

平成 29 年（行ノ）第 10049 号行政上告受理申立て事件

申 立 人 杉村和高

相 手 方 特許庁長官

平成 29 年 11 月 13 日

最 高 裁 判 所 御中

申 立 人 杉村和高 印

上告受理申立て理由書

頭書事件について、申立人は、次のとおり上告受理申立て理由を提出します。

申立人は、平成 29 年 9 月 27 日に領収した平成 28 年（行ケ）第 10237 号審決取消請求事件の判決について、判決の記述に従って以下に反論をします。

第 1 請求 問題ありません。

第 2 事案の概要

1 特許庁における手続きの経緯等 問題ありません。

2 特許請求の範囲の記載 問題ありません。

3 本件審決の理由の要旨 問題があります。

4 取消事由 問題があります。

第 3 取消事由に関する当事者の主張 問題があります。

第 4 当裁判所の判断 全くの間違いであり、不正な判断です。

以下、判決に対する反論を詳細に論述します。

はじめに

その１ あらまし

この書類は、知的財産高等裁判所の判決が不服であるので、最高裁判所に対して上告するのに際しその理由を申し述べるものです。先ずここに至ったあらましを説明します。

申立人（私）は、平成２２年３月２３日、相手方（特許庁）に、名称を「河川の上流部及び中流部における護岸の方法」とする特許出願をし、平成２４年９月に特許審査請求をしました。（この書類では「原告＝私」を「申立人」と記述し「被告＝特許庁」を「相手方」と記述します。以下同じです。）

同審査請求に対する拒絶理由を受けた申立人は、特許請求の範囲を補正する手続補正と意見書を提出しました。その後の経過の後、平成２７年１月に相手方から拒絶査定を頂きました。そこで申立人は相手方に対して拒絶査定不服審判請求をしました。それに対して相手方は、平成２８年９月その審判請求は成り立たないとする審決をしました。

申立人は平成２８年１１月に上記審決の取消し求める審決取消請求の裁判を知的財産高等裁判所に提起しました。しかしながら、本年（平成２９年）９月２７日に、知的財産高等裁判所は「原告の請求を棄却する」との判決を下しています。

申立人は、上述した審査請求、拒絶査定不服審判請求、審決取消請求の裁判のいずれにおいても、本願発明（申立人が出願し審査請求した発明を指します、以下同様です。）は、特許とするべきものでありその特許を認める事を求めています。また、その拒絶査定不服審判請求及び審決取消請求の裁判では、相手方の主張がただの誤りでは無く不正である事も主張しています。

したがって、最高裁判所に対しても、申立人は「原判決を破棄し、さらに相当の裁判を求める」のみならず、相手方の審決、及び知的財産高等裁判所の判決のいずれもが不正であるとの判断を示すことを求めています。

ここに述べる「不正」とは、法的誤り、論理的誤り、人を欺く等、明らかな間違いであることを承知しながらその主張を行うことを指しています。この主張は、日常生活において国民の多くがただの間違いと不正とを明確に区別していることを根拠にしています。

また、この上告受理申立て理由書では、知的財産高等裁判所の判決におけ

る法律違反の事実を記載する際に、その法令を示すことも求められています。ですから申立人は、明らかな法令違反のある事柄について逐一法律の条項を示しています。

その２ 「原告準備書面第３回」の引用

以下に引用するのは、申立人が平成２９年５月８日付けで知的財産高等裁判所に提出した「準備書面（第３回）」（全６頁）の全文です。

この「準備書面（第３回）」は、申立人の主張が正しいことを知的財産高等裁判所に説明し主張するため提出した幾つかの文書の内の一つです。以下４頁から９頁までは、頁数表示は異なりますが、構成と記述内容をそのままにした「準備書面（第３回）」の引用です。

文章中に出てくる「引用発明」或いは「引用文献」などの言葉は、既に知られた発明や文書や技術を指していて、過去のそれらから本願発明が容易に考案、想到出来たことを主張するために、相手方が提出した発明や発明の文書その他の文書を指します。

特許の審査では、出願された発明が過去の発明や文書から容易に考案、想到出来たと判断されれば、その発明は特許が認められません。その際、既にある発明や文書を二つまで組み合わせて比較することは許されていますが、三つより多くの発明や技術を組み合わせて比較することは許されていません。

次頁の引用文書では、「引用発明２」「引用文献４」「引用文献１」の三つが本願発明と比較する対象であり、その記述は、それぞれの発明の機能と本願発明の機能を比較対照した際の方法の可否について論じています。

また、文書中にある「書証」は、申立人及び相手方が知的財産高等裁判所に提出した文書中に記述した主張の正しさを証拠立てる書類のことで、申立人が提出するそれを「書証甲１～」と表し、相手方のそれを「書証乙１～」と表わします。この裁判では申立人は「書証甲１」から「書証甲１１」までの書類を提出しています。

以下に引用する書面は、相手方と知的財産高等裁判所の判断が全くの不正であることを解り易く明確に説明しています。この書面の詳しい説明は引用文書の後に記述します

写 し

平成28年（行ケ）第10237号審決取消請求事件

原 告 杉村和高

被 告 特許庁長官 小宮義則

平成29年5月8日

知的財産高等裁判所 第3部 御中

原 告 杉村和高

準 備 書 面（第3回）

頭書事件について、原告は、次のとおり弁論を準備し、被告準備書面（第1回）に反論します。

原告は、先の「準備書面第2回」「反論の第5」（1）（C）（同書31頁19行目～32頁15行目）において、被告の主張が不正であることを記述しています。しかしながら、それらの記述では被告の不正の内容を充分には説明出来ていないと思われますので、それらについて改めて記述致します。

以下の記述は先の「準備書面第2回」の記載内容を補足し説明するものであり、その論旨を変更するものではありません。

人を欺く記述は、被告の拒絶理由通知書（書証甲５）から始まりました。
被告のその記述は以下のとおりです。（同書１１頁１１～２１行目）

「イ判断

上記相違点について検討する。

引用発明２は、流水の作用によって堤防が削りくずされるのを防ぐものであるから、河岸には堤防が設けられているものである。そして、堤防には護岸工事を施すことが一般的である。

そして、引用文献４には、「護岸と水制が一体となって堤防を保護」することが記載され、また引用文献１にも、「護岸が施された堤と繋がった洲を形成する」発明が記載されていることから、引用発明２の石出しを、護岸と一体となって堤防を保護するものに替えることは、当業者が容易になし得たことである。

したがって、本願発明は、当業者が引用発明２及び引用文献１又は４に記載された事項に基いて、容易に発明をすることができたものである。」

上述の記載を要約すると以下のようになります。

「引用発明２は、～堤防には護岸工事を施すことが一般的である。」

「そして、引用文献４には「護岸と水制が一体となって堤防を保護」することが記載され」

「また引用文献１にも「護岸が施された堤と繋がった洲を形成する」発明が記載されていることから」

「引用発明２を「護岸と一体となって堤防を保護するものに替えることは、当業者が容易になし得たことである。」

「したがって、本願発明は、当業者が引用発明２及び引用文献１又は４に記載された事項に基いて、容易に発明をすることが出来たものである。」

この要約に従って、以下にその詳細を検討してみます。

まず最初に、被告が主張する「～引用発明２及び引用文献１又は引用文献４に記載された事項に基いて、容易に発明をすることが出来たものである。」の記述のとおり実際にそれぞれの発明を選択的に組み合わせてみます。

そうすると、引用発明２及び引用文献１の組み合わせの場合では、

「堤防には護岸工事を施すことが一般的である」＋「護岸が施された堤と繋がった洲を形成する」となります。

また、引用発明２及び引用文献４の組み合わせの場合では、

「堤防には護岸工事を施すことが一般的である」＋「護岸と水制が一体となっ

て堤防を保護する」となります。

次に、これらの組み合わせ内容と比較する本願請求項の特徴的内容を考えてみます。

本願請求項は「岸边から～杭を埋設して～大きな石や岩を～その場にとどめることにより、新たな岸边を形成し、それらを護岸の構成部分として機能させることを特徴とする護岸の方法」と記載されています。

これを要約すると、本願発明は「新たな岸边を形成し」＋「護岸の構成部分として機能させる」＋「護岸の方法」であることとなります。

さらにこの特徴的内容を、前述の比較する発明の表現を使用して記述すると、「護岸が施された堤と繋がった洲を形成する」（引用文献１）＋「護岸と水制が一体となって堤防を保護する」（引用文献４）＋「堤防には護岸工事を施すことが一般的である」（引用発明２）となります。

本願発明の内容と前述の引用発明の組み合わせを比較検討して見れば、被告が主張するところの選択的なそれぞれの組み合わせでの場合では、本願請求項が記載している特徴的内容に及ばない事は明らかです。

引用発明２及び引用文献１の組み合わせの場合では、引用文献４の特徴が欠落します。

引用発明２及び引用文献４の組み合わせの場合では、引用文献１の特徴が欠落します。

つまり、「したがって、本願発明は、当業者が引用発明２及び引用文献１又は引用文献４に記載された事項に基いて、容易に発明をすることが出来たものである。」の主張は明らかな間違いです。

被告が主張するように３つの引用発明をそれぞれに選択的に組み合わせただけでは、本願発明の特徴的内容に及びません。そうかといって、３つの発明を同時に組み合わせで比較したのでは、特許の審査方法の規定を逸脱してしまいます。それであるのにも拘らず、被告は間違いであることが明瞭な組み合わせを主張しています。何故でしょうか。

このような状況で被告が採用した方法は、本願発明の記載事項に及ばない組み合わせを記載しながら、それを読む人に勘違いをさせる記述でした。被告らの記述は全く巧みです。

被告の記述の中で注目すべき箇所は、「また引用文献１にも、「護岸が施された堤と繋がった洲を形成する」発明が記載されていることから、引用発明２の石

出しを、護岸と一体となって堤防を保護するものに替えることは、当業者が容易になし得たことである。」の箇所です。

つまり、引用発明2と引用文献4の組み合わせの前に、引用文献1の記載を挿入することによって、全体の印象を3つの発明を組み合わせた場合の印象に変えているのです。

そして、実際に選択的組み合わせを試みる事さえ放棄させる断言をもって文章を終えています。それが「したがって、本願発明は、当業者が引用発明2及び引用文献1又は4に記載された事項に基いて、容易に発明をすることが出来たものである。」との記載です。実に巧みな作文技術です。

仮に、被告が真摯に引用発明を選択的に組み合わせたならば、上述の組み合わせの記述は、原告が示したように2通りの組み合わせでなければならなかったはずです。しかし、被告は組み合わせを1つしか記述していません。でも、その組み合わせの前にもう1つ別の引用文献の記述を挿入しています。

被告は、この記述で実質的に3つの引用発明あるいは引用文献を組み合わせているので、改めて選択的に別の組み合わせを記述することが出来ないのです。ですから、引用発明の組み合わせは1つしかありません。

