

主 文

被告が昭和五二年二月四日にした、昭和四八年実用新案登録願第二八〇三九号の出願に対する不受理処分を取消す。
訴訟費用は被告の負担とする。

事 実

第一 当事者の求めた裁判

一 原告

主文と同旨の判決

二 被告

(本案前の申立)

- 1 本件訴えを却下する。
- 2 訴訟費用は原告の負担とする。

との判決

(本案に対する答弁)

- 1 原告の請求を棄却する。
- 2 訴訟費用は原告の負担とする。

との判決

第二 当事者の主張

一 原告の請求の原因

1 (一) Aは、昭和四二年四月七日名称を「苗植機」とする考案につき、実用新案登録出願(同年実用新案登録願第二九二七一号。以下、「本件原出願」という。)をした。

(二) 原告は、昭和四七年一月八日右Aから本件原出願にかかる実用新案登録を受ける権利を譲り受け、同月一七日被告に対し、その旨の出願人名義変更届をした。

(三) 次いで、原告は、昭和四八年三月五日本件原出願の一部を分割して新たな実用新案登録出願(同年実用新案登録願第二八〇三九号。以下、「本件出願」という。)とした。ところが、被告は、昭和五二年二月四日付の書面をもつて本件出願を不受理とする旨の処分(以下、「本件不受理処分」という。)をし、右書面は同月二一日原告の出願代理人弁護士Bに送付された。本件不受理処分の理由は、「1出願人が原実用新案登録出願のものと相違する。(注)原出願には昭和47年1月17日付で出願人名義変更届が差し出されている。」というものである。

(四) そこで、原告は、昭和五二年四月二二日被告に対し、本件不受理処分につき、行政不服審査法による異議申立をしたところ、被告は同年一二月一二日付で右申立を棄却する旨の決定をし、その決定書謄本は同月二一日原告に送達された。

(五) なお、本件原出願については、昭和五〇年四月二六日の出願公告を経て、昭和五一年九月二七日登録(登録番号第一一四四五八七号)がされた。

2 しかしながら、本件不受理処分は、以下に述べるとおり違法であつて、取消されるべきものである。

(一) 本件不受理処分は、本件出願に伴つて原告が享有するに至つた法律上の利益、すなわち、実用新案法第三条及び第七条の規定に基づく出願日付に関する利益並びに同法第一〇条の規定に基づく審査を受ける権利を一方的に剥奪する不利益処分であるから、法律上の根拠なくしては行いえないものである。しかして、実用新案法及びこれが準用する特許法には、いわゆる不受理処分に関する根拠規定は全くない。すなわち、本件不受理処分は法律上の根拠なくして行われたものであつて、違法である。

(二) 仮に方式不備の出願につき不受理処分が可能であるとしても、その理由は方式に関する単純かつ形式的な事項に限られるべく、また、これを行いうる期間も方式審査のために必要と思われる合理的期間、すなわち、出願日から精々一か月程度の期間に限定されるべきである。そして、一旦方式審査を済ませ、適法な出願として受理し、出願番号通知書を出願人に送付したときは、その後において出願に瑕疵のあることが判明したとしても、右瑕疵が補正可能なものである場合には、被告としては、直ちに不受理処分をすることなく、まず、実用新案法第五五条第二項において準用する特許法第一七条第二項の規定に基づき、出願人に対し、右瑕疵の補正を命ずべき義務を負うものである。

