

特許権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——

宮澤 俊昭

1. はじめに

(1) 問題の所在

知的財産法学において、特許法（以下、本稿において現行特許法の条文を示すとき「法」と記述する）123条1項各号が定める特許の無効理由がある場合に、特許無効審判による無効審決が確定する前に、特許権侵害に基づく差止め（法100条）や不法行為に基づく損害賠償（民法709条）などを求める訴え（特許権侵害訴訟¹⁾）において裁判所が無効理由の存否を判断しうるのか、という問題が長く議論されてきた。この問題については、キルビー特許最高裁判決²⁾、および同判決後に行われた法104条の3の新設という立法的措置により、特許

1) なお、本稿では、特許権者以外の者が特許権侵害による差止請求権・損害賠償請求権の存在しないことの確認を請求する事案をめぐる訴訟も含めて「特許権侵害訴訟」の語を用いる（興津征雄「特許付与・無効審判・侵害訴訟：行政法学的分析」パテント64巻10号（別冊No6）2頁注4）（2011年）参照）。

2) 最判平成12年4月11日民集54巻4号1368頁

権侵害訴訟における無効の抗弁³⁾が認められ、無効審決確定前であっても裁判所は特許権の無効理由の存否を判断できるとされることとなった。

本稿の課題は、共同漁業権・組合員行使権の法的性質に関する前稿⁴⁾での考察とあわせて、行政作用によって設定される私法上の権利の法的構成という視角から、この無効の抗弁をめぐる議論を整理し、考察を加えることである。

以下 (2) において、特許法における特許取得手続⁵⁾と特許無効審判の概要を確認したのち、2 において無効の抗弁をめぐる議論の経緯を整理・検討し、3 において考察を加える。

(2) 特許取得手続と特許無効審判の概要

特許権は、発明完成後に認められる特許を受ける権利 (法 33 条) を基礎として、特許庁への出願、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) により発生する。

出願を受けた審査官は、出願に対し特許をすべきかについて判断する⁶⁾。審

3) なお、権利取得阻止の抗弁とも称されるが、現在では無効の抗弁と称することが一般的であるとされるため (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 17 頁注 37) (2016 年)、本稿では無効の抗弁の語を用いる。

4) 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—行政作用により設定される私法上の権利の法的構成・序」小野古稀『社会の多様化と私法の展開』308 頁 (法律文化社、2024 年)。

5) なお、この一連の手続を示す用語として、特許取得手続 (高林龍『標準特許法 [第 8 版]』245 頁 (有斐閣、2020 年)、島並良＝上野達弘＝横山久芳『特許法入門 (第 2 版)』101 頁 (有斐閣、2021 年) 参照。中山信弘『特許法 (第 5 版)』186 頁 (弘文堂、2023 年) は「権利取得」の語を用いる) のほか、特許 (権) 付与手続 (小橋馨「特許付与手続の再考察」中山還暦『知的財産法の理論と現代的課題』161 頁 (弘文堂、2005 年)、玉井克也「行政過程としての特許権付与手続」片山古稀『ビジネスローの新しい流れ—知的財産法と倒産法の最新動向』379 頁 (青林書院、2020 年) 等) の語も用いられる。いずれの語を用いるかによって特定の立場を前提とするものではないと考えられるところ (興津・前掲注 1) 4 頁注 17) 参照)、本稿では、特許法の教科書・基本書で多く採用されている前者の語を用いる。

査手続の中で行われる出願者との応答を経てもなお法 49 条各号に限定列挙されている拒絶理由が最終的に解消されないと判断される場合、審査官は拒絶査定(法 49 条)をする。他方、審査官が特許出願に拒絶理由を発見しないときには、審査官は特許査定をしなければならない(法 51 条)。特許査定を受けた出願者は、所定の特許料を納付し(法 107 条)、特許権の設定登録を受けることができる(法 66 条 2 項)。特許法は、特許権が設定の登録によって発生すると定める(法 66 条 1 項)。

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は認められないとする(法 195 条の 4)。また、特許法に定められている審査を請求できる事項に関しては、その審査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とされる(法 178 条 6 項)。特許法に定められている審査として、拒絶査定不服審判(法 121 条)、訂正審判(法 126 条)、特許無効審判(法 123 条)、延長登録無効審判(法 125 条の 2)がある⁷⁾。

このうち、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⁸⁾であり、原則として利害関係人⁹⁾が請求人適格を有し(法 123

-
- 6) 以下、査定と登録について、中山・前掲注 5) 260-262 頁、島並他・前掲注 5) 130-132 頁、高林・前掲注 5) 263-265 頁等参照
 - 7) なお、拒絶査定不服審判及び訂正審判は審査手続と同様に相手方のいない手続であることから「査定系審判」と呼ばれ、特許無効審判及び延長登録無効審判は、審判請求人が特許権者を相手に行う手続であって、民事訴訟類似の当事者対立構造をとっていることから「当事者系審判」と呼ばれる(中山・前掲注 5) 312-318 頁、島並他・前掲注 5) 140 頁、高林・前掲注 5) 269、273、277、282 頁等参照)。
 - 8) 瑕疵ある特許権を消滅させる制度として異議申立制度(法 113 条以下)もある。
 - 9) 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(法 123 条 2 項かっこ書)。

条 2 項）、被請求人は特許権者である。無効理由は法 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（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¹⁰⁾。

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（法 178 条以下）を提起することができる¹¹⁾。

2. 無効の抗弁をめぐる議論の経緯

(1) 問題の所在

前述 1 (2) にみた通り、法 123 条 1 項各号が定める特許の無効理由があっても、特許法は、その無効につき、まず特許無効審判を請求することを求めており、直ちに裁判所に対して特許査定取消しや特許無効の請求をすることはできない。このような制度を採用している特許法のもとで、特許無効審判において無効審決が確定する前に、特許権侵害訴訟において裁判所が無効理由の存否を判断することができるのかという問題について、知的財産法学において長い間議論が積み重ねられていた。

(2) キルビー特許最高裁判決以前の議論の概要

(a) キルビー特許最高裁判決以前の判例および通説的見解—無効判断否定説
大判明治 37 年 9 月 15 日刑録 10 輯 1679 頁は、特許法に定められた無効理由

10) 中山・前掲注 5) 268 頁、鳥並他・前掲注 5) 139 頁等参照。なお、後掲注 64) も参照。

11) 審決等取消訴訟については、中山・前掲注 5) 311 頁以下、鳥並他・前掲注 5) 184 頁以下、高林・前掲注 5) 286 頁以下等参照。

が存在する特許であっても、無効審決が確定するまでは有効と扱われ、無効審決が確定しない限り、裁判所において特許の当否やその効力の有無を判断することはできないとする立場を示した。大審院は、この立場を繰り返し示し¹²⁾、さらに、戦後も引き続いてこの立場にたった裁判例が積み重ねられ¹³⁾、学説においても、これを当然のこととするのが通説的見解とされていた¹⁴⁾。

このような立場の理論的根拠は、行政行為の公定力及び特許庁と裁判所の権限分配論に基づく考え方に求められていた¹⁵⁾。すなわち、①特許査定および設定登録の各行政処分は公定力のある行政処分であり、これを覆すには特許を無効にするための新たな行政処分としての性質を持つ無効審決が確定する必要がある、②特許すべき旨の査定および設定の登録をするか否かは、行政庁の専権に属する事項であるから、もし通常裁判所が独自にその効力を判断できるとすれば特許法が特許権の許否をこの行政処分に委ねた趣旨が没却されることになる、という考え方である。

(b) 無効判断否定説の問題点

前述 (a) に示した無効判断否定説に対しては、次のような問題点が指摘されていた¹⁶⁾。すなわち、特許権侵害訴訟において特許権が無効と考えられた場合、無効理由を内包する特許権も無効審決が確定するまでは有効として扱わ

12) 大判大正6年4月23日民録23輯654頁(実用新案権に関する事案)、大判大正11年12月4日民集1巻697頁、大判昭和15年3月22日法律新聞4552号11頁(意匠権・商標権の事案)。

13) この立場による戦後の下級審裁判例は、中山信弘「特許侵害訴訟と公知技術」法協98巻9号1137頁注4(1981年)が列挙する。

14) 中山・前掲注13) 1116頁参照。

15) 以下について、内田護文「判批」別冊ジュリ8号『特許法判例百選』168頁(1966年)、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)』427頁(法曹会、2003年)等参照。

