

## 短答解法修得講座テキスト

### ＜規定イメージ＞

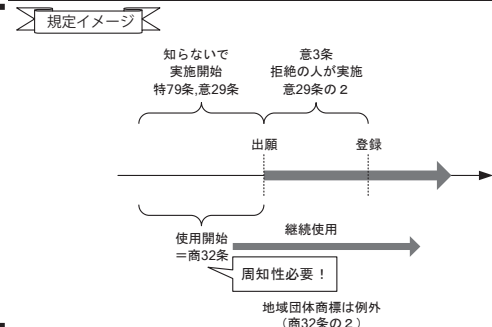
まずは条文のイメージの「形」を作ります。細かい要件ではなく、図等を利用してイメージとして条文を理解します。条文の細かい要件をおさえることは大切です。そのために「イメージによる整理」を行い、その後の知識の吸収を容易にします。これにより暗記学習からの脱却を目指します。

### ＜条文＞

条文は四法が並んだ形で掲載されています。類似する制度の条文を四法対照で並べてみることで、違いを明確にしていけます。

58 ■ 短答解法修得講座 主要四法 テキスト②

### 第3節 先使用権



条 文 ■ ■ ■

<b>特79条</b>
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その発明をした者から知得して、特許出願の際現に日本国内においてその発明の実施である事業をしている者又は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において、その特許出願に係る特許権について通常実施権を有する。
<b>実26条（省略）</b>
<b>意29条</b>
意匠登録出願に係る意匠を知らないで自らその意匠若しくはこれに類似する意匠の創作をし、又は意匠登録出願に係る意匠を知らないでその意匠若しくはこれに類似する意匠の創作をした者から知得して、意匠登録出願の際（第9条の2の規定により、又は第17条の3第1項（第50条第1項（第57条第1項において準用する場合を含む。））において準用する場合を含む。）の規定により、その意匠登録出願が手続補正書を提出した時にしたものとなされたときは、もとの意匠登録出願の際又は手続補正書を提出した際）現に日本国内においてその意匠又はこれに類似する意匠の実施である事業をしている者又は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意匠及び事業の目的の範囲内において、その意匠登録出願に係る意匠権について通常実施権を有する。

LEC東京リーガルマインド 弁理士

### ＜速攻ポイント＞

規定イメージを一步進めた内容です。条文の細かい要件を理解する前に、条文を大きな枠で考えることが重要です。まずは、大きな枠を作り、過去問で問われている内容をイメージとして構築します。条文のイメージがしっかりできていれば、万が一、条文を忘れた場合でも、趣旨から解答を導き出すことが可能となります。

### ＜要点チェック＞

その単位における条文のポイントを表でまとめ、解説を行っています。条文を別の角度から整理することで、知識を確実なものとしします。

第9章 実施権 ■ 59

### 速攻ポイント！

「出願前から使っているのだから、そのまま使わせて！」という規定  
「そのまま」といっても、世の中変わるの、ちょっと変わってもOK  
特許法・実用新案法・意匠法一応法定「通常実施権者」  
→ 権利譲渡・質権の設定までできてしまう（少し違和感あり）  
意匠法は「先使用」と「先出願」との対比が重要  
先出願→「公知意匠と同じはず！」＝「使って大丈夫という期待権」  
商標法は「先使用権」＝「商標の使用をする権利」  
厳密には通常使用権ではない ∴ 禁止権で使っている場合があるから  
周知性が必要＝使っている商標はエライ！ 使用主義と登録主義との是正の制度  
商標法は原則4条1項10号に該当する・・・除斥期間経過後特に有効  
地域団体商標は周知性不要 ∴ みんなが使いたい！

### 要点チェック

- 意匠法における先使用による通常実施権（意29条）と特79条の相違点
  - 意29条は類似する意匠も対象  
∴ 意匠権の効力は類似範囲にも及ぶため（意23条）。
  - 「出願の際」における特例あり（意29条かつこ書）  
以下の規定により、手続補正書を提出した時に出願したものとなされたときは、「もとの出願の際」又は「手続補正書を提出した際」のいずれかの時点において発生要件を満たしていれば足りる。
    - 意匠登録後に補正が要旨変更であると認められた場合（意9条の2）
    - 補正後の意匠についての新出願をした場合（意17条の3）
      - 意50条1項 → 拒絶査定不服審判において補正が却下された場合に、意17条の3第1項を準用することを意味する。
      - 意57条1項 → 拒絶査定不服審判の確定審決に対する再審において補正が却下された場合に、意50条1項を介して、意17条の3第1項を準用することを意味する。
- 先使用による通常実施権（意29条）と先出願による通常実施権（意29条の2）の比較