これらの記述では、「したがって」以前の個々の文節（句点や読点間の記述）自体には誤った記載はありません。ですから、それらを順番に読んでいくと何故か、被告の意図のままに被告の主張が正しいものと思わされてしまうのです。

しかも、「したがって」以前の個々の文節自体に間違いはありませんから、読む人が勝手に読み違えたとか、その記載順は意図したものでは無いとかの、言い訳も予め用意していることでしょう。驚くべき狡賢さと言えるのではないのでしょうか。

実際、前述の引用文を読んだ時に、その記載が間違いであるとの印象を持つ人はほとんどいないでしょう。優秀な3人の審判官による慎重な審査の結果としての記述なのです。その主張に間違いがあるはずもないのです。ましてや、その文章の中に人を欺くことを意図する記述があると考えことはあり得ないのです。

原告の場合も全くその通りでした。なるほどそう言う事なのか、とその結論に納得せざるを得ませんでした。それでも未練があったので、時間をおいて何回か読み返して見るうちに、なんとなく、どこかおかしいと思うようになりました。

さらに何度も繰り返し読み、個々の文の詳細について検討しているうちに、ようやくにして、それらが人を欺く不正な記述であることに気が付いたのです。

前述のように実際に選択的組み合わせをしてみれば、本願請求項の記載に及ば

ない事は直ぐに気が付いたのですが、その前の文を読んだ印象では、それらの組み合わせによって本願発明は容易に発明出来るとの印象が生じてしまうのです。

これは不思議な事でした。特許庁の審判官の文章作成能力が如何に優れているかを物語っているようです。

被告は、その「準備書面第1回」〔5取消事由5（本願発明と引用発明2との相違点の判断の誤り）に対して〕で、「審決17頁「（イ）」の説示のとおり、「引用発明2及び引用文献1または4に記載された事項に基づ」く容易想到性を判断したものである。」（同書12頁13～14行目）と記述しています。ここに引用した記述自体を間違いであると言うことは出来ないでしょう。

しかし、問題は、この記述が前提としているのが読む人をしてその判断を誤らせる事を意図した記述である事であり、この記述のとおりであれば引用発明をもって本願発明を容易に想到出来るとする結論が間違いである事です。

確かに、前述の引用文は「引用発明2及び引用文献1または4に記載された事項に基づ」く容易想到性を判断したものである。」に違いありません。しかし、それならば何故に、誤りであることが容易に判断出来る組み合わせをもって本願発明と比較し、その容易想到性を主張したのでしょうか。

もちろん。人を欺く記述があるから、それを読む人が勝手に読み違えることを予定していたのに違いないのです。しかも、「したがって」以前の個々の文節自体には間違った記述はありませんから、被告は、読む人が勝手に読み違えたのに過ぎないと主張し続けるのでしょう。

実際、被告は「拒絶理由通知書（書証甲5）」に続いて、「審決」及び「準備書面第1回」でも上述と同じ主張を繰り返しています。それらの説明では、原告の「意見書（書証甲6）」や、より丁寧に説明した「準備書面」（同書47頁～51頁）の内容に全く触れていません。

被告のそれらの主張は明らかな間違いであると同時に全くの不正であるのです。

日本語の文章を作成する人のほとんどは、間違いのないそして解り易い文章を如何に記述するかを念頭において日々努力しているのです。敢えて分かり難い文章の記述を心掛けている人はいません。まして、読む人を誤解させる文章を記述するのは詐欺師など人を欺く犯罪者やその仲間だけでしょう。

たとえば、企業が販売する商品の説明書や宣伝文に、読む人をして間違えた判断を生じさせる記載があったならば、その企業はたちまちにして世間から非難を浴びせられることになり、企業はその信頼を失います。

場合によっては裁判沙汰にもなり、或いは、企業はその業績を悪化させて、その存続問題にまで発展するかも知れません。事実、これらの事は、近年において度々発生しているので、多くの国民が承知していることです。つまり、ウソをついたり人を欺いたりする企業は国民からその責任を厳しく追及されるのが普通なのです。

最近では、弁護士事務所が事実と異なる宣伝文句を長きに亘って使用し続けた事が問題になっています。

特許庁の「審決」と「拒絶理由通知書」は裁判所の「判決」と同じ権威を持っているのです。民間企業の文書よりもよりもさらに重大な責任を負っているのは間違いの無いことです。ただ単に分かり難い文章の場合であったとしても、それだけで担当者の責任が問われることでしょう。もちろん、読む人をして間違えた判断に至らせる記述が許させるはずもないのです。

被告は、「拒絶理由通知書（書証甲5）」の記述以後も、原告の不正の指摘に対して具体的な反論を示すことなく、「審決」「準備書面第1回」と、連続してその主張を繰り返しています。一般企業であったとしても、これほどに不正な主張を継続し続けることは考えられません。国民のために働く国家公務員がこのような不正を継続して主張し続けたことを許すことは出来ません。

知的財産高等裁判所の裁判官の皆様の公正で厳正な判断をお待ちします。

その３ 「原告準備書面第３回」の説明

４頁から９頁までに引用した文書での相手方の記載では、本願発明が従来から知られている発明や技術などにより容易に考えつくものであることを主張しています。

特許法による特許の審査基準では、新たに審査請求された発明と既に知られた特許や技術とを比較する際に、既にある特許や技術を二つまで組み合わせて比較することを許していますが、三つより多い組み合わせは許していません。

簡単に言えば、二つのそれらを組み合わせて、それにより容易に想到出来ると判断出来た場合には、その発明は特許にはなりません。しかし、それ以上の数の組み合わせの場合には、それを理由として特許取得を妨げることは出来ません。

引用文書を読んで頂ければ理解して頂けると思いますが、相手方の記述は明らかに三つの発明や技術を組み合わせて本願発明と比較しています。ですから、その特許審査基準から考えて、本願発明を特許とすることに何の問題もないはずです。

しかしながら相手方の記述では、三つの技術の組み合わせを、あたかも二つだけの組み合わせであるかのように誤解させる記述をしています。この記述は、明らかに最初から人を欺く事を意図した記述であると言えます。

上述引用文にも記述しましたように、申立人は、拒絶査定不服審判請求以後に提出した全ての文書において、相手方のこの主張が誤りであることを主張しています。しかし、相手方は記述を何ら変更すること無く、また説明もなく同じ主張を続けています。全く不可解な主張であり全く悪質な不正です。

上述「原告準備書面第３回」に記述した相手方の主張は、「特許法第２９条第２項」の規定或いは判例に違反しています。また、その記述は、明らかに人を欺くことを意図した記述であり、明らかな不正です。

また、それが不正な主張である事を承知したまま、相手方の主張を認め申立人の発明を認めなかった知的財産高等裁判所の判決も明らかな不正です。「原告準備書面第３回」に記述した相手方の主張が、人を欺くことを意図した記述であることは誰でもが容易に理解できることで

す。したがって、知的財産高等裁判所の判断は、「民事訴訟法 318 条第 1 項」の規定に該当する、或いは、「民事訴訟法 312 条第 2 項」に該当すると考えます。

申立人の知る限り、特許庁や裁判所の判断や判決に不正がある場合を、現在の法律では想定していません。したがって、相手方と知的財産高等裁判所の判断並びに判決に不正であったとしても、それを直接に法律違反或いは判例違反であると明示することが出来ません。

ですから、この文書では、従来法律を明示することによって、相手方と知的財産高等裁判所の判断並びに判決における不正な法令違反を明らかにしています。

なお、つけて加えれば、たとえ不正に関する法律がないとしても、国民のほとんどは、ただの間違いと不正と明らかに区別し判断しています。この裁判において、法律にその規定がないことを理由に不正の判断を逃れる事は出来ません。

法律に記載されていない事柄であっても、最高裁判所はそれを判断出来ることになっています。そして、それを行わなければ、その存在意義はありません。その場合には、最高裁判所自らが不正を行ったことになります。

相手方の審決と知的財産高等裁判所の判決には、上記で明らかにした以外にも幾つかの不正があります。以下にそれらの説明をします。

判決では、この裁判の概要と審決の要旨を記述（同書 1 頁 17 行目～6 頁 26 行目）した後、その争点を取消事由 1～5 に区分しています。（同書 6 頁 26 行目～7 頁 6 行目）。また、申立人及び相手方の主張も要約記述（同書 7 頁 7 行目～21 頁 14 行目）したうえで、その判断を記載しています。

したがって、以下の記述では、申立人もその区分に従い判決に対する反論をします。

第 1 判決「第 4 当裁判所の判断」に対する反論（取消事由 1）について

(A) 特許審査における明確性の要件

特許庁の審決でも知的高等裁判所の判決でも、本願発明が特許とされない理由として特許の審査基準にある三つの基準にそれぞれ該当することを説明しています。

その三つは、特許の明確性の要件、特許の新規性の要件、特許の進歩性或いは容易想到性の要件、と呼ばれています。これら三つの要件の内の一つにでも該当すれば、その発明は特許を認められません。

知的財産高等裁判所の判決「第4当裁判所の判断」「1取消事由1（明確性要件についての判断の誤り）について」（同書21頁15行目～28頁2行目）では、その基準の内一つ、一般的に明確性要件と呼ばれる基準により、本願発明が特許とされないと主張しています。

特許の審査は、特許申請の際に提出した文書【特許請求の範囲】の【請求項】の記載を厳密に審査することによって行われます。

ですから、特許の明確性要件とは、申請された特許書類の【請求項】の記載内容が明瞭であるか否かについて審査するものであると言えます。【請求項】の記載内容だけでは発明の内容が明瞭でない場合は【明細書】或いは【図面】の記載を参照することになっています。また、特許の審査過程では、【明細書】に記載がある場合に限り【請求項】の記載内容を変更しても良いことになっています。

本願発明の【請求項】の内容は、知的高等裁判所の判決（同2頁14行目～24行目）に記載されています。

また、本願発明の【明細書】及び【図面】は、書証甲1（公開特許公報（A）特開2011-196129）に掲載されています。

申立人は、本願発明における特許の明確性の要件の争点は二つであると考えます。一つは【請求項】に記載された文言そのものの明確性の問題です。もう一つは、既に特許とされている発明において、本願発明の審査で問題になっている文言とその意味をほぼ同じくする文言が存在している問題です。

既に特許とされた発明の問題について、申立人は、特許の審査において二重基準が存在していることは不正であると主張しています。

(B) 【請求項】に記載の文言の明確性の問題

(ア) 大きめの石や岩

この問題については、判決の（同書 2 1 頁 1 5 行目～2 8 頁 2 行目）で、知的財産高等裁判所の見解を詳しく説明しています。

その争点をより明確にするなら「～本件審決は、「付近にある中で大きめの石や岩」との記載がどの程度まで大きいものを規定しているのかが不明である」（同書 2 2 頁 1 6 行目～1 8 行目）の問題であると考えます。

