
種 別： 論説

タイトル： 行政作用により設定される私法上の権利の法的構成・急—解釈論と立法論の接続も視野に入れて（2・完）

著 者： 宮澤 俊昭

所 収： 『上智法学論集』第 69 卷 3-4 合併号（令和 8 年 3 月）83-149 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

論 説

行政作用により設定される私法上の権利の 法的構成・急—解釈論と立法論の接続も視 野に入れて (2・完)

宮澤 俊昭

第1章 はじめに

第2章 憲法上の財産権を基礎とする立法に対する拘束

第3章 異なる法領域・学問領域間の関係の論じるための基礎理論 —立法論と解釈論の連携を視野に入れて (以上前号)

第4章 行政作用によって設定される私法上の権利を論じるための 議論の枠組み—総論的考察 (以下本号)

第1節 はじめに

第2節 ここまでの考察の整理

- 1 憲法上の財産権に基づく憲法的拘束
- 2 憲法上の拘束のない状態において複数の法領域の関連する立法・解釈を論じる理論的基礎

第3節 行政作用によって設定される私法上の権利を論じるための 議論の枠組み

- 1 第一段階—憲法による拘束を基礎とした議論を行う段階
- 2 第二段階—緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位を基礎とした議論を行う段階

(1) 立法論

- (a) 総論
- (b) 私法理論と行政法理論の関係

(2) 解釈論

- (a) 総論
- (b) 解釈論による既存の法実践の変更の限界—裁判所に課される憲法上の制約を基礎として

(c) 私法理論と行政法理論の関係

第4節 小括

第5章 共同漁業権・組合員行使権—各論的考察①

第1節 憲法29条による憲法上の拘束を基礎とした考察—第一段階

- 1 憲法上の財産権の原形としての入会権
- 2 行政作用によって共同漁業権を設定するという制度を採用することの可否
- 3 組合員行使権を社員権的権利として構成することの可否
- 4 憲法上の財産権の原形からみた現行漁業法の理解
 - (1) 個別の制度ごとの検討の必要性
 - (2) 漁業権の放棄・分割・変更についての同意制度の憲法上の意義—検討の一例として
 - (a) 漁業権の放棄・分割・変更をめぐる漁業法上の制度
 - (b) 財産権の原形からみた検討—区分所有法上の一括建替え決議との比較

第2節 緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位を基礎とした考察—第二段階

- 1 共同漁業権の更新と実体法的同一性
 - (1) 問題の所在
 - (2) 本稿の考察に基づく検討
- 2 漁業補償契約の理解
 - (1) 問題の所在
 - (2) 本稿の考察に基づく検討

第6章 特許法における無効の抗弁—各論的考察②

第1節 憲法29条による憲法上の拘束を基礎とした考察—第一段階

- 1 憲法上の財産権の原形としての特許を受ける権利
 - (1) 特許権の歴史的淵源
 - (2) 特許取得手続の構造
 - (3) 異なる構成の可能性との関係
- 2 憲法上の財産権の原形としての特許を受ける権利の内容
 - (1) 参照対象としての知的財産法学における議論
 - (2) 財産権の原形としての特許を受ける権利の内容
- 3 特許取得手続の意義—憲法上の財産権を拡張させるための手続
- 4 法原理部門としての裁判所に課される制約に留意する必要性

第2節 緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位を基礎とした 考察—第二段階

- 1 検討の方向性
- 2 特許法における無効審判前置主義と統一体としての特許法の目的（意図）—裁判所の憲法規範上の制約も踏まえて
 - (1) 特許法における無効審判前置主義
 - (2) 無効審判前置主義と統一体としての特許法の目的（意図）
- 3 緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位を基礎とした特許法 104 条の 3 の解釈をめぐる考察の枠組み
- 4 キルビー特許最高裁判決までの議論の再評価
 - (1) キルビー特許最高裁判決以前に示されていた解釈について
 - (a) 特許権の範囲の一部または全部が公知技術である場合の解釈
 - (b) 公知技術以外の無効理由が存在する場合の議論
 - (2) キルビー特許最高裁判決について
- 5 特許法 104 条の 3 の解釈
 - (1) 法原理部門としての裁判所と特許法 104 条の 3
 - (2) 特許法 104 条の 3 と「明白性」要件の関係
 - (a) 立法時の議論
 - (b) 議論の現状
 - (c) 立法時と法適用時のそれぞれの統一体としての特許法の目的（意図）に基づく解釈の比較
 - (d) 無効審判前置主義の意義—明白性要件を論じる前提として
 - (e) 現行法における明白性要件の意義

第7章 おわりに—今後の課題

第1節 行政作用により設定される私法上の財産権の法的構成についての考察

第2節 民法理論との関わりについての考察

- 1 民法理論と独立した体系を有する法領域における理論との関係の考察
 - (1) 本稿の考察対象とした問題に対する民法理論に基づいた考察の必要性
 - (2) 行政法学において示される参照領域理論の概要
 - (3) 民法理論と各個別法領域における理論との関係—参照領域理論の応用の可能性

- 2 立法論における民法理論の果たす役割についての考察
- 第3節 複数の法領域間の体系的接合に向けた考察
- 第4節 法学以外の学問領域との関係のあり方に向けた考察
 - 1 法学以外の学問領域の知見の位置付けをめぐる議論
 - 2 法学に共通する理論的基盤を実定法概念によって構築する必要性
 - 3 本稿の考察から得られる示唆
 - (1) 憲法理論に基づく制約に関する示唆
 - (2) 立法論と解釈論の関係についての示唆
 - (a) 解釈論における法学以外の学問的知見の位置付けについての新たな捉え方の可能性
 - (b) 法学以外の学問的知見の位置付けについての新たな視角の追加の可能性
 - 4 他の学問分野を法的に分析する基盤の構築に向けて

(承前)

第4章 行政作用によって設定される私法上の権利を論じるための議論の枠組み—総論的考察

第1節 はじめに

本稿第2章および第3章においては、行政作用により設定される私法上の財産権の法的構成について、それを論じるための基礎理論の構図として、憲法29条を基礎とする憲法上の財産権に基づく憲法的拘束を論じる場面を第一段階、そのような憲法に基づく拘束のない状態において複数の法領域が関連する場合におけるそれぞれの法理論の関係を論じる場面を第二段階として設定し、それぞれにおける具体的な理論構築の可能性について考察を加えてきた。

以下では、第2節において本稿第2章および第3章における考察の内容を整理したうえで、第3節において、行政作用によって設定される私法上の権利の法的構成を論じるための議論の枠組みを提示する。

第2節 ここまでの考察の整理

1 憲法上の財産権に基づく憲法的拘束

まず、本稿第2章においては、憲法上の財産権について、憲法学上の議論において示されている見解の考察を通じてから導き出した本稿の理解を示すとともに(第2章第3節2参照)、判例の立場および憲法上の学説の最大公約数的理解を探ることを通じて導き出した暫定的な理解も提示した(第2章第3節3参照)。本稿の理解も、暫定的な理解も、憲法上の財産権についての解釈のあり方という意味ではいずれも同じ内容を含んでおり、①制約のない状態における財産権を原形として形成する作業を行うことが求められる(原形テーゼの採用)、②憲法上の司法権に基づく制約があるため、裁判所は政策的考慮に基づいた原形の形成を行うことはできない、③原形の形成にあたっては、私法の一般法としての民法を中核とした私法体系、さらにはそれを基礎付ける思想・法理を参照することが肯定される⁽¹⁾、というものである。なお、④憲法上の財産権の原形を拡張する場合において、その内容について憲法上の制約がかかるかという問題については、本稿の理解に基けば、財産権の原形との関わりでの財産権侵害を論じる必要はなく、現存保障としての財産権侵害のみを論じれば良いことになる。ただし、現時点では憲法学における議論の考察からの帰結を導くことができないため、この問題についての暫定的な結論を示すことはできない。

2 憲法上の拘束のない状態において複数の法領域の関連する立法・解釈を論じる理論的基礎

続いて本稿第3章においては、憲法上の拘束のない状態において、複数の法領域が関連する場合におけるそれぞれの法理論の関係を論じるための理論的基礎として、藤谷武史の示す「緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位」という構想を位置付ける可能性について、立法論・解釈論の双方の視点

(1) なお、本稿の立場からすれば、前国家的秩序が財産権の原形を形作るとする理解を基礎として、そのような前国家的秩序を慣習法として解釈の対象としてきた私法理論を参照することが肯定される、という結論になる(本稿第2章第3節3(2)(e)(イ)参照)のに対し、暫定的な立場からすれば、憲法学における最大公約数的理解に基づいて肯定される、という結論となる(本稿第2章第3節3(3)参照)。

から考察を行なってきた。

その結果、①「緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位」という構想は、立法論の視点からも、解釈論の視点からも、それぞれ正当化しうる、②この構想は、立法論・解釈論のいずれにおいても、従来論じられてきた内容を、法実践の場面において用いることができる程度に具体化することを可能にする、③立法時の立法者意思に基づく解釈をその立法時の統一体としての法の目的（意図）と関係で整合的に接続させることができる、④そのように立法者意思と接続された立法時の統一体としての法の目的（意図）と、法適用時の統一体としての法の目的（意図）を競い合う存在として把握することによって、主観説と客観説の組み合わせのあり方の一つを、相互に包摂し合う形で適切に提示することができる、⑤この構想のもとで立法論と解釈論の「緩やかな連環」を根拠づける理論的基盤が形成され、そのような緩やかな連環という共通の視角からの分析を通じて、異なる法領域におけるそれぞれの法理論の関係を比較して論じるための理論的基礎が適切に構築されうる、ということをそれぞれ結論として導いた。

第3節 行政作用によって設定される私法上の権利を論じるための議論の枠組み

1 第一段階—憲法による拘束を基礎とした議論を行う段階

以上、第2節でまとめた本稿のここまでの考察⁽²⁾を基礎とすると、行政作用によって設定される私法上の権利の法的構成を構築するための、複数の法領域が関連する場合の議論の枠組みとして、次のような枠組みを示すことができる。

まず、憲法29条に基づく拘束を基礎として、財産権の原形を確定する議論を行う第一段階が設定される。ここでは、対象となる行政作用によって設

(2) なお、本稿においては、行政作用により設定される私法上の権利をめぐる法的構成を探究するという目的に沿って考察を行なっている。しかし、本章第2節でまとめた本稿における考察は、前述した本稿の問題意識に基づく射程を超えた意義を認めうるとも考えられる。この点については、第7章において、今後の課題を探るための考察を改めて加えることとする。

定される私法上の権利について、私法の一般法としての民法を中核とした私法体系、さらにはそれを基礎付ける思想・法理を参照しつつ、原形を見出すことができるかどうかを論じる必要がある⁽³⁾。

ここで、原形を見出すことができる場合については、行政作用によって私法上の権利を設定するという制度を採用することを通じて、さらにはその具体的な制度設計を通じて、その原形に対する制約が生じるのか、それともその原形の範囲を拡張することになるのか、という点を明らかにすることが求められる⁽⁴⁾。原形に対する制約が生じる場合には、その制約が憲法上許容されうるものであるかについての審査を行う必要がある。これに対して原形の範囲を拡張するという場合には、その私法上の権利については財産権の原形との関わりでの憲法上の制約をめぐる議論を行う必要はない。ただし、権利の範囲を拡張することを通じて、各人の現に有する財産権の侵害を観念できる場合には、現存保障としての財産権の制約に関する憲法上の審査を行う必要が生じる。

他方、純粋な政策的考慮を通じて憲法上の原形を持たない私法上の権利の制度化を立法論として目指す場合についても、前述した権利の範囲の拡張の場合と同様に、必要のある限りにおいて現存保障としての財産権の制約を論ずることが求められる。そのため、純粋な政策的考慮に基づいて私法上の権利を構想したとしても、現実には、既存の私法体系を参照しつつ行われる憲法 29 条に基づく考察を行う必要が認められることになろう⁽⁵⁾。

2 第二段階—緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位を基礎とした議論を行う段階

続いて、緩やかな解釈学モデルに基づいた立法の再定位を基礎とした立法

(3) 本章第 2 節 1 参照。

(4) 高橋説(本稿第 2 章第 2 節 1 (3) 参照)の用語によるならば、憲法 29 条 2 項にいう「財産権の内容」としての財産権の定型が、その財産権の原形を制約しているか、拡張しているか、という表現となる。

(5) 以上のような考慮に基づくのであれば、財産権としての憲法上の原形を持つ私法上の権利と基礎とした制度化が可能である場合には、求められる考察・作業の量と質に鑑みて、そのような憲法上の原形を持たない私法上の権利を基礎とした制度化をあえて行う選択を行わないとされる場合が多くなるとも考えられる。

論・解釈論をおこなう第二段階が設定される。この段階において、異なる法領域間の法理論同士の関係も論じていくことになる。対象となる行政作用によって設定される私法上の権利を論じるにあたって、問題となる異なる法領域それぞれの法理論の関係は、立法論、解釈論のそれぞれにおいて、次のように論じていくこととなる。

(1) 立法論

(a) 総論

まず、立法論においては、立法を基礎付ける公共的な根拠として、人文科学・社会科学・自然科学の知見を通じて明らかにされる立法の具体的妥当性を根拠づける社会的諸事情と並んで、そのような社会的諸事情を基礎として求められる法実践の変更内容の明示、および立法によって変更されない法実践との体系的整合性の確保が求められる⁽⁶⁾。

以上のような立法論の理解のもとでは、行政作用によって設定される私法上の権利についての立法にあたって、まずは、関連するそれぞれの法領域における体系的整合性を考察する必要がある。行政作用によって設定される私法上の権利については、私法体系のもとでの私法理論、および、公法体系⁽⁷⁾のもとでの行政法理論のそれぞれについて、体系的整合性の考察が求められる。さらに、当該私法上の権利の内容が、知的財産法、環境法等の問題志向型の独立した法領域に関連する場合には、そこで形成されている理論体系との整合性も論じる必要がある。

(b) 私法理論と行政法理論の関係

なお、行政作用によって設定される私法上の権利については、制度内制的

(6) 本章第2節2参照。

(7) なお、公法体系を論じる際には憲法の体系も論じることが求められる。しかし、第一段階における議論と異なり、立法・解釈を拘束することを直接根拠づけるものとはならない。第二段階において憲法の体系を論じることの意義は、法実践を論じる場においての体系的整合性を論じる基礎とするというものとどまる。このことは、憲法を基礎として議論を行う場合にも、国に対する拘束という視点にとどまらない論じ方がありうることを示唆している。例えば、日本国憲法のもとで基本権保護義務論を取らないとする立場に立ったとしても、基本権体系（基本権の客観法的側面）を基礎として法的議論を行なっていく可能性も広がっていくように思われる。

に、個別の法領域における体系的整合性に加えて、異なる法領域間の法理論の関係も問題となる。問題志向型の法領域との比較において、伝統的法領域においてはより多くのドグマティックな理論が体系に組み込まれていることに鑑みれば、とりわけ行政法理論と私法理論との関係について、その相互の関係を理論的・体系的に論じる必要が多くなると考えられる。

この両者の関係については、まず、前述した第一段階において、財産権の原形を見出すことができるか否かによって論じ方が変わってくると考えられる。

(ア) 財産権の原形を見出すことのできる場合

財産権の原形を見出すことができるという場合、その原形については私法理論との体系的整合性が確保されていることを前提に論じることが可能となる。そのため、当該私法上の権利の内容面に関して問題となる特段の事情が認められないのであれば、私法理論との体系的整合性については論じる必要性は薄れる。これに対して、私法上の権利を（法律行為等の私法上認められた権利発生原因ではなく）行政作用によって設定するという制度を採用することによって、行政法体系との関わりで、どのような法実践を変更し、どのような法実践を変更しないのか、という問題については、第二段階において新たに論じることが求められる。以上の考察からすれば、この第二段階における議論において立法論として行政法理論と私法理論の関係を考えるにあたっては、行政法理論を基軸に据えつつ論じる必要が認められる。

(イ) 財産権の原形を見出すことのできない場合

他方、財産権の原形を見出すことができないという場合、立法が変更を意図していない既存の法実践との関係を論じるためには、結果として生み出される私法上の権利の私法体系上の位置付けを明らかにすることが極めて重要な意義を持つことになる。そのため、私法理論を基軸に据えつつ論じることが求められる。

(2) 解釈論

(a) 総論

続いて解釈論においては、立法時において示された政策的根拠や立法時の社会的諸条件を日本法体系全体の視点から整序しうること、および立法時の

立法者意思を相対化したうえで法適用時の「統一体としての法の意図（目的）」を論じること、さらには「緩やかな」解釈モデルであることを基礎として、既存の法学の領域を跨いだ解釈を論じること、をそれぞれ基礎として考えることができる。

(b) 解釈論による既存の法実践の変更の限界—裁判所に課される憲法上の制約を基礎として

ただし、裁判所が解釈論を用いる場合、憲法上の司法権の理解を基礎として、政策的決断を行うことができないという憲法上の制約がかかることにも留意する必要がある⁽⁸⁾。そのため、このような憲法上の制約がかかる場面での解釈論を議論する場合、法適用時の統一体としての法の目的（意図）に基づいて、既存の法実践に変更を加えるとする解釈を論じるときには、前述した立法論とは異なる議論の枠組みが設定されることになる。

すなわち、法原理部門としての裁判所は、（前国家的な）社会における自生的秩序に基づく財産権の原形のあり方を基礎とした解釈を用いる限りで既存の法実践の変更を行うことは認められる一方⁽⁹⁾、立法者と異なり、社会的諸事情に基づく公共的根拠を基礎とした政策的決断としての変更を既存の法実践に加えることは原則として認められない。

(c) 私法理論と行政法理論の関係

他方、そのように憲法上の財産権としての原形の変更による法実践の変更を伴わない解釈が行われる場合、（立法時からの変わりのない）憲法上の財産権の原形に基づいた解釈を行う必要があるか否かで私法理論と行政法理論の関係に次のような差違を認めることができる。