	先使用による通常実施権（意29条）	先出願による通常実施権（意29条の2）
要件	① 知得の経路が正当であること	① 知得の経路が正当であること（注書）
	② 他人の意匠登録出願の際現に日本国内でその意匠と同一・類似の意匠の実施等をしている者であること	② 後願に係る他人の意匠権設定登録の際現に日本国内でその意匠と同一・類似の意匠の実施等をしている者であること（注書）
	—	③ 後願意匠に係る出願の日前に、その意匠と同一・類似の意匠について自ら出願をし、当該出願に係る意匠の実施等をしている者であること（1号）
	—	④ 自らした先願に係る意匠が意3条1項各号の一により拒絶査定・審決が確定した者であること（2号）
効果	実施等をしている意匠及び事業の目的の範囲内において通常実施権が発生	⑤ 先使用による通常実施権（意29条）を有する者でないこと（注書かつこ書） 実施等をしている意匠及び事業の目的の範囲内において通常実施権が発生

LEC東京リーガルマインド 弁理士

## <下三法テキスト>

PCTは、流れをベースにPCT規則を全体的に組み込み、著作権法、不正競争防止法は、意味のある單元毎にまとめてテキストを構成しました。それに合わせて短答過去問を併記しているため、本試験でどのような問われ方をしているのかを確認しながら理解を深めることができます。

## <試験に出る判例・青本チェック>

必要に応じて判例・青本の記載を説明しています。  
近年の青本の記載に関する出題に対応するために、青本の解説を掲載することで、穴埋め問題への対策のみならず、論文本試験にも通用する知識を身につけます。

### 試験に出る判例

ウォーキングビーム式加熱炉事件（最判昭 61. 10. 3）

本判決によれば、特許法79条にいう発明の実施である「事業の準備」とは、特許出願に係る発明と同じ内容の発明につき①即時実施の意図があり、かつ、その意図が②客観的に認識される態様、程度において表明されていることをいう。

また、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③通常実施権を有するものとされるが、「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④発明の範囲をいうものである。したがって、先使用権の効力は、特許出願の際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。ただし、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⑤公平を図ることにあることに照らせば、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以外に変更することを一切認めないのは、先使用権者にとって酷であって、相当ではなく、先使用権者が自己のものとして支配していた発明の範囲において先使用権を認めることが、同条の文理にもそうからである。そして、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。

### 青本チェック

【特許1】事業の準備とはどの程度の段階までをいうのか

少なくともその準備が客観的に認められ得るものであることを要する。したがって、単に頭の中で発明の実施をしようと考えたとか、実施に必要な機械購入のために銀行に資金借入れの申込みをしたという程度では事業の準備ということとはできない。一方、その事業に必要な機械を発注してすでにでき上がっているとか、雇用契約も結んで相当宣伝活動をしているような場合は事業の準備の中に含まれるであろう。

【意匠1】意匠法における出願時

特許法及び実用新案法とは異なり、昭和60年の一部改正において意匠法では補正却下後の新出願制度が存置された（17条の3参照）。この新出願は手続補正書を提出した時に意匠登録出願をしたものとみなされるが、そのような場合には、9条の2の場合とともにもとの意匠登録出願の際に手続補正書を提出した際のいずれかの時点において本条の要件がみたされれば、先使用による通常実施権が認められる。

【意匠2】意 29 条の 2 における 3 条 1 項各号の一に該当しているとは

意 3 条 1 項各号の一に該当するとは、先願として意匠登録出願された意匠が、客観的にその出願前に意匠権の設定登録がされていない公然知れた又は刊行物に記載された若しくは電気通信回線を通じて公衆に利用可能となった意匠又はこれに類似する意匠であるという趣旨である。