石や岩の多い河川上流や中流では上流に至るほど石や岩の大きさが大きくなっているのが普通です。これは、中流から上流に至る河川のそれぞれの場所にある大きな石や岩の大きさが、上流になるほどに大きくなっている事を説明するもので、石や岩の多い河川が全国の至る所にある日本では、多くの人々の常識ともなっている事柄です。

また、石や岩の多い河川ではそれぞれの場所にある大きな石や岩は岸边にあることが多く、なおかつ、それらの石や岩は様々な増水がある中でも長い期間に亘ってその場所にあり続けているのが普通です。

それに対して、それぞれの場所の大きな石や岩よりも小さな石や岩や土砂は、様々な増水の機会に容易に流下して行きます。ですから、それぞれの場所にある容易に移動しない大きな石や岩は、流れの場所を定め水流から岸边と陸地側を守り、小さな土砂の流下を防いでいます。

申立人はこれらの事実を観察し、それらの大きな石や岩がそれぞれの場所の護岸に大きな役割を果たしている事を見い出し、理論的考えを明確にしたうえで本願発明を特許出願しています。

石や岩の多い河川で、それぞれの場所にある大きな石や岩をさらに恒久的に岸边にとどまらせれば、河川の護岸を容易に実現できることが出来ると考えられます。本願発明では、恒久的にそれらを岸边にとどまらせる方法として「杭」を使用します。これらの事柄は本願発明の【明細書】【0 0 0 9】～【0 0 1 7】にも記述しています。

それぞれの岸边に大きな石や岩がある場合が多いことは、石や岩の多い河川であればどこでも観察できることです。

この現象は、河川での様々な増水の結果によるものと考えられ、規模の大きな増水の機会は少なく小規模な増水の機会ほど多いので、規模

の大きな増水の時に限って移動した大きな石や岩は岸边に取り残され易いのだと考えられます。ですから、石や岩の多い河川であれば、この護岸方法は全ての場所で成り立つと考えられます。

判決文でも触れているとおり、石や岩の多い河川のそれぞれの場所にある石や岩の大きさは、それぞれの場所ごとに限度があるのです。そして本願発明では、それぞれの場所での大きめな石や岩を見つければ良いのであって、小さめな石や岩を探す必要は無く、最も大きな石や岩を探す必要もありません。

なぜなら、それぞれの場所にある大きな石や岩は、それぞれの場所で大きめであることによって岸边にとどまっているのであり、自然に生成されたそれらの石や岩は似通った大きさであるとしても、大きさ自体が同一であることはほとんど有り得ないのです。

大きめな石や岩を見つける必要がある時に、小さめな石や岩をわざわざ見つける人はいないのです。例えば、石や岩の多い河川敷で、大きめな石や岩を探してね、と児童に言えば、ほとんどの児童がそれらの石や岩を容易に見つけ出すのではないのでしょうか。大きめな石や岩は、大きめでありさえすれば良いのです。

（イ）「付近」について

判決では「～「付近にある中で大きめの石や岩」との記載は、その範囲が客観的に定まるものではないから、明確であるとはいえず、～」

（同書 2 4 頁 1 6 行目～1 8 行目）と記載しています。この記載の前後の記述から判断して、この記述は、石や岩の大きさについてだけでなく「付近にある中で」の場所の問題についても論じているようです。

しかしながら、判決文には以下の記述があります。「そうすると、請求項 1 の「付近にある中で大きめの石や岩」とは、河川の特定の場所（本願の発明に係る護岸を施す場所）において、付近にある石や岩のうち、「大きい」という性質や傾向を有する石や岩のことであると理解することが出来る。」（同書 2 2 頁 2 4 行目～2 3 頁 2 行目）

ですから、「河川の特定の場所（本願の発明に係る護岸を施す場所）」が判明すれば、「付近にある中で」の意味も範囲も判断できると考えられ、「付近にある中で」の場所に関する問題はすでに争点ではない事が明らかです。

(ウ) 判断の客観性

判決（同書 23 頁 9 行目～17 行目）の本願発明の説明では、判断者いかんによって石や岩の大きさが変わり得るから客観性に欠けると主張しています。しかしながら、この考え方は支持できません。

例えば、スーパーに並んでいる多くの野菜や果物の場合を考えてみます。自然物であるそれらの果物や野菜が全く同じ重さや全く同じ形であることはありません。スーパーに出荷される前にそれらの商品は似かよった大きさごとに分別されていますから、棚ごとに分けられた S、M、L 等の大きさの違いは誰にでも分かることです。しかし、同じ区分の棚の中でもそれぞれの大きさに違いがあることは多くの人が承知していることです。S の中の大きなものは M の中の小さなものとの区別が困難であることは珍しくありません。

つまり、それらの商品の大きさを大まかに区分することは容易ですが、それぞれの大きさの中でそれをさらに区別するのは容易ではありません。

自然物である河川の石や岩の大きさを選別することが上述した事情と同じであることを、申立人は、意見書や準備書面で具体例を示し繰り返し説明しましたが、相手方や裁判官が聞く耳を全く持たなかったのは残念であり、また不思議に思うところです。

杭によってその場にとどめる石や岩の大きさを工業製品のように厳密に定める事は出来ないのであり、それを求めること自体が間違いなのです。

本願発明の場合で言えば、杭を設置した人の判断が多少異なったとしても問題はないのです。とどめる石や岩の大きさが、工事を行う人ごとに多少異なったとしても、それはそれぞれの工事者の技量の差でしかありません。設置護岸工事の杭の幅が多少違ったとしてもそれは自然が解決してくれる問題です。自然状態の岸辺で、増水の度に移動する石や岩が揃って同じ大きさや同じ形であることは無いのですから。

また、判決では、明確性が欠けているから上述の語句を使用しない方法によって明確性を示すべきであるとも記述しています。しかし、上述のように、それぞれの河川ごとそれぞれの場所ごとにその場所にある

石や岩の大きさは異なっているのですから、本願発明の記述以外の記載はあり得ません。本願発明の記述であるからこそ、石や岩の多い河川の全ての場所で適用できるのであり、本願発明が特許として大きな価値を持っている理由であると考えます。

知的財産高等裁判所の判決では、明確性の要件について詳しく説明しています。その記述の中に「～出願当時における当業者の技術常識を基礎として～」(同書 2 1 頁 2 5 行目～2 6 行目)、「～その定義又は説明を出願時の技術常識をもって考慮して請求項中の用語を解釈することによって～」(同書 2 2 頁 8 行目～9 行目)とあります。

申立人は平成 2 9 年 1 月 3 日付けの「準備書面第 1 回」で、この事柄についても言及しています(同書 1 2 頁 6 行目～1 3 頁 7 行目)。その記述では「糖度計」の出現以前であっても、人々が果物やお菓子の甘さを問題なく比較し判断していたことを述べています。

石や岩の多い河川上流や中流のそれぞれの場所にある石や岩の大きさを、相手方や判決が言うほどに厳密に客観的に説明し又それを実現した人はまだいないのです。それは、普通の人々の場合であっても又当業者の場合であっても同じではないでしょうか。相手方や判決の記述は現実離れした無いものねだりであり、特許法の定めと自らの記載にも矛盾する不正な主張です。

(C) 特許審査における二重基準の存在について

(ア) 本願発明と書証甲 7 の発明

書証甲 7 (特許公報 (B 2) 特許第 3 2 9 7 9 0 6 号) の発明には、本願発明と極めて似かよったところがあります。

共に河川の治水に関する発明です。甲 7 の発明は、スリット式の砂防堰堤の縦に延びるスリット部に鋼鉄製の横梁を幾つか設置して、土石流で流下する巨礫や石礫をその場にとどめようとするものです。

当然、設置する横梁の間隔によってその場にとどめる石礫や巨礫の大きさが異なり、それによってその堰堤自体の効果も異なってくるものと考えられます。

本願発明では、「杭」によって流下する石や岩をとどめますが、甲 7 の発明と同じく杭の間隔が重要な意味を持ちます。甲 7 の発明では将来発生する土石流によって生じる石礫や巨礫を「横梁」によってとどめ

ますが、それらの石礫や巨礫の大きさやその基準について具体的な言及はありません。本願発明では「杭」によってその場にとどめる石や岩の大きさを明確に記述しています。

甲7の発明の【請求項】での石礫や巨礫の大きさに関わる記述は「～の下段においては当該ダムに到達すると予測される石礫の最大径の1.0ないし、1.5倍に、上段ないし中段においては当該ダムに到達すると予測される石礫の平均径の1.0ないし、1.5倍に選定され、」とあるだけです。引用文に「～1.0ないし、1.5倍に～」とありますが、その数値の基準になる石礫や巨礫の大きさは全く不明です。

甲7の【明細書】中には、過去の土石流の際に計測したと考えられる幾つかの数値が記載されています。しかし、河川ごとそれぞれの場所ごとに石や岩の大きさが異なることは既に説明したとおりです。土石流の規模もそれぞれの河川ごと場所ごとに、増水量或いは降雨量ごとに異なることは、誰でも容易に理解できることであり、将来発生する石や岩の大きさをどうして知ることが出来ると言うのでしょうか。土石流が何処で何時発生するのかも分からないのです。

甲7の発明は、何時か何処かで発生するかも知れない土石流に備えて横梁を設置した砂防堰堤の発明です。石礫や巨礫の大きさが不明なのは仕方のないことかもしれません。でも、甲7の発明では、堰堤の性能を左右するはずの横梁の間隔を決定する石礫や巨礫の大きさの具体的説明は全くありません。

一方、本願発明では、杭によってとどめる石や岩の大きさは、誰にでも容易に理解できる説明がされています。さらに、その説明の背景となる事実についても再三に亘り論理的説明を加えています。

一方は、堰堤の性能を左右する石礫や巨礫の大きさが全く不明であるのにその特許が認められ、一方は、石や岩の大きさを誰でも理解できるのにその特許が認められていません。全く不合理で矛盾している判断です。

言い換えると、特許の明確性要件が本願発明に比して満たされているとは言えない発明が特許とされて、満たされている発明が特許を認められません。これは、特許審査に二重基準がある事を明確に示しています。もちろん、二重基準の存在は不正であると考えます。

(イ) 既に特許とされた発明と判例について

申立人が主張する二重基準の問題については、判決の「(3)原告の主張について ウ 上記③について」で言及されています。(同書27頁8行目～14行目)

「～しかも、甲7発明が特許されているという事実は、その審査を担当した審査官が、甲7発明が明確性要件を含む特許の要件を満たすものであると判断したことを示すものではあるとしても、このような審査官の判断に、本件の審判官や当裁判所が拘束される理由はないから、甲7発明が特許とされているからといって、本願発明も特許されるべきであるとの判断をしなければならないものではない。」

この記述は極めて奇妙な説明です。と言うよりも、裁判官として有り得ない説明であると考えています。

裁判所の判決では、過去の判決を参考にしてその判断がなされることが多くあります。それら過去の判決は判例と呼ばれます。(この記述は、法律の素人によるものですから、法律的に正確性が欠けているかもしれません。)

