

特許庁審判官の審判の国家賠償責任

常岡 孝好

目次

はじめに

一 事実

二 判決の要旨

1 審決取消訴訟における裁判官の国家賠償責任

2 審判における審判官の国家賠償責任

三 検討

1 審決取消訴訟の国家賠償責任

2 拒絶査定不服審判の国家賠償責任

A 先例

B 特許審判の手続

C 審判行為の特質

特許庁審判官の審判の国家賠償責任(常岡)

D 不服申立制度

E 判決の論理に対する疑問

3 審決取消訴訟の既判力と国家賠償訴訟

A 取消判決の既判力

B 審決取消訴訟の判決の既判力が生ずる客観的範囲

C 審決取消訴訟判決の既判力と国家賠償訴訟

結びに代えて

はじめに

東京地判平成一〇年四月二七日(平五(ワ)二三六五〇号損害賠償請求事件)判例時報一六四七号一三七頁(以下、「平成一〇年東京地判」と呼ぶ。)は、特許庁審判官による拒絶査定不服審判に国家賠償法一条一項の違法行為があったというためには、審判に法令違反が存在するといっただけでは足りず、違法な審判の是正を専ら審決取消訴訟などの不服申立制度によるべきものとするのが不当と解される特別の事情があることを要するとした。特許庁の審判の国家賠償責任の成否について国賠法の違法性を限定する立場を採用したわけである。こうした立場は、裁判官の職務行為について国家賠償法の違法性を限定する見解に酷似している。しかし果たして、国賠法の違法性を限定する見解は、特許庁審判官の審判において、妥当であろうか。本稿は、右の平成一〇年東京地判の論理を追いつながら、行政審判に対する国家賠償請求訴訟において国賠法の違法性を限定する見解は正当かどうかを検討しよ

うとするものである。⁽¹⁾なお、後に詳しく紹介するように、平成一〇年東京地判の事案では、原告は、特許庁審判官の国賠責任を追及するだけでなく、特許庁審判官の審決に係る取消訴訟についても国賠賠償訴訟を提起している。この審決取消訴訟の裁判官の国賠責任の問題は、特許庁審判官の審判の国賠責任の問題を考える上で参考になる。それゆえ、本稿では、便宜、審決取消訴訟の裁判官の国賠責任についても、触れることにする。

一 事実

平成一〇年東京地判の事実関係は以下のようなものであった。

訴外Aは一九七〇年五月特許の出願（以下、「本件原出願」という。）を行った。本件原出願の特許を受ける権利を承継したXは、一九八五年一二月、本件原出願を原出願とする分割出願（以下、「本件分割出願」という。）を行った。一九八七年三月、審査官が進歩性なしという理由で拒絶査定を行ったので、同年四月、Xは、これを不服として、特許性ありという審決を求めて審判（以下、「本件審判」という。）を請求した。同年一二月、審判官は、本件分割出願は特許法所定の分割出願の要件を充足しておらず出願日の遡及が認められないので、現実の出願日である八五年一二月に出願されたものとされる結果、同法四八条の二により請求を待って出願審査を行うべきことになるとして、原査定を取消し審査部に差戻す旨の審決（以下、「本件審決」という。）を下した。これに対しXは一九八八年二月、東京高等裁判所に本件審決の取消訴訟（以下、「本件審決取消訴訟」という。）を提起したが、同裁判所は、一九八九年二月、右請求を棄却した。Xは上告したが、最高裁判所は、一九九〇年一月、上告を棄却したので、本件審決は確定した。ところが、Xは、一九九五年九月、本件分割出願が特許庁が発刊した分割出願審査基

準(以下、単に「審査基準」という。)に合致するか否かについて本件審決取消訴訟の判決は判断を遺脱しているとして東京高等裁判所に再審の訴えを提起した。しかし同裁判所は、一九九七年五月、右の点は上告審判決が判断を加えていることが明かであるから旧民事訴訟法四二〇条一項但書前段に該当するとして右再審請求を却下した。

そこで、Xは、本件審判及び本件審決取消訴訟の判決が審査基準について判断を遺脱しているなどとして国家賠償訴訟を提起し、審判費用、裁判費用及びこれに従事した労力の損害相当額一万円及び再審請求をするまでの精神的・肉体的苦痛に対する慰謝料相当額一万円を請求した(なお、この国家賠償訴訟は前記の再審請求より前の一九九三年に提起されている)。

二 判決の要旨

1 審決取消訴訟における裁判官の国家賠償責任

平成一〇年東京地判は、争訟の裁判における裁判官の国家賠償責任に関する先例である最高裁判所昭和五七年三月一二日第二小法廷判決民集三六卷三三三三九頁を引用し、いわゆる「違法性限定説」を前提にすることを明らかにした後、次のように述べた。「本件審決取消訴訟についてこれをみると、そもそもその判決に瑕疵が存すると認めらるに足りる証拠はなく、また裁判官がその付与された権限をその趣旨に明らかに背いてこれを行使したものとも認め得るような事情を認めるに足りる証拠もない。」

2 審判における審判官の国家賠償責任

「拒絶査定に対する不服の審判は、証拠の評価により事実を確定し、その事実の特許法などの法令を適用して拒

絶理由の有無を判断することをその実質的な内容とするものであり、裁判と類似した判断作用を含むものと解される。

また手続面においては、……審判の主体、証拠調などについて、不公平を避けるための配慮がなされており、その公正を確保するために厳格な手続が定められている。さらに審決に対する不服申立ては、東京高等裁判所の専属管轄とされていることから、審決はいわば三審制の一審判決に類似する位置づけを与えられていると見ることができ、再審という救済手段も存在する。」

「審判官の行為が国家賠償法上違法と評価されるか否かは、国に損害賠償義務を負担させるに足りるだけの実質的理由があるかどうかにかかわることがらであるから、単に審判官に法令に違反する行為があるということだけではなく、審判官の行為の内容、手続の公正の担保の有無などを参酌したうえで、国民が、審判官の法令違反行為によって生じた不当な結果を不服申立制度などにより是正することができるかどうか、その是正を不服申立制度にのみまかせることが相当かどうかという点を考慮に入れて判断されるべきである。

そして、拒絶査定に対する不服の審判は、その性質は行政上の手続であるが、……裁判と類似した判断作用を含み、公正確保のために厳格な手続が定められており、審決取消訴訟などの不服申立手段も認められていることから、審決における証拠の採否、事実認定、法律の適用に違法が存する場合は、審決取消訴訟で是正するのが法の予定するところだといふべきである。

したがって、審判官がした審判につき国家賠償法一条一項にいう違法行為があったものとして国の損害賠償責任が肯定されるためには、単に審判に法令違反が存在するというだけではなく、違法な審判の是正を、もっぱら審決

取消訴訟などの不服申立制度によるべきものとすることが不相当と解されるような特別の事情があることを必要とする¹⁾と解すべきである。」

「本件審判についてみると、……本件審決は、本件審決取消訴訟の判決により適法であることが確定しており、本件審判の違法の主張のうち、本件審決の違法をいう部分は、右判決の既判力に抵触し、採用することができず、その余の点についても、本件審判に法令違反があったことを認めるに足りる証拠はなく、さらに、本件において、法定の不服申立制度によるべきものとする²⁾ことが不相当と解されるような特別の事情を認めるに足りる証拠はない。」

三 検討

1 審決取消訴訟の国家賠償責任

前節で見たように、平成一〇年東京地判は、本件審決取消訴訟における裁判官の国家賠償責任を論じ、昭和五七年三月の最高裁判決(以下、「五七年三月最判」と呼ぶ)を引用し、いわゆる違法性限定説を採用し、審決取消訴訟の裁判官に「特別の事情」を認めることはできないとしている。特許庁審判官の審判に関する国家賠償責任を考へる上で、特許庁審判官の審判についての審決取消訴訟の国家賠償責任の問題が、比較の意味で、たいへん参考になる。そこで、まず、審決取消訴訟の国賠責任について検討することにする。

