



行政作用としての特許権発生と特許無効：特許法104条の3と行政法ドグママーケティング

興津， 征雄

(Citation)

知的財産法政策学研究, 38:13-75

(Issue Date)

2012-06

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90001782>



行政作用としての特許権発生と特許無効* —特許法104条の3と行政法ドグマーティク—

興 津 征 雄

目 次

はじめに

I 立法と法ドグマーティク

II 行政作用としての特許権発生

1. 行政処分の効果・効力

(1) 総説

(2) 行政処分の法的効果

(3) 行政処分の公定力

2. 特許査定と特許権設定登録の効果・効力

(1) 特許査定と特許権設定登録の関係

(2) 確認行為と特許査定

(3) 公証行為と特許権設定登録

III 行政作用としての特許無効

1. 特許無効と権利行使制限

(1) 総説

* 本稿は、2012年1月6日に北海道大学大学院法学研究科において、知的財産法研究会および公法研究会の共催で行われたシンポジウム“特許審判・審決取消訴訟手続と行政法学”における報告の内容に大幅な加筆・修正を施したものである。同シンポジウムにおいて報告の機会を作ってくださった田村善之教授、米田雅宏准教授、藤谷武史准教授、コメンテーターを務めてくださった鈴木將文教授および田村教授、ならびに、自由に思考触発的な議論の場を提供してくださった参加者各位に、御礼申し上げます。

また、本稿の草稿については、高橋裕教授、門脇雄貴准教授、原田大樹准教授に目を通していただき、貴重な指摘を得た。記して謝意を表す。ただし、本稿の文責はいうまでもなく筆者のみに帰属する。

(2) 特許処分の効果・効力の分解

(3) 権利行使制限と公定力

2. 特許無効審判の排他性

(1) 行政処分の法的効果と排他性

(2) 排他性の機能的根拠

Excursus 水際取締制度と特許無効—神戸地判平成18・1・19をめぐって—

(1) 制度と判旨

(2) 検討

おわりに

はじめに

特許権は、出願人による特許出願（36条¹）の後、出願審査の請求（48条の3）を受けて審査官による審査（47条・48条の2）が行われ、審査官が特許をすべき旨の査定（特許査定）（51条）をすると、特許料の納付（107条1項・108条1項）を受けて、特許権の設定の登録（66条2項）が行われる（この間に公開（64条）がされる）ことにより発生する（66条1項）。これら一連のプロセスを担うのは、経済産業省の外局（国家行政組織法3条2項・3項）として置かれた特許庁（経済産業省設置法14条1項）に所属する行政機関であるから²、特許権の発生が行政作用³として行われるこ

¹ 本稿においては、法令名を示さない条文は、特許法（昭和34年法律121号）の規定を指すものとする。

² 経済産業省設置法24条（任務）は「特許庁は、発明、実用新案、意匠及び商標に関する事務を行うことを通じて、経済及び産業の発展を図ることを任務とする」と規定し、同法25条（所掌事務）は「特許庁は、前条の任務を達成するため、工業所有権に関する出願書類の方式審査、工業所有権の登録、工業所有権に関する審査、審判及び指導その他の工業所有権の保護及び利用に関する事務 […] をつかさどる」と規定する。

³ 本稿では、行政機関が私人に対して何らかの直接的なかかわりを持ち、または何らかの働きかけを行うことを「行政作用」と呼んでいる。それに対し、「行政処分」または「行政行為」は、行政作用において用いられる行為のうち、一定の特徴（後述Ⅱ1）を備えたものをいう。行政と私人（人民）とのかかわりについては小早川光郎『行政法（上）』弘文堂（1999年）10-11頁、行政作用の概念については同前185-191

とは、少なくとも形式的には異論の余地がない⁴。

それに対し、いったん発生した特許権の侵害に対する救済は、損害賠償請求権（民法709条）や差止請求権（100条）などの民事法によって与えられる。もちろん、特許法は、特許無効審判（123条）という制度を用意し、無効審決の確定によって特許権が遡及的に消滅することを規定しているので（125条）、特許権をめぐる紛争は行政作用によっても解決されうる⁵。

頁も参照。

⁴ 学説上、特許権の発生にかかわる作用は実質的に見ると（非訟事件の）裁判作用である、もしくは、民事作用であるという主張が見られる。参照、清瀬一郎『特許法原理』中央書店（1922年）140頁（「特許審査手続は実に非訟事件手続なりと謂ふべし」）、美濃部達吉『日本行政法（下）』有斐閣（1940年）357頁（「工業所有権は性質上は私権でありながら、一般の私法上の財産権と異なり、行政上の統制に服するもので、性質上は民事作用たるものが、管轄から言へば行政作用に属する」）、君嶋祐子「出願審査手続の法的性質—特許拒絶査定不服審判・審決取消訴訟制度への示唆—」中山信弘編『牧野利秋判事退官記念 知的財産法と現代社会』信山社（1999年）291頁（「出願審査手続とは、訴訟以外の方法で、私法関係の秩序の為に国家が私法関係に関与する作用、すなわち民事行政である」）、小橋馨「特許付与手続の再考察」相澤英孝ほか編『中山信弘先生還暦記念論文集 知的財産法の理論と現代的課題』弘文堂（2005年）173頁（「特許付与手続はまた、私権であり財産権である特許権を成立させるものであり、そこでは行政行為としての特徴は失われ、実際の内容は準司法的な裁判類似のものとなっている。手続の実質を重視し特許付与手続を裁判としてみるのであれば、それは争訟的性格を持たないものであって、非訟事件ということになる」）、大淵哲也「特許処分・特許権と特許無効の本質に関する基礎理論」日本工業所有権法学会年報34号『侵害訴訟と無効の抗弁』有斐閣（2011年）68頁（「特許関係処分は、形式としての行政処分と、実質としての裁判（非訟・訴訟）的作用という両面から複眼的に把握する必要がある」）など（なお、本稿では、引用に際して片仮名書きの文は平仮名に、旧字体は新字体に改めた）。しかし、本稿ではこの点には深入りせず、あくまでも実定特許法が特許権に関する法律関係の形成・確定をどのような組織・手続に委ねているかという前提から出発することにする。このような前提によった場合、実定特許法が特許権の発生にかかわる作用を行政作用として構成しており、行政法の一般理論が（事柄の性質に応じて必要な修正が加えられるべきにせよ）適用されると考えることが許されよう。

⁵ 特許無効審判についても、これを実質的に見ると裁判であるとする見解がある。参照、清瀬・前掲注(4)294頁（「無効審判は上記の如く非訟事件官庁が『発明権』あ

しかし、同時に、特許が特許無効審判により無効とされるべきものであると認められることを理由とする特許権者の権利行使の制限が民事法上の抗弁⁶としても規定されている（104条の3）。また、従来は、特許を受ける権利を有しない者（いわゆる冒認者）の特許出願に対してされた特許については、特許無効審判により無効とされる以外に方法がなかったところ（123条1項2号（38条違反）・6号）、平成23年法律63号（2012（平成24）年4月1日施行）による特許法改正で新たに74条が設けられ、特許を受ける権利を有する者（真の権利者）からの特許権移転請求が民事法上の救済として肯認されることになった⁷。

りと確認したるものに付き果して『発明権』ありや否やを裁判する制度なるを以て私権の確認に関する民事裁判なることは言はずして明白なるが如し」・296頁（「無効審判は曩に非訟事件官庁に依り認められたる権利の無効確認の裁判なり（Feststellungsklage）」）、美濃部・前掲注(4)381頁（「特許権に関する審判及び抗告審判は、争訟の手續を以つて私権を形成し又は確認する行為であつて、其の形成訴訟たると確認訴訟たるとを問はず、共に性質上は一種の民事訴訟であり、審判官及び抗告審判官は〔明治〕憲法（六〇条）の所謂特別裁判所に相当する」）、君嶋祐子「特許無効とその手續」(2) 法学研究（慶大）69巻3号（1996年）33頁（「特許無効手續の対象である特許無効事件は、民事訴訟事件であると解する」）・43頁（「特許無効審判の本質は、民事裁判としての形成裁判手續であると解する」）、大淵・前掲注(4)72頁（「本質論としては、特許(権)の無効化(取消し)〔…〕が本来的行政(作用)であり裁判所ではおよそなし得ないものではないことからすれば、技術専門性の観点から、法律専門機関である裁判所よりも技術専門機関である特許庁に担当させるほうが合目的であるため、特許庁が担当することとされたが、そうなると、裁判の形で行うのではなく、行政処分で行われることとなるというだけであると理解されることになる」「無効の抗弁を切り出して、独立の手續(特許無効手續)として、特許無効審決に対世効を与えたものが、特許無効手續といえるのであり、行政処分の形式でなされているが、その実質は、特許権取消訴訟というべきものである」）。しかし、これについても、実定特許法の仕組みを前提とする限り、少なくとも形式的には行政作用であることは否定できず（大淵哲也『特許審決取消訴訟基本構造論』有斐閣（2003年）379-383頁）、行政法理論の適用を受けると考えることができよう（前掲注(4)）。

⁶ ただし、ここでいう“抗弁”が、訴訟法上の証明責任の配分を規律する意味を持たないことにつき、本特集の時井真論文を参照のこと。

⁷ 参照、特許庁工業所有権制度改正審議室編『平成23年特許法等の一部改正 産業

このように、特許法による法律関係は、特許という行政作用により与えられる特許権者の地位、それをめぐる紛争の民事法上の救済、および、特許を無効とする行政作用が相互に密接に絡み合いながら展開していくことになる。とりわけ、行政作用によって形成・確定される法律関係と、民事法上の請求・主張とが矛盾対立する（ように見える）場合、これをどのように調整すべきかが、特許法学（知的財産法学）のみならず、行政法学の課題としても立ち現れることになる。本稿は、主として行政法学の見地に立脚して、特許法104条の3に基づく権利行使制限に焦点を当てて、この課題に取り組むことを目的とする⁸。

以下では、本稿の採るアプローチの方法的意味を予備的に考察した後（Ⅰ）、特許権を発生させる行政作用（Ⅱ）と特許を無効にする行政作用（Ⅲ）のそれぞれについて、その行政法上の位置づけを民事上の法律関係とのかかわりに留意しながら検討する。

I 立法と法ドグマティク

以上に述べた課題設定は、行政手続としての特許無効審判と民事訴訟としての特許権侵害訴訟との手続上の役割分担をどのように構築するかという問題（いわゆるダブルトラック問題）へのアプローチとして、その前提にある法学的構成を解き明かそうとするものである。その際、本稿が行政法学の見地に立脚するということの意味を述べておく。

財産権法の解説』発明協会（2011年）41-63頁、重富貴光「冒認出願救済制度改正が審判制度に与える影響について」パテント64巻別冊7号（日本弁理士会中央知的財産研究所研究報告31号『審判及び関連する制度の研究（最終報告）』（2011年）52頁以下、井関涼子「冒認出願と特許法の理念」ジュリ1436号（2012年）42頁以下。

⁸ 本稿筆者は、前稿（興津征雄「特許付与・無効審判・侵害訴訟—行政法学的分析—」パテント64巻別冊6号（日本弁理士会中央知的財産研究所研究報告30号『審判及び関連する制度の研究（中間報告）』（2011年）1頁以下）においてこのような見地からの検討を行ったが、本稿は、前稿で考察が不十分であった点を改めて考え直し、多少なりとも体系的に整理しようとしたものである。前稿と本稿とは相補うものであり、相互に参照していただければ幸いである。

2000（平成12）年のキルビー判決⁹を経て平成16年法律120号による特許法改正で104条の3が設けられる以前は、特許権侵害訴訟¹⁰において特許の無効理由を主張することができるかどうかについて、判例は消極に解しており、いくつかの有力学説がこれに対抗していた¹¹。このような状況のもとでは、侵害訴訟における無効理由の主張を妨げる要因が行政法理論（とりわけ行政処分の公定力の理論）に求められ、それを反駁する側からも、その根拠として行政法理論（例えば行政処分の無効の理論）が援用された¹²。つまり、特定の解釈論についていかなる立場を採るにせよ、特許をめぐる民事上の法律関係と行政上の法律関係とを理論的に整序する役割が、行政法理論に期待されたのである¹³。

しかし、特許法104条の3が創設された現在では、民事訴訟において特許の無効理由を主張しうることが所与の法規範が認めるところとなっている以上、ことさらその（行政法上の）理論的前提を問い直す必要性はどこにあるのだろうか。特許法104条の3の立法により、政策的により望ましいとされる帰結（例えば侵害訴訟における権利行使制限の抗弁を認めることにより、迅速な紛争解決が図られるという帰結）を実現するために¹⁴、それを妨げていた既存の行政法理論（例えば行政処分の公定力の理論）の適用を立法により排除したものとすれば、立法者がその適用を否定した（ように見える）行政法理論になお立脚し続ける意味はどこにあるのだら

⁹ 最判平成12・4・11民集54巻4号1368頁〔半導体装置事件〕。

¹⁰ 本稿では、特許権者（専用実施権者を含む。以下同じ）が原告となり被疑侵害者を被告として提起される差止め・損害賠償等請求訴訟と、特許権者以外の者が原告となり特許権者を被告として提起される差止め・損害賠償請求権等の不存在確認訴訟とをあわせて、「特許権侵害訴訟」または「侵害訴訟」という。また、侵害訴訟について審理判断する裁判所を「侵害裁判所」という。

¹¹ キルビー判決以前の裁判例・学説の状況につき、高部真規子〔判解〕『最高裁判所判例解説民事篇 平成12年度（上）』法曹会（2003年）426-433頁。

¹² 興津・前掲注(8) 2-3頁。

¹³ ただし、行政法学者によるアプローチは、きわめて例外的なものにとどまっていた。

¹⁴ そのような帰結が“政策的に”本当に望ましいか、立法により所期の帰結が本当に実現されたかを検証することは、ここでの問題ではない。後掲注(25)参照。

うか¹⁵。

という疑問が想定できるにもかかわらず、本稿は、特許法104条の3の理論的前提を行政法学の見地から問い直す意義がなお存在すると考える。つまり、一定の法ドグマーティク (Rechtsdogmatik)¹⁶の見地から、ある立

¹⁵ もちろん、一定の行政法理論が(例えば権力分立に関する)憲法解釈として主張されており、当該行政法理論を否定する立法が同時に憲法違反をも構成するとすれば、憲法的価値を体现する行政法理論の立場からそうした立法の適否を問うことはできる。しかし、特許法104条の3に関する限り、そうした主張はされていないようであるし、本稿もそうした主張を企図するものではない。

¹⁶ ドイツ語の Dogmatik には日本語の定訳は存在しない(守矢健一「日本における解釈構成探求の一例—磯村哲の法理論の形成過程—」松本博之ほか編『法発展における法ドグマーティクの意義』信山社(2011年)4頁註(1)。守矢は「解釈構成」の訳を試みる)。多くの場合「法解釈学」と訳されるこの語は、ただ単に法文の意味を解釈により確定する個々の営為を指すというよりは、その営為が事案ごとの場当たりのものに陥らないように個々の解釈を体系的に秩序づけ整序する思考枠組みそのものを意味するようである。しかし、「法解釈学」の語がその含意を余すところなく伝えきれているとは思えない。しばしば採られる「法教義学」の訳語も、(そもそも神学上の Dogmatik=教義学と Rechtsdogmatik とのかかわりが明らかにならないと確かなことはいえないとはいえ)この点では同断であるように思われる。かといって、その含意を汲みつくした日本語を発見ないし創造することは本稿筆者の手に余る作業であり、ここでは、「問題の所在の先送り」(守矢・同前)の誹りを覚悟しつつも、片仮名表記で満足しておくほかない(ドグマーティクの定義ないし意義を一義的に表現することの困難さは、松本ほか編・前掲書所収のドイツ人法学者の手になる論考においても、端々で吐露されている)。ドイツ行政法学における法ドグマーティクの意義については、塩野宏「紹介 O・パッホフ、W・ブローム『行政の現代的課題と行政法のドグマーティク』」[1974年]『公法と私法』有斐閣(1989年)328頁以下、ミヒャエル・シュトルアイス/石川敏行=梶哲教訳「産業化の時代の行政法ドグマーティクの発展動向」日独法学14号(1990年)1頁以下、エバーハルト・シュミットーアスマン/太田匡彦=大橋洋一=山本隆司訳『行政法理論の基礎と課題—秩序づけ理念としての行政法総論』東京大学出版会(2006年)2-7頁(1/1-4)、山本隆司「訳者あとがき」同書376-377頁などを参照。なお、ドグマーティクが解釈論と強い結びつきを有することは、立法論や制度設計の場面で dogmatisch な思考を排除することを意味しないと思われる。Dogmatik ではなく Systematik (体系学) という術語を用いるものであるが、シュミットーアスマン・前掲6

法政策を評価することが可能であるし、また有意義ないし必要であるという立場に、本稿は共感している¹⁷。もっとも、法ドグマーティク・法的思考と政策・立法との関係をどう捉えるか、さらに多くの場合前者に対抗し後者を正当化すると考えられている法（学）外的な知見（とりわけその代表選手と目されている経済学）を法的議論にどう位置づけるかについては、近時、本誌の姉妹誌である『新世代法政策学研究』を中心に活発な論戦が交わされているように、一筋縄では決着のつかない問題である。本稿はこうした論争に参戦する意図を持たないしその準備もないけれども、行論の前提として本稿が抱いているイメージを大雑把に示すならば、次のようになる。

論戦をリードする藤谷武史は、「法学（あるいは法学者）はいかにして《立法の質》を語りうるか」「実定法学者が […]『立法』について語るという営みはいかなる意味を持ちうるか」¹⁸という問いに対して、「法的実践の内部に足場を置きつつ、なお《立法の質》を語ることを目指す」¹⁹ために、「《緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位》」²⁰という構想を提唱する。いわく、「立法は法的な真空状態に対してなされるわけではなく、既存の法実践に対して意図的な変化をもたらすことを企図して行われる。となれば当然、立法者が提示すべき公共的な根拠は、立法によって変更されるべき法実践の何が問題であったのか、を説明するものであると同時に、既存の（その立法が変更することを意図しない）法実践とも整合的なものでなければならない。 […] ある立法政策は、今までの法実践と何を共有し、何において断絶することを選択したのか、その選択の意味は何か、を問い

頁（1/7）。また、Dogmatik と Systematik の関係につき、同前 4 頁（1/3）。ライナー・ヴァール／野田昌吾訳「公法における法ドグマーティクと法政策」松本ほか編・前掲163頁以下も参照。

¹⁷ 興津・前掲注(8)12頁註(76)およびそこで引用した原田大樹「立法者制御の法理論—政策決定の『質』向上のための一試論」新世代法政策学研究 7 号（2010年）109 頁以下を参照。

¹⁸ 藤谷武史「『より良き立法』の制度論的基礎・序説—アメリカ法における『立法』の位置づけを手がかりに」新世代法政策学研究 7 号（2010年）149-150頁。

