

● 審査官の矜持

総務部 情報技術企画室長 澤井 智毅
総務部国際課 課長補佐 大熊 靖夫
特許審査第一部 審査官 道祖土 新吾

目次

0. はじめに

1. 制度創設者の意図

～高橋是清の抱いた特許庁像・審査官像～

- (1) 永遠一流が求められた特許庁
- (2) 裁判官に類する審査官の独立性

2. 立法者の意図

～清瀬一郎の抱いた特許庁像・審査官像～

- (1) 大正10年法
- (2) 昭和34年法

3. 行政・司法の見解

4. 諸外国の状況

- (1) ドイツ
- (2) 米国

5. 審査官の独立性に関する学説

6. 庁及び審査官の責務

- (1) 独立ゆえの庁及び審査官としての責務
- (2) 品質管理の必要性
- (3) 審査基準の性格

7. さいごに

0. はじめに

国家戦略や企業戦略において知的財産がかつてなく重視される昨今、年間約30万件を審査する特許庁特許審査部や個々の審査官の責任はさらに高まっている。今日、主要国との審査のワークシェアリングに向けた取り組み、庁外識者も交えた審査基準の検討、莫大なコストを要するIT化やアウトソーシングの推進をはじめとした、審査の質や効率性を求める各種政策の検討が進んでいる。これら施策は、何れも質の高い審査を効率的に行うための「触媒」といえる。ならば特許審査の本質とは何であるのか。本稿では、制度の礎を築いた高橋是清初代特許局長（後の第20代内閣総理大臣）や現行特許法の制定に尽力した清瀬一郎衆議院議員（後の第49・50代衆議院議長）の言葉、更には立法時の議論や判例、学説に加えて諸外国の状況などをもひもとき、特許審査の位置づけを論じたい。

平成14年第155回参議院本会議において、知的財産基本法案の趣旨説明が行われた際、法案提出者である内閣を代表して当時の平沼赳夫経済産業大臣は「制度の中核を担う特許審査官」と述べている¹⁾。本稿が、こうした知的財産制度の中核を担うべき審査官の誇り、すなわち矜持につながれば幸いである。

1) 国会会議録検索システム HP「参議院会議録情報第155回国会本会議第6号」〈<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/sangiin/155/0001/15511150001006a.html>〉(2009/4/5アクセス)。

1. 制度創設者の意図

～高橋是清の抱いた特許庁像・審査官像～

後の第20代内閣総理大臣でもある高橋是清が、欧米各国への特許制度の視察を経て、初代の特許局局長となったことはよく知られている²⁾。特許庁のロビーに胸像が飾られる高橋は、特許制度に関する様々な原稿を残している。このうち、「高橋是清氏特許制度ニ関スル遺稿集(全7巻)」(特許庁編)の第6巻において、「特許局将来ノ方針ニ関スル意見ノ大綱」として、特許局及び審査官のあり方を記しているので、該当部分を抜粋する。

(1) 永遠一流が求められた特許庁

まずは特許局(特許庁)のあり方について、少し長くなるが以下に引用する。

「特許意匠商標三條ノ利益ヲシテ我殖産上ニ永遠繼續セシメント欲セハ、宜シクコレカ施行ノ責アル特許局ヲ獨立ノ機關ト爲シ條例中ニソノ組織ヲ明掲シテ容易ク政海ノ波瀾ヲ受クルコトナキヲ務メサルヘカラス」
 「特許局カ三條例ニ依リ附與スル所ノ特權ハ其之ヲ得タル權利者ノ資テ以テ利益ヲ享受スル基本タレハ其權利ノ安固ニシテ利益ヲ全フシ得ヘキモノタルコトヲ世間公衆ニ表明セサルヘカラス而シテ之ヲ爲スコト如何ハ公衆ヲシテ特許局ハ其固定セル所ノ主義方針ノ永遠一流ナルコトヲ信セシムルヨリ善キハナシ若シ否ラスシテ各廳一般ニ於ケルカ如ク屢々規模ヲ伸縮シ主義方針ヲ變更スルコトアラハ人ヲシテ此特權ノ薄弱ニシテ恃ムヘカラサルノ觀念ヲ生セシメ從テ之カ侵害者ヲ生スルニ至ルヘク遂ニハ我殖産上ニ最モ忌ムヘキノ現象來スモ亦未タ知ルヘカラサルナリ
 近來我政府銳意治ヲ求メ屢々官制ヲ改メ各廳多少ノ變更ヲ來スモ幸ニシテ特許局ハ當局者ノ見能ク他官衙ト區別スル所アリテ其影響ヲ及スコト少ナシト雖

モ今日ノ制ノ如ク他ノ行政各局ト同一地位ニ存在スルニ於テハ異日ニ至リテ他ノ行政各局ノ變更ニ伴ヒ其規模及主義方針上ニ變動ヲ與フルニ至ルヘキコト蓋シ疑フヘカラサルモノノ如シ果シテ然ルトキハ其變動タルヤ獨リ特許局ノミナラス廣ク我實業社會ニ及ホスモノニシテ受動的ニ之ヲ云ハハ却テ特許局ハ間接ニシテ實業社會ハ直接ナリト謂ハサルヘカラス若カス漸次之ヲ未崩ニ防キ永ク我實業上ノ福利ヲ保全スルノ途ヲ計畫センニハ是レ特許局ヲ獨立ノ官衙ト爲シ其組織ヲ鞏固ナラシメ之ヲ條例中ニ掲ケテ頻々變更ヲ蒙ラシムルコトナカラシメントスル所以ナリ」

上記の部分を、旧字体を新字体とし、一部送り仮名や表現を改める。

「特許意匠商標三條の利益を、我殖産上に永遠に継続させようと欲するならば、当然に、施行の責任のある特許局を独立の機関として、条例中にその組織を明掲して、たやすく政界の波瀾を受けることが無いように努めるべきである。」

「特許局が三條例により付与する特権は、これを得る権利者の資質でもって利益を享受することを基本とするのであるから、その権利が安固であり、利益を全うできるものであることを世間公衆に表明すべきである。そしてこれを為すには、特許局はその固定した主義方針が永遠一流であることを公衆に信じてもらうより善いことはない。もしそうせずに各庁一般におけるように、しばしば規模を伸縮したり、主義方針を変更したりするようなことがあれば、人はこの特権は薄弱であり信頼することができないと観念し、従ってこれが侵害者を生じさせるであろうし、ついには我殖産上に最も忌むべき現象がおきるかもしれないなど、どのようなことになるかわからないだろう。近ごろ、我が政府はしばしば官制を改めて、各庁に多少の変更があるけれど、幸いにして特許局は、当局者の見識がよく、他官庁と区別されて、その影響を及ぼすことが少ない。

2) 特許庁HP「初代特許庁長官高橋是清について」(<http://www.jpo.go.jp/seido/rekishi/kore.htm>) (2009/4/5アクセス)。

しかし、今日の制度の如く、他の行政各局と同一地位に存在しているので、ある日、他の行政各局の変更に伴って、その規模及び主義方針上に変動を与えるに至ってしまうであろうことは、まさしく疑うべきでないであろう。その変動は、特許局のみならず、広く我実業社会にも及ぼされるもので、いってみれば特許局は間接に、実業社会は直接に影響を受ける。これを未然に防ぎ、永く我実業上の福利を保全することを計画するには、特許局を独立の官庁とし、その組織を強固なものとし、これを条例中に掲げて、頻繁の変更を蒙るようなことがないようにするべきである。」(下線は著者)



我が国初の特許庁長官、高橋是清像。港区赤坂7丁目にある高橋是清翁記念公園にて撮影、特許庁像に比べ柔和な表情だ。

高橋は、産業財産権の信頼性と安定性を高め、権利者の利益を保護し、これにより我が国の産業育成を図る上で、特許庁に関して他府省以上に強固な独立性を求めている。この大綱が記されたのは、特許制度導入から数年を経た明治23年とされている³⁾。同年は、大日本帝国憲法が施行された年であり、我が国内閣制が導入されて間もない時期でもある。そのため、高橋が指摘するように行政の組織体制が日々変遷していたことは想像に難くない。こうした中、高橋は特許庁が「政界の波瀾」を受けないように盤石な組織体制の構築に注力していたことがうかがえる。

権利への信頼性を高める上で、付与官庁の体制を強化し、その主義方針を確たるものとするのは高橋の指摘の通りである。知財立国そして知的財産の尊重が求められる昨今、政府として、より留意すべきことであろう。しかしながら、今日、行政改革の視点から、特許庁が俎上に載せられることがある。かつての規制改革・民間開放推進会議(議長:宮内義彦オリックス会長)⁴⁾において特許審査の民営化が議論されたことさえある⁵⁾。高橋の制度創設時の思いを引用するまで

