

審判官の忌避

— 特許異議決定に関与した審判官の特許無効審決への関与の適法性 —



松永 宣行

目次

一 はじめに

二 忌避 2002-97002号事件の概要

三 忌避申立て理由の要旨

四 却下理由の要旨

五 批評

.....

一 はじめに

今日、特許異議申立てについての決定に関与した審判官が、その特許異議の申立人が同じ特許について請求した無効審判の審決に関与することが普通のこととして行われている。これは、同じ審判官が同じ特許についての異議・審判に関与しても除外事由に該当しないばかりか、忌避の事由にも該当せず、しかも、異議決定に関わった審判官が無効審判の審決に関わることが無効審判制度の効率的運用に資するとの見解による。

因みに、審判便覧によれば、異議決定をした審査官及び審判官は前審関与として無効審判事件の審判官から除外し（12-04, 2, (1), A-a, e 参照）、同じ権利に対する特許異議申立て事件に関与した審判官は無効審判事件の審判官から除外しないとしている（12-04, 4, (1)参照）。この差は、付与前異議事件に関与した審査官及び審判官は無効審判事件との関係で前審関与であるのに対し、付与後異議に関与した審判官は無効審判事件との関係で前審関与でないとするにある。この審判便覧における「異議申立てと特許無効審判の同一合議体による審理と前審関与についての考え方」（51-09.2）には、同一の特許発明についての特許異議申立てと無効審判とは上級審・下級審の関係になく、また、別事件であるので前審関与は問題とならないとの形式論が述べられ、同一合議体による審理の実益として、①同一の特許発明を対象に判断することになる場合は、既に当該特許発明について知悉した者が判断する方が効率的な審理が期待できること、②審理の中止・続行を確実に行わなければならないことに鑑み、

同一合議体で処理することが合理的であると述べられている。

効率的という点では疑問の余地はない。とりわけ下記事件におけるように特許異議申立て及び無効審判請求の理由及び証拠がほぼ同じである（一部の周知例にかかる証拠が審判で追加された点を除く）場合はなおさらである。しかし、それは忌避事由にも該当しないという点には直ちに疑問なしとしない。審判便覧にいう効率や合理とは関わりなく、当事者が初めから特許異議申立て事件及び特許無効審判請求事件の双方に同じ審判官がその知悉と予見をもって関与することを欲するとは到底思えない。効率の名の下に、審判の公正と国民の審判への信頼の確保がおろそかにされてはならない。

近隣諸国で付与後異議制度が廃止されるなか、わが国でも特許異議申立て制度と特許無効審判制度とを統合する法案が成立し、特許異議申立て制度は廃止される⁽¹⁾。しかし、理由は不明ながら商標法の上では統合話はおきていない。その意味で本稿の主題は今なお無用の論とは言い切れない。

そこで、次の忌避事件を通観し、上記疑問のよって来たるところを論じたい。

二 忌避 2002-97002号事件の概要

この事件は、特許第 3003079 号に係る無効審判請求事件（2001-35514号）の合議体を構成する審判長審判官 A 及び審判官 B は、この無効審判の請求人がかつて申し立てた同じ特許に対する特許異議申立て事件（異議 2000-72665 事件）の合議体を構成した審判長審判官及び審判官であり、審判の公正を妨げるべき事情があるとして、審判長審判官 A 及び審判官 B に対する忌避の申立てがされた。決定は、申立てを認めない、とするものであった。

三 忌避申立て理由の要旨

1 民事訴訟法は、裁判官が不服を申し立てられた前審の裁判に関与したとき、裁判官は職務の執行から除斥されると規定し（23条①項6号）、この規定を受けた特許法は、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、審判官は職務の執行から除斥されると規定している（139条6号）。

