

基本テキスト

弁理士試験

ELEMENTS

エレメンツ

1

第11版

特許法
実用新案法

TAC弁理士講座 編

早稲田経営出版

TAC PUBLISHING Group

本書における法令基準日

本書は、令和4年2月4日現在の施行法令および令和4年2月4日現在において令和5年5月21日までに施行される法令に基づいて執筆されています。

は じ め に

本書は、弁理士試験の受験を考えている人、勉強を始めたばかりで何をどうしてよいのか分からない受験生を主な対象として構成しました。本試験で問われる本当に必要な要点を、分かりやすく説明しています。

勉強を始めると、あまりにも広い試験範囲に戸惑う受験生も少なくありません。どこから何を勉強してよいのか分からず、条文の順で勉強していく、片っ端から理由や経過を調べる等、無駄な作業をして時間をかけすぎてしまいがちです。まんべんなく丁寧に勉強をすることは大切なことですが、初心者受験生は、まずはここだけおさえおかなければいけないという要点を学び、おおまかに全体を把握することが重要となります。そこから知識に肉付けしていくことで、着実にステップアップしていけるからです。

本試験で問われる要点を確実に自分の知識としてしまえば、合格への道は近づいてくるものです。しかし、「では、一体よく試験で問われるところ、大切な要点はどこだろう」と一人で考え、時間を無駄に過ごすのは、もったいないことです。寸暇を惜しむ受験生にとって、本書は勉強する指針となるでしょう。

また、何度か弁理士試験にチャレンジし、思うような結果が得られなかった受験生にも、知識の穴を埋めるつもりで、いま一度見直しを図ってもらいたいと思います。

本書では、「資格の学校 TAC」が長年培った勉強方法と知識を、存分に紹介しています。勉強しやすい順番で構成し、ちょっと頭の片隅にあるとよいだろうという理由や例、そして頭に入りやすいように図表も適宜使用しています。

なお、2023 年度短答式試験の出題が確実に見込まれるものを盛り込んでおります。

本書を手にした受験生が、弁理士試験に合格することを祈っています。

2022 年 2 月吉日

TAC 弁理士講座

本書の使い方

① 法令の全体像を掴む

巻頭に、特許法・実用新案法の構成が全体として捉えられるよう、フロー図を見開きページで示しました。全体の流れを頭に入れながら、節ごとに学んでいきましょう。どの時点で、何を行い、次に何を行うべきなのかが明確になるでしょう。

② 節ごとに、要点を掴む

各節のはじめに、「学習到達目標」「目標到達までのチェックポイント」及び「他の項目（節）との関連性」をまとめて掲載しました。

学習到達目標

把握すべき点や、理解しておかなくてはならない点、説明できなくてはならない点を挙げています。勉強を始める前に、注目すべきところを念頭におくことができ、注意深く先にすすめるでしょう。

★目標到達までのチェックポイント

節で学ぶ箇所の重要なポイントを簡潔にまとめています。

▼他の項目（節）との関連性

どの節と関連しているのかを明示しています。これにより、巻頭のフロー図を具体的にみることができます。

③ 節ごとに事例を掲載

本文のはじめに「事例問題」、節末に「事例解答」を掲載しています。

「事例問題」を通して、これから勉強する各節の問題の所在を具体的なシチュエーションとして捉えることができると共に、短答式試験や論文式試験で出題される事例形式に自然に慣れることができます。また、「事例解答」を参照することで、各節で学習した内容を具体的な事案に当てはめて問題を解決する一連のプロセスを確認することができます。

4 本試験突破のための重要ワードが一目瞭然

本文中の色文字は、重要ワードです。確実におさえるようにしましょう。

5 図表の多用

解説の内容をイメージしやすいように、まとめとして図表を使用しています。時系列の場合は、左から右に向かって進む時間軸となっています。これにより、視覚からのイメージで覚えやすくなっています。

6 条文を適宜掲載

色アミが引かれているものは、重要条文です。条文に書かれていることは、きちりおさえていきましょう。

7 豊富な側注

本文に関連した情報を側注に掲載しました。言葉の定義や補足説明、判例、発展知識など、本文にプラスαされた知識として、試験には直接関連しなくとも、これらに目をとおすことにより、記憶を呼び起こすツールが増え、頭にも残りやすくなるでしょう。

8 節ごとの重要度を表示

各節のタイトルの横に、その節の重要度を3段階で表示しました。重要度が高いものから「★★★」「★★★」「★★★」の順番となっています。学習のメリハリをつける際の目安としてください。

<法律名略称一覧>

特：特許法	特施規：特許法施行規則
準特：特許法を準用	特施令：特許法施行令
実：実用新案法	行訴：行政事件訴訟法
意：意匠法	民：民法
商：商標法	憲：憲法

パリ：工業所有権の保護に関する 1883 年 3 月 20 日のパリ条約

PCT：1970 年 6 月 19 日にワシントンで作成された特許協力条約

目 次

はじめに.....	(3)
本書の使い方.....	(4)
第 1 章 特許法のフロー	(8)
第 2 章 実用新案法のフロー	(10)
参考文献.....	(12)

第 1 章 特許法

第 1 節 産業財産権の概要	2
第 2 節 特許法の目的	6
第 3 節 特許権の発生	10
第 4 節 発 明	14
第 5 節 産業上利用することができる発明	22
第 6 節 特許を受ける権利	26
第 7 節 発明の新規性	30
第 8 節 発明の進歩性	38
第 9 節 特許法第 32 条（特許を受けることができない発明）.....	44
第 10 節 先願主義	48
第 11 節 拡大された範囲の先願	58
第 12 節 新規性喪失の例外	66
第 13 節 出願書類	70
第 14 節 発明の単一性	86
第 15 節 出願公開	92
第 16 節 補償金請求権	98
第 17 節 出願審査請求	106
第 18 節 手続の補正	112
第 19 節 出願の分割	132
第 20 節 出願の変更	140
第 21 節 実用新案登録に基づく特許出願	146

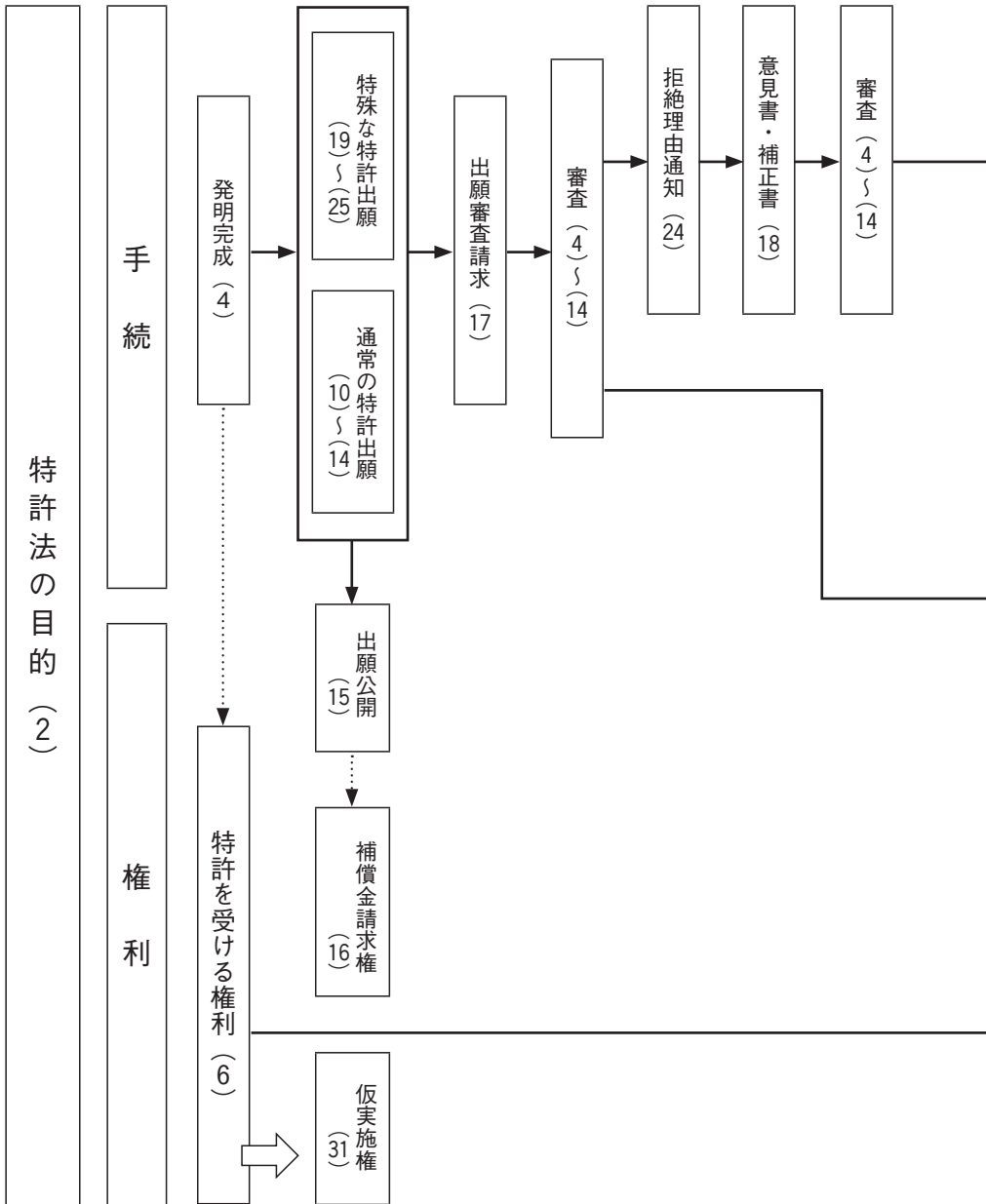
第 22 節	外国語書面出願	154
第 23 節	優先権	164
第 24 節	拒絶理由	178
第 25 節	国際特許出願	186
第 26 節	特許権の効力とその制限	198
第 27 節	権利侵害とその救済	222
第 28 節	特許権の存続期間とその延長	256
第 29 節	実施権	276
第 30 節	職務発明	298
第 31 節	仮専用実施権と仮通常実施権	306
第 32 節	拒絶査定不服審判	312
第 33 節	前置審査	320
第 34 節	訂正審判	326
第 35 節	特許異議の申立て制度	336
第 36 節	特許無効審判	346
第 37 節	審決等取消訴訟	362
第 38 節	再 審	370
第 39 節	総 則	374

