

## AIA 以降も On-Sale Bar の解釈は変わらないと判断

*Helsinn Healthcare S. A. v. Teva Pharmaceutical USA, Inc.*, 139 S.Ct. 628 (2019)

合衆国最高裁 2019 年 1 月 22 日判決

特許庁先任上席審査官  
柴田 和雄

### [判示事項]

発明を秘密にしておく義務を負う第三者に対しクレームされた発明に係る法定基準日前にした当該発明の販売と特許を受ける権利

### [判決要旨]

発明を秘密にしておく義務を負う第三者に対しクレームされた発明に係る法定基準日前に当該発明を販売した場合には、発明者は、特許を受ける権利を有しない。

## 1 前提

### 1-1 事案の概要

Helsinn (Helsinn Healthcare S.A.) は、スイスの製薬会社であり、パロノセトロンを有効成分とし、癌化学療法に伴う悪心や嘔吐の抑制作用のある制吐剤 Aloxi を製造している。食品医薬品局 (FDA) へ申請の後、Helsinn は、2000 年 9 月にフェーズ III 臨床試験を開始し、パロノセトロン製品の販売パートナーを探していると発表した。その後、アメリカで医薬品の供給販売を行っているミネソタ州の製薬会社である MGI (MGI Pharma, Inc.) を販売パートナーとして獲得した Helsinn は、2001 年 4 月に共同プレスリリースで、ライセンス契約及び供給・購入契約の 2 つの契約を MGI と締結したことを発表した。これらの契約には用量についての情報が含まれていたが、当該情報は機密事項として記者発表され

なかった。また、MGI は当該機密事項を秘密に保つことを要求されていた。

2003 年 1 月 30 日に Helsinn は、0.25mg 用量と 0.75mg 用量のパロノセトロンを含む制吐剤の発明について仮特許出願を行った。その後、Helsinn は、仮特許出願に基づく優先権を主張する 4 つの特許出願及び特許取得を行った。この中、2013 年 5 月に行った 4 番目の特許出願が、本件の特許第 8,598,219 号 (219 特許) である。4 つの特許の優先日は、すべて 2003 年 1 月 30 日であるが、219 特許は、2013 年の出願時点において新規事項となるクレームを含む一部継続出願であったため<sup>1</sup>、他の 3 つの特許と異なり、リーヒ・スミス米国発明法 (Leahy-Smith America Invents Act : AIA) が適用となる (AIA100 条(i))。

Teva Pharmaceutical Industries, Ltd. は、ジェネリック薬を製造するイスラエル企業であり、Teva Pharmaceutical USA, Inc. は、米国におけるその関連企業である (以下、まとめて「Teva」という。)。2011 年 7 月 8 日に Teva がパラグラフ IV ルートにより簡略型医薬品申請 (Abbreviated New Drug Application : ANDA) を行ったため、同日付けで Helsinn は、Teva が 4 件の特許を侵害しているとして、ニュージャージー州地区連邦地方裁判所に訴訟提起した<sup>2</sup>。

一審のニュージャージー州地区連邦地方裁判所は、法定基準日前に「製品が商業的な販売の申し出の対象となり」、「特許を受ける準備が整っていた」

1 このクレームは、拒絶通知 (Office Action) に対応するべく、補正により削除された。

2 ジェネリック医薬品メーカーが、新薬の特許が無効又はジェネリック薬の製造、使用、若しくは販売によって侵害されることはない旨を証明するパラグラフ IV を提出して簡略型医薬品申請をした場合、自動的に特許侵害とされる (AIA271 条 e(2)(A))。

場合に On-Sale Bar が適用となると規範した *Pfaff* 最判<sup>3</sup>を引用した上で、219 特許を除く 3 件の特許について、仮特許出願 1 年前の法定基準日である 2002 年 1 月 30 日より前に商業的な販売がされたものと認めるが、法定基準日前に特許を受ける準備が整っていたとはいえないから、on sale を構成しないとされた。また、219 特許については、特許を受ける準備が整っていなかったことに加えて、「販売」は発明の詳細を公衆に伝える形での公然販売でなければならないと AIA が on sale の適用基準を変更したところ、そのような公然販売はされなかったものと認定した。結論として 4 件の特許はすべて有効であると判断した。

