

## 特許係争の実務

大野総合法律事務所

弁護士・ニューヨーク州弁護士・弁理士 大野 聖二

## 第37講 先使用权（その2）

## 第3 先使用权の成立要件

特許法79条は、「特許出願に係る発明の内容を知らないで自らその発明をし、又は特許出願に係る発明の内容を知らないでその発明をした者から知得して、特許出願の際現に日本国内においてその発明の実施である事業をしている者又はその事業の準備をしている者は、その実施又は準備をしている発明及び事業の目的の範囲内において、その特許出願に係る特許権について通常実施権を有する。」と規定する。

本講は、先使用权の成立要件として、下記5つの要件と理解して説明を進める。

- ① 特許出願に係る発明の内容を知らないで
- ② 自らその発明をし、又はその発明をした者から知得して
- ③ 特許出願の際現に
- ④ 日本国内において
- ⑤ その発明の実施である事業をしている者又はその事業の準備をしている者

先使用权の要件に関しては、①に関連して、「発明の完成」を独立した要件として取り上げる場合も見受けられるが、条文の文言に即して、①の要件の一部として取り上げる。「その実施又は準備をしている発明及び事業の目的の範囲内において、」という要件は、「通常実施権」という効果が発生するために、主張、立証すべき要件ではあるが、一般的に先使用权の効果として説明されているので、本講もこれに倣う。

## 第4 「特許出願に係る発明の内容を知らないで」

先使用权が成立するためには、「特許出願に係る発明の内容を知らないで」発明をすることが要件とされており、知得の有無は、発明行為をしている時点を基準に判断され、条文上は、発明行為をしている時点の知・不知を規定している。したがって、特許出願に係る発明の発明者より先に発明した場合だけでなく、後に発明した場合であっても、その発明をした際に特許出願に係る発明の内容を知らない場合はこの要件を充足する。

旧特許法（大正10年法律第96号）は、「特許出願ノ際ニ善意ニ」と文言上、規定され、他人の特許出願の際にその他人に帰属すべき発明の有無を、実施している者が知っているかどうかの間