

特許権の本質と審判制度の 機能と運用に関する一考察 —後編—

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とする。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。

●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

2. 特許無効審判の性質とその機能

(2) 無効審判の性質—形成的処分(形成の訴え)

特許審査という事前審査の重要性は疑いようもないものの⁶³⁾、限られた人的リソースの中で、限られた時間の中で特許審査が行われている以上、特許審査において、全ての出願について、全ての拒絶理由を完全に発見できるものでもない。これは、審査官を大量に採用し、審査官1人当たりの処理件数が日本の1/2~1/3といわれる欧州特許庁、米国特許商標庁ですら、同様であろう。したがって、社会資本としての安定した特許権の供給にあたっては、無効な特許権を適切に修正していく手続きの存在は不可欠であり、(相対無効という意味では侵害訴訟も権利を修正することがあると言えるが、絶対無効との意味では)現行法制下では、その主要な役割を特許無効審判が担っている。

このような無効審判の法的性質について、大淵教授は、特許無効審判の実体は「特許権取消訴訟」であると述べている⁶⁴⁾。特許無効とは、特許権自体の無効(特許無効)であり、特許処分自体の(行政処分としての)無効とは次元を異にするものであるとする考えである。これは、大変重要な指摘であると考えられる。そこで、特許無効審判を特許取

63) 澤井, 大熊, 道祖土・前掲注61

64) 大淵・前掲注4・脚註23

消訴訟とみた時、その意味は何であるのかを、検討したい。

無効審判制度は、形式的には、形成の行政処分であるといえる。大淵教授の指摘と併せ考えると、無効審判とは、その性質は「形成の訴え」としての（民事）訴訟であると言えそうである。

ところで、形成の訴えとは、一般的に次のように説明されている⁶⁵⁾。

「・・・このように法律行為やその他一定の要件事実の発生によって直ちに法律関係の変動を生じるとせず、その要件に該当する事実が存在することを訴えをもって主張し、裁判所がその存在を認めて、法律関係の変動を判決で宣言し、その判決（形成判決）が確定してはじめて変動の効果が生じると取り扱うのが形成の訴えである。そのような取扱い、変動自体を事実上困難にする反面、変動を明確にし、その法律関係をめぐる無用の紛争を防止できる。また、その場合の判決の効力を第三者へも及ぼすことによって多数の利害関係人との間の法律関係を画一的に処理するのに役立つ。さらに、その種の訴えを提起できる者の資格を一定の者に制限したり、提訴期間を設けることもできるから、これらの規律によって、その法律の変動の可能性を事実上制約することができ、その法律関係の安定を図ることもできる。そこで、法は、とくに法律関係の安定をはかる必要がある場合や多くの関係人に対して画一的な変動を必要とする場合を個別に拾い上げて、この種の変動方式をとることを各別に規定しており、このような規定に基づく訴えが形成の訴えということになる。したがって、形成の訴えに共通のメルクマールとしては、形成判決の確定がないかぎり、訴えの目的たる法律関係の変動を何人も主張しえないという点に求めることができる」

また、特許無効に関して、君嶋教授は、この形成の訴えを用いるメリットについて、以下のように述べる⁶⁶⁾。

「このような形成裁判制度採用のメリットは何か。第一には、これにより、特許権の有効性を争う一人の者が特許権者との間での裁判手続で主張立証に成功した結果を、他の潜在的利害関係人も享有することができる点にある。しかしこれに尽きるのではない。より重要な第二のメリットは、強い権利推定力のある公示方法としての登録を抹消することで、残存しているそれ以外の登録の公示の機能、すなわち、登録された権利の有効性に対する社会の信頼を維持することができる点にある。このように、形成裁判としての特許無効手続は、特許権の安定を図ることができる点で長所を有するのである。・・・「形成裁判としての特許無効

審判は、登録された権利の有効性に対する社会の信頼を高め、特許権の安定を図るための制度として長所を有している。特許無効の抗弁を認めることは、これを捨て去ることである。右長所を維持するために特許無効手続が迅速に処理されるよう制度改正を行うのと、これを捨て去ってクレームの限定的解釈や特許無効の抗弁を認めていくのと、どちらがわが国の特許制度の発展にとって有益なのか、十分に議論がなされることを望む」

さらに、第12回 知的財産訴訟検討会の飯村委員（判事）の発言を一部抜粋する。

（ダブルトラックの一元化問題に関し）

「いずれにせよ、このような問題の解決のためには、当然ながら、無効審判請求の制度と、それから侵害訴訟の制度の両者を機能的に理解して、制度を改正するののであれば、答えが出ないはずです。」

