

知的財産権侵害における 権利濫用禁止についての覚書

会員・弁護士 森本 晃生



要 約

知財権侵害訴訟上、権利濫用が主張されることがあるが、その成否は差止請求権や損害賠償請求権等の個別請求権毎に、具体的利害状況（定型化できる場合もある。）と法制度全体をふまえて論じられるべきである。民法学上、権利濫用禁止については類型論による整理が試みられており、①不法行為の違法性基礎づけ、②権利内容・範囲の明確化、③法変化による権利の新たな制限、④強制調停類型の4類型が有力である。知財権侵害に関する従前の判例・下級審裁判例も4類型論の切り口で理解できる一方、リコー事件のような事案は、強制調停型であり、差止請求棄却、損害賠償認容の方が判例と整合する。また、著作権侵害事件でも、被疑侵害者側の選択の幅に応じた解決や一般的フェアユース規定の代替を強制調停型の権利濫用禁止で実現できる可能性がある。

目次

1. はじめに
2. 民法における権利濫用禁止の位置づけ
3. 知的財産権法判例／下級審裁判例にあらわれた権利濫用類型
 3. 1 キルビー事件最判
 3. 2 ポバイ・マフラー事件最判
 3. 3 エマックス事件最判
 3. 4 やっぱりバスが好き事件判決
4. 独占禁止法違反を理由とする権利濫用
 4. 1 総説
 4. 2 リコー事件第一審判決
 4. 3 リコー事件のような事案における損害賠償請求／不当利得返還請求の成否
5. 権利濫用論による衡平な解決の可能性のあるその他の局面例
6. 立法論との関係
7. おわりに

1. はじめに

日本の知的財産権法は、権利侵害認定の効果として、必要性を問うことなく直ちに差止や破棄という強力な救済が与えられるという硬直的構造になっているところ、具体的状況においてそれが不当な結果を招く場合に、民法の一般条項である信義則（民法第1条第2項）や権利濫用禁止（民法第1条第3項）による修正が働いてきた。もともと、権利濫用は、抽象的な権利行使一般ではなく、差止請求権、廃棄請求権、不法行為損害賠償請求権、不当利得返還請求権といった個々の請求権との関係でその成否が論じられるべきである。知的財産権法分野における権利濫用禁止の適用について、民法学の類型論の視点から再検討するとともに、若干の私見を述べたい。

2. 民法における権利濫用禁止の位置づけ

権利濫用禁止は、他人を害する目的のみからの権利行使、すなわちシカーネ（*Schikane*⁽¹⁾）の禁止として18世紀プロイセン法にあらわれたが、1907年スイス民法に見られるような、客観的な権利の限界づけとしての一般法理に展開した⁽²⁾。戦前の判例は当初ドイツ法の議論の影響を受け、権利行使の不法行為該当可能性の問題を中心に展

開したが、権利濫用で物権的請求権行使を阻むリーディングケースとなった、宇奈月温泉事件大審院判決⁽³⁾は、「全体ニ於テ専ラ不当ナル利益の擱得ヲ目的トシ、「社会觀念上所有權ノ目的ニ違背シ其ノ機能トシテ許サルヘキ範囲ヲ超脱スル」ことをもって権利濫用とした。すなわち、同判決は、主觀的事情も考慮しているものの、「実体ニ於テハ保護ヲ与フヘキ正当ナル利益を缺如スル」との正当化とともに、権利の限界づけと親和性が高い。

日本の現行民法第1条第3項「権利の濫用は、これを許さない。」は、ドイツ法のシカーネ禁止ではなく、スイス法のような客觀判断型であり、しかも濫用の明白性を要求するスイスよりも広い⁽⁴⁾。反面、濫用自体の定義もないため、抽象度の高い一般条項となっており、裁判官に恣意的解釈のフリーハンドを与える危険が指摘される⁽⁵⁾。

最高裁判例は、本条⁽⁶⁾について、次のような一般論を述べる（以下、「昭和31年最判」という。）。

「元来法律上権利を与えられた者は任意その権利を行使し得るのが原則である。けだし社会生活においては所詮共同生活者相互の利害関係の競合は避け得ないのであるから、法律が一定の者のために一定の内容の権利を認める限り、それは必然的にその者の利益のために他の者の利益を排斥することを意味するものに外ならない。従つて権利者がその権利を行使することによつてたゞえ他人に損害を生ぜしめることがあつても、ただその一事だけでこれを妨ぐべきいわれはない。しかし法律は一方に権利を認めた場合においても、他面その行使が往々他人に著しい損害を与える虞あるときは、特にその行使につき正当の事由あることを要請する等これが制約を規定する方途に出でるのである（例えば借家法第一条ノ二の如きがそれである）。そして更に法律はその本質上道徳に対する背反を肯定することはできないのであるから、もし権利の行使が社会生活上到底認容し得ないような不当な結果を惹起するとか、或は他人に損害を加える目的のみでなされる等公序良俗に反し道義上許すべからざるものと認められるに至れば、ここにはじめてこれを権利の濫用として禁止するのである（民法一条）。」⁽⁷⁾（下線は筆者が附加。以下同じ。）

