

各国の秘密特許制度と日本における 制度の検討(その2)(完)

小 山 隆 史*

抄 録 戦前の日本は秘密特許付与型の制度を有し、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1,432件の秘密特許を付与している。この秘密特許制度は昭和23年7月の特許法等の一部改正によって廃止される。しかし、昭和31年6月に日米政府間で日米防衛特許協定及び同議定書が締結され、米国が日本に提供した防衛関連技術のうち、米国で秘密扱いとされている発明の日本での特許出願は、米国で秘密解除されるまでの間、日本では出願公告を行わない(協定出願)などとする制度が導入され、特許不付与型の制度の運用が現在も行われている。今後日本で新たに秘密特許制度(特許の非公開制度)を導入する場合、適用範囲は安全保障の観点から必要な防衛関連技術に限定すべきであり、また、関係者の予見可能性を高めるとともに、過度の負担を課すようなことのない、効率的な制度及び運用とすべきである。

目 次

1. はじめに
2. 国際法上の義務との関係
3. 主要国の秘密特許制度
 3. 1 米 国
 3. 2 ドイツ
 3. 3 フランス
 3. 4 英 国
 3. 5 中 国
4. 各国の制度
 4. 1 概 要
 4. 2 秘密とすべき発明の範囲
 4. 3 手 続
 4. 4 補償制度
 4. 5 外国出願許可制度(第一国出願制度)
 4. 6 違反の効果及び罰則(以上、前号)
5. 日本の旧法下での秘密特許制度と日米協定に基づく協定出願
 5. 1 明治18年専売特許条例
 5. 2 明治21年特許条例
 5. 3 明治32年特許法
 5. 4 明治42年特許法
 5. 5 大正10年特許法
 5. 6 秘密特許制度の廃止と秘密特許の公表
 5. 7 日米防衛特許協定及び議定書
 5. 8 協定出願等の運用
6. 日本における制度の導入について
 6. 1 制度導入の考え方
 6. 2 制度の方向性
 6. 3 制度導入に伴う問題点
7. おわりに—企業に求められる対応—
(別表) 各国の秘密特許制度一覧
(以上、本号)

5. 日本の旧法下での秘密特許制度と 日米協定に基づく協定出願

5. 1 明治18年専売特許条例

明治18年専売特許条例は、軍用に必要と認める発明には、特許を与えないこと、既に与えた特許を取り消すことがあること、その場合には

* 弁護士法人大江橋法律事務所 弁護士(日本・NY州)・弁理士 Takashi KOYAMA

相当な報奨金を発明者に与えることを定めていたが（5条）、秘密裏に特許を与えるとの規定はなかった。

5. 2 明治21年特許条例

明治21年特許条例は、軍事上必要なもの若しくは秘密を要すると認められた発明は、特許に制限を付し、若しくは特許を与えず、又は既に与えた特許を制限し、若しくはこれを取り消すことがあるとし、この場合には相当な報酬を発明者又は特許証所有者に支払うこととした（7条）。本条例で、「秘密ヲ要スルモノ」という用語が登場したことにより、秘密特許制度が誕生したとされている⁹¹⁾。他方、特許発明の明細書を印刷し、公衆の縦覧に付すことを定めた32条には公開を制限する規定はなかった。本条例の下で秘密特許はなかったとされている⁹²⁾。

5. 3 明治32年特許法

明治32年特許法は、軍用上必要なもの又は秘密を要するものに係る発明について、特許局長が必要と認めるとき、又は主務官庁⁹³⁾から請求があったときは、特許局長は、特許に制限を付し、若しくは特許を与えず、又は既に与えた特許を制限し、若しくはこれを取り消すことができるとし、この場合には相当の報酬を出願人又は特許証所有者に支払うこととした（16条）。特許書類の公示（公報）及び謄本請求等について、秘密を要するものはその例外とした（42条及び43条）。

本法の下で12件の秘密特許が認められており、内訳は海軍技師市岡太次郎の出願1件（無煙火薬製造法）及び陸軍大臣の出願11件（砲架、榴弾、弾丸装填機等）であった⁹⁴⁾。なお、実体審査が行われたかどうかは不明である。

5. 4 明治42年特許法

明治42年特許法は、特許を受ける権利につい

て、特許を与えず、又は制限を付して与えることができ、収用することもできるとした（11条）。また特許権についても、制限し、収用し、取り消し、又は政府がその特許を実施することができるとした（44条）。いずれの場合も相当の補償金が支払われる。書類の閲覧・謄写及び明細書・特許公報の発行について、秘密を要するものはその例外とした（25条及び55条）。

また、軍事上秘密を要する発明については、「軍事上秘密ヲ要スル発明特許ニ關スル件」（明治42年勅令299号）において具体的な取扱いが定められた。すなわち、①主務大臣が秘密特許出願する場合、及び②軍以外から軍事上秘密を要する発明について特許出願があり、主務大臣から請求があった場合には、当該発明の明細書・図面等を（①は主務大臣自身が、②は特許局長が）密封・封印し、特許局長が無審査で特許する（同勅令1条、2条及び4条）。また特許局長は、（軍以外からの）軍事上秘密を要すると認められる特許出願等については⁹⁵⁾、遅滞なく主務大臣に通知して意見を求める（3条）。秘密とする必要性がなくなった旨を主務大臣から通知された特許局長は、その発明を特許発明明細書及び特許公報に掲載する（8条）。本法及び本手続の下で61件の秘密特許が登録された（陸軍39件、海軍22件）⁹⁶⁾。

また、国に属する秘密特許権の存続期間は、主務大臣が必要と認められた場合には延長された（「特許権ノ存続期間延長ニ關スル件」（明治42年勅令298号1条2項））。

5. 5 大正10年特許法

大正10年特許法は明治42年特許法の制度をほぼ踏襲し、勅令299号の内容は特許法施行令にほぼ受け継がれた。加えて、軍事上秘密を要する発明の特許出願についても審査制度を採用した（特許法施行令3条1項）。