つい最近、裁判の判例をめぐるニュースがありました。大麻取締法違反で起訴されて執行猶予付で懲役1年6か月の判決を受けた男性に対して、従来からの判決に比較して刑が重すぎたとして、検察自らが判決の取り消しを求めて上告し、高等裁判所で改めて執行猶予付で懲役6か月の判決が下されたと言うものです。

素人である申立人からすれば、いずれも執行猶予つきであり、実際の刑の執行においてそれほどの違いが無いと思うのですが、法律の関係者は法律の判断や執行についてここまで厳密性を求めているのかと感心もしたものです。

上述(ア)本願発明と書証甲7の発明で説明しましたように、本願発明と甲7の発明とでは極めて似通った特徴があります。その発明の一方は、堰堤の仕様を定める意味を持つ石礫や巨礫の大きさについての記述が無いにも拘らず特許とされています。他の一方は、重要な意味を持つ石や岩の大きさについて明らかな記述があります。

特許庁の審決は、地方裁判所の判決と同じ権威をもつと考えられま

すから、重要な意味がある石礫や巨礫の大きさの記述が明確で無くても特許とされた過去の判断は既に判例になっていると考えられます。

今回の判決は、その過去の判断を全く無視しています。もちろん、判例が覆されて新たな判決が示されることもあります。でもその時には、法律に関わる人々や国民を納得させるだけの理由が必要です。

今回の判決では判例を覆す理由の説明もないままに、「～このような審査官の判断に、本件の審判官や当裁判所が拘束される理由はないから、～」と記述しています。つまり、この判決では、過去の判例を無視した判断をしています。言い換えると、特許の審査に二重基準があっても問題が無いことを述べています。

今回の判決は特許制度のみならず裁判制度のあり方自体を否定するものです。容認できないと考えるのは申立人だけではないでしょう。言うまでもなく、今回の判決は不正な判断です。

明らかに、民事訴訟法「第318条第1項」に該当すると考えられます。また理由も無く判例を変更したのですから、民事訴訟法「第312条第2項第6号」にも該当する可能性があると考えます。

今回の上告は、いわゆる門前払いの出来ない上告です。仮に、この問題について最高裁判所が判断を示さないままであったなら、今後の全ての裁判の判決や弁護士の弁論にも混乱が起きることは間違いないと考えます。最高裁判所の判断が無ければ過去の判例は全て無視して良いとの考え方が成立してしまいます。

必ず、最高裁判所の各裁判官の判断を頂きたいと考えています。

(D) 「第1 判決「第4当裁判所の判断」に対する反論」のまとめ
上述(A)(B)(C)に記述しましたように、特許の明確性要件での判決の主張は全て誤りであり、なおかつ全て不正であることが明らかです。

(E) 「付近にある中で大きめの石や岩」の重要性
「付近にある中で大きめの石や岩」は、本願発明での重要な概念です。本願発明では杭によってその場にとどめる石や岩の大きさを「付近にある中で大きめの石や岩」と表現しています。

この概念は、石や岩の多い河川での土砂流下現象を考える際の重要な概念であり、また重要な手掛かりでもあるのです

前述（B）（ア）「大きめの石や岩」で記述しましたように、石や岩の多い河川上流や中流では上流に至るほど石や岩の大きさが大きくなっているのが普通であり、それぞれの場所にある大きな石や岩は岸边にあることが多く、なおかつ、それらの大きめの石や岩は様々な増水がある中でも長い期間に亘ってその場所にあり続けているのが普通です。

自然の河川で見られるこれらの状況こそが、石や岩の多い河川に護岸を施す場合に目指すべき事柄なのです。杭によってその場にとどめる石や岩の大きさは、「付近にある中で大きめ」でなければ本願発明の効果は生じません。それらの石や岩は、その基準よりも小さ過ぎても、大き過ぎてもいけません。

杭によって小さな石や岩をその場にとどめたとしても、ひとたび増水すれば容易に流下してしまうので、護岸の役に立たない事は誰にでも分かることです。でも、杭によってその場にとどめる石や岩の大きさが大き過ぎても、石や岩の多い流れの護岸の役には立たないのです。

（F）「付近にある中で大きめの石や岩」の意味

自然の流れの岸边にある大きな石や岩は、水流に対して強いので長い期間その場にとどまり続けます。それらの石や岩は幾つか集まり、周囲にあるそれらよりも小さな石や岩や土砂の流下を押し止めていることが多いのです。それらは、水流の位置を定めるだけでなく、岸边や陸地側の多くの土砂の流下を防いでいます。上流や中流の流れが透明であることが多いのは、これらの効果によります。

さらに、大きな石や岩とその周囲の石や岩は、水の流下を僅かですが遅くしています。それぞれの場所ごとのその効果は多くありませんが、コンクリート敷きの水路と比べればその差は大きく、上流や中流にある河川敷全体の広さを考えればその効果は決して少なくありません。

つまり、上流や中流にある流れや河川敷にある石や岩は自然の治水的効果をもっているのです。

しかし、そのような石や岩よりもずっと大きな石や岩は、その場に止まるだけでなくその前の水流を強め周囲にある石や岩をことごとく流

下させてしまいます。このような現象は河川の上流部で容易に見つけることができます。

上流には岸壁が連なっている岸边があります。それらの前の流れは他の場所より深くなり、その底が小さな砂利や砂であることが多いのです。それらの岸壁の周囲に大小様々な大きさの石や岩があったとしても、岸壁の前の流れにそれらがあることは少ないのです。

岩壁の前の流れが深くなる現象は、上流中流にある淵を形成する現象でもあります。上流や中流の淵には特別大きな石や岩があり、それらの石や岩は規模の大きな増水でもほとんど移動しません。淵は、そのように特別大きな石や岩がある場所に形成されています。

上流や中流にあるそれら特別大きな石や岩は、土石流や土砂崩れによってその場にもたらされたと考えられます。ですから、上流や中流であったとしても全ての場所にある訳ではありません。それら特別大きな石や岩に対して、増水によって移動流下する石や岩はそれらよりも小さく、その多くは上流から年月を掛けて流下して来たと考えられます。ほとんどの場合で、これらは容易に区別できます。

増水によって移動する石や岩は、大きな石や岩から小さな石に至るまで、その大きさの変化の仕方に連続性があります。例えば、石や岩を大きさの順に並べたとすると、隣り合う石や岩ごとの大きさの違いは少ないのです。一方、淵を作る程の特別大きな石や岩はそれら大きさの変化の連続性から離れて大きいことが多いのです。つまり特別に大きいのです。

仮に、付近にある中で特別大きな石や岩を杭によってその場にとどめれば、その場所の流れは他よりも深く掘れて砂や小石ばかりの川底となります。水深の深い下流箇所を目指して流れる水流は常にその場所にあることが多く、増水になればさらに大量の水が押し寄せ強い水流がその場をより深くしますから、その場に構造物があれば容易に破壊されてしまいます。その場の護岸だけで無く、護岸が守っていた陸地側を破壊してしまうこともあるでしょう。

つまり、杭によってその場にとどめる石や岩の大きさは「付近にある中で大きめ」であって良いのであり、大き過ぎれば護岸の役には立たないのです。大きな石や岩による護岸や治水的役割や、杭による護岸や新

たな土砂による岸辺の新たな形成は、本願発明【明細書】【００１０】～【００２１】にも記述しています。

（Ｇ）コンクリート護岸の弊害

実は、上流や中流のコンクリート護岸はそれぞれの場所での大き過ぎる石や岩なのです。その全体としての構造は上流の岸壁と同じです。コンクリート護岸の場合では、自然の岸壁よりも長い距離に亘って続いている事も珍しくありません。

ですから、コンクリート護岸は、周囲の石や岩を下流に流し、その場所を深くし、河川敷から大量の土砂を流下させ続けます。水流から岸辺と陸地側を守り小さな土砂の流下を防いでいた大きな石や岩であっても、コンクリート護岸が設置されれば、それらは容易に流下してしまいます。当然、護岸の基礎が破壊されることも多くあります。

それらの不都合を解決するために、護岸の前に多くのテトラポットを設置したり、前面に巨大なコンクリート岩盤を設置したり、大きな水制を設置したりします。あるいは過大な土砂流下を防ぐために小規模な堰堤を幾つも設置することも多くあります。それらの追加工事が無ければコンクリート護岸はその基礎から崩壊してしまうからです。

でも、それら追加の工事を行ったとしても、コンクリート護岸と追加工事は河川の治水状況を悪化させるだけです。護岸を多く設置した場所の下流部では、急激な増水と急激な減水の機会が増えます。実際、岸壁が多く連なる上流部では急激な増水が多く、遭難事故が発生し易いことは地元の人や釣り人や登山者には良く知られた事実です。

石や岩による自然の治水的効果が失われるので、少しの増水でも濁りが発生してその解消にも時間が掛かります。コンクリート護岸が連なる下流側の区域には大量の土砂が堆積するので、河床が上昇して堤防のかさ上げが必要になります。コンクリート護岸が設置された河川からは自然の多様性が失われ、生物の数もその種類も減少します。

しかも、これらコンクリート護岸による影響は年を追うごとに深化しますから、護岸の周囲や下流側には常に新たな工事の必要性が生じます。さらに、それから数十年を経れば、コンクリート自体が劣化しますから、もう一度それらの工事を施さなければなりません。

なんとばかげたことでしょう。上流や中流のコンクリート護岸は、本

来、不要な工事です。これらコンクリート護岸の弊害については、本願発明【明細書】の【０００２】～【０００５】にも記述しています。

念のため記述しますが、上記の事柄は、石や岩が多い河川上流中流のコンクリート護岸のことで、河川敷や河床が砂や土であることが多い下流部でのコンクリート護岸の事ではありません。

（Ｈ）本願発明の工事

本願発明はコンクリート護岸の幾つもの不都合を解消する工事方法です。この工事方法は、自然が本来持っている治水的効果を回復し増強する工事方法です。もちろん、既にコンクリート護岸が設置された場所であっても、あるいは自然状態の岸辺であっても、効果があります。

一度、施工すれば長い年月に亘り石や岩を始めとする土砂の不必要な流下を防ぎ、岸辺を護り続けます。しかも、極めて安価で、なおかつ自然の多様性も取り戻します。

但し、あらかじめ承知して頂くことがあります。コンクリート護岸が設置された河川では、岸辺にあったはずの大きな石や岩を始めとする多くの石や岩が失われました。石や岩がほとんど無くなってしまった河川も多くあります。

それらの河川をコンクリート護岸設置前の自然状態に戻すには百年を単位とするような長い歳月が必要です。

なぜなら、失われた石や岩の多くは長い長い年月を経てそれぞれの場所に辿り着いたのであり、再び以前のような状態になるためには、幾度もの土石流や土砂崩れが発生して、多くの石や岩が流下して来なければならないのです。