## <解法チェック>

当該単元の頻出となる過去問の解き方（解法）を学習します。  
過去問を解く上での解法を修得することにより、本試験で確実に、素早く正解を導き出す力を身につけます。

## <関連過去問>

解法チェック以外で出題されている過去問を確認します。  
「解法チェック」＋「関連過去問」を利用することで、当該単元を網羅的に学習することが可能です。また、条文毎の過去問を見ることで、本試験で問われている条文の要件を確認することが可能です。

### 解法チェック

意匠 意 29 条の 2 は 3 条 2 項では適用とならない

[17-42-Ⅰ] **甲**の意匠**イ**に係る意匠登録出願**▲**について、**イ**が意匠法第3条第2項の規定に該当するとして、拒絶すべき旨の査定が確定したとき、**甲**は、**▲**の出願日後の他人の意匠登録出願に係る意匠権について先出願による通常実施権（意匠法第 29 条の 2）を有する場合がある。

×：3 条 2 項はだめ

[14-19-2] **甲**は、自ら創作した「自転車用ハンドル」の意匠**イ**についての意匠登録出願**▲**をしたが、**イ**は意匠法第3条第2項の規定に該当し、**▲**について拒絶すべき旨の査定が確定した。一方、**乙**は、**イ**に類似する意匠**ロ**を自ら創作して**▲**の出願の日後に**ロ**についての意匠登録出願**●**をし、**ロ**について意匠登録を受けた。この場合、**甲**は、**乙**の当該意匠権の設定の登録の際現に日本国内において**イ**の実施である事業をしているときは、その意匠権について先出願による通常実施権を有する。

×：3 条 2 項はだめ

商標 商 32 条の先使用権が認められるのは同一の商標のみ

[22-27-2] 先使用による商標の使用をする権利を有する者は、他人の登録商標に係る商標登録出願の際に使用していたその登録商標と同一の商標については、その使用に係る商品に類似する商品についても、この権利の行使として使用をすることができる。

×：類似はだめ

[17-19-1] 先使用による商標の使用をする権利を有する者は、他人の登録商標に係る商標登録出願の際に使用していたその登録商標と同一の商標については、その使用に係る商品と類似する商品についても、上記権利の行使として使用をすることができる。

×：類似はだめ

### 関連過去問

■特許79条■

[26-49-1] **甲**の発明の内容を知らないで自らその発明をし、**甲**の特許出願の際現に日本国内においてその発明の実施である事業をしている**乙**は、**甲**の特許出願の出願時にその出願の発明の内容を知っている場合であっても、先使用による通常実施権を有することがある。

○：善意、悪意の要件無し

[24-20-4] 特許法第 79 条に規定する通常実施権（先使用による通常実施権）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、又は特許出願に係る発明の内容を知らないでその発明をした者から知得して、特許出願の際現に日本国内においてその発明の実施である事業をしている者又はその事業の準備をしている者に対して、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認められるものであり、特許出願の際に存在しなかった製造装置による実施行為について認められることはない。

×：同一性を失わない範囲内の変更なら可能

[24-20-5] 特許法第 35 条第 1 項に規定する通常実施権（職務発明に係る特許権についての通常実施権）、及び特許法第 79 条に規定する通常実施権（先使用による通常実施権）については、通常実施権者は特許権者に対して対価を支払う必要がない。

○

[21-42-5] **甲**は、パリ条約の同盟国において、発明**イ**について最初の特許出願**▲**をした後、発明**ロ**をし、日本国において、**▲**に基づくパリ条約による優先権の主張を伴う発明**イ**及び**ロ**についての特許出願**●**をし、さらに、**ロ**のみを基礎とする国内優先権の主張を伴う発明**イ**、**ロ**及び**ハ**についての特許出願**●**をし、**ロ**について特許権の設定登録がされた。**乙**が、**甲**の**ロ**に係る発明の内容を知らないで自ら発明**ロ**をし、**ロ**の出願後、**ロ**の出願前に、日本国内で発明**ロ**の実施である事業の準備を始めた場合、**乙**は、その準備をしている発明及び事業の目的の範囲内において、**甲**の**ロ**に係る特許権について通常実施権を有する。

×：先の出願日である