「富士通半導体訴訟は⁶⁷⁾、そのような現象を解消したわけですが、その理由として3点挙げていて、迅速・衡平・手続コストということでした。手続コストと、原・被告間の衡平という点以外にも、迅速ということを行っているわけです。この迅速性というのは特許特有の話で、有効か無効かということが、例えば、無効審判手続において、早期に決められて、それを基礎にして侵害訴訟ができるような運用が実現しているのであれば、何も富士通半導体判決というのは存在しなかったわけです。富士通半導体判決は、せめて特許権侵害訴訟の中で被告の地位を早く解放させるということを実現するために、無効が明らかな場合には権利濫用として原告の請求を棄却するというような、1つの結論を採ったわけです。それは、当然ながら緊急避難的な判決であって、それが広く使われるようになるかどうかは、その後の下級審判決の実務に委ねられたわけですが、あまり想定していなかったと思われる。しかし、結果としては、無効が明らかであるとして、原告の請求を棄却してきた下級審の判決が多く存在することになりました。」

「無効審判制度と侵害訴訟では、効果が対世効か相対効かということ以外に、制度の趣旨が大きく違うし、運用実体も違っていると思います。無効審判制度は、職権主義でもあるし、それから厳に存在している具体的な紛争解決を目的としているのではなく、ユーザーニーズの実現と、社会資本の確立という趣旨があり、また、スクリーニングという側面もあると思います。」（下線は筆者）

なお、形成の訴えは、例えば身分関係や社団関係に多く

65) 新堂幸司『新民事訴訟法 [第3版]』(弘文堂, 2005) 187-188頁

66) 君嶋祐子「特許無効とその手続 (一)」法学研究68巻12号 (1995) 193-217頁、「特許無効とその手続 (二)」法学研究69巻3号 (1996) 15-70頁「特許無効とその手続 (三)」法学研究69巻7号 (1996) 17-72頁、「特許無効とその手続 (四)」法学研究69巻8号43-59頁のうち、特に「特許無効とその手続 (四)」58頁

67) 前掲注8・最判平成12年4月11日。いわゆるキルビー最判。

存在している。清瀬博士は審査を非訟事件と述べ、また、大淵教授も、審査の性質は非訟事件的であることを指摘している。身分関係の事件には、非訟事件が存在しているのであるが、無効審判は、身分関係に関する形成の訴えとの類似点が認められる。

ところで、身分関係に関する法律、人事訴訟法では、職権探知が認められる等している。これは、身分関係は、広く第三者に影響を与えることが考慮されており、また、単なる当事者間の紛争解決を越えて、一定程度、事実関係の解明が求められるものであるからである。そのため、当事者主義・処分権主義が一定の修正を受けている。特許無効審判についても、同様の点が指摘可能であり、類似点が認められるように思える⁶⁸⁾。そして、無効な特許権が存在するべきでないことは、近年アメリカでも、無効な特許権を世の中に存在させないために尽力しているようである⁶⁹⁾。

(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

激烈な技術開発競争の成果を守るために、我が国では40万件もの特許出願がなされ、また毎年15万件超の特許権が生まれている。これらの特許権は、自社の技術開発の成果を保護することに加えて、前述のように、今日では、各社の開発成果を相互に利用することやその流通を図ることをビジネスモデルとするIPビジネスが始まりつつある。このようなIPビジネスが機能するためには、特許権が安定堅固であり、かつ、特許権の存否の認定が迅速、安価に行えることが必要である。また、そもそも、IPビジネスに限らなくとも、企業がその発明を実施してその商品化に踏み切るか否かの判断には、時機に応じた迅速な判断が求められる。

また、特許権は無体に関する権利であり、国内全体に渡り広く影響を及ぼす権利でもあるから、その意味でも、権利の安定性は極めて重要であるといえる。

なお、特許に関する訴訟の技術専門性に触れるとき、医療過誤訴訟などが例示される。ただ、医療過誤訴訟は、通常多くの専門家の鑑定等が数多く提出され、長い時間をかけて判断されているように思う。また、必要となる証人も多く、訴訟に必要とされる費用も、非常に高いものとなっていると聞く⁷⁰⁾。特許権は、その性質上、時間を掛けてじっくりと判断するということが、発明や特許権の利用・行使・流通の観点からは許容し難い。いずれにしても、特許権という「財産」の正否は、迅速・安価に判断されなければ、国民の経済活動に支障をきたしかねない。

