

韓国の法律事務所が記入した回答を含む海外質問票¹

<設問>

Q1：2010年4月以降の制度等の変更の有無 2010年4月以降の制度等の変更の有無について質問します。
2010年4月以降、貴国において、先使用権に関する制度等の変化（法律の改正、規則・運用の変更、裁判上での運用の変更、勝訴・敗訴の割合の傾向の変化など）はありましたでしょうか。変化があった場合には、その時期、背景をお教え下さい。なお、我々の理解は以下です。

<我々の理解>

制度等の変化なし

<回答>

2014年6月11日に特許法第103条について法律の改正がありました、これは単に法の文章を易しく整備したものに過ぎず、制度の変更はありません。

<設問>

Q2：先使用権の根拠条文
先使用権に関する条文、規則について、お教え下さい。

<回答>

<1990年以前の法律>

第47条（先使用者の通常実施権）特許出願時に善意で国内でその発明の実施事業をしたり事業設備をしている者は、その特許発明について事業の目的の範囲内で通常実施権を有する。

<1990.1.13. 法律第4207号>

第103条（先使用による通常実施権）特許出願時にその特許出願された発明の内容を知らず、その発明をしたり、その発明をした者から知り得て、国内でその発明の実施事業をしたり、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でその特許出願された特許権について通常実施権を有する。

第102条（通常実施権）⑤第3項及び第4項以外の通常実施権は、実施事業のように移転する場合又は相続その他の一般承継の場合を除いては、特許権者（専用実施権に関する通常実施権においては、特許権者及び専用実施権者）の同意を得なければ、これを移転することはできない。

<2014.6.11. 法律第12753号>

第103条（先使用による通常実施権）特許出願時にその特許出願された発明の内容を知らずにその発明をしたり、その発明をした者から知って韓国内でその発明の実施事業をしたり、これを準備している者は、その実施したり準備している発明及び事業の目的の範囲でその特許出願された発明に対する特許権に対して通常実施権を有する。

第102条（通常実施権）⑤第3項及び第4項による通常実施権以外の通常実施権は、実施事業とともに移転する場合又は相続若しくはその他の一般承継の場合を除いては、特許権者（専用実施権に関する通常実施権の場合には特許権者及び専用実施権者）の同意を得なければ、移転することができない。

<設問>

Q3：詳細な文書の有無
施行規則等の詳細な規定について、お教え下さい。

<回答>

本法律（特許法第103条）について、特許法施行令および特許法施行規則はありません。

¹ 特許庁委託の平成27年度産業財産権制度問題調査研究において、海外質問票を韓国の法律事務所（崔達龍国際法律特許事務所（崔 達龍氏 | 所長 / 韓国弁理士）<http://www.choipat.com/>）に送付し、これに対して法律事務所が記入した回答を含む海外質問票の全文です。

<我々の理解>の記載については、特段の記載がない限り、「平成22年度特許庁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報告書」 社団法人日本国際知的財産保護協会 2011年3月」の結果を参考にして作成され、事前に回答者に示されたものです。また、<設問>又は<我々の理解>においてウェブサイトのURLを付記した情報は、海外質問票の送付時の当該ウェブサイト掲載内容に基づくものです。

<設問>

Q4：趣旨（経済説、公平説等）

貴国の先使用権制度の趣旨について、以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教え下さい。

<我々の理解>

先使用権は先願主義を採択している特許制度の下で、最も早い出願に特許権を付与するという形式上の欠陥を補うための趣旨で規定している。韓国では制度の趣旨について多様な学説があるが、公平説と経済説が有力である。

<回答>

変更はありません。

<設問>

Q5：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）

貴国の先使用権制度の導入の経緯あるいはモデルとなった法制について、以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教え下さい。

<我々の理解>

1961年に制定された特許法（法律第950号、1961年12月31日）から、先の使用による非排他的ライセンスが採用されているが、日本国特許法の条文を参考にしたものと思われる。

<回答>

変更はありません。

韓国特許制度の初期には、すべて日本特許法の条文を参考にし、ほぼ同一でした。

<設問>

Q6：先使用権が認められるための個別要件およびその解釈

韓国特許法第103条（又はその他）で認められる先使用権の個々の要件とその解釈について、以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教え下さい。

<我々の理解>

先使用権の取得要件は、

A：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自らその発明をした者から知得し、特許出願時に

B：韓国国内においてその発明の実施である事業をし、又はその事業の準備をしていることである。

<回答>

変更はありません。

<設問>

Q7：善意の意味（条文上の有無と定義の有無）

韓国特許法第103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が、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教え下さい。

