

無効事由を内在した特許査定に対する国家賠償請求についての理論的枠組み

Theoretical Paradigm about the National Redress Lawsuit against Patent Office Decision with Invalidated Reason.

川上正隆¹⁾

要約

特許権者は収益を期待して権利行使を行う。しかし、権利行使の結果、権利者に不利益がもたらされる場合がある。それが近時特に顕著となっているのが、「権利侵害警告と信用棄損行為」である。特許権者が権利侵害と思われる者あるいはその関係者に侵害警告の後に侵害訴訟を提起するが、非侵害と判断された場合に信用棄損行為（不正競争防止法）による損害賠償請求等を特許権者が求められる態様である。特に無効審判請求により特許権が無効とされた場合、原特許権者は損害賠償請求に加え、特許権を消失したことにより以後の収益可能性も逸することとなる。

特許は特許庁による厳しい審査を経る、すなわち国による行政行為により付与される権利である。しかるに、無効事由が存在するにもかかわらず過誤審査により特許査定が行われ、特許権者が権利行使を行いその結果として権利無効や損害賠償請求などの不利益が生じた場合には、国に対して国家賠償法に基づく損害賠償を認めるべきではないか。

そこで本論では無効事由を内在した特許査定に対する国家賠償請求について認めない立場、認める立場の両観点からの理論的枠組みの考察を行った。

【目次】

はじめに

1. 特許権行使による権利者の不利益
 - (1) 権利者による権利行使
 - (2) 権利侵害警告による信用棄損行為
 - (3) 問題の提起
2. 国家賠償法
 - (1) 国家賠償法の構造
 - (2) 1条1項の要件
3. 特許権の行政的性格
 - (1) 行政行為としての権利付与
 - (2) 国家賠償法1条要件のあてはめ
4. 国家賠償法に係る産業財産権事案
 - (1) 却下事案
 - (2) 認容事案

1) 青山学院大学大学院法学研究科客員教授

5. 無効事由を内在した特許査定に対する国家賠償請求についての理論的枠組み
 - (1) 国家賠償請求を認めない理論的枠組み
 - (2) 国家賠償請求を認める理論的枠組み
 - (3) 結語

はじめに

黄氏の判例研究「『消せるボールペン』の特許無効審決取消訴訟の知財高裁判決について」²⁾は、本論文の初動となった。黄氏は論中で「特許の独占的排他権の面や対世効の面から判断すると、権利の安定性は極めて重要である。特許に関する審査は審査官によって審査をする。審査官の資質によって瑕疵は存在する可能性はある。実質的に無効にすべき発明が特許を受ける場合も存在するだろう。このような瑕疵に対し、制度上無効審判制度が設けられている」と指摘している。それを契機として、「特許権が無効となった場合の原特許権者を救済する措置はないのか」という本論の基となったテーマが生じたのである。もちろん、すべての場合の救済を求めているのではない。しかし、特許庁という国の機関が厳格な審査を行い付与された権利に基づき権利行使を行った権利者に明らかな不利益が生じた場合、国としてその不利益を補償すべきではないかという限定的なテーマである。そしてその趣旨に沿った制度として国家賠償法がある。そこで本論は、特許権者が権利行使を行った結果、不利益（損害）が生じた場合の国家賠償請求の可能性について論じるものである。

1. 特許権行使による権利者の不利益

(1) 権利者による権利行使

特許権は排他的実施権であり、権利行使の態様としては、①消極的实施（他者の市場参入を防ぐ防衛あるいは事業未完成による非実施）、②積極的实施（自己および第三者実施）、③排他的行使（権利侵害者に対する差止請求や損害賠償請求など）がある。①および②は特許権が財産権であるが故の権利行使であり、③は財産権を維持するための排他権としての権利行使である。このうち①は間接的には収益をもたらす場合もあるが、直接の収益を期待はしない。②は直接の収益を期待するものであり、③は②の収益構造を保護³⁾するための権利行使である。

しかしながら、権利行使の結果、権利者に不利益がもたらされる場合がある。それが近時特に顕著となっているのが、「権利侵害警告と信用棄損行為」である。

2) 黄福実「『消せるボールペン』の特許無効審決取消訴訟の知財高裁判決について」青山ローフォーラム6巻2号（2018年）。

3) 損害賠償請求は収益ではなく、収益の損害を補償するものである。

(2) 権利侵害警告による信用棄損行為

「信用棄損行為」とは不正競争防止法2条1項15号に定義される不正競争行為であり、「競争関係にある者が、客観的事実に反する虚偽を告知し、又は、流布して、事業者にとって重要な資産である営業上の信用を害することにより、競業者を不利な立場に置き、自ら競争上の有利な地位に立とうとする行為」⁴⁾と説明されており、この不正競争行為に対しては、差止請求（不競法3条）、損害賠償請求（不競法4条）、信用回復措置（不競法14条）といった民事上の措置が請求できる⁵⁾。

この信用棄損行為の典型として、「権利侵害警告による信用棄損行為」がある。例えば特許権者が当該特許権を侵害されあるいは侵害されているおそれがある場合に、侵害者等に対して権利侵害警告を行う場合に生ずる問題である。この警告は侵害者に対してのみならず、例えば侵害品を侵害者から購入して販売をしている取引先に対しても可能である。ところが、警告後に特許権者が特許権侵害訴訟を提起したものの、侵害が認められなかった場合に、取引先に対する警告行為により信用を失墜したとして侵害者とされていた者（侵害訴訟の被告）が不正競争防止法（信用棄損行為）により、警告を行った特許権者を訴えるという事案である。それが権利侵害警告と信用棄損行為である⁶⁾。

特許権者による警告行為は直ちには信用棄損とはならない。該当するの否かの判断について過去の主流としては、「フイゴ履事件」⁷⁾で、取引先にした被告の権利侵害警告につき不正競争行為とし、「被告は少なくとも過失により前記記載の行為をしたものである」として損害賠償を認めているように、「実際には権利が侵害されていなかった場合には、警告によって与えた損害を賠償する責任を負うのが原則であり、賠償責任を負わないのは、告知・警告者に過失がない場合」⁸⁾、所謂「過失論」により判断がされていた。

近年では、「流通業者への侵害警告が、たとえ虚偽の事実の告知に該当するとしても、それが正当な背景でもって行われたのであれば直ちに不正競争行為であると断ぜず、違法性を阻却とする判決が出て」⁹⁾きたのである。すなわち「正当行為論」である。つまり、「構成要件を充足し外形上営業誹謗行為に該当する場合であっても、特許権者による警告等が取引先自身に対する特許権等の正当な権利行使の一環としてなされたものである場合は違法性が阻却される」¹⁰⁾という考え方である。権利侵害警告と信用毀損行為では、過失

4) 経済産業省知的財産政策室編『逐条解説不正競争防止法』（商事法務、2016年）124頁。

5) なお、不正競争防止法では信用棄損行為について刑事罰の対象とはしていない。

6) なお、「相手方が自己の権利を侵害していることを理由に訴訟を提起する行為自体は、原則として裁判を受ける権利の行使として正当行為として違法性はないと考えられ、本号の問題にはならない」（経産省・前掲注4）127頁）が、訴訟に先立つ警告行為による信用棄損行為性が問題となるのである。

7) 東京地判昭和47年3月17日判タ278号374頁（フイゴ履事件）。

8) 瀬川信久「知的財産権の侵害警告と正当な権利行使」田村善之編『新世代知的財産法政策学の創成』（有斐閣、2008年）164頁。

9) 川瀬幹夫「最近の判例の紹介」日本弁理士会中央知的財産研究所編『不正競争防止法研究』レクシスネクシス・ジャパン（2007年）9頁。

10) 外川英明「特許事件と営業誹謗行為」日本弁理士会中央知的財産研究所編『不正競争防止法研究』レクシスネクシス・ジャパン（2007年）39頁。

がないのであれば請求が棄却され、過失があれば請求が認められる。これは過失論であるが、過失がある場合に、その違法性の有無のために正当行為論が用いられるのである。総合的に考量して正当行為として認められれば不正競争行為とはならず、正当行為でないとすると不正競争行為（信用棄損行為）となる。つまり判断ステップとして過失性と正当行為性という二段階の判断基準で信用棄損行為が認定されるのである。しかしこれに対しては不正競争防止法の条文をそのまま読むならば、過失の要件をもって判断する過失論が妥当であるとして、過失がある場合に違法性阻却事由を検討する正当行為論は、「文言にない要件を付加することに他なら」¹¹⁾ ないという批判がある。

しかし、このような法理によって必ずしも信用棄損行為が認められないわけではなく、侵害警告の結果として訴訟を提起されるという状況事態も回避されるものではない。

(3) 問題の提起

①警告行為等の免責

特許権侵害として訴えられた者（擬侵害者）には、①権利非侵害、②先使用、③消尽、④均等論、⑤特許権の効力が及ばない範囲、⑥権利無効、などの抗弁が考えられる。このうち、①～⑤については、そもそも警告や訴訟時の特許権者たる原告側の主張に故意又は過失による瑕疵（自分たちの調査が不十分であった）が存在する可能性が高く、信用棄損行為による損害賠償などは原告側としても受忍できる範囲であろう。しかも原告側は敗訴後も依然として特許権を有しており、以後も特許権の権利行使による収益を得ることは可能である。しかし、「権利無効の抗弁」の場合、原権利者は特許権という国が定めた権利を行使したにも関わらず、権利が無効となったうえ、信用棄損行為による損害賠償請求を受けることとなるが、従来の考え方では、「警告後に非侵害が判明、もしくは権利が喪失、これは少なくとも工業所有権の登録無効については、例えば特許法125条にありますように権利が遡及的に喪失となるところ、客観的には権限を有さない者の警告となりますので、虚偽の事実の流布であるとする説、これが伝統的な説」¹²⁾ として営業誹謗行為にあたる蓋然性が高い。そしてそれに加え、権利を喪失するために以後の収益可能性はなくなる、つまり財産権が消滅するのである。

国（特許庁）が審査をして権利を付与されたにも関わらず、権利行使の結果、当該権利が無効となった場合には、権利設定を行った国（特許庁）は一切の責任を問われず、権利行使の責任のみが原権利者に課せられるのである。もちろん、信用棄損行為として擬侵害者から訴訟を提起されたとしても、前述の正当行為論のような判例法理による原権利者救済の可能性がある。しかしこれは訴訟の結果であり、警告等の行為が予め免責されているものではない。警告等により後日、かえって訴訟を提起されるならば権利行

11) 知的財産裁判実務研究会編『知的財産訴訟の実務』（法曹会、2010年）215頁。

12) 藤原宏高・大山政之・津田幸宏「特許権等侵害警告と不競法2条1項14号」第二東京弁護士会知的財産権研究会編『不正競争防止法の新論点』商事法務（2006年）363～364頁。