二審の連邦巡回区控訴裁判所 (CAFC) は、*Pfaff* 最判での規範への当て嵌めにつき、*clear error* 判断の下で、特許を受ける準備は整っていたとし、3 件の特許は on sale を構成するとした。219 特許について、AIA での on sale の解釈につき *de novo* 判断の下、販売の存在が公であれば販売条件の中で発明の詳細が公開される必要はないとし、やはり on sale を構成するとした。結論として、4 件の特許はすべて無効であると判断した。

Helsinn は、質問内容を「単に販売の事実が公衆に伝えられることは、発明が法定基準日前に公衆に利用可能にされなかったとしても AIA102 条(a)(1) の On-Sale Bar を引き起こすか？」と設定した上でオンバンク再審理の請求を行ったが、棄却された。その後、Helsinn は、質問内容を「発明を秘密にしておく義務を負う第三者への発明の販売は、AIA の下で、発明の特許性を判断するための先行技術適格を有するか否か」と設定し直した上でサーシオリイを行った。

## 1-2 関連条文

新規性を規定する米国特許法 102 条 (35 U.S.C. § 102)

の条文は、AIA 改正前後で次のように異なっている (斜字体による強調及び下線は筆者による)。

### (1) pre-AIA102 条

次に該当する場合を除き、何人も特許を受ける権利を有する。

(a) その発明が、特許出願人による発明の前に、米国において他人に知られ若しくは使用されたか、又は米国若しくは外国において特許を受け若しくは印刷刊行物に記載された場合、又は

(b) その発明が、米国における特許出願日前 1 年より前に、米国若しくは外国において特許を受け若しくは印刷刊行物に記載されたか、又は米国において公然使用され若しくは販売された場合。

### (2) AIA102 条

(a) (1) クレームされた発明が、当該クレームされた発明に係る有効出願日前に、特許されていた、印刷刊行物に記載されていた、又は、公然使用、販売その他の公衆が利用可能である場合…ということでない限り、何人も特許を受ける権利を有する。

問題とされる販売 (= on sale) につき、米国内か全世界かという地理的条件に関して、及び米国出願日前 1 年より前か有効出願日より前かという時期的条件に関して変更が加えられている<sup>4</sup>。また、AIA には「その他の公衆が利用可能である場合」という包括的な文言<sup>5</sup>が追加されている。このため、連邦地裁は、問題とされる販売は公然販売でなければならないというように AIA は on sale についての基準を変更したと判断した<sup>6</sup>。一方で、CAFC は、AIA を制定した議会が on sale の意味を変えたか否かについて明言しなかったものの、販売の事実が公表されている場合には発明の詳細が販売条件の中で公衆に開示される必要はないと判断した。

3 *Pfaff v. Wells Electronics, Inc.*, 525 US 55, 67 (1998)

4 もっとも、AIA102 条(b)(1)(A)では、発明者又は承継人による行為に 1 年の猶予期間 (いわゆるグレースピリオド) が与えられることをもって基準日が法定されている。

5 原文は、“otherwise available to the public”であり、(後の表現がその前に列挙した用語と並列の意味で用いられる)「その他」、(後の表現がその前に列挙した用語を例示として受けるものである)「その他の」の何れの法令用語を宛てるべきかについては、本判決を読んだ後でも、なお議論があろうが、判決を読んだ後の筆者には、「その他の」の方が適当であると思われた。

6 AIA 改正後に USPTO も同様の解釈を公表していた (MPEP § 2152.02(d))。

## 2 本件最高裁判決（本判決）

本判決は、法改正における同一文言の採用に関する *Shapiro* 最判<sup>7</sup> を引用した上で、pre-AIA の先例が on sale の意味について解決し、on sale が十分な解釈を獲得してきた事実を照らして、「AIA で同じ on sale という文言を再度制定した米国議会は当該文言についての判例上の解釈も引き継いだものと推定する」、「AIA 制定時に議会が on sale の意味を変更しなかったため、発明を秘密にしておく義務を負う第三者への発明の販売は、AIA102条(a)に基づく先行技術適格を有する」と判示して、本件CAFC判決を支持した。当該先例として、最高裁は、1793年特許法の下での判断である *Pennock* 最判<sup>8</sup> の「発明を製造し販売した後に特許を取得し、公衆による発明利用のさらなる排除を発明者に許したならば、科学や有用な技術の進歩を著しく遅らせることになるだろう」との説示や、「発明者の特許取得を妨げるのは、彼の発明が一般の知識となることではなく、発明が公に使用や販売されることである」と説示した *Elizabeth* 最判<sup>9</sup> を挙げつつ、1836年以来すべての特許法に販売禁止条項が含まれていることを強調した。

