

特許売買¹

志馬 康紀²

一般財団法人知的財産研究所 主任研究員

I はじめに

1 特許売買の台頭

従来、米国の特許権（以下「特許権」または「特許」と略す。注を参照）³を対象とした売買は、注目を浴びることが少なかった。特許は、長い間、物品やサービスなど（以下「製品」と略す）の開発・製造・販売の事業に従事する企業（以下「事業会社」と略す）における、製品の付着物であった。事業会社が、製品から切り離して特許を売るとは、米国においても多くはなかった⁴。

しかし、近時は、特許売買への関心が高まっている⁵。経営破綻したカナダの通信事業者ノーテルは、2011年に同社の特許約6,000件を競売に付した。同年7月に、アップル・マイクロソフト等の6社連合Rockstar

Consortium Inc.（以下「ロックスター」と略す）がグーグルを制して、45億ドルでノーテルの特許を購入した⁶。この背後には、スマートフォン事業のグローバルな覇権争いの一局面を構成する特許訴訟が存在していた⁷。すなわち、アップル／マイクロソフト等が率いるクローズドソース陣営とグーグル／サムスン等が率いるオープンソース陣営の二大陣営が、世界の主要市場の裁判所で、相互に特許侵害訴訟を繰り広げた。その最初の訴訟が、本件売買が進む2011年4月に、米カリフォルニア州北部地区連邦地方裁判所で、アップルがサムスンを提訴した事案であった。

ノーテルの事案から、特許売買は、特許の買主の事案に結びついた特許の実施（「侵害」との区別につき、注を参照）⁸に関係していると、推測される。

¹ 【謝辞】 本稿の執筆にあたり、Tech Insights Inc.のArt Monk氏（Vice President, Patent Brokerage）及び原島孝氏（前Vice President, 前日本統括）、Richardson Oliver Law Group LLPのKent Richardson 弁護士（Partner）及びErik Oliver 弁護士（Partner）、大日本印刷株式会社知的財産本部の平山貴浩氏（知財管理（2014）執筆者の委員会副委員長）、並びに、大久保邦彦教授（大阪大学OSIPP）より、ご支援を賜りました。深謝申し上げます。

² 一般財団法人知的財産研究所、主任研究員（報告時）。本稿は執筆者の私見に基づくものであり、所属する組織の見解を示すものではありません。なお、本稿において複数回引用する文献は、末尾に出典とその略語をまとめています。

³ 本稿は、米国の特許権を考察の対象としている。特許出願や他国の特許に言及する際には、その旨を明示する

⁴ Kelly 115. 1980年代以降は、収入を目的とした特許ライセンス活動が活発化し現在に至る。Hall=Ziedonis (2007) 6-8. これに対して、Kahn, B. Zorina *The Democratization of Invention: Patents and Copyrights in American Economic Development, 1790-1920* (Cambridge Univ. Pr., 2005) 155 n.50は、米国特許法の形成期の特許売買につき、1790年に米国特許法が施行された、1878年に、特許売買が行われた記録が残っているにはすでに特許権の売買が行われていたと述べる。

⁵ 特許売買を掘り下げた日本語での報道例として「特許バトルロイヤル本編02 知恵の結晶「流動化」の時代が始まった」朝日新聞GLOBE No.15 (2009年5月11日) [http://globe.asahi.com/feature/090511/02_1.html, 2015/4/20閲覧]。

⁶ “Consortium led by Apple buys Nortel’s patents for \$4.5 billion” *Fortune*, July 1, 2011.

⁷ 志馬 1536-1538.

⁸ 本稿では、特許の実施の諸態様のうち、特許権者からライセンスを取得していない点を強調する場合には、「侵害」と記す。

2 本稿の目的

(1) 前述のとおり、特許売買は新しい取引類型である。このため、特許売買の幾つかの先行文献は、特許の特質との関係で、特許売買の特色を描写することを試みている。

まず、特許制度の趣旨は、次のように説明されている⁹。特許は、新しく有益な発明の創生を促し、技術開発が重複して行われる事態を回避するために発明の公開を義務付け、公開の代償として、一定期間の排他権を私有財産として特許権者に与える制度である。かかる制度趣旨のうち、発明の創生及び開示の促進と、私有財産としての特許の利用¹⁰の、どちらに着目するかによって、特許売買の紹介のあり方は異なったものとなる。柳澤智也「イノベーションのオープン化と新興する知財マーケット」と同稿が引用する文献¹¹は、前者に着目する論稿である。柳澤論文は、特許売買を紹介して、特許取引が技術知識の流通と普及、特に、イノベーションのオープン化を促進するとの結論を、導いている¹²。

これに対して、本稿と本稿が引用する文献¹³は、後者に着目する。特許の買主は、特

許侵害訴訟と特許ライセンス（注を参照）¹⁴で使用するために、特許を購入している。本稿は、特許売買を、買主が権利行使によって利益を得るために特許を購入し、売主がこうした特許について差別化された対価を受け取るための取引類型と捉えて、特許売買の紹介を行う¹⁵。

(2) 本稿のⅡでは、特許売買を、売主の目的に適い権利行使の対象となり得る特許を発掘し購入するための制度と捉えて、その特色を説明する。次にⅢでは、特許売買において、特許を実施する製品のエクスポージャーを示す特許実施証拠（Evidence of Use. 以下「EoU」と略す）に焦点を絞る。そして、EoUが、特許売買の対価や売買の成約にどのような影響を与えるのかについて、分析を行う。最後に、Ⅳでまとめを行う。

Ⅱ 特許売買の概要

1 特許売買の増減と特許侵害訴訟の増減

(1) 近時、米国においては、特許権登録数・特許訴訟数・知財取引に基づく収入のいずれ

⁹ Quinn, Gene "What is a Patent? Understanding Patents and Patent Law 101" (IP Watch Dog, June 29, 2013) [<http://www.ipwatchdog.com/2013/06/29/what-is-a-patent/id=42703/>, visited on 2015/4/15].

¹⁰ 私人が特許を取得する意義を示す論稿として "Reasons for Patenting Your Inventions" (WIPO) [http://www.wipo.int/sme/en/ip_business/importance/reasons.htm, visited 2015/4/30].