使が委縮し得る。

この点、実用新案権の場合は、そもそも形式審査のみで実体審査を経ずに権利が付与されるために無効事由を内在した権利である可能性がある。そのため権利行使の際には実用新案法 29 条の 2 において「実用新案技術評価書の提示」といった相当の注意が求められる。そしてこれに基づき権利行使（警告）を行った場合には損害賠償の責めに帰さない旨が同 29 条の 3 第 1 項にて定められている。本項は条文の趣旨¹³⁾のとおり、過失の免責規定である¹⁴⁾。

特許権行使の場合には実用新案法 29 条の 2 乃至 29 条の 3 に相当する規定はない。実用新案権とは異なり、特許権の場合は審査官による実体審査そして特許査定登録後も異議申立ての手続きがあり、登録時には二重の段階を経ていると言える。したがって権利者が、当該特許権について有効な権利であると考えることについて故意又は過失を求めることは酷であり、無効になった場合に権利行使の一環としての警告等について信用棄損行為とすることもまた原権利者にとって酷である。特許権者が権利行使をする場合は、技術評価書よりも詳しくかつ専門的な審査結果（特許査定）を基にした権利行使であり、技術の提示あるいは「その他相当の注意をもってその権利を行使」に比して遥かに信頼性が高い権利行使である。であれば、実用新案法 29 条の 3 同様に、特許が無効となったとしても損害賠償の責めに帰すものではない¹⁵⁾、すなわち信用棄損行為には該当しない、との免責規定の類推適用あるいは立法である¹⁶⁾。例えば特許法 104 条の 3「特許権者等の権利行使の制限」規定は、被告側（擬侵害者）が無効抗弁を主張する場合の救済規定でもあるが、その場合、権利行使をした原権利者の救済法理あるいは規定について検討すべきであろう。

②国家賠償請求による救済

もっとも、判例法理や立法による救済は時間を要する。そのため、まずは現行法の範囲で原権利者の救済を検討する必要がある。

原権利者にとって、権利が無効となることは好ましくはないが、特許制度を理解していれば、無効審判による権利無効、あるいは権利侵害訴訟の被告側（擬侵害者）による

13) 「評価書における評価（登録性も否定する旨の評価を除く。）に基づき権利を行使した後に評価書の調査の範囲内において新たな証拠が示され、権利が無効とされたような場合、当該証拠が示される以前の行為については、原則として過失は問わないものと考えることが妥当である。」（特許庁編『工業所有権法逐条解説 第 20 版』（発明推進協会、2017 年）940 頁）

14) もっとも、「権利者が技術評価書では対象とならなかった無効原因を自ら知っていたような場合には、必ずしも免責されない」（高林龍『標準特許法 第 5 版』（有斐閣、2017 年）321 頁）ことは当然である。

15) もちろん無効事由を知っているにも関わらず権利行使をしたのであれば、実用新案権と同様に免責されないのは当然である。

16) 信用棄損行為で請求されるのは専ら損害賠償請求である。なぜならば無効により特許権侵害が成立しなければ、警告等を再度行うことは不可能なため、差止請求はあまり意味をなさず、警告等による信用棄損に対する損害賠償が問題となるからである。

無効抗弁は当然のことであり、これを承知の上で訴訟を起こすのであれば、権利が無効となることも予期できる範囲である。この点を救済する必要性はない。

しかしながら、無効となった上にさらに損害賠償の責めに帰すことは、擬侵害者に対する信用棄損行為（不正競争防止法）の規定からは予期できる範囲とはいえ、原権利者にとっては回避したい責めである。なぜならば、当該損害賠償に加え原権利者には更に金銭的損失が生ずる可能性があり得る。本来は自己の財産権を保護するための排他的権利行使の結果、権利が無効となり以後の排他権を逸したうえ、権利消滅による他者の市場参入、そして権利消滅による収益構造の喪失および権利無効までの諸費用¹⁷⁾といった金銭的損失である。

思うに、原権利者は特許庁（国）が設定した特許権を信用して権利行使を行っており、それが正当な行為であれば、権利行使により生じた損失に対して国としての救済措置があつてしかるべきではないか。なぜならば、特許権が無効となることは法が予定しているが、それは権利設定に瑕疵があることを意味しており、その瑕疵は原権利者に起因するものではなく、権利設定を行った特許庁（国）に起因するからである。国に対して救済を求めるものとして「国家賠償法」が存在する。そこで、「無効事由を有する発明に特許権を付した国の行為」に対して原特許権者として国家賠償訴訟を提起して財産権に対する損害賠償請求を求めることが出来れば、原特許権者の救済が可能となり得る。したがって以下では、特許権が無効となり原権利者に不利益が生じた場合の国家賠償法適用についての検討を行うものである。

2. 国家賠償法

(1) 国家賠償法の構造

大日本帝国憲法（旧憲法）下では「国家無答責の原則」¹⁸⁾が判例法理¹⁹⁾として確立しており、「警察、軍事、税務、収用など公権力の行使にかかわる事項については、たとえ公務員が不法行為によって人民に損害を与えても、国、公共団体の賠償責任はいっさい認め

17) 出願や審査請求に係る費用は拒絶査定の場合でも返還されない。特許権が事後的に無効となった場合には、無効審決確定した年の翌年以後の既納の特許料は特許法 111 条により返還請求で返還されるが、無効審決確定までの特許料は返還されない。本来は無効ならば初年度から返還すべきあり、無効確定後のみの返還であれば「取消」の効果である。

18) 「国の公務員が職務上違法に国民に損害を与えた場合でも、国は国家賠償責任を負わないという原則」（深見敏正『国家賠償訴訟』（青林書院、2015 年）7 頁）。

19) 大審判昭和 16 年 2 月 27 日大審院民事判例集 20 巻 118 頁では、「官吏又ハ公吏ガ国家又ハ公共団体ノ機関トシテ職務ヲ執行スルニ当リ不法ニ私人ノ権利ヲ侵害シ之ニ損害ヲ蒙ラシメタル場合ニ於テ、ソノ職務行為ガ統治権ニ基ク権力行動ニ属スルモノナルトキハ、国家又ハ公共団体トシテハ被害者ニ対シ民法不法行為上ノ責任ヲ負フコトナキモノト解セザルベカラズ」として租税の徴収や滞納処分について国家賠償責任を認めない判示をした。

られなかった」²⁰⁾のである²¹⁾。しかし、国家無答責の原則は「日本国憲法の標榜する法治行政と人権尊重の理念にはそぐわない」²²⁾ものであり、憲法 17 条²³⁾の具体的な実体法として国家賠償法が定められ、国家無答責の原則を覆したのであり、不法行為法（民法 709 条）の特別法とも言える。

国家賠償法は 1947 年（昭和 22 年）に制定された法で、全 6 条から構成されており、国又は公共団体の公務員による違法行為により（1 条²⁴⁾）、あるいは公の営造物の設置又は管理に瑕疵があり（2 条²⁵⁾）、第三者に損害が生じた場合、国又は公共団体が損害賠償の責任を負うと定められている。さらに 1 条、2 条とも 2 項²⁶⁾にて内部求償権について定めている。そして、3 条は被用者負担について、4 条は民法の適用について、5 条は民法以外の法の適用について、6 条は外国人が被害者の場合、の規定を定めている。

なお、本論では特許庁の行為に対する国家賠償法の適用についての検討を行うため、専ら 1 条を主として論じるものである。

(2) 1 条 1 項の要件

国家賠償法 1 条は不法行為とほぼ同様の構成となっており、要件としては、①当該行為の主体が、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員であること、②その公務員の職務行為であること ③故意または過失による違法性、④被害者に損害が発生したこと、⑤公務員の行為と損害との間に因果関係が存在すること、と分類できる。

①当該行為の主体が、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員であること

まず「国又は公共団体」であるが、国は「日本国」を意味する。公共団体とは、地方

20) 原田尚彦『行政法要論全訂 第 6 版』（学陽書房、2005 年）285 頁。

21) 一方で、大審裁判大正 5 年 6 月 1 日大審院民事判決録 22 輯 1088 頁では、小学校の校庭に設置している遊具での児童の事故に関して、「本件小学校ノ管理ハ上告人主張ノ如ク行政ノ発動タルコト勿論ナレトモ其管理権中ニ包含セラルル小学校校舍其他ノ設備ニ対スル占有権ハ公法上ノ権力関係ニ属スルモノニアラス純然タル私法上ノ占有権ナルノミナラス其占有ヲ為スニモ私人ト不平等ノ関係ニ於テ之ヲ為スニアラス全ク私人カ占有スルト同様ノ地位ニ於テ其占有ヲ為スモノナレハ之ニ因リ被上告人等ニ損害ヲ被ラシメタル本訴ノ場合ニ於テ原院カ民法第七百十七条ノ規定ヲ適用シタルハ毫モ不法ニアラス」として民法 717 条に基づく損害賠償を認めた。国家賠償法 2 条に相当する。

22) 原田・前掲注 20) 285 頁。

23) 憲法 17 条「何人も、公務員の不法行為により、損害を受けたときは、法律の定めるところにより、国又は公共団体に、その賠償を求めることができる。」

24) 国家賠償法 1 条 1 項「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる。」

25) 国家賠償法 2 条 1 項「道路、河川その他の公の営造物の設置又は管理に瑕疵があつたために他人に損害を生じたときは、国又は公共団体は、これを賠償する責に任ずる。」

26) 国家賠償法 1 条 2 項「前項の場合において、公務員に故意又は重大な過失があつたときは、国又は公共団体は、その公務員に対して求償権を有する。」

国家賠償法 2 条 2 項「前項の場合において、他に損害の原因について責に任ずべき者があるときは、国又は公共団体は、これに対して求償権を有する。」

公共団体、公共組合、特殊法人などであるが、国家賠償法の対象たる団体か否かは、団体名称という外見的なものではなく、その団体の行為が公権力の行使に当たるか否かという面で判断することが妥当である。例えば「弁護士会懲戒委員会事件」²⁷⁾では日本弁護士会について「弁護士の指導、連絡および監督に関する事務を行うことを目的とする法人であり、弁護士を強制加入させ、国からその管理の権能を委譲された公の団体であつて、国家賠償法一条にいう『公共団体』に該当」と認めている。そして、弁護士会の懲戒委員会を「弁護士会がその会員たる弁護士に対して行う懲戒は、弁護士法の定めにより弁護士会に付与された公の権能の行使として行なうものであり、この懲戒に対しては同法五九条により日本弁護士連合会に行政不服審査法による審査請求ができ、さらに、日本弁護士連合会のなした審査裁決または懲戒については、同法六二条によつて東京高等裁判所に行政事件訴訟法による取消訴訟を提起できるから、右懲戒処分は国家賠償法一条にいう『公権力の行使』にあたると解することができる」と判示した。

