

## 先使用における事業の範囲

名古屋地方裁判所 平成17年4月28日判決  
平成16年(ワ)第1307号 特許権侵害差止等請求事件

松 本 司\*

**抄 録** 原告は、その保有する特許権に基づき、被告に対し装置の製造、販売等の差止め及び損害賠償を求めたのに対して、被告は、該製品の発注者に、先使用に係る通常実施権が成立すると主張して、発注者の先使用権を援用した。本判決は先行品の製造業者には製造に係る先使用権は成立するとしても、販売業者には、製造業者と同一の先使用権を認めることはできないとして、被告の主張を排斥し、原告の請求を認容した事案である。製品につき、製造、販売等の事業協力がある場合でも、その具体的な協力関係によっては、一部の者に先使用権が成立していても、他の者は該先使用権の援用を主張できない場合がある。先使用権の及ぶ範囲を十分に検討する必要がある。

### 目 次

1. 事案の概要
  - 1.1 事実関係
  - 1.2 Yの主張
  - 1.3 判 旨
2. 評 釈
  - 2.1 本判決の分析
  - 2.2 先使用権の援用等
  - 2.3 実施形式の変更
  - 2.4 証拠の保存
  - 2.5 公然実施等との関係
3. おわりに

## 1. 事案の概要

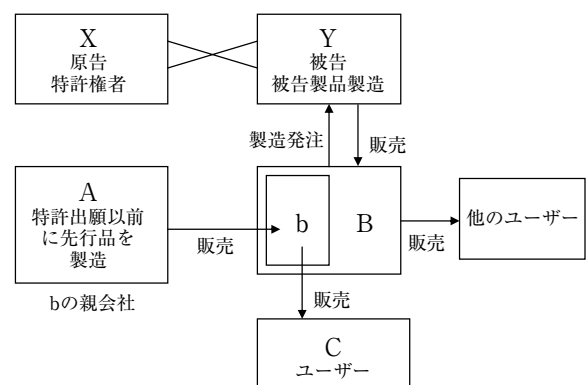
### 1.1 事実関係

X（原告）は、その保有する特許権（登録第2528251号、発明の名称：移載装置。以下「本件特許」といい、その発明を「本件発明」という。）に基づき、Y（被告）のパレット積替装置（以下「Y製品」という。）の製造、販売等の差止め及び損害賠償等の支払を求めたの対

して、YはY製品の製造発注者Bに、先使用に係る通常実施権（以下「先使用権」という。）が成立すると主張してBの先使用権を援用したが、本判決はYの主張を排斥し、Xの請求を認容した事案である。

### 1.2 Yの主張

Yの主張による事件の概要をまとめると、下図のようになる。



事件の概要図

\* 弁護士・弁理士 Tsukasa MATSUMOTO

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

### (1) Bの先使用权

#### 1) Aによる先使用权取得

Aは、本件発明の内容を知らないで、本件特許出願日前に、本件発明の技術的範囲に属するパレット積替装置（以下「先行品」という。）を製造した上、Cに納入した。したがって、Aは本件発明の先使用权を有する。

#### 2) Bによる先使用权取得

Aの販売会社であり、同社の100%子会社であるbは、Cから先行品の注文を受け、これをAに発注した。Aは、先行品を製造した上で、bに販売し、さらに同社が、Cに販売した。Bはbと他社との合併後の会社である。

ところで、物の生産事業について先使用权が成立しているときは、生産事業の下流にある物の販売事業や使用事業が先使用权の要件を満たしていなくても、それらは生産事業の先使用权の傘下にある実施として、権利侵害にならない。なぜなら、そのように考えないと、物の生産事業を先使用权により保護したことが無意味になるからである。

したがって、Aの販売会社であるb及びその後身のBも、Aと同様に先使用权を取得している。

### (2) Yの製造行為がBの先使用权の範囲に属すること

Yは、Bから、Y製品について、Xが納入した実施品と同様にしてほしい、AがCに納入した先行品は特許申請をしている、旨の注文及び具体的な指示を受け、Bの指揮監督下にY製品を製造した。

