

# 判例と傍論

—最高裁平成12年4月11日判決（民集54巻4号1368頁）に因んで—



村林 隆一

本稿は弁理士の皆様に何が判例であるかを理解して戴く為に草したものである。もっとも、第2章において、我が国の一流の特許法学者および特許実務家の意見を引用し、之に批判を加えることになった。そこで、私としては、何が判例かについて、我が国の一流の学者の意見を紹介し、この意見を前提として本件最高裁判決を読むとき、学説および下級審判決が引用しているものは決して「判例」ではないことを明らかにしたいと考えたものである。

本件は立法によって解決すべき事案であると考え、弁理士の皆様の御意見をお伺いしたい。

## 1. はじめに

呉圭煥氏は、パテント第9回知的所有権誌上研究発表会（2002年5月号29頁以下）において「特許侵害訴訟における権利濫用の抗弁」を發表された。

之に対して、私は弁理士会の公募に基づいて、下記の質問をし、之に対して呉氏は同年8月号に意見を述べられた。

### (1) 最高裁判決の「判例」拘束性について

「……そうすると、本件最高裁判決における『判例』としての価値は、上記事実関係に限定せられるべきであって、決して、すべての特許に無効理由（特許法第123条）がある場合にまで、その判決の適用範囲を広げるべきでないと考えerがどうでしょうか。」

### (2) 本件特許のような具体的事件を前提としての判例理由ではないか

「……すべての無効理由のある特許権を前提としているのでないと考えますがどうでしょうか。」

（以下略）

之に対して、呉氏は「……従って、本件最高裁の認めた権利濫用論は、無効理由が存在すること明らかな特許に係る事案に対して、一般的に適用され

よう」と結論された（上記8月号15頁左側下から8～10頁）。

2. 然しながら、私は呉氏の考え方に反対であり、また、本判決後に為された下記学説に対しても反対であるので、本稿を草するものである。

### (1) 嶋末和秀「特許侵害事件における無効事由の取り扱いに関する判例の動向」（小泉直樹外「特許の有効性と侵害訴訟」12頁）

「最上級審の判例変更により、特許権侵害訴訟を審理する裁判所が特許の無効理由について判断できることが宣言され、実務上の関心はいかなる場合に『無効理由が存在することが明らかである』とされ、いかなる場合に訴訟手続が中止されるのか、という点に収束することになった。」

### (2) 高林 龍「標準特許法」（有斐閣）（118頁）

「キルビー事件最三小判は、『特許に無効理由が存在することが明らかであるとき』としているところ、特許の無効の原因は特許法123条に規定されているように多岐にわたっているから、この判例によって、全部公知を理由とする無効原因だけにとどまらず、進歩性の欠如或いは明細書の記載要件不具備などあらゆる無効原因の存在が明らかな場合には、その権利の行使は原則として許されないとの法理が採用されたことになる。」

同「無効理由が存在することが明らかな特許権に基づく差止め等請求と権利の濫用」（判例時報1728号215頁）（判例評論503号373頁）

### (3) 辰巳直彦「無効原因が存在することが明らかな特許権に基づく差止め等の請求と権利の濫用」（民商法雑誌124巻1号98頁）

「……最高裁は、判例を変更して、無効理由の存在することが明らかな特許権の権利行使を権利濫用に当たるとした。」

(4) 高部真規子「無効理由が存在することが明らかな特許権に基づく差止め等の請求と権利の濫用」(法曹時報第54巻第5号231頁—最高裁判所判例解説)

「本件は、無効理由の類型による区別をしていない。一部の無効理由についてのみの主張が可能であると解する理論的根拠は乏しく、すべての無効理由の存在の明白性について、特許権侵害訴訟を審理する裁判所において判断することができるようになったといえよう。」(253頁)

(5) 田中成志「知っておきたい主要判決—最高裁平成12年4月11日判決、民集54巻4号1368頁」(パテント2001年6月号50頁)