そして、当然のことながら、特許の有効・無効が早期に確定すれば、不要な紛争も防止されることになる。戦後法改正後の日本は、前述のとおり、キャッチボール現象が生じることとなってしまい、迅速に結論に至ることが出来ないケースが増えた。そして現在は、侵害訴訟の中で、事実上、特許権の有効・無効判断ができるように法改正され、キャッチボール現象の緩和が一定程度図られている。そして、飯村敏明、設楽隆一編『知的財産関係訴訟[初版]』(青林書院、2008)137頁によると、侵害訴訟における無効判断においては、無効の抗弁・訂正の再抗弁・無効の再々抗弁という形で、訂正と無効とが、事実上分断されることなく判断されていることが示されている。そして141-142頁によると、侵害訴訟において、無効判断が前置されることによって、審理の促進が図れる点示唆されている(侵害論が不要になるためであろうと推測される)。ただし、ここで出される結論は、あくまで相対無効とされている。

キャッチボール現象によって、その意義は一部失われてはいるものの、無効審判制度は、このような目的一すなわち安定・堅固な権利のために、そしてその権利の確定が迅速になされるためにあると考えられ、同時にそれは、具体的紛争の事前抑止や迅速な解決にも繋がるものと考えられる。そして実際にも、上記(2)で検討したように、無効審判制度の法的な性質も、本来は、これに合致するものであるといえそうである。

68) 日本の民事訴訟法は、大陸法起源であり、これは大淵教授も指摘するところであるが、もともと裁判所の介入に消極的なのは、陪審制(事実認定に法律裁判官が関与しない仕組み)を持つ英米法の民事訴訟の発想であり、大陸法起源の民事訴訟法では、職権証拠調べは自然なことである旨指摘する論説も存在している。中村英郎「日本の民事訴訟法に与えたアメリカ法の影響」早稲田法学82巻2号(2007)1-30頁

69) Joseph Farrell and Robert P.Merges「INCENTIVES TO CHALLENGE AND DEFEND PATENTS:WHY LITIGATION WON'T RELIABLY FIX PATENT OFFICE ERRORS AND WHY ADMINISTRATIVE PATENT REVIEW MIGHT HELP」BERKELY TECHNOLOGY LAW JOURNAL Vol.19:1 p.1-28 では、いかに無効な権利を無くすかについて議論され、その中で、審判の果たすべき役割は大きい点について指摘されている。

70) 医療関係訴訟の平均審理期間は、平成21年で25.2月であるとされている(最高裁ホームページ、http://www.courts.go.jp/saikosai/about/iinkai/izikankei/toukei_01.html) (2011/3/8アクセス)。また、福本良之、金一東、野地有子「インフォームド・コンセント過程における信頼の構築」日本保険医療社会学会論集19巻1号(2008)1-12頁によると、一審の費用が300万円程度であるとされており、一般的な民事訴訟より高額であると言われている。なお、ジェイ・P・ケサン「日本における特許無効手続の比較法的評価」知財研紀要57巻23-30頁(2004)によると、無効審判にかかる費用は1クレームあたり、平均37万7534円とされる。訴訟における弁護士費用については、ひまわり中小企業センターのホームページ(<http://www.nichibenren.or.jp/ja/sme/housyuu08.html>) (2011/3/8アクセス)によると、請求額1億円の際の着手金の平均は、270万円程度であるとのことであるから、特許に関しても、現在は、訴訟においては高額であり、審判合議体によって執り行われる無効審判では、比較的安価になっていることが推察される(無効審判では侵害論を行わないから、当然ともいえる)。

3. 特許専門家による審理の意義

「2. 特許無効審判の性質とその機能」で、無効審判の性質や機能について検討したが、この無効審判は、特許庁の審判官により構成される特許庁審判合議体によって審理される。このように審判官により審理がなされることの最も大きな意義は、無効審判に関与する者が、科学・技術に関するバックグラウンドを持っていることにあると思われるので、その意義について検討する。

(1) 特許専門家とは

上述のとおり、無効審判は、技術的バックグラウンドを持ち、特許法に精通する審判官によって運営されている。ここで、このような者を「特許専門家」と呼称させて頂く。「特許専門家」には、弁理士も加えられるであろう。そして、無効審判の審理が、主にこれらの特許専門家により進められていることの意義について、改めて考えてみたい。

(2) 安価・迅速・真実発見

「2.」で検討したように、特許権は安定・堅固でなければならず、また、無効審判は迅速に結論が出される必要がある。また、特に日本は、技術立国を目指すのであり、資金を持つ大企業だけでなく、中小企業、大学、個人など、様々なところから有益な発明が創出されることが望まれる。資力の乏しい個人、大学、中小企業等も、利用しやすい制度でなければならないのであり、その意味でも、紛争費用の高額化は可能な限り避けられなければならない。良く言わ

