

平成22年度 特許庁委託 産業財産権制度各国比較調査研究等事業

先使用権制度に関する調査研究報告書

平成23年3月

社団法人 日本国際知的財産保護協会

III. 調査対象国等の先使用権制度の詳細

1. 先に調査が行われている国のフォローアップ

「1」中国

Part A : 先使用権制度の有無

設問 1. 先使用権制度の有無と条文規則等

(a) 先使用権に関する条文、規則等

中華人民共和国専利法（2008 修正）第 69 条

第六十九条 ¹³ 以下の状況のいずれかがある場合は特許権侵害とは見なさない。 (二) 特許出願日以前に同様の製品を製造した場合、又は同様の方法を使用するか、あるいは既に製造と使用の必要準備を終えており、かつ元の範囲内だけで引き続き製造、使用する場合。	Article 63. ¹⁴ None of the following shall be deemed an infringement of the patent right: (2) Where, before the date of filing of the application for patent, any person who has already made the identical product, used the identical process, or made necessary preparations for its making or using, continues to make or use it within the original scope only;
--	---

(b) 施行規則等の詳細な規定

「最高裁判所による特許権侵害紛争事件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈」の第 15 条に上記専利法第 69 条を補足する規定がある¹⁵。

最高裁判所による特許権侵害紛争事件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈第 15 条：侵害被疑者が不法入手した技術又は意匠をもって先使用権の抗弁を行う場合、裁判所はその抗弁を認めない。

次の各号の一つに該当するときは、裁判所は特許法第 69 条第(2)号にいう製造、使用のために必要な準備をした場合に該当すると認定するものとする。

(1) 発明創造を実施するために必須の主な技術図面又は技術資料を完成させた場合。

(2) 発明創造を実施するために必須の主な設備又は原材料を製造又は購入した場合。

特許法第 69 条第(2)号にいう「従前の範囲」には、特許出願日以前に既にある生産規模と、既にある生産設備を利用して又は既にある生産設備に基づいて達成できる生産規模とが含まれている。

先使用権者が特許出願日以降に、その実施中の若しくは実施のために必要な準備をした技術又は意匠を他人に譲渡若しくは実施許諾をし、侵害被疑者は、当該実施行為が、従前の範囲内の継続実施に該当すると主張する場合、裁判所はその主張を認めない。ただし、当該技術又は意匠が元の企業とともに譲渡若しくは相続された場合は除く。

Part B : 先使用権制度の概要（一般）

設問 2. 先使用権制度の概要（趣旨）

¹³ <http://www.jetro.go.jp/world/asia/cn/ip/law/pdf/regulation/20091001.pdf> [最終アクセス日：2011 年 3 月 4 日]

¹⁴ http://www.sipo.gov.cn/sipo_English/laws/lawsregulations/200804/t20080416_380327.html [最終アクセス日：2011 年 3 月 4 日]

¹⁵ 中国の代理人から、日本語への翻訳文として入手した。同解釈の日本語版は伊東国際特許事務所のホームページからも入手できる。<http://www.itohpat.co.jp/lab/china/100122.html> [最終アクセス日：2011 年 3 月 23 日]

貴国の先使用権制度の概要を御説明ください。特に、制度の趣旨、及び導入の経緯あるいはモデルとなった他国の法律の有無等がわかりましたら、御説明ください（わからない場合には、わからないと記入してください）。

(a) 先使用権制度の趣旨：

「出願により特許権を取得した者が必ずしも最初に発明創造した者ではなく、当該の発明創造を最初に実施した者でもない。すなわち、特許権者がその特許出願を行うまでに、既に同様の発明をし、かつ、既に実施している、又は実施の準備をしている者がいた可能性がある（このような者を先使用権者と呼ぶ）。このような状況下で、特許権を付与された後に先使用権者がその発明実施を継続して行うのを禁止することは、公平を明らかに欠き、社会的資源の浪費を招く可能性がある。このため特許権者の権利を制限する必要がある。特許出願以前に特許技術を使用又は使用する準備を行っていた行為は先使用と称され、先使用には先使用権が生じ、特許権に対抗できる。」¹⁶

(b) 導入の経緯あるいはモデルとなった法制：

中国は、諸外国と同様に先願主義を採用しており、先願主義の制度の下で、特許権者と先使用権者間の公平を図るために、ドイツ、フランス、イギリス、日本などの先使用権制度を参考して確立した。

Part C：先使用権制度の概要（解釈）

(1) 成立要件

設問 3. 先使用権が認められるための個別要件及びその解釈

中国専利法第 69 条（又はその他）で認められる先使用権について、個々の要件とその解釈について御説明ください。

「先使用権が成立するためには、以下の 4 つの要件が満たされなければならない。特許技術と同じ技術を実施していること、又は実施のための準備を行っていること：

- A：ここで実施とは、同じ製品の製造、又は同じ方法を使用する行為を指し、同じ製品の輸入、販売許諾、販売、使用は含まない。
- B：実施又は実施の準備は出願日までに行われていること。優先権がある場合には、優先日までに実施、準備が行われていなければならない。
- C：先使用行為が善意で行われていること。すなわち、出願日までに自分で研究開発した技術か又は合法的な手段で取得した技術により行われていなければならない。合法的な取得には、後の出願者からの取得も含む。
- D：実施にあたっては元の範囲内で行われていること。元の範囲内とは、通常、元の生産量を維持することを指し、元の生産量が設計生産能力に達しない場合、既存設備の生

¹⁶ 平成 18 年度特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書「先使用権制度の円滑な利用に関する調査報告書」第二部 財団法人知的財産研究所 2007 年 3 月より転記。

産能力により達成される生産量も元の規模であると認定されるべきである。」¹⁷

最高裁判所による特許権侵害紛争事件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈¹⁸第 15 条には、上記の A と D に対してより詳細な規定がある。

上記の A に関して：次の各号の一つに該当するときは、製造、使用のために必要な準備をした場合に該当する。

(i) 発明創造を実施するために必須の主な技術図面又は技術資料を完成させた場合。

(ii) 発明創造を実施するために必須の主な設備又は原材料を製造又は購入した場合。

上記の D に関して：「従前の範囲」には、特許出願日以前に既にある生産規模と、既にある生産設備を利用して又は既にある生産設備に基づいて達成できる生産規模とが含まれている。

設問 4. 善意 (in good faith) の意味

中国専利法第 69 条には、他の諸外国で採用されている「善意 (in good faith)」の要件がありませんので、この設問への回答は不要です。

(a) 善意の意味

中国専利法第 69 条には善意 (in good faith) の要件は設けられていないが、「最高裁判所による特許権侵害紛争事件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈¹⁹」の第 15 条によれば、善意 (in good faith) も先使用権を認めるための要件である。つまり、権利侵害で訴えられた者が不法に獲得した技術若しくは設計を根拠に、先使用権主張の抗弁をしても、裁判所はこれを支持しない。よって、善意 (in good faith) とは、関係技術若しくは設計が合法的に取得されたものを意味している。

設問 5. 出願人から発明を知得していた場合に先使用権は認められるか

中国専利法第 69 条には、「実施している発明の知得経路についての規定がありません。例えば、当該実施の発明を「発明者あるいは発明家から直接若しくは間接に取得した第三者」から知得していた場合に、先使用権は認められるのでしょうか。

「中国では、先使用の対象となる発明は、先使用者が独自に発明したものであるか又は他の者から合法的に取得されたものでなければならない。

ここで、先使用権の対象となる発明が特許権者から取得されたものであっても良いのかどうかという点についてはいまだ論争が存在するが、合法的に取得されたことを条件として、

¹⁷ 平成 18 年度特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書「先使用権制度の円滑な利用に関する調査報告書」第二部 財団法人知的財産研究所 2007 年 3 月より転記。

¹⁸ 中国の代理人から、日本語への翻訳文として入手した。同解釈の日本語版は伊東国際特許事務所のホームページからも入手できる。http://www.itohpat.co.jp/lab/china/100122.html [最終アクセス日：2011 年 3 月 23 日]