16) 以下の記述について、中山・前掲注13) 1115-1116頁、高部・前掲注15) 427頁等参照。

れ、裁判所はその特許権の有効性を否定することはできないと解されるため、無効審判を提起する必要が生じる。特許法は、訴訟と審判の調整を目的として、従来から、特許権侵害訴訟が提起された場合、特許庁に無効審判が継続しているときには、必要があれば訴訟手続を中止することができる旨を定めている(法 168 条 2 項)。しかし、訴訟と審判の二度手間はそれ自体大きな負担となることに加え、無効審判の審決の確定までには時間がかかることから紛争の解決に長期間を要することになるため、訴訟に紛争解決手段としての意味がなくなると指摘されていた。

このほかにも、特に公知技術¹⁷⁾に特許が付与された場合、公知技術を実施しているに過ぎない者が、無効審判を経ていないという理由だけで特許権侵害とされて民事・刑事の責任を負わされることはあまりにも不当である、との問題も指摘されていた¹⁸⁾。

(c) 公知技術を根拠とする解釈による対応

(ア) 判例による公知技術除外説の採用

前述 (a) に見た通り、キルビー特許最高裁判決以前の判例は無効判断否定説をとっていた。しかし、判例は、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も導いていた¹⁹⁾。

例えば、最判昭和 37 年 12 月 7 日民集 16 卷 12 号 2321 頁²⁰⁾は、特許権が新

17) 法 29 条 1 項は、産業上利用することができる発明は原則として特許を受けることができるが、同項 1 号から 3 号に定める新規性喪失事由 (1 号 : 公知、2 号 : 公然、3 号 : 文献公知 / 刊行物記載) のいずれかに該当する発明は、特許を受けることができない旨を定めている。慣例として、同項 1 号から 3 号に該当する技術を総称して「公知技術」と呼ぶとされる (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』122 頁注 2) (信山社、1996 年、初出・1996 年)。

18) 中山・前掲注 5) 487 頁。

19) 以下の記述につき中山・前掲注 5) 487-489 頁参照。

規な工業的発明に対して与えられるものである以上、その当時において公知であつた部分は新規な発明とはいえないことを理由として、権利範囲の確定に際しては、当然に公知技術を参酌しなければならないものとした。また、最判昭和39年8月4日民集18巻7号1419頁²¹⁾は、権利範囲の一部に公知部分が含まれている場合にはそれを除外して権利範囲を確定すべきであるとした。このように、判例は、特許請求の範囲に公知技術が含まれるように読める場合に権利範囲を限定的に解釈するという手法を認めていた。この立場は、理論的には、特許権の有効性の判断と異なり、特許権の権利範囲を確定する権限は裁判所に属していることを基礎として、判例の立つ無効判断否定説と整合するものとして理解されてきた²²⁾。

しかし、この公知技術除外説をとる判例の立場に対しては、特許権が有効に存続する限りは公知技術の部分についても効力が及ぶため、それを除外すべきでない、とする批判も示されていた²³⁾。

(イ) 全部公知の場合の下級審裁判例における解釈

前述(ア)で示した公知技術除外説に立つと、理論的には、請求範囲が全部公知技術で占められている場合、公知技術を除外して残された権利範囲がなくなることになる。しかし、裁判例では、権利範囲が全く無いとして空の特許権

20) 中山・前掲注13) 1121頁は、この判決が先例的価値を有するとする。ただし田村・前掲注17) 123頁注7)の指摘も参照。

21) ただし実用新案の事案である。

22) 中山・前掲注13) 1120頁等参照。

23) 染野義信「特許権の範囲確認審決に対する訴において特許出願当時の技術水準を考慮することの要否」民商49巻3号316-317頁(1963年)、原増司「判批」別冊ジュリ8号『特許法判例百選』148頁(1966年)、豊崎光衛「特許侵害訴訟」鈴木忠一＝三ヶ月章『実務民事訴訟講座5会社訴訟・特許訴訟』217頁(日本評論社、1969年)等参照。前掲豊崎217頁は、批判説が学説・下級審裁判例の大勢であるとしていた(中山・前掲注13) 1130頁も参照)。

の存在を正面から認めることは行われなかった²⁴⁾。他方、無効審決の確定をまたずに侵害訴訟を審理する裁判所が妥当な結論を導くことを支える理論構成が、下級審裁判例を中心として模索されてきた²⁵⁾。

第一が、特許発明の技術的範囲（法 70 条）を、一定の範囲に限定する解釈を採用する立場（限定解釈説）である。この立場は、さらに特許発明の技術的範囲を特許請求の範囲の文言と同一の構成に限定して解釈すべきとする説（広義の限定解釈説）²⁶⁾と、特許発明の技術的範囲を特許請求の範囲より狭い実施例や明細書・図面に具体的に開示されたものに限定して解釈すべきとする説（狭義の限定解釈説／実施例限定説）²⁷⁾に分けられている。

この第一の立場に対しては、特許請求の範囲を限定したとしても、その範囲と同一の技術を実施している者は、その技術が公知技術であっても侵害となら

24) 田村・前掲注 17) 66 頁。なお、前掲最判昭和 39 年 8 月 4 日は、実質的には全部公知の事例であると指摘されている（中山・前掲注 5) 中山 489 頁注 7)、田村・前掲注 17) 69-70 頁等参照）。

25) 以下の記述について、中山・前掲注 13) 1130 頁以下、田村・前掲注 17) 66 頁以下、高部・前掲注 15) 428 頁以下等参照。

26) 高部・前掲注 15) 457 頁注 12) は、この立場に立った下級審裁判例として、大阪地判昭和 50 年 3 月 28 日無体裁集 7 卷 1 号 64 頁、大阪地判昭和 52 年 11 月 30 日特許管理別冊判例集（昭和 52 年）519 頁、東京地判昭和 56 年 2 月 25 日特許管理別冊判例集（昭和 56 年）519 頁等を、学説として、馬瀬文夫「公知事項を対象とする特許の効力」石黒＝馬瀬還暦『工業所有権法の諸問題』66 頁（法律文化社、1972 年）、高林克己「全部公知の特許・実用新案と侵害訴訟」三宅喜寿『特許争訟の諸問題』719 頁（発明協会、1986 年）、村林隆一「全部公知の特許発明の技術的範囲」工業所有権法学会年報 2 号 87 頁（1979 年）を示す。

27) 高部・前掲注 15) 457 頁注 12) は、この立場に立った下級審裁判例として、大阪地判平成 2 年 7 月 19 日判時 1390 号 113 頁、大阪高判昭和 51 年 2 月 10 日無体裁集 8 卷 1 号 85 頁、東京地判昭和 47 年 9 月 29 日無体裁集 4 卷 2 号 517 頁、大阪地判平成 6 年 3 月 15 日知的財産協会判例集（平成 6 年）983 頁等を示す。また、田村・前掲注 17) 69-70 頁は、前掲最判昭和 39 年 8 月 4 日は実施例限定説に立ったものとする。

ざるを得ない、と指摘された²⁸⁾。そこで全部公知の特許権について、さらに次の第二～第四の立場が示された。

第二の立場が、公知技術の抗弁説（自由技術の抗弁説）と呼ばれる見解である²⁹⁾。この見解に立てば、自己の実施している技術が、侵害訴訟において主張されている特許権の出願時の公知技術の実施であることを証明すれば、特許請求の範囲とは関係なく侵害の成立が否定される。この公知技術の抗弁は特許権が有効であることを前提とし、その抗弁の効果は当該訴訟の当事者に限定される。

第三の立場が、技術的範囲確定不能説（保護範囲不存在説）と呼ばれる見解である³⁰⁾。この見解は、侵害訴訟を審理する裁判所が将来の訂正審判の結果を予測して具体的にどのような要件を付加すべきかを定めることは實際上困難であることから、そのような特許権は、特許請求の範囲が全部公知であることが判明したことにより、訂正審判により全部公知でないように訂正しない限り、対象物件がその技術的範囲に含まれることを確定し得ず、したがって、そのような特許権による請求は棄却せざるを得ない、とする。

そして、第四の立場が、権利濫用説と呼ばれる見解である³¹⁾。この見解に

28) 中山・前掲注13) 1136頁、田村・前掲注17) 71頁等参照。

29) 高部・前掲注15) 457-458頁注13) は、この立場に立った下級審裁判例として、大阪地判昭和45年4月17日無体裁集2巻1号151頁、東京地判平成9年4月25日知的裁集29巻2号435号を、学説として中山・前掲注13) 1115頁、牧野利秋「特許権侵害差止仮処分手続の特殊性」鈴木忠一＝三ヶ月章『実務民事訴訟講座5会社訴訟・特許訴訟』265頁（日本評論社、1969年）、松本重敏『特許発明の保護範囲』157頁（有斐閣、1981年）等を示す。

