から、技術開発後直ちに学会で研究論文について発表を行うと考えるのは、

自然ではない。実際、Q.2a の回答によると、大学／研究機関の回答者においても、日本においては 21%、米国においては 13%が「過失」のために GP を利用した、と答えている。

73. 従って、民間企業の場合と同様、大学／研究機関においても、多くの場合、GP は(発明・開発の)権利を救済するために利用されることが容易に認識されよう。
74. 日本でのラウンドテーブルで、この問題についてある代表者は「(日本では)2004 年に国立大学が法人化され、ライセンス(使用許諾)契約に基づいた収入および共同研究資金を企業から得ている。企業からは、大学側の知財管理体制が整備されていなければ、共同研究は行いたくないと言われる。」と発言していた。こうした理由により、大学では IP の管理を整備している。実際、ある代表者は「我々は、これまで行ってきた全ての特許出願のうち 14%について GP を利用してきた。しかし、近年では、GP を利用する頻度は減少した。現在は過去数年間における特許出願の約 5%まで低下している。」と述べていた。このように、IP 管理を強化する傾向が実際の数字でも見て取れる。しかしながら、大学においては、大企業と異なり、IP 管理を行うことは困難かも知れない。アカデミアでは、学問の自由という考え方が根強く残っている。ラウンドテーブルでの議論で、ある代表者は「民間企業から大学にきた教授の中には、企業で行っている IP 管理を導入しようと努めている人もいる。しかし、大学ではそのような考えは全く受け入れられないだろう。大学教員にとっては、特許権を取得することは研究過程における一つの段階にすぎず、最終目標ではない。大学では、学会で発表を行ってから特許を取るか取らないかを大学の教員自身が判断できる、というのが一般的な慣習である。実際、大学教員の中には、特許を取らずに発明を発表することを許されていると考える者もいる。」と指摘した。(「JPO 報告書」8 頁参照)
75. USPTO のヒアリングで、大学のある代表者は「適用対象が限られている GP は、大学および研究者にとって不利であり、IP 資産を活用した経済成長を牽引するに当たり触媒的な役割を果たすことは難しい」と強調した。(「USPTO 報告書」29 頁参照)

B. 一般的な見解

a) グレースピリオド利用における政策的な目的

76. 調査に対する回答からは、GP は、発明者が(発明の)開示の是非を選択できる場合よりも、何か不都合が生じた状況において利用されている場合が多いことが示された。こうした状況は、大企業、SME、さらには大学／研究機関においても言えることである。これに関連し、質問 Q.10 への回答で GP を利用する政策的な理由として、「発明者が特許出願の前に市場調査を行う及び／又は融資を受けることを可能にする」という選択肢を選んだ回答者は比較的低い割合だった(日本:17%、米国:54%、欧州:46%)。一方、比較的高い割合の回答者が選んだ選択肢は、「特許制度の目的と科学界のニーズのバランスをとる」(日本:71%、米国:66%、欧州:64%)、「機密情報の漏洩及び／又は発想を盗用されることから発明者を保護する」(日本:33%、米国:75%、欧州:75%)だった。

77. Figure 8 は、回答者が GP を利用する政策的な目的に大きな幅があり、GP の望ましい適用対象についてどのように考えているかについて影響を及ぼすことを示している。例えば、多くの回答者（日本：71%、米国：66%、欧州：64%）が GP では特許制度の目的と科学界のニーズを考慮し、両者のバランスをとるようにすべきである、と考えている。また、多くの回答者、特に米国の 75%と欧州の 75%の回答者は、GP は秘密漏洩および情報の盗用から発明者を保護すべきである、と考えている。

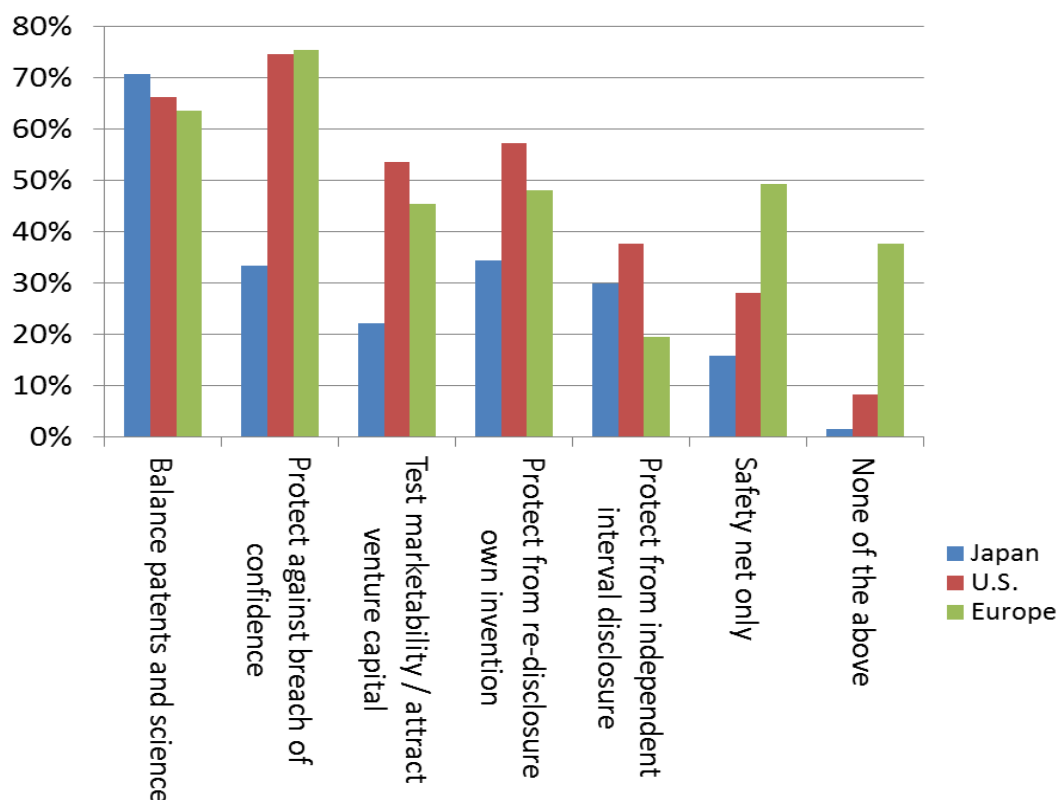


Figure 8 Policy goals which should be pursued by the grace period (Q.10)

78. 一方、最初の開示から特許出願日までの GP 期間に個人による発明の開示から出願人を保護する点については、GP がそのように定義されるべきであることに賛同した回答者は、欧州の調査では回答者の僅か 18%であったのに比べ、日本では 30%、米国では 38%だった。
79. 本図はまた、欧州で実施されたアンケート調査で、回答者の 49%が GP について、「セーフティーネットとしての機能のみ有するべきで、発明者が特許出願前に自らの発明を開示する選択をした場合には、当該開示及び出願日または優先日の前に自由に利用できるようにみえる技術を善意で用いる第三者による投資のリスクを負うべきだ」との見解に賛同していたことを示している。また、国／地域を越えた GP の望ましい適用対象についてユーザーがどのように考えているかという点でも意見が分かれ、GP の適用がセーフティーネット機能に限られるべきであるとの考えに賛同したのは、日本では回答者の僅か 15.9%、米国では回答者の 28%だった。

80. 2013 年 2 月、EPO は、テゲルンゼー・ユーザー協議の一環として、欧州各国および欧州のユーザー団体の代表から成るユーザーのヒアリングを行った。結果は、多くの参加者が GP について原則的に反対する意見を表明していたものの、大半の参加者は、以下のように定義される「セーフティーネット」としての GP には賛成であった：義務である正式な宣言次第であるが出願日または優先日から 6 ヶ月の期間において、出願人による開示および GP 期間を通じて適用される強制的な先使用权を伴う開示についてののみ、適用される。このような妥協的な立場は、欧州における多国間での GP 採用を前提とする 2 つの条件－セーフティーネットとしての GP が国際的に調和したものである・従来からの先願主義ならびに 18 ヶ月公開制度等を有する実体特許法条約 (SPLT) に含まれる－に基づくものである。個人である第三者による自らの発明の開示に対する GP の適用については、出席したユーザー団体全員が反対した。（「EPO 報告書」55～59 頁参照）
81. EPO が実施したヒアリングの結果ならびに後述で報告されるテゲルンゼー・アンケート調査の先使用权の項目への回答が示しているように、欧州のユーザー協議においては、大半の回答者が先使用权について、GP の定義に不可欠である、と考えているようである。この点について、欧州の回答者と日本および米国の回答者で、見解が異なっているようである。最終的には、EPO によるユーザー協議で欧州の回答者が述べたセーフティーネットとしての GP の定義は、日本における GP の定義の範囲と同じようであることが分かる。但し、相違点としては、出願人から善意で発明を導き出す問題があり、日本では認められていないものである。
82. GP により取得できた特許がビジネス及び／又は研究活動の成功に貢献する固有の要因となったかと問う質問に対し、成功に結びついたと答えた回答者の割合は、日本（28%）と欧州（33%）より米国（56%）で遙かに多かった（Q.4c 参照）。但しここでの「成功」の定義は明確ではない。回答者のうち、日本と米国における大学の回答者の各々 38% と 56% が GP の利用が「成功」に結びついている、と回答していた。一方、特許取得が事業の成功に結びついたと回答した SME の割合は、例えば日本においては 23%、大企業においても 23% となっており、大学での割合よりも少なくなっている。
83. 同様に、GP が利用できないことがビジネスまたは研究における意思決定の要因となったかと問う質問（Q.6）に対し、米国では意思決定の要因となったと肯定する回答者の割合（52%）が日本の回答者（僅か 4%）および欧州のユーザー（16%）に比べ、非常に高かった。

b) グレースピリオドの調和

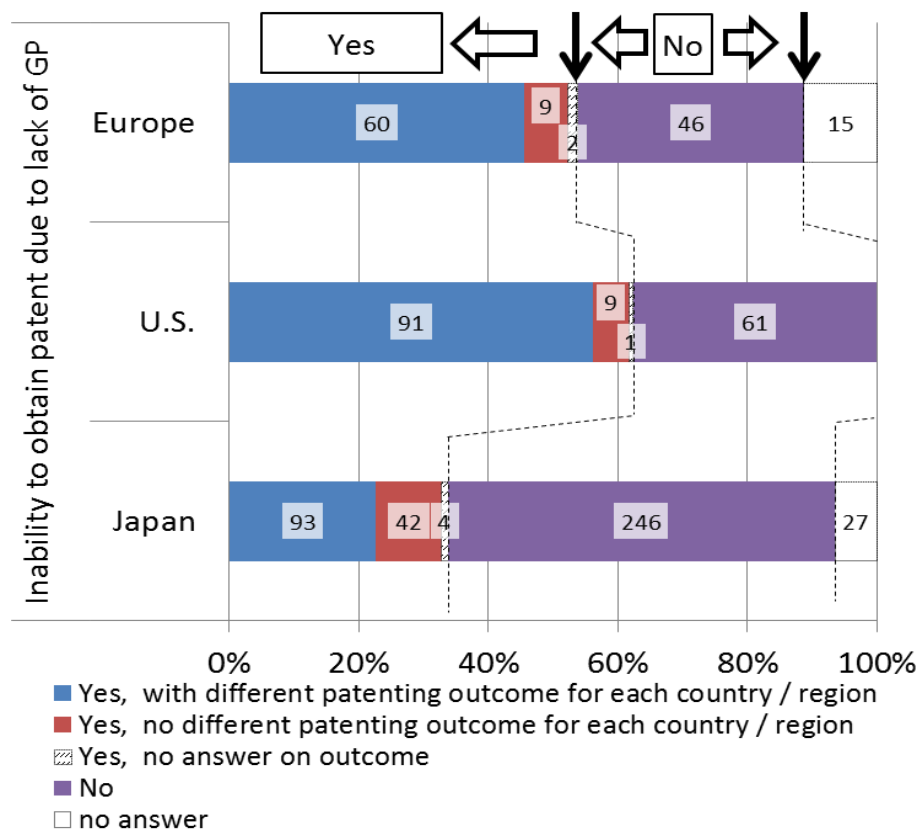


Figure 9 Instance of inability to obtain patent due to lack of grace period (Q.5) & patent outcome differences (Q.5a)

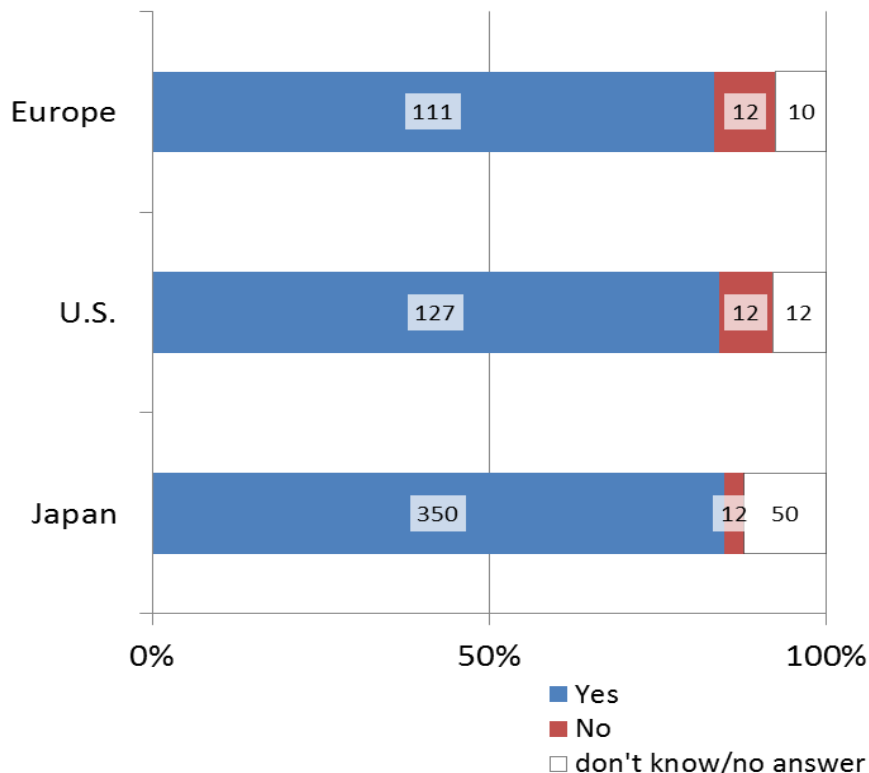


Figure 10 In favor of internationally harmonized grace period (Q.15)

84. Q.5 では、回答者は、GP が無いために特許を取得することが出来なかったか、また Q.5a では、GP が調和していなかった為に幾つかの国／地域で特許に関し異なった結果を経験したか、と問われた。Q.5 については、GP 制度が無かった為に特許取得を断念したと答えた回答者の割合は国／地域によって異なり、米国では 62%、欧州では 54% だったが、日本では 34% だった。また、Q.5a への回答によれば、そのような(特許取得を断念した)回答者のうち、多くが(日本:69%、米国:90%、欧州:85%) GP の制度が各国／地域で異なることにより断念した、と答えている (Figure 9; Q.5, 5a 参照)。
85. こうした状況は、GP が国際的に調和していないことがユーザーにとって問題となっていることを示している。そして、日本、米国、欧州の回答者の各々 85%、84%、83% が GP の国際的な調和の必要性を認めている (Figure 10; Q.15 参照)。但し、こうした回答は、国際的な(調和した)GP の定義または対象範囲について如何なる合意も示すものではない。例えば、EPO の調査では、6 人の回答者は GP が無い点で調和すべきという考えであることを強調していた。(「EPO 報告書」43 頁参照)

i) 開示形態とGPの適用対象

86. 質問 Q.16「十分に国際的な調和を達成するためには、GP に関する次の項目のうち、どの項目について調和する必要があると考えますか？」に対し、「GP が適用可能な開示の形態」「GP の適用対象」「GP の期間」「GP の起算日」を調和すべきとした回答の方が「GP の行使に関する宣言要件」「GP 期間における先使用权」とする回答よりも多かった。(Figure 11; Q16 参照)

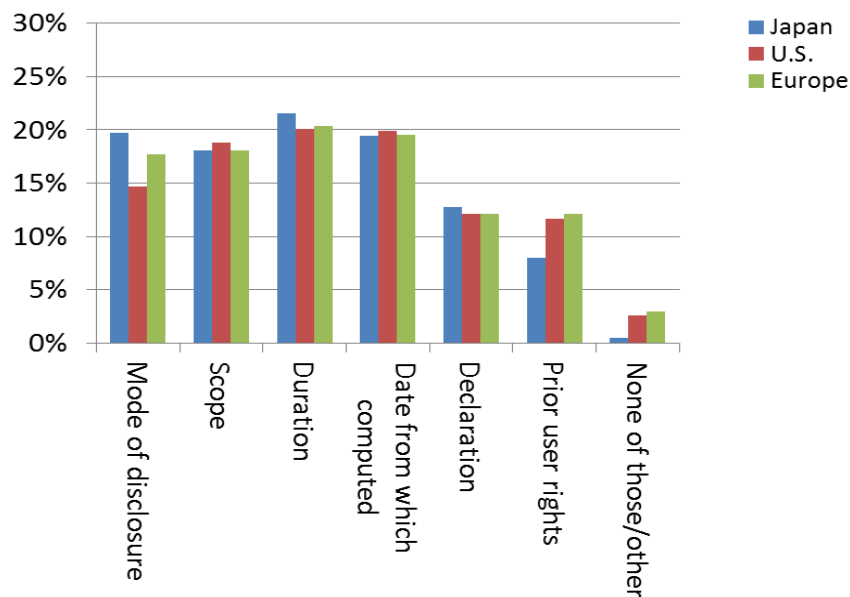


Figure 11 Which elements of the grace period should be required to be harmonized?
 (*note that the percentage of the vertical axis indicate the ratio between each of responses) (Q.16)

87. 一方、今回の調査では、GPが適用可能な開示の形態およびGPの適用対象の詳細について、どのように調和すべきか関係者の意見を聞く質問は無かった。意見の一部は、Q.10への回答に示されている。Q.10では、特に、GPが適用されるべき対象として、第三者による発明者の発明の再開示、または第三者による個人の発明の開示、あるいはGPは質問で定義された「セーフティーネット」としての機能に限定されるべきかが問われていた(付属書[Appendix]IIの総合結果[Table of Consolidated Results]参照)。また、GPは特許権を法的に不安定にする可能性があるという意見もあった。事実、一定の割合の回答者(日本:14%、米国:30%、欧州:61%)がこの意見に賛同していた(Figure 7; Q.11参照)。
88. 興味深いことは、JPO が開催したラウンドテーブルでの議論によれば、様々な国／地域の回答者の多くが GP は特許制度の目的と科学界のニーズを考慮し両者のバランスを取るべきで、また GP は秘密漏洩や情報の盗用から発明者を保護すべきである、と考えていた。こうした意見から明らかなことは、GP の調和について多くの日本のユーザーは GP が幅広い対象に適用されるような調和を望んでいることである。また、特許制度の安定性に関する意見で、「GP 制度を導入することで特許制度の安定性を損なう恐れがあるとの懸念を聞いた」「日本の場合と同様、特許出願時に一定の手続きを行うことで、特許制度の不安定という問題の大半は解決できると考える」という意見があったのも興味深い。(「JPO 報告書」10～11 頁)

ii) GPの期間

89. GP の期間に関する質問 Q.13 への回答では、日本と欧州の回答者の各々65%、56.7%が 6 ヶ月、米国の回答者の 65%が 12 ヶ月を支持しており、各国／地域における制度をそのまま反映した数字となっている。

iii) GP期間の起算日

90. GPの期間の起算日に関する質問 Q.14 への回答で、日米欧全ての地域で最も好ましいとされた回答は「特許の出願日又は優先権主張日」で、日本の回答者の 63%、米国の 64%、欧州の 71%が同選択肢を選んだ。結果として、大部分の回答者が GP の期間について起算日を優先日とするべきという選択肢を支持したことになる。

iv) GPの宣言の要否

91. 「GPの宣言を必須要件とすることを支持するか」について問う質問 Q.12 に対し、日本と欧州では、回答者の多数(日本:64%、欧州:62%)が GP の行使について出願者による宣言を必要とすべきとしていたが、米国を拠点とする回答者の多く(71%)が宣言は要件とすべきではないと主張していた。宣言を必要と答えた回答者の大半(日本 83%、米国:82%、欧州:95%)が理由として、宣言を必要とすることで特許権の法的安定性を向上させることを挙げている(Figure 10; Q.12a)。また、宣言を要件とすべきでないとした回答者の多くがその理由として以下を挙げていた: (1) 宣言を要件とすることで出願人の負担が増える(日本:76%、米国:85%、欧州:61%)、及び(2)出願者に GP の宣言における手続き上の過誤があった場合、最終的に GP の適用を受けられなくなる(日本:47%、米国:81%、欧州:55%) (Figure 13; Q.12b 参照)。
92. 加えて、「他社が GP を利用したことにより、実際に悪影響を受けた場合がある」と答えた回答者の割合は、日本で 2.0%と最も低く、欧州が 16%と次いで高く、米国で 18%と最も高かった(Q.7 参照)。

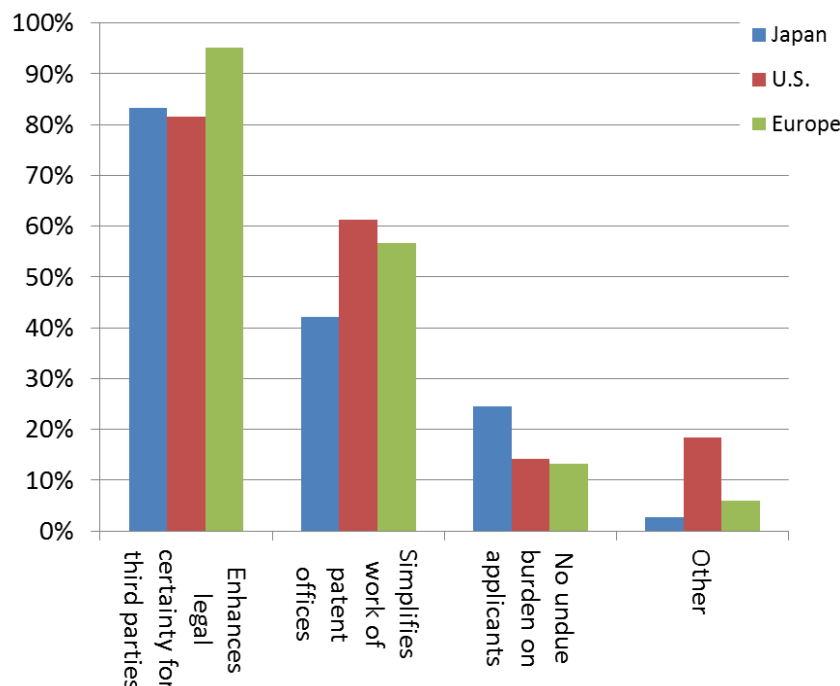


Figure 12 Reasons for being in favor of mandatory declaration (Q.12a)

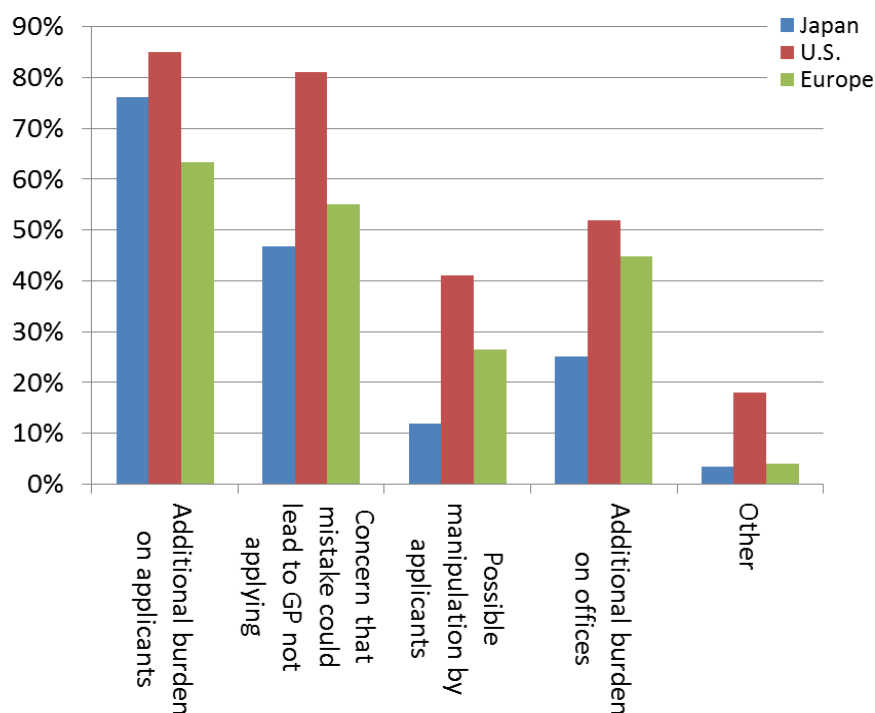


Figure 13 Reasons for being against mandatory declaration (Q.12b)

c) いくつかの詳細分析

93. ユーザー協議で行われたアンケート調査の結果は、特定の問題に関して単純にデータを集計するだけではなく、ある設問について回答者毎に別の設問に対する回答を集計する、いわゆる「クロス集計」を行うことで、有意義な結果を得ることができた。JPO が行ったユーザー協議の回答結果にのみ、そのような有意義なクロス集計を行える程十分な「回答数」及び回答者の「多様性」があった為、そのような詳細な分析は、日本で実施されたユーザー協議の結果に関して行われた。当該分析の結果は日本でのデータに限られる為、JPO の責任において分析を行い、適宜、論評を述べている。この詳細分析の結果は、本 GP セクションに続く付属書 I [Annex I] として本レポートに付加され、テゲルンゼー最終総括報告書の重要な部分を構成している。

III. 概要／分析の結論

94. ユーザー協議の結果により、GP に関し、地域、所属、技術分野、ユーザーの業種、GP の利用頻度等によって、様々な見解の相違があることが理解できた。今後、ユーザーの傾向をより正確に把握するためには、ユーザーの立場を明確に理解することが重要であることを認識できた。
95. テゲルンゼー共通アンケート調査では、日本と米国の回答者の多数(78%・79%)が GP を支持していた。欧州では、過半数を若干上回る割合の回答者(53.8%)が GP を支持しているが、DPMA の調査では回答者の多く(61.5%)が GP に反対だった。結論としては、GP に関する見解には相違があり、特に欧州においては依然として様々な議論がある。