A 裁判官の職務行為に関する国家賠償責任については、従来、判例・学説上争いがあった。²⁾すなわち、裁判官の職務行為について国家賠償法一条一項の適用を肯定するか、それとも否定するのか、また仮に同条の適用を肯定

するとして、その「違法」性要件について限定するのか、あるいは限定しないのか等の点について争いがあつた。⁽³⁾しかしこの点については平成一〇年東京地判が引用する五七年三月最判が一応の決着をつけた。五七年三月最判は、「争訟の裁判」に「上訴等の訴訟法上の救済方法によって是正されるべき瑕疵」が存在するとしても、これによって国賠法一条一項の「違法」性要件が満たされるわけではなく、右「違法」性要件が満たされるためには、「裁判官が違法又は不当な目的をもって裁判をしたなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したもの」と認め得るような特別の事情のあることを必要とする」とした。

五七年三月最判に対しては、明文規定に反する裁判やケアレスミスでの誤判については国賠法上救済されないのではないかという批判がある。⁽⁴⁾また現行法上、上訴・再審を経由しなければならないという規定はなく、前訴判決と国賠訴訟とは別個独立の訴訟であるから、違法性を限定する必要はないとも主張されている。⁽⁵⁾さらに、裁判官の賠償責任を追及することと判決で決められた権利関係を覆すこととは別個の問題であり、理論上は違法な裁判判決に対して国家賠償を請求する場合に上訴ないし再審請求を経由する必要はないとも主張されている。⁽⁶⁾しかし、「上訴等の訴訟法上の救済方法によって是正されるべき瑕疵」については、上訴等を利用して救済を受けることができるので、第一次的には上訴等によって救済を受けさせ、上訴等によることが不相当な場合にのみ国家賠償訴訟を利用できるとすることも合理性があるのではないか。⁽⁷⁾その限りで国賠法一条一項の違法性要件を限定することも許されるであろう。

B 平成一〇年東京地判は、違法性限定説に立つ五七年三月最判を援用しているが、この点の是非は本件が右最判の射程距離内にあるかどうかにかかっている。五七年三月最判は、民事事件における「争訟の裁判」において

「上訴等の訴訟法上の救済方法」によって是正されるべき瑕疵」が存在する事案に関するものであった。本件の審決取消訴訟は行政事件訴訟の一種であるが、これも広い意味での民事訴訟の一種であり、しかも違法事由として主張されている審査基準該当性の問題は、「上訴等の訴訟法上の救済方法」によって検討されるべき問題であるといえよう。実際、原告は審決取消訴訟において審査基準該当性について主張しており、上告審判決もこれについて判断を加えているようである。したがって、本件審決取消訴訟は五七年三月最判の射程距離内にあると解される。本件が特殊なのは、国家賠償訴訟で争われているのが私人間の通常の民事訴訟ではなく審決取消訴訟であるという点である。裁判官の職務行為が国家賠償訴訟で争われたこれまでの例で特許審判の審決取消訴訟が対象になったものはほとんどなかったのではないかと推測される。もっとも、後に見るように、特許庁の実用新案に関する審判に関する審決取消訴訟の国賠責任を論じた裁判例は存在する。

C a さて、本件が五七年三月最判の判断に従うべき事案であるとすると、次の問題は右最判にいう「特別の事情」が存在するかどうかである。平成一〇年東京地判は「裁判官がその付与された権限をその趣旨に明らかに背いてこれを行つたものと認め得るような事情」はないと述べた。本件審決取消訴訟の違法事由として主張されているのは、東京高裁が審査基準を無視したという点であり、原告はそれ以上に「特別の事情」を主張立証していない。それゆえ平成一〇年東京地判が前述のようにそっけなく述べたのもいたしかたないことといえよう。しかしそもそもこの「特別の事情」、「裁判官がその付与された権限をその趣旨に明らかに背いてこれを行つたものと認め得るような事情」とは具体的にどのような事情をいうのか曖昧である。今後この「特別の事情」の基準をより具体化していく作業が必要である。

b 平成一〇年東京地判は、本件審決取消訴訟に瑕疵が存在すると認めるに足りる証拠はなかったという。原告が主張する審査基準の点はどうであろうか。原告は、審決取消訴訟の担当裁判官がこの審査基準該当性の検討を故意に外したと主張している。しかし再審判決によると審決取消訴訟の上告審判決がこの点について判断を加えていることは明かであるとされているので、担当裁判官が審査基準該当性を検討したかどうかということでは、検討したといえ、その限りで原告の主張は失当であろう。原告の主張は担当裁判官が審査基準該当性を検討しなかったというのではなく、むしろ担当裁判官が原告が解釈した内容でこの審査基準を解釈適用しなかったということであろうか。そうだとすると、問題は審査基準の解釈として審判官もしくは審決取消訴訟の裁判官の解釈が正しいのか、それとも原告の解釈が正しいのかということになる。問題の審査基準は、要するに、分割出願の対象となる発明とは、原出願の願書に最初に添付した明細書又は図面、及び出願の分割の際の原出願の明細書又は図面の両者に記載されている発明をいうというものである。これは原告のいう「分割発明と母体発明の該当部分とが実質的に同一であること」という理解とは明らかに異なっている。仮に原告が主張する解釈が成り立つとしても、審判官や裁判官が原告の主張する解釈を取らなかつたからといってそれで審判官や裁判官に過失があるわけではないと思われる。この点については、法律解釈について異なる見解が対立しているとき、相当の根拠がある一方の解釈を採用すれば過失はないとした最判昭和四六年六月二四日民集二五卷四号五七四頁が参考になる。いずれにしても本件審決取消訴訟の裁判官に国賠法責任は生じないという結論は動かないのではないか。

2 拒絶査定不服審判の国家賠償責任

平成一〇年東京地判は、拒絶査定不服審判の審判官の行為に国賠法一条一項にいう違法行為があったとされるた

めには、違法な審判の是正を、審決取消訴訟などの不服申立制度によるべきものとすることが不相当と解されるような「特別の事情」があることが必要であると述べ、「特別の事情」のある場合にのみ国賠法の違法性要件が満たされるとした。平成一〇年東京地判は、審判官の行為につき国賠法の違法性要件を限定したわけである。このように特許審判における審判官の行為について国賠法の違法性要件を「特別の事情」が存在する場合に限定する判断は、争訟の裁判について国賠法の違法性を「特別の事情」が存在する場合に限定するいわゆる違法性限定説に立つ前記五七年三月最判の判断と酷似している。前節で検討したように、審決取消訴訟の裁判官の国賠責任について、平成一〇年東京地判は「特別の事情」が存在する場合に限って国賠法の違法性要件が満たされるとしたが、この点で、国賠法の違法性要件について、平成一〇年東京地判は、特許庁審判官の審判と、審決取消訴訟とを同列に扱っている。両者をこのように同列に扱うことが果たして妥当かどうかを検討したい。

A 先例

a 平成一〇年東京地判は、特許審判に関する国家賠償請求において国賠法の違法性要件を限定したが、こうした判断には先例がある。まず、平成一〇年東京地判と同様特許庁の審判官の行為について国家賠償請求がなされた奈良地判昭和四九年九月九日判時七六三号八七頁がそれである。事件は、実用新案登録を無効とする審決に対し審決取消訴訟を提起したが請求棄却判決が確定したため、証拠申出の採否、証拠の証明力の判断、事実認定という審判官の行為に誤りがあるとして国家賠償を請求したというものである。なお原告は東京高裁に再審を請求したが、却下され確定している。奈良地判は、審判官のなした証拠申出の採否、証拠の証明力の判断、事実認定等に違法が存する場合、審決取消訴訟によってのみ救済を受けることができ、審決取消訴訟により不服申立をしないまま終局

判断が確定した場合、右のような違法主張は再審によりうる場合以外許されないと判示した。すなわち奈良地判は、審判官の行為について国家賠償法の適用を否定する。その理由は、審決取消訴訟以外の裁判所に審決の判断の可否を有権的に判断させることは専属管轄、審級制の存立意義を没却することになるといふものである。奈良地判は、原告の主張するような違法事由についての国家賠償請求は「当裁判所の管轄に属しない」とも述べている。なお、この判決は、特許庁の審判を「前審的なもの」と呼び、あるいは「前審裁判所の判断」の一つと位置づけ、また審決取消訴訟を「上訴」の一種と位置づけている。