付与後異議申立て制度の下での特許異議申立ては特許の取消しを求めるものであるのに対し、無効審判は特許の無効を求めるものである。何れも特許権の発生後に特許処分の変更（取消し又は無効）を求めるもので、両者は法律上形式的に前審・後審（又は一審・二審）の関係にはない。このため、特許法上、審判官が同一特許について取消しを申し立てる異議申立て事件及び無効を請求する無効審判請求事件の双方に関与することとなっても除斥されることはない。

2 しかし、特許異議申立人は、異議決定を不服とする訴えを提起することはできないため、特許維持の決定がされ、かつその決定に不服があるときは、無効審判を請求し、請求棄却の審決を受けたとき審決取消し訴訟を提起し、事実上、これによって初めて特許異議決定について司法判断を得ることができる制度となっている。

法律上、審決取消し訴訟は、あくまでも審決を不服とする訴えであって、異議決定を不服とするものではないが、異議申立てと同じ理由・証拠で特許の無効を主張する者にとって、またそうでない者にとっても、その訴えは異議決定に対する不服申立てと実質的に変わるところはない。

これは、拒絶査定を受けた出願人といえども、直ちに該査定を不服とする訴えを提起することは許されず、拒絶査定不服審判を請求し（121条）、請求棄却の審決を受けたとき審決取消しの訴えを提起し（178条）、これによって初めて出願拒絶の是非について司法判断を得ることができる制度（審級制度）となっていることと実質的に変わるところはない。

なお、特許権者が特許取消しの決定を不服とする決定取消し訴訟を提起することができるのに対し、特許異議申立人が特許維持の決定に不服があっても訴えを提起することができないとした理由の一つは、異議申立人は同じ理由・証拠であっても無効審判を請求する

ことができ、これでバランスが図られる、とされていることにある。

したがって、特許異議申立てと無効審判請求とは（形式的に一審・二審の関係にないといえども）実質的に一審・二審の関係にあるといえるから、審判官が無効審判を請求された特許についての特許異議の決定に関与していたときは審判の公正を妨げるべき事情があるというべきである。

四 却下理由の要旨

両名の審判官（A、B）が、当該特許異議申立て事件に関与したからといって、本件無効審判事件について審判の公正を妨げるべき事情があるとはいえない。すなわち、同一の特許に関する事件であっても、上級審、下級審の関係にはなく、また、別の事件であるので、特許異議の申立ての審理への関与は、無効審判の審理における前審関与とはなり得ない。したがって、特許異議の申立てと無効審判とが実質的に前審、後審の関係にあるとの申立人の主張は採用できない。

また、仮に、先の特許異議申立て事件における合議体の結論が特許異議申立人の意に反するものであったとしても、後の無効審判事件において、新たな主張・立証を行うことは可能であるし、新たな主張・立証が無くとも、無効審判事件の合議体は、先の特許異議申立て事件とは別箇に、無効理由についての公平かつ公正な審理を行わなければならないのであるから、先の特許異議申立て事件に関与したという一事由のみを以って、特許法第141条第1項に規定する「審判の公正を妨げるべき事情がある」に該当するとはいえない。

五 批評

1 まず、却下理由における『同一の特許に関する事件であっても、上級審、下級審の関係にはなく、また、別の事件であるので、特許異議の申立ての審理への関与は、無効審判の審理における前審関与とはなり得ない。したがって、特許異議の申立てと無効審判とが実質的に前審、後審の関係にあるとの申立人の主張は採用できない』とする点について

この却下理由の前段において①「審級関係」はないとし、また②「別の事件」であることを理由に前審関与でないとし、後段において③申立人の主張は採用しないとしている。あたかも、139条6号に係る「除斥

の申立て」についての却下理由を見る思いがする。なぜならば、「除斥の申立て」において、**139条6号**に該当の除斥原因があるというためには、①特許異議申立てと無効審判請求とが一審・二審の関係にあること、②特許異議申立てと無効審判請求とが、特許出願とその特許出願に関する拒絶査定不服審判のように、同じ（出願）事件に関するものであることが要件事実の一部として求められようが、「忌避の申立て」において忌避原因があるというためには、審判の公正を妨げるべき事情があることを客観的に明らかにすれば足り、①や②の要件を満たすことが求められるわけではないからである。