また、最高裁は、本件で提示された質問内容に対処したことはないとも認めつつも、*Pfaff* 最判において、発明の詳細が開示されているかどうかにかかわらず、販売の申し出によって発明者が特許権を失う可能性があることと判断されたように、販売又は販売の申し出が発明を公衆に利用可能にする必要がないことを先例が示唆していると判示した。

さらに、最高裁は、特許侵害訴訟に関する特別の裁判地を定める特許裁判地法1925条(a)(28 U.S.C. § 1925(a)) により専属管轄を有するCAFCが最高裁の先例に暗黙のうちに含まれていたものを明確にしたと述べた上で、秘密裏に行われた販売<sup>10</sup> が特許を無効にする可能性があることと長い間考えられ

てきたことにも言及し、発明の商業的備蓄を目的として秘密裏に行われた販売に基づいて特許が無効とされた *Special Devices* 事件CAFC判決<sup>11</sup> や、秘密を維持したにもかかわらず、発明者自身による先行する商業的利用が102条(b)の public use 又は on sale を構成するとした *Woodland Trust* 事件CAFC判決<sup>12</sup> を引用した。

Helsinn の主張については、Helsinn が引用した判決は何れも先例によって十分な解釈を獲得した文言を議会が再度制定したケースについてのものではないとし、また、Helsinn の主張は102条の包括的な文言に重きを置きすぎているとして退けた。

## 3 解説

### 3-1 本判決の理由づけ

本判決は、トーマス判事起案による裁判官全員一致の判決である。本判決は、一見すると、文理解釈により on sale の意味が変わっていないと判断した後に判例を確認して結論を導いたようにみえるが、実はそうではない。先例が用語の意味を十分に解決してきたという事実を踏まえた上で、同一の用語を議会が再度制定したことをもって、議会に on sale の解釈を変える意図はなかったとして結論を導いたものである。

日欧の実務家には当然の常識とも思える考え方として、「発明の内容が公衆に知得可能となって始めて新規性を失ったことになる」、「販売により新規性が失われるのは販売されたことにより発明の内容を知ることができるようになったからである」、「販売とは公知や公用の一類型である」という考え方がある。もちろん、これらの考え方は日欧の特許制度を理解する上では正しい。しかし、この常識から離れて、米国最高裁やCAFCの先例が on sale の意味についてどのように解決してきたかを正確に認識す

7 *Shapiro v. United States*, 335 US 1, 16 (1948) では、「先の法律で使用されていた文言を採用する際に、議会はそのような文言に本裁判所によって与えられた解釈も採用したと看做されなければならない、当該解釈は制定法の一部となる。」と説示された。

8 *Pennock v. Dialogue*, 27 US (2 Pet.) 1, 19 (1829)

9 *Elizabeth v. Pavement Co.*, 97 US 126, 136 (1878) . もっとも、この事件では、発明が知られても、試験目的での実施は公然実施に該当しないと判断された。

10 本件事実の「発明を秘密にしておく義務を負う第三者への発明の販売」のことでなく、販売等の事実が全く公とされない “secret sale” や “secret offer for sale” のことである。

11 *Special Devices, Inc. v. OEA, Inc.*, 270 F. 3d 1353, 1357 (Fed. Cir. 2001)

12 *Woodland Trust v. Flowertree Nursery, Inc.*, 148 F. 3d 1368, 1370 (Fed. Cir. 1998)