平成一〇年東京地判を奈良地判と比較してみると、両者の判断は明らかに異なっている。平成一〇年東京地判の事案と奈良地判の事案は、いずれも特許庁の審判が問題になっており、審決取消訴訟が請求棄却で確定している点で共通している。また主張されている違法事由も類似している。しかし、奈良地判は、審決取消訴訟が東京高裁による専属管轄になっている点を中心論拠にして国家賠償請求そのものが成り立たないとした。国家賠償法適用否定説である。しかし、平成一〇年東京地判は、国家賠償法適用肯定説に立ち、そのうえで、国家賠償法の違法性要件を限定する違法性限定説を採用した。本件の平成一〇年東京地判の論拠は、後に詳しく検討するが、必ずしも明確ではない。ただし、平成一〇年東京地判は、奈良地判のように、審決に対する不服申立が東京高裁の専属管轄になっていない点を繰り返し述べている。それゆえ、平成一〇年東京地判が違法性限定説をとった論拠としてこの専属管轄という点が影響していることは確かであろう。

b 平成一〇年東京地判の先例として、第二に、東京地判昭和六〇年一月二八日判時一二一〇号八六頁（以下、「六〇年東京地判」と呼ぶことにする。）を挙げることができる。事件は、不当労働行為に関する救済申立事件にお

ける中央労働委員会による再審査について国家賠償が請求されたものである。原告は、再審査が違法であることを次のように主張した。すなわち、再審査による救済命令が、第一に、労組法所定の救済適格を持つ「労働組合」の解釈適用を誤っている、第二に、労組法七条の「使用者」の解釈適用を誤っているなどと主張した。六〇年東京地判は、労働委員会による救済命令は準司法的機能を有する行政委員会による準司法的判断作用であり、その違法性を検討するについては、「そのような判断作用の本質に由来する制約」があり、したがって「労働委員会による法令の解釈、適用の誤りが直ちに国家賠償法上の違法を意味するものではなく、それらは認められた不服申立手続(救済命令の取消訴訟)で是正されるべき事項にすぎないのであり、労働委員会が違法又は不当な目的をもって救済命令を発したなどその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したものと認めるに足りる特別の事情がある場合に、国家賠償法上違法となるべきものというべきである」とする。このように六〇年東京地判は中労委による救済命令について国家賠償法上の違法性要件を限定する。その論理は、中労委による不当労働行為救済申立事件に関する再審査が司法作用たる裁判に類似する準司法的作用であるから、裁判官による争訟の裁判について国家賠償法上の違法性要件を限定した五七年三月最判の趣旨が中労委の再審査においても妥当するというものである。⁽⁸⁾そして、この「準司法作用」の中身は、「証拠による事実の認定、右認定事実に対する法律の適用、結論の決定」であり、「審査の手続面においても審査主体の組織面においても公正確保のため裁判の公正確保のためにとられている配慮に準じた配慮がなされている」というものである。

平成一〇年東京地判と六〇年東京地判を比較してみよう。平成一〇年東京地判の判断には、六〇年東京地判の判断と類似する点が多い。まず、結論として「特別の事情」がある場合にのみ国賠法の違法性要件が満たされるとし

た点で両者は共通する。第二の共通点として、両判決とも審判なり再審査の性格や手続を検討している点が挙げられる。六〇年東京地判は、再審査が「証拠による事実の認定、右認定事実に対する法律の適用、結論の決定」という一連の過程をたどって行われる点で裁判所が行う裁判と異なるものではないとし、「審査の手続面においても審査主体の組織面においても公正確保のため裁判の公正確保のためにとられている配慮に準じた配慮がなされている」とする。平成一〇年東京地判は、審判が「裁判と類似した判断作用」であり、「手続面において……審判の主体、証拠調などについて……公正を確保するために厳格な手続が定められている」とする。

しかし、平成一〇年東京地判と六〇年東京地判とは違法性限定説をとる直接の論拠が異なっていると解される。六〇年東京地判は、右に見た再審査の性格や手続からこれを準司法作用であると性格規定し、司法作用について違法性限定説を採用した五七年三月最判の法理を類推適用する。これに対し、平成一〇年東京地判は、右に見たような審判の性格や手続を参酌した上、審決の違法は正について審決取消訴訟が排他的であることを強調して、国賠訴訟を例外的救済方法と位置づけ、国賠法の違法性を限定するのである。また六〇年東京地判は、中労委の独立性、不服申立ないし審級制度、自由心証主義、価値評価の多様性等という再審査の本質に由来する制約を考慮して国賠請求の可否や条件を判断している。しかし、平成一〇年東京地判は、少なくとも文面上、審判官の独立性（後述のように、そもそも審判官には職権行使の独立性があるかどうか疑問が出されている）、自由心証主義、価値評価の多様性を考慮すべきであるとはしていない。

B 特許審判の手続

a 平成一〇年東京地判は、審判官の行為が国賠法上違法と評価されるかどうかは審判官の行為の「手続の公正

の担保の有無」を参酌したうえで判断されるべきであるとか、拒絶査定不服審判は「公正確保のために厳格な手続」が定められていると述べている。国賠法の違法性を限定するに当たり、審判の手続に着目するのである。そこでまず審判手続の概要を整理しておこう。

i 第一に、審判の主体ないし審判機関についてみると、審判は三人又は五人の審判官の合議体が行い(特許法一三六条一項)、この合議体による評決は過半数の意見による(同条二項)。⁽⁹⁾このように合議制がとられているので、単独の審判官による判断と比べて恣意や専断が入り込む余地はより少なくなるであろう。⁽⁹⁾審判官の資格は特許法施行令一三条によって定まっており、五年以上特許庁において審査官の職にあった者等がかつ工業所有権研修所における所定の研修課程を修了した者である。技術的専門的知識に富んでいることが審判官の資格要件になっているわけである。特許庁長官は、こうした有資格者から、事件毎に、審判を行うための審判官合議体を構成すべき審判官を指定する(同法一三七条一項)⁽¹⁰⁾。審判官については除外・忌避の制度がある(同法一三九条ないし一四四条)。これらは審判官による職権行使の公正を担保するための制度である。⁽¹¹⁾もっとも審判官には裁判官のような法律上の身分保障(憲法七八条、裁判所法四八条)がなく、また除外・忌避申立却下決定に対する独立の不服申立規定がなく(参照、特許法一四三条三項)、さらに審判官の回避に関する規定もない。⁽¹²⁾

ii 第二に、審判における審理手続は以下のようになっている。無効審判及び延長登録無効審判という当事者系の審判とは異なり、拒絶査定不服審判については書面審理が原則であるが、当事者の申立又は職権で口頭審理によることも可能である(特許法一四五条二項)。口頭審理は原則として公開で行われる(同条四項)。審判では職権主義が採用されている。この点は弁論主義を原則とする民事訴訟と大きく異なるところである。審判では、