96. 更に、欧州の調査への回答を詳しく分析すると、GP について最良の方策と考えている回答者においてでさえ、その多くがそうした立場について GP のセーフティーネットとしての機能を条件としており、EPO によるヒアリングでは、6 ヶ月の GP 期間、出願日または優先日を起算日とし、正式な GP 行使の宣言が必要で、出願人による開示についてのみ適用され、GP 期間中において善意の先使用者による先使用権を可能とする、と考えていた。
97. こうした意見を有していたのは日本の回答者の僅か 15.9%、米国の回答者の 28% であり、最善と考える GP の適用対象に関する見解において、欧州における GP を支持するユーザーと日本・米国のユーザーとでは、かなりの相違が見られる。
98. このように、日本・米国・欧州の各国／地域では、GP の役割、(特許)制度上の重要性、最善と考える適用対象の理解について、相違がある。
99. こうした全体的な考察は別として、特定の項目に注目すると、日本及び欧州で実施された調査の結果では GP の期間について 6 ヶ月が好ましいとしていたが、米国の調査の回答者は異なり、12 ヶ月が好ましいとしていた。
100. また、日本と欧州の回答者の半数超が(GP 行使の)宣言を必要とすべきだとしていたのに対し、米国の調査では回答者の大半が宣言を要件とすべきではない、としていた。
101. GP の起算日については、日米欧全ての地域において出願日または優先日が好ましいとする回答が大多数である。また、全地域の回答者の多くが GP は特許制度の目的と科学界のニーズを考慮し両者のバランスをとるべきであり、GP は秘密漏洩や情報の盗用から発明者を保護すべきである、と考えている。
102. GP は「独立した発明家による自らの発明の開示を含め、第三者からのあらゆる干渉に対し、最初に発明を開示した発明者について、最初の開示と特許出願の間の期間、保護」すべきである、とする見解に賛同したのは、欧州の調査では回答者の 18% に過ぎなかったが、日本では 30%、米国では 38% が賛同していた。
103. EPO が実施したヒアリングの結果ならびに後述で報告されるテゲルンゼー共通アンケート調査の先使用権の項目への回答が示しているように、欧州のユーザー協議においては、大多数の回答者が先使用権は GP の定義において重要であると考えているようである。この点について、欧州の回答者と日本および米国の回答者で、見解が異なっているようである。最終的には、EPO によるユーザー協議で欧州の回答者が述べたセーフティーネットとしての GP の定義は、日本における GP の定義の範囲と同じようであることが分かる。但し、相違点としては、日本では認められていない、出願人から善意で発明を導き出す問題がある。

付属書 I: グレースピリオド – JPOデータに基づく詳細分析

i) 業種別詳細分析

104. Figure 14 は GP の利用頻度を回答者の業種別に示した図である。GP は、SME と大学／研究機関で多く使われると一般に言われているが、裏付ける結果となっている。

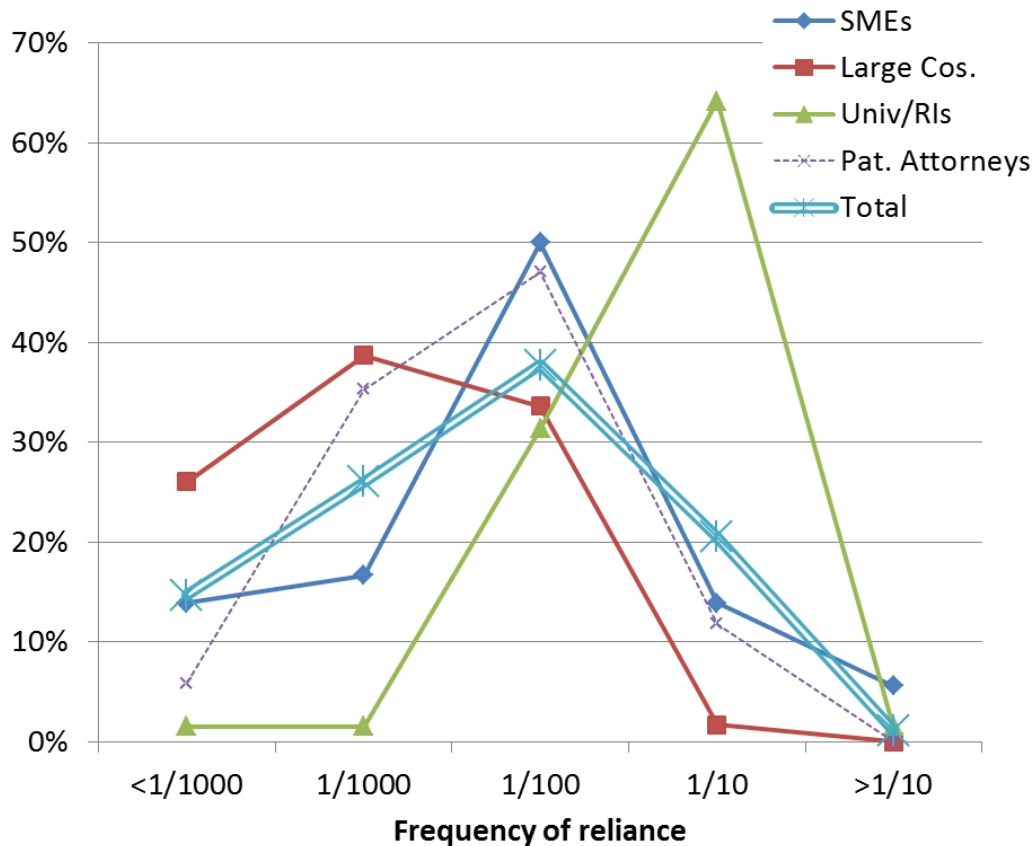


Figure 14 Frequency of reliance for each affiliation

105. Figure 15 は、回答者が発明成果を公開した後に特許を出願する必要性を感じた理由を示したものである。多くの場合、「秘密漏洩」「展示会」「商談」が実質的な過失となると考えられている。このような意味で、60%超の SME は過失のために特許を出願する必要性を感じた経験があった。また、大学と研究機関では、学会で開示した後に特許を出願する必要性を感じた経験があったことも明確に示された。これは、GP の問題についての議論では、SME と大学／研究機関のニーズを理解する必要があることを示している。
106. Figure 16 は、発明成果を公開した後に特許出願の必要性を感じた場合、回答者がどのように対処したかを示している。明らかなことは、多くの SME が(先の開示により)拒絶される可能性が高くて、とりあえず特許出願を行う傾向があることである。

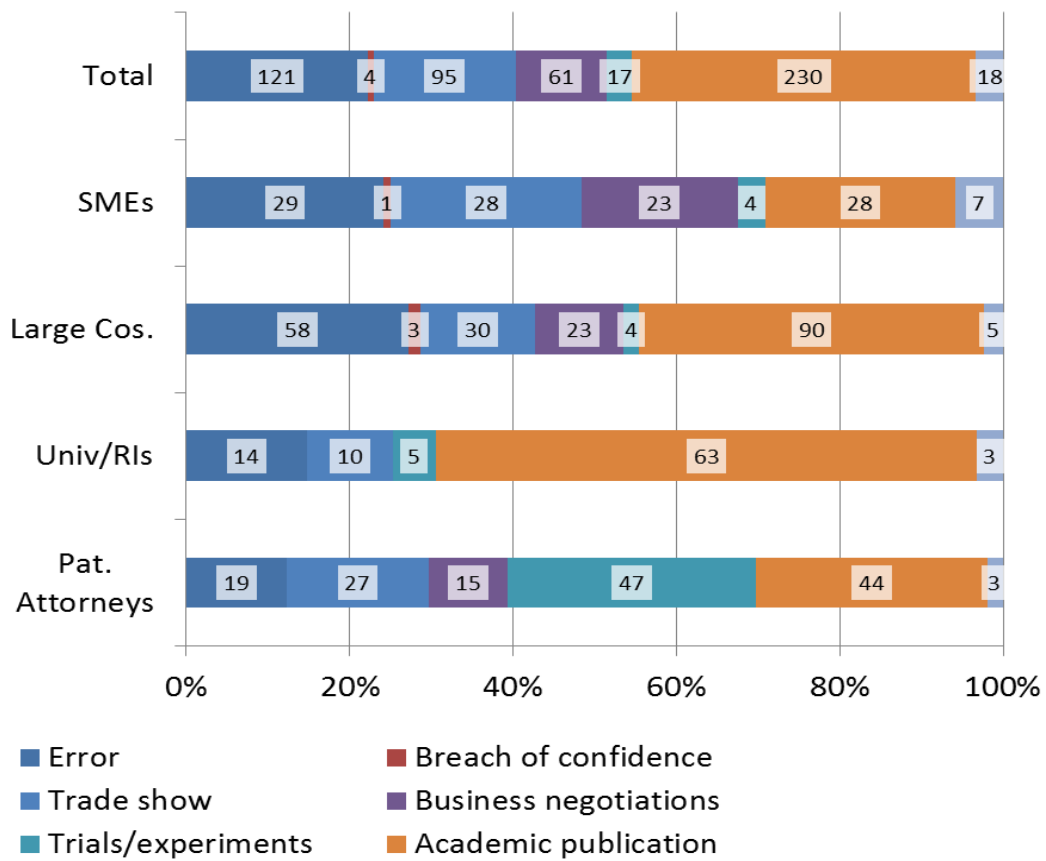


Figure 15 Grounds for pre-filing disclosure... (Q.2a)

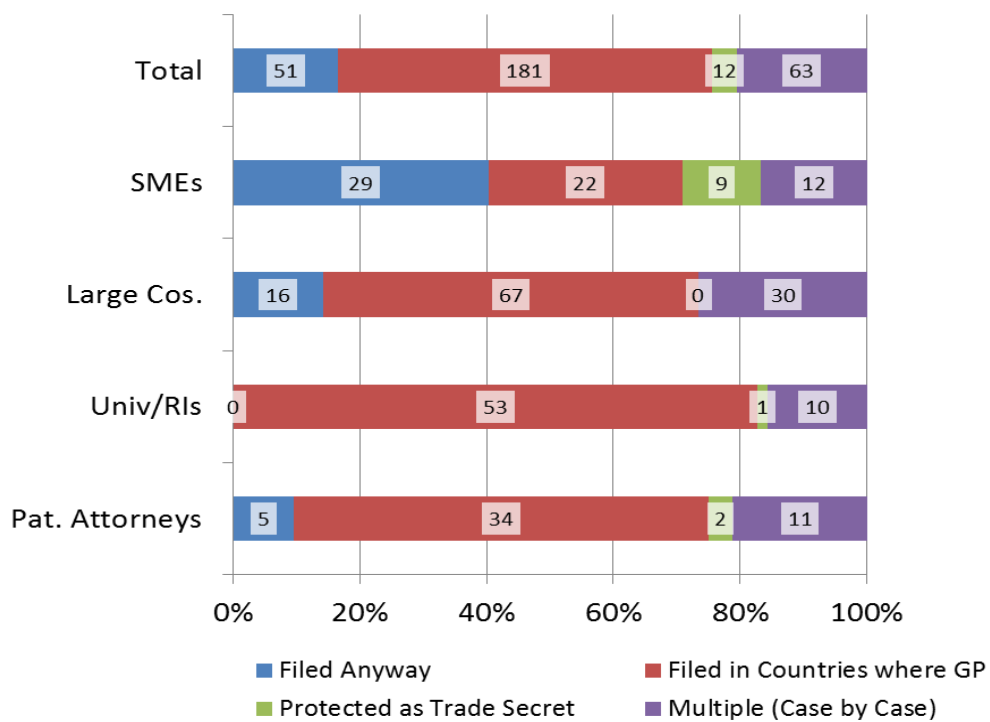


Figure 16 When pre-filing disclosure occurred... (Q.2b)

ii) GPの利用頻度別詳細分析

107. Figure 17 は「GP を支持しますか」という質問 Q.9 に対する回答について、GP の利用頻度毎に示したものである。この結果によると、ユーザーにおいては、GP を利用する頻度が高い程、GP を支持する傾向がある。これは、GP を利用した経験を通じ、あるいは GP に関する理解が高めることで、GP に対する見方が変化する可能性があることを明確に示している。

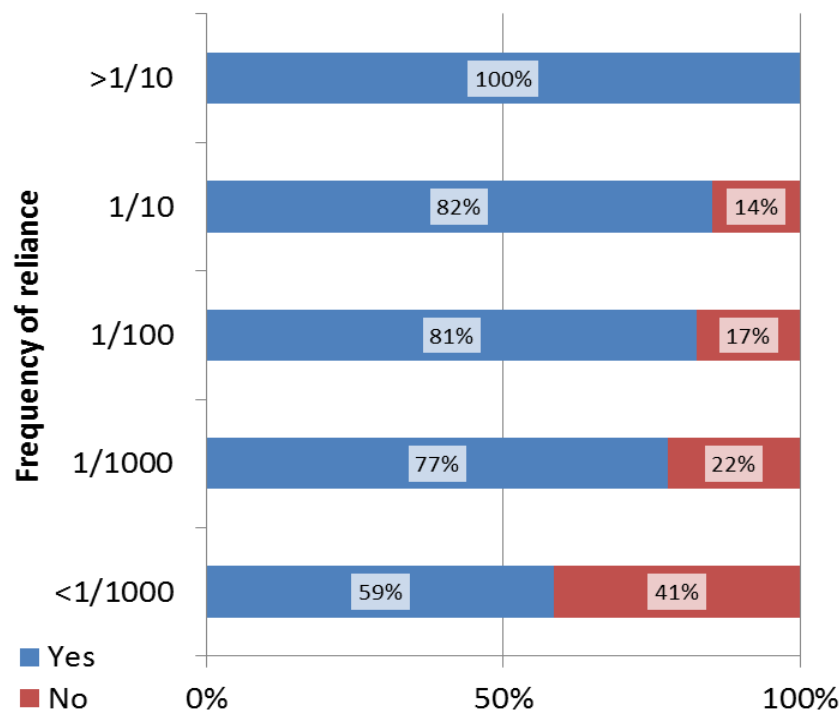


Figure 17 Are you in favor of the grace period? (by frequency of reliance) (Q.9)

108. もっとも、Figure 18 で示されているように、「GP は調和されるべきか」を問う質問 Q.15 への回答によれば、GP の制度調和への賛同と GP の利用頻度にはほとんど相関性が無い。大半のユーザーは GP の制度調和について望ましいと考えており、たとえ GP を利用したことが無い場合でも調和には賛成である。

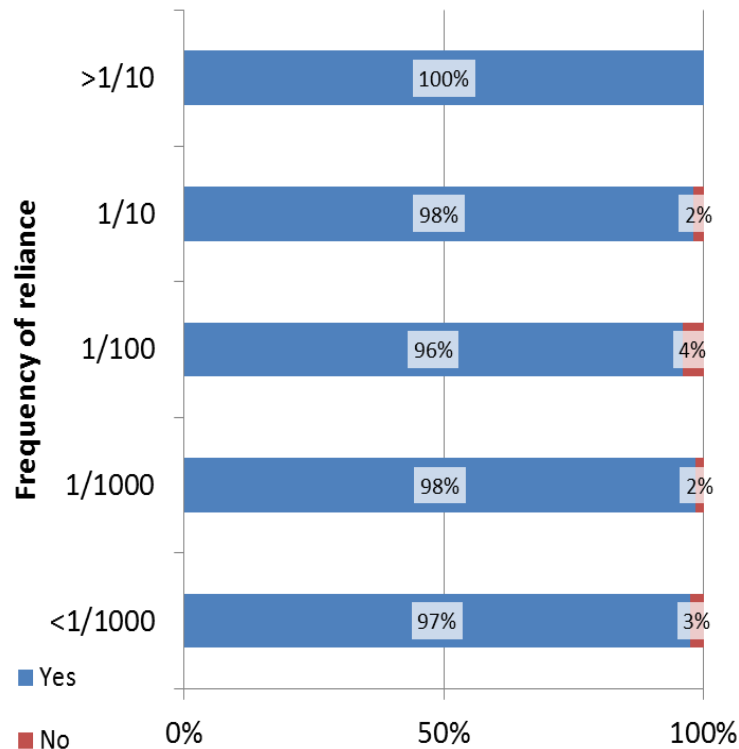


Figure 18 Should the grace period be internationally harmonized? (by frequency of reliance) (Q.15)

109. また、Figure 19 は、「(GP の行使について) 宣言を必要とすることに賛同するか」を問う質問 Q.14 への回答について、GP の利用頻度毎に示している。この結果によれば、GP を利用する頻度が高いユーザー程、宣言を必要とすることに反対であった。その理由を見ると、GP の利用頻度が高いユーザー程、出願人の負担が増える為とする回答が多いことが所見された。一方、GP の利用頻度が低いユーザー程、宣言を必要とすることに賛成する割合が高かった。その理由を見ると、GP の利用頻度が低いユーザー程、特許権の法的安定性が向上する為とする回答の割合が高いことが分かる。上述したように、GP を利用する頻度に関わらず、多くのユーザーは GP の制度調和を望ましいと考えている。但し、どのように GP 制度を調和すべきという問題については、GP を利用する頻度によって見解が異なっていることがわかる。

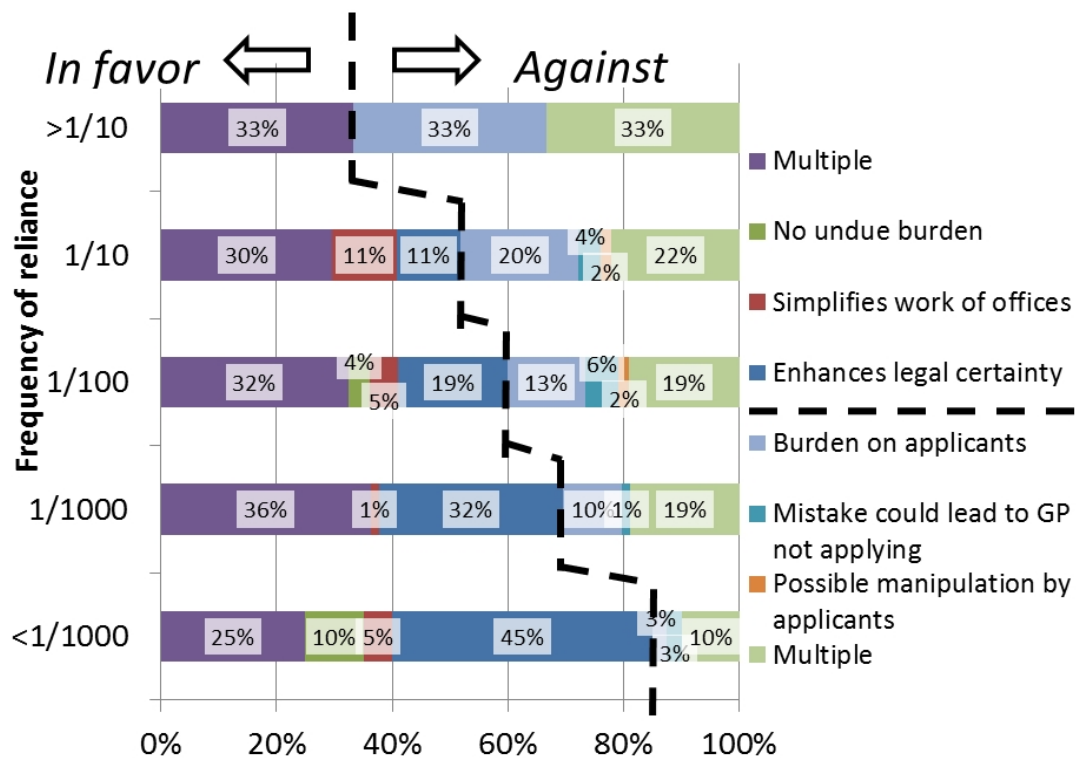


Figure 19 Need of mandatory declaration and reasons (by frequency of reliance), (Q.12, 12a, 12b)

110. さらに、Figure 20 は、「GP に関する考え方・方針」を問う質問 Q.11 への回答について、GP を利用する頻度毎に示している。この結果によると、GP の利用頻度が高いユーザー程、GP について、新たな技術に関する情報の早期公開を促進する、あるいは SME など特許制度自体に関する知識が十分ではない可能性がある者に対し特許制度を利用しやすくする、と考える傾向がある。更に、GP は特許制度の予見性と法的安定性を損なう可能性があると考えている回答者の割合は、GP の利用頻度が低いユーザーほど高かった。一方、一定数の GP への依存度が高いユーザーにおいては、GP は特許制度を複雑にする可能性があると考えている。

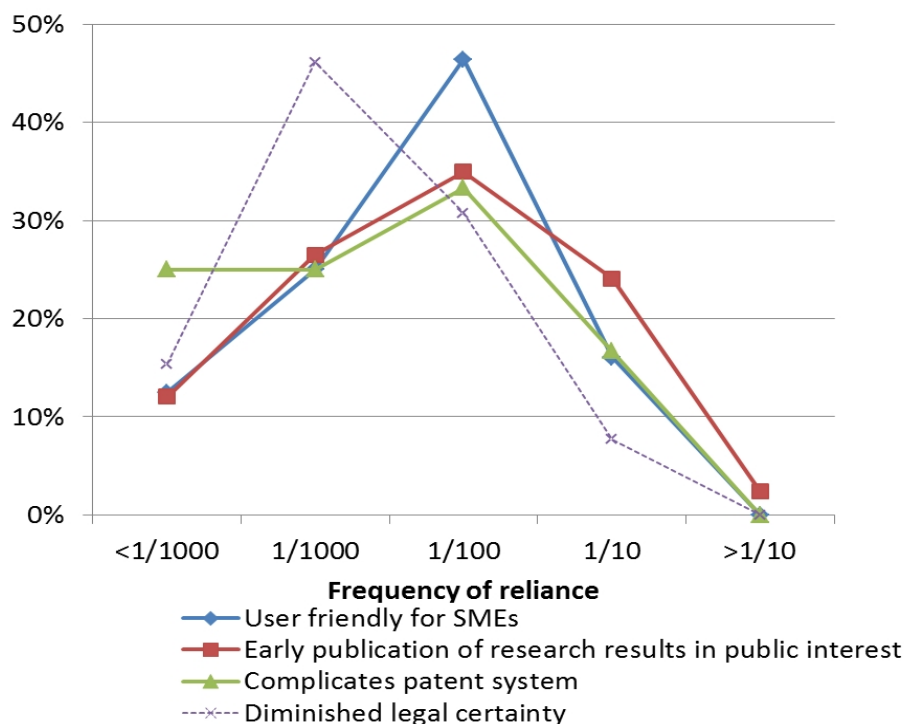


Figure 20 Implication of grace period (by frequency of reliance) (Q.11)

iii) 技術分野別詳細分析

111. Figure 20 は、「GP を利用する頻度」を問う質問 Q.4b に関する回答について、回答者が従事する技術分野別に示したものである。この結果によると、GP を利用する頻度は技術分野によって傾向が異なることが分かる。特に、GP の利用頻度は、化学の分野で高く、機械・IT 企業では低くなっている。

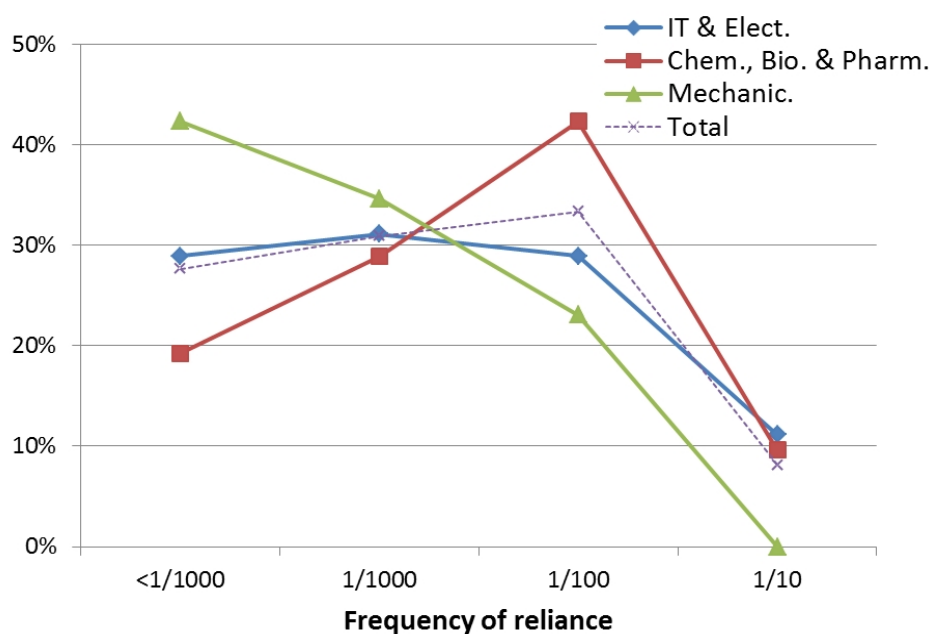


Figure 21 Frequency of reliance on grace period by technical field (Q.4b)

112. また、Figure 22 は、GP に対する考え方を問う Q.11 への回答について、回答者の業種別に示している。この結果によれば、化学・機械の分野においては、新たな技術に関する情報の早期普及を促進すると考えている回答者の割合が多い。GP が SME など特許制度に関する知識が十分ではない可能性がある者に対し特許制度を利用しやすくする、と考える回答者の割合は、IT 企業で高かった。また、化学・機械の分野においては、GP は特許制度を複雑にする可能性があると考えている回答者が同程度の割合で存在する。前述のとおり、当該技術分野間では GP を利用する頻度が大きく異なっているが、GP の利用頻度に関わらず、GP は特許制度を複雑にするものであると考える回答者が一定の割合でいることが分かる。

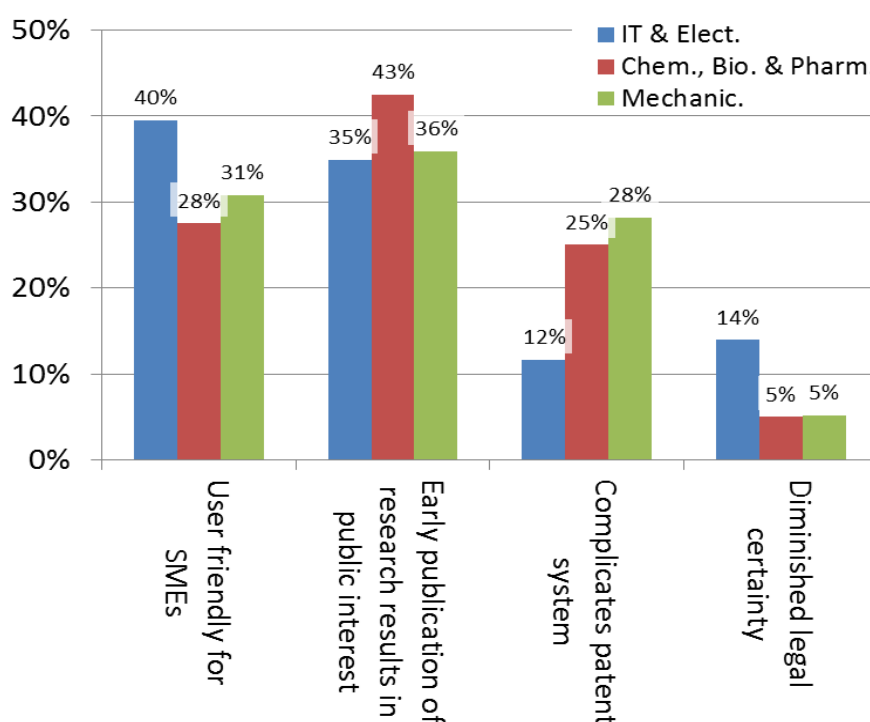


Figure 22 Implication of grace period (by technical field) (Q.11)

End of Annex I

PART II: 出願の18ヶ月公開

I. 背景

113. 特許出願について、主張されたいずれの優先権も含む最先の有効出願日から18ヶ月で公開するという措置は、世界の特許制度の多くで共通して行われており、発明者と一般公衆を含む第三者の間の利害のバランスを示すものである。このバランスの根底には、多くの政策上の考慮がある。
114. そうした政策上の考慮の1つは、第三者である競合者が適宜新しい開発技術についての通知を受け取れるようにするもので、例えば、類似技術を追求し続けるか、それとも当該出願において開示された主題を回避するかについて、十分な情報を得た上での決断を行うことができる。更にこれは、研究投資のより効果的な配分を促し、それに伴って、費用と時間のかかる訴訟の減少を促すことにもなる。
115. 別の政策上の考慮としては、発明者が引き続き特許による保護を求めるか、それとも出願を取り下げて当該情報を営業秘密として留めておくかについて、決断を下すのに十分な時間を与えることである。18ヶ月公開は、衝突する出願に関して先行技術の早期評価を可能にすることにより、特許権の付与の効率性も高めている。
116. しかしながら、18ヶ月公開は相応の結果を伴う。特許権付与の判断が公開前行われない場合、出願の18ヶ月公開と当該特許が最終的に付与される時期との間の期間中に有利になる可能性の高い情報が得られることで、世界中の競合者は、審査滞貨により審査待ちの状態に陥っている技術をコピーする又は回避する機会を得ることになる。但し、仮保護の権利が得られることでこうした懸念はある程度緩和される可能性はある。同様に、少なくとも調査結果が公開前に当該出願人に提供されなければ、当該出願人は、特許を取得するか、それとも出願を取り下げるべきなのか、適切な情報を得た上での判断を下せず、出願の情報を営業秘密として保持する可能性がある。
117. 米国は、現在、対応する内容の外国での出願を行っておらず出願する予定もない場合、当該出願人について18ヶ月での出願公開をオプトアウト(適用除外)できる制度を唯一とっている。他の国／地域では、全ての出願について、出願日または優先日から18ヶ月で公開されることになっている¹。アンケート調査では、こうした問題並びに出願の公開一般に関するユーザーの経験について、多くの質問が提示された。

¹ 出願に攻撃用物質が含まれる場合など、多くの国／地域で通常の公開対象から除外されるものや、その他限定非公開状態にある国家安全保障上の審査手続きによる非公開は、含まれない。

II. 回答者に関する情報

118. テゲルンゼーグループの各知財庁によって実施されたユーザー協議でのアンケート調査に対し、合計680名の回答者が出願の公開に関する質問事項に回答した。日本国特許庁(JPO)は、一つの質問への回答を含め、出願の公開に関する質問について412件の回答を得た。米国特許商標庁(USPTO)が得た回答数は139件だった。欧州における回答数()内はユーザー団体による回答数)は欧州全体で計129件で、内訳は欧州特許庁(EPO)63(9)件、ドイツ特許商標庁(DPMA)39(5)件、フランス産業財産庁(INPI)11(4)件、英国知的財産庁(UKIPO)9(3)件、デンマーク特許商標庁(DKPTO)7(3)件だった。但し一部の国／地域では当該国／地域外にいる回答者から回答を得た場合もある。例えば、USPTOが受け取った回答数139件のうち、78件が米国、36件が欧州、25件がその他の国／地域からであった。

III. 概要／分析

A. ユーザーの経験

a) 米国における出願の公開オプトアウトに関する経験

119. Table 2.1に示されている通り、米国の出願の公開オプトアウト規定について、活用したことがあると回答者の40%強が答えているUSPTOが実施した調査への回答は別として、米国のオプトアウト規定を活用したことがあると述べた回答者は、デンマーク、フランス、及び英国の調査ではおらず、日本とEPOの回答者では、僅か1.46%・3.7%がオプトアウト規定を活用したと報告していた。DPMAでの結果は、米国以外の回答者では例外的に多く、回答者の14.7%が米国のオプトアウト規定の恩恵を受けたことがある、としていた(Q.5参照)。こうした相違は、恐らく米国以外の国／地域の回答者においては、自国／地域で米国の出願に対応する外国出願を行うため、米国でオプトアウト規定を受けないこと多い状況を反映したものであろう。絶対数では、USPTOにおいて公開がオプトアウトされた回答者は僅かであるが、オプトアウトされた多くの場合、その理由は競合者によるコピー、あるいは主題回避を避けることであった(回答者の割合－JPO調査:83.3%; 米国調査:75.9%; 欧州調査:71.4%)(Q.6参照)。

Table 2.1 (Question 5)
Have you taken advantage of the U.S. opt-out provision?

