

特許権の本質と審判制度の機能と運用に関する一考察 ―前編―

特許審査第一部 光デバイス 審査官
特許審査第一部 アミューズメント 審査監理官

道祖土 新吾
杉浦 淳

抄 録

特許を取り巻く環境は、刻々と変化しており、特許制度自体、こういった時代の変化に合わせた修正が必要となることに疑いはない。しかしその一方で、特許権の本質や制度の根幹を蔑ろにしては、却って特許制度の趣旨を滅却し、制度の減退を招く恐れがあるのでは無いかと危惧される。

そこで、本稿ではまず、特許権の性質を概観し、発明の「新しさ」とは特許制度を支える根幹であることを明らかにする。さらに、特許権の性質について、自然権的発想・功利主義的発想の両面から検討を行い、憲法第29条との関係についても検討する。

続けて、無効審判制度の歴史的経緯を振り返り、ドイツ・アメリカの制度とも比較しつつ、無効審判制度が本来有すべき法的な性質・実体的機能について検討する。

このような検討を通じて、特許権の有効・無効を特許庁審判官が判断することの意義や、制度のあるべき論を考察する上での手がかりを掴むことを目指す。

0. はじめに

明治4年に、日本で初めての特許法である「専売略規則」が公布された。その後、大正10年に、特許法は大改革が行われ、日本の特許法は、ドイツの特許法とほぼ同じものとなったと言われる。そして現在においても、我が国特許法の基本的骨格は殆ど変化がないと言われている¹⁾。しかしその一方、世界における特許を取り巻く状況は、刻々と変化している。例えば、欧州におけるEEUPCの設置に関する部分合意²⁾、中国・韓国をはじめとするアジア諸国における特許制度利用の飛躍的拡大、世界的規模での特許流通事業の活性化³⁾などが挙げられる。また他方で、特許制度の廃止を求める政治団体、いわゆる海賊党が、欧州議会

で一議席を獲得した、との報道もなされた。

制度の解釈論については、大淵教授が、審判制度に関する検討の中で、特許関係処分の法的な性質は実体的には裁判的作用であることを指摘した⁴⁾。大正10年法創設当時、清瀬博士も同様の説を唱えていたが、昭和34年法改正を経た特許法に関する近年の通説は、特許処分は、形式的にも実体的にも行政処分であると考えられていると思われるのであり、大きな指摘であった⁵⁾。大正10年法以前、またそれ以降、我が国の特許制度は、時代に応じて数々の改正を経てきたが、今、改めて、その立ち位置を確認することが求められているように思える。

そこで本論考では、先ず、特許制度に求められる最も大切な要件と特許権という権利の性質について検討し、それ

1) 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。

2) 「ジェトロ 欧州知的財産ニュース2009年11～12月号 (Vol.35)」(http://www.jetro.go.jp/world/europe/ip/archive/pdf/news_035.pdf (2011/3/8アクセス))

3) 柳澤智也「イノベーションのオープン化と新興するマーケットー前編」特技懇258号(特許庁技術懇話会,2010) 92-105頁

4) 大淵哲也「ダブルトラック問題を中心とする特許法の喫緊の諸課題」ジュリ1405号(2010) 52-57頁 脚註19では、以下のように述べられている。「特許処分をはじめとする特許関係処分は、私権である特許権の発生(特許処分)、変更(訂正審決等)、消滅(無効審決)に係るものとして、その実体は、裁判(非訟・訴訟)的作用であるともいえるが、立法政策的に、特許庁(行政庁)に委ねられ、行政処分という形でなされる。形式としての行政処分と、実体としての裁判(非訟・訴訟)的作用という両面から把握する必要がある。」

5) なお、少数説に留まっていたようであるが、現行法制下においても、審査・審判の実体は裁判作用であるとする論考は存在していた。例えば君嶋祐子「出願審査手続の法的性質」牧野利秋判事退官記念『知的財産法と現代社会』281-289頁(信山社出版,1999)

を踏まえて、権利の正否を扱う特許無効審判の法的な性質と機能、そして、審判という手続きを実際に動かし有効に機能させるために必要となる能力について、欧州やドイツの動向を踏まえて検討する。

筆者らの浅学故、検討が不十分かつ雑駁とのご指摘は数多くあると思われる。しかし、本稿は上記のような思いで執筆したものであり、何卒ご容赦頂きたい。また、本稿は筆者らの全くの私見であることを申し述べさせていただきたい。

●目次

1. 特許制度成立の要件と特許権の性質

(1) 特許権の対象が新規な発明であることの意味

(2) 特許権の性質について

2. 特許無効審判の性質とその機能

(1) 審判制度の戦後法改正

(2) 無効審判の性質―形成的処分(形成の訴え)

(3) 安定・堅固な権利 当事者負担の少ない審理 安価・迅速な結論の必要性

3. 特許専門家による審理の意義

(1) 特許専門家とは

(2) 安価・迅速・真実発見

(3) 海外の状況

(4) 特許専門家による審理の意義

4. おわりに

1. 特許制度成立の要件と特許権の性質

(1) 特許権の対象が新規な発明であることの意味

イギリスにおいては、特許権は古くは恩恵主義に基づく特権であった。しかし、恩恵主義であっても、新規性は早期の段階から必要なものとされた(1602年のトランプに関する判決⁶⁾や、1624年の「専売条例」⁷⁾)。そして、その後、フランス等の権利主義に基づく各国の特許制度創設に当たっても、新規性の要件は、必要とされた。また、日本においては、キルビー最判⁸⁾以前は、例外的なものはあったものの、特許権の行使において、新規性を有さない範囲についてののみは、権利行使を許さなかった。新規性には、特許権の本質が見え隠れしている。

コーラーは、「発明権の存在の基礎概念は人類より何ものを奪うこと無し、唯、人類に何者かを寄与することのみと謂うにあり」と述べたと伝えられている⁹⁾。これについて清瀬博士は、「すなわち知る、特許を受くべき発明に新規性(Novelty, Neuheit.)を具備せざるべからざることは斯制度存立の根本原理なることを。」と説明する。すなわちコーラーは、新規性を特許権、あるいは発明権¹⁰⁾の本質とみたのである。

ところで、所有権を天賦の権利と述べたジョン・ロックの自然権思想は、アメリカ合衆国憲法にも活かされていると言われているが¹¹⁾、その一方でロックは、私的所有に条件

6) 吉藤幸朔『特許法概説[第12版]』(有斐閣, 1997) 14頁(Darcy v. Allin) なおDarcy v. Allinの事件については、清瀬一郎『発明特許制度ノ起源及発達』(学術選書, 1970)にて大変詳しく調査されている。

7) 吉藤・前掲注6・14頁

8) 最判平成12年4月11日(民集54巻第4号1368頁[キルビー最判])。なお、キルビー最判以前は、例えば最判昭和37年12月7日(民集第16巻12号2321頁[炭車トロ脱線防止装置事件])や、最判昭和39年8月4日(民集18巻7号1319頁, 判時387号20頁, 判タ166号120頁[液体燃料燃焼装置事件])にみられるように、事実上、公知技術部分については権利行使を認めないとい解される裁判例が中心であった。また、進歩性にまで踏み込んだとされる裁判例も、鎌田義勝「進歩性の欠如と技術的範囲の解釈」牧野利秋編『裁判実務大系 9 工業所有権訴訟』(1985年・青森書院) 154-168頁によれば、数は多くなく、かつその殆どは、公知技術の単なる寄せ集めであり、日本の過去の実務(一般基準「発明の同一性に関する審査基準」[1]-14-9には、同一と判断される例として「発明(イ)とその発明(イ)に公知の他の発明を付加したもので、その付加した点に技術的な意味がない発明」が例示されている。)では新規性違反とされるような事例である。またそもそも、キルビー判決の射程は、村林隆一「特許法104条の3の制定とその解釈」パテ63巻7号(2010) 111-118頁のように、同一性違反を含む広義の新規性違反に限るものであり、進歩性や記載要件に関しては射程外であるとする論考もあり、この考え方は、清瀬・前掲注1・95頁「……発明か新規性ヲ有スルコトハ発明權存在ノ根本理由ナリ。故ニ発明ニシテ新規性ヲ有セサルコトカ發見セラルルトキハ、縦令特許証ヲ下附セラルルモ其特許權ハ根本ヨリ無効ニシテ特ニ特許ノ取消処分ヲ要セサルナリ」、すなわち、発明にとって新しさというのは根本問題であり、それが容易であるかという問題とは別種の概念であって(清瀬・前掲注1・95頁には、「斯ノ如ク發明ノ新規ナルヤ否ヤハ、是ヨリ先ニ世人カ之ヲ知り、之ヲ用キタルニアラスヤトノ考慮ヨリ来ル要件ナリ。前節ニ説明シタル發明ト稱セラルル者成立スト認ムヘキヤ否ヤノ問題(Sufficiency of subject matter)トハ別種ノ概念ナルヲ知ルヘシ。何人モ容易ニ應用シ得ヘキモノ、即チ發明ト稱スルニ足ラサルモノハ縦令新規ナルモノ(例ヘハ鑛泉ヲ氷結セシ物體)ト雖モ發明トハ稱スヘカラス。(唯容易ニ思考シ得ヘキ如キモノハ同時ニ新規ナラサルコト多カルヘシ。)」と記載される)、新しくないものに限っては無効審判等を経る必要が無いと考えた清瀬博士との見解とも整合的であるとも言える。

