

論文答案作成法概論

1. 論文試験（正式名称「論文式筆記試験」）について

弁理士試験は3つのハードルが用意されている。すなわち、一次試験（マークシート方式の択一試験）、二次試験（論文式筆記試験）、三次試験（面接式の口述試験）である。各試験の直近3年分の合格者統計は以下の通りである。

	平成26年	平成25年	平成24年	平成23年
志願者数	6216名	7439名	7839名	8645名
一次試験合格者	550名(11.8%)	375名(9.2%)	1277名(26.1%)	1861名(30.3%)
二次試験合格者	358名(27.2%)	482名(23.5%)	830名(28.3%)	709名(22.9%)
最終合格者	385名	715名	773名	721名
最終合格率	6.9%	10.5%	10.7%	9.1%

二次試験は、一次試験を突破した実力者によって争われる。また三次試験における合格率は、74.6%である。したがって、合格率27.2%の論文試験は、弁理士試験において難関試験と言える。

2. 論文基礎講義の指針

論文基礎講義は、二次試験である論文試験の対策講座である。しかし、「論文式筆記試験」といっても、実際に試験問題を見たことがない人からすれば、その内容は、全くもって想像がつかないだろう。また、その対策についても、何をすればよいのか皆目検討がつかないでいるかも知れない。

そこで、まず「論文式筆記試験」の内容について述べると、この試験では、特許法、実用新案法、意匠法及び商標法の産業財産権法についての運用能力が問われる。「運用能力」とは、具体的に与えられた事例において、特許法等の産業財産権法をいかに駆使してそこで与えられた課題を解決していくかという能力である。

抽象的で分かりにくい部分があるかも知れないので、具体例を考えてみよう。

<例題>

発明者甲が、構成要件 α と構成要件 β からなる発明イを自ら発明した。そこで、甲は、発明イについて特許出願Aをし、出願審査の請求を行った。ところが、審査において、構成要件 α 及び β がそれぞれ記載された刊行物X及びYが特許出願A前に頒布されていたことが判明し、審査官は、特許法第29条第2項に基づく拒絶理由の通知をした。この場合において、どのような措置をとれば甲が発明イについて特許を受けることができるか。

上記の事例において、どのような措置をとれば甲が発明イについて特許を受けることができるかということを、特許法を駆使して解決していくのが「運用能力」である。

論文式筆記試験への対策を考えるため、上述した事例についてさらに考えてみよう。この具体例では、甲が発明イについて特許を受けるためには、意見書（特50条）を提出して審査官の拒絶理由の通知に反論する必要がある。では、どのような反論をすればよいのだろうか？問題となっている特許法第29条第2項によれば、「特許出願前にその発明の属する分野における通常の知識を有する者が前項各号に掲げる発明に基づいて容易に発明をすることができたときは、その発明については、同項の規定にかかわらず、特許を受けることができない。」とある。ならば、甲は、事例を単に特許法第29条第2項にあてはめて、「当業者は、構成要件 α 及び β に基づいて容易に発明イを発明することができない。」ことのみを意見書で述べれば十分なのだろうか？答えは、否である。

では、なぜ、これだけでは不十分なのだろうか？それは、法律を運用していく上での「規範定立」（もう少し簡単な言葉でいうと、判断基準）が示されていないからである。法律論文の構成の基本は、「問題提起」→「規範定立」→「あてはめ」→「結論」である。先の記述では、「規範定立」について触れずに、「問題提起」（発明イは、発明の進歩性を具備するか）→「あてはめ」をしてしまっているのである。

では、上述した具体例における「規範定立」とは何かというと、「進歩性の判断は、本願発明の属する技術分野における出願時の技術水準を的確に把握した上で、当業者であればどのようにするかを常に考慮して、引用発明に基づいて当業者が請求項に係る発明に容易に想到できたことの論理づけができるか否かにより行う。」（特許・実用新案審査基準第Ⅱ部第2章2.4）というものである。

そして、ここで大事なことは、この「規範定立」というものは条文には記述されていないということである。したがって、論文式筆記試験において規範定立を示すには、その規範定立を暗記しておかなければならないのである（ちなみに、条文については、論文試験において法文が貸与されるので、それを参照することができる）。そして、この「規範定立」の暗記を行うのが論文基礎講義の第一の柱なのである。