れるパテントトロール問題も、無効な特許の存在や、訴訟にかかる費用がその問題を顕著化させているのではないかと、という指摘もある⁷¹⁾。

どうしても特許権は無体物であり、抽象的で曖昧な面は否めないから、争えば争うほど、お金を出して証拠を集めれば集めるほど、プレゼンがうまければうまいほど、訴訟に勝ちやすい面を否定し難い⁷²⁾。しかしながら、特許権はその第三者効もあれば、IPビジネスで、数多く流通していくような利用のされ方もあって、少なくとも特許権の正否に関しては、やはり、迅速・安価・的確(真実性)が求められていると言わざるを得ない。それが実現されないと、事実上、特許権を守っていることにならなくなり、国家としての役割を果たしていないこととなるのでは、と思えるし、また、日本の特許制度の空洞化が進んでしまうのではないかと危惧される。

行政は安価・簡便であり、当事者への負担が少ないと言われることがあるが、無効審判は、何十年にも渡り、事実上裁判作用を行っていたことが明らかになった。そう考えると、何故、無効審判は、当事者への負担が少なくできたのか⁷³⁾。費用とプレゼンで勝訴を勝ち取るような状況は、技術的バックグラウンドを持つ判断者を相手にすると、少なくとも技術論では、中々通用し難いと思われるし、また、レイパーソンの仮定がないから、当事者が、技術に関する事項について、不必要なことまで主張立証しなくても、職権証拠調べ(場合によっては職権探知)を十分に利用して、審判官が後見的な作用を発揮できる可能性がある(本願認定、引例認定、周知技術、技術水準の調査・確定など)。こういったことが、安価・簡便に繋がっている可能性もあるものと思われる(なお、審決の確定は遅延しているが、

71) 例えば「政策研究院シンポジウム「知的財産政策の国際的動向とその課題」報告書」<http://www3.grips.ac.jp/~ip/sym/4th/sym4th.pdf> (2011/3/8アクセス)では、(主に弁護士費用ではあるが)訴訟費用とパテントトロールとの関係について一部論じられている。また「米国特許法改正の動向について」北村弘樹、遠山敬彦共著 特技懇238号(特許庁技術懇話会、2005)39-48頁によると、有効性の疑わしい特許の存在が、パテントトロール問題を生じさせている可能性があるという議論がアメリカに存在することが説明されている。澤井・前掲注37においても、疑わしき特許と、高い法廷費用、長い訴訟期間といった過度な特許訴訟とのアンバランスが問題であることが指摘されている。

72) J.Farrell, R.P.Merges・前掲注69によれば、訴訟当事者の掛ける費用によって、裁判の結果が影響を受けるであろうことが議論されている。またその費用には、より弁の立つ(プレゼン能力のある)弁護士を雇うこと、との例示も上がっている。また、知的財産訴訟検討会(第5回)議事録における飯村委員(判事)の意見は、以下の通りである「調査報告の具体的な例を挙げて説明をする前に、もう一度、一般論に戻りますが、裁判の中で、各裁判官が、どのような情報を獲得し、しかも専門性の高いものについて、裁判官が、どのような論理思考に基づいて判断するかは、世界中で悩んでいる共通の課題であります。そのためのシンポジウムも行われています。これについて、私の結論は、要するに、当事者はどれだけ訴訟に金とコストと時間をかけるか、プレゼンテーション能力を高めるかという問題に帰結することと考えております。しかも、それぞれが代替方法を有していて、手続の中で裁判官に情報を伝達して理解させる活動は、1つだけではないということでもあります。当事者に期待しないで、裁判所が専らその負担を負う場合には、当事者の説明能力が低くてもよいわけですし、当事者の説明能力を高めるようにするのであれば、裁判所はそれほど能動的にしないでよいということになります。そのバランスの問題です。現在の形態は、39年の地裁の調査官配置に基づいたモデルで行っております。要するに、当事者が訴訟にかかるコストとの関係だという割り切りをしています。」(下線は筆者)この発言から、直ちに金銭とプレゼンで勝訴が勝ち取れることは明らかでない。ただ、例えば司法制度改革審議会において、裁判所の基本的な考え方を示すものとして、最高裁判所が配付した資料「21世紀の司法制度を考える」によれば、「我が国の訴訟手続の原則となっている「当事者主義」は、一言でいえば、訴訟の進行と結果について当事者が責任を負うという、いわば「自己責任のシステム」であり、裁判の結果は当事者の活動によって左右されるものという考え方である。」ということであるから、金銭とプレゼンで勝訴が勝ち取れる可能性が高まることは、否定し難いように思われる。