単下線部分を権利濫用の要件としてとらえる見方もあるが⁽⁸⁾、単下線部分は波線部分の例示又は考慮要素の関係にあり、最高裁は権利濫用の本質を反公序良俗性と考えているようである。調査官解説も、「学者はいづれも、他人に対する加害の目的という如き主觀的標識は過去のものとし、信義則違反、倫理觀念ないし公序良俗違反、社会觀念による認容の限界の逸脱…等、客觀的標識によるべきものとしている。本判決のとつた標識も同様でありもとより異論のないところと思われる」⁽⁹⁾としている。

しかし、昭和31年最判の上記要件はなお抽象的であり、下級審裁判例に現れた諸事件についても、権利濫用とされる現象は種々のものを含み、単一原理で説明することは困難であり、1つの法原理として構成することも不適當であると指摘される状況にある⁽¹⁰⁾。権利濫用に統一的な要件を設定することは不要、有害であるとの主張もある⁽¹¹⁾。

そこで、学説は、類型論による整理を試みる。中でも、鈴木祿彌博士の分類を幾代通博士が再整理した、①権利濫用理論が単なる不法行為に適用されている場合⁽¹²⁾、②実定成文法規が概括的・抽象的であるか法規の欠缺があるゆえに権利濫用論が権利の内容又は範囲の明確化に用いられる場合⁽¹³⁾、③権利範囲は本来明瞭であったが、時代の変遷とともに、社会的妥当性の見地から、権利範囲が縮小し、又は法の性質が変化したと考えて、権利の新しい限界の成立過程で権利濫用論が利用される場合⁽¹⁴⁾、④一種の強制調停の機能を持つものとして権利濫用論が利用される場合⁽¹⁵⁾の4類型が概ね支持されている⁽¹⁶⁾。②③は法改正までのつなぎとしても機能する。④の類型は、権利間衝突における調整法理として権利濫用禁止を位置付ける立場⁽¹⁷⁾からは、まさに権利濫用禁止の固有の存在意義となる。④の類型について、無権原者について、自己に正当な権原がないことを知った後事態の解決に誠意をもって努力したかという、「保護資格」を要求する主張⁽¹⁸⁾が注目される。これは、信義則にクリーンハンズの原則⁽¹⁹⁾が適用されることとも通じる。

権利濫用の効果についても、「権利濫用の効果の具体的あり方は、濫用された権利の種類、濫用の態容などにより異なる」⁽²⁰⁾とするのが、一般的理解である。ある行為に対する妨害排除請求権又は妨害予防請求権の行使が権利濫用となる場合に、同一行為に対する不法行為損害賠償請求権又は不当利得返還請求権の行使が直ちに権利濫用になるとは限らない⁽²¹⁾。この点が問題となる、上記④の類例につき、裁判所の判断には一定の傾向が見て取れる。

最高裁判所は、適法な占有権原なき土地占有事案において、土地賃借人の存在を知り、賃借権付としての廉価で土地を買い受け、賃借権に対抗力がないことを奇貨として抜打的に提訴した土地所有者による、建物収去・土地明

渡請求を権利濫用と認めて請求を棄却する一方⁽²²⁾、次のように判示して、損害賠償請求を認容した（以下、「昭和43年最判」という。）。

「被上告人が上告人の従前同土地について有していた賃借権が対抗力を有しないことを理由として上告人に対し建物収去・土地明渡を請求することが権利の濫用として許されない結果として、上告人が建物収去・土地明渡を拒絶することができる立場にあるとしても、特段の事情のないかぎり、上告人が右の立場にあるというこ^{とから直ちに、その土地占有が権原に基づく適法な占有となるものでないことはもちろん、その土地占有の違法性が阻却されるものでもない}のである。したがつて、上告人が被上告人に対抗しうる権原を有することなく、右土地を占有していることが被上告人に対する関係において不法行為の要件としての違法性をおびると考えることは、被上告人の本件建物収去・土地明渡請求が権利の濫用として許されないとしたこととなんら矛盾するものではないといわなければならない。されば、上告人が前記土地を占有することにより被上告人の使用を妨害し、被上告人に損害を蒙らせたことを理由に、上告人に対し、損害賠償を命じた原判決は正当である。」⁽²³⁾

また、最高裁判所は、建物収去土地明渡請求が認められるべき事案で、土地所有者が不法占有者に対し別途不法行為を行って不法占有者の占有利益が消滅した期間についても、これを別個の問題として、不法占有にかかる損害賠償請求権が影響を受けないとした。

「上告人は、被上告人による本件土地の不法占有により、右土地の使用を妨げられているのであるから、特段の事情のない限り、これによつて、上告人は本件土地の賃料相当額の損害を被つているというべきであり、上告人の被る右損害は、上告人が本件建物等を違法に取り壊したために被上告人において本件土地の利用を継続することができない不利益が生じたからといって、これを上告人が甘受しなければならないものではないというべきである。被上告人は、上告人の本件建物等の違法な損壊によつて損害を被つた場合には、その填補のために上告人に対する損害賠償の請求が許されるのであるから、被上告人の本件土地占有によつて上告人の被る損害の賠償請求権行使の許否を判断するに当たつては、被上告人所有の建物自体の損壊による損害の発生を顧慮する必要はないというべきである。」⁽²⁴⁾