ることによって、米国特許法の建付けによる新規性というものを初めて理解することができる。

発明の内容を公衆が知るようには販売されていない場合や、そもそも販売の申し出がされただけであって販売は完了していない場合でも、AIA以前の実例は102条(b)のon saleを構成するとしてきた。ここで、分かり易い例として、これから発明するかもしれない装置を将来的に譲渡すると漠然と約束したにすぎない状況がon saleを構成するとしたら、誰にとっても到底納得できる結論ではないであろう。このような結論を導かないために、米国の裁判所はon saleを構成する規範を洗練させてきた。規範の洗練は、公知公用の一類型とは別のものとしての販売(= on sale)が特許障害事由として法定されているからこそ連続と続いたのであり、そのほぼ最終形態が、法定基準日前に、①製品が商業的な販売の申し出の対象となること<sup>13</sup>、②特許を受ける準備が整っていたこと、という2つの要件を満足するときにOn-Sale Barが適用されるとしたPfaff最判<sup>14</sup>であろう。要件①により、具体的な条件提示を伴わずに伺いを立てるだけのことは販売の申し出とはされないし、要件②により、未来図として描いた発明は対象外ということになる。ちなみに、Pfaff最判が下されるより前は、on saleを構成するためには発明が現実のものとして完成している必要があると考えられていた。この状況の下、Pfaff事件の争点

は、「on saleの意味は実施化された発明の販売が前提となるか?」というものであった<sup>15</sup>。そして、Pfaff最判は、特許を受ける準備が整っていたというために、「発明の実施化<sup>16</sup>」を証明するか、「当業者が発明を実施することを可能とするのに十分に具体的である明細書又は図面を作成していたこと」を証明するかの何れかが必要であると述べた。つまり、発明の実施化は必ずしも必要ではなく、換言すれば、現実の装置等が存在することまでもが求められるのではなく、発明が完成の域に達していれば足りるということである。このことは、pre-AIA 102条に発明が出願前に実施化されていなければならないという明文上の記載が無いことや、発明の定義規定であるpre-AIA 100条及び特許の取得要件を規定する同101条の何れにおいても実施化は要件とされていないこと<sup>17</sup>、さらには、現在の日本や欧州の特許制度及び実務ともよく馴染むものである。また、Pfaff最判では、特許取得のために実施化は要件になっていないことを良く表すものであり、長めに引用するに値するとして、有名な電話事件最判<sup>18</sup>の次の箇所が引用されている。

「ベルが特許出願をした時迄に、彼が電話で話した言葉を受信側で聞き分け理解できるような通話をしたことが一度もなかったのは紛れもない事実である。しかし、明細書において彼はその工程を

13 この要件については、*Medicines Co. v. Hospira, Inc.*, 827 F.3d 1363 (Fed. Cir. 2016) en bancにより、販売若しくは販売の申し出は、統一商事法典 (Uniform Commercial Code: UCC) に基づいて、意思の伝達あるいは一連の通知が商業的な販売の申し出のレベルに達したか否かで判断されるべきであるとその後に明確化された。重要なことは、申し出が受理されたか否かは問われないことである。一方、商業的な販売とされるには、契約条項に商業的提供の重要な条件が含まれている必要があり、価格、数量、引渡し条件、製品仕様などの条件の有無が判断要素とされるため、将来的に譲渡するといった漠然とした申し出は対象とされない (参照: *Elan Corp., PLC v. Andrx Pharms. Inc.*, 366 F.3d 1336, 1341 (Fed. Cir. 2004))。

14 *Pfaff v. Wells Electronics, Inc.*, 525 US 55, 67 (1998)

15 具体的に、Pfaff事件では、特許発明が装置として組み上げられた時期はGP内に収まっていたことから、地裁は、発明を実施に移してから1年以内に特許出願がされたのであって特許は有効と判断した。これに対してCAFCは、発明が実施化されていなかったとしても、製造業者が後に装置を完成できるだけの図面をPfaffが販売時に作成済みであったとの認定をもって、法定基準日より前に販売がされたのであって特許は無効と判断した。このため、この判断の不整合を争点として、サーシオレイライがなされた。

16 発明の実施化 (reduction to practice) は、発明の着想 (conception) や合理的勤勉性 (reasonable diligence) の概念とともに、拒絶通知で提示された引用例よりも先に発明したことの証明において、又はインターフェアレンス手続における先発明者の決定において用いられる概念である。たとえば、引用例に打ち克つための手続として、引用例の有効日より前に発明を実施化した事実を証明することが米国特許規則において定められている (参照: United States of America Patent Regulations Title 37 - Code of Federal Regulations § 1.131(b) (Rule 131(b)))。

17 AIAにおいても、この状況は変わっていない。

18 *The Telephone Cases*, 126 U. S. 1, 535-536 (1888)。グラハム・ベルは、電話の発明について、イヤイシャ・グレイと特許出願競争をしたことで有名であるが、587件の特許訴訟で一度も電話の特許が無効とされなかったことでも有名である。実際のところ、「ワトソン君、用事がある。ちょっと来てくれたまえ!」との有名な台詞が受話器で確認されたのは特許が発行されてから3日後のことであった。