もなく、こうした時勢や制度趣旨と真逆の、そして専門家や制度利用者不在の議論を聞くことに忸怩たる思いを持つ。もちろん、このような民営化議論は、産業界・法曹界を代表する日本知的財産協会や日本弁理士会の強硬な反発により頓挫した。我が国産業界・法曹界は、制度利用者として、まさに「殖産上に最も忌むべき現象がおきる」ことを懸念したのであろう。

なお、90年代末、米国は特許商標庁の長官を始めとした幹部ポストを「特許法又は商標法についての専門的な経歴及び経験を有する者でなければならない」(特許法3条)と法定した上で、特許商標庁長官ポストを旧来の商務次官補から次官に格上げし、併せて、特許担当長官、商標担当長官を設置するなど、独立性と組織の強化を図っている⁶⁾。同時期、中国においては、中国専利局を国務院(最高の国家行政機関)の直属機関である国家知識産権局に格上げし、専利(発明特許、実用新案、意匠)業務を主管しつつ、知的財産権に関する渉外事項を調整、差配する権能を持たせている⁷⁾。このような両国の動きは、21世紀に真の技術立国を標

3) 知的財産研究所HP「高橋是清遺稿集」〈http://www.iip.or.jp/chizaishi/shiryo/korekiyo_ikosyu.html〉(2009/4/5アクセス)。
4) 規制改革・民間開放推進会議は平成19年1月25日に終了し、その後継組織として、現在は規制改革会議が内閣府に設置されている。内閣府HP「規制改革会議」〈<http://www8.cao.go.jp/kisei-kaikaku/index.html>〉(2009/4/5アクセス)。
5) 規制改革・民間開放推進会議「規制改革・民間開放の推進に関する第1次答申」(2004) 36。
6) 三菱UFJリサーチ&コンサルティング株式会社「米国特許商標庁の評価に関する調査報告書」(2007)。
7) 日本貿易振興機構北京センター知的財産部HP「中国知識産権局」〈http://www.jetro-pkip.org/html/sfxz_70.html〉(2009/4/5アクセス)。

榜する上で、その基盤となる知的財産制度を、所管庁の強化を通じて重視した表れである。高橋の思いは、米中時代の幕開けにより埋没するおそれさえある今日の我が国にとって、国家的見地から改めて注目すべきものといえる。

(2) 裁判官に類する審査官の独立性

次に、強固な組織体制を求めた高橋は審査官についても、次のように述べている。

「出願件数ニ比較シテ審査員ノ數少ナキカ為メニ審査ヲ迅速ニスルコト能ハスシテ為メニ發明使用ノ時機ヲ失セシムルノ實アリ……只審査員ノ數ヲ増加スルノ一事ニ到テハ目今所官廳一般經費節減ノ主旨ヲ取ルノ日ニ際シ到底行フヘカラサルノコトタリトヒ又經費上之ヲ許ストモ發明審査ノコトタル一種特別ノ技能ヲ要スルカ故ニ其之ニ従事スル者ヲ選定スルニハ頗ル鄭重ヲ加ヘ決シテ其選定ヲ容易ニス可カラズ年ヲ追ヒ月ヲ重ネ漸次に適任ノ者ヲ選定スルノ外他ニ途ナキヲ以テトヒ多少ノ害ヲ發明人ニ與フルコトアルモ敢テ其増員ヲ目下ニ希望セサルナリ」

「其掌理スル所ノ事務ハ其種類ニ於テ異ナル所アルモ其適用ニ至テハ恰カモ裁判官ノ事務ニ相類似シ若シ其事務ニ従事スル者ヲシテ一身ニ關シ恐怖ノ念ヲ抱カシムルカ如キコトアルニ於テハ到底公平ノ處分ヲナスコト能ワサルナリ」

「審査官ハ其待遇法ヲ殊ニシ終身官ト為シ之ニ獨立ノ地位ヲ与エ恐怖ノ念ヲ抱カカキコトナカラシメサルニ於テハ大人ノ依頼ハ命令ニ均シトノ諺ノ如ク将来何等ノ弊害ヲ醸成センモ亦知ルヘカラサルナリ況ンヤ賄賂ノ如キモ之ヲ貪ルニ甚タ容易ナル性質ノ事務ヲ掌理セシムルニ於テオヤ是レ實ニ局員待遇上最も将来ニオイテ注意セサルヘカラサル點ナリトス」

上記の部分を、旧字体を新字体とし、一部送り仮名や表現を改める。

「出願件数に比較して審査官の数が少ないために、審査を迅速にすることができないので、發明使用の時機が失われている。……ただ、審査官の数を増加することは、諸官庁一般が經費節減の主旨をとっている中で、到底行うことができない。たとえまた經費がこれを許しても、發明審査のような一種特別の技能を要する仕事に従事する者を選定するにはすこぶる丁重であるべきで、決してその選定を容易にするべきでない。年を追ひ月を重ね、漸次に適任の者を選定する以外、他に道はないので、たとえ多少の害を發明人に与えることがあっても、あえてその増員を目下に希望しない。」

「その掌理する事務はその種類において異なる所あるけれども、其の適用に至っては、あたかも裁判官の事務に相類似しており、もしその事務に従事する者に、一身に関して恐怖の念を抱かしむるようなことがあれば、到底公平の処分をなすことはできない。」

「審査官はその待遇法を殊にし、終身官と為し、これに獨立の地位を与え、恐怖の念を抱くようなことが無いようにしない場合には、大人の依頼は命令に均しとの諺の如く、将来何等の弊害を醸生するかもしれない、一体どうなるかわからないことである。いわんや賄賂の如きも、これを貪ることが甚だ容易な性質の事務を掌理しているのであるから、なおさらである。この点は、局員待遇上最も将来において注意すべき点である。」(下線は著者)

当時は官庁の經費削減が図られていたようであり、高橋も審査官の定員確保に苦勞していた様子が見える。しかしながら、高橋は仮に經費が許しても、審査官の選定には慎重さが必要であり、徐々に適任者を選定するよりほか無いと述べている。後に日露戦争に際し、戦費の8割近くを公債に頼らざるを得なかった我が国の厳しい財政状況の中、外債募集のために日本銀行副総裁として英米を奔走し⁸⁾、日露戦争の勝利に財政面で貢献した高橋らしい經濟観念ともいえる。今日、米欧特許庁や中国特許庁の大幅増員⁹⁾に比べれば小規模とはいえ、我が国も、厳しい公務員定員制限の

8) 渡辺利夫「高橋是清と日露戦争」RIM環太平洋ビジネス情報 .Vol.8.No.30 (2008)。

9) 特許庁「特許行政年次報告書2008年版」(2009) 12。

中、国会や関係府省（総務省、財務省等）の理解を得つつ、着実に審査官の増員を進めているところであるが¹⁰⁾、審査官に求められる職責と資質の高さに鑑みれば、その採用を着実かつ慎重に行うべきとの高橋の指摘は現在においても当てはまるものであろう。

高橋は、上述したように審査業務及び審査官のあり方についても紙面を割き、特許審査の中立性、公正さ、ひいては国民からの信頼確保の重要性について強調している。審査事務を裁判事務に類するものと指摘して、公平・中立な審査の実現に向け、審査官に独立の地位を与えるべきとしている。特に、^{たいじん}大人、すなわち身分や官位の高い者からの圧力に屈しないように政治からの中立を求め、更にはその権能から高い倫理観を求め、審査官を終身官とするなど、処遇面も含め裁判官に類する¹¹⁾安定的に独立した地位を与えるべきとしている。

なお、高橋が海外の産業財産権を調査した結果に基づいて作成されたものといわれる¹²⁾明治21年の「特許条例」に、審査官に関して以下のような条文がある。除斥の規定が見あたらないことを除けば、後に紹介する大正10年法とも大きく相違しないことが分かる。

「第四條 特許ヲ出願スル者アルトキハ特許局長ハ特許局審査官ヲシテ其發明ヲ審査セシメ特許ヲ與フヘシト査定シタルモノハ農商務大臣ノ許可ヲ經テ特許原簿ニ登録シ特許證下付ノ手續ヲナスヘシ」
「第十一條 特許局審査官特許出願ノ發明ヲ審査シ特許ヲ與フヘカラスト査定シタルトキハ特許局長ハ其査定書ヲ出願人ニ送付スヘシ」

上記の部分を、旧字体を新字体とする。

「第四条 特許を出願する者あるときは特許局長は特

許局審査官をして其發明を審査せしめ特許を與ふべしと査定したるものは農商務大臣の許可を経て特許原簿に登録し特許證下付の手續をなすべし」

「第十一條 特許局審査官特許出願の發明を審査し特許を與ふべからずと査定したるときは特許局長は其査定書を出願人に送付すべし」

2. 立法者の意図

～清瀬一郎の抱いた特許庁像・審査官像～

(1) 大正10年法

大正10年法には、先願主義、拒絶理由通知や職務発明制度など現行制度の多くの特徴が採り入れられており、現行法の骨格がここにあるといえる¹³⁾。そこで、大正10年法における審査官に関する規程を確認する。

