

主引例の変更と手続違背

弁護士法人関西法律特許事務所
知的財産法研究会 弁護士 村林 隆一
弁護士 松本 司

裁判例 1 知財高判平成19年10月18日(平18行ケ10378)
裁判例 2 知財高判平成21年7月29日(平20行ケ10237)
裁判例 3 知財高判平成24年9月10日(平23行ケ10315)
裁判例 4 知財高判平成24年10月17日(平24行ケ10056)
(いずれも裁判所ホームページ知的財産裁判例集)

第1. 各裁判例の事案の概要と判示

以下はいずれも審査、審判手続では主引例とされなかった発明を、審決では主引例として判断し、進歩性を否定した事案において、手続違背が問題となった裁判例である。

1. 知財高判平成19年10月18日(平18行ケ10378)・・・判決1

(1) 事案(概略)

無効審判手続において、被告(請求人)は引用例1を主引例、引用例2、3を副引例として対象発明の無効(進歩性欠如)を主張したのに対して、審決は引用例3を主引例とし、引用例2を副引例とした論理付けで進歩性を否定する判断をした。原告(特許権者)は、審決取消訴訟において法153条2項に反する手続違背がある旨主張した。

(2) 判決(棄却)

判決は「しかしながら、特許法153条1項、2項でいう『理由』とは、同法29条1項3号を引用する同条2項に基づく容易想到性の判断に関しては、当該発明が、特定の刊行物(引用例)記載の発明に基づいて容易に発明をすることができたという判断又は主張によって特定されるものである。そして、その場合において、引用例が2以上あるときに、いずれの引用例をいわゆる主引例とし、いずれを副引例とするかは、単に判断方法の問題であるにすぎず、その点に違いがあるからといって、異なる『理由』であるとする事はできない。本件においては、本件特許発明1についての容易想到性に関し、審判請求人である被告が、引用例1～3を上記特定の刊行物としたのに対し、審決は、そのうちから、引用例2、3のみを上記特定の刊行物として採用したというにすぎず、『理由』として異なるというものではない。」と判示して、原告

の請求を棄却した。

2. 知財高判平成21年7月29日(平20行ケ10237)・・・裁判例2

(1) 事案（概略）

無効審判手続において、被告（請求人）は甲1を主引例とした進歩性欠如の無効主張をしたが、その後、口頭審理手続において甲6を主引例とした進歩性欠如の無効主張も追加した。審決は甲1及び甲6に基づいて進歩性を欠くとの理由により無効と判断した。原告（特許権者）は、審決取消訴訟において意見を申し述べる機会（特許法134条2項、153条2項）及び訂正請求をする機会（同法134条の2第1項）が付与されていなかった手続違背がある旨主張した。

(2) 判決（審決取消）

判決は「(イ)・・・の口頭審理において、「甲6に記載された発明に甲1に記載された事項を適用しても、少なくとも構成要件F2を導くことはできない。」(甲27、22頁最終行～23頁2行)と、被請求人（原告）から陳述がされた旨の記載がある。

しかし、審判長が、その後の平成19年11月8日付けで、被請求人（原告）に対して発した無効理由通知書（甲33）における無効理由は、特許法36条4項1号、同条6項1号又は同条6項2号に関するもののみであり、甲6を追加した進歩性欠如に関するものはない。また、被請求人（原告）の平成19年12月12日付け意見書（甲34）及び訂正請求（甲35、36、37）においても、甲6を追加した進歩性欠如に関する反論はない。また、進歩性欠如を根拠付ける証拠の追加は無効審判請求の理由の要旨の変更に当たるといふべきところ、甲6を追加した進歩性欠如を請求の理由とする補正がされたこと、又はそのような要旨変更の補正を許可する審判長の決定（特許法131条の2第2項）がされたことについて、第1回口頭審理調書（甲32）に記載はなく（特許法施行規則47条の5）、他に上記各事実を認めるに足りる証拠もない。

以上によれば、被請求人（原告）が、平成19年11月2日付けの口頭審理において、甲6を追加した進歩性欠如に対する意見を述べたとしても、被請求人（原告）に対する意見を申し述べる機会等を与えなかった手続瑕疵が治癒されたものと解することはできない。