たとえば、職権で証拠調をすることができる（同法一五〇条一項）。また審判手続の当事者その他の関係人が期間を遵守しなかったり出頭しなかった場合でも審判長は手続を進行することができる（同一五二条）。さらに当事者が申し立てない理由についても審理することができる（同一五三条一項）。すなわち職権探知主義が採用されている。ただし当事者に対する不意打ちを防止する観点から、当事者に意見を申し立てる機会が与えられることになっている（同条二項）。また当事者が申し立てない請求の趣旨について審理することはできない（同条三項）。このように民事訴訟と異なる手続原則を採用する一方、証拠調や証拠保全については民事訴訟法が準用されている（同法一五一条）。ただし、職権主義と相容れない規定は準用されていない。⁽¹³⁾

iii 本件で問題となっているような拒絶査定不服審判については、無効審判のような当事者系審判とは異なる手続構造になっている。すなわち拒絶査定不服審判は対審構造になっていない。当事者系審判では当事者対立構造がとられ、審判請求書の副本を被請求人に送達し、相当の期間を指定して答弁書を提出する機会を与え（特許法一三四条一項）、答弁書を受領したときその副本を請求人に送達することになっており（同条二項）、双方審尋主義がとられている。しかし、特許法一六一条は、答弁書の提出等に関する右の一三四条一項及び二項の規定が拒絶査定不服審判に適用がない旨定めている。また当事者系審判においては当事者参加及び補助参加という参加制度がある。しかし、拒絶査定不服審判にはこれがない（同法一六一条）。このように拒絶査定不服審判には当事者系審判に固有の規定は適用されないが、これは拒絶査定不服審判においては当事者対立構造が採用されていないことの反映である。

iv 拒絶査定不服審判においては、審査においてなされた手続も効力を有する（特許法一五八条）。拒絶査定

不服審判は審査の継続としての統審であるとされる⁽¹⁴⁾。審査が第一審、審判が第二審と位置づけられることもある⁽¹⁵⁾。そこで拒絶査定不服審判では、審査段階で正当に収集された資料と、審判段階で新たに収集された資料を基礎にして、出願について特許すべきかどうかを判断する。拒絶査定不服審判の審理の対象は拒絶査定の当否ではない。とはいえ拒絶査定不服審判の審理は、拒絶査定の理由が正当であるかどうかを中心として行われる⁽¹⁶⁾。そして、審判において再審査の結果、拒絶査定の理由によって特許を拒否するのが相当であると認めるとき、審判請求は成り立たないとして請求を棄却する。このとき右の拒絶理由を改めて通知する必要はない。しかし、拒絶査定の理由と異なる拒絶理由によって特許を拒否するのが正当であると認めるとき、審判官はこれを審判請求人に通知し、意見書又は補正書を提出する機会を与えなければならない(同法一五九条二項)。

b 平成一〇年東京地判は、以上のような審判手続の特徴を次のように正当に描写している。すなわち、「審判手続においては、……職権探知主義及び職権進行主義が採用され、本件審判のような拒絶査定に対する不服の審判においては、対審構造は採用されていない」と。しかし、平成一〇年東京地判は、「手続面においては、……審判の主体、証拠調などについて、不公平を避けるための配慮がなされており、その公正を確保するために、厳格な手続が定められている」、あるいは「拒絶査定に対する不服の審判は……公正確保のために厳格な手続が定められている」と総括している。確かに、審査段階と比べると、審判は、手続面において、不公平を避ける配慮または公正を確保する配慮がなされている、とは言えるであろう。しかし、民事訴訟手続と比べると、審判とりわけ拒絶査定不服審判は「公正確保のために厳格な手続」が定められているとまで言えないであろう。前述のように、審判の主体である審判官には法律上の身分保障がない。また口頭審理は例外でしかない。対審構造にもなっていない。これら

の点は平成一〇年東京地判も正当に指摘しているところである。以上の諸点に加えてさらに拒絶査定不服審判にあっては、審査段階の手続が審判でも有効と扱われることにも注意する必要がある。これらの点で、少なくとも拒絶査定不服審判の手続は明らかに民事訴訟手続より厳格さに欠けるといえよう。学説において、当事者系審判はより訴訟に類似しており準司法手続的なものと見ることも不可能ではないが、拒絶査定不服審判はより通常の行政処分¹⁷⁾に近くそれだけ司法手続から遠いと説明されている。

C 審判行為の特質

平成一〇年東京地判は、国賠法の違法性を限定するに当たり、審判手続と並んで、審判官の行為の内容に着目している。そして、拒絶査定不服審判は、「裁判と類似した判断作用」を含んでいると述べる。具体的には、「証拠の評価により事実を確定し、その事実の特許法などの法令を適用して拒絶理由の有無を判断することをその実質的な内容とする」ということである。すなわち、いうところの「裁判と類似した判断作用」とは、証拠調に基づいて認定された事実¹⁸⁾に法令を適用する作用のことである。

裁判が一般に証拠調によって事実を認定しこれに法を適用する過程であることはいうまでもなからう。また審判も証拠調に基づいて認定された事実¹⁸⁾に法令を適用する作用であるといえることができる。しかし、審決も含めて行政処分一般も同様の作用を内容としているといえよう。行政処分は、各種の判断過程が複合した行為であると言われる。すなわち、事実認定、事実認定の構成要件への当てはめ(要件の認定)、手続の選択、行為の選択(どの処分を選択するか、その処分をするかしないか)、時の選択という判断が組み合わさってできている¹⁸⁾。それゆえ、認定事実への法令適用という作用は行政処分一般にあまねく見られる作用であるといえてよい。

たとえば行政手続法によれば、聴聞手続による不利益処分では、事実認定に関連して一定の証拠調の手続が制度化されている。聴聞手続において当事者は意見を述べ、証拠書類等を提出し、並びに主宰者の許可を得て行政庁の職員に質問することができる(行政手続法二〇条二項)(もっとも証人による証言という証拠調の手続までは保障されていない)。これを受けて聴聞主宰者は「不利益処分の原因となる事実に対する当事者等の主張に理由があるかどうかについての意見」(同法二四三条三項)を形成する。こうした過程において証拠調が行われるといえよう。そしてこの証拠調に基づいて認定された事実法令を適用するのである。行政手続法上の聴聞手続は、証拠調の手続の内容や厳格さにおいて、裁判手続のそれと比較すると貧弱ではあるものの、証拠調に基づいて認定された事実法令を適用する作用であることに変わりはなく、程度の差はあれ、平成一〇年東京地判がいう「裁判と類似した判断作用」を含んでいるといえよう。聴聞手続によらない他の行政処分においても、簡略な形ではあれ、なにかの証拠調の手続は存在しているのではなからうか。そうすると、行政処分のほとんどが、平成一〇年東京地判のいう「裁判と類似した判断作用」を含んでいるといえそうである。

D 不服申立制度

平成一〇年東京地判は、審判官の法令違反行為が国家賠償法上違法となるかどうかについては不服申立制度を考慮に入れて判断すべきであるという。そこで審判に関する不服申立制度を見てみよう。審判の審決に対する救済手段には二つある。第一に、審決取消訴訟である。第二に再審制度である。

a 特許庁の審決の謄本の送達があった日から三〇日以内に当事者等は東京高等裁判所に対して審決の取消訴訟を提起することができる(特許法一七八条)。このように審決取消訴訟は東京高裁の専属管轄となっていて一審級

省略されている。この点に関連して、平成一〇年東京地判は、「審決はいわば三審制の一審判決に類似する」と述べている。その前提には、審判が「裁判と類似した判断作用」であり、「審判の主体、証拠調などについて……公正を確保するために厳格な手続が定められている」という理解があるようである。しかしこうした理解には問題があり、その点については前述した。それはともかく、審判を裁判の第一審に準えることには問題がある。東京高裁における審決取消訴訟は審判の統審ではなく、審判とは切り離された審理が行われ、すべての証拠は改めて提出され、訴訟費用も審判のそれとは別個に負担する。⁽¹⁹⁾

b 審決に対する第二の救済制度は、再審である。再審事由については民事訴訟法の再審事由の規定が準用されている（同法一七一条）。再審制度は確定判決について見られる制度で、通常の行政処分には見られないものである。それゆえ、民事訴訟と同様の再審制度が存在するという点で、確定審判を確定判決と類比することができるかもしれない。

E 判決の論理に対する疑問

平成一〇年東京地判は、前記Bで見た「公正確保のための厳格な手続」、同じくCで見た「裁判に類似した判断作用」を前提に、Dで見た審決取消訴訟などの不服申立手段に触れ、「審決における証拠の採否、事実認定、法律の適用に違法が存する場合は、審決取消訴訟で是正するのが法の予定するところというべきである」とし、ここから審判官の行為に国賠法一条の違法性があったといえるためには、違法な審判の是正をもつばら審決取消訴訟制度などによるべきことが不相当な「特別の事情」のあることが必要であると結論した。

