

内閣府大臣官房経済安全保障推進室御中

一般社団法人 電子情報技術産業協会  
特許専門委員会

## 特許出願の非公開に関する基本指針（案）に関する意見

この度、「特許出願の非公開に関する基本指針（案）」につき、意見を申し述べる機会を下さり、まずは感謝を申し上げます。

当意見案は、①「基本指針」自体に対する意見と、②「基本指針」に係る実務運用への要望 に大別されます。安全保障の観点を考慮すれば、非公開制に係る必要性・重要性は理解するものの、手続き面・実用面に伴う大きな変更により、関連企業は大きな影響を受け得ます。上記②には、基本指針に対する直接的な意見ではないものも含まれますが、実務運用に落とし込んだ際の具体的な懸念を表明することにより、今後、手続き面において具体的な検討を進めていただき、運用面に係るガイドライン等の早期リリースにつながることを期待する意見とご理解いただきたく存じます。

## ■意見 1

○該当箇所：

p.6 第1章 第1節 (2)

○意見内容：

保全指定が解除(法第 80 条)された後に突然公開される特許権について、本特許に係る発明を善意で実施していた第三者に対する保護について「後願者の通常実施権」(法第 81 条)では不十分であり、保護形態の更なる充実化を望む。

○理由：

通常の特許出願の場合であれば、他者の公開公報が発行されたのを認識した第三者は、必要に応じて当該出願の権利範囲への抵触を回避すべく自らの事業の方向性を修正しながら、あるいは特許庁に対して情報提供し(特許法施行規則第 13 条の 2)権利範囲の適正化を行うことにより、安全に事業を営めるように制度設計がなされている。一方、本法に基づいて保全指定が解除された特許権については、その存在について突然知りうる場合もあるため、既に本件特許発明に係る事業を実施している第三者にとって過度の監視負担を負わせることになることに加えて、現実的に当該特許権を回避するためには事業の継続を断念せざるを得ないことにもなりかねず、極めて厳しい経営判断が求められる。

また、「後願者の通常実施権」を確保しようとする第三者は、これまでであれば防衛省との取り決め等により出願を見合わせていたような発明についても、出願をせざるを得ないような事態が考えられ、出願人側に無用な出願手続きに係る負担を強いるのと併せて、本来出願されざるべき我が国の防衛機密事項に関する発明に係る出願を促進することにもなりかねず、法の趣旨に反する事態ともなることも懸念される。

そこで善意で事業を実施している第三者に対しては、当該発明に係る出願を行っていることを要せずとも保護されるような形態も認めることはできないか。このような施策を実現するために、現行法の将来的な改正も視野に入れながら検討を進めて頂きたい。

## ■意見 2

○該当箇所：

○意見内容：

武器のための技術であるか否かを問わず、宇宙・サイバー等の比較的新しい領域における深刻な加害行為に用いられ得る先端技術については、その新しさゆえ、用いる者や用い方によって、国家及び国民の安全に対する重大な脅威となり得る技術に該当すると説明されている。この部分は、大量破壊兵器など武器に用いられる技術のみではなく、新しい領域の先端技術についてはデュアルユースが想定されている技術についても対象となる可能性を示唆しているといえる。一方で、これらの先端技術については、産業の発達に及ぼす影響、特に、今後民生分野の産業や市場に幅広く展開され、発展していくような発明については、保全指定をして発明の内容の開示や実施を制限することが我が国の経済活動やイノベーションへ支障を及ぼしかねないことに十分留意する必要があるとしている。

どのような先端技術分野が保全審査の対象範囲として想定されているのか、また、それらの技術が将来どのように展開され、発展していくのかをどのような基準で判断されるのか、現時点で検討されている内容についてご教示頂きたい。

○理由：

宇宙・サイバー等の比較的新しい領域とされる先端技術の範囲がどのような技術分野にまで及ぶのか、それらの将来における展開、発展をどのような形で認定して保全指定に制限をかけるのかは、先端技術開発を推進する企業において大変重要な問題であり、政令を定める前に、有識者会議などを通じて十分議論いただくとともに、産業界の意見を十分にお聞き頂きたい。

■意見3

○該当箇所：

p.7 第1章 第2節 (1) ①

○意見内容：

「先端技術」の「先端」は不要ではないか。あるいは、必要ということであれば「先端」の説明をして頂きたい。

○理由：

本方針全体の中で、この部分でのみ「先端技術」という表現がされているが、「先端」である必要があるのか否か、また、「先端」とはどのような意味かが不明である。例えば、「宇宙・サイバー等の比較的新しい領域における深刻な加害行為に用いられ得る先端技術」という表現がされているが、p.11では「宇宙・サイバー等の領域における技術」と表現されており、違いはないのではないかと。