まず、憲法上の財産権の原形に基づく解釈を行う必要があるという場面においては、立法者による公共的な根拠づけに関わらず、前国家的秩序（自生的秩序）を基礎とした解釈を基礎に据える必要がある。そのため、この場合には、私法理論を基軸としつつ、行政法理論との関係を考えてく必要がある

(8) 本稿第2章第3節2(2)(e)(ア)参照。

(9) なお、本稿第2章第3節2(2)(e)(イ)注150)に示した通り、前国家的秩序（自生的秩序）の変化に伴う財産権の原形の変化に対応する判例法の形成は、むしろ裁判所に求められているといえることができる。

う。

他方、そのような財産権の原形に関わらない解釈を展開する場合には、行政作用によって設定される私法上の権利については、行政作用によって私法上の権利を設定するという制度を設ける以上、そこには、そのような構成を取ることを基礎づける何らかに政策的な根拠が必ず存在するという特徴が重要な意義を持つ。前述の通り、政策的決断が認められないという憲法上の制約を裁判所が受ける以上、裁判所による法解釈を論じる場面において、立法者が立法の基礎とした公共的な根拠それ自体を否定・修正することを基礎とすることは原則として認められない。私法上の権利を行政作用によって発生させるという制度を選択するにあたって、立法者はなんらかの政策的根拠を有していたと考えられることに鑑みれば、この場合には、まずは、行政法理論を基軸として論じていく必要がある⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾。

(10) なお、以上のような行政作用により設定される私法上の権利をめぐる解釈論においては、同一の主体関係に対して異なる権利内容を規定する私法規範と行政法規範が存在するという場面ではない。すなわち、私法規範に基づいて私法上の権利の内容が決定されている状態において、それと異なる内容を決定する公法規範が存在し、両者の関係をどのように調整するのか、という問題が論じられる場面とはいえない。そのため、行政法上の規定の民法内的位置付けを論じる場面（宮澤俊昭『国家による権利実現の基礎理論—なぜ国家は民法を制定するのか』（勁草書房、2008年）83-95頁、同235-255頁）とは、直接には関わらない。

他方、行政法上の規定の民法内的位置付けを論じる場面であったとしても、利益の次元あるいは主体の次元において、両者の関係を調整することができない場合でありつつ、私法規範と公法規範の関係を論じる必要があるときに、両者の関係をどのように論じるのかについて、本稿の結論は妥当しうると考えられる（利益の次元・主体の次元については、山本隆司「私法と公法の〈協働〉の様相」日本法社会学会編『現代における私法・公法の〈協働〉』（有斐閣、2007年）20頁以下参照。前掲宮澤235-255頁も参照）。

(11) なお、以上のように、第一段階として憲法による拘束を基礎とした議論を行う段階を、第二段階として緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位を基礎とした議論を行う段階を、それぞれ設定することは、議論の順序を固定することを意味するものではない。とりわけ立法を論じる場面においては、立法事実を基礎としつつ、法学以外の人文・社会・自然科学の研究から示される知見も踏まえて、法学における体系的議論が行われることが先行し、そこで導かれる内容について憲法適合性が論じられる、という順序で議論が進むこともありうると考えられる。本稿の考察から導かれる結論は、そのような順序で議論を進めることを否定するものではない。あくまでも、二つの異なる規範的・実務的要請から導かれる論証の段階が存在し、それぞれの段階で求められる議論を行う必要があることを示すにとどまるものである（他方、解釈論の場面においては、第一段階

第4節 小括

以上、本章において総論的に示した行政作用により設定される私法上の権利の論じるための議論の枠組みを基礎として、以下、第5章において共同漁業権・組合員行使権について、第6章において特許法における無効の抗弁について、それぞれ各論的考察を加えたうえで、第7章において、今後の課題についての考察を行う。

第5章 共同漁業権・組合員行使権—各論的考察①

第1節 憲法29条による憲法上の拘束を基礎とした考察 —第一段階

1 憲法上の財産権の原形としての入会権

本稿の考察からの帰結⁽¹²⁾によれば、共同漁業権（漁業法60条1項・同5項）・組合員行使権（漁業法108条）の解釈を行うにあたって、その憲法上の財産権の原形、すなわち制約のない状態での共同漁業権・組合員行使権のあり方を確認することが必要となる。この点については、私法的な諸制度、さらにはそれを基礎付ける思想・法理を参照することを通じて考察を加えることができる。そして、その歴史的淵源を含めて、これまで蓄積されてきた共同漁業権・組合員行使権をめぐる議論に鑑みたとき⁽¹³⁾、入会権を、憲法上の財産権の原形として位置付けることができると考えられる。このように考えられる具体的根拠としては次の四つの事情を挙げることができる。

- ① 現行漁業法（平成30年漁業法）における共同漁業権・組合員行使権の理解にも引き継がれている昭和37年漁業法の立法過程における漁業制度調査会の答申のなかで、少なくとも第一種共同漁業については総有的観

の検証を経て、第二段階に移るという議論の順序を取ることが多くなるとも考えられるところ、もちろんその順序で議論を行うことを否定するものでもない。

(12) 本稿第4章第3節1参照。

(13) 筆者による関連する議論の整理として、宮澤俊昭「共同漁業権・組合員行使権の法的性質をめぐる一考察—行政作用によって設定される私法上の権利の法的構成・序」小野古稀『社会の多様性と私法の展開』（法律文化社、2024年）308頁参照。

- 念の強いことを基礎とした制度設計の必要性が示されている⁽¹⁴⁾。
- ② 昭和 37 年漁業法制定後に公表された立法担当官による解説においても、組合員の漁業を営む権利は沿革的に入会権的な漁場の行使の実態の系譜を引いた規定であることが前提とされている⁽¹⁵⁾。
 - ③ 組合員行使権の法的性質を社員権的権利とする立場（社員権説）をとることを明らかにした最判平成元年 7 月 13 日民集 43 卷 7 号 866 頁（以下「平成元年最判」という。）においても、共同漁業権・組合員行使権の淵源が入会的権利であることが疑いのないものとして示されている。
 - ④ 明治 34 年漁業法制定以来、共同漁業権・組合員行使権の性質について、学説では入会権的構成と社員権的構成の間で争いがあったところ、社員権的構成と見る見解においても入会的実態を全く無視しているわけではないことが指摘されている⁽¹⁶⁾。

以上のような事情を基礎として憲法上の原形として入会権が位置付けられるとする場合、その原形としての内容が問題となる。民法上、入会権に関しては、共有の性質を有する入会権に関する民法 263 条と、共有の性質を有しない入会権に関する民法 294 条⁽¹⁷⁾の 2 条のみが規定されており、また、いずれも、その内容について各地方の慣習に従うとする。そのため、入会権の内容については、制度的に明確に示されるわけではなく、また、入会権をめぐる学説上の議論も多岐にわたっている⁽¹⁸⁾。ただし、関連する判例を参照すると、憲法上の財産権の原形としての入会権は、次のような内容を持つも

(14) 漁業基本対策資料刊行委員会編『漁業基本対策資料 第 2 巻』（水産庁、1965 年）756-764 頁参照。

(15) 岩本道夫編『新漁業法の解説』〔穂積良行執筆〕（水産社、1962 年）67 頁参照。

(16) 山島正男「組合管理漁業権の性格」北法 29 卷 1 号 18-23 頁（1978 年）、新田敏「共同漁業権の法的性質と漁業補償」法研 63 卷 12 号 69 頁（1990 年）参照。

(17) 第三者が所有する入会地について入会権者がその用益権能のみを総有する場合である（大連判大正 9 年 6 月 26 日民録 26 輯 933 頁）。なお、入会地を所有する第三者が国である場合の入会権（国有地入会権）も認められる（最判昭和 48 年 3 月 13 日民集 27 卷 2 号 271 頁）。

(18) 議論の概要について、牧洋一郎「『入会権の現在』論序説」Law&Practice6 号 145 頁（2012 年）、野村泰弘「入会権における構成員の権利と集団の権利との関係」法時 85 卷 9 号 16 頁（2014 年）等を参照。

のと考えられる。

- ・入会権は、慣習に基づいて成立する。
- ・入会権は、一定の村落住民の総有に属する⁽¹⁹⁾。
- ・入会権の内容である使用収益を行う権能は、入会部落の構成員たる資格に基づいて個別的に認められる権能であり、各自が単独で行使することができる。ただし、入会部落内で定められた規律に従うことが求められる⁽²⁰⁾。
- ・入会権の管理処分権は、入会集団の構成員ではなく、入会集団に帰属する⁽²¹⁾。
- ・入会権の処分についての入会権者全員の同意が必要となる。ただし、これと異なる慣習があれば民法263条、民法294条に基づき、その慣習が優先する⁽²²⁾。

2 行政作用によって共同漁業権を設定するという制度を採用することの可否

以上のように、共同漁業権・組合員行使権の憲法上の財産権の原形を入会権と捉えた場合、まず、行政作用によって共同漁業権・組合員行使権を設定するという現行制度の趣旨・目的に照らして、制度全体として憲法上の財産権の原形を制限することになるのか、それとも拡張することになるのか、という視点からの検討が求められる⁽²³⁾。

この点については、入会権が慣習によって成立することとの関わりが問題となる。すなわち、ある入会部落において慣習によって漁業について入会権が成立すると解される場合であっても、現行制度のもとでは行政作用（免許）による設定がなければ共同漁業権・組合員行使権が認められることはなく、また、当該入会部落に属する権利主体が漁業を営む権利を行使すること

(19) 最判昭和41年11月25日民集20巻9号1921頁

(20) 以上につき、最判昭和57年7月1日民集36巻6号891頁

(21) 最判昭和48年10月5日民集27巻9号1110頁。なお、この点については学説上議論のあることについて野村・前掲注18)17頁以下参照。

(22) 以上につき、最判昭和55年2月8日集民129号173頁、最判平成20年4月14日民集62巻5号909頁。前述平成20年最判の判例評釈として、古積健三郎「判批」速報判例解説3号71頁（2008年）、上谷均「判批」リマークス39号14頁（2009年）等参照。

(23) 本稿第4章第3節1参照。

も認められない。この点に鑑みれば、共同漁業権・組合員行使権に関しては、行政作用による設定という制度を採用することによって憲法上の財産権の原形を制限していると解されることとなろう。そのため、行政作用によって設定するという制度を採用することそのものについて、憲法 29 条 2 項に基づき、公共の福祉に基づく制限として許容されるかを論じることが求められる。

本稿では裁判所による違憲審査の方式と基準に関する議論は直接の考察の対象とはしていないところ⁽²⁴⁾であるが、現在の判例が先例として引用する最大判平成 14 年 2 月 13 日民集 56 卷 2 号 331 頁（以下「旧証券取引法判決」という。）⁽²⁵⁾によれば、「財産権に対する規制が憲法 29 条 2 項にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるべきものであるかどうかは、規制の目的、必要性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して判断すべきもの」とされる。

共同漁業権について免許によって取得させるという制度を導入することそのものについての合憲性判断における比較考量のなかでは、日本国憲法のもとで制定された昭和 24 年漁業法の目的の一つに「漁業の民主化を図ること」が掲げられ、共同漁業権という権利をどのように規定すれば漁業の民主化が達成できるか検討された結果、共同漁業権を漁業協同組合に免許することとされたことが重要な意味を持つと考えられる⁽²⁶⁾。少なくとも、この目的に照らせば、昭和 24 年漁業法において許可制をとり、行政作用によって共同漁業権を成立させることそれ自体については、公共の福祉に適合するものと解されよう。

他方、平成 30 年漁業法改正によって、「漁業の民主化を図ること」が同法 1 条の目的規定から削除された。これは、この目的がすでに達成されたことを理由とするものである⁽²⁷⁾。そうすると、改めて現行漁業法のもとで、許

(24) 本稿第 2 章第 1 節 4 注 17) 参照。

(25) 旧証券取引法判決については、松本哲治「判批」別ジュリ 245 号『憲法判例百選 I [第 7 版]』210 頁（2019 年）等参照

(26) 辻信一『新漁業法』（信山社、2022 年）238 頁参照。

(27) 辻・前掲注 26) 48 頁参照

可制をとることについての合憲性判断が求められるとも考えられる。この点については、昭和24年漁業法の目的規定との比較において、現行漁業法の目的規定が強調する「水産資源の保存及び管理」および「水産資源の持続的利用」に照らして、許可制を取ることが合理性を有する否かを判断することになろう。

3 組合員行使権を社員権的権利として構成することの可否

また、憲法上の財産権との関わりでは、昭和37年漁業法の立法担当官が組合員行使権について社員権的構成を採用したものであることを明示し、平成元年最判も同様に社員権的構成を取ると判示していることをどのように理解するのも問題となる。この問題については、入会権が、個々の構成員の権利としての側面だけでなく、集団の権利としての側面も有することが重要な意味を持つ。

すなわち、本節1に見た通り、判例の理解によれば、入会権の内容である使用収益を行う権能は、入会部落の構成員たる資格に基づいて個別的に認められる権能であり、部落内で定められた規律に従うという制約のもとで、各自が単独で行使することができる。他方、入会権の管理処分権は、入会集団の構成員ではなく、入会集団に帰属する。

このような入会権については、個々の構成員の権能を起点として構成する可能性（主観的権利構成）と、入会集団の権能を起点として構成する可能性（団体法的構成）のいずれをも認めることができる。そうだとすれば、財産権の原形としての入会権に関して団体法的構成を採用し、組合員行使権を社員権的に構成することも是認されよう。すなわち、組合員行使権について社員権的構成を採用することは、その財産権の原形であるところの入会権とは性質上異なる財産権の内容を決定したものと解するのではなく、原形であるところの入会権の有する複数の性質のうちの一つである団体法的側面に着目をして財産権の内容を決定したものと解することができよう。

以上の検討に基づけば、社員権的構成を取ることそのものについては、憲法上の財産権に対する公共の福祉に基づく制限の範囲内であるといえる。

4 憲法上の財産権の原形からみた現行漁業法の理解

(1) 個別の制度ごとの検討の必要性

前述3のように社員権の構成によって共同漁業権・組合員行使権の内容を定めること自体は許容されるとした場合、そのような構成によりその内容を法律によって定めることを通じて、憲法上の財産権の原形としての入会権が具体的にどのように制限されるのか、という点が問題となる。この問題については、共同漁業権・組合員行使権をめぐる個々の制度ごとに検討することが求められる。

(2) 漁業権の放棄・分割・変更についての同意制度の憲法上の意義一検討の一例として

(a) 漁業権の放棄・分割・変更をめぐる漁業法上の制度

例えば、漁業権の放棄・分割・変更については、漁業協同組合の総会における特別決議事項とされ(水産業協同組合法(以下「水協法」という。)48条1項8号、同50条4号)、准組合員を除く総組合員の半数以上が出席し、その議決権の3分の2以上の多数による決議を必要とするものとされる⁽²⁸⁾。さらに、それに加えて組合員の同意制度(漁業法108条が準用する同106条4項から6項)が設けられており、漁業協同組合又は漁業協同組合連合会がその有する団体漁業権を分割し、変更し、又は放棄しようとする場合について、漁業権行使規則の制定、変更又は廃止の場合と同様に、総会の議決前に、その組合員のうち、当該漁業権の内容たる漁業を営むものであって、地元地区・関係地区の区域内に住所を有するものの3分の2以上の同意を要する旨を定める。

このような組合員の同意制度は、当該漁業権にかかる漁業を営む少数者たる地元地区・関係地区の関係漁業者の意思にかかわらず、そのほかの多数者である組合員の意思で当該漁業権の放棄等がなされてしまうという問題に対応するための制度とされる⁽²⁹⁾。

(28) なお、それぞれの割合は定款によってそれを上回る割合を定めることが認められている(水協法50条1項柱書かつこ書参照)。

(29) 辻・前掲注26)362頁参照。

(b) 財産権の原形からみた検討—区分所有法上の一括建替え決議との比較

(ア) 憲法29条2項に基づく合憲性判断の必要性

以上のような漁業権の放棄・分割・変更をめぐる漁業法・水協法上の制度について、憲法上の財産権の原形として位置付けられる入会権の内容から見れば、総会の特別決議によって漁業権の放棄・分割・変更が可能とされている点については、入会権の集団の権利としての内容としての全員一致原則を緩和していることになる。そのため、この制度により、財産権の原形が制限されていると評価することになり、憲法29条2項に基づき、公共の福祉に基づく制限として許容されるかを論じることが求められる⁽³⁰⁾。

(イ) 区分所有法上の一括建替え決議の合憲性に関する最高裁判決

この検討においては、区分所有法上の一括建替え決議をめぐる最判平成21年4月23日判時2045号116頁（以下「平成21年最判」という。）との比較が有益と考えられる。

区分所有法70条1項は、団地内の建物を一括して全部を取り壊し、その敷地に新たに建物を建築する旨の決議をするための区分所有者及び議決権に関する要件として、団地内区分所有者および議決権の5分の4以上の多数によることのほか、団地内の各建物について区分所有者および議決権の3分の2以上の賛成のあることを求めている。この規定の合憲性について判断を示した平成21年最判は、区分所有権が創設された範囲内で全面的な使用・収益・処分をなしうることをひとまず前提としたうえで⁽³¹⁾、区分所有法70条1項の合憲性について証券取引法判決の趣旨に照らして合憲と判断するにあたり、次のように判示している。

「…、団地内全建物一括建替えは、団地全体として計画的に良好かつ安全な住環境を確保し、その敷地全体の効率のかつ一体的な利用を図ろうとするものであるところ、区分所有権の上記性質にかんがみると、団地全体では同法62条1項の議決要件と同一の議決要件を定め、各建物単位では区分所有者の数及び議決権数の過半数を相当超える議決要件を定めているのであり、