9) 清瀬・前掲注1・94頁には、以下のように記載されている。『獨ノ「コーラー」論シテ曰ク、「發明權存在ノ基礎概念ハ人類ヨリ何モノヲ奪フコト無シ、唯人類ニ何モノカヲ寄與スルノミト謂フニ在リ」(中略)乃チ知ル、特許ヲ受クヘキ發明ニ新規性(novelty, Neuheit.)ヲ具備セサルヘカラサルコトハ斯制度存立ノ根本原理ナルコトヲ。』

10) 発明権の概念は、我が国特許法上で規定される概念でなく、講学上の概念であると考えられ、当該発明権と特許を受ける権利との関係の相違等については諸説あるが、本稿で検討したい内容とは直接的には関係が無いと考えられるから、ここでは検討しない。

を付けていると言われている。いわゆる「ロックの但し書」と呼ばれるものであり、その条件とは「共有のものが他人にも十分に、そして同じようにたっぷりと、残されている」ことであるとされる。この条件の充足性に関して、有体物である土地・水・天然資源は、人類にとってその量が限られていることから、完全なる私的所有に疑義も出始めている¹²⁾。

一方、発明については、コーラーが述べるように、人類が発明を創作し続ける限り、その量に限りはなく、「人類に寄与する」のみである。この点、発明は、土地・水・天然資源と比べて、「ロックの但し書」条件をより充足していると言え、また、「人類に寄与するのみ」のものであり、非常に尊いようにも思える¹³⁾。発明とは、いわゆる知的コモン(共有物・共有地)の中から、そのコモンを前提として—ニュートンの言葉を借りれば「巨人の肩に乗って」—発明は作られる。そして、その発明は、コモンに無かったものである。そして、特許制度においては、その技術情報に関しては、公開とともにコモンに加えられ、一定期間を経た後、その発明の利用も含めて、完全にコモンに加えられることになる。土地になぞらえれば、発明は、人類に未開であった新たな土地を開発し、そしてそれは人類の共有財産に還元され、人類の活動の場を増やしつつ、新しいフロンティア(未開の「領域」)の礎となっていくものと考えられる。

要すれば、新しさというのは、特許制度・特許権を支え

る本質である。発明の新規性は、「奪うものなく、人類に寄与するのみ」成立の必要条件であり、自然権的な発想に基づき権利の成立を正当化する根拠となっており、また、何故我々が、発明や発明をなす技術者、特許権に対して自然と尊敬の念を抱くのか、その根拠の一つでもあるともいえる¹⁴⁾。そして、制度を支えるこの最も大切な本質は、特許制度において最も大切な要件であって、制度が正しく機能するか否かは、この新しさの要件、産業・技術への貢献(コーラーの言葉を借りれば「人類」への「寄与」)を正しく見極められるかどうかにかかっているとみえる。この点については、後の2.~3.において検討する。

(2) 特許権の性質について

我が国の特許制度は権利主義を基調としている¹⁵⁾。すなわち、特許権は、憲法29条の財産権であると認められ¹⁶⁾、その権利は、私権である¹⁷⁾。また、特許庁における特許付与に関する判断、すなわち、審査あるいは審判は、法に羈束されており自由裁量の余地はないというのが通説となっている¹⁸⁾。

ここで、憲法29条にいう財産権とは、どのようなものであるのか、そして、特許権は、これとどのような関係にあるのかを検討してみたい。なお、憲法29条にいう財産

- 11) 芦部信喜『憲法学Ⅰ 憲法総論』(有斐閣, 1992) 28-29頁「立憲的憲法は、権力の法的制限という立憲主義の目的を、人間の権利・自由の保障とその他の国家組織の基本(権力分立)の制度化によって具現化したものである。そこにはグロチウス(Hugo Grotius, 1583-1645)に始まり、ロック、ルソーおよびモンテスキューにおいて開花した自然権思想および権力分立論が、決定的とも言える大きな影響を及ぼしている。自然権思想は、アメリカ・ヴァージニアの権利章典(一七七六)、独立宣言(一七七六)、合衆国憲法権利章典(一七九一)、フランスの人権宣言(一七八九)などに具現化され、権力分立原理は合衆国憲法および一七九一年フランス憲法に、その考え方がない形態はかなり異なるが、実定化された。」
- 12) 日本国憲法の、GHQの人権に関する小委員が作成した草案段階では、以下ようになっていたとされる。「土地および一切の天然資源に対する終局的権限は、国民全体の代表としての資格で国に依存する。従って土地およびその資源は、国が、正当な補償(just compensation)を支払い、その適正な保存、開発、利用および規制を確保し増進するためにこれを収用する場合、並びにそのために必要または便宜な法律を制定する場合には、このような国の権利に服せしめられるものとする。」この発想は、現行の憲法第29条第3項に活かされている。また、私的所有を認めつつも、その所有物の公共性から、多くの義務を課す立法も、私的所有の発祥地とも言える欧州で存在している。例えば、ドイツのラインラントパルツ州森林法等が挙げられる。
- 13) 先日、京都大学の北川宏教授が、レアメタルに類似する特性を持つ合金の合成に成功したとの発表がなされた。また、筑波大の渡邊信教授が、石油を大量に生産する藻を発見したとの報道もされた。科学技術の発達は、資源の有限性さえも克服する可能性を持っているように思える。また近年、小惑星探査機「はやぶさ」の偉業が日本国民に多大な夢を与えたところであるが、はやぶさにも、数多くの発明が利用されている。同機に搭載されていたイオンエンジンは、アメリカなどに輸出されることが決まっている。なお、JAXAの知財への取組については、潮田知彦「JAXAの研究開発業務と知的財産について」特技懇257号(特許庁技術懇話会, 2010) 28-42頁。
- 14) 日本では、1721年に新規御法度のおふれが出されるなど、為政者により、新規の技術は抑圧されていたとされるが、一方で、欧米各国は、古くから特許制度をもち、技術革新に前向きであった。杉林信義『特許の起原とその発達過程における特許行政の史的研究』(東京印刷, 2004) 78-81頁によれば、江戸後期から明治初期にかけ、福沢諭吉をはじめ、欧米の技術発展の素晴らしさに触れた多くの文化人たちは、相次いで発明の重要性、発明者保護・特許制度創設の必要性を説いたという。
- 15) 中山信弘編『注釈特許法[第三版] 上巻』第5頁には以下のように記載される。「中世の特権は国王等により恣意的に付与されていたが、現行法では、発明者は権利として特許を取得しうる……」
- 16) 平成14~16年に開催された知的財産訴訟検討会(第4回)議事録によると、中山教授は以下のように述べられている。「私は、情報に関する財産権、特許権もその一つですが、当然憲法29条の射程範囲だと思いますし、したがって既に存在している特許権を、勝手に法律で消してしまうとか、遡及的につぶしてしまうというのは、なかなか難しいと思います。」
- 17) TRIPS協定前文(e)より一部抜粋「……知的所有権が私権であることを認め……」。また、大淵・前掲注4・46頁
- 18) 中山・前掲注15第5頁には以下のように記載される。「中世の特権は国王等により恣意的に付与されていたが、現行法では、発明者は権利として特許を取得しうるものであり、かつ特許庁における特許付与に関する判断は法に羈束されており、自由裁量の余地はない。」また、大淵哲也『審決取消訴訟基本構造論[初版]』(有斐閣, 2003) 309-311頁でも、自由裁量の存在は否定されている。