したがって、Y製品における移載装置の製造行為は、Bの先使用权の範囲に属するから、Yはこれを援用することができる。

## 1.3 判 旨

### (1) Yによる本件発明の実施について

Xは、本件特許権を有しているところ、Y製品

の移載装置が本件発明の構成要件すべてを充足していることは、前記前提事実のとおりである。

### (2) 先使用权の及ぶ範囲について

一般に、特許法79条が先使用による通常実施権の制度を定めたのは、特許出願の際に、国内においてその発明と同一の技術思想を有していただだけでなく、更に進んでその発明の実施である事業をしていたり、その事業の準備をしていた善意の者については、公平の見地から、出願人に特許権が付与された後においてもなお継続してこれを実施する権利を認めるのが相当と考えられたことによると解される。

そうすると、ある発明について先使用权を有している製造業者が、先使用权の範囲内の製品を製造して販売業者に販売し、当該販売業者が同製品を販売（転売）するような場合においては、当該販売業者について先使用权の発生要件の具備を問うまでもなく、当該販売業者は製造業者の有する先使用权を援用することができるのと解するのが相当である。

なぜなら、そのように考えないと、販売業者が製造業者から同製品を購入することが事実上困難となり、ひいては先使用权者たる製造業者の利益保護も不十分となって、公平の見地から先使用权を認めた趣旨が没却されるからである。

もっとも、先使用权者たる製造業者の利益保護のためには、販売業者による同製品の販売行為が特許権の侵害にならないという効果を与えれば足りるのであって、製造業者が先使用权を有しているという一事をもって、販売業者にも製造業者と同一の先使用权を認めるのは、販売業者に過大な権利を与えるものとして、これまた、先使用权制度の趣旨に反することが明らかである。

### (3) Yによる先使用权援用の可否について

そこで、本件について検討するに、Yは、

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

1) Aが本件発明の内容を知らないで、本件特許出願日前に、本件発明と同一の技術的範囲に属する先行品を製造したので、Aは本件発明について先使用権を有すること、

2) Aの子会社であるbは、Aから先行品を購入した上で、Cに対して販売したから、本件発明について先使用権を有すること、

3) Bは、bの一般承継人であること、

4) Yは、Bの注文及び具体的な指示を受けてY製品を製造したこと、

以上を理由として、被告製品の製造及び販売はBの先使用権の範囲に属する旨主張する。

しかしながら、上記のとおり、仮に、Aが、先行品を製造・販売したことによって、本件発明について先使用権を取得したとしても、bないしBは、Aが製造する（先行品と同一の範囲内の）製品を販売することが本件特許権の侵害とならないことを主張できるにとどまり、自らかかる製品の製造ないし製造の発注を行うことまでも正当化できるものではない。

そうすると、仮に、Yが、Bから注文を受けて、専ら同社のために、Y製品を製造、納入したにすぎないとしても、かかる行為を正当化することができないことも当然である。

したがって、Yによる先使用権の援用は許されないというべきである。

## 2. 評 釈

### 2.1 本判決の分析

(1) 本件の事案は特許法79条の「その実施…している…事業の目的の範囲内」か否かについての事例である。

本判決は先行品についてのB（正確にはその前身のb）の事業は「販売」とし、Y製品についてのBの事業は「製造」と評価したと思われるが、この枠組みを前提とすると、本判決の結論は従来裁判例及び通説的見解に沿った判断

ということになる。すなわち、YによるY製品の製造行為は、Bの先使用権を援用することはできないことになる。

### (2) Bの業務形態

本判決にあらわれた事実関係からすると、Bは、先行品について、ユーザーCからの注文を受けて製造業者Aに製造を発注し、製造された先行品をユーザーに販売していたが、Y製品についても、先行品と同様に、製造業者Yに製造を発注し、他のユーザーに販売したものである。つまり、Bの事業は、本件特許出願の前後を通じて、製品の製造を製造業者に発注し、製造された製品をユーザーに販売するというもので事実関係としての事業形態には変化はない。

しかし、本判決は、先行品の製造に関しては、AがBから独立して先行品を開発し製造したのであって、Bの指揮監督下にBの手足として先行品を製造したのではないから、先行品についてBの取得する可能性のある先使用権の事業の範囲は「販売」であるのに対し、Y製品については、YがBの指揮監督下でBの手足としてY製品を製造したことから、Bの事業はY製品の「製造」ないし「製造」と同視できるものと評価したものと思われる。

先行品とY製品の相違は、製造した者がAかYかの相違であるが、仮に、AもYと同様に、Bの指揮監督下にBの手足として行動していたと評価されるなら、Bの取得した先使用権の業務範囲とは「製造」と法的に評価される可能性があったのではないかと思える。