「第七十條 特許ノ出願アリタルトキハ審査官ヲシテ之ヲ審査セシム
第七十一條 第九十一條ノ規定ハ審査官ノ審査ノ干與ヨリノ除斥ニ付之ヲ準用ス
第九十一條 審判官ハ左ノ各號ノ一ニ該當スル場合ニ於テハ審判ノ干與ヨリノ除斥セラル
一 其ノ事件ニ付當事者、参加人又ハ特許異議申立人ナルトキ
二 前號ニ掲クル者又ハ其ノ配偶者ノ親族ナルトキ
三 第一號ニ掲クル者ノ法廷代理人、後見監督人又ハ保佐人ナルトキ
四 其ノ事件ニ付第一號ニ掲クル者ノ代理人ト為リタルトキ
五 其ノ事件ニ付證人又ハ鑑定人ト為リタルトキ
六 其ノ事件ニ付審査官又ハ審判官トシテ査定又ハ審

10) 特許庁「特許行政年次報告書2008年版（統計・資料編）」（2009）161。

11) 裁判官の独立については、例えば、芦部信喜「憲法（新版補訂版）」岩波書店（1999）第十六章「三司法権の独立」に以下のよう記される。「司法権独立の原則には、二つの意味がある。一つは、司法権が立法権・行政権から独立していることである（広義の司法権の独立）。もう一つは、裁判官が裁判をするにあたって独立して職権を行使することで、裁判官の職権の独立とも呼ばれる。この職権の独立こそ、司法権独立の核心と言ってよい。」

12) 吉藤幸朔、熊谷健一補訂「特許法概説」第12版（1997）26。

13) 清瀬一郎「特許法原理」（特許法原理復刻刊行委員会）（1985）の頭書には「大正十年特許法において当時のドイツ法とほぼ同じものとなった。そして現在においても特許法の基本的な骨格はほとんど変化がない。」と記されている。

決ニ干與シタルトキ
七 其ノ事件ニ付直接ノ利害ヲ有スルトキ」

そして、本法案の国会審議（第四十四回帝國議會、衆議院）に際して、政府委員より審査官の独立性について次の発言がなされている。

（田中政府委員（当時農商務次官））
「審査官も審判官も共に、やはり一種人の権利に直接間接大関係のある問題を審決する職務に当たるのでありますからして、丁度裁判所における裁判官の規定と同様に、その審査官審判官を除斥する、忌避するというような規定は、総て訴訟法の手続きを準用して、特許法等にも規定したわけであります」（下線は著者）

除斥や忌避の意味について、ここでは詳述しない。要するに、裁判官などが不公平な判断を行うおそれがある場合に、それらの者を該当事件から排除することである。これら除斥・忌避規定が特許法に定められるということは、言うまでもなく、審査官や審判官の職務の重要性に鑑み、その公正の確保を求めたものである。このように、大正10年法における改正においても、審査官の地位を、裁判官に準じたものとしていたことがわかる。

ところで、大正10年法に衆議院議員として携わり、法学博士でもある清瀬一郎は大正11年（1922）、名著「特許法原理」を上梓し、大正10年法について詳細な解説を加えている。清瀬は、後に述べる昭和34年法改正においても、与党の工業所有権法調査委員長として、これに関与し、翌年の昭和35年（1960）には、第49代の衆議院議長に就任している。「特許法原理」は、立法者の意図をひもとく上で貴重な資料であることから、同書における審査官の位置付けに関する記述を一部抜粋する。

「我特許法ハ「特許ヲ受クル権利」ナルモノヲ認ム。
……既ニ特許ヲ受クル権利ナルモノヲ認ムル以上ハ、

此権利ニ對シテハ義務者ノ地位ニ立ツ者ナカルヘカラス。是レ即チ國家ナリ。」

「特許付與ノ手續ハ権利ノ傷害ヲ待チテ其排除ヲ求ムルニハアラスシテ、發明者カ將來ニ亘リ其發明權ヲ安全ニ享受スル為メ、國家ノ確認ヲ求ムルニ始リ、國家機關ハ其發明權ノ存否ヲ調査シ、其發明權ノ存在スル場合ニハ之ヲ公認シテ「特許權」ト為シ、將來之ニ付キ侵害アルトキハ之ヲ防禦スルノ根據ヲ得セシムルモノナルヲ以テ非訟事件ニ付キテ認メラルル原則ハ當然適用セラル。殊ニ非訟事件ノ根本法則タル「國家ノ目的又ハ政策ニ依リ支配セラルルコトナシ」トノ法則ハ當然適用セラルヘキモノナリ」

「審査官ハ其審査上ノ意見ヲ構成スルニハ各獨立ノ地位ヲ有ス。既ニ政策上ノ裁量ナキ以上ハ上司ノ指揮ヲ受クヘキ理由ナシ」

上記の部分を、旧字体を新字体とし、一部送り仮名や表現を改める。

「我国特許法は「特許を受ける権利」なるものを認めている。……既に特許を受ける権利なるものを認める以上は、この権利に対しては義務者の地位に立つ者がある。これは即ち国家である。」

「特許付与の手續きは、権利の傷害を待ってその排除を求めるものではなく、發明者が将来にわたりその發明權を安全に享受するために、國家の確認を求めるに始まり、國家機關はその發明權の存否を調査し、その發明權の存在する場合にはこれを公認して「特許權」となし、将来これにつき侵害あるときは、これを防禦する根拠を得させるものであるから、非訟事件に付いて認められる原則は当然に適用される。ことに非訟事件の根本原理である「國家の目的又は政策に依り支配せられることなし」との法則は、当然に適用されるべきものである」

「審査官はその審査上の意見を構成するには、各々獨立の地位を有する。」¹⁴⁾（下線は著者）

14) なお、前掲「憲法」には、「『獨立して職權を行ひ』とは、他の何ものの指示・命令をも受けずに、自らの判断に基づいて裁判を行うことである。立法權・行政權はもとより、司法部内の指示・命令をも受けず……司法部内の指示・命令もまた排除される。」(320)と記載されている。清瀬の「審査官はその審査上の意見を構成するには、各々獨立の地位を有する」との見解は、このような司法權の獨立を意識したものと思われる。

まず、国家が特許の付与を自ら行うことの重要性について述べている点に注目する。一時期、規制緩和の視点から、既存の各種行政手法に対して、事案の発生後に司法や所与の取り締まりにより事案に対処すべきとの論があった。いわゆる「日本型の事前調整」から「米国型の事後調整」とも呼ばれていたものである。こうした文脈から、かつては規制改革・民間開放推進会議で特許審査の民営化について議論された¹⁵⁾ことは既に述べた。これは、制度創始者の思いを損なうとともに、今日の国際的な流れにも逆行するものである。「事後調整型」とされる米国においてさえ、三大教書の一つである2006年の大統領経済報告（経済諮問委員会報告）において、著作権より広範な保護が成される特許権については、特許付与手続きの完全性（integrity）を求め¹⁶⁾など、事前調整の重要性について論じている。

オバマ大統領においても、大統領選挙の公約として、「特許の質を高めるべく特許商標庁のリソースを強化することは、イノベーションの障害とも言える不確実・不経済な訴訟を減らす」と指摘している¹⁷⁾。すなわち、特許訴訟に委ねる事後調整は、イノベーションの障害であると断定しているのである。当然であろう。上記大統領経済諮問委員会報告によれば、特許の有効性に疑義を唱える場合、そのプロセスにはコストと時間がかかることが多く、例えば、2,500万ドル以上の損害賠償が求められている特許関連訴訟においては、原告・被告それぞれが平均400万ドル（約4億円）もの法廷費用を負担し、無効に至るまで特許付与から平均12年もの期間を要していると述べている。「権利の傷害を待ってその排除を求める」ことの経済的な無駄と国民的負担を、はるか一世紀近くも前に清瀬が述べていることに先見の明を感じる。

オバマ大統領同様に、大統領選挙を争った共和党のマケイン上院議員も、その選挙公約において、「特許

商標庁の強化¹⁸⁾を訴えており、今や政権や党派を超えて、特許当局のリソースの強化は国家的な課題と言っても過言ではない。また、事前調整型ともいえる行政上の低廉な特許見直しの手続き（付与後異議申立制度、前掲）についても、日欧にならぬその導入を両者が求めていることも興味深い。広く国民に影響する排他的な独占権を扱う以上、その信頼性と安定性を確保すべく、国家としてこれに責任を持つことは、国や時代を超えて変わりはない。

更に、清瀬は特許審査は非訟事件に類似した手続きであることを指摘し、同時に審査官の独立性に関連して、国家の目的や政策には依存しないと述べている。特許権を強固なものとし、その信頼性を維持するため、「政界の波瀾を受けることが無いように努めるべき」とした高橋と同じ思いがうかがえる。