下級審裁判例にも、事案の具体的な事情により、建物収去土地明渡請求を棄却し、不法行為損害賠償を認めた事案があり⁽²⁵⁾、裁判所は、妨害排除請求権／妨害要望請求権行使が具体的な事情の下で権利濫用と評される場合でも、正当な使用収益権原がない以上は、不法行為損害賠償請求権の行使を認める立場を一貫して取っているといえる。「権利の行使は許されないということも、ある行為をイエス・オア・ノーで片づけるのではなく、双方の互譲を図らねばなるまい…他人の侵害行為を排斥できないが補償をもらえるとか、反対に、排斥できるが補償を与えよ、ということになる」との我妻榮博士の指摘⁽²⁶⁾は示唆的である。

3. 知的財産権法判例／下級審裁判例にあらわれた権利濫用類型

3. 1 キルビー事件最判

キルビー事件最高裁判決⁽²⁷⁾では、無効理由のある特許権に基づく不法行為損害賠償請求⁽²⁸⁾についての権利濫用の成否が争点となった。本判決は、「このような特許権に基づく当該発明の実施行為の差止め、これについての損害賠償等を請求することを容認することは、実質的に見て、特許権者に不当な利益を与え、右発明を実施する者に不当な不利益を与えるもので、衡平の理念に反する結果となる」ことを理由に、「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、特段の事情がない限り、権利の濫用に当たり許されない」とした。なお、不当利得返還請求権や廃棄請求権には言及がないが、「損害賠償等」の「等」に含まれると解される。

第104条の4を導入した平成23年法改正前の特許法の下では、かかる特許について無効審決が確定した場合には、特許法第125条により特許権は初めから存在しなかったものとみなされるのであるから、特許権者は当該特許権に基づく損害賠償金を保持する権原を欠き、当該金員が不当利得になるとともに、差止や廃棄等は不法行為になる。したがつて、かかる特許権の特許権者は実質的には無権利者であつて、実質無権利に基づくいかなる請求の認容も社会生活上到底認容し得ないような不当な結果を惹起することになるから、権利濫用の効果として、損害賠償

請求権、不当利得返還請求権、差止請求権、廃棄請求権等の一切を排除すべきである。「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続を強いること」は迂遠且つ負担が大きく、「訴訟経済にも反する」からである。

本判決は、以上の考えに基づき、訴訟物としては差止請求権の存否が含まれていない事件であるにもかかわらず、請求にない部分に関しては傍論ながら、法理判決として、定型的に特許権の限界を画し、実質無権利の特許発明の実施行為に対して差止請求権、損害賠償請求権等を排除することとしたものであって、幾代博士の分類でいえば、④の強制調停ではなく、③の法変化による権利の新たな限界設定事案と解することもできるが、従前から法の不備は明白で、公知技術除外抗弁等の弥縫策が行われていたことから、②の法規欠缺の場合の権利内容の明確化を画する事案といえる。このことは、その後の平成16年法改正を経て、現行法では、本判決のような事案は、特許法第104条の3の権利行使制限の抗弁の問題となることからも明らかである。

3. 2 ポパイ・マフラー事件最判

ポパイ・マフラー事件最高裁判決⁽²⁹⁾では、世界的に有名な漫画の主人公の名前と同一であって、その人物像の観念及び称呼以外を生じさせない登録商標に基づく、当該漫画の著作権者からキャラクター許諾を受けて当該人物名を付した商品を販売する者に対する、不法行為損害賠償請求⁽³⁰⁾についての権利濫用の成否が争点となった。

本判決は、「本件商標は右人物像の著名性を無償で利用しているものに外ならない」との評価の下、「客観的に公正な競業秩序を維持することが商標法の法目的の一つとなっている」ことを根拠に、かかる請求を「客観的に公正な競業秩序を乱すものとして、正に権利の濫用というほかない」と判断して、棄却した。これは、商標権に基づく不法行為損害賠償請求権の行使自体が、商標法の目的に反する、すなわち、昭和31年最判にいう「権利の行使が社会生活上到底認容し得ないような不当な結果を惹起する」との評価に基づくものといえる。

すなわち、本判決は、定型的に商標権の限界を画し、権利範囲を明確化した上で、権利範囲外の行為に対して損害賠償請求権を排除するものであって、幾代博士の分類でいえば、④の強制調停ではなく、②の法規欠缺の場合の権利内容の明確化事案といえる。このことは、その後の法改正を経て、現行法では、本判決のような事案は、商標登録の無効審判請求の除斥期間が経過していない限り、商標法第39条・特許法第104条の3の権利行使制限の抗弁の問題となる⁽³¹⁾ことからも明らかである。また、独自の信用が化体していない登録商標⁽³²⁾の権利範囲を画するものと理解することもできよう。

