



令和5年 (2023年) 4月12日(水)

No. 15874 1部377円(税込み)

発行所

一般財団法人 経済産業調査会
東京都中央区銀座2-8-9 (木挽館銀座ビル)
郵便番号 104-0061
[電話] 03-3535-3052 [FAX] 03-3535-5347

近畿支部 〒540-0012 大阪市中央区谷町1-7-4
(MF天満橋ビル8階) [電話] 06-6941-8971

経済産業調査会ポータルサイト <https://www.chosakai.or.jp/>

特許ニュースは

- 知的財産中心の法律、判決、行政および技術開発、技術予測等の専門情報紙です。

定期購読料 1カ年61,560円 6カ月32,400円
(税込み・配送料実費)

本紙内容の全部又は一部の無断複写・複製・転載及び
入力を禁じます(著作権法上の例外を除きます)。

目次

☆知財の常識・非常識 ④③ (1)

☆意匠制度初心者向けガイド みんなの意匠権 (7)
☆特許庁人事異動..... (8)

知財の常識・非常識 ④③

特許出願非公開制度について

桜坂法律事務所

弁護士 牧野 知彦

令和4年5月11日、第208回国会において、「経済施策を一体的に講ずることによる安全保障の確保の推進に関する法律」(令和4年法律第43号。以下「経済安全保障推進法」と言います。)が成立しました。この法律の趣旨については、「国際情勢の複雑化、社会経済構造の変化等に伴い、安全保障を確保するために

は、経済活動に関して行われる国家及び国民の安全を害する行為を未然に防止する重要性が増大していることに鑑み、安全保障の確保に関する経済施策を総合的かつ効果的に推進するため、経済施策を一体的に講ずることによる安全保障の確保の推進に関する基本方針を策定するとともに、安全保障の確保に

官公庁、公益法人、国立大学、自治体等の契約実務・監査事務の担当者必携！
「財務省会計制度研究会報告の論点」など新たな動きを加筆。

官公庁契約法精義

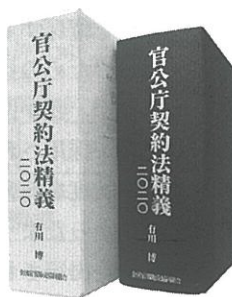
日本大学総合科学研究所客員教授
元会計検査院第四局長

有川 博 著

A5 版上製箱入 本体 13,000+ 税

※お申し込みは…各都道府県官報販売所及び政府刊行物センターへ！

2020



全国官報販売協同組合 〒114-0012 東京都北区田端新町 1-1-14 TEL 03-6737-1500 FAX 03-6737-1510 <https://www.gov-book.or.jp>

関する経済施策として、所要の制度を創設するものです。具体的には、法制上の手当てが必要な喫緊の課題に対応するため、(1)重要物資の安定的な供給の確保、(2)基幹インフラ役務の安定的な提供の確保、(3)先端的な重要技術の開発支援、(4)特許出願の非公開に関する4つの制度を創設するものです。](経済産業省のHP¹より引用)と説明されています。

私のように安全保障という分野に無知な者からすると、安全保障の一つに「特許出願の非公開」が定められるというのも不思議な感じがしましたが、実はG20構成国でこうした制度を有していないのは、日本、アルゼンチン及びメキシコのみということで、国際的には当然の制度のようです。

そこで、今回の執筆を機に少し調べてみました。なお、執筆時現在において、「経済安全保障法制に関する提言」(以下、「提言」と言います。)及び、「特許法の出願公開の特例に関する措置、同法第三十六条第一項の規定による特許出願に係る明細書、特許請求の範囲又は図面に記載された発明に係る情報の適正管理その他公にすることにより外部から行われる行為によって国家及び国民の安全を損なう事態を生ずるおそれ大きい発明に係る情報の流出を防止するための措置に関する基本指針(案)」(以下、「基本指針案」と言います。)が公表されましたが、当該基本指針案にかかるパブリックコメントの締め切り前の状況であり、今後、基本指針案にかかるパブリックコメントを踏まえた有識者会議、基本方針の閣議決定、特定技術分野・付加要件・審査期間・外国出願禁止の例外等にかかる政令策定、審査手続・意思確認時の提出書類・適正管理措置等にかかる府省令策定などを経て、令和6年春頃に制度の運用開始が予定されています。