第 2 章 実用新案法

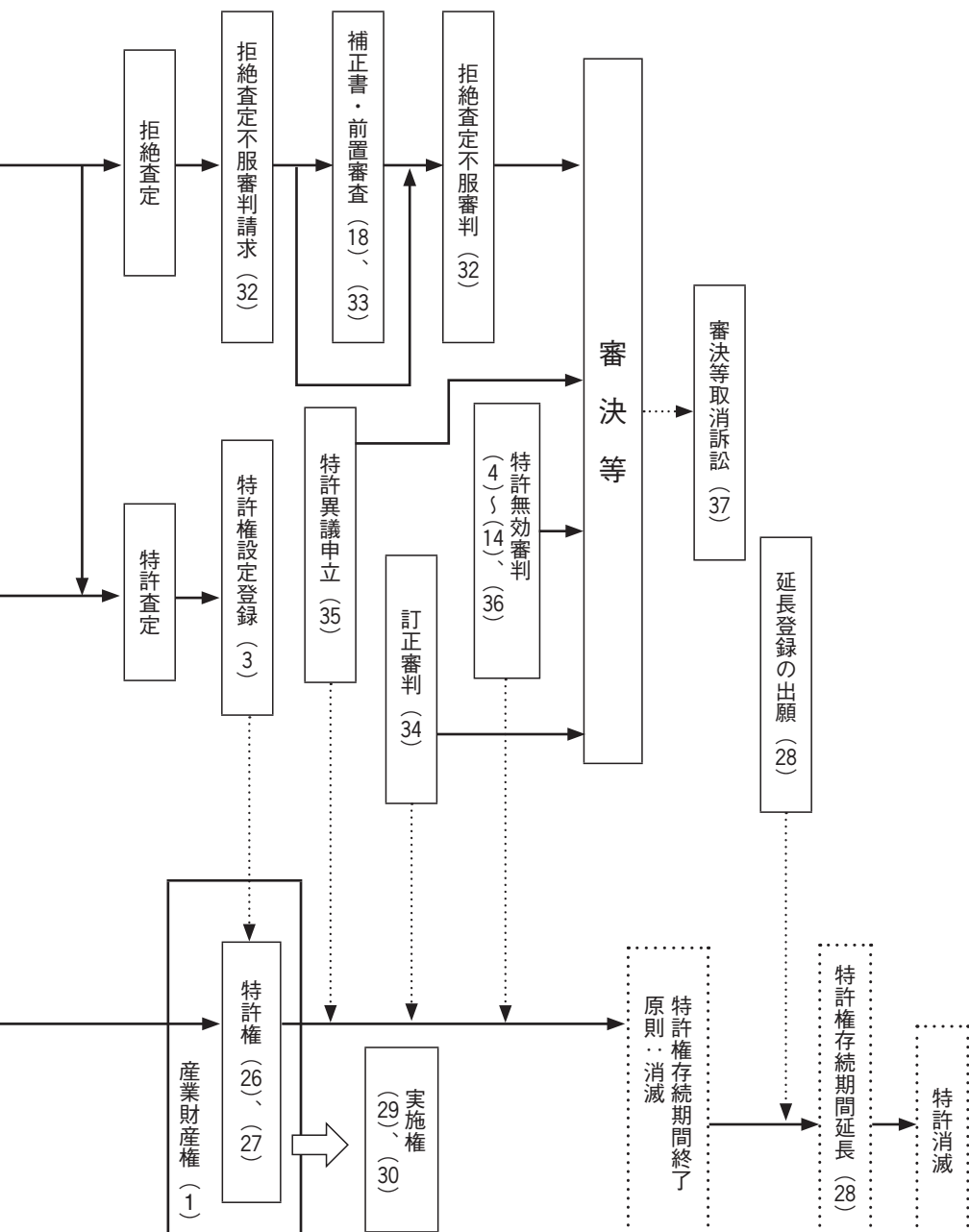
第 1 節	実用新案法の目的	386
第 2 節	基礎的要件	394
第 3 節	実用新案技術評価制度	400
第 4 節	実用新案権の存続期間	406
第 5 節	補正と訂正	408
第 6 節	権利行使	418