Office	Yes	No	No Answer
JPO	6	401	5
	1.46%	97.3%	1.21%
USPTO	54	76	0
	41.5%	58.5%	0%
EPO	2	51	1
	3.7%	94.4%	1.8%
DPMA	5	28	1
	14.7%	82.4%	2.9%
INPI	0	7	0
	0%	100%	0%
UKIPO	0	6	3
	0%	66.7%	33.3%
DKPTO	0	2	2
	0%	50%	50%

b) 第三者によるオプトアウトの影響

120. 他者による出願公開のオプトアウトの結果として悪影響を受けたことがあるかと問われた場合 (Table 2.2・Q8参照)、日本では回答者の僅か1.94%が悪影響を受けたと報告していたが、米国の調査では回答者の20.7%、欧州の調査では30.5%だった。DPMAによる調査では悪影響を受けたとする回答者の割合 (34名中15名、全体の44.1%) は他庁への回答者より多かった。

Table 2.2 (Question 8)
Have you been negatively affected as a result of another party opting out of publication?

Office	Yes	No	No Answer
JPO	8	390	14
	1.94%	94.7%	3.40%
USPTO	25	96	0
	20.7%	79.3%	0%
EPO	14	34	6
	26%	63%	6%
DPMA	15	18	1
	44.1%	52.9%	2.9%
INPI	2	5	0
	28.5%	71.4%	0%
UKIPO	0	4	2
	0%	66.7%	33.3%
DKPTO	1	1	2
	25%	25%	50%

121. 米国のオプアウト規定の提案者は、18ヶ月での強制的な出願の公開は、世界中の競合者が審査滞貨で審査待ちの状態に放置されている技術をコピー又は回避する可能性をもたらし、当該競合者に出願発明に関する市場価値を低下させる機会と時間を与えることになる、との懸念を表明している。Table 2.3に示されている通り、調査結果は各知財庁で大きな相違があり、18ヶ月で出願を公開された後で競合者に発明をコピー又は回避されたことがあると答えた回答者の割合は、日本31.3%、米国39.7%、欧州全体で52.4%だった（Q.7参照）。興味深いことに、DPMAの回答者は、第三者として、公開をオプアウトする特許権保有者について悪影響を受けた割合が高いことを示していた一方、ドイツでの回答者はまた、自らが特許権保有者であり同出願が18ヶ月で公開されていた場合に大きな悪影響があったことも示唆していた。

c) 公開後の競合者によるコピー又は主題回避

Table 2.3 (Question 7)

Have you ever had a competitor copy or design around your or your client's invention after the application was published at 18 months?

Office	Yes	No	No Answer
JPO	129 31.3%	258 62.6%	25 6.07%
USPTO	46 39.7%	70 60.3%	0 0%
EPO	26 48.1%	21 38.9%	7 13%
DPMA	23 67.6%	6 17.7%	5 14.7%
INPI	2 28.6%	3 42.9%	2 28.6%
UKIPO	3 50%	2 33.3%	1 16.7%
DKPTO	1 25%	0 0%	3 75%

122. 全ての調査における回答で、回答者の多くが出願人／特許権保有者として、義務的な公開の結果として第三者によるコピー／回避を経験したことを示していた一方で、国／地域においてオプアウト規定が無いことが、出願公開の代わりに営業秘密としての保護を求める出願人／特許権保有者の割合と同じとなることを反映するということはないようである（Table 2.4、Q.9参照）。

d) 特許の代替として営業秘密としての保護を求める動き

123. しかしながら、より詳細に見てみると、USPTOが実施した調査の回答者の27%がオプトアウト規定の無い国／地域において営業秘密による保護措置を検討または積極的に求めたとしていたことが注目される。対照的に、そのような行為は日本の回答者の17.5%、欧州の調査での回答者全体の9.5%にしか見られず、米国のユーザーにおいては(オプトアウト規定が無いことを)他国／地域の公開制度の不十分な点として強く意識していたことを示している可能性がある。

Table 2.4 (Question 9)

Has the lack of an opt-out provision in a particular jurisdiction caused you to consider or actively pursue trade secret protection as an alternative to obtaining a patent on an invention?

Office	Yes	No	No Answer
JPO	72 17.5%	331 80.3%	9 2.18%
USPTO	34 27.0%	92 73.0%	0 0%
EPO	6 11.1%	46 85.2%	2 3.7%
DPMA	3 8.8%	30 88.2%	1 2.9%
INPI	1 14.2%	6 85.7%	0 0%
UKIPO	0 0%	5 83.3%	1 16.7%
DKPTO	0 0%	2 50%	2 50%

B. 一般的な見解

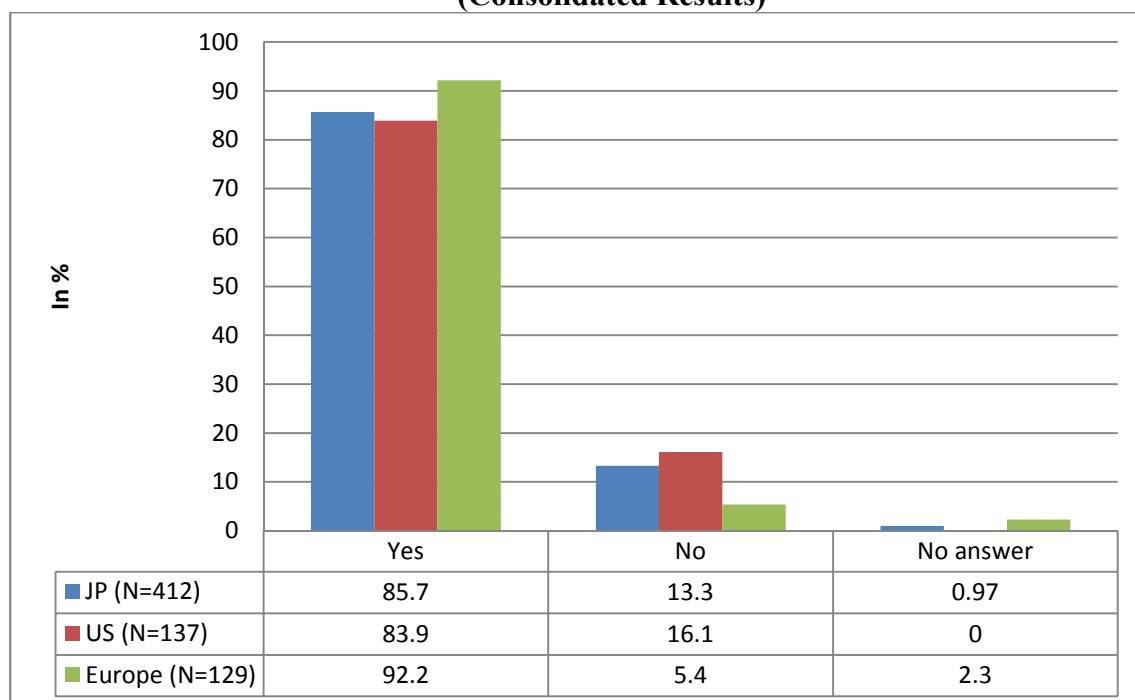
a) 全出願の18ヶ月公開

124. 一般的な問題として、全ての出願が18ヶ月で公開されるべきかを問う質問に対し、大多数の回答者が全出願を公開すべき、即ち出願人は公開をオプトアウトすることを容認されるべきではないことに賛同していた(Table 2.5、Q.3参照)。同結果は、欧州で実施されたアンケート調査への回答者で最も高く、回答者の92%が全ての出願は18ヶ月で公開されるべきである、と答えた。USPTOとJPOが実施したアンケート調査への回答者では、出願人はオプトアウトを認められるべきではないことに賛同する割合は若干低かった(各々84%・86%)。

Table 2.5 (Question 3)
Should all applications be published at 18 months?

Office	Yes	No	No Answer
JPO	353	55	4
	85.7%	13.3%	0.97%
USPTO	115	22	0
	83.9%	16.1%	0%
EPO	57	5	1
	90%	8%	1.6%
DPMA	37	2	0
	94.9%	5.1%	0%
INPI	10	0	1
	91%	0%	9%
UKIPO	9	0	0
	100%	0%	0%
DKPTO	6	0	1
	85.7%	0%	14.3%

Figure 1 (Question 3)
Should all applications be published at 18 months?
(Consolidated Results)



b) 18ヶ月時点での審査結果の入手可能性

125. 関連した質問で、回答者は、全ての出願について18ヶ月で公開されることが求められる場合、当該所轄官庁もまた、公開にかなり先立つ時点で調査および／又は審査の結果を当該出願人へ提供することを求められるべきであるか否かについて問われた（Q.4参照）。米国の調査と欧州の調査への回答者の大半（各々79.3%・86%）が調査および／又は審査の結果は公開に先立って得られるようにすべきであるとしていたが（Table 2.6参照）、JPOの調査への回答者では約46%だった。JPOが実施したアンケート調査で、18ヶ月経過する日より前に当該結果が得られることに反対していた回答者は、出願人は出願を審査待ちの状態にするか又は出願を取り下げるかの決断について全責任を負うべきであるとし、また（調査／審査結果の）要請は出願料の引き上げにつながる可能性があるとの懸念を示唆した（「JPO報告書」13頁）。

Table 2.6 (Question 4)

If publication at 18 months is required, should that jurisdiction also make search and/or examination results available in advance of the 18 month date?

Office	Yes	No	No Answer
JPO	189 45.9%	215 52.2%	8 1.94%
USPTO	107 79.3%	28 20.7%	0 0%
EPO	54 85.7%	8 12.7%	1 1.6%
DPMA	35 89.7%	2 5.1%	2 5.1%
INPI	9 81.8%	0 0%	2 18.1%
UKIPO	8 88.8%	1 11.1%	0 0%
DKPTO	5 71.4%	0 0%	2 28.6%

c) 米国の制度は他の（国／地域の）公開制度と効果的に整合しているか？

126. 公開制度をどの程度調和すべきかについては、各国／地域の回答者で一致した見解はほとんど無い。米国の18ヶ月公開制度が他の国／地域の制度と効果的に整合しているかを問う質問（Q. 10参照）について、日本と欧州全体での調査への回答者の多く（57.8%・63.6%）が米国の18ヶ月公開制度は他の国／地域の制度と効果的に整合していないと考えていたのに対し、米国によるアンケート調査の回答者の54%が（整合性について）肯定的に答えた（Table 2.7参照）。

Table 2.7 (Question 10)
Is the U.S. 18-month publication regime effectively aligned with regimes in other jurisdictions?

Office	Yes	No	No Answer
JPO	158	238	16
	38.3%	57.8%	3.89%
USPTO	65	56	0
	53.7%	46.3%	0%
EPO	18	42	3
	29%	66%	5%
DPMA	12	24	3
	30.8%	61.5%	7.7%
INPI	3	6	2
	27.3%	54.5%	18.2%
UKIPO	2	7	0
	22.2%	77.8%	0%
DKPTO	1	3	3
	14.3%	42.9%	42.9%

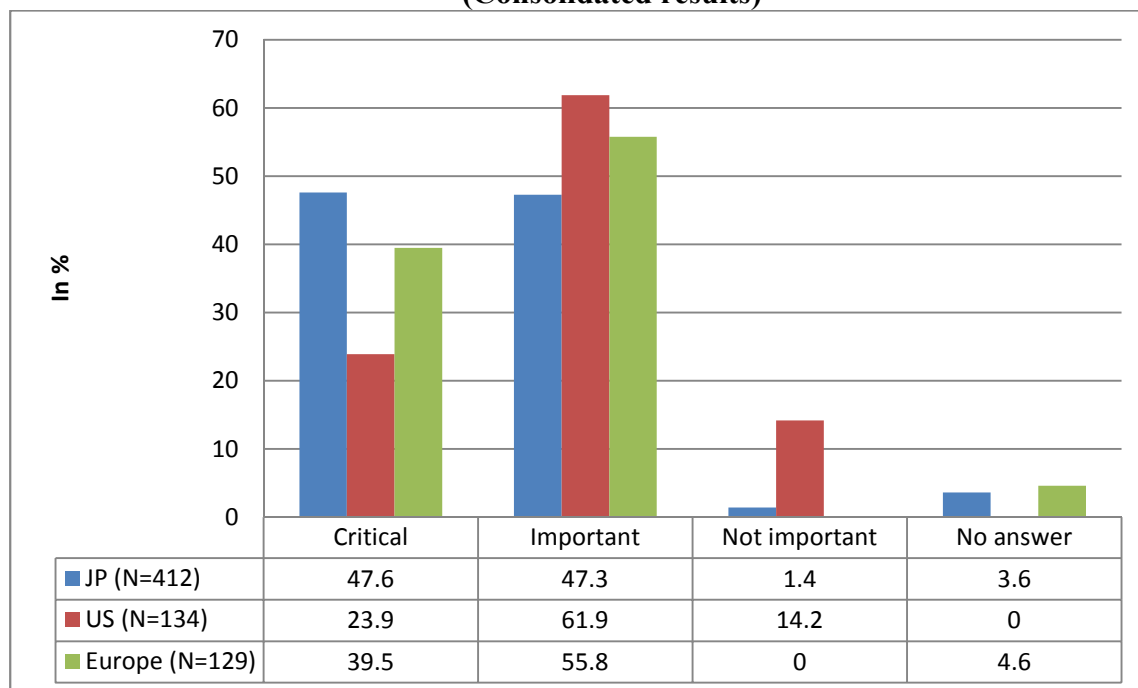
d) 公開制度の調和の重要性

127. (日米欧)全ての地域で回答者の多くがオプトアウトによる適用除外を認めるべきではないことに賛同していたものの、公開制度の調和の「重要性」については意見が分かれた(Q.11参照)。Figure 2とTable 2.8に示された通り、米国の調査と欧州の調査への回答者の多く(各々61.9%・55.8%)は公開制度の調和について「重要」と考えていたが、「非常に重要」としていたのは各々23.9%・39.5%だった。また日本の調査の回答者は公開制度の調和が「非常に重要」または「重要」かで割れていた(47.6% vs.47.3%)。

Table 2.8 (Question 11)
How important is harmonization of publication regimes?

Office	Critical	Important	Not Important	No Answer
JPO	196	195	6	15
	47.6%	47.3%	1.46%	3.64
USPTO	32	83	19	0
	23.9%	61.9%	14.2%	0%
EPO	24	39	0	0
	38%	62%	0%	0%
DPMA	22	14	0	3
	56.4%	35.9%	0%	7.7%
INPI	2	8	0	1
	18.2%	72.7%	0%	9.1%
UKIPO	2	7	0	0
	22.2%	77.8%	0%	0%
DKPTO	1	4	0	2
	14.3%	57.1%	0%	28.6%

Figure 2 (Question 11)
How important is harmonization of publication regimes?
(Consolidated results)



C. 具体的の項目

a) 秘密とされる期間

128. 回答者はまた、出願人(Q.1)および第三者(Q.2)の双方の立場から、公開前に秘密とされる18ヶ月の期間について長すぎる、短すぎる、或いは妥当かについて、意見を求められた。回答者の多くは、18ヶ月は出願人の立場から妥当であると考えている(日:83.3%、米:74.8%、欧:84.5%)。興味深いことに、Table 2.9で示された結果をTable 2.10の結果と比較してみると、回答者の割合に大きな相違が見られた(日欧:69.7%、米:49.3%)。即ち、回答者—INPI、UKIPO、DKPTOの調査への回答者を除く—において、第三者の立場からは、18ヶ月は出願人の立場で考える場合に比べて長すぎると答える傾向が強かった。

Table 2.9 (Question 1)
From the standpoint of applicants, is 18 months reasonable?

Office	Reasonable	Too Short	Too Long	No Answer
JPO	343	31	25	13
	83.3%	7.52%	6.08%	3.15%
USPTO	104	10	25	0
	74.8%	7.2%	18.0%	0%
EPO	51	8	3	1
	80.9%	12.7%	4.7%	1.6%
DPMA	33	2	1	3
	84.6%	5.1%	2.6%	7.7%
INPI	9	0	0	2
	81.8%	0%	0%	18.2%
UKIPO	9	0	0	0
	100%	0%	0%	0%
DKPTO	7	0	0	0
	100%	0%	0%	0%

Table 2.10 (Question 2)
From the standpoint of third parties, is 18 months reasonable?

Office	Reasonable	Too Short	Too Long	No Answer
JPO	287	9	111	5
	69.7%	2.18%	26.9%	1.2%
USPTO	68	9	61	0
	49.3%	6.5%	44.2%	0%
EPO	46	1	15	1
	73%	1.6%	23.8%	1.6%
DPMA	23	0	13	3
	59%	0%	33.3%	7.7%
INPI	7	0	2	2
	63.6%	0%	18.2%	18.2%
UKIPO	9	0	0	0
	100%	0%	0%	0%
DKPTO	5	0	0	2
	71.4%	0%	0%	28.6%

IV. 結論

129. 大多数の回答者(日本:94.9%、米国:85.8%、欧州:95.3%)は、出願の18ヶ月公開について、米国で規定されているようなオプトアウトによる適用除外を認めるべきではない、と考えている。しかしながら、米国のオプトアウト規定を活用したことがあると答えた回答者の割合は、USPTOが実施したアンケート調査の回答者でも半分未満、その他の国／地域の回答者で活用した者は非常に僅かな数に過ぎず、日本の全回

答者の1.46%、欧州の調査では6.5%で、DPMAの回答者だけが比較的多い14.7%だった。

130. 更に、全回答者の多くが他者による公開のオプトアウトの結果から悪影響を受けたことはない、と答えていた(日本:94.7%、米国:79.3%、欧州:57.4%)。
131. 出願が18ヶ月で公開された後に競合者により発明をコピー又は回避されたことがあるか否かについての回答結果は、各庁の調査で大きな相違があった。当該経験をしたことがあると答えていた割合は、欧州の調査の回答者が最も高かった(52.4%)一方で、日本と米国の調査では回答者の各々39.7%・31.3%だった。興味深いことに、DPMAの回答者は、第三者として公開をオプトアウト(回避)した特許権保有者から悪影響を受けた割合が高いことを示していたが(44.1%)、ドイツの回答者はまた、自らが特許権保有者であり同出願が18ヶ月で公開された場合に大きな悪影響を受けていたことも示唆していた(67.6%)。
132. 更に、JPOが実施したアンケート調査の結果は別として、欧州と米国の調査への回答者の大多数(86%と79.3%)で、ある国／地域で18ヶ月での公開を求められた場合、当該所轄官庁もまた、公開にかなり先立つ時点で出願人に調査および／又は審査の結果を提供し、当該出願人が出願を公開前に取り下げるか否か決断できるようにすべきである、という意見に賛同していた。
133. (日米欧)全ての地域で回答者の大多数がオプトアウトによる適用除外は認めるべきではないと賛同している一方で、多くの回答者は、公開制度の調和について、「非常に重要」(米国:23.9%、日本:47.6%、欧州:39.5%) または「重要」(米国:61.9%、日本:47.3%、欧州:55.8%)と考えている。こうした事実は、公開制度の調和が「重要ではない」と考えている回答者が全回答者675名のうち25名に過ぎないことを示しており、この問題に関する継続的な関心がうかがえる。
134. 回答者の多くはまた、18ヶ月について出願人の立場から秘密とされる期間として妥当であると考えているが、こうした見方は第三者の立場になると変わる傾向がある。すなわち、回答者－INPI、UKIPO、DKPTOの調査への回答者を除く－において、第三者の立場からは、18ヶ月は出願人の立場から考えるよりも長すぎると答える傾向が強かった。

PART III: 衝突する出願の扱い

I. 背景

135. すべての特許制度において、審査対象である出願の出願日又は優先日より前に出願されて、かつその日付後に公開された出願があり、これら2つの出願が関連する主題を含む場合、このような状況をどのように取り扱うかという問題を解決しなければならない。先の出願が、審査対象である出願の出願日より後にのみ、公衆に利用可能となり、したがって、新規性に関する一般原則に基づいて先行技術となるため、出願が衝突することになる。この衝突に対処する規則がなければ、2つの特許が同一の主題に付与される可能性がある。一方で、特許制度は、最初の発明の後に、時間的に近い漸進的な改善が続き、どちらも同一の出願人によって出願される場合に漸進的なイノベーションを保護するという問題も解決しなければならない。
136. 衝突する出願の取扱いは、日本、米国及び欧州ではすべて異なる。欧州では、EPC及びEPC締約国の国内法のどちらの下においても、先に出願され、後に公開された出願（「秘密先願」）は新規性の審査にのみ関係するため、非自己衝突条項は規定されていない。
137. 米国では、秘密先願は、新規性と進歩性の両方の審査に関係し、非自己衝突が規定されている。
138. 日本では、秘密先願は、「拡大」新規性（発明が「実質的に同一である」場合、些少な差異も包含する概念）の審査に関係するものの、進歩性の審査には関係せず、非自己衝突が規定されている。
139. さらに、PCT出願が秘密先願になる日に関しても違いがある。欧州では、PCT出願は、それぞれの国内段階又は地域段階に移行し、所定の言語への翻訳がなされた場合にのみ、国際出願日又は優先日の時点で秘密先願となる。これにより、審査官の作業を容易にするだけでなく、二重特許の防止に必要な秘密先願のプールが形成される。これは、日本において、外国語で出願されたPCT出願の場合も同じである。米国では、AIA以降、米国を指定するPCT出願は、公開されている場合、その国際出願日又は優先日の時点で先行技術となる。
140. 従って、2012年9月のテゲルンゼー研究報告書で提起された問題に基づき、ユーザー協議は、ユーザーから経験に関する情報を集めると共に、制度調和についてのユーザーの優先政策事項と意見に関する調査を中心に行われた。

II. 回答者に関する情報

141. テゲルンゼー共同アンケート(TJQ)の他のセクションと同様、回答者数には、管轄区域によって大きな開きがあった。アンケートのこのセクションの回答数は、次の通りである（括弧内は、欧州代表団のユーザー協会）。JPO: 412名、USPTO: 126名、EPO: 52名（9名）、ドイツ: 39名（5名）、フランス: 11名（4名）、英国: 9名（3名）、デンマーク: 7

名(3名)。このため、TJQのこのセクションに関する欧州の回答者は合計で118名となり、このうち94名が個人の回答者である。ここで、USPTO管理下のアンケートに対する回答者126名のうち、75名が米国のユーザー、31名が欧州のユーザー、22名がその他の国又は地域のユーザーであったことに留意する必要がある。

III. 経験的問題

142. テゲルンゼーアンケートは、(1)異なる出願人による出願だけでなく、同一の出願人による2件の出願の間の衝突を含めた、衝突する出願の発生頻度、(2)異なる規則を適用する複数の管轄区域における衝突するパテントファミリーに関する経験、(3)「共通の所有権に係る又は対象となる場合もあれば、そうではない場合もあり、クレームの範囲が重複する特許の束」として定義される「特許の藪」現象に関する経験の3つの問題に関して、回答者から経験的データを収集することから始められた。

A. 衝突する出願の発生頻度

143. 下記の図3.1及び3.2からわかるように、三地域すべてにおいて、圧倒的多数のユーザーに、衝突する出願の経験がほとんどなかった。出願の100件に1件に満たない頻度であると回答した割合は3つの地域においてほぼ同じで、日本の回答者の79.4%、USPTO管理下のアンケートに対する回答者の79.1%、及び欧州ユーザーの78.6%であった。

