59—01　ＰＵＤＴ

除斥及び忌避の原因など

１．　審判官及び審判書記官については、各審判事件につき特許庁長官がこれを指定し（特§137①、§144の2①、実§41、意§52、商§56①、§68④）、更に審判官及び審判書記官に審判に関与することに故障がある者があるときは、その指定を解いて他の審判官をもってこれを補充する（特§137②、§144の2③、実§41、意§52、商§56①、§68④）が、審判の公正を確保するため審判官が具体的事件と特殊な関係があるときは、その事件について職務執行ができないようにすることが必要とされる。これが除斥、忌避（特§139～§144の2、実§41、意§52、商§56①、§68④）の制度である。

２．　除斥は、一定の原因に基づき法律上当然に職務の執行から除外されることであり、忌避は、公正を妨げるべき事情があり、当事者などからその職務執行の排除の申立てがあったときに職務の執行から除外されることである。

３．　除斥の原因、申立ての方式、時期

(1) 除斥原因は、以下のとおりである（特§139一～八、§144の2⑤、実§41、意§52、商§56①、§68④）。

ア 審判官若しくは審判書記官又はその配偶者若しくは配偶者であった者が事件の当事者、参加人若しくは特許異議申立人（この節59—01において「審判請求関係人」という）であるとき、又はあったとき（一号）

イ 審判官又は審判書記官が審判請求関係人の四親等内の血族、三親等内の姻族若しくは同居の親族であるとき、又はあったとき（二号）

ウ 審判官又は審判書記官が審判請求関係人の後見人、後見監督人、保佐人、補佐監督人、補助人又は補助監督人であるとき（三号）

エ 審判官又は審判書記官が事件について証人又は鑑定人となったとき（四号）

オ 審判官又は審判書記官が審判請求関係人の代理人であるとき、又はあったとき（五号）

カ 審判官が事件について不服を申し立てられた査定に審査官として関与したとき（六号）（→12―04）

キ 審判官が第 67 条第 2 項の延長登録の出願に係る事件についてその特許権に係る特許出願の審査においてその査定に審査官として関与したとき(七号)

ク 審判官又は審判書記官が事件について直接利害関係を有するとき（八号）

ケ ここで直接の利害関係とは、法律上の利害関係をいい、経済上の利害関係を含まない。なお法律上の利害関係には、以下の例が挙げられる。

（ア）審判官又は審判書記官が、事件の争いの対象となっている権利の先取特権者である

（イ）審判官又は審判書記官が、事件の争いの対象となっている権利の質権者である

（ウ）審判官又は審判書記官が、事件の争いの対象となっている権利の実施権者である

（エ）審判官又は審判書記官が、事件の争いの対象となっている権利の物上保証人である

(2) 除斥の申立て（特§140、§144の2⑤、実§41、意§52、商§56①、§68④）

除斥の原因があるにもかかわらず、審判官又は審判書記官が事件に関与するときは、当事者などは、除斥の申立てをすることができる。

ア 申立人

除斥の申立てをすることができる者は当事者、参加人である（特§140、§144の2⑤、実§41、意§52、商§56①、§68④）。なお、特許（商標登録）異議申立人も申立てをすることができる。

また、他の審判官なども、除斥原因のあることについて所属長に意見を述べることができる。

イ 申立ての方式（特§142、§144の2⑤、実§41、意§52、商§56①、§68④、特施規§48の2、様式64、実施規§23⑫、意施規§19⑧、商施規§22⑥）

申立てが書面によると、口頭（→6.）によるとを問わず、審判事件、除斥しようとする審判官又は審判書記官の氏名及び除斥原因（特§139 の該当号

を示す。）を明らかにすることが必要である。

ただし、口頭による申立てが認められるのは口頭審理のときのみである。

ウ 申立ての時期

除斥の申立ては審決に至るまでできる。

（注）1 審決の確定までの間では、訴えの原因とすることができる。

2 審決の確定後は再審の事由とすることができる（特§171②、民訴§338①②、§339、実§42②、意§53②、商§57②、§68⑤）。

4． 忌避の原因、申立ての方式、時期

(1) 忌避原因（特§141、§144の2⑤、実§41、意§52、商§56①、§68④）

忌避原因は、審判官又は審判書記官につき、審判の公正を妨げるべき事情のあるときと規定されているが、これは、当事者がその審判官の審理又は審判書記官の事務の不公正を懸念するだけの客観的合理的理由を意味し、除斥の原因とまではいえないが、以下のようなときが問題となるであろう。