索 引	(i)
-----	-------

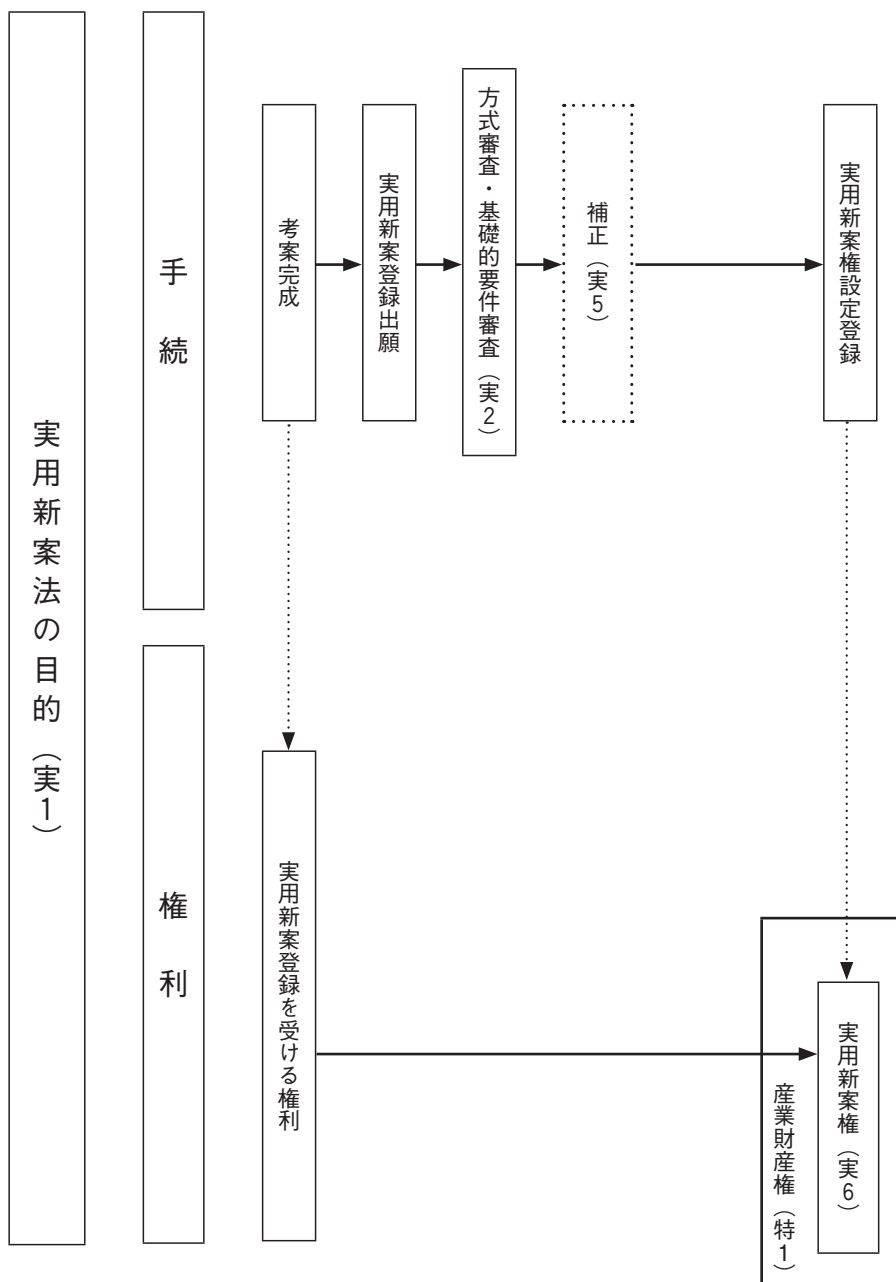
第1章 特許法のフロー



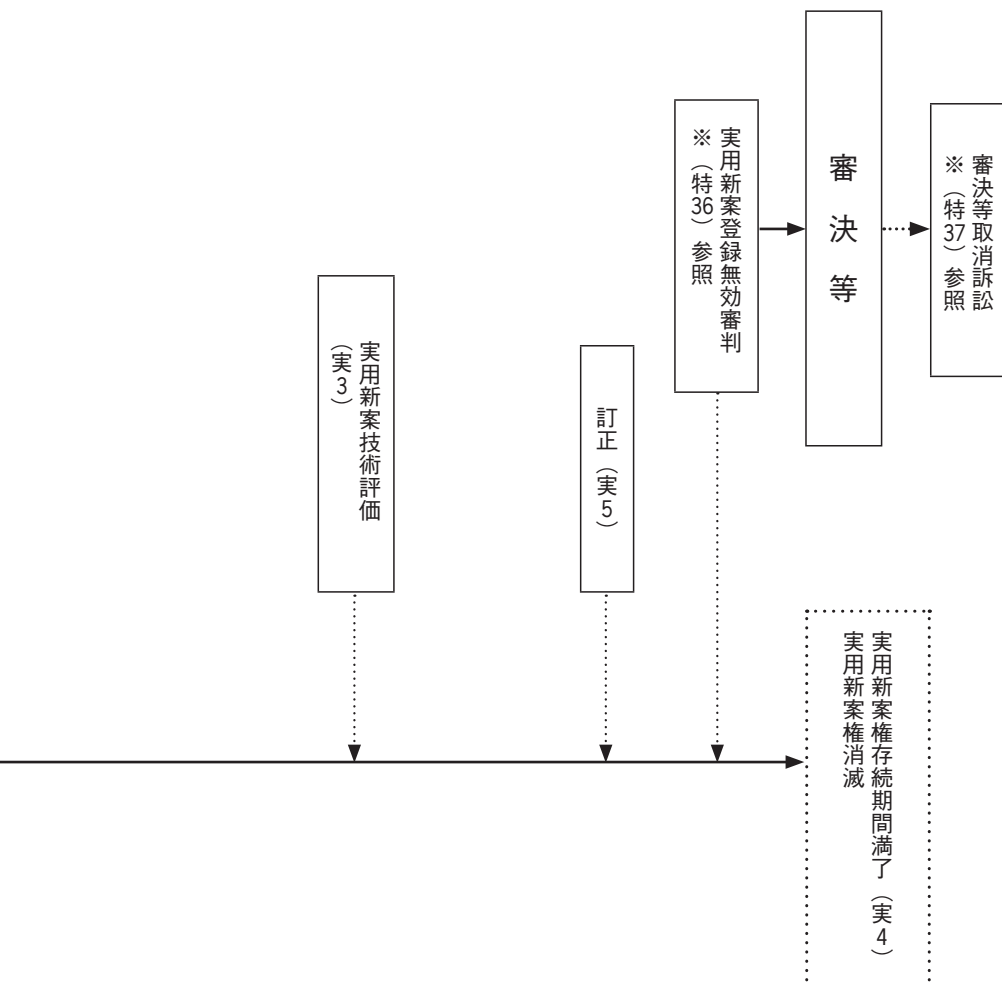
※(1)、(2)、(3)……は第1章 特許法の各節を示します。



第2章 実用新案法のフロー



※(1)、(2)、(3)……は節を示します。なお、特とあるものは第1章 特許法の節、実とあるものは第2章 実用新案法を示します。



参 考 文 献

- 特許庁編『工業所有権法（産業財産権法）逐条解説』[第 21 版]（発明推進協会・2020 年）
- 中山信弘『特許法』[第 3 版]（弘文堂・2016 年）
- 中山信弘・小泉直樹編『新・注解特許法』（青林書院・2011 年）
- 吉藤幸朔『特許法概説』[第 13 版]（有斐閣・1998 年）
- 高林龍『標準特許法』[第 5 版]（有斐閣・2014 年）
- 金子宏等編『法律学小辞典』[第 4 版補訂版]（有斐閣・2008 年）
- 特許・実用新案審査基準
審判便覧 [第 19 版]
- 特許庁総務部総務課制度審議室編「令和元年特許法等の一部改正 産業財産権法の解説」（発明推進協会・2020 年）
- 特許庁総務部総務課制度審議室編 「平成 30 年特許法等の一部改正 産業財産権法の解説」（発明推進協会・2019 年）
- 特許庁総務部総務課制度審議室編 「平成 27 年特許法等の一部改正 産業財産権法の解説」（発明推進協会・2016 年）
- 特許庁総務部総務課制度審議室編 『平成 26 年特許法等の一部改正 産業財産権法の解説』（発明推進協会・2014 年）
- 特許庁工業所有権制度改正審議室編 『平成 23 年特許法等の一部改正 産業財産権法の解説』（発明協会・2011 年）
- 特許法等の一部を改正する法律概要（令和 3 年 5 月 21 日経済産業省）
- 特許法等の一部を改正する法律の概要（参考資料）（令和 3 年 5 月特許庁）
- 令和元年度特許法等改正説明会テキスト
- 平成 30 年特許法等改正説明会テキスト
- T P P 協定を担保するための特許法改正について

第 1 章

特 許 法

産業財産権の概要

重要度 ★★★

事例問題

1つのドラム式洗濯機から、いくつの産業財産権の保護対象が抽出できるだろうか？
⇒解答は5頁

学習到達目標

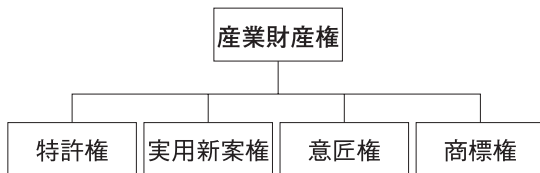
- ①産業財産権の種類として、特許権、実用新案権、意匠権、及び商標権を把握
- ②各産業財産権を規律する産業財産権法の内容を理解
- ③産業財産権に関する主要な国際条約の種類を理解
- ④短答式試験（以下、短答式という）、論文式試験（以下、論文式という）、口述試験（以下、口述という）のそれぞれの試験の出題範囲を把握
- ⑤論文式と口述においては、産業財産権法が試験範囲であることを把握
- ⑥論文式と口述でも条約が産業財産権法に絡めて出題される場合があり、実質的には試験範囲になっていることに留意

★ 目標到達までのチェックポイント

- ☒ 産業財産権法の種類を説明できるか。
- ☒ 特別法と一般法の違い、実体法と手続法の違いを説明したうえで、産業財産権法はそれぞれいずれに該当するのかについて説明できるか。
- ☒ 短答式、論文式、口述のそれぞれの試験範囲を説明できるか。

1 産業財産権とは

〈産業財産権の種類〉



産業財産権とは、従来使われていた「工業所有権」と同義の語であり、特許権、実用新案権、意匠権及び商標権の総称である。定義上、産業財産権に著作権は含まれない。特許権、実用新案権、意匠権及び商標権は、特許庁の審査を経て、設定登録されることにより発生する。

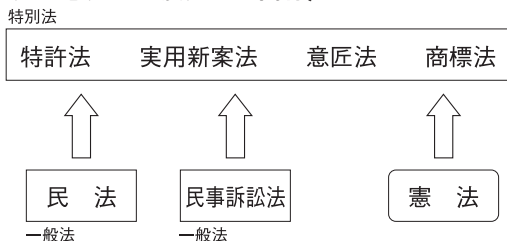
2 産業財産権を規律する法律

特許権は特許法、実用新案権は実用新案法、意匠権は意匠法、商標権は商標法で規律している。

3 特別法と一般法

特許法、実用新案法、意匠法及び商標法は、民法や民事訴訟法等の一般法に対する特別法である。特別法は一般法に優先する。すなわち、特別法に規定されている事項と一般法に規定されている事項とが異なる場合には、特別法に規定されている事項が優先して適用される。そして、特別法に規定されていないことは、一般法が適用される。

〈特別法と憲法・一般法との関係〉



用語

「産業財産権」

2002年7月3日の政府の知的財産戦略会議で決定された知的財産戦略大綱では、「工業所有権」という用語に代えて「産業財産権」を用いることが謳われている。なお、同大綱では、従来の「知的所有権」の用語を「知的財産権」に統一することも謳われている。

しかし、条約の訳文では未だに「工業所有権」という語が使われている。

法律用語

「財産権」

経済的取引の客体を目的とする権利の総称をいう(『法律学小辞典』p442)。特許権、実用新案権、意匠権及び商標権は、土地等の不動産と同じく財産権の一種であり、譲渡や相続によって権利を移転できる。

法律用語

「一般法」

適用領域が限定されていない法をいう。

定義

「特別法」

適用領域が限定された法をいう。

補足説明

通常は、相対的に、「特別法」の適用領域を包摂する一層広い適用領域をもつ法を「一般法」、「一般法」の適用領域の一部を適用領域と呼ぶものを「特別法」と呼ぶ(『法律学小辞典』p28)。

補足説明

憲法は、国の最高法規であって、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない(憲98条1項)。憲法を一般法とは呼ばない。

4 実体法と手続法

^{じったいほう}
「実体法」：法律関係の内容を定める法をいう。

例：民法や刑法

「手続法」：実体法を実現するための手続を定める法をいう。

例：民事訴訟法や刑事訴訟法

これは、他の産業財産権法でも同様である。なお、産業財産権法の特徴として、特許法を基本とするとの考え方から、特許法の規定内容が、その他の実用新案法、意匠法、商標法でも準用されている。よって勉強は特許法から始めなければならない。そこで、まず特許法について学び、その内容を十分に理解することが重要となる。

法律用語

「準用」

ある事項に関する規定を、それに類似する他の事項について、必要な変更を加えて働かせることをいう（『法律学小辞典』p1296）。

5 産業財産権に関連する国際条約

(1) パリ条約

工業所有権の国際的保護に関する条約である。1883年に誕生し、現在でも工業所有権の基本的条約として効力を有している。

(2) 特許協力条約^{デンシーティー}（PCT：Patent Cooperation Treaty）

パリ条約を前提にしつつ特許の分野における国際協力を図るための条約であり、PCTと略称されている。特許制度の国際化・協調化を飛躍的に、かつ、極めて強力に推進している。この法律は手続面での統一化を図った条約であり、実体面についてはなんら規定していない。

(3) マドリッド協定議定書

パリ条約を前提にしつつ、商標の国際登録を認める条約である。マドリッドプロトコル（Madrid Protocol）又はこれを略して、マドプロとも呼ばれている。

補足説明

マドリッド協定という条約も存在するので、混同しないように注意が必要である。

(4) ^{トリップス}TRIPS 協定

知的所有権の貿易関連の側面に関する協定（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights）のことであり、知的所有権の保護水準の世界的規模での引上げ等を目的としている。

この TRIPS 協定は WTO（World Trade Organization）の管轄であり、パリ条約等を司る WIPO とは別の枠組みから締結された条約である。しかしながら、パリ条約の実体規定をそのまま引用し、さらに、より高度な保護水準を定める規定を置いている。

(5) 意匠の国際登録に関するハーグ協定のジュネーブ改正協定

一回の手続で複数国への出願が可能となり、海外での意匠権の取得に係る利便性を向上させる協定である。

補足説明

わが国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする（憲98条2項）。

補足説明

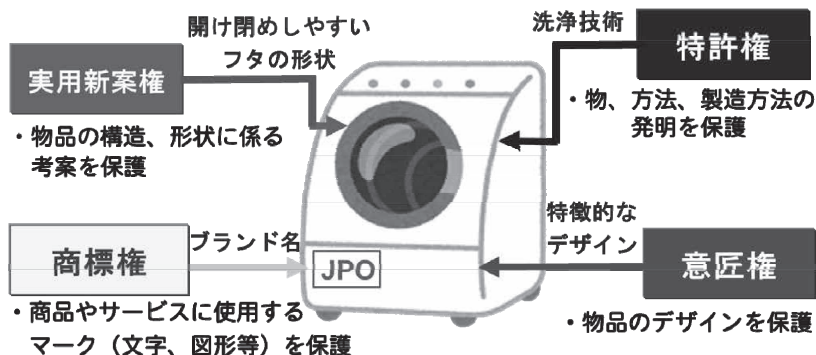
TRIPS 協定にいう知的財産権には、産業財産権のみならず、著作権等も含まれる。