では、「規範定立」さえ暗記すれば、論文式筆記試験への対策として十分だろうか？残念ながら、それだけでは不十分である。なぜなら、法律論文には、先に示した通り、「問題提起」→「規範定立」→「あてはめ」→「結論」の流れがあるので、この流れに沿った論述をする対策をとらなければならないからである。そして、このような流れの論述の練習を積むのが論文基礎講義の第二の柱なのである。

実際の論文式筆記試験では、上述の具体例に比べると、非常に複雑な事例の問題が出題される。しかし、どれだけ複雑な事例の問題であっても、結局のところ、その要素は、「規範定立」の明示と法律論文の流れに沿った論述に還元されるのである。すなわち、この論文基礎講義の二本柱を押さえておけば、後はその応用をするだけで、どのような論文式筆記試験の問題にも対応できるようになるのである。

この論文基礎講義が、論文式筆記試験への架け橋になることを切に望む。

3. 講座で使用する物

本講座を受講するに際し、以下の物を用意し、持参すること。

(1) 論文要点集

本講座のテキストである。本講座は本テキストに基づいて進行する。後述する答案作成用の問題も掲載されているので毎回必ず持参すること。

(2) 筆記用具

毎回行う答案作成演習で使用する筆記用具を持参する。

論文本試験で使うことが認められている筆記具は「黒または青インキのボールペン、万年筆またはつけペン」である。したがって、シャープペンシル等で答案を作成することは認められていないので本講座でも上述の規定に従って筆記用具を準備する。

本講座が終了するまでの間、自分に合った筆記用具を見つけることを目標とする。

(3) 法文集

論文本試験では、試験中に使用することができる法文集が貸与される。貸与される法文集に掲載されている法令名は下記の通りである（平成26年度）。

① 特許に関する法令

特許法、特許法施行令、特許法施行規則、特許登録令、特許登録令施行規則

② 実用新案に関する法令

実用新案法、実用新案法施行令、実用新案法施行規則、実用新案登録令、実用新案登録令施行規則

③ 意匠に関する法令

意匠法、意匠法施行令、意匠法施行規則、意匠登録令、意匠登録令施行規則

④ 商標に関する法令

商標法、商標法施行令、商標法施行規則、商標登録令、商標登録令施行規則

⑤ 特例に関する法令

工業所有権に関する手続等の特例に関する法律、工業所有権に関する手続等の特例に関する法律施行令、工業所有権に関する手続等の特例に関する法律施行規則

⑥ 民事訴訟に関する法令

民事訴訟法、民事訴訟規則

⑦ 特定通常実施権登録に関する法令

産業活力再生特別措置法（抄） ※第2条及び第58条～第71条を抄録、特定通常実施権登録令、特定通常実施権登録令施行規則

⑧ 特許協力条約に関する法令

特許協力条約に基づく国際出願等に関する法律、特許協力条約に基づく国際出願等に関する法律施行令、特許協力条約に基づく国際出願等に関する法律施行規則

⑨ 工業所有権保護等に関する条約

パリ条約、特許協力条約、特許協力条約に基づく規則、ブダペスト条約、ブダペスト条約に基づく規則、虚偽の又は誤認を生じさせる原産地表示の防止に関するマドリ

ッド協定（リスボン改正）、同 スtockホルム追加協定、世界知的所有権機関設立条約、ストラスブール協定、ニース協定、知的所有権の貿易関連の側面に関する協定、商標法条約、商標法条約に基づく規則、標章の国際登録に関するマドリッド協定の1989年6月27日にマドリッドで採択された議定書、

この法文集は論文本試験における一番強力なパートナーであり、強力な武器となる。そのため本講座における答案作成演習においても法文集を使用し、使い方をマスターし、本試験でフル活用するための態勢を整えたい。

4. 講座の内容

論文本試験では、工業所有権に係る法律知識の理解が問われる。そこで、まず論文本試験を戦うための「規範定立」（＝判断基準）及び法律知識を習得してもらう。

次に論文本試験では、決められた時間内に試験会場で論文を作成しなければならないため、特殊な訓練が必要である。その訓練も本講座で行う。

以上の点を踏まえて、本講座は、以下の2つの骨組みから構成されている。

<論文基礎講義の内容>

講義 150 分（休憩有）

(1) 講義

「論文要点集」は論文本試験で出題される可能性のあるテーマを厳選して収録したテキストである。弁理士試験において、法律用語、論点や判例といった難しい論点が多く登場する。これらの論点を独学で勉強するのは骨の折れる作業である。そこで、本講座は基本的な法律用語や、重要な論点をピックアップし、講義の中で解説をしていく。その結果、論文本試験に合格する上で必要な基本知識の習得を目指す。