ア 審判官又は審判書記官が、事件の当事者と親友である

イ 審判官又は審判書記官が、事件の当事者と仇敵関係にある

ウ 審判官又は審判書記官が、事件について、経済的な特別の利害関係をもっている

エ 審判官又は審判書記官が、事件について、私的な鑑定書を提出したことがある

オ 審判官又は審判書記官が、当事者と内縁、婚約関係にある

(2) 忌避の申立て（特§142、§144の2⑤、実§41、意§52、商§56①、§68④、特施規§48の2、様式64、実施規§23⑫、意施規§19⑧、商施規§22⑥）

ア 申立人

忌避の申立てをすることができる者は当事者、参加人である（特§141①）。

イ 申立ての方式（特§142）

申立てが書面によると口頭（→6．）によるとを問わず、審判事件、忌避しようとする審判官又は審判書記官の氏名及び忌避原因を明らかにすることが必要である。ただし、口頭による申立てが認められるのは口頭審理のときのみである。

ウ 申立ての時期

事件について書面又は口頭をもって陳述をした後は申し立てられない。ただし、忌避の原因のあることを知らなかったとき、又は忌避の原因がその後に生じたときは、陳述をした後でも申し立てることができる（特§141②、§144の2⑤、実§41、意§52、商§56①、§68④）。

この陳述とは、口頭審理において、当事者又は参加人が一定の申立てをしたときは、まだ理由について陳述をしなくとも陳述があったものということができる。

5． 実質上の回避

当事者などから除斥又は忌避の申立てがされることを事前に防止し、かつ、審判の公正を期する趣旨から、それらの原因に該当するおそれがあるときには、特許庁長官は、これらの者を指定しないこととする。（→12―04）。

また、このおそれがあるときには、審判官又は審判書記官は、自らその旨を所属長に申し出る。

6． 口頭審理の際に申し立てられた除斥、忌避に関する審判事件の立件手続については、33―04の3．（6）を参照すること。

7． 審判官の除斥、忌避事件を審理すべき審判は、その申立てに係る審判官以外の審判官、又は、その申立てに係る審判書記官以外の審判書記官が指定される（特§143①、§144の2⑤、実§41、意§52、商§56①、§68④）。

8． 除斥の申立権、忌避の申立権の濫用とその対策

審判手続を遅延させる目的のみをもってされていることの明白な除斥（忌避）の申立てについては、申立ての対象となっている審判官も加わって、それは申立権の濫用であるとして却下の決定をすることができる。

この決定は、かりそめにも公正の保障を失うことがないように特別に慎重にされなければならない。

（改訂 H27.10）

59—02　ＰＵＤＴ

除斥の申立ての効果及び
除斥審判の手続と決定の効果

１．　除斥の申立ての効果

除斥の申立てがあったときは、除斥審判の決定があるまで審判手続を中止しなければならない。ただし、急速を要する行為については、この限りでない(特§144)（→26—01の１３．）。

この急速を要する行為としては、次のような例が考えられる。

(1) 証人に、早急に尋問しないと、外国に出発するとか、死亡するというとき

(2) 早急に検証をしなければ目的物が変化、消滅するというとき

２．　除斥審判の手続

(1) 当事者などから、書面をもって、あるいは口頭審理中に口頭（→33—04の３．(6)）をもって、除斥の申立てがあったときは、審判書記官は除斥審判のための開始の手続を行う。

(2) 除斥の申立てがあれば、関係審判事件の手続は中止され、除斥の申立てに対する判断機関として特許庁長官の指定による審判官（→59—01の７．）から成る新たな合議体が構成される。この場合、除斥の申立てを受けた審判官は、この合議体に加わることはできないが、意見を述べることはできる（特§143①）。