補足説明

「わが国の条約加入状況等」
わが国は、パリ条約、特許協力条約、マドリッド協定議定書及び TRIPS 協定のいずれにも加入している。また、わが国は、各国際条約に加入する際には特許法等の改正を行い、各国際条約の内容を遵守している。

事例解答

産業財産権の例



平成 27 年度知的財産権制度説明会（初心者向け）テキスト『知的財産権制度入門』P5 より

特許法の目的

重要度 ★★★

事例問題

なぜ、特許法は、国家が発明を買い上げる報奨制度ではなく、独占排他権を与えているのだろうか？
⇒解答は9頁

学習到達目標

- ①特許法の目的（特1条）を理解
- ②特許制度の目的は特許法に規定される各制度の根本であることを理解
- ③「発明の保護」と「発明の利用」を、それぞれ個別に理解
- ④「発明の保護」と「発明の利用」の関係（「調和」とは何か）を理解
- ⑤「発明の保護及び利用」「発明を奨励し」及び「産業の発達」の3者の関係を理解

★ 目標到達までのチェックポイント

- ☒特許法1条を再現できるか。
- ☒「発明の保護」の手段、「発明の利用」の2つのルートをいえるか。

▼ 他の項目との関連性

すべての項目に関連する。特許法の目的が各制度に反映されている。

1 特許法の目的

特許法第1条（目的）

この法律は、発明の保護及び利用を図ることにより、発明を奨励し、もって産業の発達に寄与することを目的とする。

特許法は、発明を奨励し、これによって「産業の発達」に寄与することを目的とする法律であり、この目的を達成するために「**発明の保護**」と「**発明の利用**」を図っている。

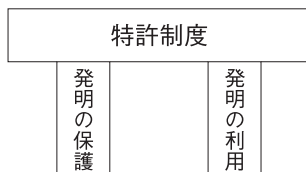
① 「発明の保護」

発明者（承継人を含む）に、一定期間、業として発明を独占的に実施する権利、いわゆる独占権を付与することをいう。

② 「発明の利用」

発明者による発明の開示と発明の実施を通じて、公衆に発明利用の道を提供することをいう。

〈特許法の目的〉



2 発明の保護

(1) 「発明の保護」の手段

特許制度は、発明を保護する手段として、特許権付与という保護手段を講じている。

(2) 特許権を付与することの効果

特許権が設定されると、その発明の実施は特許権者の支

補足説明

「特許法1条の位置付け」

特許法の他の条文は、すべて特許法1条に規定する法目的に帰するものであり、各条文を解釈するにあたって、同条の趣旨が参照される。

補足説明

「発明の奨励」

単に発明の誕生のみならず、誕生した発明の実施化・育成・企業化等の奨励をもいう。ここでの「発明の奨励」という語は広い意味で用いられている。

補足説明

特許権は、特許権者（特許権を有する者）がその発明を一定期間独占できる権利であることから（特68条）、独占権とも呼ばれる。また、独占排他権や排他独占権と呼ばれることもある。

法律用語

「権原」

ある法律的行为又は事実的行为をすることを正当とする法律上の原因をいう。

補足説明

「権原」に誤用されやすい法律用語として、「権限」がある。「権原」と「権限」とは概念的に異なる。「権限」とは、国、地方公共団体、各種法人又は個人の機関（又は代理人）が法律上もしくは契約上なし得る行為の能力又はその範囲をいう（『法律学小辞典』p305）。

補足説明

「公開」

発明について個人的秘密の状態を解き、発明の内容を国家（わが国の管轄は特許庁）に開示すること（disclosure of secrets）をいい、発明者自らが広く公表ないしは発表することを意味しない。

開示された発明は、国家（特許庁）によって公衆に公表される。

補足説明

「研究的利用」

試験・研究のためには、第三者は特許発明を自由に利用することができる（特 69 条）。

配下に置かれ、特許権者以外の者は自由に実施できなくなる。特許権者には、発明の実施によって生ずべき利益が保障される。

(3) 特許権を侵された場合

もし、他人が特許発明を正当な権原なく業として実施すれば、特許権の侵害として、特許権者には種々の救済措置が与えられる。具体的には、差止請求（特 100 条）、損害賠償請求（民 709 条）等である。

3 発明の利用

発明の利用は、「発明の公開」及び「発明の実施」という 2 つのルートを通じて行われる。

〈発明の利用〉

発明の公開：特許を受けるため発明者に課される絶対的な義務

発明の実施：特許権者に課される相対的な義務

(1) 発明の公開

① 義務

発明が広く公衆に利用されることを担保するため、特許を受けようとする者に発明の開示を義務づけている。発明の開示を怠るときには、特許権を付与しない。

② 効果

発明は公開されることにより、自由な文献的利用及び研究的利用に委ねられ、さらなる改良発明の誕生を促し、科学技術水準の向上及び「産業の発達」に寄与する。

(2) 発明の実施

① 必要性

発明が公開により文献的・研究的利用に供されるだけでは、学問的な発達しか望めない。さらに進んで「発明の実施」が実際になされ、産業として利用されてこそ、発明の完全な利用が行われたことになる。

② 義務

特許権者は、発明の実施の義務はない。

補足説明

「発明の実施の義務」

特許権者は、発明の実施が経済的利益の独占につながることから、進んで自己の発明の実施を試みるものである。

(3) 発明の自由実施

発明の文献的利用及び研究的利用（実施）は、前述のように自由であるが、これ以外の第三者による発明の自由実施は、その第三者が正当な権原を有しない限り、特許権の存続期間中は許されない。しかし、その存続期間満了後はもちろん、途中で権利が消滅したときも、何人も自由にその発明を実施することができる。

補足説明

「特許権の存続期間」

特許権が存続し得る期間をいい、原則として特許出願の日から20年をもって終了する（特67条1項）。

〈発明の利用〉

	発明の公開	発明の実施
発明者 (特許権者)	義務	一定期間の 独占的实施
公衆 (第三者)	文献的利用 研究的利用	権利存続中は不可 権利消滅後は自由実施

4 産業の発達

「発明の保護」と「発明の利用」を図ることにより発明の奨励を行うのは、発明の奨励が「産業の発達」という特許法の究極目的を達成するための手段となるからである。

事例解答

特許権者は、独占排他権を持つことで、発明の実施が、経済的利益の独占につながることから、進んで自己の発明の実施（特許製品の製造・販売など）を行う。このような経済活動により、産業の発達が期待できるからである。

特許権の発生

重要度 ★★★

事例問題

発明が完成したら、現物を特許庁に提出することで、すぐに特許権が発生するのだろうか？
⇒解答は13頁

学習到達目標

- ①特許権発生までの流れを理解し、説明可能に
- ②本文 2 の(1)～(9)の各手続を個別に理解
- ③本文 2 の(1)～(9)の順番を理解し、また、前後の手続との相関関係を理解

★ 目標到達までのチェックポイント

☒ 本文 2 の(1)～(9)の各手続を説明できるか。

(1)発明完成→(2)特許出願→(3)出願公開→(4)出願審査請求→(5)実体審査開始
→(6)特許査定→(7)特許料納付→(8)設定登録→(9)公報発行

☒ (1)～(9)のそれぞれの手続について、関連条文が頭に思い浮かぶか。

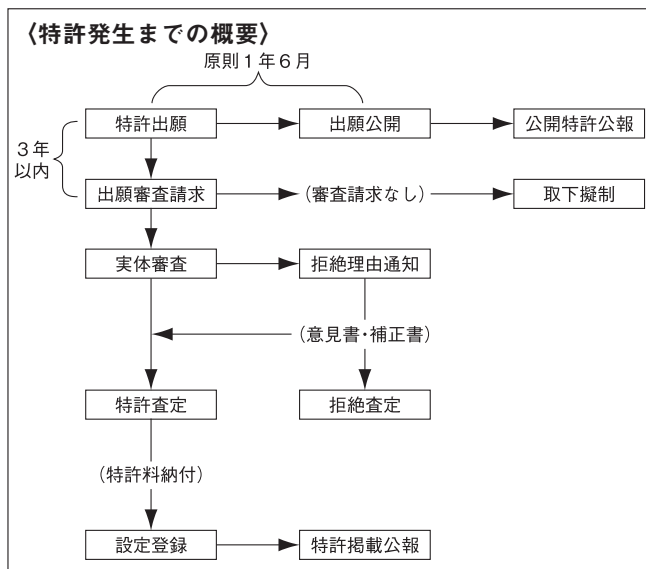
☒ (1)～(9)の流れを再現できるか。

☒ 特許法の構成を理解できたか。

▼ 他の項目との関連性

手続に関する項目のすべてと関連性を有する。本書の項目を挙げると煩雑になるので、各自流れを意識しつつ今後の項目を確認してほしい。

1 特許権発生までの概要



2 各手続について

(1) 発明完成

産業上利用することができる発明をした者（発明者）が、その発明について特許を受けることができる（特 29 条 1 項柱書）。

その発明者は発明を完成させると、特許を受ける権利を原始的に取得することになる（特 29 条 1 項柱書）。

(2) 特許出願

特許を受けるには、特許出願、つまり所定事項を記載した願書の特許庁長官に提出する必要がある（特 36 条 1 項）。願書に添付する書面には、たとえば、特許請求の範囲、明細書又は図面がある（同条 2 項）。

発展知識

「特許を受ける権利」は、国家に対して特許を請求する権利であるから公権であるとともに請求権であり、かつ、財産権の一種であるともいえる。

また、発明者は特許を受ける権利を他人へ移転することができる（特 33 条 1 項）。

発展知識

特許庁に提出された出願書類が所定の書式とおりであるかのチェックを受け、必要項目が記載されていない等の場合は、補正命令が発せられる（方式審査）。

補足説明

「特許公報」

特許公報は、特許出願及び特許権に関して必要な事項を広く一般公衆に知らしめるために発行するものである。特許公報の中には、実務上又は法律上呼び名が定められているものがある。