¹¹ 柳澤論文発行後に公刊された知財ビジネス調査（要約i-xi）も、このタイプの論稿である。

¹² 柳澤 前編93-98など。

¹³ ここで、引用文献が用いる検討手法について説明する。ROLは、米国の法律事務所Richardson Oliver Law Group LLPが扱い、または、ROLが公開情報に基づき分析した特許売買を、対象としている。対象期間と特許売買の件数は、ROL（2014）が、2012年6月から2013年5月の期間の296パッケージ（米国特許権4,316件を含む）、ROL（2015）が、2013年6月から2014年5月の期間の556パッケージ（米国特許権4,271件を含む）、ROL（2016）が、2014年6月から2015年5月の期間の566パッケージ（米国特許権6,127件を含む）である。Kellyは、主として先行文献・ヒアリング調査に基づく論稿である（筆者はマイクロソフト社の法務部長）。知財管理（2014）は、2003-2010年に登録された米国特許（再発行特許等は除く）約200万件を評価対象として、表計算ソフトを用いて分析を行う論稿である。

¹⁴ 買主は、特許訴訟や特許ライセンスにおける特許の権利行使を目的として特許を購入する（Ⅱ2）。特許訴訟で用いる特許は、特許ライセンスで用いる特許のなかから、さらに選別を加えたものである。特許訴訟と特許ライセンスは、特定の製品または第三者に対して特許を権利行使するという点において、共通している。本稿で特許売買について論じる際には、この共通点に着目する。

¹⁵ なお、本稿は、本誌のミニ・シンポジウム「特許の国際取引法」の4件報告のうちの1件である。同シンポジウムは、特許の法的効力や特許価値の評価を共通テーマとしており、本稿もこれに沿っている。

7. 特許売買

も、急増している¹⁶。米国での特許訴訟数は、1990年代以降に増加し、とりわけ、2000年代に入って急増した。この時期から、特許売買の数も急速に増加している¹⁷。ケリーの論稿“Practicing in the Patent Marketplace”(2011)は、2002年から2008年にかけて、計3万件から3万5000件の特許が売却された、2006年から2008年にかけて売買数も価格も急増し急騰した、とする¹⁸。ペテル=ビールは、2011年に売買件数が急増した後、2012、2013年は連続して減少、しかし、2014年には再び増加傾向を示し、2014年末までには2013年の50%増が見込まれるとする¹⁹。ROLの論稿“2015 Brokered Patent Market”(2016)他は、米国特許権の売買市場を、2013年は年額US\$283M、2014年は年額US\$260Mと推計する²⁰。

大局的にみて、特許売買は、特許訴訟の増大に正比例して増加している。

(2) しかし、局所的には、経済動向の減衰や特許政策の変更によって、特許売買が減少

に転じている。

まず、2008～2010年に、特許の売買の量と価格が急落した。ケリーは、この急落の原因は、グローバルな経済危機に由来する事業会社の経営不況にあるとする²¹。また、Tech Insight社は、米国改正特許法（2013年3月16日施行）によりNPEの活動が減じ、この結果、2013年の特許売買数も減じたと言う²²。

特許庁報告書「未利用特許等の知財ビジネス調査の実態に関する調査研究報告書」は、2014年6月19日のアリス事件米国最高裁判決²³（以下「アリス判決」と略す）により、2014年の特許訴訟件数は、2013年から25%程度減少したと推定している²⁴。ROL(2015)は、ソフトウェア特許等を対象とする2013、2014、2015年の特許売買の数値を比較した。その詳細によれば、アリス判決により関連する特許売買数は減少している²⁵。

この点につき、ROL(2016)は、アリス

¹⁶ 本誌「特許の国際取引」概要PWC(2014)を参照。

¹⁷ Kelly 117.

¹⁸ Kelly 117.

¹⁹ Patel, Mihir = Biel, Linda “Back in the old routine” IAM vol.69 (Jan/Feb 2015).

²⁰ ROL (2015) 19.

²¹ Kelly 118-119, n.14 (McCurdy interview)

²² TechInsight社セミナー（2015年4月15日）におけるMonk氏発言。

²³ Alice Corporation Pty. Ltd. v. CLS Bank International, et al., 573 U.S., 134 S. Ct. 2347 (2014). 事案において、NPEである特許権者アリスは、金融取引の決済リスクを回避するコンピュータ・プログラムのビジネス方法を対象とする米国特許5,970,479とその継続出願特許計4件を、決済専門銀行であるCLSが侵害していると主張した。CLSは、同特許は、米国特許法101条（保護適格性）に違反し無効だと反論した。地裁判決（2011）とCAFC大法廷判決（2013）は、共に、同特許が101条違反で無効だと判示し、本件最高裁判決もこれを支持した。本判決後の特許庁審判部（PTAB）は、同種のビジネス方法特許につき、101条に基づく拒絶を課した審決を出している。Cooperrider, Frederick E.他「ALICE対CLS事件における米国最高裁判所判決後の抽象的アイデアに基づく法定主題について」パテントVol.48No.4（2015）61-70他を参照。

²⁴ 知財ビジネス調査 15 n.16 (RPXへのヒアリング調査結果。同稿120-122は、米国でのヒアリング調査において、アリス判決の特許売買への影響を肯定する意見と否定する意見の双方があったとする)。

これに対して、PricewaterhouseCoopers LLP“2015 Patent Litigation Study: A change in patentee fortunes” 3 [http://www.pwc.com/us/en/forensic-services/publications/patent-litigation-study.html] (visited 2015/12/25)は、2014年の米国特許訴訟数は、アリス判決の影響を受けて、5年ぶりに13%減少したとする。この一方で、USPTOにおける米国特許登録数は、引き続き増加していると述べる。

²⁵ ROL (2016) 14, 16. 同稿は結論において「アリス判決の影響はなかった」と述べている。しかし、同稿が引用する統計をみると、ビジネス方法特許等を中心とするソフトウェア特許の売買は、売買数が激減したわけではないが、他の特許領域と比べるとアリス判決後に減少したことを示している。

判決の影響を受けた技術分野（ソフトウェアのビジネス方法）に着目して、以下の分析を行う。第1に、2015年の売買を示すROL（2016）においても、ソフトウェア分野の特許売買は、売買数としては首位である。しかし、ソフトウェア分野の売買数が全売買数に占める比率は、ROL（2015）、（2014）に比べると低下している²⁶。第2に、アリス判決が影響を与えるとROLが考える広義の技術領域（ソフトウェアの大半、ビジネス方法、ソーシャル・ネットワーキング、広告）の売買数を、全技術領域の売買数と比べた。ROL（2016）において、広義の技術領域の比率は、ROL（2014）よりも15%、また、ROL（2015）よりも20%、それぞれ減少している²⁷。第3に、アリス判決が強く影響を与えるとROL（2016）が考えるビジネス方法の技術領域（電子商取引、電子決済、貿易）の売買数を、同様に全技術領域の売買数と比べた。すると、ROL（2016）では、40%上回っていたが、ROL（2015）では45%下回っていた。つまり、ROL（2016）はROL（2015）と比べて、約8割減少した。このように、アリス判決は、ビジネス方法特許の売買数を減少させている。

(3) 結論として、特許売買の増減は、特許

権係争の数の増減・経済現象・特許の法政策に呼応していると言える。これは、特許の買主が、特許訴訟や特許ライセンスで権利行使できる特許を求めて、特許売買を行っているためだと考えられる（次節参照）。

2 特許売買の当事者

(1) 売主と買主

ROL（2015）は、特許の売主と買主を以下の様に分類している²⁸。

まず、売主は、事業会社が64%・投資家が20%・特許不実施主体（Non Practicing Entity. 以下「NPE」と略す）が8%・大学が3%・防衛的特許アグリゲーター（Defensive Patent Aggregator）が3%・発明者が1%・不明が1%である。次に、買主は、事業会社が43%・特許不実施主体が43%・防衛的特許アグリゲーターが13%・大学が1%・発明者が1%である²⁹。

NPEは、急速に増大している買主であり、特許を束で購入している。NPEは、特許ライセンスで対価を得る、金融事業を目的とした特許の買主（financial buyer）である³⁰。