30) 高部・前掲注15) 458頁注14) は、学説としては、設楽隆一「特許発明が全部公知である場合の技術的範囲の解釈」牧野利秋編『裁判実務体系9工業所有権訴訟法』146頁（青林書院、1985年）、小池豊「侵害訴訟と公知技術」西田美昭他編『民事弁護と裁判実務8知的財産権』305頁（ぎょうせい、1998年）を示すが、この立場に立った下級審裁判例は見当たらないとする。

よれば、全部公知の特許権に基づく権利の行使は権利の濫用として許されない、とされる。

(d) 公知技術以外の無効理由が存在する場合への議論の展開

以上 (c) にみたような公知技術を基礎とした解釈による対応は、あくまでも特許権の権利範囲を確定する問題であるとするにより、無効判断否定説と理論的な整合的を保ちうる解釈として位置づけられてきた³²⁾。これに対し、侵害訴訟において特許権の無効を主張しうる (特許無効の抗弁を認める) とする立場 (無効の抗弁説) は、理論的な裏付けがなされていないことから、実務上も全く省みられずに長らく少数説にとどまっていたとされる³³⁾。

しかし、その後、侵害訴訟において特許の無効を主張しうるとする立場は、次第に有力に主張されるようになっていった³⁴⁾。この有力説では、特許無効の抗弁の理論的な基礎として、行政行為に内在する瑕疵が重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³⁵⁾ が置かれた。そして、特許庁

31) 高部・前掲注 15) 458 頁注 15) は、この立場に立った下級審裁判例として、名古屋地判昭和 51 年 11 月 26 日判時 852 号 95 頁、大阪地判平成 7 年 10 月 31 日判時 1552 号 116 頁、大阪地判平成 10 年 1 月 20 日知的財産協会判例集 (平成 10 年判決) 1698 頁等を、学説として竹田稔『知的財産権侵害要論』58 頁 (発明協会、改訂版、1997 年) を、それぞれ示す (前掲竹田 80-83 頁も参照)。なお、権利濫用法理と公知技術の抗弁の違いにつき中山・前掲注 13) 1154 頁参照。

32) 前述 (c) (ア) 参照。

33) 中山・前掲注 13) 1161 頁参照。

34) 辰巳直彦「特許侵害訴訟における特許発明の技術的範囲と裁判所の権限」日本工業所有権法学会年報 17 号 32-48 頁 (1993 年)、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 (1) (2・完)」特許管理 44 卷 11 号 1501 頁、同 12 号 1689 頁 (1994 年)、田村・前掲注 17) 78-122 頁、中島和雄「侵害訴訟における特許無効の抗弁」本間還暦『知的財産権の現代的課題』192 頁 (信山社、1995 年)、同「侵害訴訟における特許無効の抗弁・再考」知財管理 50 卷 4 号 489 頁 (2000 年) 等参照。

による特許を付与する行政処分に重大な瑕疵が認められる場合には、侵害訴訟における特許権についても当然無効を認めうる、とされた。なお、法 123 条 1 項各号に定められている無効理由について、どの範囲で裁判所が審理認定できるかについては、論者によって違いがみられた³⁶⁾。

(3) キルビー特許最高裁判決をめぐる議論

(a) 事案と判決の概要

(ア) 事案の概要

発明の名称を「半導体装置」とする特許権（以下「本件特許権」といい、その発明を「本件発明」という）を有する Y が、X によって業として製造販売されている半導体装置について本件発明の技術的範囲に属すると主張するため、X は、本件特許権侵害による損害賠償請求権が存在しないことの確認を求めて訴えを提起した。

本件発明は、原出願（原出願にかかる発明を「原発明」という）から、昭和 46 年 12 月 21 日に分割出願（以下「本件出願」という）されたものであるところ、原出願は、昭和 35 年 2 月 6 日に出願された発明から昭和 39 年 1 月 30 日に分割出願されたものである。原出願については、原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ものであることを理由として、拒絶査定が確定した。また、本件発明と原発明は実質的に同一である。

先願主義（法 39 条 1 項）に違反するために無効とされる蓋然性の高い本件

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

36) 例えば、田村・前掲注 17) 82-121 頁は、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っている。他方、羽柴・前掲注 34)「(2・完)」1691 頁、中島・前掲注 34)「再考」494-499 頁は、すべての無効理由について裁判所は判断しうるとする。

特許権をめぐる本件事案は、前述（2）（c）にみたような公知技術を根拠とする解釈による解決を行うことが困難な事案であるため、無効審決が確定しない状況で特許を有効として判断すべきか否かが直截的に問題となる事案であった³⁷⁾。

（イ）判決の概要

前述（ア）のような事案において、キルビー特許最高裁判決（以下（3）においてのみ「本判決」と記述）は、権利濫用の法理を通じて、特許の無効審決が確定する以前においても、特許侵害訴訟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し、無効判断否定説を採用していた大審院判例をその限度で変更するものとした。本判決は、その理由として、①無効理由の存在することが明らかである特許権に基づく当該発明の実施行為の差止請求・損害賠償請求を認容することが衡平の理念に反する結果となること、②紛争の一回的解決が望ましいと考えられるところ、無効理由の存在することが明らかである特許権に基づく侵害訴訟において、無効審決が確定しなければ、当該特許に無効理由の存在を特許権の行使に対する防御方法とできないとすることは、特許の対世的な無効までも求める意思のない当事者に無効審判の手續を強いることとなり、また、訴訟経済にも反すること、③法 168 条 2 項は、特許に無効理由が存在することが明らかであって無効とされることが確実に予見される場合においてまで訴訟手續を中止すべき旨を規定したものと解することはできないこと、を示す。

（b）キルビー特許最高裁判決の示した要件・効果・法律構成・射程についての議論

（ア）要件・効果

本判決は、その特許権に基づく差止め、損害賠償等の請求が権利濫用として

37) 高部・前掲注 15) 434 頁等参照。

許されないとするための要件として、当該特許に無効理由が存在することが明らかであること、および特段の事情³⁸⁾のないことをそれぞれ掲げる。

本判決は、主観的事情を要件とすることなく、無効理由の存在が明らかであることを要件として示している。調査官解説においては、この明白性の要件は、無効審決の確定までは特許権が有効に存続すること（法 125 条参照）を前提とし、公定力を有する行政処分に由来する特許権に基づく請求を排斥するために必要な要件として位置付けられる、と説明されている³⁹⁾。この要件については、単に無効理由が存在することよりも心証の度合いとしては高いことが要求されるものとする立場⁴⁰⁾が示された一方、裁判官の心証度（あるいは確信度）の問題とすることを批判する見解も示されていた⁴¹⁾。

また、本判決は、無効理由の類型を区別していない。調査官解説においては、一部の無効理由についてのみの主張が可能であると解する理論的根拠は乏しく、全ての無効理由の存在の明白性について、特許権侵害訴訟を審理する裁判所において判断することができるようになった、と説明されている⁴²⁾。こ

38) このうち、判決理由中において、この特段の事情については、訂正審判の請求がされていることなどが例示されている。なお、高部・前掲注 15) 442-443 頁は、この特段の事情について、無効理由が存在しても訂正審判請求(法 126 条)又は訂正請求(法 134 条 2 項)により訂正が認められて当該特許が無効とは言えなくなる場面があることが念頭に置かれているとする(田村善之「判批」知財管理 50 卷 12 号 1858-1859 頁(2000 年)、同「判批」ジュリ 1202 号 272 頁(2001 年)も参照)。

39) 高部・前掲注 15) 441 頁参照。なお、ここでいう明白性の要件は、侵害訴訟において特許の無効を主張しようとする立場(前掲(2)(d)参照)が基礎としていた行政処分の無効についての行政法理論が要件の一つとしている「明白性」とは異なるものとされる(高部・前掲注 15) 442 頁、同 460 頁注 20)、辰巳直彦「判批」民商 124 卷 1 号 128 頁(2001 年)、牧野利秋「判批」特許研究 32 号 17-18 頁(2001 年)等参照)。

40) 高部・前掲注 15) 442 頁、田村・前掲注 38) 知財管理 1856 頁、田村・前掲注 38) ジュリ 272 頁、吉田和彦「判批」NBL712 号 78 頁(2001 年)等参照。

41) 高林龍「特許侵害訴訟における信義則・権利の濫用」曹時 53 卷 3 号 12 頁(2001 年)