権の理解は、大きく分けて、自然権的な発想に代表されるような、個の尊重に基礎をおく理論と、功利主義的発想、すなわち「最大多数の最大幸福」に代表されるような、全体の利益に基礎をおく理論とが存在するようであるから、この両極ともいえる説を中心に、検討してみたい。

(2-1) 自然権的なアプローチ

芦部教授の『憲法』¹⁹⁾をみるに、芦部教授は、財産権に関して、自然権的アプローチをとっているように見えるので、本書を元に検討してみたい。芦部教授によると、近代憲法は、「何よりもまず、自由の基礎法である」とされる。そして、このような自由の観念は、「自然権の思想に基づく」ものとされる。財産権は、憲法上保障される経済的自由権のひとつとされるが、これは、「封建的な拘束を排して、近代市民階級が自由な経済活動を行うために主張された権利」であると指摘している²⁰⁾。ところで、自然権とは何か。誤解を恐れず単純にこれを述べれば、一切の政治権力が存在しないような自然状態ではすべての人間が平等であり、そして、そのような自然状態のもとで、人間が生まれながらにして持っている生命・自由・財産に対する権利であるといえる²¹⁾。このような自然権的発想は、近代憲法の基礎になっているといわれている。日本においても、憲法によって、精神的・経済的・人身的自由が保障され、それは自然法理を成文化したものといわれることがあり²²⁾、少なくともその制定時においては、日本国憲法にもその発想は生か

されていたことが分かる。

加えて、芦部教授は、財産権は、社会国家思想の進展に伴い、社会的な拘束を負ったものと考えられるようになったと指摘する²³⁾。例えばアメリカでは、精神活動の自由は高度に担保される一方で、経済活動の自由の規制は立法府の裁量を尊重する、という発想がある（精神的自由と経済的自由とで、合憲性の基準を異ならせるという、いわゆる「二重の基準」と呼ばれるもの²⁴⁾）。また日本でも、財産権については、憲法29条第2項「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」との規定があって、この規定について、芦部教授は、「これは、一項で保障された財産権の内容が、法律によって一般的に制約されるものであるという趣旨を明らかにした規定である。ここにいう「公共の福祉」は、各人の権利の公平な保障をねらうとする自由国家的公共の福祉のみならず、各人の人間的な生存の確保を目指す社会国家的公共の福祉を意味する。つまり、内在的制約のほか、社会的公平と調和の見地からなされる積極目的規制(政策的規制)にも服するのである。」と説明されている²⁵⁾。

要すれば、財産権は、個の尊重、人間の尊厳の尊重という意味での自然権的側面を基調としつつも、社会的な側面から、法律によってこれが制限されているものと考えられる²⁶⁾。

特許権という財産権についても、上記と同様の理解は可能であるようにも思える。特許制度は、恩恵主義にその端

19) 芦部信喜『憲法[新版 補訂版]』(岩波書店, 1999)

20) 芦部・前掲注19・10頁「近代憲法は、なによりもまず、自由の基礎法である。(中略)このような自由の観念は、自然権の思想に基づく。」78頁「……自由権も社会権も、ともに『人間の尊厳』性に由来する自然権的な権利として保障している」80頁「以上のように考えると、基本的人権とは、人間が社会を構成する自律的な個人として自由と生存を確保し、その尊厳性を維持するため、それに必要な一定の権利が当然に人間に固有するものであることを前提として認め、そのように憲法以前に成立していると考えられる権利を憲法が実定的な法的権利として確認したもの、ということができる」

21) なお、自然権・自然法理の意味は、歴史の変遷とともに徐々に変わってきているとも、重要性が低くなっているとも言われるが、団藤重光『法学の基礎 第2版』(精興社, 2007) 276頁によれば、自然法理について「……こうした自然法思想—わけでもルソーのそれ—はアメリカおよびフランスの人権宣言を通じて現代にまで脈々と生きているのである。啓蒙思想は、かようにして、現代法・現代法学においても、原点としての意味を失ってはいないというべきであろう。」と説明されている。

22) 芦部・前掲注19

23) 芦部・前掲注19・201, 209-210頁。201頁では、経済的自由について「法律による規制を広汎に受ける人権であると理解されている」と指摘されている。

24) 芦部信喜『憲法判例を読む』(岩波書店, 1987) 97-122頁

25) 芦部・前掲注19・211頁

26) なお、芦部・前掲注19・210頁には、「私有財産制度の保障とは、いわゆる財産権を制度として保障することである。財産権の不可侵性が否定された現代においては、財産権保障の主要な意味は、財産を取得し保持する権利一般を法制度として保障するという面にある、と考えられる。財産権の保障をいわゆる制度的保障(第五章3参照)と理解する場合、制度の核心は法律によっても侵すことはできないが、その核心は何かが問題となる。従来のも多数説は、生産手段の私有制であると考え、社会主義へ移行するには憲法改正が必要であると説いている。他方、私有財産制の核心は、人間が人間たるに値する生活を営む上で必要な物的手段の共有であるとし、それが侵されない以上、社会化は憲法改正によらずに可能であるとする説も有力である。」と記載される。この記載は有体物を念頭においたものと思われるが、無体物の権利を考える上でも、重要な視点であると思われる。ただ一方で、無体物は、第三者に広く影響を与えるものであることや、有体物に関する所有権とは明らかに異なり、法律によって具体的な形を与えなければ、人々が共通して観念できるような、明確な形式になり難いことに注意が必要であると思われる。なお、無体財産権を自然権的にとらえるアプローチをとると、ある無体物が法定(保護)されていないことは、そのことをもって憲法第29条2項の要請による制限がかかっている、という見方もできそうに思える。例えば、法律上の根拠のない物のパブリシティ権について否定された「競走馬名のパブリシティ権事件」最判平16年2月13日。

を発するといわれるが²⁷⁾、土地等の他の所有権と同様に、封建主義的な特権主義からの市民の開放が進むなかで、自然権的なものとして捉えられるようになっていったことは有名である²⁸⁾。

また、日本国憲法中に、発明者の保護が明文をもって規定される可能性があった。以下は、GHQ民政局の人権に関する小委員会が作成した、「第3章人権」の〈3社会的権利および経済的権利〉の項目に記載された草案の翻訳の一部である。

「(前略) 国会は次のような法律を制定するものとする。

(中略) 法律は、生活のすべての面につき、社会の福祉並びに自由、正義および民主主義の増進と伸張のみを目指すべきである。(中略)

知的労働並びに内国人たると外国人たるとを問わず、著述家、芸術家、科学者および発明者の権利を保護する立法」²⁹⁾

この原案は、GHQ民政局の憲法草案に関する運営委員の、社会立法に関する細かな規定は省略する方が良い、との考えから、導入されることはなかったということであるが³⁰⁾、発明者の権利を保護すべきであるという発想は、憲法創設時も強かったことが理解される。この観点は、発明権の人格的な側面の意味合いが強いかもしれないが、発明

者は、国家や国民に寄与するから保護すべきという理由よりむしろ、人権的観点からの立法が求められていたというところは興味深いように思われる。また、世界人権宣言の中にも、第27条第2項において、「すべて人は、その創作した科学的、文化的又は美術的作品から生ずる精神的及び物質的利益を保護される権利を有する。」と規定されており、著作権のみならず、科学的創作に関しても、人権的な保護が強調されていることは有名である。

但し、自然権的側面を肯定するか否かは、国民が、発明を自然権的なものと捉えているか(発明権ないし特許権は、国家の存在と無関係に、発明者の権利として当然に守られるべきと考えるのか)、あるいはそうでないのか、あるいは、社会のあるべき姿として、発明や発明者を尊重すべきなのか否か、そのような価値観の形成を日本国民の中で図ることができるのか、という国民の選択に最終的には委ねられることは否定できない。これに関して、日本人の法律感情、その根底となる道徳観、すなわち、日本人の知的財産に対する法律感情から見て、日本の特許法は権利主義に基づかない、という考えもある³¹⁾。