しかしながら、第一に、審判手続が「公正確保のための厳格な手続」を定めているとすることにはにわかに賛同

できない。確かに審判手続は審査段階の手続より厳格な手続であるとはいえよう。しかし、民事訴訟手続よりは明らかに厳格さに欠けている。さらにいえば、審判もその一種である行政処分のある種の手続と比較しても審判の手続の厳格さはある意味で劣っている。すなわち拒絶査定不服審判の手続は、不利益処分手続の一種である聴聞手続よりある意味で手続の厳格さが劣っている。たとえば聴聞手続においては口頭審理が行われるのに対し、拒絶査定不服審判は原則として書面審理で行われるからである。

そもそも審判手続が「公正確保のための厳格な手続」であるという前提から、審決の違法は排他的に審決取消訴訟で是正するという結論を導くことはできないのではなからうか。審決の違法は正について審決取消訴訟が排他性を持つかどうかという問題は、第一次的には関連法規(特許法一七八条一項、六項等)の解釈によるが、審判手続の公正さではなく、むしろ審決取消訴訟制度の公正さに焦点を当てて論ずべきであると考えられるからである。すなわち、審決取消訴訟の制度が関係者の権利保護にとって適正なものであれば、これに審決の違法は正を排他的に委ねることも許されよう。逆に、審決取消訴訟制度が適正なものでなければ、これに審決の違法は正を排他的に委ねることは問題がある。このように「審判官の法令違反行為によって生じた……結果を不服申立制度などにより是正することができるかどうか、その是正を不服申立制度にのみまかせることが相当かどうか」という問題によって、審判手続が「公正確保のための厳格な手続」であるかどうかは、直接的な関係にはないと思われる。したがってこの問題について「審判官の行為の……手続の公正の担保の有無……を参酌する」ことは無意味ではなからうか。平成一〇年東京地判が、審判手続の詳細を検討しそれが「公正確保のための厳格な手続」であると性格規定するのは、審決が三審制の一審判決に相当することをいわんとするためであらうか。平成一〇年東京地判は、審決が三

審制の一審判決であると規定する直前で、審判手続が「公正確保のための厳格な手続」になっていると述べている。それゆえ、審判手続は第一審判決手続に相当するので、五七年三月最終で争訟の裁判について国賠法一条の違法性要件が「特別の事情」に限定されたのと同様、審判官の審判についても国賠一条の違法性要件は「特別の事情」が存在する場合に限定されるという論理を平成一〇年東京地判が採っているのではないかとということが推測される。しかしながら、平成一〇年東京地判は、全体としてみると、審決取消訴訟等の不服申立制度の排他性に力点を置いて国賠法一条の違法性要件を限定しているといえよう。また審決を第一審判決に類比してそこから五七年三月最終のように違法性限定説を導く論法は必ずしも成功すると思われない。それは、前述のように、拒絶査定不服審判の審決を第一審判決に類似すると解することには無理があるからである。拒絶査定不服審判は、第一審の判決手続と比較して、手続の厳格さにおいてかなり劣ることに留意する必要がある。

第二に、審判が「裁判と類似した判断作用」であるとしても、そこから審決の違法が排他的に審決取消訴訟によって是正されるべきであるという結論を導くこともできないのではないか。審決取消訴訟の排他性は、関連法規や審決取消訴訟自体の制度の適正さに依拠して決定されるべき問題であり、審判官の行為の内容によって決定されるべき問題ではないと解される。したがって、審決の違法是正に関する審決取消訴訟の排他性の問題にとって、「裁判と類似した判断作用」という「審判官の行為の内容」を参酌することは無意味であろう。

それでは「審判官の行為の内容」を参酌することの意味はどこにあるのであろうか。考えられるのは、審決が第一審判決に相当するという結論を導くため、平成一〇年東京地判が「審判官の行為の内容」を参酌したということであろう。審判官の行為の内容を検討した結果、それが「裁判と類似した判断作用」を含むといえれば、審決を判

決に類似するものと位置づけやすいことになろう。平成一〇年東京地判は、審決が三審制の一審判決に相当すると述べる直前で、審判手続が「裁判と類似した判断作用」を含むと述べ、これを前提にして審決を判決類似と性格規定しているように見られるのである。しかしながら平成一〇年東京地判は、その全体の論理をみると、審決が第一審判決に類似するから審決が国賠違法に相当する場合も限定されるという論理を採用しているとは見られない。むしろ平成一〇年東京地判は、審決取消訴訟という不服申立制度の排他性に力点を置いて国家賠償責任を違法性要件のレベルで限定していると解されるのである。

第三に、仮に審判手続が「公正確保のための厳格な手続」であり、「裁判と類似した判断作用」を含むとしても、そこから「審決に……違法が存する場合は、審決取消訴訟で是正するのが法の予定するところ」で「国の損害賠償責任が肯定されるためには、……審決取消訴訟……によるべきものとするのが不相当と解されるような」場合に限りという結論がなげえ導かれるのか不明である。確かに、審決取消訴訟は審決に実体法上あるいは手続法上違法な点がないかどうかを判断する訴訟であって、審決における証拠の採否、事実認定、法律の適用に存する違法な点を是正するものである。違法な審決に対する原状回復は原則として審決取消訴訟によるべきである(特許法一七八条六項も参照)。

しかしこの原状回復ないし違法状態の排除と、違法な審判もしくは違法な審決から生じた損害の填補とは一応別問題である。行政処分によって生じた違法状態を排除する仕組みの一つとして行政処分の取消訴訟があるが、これによって違法状態を排除できない場合や違法状態を排除しても国民に生じた損害を回復できない場合があり、そうした場合に備えて国家賠償制度が用意されている。²⁰⁾違法な行政処分に対しては、通常、取消訴訟と国家賠償訴訟と

いう二種類の救済手段が並行的に認められているのである。平成一〇年東京地判も指摘するとおり、審判手続は行政上の手続であり、審決は行政処分である。そうすると、審決という行政処分についても、審決取消訴訟だけではなく国家賠償訴訟をも許容するという解釈が成り立つと思われる。審決の違法状態そのものを排除する制度として審決取消訴訟があることはいうまでもないが、これがあるからといって審決から生じた違法な損害の回復が排除されてよいというわけではなからう。⁽²¹⁾

平成一〇年東京地判自身、審判官の行為が国賠法上違法と評価されるか否かは、「審判官の法令違反行為によって生じた……結果を不服申立制度などにより是正することができるかどうか……という点を考慮に入れて判断されるべきである」という。これは審決取消訴訟という不服申立制度で是正できない審判官の法令違反行為が存在することを暗に認めるものといえよう。違法な審判から生じた損害はまさに審決取消訴訟という不服申立制度によっては是正できないのではなからうか。

平成一〇年東京地判は、違法な審判の是正を審決取消訴訟によるべきものとするのが不相当と解されるような場合に限って国賠法の違法性要件が満たされるといだが、これは平成一〇年東京地判が国家賠償制度を違法是正のための制度と見ているということであろう。行政処分に対する国賠法一条の訴訟は当該行政処分の違法是正の機能を事実上果たすかもしれない。しかしそれは事実上の効果であって、制度本来の目的は損害の填補である。

3 審決取消訴訟の既判力と国家賠償訴訟

平成一〇年東京地判は、本件審決が適法であることが審決取消訴訟で確定しているので、本件審判の違法主張のうち本件審決の違法をいう部分は、審決取消訴訟の既判力に抵触するという。このように平成一〇年東京地判は、

第一に、審決取消訴訟の確定判決に既判力が生ずること、第二に、この既判力が審決に対する国家賠償訴訟に及ぶことを認めている。これらの点について簡単に検討しておく。

A 取消判決の既判力

まず、拒絶査定不服審判に係る審決取消訴訟の判決に既判力が生ずるかどうかが問題となる。審決取消訴訟は行政事件訴訟の取消訴訟の一種であるが、そもそも取消訴訟の性格をどのように捉えるかについて形成訴訟説、確認訴訟説、特別の救済の訴え説に分かれて争いがあり、既判力についても異なる見解が示されている。特別の救済の訴え説は、形成判決について既判力の概念は不要であると主張していたが、その後この学説は見解を改めた。⁽²²⁾ 通説は、取消訴訟を形成訴訟と捉え、認容判決(取消判決)は形成判決であり、棄却判決は形成要件の不存在を確認する確認判決であると位置づけている。⁽²⁴⁾ そして、認容判決、棄却判決のいずれについても既判力が生じると解している。審決取消訴訟についても右と同様に考えることが許されよう。したがって、平成一〇年東京地判が審決取消訴訟の請求棄却判決に既判力が生ずるとしている点は問題なからう。