■意見4

○該当箇所：

p13 第3章第1節(1)

○意見内容：

法第66条第2項において、特許出願人は、特許出願とともに保全審査に付することを求めることの申出が可能であると解釈できる記載があるが、かかる申出はいかなる方法で行うことになるのか（例えば、願書にその旨を記載する、上申書で保全審査の対象となる発明の記載箇所を明記する、特定技術分野に該当する国際特許分類を

明記する等)をご教示頂きたい。

○理由：

防衛装備品などの事業に関する特許出願にあたり、特許出願人から積極的に保全審査に付することを求める申出を行うことも想定されるが、その際の手続きは可能な限り簡略化したいと考える。

#### ■意見 5

○該当箇所：

p.9 第2章 第1節 (2)

○意見内容：

第2章 第1節 (2)に記載の通り、特定技術分野を定めるにあたり、安全保障上の問題及び、経済活動やイノベーションへの影響を考慮し、バランスに留意しながら個々の技術分野ごとに検討する必要があると考える。そのため、政令を策定する(特定技術分野を定める)段階で、産業界側等の状況を踏まえ、産業界等の外部の意見を考慮のうえ適切な範囲に設定すべきである。

○理由：

第2章 第1節 (2)に以下記載がある通り、特定技術分野を広く定めるほど、保全指定の対象となり得ないような発明が多く保全審査に付されることとなり、多くの特許出願人に影響が及ぶこととなる。その一方、特定技術分野を詳細に細分化してしまうと安全保障上の問題が生じ得るため、バランスに留意しながら個々の技術分野ごとに検討する必要があるが、これらのバランスを考慮した範囲の設定では、官側に加えて産業界等の外部の意見を総合的に集約して決定することが望ましいと考えるため。

「保全指定の対象が、経済活動やイノベーションへの影響を考慮して選定されることを踏まえて、特定技術分野の選定においても、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分野であるかという観点だけでなく、経済活動やイノベーションへの影響も考慮する必要がある。」

「国際特許分類をどの程度細分化した上で定めるかという点については、広く定めるほど、保全指定の対象となり得ないような発明が多く保全審査に付されるとともに、第一国出願義務の対象となり、多くの特許出願人に影響が及ぶこととなる一方、特定技術分野を詳細に細分化した上で示せば安全保障上の問題が生じ得るため、そのバランスに留意しながら個々の技術分野ごとに検討する必要がある。」

#### ■意見 6

○該当箇所：

p.9 第2章 第1節 (2)

○意見内容：

ユーザ側で IPC 付与の予見性に関して実効性を高めるための施策を望む。

○理由：

法第 66 条第 1 項に該当する発明(特定技術分野に属する発明)については外国出願が禁じられるところ(第 4 章 第 5 節)、この外国出願には PCT に基づく国際出願も含まれるため(同節)、出願前の段階で当該出願が特定技術分野に属するものであるのかどうかについて厳格な判断が出願人に求められ、これに基づいて国内出願又は国際

出願の選択を迫られることになる。

特定技術分野の特定は国際特許分類(IPC)の形で示されるとのことであるが(第2章 第1節 (1))、出願前の明細書に記載された発明には未だIPCが付与されておらず、結局のところ出願人の裁量により定める必要があるため、出願人側では特定技術分野に属しないと判断した場合であっても、特許庁側で特定技術分野に属するIPCが意図せず付与されてしまうことにより、結果的に外国出願禁止違反の責めを負わされてしまうことになるのが問題である。すなわち、現状のまま運用を開始したとしても、特定技術分野に属するかどうかの判断については実質的な予測可能性が低いと言わざるを得ない。

そこで、この予測可能性に関して実効性を高めるための施策が求められる。この施策例としては、例えば、特許庁におけるAIを用いた特許分類付与の動向(\*1)も踏まえて、IPC付与の自動分類器(学習済みモデル)を一般の利用に供することにより、出願人側の分類判断に関する負担を軽減するとともに、後日政令で規定されるIPCの検索式に照らして「特定技術分野」に属する発明であるかどうかの予測可能性を実効的に高めるような施策を講じていただけないか?なおこの施策については特許出願非公開制度が運用される令和6年春ごろまでに導入をご検討頂きたい。

(\*1) 特許庁における人工知能(AI)技術の活用に向けたアクション・プランの令和2年度改定版について

[https://www.jpo.go.jp/system/laws/sesaku/ai\\_action\\_plan/ai\\_action\\_plan-fy2020.html](https://www.jpo.go.jp/system/laws/sesaku/ai_action_plan/ai_action_plan-fy2020.html)