<我々の理解>

韓国特許法には「善意（in good faith）」の要件は設けられていない。ただし、1990年改正以前の法では「善意で」という用語を使用しており、他人の特許出願時にその他人に帰属すべき発明を、実施している者が知っているか否かの問題と解釈されていたが、1990年改正法では「発明の内容を知らないで自らその発明をし、又はその発明をした者から知得して」として発明の知得の経路を要件とし、他人から発明を知得した場合にそれが善意である限りその発明の知得経路は問題にならないようにした。

<回答>

変更はありません。

（上記内容は、特許庁発刊「特許法制に対する沿革的考察（特許庁、2007）」に掲載された内容です。）

<設問>

Q8： 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

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否かについて質問します。

韓国特許法第 103 条では、「特許出願時にその特許出願された発明の内容を知らずにその発明をしたり、その発明をした者から知得して韓国国内でその発明の実施事業をしたり、その事業の準備をしている者は」とあります。本条を参照すると、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でも、先使用権が認められるように解されます。この条文の意味について、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010 年 4 月以降の変更等、ありましたら、お教え下さい。

<我々の理解>

先使用権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独自に発明をし、又はその発明をした者から知得し」、発明の実施事業などをしていなければならない。すなわち、先使用者の実施は、特許出願に係る発明とは関係なく知得されたものでなければならない。

なお、冒認出願された特許に対して先使用権を有し得るのかについては、正当な発明者の実施事業などに対する先使用権の認定には異論がない。さらに、その正当な発明者から発明を知得した者などの場合についても、先使用権を認めなければならないという見解が一般的である。

<回答>

変更はありません。

より具体的に見れば、「発明の内容を知らずに」とは、特許出願をした発明について、それを完成した発明者とその起源を異にする独立した別個の発明者又はその独立した別個の発明者の承継人に限り、先使用権を認めることで、先使用権による保護を、いわゆる二重発明の場合に限定することです。

したがって、特許出願発明の発明者と特許法第 103 条の権利を主張する者が発明の完成される途中の段階までは共同で研究してきたが、途中でそれぞれ別れて研究をして完成された発明が同一のものとする場合、うち発明の起源が等しい場合は、どのような段階まで共同で研究したのかという事実を具体的に検討して判断しなければなりません。(漢陽大学校法科大学ユン・ソンヒ教授、「先使用による通常実施権」)

<設問>

Q9： 先使用権の基準日はいつか

韓国特許法第 103 条では、「特許出願時」とあります。この特許出願日について、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010 年 4 月以降の変更等、ありましたら、お教え下さい。

<我々の理解>

韓国特許法における特許出願時とは、韓国における通常の出願日に加えて、国内優先権を主張した特許出願の場合には国内優先権主張の基礎になる先出願の出願日が先使用権の判断基準になるとの規定がある(特許法第 55 条③)。

<回答>

変更はありません。

より具体的に、「特許出願時」とは通常「特許出願日」よりは少し幅広く解釈することが望ましいです。すなわち、事業の実施準備は、正確な日時を決めるのは難しいので、「特許出願時」は、特許出願日前後とみなすこともあると思います。

<設問>

Q10： 実施の準備の意味(定義の有無)

韓国特許法第 103 条では、先使用権の要件として「実施事業をしたり、その事業の準備をしている者」が規定されております。この中で「事業の準備」の意味について、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010 年 4 月以降の変更等、ありましたら、お教え下さい。

<我々の理解>

ここで、「実施」とは、事業者がその発明の実施をしていると認められる客観的事実があることをいう。「実施の準備」とは、少なくともその準備が客観的に認められる程度のものを必要とする。

また、類似の見解として、漢陽大学校法科大学ユン・ソンヒ教授は、少なくともその準備が実験や研究段階では不足し、発明を完成してその発明を実施する意図をもって現実的にその実行に着手した実績が客観的に認められる程度のものを必要としているといえる、としている。さらに、直ちに事業を実施する意図があ

り、その意図を証明することができる客観的な証拠がある場合には実施事業を準備しているとみなされなければならない、とする学説もある。

実施の準備の例としては、その事業に必要な機械を発注して既に設備を具備した、雇用契約を締結して相当な宣伝活動をしている場合等が挙げられている。学説としても、特許発明を実施するための工場敷地の買入れ、事業設備の購入契約などが挙げられている。

旧法（1990年改正以前の法）では「事業設備を有している者」と表現されていたが、1990年改正法において「実施の準備をしている者」と改正された。

実施の準備とは、どの程度までの準備段階を指すものであるのかが問題になり得るが、少なくとも、その準備が客観的に認められる程度のものである必要がある。したがって、「単に頭の中で発明の実施をしよう、あるいは、実施に必要な機械購入のために銀行に資金貸出の申請をした、という程度では事業の準備といえないであろう。しかし、その事業に必要な機械を発注して既に設備を備えたり、雇用契約を締結して相当な宣伝活動をしたりしている場合は、事業の準備中に含まれるであろう。」なお、これらの実施及び実施の準備は韓国国内でなされなければならない。