なお、清瀬の公正、中立さにかける思いは強い。今や慣習化しているが、自身が衆議院議長に就任した際、当時としては異例にも、その中立性を確保すべく、党籍（自由民主党）を離脱している¹⁹⁾ことからもうかがえる。

(2) 昭和34年法

昭和34年法においても、審査官に関する規定は大正10年法からほぼ変わっていない。

「第47条 特許庁長官は、審査官に特許出願を審査させなければならない。

第48条 第139条第1号から第5号まで及び第7号の規定は、審査官に準用する。

第139条 審判官は、次の各号のいずれかに該当するときは、その職務の執行から除斥される。

1. 審判官又はその配偶者若しくは配偶者であつた者が事件の当事者若しくは参加人であるとき又はあつたとき。

15) 南孝一「特許審査迅速化に至る経緯について」『特技懇』243号（2006）。

16) 澤井智毅「ワシントン便り（第49回）」『知財研フォーラム』06年春号（2006）。

17) 'Barak Obama: Connecting and Empowering All Americans Through Technology and Innovation' (http://www.barackobama.com/pdf/issues/technology/Fact_Sheet_Innovation_and_Technology.pdf) (2007) (2009/4/5アクセス)。

18) <http://www.itif.org/files/2008-CampaignTechAgenda.pdf> 第14頁(2009/4/5アクセス)

19) 高木日出男「議会政治史百十年誌便覧」（文芸社）（1999）109。

2. 審判官が事件の当事者若しくは参加人の4親等内の血族、3親等内の姻族若しくは同居の親族であるとき又はあつたとき。
3. 審判官が事件の当事者又は参加人の後見人、後見監督人、保佐人、保佐監督人、補助人又は補助監督人であるとき。
4. 審判官が事件について証人又は鑑定人となつたとき。
5. 審判官が事件について当事者若しくは参加人の代理人であるとき又はあつたとき。
6. 審判官が事件について不服を申し立てられた査定に審査官として関与したとき。
7. 審判官が事件について直接の利害関係を有するとき。」

なお、昭和34年法改正時、第31回国会の参議院商工委員会において次のような審査官の独立性に関する答弁がなされている。

(栗山委員(当時参議院議員))

「そうしますと私の直感では、現行法の七十条には「特許ノ出願アリタルトキハ審査官ヲシテ之ヲ審査セシム」と書いてありますが、この規定と比較いたしまして、ただいま提出されている修正案の方が何だか一步審査官の独立性を後退せしめるような印象を強く受けるのですがね、この現行法と改正法案とは、全然審査官の独立性という観点からみたときに、差等がないのか、あるいは実際に私が印象を受けたような差等があるのか、どういうことなんでしょうか。」

(井上政府委員(当時特許庁長官))

「御質問の点でございますが現行の特許法第七十条におきましては、特許出願があった場合に審査官をして

これを審査させるということになっているわけでございます、今度の新法案の四十七条の規定の方が、むしろ今の御指摘の問題について申しますれば、強くなっているのではないかと、言いかえれば、審査官に特許出願及び異議の申立てを審査させなければならぬ、審査官以外の者に対してはその審査を命ずることができない、そうしてまた同時に審査官には審査をやらせなければならないという、その消極積極両面から申しまして、かえって今度の改正案の方が、審査官に關しましては、ことに職務というものが強く表現されている、かようにわれわれとしては考えている次第でございます。」(下線は著者)

この答弁にあるように、昭和34年法改正時においても、審査官の独立性が、その立法趣旨として国会審議において確認されている。

3. 行政・司法の見解

これまでに審査官の立場について制度創設者や立法者の意図を俯瞰したが、本節では今日の我が国の行政・司法が、その立場をどのようにみているかを確認する。好例として、審査官の法的立場が争点の一つとなった裁判事件(昭和50年(行ウ)第107号 昭和51年8月30日東京地判「通知処分取消請求事件」、判例時報第845号第46-51頁)を挙げる。本事件は審査官が(審査官名で)出願人に行った通知に関して、出願人がその取消を求めて特許庁長官を訴えたものであり、同長官の被告適格が争点のひとつとなった²⁰⁾。

被告である特許庁長官は、被告の適格性について次のように主張している。

20) この事件に係る本出願の経緯を説明する。昭和42年になされた特許出願があり(以下「最先出願」という)、原告はこの出願を昭和46年に実用新案に変更し(この出願を「親出願」という)、それとともに、親出願を分割出願した。この出願が、問題となった本出願である。昭和46年1月に審査請求制度が導入されており、もし本出願が分割要件を満たしていれば、本出願の出願日は最先出願の日にしたものとみなされ、審査請求をしなくても審査されることとなるが、分割要件を満たさない場合には、実際の出願日がそのまま出願日とみなされるため、審査請求が必要になる。審査官は、本出願は分割要件を満たさないものと判断し、その旨を出願人に通知した。出願人はこれを不服とし、特許庁長官を被告として、通知の取消を求めて東京地裁に訴え出た。これが本事件である。本事件は控訴されたが、本件通知は取消を求めうる行政処分ではなく、審査官の独立については判断するまでもないとされた上で、原告の控訴は棄却された(昭和51年(行コ)第90号)。(なお、通常拒絶査定等の審査に対する不服は、特許法第121条等の定めにより、審判請求によってなされる。上記の「通知」は、拒絶査定等の定めがある場合には当たらず、特許法上の定めがない行政行為であるため、行政事件訴訟法に基づいて直接地裁に提訴されたものである。)

「被告は本件通知の取消訴訟において、被告適格を有しない。すなわち、本件通知は、特許庁審査官がしたのであって、被告がしたのではない。審査官の出願審査に関する権限は特許法、実用新案法等の法律によって直接定められており、審査官はその権限の行使において独立である。……審査官の職務の独立性は審査官について裁判官と酷似した除斥制度が設けられて職務の公平が担保されていることから首肯し得る」

この主張は、審査官の位置付けについて、大正10年法、昭和34年法の立法趣旨にも沿ったものであり、審査官の審査における独立性に基づいた主張である。これに対し、裁判所は次のように判示した。

「審査官は、特許出願の審査（第17条第2項による形式審査を除く。）に関しては特許庁長官から独立した行政庁であると解すべきである。このことは、特許法第48条において、審判官の職務の執行の除斥の規定が審査官にも準用されていることからもうかがうことができる。……本件取消訴訟の被告となるべきは特許庁長官ではなく、本件通知をした審査官でなければならない」

裁判所も特許庁長官の主張、すなわち行政側の主張を認め、審査官が独立した行政庁であるとの判断を示している²¹⁾。

4. 諸外国の状況

17世紀初頭に専売条例が制定されるなど、特許制度の骨格を確立し、産業革命を導いた英国においては、同条例制定以前は、特許権は元来国王が与える所謂恩恵主義であった（王権神授説的な考え方である）²²⁾。

しかしながら、この権利が国王の寵臣への賞として、あるいは王室の収入源として用いられる等、恣意的な運用が顕在化し、恩恵主義による特許制度の弊害が指摘され、新規性などの客観的要件を定めた専売条例が制定された。その後、これにならい、多くの国々（ドイツ、米国等）において特許制度が整備創設された。いわゆる「恩恵主義」から「権利主義」への移行である。特許制度の創設と同期をとるように、英、米、独をはじめとした多くの国々が発展してきたことは興味深い。我が国もその例に漏れない。

(1) ドイツ

ドイツでは審査官が終身官とされ、法務省が審査に干渉できないことが明文化されるなど、審査官について裁判官に近い地位が確立された。清瀬が「特許法原理」の冒頭にも記すように、我が国特許法はドイツ特許法を元に創設されたものとされている²³⁾。このため、審査官には裁判官に類似した独立の地位が与えられ、除斥の制度も設けられるなど、多くの点で我が国特許法の母法といえる。

ここで、ドイツ法の関連条文について、確認してみる。

(ドイツ特許法第26条第1項)

「特許庁は、長官及びその他の構成員で構成される。これらの者は、ドイツ裁判官法による裁判官職の資格を有する者（法的構成員）、又は、技術部門において専門知識を有する者（技術的構成員）の何れかであるものとする。構成員は、終身任用される。」²⁴⁾

同法には審査官のみが審査を行うことや、審査官には裁判官と同じ除斥や忌避の規程を設けることも定められている。

21) なお、実際に審査官が被告となった事件として、昭和51年（行ワ）第150号、平成16年（ワ）第3264号がある。

22) 特許制度の歴史については主に次の文献を参照した：前掲、清瀬「特許法原理」1-43頁、前掲、吉藤「特許法概説」13-15、ヘンリー幸田「世界史を動かした知財法」(<http://www.koda-androlia.com/topic.htm>) (2009/4/5アクセス)、中山信弘編、「注解特許法」第三版（青林書院）3-13。

