

知財法務の勘所Q&A（第76回）

安全保障上機微な発明に係る特許出願の非公開

アンダーソン・毛利・友常 法律事務所 外国法共同事業
弁護士 白根 信人

Q1 特許出願の非公開制度の概要について教えてください。

A1 特許出願の非公開制度は、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（「経済安全保障推進法」）により、経済安全保障の施策の一つとして創設されました。

特許出願の非公開制度では、①全ての特許出願について、明細書等に一定の技術分野（特定技術分野）に属する発明が記載されているかどうかを特許庁が国際特許分類（IPC）を用いて定型的に判断する第一段階の審査と、②特許庁から送付を受けた特許出願について、発明に関する情報の保全が必要かどうかを内閣総理大臣が個別に判断する第二段階の審査（「保全審査」）の二段階審査を経て、保全指定がされます。

保全指定がされた発明（「保全対象発明」）については、保全指定の期間中、出願公開はされず、特許査定や拒絶査定もされません。また、保全指定を受けた特許出願人には、許可を受けずに保全対象発明を実施することや、保全対象発明の内容を開示することが禁止され、情報の漏えいの防止のための適正管理措置を講じる義務などの義務が課されます（Q8、Q9参照）。

保全指定は1年以内の期間を定めて行われますが、保全指定の継続の必要があるときは、1年ずつ延長されます（Q10参照）。

また、特定技術分野に属する発明であって、日本国内でされたものについては、日本への第一国出願義務が課されます（外国出願の禁止、Q11参照）。

経済安全保障推進法は、2022年5月11日に成立し、同月18日に公布されていますが、経済安全保障推進法のうち特許出願の非公開制度に関する規定は、公布の日（2022年5月18日）から2年を超えない範囲内において政令で定める日、すなわち2024年5月17日までに施行されます（附則1条5号）。具体的に施行日を定める政令は、本稿の執筆時点においては、まだ制定されておら

ず、施行日は決まっていません（Q13参照）。

Q2 内閣総理大臣による保全審査に付される特定技術分野に属する発明とは、どのような技術分野の発明をいいますか。

A2 特定技術分野については、以下の技術の分野が定められています（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施行令（「施行令」）12条1項）。

なお、特定技術分野は、IPCを用いて、「国際特許分類記号●に該当し、かつ、国際特許分類記号△に該当する技術の分野」、「国際特許分類記号●に該当する技術の分野のうち、△に関するもの」といった形式で定められており、以下の記載は、そのように定められた技術分野について、その内容を簡略化して示したものです¹。

- (1) 航空機等の偽装・隠ぺい技術
 - (2) 武器等に関係する無人航空機・自律制御等の技術
 - (3) 誘導武器等に関する技術
 - (4) 発射体・飛翔体の弾道に関する技術
 - (5) 電磁気式ランチャを用いた武器に関する技術
 - (6) 例えばレーザー兵器、電磁パルス（EMP）弾のような新たな攻撃又は防御技術
 - (7) 航空機・誘導ミサイルに対する防御技術
 - (8) 潜水船に配置される攻撃・防護装置に関する技術
 - (9) 音波を用いた位置測定等の技術であって武器に関するもの
 - (10) スクラムジェットエンジン等に関する技術
 - (11) 固体燃料ロケットエンジンに関する技術
 - (12) 潜水船に関する技術
 - (13) 無人水中航走体等に関する技術
 - (14) 音波を用いた位置測定等の技術であって潜水船等に関するもの
 - (15) 宇宙航行体の熱保護、再突入、結合・分離、隕石検知に関する技術
 - (16) 宇宙航行体の観測・追跡技術
 - (17) 量子ドット・超格子構造を有する半導体受光装置等に関する技術
 - (18) 耐タンパ性ハウジングにより計算機の部品等を保護する技術
 - (19) 通信妨害等に関する技術
 - (20) ウラン・プルトニウムの同位体分離技術
 - (21) 使用済み核燃料の分解・再処理等に関する技術
 - (22) 重水に関する技術
 - (23) 核爆発装置に関する技術
 - (24) ガス弾用組成物に関する技術
 - (25) ガス、粉末等を散布する弾薬等に関する技術
- （なお、網掛け箇所については、Q3をご参照ください。）