<回答>

変更はありません。

<設問>

Q11： 実施又は準備の実行場所

実施又は実施の準備が先使用権の要件となっている場合、その行為は、どこで行うことが求められていますか（国内、条約締約国の範囲内等）。

<回答>

特許権の効力は、国内にのみ及びますので、実施または実施の準備が“国内”で行われることを要求しています。

<設問>

Q12： 特許出願前に実施していたが、基準日には実施していない場合に認められるか

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について質問します。

韓国特許法第103条では、「特許出願時にその特許出願された発明の内容を知らずにその発明をしたり、その発明をした者から知得して韓国国内でその発明の実施事業をしたり、その事業の準備をしている者」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か、あるいは実施の開始から基準日まで継続していなければならないのか、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か、これらの点について、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教え下さい。

<我々の理解>

韓国特許法第103条は「特許出願時」にその発明の実施事業や事業の準備をしていることを要件としている。

これに関し、黄宗煥は特許出願時に一旦事業を中断したり、放棄したりした場合には先使用権が認められないとしている。また、金珉熙も、一旦発生した先使用権に対してはその後の実施事業などが一時中断されても先使用権が認められるが、単に特許出願前に実施したことがあるということだけでは先使用の対象になることができないとしており、特許出願前には実施していたが、その後の事業の中断等により特許出願時に実施していない場合、先使用権が主張できないと考えられる。

なお、出願当時に実施事業や事業の準備をしており、その後事業を一時中止したが、その中止は一時的な中止であって将来実施行為を再開すると認められる客観的事実がある場合には、先使用権の効力が認められると判断することができると考えられる。ただし、これはあくまでも一時的に中止した場合に限ってであり、実施事業を廃止又は放棄した場合には認められないと解される。「客観的事実」について、予め何らかの証拠を用意する必要があるのか等については、明確な規定や判例は提示されていない。

また、経済上の理由で事業を一時廃止した場合、通常実施権を認めるのが公平・経済的観点に合致し、さらに事業の廃止と中止はその区別が容易なことではないので、このような場合にも先使用権を否定できないという見解もある。

<回答>

変更はありません。

私の意見としては、出願当時に事業施設および事業の準備をしている範囲で保護されて、その後しばらく中断したとしても、その後再開する場合、出願当時に準備した範囲内で保護され、拡張を認められないと思います。

<設問>

Q13： 輸入行為が対象となるか

貴国において、輸入する行為は先使用権の対象となるのかについて、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教え下さい。

<我々の理解>

韓国特許法の場合、特許法第2条3.の実施行為に相当すれば、すべて特許法第103条の実施行為に該当し、特別に先使用権を発生させない実施行為はないと考えられる。

<回答>

変更はありません。

ただし、「実施事業をしたり、その事業の準備をしている者」とは、研究着手、実験、事業化など実際の発明の過程を経なければならず、単純に輸入、販売等を意味するものではありません。

<設問>

Q14： 輸入販売の先使用権

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、以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教え下さい。

<我々の理解>

「実施の準備」と認められるためには、その準備が客観的に認められる程度のものであるかどうかが重要であると考えられる。したがって、事業の準備段階から客観的に立証することができる資料などを徹底的に準備することが必要であると考えられる。

また、実施又は実施の準備は韓国国内でなされなければならない、たとえ外国で事業を実施したとしても韓国国内で行われない場合には法文上先使用権が認められないことに留意する必要がある（ただし、発明の創作が韓国国内である必要はない）。

<回答>

変更はありません。

<設問>

Q15： 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）

貴国において、輸出行為が先使用権の対象となるのかについて、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教え下さい。

<我々の理解>

特許法において、輸出行為は発明の実施行為として規程されていないため、先使用権の要件である「発明の実施である事業、又はその事業の準備をしている」に該当しない。

<回答>

変更はありません。

（参考：韓国で外国に輸出行為自体だけでは先使用権の対象ではないが、韓国で設備をして製造したものを輸出する場合は該当すると見なされます。）

<設問>

Q16： 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）

韓国特許法第103条では、先使用権の要件として「発明の実施」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。これらを踏まえ我々は先使用権の要件であ

る「発明の実施」と特許の無効との関係についてお教え下さい。

<回答>

私見ではあるが、特許発明の出願前に先使用者が公然実施をした場合、当該特許発明は新規性違反の無効事由を有するとみることができる。よって、公然実施があった場合には先使用权が認められる必要がないという見解もある。しかしながら、先使用权は、条文上明示されている要件を満たせば発生するものであり、さらに、特許権は審判等によって無効と確定されるまでは有効とされるため、侵害訴訟の場面で先使用者は自らの実施に基づいて、先使用の抗弁を行うことができるという点で意義があるものと考えられる。

