

特集《第30回知的財産権誌上研究発表会（テーマ：これからの時代の知財のあり方）》

伸びる発明をさらに伸ばす 特許制度へ向けて

— 出願公告制度の選択制、新規性猶予の拡充、部分継続出願の導入を —



会員 加藤 朝道

要 約

地球温暖化を克服する技術は、開発途上である。前人未到の新技术の開発が、人類的課題となっている。特に、新エネルギー開発、新食糧・海洋・宇宙資源の利用、脱炭素製鉄技術、バイオ遺伝子技術の医療への応用、など、長期的視野に基づく開発を要する技術分野が増大している。しかし、現行特許制度は、これに対応しているとは言えず、打開策が求められる。伸びる発明をさらに伸ばすため、出願公開と出願公告の並列方式・新規性猶予の拡充・部分継続出願の3点セットの導入を提案する。

【コメントフィードバックを希望する点】

1. 長期的開発を要する技術分野への特許制度の対応は、十分か
2. 出願公開と出願公告の並列方式・新規性猶予の拡充・部分継続出願の3点セットの導入の要否
3. 出願公開しない出願公告制度の選択的導入の要否
4. 新規性猶予の拡充の要否
5. 部分継続出願制度導入の要否

目次

1. 序
2. 特許制度の存在意義
3. 出願公開制度の意義と問題点
4. 伸びる発明をさらに伸ばすには何が必要か
特許制度改革の3点セット
 - ・ 出願公開制度と出願公告制度の並列方式
 - ・ 新規性猶予（グレースピリオド）の拡充
 - ・ 部分継続出願制度の導入
5. 国際的展開の展望
 - ・ まず日本で、そして世界へ
6. まとめ

1. 序

地球温暖化を克服する技術は、未だ開発途上である。前人未到の新技术の開発が、人類的課題となっている。特に、新エネルギー開発（原子力、核融合、再生可能エネルギーなど化石エネルギー依存の脱却）、温暖化対応技術の開発、農水新技術・新食糧資源開発、海洋資源の有効利用、宇宙開発、脱炭素製鉄技術、バイオ遺伝子技術の医療への応用、新世代通信技術、量子コンピュータなど、長期的視野に基づく開発を要する技術分野が増大している。これらの新技术開発のいくつかは、国の開発政策にも掲げられ、多大の国家予算の投入が計画されている。然しながら、それを知的財産として、いかに保護するかについては、十分な対策が検討されていないのが現状である。本稿は、喫緊の課題として、特許制度をこの新しいニーズにどう適合させるべきか、を検討する。

2. 特許制度の存在意義

特許制度の本質は、発明者に一定期間発明を独占する権利を付与することにより、科学・技術の進歩を促し、もって産業の発達に寄与することにある（米国憲法修正第1条第8節(8)⁽¹⁾、日本国特許法第1条）。独占権の付与は、発明の公開を伴って行われる（Letters Patent、英国特許の歴史）。このことは講学上、「特許は、発明の公開を代償として付与される」と称されている。即ち、特許発明の公開は、基本的に、特許付与に伴って行うことが、歴史的に特許制度の大原則であった。そして出願は、審査主義の国では全件審査の対象とされていた。

これに対し、20世紀後半に至り、審査請求された出願のみを審査する審査請求制度と併せて、出願日（優先日を含む）から18か月後出願を公開するという出願公開制度が欧州を中心として導入され、その代償として、拡大先願権と特許付与後の補償金請求権を与えるものとされた。出願公開制度は、国際特許協力条約（PCT、1970締結、1978日本加盟）、欧州特許条約（EPC、1973締結、1977発効）にも採用され、それ以降世界標準の特許制度となっている。さらにこの制度は、中国のWTO加盟（1985）に際し、中国特許法でも採用され、米国は、1999年特許法改正により、出願公開制度を（非公開制度併存で）導入した。なお米国は、全出願を審査の対象としている。

日本では、大正10年法以来昭和34年法に至るまで出願公告制度が採用され、出願は、審査の結果特許付与可能とされた出願のみが、出願公告され、異議申立期間の経過後、疑念がなければ特許付与されるものであった。昭和45年（1970）、出願公開制度導入により出願公告制度は終焉し、現在に至っている。出願公開制度開始から半世紀が経過し、特許制度の本質に立ち返っての再検討が求められる。

3. 出願公開制度の意義と問題点

出願公開制度導入に際し、旧来の出願公告制度での問題点は、基本的に世界各国特許庁において、審査遅延が常態化し、出願から7年以上経ても出願公告に至らず、産業の発展に好ましくない事態に陥っていたという事情があった。これに対する審査手続き上の抜本策として、早期の出願公開制度・審査請求制度が欧州各国で導入され、我が国もその国際の流れに対応する形で、昭和45年（1970）出願公開制度が審査請求制度と共に導入された。審査請求制度と出願公開制度の導入の沿革は、吉藤幸朔 特許法概説（11版）VI特許審査手続312頁以下を参照されたい⁽²⁾。