防衛的特許アグリゲーター³¹は、特許売買が増加した重要な要因である。防衛的特許アグリゲーターは、購入した特許の永続的な

²⁶ 件数で比較すると、ROL（2015）が扱ったパッケージ総数566件のうち、アプリケーション・ソフトウェア74件が首位であり、他のソフトウェア分野も上位を占めている。しかし、ROL（2014）が扱ったパッケージ総数は556件のうち、首位のアプリケーション・ソフトウェアは113件で他のソフトウェア分野も多い。かつ、ROL（2013）が扱ったパッケージ総数は296件のうち、アプリケーション・ソフトウェア76件が首位であり、上位である。

²⁷ ROL（2016）16。

²⁸ ROL（2015）19。

²⁹ これに対して、ROL（2016）16-17は、売主と買主の比率を次のように述べる。売主は、事業会社71%、NPE 16%、個人発明家8%、大学/研究機関 1%、防衛的特許アグリゲーター 1%、その他1%である。買主は、NPE42%、事業会社34%、防衛的特許アグリゲーター 21%、その他3%である。

また、Wild, Joff “US patent sales on the rise again after two years of decline” (IAM Vol.69, December 2014) は、2010年から2014年6月までに米国特許庁に登録された1,419,268件の特許譲渡記録から、純粋な特許売買のみを抽出するためM&A・事業部門売却・発明者から雇用事業会社への譲渡・担保権・先取特権・名義修正に伴う譲渡の登録を除いた調査の結論も同旨である。すなわち、特許の買主の上位15社のうち9社はNPEや特許権アグリゲーターなどの特許保有社（patent holding company）である。一方、特許の売主の上位15社のうち10社は事業会社である、とする。そして、売主・買主の双方において、アジアの事業会社が増加傾向にある、とする。

7. 特許売買

イセンスを、特許の購入費用とライセンスのコストに基づき算定した合理的な対価によって、会員企業にライセンス許諾する。そして、かかるライセンス許諾を行った後に、再度、売却を行う³²。再売却後も、会員が取得した特許ライセンスが有効であるのは、米国の制度（当然対抗制度）に基づくものである。すなわち、米国の判例法では、非独占的な特許ライセンシーは、その特許ライセンスを特許庁に登録せずとも、ライセンス後に特許を譲り受けた買主に対して、対抗することができる。この仕組みによって、防衛的特許アグリゲーターの会員である事業会社は、自社の製品を、当該特許の権利行使から守ることができるのである³³。

(2) 特許売買の目的

売主の中心的な目的は、不要な特許を売却して収入を得ることである³⁴。

買主の中心的な目的につき、ケリーは、特許権侵害訴訟や特許ライセンスに用いる特許を取得することだとする³⁵。ROL (2013) も、EoUを用いた特許を売買する目的として、特許権侵害訴訟と特許ライセンスを挙げる³⁶。

特許買主の13%を防衛的特許アグリゲーターが占めるという前述の事実も、特許ライセンスが特許売買の目的であるという事実を、示している。

事業会社やNPEが、特許権侵害訴訟で用いる特許の取得を特許売買の目的としている点について、知財管理誌の論稿「米国における特許流通（特許売買およびNPEへの特許流出）の実態分析」（2014）が実証的な分析を行っている³⁷。すなわち、同稿は、2003年～2013年に登録された米国特許200万件のうち、グループ外の事業会社へ売却された蓋然性の高い16万件、200万件のうちNPEに売却された可能性の高い2万件を、それぞれの母集団とする分析を行った。特許侵害訴訟に利用された特許を特定しその比率を計算すると、登録された特許200万件においては0.7%、特許16万件の群においては1.52%、特許権2万件の群においては3.08%となり、統計的に意味のある差異が見出された。これにより、特許売買の対象特許は、特許訴訟で用いられる可能性が高いとすることができる。

³⁰ Kelly 118. なお、金融目的の買主による購入は、市場の60%・市場取引の75%を占めるとする。

Kelly 119-120は、米国のIntellectual Ventures社（IV社）につき次のように述べる。同社は、特許売買の世界で特別な位置づけにある。同社は早い時期から大量の売主兼買主であり、特許売買の成長過程で果たしてきたその役割は大きい。同社は、特許売買に加えて、特許ライセンスや自社R&Dによる特許の取得も行っている。IV社につき、知財管理（2014）1407-1408も参照。

³¹ 例えばAllied Security Trust, RPX Corporation.

³² 防衛的特許アグリゲーターが用いるこの仕組みは、「特許のキャッチ・アンド・リリース モデル」と呼ばれる。

³³ 以上につき、Kelly 119-120, Chien 331-332, 平成20年度 特許庁産業財産権制度問題調査 研究報告書『知的財産の更なる活用の在り方に関する調査研究報告書』（知的財産研究所, 2009）17, 注22-24.

³⁴ Kelly 121. なお、Ellisは、日本企業の一部には、業績不振や企業再編が引金となってその膨大な所有特許を売却しライセンス許諾する動きもあるが、依然として様々な要因により消極的であるとし、その事例を紹介する。他方、自社の特許出願の価値を評価することや、他社への技術提供により自社のブランド・イメージを向上させることを目的として挙げる文献（知財ビジネス調査 97-98）もある。

³⁵ Kelly 118-123. Iで述べたように、本稿の分析においては、特許訴訟と特許ライセンスを同種のものとして捉える。なお、同稿は、買主が特許権ポートフォリオを補完し拡充することも、特許購入の目的とする（118-120）。また、特許を保有する目的は様々な特許の価値も文脈に依存するから、特許売買の目的や売買された特許の価値を一律に判断することはできないとする（123, 125）。

なお、特許売買の目的として、技術ノウハウの取得や技術イノベーションを促進することを挙げている文献を見出すことは、できなかった。

³⁶ ROL (2013) 13.

³⁷ 知財管理（2014）1400.

続いて、知財管理（2014）は、1度に売買される特許群（以下「パッケージ」と略す）と特許訴訟の関係を検討する。特許売買の多くは、1パッケージを構成する特許数が10件以下の小規模な売買を対象としている。こうした小規模なパッケージで売買される特許は、特許訴訟で利用される比率が高いという特色があった³⁸。すなわち、事業会社間での特許売買において、パッケージの大きさ別に特許訴訟で利用された特許の比率を比較したところ、1パッケージの特許件数が101件以上の場合に、訴訟で利用された特許権の件数は0.5%以下であった。ところが、1パッケージの件数が100件以下では1%超で、件数が10件以下では2%を超えていたのである³⁹。

(3) 表明・保証

前述のとおり、米国の特許売買では、ライセンスにおいて当然対抗が採られている。このため、ライセンス許諾後に特許を売却することが、普通に行われている。ところで、ライセンスの許諾を受けた事業者の製品は、その特許を侵害するものではない。それ故に、ライセンスを許諾した特許のエクスポートは、小さくなる。この結果、ライセンスの履歴は、特許の対価や売買の成否に、重要な影響を与える。かかるライセンス履歴は、特許の売主がこれを知り得る。そこで、特許の売買契約においては、売主の表明・保証条項が用いられている⁴⁰。

ライセンス履歴に関する売主の表明・保証の類型には、買主が尋ねた特定の相手方へのライセンス許諾の有無に限り、売主がこれを回答する類型（ホワイト・リスト）と、特許ライセンスを許諾した相手方を全て回答する類型（ブラック・リスト）とがある。