また、先使用者が当該特許発明の出願前に発明の内容について秘密を維持した状態で事業を実施した場合には、当該特許権は有効に存続する。

なお、特許発明がパリ条約による優先権を伴い、先使用者の実施が当該特許発明の優先日以後出願日以前であった場合には、特許権と先使用权が両立する可能性もあると思われる。

<設問>

Q17：先使用权者が実施できる範囲（物的範囲）

韓国特許法第 103 条には、先使用权者が実施できる範囲について、「事業の目的の範囲内」とあります。この条文の意味について、以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010 年 4 月以降の変更等、ありましたら、お教え下さい。

<我々の理解>

「事業目的の範囲内」とは、先使用者が当該特許の出願当時に特許発明を自動車製造分野に適用していた場合には、この事業目的の範囲を脱した、例えば船舶の製造分野には適用することができないという意味である。さらに、苛性ソーダの製造のために当該発明を実施していた場合は、苛性ソーダの製造業の範囲内でのみ通常実施権を有するものであり、当該設備を製鉄事業に転用することはできないという意味である。ただし、苛性ソーダの製造に使用する限りは、その製造規模を拡大することは許容される。

<回答>

変更はありません。

<設問>

Q18：生産規模の拡大の可否

先使用权者は、他者の出願後に、生産規模を拡大することが認められるのか、認められるとすれば、どの程度までの拡大が認められるのかについてお教え下さい。

<回答>

先使用权は先使用权者が実施していた事業の目的を続けて行うことができるようにするためのものであるため、先使用权者はその事業目的の範囲内であれば事業規模を拡張して発明を実施しても問題にならないと考えられる。

判例・学説はありませんが生産製造規模の拡大は認められるものと思われます。

(条文別特許法解説第 103 条／特許庁)

ただし、先使用以上の特許権を侵害する拡張行為は、先使用权に認められないと思います。

<設問>

Q19：輸入数量の拡大の可否

先使用权者は、他者の出願後に、輸入数量を拡大することが認められるのか、認められるとすれば、どの程度までの拡大が認められるのかについてお教え下さい。

<回答>

Q18 と同様に、先使用权者はその事業目的の範囲内であれば事業規模を拡張して発明を実施しても問題にならないと考えられる。

ただし、単純な輸入は、国内で実施したものは見られないため、先使用权に認められないと思われます。

(判例・学説は無し)

<設問>

Q20： 実施地域の変更の可否

先使用権者は、他者の出願後に、実施地域の変更をすることが認められるのかについてお教え下さい。

<回答>

韓国内であれば、法文上の実施地域に対する規定がないので、実施したり準備している発明及び事業目的の範囲内であれば、韓国内の実施地域を変更（すなわち工場の移転など）は認められると思われま。ただし、外国に移転することは許されないと思います。（判例・学説無し）

<設問>

Q21： 実施行為（製造、販売、輸入等）の変更の可否

先使用権者は他者の出願後に、実施行為（製造、販売、輸入等）の変更をすることが認められるのか、認められるとすればどの程度の変更までが認められるのかについて、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教え下さい。

<我々の理解>

実施行為の変更について明確な規定はなく、また判例も出ていない。

韓国特許法第103条は「発明の実施事業」とのみ定めており、実施行為に対しては限定していないので、実施行為の変更は許容され得る。例えば、生産行為を譲渡行為に変更して拡大することが可能であるという問題は、積極的に解釈すべきである。ただし、実施行為が生産行為の場合に譲渡、使用行為への拡大を認めることは可能であるが、反対は認められないと解釈される。

なお、事業の目的については、実施する事業の部類を意味すると解し、事業部類を異にする実施までは先使用権を認めない（例えば、包装用容器の発明に対して、TVの生産・販売を目的に当該発明を実施して包装・販売していた者が、その後に事業の目的を陶磁器の生産・販売にまで拡張しても、その陶磁器の生産・販売にまでは先使用権を認めない）、とする見解と、通常の事業者ならば当然経営するものと予想される事業部類まで含むと解釈する見解とがある。

<回答>

変更はありません。

先使用権は、特許権を前提にして、特許権を侵害する範囲の拡張を認めないということであって、特許権と関係のない拡張は可能であり、これは先使用権とも関係がない。

<設問>

Q22： 実施形式の変更（製法の変更）の可否

先使用権者は、他者の出願後に、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の実施形式の変更（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。）をすることが認められるのか、認められるとすればどの程度の変更までが認められるのかについて、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教え下さい。