しかし、「道徳は法を支え、法は道徳を醸成する」といわれる³²⁾のであり、無体財産権、とりわけ特許権のような

27) 中山・前掲注18・5頁「中世の特権は国王等により恣意的に付与されていた……」

28) 例えば、佐藤文男氏(元特許庁首席審判長)は、「特許法における幾つかの問題点について 上」特許ニュース、11490号(2005)4頁で、「ペンローズ(E.F.Penrose)は特許制度の意義についての従来の説を、個人の権利に根拠を置くものとして基本的財産権説、貢献に対する報酬説、産業政策的な意義に根拠を置くものとして秘密の公開に対する代償説、発明の奨励説の4節に整理している。(中略)基本的財産権説はフランス革命時、1971年の制憲議会を通過したフランス特許法の前文に採用され、また、1878年のパリ会議でも、事実上フランスの主導の下にパリ条約の根拠とされたといわれる。1971年の特許法審議の際、ミラボー(Mirabeau)は「産業ならびに芸術上の発見は人民会議が確認宣言する以前からすでに所有権(Propriete)として存在したものであった。」と声明した(A.Lourie「工業所有権制度の基本」AIPPIVol.11p.160)。これは「発明者や工業上の創案者のその作品に対する権利、ならびに製造業者や実業者のその標章に対する権利は財産権であって民法がそれを創り出すのではなくただそれを規制するだけである。」(1878年工業所有権国際会議記録250頁 同上「第三章 工業所有権保護国際条約の発展」による。)と同趣旨である。」と指摘される。また、播磨良承『国際工業所有権法 増補版』(中央経済社、1979)27-28頁でも、以下のように指摘される。「1873年のウィーン各国外交会議における特許法改革の内容にふれておこう。ラダス博士(S.P.Ladas)によれば、1873年8月4日から9日までの特許法改正会議は大体次のようであった。(中略)この結果、次の四つの議決が採択された。第一に、発明者の自然権は各国市民法によって保護されるべきであることが確約された。(中略)つまり、国家が発明に対し、任意的保護から義務的保護へ変換したことを示す点で、とくに興味深い。とりわけ、特許は、自然権としての市民法により保護するという方針が、このことを物語るであろう。」なお、フランス革命は、封建的特権から市民を解放する目的を持っていたこと、そしてその流れは、ヨーロッパ諸国に広まっていったことは有名である。

29) 高柳賢三、大友一郎、田中英夫編『日本国憲法制定の過程I原文と翻訳一連合国総司令部側の記録による一』(有斐閣、1972)255頁 なお、482頁には、高野教授らからなる民間の憲法研究会が作成した憲法草案要綱が記載されている。一部抜粋する。「経済 1.経済生活ハ国民各自ヲシテ人間ニ値スヘキ健全ナル生活ヲ為サシムルヲ目的トシ正義進歩平等ノ原則ニ適合スルヲ要ス 各人ノ私有並経済上ノ自由ハ此ノ限界内ニ於テ保障サル 所有権ハ同時ニ公共ノ福利ニ役立つヘキ義務ヲ有ス (中略) 1.精神的労働者著作者発明家芸術家ノ権利ハ保護セラルヘシ (後略)」GHQも、この草案を参考にしたと伝えられている。

30) 前掲注29の253頁には、知的財産に関する規定の削除について、より具体的に、ケイディス大佐の発言が記されている。「ケイディス大佐は、知的労働および内国人たると外国人たるとを問わず、科学者、著述家、芸術家の権利を保護すべき旨を命じている条項は、削除してはどうかと述べた。知的労働の保護のための手続が、曖昧で明確にきまっていないものだからというだけではなく、その実現には国際関係がからまってくるからである。国際的著作権に関する法は、法律の規制にまかせることができる、と彼は述べた。」

31) 安達祥三『特許法』(日本評論社、1930) 61頁 によれば、特許権が成立した場合を除いて、他人の発明すなわち着想を模倣してはならないとする法律感情は日本に存在しないとして、特許制度の基礎は発明の奨励という国家の政策であり、日本の特許法は権利主義を取っていないとする。

32) 林信雄『信義則法学』(ミネルヴァ書房、1976) 63頁「社会生活の永続性を維持するためには、国家的社会秩序の維持を使命とする法そのものが、道徳と相相反してはならないばかりではなく、道徳と融合せねばならないのである。つまり、法がその全き目的を達するためには、法は国民的自覚を促進しつつ、人々の内面的良心によって支えられることを必要とするのである。」

強大な権利は、国民の直感的な理解がないと、維持し続けるのは困難のように思える。そのため、前記のような「道徳は法を支える」という発想は、非常に重要なようにも思われる。また、アリストテレスは、法は「善い習慣を植え付け、善い人格を養い、われわれを市民道徳へ向かわせる」ものだと説いたそうである³³⁾。知的財産権制度が根付くかどうか、また、根付かせるための政策として、このような道徳と法の相補的な発想やアリストテレスの法思想は、知財関係者にとって、示唆に富んでいるように思える。

もちろんその一方で、発明は、技術や産業の発展、人類の発展を妨げてはならない。特許権が財産権として認められる範囲もまた、技術や産業の発展、そして、人類の発展のための阻害要因とならない範囲となろう。そのため、憲法29条2項にいうような、様々な政策的規制が必要とされているものとも言えそうである³⁴⁾。

(2-2) 功利主義的アプローチ

特許制度の理解について、近年では、前記の自然権的なアプローチはあまり取られず、インセンティブ論に代表される、功利主義的アプローチが、特許制度の正当化理由として最も広く採られているように思われる。なお、財産権一般についても、従来は自然権的な側面が強調されていたようであるが、近年では功利主義的な検討も進んでいるように思われる。以下は、その視点からも簡単に検討を行いたい。

清水潤氏は、「憲法上の財産権保障の意義について」との論考において³⁵⁾、自然権的アプローチの他、憲法と財産権に関する種々の既存のアプローチの弱点を指摘した上で、財産権立法は、「無限定の一般的自由権(殺人・窃盗の自由をも含む、無限定の自由)を制約するもの」であり、

「統治利益を追求する国家行為として把握すべき」であると述べる。国家の統治利益は、全体の利益というべきものと思われるから、これは功利主義的側面を有していると言えそうである。そして清水氏は、財産権制度は、他の一般的自由権に関する立法と同様に、憲法13条の統制を受けると指摘する(憲法13条は、個人の尊重や、公共の福祉に反しないことを制限とした生命、自由及び幸福追求に関する権利について規定されている)。特許制度も、この議論の枠内で検討できるのかもしれない。

また、上記に関連して、功利主義の一つとされ、近年脚光を浴びる「インセンティブ論」についてであるが、インセンティブと所有権の関係を、加藤教授が論じている。所有権は、労務などの資本投下を保護し、資本投下にインセンティブを与えることによって、資本投下者個人を保護するとともに、社会全体の生産力の向上を図るために必要とされたという。土地所有権の発生は、狩猟採集社会や遊牧社会など、土地への投下資本の意味に乏しい社会では存在し難い(ただし狩猟採集社会では狩猟物・採集物に、放牧社会では家畜に所有権が観念される)が、その一方で、定着農耕社会においては必要とされるとする。そして発明の保護も、これと同じ社会構造を有する、と指摘する。要すれば、生産財という意味で、またインセンティブ付与の必要性という意味で、土地所有権と特許権は同じであるとの指摘である³⁶⁾。

技術が発展しているほとんどの国は、特許制度を持っている。発明が社会に財を提供する中で、発明者側が個として、この財の一部の権利を勝ち取ったものというべきであるのか、はたまた、発明者の権利を保護したから、技術が発展したのか、筆者の能力ではこれを詳細に論じることにはできないが、少なくとも、科学技術の発展のために、尊重