第２ 取消事由２について（本願発明の認定の誤りについて）

（Ａ）取消事由２～５には知的財産高等裁判所の判断がありません

判決では、申立人の主張を取消事由１～５に分けて詳細に説明しています。ところが、知的財産高等裁判所の判断があるのは取消事由１についてだけであり、取消事由２～５については分類したものの、その判断はありません。何故でしょうか。

特許法では、前述した三つの審査基準の内の一つにでも該当すればその発明は特許とされない事が定められています。この考え方からすれば、この判決では明確性の要件が該当する事を既に判断したので、特許の取得を否定出来たと判断したのかもしれませんが。

しかし、知的財産高等裁判所の判断としては誤っているものと考えられます。なぜなら、申立人も相手方も三つの審査基準の全てにおいてその論述を行っているのです。残りの二つの審査基準に対する知的財産高等裁判所の判断が無ければ、この判決は中途半端なものとならざるを得ません。

実際、この書面で申立人は、既に審査基準の内の明確性の要件についてその判決が間違いである事を明らかにしています。もし、本願発明の特許を認めないとするなら、残り二つの内の一つでも該当することを明らかにしなければならないのです。現状では、残り二つの審査基準の判断は残されたままです。

申立人はこのことについて、民事訴訟法「第312条第2項第6号」に該当すると考えます。

取消事由2～5に知的財産高等裁判所の判断がないことについて、上述では特許法の規定に従ったものである可能性を述べました。でも、その理由についてもう一つの可能性があります。

それは、判決が取消事由2～5に言及することが出来なかった可能性です。これは、物理的理由では無く論理的理由の問題です。

言い換えると、うかつに取消事由2～5に言及して、相手方の弁論の間違いや不正が明らかになってしまう事を避けた可能性があると言う考え方です。これには前提になる条件が必要になります。つまり、どうしても本願発明の特許を認めない事にする事情があったとする考え方です。

ですから、判決の体裁もなにも構わず、とにかく特許に該当しないことさえ記述してしまえば、あとは誰かが何とかしてくれる。と言う考え方です。

この考え方は、審決の段階だけでなく今回の判決の場合でも、首をかしげるような理不尽な主張が余りにも多い事から考え至ったものです。もちろんこれは申立人の個人的感想に過ぎず、何の証拠も無く、唯の推論に過ぎません。

(B) 取消事由 2 の相手方の主張が間違いであり不正である理由

(ア) 取消事由 2 における相手方主張の間違い

特許の審査基準の内の、新規性の要件及び進歩性或いは容易想到性の要件の審査では、新たに特許出願された発明と既に知られた発明や技術とを比較して審査します。取消事由 2 では、その比較の際に、相手方が用いた比較方法が特許法の規定に従った正しい方法であるかどうか争点になっています。

これを、知的財産高等裁判所の説明では、(取消事由 2) を「本願発明の認定の誤り」(同書 7 頁 2 行目) と記述しています。

取消事由 2 についての、申立人の主張は判決の(同書 1 1 頁 9 行目～1 2 頁 3 行目)に要約され記載されています。同じく相手方の主張は判決の(同書 1 2 頁 4 行目～1 9 行目)に要約され記載されています。

判決では、「本件審決は、請求項 1 記載の本願杭間隔は、その構成が不明確であるとした上で、「ある程度の大きさの石や岩がその場にとどまる事が出来る程度の間隔」を意味するものとして本願発明を認定し、これに基づいて新規性及び進歩性を検討し～」と記述しています。(判決 1 1 頁 1 0 行目～1 3 行目)

この記述は、平成 2 8 年 3 月の拒絶理由通知書(書証甲 5)(同書 2 頁 3 0 行目～3 4 行目)の相手方の記載から始まり、その後、相手方は一貫してこの主張を続けています。なお(書証甲 5)では、「ある程度の～」の前に「その構成が不明であるが、一応、」との記述があります。

つまり、本願発明の【請求項】の記載の内の「付近にある中で大きめの石や岩」の記載の意味するところが不明確であるとして、その記述を「ある程度の大きさの石や岩」に書き換えて、既に知られている発明や技術と比較しています。

申立人は、取消事由 2 の争点である、書き換えを用いた比較方法が間違いであり不正であることを主張しています。

取消事由 2 の争点の比較方法が間違いであることには、五つの理由があります。

(イ) 構成が不明確であるとする誤った判断

先ず第一の間違ひは、「請求項 1 記載の本願杭間隔は、その構成が不明確であるとした」判断が間違いであることです。

上記「請求項 1 記載の本願杭間隔」は、その場にとどめる石や岩の大きさを基準としています。前述、第 1 「取消事由 1 について」で明らかにしましたように、その場にとどめる大きな石や岩の大きさが不明確であるとの主張が間違いであることが明らかですから、それに伴い「請求項 1 記載の本願杭間隔」も明確である事が明かです。

つまり、「ある程度の大きさの石や岩がその場にとどまる事が出来る程度の間隔」の記述は、その書き換えが前提としている「請求項 1 記載の本願杭間隔は、その、構成が不明確である」とした判断が間違いであるので、書き換えの理由自体が成り立たないのです。

改めて言うと、相手方の主張はその前提が既に誤りであるので、その書き替えも誤りであり、如何に先行技術と比較しようとも最初から成り立たない主張です。

（ウ）書き換えした理由

第二の疑問或いは間違い。相手方はその「取消事由 1 」で、「付近にある中で大きめの石や岩」の記載が不明確である事を理由にして、明確性要件の審査基準に基づき本願発明は特許とされない事を主張しました。

前述の三つの特許審査基準では、そのうちの一つにでも該当すれば特許は認められない事になっています。

つまり、相手方の主張によれば、本願発明は既に特許とされない事が決定しているのですから、それに加えて他の審査基準について言及する必要は全く無いのです。今回の知的財産高等裁判所の判決の中でもこの考え方が踏襲されている事は既に記述したとおりです。相手方の主張には整合性が無いと言えます。何故に、相手方は、明確性要件の審査基準に基づき特許を認めないとの判断を下した本願発明に対して、さらに他の審査基準を持ち出したのでしょうか。全く不可解です。

（エ）書き換えた手法の法的根拠

第三の間違ひ或いは疑問。特許とするか否かは【請求項】の記載を厳密に審査する事によって行われます。【請求項】に記載なき場合に限り、【明細書】及び【図面】の記載を参考にする事になっています。

これらの事は判決文中にも記載されています。このように厳密に規定されている審査方法において、【請求項】の記載内容を何らかの理由によって書き替えることが果たして許されているのでしょうか。

申立人は、このことについて、意見書、準備書面で相手方に対して法的に問題の無い事の証拠の提示を要求しましたが、知的財産高等裁判所の判決に至っても何らの返答はありません。特許審査の精神から考えてこのような審査方法が認められているとは考えられないのです。

（オ）書き換えた文言の問題

第四の問題点。書き換えでは「付近にある中で大きめの」が「ある程度の大きさの」に変えられています。

相手方が言う「ある程度の大きさの」の文言はどこから持ち出したのでしょうか。相手方の記述では、「～本願明細書の段落【0015】及び【0016】の記載から、「ある程度の大きさの石や岩」をその場に止めれば、～」(判決12頁10行目～11行目)とありますが、【明細書】のそれらの段落には「ある程度の大きさの石や岩」の記述はありません。その記述は、その段落どころか【明細書】のどこにも無く、もちろん【請求項】のどこにもありません。

つまり、「ある程度の大きさの」の文言は、相手方の勝手な創作に過ぎないのです。上述（エ）の場合と同様に、申立人は相手方にこの手法の法的根拠の確認を求めましたが、判決に至っても一切の返答はありません。もちろん【請求項】の内容を厳密に審査する特許審査の方法から考えて、このような審査方法が認められていることはあり得ません。

（ア）～（エ）のように勝手に書き換える審査方法が認められるならば、多くの審査請求が恣意的に特許を認められなくなるでしょう。

（カ）書き換えによる結果

第五の問題点。相手方の【請求項】の書き換えでは「付近にある中で」が「ある程度の」に変えられています。この書き換えの目的は、本来の【請求項】の記述が不明確であるので、それを明確にすることにあつたはずですが、実際にはその明確性がかえって失われています。と言うより全く無くなっています。書き換えた文言のみを比べても、石や岩のある場所についての情報が失われている事は明らかで、その文言の前後の文章を読み比べても明確性が失われている事は明らかなです。

つまり、明確性の欠如を理由にして書き換えたのにも拘らず、却って明確性が失われています。このことから、相手方の主張する【請求項】の内容の書き換えが全く間違いであったことが明らかです。

知的財産高等裁判所の判決文には以下の記述があります。「～請求項の記載がそれ自体で明確であると認められる場合には、明細書又は図面中に請求項の用語についての定義又は説明があるかどうかを検討し、その定義又は説明によって、かえって請求項の記載が不明確にならないかを判断し、～」(同書22頁2行目～6行目)

この記述は、明確な記載がある請求項の記述を書き換える事を前提にした記述ではありませんが、請求項の記載と明細書及び図面との間の明確性についての注意を喚起する記載であると言えます。ですから、【請求項】の記載内容を書き換えたのであれば、相手方は、書き換え前と書き換え後の記載とで異なった明確性を比較確認する必要があったはずですが、相手方はその確認を怠ったのでしょうか、全く不可解です。

なお、判決による相手方主張の要約中には以下の記述があります。「本件審決が認定した本願発明は、先行技術と対比出来る程度に明確である。」(同書12頁17行目～18行目) この主張は、図らずも、相手方がその馬脚を現した記述であると言えます。書き換えの意図が、相手方が指定する先行技術と比較することをのみ目的にしていたことを率直に表現しています。もちろん、その主張は過ちであり不正です。

(C) 取消事由2についてのまとめ

(取消事由2)について、申立人は、相手方の拒絶理由通知書(書証甲5)以後、一貫してその間違いと不正を主張しています。

平成28年5月書証甲6意見書(同書21頁9行目～37行目)

平成29年1月準備書面第1回(同書28頁～35頁5行目)

平成29年4月準備書面第2回(同書15頁11行目～18頁13行目)

しかしながら、相手方はこれらの争点に対し、真摯な回答を記述していません。

平成28年9月の審決(同書17頁25行目～18頁30行目)で

は、書き換え問題についてその正当性を主張していますが、その法的根拠については一切の説明は無く、書証甲5の主張を繰り返すのみです。

平成29年3月被告準備書面第1回（同書6頁12行目～7頁3行目）では、上記（オ）（カ）についてのみ反論とは言い難い記述がありますが、書き換える法的根拠の問題について一切言及が無いまま、その主張の妥当性を繰り返しています。

今回の知的財産高等裁判所の判決では、上記の相手方の書き換えについては言及しているものの、その間違いや法的根拠や不正については全く言及していません。（同書11頁8行目～12頁19行目）

