

### 第三章の二 出願公開（本章追加、昭四五法律九一）

#### （出願公開）

第六四条 特許庁長官は、特許出願の日から一年六月を経過したときは、特許掲載公報の発行をしたものを除き、その特許出願について出願公開をしなければならない。次条第一項に規定する出願公開の請求があつたときも、同様とする。（改正、平六法律一一六、平一一法律四一）

2 出願公開は、次に掲げる事項を特許公報に掲載することにより行う。ただし、第四号から第六号までに掲げる事項については、当該事項を特許公報に掲載することが公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがあると特許庁長官が認めるときは、この限りでない。

- 一 特許出願人の氏名又は名称及び住所又は居所
- 二 特許出願の番号及び年月日
- 三 発明者の氏名及び住所又は居所
- 四 願書に添付した明細書及び特許請求の範囲に記載した事項並びに図面の内容（改正、平一四法律二四）
- 五 願書に添付した要約書に記載した事項
- 六 外国語書面出願にあつては、外国語書面及び外国語要約書面に記載した事項（本章追加、平六法律一一六、平一四法律二四）
- 七 出願公開の番号及び年月日

八 前各号に掲げるもののほか、必要な事項

(改正、平二法律三〇、平六法律一一六)

3 特許庁長官は、願書に添付した要約書の記載が第三十六条第七項の規定に適合しないときその他必要があると認めるときは、前項第五号の要約書に記載した事項に代えて、自ら作成した事項を特許公報に掲載することができる。(本項追加、平二法律三〇、改正、平六法律一一六) 関

(本条追加、昭四五法律九一)

〔旧法との関係〕 該当条文なし

〔趣旨〕

本条は、出願公開について規定したものであり、平成六年の一部改正により六五条の二が条文移動したものである。昭和四五年の一部改正において採用された出願公開制度は、出願後一定の期間を経過した時には、審査の段階のいかんにかかわらず特許出願の内容を公衆に知らせるというものである。この制度の目的は、審査の遅延により、出願された発明の内容が長期間公表されず、そのため、企業活動を不安定にし、また重複研究、重複投資を招いているという弊害を除去することである。

一項は、出願公開の時期及び出願公開の対象となる特許出願について規定している。出願公開の時期は特許出願の日から一年六月を経過した時である。一年六月としたのは次のような理由による。すなわち、優先権主張を伴う特許出願とそうでない特許出願とを平等に扱わねばならないため、出願公開の時期を第一国出願から起算することにした(一七条の三)。そうすると、優先権証明書の提出期間が第一国出願日から一年四月(四三条二項)であり、それに出版公開の準備期間を考慮すると公開できる最も早い時期が一年六月ということになる。また早期公開制度を採用している諸外国

がいずれも一年六月で公開していることもある。優先権主張を伴う特許出願にあっては第一国出願日から起算するが、部分優先や複合優先の場合にはそれぞれの最も早い第一国出願日が起算日となる。

また分割出願や変更出願などについては、もとの出願日から起算されるので、分割や変更がもとの出願から一年六月経過後に行われた場合には、その分割や変更後すみやかに出願公開することとなる。

出願公開の対象となるものは、特許掲載公報が発行されていない特許出願である。これは、平成六年の一部改正において、出願公告制度が廃止されたことに伴い改正されたものであるが、従来の出願公告と同様、特許掲載公報には特許権の内容を知らしめるために必要な事項が掲載されることとなっており（六六条三項）、すでに特許掲載公報が発行された特許出願については、もはやその特許出願の内容を公開する必要はないため、出願公開の対象から除外している。また、出願公開前に特許出願が取り下げ、放棄あるいは却下され又は拒絶査定が確定しているときは、すでに特許庁に係属していないのであるから出願公開は行われない。

なお、平成一年の一部改正において、出願からまもなくの第三者による発明の実施に対応することを可能とするために、出願から一年六月以前であっても出願人の請求により出願公開を行うこととした。出願公開の請求がなされた出願は、出願人が公開を求める意思表示をしていること及び出願公開の請求は取り下げることができないこと（六四条の二第二項）から、通常の出願公開とは異なり、出願公開の請求がなされた後、公開公報の発行までの間に、当該出願の取下げ、放棄、拒絶査定の確定等があったとしても、必ず出願公開が行われる。

二項は、出願公開の場合の特許公報の掲載事項を規定している。なお、平成二年の一部改正において、特許出願をする際に要約書を提出することが義務付けられた（三六条二項）ことに伴い、本項で定める掲載事項に、願書に添付した要約書に記載した事項を加えることとした。