(ウ) 被告は、①口頭審理陳述要領書（甲30）において無効理由の補充を行っており、また、審判請求書（甲20）には甲1ないし17が摘示されているから、原告は審判手続においてその内容を検討して防御をする機会が与えられていた、②被告は、請求項2に係る発明の構成要件のうち、「第2制御手段」に対応する構成が甲6に開示されていると主張しており、他の構成要件についても、審判請求書において甲1に基づいて容易に想到し得る旨を主張していると解されるから、無効審判手続における請求項2に係る特許無効理由として、甲1と甲6との組合せに基づく進歩性の欠如を指摘していたと解すべきである旨主張する。

しかし、被告の上記主張は理由がない。すなわち、上記認定事実によれば、①審判請求書（甲20）における甲1ないし17の摘示は、証拠及び引用例を包括的に羅列したにすぎず、無効理由を基礎となる論理付けの主張はされていないこと、②前記のとおり、被請求人（原告）が口頭審理において、甲1と甲6との組合せについて、反論したことがあったとしても、その後、審判長が発した無効理由通知には甲1と甲6との組合せによる無効理由が記載されていないこと、被請求人（原告）も甲1と甲6の組合せに係る、その点の防御を全くしていないことに照らすならば、被告の上記主張は、到底採用することができない。」と判示して、原告の手続違背の主張を認めて審決を取り消した。

3. 知財高裁平成24年9月10日(平23行ケ10315)・・・裁判例3

(1) 事案(概略)

審査段階での拒絶理由通知、拒絶査定及び拒絶査定不服審判の審理段階では、甲16を主引例、甲10等を副引例とした組み合わせにより進歩性の検討がなされていたが、審決では、甲10を主引例とし、審査段階及び審判の審理段階では提示されなかった甲13を副引例(周知技術の例)として出願発明の進歩性を否定した。原告(出願人)は、審決取消訴訟において意見を申し述べる機会(特許法159条2項・50条)が付与されていなかった手続違背がある旨主張した。

(2) 判決(審決取消)

判決は、審決の主引例とした甲10と出願発明の相違点3の判断を分析した後「してみると、審決は、新たな公知文献として甲13を引用し、これに基づき仮定による計算を行って、相違点3の容易想到性を判断したものと評価すべきである。すなわち、甲10を主引用発明とし、相違点3について甲13を副引用発明としたものであって、審決がしたような方法で粒子の突起部間の距離を算出して容易想到とする内容の拒絶理由は、拒絶査定の理由とは異なる拒絶の理由であるから、審判段階で新たにその旨の拒絶理由を通知すべきであった。しかるに、本件拒絶理由通知には、かかる拒絶理由は示されていない。そうすると、審決には特許法159条2項、50条に定める手続違背の違法があり、この違法は、審決の結論に影響がある。」とし、また、相違点4の判断を分析した後「相違点3についてと同様、審決は、甲13を副引用発明として用いて、相違点4の容易想到性を判断したものである。甲10を主引用発明とし、相違点4について甲13を副引用発明として容易想到とする拒絶理由は、拒絶査定の理由とは異なる拒絶の理由であるから、審判段階の拒絶理由通知でその旨示すべきであったのに、本件拒絶理由通知には、かかる拒絶理由は示されていない。そうすると、相違点4について甲13の記載を挙げて検討し、これを理由として拒絶審決をしたことについては、審決には特許法159条2項、50条に定める手続違背の違法があり、この違法は、審決の結論に影響がある。」と判示して、原告の手続違背の主張を認めて審決を取り消した。

4. 知財高判平成24年10月17日(平24行ケ10056)・・・裁判例4

(1) 事案(概略)

審査段階の拒絶理由通知では、引用例2を主引例、周知例3及び2を副引例とし、拒絶査定では引用例2を主引例、周知例3及び2を副引例、引用例1を周知技術事項の例としており、拒絶査定不服審判における書面審尋においては、引用例3を主引例、引用例4及び周知例1を副引例とし、周知例3及び2を周知の技術事項の例としていたが、審決では、引用例1を主引例、引用例2ないし4を副引例とし、周知例1ないし3を周知の技術事項の例として、出願発明の進歩性を否定した。原告(出願人)は、審決取消訴訟において意見を申し述べる機会(特許法159条2項・50条)が付与されていなかった手続違背がある旨主張した。

(2) 判決(審決取消)

判決は、出願発明と引用例1を主引例とした場合即ち出願発明と引用例1との一致点(判決理由の(2))及び出願発明と引用例2を主引例とした場合即ち出願発明と引用例2との一致点(同(3))を認定した後、

「(4) 主引用例の差替えについて

ア 一般に、本願発明と対比する対象である主引用例が異なれば、一致点及び相違点の認定が異なることになり、これに基づいて行われる容易想到性の判断の内容も異なることになる。したがって、拒絶査定と異なる主引用例を引用して判断しようとするときは、主引用