ところで、本件出願の願書(甲第一号証の六の一)の出願人欄には、原告ではな

く、前記Aの氏名が記載されていたが、一方、本件原出願の出願人は、前記のとおり、すでに昭和四七年一月一七日右Aから原告に変更され、本件出願の願書に添付すべき委任状は本件原出願における原告の委任状が援用されているのであり（すなわち、両出願は同一の代理人によつて行われた。）、しかも、分割出願を行うことができるのは分割出願時における原出願の出願人のみであるから（実用新案法第九条、特許法第四四條）、以上の点を総合、勘案すれば、本件出願の出願人は原告であり、ただ、その出願代理人が願書における出願人の表示を、原告とすべきところ、本件原出願の従前の出願人である「A」と誤記してしまつたものであることが客観的に明白であつたといふことができる。すなわち、本件出願の願書における出願人の表示を右Aから原告に改めることは、単なる誤記の訂正であつて、出願人の変更ではないから、本件出願における右の瑕疵は、実用新案法第五條第二項、特許法第一七條第二項第二号の規定に該当し、その補正が許容されるべきものである。

なお、本件出願の願書（前掲甲第一号証の六の一）には、これに添付すべき委任状につき、「原出願時のものを援用する。」との記載があるが、右において援用された委任状とは、本件原出願手続における原告の前記B弁護士に対する委任状（甲第一号証の五の三）を指すものである。けだし、本件原出願手続における前記AのB弁護士に対する委任状（甲第一号証の四の四）は後に提出された出願人名義変更届（甲第一号証の五の一）によつてすでに効力を失つており、本件出願時において援用可能な委任状は前記原告の委任状のみであるからである。

しかるに、被告は、本件出願につき、一度はこれを適法なものとして受理し、出願番号通知書を出願代理人に送付したうえ、担当審査官をしてその出願内容に関する実質的な審査をさせておきながら、その出願日から約四年を経過した時点において、出願人である原告に何ら補正の機会を与へることなく、突如として本件不受理処分にあつたものである。しかも、本件不受理処分の時点においては、本件原出願につきすでに登録が経由されてい、再度の分割出願はできなくなつていたばかりか、本件出願の内容は、本件原出願についての出願公告によつてすでに公知となつていたため、新たな出願として出願し直すことも、もとより不可能であつたものである。したがつて、本件不受理処分は、いずれにせよその違法であることが明らかである。

3 よつて、原告は本件不受理処分の取消しを求める。

二 被告の本案前の申立の理由

1 本件訴えは、弁理士Cが原告の訴訟代理人として提起したものである。しかしながら、本件訴えは被告が実用新案登録出願についてした不受理処分の取消しを訴へ求るものであるから、弁理士がこれを提起する適法な資格を有しないことはいうまでもない（行政事件訴訟法第七條、民事訴訟法第七九條第一項、弁理士法第九條第一項、実用新案法第四七條第一項）。したがつて、本件訴えは、訴訟代理人の資格を欠く者によつて提起された不適法な訴えであるから、却下されるべきである。

ところで、原告は、本訴において前記C弁理士による本件訴えの提起を追認したとし、これによつて本件訴えの提起はその瑕疵が治癒され、遡及的に有効となつた旨主張する。しかしながら、訴訟代理人の資格制限に関する民事訴訟法第七九條第一項の規定の趣旨は、地方裁判所以上の上級裁判所の管轄事件は一般に事案が複雑であり、法律事務の専門家として公認された弁護士に代理させることが、訴訟手続の円滑、迅速かつ確実な運営に資するという公益的見地に出たものであるから、非弁理士が訴訟代理人としてした訴訟行為は、単に弁理士である訴訟代理人に代理権が欠けていたというだけの場合とは異なり、追認によつてこれを有効とする余地はないのである。けだし、非弁理士による訴訟代理行為の効力を、当事者の意思によつて左右しうるとしたのでは、前記法條の趣旨に反することになるからである。

2 また、原告は本件不受理処分の取消しを求る法律上の利益を有しないから、本件訴えは不適法として却下されるべきである。

すなわち、本件不受理処分は、その性質上、本件出願の出願人であつて本件不受理処分の名宛人たるべき者以外の第三者の権利又は法律上の利益を害するものでないことはいうまでもない。そして、本件出願の出願人が誰であるかは、専ら本件出願の願書及びその添附書類から判断すべきであるところ、右願書（甲第一号証の六の一）によれば、その出願人欄には「A」と、代理人欄には「弁理士弁理士B」と、また、添附書類目録欄の委任状の項目には「原出願時のものを援用する。」とそれぞれ記載されているのである。しかして、この「原出願時」の委任状とは、その文言から明らかとなつており、本件原出願の願書の添附書類として提出された委任状