(2) 論文試験において注意すべき点

① 題意把握力

論文本試験は、特許庁の試験委員によって作成された問題を時間内に解くものである。問題文には試験委員が予め設定した解答項目（論点）が複数隠されている。本試験で要求される第一の能力は、問題文に隠された論点を把握し抽出することである。

すなわち、1つのテーマを任意に論述するのではなく、予め設定された解答項目を説明するものである。独りよがりの答案を作成しては、決して合格にはたどり着けない点に難しさがある。

題意把握のためには、時系列表というものを作成する必要もある。

② 答案構合力

本試験で要求される第二の能力は、問題文を読んで抽出した論点を整理することである。すなわち、答案作成の時間や解答用紙は限られており、その中で最後まで解答項目を記述しなければならない。不合格答案で目立つのは、最後まで解答項目が挙がっていないものである。特に、書き始める最初の方の論点について情報量が多すぎ、終盤にかけて情報量が減っていく答案は評価されない。最後までバランス良く一定の情報量を盛り込まなければならない。

そのためには、自分の筆力（記載するスピード）を把握した上で、残りの答案作成時間から解答できる分量を計算し、その分量に則した設計図を書き出す前に作成しなければならない。

論文本試験では、白紙のA4用紙が配布される。問題文を読んで把握した論点を、優先順位の高いものから白紙に記述する。その後、提出用の答案用紙の作成にとりかかる。

③ 論文作能力

弁理士の基本は文章作成にある。実務では出願書類の作成、拒絶理由の対応、鑑定書の作成、等の様々な局面において文章力が求められる。

十分な文章力がなければ、弁理士として一人前の仕事ができない。したがって、論文試験は弁理士として仕事をしていく上で、必須となる知識力と文章力を評価する試験と言える。

論文本試験では、受験生の作成した答案のみが評価の対象となる。仕事における文書作成と基本は同じである。上司やお客さんに提出するレポートや説明文書を頭に描いてもらえば理解し易いだろう。法律答案といっても、難解な言葉を避け、読みやすい答案を作成することがポイントである。そのため覚えた知識を他人に伝えるため、文章力を向上させることが目標となる。

読みやすい文書とは、

- (i) 主語と述語が的確に構成されていること、
- (ii) 接続詞が正確であること、
- (iii) 階層化されていること、
- (iv) 一文が短く改行されていること、等がポイントになる。

答案作成上のポイントは、「6. 答案作成における留意事項」で詳細に後述する。

5. 勉強する科目

論文試験は、いわゆる必須科目と呼ばれる① 特許法・実用新案法、② 意匠法、③ 商標法の三科目について行われる。各科目の試験時間は、① 120分、②、③各90分である。

平成14年～平成26年までは、上記①については大きく2問が出題され、2枚の答案用紙に夫々記述し提出することが求められる。上記②及び③は、1枚の答案用紙に解答することになる。

この他に選択科目についての論文試験もある。各科目からご自分の受験する科目を選び、解答用紙に記述する。因みに平成28年度の選択科目は以下のとおりである。

なお、本講座は、必須科目のみを対象とした講座であり、選択科目は対象外となる。

<選択科目一覧>

科目	選択問題
理工Ⅰ（機械・応用力学）※1	材料力学※2、流体力学、熱力学、土質工学
理工Ⅱ（数学・物理）	基礎物理学、電磁気学、回路理論
理工Ⅲ（化学）	物理化学※3、有機化学、無機化学
理工Ⅳ（生物）	生物学一般、生物化学
理工Ⅴ（情報）	情報理論、計算機工学※4
法律（弁理士の業務に関する法律）	民法※5

※1：対象範囲の明確化のため名称を変更。

※2：現行の「基礎材料力学」を改称。

※3：現行の「化学一般」を改称。

※4：現行の「計算機工学」「情報工学」の範囲から出題。

※5：総則、物権、債権から出題。

6. 答案作成における留意事項

(1) 氏名、受講番号の記入

論文試験開始後、まず答案用紙の枠外に氏名と受講番号等の必須項目を適宜記入する。答案提出時に記入漏れがないか必ず確認する。本試験においては、必須項目の記入がないと不合格となるので注意する。