例：公開公報、特許掲載公報（特 29 条の 2 かっこ書）、審決公報等。

定義

「出願審査請求」

審査官に特許出願について実体審査をしてもらうために、出願とは別に一定期間内に行う必要がある手続をいう（特 48 条の 2）。

補足説明

「実体審査」

審査官によって、出願された発明が特許されるべきものか否かの判断、すなわち、拒絶理由（特 49 条各号）がないかどうかの審査がなされる。

補足説明

査定は、審査官による審査の最終判断を意味する。

補足説明

意見書や補正書によって拒絶理由が解消された場合にも特許査定となる。

(3) 出願公開

方式審査を通過した出願は、原則として特許出願の日から 1 年 6 月を経過すると、その内容が特許公報（公開特許公報）に掲載され、出願公開される（特 64 条 1 項前段・2 項本文）。

(4) 出願審査請求

何人も特許出願の日から 3 年以内に、特許庁長官に出願審査の請求をすることができる（特 48 条の 3 第 1 項）。なお、この期間内に出願審査の請求がなかったときは、出願は取り下げたものとみなされる（同条 4 項）。

(5) 実体審査開始

特許庁の審査官により、出願が登録要件を具備しているか否かの審査、すなわち実体審査が行われる。なお、この実体審査は、その特許出願についての出願審査の請求を待って行う（特 47 条 1 項、特 48 条の 2）。つまり、実体審査に入るのは、出願審査の請求があったときに限る。

(6) 特許査定

審査官は、特許出願について拒絶の理由（拒絶理由、特 49 条）を発見しないときは、特許をすべき旨の査定（特許査定）をする（特 51 条）。

一方、審査官が拒絶の理由を発見したときは、その拒絶の理由を記載した書面（拒絶理由通知書）を出願人に送付する（特 50 条）。出願人はこれに対し、意見書や手続補正書を提出することができる。そして、この意見書や補正書によっても拒絶理由が解消されておらず、特許できないと審査官が判断したときは、拒絶すべき旨の査定をする（特 49 条柱書）。

(7) 特許料納付

特許権の設定の登録を受けるには、特許料として所定の金額を所定期間内に納付する必要がある（特 107 条 1 項、特 108 条 1 項）。納付しないときは、出願が却下される（特 18 条 1 項）。

(8) 設定登録

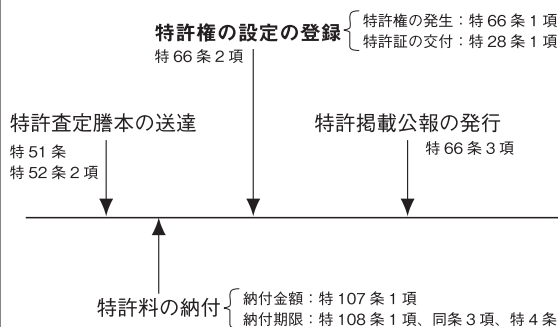
特許料の納付がされると、特許権の設定の登録がされる（特 66 条 2 項）。

この設定の登録により、特許権が発生する（同条 1 項）。そして、特許権は、原則として特許出願の日から 20 年をもって終了する（特 67 条 1 項）。

(9) 公報発行

特許権の設定の登録があったときは、所定の事項を特許公報（特許掲載公報）に掲載する（特 66 条 3 項本文）。これによって、設定登録された特許権の内容が公衆に知られる。

〈特許査定後の手続の流れ〉



補足説明

ここにいう特許料とは、設定登録時に 3 年分を一括納付する「設定登録料」のことである（特 107 条 1 項）。

補足説明

存続期間の延長登録制度（特 67 条の 2、特 67 条の 5）も存在している。

定義

「特許掲載公報」

特許法第 66 条 3 項の規定により、同項各号に掲げる事項を掲載した特許公報をいう。

用語

「特許権の設定の登録」

特許庁に備える特許登録原簿に特許庁長官が特許権の設定を記録することをいう。

特許権の発生により、特許を受ける権利は消滅する。

事例解答

現物を提出することはできず、発明内容を記載した出願書類を特許庁に提出する。さらに、すぐに特許権が発生することはなく、特許庁での審査を経て特許権が付与される。

事例問題

ボールを指に挟む持ち方とボールの投げ方に特徴を有するフォークボールの投球方は、発明に該当するだろうか？

⇒解答は20頁

学習到達目標

- ①発明の定義（特2条1項）を再現可能に
- ②法上の発明の各要件を個別に説明可能に
- ③法上の発明に該当しないものの類型について、具体例とともに説明可能に

★ 目標到達までのチェックポイント

- ☒ 発明の定義（特2条1項）を忠実に再現できるか。
- ☒ 法上の発明の各要件として、「発明」の定義における(1)～(4)の各要件を個別に説明できるか。
- ☒ 法上の発明に該当しないものの類型として、「発明」でないものの6つの類型における(1)～(6)の類型を個別に説明できるか。それぞれ具体例を挙げられるか。

▼ 他の項目との関連性

第5節 産業上利用することができる発明～第8節 発明の進歩性

発明が存在しなければ、特許権を得ることはできない。特許要件の中の最初の要件である。すなわち、「第5節 産業上利用することができる発明」～「第8節 発明の進歩性」までの前提である。

1 発明の定義

特許法第2条（定義）

- 1 この法律で「発明」とは、自然法則を利用した技術的思想の創作のうち高度のものをいう。

(1) 自然法則を利用したものであること

- ① 自然法則（『特許法概説』p52）

「**自然法則**」とは、「自然」の領域（自然界）において経験によって見いだされる法則をいう。

例：水は高所から低所に流れる、丸太は水に浮かぶ等。

「**自然法則**」は、**自然科学上の法則に限られない**。

自然界において、経験上一定の原因によって一定の結果が生ずるとされるもの（経験則）も、ここにいう「自然法則」である。

- ② 自然法則の利用（『特許法概説』p52、53）

「自然法則」そのままでは発明にはならない。発明はこれを**利用**したものでなければならない。

例：水は高所から低所に流れるとの自然法則を利用して水車を作る、又は丸太は水に浮かぶとの自然法則を利用して丸太を結束していかだを作れば、自然法則を利用したものとして、発明になり得る。

自然法則の利用は、**全体としての利用**でなければならない。このことから、次のことがいえる。

- (i) 発明は、実施可能性のあるものでなければならない。
- (ii) 発明は、反復可能性又は再現可能性のあるものでなければならない。すなわち、発明は自然法則を利用するものである以上、何回繰り返しても実施することができ、かつ、常に一定の確実性をもって同一結果を反復できるものであると同時に、発明者以外の第三者も発明者と同様に発明を実施（再現）できるものでなければならない。

補足説明

「自然法則についての認識」
発明は、自然法則を結果として利用するものであれば十分であり、発明者においてその法則についての正確かつ完全な認識を持つことは必ずしも必要でない。経験上取得したものならば十分である（『特許法概説』p53）。

発展知識

発明を特定するための事項に「自然法則を利用している部分」と「自然法則を利用していない部分」とがあるときは、全体として自然法則を利用しているか否かで判断される。その判断には、技術の特性が考慮される。

補足説明

「一定の確実性」は、必ずしも常に100%である必要はない。発明が開拓的ないし基本的なものの場合には、かえって確実性（成功率）が低いことが多い。

例：世界的発明として有名な御木本幸吉の養殖真珠法の発明（特許2670号）における最初の成功率は、わずか1～2%であったといわれている（『特許法概説』p53、55）。

補足説明

「思想」

物の発明が実施される
ときは有体物（製品）と
なるが、これは発明の形
体にすぎない。発明の本
質はその形体のうちに存
在する無形の観念である
（『特許法概説』p57）。

定義

「思想」とは抽象的な
観念（idea）又は概念
（concept）をいい、具
体的な形体とは対立する
ものである。

(2) 技術的思想であること

① 「技術」（『特許法概説』p55）

「技術」とは、一定の目的を達成するための具体的手段であって、知識として他人に伝達できる客観性のあるものでなければならない。

いわゆる技能と称せられるもの（一個人の熟練によって到達できるもの。勘やコツと呼ばれるもの）とは異なる。

② 「技術的思想」（『特許法概説』p56）

一般に、発明は技術（新技術）といわれるが、**特許法上は、「技術的思想」であれば足り、技術そのものである必要は必ずしもない**。この意味で、発明は技術の卵であり、可能技術、潜在技術又は未確定技術ということもできる。すなわち、発明は、直ちに技術として成立する程度まで具体的である必要は必ずしもない。

(3) 創作であること

「創作」（『特許法概説』p63～66）

発明の発明たるゆえんは、それが創作であるということである。創作であるためには、以下のことが必要である。

① 「新しさ」を有すること

創作であるためには、従来のものと異なるものであること、すなわち、新しさが必要である。新しさの判断基準は、当該技術的思想の創作時でなければならない。

② 「作り出したもの」であること

創作は新しさを必要とするが、同時に新しい何ものかを作り出すことが必要である。この意味において、発明は、新しいが何ものをも作り出さない発見と区別される。

③ 作り出すことが自明の事柄でないこと

創作の名に値するものであるためには、単に新しいというだけではなく、さらに進んで従来のものから当然考えられる程度、いわゆる自明（obvious）の域を脱した

ものであること (non obviousness, originality) が必要である。

(4) 高度のものであること

特許法2条1項に規定する「高度のもの」という要件は、主として実用新案法における「考案」と区別するためのものであるので、「発明」に該当するか否かの判断においては、考慮する必要はない。

2 「発明」でないものの6つの類型

(特許・実用新案審査基準)