なお、売主が事業会社である場合には、売却対象の特許につき、売却の前に売主に対して、特許期間満了迄の売主の事業に対する包括的なライセンスを買主に許諾させることが、一般的である。

この他の表明・保証として、当該特許につき第三者から無効主張を受けていないこと等についての売主の表明・保証、特許をNPEに転売しないことについての買主の表明・保証がある。

ところで、表明・保証の対象を、「売主が知り、または、知らないはずはなかった（みなし情報知）」状況に限定する場合や、売主が一切の表明・保証を行わない場合もある。このように、特許売買においては、特許に関する様々な情報の存否が、リスクの要因になる場合が多く、こうしたリスクを買主が負担する傾向は、物品売買の場合よりも強い⁴¹。その理由は、特許に関するこうした情報は実際には売主も知らない場合があること、特許バイヤーが売買を仲介する際には売主が仔細を把握していない場合も多いこと、等である⁴²。

³⁸ 知財管理（2014）1404。Kelly 116も同旨であり、1パッケージが10件以下の特許売買は、全特許の売却数の90%以上を占める、10件以下の取引は、特許権侵害訴訟で利用される確率が高い、とする。

³⁹ なお、同稿は、購入された特許がどのタイミングで利用されたかについても分析を行っている。それによれば、特許の購入後すぐに提訴する形が最も多く、購入年の翌々年における提訴が次いで多い。3年後以降となると、提訴の件数は大きく落ち込んでいる。知財管理（2014）1404。

⁴⁰ Kelly 133-136。この点は、事業会社がM&Aに伴い特許を移転する際と同じである（同135-136）。

⁴¹ 特許売買契約における売主・買主間でのリスク配分を、物品売買契約のそれと対比すると、基本的には「買主注意せよ」原則が貫徹されている。EoUを付した特許の売買においてもこの点は同様だが、EoUがどこまで正確に作成されているかという点においては、特定目的への契約適合性に近い点もある。

⁴² Kelly 133。後述するように、特許訴訟や特許ライセンスで権利を行使する主体が買主だという点もあろう。

3 売買される特許

(1) 特許売買の対象と技術分野

特許売買の対象は、権利として登録された特許権である。出願中の特許は、まとめ売り等の場合を除き、特許売買の対象とはされない⁴³。

売買は、特許の技術分野別に依りて傾向や売買数が異なる。まず、前述のとおりROLは、ソフトウェア特許の売買数が多いが、アリス判決により、その売買は以前よりも減少したとする。「特許の藪」状態にある半導体分野の特許売買も、ROL（2014）ではアプリケーション・ソフトウェア分野に次ぐ2位である。知財管理（2014）も、半導体分野の特許売買は多いとする。その他の技術分野については、注を参照⁴⁴。

ところで、こうした技術分野別の売買数につき、知財管理（2014）は、興味深い指摘を行っている。すなわち、技術分野別の米国特許権の売買を全技術分野における特許権の登録数で除した値と比較すると、技術分野の相違にかかわらず、いずれも8%前後であった。かかる分析によれば、技術分野の違いによって特許売買の傾向に、大きな差は生じていないということになる⁴⁵。

(2) 売買特許の価格

価格について、まず、ROL（2015）は、

次のように述べる⁴⁶。1パッケージについての売主の提示価格の平均額はUS\$0.189Mであり、そのなかの米国特許に限れば、US\$0.27Mである。提示価格の中心帯（63%以上）は、US\$0.25M～2Mである⁴⁷。ケリーも、米国特許権を含む特許ポートフォリオは価格が高い、パッケージが対応外国特許をすべて含む場合に価格はより高い、米国特許を含まない場合には価格が著しく低い、と述べている⁴⁸。

次に、前述のとおり、ライセンス許諾は特許の価格を減じる。この具体例を示すために、ロックスターによるノーテル特許の転売の事例を紹介する。Iで紹介した競売特許6000件のうち4000件を、2014年12月に、ロックスターがRPX社に9億ドルで売却した⁴⁹。つまり、4,000件特許の価格は、45億ドルの2/3の30億ドルよりも大幅に下落している。この理由として、2011年の売却当時の特許バブルが弾けたこと・特許の残存期間が短くなったことを挙げる見解もある。しかし、前述のとおり、特許売買は、現在も増加傾向にある。また、IIIで示すように、NPEは特許満了期間に近い特許権を権利行使する傾向が強い。それ故に、上記の見解には、疑義がある。説得力のある見解は、次のようなものである。まず、6000件のうち価値の高い特許2000件

⁴³ ROL（2014）12。

⁴⁴ なお、製薬分野は、特許権の取得数が少ない一方で特許係争が激しい技術領域であるが（本誌「特許の国際取引法」概要を参照）、ROL（2013）、（2014）、（2015）においても、製薬分野の特許売買はなかった。化学分野の特許売買も、なかった。ROL（2014）13-14、知財管理（2014）1400-1401（これに対して、ROL（2015）13-14、ROL（2016）11は減少したとする）。ROL（2014）13-14、ROL（2015）13-14、ROL（2016）11。こうした技術分野別の偏りは、ROLが扱う技術分野がエレクトロニクス分野・機械分野に偏っている点に由来している可能性はある。

これに対して、知財管理（2014）1400は、デジタルデータ処理・ビジネス方法・半導体装置・デジタル情報伝達など、情報通信技術の技術分野における特許売買が多くを占めるとする。

⁴⁵ 知財管理（2014）1400。知財管理（2014）は、USPTOの1次資料を母数とした包括的で偏りのない調査であり、この点においてROL等やKellyの部分的な調査とは異なるので、かかる結論を導くことができたと推測される。

⁴⁶ なお、特許実施証拠（EoU）と価格の関係については、III 1で述べる。

⁴⁷ ROL（2016）16。パッケージの平均値を算定する際に、最上位/最下位の各5%を除去している。

⁴⁸ Kelly 116。なお、同稿はUS\$1M以上で売却される特許権は少ないとする。そして、特許権を実施する商品が市場に出るまで時間がかかる場合も多く、このために大半の特許権は価値が低くなることも言う。

⁴⁹ Reuters“RPX buys Apple-backed Rockstar patents for \$900 million”（Dec 23, 2014 1:33pm EST）。

は、ロックスターの会員であるマイクロソフト・アップル等が購入した。そして、この4000件についても、ロックスターは会員にライセンスを許諾している。この結果、4000件特許におけるエクスポージャーが縮小し、特許の価格が下がったのである⁵⁰。

4 特許売買の支援者と特許データベース

(1) 特許売買と特許ライセンスの市場取引の失敗

オーシャン・トモ (Ocean Tomo) は、特許売買の透明性と予見可能性を高めることを目的として、2003年に創設された初の特許売買市場である。2006年には、世界発の知的財産権のライブ・オークションを開設した。しかし、オークション事業は低調なままで推移し、2009年に、同社のオークション部門はICAPに売却された。

オーシャン・トモは、特許ライセンスについても取引の透明化を目的として、国際知財ライセンス取引所 (IPXI) に出資した。IPXIは、2012年に特許ポートフォリオのライセンス・オファーを開始した。しかし、ライセンスを獲得できず、IPXIも2015年3月に、活動を停止した⁵¹。