すなわち、先使用権者は、自らその発明を実施しうるが、それだけではなく、第三者に、その実施の事業をなさしめることも可能である。換言すれば、先使用権の主張は、先使用権者の実施と見ることができる者（先使用権者の手足）によってもなしうるからである<sup>1)</sup>。

意匠法に関するものではあるが、このことを

判示したものとして、最高裁昭和44年10月17日判決（民集23巻10号1777頁地球儀型トランジスタ意匠事件）がある。この判例は、「旧意匠法にいう『其ノ意匠ノ実施ノ事業ヲ為シ』とは、当該登録意匠につき同条による実施権を主張するものが、自己のため、自己の計算において、その意匠実施の事業をすることを意味し、かつ、それは、その者が自己の有する事業設備を使用し、みずから直接に右意匠にかかる物品の製造、販売等をする場合だけでなく、その者が事業設備を有する他人に注文して、自己のためにのみ右意匠にかかる物品を製造させ、その引渡を受けて、これを他に販売する場合も含む」とし、「第三者が当該登録意匠につき旧意匠法9条による実施権を有する者からの注文に基づき、もっぱらその者のためにのみ右意匠にかかる物品の製造販売しているにすぎないときは、その第三者のする右物品の製造販売等の行為は右実施権を有する者の権利行使の範囲内に属する」としている<sup>2)</sup>。

また、先行品に係る発明（本件発明と同一の発明）は、Aがなしたものであるが、Bは、本件発明の内容を知らないで、本件発明と同一の発明をしたAから、該発明を知得したと考えられる余地があるから、「製造」に係る先使用権を取得したと法的に評価できる可能性がある<sup>3)</sup>。

ただ、本件ではAはBの100%親会社であったことから、AがBの指揮監督下にBの手足として行動していたと評価するのは困難な事例であったのかもしれない。

### (3) 業務形態の変更

では、先行品に関して、Bが取得する可能性のある先使用権の事業の範囲は「販売」であるのに対し、本件特許出願後のY製品については、Bの事業は「製造」であったとすると、他の業務形態に変更できるか否かの問題が次の問題となる。

この点につき、本判決は、先使用権を有している製造業者から、先使用権の範囲内の製品を購入し、他に転売する販売業者は、先使用権者たる製造業者の利益保護のために製造業者の有する先使用権を援用することができる<sup>4)</sup>が、それを超えて、販売業者にも製造業者と同一の先使用権を認めるのは、販売業者に過大な権利を与えるものとして、先使用権制度の趣旨に反する旨判示した。

学説上も、対象となる特許の出願前に実施していた事業が「製造（物の生産）」<sup>5)</sup>であれば、該特許出願後も「製造（物の生産）」のみに限定され、他の「使用」、「譲渡」等の事業に変更すれば、先使用権による保護は受けられないとの説<sup>6)</sup>のほか、発明の範囲内で他の実施形式への変更が許されること<sup>7)</sup>、特許制度の基盤は発明技術の生産活動にあることを理由として、事業の形態が物の生産という生産活動であるときは、使用、譲渡等の他の全ての事業形態への変更は許されるが、逆の使用、譲渡等の商業的活動に限られていたときは、これを根拠にして物の製造という事業形態に変更することは許されないとする有力説<sup>8)</sup>があるが、本件の場合、いずれの説でも先使用権による保護はないとする結論には違いはない。

### (4) まとめ

本判決は、先行品についてAが製造業者でありAが先使用権者であったとしても、Bの地位は販売業者、その事業は「販売」であって、Aの先使用権を援用できる地位（仮にBに先使用権が成立するとしてもその事業の範囲は「販売」）にすぎないと認定された時点で勝敗は決したと考えられる。

仮に、Yの論理構成が、先行品についての取引がBを中心とした企画（AはBの指揮監督下に置かれて先行品を製造した）であり、Bに製造に係る先使用権が成立するとの構成が可能で

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

あれば、結論は異なったかもしれないが、本件の事実関係からは、そのような論理構成は無理であったかもしれない。

## 2. 2 先使用権の援用等

現在の取引関係は、製造業者といえども自らが全てを製造するとは限らない。下請等の関係会社より部品を調達し、これをアSEMBルする製造形態もあれば、製造設備を有さずに開発、企画のみを行い、製品の製造は関係会社に発注する形態もある。ここでは、他社の先使用権を援用できる場合を整理し、最後に先使用権の移転について説明する。