¹⁹ 中国の代理人から、日本語への翻訳文として入手した。同解釈の日本語版は伊東国際特許事務所のホームページからも入手できる。http://www.itohpat.co.jp/lab/china/100122.html [最終アクセス日：2011 年 3 月 23 日]

特許権者から取得された発明であっても先使用权が生じるとの見解が多数説となっている。」²⁰

設問 6. 先使用权の基準日

中国専利法第 69 条では、「特許出願日以前」とありますが、この特許出願日は中国特許庁への出願の日のみ（パリ条約第 4 条の優先権に基づく優先日は含まれない）を意味するものと考えてよろしいですね。

その解釈は間違っている。中国の専利法実施細則の規定に基づき、当該出願日は、中国特許庁への出願の日のみではなく、優先日も含まれる。

中国の専利法実施細則第 11 条において、「中国専利法第 28 条及び第 42 条に規定された状況を除き、特許法でいう出願日とは、優先権を有するものについては優先日を指す。」ということの規定している。当該条項に従って、中国専利法第 69 条における「出願日」には「優先日」が含まれる。

設問 7. 実施の準備と先使用权

中華人民共和国専利法第 69 条では、先使用权の要件として「同様の製品を製造した場合、又は同様の方法を使用するか、あるいは既に製造と使用の必要準備を終えており」が規定されております。この中で「製造と使用の必要準備」の意味について御説明ください。

『必要な準備を既に整えた』の具体的な意味については、中国専利法では具体的に規定していない。北京市高级人民法院の『特許権侵害判定の若干の問題に関する意見（試行）』によると、『必要な準備とは、製品の図面の設計と工程図は既に完成され、専用設備とダイスは既に整っており、又はサンプルの試作などの準備作業は整っていることをいう』とされている。

また、最高人民法院の『特許権侵害紛争事件の審理の若干の問題に関する規定の会議討論原稿（2003 年 10 月 27～29 日）』においても、『既に実質的な特定項目投資を行い、かつ必要な技術準備を整えている。専用設備を製造又は購入し、製品の設計図面と工程図の書類を整え、サンプルの試作と各項目の技術性能の検知を整えている等を、製造、使用に必要な準備を既に整えていることとみなすことができる。』と指摘されている。

中国知的財産権局条約法規局局長の尹新天氏は、以下の 4 方面から理解すべきであるとされている。

- A：出願日以前に特許技術を実施するために既に必要な準備を整えたと主張する主張人は、まず出願日までに該特許技術を既に知り、把握したことを証明すべきである。
- B：既に行われた準備作業は該特許技術の実施との間に明確な因果関係を有するべきであり、関係作業はどの技術を実施するために行われたのかを認定できるようにしなければならない。例えば、土地の購入や用水供給設備の取付けなどの基礎的な準備作業の

²⁰ 平成 18 年度特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書「先使用权制度の円滑な利用に関する調査報告書」第二部 財団法人知的財産研究所 2007 年 3 月より転記。

みを行ったが、行為者がどの技術を実施するための準備なのかを証明できない場合には、必要な準備を既に整えたとみなすことができない。

C：出願日以前に実際の準備作業を既に開始しているべきであり、単に実施の願望を有することを表明する行いだけではならない。例えば、ただ特許技術を実施する意向のみの提出や、予備調査の実施だけでは、必要な準備を既に整えていたとはいえない。

D：行われた準備作業は技術的な準備作業であるべきである。例えば、製品特許としては、関係設備の製造又は購入、ダイスの開発、原材料の準備、部品図と最終組み立て図の製図などの作業、方法特許としては、専用設備の製造又は購入、工程図の制定などの作業が該当する。行われた準備作業が単なる市場分析、管理スタッフの手配などの非技術的な作業である場合には、必要な準備を既に整えているとみなすことはできない。

同時に尹新天氏は、特許技術は様々であり、その複雑さと技術難度の差異がかなり大きく、先使用権を享有できるかどうかを判断する際は、具体的な状況に基づいて判断しなければならない、と指摘している。

また、『特許法』及び『特許法実施細則』第三回目の改正についての特定問題研究報告においても以下の5つの面から、先使用権制度の検討がなされている。

A：生産場所の面から言えば、製品を製造し、方法を使用するための必須の工場の建物、作業場を有する証拠を提出すべきである。

B：技術の面から言えば、具備する生産技術についての実力、例えば擁する技術者の状況、出願日前に既に仕上げた製品設計図、製品施工図、鍵となる部品部材の加工図などの完全な生産技術資料を提出すべきである。単なる見取図では、被告が既に技術を把握しているとみなすことはできない。

C：設備・工具の面から言えば、各種類の汎用設備と専用設備及び専用工具、ダイスなどを既に購入したこと、また、該製品を製造する際に専用設備を必要としない場合には、汎用設備は製品のサンプルを既に作り出していなければならない。

D：原材料の面から言えば、出願日前に製品を製造するために購入した必須の原材料、特にその製品を製造するための不可欠な原材料を提供できなければならない。

E：サンプルの試作又は方法の試用を仕上げなければならない。製品発明であるならば、サンプルが試作できたものであり、かつ、そのサンプルは設計の要求を満たしているべきである。方法発明であるならば、該方法は試用中であり、かつ、特許方法とほぼ同一な効果を既に獲得したものでなければならない。

上記『研究報告』は、関係する汎用設備、専用設備及び工具を購入し、かつ特許方法を使用する条件を具備したとしても、必ずしも『必要な準備』が整っていることに等しいとは言えないとしている。例えば、上記の要件からは、先使用人が他人の特許出願日前に単に関係設備と方法を使用する条件を有するが、特許技術に合致する製品をまだ試作できていない、若しくは、使用した方法が特許方法とほぼ同一な効果を達することができない場合には、『必要な準備』が整っているとみなすことはできないこととなる。

このように、上記『研究報告』は、『必要な準備を整えて』の要件に対して、より具体的で、かつ、より高い要求を提出している。製品発明に対してサンプルが既に試作できたも

のであること、という要求はその例の一つである。」²¹

しかしながら、「最高裁判所による特許権侵害紛争事件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈²²」が施行された以降は「必要な準備」の定義がより明確となった。同解釈の第 15 条には以下の規定がある。

次の各号の一つに該当するときは、製造、使用のために必要な準備をした場合に該当する。

- (1) 発明創造を実施するために必須の主な技術図面又は技術資料を完成させた場合。
- (2) 発明創造を実施するために必須の主な設備又は原材料を製造又は購入した場合。

設問 8. 基準日以前には実施していたが、その後実施を中断し、基準日には実施していなかった場合

中国専利法第 69 条では、「特許出願日以前に同様の製品を製造した場合、又は同様の方法を使用するか、あるいは既に製造と使用の必要準備を終えており」とあります。先使用権の要件である実施について、その実施は出願日以前に実績があれば十分なのでしょうか。あるいは実施の開始から出願日まで継続していなければならないのでしょうか。特に、基準日（出願日あるいは優先日）に、実施を中断していた場合でも先使用権は認められるのでしょうか。

『事業の中断後』先使用権を享有できるか否かについて、明確な規定はない。中国国家知識産権局条法司は『先使用権における先使用行為が出願日前までに中断してはいけない』と認識している。しかし、現在では、多くの学者及び実務者は、『中断してはいけないとの制限を課すことは妥当ではない。』と言及している。上記のように『事業の中断』については明確な規定はないが、以下のように分類して考えるのが妥当であろう。

- A：行為者が特許出願日前に中国専利法第 63 条に規定されている製造行為、使用行為あるいは製造、使用に必要な準備を既に整えているが、出願日前に何らかの原因で当該事業の実施を放棄した場合、例えば、機械設備、原料、工場を放棄し、あるいはその他の企業に譲渡する場合には、その中断行為がその後再び当該事業を実施しないと表明しているため、行為者はこのような『事業中断』の後には先使用権を享有しないとみなす。
- B：合理的な業務中断の場合、すなわち行為者が当時の業務状況あるいは業務戦略実施の考慮により、一時的に当該事業を中断した場合（例えば、夏には一時的にコートを製造せず、現有の設備で半袖、半ズボン等を製造する、あるいは注文のない状態）、このような業務的な中断の場合には、先使用権を享有できないとはみなさない。このような業務的な中断がどのぐらいの継続期間内であれば先使用権の喪失にならないかにつ