特許査定の場合、特許局長官は出願書類等を

密封・封印し（同施行令3条2項）、主務大臣の請求又は承諾がある場合を除いて開封できない（5条1項）。秘密とする必要がなくなった場合、主務大臣が長官に通知し、長官はその発明を特許公報及び特許発明明細書に記載する（9条）。また、国に属さない秘密特許権についても、主務大臣が必要性を認めた場合には存続期間の延長が認められた（16条2項）。

昭和に入ると、「特許収用令」（昭和13年1月勅令52号）、「国家総動員法」（同年4月）、「特許発明等実施令」（昭和18年3月勅令159号）が出され、特許権は軍事優先政策により極端に制限された⁹⁷⁾。戦後に公表された秘密特許の件数は、明治年間で24件、大正年間で116件、昭和に入ると1,432件に急増した⁹⁸⁾。

5.6 秘密特許制度の廃止と秘密特許の公表

第二次世界大戦の終結後、昭和23年7月15日の特許法等の一部改正によって秘密特許（及び秘密実用新案）制度は廃止され、特許収用令から秘密特許関係の条項が削除された⁹⁹⁾。また、GHQの昭和23年7月31日付け覚書（SCAPIN1902-1）により、秘密特許（及び秘密実用新案）の秘密指定が解除され、他の一般の特許権等と同様に扱われることになった。これを受けて特許標準局から、昭和23年10月、同年11月及び昭和31年3月の3回に分けて、秘密特許の発明明細書1,572件（秘密実用新案は87件）が公表された^{100)、101)}。

秘密特許の技術分野は、高周波電気通信、内燃機関、鉱油（石油）、有機化合物、測定、電気磁気測定といった基礎技術が上位を占め、これに銃砲、軍用機器、弾丸といった分類が続いている¹⁰²⁾。当初は兵器に関するものが多かったが、年を経るにつれて減少し、有機化合物、レーダー等の通信、石油、エンジンといった分野の発明が増加しており、民生技術が軍事目的での使用のために秘密特許となっていく傾向が見られる¹⁰³⁾。

5.7 日米防衛特許協定及び議定書

昭和31年6月に日米政府間で、「防衛目的のためにする特許権及び技術上の知識の交流を容易にするための日本国政府とアメリカ合衆国政府との間の協定」（日米防衛特許協定）及び議定書が締結された¹⁰⁴⁾。

同協定3条は、「一方の政府が合意される手続きに従って防衛目的のため他方の政府に提供した技術上の知識が、提供国で秘密に保持されている特許出願の対象たる発明をあらわすものであるときは、その特許出願に相当する他方の国でされた特許出願は、類似の取扱を受けるものとする。」と定める。

また同議定書3項によると、米国が日本に提供した防衛関連技術のうち、米国で秘密扱いとされている発明について日本で特許出願がなされる場合には、米国で秘密解除されるまでの間、日本では当該出願の出願公告¹⁰⁵⁾を行わない（「協定出願」という。審査も含めて手続きが凍結される。）。出願の効果である出願日の確保（先願効）は認められるため、特許付与が保留されることと同様の効果が生じる¹⁰⁶⁾。米国で当該発明について秘密が解除されると、同議定書4項（b）に基づいて米国政府から日本政府にその旨が通知され、特許庁において実体的な手続きが再開されることになる。また、協定出願以外の特許出願等で協定出願の出願日の翌日以後に日本でなされたものが、出願公告されることにより当該協定出願の対象たる発明等を公にするものであるときは、その特許出願等を米国で秘密解除されるまで出願公告しない（「準協定出願」という。）。ただし、米国で秘密指定されている発明とは無関係に日本で出願された場合には通常通り手続きが進められることになる。

特許法64条1項には協定出願等を出願公開の例外とする規定はないが、同法26条が「特許に関し条約に別段の定めがあるときは、その規定

による。」と定めており、本条に基づいて対応している。協定出願及び準協定出願は、議定書を見ると日本の片務的な義務であることがわかる。これは、日本が米国から防衛技術の提供を受ける立場であったことに加え、日本には秘密特許制度が存在していないためであった。

5. 8 協定出願等の運用

日米防衛特許協定締結後も協定出願等に関する制度は長期間にわたって運用されてこなかった。1988年3月に開催された協定6条の技術財産委員会において具体的な手続細目の勧告が行われ、それを日米両政府が受託したことにより手続細目が定められた¹⁰⁷⁾。これに伴い、特許庁は、「1956年協定第3条及び同協定議定書の関係規定の実施について」を出して出願手続を定めた。

協定出願は、特許庁による方式審査後、米国防商標特許庁が発行する「対日出願許可書」に基づいて特許庁が「協定出願」の認定を行う¹⁰⁸⁾。準協定出願は、出願人から「準協定出願提出書」を出願書類に添付してもらい、特許庁で認定を行うが、特許庁は「準協定出願」の判断において秘密発明の内容を見ることはない。秘密発明の内容を見るのは、「日米相互防衛援助協定等に伴う秘密保護法」に基づき、防衛省のみである¹⁰⁹⁾。

これまでになされた協定出願は、確認できたものだけで1988年に38件あり、同年から1995年までの協定出願は確認できたものだけで203件ある。そのうち、秘密解除がなされたものは99件、特許となったものは59件とされている¹¹⁰⁾。

6. 日本における制度の導入について

6. 1 制度導入の考え方

外国や紛争地域において軍事目的やテロに利用されるような情報は本来公開になじまないと

いえ、そのような情報を含む発明の公開を制限して情報の伝播を制限する秘密特許制度には、安全保障の観点から一定の合理性がある。

他方で、特許制度は発明の公開の代償として一定期間の独占権を付与するものであり、発明を秘匿させずに公開させることによって産業及び社会の発展や知識の伝播を促進する目的がある。公開の制限はそのような特許制度の目的や効果を減殺するおそれがあり、経済学的分析でも、秘密特許制度によって後続発明 (follow-on inventions) が大幅に減少することや知識の伝播への負の影響が指摘されている¹¹¹⁾。秘密特許制度の運用次第では、特定分野 (防衛関連分野を含む。) の技術競争が停滞し、かえって国際競争力が低下する可能性もある。発明者にとっても、自らの研究成果や発明について特許権が与えられない又は自由に実施できない制度は研究開発意欲を削ぐ要因となり得る。防衛に関連する技術であっても、自国の防衛力や技術力の強化、民間への応用を期待して特許出願を奨励する例も見られる¹¹²⁾。また、公開に適さない機微技術は営業秘密として管理することも可能であり、後願の特許権者に対しては先使用权 (特許法79条) を主張することが可能である^{113), 114)}。