特許異議申立てと無効審判請求とは審級関係にないから除斥原因はないが、同様の関係にある（実質的に一・二審の関係にある）から審判の公正を妨げるべき事情があるとして忌避の申立てがされているにもかかわらず、決定は、いわば除斥原因がないことを理由に忌避の申立てを却下したようなものである。

特許異議申立て事件に関与した審判官と無効審判事件に関与した審判官とは、前者の決定をした者とその決定の当否を判断する者⁽²⁾との関係にはない。特許異議申立て事件について、その維持決定の当否を判断する者はどこにもいないのであるから、無効審判が上級審でないことは明らかであり、したがって、除斥原因はない。しかるところ、審級関係と同様の関係にあるから審判の公正を妨げるべき事情があるとして忌避の申立てをしているのであるから、審判は、審級関係と同様な関係の存否について明確な判断を示さなければならぬところ、一顧だにしないで、「実質的に前審、後審の関係にあるとの申立人の主張は採用できない」と結論しているのであるから、審判は、忌避の申立てを理由なしに却下したということもできる。

なお、特許法上、忌避を理由がないとする決定に対して不服を申し立てることはできない（143条③項）。その理由は、忌避されるべき審判官が審決をしたとしても、当事者はその審決に対して不服を申し立てればその目的は十分に達せられるからである⁽³⁾。したがって、却下の決定に対する不服は審決取消訴訟において申し立てることになる。

2 次に、却下理由における『仮に、先の特許異議申立て事件における合議体の結論が特許異議申立人の意

に反するものであったとしても、後の無効審判事件において、新たな主張・立証を行うことは可能である』とする点について

この却下理由において、一般論として、特許異議申立て事件の後に無効審判事件を位置付け、あたかも審級に似た関係を是認している点は異論のないところである。そのような認識の下では、審判官忌避の申立ては当然に認容されて然るべきである。

しかし、この却下理由で述べられたことは、少なくとも、審判の公正確保の観点から特定の審判官が審判の審理に関わることの是非の問題から離れた外的外れであり、かかる説示は忌避申立てに理由がないとの結論を合理的に導く何らの作用もなしていない。

ところで、先の事件に対する後の事件において新たな主張・立証ができることは、出願に対する拒絶査定不服審判においても同じである。しかし、審判官がこの出願及び拒絶査定不服審判の双方に関与することは許されていない(**139条6号**)。このことから明らかのように、後の事件で新たな主張・立証ができるか否かと、前の事件と後の事件とを同じ審判官が審理・判断できるか否かとは、全く別異のことである。審判の公正を妨げるべき事情のある者の関与が許されるのであれば、審級制度を設けることの意義は薄れる。特許異議の決定に関与した審判官は、審判便覧で述べられているとおり当該特許発明について知悉した者であるから、予断のおそれが希薄⁽⁴⁾とはいいい難いから、無効審判の公正を妨げるべき事情のある者でありうる。

3 さらに、却下理由における『新たな主張・立証が無くとも、無効審判事件の合議体は、先の特許異議申立て事件とは別箇に、無効理由についての公平かつ公正な審理を行わなければならないのである』とする点について

審判官忌避申立て事件における審理の対象は、審判においては公平かつ公正な審理を行わなければならないなどの審判官又は合議体の一般的責務にあるのではなく、具体的に、一定の法定事由(除斥原因)はなくとも、他の審判の公正を妨げる事情(忌避原因)があるか否かの一点である。

4 最後に、『先の特許異議申立て事件に関与したという一事由のみを以って、特許法第141条第1項に規定

する「審判の公正を妨げるべき事情がある」に該当するとはいえない』とする点について

正にその一事由のみを以て「審判の公正を妨げるべき事情がある」に該当するとの解釈の下での運用が、冒頭に述べた、付与前異議の決定をした審査官及び審判官の無効審判事件の審判官からの指名除外（回避）である。これは現行法の下における現行の運用である。他方、同じ権利に対する特許異議申立て事件に関与した審判官は無効審判事件の審判官から除外しない。これも現行の運用である。却下理由は、この差の妥当性を除外ではなく忌避の観点から明らかにしなければならないところ、これをしていないと言わざるを得ない。