このように、特許売買や特許ライセンスの市場取引は、うまくいっていない。特許売買の中核は、売主・買主間での相対取引なので

ある⁵²。そして、この相対取引を、特許ブローカーや特許実施製品解析会社が支援している。なお、相対取引であるため、特許売買の内容は公表されていない⁵³、Ⅲで述べる特許取引の透明化等の要請が生じている。

(2) 特許ブローカー (仲介業者)

ROL (2015)⁵⁴は、特許売買の多くは、特許ブローカーが仲介しているという。そして、特許ブローカーの役割として、特許のふり分け、価格ガイドラインの提示、販売条件とタイムラインの売主への提示、EoUの作成、売買交渉等を挙げている。

(3) 特許実施製品解析会社

特許売買では、通常、売主が特許バイヤーが、Ⅲで詳述するEoU (または、EoUを詳細化したクレーム・チャート) を作成する。しかし、売主や特許バイヤーは、EoUの作成に必要な技能を有していない場合も多い。そこで、特許実施製品解析会社が、EoUの作成を受託する。特許実施製品解析会社は、膨大な数の特許群から適格な特許を抽出し、請求項を中心に特許明細書を読み込み、市場から当該特許侵害の候補製品を探し出し (候補製品が存在していなければ、EoUは作成できない)、製品のリバース・エンジニアリングを実施して請求項との関連付けを行うことで、EoUを作成する⁵⁵。

リバース・エンジニアリングには、多額の費用と時間を要する。ROL (2015) は、

⁵⁰ 「ロックスター (旧ノーテル特許管理団体) がすべての知財を処分 (WSJ報道)」 (Wireless Wire News, 2014年12月24日)

⁵¹ IPXI Trading Innovation Corporate Announcement (March 23, 2015) [https://www.ipxi.com/, last visited March 24, 2015]

⁵² Chien 316.

⁵³ ROL (2015) 13. 交渉の過程では、売主・買主の名称等も公開されないことが多い。

⁵⁴ ROL (2015) 13は、事業会社が直接に特許売買を直接に行う場合は少なく、特許ブローカーが仲介するケースが多いとする。Kelly 121も、事業者間取引/事業者とのNPE取引が25%、特許ブローカーによる仲介が75%だとする。これに対して、知財管理 (2014) 1402-1403は、事業統合/分社化に伴う情報通信分野の事業者間での特許譲渡が一定数存在することを示す。

⁵⁵ UBM TechnInsights社 Resume (February 1st, 2014). カナダに拠点を置く世界最大の特許実施製品解析会社である同社では、半導体を中心とするエレクトロニクス分野で、設立以来25年間に10万件の特許権を読み込み、19,000件の製品解析レポートを作成してきた。

7. 特許売買

EoUの作成にはUS\$ 1万～US\$ 4万が必要だとする⁵⁶。半導体特許においては、製法特許が数百万円以上、回路特許が数百万円から数千万円以上を要する⁵⁷。

特許実施製品解析会社には、EoUの作成経験を通じて、特許権とこれを侵害する製品につき膨大な知見が蓄積されてきた。そこで、特許実施製品解析会社は、客観的なデータに基づき特許権の価値評価を行うことが、可能となった。こうした特質故に、特許権侵害訴訟で専門家証人となることもある⁵⁸。また、特許実施製品解析会社が特許ブローカーを兼ねる場合も多い。

(4) 特許データベース⁵⁹

EoUの作成には、多くの時間と費用を要する。このため、売買の候補となる特許全権につきEoUを作成することは、行われていない。他方で、同じ特許権でも別の製品（や相手方）に行使する際には、評価をやり直す必要がある。さらに、当該製品（や相手方）に着目すると、売買の目的に合った別の特許を購入候補にできる場合もある。こうした理由により、様々な特許につき浅く広く分析を行うことで、売買の候補特許を新たに見出すことが可能となる。

このために、特許データベースが用いられる。特許データベースに入力される情報には、①特許の出願日と発効日・権利の残存期間・特許の技術分類・特許出願の一件書類（ファイルラッパー）・特許ファミリーの出願国といった、当該特許の情報、②他の特許出願における当該特許の審査時の被引用回数や第三者からの無効審査請求の情報といった、他の

特許との関係性における当該特許の情報、③特許を侵害する製品の名称・製造者・売上と特許侵害訴訟や特許ライセンス記録といった、当該特許を実施する製品のエクスポージャーに関する情報、および、訴訟／特許ライセンスに関する情報、などがある。

特許売買の当事者及び支援者の社内においては、知的財産部門・技術部門・営業部門などの各部門が、特許データベースに逐次断片的にこうした情報を入力する。特許データベース上では、こうした情報を体系的に整理し、特許データベースの閲覧者の目的に応じて呼び出すことが、可能となる。このため、特許データベースの機能が重要であり、仲介業者や特許実施製品解析会社が、工夫を凝らして特許データベースを作り込んでいる。このために、市販されている特許データベースを用いる場合にこれをカスタマイズし、あるいは、特許データベースを社内で作成することも、多く行われている。

Ⅲ 特許実施証拠 (EoU) と特許売買

1 特許実施証拠 (EoU)

(1) 特許侵害のエクスポージャーと特許の価値

特許を実施する製品が存在するという事実は、特許の価格や売買の成否に、いかなる影響を与えるのか。この点を理解するために、まず、エクスポージャーとEoUについて説明を行う。

エクスポージャー (Exposure) とは、米国

⁵⁶ ROL (2014) 15.

⁵⁷ TechInsights社ヒアリング (2014)

⁵⁸ 例えば、HTC vs Nokia 訴訟 (2013, 米国) においてTechInsights社が作成した特許侵害証拠と証言がある。(2013) EWHC 3778 (Pat), HC12A02048, HC12C02909, paras 37, 39を参照。

⁵⁹ Kelly 123-127.

法の概念である。ブラック法律辞典は、エクスポージャーを「人が対象となる、法的義務 (liability) またはリスクの量」と定義する⁶⁰。例えば、金融法務において、エクスポージャーとは、取引行動のなかで市場価格が変動して損失等 (状況により、利益も含む) に結びつく状態など、リスクに晒された状況を意味する。

特許侵害のエクスポージャーとは、ある特許を実施する製品において、その数量と価格を踏まえた実施製品の販売総額などをいい、特許訴訟や特許のライセンス交渉において、特許権者が侵害被疑者に侵害主張を行う際の証拠として用いられる。特許侵害のエクスポージャーが大きければ、侵害の差止や損害賠償を請求する特許の実効力も大きなものとなる。かかる特許の権利行使を受ければ、侵害者は、特許侵害品の製造や販売を継続するために、特許ライセンスを特許権者から取得せざるを得ない (Ⅲ 2 の「特許の事後取引」を参照)。逆に、特許を侵害する製品が存在しない場合に、その特許は、エクスポージャーも実効力も有さないことがある。

特許売買における特許実施証拠 (EoU) は、その特許をある製品が実施していることを大まかなレベルにおいて立証し、エクスポージャーを示す資料である。EoUは、特許権者等が、その特許を実施していると主張する製品につき、リバーズ・エンジニアリング等を行い、製品に実装された技術が特許の請求項の全要件を具備していることを、ある程度合