¹⁹ 藤谷・前掲注(18)200頁。

²⁰ 藤谷・前掲注(18)204-208頁。

うる、という面において、これは解釈学的な営為として位置づけることができるのではないか²¹。

本稿は、このような考え方に基本的に賛同するものであるが、本稿の守備範囲を明確にするためになお次の点を留保しておきたい。それは、藤谷が経済学などの法（学）外の知見を法実践に活用可能な形で法学的議論に接続することを（少なくとも自身の法実践²²においては）強く意識する²³の点と異なり、本稿は立法を評価するために法（学）外の知見（経済学などの隣接諸科学）に手がかりを求める途²⁴をさしあたり採ばないということである。これは、本稿が隣接諸科学との対話や法（学）外の知見の摂取（とりわけ法制度の経済学的分析）を法（学）にとって無用のものと考えているからではなく、本稿が特許法104条の3の政策的な当否を当面の主題としないからである²⁵。あくまでも、法ドグマーティクの観点から立法を評価することを課題としたい²⁶。その意義を思いつくままに3点挙げる。

²¹ 藤谷・前掲注(18)204-205頁。

²² 例えば、藤谷武史「給付つき税額控除と『税制と社会保障制度の一体化』？」新世代法政策学研究3号(2009年)303頁以下。

²³ 「[アメリカ法を参照することにより]隣接諸科学の知見がいかにして法学の議論に接続されうるか、という問いが立てられ[る]」(藤谷・前掲注(18)155頁)、「法の実践者として期待される役割を果たすには、隣接諸科学の知見・政策論的な観点[…]を法的実践の内部言語に接続する能力が求められる」(同前199頁)、「少なくとも法学者が『法政策学』なるものを語ろうと言うのであれば、外的視点と法的実践の根源的な亀裂を意識しつつ、なお『橋を架ける』ための努力をすべきなのではないだろうか」(同前201頁)。ただし、これらの言明は、“仮に経済学などの法（学）外の知見を活用するのであれば、それは法的実践の内部言語に接続された形で行われるべきである”という含意を同時に(むしろより強く)示していることに留意すべきである。実定公法学者たる藤谷の経済学の取扱い方は、きわめて繊細である。参照、藤谷武史「公法における『法と経済学』の可能性？—租税法学の経験を手がかりに」法教365号(2011年)16頁以下。

²⁴ 藤谷・前掲注(18)196-201頁。

²⁵ 前掲注(14)。このように開き直ると(ただし、この開き直りは、特許無効審判の排他性を機能的に分析する際にある程度相対化される。後述Ⅲ2)、「現実＝本音を直接扱うのではなく、『建前』のほうを凡人にはわからない難しい議論を展開することで対応している」(吉田克己ほか「シンポジウム 競争秩序と民法」私法70号

(2008年)56頁〔森田果発言〕という誹りを受けるかもしれない(なお参照、得津晶『『民商の壁』——商法学者から見た法解釈論争』新世代法政策学研究2号(2009年)233頁以下)。これに対して、「建前ではなく本音で語っているつもり」(吉田ほか・前掲59頁〔吉田発言〕)と答えれば、『『本音と本音』のズレ』(瀬川信久『『民商の壁』を超えるために』新世代法政策学研究7号(2010年)216頁)という客観的価値判断(得津・前掲266-267頁)をめぐる争いに巻き込まれかねない。そうすると、特許法104条の3の“客観的な”政策的当否に当面の関心を持たない本稿としては、“建前の通じない人には本音を話す気にはなれません”とでも応ずるよりほかないであろう(前記引用の発言者が建前の通じない人だという趣旨ではない。なお、「本音」と「建前」について後掲注(46)も参照)。

本稿が特許法104条の3の政策的当否を直接扱わないのは、第一に本稿筆者がそれをするための手段(経済学などの方法論および実証のための事実的データ)を持たないという消極的理由によるところが大きい(ちなみに経済学の方法論も凡人にはわからないほど十分難しい)、第二に、法ドグマティックからの検討でも、それなりに「本音」(=「規範的主張の根拠として当該法律論の採用する現実の機能を重視し、一定の政策目標を実現するための道具とする立場」(得津・前掲238頁))を引き出せるし、むしろそれによってこそ引き出すための条件を整えることができると考えるからである。「法というフィクションに対し、そのフィクション性、ひいては虚偽性を認知しつつも、[...] あえて虚偽を虚偽として引き受けてそこに投企する、そのような構え」について、「社会が個人化し、かつ、システム分化が進行しているという状況において、あからさまなパワー・ポリティクスや実力行使を回避／統御しつつ、かろうじて、他者と公共的なコミュニケーションを切り開くためには、どうしてもそうせざるを得ない」と指摘する、尾崎一郎「法を選ぶ／法に関わる」法時83巻4号(2011年)100頁以下(引用は104頁)を参照(ここで描かれた「自己欺瞞的法主体」については、同「都市の公共性と法主体」北大法学論集56巻5号(2006年)2432頁以下(特に2412-2410頁)も参照)。

また、本稿筆者の既存の研究から角度の異なる例を拾えば、次のようなものが挙げられる。フランスにおいては、民刑事訴訟の管轄は司法裁判所が、行政訴訟の管轄は行政裁判所が持つという二元的裁判制度が採用されており、管轄違いの裁判所に提訴すれば却下されるし、管轄争議を裁定するための特別の裁判所(権限裁判所 Tribunal des conflits)が設けられているほか、一方の裁判所に係属した訴訟で他方の裁判所が判断すべき先決問題が主張されれば移送の手續が執られるなど、制度の運営にかなりのコストが発生していると推測されるけれども、それを上回る便益が存在するか(二元的裁判制度は政策的に合理的か)どうかは詳らかにしない(それを検証した実証研究があるかどうかとも知らない)。しかも、二元的裁判制度は憲法原

第一に、立法により作り出されるのは法ではなくて法文（テキスト）であり、法文は法実践によって解釈され適用されて初めて法としての機能を発揮するのだとすれば²⁷、新たな立法が既存の法実践をどのように変更するものか（特許法104条の3は本当に行政処分の公定力の理論の適用を排除したのか）を同定するためには、法ドグマーティクの観点からの評価が必要である。そして、このような評価は、《立法の質》そのものに対しても影響を及ぼしうることが指摘されている²⁸。

理であると憲法院によって解釈されているものの、それを基礎づける法文があるかどうかは定かではなく、当のフランスにおいてさえ「神話」といわれている。しかし、たとえ実証的根拠（ここでは、政策的当否が事実的データによって検証されているという意味と、制度の存在が規範的に根拠づけられているという意味の両方を込めている）のはっきりしない「神話」であっても、それがどのような言説構造の中で生み出され、当時の人々の意識においてどのような役割を期待されていたのかを分析（解説）することで、ひるがえって当該「神話」に関する現在のわれわれの言説の精度を高め、当該「神話」の（現実社会における）機能を析出する基盤を提供することはできるのではないだろうか（以上につき、興津征雄「越権訴訟の起源をめぐって—あるいはフランスにおける《司法》と《行政》の原像—」日仏法学25号（2009年）80頁以下、特に105頁・116頁註（133）参照）。本稿がこれに成功しているかはもとより心許ないけれども、少なくとも意図のうえではこうした作業を志すものである。

²⁶ 上に引用した《緩やかな解釈モデルによる立法の再定位》構想も、必ずしも法（学）外の知見との接続を不可欠とするものではないように思われる。例えば、藤谷・前掲注（18）205頁註（158）。

²⁷ これは、法源論（例えば来栖三郎「法の解釈における制定法の意義—その一法と法源—」[1956年]『法とフィクション』東京大学出版会（1999年）23頁以下）や法解釈理論（例えば長谷部恭男「解釈による法創造：ミシェル・トロペールの法解釈理論」[1985年]『権力への懐疑—憲法学のメタ理論』日本評論社（1991年）1頁以下）について特定の立場へのコミットメントを表明するものではなく、条文の趣旨を知るために解釈が必要であるという法実践の日常的な態様を素朴に述べているにすぎない。

²⁸ 藤谷・前掲注（18）184頁・196頁・202頁。なお、このような観点から、いわゆる法制執務的な立法技術、さらには立法過程における内閣法制局および国会の立法補佐機関（議院法制局、議院事務局、国立国会図書館調査及び立法考査局など）の立法実務上の機能を、立法過程における法ドグマーティク（立法を外側から限界づけ

第二に、法ドグマーティクの観点からの立法の評価は、立法の内容を実体的に方向づける法原則の探究²⁹のみならず、立法が立法としての正統性を主張しうるために具備しなければならない形式的条件を明らかにすることにも及びうると思われる。藤谷は、井上達夫の議論に依拠して、立法の「正しさ」を「正当性（一階の公共性）」と「正統性（二階の公共性）」とに区別する³⁰。井上によれば、「一階の公共性が、我々が各自受容する正義構想に照らして評価する政治的決定の『正当性』の問題だとすれば、二階の公共性は、自己の正義構想に照らして不当とされる政治的決定がそれにも拘わらず『正統性』をもつことの可能根拠の問題である」³¹。この枠組みによれば、立法の内容を実体的に方向づける法原則は、立法の「正当性（一階の公共性）」に位置づけることができるであろう。それに対し、「正統性（二階の公共性）」の問題として、井上は、L・フラーが提示した「法内在道徳（internal morality of law）」を「『法への忠誠』を『悪法』もまた

る法学ではなく、立法を内側から秩序づける法学（法律家）の役割」という観点から分析することも有用ではないかと思われる。このような関心を示すものとして、仲野武志「内閣法制局の印象と公法学の課題」北大法学論集61巻6号（2011年）2067頁以下（特に2078-2080頁）が興味深い。また、斎藤誠「私人間紛争に対する行政の権力的関与—『行政法理と私法秩序』に関する一考察—」西谷剛ほか編『成田頼明先生古稀記念 政策実現と行政法』有斐閣（1998年）161頁註（7）も参照。

²⁹ 太田匡彦「権利・決定・対価—社会保障給付の諸相と行政法ドグマーティク、基礎的考察—」法協116巻5号（1999年）838頁（「立法との間で緊張関係を保ちつつ相互に影響を及ぼしあうことを許す『柔軟い法ドグマーティク』」。同848頁註（28）は、その例として行政訴訟や行政行為の公定力に言及する）、島村健「環境賦課金の法ドグマーティク」環境法政策学会誌12号『生物多様性の保護—環境法と生物多様性の回廊を探る』商事法務（2009年）189-191頁（法秩序の一貫性、私人間の平等を一般的に保障する法ドグマーティクないし法的カテゴリー）、原田・前掲注（17）142-145頁（立法者に制度設計のオプションを提示したり、立法の評価基準として機能させたりすることを想定したソフトな法原則）など。

³⁰ 藤谷・前掲注（18）153-154頁。傍点引用者。

³¹ 井上達夫「公共性とは何か」同編『公共性の法哲学』ナカニシヤ出版（2006年）25頁。同「何のための法の支配か—法の闘争性と正統性—」法哲学年報2005『現代日本社会における法の支配—理念・現実・展望—』有斐閣（2006年）64-68頁も参照。

『法』として要求しうるために満たされるべき最低限の条件」として示す³²。フラーによれば、法が失敗 (disaster) に終わる道程は次の8つである。「第1に、かつ最も明らかなのは、[一般的] ルールがまったく定立されないために、あらゆる案件がその場限りの根拠に基づいて判断されることである。他には、(2) 遵守が期待されるルールが公開されないか、少なくとも関係者の知りうる状態に置かれること、(3) 遡及立法の濫用、すなわち、立法がそれ自体で[人々の] 行動を導くことができなくなるばかりか、非遡及的なルールについても、遡及的な改正のおそれにさらされるために、そのインテグリティが弱められること、(4) ルールが理解不可能なものであること、(5) 矛盾するルールが制定されること、(6) ルールが関係者の能力を超えた行動を要求すること、(7) 対象者が自らの行動を方向づけることができないほど、ルールが頻繁に改正されること、そして最後に、(8) 行政機関の行動が公布されたルールに従っていないこと」³³。ここから、法が遵守すべき8原則が導き出される³⁴。法が法として妥当することを主張しうるためのこうした形式的条件の探究は、まさに法ドグマーティクがその得意分野としてこれまで論じてきたところと大幅に重なり合うのではないだろうか^{35 36}。

³² 井上達夫「立法学の現代的課題—議会民主政の再編と法理論の再定位」ジュリ1356号(2008年)133頁。

³³ Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Revised ed., Yale University Press, 1969, p. 39. L・L・フラー／稲垣良典訳『法と道徳』有斐閣(1968年)49-50頁。本文の訳は引用者による。

³⁴ Fuller, *supra* note (33), p. 46-91. フラー・前掲注(33)59-114頁。なお、井上によるフラーの批判的再解釈として、井上達夫「法の支配—死と再生」[1999年]『法という企て』東京大学出版会(2003年)60-64頁。

³⁵ 長谷部恭男「法の支配が意味しないこと」[1991年]『比較不能な価値の迷路—リベラル・デモクラシーの憲法理論』東京大学出版会(2000年)152-155頁は、法の支配に関するフラーの分析(長谷部は4つの原則に整理している)が、日本国憲法の原則に適合することを確認している。また、トーマス・ヴェルテンベルガー／杉本好夫訳「ドイツから見た基礎研究とドグマーティク」松本ほか編・前掲注(16)29頁は、「法の規範性とそれによる法の妥当が法ドグマーティクの対象である。[...]」そこでは法治国家に必要な保障がもたらされる。誇張して表現すれば、法ドグマーティク

以上の、どちらかといえば法ドグマーティクの立法に対する規律・秩序づけ作用に主眼を置いた議論に対し、第三に、立法から法ドグマーティクへのフィードバック作用をも指摘することができるだろう。すなわち、ある立法がどのようなドグマーティクをどのような理由によりどのように変更したのかを同定することによって、その立法が直接には変更の対象としていないドグマーティクに対しても反省（さらに必要に応じて変容）を迫り、法ドグマーティクが社会に対してとにもかくにも応答的であろうとすること³⁷を支援する効果を期待できるように思われる³⁸。これは、行政法

なくして法治国家は存在しない」と述べる。

³⁶ やや異なる問題ではあるが、立法の過程を法的に統制することも、立法の正統性を担保する手段たりうるのではないだろうか。その方法は、2つ考えられる。第一は、立法裁量の統制手法として近時注目されつつある判断過程統制である（参照、山本龍彦「立法裁量の統制—判断過程統制を中心に」曾我部真裕ほか編『憲法論点教室』日本評論社（近刊）掲載予定）。立法裁量の統制は、正当性の問題であると捉えることもできるであろうが、「立法府には、複雑高度な政策的考慮に基づく判断がゆだねられなければならないからこそ、こういった考慮を適切に行い、与えられた裁量権を十二分に行使して、正に立法府でなければ行えない判断をする責務がある」（最大判平成16・1・14民集58巻1号56頁〔参議院議員定数配分違憲訴訟〕における補足意見2（亀山継夫・横尾和子・藤田宙靖・甲斐中辰夫各裁判官による））ことを強調すれば、これを正統性の問題に位置づけることもできるのではないだろうか（最大判平成18・10・4民集60巻8号2696頁における藤田宙靖補足意見も参照）。第二は、立法手続の適正性である。日本では、議院の議事手続に関する事実について裁判所は審査できないとされているが（最大判昭和37・3・7民集16巻3号445頁〔警察法改正無効事件〕）、比較法的な知見はそれが必ずしも当然の帰結ではないことを教えている（フランスにつき、奥村公輔『立法手続と司法審査』の再構成—フランスにおける法律案提出手続に対する裁判的統制を素材として—比較憲法学研究22号（2010年）169頁以下、ドイツでの議論につき、岡田俊幸「判断過程統制の可能性」法時83巻5号（2011年）55頁以下）。もちろん、各国の憲法訴訟制度の相違に留意する必要がある。

³⁷ 「応答的な制度は、自己の完潔性にとって不可欠なものが何であるかを見失うことなく、同時に環境の中に芽ばえてくる新たな諸力を考慮に入れる。そのために応答的法は、完潔性と開放性が互いに衝突しながらもなお互いに支え合うような途を探り、それを足場にする。応答的な制度は、社会的圧力を、そこから知識と自己修正の機会とを汲みとるべき源泉と見るのである」（P・ノネ＝P・セルズニック／

学において、総論と各論（各個別行政分野＝参照領域 *Referenzgebiete*）の関係を整序するために「参照領域理論」として定式化された発想の応用である³⁹。ただし、立法による既存のドグマティックの変更は、法（学）外の知見に基づく政策判断を背後に控えることが多いであろうから⁴⁰、法システムの自己同一性（「インテグリティ」）の根拠はその自己準拠性・自己

六本佳平訳『法と社会の変動理論』有斐閣（1981年）119頁）。法ドグマティックと社会変化に関する理論との関係についての、ヴェルテンベルガー・前掲注（35）38-40頁も参照。ただし、ノネとセルズニックも認めるとおり、法が社会・環境に対して応答的でありながらもその完潔性を保ちうる条件を充たすことは、決して容易ではない（例えば、ノネ＝セルズニック・前掲121頁・161頁・185-187頁。尾崎一郎「トートロジーとしての法（学）？—法のインテグリティと多元分散型統御—」新世代法政策学研究3号（2009年）213頁も参照）。なお、「完潔性」とは *integrity* の訳語であり、「人ないし制度が、自己の同一性を規定する一定の原理をもろもろの外的な影響力によって乱されずに忠実に守ること。『廉潔性』はその特殊ケース」と定義されている（六本佳平「訳者あとがき」ノネ＝セルズニック・前掲200頁）。

³⁸ 藤谷・前掲注（18）207頁註（166）。『法外のデータ（*extra-legal data*）；立法事実』を立法者自身の政治的洞察に基づいて法的規制へと転換するメカニズムである立法は、法システムの閉鎖性をもともと『破れて』いる場所ということはできないか（同前201頁）という指摘も示唆的である。

³⁹ 参照領域（理論）については、山本隆司『行政上の主観法と法関係』有斐閣（2000年）458頁、大橋洋一「新世紀の行政法理論—行政過程論を越えて」[2001年]『都市空間制御の法理論』有斐閣（2008年）336-337頁、同『行政法Ⅰ 現代行政過程論』有斐閣（2009年）17-18頁、シュミットーアスマン・前掲注（16）8-10頁（1/12-16）などを参照。政策・制度設計の場面での活用を示唆するものとして、大橋洋一「政策実施総論」同編『政策実施』ミネルヴァ書房（2010年）20頁、同「法政策学について」新世代法政策学研究7号（2010年）13頁。