73) 渡辺森児「ドイツ連邦特許裁判所の手続にみる一元化と集中」法学政治学論究35号(1997)375-407頁 382頁において、口頭審理の不十分性、それに伴う不意打ちの問題が指摘されており、司法性の低さが安価・簡便である理由の一つとして挙げる者がいるかもしれない。ただ、手続保障が不十分であれば、当事者は先回りした準備が必要となって、むしろ負担は増えるようにも思える。

現在は、審決自体は特段遅延していない)。そして、何よりも、日本国民は、訴訟に於いて真実の追究を望む傾向があるように思われる⁷⁴⁾。真実追究には、専門家の知見は不可欠と思われる。また、真実に近づけば、また国民からの信頼も得やすくなり、権利の安定性にも寄与する面もあるのではないだろうか。

(3) 海外の状況

(3)-1 ドイツ特許裁判所

特許専門家が当事者である訴訟のメリットについて、まずは、技術判事という特許専門家を判断者に含む、日本の審判制度に類似した制度を持つドイツをみてみたい⁷⁵⁾。

渡辺准教授の論考によれば、ドイツ特許裁判所における特許無効手続では、特許裁判所自体が、事実関係の調査を尽くすべき義務が存在するが、一方で、関係者も、必要な事実関係の解明に協力しなければならない義務を負っているとされる⁷⁶⁾。また、ドイツでは活発な口頭弁論が行われ、裁判官の行使する釈明の行使も積極的であるという。また、弁理士については、「(口頭弁論の場合は) 弁理士の独壇場であり、彼等は、技術上の専門知識と、特許実体法と、さらには広く正しい手続法の知識を駆使して、長時間にわたる

激しい口頭弁論を、相手方弁理士に対し、あるいは裁判官に対して展開するのである」と紹介されている。特許専門家である弁理士と、特許専門家である技術判事を含む合議体とが、共同で迅速に真理に到達しようとする努力が垣間見えるように思える(なお、さらにこれに加え、法律判事が存在することによって、技術専門家の陥るかもしれない専恣の防止や、法律的・手続的面的について、万全が期されているものと推測する)⁷⁷⁾。

また、ヨーロッパにおける訴訟のフォーラムショッピングでは、ドイツが圧倒的に選ばれているという指摘がある⁷⁸⁾。また、後述するEEUPCの議論では、最も成功を治めたドイツ型の制度が最も参考にされたのだ、との指摘がある⁷⁹⁾。また、ドイツの特許に関する争いは、コストが安いことが指摘されている⁸⁰⁾。

なお、ドイツにおいては、評決権をもつ非法律裁判官の存在は、労働裁判所、商事裁判所でもみられる。その両者に対して、評価は概して高いようである⁸¹⁾。

(3)-2 欧州統一特許制度の更なる発展

EU特許裁判所(EEUPC)の創設

ここで、欧州で行われようとしている、新たな挑戦について、紹介しておきたい。

74) 司法制度改革審議会が平成11年12月8日に行った意見聴取の回答として、裁判所の基本的な考え方を示すものとして最高裁判所から委員に配付された資料「司法制度改革に関する裁判所の基本的な考え方」の2(2)を参照されたい。http://www.courts.go.jp/about/kaikaku/sihou_21.html (2011/3/8アクセス) なおここでは、自己責任システムの未成熟(訴訟遂行者に責任がある)と説明されているが、真実を求めているのは、日本人の国民性ではないか、とも思える。

75) 技術判事の供給源は、主に特許庁審査官となっている。

76) 渡辺・前掲注73

77) 前掲注50・170頁には、以下のように記載される「たとえば、ストーン判事がモルガン事件において述べたように、「行政機関の行為の司法審査を規定した法令を解釈するに当たっては、裁判所と行政庁は、全く独立の無関係の正義を実現する機関として目されるべきではない」とし、また、「相互に未知の侵入者として目されるべきではない」のである。キャローの述べるように、そこには裁判所・行政庁の両方の協力機関(cooperating body)という関係が、強調されてくるのである」。ドイツは、特許専門家と法律家との協力という意味では、特許制度に関しては、むしろアメリカの先を行っているような印象を受ける。