3. 3 エマックス事件最判

エマックス事件最高裁判決⁽³³⁾では、商標登録の無効審判請求の除斥期間経過後の、米国法人製造にかかる、周知商標が付されている商品について、並行輸入業者（周知と主張される商標⁽³⁴⁾に類似する登録商標の商標権者）による、正規代理店業者（周知と主張される商標の使用者）に対する、差止請求及び不法行為損害賠償請求についての権利濫用の成否が争点となった。

本判決は、商標法第4条第1項10号の立法趣旨を「需要者の間に広く認識されている商標との関係で商品等の出所の混同の防止を図るとともに、当該商標につき自己の業務に係る商品等を表示するものとして認識されている者の利益と商標登録出願人の利益との調整を図るもの」とし、ポパイ・マフラー事件判決を引用の上、「同号の規定に違反して商標登録がされた場合に、当該登録商標と同一又は類似の商標につき自己の業務に係る商品等を表示するものとして当該商標登録の出願時において需要者の間に広く認識されている者に対してまでも、商標権者が当該登録商標に係る商標権の侵害を主張して商標の使用の差止め等を求めるることは、特段の事情がない限り、商標法の法目的の一つである客観的に公正な競争秩序の維持を害するものとして、権利の濫用に当たり許されない」とした。

本判決もまた、外形的な条件で定型的に⁽³⁵⁾商標権の限界を画し、法規の欠缺状態において権利範囲を明確化した上で、権利範囲外の行為に対して差止請求権と損害賠償請求権を排除するものであって、幾代博士の分類でいえば、②の権利内容の限界を画する事案といえる。

もっとも、本判決にかかる商標権の権利範囲の限界づけについては、すでに、商標法第47条第1項括弧書きの

不正競争目的による商標登録の場合の除斥期間排除と商標法第32条の先使用権で解決済みであるところ、本判決が先使用権を潜脱しているとの批判もある⁽³⁶⁾。事案の具体的な内容、ポパイ・マフラー事件の引用及び補足意見に鑑みると、むしろ、独自の信用が化体していない登録商標の権利範囲を画する、商標法下の従来の権利濫用禁止の流れに実質的に位置づける見方も可能である⁽³⁷⁾。

しかし、本判決は、次のような考え方を前提としているのではないか。すなわち、当事者の利害関係の差異を勘案して、商標法第32条第1項「所定の周知性、すなわち『需要者間に広く認識され』との要件は、同一文言により登録障害事由として規定されている同法四条一項一〇号と同一に解釈する必要はなく、その要件は右の登録障害事由に比し緩やかに解し、取引の実情に応じ、具体的に判断するのが相当というべきである」と理解するゼルダ標章事件控訴審判決⁽³⁸⁾の考え方である。これに従えば、いわゆるエマックス抗弁と先使用権はすみわけ可能である。本判決は、先使用権を発生させるものよりも高度の周知性を備える先行周知商標との関係で、商標権の範囲を明確化するために権利濫用禁止を用いた判例といえようし、理解に対立のある商標法第32条第1項の解釈を暗示する点でも、商標権の権利範囲を明確化する。

3. 4 やっぱりバスが好き事件判決

著作者人格権侵害において、漫画原画の絵柄、セリフ及び書文字の75か所に加筆、削除、変更等の削除を加えた出版社の行為の同一性保持権侵害を認定しつつ、損害賠償請求と謝罪廣告請求（民法第723条）を棄却したものがある⁽³⁹⁾。これは、著作者が「自ら事前に二回にわたり、皇族の似顔絵や皇族を連想させるセリフ等の表現を用いないことを合意しておきながら、締切を大幅に経過し、製版業者への原画持込期限のさし迫った」「日の夕刻になつて、ようやく本件原画を渡し、長時間にわたる修正の要求、説得を拒否し、…編集長を他に取りうる手段がない状態に追い込んだ」行為が、「重大な自己の懈怠、背信行為」と認定された事案であり、過失相殺（民法第722条第2項）と謝罪廣告不相当によつても同一の帰結を導くことができたと考えられる。被疑侵害者が請求全面棄却を主張する上で、過失相殺による10割減責よりも、権利濫用の名目の方が簡便であったと推察される。定型的な権利範囲の明確化又は限界づけというよりは、具体的な事情に照らした強制調停というべき類型であり、出版社側が事前の修正による円満解決に尽力していた点に保護資格が認められたものと評価し得る。

4. 独占禁止法違反を理由とする権利濫用

4. 1 総説

特許権者のライセンススキームが独占禁止法に違反し、公序良俗に反し無効となるか否かが争われた、日之出水道事件控訴審判決は、独占禁止法と知的財産の関係について規定する独占禁止法第21条の趣旨について、以下のように判示する。

「独占禁止法21条は、『この法律の規定は、著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法による権利の行使と認められる行為にはこれを適用しない。』と規定している。この趣旨は、特許権は、業としての特許発明の実施の独占権であり（特許法68条）、実用新案権、意匠権等もこれと同様の実施の独占権であること（実用新案法16条、意匠法23条等）から、特許権等の権利行使と認められる場合には、独占禁止法を適用しないことを確認的に規定したものであつて、発明、考案、意匠の創作を奨励し、産業の発達に寄与することを目的（特許法1条、実用新案法1条、意匠法1条）とする特許制度等の趣旨を逸脱し、又は上記目的に反するような不当な権利行使については、独占禁止法の適用が除外されるものではないと解される。」⁽⁴⁰⁾