⁴⁰ 総論＝ドグマティック、各論（参照領域）＝政策との単純な等式が成り立たないのは当然であるとしても、行政法総論の主要な関心が個別行政領域で展開される行政活動の法的規律・コントロールにあるとすると（藤谷・前掲注（23）22頁）、各個別法領域において政策的な要素が色濃く現れ、総論はそれを統御するための法ドグマティックをもっぱら発展させるという役割分担のイメージを描くことは、不自然ではないだろう（藤谷武史「租税法と行政法—歴史と展望」金子宏編『租税法の発展』有斐閣（2010年）90頁註（90）およびそれに対応する本文）。

言及性に求められるという観察を前提とすると⁴¹、立法の成果を無自覚に法的議論に採り入れることにより法ドグマーティクの自己同一性が破壊される危険性⁴²、あるいはそもそもそれを採り入れることの不可能性に意を払うべきであろう⁴³。本稿も、こうした観察結果を基本的には受容しているが、同時に、「法学的な思考と政策論的思考 […]」が異質なものとし

⁴¹ 尾崎・前掲注(37)特に199-202頁。

⁴² 政策課題の認識や隣接諸科学の知見の取込みが、行政法総論の法ドグマーティクとしての切れ味を鈍磨させることにも警戒的であるべきだと思われる。やや異なる文脈からの指摘ではあるが、興津征雄「書評 大橋洋一 [著]『都市空間制御の法理論』」書斎の窓586号(2009年)73-75頁参照。

⁴³ 藤谷武史「プロセス・時間・法制度—新世代法政策学研究のための一試論—」新世代法政策学研究1号(2009年)54頁は、「具体的な紛争が発生し、ex postに『発見』された価値や利益を、ひとまず従来の概念体系によって受け止め、あれこれと事例ごとの推論を積み重ねていく中で次第に見通しをつけていく、という営みとして法ドグマーティクを位置づけることができるのではないのでしょうか」と述べるが、法ドグマーティクの意義はむしろ、事例ごとにad hocに「発見」される価値や利益から法的推論が距離を取ることを保障する点にあるともいえる(尾崎・前掲注(37)216頁注(50)も参照)。事例ごとに認識される政策課題を「ex anteの発想に基づく制度設計論へと受け渡していくための機能」(藤谷・同前)は、ドグマーティクの支配を相対的に免れた一般条項や、ドグマーティクのいまだ十分に固まっていない不確定概念の解釈に見出されるというべきではないだろうか。例えば、平井宜雄の法政策学(およびそれと表裏一体をなす議論論)の対象は政策志向型訴訟・資源配分規範の問題であることが指摘されているが(瀬川・前掲注(25)232-234頁)、これらは(ドグマーティクの本領である)権利義務規範と対比されるものであり、その多くは(“過失”などの不確定概念により規律される)不法行為法の問題であった(民法の領域拡大における不法行為法の位置づけにつき、瀬川・前掲注(25)234頁註(52))。行政法学においても、法律による抽象的な基本決定が行政活動により具体化されることにより政策内容が実現されるというモデルが語られるが(藤谷武史『法政策学』の再定位・試論—『新世代法政策学』の基礎理論の探求—新世代法政策学研究9号(2010年)196-197頁・199頁)、それは法的には(立法者が定立した)不確定概念の解釈を伴うことになる。本稿の主題に関していえば、既存の法実践が立法により変更される前に、解釈による変更(キルビー判決による判例変更)が先行し、しかもその解釈が権利濫用という一般条項に依拠するものであった点に留意すべきであろう。

て緊張関係を保って併存しつつ、対話し続けることによってのみ、『問題発見的』機能を担いうる」⁴⁴との見通しを共有したい⁴⁵。すなわち、立法(政策)に相対するうえではあくまでも法ドグマーティクに固有の視点を失ってはならないが、だからといって法ドグマーティクの堅持が個別法分野に現れる政策課題に対する鈍感や無関心を正当化してはならないと考える。その際、個別法分野における政策課題に対する認識の精度を高めるために、経済学などの隣接諸科学の知見が有用でありうることは本稿の立場からも否定されない⁴⁶(ただし、本稿の叙述がそうした知見の具体的適用にまで及ばないのは何度もくり返すとおりである)。

⁴⁴ 藤谷・前掲注(22)331頁註(74)。

⁴⁵ 長谷部恭男「法源・解釈・法命題—How to return from the interpretive turn」[2004年]『憲法の理性』東京大学出版会(2006年)220-221頁およびそれを引用する藤谷・前掲注(18)200-201頁。法学と経済学のフィードバック関係を指摘するものとして、常木淳『法理学と経済学—規範的「法と経済学」の再定位』勁草書房(2008年)64-65頁。

⁴⁶ 高橋裕「エコノ・リーガル・スタディーズの方法論的課題」(科学研究費「経済的・社会的規制における市場の機能とその補正をめぐる法律学的・経済学的検討」総括国際シンポジウム報告、2012年2月8日、於神戸大学。以下の引用(頁数も)は当日配布された報告原稿による)は、「法システムと経済システムとが交錯する諸領域を具体的な検討素材としながら／法システムの『適切な』作動を実現しうる制度を／法学と経済学の知見を活用しつつ／設計する」(1頁)ことを目標とする「法経連携研究 Econo-Legal Studies」が歩むべき一つの道として、システム理論に依拠して、「法学・経済学とも一定の自律性をもった営為 enterprise であることを意識しつつ、その自律性を掘り崩すかたちで他の分野の知見を導入するということがないように」、しかし同研究が「[ブルデューのいう]一つの champ [場]となるように努力していく」ことを提唱する(8頁)。ある種の法と経済学が法学と経済学の「本音」(前掲注(25))での語らいを目指し(て、「本音」がかみ合わない者からは敵意や反発を招き(高橋・前掲5頁は定期借家権立法をめぐる論争に触れる)、「本音」語りの暑苦しさになじめない向きからは敬遠され)たの対し、法経連携研究は、まずはお互いの「建前」を理解するところから始めましょうという漸進的で穏健な共同研究プログラムと捉えることができ、「本音」ベースの法と経済学モデルに対抗しうる構想として注目に値する(親しくもない人にいきなり本音を訊かれたり語られたりするのはいったい何となくものである)。また、同研究が、個別の研究領域(競争法、知的財産法、労働法、社会保障法など)における法学(者)と経済学(者)の対話の積

かくして、本稿は、行政法ドグマティックに陣取って特許法104条の3に相対することになる。

Ⅱ 行政作用としての特許権発生

1. 行政処分の効果・効力

(1) 総説

本稿冒頭に示した特許権を発生させる行政作用のプロセスのうち、行政処分(行政行為)⁴⁷に該当するものは、特許査定と特許権設定登録である⁴⁸。行政作用による法律関係の展開形式の中で、一般民事法には見られない特性を最も有しているのは行政処分であるから、行政作用としての特許権発生の特質を探るうえで、この2つの行為に注目することは正当化できよう。

行政処分による法律関係の展開が特徴的であるのは、その効果および効力に特殊性が認められるためであると考えられる。ところが、行政処分の効果・効力については、注目すべき研究が近年相次いで公表されており⁴⁹、議論が精緻化している半面で見通しが悪くなっているところもある。そこで、行政処分に認められる効果・効力の特性を、本稿の行論に必要な限度で整理しておく、次の2つの命題にまとめることができると思われる。

み重ねを重視し、総論的方法論の性急な構築に直ちには向かわなかったことも、この観点からすると自然な選択であったと評価できよう。

⁴⁷ 本稿では、行政処分と行政行為の概念の異同(興津・前掲注(8) 3頁註(9))には立ち入らず、原則として「行政処分」の語を用いることとし、それが講学上ないし体系上の概念であることを特に意識させたい場合や、他の文献を引用したり紹介したりする場合にのみ、「行政行為」の語を用いる。

⁴⁸ 両者が行政処分に該当することについては、興津・前掲注(8) 4-8頁。

⁴⁹ 最近の単行論文に限ると、山本隆司「訴訟類型・行政行為・法関係」民商130巻4=5号(2004年) 640頁以下、太田匡彦「行政行為—古くからある概念の、今認められるべき意味をめぐって」公法研究67号(2005年) 237頁以下、人見剛「行政処分の法効果・規律・公定力」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ 行政作用・行政手続・行政情報法』有斐閣(2008年) 71頁以下などがある。

- ① 行政処分は、法律の根拠に基づいて、関係当事者の合意によらないでその法律関係（権利・義務・地位）を形成し（発生・変更・消滅させ）、またはその範囲を確定する法的効果を生じる。
- ② 行政処分の法的効果を消滅させるためには、取消訴訟その他所定の取消手続⁵⁰によらなければならない。

以下、順に敷衍しよう。

(2) 行政処分の法的効果

まず、①は、一般に行政処分の定義⁵¹とされているところを言い換えたものであり、ほぼ異論なく受け入れられるのではないと思われる。具体的な行政処分がいかなる法的効果を生じるかは、その根拠となる法令の規定およびその仕組み（システム）の趣旨・構造に則して特定される必要がある⁵²。

なお、近時の論考には、行政行為が法行為であることを示すために「規律」⁵³という概念を用い、規律を、「当該行為が法関係を目的的に変動させ

⁵⁰ 小早川・前掲注(3)290頁は、職権取消し、行政不服審査、取消訴訟など「行政処分の取消しを目的とするこれらの手続を総称して、“取消手続”と呼ぶ」とする。

⁵¹ 「公権力の主体たる国または公共団体が行う行為のうち、その行為によつて、直接国民の権利義務を形成しまたはその範囲を確定することが法律上認められているもの」（最判昭和39・10・29民集18巻8号1809頁）など。このような定義が、必ずしも法的効果を生じない精神的表示行為について処分性を認めるそれまでの下級審裁判例を最高裁が逐一否定することで形成されてきたことにつき、興津征雄「抗告訴訟における第三者の出訴可能性と処分性—相対的行政処分概念の示唆するもの」高木光ほか編『阿部泰隆先生古稀記念 行政法学の未来に向けて』有斐閣（2012年）662-663頁参照。

⁵² 大貫裕之「行政行為の効力、効果に関する覚書」新正幸ほか編『菅野喜八郎先生古稀記念論文集 公法思想と制度』信山社（1999年）445頁・456頁、人見・前掲注(49)77頁。

⁵³ 「規律力」という概念を用いるものも存在するが（塩野宏『行政法Ⅰ 行政法総論〔第5版〕』有斐閣（2009年）139-143頁）、これは「規律の概念（言葉）を行政行為の一方性を示すために利用し、この意味での規律を行政行為の権力性の文脈で検討する」（太田・前掲注(49)238頁）ものであり、法的効果の内容理解を左右するもので

る行為であることを意味するとする理解」（『規律＝法関係の目的変動』理解）」と、「『関係行政庁と利害関係のある私人と』を拘束するという性格に着目」する理解（『規律＝拘束的言明』理解）」とを対置したうえで⁵⁴、実定法の仕組みに照らすと「法行為たる行政行為と法関係との関係は多様であり、規律＝法関係を目的的に変動させる行為という理解だけでは、この多様性を捉えきれない」⁵⁵として、「『規律＝拘束的言明』理解」に軍配を上げるものがある（太田匡彦説）。この見解にいう「『規律＝法関係の目的変動』理解」とは、上記①にいう法的効果の内容のうち、実体的法律関係の形成（発生・変更・消滅）の契機にのみに着目したものであるといえよう。それに対して、「『規律＝拘束的言明』理解」は、法律関係の形成の局面にとどまらない行政行為の法的効果の内容を捉えようとしたものだと考えられる⁵⁶。しかし、行政行為により法関係が変動しているとは考えにくいものとして論者の挙げる例⁵⁷を見ると、そこでは確かに行政行為が法律関係を形成する効果を生じているとはいえないとしても、行政行為が法律関係（の範囲）を確定または認定する効果を生じているものがほとんどである。そうすると、拘束的言明により生じる拘束力と、行政行為が法律関係を確定または認定する効果との異同をさらに明らかにする必要があるであろう。この点は、後に改めて触れることにしたい（Ⅱ 2 (2) (iv)）。

はないため、ここでは検討の対象から除外する。

⁵⁴ 太田・前掲注(49)237-238頁。

⁵⁵ 太田・前掲注(49)240-241頁。

⁵⁶ 「従来、行政法学はこの両方の契機を調和するものと考えてきたように見える」（太田・前掲注(49)238頁）のは、一つには、後述（Ⅱ 2 (2) (iv)）のように行政庁が一定の要件事実を認定し、それに基づいて事後の行政作用の前提となる“地位”を設定するタイプの行政処分の法的効果（規律）を、「法関係の目的変動」の中に含まれて観念したことによると思われる（参照、塩野・前掲注(53)143頁註(3)）。本稿は、太田・前掲注(49)247頁註(9)で引用された興津征雄「行政処分反復禁止効の法的構成—取消判決の既判力と拘束力—」法協121巻2号（2004年）234頁（なお同『違法是正と判決効—行政訴訟の機能と構造』弘文堂（2010年）98頁註(247)）の思考を反省し、「『規律＝拘束的言明』理解が我々に突きつけているはずの問題点」（太田・前掲注(49)238頁）に及ばずながら敏感であろうとしたものである。

⁵⁷ 太田・前掲注(49)238-240頁。

(3) 行政処分の公定力

次に、②は、行政処分の公定力と呼ばれる法現象を記述したものである。ここでは、②のような法現象をそもそも認めるべきか、認めるとしてその法的根拠は何か⁵⁸、また②のような法現象が生じることは認めるとしてもこれを公定力の名で呼ぶことは適切か⁵⁹といった問題には立ち入らず、さしあたり、②のような法現象が生じることを認めかつこれを公定力という概念で表現することを前提として、その限界および内容について、次の2点の予備的整理をしておきたい。

(i) 公定力は行政処分の法的効果を超えては及ばない

第一に、学説上一般に共有されている公定力の限界として、公定力は当該行政処分の法的効果を超えては及ばないという点を指摘することができる⁶⁰。このことは、逆にいえば、行政処分の要件に関する行政庁の認定判断を関係当事者が否定できなくなる効力は、公定力を根拠としては生じないということを意味する⁶¹。ただし、「行政庁による処分の要件認定にまで公定力相当の通用力を認める場合があり」うる⁶²。これは、行政処分の確定効果⁶³と呼ばれたり遮断効果⁶⁴と呼ばれたりする。もっとも、この遮断

⁵⁸ 前二者の問題につき、太田・前掲注(49)244頁参照。

⁵⁹ 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』有斐閣(2008年)71-80頁および大浜啓吉『行政法総論(行政法講義Ⅰ)[第3版]』岩波書店(2012年)283-286頁は、公定力概念に対する批判を展開するが、その趣旨は、②のような法現象が生じることを否定することまでは及ばず、それに公定力という概念構成を与えることに対しての批判のようである。太田・前掲注(49)244頁・250頁註(35)も参照。

⁶⁰ 小早川光郎「先決問題と行政行為—いわゆる公定力の範囲をめぐって—」雄川一郎編『田中二郎先生古稀記念 公法の理論(上)』有斐閣(1976年)376-384頁、藤田宙靖『第四版行政法Ⅰ(総論)[改訂版]』青林書院(2005年)209-219頁、人見・前掲注(49)76頁。

⁶¹ 人見・前掲注(49)79-80頁。

⁶² 人見・前掲注(49)80頁。

⁶³ 柳瀬良幹「司法裁判所の先決問題審理権」[1929年]『行政法の基礎理論(2)』弘文堂(1940年)56頁・60頁。大貫・前掲注(52)450頁も参照。

⁶⁴ 小早川・前掲注(60)385頁。遮断効果と確定効果とがほぼ同じものを指すことに

効果ないし確定効果は、法律の根拠に基づいて認められる行政処分の法的効果の一種と考えるべきであり、そうであるとすれば上記(1)の②ではなく①の位相に位置する法現象というべきであろう⁶⁵。遮断効果ないし確定効果の位置づけについても、後述する（Ⅱ 2 (2) (iii)）。

（ii）破棄禁止要請と逸脱禁止要請（太田匡彦）

第二に、行政処分による拘束の内容を、「拘束的言明がなされた場合、拘束を受ける人は、正当な理由なく、そのなされた拘束的言明を取り消してはならない」という破棄禁止（Aufhebungsverbot）の要請と、「拘束を受ける人は、拘束的言明の内容と矛盾する行動を取ってはならない」とする逸脱禁止（Abweichungsverbot）の要請とに分けて理解する太田の見解がある⁶⁶。そして、この見解によれば、「これまでの行政法学は、[...] 逸脱禁止要請も破棄禁止要請も区別せず、公定力から基礎づけていたと考えられる」ところ、「逸脱禁止要請は拘束力（規律力）によって実現されると考え、公定力により保障されるべき要請を、行政行為それ自体の存続、すなわち破棄禁止要請の実現に限定することで、両者を明確に区別し独立に考えるべきである」⁶⁷。この整理は、逸脱禁止要請が上記①に、破棄禁止要請が②にそれぞれ対応していると考えることができ、行政処分により一定の法的効果（規律）が生じていることをまず観念したうえで、その安定化のために公定力が存在するとする点で、行政処分の法的効果と公定力の関係について明晰な理解をもたらすものと評価できよう。

つき、同前392-393頁。

⁶⁵ 山本・前掲注(49)654頁註(33)は、小早川・前掲注(60)が「行政行為の効果の通用力を公定力とし、こうした公定力を超える、行政行為における要件の認定判断に反する主張・判断の排斥を遮断効果として対比するのは、必ずしも明快でないように思われる」とし、「行政行為における認定判断に遮断効果が認められるのは通常、行政行為の効果との抵触がある場合に限られると言えるのではないかと指摘する。なお、山本自身は、(形式的) 存続力や構成要件的効力の概念を用いて問題を整理していくことを提案するが(同前649-652頁)、これについては後述Ⅱ 1 (3) (iii) (a) 参照。

⁶⁶ 太田・前掲注(49)241頁。

⁶⁷ 太田・前掲注(49)241-242頁。

(iii) 近時の学説で提唱された新たな概念

さらに、公定力の概念構成に関する近時の2つの学説について、コメントしておく。

(a) 構成要件的効力(山本隆司)

一つは、ドイツ行政法学の用語法に倣い、構成要件的効力(Tatbestandswirkung)という概念が用いられることがある⁶⁸。構成要件的効力とは、「行政行為の規律・拘束する法関係とは別の行政上の法関係、私人間の民事法関係、そして刑事訴訟の局面において、利害関係のある私人、管轄する行政庁や裁判所が、行政行為の規律・拘束力を承認しなければならないこと」⁶⁹をいう。これは、上記①にいう行政処分の法的効果により形成・確定された法律関係が、それとは異なる法律関係の前提問題となる場合に、前提的法律関係の存在を否定できないという効力をいうようであり、逸脱禁止要請の一内容に対応すると見られる⁷⁰。例えば、「私人間の特許権侵害訴訟において裁判所は特許に無効理由があるのが『明らか』なことを審理判断できるとした判決⁷¹」や、「民事訴訟において特許権の持分の移転登録を請求することを認めた判決⁷²」は、「それぞれ特許権設定登録の構成要件的効力の範囲を解釈するものと考えられる」⁷³という。構成要件的効力は、「問題となる行政行為の制度と他の行政法または民刑事法上の制度との関係を、管轄する国家機関の権限の範囲も含めて全体として考慮して判断され」⁷⁴るものであり、「私人が一定期間内に所定の手続をとって行政行