#### ■意見7

○該当箇所:

p.10 第2章 第1節 (4)

○意見内容:

内閣総理大臣は、機動的に特定技術分野の見直しを行うとされているが、予見性の確保の観点から、見直しの実施について、どのように公表し、適用することを考えているのかをご教示頂きたい。

○理由:

出願後に特定技術分野が見直され、当初保全審査の対象とできていなかった案件が保全審査の対象ということになると、外国出願等にも影響すると考えられる。

#### ■意見8

○該当箇所:

p.11 第2章 第2節

○意見内容:

付加要件とは、例えば、宇宙・サイバー等の領域の技術について、技術分野以外の角度からもう一つの絞り込みを付加することとされており、当初から防衛・軍事の用に供する目的で開発された場合や、国の委託事業において開発された場合などが例示されている。基本的には、技術内容以外で防衛・軍事目的に限定される事項が付加要件として政令で定められると考えてよいか。

また、特許出願の内容に基づいて、付加要件をどのように判断するのか、具体的な判断基準をご教示頂きたい。

○理由:

先にも述べた通り、宇宙・サイバー等とされる先端技術の範囲がどのような技術分野にまで及ぶのか、それらの将来における展開、発展をどのような形で認定して保全指定に制限をかけるのかは、先端技術開発を推進する企

業において大変重要な問題である。

■意見 9

○該当箇所：

p. 11 第 2 章 第 2 節

○意見内容：

付加要件を政令で定める際、付加要件に該当するか否かをどのように判断するのかを明確にし、特許出願人が該当するか否かを明確に判断できるようにして頂きたい。

○理由：

付加要件に該当するか否かをどのように判断するのが不明では、特許出願人が該当するか否かを明確に判断できない。特に、例示されている「当初から防衛・軍事の用に供する目的で開発された場合」は、どのように判断するのが想定できず、政令で定める際には明確にする必要がある。

■意見 10

○該当箇所：

p. 11 第 2 章 第 2 節

○意見内容：

「状況変化に応じて機動的に見直しを行う」旨の記載を追加して頂きたい。

○理由：

特定技術分野においては、「先端技術は日進月歩で変わるものであることに鑑み、内閣総理大臣は、関係行政機関とも連携し、状況変化に応じて機動的に特定技術分野の見直しを行う。」との記載がある (p. 10)。付加要件についても同様と考えられるところ、その記載がないため、「状況変化に応じて機動的に見直しを行う」旨の記載を追加すべきである。

■意見 11

○該当箇所：

p. 14 第 3 章 第 1 節 (3)

○意見内容：

保全審査を実施する上では、特許出願人との丁寧な意思疎通が重要であるとしている。法第 67 条第 2 項の資料提出前に意思疎通を図るとしているが、具体的にはどのような方法を検討されているのかご教示頂きたい。

○理由：

保全審査に関する業務手続きを確認したい。

■意見 12

○該当箇所：

p. 15 第 3 章 第 1 節 (4)

○意見内容：

保全審査中に出願人に意思確認を行う選択肢として、特許出願を維持するか取下げるかの二択しか挙げられていないが、これ以外に、明細書の保全指定に該当する箇所を削除して国内優先権主張による新たな出願を行う場合や、明細書の保全指定に該当する箇所を削除した明細書に基づき新たな出願を行う場合も想定される。出願人が取り得る手続について網羅して、各々の手続についての可否、及び、その手続において想定される課題について検討して指針に定めることが望ましい。

なお、明細書の保全指定に該当する箇所を削除して国内優先権主張による出願ができるとした場合、基礎出願の明細書が保全指定対象として閲覧できないため、優先権主張の遡及について審査官や第三者が確認できない課題がある。また、明細書の保全指定に該当する箇所を削除した明細書に基づき新たな出願ができるとした場合、保全指定対象の出願が先願となるものの、審査官や第三者がそれを認識できない課題がある。これらの出願ができるとした場合の課題について指針に定めることが望ましいと考える。

○理由：

保全審査中に出願人の対応として、特許出願を維持するか取下げるかの二択以外の手続が想定できるため、それらに関する事項についても明確にしておくべきである。

#### ■意見 13

○該当箇所：

p. 16 第3章 第2節

○意見内容：

保全指定期間は延長が可能だが、実際にどの程度の期間を想定されているのかをご教示頂きたい。

また、指定特許出願人から解除の申出があった場合には、申出の内容も踏まえ解除の検討を行うとしているが、申出に関する具体的な方法についてご教示頂きたい。

○理由：

例えば、防衛装備品等に関する事業では、保全指定期間が長期化する懸念があり、解除後の権利取得の必要性を検討する必要がある。また、保全解除の申出を行うのであれば、かかる手続きの内容について確認したい。