1. 制度創作の目的など

(1) はじめに²

諸外国における秘密特許制度を大きく分けると、特許の付与を留保する制度と特許を付与したうえで秘密保持のための措置を講じる制度があると考えられますが、我が国では取扱の便宜などの観点から、前者が採用されました。また、今回の立法過程では、制度を導入する必要性についてはあまり異論はなかったようですが、対象とすべき発明の範囲、特許出願される発明の中から対象とすべき発明を選定するプロセス、選定後の手続きと漏洩防止措置、外国出願の制限、補償の在り方など

が議論されています。

なお、戦前の我が国では、明治期に制定された専売特許条例以降、第二次世界大戦終結後まで秘密特許付与型の制度が存在し、戦後に公表された資料によると、少なくとも、明治年間に24件、大正年間に116件、昭和に入ると1432件の秘密特許を付与したとのことですが、今回の立法における議論では戦前の制度についてはあまり参考にされていないようです。

(2) 制度創設の目的

特許制度は、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制度であり(特許法1条)、その実現手段として、発明の公開を強制する一方で、そのことの代償として一定期間の独占権を付与する制度となっています。そのために、特許出願された発明は特許出願の日から1年6ヵ月後に自動的に公開され(特許法64条)、また、特許権の設定登録がされたときは、明細書等は特許公報により公開されます(同法66条3項)。

一方、安全保障という観点からすれば、むやみに拡散すべきでない発明も当然に存在するはずですが、発明公開の例外規定を持たない現行の特許制度の下ではこのような発明についてまで必然的に公開されてしまい、外部から行われる行為に利用される事態を防ぐ術がないという問題が生じていました³。そこで、諸外国では、このような事態に対応するための制度が導入されていることも踏まえて、「公にすることにより外部から行われる行為によって国家及び国民の安全を損なう事態を生ずるおそれ大きい発明⁴」(経済安全保障推進法65条)についての例外的な取り扱いを定めたのが、今回導入された特許出願非公開制度(「秘密特許制度」などということもあります。)となります。

なお、経済安全保障推進法が規制しているのは、あくまでも特許出願される発明の取扱であることには注意が必要です。すなわち、仮に、我が国で開発された安全保障に関係する発明については幅広く他国に利用されることを制限するという趣旨の法律を立法するのであれば、特許出願された発明のみならず我が国で開発されたすべての発明を対象にした制度を創作する必要がありますが、今回の立法ではこのような趣旨の制度が採用された

わけではなく、あくまでも、特許出願される発明を規制対象にする制度になっており、それ以外の発明については、これまでどおり自律的な研究倫理や契約等に委ねられています⁵。

2. 導入された特許非公開制度

(1) 概略

今回導入された制度を図示すると、以下の図のようになります。なお、以下の説明において特に法律名を示さない場合には、経済安全保障推進法の条文を示します(特許非公開制度は経済安全保障推進法第5章「特許出願の非公開」(65条以下)に規定されています。)

(2) 「①特許出願」

前述のとおり、今回導入された制度は特許出願される発明のみを対象としているため、出願人が特許出願をしないのであれば、基本的にはなんらかの義務が発生するものではありません。

しかし、我が国で発明された発明について無制限に外国出願することを許してしまえば、せっかく我が国での出願による公開を制限したとしても、特許制度による公開を制限するという立法趣旨が果たせません。そこで、日本国内でした発明であって、国内で出願すれば保全審査に送られることとなる発明(つまり、次に述べる第一次審査の対象となる発明)については、国内で特許出願をし、保全指定されないことが決まるまで、又は保全指定がされずに10ヶ月間が経過するまでの間、原則として外国出願をすることが禁止され⁶(78条1項)、保全指定前の外国出願禁止に違反した