また、除斥の申立てに係る審判書記官は、除斥についての審判に関与することはできない。特許庁長官の指定による新たな審判書記官が除斥についての審判に関与する。

なお、申立権の濫用であると認めるときの除斥の申立てを受けた審判官については、59—01の８．参照。

(3) 口頭審理中（又は証拠調べ中）に除斥の申立てがあったときの措置

ア 口頭審理中（又は証拠調べ中）に口頭による除斥の申立てがあったとき（書

面による申立てがあったときは、除斥の申立ての名宛人が特許庁長官であることから、口頭審理を担当中の審判官を通じて特許庁長官に申し立てられたものと解して）、審判長は、口頭審理調書に除斥の申立てがあった旨を記載すべきことを審判書記官に命じ、かつ、その申立てについて決定があるまで審判手続を中止する旨宣言する。

なお、口頭（あるいは申立書）をもってされた除斥の申立てと同時に疎明された原因からみて、その申立てが明白な除斥の申立権の濫用であると即断できるときには、その申立てがあった後、その他の疎明の事項を申し立てないことを確認してから、直ちに合議に入り、その申立ては申立権の濫用である旨で却下する決定をすることができる（→59―01の８．）。

イ 当該審判官が急速を要する行為（→１．）をしなければならないときは、その旨を当事者などに告げて、中止することなく審理を進める。

(4) 除斥の原因は、申立てをした日から３日以内に疎明しなければならない（特§142②）。３日以内に疎明しないときは、その追完は認められないので、決定をもって却下する（却下決定の文例→59―05の２．）。

疎明とは、審判官に対して、申立人の主張事実を一応確からしいと推測させることをいうのであって、これに用いる証拠方法には制限がない。

(5) 除斥の申立てに対する審判は、できるだけすみやかに審理し、決定しなければならない。除斥の申立てにより、本案審判手続は中止されるからである。

(6) 除斥審判は、原則として書面審理による（特§145②）。

(7) 除斥の申立てに対する決定は、文書をもって行い、かつ、理由を附さなければならず、また、この決定に対しては、不服を申し立てることはできない（特§143②、③）（決定様式→59―05の１．）。この決定は即時に確定する。

(8) 除斥の申立てに対し決定があったときは、審判書記官は、関係事件の記録に決定書の写しを連綴し、その旨の表示をした紙片を記録袋にはさみ、関係事件の審判長に回付する。

(9) 除斥の申立てに対する審判事件の審判官又は審判書記官に対し更に除斥の申立てがされたときも、手続上、同様に扱う。

３．　除斥審判の決定の効果

除斥原因がある審判官は、法律上当然に当該審判事件については一切の職務執行ができない（例外→特§144ただし書）。その審判官、当事者などが、除斥原因を知っているか否かにかかわらず、この効果が生じる。

審判の結果、除斥原因のあることが明らかとなった審判官が関与した審理は、手続上無効となるべきものであるから、審決前であればやり直さなければならない。また、審決がされ、その審決に対し訴えが提起された後であるときは、その審決は裁判所において取り消されることとなる。更に、審決が確定したときは、再審の事由となる（特§171②→民訴§338①二）。

ただし、除斥の申立てがあり、これに対し除斥審判の決定があったときは、これを理由に不服の申立てをすることはできない（特§143③）、また、再審の理由とすることもできない。

（改訂 R5.12）

59—03　ＰＵＤＴ

忌避の申立ての効果及び
忌避審判の手続と決定の効果

１．　忌避の申立ての効果

忌避の申立てがあったときは、忌避審判の決定があるまで手続を中止しなければならない。ただし、急速を要する行為についてはこの限りでない（特§144）。この急速を要する行為とは、除斥のときと同様である（→59—02 の１．、26—01 の１２．）。

２．　忌避審判の手続

(1) 当事者などから書面をもってあるいは口頭審理中に口頭（→33—04 の３．(6)）をもって忌避の申立てがあったときは、審判書記官は忌避審判の開始の手続を行う。