(1) 自然法則自体

「発明」は自然法則を利用したものではない。

例：エネルギー保存の法則や万有引力の法則等の自然法則それ自体は、「発明」に該当しない。

(2) 単なる発見であって創作でないもの

「発明」の要件の1つである「創作」とは、新たに作り出すことであるからである。

したがって、次のものは、「発明」に該当しない。

① 発明者が目的を意識して創作していない天然物

例：鉱石

② 自然現象等の単なる発見

ただし、天然物から人為的に単離した化学物質や微生物等は創作したものであり、「発明」に該当する。

(3) 自然法則に反するもの

発明を特定するための事項の少なくとも一部に、自然法則に反する手段があるときは「発明」に該当しない。

例：熱力学第2法則に反する「永久機関」

補足説明

実用新案法における「考案」とは、自然法則を利用した技術的思想の創作をいう(実2条1項)。「考案」は、「低度のもの」に限られるわけではない。

補足説明

「発明」でないものの6つの類型は、特許庁の「特許・実用新案審査基準」によるものである。

補足説明

特許庁の審査基準には、「特許・実用新案審査基準」、「意匠審査基準」及び「商標審査基準」がある。これらの審査基準は、出願の審査が一定の基準に従って公平妥当かつ効率的に行われるように、特許法等の関連する法律の適用についての基本的な考え方(行政解釈)をまとめたものである。

これらの内容は公表されており、特許庁のホームページから入手できる。必要に応じてその見直し(改訂)もなされている。

補足説明

「例：味の素(グルタミン酸塩)／特許 14805号」

本件特許発明は昆布煮汁の主要成分はグルタミン酸塩であるという結論に到達したのに起因するものであり、この点は学術上の発見である。しかし、これを基礎として本件の調味料を製造することができることになったのは、新規な発明を完成したものであって、用途の発見ではない(『特許法概説』p65)。

発展知識

「ビジネス関連発明」は、一定の要件を満たすものであれば、「コンピュータ・ソフトウェア関連発明」として特許の対象になり得る。

(4) 自然法則を利用していないもの

次のものは、「自然法則を利用した」ものとはいえず、「発明」に該当しない。

① 自然法則以外の法則を利用しているもの

例：経済法則

② 人為的な取決め

例：ゲームのルールそれ自体

③ 数学上の公式

④ 人間の精神活動にあたるもの

⑤ 上記①～④のみを利用しているもの

例：ビジネスを行う方法それ自体

(5) 技術的思想でないもの

次のものは、技術的思想ではなく、「発明」に該当しない。

① 技能

例：ボールを指に挟む持ち方とボールの投げ方とに特徴を有する
フォークボールの投球方法

② 情報の単なる提示

例：機械の操作方法又は化学物質の使用法についてのマニュアル

③ 単なる美的創造物

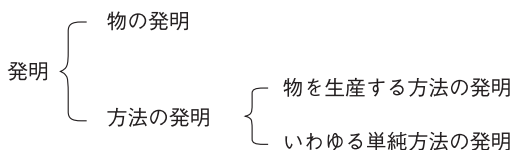
例：絵画や彫刻

(6) 発明の課題を解決するための手段は示されているものの、その手段によっては、課題を解決することが明らかに不可能なもの

例：硼素（ホウ素）等の中性子吸収物質を、タングステン等の溶融点が比較的高い物質で包んでこれを球状とし、その多数を火口底へ投入することによって火山の爆発を防止する方法は、「発明」に該当しない。この方法は「火口底でウラン等が核分裂することによって火山が爆発すること」を前提条件としており、その手段によっては課題を解決することが明らかに不可能であるからである。

3 発明の種類 (カテゴリー)

〈発明の種類〉



「発明」は「物の発明」と「方法の発明」とに大別される。

「方法の発明」はさらに、「物を生産する方法の発明（製法の発明）」とそれ以外の「いわゆる単純方法の発明」とに分けられる。

「物の発明」とは、発明の構成要件として経時的要素を含まないものをいい、「方法の発明」とは発明の構成要件中に経時的要素を包含しているものをいう。

「物を生産する方法の発明」とはその方法を実施した結果物として物が生産されるものをいい、「単純方法の発明」とは物の生産を伴わない、生産方法以外の方法をいう。

これらの分類は単なる表現上の問題ではない。

理由：特許されている発明(特許発明(特2条2項))がどのカテゴリーに属するかによって、その実施の範囲が異なり、その特許権の効力が異なるからである（同条3項各号、68条）。

4 法上の取扱い

出願された発明が、特許法2条1項の「発明」に該当しないときは、「産業上利用することができる発明」とは認められず、特許法29条1項柱書違反として、

- ① 出願拒絶の理由（特49条2号）となる。
- ② 特許異議申立ての理由（特113条2号）となる。
- ③ 特許無効の理由（特123条1項2号）となる。
- ④ 情報提供の理由（特施規13条の2第1項2号）となる。

定義

「物」には、プログラム等が含まれる（特2条3項1号かっこ書）。平成14年の一部改正で追加された事項である。

「プログラム等」とは、プログラム（電子計算機に対する指令であって、一の結果を得ることができるように組み合わされたものをいう。以下、この節において同じ）その他電子計算機による処理の用に供する情報であってプログラムに準ずるものをいう（同条4項）。なお、この「プログラムに準ずるもの」としては、たとえば、特殊なデータ構造が該当する。

補足説明

「例：物の発明→靴下製造機」

物を生産する方法の発明→靴下製造方法

単純方法の発明→製造した靴下の不良品を検査する方法

補足説明

特許法2条3項1号～3号には、カテゴリーごとに発明の「実施」の内容が定められている。

事例解答

該当しない。発明は、技術的思想の創作を保護対象とするため、「技術」ではない職人技といった「技能」とは異なるものである。

memo

産業上利用することができる発明

重要度 ★★★

事例問題

人間を手術、治療又は診断する方法は、法上の発明に該当するとしても、特許を受けることができるだろうか？

⇒解答は25頁

学習到達目標

- ①特許法上の発明（特2条1項）がすべて保護されるのではなく、そのうちの産業上利用可能性のある発明が保護される点を理解
- ②「産業上利用」の解釈を説明可能に
- ③産業上利用可能性がないとされる発明の類型を具体例とともに説明可能に

★ 目標到達までのチェックポイント

- ☒「産業」「利用」の解釈について個別に説明できるか。
- ☒「産業上利用することができる発明」に該当しないものの3つの類型を個別に説明できるか。それぞれ具体例を挙げられるか。

▼ 他の項目との関連性

①第4節 発明

発明の要件を満たしたうえで、その発明が産業上利用できるか否かを判断する。よって、前提として「第4節 発明」を理解しておく必要がある。

②第7節 発明の新規性、第8節 発明の進歩性

産業上利用可能性のある発明というだけでは特許権を得られないので、それ以外の特許要件を本節学習後に確認してほしい。具体的には「第7節 発明の新規性」「第8節 発明の進歩性」等である。

1 趣旨

特許法第29条（特許の要件）

- 1 産業上利用することができる発明をした者は、次に掲げる発明を除き、その発明について特許を受けることができる。（以下略）

学術的又は実験的にのみ利用できるような発明等を特許の対象から排除するため、特許法29条1項柱書に「産業上利用することができる発明」を特許要件として規定した。

補足説明

「柱書」

1つの条項の中に、第1号、第2号というような「号」の列記がある場合に、その各号として列記されている部分以外の部分をいう。この「柱書」という言い方は俗称であり、法令用語上では「各号列記以外の部分」という。

2 「産業上利用することができる発明」の解釈

(1) 「産業」

主として生産業を意味する。

例：工業、鉱業、農業、林業、漁業、水産業及び牧畜業等

ここにいう「産業」は広義に解釈され、次のものも「産業」に含まれる。

- ① 生産を伴わない補助産業的なもの

例：運輸業

- ② サービス業

例：交通業

(2) 「利用」

特許法2条3項1号～3号に規定する「実施」を意味する。

(3) 「産業上利用することができる発明」

学術的、実験的にのみ利用することができるような発明等は排除することを意味する。次の①～③は、「産業上利用することができる発明」に該当しないものの3つの類型（特許・実用新案審査基準）である。

補足説明

例 1：人体に対して外科的処置を施す方法

例 2：病気の軽減及び抑制のために、患者に投薬、物理療法等の手段を施す方法

例 3：MRI 検査で得られた画像を見て脳梗塞であると判断する方法

補足説明

例：オゾン層の減少に伴う紫外線の増加を防ぐために、地球表面全体を紫外線吸収プラスチックフィルムで覆う方法

用語

「情報提供制度」

審査の確性及び迅速性のいっそうの向上を図るために、何人も、特許庁長官に対し、刊行物、特許出願書類等を提出することにより、特許出願が特許要件を満たさないことの情報を提供することができることとしている（特施規 13 条の 2 第 1 項柱書）。

① 人間を手術、治療又は診断する方法

いわゆる医療行為といわれているものであり、「産業上利用することができる発明」には該当しない。医療行為は、人道上広く開放すべきである性質を有するからである。

医療機器や医薬自体は、物であり、「人間を手術、治療又は診断する方法」に含まれない。

② その発明が業として利用できない発明

次のものは、「産業上利用することができる発明」に該当しない。

(i) 喫煙方法のように個人的にのみ利用される発明

ただし、「髪にウエイブをかける方法」のように、個人的に利用され得るものであっても、業（美容業）として利用できる発明であれば「産業上利用することができる発明」に該当する。

(ii) 学術的又は実験的にのみ利用される発明

ただし、学校において使用される「理科の実験セット」のように、実験に利用されるものであっても、市販又は営業の可能性のあるものは「産業上利用することができる発明」に該当する。

③ 實際上、明らかに実施できない発明

理論的にはその発明を実施することは可能であっても、その実施が實際上考えられない場合は、「産業上利用することができる発明」に該当しない。

3 法上の取扱い

(1) 出願された発明が「産業上利用することができる発明」に該当するとき

他のすべての特許要件の具備を条件に設定登録され、特許権が発生する（特 66 条、特 68 条）。

(2) 出願された発明が「産業上利用することができる発明」

に該当しないとき

特許法 29 条 1 項 柱書違反として、

- ① 出願拒絶の理由（特 49 条 2 号）となる。
- ② 特許異議申立ての理由（特 113 条 2 号）となる。
- ③ 特許無効の理由（特 123 条 1 項 2 号）となる。
- ④ 情報提供の理由（特施規 13 条の 2 第 1 項 2 号）となる。