Chart No. 3.1

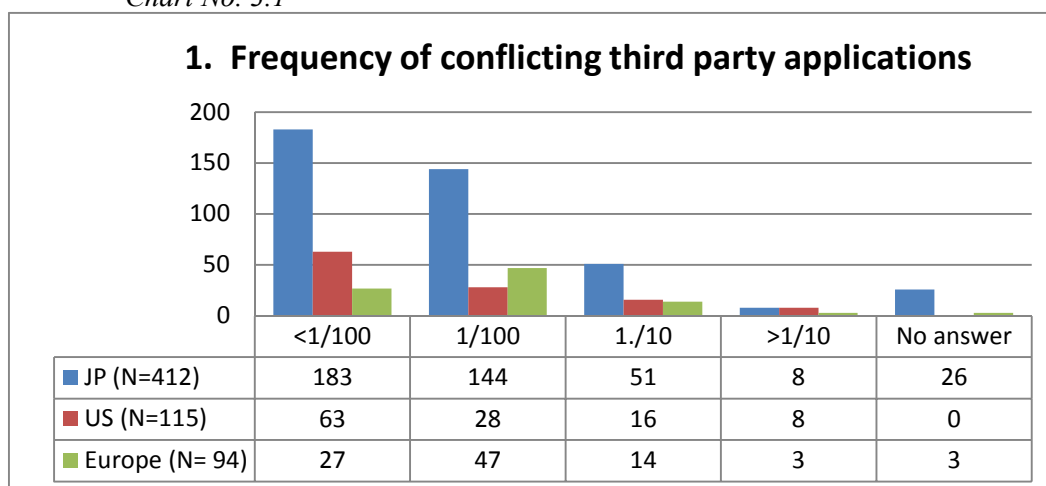
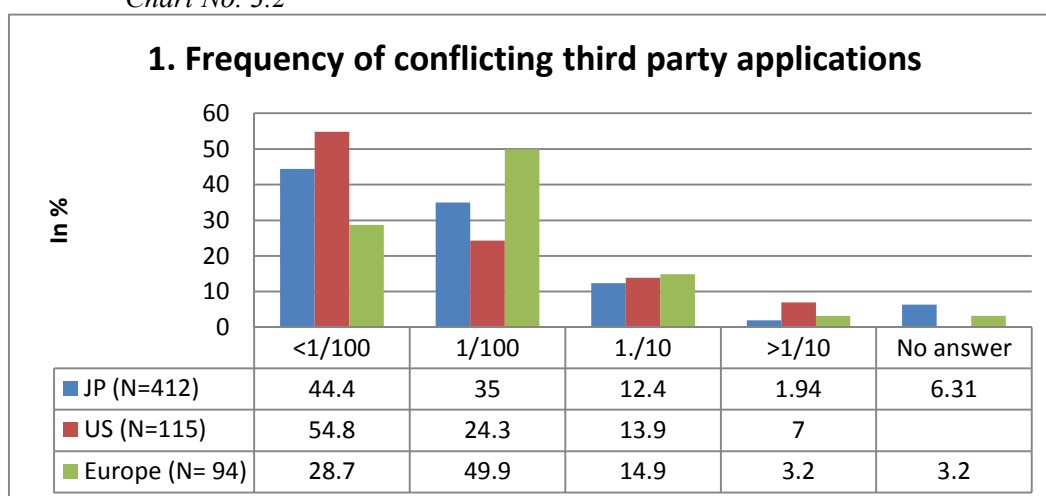


Chart No. 3.2



144. すべての管轄区域において、自己衝突の割合は、第三者の出願との衝突の割合よりもさらに低く、日本の回答者の85.2%、米国の回答者の80.5%及び欧州の回答者の85.1%が、自己衝突の発生頻度を100件に1件に満たない頻度であると回答した(図3.3及び3.4を参照)。

Chart No. 3.3

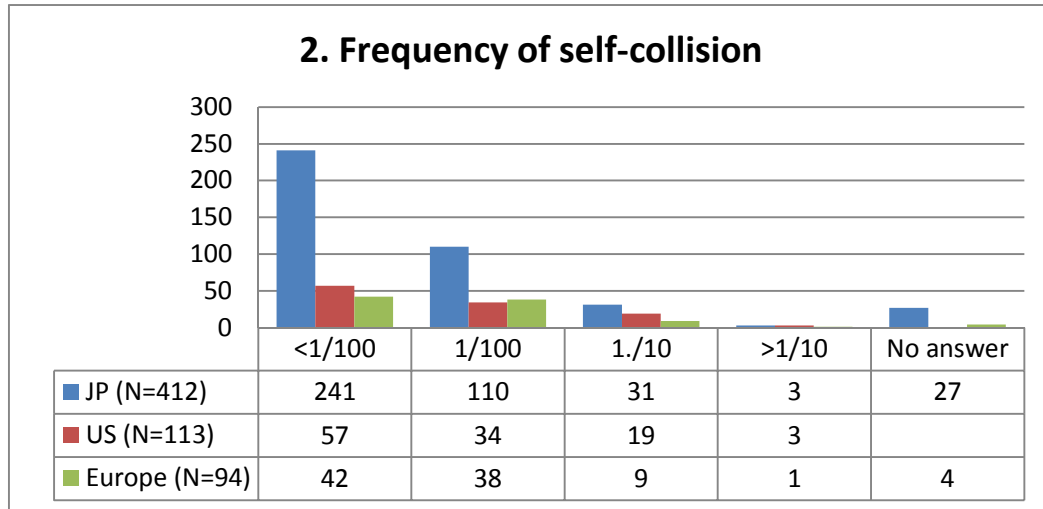
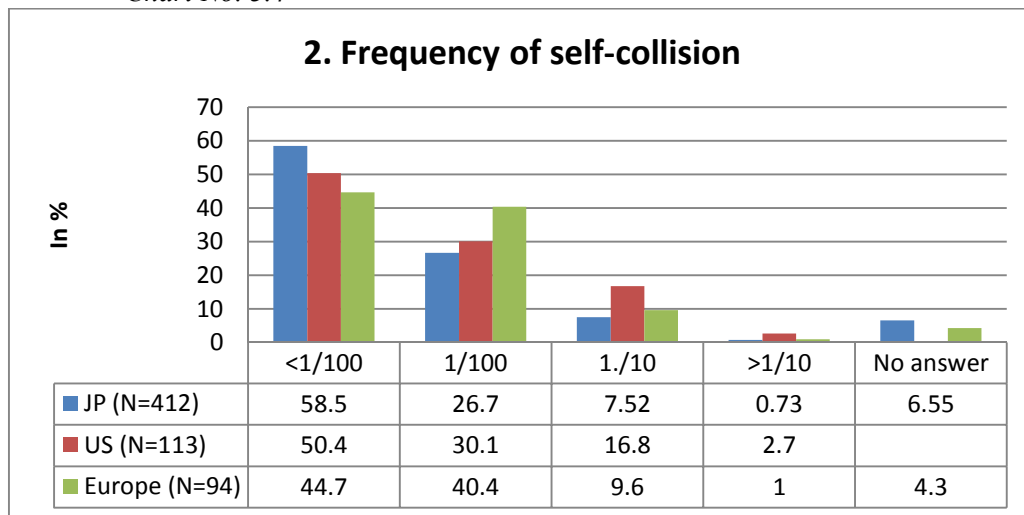


Chart No. 3.4



145. 欧州の一部の回答者は、出願人が自己衝突を回避するための手段があることを指摘することでこれらの率の違いを説明する者がいた。（「EPO報告書」80頁）同様に、JPO主催のラウンドテーブルに出席の大企業代表者からも、自己衝突リスクを最小限とするための内部措置を講じているが、そのリスクを完全に回避できないと報告している。（「JPO報告書」15頁）。
146. さらに、JPOは、同庁のデータから、大企業は、SME、研究機関及び大学などの他の種類の出願人よりも出願件数が多い傾向にあるため、一般的に出願間の衝突が発生する頻度が高いことを確認した（「JPO報告書」15頁）。
147. USPTOは、そのデータから、米国のテゲルンゼー調査に参加した個人発明家は、出願100件に1件にも満たない頻度であると回答しているので、他の種類の回答者よりも自己衝突に直面する頻度が高はるかに低いと思われる個人発明家の場合を除いて、結果の分布は概して、所属間で一致しているように思われると報告している（「USPTO報告書」46頁）。

日米欧すべてにおいて、テゲルンゼーユーザー協議の結果は、衝突する出願の発生頻度は比較的低いことを示しており、全回答者のうち約79%が100件に1件にも満たない頻度であると回答している。

自己衝突(出願人による影響を受けて発生する可能性がある事象)の発生頻度はさらに低く、回答者の80～85%が100件に1件にも満たない頻度であると回答している。

B. 衝突するパテントファミリー

148. 2012年に発行された衝突する出願に関するテゲルンゼー報告は、判断結果の差異を示す具体的な証拠を収集するために、衝突する出願についてそれぞれ異なる規則が適用されている管轄区域における2組の同じパテントファミリー(一方のファミリーが、審査対象である後続のファミリーの先行技術を形成する)が関与する衝突する出願について調査を実施することを提案した。ここで収集されたデータを考慮すると、今やこの調査は不要と思われる。

a) 衝突するパテントファミリーに関する経験

149. TJQでは、衝突する出願に関する質問3として、2つ又は3つ以上の管轄区域に関与する衝突するパテントファミリーを経験したことがあるかどうかを示すように要求した。報告された衝突する出願の発生頻度が上記の通り低いことからわかるように、三地域すべてにおいて、回答者の大半(日本の回答者の86.2%、米国の回答者の67.3%及び欧州の回答者の52.1%)が、衝突するパテントファミリーをまったく経験したことがない(図3.6を参照。絶対数は、図3.5に示されている)。それでも、米国及び欧州の調査に対する回答者の約1/4は、2つ以上の管轄区域において衝突するパテントファミリーを経験したことがあると回答している。

Chart No. 3.5

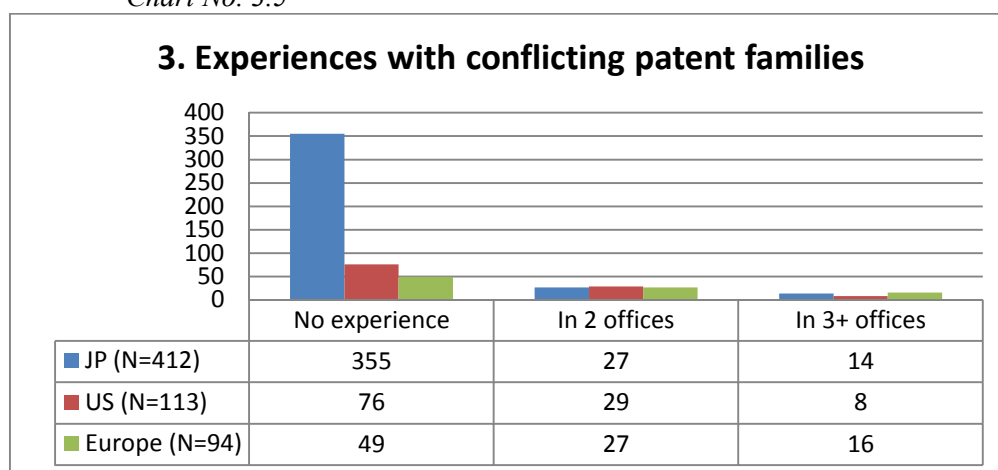
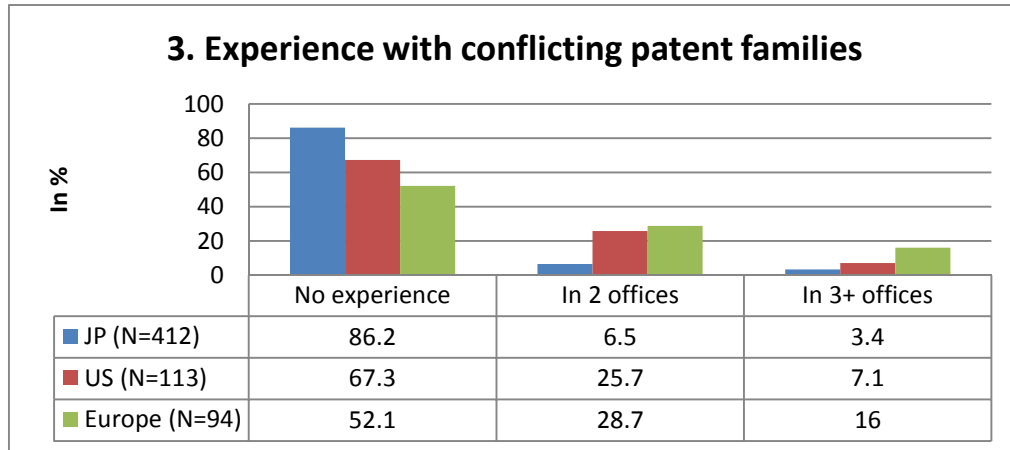


Chart No. 3.6



150. 当然ながら、JPOが収集・分析したデータによると、パテントファミリーが衝突するということを経験する可能性が最も高かった所属は大企業で、27名の回答者のうち16名が2つ以上の官庁で、14名のうち11名が3つ以上の官庁で経験している（「JPO報告書」16頁）。これは、大企業及び特許専門家又は法律事務所と比べて大学/研究機関及び個人発明家の方が衝突するパテントファミリーを経験する可能性が低いというUSPTOの結果（「USPTO報告書」48-49頁）とも一致している。

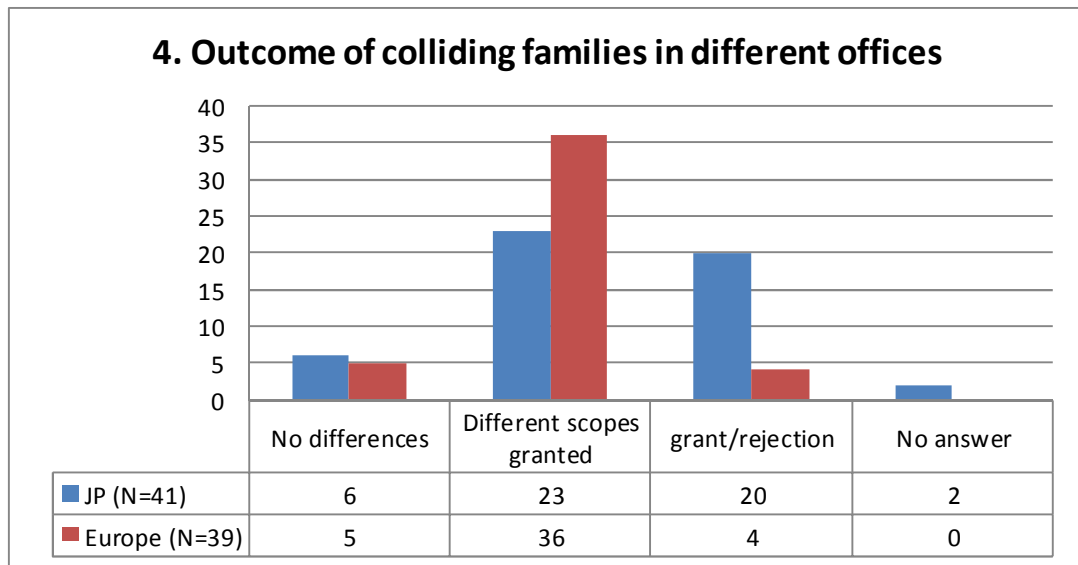
151. EPOは、経験した件数に関する回答を引き出そうとしたが、収集したデータは一貫性がなかったため、信頼性がないと判断した。少なくとも1名の回答者は、これは商業上の機密情報であると考えており、回答の差はこのことで部分的に説明することができる。ただし、一般的な傾向は、このような事例を経験してもその件数は少なく、13名の回答者のうち8名が、専門的な経験上、2つの官庁で競合するパテントファミリーを経験した件数は合計で10件にも満たないと回答している（「EPO報告書」81頁）。

b) パテントファミリーが衝突する判断結果

152. 欧州と日本は、パテントファミリーが衝突する判断結果が、それぞれ異なる規則を適用している管轄区域間でどのような差異があるかについて数値データを収集した（図3.7を参照）。この質問に対する回答者の大多数（日本の回答者の58.9%及び欧州の回答者の89.7%）が、異なる管轄区域において異なる範囲で付与された特許を受け取ったことがあると回答した。この同じ現象はUSPTOでも見られた。USPTOは、「[省略]大半の回答者は、付与された保護の範囲は様々だったと回答している」と報告している（「USPTO報告書」48頁）。

153. 19. さらに驚くべき点は、ある官庁では少なくとも1件の特許が付与され、別の官庁では少なくとも1件が拒絶されるという判断結果に関して、欧州と日本のデータの間に差があることであった（JPOの調査に対する回答者の48.8%に対して欧州の調査に対する回答者の7.7%。下記の図3.7の3番目のカラムを参照）。おそらく、原因の1つは、場当たりの再収集に基づいて推定を提示することの難しさにあると思われる。

Chart No. 3.7

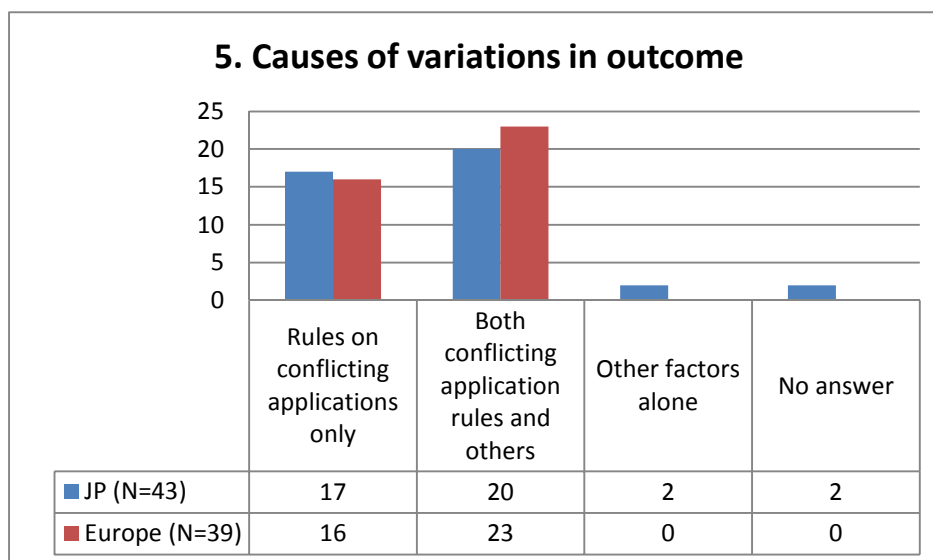


注記:この項目に関する米国の数値データはない。米国の調査結果の解説については、USPTO の報告書の48ページ~49ページを参照。

c) 判断結果に見られる差異の原因

154. TJQでは、判断結果の差異の原因について質問した。JPOと欧州は共に、このような原因について考えられるものを回答者から受け取り、その結果得られたデータは、欧州全体で完全に一致していた。回答者の大半（欧州の回答者の58.9%、日本の回答者の46.5%）は、衝突する出願に関する規則とその他の要因の組み合わせが、範囲の差異の原因であると回答した（下記の図3.8のデータを参照）。これも、米国の回答者は「付与された保護範囲が異なる主な原因として、衝突する出願に関する規則と、新規性に関する規則、グレースピリオド、又は審査実務の差異などのその他の要因の両方を挙げている」という旨のUSPTOから報告された数値以外のデータ（USの報告書の48ページ）と一致していると思われる。欧州の回答者は、判断結果に影響する可能性がある追加要因として、管轄区域間での新規性要件の差異だけを挙げている（EPOの報告書の82ページ）。

Chart No. 3.8



注記: この項目に関する米国の数値データはない。USPTO管理下のアンケートに対する結果の解説については、USPTOの報告書の48ページを参照。

155. 以上から、衝突する出願に関する規則の実体的調和は、管轄区域間での特許性と保護の範囲に関する判断結果に見られる差異を軽減する可能性はあるが、その多くの部分は、すべての出願に適用されるその他の規則及び/又は実務に起因するので、衝突する出願の取扱いにおいて予測可能性と統一性を達成するには、これらの個々の規則を超える取り組みが必要であると結論付けられるかもしれない。

予想通り、衝突する出願の発生頻度が低いことを示すデータを考慮すると、あるパテントファミリーを審査する場合に、そのパテントファミリーが、2つ以上の官庁で秘密先願となる別のパテントファミリーと衝突する可能性は非常にまれである。

パテントファミリーの衝突が発生する場合、ほとんどの場合、付与される保護の範囲に関する判断結果に差異が生じる。

ただし、これらの差異は、衝突する出願に関する規則だけが原因ではないように思われる。

C. 「特許の藪」現象

a) 特許の藪に関する問題

156. TJQは、「共通の所有権に係る又は対象となる場合もあれば、そうではない場合もあり、クレームの範囲が重複する特許の束」と定義される「特許の藪」と呼ばれている現象についても質問を設けた。ユーザーには、技術の実施許諾に困難を経験したり、同一又は類似の主題について複数の侵害請求がなされたりしたことがあるかどうか、及び「特許の藪」の直接的な原因は何だと思いかを質問した。

157. 圧倒的多数の回答者が、このような困難を経験したことがないと回答したが（図3.9及び3.10を参照。これらの図はそれぞれ、三地域すべてにおける絶対数とパーセントを示している）、米国では、このような特許の藪に直面した回答者の割合が欧州と日本の回答者よりもわずかに高いようである（それぞれ、31.3%、18.3%及び14.3%）。

Chart No. 3.9

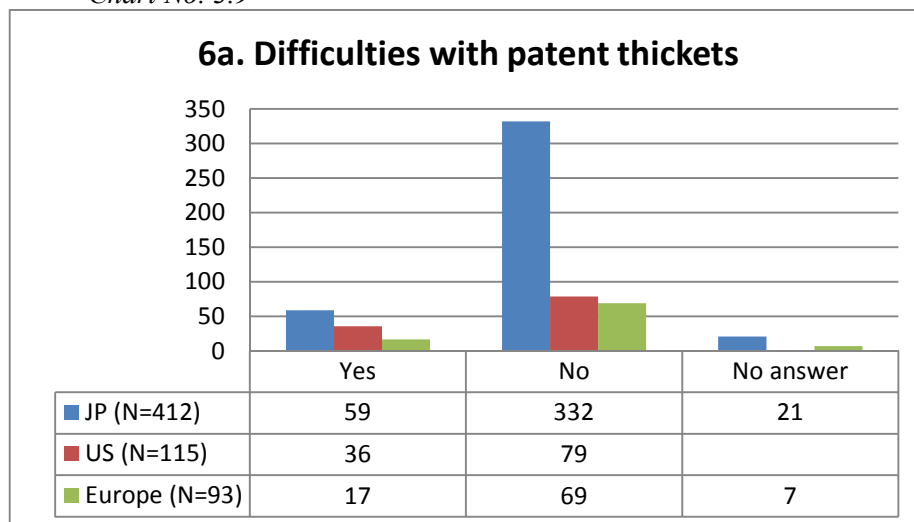
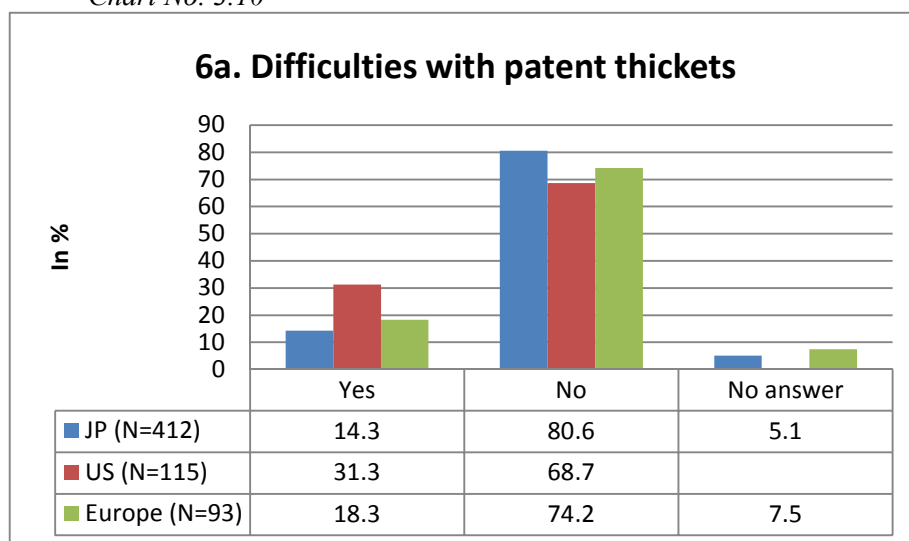


Chart No. 3.10



158. 概して、これらの結果は、特許の藪が、この問題に重点を置いた最近の調査研究の量を考慮して予想したよりもはるかにまれであることを示している。

b) 特許の藪が発生する市場

159. 次に、特許の藪に直面したことがある市場を指示するように回答者に要求した。複数の市場を選択できるようにした。米国と日本の回答者は共に、自身の国における特許の藪の経験件数の方が多かった。自身の国の官庁が最も利用する可能性が高く、出願及びライセンスの取得を行う可能性が高い官庁であり、第三者が保持している特許を認識する可能性は自国の市場の方が高いと考えるのが直観的に妥当なので

(JPOの報告書の17ページも参照)、この回答結果は予測できる。これに関して、欧州の回答者は、欧州の自国の市場よりも米国の市場に存在する特許の藪の方をより認識するというのは興味深く、少々予想外であった。これは、USPTOの報告書(50ページ～51ページ)の調査結果とも一致する。この報告書では、欧州の回答者が特許の藪に起因する困難を経験する割合は、米国の調査の平均よりもはるかに低いと見られることを示唆している。

160. このように、図3.11及び図3.12に示すTJQに対する回答は、特許の藪が最も多く存在するのは、米国で、その後に日本が続き、欧州では特許の藪が発生する件数が最も少ないことを示唆している。

Chart No. 3.11

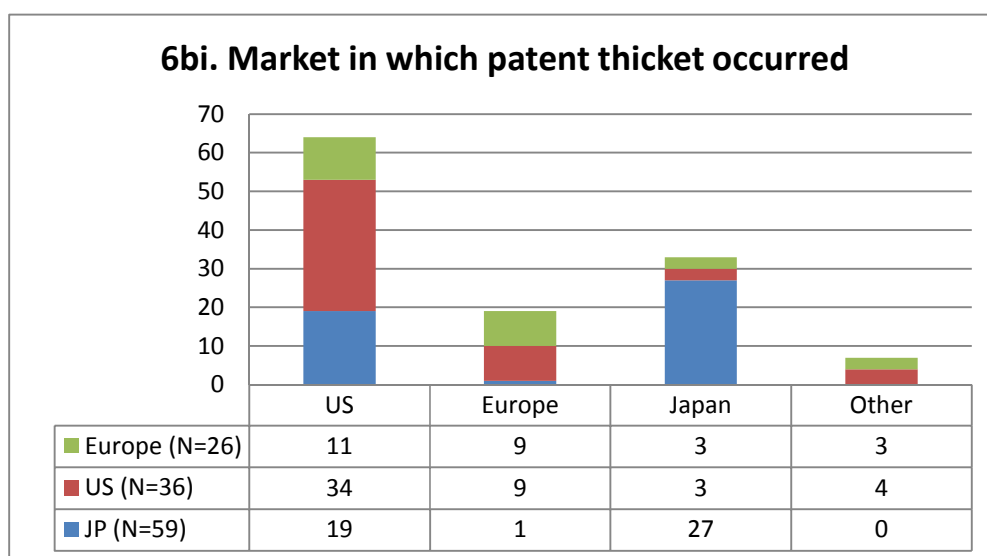
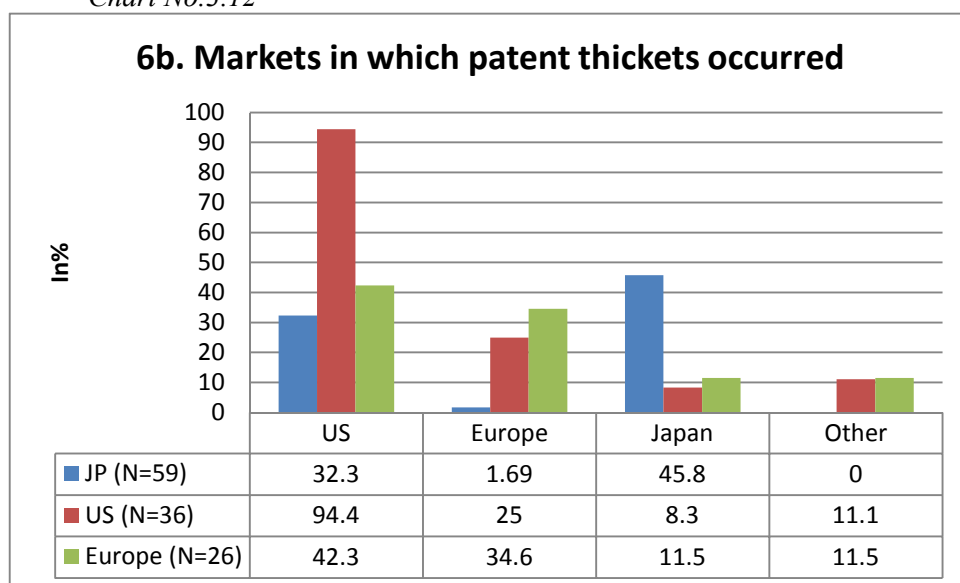