次に「公権力の行使」だが、公権力の行使に当たる公務員の行為について学説上の見解は「狭義説」、「広義説」、「最広義説」の三類型に分類されている。狭義説は「『公権力の行使』の文言を忠実に解し、国家統治権に基づく優越的な意思の発動たる作用（権力的作用）に限定する」²⁸⁾と説明されている。広義説は「『公権力の行使』を、純然たる私経済作用と国家賠償法2条によつて救済される営造物の設置管理作用とを除く、国又は公共団体のすべての作用とする。権力的作用のみならず、非権力的作用に属する公務員の行為（例えば、行政指導、国土調査等）についても国家賠償法1条の適用があるが、純然たる私経済作用（医療行為、鉄道・交通事業、郵便・電気事業、運輸事業等）に属する行為については、民法を適用する」²⁹⁾と説明されている。最広義説とは「国家賠償法1条の適用範囲を権力的作用、非権力的作用に限らず、私経済作用に属する公務員の行為も含めて、公務員の行為全般に及ぶ」³⁰⁾と解する見解である。そして三類型の見解の中では、「広義説が通説、判例であると理解されている」³¹⁾との説明があり、例えば「GS用地事件」³²⁾では、「国家賠償法一条一項の『公権力』とは、国または公共団体の作用のうち、純然たる私経済作用と、同法二条によつて救済される公の営造物の設置・管理作用をのぞくすべての作用を指称すると解するのが相当である」と判示している。

「公務員」とは狭い意味では国又は公共団体に属する官吏あるいは公吏であるが、「国家賠償法1条にいう『公務員』とは、いわゆる官吏、公吏はもとより、すべての国又は

27) 東京地判昭和56年6月18日判時969号11頁（弁護士会懲戒委員会事件）。

28) 法務省訴訟局内国賠訴訟実務研究会編『国家賠償訴訟の理論と実務』（三共法規、1996年）30頁。

29) 法務省・前掲注28）30～31頁。

30) 法務省・前掲注28）31頁。

31) 深見・前掲注18）37頁。

32) 京都地判昭和47年7月14日判時691号57頁（GS用地事件）。

公共団体のための公権力を行使する権限を委託された者³³⁾」そして「公務員の地位は、臨時的一時的なものでよく、給与、報酬の有無も問題にはならない³⁴⁾」と広く解釈されており、その意味では「身分上の概念ではなく、機能上の概念である³⁵⁾」との説明がある³⁶⁾。

公務員の特定については、場合により個人までの特定化は必ずしも必要ではなく、「裁判例は、当該公務員の所属する主体（国又は公共団体）及びその組織上の地位ないし所属する部署を明らかにすれば足り、加害公務員の氏名等による特定まで必要ないと判断を示す傾向にある³⁷⁾」と説明されている。

②その公務員の職務行為であること

「職務行為」については「加害行為が職務行為自体である場合はもちろん、職務遂行の手段としてなされた行為や、職務の内容と密接に関連し、職務行為に付随してなされる行為も含まれる³⁸⁾」との説明がある。また、民法715条1項³⁹⁾の「事業の執行」における外形標準説（『その行為の外形から観察して、あたかも被用者の職務の範囲内の行為に属するものとみられる』限り、広く事業執行性と認める⁴⁰⁾ 考え方⁴¹⁾）と同様に「客観的に職務行為の外形を有すれば⁴²⁾ よいという解釈があり、公務員の主観的意図は必要と

33) 古崎慶長『国家賠償法』（有斐閣、1971年）108頁。

34) 古崎・前掲注33) 108頁。

35) 深見・前掲注18) 29頁。

36) 例えば前述の「弁護士会懲戒委員会事件」では、「懲戒委員会の委員たる弁護士の行為についても「懲戒委員会は弁護士会の懲戒権の行使を担当する機関として法律上設置されたもので、右会の委員長ら委員は弁護士会の機関の構成員として公権力の行使にあたる懲戒権を委託されこれを遂行するものと考えられるから、右委員は国家賠償法一条にいう『公権力の行使にあたる公務員』にあたりと解するのが相当である。したがって、懲戒委員会の委員長らの委員は、国家賠償法一条にいう『公権力を行使する公務員』にあたりといわざるをえない」と判示している。

37) 法務省・前掲注28) 49頁。

38) 法務省・前掲注28) 52頁。

39) 民法715条1項「ある事業のために他人を使用する者は、被用者がその事業の執行について第三者に加えた損害を賠償する責任を負う。ただし、使用者が被用者の選任及びその事業の監督について相当の注意をしたとき、又は相当の注意をしても損害が生ずべきであったときは、この限りでない。」

40) 松岡久和ほか『民法（財産法）』（日本評論社、2012年）1052頁。

41) 大審判大正15年10月13日民集5巻785頁では「民法第七百十五條ニ所謂『事業ノ執行ニ付』ナル文詞ハ叙上説明ノ如ク之ヲ廣義ニ解釋スルヲ至當トスヘク當院從來ノ判例ノ如ク嚴格ナル制限的解釋ヲ採リ使用者ノ事業ノ執行トシテ具體的ニ爲スヘキ事項ノ現存セサル場合ニ於ケル被用者ノ行為ニ付テハ總テ使用者ニ於テ全然責任ナシト爲スカ如キハ同條立法ノ精神ニ鑑ミ且一般取引ノ通念ニ照シ狹隘ニ失スルモノト謂ハサルヘカラス、あるいは最小二判昭和36年6月9日判時269号45頁（約束手形請求事件）では「民法七一五條に所謂『事業ノ執行ニ付キ』とは、被用者の職務の執行行為其のものには属しないが、その行為の外形から観察して、恰も被用者の職務の範囲内の行為に属するものと見られる場合をも包含するものと解すべきである」と判示している。

42) 法務省・前掲注28) 52頁。

はされない⁴³⁾。

そして行為には「不作為」も含まれる。しかし、不作為の場合には、「前提として、作為義務を策定することが必要」⁴⁴⁾であると考えられており、例えば判例でも「水俣病認定業務不作為事件」⁴⁵⁾では「処分庁の侵害行為とされるものは不処分ないし処分遅延という状態の不作為であるから、これが申請者に対する不法行為として成立するためには、その前提として処分庁に作為義務が存在することが必要である」として作為義務の必要性について判示している⁴⁶⁾。

③故意又は過失による違法性

「故意又は過失」は主観的要件であるが、「予防接種ワクチン禍事件」⁴⁷⁾にて「一条において『公権力の行使に当たる公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたときは、…これを賠償する責に任ずる。』と定め、国の公権力を行使する公務員の違法な行為については、故意又は過失という主観的帰責事由がないときは、国は損害賠償の責任を負わないこととされた。そして、このような国家賠償法の定め方は、一般に違憲とは解されていない。すなわち、憲法は、国家の違法な公権力の行使により生じた損害をすべて補填することを当然には要求していないと解されるのである」と要件の必要性が判示されている。

国家賠償法は不法行為法の特別法であるため『『故意又は過失』の意義そのものについては、格別、民法 709 条と異なって解すべき理由は見出しがたいので、解釈上の対立も含め、基本的には同様と解すべきである」⁴⁸⁾との説明がある。

「故意」については、そもそも公務員は憲法の要請により全体の奉仕者として公共の利益のために勤務する義務があり⁴⁹⁾法により服務専念義務もあり⁵⁰⁾、『『故意』は特殊な

43) 最二小判昭和 31 年 11 月 30 日（巡査不審尋問事件）では「同条は公務員が主観的に権限行使の意思をもつてする場合にかぎらず自己の利をはかる意図をもつてする場合でも、客観的に職務執行の外形をそなえる行為をしてこれによつて、他人に損害を加えた場合には、国又は公共団体に損害賠償の責を負わしめて、ひろく国民の權益を擁護することをもつて、その立法の趣旨とするものと解すべきである」と判示している。

44) 深見・前掲注 18) 43 頁。

45) 最二小判平成 3 年 4 月 26 日判時 1385 号 3 頁（水俣病認定業務不作為事件）。

46) なぜならば「他者の不作為により内心の静穏な感情が害され、不安感、焦躁感を抱く結果になることがあることは否定できないとしても、作為義務を前提としない不作為それ自体は、法的に意味のある行為と評価することはできないからである」と判示している。

47) 東京高判平成 4 年 12 月 18 日判時 1445 号 3 頁（予防接種ワクチン禍事件）。

48) 深見・前掲注 18) 45 頁。なお、解釈上の対立の検討は本論の趣旨とは異なるので、あくまで要件の確認のみにとどめる。

49) 憲法 15 条 2 項「すべて公務員は、全体の奉仕者であつて、一部の奉仕者ではない。」

50) 例えば国家公務員法 96 条 1 項「すべて職員は、国民全体の奉仕者として、公共の利益のために勤務し、且つ、職務の遂行に当つては、全力を挙げてこれに専念しなければならない。」とある。

ケースに限られる」⁵¹⁾と考えられるため、「国家賠償法1条1項に基づく責任の内容は故意と過失で差がなく、事案の解決のためには過失を認定すれば十分であるためか、裁判例上、故意責任を認定している事案は少ない」⁵²⁾との指摘がある。

「過失」については大きく、「自己の行為により一定の結果が発生すべきことを認識すべきであるのに、不注意のためにその結果の発生を認識しないでその行為をするという心理状態」⁵³⁾との見解と、「他人の権利侵害を行う結果の発生について予見可能性があったにもかかわらず、これを行わず結果回避義務を懈怠したものとする」⁵⁴⁾という見解に分かれているが、「判例は、違法に他人に損害を生ぜしめるという予見可能性があり、回避可能性があるにもかかわらず、結果回避のための行為義務を尽くさないことをいう」⁵⁵⁾との指摘がされている。なお、求償権を認める1条2項に「重大な過失があったときは」とあることから、1項にける過失は重過失以外も含むと解される。

客観的要件たる「違法性」は、民法709条とは異なり⁵⁶⁾、「判例」⁵⁷⁾によれば、国家賠償法1条1項にいう『違法』とは、公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背することをいう⁵⁸⁾との説明がある。

④被害者に損害が発生したこと

「損害」とは「公務員の違法行為によって『他人』が被った財産的マイナス」⁵⁹⁾のことであるが、「国家賠償法特有の理論的な問題はなく、民法の一般理論に従う」⁶⁰⁾と解すればよいとの説明があり、判例でも「国または公共団体が国家賠償法に基づき損害賠償責任を負う関係は、実質上、民法上の不法行為により損害を賠償すべき関係と性質を同じ