33) Michael J. Sandel, 鬼澤忍訳『これから「正義」の話をしよう』(早川書房, 2010) 258頁。アリストテレス(高田三郎訳)『ニコマコス倫理学(上)』(岩波書店, 1971) 51-52頁「われわれは最高善が政治の目的とするところであるとなしたのであるが、政治とは市民たちを一定の性質の人間に、すなわち善き人間、うるわしきを行うべき人間につくるということに最大の心遣いをなすものなからである。」

34) 例えば、改正前特許法に存在していた不特許事由や、権利期間の年限、強制実施権といったものは、このような観点から把握できるようなにも思える。また、『工業所有権制度改正審議会答申説明書』(発明協会, 1957) 3頁には、進歩性について、以下のように説明されている。「規定の趣旨は、通常の人が容易に思いつような発明に対して排他的な権利を与えることは発明の奨励の目的である社会の技術進歩に役立たないばかりでなく、却って社会の技術進歩のさまたげとなるので、そのような発明を特許付与の対象から排除しようとするものである。(中略) 現行法(筆者注: 大正10年法)の下においては、(中略) 発明を構成しないものであるというふうにみてきたのである。」この記載からみると、特許法第29条第2項の規定は、憲法29条2項にいう政策的規制という見方もできそうである。なお先に、発明という無限の資産と、土地といった有限資源とは、その有限性の観点で相違すると思われる点を指摘したが、その一方で、発明という技術情報は、少なくとも将来的には人類に広く利用されるべきものであるし、またそもそも、第三者の自由を毀損する危険性が高い権利であるから、そういった意味では、土地や水、食料などといった資産と共通する側面を有しており、法による統制は重要と思われる。

35) 清水潤「憲法上の財産権保障の意義について」東京大学法科大学院ローレビュー 3号(2008) 86-121頁

36) 加藤雅信『「所有権」の誕生』(三省堂, 2001)「農耕社会における所有権概念の発生の基礎は、所有権者個人を保護することによって、まず社会構成員のそれぞれに農耕、農業投資へのインセンティブを与え、究極的にそれを通じて社会全体の農業生産の極大化をはかることにあった。また、農業社会が工業社会へ発展すると、特許権等の知的財産権が観念され、特許権者等の権利者個人を保護することによって、個別の社会構成員に発明等、新規テクノロジーへの投資のインセンティブを与え、究極的にそれを通じて社会全体の工業生産の極大化をはかることになった。このように考察をめぐらしていくと、近代脚光をあびている知的財産権概念も、基本的には、土地所有権概念とその構造はパラレルであって、同じ社会的な基礎を有していることが分かる。」

されるべき科学者・発明者のために、特許制度の存在が一役買っていることは、恐らく間違いないのであろう。

(2-3) 自由の保護について

なお、先に、芦部教授が、日本国憲法を「自由の基礎法」と述べたことを指摘した。特許制度と個の自由とは、どのような関係にあるのか。最も注目されるのは、特許権が第三者の自由を毀損しているのではないかと、との懸念だと思われる。

既に述べたように、特許権は本来、新しいものに付与される。しかも、「容易になし得た」発明には特許権は与えられないから、コーラーが述べるように「人類より何ものを奪うことなし」「ただ人類に与えるのみ」であり、第三者の既存の自由は毀損しないことが想定されていた。ただし実際には、同時期に同じような発明がなされることはあるし、また近年の科学技術の進歩の速度はめざましいものがあるから、出願当時には素晴らしい発明と評価されるものであっても、(仮にこの発明が無くても)数年後には他の誰かが普通に発明できたものかも知れず、そうであれば、結果的に、数年後の第三者の自由を毀損していることになるとも言える。そもそも清水氏の指摘する「制約なき一般の自由」を想定するなら、いずれにしても第三者の自由は制限されていることになる。

また、発明の技術情報は、広く人類に利用されることが、最も有効に活用された状態であり(情報のみでなく実施まで含めて幅広く活用されるべきか、また、その対価をどうするかという問題は別としても)、発明が最も尊重された状態とも言える。また、抽象的な概念である発明は世の中で具現化し実施されて、人類のためになってこそ意義がある、といった面もある³⁷⁾。

こういった、特許権による自由の制限、技術情報や発明の実施に関しての公益的観点からの問題は、今後の特許制度のあり方を考える上で、重要な視点となるかもしれ

れない³⁸⁾。

また一方で、特許制度は実質的には、発明者の自由を確保している意味もあるように思える。杉林博士は、江戸時代は発明保護制度がなかったから、技術者はそれを秘匿せざるを得なかったと指摘している³⁹⁾。発明は、それがなされるために多大な労務・資金が投入されることが少なくなく、そしてその一方、発明の生み出す利益は非常に大きい。発明は一般的に、模倣して利益を得ることが比較的容易であるという問題がある。そのため、技術情報を発表する自由も、堂々と発明を実施する自由も事実上毀損されていたようにも思える。これは、折角耕した土地を他者に利用されてしまうような状況、あるいは、農作物泥棒を恐れて堂々と農業が営めないような状況とも似ているようにも思える。技術者の為した発明を、特許権という形で保護してもらえらば、技術者は、堂々とその技術を公開できるし、また発明の実施を堂々と行い(あるいは、特許権の売却や実施権の設定等の形でその「知」を金銭等と交換し)、その利益を得ることができることになるように思える。また、技術開発を生業とすることもできる。

(2-4) まとめ

特許権は、非常に理解が困難な権利であるように思える。「正義論」は混迷の現代において流行っているようであるが、その「正義」を説明する言葉が、一つではまるで足りないが如くと同様に感じられる。どのような説を採ろうと、100%論理的に正確に、特許権の本質を説明しきるということは大変困難なのではないか、とも思えてしまう⁴⁰⁾。

たとえば加藤教授は、功利主義に基礎をおくかの如く思われるインセンティブ論的な所有権の考え方は、無主物に労働を混入することによって所有権が発生するとするロックの労働理論と近似する、と述べている⁴¹⁾。生産財についての所有権の発生構造という意味で、インセンティブ論的な発想は、めぐりめぐって、自然権思想を代表するロック

37) なお、澤井智毅「米国雑感」特技懇259号(特許庁技術懇話会、2010)9-19頁の13-14頁においてなされている発明とイノベーションの関係についての指摘は、発明の技術情報としての側面と、実施としての側面とも関連性があるように思われる。

38) 本来は、強制実施権の設定や権利期間の年限等の他は、国家による統制でなく、市場における神の見えざる手によって調整が図られることが想定されているものと思われるが、現状で十分であるのかは、検討を要するのかもしれない。例えばコーラー(小西真雄訳)『特許法原論』(巖松堂書店、1916)250頁によると、当時のドイツ特許法には、(権利者に対する補償をした上で)の「公用徴収」が法定されていたようである。また、柳澤智也「イノベーションのオープン化と新興するマーケットー後編その2」特技懇260号(特許庁技術懇話会、2010)96-107頁において、ライセンスオブライト等、公益を考慮した様々な施策が紹介されている。

39) 杉林・前掲注14・8頁によれば、江戸時代の発明者について「その技術についてはなんらの保護制度もなかった。国の乱れている時代に生きる技術者は、自らの発明という技術的思想を自身において守るべく余儀なくされ、いきおい発明の公開をさけ、たとえ妻たと親子たとを問わず、厳とした秘密主義をとったのである。」と指摘されている。そしてこのことは、その後明治維新に至るまで、西欧と日本との技術格差が広まった理由の一つとして説明されている。

40) 究極的には、当然のことながら、国権の最高機関である国会によって、換言すれば民主主義的な手続きによって決するよりないものと思われる。

41) 加藤・前掲注36・178頁

の労働理論、あるいは、我が国憲法の第29条第1項の解釈の多数説とされる「生産手段の私有制」との親和性をみせているようにも思われる。

また、分割出願についての事件であるが、昭和53年(行ツ)第101号 最判昭55年12月18日 審決取消訴訟において 最高裁は特許制度の趣旨について以下のように述べている。

「特許制度の趣旨が、産業政策上の見地から、自己の工業上の発明を特許出願の方法で公開することにより社会における工業技術の豊富化に寄与した発明者に対し、公開の代償として、第三者との間の利害の適正な調和をはかりつつ発明を一定期間独占的、排他的に実施する権利を付与してこれを保護しようとするにあり……」