「本判決は、特許権に基づく差止め、損害賠償等の請求は、当該特許に無効理由が存在することが明らかであるときに、権利濫用論により請求を排斥することを明らかにした。特に冒認の場合などについて、裁判手続において慎重な審理を行い、権利の有効性をも判断に入れた柔軟な紛争の解決を図ることが可能となる。」(52頁左側下から3～右側3行目)

(6) 田村善之「特許侵害訴訟における無効の主張を認めた判決」(知財管理50巻12号1847頁)

「……本判決によって、無効審決の確定を待たずに、特許侵害訴訟において特許に無効理由があることを斟酌しうることが判例法理として固まった。むしろ、今後の課題は……」(1853頁右側21～24行目)。

(7) 片山英二「判例による立法の時代」(秋吉稔弘喜寿論文集「知的財産権—その形式と保護」291頁)。

「……この判決の後、侵害訴訟の実務は大きく変わり、多くの事件で権利の無効が主張されるようになった。」

そこで、争われる無効理由も新規性に限られず、進歩性、要旨変更(……)、冒認出願、明細書の記載不備なども含まれる。……、最高裁判決は、侵害訴訟の当事者間における限りではあるが、このように予定されていた制度を実質的に変えるものである。」

(8) 本間 崇「いわゆるキルビー判決(平12.4.11)の波紋と大法廷判決(50.3.10)の行辺」(秋吉論文393頁)(筆者注51.3.10の誤記)

「最高裁第三小法廷が……言渡した判決が、……特許侵害裁判所は特許の無効審決が確定する以前であつても特許に無効理由が存在することが明らかであるか否かについて判断することができる旨を宣明

し、これと異なる従来の大審院判例を変更したことを契機として、特許の世界は俄に騒然となつてきた。」

(9) 松本直樹「キルビー最判後を考える」(秋吉論文407頁)

「キルビー最判(……)は、特許が明白無効の場合には特許権に基づく請求が権利の濫用になるとした。」

(10) 安田有三「特許権侵害訴訟実務の変遷」(秋吉論文492頁)

「判例要旨『特許に無効理由が存在することが明らかであるときは、その特許権に基づく差止め、損害賠償等の請求は、特段の事情のない限り、権利濫用に当たり許されない。』」

(11) 牧野利秋「特許処分 of 瑕疵を裁判所では是正することの是非について」(小泉直樹外1、「特許の有効性と侵害訴訟」187頁)

「この視点に立つ限り、特許処分を侵害裁判所では是正することができるとする結論に至る。」(199頁) 同(判例研究「特許研究」32号5頁)

3. 私は、本稿を草するについて、以下の2つの事柄を想起している。

(1) は、民事判例研究会が「判例民法第1巻」を出版するに当たり、その代表者の末広殿太郎博士がお書きになった序文である。そこには、

「判例が法源となるや否やの問題を論争すべき時は既に過ぎた。理論的に謂えば今尚議論の余地は無論ある。併し、判例を度外視して現行法の何たるかを知ることとは今や全く不可能となった。」

それは、議論にあらずして事実である。而も確定した事実である。」(有斐閣書房、大正12年10月30日発行)と書かれている。

(2) は、佐伯千仞博士が「刑事法講座第2巻」の「原因において自由な行為」の末尾にお書きになった下記文書である。そこには、「理論の世界には疑ふことの許されない権威はない。私は、特に若い学徒の一この問題には限らず、一思惟における徹底的態度を希望する。」(有斐閣昭和27年6月30日)と書かれている。

(3) 今、私は上記の事柄を前提として本稿を考えている。

4. 私は、本件最高裁の判例拘束性について、上記質問の通り考えている。そこで、以下にその理由を述べたい。

(1) 同判例集によると、先ず、

「○債務不存在確認請求事件（平成10年(オ)第364号、同12年4月11日第三小法廷判決、棄却）と記載し、

行を変えて

「上告人」「被上告人」「第一審」「第二審」と記載し、次いで、

「○判示事項

無効理由が存在することが明らかな特許権に基づく差止め等の請求と権利の濫用

○判決要旨

特許に無効理由が存在することが明らかであるときは、その特許権に基づく差止め、損害賠償等の請求は、特段の事情がない限り、権利の濫用に当たり許されない」と記載され、その次に参照条文があって、「主文」「理由」と続いている。

