

特許権の消耗と黙示の許諾

Exhaustion and Implied License of Patent Right

弁理士 古谷栄男 Hideo Furutani, Patent Attorney

抄録

特許権の消耗は、特許権者の意思とは関係なく成立すると解するのが妥当である。ただし、特許権者の権利を不当に害することの無いように、消耗論は、明確かつ限定された範囲で適用する。具体的には、特許権者が特許品を流通市場に置いてから後の、ユーザによる使用が終わるまでの当該特許品そのものに限定される。したがって、使用後に再度流通市場に置く場合（中古品販売）や、特許品を改造・修理したりする場合には、消耗論は適用されない。このような場合には、特許権者の意図を考慮し、黙示の許諾があったかどうかに基づいて判断するのが妥当である。つまり、限定された中核部分の行為については消耗論を適用し、その周縁部分の行為については黙示の許諾論を適用する。さらに、このような考え方を、ソフトウェア特許におけるインストール行為などの具体例に当て嵌めて考察した。

目次	(1)コンピュータプログラムの特質
1. はじめに	(2)プログラム特許と消耗・黙示の許諾
2. 消耗理論と黙示の許諾理論	プログラムの再譲渡
(1)消耗理論を基礎とする黙示の許諾理論	プログラムの複製
(2)学説	モジュールまたはデータの更新
(3)私見	4. おわりに
(4)私見を採用する理由	1. はじめに
中核部分において消耗理論を適用する理由	正当に取得された特許製品に関する特許権の消耗理論と黙示の許諾理論について考察したい。
中核部分の周縁において黙示の許諾論を採用する理由	判決、学説においても消耗理論が優勢であるが、境界事例を含めて全ての場合を消耗理論で解決することは、かえって消耗理論の本質を変容させてしまう可能性があることを指摘したい。黙示の許諾理論との組合せにて解決するのが妥当
(5)問題となる行為についての考察	
修理および改造	
方法と消耗・黙示の許諾	
3. ソフトウェア特許と消耗・黙示の許諾	

ではないかと考える。消耗理論と黙示の許諾理論との関係について考察した後、ソフトウェア特許の分野における具体例について検討する。

なお、本稿では、国内的消尽のみを対象としている。国際的消尽については、異なる理論構成が必要であると考えられる。

2. 消耗理論と黙示の許諾理論

(1) 消耗理論を基礎とする黙示の許諾理論

特許権者は、業として特許発明の実施をする権利を専有する（特許法第68条）。しかし、特許権者から正当に特許品を購入した者が、これを業として販売し、使用しても特許権侵害にならない。これは、特許権の消耗と呼ばれている。

特許権の消耗¹⁾は、特許権者の意思とは関係なく成立すると解するのが妥当である。ただし、特許権者の権利を不当に害することの無いように、消耗論を適用する範囲は、明確かつ限定された範囲（中核部分と呼ぶ）でなければならない。特許権者が特許品を流通市場に置いた後の転売や使用までが、中核部分として消耗の対象となる。この中核部分以外、たとえば、使用後に再度流通市場に置くような場合、つまり中古品販売などの場合、消耗論は適用されないと考える。かかる場合には、特許権者の意図（黙示の許諾等）に基づいて判断するのが妥当である。

また、生産行為については、消耗論を適用す

べき中核部分ではない。ただし、特許権者の意思に基づいて、生産について黙示的な実施許諾がされていると見うる場合がある。改造や修理なども、基本的に生産行為であって中核部分の外にあり、特許権の消耗理論を適用すべきでない。特許権者の黙示的な実施許諾があると言えるかどうかにより、侵害の有無を判断すべきである。

上記のように、消耗論を適用すべき中核部分を特許権者等による販売から、転売を経て、使用者による使用までに限定し、当該中核部分の周縁の行為については、特許権者による黙示の実施許諾があるかどうかによって判断する。