(甲第一号証の四の四)を指すものであるところ、右委任状は、前記Aがその出願
手続を前記B弁護士に委任するというものである。したがって、本件出願の出願人
は原告ではなく、右Aであるというほかはない。また、本件不受理処分の名宛人も
右Aであることが明らかである(甲第一号証の七及び八)。そうすると、原告は本
件不受理処分の取消しを訴求する法律上の利益を有しないものというべきである。
なお、原告は、右Aの委任状は後に提出された出願人名義変更届によつてすでに
効力を失つており、本件出願の時点において援用可能な委任状は右名義変更届の際
に新たに提出された原告の委任状のみであるとして、前記「原出願時」の委任状と
は原告の委任状を指すものである旨主張する。しかしながら、右主張は、援用され
た委任状の特定の問題とその委任状の効力の問題とを混同するものであるばかり
か、出願手続と名義変更手続とが別個、独立であることを看過したものであり、ま
た、前記文言の文理にも反するものであつて、到底是認することができない。

三 請求の原因に対する被告の認否

1 請求の原因1の事実中、本件出願の出願人が原告であること及びB弁護士が本
件出願における原告の出願代理人であることは否認するが、その余は認める。

2 (一) 同2(一)は争う。

出願が不適法であり、かつ、その瑕疵が補正によつて治癒しえないものである場
合に、その出願を不受理処分に付しうることは、法が当然予定しているところとい
うべきである。

(二) 同2(二)も争う。

ところで、原告は、本件不受理処分をするに当たり、被告は原告に対し、補正の
機会を与えるべきであるのにこれを与えなかつた違法がある旨主張する。しかしな
がら、本件出願の出願人がAであることは前述のとおりであり、一方、同人は昭和
四七年一月八日本件原出願にかかる実用新案登録を受け権利を原告に譲渡し、同
月一七日その旨の出願人名義変更届も經由されているのであるから、同人には分割
出願である本件出願をする資格がなかつたものである(実用新案法第九条第一項、
昭和四五年法律第九一号による改正前の特許法第四四条第一項)。すなわち、本
件出願はその出願人に関する要件において右法条に違反する不適法なものであり、し
かも、その瑕疵は補正によつて治癒しえないものであることが明らかである。

また、原告は、本件不受理処分は本件出願の出願日から約四か年という長期間を
経過した後に行われたものであるから違法であるとも主張するが、本件出願が分割
出願としての本質的要件を欠く不適法なものであること既述のとおりであつて、こ
のような場合には長期間が経過したからといつて、不受理処分を行ひえなくなると
いうものではない。

四 本案前の申立の理由に対する原告の反論

1 本案前の申立の理由1は争う。

本件訴えはC弁理士が原告の訴訟代理人として提起したものであること及び同弁
理士が訴訟代理人としての資格を欠くことは、被告主張のとおりである。そこで、
原告は、昭和五三年六月七日の本件第一回口頭弁論期日において、C弁理士による
本件訴えの提起を追認した。したがって、本件訴えの提起は、その瑕疵が治癒され
て遡及的に有効となつたものである。

ところで、被告は、民事訴訟法第七九条第一項の規定が訴訟代理人として弁
護士資格を要求する趣旨は、専ら訴訟手続の円滑、迅速かつ確実な運営という公益的見
地に出たものであるとし、非弁護士による訴訟代理行為を追認によつて有効とする
余地はない旨主張する。しかしながら、右法条が訴訟代理人として弁護士資格を要
求する趣旨は、第一次的には被告の主張するように公益保護の目的に出たものでは
あるが、第二次的には法律専門家の知識、経験を利用することによつて本人の利益
を保護するという私益保護の側面をも合わせ持つものである。そして、民事訴訟法
第八七条は、同法第五四条の規定を準用して、瑕疵ある訴訟代理行為の追認を認め
ている。すなわち、同法は、代理資格の存在を訴訟代理権の発生・存続要件として
いるのである。したがって、代理資格を欠く者の訴訟行為は、いわゆる代理権の欠
缺の場合に該当し、追認によつて遡及的に有効となると解すべきである。