例を変更したとしても出願人の防御権を奪うものとはいえない特段の事情がない限り、原則として、法159条2項にいう『査定の理由と異なる拒絶の理由を発見した場合』に当たるものとして法50条が準用されるものと解される。

イ 前記(2)ウ、(3)ウのとおり、本件においては、引用例1又は2のいずれを主引用例とするかによって、本願発明との一致点又は相違点の認定に差異が生じる。拒絶査定の備考には、「第1及び第2のインバータを、電源に接続されるコンバータに接続することは、周知の事項であって（必要があれば、特開平7-213094号公報を参照。）…」と記載されていることから（甲17）、審判合議体も、主引用例を引用例2から引用例1に差し替えた場合に、上記認定の差異が生じることは当然認識していたはずである。

ウ そして、前記(3)エのとおり、引用発明2を主引用例とする場合には、交流発電機（交流電源）を用いた場合の問題点の解決を課題として考慮すべきであるのに対し、引用発明1を主引用例として本願発明の容易想到性を判断する場合には、引用例2のような交流／直流電源の相違が生じない以上、上記解決課題を考慮する余地はない。

そうすると、引用発明1又は2のいずれを主引用例とするかによって、引用発明2の上記解決課題を考慮する必要性が生じるか否かという点において、容易想到性の判断過程にも実質的な差異が生じることになる。

エ 本件において、新たに主引用例として用いた引用例1は、既に拒絶査定において周知技術として例示されていたが、原告は、いずれの機会においても引用例2との対比判断に対する意見を中心にして検討していることは明らかであり（甲1、16、20）、引用例1についての意見は付随的なものにすぎないものと認められる。

そして、主引用例に記載された発明と周知技術の組合せを検討する場合に、周知例として挙げられた文献記載の発明と本願発明との相違点を検討することはあり得るものの、引用例1を主引用例としたときの相違点の検討と同視することはできない。また、本件において、引用例1を主引用例とすることは、審査手続において既に通知した拒絶理由の内容から容易に予測されるものとはいえない。

なお、原告にとっては、引用発明2よりも不利な引用発明1を本件審決において新たに主引用例とされたことになり、それに対する意見書提出の機会が存在しない以上、出願人の防御権が担保されているとはいえない。

よって、拒絶査定において周知の技術事項の例示として引用例1が示されていたとしても、『査定の理由と異なる拒絶の理由を発見した場合』に当たるといわざるを得ず、出願人の防御権を奪うものとはいえない特段の事情が存在するとはいえない。

オ 被告は、審判請求書において原告が引用例1を詳細に検討済みであると主張する。

しかし、一般に、引用発明と周知の事項との組合せを検討する場合、周知の事項として例示された文献の記載事項との相違点を検討することはあり得るのであり、したがって、審判請求書において、引用例1の記載事項との相違点を指摘していることをもって、これを主引用例としたときの相違点の検討と同視することはできない。

(5) 小 括

以上のとおり、本件審決が、出願人に意見書提出の機会を与えることなく主引用例を差し替えて本願発明が容易に発明できると判断したことは、『査定の理由と異なる拒絶の理由を発見した場合』に当たるにもかかわらず、『特許出願人に対し、拒絶の理由を通知し、相当の期間を指定して意見書を提出する機会を与えなければならない』とする法159条2項により準用される法50条に違反するといわざるを得ない。そして、本願発明の容易想到性の判断に係る上記

手続違背は、審決の結論に影響を及ぼすことが明らかである。」と判示して、原告の手続違背の主張を認めて審決を取り消した。

第2. 研究

1. 審決取消訴訟の訴訟物と手続違背

審決取消訴訟の訴訟物（審理対象）は審決の違法性であり、①手続違背、②対象発明、引用例等の「認定の誤り」、及び③進歩性の動機付け論理等に係る「判断の誤り」に大別される。