### (1) 先使用権の援用

先使用権の援用の問題は、結局、援用者が関係する先使用権者の取得した先使用権の事業の範囲に影響されることになる。

#### 1) 先使用権者の下流に位置する者

「製造」及び「販売」に係る先使用権者である甲が製造した先使用権の範囲内の製品を購入し、他に転売し、又は使用した者である乙は、自己の先使用権の成立の可否とは関係なく、甲の先使用権を援用できる。その理由は、本判決も判示するように、もし乙の援用を認めないとすると、先使用権者たる甲の利益保護が不十分となり、また先使用権を認めた趣旨が没却されることになるからである。

また、甲が「販売」のみに係る先使用権者であった場合も、甲から該製品を購入し、他に転売し、又は使用した者である乙は、甲の先使用権を援用できると考えられる。販売とは該製品の購入者が、使用したり、転売したりすることを予定しているからである。

では、あまり考えにくい例ではあるが、甲が「製造」（自社使用のみを目的として販売を予定していなかった場合）のみに係る先使用権者である場合はどうであろうか。対象となる特許出

願後に甲が製造した製品を、甲から購入した乙は先使用権を援用することができない可能性がある。すなわち、上記した製造の事業形態の場合は、使用、譲渡等の他の全ての事業形態への変更は許されるとの説からすれば、この場合も甲の先使用権は成立し、乙は甲の先使用権を援用できるが、事業形態への変更は許されないとする説からは、甲の販売という事業形態には先使用権は成立せず、乙も甲の先使用権の援用はできないと解釈されるからである。

次に、甲が「使用」のみに係る先使用権者である場合は、甲には製造及び販売に係る先使用権は成立しないから、その製品を購入した乙は甲の先使用権を援用することはできないことになる。

#### 2) 先使用権者の上流に位置する製造者

「製造」及び「販売」に係る先使用権者である甲の発注により、先使用権の範囲内の製品の全部又は部品の製造をして甲に納入した乙は、甲に納入した製品につき<sup>9)</sup>、甲の先使用権を援用できる。

「販売」のみ先使用権者である甲の発注により、製品を製造をして甲に納入した乙は、甲の先使用権を援用することはできない。本件の事例である。同様に「使用」のみ先使用権者である甲の発注の場合も同様に考えられる。

では、「製造」のみ先使用権者である甲の発注により、甲に納入した乙は、甲が自社で使用する目的なら、甲の先使用権を援用できることは問題がない。しかし、甲が他に販売することを目的としているなら、どうであろうか。製造の事業形態の場合は、使用、譲渡等の他の全ての事業形態への変更は許されるとの説からすれば、この場合も甲の先使用権は成立し、乙は甲の先使用権を援用できるという結論になるが、事業形態への変更は許されないとする説では甲の先使用権を援用できないという結論になりそうである。しかし、後者の説を前提にしても、甲

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

の他への販売目的の有無という事情で、乙の援用の可否を決めることは躊躇される。

### (2) 間接侵害と先使用権

甲は対象となる丙の特許出願前に、該発明の構成の一部である部品の発明を完成し、乙は甲より該部品を納入して製品に組み入れて完成していた場合、換言すれば、甲は丙の特許権からすれば、間接侵害品に該当するような部品を製造、販売し、乙は直接侵害品に該当するような部品を製造、販売していた場合、乙に先使用権が成立することには問題がない。そして、甲が当該部品を製造して乙に販売することは、乙の先使用権を援用できることも問題がないであろう。しかし、当該部品を乙以外の丁に販売した場合は、甲は乙の先使用権を援用することはできない。この場合には甲に当該部品につき先使用権を認めるか否かの問題が生じてくる。また、該部品を甲より購入し、乙と同様の直接侵害品を製造した丁は甲の先使用権を援用できるであろうか。

まず、特許法79条は発明の全部を対象とし、間接侵害のような必須部分または課題解決に不可欠な部分（特許法101条1項1、2号）という発明の一部<sup>10)</sup>については、これを対象としていないか、少なくとも考慮していないものと考えられる。

しかしながら、「先使用権制度の趣旨が、主として特許権者と先使用権者との公平を図ることにあることに照らせば」<sup>11)</sup>、甲には特許法79条の適用ないし類推適用により先使用権が認められてしかるべきものと考えられる。

そもそも、特許制度上、特許権者側には直接侵害のほかに間接侵害制度が存在するのに対して、侵害と主張される側には、直接侵害に対抗する発明の全部を前提とする先使用制度しか存在しないと解することは妥当とはいえないからである。そうだとすると、特許法79条は、直接