「産業政策上」、「社会における工業技術の豊富化に寄与した発明者」の「保護」、「公開の代償」、「第三者との間の利害の適正な調和」などの重要なキーワードが出てくる。この文章を読み、功利主義的に理解する者もあり、権利主義的に理解する者もあるのではないと思われる⁴²⁾。

いずれにせよ、特許権の性質を考証するにあたり、自然権的なアプローチをとっても、功利主義的なアプローチをとっても、特許制度の設計(及び運用)に重要なことは、発明者の尊重、個の尊重と、全体の福祉の向上との高度なバ

ランスが求められることが明らかとなったように思える⁴³⁾。

ただし、発明は、前述のとおり、土地や水、天然資源などとは異なり、有限性がなく、世の中に存在しなかった新たなものを人類に提供するものであるし(そうでなければならぬ)、しかも究極的には、発明は発明者個人の脳内で形成されるものであるから⁴⁴⁾、これらの視点をも考慮に入れなければならないようにも思われる。本稿では、検討する紙面も、筆者の能力も足りないが、こういった視点を考慮すれば、個の尊重、すなわち発明者の尊重が、ますます強調されるようにも思われる。

自然権的なアプローチを取れば、発明者の尊重を前提にする制度であることは明らかであるし、また、功利主義的発想、インセンティブ論的な発想をとっても、個の尊重が重要であることは明らかといえる⁴⁵⁾。また、特許制度は、発明者の自由を保障している面もあるように思われる。個人の自由を尊重し、創造性の発露が尊重される社会が最も強い社会であることは、歴史が証明するところであると思われる。

2. 特許無効審判の性質とその機能

「1. 特許制度成立の必要条件と特許権の性質」において、

- 42) 「発明者の保護」との観点は、権利主義的な、自然権的な発想を思わせるが、その一方、産業政策上という文言や、公開に関する説示は、功利主義的発想を思わせる(特許請求の範囲という権利範囲の公示だけでなく、発明という技術情報自体を公開させている点については、功利主義的側面があると思われる)。なお、事実状態の発明権と特許権の関係について、特に公開制度に関して、君嶋祐子「特許権の成立要件と発明の公開」紋谷暢男教授還暦記念『知的財産権法の現代的課題』47-65頁(発明協会、1998)にて論じられている。
- 43) 播磨・前掲注28・39頁では、以下のように指摘される「近代的な特許制度は二つの主要な目的をもっている。一つは発明者によるその特許発明利益を得るために利用する独占的権利を与えることによって発明を保護奨励すること、他は特許発明の開示および利用による技術と産業の発達を促進することである。前者は、発明者(発明者より正当に権利を承継した者も含む=利害関係者)の私的利益、つまり、法が発明に権利を付与するのは、発明者の創作に対する道義的理由を根拠とする。(中略)後者は、社会・産業経済の発達という公共の利益を目的とする。さらに道義的理由は、発明奨励という経済政策によって増強され、道義と政策が合致するものとされる。社会経済的公共の利益は、経済政策そのものではあるが、前者の道義的目的と矛盾するものではない。このように、発明の保護政策は、発明者に自然権的な固有の権利を承認し、あわせて社会・経済の発達に合致させているところに、資本制社会にも社会主義社会にも共通する法の目的を与えられていることになる。(中略)(パリ条約は)上述の発明者の利益と社会的利益との二者択一でもいづれか一方が他方をコントロールすることでもなく、両者は調和させるという点で、パリ条約の個人主義的思想は貫徹させているという特色によって、今日も存在意義がますます重要となろう。」
- 44) 特許権は権利の精神的側面があることが、ヘーゲルや中山教授により指摘されている。ヘーゲル(長谷川宏訳)『法哲学講義[初版]』(作品社、2000)634頁には、以下の記載がある「わたしの肉体的・精神的な特殊技能や活動の可能性のうち、それにもとづく個々の産物や時間的に限られたその使用は、他人に売ることができる。」「精神的生産の精神性は、外へとむかう方式を通じて直接に物の外形へと移され、こうして、その物は他人によっても生産されうるものとなる。したがって、精神的な産物の所有者は、伝えられた思想や技術的な発明をわがものとするだけでなく、同時に、そのように外へとむかい、そのような精神的産物をさまざまに作り出す、一般的な方式をも手に入れるのである。」「そうした精神的産物を個別の物として手に入れた人は、そのものの全面的な使用権と価値を所有し、個別のものについては完全に自由な所有者といえるが、とはいえ、書物の著者や技術装置の発明者は、そうした産物を複製する一般的な方式については、あくまでその占有者であって、その一般的な方式は売却したのではなく、自分独自の表現法として自分のものに保有しうるのである」。また、中山信弘「発明者権の研究」(東京大学出版会、1987)211頁には、以下の記載がある。(従業者による生産物の原始的取得が、有体物では通常使用者であるのに、発明では従業者である点について)「その差異を根拠づけているものは一体何であろうか。まず、根拠の第一に考えられることは、精神的創作活動は、高度に頭腦的・知的労働であり、その対象は創作者の人格の表出物ということである。即ち、精神的創作物は人間の知的活動の所産を対象とする権利客体であり、単なる財産権でなく、精神的側面を有している」「又、頭腦より生じた思想は、各人の庭に生じた草木と同様、その者の所有になるということは基本的人権に属するというフランス革命以来の思想が存在していたことも、発明と有体物とを区別して取り扱う上で見逃せない点であろう。」
- 45) アメリカ合衆国憲法も、発明者の保護—すなわち個を尊重するという方法のみによって、特許制度を創設することを許容している、とも言える。第1編第8条第8項「合衆国連邦議会は、著作者及び発明者に、それぞれの著作及び発明に対する排他的権利を、限られた期間保障することによって、科学[学術]及び有用な技芸の発展を促進する権能を有する」(下線は筆者)

特許制度や特許権の性質について検討し、特許権は発明者の基本的な権利（私権）であり、その自由を保障する面もある制度であることが理解されたように思われる。ここでは、そのような権利の正否を扱う無効審判について、戦後の法改正や制度の性質を検討した上で、どのような機能を果たすべきものであるのかを検討したい。

(1) 審判制度の戦後法改正

戦前・戦後で、日本の制度は大きな変革を受けた。大正10年法の父ともいべき清瀬氏は、早くから、審査や査定不服審判は事実上非訟事件であり、無効審判は民事事件であると述べていたが、特許局の説明は、いわゆる査定系審判も無効審判も、いずれも権利付与の行政処分であるとしていた。ただし、戦前は、その実体をみると、審判合議体に法律家が入っており、時には裁判官・検察官も入っていたとされるのであり、司法性も意識されていたことが伺われる⁴⁶⁾。

戦後、敗戦により、大陸法系の流れを受けた大日本帝国憲法が、米国の影響を強く受けた日本国憲法へと改正されることとなった⁴⁷⁾。特許制度との関係で言えば、この改正の大きなところは、よく知られるように、特別裁判所の設置の禁止と、行政審判の終審の否定である。

日本では、特許に関する特許局の処分は、全て行政処分というのが特許局の見解であったから、これらは全て、通常司法裁判所による審査を受ける必要ができた。なお当時は、審判部をドイツの特許裁判所のような形態とすることは、憲法上の特別裁判所になってしまうので、不可能であると考えられていたようである⁴⁸⁾。また、司法審査とは、法律審でなく事実審であることが原則とされた⁴⁹⁾。一方、特許法改正当時にも、米国においては、行政判断の尊重のルール、(典型例は「実質証拠法則」)が存在していたが⁵⁰⁾、日本では、審判部の独立性の不十分性が強く糾弾され、このような法則が導入されることは無かった⁵¹⁾。