用語

「情報提供」

従来では、情報提供が特許付与前に限って認められていたが（特施規 13 条の 2）、平成 15 年の一部改正により特許異議申立制度が特許無効審判制度と統合されたことから、特許付与の見直し機能を補うために特許付与後にも何人も情報提供をすることができるようにした（特施規 13 条の 3）。

事例解答

人間を手術、治療又は診断する方法は、医療行為であり、人道上広く開放すべきであるため、産業上利用することができる発明に該当せず、特許を受けることはできない。

特許を受ける権利

重要度 ★★★

事例問題

創作により発明が完成してから特許権が発生するまでは、何も保護を受けられないのだろうか？
⇒解答は29頁

学習到達目標

- ①特許を受ける権利の意義・内容を理解
- ②特許を受ける権利の性質、特許を受ける権利の発生から消滅までの流れ、特許を受ける権利の内容を網羅的に理解
- ③共有に係る場合などの例外についても理解

★ 目標到達までのチェックポイント

- ☒特許を受ける権利の意義を理解したか。
- ☒特許を受ける権利の内容を説明できるか。
- ☒特許を受ける権利の性質を説明できるか。
- ☒特許を受ける権利の発生から消滅までの流れを理解したか。

▼ 他の項目との関連性

第27節 権利侵害とその救済、第29節 実施権、第30節 職務発明

特許を受ける権利は「第27節 権利侵害とその救済」「第29節 実施権」「第30節 職務発明」等と関連する。どのような場面で問題となるのかをそれぞれの節を勉強した後に再度見直しておきたい。

1 特許を受ける権利の意義

特許を受ける権利とは、国家に対し特許権の付与を請求し得る請求権であって、譲渡性のある財産権のことである。そのため、特許を受ける権利は、公権的側面と私権的側面を有している。

発明は創作行為でありそれ自体価値が認められるので、発明完成と同時に発明に対する利益が生じる。特に、法は権利の安定性に鑑みて審査主義を採用していることから（特 47 条）、特許権発生までには一定期間を要する。したがって、発明完成から特許権の発生までの間、第三者の実施等から発明を何らかの方法で保護する必要がある。

そこで、法は、発明の完成により生じた利益状態を保護するため、特許を受ける権利を認めている（特 29 条 1 項柱書）。

2 特許を受ける権利の内容

(1) 権利の発生

特許を受ける権利は発明の完成と同時に発生する（特 29 条 1 項柱書）。

(2) 権利の主体

- ① 特許を受ける権利の原始的な取得者は、権利能力を有する自然人たる発明者である（特 29 条 1 項柱書）。
- ② 特許を受ける権利の承継人も特許を受ける権利の主体となり得る。特許を受ける権利は財産権であり、自由に移転できるからである。

(3) 権利の客体

出願前は、特許要件を具備すると主観的に判断された発明、出願後は、特許請求の範囲に記載された発明が客体と

なる（特 36 条 5 項、特 70 条 1 項）。

(4) 権利の効力

① 公権的性質にもとづく効力

特許を受ける権利の公権的側面は特許付与を請求する側面であることから、出願（特 36 条）等が認められる。

② 私権的性質にもとづく効力

特許権のような独占排他的効力は有していない。

③ 実施権、質権等の設定

特許を受ける権利にもとづいて取得すべき特許権について、仮専用実施権を設定することができる（特 34 条の 2）。

一方で、特許を受ける権利は質権の目的とすることはできない（特 33 条 2 項）。公示手段がなく、これを認めると取引の安全が図れないからである。また、特許法に何らの規定もないことから抵当権の目的とすることもできない。ただし、特に禁止規定も存在していないことから譲渡担保の目的とすることは可能であると解されている。

発展知識

特許を受ける権利が財団抵当における財団の組成物となるかについては解釈に委ねられている（『特許法』p165）。さらに、企業担保に特許を受ける権利は含まれる（『特許法』p165）。特許を受ける権利が強制執行の対象となるかについても争いがある（『特許法』p166）。

(5) 権利の変動

① 主体の変動

特許を受ける権利は移転が可能である（特 33 条 1 項）。

出願前の承継は、特定承継及び一般承継ともに出願が第三者対抗要件である（特 34 条 1 項）。適当な公示手段がないために出願によることとし、また、効力発生要件とすると出願前の承継が不可能となるからである。

出願後の承継は、一般承継を除き、届出が効力発生要件である（特 34 条 4 項）。これは、権利の帰属関係を明確にするためである。一般承継が除かれているのは、権利者が不存在となる期間の発生を防止するためであるが、承継人は遅滞なく届け出なければならない（特 34

条5項)。

特許を受ける権利が共有に係る場合の持分の譲渡については、他の共有者の同意が必要である（特33条3項）。譲受人の資本力や技術力いかんで、他の共有者の持分の価値が著しく変動するからである。

② 客体の変動

特許請求の範囲の補正等により客体が変動する（特17条、特17条の2等）。

(6) 権利の消滅

特許を受ける権利は従来以下のような場合に消滅するとされてきた（『新・注解特許法』p444以下）。

- ① 特許権の設定の登録（特66条）により発展的に消滅する。
- ② 出願の拒絶査定又は審決の確定により消滅する。
- ③ 相続人の不存在の場合に消滅する。
- ④ 特許を受ける権利の放棄により消滅する。

事例解答

法は、発明の完成に生じた利益状態を保護する「特許を受ける権利」を認めている。

発明の新規性

重要度 ★★★

事例問題

4月14日の10時にプレス発表を行った発明は、同日の14時に特許出願を行えば特許を受けることができるだろうか？
⇒解答は37頁

学習到達目標

- ①産業上利用することができる発明（特29条1項柱書）がすべて保護されるのではなく、そのうちの新規性がある発明が保護される点を理解
- ②発明の新規性がいかなる場合に否定されるかをその判断基準とともに理解
特許法29条1項1号～3号のそれぞれについて、時期的基準、地域的基準、内容的基準（各要件の解釈）を個別に説明可能に

★ 目標到達までのチェックポイント

- ☒時期的基準、地域的基準について、特許法29条1項1号～3号のそれぞれ的一致点と相違点とを説明できるか。
- ☒特許法29条1項1号～3号のそれぞれについて、内容的基準を説明できるか。
とくに、各要件の解釈をしっかりと説明できるか。

▼ 他の項目との関連性

①第4節 発明、第5節 産業上利用することができる発明

新規性は特許要件の1つであることから、項目としては「第4節 発明」「第5節 産業上利用することができる発明」に関係する。また、「第8節 発明の進歩性」の前提となるものである。

②第18節 手続の補正、第19節 出願の分割

新規性違反の拒絶理由通知に対する措置（中間処理問題）として、「第18節 手続の補正」「第19節 出願の分割」についても、学習の進捗度合いに応じて適宜参照されたい。

1 趣旨

特許法第29条（特許の要件）

- 1 産業上利用することができる発明をした者は、次に掲げる発明を除き、その発明について特許を受けることができる。
 - 一 特許出願前に日本国内又は外国において公然知られた発明
 - 二 特許出願前に日本国内又は外国において公然実施をされた発明
 - 三 特許出願前に日本国内又は外国において、頒布された刊行物に記載された発明又は電気通信回線を通じて公衆に利用可能となった発明

補足説明

法令は、その内容を分類する意味で「条」に分けて規定している。「条」には、見出しをつけている。

1つの「条」を、内容によりさらに区分する必要がある場合に「項」に分ける。

「項」には、項数が1つである場合を除き、1、2、3（算用数字ないしはアラビア数字）の項番号をつける。

「条」又は「項」の中において多くの事項を列記する場合に、「号」を用いて分類する。「号」は、一、二、三（漢数字）で表す。

(1) 定義

「発明の新規性」とは、発明の客観的新しさをいい、具体的には特許法 29 条 1 項各号に該当しないことをいう。

(2) 趣旨

特許制度の趣旨は新規発明公開の代償として独占権を付与するものである。したがって、独占権が付与される発明は新規なものでなければならない。

新規性を有しない発明の範囲を明確にするため、特許法 29 条 1 項 1 号～3 号にそれらを類型化して規定した。

2 特許法29条 1 項 1 号

(1) 本号の内容

「特許出願前に日本国内又は外国において公然知られた発明」は新規性がなく、その発明について特許を受けることができない。

用語

「公知」

特許法 29 条 1 項 1 号の略称は公知であるが、別の意味で使われることがある。すなわち、新規性がない場合(1号～3号)を一括して「公知(広義)」という場合がある。

発展知識

新規性判断の時期的基準が発明時では、発明の秘蔵を相当長い期間容認するうえに、発明時を決定するのに困難である。また、公開の時では、すべての発明について公開時の立証や認定等が必要となるため、発明者や特許庁、第三者にとって極めて不利不便である。これに対して、特許出願に関するものとなれば、立証が容易で、信頼性も高い。

発展知識

新規性(特 29 条 1 項)、進歩性(同条 2 項)の判断では特許出願の時、分まで問題となる。この点、先願(特 39 条)の判断の場合は日の先後の関係のみをみて、日が同じであれば時、分については先後の関係をみないのと相違する。

補足説明

例：甲がなした発明 A について午後の特許出願したが、その日の午前中にその発明 A について講演をした場合は、甲が特許出願した発明 A は特許出願前に公知(秘密状態ではない)となっているから、新規性がない。

法律用語

「到達主義」

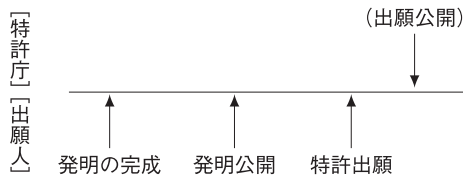
民法 97 条 1 項で「意思表示は、その通知が相手方に到達した時からその効力を生ずる」と規定し、民法では到達主義を採用している。

本号は、「公知」と略称される。

(2) 新規性判断の時期的基準

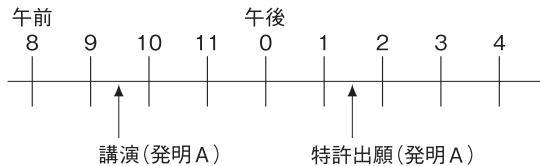
- ① 「特許出願前に」(特 29 条 1 項 1 号)と規定されていることから、新規性判断の時期的基準は「**特許出願の時**」である。すなわち、発明が新規であるかどうかの判断は、「特許出願の時」を基準として行われる。発明の時(発明を完成した時)でもなく、公開の時(発明を公開した時)でもない。それらを基準とすると理論上又は實際上難点があるからである。