⁶⁸ 山本・前掲注(49)649-651頁。ドイツの学説について、遠藤博也『行政行為の無効と取消—機能論的見地からする瑕疵論の再検討—』東京大学出版会(1968年)272-275頁、人見剛「行政行為の公定力の範囲—ドイツ法を素材とする一考察—」兼子仁=宮崎良夫編『高柳信一先生古稀記念論集 行政法学の現状分析』勁草書房(1991年)225頁・228-246頁。

⁶⁹ 山本・前掲注(49)649頁。

⁷⁰ 太田・前掲注(49)249頁註(28)参照。

⁷¹ 前掲最判平成12・4・11〔キルビー判決〕。

⁷² 最判平成13・6・12民集55巻4号793頁〔生ゴミ処理装置事件〕。

⁷³ 山本・前掲注(49)651頁。

⁷⁴ 山本・前掲注(49)651頁。

為の拘束力を否定する主張をしなければ、もはやこのような私人の主張が法的に認められなくなる」効力としての「行政行為の不可争力ないし形式的存続力」⁷⁵とは区別される。

こうした考え方は、従来公定力の内容として一まとめにされてきたもののうち、取消手続の排他性にかかわるものを期間制限と合わせて形式的存続力（不可争力）に吸収させ⁷⁶、他の国家機関（とりわけ民刑事訴訟を審理判断する裁判所）に対する拘束（先決問題審理権の制限）を構成要件的効力として別個に観念する点に、特徴があるといえる⁷⁷。行政処分の効果・効力の及ぶ局面を分析したうえで、異なるものを厳密に区別して議論する理論枠組みを提示するという点では重要な問題提起を含むが、その半面で、“公定力”というワーディングを放棄するところに象徴されるように、新たな概念を導入したり既存の概念を組み替えて用いたりするため、行政処分の効果・効力に関する従来の学説との関連が明らかにされる必要がある⁷⁸。したがって、本稿は、最初から構成要件的効力の概念を用いるのではなく、行政処分の法的効果（規律）の内容および範囲を見定めたうえで、それが先決問題となる法律関係に焦点を当てるという検討の方法を採ることにしたい⁷⁹。ただし、本稿がこれから論じようとする、特許法に基づく行政作用によって形成・確定される法律関係と、それに関する民事法上の請求・主張との調整が、多くの場合この見解のいう構成要件的効力の範

⁷⁵ 山本・前掲注(49)649頁。

⁷⁶ 違法性の承継は、構成要件的効力ではなく（形式的）存続力を制限する法理であるとされる（山本・前掲注(49)651頁、同「公定力(2)」法教365号（2011年）108-109頁）。なお、太田・前掲注(49)250頁註(42)も参照。

⁷⁷ 「《シンポジウム》第二部会 行政法の基礎概念 討論要旨」公法研究67号（2005年）279頁〔山本隆司発言〕も参照。

⁷⁸ もっとも、現在の学説が見失ってしまった感のある先決問題の観念に新たな光を当てるという意味では、それ以前の学説との連続性がかえって強調されるといえるかもしれない。構成要件的効力は、かつての学説が「要件効果」（柳瀬・前掲注(63)53-59頁）、「事実的効果」（雄川一郎「先決問題について—行政行為に対する裁判所の審理権—」〔1950年〕『行政争訟の理論 雄川一郎論文集(2)』有斐閣（1986年）528-535頁）などの名で論じていたものである。

⁷⁹ なお参照、太田・前掲注(49)249頁註(28)。

囲にかかわることは、意識されてよい（Ⅱ 2 (3) 参照）。

(b)「処分自体有効存在否定禁止効」と「法効果否定禁止効」(大淵哲也)

もう一つは、公定力を狭義の公定力（第一の意味の公定力）と広義の公定力（第二の意味の公定力）とに分け、前者は「行政処分自体の（有効な）存在の否定禁止（処分自体有効存在否定禁止効）」であり、後者は「（行政処分の有効な存在を前提とした上での）行政処分の法効果（行政処分によって形成された法律関係）の否定禁止（法効果否定禁止効）」であるとする学説がある⁸⁰。この学説によれば、「処分自体有効存在否定禁止効がドイツ法における破棄禁止（Aufhebungsverbot）効と呼ばれるものに対応し、法効果否定禁止効がドイツ法における逸脱禁止（Abweichungsverbot）効と呼ばれるものに対応するものと解される」⁸¹。

この学説は、処分自体の存続（安定化）にかかわる効力と、その法効果（規律）にかかわる効力とを分けて観念しようとする点で、これまでに紹介してきた公定力の内容分解とりわけ太田説（Ⅱ 1 (2)、(3) (ii)）と軌を一にするものであり、基本的に首肯しうるように思われる。ただし、「法効果否定禁止効」と「処分自体有効存在否定禁止効」においては、同じ「否定」という言葉が用いられているにもかかわらず、その意味するところが同一とはいいがたいため、2つの効果の異同が若干わかりにくくなっているように思われる。以下敷衍する。

まず、「否定」という言葉は、一定の法的行為や法的効果の存在を消滅させ、それらを除去するという形成的な作用を意味しうる。「処分自体有効存在否定禁止効」がその意味での「否定」を禁止するものであることは、自明であろう。しかし、「法効果否定禁止効」における「否定」をもこの意味で理解すると、両効果の区別がつかなくなる。なぜなら、法効果が除去されたにもかかわらず処分自体が有効に存在することを肯定し続けることは法的には意味がないからである⁸²。

⁸⁰ 大淵・前掲注(4)97頁。

⁸¹ 大淵・前掲注(4)98頁。

⁸² 最高裁判例が、行政処分の法効果が消滅した場合に当該処分の取消しを求める訴えの利益を否定するのも、こうした考え方を裏づける。例えば、最判昭和55・11・

そうすると、「法効果否定禁止効」は、処分の法効果を法的に除去することを禁止するのではなく、処分の法効果によって形成・確定された法律関係が存在することを前提に行動しなければならないこと、言い換えれば、処分の法効果を逸脱したり、それに違反したりするような行動を取ってはならないことを意味すると理解すべきであろう。このように理解することによって両効果が区別されうることは、論者自身が「処分自体有効存在否定禁止効」を破棄禁止要請に、「法効果否定禁止効」を逸脱禁止要請に、それぞれ対応させているところからも知られるとおりである。

しかし、「法効果否定禁止効」を以上のような意味に理解すると、それはある一定の法効果が拘束力をもって生じている現象を記述しているにすぎず、ことさらその「否定禁止効」を公定力の内容として観念する必要は乏しいように思われる⁸³。一定の法律事実（例えば売買契約）に基づいて一定の法律効果（例えば売主の目的物引渡義務、買主の代金支払義務）が拘束力をもって発生するという現象は、行政処分に限られないからであ

25民集34巻6号781頁（「本件原処分〔運転免許停止処分〕の効果は右処分の日一日の期間の経過によりなくなつたものであり、また、本件原処分の日から一年を経過した日の翌日以降、被上告人が本件原処分を理由に道路交通法上不利益を受ける虞がなくなつたことはもとより、他に本件原処分を理由に被上告人を不利益に取り扱うことを認めた法令の規定はないから、行政事件訴訟法九条の適用上、被上告人は、本件原処分及び本件裁決の取消によって回復すべき法律上の利益を有しないというべきである」）、最判昭和59・10・26民集38巻10号1169頁（「建築確認は、それを受けなければ右工事をする事ができないという法的効果を付与されているにすぎないものというべきであるから、当該工事が完了した場合においては、建築確認の取消しを求める訴えの利益は失われる」）、最判平成5・9・10民集47巻7号4955頁（都市計画法29条に基づく開発許可は「これを受けなければ適法に開発行為を行う事ができないという法的効果を有するものであるが、許可に係る開発行為に関する工事が完了したときは、開発許可の有する右の法的効果は消滅するものというべきであ」り、「開発許可の取消しを求める訴えは、その利益を欠くに至るものといわざるを得ない」）など。

⁸³ もっとも、従来の学説がこの点を含めて公定力から基礎づけていたことにつき、太田・前掲注(49)241頁参照。大淵・前掲注(4)140頁註(83)(141頁)も、従前の用語法との連続性を意識する。

る⁸⁴。

したがって、以下では、(1)で示した①に「法効果否定禁止効」を、②に「処分自体有効存在否定禁止効」を、それぞれ対応させ、公定力の概念は「処分自体有効存在否定禁止効」(論者のいう狭義の公定力)のみを意味するという前提で議論を進める。この学説については、後でもう一度触れることにする(Ⅲ 1 (2))。

2. 特許査定と特許権設定登録の効果・効力

(1) 特許査定と特許権設定登録の関係

冒頭に示したように、特許権を発生させる行為の連鎖のうち、行政法学の見地から注目に値するのは、特許査定(51条)と特許権設定登録(66条1項)の2つである。両方とも、行政機関がその判断ないし決定を外部に表示する行為であり、法律上一定の効果が発生させる行為だからである。しかし、これらの行為がいかなる判断・決定に基づくものであり、いかなる法律上の効果が発生させるものであるかについては、検討が必要である。

まず、「特許査定は、設定登録時に特許権を発生させる行政処分ということが出来る」⁸⁵とする見解がある。この見解の意味するところは必ずしも明確ではないが、特許査定は、特許権設定登録を停止条件として特許権を発生させる法的効果を有する行政処分だと理解することができる⁸⁶。もちろん、特許査定の段階で特許を付与するか否かに関する実質的な判断が行

⁸⁴ 参照、《シンポジウム》・前掲注(77)277-278頁[前田雅子・太田匡彦発言]。

⁸⁵ 大淵・前掲注(4)123頁註(3)。

⁸⁶ もっとも、論者は、前記引用部分に続けて、「他方で、設定登録は、特許査定のある場合に、特許権発生の時点となるべき法効果を有する行政処分ということが出来る。その限度では、設定登録の法効果は、特許権発生ともいえるのである」(大淵・前掲注(4)123頁註(3))とも述べており、結局のところ特許権発生の特許査定の法効果と考えているのか設定登録の法効果と考えているのか判然としない。しかし、この註に対応する本文に先立って「特許処分(特許付与処分)の具体的内容としては、特許査定と解すればよく、設定登録については、上記のとおり特許権の効力発生時点と考えれば足りるのであって、特許処分(特許付与処分)と考える必要はない」(同前64-65頁)と述べているところに従って、本文のように解しておく。

われるという点はそのとおりではあるけれども、それをもって（停止条件付きとはいえ）特許権の発生という法的効果が生じていると見るのは、特許法66条1項の文言⁸⁷からして、難しいのではないだろうか。論者の依拠するドイツ法⁸⁸との条文構造の違いにも留意すべきであろう⁸⁹。

次に、特許査定は既存の発明権を確認する行為であって、設定登録はその公証であるとする見解がある。これは、特許法および行政法の古典学説に見られた考え方であり、例えば美濃部達吉は「特許権は国家が発明の事実を確認し及びこれを公証することを効力完成の条件とする」⁹⁰と述べて

⁸⁷ 設定登録が効力発生要件であるとすれば、特許法98条1項柱書のように、「登録しなければ、その効力を生じない」あるいは「登録により効力を生ずる」などと規定されるはずではなかろうか。鉱業権の設定は経済産業大臣の許可によってされるが（鉱業法21条1項）、登録がその効力発生要件となっている（同法59条1項1号・60条）のとも異なる。

⁸⁸ 大淵・前掲注(4)64頁。

⁸⁹ ドイツ特許法（*Patentgesetz*）49条1項は、「出願が第34条、第37条および第38条の規定の要求を充たしており、第45条第1項の規定により指摘された要約書の瑕疵が除去され、かつ、出願の対象が第1条から第5条までの規定により特許能力を有するときは、審査課は、特許の付与（*die Erteilung des Patents*）を決定する（*beschließt*）」と規定し、同法58条1項は、「特許の付与は特許公報において公告される（*wird [...] veröffentlicht*）。同時に、特許明細書が公告される。特許公報における公告により、特許の法律上の効果（*die gesetzlichen Wirkungen des Patents*）が発生する（*eintreten*）」と規定する。同法49条1項に基づく特許付与決定（*Erteilungsbeschluss*）は形成的行政行為（*rechtsgestaltender Verwaltungsakt*）であるとされており（Georg Benkard, *Patentgesetz, Gebrauchsmustergeestz*, 10. Aufl., Beck, 2006, § 49 Rn. 3 [Alfons Schäfers]）、この時点で特許付与の効果が生じていると見ることができるが、我が国の特許査定は「特許をすべき旨の査定」（51条）であり、これにより形成的効果を生じると読むのは難しいであろう。なお、ドイツ法においても、行政行為としての特許付与決定それ自体の発効（*Wirksamwerden*）と、「特許の法律上の効果」（ドイツ特許法9条以下に定められたものを指す）の発生とは区別されており、前者は出願人に対する送達（同法47条1項）が要件となっている（Benkard, *a. a. O.*, § 49 Rn. 6 [Schäfers]）。

⁹⁰ 美濃部・前掲注(4)363-364頁。「発明者が特許を得る為めには特許を受けねばならぬが、特許は特許権を授与する行為ではなく、唯法定の要件を備へた発明であることを確認する行為に過ぎぬ」（美濃部達吉『日本行政法（上）』有斐閣（1936年）226頁）との説明も見られる。清瀬・前掲注(4)133-136頁も参照。

いる。現代でもこうした考え方を支持するものがある⁹¹。

確認行為および公証行為という概念は、行政行為の伝統的な分類論において用いられていたカテゴリーであり、法律行為的行政行為と対比される準法律行為的行政行為の類型に属するとされる。行政行為の分類論は、論者により、また時代により変遷が見られるので⁹²、どの学説に依拠するかによって理解が異なる可能性があるが、ここでは、美濃部自身の説明を聴くのが便宜であろう。まず、美濃部によれば、法律行為的行政行為とは「行政権の意思表示から成り其の意思の内容に基づいて其の効果を生ずる」ものをいい、準法律行為的行政行為とは「判断・認識等の表示から成り行為者の意思の内容に拘らず其の効果を生ずる」ものをいう⁹³。そして、準法律行為的行政行為の一種とされる確認行為 (Feststellung) は、「特定の法律事実又は法律関係の存在に争又は疑ある場合に国家が公の権威を以つて其の争又は疑ある所を判断し認定してこれを公に宣言することを目的とする行為」⁹⁴であり、公証行為 (Beurkundung) とは、「特定の法律事実又

⁹¹ 君嶋祐子「特許処分の法的性質—特許無効の抗弁論争に対する一提言—」日本工業所有権法学会年報21号『デザインの法的保護』有斐閣(1998年)9-10頁、辰巳直彦「近代技術保護法制としての特許法と私権としての特許権—その理念的な制度的検討の試み—」日本工業所有権法学会年報23号『先端技術分野における特許保護』有斐閣(2000年)43頁。

⁹² 遠藤博也『行政法スケッチ』有斐閣(1987年)139-162頁(第7章「なぜか行政行為の諸分類—行政行為の分類に関する代表的学説—」)。同論文は、戦後通説化するとともに激しい批判の対象となった田中二郎による行政行為の分類が、その原型と見られてきた美濃部達吉の分類論(さらにはその前提となる行政行為概念)とは似て非なるものであることを明らかにした業績である。さらに、美濃部の行政行為論における意思の要素と、工業所有権の私権としての性格づけに着目し、同時代の織田萬と比較しつつ美濃部理論の意義を分析する研究として、斎藤誠「特許・確認・法政—行政学からの、特許法上の特許に対するアプローチ」筑波法政14号(1991年)349頁以下、特に356-364頁を参照。

⁹³ 美濃部・前掲注(90)167頁。「準法律行為的行政行為(rechtshandlungsmässige Verwaltungsakte)は効果意思を其の構成要素と為さないことに於いて法律行為的行政行為と区別せられる」(同前223頁)という説明も見られる。

⁹⁴ 美濃部・前掲注(90)224頁。

は法律関係の存在を公に証明することを目的とする行為」⁹⁵である。

もっとも、現代の行政法学説においては、確認行為および公証行為という概念が行政行為のカテゴリーとしては用いられることが少なくなっているため、確認ないし公証という性格づけをするだけでは、その法的な意義は直ちには明らかにならない。そこで、項を改めて、確認行為および公証行為の行政法学上の位置づけに留意しながら、特許査定と特許権設定登録の性格についてさらに検討することにしたい。

(2) 確認行為と特許査定

(i) 美濃部の確認行為概念

確認行為については、美濃部は、前記引用部分に続けてその例⁹⁶を挙げたうえで、次のように述べている。「勿論一般の行政行為に於いても、其の行為を為すには先づ事実の認定を為すことを要し、例へば許可を与ふるには許可の要件の備はつて居るや否やを認定せねばならず、権利を設定するにも其の設定に適当な要件の存するや否やを認定せねばならぬが、それ等の認定は別個の行政行為として表示せらるるものではなく、唯許可又は特許の前提として内部に於いて行はるるに過ぎないものであるが、確認行為はそれ等とは異なり、事実の認定それ自身を目的として行はるる独立な国家行為であり、それに依つて其の認定せられた所が公の権威を以つて確定し、正当の権限ある官庁の行為に依つて破毀せられない限りは、何人もそれが真実に適合しないことを証明することに依つて、其の確定力を覆へすことを得ないことに其の特色が存する」⁹⁷。ここでいわれているのは、確認行為が、通常の行政行為であれば1個の行政行為によって一回的に行われる要件事実の認定と法効果の発生のうち、前者のみを括り出して一つの行政行為と構成したという性格を持つものであること、そして、確認行為

⁹⁵ 美濃部・前掲注(90)227頁。

⁹⁶ 「公の選挙に於ける当選人の決定、公の試験に於ける合格不合格の決定、市町村会議員の被選挙権有無の決定、退職した官吏の恩給権の裁定、官有地と民有地との境界査定、市町村境界争の裁定、発明の特許、行政訴訟の確認判決など其の例である」(美濃部・前掲注(90)225頁)。