なおこの頃、荒玉審議室長は、審判官の身分保障による独立性の向上を目指していた⁵²⁾。その理由は、米国法で認

46) 『日本工業所有権法学会年報第5号 日本工業所有権法における審判制度の諸問題』(有斐閣, 1982)の218頁以下におさめられた討論の記録によると、網野氏は、以下のように発言している。「戦時中までは特許、実用新案(商標のみならず)の審判におきましても、立前として必ず行政科の高等試験を合格した事務系の商工省のキャリアの審判官が1人合議に加わっておりました。戦前の行政科の試験と司法科の試験はまあ同じようなものでしたから、裁判所における手続実務等の点は別と致しましても事件を法的に処理するという点においては、これによりまあ誤りなきことを期待し得るであろうとの考え方によったものと思われます。なお、戦前においては特許局の審判は特別裁判所であるという考え方もあったのですがこれに對しまして、法律に定められている裁判官ないしは審判官が関与していないから憲法違反であるという反論もありました。以上のような審判の人的構成は、このような非難に対する次善の措置であるとの配慮もあったものと思われます。なお戦前にもあったかどうかはわかりませんが、戦時中は3人許りの判事及び検事が特許局に派遣され特許事件の合議に加わるということも何年かはあったようです。」

47) 日本国憲法は大日本帝国憲法の改定であるのか、あるいは旧憲法は廃止され新憲法が改めて制定されたとみるのかは、諸説あるようであるが、論考の本旨と直接の関係が無いので、ここでは検討しない。

48) 昭和45年 第63回国会衆議院 商工委員会議録 荒玉政府委員(特許庁長官)「もちろん一番大きく違いますのは、裁判所の場合には完全な身分保障でございます。審判部といえども行政機構の内部でございますので、審判官は全く裁判官と同じだという意味の完全な身分保障はございません。その差を裁判官と同じにするためには、これは特別裁判所という問題が出るわけでございます。そういった行政庁の職員の裁判所と同じ身分保障の体系というのは、實際上私むしろいいんじゃないか、かように考えています。」ただし実際は、最高裁判所の下にあり、その決定に従う限り、行政的裁判所などの特別な裁判所の設置は、許容されとの意図で憲法の条文は作成されていたようである。高柳賢三、大友一郎、田中英夫編『日本国憲法制定の過程II』(有斐閣, 1972) 232頁(行政府は司法権を持ち得ないという第一次試案に対して)「これでは、行政事件も司法裁判所によって取り扱われることになることから、討議において、この点が、司法的寡頭制をもたらすことになろうという批判の一つの理由としてあげられたのであった。その結果、行政的裁判所は存在することができるが、それは最高裁判所の下にあり、その決定に従うべきであるとされ(た)」終局的な司法権を最高裁判所がもつ限り、立法府はその欲する種類の裁判所を創設しようとして、「すべて司法権は、最高裁判所および国会が時宜により設置する下級裁判所に属せしめられる。」と書かれた趣旨が、行政府の機関による裁判にも及ぼされることになったのである。」なお、家庭裁判所が特別裁判所でない点について、最判昭和31年5月30日。

49) 荒玉義人「無体財産権」ジュリ100号(1956) 142-146頁

50) 日本法律家協会編『準司法的行政機関の研究[初版]』(有斐閣, 1985) 165-180頁には、アメリカに於いて、行政判断を尊重すべきとの意見と、司法コントロールを充実すべきとの意見との間で、大きな対立があったことが記載されている。実質証拠法則は、このような議論の中から創出されたようである。また、大淵・前掲注18・103頁。

51) 「工業所有権制度改正審議会 一般部会 議事要録」(荒玉文庫, 1955-1956, 特許庁職員閲覧室所蔵)の、原委員による、「審級構造改革案に対する意見」には、以下の記述がある。「一.特許庁側の問題(二)審判官が職務上の独立を持たなければならない。長官の審判官指定権 解任権 送達に対する長官の権限(三)手続がこれに耐えるものでなければならない(中略)ノルマの問題 裁判官は良心のみがノルマ(中略)三.国民の側から(一)新憲法の精神 行政機関の専恣は許されぬ。(中略)四.国際的の立場から(中略)(二)内国産業の保護育成を一つの重大使命とする通商産業省の一部局の司法的判断。いわずや機構は前述の如きもの」

52) 前掲注51「工業所有権制度改正審議会 一般部会 議事要録」の最終盤に位置する349頁には、荒玉氏の、以下の発言が記されている「以前に審判を裁判の前審として考え、それに伴い、審判官の資格法定、身分保障、法律職の者を加えること等によりその充実をはかるという案を提出し、この案は採用されなかったが、その後審判官、審査官の職務の難しさに相応した身分保障、資格の法定等について成案を得るよう研究した。しかし、一般公務員との関係等困難な問題が多く、具体的な成案を得るに至らなかった。従って、今すぐ身分保障、資格法定等についてこの程度のものを考えて居るということを示すわけにはゆかない。しかし、この趣旨を今後研究の上立法化したいと考えて居る。」

められる「実質証拠法則」の導入を主張した際に、国民の人権保護の視点、審判部がいわゆる準司法的行政機関とは認め難いことを理由の一つとして、これが拒否されたことに依っている⁵³⁾。

戦前戦後を比較するに、戦前は、審決に対する不服は、抗告審判（特許局審判合議体が行う）における審決を経た後には大審院に出訴される仕組みであって、しかも大審院による審理は法律審であった（抗告審判の存在を除けば、最高裁における審理が法律審的なものとなった近年のドイツの仕組みに近いものと思われる）。一方戦後は、審決は、司法審査で事実審として改めてレビューを受けることとなった。また、実質証拠法則など、専門行政庁の判断を尊重する仕組みも入らなかった。戦後の日本の審判制度は、ドイツの仕組みから離れ、アメリカの形に近づいたともいえるが、アメリカと決定的に違うのは、専門行政官庁の検討した専門的知見に基づく判断の尊重の規定の有無である。アメリカでは、査定系においては実質証拠法則等、専門行政庁の判断を尊重する仕組みがあり、また付与後の権利の有効性についても、その特許の有効性についての推定規定が存在していて、審決を尊重する仕組みが存続している⁵⁴⁾。日本には、こういった専門的知見に基づく判断を尊重し、これを利用する制度は導入されなかった。

他方、ドイツでは、戦後の新憲法への整合性の観点から、さらなる憲法改正を経て審判部を改組し、技術判事を合議体に含む特許裁判所を設置した。

要すると、戦前の我が国の制度は、ドイツ・アメリカと比べた時、科学技術に関する専門的知見に基づく合議体の

判断が最も尊重される制度を有していたが⁵⁵⁾、戦後は、ドイツ・アメリカと異なり、こういった尊重の制度は存在しないことになり、少なくとも形式的には、上記合議体の専門的知見に基づく判断の尊重が大きく後退した制度になったといえる。

また、戦前は、大審院は、法律審として抗告審判の審決を破棄自判できる立前であった⁵⁶⁾。戦後の昭和34年法改正にあたり、当初は、審判機関の独立性を十分に高めることを前提とした上で、旧法とほぼ同様に、法律審として裁判所が破棄自判できる案が提案されたようであるが、特許庁で行う処分は、本質的に行政処分と考えられたためか、裁判所が特許庁の処分を代って自判することは行政権の干犯であって許さず、三権分立に反するとされ⁵⁷⁾、最終的には、高裁での破棄自判は認められない方向での制度設計がなされた。ここで、裁判所による破棄自判を不可とする制度は、審決取消訴訟の審理範囲の制限と相まって、出願人、権利者や審判請求人の「専門行政庁による慎重な真理判断を受ける利益の尊重」が含意されており、審決取消訴訟が、事実審として、通常裁判所によって執り行われる現行特許制度のもとでは（さらには、審判を介さずに訂正手続きを行うことができないという仕組みをも考慮すれば）、出願人、権利者や審判請求人の利益の尊重、専門性を有する合議体の判断の尊重という意味で、重要な意義を持っていると思われる⁵⁸⁾。

一方、裁判所が、破棄自判できないという意味では、米国法と同じ仕組みであると言えるが、その一方で、日本は米国とは異なり、裁判所が事実審を行う（実質証拠法則が

53) 前掲注51「工業所有権制度改正審議会 一般部会 議事要録」をみるに、特許庁は何度か、前審に足るとする司法性のラインについて質問している。しかし、それに対する具体的回答は無かったようである。