51) 高木光ほか『行政救済法』(弘文堂、2007年)28頁。

52) 法務省・前掲注28)63頁。

53) 深見・前掲注18)46頁。

54) 深見・前掲注18)46頁。

55) 法務省・前掲注28)63頁。

56) この点については、民法709条にいう違法性が「他人の権利又は法律上保護される利益の侵害」であるのに対して、公権力の行使により「国民の権利、利益に対する制限、侵害を予定しており、行政法規等の定める要件を満たし、その定める手続きに従えば、国民の権利、利益を制限し、侵害することもできる。したがって、私人間の権利、利益の調整のための規範である民法の不法行為法における違法性の判断と国家賠償法1条1項の違法性を同一に捉えることは困難である」(深見・前掲注18)46頁)ために例えば「行政上の強制執行による建物の除去のように、私人間において行われたら違法な権利侵害とされる行為であっても、公務員が適法に行った場合には、国家賠償責任は生じない」(野呂充外『行政法』(有斐閣、2017年)244頁)のである。

57) 「国家賠償法一条一項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責に任ずることを規定するものである。」(最一小昭和60年11月21日判時1177号3頁(在宅投票事件))

58) 法務省・前掲注28)57頁。

59) 高木ほか・前掲注51)30頁。

60) 法務省・前掲注28)69頁。

くするものである」⁶¹⁾と判示している。

また、損害には、「積極的損害」すなわち「既存の財産が現実的に減少するという形で受けた損害」⁶²⁾、そして「消極的損害」すなわち「加害行為がなかったとすれば被害者が得たであろう利益（得べかりし利益、逸失利益）」⁶³⁾、さらに「精神的損害」すなわち民法710条でいう「財産以外の損害」⁶⁴⁾の三類型があると説明されている。

⑤公務員の行為と損害との間に因果関係が存在すること

「因果関係」についても損害と同様、「国家賠償法特有の問題はなく、民法の不法行為法における議論がそのまま当てはまる」⁶⁵⁾との説明がある。いわゆる「相当因果関係」についてであるが、国家賠償法の訴訟事案では「医学的や工学的など専門分野に関わる因果関係が問題となることが少なくない」⁶⁶⁾という特徴があり、これについては、「ルンバール事件」における「訴訟上の因果関係の立証は、一点の疑義も許されない自然科学的証明ではなく、経験則に照らして全証拠を総合検討し、特定の事実が特定の結果発生を招来した関係を是認する高度の蓋然性を証明することであり、その判定は、通常人が疑を差し挟まない程度に真実性の確信を持ちうるものであることを必要とし、かつ、それで足りるものである」⁶⁷⁾と「高度の蓋然性の証明」を求める判示が判例とされている。

以上の要件を具備することで、国家賠償法1条1項が成立し、国又は公共団体に賠償責任が発生する。さらに、その公務員に故意又は重大な過失があったときは、国又は公共団体はその公務員に対して求償権を有するのである。

このうち、第一要件「当該行為の主体が、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員であること」および第二要件「その公務員の職務行為であること」は、私人間の損害賠償とは異なる国家賠償特有の形式的要件である。そして、第三要件「故意または過失による違法性」、第四要件「被害者に損害が発生したこと」、第五要件「公務員の行為と損害との間に因果関係が存在すること」は、損害自体に係る実質的的要件である。

したがって、特許権の無効に係る国家賠償訴訟では、原特許権者が、①特許庁が国又は公共団体であり、審査官が公務員である、②特許の審査は審査官の職務行為である、③無効にも関わらず特許権を付与した審査官には故意又は過失による違法性がある、④無効により原特許権者には損害が発生したこと、⑤当該損害は特許権の無効に起因する、につい

61) 最三小判昭和46年11月30日判時653号84頁（建物および工作物除去等請求事件）。

62) 法務省・前掲注28）70頁。

63) 法務省・前掲注28）72頁。

64) 民法710条「他人の身体、自由若しくは名誉を侵害した場合又は他人の財産権を侵害した場合のいずれであるかを問わず、前条の規定により損害賠償の責任を負う者は、財産以外の損害に対しても、その賠償をしなければならない。」

65) 法務省・前掲注28）66頁。

66) 深見・前掲注18）73頁。

67) 最二小判昭和50年10月24日判時792号3頁（ルンバール事件）。

て主張立証する必要がある。

3. 特許権の行政的性格

(1) 行政行為としての権利付与

発明者が特許権を取得するためには、特許庁へ特許出願を行い審査官による審査を経て権利が付与される。そして特許権は特許原簿への設定の登録により効果が生ずる。

特許庁とは、経済産業省の外局であり「産業財産権の適切な付与」⁶⁸⁾などに関する取組を行う位置付けの行政庁である⁶⁹⁾。審査官の資格は特許法の規定⁷⁰⁾により政令⁷¹⁾で定められているが、通常は国家公務員採用総合職試験（技術系）の合格者から特許庁に採用された者が任用される。つまり国家公務員である。一方、特許庁では審査の迅速化のため、公務員試験合格者採用とは別途に、一般職の任期付職員の採用及び給与の特例に関する法律（任期付職員特例法）により任期付審査官の採用⁷²⁾も行っているが、任期付審査官も任期中は国家公務員である。

つまり特許権とは、著作物の創作と同時に自然発生する著作権とは異なり、行政庁の公務員の行為に基づき生ずる権利であり、その点からして、特許庁による「行政行為」による権利付与と言える⁷³⁾。しかし特許権は無効となる可能性があるため、行政行為の効果としては「公定力⁷⁴⁾」を有する、すなわち、特許権が無効とされるまでは権利行使の確定力を有する（解除条件付確定力）権利であるとされている。

(2) 国家賠償法 1 条要件のあてはめ

特許庁および審査官についてであるが、第一要件は、特許庁は国の組織であり、審査官

68) 特許庁の役割 <https://www.jpo.go.jp/shoukai/soshiki/yakuwari.htm>

69) 経済産業省設置法 22 条「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。」

経済産業省設置法 23 条「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並びに第四条第一項第七号、第五十六号及び第五十八号に掲げる事務をつかさどる。」

70) 特許法 47 条 2 項「審査官の資格は、政令で定める。」

71) 特許法施行令 4 条、5 条。

72) 任期付職員特例法 3 条 1 項「任命権者は、高度の専門的な知識経験又は優れた識見を有する者をその者が有する当該高度の専門的な知識経験又は優れた識見を一定の期間活用して遂行することが特に必要とされる業務に従事させる場合には、人事院の承認を得て、選考により、任期を定めて職員を採用することができる。」

73) なお、「行政行為という言葉は、法律の中には登場しない、学問上（行政法学上）の用語である」（野呂ほか・前掲注 56）64 頁）ものの、本論では定義として「行政庁が、行政目的を実現するために法律によって認められた権能に基づいて、一方的に国民の権利義務その他の法的地位を具体的に決定する行為」（原田・前掲注 20）140 頁）を採用する。

74) 「それが法律や条例の規定に違反していても、権限ある機関が正式にこれを取り消さないかぎり、有効とされ国民を拘束する。このように違法であっても、法の世界で有効なものとして通用し関係人を拘束する力を公定力という」（原田・前掲注 20）143 頁）。

は公務員に該当する。そして「公権力の行使」については、特許庁による「判定制度」の解説で「判定の結果は、当事者、第三者を法的に拘束するような規定を設けていないため、行政庁の処分その他の公権力の行使に当たる行為には当たりません」⁷⁵⁾としており、逆の意味で、特許権の設定行為は公権力の行使に当たると言える。

次に第二要件については、出願案件について審査をして査定するのは審査官の法的義務であり当然の職務行為である。したがって、形式的要件は具備する。

第三要件乃至第五要件は裁判事案を通して検討を行うが、少なくとも第三要件「故意又は過失」のうち、「故意」については、そもそも国家公務員たる特許庁審査官は憲法の要請により全体の奉仕者として公共の利益のために勤務する義務があり⁷⁶⁾法により服務専念義務もある⁷⁷⁾、また審査過程も含めて特許の手続きは情報が公開されることから、故意による過誤審査は起こりにくい⁷⁸⁾。

問題となり得るのは第三要件「違法性」と思われるが、それについては次項にて特許権（産業財産権）に係る裁判事案を通して検討をする。

4. 国家賠償法に係る産業財産権事案

特許権（あるいは他の産業財産権）に係る国家賠償法による訴訟事案は下表のとおりである。

このうち、「放電焼結装置事件①～⑨」は同一原告が同一事案（特許権の取消）について繰り返し訴訟提起している事案で、検討の対象とするのは「放電焼結装置事件①」のみとする。また、「オンラインシステム事件」は、実用新案権及び特許権の抹消登録処分について、システムの瑕疵に起因することを理由とする訴訟であり、本論の趣旨とは異なるため検討の対象とはしない。

国家賠償訴訟では原告の訴えが棄却されることが多いため、まず棄却理由の検討、つまり国家賠償法1条1項のどの要件の不適合性により棄却となったのかの検討を類型に分類して行う。そして、次に国家賠償が認められた事案から要件のあてはめを行う。

75) 特許庁 判定制度 4 頁。

(<https://www.jpo.go.jp/tetuzuki/sinpan/sinpan2/pdf/hantei2/hantei.pdf> 2018.5.22 アクセス)

76) 前掲注 49)

77) 前掲注 50)

78) これについては、「我が国審査官・審判官は、裁判官や他の国家公務員、他国審査官以上に多くの重圧や課題を抱えているともいえる。高度な技術的知見や知的財産制度に対する深い造詣に加え、均衡のとれた見識が求められる」(澤井智毅ほか「審査官の矜持」特技懇誌 253 号 (2009 年) 115 頁) からも故意は考えにくい。

判決日	裁判所	事案	判断
S38.4.22	東京地判	抗告審判事件	棄却
S46.9.9	奈良地判	実用新案権無効事件	棄却
S55.8.15	東京高判	実用新案登録抹消事件	棄却
S56.3.13	最二小判	実用新案登録抹消事件	棄却
S60.2.22	東京地判	落花生の処理法等事件	棄却
H6.12.22	大阪地判	商標権更新登録事件	一部認容
H7.9.7	大阪高判	商標権更新登録事件	一部認容
H10.4.27	東京地判	特許分割出願事件	棄却
H12.3.22	東京高判	特許分割出願事件	棄却
H15.6.17	静岡地判	質権設定登録事件	一部認容
H15.7.25	東京地判	実用新案拒絶査定事件	拒絶
H16.7.29	大阪地判	実用新案冒認事件	棄却
H16.10.26	東京高判	実用新案拒絶査定事件	棄却
H16.12.8	東京高判	質権設定登録事件	棄却
H16.12.10	東京地判	放電焼結装置事件①	棄却
H17.3.30	東京高判	放電焼結装置事件①	棄却
H18.1.24	最三小判	質権設定登録事件	差し戻し
H18.6.28	東京地判	オンラインシステム事件	一部認容
H21.1.14	知財高判	質権設定登録事件	一部認容
H22.8.26	東京地判	放電焼結装置事件②	棄却
H22.12.3	東京地判	放電焼結装置事件③	棄却
H23.1.28	東京地判	審査結果無効確認事件	棄却
H23.7.20	東京地判	放電焼結装置事件④	棄却
H24.2.7	知財高判	審査結果無効確認事件	棄却
H26.9.26	東京地判	放電焼結装置事件⑤	却下
H26.10.9	東京地判	放電焼結装置事件⑥	却下
H26.10.23	東京地判	放電焼結装置事件⑦	却下
H27.2.12	知財高判	放電焼結装置事件⑥	却下
H27.3.25	知財高判	放電焼結装置事件⑦	棄却
H28.7.20	東京地判	放電焼結装置事件⑧	棄却
H29.1.25	東京地判	特許査定義務付等請求事件	棄却
H29.2.23	東京地判	放電焼結装置事件⑨	棄却
H29.6.28	知財高判	放電焼結装置事件⑨	棄却
H29.12.21	最一小決	放電焼結装置事件⑨	棄却