の問題については、後述 (ウ) にみる通り、本判決の射程との関わりで議論があった。

他方、効果について、本判決は、特許権は無効審決の確定までは適法かつ有効に存続し対世的に無効とされるわけではない、としつつ、権利濫用法理にもとづき、特許権に基づく差止め、損害賠償等の請求が許されない場合があることを認めている。これは、侵害訴訟において裁判所が特許に無効理由が存在することが明らかであると判断しても、その判断の効力は訴訟当事者限りの相対的なものであって、無効審決と異なり、特許が対世的に無効とされるものではないことを示していると理解されている⁴³⁾。

(イ) 法律構成—権利濫用論の採用と無効の抗弁説との関係

本判決は、特許権に基づく差止め等の請求が許されないとする理論構成として、無効の抗弁説 (前述 (2) (d) 参照) ではなく、権利濫用説 (前述 (2) (c) (イ) 参照) を採用することを明らかとした。この点については次のような説明がなされている⁴⁴⁾。すなわち、無効の抗弁説は特許に無効理由があるときには当該特許が実体的にも無効であることを前提としていると考えられるところ、本判決は、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することにより、従前の判例・通説との抵触を回避したものである。

しかし学説においては、本判決が特許権者の主観的悪性を問題にすることなく、無効審判請求がされた場合に無効とされる蓋然性の有無のみを問題とする

42) 高部・前掲注 15) 440 頁。ただし、高部・前掲注 15) 440-441 頁は、全ての無効理由の存在の明白性について特許権侵害訴訟を審理する裁判所において判断できるようになったとしつつ、実際に無効理由の存在が明らかと認められるのは一定の種類の無効理由の場合が多いであろう、とする。

43) 辰巳・前掲注 39) 125 頁、茶園成樹「判批」別ジュリ 244 号『特許法判例百選 (第 5 版)』37 頁 (2019 年) 等参照。

44) 以下、無効の抗弁説が採用されなかった理由について、高部・前掲注 15) 436-437 頁参照。

論法を採用していることから、要件・効果の点において無効の抗弁を認めるのとその帰結が変わるところはなく、権利濫用論を採用しながらも、無効の抗弁説との差異は見かけほど大きくないとする評価も示されている⁴⁵⁾。

(ウ) 射程

本判決については、特に射程を限定することなく全ての無効理由について権利濫用法理に基づく審理を裁判所がなしうるとする判断として理解する見解が多数を占めていた⁴⁶⁾。

他方、本判決の射程を限定する見解も示されていた。

まず、事案に則した判例としての理解から、射程が限定されるとする見解が示されていた。すなわち、本判決は、あくまでも本件事案に則して解釈されるべきであり、本件事案における事実認定を超えて、全ての特許無効理由について審理判断をして権利濫用の抗弁を認めるべきではない、とする見解である⁴⁷⁾。

また、明白性の要件の解釈に基づき射程を限定する見解もあった。すなわち

-
- 45) 田村・前掲注38) 知財管理1853頁、田村・前掲注38) ジュリ271-272頁、牧野・前掲注39) 17頁のほか、紋谷暢男「判批」法律のひろば2000年11月号48-49頁(2000年)も参照。なお、高部・前掲注15) 437頁も、「無効判断否定説の立場からすれば、無効審決の確定を待たずに特許権の行使を制限することとなる点で、権利濫用説も当然無効説(無効の抗弁説)と『紙一重』ともいえなくもない」との認識を示している。
- 46) 斉藤博「判批」私法判例リマックス23号9頁(2001年)、高林・前掲注41) 11頁、辰巳・前掲注39) 123頁(なお、辰巳・前掲注39) 129-131,135頁は明白性要件も不要とする)、牧野・前掲注39) 17頁等参照。なお、全ての無効理由について裁判所が審理できるかについて明言していない田村・前掲注38) 知財管理1856-1868頁、田村・前掲注38) ジュリ272頁も、本判決が進歩性要件を射程から外すわけでない点に本判決の意義が認められるとする。
- 47) 大瀬戸豪志「無効理由を有することが明らかな特許に基づく特許権の行使と権利濫用」L & T 14号24-25頁(2002年)、村林隆一「判例と傍論」パテント56巻4号79頁(2003年)等参照。相澤英孝「審判手続と無効の抗弁」日本工業所有権法学会年報34号234頁(2011年)も本判決が極めて例外的な事案についての判決であったと指摘する。

権利濫用法理に基づいて権利行使が否定される場合を、対象物との関係如何に関わらず常に主張できる無効理由であり、かつ将来においても訂正で権利を有効化することが不可能なものである場合、および、対象物との関係において主張できる無効理由であるが、将来の訂正によって無効理由を解消することが不可能なものである場合、に限定する見解である⁴⁸⁾。

(4) 無効の抗弁（特許法 104 条の 3）の立法化をめぐる議論

(a) キルビー特許最高裁判決以降の実務の動向

キルビー特許最高裁判決以降、下級審裁判例においては、特許または実用新案登録に無効理由が存することが明らかであると認定して、権利濫用の成立を認めた判決が続出することとなった⁴⁹⁾。さらに、下級審裁判例の傾向として、従前見られなかった法 29 条の 2、同 29 条 2 項、同 36 条 4 項という専門性・技術性の高い無効理由が採用されており、侵害裁判所が積極的に特許性について判断するようになったことが指摘されている⁵⁰⁾。

他方、産業界から、キルビー特許最高裁判決を高く評価するものの、特許無効の理由があることが明らかと認められるか否かの予測が困難なため、結局、無効審判の請求を並行して行わざるを得ない負担がある、明らかか否かに関わらず侵害訴訟で特許の有効性の判断がされることが望ましい旨の要望が出された⁵¹⁾。

48) 高林・前掲注 41) 551-555 頁。なお、高林・前掲注 41) 558 頁は、本判決の採用した論理はあくまで非常の救済手段としての権利濫用禁止原則であり、本判決をもって新たに侵害訴訟の場面で原則的・制度的に無効理由の存在を権利濫用の抗弁として主張する道が拓かれたとすることは、一般法理適用の限度を超えるものである、とする。

49) 吉田・前掲注 40) 78-79 頁参照。

50) 鮫島正洋「特許無効による権利濫用法理の研究」知財管理 51 巻 4 号 525 頁(2001 年)。村林・前掲注 47) 83 頁も、本判決以降、下級審裁判所において、法 123 条の定めるすべての無効理由について審理判断されるようになったと指摘する。

(b) 無効の抗弁（特許法 104 条の 3）の立法化に向けた議論

2001（平成 13）年 6 月に示された司法制度改革審議会の意見において、知的財産をめぐる訴訟の更なる充実・迅速化を図る必要があることが指摘され、2002（平成 14）年 7 月に知的財産戦略会議によって示された知的財産戦略大綱においても、知的財産関連訴訟についての紛争の合理的な解決の方策等が掲げられることとなった⁵²⁾。そこで、司法制度改革推進本部において知的財産訴訟検討会が立ち上げられ、知的財産権関係訴訟の更なる充実・迅速化のための検討課題の一つとして、侵害訴訟における無効の判断と無効審判の関係等に関する検討が取り上げられ、その検討が進められることとなり、無効の抗弁の立法化に向けた議論が行われることとなった。

前述した検討会では、様々な観点から検討が行われた⁵³⁾。そのうち激しく争われたのがキルビー特許最高裁判決の示した明白性の要件の採否であった⁵⁴⁾。明白性の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明白性の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

51) 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』55 頁（商事法務、2004 年）。

52) 以下、法 104 条の 3 の立法化に向けた経緯について近藤他・前掲注 51) 1-9 頁を参照。なお、大瀬戸豪志「特許権者等の『権利行使制限の抗弁』について」紋谷古稀『知的財産法と競争法の現代的展開』457 頁（発明協会、2006 年）は、立法過程における議論を批判的に検討する。

53) 以下、本文に示す明白性要件をめぐる議論のほか、無効審判廃止についての検討、侵害訴訟継続中における非権利者当事者による無効審判請求の制限の検討なども行われた（近藤他・前掲注 51) 56-57 頁）。

54) 以下、明白性要件をめぐる議論について近藤他・前掲注 51) 57-58 頁参照。

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、明白性の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明白性の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の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、最終的には明白性の要件は明文化されないこととなった⁵⁵⁾。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ぞれ行われた⁵⁶⁾。

(c) 無効の抗弁 (特許法 104 条の 3) の立法とその後の議論

前述 (b) のような議論を経て、特許権者等の権利行使の制限を定めた法 104 条の 3 が新設された。同条 1 項は、特許権または専用実施権の侵害にかかる訴訟において、当該特許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は、特許権者または専用実施権者は、相手方に対しその権利を行使することができないことを規定する。これは、特許を無効にすべき旨の審判が確定するまでは、特許権は有効に存続することを前提としつつも、特許無効審判が請求されたならば当該特許はその特許無効審判では無効にされることになる旨の抗弁等が侵害訴訟において提出され、その抗弁等が理由があると認めら