公取委の「知的財産権の利用に関する独占禁止法上の指針」（平成28年1月21日最終改正）も、以下のように同旨を述べる。

「権利の行使とみられる行為であつても、行為の目的、態様、競争に与える影響の大きさも勘案した上で、事業者に創意工夫を發揮させ、技術の活用を図るという、知的財産制度の趣旨を逸脱し、又は同制度の目的に反すると認められる場合は、上記第21条に規定される『権利の行使と認められる行為』とは評価できず、独占禁止法が適用される」⁽⁴¹⁾

以上の判断枠組は、契約上の争訟では公序良俗違反による無効の成否としてあらわれるが、不法行為訴訟すなわち侵害訴訟の局面では、権利濫用の成否としてあらわれることになる。

4. 2 リコー事件第一審判決

リコー事件第一審判決⁽⁴²⁾では、再生トナーカートリッジにおける、プリンタの残量検知機能利用のためのICチップの交換に対する、ICチップの物理的構造や部品の配置に関する特許権に基づく差止請求、廃棄請求及び不法行為損害賠償請求についての権利濫用の成否が争点となった。

本判決は、「電子部品のメモリについて、十分な必要性及び合理性が存在しないにもかかわらず本件書換制限措置を講じることにより、リサイクル事業者である被告らが原告電子部品のメモリの書換えにより本件各特許の侵害を回避しつつ、トナー残量の表示される再生品を製造、販売等することを制限し、その結果、被告らが当該特許権を侵害する行為に及ばない限り、トナーカートリッジ市場において競争上著しく不利益を受ける状況を作出した上で、当該各特許権の権利侵害行為に対して権利行使に及んだ」との認定のもとに⁽⁴³⁾、差止請求⁽⁴⁴⁾について次のように判示した。

「本件書換制限措置による競争制限の程度が大きいこと、同措置を行う必要性や合理性の程度が低いこと、同措置は使用済みの製品の自由な流通や利用等を制限するものであることなどの点も併せて考慮すると、本件各特許権に基づき被告製品の販売等の差止めを求めるることは、特許法の目的である「産業の発達」を阻害し又は特許制度の趣旨を逸脱するものとして、権利の濫用（民法1条3項）に当たる」

また、本判決は、損害賠償請求についても次のように判示した。

「差止請求が権利の濫用として許されないとしても、損害賠償請求については別異に検討することが必要となるが、上記ア記載の事情に加え、原告は、本件各特許の実施品である電子部品が組み込まれたトナーカートリッジを譲渡等することにより既に対価を回収していることや、本件書換制限措置がなければ、被告らは、本件各特許を侵害することなく、トナーカートリッジの電子部品のメモリを書き換えることにより再生品を販売していたと推認されることなども考慮すると、本件においては、差止請求と同様、損害賠償請求についても権利の濫用に当たると解するのが相当である。」

そして、本判決は、差止請求及廃棄請求のみならず、損害賠償請求についても、特に理由を示すことなく、その全額について請求を棄却した。

本判決は、事案の具体的な事情の総合考量により各請求について権利濫用を認定しているところからすると、鈴木祿彌博士の分類でいえば、②の権利内容の限界を画する類型というより、④の強制調停類型といえる。

4. 3 リコー事件のような事案における損害賠償請求／不当利得返還請求の成否

独占禁止法違反（公正競争阻害性）を理由として特許権に基づく差止請求が権利濫用となる場合に、損害賠償請求等が権利濫用となるか、権利濫用となるとしてもその効果は請求の一部棄却にとどまる余地はないかという問題については、旧稿⁽⁴⁵⁾で若干の考察を試みたことがある。

公正競争阻害性の効果を排除するために、差止請求（及び廃棄請求）について権利濫用を認定し、その効果として全面的な権利阻止を設定し、もって、特許製品又は使用済特許製品の円滑な流通を実現するという状況では、特許発明実施にかかる実施料相当額を損害賠償又は不当利得として支払わせても、かかる円滑な流通が阻害されるとはいえない。再生品ではない特許発明実施製品の製造販売者は、そもそも同じ条件で競争しているからである。

リコー事件第一審判決の挙げるような二重利得禁止原理（「既に対価を回収している」）は、消尽が成立していない状況ではそもそも適用されないから、権利濫用を基礎づけることもできないし、賠償額又は利得額の算定にも考慮されるものではない。

リコー事件第一審判決の挙げるような、「本件書換制限措置がなければ、被告らは、本件各特許を侵害することなく、トナーカートリッジの電子部品のメモリを書き換えることにより再生品を販売していたと推認されること」は、不法行為にあっては「自招危難」すなわち「被害者側の過失」、不当利得にあっては「利得の押しつけ」に位