理的なレベルにおいて論拠づけ、侵害製品と特許権請求項との対応関係として図示する資料と、定義される⁶¹。

(2) EoUが特許売買に与える影響

ROL⁶²は、EoUの存在が、特許売買に重要な影響を与えることを示す。まず、売買される特許の33%にEoUが付されている⁶³。EoUが付されたパッケージの25%~34%は、EoUが付されていないパッケージよりも高額で、取引されている⁶⁴。EoUが特許侵害訴訟や特許ライセンスで利用された実績を示していれば、その特許はさらに高額で取引される⁶⁵。2014年から2015年にかけてパッケージの提示価格は20%低下したが、EoUが付されたパッケージの提示価格の下落は4%に留まった。加えて、EoUが付されたパッケージは、売買の成約率が高い。通常の成約率が36%であるのに対して、EoUが付されている特許の売買の成約率は51%である。これに対して、EoUが付されていないか、EoUが重要ではない製品を対象とする特許の場合に、特許の価格は著しく低い。例えば、EoUが付されていない特許200件は、コモデティの価格 (平均US\$50,000) で売却されている。

2 特許の事後取引の意義

(1) 特許の事後取引 (*Ex Post Patent Transactions*)

特許の事後取引は、米国連邦取引委員会 (以下「FTC」と略す) の報告書 “The Evolving IP Marketplace: Aligning Patent Notice and

⁶⁰ “Exposure” and “Liability”, quoted from *Black’s Law Dictionary 7th Edition* (West Group, 1999).

⁶¹ ROL (2014) 12.

⁶² ROL (2014) 15-18, ROL (2015) 15, 18, ROL (2016) 13, 15-16.

⁶³ ROL (2014) 15.

⁶⁴ ROL (2014) 15は、EoUが付された米国特許の27%は、通常よりも高い価格で取引されているとする。

⁶⁵ ROL (2016) 13, 15-16.

7. 特許売買

Remedies With Competition” (2011) が示す、厚生経済学に依拠した特許取引の態様である⁶⁶。

特許の事後取引について論じる前提として、ここで、厚生経済学における特許と技術イノベーションの関係の説明する。特許制度は、発明（新規で有用な技術情報）に独占権を与える⁶⁷。シャベルの論稿「法と経済学」はこれを、社会が必要とするあらたな情報の創造を促すために、財産的な保護を特許に与えると説明する⁶⁸。しかし、特許が技術イノベーションを促進するかという点については、総じて、否定的な見解⁶⁹が目につく（注に代表的な論考を示す）⁷⁰。

他方で、取引の態様によっては、特許が技術イノベーションに貢献する場合があると見る見解もある⁷¹。その概要は、以下のとおりである。まず、特許の取引は、技術ノウハウの移転を必ず伴うわけではなく、技術ノウハウの移転を伴うものと伴わないものがある⁷²。そして、オープン・イノベーションを促進する場合も阻害する場合もある⁷³。より具体的には、買主／ライセンシーが特許に関

連する技術ノウハウを獲得する時期によって、特許の譲受／ライセンス取得が、技術イノベーションに貢献する場合と妨げる場合とがある⁷⁴。その詳細は、次のとおりである。

まず、特許は新たな技術イノベーションの成果に対して付与される。特許は公開を義務付けられている。そして、特許発明から技術内容を学び、特許ライセンスを受けて事業として実施する取引が、「特許の事前取引」である。特許の事前取引においては、特許が発明の創生と商業化を促し、無体のコンセプトに特許という権利を設定することで、発明の創案者が安心して技術情報を開示し、取引を容易にし、これによって、技術イノベーションの創生や技術（ノウハウ）の取引を促進する可能性がある。このため、FTC (2011) は、特許の事前取引を奨励する⁷⁵。

ところが、特許が開示する既存の技術情報に気付かないままに、事業会社が独立して同様の技術ノウハウを開発し、その後に、特許権者から侵害警告等を受けることで特許に気づく場合もある。こうした場合が特許の事後取引であり、特許の事後取引は、技術イノ

⁶⁶ FTC (2011) は、特許の大量登録と過大に広範な特許権の請求項などが、特許の通知機能の低下 (patent notice failure) をもたらし、特許のもつ予測可能機能を低下させる旨と、批判する。そして、かかる特許通知機能の低下が、事業会社に対するNPEの権利行使などで、特許の事後取引を招くとする。FTC (2011) Chp.1-3 (31-136)、田村1-6。

⁶⁷ 米国特許法122条(b)。

⁶⁸ シャベル157-177。

⁶⁹ 否定的な見解を示す論稿の例として、Bessen, James = Meurer, Michael J., *Patent Failure: How Judges, Bureaucrats, and Lawyers Put Innovators at Risk* (2009, Princeton University Press)、レムリー、マークA。(島並 良訳)「特許権の無視」『岐路に立つ特許制度—知的財産研究所20周年記念論文集—』(知的財産研究所、2009)、ボルドリン、ミケーレ=レヴァイン、デイヴィッド・K (山形浩生=守岡桜訳)『〈反〉知的独占—特許と著作権の経済学』(2010、エヌティティ出版) [公開され累積した技術情報に特許制度が過度な法的保護を与えるため、医薬品の新薬創生など固定費の多い一部の産業を除けば、社会が累積した技術の利用とイノベーションの発達が阻害されている、ソフトウェア特許はその好例である]。

⁷⁰ 以上に対する肯定的な見解の例として、小林慶一郎 (RIETI 上席研究員)「ちょっと気になる経済論文 第12回「知的財産権の強化は、知識の創造や蓄積を阻害する?」 [ボルドリン等の否定的な見解も、特許制度が無ければ、社会的に最適な状態が達成される、とまで述べているわけではない] [http://www.rieti.go.jp/users/kobayashi-keiichiro/serial/12.html] (2015年4月13日閲覧)。

⁷¹ なお、柳田・前編95-96 [イノベーションのオープン化における特許権の役割] も参照。

⁷² 中山 123-124。

⁷³ FTC 7, 39-40. 田村 3。

⁷⁴ FTC 34-39, 49-. 中山 124-125. 田村 4-5。

⁷⁵ FTC 34-39。

バージョンを妨げる。これは、まず、技術の開発後に、特許権者との接点が生じて取引が行われるために、技術開発の二重投資が行われているからである⁷⁶。この状態では、研究開発の費用は無駄になる。かつ、特許権者が法外に高額なロイヤルティを請求しても、これまでの投資を無題にしないために、特許の実施者は支払に応じる（ホールドアップ問題）。この結果、特許権者は過剰な利益を手にするが、この状態は、社会としては好ましくはない。

このように特許の事後取引は、技術イノベーションを阻害する。このため、FTC（2011）は、特許の事後取引を回避するための法政策を奨励する。その一つは特許売買に関係するものであり、特許権と公開出願に係る権利の移転に登録を必要とする立法提言である⁷⁷。さらに、特許の事後取引に該当する特許売買や特許ライセンスを抑制すべきだと主張する先行研究も、ある⁷⁸。

