

特許出願「周波数選択チャンネル等化・複号装置」拒絶査定審決取消請求事件：知財高裁平成24(行ケ)10261・平成25年3月25日（3部）判決〈認容〉

【キーワード】

A弁理士の病気による意思能力の欠如，B弁理士の代理権の欠如（民法111条1項2号・後見開始の審判），特許庁による手続の無効

【主 文】

- 1 特許庁が不服2011-26986号事件について平成24年3月6日にした審決を取り消す。
- 2 訴訟費用は被告の負担とする。

【事案の概要】

1 前提となる事実

原告フランス・テレコム及び原告アンスティテュ ミネ テレコム／テレコムブルターニュ（当時の商号は「グループ・デ・エコール・デ・テレコムカシオン（エ・エヌ・エス・テ ブルターニュ）」）は，名称を「周波数選択チャンネル等化・複号装置」とする発明について，平成13年3月6日，フランスで特許出願した。

原告らは，このフランス出願に基づく優先権を主張して，日本を指定国を含めて，国際出願（PCT／FR2002／00783）した。

原告らは，平成15年9月8日，A弁理士（以下「A」という。）及びB弁理士（以下「B」という。）を代理人として，国内書面を特許庁に提出した（特願2002-570499。以下「本願」という。）。

特許庁は，平成20年3月19日，「A（外1名）」に対して，電子情報処理組織を通じて，本願の拒絶理由通知を送付した。

特許庁は，平成21年8月26日，本願の特許を拒絶する旨の査定をし，その謄本は，同年9月3日，電子情報処理組織を通じて「A（外1名）」に送達された（以下「本件送達」という。）。

原告らは，平成23年12月13日，本件の訴訟代理人らを代理人として，拒絶査定不服審判（不服2011-26986。以下「本件拒絶査定不服審判」という。）を請求した。

特許庁は，平成24年3月6日，「本件審判の請求を却下する」との審決（以下「審決」という。）をし，同審決の謄本は，同月19日，原告らに送達された。

2 審決の概要

審決の理由は，別紙審決書写に記載のとおりである。要するに，拒絶査定の謄本は，平成21年9月3日に，原告らの代理人である「A（外1名）」に電

子情報処理組織により送達（本件送達）されたから、これに対する拒絶査定不服審判の請求は、特許法121条1項の定める4月以内である平成22年1月4日までにされなければならないところ、本件拒絶査定不服審判は、その期限を経過した後の不適法な請求であるから却下とするものである。

【判 断】

1 認定事実

証拠及び弁論の全趣旨によれば、本件送達前後のA及びBの心身の状況は次のとおりであったと認められる。

(1) A及びB

A及びBはいずれも●●に所属する弁理士であった。●●には、A及びB以外に、弁理士及び事務員等が所属していた。

(2) 平成17年4月ころのAの病状（甲25）

Aは、昭和5年●●生まれである。Aは、平成7年ころから●●の治療を受けており、平成13年12月からは横浜市立大学医学部附属病院で治療を受けるようになった。その時点では、Aには、●●の症状が見られた。その後、他院で治療を受けるようになったが、症状悪化に伴い、平成17年4月から再び同病院での治療を受けるようになった。

Aは、同月ころ、「短期記憶」や「日常の意思決定を行うための認知能力」、「自分の意思の伝達能力」に問題が生じており、「言わないと薬を飲み忘れる。」、「インシュリン自己注射を行なっているが、物忘れがあり間違える為、妻が気をつけていなければいけない。」状態にあった。金銭管理は、小銭程度の管理はできるものの、電話をかけることはなく、かすれたような声になっており、会話が少なくなっていた。もっとも、Aが「毎日の日課を理解」、「生年月日をいう」、「自分の名前をいう」、「今の季節を理解」、「場所の理解」の能力を有したかについては、介護保険の認定資料としても調査されなかった。

主治医は、「病状は日々悪化すると思います。」、「今後、社会的入院が不可避かと考えます。」等、Aの能力がますます低下することを予測していた。

(3) 平成19年4月ころのAの病状（甲26）

Aは、平成19年4月の段階では従前の診断に加えて、●●との診断を受けており、「短期記憶」には問題があり、「日常の意思決定を行うための認知能力」には見守りが必要であり、「自分の意思の伝達能力」は具体的要求に限られる状態にあった。