取消理由として手続違背が主張される場合は、当事者系の無効審判では法153条2項違反の主張が、査定系の拒絶査定不服審判では法159条2項・50条違反の主張が多い。すなわち、法153条1項は「審判においては、当事者又は参加人が申し立てない理由についても、審理することができる。」として、公益性の観点から職権探知主義を採用したことを明らかにし、同条2項では「審判長は、前項の規定により当事者又は参加人が申し立てない理由について審理したときは、その審理の結果を当事者及び参加人に通知し、相当の期間を指定して、意見を申し立てる機会を与えなければならない。」として、特許庁審判官が独自に収集した資料に基づく無効理由で対象特許を無効にしようとする場合は、予め特許権者に「意見を申し立てる機会」を保証しなければならないとしている。また、法159条2項も拒絶査定不服審判で「査定の理由と異なる拒絶の理由を発見した場合」は、法50条を準用して出願人に対し拒絶理由通知を出し、「意見書を提出する機会」を保証しなければならないとしている。これらの規定は、前者が無効審判を、後者が拒絶査定不服審判を前提にしているため、規定ぶり（条項の文言表現）は異なるが、いずれも「不意打ち」の審決を防止することを手続的に保証した規定である。すなわち、極端な例でいうと、無効審判の請求人は無効理由として進歩性欠如を主張し、被請求人もこれに対する反論をしていたのに、審決ではサポート要件違反を理由に特許を無効とする場合や、同じく拒絶査定では進歩性欠如を理由とし、出願人もこれに対する審判請求書を提出していたのに、審決ではサポート要件違反を理由に請求不成立とするような場合である。特許を無効とされた被請求人、出願を拒絶された出願人にとっては「そんなこと聞いてないよ」という不意打ちの審決になる。そこでこのような「不意打ち」の審決を防止するため、事前にその内容（例ではサポート要件違反の理由）を通知し、この通知に対する「意見を申し立てる機会」、「意見書を提出する機会」を被請求人や出願人に保証しなければならないとしたのである。これらの規定は憲法31条の適法手続主義¹を淵源としている。

2. 主引例の変更（交換）について

審決で進歩性判断における主引例を従前の審理手続におけるそれと変更（交換）して判断した場合はどうであろうか。法153条1項の「申し立てない理由」に該当するか否か、法159条2項・50条の「査定の理由と異なる拒絶の理由」に該当するか否かということになるが、いずれも被請求人や出願人にとって「不意打ち」となるか否かの観点から考察することになる。

1 憲法31条は直接的には刑罰法規についての規定であるが、行政法規にも準用されると解されている。最判昭和37年11月28日・刑集16. 11. 1593は「被告人以外の者の所有船舶等で関税法違反に関係あるものをその者に告知・弁解・防禦の機会を与えずに没収するのは、憲法31条、29条に違反する。」旨判示する。特許出願手続でいうと、拒絶理由通知が「告知」に、意見書が「弁解」に、手続補正書が「防禦」に各相当することになる。

何を「不意打ち」と考えるかで、裁判例1と裁判例2ないし4とは異なる理解をしているが、裁判例1は妥当でないように思える。引用例が2以上あるときに、いずれの引用例を主引例とし、いずれを副引例とするかは、「単に判断方法の問題であるにすぎ」ないと理解することは、進歩性の判断手順からみて、実務的には馴染まないように思える。

裁判例1の背後にある理解は次のようなものではなかろうか。すなわち、法29条2項は、当業者が（複数の）公知文献等から当該発明を容易に想到した場合を進歩性欠如としているところ、要件事実的にいえば、公知文献が存在するとの主張は主要事実の主張であるのに対し、容易想到の主張はいわば法律条項への当てはめに係る法的主張である。法的主張は当事者も主張できるが、その主張は判断者たる審判官を拘束しない。法規の解釈、当てはめは判断者たる審判官の職責である。進歩性の判断手順である①対象発明の認定、②主引例、副引例の認定、③対象発明と主引例の一致点、相違点の抽出認定、④相違点に係る副引例の組み合わせ、置換の検討（動機付けの検討）からいうと、①②又は①～③は主要事実に係る問題であるのに対し、③④少なくとも④は法規の解釈、当てはめの問題であって判断者たる審判官の職責、専権事項である。よって公知文献が同じであるなら、それをどのように組み合わせしても、法153条1項、2項でいう「理由」としては同じであると考えたものと推測される。

しかしながら、弁論主義の下でも、判断者たる裁判所が当事者の法的主張と異なる法的構成により判断しようとする場合は、釈明権を行使して、事前に当事者にその旨を指摘し、当事者の主張をさせるべきと解されている（法的観点指摘義務）²。