(2) 学説

結論は以上の通りであるが、以下、学説等をふまえて検討する。

特許権者から正当に取得した特許品の転売や使用が特許権侵害とならないことを説明する理論には次のものがある。

所有権説

適法に取得した所有権の効果として、特許権の効力が及ばないとする説である（大審院判大元・10・9）。この説は、特許権と所有権とを混同するものであって妥当でない。

黙示の実施許諾説

特許製品が市場におかれるときには、特許権者の黙示の許諾が与えられたとする。これは、i) 特許権者に明示の制限を許す余地を残すこととなる、ii) 実施権の登録ができず、特許権が譲渡

された場合に、特許品の所有者または使用者が保護されないなどの理由から支持が少ない（仙元隆一郎「特許法講義（第2版）」159頁、中山信宏「注解特許法」667頁、土井一史「特許法50講」146頁など）。

消耗理論

ドイツのコーラーによって提唱された。特許権の排他的効力を特許製品の流過程に及ぼすことが自由競争ないしは取引の安全を害することとなるため、特許権者と一般公衆の利益の調整を特許製品が流通に置かれる時点で考慮するものである。

置換プリン事件高裁判決（東京高判平13・11・29（平成13年（ネ）959号））では、「特許権者等が一たび特許製品を市場に流通させた以上、適法にその特許製品の所有権等を取得した者が、これを業として使用し、譲渡等する行為に対し、特許権者等が当該特許権を行使できるとしたのでは、既に特許製品の譲渡により実施対象に対して十分な利益を得ている特許権者等に二重の利益を与えることになるだけでなく、そもそも市場における商品の自由な流通を阻害し、もともと所有権制度と衝突する側面を有する特許権に対し、必要限度を超えた過度の権利を与えることになり、社会公共の利益にも反し、本来の特許法の目的に反する結果となる」としている。つまり、特許品を流通に置いたときに得られる利益を持って、特許法が特許権者に認めようとする適正な報償があった

ものとするのである。

(3)私見

私は、取引の安全や商品の自由な流通を考慮すれば、基本的には消耗理論が妥当ではないかと考える。さらに、この消耗理論が適用される場合については、特許権者の意図を排除して、特許権が消耗するか否かを客観的に明確にすることが好ましい。その一方で、特許権者の権利を不当に制限することがないように、消耗理論が適用される範囲は、最小限に留めるべきである。特許権の消耗が適用されるのは、特許権者が特許品を市場においてから使用者（消費者だけでなく生産者や取引者を含む）が使用を終えるまでの間における当該特許品自体に限定すべきである。

上記の中核部分以外には、消耗論を適用することは好ましくなく、特許権者の意図を考慮すべきであると考え。たとえば、使用者²⁾が当該特許品を二次的に流通市場に置く場合には、消耗論を適用しない。また、特許品自体でなく、特許品の新たな生産に該当するような場合にも消耗論を適用しない。

また、このように客観的・画一的に消耗理論が適用される中核部分を決めた上、当該中核部分の周縁の事象については、商品の特性等や特許権者の意図を考慮して、黙示の許諾があったと言えるかどうかを判断する。以下、その理由について示す。

(4)私見を採用する理由

中核部において消耗理論を適用する理由

特許権者が特許品を市場において使用者が使用を終えるまでの間（中核部分）について、特許権者の意図を排除した消耗理論を採用する理由は、次のとおりである。

i)特許権者の意図を排除することにより、特許権の消耗を客観的に明確にすることができる。つまり、取引の安全、商品の自由な流通に資することができる。

ii)仮に、黙示の実施許諾論を採用した場合には以下のような不都合が考えられる。黙示の実施許諾論においては、特許権者の明示があれば、転売や使用を特許権侵害とすることが可能である。しかし、流通市場において特許権者の意図を明確にする方法が確立されていない以上、取引の安全を害するおそれがある。たとえば、BBS事件最高裁判決（最高判平9・7・1（平成7年（オ）第1988号））が示すように特許権者の意図を商品自体に表示したとしても、流通の段階においてその表示が消されてしまったり、製品の一部分として筐体内に組み込まれてしまった場合などには、特許権者の意図を明示することが不可能になってしまう。

iii)また、特許権者が特許品を市場において使用者が使用を終えるまでの間については、特許権者の意思に拘わらず特許権が消耗するとしても、特許権者の利益を不当に制限するとは思われない。むしろ、特許品の転売や使用についてまで特許権者の意図を反映しうるとすることは、商

