

損失の補償に関するQ & A

令和5年12月18日
内閣府政策統括官（経済安全保障担当）

【凡例】

「法」 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
(令和4年法律第43号)

「内閣府令」 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
法律に基づく特許出願の非公開に関する内閣府令(令和5年内閣府令第78号)

「基本指針」 特許出願非公開基本指針(特許法の出願公開の特例に関する措置、同
法第36条第1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)(令和
5年4月28日閣議決定)

「保全審査」 法第67条第1項に規定する審査

「保全指定」 法第70条第1項の規定による指定

「保全対象発明」 法第70条第1項の規定により保全指定がされた発明

「指定特許出願人」 法第70条第5項に規定する保全指定の通知を受けた特許出願
人(通知後に特許を受ける権利の移転があったときは、その承継人)

「発明共有事業者」 法第75条第1項に規定する保全対象発明に係る情報の取扱い
を認めた事業者

「適正管理措置」 法第75条において定める保全対象発明に係る情報を取り扱う者
を適正に管理することその他保全対象発明に係る情報の漏えい防止のために
必要かつ適切なものとして内閣府令で定める措置

※ その他、特に断りのない限り、このQ&Aにおいて使用する用語は、法第5章に
おいて使用する用語の例によるものとする

総論：補償の概要について

Q1. 特許出願の非公開制度における損失補償制度とはどのような制度ですか。

A1. 特許出願の非公開制度は、安全保障上拡散すべきでない発明の特許出願につき、公開や流出を防止するとともに、安全保障を損なわずに特許法上の権利を得られるようにするため、保全指定をして公開を留保する仕組みを規定したものであり、保全指定の効果として、指定特許出願人に対しては、発明の実施の許可制（法第 73 条）、発明内容の開示の原則禁止（法第 74 条）、発明情報の適正管理義務（法第 75 条）、他の事業者との発明の共有の承認制（法第 76 条）及び外国への出願の禁止（法第 78 条）の制限が課されます。こうした制限により、指定特許出願人に特別の犠牲が発生する場合があると考えられることから、法第 80 条では、実施の不許可又は条件付き許可その他保全指定を受けたことにより損失を受けた者に対して、国が「通常生ずべき損失」を補償することを規定しています。

Q2. どのような損失が補償の対象となりますか。

A2. 保全指定を受けたことに起因して損失が発生した場合に、そのような損失が生ずることが社会通念上相当といえる範囲において補償の対象となります。

例えば、

- ① 発明の実施を不許可とされたため、保全指定期間中、国内外で製品の製造、販売ができなくなったことにより、保全指定を受けずに製造、販売できていた場合に比して失われた利益に係る損失
- ② 第三者が保全対象発明と同一の発明を実施したが、特許権が留保されているため、保全指定期間中、特許権に基づく実施許諾料相当額等を請求できないことにより失われた利益に係る損失（Q7-8 参照）

等は、そのような損失が生ずることが社会通念上相当といえる範囲において補償の対象となります。

Q3. 誰が損失の補償を受けられますか。

A3. 法第 80 条第 1 項において、損失補償の対象者を「保全対象発明（保全指定が解除され、又は保全指定の期間が満了したものを含む。）について、法第 73 条第 1 項ただし書の規定による許可を受けられなかったこと又は同条第 4 項の規定によりその許可に条件を付されたことその他保全指定を受けたことにより損失を受けた者」と規定していることから、基本指針の第 4 章第 6 節にも記載のとおり、損失の補償を受けられるのは、保全指定の通知を受けた特許出願人、すなわち、指定特許出願人又は指定特許出願人であった者になります。

また、指定特許出願人と契約関係にある事業者（発明共有事業者を含む）に損

失が発生した場合であって、契約に基づき指定特許出願人がその損失を負担することとなれば、指定特許出願人が受けた損失であるとして、保全指定を受けたことに起因し、かつ、保全指定を受けたことにより生ずることが社会通念上相当といえる損失であると認められる範囲で、補償の対象となり得ます。

他方で、何らかの形で反射的に競業者などの第三者に損失が発生したとしても、第三者が受けた損失は補償の対象にはなりません。

Q4. どのように損失の補償を請求すればいいですか。

A4. まず、補償を受けようとする者において、発生した損失に基づき、補償請求額を算出してください。その上で、補償請求額の総額及びその内訳並びに補償請求の理由（損失が発生したといえる根拠や保全指定との因果関係等）を記載した請求書に、これらを疎明するに足りる資料を添付して、内閣府に提出してください（内閣府令第12条）。

Q5. 損失の補償はいつから請求できますか。

A5. 補償の請求を行う時期については、請求人のご判断によりますが、基本指針の第4章第6節にも記載のとおり、損失の補償を受けるには、実際に「損失を受けた」こと、すなわち、現実に具体的な損失が発生していることが必要であり、当該具体的な損失が発生した時点で請求することができます。