(2) 上記学説は、上記の「判示事項」「判決要旨」を読んで「特許に無効理由が存在すること」、換言すれば、当該特許に特許法第123条第1項の「無効原因が存在すること」と読んでいるのであると考えられる。

然しながら、私が上記(1)で援用した部分は実際の判決に記載されているのではなく、実際の判決に記載されているのは、「主文」以下である。

そして、「主文」の前に記載されている文書は、

「事件番号

判決

住所

上告人

代理人

住所

被上告人

代理人

右当事者間の東京高等裁判所……について、当裁判所は次のとおり判決する。」

だけである。

(3) 従って、このような「判示事項」「判決要旨」は判決そのものの内容を構成するものではなく、「その判決・決定がなされたあとでその裁判をした大法廷・小法廷ではない第三者（判例委員会）（……）の作成

したもので、判決・決定の一部をなすものではない。」

（中野次雄編「判例とその読み方」（改訂版）（30頁）

そして、同書は、「判例集に登載する裁判の選択は、最高裁判所に置かれている判例委員会でなされる

（判例委員会規程1, 2条）。7人以下の裁判官が委員

となり、調査官および事務総局の職員が幹事となって、原則として月1回開かれている。そこで、判例集に登載されることが決定された判例について

は、幹事の起案した判示事項、判例要旨（……）、参照条文なども審議決定される」（106頁）とし、以下の通り説明されている。「もちろん、作成者としては、その裁判の「判例」だと自ら考えたものを要旨として書いたわけで、それはたしかにわれわれが「判例」を発見するのに参考になり、よい手がかりにはなる。少なくとも、索引的価値があることは十分に認めなければならない。しかし、なにが、「判例」かは……大いに問題があるところで、作成者が判例だと思ったこととそれが真の判例だということとは別である。

現に要旨の中には、どうみても傍論としかいえないものを掲げたものもあるし（……）稀な過去の例ではあるが、裁判理由とくい違った要旨が示されたことすらないではない（……）。判決・決定要旨として書かれたものをそのまま「判例」だと思ふのはきわめて危険で、判例はあくまで裁判理由の中から読む人自身の頭で読み取られなければならない。」（30～31頁）

現に要旨の中には、どうみても傍論としかいえないものを掲げたものもあるし（……）稀な過去の例ではあるが、裁判理由とくい違った要旨が示されたことすらないではない（……）。判決・決定要旨として書かれたものをそのまま「判例」だと思ふのはきわめて危険で、判例はあくまで裁判理由の中から読む人自身の頭で読み取られなければならない。」（30～31頁）

現に要旨の中には、どうみても傍論としかいえないものを掲げたものもあるし（……）稀な過去の例ではあるが、裁判理由とくい違った要旨が示されたことすらないではない（……）。判決・決定要旨として書かれたものをそのまま「判例」だと思ふのはきわめて危険で、判例はあくまで裁判理由の中から読む人自身の頭で読み取られなければならない。」（30～31頁）

現に要旨の中には、どうみても傍論としかいえないものを掲げたものもあるし（……）稀な過去の例ではあるが、裁判理由とくい違った要旨が示されたことすらないではない（……）。判決・決定要旨として書かれたものをそのまま「判例」だと思ふのはきわめて危険で、判例はあくまで裁判理由の中から読む人自身の頭で読み取られなければならない。」（30～31頁）

現に要旨の中には、どうみても傍論としかいえないものを掲げたものもあるし（……）稀な過去の例ではあるが、裁判理由とくい違った要旨が示されたことすらないではない（……）。判決・決定要旨として書かれたものをそのまま「判例」だと思ふのはきわめて危険で、判例はあくまで裁判理由の中から読む人自身の頭で読み取られなければならない。」（30～31頁）