侵害に対抗するとともに、間接侵害にも対抗できることが規定されていると解釈すべきことになる。つまり、同条の「…その発明の実施である事業をしている者…」の「発明の実施」とは、発明全体の実施だけでなく、間接侵害というところの発明の一部の実施も含まれると解釈ないし類推解釈をすべきことになる。

そして、このように、甲を先使用権により保護するなら、その保護を完全にするため、丁にも甲の先使用権を援用できることを肯定することになる。ただ、直接侵害品に相当する製品を製造する丁に対しても、甲の先使用権の援用で保護することになれば、特許権者たる丙には酷なようにも思えるが、間接侵害品に相当するような部品は、直接侵害品に相当する製品の必須部分ないし課題解決に不可欠な部分であるから、甲の完成した部品の係る発明は、単に部品のみではなく、製品全体を想定した発明とも考えられるので、やはり、丁も甲の先使用権を援用できるとすべきであると思われる。

### (3) 先使用権の移転

先使用権、すなわち、先使用に基づく通常実施権は、「…実施の事業とともにする場合、特許権者…の承諾を得た場合及び相続その他の一般承継の場合に限り、移転することができる。」（特許法94条1項）

一般承継の場合は当然として、特許権者の承諾のある場合は、許諾された実施権に転換されとも考えられるので、問題となるのは、実施の事業とともにする場移転の場合ということになる<sup>12)</sup>。なお、先使用権は法定通常実施権であるから、その成立については、登録等何等の対抗要件も必要ではないし、その移転についても特許法99条3項の適用はなく、登録は必要ではないと解されている<sup>13)</sup>。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

## 2. 3 実施形式の変更

本件では大きな争点とはなっていないが、本件でいう先行品とY製品とが同一の構造ではない場合に、「その実施又は準備をしている発明…の範囲内」といえるか否かの問題がある。

この点については、従来、実施又は実施の準備をしていた実施形式に限定されるという説（実施形式説）と実施又は実施の準備をしていた発明の範囲まで及ぶという説（発明思想説）とが存在したが、最高裁昭和61年10月3日判決（民集40巻6号1068頁 ウォーキングビーム事件）は、後者の発明思想説を採用した。すなわち、同判決は「特許法79条所定のいわゆる先使用権者は、『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』特許権につき通常実施権を有するものとされるが、ここにいう『実施又は準備をしている発明の範囲』とは、特許発明の特許出願の際（優先権主張日）に先使用権者が現に日本国内において実施又は準備をしていた実施形式に限定されるものではなく、その実施形式に具現されている技術的思想すなわち発明の範囲をいうものであり、したがって、先使用権の効力は、特許出願の際（優先権主張日）に先使用権者が現に実施又は準備をしていた実施形式だけでなく、これに具現された発明と同一性を失わない範囲内において変更した実施形式にも及ぶものと解するのが相当である。」としている。

この最高裁判決が実施形式説を排斥した点は妥当としても、考え方には疑問がある。すなわち、最高裁判決は、本件でいう先行品と、対象となる特許発明を比較し、先行品に具現されている発明が該特許発明の全部か又は一部（もともと「特許発明の全部か又は一部」とは何を意味するのか明確ではない。）に及ぶかによって先行品とY製品が同一発明か否かを結論しているが、先行品に具現された発明とは、あくまで

先行品によって認定されるべきものであり、また、対比すべきはY製品であるべきである。この最高裁判決後に出された大地方平成7年5月30日（最高裁ホームページ）、「先使用権は、実用新案登録出願の際に当該先使用権者が現に実施又は準備をしていた実施形式だけでなく、これに具現された考案と同一性を失わない範囲内において変更された実施形式にも及ぶものであるところ、ロ号物件のように引出棒本体の先端に蛍光目印部を設けたものも、イ号物件のように電球を付けたものも、本件考案と同一の技術思想の範囲内にあり、単に実施形式を異にするに過ぎないことは、本件考案の実用新案登録請求の範囲自体及び明細書の記載（…）から明らかであるから、ロ号物件の製造販売に基づく先使用権の効力は、イ号物件の製造販売にも及ぶというべきである。」（なお、ロ号物件が先行品、イ号物件がY製品に相当する。）としているが、この判断手法が妥当なものと思われる<sup>14)</sup>。

