

## 特許非公開に関する検討会合（第 2 回）議事要旨

## 1 日時

令和 4 年 1 月 11 日（火）午後 6 時から午後 7 時までの間

## 2 場所

オンライン開催

## 3 出席委員

青木 節子	慶應義塾大学大学院法務研究科 教授
上山 隆大	総合科学技術・イノベーション会議 常勤議員
北村 滋	北村エコノミックセキュリティ 代表
長澤 健一	キヤノン株式会社 専務執行役員 知的財産法務本部長
羽藤 秀雄	住友電気工業株式会社 代表取締役 専務取締役
原 一郎	日本経済団体連合会 常務理事
渡部 俊也	東京大学未来ビジョン研究センター 教授

## 4 議事概要

## (1) 事務局説明

事務局から、資料の内容について説明。

## (2) 意見交換

## 《論点① 制度新設の必要性・どのような制度とすべきか》

## ・特許付与を留保する枠組みとするか、特許付与した上で保全する枠組みとするか

- 特許権を付与した上で保全する枠組みとした場合、特許付与までの審査対応の手間や費用がかかるにも関わらず、結局は保全が解除されるまで権利行使できないことになる。加えて、技術自体が刻々と変化をしていく中で、特許請求の範囲をその時の状況に合わせて補正したいというニーズもある。こうした点を踏まえると、実務的には、特許付与を留保する枠組みとした上で、保全の解除後一定期間内に審査請求すれば審査してもらえるという制度の方が使いやすい。一方では、非公開の指定が解除された直後に権利行使したいというニーズもあるため、保全期間中も審査請求をすれば査定の手前まで審査してもらえる枠組みとするのがよいと思う。

- 非公開のまま権利を付与する「秘密特許」を創設するよりは、現行の特許法の中で手続を中断する形の方が、現行制度との整合性がより高いものになると考える。

・出願書類の一部のみ非公開にするという考え方について

- 他国の非公開特許制度で、出願書類の一部のみを黒塗りにしたり、出願人を明らかにしたりする制度はないということのほか、一部だけ黒塗りされた明細書が世の中に出れば、当該企業が機微な情報を持っているかもしれないという推測が働き、外部からの情報要求や、外部の情報獲得活動を誘発するかもしれないという懸念がある。
- 原出願の情報は閲覧できないようにした上で、機微性のない部分についてのみ分割出願や国内優先出願を行うことができればありがたい。また、請求項以外の部分に記載された発明についても、機微性が認められた場合には出願自体は非公開にすべきであり、この場合にも分割出願や国内優先出願の選択ができればよいと思う。

《論点② 対象にすべき発明のイメージ》

・対象発明を選定する視点

- 配付資料の「論点②対象にすべき発明のイメージ」に、視点1と視点2が挙げられているが、3つ目の視点として、国が実質的に関与する事業であるかどうか、現在の防衛に実質的に影響を及ぼす技術かどうかなどの要素もあると考える。これらは、視点2に含めて考えることもできないわけではないが、考慮する要素の性質が異なるため、別途視点3を設けてもよいと思う。
- どのような視点で対象発明を選定するかについては、配付資料の「論点②対象にすべき発明のイメージ」に挙げられた2つの視点という方向性で良いと思う。今ご指摘のあった3つ目の視点については、第一次審査の段階で特許庁が判断することはなかなか難しいのではないかと考える。年間約30万件を特許庁の第一次審査でスクリーニングしていくときに、ある程度明確で外形的に判断可能なスクリーニングをしないと、通常の特許審査の手続にも影響が出かねない。知財立国宣言以来20年間の特許行政の大きな課題は、審査の迅速化だった。特許庁にもしっかりと努力をしてもらわないといけないが、第一次審査での絞り込みも外形的に予見可能・判断可能という基準で発明対象を絞り込んでいかなければならない。視点3があってもよいが、まずは第一次審査を速やかに、出願人にとっても予見可能性があるように、ということ制度を設計していただきたい。

- 審査での対象の絞り込みに際しては、出願人と処分権者のコミュニケーションの中で、出願人側の意図を知るといことも行いながら、判断することを考えても良い。
- 産業界としては、対象は極力絞り込む方向でやってほしい。特許制度本来のイノベーション促進という観点や、保全するとかえって外国企業に外国で特許を取られるおそれがあるという点も勘案すべき。視点1だけでなく、経済活動・イノベーションという視点2も考えて総合評価するのであれば、対象を絞り込めるのではないか。