55) ただし、後述 (c) で触れる通り、現在、明白性の要件が定められたのと実質的に差異はないとする解釈が一般的である。

56) 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 51) 58 頁注 31) 参照 (なお、同近藤他・前掲注 51) 60 頁、中山・前掲注 5) 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 51) 58 頁注 32)、中山・前掲注 5) 497-498 頁参照。

れた場合には、そのような特許権に基づく差止請求権・損害賠償請求権等の行使は認めないとするものであり、この裁判所の判断の効力は、特許無効審判と異なり、訴訟当事者限りの相対的なものとされる⁵⁷⁾。なお、前述 (b) にみた議論を基礎として、法 104 条の 3 の立法において明白性の要件は設けられなかった。しかし、現在の一般的な学説の理解は、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、明白性の要件と内容として実質的に差異はないとするものである⁵⁸⁾。

その後、無効審決、取消決定および訂正審決について、当該決定又は審決が確定したことを再審の訴えにおいて主張することができないと定める法 104 条の 4 の新設⁵⁹⁾ 等の改正を重ね、またその後の特許庁や裁判所における運用上の工夫も加えられてきた結果としての現行制度は、民事訴訟を運用する裁判官を含めて、いわば完成形と捉えられているとも評されている⁶⁰⁾。

他方、少数ながらも批判的な見解が有力に示されている⁶¹⁾。この批判的見解においては、無効の抗弁の機能として、特許権の有効性の判断について、無効審判手続において技術的専門家の判断を受ける機会を特許権者から奪うばかりでなく、無効審判手続において特許庁が技術的見地から判断を統一する機会と産業政策的判断を行う機会を失わせるもので、技術的専門家と法律家の協働による制度運用を狙いとしていた特許制度の手続的な調和を損なうものである、とする⁶²⁾。また、キルビー特許最高裁判決時と異なり、特許庁における

57) 近藤他・前掲注 51) 60 頁

58) 中山・前掲注 5) 492 頁注 3)、島並他・前掲注 5) 349-350 頁、中山信弘＝小泉直樹編『新・注解 特許法〔第 2 版〕[中巻]』2162-2163 頁〔森崎博之執筆〕(青林書院、2017 年) 等参照。

59) 法 104 の 4 による再審における主張の制限について中山・前掲注 5) 498-503 頁参照。

60) 高林・前掲注 3) 12 頁。肯定的な評価について中山他編・前掲注 58) 2186 頁〔森崎執筆〕も参照。

61) 相澤・前掲注 47) 231 頁、高林・前掲注 3) 1 頁、大瀬戸・前掲注 52) 457 頁等参照。

62) 相澤・前掲注 47) 235 頁。高林・前掲注 3) 8 頁も参照。

特許出願審査・審判の運用状況が改善され、無効審判の平均審理期間が短縮されたほか、特許無効審決が訴訟で取り消される率が低下しており、特許庁が無効ではないとした判断が、無効であるとした判断よりも裁判所で信頼されていないといった傾向の解消も見られるといった事情の変化も指摘され、制度の改正に向けた議論の必要性が訴えられている⁶³⁾。

(5) 無効の抗弁と関連する議論

(a) 特許権をめぐる行政処分の法的性質に関する議論

(ア) 知的財産法学における確認・公証行為説の展開

無効の抗弁をめぐる知的財産法学における議論のなかでは、特許取得手続における特許査定（法 51 条）と特許権設定登録（法 66 条 2 項）の法的性質に関する議論もあった⁶⁴⁾。

かつての通説であった無効判断否定説（前掲 (2) (a) 参照）は、特許査定および設定登録の各行政処分は公定力のある行政処分であり、これを覆すには特許を無効にするための新たな行政処分としての性質を持つ無効審決が確定する必要がある、とする立場に立っていた⁶⁵⁾。これに対して、無効の抗弁を肯定すべきとする立場から、特許査定を確認行為、特許権設定登録を公証行為と

63) 高林・前掲注 3) 2-5 頁。大瀬戸・前掲注 52) 471 頁も参照。なお、公知技術の抗弁の位置付けについて、無効の抗弁と立証の対象が異なることから全く無意味になったというものではないがほぼ役割を終えたと評価する立場（中山・前掲注 5) 473 頁）がある一方、公知技術の抗弁固有の実益が認められるとする立場も示されている（議論の概要について島並他・前掲注 5) 357-358 頁参照）。

64) なお、特許無効審判の法的性質についても議論があり、特許権の実体的無効を確認する民事裁判であるとする説や実体的無効であるとしながら形成裁判手続であるとする説もあるが、通説・判例は、特許無効審判は特許処分を無効ならしめるための形成的性質を有する行政処分であると解するとされる（高部・前掲注 15) 426 頁参照）。

65) 前掲 (2) (a) 参照。

捉えること（以下、本稿において「確認・公証行為説」と記述）を基礎として、無効判断否定説の拠って立つ特許処分公定力の理解を否定する見解が示されていた。

行政行為における分類として、民法の法律行為論に準拠して、行為者が一定の法律的效果を意図しその意思の内容に従って法律的效果を生ずる法律行為的行政行為と、あることを表示するところが単に判断・認識・観念であって法律的效果に向けられた意思ではないという性質をもつ準法律行政行為の区分を立て、後者が確認、公証、通知、受理に分けられることがある⁶⁶⁾。このうち、確認行為は、特定の事実又は法律関係の存在を確定する行為であり、公証行為は、特定の事実または法律関係の存否を公に証明する行為である⁶⁷⁾。

戦前の行政学説において、当時の特許法 34 条が「特許権ハ登録ニ依リ發生ス」と定めるものの、特許権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、確認・公証行為説を明示する見解があった⁶⁸⁾。

66) 美濃部達吉『日本行政法上巻』223-224 頁（有斐閣、オンデマンド版、2001 年、初刷・1936 年）、田中二郎『新版 行政法 上巻 全訂第 2 版』121 頁（弘文堂、オンデマンド版、2014 年、初刷・1974 年）、塩野宏『行政法 I（第 6 版）行政法総論』131-132 頁（有斐閣、2015 年）等参照。なお、前述塩野 131-132 頁は、準法律行為的行政行為の分類をそのまま維持することに疑問があるとする。

67) 美濃部・前掲注 66) 224-229 頁、田中・前掲注 66) 124 頁、塩野・前掲注 66) 131 頁。塩野・前掲注 66) 131 頁は、確認行為の例として税の更生・決定、恩給権の裁定を、交渉行為の例として選挙人の名簿への登録を、それぞれ挙げる。なお、行政法学においては、公証行為という性格づけは、当該行為の根拠法令ないしその他の法令の規定と結びつくことにより、行政処分としての法的効果が認められる余地を排除しないものとされる（興津征雄「特許付与・無効審判・侵害訴訟：行政法学的分析」パテント 64 巻 10 号（別冊 No.6）1 頁（2011 年）、角松生史「判批」ジュリ 1179 号（平成 11 年重要判例解説）41 頁（2000 年）参照）。

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

この立場の基礎には、特許権は、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、特許権も発明の事実に基づいて生ずる権利⁶⁹⁾で、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、特許権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⁷⁰⁾。このような確認・公証行為説は、戦後も行政法学において有力であった⁷¹⁾。

以上のような行政学説を踏まえて、知的財産法学において特許取得手続につ

69) なお、美濃部・前掲注 68) 358 頁は、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する。また、同 360 頁は、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、とする。

70) 美濃部・前掲注 68) 363-364 頁。このほか美濃部・前掲注 66) 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 卷 349 頁 (1991) 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。

なお、発明に関する権利(発明者権)は特許権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(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 卷 11 号 1593 頁、同 12 号 1824 頁 (1994 年) 参照)。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、特許権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(前掲玉井「(2)」1833-1834 頁参照)。

71) 田中・前掲注 66) 126 頁は、「特許法による特許は、…学問上の特許ではなく、最先の発明であることの確認行為であり、この確認に対し、法律が財産上の利益を付与しているために、あたかも学問上の特許の性質を持つ行為のように見えるに止まる。その財産上の利益は、効果意思に対して与えられたものではなく、最先の発明であるとの客観的な判断に対し、法律が付与した効果にほかならない。」とする。