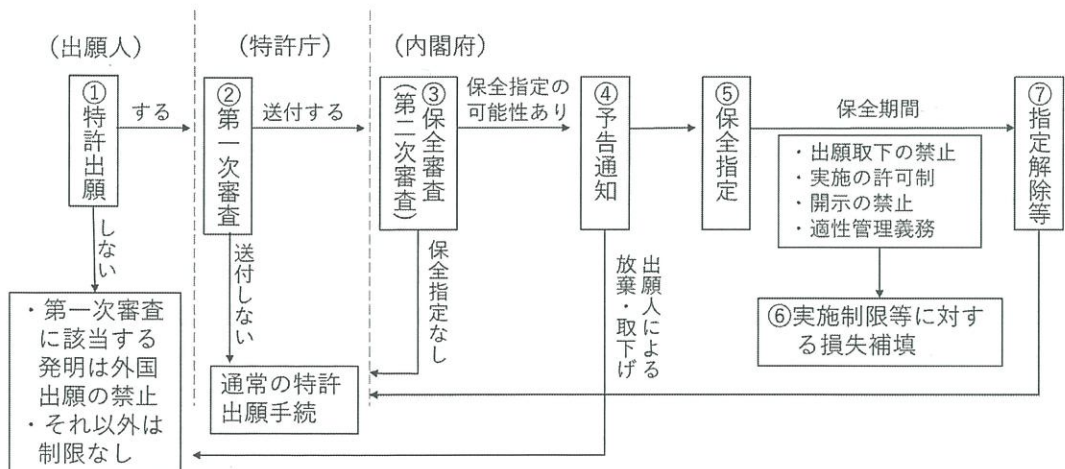
場合については、1年以下の懲役若しくは50万円以下の罰金又はこれらの併科という罰則が定められています(94条1項)。

(3) 「②第一次審査」

保全指定の対象となる発明(以下、「対象発明」と言います。)は、特許庁に出願された特許出願の中から、特許庁長官(所轄は特許庁となるので、以下では「特許庁」と言います。)による第一次審査(上記図の②)と、内閣総理大臣(所管は内閣府となるので、以下では「内閣府」と言います。)による保全審査(上記図の③。以下では「第二次審査」と言うことがあります。)という二段階の審査を経て選定されます。

我が国では年間30万件あまりの特許出願がなされており、この中から対象発明を選別することは容易なことではありません。そこで、特許庁による第一次審査では、国際分類などに基づく定型的な判断によって、その対象を絞り込むことが行われます。

具体的には、第一次審査では、特許出願された「明細書等に、公にすることにより外部から行われる行為によって国家及び国民の安全を損なう事態を生ずるおそれが大きい発明が含まれ得る技術の分野として国際特許分類(国際特許分類に関する1971年3月24日のストラスブール協定第一条に規定する国際特許分類をいう。)又はこれに準じて細分化したものに従い政令で定めるもの(以下この項において「特定技術分野」という。)に属する発明(その発明が特定技術分野のうち保全指定をした場合に産業の発達に及ぼす影響が大きいと認められる技術の分野として政令で定めるものに属する場合



にあつては、政令で定める要件に該当するものに限る。)が記載されているときに、出願日から3ヶ月以内で政令で定める期間を経過する日までに、内閣府に送付する手続が行われます(66条1項本文⁷⁾)。