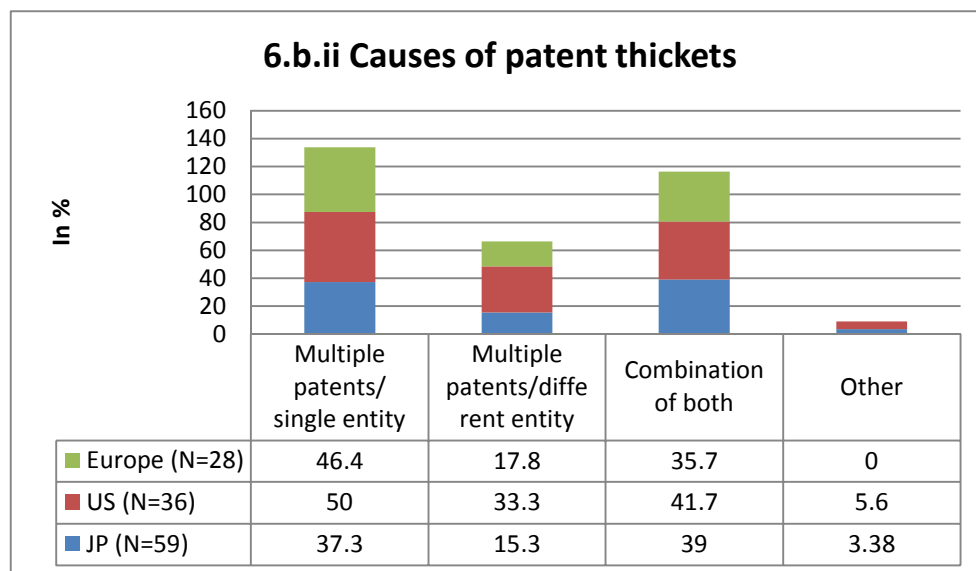
Chart No.3.12



c) 特許の藪の原因

161. 問題になっている特許の藪の原因は何だと思うかを回答者に質問した。(a)1つの事業体に付与されている複数の特許、(b)異なる事業体に付与されている複数の特許、(c)これら両方の組み合わせという3つのシナリオを示した。

Chart No. 3.13



注記: 必ずしもすべての回答者が、この質問を同じように解釈したとは限らないようである。1つだけ回答した者もあれば、複数回答した者もある。複数回答したのは、複数の特許の藪を経験したためだと思われる。

162. 上記の図3.13は、全体では、異なる事業体に付与されている複数の特許又は両方の群の組み合わせよりも、1つの事業体に付与されている複数の特許が原因であると見なされている特許の藪が多いことを示している。
163. 図3.13はまた、すべての地域において、調査の回答者が異なる事業体に付与されている複数の特許は特許の藪の原因となる頻度が少ないと考えていると回答しており、ある程度類似した回答の分布パターンが見られることを示している。
164. ただし、どの規則下で「特許の藪の原因」が上記の分類通りに発生するかがわからないので、さらにクロス集計することなく、これらの集合に責任がある規則を決定することはできないし、データから特定の規則に関して結論を導き出すことは困難である。
165. さらに、特許の藪は、衝突する特許出願に関する規則だけではなく、出願レベル、審査実務及び適用される基準などの数多くの要因の産物であることが想起される。
166. しかしながら、1つの見解を述べることができる。つまり、事例となるユーザーの回答から導き出されたこれらの図のデータは、衝突する出願に関するEPCの規則はこれらの出願が新規性のテストのみに関係することを決定するので、その結果、実務はより寛大なものとなる。ゆえに、特許の藪が発生する可能性は、衝突する出願を進歩

性により広い概念の新規性のそれぞれに適用する米国及び日本よりも高いという仮定の正確さについて疑問を提起する。

d) 技術分野別の特許の藪の存在率

167. 最後に、特許の藪が最も多く見受けられる技術分野はどれかを経験に基づいて指示するように要求した。この質問に関してEPOで収集されたデータは、特に信頼性が低いと思われる(EPOの報告書の84ページを参照)。また、残りの地域の調査結果を精査すると、1つには、回答者は自身の経験に基づいて回答するように求められており、一部の技術分野は残りの分野よりもアンケートの参加者数が多いという理由のために、一部の技術分野に関する回答数がより多くなることを示唆している。したがって、調査結果は、ある分野が他の分野よりも発生頻度が高いというよりもむしろ、回答者の主たる技術分野の分布を部分的に反映しているとも考えられる。このため、特に図3.14の結果は、慎重に取り扱う必要がある。

Chart No. 3.14

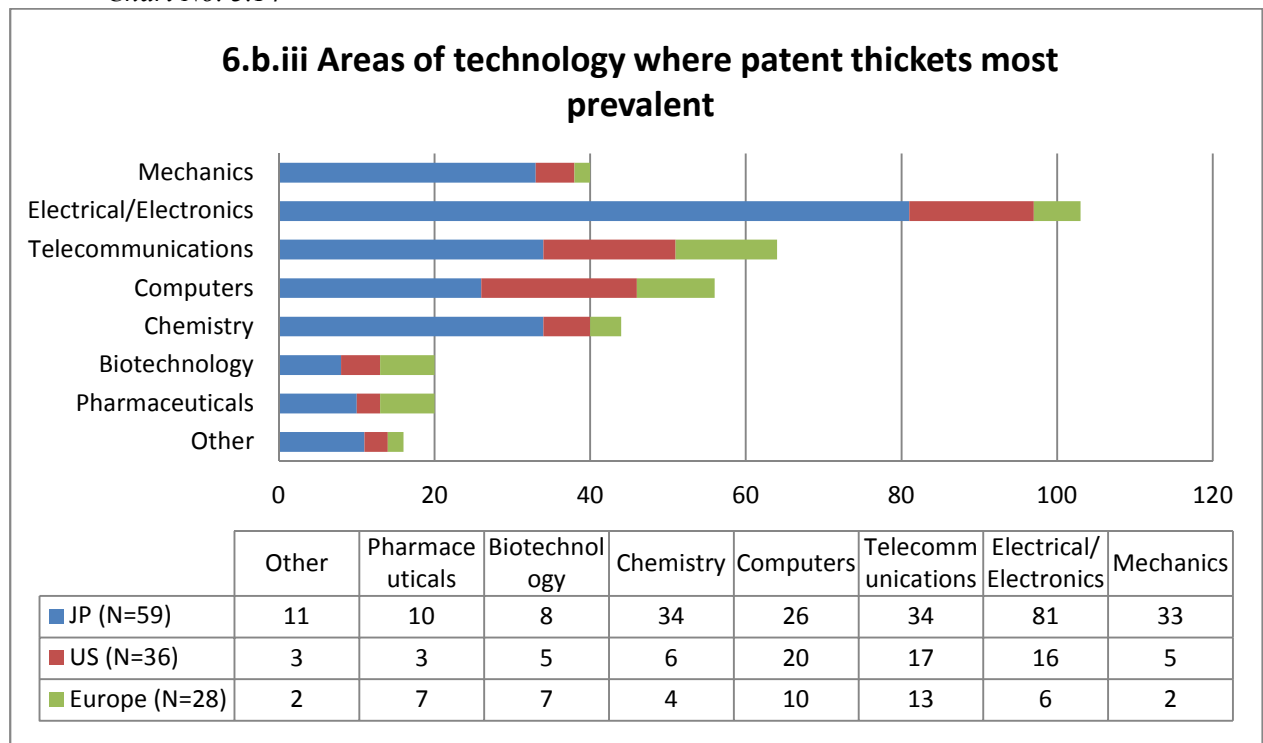
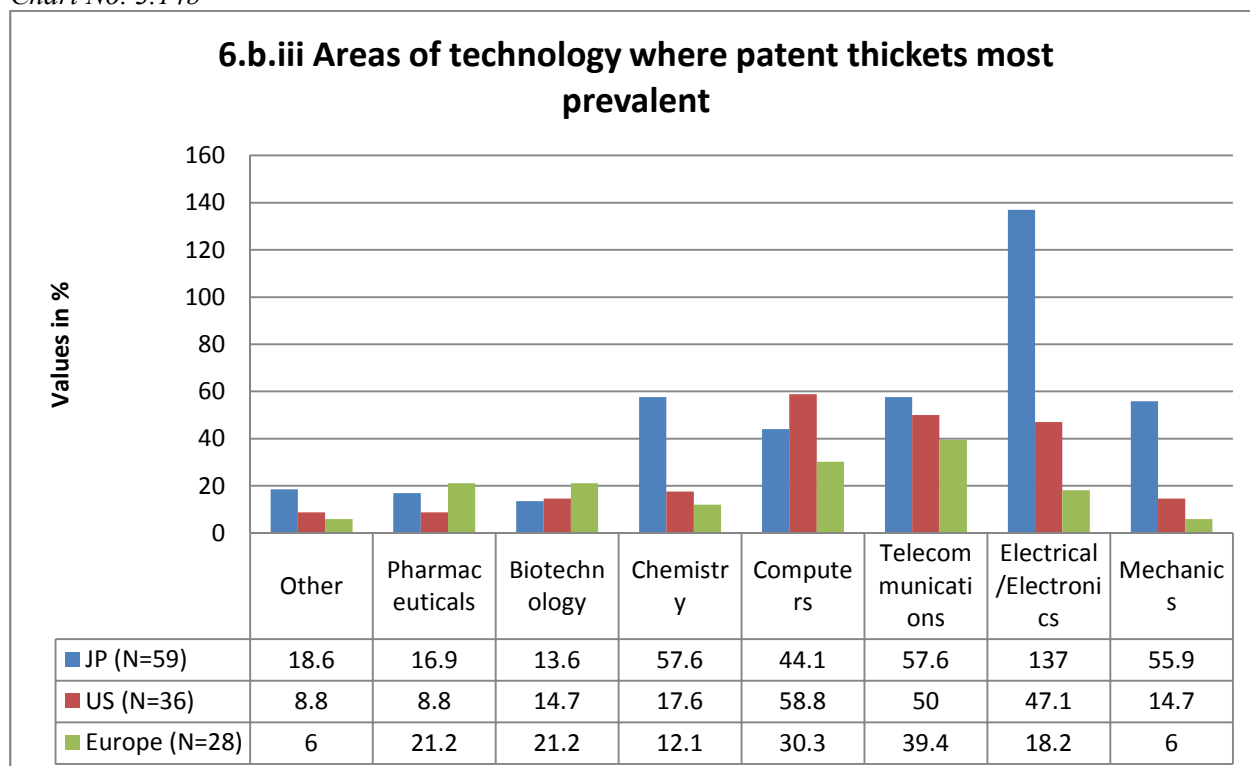


Chart No. 3.14b



*注記: 多数の回答者が、TJQの衝突する出願に関するセクションの質問6.b.iiiで明確に示した指示とは異なり、経験に基づいたとは思われないデータを入力している。EPOの報告書では、回答が回答者の技術分野と合理的に相互関係があるかどうかに従って回答を分類している(EPOの報告書の84ページを参照)。

168. EPOの調査では、一部の回答者が「特許の藪」の存在を否定している。化学分野に属する欧州のある回答者は「特許の藪のようなものは存在しない」と述べている(EPOの報告書の83ページ)。医薬品業界を代表する米国のある大企業及び欧州のいくつかのユーザー協会は、「特許の藪は異なる企業及び業界にとってそれぞれ異なる意味を持つという事実を強調したい。ただし、特許の藪が医薬品業界に存在するとは考えていない」と述べている(EPOの報告書の84～85ページ)。
169. このセクションのデータは、特に注意して取り扱う必要がある。しかしながら、収集されたデータは、三地域すべてにおいて、特許の藪が電気通信分野とコンピュータ分野に多く見られることを示唆している。

ユーザーの経験に関して収集されたデータは、特許の藪が、注目されている度合を考慮して予想したよりもはるかにまれであると思われることを示唆している。

ユーザーの経験は、特許の藪が米国で多く見られ、欧州で見られるのはまれであることを示唆していると思われる。

この調査でユーザーが特許の藪の原因として認識していると回答したのは、回答件数が多い順に、(1)1つの事業体に付与されている複数の特許、(2)1つの事業体に付与されてい

る複数の特許と異なる事業体に付与されている複数の特許の組み合わせ、及び(3)異なる事業体に付与されている複数の特許であった。

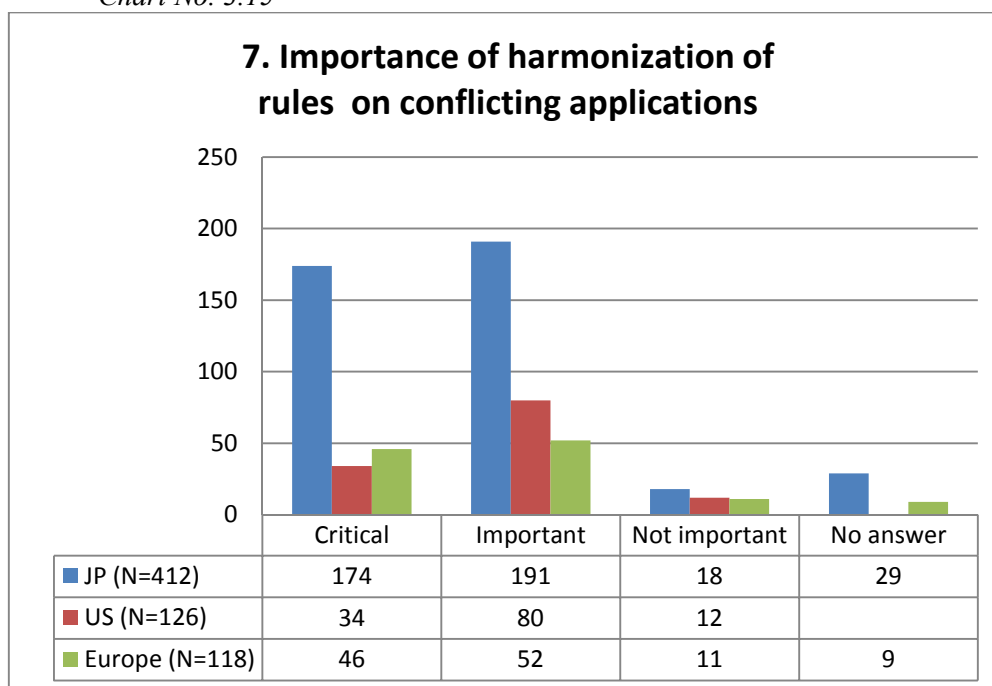
ユーザーの回答は、特許の数が電気通信分野とコンピュータ分野においてより多く見られることを示している。

IV. ポリシーに関する問題

A. 国際調和の重要性

170. 三つの全地域における圧倒的多数の回答者は、衝突する出願に関する制度調和を非常に重要あるいは重要と考える(JPO調査回答者の88.5%、USPTO調査回答者の90.5%、及び欧州調査回答者の83%)。

Chart No. 3.15



171. USPTOの調査によると、個人発明家及び大学／研究機関は、衝突する出願の取り扱いに関する制度調和を、平均的回答者よりも更に重要と捉えている(「USPTO報告書」52頁)。
172. 比較的低い出願間の衝突率と、衝突する出願は秘密先行技術の同質的プールを形成しないがむしろどの特定庁においても適用可能な先行技術は当該庁において同時係属出願により決定されるという事実とを前提とすると、これらの規則に関する制度調和に起因するむしろ重要性の低さが予想されたかもしれない。しかしながら、この意見を支持する説得力ある理由は、英国・EPOによる調査への参加者により明確に述べられている(「UKIPO報告書」28-29頁、「EPO報告書」85-86頁参照)。当該報告要約は以下の通り:

- これら規則に関する制度調和は法的安定性を高める。英国調査へのある回答者による簡潔な意見の通り:「統一性は再確認に繋がる」(「UKIPO報告書」28頁)。
- 衝突する出願に関する規則は先行技術の定義の一部を形成し、先行技術の定義及びその影響は最も重要な実体的特許制度調和の論点の一つと考えられる;
- 世界規模の新技术の保護には、パテントファミリーが必要とされる。異なる規則は、発明の特許性や潜在的商品価値の査定作業をさらに複雑化し、世界企業の首尾一貫した精巧な知財政策の作成を困難にする。
- 各庁間のワークシェアリング構想における制度調和シナジーを達成するためには、先行技術の定義は異なる管轄区域にあっても同一でなければならない。

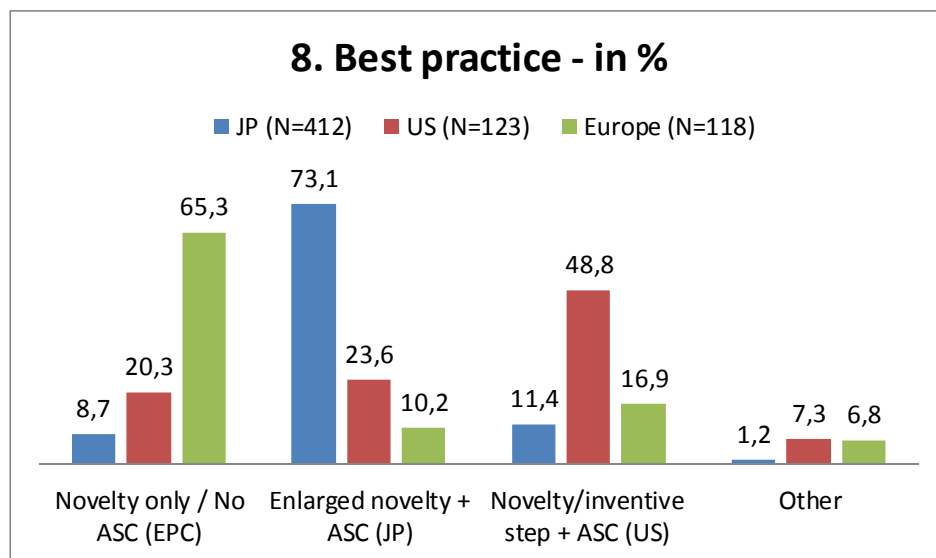
出願間の比較的低い衝突比率にもかかわらず、衝突する出願の取り扱いに関する制度調和は、日米欧の全地域における圧倒的多数の回答者によって非常に重要あるいは重要と考慮されている。

B. ベストプラクティスの確認

173. 制度調和の観点からみて最も興味深い問題は、ベストプラクティス(最良執行)に関するユーザーの認識度を調査することであることは疑うべくも無い。
174. 回答者は、欧州、日本、米国、その他の体制をそれぞれ代表する不特定オプションである衝突する出願の取り扱いに関わる競合利害関係間の最高のバランスを保つのはどの方法であるかを問われた:
 - 衝突する出願は、誰が出願申請したのかを考慮せずに(非自己衝突ではない)、新規性のみの審査に関連するとされる。
 - 衝突する出願は、些細な違いを包含する概念である新規性のみの審査に関連するとされる。但し、それぞれの発明は、複数出願が同一出願人によるものである場合を除き(非自己衝突)、「実質的には同一」であることが前提。
 - 衝突する出願は、新規性及び進歩性/自明性に関する審査に関連するとされる。但し、複数出願が同一出願人によるものである場合を除く(非自己衝突が適用される)。
 - その他。

175. 予想通り、ほとんどのユーザーは彼等自身が属する制度に対する顕著な選好性を示している。欧州の回答者の65.3%及び日本の回答者の77.4%は、彼等自身のシステムこそがベストプラクティスを反映するものであると信じる。また、米国調査への最大グループの回答者(48.8%)は米国方式を好むが、絶対多数を占めるには至らない。とはいえ、米国ベースの回答者の57.7%が当該米国方式を選好していたことは注目すべき。

Chart No. 3.16



a) 米国における回答状況

176. 実際、米国調査への驚くべき数の回答者(43.9%)は、欧州式(20.3%)又は日本式(23.6%)の方法を好む。
177. しかしながら、「USPTO報告書」にあるデータを通して解析することで(53頁参照)、欧州方式又は日本方式の方法を好む回答者のざっと半数は米国ベースの回答者ではなく、これら非米国ベースの多数の回答者がUSPTO調査に参加したという事実を反映していることがわかる。それに従い米国側の数字を調整することで、他国のシステムを嗜好することにおける米国回答者の柔軟度は、欧州及び日本の回答者が彼ら自身の地域/国内調査において示したものと同じレベルであると見られる。興味深いことに、USPTO調査に参加した欧州ベースの回答者のおよそ40%は米国方式の方を好んでいる。
178. USPTO主催の公式ヒアリングの間、大多数のユーザーは、非自己衝突を適用しつつ、新規性及び進歩性共に適用可能な衝突する出願に関する米国方式を支持した。ユーザーは更に、非自己衝突の規定は新規発明を生み出した出願人に対して「当該発明を、後続出願を通して、様々な実施態様をもって修正する機会を与える」ことを説明した。
179. USPTOによる公式ヒアリングにおいて、ユーザーはまた一般的に、非自己衝突が発明有効保護期間を延長する手段となるのを防ぐ穏やかな方策であるターミナルディ

スクレーマー(終期の権利放棄)に関しての現行の米国における運用を支持した(「USPTO報告書」56頁参照)。

b) 日本における回答状況

180. JPO開催のラウンドテーブルにおいて、多くの回答者は非自己衝突の方針を支持した。その理由はまさに、彼等が先行出願の出願人を優遇するのは良い方針であると考えたからであり、またこの方法は発明者が彼等の出願をより完全なものとするためのインセンティブとなるからである。進歩性判断に適している衝突する出願に関する米国執行について、若干の懸念が表明された。
181. 他方、これら同じJPOラウンドテーブルにおいて、ユーザーの中には、EPCの方法は「道理に適う」ものであり、且つ、米国の方法も適切なものである可能性があるという見解を表明する者もいた(「JPO報告書」18頁参照)。

c) 欧州における回答状況

182. EPOの調査では、回答者の69.2%が欧州の方式を選好していた。この数字には9つのユーザー団体のうちの8つ(残りの1つは無回答)が含まれていることは、強調されるべきである(「EPO報告書」86-87頁)。
183. EPOの調査では、回答者の地理的分布とその選好性には相関性が無かった。こうした所見を事例として捉える回答者は少なかったが、興味深いのは、日本の方式を選好した回答者に一人も日本の回答者がおらず(欧州6、米国1)、このグループ内の日本の回答者の一人がEPC方式を選好していたことである。米国の方式を選好した回答者のうち、6人が欧州、1人は米国からだった。残りの米国の回答者及び欧州を拠点とするUSPTOへの大量出願人4名の内3名はEPC方式を選好していた。
184. 再度、欧州のユーザーは、自らの回答について理由を述べるよう求められており、当該理由はドイツ、英国、およびEPOの各報告書に反映されている。(「DPMA報告書」31頁、「UKIPO報告書」29-30頁、「EPO報告書」87-90頁)。
185. 残念ながら、日本又は米国の方式を選好したEPO調査への回答者の内、自らの選好理由を述べた者はいなかった。
186. 非自己衝突を除き、新規性のみの評価に関連する衝突する出願に関するEPC方式を指示する回答者は、以下のように論じた：
- EPC方式は、明快且つより簡易に理解され、適用が容易であると考えられており、また、「競合し合う革新的な出願人への恩恵についていっそう最適なバランス」をとよう論じられている。
 - 「新規性と非自明性の厳格な区別」は利点のように見えるが、「世界中他の何処でも、両者はどうしようもないほどに不明瞭であり、これは法的安定性という点では致命的なことである」

- 出願人にとって何か未知なものには自明性はありませんことから、進歩性にとって「衝突する出願を考慮に入れること」には意味が無い。これは、技術的な問題が未公開の出願においてのみ所見され得るが当該出願人においては本事項が認識されていない可能性がある場合、特にEPOにおける問題解決のアプローチと相容れないものである。このことで、特許性の判断は不当に不自然なものになる。

187. 各地域のデータを考察するに、日米双方の調査における大多数の回答者が非自己衝突条項を選好していると結論せざるを得ない。しかしながらこの分野では、欧州にはほとんど柔軟性が在るようには思われない。欧州のユーザーは(一部の例外を除いて)非自己衝突を支持しておらず、自らの立場を固めることに関して声高である。調査期間及びヒアリング中に受け取ったコメントは、以下要約の通りである(直接引用部分はイタリック体で示す):非自己衝突は以下の通り:

- 出願人に対する公平な取り扱いの原則と相容れない。
- 先願の出願者が不当に有利である。「非自己衝突の規定による影響は、先願の発明者が出願された発明[特許制度の全目的とされる]に限らず未完成の発明品についても権利を得ることになる。これは、公平な競争環境というよりも、先発者に対して大きな利点を与える状況である」
- 法的安定性を減じる。
- 「立案者のずさんさを容認することが、関係者の状況をより困難にした」
- “Double patentユーザーのコメントが「同一発明に対する重複特許は避けられるものであるため、自己衝突はなんら異なる扱いを受けるべきではない」また「重複特許は認容されるべきではない」という限りにおいて、衝突する出願に関する規則によって追求される既存の政策目標とは一致しない。

188. 最終的に、国際弁理士連盟(FICPI)と国際知的財産保護協会(AIPPI)の双方がEPOユーザー協議の枠内で公式な立場を取っていたことは言及されるべきであるが、その際、新規性について衝突する出願の関連に限るものの、非自己衝突が無いEPCの方式について競合する利害関係人の最適バランスを取っており、加えて新規性の要件目的のための国際的な調和の良き出発点となると考えていたことが示されている。(「EPO報告書」95頁参照)。

当然のことながら、大多数のユーザーは、自国・地域の制度を選好した。欧州では回答者の65.3%、日本では73.1%、そしてUSPTO実施の調査への回答者の48.8%(米国ベースの回答者の57.75%)が自国・地域の各制度がベストプラクティスを反映したものであると考えた。