(2) 忌避の申立てがあれば、関係審判事件の手続は中止され、忌避の申立てに対する判断機関として、特許庁長官の指定による審判官（→59—01 の７．）から成る新たな合議体が構成される。この場合、忌避の申立てを受けた審判官は、この合議体に加わることはできないが、意見を述べることはできる（特§143①）。

また、忌避の申立てに係る審判書記官は、忌避についての審判に関与することはできない。特許庁長官の指定による新たな審判書記官が忌避についての審判に関与する。

なお、申立権の濫用であると認めるときの忌避の申立てを受けた審判官については、59—01 の８．参照。

(3) 口頭審理中（又は証拠調べ中）に忌避の申立てがあったときの措置

59—02 の２．(3)に準ずる。

(4) 忌避の原因は、申立てをした日から３日以内に疎明しなければならない（特

§142②）。３日以内に疎明しないときは、その追完は認められないので、決定をもって却下する。この疎明は除斥の場合と同様である（→59―02の２．(4)）。

(5) 忌避の申立てに対する審判はできるだけ、すみやかに審理、決定されなければならないことも除斥のときと同様である（→59―02の２．(5)）。

(6) 忌避審判は、原則として書面審理による（特§145②）。

(7) 忌避の申立てに対する決定は、文書をもって行い、かつ理由を附さなければならない。また、この決定に対しては不服を申し立てることはできない（特§143②、③）。この決定は即時に確定する。

(8) 忌避の申立てに対し決定があったときは、審判書記官は、関係事件の記録に決定書を連綴し、その旨の表示をした紙片を記録袋にはさみ、関係事件の審判長に回付する。

(9) 忌避の申立てに対する審判事件の審判官又は審判書記官に対し更に忌避の申立てがされたときも、手続上、同様に扱う。

３．　忌避審判の決定の効果

忌避審判により、その申立ては理由があるとの決定があったとき、その審判官は、その決定後職務の執行から除外される。

（注）忌避の申立てについて、その申立ては理由があるとの決定があった場合であって、その原因が除斥原因（特§139一～七）に当たるときには、その原因が発生した時以後に当該審判官又は審判書記官が関与した審判手続は無効となる。

（改訂 R5.12）

59—05　ＰＵＤＴ

除斥又は忌避の決定様式、実例など

１．除斥又は忌避（以下、単に「除斥」という。）の申立事件の決定様式は、以下のようにする。

(1) 審判番号

(2) 除斥申立人の氏名（名称）及び住所（居所）並びに代理人の氏名

(3) 事件の表示

(4) 決定の結論

(5) 決定の理由（特§143②）

(6) 決定の年月日

(7) 審判官記名押印（押印代替措置→00—02 の２．）

２．除斥を申し立てた日から、３日以内に除斥の原因について疎明のないときの却下決定の様式、文例は、次ページのとおりである。

（様式）

除斥２０ＸＸ－９６０○○○

決　　定

除斥申立人　住　所　　氏名又は名称
代　理　人　　氏名

不服２０ＸＸ－○○○○○○審判事件に関して審判長（又は審判官、審判書記官）○○に対し、除斥の申立てがあったので次のとおり決定する。

結　　論

本件除斥の申立てを却下する。

理　　由

不服２０ＸＸ－○○○○○○審判事件に関し、除斥申立人は、令和　年　月　日審判長（又は審判官、審判書記官）何某に対し除斥の申立てをしたが、３日以内に除斥の原因を疎明していない。特許法第 142 条第２項の規定により、除斥の原因は申立てをした日から３日以内に疎明しなければならないところ、除斥申立人はその期間内に除斥の原因を疎明していないので、本件除斥の申立ては不適法なものである。

よって、結論のとおり決定する。

令和　　年　　月　　日

審判長特許庁審判官　氏　名

特許庁審判官　氏　名

特許庁審判官　氏　名

３．除斥・忌避審判の事例、（　）内結論。

(1) 他の審判事件における事情は、忌避の原因となり得ないとして忌避の申立てを却下した事例、昭 40 忌避審 1 号（忌避申立て却下）

(2) 明細書の訂正審判に関与し訂正を認めた審判官とその訂正された特許に対し特許無効理由通知をした審判官が同じであるから、訂正後の特許発明が特許法第 126 条第 3 項に規定するいわゆる「独立して特許を受けることができる」要件を具備していて、したがって本件特許が特許無効理由に該当しないとの確信をもっていたはずであるところ、特許無効理由があるとしたのは、当該審判官につき、判断に不安定性があるというべきであり、この点、審判官について審判の公正を妨げるべき事情がある旨の忌避申立につき、法第 153 条の規定の趣旨などから当該事情があるということはできないとして忌避申立を却下した事例、昭 48 忌避審 1 号（忌避申立て却下）