(1) 棄却事案

①第一類型：業務的制約論

特許庁長官の指定を受けた抗告審判⁷⁹⁾の審判官が指定後2年余の期間、抗告審判請求事件の審理審決をしなかつた場合の違法性の有無が争点となった「抗告審判事件」⁸⁰⁾では、「審判官の職にある者は、極めて多数の審判請求事件又は抗告審判請求事件を担当しており、ことに、本件抗告審判請求事件を担当すべき審判官の属する機械部門においては、他の部門に比べて処理すべき事件数がもつとも多いため、抗告審判請求にかかわらず特許出願の日または実用新案登録出願の日の古い順序に従つて処理するという取扱い原則に従つて、昭和三十七年度においても、ようやく、昭和三十三年に特許出願又は実用新案登録出願をしたものに係る事件の一部を審理をしている状況にあること、前記各通商産業技官審判官においても、いずれもこれと同様で、昭和三十五年六月九日、本件抗告審判請求事件を処理すべき抗告審判の審判官として特許庁長官の指定を受けて以来、二年余の期間、右原則をとくに變更しないかぎり、昭和三十三年九月一日特許出願に係る本件抗告審判請求事件の審理審決をすることは不可能な状況にあつたことを認めることができる」として、迅速な事案処理が困難であるという組織状況からみて「特許庁長官の指定を受けながら、その後二年余の期間、本件抗告審判請求事件の審理審決をしなかつたことは、このような実情に対する一般的批判は別として、これをもつて、ただちに、その職責に違背する違法な行為（不作為）と断ずることができない」と判示して原告の請求を棄却した。

審判官は審判をする義務があり、抗告審判請求事件を審理審決しなかつたことの違法性の有無が争点であつた。すなわち第三要件において、審判官が意図的に審理を行わなかつたのであれば「故意」に、審理を忘れていたのであれば「過失」となる。判示は当時の状況が処理すべき事件件数の多さから迅速な審理が出来ず、2年余にわたる未審理についても止む無しとしている。しかしこれは、紙媒体が主流の当時の環境では生じえるが、ICT環境が整備された現在では起こり得ない事案と思われる。

②第二類型：被告適格性論

特許庁が登録原簿から実用新案の登録の抹消をしないことを違法行為として損害賠償を求めた「実用新案登録抹消事件」⁸¹⁾では、本件について「法律関係の帰属主体である国（代表者、法務大臣）を相手方として提起すべきものであり、国の機関の一つにとどまる被控訴人（特許庁長官）を相手方として提起することは許されない」と判示して被

79) 旧特許法（大正10年法）による拒絶査定不服審判。

80) 東京地判昭和38年4月20日判タ144号169頁（抗告審判事件）。

81) 東京高判昭和55年8月15日LEX/DB（実用新案登録抹消事件）。

告適格を有しない不適法な訴えであるとの理由で却下した⁸²⁾。

被告適格という第一要件の欠如であるため、第二要件以下は判断されていない。

原告側の訴訟技術が未熟だったのか、意図したものがあつたのかは不明であるが、他の訴訟事案では「国」を被告としており、通常は起こり得ない類型と思われる⁸³⁾。

③第三類型：損害不存在論

偽造委任状による特許権の一部取得登録の事案である「落花生の処理法等事件」⁸⁴⁾では、「原告が昭和五三年四月一四日に、ピーナッツパウダーを樂陽食品に売却したこと」の点についての証拠として提出した契約書の当事者は、原告ではなく、訴外ピーナ・プロテイン・インターナショナル・インコーポレイテッド（以下『ピーナ・プロテイン』という。）となっており、またそのころ、原告が樂陽食品に売却するためにピーナッツパウダーを取得保管していたとの点もこれを認めるに足る証拠はない。そうすると、右契約の解除によつて原告に損害が発生することについて、本件においては、これを認めるに足る証拠はない」ために「損害発生的事实を認めることはできない」と判示して請求を棄却した。

特許庁が、質権設定登録よりも後の受付に係る特許権移転申請を誤って先に登録したため、融資の担保とした特許権の質権を行使できなかったとして国家賠償を求めた「質権設定登録事件（控訴審）」⁸⁵⁾では、地裁での一部認容を高裁で取消したが、理由としては「本件質権が、本件移転登録に先立ち正しく登録されていたとしても、被控訴人が、本件質権に基づいて、その被担保債権の弁済を受けることが可能であったともいい難いところであるから、本件においては、特許庁の登録専門官の過失により、被控訴人に現実に損害が発生したものとは認めることができないといわざるを得ない」と判示した。

「落花生の処理法等事件」は、「原告は、被告Xのした本件一部取得登録申請手続及び特許庁の事務官のした本件一部取得登録手続に過失があるとして、それにより原告が被ったとする損害の賠償を求めるものであるが、右の過失があるか否かの点はさてお

82) 本件は上告審（最二小判昭和56年3月13日）でも棄却されているが、被告適格性について上告人は「被上告人は国の一機関であつて損害賠償請求のように私法上の権利又は法律関係にかかる通常訴訟においては被告適格を有しない。といっているが通常知られている例において小僧が道路において水を撒いていて通行人の衣類を汚した場合に始末をする道理がある。いうまでもなく小僧の傭い主が損害賠償上の出費を余儀なくされるところとなる。審査官が失策をえんじた場合のつぐないはいうまでもなく長官がなさなければ何処に法律があるかわからなくなる」と主張している。

83) なお、前表「放電焼結装置事件②」および「放電焼結装置事件③」では被告を審判官としているが、前述のとおり様々な理由で同一事案の訴訟（国家賠償法以外でも100件以上）を繰り返しており、本論では「放電焼結装置事件①」以外は採用しない。

84) 東京地判昭和60年2月22日判タ559号281頁（落花生の処理法等事件）。

85) 東京高判平成16年12月8日金融・商事判例1208号19頁（質権設定登録事件（控訴審））。

き」として、第三要件を認めつつ第四要件の欠如により棄却している。

「質権設定登録事件（控訴審）」では一審判決の「人為的な過誤、すなわち、国家賠償法1条にいう過失があったものと推認せざるを得ず、これを覆すに足りる証拠はない」を引用しており、第三要件を認めているが第四要件の欠如により請求を棄却している。

しかし、損害の発生を認めることができないという点については、原告側の主張立証という訴訟技術上の問題であるが、特許（あるいは産業財産権）制度に起因するものではないと思われる。

④第四類型：正当行為論

実用新案の拒絶査定に対する審査官の違法性を争った「実用新案拒絶査定事件」⁸⁶⁾では、「本件各拒絶理由通知から本件各拒絶査定の謄本送達に至るまでの経緯に、違法と評価される要素が存在しないことは、既に判示したところから明らかであり、その後の本件質問書に対する特許庁の応答及び原告とのやり取りを仔細に検討しても、違法行為をうかがわせる事情は見当たらない。その他、本件における全証拠に照らしても、特許庁が故意又は過失により原告の審判請求を妨げたことをうかがわせる事情は何ら認められない」と判示して、一連の業務には違法性が認められないとした。

審査で拒絶されなかったために冒認出願である実用新案が登録された事案である「実用新案冒認事件」⁸⁷⁾では、審査官の行為について「審査において違法があったことを認めるに足りる証拠はない」あるいは「被告Eによって冒認出願されたという証拠はないし、その他、本件発明〔2〕の特許出願の審査において違法があったことを認めるに足りる証拠はない。なお、乙〔2〕第1号証、第3、第4号証によれば、原告は、平成14年2月20日、本件発明〔2〕に係る艶出し撥水剤は原告が先に考案したものであるのに、被告Eが冒認出願したものであるとの趣旨により、無効審判請求をしたこと、これに対し特許庁は平成15年4月24日、審判請求は成り立たない旨の審決をし、その後同審決は確定するに至っていることが認められる」などと判示し、正当に行った審査であり違法性がないとしている⁸⁸⁾。

PCT出願に伴う特許庁による国際予備審査の結果が特許法29条に則さない無効な審査であるとした「審査結果無効確認事件」⁸⁹⁾では、「特許庁審査官が本件見解書及び本件報告書を作成し、特許庁がこれらの書面を原告・国際事務局に送付するに当たり、特許庁審査官及び特許庁長官がその職務上尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と行為をしたと認め得るような事情は認められないから、原告主張の行為に国家賠償法1条1項にいう違法があったということはできない」として、職務上、正当な業務を行ってお

86) 東京地判平成15年7月25日裁判所 HP（実用新案拒絶査定事件）。

87) 大阪地判平成16年7月29日裁判所 HP（実用新案冒認事件）。

88) 東京高判平成16年10月26日裁判所 HP にて同旨。

89) 東京地判平成23年1月28日裁判所 HP（審査結果無効確認事件）。

り違法性は無いと判示した⁹⁰⁾。

特許査定を求めた「特許査定義務付等請求事件」⁹¹⁾では「本件の場合、原告の主張する請求原因事実からは、いかなる公務員のいかなる行為がいかなる職務上の法的義務に違反したと主張するものか、必ずしも判然としない」として違法性が確認できないと判示した。

何らかの瑕疵があった場合の違法性の有無という第三要件の判断である。

「実用新案拒絶査定事件」では、「原告は、自らの判断により本件各拒絶査定につき審判請求をしないまま不服申立期間を経過したものであって、特許庁の違法行為により審判請求の機会を奪われた旨の原告の主張は、理由がない」と判示されているように、特許庁の違法性よりもむしろ、原告側の行為に瑕疵が認められる。