C. PCT出願の取り扱い

189. 衝突する出願に関する2012年のテゲルンゼー研究報告書において、テゲルンゼー専門家グループは、AIAに準じた米国での事例のように、公開済みのPCT出願が衝突する出願になると判断することにより、PCT出願の出願日・優先日時点で、PCTの国際的な秘密先行技術プールを創設することが望ましいかどうかについてさらに精査することを推薦した。また別の選択として、PCT出願は国内・地域段階に移行しない限り権利付与されることは決してないので、そのようなPCT出願にノックアウト効果を認めるかは、重複特許から保護するという観点から過剰措置とはならないのではないかという問題である。それらに対応して、この問題はTJQに加えられた。(衝突する出願Q9)
190. 日本の調査に対する圧倒的多数の回答者(260名または69.1%)およびデンマークの回答者全員(5名)が、PCT出願が国際出願日または優先日時点で秘密の先行技術に含められることを支持したが、それはその出願が国内・地域段階に移行した後に限られている。この回答はまたドイツの調査でも同質問に対する最も多い回答であり、18名または46.2%がそのように答えた(「DPMA報告書」32頁参照)。
191. EPO調査において、TJQへの回答者の半数(26名)からなる回答者の最多数は、PCT出願が地域段階に移行した時点で先行技術に含められることを支持した。
192. EPO調査の回答者は、この方式に賛成する根拠を以下のとおり明瞭に述べた。(1)この方式の方がバランスは取れているようである、(2)この方式は言語に関する複雑な問題を軽減する、(3)通常すべてのPCT加盟国・地域官庁を指定するPCT出願で、そのほとんどは追跡作業が伴わないため、重複特許を防ぐ手間は不要。地域範囲に対する主眼はそのまま維持されるべき(「EPO報告書」90-91頁参照)。
193. 対照的に、EPOのヒアリングにおいては、欧州のユーザーの過半数がEPC規則のPCT出願を秘密の先行技術に含めるタイミングを欧州の出願と合わせること、すなわち公開日時点とすることを支持した(「EPO報告書」93-94頁参照)。この方式を指示する欧州ユーザーは、現行のEPC規則に対し、以下のように反論した。(1)この状況におけるPCT出願に対し不公平な扱いである、(2)先行技術に関して言語は関与せず、従って、同時係属のPCT出願の問題とすべきではない、(3)地域段階への移行前に出願を放棄した先行出願人は、同じ発明に対する後願出願人に付与された特許を尊重する必要があるかもしれず、それは先願主義に対する許されない逸脱である。

Chart No. 3.17

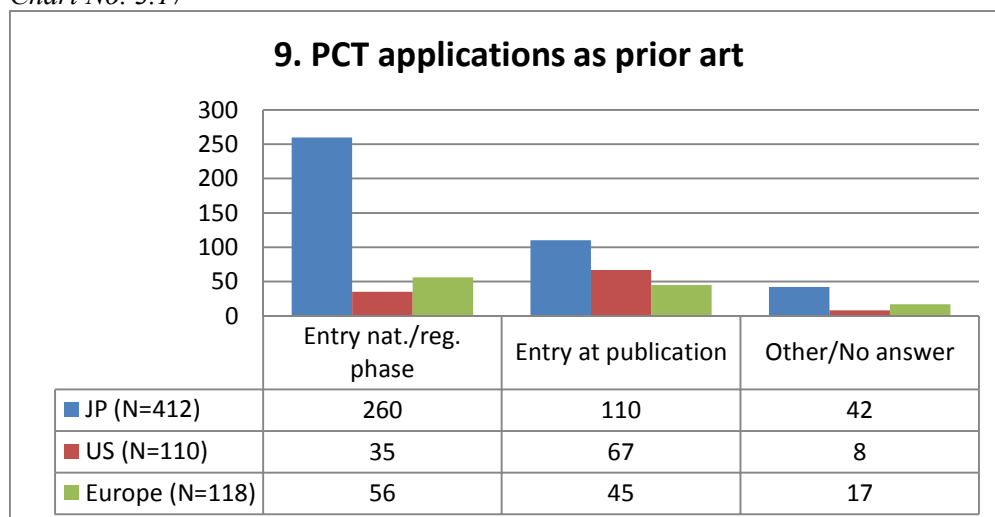
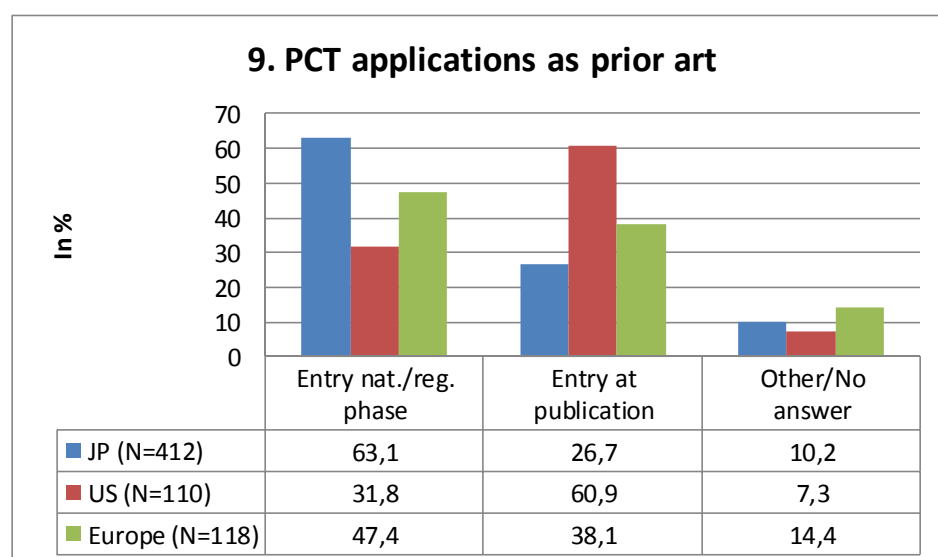


Chart No. 3.18



194. PCT出願が国際出願日または優先日時点で(但し、公開の後)、国内・地域段階に移行するかどうかに関わらず、先行技術に含まれる方式もまた、米国調査の回答者の過半数(67または60.9%、「USPTO報告書」55頁参照)及び英国調査の回答者の55.5%(9名中5名、「UKIPO報告書」30頁参照)により支持された。この回答はまた、フランスの調査でも5名または45.4%の回答者により選択された、最も多い回答であった(「INPI報告書」6頁参照)。
195. また日本の方式は混合型であることに注目すべきである。日本語によるPCT出願はその公開直後に秘密の先行技術プールに含められ、一方翻訳が必要とされる場合、日本のみを指定しているPCT出願は、翻訳書類が提出され、出願料が支払われ、出願が国内段階に移行した時点で秘密の先行技術になる。
196. EPOでは、出願の言語に関わらず、全ての欧州PCT出願は、地域段階の移行日に先行技術に含まれることになる。それに関わらず、EPO調査の回答者の21名または

40.4%が、PCT出願が国内・地域段階へ移行するかしないかに関わらず、公開日に先行技術に含まれることを支持した。この回答者には1件の主要上位国内ユーザー団体を含む4件の欧州ユーザー団体が含まれている。

全管轄地域において、PCT出願が先行技術と見なされる日付の問題に関する意見の一致はない。

しかしながら、ほとんどすべての国・地域において、かなりの割合のユーザーが、それぞれの国内法に反映されている政策とは異なる政策を支持することをいとわないようである。

その状況は英国の調査の回答者の1名のコメントにうまく要約されている。「両方の選択肢に長所、短所がある。」

V. 結果／全体の総括

197. 日米欧の全地域におけるテゲルンゼー・ユーザー協議の結果では、衝突する出願は比較的低い頻度でしか発生しておらず、全回答者の約79%が100件に1件以下の割合での発生と報告していた。自己衝突は、出願人が自ら影響を及ぼす事象であるが、発生頻度は更に低く、回答者の80-85%が100件に1件以下との報告をしている。
198. 予想通りではあるが、衝突をする出願の低い頻度を示すデータを考えると、一つの Patent ファミリーが審査される場合、二つ以上の庁において秘密先行技術を構成する別の Patent ファミリーを伴う衝突する Patent ファミリーはかなり稀である。衝突する Patent ファミリーが発生する場合、ほとんどの場合において、付与された保護範囲に関し結果的には相違をもたらす。しかしながら、これらの相違点は、衝突する出願を規定している規則にのみ原因があるとは考えられない。
199. ユーザー経験に関する収集データによると、特許の藪は、当該問題に焦点を合わせた最近の研究量を考慮するに、その広がりや予想をはるかに下回っているように思われる。ユーザー経験によると、特許の藪の公知度は、米国においてより高い可能性があり、欧州においてはより低い可能性があると思われる。
200. 「特許の藪」の認知された原因は、回答者の経験に従い、度合いの大きい要因から挙げると：(1) 単一の各主体に付与された複数特許、(2) 単一の各主体に付与された複数特許と異なる各主体に付与された複数特許との組み合わせ、及び(3) 異なる各主体に付与された複数特許、となる。
201. ユーザー回答によると、日米欧全ての地域において「特許の藪」は電気通信・コンピュータ分野でより普及していると思われる
202. 出願における比較的低い衝突の割合にもかかわらず、衝突する出願の扱いを規定する規則の調和は、日米欧の全地域において圧倒的多数の回答者により重大また

は重要と考えられている。当然のことながら、ユーザーの大多数は自国・地域独自の制度を選好していた。欧州の回答者の65.3%、日本の回答者の73.1%、米国の回答者の48.8%は、各々の制度についてベストプラクティスを反映している、と考えていた。

203. 全管轄地域において、PCT出願を先行技術とすべきとする日付に関する問題についての見解の一致は無い。但し、ほぼ全ての地域で、かなりの割合のユーザーが、それぞれの国内法に反映されている政策とは異なる政策を支持することをいとわないようである。

PART IV: 先使用权

I. 背景

204. 先使用权とは、発明に関する特許が出願される前に当事者が使用していた同一発明を引き続き使用できる権利である。先使用权の主な目的は、一方で、例えば発明を営業秘密のままに保ちその発明を特許化しないことを決めた先使用者の利益と、発明の対象を一般に公開したことが報われるに値する特許権者の利益との間の均衡を取ることである。多くの国・地域では、この権利は公平性および効率性の両方の配慮に根差していることは明らかである。
205. 先使用权は異なる国内特許法令により規定されており、そのような国内法令の規定は国内でのみ有効である。しかしながら、先使用权に関する国内規定は共通点がある一方で、その権利を得る条件には違いがある。
206. 国内規定間で特定された主な違いは、先使用が確実に行われたとされる基準日に関するもの、実際の使用が行われたかどうか、使用のための準備が十分であるかどうか、特許権者由来の発明の対象の効果、特許侵害に対し先使用权での防御の適用に例外を認めるべきかどうかである。
207. 一部のステークホルダーに取り先使用权は以下の二点の観点により制度調和項目である。(a) それ自体が制度調和項目であること、(b) 制度全体に係わるグレースピリオドの定義の要素であること。

II. 回答者情報

208. 本セクションのアンケート総回答数は以下のとおりである。(括弧の中は欧州の業界団体数) JPO:412人、USPTO:121人、EPO:54人(8)、DE: 39人(5)、FR:11人(5)、UK:9人(3)、DK:6人(3)。すなわち欧州におけるアンケート回答者の総数は119で、そのうち95人が個人回答者である。
209. 米国のアンケートにおいて先使用权に関する質問に最低一問は答えた121人のうち67人は米国在住、31人は欧州在住、23人はその他の国・地域在住である。所属に関しては、回答者の34人が会社員であり、34人は法律事務所勤務、27人は特許専門家、15人は個人発明家、7人は大学や研究機関所属で、4人がその他である。
210. アンケートの先使用权セクションの54人の所属は以下のとおりである。17人は大企業(中小企業は含まれない)、14人は法律事務所、11人は特許専門家、4人は大学・研究機関、8人は業界団体である。技術分野については機械学11人、電気・電子工学5人、電気通信2人、コンピューター1人、化学10人、生物工学0人、医薬品10人、その他9人。特許専門家や法律家などが二つ以上の技術分野で仕事をしている場合、「その他」と答えたようである。

211. 欧州のアンケートでは4件の重複回答があったことが再度思い起こされるが、それはすべて業界団体の回答である。そのため、個人の体験に基づく想定される経験上の質問に関しては重複回答がない。

III. 経験上の項目

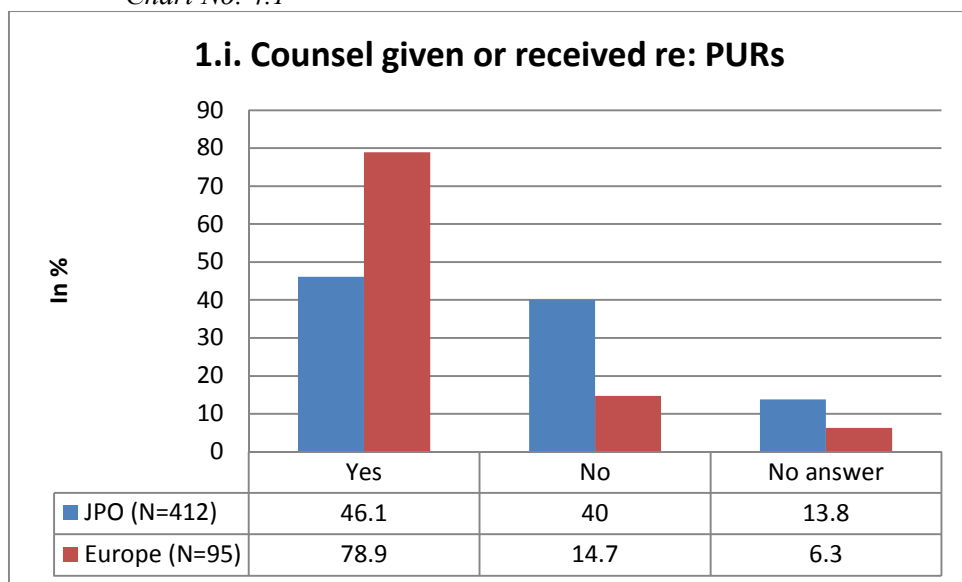
212. テゲルンゼー共同アンケートでは、先使用権に関する回答者の利用経験についてのデータを収集しようと試みた。調査の本セクションではいくつかの要素が収集されたデータの有用性に関し制限を設ける結果となった。
213. まず初めに、先使用権に関する米国の規定、35USC第273条は施行されて13年しか経っていない、AIA（特許改正法）が制定される前はその適用がビジネス手法特許に限られていた。さらに、AIAの下での改正規定は2013年3月16日、すなわち本ユーザー業界協議が開催された後に施行されたのである。（「USPTO報告書」P59 参照）そのため「USPTO報告書」によるデータが限られているために、本セクションの表は日本および欧州のものに限定されているものも含まれる。
214. 欧州内でも調査間でデータに違いがある。それは英国の国内法令の下で先使用権は1978年に施行されたのに対し、ドイツ、デンマーク、フランスでは国内法令における先使用権の存在は国内の法的枠組みの一部としてはるかに長く存在していたことである程度は説明できる。欧州やその他の地域の個々の調査結果に関しては、絶対数であれ、割合であれ、添付文書I「統合結果一覧表」に記載されている。
215. 次に、ドイツ代表団が収集した先使用権の利用経験の頻度のデータは表にまとめるのが困難であったため、「DPMA報告書」では、その利用経験の頻度に係わらず、回答者が様々な団体において先使用権の利用経験があったかどうかという観点でデータを提示している。
216. したがってこれらの経験上の質問に関しては、先使用権の利用経験のない回答者の否定回答およびこれらの質問に回答しなかった回答者の数も反映し、調査に記載された団体の中での先使用権の利用経験がある肯定回答と統合することが決定された。米国を除く各代表団の数値結果は、すべての欧州の調査を合計したものの統合数値を含み、本報告書の先使用権セクションに添付された添付文書II「日本および欧州での先使用権利用の経験を示すデータ表」を参照のこと。
217. このデータ表はUSPTOが提出したデータが他の代表団の結果とは異なる形式で分析され提示されたため、米国の調査から抽出した経験上の結果を反映していない。そのため本データに関する図表は日本および欧州の結果のみを示し、米国の結果は本文（テキスト）に報告されている。
218. 最初に、ここに提示された経験上のデータは確かな結論を引き出すに値するものと見なされるものではないということを念頭に置く必要があるが、興味深い傾向が特定することができる。

A. 先使用権利用事例の頻度

a) 先使用権に関する相談の頻度

219. 一般に、先使用権はあまり高い頻度で問題となることはない。日本の調査の回答者の1.46%、また欧州での調査の回答者の4.9%が「100回以上または高い頻度で」先使用権に関して相談に乗ったまたは相談したと回答している。
220. しかしながら欧州では、先使用権をたまに利用したという経験は数多く見られ、78.9%の回答者がその利用に関して相談に乗ったまたは相談したと回答している。ドイツの調査では91.2 %もの回答者がそのような経験があると答えている。日本ではこの数値が非常に低く、46.1%である。

Chart No. 4.1



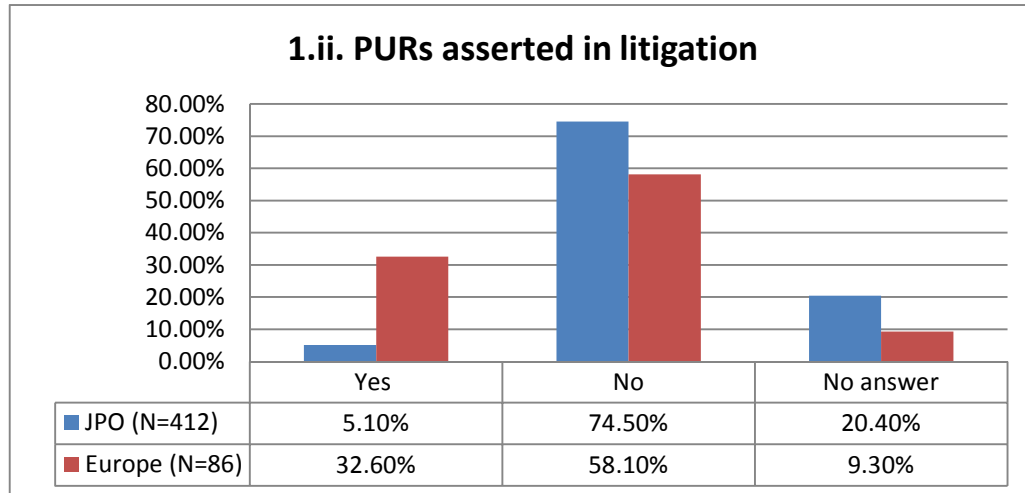
Given the limited US data which does not allow the calculation of percentages, all charts in this section are confined to results from JP and Europe.

221. 米国の調査では、本セクションに答えた77人の回答者のうち多くの回答者が先使用権の利用経験がほとんどないまたは全くないと回答している。それにも係わらず、回答者は先使用権の利用可能性に関して1,277回相談に乗ったまたは相談したと回答しており、この数字は非常に少ない割合の個人回答者にほとんど集中していることが示されている。（「USPTO報告書」P59）

b) 訴訟における先使用権主張

222. 回答者は訴訟において一度でも先使用権を主張したことがあるかどうか問われた。その回答は地域により大きく異なった。欧州（このデータはEPO、ドイツ、フランスの調査結果に限定されている）の回答者のうち32.6%が訴訟において先使用権を主張したと報告したのに対し、日本では5.1%のみが主張したと報告した。

Chart No. 4.2



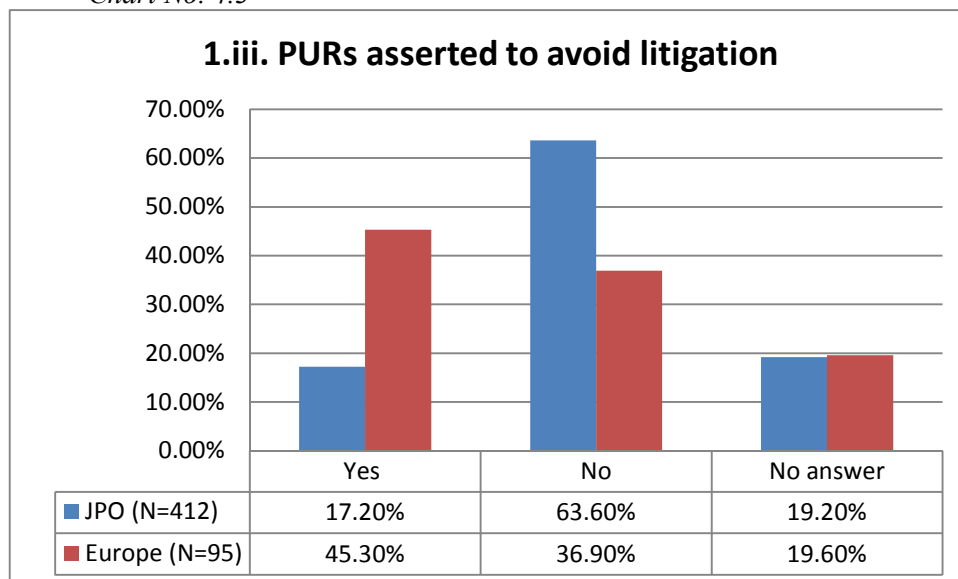
Note: European figures reflect only EPO, DE and FR data, as no data available from DK or UK surveys.

223. 米国では合計45回のみ先使用権を訴訟にて主張したと回答者が報告した。これは米国(米国調査の約半分の回答者の自国市場)における先使用権の利用可能となつてからの期間の短さ、および本調査が実施された時点でその権利がビジネス手法特許に限定されていたことを踏まえれば当然である。

c) 訴訟を避けるための先使用権の主張

224. はるかに多くの回答者が和解やライセンス交渉を含む侵害手続きや訴訟を避けるために先使用権を主張したと回答した。これは日本の回答者の17.2%および欧州の回答者の45.3%がそうしたと回答したことに示されている。(表4.2と4.3比較のこと)

Chart No. 4.3

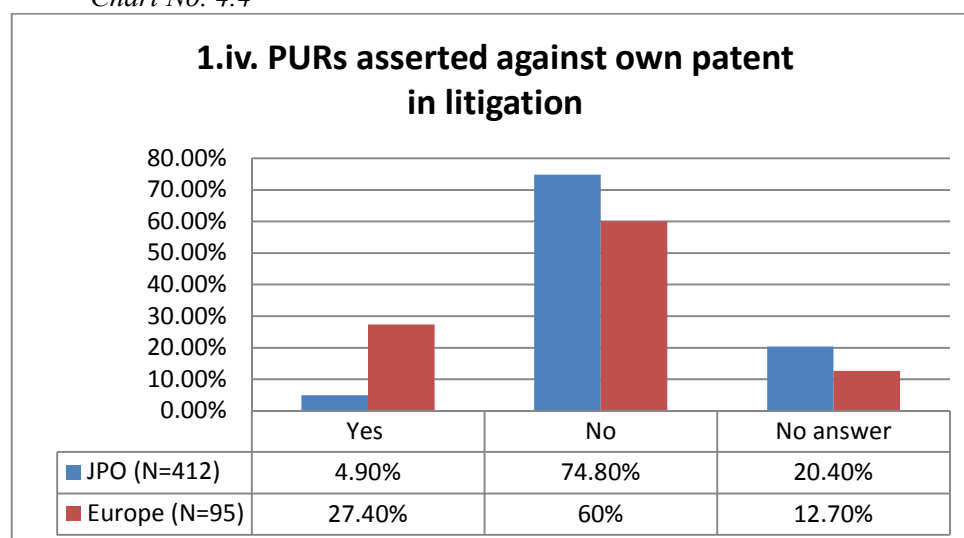


225. 同じ現象は米国のデータでも認められ、106件の事例において訴訟を避けるために先使用権を主張したと回答者が報告している。(対照的に先使用権が(侵害)手続きにおいて主張された事例は45件である)

d) 訴訟において回答者自身の特許に対して先使用権が主張された事例

226. 次に回答者は訴訟において回答者自身の特許に対しどのくらいの頻度で先使用権が主張されたか問われた。日本の調査では回答者の4.9%、また欧州の調査では27.4%が該当すると答えた。米国の調査では、26件の事例のみで回答者自身に対して先使用権が主張されたとの回答があった。

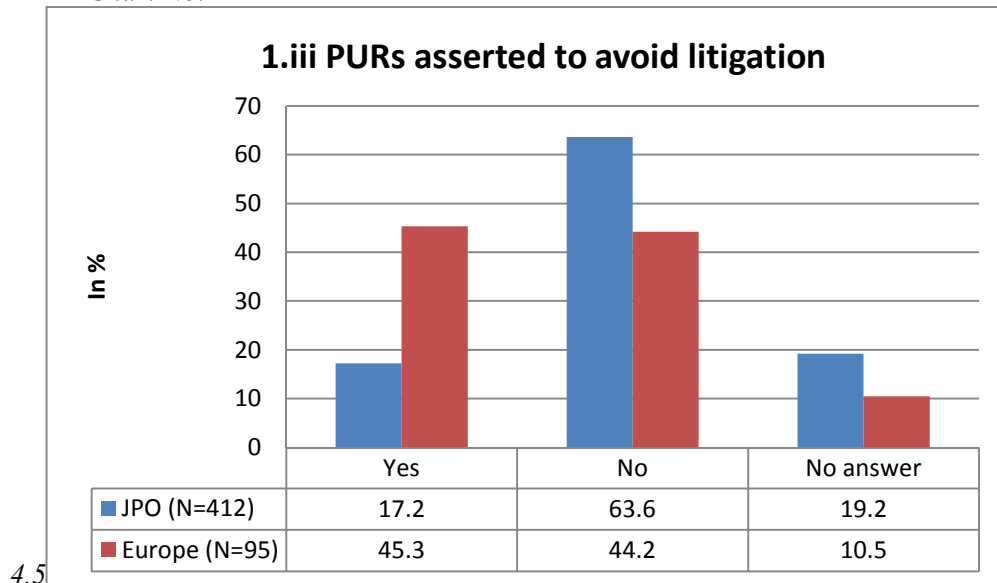
Chart No. 4.4



e) 訴訟を避けるために自身の特許に対して先使用権が主張された事例

227. 最後に、日本の調査では回答者の12.4%が訴訟を避けるために先使用権を主張されたことがあると報告したのに対し、その数値が欧州の調査では40%であった。米国の調査では64件の事例で訴訟を避けるために相手方に先使用権を主張されたと報告された。

Chart No.



f) 結果の考察

228. 日本と欧州で報告された数値には大きな隔たりがあった。上記の経験上の質問全体を通じて、日本に比べ欧州における先使用権の非常に多くの利用経験が一貫して報告され、日本に比べ欧州の国内特許制度において先使用権がはるかに重要な役割を果たしていることが示されていた。
229. 訴訟において先使用権を主張することおよび自身の特許に対し先使用権を行使されることが、同じ事件を法廷の両側から示すことを踏まえれば、表4.2と4.4の数値が大体一致すると予想されるところである。それは当てはまるようであるのは、日本の調査回答者ではそれぞれ5.1%と4.9%が自身に特許の先使用権を主張したおよび主張されたと回答したのに比べ、欧州の調査回答者はそれぞれ32.6%が主張し、27.4%が主張されたと回答したことに表れている。(しかしながら欧州の数値は異なる種類の回答者の数値である。上記参照)米国の調査結果はそのような一貫性を示していなく、45件の事例で先使用権を主張したのに対し、わずか26件で先使用権が行使されている。
230. 表4.3と4.5においてもある程度の一貫性は予想される。すなわち収集された数値は交渉の場の両側から見た訴訟を避けるための先使用権の主張を反映しているからである。訴訟を避けるために日本の調査の回答者17.2%が先使用権を主張したと報告し、12.4%が先使用権を主張されたと報告した。本件に関する欧州での数値はそれぞれ45.3%および40%である。米国では106件の事例で訴訟を避けるために先使用権を主張したのに対し、自身の特許に対しそのような主張がなされた事例が64件であった。
231. 日本と欧州で表4.3および4.5のために集められたデータはそれぞれ同じ範囲の数値であると認められるのに対し、米国のデータにはそれが当てはまらない。

232. しかしながら、すべての国・地域において、会議室の中であるか裁判所であるかに係わらず、回答者が一貫して先使用権を主張されたことに比べ、より多くの回答者が自身の先使用権を主張したと報告していることは興味深い。
233. 最後に、表4.3および4.5(訴訟を避けるための主張)の数値が表4.2および4.4(訴訟における主張)に含まれる数値に比べ、はるかに高いのである。これは米国の調査が示したデータに反映されている傾向である。すべての国・地域におけるこの二セットのデータ間の関係は、首尾よく訴訟を防ぐために先使用権は法廷の外側で行使するものであることを示している。(さもなければ両方の表で先使用権が行使された事例の数が同程度であると予想するので。)しかし本件に関し確かな結論に達することができるに十分なことがデータからわかっていないため、これは単なる推測に過ぎない。

本セクションで集めたデータは詳細な確固たる結論を引き出せるのに値すると見なされていない。

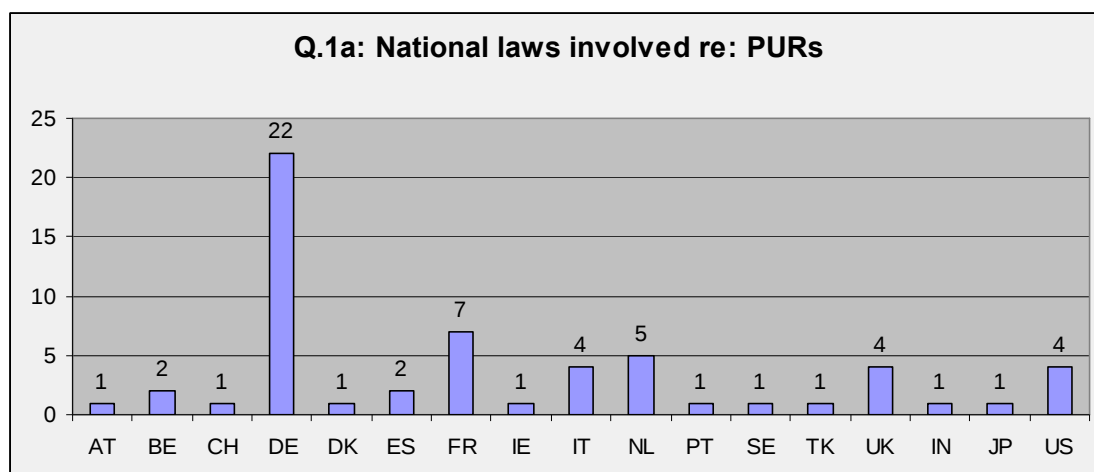
概して、たまに先使用権に関して相談されることは広範囲に行われているが、先使用権が実際行使される頻度は非常に低い。

調査が行われたすべての実際の所属団体に関し、日本に比べ欧州では先使用権がはるかに高い頻度で行使されているようであり、また国内特許制度においてははるかに重要な役割を果たしているようである。

B. 国内法の関与

234. テゲルンゼー共同アンケートの回答者は上記の質問に記載された出来事に関与する国内法を示すように求められた。
235. EPO調査では回答者は概して自身の国・地域内での先使用権の利用経験について答えた。しかし一点顕著な例外があった。多くの非ドイツ人回答者がドイツにおける先使用権の利用経験があると報告したのである。これはある程度はドイツが欧州において特許訴訟数が最も高いという事実に基づいているためと推測される。(「EPO 報告書」P101参照)

Chart No 4.6



Note: Numbers refer to number of respondents reporting having experience with prior user rights under national law, not instances of prior user rights. Respondents could indicate several jurisdictions.