なお上記（ウ）の主張はこの理由書で追加した項目です。

上記の事実経過、及び上述（B）（ア）～（カ）から明らかなように、【請求項】の記載内容の不正な書き換えを前提にしている相手方の取消事由2の記述は成り立ちません。

相手方が行った（取消事由2）の比較は特許法の規定に反した不正な記述です。そして、そのことについて何らの判断を行わなかった、知的財産高等裁判所の判決は、民事訴訟法「第318条第1項」に該当すると考えます。或いは、民事訴訟法「第312条第2項第6号」に該当するとも考えます。

第3 取消事由3について（引用発明1の一致点と相違点について）

（A）取消事由3の相手方の主張が間違いであり不正である理由

（ア）取消事由3における相手方主張の間違い

知的財産高等裁判所の判断が示されていないので、以下の記述は、判決書に記載された相手方の主張に反論する内容です。

取消事由3は、特許の新規性の要件及び進歩性或いは容易想到性の要件と呼ばれる審査基準に関するものです。判決ではこれを（3）本願発明と引用発明1の一致点の認定の誤り・相違点の看過（取消事由3）（同書7頁3行目）と記述しています。

前述した取消事由2は、特許審査の比較方法の正当性を問うものでしたが、この取消事由3では、具体的に他の発明と本願発明とを比較し

た際において相手方が主張する同一性を問題にしています。

申立人の主張は判決文の（同書 1 2 頁 2 2 行目～1 4 頁 1 7 行目）に要約され記載されています。また、相手方の主張は判決文の（同書 1 4 頁 1 8 行目～1 6 頁 1 4 行目）に要約され記載されています。

本願発明と比較の対象になっているのは、書証甲 8 引用文献 1（特開平 1 1－2 5 6 5 4 8 号）です。この発明の詳細は、審決（同書 7 頁 2 7 行目～1 1 頁 1 7 行目）に引用されています。（今後、この引用文献 1 を引用発明 1 と呼びます。）

この発明は、その名称を「杭を用いた床止め工法及び根固めブロック」と言います。

この発明は、河川又は海岸の浅瀬に、杭孔を複数開けた平板状根固めブロックを複数敷設し、隣接した根固めブロックを緩連結し、根固めブロック上に石を多数個積載し、同石の移動と崩落及び根固めブロック自体の移動を防止する位置の杭孔に、松杭を打ち込んで、河床や海底面の洗掘を防ぐと共に集魚効果を高める、と言うものです。（同書【要約】【解決手段】より要約）

（イ）間違いであり不正である比較方法

上述取消事由 2 で指摘した間違いであり不正である比較方法によって、相手方は、本願発明と引用発明 1 の比較をしています。比較方法が間違いであり不正であれば、比較の結果が間違いであるのは当たり前のことです。したがって、本願発明と引用発明 1 とを比較してその同一性を主張する相手方の主張は成り立ちません。

（ウ）本願発明と引用発明 1 との明らかな相違点

本願発明も、引用発明 1 も共に河川の治水に関する発明です。本願発明はその適用を石や岩の多い河川に限っていますが、引用発明 1 では、その適用場所が河川であるとするだけでそれ以上の説明はありません。共に「杭」を使用した工事方法です。

いろいろ比較箇所はありますが、その最も大きな違いは「根固めブロック」の存在です。

「引用発明 1」では、その 7 つある【請求項】の全てで「根固めブロック」の記載があり、その 1 6 ある【図】の全てで「根固めブロック」

の掲載があります。

引用発明 1 では「杭」を使用しますが、それと同時に「根固めブロック」もかならず必要です。それに対して本願発明では用意して使用する資材は「杭」だけです。この違いは極めて大きなものです。

その設計の段階から、資材の製造或いは調達、運送、敷設に至るまで、作業量の違いは極めて大きいのです。作業量の多寡は、工事の実施前に工事の適否を考慮する際、最も重要な事項の一つでしょう。

つまり、本願発明と引用発明 1 とを比較して、同一であるとする考え方は全く成り立ちません。すでに、本願発明との間でその共通性をめぐり比較すべき対象ではありません。このことは、上記（イ）の事柄の適否に拘らない事柄です。

特許の審査は【請求項】や【明細書】【図面】の内容を精査することによって成り立っています。とすれば、その発明を他の発明と比較する場合においてもそれぞれの【請求項】や【明細書】【図面】の内容を精密に比較するのが第一に重要な事だと考えられます。取消事由 3 での相手方の比較ではこの原則が全く無視されています。

（エ）相手方の間違えた主張

相手方の間違えた主張は、平成 28 年 3 月の書証甲 5 拒絶理由通知書から始まっています。「「岸辺から川の中央に向かって～～機能させる護岸の方法」で一致しており、相違点は存在しない。したがって、本願発明は引用文献 1 に記載された発明である。（同書 9 頁 18 行目～28 行目）

それに対して、申立人は平成 28 年 5 月書証甲 6 意見書でその反論を行っています。（同書 24 頁 15 行目 25 頁 17 行目）ここでは、「根固めブロック」の存在について言及し、かつまたその他の相違点についても記述しています。

しかしながら、相手方は引き続き誤ったその主張を繰返しています。

平成 28 年 9 月 30 日審決（同書 15 頁 8 行目～16 頁 15 行目）。この記述では上述（ウ）の「根固めブロック」の存在についても触れているものの、一方がそれを必須としているのに他方はそれを全く必要としない事について全く言及していません。そして、重要とは言えない

一致点についてのみ主張するばかりです。申立人は、それらの主張が、特許法の規定に反した記述であると考えています。

平成29年1月3日原告準備書面（第1回）（同書35頁～40頁）では、上記（ウ）の「根固めブロック」有無の問題の他に、相手方の主張する共通点の幾つかについて反論しています。

平成29年3月8日被告準備書面（第1回）（同書7頁6行目～9頁14行目）この記述では、上述（ウ）の「根固めブロック」の存在の有無に関する言及はほとんど無く、その他の事項について言及するばかりです。

平成29年4月12日原告準備書面（第2回）（同書18頁14行目～24頁2行目）でも、上述（ウ）の「根固めブロック」の存在の有無に関して説明し、さらにその他の事柄についても反論しています。

これら何回かの論述のやり取りの中でも、相手方は、それぞれの発明における最大の相違点について何らの言及も無く、些細な相違点に固執するのみでした。この態度は、全く不誠実であるだけでなく、知的財産高等裁判所での判決に不利益を生じさせる事実であったはずですが。

しかしながら、知的財産高等裁判所の判決に、これら双方の主張のやり取りに関する判断が無かった事は前述の通りです。すなわち、必要な判断を自ら放棄した知的財産高等裁判所の判決は、自らの責任を放棄し、なおかつ裁判の論理に合わない不正であると言えます。

（Ｂ）取消事由３についてのまとめ

上述（ア）～（エ）で明らかになりましたように、本願発明と引用発明１が同じ発明であり、特許の新規性を理由に本願発明の特許を認めない、そして、特許の進歩性或いは容易想到性を理由に本願発明の特許を認めないとする、相手方の取消事由３の主張は成り立ちません。

（取消事由３）に関する相手方の主張は、明らかに特許法の審査基準に反したものです。また、（取消事由３）について何らの判断を下さなかった知的財産高等裁判所の判決は、民事訴訟法「第318条第1項」に該当すると考えます。或いは、民事訴訟法「第312条第2項第6号」に該当すると考えます。

第4 取消事由4について（引用発明2の一致点と相違点について）

（A）取消事由4の相手方の主張が間違いであり不正である理由

（ア）取消事由4における争点と相手方主張の間違い

取消事由4でも知的財産高等裁判所の判断が示されていませんので、以下の記述は、判決書に記載の相手方の主張に反論する内容です。

取消事由4は、特許の進歩性の要件或いは容易想到性の要件と呼ばれる審査基準に関するものです。判決ではこれを（4）本願発明と引用発明2の一致点の認定の誤り・相違点の看過（取消事由4）（同書7頁4行目）と記述しています。

上述した取消事由3と同様に、この取消事由4では、具体的に他の発明と本願発明とを比較した際において相手方が主張する同一性を問題にしています。

申立人の主張は判決文の（同書16頁15行目～17頁25行目）に要約され記載されています。また、相手方の主張は判決文の（同書17頁26行目～19頁21行目）に要約され記載されています。

取消事由4で比較対象としている技術は引用文献2に記されたもので、その詳細は審決（11頁18行目～13頁1行目）に掲載されています。この文献は江戸時代に知られた「水制」技術について記述しており、そのうち審決と判決で問題になっているのは「拾い付き石出し」と呼ばれる水制工事で、審決には、当時画かれた説明図とその紹介文が記載されています。

本願発明と「拾い付き石出し」は、それぞれに「杭」と「石或いは岩」を用いた技術であり、前者が護岸技術であり後者は水制技術です。ここでの争点は二つと一つです。二つは審決から争点になっていた問題であり、一つは平成29年4月12日に提出した原告準備書面（第2回）に初めて記載した事柄です。

申立人が提出した原告準備書面（第2回）に対して相手方は反論となる準備書面を提出していませんので、ここでの記述は、主に、判決文と原告準備書面（第2回）の記載内容について論じます。

なお、原告準備書面（第２回）では、取消事由４について（同書２５頁９行目～３０頁６行目）に記述しています。

（イ）取消事由４における相手方主張の間違い（争点その１）

ここでは「石や岩の大きさ」と「杭と杭の間隔」が第１の問題になっています。審決１２頁にある引用文献２の「拾い付き石出し」では、岸から水流の中央に向かって幾つもの石が岬状に積み重ねられている有様が画かれています。その下の説明文には「拾い付き石出し等あいだあいだに杭を打ち込めば、なお強し」と記載され、その右側には堤から水流に向かって同様に石積みした図があり、さらにその右側に「堤へ石を拾いつける」とあります。

したがって、「拾い付き石出し」が杭と石や岩を使用して堤から流れの中央に向かって設置される水制であることは間違いはありません。しかし、石と杭の関係については「拾い付き石出し等あいだあいだに杭を打ち込めば、なお強し」以上の説明はなく、その外観を示す図也没有。

判決文による相手方の主張では「杭と杭との間隔が、石を「その場にとどめ」ている程度のものであって良いことを理解できる」（同書１８頁１６行目～１７行目）と記載しています。また、「本願発明における「付近にある中で大きめの石や岩」が、大きさに相当程度の幅があることは明らかである。してみると、引用発明２の石の大きさと本願発明における「付近にある中で大きめの石や岩」の大きさとの間に、特段の差異はないというべきである。」（同書１８頁２２行目～２６行目）。これらの事は、平成２９年３月８日の被告準備書面（第１回）での主張とほぼ同じです。（同書１０頁６行目～２０行目）

それに対する申立人の主張は、原告準備書面（第２回）の主張と変わりありません（同書２６頁１行目～２８頁１行目）。相手方の主張は、引用文献２の記載がそれぞれ図と簡単な説明に過ぎないことを理由にして、引用文献２の可能性を記述しているのに過ぎません。

引用発明２の可能性を根拠にして本願発明と比較することが、正しいかどうかは定かではありませんが、相手方の主張は過ちであると考えています。それと言うのも、仮に比較することが正しいことだとして