78) NBG日本技術貿易株式会社 IPニュース(2010/6/3)「【先を読む：統一欧州連合(EU)特許へ向けて】NGB駐在のDOMINIQUE GOBERT氏(ヨーロッパ弁理士)」(http://www.nbg.co.jp/ip_articles/detail/594.html (2011/3/8アクセス))において、ヨーロッパ弁理士のDOMINIQUE GOBERT氏は、以下のように述べる「現在、ヨーロッパにおける特許訴訟といえば、やはりほとんどの場合、ドイツの司法制度によるということになるでしょう。ドイツの裁判所は、特許訴訟に関して、非常に能力が高く、比較的結果が予測可能で、迅速で、コストメリットのある法廷です。毎年約900件の特許侵害訴訟がドイツの裁判所で審議されているのに対して、ヨーロッパの他の全ての国における特許侵害訴訟の数は、約400件でしかありません。われわれの見解では、ドイツの司法制度の非常に成功を収めている点がヨーロッパの標準として採用されれば、EU特許の大きなメリットとなると考えます。」

79) 前掲注78のNBG日本技術貿易株式会社のIPニュースの他、前掲注2の記事を参照されたい。

80) 前掲注78の他、欧州共同体委員会「欧州における特許制度の強化」特許研究44号72-85頁からも把握される。

81) 労働裁判所の裁判官の談話について「[日独裁判官物語]製作・普及100人委員会(青銅プロダクション,1999)労働裁判所裁判官シュミッツ ショレマン「我々の扱っているほとんどの問題は狭い意味での法律問題というより一般的な人間の常識で判断できることですから、彼ら(筆者注：経営者側と労働者側から1名ずつ選ばれた名誉裁判官)が人間性に基づいた常識を出してくれば非常に役に立つわけです」また、商事裁判所について、例えば齊藤哲「民事裁判における市民参加の研究(9)」判時1611号(1997)30頁には、以下の記載がある。「専門知識の寄与(中略)商事裁判官の鑑定機能を重視し、尊重することにより(例えば、商事部の判決の控訴審における扱い、商事裁判官の判決書に対する関与の度合いなど)、経済界の威信が保たれているという事実もある。このことは、商事裁判官の役割が多かれ少なかれポジティブに評価されていることの裏返しともいえよう。筆者がインタビューを試みた限りでは、ポジティブな意見でしめられた。(中略)日進月歩の進展がみられる経済界の動向を職業裁判官が的確に把握することは至難であり、適正、迅速な訴訟運営のためにも商事裁判官の存在は欠かせないとのことであった。」また、平成12年第19回司法制度改革審議会において、以下のような報告があった。「商事部は、職業裁判官一人と商工会議所等から推薦された経済人が二人、名誉職裁判官として関与するという制度であります。これは、職業裁判官からも名誉職裁判官からも高い評価を受けているという話でありました。」また、P.アーレンス、H.ブリュッティング共著、吉野正三郎訳『ドイツ民事訴訟法』(晃洋書房、1990)105-106頁には、以下のような記載がある「個々の専門領域のための特別裁判所は、どちらかといえば具体的な事実問題をよく知っており、自己の領域においてより多くの経験を有し、そして、それによってより良質の裁判を実現する」。但しその一方で、裁判管轄の判断の困難性や、同一事件が複数の裁判所に属し、判断が矛盾する危険性等も指摘されている。なおドイツの特許有効性に関しては、判断矛盾や管轄問題は生じていないが、むしろ日本でダブルトラック(ある種の管轄問題。判断矛盾含む)の問題が生じている点、興味深く思える。

2009年12月に、EU理事会で、欧州における統一特許制度が部分合意された。この合意は、主に特許制度の効率化を目指してなされたものである。

この合意によると、EU特許裁判所は、第一審および控訴審（および登記部）からなる。第一審裁判所は、中央裁判所と複数の地方・地域裁判所からなる。地方・地域裁判所において、特許の取消を求める反訴があった場合や、侵害訴訟において一方の当事者からの主張があった場合には、1名の技術判事を加えることとしている。また、取消の反訴があった場合には、そのままその反訴についても判断できるが、反訴について、中央裁判所に照会することが可能であるとされている。また、当事者の合意を条件として、侵害事件全体を、中央裁判所へ移送することが認められている。

特許権取消訴訟は、中央裁判所の専属管轄とされる。そして、中央裁判所においては、全ての合議体が、1名の技術判事を含むものとしている。

要すると、少なくとも特許権の取消訴訟の第一審においては、技術判事が必ずかかわることになっており、侵害事件においても、一方の当事者の求めがあれば、技術判事が加わることとなっている⁸²⁾。すなわち、当事者に対し、判断者側が、技術専門性をサービスできるような配慮がなされている⁸³⁾。そして、実際EEUPCの議論では、ヨーロッパ諸国の特許制度の中で最も成功を治めたドイツ型の制度が最も参考にされたのだ、との指摘がある⁸⁴⁾。技術判事の成功が、ドイツでの実際の社会実験を通して、成功していると評価されたことが、今度はこれを欧州全体に拡げる、新たな挑戦がなされようとしている。