現に要旨の中には、どうみても傍論としかいえないものを掲げたものもあるし（……）稀な過去の例ではあるが、裁判理由とくい違った要旨が示されたことすらないではない（……）。判決・決定要旨として書かれたものをそのまま「判例」だと思ふのはきわめて危険で、判例はあくまで裁判理由の中から読む人自身の頭で読み取られなければならない。」（30～31頁）

現に要旨の中には、どうみても傍論としかいえないものを掲げたものもあるし（……）稀な過去の例ではあるが、裁判理由とくい違った要旨が示されたことすらないではない（……）。判決・決定要旨として書かれたものをそのまま「判例」だと思ふのはきわめて危険で、判例はあくまで裁判理由の中から読む人自身の頭で読み取られなければならない。」（30～31頁）

現に要旨の中には、どうみても傍論としかいえないものを掲げたものもあるし（……）稀な過去の例ではあるが、裁判理由とくい違った要旨が示されたことすらないではない（……）。判決・決定要旨として書かれたものをそのまま「判例」だと思ふのはきわめて危険で、判例はあくまで裁判理由の中から読む人自身の頭で読み取られなければならない。」（30～31頁）

現に要旨の中には、どうみても傍論としかいえないものを掲げたものもあるし（……）稀な過去の例ではあるが、裁判理由とくい違った要旨が示されたことすらないではない（……）。判決・決定要旨として書かれたものをそのまま「判例」だと思ふのはきわめて危険で、判例はあくまで裁判理由の中から読む人自身の頭で読み取られなければならない。」（30～31頁）

現に要旨の中には、どうみても傍論としかいえないものを掲げたものもあるし（……）稀な過去の例ではあるが、裁判理由とくい違った要旨が示されたことすらないではない（……）。判決・決定要旨として書かれたものをそのまま「判例」だと思ふのはきわめて危険で、判例はあくまで裁判理由の中から読む人自身の頭で読み取られなければならない。」（30～31頁）

現に要旨の中には、どうみても傍論としかいえないものを掲げたものもあるし（……）稀な過去の例ではあるが、裁判理由とくい違った要旨が示されたことすらないではない（……）。判決・決定要旨として書かれたものをそのまま「判例」だと思ふのはきわめて危険で、判例はあくまで裁判理由の中から読む人自身の頭で読み取られなければならない。」（30～31頁）

現に要旨の中には、どうみても傍論としかいえないものを掲げたものもあるし（……）稀な過去の例ではあるが、裁判理由とくい違った要旨が示されたことすらないではない（……）。判決・決定要旨として書かれたものをそのまま「判例」だと思ふのはきわめて危険で、判例はあくまで裁判理由の中から読む人自身の頭で読み取られなければならない。」（30～31頁）

現に要旨の中には、どうみても傍論としかいえないものを掲げたものもあるし（……）稀な過去の例ではあるが、裁判理由とくい違った要旨が示されたことすらないではない（……）。判決・決定要旨として書かれたものをそのまま「判例」だと思ふのはきわめて危険で、判例はあくまで裁判理由の中から読む人自身の頭で読み取られなければならない。」（30～31頁）

現に要旨の中には、どうみても傍論としかいえないものを掲げたものもあるし（……）稀な過去の例ではあるが、裁判理由とくい違った要旨が示されたことすらないではない（……）。判決・決定要旨として書かれたものをそのまま「判例」だと思ふのはきわめて危険で、判例はあくまで裁判理由の中から読む人自身の頭で読み取られなければならない。」（30～31頁）

現に要旨の中には、どうみても傍論としかいえないものを掲げたものもあるし（……）稀な過去の例ではあるが、裁判理由とくい違った要旨が示されたことすらないではない（……）。判決・決定要旨として書かれたものをそのまま「判例」だと思ふのはきわめて危険で、判例はあくまで裁判理由の中から読む人自身の頭で読み取られなければならない。」（30～31頁）