も、相手方の主張はやはり誤りであるとする理由があるのです。

引用発明 2 の杭と杭の間隔が石や岩をその場にとどめる程度であったとしても、それが、杭と杭の間隔のみによって石や岩をとどめるかどうかは不明の事です。幾つもの杭によってその場にとどめているかもしれないのです。本願発明では、杭の間隔を「付近にある中で大きめの石や岩がその場にとどまる事の出来る程度で、なおかつ小さな石や岩が最初に止まることもない間隔をあけて」と説明しています。

相手方の説明では小さな石や岩の問題についての説明は全くありません。つまり、「拾い付き石出し」の杭の間隔が「その場にとどめる程度」であるとしても、小さな石や岩が最初に止まることもない間隔であるかどうかは不明です。本願発明では杭によってとどめる石や岩の大きさに重要な意味がありますから、この条件が同じでなければ双方の発明及び技術が同じであるとは言えません。

可能性の一つを自らの主張に合わせて都合よくねじまげて、本願発明と比較する事が正しい方法であるとは考えられません。

とどめる石や岩の大きさについても、杭の間隔の場合と同じことが言えます。本願発明がその場にとどめる事を要求しているのは、あくまでも「付近にある中で大きめな石や岩」です。その大きさをなければ、大きめな石や岩の周囲やその岸边にその他の石や岩をとどめる事は出来ません。杭によってとどめる石や岩の大きさが、それぞれの場所の流れの強さに適合した大きさをなければ、自然の新たな岸边は形成されません。

ですから、石や岩の大きさについて明確な記述が出来ない相手方の主張は誤りであり、幾つかの可能性を重ねて根拠にした相手方の主張も間違いです。

杭によってとどめる石や岩の大きさの意味は、既に「第 1 判決「第 4 当裁判所の判断」に対する反論 取消事由 1 について」(E) (F) に記述しています。

したがって、上記「石や岩の大きさ」と「杭と杭の間隔」の問題における相手方の主張は誤りです。

(ウ) 取消事由 4 における相手方主張の間違い (争点その 2)

第 2 の問題。判決文での相手方の記述では「しかし、引用発明 2 の「拾い付き石出し」は、「なお強く」されたものであるから、「石」はその場にとどまると考えられる。そして引用発明 2 は、水制に関するものであって、川の流速を低下させるとともに、その「構造物」は「河岸」につながっているから、本願明細書の段落【0015】及び【0016】の記載と同様の理由で、「新たな岸辺を形成」するものといえる。」(同書 19 頁 9 行目～14 行目)とあります。

相手方の主張の内「本願明細書の段落～」以後の記述内容は、引用発明 2 には全く記載の無いものであり、上述(イ)と同じく、技術の詳細が不明な事を理由に、その可能性を記述して本願発明と比較しているのに過ぎません。

「拾い付き石出し」が、土砂流下による新たな岸辺の形成をするかどうかは全く不明な事です。本願明細書の【0015】～【0016】の記載は、【0010】～【0014】と同様に【請求項】の記載内容を説明するものですから、杭によってとどめる石や岩の大きさが「付近にある中で大きめな石や岩」であることを前提にした記述です。杭によってとどめる石や岩の大きさにより、その周囲の状況が異なってくる事は既に「第 1 判決「第 4 当裁判所の判断」に対する反論」(E)(F)に記述したとおりです。

相手方の主張は、引用箇所の意味するところを取り違えているので、明らかな間違いです。また、相手方の主張は、可能性を幾つか重ねた末に成り立っているものです。当然その主張は間違いです。

上記(イ)(ウ)の問題は、本願発明と引用発明 2 とが同じであるか否かをめぐる問題であり、相手方が主張する進歩性の審査基準による判断がいずれも成り立たないことは言うまでもありません。

また同時に、相手方の主張する一致点がいずれも成り立たないので、容易想到性による判断も成り立ちません。

(エ) 取消事由 4 における相手方主張の間違い (争点その 3)

ここで説明する問題は、平成 29 年 4 月 12 日に提出した原告準備書面(第 2 回)に初めて記載した事柄です。その記述では、引用発明 2 によって本願発明は容易に想到できるとする、相手方の主張が成り立

たない事を説明しています。

原告準備書面（第２回）（同書２９頁１６行目～３０頁３行目）で、申立人は、引用発明２が江戸時代にすでに開発され利用されていた技術である事を説明しています。河川の治水は、江戸時代以前より現在に至るまで各地の基本的な生活基盤に関わる重要な問題ですから、江戸時代から現代に至るまで多くの人々が関わって来ました。現在でもそれに関わる公務員や研究者や工事関係者など、他の業界と比較しても、非常に多くの人々が関わっています。

相手方が言うように、本願発明が引用発明２によって容易に想到できるとするならば、何故に申立人よりもっと早くに本願発明と同じか同様の発明がなされなかったのでしょうか。

江戸時代から現代に至るまでの年月も長いのです。現代に至るまで河川工事に関わった人々の人数は知りませんが、極めて多くの人々が関わってきた事は間違いありません。それなのに、本願発明と同じか同様の発明はなされなかったのです。引用発明２によって本願発明が容易に想到できるとする、相手方の主張が誤りである事は明らかです。

（オ）取消事由４における相手方主張の間違いのまとめ

上述（イ）（ウ）により、取消事由４における、特許の進歩性の審査基準に関わる相手方の主張は誤りです。また、上述（イ）（ウ）（エ）により、容易想到性と呼ばれる審査基準に関わる相手方の主張も誤りです。

なお、（イ）（ウ）（エ）に記述した事柄を反論するはずの相手方準備書面（第２回）は提出されなかったことにも御留意ください。

取消事由４における相手方主張は、特許法の審査基準に反した誤りであり、明らかな不正です。また、（取消事由４）について何らの判断を下さなかった知的財産高等裁判所の判決は、民事訴訟法「第３１８条第１項」に該当すると考えます。或いは、民事訴訟法「第３１２条第２項第６号」に該当すると考えます。

第５ 取消事由５について（引用発明２の相違点についての容易想到性判断の誤り）

（Ａ）取消事由５の相手方の主張が間違いであり不正である理由

(ア) 取消事由 5 における相手方主張の間違い

知的財産高等裁判所の判断が示されていませんので、以下の記述は、判決書に記載された相手方の主張に反論する内容です。

取消事由 5 は、特許の容易想到性の判断に関する問題で、新たに特許申請された発明が、過去の技術や発明から容易に想到できるものであるか否を争点とするものです。

申立人の主張は判決文の(同書 19 頁 24 行目～20 頁 18 行目)に要約され記載されています。また、相手方の主張は判決文の(同書 20 頁 19 行目～21 頁 14 行目)に要約され記載されています。

この取消事由 5 では、相手方が、過去の技術や発明から本願発明を想到することが容易であることを主張するのに対して、申立人はその主張の間違いを指摘しています。ここで相手方の主張の基になっている過去の技術や発明は、既述の「引用文献 1」であり、「引用発明 2」であり、「引用文献 4」です。

そうです、取消事由 5 は、この理由書冒頭の「はじめに」で紹介した、明らかに不正な方法による比較の問題です。相手方の主張が間違いであることは既述の通りですが、念のためそれらを再度確認する記述を致します。また、相手方の主張の元になっている「引用文献 1」と「引用発明 2」については既に記述していますので、最初に、まだ説明の無い「引用文献 4」について説明します。

(イ) 引用文献 4 について

引用文献 4 は、審決(同書 14 頁 36 行目～15 頁 7 行目)に記載されています。この文献は「河川工学、高橋裕、財団法人東京大学出版会、1997 年 9 月 2 日発行」と言う刊行物です。そして、審決で相手方がその主張の根拠としているのは、その書物全体ではなく(同書 210 頁～219 頁)の記載であり、なかんずく、審決文中に引用している以下の記述です。

「「根固め水制」は、護岸の根固め工の前面、もしくは根固め工と一体となって設置され、護岸基礎及びその前面の河床洗掘を防ぎ、出水の流れの方向を護岸から離すように誘導する。護岸は水制と一体となって堤防を保護し、洪水流を堤防から遠ざけようとする。換言すれば、堤防と護岸水制が一体となって、洪水流に立ち向かうのである。(214

頁 15 ～ 19 行)」 （審決 15 頁 2 行目 ～ 7 行目）

この引用文自体には何の問題もなく、申立人も相手方にもそれに類する主張はありません。でも、この引用文の記述内容に少しご注意ください。

ここでは「護岸は水制と一体となって堤防を保護し」「堤防と護岸水制が一体となって、洪水流に立ち向かうのである」と記載していますが、「新たな岸辺を形成し、それらを護岸の構成部分として機能させる」との記述やそれに類する記述はありません。このことが、比較の問題を考える時に重要な事柄になっています。

実際、河川の中流域で多く見られるコンクリートの水制に、上流からの土砂が堆積して新たな岸辺を形成している所を見たことはありません。土砂が堆積しているとしても、それは、次の増水の時には直ぐに流下してしまう小さな土砂であり、多くの場合で水制の前面が水流であることが多いのです。

（ウ） 比較された発明の個々の問題点 引用文献 1 について

引用文献 1 についての相手方の主張は、判決文によれば「前記 3 の（被告の主張）（2）ア」で述べたとおりである。」（判決 21 頁 4 行目）とされています。これを辿ると、判決の記載「ア 上記①について」の「したがって、引用発明 1 の「洲を形成する」ことは、本願発明の「新たな岸辺を形成することに相当する」（同書 15 頁 23 行目 ～ 24 行目）が該当している事がわかります。

申立人は、この問題について、相手方の主張が過ちである或いは定かではない事の理由として三つの反論を記述しています。

①引用発明 1 の「洲」と、本願発明の「岸辺」とは異なること。

②引用文献 1 には、本願発明のような「岸辺」形成メカニズムの記載がないこと。

③本願発明には、引用文献 1 の請求項 6 のように、設置する構造物を、所定距離離して複数個施工する必要があることを挙げています。

（以上、判決文 15 頁 10 行目 ～ 14 行目）

上記①～③の記述は、申立人の主張に対して、相手方が行った反論を判決が整理して要約し記述したものです。

つまり、(ウ)冒頭で記述した相手方の「したがって、引用発明１の「洲を形成する」ことは本願発明の「新たな岸辺を形成することに相当する」との主張は、上記申立人の①②③の反論を覆さない限り正しいとは言えません。

上記①～③について、相手方はその平成２９年３月８日被告準備書面（第１回）（同書１１頁１６行目～１２頁１６行目）で反論していますが、申立人はその主張が不当なものであるとして、平成２９年４月１２日原告準備書面（第２回）で詳細に反論しています。

①については、申立人は原告準備書面（第２回）（Ａ）〔（ア）上記①について〕において「洲が形成されてそれが本来の岸と連続すれば、それは新たな岸辺であると考えます。」（同書２１頁１４行目～１５行目）と記述しています。