(2) 文字の書き方

答案用紙のみが受験生の評価対象となる。文字が多少下手でも、以下の7項目に注意すれば第一印象が格段に向上する。

Point 1 書き出し

書き出しを削除すると、採点官の心証を大幅に害する。取引先の人に初めて挨拶をする時を考えてほしい。名刺を渡す際の第一印象が後の取引を左右する。したがって、最初の3行は間違わないように気を付ける。決して「×」などを自分で付けてまとめて2～3行消さないように気をつけてほしい。

<良い答案>

□ 1. 設問(1)に2112
□ (1) 甲は商標権Xに対し、51条の審判を請求する。認容審決確定に
□ □ する。Xはその後消滅するからである(54条1項)。

<悪い答案>

~~46条の審判を請求すれば商標権は消滅するので甲はその審判を
請求することを検討する。但し権利は無効理由がないと請求できないので
注意しなければならない。そこで~~

Point 2 文章の加筆・修正

パソコンで文書を作成している際、間違えたらデリートできる。しかし、手書きで間違えた場合は以下の修正方法が必要になる。

① 文章の修正方法

- ・二重線で間違えた箇所を消して、その上に正しい記載を加筆する（良い答案参照）
- ・塗り潰してはいけない（悪い答案参照）
- ・修正液や修正テープの使用も認められていない

② 文章の加筆方法

- ・引き出し線を付して小さな文字を挿入文として記載する（良い答案参照）

ただし、なるべくなら訂正や加筆は最小限にとどめるべきである。そのためにも、答案を書き出す前に、上記 3（2）②で説明した「答案構成」をしっかりと行うべきである。

<良い答案>

^{Xに対して}
 □ (2) 甲は商標権~~を行使し~~、不使用取消審判を請求する(50条)。
 空権化した商標権の個別整理のためである。
 □ □ ① □ 認容審決が確定した場合、登録商標は予告登録日
 □ □ □ (2009年12月1日)に遡り、消滅する(54条2項)。
 □ □ ② □ 本問から明らかではないが、乙が登録商標をジェーンに
 3年以上国内で使用していない場合は、何人も^{商標権Xに対して}本審判を請
 求できるとある(50条1項)。

<悪い答案>

そこで甲は商標権Xに対し~~無効審判を請求する~~
 51条の審判を請求し得る所である。但し乙に正当な権利がある

Point 3 略語は使わない

略語は採点官の心証を害する危険がある。「権利」や「第」などを省略する人が多いので注意しよう。その他、「！」や「？」もご法度である。

Point 4 文章の入れ替え

記載した後に文書の順序を入れ替えた方が良いことに気がつくことがあるかもしれない。このような場合、文章の移動を指示する線や記号を使うのは良くない。採点官に読み方を指示するのは大変失礼な行為であるし、ミスを必要以上に印象付けることになる。また、多少文章が入れ替わっていても読み手は気がつかないことが多い。

Point 5 文章の見た目

答案全体の見た目はとても重要である。良い答案と悪い答案を見比べていただいてもわかるように見た目が良い答案は、添削し易い上にしっかりと理解できているように見えてしまうものである。

見た目の良い答案を作るために必要な事項は以下の通りである。

① 文章をシンプルに

主語と述語に注意して一文を短くシンプルに記載する。

② 改行を多く入れる

一文枚に改行できると良い。一般的には、2～3行で改行を入れていくと、答案全体のリズム感が良くなり、メリハリがつくと同時に切れ者の印象を与えることができる。

③ 項目を意識的に立てる

項目立てを見れば、その項目中に抽出された内容が分かるし、その後に記述されている説明文章の大枠を、項目から理解することができる。これにより、採点官が読みやすく、ストレスの少ない答案を実現することができる。

④ 項目の階層化

項目は必要に応じて階層化しておく、と整理されている印象を読み手に与えることができる。

階層化の順序は、

1. ～

(1) ～

① ～

(i) ～

(a) ～

となる。

⑤ スペースを空ける

解答用紙の左側を少し空けておくと、クールな答案が完成する。採点時期が夏ということを考えても涼しげな答案を作成したい。項目を階層化する際も、(2)の①や②の左側も適宜スペースを設けて、メリハリをつけている点に留意してほしい。