「実用新案冒認事件」のように、特許（実用新案）出願において、特許（実用新案）を受ける権利を有しない者が権利者となることは冒認出願として問題となる。しかし審査では「真の発明者（考案者）」の実体審査は行われず、仮に冒認出願が認められると、真の発明者が特許権者になれないばかりか、冒認による無効請求を行うと権利は無効となるが自らが権利者となることは出来ないという問題を有していた。しかし本件では、冒認であるとの主張は認められてはおらず、審査官は正当業務として審査を行い権利を付与したに過ぎないので、違法性を認めることは出来ない。したがって第三要件の欠如となる。仮に冒認出願としても、そもそも願書に発明者の記載がなされており形式的要件を具備していれば、情報提供あるいは相当の事情がないかぎり審査官は真の発明者ではない者に権利を付与すること自体は、正当業務の範囲内と考えられる。また、平成23年特許法改正により冒認出願に対する「取戻請求権（特許法74条）」が条文として設けられたため、取戻請求を行うことが真の発明者の救済であり、今後は冒認出願に係る国家賠償法による訴訟は起こる可能性が低いと思われる。

なお、「審査結果無効確認事件」および「特許査定義務付等請求事件」では、原告側に違法性についての明確な主張がなく、訴訟技術上の問題である⁹²⁾。

⑤第五類型：行政救済論

実用新案権が無効となったことに対する損害賠償請求事案である「実用新案権無効事件」⁹³⁾では、「実用新案登録の有効無効をめぐる争訟は、高度の専門技術的知識にもとづ

90) 知財高判平成24年2月7日裁判所HPにて同旨。

91) 東京地判平成29年1月25日裁判所HP（特許査定義務付等請求事件）。

92) 「審査結果無効確認事件」では「具体的にどのような論理付けをしたことが違法だと主張するのか明らかではなく、本件見解書及び本件報告書における特許性（進歩性）に係る見解がPCT等の関係法令に違反した無効なものであると認めるに足る主張立証はない」とあり、「特許査定義務付等請求事件」では前述のとおりである。

93) 奈良地判昭和46年9月9日判時763号87頁（実用新案権無効事件）。

く統一的判断が要求されるところから特許庁の審判を前審的なものとし、その審決に対する訴を特に東京高等裁判所に専属させている」とし、さらに「これら争訟手続に関する証拠申出の採否、証拠の証明力の判断、事実認定等について違法が存する場合は、当事者は、当該事件の終局判断に対する上訴により不服申立をなして、これに対する救済を受けることができ、かつその方法によってのみ救済を受けることが許されるのを原則とし、右方法により不服申立をしないまま、終局判断が確定した後に至り、当該事件の審判官等のなした証拠申出の採否の措置、証拠の証明力の評価、事実認定等について違法を主張することは、再審によりうる場合のほかは許されないといわなければならない」として訴訟と審判の関係を明示した。そのうえで「《証拠略》によると、原告は前記審決に対し事実誤認を理由として東京高等裁判所に上訴したが、その請求を棄却され、同じく《証拠略》によると、さらに原告は、経験則違背の事実認定等を理由として最高裁判所に上告したが、その上告を棄却されて右請求棄却の判決は確定したこと、また《証拠略》によると、原告は、右確定判決につき、重要事項の判断遺脱を理由として東京高等裁判所に再審の訴を提起したが、その訴を却下されて確定したこと、がそれぞれ認められ、これを覆えすに足る証拠はなく、原告の主張は要するに当裁判所の管轄に属しない審判および裁判の手続面の違法についての判断を求めるものというべく、到底容認できない」と判示して棄却した。

分割出願に対する特許拒絶査定に係る「特許分割出願事件」⁹⁴⁾では、国を被告としているが、審判官の行為の国家賠償法上の違法性判断については「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」とし、さらに「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のが不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と解すべきである」との判断を示したうえで、「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のが不当と解される

94) 東京地判平成10年4月27日判タ980号116頁（特許分割出願事件）。

ような特別の事情を認めるに足る証拠はない」として請求を棄却した⁹⁵⁾。

特許権の取消決定の違法性が争点となった「放電焼結装置事件」⁹⁶⁾も国を被告としているが、「分割出願事件」と同様に「審判官がした取消決定に対して不服がある場合には、これを是正するための救済手続が定められているのであるから（法 171 条 1 項、178 条 1 項、民事訴訟法 311 条）、審判官がした取消決定について国家賠償責任が肯定されるためには、取消訴訟等の救済方法で是正されるべき法令違背等の瑕疵等が存在するということだけでは足りず、違法な審理判断に対する救済を上記不服申立手続による救済にゆだねるだけでは不相当と解されるような特別な事情のあることを要するものと解すべきである」と判示して原告の請求を却下した⁹⁷⁾。

国家賠償訴訟に至るまでの過程、すなわち特許制度における救済手続きに違法による瑕疵がなければ（あるいは違法性につき不服申し立てをしなければ）、そもそも第三要件の違法性はない、とする判断である。これは行政救済法⁹⁸⁾の位置付における行政訴訟の過程で「法令違背等の瑕疵等」が確認できないのであれば、国家賠償相訴訟で争う余地はない、とするものである。

特許法を例にするならば、例えば特許権の無効審決に対しては審決取消訴訟が可能であるが、その訴訟において違法性を問うべきあり、その主張を行わなかったまま、無効後に国家賠償請求を求めることは認められないのである。

以上、国家賠償請求を棄却した事案の検討であるが、第一類型「業務的制約論」および第二類型「被告適格性論」は過去の判断基準であり、おそらく今後は生じない。第三類型「損害不存在論」は、不法行為における損害の立証という訴訟技術上の問題である。

第四類型「正当行為論」および第五類型「行政救済論」は、少なくとも産業財産権に係る国家賠償訴訟では主となる考え方となると思われる。しかしながら、両基準とも原特許権者救済という観点では問題がある。

第四類型「正当行為論」は、信用棄損行為における正当行為論への批判⁹⁹⁾と同様、条文にはない違法性阻却事由の要件を認めるものである。まず正当行為か否かの判断で、その正当行為の過失の程度（無過失や軽過失、重過失）の検討により信用棄損行為の成立を判断すれば、違法性阻却事由の要件を加えるものではない。しかし過失を認めたうえで、正当行為による過失の違法性を阻却することは違法性阻却事由を加味することとなる。

思うに、本人訴訟でない限り権利侵害警告および訴訟を提起するのであれば原告（原権

95) 本件は控訴審である東京高判平成 12 年 3 月 22 日でも支持されている。

96) 東京地判平成 16 年 12 月 10 日裁判所 HP（放電焼結装置事件）。

97) 本件は控訴審である東京高判平成 17 年 3 月 30 日でも支持されている。

98) 「行政活動に対する私人の不服の解消に関するルールの総体」（高木ほか・前掲注 51）2 頁。）

99) 前記 1 (2) ②

利者)は専門家(代理人としても弁護士や弁理士等)と共に調査や分析を行っているとき当然に考えられる。その場合、専門家が関与しているのであれば、警告や訴訟は職務としての正当行為である。仮に権利非侵害や権利無効を知っていたにも関わらず原告側が警告等を行っていたらそれは故意による不当行為となる。その場合は信用棄損行為が成立し得る。とすると権利非侵害や権利無効を知らずに警告等を行ったという過失の点が問題となる。

国家公務員たる審査官は弁護士や弁理士と同等かそれ以上に正当な業務を行うことを求められており、過失が認められるにも関わらず正当行為として免責されるという正当行為論では、審査官の「故意による不当行為」を立証できないかぎり国家賠償が認められないばかりではなく、過失要件を阻却することで国家賠償が認められる可能性が極めて低くなり得る。出願発明の審査を行い特許査定を行うことは、職務として当然の審査官の正当行為である。拒絶理由を内在する特許査定は特許法違反の違法性¹⁰⁰⁾を有しており、その場合の過失をどのように判断するのかという「過失論」が国家賠償では求められるべきである。

第五類型「行政救済論」では、特許法における審決取消訴訟と国家賠償法は別法であるので、審決取消訴訟での主張内容と国家賠償訴訟での主張内容が異なることは問題がないにも関わらず同一のものとして扱い、審決取消訴訟での既判力を国家賠償法に求めるとしている。しかし、『行政救済』の内容は、まず、『行政訴訟』と『国家賠償』に大別され、次いで、行政訴訟が『行政上の不服申し立て』と『行政訴訟』¹⁰¹⁾があるとの説明のように行政訴訟と国家賠償は行政救済の目的では個別独立している。救済過程で違法性について認められていないという点をもって国家賠償を棄却するのであれば、少なくとも産業財産権については行政訴訟ルート経由の国家賠償訴訟が起こしづらくなる¹⁰²⁾と考えられる。

しかし本論で問題としている「拒絶理由を有する発明に特許権を付与した審査官の行為」については、原権利者が国家賠償の前に行政救済で争われることはないのである。なぜならば、特許の取消しや無効に対する行政救済制度はあるが、特許査定となった場合の特許権者に対する行政救済制度はなく、そもそも必要がない。したがって特許査定後に権利が有効であれば特許権者が審査官の行為に対する行政救済がないのであれば、拒絶理由を有する発明に特許権を付与した審査官の行為の「違法性」について国家賠償訴訟を起こしても、前提としての行政救済が存しないので、行政救済論による要件判断は出来ないものである。よって、この場合は審査官の正当行為に過失論のあてはめを行うべきである。

100) 特許法 49 条違反。

101) 高木ほか・前掲注 51) 2 頁。

102) なぜならば、もし特許権無効審決の取消訴訟で違法性が立証できれば特許は無効とならず特許権が存続する可能性が高い。であれば国家賠償訴訟を提起する理由がなくなる。また、違法性が立証できずに無効となった場合には、救済過程考慮論で棄却されるために国家賠償訴訟を提起する意味がないのである。

(2) 認容事案

①「商標権更新登録事件」

商標権の更新登録出願に対して、審査ないし審判が行われなかったという不作為に対する国家賠償訴訟である¹⁰³⁾。

地裁¹⁰⁴⁾は「争点1（特許庁長官又は審査官もしくは審判官が、第二次訴訟の提起に至るまで審査ないし審判をしなかった不作為は、国家賠償法一条一項にいう違法な公権力の行使に当たるか）について」は、まず「審判官が前記作為義務に違反したというためには、審決に至るまでに要した時間、特許庁の執務体制、当該審判手続の対象となる事件の判断の難易、当該事件で認められる特殊事情等を総合的に考慮し、右裁量を前提としてもなお、不当に長期間にわたり審判をしなかったといえることができる場合であることを要すると解するべきである」として総合考慮判断による不作為の違法性判断基準を示したうえで本件については「審判官が第一次訴訟の判決の確定から六年余経過しても審決をしなかったことについては、合理的な理由を見出し難く、不当に長期間にわたり審判をしなかったというべきであり」として本件の不作為は過失による違法性があると判断した。そのうえで「争点2（違法な公権力の行使と原告主張の損害との間に因果関係が認められるか）」について「原告の主張する損害は、本件商標権が消滅したことによる損害ではなく、本件更新登録出願に対する審理が遅延したことによって原告が第二次訴訟を提起せざるを得なかったことによる損害であり、前示の経過に照らせば、原告が第二次訴訟を提起したことも無理からぬところといわなければならないから、本件審決の遅延と原告主張の損害との間には相当因果関係があるといえるべきであり」として違法性と損害との相当因果関係を認めて損害賠償請求を認容したものである。