加えて、本件には次のような特別事情がある。まず、本件訴えを提起したのは弁
理士であるところ、弁理士は、特許、実用新案等に関する事項につき、当然に裁判
所において当事者又は訴訟代理人とともに出頭して陳述することができるばかりか
(弁理士法第九条)、審決等に対する訴訟に関しては単独で訴訟代理人となること
もできるのであるから(同法第九条ノ二)、これを全くの無資格者と同視するのは
不当である。しかも、C弁理士が本件訴えを提起したのは、同弁理士が自己に代理

資格があると誤信したことに基づくものであつて、意図的なものではないから、追認を認めたところでいわゆる非弁行為を助長することにはならない。また、本件訴えの提起につき追認を認めたとしても、訴訟手続の円滑な運営という公益上の要請にも全く反しない。反面、右追認が認められないとすれば、出訴期間に制限のある本件においては、再度の出訴が不可能であるため、原告は実質上訴権行使の機会を奪われることになるのである。

以上、法理論的にも、また、実質的見地からしても、本件訴えの提起については追認が許容されてしかるべきである。

2 同2も争う。

本件出願の出願人は原告であり、しかも、このことは本件出願及び本件原出願の手続の経緯に照らして客観的に明らかであつたことは、既述のとおりである。

第三 証拠関係（省略）

理 由

一 本案の判断に先立つて、まず、本件訴えが適法であるか否かにつき判断する。本件訴えは弁理士Cが原告の訴訟代理人として提起したものであること及び本件訴えは被告が実用新案登録出願についてした不受理処分の取消しを求めたものであることは、本件記録上明らかである。そして、弁理士が右不受理処分の取消し訴訟を提起する訴訟代理人としての資格を有しないことはいうまでもないから（弁理士法第九条ノ二、実用新案法第四十七条第一項、行政事件訴訟法第七条、民事訴訟法第七十九条第一項）、本件訴えの提起は元来不適法かつ無効であつたことになる。

ところで、原告訴訟代理人D及び同Eが昭和五三年六月七日の本件第一回口頭弁論期日において、C弁理士による本件訴えの提起を追認したことは、本件記録上明らかである。しかし、非弁護士が訴訟代理人としてした訴訟行為についても、民事訴訟法第八十七条、第五十四条の規定における代理権の欠缺の場合に準じて、本人又は権限ある者による追認が許されると解するのが相当である。したがつて、C弁理士による本件訴えの提起は、前記追認によりその行為時に遡つて有効となつたといふべきである。右説示に反する被告の主張は採用しない。

なお、原告が本件訴えを提起する法律上の利益を有するか否かの点は、本案請求の当否と関連する問題であるので、次項において合わせて判断する。

二 請求の原因1の事実は、本件出願の出願人及び本件不受理処分の相手方が原告であるかどうかの点を除き、当事者間に争いが無い。

そして、右争いのない事実及びいずれも成立に争いのない甲第一号証の四の一、四、同号証の五の一ないし三、同号証の六の一、二によれば、本件出願の願書（甲第一号証の六の一）中、その出願人欄には「A」、代理人欄には「弁護士弁理士B」、添附書類目録欄の委任状の項には「原出願時のものを援用する。」との各記載があること、一方、本件原出願の出願人は当初右Aであつたところ、その後本件原出願にかかる実用新案登録を受ける権利は同人から原告に譲渡され、その旨の出願人名義変更届がされたものであるが、右譲渡及び名義変更届の前後を通じ一貫して、その出願手続には前記B弁護士が出願代理人として関与したこと、そして、本件原出願手続における委任状としては、出願当初願書の添附書類として提出されたAのB弁護士に対するもの（甲第一号証の四の四）と、右名義変更届の際に新たに提出された原告の同弁護士外一名に対するもの（甲第一号証の五の三）とがあることが認められる。