(3) 審判長が証拠方法提出期間の指定をしなかったこと、書面審理通知を職権でしたことは、審判の公正を妨げるべき事情があるものではないとして忌避申立を却下した事例、昭 40 忌避審 3 号（忌避申立て却下）

(4) 審判官が別件ではあるが当事者が同一である（地裁の）侵害差止事件等の請求人側代理人と極めて親交が深く、かつ対象も当事者も同一で後日の請求である判定事件については本件を何らの進展を為さず放置しながら早々に結論を出したい旨明言していることを理由とする忌避申立につき、不公正の介在が懸念される客観的合理的理由を認めるに足る疎明資料は存せず格別に代理人と親交があったとすることはできず、公正を妨げるべき事情ありとする忌避事由にはなりえない、として忌避申立は成り立たないとした事例、昭 51 忌避審 2 号（忌避申立て不成立）

(5) 判定請求事件につき職務を執行する審判官の忌避申立を、判定に関する手続に関し審判官の忌避の申立てができる旨の規定が存在しないから不適法な申立てであるとして却下した事例、昭 51 忌避審 1 号（忌避の申立て却下）

(6) 補正却下の決定に加わった審判官が、審判長として、発明において目的と作用が同一である相似た内容の同一当事者の事件（無効審判）に関与すること等は審判の公正を妨げるべき事情である旨の忌避申立につき、特許法第 139 条第 6 号の規定に違背しないことを主旨として、忌避の申立ては成り立たないとし

た事例、昭 50 忌避審 2 号（忌避の申立て不成立）

(7) 審判官が、別件に関して、一方の当事者に面会を拒否しながら、他方の当事者とは面談している事実や事件を口頭審理方式とする旨の申請を無視したことは、明らかに審理の公正を欠き、予断を持って審理されたものであり、（本件に関しても）予断を持って審理していると疑うに足りる十分な理由となる旨等の忌避の申立てに対し、面会の申込みの拒否及び請求人、被請求人、参加人相互の間に種々の事情があるとの理由のみでは特に口頭審理とする必要は認められないとした点に別件に関する審理について公正を欠き、予断を持って審理したという事実を認めることができないなどとして、申立ては成り立たないとした事例、昭 53 忌避審 2 号（忌避申立て不成立）

(8) 審判とその審決に対する再審は前審関与とはならない、昭 55 除斥審 1 号

4． 参考裁判例

(1) 特許法による除斥又は忌避の申立てに対する決定については、本案の審決に対する不服申立とは別個に独立して抗告訴訟を提起することはできない（最二小判昭 36.3.24（昭 35（オ）1072 号）、民集 15 巻 3 号 587 頁）。

(2) 特許出願の審査と実用新案登録出願の審査の手続は互いに別個独立のものであるから、特許出願を実用新案登録出願に変更した場合、当初の特許出願に関与した審査官が実用新案登録出願の拒絶査定に対する抗告審判の関与から除外される理由はない（東地判昭 45.10.30（昭 44（行ウ）81 号）無体財産権関係民・行裁例集 2 巻 2 号 546 頁）。

(3) 審査課長又は審査長時代に審査官がした査定書に検閲印を押した審判官が、その事件につき職務を執行することも前審関与でない（大判昭 17.1.23（昭 16（オ）1104 号）審決号外 23 号 415 頁、吉藤「特許法概説」（9 版増補版）535 頁）。

(4) ア 民訴§23①六の「前審の裁判に関与したとき」とは、前審の裁判の評決に加わったときの意であって、たとえ前審において口頭弁論を指揮し証拠調べをした事実があっても、職務の執行から除外されない（最二小判昭 28.6.26（昭 26（オ）759 号）民集 7 巻 783 頁）。