(30) 違憲審査の方式と基準については前述2参照。

(31) 平良小百合「判批」別ジュリ259号『マンション判例百選』168頁（2022年）、ただし、この点については前述注166）参照。

同法 70 条 1 項の定めは、なお合理性を失うものではないというべきである。また、団地内全建物一括建替えの場合、1 棟建替えの場合と同じく、上記のとおり、建替えに参加しない区分所有者は、売渡請求権の行使を受けることにより、区分所有権及び敷地利用権を時価で売り渡すこととされているのであり（同法 70 条 4 項、同 63 条 4 項）、その経済的損失については相応の手当がされているというべきである。」

このような平成 21 年最判の立場に立てば、一括建替え制度のもとで団地全体の議決要件を現行のままとする場合、個別建物の議決要件を過半数とすることや撤廃することは消極的に評価されるとの指摘がなされている⁽³²⁾。

(ウ) 考察—組合員の同意制度の憲法上の意義

以上のような区分所有法 70 条 1 項をめぐる平成 21 年最判の判断に照らせば、漁業権の放棄・分割・変更について、漁業協同組合の総会における特別決議に加えて、漁業法 108 条・同 106 条 4 項から 6 項の定める組合員の同意制度が設けられていることについての憲法上の意義を明らかにすることができると思われる。

すなわち、入会権の内容である使用収益を行う権能は、入会部落の構成員たる資格に基づいて個別的に認められる権能であり、各自が単独で行使することができる⁽³³⁾。このような構成員の権能を認める入会権を原形とする共同漁業権を放棄・分割・変更することを通じて組合員の漁業を営む権利を個別に単独で行使できない状態とする場合に、共同漁業権の放棄・分割・変更について全員一致原則を緩和することについて憲法 29 条の適合性を判断するにあたっては、水協法 50 条に基づく特別決議制度だけでなく、影響をうける個別の組合員の同意制度も含めて比較衡量を行うことが求められる。そのうえで、区分所有法 70 条 1 項をめぐる平成 21 年最判の判断に照らして考えれば、漁業法 108 条・同法 106 条 4 項から 6 項が定める組合員の同意制度は、政策的考慮に基づいて設けられた制度としてではなく、憲法 29 条 2 項との関わりで設けることが憲法上要請される制度として理解されることになろう。

(32) 平良・前掲注 31) 169 頁。

(33) 本節 1 参照。

第2節 緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位を基礎とした考察—第二段階

以上のように第1節で検討した第一段階で論じた憲法に基づく拘束の枠内において、共同漁業権・組合員行使権をめぐる立法論・解釈論は、緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位を基礎として論じられることとなる⁽³⁴⁾。以下では、このモデルに基づいて諫早湾干拓紛争における二つの問題の考察を行う。

1 共同漁業権の更新と実体法的同一性

(1) 問題の所在

諫早湾干拓紛争をめぐる裁判のなかで、共同漁業権の存続期間経過後、即時に同一内容で新たに共同漁業権が免許された場合において、その新たな共同漁業権およびそれから派生する組合員行使権は、存続期間によって消滅した共同漁業権およびそれから派生する組合員行使権と実体法的に同一と解されるか否かが争点となった。福岡高判平成30年7月30日訟月66巻7号772頁（以下「平成30年福岡高判」という。）は、両者は実体法的に別の私法上の権利であるとする判断を示した。この判決は上告審⁽³⁵⁾によって破棄された。しかし、この上告審は訴訟法上の理由によって同判決を破棄しており、前述した共同漁業権の更新と実体法的同一性の問題についての最高裁判所の判断は示されていない。

この問題については、民法学、行政法学の双方に関連する議論が存在する⁽³⁶⁾。

民法学においては、賃貸借契約の更新の際の旧賃借権と新賃借権の同一性の問題が議論されている。かつては、形式的な更新の概念から抽象的・演进的に判断されるとする見解も示されていた。しかし、近時では、問題となる具体的な効果ごとに機能的・実質的に判断すべきとの見解が有力である。

他方、行政法学上の議論として、判例⁽³⁷⁾に基けば、存続期間の経過と再

(34) 本稿第4章第3節2(2)参照。

(35) 最判令和元年9月13日判時2434号16頁

(36) 以下、参照文献も含めて議論の詳細については、宮澤俊昭「判批」新・判例解説 Watch24号275頁(2018年)参照。

免許という問題について、事柄を形式的に処理することなく、実質的に考察することが求められる。

以上のように、この問題に関しては、民法学、行政法学の双方から、単に存続期間の経過による権利の消滅という形式的な判断ではなく、実質的に考察して判断する必要があることが示される。しかし、この両者の理論の関係は明らかでなく、それぞれから導かれる結論をどのように関連づけて解釈論として提示するのかについて、共通の理論的基盤に基づいた検討を行うことが課題となっていた。

(2) 本稿の考察に基づく検討

本稿第4章第3節2(2)(c)で論じた通り、第二段階における議論において解釈論として行政法理論と私法理論の関係を考えるにあたっては、財産権の原形のあり方に基づいた解釈を行う場合を除き、行政法理論を基軸として論じていく必要がある。

前述した共同漁業権の更新と実体法上の同一性の問題については、私法上の入会権について、その効力を有する期間に制限が設けられていないことが重要な意味を持つ。すなわち、財産権の原形としての入会権には存在しない期間満了による更新が問題となっている以上、この問題は、財産権の原形のあり方を基軸とした解釈を行うことが求められる。そのため、賃貸借契約の更新と新旧賃借権の同一性について論じられている私法理論を基本とした上で、存続期間の経過と再免許に関する判例を中心として導かれる行政法理論との関わりで修正する必要があるか否かという枠組みで論じることになる⁽³⁷⁾。

そこで、私法理論における議論をみると、更新の概念から、抽象的・演繹的に判断されるとする見解と、具体的効果ごとに機能的・実質的に判断すべきとする見解の争いがあり、一義的な結論を導くことが難しい。そのため、

(37) 最判昭和43年12月24日民集22巻13号3254頁

(38) なお、そもそも財産権の原形としての入会権に期間制限を付すことについては、もちろん、憲法上の財産権の制限として論じる必要が認められる。この問題についての審査は、本章第1節2に見た第一段階において、行政作用による設定という制度を採用することについての合憲性判断と合わせて判断されるべき問題と言える。なお、共同漁業権に存続期間を設ける趣旨については、辻・前掲注26) 286頁参照。

事柄を形式的に処理することなく、実質的に考察することを求める行政法理論からの修正を加えることにより、後者の見解を基礎とする解釈を行うことが求められるとすることが本稿の考察から導かれる帰結になる⁽³⁹⁾。

2 漁業補償契約の理解

(1) 問題の所在

諫早湾干拓紛争で争われている国営諫早湾干拓事業を実施するにあたって、国は、関係する漁業協同組合との間で漁業補償契約を締結しており、その契約条項の一つに、漁協が今後異議、求償等を行わない旨の条項が含まれていた。漁業補償契約を締結した漁業協同組合に属する組合員が原告となり、国に対して、諫早湾干拓事業によって設置された潮受堤防の排水門の開門を求めて提起した訴えをめぐる裁判において、この条項に基づいて原告が請求権を行使できないと解されるか否かが争われた。そのような裁判における判決の一つである福岡高判平成22年12月6日判時2102号55頁（以下「平成22年福岡高判」という。）は、この合意の性質は、漁協と被告（国）との間の債権的合意にとどまるものとして、漁協の漁業権そのものが消滅したりその内容が変更されたものではないから、組合員の組合員行使権そのものが消滅したりその内容が変更されるものでもないとして解するのが相当であると判示した。

(2) 本稿の考察に基づく検討

このような解釈の妥当性について、本稿の示した議論の枠組みからすると、次のように論じることになる。

まず、共同漁業権・組合員行使権について社員権的構成を取ることについては、本章第1節3で論じた通り、憲法上の財産権による制約の範囲を超えるものではなく、このような構成を選択することは、立法者に認められるものと解される。そして、現行漁業法が、社員権的構成を取っており、これを前提として、この問題の解釈を考えていく必要があることに鑑みれば、財産権の原形に関わる問題として、私法理論を基軸として解釈を行うことにな

(39) なお、宮澤・前掲注36) 275頁では、具体的な効果についての機能的・実質的な検討を行うことを通じて平成30年福岡高判の判断は否定されるべきものである、との結論を導いた。

る。

そのうえで、私法理論に基づく体系的整合性の確保を基礎として考えた場合、社員権の権利として共同漁業権・組合員行使権を構成する以上、漁業協同組合とその組合員との関係は、私法理論としての国体法理に沿って論じることが求められる。そして、この解釈について修正を要するような行政法理論は見当たらない。この視点から見れば、平成 22 年福岡高判の示すような解釈、すなわち漁業補償契約を漁業協同組合と国との債権的合意と捉えたうえで当該漁業協同組合に所属する組合員の組合員行使権に基づく請求に影響を与えないとする解釈は妥当性を欠くと評価されることとなる⁽⁴⁰⁾。

第 6 章 特許法における無効の抗弁—各論的考察②

第 1 節 憲法 29 条による憲法上の拘束を基礎とした考察—第一段階

1 憲法上の財産権の原形としての特許を受ける権利

本稿の考察からの帰結によれば、特許法における無効の抗弁（特許法 104 条の 3）を論じるにあたって、まず、特許権についての憲法上の財産権の原形、すなわち制約のない状態での特許権のあり方を確認することが必要となる。この点については、私法的な諸制度、さらにはそれを基礎付ける思想・法理を参照することを通じて考察を加えることができる。

本稿では、発明者権としての特許を受ける権利（特許法 33 条）が、憲法上の財産権の原形として位置付けられるものとして考察を進める。このように考えられる具体的根拠としては次のような事情を挙げることができる。

(1) 特許権の歴史的淵源

第一が、特許権の歴史的淵源として、発明の事実に基づいて生ずる権利としての発明者権を認めることができることである⁽⁴¹⁾。

(40) なお、諫早湾干拓紛争における漁業補償契約のより詳細な分析については、宮澤俊昭「諫早湾干拓紛争における漁業補償契約の分析—事業完成前の合意におけるリスクの配分の持つ意味」榎澤秀木他『諫早湾干拓紛争』（日本評論社、2026 年）174 頁を参照。

(41) 以下、確認・公証行為説および発明者権をめぐる議論については、宮澤俊昭「特許権

戦前の行政学説において、美濃部達吉は、当時の特許法34条が「特許權ハ登録ニ依リ發生ス」と定めるものの、特許權設定登録はその性質上唯公の証明を為す行為に止まり、権利を授与する行為ではなく、特許査定も確認行為たるに止まり新なる権利を設定する行為ではない、として、特許査定を確認行為、特許權設定登録を公証行為と捉える説（確認・公証行為説）を明示していた⁽⁴²⁾。この立場の基礎には、特許權は国家から与えられた権利ではなく、著作権が著作の事実に基づいて生ずる権利であると同様に、特許權も発明の事実に基づいて生ずる権利であり、唯著作権が何らの行為をも要せず、法律上当然に発生するに反して、特許權は国家が発明の事実を確認し及びこれを公証することを効力完成の条件とすることの差異が有るのみである、とする考え方があった⁽⁴³⁾。

なお、発明に関する権利（発明者権）は特許權の賦与によって初めて生ずるのではなく、発明者は、発明という事実によって既に一定の権利を取得する、という考え方は、かつてドイツにおいても議論されていた⁽⁴⁴⁾。例えば、オットー・ギールケ（Otto Gierke）は、発明者権は、「発明を公開し産業上実施することにつき意のままに決する、発明創作者の排他的権利」であって、「発明の創造」という単なる事実によって発生する権利であり、特許權の付与という国家行為は、確かにこの発明者権を排他的な権利に昇格させはするが、それ自体は単なる確認行為に過ぎないとする見解を示していたとされる⁽⁴⁵⁾。

以上のような特許權の歴史的淵源に照らしてみれば、発明者としての特許

をめぐる行政作用と民事訴訟の関係についての一考察—行政作用により設定される私法上の権利の法的構成・破」横法32巻2号206頁以下（2024年）参照。

(42) 美濃部達吉『日本行政法下巻（オンデマンド版）』（有斐閣、2001年、初版1941年）363-364頁。

(43) 美濃部・前掲注43）363-364頁。このほか美濃部・前掲注43）226頁も参照。斎藤誠「特許・確認・法政—行政法学からの、特許法上の特許に対するアプローチ」筑波法政14巻349頁（1991年）は、「工業所有権」の権利としての性質と、「特許法上の特許＝確認」理論が密接に関連していたことを指摘する。

(44) 議論の紹介として、玉井克也「特許法における発明者主義（1）（2）未完」法協111巻11号1593頁、同12号1824頁（1994年）参照。

(45) 玉井・前掲注44）「（2）」1833-1834頁参照

を受ける権利を憲法上の財産権の原形と位置付けることが認められうる。

(2) 特許取得手続の構造

第二が、特許法が採用している特許取得手続の構造である。

特許法においては、発明完成後に認められる特許を受ける権利（特許法 33 条）を基礎として、特許権への出願、審査官による審査を経て、特許権設定登録を受けるという一連の手続（特許取得手続）により、特許権は発生するものとされている⁽⁴⁶⁾。

このような特許取得手続について、前述 (1) で検討したかつての行政学説を受けて、知的財産法学において、次のような見解が有力に主張されている。すなわち、発明者は発明完成と同時に、発明を直接支配してこれを利用・収益・処分することができる物権類似の権利（発明権）を取得し、絶対的排他的権利の成立要件として要求される洗練された客体の特定（特許請求の範囲及び明細書の確定と公報によるその公開）と公示方法（特許権の登録）の具備により、特許査定によって確認された範囲で、発明権を特許権に昇華させるという法律効果が特許権設定登録に与えられているとする立場である⁽⁴⁷⁾。この立場においては、特許を受ける権利の実体が、私権である財産権としての発明権であるとされる⁽⁴⁸⁾。

(46) 特許取得手続における査定と登録について、中山信弘『特許法（第 5 版）』（弘文堂、2023 年）260-262 頁、高林龍『標準特許法 [第 8 版]』（有斐閣、2023 年）263-265 頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『特許法入門（第 2 版）』（有斐閣、2021 年）130-132 頁等参照。宮澤・前掲注 41）188-190 頁では、同稿および本稿で必要な限りでの記述を行っている。

(47) 君島祐子「冒認出願・共同出願違反における真の権利者の取戻請求権—平成 23 年改正特許法における特許を受ける権利に基づく特許権移転請求権」特許研究 52 号 34 頁、同 36 頁（2011 年）。辰巳直彦「近代技術保護法制としての特許法と私権としての特許権—その理念的な制度的検討の試み」日本工業所有権法学会年報第 23 号 40-44 頁（2000 年）も参照。

(48) 君島・前掲注 47）35 頁参照。辰巳・前掲注 47）43 頁も参照。なお、前述 (ア) で検討した美濃部の見解においては、特許を受ける権利についても、発明の事実によって法律上当然に生ずるもので、他から与えられるものではないとされていた（美濃部・前掲注 43）358 頁参照）。さらに、特許を受ける権利は、特許を受けることを条件として発明の利用を独占しうべき権利であって、それ自身特許権と同様に発明を客体とする私法上の絶対権たる性質を有する、ともされていた（美濃部・前掲注 43）360 頁参照）。

以上のような現行法の構造および特許法33条をめぐる議論に加えて、前述(1)で示した特許権の歴史的淵源を合わせて根拠として、本稿では、前述の通り、発明権としての特許を受ける権利を特許権の憲法上の財産権の原形として考察を進める⁽⁴⁹⁾。

(3) 異なる構成の可能性との関係

ただし、知的財産法学においては、特許法について、さらには知的財産法一般について、その目的は不正競争を禁止することであり、知的財産権が物権的構成をとっているのはあくまで法テクニックであるとする理解⁽⁵⁰⁾が、広く受け入れられており、特許の本質について、財産権構成を否定し、不法行為構成や契約構成などを用いる可能性の考察などが進められている⁽⁵¹⁾。以上のような立場によるのであれば、そもそも特許権について憲法上の財産権の原形を見出すことはできない、として考察を進めることも考えられる⁽⁵²⁾。

(49) なお、知的財産法学においては、確認・公証行為説を否定し、特許権設定登録に形成的効力があることを認める立場をとりつつ、その効力は「無から有を生じる創設力」ではないとして、特許の付与を「権利を完成する形式行為」であるとする見解も示されていた(豊崎光衛『工業所有権法(新版・増補)』(有斐閣、1980年)136頁)。そこで、以下では、財産権の原形として特許を受ける権利を位置付けるとしても、そのことが論理必然的に確認・公証行為説を採用することにつながるわけではないものとして考察を行う。なお、本稿の結論としては、特許査定・特許権設定登録について、確認・公証行為説は採用できず、それぞれに行政処分性を認める立場をとることについて、後掲注63)参照。

(50) 中山信弘「無体財産権」芦部信喜他編『基本法学3財産』(岩波書店、1985年)290-291頁、中山・前掲注46)15-16頁等参照

(51) 近時の議論として、鳥辺良「契約としての特許制度—特許の本質をめぐる省察」中山古稀『はばたき—21世紀の知的財産法』98頁(弘文堂、2015年)等参照。

(52) AI(人工知能)が自律的にした発明につき、発明者の氏名(特許法184条の5第1項2号)を記載せずにされた出願に対して、特許庁長官が同条2項3号に基づき補正を命じた上で、同条3項の規定に基づきどう出願を却下する処分の違法性が争われた知財高判令和7年1月30日裁判所ウェブサイトLEX/DB25574050は、「特許権は、特許法により創設され、付与される権利であり、特許を受ける権利もまた、同法により創設され、付与される権利である。特許法は、特許権及び特許を受ける権利の実体的発生要件や効果を定める実体法であると同時に、特許権を付与するための手続を定めた手続法としての性格を有する。」と述べる。この立場は、特許法の立法・解釈において、原形としての財産権を構想しない立場であると解しうる。