品の自由市場に好ましいことではない。

iv)置換プリン事件高裁判決も、消耗は特許権者の意思とは無関係に、特許権者による特許製品の譲渡行為により無条件に生じる旨を示している³⁾。また、半導体集積回路の回路配置に関する法律（12条3項）においては、「回路配置利用権者・・・が登録回路配置を用いて製造した半導体集積回路を譲渡したときは、回路配置利用権の効力は、その譲渡がされた半導体集積回路を譲渡し、貸し渡し、譲渡若しくは貸渡しのために展示し、又は輸入する行為には、及ばない。」と規定し、明文にて消耗理論を採用している。

中核部分の周縁において黙示の許諾論を採用する理由

中核部分の周縁、たとえば二次的流通や生産行為については、特許権者の意思を反映して、黙示の許諾論を採用する理由は、次のとおりである。

i)特許権者の意思に無関係に特許権が消耗とする範囲は、特許権者の利益を不当に制限しない最小限に留めるべきである。特許権者が特許品を一次的に流通市場におき、当該流通市場にて購入した使用者が特許品を使用するというのが、何れの商品にも共通する流れであるから、この範囲においてのみ消耗論を適用することが好ましい。

使用者が特許品の使用後に、再び、これを二次的に市場に置く行為、たとえば中古品市場や

消耗品補充後の再販売などは、全ての商品について一般化した商品の流れであるとはいえない。したがって、これらについて、一律に消耗論を適用する場合には、商品の特性によっては、特許権者の利益を不当に害するおそれがある。

たとえば、特許品であるゲームプログラムの中古品販売について、一律に権利の消耗を適用するのは、あまりにも特許権者の利益を制限しすぎる結果を招く。ゲームプログラム、特にストーリー性のあるゲームプログラム⁴⁾は、使用者にとっては、ゲームを終了し終えるまでの間において価値がある。加えて、デジタルデータであるゲームプログラムは使用によって劣化しない。したがって、ゲームを終了し終えたユーザが、これを中古市場に置いて新たなユーザに販売すると、新たなユーザは、新品のゲームプログラムを購入したとまったく変わらない価値を得ることができる。よって、特許権者は、中古品が販売された分、特許品の販売機会を失うのである。

つまり、ゲームプログラムのように使用によって劣化せず、ゲーム終了までの使用に価値が見いだせるような商品について、画一的にその中古品販売を特許権者がコントロールできないとすると、あまりにも特許権者の利益を制限しすぎである⁵⁾。

自動車等のように、生産者が中古品市場を容認している商品が多く存在する一方で、上記のゲームプログラムのように、そうでない商品も

存在する。したがって、特許権者の利益、取引の安全等のバランスを考慮すると、中古品販売について、特許権者による黙示の許諾があるものと扱い、特許権者による明示がある場合には、侵害になるとするのが妥当である。

ii) 中核部分に該当しない生産行為もしくは生産行為とみなしうる行為によって得られた特許品に関しては、消耗論を適用すべきでない。特許品の生産行為に関連してまで特許権の消耗を及ぼすと、特許権者の利益を著しく害するからであり、また、消耗理論を適用せずとも取引の安全等を害するおそれがないからである。

iii) なお、使い捨て商品事件地裁判決（東京地判平12・6・6（平成11年（ヨ）22179号））は、権利者が譲受人に対して権利者の権利行使を離れて自由に業として使用し再譲渡などできる権利を付与したと解することができる場合にのみ特許権の消耗が生じる旨を示している。つまり、特許権者の意思によって消耗の有無が影響されうるとしている。また、置換プリン事件地裁判決（東京地判平13・1・18（平成11年（ワ）27944号））、レンズ付きフィルムユニット事件地裁判決（東京地判平12・8・31（平成8年（ワ）16782号））なども、同様の見解を示している⁶⁾。