対象発明の範囲を定める政令は現状において定められていませんが、その範囲を広く認めてしまうと影響が大きいと、相当程度限定的にすべきという方向で議論がされています。例えば、基本方針案では「機微性の要件(公にすることにより外部から行われる行為によって国家及び国民の安全を損なう事態を生ずるおそれ大きいこと)を満たすことを前提としつつ、その機微性の程度と保全指定をすることによる産業の発達への影響等との総合考慮により、情報の保全をすることが適当と認められた場合に保全指定をするものと定めている。」とされ、提言では、「非公開の対象となる発明については、核兵器の開発につながる技術及び武器のみに用いられるシングルユース技術のうち我が国の安全保障上極めて機微な発明を基本として選定するべきである。・・・他方、いわゆるデュアルユース技術については、これらの技術を広く対象とした場合、我が国の産業界の経済活動や当該技術の研究開発を阻害し、かえって我が国の経済力や技術的優位性を損ないかねないおそれがある。また、発展が期待されるいわゆる新興技術を対象に取り込むことは、諸外国でも慎重な扱いがなされていると考えられ、国際的な研究協力にも支障を生じかねない。このため、いわゆるデュアルユース技術を対象とする場合には、技術分野を絞るとともに、例えば、国費による委託事業の成果である技術や、防衛等の用途で開発された技術、あるいは出願人自身が了解している場合などを念頭に、支障が少ないケースに限定するべきである。」とされ、「制度開始当初は第二次審査の対象となる技術分野を限定したスモールスタートとし、その後の運用状況等を見極めながら、対象技術分野の在り方を検討することが適当である。」とされています。

いずれにせよ、上述のとおり、第一次審査の対象となる発明については、外国出願の禁止義務が課され、その違反には罰則も科されることから、その範囲は十分に明確にされる必要があります。

なお、内閣府への送付は出願単位とされているため、1つでも政令に該当する発明があれば出願

全体が送付されることになります⁸⁾。

(4) 「③保全審査(第二次審査)」

特許庁からの送付を受けた時は、内閣総理大臣(内閣府)は「内閣府令で定めるところにより、当該特許出願に係る明細書等に公にすることにより外部から行われる行為によって国家及び国民の安全を損なう事態を生ずるおそれ大きい発明が記載され、かつ、そのおそれの程度及び保全指定をした場合に産業の発達に及ぼす影響その他の事情を考慮し、当該発明に係る情報の保全(当該情報が外部に流出しないようにするための措置をいう。第70条第1項において同じ。)をすることが適当と認められるかどうかについての審査」(67条1項)を行います。これを保全審査と言います。

保全審査にあたっては、特許出願人、専門家の意見や資料の提出・説明などを求めることができます。

審査の期間については、前述のとおり、第一次審査の期間は最大で3ヶ月と定められていますが、保全審査の所要期間については定めがありません。ただし、保全指定をしない限り、第一国出願義務が特許出願後最大10ヶ月で自動的に解除されることから(78条1項但書)、実質的にはこの期間が保全審査の期間になると考えられます⁹⁾。

保全審理から保全指定がされるまでの間、拒絶査定や特許査定、あるいは出願公開はされないこととなります(66条7項)、審査の結果、保全指定をしない場合には、特許出願人にその旨が通知され(71条)、この制約は解消され、また、外国出願禁止の義務も解消されます。

(5) 「④予告通知」

保全指令がされるのに先立ち、保全指定の対象となり得る発明がある場合には、その内容が通知されます(67条9号。以下、「予告通知」と言います¹⁰⁾)。予告通知がされた後は、通知された発明の内容を公開することが禁止され(68条¹¹⁾)、これに違反すると保全審査は打ち切れ出願が却下されることがあります(69条)。

また、この通知がされると、出願人は特許出願を維持するかどうかを決めなくてはならなくなり、維持する場合には、通知を受けた日から14日以内に、通知に係る情報の管理情報などの説明が求め

られます(67条9号、10号)。これは、保全指定がされると出願人に次の「⑤保全指定」で述べる義務が課され不安定な地位になることから、特許出願を維持するか否かについての選択権を出願人に与えたものといえます。