しかし、他方で、特許制度について、産業政策的な説明（インセンティブ論）だけでなく、自然権的な説明にも意義が残されているとする見解も示されている⁽⁵³⁾。このように、インセンティブ論を取りながらも前国家的な根拠づけにもなお一定の意義のあることを認める立場も示されている知的財産法学の議論動向に鑑みれば、特許権について、前国家的な自生的秩序を基礎として導かれる財産権の原形を構想することも完全に否定されるものではないと考えられる。そこで、本稿では、前述の通り、特許を受ける権利を憲法上の財産権の原形として位置付けるとする立場を前提として考察を進める。

2 憲法上の財産権の原形としての特許を受ける権利の内容

(1) 参照対象としての知的財産法学における議論

以上のように憲法上の原形として特許を受ける権利が位置付けられるとする場合、憲法上の財産権の原形としての特許を受ける権利は、いかなる内容を備える権利として構成されるのか。前述した知的財産法学における議論状況に加え、知的財産権が、物を目的としないために民法の規律の対象とはされてこなかったこと⁽⁵⁴⁾、および、所有権とは異なる特許権の存在理由があることを前提として、特許権をめぐる議論が知的財産法学において行われていること⁽⁵⁵⁾を踏まえると、その内容について、民法の体系・理論を直接に参照するのではなく、知的財産法学における特許を受ける権利の議論を基礎として考察を加えることが適切であると考えられる。そこで、以下では、知的財産法学における特許を受ける権利をめぐる議論を基礎として考察を進める。

(2) 財産権の原形としての特許を受ける権利の内容

知的財産法学においては、特許を受ける権利について、①特許の付与を要求する公権とする説、②発明の支配を目的とする私権とする説、および③特

(53) 田村善之「『知的財産はいかなる意味において『財産』か?—『知的創作物』という発想の陥穽』『知財の理論』(有斐閣、2019年、初出・2014年) 57-59頁、田村善之=清水紀子『特許法講義』(弘文堂、2024年) 2-7頁等参照。

(54) 特許権(工業所有権)と民法上の所有権の比較について、中山・前掲注46) 4-5頁、同 332頁以下参照。

(55) 中山・前掲注46) 22頁、同 332-337頁参照。

許の付与を請求しうる点では公権であり、他面、発明の完成により発生する私権でもあるとする説、があり⁽⁵⁶⁾、現在は、公権の側面と私権の側面とを兼備しているとする③の説が多数説とされる⁽⁵⁷⁾。

この特許を受ける権利の私権的側面について示されている見解においては、特許を受ける権利について、技術的思想として創作された（発明された）情報について、民法上の物権（所有権）の類似の使用・収益・処分権能を制限的に有するものとする立場が有力に示されており、また、その制限についても、排他性が認められない、あるいは制限的にしか有しないことをその内容としている⁽⁵⁸⁾。

そもそも情報という財の特質として排他性を認めることができず、第三者（侵害者）は特許権者から占有を奪うという略奪的行為を介在させることなく、何時でも、何処でも、かつ量的にも限界なく実施を成しうるのであり、その上、第三者の無権限の実施や使用は、権利者の実施や使用それ自体を妨げるものではない⁽⁵⁹⁾。また、有体物と異なり五感を持ってその範囲を明確にすることも困難である⁽⁶⁰⁾。

以上のような情報財の特性も合わせて考えたとき、憲法上の財産権の原形としての特許を受ける権利は、発明された情報についての排他性を有しない物権類似の権利⁽⁶¹⁾として構成されることになろう⁽⁶²⁾。

(56) 特許を受ける権利の法的性質をめぐる諸説につき豊崎・前掲注49) 133-134頁参照。

(57) 中山信弘＝小泉直樹編『注解特許法（第2版）〔上巻〕〕〔吉田和彦＝飯田圭執筆〕（青林書院、2017年）458頁。この多数説をとるものとして、豊崎・前掲注49) 134-135頁、中山・前掲注46) 167頁、鳥並他・前掲注46) 54頁等。なお、以下の記述については、宮澤・前掲注41) 214-215頁を参照。

(58) 君島祐子「発明に対する財産権としての発明権—特許を受ける権利、特許権の実体」日本工業所有権法学会年報34号243頁（2010年）、君島・前掲注47) 34-36頁、辰巳・前掲注47) 37-38頁、大淵哲也「冒認出願に係る救済」同他編『専門訴訟講座⑥特許訴訟〔上巻〕』（民事法研究会、2012年）93頁参照。なお、美濃部・前掲注43) 360-361頁も参照。

(59) 中山・前掲注46) 332-333頁参照。

(60) 中山・前掲注46) 335-336頁参照。

(61) なお、ここで物権類似の権利と表するのは、思考経済的視点から、議論や記述を簡単にするために用いる表記であって、特許を受ける権利を民法上の所有権的に構成することを企図しているものではない。中山・前掲注46) 332-337頁が指摘する通り、特許権

3 特許取得手続の意義—憲法上の財産権を拡張させるための手続

以上、2に見たように憲法上の財産権の原形としての特許を受ける権利の内容をとらえたとき、特許取得手続は、次のような意義を有することになる。

すなわち、財産権の原形としての特許を受ける権利について、その対象となる情報財の特性として排他性を有すると認めることができない。また、技術的思想の創作である発明についても、それがアイデアそのものであるために特定性に乏しいことから、公表すれば先行技術の中に混在することになる。そのため、特許を受ける権利について、完全な公示方法を備えることは困難である。そこで、特許法は、産業政策上の要請に基づき、この困難を解

と所有権には看過し難い相違があり、両者を全く別の権利として論ずべきであることに異論はない。

- (62) なお、本稿においては、本節1で示した通り、特許権について憲法上の財産権の原形を認めることができるとする立場からの考察を進めている。そのような憲法上の財産権としての原形は存在せず、純粋な産業政策上の要請から特許法が制定されているとする立場に立った場合には、本稿に述べたようなかたちで特許を受ける権利を構成する必要はない。

ただし、そのように産業政策上の要請から特許法が制定されているとする場合、そこで認められる特許権が、憲法上の既存の財産権を制約するというときには、その制約される財産権についての憲法上の考察を行う必要がある。そのため、純粋な政策的考慮に基づいて私法上の権利を構想したとしても、現実には、既存の私法体系を参照しつつ行われる憲法29条に基づく考察から逃れることは困難であると考えられる（本稿第4章第3節1参照）。このような視点から見れば、知的財産法学において特許権と物権の違いが強調されながらも、特許権が物権類似の権利として法的構成を一定程度維持しながら議論が進められてきたことには、憲法上の財産権の原形を特許権について認めないとする立場に立ったとしても、一定の意義が認められよう。

例えば、AIが自律的にした発明に特許権（ないし特許権類似の権利）を認めるか否かという論点についての立法を構想する場合には、特許権について憲法上の財産権の原形を認めないとしても（あるいは特許権について財産権の原形を認めるとしてもAIについては財産権の原形に基づかずして特許権類似の権利を創設する場合にも）、発明者が自然人であることを前提とする現在の特許権と同内容の権利とすべきか（知財高判令和7年1月30日掲注52）参照）という知的財産法体系のもとでの論点に加え、AIの私法上の権利主体性についても私法体系との整合性を図る理論を構築する必要があるだろう。AIの私法上の権利主体性については、岡本裕樹「AIへの法人格付与に関する私法上の覚書（1）（2・完）」筑波ロージャーナル28号1頁、同29号21頁（2020年）、村田健介「AIの私法上の権利主体性」法律時報94巻9号8頁（2022年）等参照。

消するために、特許取得手続を通じて特許を受ける権利に排他性を付与し、それにより情報財の独占的利用することを可能とするような権利の拡張を行い、その拡張した権利を「特許権」として特許を受ける権利を有する者に対して認める、と解することになろう⁽⁶³⁾。特許を受ける権利の公権的側面は、このような特許取得手続への出願を認めるために付与されるものと理解される。

このように特許取得手続の意義を解するならば、この手続は、特許を受ける権利の内容を拡張するものである。そのため、特許権については憲法29条に基づく憲法上の制約についての議論を行う必要はない⁽⁶⁴⁾。

4 法原理部門としての裁判所に課される制約に留意する必要性

しかし、裁判所が政策的判断を行うことは原則として認められないという憲法上の制約は依然として考慮する必要がある⁽⁶⁵⁾。この制約に基づくならば、産業政策的判断に基づき、特許取得手続を通じて、特許を受ける権利を拡張して特許法上の「特許権」を認めるか否かを第一次的に判断することは、特許法が特別に認めていない限り、裁判所が行うことはできない、というべきである。

(63) このように解する場合には、特許査定・特許設定登録の行政法的性質として、それぞれ確認・公証行為と解することは困難となる。特許を受ける権利に対して、排他性・独占性という新たな法的効果を生じさせる特許査定および特許権設定登録という行政作用は、行政処分と解することが自然であろう。すなわち、特許庁長官を行政庁として行われる特許権設定登録の(一種の)形成的效果によって特許を受ける権利が拡張され、特許法上の特許権として完成される(特許法66条1項)。この特許権設定登録の前提として、審査官を行政庁としてなされる特許査定(特許法51条)または拒絶査定(特許法49条)が行われる。特許査定が行われた場合、その特許査定に特許庁長官は拘束され、特許権設定登録を行わなければならない。なお、このような理解は、豊崎・前掲注49)136頁が「権利を完成する形式行為」としていた趣旨と同じと考えられる(特許査定・特許権設定登録の行政処分性をめぐる議論の概要については、宮澤・前掲注41)206-214頁参照)。

(64) 本稿第4章第3節1参照。

(65) 原則としては、法原理部門として司法権を行使する裁判所は政策的判断を行うことが認められないことについて本稿第2章第3節2(2)(e)(ア)参照。他方、裁判所は司法権のみを行使することを意味するものではなく、立法政策的判断によって裁判所に司法権以外の作用を行使する権限が付与される場合が認められうることについて本稿第2章第3節2(2)(e)(ア)注146)参照。

ただし、裁判所は、前国家的秩序（自生的秩序）に基づき認められる権利であるところの特許を受ける権利の存否の判断については、政策的判断と解されることはないため、司法作用に属するものとしてその判断を行うことができる。すなわち、発明権としての特許を受ける権利は、自生的秩序のもとでの財産権としての性質を有するものであり、通常の私法上の権利としての性質を有するものである。このような性質を有する特許を受ける権利については、政策的考慮を介さずにその存否についての判断が可能となる。そのため、特許法が特に認めていなくとも、裁判所は、前国家的秩序（自生的秩序）に基づく財産権の原形としての特許を受ける権利の成立を認めるか否かの判断を、政策的判断を伴わない限りにおいて行うことが認められる。

第2節 緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位を基礎とした考察—第二段階

1 検討の方向性

以上、第1節で行った第一段階における考察からは、憲法上の財産権に基づく制約については、権利の拡張と捉えうる特許取得手続について、憲法29条に基づく憲法上の制約を論ずる必要はないことが示される。しかし、政策的判断についての法原理部門としての裁判所に課される憲法上の制約には留意する必要があることも、また示される。後者の制約については、行政と司法の権限分配にも関わる問題であり、緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位を基礎とした第二段階において特許法に関する立法論および解釈論を展開するに当たっても、その制約の有する意義を適切に考慮していく必要が認められる。そこで、以下2において、まず、特許法における無効の抗弁（特許法104条の3）の解釈についての考察を行う前提として、特許法が無効審判前置主義を採用していることについて、統一体としての特許法の目的（意図）に基づく客観的解釈の視点から検討を行う。この検討を踏まえて3において、緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位を基礎とした特許法104条の3の解釈についての考察の枠組みを示し、その先の考察へと繋げる。

2 特許法における無効審判前置主義と統一体としての特許法の目的（意図）—裁判所の憲法規範上の制約も踏まえて

(1) 特許法における無効審判前置主義

特許法は、特許に関する処分不服があっても、行政不服審査法の規定による審査請求を認めていない（特許法195条の4）。また、特許法に定められている審判⁽⁶⁶⁾を請求できる事項に関しては、その審判を経ずに裁判所に直接特許に関する処分の取消しを求めることはできない（特許法178条6項：審判前置主義）。

特許無効審判は、瑕疵ある特許権を対世的・遡及的に消滅させるための手続⁽⁶⁷⁾であり、原則として利害関係人⁽⁶⁸⁾が請求人適格を有し（特許法123条2項）、被請求人は特許権者である。無効理由は特許法123条1項各号に限定列挙されており、審判官は、無効理由が存しないと判断する場合には請求不成立審決を、無効理由が存在すると判断する場合には無効審決を、それぞれ行う。無効審決が確定すると、特許権は、初めから存在しなかったものとみなされる（特許法125条）。なお、特許無効審判によって示される審決は行政処分であるとするのが通説である⁽⁶⁹⁾。

特許無効審判を含め、審決に不服のある当事者は、審決等取消訴訟（特許法178条以下）を提起することができる⁽⁷⁰⁾。なお、審決等取消訴訟において審理判断される範囲は、特許庁において審理判断された事由に限られるとするのが判例⁽⁷¹⁾である。

(66) 特許法に定められている審判として、拒絶査定不服審判（特許法121条）、訂正審判（特許法126条）、特許無効審判（特許法123条）、延長登録無効審判（特許法125条の2）がある。

(67) 瑕疵ある特許権を消滅させる制度として異議申立制度（特許法113条以下）もある。

(68) 例外として、共同出願違反及び冒認（特許がその発明について特許を受ける権利を有しない者の特許出願によってなされること）については特許を受ける権利を有する者に限定される（特許法123条2項かつこ書）。

(69) 中山・前掲注46）268頁、島並他・前掲注46）139頁等参照。

(70) 審決等取消訴訟については、中山・前掲注46）311頁以下、島並他・前掲注46）184頁以下、高林・前掲注46）286頁以下等参照。

(71) 最大判昭和51年3月10日民集30巻2号79頁（メリヤス編機事件判決）は、次のように述べる。「法が定めた特許に関する処分に対する不服制度及び審判手続の構造と性格

(2) 無効審判前置主義と統一体としての特許法の目的 (意図)

以上のように、特許法が無効審判前置主義を取っていることを、判例の立場も含めて体系的に理解をすれば、財産権の原形としての特許を受ける権利を政策的に拡張するか否かについての第一次的な判断は、特許庁に委ねられているものとするのが統一体としての特許法の目的 (意図) であると解しうる。そして、このような解釈は、政策的判断について法原理部門である裁判所に課された憲法上の制約との関わりでも、整合性を有するものと評価することができる。

3 緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位を基礎とした特許法 104 条の 3 の解釈をめぐる考察の枠組み

緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位を基礎とする場合、それまでの法実践とのある範囲での断絶とその他の範囲での共有をもたらすものとして立法時の立法者意思を捉えることにより、その立法時の統一体としての法の目的 (意図) と関係で整合的に接続させることが可能となる。さらに、そのように立法者意思と接続された立法時の統一体としての法の目的 (意図) と、法適用時の統一体としての法の目的 (意図) を競い合う存在として把握すること、および、立法論と解釈論の「緩やかな連環」を観念して解釈論を展開することもできる⁽⁷²⁾。

特許法における無効の抗弁に関する議論との関わりで言えば、特許法 104 条の 3 の立法時の立法者意思を、同条立法時の統一体としての特許法の目的 (意図) を更新させる契機として捉えることができる。また、特許法 104 条の 3 が立法される前に示されていた判例 (キルビー特許最高裁判決⁽⁷³⁾等) や学説において展開されていた解釈論も、立法論と解釈論の緩やかな連環のなかで、特許法 104 条の 3 の解釈に影響を及ぼしうるものと理解することが

に照らすときは、特許無効の抗告審判の審決に対する取消の訴においてその判断の違法が争われる場合には、専ら当該審判手続において現実に争われ、かつ、審理判断された特定の無効原因に関するもののみが審理の対象とされるべきものであり、それ以外の無効原因については、右訴訟においてこれを審決の違法事由として主張し、裁判所の判断を求めることを許さないとするのが法の趣旨であると解すべきである。」

(72) 以上につき、本稿第 4 章第 2 節 2 参照。

(73) 最判平成 12 年 4 月 11 日民集 54 卷 4 号 1368 頁

できる。さらに、特許法104条の3の解釈論として、立法過程において示された立法者意思を包摂した統一体としての特許法の目的(意図)に基づく解釈よりも説得的に、法適用時における統一体としての特許法の目的(意図)に基づく解釈を提示することができれば、立法時の解釈からの変更を促すことができるものと解される。

以上のような考察の枠組みに基づいて、以下、4において、キルビー特許最高裁判決、および同判決に至るまでの議論の再評価を行った上で、5において、特許法104条の3の解釈について考察を加える。

4 キルビー特許最高裁判決までの議論の再評価

(1) キルビー特許最高裁判決以前に示されていた解釈について

(a) 特許権の範囲の一部または全部が公知技術である場合の解釈

キルビー特許最高裁判決以前の判例においては、特許請求範囲の一部に公知技術が含まれる場合に、特許権侵害訴訟において権利範囲を限定する解釈を採用することにより、具体的な事案に即して妥当と考えられる解決が導かれていた⁽⁷⁴⁾。また、全部公知の特許権については、公知技術の抗弁説、技術的範囲確定不能説、権利濫用説と言った構成のもとで、特許権侵害の成立を否定する学説および下級審裁判例が示されていた。

このように、特許権の範囲の一部に公知技術が含まれている場合、あるいはその全部が公知技術である場合は、財産権の原形たる特許を受ける権利の一部または全部が不成立であると解することができる。そのため、公知技術を理由とする特許権の権利範囲の限定あるいは特許権侵害の成立の否定する判例・学説の立場は、特許法に明文の規定が置かれていなかったとしても、本章第1節4で確認した法原理部門としての裁判所に課される制約を超えるものではないと評価しうる。また、特許法が無効審判前置主義をとっていることとも整合性を保っているものと解することができる。