²¹ 平成 18 年度特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書「先使用権制度の円滑な利用に関する調査報告書」第二部 財団法人知的財産研究所 2007 年 3 月より転記。

²² 中国の代理人から、日本語への翻訳文として入手した。同解釈の日本語版は伊東国際特許事務所のホームページからも入手できる。http://www.itohpat.co.jp/lab/china/100122.html [最終アクセス日：2011 年 3 月 23 日]

いては、個別事例に応じて判断しなければならないと考えられる。」²³

設問 9. 輸入行為は先使用権の対象となるか

(a) 貴国において、輸入する行為は先使用権の対象となるでしょうか。

「先使用権の対象とはならない。中国特許法では、先使用権は、同一の製品を製造し、同一の方法を使用し、又は、製造、使用の必要な準備を既に整えた場合のみに限られる。すなわち、製造、使用の行為以外の、その他の行為、例えば、輸入の行為は先使用権を享有できない。」²⁴

(b) 外国企業が自国で生産した製品を貴国で輸入販売しようとする場合に、先使用権を確保するために留意すべき事項について、御説明ください。

「中国特許法では、先使用権は、同一の製品を製造し、同一の方法を使用し、又は、製造、使用の必要な準備を既に整えた場合のみに限られる。すなわち、製造、使用の行為以外の、その他の行為、例えば、輸入の行為は先使用権を享有できない。しかも、先使用権を享有することに基づく製造、使用行為は中国国内で行わなければならないので、中国国外で製造、使用しても、中国特許法に規定された先使用権を享有できない。

すなわち、外国企業は、先使用権を確保するためには、中国国内で生産しなければならないことに留意すべきである。(又は、生産に必要な準備を整えなければならない)。」²⁵

設問 10. 輸出行為が先使用権の対象となるか

貴国において、輸出行為も先使用権の対象となるのでしょうか(先に述べたように、我が国の特許法第2条(3)の実施の定義には、「輸出」する行為が含まれています。このため、我が国では先使用権の対象となる実施に「輸出」する行為が含まれると解釈されています)。

「先使用権の対象とはならない。中国専利法では、先使用権は、同一の製品を製造し、同一の方法を使用し、又は、製造、使用の必要な準備を既に整えた場合のみに限られる。すなわち、製造、使用の行為以外の、その他の行為、例えば、輸入の行為は先使用権を享有できない。」²⁶

設問 11. 実施と新規性の関係(実施が公然実施の場合)

²³ 平成18年度特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書「先使用権制度の円滑な利用に関する調査報告書」第二部 財団法人知的財産研究所 2007年3月より転記。

²⁴ 平成18年度特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書「先使用権制度の円滑な利用に関する調査報告書」第二部 財団法人知的財産研究所 2007年3月より転記。

²⁵ 平成18年度特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書「先使用権制度の円滑な利用に関する調査報告書」第二部 財団法人知的財産研究所 2007年3月より転記。

²⁶ 平成18年度特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書「先使用権制度の円滑な利用に関する調査報告書」第二部 財団法人知的財産研究所 2007年3月より転記。

貴国の専利法第 69 条では、先使用権の要件として製造（製造）が規定されています。この実施に公然実施が含まれるとすると、当該特許の出願日あるいは優先日の時点で公知であるとも考えられ、先使用権の問題ではなく、当該特許の新規性の問題とも考えられます。先使用権の要件である「製造」と特許の無効との関係を説明してください。

中国では、特許権の有効性について、特許審判委員会しか判断する権限がない。裁判所を含む他の如何なる機関も特許権の有効性に対して判断できない。

特許権侵害訴訟事件において、特許が無効にされるべきであることは、抗弁理由にならないが、公然実施により関係技術が公知にされる場合、被告は公知技術抗弁を主張することができる。したがって、理論上、先使用権の要件として、製造には公然実施が含まれない。公然実施の場合、被告は先使用権抗弁ではなく、公知技術抗弁を主張すべきである。

実務において、原告は侵害を主張した際に、被告は公然実施による公知を理由として特許審判委員会に無効審判を提起することができ、あるいは入手できた証拠に基づき、公知技術抗弁を主張すること、又は先使用権抗弁を主張することを選択することができる。関係証拠によって、関係技術が出願日前の実施により公知になっていることを証明できれば、裁判所は公知技術の抗弁成立を認めるべきである。しかも、被告は無効審判を提起する際に、公知技術に関する証拠を提起し、特許権を無効とさせることも可能である。

仮に、関係証拠により、関係技術が出願日前に既に使用されていたことは証明できるものの、当該使用により公知になることを証明できない場合には、裁判所により先使用権が成立するか否かが判断される。ただし、先使用権が認められたとしても、その後の無効審判において、先使用権に関する証拠は、特許を無効とするには十分でない。

（2） 先使用権者が実施できる範囲

設問 12. 先使用権者が実施できる範囲（物的範囲）

貴国の専利法第 69 条では、先使用権者が実施できる範囲について、「かつ元の範囲内だけで引き続き製造、使用する場合（并且仅在原有范围内继续制造、使用的）」とあります。この条文の意味について、例を挙げて御説明ください。

最高裁判所による特許権侵害紛争事件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈²⁷第 15 条によれば、「従前の範囲」には、特許出願日以前に既にある生産規模と、既にある生産設備を利用して又は既にある生産設備に基づいて達成できる生産規模とが含まれている。

次の例を挙げて説明する。ある会社は特許出願日の前に、関係製品の製造工場を設立し、製造設備を購入し、製造ラインを作った。出願日までに購入した設備と製造ラインに基づいて、一年間で 100 万トンの製品を製造できる能力があるとする。当該会社の出願日以前の年間実生産量が約 80 万トンであったとしても、100 万トンまでの製品製造は関係特許

²⁷ 中国の代理人から、日本語への翻訳文として入手した。同解釈の日本語版は伊東国際特許事務所のホームページからも入手できる。http://www.itohpat.co.jp/lab/china/100122.html [最終アクセス日：2011年3月23日]

権の権利侵害とはならない。

設問 12-1. 設問 12 の追加質問です。先使用権者は、他者の出願後に、生産規模・輸入規模・販売地域等を拡大することが認められるでしょうか。認められるとすれば、どの程度までの拡大が認められるでしょうか。

- (a) 生産数量の拡大：(基準となる生産数量はどのようにして決定されるのでしょうか。例えば、実績をベースに考えると、準備のみを行っていた場合には実績がゼロとなります)

前述のように、「従前の範囲において」について、最高裁判所による特許権侵害紛争事件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈²⁸第 15 条には、明確にされている。具体的には、

- A：実施者の限定：先使用権者本人により実施しなければならず、技術を単独で譲渡、承継あるいは他人に実施を許諾してはならない。ただし、先使用権の認められる企業を同時に譲渡あるいは承継する場合を除く。
- B：実施範囲の限定：特許出願日以前にあった生産規模、及び既存の生産設備を利用し、若しくは既存の生産準備状況により達成できるような生産規模が含まれる。
- C：技術改良の限定：上記の例のように、基準となる生産数量は、実績ではなく、準備できた製造設備と製造状況に基づき、達成できる可能な生産量をベースにする。また、他者の出願後は、生産規模・輸入規模・販売地域等を拡大することが認められない。
- (b) 輸入規模の拡大：(中国において、輸入する行為は先使用権の対象とはならないので、本設問は割愛します。)

中国において、輸入する行為は先使用権の対象とはならない。

- (c) 実施地域の変更：(製造した製品の販売地域を変更・拡大が可能か)

法律条文上、製造・使用の範囲に対して制限があるが、製造した製品の販売地域に対しては制限がない。よって、製造の範囲が従来を範囲を超えなければ、販売地域の変更、拡大は可能である。

設問 12-2. 設問 12 の追加質問です。先使用権者は他者の出願後に、実施行為の変更あるいは実施形式の変更等を行うことが認められるでしょうか。認められるとすればどの程度の変更までが認められるでしょうか。