また、平成六年の一部改正において、外国語書面による出願が受理されることとなったことに伴い、外国語書面出願

の場合には外国語書面及び外国語要約書面に記載した事項についても特許公報に掲載することとした。

さらに、平成一四年の一部改正において、三六条二項の「明細書」から「特許請求の範囲」が分離されたことに伴い、本項にも同様の修正が加えられた。

本項の掲載事項は、出願公開の段階では、その内容については未だ審査をしていないので中には公序良俗違反のものが含まれている可能性がある。そこで明細書、特許請求の範囲、図面、要約書（外国語書面出願の場合はさらに外国語書面、外国語要約書面）のうち公開することが公序良俗に違反するものについては、特許庁長官がチェックしてこれを除き、特許公報には掲載しないこととしている。

三項は、平成二年の一部改正で追加された規定であり、願書に添付した要約書に記載した事項に不備がある場合について規定する。提出された要約書に記載した事項を技術情報として有効に機能させるためには、短い期間内に速やかにその質を一定水準以上にする必要があるため、要約書に記載した事項に不備がある場合には、当該事項に代えて、特許庁長官は、自ら作成した事項を特許公報に掲載することができるとした。なお、本項は、従来旧五一一条四項の規定を準用していたが、平成六年の一部改正において、同条が削除されたことに伴い、新たに本項で規定することとした。

（出願公開の請求）

第六四条の二 特許出願人は、次に掲げる場合を除き、特許庁長官に、その特許出願について出願公開の請求をすることができる。

- 一 その特許出願が出願公開されている場合
- 二 その特許出願が第四十三条第一項又は第四十三条の二第一項若しくは第二項の規定による優先権の主張を伴う特許出願であつて、第四十三条第二項（第四十三条の二第三項において準用する場合を含む。）に規定する

書類及び第四十三条第五項（第四十三条の二第三項において準用する場合を含む。）に規定する書面が特許庁長官に提出されていないものである場合

三 その特許出願が外国語書面出願であつて第三十六条の二第二項に規定する外国語書面の翻訳文が特許庁長官に提出されていないものである場合

2 出願公開の請求は、取り下げることができない。

（本条追加、平一一法律四一）

〔旧法との関係〕 該当条文なし

〔趣 旨〕

本条は、出願公開の請求について規定したものであり、平成十一年の一部改正において新設された規定である。

一項柱書は、出願公開を請求できる者は特許出願人のみであることを規定している。

一項一号から三号までは、出願公開の請求をすることができない場合を列挙している。

一号において、出願公開がされている場合に、出願公開の請求をすることができないとしたのは、既に出願公開が行われた出願については、再度出願公開を行う必要がないためである。

二号において、パリ条約等による優先権主張がなされた出願については、優先権証明書の提出がされていない場合に、出願公開の請求をすることができないとしたのは、優先権を主張するとの出願人の意思が確定しないまま出願公開を行うことは、第三者にとって不利益を生じる虞があることによる。

三号において、外国語書面出願については、翻訳文の提出がない場合に、出願公開の請求をすることができないとしたのは、翻訳文の提出がなければ公報の発行及びその準備に入ることができないことによる。

二項は、出願公開の請求は取り下げることができないことを規定している。

出願公開の請求があつた場合には、すぐに公報発行準備に入ることとなるが、公報発行準備が終了した後は、出願公開の請求を取り下げたとしても、公開公報の発行を止めることが間に合わないため、公開公報が発行されてしまう事態が生じるおそれがあることから、出願公開の請求は取り下げることができないこととした。

(同前)

第六四条の三 出願公開の請求をしようとする特許出願人は、次に掲げる事項を記載した請求書を特許庁長官に提出しなければならない。

- 一 請求人の氏名又は名称及び住所又は居所
- 二 出願公開の請求に係る特許出願の表示

(本条追加、平一一法律四一)

〔旧法との関係〕 該当条文なし

〔趣 旨〕

本条は、出願公開の請求をする際に提出すべき出願公開請求書の記載事項について規定したものであり、平成一一年の一部改正において新設された規定である。

(出願公開の効果等)