54) 澤井・前掲注14・18頁には、筆者である澤井氏と、CAFC首席判事であるレーダー判事との以下のようなやり取りが記載されている。「レーダーCAFC判事（現首席判事）にお話を聞いたとき、「我々は、その証拠により6対4程度で特許が疑わしいと感じても、特許を無効とは決してしない。あくまで専門官庁であるUSPTOの判断を尊重する」との大変分かり易い説明をいただいた。「9対1程度の疑わしさが必要か」と筆者が問うた際、「そんなところか」と笑っていた。これこそが、「明らか要件」なのであろう。」

55) 戦前は、確認審判という形で、審判官が事実上侵害訴訟に関与していた。一方ドイツにはそのような制度はないから、その意味で、ドイツよりも尊重されていたといえそうである。

56) 『工業所有権制度改正審議会 特許部会 議事要録』（荒玉文庫、1955-1956、特許庁職員閲覧室所蔵）174～175頁「特許法等の一部を改正する法律案逐条説明（中略）「従来も抗告審判の審決は行政処分と考えられていたのですが、大審院に対する関係は下級審の立場にありまして、大審院は自判できる立前でありましたので……」

57) 前掲注51「工業所有権制度改正審議会 一般部会 議事要録」80頁に掲載された、「特許審判と訴訟の審級構造改革について」昭和30年9月7日審議室案によると、審判機関の独立性を十分に高めることを前提とした上で、以下のように記載されている「審判において確定した事実につき法令の適用を誤ったことを理由として審決を取消した場合に、その確定した事実に基づいて裁判をなすに熟すときは、裁判所は自判することができる」（下線は筆者）これに対し、弁護士である和久井委員は、以下のように指摘し、反対した。「裁判所が特許庁の処分を代って自判することは行政権の干犯であって許されない」「日本の行政権の行政作用一般の性格からして、特許審判の審決内容の「真正」「公正」の専門的絶対性を期待することは不可能」「三権分立の精神、終審裁判を行政庁が為すことを禁止する憲法の規定に反する」。要すれば、(1) 特許審判の「真性」「公正」は期待し得ないから、審判の確定した事実拘束されて裁判することはできない(2) 審判は行政処分であるからこれを破棄自判することは三権分立に反する、との指摘である。審判作用が、その実体は裁判作用であるとされ（なお憲法は、少なくとも創設当時は、裁判作用を、行政府に設けられた機関や特別の裁判所がなすことを禁じる意図が無かったと思われる点について、前掲注48）、かつ審判の独立性・司法性が十分であると認められるに足る対応がとられたならば、このような反論はなかったのかも知れず、キャッチボール現象も生じていなかったのかもしれない。

58) 最判昭和51年3月10日（民集30巻2号79頁、判時806号13頁、判タ334号113頁〔メリヤス編機事件〕）

無い)ので、制度上、審決は取り消され易くなったとも言えそうである。例えば、いわゆる進歩性の評価は、要件事実論的にいえば、「規範的要件」といわれることがあり、どうしても判断者による判断(評価)の差異は生じる⁵⁹⁾からである。

なお、筆者は、特許権の個別の正否の判断にあたり、法の羈束を超えて、審査・審判においての自由裁量(法に羈束されない、行政庁の政策的・行政的な裁量)を認めるべき、との声を聞いたことがあるが、これは、審査・審判における自由裁量と法的に担保された技術専門家や専門行政官庁の「事実認定」や「評価」(あくまでこれは法に羈束されている)についての専門的知見の尊重(裁量)との混同に基づくものと思われる⁶⁰⁾。すなわち審判部は、その判断体は行政組織に置かれているが、もちろん現在も、行政裁量に基づく判断は行っておらず、法に羈束された判断を行っている点を確認しておきたい⁶¹⁾。

このような、法に羈束されている判断についての尊重(裁量)は、場合によっては認める余地があり、この典型例は、米国法や日本の独占禁止法における「実質証拠法則」である。ただし、このような専門的知見の尊重のルールが日本の特許制度で認められるためには、そのための法的手当てが必要である⁶²⁾。

profile

杉浦 淳(すぎうら じゅん)

昭和62年4月 特許庁入庁
平成3年4月 審査官昇任
在モロッコ日本国大使館、(財)知的財産研究所を経て、
平成21年10月より現職

profile

道祖土 新吾(さいど しんご)

平成10年4月 特許庁入庁
平成14年4月 審査官昇任
在外研究員等を経験。

59) 大淵・前掲注4には、再審との関係で述べられた記載ではあるが、以下の記載がある「このような正しい手法による判断による帰結が、審判での帰結と食い違っていることがあっても、これは、裁判体ごとの判断の「ぶれ」の域をでない……」。但し実際は、当時、審決取消訴訟における覆審率は18%程度であり、特許に関する通常の地裁・高裁履審率や、CAFCにおける審決の取消率と殆ど変わらないことも指摘されているところでもある(知的財産訴訟検討会第13回議事録)。なお、牧野利秋「キルビー最高裁判決その後」ジュリ1295号(2005)180-186頁では、「……特許庁審判体の判断に審決を違法とするに足る瑕疵があるというためには、許される評価の幅を逸脱した判断であることが認定される必要がある」とされており、これは、審決取消訴訟が、いわゆる事後審の(レビュー)であることによっているのか、あるいは某かの裁量(専門的知見の尊重)が認められるべきとの指摘であるのかは、定かではない。

60) なお、技術専門的裁量が認められたとされる事件としては、例えば、最一小判平成4年10月29日民集46巻7号1174頁 昭和60年(行ツ)第133号「伊方発電所原子炉設置許可処分取消請求事件」がある。しかし、本事件について言えば、元々許可者が内閣総理大臣であり(職権行使上の独立の地位を有する判断者に権限が委ねられていない)、内閣府に設置された委員会の審議を経る等し、その意見を聞き、尊重しなければならない旨の手続上の規定があり、その上で総理大臣が総合的に判断するものとされており、判断される権利の性質も含め、特許審査とはその趣が大いに異なるものと言わざるを得ない。

61) 審判官は、特許処分に関する審理に関しては、特許庁という組織の権限から独立した、いわゆる職権行使上独立の地位を有するから、特許庁という行政組織の責任で出される審査基準に拘束されることはない(翻って言えば、制度上、審査基準に従っていることをもって責任を果たしたと主張することができない)。ただ、審査基準の多くの部分は、過去の裁判例を元に作られたり、あるいは、多数の専門家を交えた委員会で検討された結果、言い換えればいわば国民的な議論の結果を基にして作られたりしている。それ以外の部分も、多くの部分は、過去の実例の蓄積から得られた経験則や、外部からの意見等が集約されており、基準に従うことで、客観的な真実を導ける場合が多いものと考えられる。そのため、審判官は、職業倫理から能動的に、基準を尊重している。また勿論、基準の機械適用では答えがでない場合は、法に立ち戻って検討を行っている。すなわち、行政目的から基準に従うのではなく、正しい判断を模索するなかで、基準を参考にしていくといえる。この点については、澤井智毅、大熊靖夫、道祖土新吾「審査官の矜持」特技懇253号(特許庁技術懇話会、2009)98-115頁も参照されたい。

62) 大淵・前掲注18・294-305頁。なお「知財高裁元裁判官からみた知財訴訟代理人の訴訟活動」パテ62巻7号(2009)7-23頁 21頁に矢戸氏の以下の発言が紹介されている。「特許庁は行政処分をやっていますので、審査基準に従って画一的な処理をしなくてはいけないという使命を持っているんです。ところが、裁判所はそういうことではなくて、特許庁でこの事件が拒絶された、誤っているから取り消してくれということに答える行政不服訴訟というものです。だから、特許庁の審査基準は、裁判所では特に基準となるものではなく、あくまでも特許法などの法令が基準となっています。裁判所では、審査基準も一応は尊重していますが、審査基準が法令に照らして問題があるということであれば、審査基準自体を違法とすることもありうる。それから、裁判では、証拠によって判断しますので、当事者のほうから提出される証拠の内容によっても結論が左右されます。これは、一方が訴訟で、一方が行政処分であることによって違いがでてくるということです」しかし、審査・審判の判断は法に羈束されており、行政目的(行政裁量)によって権利の正否が左右されることはない。なおこの点は、現行日本の特許制度が権利主義に基づくことや、特許権が公権(国家と私人との関係を定める権利)でなく私権であることから妥当であると考えられる。