236. ドイツでは26人の回答者、すなわち全回答者の66.7%がドイツにおいて先使用権の利用経験があると報告した。その他の国・地域はフランス、英国、米国、スウェーデン、オーストリアである。（「DPMA報告書」P36 参照）英国では9人中3人の回答者が英国での先使用権利用の経験があり、1人がドイツでの利用経験があった。（「UKIPO報告書」P31参照）フランスおよびデンマークは本件に関するデータを提供しなかった。しかしデンマークの調査の回答者は「先使用権は国内問題である一方で、企業は国際的に業務を行っている」との意見を述べた。
237. 日本ではほとんどの回答者が日本のみで先使用権を主張したと報告し、12人が中国で、8人が米国で、4人が欧州の国で、1人が韓国で、1人が台湾で、1人がインドで先使用権を主張した経験があったとした。したがって、日本人ユーザーが海外で先使用権を主張することは非常に稀であるとの結論になった。この結論はJPOが開催したラウンドテーブルでの議論の結果にも裏付けられている。（「JPO報告書」P19参照）
238. 最後にAIAの制定前に35USC第273条の下での先使用権が利用可能であった期間の短さを考慮し、またビジネス手法特許に関するもののみに適用されていた点に関し、米国の報告は興味深いことに49人の先使用権の利用経験に関する関与する国内法の質問に回答した回答者のうち34人が米国国内法を妥当と特定し、オーストラリアが5件の回答を得、欧州の国は2件の回答のみであった。（「USPTO報告書」P59参照）

大部分のユーザーは特許を有している可能性が高く、活動の中心地である母国・出身地域内での先使用権利用の経験を持つ傾向にある。

ドイツを例外として、概して外国での先使用権利用の経験は限定されている。それはドイツにおいて数多くの非ドイツ人が係わっている大量の特許訴訟の存在が理由であると考えられる。

C. 関連する技術分野

239. すべての国・地域において、技術分野による頻度の違いが見られた。

240. 下記の表4.8に示されているように、概して先使用権が利用されると考えられる上位三つの分野は機械学、電気・電子、および化学である。これは日本国内および欧州地域内共に当てはまる。

241. しかし米国では最上位の分野はコンピューターである。これはAIAの施行前には米国では先使用権が発生する唯一の分野がビジネス手法特許であったため、また先使用権はコンピューター技術に関連して発生しやすいため、驚くことではない。その一方で、その事実および海外で先使用権が主張される希少性を踏まえると、上記の表のその他の米国に関する数値は幾分予想外であった。（「USPTO報告書」P59参照）

Chart No. 4.7

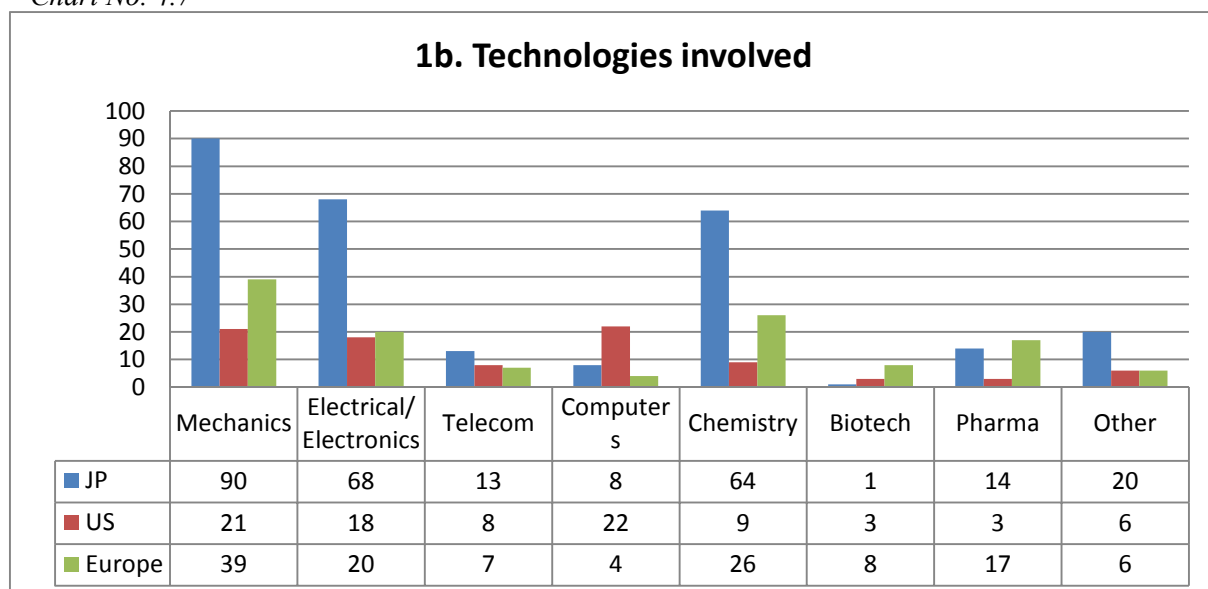
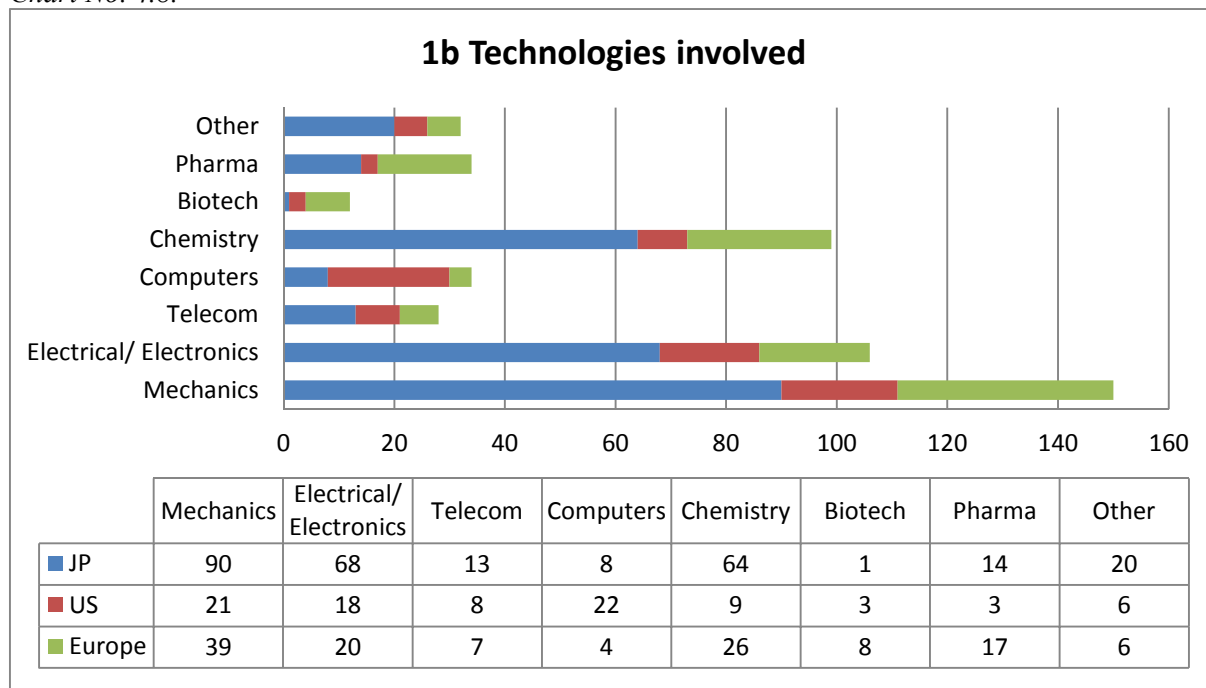


Chart No. 4.8.



242. 欧州に関する限り、発明を利用するために先使用者が真剣に効果的な準備をした場合、準備が秘密裏に準備できるということからそれは理論上どの種類の発明に対しても起こり得るということを念頭に置くことが重要である。しかしながら、欧州は完全な新規性要件を基礎とするため、先使用者が発明の実際の利用まで進んだときに、発明を一般に利用可能としないような方法で利用できる発明のみが先使用权を生じさせることができるのである。さもないと、そのような先行一般使用は無効にする使用として、有効な特許の権利化を妨げることになるのである。したがって先使用权は方法の発明、見られないように隠せる機械、または成功裏に分解して模倣できない発明の関連でしばしば発生する。これらの実際の使用が先行する実施可能な程度の開示とならないようにするためである。

結論として、技術分野間の頻度の違いが起きることは予想され、テゲルンゼー調査結果はそれが実際当てはまることを示した。それ以上のことに関しては、集められたデータがさらなる推測を引き出すに値するほど当てになると見なされていない。

IV. 政策課題

A. 全般的な考察

243. 先使用権が過去の特許の実体制度調和の議論に加えられていた理由は、いくつかの代表団により先使用権がセーフティネットとしてのグレースピリオドの定義における不可欠な構成要素であると見なされているからである。こうした事情により、先使用権の範囲よりもその権利が発生する条件に重点が置かれていたのである。
244. テゲルンゼー共同アンケートは先使用権の特定の四つの側面に関するユーザーの考えを調査した。それは(a) 特許権者が善意で先使用権を派生させる問題、すなわちセーフティネットとしてのグレースピリオドの定義における極めて重要な問題、(b) 権利の発生に対する最小必要要件、(c) 権利の発生に関する基準日、および(d) なんらかのカテゴリの特許または権利者対象に先使用権の例外を認めるかどうかである。これらの要素は、2011年テゲルンゼー・マトリックス文書および2012年先使用権に関するテゲルンゼー研究を作成する際に指摘された欧州、日本および米国のAIAの下それぞれの国内法の相違点から収集されたものである。
245. 欧州では、結果としてユーザーが調査およびヒアリングで二つの個別の項目を検討することになった。すなわち先使用権それ自体の調和およびグレースピリオドを含む実体制度の国際調和の状況下の先使用権の調和である。

B. ベスト・プラクティス

a) 特許権者から善意で先使用権を派生させること

246. 先使用権の発生には当事者がその権利を「善意」で主張することが普遍的な要件であるようである。そして発明の知識を得ることおよび先使用権の根拠となる活動を行うことの両方に本要件が付されるのである。
247. デンマーク、フランス、英国では本件は法定要件である。(デンマークの法令は先使用が出願人に対する「明らかな悪用」にならないことを法的義務としている。)ドイツでは法廷が先使用者に対して「誠実さ」または善意を義務付けている。欧州の法令で道徳的見地から特許権者が権利を派生させることを妨げるものはない。善意の要件は唯一のゲートキーパー規制である。
248. 日本では特許法第79条の規定に従い、「特許出願に係わる発明の内容」に関する知識がないことを条件に、独立発明または個人発明家由来の場合、先使用権が発生する。
249. AIAの下、35USC第273条(a) (1)により善意は明確に義務付けられている。しかしながら、それに加えAIAは先使用権の発生の基準日として、有効な出願日の一年前または一般への最初の公開日(35USC第273条(2))のどちらか早い方を設定している。さらに、35USC第273(e) (2)にて「防御の根拠である主題が特許権者由来または特許

権者と当事者の関係にある者由来の場合」は先使用権を主張してはいけなと規定している。

250. したがって米国および日本の法令は、発明に関する知識が出願人・特許権者由来の場合は、出願人を先使用権から保護しているのである。つまりグレースピリオドの恩恵を受ける出願前の公開に基づく先使用は、善意であっても、先使用権を基づかせることができないのである。
251. 欧州では優先日または出願日までは、善意の要件を条件に先使用権が発生する。ドイツ国内法にはEPC（欧州特許条約）への適合以前はグレースピリオドが存在したが、現在先使用権はドイツ特許法の第12条に定義されている。そのため、1991年の基本提案の下の実体制度調和の議論の際の欧州代表団の先使用権の強い主張や2000年代の実体特許法条約は、発明家が先に公開し後から出願することを決めた場合発明家にとってリスクとなり、出願前の公開を抑制するものになるという理解に常に基づいていたのである。それは所謂「セーフティネット」グレースピリオドの二つの特徴のひとつであり、どのような公開よりも先に出願を促すために制限的に限定することにより法的安定性を強調しているのである。二つ目の特徴はグレースピリオドが独立発明に基づく第三者が介入する公開に恩恵を与えないということである。
252. そのため回答者は次の内容の質問IV.2aを問われた。「一般に先使用権を得るためには先使用者が善意で行動したことが要件になることを考え、それでも先使用者が発明に関する知識を特許権者から得た場合、その知識が善意で得られたと見なされるにも係わらず先使用権は利用できないようにされるべきですか？」
253. アンケートにおける結果は明らかであった。日本の調査の回答者の過半数（67.2%）および米国の回答者の過半数（58.8%）は、そのような状況では善意で知識を得たとしても、先使用権が発生させるべきではないという意見であった。さらに、米国の結果を回答者の出身地により綿密に分析したところ、米国在中の回答者の68.7%が善意で知識が特許権者から得られた場合の先使用権の発生を否定しているのである。（「USPTO報告書」P62 参照）この立場はテゲルンゼーユーザー協議においてAIPPIがEPOに提出した意見書における立場を反映している。（「EPO報告書」P113参照）
254. しかしながら欧州でもっとも人気のあった回答は、回答者の46.2%によるそのような事例でも実際先使用権が発生するべきという回答であった。すなわち異なる傾向が欧州ではある可能性を示唆している。
255. この明らかに複雑な質問に対して、回答者の権利の発生に関する同意は実質上二重否定を必要とした。すなわちそのような権利は「利用できない状態にするべきではない。」EPOの調査の回答者はこの質問は「より明確に表現することができたはずだ」と不満を述べた。（「EPO報告書」P103参照）この早い時期における認識が、EPOのアンケートのグレースピリオドセクションに二問のEPO限定質問を加えさせたのであり、(a) 出願前公開のリスクはどこにあるべきかおよび(b) 先使用権の役割は何であったかというグレースピリオドの状況下の制度上の問題にまで進ませたのである。（「EPO

報告書」P48-51参照)これらの質問に対する回答は、本報告書の肝要な部分である先使用権に関するセクションの付属文書に含まれている。

256. 最後に、グレースピリオドの状況での特許権者から知識を得たことに関する問題が、2013年2月にEPOにて開催された欧州ユーザーに対するヒアリングの際に詳細に取り上げられた。数人の参加者は先使用が公開情報に基づく場合(グレースピリオド期間に後続の出願人が出願前公開を行うことなど)は、第三者がそのような付与後の使用を続けることを止めることはできないという見解であった。要するに、欧州ユーザーの何人かは、
秘密の漏洩がない場合に公開情報に頼ることは善意で起きると判断されるべきとの見解なのである。(「EPO報告書」P111－112参照)
257. この見解はテゲルンゼー協議の枠組みの中でEPOに書面で提出された次のFICPIの見解と一致している。「出願前公開により知識を得て、発明を使い始めるかまたは始めるための実質的な準備をした第三者は、先使用権を与えられても良い。」これは知的財産連盟(産業団体)がEPOに書面で提出した見解とも一致しているのである。(「EPO報告書」P113、§415および§417)
258. これらの結果は、ヒアリングでの回答およびアンケートの質問IV.2aに対する回答に示された欧州の立場と、日本・米国のアンケートに対する回答者の見解および日本・米国の国内法の現行の規定との間にかかなりの隔たりがあることを示唆している。

Chart No. 4.9

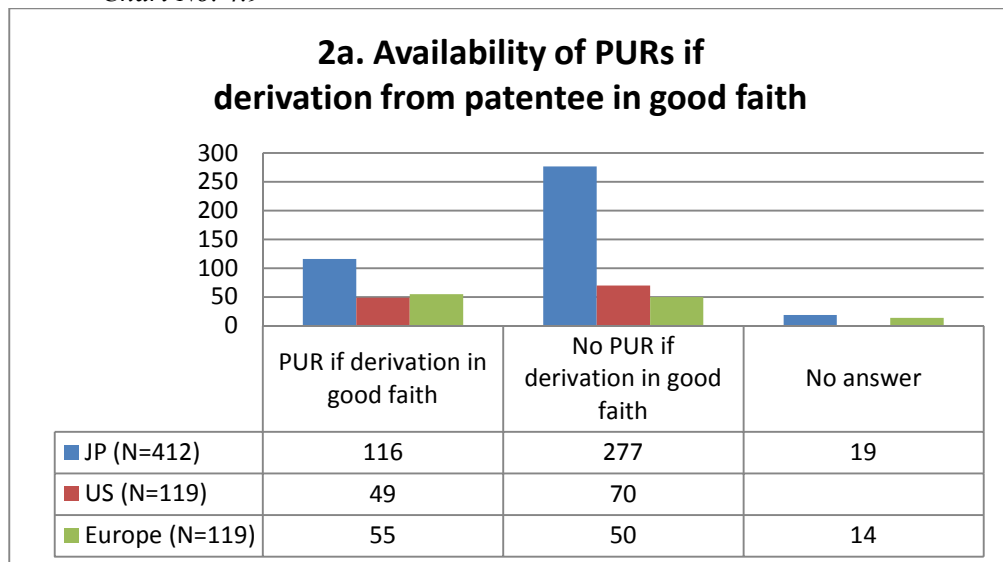
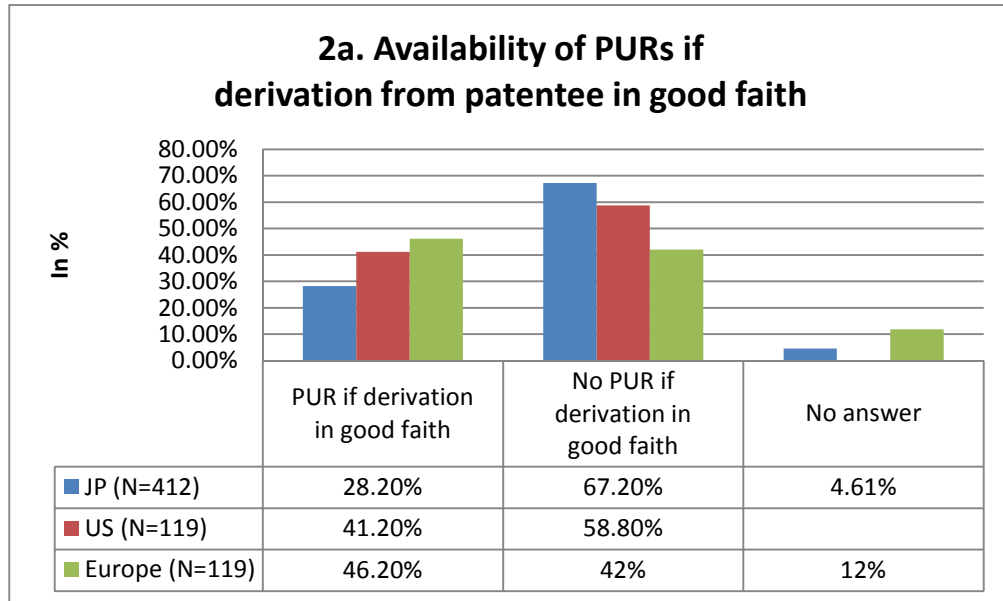


Chart No. 4.10



質問IV.2a.が不明瞭であるため、発明が特許権者から善意で得られた場合の先使用権の利用可能性の問題に関するテゲルンゼーアンケートの結果は結論が出ない。

この制約を念頭に置き、日本・米国の過半数の回答者は発明家がグレースピリオドを利用している場合、それが善意であっても第三者に先使用権が発生することから保護されるべきだと考えようである。これは日本や米国の国内法の方針に従うものである。

しかしながら、欧州の回答では過半数の回答者が、先使用権は善意の第三者を優先日・出願日以前に保護し、また出願前公開に対する阻害要因として機能すると定義付けられるべきだと考えている。

結論として、日本・米国のユーザーと欧州のユーザーの間には、グレースピリオドの状況の先使用権の制度上の機能の理解に根本的な隔たりがあるようである。

b) 権利の発生に対する最小必要要件

回答者は先使用権が発生するための最小必要条件を特定するように求められた。多項選択式質問は、複数のチェックボックスに印を付けることが可能であり、「どの要件」が適格とされるかでなく、「最少必要な」要件が求められたため、必ずしも筋が通っていたわけではない。一人一人の回答者が選んだ最も負担の少ない要件を特定するためには、未加工データの更なる分析が必要であったのであり、その基準で結果を集計しなければならなかったのである。ほとんどの国・地域でそれは行われなかった。

259. 三つの選択肢が提示された。「発明を使用するための準備」、「発明の実際の使用」、および「発明の前もっての知識」である。これは少なくとも欧州の回答者にさらなる問題をもたらした。米国ではAIAの下、先使用権が発生するためには実際の使用が必要である。しかし日本および欧州では、権利が発生するためには発明を使用するための「効果的で真剣な」または「実質的な」準備が要件の基準を満たすのである。(例外はフランスであり、「個人財産としての権利」を認めていて、すなわち理論的には発明の事前の知識に基づいているのである。)したがって質問の形式が欧州の何人かの回答者を明らかに悩ませたのである。なぜならば単なる「準備」はどの段階、どの程度の規模、真剣さであれ、その回答者たちには閾値が低すぎる一方で(「UKIPO 報告書」P32参照)、実際の使用は閾値が高すぎるのである。
260. 未加工データの結果は下記に示したとおりであるが、上記の質問の欠点により一点の例外を除き、本データは有益な結果をもたらすとされていない。例外とは、三つの地域の圧倒的大多数の回答者にとって、発明の単なる事前の知識は先使用権の根拠となるに十分とされるべきではないという結論である。これはフランスの調査でも当てはまり、回答者のわずか36.4%が事前の知識が先使用権を発生させるに十分だという考えに賛成したのである。ただしこれは国内規範を反映しているのである。(報告書の付属文書I、統合結果一覧表、フランス、P126参照)
261. 実際の使用を要求することに対して発明を使用する準備することに関する限り、日本の回答者は大体同程度に分れたようである。実際の使用の要件を支持したのが77.4%であり、準備の要件を支持したのは75.8%である。すなわち仮に準備が「実質的な」と特定されていた場合にその反応はどうなっていたかという疑問が残る。さらに、数字(304が実際の使用を支持、298が使用するための準備を支持、N=412)を見ると明らかにこの二グループには実質的な重複があり、我々にはどちらの場合にも二つの選択肢の一つのみにチェックを付けた回答者の数は分からないのである。
262. 米国の回答者は明らかに実際の使用が最小必要要件に相当することを支持した。(回答者の87%に対し、45.3%が使用の準備で十分という意見を述べた。)その一方で欧州の過半数が「使用するための準備」で十分(64.7%)とした。しかし以下のグラフが示しているように、この結果が現在欧州で存在する閾値よりも低い閾値を裏付けていると解釈しないように慎重になるべきである。