正確に且つ見事なまでに明確に記述していた。すなわち、彼の目的を達成するために必要な電氣的条件を正確に記述していた。また、彼は、言葉を受け取りそれを指定場所に送り届けるという所望の効果を奏する装置の形で当業者がそれを作り上げることを可能にするのに十分な精度で記述を行っていた。彼が所持し実験で用いた装置は、話された言葉を聞き分け理解できるようには再現しなかったものの、明細書の証明は豊富で説得力あるものでこれに厳密に沿って製造された装置は何も追加することなしに正常に動作するものである。」

特許を受ける準備はできていなかったとの本件地裁判断を、本件CAFCは、*clear error*判断の下で否定したが、電話事件からPfaff事件へと連綿と続いた最高裁判例への当て嵌めを地裁が明らかに誤ったものとしたCAFCの判断は妥当であろう<sup>19</sup>。

### 3-2 先発明主義と先願主義

これも日欧の実務家が誤解しがちなことであるが、本判決が下される前に米国内の議論として存在したのは、「先願主義になったら当然に秘密販売は拒絶無効理由から外れる」という論調ではなく、「先願主義になったら秘密販売を拒絶無効理由にしておく必然性は低くなる」という論調であった。秘密裏の販売も先行技術とするOn-Sale Barは、先発明主義の下で早期の特許出願を促すインセンティブ

の一つとなっていたが<sup>20</sup>、先願主義そのものに早期出願のインセンティブが内在するので、もはや必要性は低いという論調である<sup>21</sup>。確かに、必要性は小さいかもしれないが、長期間の独占の防止という観点では全く必要性が無くなる訳ではない。このことは、*Pennock*最判の説示からも理解される<sup>22</sup>。また、英米法系の特許制度では、先願主義の下で発明が秘密に使用されることを特許取消事由とすることが、過去又は現在において規定されていた、ないし、規定されている<sup>23</sup>。

よって、On-Sale Barは法理的に先願主義と相容れないものであるとか、On-Sale Barは先発明主義に固有のものであるとか等と断言することはできないであろう。

### 3-3 秘密裏の販売等 (secret sale, secret offer for sale) について

本件は、プレスリリースにより供給・購入契約等が公開されたものであって、販売の申し出がされただけの場合や秘密裏での販売の場合は争点とされていない。それにも関わらず、本件CAFC判決が下された時点で、公がその事実すら知らない秘密販売についてもOn-Sale Barの適用対象となることをCAFC判決は示唆していると鋭く指摘する論考があった<sup>24</sup>。

一方、本稿「2」で述べたように、本判決は、「秘密裏に行われた販売が特許を無効にする可能性があ

19 地裁は、特許を受けるための準備としてFDAにおいて新薬が承認されるレベルを求めた。これに対してCAFCは、発明が意図された目的のために機能することを示すための基準とFDAが新薬承認のために求める基準は区別されるべき、失敗する見込みを脱して機能すればよいのであって、失敗する可能性すらからも離れて機能することが要求されている訳ではないと説示した。

20 先発明主義を貫徹させると、特許を取得せずにノウハウを秘匿することで何年何十年と商売をしてきた者が、いざ他人が同一発明の特許出願したときに、その権利を取り戻すことができってしまう。さすがにそれは行き過ぎということで、pre-AIA102条(b)は、発明を公然実施したり、製品として売ってしまったら、その事実がグレースピリオドをスタートさせるトリガーとなり、1年の間に出願しないと特許を取得することができないという機能を果たすことによって、早期出願のインセンティブを与えていた。

21 *Helsinn*もこの旨を主張していた。

22 *Pennock v. Dialogue*, 27 US (2 Pet.) 1, 19 (1829) では、1793年特許法の下で「発明者が発明の秘密が公衆の知識とならないようにしつつ長期独占を維持し、発明を製造し販売し、優れた技術と知識によって利益を集め、競争の危険性が彼に独占権の取得を余儀なくさせるようになってから、特許を取得して14年間さらなる使用から公衆を排除することが、万が一にも許されたならば、それは、科学や有用な技術の進歩を著しく遅らせることになり、また、自分たちの発見を伝えることを最も遅らせる者達を賞することになってしまわうだろう。」と説示された。