⁹⁷ 美濃部・前掲注(90)225頁。人見・前掲注(49)88頁も参照。

が「確定力」を有することの2点である。これを特許査定に当てはめるとどうなるか。

(ii) 特許査定の性質

まず、特許査定は、査定時に審査官が拒絶理由を発見しなかったことを要件として(51条)、特許権の設定登録がされるべき旨を宣言する行政処分(行政行為)である⁹⁸。この点につき、「設定登録の処分要件は、特許料の納付等にすぎず、特許査定の有無等を設定登録の処分要件と考える必要は特にないと解される」⁹⁹とする見解がある。確かに、設定登録の要件として明文で規定されているのは特許料の納付またはその免除もしくは猶予のみである(66条2項)。しかし、特許権設定登録は特許庁長官が職権で行い(特許登録令16条1号)、特許料の納付等の有無のほかは実体審査がなされない¹⁰⁰ので、特許権発生に係る要件の認定の「最終的判断」¹⁰⁰は、特許査定の段階で行われることになる。そうすると、有効な特許査定(または特許をすべき旨の審決(159条3項・163条3項))の存在は特許権設定登録の要件と解すべきであり、特許査定は、設定登録による特許権発生の要件事実の認定を行政行為として独立に構成したものであるから、まさに美濃部のいう確認行為の特徴を具備すると思われる。もっとも、そのことと、特許査定にいかなる効果・効力が認められるかは、別の問題である。

(iii) 特許査定の効果・効力

そこで次に、特許査定が、誰に対して、どのような法的効果を生じる行政処分であるかという点を問題にしなければならない。特に、特許査定によって、拒絶理由(49条各号)の不存在を確定する法的効果(前述Ⅱ1(3)(i)の遮断効果ないし確定効果)が生じるかどうかの問題であるが、結論からいえば、現行特許法の仕組みを前提とするとこのような効果が生じると解することはできないであろう¹⁰¹。仮に、特許査定が拒絶理由の不

⁹⁸ 興津・前掲注(8)5頁。

⁹⁹ 大淵・前掲注(4)65頁。

¹⁰⁰ 高林龍『標準特許法〔第4版〕』有斐閣(2011年)231頁。

¹⁰¹ 興津・前掲注(8)13頁。

存在を確定する効果を生じるとすれば、行政処分の要件の認定判断にまで通用力ないし拘束力を認めることになりかねないが、そのような効力（遮断効果ないし確定効果）を肯定することは、私人の権利保護に制約を課することになるため、例外を正当化する理由がなければ認めるべきではない。少なくともドイツにおいては、このような意味での確定効果（Feststellungswirkung）が肯定されるためには法律の明文の根拠が必要であると解されており¹⁰²、日本法においても、基本的には法律の根拠が必要であると解すべきである¹⁰³。しかし、特許査定については、そのような明文の根拠がないばかりか、特許査定の要件は審査官が「拒絶の理由を発見しない」（51条）ことと定められており、審査官の主観的判断を基準として査定がなされることになる¹⁰⁴。そうすると、審査官はそもそも拒絶理由が存在しないことを認定して特許査定をするわけではないので、その客観的不存在を確定する効果はもとより生じようがなく、「特許査定の法的効果は特許権設定登録が行われるように特許庁長官を拘束すること」¹⁰⁵に尽きると解される。

しかし、このようにいうと、次の2つの点で疑問が生じる。

第一に、特許査定に遮断効果ないし確定効果を否定することは、美濃部が確認行為の効力として確定力を挙げていることと矛盾しないかという疑問である。確定力および確定効果については種々の議論が存在し¹⁰⁶、両者の異同についても一般論としては確かなことはいえないが、少なくとも美濃部においては、確認行為に認められる確定力の概念は、本稿の意味における確定効果・遮断効果の概念とは異なるものであるように思われる。

すなわち、美濃部は、行政行為（ここでは確認行為には限定されない）の効力として確定力を説明する箇所、不可争力（Unanfechtbarkeit）と不可変更力（Unveränderlichkeit, Unwiderruflichkeit）とを挙げたうえで、「行

¹⁰² 人見・前掲注(68)236頁、同・前掲注(49)80頁。

¹⁰³ 山本・前掲注(49)652頁。

¹⁰⁴ 詳しくは、興津・前掲注(8)8-9頁参照。

¹⁰⁵ 興津・前掲注(8)13頁。

¹⁰⁶ 参照、小早川光郎「実質的確定力」同ほか編『行政判例百選Ⅰ〔第5版〕』有斐閣（2006年）140頁以下。

行政行為の不可争力は、行政行為の相手方又は其の他の関係人及び他の官庁に対する力であつて、此等の者から其の公定力を争ふことを得ず、随つて此等の者に対して行政行為が確定動かすべからざる力を有することを意味し、行政行為の不可変更力は当該行政庁及び其の監督官庁に対する力であつて、此等の者がこれを取消し又は変更することを得ず、随つて此等の者に対して行政行為が確定動かすべからざる力を有することを意味する。両者を合せてこれを行政行為の確定力と称することが出来る」¹⁰⁷と述べている¹⁰⁸。このうち、不可争力は、争訟期間が経過した場合、争訟提起後に裁決または判決が確定した場合、または初めから争訟が許されていない行政行為（当時は出訴事項について列記主義が採られていたため）について認められる効力であるとされる¹⁰⁹。また、不可変更力は、行政行為の内容とは無関係にその存立を担保するものである。そうすると、確定力を不可争力・不可変更力のいずれの意味で用いるにしても、行政行為によって認定された内容に認められる通用力・拘束力としての確定効果・遮断効果とは異なる概念であるように思われる¹¹⁰。したがって、特許査定に確定効

¹⁰⁷ 美濃部・前掲注(90)262頁。

¹⁰⁸ 美濃部達吉『行政法撮要(上)〔改訂増補第2版〕』有斐閣(1930年)86頁は、確認行為の説明として「確認行為は或程度に於て恰も裁判判決の如き確定力を生じ、行政権の自由に之を取消すことを得ざることを原則とす」と述べ、同前98-99頁は「行政行為の確定力」の説明として「確定力(或は既判力と称す)の観念は主として裁判判決に付て発達せるものにして、其の変更を許さざる力を謂う」とし、形式的確定力と実質的確定力について述べている。

¹⁰⁹ 美濃部・前掲注(90)260-261頁。

¹¹⁰ 美濃部においては、「公定力」(美濃部・前掲注(90)257-259頁)の概念が確定効果に相当すると指摘されている(柳瀬・前掲注(63)61頁註(二)、小早川・前掲注(60)394頁註(1))。もっとも、美濃部は、前記引用のとおり確認行為の箇所では「正当の権限ある官庁の行為に依つて破毀せられない限りは、何人もそれが真実に適合しないことを証明することに依つて、其の確定力を覆へすことを得ない」(美濃部・前掲注(90)225頁)と述べており、不可争力・不可変更力を超えた力が観念されているようにも読みうる(斎藤誠「知的財産法のシステムにおける行政法理—判定・審判をめぐる素描」相澤ほか編・前掲注(4)603頁註(11)は、美濃部のこの記述について、「ここでの確定力が、実質的確定力(=既判力)を指すことは明らかであろう」とする)。確認行為における「確定の効力」と確定力との関係につき参照、田中二

果・遮断効果が認められないと解しても、美濃部の言説との間に矛盾はないといってよいのではないだろうか。

さて、以上のように確定力と確定効果・遮断効果を区別することができるのとすると、特許査定に不可争力および不可変更力の意味での確定力が認められるかどうかは別途問題となりうる。まず、不可争力については、列記主義が克服され概括主義を採用する現行法のもとでは、不服申立期間・出訴期間徒過の反射としてのみこれを観念しうるから¹¹¹、一定の性質をもつ行政行為のカテゴリーに内在する効力としてこれが認められるとはいえない。特許査定については、それを直接争う訴訟が許されるかどうかは必ずしも明らかではないが^{111a}、少なくとも特許無効審判によってその判断の実質的当否を問うことはできるといえる。次に、不可変更力については、今日の学説はその認められる範囲を争訟裁断行為などの限られた類型に絞っており、確認行為であるから当然に確定力(不可変更力)が認められるという説明をしていない¹¹²。特許査定はこうした学説が掲げる類型には該当しないから、法的安定や信頼保護などの考慮により取消し・撤回が制限される可能性は別として、当然に不可変更力が認められるということもできないと思われる。にもかかわらず、特許査定に「確認行為」という

郎「行政法に於ける確定力の理論」[1934年]『行政行為論』有斐閣(1954年)238-240頁。田中は、確定力の概念を「単に拘束力又は不可変更力を意味するものでなく、仮令其の成立に瑕疵があり、其の決する所が真実に合しない場合に於ても、特に実証法上再審等の特別の手段の認められる場合を除き、同一物、同一原因(eadem res, eadem causa)に関し、而も同一人間(inter eadem personas)の争に関する限り、其の決する所に従つて、法律関係を最終的に確定するの効力である」とする学説を「恐らく唯一の正当な見解」とする(同前208頁)。

¹¹¹ 塩野・前掲注(53)152-154頁。

^{111a} 後掲注(158)参照。

¹¹² 遠藤博也『実定行政法』有斐閣(1989年)140-141頁、芝池義一『行政法総論講義〔第4版補訂版〕』有斐閣(2006年)173頁。なお、争訟裁断行為以外の類型(利害関係者の参与によってなされる確認的行為や私法上の法律関係を形成する行為)については、不可変更力ではなく職権取消し・撤回の制限法理の問題であるとする指摘もある(小早川光郎「不可変更力」塩野宏ほか編『行政判例百選Ⅰ〔第3版〕』有斐閣(1993年)143頁、中川丈久「不可変更力」小早川ほか編・前掲注(106)139頁)。

性格づけをすることが許されるかどうかは、確認行為の概念をいかなる了解のもとで用いるかという言葉の定義の問題であろう¹¹³。これ自体理論的には興味深い問題ではあるが、本稿は行政行為の分類論を直接の主題とするわけではないので、ここでは、特許査定が美濃部のいう確認行為の特徴を備えているにもかかわらず「確定力」を伴わない行為であることを確認するにとどめる。

第二に、以上のとおり特許査定には拒絶理由の不存在を客観的に確定する遮断効果・確定効果も不可変更力も伴わず、ただ特許をすべき旨の審査官の判断に基づいて、特許権設定登録をするように特許庁長官を拘束する効果しか生じないのだとすれば、特許査定は行政機関相互の内部行為にすぎず、行政処分（行政行為）の名に値しないのではないかという疑問が生じる¹¹⁴。しかし、特許査定は、確かに特許出願に対する応答としての性格を持ち¹¹⁵、出願人を名宛人とする外部行為であるといえ¹¹⁶、その法的効果

¹¹³ 例えば、藤田・前掲注(60)221頁は、『確認行為』とは、『不可変更力(確定力)』を備える行政行為としてのみ定義すべきもの」とする。

¹¹⁴ 太田・前掲注(49)243頁は、「先行行政行為による規律を前提とする後続手続において行政行為を発布する別の行政庁に対する拘束」を行政処分の法的効果(規律＝拘束的言明)として観念しうることを認めつつ、同前249頁註(30)は、「上下関係に立たない行政機関相互の関係において拘束が認められる行為があるとしても、その行為が行政行為であることは当然には保障されない」とする。

¹¹⁵ 特許法48条の2は、「特許出願の審査は、その特許出願についての出願審査の請求をまつて行う」と規定するため、審査の結果としてなされる査定は、出願審査の請求に対する応答と解する余地もある(興津・前掲注(8)5頁ではそのように解していた)。しかし、審査請求制度は審査の需要に応じて審査を促進するために設けられたものであり、「審査請求制度の採用によって特許出願の本質が変更されたというわけではない」(中山信弘＝小泉直樹編『新・注解特許法(上)』青林書院(2011年)872頁・873頁[酒井宏明＝高村順])。また、出願審査の請求は、発明者による特許出願を前提として何人もなすことができるのに対し(48条の3第1項)、査定は出願人を名宛人とする行為であるから、出願人以外の審査請求人が請求に対する応答を求める権利を有すると解するのも適切ではない(「第三者の審査請求は審査の端緒にすぎない」(中山信弘『特許法』弘文堂(2010年)220頁)、「出願審査の請求をした第三者は、審査の単なるきっかけを作った者とするに止め、[...]出願審査の請求の請求後における審査手続の当事者とはならない」(中山＝小泉編・前掲878

(規律)は出願人にも及ぶ(例えば有効な特許査定があったにもかかわらず特許庁長官が特許権設定登録をしない場合に、出願人は特許査定の法的効果(規律)を援用してこれを争うことができる)と答えることは可能である。あるいは、特許査定は、特許料の納付等を条件として特許権の設定登録を受けうる地位を出願人に付与する法的効果を生じるということもできる(ただし、特許庁長官に対する拘束という効果と、出願人に対する地位の付与という効果の2つの効果が生じているというよりは、同じ効果の特許庁長官の立場から表現するか出願人の立場から表現するかの違いであると見るほうが適切であろう)。したがって、特許査定の行政処分性に対する疑問は払拭することができるであろう。

(iv) まとめ¹¹⁷

以上のように、美濃部達吉の確認行為概念から出発して、特許査定の性質および効果を分析した結果を一般化すると、次のような示唆を導出することができるのではないと思われる。

すなわち、特許査定と特許権設定登録のように、複数の異なる行政処分が連続して行われる仕組みにおいて、後行処分の要件(の一部)が先行処分によって認定される例は、行政法上、決して珍しくない。例えば、土地収用法に基づく事業認定(同法16条)と収用裁決(同法47条の2)、出入国管理及び難民認定法に基づく入国審査官の認定(同法47条3項・5項)、特別審理官の判定(同法48条8項・9項)および法務大臣の裁決(同法49条6項)と、退去強制令書の発付(同法51条)、建築安全条例に基づく安全認定と建築基準法6条に基づく建築確認¹¹⁸などがそうである¹¹⁹。そして、

頁[酒井＝高村]))。したがって、本稿では本文のように査定は特許出願に対する応答であると解することにした。

¹¹⁶ 興津・前掲注(8)5頁。

¹¹⁷ この項目の論述は、神戸大学法科大学院における対話型演習行政法Ⅱの教材(中川丈久教授作成。筆者が参照したのは2010年度のもの)の違法性の承継に関する説明に示唆を得たものである。

¹¹⁸ 最判平成21・12・17民集63巻10号2631頁。

¹¹⁹ 太田・前掲注(49)239-240頁の挙げる例も、多くはここに含められるように思わ

これらの仕組みにおいてはいずれも、先行処分の段階では、一定の要件事実の認定がなされるにとどまり、私人の実体的法律関係の変動（発生・変更・消滅）が必ずしも生じておらず、せいぜい名宛人たる私人に次の処分の前提となる“地位”¹²⁰を設定しているにすぎないという特徴を指摘することができる¹²¹。

そうすると、ここで問われるべきなのは、なぜ、最終的に実体的法律関係の変動を生じさせる処分によってその要件認定も一回的にしてしまうという立法政策が採られず、わざわざ要件（の一部）の認定を先取りして行う行政処分を制度化したのかという点である¹²²。これには、恐らく各々

れる。

¹²⁰ 事業認定と同一の効果を持つ第2種市街地再開発事業の事業計画の決定（都市再開発法51条1項・54条1項）により土地所有者等は「自己の所有地等が収用されるべき地位に立たされる」（最判平成4・11・26民集46巻8号2658頁〔阿倍野第2種市街地再開発事業〕、傍点引用者）。「〔東京建築安全条例4条〕3項に基づく安全認定は、同条1項所定の接道義務を満たしていない建築物の計画について、同項を適用しないこととし、建築主に対し、建築確認申請手続において同項所定の違反がないものとして扱われるという地位を与えるものである」（前掲最判平成21・12・17、傍点引用者）。特許査定につき前述(b)の末尾を参照。なお、これらの判決で用いられている「地位」概念の意義についても考察が必要である。

¹²¹ この点は、土地収用法上の事業認定については留保が必要である。事業認定は、起業者に対して収用権限を付与する設権行為であり（美濃部・前掲注(4)949頁）、形成的行為である（美濃部・前掲注(90)212頁）と性格づけられているからである（雄川一郎〔判批〕法協84巻1号（1967年）197頁、最大判平成20・9・10民集62巻8号2029頁〔浜松市上島駅周辺土地区画整理事業〕における泉徳治裁判官の補足意見も参照）。しかし、その抽象的な性質決定はともかくとして、損失補償金の払渡義務等の発生（同法48条1項2号・95条）と所有権の消滅および取得（同法48条1項3号・101条1項）という実体的法律関係の変動は、収用裁決（権利取得裁決）によって初めてもたらされるものである。

¹²² 2000年代に現れた最高裁判例の処分性判断につき、「行政機関が私人に対して処分の（一部）要件を前倒しして最終決定する制度ないし慣行を形成している場合に、処分性を認め」るものと分析する見解がある（山本隆司「処分性(4)―まとめと展望」法教335号（2008年）52頁。同「処分性(2)―行政行為と『通知』、規律効果と行政手続」法教332号（2008年）76頁も参照）。そのような行為が立法上制度化されている例をまず検討することによって、最高裁の解釈枠組みの当否を検証する視座を得る

の個別法ごとに政策的な理由があり¹²³、性急かつ過度の一般化は慎むべきであるにしても、美濃部が確認行為についてしたように、ある程度の抽象化を経て行政法総論のドグマティックに採り込むことにより、場合によっては立法をも方向づける法原則が抽出できる可能性があるように思われる¹²⁴。もっとも、本稿の検討はそこまで及ぶものではなく、ここでは課題の指摘にとどめて他日を期さざるをえない^{124a}。

(3) 公証行為と特許権設定登録

特許権の設定登録が公証行為であるとする考え方の背後には、特許権があたかも所有権と同じような前国家的権利であり、設定登録は不動産登記と同じように、特許査定によって確認された権利の存在を公に証明するものにすぎないという前提が存在するように思われる。いわく、「自然状態

ことも可能となろう。

¹²³ 例えば特許査定については、特許権設定登録の前段階で特許料の納付を確保する機会を設けるためではないかという指摘がシンポジウムの際になされた。出入国管理及び難民認定法については、退去強制事由該当性判断の慎重確保および在留特別許可（同法50条1項4号）との関係を指摘することができるだろう（参照、興津征雄〔判批〕自研83巻10号（2007年）132頁・141-142頁）。安全認定については、建築確認の民間開放との関係が指摘されている（前掲最判平成21・12・17）。土地収用法上の事業認定の位置づけは多義的であり（参照、小澤道一『逐条解説土地収用法（上）〔第二次改訂版〕』ぎょうせい（2003年）263-271頁）、精査が必要である。

¹²⁴ 解釈論上の論点としては、前掲注(122)で挙げた処分性のほか、違法性の承継との関係が重要である。事業認定と収用裁決は違法性の承継の可否が問題となる典型例であるし、前掲最判平成21・12・17は、安全認定の違法性を建築確認の取消訴訟で主張しうると判示したものである。学説が伝統的に重視していた「先行処分と後行処分とが相結合して一つの効果の実現をめざし、これを完成するものである場合」（田中二郎『新版行政法（上）〔全訂第2版〕』弘文堂（1974年）327頁）というメルクマールの再評価にもつながりうると思われる。ただし、概念構成としては、違法性の承継は、本稿が着目する確定効果や構成要件的効力の問題ではなく、形式的存続力（不可争力）の問題であるとする見解がある。前掲注(76)参照。