米国の秘密特許制度についても、戦時立法や国家緊急事態宣言下での運用には合理性があったが、平時における制度としては適用範囲が広範に過ぎ、また補償が不十分であるとの指摘もなされている¹¹⁵⁾。

日本は技術の高度化によって産業や経済を発展させてきた国であり、特許制度はそのために大きく貢献してきた。仮に日本で秘密特許制度 (特許の非公開制度) を導入する場合でも、出願公開制度の趣旨や研究開発へのマイナスの影響をできる限り避けるべく、適用範囲は安全保障の観点から必要な防衛関連技術に限定すべきである。また、関係者の予見可能性を高めるとともに、過度の負担を課すようなことのない、

効率的な制度及び運用とすべきである。

6. 2 制度の方向性

日本で制度を導入する場合には、特許付与型と特許不付与型のいずれの制度もあり得るが、日本は米国との協定で既に特許不付与型の運用を行っており、特許不付与型の方が統一的な運用が可能となるかもしれない。

秘密扱いとする発明の範囲は、安全保障の観点から必要な範囲の防衛関連技術（核兵器に転用され得る核関連技術も含み得る。）に限定すべきであるところ、具体的な適用範囲を法令等で明示することが望ましい¹¹⁶⁾。また、出願人が判別しやすく、特許庁のスクリーニング業務の負担を軽減する観点から、該当し得る発明対象を、英国や米国、ドイツ、韓国のようにガイドライン等の形で公表することが望ましい。

特許庁への出願は、国が関与する出願、例えば防衛装備庁が出願人である場合や民間の開発者との共同出願の場合¹¹⁷⁾には、出願人である国が対象になる旨を自ら申告することにより、特許庁でのスクリーニング作業の負担を減らす（又はなくす）ことが可能になる。

民間からの出願の場合は、前述のガイドライン等によって判断した結果、該当し得ると思料する場合には出願時に自己申告を行うとしつつ、そのような申告がない場合も含めて特許庁側でガイドライン等に照らして対象になり得ると判断した場合には、出願人に通知した上で、関係省庁又は国家安全保障局その他これに類する組織に照会することにより、専門的な判断が行えるようにすべきであろう。この検討期間は、後述の外国出願許可の検討期間と対応するが、各国の制度では主に1か月から6か月程度となっているところ、優先権主張の期間も考慮して、できるだけ短い期間で判断されることが望ましい。

秘密保持命令・指示等が出願人に通知された

場合、出願人にはこれに対して不服を申し立てる手続が認められるべきである。秘密保持命令・指示の期間は、一定期間の上限（例えば6か月や1年間等）の下で指定及び更新できるものとし、その期間内又は満了前に命令・指示を求めた主管官庁において必要性を定期的に検討し、その結果を直接又は国家安全保障局その他これに類する組織を通じて特許庁に通知することが考えられる。命令・指示が解除される場合には通常の手続に復帰することになる。出願人から秘密扱いの解除（期間短縮も含む。）の申立ても可能とすべきである。

秘密期間中にバックグラウンドで審査を行うことは、特許付与型のみならず、特許不付与型であっても、既に外国で公開済みの発明や特許保護に値しない出願まで秘密指定しないためのほか、当該発明が補償対象となるかを判別するためにも有用と思われる。審査のためには、秘密扱いの情報を審査・管理する秘密管理資格や特許庁内の管理体制の強化も必要となろう。

秘密扱いとなったデュアルユース技術の発明又は特許については、許可を受けて実施やライセンス等による活用も可能とすべきであろう。政府による秘密扱いの発明・特許の使用が必要となる場合、現時点では、まずは出願人とライセンス契約又は譲渡契約等を締結することにより対処し、これで対処できない場合には公益上必要な場合の裁定実施権（特許法93条）で対応することになろう¹¹⁸⁾。

秘密にすべき発明又は特許と判断された場合、出願人（国の出願を除く。）に対して公開・審査の遅延や特許が実施できなくなったこと等による損害を正当に補償する制度を導入すべきであり、補償額について司法上の審査を受ける機会が与えられるべきである。また、補償額の算定において考慮される事情を法令又はガイドライン等で公表することが望ましい。

秘密特許制度を導入する場合には、その実効

性を担保するために外国出願許可制度（第一国出願制度）を併せて導入することが考えられる。その場合でも、その対象は、出願人及び特許庁の負担を軽減する観点から、原則として秘密保持命令・指示の対象となる範囲の出願に限定すべきであろう。この点でも、出願人の判断を容易にするようなガイドライン等が重要となる。

PCT出願についても、前述の範囲で外国出願許可（第一国出願）の対象とし、秘密保持命令・指示の対象と判断された出願はWIPO国際事務局への送付を行わず、国内出願と扱う運用とすることが考えられる¹¹⁹⁾。

許可を取得せずに出願内容を公表したり、外国出願したりした場合は、日本における特許を受ける権利を失う（又は取得済みの特許を取り消す）とすることが考えられる¹²⁰⁾。これに加えて罰則まで課すか否かについては議論があり得るが、多くの国では刑事罰によって制度の実効性を担保しており、安全保障を確保する観点から刑事罰を規定することはやむを得ないと思われる¹²¹⁾。しかし、実際の運用においては、違反に対してまずは指導や行政処分等に対応し、情状の重い事例に限って刑事罰を適用するなどの謙抑的な運用が求められる。