〈新規性判断の時期的基準〉



- ② 「特許出願前」とは、「特許出願の前日」とは異なり、出願の時分までも考慮したものである。

〈特許出願前の意味(発明 A は特許出願前に公知)〉



もっとも、実際問題として、公知(広義)であるかどうかを定めるにあたって、公知日の時刻までが問題となることは極めてまれである。

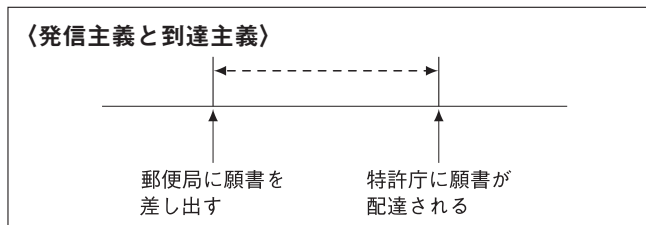
- ③ 「特許出願の時」

(i) 原則

特許出願の願書を特許庁に提出した時をいう(到達主義)。

(ii) 例外

願書の特許庁に郵送又は信書便の役務により提出した場合は、例外的に願書を日本郵便株式会社の営業所に差し出した時をいう(発信主義)。発信主義を採用しているため(特19条)、特許庁と特許出願人との地理的間隔の差異にもとづく不平等が排除される。



補足説明

発信主義が採用される手続としては、「願書」の提出のほかには、「提出の期限が定められている物件」(例：出願審査請求書)の提出がある(特19条)。

(3) 新規性判断の地域的基準

「日本国内又は外国において」(特29条1項1号)であるから、新規性判断の地域的基準は「世界」である(いわゆる「世界主義」を採用)。

日本国内では未だ公知ではないものの、特許出願前に外国で公知になった場合には、その発明は新規性がない。

したがって、外国で公知の発明について日本国特許庁に特許出願しても特許されない。

発展知識

交通手段のさらなる発達、インターネットをはじめとする情報通信の発展により、国外における公知(特29条1項1号)・公用(同項2号)の事実の調査は比較的容易になったことから、平成11年の一部法改正により、公知・公用の地域的基準を「国内」から「世界」へと拡大した。

(4) 「公然」の解釈

「公然」とは、秘密を脱した状態をいう。公然であるというためには、秘密を脱すれば十分である。発明者又は出願人の秘密にする意思の有無は関係しない。

つまり、「公然」に該当するか否かは、具体的には、秘密を保つべき義務の有無によって判断される(『標準特許法』p49)。

(5) 「公然知られた」の解釈

- ① 「公然知られた」とは、実際に公然知られたことを

補足説明

例：特定人が、機械の内部に特徴のある発明品についてその外形だけを不特定人に見せた場合、その発明は「公然知られた」とはならない。

発展知識

「特許法 29 条 1 項 1 号と 2 号との関係」

その発明が実施をされたことにより公然知られた事実がある場合は、特許法 29 条 1 項 1 号の「公然知られた」に該当する。したがって、同項 2 号の「公然実施をされた」は、その発明が公然実施をされても公然知られた事実が認められない場合が該当する。

補足説明

「公然知られる状況」とは例えば工場内である物の製造状況を不特定人に見学させた場合において、その製造状況を見れば当業者がその発明の内容を容易に知ることができるような状況をいう。

補足説明

「公然知られるおそれのある状況」とは例えば工場である物の製造状況を不特定人に見学させた場合において、その製造状況を見た場合に製造工程の一部については装置の外部を見てもその内容を知ることができないものであり、しかも、その部分を知らなければその発明全体を知ることとはできない状況で、見学者がその装置の内部を見ること、又は内部について工場の人に説明してもらうことが可能な状況（工場で拒否しない状況）をいう。

必要とし、公然知られ得る状態では足りないと解する。

理由：公然知られ得る状態と解するときには、文理解釈上、特許法 29 条 1 項 3 号が同項 1 号と重複した規定となり、同項 3 号の存在意義がなくなってしまうからである。

- ② 「知られた」とは、発明が技術的に理解されたことを必要とする。

3 特許法29条1項2号

(1) 本号の内容

「特許出願前に日本国内又は外国において公然実施をされた発明」は新規性がなく、その発明について特許を受けることができない。

特許法 29 条 1 項 2 号は、「公用」と略称される。

(2) 時期的基準及び地域的基準

特許法 29 条 1 項 2 号の場合の時期的基準及び地域的基準は、同項 1 号と同じである。

(3) 「公然実施をされた」の解釈

- ① 「**公然実施をされた**」とは、発明の内容が公然知られる状況下で、又は公然知られるおそれのある状況下で実施をされたことをいう。

「実施」とは、特許法 2 条 3 項各号に掲げる行為をいう。

(i) 「公然知られる状況」

(ii) 「公然知られるおそれのある状況」

4 特許法29条1項3号の前半

(1) 本号前半の内容

「特許出願前に日本国内又は外国において頒布された刊行物に記載された発明」は新規性がなく、その発明について特許を受けることができない。特許法 29 条 1 項 3 号の

前半は、「文献公知」と略称される。

(2) 時期的基準及び地域的基準

特許法 29 条 1 項 3 号前半の場合の時期的基準及び地域的基準は、同項 1 号と同じである。

(3) 「刊行物」の解釈

① 「**刊行物**」とは、公衆に対し頒布により公開することを目的として複製された文書、図面その他これに類する情報伝達媒体をいう。

② 「刊行物」は、公開性と情報性を有し、その結果として必然的に頒布性も有する。

(i) 公開性

ここにいう公開性とは、公開を目的としたものをいう。したがって、公開を目的とせず内容に秘密性がある秘密出版物は「刊行物」ではない。

その一方で、学会誌のような限定出版物や非売品扱いの出版物は「刊行物」である。

(ii) 情報性

ここにいう情報性とは、内容自体が広く第三者に情報として流通されるべき性質をいう。

したがって、訴訟記録の複写物は、公開されるものの情報として流通されることを目的として作成されていないので、「刊行物」ではない。

(4) 「頒布され」の解釈

① 「頒布され」

「配布され」と同じ意味である。すなわち、多くの人に行き渡るように配ることをいう。したがって、まだ発行者の手もとにあって配布に至らない刊行物は「配布された刊行物」ではない。

② 現実に誰かがその刊行物を見たという事実を必要と

補足説明

特許法 29 条 1 項 3 号については、1 号及び 2 号が自国主義から世界主義に変更された平成 11 年の一部改正の前から、既に世界主義を採用していた。事実の立証・判断が容易なことを考慮したものである。

補足説明

「刊行物」に該当するものとしては、たとえば、出願書類の複写物である公開公報（出願公開のために発行される特許公報）やそのマイクロフィルムを挙げることができる（最判昭和 61 年 7 月 17 日（昭和 61 年（行リ）第 18 号））。

発展知識

訴訟記録の複写物は、公開されるものの、公開を目的として作成された書類ではない。

発展知識

例：出願前に特許庁資料館に到着し、そこで受け入れられた以上は、一般公衆の閲覧が可能であったかどうかを問わず、出願前に頒布された刊行物である（『特許法概説』p84）（最判昭和 38 年 1 月 29 日（昭和 36 年（オ）第 1180 号））。

しない。刊行物を不特定人が見え得るような状態にあれば十分である。

(5) 「刊行物に記載された発明」の解釈

「刊行物に記載された発明」

刊行物に記載されている事項及び記載されているに等しい事項から把握される発明をいう。

「記載されているに等しい事項」

刊行物に記載されている事項から本願出願時における技術常識を参酌することにより導き出せるものをいう。

定義

「技術常識」とは、当業者に一般的に知られている技術（周知技術、慣用技術を含む）又は経験則から明らかな事項をいう。

補足説明

インターネットに代表される情報通信手段の発展によりネットワークを通じて公表される技術情報が増加していることに鑑み、平成 11 年の一部改正により、インターネット上でのみ公開されている発明についても刊行物と同様に新規性判断の資料として追加した。

5 特許法29条1項3号の後半

(1) 本号後半の内容

「特許出願前に日本国内又は外国において電気通信回線を通じて公衆に利用可能となった発明」は新規性がなく、その発明について特許を受けることができない。

インターネット公知ともいわれる。

(2) 時期的基準及び地域的基準

特許法 29 条 1 項 3 号後半の場合の時期的基準及び地域的基準は、同項 1 号と同じである。

(3) 「電気通信回線」の解釈

有線又は無線により双方向に通信可能な電気通信手段をいう。一方向からしか情報を通信できないもの（例：放送）は除かれる。したがって、発明の内容がテレビ放送されたときには、特許法 29 条 1 項 3 号後半ではなく、同項 1 号・2 号が検討される。

(4) 「公衆に利用可能」の解釈

発明の開示された情報が公衆（不特定多数の者）にアクセ

ス可能な状態に置かれることをいう。刊行物が店頭で販売される場合と同様の情報伝播力を有するような場合である。

現実には誰かがその情報を見たという事実を必要としない。個人間の私信メールや、特定の者（守秘義務を持った者、特定の会社の従業員等）のみがアクセス可能な情報は、「公衆に利用可能」となったものではない。

6 法上の取扱い

（1）出願された発明が「発明の新規性」を有するとき

他のすべての特許要件の具備を条件に設定登録され、特許権が発生する（特 66 条、特 68 条）。

（2）出願された発明が「発明の新規性」を有しないとき

- ① 出願拒絶の理由（特 49 条 2 号）となる。
- ② 特許異議申立ての理由（特 113 条 2 号）となる。
- ③ 特許無効の理由（特 123 条 1 項 2 号）となる。
- ④ 情報提供の理由（特施規 13 条の 2 第 1 項 2 号）となる。

事例解答

例え同日であっても、発明が新しいか否かは、時分も考慮されるため、午前にはプレス発表を行った後に、午後に特許出願を行った場合には、特許を受けることはできない。