^{124a} 確認および公証について、その手続的位置づけに注目して考察するものとして、鵜澤剛「準法律行為的行政行為の概念について」立教法学82号（2011年）363-366頁参照。

において特許権の実体的成立要件が存在していることを前提として、この特許権が絶対的排他的禁止権としての効力を発揮するために必要な形式的要件を具備させるためになされる特許権設定登録は、確認行為である特許査定とは別個の行政行為であり、その公示方法としての性質上、公証行為と捉えるべきである¹²⁵、「特許査定は、実体要件の審査を踏まえ、特許出願に係る発明が、それを充足し特許権が成立し得る発明であることを確認する『確認行為』としての行政行為であり、ただ、その発明に係る特許権は特許権設定登録という行政官庁の『公証行為』を停止条件として発生するように構成されていると理解すべきであり、それで十分である」¹²⁶。

なるほど、確かに特許権の登録が事実として権利の存在や範囲についての公示や公証の機能を果たしていることは否定できないであろう。しかし、だからといって、「公証行為である特許権設定登録は、何人もその内容に反することを反証によって当然に主張できる性質の行政行為である」¹²⁷り、「[特許権者以外の] 第三者が反証に成功するならば、請求原因である特許権の有効性を自由に争うことができるはずである」¹²⁸と断言するであろうか。ここで再び美濃部を繙くと、「公証行為の効果として、公の証拠力の外に尚ほこれに伴ひ法律が如何なる効果をこれに繋らしめて居るかは、各場合に付き法律の定むる所に依るべきもので」あり、「公証行為の効果に付き法律に別段の定めが無い場合には、其の効果は唯公の証拠力を生ずるに止まる」¹²⁹とされている。つまり、「行政行為の法律的效果の発生は法律に根拠をおくものである」¹³⁰という美濃部学説の理論的前提は、ここでも徹頭徹尾維持されているのであって¹³¹、特許権の設定登録が（事実としての公証機能ないし公の証拠力に加えて）いかなる効果を生じうるかは、あ

¹²⁵ 君嶋・前掲注(91)9頁。

¹²⁶ 辰巳・前掲注(91)43頁。

¹²⁷ 君嶋・前掲注(91)9頁。

¹²⁸ 君嶋・前掲注(91)10頁。

¹²⁹ 美濃部・前掲注(90)228-229頁。

¹³⁰ 遠藤・前掲注(92)153頁。

¹³¹ なお参照、美濃部・前掲注(90)223-224頁。

くまでも法律の仕組みに則して同定されなければならない¹³²。

そこで、特許権設定登録の根拠規定である特許法66条1項を見ると、「特許権は、設定の登録により発生する」と規定されている。この規定を文言どおりに理解するならば、特許権設定登録がなければ特許権は発生しない、すなわちその存在を誰も主張できないし、設定登録があれば特許権の存在を主張できるということを認めざるをえない。そうすると、特許権設定登録は、以上のようにいえる限りにおいて、特許権を発生させるという形成的効果¹³³を生ずることが、法律上認められていると解さざるをえないように思われる。つまり、例えば不動産物権変動の登記が法律の規定（民法177条）に基づき対抗力は認められても公信力は認められない（民法94条2項の類推適用による保護は別論）のとは異なり、登録がなければ特許権の存在を主張できないし登録があれば主張できるのが現行法の建前であると解される。このことと、理論上の仮説として発明に対する前国家的権利の存在を措定すべきかどうかとは別の問題である。

そうすると、特許権設定登録を抹消してその法的効果を消滅させることなく、登録された特許権が存在しない旨の主張をすることは、特許権設定登録の効果として排除されるということになるだろう¹³⁴。しかし、行政処分の効果およびそれに伴う公定力は、法律上特別の根拠がない限りその要件認定には及ばないという原則がここでも妥当するから、特許権を発生させる要件・原因となる事実の存否についての主張が、特許権設定登録の効果・効力により排除されることにはならない。これは、特許権設定登録が公証行為であって公の証拠力しか有しないからではなく、行政処分の効果・効力に関する一般論を個別法の仕組みに当てはめた帰結である。

¹³² 興津・前掲注(8) 6-7 頁も参照。

¹³³ 参照、豊崎光衛『工業所有権法〔新版・増補〕』有斐閣（1980年）136頁。山本・前掲注(49) 649-651頁にいう「構成要件的効力」に相当する（前述Ⅱ 1 (3) (iii) (a)）。

¹³⁴ 美濃部・前掲注(90) 228頁も、「発明の特許を受けた者に対し其の発明が特許の要件を備へないものであることを主張する為めには、特許無効審判を請求することを要し、其の審決又は判決に依つて無効が確定するまでは、何人も其の特許を無効なりとすることを得ず、裁判所もこれを審理し得ない」とする。ただし、美濃部はその根拠を特許査定確定力に求めているようである。

Ⅲ 行政作用としての特許無効

1. 特許無効と権利行使制限

(1) 総説

以上の分析が正しいとすれば、特許権の設定登録を抹消せずに特許権の存在を否定することは、設定登録の形成的効果に反することになる。仮に、特許権存立の実体的要件を争いたい場合には、特許無効審判（123条）を請求する必要がある。ところが、2000（平成12）年のキルビー判決は、「特許の無効審決が確定する以前であっても、特許権侵害訴訟を審理する裁判所は、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」と解すべきであり、審理の結果、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解するのが相当である」と判示し、2004（平成16）年の特許法改正により新設された104条の3第1項は、「特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟において、当該特許が特許無効審判により […] 無効にされるべきものと認められるときは、特許権者又は専用実施権者は、相手方に対しその権利を行使することができない」と規定するに至った。すなわち、民事訴訟（特許権侵害訴訟）において特許の無効理由を主張し¹³⁵、特許権者の権利行使を制限することが、キルビー判決においては権利濫用の構成により、特許法104条の3においては立法により、認められることになった。これは、特許査定または特許権設定登録の効果・効力に反するとはいえないのだら

¹³⁵ ただし、キルビー判決においては無効理由の存在が「明らかである」ことが必要であるのに対し、特許法104条の3では文言上はこの要件が削除されている。両者の異同については議論があるが（特許法104条の3をキルビー判決と同趣旨に理解する見解として、高部眞規子「特許法104条の3を考える」知的財産法政策学研究11号（2006年）132頁、同『実務詳説 特許関係訴訟』きんざい（2011年）179頁）、無効理由の存在を主張することができればそれが「明らかである」場合には当然に主張できるので、ここではさしあたり（明らかであるかどうかにかかわらず）無効理由の存在を侵害訴訟において主張できるかどうかを検討することにする。

うか。

(2) 特許処分の効果・効力の分解

(i) 大淵説

大淵哲也は、この問いに対して、特許権を発生させる行政処分の効果・効力をいくつかのレベルに分解することを通じて答えようとする。すなわち、大淵によれば、「特許処分¹³⁶の効力（効果）としては、①必要条件性（排他性）を除くと、②権利有効性、③権利帰属の2点での拘束力が問題となる」¹³⁷。このうち、必要条件性（排他性）は「その行政処分なくしては、その法効果が生じないことを指す」¹³⁸が、「本稿においてはあまり関係がない」¹³⁹とされるので、ここでも②および③の効力に注目することにしよう。

大淵は、ここで、行政処分の公定力を第一の意味の公定力（処分自体有効存在否定禁止効）と第二の意味の公定力（法効果否定禁止効）とに区別する自説（前述Ⅱ1(3)(iii)(b)）を援用し、「特許処分の公定力のうち、処分自体有効存在否定禁止効は、平成16年改正前後を問わず、肯定されている」¹⁴⁰とする。その根拠は、必ずしも明確ではないが、「第一の意味の公定力（公定力自体の否定のレベルの問題。狭義の公定力）は、行政法総論の代表的な一般法理に係るものであり、個別行政法規の制定や改正等によって容易に変更を加えることのできるようなレベルの性格のものではない」¹⁴¹という認識に求められるようである。それに対し、「権利有効性についての法効果否定禁止効は、平成16年改正前は一般的には認められていた（民事裁判所等は一旦付与された特許は有効と扱うしかなく、判例法上キルビー抗弁の例外はあったが、無効の抗弁は認められていなかった）

¹³⁶ 大淵説においては、特許処分とは特許査定を指す。前掲注(85)(86)およびそれに対応する本文を参照。

¹³⁷ 大淵・前掲注(4)98頁。

¹³⁸ 大淵・前掲注(4)141頁註(86)。

¹³⁹ 大淵・前掲注(4)99頁。

¹⁴⁰ 大淵・前掲注(4)99頁。

¹⁴¹ 大淵・前掲注(4)105頁。

が、平成16年改正後は、無効の抗弁（〔特許〕法104条の3）によって、相対的無効の判断が可能となり、その限度では、権利有効性についての法効果否定禁止効が否定されたことになる（ただし、対世的無効は無効審決によるしかない）¹⁴²、また、「権利帰属に関する法効果否定禁止効は、平成16年改正前後を問わず、これを肯定するに足りる前提を欠く」¹⁴³とされる。つまり、「第二の意味の公定力（公定力の客観的範囲確定のレベルの問題）は、要するに、行政処分について規定する個別行政法規が当該行政処分にどのような効力ないし法効果を与えているかという、極めて各論的色彩の強い問題であって、当該個別行政法規の制定や改正等の影響を直接に大きく受ける性格のものである」¹⁴⁴。

（ii）検討

しかし、公定力を第一の意味と第二の意味とに分けて観念することについては、すでに疑問を提起したが（前述Ⅱ1(3)(iii)(b)）、これを踏まえて、大淵説に対し次の2つのコメントを付しておきたい。

第一に、大淵がいうところの第一の意味の公定力（処分自体有効存在否定禁止効）については、2004（平成16）年改正後の特許法においても維持されており、対世的無効は依然として特許無効審判に留保されているというのが大淵説の趣旨であり、それはその限りで正当であろう。しかし、第一の意味の公定力（処分自体有効存在否定禁止効）が、「個別行政法規の制定や改正等によって容易に変更を加えることのできるようなレベルの性格のものではない」という言明が、いかなる根拠に基づくものかは判然としない。大淵は、これが「行政法総論の代表的な一般法理に係るもの」

¹⁴² 大淵・前掲注(4)99頁。このような立論の前提には、「無効の抗弁を切り出して、独立の手続（特許無効手続）として、特許無効審決に対世効を与えたものが、特許無効手続といえる」（同前72頁）、「無効審判は、（特許権侵害訴訟での）無効抗弁の機能のための事前予防的な独立手続といえる」（同前73頁）という理解がある。そして、大淵説によれば、特許法104条の3の抗弁は特許権の相対的無効としての「無効の抗弁」である（同前79頁、同「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年）43頁註(5)・47頁）。

¹⁴³ 大淵・前掲注(4)99頁。

¹⁴⁴ 大淵・前掲注(4)105頁。

であると述べるが、仮にそうであるとしても、ある法理が立法によっても変更できないというためには、それが憲法に由来するものであることが必要だろう。しかし、行政処分の公定力は、今日では取消訴訟の排他的管轄の反射であるとする説明が有力であるところ¹⁴⁵、取消訴訟制度は行政事件訴訟法という法律によって認められているにすぎないから、立法により取消訴訟の排他的管轄＝公定力の適用を除外することがおよそできない¹⁴⁶ということとはできないであろう。そもそも、「当該行為により一定の規律をなすことを是とした行政庁の判断が、それと異なる他の関係者の判断に優先」¹⁴⁷することを認める公定力は、「例外的に公定力を『排除』する余地を十分認める限り、即、憲法に反するとは言えない」ものの、「公定力の観念そのものは、行政の法（律）適合性を審査・判断する権限と責任を裁判所が有し、それにより私人の権利を保障するという、憲法の考え方に適合しないのではないか、との疑問は残る」¹⁴⁸と指摘されているとおり、憲法上保障された原則とは到底いいえないのである¹⁴⁹。そうすると、第一の意味の公定力についても、第二の意味の公定力と同様に立法による変更が可能であるところ、2004（平成16）年の立法者はそのような選択をしなかったといえれば十分であったように思われる。

第二に、第二の意味の公定力（法効果否定禁止効）については、行政処分の法的効果が認められる範囲内でのみ認められるにすぎないところ、処分の法的効果の範囲はその根拠となる法令の仕組みに則して判断されるべきであって、法令が改正されれば、その範囲も当然に変わりうるということを述べているように思われる。そして、2004（平成16）年の特許法改正の前後で特許処分の法的効果（権利有効性に関する部分）の範囲が変更

¹⁴⁵ 塩野・前掲注(53)145頁。

¹⁴⁶ 取消訴訟制度の存在から公定力を基礎づけるのではなく、まず公定力の存在を観念したうえで、「“取消手続の排他性”の仕組みは、“公定力ある行政処分”の観念を前提とし、そのような行政処分に関し適用されるものとして設けられている」（小早川・前掲注(3)292頁）とする見解も、そのようなことまでは主張していない。

¹⁴⁷ 小早川・前掲注(3)268頁。

¹⁴⁸ 山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査—ドイツ（上）」ジュリ1238号（2003年）97頁。

¹⁴⁹ 山本・前掲注(49)646頁も同旨。

され、侵害裁判所が相対的無効の限度で特許無効について判断できるようになったということになる。

以上のとおり、大淵説は、特許権の対世的無効を第一の意味の公定力(処分自体有効存在否定禁止効)に、相対的無効を第二の意味の公定力(法効果否定禁止効)にそれぞれ位置づけ、特許法104条の3を後者にのみかかわる問題であると整理して、立法の射程を限定しているといえる。しかし、大淵説のような割り切りが可能かどうかは、なお慎重な検討が必要であるように思われる。そこで、項を改めて、特許法104条の3に基づく権利行使制限と、特許権を発生させる行政処分の効果・効力との関係を、本稿の立場からいま一度整理し直すことにする。

(3) 権利行使制限と公定力

侵害訴訟における権利行使制限が特許権を発生させる行政処分の効果・効力に抵触しないかどうかについて、あくまでも公定力というワーディングにこだわるのであれば、次のような説明を提示することが可能である。

すなわち、侵害訴訟における権利行使制限を、要件面と効果面とに二分して考える。要件面とは、侵害訴訟において、当該特許が特許無効審判により無効にされるべきものであると主張すること、あるいは端的に、当該特許が特許法123条1項各号の無効理由に該当すると主張すること(そして裁判所がその主張について審理判断すること)であり、効果面とは、要件面の主張・判断に基づき、特許権者の権利行使を妨げること、あるいは、裁判所がその権利行使に基づく差止め・損害賠償等の請求を棄却することを指す。侵害訴訟における権利行使制限は、この要件面と効果面の2つの局面のいずれについても、特許権を発生させる行政処分の効果・効力に抵触しないといえるだろうか。

まず、要件面については、それほど難しくない。前述のとおり、特許権設定登録の法的効果はその要件認定には及ばないし、特許査定は拒絶理由の客観的不存在を確定する効果(確定効果・遮断効果)は持たない。もちろん、拒絶理由と無効理由とは完全に一致するわけではないけれども、特許法123条1項1～6号の無効理由は49条各号の拒絶理由に包含されるといってよいし、123条1項7号・8号は、特許査定時には存在していなかつ

たいわば後発的無効理由であって、いずれにしても特許査定の効果によって遮断されると解すべき根拠はない。

次に、効果面については、多少複雑な考察を要する。特許権を発生させる行政処分のうち、効果面を規律するのは特許権設定登録であるから、侵害訴訟において権利行使制限を肯定することが、設定登録の形成的効果に抵触しないかが問題となる。仮に、裁判所が侵害訴訟の判決において特許（権）の無効を宣言し、その効果が対世的に及んだり、裁判所の判決に基づいて特許権の登録を抹消したりすることが認められるのであれば、やはりそれは設定登録の形成的効果に抵触するといわざるをえないであろう。しかし、無効理由の主張に基づいて特許権侵害に対する差止め・損害賠償請求権の行使を制限するにとどまるのであればどうか。あるいは、無効を宣言するとしても、その効果が当事者間においてのみ及ぶ相対的なものであればどうか¹⁵⁰。この場合には、次の2つの考え方が可能なように思われる。

第一は、無効理由の存在に基づく権利行使制限を肯定することによって、特許権の存在そのものが否定されるわけではなく、その行使が制限されるにすぎないから、特許権設定登録の形成的効果に反するとまではいえないとする考え方である¹⁵¹。キルビー判決が採用した権利濫用法理は、「その権利自体が消滅するのではなく、単にその行使が許されない」¹⁵²という効果を持つにとどまり、「無効審決の確定までは特許権が適法かつ有効に存続する旨判示して従前の判例、通説との抵触を回避したもの」¹⁵³とされているし、特許法104条の3が「その権利を行使することができない」という規定にとどめているのも¹⁵⁴、この観点から理解することができる¹⁵⁵。こ

¹⁵⁰ 前掲注(142)の大淵説。

¹⁵¹ 興津・前掲注(8)14頁。

¹⁵² 谷口知平＝石田喜久夫編『新版注釈民法(1) 総則(1) [改訂版]』有斐閣(2002年) 161頁 [安永正昭]。

¹⁵³ 参照、高部・前掲注(11)437頁。

¹⁵⁴ 近藤昌昭＝齊藤友嘉『司法制度改革概説 2 知的財産関係二法／労働審判法』商事法務(2004年) 59-60頁・109頁。

¹⁵⁵ 東京地判平成20・1・30(平成19年(ワ)24878号)は、「被告が原告に対し、特許

の場合には、そもそも行政処分の法的効果との抵触が生じないのだから、公定力との関係を問題にする余地も生じない。

しかし、このように、特許権の存在そのものと、その行使とを分けて観念し、いかに権利行使が制限されたとしてもその存在が否定されない限り特許権設定登録の効果に反しないというのは、あまりに形式的に過ぎるという批判——行使できない権利の存在に何の意味があるのか——は当然ありうるところである（シンポジウムでもその旨の批判を受けた）。そこで、次に述べる第二の考え方が出てくる。

第二の考え方は、たとえ相対的にせよ、裁判所が無効理由の存否を審理判断し、それに基づいて特許権の行使を制限することは、やはり特許権設定登録の形成的効果に抵触せざるをえないとするものである。そう解すると、キルビー判決および特に特許法104条の3は、特許権設定登録の形成的効果の排除を求める主張を民事訴訟（侵害訴訟）においてすることを、一方は解釈により、他方は立法により、一定の限度で認めたことになる。すると、問題は、取消訴訟その他所定の取消手続によりあらかじめ行政処分の法的効果を消滅させておかなかったにもかかわらず、なぜ、その法的効果の排除を求める主張が所定の取消手続以外の場において許されるのか、すなわち、取消手続の排他性の意味での公定力の例外をいかなる根拠で認めうるかということになる。特許（権）についての所定の取消手続すなわち「正規の効力覆滅ルート」¹⁵⁶は、取消訴訟ではなく特許無効審判で

