

28. 41

方式上の不備がある特許出願等に基づく
優先権主張の取扱い（特・実）

特許出願等に基づく優先権の主張は、その旨及び先の出願の表示を記載した書面（以下「優先権主張書」という。）を提出することにより行うが（特41条4項、実8条4項）、次のいずれかに該当する場合は、当該優先権の主張（願書に「先の出願に基づく優先権の主張」の欄を設け、優先権主張書の提出を省略した場合を含む。）を却下するものとする（特18条の2第1項^{*1}）。

なお、優先権主張の手續に関する代理人の特別授權が、先の出願において若しくは後の出願に際して書面（委任状については、その写しを含む。）をもって証明されていないとき（特9条^{*2}、特施規4条の3第1項柱書^{*3}）又は先の出願に仮専用実施権を有する者がある場合であって、後の出願の際に、その承諾を得た書面（承諾書）の添付がないとき（特41条1項ただし書、実8条1項ただし書、特施規6条^{*3}）は、当該優先権主張の手續の補正を命じる（特17条3項1号）。

1. 優先権主張書の記載

- (1) 先の出願の番号の記載がなく、優先権主張書の補正をすることができる期間（特17条の4、実2条の2第1項）を経過しても、当該記載事項を補充する補正がなされないとき。（特41条4項、実8条4項）
- (2) 先の出願の番号が誤って記載されており、優先権主張書の補正をすることができる期間（特17条の4、実2条の2第1項）を経過しても、当該記載事項の補正がなされないとき。（特41条4項、実8条4項）

2. 先の出願の要件に関する事項

- (1) 先の出願が、特許出願又は実用新案登録出願でないとき。（特41条1項柱書、実8条1項柱書）
- (2) 先の出願が、特許法第38条の2第8項の規定により却下されたものであるとき又は不適法な手續として特許法第18条の2第1項を準用する実用新案法第2条の5第2項の規定により却下されたものであるとき（出願日の認定がされたものである場合を除く。）。（特41条1項柱書、実8条1項柱書）
- (3) 先の出願が、後の出願の日前1年以内にされたものでないとき（その出願が故意に先の出願の日から1年以内にされなかったものでないと認められる場合であって、かつ、その出願が当該優先権の主張を伴う特許出願をすることができる期間の経過後2月以内にされたものである場合を除く。）。（特41条1項1号、特施規27条の4の2第1項^{*4}、実8条1項1号）
- (4) 先の出願が、特許法第44条第1項の規定による特許出願の分割に係る新たな特許出願であるとき。（特41条1項2号、実8条1項2号）

- (5) 先の出願が、特許法第46条第1項又は第2項の規定による出願の変更に係る特許出願であるとき。(特41条1項2号、実8条1項2号)
- (6) 先の出願が、特許法第46条の2第1項の規定による実用新案登録に基づく特許出願であるとき。(特41条1項2号、実8条1項2号)
- (7) 先の出願が、実用新案法第11条第1項において準用する特許法第44条第1項の規定による実用新案登録出願の分割に係る新たな実用新案登録出願であるとき。(特41条1項2号、実8条1項2号)
- (8) 先の出願が、実用新案法第10条第1項又は第2項の規定による出願の変更に係る実用新案登録出願であるとき。(特41条1項2号、実8条1項2号)
- (9) 先の出願が、後の出願の際に既に放棄されているとき。(特41条1項3号、実8条1項3号)
- (10) 先の出願が、後の出願の際に既に取り下げられているとき。(特41条1項3号、実8条1項3号)
- (11) 先の出願が、後の出願の際に既に特許法第18条第1項若しくは第2項、同法第18条の2第1項又は実用新案法第2条の3の規定により却下されているとき(出願日の認定がされたものに限る。)(特41条1項3号、実8条1項3号)
- (12) 先の出願について、後の出願の際に既に査定又は審決が確定しているとき。(特41条1項4号、実8条1項4号)
- (13) 先の出願について、後の出願の際に実用新案法第14条第2項に規定する設定の登録がされているとき。(特41条1項5号、実8条1項5号)

3. 主張適格に関する事項

- (1) 先の出願と後の出願の出願人が相違するとき。(特41条1項柱書、実8条1項柱書)
- (2) 先の出願の出願人が全員で後の出願の出願をしていないとき。(特41条1項柱書、実8条1項柱書)
- (3) 先の出願の出願人でない者が、後の出願を共同でしているとき。(特41条1項柱書、実8条1項柱書)

ただし、上記(1)から(3)までの場合について、代理権が確認できる代理人又は先の出願の代理人の手續であつて、出願書面作成時に誤記又は脱漏したことが明らかなきは、後の出願の主張適格の要件を満たす補正を認めるものとする。

4. 優先権主張書の提出期間

優先権主張書がその提出期間外に提出されたとき。(特41条4項、実8条4項)

5. 共同手續の要件

後の出願の出願人の全員が優先権主張の手續を行っていないとき。(特14条^{※5)})

6. 後の出願が故意に先の出願の日から1年以内にされなかつたものでない

として優先権の主張がされた場合

- (1) 後の出願が故意に先の出願の日から1年以内にされなかったものでないと認められないとき。(特41条1項1号括弧書、実8条1項1号括弧書)
- (2) 優先権主張を伴う特許出願をすることができる期間の経過後2月以内に当該出願及び優先権の主張がされていないとき。(特41条1項1号括弧書、特施規27条の4の2第1項^{※4}、実8条1項1号括弧書)

(改訂令和5・4)

^{※1} 特18条の2第1項、第2項：実2条の5第2項、意68条2項、商77条2項、商附則27条2項（商附則23条において準用）、特例法41条2項、現金手続省令8条において準用

^{※2} 特9条、18条の2第1項：実2条の5第2項において準用

^{※3} 特施規4条の3第1項柱書、6条：実施規23条1項において準用

^{※4} 特施規27条の4の2第1項：実施規23条2項において準用

^{※5} 特14条：実2条の5第2項において準用