#### ・デュアルユース技術について

- 前回の全体会議でも話があったが、対象となる発明の範囲は、主に武器プラスアルファといったところではないか。デュアルユース技術全体について網を掛けることは望ましくないということは、前回も申し上げたとおり。
- 米国でなされた発明で、ワッセナー規制に引っかかりそうなデュアルユース技術については、米国以外で出願する前に、米国の Foreign Filing License を申請するが、今まで一度もその審査で引っかかったことはない。米国でも対象はかなり限定していると考えられるので、同様に対象を絞り込んでいただければと思う。
- 米国の研究大学においてセキュリティを担当している人と議論していても、先方はいわゆるエマテック、つまりエマージング・テクノロジーを秘密特許制度の適用対象にするイメージは全く持っていない。米国では、デュアルユース技術やエマテックについてはむしろ、fundamental research exemption の対象にすることを欧州に働きかけているという状況。他方、そうした技術にも秘密特許を広く適用するということだと連携協力上の問題になる懸念がある。
- 現在G7で security and integrity のポリシーを定めようとしており、国際間の研究協力の透明性を高めていくことを方針としている。そこでは、Talent program（千人計画）も含め、本来公開すべきものを秘密にすることで自分たちのものにする行為が批判されている。こうした状況下において、日本が今、広範囲に秘密指定をすると見られると、透明性を高める取組みと逆行してしまう。実務上対象範囲を絞り込まなければならないことに加え、広げすぎると国際的にも奇異に見られる懸念は持つておくべき。
- 核関係の技術は独自のコミュニティがあり、その限定された範囲内で考えれば、非

公開の対象にすることは問題ないと思う。武器関係の技術も同様である。そこを対象とするのは、米国も含めて各国が行っているプラクティスであり、まずはそれに合わせておくのが良いのではないか。

- 原子力技術という言葉を示すことについては、原子力事業を扱う業界からは強い反発がある。原子力はカーボンニュートラルにとって必要な技術とも言われており、原子力と明記するのはよろしくないと思う。「原子力」と明記するのではなく、「核兵器開発につながる特定技術」といった表現にすれば、それは機微技術であろうということで納得感を得られるのではないかと思う。
- デュアルユース技術を対象とする場合、基本的に国の関与が強いもの、そもそも軍事目的で作られたもの、出願者が非公開を求めるものという3つくらいが、絞り込みのメルクマールになるのではないか。

### 《論点③ 機微発明の選定プロセスの在り方》

#### ・保全決定の前と後における離脱の可否

- 一度保全過程に入れば、それ以降は自主的な離脱は認めるべきではない。そうでなければ制度の実効性が担保できない。
- 諸外国では指定前でも離脱は認められていないと聞いている。日本で、指定前に離脱を認める仕組みにするのであれば、一層、保全の指定後に離脱を認めるのは考えられない。
- 指定後の離脱は絶対に認められないと思うが、指定前に離脱の機会が与えられることは、産業界としてはありがたい。何が対象になるのかよく知らずに出願している企業がいるかもしれない、保全の対象に当たり得るとしても、出願書類の書き方次第で外れるかもしれないので、指定前には、指定の原因になり得る一部の記載の取下げを含め、取り下げる機会があるといい。
- 出願人としては、おそらく、当初から非公開指定を受けることを意識しながら、一定の戦略の下進んでいくケースと、当初からは意図せざるものの指定を受ける結果となるケースの2つのパターンがあり得るのではないか。これを踏まえつつ、特許付与を留保する制度として構成していくことを考えれば、指定前の取下げを認め、指定後は認められない、というのは、いずれのケースの出願人にとって自然なことになるのではないか。

#### ・審査に要する期間

- 分割出願のことを考えると、理想的には、例えば特許庁による一次審査後、二次審査に入ることが判明したタイミングで分割ができると、その時点で外国出願も可能になるので望ましいが、そのタイミングではどの箇所が機微であるかが判明しているとも限らない。パリ条約上の外国出願の優先権 12 か月間との関係では、半年くらいで判明すれば十分対応できると思うが、これが出願から 10 か月までに判明しないと、外国出願を断念せざるを得ないということにもなるかもしれない。
- 出願人のことを考えると、審査は速やかに進めていただくのに尽きるが、現実的には、実務的な作業を事務的に詰めて必要な期間を考える必要があるのではないか。

#### 《論点④ 保全中の漏えい防止の在り方及び保全の期間》

##### ・開示制限、実施制限等

- 保全がかかった後は、指定された発明の開示は認められないと思う。一方、実施については、制限するにしても、例えば防衛省からの委託により開発した技術を、防衛省に納めるために用いることは当然認められるべきであろう。昨今は、一社で全ての部品を作るのが難しい状況になっており、指定された技術によって組み合わせられる部品を作っている会社や、下請けに製造の一部を依頼する場合については、厳密な機密保持を規定した上で実行できるよう、例外規定を作っただけならば考える。実施できないと防衛装備が弱くなるということにもなりかねない。
- 公開制限がかかるのは、指定後は当然。一方、実施制限については、既に実用性の高い技術の場合はよいが、まだかなり工夫・開発を続けないと実用化できない技術については、実施を止めると、実用化が遅れてしまう可能性もある。試験研究方法も特許になり得、それ自身の実施も制限してしまうと研究が進まなくなってしまう。保全後も細かくチェックしていかなければならないということにははっきりしている。
- 特許がまだ権利化されていないとしても、実施制限あるいは開示制限がかかるのは受忍すべきことであり、一定の罰則をもって担保することもやむを得ないと思う。
- 一定の罰則をもって担保すべきというのは、その通りだと思う。