⑥ 漢字と平仮名の書き方

漢字と平仮名の高低に気を付けるだけで、かなり読みやすくなる。文字の記載欄の上側の罫線と下側の罫線の間を100とした場合、漢字は上下70～80を目安とし、平仮名・カタカナ・数字は40～50の高さを目安とする。

<良い答案>

~~商標権は、~~
 (2) 甲は ^{Xに対して} 商標権 ~~を行使し~~、不使用取消審判を請求する(50条)。
 空権化した商標権の個別整理のためである。
 □ □ ① □ 認容審決が確定した場合、登録商標は、予告登録日
 □ □ □ (2009年12月1日)に遡り、2消滅する(54条2項)。
 □ □ ② □ 本問から推察することはできないが、2が登録商標をXに
 3年以上国内で使用していない場合は、^{商標権Xに対して}何人も本審判を請
 求できるとある(50条1項)。

<悪い答案>

商標権の侵害が成立する場合には法25条と37条に該
 当する行使をしなければならぬ。しかし、一定の場合には商標
 権の行使が認められるので注意しなければならない。
 例として法26条に該当しては行使をしていない場合を考
 えれば2は排他的行為をしていないが問題となる。

Point 6 条文番号を記載

法律試験なので条文番号を記載することは必須となる。文章に関連する条文が挙げられる場合は、必ず記載するように心がけてほしい。記載場所は良い答案を参考にして欲しい。第1科目である特許法・実用新案法の場合は、一般的に特許法が主体となるため、特許法の条文番号のみを示す。例えば、特許法の条文番号は単に「1条」（特許法などと記載する必要はない。）と示し、実用新案法の場合は「実1条」と示す。実用新案法で特許法を準用する場合は、「準特3条」と記載する。

また、条文上漢数字で表されているものは「号」と記述する。例えば、2条に挙げられている「物発明の実施」の定義については、「2条3項1号」と記載する。

さらに枝番号が存在する条文については、枝番号の後に「第」を付けると良い。例えば、特許法17条の2（願書に添付した明細書、特許請求の範囲又は図面の補正）については、「17条の2第1項1号」と記載する。

Point 7 語尾の書き方

論文では「です・ます」調は使わないように気をつけたい。また論述が終了した事を示すために、最後に「以上」を付すことを忘れない。

<良い答案>

^{Xに對して}
 □ (2) 甲は商標権~~を行使し~~、不使用取消審判を請求する(50条)。
 空権化した商標権の個別整理のためである。
 □ □ ① □ 認容審決が確定した場合、登録商標は予告登録日
 □ □ □ (2009年12月1日)に遡り、消滅する(54条2項)。
 □ □ ② □ 本問から明かされていないが、2か登録商標^{（商標Xに對して）}をジューズに
 3年以上国内で使用していない場合は、何人も本審判を請
 求できなければならない(50条1項)。
 以上

(3) 留意事項まとめ

論文試験は、受験生の理解と知識を採点する試験である。また試験員は短時間で可否を判断しなければならない。

以上より、採点基準は以下のものにならざるを得ない。

- ① 求められている論点に応じた項目が挙がっているか？
- ② その項目の記載内容が十分か。すなわち、条文番号やキーワードが的確に記載されているか？
- ③ 条文適応性＋流れ＋論理の整合性＋答案全体のまとまり
一言で言えば試験委員（採点官）を納得させれば受かる。

7. 論文試験必勝法

論文試験対策には、『暗理の法則』が必須条件となる。暗理の法則とは、「暗記」と「理解」を組み合わせた造語である。どちらが欠けても論文試験を突破することはできない。これらの能力をバランス良く伸ばしていくことが短期合格のための秘訣である。

問題文を見た受験生は論点を抽出し（題意把握）、答案構成をした後、答案作成にとりかかる。

「暗記」は、論文試験に必要な知識を文字通り暗記してもらうことによって伸ばす。要点集の太字の部分をキーワードとして暗記してもらう。

「理解」は、結晶の成長と同じように少しずつ自分の中で育てていくものである。そのため最初は稚拙でも良いので、自分の頭で条文を考えることが重要になる。

例えば、特許法第29条第2項に進歩性という特許要件についての規定がある。この規定が設けられている理由を考える。

『進歩しなければ特許権を与える必要がないから、拒絶理由としている。』などと自分の意見を持つ。その上で、要点集の「進歩性を特許要件として規定した趣旨を説明せよ。」を読む。