- (a) 実施行為（製造、販売、輸入等）の変更（例えば、出願日（優先日）前に輸入・販売

²⁸ 中国の代理人から、日本語への翻訳文として入手した。同解釈の日本語版は伊東国際特許事務所のホームページからも入手できる。<http://www.itohpat.co.jp/lab/china/100122.html> [最終アクセス日：2011年3月23日]

していた場合、出願日（優先日）後に製造・販売に変更することはできますか。）

「出願前に輸入・販売していた場合には、中国においてはそもそも先使用権が認められない。中国専利法における先使用権の範囲は、特許製品の『製造』及び特許方法の『使用』に限られ、販売、販売申出、又は輸入の行為が含まれていないが、先使用権に基づいて製造された製品、及び特許方法を利用して直接獲得した製品の販売申出、販売、使用することは、権利侵害行為とならない。」²⁹

(b) 他者の出願の出願前に実施していた発明の実施形式と、出願後に実施している発明の実施形式が異なるなど、実施形式の変更（例えば、他者の出願前に、塩酸を使用する A 合成方法を実施していたが、出願後に硝酸を使用する A 合成方法へ実施行為を変更する。特許権は、酸（塩酸、硝酸の上位概念）を使用する A 合成方法とするなど、生産工程が変更される場合が想定されます。）

「中国専利法 63 条でいう『同一』とは、二つの関係を考慮しなければならない。一つ目は先に使用した技術と特許技術との関係であり、二つ目は出願日前の先使用者が製造中に使用した技術と出願日後の製造中に使用した技術との間の関係である。

まず、先使用者による出願日前に製造した製品に含まれる技術的特徴、あるいは使用した方法に含まれる技術的特徴は、特許請求の範囲における独立クレームの技術的特徴のすべてを含んでいなければならない。それは、独立クレームの技術的特徴より多くても良い、又は独立クレームの技術的特徴と同一又は独立クレームの技術的特徴と均等でも良いが、独立クレームの技術的特徴より少なくなってはいけない。

次に、先使用者による出願日前に製造した製品に含まれる技術的特徴、あるいは使用した方法に含まれる技術的特徴と、出願日以後に製造した製品あるいは使用した方法に含まれる技術的特徴との関係については、以下の点について検討しなければならないと思料される。

A：先使用者による出願日前の製造に使用した技術が特許技術と『同一』に構成され、かつ、出願日以後に、その製品あるいは使用方法の技術的特徴を変更しない場合には、先使用者の製品あるいは使用方法の技術的特徴が特許技術と『同一』の関係を有する、すなわち、先使用権を享有する。

B：先使用者による出願日前の製造に使用した技術が特許技術と『同一』に構成され、かつ、出願日以後に、その製造技術を変更したが、変更後の技術考案が当該特許のいずれかの従属クレームに記載されている技術考案と同一又は均等になる場合には、当該先使用者が中国専利法第 63 条に規定されている先使用行為を構成しないため、先使用権を享有しない。

C：先使用者による出願日前に製造に使用した技術が特許技術と『同一』に構成され、出願日以後に製造技術を変更しても、変更後の技術考案が依然として独立クレームの保

²⁹ 平成 18 年度特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書「先使用権制度の円滑な利用に関する調査報告書」
第二部 財団法人知的財産研究所 2007 年 3 月より転記。

護範囲に含まれているが、その特許請求の範囲に記載されているいずれの従属クレームとも同一でない場合には、さらに二つの状況に分けて分析しなければならない。

- (i) 先使用者が当該特許技術の独立クレームの『特徴記述部分（発明要点）』に対して変更し、その発明要点を変更した場合には、当該先使用者が技術の実施形式を変更したと認め、出願日前の技術が出願日以後の技術と『同一性』を有しない。よって当該先使用者は変更後の技術考案に先使用权を享有しない。
- (ii) 当該先使用者が独立クレームの『特徴記述部分』を変更しない場合には、先行技術を利用して独立クレームの『序文部分』を変更したか否かを区別しなければならない。先行技術を利用してそれを少し変更し、出願以後の技術が出願前に先に使用した技術と『同一』に構成されたと言える場合、先使用权を有すると考えられる。他方、先行技術を利用して独立クレームの『序文部分』を大幅に変更し、あるいは非先行技術を利用して当該独立クレームの「序文部分」を大幅に変更し、当該使用者が出願日以前に使用した技術が出願日以後に使用した技術と『同一』に構成したとは言えない場合、先使用权を享有しないと考えられる。

なお、中国において、先使用权に対して均等論を用いて特許権を制限するか否かに関し、法律や司法解釈は存在せず、判例や学説等も現時点では存在していない。³⁰

- (c) 生産装置の改造等（他者の出願の出願前に使用していた装置の一部を改造し、改造後の装置も特許のクレーム範囲に含まれる場合を想定しています。）

先使用权者は、出願日前に使用していた装置の一部を改造することはできるが、本件特許の従属クレームを参照した上での改造はできない。特許従属クレームの技術特徴は本特許のクレームに対する改造であるため、出願日の後、先使用权者が従属クレームに基づき、先使用技術について改造することは、先使用权の範囲を超え、侵害に該当する。

設問 13. 下請企業と元請企業の先使用权

生産形態の一つとして、我が国では下請生産（他の企業に対して製法等を開示して、その指揮命令により生産を行って、製品の全量を引き取る形態）というものがあります。先使用权が認められると仮定して、下請企業と下請元企業のどちらに、先使用权が認められるのでしょうか。仮に、下請元企業に認められる場合に、下請先の変更は可能なのでしょうか。

下請生産における先使用权の帰属について、明確の法律規定がなく、判決もない。以下は、法理と立法主旨に基づいた見解である。

先使用权は独立して存在する権利ではなく、侵害主張に対する抗弁権である。

侵害を疑われる製品の下請生産においては、特別の約束がなければ、製法などを提供する下請元企業が侵害責任を負担するので、下請元企業は先使用の抗弁を主張することがで

³⁰ 平成 18 年度特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書「先使用权制度の円滑な利用に関する調査報告書」第二部 財団法人知的財産研究所 2007 年 3 月より転記。

きる。さらに、下請企業がその責任を負担することを約束した場合には、下請企業も先使用の抗弁を主張することができる。つまり、出願日前に下請生産を行った場合、従前の範囲での下請元企業の下請行為と下請企業の製造行為は何れも侵害とならない。

また、出願日の後、下請元企業は別の下請先に依頼する場合、下請の総量が従前の範囲を超えなければ、下請行為は侵害とならないと考えられる。

なお通常、下請元企業は、下請企業に製法などを提供する際に、製法などが本件の下請目的のみ以外に使用しないことを約束させる。その場合、下請企業が自ら製造、または他の企業の依頼を受け、製造を継続した場合は、当該技術が合法的に取得されたとはみなされないため、先使用权を主張することはできない。ただし、出願日の以前に、下請元企業が下請企業に対して、本件の下請目的以外でも製法などを使用できることを認め、又は製法などの技術を譲渡した場合には、下請企業は出願日以前に合法的に当該技術を取得したことになるので、その製造は先使用权の成立要件を満たすこととなり、出願日前に達成できた生産量の範囲で、製法などを使用して製造することは侵害とならない。

設問 14. 先使用权の登録

貴国の先使用权制度に関して、これを登録するような制度は設けられていますか。設けられている場合には、どのような場面、方法で登録するのか、及びその効果について御説明ください。

中国の特許関連法には先使用权の登録制度が設けられていない。

設問 15. 先使用权が第三者に及ぶか

他者の出願後（優先日以降）において、先使用权者が製造した製品を、第三者が購入して「使用・販売（転売）」することは特許権侵害となるのでしょうか（例：他者の特許出願後に仕入れを開始した場合）。ならないとすれば、どのような法解釈によるものでしょうか？

「先使用权の範囲は、特許製品の『製造』及び特許方法の『使用』に限られ、販売、販売申出、又は輸入の行為が含まれていないが、先使用权に基づいて製造された製品、及び特許方法を利用して直接獲得した製品の販売申出、販売、使用することは、権利侵害行為とはならない。」³¹