1 以下の記載は、経済安全保障法制に関する有識者会議（第7回）（2023年6月12日）の資料2（特許出願の非公開制度の運用開始に向けた検討状況について）4頁の整理によります。

Q3 明細書等に特定技術分野に関する発明が記載されていれば、それがたとえ民生用の技術に関する発明であったとしても、特許出願は内閣総理大臣による保全審査の対象となりますか。

A3 民生用と軍事用の両方に適用可能な、いわゆるデュアルユース技術に関する特許出願については、明細書等にA2に掲げた特定技術分野に該当する発明が記載されている限り、保全審査の対象となります。

ただし、特定技術分野のうち、A2の(10)ないし(19)の技術分野については、明細書等に以下のいずれかに該当する発明が記載されている場合に限り、保全審査の対象となります（施行令12条2項、3項）。つまり、多くのデュアルユース技術については、軍事用途の発明である場合や国からの委託による研究開発の成果に係る発明である場合という要件（「付加要件」）により、保全審査の対象となる特許出願の絞り込みがされています。

- ① 我が国の防衛又は外国の軍事の用に供するための発明
- ② 国又は国立研究開発法人による特許出願に係る発明
- ③ 国が委託した研究開発の成果に係る発明であって、日本版バイ・ドール制度（産業技術力強化法17条1項）の規定により国が特許を受ける権利を譲り受けない（受託者等である民間企業が特許出願人となりうる）もの、又は国際共同研究の成果に係る発明であって、科学技術・イノベーション創出の活性化に関する法律の規定により国が特許を受ける権利の一部のみを譲り受けることとしたもの

Q4 特許庁における第一段階の審査は、いつまでに行われますか。また、特許出願人は、審査の結果について通知を受けられますか。

A4 明細書に特定の技術分野に属する発明が記載されているかどうかについての特許庁の審査は、特許出願の日から3か月以内に行われます（経済安全保障推進法66条1項、施行令13条）。

審査の結果、特許庁が保全審査に付するために内閣総理大臣に特許出願書類を送付したときは、特許出願人に通知されます（経済安全保障推進法66条4項）。また、特許庁が特許出願書類を内閣総理大臣に送付しないこととした場合にも、特許出願人から申出があれば、特許出願人に通知がされます（66条10項）。

Q5 特許庁における第一段階の審査や、内閣総理大臣による保全審査において、特許出願人から意見を述べる機会がありますか。

A5 特許庁における第一段階の審査について、66条1項は、特許庁長官は、出願書類を内閣総理大臣に送付するかどうかを判断するために必要があると認めるときは、特許出願人に対し、資料の提出及び説明を求めるとしてはありますが、特許出願人側から意見を述べる機会は制度として保障されていません。

もっとも、経済安全保障推進法は、特許出願人から、保全審査に付すことを申し出ることがで

き、申し出があった場合には特許出願が保全審査に付されるという制度を設けています（66条2項）。これは、発明の機微性については特許出願人が熟知していることが多いと考えられることから、出願人の申し出により、保全審査に付することができるとしたものです。

また、内閣総理大臣による保全審査についても、特許庁における第一段階の審査と同様に、特許出願人が意見を述べる機会は、特許出願人の権利としては保障されていません。

ただし、経済安全保障推進法の規定に基づいて定められた基本指針²においては、「特許出願人の意見を聴くまでもなく保全指定が不要と判断できる場合を除き、保全審査の初期の段階から、特許出願人との意思疎通を図ることとする」こととされており、保全審査に当たり、特許出願人が意見を述べる機会は、制度の運用上確保されるものと考えられます。