しかも、裁判例4が判示するように「一般に、本願発明と対比する対象である主引用例が異なれば、一致点及び相違点の認定が異なることになり、これに基づいて行われる容易想到性の判断の内容も異なることになる。」³。公知文献は同じでも、公知文献Aを主引例、公知文献Bを副引例とする進歩性欠如の論理付けと、公知文献Bを主引例、公知文献Aを副引例とする進歩性欠如の論理付けでは、結論が異なる場合がある。例えば、公知文献Aに係る発明の課題からすれば、公知文献Bに係る発明を組み合わせる動機付けはないとか、組み合わせに阻害事由が認められる場合があるが、逆の公知文献Bに係る発明の課題からすれば、公知文献Aに係る発明を組み合わせることに支障がない場合があるのである。最近の進歩性に係る知財高裁の緻密な論理付けからすれば、なおさら、このような事態は起こりえると考えられる。したがって、裁判例2～4の方が、実務的な感覚にも合致した妥当な判断と思われる。

3. 結論に影響を与える誤り⁴

裁判例2は、主引例の変更（交換）した場合は、法153条2項の「申し立てない理由」に該当するとし、裁判例3は法159条2項にいう「査定理由と異なる拒絶理由を発見した場合」に該当するとし、いずれも主引例の変更（交換）したことをもって「結論に影響を与える誤り」があるとしているのに対して、裁判例4は「主引用例を変更したとしても出願人の防御権を奪う

2 中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕「新民事訴訟法講義[補訂版]」179～180頁、伊藤真「民事訴訟法[第3版]」265頁等

3 審決が主引例を甲文献、副引例を乙文献として進歩性を否定したのに対し、審決取消判決ではこの審決の判断は誤りとした後、主引例を乙文献、副引例を甲文献とするなら、やはり進歩性は否定されるとして請求を棄却した裁判例がある。東高判平成16年9月8日（平15（行ケ）27）、知高判平成18年7月11日（平17（行ケ）10264）である。これら裁判例は、主引例を変更することで結論が異なること認めた裁判例であるが、本稿の不意打ち防止の問題を検討したものではない。最（大）判昭和51年3月10日（民集30巻2号79頁）の審決取消訴訟の審理範囲に関する問題である。

ものとはいえない特段の事情がない限り、原則として、法159条2項にいう『査定の理由と異なる拒絶の理由を発見した場合』に当たる」としたが、更に、いずれを主引用例とするかによって「容易想到性の判断過程にも実質的な差異が生じることになる。」として、「特段の事情のない」ことを吟味し、その結果「結論に影響を与える誤り」があるとしている。

微妙な差異ではあるが、裁判例4は、仮に主引用例を変更しても進歩性に係る結論に相違がない場合は、手続違背があっても「結論に影響を与える誤りはない」として請求を棄却するのであろうか。しかし、法153条2項及び法159条2項・50条は、不意打ち審決を実体面ではなく手続面から規制していることからすれば、不意打ちされた者の保護もあるが、将来の手続違背を抑止することも考慮してもよいかもしれない。そうだとすると、裁判例2及び3のように、主引例の変更(交換)したことをもって、審決を取消す方がよいかもしれない⁵。もっとも、この考え方は、特許庁と裁判所との間でいわゆるキャッチボール現象が生ずるという問題がある。

4. その他の関連事項

(1) 審決取消判決の拘束力(行訴法33条1項⁶)

主引例を変更すれば、「理由」が異なることになることとすれば、例えば、公知文献Aを主引例、公知文献Bを副引例として進歩性を否定した審決が、審決取消判決により取り消された場合において、再審決において、公知文献Bを主引例、公知文献Aを副引例として、再度、進歩性を否定しても、審決取消判決の判示の拘束力(判決主文が導き出されるのに必要な事実認定及び法律判断⁷)に反しないことになる。

知財高判平成25年4月10日(平24行ケ10328)も「前訴判決は、第1審決が本件審決の引用例4を主引用例とし、相違点1(・・・)及び相違点2(・・・)に係る構成は、いずれも周知例に記載された事項に基づいて容易に想到し得たことであると判断したのに対し、主引用例に記載された発明において、①相違点1に係る構成を採用する動機付けがなく、同構成に至ることが容易であるとの結論に至る合理的な理由が示されていない、②相違点2に係る構成を採用することは、特段の事情のない限り回避されるべき手段であり、同構成に至ることが容易であ

4 最判昭和51年5月6日(集民117号459頁、判例時報819号35頁)は、「行政処分には瑕疵がある場合においても、その瑕疵が当該処分の結果に影響を及ぼさないときには、当該処分の取消原因とならないものと解すべきであるから、行政処分の取消訴訟において、当該処分は一般的にみて行政処分の結果に影響を及ぼすような性質を有する手続上の瑕疵が認められる場合でも、その瑕疵が当該処分の結果に影響を及ぼさないことが明らかであると認められる特別の事情があるときは、裁判所は、右瑕疵は当該処分の取消原因とならないものと判断しなければならないこととなる。」と判示している。