（3）移転等に関わる問題

設問 16. 先使用权の移転（移転可能性及び移転の要件）

中国専利法第 69 条には、先使用权の移転の可否を規定する条文がありません。中国において、先使用权は移転できないと考えてよろしいでしょうか。

³¹ 平成 18 年度特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書「先使用权制度の円滑な利用に関する調査報告書」第二部 財団法人知的財産研究所 2007 年 3 月より転記。

最高裁判所による「特許権侵害紛争事件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈³²⁾」の第15条には、先使用権の移転について、明確な規定がある。つまり、特許出願日以降に、先使用権者が既に実施している若しくは実施の必要準備を済ませている技術又は設計のみを譲渡することはできないが、当該技術又は設計が従来³³⁾の事業とともに譲渡される場合は移転することができる。

設問 17. 種々の移転と先使用権

設問 16 に関連した質問です。以下のような場合に、それぞれ先使用権の権利者はどのように変動すると考えればよいでしょうか。

- (a) 先使用権を有する企業の買収や先使用権を有する企業の分社により、先使用権がどのように移転するかについて、例を挙げて御説明ください。(極端な例ですが、一部地域で活動する小規模の企業が全国規模で事業を行う大企業により買収された場合に、大企業が先使用権者として、全国規模で事業を実施することが可能でしょうか。)

「一部地域で活動する小規模の小さな企業が全国規模で事業を行う大企業により買収された場合には、当該大企業は先使用権者となり、事業を実施することが可能であると考えられる。

ただし、その企業が全国規模の大手企業でも、その実施範囲を買収された小企業の出願日前に当該技術を実施した『従前の範囲内』に限定しなければならない。すなわち、当該小企業の出願日前の当該特許製品の製造能力の範囲を超えてはならない。」³³⁾

- (b) 例えば、グループ企業の一企業に先使用権が認められた場合、他のグループ関係企業にも先使用権が認められるのでしょうか。また、子会社に認められた先使用権は親会社にも認められる、あるいは、親会社に認められた先使用権は子会社にも認められるのでしょうか。

「中国の関係法律規によれば、グループ企業における一企業がそれぞれ独立した法人であるため、企業グループの一企業が先使用権を享有したとしても、グループ企業内の企業全体も先使用権を享有することにはならない。

また、中国会社法の規定によれば、親会社と子会社もそれぞれ独立した法人となるため、業務上に実質的な関連性を有するが、法律上にそれぞれ独立で、お互いに従属関係がない。このため、親会社が先使用権を取得しても、子会社はその先使用権を享有できず、また逆に、子会社が先使用権を取得しても、親会社はその先使用権を享有することはできない。」

³²⁾ 中国の代理人から、日本語への翻訳文として入手した。同解釈の日本語版は伊東国際特許事務所のホームページからも入手できる。<http://www.itohpat.co.jp/lab/china/100122.html> [最終アクセス日：2011年3月23日]

³³⁾ 平成18年度特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書「先使用権制度の円滑な利用に関する調査報告書」第二部 財団法人知的財産研究所 2007年3月より転記。

- (c) グループ企業や親会社と子会社が国内外をまたぐ場合に、グループ企業や子会社が海外で生産した製品の輸入販売している国内企業には、輸入販売のみでなく、生産についても先使用権は認められるでしょうか。

「中国専利法では、中国国内において、同一の製品を製造し、同一の方法を使用し、又は、製造、使用の必要な準備を既に整えた場合のみ先使用権が認められる。このため、中国国外でのみ生産及び販売をしても、中国特許法に規定された先使用権を享有することはできない。つまり、外国企業が先使用権を確保するためには、中国国内で生産しなければならない（又は、生産に必要な準備を整えなければならない）。」³⁵

設問 18. 移転の対抗要件（移転後の登録）

貴国において、先使用権の移転が認められる場合、移転について登録する制度がありますか。設けられている場合には、どのような場面、方法で登録するのか（例：移転の対抗要件）、及びその効果について御説明ください。

無回答。

設問 19. 再実施の可否

貴国法における先使用権者には再実施を許諾する権原はないと考えておりますが、それで間違いはないでしょうか。

再実施を許諾する権原はない。先使用権者による再実施許諾の可否については、「最高裁判所による特許権侵害紛争事件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈³⁶」第15条(4)に規定がある。この条文に従えば、先使用権者が再実施を許諾したとしても許諾された者には先使用の抗弁が認められない。つまり、先使用権者には再実施を許諾する権原がないということになる。

設問 20. 先使用権の消滅又は放棄（事業の廃止、長期の中断との関係）

一旦認められた先使用権が消滅又は放棄されたと判断されることはあるのでしょうか。例えば、事業の廃止、あるいは長期の中断があった場合にはどうでしょうか。

³⁴ 平成18年度特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書「先使用権制度の円滑な利用に関する調査報告書」第二部 財団法人知的財産研究所 2007年3月より転記。

³⁵ 平成18年度特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書「先使用権制度の円滑な利用に関する調査報告書」第二部 財団法人知的財産研究所 2007年3月より転記。

³⁶ 中国の代理人から、日本語への翻訳文として入手した。同解釈の日本語版は伊東国際特許事務所のホームページからも入手できる。<http://www.itohpat.co.jp/lab/china/100122.html> [最終アクセス日：2011年3月23日]

先使用権は訴訟侵害事件における抗弁権として用いられ、その認定は、訴訟の際に裁判所によりなされる。既に事業が廃止されたのであれば、製造行為も行われていないので、侵害とならない。長期の中断については設問 8 に対する回答を参照いただきたい。以上をまとめると一旦、先使用権が認められた場合は消滅又は放棄されることはないと考えられる。

設問 21. 先使用権の対価

先使用権が認められた場合、先使用権者は特許権者に対して、対価を支払う必要があるのでしょうか。

先使用権が認められた場合、先使用権者は特許権者に対して、如何なる対価も支払う必要がない。

Part D : 運用状況

設問 22. 貴国での先使用権制度について普及啓発活動が行われている場合、その概要を御紹介ください（文書が出されている場合には、その入手方法を明示してください）。

先使用権制度に関する普及啓発活動が行われていることは聞いたことがない。

設問 23. 貴国での先使用権制度の利用頻度をお答えください。

ごくわずかだが利用されている（年間 2～3 件程度）。

設問 24. 貴国において、先使用権を争った裁判例について、データが公表されていたら、入手の方法を御教示ください（インターネット、刊行物等）。

先使用権を争った事件の判決文書がインターネットで公開されているが、関係統計データは公表されていない。

設問 25. 貴国で先使用権制度が利用される場面について御紹介ください。

侵害裁判における非侵害の抗弁。実例によれば、先使用権制度が利用される場面は基本的には侵害裁判における非侵害の抗弁である。理論上は非侵害の確認訴訟でも利用されることが可能であるが、非侵害確認訴訟自体が珍しいものであるため、実例はまだない。

設問 26. 我々は先の調査において、先使用権に関連した以下の判決を入手しています。先使用権に関連した判決について、より新しい判決が出されていたら、以下の表に事案を追加するとともに、追加表で、それぞれの「事件名」、「判決日付」、「判決番号」、「判示事項」及び「事件の概要」を御紹介ください。

「事件名」：李憲奎が広州偉城不動産開発有限公司を訴えた特許侵害事件³⁷

「判決日付」：2003年12月5日

「判決番号」：一審（2003）穗中法民三初字第216号、二審（2004）粵高法民三字第300号

「判示事項」：

研究院と華固会社が他の施工において、継続して使用することは、元の範囲内での使用として先使用権抗弁が成立でき、特許権侵害にならない。

「事件の概要」

原告の方法特許の出願日は1998年12月8日である。2001年12月1日、被告は、広東省建築設計研究院（以下、「研究院」という）に建築プロセス図の設計を委託した。2001年12月31日、被告は、華固会社に上記のプロセス図に対する施工を委託した。上記の設計及び施工に使用された技術考案には、原告の方法特許クレームの全技術特徴が入れられた。