第六五条 特許出願人は、出願公開があつた後に特許出願に係る発明の内容を記載した書面を提示して警告をした

- ときは、その警告後特許権の設定の登録前に業としてその発明を実施した者に対し、その発明が特許発明である場合にその実施に対し受けるべき金銭の額に相当する額の補償金の支払を請求することができる。当該警告をしていない場合においても、出願公開がされた特許出願に係る発明であることを知つて特許権の設定の登録前に業としてその発明を実施した者に対しては、同様とする。(改正、平六法律一一六、平一〇法律五一)
- 2 前項の規定による請求権は、特許権の設定の登録があつた後でなければ、行使することができない。(改正、平六法律一一六)
- 3 特許出願人は、その仮専用実施権者又は仮通常実施権者が、その設定行為で定めた範囲内において当該特許出願に係る発明を実施した場合には、第一項に規定する補償金の支払を請求することができない。(本項追加、平二〇法律一六)
- 4 第一項の規定による請求権の行使は、特許権の行使を妨げない。(改正、平五法律二六、平六法律一一六、平二〇法律一六)
- 5 出願公開後に特許出願が放棄され、取り下げられ、若しくは却下されたとき、特許出願について拒絶をすべき旨の査定若しくは審決が確定したとき、第一百二十二条第六項〔特許料の追納〕の規定により特許権が初めから存在しなかつたものとみなされたとき(更に第一百二十二条の二第二項〔特許料の追納による特許権の回復〕の規定により特許権が初めから存在していたものとみなされたときを除く。)、又は第二百二十五条ただし書の場合を除き特許を無効にすべき旨の審決が確定したときは、第一項の請求権は、初めから生じなかつたものとみなす。(本項追加、平六法律一一六、改正、平八法律六八、平一五法律四七、平二〇法律一六)
- 6 第一百一条〔侵害とみなす行為〕、第一百四条〔生産方法の推定〕から第一百五十五条の二〔損害計算のための鑑定〕まで、第一百五十五条の四から第一百五十五条の七まで及び第六十八条第三項から第六項まで並びに民法(明治二十九年法律第八十

九号)第七百十九条及び第七百二十四条(不法行為)の規定は、第一項の規定による請求権を行使する場合に準用する。この場合において、当該請求権を有する者が特許権の設定の登録前に当該特許出願に係る発明の実施の事実及びその実施をした者を知ったときは、同条中「被害者又はその法定代理人が損害及び加害者を知った時」とあるのは、「特許権の設定の登録の日」と読み替えるものとする。(改正、平六法律一一六、平一一法律四一、平一六法律二二〇、平一六法律一四七、平二〇法律一六)

(本条追加、昭四五法律九一)

〔旧法との関係〕 該当条文なし

〔趣旨〕

本条は、出願公開の場合の仮保護について規定したものである。出願公開は、特許出願の内容を一般公衆に知らせるものであるから、第三者はその内容を実施することが可能になる。そこで自己の発明を第三者に実施されたことによる出願人の損失を填補するためにその実施をした者に対する補償金請求権を認めることとしたのである。

なお、平成六年の一部改正前は、出願公告制度が存在していたため、本条(旧六五条の三)においては、補償金請求権に関し、警告後出願公告前に実施した者を対象とすること(同条一項)、その権利行使は出願公告があった後でなければすることができないこと(同条二項)、補償金請求権の行使は出願公告の場合の仮保護の権利の行使を妨げないこと(同条三項)及びその発明が特許されない場合の無過失賠償責任等の仮保護の権利に関する規定の準用(同条四項)を規定していた。しかしながら、平成六年の一部改正において、出願公告制度が廃止されたため、従来「出願公告」と規定されていた箇所を「特許権の設定の登録」に改め、出願公告の場合の仮保護の権利についての準用箇所を削除するなどの改正を行った。

一項は、補償金請求権の内容について規定したものである。すなわち、特許出願人は、出願公開された特許出願に係る発明の内容を記載した書面を提示して警告をした後特許権の設定の登録までの間に、業としてその発明を実施した者に対し、その発明が特許されていたとした場合に実施料相当額の補償金の支払を請求することができる。この警告を要件としたのは、補償金請求権は、この規定により創設するものであり、その範囲を明確にするためである。そして、警告があった後は、たとえそれが特許出願に係る発明と無関係に発明した自己の発明である場合であっても補償金を支払わねばならないことになる。

このことは、別の面からみれば、出願公開公報に載ったというだけでは、第三者がその特許出願に係る発明であることを知っているものとは推定されないということである。というのは、出願公開は、審査を経てない特許出願について行われるものであり、しかも特許掲載公報にくらべて発行される量も多いので、これをすべて読むことを第三者に義務づけるのは適当ではないからである。したがって、特許出願人は、補償金を請求するためには、原則として第三者に対し出願公開時の特許請求の範囲に記載されている発明の内容あるいは出願公開後に特許請求の範囲に関する補正をした場合にはその補正後の発明の内容を記載した書面を提示して警告しておく必要がある。なお警告をしない場合であっても実施者が出願公開に係る発明であることを知って業として実施していた場合は補償金を請求できる。ただし、この場合は知っていたことの立証は出願人が行わなければならない。また、その実施者が、その出願に係る発明が特許になった場合に、その特許権に対し有効に対抗できる地位、たとえば先使用（七九条、職務発明の場合の使用者等の地位）を有する者であるときは、補償金を支払う義務を負わない。

なお、平成一〇年の一部改正において、一〇二条三項の改正に併せ、一項における「通常」という文言を削除する改正を行った。

二項は、補償金請求権を行使することができる時期は特許権の設定の登録があった後である旨を規定したものであ

る。これは出願公開された出願のうち約半分はその後の審査により、拒絶されている状況であるから、そのような不安定な段階で請求権の行使を認めると後に拒絶された場合の利害関係の調整が面倒なので、審査が終了して特許権の設定の登録が行われた後に行使を認めることとしたのである。