(6) 「⑤保全指定」

保全指令がなされると、上記した出願公開の停止や出願審査の停止が継続されるのみならず、出願人に対し、①出願取下の禁止(72条1項)、②実施の許可制(73条)、③保全対象発明の開示禁止(74条)、④保全対象発明の適性管理義務(75条)が課されます¹²。そして、②や③の義務に違反すると、2年以下の懲役若しくは100万円以下の罰金又はこれらの併科という罰則が定められています(92条1項6号～8号)。④の義務違反については、直接的な罰則はありませんが、違反する者には内閣総理大臣が是正の勧告及び命令を発することができ(83条)、その命令に違反した場合について、同様の罰則が定められています(92条1項4号)。

(7) 「⑥実施制限等に対する損失補填」

上記のとおり、保全指定がなされると、実施が許可制となるなど、保全指定を受けたことによって、その者に損失が発生することがあり得ます。そこで、法は、保全指定を受けたことにより損失を受けた者に対し、「通常生ずべき損害」を補償することにしています(80条1項)。

(8) 「⑦指定解除等」

保全指定は、当該保全指定の日から起算して1年を超えない範囲内においてその保全指定の期間を定めるものとされており(70条2項)、以後は期間満了日前に内閣総理大臣が期間延長の可否の審査を行い、1年を超えない期間において延長を繰り返すことができます(同条3項)。なお、延長回数に制限はありません。また、期間中であっても、内閣府が保全指定を継続する必要がないと認めたときは、保全指定を解除するものとされています(77条1項)。このような指定期間の満了や解除がされると、通常の特許出願の状態になります。

立法の経緯においても、保全指定がされると出願人に実施の制限が課されるなどの不利益が生じることから、必要な限度での制限をすることが必

要とされ、あまり長くない期間として立法すべきとされていました。

3. 若干の考察

以上、特許非公開制度について説明しました。今後、基本指針案に対するパブリックコメントなどを踏まえて、その内容がより具体的になっていきますが、実務への影響を考えると、やはり、対象発明の範囲がどのようになるのかが注目されます。

対象発明に該当すると、外国出願の禁止、公開の制限、あるいは実施の制限などが課されるため、出願人としても、予めそのような発明の選定を行い、秘密管理のシステムを整えるなどの対応が必要になりますし、また、そもそも、そのような発明を出願するのかもしれないかといった特許戦略も問題となります。この点、問題となる発明が、核兵器の開発につながる技術や武器のみに用いられるシングルユース技術であれば、そのような技術を扱う者は限定されると思いますし、そのような者はこれまでもに必要な対応をしていたのだと思いますが、いわゆるデュアルユース技術については、その範囲によっては多くの企業に影響を与える可能性があります。

上記のとおり、最終的な対象発明の範囲についてはかなりの程度絞り込まれることが予想されますが、第一次審査の対象となるだけでも、外国出願が禁止されることから、企業の特許戦略に大きな影響が生じる可能性も否定できません。そのためにも、第一次審査は定型的な審査になるとはいえ、その対象があまり広くなることには問題があると思われます。

なお、このような立法では、とかく悪影響ばかりが懸念されるところではありますが、立法経緯における「特許非公開に関する検討会合(第1回)議事要旨」¹³には、「特許非公開の制度を設けることで、イノベーションを促進するような前向きな効果を期待したい。現状の年間約30万件の出願のうちで非公開になるものが出てくると考えると規制の話になりがちであるが、この制度を設けることによって、約30万件とは別に、+αの新たな出願ニーズが掘り起こせないかと考えている。」とか、「国際レジームの合意に基づいて行われるのが基本の輸出管理においてさえ、有志国間の合意に基づく管理あるいは一国単独による管理の必要性が議論されているのが現状だけに、特許非公開制度では、国の主体性が発揮できる分野ではないかと思う。日本として、非公開の対