<我々の理解>

実施形式を変更した場合に先使用権が認められるかどうかについて、明確な規定はなく、また判例も出ていない。

実施形式の変更は、実施又はその準備行為を通じて具現化された技術思想を抽出して得られた発明の占有範囲内で肯定されるといえる。ただし、先使用権としての通常実施権の範囲は特許出願時の実施又は準備していた発明及び事業目的の範囲に限定されるとみななければならない。

そのため、先使用権は常に特許発明全部に成立するのではなく、例えば先使用権に係る発明が特許発明の一部にすぎない、又は上位概念の特許発明に対して下位概念の発明の場合ならば、先使用権はその特許発明の一部、又は下位概念の発明の範囲内でのみ認められることとなる。

発明の実施の場合、いつも同じ形態でなされるものではなく、少しずつその形態を変えるのが一般的であるため、その態様や形式の変更がいわゆる均等の範囲に属する場合には、それは発明の範囲に属するものと解釈して先使用権の範囲に属するとみられる、としている。

これに対し、「通常の事業者であれば当然実施すると予想される範囲内の発明まで包括する」、すなわち発明の範囲としてみる学説も存在し、明確な基準や判例は提示されていない。

<回答>

変更はありません。

実施形態の変更により、出願当時の先使用範囲に該当する特許権の範囲を超えた場合、先使用権を認めることができないと思われま

<設問>

Q23： 実施形式の変更（改造等）の可否

先使用権者は、他者の出願後に、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。）の実施形式の変更をすることが認められるのか、認められるとすればどの程度の変更までが認められるのかについて、お教え下さい。

<回答>

これに対する明確な規定や判例はありません。

Q22 の答えと同一。

<設問>

Q24： 下請企業と元請け企業先使用権

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。先使用権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、先使用権が認められるのか、また、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かについて、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教え下さい。

<我々の理解>

先使用権の援用に関しては、具体的な判断基準や判例は提示されていないが、先使用権者から注文を受けた下請企業が特許発明を実施して先使用権者に納品した場合、当該下請企業が先使用権者のいわゆる「一機関」としての要件を満たすならば、その下請企業の実施行為も先使用権者によるものと見ることができるので、先使用権により保護できるという見解がある。

なお、ここで「一機関」の関係にあるとするためには(i)先使用権者が下請企業に報酬を支払って、物を生産するようにする契約（納品契約）が存在しなければならず、(ii)下請企業は物を生産するにおいて原料の購入、製品の形状、品質などについて先使用権者の指揮、監督を受ける関係（指揮、監督関係）になければならず、(iii)下請企業が生産した物は先使用権者にすべて引き渡されて下請企業は他の行為（販売）などをしてはならないという条件をすべて備えなければならない、とされている。

<回答>

変更はありません。

<設問>

Q25： 対抗要件（登録要否）

貴国の先使用権制度に関して、これを登録するような制度が設けられているのかについて、以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教え下さい。

<回答>

先使用権は法定実施権であるので、その権利を登録しなくても対抗力を有する（特許法第118条②）。法上で「登録しなくても・・・」という表現を登録することが出来ると解釈されます。

<設問>

Q26： 第三者に効力が及ぶか（再販売）

他者の出願後（優先日以降）において、先使用権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について、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教え下さい。

<我々の理解>

学説によると、特許権者の実施許諾を受けた通常実施権者が製造した製品を使用又は販売する場合と同様に、先使用権者が製造した製品を第三者が購入して使用又は販売する行為も適法な行為に該当する。

<回答>

変更はありません。

<設問>

Q27： 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）
韓国特許法第 103 条では、先使用権は「実施事業とともに移転する場合」に限って譲渡ができることと規定されております。この条文の意味について、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010 年 4 月以降の変更等、ありましたら、お教え下さい。

<我々の理解>

先使用権を移転できる場合は次の 3 つに整理することができる。すなわち、(i) 実施事業とともに移転する場合、(ii) 相続その他の一般承継の場合、(iii) 特許権者の合意を得た場合、に移転が可能である（特許法第 102 条⑤）。

<回答>

変更はありません。

<設問>

Q28： 大が小を飲む合併
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の具体的なケースについて、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010 年 4 月以降の変更等、ありましたら、お教え下さい。

<我々の理解>

例えば先使用権者が一部地域で活動する小企業で、この小企業が全国的な規模の大企業に買収された場合には、相続その他の一般承継の場合に該当するので、特許権者の許可がなくても先使用権が大企業に移転されるものと考えられる。その際、本来の先使用権者が一部地域で活動する小企業であっても、先使用権が及ぶ地域的範囲は国内全域に及ぶことになるものと考えられる（具体的な規定や判例は今のところ存在しない）。

<回答>

変更はありません。

<設問>

Q29： グループ企業で先使用権を共有
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かについて、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010 年 4 月以降の変更等、ありましたら、お教え下さい。