B 審決取消訴訟の判決の既判力が生ずる客観的範囲

a 審決取消訴訟の請求棄却判決に既判力が生じるとして、次の問題は、この既判力が国家賠償訴訟に及ぶかどうかである。この点についてはまず、審決取消訴訟の判決の既判力は何について生じるのかを検討する必要がある。既判力のおよぶ客観的範囲は訴訟物であることはいうまでもないが、そもそも取消訴訟の訴訟物をどのように解するかについて争いがある。すなわち、具体的要件事実説、違法性一般説、法的地位説に分かれて争われている。具体的要件事実説とは、取消訴訟の訴訟物を処分時における具体的権限の存否と解し、既判力は判決が認定した処

分時の具体的権限の存否につき生じるとする見解である。⁽²⁵⁾ 法的地位説は、取消訴訟の訴訟物は、原告が行政処分
取消を求めうる法的地位にあるとの権利主張であり、行政処分
の取消を求めうる法的地位の存否に既判力が生じるとする。⁽²⁶⁾ 違法性一般説は、取消訴訟の訴訟物は行政処分
の違法性一般であるとして、⁽²⁷⁾ これが通説であるが、この立場をとつても既判力の及ぶ範囲をどのように捉えるかについて争いがある。⁽²⁸⁾ 第一に、形成要件の存否すなわち行政処分の違法性の有無に既判力が生ずるといふ見解がある。⁽²⁹⁾ 第二に、請求棄却判決の既判力は違法性一般について生じるが、取消判決については判決が取消の理由とした違法事由につき既判力が生ずるといふ見解がある。⁽³⁰⁾

b 行政事件訴訟の取消訴訟に關しその訴訟物をどのように考えるかについて激しい争いがあるものの、審決取消訴訟については、判例上、審理の対象が限定されている。すなわち、最大判昭和五一年三月一〇日民集三〇卷一
号七九頁は、特許無効審判の審決取消訴訟において、「専ら当該審判手続において現実に争われ、かつ、審理判断された特定の無効原因に關するもののみが審理の対象とされるべき」であるとする。また、「無効審判における判断の対象となるべき無効原因もまた、具体的に特定されたそれであることを要し、たとえ同じく発明の新規性に關するものであつても、例えば、特定の公知事実との対比における無効の主張と、他の公知事実との対比における無効の主張とはそれぞれ別個の理由をなすものと解さなければならぬ」といふ。そして、拒絶査定不服審判の審決に対する取消訴訟についても、「右審決において判断されなかつた特定の具体的な拒絶理由は、これを訴訟において主張することができない」とする。すなわち、拒絶査定不服審判の審決に対する取消訴訟において審理の対象となるのは、審決の違法性一般ではなく、審決において判断された特定の具体的な拒絶理由は是非である。それでは、本件の審判段階で判断された特定の具体的な拒絶理由とは何か。要約すると、それは次のような理由で

ある。すなわち、特許法四四一条一項の規定に基づき原出願から分割して新たな特許出願とすることができる発明は、原出願の願書に最初に添付した明細書又は図面及び分割の際の原出願の明細書又は図面に記載されていることを要件とするのに、本願発明の技術的事項は、原出願の願書に最初に添付した明細書又は図面になんらの記載も認められず、また原出願の願書に最初に添付した図面から自明であるともいえないというものである。当然のことながら審決取消訴訟では、この理由の是非について判断がなされている。これに対して原告は本国家賠償請求において本件審決の違法事由として審査基準該当性の問題を主張している。

さて、審決で判断された特定の拒絶理由と原告のいう審査基準違反という点はまったく別個のものである。仮に別個のものだとすると、審査基準違反の点は、審決取消訴訟の審理の対象外であり、右判決の既判力によって遮断されることにはならない。この場合、平成一〇年東京地判がいう既判力の及ばない「その余の」「法令違反」という類型には、この審査基準違反の点が含まれることにならう。しかし、審査基準違反の点は審決取消訴訟で原告が主張しており上告審判決がこれについて判断しているようである。そうだとすると、審査基準違反という点は、審決で判断された特定の拒絶理由に包含されていたものといえよう（少なくとも裁判所はそのように扱った）。この場合、審査基準違反の主張は、審決取消訴訟の請求棄却判決の既判力によって遮断される。しかしそうすると既判力が及ばない「その余の」「法令違反」とは何かが問題となる。これは審決で審理判断されなかった特定の拒絶理由の是非ということであり、例えば原出願の願書に最初に添付した明細書又は図面のうち審決の際に問題にされなかった箇所に記載があることなどが考えられる。

C 審決取消訴訟判決の既判力と国家賠償訴訟

審決取消訴訟の判決の既判力が、審決で判断された特定の具体的拒絶理由の是非について生じるとして、それが国家賠償訴訟にも及ぶのか。平成一〇年東京地判はこれを肯定するが、この点について検討しよう。審決取消訴訟における違法性要件と国家賠償訴訟における違法性要件とが同一かあるいは両者に重なる部分があるのかどうかの問題となる。両者がまったく異なるか無関係であれば審決取消訴訟の判決の既判力は国家賠償訴訟に及ばないといえよう。

a この問題については取消訴訟の違法性が国家賠償訴訟の違法性と同一かどうかという議論が参考になる。⁽³²⁾行政処分⁽³²⁾の取消訴訟における違法性要件と行政処分に関する国家賠償訴訟における違法性要件の関係について大別して二つの見解が存在する。第一に、両者はまったく別物であるとする立場がある(以下、「無関係説」と呼ぶことにする。⁽³³⁾)。第二に、両者には重なる部分が存在するという立場がある(以下、「関係説」と呼ぶことにする。⁽³⁴⁾)。第二の立場は細分すると次の三つの見解に集約できる。まず違法性相対説である。この説は、国家賠償訴訟における違法性は加害行為が法の許容するものであるかどうかという見地からする行為規範性であり、取消訴訟の違法性要件とは異なるが、両者が一致する単純な事例もあるとする。⁽³⁴⁾次に、いずれの違法性要件も同一であるとする同一説がある。⁽³⁵⁾さらに、国家賠償訴訟における違法性要件は取消訴訟における違法性要件より幅が広く前者が後者を包摂する関係にあるとする見解がある(以下、「包摂説」と呼ぶことにする。⁽³⁶⁾)。

さて、無関係説に立つと、基本的に、審決取消訴訟の請求棄却判決の既判力は国家賠償訴訟に及ばない。既判力否定説である。これに対して、関係説に立つと、取消訴訟の違法性と国家賠償訴訟の違法性とが共通する限りにおいて取消訴訟の判決の既判力が国家賠償訴訟に及ぶ可能性が出てくる。しかし、関係説に立つても、両者の違法性

がずれるとき、取消訴訟において取消判決が下されても、国賠訴訟において係争処分が違法にならないことが生じうる。逆に、取消訴訟で請求棄却判決を受けても、国賠訴訟で係争処分が違法と判断されることが起こりうる。右のような場合、取消訴訟の判決の既判力は国賠訴訟に決定的な影響を与えない。

b 平成一〇年東京地判は審決取消訴訟の棄却判決の既判力が国賠訴訟に及ぶことを認めている。それゆえこの判決が無関係説に立脚するものでないことは明かである。この点は妥当であろう。それは無関係説には問題がある³⁷⁾と解されるからである。まず、違法性相対説を前提にしつつ取消訴訟の確定判決の既判力は国家賠償訴訟に及ぶような場面は存在しないと主張して結論的に無関係説と同一の主張をする見解がある。しかし、「抗告訴訟における違法性の判断が常に国家賠償請求訴訟における違法性の判断の一部をなし、前者が後者に含まれるものということではない」としても、例外的にせよ「抗告訴訟の違法性の判断が国家賠償請求訴訟の先決問題となる」ことがあり得(何よりも違法性相対説の主張者自身両方の違法性が偶然一致する「単純な事例」のあることを認めている³⁸⁾)、したがって、取消訴訟の確定判決の既判力が国家賠償訴訟に及ぶような場面が存在するのではなからうか³⁹⁾。