控訴審¹⁰⁵⁾も同様に、作為義務違反による不作為の違法性および損害との相当因果関係を認めて損害賠償を認容した。

一部とはいえ国家賠償を認容したことは、国家賠償法1条1項の五要件を具備したことである。国を被告としており被告適格性の問題はなく、審査ないし審判を行う特許庁職員が公務員である点も争いがない。争点はまず、争点1の審査ないし審判を行わなかったという「不作為」が公務員による違法な公権力の行為に該当するか否かという、第一要件および第二要件に係る部分である。不作為の前提としての作為義務について地裁は「商標権の存続期間が設定登録の日から一〇年であり、更新登録の出願によりさらに一〇年ごとに更新が認められる（商標法一九条）こと、同法二〇条二項が更新登録の

103) 本件は国家賠償請求の前に、商標権更新登録出願の補正書の不受理処分に対する取消訴訟（第一次訴訟）および、特許庁に対して至急審査をするよう求める上申書を提出してもなお審査も審決もされなかったために訴訟を提起（第二次訴訟）している。

104) 大阪地判平成6年12月22日判時1534号119頁（商標権更新登録事件）。

105) 大阪高判平成7年9月7日判時1555号122頁。

出願は商標権の存続期間が満了前六か月から三か月までの間にしなければならないと定めているのは、できるだけ存続期間の満了までの間に更新登録（又は拒絶査定）をするものとする趣旨と解されることからすると、更新登録出願についての拒絶査定に対して審判請求があった場合、審判官としては、商標権の存続期間の満了後再度一〇年の存続期間が満了する前に審決をすべきことは当然のこととして、右二〇条二項の趣旨に照らしてできる限り早期に審決をすべき作為義務があると解するべきである」としたうえで、前述の基準から不作為をもって公権力の行使に該当するとした。さらに、不作為の理由について「本件審判請求がされた当時、特許庁において商標に関する審判事件の未済件数が多数にのぼり、その平均処理期間は、昭和六〇年で八年強、昭和六一年で約八月四か月、昭和六二年で約五年七か月であったという」と、却下事案第一類型「業務的制約論」を主張した被告に対しては「合理的な理由がない」として「過失による違法性」、すなわち第三要件を認めたのである。そして第四要件である損害を認め、第五要件についても相当因果関係を肯定しており、五要件すべてを具備したのである¹⁰⁶⁾。

しかし本件で原告が損害として主張したのは第二次訴訟に係る「印紙代」、「予納切手代」、「出張旅費」という消極的損害（実費）のみであり。「本件商標権が消滅したことによる損害」は主張していないのである。

②「質権設定登録事件」

前述の「質権設定登録事件」の一審¹⁰⁷⁾では、争点の一つ「特許庁の担当登録専門官の故意又は過失の有無」について「本件質権の設定登録申請について、特許原簿に登録されなかったのが担当の登録専門官の故意によるものと認める証拠はなく、若しも電子計算機（ハード、ソフト）自体に不備・欠陥ないし故障箇所があったとすると、本件だけの過誤というのは不合理・不可解というほかなく、通常ならば本件の1件だけでなくほぼ同時期に何件かの過誤が発生して然るべきところ、そのような形跡はないのであるから、本件では、担当の登録専門官において、仮の登録原簿上の必要な記載を見ないで放置していたか、その記載を見落としたか、見たのに判断を誤り、その後の処理を怠っていたのか、或いはその後の処理を誰かが行うであろうと軽率にも思い込んだか、2～3日中に処理しようと考えていてその後自分で処理した気になり、うっかりして処理を失念してしまったか、はたまた誰かに任せたので処理が行われるものと轻信したか、本件質権の設定登録申請書が他の書類に紛れ込んだか処理済みの書類の中に入ってしまったかして本登録のための入力をするのができなかったか、電子計算機に誤って操作したため正確に本登録として保存されず、本登録完了の確認をしなかったか、いずれにしても人為的な過誤、すなわち、国家賠償法1条にいう過失があったものと推認せざるを

106) 控訴審でも同様の理由で五要件を認めている。

107) 静岡地判平成15年6月17日金融・商事判例1181号43頁（質権設定登録事件）。

得ず、これを覆すに足る証拠はない」として、故意ではないが何らかの過失により質権登録を忘れたとした。そのうえで原告の損害について「原告の有する本件特許権にかかる本件質権は、甲から乙への本件特許権の本件移転登録がなされた平成9年11月17日の時点において、対抗要件の点から、その設定の効力を主張できなくなったのであるから、原告の有した質権の喪失・消滅という損害は、その時点で発生したというべきである。そして、その時点（平成9年11月17日）における本件特許権についての質権の価値〔厳密にいうと本件特許権（所有権）の価値ではない。本件特許権の価値と異なる場合がある。〕を算定し、それが原告の損害となると解すべきである」と判示した。

質権設定登録は、公務員たる特許庁担当官の当然の職務であり、その点で第一要件、第二要件を具備している。第三要件については「過失があったもの」として過失による違法性を、第四要件についても損害の発生を認めている。第五要件は「対抗要件の点から、その設定の効力を主張できなくなった」として、質権設定登録の過誤による損害発生の因果関係を認めた。このため五要件を具備して損害賠償を認めたのである¹⁰⁸⁾。

しかし控訴審では、一審同様に少なくとも過失は認めているものの、「損害が発生したものと認めることはできない」として第四要件の欠如により国家賠償を棄却したことは前述のとおりである。

これに対して最高裁¹⁰⁹⁾は、質権設定の過誤について「申請による登録は、受付の順序に従ってしなければならないものとされており（同令37条1項）、特許庁の担当職員がこの定め反して受付の順序に従わず、後に受付のされた丙に対する特許権移転登録手続を先にしたために、先に受付のされた乙に対する質権設定登録をすることができなくなった場合には、乙は、特許庁の担当職員の過失により、本来有効に取得することのできた質権を取得することができなかったものであるから、これによって被った損害について、国家賠償を求めることができる」としたうえで、「上告人は、平成9年9月1日、A社から本件質権の設定を受け、同月2日、特許庁長官に本件質権設定登録を申請し、同月3日、これが受け付けられたにもかかわらず、この受付に後れて申請及び受付がされた本件特許権移転登録が先にされたため、本件質権の効力が生じなかったというのであるから、上告人は、特許庁の担当職員の過失により、本来有効に取得することのできた本件質権を取得することができなかったものであることが明らかである」として担当官の過失を認定し、さらに損害について「特許庁の担当職員の過失により特許権を

108) なお原告が主張していた損害は「商標権更新登録事件」とは異なり、質権の喪失・消滅による積極的損害（得べかりし利益）である。

109) 最三小判平成18年1月24日判時1926号65頁（質権設定登録事件（上告審））。なお上告審では、損害額の算定について民事訴訟法258条による「相当な損害賠償額の認定」についても判示しているが、損害賠償額の認定については本論の趣旨ではないので、この点については論じない。

目的とする質権を取得することができなかった場合、これによる損害額は、特段の事情のない限り、その被担保債権が履行遅滞に陥ったところ、当該質権を実行することによって回収することができたはずの債権額というべきである」としており、「特許庁の担当職員の過失により本件質権を取得することができなかったことにより損害が発生した」という因果関係を認める判示をして原審に差し戻した。

差戻控訴審¹¹⁰⁾では、「上告審判決は、本件については、損害額の認定等につき更に審理を尽くさせる必要があるとして、原審に差し戻し、当裁判所が審理をすることとなったものであるが、同判決は、被控訴人には特許庁の担当職員の過失により本件質権を取得することができなかったことにより損害が発生したというべきであるから、その損害額が認定されなければならない」として損害賠償額の認定を行った。

「商標権更新登録事件」および「質権設定登録事件」では、法に従った手続きを行わなかった点に「過失による違法性」を認めており、「損害の発生」との間の因果関係も認めている。そのため両事案とも国家賠償請求が認容されている。

「法に従った手続きを行わなかった」ということは違法であり正当行為ではない。公務員たる者が故意によりそのようなことをするとは考えにくく、故に「過失による違法性」は示されることとなる。そして総合考慮的な違法性阻却事由判断は行っておらず、条文の要件に沿った判断と言える。

5. 無効事由を内在した特許査定に対する国家賠償請求についての理論的枠組み

無効となった原特許権者の国家賠償による救済が必要なのか、本項ではその点について論じたい。

(1) 国家賠償請求を認めない理論的枠組み

そもそも特許権の取得を望む当事者は制度について当然に知っていると考えられる¹¹¹⁾。その意味では

- ①特許法は無効審判制度を有しており、無効事由を内在した特許権を前提としている。
- ②権利侵害警告の結果、非侵害だった場合に権利者に不利益が生じ得ることは周知の事実である。

110) 知財高判平成21年1月14日判時2030号93頁（質権設定登録事件（差戻控訴審））。

111) 少なくとも弁理士等の専門家が関係していれば当然のことである。

③権利無効の抗弁はあり得る抗弁であり¹¹²⁾、無効審判の請求成立率が25.7%¹¹³⁾であることから、原権利者にとって無効可能性は当然の予見範囲内である。

④自己実施という権利行使で収益を得た場合に、無効後に当該収益を社会に還元する制度はない。また、第三者実施の場合は、契約の中で無効となった場合にも既実施料の返還は求めないというのが通常である。また自己実施による収益の場合、その収益を社会に還元する義務はない。既にあげた収益は留保しつつもあらためて国家賠償を請求するのであれば、二重の利得となりかねない。

つまり制度上、権利侵害警告による信用棄損行為は当然に起こり得ることであり、何故に無効となったとして救済する必要があるのか。

また、審査官の特許査定行為を国家賠償法の要件でみるならば、

①第一要件

審査官は特許庁という国の機関の公務員である

②第二要件

査定行為は法による審査官の職務である

③第三要件

審査過程が公表されている特許審査で、明確な拒絶（無効）事由があるにも関わらず故意に特許査定をすることはまず生じえない。しかし、何らかの過誤により特許査定をすることはあり得る。

④第四要件

少なくとも既納の特許年金で、当該年以前の年金は返還対象ではなく、実損（消極的利益）となり得る。

⑤第五要件

少なくとも上記実損は無効を起因としており、因果関係が認められる。

となり、第一、第二要件は成立し、第四、第五要件も場合により成立し得る。問題となるのは検討事案と同様、第三要件である。

発明の内容は高度かつ専門的な場合が多く、審査官をしても特許査定か拒絶査定かの判断が困難な場合はあり得る。しかしその場合には「未登記立木強制執行事件」¹¹⁴⁾における