## 2. 4 証拠の保存

実務的な問題として、先使用権の立証は過去の事実の立証である関係上、担当者が既に退職していたり、その資料が散逸していることから、証拠の収集に窮することがある。これに対処するためには、いわゆるラボノートの作成をすることや、例えば装置に大きな改良を施したりした場合は防衛的な特許出願をすることも考えられる。しかし、ラボノートの作成はともかく、防衛特許の出願には費用がかかるという難点がある。これに代わる安価な方法としては、改良等をなした担当者からの特許を受ける権利の譲渡書に、対象たる発明の内容を記載した書面を添付し、この契約書に公証人の確定日付を受けるという方法がある。

## 2. 5 公然実施等との関係

先使用権の事例では、その要件（立証主題）

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

において共通する部分が多いことから、公知又は公然実施（特許法29条1項1、2号）の主張が並行してなされることが多い<sup>15)</sup>。すなわち、公知又は公然実施による新規性ないし進歩性欠如に基づく特許権行使の制限（特許法104条の3）の主張と、先使用権の主張がいわゆる選択的主張として主張されることが多く、前者の主張が認められて、後者の先使用権の主張は判断されないこともある。

本件のY（被告）からは特許法104条の3の主張（当時は権利濫用の主張）はなされていないが、関係当事者が全て守秘義務を負っている等の公知、公然実施を主張できない事情があったのかもしれない。

### 3. おわりに

現在の取引関係においては、製造業者といえども自らが全てを製造するとは限らない。製造、販売等の事業協力がある場合が多いが、その具体的な協力関係によっては、一部の者に先使用権が成立していても、他の者は該先使用権の援用を主張できない場合がある。したがって、先使用権の及ぶ範囲を十分に検討する必要があるであろう。また、先使用権の主張が可能な場合、特に事業の準備ではなく実施まで至っている場合は、公知、公然実施による特許権行使の制限の主張が可能なことも多いので、この主張の可能性を検討することが得策であろう。

#### 注 記

- 1) 中山信弘「工業所有権法 上 特許法」[第二版] 471頁
- 2) その他の裁判例として、大地判昭和41年6月29日（下民17巻5・6号586頁）、東地判平成3年3月11日（判例工業所有権法6558）がある。
- 3) 東地判平成12年1月28日（最高裁ホームページ）は、対象となる特許出願前に他社が発明した製法により製造された製品を輸入し、国内で販売している者に対して、輸入、販売につき先使用

権を肯定している。

- 4) この点については異論はない。東高判平成7年2月22日（知財集27巻1号23頁）
- 5) もっとも、製造（その物の生産）の事業は、多くの場合、その物の譲渡の事業を伴うと考えられる。
- 6) 前掲注1）中山470頁は「衡平という観点からは、事業目的を超えて他の業種まで実施の拡張を認める必要はない。」としている。
- 7) 最判昭和61年10月3日（民集40巻6号1068頁）同判決は本文でも述べる発明思想説を採用した。
- 8) 松本・美勢「注解 特許法 上巻 [第三版]」858頁
- 9) 乙が先使用権者に納入するとともに、先使用権ではない者に納入した場合は、当該製品については先使用権の援用ができず、先使用権の保護が受けられないと思われる。つまり、乙が製造した全ての製品を先使用権である甲に納入しないかぎり、甲の先使用権の援用はできないとする必要はないと考えるからである。
- 10) なお、前掲注7）最判昭和61年10月3日は「その実施形式に具現された発明が特許発明の一部にしか相当しないときは、先使用権の効力は当該特許発明の当該一部にしか及ばないのはもちろんであるが、右発明の範囲が特許発明の範囲と一致するときは、先使用権の効力は当該特許発明の全範囲に及ぶものというべきである。」として、「発明の一部」という用語を使用しているが、その意味するところは明確ではなく（前掲注8）松本・美勢855～856頁）、少なくとも間接侵害を想定しているとは考えにくい。
- 11) 前掲注7）最判昭和61年10月3日
- 12) 事業の移転とともにする先使用権の移転を認めた事例としては札幌高判昭和42年12月26日（下民集18巻11・12号1187頁）、千葉地判平成4年12月14日（知財集24巻3号894頁）がある。
- 13) 前掲注12）札幌高判昭和42年12月26日、中山信弘「ジュリスト」447号137頁
- 14) 前掲注8）松本・美勢855頁
- 15) 特に本件のような実施の準備より進んで、実施されているような場合は特許法104条の3の主張が成立する可能性は高い。

（原稿受領日 2005年10月14日）