<我々の理解>

具体的な規定や判例は今のところないが、以下のように考えられる。先使用権者とは個人又は一つの法人格を意味するのが妥当であり、先使用権が認められた一企業のみが先使用権を有する。よって、グループ内の他の企業には先使用権が認められないと考えられる。親会社と子会社の関係においてもこれらは同様である。

<回答>

変更はありません。

<設問>

Q30： 外国製品の輸入販売で製造の先使用権が得られるか
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のかにつ

いて、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教え下さい。

<我々の理解>

親会社又は子会社が海外で生産して、その子会社又は親会社である韓国企業が韓国内に輸入及び販売をしている場合、先使用権の他の要件を満たす限り韓国企業の輸入及び販売行為に対しては先使用権が認められる。ただし、実施行為の変更が認められるかどうかは問題になり得る。なお、輸入、販売などの実施行為から生産行為に拡張変更することは許容されないと解され、上記韓国企業の生産行為に対してまでは先使用権が認められないと考えられる。

<回答>

変更はありません。

<設問>

Q31： 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。

<回答>

特許法第118条③には、通常実施権の移転は登録しなければ第三者に対抗することができない旨、規定されています。すなわち、韓国では先使用権の移転について登録できると解釈されます。特許法第85条①及び同2.では、特許庁長は特許原簿に通常実施権の移転について登録する旨、規定されています。

<設問>

Q32： 再実施許諾の可否

貴国法における先使用権者の再実施を許諾する権原の有無について、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教え下さい。

<我々の理解>

先使用権者には再実施を許諾する権原はない。（判例・学説無し）

<回答>

変更はありません。

<設問>

Q33： 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が、例えば、事業の廃止、あるいは長期の中断があった場合にあるのかについて、お教え下さい。

<回答>

特許権が消滅した場合には、先使用権ももちろん消滅されると解釈されます。法文と判例はありませんが、特許権の消滅以前でも事業を中断するのであれば、先使用権も消滅すると思われれます。ただし、また再開するのであれば、先使用権も維持されると解釈されなければならないものと思われれます。

<設問>

Q34： 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かについて、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教え下さい。

<我々の理解>

対価を支払う必要がない。

<回答>

変更はありません。

<設問>

Q35：先使用権制度の普及啓発

貴国で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）。

<回答>

普及啓蒙活動はありません。

ただし、先使用権を保護するためにタイムスタンプを活用する場合があります。

<設問>

Q36：先使用権の利用状況

貴国での先使用権制度の利用頻度について、お教え下さい。

<回答>

ほとんどないと見受けられます。

<設問>

Q37：先使用権の判例の利用可否

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）。

<回答>

公表された判例がありません。

<設問>

Q38：先使用権主張の目的（抗弁か確認）

貴国で先使用権制度が利用される場面について、お教え下さい。

<回答>

先使用権制度はさほど活用されていません。

<設問>

Q39：先使用権が認められた典型的な例

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。

<我々の理解>

事件名：登録意匠権利範囲確認

判決日付：1974年8月30日

判決番号：大法院（最高裁）1974年8月30日宣告73フ8判決

判示事項：本件の意匠登録の出願前から意匠の事業を実施したのであれば、本件意匠範囲内で実施権を有するというのが意匠法第24条（旧法第13条）の法義であるため、先使用権があるか否かは、その権利範囲を確認するのに何らの関連がない。

事件名：特許権侵害禁止

判決日付：2006年2月14日

判決番号：ソウル高等法院 2008年11月19日宣告 2008ナ37478判決

判示事項：出願前の実施に対して先使用権を認定した事例。

<回答>

先使用権が認められた新しい判例は発見されておりません。

ご参考として韓国では判決文をすべて公開するのではなく選別して公開しています。

<設問>

Q40： 外国企業の裁判例

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。

<回答>

発見されていません。

<設問>

Q41： 先使用権立証の証拠

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、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教え下さい。

<我々の理解>

先使用権の立証に関して、具体的には技術開発計画書、開発会議・会議録、作業開始命令書、試作図面、実験計画書、実験報告書、設計図面、見積り仕様書、官公署への申告申請書、事業計画書、最終製作図面、発注書、カタログ、広告、広告掲載の雑誌、新聞、業界紙、取引先・下請工場等第三者の証明書・陳述書、等の証拠が考えられる（物の宣伝用パンフレットなどは疑義がある）。

一般には書証が最も確実な証拠として認められていると考えられるため、上記立証手段を、できれば書証として収集して立証することが効果的である。

一方、私文書の公証は日常生活で発生する取引について証拠を保全して権利者の権利実行を容易にするために特定の事実や法律関係の存否を証明するための制度である。私文書の公証は、公証認可を受けた合同法律事務所と法務法人、又は任命された公証人の事務所で受けることができる。なお、上記のような所が全くない地域では地方検察庁の支庁でも公証を受けることができる。確定日付を受ける公証の場合、公証を囑託しに行く者の身元を確認することができる身分証明書のみあれば誰でも公証を受けることができる。