(4) 特許専門家による審理の意義

専門性を持たない、いわゆるレイパーソンによる判断に対して、専門家による判断は、その専門性ゆえに専恣に陥りやすいという批判があり、この危険性は、必ず回避されなければならない。しかしその一方で、上述したように、ドイツにおける特許専門家である技術判事や弁理士は、法律判事との合議体を形成することにより、高い評価を受けている特許裁判所を実現させているところである。日本においても、特許庁審判官や弁理士は、事実上の形成の訴えとしての無効審判を、ある程度堅実に運用してきた実績があるとも言えるようにも思える⁸⁵⁾。

技術の細分化が進み、審判官・弁理士といえども本当の専門家でないから、技術の理解について法律家と変わるところはない、という意見を聞くことがあるが、これに関して、以下のように述べる論考がある「法律家の裁判官は、法学通論的な知識を有するから、あらゆる法律問題についての理解は、他の分野の者より遙かに早いと同様、たとえ、技術の分野が異なっても、技術に対する基礎的な知識を有するので、その理解の程度は法律裁判官とは比較にならない。」⁸⁶⁾。また、特許要件の可否判断について、「特許の要件は、適切な内容・水準を理論的に決定することが困難であり、経験的に多数の事例を扱う中で適用例のフィードバックを受けつつ、妥当な規範・基準を見出していくこと（ある種の試行錯誤）が不可避。」と述べる論説があり、こういった試行錯誤は、審判官や弁理士は多数経験しているようにも思える⁸⁷⁾。また、もともと、無効審判制度は、職権探知が認められる等、専門家の有効活用が期待されてい

82) 日本においても、戦前は、「確認審判」という形で、事実上、侵害事件に特許専門家、すなわち審判官が関与していた。

83) 遠藤孝徳、森本康正、青山純「今、求められる審査官」特技懇257号(2010)14-24頁には、代理人、出願人(70名)が審査官に求めるものについてアンケートが採られている。審査官が法律家であって欲しいか、技術者であって欲しいか、というアンケートである。アンケートの結果は、「このまま」が45人、「より技術者へ」が21人であり、判断者である審査官に対して、現状のまま、又はより技術者寄りであって欲しいという人数が、66人にも上った。そして、「より法律家へ」は、4人しかいなかった。勿論この4人を軽視することはできないし、本アンケートはあくまで審査官に求めるものであり、無効審判を執り行う審判官に対して行われたものではないが、ユーザーが判断者に技術的専門性をより強く求めているということも、強く示唆するアンケート結果ではないかと思う。なおこのアンケート結果は、審査官の専門性がまだ不十分である、との指摘でもあるので、筆者ら審査官は、自戒せねばならない。

84) 前掲注79

85) 例えば飯島歩「特許無効審判における一事不再理」知的財産法政策学研究 16巻(2007)287頁には、「そもそも、予断排除はlay personが専門家の意見も踏まえつつ自ら虚心坦懐に判断することによって実現されるべきものであるとするならば、「技術専門行政庁」が判断すること自体が偏見であり、さらには、職権証拠調べや職権探知そのものが予断を前提とする制度ともいえる。それにもかかわらず「技術専門官庁」による審理審判が健全に機能する理由は、判断対象が客観的な技術事項であることと、上述のような客観的かつ統一的な判断が求められる行政機関としての審判官の役割に求められるのではなからうか」と指摘されている。このような指摘は、何十年にも渡り事実上の裁判を執り行ってきた審判部が、かなりの程度、国民の信頼を得ていることの証左のようにも思える。なお、権利の正否に関しては、個別判断の妥当性が優先され、統一的判断の重要度は相対的には低いものの、そもそも判断業務においては、統一的判断は一般論として必要とされるものであり、それは、司法であっても同じであるから、行政であるか司法であるかは、その意味では関係が無いように思われる。なお、時に批判の対象となるキャリア裁判官制や全国各地への異動人事であるが、これに対し、平成13年の司法制度改革審議会第48回議事概要には、以下のような記載がある。「どこの地域でも、裁判の品質が同等、均質であることが大事だ。とすれば、全国的に転勤をする裁判官が望ましいのではないか」判断業務をその判断手続・手法と判断結果に分けるなら、ここで指摘されるのは恐らく手続・手法の品質の同等・均質であると思われるが、法的安定性よりも具体的妥当性が重要とされる司法であって、このような見解があるという意味で、重要な指摘のように思われる。