第 […] 号の特許権に基づいて、別紙原告製品目録記載の製品の生産、使用、譲渡、輸入及び譲渡の申出につき、差止請求権を有しないことを確認する」との請求に対し、判決理由中で「特許法104条の3第1項の適用がある場合、特許権から派生する差止請求権及び損害賠償請求権は、その存在そのものは否定されるわけではなく、その行使が制限されるものと解される」と判示したうえで、主文において「被告が原告に対し、特許第 […] 号の特許権に基づいて、別紙原告製品目録記載の製品の生産、使用、譲渡、輸入及び譲渡の申出につき、差止請求権を行使することができないことを確認する」と判決した（下線はいずれも引用者）。このような裁判実務は、本文で述べた論点を意識したものといえる。参照、中山信弘＝小泉直樹編『新・注解特許法（下）』青林書院（2011年）1828頁〔森崎博之〕。

¹⁵⁶ 斎藤誠「書評 田村善之著『機能的知的財産法の理論』」ジュリ1107号（1997年）162頁。

あるから、項を改めて、この第二の考え方を採った場合の特許無効審判の排他性との関係を検討することにしたい。

2. 特許無効審判の排他性

(1) 行政処分 of 法的効果と排他性

一般に、行政処分の効果・効力を消滅させるためには、当該処分が権限のある行政庁によって職権で取り消されまたは撤回されるか、行政上の不服申立てを経て当該処分を取り消す決定または裁決を得るか、取消訴訟を提起して当該処分の取消判決を得るか、いずれかの方法によらなければならない（当該処分が無効の場合を除く）。ところが、特許法123条1項は「特許を無効にすることについて特許無効審判を請求することができる」と定め、同法178条6項は「審判を請求することができる事項に関する訴えは、審決に対するものでなければ、提起することができない」と規定している。特許権の設定登録は、「審判を請求することができる事項」に該当すると解されるから¹⁵⁷、特許権設定登録の形成的効果を排除するためには、一般の行政処分取消訴訟ではなく、特許無効審判によるべきことになる¹⁵⁸。こ

¹⁵⁷ 無効審決によって無効とされるべきものが特許権設定登録であると解されることにつき、興津・前掲注(8)11頁。

¹⁵⁸ 東京地判平成23・7・20（平成22年（行ウ）459号）は、「特許無効審判及びその審決に対する取消訴訟は、特許権を成立させる行政処分である特許査定と特許権の設定の登録について、その対世的効力を否定して特許権を無効とするための唯一の行政争訟であると解するのが相当であり（特許無効審判の審決に対する取消訴訟は、行政事件訴訟法1条の「他の法律に特別の定めがある場合」に該当する。）、そのように解しても救済手段として欠けるところはないというべきである」として、特許査定および特許権設定登録の無効確認訴訟を不適法とした（同判決の所在については鈴木將文教授の教示を得た）。ただし、特許法123条1項各号（無効理由）以外の違法事由を主張して、特許査定または特許権設定登録の取消訴訟を提起する余地は、少なくとも理論的には排除されないように思われる（控訴審である知財高判平成23・12・25（平成23年（行コ）10003号）は、原告主張の違法事由が「特許無効審判の審理の対象である」ことを不適法の理由としており、原審のように無効審判等を「唯

のように、無効理由の存在に基づいて特許権設定登録の形成的効果を消滅させるための特別の手続が用意されており、その手続が排他性を持つ（それ以外の手続で無効理由の存在に基づき特許権設定登録の形成的効果を争うことができない）とすれば、侵害訴訟で無効理由の存在に基づいて特許権設定登録の形成的効果に抵触する主張をすることも許されないということになる。したがって、侵害訴訟で権利行使制限が肯定されるためには、特許無効審判の排他性が制限されることが必要である。

そもそも、ある行為の効力を争うために特別の手続が法定されている場合に、その手続が排他性を持つという現象は、一般の行政処分において、取消訴訟の排他性およびそれに裏づけられた公定力の概念に対応するものである。ここで、行政処分の効果・効力を逸脱禁止要請と破棄禁止要請とに分けて観念する前述の見解（Ⅱ 1 (2)）を参照すると、もっぱら破棄禁止要請にかかわる公定力は、「取消権限の集中とその発動手続の排他的設定という、規律を行う行為の存続の安定化を図るための手続的な手法に関わるものと理解されるべきであり」、「公定力とは、取消権限の集中と取消権限発動手続の排他性により、その反射として、規律＝拘束的言明を行う行政行為が得る、その存続に関する高められた安定性と理解できることになる」¹⁵⁹。つまり、この見解は、行政処分によってなされる法律関係の規律の安定化に公定力の存在意義を見ていることになる。注意が必要なのは、この見解が、「破棄禁止の要請は、なされた規律の存続に関わるのに対し、逸脱禁止の要請は、なされた規律の内容に関わり、両者の要請は関連するものの一応は別個の要請である」¹⁶⁰とし、「規律の効果、つまり拘束力の発効に関して公定力自体は無関心であり」、「法行為として到達時を以ての即時発効を原則とする故に、結果として行政行為の規律は、適法違法が確定しなくてもその効果を完全な形で主張できる」¹⁶¹としていることである。

一の行政争訟」とする判示をしていない）。参照、興津・前掲注(8) 5頁註(23)・8-9頁。

¹⁵⁹ 太田・前掲注(49)245頁。

¹⁶⁰ 太田・前掲注(49)241頁。

¹⁶¹ 太田・前掲注(49)245頁。

この議論を進めれば、ある行政処分によって生じる規律（法的効果）の実体的効力（拘束力）の問題と、その規律の安定化にかかわる手続的効力（公定力）の問題とを区別したうえで、前者が生じているから後者も当然に伴うという思考を相対化することができるように思われる¹⁶²。つまり、ある行政処分によって法的効果が生じ、誰もそれに反する行動をとりえない（特許権設定登録の形成的効果によって、誰も特許権の存在を否定しえない）としても、その法的効果を争う手続が、法定された特定の手続に限定されている（特許権設定登録の形成的効果に抵触する主張をするためには特許無効審判を請求しなければならない）と解する必然性は、必ずしも存在しないように思われる。もちろん、行政処分の法的効果を争うために特定の手続を経由すべきことが、法律上明確に規定されている場合には、当該手続が排他性を有することは当然である。しかし、例えば行政事件訴訟法に基づく取消訴訟について、「処分の効力を否定するのはこの取消訴訟だけである、ということはどこにも書いてない」のに、「法律がせっかく取消訴訟制度を用意しているのは、この制度を使うのが便宜であるということにとどまらず、訴訟の段階で処分を直接に攻撃できるのはこの訴訟だけであるということを含んでいる、と解する」のは本当に「素直」¹⁶³であろうか。もちろんそのように解することが合理的な処分は少なくないとしても、ありとあらゆる種類の処分について、そのような不文の排他性を及ぼすことは、本当に法解釈として当を得たものであろうか¹⁶⁴。本稿は、行政法解釈論一般について、取消訴訟の排他性＝公定力の概念の全面的見直しをこの場で主張するところまでの用意はないけれども、このような疑問を手がかりとして、特許無効審判の“排他性”について、若干の考察を加え

¹⁶² 太田・前掲注(49)245頁も、「以上の議論を経ることで、公定力を根拠づけるはずの取消訴訟の排他的管轄という考え方、さらに、抗告訴訟と当事者訴訟を区分(峻別)する訴訟制度のあり方に対して、疑問が示唆される」とする。

¹⁶³ 塩野・前掲注(53)145頁。

¹⁶⁴ この点を鋭く衝いた問題提起が、いわゆる形式的行政処分論であった（兼子仁『行政法総論』筑摩書房（1983年）229頁、原田尚彦『行政法要論〔全訂第7版補訂2版〕』学陽書房（2012年）387頁参照）。ただし、形式的行政処分論は、その公権力性の捉え方について、検討の余地があるように思われる（簡単な指摘として、興津・前掲注(56)『違法是正と判決効』337-338頁）。

ておくことにする。

(2) 排他性の機能的根拠

そこで、民事訴訟（侵害訴訟）との対比における特許無効審判に特有の機能を考えてみると、特許無効の審理判断を審判に一本化することにより、一つの特許（権）の無効をめぐる紛争を合一的に確定できるという、一般の取消訴訟においても指摘される機能¹⁶⁵を挙げることができる（以下「合一確定機能」という）。また、特許無効審判は特許庁の審判官合議体により行われ（136条1項）、審決に対する訴えは一審級省略して東京高裁（知的財産高等裁判所設置法2条2号により知財高裁）の専属管轄に属するため（178条1項）、特許庁および知財高裁の専門技術的能力を活用した審理判断を期待することができる（以下「専門技術機能」という）。さらに、特許無効審判の請求人適格が「何人」にも開かれており（123条2項本文。同項但書の場合を除く）、請求に期間制限が設けられていないことを考慮すると、本来付与されるべきでなかった（が審査時の行政リソースの限界からされてしまった）特許を、その実体的な正当性を確保するという公共の利益の観点から、公衆のイニシアチヴを用いてパブリック・ドメインに還元するという側面も付け加えることができるように思われる（以下「公益確保機能」という）^{166 167}。以上のような特許無効審判に固有の機能を十全に活用するのでなければ特許無効の判断が適切精確に行いえないのであれば、その限りで特許無効審判の排他性を根拠づけることができよう。しかし、逆にいえば、こうした機能を活用することが必ずしも必要でない

¹⁶⁵ 塩野宏『行政法Ⅱ 行政救済法〔第5版〕』有斐閣（2010年）86頁。

¹⁶⁶ 興津・前掲注(8)10頁。

¹⁶⁷ なお、鈴木將文「特許に関する制度設計への一視座—瑕疵ある特許の規律の観点—」パテント64巻別冊7号（日本弁理士会中央知的財産研究所研究報告31号『審判及び関連する制度の研究（最終報告）』（2011年）33頁以下は、「有効性に疑問のある特許、換言すれば『瑕疵ある特許』」の特許庁による「有効性判断（スクリーニング）」（34頁）について、現在では特許無効審判が一手に担っている状況であるが、「現行の無効審判よりも、低コストで迅速な事後的スクリーニングの手続を導入すべきである」（50頁）とする。簡易な事後的スクリーニング手続が制度化されれば、これと無効審判および侵害訴訟との関係を視野に入れる必要があるだろう。

場面では、特許無効審判以外の方法によって無効判断を行う、すなわち、審判の排他性を制限することも正当化できるように思われる¹⁶⁸。

そこで、各機能について検討する。まず、専門技術機能については、現在では特許権侵害訴訟の第一審裁判管轄は東京地裁または大阪地裁に専属しており（民訴6条1項）、その控訴審は東京高裁（知的財産高等裁判所設置法2条1号により知財高裁）の専属管轄となっているから（民訴6条3項）、侵害訴訟において無効理由の主張を認めても、裁判所ごとに判断が区々に分かれる危険性は減少しているし、知財高裁の持つ専門的知見が活用できる体制となっている¹⁶⁹。したがって、特許無効審判と特許権侵害訴訟との最大の相違は、特許庁審判官合議体の審判を経由するか否かにあるということができるだろう。ここで、「特許庁による政策の舵取りに一定の期待を置く」¹⁷⁰立場からすると、特許無効をめぐる紛争を特許庁が審判段階でいったん受け止めたうえで、後の政策形成に反映させるというプロセスを描くことも、不自然ではないだろう¹⁷¹。こうした見方を強調す

¹⁶⁸ 興津・前掲注(8)15-16頁。このような観点から、行政処分の無効理論（重大明白説）を捉え直し、キルビー判決以前に侵害訴訟における当然無効の抗弁を肯定していた学説として、田村善之「特許侵害訴訟における公知技術の抗弁と当然無効の抗弁—特許要件の再審査に関する特許庁と裁判所の役割分担(1)—」[1996年]『機能的知的財産法の理論』信山社（1996年）58頁以下。同「知的財産法政策学の成果と課題—多元分散型統御を目指す新世代法政策学への展望—」新世代法政策学研究1号（2009年）13-14頁も参照。

¹⁶⁹ 田村善之『特許法の理論』有斐閣（2009年）230頁。

¹⁷⁰ 田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号（2008年）18頁。

¹⁷¹ 田村善之『知的財産法〔第5版〕』有斐閣（2010年）185頁。相澤英孝「審判手続と無効の抗弁」日本工業所有権法学会年報34号『侵害訴訟と無効の抗弁』有斐閣（2011年）235頁は、特許法104条の3について、「無効審判手続において、特許庁が技術的見地から判断を統一する機会と産業政策的判断を行う機会を失わせるもの」と批判する。なお、田村・前掲注(170)14-15頁は、特許の付与に関して行政庁に裁量の余地は認められないとする“権利主義”（中山・前掲注(115)44頁・152頁）に疑義を呈し、「法の文言に解釈の幅がある場合、裁判所との関係で一切の裁量が許されていない（行政法学上の羈束裁量に当たる）と考えることもまた行き過ぎであろう」（14頁）、「審査基準の改訂という形で画一的かつ透明な手続で運用が変更される場合、裁判所には特許庁の裁量を尊重することが求められる場合があるというべ

れば、少なくとも特許庁による政策形成の余地が期待できるケースについては、特許無効審判の排他性を維持し、侵害訴訟における権利行使制限の主張を制約するという解釈論も支持しうるように思われる¹⁷²。

次に、特許無効審判の合一確定機能と公益確保機能については、同列に論じることが許されるだろう。いずれも、特許無効をめぐる紛争を、特許発明に係る技術を独占しようとする特許権者と公衆（パブリック・ドメイン）との関係と見るか、それとも、隣接技術についてそれぞれに特許権を持ちあう当業者間の関係と見るかという軸によって、整理ができるからである¹⁷³。前者の観点からすると、合一確定機能と公益確保機能を担う特許無効審判の存在意義は、強調されこそすれ決して減じることはないであろう。それに対し、後者の観点から見れば、そもそも特許無効の主張を万人に認めたり万人に対して合一確定させたりする必要はないのであるから、特許無効審判の存在およびその排他性は、相対的にその意義を失うといわざるをえない。

なお、平成23年法律63号による特許法改正で104条の4が新たに設けられ¹⁷⁴、侵害訴訟の終局判決に対する再審の訴えにおいて、無効審決等の確定を主張できなくなったことが、特許無効審判と侵害訴訟の役割分担にどのような影響をもたらすかが問題となる。この改正により、「侵害訴訟の被告としては、あえて無効審判請求を起さなくても、侵害訴訟で勝てばよいということで、ダブルトラックも減っていくのではないか」¹⁷⁵との見

きではなかろうか」(15頁)と注目すべき指摘をしている。ここでは個々の特許要件の解釈に立ち入ることはできないが、“権利主義”の標目のみでは裁量を否定するのに十分とはいえないこと、特許要件に関する特許庁の判断が現に一定の政策形成機能を担っていることは否定できないように思われる。

¹⁷² 田村・前掲注(171)273頁は、特許法104条の3について、「無効審判により無効とされるか否か、裁判所が確信をもてない場合には無効の判断を控えることを是認しているように読める」とする。

¹⁷³ 興津・前掲注(8)16頁。

¹⁷⁴ 特許庁工業所有権制度改正審議室編・前掲注(7)77-97頁、清水節「再審の訴えに関する特許法改正」ジュリ1436号(2012年)60頁以下。

¹⁷⁵ 加藤幹之ほか「座談会改正特許法の課題」Law & Technology 53号(2011年)10頁[三村量一発言]。

方もある。しかし、むしろ、侵害訴訟で敗訴した被告（被疑侵害者）が再審を狙って無効審判を請求することの意味がなくなり、侵害訴訟が特許権者の被疑侵害者との間に生じる私益紛争の受け皿として特化することによって、無効審判の公益性・公共性がかえって強調され、以上に描いたような特許無効審判と特許権侵害訴訟の役割分担がより強化されると見る余地もあるように思われる¹⁷⁶。

Excursus 水際取締制度と特許無効—神戸地判平成18・1・19をめぐって—¹⁷⁷

(1) 制度と判旨

民事訴訟（侵害訴訟）における無効理由の存在に基づく権利行使制限の可否とはやや文脈を異にするものの、共通する考慮要素を含む論点として、関税法に基づく水際取締制度¹⁷⁸において、税関長が特許権等の侵害物品

¹⁷⁶ 参照、中山信弘ほか「座談会 特許法改正の意義と課題」ジュリ1436号（2012年）31頁〔田村善之発言〕。

¹⁷⁷ この項目は、シンポジウムの際に鈴木將文教授から指摘を受けたものの満足な応答ができなかった問題について、不十分ながら論点の整理を試みたものである。また、鈴木教授および平嶋竜太教授との個人的な議論からも大きな示唆を得た。

¹⁷⁸ 周知のとおり、知的財産権侵害物品の水際取締制度は、世界貿易機関を設立するマラケシュ協定（WTO 設立協定）付属書一C（知的所有権の貿易関連の側面に関する協定（TRIPS 協定））の発効（1995（平成7）年1月1日）に合わせて、平成6年法律118号により関税定率法が改正されたことにより現行の輸入取締りの骨格が整えられ、平成18年法律17号により関係規定が関税法に移されるとともに輸出取締りが制度化された（水際取締制度の沿革につき、知的財産情報センター『知的財産侵害物品の水際取締制度の解説—模倣品・海賊版への対策は万全ですか—〔2009年版〕』日本関税協会（2009年）9-13頁、林いづみ「知的財産侵害物品の税関での取締り（水際措置）」ジュリ1405号（2010年）121-123頁）。行政法の観点からは、①知的財産権侵害物品認定手続の法定（関税法69条の3（輸出）・69条の12（輸入））、②知的財産権者に対する認定手続申立権の付与（同法69条の4（輸出）・69条の13（輸入））、③認定手続申立てに係る供託制度の法定（同法69条の6（輸出）・69条の15（輸入））などが注目されている（参照、斎藤・前掲注(28)176頁）。もっとも、②についていうと、TRIPS 協定51条は「不正商標商品又は著作権侵害物品」に関してのみ輸入停止申立権の付与を義務づけているにとどまり（ただし、他の知財侵害物品につ

(同法69条の11第1項9号により輸入してはならない貨物に当たる)の認定手続(同法69条の12)を執るにあたり、特許に無効理由が存在する場合に侵害物品該当認定(同条5項)をすることができるかという問題がある。

神戸地判平成18・1・19(平成16年(行ウ)29号。以下「本判決」という)¹⁷⁹は、公刊物未搭載ながらこの問題についての重要な先例である。税関長から権限の委任を受けた税関出張所長が、原告が輸入しようとした貨物について、関税定率法(平成17年法律22号による改正前のもの。以下同じ)21条1項5号(現関税法69条の11第1項9号)に掲げる物品(特許権侵害物品)に該当するとの認定処分をしたところ、同処分の取消訴訟において、本判決は次のように判示した。