6. 3 制度導入に伴う問題点

(1) 後願特許権者の地位

秘密発明を知らない善意の第三者が同一の発明について特許（後願）を受けた場合、その後には先願の秘密扱いが解除されて特許付与されると、後願の特許は二重特許として無効事由（特許法123条1項2号、29条の2）に該当し、中用権による救済（80条）しか受けられなくなる（これは特許付与型でも生じ得る。）。この救済を受けるためには、実施の準備に入っていなければならないが、実施権の範囲は事業の目的の範囲内に限定され、実施料（相当の対価）の支払義務もある。この問題は既に協定出願について指

摘されていたが、実際に生じることは稀だとされてきた¹²²⁾。秘密特許制度を導入する場合、現在のような救済範囲でよいのかについては議論があり得る。

(2) 第三者による実施

秘密特許が付与される場合において、第三者が秘密扱いの発明・特許を実施した場合には、特許権者は少なくとも善意の第三者に対しては差止請求できないとすべきであろう¹²³⁾。

また、第三者が秘密とすべき発明の出願前から善意で実施等していた場合には、先使用权（特許法79条）が認められ得る。

実際には、第三者の実施が確認された場合には、秘密扱いの出願や秘密特許を維持する必要がなくなったとして秘密を解除することが考えられ、秘密解除後はそれ以降に実施を開始した第三者に対して通常特許権を行使することになる。

(3) 論文発表

機微な発明を出願せずに論文等の形で発表する場合、秘密特許制度を導入しても対応することはできない。この点は、学問の自由や表現の自由との関係もあり、まずは大学や組織、学会等の自主的な対応に委ねられることになる。研究機関の機微技術の管理の在り方について、政府内部で現在検討されていることは冒頭で触れたとおりである。

民間の発明者が発明内容を先に公表し、その後のグレースピリオドの期間内に特許出願を行う場合、かかる出願を秘密扱いにする意味は実質的には失われる可能性がある¹²⁴⁾。なお、ドイツのように、公表することが禁じられる国家機密を含む発明を秘密特許制度の対象とする場合には、公表自体が国家機密漏洩罪に問われ得るため公表は抑制可能だが、日本にはそのように一般国民が守秘義務を負う秘密保護法制はない。

(4) 国際共同研究に基づく発明の出願

各国の外国出願許可制度（第一国出願制度）では、前号記載のとおり、発明全般について又は機微な発明について、発明地（自国でなされた発明）、発明者の国民性（自国民・法人であること）、発明者の居所（自国に居所があること）やこれらの各基準の組み合わせにより対象を画する例が見られ、各国の制度の調和はなされていない。また、発明者や発明地の認定も各国によって異なり得る。そのため、日本企業が、外国出願許可制度（特に第一国出願制度）を有する複数の国の研究者や子会社の間で共同研究開発を行う場合、成果物の発明の出願について、関係国における義務が相互に抵触する可能性がある¹²⁵⁾。日本が外国出願許可制度（第一国出願制度）を導入する場合、日本の制度の要件が加わるため、抵触の可能性はより現実的となり得る。各国の制度間の抵触は秘密特許制度についても同様に生じ得る問題である。

7. おわりに—企業に求められる対応—

秘密特許制度（特許の非公開制度）や外国出願許可制度（第一国出願制度）が導入される場合、企業にとっては、自社の研究開発内容や発明がそれらの制度の適用対象となるか否かを法令や公表されたガイドライン等に照らして事前に確認する業務や、秘密扱いとなった発明の管理、政府への補償請求といった業務が新たに発生する。発明分野次第では、外国出願も一定期間制限される可能性がある。また、秘密扱いとされた他社の発明が将来先願特許として先願効を主張することにより、自社の後願特許が無効事由に該当するリスクを抱えることになる。そのため、自社の知財管理業務や出願戦略などを制度に合わせて修正する必要が生じる。秘密特許制度の対象となり得る研究開発については、開発成果を国内外でどのように利用するのか（補償金による投資の回収も含む。）について、

事前の検討が今以上に必要となろう。

また、これを機会に、外国子会社の発明や外国企業・研究者との共同研究開発に基づく成果の管理も含め、各国の制度の相違を踏まえた法令遵守及び管理体制の整備・強化につなげていくことが期待される。

注 記

- 91) 特許庁工業所有権制度史研究会『特許制度の発生と変遷』（大蔵省印刷局、1982）p.183。
- 92) 山名美加「日本における『秘密特許制度』—その現実と課題—」（日本工業所有権法学会年報28号、2004）p.3、櫻井孝『防衛技術の守り方（日本の秘密特許）』（一般社団法人発明推進協会、2020）p.17。
- 93) 陸軍省又は海軍省を指す。
- 94) 特許庁編『工業所有権制度百年史（上巻）』（社団法人発明協会、1984）p.425、櫻井・前掲注92）p.22。
- 95) 特許庁では、陸海軍関係者が特許局の兼任審査官となって対応していたことが指摘されている（櫻井・前掲注92）pp.40～46）。当時の特許審査官は、特許局の専任職員だけではなく他の公的研究所・試験所の職員が兼任する場合も少なかつた。
- 96) 櫻井・前掲注92）p.46。
- 97) 特許庁工業所有権制度史研究会・前掲注91）p.184。
- 98) 特許庁編・前掲注94）p.486、山名・前掲注92）p.4。なお、櫻井・前掲注92）p.98は戦後に公表された秘密特許1,572件に加え、これに含まれない秘密特許が少なくとも38件あると指摘している。
- 99) 特許取用令は「公益上必要な特許権等」も取用の対象としていたところ、昭和34年特許法改正において「公共の利益のための通常実施権の設定の裁定」（特許法93条）として承継され、翌昭和35年に廃止された（特許庁編『工業所有権制度百年史（下巻）』（社団法人発明協会、1985）p.35。
- 100) 特許庁編・前掲注94）p.486、櫻井・前掲注92）p.86及びp.98。
- 101) 秘密特許権者（及び秘密実用新案権者）については、特許庁編・前掲注94）pp.488～491にリストが掲載されており、軍よりも民間企業の秘密特許の方が圧倒的に多いことがわかる。