(b) 公知技術以外の無効理由が存在する場合の議論

他方、公知技術以外の無効原因については、行政行為に内在する瑕疵が重

(74) 最判昭和37年12月7日民集16巻12号2321頁、最判昭和39年8月4日民集18巻7号1419頁等。その概要につき中山・前掲注46)487-489頁等参照。

要な法規違反であること、及び瑕疵の存在が明白であることの二つの要件を備えている場合には、その行政行為は無効となるとする行政法理論⁽⁷⁵⁾を基礎として、特許法 123 条 1 項各号に定められている無効理由に基づいて侵害訴訟において特許権の無効を主張しうるとする無効の抗弁説が主張されていた。さらに、この見解においては、全ての無効理由について裁判所が判断しうるとする見解⁽⁷⁶⁾と、特許の瑕疵が当然無効の事由となりためには、その瑕疵が無効審判制度を置いたそもそもの制度趣旨である判断のルート一元化とスクリーニング効果（侵害訴訟における裁判所の負担の軽減機能）を阻害しないという二つの要請を満たす意味で裁判所にとって「明白」であることを要するとして、無効事由ごとに検討を行う見解⁽⁷⁷⁾が、それぞれ存在していた。

この問題について法原理部門としての裁判所に課された憲法上の制約を含めて考慮を行う必要があるとする本稿の理解からすれば、仮に無効の抗弁説が特許法の体系的理解に基づいて許容されうるとした場合であっても、なお、その無効理由ごとに、政策的判断を要するか否かという視点から、裁判所の憲法上の制約を基礎とした考察を行うことが求められる。そのため、全ての無効理由について当然に裁判所が判断しうるとすることを内容とする無効の抗弁説を採用することはできないこととなり、無効事由ごとに検討を行うことが求められることとなる⁽⁷⁸⁾。

(75) 塩野宏『行政法 I（第 6 版）行政法総論』（有斐閣、2020 年）178 頁以下等参照。

(76) 羽柴隆「特許侵害事件における裁判所の特許無効についての判断権限（2・完）」特許管理 44 巻 12 号 1691 頁（1994 年）、中島和雄「侵害訴訟における特許無効の抗弁・再考」知財管理 50 巻 4 号 494-499 頁（2000 年）。

(77) 田村善之「公知技術の抗弁と当然無効の抗弁」『機能的知的財産法の理論』（信山社、1996 年、初出・1996 年）82 - 121 頁。

(78) 判例・通説の立場に立てば、特許法 123 条 1 項に列挙された無効理由は行政処分取消事由と解され、同項所定の事由が存在することをもって実体的にも特許査定が無効であることは困難であるとする（高部真紀子「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成 12 年度（上）』（法曹会、2003 年）437 頁参照）。この判例・通説の立場によれば、仮に行政行為の無効に関する行政法理論に基づくとしても、個別の事案ごとに、その無効理由との関わりで、法規違反の重大性・瑕疵の存在の明白性という行政法理論から導かれる 2 つの要件の該当性の審査を行うことが不可欠といえよう。

(2) キルビー特許最高裁判決について

キルビー特許最高裁判決は、特許無効審決が確定する以前であっても、特許権侵害を審理する裁判所は、特許に無効理由が存在することが明らかであるか否かについて判断することができるというべきであり、審理の結果、当該特許に無効理由が存在することが明らかであるときは、その特許権に基づく差止め、損害賠償等の請求は、特段の事情のない限り、権利濫用にあたり許されないと判断を示した。その判断の前提となる事実として、争われた特許（以下「本件特許」という。）について、①本件特許にかかる出願が特許法39条1項に基づき拒絶されるべきものであること（先願主義違反）、②本件特許にかかる本件発明が、公知の発明に基づいて容易に発明することができることを理由として拒絶査定が確定した原出願に係る原発明と実質的に同一の発明であるから、本件特許が、特許法29条2項（進歩性要件）に違反してなされたものであること、がそれぞれ示され、本件特許が特許法123条1項2号に規定する無効理由が存在することが明らかであるとして、訂正審判の請求がされているなどの特段の事情を認めるに足りないから、無効とされることが確実に予見されることが、認定されている。

この認定事実のうち、②の認定については、公知の発明と同じであることを理由として進歩性要件を満たさないことを示しているものであり、前述(1)(a)での検討したように、財産権の原形としての特許を受ける権利の不存在を示すものと言える。そのため、この理由に基づいて、特許権に基づく差止め、損害賠償等の請求を権利濫用と判断することは、裁判所が特許権の拡張の可否（排他性の付与の可否）という政策的判断を行ったものではないと評価しうる。

他方、①の認定については、特許取得手続における手続的要件の問題であり、この要件を満たさないことを理由とする無効を判断することは、財産権の原形としての特許を受ける権利の存否の判断ということとはできない。しかし、事案との関係で見れば、あくまでも特許取得手続における手続的要件を満たしているか否かの判断であり、裁判所が特許権の拡張の可否（排他性の付与の可否）という政策的判断を行ったとまでは評価することはできない⁽⁷⁹⁾。

以上に加えて、無効審決の確定までは特許権が有効に存在することを前提とする権利濫用説を採用したことにより⁽⁸⁰⁾、キルビー特許最高裁判決は、特許法の体系的理解の視点からは、無効審判前置主義に例外を認める判断を示したと言えるが、裁判所に課された憲法上の制約を超える判断を示したとまではいうことはできないと評価することができよう。この意味において、キルビー特許最高裁判決は、無効審判前置主義を採用している統一体としての特許法の目的(意図)との関係において、体系的整合性を維持しているといえることができる。

5 特許法 104 条の 3 の解釈

(1) 法原理部門としての裁判所と特許法 104 条の 3

特許法 104 条の 3 は、「特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟において、当該特許が特許無効審判により又は当該特許権の存続期間の延長登録が延長登録無効審判により無効にされるべきものと認められるときは、特許権者又は専用実施権者は、相手方に対しその権利を行使することができない。」と定める。

この条文の文言を素直に読めば、特許侵害訴訟における特許の無効の判断基準について、特許無効審判によって無効とされるべきものと認められるか否か、すなわち、特許法 137 条 1 項・同 138 条 2 項に基づいて特許庁長官によって指定される審判官(合議体)が無効と判断するか否か、を基準としていると解される。そのため、特許法 104 条の 3 の文理解釈からすれば、裁判所が独自の政策的判断に基づいて特許の有効・無効を定めることを認めていると解することは難しい。この解釈からすれば、特許法 104 条の 3 は、法原理部門としての裁判所に対して独自の政策的判断を行うことを認めず、他方で、特許無効審判における政策的判断を代替することは認めるという例外を設けたと評価することになる。

このように解するとすれば、裁判所は、特許侵害訴訟において、特許無効

(79) なお、行政法理論としての行政行為の無効の要件として求められる 2 つの要件(法規違反の重大性・瑕疵の存在の明白性)が、この事案においては認められうるとも考えられることも、この評価を根拠づけうるものと考えられる。

(80) 高部・前掲注 78) 436-437 頁参照。

審判における特許の有効・無効についての審判官（合議体）の判断を完全に代替して行いうるのか、という点が問題となる。このような解釈論に基づく無効判断の限界と関連する問題の一つとして、キルビー特許最高裁判決において示された「無効理由の存在が明らかであること（以下「明白性要件」という。）」が、特許法104条の3の解釈との関わりでどのように位置づけられるのか、という問題をあげることができる。以下、この問題について検討を加える。

(2) 特許法104条の3と「明白性」要件の関係

(a) 立法時の議論

特許法104条の3の立法に際し、司法制度改革推進本部において設けられた知的財産訴訟検討会において、明白性要件をめぐる激しい議論が行われた⁽⁸¹⁾。

明白性要件を残すべきとする立場からは、①弁論主義のもとでは被告（非権利者）が苦し紛れに、明らかに理由のない無効理由を多数あげてきたような場合、明白性の要件がないと原告（権利者）はその無効理由の全てについて逐一反論を加えなければ救済されないことになってしまい酷である、②明白性要件は裁判所と特許庁の判断齟齬の防止の安全弁として機能しており、この要件がなくなると裁判所が微妙な無効理由の判断も行うことになるため裁判所と特許庁の間の判断齟齬が生じてしまう、などの意見が示された。他方、明白性要件を撤廃すべきとの意見としては、①「明白」という言葉が明らかでなく紛争のときの揉め事の元になる、②紛争の一回的解決の観点から明白性の要件は外すべき、③明白性要件を外すと侵害訴訟が長期化するとの指摘があるが、紛争全体として長期化しなければ良い、④判断齟齬の問題については明白性要件とは別の安全弁を設ければ良い、等の意見が示された。

以上のような議論の結果、最終的には明白性要件は明文化されないこととなった。上述の議論において示された審理の遅延や裁判所と特許庁の判断齟齬の防止のための手当を別途行うものとされ、そのための立法的措置がそれ

(81) 以下、明白性要件をめぐる議論について近藤昌昭＝齊藤友嘉『司法制度改革概説2 知的財産関係二法/労働審判法』（商事法務、2004年）57-58頁参照。なお、以下の記述は、宮澤・前掲注41）203-204頁で行った整理である。

ぞれ行われた⁽⁸²⁾。

(b) 議論の現状

以上 (a) に見たような立法過程における議論があったにもかかわらず、現在の議論においても、特許法 104 条の 3 が、「特許無効審判により…無効にされるべきものと認められるとき」と定めているのは、裁判所が無効となるであろうという確信を得たという意味であり、この内容は明白性要件と実質的に差異はないとする立場を示す見解が有力に主張されている⁽⁸³⁾。しかし、特許法 104 条の 3 の立法化により、明白性要件は撤廃されたとするのが裁判実務・通説であるとされる⁽⁸⁴⁾。

また、特許法 104 条の 3 の解釈として明白性要件が維持されているとしていた見解においても、2011 年特許法改正によって特許法 104 条の 4 が新設されたことを理由として、現行法の解釈としては明白性要件を維持することが困難となったとする立場も示されている⁽⁸⁵⁾。すなわち、特許権侵害を肯定する確定判決後に、特許無効審判において特許を無効とする審決が示された場合、民事訴訟法 338 条 1 項 8 号によれば当該確定判決の再審事由に該当すると解されるところ、特許法 104 条の 4 は、そのような特許無効審判の審決が確定したことを、当該確定判決の再審の訴えにおいて主張することができないと規定している (同条 1 号)。このような特許法 104 条の 4 の定めは、特許侵害訴訟において無効理由について十分な審理判断をしてもらう機会があったことを前提としていえると考えられる。しかし、明白性要件を特許侵害訴訟において要求する場合、特許無効審判では課されていない要件のもとに特許権の無効を認めてもらえなかった者から、明白性要件のない特許

(82) 審理の遅延防止のための立法的措置につき近藤他・前掲注 81) 58 頁注 31) 参照 (なお、同近藤他 60 頁、中山・前掲注 46) 492-493 頁も参照)。判断齟齬の防止のための立法的措置につき近藤他・前掲注 81) 58 頁注 32)、中山・前掲注 46) 497-498 頁参照。

(83) 中山・前掲注 46) 492 頁注 3)、島並他・前掲注 46) 349-350 頁、中山信弘 = 小泉直樹 編『新・注解 特許法〔第 2 版〕〔中巻〕』〔森崎博之執筆〕(青林書院、2017 年) 2162-2163 頁等参照。

(84) 田村善之「プロ・イノベーションのための特許制度の *muddling through*」『知財の理論』(有斐閣、2019 年、初出・2018 年) 202 頁参照。

(85) 以下の記述について、田村・前掲注 84) 192-193 頁注 350)、田村 = 清水・前掲注 53) 214-216 頁等参照。

無効審判による審理を通じて特許無効の判断を得てそれを侵害訴訟に反映させるという方法を奪い取ることになる。以上のような結論は、手続保障の観点から正当化することができないことを理由として、前述の通り、特許法104条の3の解釈として、明白性要件が維持されていると解することはできないとする。

(c) 立法時と法適用時のそれぞれの統一体としての特許法の目的（意図）に基づく解釈の比較

(ア) 立法時に明白性要件を求める法実践が断絶されたとする理解

前述（a）でみた通り、特許法104条の3の立法時の議論において、明白性要件を明文で求めることをせず、さらに、紛争の長期化および裁判所と特許庁との判断齟齬の防止といった明白性要件を維持する立場の理由に対して、それらに対処するための立法的手当がなされていることに鑑みれば、立法者意思としては、特許法104条の3の解釈において明白性要件が維持されないものとしたと解することができる。特許法104条の3の立法によって明白性要件は撤廃されたとする裁判実務・通説の立場の根拠としては、このような立法者意思によって立法時の統一体としての特許法の目的（意図）が更新されたことに求めることとなろう。すなわち、特許法104条の3の立法によって、キルビー特許事件最高裁判決によって確立した明白性要件を求めるという法実践は断絶され、統一体としての特許法の目的（意図）も、この立法による断絶を通じて、明白性要件を求めないものとして更新されたものと理解することになる。

(イ) 立法後も明白性要件を求める法実践が共有されているとする理解

他方、特許法104条の3の解釈において実質的に明白性要件が求められているとする有力説は、以上のような理解と異なり、特許法104条の3の立法によっても、キルビー特許事件最高裁判決によって確立した法実践は断絶されることなく、なお法実践として共有されているものとして統一体としての特許法の目的（意図）を捉え、法の適用を行うことを主張しているものと理解することになる。このように統一体としての特許法の目的（意図）を理解する根拠は、特許法104条の3の立法後も、特許法が無効審判前置主義を採用して特許庁に第一次的な判断を委ねていることに求めることになら

う。そこで、以下、項を代えて、特許法における無効審判前置主義の意義についてさらに検討を加える。

(d) 無効審判前置主義の意義—明白性要件を論じる前提として

(ア) 専門性を基礎とする従来議論

無効審判前置主義を採用していることについては、無効審判が審理の対象としている事項を処理するには高度な技術的専門性を必要するため、直接裁判所に出訴させるよりは、その前に技術の専門官庁である特許庁に審理させることが妥当であるとの考慮があるとされる⁽⁸⁶⁾。しかし、知的財産高等裁判所の設立と前後して裁判所調査官制度が拡充されたこと、および専門委員制度が新設されたことの結果として、この考慮に基づく無効審判前置制度の維持へは疑問も加えられるとされる⁽⁸⁷⁾。

(イ) 特許制度の質的コントロール・量的コントロールという視点から独自の意義を認める近時の議論

この点については、特許法 104 条の 3 の立法後に、特許制度の質的コントロールと量的コントロールという視点から、無効審判前置制度に独自の意義を認める見解が次のように示されていることが注目される⁽⁸⁸⁾。

イノベーションの促進にとっての特許権の重要性が、産業分野毎に異なることを前提として、産業分野の特性に応じて特許制度の舵取りをしていく必要がある。そして、このような舵取りの際に用いられる政策レヴァーの一つが進歩性（非容易推考性）の要件（特許法 29 条 2 項）である。すなわち、イノベーションに望ましい特許の混雑具合が産業分野毎に異なるところ、特許の数をコントロールするための手段の一つとして、進歩性要件の水準の高低を調節するという手段がある。

このコントロールのあり方の一つとして、各事件に適用されるべき進歩性要件の判断基準を設定し、それに照らして内在的吟味を行うことによってコントロールを図るという手法（質的評価・質的コントロール）が考えられる。

(86) 中山・前掲注 46) 268 頁等参照。

(87) 高部真紀子「キルビー判決 10 年—特許権をめぐる紛争の一回的解決を目指して（下）」金判 1339 号 14 頁（2010 年）、田村・前掲注 84) 207-208 頁等参照。

(88) 以下の記述につき、田村・前掲注 84) 207-216 頁参照。

他方、これに対置されるべき手法として、個々の事案に対する判決の説く理由づけ（判断基準）を個別的に評価するのではなく、その傾向を集合的・数量的に評価する手法（量的評価・量的コントロール）が挙げられる。

そして、進歩性要件について量的コントロールが必要となることについて、次のような根拠が示される。すなわち、①裁判所や特許庁の運用が産業にどのような影響を与えるのかということをお案するためには、拒絶率や無効率などの変化の度合いを数量的に把握する作業が望ましいこと、および、②進歩性要件の判断基準として示される要素のそれぞれについての要求度は一義的に一つのものに決まるものではなく、個々の判断者の裁量の余地が入るため、質的評価には限界があり、量的な評価を介在させることが不可避であること、である⁽⁸⁹⁾。

このような量的コントロールを行う主体として、裁判所は、特許庁に劣位している。これは、①取り扱われる事件の件数について、裁判所に比して、特許庁が格段に多数の事件を扱っていること、②産業分野別の舵取りを行うために、量的コントロールも分野別に行われることが望ましいところ、人員体制に限りのある裁判所では技術の分野に着目した事件配分がなされているわけではないのに対し、特許庁では分野別に編成された審査官・審判官による審査・審判が行われていること⁽⁹⁰⁾、がそれぞれ示される。

以上のように、裁判所に制度的に内在する限界に鑑みて、特許庁の量的なコントロールに関する知見を特許要件の判断過程に導入することが、無効審判前置主義の趣旨に含まれる。

(89) ただし、田村・前掲注84) 214頁注423)は、量的評価を行うためには、質的評価が必要となること、および質的評価に対して量的評価を行うことによって質的評価の基準の修正も図られること、をそれぞれ示し、両者の関係が二者択一的ではないことを示す。

(90) なお、田村・前掲注84) 215頁では、単に分野別に編成されているという組織的な根拠だけでなく、そのように編成された審査官・審判官が、進歩性判断の水準について、同僚の審査状況や当該分野における産業界の要望・動向を睨みつつ普段の調整を図りつつも、完全な言語化が困難な経験的考慮も含めた主観的基準をもちいて審査・審判を行うことを通じた量的コントロールのあり方も指摘されている。