イ 民訴§23①六の「前審の裁判に関与した」とは、裁判という国家意思の形

成に関与したこと、より具体的にいえば、その評決及び裁判書の作成に関与したことであって、裁判の準備的行為にとどまる準備手続または準備的口頭弁論を行なったことは、これに含まれないものと解すべきである（最三小判昭 39.10.13（昭 39（行ツ）28 号）民集 18 巻 8 号 1619 頁）。

ウ　審決取消訴訟の対象となっている審決の審判に在職中審判官として関与（昭和 39 年 6 月 9 日指定、同 40 年 3 月末日退官、本件審決自体には関与しなかったが、主任審判官として審理に関与）した弁理士が当該訴訟の代理人として訴を提起した行為は、相手方が弁理士法第 8 条第 2 号の違反行為として異議を述べている限り無効であるとして、訴を不適法として却下した原審を維持した事例（最一小判昭 44.2.13（昭 43（行ツ）78 号）判タ 234 号 131 頁ほか）。

(5) 民訴規§10 の規定は、単に全く根拠のない忌避申立を防止するために、申立人に対し申立ての日から 3 日以内に忌避の原因を疎明すべき旨を定めたにとどまり、忌避申立の日から 3 日を経過するまでは右申立に対する裁判をすることができないことを定めたものではない（東高決昭 53.7.25（昭 53（ラ）751 号）判時 898 号 36 頁）。

(6) 補助参加人も、自己に関する固有の事由、すなわち、自己と裁判官との間に存する裁判の公正を妨げる事情のあることを理由とするときは、主たる当事者が忌避権を喪失せず、かつその意思に反しないかぎり、忌避の申立てをなし得る（名古屋高決昭 50.11.26（昭 50（ラ）91 号）判時 815 号 62 頁）。

(7) 裁判官が訴訟代理人の女婿であることは忌避の事由に当たらない（最二小判昭 30.1.28（昭 28（オ）277 号）民集 9・83）。

(8) 忌避の原因は、裁判官と具体的事件との間に客観的に公正な裁判を期待しえないような人的、物的に特殊な関係がある場合をいうので、裁判官の不適確性、その後の態度を含めた行状、思想、法律上の見解の如き事由は、具体的事件と直接無関係な一般的事由であるから、忌避の原因を構成するとは解し得ないとして申立てを却下した事例（東高決昭 45.5.8（昭 45（ウ）283 号）判時 590 号 18 頁、最一小決昭 45.9.29（昭 45（ク）191 号）最集民 100 号 499 頁）。

(9) 急速を要する行為（民訴§26 ただし書）とは、証拠保全、仮差押（処）…等遅滞による損害を避けるため当該裁判を直ちに行い、その裁判の内容に従った

結果を緊急に実現する必要のある場合に行われるものをいい、忌避制度の趣旨に照らし、仮処分申請却下決定のように当該審級における手続を完結する一方、決定自体の効果としては何ら法律状態が新たに形成されることもないものは、これに含まれないと解するのが相当である（東高決昭 52.2.18（昭 51（ラ）676 号）判時 847 号 49 頁）。

(10) 分割前の出願と分割後の出願は別事件となるから、前者の審査官、審判官が、後者の審査、審判に関与しても違法ではなく、又前者の審判中分割を示唆した審判官が分割後の審判に関与しても忌避事由となることはない（最三小判昭 36.4.4（昭 32（オ）985 号））。

(11) 特許庁審判官の除斥申立てを却下する決定に対しては、取消しを求める訴えを提起することができない（最二小判昭 36.3.24（昭 35（オ）1072 号）。

(12) 釈明権の行使に関し、裁判所がすでに提出された証拠資料等からみて別個の法律上の主張が可能であると考え、この法律構成を当事者に示唆したとしても、それは釈明権の範囲内にあるから、これを裁判の公正を妨げる事情とはいえない（東京高決昭 46.4.3（昭 46（行タ）1 号）判タ 263 号 226 頁）。

（改訂 R5.12）