- 102) 特許庁編・前掲注94) pp.486~488。有機化合物・非金属元素は種々の化合物や水素ガスの製造方法に関するもの、燃料・鉱油は主に代替物の製造方法、医薬は消毒法、細菌のろ過、培地及びペスト用ワクチン等、電気関係は主にレーダー技術や秘密通信技術である。
- 103) 櫻井・前掲注92) pp.106~107, 山名・前掲注92) pp.4~5。
- 104) これは、昭和29年5月に日米政府間で締結された「日本国とアメリカ合衆国との間の相互防衛援助協定」4条に基づいて締結されたものである。
- 105) 出願公告制度は平成6年特許法改正で廃止された。
- 106) 山名・前掲注92) pp.10~11。
- 107) 昭和63年外務省告示170号。この背景として、日本の技術水準が著しく向上し、防衛目的にも利用可能な民生技術（デュアルユース技術）が開発され、米国で秘密指定されている発明と同様の発明について日本で特許出願される可能性が高まったため、米国政府が軍事上重要な発明を守ろうとし始めた、と指摘されている。木下博生『アメリカは日本に何を求めているかーハイテクと安全保障』（日刊工業新聞社、1988）p.131, 山名・前掲注92) pp.11~12, 櫻井・前掲注92) pp.212~213。
- 108) 前掲注107) 外務省告示。
- 109) 山名・前掲注92) pp.12~13。日米相互防衛援助協定に基づく交換公文「秘密特許資料移転取り決め」については、防衛省（当時は防衛庁）と米国国防省との間で実施のための細目取決め（MOU）が交わされている（非公開）。なお、2007年8月には、日米政府間でより広範な秘密軍事情報の取扱いについて定める「秘密軍事情報の保護のための秘密保持の措置に関する日本国政府とアメリカ合衆国政府との間の協定」（GSOMIA）が締結された。
- 110) 櫻井・前掲注92) pp.207~208。
- 111) de Rassenfosse, Gaétan and Pellegrino, Gabriele and Raiteri, Emilio, “Do Patents Enable Disclosure? Evidence from the Invention Secrecy Act,” (2020) pp. 18~29及びp.31。
- 112) 韓国政府は、米韓ミサイル指針が2021年に終了したことに伴い、ミサイル関連技術の開発や特許出願を通じた関連産業の活性化を期待している（韓国特許庁、2021年6月14日）。
- 113) 営業秘密として管理する場合、後に第三者に特許を取得されると、先使用権の範囲でしか使用できず、また、先使用の立証も容易ではない。先願効を確保するために特許出願を行うと、出願公開の問題が生じる（米国や英国など政府使用の権利が特許法上広く認められている国では先願効がなくとも政府による特許使用は可能であり、また、軍事目的での取用や強制実施を認めている国でも同様に、政府の特許使用は可能である。）。この観点から、先願効を付与するだけの制度の導入も考えられるが（櫻井・前掲注92) p.228）、他の一般の特許出願との関係や国際的な制度調和の中でどのように制度を位置付けるかが問題となり得る。
- 114) 営業秘密を登録する制度を設けることにより、後願特許権者との関係で先使用権の存在及び範囲の立証を容易にすることも提案されている。Anderson, J. Jonas, “Secret Inventions”, *Berkeley Tech. LJ*, Vol.26 (2011), pp.975~977, 玉井克哉「米国の秘密特許制度について」（AIPPI, Vol.63, No.11, 2018）p.14。
- 115) Lee・前号注15) pp.353~358, 373~377, 409~411。
- 116) 自衛隊法96条の2及び別表4の「防衛秘密」を受け継いだ特定秘密保護法の別表「1 防衛に関する事項」等には、武器、弾薬、航空機その他の防衛の用に供するもの、防衛用通信網、防衛の用に供する施設等が挙げられている。原子力関連の発明については、前号注73) のとおり、原子力基本法に特別の規定がある。
- 117) 発明内容及び成果物の取扱いについて、秘密扱いとなる場合には秘密保持義務の対象とする等の合意を共同開発契約において事前に取り決めておくことになる。また、共有特許となる場合に、契約で定めることにより、民間側当事者の実施や補償についても当事者間で対応可能である。
- 118) 原子力関連特許については、原子力基本法17条が特許法93条の強制実施（公益上必要な場合の裁定実施権）の対象とし得ることを明記している。
- 119) 必要に応じて、「特許協力条約に基づく国際出願等に関する法律」の改正を行うことになる。
- 120) 玉井・前掲注114) p.14は、（米国と異なり、）日本の防衛関係支出は比較にならないぐらい少額であるため、違反に対する制裁が日本における特許権の喪失のみだとすれば違反を有効に抑止

するものとはなり得ないと指摘する。

- 121) 日本の外為法上の輸出規制は輸出者自身が該否判断を行うが、違反には行政処分に加えて刑事罰が定められている。
- 122) 吉藤幸朔『特許法概説(第13版)』(有斐閣, 1998) p.402, 山名・前掲注92) pp.14~15及び注28) (第三者が同じ内容の発明について出願したものが出願公開された場合は、米国の側で協定出願の秘密解除手続がとられ、協定出願も通常の協定手続に戻るため、第三者の出願が先に権利化されるということはあまりないと思われる、との1988年の参院商工委員会での特許庁長官の発言を引用しつつ、米国で解除手続がとられない場合は、後願の特許が後に無効になる可能性が生じるとする。), 中山信弘『特許法(第4版)』(弘文堂, 2019) pp.228~229。
- 123) 損害賠償請求に必要な故意・過失要件に関し、特許法103条の過失の推定は、秘密特許が付与される場合には適用されないことにすべきである(意匠法40条但書参照)。
- 124) 玉井・前掲注114) pp.12~13は、米国制度の下では、論文発表によって秘密特許の対象となることを免れるような「迂回策」が現実にとられているとは考えにくいとする。
- 125) 例えば、居所要件を有するフランスの研究者(フランス居住)と、国籍(市民権)要件を有するギリシャの研究者と、発明地要件を有する米国の研究者が、米国で(又はオンライン上で)3か月間の共同研究を行い、成果物である共有発明を出願(PCT出願を含む。)する場合、フランス、ギリシャ、米国の外国出願許可制度の要件が衝突する可能性がある。なお、武器や戦闘機等の国際共同開発のような場合には、米国やNATO加盟国らは、関連協定に基づいて参加国間で発明を秘密扱いすることにより対応するものと思われる。
- 126) *Manual for the Handling of Applications for Patents, Designs and Trademarks throughout the World*, Kluwer Law International, Vol 4, Cuba, pp.9, 17~18.
- 127) 韓国特許庁の登録事務取扱規定(2014年12月1日訓令第729号)17条は、情報活用チームは、特許(登録)決定された出願が秘密であることの通知を受けて直ちに設定登録に必要な出願基本事項を入力し、登録課が登録することができる