フェルドマン＝レムリーの論稿“Do Patent Licensing Demands Mean Innovation?”（2015）⁷⁹は、技術イノベーションとの関係で、特許ライセンスを実証研究に基づき考察し、特許の事後取引にも言及する⁸⁰。まず、特許ライセンスについて、次のようにいう。特許ライセンスは、既に製品を製造・販売している事業者が、その事業の自由を確保する

ために、対価を支払って取得するものである。バイドール法などの立法時の想定とは異なり、特許ライセンスは、技術を移転する取引ではない。それ故に、特許ライセンスは、技術イノベーションの創生・技術移転のどちらを促進するものでもない。この点は、特許ライセンスの主体がNPE・大学⁸¹・事業会社のいずれの場合でも、共通している。

技術は、市場の様々な製品に実装され、実装された製品の販売期間が長期に渡る場合に、その製品の累積販売数が大きなものとなり、これによって、市場で成功を治めた技術になる。こうした技術をカバーする特許は、エクスポージャーが大きく、それ故に、かかる特許のライセンスは、取得後間もない特許ライセンスよりも、多くの対価を獲得する⁸²。こうした特許は、権利満了期間が近づいた特許である。そこで、NPEは、こうした特許を権利行使する⁸³。つまり、特許ライセンスにおいては、技術が陳腐化し特許の満了期間が近づいた特許のほうが、好ましい場合がある。こうした特許ライセンスは、特許の事後取引に該当し、技術のイノベーションを促進する役割は果たしていないことを示唆する⁸⁴。しかし、特許の実効力を発揮する為には、特許の事後的要請（*ex post patent demands*）こそが、重要なのである。それ故に、事業会社も大学も、特許の事後取引に該当するこうした特許

⁷⁶ FTC 39-40, 田村3.

⁷⁷ FTC (2011) 129-131, 田村 16注(95).

⁷⁸ Chien 352.

⁷⁹ Feldman=Lemly 1.

⁸⁰ Feldman=Lemly 6-7に引用する諸稿は、NPEは、発明者の新技術を製品化するものに橋渡しする仲介者の役割を果たす、それ故に、技術的イノベーションに寄与するとして、NPEも技術イノベーションに寄与していると主張する。これに対して、同稿の実証研究は反論を試みる。

⁸¹ Feldman=Lemly 32-38 [大学の特許保護と産業界への技術ノウハウの移転は、米国バイドール法立法時の政策的論拠であったが、実現されていず大学の特許ライセンスも対価の取得に使われている].

⁸² 技術分野別の特許ライセンス分析につき、Feldman=Lemly 31-32 [コンピュータ科学分野], 39-46 [生命科学分野].

⁸³ Feldman=Lemly 31-32, 47.

⁸⁴ Feldman=Lemly 48.

7. 特許売買

ライセンスに、ますます多くの時間とリソースを投与する傾向にある⁸⁵。

3 権利行使に適した特許を獲得する取引類型としての特許売買

以上の記述を踏まえて、特許売買において、特許を権利行使する買主の目的に適った特許を提供するために、EoUがいかなる役割を果たしているのかを、分析する。

(1) EoUが付された特許の効用

特許の買主は、特許侵害訴訟や特許ライセンスで特許を権利行使することを目的として、特許を購入する。EoUが付されたエクスポージャーの大きな特許は、特許売買に携わる当事者に利益をもたらす。その理由は、次のとおりである。

EoUは、その対象製品が特許を実施していることを示す。それ故に、かかる製品を製造・販売する事業者は、特許訴訟や特許ライセンスのターゲットであり、特許の事後取引の候補である。特許の事後取引は、ホールドアップ問題を生じさせる。このため、技術イノベーションを想定した特許制度の趣旨にそぐわず、競争法の観点からは社会に負の効果をもたらすであろう。しかし、特許売買の買主は、こうした特許を権利行使することで、大きな利益を得ることができる⁸⁶。

I で述べたように、特許は、まずもって、特許権者の私有財産である。EoUが付された特許は、上記の属性を有することを、売買の

当事者間で可視化し、これは対価算定の基準にもなる。よって、EoUは、特許売買の透明化に貢献する⁸⁷。この点を、さらに詳しく説明する。

社会には膨大な数の特許が存在しており、その大部分を、売主候補である事業会社が所有している。こうした特許の相当数が売却候補となり得る。これは、売却候補の特許は、いわゆる未利用特許に限定されるものではなく⁸⁸、事業会社が自己実施し特許ライセンスを許諾している特許であっても、売主やライセンサーに一定の権利が留保されるのなら、売却候補になり得るからである。このため、買主候補の権利行使の目的に適った特定の特許は、理論的には、数多く存在している。但し、その多くは、EoUを付されないままに売主候補である事業会社の社内に埋もれており、事業会社はこれに気付いていない。また、かかる特許を必要とする買主の目に留まることもない。

それ故に、売主候補において特許取引に関する認識が深まり、EoUが付されて特許の特質と価値が可視化された特許が増加し、売買バイヤーの支援のもとで売主候補と買主候補が、表明・保証条項を用いてきめ細やかに特許売買交渉を進めることができれば、より多くの当事者がより多くの特許から利益を得ることができる。このように、EoUは、特許売買を普及させ、市場メカニズムに即した合理的で洗練された特許取引システムの、基盤と

⁸⁵ Feldman=Lemly 51.

⁸⁶ 特許の買主の究極的な目的は、特許を権利行使して、金銭的利益を得る場合が多い (Feldman=Lemly 31-32)。しかし、特許を権利行使することで、競合する事業者の製品を市場から排除し、または、競合する事業者の競争力を低下させることを目的とする場合も、あるのかも知れない。このいずれの場合にも、購入する特許のエクスポージャーが大きなことが重要である。この点につき、ROL (2016) 14 Table 5 も参照 [買主が特許を購入しなかった理由の 1 位 (43%) は、「市場における適用製品 (エクスポージャー) が、過度に小さい」ことである]。

⁸⁷ Kelly 129-131 (特許売買を安定的に発展させるためには、情報開示の政策的強制を含む特許売買市場の透明化と構造の研究が重要)。

⁸⁸ 未利用特許と特許売買の関係につき、Chien 340-342. なお、中山 129-134 も参照。

なるのである⁸⁹。

(2) 実施以外の要素が特許売買に与える影響

ところで、本稿は、売買された特許においても、その全てが活用されるわけではなく、訴訟で利用される特許は数%に留まっていることを、示した⁹⁰。権利行使の視点から特許売買を分析する本稿の立場では、この事実を次のように説明することができる。

まず、ROL (2016) は、買主が特許を購入しなかった理由を列記する⁹¹。その理由の4位(7%)に「疑義が解消されなかった先行技術(prior art)」、7位(1%)に「解消されなかった出願経過の懸念(prosecution concerns)」が挙げられている。それぞれは、特許の無効理由・権利行使不能理由と関連している。

続いて、特許ライセンスに関する関論文「特許ライセンス—特許評価と市場価値について—」⁹²の記述をみる。関論文も、特許を技術文献ではなく、特許の侵害者に対する権利行使の客体と捉えている。関論文は、特許ライセンスにおける特許評価の指標として、その特許の固有の内的価値因子(IVF)と、特許が置かれている環境に起因して定まる特許の外的価値因子(EVF)があることを示す。EVFは、主に特許の金銭的価値に係る要因である。本稿で論じてきたEoUやエクスポージャーは、その重要な要素である。これに対して、IVFは、特許の出願明細書の記述や審査過程によって定まる特許の無効事由などであり、特許の品質に係る要因である。