また、無関係説に分類できる見解として、形成要件たる行政処分の違法性は法の定める行政処分の要件に適合しているか否かという見地からする効力発生要件に関する違法性であり、国家賠償請求の違法性は他人に損害を加えることが法の許容するところであるか否かという見地からする行為規範性であるから、両者は明らかに異なるとする見解がある⁴⁰⁾。この見解にも疑問がある。すなわち、両者の意味内容や機能が異なるとしても、具体的事実のレベルとは異なる違法性一般のレベルにおいて、両者が常にまったく隔絶した別個の存在であることにはならないのではなからうか。両者の意味内容が異なるということはまったく同一であるとはいえないということの意味するだけ

にすぎないのではないか。つまり一般的レベルにおいても両者が重なる部分があり得るのではないか。それはさておき、審決取消訴訟では審判で審理判断された特定の具体的無効事由、拒絶理由が審理対象となるので、審決取消訴訟の違法性と国家賠償訴訟の違法性の異同は具体的違法事由のレベルで検討することが許されよう。また右の学説は、国家賠償請求の違法性認定の評価根拠となるのは行政処分⁽⁴⁾の違法性を構成する具体的事実であって形成要件たる行政処分の違法性自身ではないとも主張する。しかしながら、形成要件たる行政処分の違法性自身⁽⁴⁾が、いうところの国家賠償請求の違法性を構成する具体的事実となる場合が存在するのではなからうか。審決取消訴訟において審決が法令違反として違法と判断された場合、この判断はまさに具体的事実レベルの判断であり、したがって審決取消訴訟における違法判断は国家賠償訴訟の違法性認定の評価根拠になりうるといえるのではなからうか。

c 平成一〇年東京地判は、関係説に立つと見られるが、関係説の三つの見解のうちいずれの立場を採用しているのであろうか。結論からいうと、平成一〇年東京地判がいずれの説を採用しているのか必ずしも明かではない。平成一〇年東京地判はいずれの説とも親和しうる。まず、平成一〇年東京地判は同一説に立つと見ることができ、それは、平成一〇年東京地判が、国賠訴訟の違法性要件を法令違反に限定していると見られるからである。まず、平成一〇年東京地判は審決取消訴訟の判決の既判力を援用しているが、審決取消訴訟で審理判断された違法事由は、前述の通り、審決で判断された特定の具体的拒絶理由の是非であるが、これは要するに特許法四四条一項の要件に合致するかどうかということである。次に平成一〇年東京地判は「その余の」「法令違反」の有無を検討するが、ここでも法令違反しか検討されていない。それ以外に、違法性相対説が主張するような被侵害利益の種類・性質、侵害行為の態様・原因、被害者側の関与の有無・程度、損害の程度等は検討されていないのである。他方、平成一

○年東京地判は、取消違法と国賠違法とが偶然一致する類型に属すると見ることもできよう。平成一〇年東京地判は国賠違法の内容として法令違反しか問題にしていないが、それは本件が取消違法と国賠違法が偶然一致する特殊なケースであったからかもしれない。そうとすれば、平成一〇年東京地判は違法性相対説もしくは包摂説を前提にしていることができる。

d 前述したように、無関係説には賛同できないが、関係説に属する三つの立場のうちいずれが最も適切かについては、今後なお検討を尽くさなければならぬ。それはともかく、平成一〇年東京地判が無関係説に立脚せず、関係説に与している点は評価できる。

結びに代えて

平成一〇年東京地判は、特許審判における審判官の国家賠償責任について違法性限定説を採用した。しかし、前記三の2で検討したように、こうした考え方には疑問がある。それは、第一に、そもそも審判手続が「公正確保のための厳格な手続」であるという前提から、審決の違法は排他的に審決取消訴訟で是正するという結論を導くことはできないと解されるからである。また拒絶査定不服審判の手続は「公正確保のための厳格な手続」とは言えないからである。

第二に、審判が「裁判と類似した判断作用」であるとしても、そこから審決の違法が排他的に審決取消訴訟によって是正されるべきであるという結論を導くことはできないと解されるからである。第三に、審決の違法状態そのものを排除する制度として審決取消訴訟があることはいうまでもないが、これがあるからといって審決から生じた

違法な損害の回復が排除されてよいというわけではないからである。

仮に、平成一〇年東京地判のように、「公正確保のための厳格な手続」であり、「裁判と類似した判断作用」を含むとき、「審決に……違法が存する場合は、審決取消訴訟で是正するのが法の予定するところ」で「国の損害賠償責任が肯定されるためには、……審決取消訴訟……によるべきものとすることが不相当と解されるような」「特別の事情」の存することを要するという論理を肯定するとすれば、通常の行政処分に対する国家賠償訴訟においても「特別の事情」が存することを要求することが起こり得よう。つまり、行政処分の中には、「公正確保のための厳格な手続」に近い手続で行われるものがあり、かつまたそれは通常「裁判と類似した判断作用」を含むからである。ともあれ、このような帰結は、従来の判例が一般に採用してこなかったものである。⁽⁴⁾従来判例は一般に通常の行政処分に対する国家賠償訴訟において違法性を限定してこなかったのである。

私見では、拒絶査定不服審判の審決に係る国家賠償法一条一項の違法性要件は、通常の行政処分の場合と同様に考えるべきで、拒絶査定不服審判や審決について国家賠償法一条一項の違法性要件を限定する必要はない。つまり審判官の行為に「特別の事情」があったかどうかで違法性要件を判断するのではなく、法令違反などがなかったかどうかなどを検討すべきである。このとき、平成一〇年東京地判がいうように、審決取消訴訟の請求棄却判決の既判力が作用するであろう。それは、前記三の3で見たように、審決取消訴訟における違法性と国家賠償訴訟における違法性とで共通する要素があると解されるからである。

(1) 特許庁審判官の行為に対する国家賠償訴訟には、抗告審判の審理審決を行わなかった不作為に対して提起されたものや、商標権

の更新登録出願について長期にわたり審決をしなかつた不作為に対して提起されたものもある。前者の例として、東京地判昭和三八年四月二〇日判タ一四四号一六九頁がある。また後者の例として、大阪地判平成六年二月二日判時一五三四号一九頁、およびその控訴審判決、大阪高判平成七年九月七日判時一五五号一二二頁がある。これら審判・審決の不作為に対する国家賠償訴訟については、本稿では取り扱わない。本稿では、審判が行われ審決が出されたとき、審判過程での審判官の作為や、審判手続の結論である審決行為を対象にして提起する国家賠償請求に焦点を当てて検討する予定である。

(2) 判例の総合的研究として、大藤敏「裁判官の職務行為に係る国家賠償請求事件に関する判例の動向と若干の問題点」訟務論集第一号二頁(一九八八)がある。

(3) この点に関する文献は多数に上るが、さしあたり、西村宏一「裁判官の職務活動と国家賠償」判例タイムズ一五〇号八四頁、古崎慶長「国家賠償法研究」四六頁、大藤敏「裁判に関する国家賠償」村重慶一編「現代民事裁判の課題10 国家賠償」二〇三頁、宇賀克也「国家補償法」一一四頁、阿部泰隆「裁判と国家賠償」ジュリスト九九三号六九頁、村上敬一「裁判官の職務行為と国家賠償責任」新・実務民事訴訟講座」七七頁等参照。

(4) 芝池義一「争訟の裁判と国家賠償責任」民商法雑誌八七巻五号七三八頁、宇賀克也・裁判実務大系一四五七頁、有吉一郎「裁判の過誤と国家賠償責任」判例タイムズ五一九号五二頁。