現に要旨の中には、どうみても傍論としかいえないものを掲げたものもあるし（……）稀な過去の例ではあるが、裁判理由とくい違った要旨が示されたことすらないではない（……）。判決・決定要旨として書かれたものをそのまま「判例」だと思ふのはきわめて危険で、判例はあくまで裁判理由の中から読む人自身の頭で読み取られなければならない。」（30～31頁）

現に要旨の中には、どうみても傍論としかいえないものを掲げたものもあるし（……）稀な過去の例ではあるが、裁判理由とくい違った要旨が示されたことすらないではない（……）。判決・決定要旨として書かれたものをそのまま「判例」だと思ふのはきわめて危険で、判例はあくまで裁判理由の中から読む人自身の頭で読み取られなければならない。」（30～31頁）

133頁)といわれている。<sup>(1)</sup>

(㉞) 田中英夫「英米法総論」下(東京大学出版会482頁)によると以下の通り記載されている。

「レイシオ・デシデンダイ

(a)判例として尊重されるのは、その判決の対象となった具体的な事件の解決に必要なかつ十分な範囲での法律問題の判断である。このような部分を *ratio decidendi* (判決理由) とよぶ。裁判官が判決の理由の中で述べた意見で、このレイシオ・デシデンダイと関係のない部分を傍論(…)とよぶ。例えば、当該事件の解決にとって必要でない法律問題について裁判官が意見を述べても、それは傍論である。その意見がいかにもすぐれたものであっても、それは後の判決において学説と同様にその内容の故に尊重されることはあっても、『先例なるが故に従われる』というものではない。」<sup>(2)</sup>

(㉟) 望月礼二郎「英米法」(改訂第3版1990年)は「各判例において法的に意味のあった要素とは、その判例における結論(判決)を導く上で意味のあった要素であり、それは、その判決の根本理由となったものであるから、レイシオ・デシデンダイ(判決理由)とよばれる」とされる。<sup>(3)</sup>

(㊱) 中野編「判例とその読み方」(改訂版)も、「裁判の理由の中で示された法律的判断のすべてが真の意味で判例であるわけではない。その中で判例というに値する判断部分、つまりいわゆる拘束力をもつ部分を英米ではレイシオ・デシデンダイ…といい、それ以外の部分をオピター・ディクタム(…)と呼んでいる。」(29頁)とされ、また「『判例』とは、その上告事件(…)の法律上の論点に対してなされた判断でなければならず、それ以外の法的な問題について述べられたものは傍論であるにすぎない。」(31頁)<sup>(4)</sup>とされている。

(5) 次いで、原判決は原審の確定した事実は以下の通りであるとしている。

「1. 上告人は、発明の名称を「半導体装置」とする特許権(…)を有している(…)」

2. 本件発明は、特願(…)から昭和46年12月21日に分割出願されたものであるところ、原出願は昭和35年2月6日に発明された発明(…)から、昭和39年1月30日に分割出願されたものである。

3. 原出願については、原出願が公知の発明に基づいて容易に発明することができるものであることを理由として、拒絶査定が確定した。

4. 本件発明と原発明は、実質的に同一である。

5. 被上告人は業として第一審判決別紙イ号物件目録及びロ号物件目録記載の半導体装置を製造販売している。」

と事実認定し、上記事実を前提として、最高裁は、理由の第二項において、原審が以下の通り判断した、とした。

「1. 本件出願は、これが原出願の適法な分割出願であるとすれば、旧特許法(…)9条1項の規定により、原出願の時にされたものとみなされる。しかし、本件出願は分割出願として不適法であるから、原発明と同一の発明につき原発明に後れて出願したものであり、本件特許は特許法第39条1項の規定により拒絶されるべき出願に基づくものとして、無効とされる蓋然性が極めて高いものである。

2. また、本件発明は、公知の発明に基づいて容易に発明することができることを理由として拒絶査定が確定している原出願に係る原発明と実質的に同一であるから、本件特許にはこの点においても無効理由が内在するものといわなければならない。