置付けられるであろうが、いずれも不法行為法、不当利得法それぞれの規定に基づき処理すれば足り、権利濫用構成によらなくても、権利の限界づけと妥当な解決が可能である。

すなわち、不法行為にあっては、旧稿に論じたとおり、過失相殺（民法第722条2項）として処理すれば足り、かつ具体的な事情に照らした柔軟な損害額算定が可能となる。また、不当利得にあっては、特許侵害についての利得は、被侵害財貨の客観的価値（市場価値）⁽⁴⁶⁾として、もとより相当実施料額に限定される。権利の限界づけ類型としても、強制調停類型としても、権利濫用禁止の出る幕はない。

逆に、不当利得返還請求を全面的に排斥するには、不当利得法の構造上、特許権者の行為に不法原因給付（民法第708条）に準じる不法原因がなくてはならないはずである。「利得の押しつけ」が不当利得法上考慮されるのは、不法原因給付に当たる場合しかない。権利行使が不法行為となるための法律構成としてあらわれた、シカーネをマジックワードとして持ち出したからといって、不法原因給付と同視可能な不法原因を帯びるわけではない。不当利得返還請求権「の行使が社会生活上到底認容し得ないような不当な結果を惹起するとか、或は他人に損害を加える目的のみでなされる等公序良俗に反し道義上許すべからざるものと認められる」状況は考え難い。

旧稿で指摘したとおり、現に特許発明の作用効果を享受している以上、上記「1」で挙げた最高裁判例及びそれに基づく下級審裁判例との整合も図られねばならない。昭和43年最判の言い回しにあてはめると、特許発明実施の差止を請求することが権利の濫用として許されない結果として、実施者が差止を拒絶することができる立場にあるとしても、特段の事情のないかぎり、実施者がかかる立場にあるということから直ちに、その特許発明実施が権原に基づく適法な実施となるものでないことはもちろん、その実施の違法性が阻却されるものでもないである。

ここで、実施者が特許権ライセンスを申し込んだが条件で折り合わず、見切り発車で実施に踏み切った、又は特許権者が特許権ライセンスにFRAND条件を提示していたが実施者が特許権のライセンスを申し入れなかつたという仮想事例を考えてみると、アップル対サムスン事件大合議判決⁽⁴⁷⁾の事案に類似した利害関係となる。同大合議判決は、「FRAND宣言に至る過程やライセンス交渉過程等で現れた諸般の事情を総合した結果、当該損害賠償請求権が発明の公開に対する対価として重要な意味を有することを考慮してもなお、ライセンス料相当額の範囲内の損害賠償請求を許すことが著しく不公正であると認められるなど特段の事情が存することについて、相手方から主張立証がされた場合には、権利濫用としてかかる請求が制限されることは妨げられない」としつつ、特段の事情を例示することなく、また、他社とのライセンス契約の不開示及び特定特許の存在の非通知をかかる特段の事情として認定していない。同判決のratio decidendiは「FRAND条件でのライセンス料相当額の範囲内の損害賠償請求については、必須宣言特許による場合であっても、上記…の特段の事情のない限り、制限されるべきではない」との部分にある。

また、これも旧稿で指摘したとおり、特許法は、特許権者と「公共の利益」の利益調整のために、通常実施権の強制許諾制度（特許法第93条第2項）を用意しているのであり、リコー事件のような事案では、使用済特許製品の円滑な流通のために、強制許諾の裁定を申立てることが可能であった。また、通常は特許権者の製品に特許発明は実施済みであろうが、再生のために特殊な加工が必要でそれをカバーする特許権であった（したがって特許権者自身は不実施の）場合には、不実施発明にかかる強制許諾の裁定（特許法第83条第2項）もありうる。なるほど、強制許諾の裁定を受けるには時間がかかるが、それまでの見切り発車としての実施に対しては、差止請求を権利濫用で排除し、損害賠償請求／不当利得返還請求に対しては、強制許諾の裁定で想定される相当実施料を損害／利得額として請求認容することが、強制許諾制度を設けた趣旨にかなうというべきである。さもなくば、ライセンス交渉も強制許諾裁定の申立ても行わない実施者が法的に優遇されることになり、強制許諾制度の趣旨が没却されることになろう。かかる手段を尽くさなかった本件の再生カートリッジ業者には、少なくとも損害賠償請求権／不当利得返還請求に対しては、保護資格を欠くともいえる。

かかる再生品排除型の紛争について、権利濫用禁止は、差止請求権の排除の限りでのみ意義がある。仮に、独占禁止法違反（公正競争阻害性）を理由として特許権に基づく差止請求が権利濫用となる場合に、損害賠償請求等について権利濫用構成を取るとしても、権利濫用構成を取る実益の一つは、強制調停ともいえる柔軟妥当な解決を導くというにあるから、仮定的な強制許諾裁定と同じ結果に帰結するべきであるし、保護資格も問われるべきである。