三項は、平成二〇年の一部改正において追加されたものであり、特許出願人は、自らの特許出願に係る仮専用実施権者又は仮通常実施権者が、その設定行為で定めた範囲内において発明を実施した場合には、補償金の支払いを請求できないことを明確にしたものである。

四項は、補償金請求権と特許権との関係について規定したものである。すなわち、補償金請求権は、出願公開から特許権の設定の登録までの間における実施に対して生ずるものであり、特許権の設定の登録後の実施には、なんら関係ないものであるとしたのである。たとえば、特許出願に係る発明がカラーテレビの受像機についてのものである場合に、ある喫茶店でその受像機を使用しているときは、特許出願人は、その喫茶店の営業者に対し、出願公開から特許権の設定の登録までの間のその受像機の使用に対しては補償金の支払を請求できるし、特許権の設定の登録後の使用に対しては差止請求や損害賠償を請求できる。同様に、出願公開中にメーカーが補償金を支払って製造した機械を買い受けて特許後にその機械を業として使用している者も、当該特許権にもとづく差止請求等を免れることはできない。出願公開中の実施により製造した物について特許権にもとづく差止請求権等の行使を免れるためには、特許出願人と実施者との間で、その旨の特約を結ぶ必要がある。

五項は、平成六年の一部改正前の規定において準用していた仮保護の権利の消滅に関する旧五二条三項の規定が平成六年の一部改正により削除されたことに伴い、本項において規定し直したものである。本項は、補償金請求権は、その特許出願について最終的に特許権の設定の登録がある場合以外は、はじめから存在しなかったものとみなされる旨を規定する。したがって、特許出願の放棄のような場合であっても放棄の時から消滅するのではない。なお、平成六年の一

部改正において、特許料の不納により失効した特許権の回復が認められることになった（一一二条の二）ことに伴い、一一二条六項の規定により初めから存在しないものとみなされた特許権がその後回復したときは本項の適用を受けないことを明文をもって規定した。

なお、平成八年の一部改正において「無効」を「却下」に改めたが、これは一八条において「無効」を「却下」に改め、一八条の二に「却下」を新設したことに伴うものである。

また、平成一五年の一部改正において、特許異議申立制度が廃止されたことに伴い、該当箇所を削除した。

六項は、補償金請求権の行使に関し、実施とみなされる場合、生産方法の推定、書類の提出につき特許権侵害の場合の規定を準用する旨を定めている。この場合、一〇三条の規定を準用しなかったのは、出願公開公報の発行のみでは、特許出願に係る発明の内容を知ったものと推定すべきではないとの考慮にもとづくものである。

さらに出願公開中の第三者の実施行為は、不法行為となるものではないが、共同不法行為及び不法行為にもとづく債権の消滅時効の規定を準用することとした。ただし、民法七二四条は損害賠償の請求権は損害及び加害者を知った時から三年間行使しないときは時効により消滅すべき旨を規定しているが、このまま準用すると、補償金請求権は二項に規定するように特許権の設定の登録があった後でなければ行使することができないことから、特許権の設定の登録がされて、いざ補償金請求権を行使しようと思ったときには、その請求権は時効によって消滅していたということになりかねないので、補償金請求権についてはその消滅時効の起算点を特許権の設定の登録の日とした。

また、平成一一年の一部改正において、権利侵害の節に新設された一〇四条の二（具体的態様の明示義務）、一〇五条の二（損害計算のための鑑定）の規定が新たに準用されることとなった。

なお、平成一六年の裁判所法等の一部改正に伴って、新設された一〇四条の三（特許権者等の権利行使の制限）の規定を新たに準用することにより、特許が特許無効審判により無効にされるべきものと認められるときは、損害賠償の請求

と同様に補償金の請求もすることができない旨を明らかにした。また、裁判所と特許庁との間の進行調整を図るための一六八条三項から六項までの規定についても新たに準用することとした。

また、平成一六年の民法の一部を改正する法律において、片仮名・文語体であった文体が平仮名・口語体に改められたことに伴い、本条も改正された。

〔字句の解釈〕

1 〔発明の内容を記載した書面〕この書面は明細書のコピーである必要はないが、少なくとも、①出願公開の番号、②出願公開の年月日、③特許出願の番号とともに、④特許請求の範囲に記載されている発明が当業者に理解できる程度にその内容を記載しているものであることを必要とする。

2 〔書面を提示して警告〕発明の内容を業界紙等に掲載して行う警告は、相手方が特定されていないので、ここにいる警告には入らない。郵便その他使用者によるものでもよいが、具体的に特定の相手方に対して行った場合に限られる。