(e) 現行法における明白性要件の意義

(ア) 法適用時の統一体としての特許法の目的(意図)の理解

前述1に示した通り、緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位を基礎とすれば、解釈論として、立法時における統一体としての特許法の目的(意図)と、法適用時における統一体としての特許法の目的(意図)は、互いに競い合うものと理解され、いずれがより説得的な解釈を提示できているかという視点から、その優劣を判断することになる。

まず、確かに、立法時に明白性要件を維持する立場から指摘されていた問題点であるところの、紛争の長期化および裁判所と特許庁の判断齟齬の防止についての立法的措置は、特許法104条の3の立法に合わせて行われてはいる。しかし、いずれも、それぞれの問題に対処するための個別的な立法的措置といえることができる。この意味において、無効審判前置主義そのものへの本質的な変更を加えることを企図したものと理解することはできず、無効審判前置主義を基礎とした法実践の断絶が貫徹されたことまでの評価をすることはできない。そのため、特許庁に第一次的な判断を委ねることも内容とする無効審判前置主義を採用していることに関して、統一体としての特許法の目的(意図)は本質的には更新されていないと解することができる。

他方、特許法104条の3の立法後、質的コントロール・量的コントロールという概念を用いて、特許庁と裁判所の役割の違いを析出し、特に進歩性要件の判断に関する特許庁の優位を示した上で、無効審判前置主義の理解を深める見解が示されている。これは、無効審判前置主義を採用している統一体としての特許法の目的(意図)を新たに明確化する見解と評価することができる。このような見解に加えて、法原理部門としての裁判所が政策的判断を行うことは認められないということが憲法上の原則となっていることも合わせて法適用時の統一体としての特許法の目的(意図)を理解すれば、特許庁による政策的判断を裁判所が完全に代替して行うことには消極的な立場を取らざるを得ない⁽⁹¹⁾。

(91) また、無効審判の平均審理期間が短縮されるなど、特許庁における特許出願審査・審判の運用状況が改善されたこと(高林龍「特許有効性判断における司法と行政の役割分担」日本工業所有権法学会年報40号2-5頁(2016年)等参照)は、このような解釈を実

以上の考察からすれば、有力説の主張する通り、特許法104条の3の解釈として、特に進歩性要件を根拠として裁判所が特許の無効の判断を行う際には、明白性要件と同様の考慮を行うことが求められる、と解する方がより説得的である⁽⁹²⁾。

(イ) 明白性要件と手続保障との関係

なお、前述(b)に見た通り、明白性要件を維持する立場に対しては、特許法104条の4の新設後は、手続保障の観点から、明白性要件を維持し得ないとする見解が示されていた。この見解に対しては、特許権侵害を理由とした訴えを提起された被疑侵害者が、特許侵害訴訟と並行して特許無効審判を提起することは妨げられていないことを理由として、明白性要件を維持したとしても、被疑侵害者の手続保障に欠けるとまでは言えない、という反論が考えられる。

すなわち、特許権侵害訴訟の提起を受けた被疑侵害者は、当該特許侵害訴訟において無効の抗弁を主張するという方法と並行して、当該特許について特許無効審判を提起するという方法を取ることを妨げられていない。特許法168条2項は、裁判所は必要があると認めるときは、審決が確定するまでその訴訟手続中止することができる旨を定めていることから、特許法104条の3の立法化の後も、民事訴訟手続と特許無効審判手続は併存することが前提とされている。

ここで、特許無効審判と権利侵害訴訟の両方において有効・無効の判断がなされた事件における特許庁審判部と地方裁判所の結論の一致率は85%とされる⁽⁹³⁾。これは、不一致である場合が15%程度あることを示しているものであり、特許侵害訴訟における無効の抗弁についての裁判所の判断とは異なる

質的に支えるものと評価できる。

(92) なお、原形としての特許を受ける権利の不存在を理由とする特許無効に関しては、本節2(3)で見た通り、政策的判断を要しないため、裁判所が独自に判断することができる。そのため、公知技術除外説や公知技術の抗弁に関しては、明白性要件を必要とするか否かを論ずる必要がそもそもない。

(93) 特許庁審判部「特許庁審判制度ハンドブック—産業財産権の適切な取得と行使に向けて」11頁(2024年)(https://www.jpo.go.jp/resources/report/sonota-info/document/panhu/shinpan_gaiyo.pdf#page=11:最終確認日2025年7月27日)

る判断が特許無効審判において示される可能性を、被疑侵害者として十分に予見しうるものといえることができる。

また、権利侵害訴訟が行われている事案において、それと並行して特許無効審判が請求された場合、特許庁審判部では無効審判を優先的に迅速に審理するものとされており、2019年から2023年までの期間において、裁判所における無効の抗弁の判断が先に示された事案が15件であるのに対し、特許無効審判における審決が先に示された事案が64件であったとされる⁽⁹⁴⁾。被疑侵害者の手続的負担は、このような運用がなされていることを通じて軽減されているといえることができる。

他方、確かに、特許侵害訴訟への対応に加えて特許無効審判の提起にかかる経済的な負担が被疑侵害者に発生するという点では、被疑侵害者に新たな負担が課されることになる。しかし、特許法の体系的理解に基けば、特許法は、当該特許の無効を主張する者に、本来的にその負担を要請しているものと解することができる。特許侵害訴訟が提起されたことをもって、その負担を免ずることができるとはできないのではないかと考えられる。

いずれにせよ、被疑侵害者は、特許無効審判によって無効審決が示される可能性・特許無効審判を提起するための経済的負担等を含めて利害得失を判断し、特許権侵害を争うための手続を選択することができる。特許法104条の3の解釈として明白性要件を求めたとしても、被疑侵害者には、明白性要件を求められずに特許権の無効を主張しうる無効審判を受ける機会が引き続き認められる。そのため、特許法104条の3について明白性要件を維持しえないとする解釈を取る根拠としての手続保障の意義は小さいと評することができる⁽⁹⁵⁾。

(94) 特許庁審判部・前掲注93) 11頁。

(95) 以上のように解する場合、特許法104条の4の定めが特許侵害訴訟において十分な審理判断をしてもらう機会を前提としているという趣旨(前述(6)参照)については、無効審判手続によって審理判断される機会が確保されていることも含まれているものと理解することになろう。

第7章 おわりに—今後の課題

第1節 行政作用により設定される私法上の財産権の法的構成についての考察

本稿においては、行政作用により設定される私法上の財産権の法的構成を論じるための議論の枠組みについて、憲法29条を基礎とする憲法上の財産権に基づく憲法的拘束を論じる場面を第一段階、そのような憲法に基づく拘束のない状態において複数の法領域が関連する場合におけるそれぞれの法理論の関係を論じる場面を第二段階として構想し、それぞれの段階における考察を行ったうえで、具体的にその内容を提示した⁽⁹⁶⁾。そして、この総論的考察を基礎において、共同漁業権・組合員行使権の解釈⁽⁹⁷⁾および特許侵害訴訟における無効の抗弁（特許法104条の3）⁽⁹⁸⁾について、各論的考察を行なった。

以上のような本稿における考察をさらに発展させ、共同漁業権・組合員行使権を含む漁業法制、特許権を含む知的財産法制のそれぞれについて、本稿で各論的に考察を加えた論点を超えて、本稿で示した議論の枠組みに基づいた考察を進めることを通じて、この議論の枠組みの妥当性を検証するとともに、各論的課題において導かれる示唆を示すことが今後の課題の一つとなる。

例えば、知的財産法学において、総論的視点からみたととき、知的財産権と憲法理論との関係について、憲法29条に基づく財産権についての規律にとどまらない議論が蓄積されていることが重要となる⁽⁹⁹⁾。このような知的財産権と憲法理論との関係についての議論を踏まえて、本稿において設定した議論の枠組みの持つ意義と射程について、さらに考察を進めることが必要とな

(96) 概要につき本稿第4章参照

(97) 本稿第5章参照。

(98) 本稿第6章参照。

(99) 近時の議論の概要について、大日向信春「知的財産権と憲法」法教512号20頁（2023頁）参照。知的財産法学および憲法学を含めた学際的研究として高倉成男＝木下昌彦＝金子敏哉編『知的財産法制と憲法的価値』（有斐閣、2022年）等参照。

る。

また、知的財産法学における各論的視点から見たとき、特許法理論と私法理論の交錯する問題の一つとして、特許権に基づく差止請求権の制限をめぐる問題を挙げることができる⁽¹⁰⁰⁾。産業構造審議会知的財産分科会特許制度小委員会における中間取りまとめにおいては、特許法において差止請求権の行使に関する権利濫用の明文化について、特許権を弱めるというメッセージに繋がりがねないという懸念、および考慮要素を狭めるおそれがあるといった懸念を払拭し、差止請求権の制限があくまで例外的なケースであることが明らかとなるような規定の仕方が法制上可能かどうかを含め、今後、引き続き検討していくことが適当である、とされている⁽¹⁰¹⁾。このような特許権に基づく差止請求権の制限をめぐる問題について、本稿の考察からは次の2点を示唆として指摘することができる。

第一は、憲法上の法原理部門としての司法権の理解を基礎とすると、裁判所は、政策的決断を行うことはできないという憲法上の制約が課される、ということとの関わりが問題となる。現在の議論において、①実務上、特許権侵害訴訟における権利濫用法理によって差止請求を否定することに相当にハードルが高いとの認識が示されており、その理由の一つとして一般民事訴訟において、民法の権利濫用規定の適用が極めて例外的な場合のみ許容される（通常は認められない）と実務家の間では理解されていることが挙げられていること、および②差止請求権の制限の具体的内容のあり方については、権利濫用法理の考慮要素となる主観的要素（権利行使者の害意）と客観的要素（当事者及び社会一般の利益状況）にとどまらない要素を基礎として論じ

(100) 近時の論文として、設楽隆一「特許権に基づく差止請求権の制限について海外の法制度との比較」パテント 78 巻 1 号 11 頁（2025 年）、鈴木將文「特許権侵害に対する民事救済措置の理論と論点」パテント 78 巻 1 号 47 頁（2025 年）参照。

(101) 産業構造審議会知的財産分科会特許制度小委員会「AI・IoT 技術の時代にふさわしい特許制度の在り方—中間とりまとめ」（令和 2 年 7 月 10 日）42-45 頁参照。また、同 45 頁においては、「権利の保護強化と技術の幅広い利用のバランスを図る観点に十分留意しつつ、検討を進めることが適当である」とも述べられている。その他、「特許庁政策推進懇談会 中間整理」（令和 6 年 6 月 27 日）66 頁においても、今後の検討のあり方について同様の内容が記述されている。

られていること、を合わせて考えると、特許権に基づく差止請求権の制限について政策的判断を含めた制度設計のあり方を考えるに当たっては、裁判所による民法上の権利濫用法理の適用事例の蓄積を待つという対応は適切とはいえない。

第二は、特許法体系と私法法理との関連付けの在り方についてである。特許権に基づく差止請求権の問題について、本稿の考察を踏まると、①財産権の原形たる特許を受ける権利に基づいた差止請求権が認められるか否か、認められるとした場合には、どのような内容の差止請求権となるのか、ということを確認したうえで、②特許法に基づいて行政作用によって設定される特許権について、前述①で示される差止請求権にどのような変更・修正が加えられたのか、を明らかにし、③解釈論として、そのように変更・修正が加えられた差止請求権に対して私法法理としての権利濫用法理によって制限が課されるのはどの範囲となるのか、そして、④立法論として、特許法体系に基づいて政策的見地も踏まえて要請される制限はどのような範囲が妥当であるのか、という問題に論点を分析して考えることができる。

そのうえで、本稿において提示した議論の枠組みに沿って考えると、まず、憲法29条による憲法上の拘束を基礎とした第一段階における考察として、②における変更・修正は、①によって明らかにされた原形を制限するのか、それとも拡張するのか、という評価を行うことが求められる。そして、③において、自生的秩序にもとづく内在的制約としての権利濫用法理として、憲法29条に基づく財産権の制限とは捉えられない範囲を確定したうえで、④において、立法論として提案される差止請求権の制限の範囲について、憲法29条にもとづく合憲性審査が行われることになる⁽¹⁰²⁾。以上のような第一段階における考察を踏まえて、④における立法論の妥当性の判定については、第二段階としての緩やかな解釈学モデルを通じて、体系的・理論的に議論され、正当化が図られることになる⁽¹⁰³⁾⁽¹⁰⁴⁾。

(102) なお、差止請求権の立法化と同時にその権利制限が論じられたとするならば、②の問題に吸収されるものであるが、すでに差止請求権が立法されている状態で、その制限を論じることになるため、既得権保障としての財産権制限についての合憲性審査が求められると考えられる。

以上のように論点を分析できるとするならば、それぞれの論点において、私法理論との関わりの論じ方は異なってくるようにも思われる。この点も含めた考察も、今後の課題の一つとなる。

第2節 民法理論との関わりについての考察

1 民法理論と独立した体系を有する法領域における理論との関係の考察

(1) 本稿の考察対象とした問題に対する民法理論に基づいた考察の必要性

本稿においては、漁業法に定めのある共同漁業権・組合員行使権、および特許法における無効の抗弁について、それぞれの法領域における議論を起点として考察を進めてきた。そのため、民法理論の視点からの考察については、それぞれの法領域の体系的文脈に関連する限りにおいて行うにとどまった。そこで、本稿で取り扱った問題について、民法理論の視点から改めて考察を行うことが今後の課題となる。

このような民法理論の視点からの考察を行うにあたって、まず考える必要があるのが、民法理論と、独立した体系を有する法領域における理論との関わりである。この問題を考えるにあたって参考となるのが、行政法学において示されている参照領域理論である。

(103) なお、第一段階・第二段階と番号を振って段階づけていることにつき、議論の順序を固定する意図がないことについて、前掲注 227) 参照

(104) 例えば、特許権に基づく差止請求権につき、特許を受ける権利を保護法益として、その侵害に対する救済の実効性を高めるために外在的に付与されたものと論じる見解（平嶋竜太「特許権に基づく差止請求権の合理的根拠と限界」高林龍ほか編『現代知的財産法講義 I 知的財産法の理論的研究』（日本評論社、2012年）133頁、同141頁以下参照）に対して、「特許を受ける権利とは、特許要件を満たさない発明や出願前の発明にも認められ、保護の必要性を一律に論じ難い性質の権利であり、これによって特許権の差止請求権を根拠づけることは、議論として主客転倒している感がある」との指摘がなされている（鈴木・前掲注 100）56頁注9）。本文に述べたようなかたちで議論を整理することによって、この両者の見解の依拠する立場を統合的に理解することも可能となるようにも思われる。

(2) 行政法学において示される参照領域理論の概要

参照領域理論においては、従来、行政法各論として位置付けられていた個々の法領域に対して、行政法総論の理論構造に变革を迫ったり、逆に行政法総論が制度改革を提言したりする関係（相互学習）を持つという「参照領域」としての位置付けが与えられる⁽¹⁰⁵⁾。そして、行政法総論は、租税法・環境法・社会保障法といった個別行政分野の最大公約数的な制度・理論の集積や優れた法制度の展示の場として位置付けられ、分野間の相互比較や不均等発展の是正を行政法総論の課題・機能とする。他方、行政分野と政策手法とが予定調和的に対応することは否定され、多様な手法の分析を前提にして適切な法的手法の選択を検討する場として参照領域が位置付けられる。

また、この理論においては、行政法学の任務を解釈論に限定せず、制度設計論をも含むものものと捉えているため、具体的法効果に関する一定の結論を導くための道具概念ではなくとも、問題状況を整理し、新たな観点や理論を導出する手がかりとなる機能をもつ問題発見の概念による行政法の体系構築も肯定する。さらに、参照領域理論は、あくまで行政法理論のあり方に関する議論であり、参照領域とされる法領域が、それぞれ固有の方法で固有の議論を展開させていることを前提としている考え方であるとされる。

(3) 民法理論と各個別法領域における理論との関係—参照領域理論の応用の可能性

このような参照領域理論は、独立した法典を持たない行政法領域において、その総論的体系を基礎付けるために構築されている理論である。そのため、この理論を、独立した法典に基づく体系的・基礎的理論が構築されている民法領域に直接当てはめることは困難である。

しかし、民法は、私法の一般法である。そして、私法の一般法である民法には、単に、特別法の定めのない場合に適用される法律としての意義を超えて、私人間の権利義務関係を中心とした社会の構成原理を形成するという意義も認められうる⁽¹⁰⁶⁾。このことからすれば、民法理論の任務には、私人間の

(105) 以下の記述について、大橋洋一『行政法Ⅰ（第5版）』（有斐閣、2023年）19-20頁、原田大樹『行政法学と主要参照領域』（東京大学出版会、2015年）1頁以下参照。

(106) 民法と憲法の関係との関わりにおける社会の構成原理と国家の構成原理をめぐる議論

権利義務関係を規定する私法一般について、その体系的・理論的基礎を提供することが含まれるといえよう。そして、このような民法理論に求められる法学的任務に照らして考えたとき、例えば本稿で考察の対象とした漁業法、知的財産法のほか、消費者法、環境法、労働法等の独立した体系を有する法領域において、私人間の権利義務関係が論じられる場面で、民法理論がどのような役割を果たしうるのか、またそれらの独立した法領域の議論が民法理論にどのような影響を与えるのか、という問題を考えるに際して、前述した参照領域理論を応用して考えることは有意義であるといえよう。

すなわち、個別の独立した法領域において私人間の権利義務関係をめぐる理論の形成が求められる場面において、社会の構成原理としての民法は、その個別の法領域における体系に基づく理論構成を行うための基礎を提供する⁽¹⁰⁷⁾。他方、そのように、民法体系と個別の法領域における体系をそれぞれ基礎として形成された法理論は、民法体系の発展・変容に向けた議論を構成する要素の一つとして位置付けられることとなる。