技術開発計画書、開発会議録、実験計画書、設計図面、開発した製品の仕様書等について確定日付の捺印による公証を受けることにより、技術内容が公開されるおそれなく、低廉な費用で先使用の強力な証拠を確保することができる。一般的に1件当たり1000ウォンが基本費用であり、4枚超過時には4枚当たり100ウォンの料金が追加される。

先使用者が同一の発明に対して特許権者より先に出願した後、公開前にこれを撤回又は放棄した場合には、先使用者の先発明に対する証拠になると考えられ、一応先使用などに関する証拠として活用される余地があると考えられる。

<回答>

変更はありません。

<設問>

Q42： 公証制度の有無（宣誓供述書の利用）

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かについて、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教え下さい。

<我々の理解>

公証制度があり、関連法令として公証人法、公証人手数料規則などがある。タイムスタンプ制度については、法制化されたものはないと認識している。最近、韓国情報認証という民間企業が電子文書に対するタイムスタンプサービスを開始した。

<回答>

研究ノート拡散支援本部 (www.e-note.or.kr)、営業秘密保護センター (www.tradesecret.or.kr)などで、タイムスタンプサービスを利用して、時点認証をしています。

<設問>

Q43： 公証制度

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、我々は以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教え下さい。

<我々の理解>

公証協会：<http://www.koreanotary.or.kr/>

料金は「公証人手数料規則第2条以下」

<回答>

公証協会ホームページで最新情報を得ることができます。

<設問>

Q44： 提供される具体的な公証サービスの内容

我が国では公証サービスとして、確定日付、私署証書、事実実験公正証書、電子公証等が提供されています。韓国において、公証制度のもと提供される公証サービス（タイムスタンプを除く）について具体的にお教え下さい。

<回答>

私権に関する事実についての公正証書（事実実験公正証書）、私署証書認証、私署証書謄本認証、電子公証、確定日付の押印等が提供されています。

<設問>

Q45： 公証の裁判での法的効力

貴国において、公証によって保証される裁判での法的効力についてご説明下さい。

<回答>

公証は、文書に公的証拠力を付与することで、その文書が偽造された文書ではないということについて強力な証拠になります。

<設問>

Q46： 公証の裁判事例

貴国において、公証（タイムスタンプを除く）の証拠力が裁判で争われた事例がありましたら、お教え下さい。

<回答>

発見されたものではありません。

<設問>

Q47： 製品に対する公証の活用方法

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が利用されるか、また、よく利用されている方法について、お教え下さい。

<回答>

韓国では、署名または押印がある文書に対してのみ公証をしています。
製品そのものは公証をしていません。

<設問>

Q48： 映像に対する公証の活用方法

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が利用されるか、また、よく利用されている方法について、お教え下さい。

<回答>

韓国では、映像に対するものまたはデータに対して公証をしていません。

<設問>

Q49： 企業での公証の利用状況

貴国の企業が、先使用権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。

<回答>

まだ先使用権制度をほとんど利用していないようです。

<設問>

Q50： タイムスタンプ機関及び運営主体等

貴国において、タイムスタンプサービスを提供する機関、運営企業等について、その主体、開始時期、サービス概要、運用実績について、お教え下さい。なお、調査に基づき我々が理解している内容を、下記に付します。修正、追加等ございましたら、ご教示下さい。

<我々の理解>

韓国情報認証（代表コ・ソンハク）、タイムスタンプソリューション（代表キム・ドンヒョン）
<http://www.timestamping.co.kr/>

<回答>

1. 研究ノート拡散支援本部（www.e-note.or.kr）

(1) ‘基礎研究振興および技術開発支援に関する法律’第6条第1項による研究機関（または研究機関所属の研究員）（政府出捐研究機関、大学等）を対象にし、行政安全部から時点認証情報を受けて、電子研究ノートの記録日時と偽・変造可否を確認することができる時点認証サービスを提供しています。

(2) 2009年から事業を開始し、特許庁の傘下機関です。

2. 営業秘密保護センター（www.tradesecret.or.kr）

(1) 営業秘密管理用システムを提供、営業秘密保有時点認証支援などの公共サービスを提供しています。

(2) タイムスタンプを利用して、原本（電子指紋）登録および原本（電子指紋）証明サービスを提供しています。

原本（電子指紋）登録：原本電子ファイルから抽出した電子指紋、公認認証書の電子署名情報、公認認証機関の時間情報を持ってして、該当材料の保有可否、所有者および保有時点を営業秘密保護センターに登録