5 刑事法でいう違法収集証拠の排除の法理(将来の違法捜査の抑止のためには違法収集証拠を排除することが最善の方法とする考え方)と同様の考え方である。大陸法の影響を受けた我が国の民事・行政法分野では、英米法的な手続面より、実体面を重視する傾向にある。実体的に結論が変わらないなら、少々手続違背があっても、よいではないか、とする傾向にある。

6 行訴法33条1項「処分又は裁決を取り消す判決は、その事件について、処分又は裁決をした行政庁その他の関係行政庁を拘束する。」

7 最判平成4年4月28日(民集第46巻4号245頁)は「特許無効審判事件についての審決の取消訴訟において審決取消しの判決が確定したときは、審判官は特許法181条2項の規定に従い当該審判事件について更に審理を行い、審決をすることとなるが、審決取消訴訟は行政事件訴訟法の適用を受けるから、再度の審理ないし審決には、同法33条1項の規定により、右取消判決の拘束力が及ぶ。そして、この拘束力は、判決主文が導き出されるのに必要な事実認定及び法律判断にわたるものであるから、審判官は取消判決の右認定判断に抵触する認定判断をすることは許されない。・・・」

ったとはいえないとして、第1審決を取り消したものである（・・・）。これに対し、本件審決は、上記のとおり、第1審決において、相違点1に係る周知例2として示された文献を主引用例とし、臭気中和組成物の有無を相違点として、主として引用例2（第1審決の周知例6）に記載された事項から、上記相違点に係る構成に想到することは容易であったとの判断をしたものである。そうすると、本件審決は、主引用例を入れ替えたことにより、前訴判決とは判断の対象を異にするものと認められるから、前訴判決の拘束力（行政事件訴訟法33条1項）に違反するとはいえない。」と判示している。

(2) 法167条の一事不再理

同様に主引例を変更（交換）すれば「理由」が異なることになるのであれば、公知文献Aを主引例、公知文献Bを副引例とした進歩性欠如の主張をしたが、これを否定する審決が確定した場合において、同一人は再度公知文献Bを主引例、公知文献Aを副引例とした進歩性欠如の無効審判請求をすることは許されるであろうか。結論からいえば、「許されない」と解するべきではないか、と考えている。すなわち、法167条の趣旨は、第三者にも一事不再理効が及ぶとされていた平成23年改正前においても「・・・同一の事実及び同一の証拠に基づく無効審判請求の繰返しを許容することは、特許権の安定を損ない、発明の保護、利用という特許法の目的にも反することになる。そこで、特許法167条は、無効審判請求をする者の固有の利益と特許権の安定という利益との調整を図るため、同条所定の場合に限って利害関係人の無効審判請求をする権利を制限したもの」⁸とされていた。

すなわち、この「蒸し返し」防止の趣旨は、平成23年改正法により一事不再理効が及ぶのは「同一の当事者、参加人」に限定されたことで、より強化されたものと考えられる。そうだとすれば、主引例を変更しても「同一の事実及び同一の証拠」であるから、条文の文言どおり、再審判請求は許されないとしてもよいように思える。既判力の遮断効のように、主引例を入れ替えた論理付けによる再請求は禁止されずとも、無効審判を請求する者にとって、特に酷でもない（公知文献の発見が困難な場合はあっても、発見後の論理付けの検討過程で、主引例を交換して検討をすることは通常行うことである）と思われるからである。

以 上

8 最判平成12年1月27日（民集54巻1号69頁）は「ある特許の無効審判請求につき請求不成立審決が確定し、その登録がされた場合において、更に同一の事実及び同一の証拠に基づく無効審判請求の繰返しを許容することは、特許権の安定を損ない、発明の保護、利用という特許法の目的にも反することになる。そこで、特許法167条は、無効審判請求をする者の固有の利益と特許権の安定という利益との調整を図るため、同条所定の場合に限って利害関係人の無効審判請求をする権利を制限したものである・・・」としている。なお、長沢幸夫の同判決についての「最高裁判例解説」が参考になる。

9 本稿は日立製作所・知的財産権本部、弁理士下萩原勉氏のAIPPI第123回判例研究会（平成25年7月31日）での発表（AIPPI, Vol. 58, No. 12に掲載予定）を参考にさせていただいた。