しかし、前述の置換プリン事件高裁判決が示すように、特許権の消耗は、特許権者の意思とは無関係に定められるべきものであり、特許権者の意思を考慮して特許権が消耗するか否かを

決定することは好ましくないとされる⁷⁾。したがって、使い捨て商品事件などのような場合には、中核部分の範囲外（つまり消耗理論の適用範囲外）にあるものとして、特許権者による黙示の許諾があったかどうかによって判断すべきであろう。

(5)問題となる行為についての考察

修理および改造

問題となるのは、適法に取得した製品の修理や改造である。修理は、その行為がなければ特許品の寿命が終了していたのであるから、基本的には、特許品を生産する行為とみなしてよいであろう。また、改造も、特許権者の特許品とは異なる商品を作り出すという観点から、生産行為と見なしてよいであろう。

したがって、これら行為についても、中核部分から外れており、消耗理論を適用すべきでなく、修理や改造の内容に応じて、特許権者による黙示の許諾があるか否かによって判断するのが妥当である。

たとえば、特許品のうちの特許の本質部分以外の部分を修理する場合には、基本的に特許権者による黙示の許諾があると考えてよいだろう。ただし、商品の特質などを考慮して決定しなければならない。たとえば、フィルム一体型の使い捨てカメラのような商品は、使い捨てもしくはメーカーによる回収を意図しているのであるから、たとえ特許の本質部分ではないフィルムを取り替える場合であっても、権利者による黙示

の許諾があるとはいえないであろう。使い捨て商品事件地裁判決、レンズ付きフィルムユニット事件地裁判決も、結論において、侵害であるとしている。

また、黙示の許諾があると考えられる修理についても、特許権者がそれを望まない場合には、これを明示することにより禁止し、修理を行った場合には侵害であるとすることができる。

特許の本質部分の修理⁸⁾については、特許権者の黙示の許諾はないと考えてよいだろう。一般に、特許権者が本質部分の修理を許容しているとは考えられないからである。なお、本質部分に関するものである以上、部品の取り替えを伴うと伴わない（オーバーホールなど）とに拘わらず、修理であると考えてよいだろう。何れの場合も、特許権者の想定よりも特許品の寿命を長くする行為だからである。

製砂機のハンマー事件判決（大阪地判元・4・24（昭和60年（ワ）6851号））においては、特許の本質部分である消耗品⁹⁾の取替行為が、特許権侵害にあたる旨を示している。

改造についても、上記の修理と同様に、特許の本質部分以外の部分を改造する場合には、特許権者による黙示の許諾があるものとし、それ以外の部分を改造する場合には、黙示の許諾はないとすればよい¹⁰⁾。

方法と消耗・黙示の許諾

方法について、特許権の消耗を論じる余地はない。方法は、流通されるものではないからで

ある。

しかし、特許権者が特許方法の実施のためにのみ用いる商品を販売した場合には、当該商品の使用による特許方法の実施については、黙示の許諾があるものとするのが妥当であろう。また、特許方法の実施に用いる商品であって、当該特許の課題解決に不可欠な商品を販売した場合も同様である。いずれの場合も、特許権者は、当該商品が特許方法に使用されることを承知した上で販売していると考えられるからである。なお、特許権者が、明示的にこれを否定する場合には、その旨を明示する必要がある。