Q6. 誰が、どのように損失の補償金額を決定するのですか。

A6. 補償金額は、内閣総理大臣（実務としては、内閣府の審査担当部門）が算定して決定します（法第80条第3項）。補償金額の算定にあたっては、基本指針の第4章第6節にも記載のとおり、請求人から提出される補償請求額の総額及びその内訳等を精査し、特許出願人と意思疎通を図りつつ、関係省庁や専門家の意見も聞きながら（同条第4項）、保全指定を受けたことに起因し、かつ、保全指定を受けたことにより生ずることが社会通念上相当といえる損失について、その金額を、客観性を持って算定することになります。

なお、内閣総理大臣による補償金額の決定に不服がある場合は、補償金額の通知を受けた日から起算して6か月以内に、補償金額の増額に関し、国を被告として訴えを提起することができます（同条第5項及び第6項）。

各論：補償対象・範囲について

Q7. 保全指定期間中に、第三者が保全対象発明と同一の発明を国内出願せずに国内で実施している場合において、自身の特許権が留保されているため、特許権に

基づく実施許諾料相当額の請求や損害賠償請求ができないことによる損失は補償の対象となりますか。

A7. 例えば、第三者と特許権に基づく実施許諾契約を結んでいれば得られたはずであるが得られなかったであろう実施許諾料相当額や、損害賠償請求により得られたはずであるが得られなかったであろう第三者が実施により得た利益相当額について、保全指定を受けたことに起因し、かつ、保全指定を受けたことにより生ずることが社会通念上相当といえる損失であると認められる範囲で、補償の対象となり得ます。

なお、一般的には、第三者の実施が判明した時点で保全指定の解除が検討される場合が多く、保全指定が解除されれば、特許手続きが進み、出願公開されることとなります。その場合、特許法上、出願公開後は、保全対象発明と同一の発明を特許出願せずに国内で実施している第三者に対して、特許権の登録前の行為については、出願公開後、第三者に警告を発すれば、特許権の登録を待って、第三者に対して警告時に遡り補償金を請求することができますし(特許法第 65 条)、特許権の登録後の行為については、特許権を侵害するものとして、差止めや損害賠償請求ができません(特許法第 100 条・102 条)。

Q8. 保全指定期間中に、第三者が保全対象発明と同一の発明に関する特許権を外国で取得してしまい、外国で実施している場合において、外国出願が禁止されているために発生した損失は補償の対象となりますか。

A8. 例えば、保全指定を受けなければ、当該国で特許出願をして当該第三者よりも先に特許権を取得していたと推認される場合にあっては、保全指定以後に、当該第三者より差止請求を受けて当該国における製品販売ができなくなったことによる逸失利益や、当該第三者が特許権を保有する状況下で当該国における製品販売を行うに当たり支払わなければならない実施許諾料相当額又は自身が当該国で特許権を取得していれば当該第三者に請求できたはずの実施許諾料相当額等から算定される逸失利益については、保全指定を受けたことに起因し、かつ、保全指定を受けたことにより生ずることが社会通念上相当といえる損失であると認められる範囲で、補償の対象となり得ます。

Q9. 特許権に基づき発明の実施をすれば、市場独占や競合品との競争上の優位性により、通常より高い利益率の設定が見込まれるところ、保全対象発明について、実施は許可されたものの、特許権の留保により保全指定期間中における保全対象発明と同一の発明を特許出願せずに実施する第三者の市場参入に対抗できず、保全指定の解除後に当該第三者に対して権利行使をして競合品を排除するまでの間、通常より高い利益率を確保することができませんでした。結果、当初

の計画では得られるはずだった利益が減少することになりましたが、この場合における利益の減少分は補償の対象となりますか。

A9. 一般的には、第三者の実施が判明した時点で保全指定の解除が検討される場合が多いと考えられますが、競合品を排除するまでの間にかかる状況が生じた際、例えば、第三者が実施している状況下において確保できる利益率に基づく利益と、保全対象発明の実施が独占的であった場合に見込まれる利益率に基づく利益との間に差額が発生する場合には、その差額について、保全指定を受けたことに起因し、かつ、保全指定を受けたことにより生ずることが社会通念上相当といえる損失であると認められる範囲で、補償の対象となり得ます。

Q10. 実施の許可で付された条件を満たすために、ブラックボックス化のための設計変更が必要になりました。設計変更により利益に差額が発生したことによる損失は補償の対象となりますか。

A10. 設計変更により増加した経費の販売価格への反映状況等も踏まえながら、設計変更した後に得られる利益と、設計変更しなければ得られたであろう利益との間に差額が発生する場合には、その差額について、保全指定を受けたことに起因し、かつ、保全指定を受けたことにより生ずることが社会通念上相当といえる損失であると認められる範囲で、補償の対象となり得ます。