5. 権利濫用論による衡平な解決の可能性のあるその他の局面例

権利濫用論により、事案に即した衡平な解決を導きうる今一つの局面として、産業物品の特定の実用用途での改造行為に対し、著作権又は著作者人格権にもとづく制作差止請求権及び／又は損害賠償請求権の行使がなされるケースが考えられる。著作者／著作権者の著作物の特定「表現」が、merger doctrine の下で、一般的には表現と認められたとしても、被疑侵害者の特定用途において他に表現の選択肢がない場合に、差止請求権、さらには損害賠償請求権の行使が被告にとって酷であるという状況が成立し得る。「当該表現を表現と評価しても代替選択肢が十分に残っているか」という「事後的」な観点からの選択の幅を考慮する立場⁽⁴⁸⁾に立脚しても、著作権法第2条第1項第1号及び第17条の構造上、著作権及び著作者人格権の発生において、考慮されるべき事後的な機能的制約は、当該著作物の創作時に一般享受者を対象に前提とされるものに限定されるからである。被疑侵害者側の固有事情は、権利制限と同様に、抗弁事実であり、これを表現性すなわち著作物性の判断に取り込むことはできない。

実際の紛争事案で、権利濫用論を適用していたらどうなったかを見てみよう。金魚電話事件⁽⁴⁹⁾は、現代美術作家（控訴人、一審原告）が、「美術展等で展示をして」いた自己の現代美術についての著作権（複製権）及び著作者人格権（同一性保持権）にもとづき、金魚の養殖で知られる自治体の商店街組合（被控訴人、一審被告）による、実物の公衆電話ボックス部材及び公衆電話機を利用した金魚の屋外飼育展示水槽の、観光客誘致の目的での屋外恒常設置に対し、制作差止請求権、廃棄請求権及び不法行為損害賠償請求権を行使した事案である。

この事案で、一審原告作品は、「外見は公衆電話ボックスに酷似したものであるが、控訴人が一から制作したものであり、電話ボックス様の造作水槽、その内部に設置された公衆電話機様の造作と棚、水槽を満たす水、水の中に泳ぐ主に赤色の金魚から成る」ものであったのに対し、一審被告の水槽は、「公衆電話ボックスの部材を利用して造作した水槽に水を入れ、金魚を泳がせ、水槽内の公衆電話機の受話器部分から気泡を発生させた」ものであるが、公衆電話機の機種と色、棚の形状などの異同があった。一審被告水槽は、廃品を第三者が改造した水槽を譲り受けて再設置したものであり、リコー事件と同様に、知財権と所有権の衝突事案としての側面もある。

控訴審裁判所は、「電話ボックスの多くの部分に水が満たされている」点、「電話ボックスの側面の4面とも、全面がアクリルガラスである」点、「その水中には赤色の金魚が泳いでおり、その数は、展示をするごとに変動するが、少なくとも50匹、多くて150匹程度である」点、及び「公衆電話機の色と電話ボックスの屋根の色がいずれも黄緑色である」点には創作性を認めなかつたが、「公衆電話機の受話器が、受話器を掛けておくハンガー部から外されて水中に浮いた状態で固定され、その受話部から気泡が発生している」点に創作性を認め⁽⁵⁰⁾、「電話ボックス様の水槽に50匹から150匹程度の赤色の金魚を泳がせるという状況のもと、公衆電話機の受話器が、受話器を掛けておくハンガー部から外されて水中に浮いた状態で固定され、その受話部から気泡が発生しているという表現において、原告作品は、その制作者である控訴人の個性が發揮されており、創作性がある。このような表現方法を含む1つの美術作品として、原告作品は著作物性を有する」とした。その結果、控訴審裁判所は上記の点の共通性から複製権侵害を認定し、かつ公衆電話機及び電話ボックスの屋根の色の変更を同一性保持権侵害と認定した。

しかし、著作物性について上記認定を前提としたとしても、一審被告は以下の事情を主張できた（判決書に表れた限りでは主張していない模様）。

一審被告は、金魚が特産品である自治体の商店街組合であり、この点を観光客にアピールして観光客を誘致する目的で、金魚の生体を恒常に展示する設備として一審被告水槽を設置している。かかる目的上、商店街の日常空間に溶け込む形での展示と、生体を健康的に維持するためのエアレーション及び濾過の両立が必要となる。そこで（元）ガソリンスタンド脇の公衆電話ボックス内での金魚の飼育展示を行うことになるが、日常空間に溶け込むという要請から、エアレーション及び濾過に必要な設備は、底面等ではなく、観光客の目に触れない場所に収納しなくてはならないという制約が生じ、公衆電話機内に仕込むほかない。公衆電話機からの気泡の出口は、受話器を掛けておくハンガー部の可動用孔、つり銭口、テレホンカードの挿入口、受話器の孔という4つの選択肢しかなく、多孔形状のエアストーンとの類似性からの親和性もあり、一審被告水槽の目的上、観光客に対する美観上の効果が最も高い、受話器の穴を選択することになる。

また、受話器の位置は、大別して、ハンガー部に掛かった状態（電話ボックス内は不使用の状況）、ハンガー部

より上方の水中に浮いた状態（電話ボックスは通話中の状況）及びハンガーパークより下方に垂れ下がった状態（通話中に不穏な事態が生じた状況）の3つの選択肢しかなく、観光客誘致の目的からは、商店街の賑わいを想起させる、ハンガーパークより上方の水中に浮いた状態を選択する以外にない。