いて考察が加えられ、特許査定は、特許権者と処分庁のみを拘束し第三者を拘束しないという性質をもつ確認行為であり、また特許権設定登録はこれを取り消すことなく反証が許される公証行為であるとして、本来第三者は特許権侵害訴訟において自由に特許無効の主張をすることができる、とする立場が示された⁷²⁾。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⁷³⁾。キルビー特許最高裁判決に関する議論においても、このような立場は参照されていた^{74) 75)}。

72) 君島祐子「特許処分の法的性質—特許無効の抗弁論争に対する一提言」日本工業所有権法学会年報第21号13頁（1998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43頁（2000年）も同旨。なお、前掲辰巳43頁は、確認・公証行為説の基礎として、発明としての「新たな技術」の創作者に、当然の精神的所有権として特許権が付与されるものの、特許権が無体物を客体とすることからその特定化・明確化を不可避免的に要請されるため、その賦与には出願にはじまる一連の手続を必要とすることとなり、その結果、「新たな技術」の創作者に当然付与される精神的所有権としての特許権は「排他性」「独占性」という性質をはぎ取られるものとなり、これが現行法上、「裸の特許権」として把握しうる）特許を受ける権利（法33条）として構成されている、とする考え方（前掲辰巳37-38頁）があることを示している。これは、前述したかつての行政学説が示していた特許権の性質についての考え方を、知的財産法学においても同様に確認・公証行為説の基礎としていることを示すものといえよう。

73) 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、同36頁（2011年）。美濃部・前掲注68）357-358頁、辰巳・前掲注72）40-44頁も参照。なお、前掲君島35頁は、特許を受ける権利の実体は、私権である財産権としての発明権であるとす。

74) 辰巳・前掲注39）115-118頁、牧野・前掲注39）16頁等参照。

(イ) 行政法学からの確認・公証行為説の否定

無効の抗弁を認める法 104 条の 3 の新設後、行政法学から、特許取得手続における特許査定と特許権設定登録の行政法上の位置付けについて本格的な考察が加えられるようになった⁷⁶⁾。そのなかで、興津征雄は確認・公証行為説について検討を行い、これに否定的な評価を示している⁷⁷⁾。

75) なお、確認・公証行為説の主張とは別に、特許取得手続に関する国家作用が、民事作用あるいは(非訟事件類似の)裁判作用であるとする見解も示されていた(美濃部・前掲注 68) 357 頁、君島祐子「出願審査手続の法的性質—特許拒絶査定不服審判・審決取消訴訟制度への示唆」牧野退官『知的財産法と現代社会』285-293 頁(信山社、1999 年)、小橋・前掲注 5) 169-173 頁、大淵哲也「特許処分・特許権と特許無効の本質に関する基礎理論」日本工業所有権法学会年報 34 号 65-75 頁(2010 年)等参照。

76) 興津・前掲注 1) 2 頁は、特許権の発生・変更・消滅が行政作用にかからしめられているにもかかわらず、行政法学からのアプローチが必ずしも十分でなかったとする。

77) 以下の記述につき、興津・前掲注 1) 4-8 頁、興津征雄「行政作用としての特許権発生と特許無効—行政法 104 条の 3 と行政法ドグマーティク」知的財産法政策学研究 38 号 39-52 頁(2012 年)参照。なお、特許取得手続を含めた特許出願から特許権の成立・不成立に至る過程(特許行政過程)の行政法的分析として玉井・前掲注 5) 380-395 頁も参照。玉井・前掲注 5) 388 頁は、本注に前掲した興津論文をそれぞれ引用しつつ、確認・公証行為説は、現行法の解釈として取るを得ないものとする。

なお、前掲興津「ドグマーティク」17-30 頁は、特許取得手続における特許査定と特許権設定登録の行政法上の位置付けに加えて、特許無効審判の性質・解釈について、行政法理論(行政法ドグマーティク)に基づく考察を行うことそのものの意味についての考察も行っている。まず、法ドグマーティクの理解として、守谷健一「日本における解釈構成探究の一例—磯村哲の法理論の形成過程」松本博之他編『法発展における法ドグマーティクの意義』4 頁注 1)(信山社、2011 年)を引用し、ただ単に法文の意味を解釈により確定する個々の営為を指すというよりは、その営為が事案ごとの場当たりのものに陥らないように個々の解釈を体系的に秩序づけ整序する思考枠組みそのものを意味するとされる(興津・前掲注 77) 19 頁注 16))。そのうえで、藤谷武史「『より良き立法』の制度論的基礎・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 149 頁(2010 年)で示される「緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位」という構想に賛同の意を示しつつ、行政法ドグマーティクに基づく考察を行う

まず、行政法理論に基づく特許取得手続の分析が次のように示される⁷⁸⁾。

特許査定は、査定時に、行政庁たる審査官が拒絶理由を発見しなかったことを要件として、特許権の設定登録がされるべき旨を宣言する法的効果を生じる行政処分とされる。特許権の設定登録の前提となる行為であるため、特許権の設定登録を行う特許庁長官は、審査官による査定の結果を否定できないという拘束を受けることになる⁷⁹⁾。

他方、特許権設定登録も、行政庁たる特許庁長官によって行われる、特許権の発生という具体的な法的効果を伴う行政処分にあたるとされ、無効審判手続を経て無効審決が確定するまでは、何人も反証を持ってその効果を否定することができない行為とされる。その根拠の一つとして、仮に設定登録が単なる公証行為であって公の証拠力を有するにすぎないとすれば、発明者が設定登録を受けずに他の証拠により特許権の存在を“証明”して、第三者に対して実施の差止め等を請求できることになるが、これは法66条1項、同68条、同100条などの文言に反すると言わざるを得ないことが挙げられる⁸⁰⁾。登録がなけれ

意義として、①新たな立法が既存の法実践をどのように変更するものか（法104条の3は本当に行政処分の公定力の理論の適用を排除したのかを同定するためには法ドクマーティクの観点からの評価が必要となること、②法ドクマーティクの観点からの立法の評価が、立法の内容を実体的に方向づける法原則の探究のみならず、立法が立法として正統性を主張しうるために具備しなければならない形式的条件を明らかにすることにも及びうること、③ある立法がどのようなドクマーティクをどのような理由によりどのように変更したのかを同定することによって、その立法が直接には変更の対象としていないドクマーティクに対しても反省（さらには必要に応じて変容）を迫り、法ドクマーティクが社会に対して応答的であろうとすることを支援する効果を期待できること、を示す。

78) ただし、興津・前掲注1) 4-5頁は、特許査定及び特許権設定登録については行政争訟（抗告争訟）の対象適格が明文で否定されているため、行政処分性の有無を論じる実益はない、とする。

79) 興津・前掲注77) 44-50頁は、さらに行政行為の分類論等の行政法理論に基づく考察が行われている。

ば発明者といえども特許権の存在を主張し得ない以上、登録には一種の形成的効果が伴うというべきとされる^{81) 82)}。

このように特許査定および特許権設定登録が行政処分性を有することなど⁸³⁾を示したうえで、無効の抗弁を認めることが特許査定・特許権設定登録

80) 興津・前掲注 1) 7 頁は、本文に示した根拠以外に、公証行為といえども行政処分としての法的効果が認められる余地が排除されないこと (前掲注 67) 参照)、特許権の移転や専用実施権の設定について登録が効力発生要件となっていること (法 98 条 1 項) との関係を示す。

81) 興津・前掲注 1) 7-8 頁は、ある行為が形成的効果を有するか否かは、それによって成立する権利・地位が前国家的なものであるか否か、あるいはその行為が行政の裁量に委ねられた恩恵的なものであるか否かと、論理的な関係はないとする (興津・前掲注 77) 52 頁)。

なお、前掲注 75) で示した特許取得に関わる国家作用を民事作用あるいは裁判作用と捉える見解に対しても、実定特許法が特許権に関する法律関係の形成・確定をどのような組織・手続に委ねているかという前提によれば、実定特許法が特許権にかかわる作用を行政作用として構成しており、行政法の一般理論が (事柄の性質に応じて必要な修正が加えられるべきにせよ) 適用されると考えられるとする。

82) なお、行政処分の公定力は、当該行政処分の法的効果を超えては及ばない、逆に言えば、特に法律上特別の根拠がなければ行政処分の要件に関する行政の認定判断を関係当事者が否定できなくなる効力は公定力を根拠としては生じないとされるので (興津・前掲注 77) 33-34 頁)、特許権を発生させる要件・原因となる事実の存否についての主張が、特許権設定登録の効果・効力によって排除されることにはならないとされる。これは、特許権設定登録が公の証拠力しか有しない公証行為であるからというのではなく、行政処分の効果・効力に関する一般論を個別法の仕組みに当てはめた帰結であるとされる (興津・前掲注 77) 52 頁)。