Chart No. 4.11

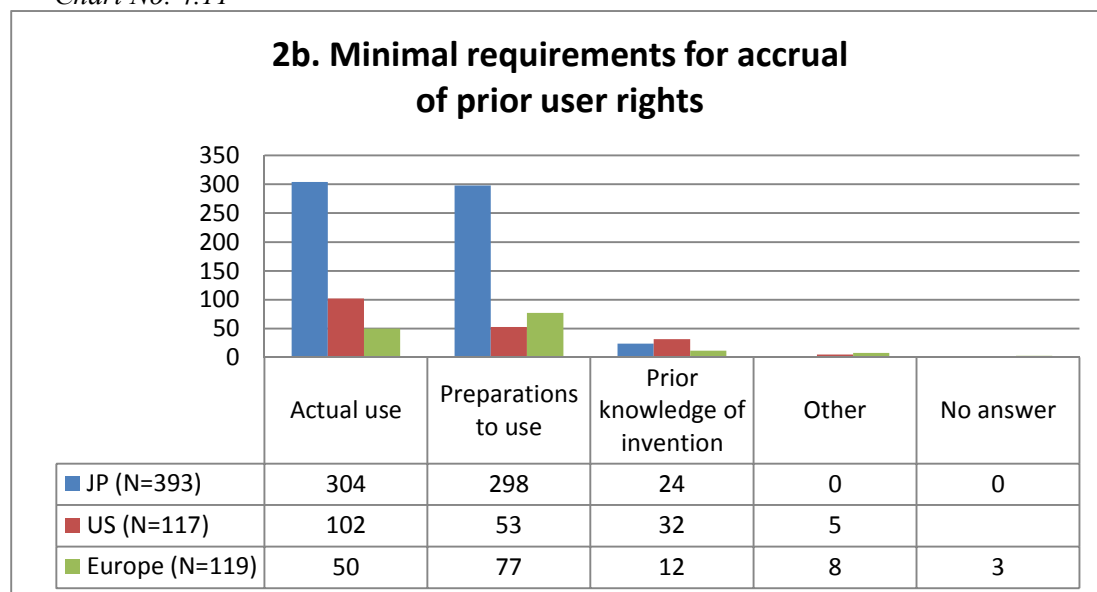
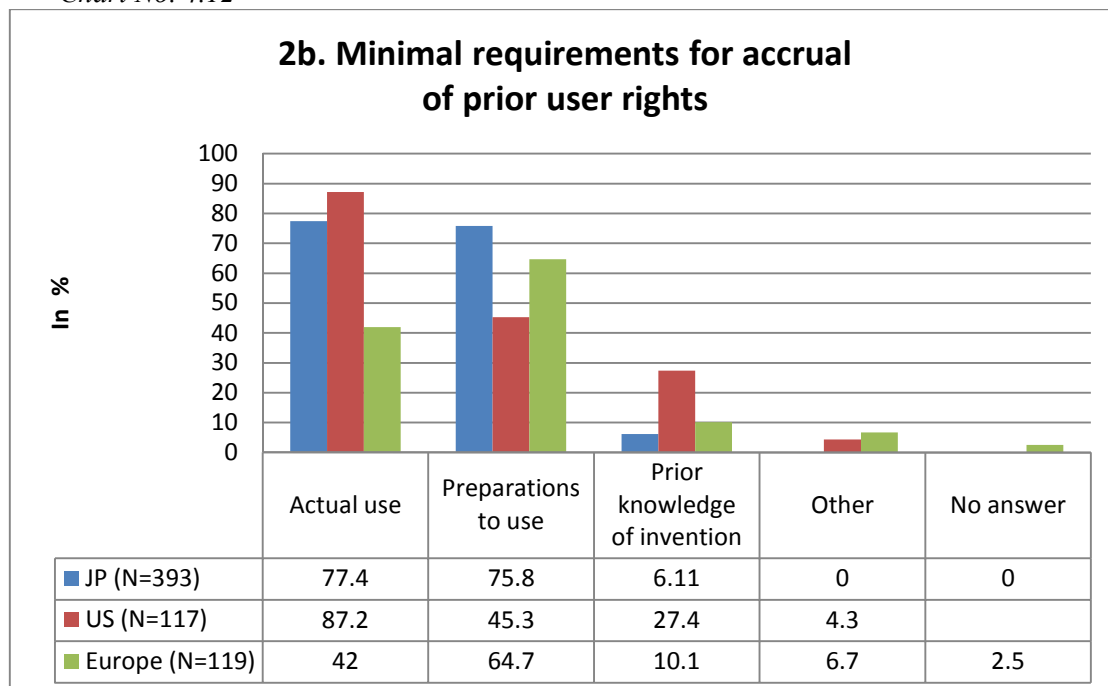


Chart No. 4.12



263. そのため、集められた調査回答を提示することに加え、EPOは「最少必要な」要件を特定するために個人回答者の回答を分析してこれらの結果を報告した。また、「その他」と答えたすべての回答者がそれは準備が「真剣で、効果的」であるかまたは「かなりの投資をしてある」ことを条件に、つまり「実質的な準備」の基準を満たす場合に認められるべきだと具体的に述べた。「使用する準備」を要件とすると述べたすべての回答者が、それが欧州で優勢な「実質的な準備」の閾値に達していると解釈したと想定するのは方法論として間違っているが、この点に関してアンケートに書いたコメントのすべてがそれらの回答者により表現に付けられた都合の良い解釈だと強調していた。

264. EPO調査の回答者で使用するための準備または指定どおり「使用するための実質的な準備」を支持した回答者の合計は、回答者の75%になった。
265. これに対しEPO調査の回答者の19%が実際の使用を支持し、大体その三分の一が大学・研究機関に所属していた。つまり19%の回答者が先使用権の利用を制限することに関心を持っていると言えるのかもしれない。その大学・研究機関の回答者にとり先使用権の重要さはより低いのかもしれない。というのは、特許化された対象物を扱う彼らの多くの行動は、その行動がいつ開始されたかに係わらず試験的使用の例外に該当するのに対し、第三者が獲得した先使用権は大学・研究機関が所有する特許に対して主張することが可能だからである。（「EPO報告書、P104 -106参照」

先使用権の発生のための最少必要活動要件に関する質問IV.2bの設計の欠点により、三つのすべての地域で圧倒的大多数の回答者が、発明の単なる事前の知識は先使用権の発生 of 最少必要条件として十分とは認めるべきでないと考えているという結論しか得られなかった。

c) 発生に関する基準日

266. 米国の国内法と日本、ドイツ、デンマーク、フランス、英国の国内法との間の第二の相違点は、先使用権が発生するための基準日である。それはすなわち発明の知識、実質的な準備、実際の使用などの先使用権を生じさせるための構成要素が存在している必要がある日付である。
267. 米国を除くすべてのテゲルンゼー国では、優先日または出願日より前に先使用権が発生するための条件が満たされていなければならないのに対し、米国では35USC第273条(a) (2)にて、発明の商業的使用が特許請求された発明の有効な出願日または特許請求された発明が第102条(b)の規定の下先行技術の例外の対象となる方法で一般に公開された日のどちらが早い方の少なくとも一年前に行われている必要があると規定している。この規定は明らかにグレースピリオドの期間中の公開を考慮することが目的である。
268. 最初に、可能な回答が重複する性質やテゲルンゼー共同アンケートは複数回答が可能であった事実を踏まえ、本データの信頼性には疑問があるということを述べる必要がある。（「USPTO報告書」P69のコメント参照）
269. これが意味するのはほとんどの国・地域に存在する優先日・出願日を基準日とする規則から離れることを望む回答者の割合を判断するためには、選択肢間でどの程度の重複があったか知るためにデータを分析する必要があった上に、優先日・出願日 のみにチェックを付けた回答者をその他の回答のひとつまたは両方にチェックを付けた回答者から分離する必要があったということである。

270. EPOはデータを分析する上でその分析作業を行ったため、統合結果一覧表(付属文書I)に記載された回答者の68.5%が基準日として優先日・出願日を承認したというEPOの数値は正確な数値である。これらの回答者は確かにその他の二つの規則に反対したのである。(「EPO報告書」P106-107参照)また基準日としての優先日・出願日は満場一致でEPO調査の本セクションに参加したすべてのユーザー団体により承認され、加えてFICPIおよびAIPPIの提出書類においても承認されたことを強調しておく。
271. 参考までにそのような分析をしない場合、EPO調査の回答者の81.4%が本規則に相当する回答の箱にチェックを付けたことを述べておく。その割合はつまりすべての欧州での調査の回答者の78.15%に換算されるのである。
272. 米国の報告を熟読すると、米国の調査の米国人回答者の61.19%がグレースピリオドの制度がある場合、先使用権を発生させる活動がグレースピリオドの始まる前に行われている必要があるという要件に反対した。(「USPTO報告書」P70 表5.17参照)同様に、米国の調査の米国人回答者の82.09%が出願前公開された場合、先使用権を発生させる活動が出願前公開より前に行われるべきという要件にも反対した。これらの意見は、先使用権が認められる活動が優先日・出願日の早い方の少なくとも一年前に行われていること、またはグレースピリオド内の開示を求める35USC第273条に規定された先使用権体制と対照的である。(「USPTO報告書」P70、表5.18 参照)
273. その結果、質問とその分析両方の不備を踏まえたとしても、圧倒的多数の回答者が先使用権の発生のための基準日が優先日または出願日であるべきだという見解を共有し、それに伴いグレースピリオドが提供されている場合はグレースピリオドの期間中いつでも先使用権を発生させられるとした。これはJPO調査の回答者78.9%、米国の調査回答者65.5%、欧州の調査(分析したEPOデータおよび分析されていないその他の欧州代表団のデータを含み、付属文書IIの統合結果一覧表に示された数値を反映したもの)の回答者72.3%の回答者の見解である。

Chart No. 4.13

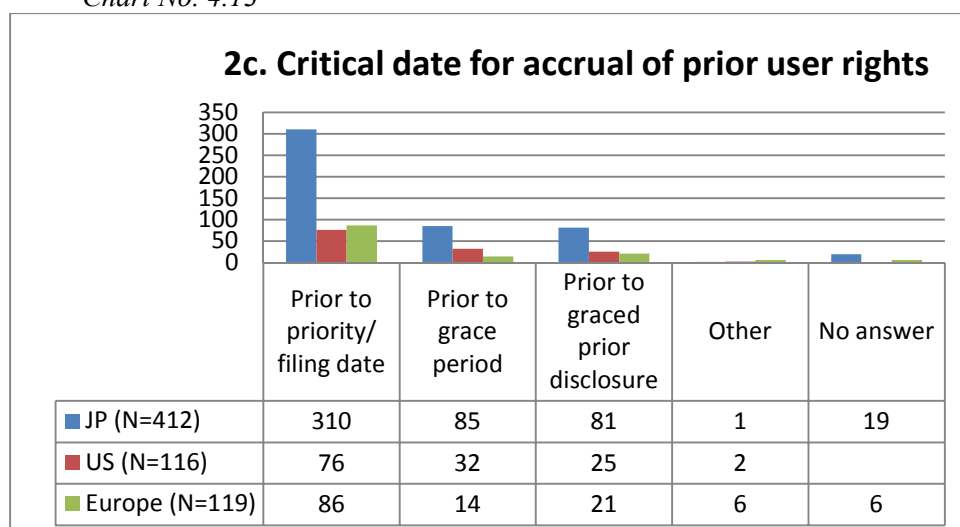
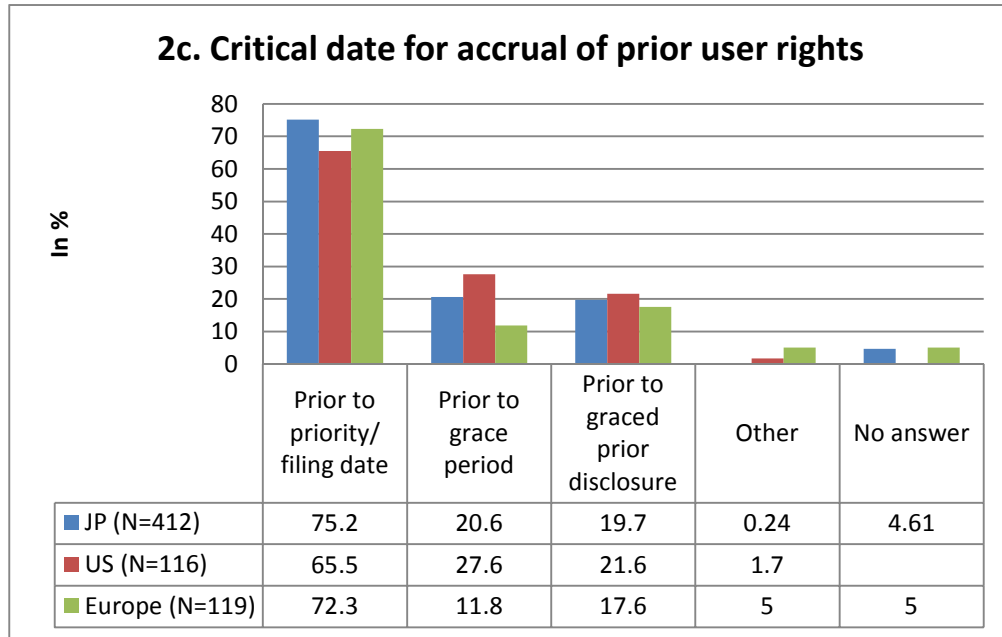


Chart No. 4.14



先使用権の発生のための基準日に関しては、すべての国・地域の過半数の回答者が出願時までまたは適用される場合はグレースピリオドの存在に係わらず、先使用権が発生した特許出願の優先日まで先使用権を利用可能にするべきという考えを支持した。

d) 先使用権の例外

274. 回答者は「特定の特許」に関して先使用権の例外が設けられるべきかどうか尋ねられた。この件の背景は「特許化された発明は発明されたときに、主たる目的が高等教育機関の開発した技術の商業化である高等教育機関または技術移転機関により所有または移転義務の対象であった場合に」先使用権は利用できないと定めた米国の35USC第273条(5) (A) の下の現行の規定である。
275. 三つのすべての地域の圧倒的大多数の回答者は先使用権の供与に対する例外には反対であった。その割合は日本の調査の回答者の82.3%、欧州の調査の回答者の87.4%、米国の調査の回答者92.7%であった。つまり例外が存在する国で、最も高い割合の回答者が反対したのである。さらに、サンプル数は少なかったものの、米国の例外の恩恵を受けている米国調査の大学・研究機関を代表する7者の回答者のうち6者も、その例外規定を設けることに反対したことは興味深い。（「USPTO報告書」P74参照）
276. 英国の調査の回答者（あるいは先使用権をビジネス手法特許のみに限定していたすでに取って代わられた米国の規定に影響されてか）がTRIPS協定の第27条(1)を踏まえ、異なる技術分野の発明間での区別は避けるべきということを述べた。（「UKIPO

報告書」P33参照)しかしそこでは当該特許の技術分野ではなく、発明主体または特許権者の身元や性質に基づく例外が検討された。

Chart No. 4.15

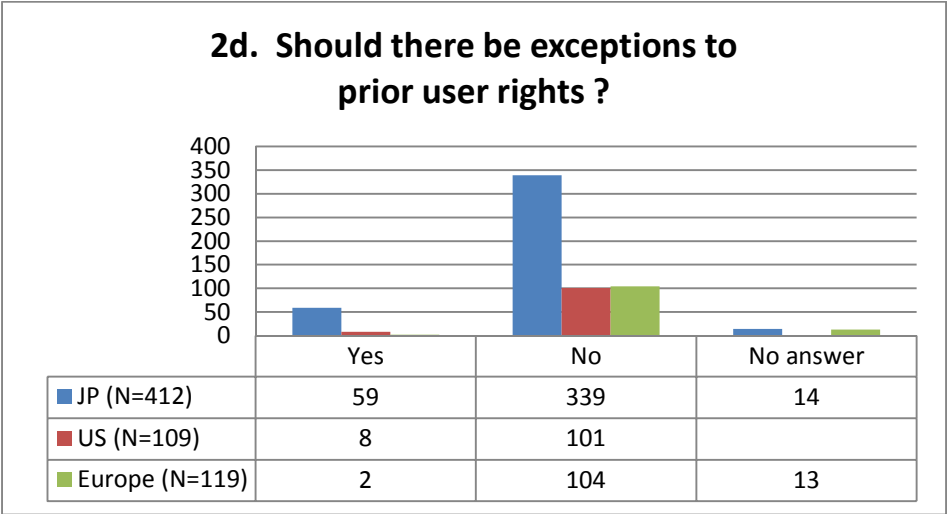
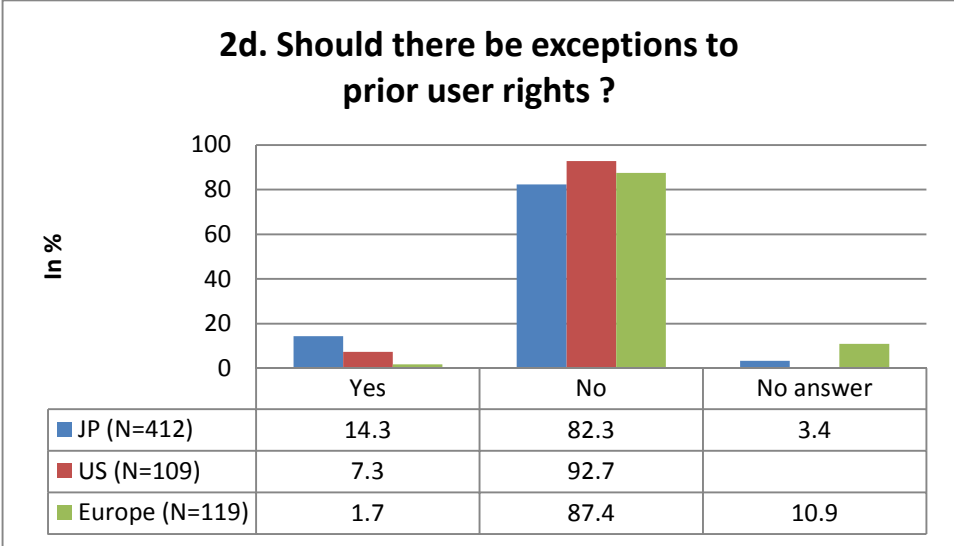


Chart No. 4.16



三つのすべての地域のテゲルンゼー調査の圧倒的過半数の回答者が、先使用権の例外が認められることに反対である。

C. 制度調和の重要性

277. 回答者は先使用権の国際調和に対してどの程度の重要性を認めるか示すように求められた。米国の調査の回答者81.7%、日本の調査の回答者84%、欧州の調査の回答者74%が先使用権の制度調和を重要または不可欠と考えている。

278. 興味深いことに、米国の調査では92.8%の欧州系回答者が先使用権の制度調和を不可欠または重要と考えるのに対し、米国人回答者の74%がその考えを共有し、また米国人回答者の26%が本件を「重要ではない」とした。加えて、USPTOにおける技術分野による結果の内訳を見ると、電子工学・コンピューター・通信の分野の回答者が最も多く先使用権の制度調和を不可欠または重要と見なしていた。（「USPTO報告書」P60および61表5.3参照）

Chart No. 4.17

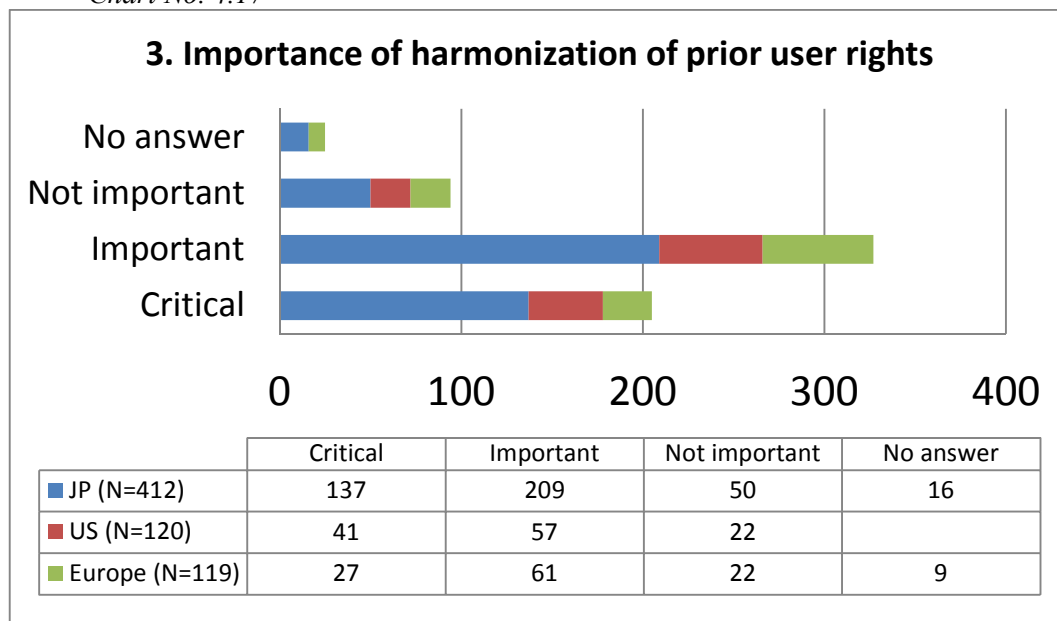
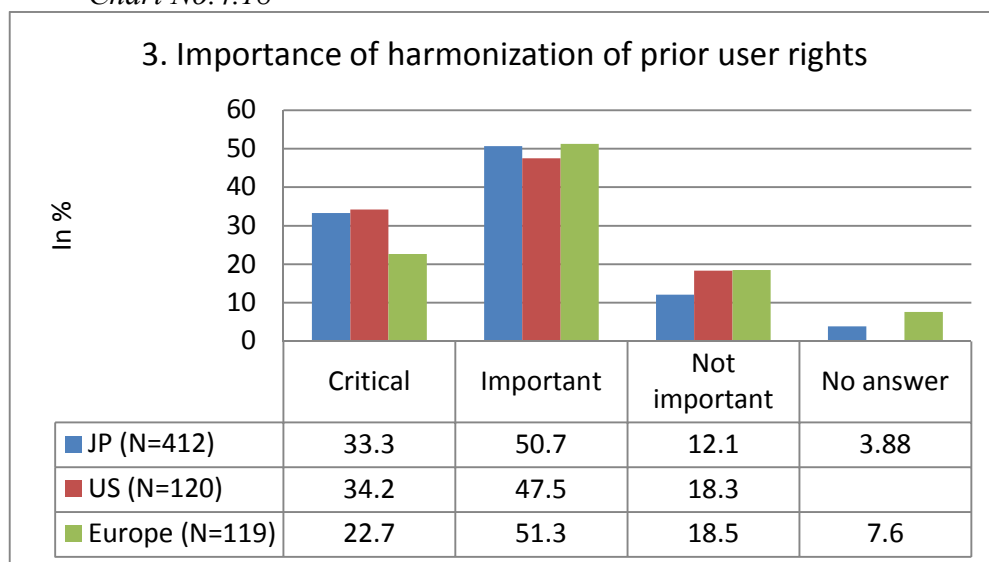


Chart No.4.18



279. 2013年2月にEPOにて行われた欧州ユーザーに対するヒアリングでは、第一段階として欧州内で先使用権の制度調和をするべきという意見が述べられた。（「EPO報告書」P110参照）この意見はドイツ、フランス、英国の調査でも数人の参加者により同意見が述べられた。（「DPMA報告書」P10、「INPI報告書」P6、「UKIPO報告書」P34参

照)さらに、統一特許制度が適用される市場と地域的に同一の範囲において先使用権が存在しないことは問題であるという意見も述べられた。 (「EPO報告書」P111)

280. EPOにおけるヒアリングの大多数の参加者は、先使用権はグレースピリオドの状況下で、グレースピリオドの定義の必須の構成要素として特許制度に「絶対的に不可欠」とし、それ故先使用権を制度調和プロセスに任意の規定としてではなく、強制的規定として含めることを支持した。(「EPO報告書」P111 §402、P112－113参照)
281. 最後にEPOテゲルンゼー調査に対し数人の回答者が二つの意見を持っていると述べた。ひとつは先使用権それ自体の制度調和の重要性であり、回答者はそれを重要とは見なしていない。もうひとつはグレースピリオドの体制の可能な調和の枠組み内の先使用権の制度調和であり、こちらは不可欠とした。これらの意見を組み込んだ場合、EPO調査で制度調和が重要または不可欠と考える回答者の数は79%から87%に増え、欧州での全体的な数値は77.1%になり、一方、欧州で先使用権の制度調和を重要でないと見なす回答者の数は15.1%まで下がる。(「EPO報告書」P108－109参照)
282. この二分化した意見は英国のユーザーにも同調された。「我々はグレースピリオド体制の制度調和を除き、先使用権の国際調和を重要とは考えていない。」(「UKIPO報告書」P34参照)

三つのすべてのブロックの圧倒的多数の回答者が先使用権それ自体の国際調和を重要または不可欠と考える。

欧州の回答者は先使用権の国際調和がグレースピリオドの状況下で考えた場合、そのような調和がより重要だと考える。

V. 結論・エグゼクティブ・サマリー(重要な論点の整理)

283. テゲルンゼー共同アンケートの先使用権セクションにて収集された経験上のデータは、詳細で、確かな結論を引き出す程十分に信頼できるものとは考えられていない。
284. 概して、時折先使用権に関して相談を受ける経験は広まっているが、実際に先使用権が行使される頻度は非常に低い。上記の調査されたすべての状況において、(すなわち①先使用権に関する相談の頻度、②回答者による訴訟における権利の主張、③回答者による訴訟を避けるための権利の主張、④回答者に対して訴訟において権利が主張されたこと、⑤訴訟を避けるために回答者に対して権利が主張されたこと)日本(またはこの権利がまだ新しい米国)に比べ欧州は先使用権がはるかに高い頻度で行使され、国内特許制度においてははるかに重要な役割を果たしているようである。

285. 大部分のユーザーは特許を有している可能性が高く、活動の中心地である母国・出身地域内での先使用権利用の経験を持つ傾向にある。先使用権の外国での利用経験はドイツでの利用経験を例外として、概して限定されている。それはたぶんドイツでは数多くの非ドイツ人当事者が巻き込まれる大量の特許訴訟が行われているからである。
286. 技術間の先使用権(利用)の頻度の違いは予想されているものであり、テゲルンゼー調査結果はこれが事実であることを示している。
287. 質問IV.2a.が不明瞭であるため、発明が特許権者から善意で得られた場合の先使用権の利用可能性の問題に関するテゲルンゼー共同アンケートの結果は結論が出ない。この制約を念頭に置き、次のことが認められるようである。日本・米国の過半数の回答者は発明家がグレースピリオドを利用している場合、それが善意であっても第三者に先使用権が発生することから保護されるべきだと考える。これは日本や米国の国内法の方針に従うものである。
288. しかしながら、欧州ではヒアリング時の回答によれば、過半数の参加者が先使用権は善意の第三者を優先日・出願日の前に保護し、出願前公開に対する阻害要因として機能すると定義付けられるべきだと考えている。これはテゲルンゼー共同アンケートの欠陥のある質問IV.2a.に対する最も多い回答でもあった。
289. 結論として、アンケートの結果が日本・米国のユーザーと欧州のユーザーの間には、グレースピリオドの状況の先使用権の制度上の機能の理解に根本的な隔たりがあることを示している。
290. 先使用権の発生のための最少必要活動要件に関する質問IV.2b.の設計の不備により、三つのすべての地域で圧倒的大多数の回答者が、発明の単なる事前の知識は先使用権の発生 の最少必要条件として十分とは認めるべきでないと考えているとの結論しか得られなかった。
291. 先使用権の発生のための基準日に関する限りでは、すべての国・地域の過半数の回答者が出願時までまたは適用される場合は、グレースピリオドの存在に係わらず先使用権が発生した特許出願の優先日まで先使用権が利用可能にするべきという考えを支持した。
292. 三つのすべてのブロックのテゲルンゼー調査の圧倒的過半数の回答者が先使用権の例外が認められることに反対している。
293. 三つのすべてのブロックの圧倒的多数の回答者が先使用権それ自体の国際調和を重要または不可欠と考える。欧州の回答者は先使用権の国際調和がグレースピリオドの状況下で考えた場合に、そのような調和がより重要だと考える。