象をできる限り絞り込んで、効果あらしめるものとする一方、イノベーションの促進、すなわち、このような制度を設けることで、新たな特許申請を促すことによって、非公開の下で先願権を得ることでビジネスにつなげていくような形に持っていくのが理想的と考える。」といった前向きな意見もなされていました。

近似、我が国への特許出願についての減少傾向が進んでおり、日本の技術大国としての地位はすでに危険な領域にあると感じます。このような中で、是非、この制度が前向きな制度として運用されることを期待します。

¹ https://www.meti.go.jp/policy/economy/economic_security/index.html

² 諸外国の制度の詳細や戦前の我が国における秘密特許の付与については、小山隆史「各国の秘密特許制度と日本における制度の検討 (その 1)、(その 2)」知財管理72巻 2 号163頁及び知財管理72巻 3 号33頁に詳しいので参照ください。また、経済安全保障法制に関する有識者会議 (令和 3 年度) 第 2 回資料10に諸外国の制度比較がまとめられています。 https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/keizai_anzen_hosyohousei/dai2/siryoul0.pdf

³ 特許法32条は公序良俗等に反する発明を不特許事由としていますが、その例としては、遺伝子操作により得られたヒト自体、専ら人を残虐に殺戮することのみに使用する方法といったことのみが挙げられており、単に我が国の法令によって実施が禁止されていることを理由として、請求項に係る発明が不特許事由に該当するものと判断してはならない (TRIPS協定第27条 (2) ただし書) とされています。そのために、単に安全保障に関係であるというだけでは不特許事由には該当しませんし、また、仮に不特許事由に該当したとしても、その出願が公開されることには変わりありません。

⁴ 立法過程や提言では「機微な発明」という表現が用いられています。

⁵ なお、外国為替及び外国貿易法第25条第 1 項は、「国際的な平和及び安全の維持を妨げることとなると認められるものとして政令で定める特定の種類の貨物の設計、製造若しくは使用に係る技術 (以下「特定技術」という。) を特定の外国 (以下「特定国」という。) において提供することを目的とする取引を行おうとする居住者若しくは非居住者又は特定技術を特定国の非居

住者に提供することを目的とする取引を行おうとする居住者は、政令で定めるところにより、当該取引について、経済産業大臣の許可を受けなければならない。」と規定して、一定の技術の提供を制限しています。

⁶ ここでは「外国出願の禁止」と記載していますが、法律の規定からすると、「我が国への第一国出願義務」というべき制度というのが正確です。

⁷ ただし、当該発明がその発明に関する技術の水準若しくは特徴又はその公開の状況に照らし、保全審査に付する必要があることが明らかである場合には送付しないこともできます (66条 1 項但書)。また、政令に該当しない発明であっても、特許出願人から、特許出願とともに、その明細書等に記載した発明が公にされることにより国家及び国民の安全を損なう事態を生ずるおそれ大きいものであるとして、保全審査に付することを求める旨の申出があったときなどにも保全審査に付すことができます (66条 2 項)。

⁸ 対象外の発明を分割出願することもできると説明されていますが (小新井友厚「特許出願非公開制度の概要」ジュリスト1575号40頁 (2022))、同じ明細書に基づく発明であるにもかかわらず、その一部のみを分割出願しても、実際に公開されることがあるのか、という点については、現実的には疑問もあります。

⁹ 立法時の議論においても、外国出願の優先権期間との関係から、このくらいの期間で審査を終わらせるべきとの意見がなされていました。

¹⁰ 「予告通知」という用語は経済安全保障推進法で使用されている用語ではありませんが、特許非公開制度を説明する論考などで使用されているので、本稿でもこの用語を使用します。

¹¹ 但し、出願人が特許出願を放棄し、若しくは取り下げ、又は特許出願が却下されたときは、この義務は課されません (68条但書)。

¹² その他、発明共有事業者の変更についても内閣府の承認を受けなくてはなりません (76条)。

¹³ https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/keizai_anzen_hosyohousei/dai2/siryoul1.pdf