83) この他、興津・前掲注 1) 8-11 頁は、①法 123 条 1 項各号に規定されている無効理由は特許権を成立させる行政処分の違法事由の列挙したものとはいえないこと、および②特許無効審判は、講学上の始審的行政手続 (争訟) (田中・前掲注 66) 224、276 頁参照) であって、無効理由の存否を行政機関が第一次的 (始審的) に判断する“裁決の申請”としての性格を持ち、無効理由は無効審決という新たな行政処分の実体的要件と把握されること、を分析として示す。

の公定力に反しないとする解釈の根拠を次のように示す⁸⁴⁾。

まず、特許査定との関係では、特許査定の法的効果は特許権設定登録が行われるように特許庁を拘束することであるところ、その要件は審査官が「拒絶の理由を発見しない」ことであり拒絶理由が存在しないことでないことから、査定時に審査官が発見し得なかった事由を後から持ち出して特許要件の欠如を主張したとしても、特許査定との法的効果に抵触するとはいえないとする。

他方、特許権設定登録については、たとえ相対的にせよ裁判所が無効理由の存否を審理判断し、それに基づいて特許権の行使を制限することは特許権設定登録の形成的効果に抵触すると解さざるを得ないこと⁸⁵⁾を前提として、特許設定登録の形成的効果の排除を求める主張を民事訴訟（侵害訴訟）において行うことをキルビー特許最高裁判決および法104条の3が認めたことの理論的根拠を、特許無効審判の排他性との関係で次のように示す。すなわち、①ある行政処分によって生じる規律（法的効果）の実体的効力（拘束力）の問題と、その規律の安定化にかかわる手続的効力（公定力）の問題を区別したうえで、前者が生じているから後者も当然に伴うという思考を相対化しうること⁸⁶⁾、②特許無効審判の特有の機能として合一確定機能（一つの特許権無効をめぐる紛

84) 以下の記述につき、興津・前掲注1) 11-16頁参照。

85) なお、興津・前掲注1) 13-14頁は、差止請求権や損害賠償請求権が設定登録そのものの効果としてではなく、設定登録によって発生した特許権の効果として生じるものとする考え方に立った検討がなされていたが、これに対する批判を受けて、興津・前掲注77) 59-66頁では、本文に示した考え方に立った考察が行われている。そのため、以下特許権設定登録に関する記述は興津・前掲注77) 59-66頁による。

86) このような考え方は、太田匡彦「行政行為—古くからある概念の、今認められるべき意味をめぐって」公法研究67号237頁以下（2005年）の示した破棄禁止要請と逸脱禁止要請を分けて考える見解を基礎として示される。

なお、その後、興津は、そもそも（手続法的）公定力概念を放棄することを主張するに至っている（興津征雄「<行政処分は取り消されるまで有効>の意味—公定力概念無用論」行政法研究47号125頁（2022年）参照）。

争を合一的に確定できる)・専門技術機能(特許庁及び知財高裁の専門技術的能力を活用した審理判断を期待できる)・公益確保機能(特許の実態的な正当性を確保するという公共の利益の観点から、公衆のイニシアチヴを用いてパブリック・ドメインに還元できる)の 3 つを示したうえで、こうした機能を活用することが必ずしも必要でない場面では、特許無効審判以外の方法によって無効判断を行う(審判の排他性を制限する)ことも正当化しうること⁸⁷⁾、をそれぞれ示す。

(b) 特許を受ける権利に関する議論

前述(1)(a)にみた通り、確認・公証行為説の基礎には、特許権は発明の事実に基づいて生ずる権利である、すなわち、特許権設定登録以前に何らかのかたちで発生している権利であるとする考え方が置かれていた。また、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⁸⁸⁾。

特許法においては、特許権設定登録前においても「特許を受ける権利(法 33 条)」が発生していることが認められている。そこで、この特許を受ける権利の法的性質をめぐる議論についても確認をする⁸⁹⁾。

特許を受ける権利については、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特許の付与を請求しうる点では

87) 興津・前掲注 77) 64 頁注 168) は、このような機能的な観点からの正当化は、田村・前掲注 17) 58 頁が特許侵害訴訟における無効の抗弁について示していた立場(前掲注 36) 参照)と同じであるとする。

88) 豊崎光衛『工業所有権法(新版・増補)』136 頁(有斐閣、1980 年)。

89) 豊崎・前掲注 88) 136 頁は、特許を受ける権利に関する記述のなかで前述したような特許付与を「権利を完成する形式行為」とする見解を示している。

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⁹⁰⁾、現在は、公権的側面と私権的側面とを兼備しているとする③の説が多数説とされる⁹¹⁾。

この特許を受ける権利の私権的側面について、発明は、特許制度外あるいは特許出願以前において、直接に支配して利用、収益、処分することが可能であり、特許出願前の段階から物権類似の権利（優先順位未決定の排他的支配権）として観念することができるとする見解⁹²⁾や、特許を受ける権利は第三者の実施に対して排他性を有せず差止請求を基礎付けるものではないという意味では（狭義の）物権的ではないが、特許を受ける権利に基づき（同権利の延長線上にある）特許権ないし名義の移転を、冒認者に限られずその時点において権利・名義を有する者に対して対世的に請求できるという意味では（広義の）物権的と言いうるとする見解⁹³⁾などが示されている。

3. 考察

(1) 無効の抗弁をめぐる議論の整理と検討—特に特許権をめぐる行政処分の法的性質論の意義について

前述2で見た通り、行政行為の公定力論および行政と司法の権限分配論に支

90) 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88) 133-134頁参照。

91) 中山信弘＝小泉直樹編『注解特許法（第2版）[上巻]』458頁〔吉田和彦＝飯田圭執筆〕（青林書院、2017年）。この多数説をとるものとして、豊崎・前掲注88) 134-135頁、中山・前掲注13) 167頁、島並他・前掲注5) 54頁等。

92) 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73) 34-36頁参照。なお、美濃部・前掲注68) 360-361頁も参照。

93) 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]』93頁（民事法研究会、2012年）

えられた無効判断否定説に対して、公知技術を契機とした知的財産法学における重厚な解釈論の蓄積が基礎となり、キルビー特許最高裁判決、そして無効の抗弁を認める法 104 条の 3 の新設へと結びついた。前述の通り、このような無効の抗弁に関する現行制度は、いわば完成型と捉えられているとの評価も示されている⁹⁴⁾。

他方、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明らかにするというという本稿の課題からみると、無効判断否定説を基礎づける根拠として示されていた行政行為の公定力論および行政と司法の役割分担論と、無効判断否定説を克服するために公知技術を契機として展開された解釈論が、現行法制度のもとで理論的にどのように位置づけられるのか、また、現行法制度における無効の抗弁の解釈論にどのように接合するのか、といった点について更なる検討が必要となる。この検討においては、法 104 条の 3 が新設された後に示された行政法学からの考察（前述 2 (5) (a) (i) 参照）をどのように理解するかが重要な問題となる。

ここで注目されるのが、確認・公証行為説を否定する結論を導き出す行政法学からの考察のなかで、法 104 条の 3 について行政法理論（行政法ドグマティック）に基づく考察を行う意義についても述べられつつ⁹⁵⁾、法 104 条の 3 が新設された後の状況に限定して考察が行われていたことである。しかし、行政法ドグマティックに基づく考察を行うのであれば、法 104 条の 3 の新設、さらにはキルビー特許最高裁判決以前に、確認・公証行為説を否定する行政法学の議論が同様に示されていた場合、無効判断否定説の立場を裏付ける解釈を示す以外の帰結を導き得たのか、導き得たとしてどのように議論を展開していたか、について考える必要もあるのではなからうか。その状態で議論をする際には、

94) 前述 2 (4) (c) 参照。

95) 法ドグマティックの理解を含めて前掲注 77) 参照。

キルビー特許最高裁判決や法 104 条の 3 は存在しないため、それらの判決・条文に依拠することはできない。そうであれば、単に機能的な正当化根拠を提示することの止まることは許されず、確認・公証行為説が基礎としていた特許権の前国家的権利性との関わりも含めた特許法の制度全体を基礎として議論を展開することが求められていたとも考えられる。

例えば、知的財産法学において確認・公証行為説を否定する見解の一つは、特許を受ける権利を論じる文脈において、特許権設定登録に形成的効力のあることを認めつつ、その効力は無から有を生じる創設力ではなく、権利を完成する形式行為とする立場を示していた⁹⁶⁾。このような見解も含めて、行政法理論（法ドクマータイク）に基づく考察を行うことが求められていたと考えられるのではなからうか。