23) 脚注13参照

24) 特許庁HP「ドイツ特許法」(http://www.jpo.go.jp/shiryou/s_sonota/fips/germany/pl/mokuji.htm) (2009/4/5アクセス)。

(ドイツ特許法第27条)

「[2] 各審査課の業務は、特許部門に属する技術的構成員(審査官)が遂行する。……[5] 連邦法務省は、審査課又は特許部門の権限内にある事項で法律的又は技術的な困難性を伴わないものについての処理を、法定命令によって上級若しくは中級職の公務員又はこれらに準じる者に委ねる権限を授与されているが、ただし、特許の付与、及び出願人が争っている拒絶理由に基づいての出願の拒絶についてはこの限りでない。連邦法務省は、これらの権限を、法定命令によって、特許庁長官へ委託することができる。[6] 審査官及びその他の特許部門の構成員の除斥及び忌避については、裁判官の除斥及び忌避に関する民事訴訟法第41条から第44条まで、第45条[2]の第2文、第47条から第49条までが準用される。同様のことは、上級若しくは中級職の公務員及びこれらに準じる者について、これらの者が[5]に基づき審査課又は特許部門の権限内にある事項の処理を委ねられている限りにおいて、適用される。忌避の申立に関して判断を必要とする場合、その判断は特許部門が行う。[7] 特許部門における審議には、構成員でない専門家も関与することができるが、ただし、この者は、票決に加わってはならない。」

このように、ドイツにおいては、審査官に除斥や忌避のほか、終身任用が法定されており、さらに、特許の付与や拒絶については他者に権限を委任できないなど、その独立性が強く担保されている。ここで、我が国の特許法と他国の法令や制度との関係について、清瀬は「特許法原理」の中で次のように述べている。

「六 我國特許法ノ地位 我國ノ特許法ハ斯制度カ歐米ニ於テ一定ノ發達ヲ遂ケタル後ニ制定セラレタルモノニ屬ス。今我制度ノ根本ヲ示シ、我特許法ノ地位ヲ示セハ左ノ如シ。

(イ) 我特許法ハ大陸法制ノ如ク發明者ノ權利ヲ認ムル基礎ノ上ニ立ツモノナリ。

(ロ) 米國法ニ於ルト同様ノ審査手續ヲ經テ特許ヲ與フ。此審査モ亦米國同様特許許否ノ審査ニアラス、特許條件ノ存否ノ調査ニシテ、司法的性質ヲ有スル者ナリ。」(57頁)

これを旧字体を新字体として、送り仮名と表現を一部改める。

「六 我国特許法の地位 我国の特許法はこの制度が欧米において一定の発達を遂げた後に制定されたものである。制度の根本を示し、我特許法の地位を以下のように示す。

(イ) 我特許法は大陸法制の如く、発明者の権利を認める基礎の上に立つものである。

(ロ) 米国法と同様の審査手続を経て特許を与える。この審査もまた米国同様、特許許否の審査ではなくて、特許条件の存否の調査であり、司法的性質を有するものである。」

(2) 米国

清瀬は、我が国審査制度を「米国同様、特許許否の審査ではなくて、特許条件の存否の調査であり、司法的性質を有するもの」と指摘している。高橋も、欧米視察に際し米国特許庁が発行する判決録等の資料入手に苦心したとされる²⁵⁾など、ドイツ制度に加え米国制度への関心が高かったようだ。そこで米国審査制度についても詳しく確認する必要がある。

1788年に発効した合衆国憲法には、連邦議会の権能として、税の賦課徴収や戦争宣言、陸海軍の維持等とともに、知的財産条項「著作者および発明者に、一定期間それぞれの著作および発明に対し独占的権利を保障することによって、科学および技術の進歩を促進すること」(第1条第8節(8))が設けられていることはよく知られている。

この憲法に従い初代大統領に就任したジョージ・ワシントンは、1790年1月8日にニューヨークのフェデ

25) 脚注2参照。

ラルホールにおいて、連邦議会に対し年頭挨拶を行っている。後に一般教書演説として慣習化されるものである。17段落からなる比較的短い演説であるが、この中で、農業や商業、製造業の発展に触れつつ、新しく有用な発明を技術導入し、自国において創造しよう、所与の奨励策を講ずるよう議会に求めている。イギリスとの独立戦争に際し、戦時物資さえ欧州諸国に頼らざるを得なかった当時の農業国米国にとって、新しく有用な発明による自国の産業育成こそが急務であったのであろう。以下、関係する演説内容を抜粋する。

“The advancement of agriculture, commerce, and manufactures by all proper means will not, I trust, need recommendation; but I can not forbear intimating to you the expediency of giving effectual encouragement as well to the introduction of new and useful inventions from abroad as to the exertions of skill and genius in producing them at home.”

この内容を仮訳すると以下のようになる。

「あらゆる適切な手段を講じつつ農業や商業、製造業の発展を、(あえて議会に) 勧告するまでもないことを確信する。他方、私は皆様に伝えなければならない。新しく有用な発明を諸外国から導入し、これらを自国において創造する上で、技術や才能を発揮しようよう速やかに奨励策を講じなければならないことを。」

こうした憲法の規定やワシントン大統領の一般教書演説に従い、米国最初の特許法が1790年4月10日に制定された。同法において、特許は認可されるものと規定され、国務長官、陸軍長官、司法長官の三名の合議体による特許委員会が、その審査を行うこととされた。後に第三代大統領に就任し、ワシントンやリンカーンと並び多くの大統領の就任演説においても、その功績が紹介される初代国務長官トーマス・ジェファソンが、米国最初の特許審査官と言われる所以である。



米国初の特許審査官、トーマス・ジェファソン第三代米国大統領像。ワシントンDCにあるジェファソン・メモリアルにて撮影。元大統領の見つめる先には、ホワイトハウスがある。

今日の米国議会における特許改革法案審議においても、多くの有力議員が、「最初の特許審査官ジェファソン元大統領」と述べるなど、同氏を始めとした「建国の父」等の功績とともに、特許制度の歴史と重要性を紹介している。

その後、特許審査の困難性から、一時期、無審査登録制度となるが、無審査ゆえに、新規性や進歩性さえ有しない発明に多数の独占権が付与された。こうした権利が横行したため、制度に馴染まぬ第三者や国民の自由な活動は阻害され、制度に精通した者であっても、日々の監視負担とともに対抗上訴に頼らざるを得ず、国民に多大な負担と損害を与えた。1836年の「無審査主義による4つの弊害」と題した上院報告書がこうした当時の状況を端的に表している。同報告書を背景に、審査制度とともに世界初の専門官庁である特許庁が米国に誕生した²⁶⁾。2世紀近く前の話であるが、

26) 独立行政法人産業財産研究所HP「米国における知的財産情勢～特許制度改革の現状～」(http://www.rieti.go.jp/jp/events/bbl/08082801.html) (2009/4/5アクセス)。

特許の質や審査制度を巡る議論として、今日にも繋がるものである。

特許改革法案について前段で触れた。特許の質を高め、併せて特許訴訟を軽減するために、2005年に法案が上程され、これまで上下院において30回近くもの公聴会や委員会が開催されたが、多岐にわたる包括的な改正法案により、未だ成立を見ていない。審査・審判の視点から見れば、付与された特許の有効性を行政上の低廉な手続きにより見直しうる付与後異議申立制度の導入が求められている。これは、既に述べた特許訴訟の高額化する訴訟費用や賠償額等への懸念を第一としつつ、専門性の乏しい特許訴訟に対する信頼性の欠如にも由来する。上述の通りオバマ大統領や大統領選挙で敗れた共和党のメイケン上院議員もその導入を求めるなど、申立期間などの技術的課題を除き、その導入には米国内においてコンセンサスが得られている。

同様に、特許訴訟や裁判官に対する専門的知見に関する信頼性の欠如から、改革法案と平行して議論され、過去2会期の米国議会において下院を通過している「連邦地裁判事の特許訴訟の専門的知識の強化を目的としたパイロットプログラム設置法案(H.R.628)²⁷⁾」が、今会期開始早々のこの3月に409対7の圧倒的多数により、改めて下院を通過している。

更に、同改革法案を端緒に、審判官の地位に関する議論もある。特許改革法案に当初盛り込まれていた規定であるが、同改革法案の成立が流動的であることから、単独の法案として再提出され、先の議会(米110議会)を通過し、大統領の署名をもって成立した審判官の任命に関する法律である。これまでの特許法は、「特許審判官は、有能な法律的知識及び科学的能力を有する者から、特許商標庁長官が任命するものとする」(米特許法第6条)と規定されていたが、同規定には憲法上の疑義があるとされた。米国憲法第2条第2節(2)