原本（電子指紋）証明：利用者が保管中である電子文書から抽出した電子指紋と営業秘密保護センターに保管中である電子指紋を比較して、原本可否を証明。

(3) 2012年から事業を開始しており、韓国特許情報院傘下機関です。

3. 行政安全部からタイムスタンプを活用しており、国家の行政機関、公共機関などの官公署で利用されている文書に適用されています。

<設問>

Q51： タイムスタンプの証拠力をさらに高める公的機関

タイムスタンプが付与された資料の証拠力を高めるサービスを提供する公的機関があれば、その具体的内容とともに教えてください。

<回答>

行政安全部では、政府時点確認センター（GTSA）インフラを構築して民願書類（国民の請願書類）、行政情報等の電子文書に対しタイムスタンプ発行・検証サービスなどを行っており、研究ノート拡散支援本部

（www.e-note.or.kr）で真実性の検証サービス、営業秘密保護センター（www.tradesecret.or.kr）で原本証明サービスをしています。

<設問>

Q52： タイムスタンプ会社と ISO の関係

貴国において、タイムスタンプサービスを提供している会社は ISO（ISO/IEC 18014）に準拠しているかについて、お教え下さい。

<回答>

現在 ISO（ISO / IEC18014）に順守しています。

<設問>

Q53： タイムスタンプの証拠力

貴国において、タイムスタンプの証拠力について法上の規定は存在するかについて、お教え下さい。

<回答>

電子文書の時点確認および真実性に関連して、電子政府法施行令（第 6 条、第 32 条）、電子金融取引法（第 20 条）などがあります。

<設問>

Q54： タイムスタンプの裁判事例

貴国において、タイムスタンプの証拠力が裁判上争われた事例について、詳細にお教え下さい。

<回答>

判例で公知されたものはありません。

<設問>

Q55： 外国のタイムスタンプの訴訟での有効性

貴国において、貴国以外の国で付されたタイムスタンプの訴訟上の有効性についてお教え下さい。

<回答>

判例はありませんが韓国以外の国で付与されたタイムスタンプは、韓国での実施が明確で、認証機関の信頼性があれば有効だと見なします。

<設問>

Q56： 企業のタイムスタンプの利用状況

貴国の企業が、先使用権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。なお、我々の理解は以下です。

<我々の理解>

タイムスタンプ制度は電子政府化に合わせて官公署を中心として活用が広がっている状況である。

<回答>

あまり多くは使用していないように見えますが、研究所で電子研究ノートを活用したり、営業秘密に関して、営業秘密保護センターの営業秘密標準管理システムを利用しているように思われます。

<設問>

Q57： 裁判において、タイムスタンプが付された電子データの存在を立証する手段

貴国の裁判において、タイムスタンプが付された電子データの存在を立証するための一般的な手段（例えば、裁判所にどのような書類を提出するか、等）をお教え下さい。

<回答>

1. 公文書が本物なのか疑わしいときには、裁判所は職権で該当公共機関で照会することができ（民事訴訟法第 356 条第 2 項）、電子文書真実確認センター（www.gtsa.go.kr）で真実性検証が可能です。
2. 研究ノート拡散支援本部（www.e-note.or.kr）で真実性検証サービス、営業秘密保護センター（www.tradesecret.or.kr）で原本証明サービスで真実性を検証しています。

<設問>

Q58： 公証、タイムスタンプ以外の証明力を高める手段

貴国において、公証、タイムスタンプ以外に証拠資料の証明力を高めるため訴訟において有効的な手法がありましたら、お教え下さい。

<回答>

タイムスタンプ、公証が一般的ですが、審査請求せず出願をして放置して公開させてしまう方法もあると思います。

<設問>

Q59： 裁判において、タイムスタンプが付与されていない電子データに関して、その存在を立証する一般的な手段

貴国の裁判において、タイムスタンプが付与されていない電子データの存在を立証（電子データの日付の立証、当該日付以降に電子データの変更・改ざんがないことの立証等）する有効的な手法がありましたら、お教え下さい。

<回答>

研究過程など、他のデータと周辺の状況と合わせて日付を推定したり、関係者達の証人採択などで可能ではあるが、認められるには非常に難しいものと思われます。

<設問>

Q60： 先使用権制度改正の動き

貴国において、先使用権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はあるかについて、以下のように理解しております。追加情報、認識の誤り、2010年4月以降の変更等、ありましたら、お教え下さい。

<我々の理解>

公表されていない。

<回答>

法改正について知られているものはありませんが、今後、特許紛争が徐々に高度化され、技術が複雑になりながら、先使用権に対する認識は高まるとみられ、その時には法制度も具体化されることと思われます。