また、Aは、「高次機能障害による言語障害があり、発語が非常に少ない、日常に於ける要求は殆んどない」、「発語までに時間を要する、長い会話は理解できない」状態であり、「毎日の日課の理解」、「生年月日をいう」、「短期記憶」、「場所の理解」は不可能であり、「コンロに点火したまま離れる」、

煙草の不始末等の火の不始末等の症状が現れており、記憶力も極めて低下していた。

Aは、このように、「言語障害、左片麻痺の他、問題行動も発現しており、日常生活全般に見守り、介助が必要」という状態に至っていた。

(4) 平成21年4月ころのAの病状（甲27）

Aは、平成21年4月の段階では「短期記憶」には問題があり、「日常の意思決定を行うための認知能力」には見守りが必要であり、「自分の意思の伝達能力」は具体的要求に限られる状態にあった。

Aは、このころには、思考内容の貧困化、意欲減退が顕著であり、身体機能も低下していた。すなわち、●●で、右側麻痺、両下肢筋力低下が著明であり、「意思の伝達」はほとんど不可で、「毎日の日課を理解」すること、「生年月日をいう」こと、「短期記憶」、「自分の名前をいう」こと、「今の季節を理解」することはいずれもできなかった。また、「質問に対して一言も発せず、声を聞くことはできなかった」と観察されており、「在宅時、妻も殆んど声を聞かない、動きもしない、日中傾眠でベッドに居る事多い為」、かえて「問題行動としては現れていない」状態にあった。

(5) Bについて（甲18の2）

Bは、東京家庭裁判所で、成年後見開始の審判を受け、同審判は、平成18年1月5日に確定した。

2 当裁判所の判断（取消事由1について）

(1) Bについて

Bは、後見開始の審判を受け、同審判は、平成18年1月5日に確定した。本願に関するBの代理権は、民法111条1項2号の規定により、同審判により消滅した。したがって、Bに対する本件送達は無効である。

(2) Aについて

前記1で認定したとおりのAの状況からは、Aに対して本件送達がされた当時、Aは、本件送達を受領するに足りる意思能力を欠いていたと認めるのが相当である。すなわち、Aは、平成19年4月の段階で既に●●との診断を受けており、相当程度、意思能力が制限された状態にあり、さらに、本件送達される以前の平成21年4月には、思考内容の貧困化、意欲減退が顕著であり、身体機能も低下し、意思伝達はほとんど不可で、毎日の日課を理解すること、生年月日を言うこと、短期記憶、自分の名前を言うこと、今の季節を理解することはいずれもできない状況にあった。そして、Aの上記の状況は、加齢性変化に加えて、Aが患った●●による影響によるものであるから、不可逆的であり、本件送達されるに至るまで漸次悪化していたと認められる。そうすると、本件送達された時点では、Aは、本件送達の意味を理解し適切な行動を行うに足りる意思能力はなかったと解される。受送達者が送達の意味を理解し適切な行動を取るに足りる意思能力を欠く場合には、同人に対する送達は無効であ

り、工業所有権に関する手続等の特則に関する法律5条1項の規定によるいわゆるオンライン送達の場合も同様に解すべきであるから、Aに対する本件送達は無効である。

この点に関し、被告は、電子情報処理組織による拒絶査定の謄本の送達は、相手方が電子計算機を操作して、①識別番号並びに電子署名及び電子証明書を送信する、又は、②識別番号及び暗証番号を入力する、等の送達を受けるために必要な一連の操作を必要とするものであるから、Aは、①又は②の操作を自らの意思で行ったと考えられ、また、Aが本願の拒絶理由通知に対し、意見書及び手続補正書を提出するなど、代理人としての職務を遂行しているから、本件送達の時期に代理人として職務を遂行できる状態にあったと考えられると主張する。

しかし、前記認定したとおりのAの意思能力の欠如の程度に照らすと、「A(外1名)」宛に電子情報処理組織による送達がされたなどの事実をもって、Aが代理人として職務を遂行できる状態にあったと判断することは到底できない。