ようにすると定め、また登録課は、国防に関する秘密特許を登録し、その特許(登録)証は秘密取扱いが認可された者(業者)に限って発給し、非認可者の場合には発給を省略し、登録結果を書面により案内する、と規定している。韓国特許法87条4項は、秘密扱いが必要な特許発明は、秘密扱いが解除されるまでその特許の登録公告を保留しなければならない、その発明の秘密扱いが解除された場合には遅滞なく登録公告をしなければならないと定めている。少なくとも内部的には秘密扱いで特許登録がなされているようにも読める。

- 128) タイ当局者への照会では、本条はこれまで用いられたことがないためinactiveであるとし、出願公開をしないで秘密扱いできるとの規定はあるが、それ以外の補償や外国出願許可制度の規定は見当たらないとの回答であった。
- 129) フィリピン特許法44条3項は、公開することが自国の安全及び利益を害すると認める出願について、公開を禁止又は制限できると規定するが、その後の特許付与の有無についての規定は見当たらない。
- 130) ベトナム人・組織がなした発明、又はベトナムで生じた発明は、自国で特許出願を行って6か月の期間が経過し、かつ秘密特許と認定されない場合には、外国出願が可能となるが、ベトナム人・組織がなした発明については、秘密特許についても、秘密特許保護の規定がある国に対して、当局の許可を受けて出願することができる(政府決議122/2010/NDCPにより修正・追加された政府決議103/2006/NDCP 23b条)。
- 131) モンゴル特許法22条1項は、「国家の安全保障又は防衛に関連する発明、意匠又は考案であって、『極めて重要』、『機密』又は『秘』に区分された出願は、中央情報機関に登録され、知的財産庁の首席審査官に受理されて担当審査官に送付され、特許を付与すべきかについての決定が行われる。」と定め、同条2項は、「国家秘密に関連する発明、意匠又は考案は公開されない。」と定めており、秘密特許が付与されるかはやや不明確である。
- 132) ラオス知的財産法には規定がないが、前掲注126) Manual, Laos, p.7によると、当局者(DIP)に確認した結果、PCT出願は最初に自国官庁に出願するとのことである。
- 133) アゼルバイジャン特許法30条4項によると、発

- 明が非公開と決定され（公での）発明の自由な使用が禁じられ、又は出願若しくは特許に関する産業財産権の主題の使用が禁止される場合、出願人又は特許保有者は補償を求めることができる。これによると、発明のみならず特許も秘密扱いされるように思われる。
- 134) 国防省の求めで出願日から最長3年間発明を公表しないことができるほか、国防省が要請する場合や、特許の付与を認める場合でも、国防省の要請に従い関連手続を秘密扱いとすることができ、公開もなされない（イタリア知的財産法198条7項、16項）。
- 135) 秘密発明について特許査定された場合には秘密発明として登録され、発明者証と「top secret」のスタンプが押された特許が付与される（キルギス秘密発明法8条）。また秘密解除後は、出願人は残余期間について特許の付与を申請することができる（11条）。これは秘密特許（又は保護書類）と秘密解除後の通常特許を付与するように思われる（タジキスタンも同様）。
- 136) 防衛又は安全保障にとって重要な発明は秘密とみなされ、国防省に登録される（スロベニア知的財産法17条1項）。秘密発明の取用の定めはあるが、秘密特許の付与についての規定は見当たらない。
- 137) 旧チェコスロバキア時代には秘密特許が付与されていたが（スロバキアは現在も秘密保全の下で特許を付与）、分離後の現行法には発明の公開の例外規定（発明及び合理化提案に関する法5条3項）や国家機密の取扱いを定める特別法があるものの、秘密特許の付与は明確ではない。また、補償の規定も確認できなかった。
- 138) トルクメニスタン1993年発明・意匠法では国家秘密となる発明は保護しないとしていたが、2017年発明・意匠法5条3項では別の法律で定めるとしており不明である。
- 139) 自国官庁を受理官庁にして国際出願する場合は除く（2017年発明・意匠法40条2項）。
- 140) WIPO・前号注87)。国防発明について、秘密期間中の外国出願は禁止された第三者への開示となるため、実務上は外国出願は禁止される。
- 141) 国防省の審査で発明が秘密扱いとなった場合に、秘密特許が付与されるかは規定が見当たらず不明確である。
- 142) 開示すると国家の安全保障を害するおそれのある情報を含む発明は、出願後30日以内に知的財産庁から除去されるが（モルドバ発明保護法45条）、その後の取扱いは不明確である。
- 143) 前掲注126) Manual, Latvia, p.10（国家の安全保障に関連する発明については自国庁に最初に出願する義務がある）。
- 144) リトアニア特許法は、別の法律によって秘密とされた発明に対する補償や、秘密解除後の発明の公開を定めているが（26条5項、6項）、秘密特許を付与するか否かについては明確ではない。
- 145) アラブ諸国には、軍事関連発明等への特許付与に対して、国防大臣が買取（又は強制実施ライセンス）を対価に特許付与に異議を出すことができるとする制度が見られるが、政府が当該発明を買い取った後の手続は不明確である。政府による買取（取用）も広い意味では特許の公開を防ぐ制度といえ、特記事項欄に記載している。
- 146) アラブ首長国連邦1992年連邦法44号では、国防に関連する秘密発明には特許は付与されず、発明の所有者は公正な補償と引き換えに国防省に譲渡すると規定されていた（38条）。その後、2002年連邦法17号及びその後の2006年連邦法31号（2002年連邦法17号を一部改正）では施行規則に定める手続をとるとされているが（6条2項）、当該施行規則を確認することはできなかった。なお、前掲注126) Manual, UAE, p.18には、1992年連邦法44号38条の上記内容が記載されている。
- 147) GCC特許庁が、方式審査及び実体審査をクリアした発明がGCC加盟国のいずれかの安全保障に関連があると判断する場合、特許が出願人に付与されるが、特許は公告されない（公告手数料は免除）。各加盟国は、安全保障に関連すると考える分野をGCC特許庁に通知する（GCC特許規則施行細則15条）。
- 148) トルコ産業財産権法124条8項は、「機密指定の解除日から特許出願として処理される」と規定しているため、機密指定期間中は特許は付与されないものと思われる。
- 149) 前掲注126) Manual, Libya, p.13（大臣命令で秘密扱いとすることができる。）。
- 150) 前掲注126) Manual, Zanzibar, p.7。
- 151) 前掲注126) Manual, Tanzania, p.10。
- 152) 前掲注126) Manual, Burundi, p.6。
- 153) 大臣は、国益のために、出願関係書類を秘密にすることを命じることができる（南アフリカ特許法80条1項）。