Q6 内閣総理大臣による保全審査は、いつまでに行われますか。また、特許出願人は、保全審査の結果について通知を受けられますか。

A6 保全審査の期限は、経済安全保障推進法では定められていません。ただし、後述するように、外国出願の禁止は、日本での特許出願後10か月で自動的に解除されますので、特許出願の日から10か月以内には保全審査を終えることが制度上想定されています。

特許出願人は、保全審査の結果、保全指定がされた場合、保全指定がされなかった場合のいずれも、その旨の通知を受けます（70条1項、71条）。

Q7 特定技術分野に属する発明について、特許出願をせずに、発明を実施したり、発明の内容を第三者に開示したりすることは禁じられますか。また、特定技術分野に属する発明を明細書等に記載した特許出願を放棄したり、取り下げたりすることについて、制約はありますか。

A7 経済安全保障推進法では、特定技術分野に属する発明について特許出願をすることを義務付けていません。また、特許出願をしない場合においては、自己実施や第三者に開示についての制約もありません。したがって、特許出願をしない場合には、特定技術分野に属する発明であっても、他の発明と同様に、制約なく自由に実施や開示ができることとなります。特許出願前に研究成果を論文等で公開することについても、経済安全保障推進法上、制約は設けられていません。

また、特許出願人は、保全指定を受けるまでは、特許出願を放棄したり、取り下げたりすることもできます。保全指定がされる場合には、事前に特許出願人に予告通知がされますので（67条9項）、特許出願人は、予告通知を受けてから、特許出願を放棄したり、取り下げたりすることもできます。

2 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が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（2023年4月28日閣議決定）（「基本指針」）

いったん保全指定がされると、保全指定の期間中は、特許出願の放棄又は取下げはできません（72条1項）。また、保全指定の予告通知を受けた段階から、発明の内容の公開が禁止されます（68条）。

Q8 保全指定を受けた場合における特許出願人の義務について教えてください。

A8 保全指定を受けた場合、許可なく保全対象発明を実施することや、保全対象発明を開示することは禁止されます（73条1項、74条1項）。

これらの規定に違反した場合、特許出願が却下されることがある（73条8項、74条3項）ほか、刑事罰（2年以下の拘禁刑又は100万円以下の罰金）の対象となります（92条1項6号、8号）。

また、特許出願人は、保全対象発明の情報の漏えい防止のための適正管理措置を講じる義務を負います（75条1項）。講じるべき適正管理措置の内容は、今後制定される内閣府令により定められます。

Q9 保全指定を受けた場合における出願審査について教えてください。

A9 保全指定に係る特許出願については、保全指定の期間中も出願審査は行われますが、特許査定や拒絶査定は保留されます。また、出願公開もされません（66条7項）。

出願審査の審査請求の期間は、保全審査の期間が満了し、又は保全審査が解除されてから3か月まで延長されます（82条3項）。

すなわち、特許出願人としては、保全指定がされた場合には、審査請求して出願審査を特許査定の直前の段階まで進めておき、保全審査の期間が満了し、又は保全審査が解除されてからすぐに特許査定を受けることができるようにすることもできますし、保全審査の期間経過後に審査請求することもできることになります。

分割出願についても、禁止されていません。

Q10 保全指定の期間について教えてください。

A10 保全指定は、1年以内の期間を定めて行われます（70条1項）。また、保全指定を継続する必要がある場合には、1年ずつ延長されます（70条3項）。

保全指定の必要がなくなったときは、保全指定の期間中であっても、保全指定は解除されます（77条1項）。

Q11 外国出願の禁止について教えてください。

A11 特定技術分野に属する発明（特定技術分野に属する発明のうち付加要件の対象とされているものについては、付加要件も満たしたもの）であって、日本国内でされ、公になっていないものについては、外国出願が禁止されます（78条1項）。禁止の対象となる外国出願には、外国における出願のほか、PCTに基づく国際出願も含まれます。

外国出願の禁止は、「日本国内でした発明」に限り適用されます。つまり、日本国外でした発明については、たとえ特定技術分野に属する発明であっても、外国出願の禁止の対象外となります。「日本国内でした発明」の意義について、基本指針では、「特許出願人の本店所在地等がどこであるかにかかわらず、発明地が日本国内であることを意味し、複数国にまたがって研究・開発が行われた場合には、発明の完成地が発明地となる。」との判断基準が示されています。