●●にはA及びB以外に、弁理士及び事務員等が所属していたことからすると、被告主張に係る①又は②の操作並びに拒絶理由通知に対する意見書及び手続補正書の提出は、同事務所内において、Aの意思に基づくことなく行われたものと推測されるから、本件送達の時点でAが送達を受領するに足る意思能力を欠いていたとの前記認定・判断を左右しない。

(3) 結論

以上によれば、原告らに対する拒絶査定の謄本の有効な送達はいまだされていないから、特許法121条1項所定の拒絶査定不服審判の請求期間（拒絶査定の謄本の送達があった日から3月）は経過していない。したがって、前記期間が経過したことを理由として、本件拒絶査定不服審判の請求を却下した審決には、同項の「その査定の謄本の送達があつた日」の認定・判断につき誤りがある。被告は、その他縷々主張するがいずれも採用の限りでない。

付言するに、前記認定のとおりAの病状に鑑みれば、Aは、平成19年4月には、送達を受領するに足る意思能力を欠いていたものと認められるので、平成20年3月19日に到達したとする拒絶理由通知についても無効であることを前提として、今後の手続を行うべきであると解する。

よって、審決を取り消すこととして、主文のとおり判決する。

【論 説】

1. この事件は、極めて異例かつ奇妙な事案であり、こういう事実が特許庁への出願後に起こっていたのに、代理人側は審決が出るまで何の対応もしなかったのかという疑問がある。特許出願人の代理人であった2人の弁理士は親子であり、この事務所には他に弁理士はいたが、代理人とはなっていなかったよう

である。

さて、自然人は出生によってすべて平等に権利能力を有し、死亡によって消滅することは民法の原則であるが、「権利能力」と、いかにして為すかの「行為能力」とは違う。この行為能力の前提には「意思能力」があるところ、意思能力とは、「自分の行為の結果を判断し得る精神的能力であって、正常な認識力と予期力とを包含する。」「われわれの行為が法律的な効果を生ずるためには、常に、この意思能力が必要なものとされる。」「われわれをして権利義務を取得させる種々の原因のうちで、法律行為と不法行為とが最も重要なものであるが、この法律行為及び不法行為が法律上の効果を生ずるには、必ず、その行為者がその行為の結果を認識するに十分な精神的能力、即ち意思能力を有する場合でなければならない。」（我妻栄「民法総則（民法講義1）」50頁 岩波書店）

2. この審決取消請求は、拒絶査定謄本が出願人代理人Aに送達された後4か月以内（外国人出願の場合）に不服審判の請求をすべきところ、この期限を経過した後に審判請求書を提出したことから、不適法却下の審決を受けた理由である。

ところが、特許庁が出願人の代理人「A（外1名）」に対し拒絶査定謄本を送達した平成21年8月26日の時点で、すでにA弁理士は意思能力を欠如した精神状態下にあったから、Aに対する送達は無効である、と裁判所は認定した。

他方、B弁理士については、東京家裁で後見開始の審判を受け、これは平成18年1月5日に確定したから、民法111条1項2号の規定により、本願に関するBの代理権は消滅した故に、Bに対する本件送達は無効である、と裁判所は認定した。

そうすると、「A（外1名）」宛による送達の事実をもって、Aが代理人として職務を遂行できる状態にあったと判断することは到底できない、と裁判所は認定した結果、特許庁による拒絶査定謄本の有効な送達はいまだなされていないことになり、特許法121条1項所定の拒絶査定不服審判の請求期間はまだ経過していないことになるから、前記期間を理由として本件拒絶査定不服の審判請求を却下した審決には、同項の「その査定の謄本の送達があった日」の認定・判断につき誤りがある、と裁判所は判断したのである。

3. 裁判所はさらに付言して、代理人Aは平成19年4月に送達を受領するに足る意思能力を欠いていたと認められるから、平成20年3月19日に到達したとする拒絶理由通知についても無効であることを前提として、今後の手続をすべきであると解したのである。その結果、審決は取り消され特許庁へ差し戻されることになったのである。