23 1949年英国特許法32条1項0号、*Bristol-Myers* 貴族院判決 (*Bristol-Myers Company (Johnson's) Application* (1975) RPC 127) での判示、現行オーストラリア特許法18条(d)等。発明が特許出願前に一旦商業的に利用された場合に保護期間が実質的に延長されることがあってはならないとする考慮であり、武生昌士「英米特許法における先使用概念に関する一考察」日本工業所有権法学会年報38巻(2014年)4頁が詳しい。

24 大塚康徳=坂田康弘「[米国] AIAのOn-Sale Barについて判断したCAFC判決」知財管理67巻12号(2017年)1918頁。

ると長い間考えられてきた」ことに言及しつつ、秘密裏での販売により特許が無効とされたCAFC判決の幾つかを引用している。その意味で、秘密裏の販売等 (secret sale, secret offer for sale) についても決着がつけられたとみるべきであろう。このことは、議会が on sale の意味を変更しなかったと判示されたことから首肯されるといえる。

なお、USPTO は、*Helsinn* 最判の当該判示を受けて、on sale を構成するために販売により発明が公衆に利用可能となることを要件とする “sale must make the invention available to the public” との MPEP § 2152.02(d) における記載を削除する改訂を適当な時期に行うとのメモランダムを2019年2月19日に公表している。

#### 4 実務上の指針

on sale の意味を変えていないとされた AIA 改正であるが、地理的条件として全世界が対象となることの明確な変更がされており、このことは米国特許を保有する、ないし、今後米国特許の取得を考える日本企業にも影響を与える。本件 CAFC 判決が示した販売の存在が公であることが要件とされるのであれば、無効とされる証拠としてのハードルは高いものとなるだろうが、秘密裏での販売の事実や販売の申し出があっただけの事実で足りるのであれば無効にするためのハードルは格段に下がる<sup>25</sup>。

既存の特許権に対し、秘密裏の販売等の事実を

もって無効が主張された際に、特許権者としては、*Helsinn* 事件が秘密裏での販売等を争点としていないこと、最高裁が本件 CAFC 判決を支持したことに依拠して、On-Sale Bar の適用はないとの反論を先ずはすべきなのであろう。

それでも、今後の特許取得を目指す企業が、NDA を結んでいけば安泰であるとの態度を取り続けることがあっては断じてならないであろう<sup>26</sup>。NDA 下での有償サンプルの出荷といった日本では新規性喪失の例外適用申請が全く必要とされない事実しか生じていない場合であっても、米国においては on sale を構成すると判断される虞がある<sup>27</sup>。一方、AIA 改正では、地理的条件だけでなく時期的条件の変更もなされた。従前の米国出願日に代えられて優先日等を基準としてのグレースピリオドとされたのであり、猶予期間内に米国出願をせずとも自国への出願で足りるのである。これを利用しない手はなく、米国での特許出願も考えるのであれば、on sale を構成するかもしれない事実が生じた際に、少なくとも国内出願は1年以内しておくべきであろう。

これまで、日本企業において On-Sale Bar が、さほど注目されなかったのは、それが米国内での事実に限られていたからこそのことであろう。国内での事業展開に留めるのであれば格別だが、国際的な事業展開を視野に入れる企業は、販売とは公知や公用の一類型であるとの誤った認識をまずは捨てるべきである。

25 もっとも、pre-AIA では米国内に限られた販売が全世界に拡大されることで、契約成否の判断についての準拠法がどうなるのか (米国では契約に拘束力を持たせるため「約因」の存在が必要である) といった問題はあろう。

26 相澤聡外5名「スタートアップの新規性喪失を巡る一考察」*パテント* 72巻1号 (2019年) 14頁では、秘密保持契約の締結下で行われる投資家、提携先、顧客等に対する情報開示が公然と行われるものではないとの解釈は、米国及び欧州においても同様である旨の説明がされているが、米国については MPEP § 2152.02(d) を裏付けとするものであり、もはや過去の認識というべきである。

27 市場テストでなく発達テスト (実験目的) であるといった反論は可能であるかもしれないが (参照: *Clock Spring, L.P. v. Wrapmaster, Inc.*, 560 F.3d 1317, 1327 (Fed. Cir. 2009))、容認されるかはサンプルの性質次第であろう。