また、特定技術分野に属しない発明については、外国出願は禁止されません。

日本に特許出願をせずに、直接外国出願をしようとする場合には、特定技術分野に属する発明であるかについて特許出願人が自ら判断する必要があることとなりますが、この点については、日本において明細書等に当該発明を記載した特許出願をしていないときに限り、外国出願が禁止される発明に該当するかどうかについて特許庁の確認を求めることができる事前確認の制度が設けられます（79条1項）。

外国出願の禁止は、日本で出願をした上で、①特許庁における第一段階の審査の結果、保全審査の対象とならなかったとき（特許出願後3か月以内に出願書類等が内閣総理大臣に送付されなかったとき、又は出願書類等を内閣総理大臣に送付しない旨の通知がされたとき）、②保全審査の対象となったものの、特許出願後10か月以内に保全指定がされなかったとき、③保全審査の対象となったものの、審査の結果保全指定をしないこととされたとき、又は④保全指定がされたものの、保全指定の期間が満了し、若しくは保全指定が解除されたときに解除されます（78条1項）。すなわち、日本で第一国出願をし、特許庁の第一段階の審査の結果保全審査に付されなかった場合か、内閣総理大臣による保全審査において10か月以内に保全指定がされなかった場合に、外国出願ができることとなります。

特許出願後10か月という期間は、優先期間内に外国での出願ができるように、明細書の翻訳等の外国出願の準備に要する期間を考慮して定められたものです。

外国出願の禁止の違反については、刑事罰の制裁（1年以下の拘禁刑又は50万円以下の罰金）が設けられており（94条）、注意が必要です。

Q12 保全指定を受けたことにより受けた損失の補償について教えてください。

A12 特許出願人は、保全指定を受けたことにより通常生ずべき損失について補償を受けることができます（80条1項）。

「通常生ずべき損失」について、基本指針では、相当因果関係がある損失を意味し、実際に損失を受けたことが必要であるとしています。また、基本指針は、補償を受ける者において「補償請求の理由や補償請求額の総額及びその内訳、算出根拠等を示し、その損失について補償を受けることの相当性を示す必要がある」としており、十分な根拠が示されない損失については補償の対象とならないとしています。

補償対象の損失の具体例として、基本指針では、「実施が不許可とされて保全対象発明を実施できなかったことにより回収できなかった開発・設備投資費用や通常得られるはずであったのに得られなかった利益等」が掲げられています。

実施許可を得られなかった場合に加えて、どのような場合に、相当因果関係や補償請求の額について十分な根拠をもって示すことができるかは、今後の実務上の課題と考えられます。

Q13 経済安全保障推進法のうち特許出願の非公開制度に係る規定の施行日について教えてください。また、施行日までの省府令の制定の予定についても教えてください。

A13 経済安全保障推進法のうち特許出願の非公開制度に係る規定の施行日については、公布の日（2022年5月18日）から2年を超えない範囲内において政令で定める日、すなわち2024年5月17日までとされています（附則1条5号）。具体的な施行日は、まだ決まっていません。

本稿の執筆時においては、経済安全保障推進法のうち、特許出願の非公開制度に関しては、委任事項を定める省府令は制定されていません。

省府令については、2023年秋頃には制定されることが想定されています³。

また、基本指針では、制度の周知や情報提供のため、Q&Aを公表することとされており、今後、施行日までの間に、Q&Aが公表されることが想定されます。

なお、経過措置に関しては、施行の際特許庁にすでに係属している特許出願については、特許庁による一次審査の対象外であり、施行日以後に新たに特許庁に係属する特許出願から、特許出願の非公開制度の対象となります（附則2条）。

以 上

3 経済安全保障法制に関する有識者会議（第7回）（2023年6月12日）の資料2（特許出願の非公開制度の運用開始に向けた検討状況について）1頁