AとBとが所属していた特許事務所は、他にも弁理士はいたが、本項についての代理権を付与されていた者はAとBの2人だけであり、事務所自体ではないから、代理人としては、特許庁に対してのみならず、依頼者である出願人に対しても無責任な立場にあったといえる。しかも、依頼者である出願人はフランスの会社である。

こういう状況の中での審決取消の判決となったのは当然の事理であり、特許庁審判部への差し戻しによって、改めて審決がなされることになる。

なお、出願人の代理人はその後、全部変更された。

4. 本件とは異質な事件であるけれども、筆者が最近取扱った商標登録無効審判請求事件は不成立になったので、審判請求人（原告）を代理して知財高裁に審決取消請求をした。ところが、審理終結通知が平成25年3月7日になされ、審決書の送達が平成25年3月28日になされたにもかかわらず、被告（審判請求人）は平成25年1月29日午後5時東京地裁からすでに自己破産宣告を受けていたことを知財高裁1部からの電話で知り、さらに驚いたことに、同裁判所からの呼び出しで5月13日に訪庁したところ、担当裁判官から被告は5月10日頃に死亡したという事実を知らされたのである。

なお、前記被告が出願時に請求していた審決取消請求訴訟はすでに判決がなされているから、[G-133](#)を参照されたい。

いずれにせよ、筆者が取扱った前記事件も、奇妙奇天烈の部類に属する事案であるといえるだろう。本件商標権は現在、破産管財人の手の内にあるとしても、裁判所としては、被告（商標権者）の不存在を理由に被告に対する審決の送達を無効とし、特許庁審判部に差戻すことになるのだろうか？

以下は、「判例時報」2233号17ページ以下に掲載されている本件判決に対する解説文を転載するものです。この転載については、解説者や出版社の許諾は得ていないけれども、筆者が本HPで取扱った代理人弁理士に関する事件であり、たまたま裁判所筋からの妥当な解説記事を見つけたので、掲載させていただきます。（2014年11月18日記）

第1 判示内容

1 経過

原告らは、A弁理士及びB弁理士を代理人として、本願を出願したところ、特許庁は、平成20年3月19日、代理人弁理士らに、電子情報処理組織を通じて、本願の拒絶理由通知を送付した。さらに、特許庁は、平成21年8月26日、本願の特許を拒絶する旨の査定をし、その謄本は、同年9月3日、電子情報処理組織を通じて代理人弁理士らに送達された。原告らは、平成23年12月13日、拒絶査定不服審判を請求したが、特許庁は、請求期間の経過を理由に「本件審判の請求を却下する」との審決をした。

2 本判決

本判決は、代理人弁理士らの状況を詳細に認定した上で、次のとおり判示している。

「Bは、後見開始の審判を受け、同審判は、平成18年1月5日に確定した。本願に関するBの代理権は、民法111条1項2号の規定により、同審判により消滅した。したがって、Bに対する本件送達は無効である。」

「前記1で認定した通りのAの状況からは、Aに対して本件送達が行われた当時、Aは、本件送達を受超するに足りる意思能力を欠いていたと認めるのが相当である。すなわち、Aは、平成19年4月の段階で既に・・・との診断を受けており、相当程度、意思能力が制限された状態にあり、さらに、本件送達が行われる以前の平成21年4月には、試行内容の貧困化、意欲減退が顕著であり、身体機能も低下し、意思伝達はほとんど不可で、毎日の日課を理解すること、生年月日を言うこと、短期記憶、自分の名前を言うこと、今の季節を理解することはいずれもできない状況にあった。そして、Aの上記の状況は、加齢性変化に加えて、Aが患った・・・による影響によるものであるから、不可逆的であり、本件送達が行われるに至るまで漸次悪化していたと認められる。そうすると、本件送達が行われた時点では、Aは、本件送達の意味を理解し適切な行動を行うに足りる意思能力はなかったと解される。受送達者が送達の意味を理解し適切な行動を取るに足りる意思能力を欠く場合には、同人に対する送達は無効であり、工業所有権に関する手続等の特則に関する法律5条1項の規定によるいわゆるオンライン送達の場合も同様に解すべきであるから、Aに対する本件送達は無効である。」