以上のような民法理論と他の独立法領域における理論との関係の捉え方は是非も含めて、民法理論の果たすべき役割についての議論を行うことが、今後の課題となる⁽¹⁰⁸⁾。

2 立法論における民法理論の果たす役割についての考察

本稿において、行政作用により設定される私法上の権利をめぐる法的構成を論じるために、第一段階として、憲法 29 条に基づく財産権を基礎とした

につき、山野日章男編著『新注釈民法 (1) 総則 (1)』〔宮澤俊昭執筆〕(有斐閣、2018 年) 263-268 頁、宮澤俊昭『国家による権利実現の基礎理論—なぜ国家は民法を制定するのか』(勁草書房、2008 年) 169 頁参照。

(107) この文脈においては、民法理論に基づいて認められる権利は、あたかもアクチオ (actio) のように振る舞うのではなく、私法領域における体系的整合性を確保するための参照点を提供するものと位置付けられることとなろう。

(108) なお、契約法、物権法、担保法、不法行為法等の問題領域ごとに理論的な深化が進められている民法学の現状に鑑みると、民法を私法的一般法として位置付けることの意義そのものについても考える必要があるように思われる。私法的一般法として民法を位置付け続けるのかどうか、言い換えれば、(客観法的) 解釈の礎となる「統一体としての民法の目的 (意図)」を觀念し、その探究を続けていくのか、という問いに向き合うことも、民法学には求められているのではなかろうか。

議論の段階を、第二段階として、緩やかな解釈学モデルに基づく立法の再定位を基礎とした議論の段階を、それぞれ設定することにより、議論の枠組みを構築した⁽¹⁰⁹⁾。このように二つの段階に分けて議論を行う枠組みは、行政作用により設定される私法上の権利をめぐる法的構成を論じるためのものにとどまらない射程を有するものと考えられる。例えば、立法という公法的営為の文脈において、私法の一般法としての民法を国家法として制定することによるどのような意義があるのか、そしてその民法の立法において解釈理論として形成されてきた民法理論がいかなる役割を果たすべきなのか、という問題について、考察を深める基盤を提供しうる。

この問題については、2019（平成27）年民法（債権関係）改正について、契約の解釈に関する立法提案が採用されなかったことについて、立法に携わった民法研究者によって示された次のような認識を、その考察を深めるための起点として位置付けることができる。

「…法の解釈について共通の枠組みが不可欠であって、それが重要だということは法学研究者がもっと明確に示していなければいけなかったのだろうと思います。それが不十分であった。少なくとも学生に対する教育と実務家の方々に対する発信が十分ではなかったところに、日本法学の問題があったのではないかと思います⁽¹¹⁰⁾。」

ここで指摘されているような発信が必要であることを前提とすると、その先に、私法に関連する立法が行われる際に、立法という公法的営為の文脈において、法の解釈についての共通の枠組みの重要性を（解釈理論としての）民法理論との関わりでどのように発信をしていくのか、という問題に目を向ける必要がある。この問題について、本稿の考察から、次のような示唆を得ることができる。

まず、憲法29条に基づく財産権との関わりにおいて、財産権に関わる立

(109) 概要につき、本稿第4章参照

(110) 法制審議会民法（債権関係）部会第92回会議事録57頁（山本敬三発言）（<https://www.moj.go.jp/content/001129009.pdf>：最終確認日2025年6月13日）。磯村保編『新注釈民法（8）債権（1）』（有斐閣、2020年）〔小粥太郎執筆〕449頁は、この山本の分析・反省が民法415条の注釈を行う際にも踏まえておく必要があるとする。

法を行うにあたって、まずは、財産権の原形を明らかにすることが求められるところ、その財産権の原形を明らかにするために私法の一般法としての民法を中核とした私法体系、さらにはそれを基礎付ける思想・法理を参照することが必要となる⁽¹¹¹⁾。このように、財産権の原形を構想する段階で、まずは民法理論が重要な意義を有すると言いうる。

他方、緩やかな解釈学モデルに基づく立法の再定位を基礎とする議論の段階における立法論については、このモデルにおいて、立法者には、既存の法実践と何を共有し、何を断絶することを選択したのか、を明らかにすることが求められ、この文脈において、私法体系との整合性が問われることが重要となる。このような私法体系との整合性が確保されていることを明らかにするためには、既存の法実践を解釈学的に言語化・体系化している民法理論を参照することが必要となる。

以上のような本稿の結論から示される示唆を基礎として、立法論における民法理論の持つ意義について、さらに考察を進めることが今後の課題となる。

第3節 複数の法領域間の体系的接合に向けた考察

本稿では、行政作用により設定される私法上の権利の法的構成を明らかにするために、複数の法領域が関連する場合の議論の枠組みとして、憲法29条に基づく拘束を基礎として憲法上の拘束を受けない範囲を確定する議論を行う第一段階、および緩やかな解釈学モデルに基づいた立法の再定位を基礎とした立法論・解釈論を行う第二段階を設定し、それぞれの段階における民法理論と行政法理論の関係のあり方について考察を加えた。この考察から示される帰結をさらに展開していくために、複数の法領域間の体系的接合に向けた研究を進めることが、今後の課題となる。

この課題に向き合うためには、独立した個別の法領域において提示される法理論を所与のものとしてその関連を探るための研究を進めることに加えて、そのような複数の法領域間の体系的接合を図ることが、個別の法領域の法理論にどのような影響を及ぼしあうのか、という視角からの研究も進める

(111) 以上につき、本稿第4章第3節1参照。

必要がある。そのような視角からの研究の具体的な対象として、例えば民事訴訟において当事者としての国に課される規律のあり方をあげることができる。

本稿の考察対象にも関わっていた諫早湾干拓紛争においては、信義則上、開門調査を実施して因果関係がないことについて反証する義務を国に認め、この義務が果たされていないことを理由として、諫早湾内等における環境変化と諫早湾干拓事業との因果関係を推認した裁判例⁽¹¹²⁾や、補助参加人である漁業者の主張について、被参加人である国は、この事実の主張が自らの主張と抵触する旨を主張したため、この事実の主張は、その裁判において効力を有しないものとした裁判例⁽¹¹³⁾が現れた。いずれの裁判例についても、民事裁判における当事者としての国が純粋な私人と全く同じ立場を享受しうるのか、という問題との関わりで検討が要請されていると考えられる。

さらに、このような問題の捉え方を基礎として検討が要請される事例として、旧優生保護法をめぐる国家賠償訴訟における除斥期間の主張を信義則違反又は権利濫用と判断した最高裁判決⁽¹¹⁴⁾や、いわゆる森友学園公文書改ざん国家賠償訴訟において、国が請求を認諾して訴訟が終結した事例⁽¹¹⁵⁾などもあげることができる。

民事裁判における当事者としての国が純粋な私人と全く同じ立場を享受しうるのか、という問題については、例えば、憲法学において、国の私法上の行為であるからといって、常に「国務に関するそのほかの行為（憲法98条1項）」に当たらないと言えず、いわゆる憲法の私人間効力論を経ることなく憲法上の規律が及ぶ可能性が指摘されていたり⁽¹¹⁶⁾、行政法学において、行政過程における基本原則が、訴訟の段階になると途端に当事者対等の原則の下に無視されてよいことにはならず、むしろ、裁判過程においても貫徹される

(112) 佐賀地判平成20年6月27日判時2014号3頁。

(113) 長崎地判平成29年4月17日判時2353号3頁。

(114) 最判令和6年7月3日民集78巻3号382頁。

(115) この事例についての行政法理論からの検討として、津田智成「国家賠償制度の役割—森友公文書改ざん国家賠償訴訟」法教505号27-28頁（2022年）参照。

(116) 芦部信喜『憲法学Ⅱ』（有斐閣、1994年）331-312頁。

べきである、との指摘がなされていたりする⁽¹¹⁷⁾。しかし、いずれも一般論としての指摘にとどまっている。また、公法的規律に服する国について、民事訴訟における私法的規律がどのように作用するのか、という問題であることに鑑みれば、憲法学、行政法学からの考察にとどまらず、民事実体法、民事手続法の視点からの考察も併せて要請されていると考えられるところ、そのような法領域を横断した議論はまだほとんど行われていない。

以上のような具体的問題を題材としながら、複数の法領域間の体系的接合のあり方を探究することも、今後の課題の一つとなる。

第4節 法学以外の学問領域との関係のあり方に向けた考察

1 法学以外の学問領域の知見の位置付けをめぐる議論

本稿の考察において対象としてきた法領域においては、法学以外の人文・社会・自然科学の学問領域の知見が、重要な役割を果たしている。

例えば、漁業法の2018(平成30)年改正において、目的規定である漁業法1条が改正され、漁業が国民に水産物を供給することを使命としていることが掲げられ、この使命を全うするため水産資源の保存、管理などの制度を定め、水産資源の持続的な利用を確保するとともに漁業生産力を発展させることが目的とされることとなった。そして、水産資源管理制度が導入され、国際的なスタンダードである最大持続生産量(MSY)の概念をベースとし、科学的な手法であるTAC(漁獲可能量)による管理を基本に、これを船舶ごとにIQ(個別漁獲量割当)を設定することで水産資源を管理する方法が導入された⁽¹¹⁸⁾。ここでは、自然科学的知見が用いられることが当然の前提となっている。

また、特許法においては、特許要件としての新規性(特許法29条1項)や進歩性(同29条2項)の該当性を判断するにあたっては、自然科学的知見が当然に要求される。さらに、知的財産権の正当化根拠としてのインセンティブ論の見地からは、経済学的な視点からの法制度分析が求められることと

(117) 塩野宏『行政法Ⅱ[第6版]行政救済法』(有斐閣、2019年)161頁。

(118) 制度の概要につき辻・前掲注26)41-42頁参照

なる⁽¹¹⁹⁾。

このような法学以外の人文・社会・自然科学における知見が、法学においてどのような意義を有するのか、という問題については、特に経済学との関わりを中心として、議論が積み重ねられている⁽¹²⁰⁾。本稿の考察において理論的基礎の一つとした「緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位」という構想についても、法学以外の諸科学の知見と関わりが、その対象とする課題の一つとして示されている⁽¹²¹⁾。

この問題について、本稿の考察からは、次のような示唆を導くことができる。

2 法学に共通する理論的基盤を実定法概念によって構築する必要性

まず、現在の法解釈をめぐる議論において、一つの学問分野としての「法学」には共通する固有のディシプリンが存在しないため、取り上げる対象(法)によって特定される学問分野であると指摘されている⁽¹²²⁾。この指摘に沿って考えると、法学分野において、他の人文・社会・自然科学の知見をど

(119) 鳥並良＝中村健太「『もの』を所有する権利とは：知的財産法」柳川隆他編『エコノミカル・スタディーズのすすめ—社会を見通す法学と経済学の複眼思考』（有斐閣、2014年）31頁等参照。知的財産法における法解釈方法論と政策形成との関係について、前田健「判例に見る知的財産法解釈方法論と政策形成」山本敬三＝中川文久編『法解釈の方法論—その諸相と展望』（有斐閣、2021年、所出・2018年）207頁等参照。

(120) 山本敬三＝中川文久編『法解釈の方法論—その諸相と展望』（有斐閣、2022年）所収の各論考においては、各法分野それぞれにおける法解釈方法論を論じるなかで、経済学を中心とした他の学問領域との関わりも論じられている。

(121) 藤谷武史「『より良き立法』の制度的基礎・序説—アメリカ法における『立法』の位置付けを手がかりに」新世代法政策学研究7号156頁（2010年）は、同論考において、取り組むべき課題として、経済学その他の外的視点からの評価がどのように法学の議論に接続されるか、という課題を示す。

(122) 森田果『法学を学ぶのはなぜ?』（有斐閣、2020年）112-114頁。中川文久「おわりに—解題」山本敬三＝中川文久編『法解釈の方法論—その諸相と展望』（有斐閣、2021年）423頁が次のように述べるのも同じ趣旨であろう。「法律家という地位（アイデンティティとも、社会的立ち位置ともいえる）を保障する唯一のものが、“法が存在する”という社会の共通理解—制定法であれ、判例（先例）であれ—である。法が、われわれ（個人、団体、政府を問わない）の行動を制限したり、われわれに何かの資格を与えたりするのだという通念の存在である。」

のように受容するのかという問題について、方法論や分析手法を基礎として法学に共通の方法を構想することは困難と言わざるを得ない。そこで、取り上げる対象となる「法」について、法学は、どのような共通の前提を有しているのか、という視点から、この問題に向き合うことが考えられる。

このような「法」そのものに対する問いを探究し続ける法領域として、法哲学が挙げられる。法とは何か、正義とは何か、といった法そのものに対する問いに向き合い、そこから導かれる概念を用いて、法学に共通する要素を析出し、それをもとに他の人文・社会・自然科学の知見が有する法学的意義を明らかにするという作業の重要性はもちろん否定されるものではない。しかし、現在の議論状況に鑑みれば、このような法哲学から示される概念を用いても、なお、多数の独立した法分野を内包する法学全体として、人文・社会・自然科学の知見を受容するための前提を共有するに至っていないと言わざるを得ないのではないか。

例えば、中川丈久は、法哲学者である亀本洋による論考⁽¹²³⁾において示されたリーガリズムとプラグマティズムという基本的視座に立って、法学の諸分野における法解釈に関する論考を横断的に分析する⁽¹²⁴⁾。そして、それらの諸論考について、法学内部における個々の法分野における“リーガリズムとの付き合い方”に違いがあることが表されているとしつつ、法解釈においてリーガリズムとプラグマティズムの間に、対立しながらもやがて融合し、そしてまた対立するという循環関係(脱構築と再構築の過程)があると評する⁽¹²⁵⁾。

このようなリーガリズムとプラグマティズムという法哲学的な概念を基礎として示される法学各分野の違いについての分析内容に異論を唱えるもので

(123) 亀本洋「未来志向の法解釈」山本敬三＝中川丈久編『法解釈の方法論—その諸相と展望』(有斐閣、2021年、初出・2018年)3頁。

(124) 中川・前掲注122)423-426頁。

(125) 中川・前掲注122)424-426頁。同426頁は、同書掲載の各論考について、次のように述べる。「リーガリズム(法的三段論法)は、法律家の地位を成り立たせる一方で、(プラグマティズムからすれば)常に無内容な概念法学化の危険と隣り合わせである。プラグマティズムは、“法律家が語る法”の社会的受容への切り札であるとともに、(リーガリズムからすれば)既存の法を飛び越えた“乱暴な議論”に終始する危険と隣り合わせである。両者の相互作用のなかで、リーガリズムの改善(脱構築)を試みる作業—ときに法解釈論争と呼ばれる—の具体的様相を描き出したのが、本書の各論考である。」

はない。しかし、この分析内容について併せて指摘されうるのは、法学内部の各分野の違いが示されているにもかかわらず、その各分野が法学として共有する前提は明らかされていない、ということである。独立した一つの学問領域としての法学において、他の人文・社会・自然科学においてそれぞれ独立して存在している学問領域との関係を考えるのであれば、法学内部の相違を分析するための理論的基盤ではなく、独立した一つの学問領域として法学が共有する前提を明らかにするための理論的基盤を構想することが求められよう⁽¹²⁶⁾。

本稿においては、法学内部において独立した体系を有する法領域が複数関わる問題についてのそれぞれの法領域における解釈理論の関係を、実定法の概念を用いて論じるための基礎理論を構築することを目指して考察を進めてきた。このような本稿の考察を基礎とすれば、実定法の概念を用いて法学が共有する前提を明らかにすることを通じて、法学と他の諸科学との関わりについての議論の枠組みを構築することが有益なのではないか、という示唆を汲み取ることができる。この示唆を敷衍すると、次のようにいうことができる。すなわち、主権国家である日本国内で適用される法を論じることを想定するのであれば、対外的独立性を持つ日本国において実定的・体系的に構築されている法について、実定法学上の概念を用いて各法領域に共通する特徴を記述することを通じて、日本法を対象とする限りにおいて（日本）法学が有する共通の前提を明らかにするという作業を構想することができる。このような作業を行うことに、法学と他の学問領域との関係を考えるための理論的基盤を構築する意義を認めうるのではないか。

このような作業の必要性を述べることは、もちろん、人文・社会・自然科学の知見の用いられ方について、法学内部における分野間で相違のありうることは否定するものではない。しかし、そのような相違を論じるのは、日本

(126) 山本敬三「はしがき」山本敬三＝中川丈久編『法解釈の方法論—その諸相と展望』（有斐閣、2021年）i頁では、「…。それらの各法分野で営まれている『法解釈』は、どのようなものであり、それらは同じものなのだろうか。もしも異なる面があるとするならば、それはいったいなぜであり、同じ面があるとしても、それはどうしてなのか。」と問いかけている。この問いかけに向き合うためにも、本文で述べた理論的基盤を構想する必要があると思われる。

法を対象とする法学に共通する実定法的前提を明らかにするための作業を経たのちに行われるべきであろう。

3 本稿の考察から得られる示唆

以上のような視点から見たとき、本稿の考察から得られる具体的な示唆として、次のようなことを挙げるができる。

(1) 憲法理論に基づく制約に関する示唆

第一に、法の解釈を行う主体について、憲法に基づいてどのような拘束が課されるのか、ということに目を向ける必要性である。

例えば、法解釈を論じる文脈において、裁判所に対して、経済学的分析を用いた政策判断を明示することを求める見解が、いくつかの法領域において提示されている。これらの見解については、法の解釈と適用をその任務の中心とする裁判所について、法原理部門として政策的判断が原則として認められない、という司法権に由来する憲法上の制約が課されるということからすれば、その制約を基礎とした検討を共通して行う必要が認められよう。