申立て却下の結論は、上記1～3の事項を理由としてのことである。上記1～3が合理的理由を示しているとはいえないから、結局、なぜこのような結論になるのか不可解である。

忌避の理由は客観的合理的でなければならない⁽⁵⁾が、特許異議の決定に関与したことが客観的で合理的な忌避の理由といえない場合の忌避申立て却下理由もまた、

客観的で合理的でなければならない。

(注)

- (1) 特許異議申立て制度は公益的観点からの特許処分の見直しである点で無効審判制度と異なるとされている。公益的観点から請求することができる無効審判制度となれば、現行の特許異議申立て制度は無用となる。付与後異議申立て制度を維持するほどに公益を重視している反面、特許維持決定を不服とする申立てはできないとして公益を全うすることを許さないのは、公益保護の一貫性を欠いているか、それを真の目的とするものではないことによる。
- (2) 「(民訴法 23条①項) 6号は、不服申立てされた裁判や仲裁判断をなした者とその当否を判断する者とを分離することにより、審級制度や仲裁判断の裁判所による再審査制度の機能を維持するための規定である。」(関西大学・栗田隆 HP/民事訴訟法/裁判所 3)
- (3) 特許庁編「工業所有権逐条解説(第15版)」第333頁
- (4) 「裁判に関与したとは、表決に関与したことであって、前審で準備手続、口頭弁論の指揮、証拠調べ、裁判の言渡しをしただけでは除外の対象とならない。除外で排除すべき予断のおそれが希薄だからである。」(三ヶ月章著「民事訴訟法(補正版)」第310頁)
- (5) 特許庁編「工業所有権逐条解説(第15版)」第331頁

パテントニュース・レポート

知的財産戦略本部 推進計画案の要旨

総論＝略

第1章 創造分野

- ・論文等の書誌情報と特許情報の統合検索システムを整備、05年度からの運用を目指す
- ・大学知的財産本部や技術移転機関(TLO)を整備する
- ・特許法の職務発明規定を廃止又は改正する

第2章 保護分野

I 知的財産の保護強化

- ・特許審査迅速化法案(仮称)を04年通常国会に提出する
- ・医療関連行為の特許法上の取扱いについて幅広く検討するための場を設け、04年度中の早い時期に結論を得る
- ・知的財産高等裁判所の創設を図る。04年の通常国会への法案提出を目指し検討する

II 模倣品・海賊版対策

- ・税関が輸入者、輸出者の氏名などの情報を権利者に開示できるようにする
- ・水際で当事者の主張を基に侵害判断ができる仕組みを構築するため、新たな行政審判機関の整備、税関手続きの改正などを検討。04年度中に結論を得る

第3章 活用分野

- ・知的財産の管理及び流動化の促進に向けて信託制度等を活用する
- ・国の研究開発プロジェクト等における知的財産権取得や標準化を一体的に推進する

第4章 コンテンツ・ビジネスの飛躍的拡大

- ・芸術系大学等でのプロデューサー育成プログラムの策定を支援。高等教育レベルの創作者育成機関の設置に向けた取り組みを支援する
- ・電子透かしなどの技術開発の支援や新たな権利の付与などでコンテンツの保護を強化
- ・コンテンツビジネスの振興のため関係法律の一括改正を検討

第5章 人材の育成と国民意識の向上

- ・知的財産に強く国際競争力のある弁護士・弁理士を充実する
- ・法科大学院、技術経営大学院(MOT [マネージメント・オブ・テクノロジー])など、知的財産に関する大学院、学部、学科の設置を推進する

(日本経済新聞 2003.6.21 朝刊)