「本件各物品についての認定手続(関税定率法21条4項[現関税法69条の12第1項])は、前権利者の申立て(同法21条の2第1項[現関税法69条の13第1項])に基づき開始されたことが窺えるが、このように特許権の権利者の申立てに基づき開始された認定手続を経て、当該貨物を同法21条1項5号[現関税法69条の11第1項9号]に定める特許権侵害物品と認定する認定処分(同法21条6項[現関税法69条の12第5項])がなされて輸入が差止められた場合、当該特許権に無効理由が存在していても、無効審決が確定していない限り、当該貨物を輸入しようとする者が、当該認定処分取消訴訟を提起しても、同特許権に無効理由が存在することを理由に同認定処分の適法性を争えないとすることは、特許権者に過度の保護を与える反面、貨物輸入申告者に不当な不利益を与えるもので、衡平の理念に反するというべきである。税関長のする認定手続申立人に対する供託命令(関税定率法21条の3[現関税法69条の15])によっても、この衡平は回復し難い。また、認定処分取消訴訟の受訴裁判

いて同様の申立権を付与する場合には、「この節の要件を満たす」ことを求める)、平成6年改正では商標権者、著作権者および著作隣接権者にのみ申立権が付与された。特許権者、実用新案権者、意匠権者等への申立権の付与は、平成15年法律11号による関税定率法改正で実現された。中川丈久「知的財産権を侵害する物品に対する水際取締り—制度の概要と今後の課題」NBL 787号(2004年)15頁以下も参照。

¹⁷⁹ 参照、鈴木将文「模倣品・海賊版対策」ジュリ1236号(2007年)119頁註(28)。

所が、無効審判の帰趨をみた上で判決する運用をすることも考えられるが、そうすると、当該貨物の輸入申告者は、認定処分を争うためには無効審判の申立てをすることを事実上強制されることになるし、認定処分取消訴訟が遅延することも必至である。

加えて、認定処分制度の趣旨は、特許権者その他の知的財産権者の権利を保護する点にあるが、改正特許法〔平成16年法律120号による改正後の特許法を指す。本件処分当時は未施行〕104条の3第1項によれば、いわゆる侵害訴訟において、当該特許が無効審判により無効にされるべきものと認められるときは、特許権者は、相手方に対しその権利を行使することができない。そうすると、特許権に無効理由が存在し、侵害訴訟において、特許権者の権利行使が制限されるような場合にまで、税関長が、認定処分を行う必要性も合理性も存しないというべきである。このことは、当該認定手続が特許権者からの申立てにより開始されたか否かにより変わりはない。

以上の諸点からすると、関税定率法21条1項5号〔現関税法69条の11第1項9号〕の「特許権」とは、すべての特許権を指すのではなく、無効理由の存在しない特許権を指すものと解するのが相当であり、輸入しようとした貨物が同号にいう特許権侵害物品に当たるとの理由で認定処分を受けた者は、同認定処分取消訴訟において、同認定処分の根拠となった特許権に無効理由が存在することを理由に同認定処分の違法を主張することができると解すべきである。もとより、これは認定処分をした税関長又は国と認定処分の相手方との間において、無効理由の存在が当該認定処分の違法理由となるということにとどまる。」

そして、当該特許は特許法29条2項（進歩性）に違反してなされたものであるから、同法123条1項2号の無効理由が存在し、本件認定処分は違法であるとしてこれを取り消した。以上の解釈はいかなる根拠によるものだろうか。

(2) 検討¹⁸⁰

(i) 水際取締制度をめぐる行政法関係と民法関係

この問題は、特許法104条の3の規律する問題状況と類似する側面を持つ。しかし、同条1項はあくまでも「特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟において」、すなわち特許権者と被疑侵害者との間の民事上の法律関係において権利行使が制限されることを認めたものであるから、行政庁である税関長と私人（特許権者・輸入者）との間の行政上の法律関係を直接に規律する趣旨は含まないものと解すべきであろう。したがって、同項を根拠として、認定処分取消訴訟においても無効理由の存在を主張することが許されると解することは難しい。本判決は、確かに特許法104条の3第1項に言及してはいるけれども、これを直接の根拠とするのではなく、関税法69条の11第1項9号の「特許権」が、「無効理由の存在しない特許権を指すものと解するのが相当である」と述べて、あくまでも関税法の解釈論として、特許に無効理由が存在するにもかかわらずなされた認定処分を違法とする結論を導いている¹⁸¹。そうすると、関税法をそのように解釈する根拠を問題とする必要があろう。

そこで、本判決が、特許法104条の3を引用したうえで、「特許権に無効理由が存在し、侵害訴訟において、特許権者の権利行使が制限されるような場合にまで、税関長が、認定処分を行う必要性も合理性も存しないというべきである」と述べている点に注目したい。すなわち、特許権者が民事上の法律関係において被疑侵害者に対して権利行使を制限されるような場合には、行政上の法律関係においても、税関長が特許権者の権利を保護するような判断をする必要はないと述べているのである。一般に、行政庁

¹⁸⁰ 以下では、本判決の前提とする関税定率法の旧規定を、現行関税法の規定に置き換えて論述する。

¹⁸¹ 関税法69条の11第1項9号の「特許権」が「無効理由の存在しない特許権」を意味すると解釈されるのであれば、税関長は処分時に当該特許（権）に無効理由が存在する場合には特許権侵害物品該当認定をしてはならないことになる。したがって、無効理由が存在するにもかかわらず該当認定がされた場合、当該認定処分は違法であり、取消訴訟の原告となる輸入者は、認定処分の違法事由として当該特許（権）に無効理由が存在することを主張しうるとというのが本判決のロジックである。

が私人の行動を規制する権限を有する仕組みにおいては、規制の対象となる私人（例えば公害工場）とそれによって利益を受ける私人（例えば周辺住民）との間の法律関係は、あくまでも民事法によって規律され、行政法によって規律される行政庁の権限行使とは直接の関係を有さない（周辺住民が工場に対して差止め・損害賠償等を請求する民事訴訟と、工場に対する行政処分を争って提起する抗告訴訟の帰趨が異なっても、理論上はおかしくない）。しかし、本判決の前記判示の背景には、特許権者と被疑侵害者との間の民事訴訟（侵害訴訟）の帰趨と、税関長の判断とが、可能な限り異ならないように水際取締制度を解釈・運用すべきであるとの考慮が潜んでいるように思われる。

このような神戸地裁の考慮は、TRIPS 協定の要請にあわせて整備された現行の水際取締制度¹⁸²が「従来の日本の行政規制のシステムとはかなり異質な要素を持っている」¹⁸³という点から説明できるように思われる。というのは、関税法69条の13が特許権等の権利者に認定手続の申立権を付与しているところからも知られるように¹⁸⁴、水際取締制度は、「私人間の権利に関する紛争を私人間の輸入差止め訴訟は実効的でないので、裁判所にいわば代替して行政が解決する」¹⁸⁵手段だと理解できるからである。別の言い方をすれば、認定手続によって保護されるのは、その根拠法律たる関税法によって立法者が行政処分による保護を命じた公益ではなく、行政処分・行政法令の保護を受ける以前に民事法により保護されている“私権”だということになる^{186 187}。このように、税関長の認定およびそれに対する

¹⁸² 前掲注(178)参照。

¹⁸³ 斎藤誠『「水際規制による権利の執行」—行政法の視点から—』（シンポジウム・権利の執行）著作権研究22号（1996年）11頁。

¹⁸⁴ ただし、本判決は、「当該認定手続が特許権者からの申立てにより開始されたか否かにより変わりはない」とする。

¹⁸⁵ 斎藤・前掲注(183)12頁。また、玉井克哉「関税定率法による知的財産の保護」斎藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系27 知的財産関係訴訟』青林書院（1997年）644頁は、「権利侵害認定通知・否認通知の取消訴訟では疑義貨物が権利侵害物品か否かが争われるが、その審理の内容は、権利者が輸入者等に対して輸入の差止めを求める民事訴訟と、実質的にほとんど選ぶところがないと思われる」と指摘する。

¹⁸⁶ 斎藤・前掲注(28)177頁。

取消訴訟が特許権者と輸入者（被疑侵害者）との民事訴訟の代替物であるとするれば、民事訴訟において特許権者が行使できない権利に税関長が保護を与える必要性はないということになる¹⁸⁸。本判決が、特許法104条の3を手がかりに関税法上の「特許権」概念を限定的に解釈したのは、以上のような考慮に基づくものであったと推測される¹⁸⁹。

（ii）税関長による認定手続の機能的適性

もっとも、本判決の関税法解釈を以上のように説明することが一応は可能であるとしても、その前提となっている税関長による認定手続が、そうした解釈を支えるだけの機能的適性を有しているかどうかは、別に問題にされなければならない。つまり、特許権が“私権”であることを強調し、水際取締制度が民事訴訟の代替物であることを前面に出せば出すほど、税関長という行政機関に、認定という行政処分の形で、それに関する判断を委ねる根拠が問われることになる¹⁹⁰。私人間の権利義務をめぐる紛争を解

¹⁸⁷ もっとも、特許権のようにその発生および消滅に行政作用が介在する権利については、一概に民事上の法律関係であると割り切ることのできない面が残ることは本稿で延々と見てきたとおりであり、だからこそ特許無効審判という行政機関による手続も存在するが、少なくとも税関長が無効理由の存否についての判断を委ねられる機能的根拠（Ⅲ 2 (2)）を特許庁や裁判所に比べて多く備えているとは思われない。

¹⁸⁸ 参照、近藤恵嗣「税関における特許権侵害物品の認定と特許無効」知財管理56巻11号（2006年）1754頁。

¹⁸⁹ 民事訴訟手続と水際取締制度との平仄を合わせることが、関税及び貿易に関する一般協定（GATT）の要請でもあることを指摘するものとして、川瀬剛志「関税定率法第21条体系による知的財産権侵害輸入品の水際制度とその WTO 協定整合性」『知的財産侵害物品に対する水際制度の在り方に関する調査研究報告書』（平成17年度特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書）第二部「我が国の知的侵害物品に対する水際差止制度の在り方に関する検討ワーキンググループ—我が国の水際差止制度の現状と課題—」知的財産研究所（2006年）26頁（無効理由の存在に基づく権利行使制限が「国内の知財侵害訴訟では援用でき、他方で水際制度ではできない」という「解釈が妥当であれば、GATT 第3条第4項〔輸入品に対する内国民待遇の許与〕に違反することは明白である」とする）。

¹⁹⁰ TRIPS 協定51条・52条は、輸入停止の執行機関を「税関当局（*autorités douanières*;

決するのは、まずもって裁判所の仕事だからである¹⁹¹。

もちろん、立法により行政機関に私人間の法律関係に関する判断（決定）を授権することが認められることはありうる¹⁹²。しかし、そこには一定の限界が存する。それは、当該判断（決定）の効力や争訟方法に関するものであったり¹⁹³、当該判断（決定）を行う手続に関するものであったりするが、法律関係の両当事者の関与が行政手続段階から訴訟手続段階に至るまで保障されていることは、最低限の要請であろう。税関長による認定手続は、確かに税関長に対する意見陳述および証拠提出は認められているけれども（関税法69条の12第1項、関税法施行令69条の16）、行政審判手続¹⁹⁴のような対審構造までは保障されておらず、手続保障は一般の行政処分並みにとどまっている。それに加えて、認定処分を争う訴訟はこれも一般の行政処分と同様に国を被告とする抗告訴訟（取消訴訟）とされており、原告となるのは認定処分に不服を有する特許権者または輸入者のいずれかであるから、これまた両当事者の対審構造が保障されない手続によって特許（権）の無効理由の存否が判断される可能性がある（もちろん、通常は訴訟参加の手続が執られるであろうし、現に本判決も特許権者が補助参加していたが、参加人という立場で手続への関与が十分かは検討されるべき事柄であろう）。

以上を要するに、税関長による認定手続が民事訴訟に代替するだけの機能的適性を備えているかどうか、疑問なしとしない。とりわけ、税関長が認定手続の中で特許（権）の無効理由の存否について判断することには、

customs authorities)」、権利者からの申立てについて判断する機関を「行政上又は司法上の権限のある当局 (autorités administratives ou judiciaires compétentes; competent authorities, administrative or judicial)」と書き分けており、税関当局が両者を一括して担うことが同協定により要請されているわけではない。この点につき、青江秀史「我が国の水際措置と WTO 協定等との関係について」『知的財産侵害物品に対する水際制度の在り方に関する調査研究報告書』前掲注(189) 7 頁以下参照。

¹⁹¹ 斎藤・前掲注(28)159-160頁、玉井・前掲注(185)644頁。

¹⁹² 塩野・前掲注(165)57頁。

¹⁹³ 斎藤・前掲注(28)169-175頁。

¹⁹⁴ 行政審判の手続上の特色につき、塩野・前掲注(165)46-47頁。

通関手続の時間的制約や税関の有する人的・能力的資源の限界¹⁹⁵、あるいは特許権者、輸入者および第三者の手続保障¹⁹⁶の観点から、批判が投げかけられている。しかも、前述のとおり(Ⅲ 2 (2))、特許無効審判および特許権侵害訴訟が最終的には知財高裁に係属するのと異なり、税関長の処分に対する取消訴訟は通常の行政訴訟と同じように裁判管轄が決定され(行政事件訴訟法12条)、事件が配点されることになるため、裁判所の判断の統一が確保されにくいという点も無視できない¹⁹⁷。そうすると、水際取締制度と民事訴訟手続との同質性に基づいて関税法69条の11第1項9号の「特許権」概念を狭く限定する解釈は、本来税関長が機能的に適性を有しているとはいいがたい判断を強いるものであり、特許権者等の権利保護の観点からも問題があるように思われる。

¹⁹⁵ 川瀬・前掲注(189)24-25頁。なお、齋藤和久「関税法解説(1)―知的財産侵害物品取締条項―」CIPIC ジャーナル194号(2010年)30-31頁は、税関が特許に無効理由があるか否かを判断できるかどうかにつき、「税関は、[…] 知的財産法の専門家では必ずしもなく、特許に無効理由があるかないかを直接に判断できるほどの専門性を持った体制になっていない。[…] 現在の税関の体制を考慮した場合、現時点では税関が直接的に無効理由の有無を判断することは困難と考えられる。しかしながら、[関税法69条の14に基づく] 専門委員は知的財産に関する専門家であることから、特許に無効理由があるか否かを判断することは可能と考えられる。輸入差止申立てに係る特許について、専門委員から無効理由がある旨の意見が提出された場合に、税関として無効理由があると判断するかどうかはともかく、少なくとも、知的財産の専門家が無効理由があると判断する以上、侵害の事実を疎明するに足る証拠が提出されていないとの判断をすることになるものと考えられる」とする。しかし、この記述は輸入差止申立て(関税法69条の13)に関するものであって、職権による認定手続には妥当しないし、申立手続に関しても、輸入の許否を左右する重要な事実認定を外部者である専門委員に委ねなければ判断ができないような制度設計が適切かどうか、検討が必要であろう。

¹⁹⁶ 鈴木・前掲注(179)118-119頁、大野聖二「ITC 型・準司法制度の導入の必要性和その可否～実務の観点から～」『知的財産侵害物品に対する水際制度の在り方に関する調査研究報告書』前掲注(189)62頁。

¹⁹⁷ 参照、近藤・前掲注(188)1755頁。ただし、論者は、「本件判決を理由として、税関長による知的財産権侵害物件の認定処分の取消訴訟の管轄も東京地裁、大阪地裁に集中させなければならないとは考えていない」(同前)とする。

立法論としては、両当事者の手続関与とりわけ対審構造を保障するために、「裁判所を何らかの形で活用することが最も現実的であろう」¹⁹⁸とする見解が、傾聴に値する。税関長の取締権限を維持する場合でも、その対象を明白な侵害物品に限定し、それ以外は特許法104条の3の適用も含めて民事訴訟に委ねるという方策もありうるだろう¹⁹⁹。米国のITC（国際貿易委員会 International Trade Commission）に倣った準司法的機関を創設して水際取締りの権限を委ねるという提案²⁰⁰もなされているが、その場合には、当該機関における行政処分手続を行政審判類似の両当事者対立手続とし、その処分を抗告訴訟ではなく形式的当事者訴訟（行政事件訴訟法4条前段）の対象とすることにより²⁰¹、行政手続段階と訴訟段階の双方で両当事者の対審構造を保障する制度設計が考えられる。そうすることで、関税法上の「特許権」概念を狭く限定するという無理な解釈を避け、特許法104条の3を必要に応じて当該当事者手続・当事者訴訟に準用するという立法政策も可能になるのではないだろうか。

おわりに

本稿では、まず法ドグマーティクの見地から立法を評価するという作業について、その方法的前提をごく大雑把に確認した（Ⅰ）。続いて、行政法ドグマーティクの立場から、行政処分の効果・効力に関する近時の学説の展開を整理し、それに基づいて特許権を発生させる行政処分（特許査定および特許権設定登録）の効果・効力を分析した（Ⅱ）。最後に、侵害訴訟における権利行使制限の主張を認めることが、特許権を発生させる行政処分の効果・効力に反することにならないかどうかを検討し、侵害訴訟との対比における特許無効審判の排他性についてそれが相対化される余地があ

¹⁹⁸ 鈴木・前掲注(179)119頁。

¹⁹⁹ 斎藤・前掲注(28)181頁（ただし「かかる制度がTRIPS協定に適合的たりうるかどうかは、別途検討を要する」とする）。TRIPS協定との抵触が生じない並行輸入に関する指摘であるが、玉井・前掲注(185)629頁も参照。

²⁰⁰ 大野・前掲注(196)64-65頁。

²⁰¹ 斎藤・前掲注(28)180頁。

ることを示した(Ⅲ)。

最後に扱った特許無効審判の排他性については、いくつかの機能および観点を指摘するにとどまり、その中のいずれの要素を強調して解釈および制度設計を行うべきかを、断定的には述べていない。特許無効に関する解釈および制度設計は、特許紛争の実態の精確な認識を踏まえた“政策的判断”に基づいて決定されるべき事柄であるから²⁰²、法ドグマーティクに陣取る本稿の立場からこれ以上論ずべきことがないと考えたことによる。しかし、法ドグマーティクの役割は、根拠や限界のはっきりしない単なるドグマ——行政処分 of 公定力や取消手続の排他性はその例と認識されているであろうか——に固執するところにあるのではなく、むしろドグマーティクがドグマを相対化することによって、法解釈や制度のあり方をいっそう合理的なものにしていこうとするところにあることは、これまでの論述で示しえたのではないかと思う。このようにして現実的課題に即応した柔軟な政策的判断を支援すると同時に、野放図な設計主義的思考が暴走することのないように、政策形成に一定の負荷と秩序を与えることが、政策や立法を論じるにあたって法ドグマーティクに期待される役割であるように思われる。

*本稿は、科研費(課題番号 23243014、23730021)による研究成果の一部である。

²⁰² 大淵・前掲注(142)57頁。