出願（優先日を含む）から18月後の公開は、審査請求の有無を問わず行われ、多くの出願は、審査請求期限切れでみなし取り下げとなり、単に公開されただけで終わる。この問題に関しては、第25回知的財産権誌上研究発表会2020で、既に問題提起されている⁽³⁾。

また、近年、経済安全保障が課題となり、国防機密に関する発明は非公開とする出願非公開制度が導入された（経済安全保障推進法第6章）。国防機密を非公開とすることは妥当と考えられるが、国防機密以外の発明は18月で公開されてしまう。我が国で開発された発明が権利化されず、単に公開のまま放置されていていいのか、という問題がある。第3国の自由な利用を許すことになり、経済安全保障上も、問題となる。この点は、出願した企業にとっても、国内外の競争相手に対し同様な問題を生ずる。

出願人は、基本出願から18月で公開されると、その展開形態の十分な保護は諦めざるを得ない。自社出願の公開により、新規性・進歩性が阻害されるためである。そして、基本発明の展開部分は、自由競争にさらされる。この問題は、十分な人的経済的開発資源を有しない、スタートアップ企業や、大学などの研究機関にとって、一層深刻な問題となる。特許出願は、基本的アイデアの公開にとどまり、実用上必要な展開形態の保護まで、権利を確保しづらいのが実情である。その結果、出願公開制度の下では、展開形態の出願は、細切れ出願の傾向から脱却することが困難な事態が生じている。現行の出願公開制度のままでいいのか、他に方策はないのか、検討すべき時期に来ている。

4. 伸べる発明をさらに伸ばすには何が必要か

特許制度改革の3点セットが提案される。

- 1) 出願公開制度と出願公告制度の並列方式
- 2) 新規性猶予（グレースピリオド）の拡充
- 3) 部分継続出願制度の導入

1) 出願公開制度と出願公告制度の並列方式

出願公開制度（Aルート）と出願公告制度（Bルート）の並列方式により、出願人の選択によりA、Bルートを選択可能とする。Bルートの場合、出願公開はされず審査の結果特許可能になったとき出願公告⁽⁴⁾される。なお、Bルート選択の場合、出願人は、適時Aルートへ変更可能とする。審査請求は、Aルート同様に必要とする。審査の結果、特許困難な時は出願を取下げ可能であり、18月経過後の公開は免れる。Bルートによれば、出願人は、出願から18月経過後も、出願公告前であれば、当該発明の展開形態について、追加の出願等⁽⁵⁾により、必要に応じて保護を受ける条件が確保される。

これに類する制度は、米国の特許法第122条（B）（i）申請による非公開制度がある（但し18月公開のある外国への出願をしない旨の証明が条件）⁽⁶⁾

経済安全保障の観点からも、出願公告制度の有用性が認められる。出願非公開制度のもとでは、民事・軍事のデュアルユースの技術分野が広汎に検討対象に含まれるが、民事を優先すれば、軍事面で問題が生じる恐れがある、というジレンマが避けがたい。この問題への一つの対応策は、Bルートを選択し、所定の展開形態の確立まで、出願公告を遅らせることである。仮に第3国がデュアルユースの技術を利用しようとしても、公告の時点で最先の出願人は、一歩も2歩も先行する余裕ができる。

2) 新規性猶予（グレースピリオド）の拡充

まず、特許法第30条は、「新規性の喪失の例外」と見出し書きしているが、例外ではなく、「新規性猶予」と積極的な表現に用語を変更すべきではないか。諸外国の規定ぶりは、*grace period*（英、米）、*Schonfrist*（独）などを用いており、パリ条約第11条の国際博覧会展示品の仮保護は、優先権や内国民待遇と並び1883年パリ条約の締結を促進した理由の一つであった⁽⁷⁾。

特許法第30条第2項は、「特許を受ける権利を有する者の行為に起因して第29条第1項各号のいずれかに該当するに至った発明（発明…に関する公報に掲載されたことにより…該当するに至ったものを除く）」と、公報掲載の場合を除外している。米国では、*grace period*の解釈において、公報掲載（特許庁など政府機関による公開を含む）の場合も、出願人の出願により公報掲載に至らせたものと積極的に解釈し、公開から1年間は、*grace period*の適用がある。これは、出版社を介しての発表や雑誌に投稿する場合に比肩される状況であり、出願公開を例外扱いするのは、合理的とはいえないと料する。

我が国では、法文上「例外」と位置付けられると、制限的に解釈する傾向が強い。これまでの実務運用において、制限的に解釈する傾向が見受けられたのも、そこに一因があると思料する。

さらに、「特許出願」の語義の解釈を、日本国特許庁（PCT国際出願を含む）への出願に限らず、パリ条約同盟国のいずれかの国（又は国際機関）への出願にも新規性猶予の適用を認めるよう国際型に改めるべきである。米国は、国際型である。