「以上によれば、原告らに対する拒絶査定の際の謄本の有効な送達はいまだされていないから、特許法121条1項所定の拒絶査定不服審判の請求期間（拒絶査定の際の謄本の送達があった日から3月）は経過していない。したがって、前記期間が経過したことを理由として、本件拒絶査定不服審判の請求を却下した審判には、同項の「その査定の謄本の送達があった日」の認定・判断につき誤りがある。」

第2 解説

1 特許法は、送達に関して民事訴訟法の規定の多くを準用している（特許法190条）。

民事訴訟法においては、一般に意思無能力者に対する送達は無効であると解されており、送達を受けるべきものが意思無能力であれば、後見人等の選任をまってこれを名宛人とすべきであるとされている（例えば、兼子一原著・条解民事訴訟法〔2版〕466〔竹下＝上原〕）。そして、「意思能力とは、自分の行為の結果を判断することができる精神能力であって、正常な認識力と予期力を含む」（我妻榮・新訂民法総則60）と定義されるところ、「意思能力の有無

は、個々の具体的な法律行為ごとに、行為者の能力・知能などの個人差その他をそのままふまえての、実質的個別的判断にかかるものであり、なんらかの画一的・形式定な基準によるものではない。したがって、問題になる法律行為がいかなる種類の行為であるかによっても判定が異なることがありうる（幾代通・民法総則〔2版〕51）とされている。

本件においては、このようなことから、送達の名宛人とされた代理人弁理士について、意思能力の有無が問題とされた。本判決は、前記のとおり、送達の受帳に要する能力を「受送達者が送達の意味を理解し適切な行動を行うに足りる意思能力」とあるととらえた上で、本件の名宛人にはこのような意味での能力はなかったものである。

なお、この点に関しては、補充送達（民事訴訟法106条）の要件である「相当のわきまえのあるもの」との対比が問題になり得る。補充送達の受領に必要な能力については、「送達の趣旨を理解して交付を受けた書類を受送達者に交付することを期待することができる程度の能力を有するものをいう」とされている（最一判平4・9・10民集46・6・553、本誌1437・56。ただし、平成八年の民事訴訟法改正前の事例。）。本判決は、代理人たる弁理士についての意思能力の有無の問題であったことを考慮して、最高裁判例とはやや異なる文言を採用したものと思われるが、現実問題として、両方で要求される能力にどの程度の差があるのかについては、今後の事例の修正機を待つ必要があるであろう。

2 本件では、送達は、工業所有権に関する手続等の特例に関する法律五条に基づき電子情報処理組織を用いて行われている（いわゆる「オンライン送達」）。いわゆるオンライン送達については、審査官は、拒絶査定の際の本等の送達をオンライン送達によって行うことができるが、相手方が電子計算機に暗証番号の入力等をして送達を受ける旨の表示をしないときはこと限りではないとされている（同条一項）。すなわち、オンライン送達は、相手方が①識別番号並びに電子署名及び電子証明書を送信する、又は、②識別番号及び暗証番号を入力する等の送達を受けるために必要な一連の操作を行って初めて行われ、他方、特許庁においてオンライン送達の準備ができたにもかかわらず、相手方が一定期間、送達を受ける旨の表示を行わない（①又は②の操作を行わない）場合、送達は郵便によって行われる（運用上は、特許庁のサーバにファイルを格納してから10日間待ち、その間に、相手方が特許庁のサーバにアクセスしてファイルを取得しなかった場合には、郵便による送達が行われる。）ものとされている。

本判決は、いわゆるオンライン送達の場合にあっても、送達時に、相手方が意思無能力であった場合には、これを無効とするもので、前記の①または②の手続きがされたとしても、代理人について意思能力を欠くとの認定は左右されないとしたものである。通常の送達とオンライン送達とで、送達の際の意思能

力の要否について異なった取扱とするべき理由は見出し難く、判示は当然のことと思われるが、この点にふれた先例は見当たらない。

3 認定された代理人弁理士の心身状況に照らせば、本判決の結論に異論は少ないと思われるが、希有な事例であって、今後の実務の参考になるとと思われるから紹介することにした。

[牛木 理一]