【別表】各国・地域の秘密特許制度及び外国出願許可制度

国・地域名	秘密特許制度				外国出願許可制度	備考
	特許付与	特許不付与	その他／特記事項	補償		
北米						
米国		○		○	①'6か月	核兵器関連発明は特許不可
カナダ	○ 政府所有特許		政府職員の職務発明は請求により国防大臣に譲渡、非政府職員発明も大臣命令で国防大臣に譲渡扱い	○ 譲渡の補償	△ 政府職員の発明のみ（政府に帰属）	原子力に関する発明は原子力安全委員会に事前照会
中南米						
キューバ		○			① ¹²⁶⁾	公的情報安全保護法
セントルシア		○		○	①'2か月	
ブラジル	○			○	●	
アジア						
インド		○		○	①'6週間	原子力関連特許は不可
インドネシア	○		国の防衛・安全保障上の利益を妨げ又はそれに反する特許は政府のみ実施可能	○ 政府使用		
韓国		○ ¹²⁷⁾	国防上必要な発明に特許付与しないこと又は収用することが可能	○	●	
シンガポール		○		○	①'2か月	
スリランカ						核兵器関連発明は特許対象から除外
タイ		○ ¹²⁸⁾				
台湾		○		○		
中国	○			○	○ 秘密保持審査	
パキスタン		○		○	①'6週間	
バングラデシュ	○ 政府保有特許		戦争用途・軍需品の改良発明を政府に譲渡可	○ 合意で有償・無償を問わず		
フィリピン		○ ¹²⁹⁾				
ブルネイ		○		○	①'2か月	
ベトナム	○				① ¹³⁰⁾ 6か月	
マレーシア		○			①'2か月	
モンゴル	○ ¹³¹⁾					
ラオス					① ¹³²⁾	
大洋州						
オーストラリア		○		○		核関連発明は原則特許不可
ニュージーランド		○		○		
バヌアツ		○				
欧州（中央アジアを含む）						
アゼルバイジャン	○ ¹³³⁾			○	①3か月	
アルバニア	○		国防省に使用权	○	①5か月	国防省に出願
アルメニア	○		秘密情報の処分権は国に移転	○	①3か月	

国・地域名	秘密特許制度				外国出願 許可制度	備 考
	特許 付与	特許 不付与	その他／特記事項	補償		
英国		○		○	① 6週間	
イタリア		○ ¹³⁴⁾		○	① 90日	
ウズベキスタン					① 3か月	
ウクライナ	○			○	① 3か月	国家機密法 秘密体制機関に出願
エストニア	○			○	●	
オランダ		○		○	① (欧州特許出願, PCT) ●	経済法典 1955年1月10日法 1977年7月8日法
カザフスタン			法的保護を与えず国家に帰属		① 3か月又は安全保障 審査後	国家機密法 法務省令
北マケドニア	○		国に排他的使用权	○	●	国防省に出願
キプロス					① 欧州特許出願	
ギリシャ	○		国による使用可	○	① (一般) ● (国防発明)	国防発明法
キルギス	○ ¹³⁵⁾		秘密期間中は国に秘密発明 の権利あり	○	① 3か月又は安全保障 審査後	秘密発明法
クロアチア	○		国防省に排他的利用権	○	●	軍備・軍用機器製造・ 修理・取引法
ジョージア		○		○		国家機密法
スウェーデン		○	国の使用可・権利放棄 (取 用)	○	● 3週間 特許登録庁に出願 又は国防装備庁に 提出	防衛発明法
スペイン	○			○	① (一般) ① 国防発明	国防関連特許出願は最 長5か月待機
スロバキア	○			○	①	
スロベニア		○ ¹³⁶⁾	国防省の取用可	○ 合意による	●	国防省に発明を出願・ 登録
セルビア	○		国防省に排他的使用权	○	●	国防省に出願
タジキスタン	○		国に秘密発明の所有権・使 用権あり	○	① 6か月又は安全保障 審査後	秘密発明法 国家機密法
チェコ	○ ¹³⁷⁾				① 国家保安庁の承認 書が必要	機密情報保護及び取扱 資格法
デンマーク	○				① 3か月	秘密特許法
ドイツ	○			○	●	刑法で対象を規定
トルクメニスタン		○ ¹³⁸⁾			① ¹³⁹⁾ 4か月	特別法
ノルウェー	○		国への譲渡・利用制限可	○	● ¹⁴⁰⁾	国防上の重要発明に関 する法律
ハンガリー	○		国が排他権の実施契約を締 結	○ (契約)	① 欧州特許出願 2か月	拒絶査定された発明の 機密扱いを維持する場 合にも補償必要
フィンランド	○		国防に重要な発明は取用可	○ (取用)	① 6か月	重要国防発明法 (取用の有無を決定)
フランス		○		○	① 5か月	