3. このような無効とされる蓋然性が極めて高い本件特許権に基づき第三者に対して権利を行使することは権利の濫用として許されるべきことではない。」

そこで、最高裁は上記1, 2の原審の各判断を是認した。そして、理由の第五項において進んで3記載の原審の判断について検討するとして、上記各学説に引用されている(一)(二)(三)の判断をしたのである。然しながら、理由の第五項の判断は、最高裁が1, 2の原審の各判断を是認し、それを前提として「しかし、本件特許のように、特許に無効理由が存在することが明らかで…」としており、ここでの「特許に無効理由が存在することが明らか」な場合とは、決して、特許法第123条第1項の無効理由があることが明らかと言うことではなく、それは、「本件特許のように」であり、従って、それは、上記1, 2の事実認定を前提としているのである。換言すれば、そこでの特許に無効理由の明らかな場合とは上記1, 2の先願発明と本願発明とが同一の場合、同2の原

出願に係る原発明と実質的に同一の発明の事案に関するものであり、上記実質的に同一の発明にかかる事実がそのポイントになっており、上記のような無効理由が存在することが明らかであるときには、「特段の事情がない限り」権利の濫用に当たるとするのが、判例である。

(因みに、最高裁は理由の第四項において、「1及び2記載の原審の各判断は、いずれも是認することができる」として、「本件については、先願である原出願について……」とし、「また、本件発明は、……原出願に係る原発明と実質的に同一の発明であるから、本件特許は同法29条2項に違反してされたものである」との記載がある。

そして、上記29条2項の記載から最高裁は進歩性について権利濫用の抗弁を認めたものであるとする意見も聞かれる。然しながら、上記2に引用した通り、最高裁は「拒絶査定が確定している原出願に係る原発明と実質的に同一であるから……」と判断しており、その原審において認定された事実は、実質的に同一の事実であって、決して進歩性の事実ではない。

従って、ここで最高裁が「本件特許は同法29条2項に違反して」というのは筆が走り過ぎたと言わざるを得ない。従って、本件判例の趣旨は変更されていないと考える。)

5. ところで、上記(第2章)引用の学説は、すべての無効理由について権利の濫用を認める為に、最高裁は大審院の判例を変更したのではないかと主張している。

然しながら、又上記各学説が主張しているように、ここに至るまで所謂全部公知の特許発明について、裁判所は如何に対処すべきかについて、所謂①実施例説、②無効説、③権利濫用説、④自由技術の抗弁説、⑤判断不能説等があった。そして、最高裁自身は「液体燃料装置事件」(昭和37年(オ)第871号、同39年8月4日判決、民集18巻7号1319頁)において、実施例から「燃料排出口(6)、案内皿(5)」を取り出し、それをクレームに付加して、本件実用新案の技術的範囲を限定して判断した先例があり<sup>6)</sup>、一方、大審院は、特許庁が為した権利について裁判所は無効の審理判断をしていなかったことから、本件1,2のような実質的同一の事案にあっては裁判所が実質的同一性の審理を認め、

その結果、実質的に同一であれば、権利の濫用として特許権者の請求を棄却することができる点において大審院の上記判例と抵触するからである。従って、本判決も「以上と抵触する限度において」これを変更したのである。

従って、本件判決を以ってすべての無効理由について侵害裁判所がその無効理由が明らかかどうかを審理し、判断すべきであるとしたとするのは、本件判決から所謂「判例」を抽出する作業に誤解があったと言うべきである。

然るに、上記高部調査官は「すべての無効理由の存在の明白性について、特許権侵害訴訟を審理する裁判所において判断することができるようになったといえよう」とすることは全く誤解であり、上記中野編「判例とその読み方」にある如く、例え調査官の言であるとしても、判決自体から導き出されるものではないから、決して判例ではないのである。また、本件判決の3の判断には団藤博士が言われるように「重要な判断が含まれて」いるとしても、それは、傍論であって、決して判例ではないのである。本件判例はあくまで1,2の事実に対する、3の判断に関するものであり、1,2の事実認定を越えて、すべての特許無効理由について、審理判断をして権利濫用の抗弁を認めるべきであるとしたのではない。