#### ■意見 14

○該当箇所：

p. 16 第3章 第2節

○意見内容：

「保全指定の期間の満了前に保全指定を継続する必要がなくなったと判明した場合には」とあるが、誰がどのように判断して「判明」するのかを明らかにして頂きたい。

○理由：

「保全指定の期間の満了前に保全指定を継続する必要がなくなったと判明した場合」の例示として、「指定特許出願人から解除の申出があった場合」が示されているが、内閣府においてもタイムリーに判断するのか。もし、主に「指定特許出願人から解除の申出があった場合」に頼り、内閣府や特許庁が自発的に判断することがないよ

うな運用である場合、指定特許出願人から解除の申出を積極的に行うべきである旨を記載すべきである。

#### ■意見 15

○該当箇所：

p. 18 第 4 章 第 2 節

○意見内容：

保全発明の内容の他者への開示は禁止されている。これに違反する場合は、特許出願の却下に加え、罰則が規定されている(法第 92 条)。正当な理由がある場合を除きとされており、その理由について例示されている。例示されたもの以外に、官庁へ保全対象発明の内容を含む技術提案をする場合なども考えられるため、例示の記載は、拡張して頂きたい。

また、他者への開示の事実を内閣総理大臣はどのようにして知り、どのような基準で却下の通知を行うのか、正当な理由がある場合の立証はどのようにして行う必要があるのかをご教示頂きたい。

○理由：

保全対象発明に関する管理とも関係するが、開示の正当性を主張できる範囲、正当性を主張するために必要な準備等について確認したい。

#### ■意見 16

○該当箇所：

p. 18 第 4 章 第 2 節

○意見内容：

「正当な理由」、特に「開示することが必要かつ相当である場合」、「真に業務上の開示の必要性があり、かつ、開示を受ける側においても適正な管理が担保される場合」、「業務上の情報共有の必要性が認められる場面において、開示する相手が情報保全の観点から適切な者である場合」を明確にして頂きたい。また、「正当な理由」に該当する例をできるだけ多く挙げて頂きたい。

さらに、「正当な理由」を判断する主体は指定特許出願人でよいかを明確にして頂きたい。そして、指定特許出願人が「正当な理由」と判断し、開示する相手と個別に守秘義務契約を締結して開示した場合には、原則として「正当な理由」があったものと推定して頂きたい。

○理由：

保全対象発明の開示禁止の例外として「正当な理由がある場合」があるが、その「正当な理由」が明確でなければ、指定特許出願人としては、保全対象発明の内容を他者へ開示することができず、経済活動やイノベーションに及ぼす影響が大きくなる。

#### ■意見 17

○該当箇所：

p. 19 第 4 章 第 3 節

○意見内容：

法第 75 条第 1 項の「内閣府令で定める措置」としては、組織的管理体制、人的保全措置、物理的保全措置、技術

的保全措置などについて具体的に規定することが必要としているが、具体的な内容について検討されている事項をご説明頂きたい。

また、措置を講ずるにあたり必要となる事項については、ガイドラインの策定をご検討頂きたい。

○理由：

企業内におけるこれらの措置は、社内規定や情報管理のシステム等を事前に整備する必要があるため。

#### ■意見 18

○該当箇所：

第 4 章 第 4 節 発明共有事業者の変更

○意見内容：

指定特許出願人は、保全指定中に弁理士に特許手続の相談をする場合などは、この承認を受ける必要があるとされている。関連質問となるが、法第 67 条第 9 項で保全指定通知に対して特許を維持する場合に、当該通知に係る発明に係る情報の取り扱いを認めた事業者を記載した書類を提出する際、保全対象発明に係る特許出願の明細書を作成した弁理士は、当該事業者として記載する必要があるということかをご教示頂きたい。

○理由：

法第 67 条第 9 項において必要な手続きを確認したい。

#### ■意見 19

○該当箇所：

p. 19 第 4 章 第 5 節

○意見内容：

日本で出願すれば保全審査の対象となる発明については、第一国出願義務が課されているが、外国にのみ出願された案件が本義務に違反している場合、それはどのように抽出され、どのようなプロセスで違反を問われるのかをご教示頂きたい。

○理由：

例えば、特定技術分野の発明に係る外国出願をチェックして、当該発明が日本国内でなされたものであることを立証するのは極めて難しいと考えられる。本制度の実効性が担保されるのか確認したい。