112) 特許庁「日本における特許無効審判について」

(https://www.jpo.go.jp/torikumi/kokusai/kokusai2/files/nichi_oh_symposium_2016_pdf/04_keynote3_jp.pdf)によれば、2012年～2015年で無効審判請求件数の合計は906件で、うち侵害訴訟関連で無効の抗弁がされた件数の合計は283件である。

113) この場合の無効審判請求は侵害訴訟に係る無効審判請求以外も含める。

基データ 特許庁「特許行政年次報告書2017年版」

(https://www.jpo.go.jp/shiryou/toushin/nenji/nenpou2017_index.htm)。2011年～2016年の無効審判請求件数の合計は1319件、それに対して請求成立件数の合計は339件である。

114) 最一小昭和46年6月24日民集25巻4号574頁（未登記立木強制執行事件）。

「ある事項に関する法律解釈につき異なる見解が対立し、実務上の取扱いも分かれていて、そのいずれについても相当の根拠が認められる場合に、公務員がその一方の見解を正当と解しこれに立脚して公務を執行したときは、のちにその執行が違法と判断されたからといって、ただちに右公務員に過失があったものとすることはできない」として判断が分かれる場合の公務員の過失を否定する判示がある。当該判示の類推適用から、仮に後に無効となる特許査定でも査定時の過失を否定することが可能である¹¹⁵⁾。

また、審査が完全なものではなく過誤があることは、特許法が予定しているところであり、それ故に補完として異議申し立てや無効審判請求の制度が法により定められている。特許査定は単独の行為ではなく一連の行政手続きの一端であり、仮に査定時に過誤審査による特許査定があったとしてもその過誤を是正出来る過程が示されているのである。つまり査定時という一時点のみをみると違法性を有する可能性があるが、一連の行政手続きにより違法性を阻却することで特許査定行為を全時点でみるならば正当な行為としているのである。したがって、特許査定の後に侵害訴訟という権利行使を行い、しかるのちに無効審判請求により当該特許権が無効となったとしても、特許査定時だけでなく、特許査定から無効審判までの手続き全体としては違法性がないと言える。

つまり特許制度は「正当行為論」により違法性が阻却される制度である。そのため、第三要件は成立せず、したがって国家賠償請求は認められないのである。

(2) 国家賠償請求を認める理論的枠組み

しかしながら国家賠償を認めない枠組みは従来の裁判事案と同様の論理を確認しただけであり、本論の趣旨である原権利者の救済とはならない。そこであえて国家賠償請求を認める、すなわち原権利者の救済のための理論的考察を行う。

権利を希望する者、少なくとも出願人自らが出願審査請求を行う場合は、当該発明が拒絶査定（あるいは無効）となることを前提とはしていない¹¹⁶⁾。そして出願人として過失なく可能な努力を行い権利判断を国に委ねるのであれば、制度の信頼性のためにも国として過失なく最大限の努力を払ったうえで権利を付与すべきである。そして特許権が公定力（解除条件付確定力）を有するとするならば、特許権存続期間中の権利行使（すなわち侵害警告）に対して信用棄損行為による損害賠償請求を認めることは特許権と共に公定力をも訴求的に消滅することであり、公定力に基づく行為に対する不利益を国として何らの補償もしないのであれば、制度に対する信頼性を損なうと言える。

また、公定力を有する行政行為の例として不動産登記があるが、現地調査などを行わずに申請書類だけで登記がなされる不動産登記（つまり形式審査のみ）に比して、特許権は形式審査に加え厳しい実体審査を経てから付与される権利であり、手続きの制度が不動産

115) もちろん無効となるすべての場合の阻却事由ではなく、例えば新規性（先行文献）の明らかな見落としにも関わらず特許査定をしたような場合には、過失の度合いが高くなるであろう。

116) もちろん防衛的な出願で、あえて権利化を目指さない出願はある。

登記とは異なる。しかも侵害訴訟において無効抗弁により原告側が敗訴となる可能性は35.8%¹¹⁷⁾であるが、登録特許全体でみると特許権が無効となる可能性は0.07%¹¹⁸⁾であり、ほとんど全ての特許は権利として有効として存在するのである。数字的にみれば、特許権者は自分の特許権が無効ではないということを信じるに足る数字である。つまり特許権者が国の制度により付与された権利の有効性を信頼して権利行使を行うのは当然とも言える。

以上の理由から、権利行使の結果として無効となった原権利者は国として救済する必要がある。そして侵害訴訟の被告（同業者や競業者）が無効事由を見出すことが出来たのにも関わらず、査定時に拒絶事由（後の無効事由）を見出せなかった審査官には明らかな過失がある。したがって国家賠償請求を求めるのである。

この場合、五要件で問題となるのは、第三要件「故意または過失による違法性」である。

侵害事件の対象となる1件（あるいは数件）の特許権の無効事由を調べる被告とは異なり、審査官は年間に多数の出願の審査を行うため、過誤登録はあり得るという擁護論は当然にある。しかし、審査業務の多忙により過誤が正当化されるのであれば、すべての査定に対する信頼性が失することとなる。不動産登記においても前述「偽造登記済証事件」では「所論登記済証は、その作成された日付として記載された昭和二年九月六日当時官制上存在していなかつた東京区裁判所麹町出張所受付第五三〇一号と記載され、同庁印が押捺されていた旨の原審の認定は、その挙示する証拠により首肯できる。そして、当時本件登記の所轄登記所の官制上の名称が東京司法事務局麹町出張所であることに鑑みれば、押捺された庁印の印影自体からまたは当時の真正な印影と対照することにより、登記官吏は容易に右登記済証が不真正なものであることを知りえたはずであり、かかる審査は登記官吏として当然なすべき調査義務の範囲に属する」として、形式審査といえども申請書の形式だけでなく、そこに記載されている内容を調査すべきは登記官の義務と判示されているように、公務員の審査には相当の信頼性が求められる。そして、棄却事案の第一類型「業務的制約論」のようなICT環境のない古い時代ならばまだ通用する考えであるが、AIによる審査活用¹¹⁹⁾も行われている現代あるいは今後において通用はしない。

また、過誤審査を是正する正当化過程については、「税務署員肺結核事件」¹²⁰⁾で「国又は公共団体の公務員による一連の職務上の行為の過程において他人に被害を生ぜしめた場合において、それが具体的にどの公務員のどのような違法行為によるものであるかを特定す

117) 基データ「データから見る日本における特許侵害訴訟の現状」（山口和弘ほか、創英ヴォイス Vol. 71）16頁<図3：侵害訴訟における特許権者敗訴の原因>。

118) 基データ「日本における特許無効審判について」および「特許行政年次報告書2017年版」。一概に期間的比較は出来ないが相対的な傾向として、2005年～2013年の登録特許件数1,454,751件に対して、同期間に無効審判請求が成立した無効件数は1019件である。なお、審査請求期間内であるため2014年以降は省いている。

119) 「特許庁における人工知能（AI）技術の活用に向けたアクション・プランの公表について」（https://www.jpo.go.jp/torikumi/t_torikumi/ai_action_plan.htm）。

120) 最一小判昭和57年4月1日判時1048号99頁（税務署員肺結核事件）。

ることができなくても、右の一連の行為のうちのいずれかに行為者の故意又は過失による違法行為があつたのでなければ右の被害が生ずることはなかつたであろうと認められ、かつ、それがどの行為であるにせよこれによる被害につき行為者の属する国又は公共団体が法律上賠償の責任を負うべき関係が存在するときは、国又は公共団体は、加害行為不特定の故をもつて国家賠償法又は民法上の損害賠償責任を免れることができないと解するのが相当であり」と判示されているように、「一連の行為のうちのいずれか」をもって違法性を判断すべきである¹²¹⁾。

さらに、「芦別国家賠償請求事件」¹²²⁾では「刑事事件において無罪の判決が確定したというだけで直ちに起訴前の逮捕・勾留、公訴の提起・追行、起訴後の勾留が違法となるということはない。けだし、逮捕・勾留はその時点において犯罪の嫌疑について相当な理由があり、かつ、必要性が認められるかぎりは適法であり、公訴の提起は、検察官が裁判所に対して犯罪の成否、刑罰権の存否につき審判を求める意思表示にほかならない」と判示しているが、この基準によれば特許査定の特許審査につき「相当な理由があり、かつ、必要性が認められれば」適法とはなるが、反対解釈では過誤審査につき「相当な理由」および「必要性」が認められなければ違法性となる。

したがって、棄却事案で検討した、第一類型「業務的制約論」は前述の通り通用はせず、第二類型「被告適格性論」は国を被告とすることで問題はない。第三類型「損害不存在論」は、原特許権者の訴訟技術により成立し得る。第四類型「正当行為論」は過誤審査につき「相当な理由」および「必要性」を被告たる国が立証できなければ、過失による特許法違反の審査という違法性が成立する。そして第五類型「行政救済論」は特許査定行為時のみの違法性を問う国家賠償請求であり、行政救済論とは異なるものである。よって、無効事由を内在した特許査定に対する国家賠償請求は認められると言える。

もちろん、国家賠償請求を認める理論は審査官にとって酷な考察とも言える。しかし特許庁自体が「審査官の独立は制度上高度に担保されており、審査官個人の「責任」もその権限とともに非常に大きなものといえる。審査官に与えられた独立性は、その責任の重さの裏返しである¹²³⁾」と指摘しているように審査官は重責を担う公務員であり、その職務に瑕疵がある場合はその瑕疵に対する責任もまた重いのである。

(3) 結語

国家賠償請求を認めない場合と認める場合の両側面からの枠組みの考察を行った。そし

121) これについては、「違法性判断の基準時は、行為時であると解するのが相当である」(深見・前掲注18) 61頁)との説明がある。

122) 最二小昭和53年10月20日判時906号3頁(芦別国家賠償請求事件)。

123) 澤井ほか・前掲注78)「審査官の矜持」。執筆者はすべて審査官の経歴を有する特許庁職員で、執筆当時、澤井智毅氏は総務部情報技術企画室長、大熊靖夫氏は総務部国際課課長補佐、道祖土新吾氏は特許審査第一部審査官、である。

て本論の立場は、原権利者の救済として国家賠償請求を認める観点である。しかし国家賠償訴訟自体、特許権に係わる訴訟を排除をしていないにも関わらず、特許権に係る国家賠償訴訟は少ない。それについては明確な理由は論じられていないため、少ない点についての理由の検討が必要である。

さらに、国家賠償請求を認める場合に最も論点となるであろう国家賠償法1条1項の第三要件「故意または過失による違法性」については特に、無効審判請求で成立した事案の無効事由が、審査官の過失により過誤された事由なのか、あるいは「相当な理由」により審査官の通常の職務（審査）では見い出すことが出来ない事由なのか、すなわち違法性判断における無効事由の内容について検討していく必要がある。

故に、本論はあくまで「理論的枠組み」にとどめ、今後は本論の続きとして「無効事由の実態的検討」の研究を行うこととを結語とする。

以上