1998年8月18日、研究院は他の会社の委託により設計図を完成し、1998年10月20日から、華固会社が当該設計図に対する施工を行ったものの、当該設計図と施工に使用された技術考案には、原告の方法特許クレームの全技術特徴が入れられた。

「裁判所の判断」

原告による、研究院と華固会社が1998年の施工において、原告の特許と同一な方法を使用したが、研究院と華固会社の使用可能範囲は当該施工のみであり、他の施工において使用してはいけないとの主張は、先使用権者の権利を否定したものであり、先使用権の立法目的に違反する。

研究院と華固会社は本件施工方法の設計者と施工者である。したがって、原告の方法が授權された後、研究院と華固会社が他の施工において継続に使用することは、元の範囲内での使用に相当するので特許権侵害にはならない。

なお被告は単なる開発商として本件特許の直接的な使用主体にはなっていないので、研究院と華固会社が侵害を問われない状況下で、被告の行為も侵害には該当しない。

設問 26-2. 設問 26 の追加質問です。先使用権について裁判で争った事例のうち、外国籍企業等が先使用権を主張した事例があれば、御紹介ください。

外国籍企業などが先使用権を主張した事例を見つけていない。

設問 27. ある発明者が発明の詳細を開示すると、それが模倣される危険性があることを考えて、特許出願することなく発明を実施し、事後に第三者に特許権が付与されたとしても、先使用権を主張すれば、継続して実施が可能であると考えたとします。裁判において先使用権を主張する場合に、あらかじめ、どのような証拠を準備すべきかについて、御説明ください。

³⁷ 北京大学法律情報ネットより引用。中国からの情報では、<http://vip.chinalawinfo.com/case/>で判例の検索が出来ることとしているが、判決の全文を読むためには会員登録が必要である。

「先使用権の立証に際しては、技術に係る構想、予備調査、開発及びある範囲内で実施するための全ての関連資料を保全して、先使用権による抗弁を行う時に証拠として利用できるようにしておくべきである。その際、証拠と技術案との関連性及び証拠の統一性に注意すべきである。

また、これらの先使用立証のための証拠は係争の対象となる特許技術を中心にまとめられるべきであり、各種の『必要な準備』行為と係争の特許技術との関連性を証明できなければならない。準備行為を行ったことのみ証明できたとしても、上記準備行為と係争中の特許技術との関連性を証明できない場合には、上記証拠は訴訟法に要求される関連性を失い、先使用の主張のための証拠力が低下してしまう。上記各種類型の証拠が、始まりから終わりまで互いに整合した完備な一連の証拠を構成すれば、先使用の抗弁には非常に有利である。

具体的な証拠としては以下のものが挙げられる。

- A：事業計画書、予備調査報告書、市場調査報告書、予算報告書などを保全すべきである。これらの技術実施前に行った準備作業は、独立して『必要な準備を整えた』とは認められないが、技術実施後の手続における他の証拠とともに完備な一連の証拠を構成することに寄与することができる。
- B：特許技術を実施する項目が行政審査許可を受けなければならないものである場合、行政機関の審査許可書類を保全し、該審査許可書類が実施しようとする特許技術と直接関連を有する証拠を保全すべきである。
- C：当該技術を開発、実施する過程において行った各種試験、試作、討議、補正後の各種の書類、図面、設備、サンプル、通信会議記録などを、試験又は討議の結果が成功か失敗かにかかわらず、できる限り保全すべきである。
- D：その技術成果が関係機構による成果鑑定を通過した場合、技術成果鑑定に係る書類も保全すべきである。先使用者としては、特許技術製品を生産し、若しくは、特許方法を実施するための各種の設備（汎用設備及び専用設備を含む）、原料（特に、特許製品を生産し、若しくは、特許方法を実施するための不可欠な原材料）を購入する正本領収書を完全に保全することがより重要である。これは、今後先使用者がどのぐらいの範囲で引き続き生産できるかに対して決定的な意義を有する。
- E：特許製品又は特許方法に基づき製作した製品が各種の形で他の機構（会社、団体及び組織）に用いられた場合、当該他の機構が該製品を使用する証拠を保全すべきである。
- F：研究ノート、公開されなかった特許出願書類、自分宛の書留なども証拠として有力である。

また、上記各類型の証拠を公証して証拠力を向上させることも好ましい。」³⁸

基本的には上記のとおりであるが、以下の内容を補足する。

- A：先使用権の要件として、知得経路についての「善意」が要求される。自社開発の場合

³⁸ 平成 18 年度特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書「先使用権制度の円滑な利用に関する調査報告書」
第二部 財団法人知的財産研究所 2007 年 3 月より転記。

には製品の設計図面・生産図面・技術計画書の証拠化などがこれに該当するが、ほかのルートで関係技術を手に入れた場合、ライセンス契約、譲渡契約、委託設計契約など（添付又は附属文書としての技術内容の特定を含む）も証拠として保全する必要がある。

B：従前範囲に関して、既存の設備で、達成できる最大限度の産量を証明するため、設備の種類、数、達成できる産量のテストデータ、書類などを保全する必要がある。

C：なお、保全の時期に関しては、「特許出願日以前に」ということから、実施している技術であってもその技術について実施準備段階を証明できる書類等を集めておく必要がある。つまり、先使用権が抗弁権であり、他人の特許権への対抗するものであり、その他人がいつ特許出願を行うかは把握できないため、できるだけ遡及を確保するため、公証日が最低限度の特許出願日に対抗できる日と考えられる。要するに、対抗できる日をできるだけ早めになるため、量産の段階の前に、準備できた段階でも公証保全を行う。そのほか、できるだけ従前の範囲を拡大できるため、設備又は製造ラインを増加し、生産量が高くなる場合、再度関係資料、設備などに対し、公証保全を行う必要がある。

設問 28. 我が国では証拠書類等について、その作成日付や非改竄性を証明するため、公証制度やタイムスタンプサービスが利用されています。貴国において類似の制度がある場合にその概要を御説明ください。

中国にも公証制度とタイムスタンプサービスがある。中国における公証制度は、国が特に設けた公証機関が法律関係に基づいて行った証明作業を指す。公証機関は当事者の申請に基づいて、法に従って法的行為、法的意義をもつ書類と事実の真実性、合法性を証明する。

2007年2月時点まで中国各地に約3000か所の公証機関が存在する。証拠書類の作成日付と内容又は事実の発生日付と内容を証明するため、公証制度がよく利用される。特に、訴訟において、証拠の証明能力を高めるため、公証付きの証拠を取得しておくことが通常である。

中国におけるタイムスタンプサービスは、電子認証業務の一種である。そのサービス業務を提供する機構は、中国工業と情報化部の指導の下で設けられた民間的なサービス機構である。ただし、タイムスタンプサービスを利用して証拠確保をし、司法実務で利用された例は珍しい。

入手できた資料から見ると、深セン市龍崗区裁判所が言い渡した判決³⁹は、中国における初めてのタイムスタンプ運用判例である。当該判例は、企業名称侵害に係る不正競争侵害紛争であり、原告は、被告が勝手に原告の企業名称を使用したインターネット上の証拠について、タイムスタンプを利用して確保した⁴⁰。

³⁹ 事件番号（2008）深龍法民初字第5558号

⁴⁰ 中国知識産権研究サイト：中国の代理人は<http://www.iprcn.com/IL_Zxjs_Show.aspx?News_PI=2106>で本ニュースを取得したと報告しているが、現時点（2011年3月4日）でその確認はできなかった。

中国におけるタイムスタンプ制度は、開始されたばかりであるため、運用された例は多くないが、理論上、実務上において、知的財産権に係る営業秘密の保護、著作権を証明する証拠の確保、電子商取引などにおいて、これを活用するような動きがある。