そこには「新規発明公開の代償として独占排他権である特許権（68条）を付与するため」と記載されている。このキーワードを結晶核として、以下の如く理解の結晶を成長させていく。

繰り返しの復習を通して少しずつ身につけていく、「ローマは一日にしてならず」ということを忘れずに。

いきなり論文を書けるようになることはない。論文の勉強においては、何度か壁にぶつかると思うが、毎日少しずつ積み重ねていくことにより最終的な合格につながっていくことを忘れないでほしい。

8. 論文基礎講義活用のための7箇条

- ① 最も重要なのは条文である
- ② 重要なKey Wordは暗記する
- ③ 条文の設立趣旨を理解する
- ④ 自分流にアレンジ（戦えるレジュメ作り）
- ⑤ 論点及び判例に必要以上に時間を使わない
- ⑥ 答案構成で勝負は決まる
- ⑦ 年間スケジュールを立てる

9. 事例

以下に事例問題を4題掲載している。これらの事例問題は論文本試験で問われるものではない。しかし、論文を作成する上で要求される能力は全く同じである。

以下の事例問題を解く際には、上記で説明した① 題意把握力、② 答案構成力及び③ 論文作成力に留意してほしい。実際に書き出す前に書くべき内容を検討し、下書きをした上で論文の作成に取り掛かってほしい。

実際に論文本試験で出題される問題は、以下の事例問題よりも長文であり、複数の論点が設定されている。しかし、問題の事例問題を解くプロセスは全く同じである。

この事例問題では、題意把握、答案構成、論文作成の各ステップを意識してほしい。また論文作成時には、上記の「6. 答案作成における留意事項、(2) 文字の書き方」で説明したPoint 1～7を是非とも実践してほしい。

【問題Ⅰ】数多くのサムライ業の中から弁理士を志望した動機を説明せよ。

【問題Ⅱ】知的財産権とは何か簡単に説明せよ。

【問題Ⅲ】甲は新規にゲームのルールを創作した。甲は弁理士Xに当該ルールについて特許権を取得したい旨の相談をした。弁理士Xは、甲に対してどのようなアドバイスをすべきか述べよ。

【問題Ⅳ】乙は、人間から採取した血液を人工透析により処置する方法と、当該方法により処置した血液を、再度採取した人間に戻す方法を創作した。乙は弁理士Xに当該2つの方法について特許権を取得したい旨の相談をした。
弁理士Xは、乙に対してどのようなアドバイスをすべきか述べよ。

【問題Ⅰの参考解答】

近年、わが国の企業は知的財産について戦略的な保護や活用に取り組んでいる。弁理士は、このような知的財産に関する専門家である。

したがって、弁理士は21世紀を生き抜く企業によって必要不可欠な職業であり、ひいては日本の経済を支える職業であると考え、私は弁理士を志望した。

【問題Ⅱの参考解答】

知的財産権とは、発明等の創作や人間の精神活動の産物等を独占排他権などによって保護することをいう。具体的には、特許権、実用新案権、意匠権、商標権といった産業財産権、著作権等のことである。

【問題Ⅲの参考解答】

弁理士Xは、甲に対して、ゲームのルールそれ自体は、自然法則を利用したものとはいえず「発明」に該当しないため特許権を取得できない旨をアドバイスすべきである。ゲームのルールは人為的な取決めであり自然法則を利用していないためである（2条1項、29条1項柱書）。

【問題Ⅳの参考解答】

弁理士Xは、乙に対して、人間から採取した血液を人工透析により処置した血液を、再度採取した人間に戻す方法については、「産業上利用することができる発明」に該当しないため、特許権を取得できない旨をアドバイスすべきである（29条1項柱書、49条2号）。これはいわゆる「医療行為」に該当し、人道上解放すべきだからである。一方、Xは乙に対して、人間から採取した血液を人工透析により処置する方法は医療行為に含まれないため、他の登録要件を具備することを前提に特許権を取得し得る旨をアドバイスすべきである（49条、51条等）。

特 許 法

1. 法目的

Q 1 特許制度における法目的を説明せよ。

特許制度は、新しい技術を公開した者に対し、その代償として特許権という独占的な権利を付与し（68条）、他方、第三者に対してはこの公開された発明を利用する機会を与えるものである。このように特許制度は、権利を付与された者と、第三者の利用との間の調和を求めつつ技術の進歩を図り、産業の発達に寄与することを法目的としている（1条）。