よつて考察するに、本件出願の願書にいう「原出願時」の委任状とは、それ自体としては、本件原出願の出願時に提出された委任状すなわちAのB弁護士に対するそれを指すものと解する余地もないではない。しかしながら、一方、右にいう「原出願時」の委任状を、本件原出願手続における委任状との意味に解することも、文理解上、あながち不自然とはいえない。また、本件出願の出願時においては、本件原出願の出願人は原告であつて、原告のB弁護士外一名に対する委任状が提出済みであり、他方、Aはその出願人たる地位をすでに失つており、同人のB弁護士に対する委任状もその効力を失つていたことは、前記認定の経過から明らかであるところ、すでに失効した委任状を他の手続において援用するということは、通常ありえない事柄であり、少なくともそのような見方は常識に合致するものとはいえないであろう。加えて、実用新案法第九条第一項において準用する、昭和四五年法律第九一号による改正前の特許法第四十四条第一項の規定によれば、分割出願をすることができるのは、いわゆる原出願の出願人に限られているから、本件出願に関する限

り、その出願人たりえたのは原告のみであつて、Aにはその資格がなかつたものである。以上の点を合わせ考えれば、本件出願の願書にいう「原出願時」の委任状とは、本件原出願手続において提出された前記二通の委任状のうち、原告のB弁護士外一名に対するものを指すと解するのがより合理的であるというべく、したがつて、本件出願の出願人は原告であり、ただ、その出願代理人であるB弁護士が願書における出願人の表示を、原告とすべきであるのに誤つて「A」と記載してしまつたものであり、しかも、このことは本件出願の願書の記載内容及び本件原出願の手続の経緯から客観的に明白であつたというべきである。以上の説示に反する被告の主張は採用しない。したがつて、本件出願の願書における出願人の表示を前記Aから原告に改めることは、単なる誤記の訂正であつて、出願人を実質上変更するものではないから、本件出願に内在する右の瑕疵は、実用新案法第五五条第二項において準用する特許法第一七条第二項第二号の規定にいう方式違反に該当し、その補正が許容されるべきものである。

しかるところ、成立に争いのない甲第一号証の八によれば、本件不受理処分の通知書には、その名宛人として「出願人A」、「代理人B」との記載があることが認められるから、被告は、原告に対してではなく、右Aを相手方として本件不受理処分をしたものといわざるをえない。

したがつて、本件不受理処分は、相手方を誤るものとしてその違法であることが明らかであり、すでにこの点において取消しを免れないものである。

ところで、原告は、右にみたとおり、本件不受理処分の相手方ではないのであるから、本来本件不受理処分によつて何らその法律上の利益を害されない筋合であること一応いうことができる。しかしながら、被告は、本件不受理処分当時はもとより、本訴においても原告が本件出願の出願人であることを争つていたのであり、しかも、本件不受理処分は本件出願の願書及びその添附書類の一切を相手方に返却するという事実行為を伴うものであるから、本件不受理処分が原告を相手方とするものではないとの理由で、原告の本件訴えが却下されるべきものとすれば、原告は、実質上、本件出願の出願人であることを否定され、その出願内容につき審査を受ける機会を奪われる結果になり、不合理である。したがつて、原告は本件不受理処分の取消しを訴求する法律上の利益を有するものというべきである。

三 以上の次第であつて、原告の本訴請求は理由があるから、これを認容することとし、訴訟費用の負担につき行政事件訴訟法第七条、民事訴訟法第八九条の規定を適用して、主文のとおり判決する。

(裁判官 秋吉稔弘 佐久間重吉 安倉孝弘)