6. 因みに、私の見る限り、結論的に私と同説を採用されるのは、以下の学説のみである。

**大瀬戸豪志**「無効理由を有することが明らかな特許に基づく特許権の行使と権利の濫用」(「L&T」No.14 23頁)

『キルビー特許判決』が明示的に無効理由に限定を付していないからと言って、上記の判示内容を越えて、これを一般化、普遍化して侵害訴訟裁判所がすべての無効理由の審理判断をなし得るものとすることはできない。(24頁 右側)

## 7. おわりに

ところで、本件判決後、本件判例を上記学説(第2章)の通り理解して東京地裁、東京高裁、大阪地裁、大阪高裁ではすべての特許法第123条の無効理由について審理判断をしており、それは、実用新案権、意匠権、商標権(例えば、東京高裁平成14年4月25日判

決、パテント 55 卷 11 号 81 頁) に及んでいるが、如何なものであろうか。

私は、別稿(「特許侵害訴訟における特許無効の抗弁—その解釈論的考察」(審決取消訴訟の実務 159 頁以下))でも論じたように、我が国は明治以来、審判と侵害訴訟との 2 本立ての争訟制度を採用してきたのであり、今、この制度を改革する必要があると考えるものであるが、(別稿「特許(知的財産)争訟制度の改革」(財)経済産業調査会「知財ぷりずむ」No.1. 1 頁)、それを一つの判決の解釈によって為されたとするにはあまりにも判決の読み方に誤解があるのではないかと考えるものであり、速やかなる立法による解決を期待したい。

#### 注

- (1) 元東京大学教授、元最高裁判所裁判官である。
- (2) 元東京大学教授である。
- (3) 東京大学教授である。
- (4) 本書は、5 名の著書であるが、5 名とも元最高裁の調査官である。
- (5) 「最高裁判例は、①実施例説②③④⑤の説とは異なり、①の東京地裁の作業用手袋事件(47.9.29判決)より先の判決であり、最高裁自身は実施例説を採用しないでクレーム+燃料排出口(6)、案内皿(5)をクレームに付加した事件

であった。然しながら、この判決はこの事件限りであって、決して判例として一般化することが出来るものではなかった(拙稿「特許法の構造と性質」牧野利明判事退官記念、「知的財産法と現在社会」147頁)。そこで、最高裁は全部公知の場合に上記のようにクレームを限定する解釈も採用しない。また、大審院のように全く技術的範囲について考慮しない態度も採用しないことを明らかにするために、本件権利濫用説を採用することを明らかにしたものである。それが、「以上と抵触する限度において」である。」

#### 「追記」

本稿脱稿後、近藤恵嗣「特許の無効を理由とする権利の濫用の抗弁」(大場正成先生喜寿記念「特許侵害裁判の潮流」3 頁)に接した。同著には、「本件判決は、侵害事件を審理する裁判所が特許の無効理由の有無を審理するのは例外的なことではなく、当事者から主張が出される限り、原則として無効理由の有無を判断すべきことを明らかにしたものである。すなわち、本件判決の意義は、侵害事件の審理に際して、ともすれば無効理由の審理に消極的な姿勢を示しがちな下級審裁判所に対して、積極的に特許の無効理由の有無を審理すべきであるとのシグナルを送ったことにあると思われる。」(17 頁)とされている。

(原稿受領 2003.2.6)

### 「パテント」本文をホームページに掲載しています

本誌は、2002 年 1 月号から本文を日本弁理士会ホームページ(URL=<http://www.jpaa.or.jp/>)でもご覧になれます。

各月号のホームページへの掲載開始は、「パテント」発行月から 2 ヶ月後の月初めとします。掲載記事の全文検索も可能となる予定です。

1985 年 1 月号以降の掲載記事については、同じく日本弁理士会ホームページから目次検索が可能となっていますので併せてご活用下さい(URL=<http://ucgi.jpaa.or.jp/pindex/>)。

なお、本誌はこれまで通り定期購読が可能です。掲載記事を発行月に確実にご覧になりたい方は定期購読をご利用下さい。