##### ・指定の有効期間

- 指定後については、期間という形にするかは分からないが、定期的な見直し、指定の取り消しといった規定が必要になる。

#### ・第2次審査の主体

- 審査には、機微性とイノベーションの確保の両方の視点が必要である。こうした2つの視点でみるという観点からは、防衛省よりも、例えば内閣府あたりに恒常的な組織を置いて審査することにしないと事務が動かないのではないかと思う。
- 内容自体が相当センシティブだからこそ発明を保全指定するのだろう。国防関係者が関与している他国のように、何省が担当するかの議論とは別に、セキュリティクリアランスを受けた者が関与するのが重要ではないかという点について、どのように考えるか。他の委員の意見を聞きたい。
- セキュリティクリアランスが既に法定されているのは特定秘密保護法であるが、今回の特許非公開で扱う情報は特定秘密には該当しないと考える。ただし、運用上、当該事務を行う職員を限定するといったことは当然可能。また、セキュリティクリアランスとは別の話だが、審査の過程で外部の有識者に意見を聞く場合には守秘義務をかけていく、こういった形での保全措置は必要と考える。
- 先般、経産省で外為法のみなし輸出管理の強化が行われたこともあり、そうした観点からも、ある程度のレベルの方に審査をしてもらえると考えている。

#### ・人的・物的体制整備

- 特許非公開の制度においては、補償の議論とは別に、一次審査と二次審査という制度の運用コストがかかることに留意すべきではないか。制度を効率的にかつ迅速に運用するためには、特に人とシステムの整備が必要であり、これはしっかり手当していただきたい。施行時期を考えるに当たっては、システム整備に要する時間も考慮すべき。これらの点も論点として位置付け、必要な措置、予算手当をしっかりやってほしい。出願人としては、新しい制度の運用コストを負担するために、出願審査等で納めている手数料が上がるのではないかという懸念も生じるであろう。いずれにしても、制度運用に係るインフラの整備とそのためのコストをしっかり手当てすることを検討していただきたい。

#### ・行政手続法との関係

- 指定という行為は、処分性を持つことになる。一般的に行政手続法では処分の理由

の開示が規定されているが、特許非公開制度においては、理由を開示してしまうと意味が無いため、例外規定を置くべきである。

#### 《論点⑤ 外国出願制限の要否と在り方》

- 外国に第一国出願する場合に審査をするのであれば、例えば特許庁といった関係省庁の早い審査を期待する。外国に第一国出願する割合が3割になる企業もある。不慣れな会社が困る可能性もあるので、相談窓口を設けてもらうというのは一つの考え方。
- 外国の関連会社に開発を委託している日本企業も多くなっている。外国に研究所があった場合に、その国の第一国出願義務との間で制度間の衝突が生じることがあるが、日本の第一国出願義務の対象外となる技術分野が明確になっていれば、その国で早期出願できる。米国で生まれた発明は、そのまま英語の明細書を付けて現地で出願する方が早く、それを日本で最初に出願するとなると、優先権主張の根拠となる出願日が遅れてしまう。外国に関連会社を持つ企業は外国で第一国出願することが多いと思うので、その辺りをケアしてほしい。外国への第一国出願の可否の問い合わせができるとうれしい。
- 資料の3頁では、特許庁による一次審査で「技術分野の要件に加え、国の委託事業、防衛用途等の要件」も勘案し、件数を絞り込んだ上で二次審査に進むことになっており、このスクリーニングの要件と外国出願禁止の対象要件が同じと説明されている。特許庁が技術分野以外の要件をも勘案し、件数の絞り込みを行えるのであれば、外国出願禁止の対象も相当程度絞り込まれることが想定される一方、特許庁が技術分野以外の要件まで勘案するのが困難とすれば、結果として外国出願禁止の対象も絞り込まれない恐れがある。特許庁によるスクリーニングの要件と外国出願禁止の対象要件が同じで良いのかを考えるにあたり、その点を明確にする必要があるのではないかと。
- 政府に事前相談窓口を設ける場合、第二次審査に送られる範囲の内側か外側かを明らかにしてもらえることに加え、内側に入っていたとしても、その技術は今まで非公開特許の対象になっていないため外国出願が可能というところも考慮してもらえると助かる。
- 相談体制を特許庁に整えていただきたい。

・第一国出願義務の期間

- 結論が出るまでの期間が 10 か月であれば、あらかじめ明細書の翻訳に着手している必要はあるが、非公開の対象にならないことが判明してからでも、パリ条約の優先権が確保される 12 か月以内に外国出願をすることは可能だと思う。ただし、結果的に非公開の対象になれば翻訳費用が無駄になるので、対象が十分限定されることが前提である。例えば、1つの企業で年間1件くらいの頻度であれば、大企業であれば許容できるのではないか。

《論点⑥ 補償の在り方》

- 特許がまだ権利化されていない段階においても実施制限がかかる以上、出願人への一定の補償が必要である。