(5) 西埜章「国家賠償法」七九頁。

(6) 原田尚彦「行政法要論全訂第四版」二六四頁。

(7) 村上敬一・最判解説民事編昭和五七年度二二六頁、阿部泰隆前掲註3論文ジュリスト九九三号七一頁、常岡孝好「裁判官の職務行為と国家賠償責任」行政判例百選Ⅱ「第四版」三二二頁、大藤敏「裁判官がした争訟の裁判と国家賠償法一条の適用」国家補償法体系3一九一頁、賣金敬明「有罪確定判決」村重慶一編「裁判実務大系18 国家賠償訴訟法」二八九頁は、裁判の独立のみが裁判一般につき害意なき限り国家賠償法の違法を生じないとする論拠たりうると述べる。

(8) こうした論理に対する批判的検討として、藤原淳一郎「中央労働委員会の救済命令にかかる国家賠償請求事件」判時一二四三号一九一頁がある。

- (9) 中山信弘編著『特許法(第二版) 下巻』一〇九六頁(青木康執筆)。
- (10) 裁判の場合の担当裁判官又は裁判所は予め定まった順序に従って自動的・機械的に決まるが、審判官は長官によって指定されるので長官の恣意が審判に入り込む余地があるという指摘がある(前掲中山編書一一〇〇頁(青木執筆)。他方、審判官は特許庁長官の指揮命令から独立して職務を行使することができるともいわれる(吉藤幸朔『熊谷健一』特許法概説〔第13版〕六二四頁)。
- (11) 中山編前掲註9書一〇〇三頁(青木執筆)。
- (12) 吉藤『熊谷前掲註10書六二四頁注三。』
- (13) 以上について、中山信弘『工業所有権法 上 特許法 第二版』二六二頁参照。
- (14) 中山前掲註13書三三八頁、吉藤『熊谷前掲註10書五九〇頁。』
- (15) 中山編著前掲註9書一九七頁(石川義雄執筆)は、審査と拒絶査定不服審判との関係は、民事訴訟における第一審の手続と控訴審の手続の關係に類似すると述べる。
- (16) 吉藤『熊谷前掲註10書五九五頁。』
- (17) 中山前掲註13書二八八―二八九頁。
- (18) 塩野宏『行政法I 第二版』一〇三頁。
- (19) 中山前掲註13書二八一頁。もっとも同書二八四頁は、審判は訴訟手続に類似した手続で行われ、第一審が省略されて、直接東京高裁へ出訴することとなっているため、事実上審判が第一審的作用を果たしていることも否定できない、とも述べている。
- (20) 原田尚彦『行政法要論全訂第四版』二五三頁。塩野宏『行政法II 第二版』二頁は、行政活動によって生じた不利益の救済を求める方法の一つとして行為の是正そのものを求める場合(『行政争訟』と、行為の結果生じた損害の賠償を求める場合(『国家賠償』と)二通りあるといい、両者が一応別物であることを指摘する。
- (21) もっとも、行政処分の中にも、例外的に国家賠償訴訟が制限されるべきものがある。それは、課税処分など金銭徴収に係る処分や社会保障の給付決定などである。これらについて国家賠償訴訟を無制限に認めると、取消訴訟の排他的管轄の縛りを実質的に免れることになり、取消訴訟の意義が失われる。そこで、学説では、金銭賦課・金銭給付に係る処分についての国家賠償訴訟は、これら

の処分に対する取消訴訟と実質的に同じ機能を果たすので、取消訴訟の排他的管轄との関係で、前者の訴訟は何らかの限度で制限されるべきであるという見解が強い。この点に関する近時の文献として、人見剛「金銭徴収・給付を目的とする行政処分の公定力と国家賠償訴訟」都立大学法学会雑誌三八巻一号一五七頁がある。

- (22) 三ヶ月章「民事訴訟法」四八頁。
- (23) 三ヶ月章「訴訟物再考」民訴雑誌一九号五一頁。
- (24) たとえば、南博方編「注釈行政事件訴訟法」二八八頁(阿部泰隆執筆)を参照。
- (25) 参照、白石健三「公法関係の特質と抗告訴訟の対象」岩松運磨・訴訟と裁判四四〇頁。
- (26) 三ヶ月章「民事訴訟法」一一四頁。法的地位説では、係争処分 of 違法性の有無に関する判断について既判力が生ずるわけではなく、取消訴訟の判決の既判力は国家賠償訴訟とは無関係ということになる。平成一〇年東京地判は審決取消訴訟の既判力が国家賠償訴訟に及ぶことを認めているので、法的地位説に立たないことは明かであろう。
- (27) 参照、塩野前掲註20書一四二頁、宮崎良夫「行政事件訴訟の訴訟物」南編「条解行政事件訴訟法」二三八頁、南編「注釈行政事件訴訟法」二九五頁(村井正執筆)。
- (28) 参照、前田順司「国家賠償訴訟と行政訴訟との関係」村重慶一編「現代民事裁判の課題10 国家賠償」五五七頁。
- (29) 兼子一「民事訴訟法体系」三三七頁。
- (30) 瀧川敷一「行政訴訟の請求原因、立証責任及び判決の効力」民訴講座五巻一四五五頁。
- (31) 本最高裁判決については、瀧川敷一「判例評論」判時八二二号一五〇頁、中山前掲註13書二八四頁、特に同書二九一頁注6所掲の諸論文、及び中山編前掲註9書二二八六頁(田倉整執筆)参照。
- (32) 取消訴訟など抗告訴訟における違法性と国家賠償訴訟における違法性の異同については、遠藤博也「国家補償法上」一七六頁、阿部泰隆「国家賠償訴訟における違法と抗告訴訟における違法」成田頼明編「行政法の争点(新版)」一七六頁、同「抗告訴訟判決の国家賠償訴訟に対する既判力」判タ五二五号一五頁、前田前掲註28論文、上野至「行政訴訟と国家賠償訴訟との関係」村重慶一編「裁判実務体系18 国家賠償訴訟法」一二二頁、西壁前掲註5書二五四頁参照。

(33) ここでの「無関係説」は、「既判力無関係説」(西壁前掲註5書二五九頁)とは別物であること予め断っておく。

(34) 遠藤教授の見解が代表例である。参照、遠藤前掲註32書一六六、一七六頁。

(35) たとえば、古崎慶長「国家賠償法の理論」二七七頁、宇賀克也「国家補償法」六一、三八五頁、西壁前掲註5書二五九頁を参照せよ。

(36) 村重慶一「国家賠償訴訟」実務民訴講座一〇巻三二七頁。

(37) 園部逸夫編「注解行政事件訴訟法」四一四頁(村上敬一執筆)。

(38) 遠藤前掲註32書一七七頁。

(39) 上野至前掲註32論文二二八頁は、違法性相対説に立ちながらも取消訴訟の判決の既判力は国家賠償訴訟の判断を拘束するという。ただ、取消訴訟で取消判決があっても国家賠償訴訟で即違法となるわけではないという。

(40) 前田前掲註28論文五六一頁。

(41) 前田前掲註28論文五六二頁。

(42) もっとも、従来の判例は、手続の不十分な行政処分に係るものであったといえ、行政手続法が制定され聴聞手続などの慎重な手続で行われる行政処分については、前提条件が異なるので、従来の判例法理は妥当しないという考え方もあり得よう。こうした考え方を発展させると、行政処分でも裁判手続に近い手続で行われ第一審判決に相当するような位置づけを与えられている場合、それに対する国家賠償訴訟については、通常の行政処分に対する国家賠償訴訟とは別個の類型として扱うという考え方も出てくるであろう。すなわち、裁判類似の手続で行われ第一審判決に相当するような位置づけの行政処分については、裁判判決と同視できるので、五七年三月最判の論理を拡張して適用することができるかもしれないのである。こうした考え方によると、平成一〇年東京地判の事案とは異なり、無効審判などの当事者系の審判が国家賠償訴訟で争われたとき、国賠法の違法性を限定する取扱いも正当であるという結論が出されるであろう。この考え方に対しては、東京高裁における審決取消訴訟は審判の統審ではなく、右訴訟では審判と切り離された審理が行われるという点など、審決を第一審判決と同視することに限界があることをどのように考えるか、残された問題も多いように思う。

(一九九九年一月二日脱稿)