以上

出典：「工業所有権逐条解説」[19版]p11頁

2. 権利の主体

Q 1 特許を受ける権利について説明せよ。

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公権であるとともに請求権であり、かつ譲渡性のある財産権の一種である。発明完成から特許権発生までの利益状態を保護するために認められる権利であり、以下の者が享有する。

- (1) この権利は、発明者が原始的に取得する（29条1項柱書）。発明の完成に基づいて認められる権利だからである。
 - ① 発明者は自然人に限られ、法人は除かれる。発明は人間の創作活動によってなされるものだからである。また、発明は事実行為であって、法律行為ではないため、法律行為能力は不要であり、未成年者であっても発明者となり得る。
 - ② 共同で発明を完成させた（共同発明）場合は、特許を受ける権利は共同発明者全員の共有となる。共有者全員が発明者だからである。
 - ③ 職務発明の場合は、その特許を受ける権利は、従業者たる発明者に原始的に帰属する（29条1項柱書、35条）。従業者等を保護するためである。

- (2) 特許を受ける権利の承継人

特許を受ける権利は、譲渡性のある財産権であるため、移転が可能であり（33条1項）、自然人のみならず、法人や職務発明における使用者も承継取得が可能である（35条2項、3項）。

- ① 特許を受ける権利が共有に係る場合、その持分譲渡については他の共有者全員の同意が必要である（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ためである。

- ② 出願前における特許を受ける権利の承継は、承継人が出願をしなければ、第三者に対抗することができない (34条1項)。承継についての適当な公示手段がなく、また、効力発生要件とすると出願前に承継が不可能となるからである。
- ③ これに対し、出願後の承継は、一般承継の場合を除き、届出が効力発生要件である (34条4項)。権利の帰属の明確化を図るためである。一般承継の場合が除かれるのは、権利主体の空白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る義務がある (34条5項)

以上

出典：「特許法概説」[13版]p186-190、「工業所有権法逐条解説」[19版]p97-101

Q 2 外国人の権利能力について説明せよ。

外国人は、法令又は条約に禁止ある場合を除き権利能力を有するが (民法3条2項)、法はこの「法令に禁止ある場合」を受けて日本国内に住所等を有しない外国人の権利能力を以下のように制限している (25条)。

- (1) **平等主義、相互主義**をとっている国の国民 (同1号、2号) 及び条約に別段の定めがある場合 (同3号) には、権利能力が認められる。
- (2) また、パリ条約及びT R I P S協定に定める内国民待遇等 (パリ2条、T R I P S 2条、3条、4条等) により、パリ条約の同盟国の国民及び準同盟国民又はW T Oの加盟国の国民及び準加盟国民にも権利能力が認められる。憲法98条2項及び特許法26条で条約の自己執行性を認めているからである。

以上

出典：「特許法概説」[13版]p243

Q 3 先願者について説明せよ。

わが国の法は、同一発明についての出願が競合した場合には原則として先願者を保護する（39条）。重複特許を排除して特許権の独占排他性を担保するため、法はいち早く発明を開示した者を保護する先願主義を採用するからである。

- (1) 先後願は出願日を基準に判断する（39条1項）。時刻の証明は困難で、かつ、手続が煩雑であり、一方、同一発明の同日出願は稀だからである。
- (2) 同日出願の場合は、協議により定めた一の出願人のみが特許を受けることができる（39条2項）。協議不調の場合は、双方とも拒絶となる。双方に特許を与えることは、重複特許防止の趣旨に反し、また、抽選で一方に特許を与えるより双方を拒絶した方が出願人にとって有利な場合があるからである。
- (3) 先願主義は同一人の場合も適用される。存続期間の実質的延長を防止するためである。
- (4) 先後願は、実用新案登録出願との間でも判断される（39条3項、4項）。発明と考案とは、技術的思想の創作として同質だからである（2条1項）。

以上

Q 4 共同発明者かどうかの判断について説明せよ。

共同発明者とは、2人以上の者が単なる協力でなく、実質的に協力し、発明を成立させた者をいうと解する。一般的には、発明の成立過程を着想の提供と着想の具体化の2段階に分けて判断する。例えば、提供した着想が新しい場合は、着想（提供）者は発明者であると解する。一方、着想を具体化した者は、その具体化が当業者にとって自明程度のことに属しない限り、共同発明者であると解する。

以上

出典：「特許法概説」[13版]p187-188