設問 28-1. 設問 28 の追加質問です。以下の設問にお答えください。

- (a) 貴国においてタイムスタンプサービスを提供している代表的な機関の連絡先、HP、料金、利用方法を御教示ください。

連絡先：可信時間戳服务中心（Time Stamp Authority）

HP：<http://www.tsa.cn>

料金：個人の場合と企業の場合で異なる。企業の場合は 1000 人民元⁴¹/10 件程度。

利用方法：電話相談、又はインターネット相談を通じ、関連業務の内容を相談できる。

- (b) 貴国において公証制度を提供している代表的な機関の連絡先、HP、料金、利用方法について御教示ください。

全国の各地に 3000 か所以上の公証機関が設置されている。なお、公証は実施地域の公証機関により行わなければならない。各地の公証機関の料金には若干の差があるが、大きな差ではない。利用方法も基本的には同じである。下記到北京の公証機関に関する情報を紹介する。当該公証機関により北京での公証を行うことができる。

連絡先：北京国立公証処

HP：なし。

料金：1000～5000 人民元、又はそれ以上（実際の作業時間によって異なる）。

利用方法：直接に公証機関へ赴く、あるいは電話相談を通じて、関連作業の申請をする。

- (c) 例えば、製品そのものを、先使用权の証拠として保管したい場合、どのように公証制度を利用すれば良いでしょうか。また、よく利用されている方法があれば、具体的に説明してください。

製品そのものを公証証拠として保全したい場合には、公証人の立会いのもと、前記設問 27 で記載示した資料とともに、密閉可能なダンボールに入れ、封印をする。公証人は封印紙に公証機関の印鑑を押し、公証日付を記入する。証拠を封印している全過程のビデオを撮影し、かつ封印されたダンボールの写真を撮影することが可能である。

その後、公証人はこれらの過程に対し公証記録を作成し、公証書とする。封印資料のリスト、撮影した写真、ビデオなどが添付資料として、公証書に加えられる。

- (d) 例えば、製造方法を記録した映像を、先使用权の証拠として保管したい場合、どのように公証制度を利用すれば良いでしょうか。また、よく利用されている方法があれば、具体的に説明してください。

製造方法を公証証拠として保全したい場合には、公証人の立会い下に、製造の全過程に対し、写真及びビデオを撮影する。撮影した写真、ビデオと前記設問 27 で示した資料、

⁴¹（参考）1 人民元=12.75 円（2011 年 3 月 23 日：三菱東京 UFJ 銀行（TTS））

及び製造された製品そのものを、密閉可能なダンボールに入れ、封印をする。以降の手続は上記◎と同様である。

- (e) 貴国の企業が、先使用权の証拠を確保するために、公証制度を具体的にどのように活用しているのかについて、公表された資料あるいは貴事務所での知見があれば、その入手方法と、代表的な企業について利用の概略を、その企業の技術的分野（機械、化学、電気）とともに、例示してください。

先使用权を確保するための証拠保全については通常、企業の営業秘密なので、保全の内容と保全の事実を対外的に公開しておらず、公表された資料を入手することができない。利用の概略については、前記の(c)、(d)の記載を参照。

- (f) 貴国の企業が、先使用权の証拠を確保するために、タイムスタンプサービスを具体的にどのように活用しているのか、公表された資料あるいは貴事務所の知見があれば、その入手方法と、代表的な企業について利用の概略を、その企業の技術的分野（機械、化学、電気）とともに、例示してください。

設問 28 で述べたように、タイムスタンプサービスを利用して証拠保全する実例が珍しい。公表資料または弊所が知っている範囲では、先使用权の証拠を確保するため当該サービスを活用した実例がない。

Part E : 先使用权制度の将来

設問 29. 貴国において、先使用权制度についての法改正の予定あるいは法改正を前提とした論議が公表されていたら、御紹介ください。

改正の論議はない。2009年12月21日に公布され、2010年1月1日より施行された「最高裁判所による特許権侵害紛争事件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈⁴²⁾」は、先使用权制度に係る新しいものであり、当該解釈において、先使用权制度に関連する知識の知得経路、適用主体、適用範囲、必要準備などが明確にされた。

「2」 韓国

Part A : 先使用权制度の有無

設問 1. 先使用权制度の有無と条文規則等

- (a) 先使用权に関する条文、規則等

韓国特許法第 103 条及び第 102 条（特許法 2010 年 02 月 04 日の法律第 10012 号）

第 103 条 先の使用による非排他的ライセンス⁴³⁾

Article 103 Non-exclusive License by Prior Use⁴⁴⁾

資料編

・本資料の記号等の解説

設問	意味	解説（記号の意味）
Q3	・先使用権が認められるための個別要件およびその解釈	実施＝実施 実準＝実施＋準備
個別要件 （条文 明記）	実施（発明の内容）（実施、製造）	実施＝全ての実施 製造＝製造に限定
	実施の準備	○＝準備に先使用権が認められる
	実施（継続＝元の範囲、事業目的）	継続＝元の範囲 事業＝事業目的
Q3	・対象となる実施の意味（全ての実施／製造のみ）	実施＝全ての実施 製造＝製造に限定
Q4	・善意の意味（条文上の有無と定義の有無） （△＝異なる用語を使用）	無＝要件無 有有＝要件有＋説明有 有無＝要件有＋説明無
Q6	・先使用権が認められるか否かの基準日はいつか。	優時＝優先日に 優前＝優先日以前 願時＝出願日に 願前＝出願日以前
Q9(b)	・輸入販売の先使用権	輸入○＝輸入販売が先使用権の対象となる
Q12	・先使用権者が実施できる範囲（物的範囲）	事業継＝事業目的の範囲で継続可能 従前＝従前の範囲
Q16	・移転の可否・態様・譲渡要件等（一般承継に限られるか、事業の実施と伴にする必要があるか等）	事伴＝事業をともなって 装置伴＝装置をともなって 無制限＝制限なく移転可能
Q25	・先使用権主張の目的（抗弁か実施権）	抗弁＝先使用権の抗弁として使用 確抗＝確認訴訟＋先使用の抗弁
Q26	・先使用権が認められた典型的な例	例示＝各国編に判決要旨を例示
Q27	・先使用権立証の証拠	説明＝各国編に説明有
Q28	・公証制度の有無（宣誓供述書の利用）	公証＝公証制度有 公証無＝公証制度無 宣誓＝裁判には宣誓供述書を提出

その他の設問共通：判例無＝判例が無いため不明
 条文○又は×＝条文解釈で可能又は不可能
 解釈○又は×＝条文解釈、学説等で可能又は不可能
 学説＝学説に基づいた判断
 意見＝回答作成者の意見

資料編：諸外国の先使用権制度一覧表 (No. 1)