たとえば、通信方法について特許を保有している特許権者Aが、当該通信方法の使用にのみ用いるICの製造販売を他社Bに許諾¹¹⁾しているとする。当該ICを購入したさらに他の企業Cが、当該ICを組み込んで当該通信方法にのみ用いる通信装置を製造販売している。この場合、Cに対しては、黙示の許諾¹²⁾があると考えてよいだろう。ただし、特許権者Aが、Cの行為が侵害であるとする場合（ロイヤリティを請求したい場合など）には、その旨を、Bに対して明示するだけでは不十分であり、Cに対しても明示しなければならない。そうでなければ、取引の安全が害されるからである。

3. ソフトウェア特許と消耗・黙示の許諾

次に、具体的例について検討する。ここでは、ソフトウェア特許の分野を例として取り上げた。

この分野の商品は、特許権の消耗において、検討に値する興味深い問題を内在しているからである。

(1) コンピュータプログラムの特質

コンピュータプログラムは、他の商品と異なる際だった特徴を有している。第一に、デジタルデータであるため使用によって劣化しないという点あげられる。このため、使用済みであっても新品と変わるところがなく、中古品販売に対して、特許権者が容認しづらいという事情がある。

第二に、消費者の側において容易に複製（生産）を行いうるという点である。コンピュータプログラム以外の商品において、その商品価値を劣化させることなく、消費者が簡単に生産できてしまうような商品はないかと思われる。このような特質から、特許権者も、消費者に生産（ハードディスクへの複製）してもらうことを前提としてプログラムを販売している場合も多い。

上記のようなコンピュータプログラムの特徴が、消耗や黙示の許諾の考え方に影響を与えている。

(2) プログラム特許と消耗・黙示の許諾

平成13年の審査基準改正により、コンピュータプログラム（以下プログラム）を物として取り扱う旨が示され、平成14年の特許法改正によりこれが確認された（特許法2条3項）。したがって、プログラムについては、プログラ

ムを組み込んだ装置、プログラムを記録した記録媒体の他、プログラムそのものとしても権利取得が可能となっている。同様に、データ構造そのものについても権利取得が可能となったと考えられる。

プログラムの再譲渡

プログラムの再譲渡、たとえば、プログラムを記録した記録媒体(以下プログラム記録媒体)を特許権者から購入した販売店が、これを他の販売店やユーザに販売する行為は、中核部分に該当し、消耗理論によって特許権侵害ではないとされる。プログラム記録媒体以外の商品と変わるところがない。

ただし、プログラム記録媒体の場合、使用後にユーザがこれを中古市場において販売するという中核部分の周縁行為について、特許権者の黙示の許諾があるとはいえないであろう。プログラムが使用によって劣化しない点を考えると、中古品の販売が特許権者の新品販売に少なからぬ影響を与えるので、特許権者がこれを許諾しているとは考えにくいからである。消耗、黙示の許諾のいずれにおいても、特許権者の利益を不当に害するものであってはならないからである。

当然ながら、プログラム記録媒体においては、ユーザに対して再譲渡を禁止していたり、1回限りでしか再譲渡を認めていないことがある。この場合、ユーザがこれらの条項に反してプログラム記録媒体を再譲渡すれば、特許権侵害と

なるのは明らかである。

この点につき、著作権に関してであるが、中古ソフト事件最高裁判決(最高裁 平成14・4・25(平成13年(受)952号))は、消耗論を採用して、中古販売は侵害でないとしている。しかし、コンピュータプログラムの特質を考慮しない判決であり賛し得ない。特に、ゲームプログラムは、ゲーム終了とともにユーザの実質的使用が終了するので、中古販売を侵害とできないなら、あまりにも権利者の不利益が大きすぎる。

プログラムの複製

特許権者から特許品であるプログラムを購入した(もしくは貸し渡しを受けた)ユーザが、当該プログラムをハードディスクにインストールする行為には、消耗理論は適用されず、特許権者による黙示の許諾があるものとして侵害にならないとするのが妥当である。