において、公務員(inferior officer)の任命は、(1)上院の助言と承認を得て大統領によって行われる場合、(2)大統領自身によって行われる場合、(3)司法裁判所によって行われる場合、(4)各省の長によって行われる場合に限られている。そして、憲法上の任命規定が適用されるべき公務員は、判例として「重要な権能(significant authority)」を有する公務員とされている。特許審判官に、この「重要な権能」があるにもかかわらず、各省の長(商務長官)の下位のポストである特許商標庁長官によって審判官を任命する米特許法は憲法上の違反があるとする指摘である²⁸⁾。こうした議論を経て成立した法律により、任命権者を特許商標庁長官から商務長官に格上げした。特許商標庁において、商務次官兼特許商標庁長官の任命権者は大統領(上院の助言と承認が必要)とされる他、副長官(長官代理)、特許担当長官及び商標担当長官の任命権者は、商務長官とされている。今般の法律改正により、米国特許審判官の地位が、副長官や特許担当長官や商標担当長官と同位であることが、確認されたことになる。

無論、審査・審判の独立性を含めたこれら業務の重要性は、米国やドイツでのみ指摘を受けるものではない。本誌を発行する特許庁技術懇話会に相当する、北米及び欧州などの審査官や審判官により構成される18カ国の団体の代表は2007年、審査の独立性維持、特許の有効性の推定、技術革新を促す審査基準の提供などを一層強化すべき旨、連名にて書簡を各庁の長官に提出しており²⁹⁾、審査の位置づけは先進各国における共通の関心事項といえる。

5. 審査官の独立性に関する学説

これまでに行政、司法、立法が、審査官は法的に独立した地位にあるとの立場であることを確認した。学説においても、例えば、前掲の裁判事件(昭和50年(行

27) 今会期(米国111議会)における法案番号はH.R.628。

28) John F. Duffy "Law Professor Suggests Appointment Of Patent Judges Is Unconstitutional" BNA Patent Trademark & Copyright Journal (2007)。

29) "Open Letter From a Coalition of Patent Examiner Representative" (2007) (<http://www.popa.org/pdf/misc/epocipo2007.pdf>) (2009/4/5アクセス)。

ウ) 第107号 昭和51年8月30日東京地判「通知処分取消請求事件」)を紹介した判例時報の囲み記事において次のようなコメントがなされるなど、審査官の独立性は既に通説といえる。

「実体審査に関する、特許庁長官と審査官の権限の関係について、学説は分かれているけれども、審査官に実体審査の権限を認めてこの点について行政庁としての地位を肯定する見解が支配的であって……審査官は特許庁長官の右権限を代行するにすぎないとする見解……は少数説にとどまっている。」

このほか、審査官の独立性を支持する代表的なものとして、前述の清瀬一郎「特許法原理」のほか、高林克巳「特許庁審査官・審判官の法的性質」³⁰⁾、高林龍「標準特許法」³¹⁾、兼子一・染野義信「工業所有権法」³²⁾、安達祥三「特許法」³³⁾、吉藤幸朔「特許法概説」³⁴⁾、光石士郎「新訂特許法詳説」³⁵⁾等が挙げられる。

以下にその一部を引用する。

兼子・染野「工業所有権法」

「このように、特許庁長官の権限と審査官の権限とが手続上分離していることは、特許要件の存否の判断という面で、審査官という多少なりとも客観的な機関を通じて直接行政の作用(具体的には政策)の介入を阻止し、特許権の付与という面で恣意の働くのを回避しようとする点にある。この点で審査官は身分上は特許庁長官の所部の職員であるにすぎないが、手続の面では客観的な判断機関として独立した地位を持つものである。」

高林「特許庁審査官・審判官の法的性質」

「審査官は、審査に関しては、特許庁長官からは独立した行政庁である。それは、審査官の行う審査は、全く政策的考慮の入り込む余地のない羈束的行為で

あるからである。」

6. 庁及び審査官の責務

(1) 独立ゆえの庁及び審査官としての責務

これまで審査官の独立性について述べたが、当然ながら、筆者は審査官の独善を認めるものではない。また、その業務も閉鎖的であってはならない。これまで述べてきたように、制度創設者の思い、累次の立法趣旨、更に判例や多数の学説により、その独立性が支持されてはいるものの、これを否定する考えがあることも忘れてはならない。こうした指摘は、審査官の独立性を認めることに伴う弊害を根拠とするものであり、実務上の問題として、真摯に耳を傾ける必要がある。

以下に独立性に対する否定説を一部引用する。

織田季明・石川義雄「新特許法詳解」日本発明新聞社「通説は認めるべきであるということのようであるが、私は通説と異なり必ずしも認めることを当然と考えるべきものではないと思う」「特許処分は政策上の裁量のないものであるとしても、法は何を定めているかを判断しなければならず、そのためには長年の経験と研鑽とを必要とし、その判断をするに当って上司の指揮を受けなければならないという制度はなんら特許処分の本旨にそむくものではない。」「殊に最近の如く審査官がきわめて多くなった場合においては、審査官の独立性を認めることにより審査官によって判断が異なるという傾向を強めるものといわなければならない。」「審査官に職務の独立を認めることが特許権の付与という面で恣意の働くのを回避することができるという意見もあるが、もともと特許をするか否かは法にき束されており恣意の働く分野はあり得ない。もし上司の

30) 高林克巳「特許庁審査官・審判官の法的性質」『意匠制度の現状と課題』(日本工業所有権法学会年報第12号)(1989)。

31) 高林龍「標準特許法」第2版(有斐閣)(2005)200。

32) 兼子一・染野義信「工業所有権法」第1版(日本新評論社)(1960)143-145。

33) 安達祥三「特許法」(日本評論社)(1930)130。

34) 前掲、吉藤(1997)426。

35) 光石士郎「新訂特許法詳説」第4版(帝国地方行政学会)(1974)377,489-490。

指揮を受けることが恣意の働く原因となるのであれば上司の指揮を受けない場合にも審査官の恣意の原因となるといわざるを得ない。」

否定説による懸念を端的に表せば、(1) 特許処分には、長年の経験と研鑽が必要であり、その判断にあたり上司の指揮を受けなければならない、(2) 審査官の独立性を認めることにより審査官によって判断が異なる傾向を強めるという二点にある。

(1) の指摘に関しては、審査官が長年の経験と研鑽とを必要とする点に論を待たない。

そのため、特許審査官になるには、国家公務員Ⅰ種試験やそれに準ずる試験を経て入庁し、その後も通常4年間の審査事務への従事³⁶⁾が必要とされる。任期付審査官についても、特許庁による厳正な選考を経て採用され、その後も一定期間、審査事務への従事が必要となる³⁷⁾。入庁後数年間は審査官補として審査官の業務の補佐³⁸⁾を通じてOJTを経験し、法定の研修等³⁹⁾を経て審査官に任官される。このように、審査官に任用されるまでには様々な関門が用意されており、審査官として独立して審査を行うために最低限必要とされる知識、能力の蓄積や評価が図られている。また、審査官に任用された後も、審査官は審査実務の知識水準を維持向上させるための様々な研修を受けている⁴⁰⁾。

また、審査官は、その審査の起案について管理職等から「決裁」(チェック)を受ける⁴¹⁾。審査は審査官が

独立して行うことから、この「決裁」は決裁者が審査官の起案について共に責任を負うものではないが、決裁者はこの「決裁」を通じて審査官との協議や指導、助言等を積極的に行うことができる。このように、上司の積極的な関与を通じて、特許庁は審査官の審査における「独立性」と「上司の指揮」とのバランスを自律的に保っていると言える⁴²⁾。

(2) の指摘に対しては、前掲の高林(1989)が、「全く考慮するに値しない。(中略) 審査官の独立を認めれば、審査官の数が多くなるだけ判断が区々になるといっても、それを防ぐために、拒絶査定不服の審判請求及びその審判の審決に対する取消の訴、特許無効審判の請求及びその審決に対する取消の訴が準備されているのである。」と反論している。審査のばらつきがあるとしても、多審制がこれを是正するとの論である。

しかしながら、特許訴訟等がもたらす当事者への多大なる負担や社会に与える混乱を思えば、この論のみに頼ることはできず、特許庁においても、実際に判断の乖離を防止するために様々な対策を講じている。

例えば、特許庁は審査対象の技術分野に応じて部や審査長単位、技術単位、グループ制を設けて技術分野の共通性が高い審査官を近接配置し、審査官が互いに協議や相談をしやすい環境を用意している⁴³⁾。そして、前述の管理職等による「決裁」の仕組みに加えて、重要案件に対する審査官間の協議を励行し⁴⁴⁾、「決裁」や

36) 特許法施行令第12条。

37) 任期付審査官とは、一般職の任期付職員の採用及び給与の特例に関する法律(法律第125号)に基づいて任用された審査官を指す。5年間の任期で当初は審査官補に任用される。審査官補は、審査官を補助しながら2年間の実務経験を積み、所定の研修を修了すれば3年目に審査官への任官が予定される。