設問	意味	CN	KR	TW	DE	FR	GB	US	JP
Q1(a)	条文番号	69	103	57	12	613-7	64	273	79
Q1(a)	先使用権か侵害の例外か	例外	先使用	例外	先使用	先所有	先使用	例	先使用
Q1(b)	詳細な文書の有無	有 CN1	入手 不可	規則	無	無	有	無	無
Q1(c)	訳文の有無 (公用語が英語でない国)	有	有	有	無	無	—	—	有
Q2	経済説、公平説等	経公	経公	経公	経公	不明	不明	不明	公平
Q2	制度導入の背景+「特定の国の法制等をモデルにしていた等の経緯があるか」	諸外国	日本	不明	無回答	無回答	無回答	無	不明
Q3	・先使用権が認められるための個別要件およびその解釈	実準	実準	実準	実準 DE1	所有	実準	実施 US1	実準
個別要件 (条文明記)	基準日 (優先日、出願日、出願)	出願日	出願	出願	優先日	優先日	優先日	出願日	出願
	基準日 (当日、以前)	以前	当日	以前	当日	当日	以前	一年前	当日
	地域 (国内、国外)	—	国内	国内	国内	国内	国内	国内	国内
	発明の所有 (possession)	—	△	—	—	○	—	△	—
	自らの発明 (+知得) (○)	—	○	—	△	—	—	○	○
	善意 (善意=○、他の用語=△)	—	○	—	—	○	○	○	—
	実施 (侵害となる行為)	—	—	—	—	—	○	○	—
	実施 (発明の内容) (実施、製造)	製造	実施	製造	実施	—	—	BM	実施
	実施の準備	○	○	○	○	—	○	—	○
	実施 (継続=元の範囲、事業目的)	継続	事業	継続	事業	実施権	継続	非侵害	事業
	ライセンスの可否 (可、否)	—	否	—	—	—	—	—	—
	譲渡の可否 (可、否)	—	可	—	—	—	可	可	—
製品を購入した第三者 (侵外、非侵害)	—	—	—	—	—	—	非侵害	—	—
Q3	・対象となる実施の意味 (全ての実施/製造のみ)	製造	実施	製造	実施	—	実施	BM	実施
Q4	・善意の意味 (条文上の有無と定義の有無) (△異なる用語)	有 CN2	無	有 TW1	無	有無	有無	有	無
Q5	・当該特許権に係る発明者から発明を知得していた場合に認められるか	解釈可	不可	可 TW2	可 DE2	可 FR1	不可	不可	不可
Q6	・先使用権が認められるか否かの基準日はいつか。	優前	願時	優前	優時	優時	優前	願前 US2	優時
Q7	・実施の準備の意味 (定義の有無)	有	定義無	定義無	判例有	—	判例有	—	定義無
Q8	・特許出願前に実施していたが、基準日には実施してない場合に認められるか	条文×	条文×	条文×	条文○	—	判例無	条文○	条文×
Q9(a)	・輸入行為が対象となるか	×	○	×	○	—	○	×	○
Q9(b)	・輸入販売の先使用権	—	輸入○	輸入○	—	—	輸入○	—	輸入△
Q10	・輸出行為が対象となるか (純粋な輸出行為が特許侵害となる場合)	×	×	×	○	—	○ GB1	—	○
Q11	・実施の意味 (新規性との関連:公然実施されていた場合の当該特許の新規性は喪失しないか)	新規性 喪失	新規性 喪失	新規性 喪失	新規性 喪失	—	新規性 喪失	新規性 喪失	新規性 喪失
Q12	・先使用権者が実施できる範囲 (物的範囲)	従前	事業継	従前	事業継	無制限	事業継	事業継 US3	事業継
Q12-1(a)	・生産規模の拡大の可否	解釈×	解釈○	×	解釈○	—	学説○	—	解釈○
Q12-1(b)	・輸入数量の拡大の可否	—	解釈○	—	解釈○	—	学説○	—	解釈○
Q12-1(c)	・実施地域の変更の可否	解釈○	解釈○	不明	解釈○	—	学説○	解釈○	解釈○
Q12-2(a)	・実施態様 (製造、販売、輸入等) の変更の可否	解釈×	規定無	解釈×	△	無制限	学説×	—	△ JP1
Q12-2(b)	・実施形式の変更 (製法の変更) の可否	解釈○	規定無	不明	○	解釈×	解釈△	—	解釈○
Q12-2(c)	・実施形式の変更 (改造等) の可否	解釈○	規定無	不明	×	—	解釈△	—	解釈○
Q13	・下請企業と元請け企業の先使用権	不明	元請	元請	元請	元請	元請	—	元請
Q14	・対抗要件 (登録要否)	不要	不要	不要	不要	不要	不要	不要	不要
Q15	・第三者に効力が及ぶか (再販売)	OK	OK	OK	OK	OK	OK	—	OK

設問	意味	CN	KR	TW	DE	FR	GB	US	JP
Q16	・移転の可否・態様・譲渡要件等（一般承継に限られるか、事業の実施と伴にする必要があるか等）	事件	事件	事件	事件	事件	事件	事件	事件
Q17(a)	・大が小を飲む合併	可能	可能	可能	可能	可能	可能	—	可能
Q17(b)	・グループ企業で先使用权を共有	不可	不可	不可	-	不可	不可	—	不可
Q17(b)	・外国製品の輸入販売で製造の先使用权が得られるか	—	可能	—	△	FR2	不可	—	不可
Q18	・移転の登録の要否（対抗要件）	不要	必要	不要	不要	不要	不要	不要	不要
Q19	・再実施許諾の可否	不可	不可	不可	不可	不可	不可	—	不可
Q20	・先使用权の消滅又は放棄	不滅	NA	消滅	不滅	—	不明	不滅	消滅？
Q21	・先使用权の対価	不要	不要	不要	不要	不要	不要	不要	不要
Q22	・先使用权制度の普及啓発	無	NA	不明	NA	無	無	—	有
Q23	・先使用权の利用状況	殆無	NA	殆無	不明	僅	殆無	—	僅
Q24	・先使用权の判例の利用可否	無	NA	無	困難	NA	DB有	—	困難
Q25	・先使用权主張の目的（抗弁か確認）	抗弁	NA	抗弁	抗弁	抗弁	確抗	—	抗弁
Q26	・先使用权が認められた典型的な例	追加有	例示	追加無	追加有	追加有	追加無	—	例示
Q26-1	・外国企業の先使用权主張	無	無	無	困難	NA	無	—	無
Q27	・先使用权立証の証拠	説明	NA	説明	説明	説明	説明	—	説明
Q28	・公証制度の有無（宣誓供述書の利用）	公証	公証	公証	制度無	公証	公証宣誓	—	公証
Q28-1(a)	・タイムスタンプ業者	○	○	無	—	—	○	—	-
Q28-1(b)	・公証制度	○	○	○	—	○	○	—	-
Q28-1(c)	・製品に対する公証	○	○	不可	—	説明	説明	—	-
Q28-1(d)	・映像に対する公証	○	○	○	—	説明	説明	—	-
Q28-1(e)	・企業の利用状況	不明	NA	僅	—	NA	資料無	—	-
Q28-1(f)	・タイムスタンプの利用状況	僅	政府系	—	—	NA	資料無	—	-
Q29	・先使用权制度改正の動き	無	無	TW3	NA	無	無	—	無
Q30	・特別な条文の意味	—	—	—	—	—	—	—	-

CN1：Q1(b)：最高裁判所による特許権侵害紛争事件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈（第15条：不法入手は先使用の抗弁不可、準備の定義、従前の範囲）

CN2：Q4：専利法には無いが、上記の解釈の第15条では善意を要件としている。不法に知見を獲得した場合は善意ではない。

TW1：Q4：専利法に善意の要件はないが、法令解釈として、善意が要求されている。製造方法に関する知識が特許出願前の6カ月以内に出願人から知得した時は善意に該当しない。

TW2：Q5：出願前6か月以内に特許出願人よりその製造方法を知得した場合で、発明者が特許権を留保した場合は、先使用权は認められない。

TW3：Q29：先使用权の効力を「製造」のみでなく、販売、販売の申し出、使用、輸入まで広げることが検討されている。

DE1：Q3：条文上、発明の所有は要件ではないが、判例では発明を実施するために必要な前提条件として所有している必要があるとしている。

DE2：Q5：出願前6か月以内に特許出願人より知得した場合で、出願人が権利を留保しなかった場合には先使用权が認められる。

FR1：Q5：発明を善意で所有した者であれば、発明者から発明を正当に取得した者も含まれる。

FR2：Q17(c)：フランス国内における製造の有無に拘らず、フランス国内において先所有が成立した場合（外国で生まれた発明であっても、現にフランス国内で所有していれば可）。

GB1：Q10：先使用权の対象となる。当該発明の対象である製品を輸出するためには、先使用者は英国において、少なくともその製品を製造し、処分し、その処分の申出をし、又はかかる製品を使用し又は輸入し、あるいは、その処分のためであるか否かを問わず、かかる製品を保管することのいずれかを行う必要がある。

US1：Q2：第273条の先使用权は、ビジネス方法の特許に限定して、有効な出願日より1年を越える前に、善意で発明を実施化し、当該特許の出願日より前に商業的に使用したものは、特許権侵害から救済される。

US2：Q6：35USC273条(a)(4)に「特許の「有効な出願日」とは、特許出願の実際の出願日、又は問題とされるその主題が第119条、第120条若しくは第365条に基づく権原を有する先の合衆国、外国若しくは国際出願の出願日の内の何れか早いものをいう

US3：Q12：先使用の抗弁が成り立った場合には、侵害と問われることなく事業を継続できる。

JP1：Q12-1(a)：実施の先使用权が認められた場合には、輸入に切り替えることが可能との学説もある。