そして、特許が権利行使の目的に適うものであるかを検討する際の、重要な要因である。

このように、特許の買主やライセンサーの立場では、特許の無効事由や権利行使不能事由、IVFで検討される因子により、特許売買や権利行使の対象としてふさわしくないと判断する特許があるのだろう。それ故に、エクスポージャーは大きくとも、特許売買が成立せず、あるいは、特許訴訟で用いられない特許があると、推測される。

IV おわりに

1 本稿は、米国特許権の売買を、買主が、権利行使によって利益を得る買主の目的に適った特許を探し出してこれを購入し、売主が、こうした特許に相応しい対価を得るための、合理的な取引メカニズムという観点から、紹介した。本稿の要旨は、以下のとおりである。

2 特許売買の数は、特許の登録数/特許訴訟数の増加に正比例して増加している。しかし、事業会社の不況やアンチ・パテントの特許政策に伴って、局所的に売買数が減少する局面も見られる。これは、買主が購入した特許を、特許侵害訴訟・特許ライセンスで用いるからである。

特許の買主は、NPEだけではなく、事業会社や防衛的特許アグリゲーターも重要な買主である。多くの買主は、特許を権利行使し利益を得ることを目的として、特許を購入する。

⁸⁹ II 2(3)売主の表明・保証を参照。それ故に、特許売買を健全に発展させるうえで、合理的な理由なく特許の売却を拒む事業会社の文化やNPEへの特許売却の規制の適否も、研究課題となろう。Chien 313-314, 352. 中山 134, 137-139 [NPEへの特許売却の規制は、市場メカニズムを歪める]も参照。

⁹⁰ 買主の目的(II 2)、特許データベース(II 3)、EoUが特許売買に与える影響(III 1)。

⁹¹ ROL (2016) 14 Table 5. 理由の2位(22%)は「EoUは適切な表示を行っていない」、3位(14%)は「価格」、5位(9%)は「特許の残余期間が、過度に短い」、6位(1%)は「入札期限が、過度に間近である」、8位(1%)は、「(特許バイヤー等の)顧客が、固有の領域を指定している」である。

⁹² 関 I (はじめに)、II (特許の価値評価基準: IVFとEVF)、IV (特許価値評価の3フェーズ)。

7. 特許売買

買主の目的に適う特許の例が、特許実施証拠 (EoU) を付した特許である。EoUを付した特許は、売買の成約率が高く、また、高額で取引されている。これは、EoUが、市場の製品が特許を実施する態様と製品のエクスポージャーを示し、また、売主一買主間で、特許の価値を可視化するからである。かかる特許は、権利行使された製品を製造・販売する事業者において、ホールドアップ問題を生じさせる (特許の事後取引)。特許の事後取引は、社会においては、技術のイノベーションを阻害するという負の効果を生じ得る。しかし、特許を権利行使する買主とこうした特許を売却して対価を得る売主に対しては、利益をもたらす。

購入された特許は、その後、第三者に転売されることがある。その際に、米国法における特許ライセンスの当然対抗制度と売主の表明・保証が、重要な役割を果たしている。

3 特許売買については、本稿で分析を行えなかった問題もある。Ⅲ 3(1)で触れた、売主による特許の供給(未利用特許問題を含む)の実証研究とその意義に関する分析は、その例である。

本稿は、特許売買がより洗練された取引制度に進化し、また、実証と理論の両側面において特許売買の研究が進むことを、祈念する。

【複数回引用する文献の出典】

- Chien: Chien, Colleen "From Arms Race to Marketplace: The Complex Patent Ecosystem and Its Implications for the Patent System" *Hastings L. J.* Vol.62 (2010) 297-360.
- Ellis: Ellis, Jack "Japan's uneasy relationship with patent monetisation" *Intellectual Asset Management Magazine* (以下「IAM」と略す) Issue 71 May/June 2015,
- FTC (2011) : Federal Trade Commission Report "The Evolving IP Marketplace: Aligning Patent Notice and Remedies With Competition" (2011).
- Feldman=Lemly :Feldman, Robin = Lemley, Mark A. "Do Patent Licensing Demands Mean Innovation?" *Stanford Law and Economics Olin Working Paper No.473* (2015) 1 -56.
- Hall=Ziedonis (2007) : Hall, Bronwyn H. = Ziedonis, Rosemarie Ham "An Empirical Analysis of Patent Litigation in the Semiconductor Industry"
- Hall=Ziedonis (2011) : Hall, Bronwyn H. = Ziedonis, Rosemarie Ham "The Patent Paradox Revisited: An Empirical Study of Patenting in the U.S. Semiconductor Industry, 1979-1995" *The RAND Journal of Economics* Vol. 32, No. 1 (2001) 101-128.
- Kelly: Kelley,Anne"Practicing in the Patent Marketplace" *The University of Chicago Law Review* 78(1) (2011) 115-137
- Love: Love,Brian J."An Empirical Study of Patent Litigation Timing: Could A Patent Term Reduction Decimate Trolls Without Harming Innovators?" *U.Pa.L. Rev.*Vol.161 1309-1354 (2013).
- 中山：中山一郎「特許取引市場の機能と差止請求権制限の政策論的当否」*日本工業所有権法学会年報*36号 (2013) 121-148.
- ROL (2014), (2015), (2016): Richardson, Kent= Oliver, Erik "The brokered patent market in 2013" *IAM* 11-19, Jan./Feb. 2014, Richardson = Oliver "The brokered patent market in 2014" *IAM* Jan./Feb. 2015 11-20, Richardson = Oliver = Costa, Michael "2015 Brokered Patent Market" *IAM* issue 75, Jan. /Feb. 2016, 9-19 .

- 志馬：志馬 康紀「国際取引法研究の最前線 第15回 特許売買」国際商事法務 Vol.41No.10 (2013) 1536-1539。
- シャベル：スティーブン・シャベル (田中亘=飯田高訳)『法と経済学』(日本経済新聞出版社、2010)
- 関：関 浩徳「特許ライセンス—特許評価と市場価値について—」(本誌掲載、2016)
- 知財管理 (2014)：情報検索委員会 第3小委員会「米国における特許流通 (特許売買及びNPEへの特許流出)の実態分析」知財管理vol.64 No.9 (2014) 1397-1410.
- 知財ビジネス調査：平成26年度 特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書 株式会社エヌ・ティ・ティ・データ経営研究所『未利用特許等の知財ビジネス調査の実態に関する調査研究報告書』(特許庁、2015).
- 田村：田村善之「アメリカ合衆国特許制度におけるnotice functionをめぐるリフォーム論と日本法への示唆：2011 FTC REPORTの紹介」パテントVol.66.No.3 別冊No. 9 (2013) 1 ~ 20.
- 柳澤 (前編), (後編1), (後編2)：柳澤智也「イノベーションのオープン化と新興する知財マーケット (前編、後編その1・その2)」特技懇no.258 92-112, no.259 97-112, 260 96-108 (2010-2011).