38) 経済産業省組織規則第325条第3項「審査官補は、命を受けて、審査官を補佐し、特許、意匠登録及び商標登録の出願の審査並びに国際調査及び国際予備審査並びに実用新案技術評価書の作成に関する事務を処理する。」

39) 審査官補の間の研修には、審査官補コース研修、合議研修、審査官コース前期研修、後期研修等が挙げられる。小林均「特許庁審査部における研修」『特技懇』247号(特許庁技術懇話会)(2007)35-42。

40) 審査官任用後の研修には、審査应用能力研修1・2、先端技術研修などが挙げられる。小林均(2007)。

41) イノベーションと知財政策に関する研究会「イノベーション促進に向けた新知財政策」特許庁(2008)参考Ⅱ-25。

42) このようなバランスの保持は、「上司の指揮」が行きすぎることの無いよう十分慎重に行われるべきことは言うまでもない。組織内部における職権の独立については、司法ではあるが、芦部(1999)321頁に裁判所内における裁判官の独立の侵害が問われた事例として「平賀書簡事件」が示されている。この事例は、札幌地裁所長が担当裁判長に対して、判断に関する意見を述べた書簡を私信として送った事件であり、この行為は裁判官の独立を侵すものであるとされている。

43) 部、審査長単位、技術単位は経済産業省設置法をはじめ関係法令に規定されている。他方、グループ制は特許審査部が組織内に設けたものである。グループ制の活用事例は、「〈小特集〉グループ体制の活用事例」『特技懇』227号(特許庁技術懇話会)(2002)に一部紹介されている。

44) 山口昭則「『世界最高水準の迅速・的確な特許審査』を行う特許庁に向けて」『特技懇』235号(特許庁技術懇話会)(2004)124-127。

協議を通じた意見の収斂を通じて、審査のバラツキを減らしている。こうした施策は、当然に恣意や独善の働く余地をも無くすものである。

(2) 品質管理の必要性

ところで、審査の独立性とのチェック機能のバランスを論じる際には、品質監理室についても言及する必要がある。平成19年4月に設置された品質監理室は、分野横断的な品質管理の手法を整備し、審査官に品質の分析結果をフィードバックすることなどを通じて、特許審査における品質管理体制の強化を目指したものである⁴⁵⁾。仮に審査内容に乖離がある場合や技術単位内において何らかの恣意が働いている場合（無論そのようなことは無いと確信するが）には、審査結果のサンプルチェック⁴⁶⁾を通じてその事象が発見されると考えられる。

なお、いわゆる品質管理については、特許の質が各国において主要な課題となる中、我が国のみならず諸外国の知財庁においても、その取り組みがなされている⁴⁷⁾。また、特許協力条約（PCT）における、「PCT国際調査及び国際予備審査ガイドライン」の第21章には、国際調査及び国際予備審査の品質向上のための要件が定められており、各国際調査・予備審査機関に対して品質管理の充実を求めている⁴⁸⁾。

特許庁・審査官は、上述した様々な対策を通じて、審査官の独立性に伴う懸念について、その払拭に必要な対策を講じてきた。今後もその維持・向上に努める必要がある。制度上審査官の独立性を保ちつつ、同時に庁として自律的に懸念されうる弊害に対処することは、相乗的に国民の信頼を高め、高橋や清瀬などの制度創設者や立法院が求めてきた制度の趣旨にもかなうといえる。

勿論、審査の独立性と各施策との均衡は、上述の審

査関連施策に限らず、広く内外の特許審査政策を検討する際、常に留意すべきであることは言うまでもない。

(3) 審査基準の性格

審査の乖離を防止すべきことは、上記6(1)において既に触れた。このために、上で述べた各種施策に加え、審査基準が果たす役割は大きい。そこで、審査基準について、審査官の独立性との観点も含め、各種資料を参照しつつ、歴史的背景も含め検討する。

審査基準の発端は、明治18年4月、農商務省が出版した「専売特許願人心得」にあると考えられる。この「心得」緒言には、次の記載がある。

「専売特許法ハ我國未曾有ノ新法ナレハ今回制定セラレタル條例ニ對シテ或ハ其解釋ニ苦シムモノナシトイヒ難シ苟クモ事物ノ發明ニ志アランモノハ常ニヨク此條例ノ主意ヲ心得オカズバアルベカラズ」。

上記の部分を、旧字体を新字体とし、一部送り仮名や表現を改める。

「専売特許法は我国未曾有の新法なれば、今回制定せられたる条例に対して、あるいはその解釈に苦しむものなしとはい難い。事物の發明に志ある者は、常によくこの条例の主意を心得ておくべきである。」

この心得は、専売特許条例の解釈上の統一を期したものであると同時に、その緒言が表すように、国民への制度の啓発の意味があったものと考えられる。その後、昭和31年には、特許、実用新案などの諸法令の解釈運用に関する特許庁の見解をまとめた「例規集」、特許及び実用新案の審査が一定の基準に従ってなされるようにするため実体審査に必要な法令及びその運用

45) 経済産業省HP「特許庁の組織体制の強化について」(<http://www.meti.go.jp/press/20070330017/kyouka-p.r.-set.pdf>) (2009/4/5アクセス)。

46) 服部智「『特許審査の品質監理』について」『特技懇』(特許庁技術懇話会) 246号 (2007) 141-147。

47) 諸外国知財庁における品質監理の取り組みについては、(財)知的財産研究所「特許審査の出願人等による評価を踏まえた品質監理手法に関する調査研究報告書」(2008)に詳しい。

48) 前掲、服部 (2007) 143-144。

に関する実務上必要な知識をまとめた「審査便覧」が公表された。

その後、出願件数の急増に伴う審査官の増員、個々の審査官の担当技術分野の細分化及び新技術の発生などによって実体的審査に不統一が生じないよう、特許庁において、産業別に続々と審査基準が作成されることとなった⁴⁹⁾。一方で、各産業分野に共通の一般的問題を取り扱うものとして、「一般基準」が昭和40年に公表された。その後、昭和55年、審査基準室が、省令に基づき設置された⁵⁰⁾。そして、平成5年には産業別審査基準・一般基準が「改定審査基準」として整理、統合され⁵¹⁾、その後の改訂を経て現在に至っている。

このように、審査基準に類するものは、制度創設当初から存在し、特許制度の解釈・運用や、出願人・発明者の啓発に役立ってきたものである。その歴史からもわかるように、審査基準には先人の知識・経験が詰まっており、非常に重要な資料であることが理解できる。また、審査基準の策定に際し、現在パブリックコメントや審査基準専門委員会など、特許庁外からの意見を聞く機会も多数存在している。審査官が当事者の考えや法律専門家の意見を吸収できるという意味においても、審査官にとって非常に重要なものといえる。

審査基準のあり方については、昨年決定された知的財産戦略本部「知的財産推進計画2008」において、「審査基準を見直し、予見性を高める」、「審査基準等を的確に運用する」として項目が立てられている⁵²⁾。また、同じく昨年報告されたイノベーションと知財政策に関する研究会・特許庁「イノベーション促進に向けた新知財政策」においても、「透明性・予見可能性の高い特許審査メカニズムの構築」という視点から、審査基準のあり方が議論されている⁵³⁾。「予見性を高める」との指摘は、その位置づけを見る上で至言である。

そして、特許庁は、審査基準の位置づけについて、平成20年11月5日の審査基準専門委員会において、

以下のように説明しており、審査基準の位置付けが表現されている。

「特許・実用新案審査基準(以下「審査基準」という。)は、法規範にはあたらないが、特許法等の関連する法律の適用についての基本的な考え方をまとめたものであり、審査官の審査における判断基準とともに、出願人による特許管理等の指標としても利用されている。また、審査基準を参照することにより、審査官は、特許法の趣旨に沿った出願の審査を一層公平妥当かつ効率的に行うことが可能となり、他方出願人も、特許要件や補正の適否等の判断基準をより正確に把握できるため、明細書の作成や拒絶理由通知への対応に際して、より適切な手続ができる。」

上記の専門委員会資料にも明記されているとおり、審査基準は法規範でない。すなわち、審査基準は直ちに審査官の審査を拘束するものではない。新たなものに常に触れる個々の特許審査に、一般論や既存の類型・基準が当てはまらぬことは、実務経験上良く感じるところだ。最後に立ち返るべきは、当然に法律であり、その立法趣旨であることに言を俟たない。このことは、例えば平成17年(行ケ)第10042号において「特許・実用新案審査基準は、特許要件の審査に当たる審査官にとって基本的な考え方を示すものであり、出願人にとっては出願管理等の指標としても広く利用されているものではあるが、飽くまでも特許出願が特許法の規定する特許要件に適合しているか否かの特許庁の判断の公平性、合理性を担保するのに資する目的で作成された判断基準であって、行政手続法5条にいう『審査基準』として定められたものではなく(特許法195条の3により同条の規定は適用除外とされている)、法規範ではないから、本件特許の出願に適用される特許・実用新案審査基準に特許法の上記規定の解釈内容