②については、同書（Ｃ）〔（イ）上記②について〕（同書２２頁１３行目～２３頁３１行目）で、引用発明１を石や岩の多い河川に設置した場合における流下土砂の新たな堆積可能性について詳しく説明しています。

③については、同書（Ｂ）〔（ウ）上記③について〕（同書２１頁１８行目～２２頁１２行目）で、引用発明１が堤と繋がった洲を形成すると記述しているのは、引用発明の【請求項６】の場合に限られていて、そのことは【図７】【図８】からも明らかである事を説明しています。

【請求項６】の記載では、引用発明１の構造物を所定距離離して複数個施工することを記述しています。つまり、引用発明１は、特定の条件の時に限って新たな岸辺を形成するのであり、常に新たな岸辺を形成するものではありません。それに対して、本願発明では、その発明の構造を所定距離離して複数個設置しなくても新たな岸辺を形成します。

ですから、(ウ)冒頭に記述した相手方の「したがって、引用発明１の「洲を形成する」ことは、本願発明の「新たな岸辺を形成することに相当する」との主張は全く成り立ちません。

なお、相手方は、申立人の上記①～③に対する反論（あるとすると、被告準備書面（第２回））を提出することはありませんでした。したがって、相手方は申立人の主張を認めたものと考えます。

ですから、引用発明１をもって、本願発明が容易に想到できるとする比較対象とすることは全くの間違いであることが明らかなです。

(エ) 比較された発明の個々の問題点 引用文献2について

引用文献2についての相手方の主張は、判決文によれば「前記4の(被告の主張)(2)のとおり、引用発明2は、「新たな岸辺を形成」するものである。そして、引用発明2の「新たな岸辺」を、堤防に施されることが一般的である護岸の構成部分として機能させて、上記相違点のようにすることは、当業者が容易に想到し得たことである。」

(判決21頁6行目～9行目)とされています。

これを辿ると、判決の記載(2)「しかし、引用発明2の「拾い付き石出し」は、「なお強く」されたものであるから、「石」はその場にとどまると考えられる。そして、引用発明2は、水制に関するものであって、「川の流速を低下させ」とともに、その「構造物」は「河岸」につながっているから、本願明細書の段落【0015】及び【0016】の記載と同様の理由で、「新たな岸辺を形成」するものといえる。したがって、原告の主張は失当であり、本件審決の上記認定に誤りはない。」(同書19頁9行目～16行目)が該当している事がわかります。

上記、相手方の主張は平成29年3月8日被告準備書面(第1回)でも引き続いています。「5取消事由5(1)イ(イ)上記②に対して」「上記4(2)イのとおり、引用発明2は「新たな岸辺を形成」するものである。そして、審決(17頁「(イ)」)が認定判断したとおり、引用発明2の「新たな岸辺」を堤防に施されることが一般的である護岸の構成部分として機能させて、上記相違点のようにすることは、当業者が容易に相当し得たことである。」(同書12頁7行目～11行目)

しかしながら、これら相手方と判決の主張がいずれも間違いであることは、既にこの文書の前述「第4取消事由4について(引用発明2の一致点と相違点について)(A)取消事由4の相手方の主張が間違いであり不正である理由」において、詳細に説明したとおりです。したがって、引用文献2をもって本願発明の容易想到性を主張するのは間違いです。

(B) 「はじめに」で紹介した明らかな不正について

(ア) 知的財産高等裁判所の判断はありません

ここで、この理由書の冒頭の「はじめに」で紹介した、明らかな不正による比較の問題について改めて記述します。この問題のほとんどは、「はじめに」に引用した準備書面（第３回）においてその経緯を含めて詳しく説明していますので、その内容はご理解頂けたものと考えています。

この不正な比較方法の問題に関する判決での記述は、取消事項５の説明の中に含まれているものの、それは相手方の主張を整理し要約する文章としての記述でしかなく、知的財産高等裁判所としての判断の記述はありません。

（イ）申立人の主張

第１。判決の（取消事由５）の説明で、相手方が引用し容易想到性を主張した発明「引用発明１」「引用発明２」「引用発明４」の内の「引用発明１」と「引用発明２」は、上述（Ａ）の各項目で説明したとおり、一致点の判断が誤りであるので本願発明と比較するための引用発明とすること自体が既に誤りです。

第２。相手方が（書証甲５）拒絶理由通知書で記述した、上述三つの発明を引用して容易想到性を主張する比較方法は、ただの誤りではなく、人を欺くことを意図した記述です。このことは、既に本文書冒頭の「はじめに」で説明しています。

第３。相手方の平成２８年３月１７日付け（書証甲５）拒絶理由通知書以後も、申立人の指摘にもかかわらず「審決」「準備書面（第１回）」と間違えた比較を続けていることは、間違いであることを承知したうえでの間違いであり、明らかな不正です。

第４。申立人が上記第１、第２、第３の主張を「準備書面（第１回）」「準備書面（第２回）」「準備書面（第３回）」と続けて行ったにもかかわらず、その判決において、知的財産高等裁判所が自らの判断を示さなかった事は、明らかな不正です。

以上により、相手方の（取消事由５）における主張は明らかに特許法の審査基準に反しているので間違いであり不正なものです。また、知的財産高等裁判所の判決の（取消事由５）の説明は間違いであり、その判決自体も間違いであり不正です。

そして、（取消事由５）の相手方の間違い及び、相手方の不正につい

ても判断を示さなかった知的財産高等裁判所の判決は、民事訴訟法「第318条第1項」に該当すると考えます。或いは、民事訴訟法「第312条第2項第6号」に該当すると考えます。

第6 取消事由1～5において説明及び判断の無かった事柄について
申立人の「原告準備書面（第1回）」では、判決の「取消事由1～5」以外にも相手方の審決に間違いがある事を主張しています。それらは、全て相手方の「審決」に記載のあった事柄です。ここではそれらについて説明します。

（A）「Aであるか、もしくはBである」

この問題は、申立人の審判請求書（書証甲4）に対する相手方反論の、平成28年3月17日（書証甲5）拒絶理由通知書の記述から始まりました。

「（4）まとめ 以上のとおり、本願発明は、引用文献1に記載された発明であるか、もしくは、当業者が、引用発明1及び引用文献2ないし3に記載された公知または周知の技術に基づいて容易に発明することができたものである。」（同書11頁22行目～27行目）。この記述は、書証甲5拒絶理由通知書の最後の記述であり、文字通り「まとめ」であり、文書の結論でもあります。

この記述が、特許審査においては論理的に成り立たないことを申立人は主張し、それを書証甲6意見書で記述しています。以下にそれを要約します。

「～は、Aであるか、もしくは、Bである。」の記述方法は物事の一般的な議論の場であったならば特に問題とされる論理展開ではありません。しかし、事柄の厳密な判断が求められている特許庁の審決の場においてはあり得ない判断です。この記述は「～もしくは、～」の前段の記述と後段の記述とで、何れのどちらが正しいのかを明確に判断出来ていない事をものがたっています。

したがって、この記述は審決として不適切な論理による誤った主張です。（同書28頁1行目～18行目より要約）

例えば、刑事事件の裁判で、「証拠Aであるか、もしくは、証拠Bで

あるから、有罪である」等と言う判決はあり得ないのです。このことは、特許の審査においても同様であると考えます。

（Ｂ）審決の「むすび」における不正

しかしながら、上述の主張は平成２８年９月３０日の「審決」にも引き継がれ、（同書２１頁２１行目～３０行目）さらに、同じ主張がそのまま「むすび」に再び記述されています。（同書２２頁１行目～９行目）

「審決」「むすび」の、「～、もしくは～」の前段の記述は「本願発明は、引用文献１に記載された発明であるか」ですから、判決文（取消事由３）の記載と同じです。また、後段の記述は「当業者が、引用発明１及び引用文献２ないし３に記載された公知または周知の技術に基づいて、または、引用発明２及び引用文献１又は４に記載された事項に基づいて容易に発明することができたものであるから」ですから、同じく（取消事由４）と（取消事由５）の記載と同じです。

さんざん、本願発明と引用発明とでは一致点があるから特許審査基準により、本願発明の特許を認めないとの主張をしておきながら、実はそれらの主張に確信が持てない、明確に判断出来ない、と言っているのです。なんと呆れ果てた記述でしょう。ただただ、申立人を困らせる為の論述だったとでも言うのでしょうか。とんでもない不正な記述です。

ですから、申立人は、平成２９年１月３日原告準備書面（第１回）で引き続き反論をしています。（同書５１頁９行目～５５頁１４行目）

この記述の中では、特許法の解説をしている文書の記述を要約し引用しました。「特許法第２９条第１項及び第２項の判断においては、審査官の心証が確信でない限りそれを拒絶理由とすることが出来ないと言う事ではないでしょうか。」（同書５４頁２４行目～２６行目）さらに加えて以下の記述もしました。

「～本願請求人の主張は、全くの素人考えによる法律の解釈ですから、もしかすると間違いなのかもしれません。したがって、この判断については知的財産高等裁判所の判断をお待ちするものです。」（同書５５頁１１行目～１４行目）なお、これらの事柄に対して、申立人は平成２９年４月１２日原告準備書面（第２回）でも言及しています。（同書３３頁９行目～２３行目）

申立人のこれらの主張に対して、被告準備書面（第１回）では、「上記で原告準備書面における項目を挙げる際、独立した理由を示すとは解されない項目を除外した。」（同書２頁２４行目～２５行目）と記述して、なんら反論を示していません。したがって、相手方は、申立人の主張を認めたものと考えます。

また、知的財産高等裁判所の判決ではこの問題に関する記述は一切ありません。

（Ｃ）知的財産高等裁判所の判決における明らかな不正

（Ａ）及び（Ｂ）から明らかなように、相手方の審決の判断は明らかに論理的間違いであり、明らかな不正です。また、相手方の不正を申立人が詳細に説明したのにも拘らず、何らの判断を示すことが無かった知的財産高等裁判所の判決もまた、明らかな不正です。

さらに、知的財産高等裁判所が上述第６の問題について何らの判断を示さなかったことは、民事訴訟法「第３１８条第１項」に該当すると考えます。或いは、民事訴訟法「第３１２条第２項第６号」に該当すると考えます。

まとめ 真摯な審理と誠実な判断を願っています

上述、はじめに～第６に記述のとおり、相手方の主張は間違いであり不正でもあります。また、知的財産高等裁判所の判決も同じく間違いであり不正でもあります。

申立人は、この上告受理申立て理由書に記述した事実に基づき、最高裁判所が真摯に審理し誠実に判断されることを願っています。

また、相手方及び知的財産高等裁判所の不正は多岐に亘るものであり、その審査から判決に至るまで継続していたことからして、以前から実施され、また現在も実行されている可能性があると考えています。

したがって、それぞれの組織での不正について逐一解明し判断し断罪し、また、今後そのような不正が生じる事の無きよう充分な手立てを講じることを強く望むものです。