ここでは、特許権者はプログラムについて特許を有しているものとする。プログラムを購入したユーザは、当該プログラムを自分のコンピュータのハードディスクにインストールしてから使用するのが一般的である。インストールにおいては、購入したプログラムとは別に、ハードディスク内にプログラムが複製¹³⁾される。したがって、ユーザは、プログラムの生産行為を行ったことになり、消耗論の適用される中核部分には該当しない。

また、このようにインストールされたプログ

ラムを使用する行為が、プログラムの使用行為に該当することは明らかである。

したがって、ユーザが業務において、上記プログラムをインストールして使用する行為は、形式的に特許権侵害を構成する。かかる行為が実質的な特許権侵害とならないことは明らかであるが、その根拠が問題となる。

i) 消耗理論による解決

上記の問題を消耗理論によって解決することも考えられる。インストール行為を、プログラムを使用する行為の一部としてとらえる。つまり、プログラムの使用とは、そのプログラムをコンピュータのハードディスクなどにインストールして動作させる一連の動作をいうとする。したがって、インストールが形式上生産に当たるとしても、それは実質的な意味での生産には該当しないとする。このように考えることができれば、インストール行為はプログラムの使用行為の一部となり、中核部分として消耗理論によって解決することが可能となる。

しかしながら、このようなアプローチには、複数のコンピュータにインストールする場合であっても侵害とならず特許権者の利益を著しく害する、プログラムの生産行為の概念が不明確になるという問題がある。したがって、このような考え方を採用することは妥当でない。

ii) 黙示の実施許諾による解決

特許権者（ここではソフトウェアメーカー）が、プログラムのマニュアルにて、ハードディ

スクにインストールして使用する旨を記載している場合などには、インストールによる生産行為について、黙示の実施許諾があると考えられる。

その理由の一つは、i) 中核部分でない生産行為について消耗理論を適用するのは妥当でないからである。消耗理論は、再譲渡や使用を許容するが、生産を許容するものではない。消耗理論は、市場取引の自由を考慮して、適法に市場に置かれた特許品についての取り扱いを言うものであって、新たに特許品を生産する行為を合法化するものではない。

他の理由は、ii) 特許権者の意思を反映させるべき場合があり、この場合には黙示の実施許諾という考え方の方がよくなじむからである。たとえば、特許権者が特許プログラムをCD-ROMなどの記録媒体に記録して販売し、当該CD-ROMのプログラムをハードディスクにコピーせずに使用することをユーザに求める場合がある。このように特許権者が、明らかにプログラムのハードディスクへの複製を望まないことを明示している場合¹⁴⁾には、ユーザによるハードディスクへの複製行為は侵害を構成しない。この場合は生産行為であって、消耗論適用の余地はない。

モジュールまたはデータの更新

ウイルスチェックのプログラムにおいては、ウイルスの定義データを頻繁に更新する必要がある。次々と新しいウイルスが出現し、これに対応しなければならないからである。このため、

プログラムを販売した企業は、インターネットを通じてオンラインにて、ウイルスチェックプログラム中の古いデータや古いモジュールを、新しいデータや新しいモジュールに置き換えて更新するようにしている。

この更新データや更新モジュールを、特許権者でない他の企業から購入してユーザが更新を行った場合はどうであろうか。更新されたウイルスチェックのプログラムは、更新前のウイルスチェックプログラムとは異なるものであるから、新たなウイルスチェックプログラムを生産したといえる¹⁵⁾。前述のように、この場合には、消耗論を適用しないのが妥当かと思われる。すなわち、基本的には侵害を構成すると思われる。

ただし、更新データや更新モジュールが、特許の本質的部分でない場合には、特許権者による黙示の許諾があるものとして取り扱うのがよいと思われる。したがって、特許権者が使用許諾契約書等において明示的に、特許権者以外の企業による更新データや更新モジュールの使用を禁じている場合には、たとえ更新データや更新モジュールが特許の本質部分でなくとも、特許権侵害になると考えられる。