国・地域名	秘密特許制度				外国出願 許可制度	備 考
	特許 付与	特許 不付与	その他／特記事項	補償		
ブルガリア	○		秘密特許の実施・処分者は閣僚会議で決定		○秘密審査	国家機密保護法
ベラルーシ		○			① 3か月又は安全保障審査後	
ベルギー		○		○	①（欧州特許出願・PCT） ●	経済法典 1955年1月10日法 1977年7月8日法
ポーランド		○	特許を受ける権利は国庫に移転	○	①	
ポルトガル		○ ¹⁴¹⁾			① 5日間（国防省の審査）	Decree-Law 42201 of 1959
モルドバ		○ ¹⁴²⁾	知的財産庁から該当出願を除去		① 30日	
モンテネグロ	○		国防省・内務省に排他的使用・処分権	○	●	国防省に出願
ラトビア	○		秘密特許の所有者の権利範囲は国防大臣との合意により決定	○	① ¹⁴³⁾	
リトアニア	○ ¹⁴⁴⁾			○ 合意	① 国家秘密を含む欧州特許出願	特別法あり
ルクセンブルク		○		○	①	1967年7月8日法
ルーマニア	○			○	①	
ロシア	○		秘密発明の使用及び排他権の処分は国家機密法に従う	○ 国家安全保障の利益のための政府使用	①6か月	国家機密法 秘密特許はロシア国民・ロシア法人の発明のみ
中東 ¹⁴⁵⁾						
アラブ首長国連邦		○	国防省に発明を譲渡 ¹⁴⁶⁾	○ 譲渡の対価		
アルジェリア	○					
イスラエル		○		○	①6か月 政府職員・軍人等は許可必要	原子力関連発明についても同様に規制
イラク		○	国防大臣は出願・特許付与決定の公告をしないよう要求可 発明の買取等を対価に特許付与に異議可	○ 買取の対価		
エジプト		○※	管轄大臣が出願許諾の公告・特許付与に異議可			※異議の場合には特許付与手続を停止 国防及び緊急事態における特許権剥奪可（補償あり）
サウジアラビア	○ 政府保有特許		政府職員・非政府職員の国の安全保障に関する発明は政府に譲渡	○ 譲渡の対価		
GCC	○ ¹⁴⁷⁾					
トルコ		○ ¹⁴⁸⁾		○	●	
バーレーン		○	国防・内務大臣が発明の買取等を対価に出願受諾に異議可	○ 買取の対価		政府が譲り受けた発明に特許が付与されるかは不明

国・地域名	秘密特許制度				外国出願許可制度	備考
	特許付与	特許不付与	その他／特記事項	補償		
リビア		○ ¹⁴⁹⁾	国防大臣が発明の買取等を対価に特許付与に異議可	○ 買取の対価		政府が譲り受けた発明に特許が付与されるかは不明
モロッコ			国防上必要で発明の公開が安全保障を毀損するおそれのある特許の付与・実施を禁止可	○		特許付与が禁止されなかった場合には出願後18か月後に付与・公開される
アフリカ						
ギアナ	○ 政府保有特許		戦争用途・軍需品の改良発明を政府に譲渡可	○ 合意で無償・有償を問わず		
ウガンダ		○		○	①・6週間	
オマーン					①	
ケニア		○		○	①・6週間	
コンゴ民主共和国		○		○	●	公開が国家の安全に反するおそれのある発明は特許対象から除外
ザンビア		○		○	①・6か月	
ジンバブエ		○		○		
タンザニア						
ザンジバル					① ¹⁵⁰⁾	
タンガニーカ					① ¹⁵¹⁾	
ブルンジ					① ¹⁵²⁾	
マラウイ		○		○		
マダガスカル						国防に重要な利益のある一定分野の発明を特許対象から除外可
南アフリカ	○ 政府保有特許	○ ¹⁵³⁾	武器発明は国防大臣の要請で国に譲渡	○ 秘密扱いによる損害		

(別表の各項目について)

- 「外国出願許可制度」の項目に関し、審査対象を限定しない制度を有する国(○で表示)と国防・安全保障関連発明や秘密特許制度の対象に限定する制度を有する国(●で表示)がある(各制度を組み合わせる国もある)。そのうち、自国官庁へ最初の出願を義務付ける国(第一国出願制度又はそれに類する制度)は便宜上①又は①と注記した。また、(a)当局から承認を得た場合、又は(b)自国官庁に出願して一定期間経過後も秘密保持命令・指示や禁止命令等が出されない場合、外国出願が許可されるとの制度を有している国もあり、(b)の点は第一国出願制度に類似するといえるため、そのような制度は便宜上①又は①と注記した。また、審査・待機期間がある国はその期間を記載した。
- 第一国出願制度を有する国のうち、スペイン、フランス、ギリシャ、ポルトガル、イタリア、キプロス等では、自国での出願に基づいて優先権を主張する場合は対象から除外される(いずれにしても、自国官庁に最初に出願することを求めているといえる)。
- 多くの国で政府使用や強制実施、取用等の規定があるため、「その他／特記事項」の項目では一般的な強制実施や取用の規定は取り上げていない。安全保障その他に関連する発明について特筆すべき事項のみ記載している。
- 「補償」の項目では、秘密発明・特許との関連で知的財産法令の中で確認できたものだけを挙げているが、他の条文や他の法令によって補償が可能な場合がある。
- 国や所管官庁(国防省等)に使用又は(排他的)使用権が認められる旨の特記事項の記載は、該当国の特許法等の(非公式)英訳における「use」又は「(exclusive) right to use」の語を訳出したものである。なお、国又は所管官庁に認められる排他的使用・処分権は、実質的には取用を意味すると考えられる(その旨を定めるモンテネグロ特許法127条の英訳の表題は、「Right to Exploitation」となっている)。

(原稿受領日 2021年11月5日)