以上のように、法 104 条の 3 が立法化されているからこそ、知的財産法学における議論の蓄積を基礎とした特許法の制度全体の体系的考察を省略することができるのであって、法 104 条の 3 が立法に至っていない時点においては、行政法理論に基づく考察といえども、知的財産法学における議論の蓄積を基礎において特許法体系全体を視野に入れた考察が求められることになっていたと考えられる⁹⁷⁾。そして、現行法の解釈には、このような両法領域の議論を接合・

96) 前述 2 (5) (b) 参照。

97) 「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斎藤・前掲注 70) 369 頁は、特許法上の特許につき行政法の観点から「更地」で考える必要性のあることを示す。また同 362 頁は、その文末を「工業所有権法が、他の行政作用法と並列的に、行政法各論に『埋没』してもなお、その特殊性は、行政法学説を呪縛していたのである」とまとめている。「呪縛」という用語からすれば、その工業所有権法の特殊性から解放されるべきという含意を読み取ることができる。この帰結を、独立した法領域としての行政法の内部において閉じた理論体系について設定された問題に対するものとして考えるならば、行政法領域にとって重要な意義をもつだけでなく、個別の法領域の理論体系が発展・精緻化されていくという意味において、日本法体系全体としても重要な意義を持つ。本文に示した内容は、この意義を否定

相互参照しながら論じていくことが求められるといえよう。

このように行政作用によって設定される私法上の権利の法的性質を論じるにあたっては、それぞれに独立した理論体系を有する法領域が複数関連する。この場合において、解釈論だけでなく立法も含めて問題が設定されたとき、どのように法学的考察を行っていくことが求められるのであろうか。以下、前稿で検討した共同漁業権・組合員行使権をめぐる議論と合わせて考察を進める。

（2）共同漁業権・組合員行使権をめぐる議論と、無効の抗弁をめぐる議論の比較検討

前稿⁹⁸⁾で考察した共同漁業権・組合員行使権については、その私法上の権利としての性質との関わりで民法理論との関係が論じられ、民法理論からは、入会権の構成と社員権的構成が提示されたが、そのいずれにも当てはまらない性質が認められることが示された。

本稿で考察した特許法における無効の抗弁をめぐる議論については、行政法学における処分性をめぐる議論を基礎として特許取得手続における特許査定・特許権設定登録の法的性質が論じられ、かつての行政法学および近時の知的財産法学において主張されていた確認・公証行為説に対して、近時の行政法学から否定的な評価が示されたものの、無効の抗弁をめぐる特許法上の制度の特許

する趣旨をもたない。しかし、そのような行政法理論（体系）と、知的財産法学理論（体系）、さらには私法理論（体系）との関係を論じる必要がある場面において、どこまで一つの法領域の理論体系から導かれる帰結を他の法領域における結論に直結させることができるのか、という問題は、一つの法領域での閉じた理論体系内部の問題とは別に論じる必要がある。 (少し先取りをすれば) 後述 (2) で本稿が示すのは、複数の独立した法領域相互の関係を明らかにするためにも、その法的性質を論じることを支える実定法理論的基礎を、(基礎法学の概念・用語に頼るだけでなく) 実定法学の概念・用語によって示す必要がある、ということである。

98) 宮澤・前掲注 4)。

法体系における位置付けに関しては、単に行政法学における行政行為の効力論のみに基づくだけでなく、確認・公証行為説が論じられた背景も含めて知的財産法学における議論の蓄積を基礎として論じていく必要のあることが示された。

いずれについても、民法、行政法といった伝統的な実定法学のもとで理論化された概念（私法上の権利の法的性質論、行政行為の効力（公定力）論）を基礎とした議論だけでは明確な解釈論を提示できないことが示されている。

他方、個別の根拠法（漁業法、特許法）のもとで行政作用によって私法上の権利を発生させる制度的な仕組みを、その立法過程における議論・立法目的も含めて解釈論に反映させることも求められるが（それゆえに知的財産法学、環境法学の他、消費者法学等の現代的法領域を対象とした法学による解釈理論が展開されている）、共同漁業権・組合員行使権、特許法における無効の抗弁の議論を見れば、その解釈において個別の根拠法の目的・仕組みを基礎として展開される理論のみならず、伝統的な実定法学の理論が一定の意義を持つことも否定できない。

以上のような前稿、本稿の考察を踏まえると、民法、行政法といった伝統的な実定法学のもとで解釈理論として提示された概念と、個別の根拠法全体の仕組みをもとに提示させる解釈理論とを単に並列させるだけでは足りず、この両者の関係を論じるための基礎理論を、立法事実・立法目的を基礎として進行していく立法過程における議論も含めたかたちで構築する必要が認められよう⁹⁹⁾。

なお、ここで求められるのは、あくまでも実定法学において精練されてきた概

99) 無効の抗弁の解釈に関連して提示されていた行政と司法の役割分担を基礎とした機能的観点からの解釈論（田村・前掲注17）58頁以下、興津・前掲注77）63-66頁）も、その正当化のためには、結局はこのような立法過程も視野に入れて実定法学における概念を用いた基礎理論による根拠づけが必要となるように思われる。

念を用いてそのような関係を明らかにする基礎理論を構築することである¹⁰⁰⁾。そして、このような基礎理論を明示することことは、制定された条文についての法解釈論を提示するために必要となるだけでなく、立法過程において実定法学における (解釈) 理論・概念が持つ意味の解明にも寄与することも期待される。

(3) 立法過程を含めた基礎理論の構築に向けた考察の方向—今後の課題

前述 (2) でその必要性を示した基礎理論の構築に向けた考察については、特許取得手続に関する確認・公証行為説に対する興津征雄による行政法学からの考察の中で示された法ドクマーティクに関する検討から、その考察の方向性についての示唆を得ることができる。

興津は、自らの考察を行うにあたって、ただ単に法文の意味を解釈により確定する個々の営為を指すというよりは、その営為が事案ごとの場当たりのなものに陥らないように個々の解釈を体系的に秩序づけ整序する思考枠組みそのものを意味するとされる法ドクマーティクの見地から立法政策を評価することが可能であるし、また有意義ないし必要であるとする立場に共感を示したうえで、藤谷武史のしめす「緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位」¹⁰¹⁾ という構想に立脚した考察を行なっている¹⁰²⁾。

藤谷は、この構想を示すにあたって、「法学 (あるいは法学者) は、いかに

100) もちろん、法哲学・法社会学といった基礎法学において提示されている理論を無視することを意図するものではない。それらの基礎法学における理論を基礎として、民法、行政法などのそれぞれの実定法領域においてそれぞれに議論が展開されてきたことを前提としつつ、特定の法領域に限定されることのない日本法体系全体を視野に入れて、実定法学に内在的に説明可能な基礎理論の構築が求められている、というのが本文に述べた主張の趣旨である。

101) 藤谷・前掲注 77) 149 頁参照

102) 前掲注 77) 参照。

して《立法の質》を語りうるか」「実定法学者が（特に「法政策学」と呼ばれる思考枠組みにおいて）「立法」について語るという営みはいかなる意味を持ちうるのか」という問いを設定して考察を行なっている¹⁰³⁾。ここで注目されるのは、藤谷が、憲法論の重要性を肯定しつつ、憲法学者以外の実定法学者が《立法の質》を問題とする場面の多くは、憲法論によって決着がつかない領域にあるとして、憲法が許容する広範な立法裁量の枠内で行われた具体的な立法選択に関して法学者が行う評価や批判がいかなる規範的なステータスを有するのか、という問題に限定して考察が行われている点である¹⁰⁴⁾。この問題設定からは、本稿でその構築の必要性が析出された立法過程を含めた基礎理論の考察について、憲法、とりわけ財産権（憲法 29 条）を基礎とする立法に対する拘束を論じる場面と、そのような憲法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、法学以外の人文・社会・自然科学との関係もあわせて論じる場面とを分けて考える必要性が導かれる。以上のような二つの段階のそれぞれについて考察を加えることを通じて、民法、行政法といった伝統的な実定法学のもとで解釈理論として提示された概念と、個別の根拠法全体の仕組みをもとに提示させる解釈理論との関係を論じるための基礎理論の構築を目指し、その基礎理論に基づいて共同漁業権・組合員行使権の解釈、および特許法における無効の抗弁の解釈をそれぞれ検討することを次稿の課題とする。

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

103) 藤谷・前掲注 77) 149 頁。

104) 藤谷・前掲注 77) 152 頁。