同じようなことが、会計処理プログラムにおける税額計算のためのデータなどについてもいえる。税額計算のためのデータは、法律改正などの要因によって、更新する必要があるからで

ある。

4. おわりに

本稿では、消耗理論と黙示の許諾理論の融合を試みた。つまり、消耗が適用される中核部分としての範囲、その周縁部分において黙示の許諾理論が適用される範囲、さらにその他の黙示の許諾理論が適用されない範囲に分けて考察をした。さらに、ソフトウェア特許の分野において、その検討を行った。プロパテント政策を実現するためにも、本稿で述べたように、特許権者の意図を無視して適用される消耗の中核部分を最小限にし、その範囲外については、特許権者の意図を考慮することが必要であると考える。

本稿では、詳細な検討が不十分である部分も多く、特に、国際的消耗については全く検討を行うことができなかった。次の機会に譲りたい。

(本稿に関しては、松下正弁理士より、黙示許諾論の立場から有益な教示をいただいた。また、河本一行弁理士より、中核部分と周縁部分の理論的考察について有益な助言をいただいた。記して感謝したい。もっとも、本稿に誤りがあるならば、その責は全て筆者にある。)

【注記】

1) 消尽、用尽とも呼ばれるが、ここでは消耗

とした。後述のとおり、中古品販売などの場合のように、再び特許権侵害が成立する場合も考えられ、権利が用い尽くされたという表現がこれになじまないからである。桑田三郎「特許製品の並行輸入問題」A I P P I 40巻6号362頁(1995)は、拡布によっても商標権が絶対的に消滅するわけではないから、消尽というのは表現として強すぎるとし、「消耗」の語を用いているとしている。

2) 使用者は、業としてこの行為を行っているものと仮定する。

3) 林秀弥「消尽論の根拠とその成立範囲に関する序論的考察」パテント55巻5号45頁(2002)も、消尽の根拠に権利者の意思を介在させるべきでないとしている。

4) ある目的を達成することで終了するロール・プレイング・ゲームなど

5) 著作権に関してであるが、中古ソフト事件最高裁判決(最高裁平成14・4・25(平成13年(受)第952号))は、消耗論を採用して、中古販売は侵害でないとしている。しかし、ゲームプログラムの価値が使用にあるという点を看過したものであり、知的財産権の効力を不当に制限するものであって、賛し得ない。

6) B B S事件最高裁判決(最高判平9・7・1(平成7年(オ)第1988号))も、国際的消耗について、特許権者の意図を考慮している。

7) ただし、置換プリン事件では、特許権者の販売した製品に手を加えている(再結晶して取り出している)ので、消耗論が適用される中核部分の行為ではない。よって、特許権者の利益を考慮した黙示の許諾理論を採用すべきであったと思われる。この点において、該判決には賛し得ない。

8) 特許部分とも呼ばれる。特許品のうち、特許発明としての特徴を具備する構造部分をいう。吉藤幸朔「特許法概説(第11版)」356頁

9) この事件では、この消耗品は、特許品の製造にのみ使用するものとされた。

10) なお、米国においては、改造は特許権侵害を構成するとした判決がある。American Cotton-Tie Co. v. Convertible Top replacement Co., 365 U.S. 336, 5L. Ed. 2d 592, 81 S. Ct. 599, 128 USPQ 354(1961)

11) 専用権の範囲ではないため、正確には、権利不行使の契約であるが、ここでは、許諾と表現した。

12) 直前の注と同様である

13) 元のプログラムが圧縮されていたり、インストールの際にプログラム中のパラメータが書き換えられたりすることがあるので、完全な複製とは言えないが、複製と同視してよいであろう。いずれにしても、特許の権利範囲内に入るプログラムがハードディスク内に作成されることになる。

14) 著作権法47条の2によってバックアップ

ブが許される場合であっても、特許権侵害になると考えられる。

15) もちろん、更新後のウイルスチェックプログラムも特許権の範囲内に入っているものとする。