例えば、刑事訴訟法学において、稲谷龍彦⁽¹²⁷⁾は、写真撮影に関する最高裁判決⁽¹²⁸⁾やGPS捜査に関する最高裁判決⁽¹²⁹⁾を例に取り、「従来の法政策の帰結を及ぼすことが適切ではないとしてもそれぞれのエイジェンシー・コストを引き下げするのに適切な手段がどのようなものであるかについて、裁判所は判断すべき地位にはないというべきである⁽¹³⁰⁾」ことを理由として、現行犯類似状況であることに言及したり、厳格な令状の必要性を示唆したりした最高裁判所の姿勢は適切なものでなかったと評価する。そのうえで、むしろ、捜査機関が裁量のままにこれらの捜査手法を用いることが、どのような費用を、どの程度の蓋然性で引き起こすことになるかを述べ、特別の規制を必要とする理由を詳細に述べるべきであった、とする。

本稿の考察に基けば、この見解に対して、「適切な手段がどのようなもの

(127) 以下、稲谷の見解について、稲谷龍彦「刑事訴訟法解釈の方法」山本敬三＝中川丈久編『法解釈の方法論—その諸相と展望』(有斐閣、2021年) 271頁参照。

(128) 最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁。

(129) 最大判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁。

(130) 稲谷・前掲注127) 270頁。

であるかについて、裁判所は判断すべき地位にはない」がゆえに、従来型の法解釈手法論の域⁽¹³¹⁾のなかで選択可能な手段に基づいた判断が行われたと応答することが考えられる。すなわち、裁判所は政策的決断を行うことが原則としてできないがゆえに、現行法から体系的・理論的に導ける限度において採用可能な手段を提示するほかない。この意味で、稲谷の批判した最高裁判所の姿勢は、法原理部門に対する憲法上の制約を逸脱しない範囲で判断をしたものとして理解することができる。そのため、そのような判断が示されたからといって、それが政策的に最も望ましいと最高裁判所が判断したという含意を読み取るべきではない。むしろ、そのような体系的・理論的な帰結が政策的に最も望ましいものではないと考えられるのであれば、民主的正当性を有する政治部門を通じた立法によって、従来の体系的・理論的帰結を基礎として提示された最高裁判例に基づく法実践の断絶を図り、新たな体系的・理論的基礎（統一体としての刑事訴訟法の目的（意図））を構築することが求められると述べている。仮に、この限界を超えて、最高裁判所に政策的判断を明示することを求めるためには、法原理部門としての原則に対する例外を認めるための憲法的基盤を提供することが求められよう。

また、商法学において、田中亘⁽¹³²⁾は、親会社が上場子会社を二段階買収によって完全子会社化する取引（非公開化取引）の価格に不満を持つ対象会社の株主が、会社法172条により、取得価格決定の申立てを行った事例に関するジュピターテレコム事件最高裁決定⁽¹³³⁾について、政策判断とは別の理由によって特定の法解釈を導いたことは、最高裁判所の決定の説得力を弱めるものであり、むしろそれらの事件では、最高裁判所は明示的に、その法解釈を採用すべき政策的理由（投機の弊害の防止）を示すべきであったと主張する。そして、最高裁判所の示した「…、上記買付等の価格は、全部取得条項付き種類株式の取得日までの期間はある程度予測可能であることを踏まえて、上記取得日までに生ずべき市場の一般的な価格変動についても織り込

(131) 稲谷・前掲注127) 257頁参照。

(132) 以下、田中の見解について、田中亘「商法学における法解釈の方法」『企業法学の方法』（東京大学出版会、2024年、初出・2018年）52頁以下参照。

(133) 最決平成28年7月1日民集70巻6号1445頁

んだ上で定められている」という理由づけについて、これはフィクションによるものであり、むしろ、最高裁判所は、同決定で採用した法解釈をどのような政策判断から導いたのかを明示し、その判断を建設的な批判に晒すことこそが、より良い法形成につながるとの指摘も行われる。

この主張についても、やはり、政策的決断を行うことが原則的に認められない法原理部門としての裁判所として、明示的に政策判断を直接の理由づけとすることはできない点を指摘しよう⁽¹³⁴⁾。政策的判断を原則として行い得ない裁判所として、現行法の体系的・理論的基礎のもとで構成しうる限度の範囲内における判断であったことを加味した評価を行うことが適切なのではなからうか⁽¹³⁵⁾。

(134) 田中・前掲注 132) 56 頁は、「最高裁が、なぜこうした理由づけを行ったのかは定かではないが、(…) 投機の弊害の防止というような政策判断は、(背景事情として調査官解説で言及されることはあっても) 最高裁の決定の直接の理由づけとするには十分ではない、と判断されたためではないかとも考えられる」とする。しかし、本文に述べたような法原理部門としての裁判所による判断であることを踏まえれば、むしろ、政策的判断と捉えられるような理由づけとすることができなかつたと解するべきであろう。

(135) 田中・前掲注 132) 65 頁は、「法律家の伝統的論法」を「政策論の尽きた先において、説得力を醸し出すある種のフィクション」(得津晶「民商の壁—商法学者から見た法解釈方法論争」新世代法政策学研究 2 号 233 頁 (2009 年) 参照) として評したうえで、価値判断について論者の意見が一致せず、あるいは事実の推測・予測に不確実性があるような難しい法律問題について、政策判断に代わって「説得力を醸し出すフィクション」が本当にあるのか、という問題を提起している。この問題提起に対して、本稿の考察を基礎とすると、法原理部門としての裁判所には政策的判断を行うことが原則的に認められていないという前提を置いた場合、当該法の目的(意図)および体系的整合性を基礎とした法学独自の考察に基づく解釈として提示される「フィクション」以外に、裁判所が判断の根拠とできるものはないのではないかと、という応答をすることになる。遅くとも、現行憲法の制定以後、憲法 76 条における司法権を「具体的な争訟事件について、法を適用し、宣言することによって、これを解決する(裁定する)国家的作用」と解する通説の見解(芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第 8 版)』(岩波書店、2023 年) 361 頁、佐藤幸治『日本国憲法(第 2 版)』(成文堂、2020 年) 630 頁)に基づき裁判所が司法作用を行使することを前提として、司法作用の行使に直接関わる裁判官・弁護士・検察官等の実務法曹、司法作用の行使に直接は関わらない法学研究者、そして社会において自生的秩序の形成に関わる者(取引実務・法務担当者等)が、協働して構築してきた「法律家集団における共通理解」としての「フィクション」は、それほど軽いものではないのではなからうか。

(2) 立法論と解釈論の関係についての示唆

第二に、立法論と解釈論の関係についての示唆である。ここでは次の二つをあげることができる。

(a) 解釈論における法学以外の学問的知見の位置付けについての新たな捉え方の可能性

その一つが、解釈論における法学以外の学問的知見の位置付けについての新たな見方の提示である。

本稿では、「緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位」という構想を基礎として解釈論を展開する可能性について考察を行った⁽¹³⁶⁾。その考察の結果として、この構想を基礎に置くことを通じて、立法時の立法者意思が、他の時点での立法との関係で相対化されるとともに、法適用時における統一体としての法の目的（意図）との関係でも相対化されること、さらに、その結果として、立法時の立法者意思に基づいて更新された統一体としての法の目的（意図）に基づいた解釈と、法適用時における統一体としての法の目的（意図）に基づいた解釈とを競い合う存在として把握するための理論的基礎が提供されること、をそれぞれ示した。さらに、このような理解を基礎として、立法論から解釈論への緩やかな接続、そして、解釈論から立法論への緩やかな接続というかたちでの立法論と解釈論の「緩やかな連環」を構想しうることも示した。

このような「緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位」を理論的基盤に据えることにより、解釈論と立法論を直結させることを通じて他の研究分野の知見を法学に取り込む、というかたち⁽¹³⁷⁾ではなく、解釈論と立法論を区別したうえで、他の研究分野の知見を法学に取り込むというかたちを構想することができる。

すなわち、解釈論と立法論の緩やかな循環を実現するためには、解釈論の段階においても、政策的判断の見地からの分析を不断に行っておくことが求められる。例えば、ある特定の問題についての法規範が存在しているという

(136) 以下の記述につき、本稿第3章第4節3および同第5節参照。

(137) 田中・前掲注132) 43-44頁。

場合、その法規範について、統一体としての法の目的（意図）を基礎とした解釈論が展開される。そして、その解釈論は、（異なる時点での）立法において、立法の具体的妥当性を基礎付ける社会的諸事情と並んで立法政策的根拠の一つとして位置付けられるという意味で、緩やかに立法論へと接合される。そのような立法論を基礎として新たな立法がなされれば、その立法による法実践の断絶と共有を通じて更新された統一体としての法の目的（意図）が観念され、さらにその更新された統一体としての法の目的（意図）を基礎として解釈論が展開されていく、という緩やかな連環が形成される。このような解釈論と立法論の緩やかな連環が構想されるのであれば、立法論による提案がなされる段階でのみ、他の学問分野の知見を基礎とした政策的見地からの考察を行えば足りるとは言えない。法原理部門としての裁判所は政策的判断を行えないことが原則であることを前提としつつ、そのような制約のもとでなされた裁判所の判断について、裁判所の外部から他の学問分野の知見を基礎において政策的判断の文脈で分析することにより、その後のいずれかの時点においてありうる立法論へと接続させることも必要となる⁽¹³⁸⁾。

このように他の学問分野の知見に基づいた政策的判断の見地から裁判所の示した判決・決定を法解釈論として分析することは、法原理部門としての裁判所以外の主体でなければできない。そして、弁護士・検察官などの実務法曹や社会において自生的秩序の形成に関わる主体（取引実務・法務担当者等）が紛争解決を含めた現実の問題への対応にその力を注ぐ役割を担っていることに鑑みれば、他の学問分野の知見を踏まえて政策的判断の見地から分析を加え、考察を行うという任務を中心的に担うべきなのは、法学研究者となるう⁽¹³⁹⁾。

(138) なお、裁判所の判断を政策的見地から検証することの意義として、形式的には法原理に沿った判断を示しているように見える裁判所の判断が、実質的には政策的判断を行なったものであると評価できる場合を析出し、それに対して批判的検討を加えることも挙げられる。そのような検討として、御幸聖樹「憲法学から見た諫早湾干拓紛争—司法的救済と政治部門による救済」樫澤秀木他『諫早湾干拓紛争』（日本評論社、2026年）188頁参照。

(139) 前田・前掲注119) 227頁が、「法学者は、隣接諸科学の成果を利用しつつ価値判断の基礎となりうる知見の提供を行うとともに、その議論を法解釈論に接合する議論を提供

(b) 法学以外の学問的知見の位置付けについての新たな視角の追加の可能性

もう一つの示唆が、法学以外の学問的知見の位置付けという視点からの議論の整理に新たな視角を付け加えることにより、議論のさらなる発展を促す可能性が認められる、というものである。

例えば、リーガリズムとプラグマティズムという基本的視座からは、政策判断を明確にすることが、実務の法解釈（および立法）にどれほど大きくかつ良い影響をもたらすかの説明に重点が置かれる、という意味において、商法学に関する田中亘の見解と、刑事訴訟法学に関する稲谷龍彦の見解が、同じカテゴリーに含まれるものとして位置付けられる⁽¹⁴⁰⁾。

しかし、それぞれの法分野における解釈論と立法論の関係、そして政策判断に基づく分析は、必ずしも同じであるとは言えないように思われる。立法的対応の可能性を高く見積りうる法分野においては、法解釈論の中で政策的判断を積極的に取り入れることは、立法論を通じた実現に結びつきやすくなる。また、そのような法分野においては、立法による法規の文言の変更が頻繁に行われるため、文理解釈の持つ意義の通減するスピードが早くなることも容易に想像がつく。他方、立法的対応までのハードルが高く、立法による法規の文言の変更が減多に行われない領域であれば、文理解釈の持つ意義は高いレベルで維持されることになる。このような違いのあることを踏まえてみれば、例えば、法解釈と立法とが共に政策目的を実現する手段として連続的に捉えられると評される商法学⁽¹⁴¹⁾と、「立法がピラミッドのように沈黙するとき、判例はスフィンクスさながらに奮起つ」と評価がなお引用される刑事訴訟法学⁽¹⁴²⁾とでは、政策判断に基づく判例分析の意義も異なるはずで

する任務を負うと考える」と述べるところと同じ趣旨であると考えている。

なお、以上(2)(a)に述べてきた内容からも明らかな通り、前述(1)において検討した稲谷・前掲注127)や田中・前掲注132)の行なっている判例の政策分析に重要な意義が認められることに異論を挟むものではない。ただ、裁判所にその政策判断を明示することを強いることはできないのではないかと、ということが前述(1)での記述の趣旨である。

(140) 中川・前掲注122) 421頁。

(141) 田中・前掲注132) 43-44頁参照。

ある⁽¹⁴³⁾。

このように、解釈論と立法論の接続・連環のあり方について、それぞれの法分野における立法の機会の多寡の差なども踏まえつつ、法学に共通する実定法的概念を基礎において比較分析する可能性を、本稿の考察から導き出すことができる⁽¹⁴⁴⁾。

4 他の学問分野を法的に分析する基盤の構築に向けて

もちろん、以上3で見たような本稿の考察から示される示唆は、憲法上の財産権を基礎とする立法に対する拘束についての考察および「緩やかな解釈モデルによる立法の再定位」の考察を基礎として本稿で構想した枠組みに沿って導き出したものである。このような本稿の考察から示した構想は、そもそも他の構想との比較において、採用されるか棄却されるかが検証されるべきものである。

しかし、本稿の考察から導いた構想が棄却されるとしても、他の学問領域における科学的知見を法的に分析するための実定法学的概念を用いた理論的基盤を、日本法を研究対象とする（日本）法学に共通するものとして構築することが求められること自体を否定することはできないのではなかろうか。

人文・社会・自然科学におけるそれぞれの学問領域は、それぞれの問題関心と手法によって、それぞれの問題対象についての科学的営為を積み重ねている。ある課題の解決を行おうとする場合、その課題に関わる知見をもたら

(142) 松尾浩也「第四版の刊行にあたって」別ジュリ 74号『刑事訴訟法判例百選〔第4版〕』9頁（1981年）。稲谷・前掲注127）257頁は、この文を短縮するかたちで引用している。

(143) なお、本文に示したような分析は、立法的対応への期待が高い法分野において、商法学における主流の方法論のような政策判断の正しさ（妥当性）による評価による解釈論を採用すべきである、という主張を含むものではない。本稿で繰り返し指摘してきた通り、国家作用としての司法作用を行使する法原理部門としての裁判所は、原則的には政策的判断を行えない。そうであれば、立法的対応への期待が高い法分野においても、そのような憲法上の制約を受ける裁判所の判断に寄り添うような解釈論を展開することが法学には求められているというべきであろう。

(144) 無論、法分野ごとに異なっていることについて分析・考察を行う必要性を否定するものではない。しかし、法学を一つの学問領域として位置付けるのであれば、いずれの法領域をも包含しうる共通の視座を設定するための理論的基盤の探究にも眼を向ける必要がある。その意味で、本章第3節に示した複数の法領域間の体系的接合に向けた考察とも連動させつつ研究を進める必要があることも指摘しうる。

すための科学的営為が複数の異なる学問領域において行われている場合も少なくない。そのため、異なる学問領域における科学的営為をどのように関連付け、相互に調整し、調和を図っていくのか、ということ論じることは重要な意義を持つと考えられる。そして、そのような課題が法的な処理の対象とされた場合、そこで求められる学問領域間の調整の役を担うのが法学であろう。このような法学の役割に鑑みれば、法学において他の学問領域の知見を位置付けるということは、ある特定の学問分野における研究成果に法的概念を纏わせ、それをそのまま法理論として受容することを意味するものではない。むしろ、必要となる調整を経ることなく、法を単なる道管として利用するかのように特定の学問分野における帰結を受容してはいないか、ということ絶えず検証することも、法学の役割に含まれているのではなかろうか⁽¹⁴⁵⁾。このような法学の役割を可視化するためにも、実定法学的概念を用いて法学に共通する理論的基盤を構築することが必要となろう⁽¹⁴⁶⁾。

(145) 例えば、労働経済学との対話が進められている労働法学においては、法律学と経済学の違いを尊重しながら、両者の対話を繰り返していくという関係の重要性が指摘されている（荒木尚志＝大内伸哉＝大竹文雄＝神林龍編『雇用社会の法と経済』（有斐閣、2008年）321-324頁〔諏訪康雄発言、清家篤発言、大内発言、神林発言〕参照）。

(146) 例えば、法学と経済学との関係について、田中・前掲注132）109-110頁は、「…経済学の理論や実証研究の手法が、法学にとって当たり前の分析ツールとして用いられるようになることを望んでいる」としつつ、同時に、「特に人間の合理性の限界についての経済学の知見が発展するにつれ、法学において長い年月をかけて培われてきた種々の法理の存在意義に改めて光が当てられる場面が増えると考えている」とも述べられている。さらに、英米法における衡平法（equity）として発展してきた法理の機能についての理論研究を紹介した上で、「…、法学と経済学がそれぞれに培ってきた知見が融合し、協働することにより、より良い社会の実現のためにどのような法制度が望ましいかについての分析、研究が一層進むことが期待される」とされる。

このような「法学において長い年月をかけて培われてきた種々の法理の存在意義」は、本来、「法学」自らが、法学に内包された論理・概念を用いて、他の研究分野が理解可能な形で説明する必要があるのではなかろうか。そして、このような説明は、藤谷・前掲注121）200-201頁がその必要性を主張する「外的視点と法的実践の根源的な亀裂を意識しつつ、なお『橋を架ける』ための努力」を行う上でも有意義であると考えられる。そのような説明を行うためにも、（尾崎一郎「トートロジーとしての法（学）？—法のインテグリティと多元分散型統御」新世代法政策学研究3号191頁（2009年）の示すような法の原理的特性に基づく考察も踏まえつつ）、本文で述べたような（日本）実定法学的概念を用いた理論的基盤を構築することが求められよう。

行政作用により設定される私法上の権利の法的構成・急一解釈論と立法論の接続も視野に入れて (2)・完 [宮澤 俊昭]

(本研究は JSPS 科研費 21K01246、19H00571 の助成を受けたものである。)

(本学法学部教授)