Q11. 保全指定前に多額の開発・設備費用を投資して保全対象発明を生み出しましたが、発明の実施の不許可により製品販売をすることができず、あるいは、保全指定により特許権に基づく実施許諾料相当額の請求もできなくなったため、保全指定期間中、当該開発・設備投資費用を回収することができなくなりました。この場合において、保全指定期間中に回収不能となった開発・設備投資費用は補償の対象となりますか。

A11. 開発・設備投資は、本来、製品販売や特許権に基づく実施許諾料等で利益をあげることによって回収が図られるものであり、回収できるだけの利益につながるかどうかは、製品の価値やその時々需要、競合状況等に応じケースバイケースです。したがって、たとえ発明の実施が不許可とされたために、保全指定期間中に製品販売をすることができず、あるいは、保全指定を受けたために特許権に基づく実施許諾料相当額の請求ができなくなったとしても、開発・設備投資の額が直ちに「保全指定を受けたことによる損失」といえるものではありません。

すなわち、補償の対象は、A2 で述べたとおり、あくまで、保全指定を受けずに製造、販売できていた場合に比して失われた利益に係る損失や特許権に基づく実施許諾料相当額等を請求できないことにより失われた利益に係る損失であり、これらの額により開発・設備投資費用の一部又は全部が補償されることとな

ります。

Q12. 競業者による特許出願（先願）が保全指定を受けて出願公開されていなかったため、先願の存在を知らずに偶々同じ技術を開発し、同一の発明を出願して保全指定を受けた場合、自ら（後願者）が当該技術の発明に要した開発・設備投資費用は補償の対象となりますか。

A12. 先願が公開されていれば後願者が保全対象発明に費やすことがなかった開発・設備投資費用は、後願者が保全指定を受けたことに起因する損失ではないため、補償の対象とはなりません。

なお、先願と同じ発明について保全指定を受けた後願者に対しては、以下の要件を満たせば、所定の範囲内において有償の通常実施権が認められます（法第81条）。

- ・法第66条第7項の規定により出願公開が行われなかったために、保全指定された先願の存在を認識せず、自己の発明が特許法第29条の2の規定により特許を受けることができないものであることを知らないで、先願の出願公開前に、日本国内において発明の実施である事業をし、又はその事業の準備をしていること

- ・自らの特許出願について拒絶査定又は拒絶の審決が確定したこと

Q13. 外国出願をすることを前提に保全審査中に翻訳を発注していたところ、保全指定を受けたために、優先日を確保した状態での外国出願が出来なくなりました。この場合における翻訳費用は補償の対象となりますか。

A13. 例えば、保全審査が終了するまでに翻訳の発注をせざるを得なかった事情や当該翻訳文の活用状況等を踏まえ、保全指定を受けたことに起因し、かつ、保全指定を受けたことにより生ずることが社会通念上相当といえる損失であると認められる範囲で、補償の対象となり得ます。

Q14. 外国出願をすることを前提に保全審査中に外国代理人に手続を依頼していたところ、保全指定を受けたために、優先日を確保した状態での外国出願ができなくなりました。この場合における、外国代理人との手続に係る費用は補償の対象となりますか。

A14. 例えば、保全審査が終了するまでに外国代理人に手続を依頼せざるを得なかった事情や手続費用の精算状況等を踏まえ、保全指定を受けたことに起因し、かつ、保全指定を受けたことにより生ずることが社会通念上相当といえる損失であると認められる範囲で、補償の対象となり得ます。

Q15. 保全指定を受けたため、指定特許出願人が適正管理措置を講じるために要した経費は補償の対象となりますか。

A15. 適正管理措置は、事業者が元来営業秘密等の社内秘の管理のために講じている措置の範囲内で対応できる場合が多いと考えられますが、例えば、事業者が元来講じている情報保全の措置では、適正管理措置には足りず、このために新たに機器の購入等を要した場合には、当該機器の保全対象発明以外への利用状況等も踏まえ、保全指定を受けたことに起因し、かつ、保全指定を受けたことにより生ずることが社会通念上相当といえる損失であると認められる範囲で、これに要した経費が補償の対象となり得ます。

各論：補償条件について

Q16. 第三者から得られたであろう特許権に基づく実施許諾料相当額等を補償の対象として請求する場合には、保全指定の解除後に特許権を取得するのを待つ必要がありますか。

A16. 保全指定を受けなければ特許権を取得していたであろうと認められれば、保全指定の解除前であっても請求は可能です。

なお、保全指定期間中であっても、出願公開、特許査定及び拒絶査定以外の特許手続は留保されず（法第 66 条第 7 項）、審査請求（特許出願についての出願審査の請求）をして、特許査定の直前まで手続を進めることができるので、このような場合は、特許権を取得していたであろうと認められる確度が高まると考えられます。

各論：その他

Q17. 保全指定前の事前意思確認の際に、補償金額を算定してくれますか。

A17. 国による補償金額の算定は、損失が発生し、補償の請求を受けた後に行うものなので、国において、保全指定前にあらかじめ算定して提示することは難しいと考えています。

以上