#### ■意見 20

○該当箇所：

p. 20 第 4 章 第 5 節

○意見内容：

発明の着想から具体化まで、クラウド上のツールを使用して複数国にまたがって共同で行うことが一般的になりつつあり、「発明の完成地」を決定することが難しくなっている。仮に発明の完成地の決定が可能であったとしても、国ごとに異なる制度（発明地基準、居住地基準等）が両立し得ない場合もある。

出願人にとって第一国の決定が難しいこのような現状をふまえ、外国出願の禁止規定（第 78 条第 1 項）の違反



に対する罰則（第 94 条）の適用は、事前確認の手続き（第 79 条）により外国出願が禁止された発明を外国出願した場合等の明らかな違反に限定されるべきである。出願人が外国で完成した発明であると信じて外国で第一国出願をした場合にまで、後になって「日本でした発明」であるとして外国出願禁止規定違反による罰則の対象となるのであれば、特許出願ではなく秘匿化を選択することになりかねない。本制度の趣旨に反するような制度設計は避けるべきである。

○理由：

保全対象発明について日本出願をせずに外国出願をした場合、罰則対象となっている（第 94 条、第 97 条に両罰規定あり）。外国の制度に目を向けると、例えば米国特許法第 186 条で罰則対象となるのは既に秘密保持命令が出された発明について外国出願をした場合に限られている。一方、日本の新法の第 94 条ではそのような限定がないため、外国出願をしてから後になって保全対象だったことがわかった、という場合にも文言上は罰則対象になる。今回の制度趣旨の 1 つが「これまで安全保障上の観点から特許出願を諦めざるを得なかった者に特許法（昭和 34 年法律第 121 号）上の権利を受ける途を開くこと」（基本方針 p. 3）であることにも鑑みれば、従来、問題なくできていた外国出願がかえって抑制されるような制度設計は避けるべきであると考えます。

クラウド上で国際共同開発をした場合の発明完成地の判断の難しさ、発明地主義を採用することとなった日本国と居住地主義を既に採用している他国の国際共同開発において 2 つの制度が両立しない問題等は、オンライン会議が常態化したコロナ禍を契機に企業が直面している問題である。

#### ■意見 21

○該当箇所：

p. 20 第 4 章 第 5 節

○意見内容：

外国出願の禁止に関する事前確認（第 79 条）は、日本で出願せずに外国出願をしようとする者を対象としているところ、日本特許出願書類と同等の日本語の書類を用意することは企業にとって大きな負担となり外国での迅速な権利化に支障を来しかねない。事前確認の提出書類の書式については柔軟な運用とし、出願書類よりも簡略な書類、外国語書面等による手続きを認めて頂きたい。

○理由：

外国出願禁止規定違反が罰則対象となる以上、グレーゾーンの場合には事前確認をすることになると考える。一方、事前確認に提出された発明のほとんどが結局は保全対象ではないと考えられるため、その一つ一つに日本語明細書レベルの書類を外国出願前に作成することは避けたい。

#### ■意見 22

○該当箇所：

p. 20 第 4 章 第 6 節

○意見内容：

本基本指針において、「補償の範囲」に関する基本的な考え方を早急に示して頂きたい。

○理由：

基本指針 p. 21 に記載される通り「補償の範囲」について、補償の対象となり得る損失例の記載があるものの、

別途 Q&A に委ねられることとなっており、基本指針では「相当因果関係がある損失を意味するものである」との記載にとどまっている。これでは、基本指針を読んでも、「補償の範囲」を把握できない。Q&A 個別対応ではなく、本基本指針において、「補償の範囲」に関する基本的な考え方を早急に示すべきである。基本的な考え方を示す上で、例えば、補償の対象となり得る損失例について複数例類型化（例えば、下記①～③など）して示すのが一案である。これにより、予見可能性も高まり、本制度に関してユーザから広く一定の理解を早期に得ることができると思われる。

- ①他者に特許を取得された場合の損失
- ②実施禁止規定により実施ができないことによる損失
- ③外国出願禁止規定により外国出願できないことによる損失

■意見 23

○該当箇所：

p. 20 第 4 章 第 6 節

○意見内容：

損失の補償の対象については、損失例について担当部局において別途 Q&A 等の形で示すこととするとある。例えば、他社と共同で防衛事業を行う場合に、保全指定対象発明についてライセンスが必要となる場合も想定される。その際、損失の態様として、ライセンス料なども含まれることになるのかをご教示頂きたい。

○理由：

防衛装備品などに関する事業では、保全指定期間が 10 年程度になるものも想定される。その間、権利化がストップすることで、上記したような状況が発生する可能性があり、特許出願の必要性を確認する意味で、損失の補償対象を明確に把握したい。

以上