86) 齊藤二郎「私見としての技術判事待望論」パテ39巻6号(1986)81-87頁

87) 鈴木将文「特許権者による対抗主張」平成22年度日本工業所有権学会総会・研究会 23-42頁34頁。なお、もっと先進的に言えば、例えば進歩性について最もよく知る者は、現場の技術者なのかもしれない。

た制度であるともいえる。

特許制度の本質は、発明の新しさにあり、産業・人類に貢献するものであることを本稿の冒頭に述べた。審査、審判並びにそれに続く訴訟の真髄は、その新しさや産業・人類への貢献の見極めにある。制度の運用の成否は、それをなし得る人材の活用にかかっているように思える⁸⁸⁾。

4. おわりに

最後に、ここまで検討してきたことをまとめつつ、私見を述べたい。

特許制度・特許権の本質は、発明の新しさ、すなわち「人類より何ものをも奪うこと無し、唯、人類に何者かを寄与することのみと謂うにあり」にあると考えられる。そして、そのような発明を保護する特許制度は、少なくとも、発明者という個の尊重と、公共の福祉（科学技術や産業の発展等）との両側面を持っている。所有権の歴史を俯瞰するとき、社会の発展のためには、所有権を個人に還元し、個人の意欲の発露を促すべきことは、歴史の必然であり、特許権もその例外ではない。特許制度を有効に活用し、その最大効用を得るためには、権利を個人の権利、すなわち、人権的なものとして認めることにより、発明者のインセンティブを、公益とのバランスに配慮しつつ、根底から高めることが有用である。このような、非常に重要な国民の権利を審理する無効審判には、十分に司法的な手続保障が求められる上に、権利の安定性や具体的紛争の迅速解決や事前防止に役立つべきものであり、かつ迅速・安価に結論が確定する必要がある。またこの重要性は、IPビジネスのようなその権利の現代的使われ方を考慮すればなおさらであるといえる。そして、無効審判がその役割を果たすためには、特許専門家の有効活用は不可欠と思われる。特許制度を有効に機能させるためには、国民の権利を裁くための法に羈束された判断と、発明の技術的評価の見極めを正しく行う判断とを、最適に行い得るシステムの構築が求められる。

是清は、特許局はその固定した主義方針が永遠一流であることが必要である、権利が安固でなければならない、と述べられていた。本質論を正しく理解し、本質を歪めないようにすることは、是清の教えでもあるように思える。時

代に即した制度の修正は、いつの時代にも必要ではあるが、その一方で、権利や制度の本質的理解や、その本質をできるだけ損なわない制度設計が重要ではないかと思われる⁸⁹⁾。

なお、最後になりましたが、本稿執筆の機会をお与えいただいた編集部の方々に御礼を申し上げます。また、本稿の作成にあたりまして、特許庁の澤井智毅国際課課長、荒巻慎哉材料分析審査管理官をはじめ、特許庁の多くの方々から、さまざまなご指導、ご助言を頂きました。そして、清永利亮弁護士からは、ほんとうに貴重な意見を賜りました。この場をお借り致しまして、ご支援いただいた皆様に心より感謝の意を表させていただきます。

(平成23年3月18日脱稿)

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。

88) 国家の人材育成費用、雇用費用の観点からみても、特許専門家を有効利用した方が、社会的コストは下げられるのではないかとも思われる。また、審判官、弁理士以外では、知財を学んだ技術者も考えられる。これが最も理想的な人材なのかも知れない。なお、判断業務者全員に、技術的バックグラウンドの他に、司法試験の合格や、司法修習・法曹経験まで求めてしまうと、人材の枯渇や、社会コストの高騰化の問題が生じないか、という危惧も残るように思われる。

89) なお、平成23年2月1日「産業構造審議会知的財産政策部会 第34回特許制度小委員会」で提示された『産業構造審議会知的財産政策部会特許制度小委員会報告書「特許制度に関する法制的な課題について」(案)』35-39頁で示されている審決予告の導入という改正制度案は、特許専門家である審判官・弁理士の持つ能力を有効活用し、無効審判制度をより活発にするものと考えられるし、また、訂正手続と無効手続が一体化されて、キャッチボール現象の緩和に繋がるという意味もあって、筆者らの見解と合致すると思う。なおこれは、侵害訴訟の審理促進に寄与するといわれる侵害訴訟における無効抗弁の審理の進め方や、欧州で高い評価を受けているドイツ特許裁判所における無効判断の審理の進め方にも近づいているものと思われる。