49) 特許庁編「工業所有権制度百年史」下巻(1985)502。

50) 経済産業省組織規則第337条第4項。

51) 特許庁編「工業所有権制度この10年の歩み」(1995)211-213。

52) 知的財産戦略本部「知的財産推進計画2008」(2008)39-40。

53) イノベーションと知財政策に関する研究会「イノベーション促進に向けた新知財政策」(2008)104-116。

が具体的に基準として定められていたか否かは、上記(4)アの解釈を左右するものではない。」と説示された上で、法律に則った審決が求められていることからも首肯できる⁵⁴⁾。

なお、審査・審判が法律に基づくべきであることは、欧州特許庁における欧州特許条約(EPC)と審査ガイドライン(Guidelines for Examination in the European Patent Office)との関係においても同様であり、「ガイドラインは通常の事件に適用されることを意図した一般的な指示に過ぎない。したがって、審判部は、(中略)審査部がガイドラインに従ったかではなく、EPCに従って行動したか否かについて判断するであろう。」と明確に述べた審決も存在している⁵⁵⁾。

ところで、上記判決にも記されているように、審査基準は審査官の基本的な考え方を示すものであるから、個々の審査官が積極的に関与しなければならないことは明らかである。これは、審査官がその職務上自動的に負っている、審査のバラツキを減らすという「責任」であるともいえる。したがって、個々の審査官は、日々の業務の中で、真摯に技術・法律・審査基準・裁判例を勉強し、審査基準がどうあるべきかを考え、審査基準それ自体、あるいはその作成や改訂プロセスを通じて、審査官間のバラツキの是正を目指すことが求められる。

審査官が基準に関与する重要性について、一般基準作成当時の産業別審査基準作成評議会会長の古藤幸朔氏が次のように述べている。「成文化された実体的審

査基準は(中略)その作成過程が関係審査官に対する会議方式による研修の場となるという意味において、別の大きな意義を有すると信じている」⁵⁶⁾

なお、審査基準の策定に際して、全ての論点について司法的判断を待つことは現実には難しいが⁵⁷⁾、既になされた司法判断と合致していること、また、当業者の意見、法律関係者の意見が反映されていること、さらには審査官のコンセンサスが加わり、はじめて実効性を伴う基準となるであろう。

また、基準の変更に際しては、その継続性にも細心の注意を払う必要がある。基準の改定により「基準が緩い時期に特許された案件もあれば、同じ内容でも基準が厳しい時期には拒絶される」、「緩い基準で特許された案件の無効審判に新しい基準がどの程度参酌されるか不明で、審査時と審判時で基準が異なる案件の対応に迷う」との指摘が出願人(企業)からなされていることは重く受け止める必要がある⁵⁸⁾。時代の要請に従い、必要な改訂を速やかに行うことは当然としても、基準の改定があまりに頻繁となるならば、その基準が果たして取って明文化すべき内容のものであるのか、立法趣旨から理解が困難であるのか、本来法的措置が必要なのではないか等を慎重に検討すべきである。「主義方針を変更したりするようなことがあれば、人はこの特権は薄弱であり信頼することができないと観念し、従ってこれが侵害者を生じさせるであろうし、ついには我殖産上に最も忌むべき現象がおきるかもしれない」との高橋の言葉を改めて引用したい。

54) なお、基準を機械的に適用した場合には導くことが困難と思われる判断を示した裁判例として、例えば基準の変更の元となった新規事項についての種々の判決、除くクレームについての大合議判決、新規性否定の根拠や進歩性否定判断について、引例が実施可能であることや、引例から本願発明が容易に実施できることの立証は不要とした判決(昭和34年(行ナ)第6号、昭和63年(行ケ)第275号、平成12年(行ケ)第429号、平成13年(行ケ)第84号、平成14年(行ケ)第324号)等が挙げられる。

55) EPOにおける審査ガイドラインの法的な位置付けについては、次のような審決がある。「T162/82(OJ1987,533)及びT42/84(OJ1988,251)において、審判合議体は審査部がEPOガイドラインから逸脱する裁量権について判示した2つの審決によれば、ガイドラインは通常の事件に適用されることを意図した一般的な指示に過ぎない。したがって、審判部はEPCに従っていればこれから逸脱することができる。審査部の決定を審理するに当たって、審判合議体は法律の統一的な適用が確保されることを望み、審査部が、ガイドラインに従ったかではなく、EPCに従って行動したか否かについて判断するであろう。」(欧州特許庁審判部編著、欧州特許庁審決研究会訳「欧州特許庁審決の動向(改訂版)」(社)発明協会(2000)378)とのことであり、審査ガイドラインの位置づけは一般的な指示に過ぎないとしている。

56) 特許庁「産業別審査基準(一般基準)」(1964)2。

57) 竹田稔「審査官・審判官に望むこと」(特許懇「特許懇233号」)(2004)5には次のような記述がある。「残念ながら、我が国では特に産業社会が必要とする最先端の技術について、どの範囲で特許性を認めるかについての司法判断が素早く示される状況にはないし、法改正にはそれなりに時間がかかる」。

58) 保倉行雄「企業が求める審査官像」(特許懇「特許懇233号」)(2004)34。

7. さいごに

これまでみてきたように、審査官の独立は制度上高度に担保されており、審査官個人の「責任」もその権限とともに非常に大きなものといえる。審査官に与えられた独立性は、その責任の重さの裏返しである。裁判官に求められていると同様に、審査官についても、いかなる外部からの圧力や干渉をも受けずに、公正無私の立場で職責を果たすことが必要⁵⁹⁾である。

もちろん、その職責にあぐらをかき独善に走るとは到底許されない。また、権利の重要性と国民に与える影響の大きさから、これまでになく特許の質、すなわち安定した権利付与に向けた審査の質の維持が強く求められている。更に、制度創設以来、審査滞貨の問題が解消されたことはなく、行政効率の視点を常に忘れることもできない。加えて、(審査を除き)各種の関連施策を立案・遂行する上で内閣を頂点とする階層的構造の一員として、長官を始めとした上司の指揮監督を受けることも当然にある。また、経済や社会がグローバル化する中、国際的な動向にも目配りが必要である。その意味では、我が国審査官・審判官は、裁判官や他の国家公務員、他国審査官以上に多くの重圧や課題を抱えているともいえる。高度な技術的知見や知的財産制度に対する深い造詣に加え、均衡のとれた見識が求められる所以でもある。

今はやりの言葉を用いれば、これらは審査官や審判官の品格ともいえる。本稿が、こうした高度かつ多様な業務を日々遂行する審査官の矜持の保持に繋がれば幸いである。それこそが、高橋をはじめとした先人達の制度や特許庁、何より公正中立を求めた審査官に対する思いに応えることともなろう。

本稿は、著者の不勉強や時間的な制約のため、必ずしも十分に客観的、網羅的なものとはなっていないであろう。また、本稿で紹介しきれていない、審査制度に関する様々な視座や論点、その解釈も当然に存する

と考えている。言うまでもなく、本稿の文責は著者のみに帰するものである。また、著者は本稿に関する様々な批評に真摯に耳を傾ける所存である。

なお、奇しくも本原稿の執筆中、本年2月に財団法人知的財産研究所のホームページにおいて特許庁図書館が所蔵する「高橋是清氏特許制度ニ関スル遺稿集」の一部、我が国の産業財産制度の発足に関わる文献が紹介されることになった⁶⁰⁾。多くの方々はすでにご覧になったと思うが、まだの方はぜひ目を通されてはいかがだろうか。

profile

澤井 智毅 (さわい ともき)

1987年(昭和62年)入庁。審査官、審判官、併せて在外研究員、国際課国際調整班長、電業課調査班長、調整課企画調査班長、日本貿易振興機構ニューヨークセンター知財部長、知財研ワシントン事務所長等を経て、2008年(平成20年)7月より現職。

profile

大熊 靖夫 (おおくま やすお)

1997年(平成9年)入庁。審査官、併せて審査企画室、審査調査室、調整課、在外研究員等を経て、2008年(平成20年)10月より現職。

profile

道祖土 新吾 (さいど しんご)

1998年(平成10年)入庁。審査官。在外研究員等を経験。

59) 裁判官の独立について、例えば前掲、芦部(1999)319には、「裁判が公平に行われ人権の保障が確保されるためには、裁判を担当する裁判官が、いかなる外部からの圧力や干渉をも受けずに、公正無私の立場で職責を果たすことが必要である。」と記されている。

60) 高橋是清遺稿集、知的財産研究所HP<http://www.iip.or.jp/chizaishi/shiryo/korekiyo_ikosyu.html>(2009/3/15アクセス)。