このように、米国の扱いに倣って、我が国の新規性喪失例外規定は、見直すべきである。それにより、出願人に、出願公開（ないし特許公告）後1年間、出願発明の外延（展開形態）を保護する可能性を拡充することができる。

3) 部分継続出願制度の導入

部分継続出願 *continuation in part* とは、元の出願日における記載内容は、元の出願日を基準日として扱うと共

に、部分追加事項は、追加時点を基準日として扱う米国特許法特有の制度である。クレームについて見ると、元の出願の記載、クレーム 1 (A+B+C) に対し、部分継続出願で+D とし、クレーム 2 (A+B+C+D) を追加した場合、クレーム 1 は元の出願日を基準として扱い、クレーム 2 は部分継続出願日を基準として扱う、ものである。

クレーム以外の明細書、図面について追加した場合も、それに該当するクレームがあれば、同様な基準日の扱いがなされる。この点、補正による加入事項とは、扱いが基本的に異なり、追加加入した部分については元の出願日への遡及効は有しない。

部分継続出願制度は、特に、上記 1)、2) と絡めて考えると、有用性が高まる。例えば、出願公開後の grace period 期間 (1 年) 内であれば、元の出願の外延の明確化や、展開形態の追加の可能性が、拡大される。1) でブルーートを選択した場合、元の出願で出願公告を受けて 1 年以内であれば、分割出願により出願を係属させておけば、部分継続出願により、展開形態の保護の可能性が与えられる。

5. 国際的展開の展望

・まず日本で、そして世界へ

出願公開制度は、あたかも特許の世界標準が如き様相を呈しているが、その沿革から考えると、20 世紀後半の時代的状況を反映した制度にすぎないことを忘れてはならない。地球温暖化対策、エネルギー・食料・産業資源等の安定供給ないし自給自足体制の確立、IT-AI 時代のインフラ技術の確立、等々、解決すべき巨大な課題が山積する現代においては、世界史的視点で問題に取り組む必要がある。コペルニクスの発想の転換が、特許制度の変革にも求められている。まずは我が国で取り組み、知的財産制度の先進国としての地歩を固めることが、求められている。そのうえで世界のあるべき制度モデルとして世界への拡大も視野に入れることができ、PCT 国際段階での選択的な非公開制度の導入が考えられよう。

6. まとめ

伸びる発明をさらに伸ばすため、その保護の可能性を制度的に拡充する方策として、実現可能な方策があることが、上記の議論から明らかとなった。

- 1) 出願公開制度と出願公告制度の並列方式
- 2) 新規性猶予 (グレースピリオド) の拡充
- 3) 部分継続出願制度の導入

の 3 点セットの導入こそが、肝要である。これにより、我が国の将来を拓く基幹発明の保護の拡充の可能性が、実現される。米・中の対立という地政学的に不安定な立場に置かれた日本は、基幹発明の開発に活路を見出すこと、伸びる発明をさらに伸ばすために有効な知的財産の保護拡充に資する特許制度を確立すること、が喫緊の課題である。

(注)

- (1) United States Constitution, Amendment, Article I, Section 8 (8) To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries. 澤井智毅 米国発明法とその背景、(財) 経済産業調査会、初版 2012、3-4 頁、合衆国憲法における知的財産条項
- (2) 吉藤幸朔・熊谷健一補訂 特許法概説 有斐閣 11 版 1996 (初版 1968) VI 特許審査手続 319 頁以下、1 審査主義と無審査主義 (2) 技術革新下における審査主義の限界と近代化 321-332 頁、2 出願公開 324-325 頁、3 出願審査の請求 332-333 頁
「審査請求しない場合は、経済的負担 (審査請求料・特許料の納付等) が少ないことはもちろん、(中略) あえて特許権を取得する必要がないと判断する出願については審査請求しないであろう。とすれば、全出願を審査しなければならない従来方式に比べ、相当数の出願が審査から脱落し、全体として審査の促進を図ることができる。」 323 頁
- (3) 川北武長 パテント 2020、Vol.73 No.5、42-49 頁、わが国の特許制度は人類最大の発明か? 4. わが国の特許制度の歴史、「全出願が 1 年 6 か月内に公開 (公共財化) されてしまうと、発明者やグループ内で発明を育て上げる余裕がなくなり、企業にとっても長期的な視点で発明を育て上げることができないという基本的な問題がある。」 45 頁
- (4) 付与後異議制度の場合、特許公告となるが、大正十年法・昭和 34 年法に倣い、本稿では、出願公告で、特許公告も代表する。

- (5) 部分継続出願制度が導入されれば、これによることも可能になる。
- (6) 日本知財学会第 20 回年次学術研究発表会予稿集 1A7、米国の非公開制度について、(拙稿)
- (7) ボーデンハウゼン 注解パリ条約 AIPPI・JAPAN1976、146 頁。パリ条約第 11 条国際博覧会出品の仮保護は、その後に各国で展開されたグレースピリオドの基礎をなす規定である。

以上
(原稿受領 2025.2.5)