他方、一審被告水槽は、一審被告作品とは屋根の色彩、公衆電話機の形状及び色彩、棚の形状、受話器の具体的な位置及び方向が異なり、上記の設置目的上の制約に由来する共通点を超えて、類似するものではない。上記の異同はいずれも、第三者より譲り受けた、一般製品ベースの自己の所有物の性状に由来するものである。

そうすると、控訴審裁判所による一審原告作品の創作的表現認定を前提としても、一審被告作品の特定の制作目的と使用状況に対しては、少なくとも、制作差止請求権と廃棄請求権の行使は、一審被告の表現の自由及び営業の自由並びに所有する動産の利用を全面的に排除するものとして不当であり、幾代博士の類型④の権利濫用に当たる⁽⁵¹⁾。不法行為損害賠償請求権については、権利濫用の成否いずれも論理的にありうるが、創作的表現を現に観光客に享受させているという点をとらえると、権利濫用ではないとして請求権を認めた上で、設置目的上の制約を相当実施料額の算定上考慮するのがすわりの良い帰結（まさに強制調停）ではないか。

このように、権利者の著作物の制作時の機能的制約と、被疑侵害者の著作物の制作及び利用時の機能的制約が異なる場合に、著作物性の次元で妥当な解決が導けない状況で、権利濫用論は柔軟かつ衡平な帰結をもたらす可能性がある。

著作権法では米国のような一般的なフェアユース規定の立法化が頓挫し、個別の権利制限規定を五月雨的に立法するスタイルが堅持されたが、フェアユース規定を代替して、立法の缺欠を埋めるものとして、権利濫用を利用できるケースもあるかもしれない。なお、既存の個々の権利制限規定の適用除外事由としての「著作権者の利益を不当に害することとなる場合」の解釈についても、具体的な利益衡量にかかる相当／不当の判断である以上、権利濫用におけると同様に、個々の請求権との関係で該否を個別判断し、差止請求権／廃棄請求権と、不法行為損害賠償請求権／不当利得返還請求権とで結論を分かつことが可能ではないか。

6. 立法論との関係

上記のとおり、知的財産権が準物権として、必要性又は相当性を問うことなく、権利侵害に対して直ちに妨害排除請求権／妨害予防請求権を認める構造になっている現行法制下で、権利濫用は、損害賠償を認めるが差止は認めない形での、鈴木祿彌博士のいう強制調停機能を果たす。いわゆるキルビー抗弁としての権利濫用が、特許法第104条の3の立法化により役割を終えたように、現在一部で議論されている、差止への必要性要件加重の法改正が実現すれば、権利濫用禁止を介すことなく、具体的な事情を必要性の評価根拠事実と強化障害事実の総合判断による利益衡量にシフトして、同様の解決を導くこともできようが、少なくとも現行の知財法制下では、知財法の固有法理により代替できない限り、権利濫用禁止による個別救済の働く領域がある。これには、TRIPS協定第30条及び第31条との抵触問題を回避するメリットもある。

7. おわりに

シュメル⁽⁵²⁾都市ラガシュの王グデア（紀元前2100頃）は彫像B碑文において次のように宣言する⁽⁵³⁾。

ニン・ゲン・ナ・ナ・ニン・ギル・ス・神・の・法・を・遵・守・し・
nin₂ gen₆-gen₆-na ^dNanshe ^dNin-njir₂-su-ka-še₃ en₃ im-ma-ši-tar

（予は）ナンシェ神ニンギルス神の法を遵守し、

ヌ・シ・キ・ル・ニ・ン・ジ・ク・ヌ・ム・ナ・ヤ・ル・ナ・マ・ク・ス・ル・ア・ト・ク・ヌ・ナ・ヤ・ル
nu-siki lu₂ nin₂-tuku nu-mu-na-yar na-ma-kuš lu₂ a₂-tuku nu-na-yar

孤児を財ある者の恣にさせず、寡婦を権ある者に恣にさせなかつた。

これを権利濫用禁止の原初の形態と解釈することもできるかもしれない。他方で、正義（ニン・シ・サ₂）とは、シュメルでは本来のあるべき状態を意味し、逸脱を本来の完全な状態に戻すことが正義にかなう⁽⁵⁴⁾。古代メソポタミアやローマ⁽⁵⁵⁾の昔より、正義とは、時に権利行使の実現（配分的正義）、時に権利の限界づけや強制調

停（矯正的正義）として立ち現れる。後者が一般条項としての権利濫用禁止として法典化されるのは、上記「1」のとおり20世紀を待たねばならないが、一般条項であるがゆえにその適用には謙抑的でなくてはならないことも先に述べたとおりである。人の支配ならで法の支配⁽⁵⁶⁾として予測可能性を担保するには、判例及び先行下級審裁判例との整合性が強く要求される。知財訴訟において権利濫用禁止を用いる場合も、民法一般で展開された権利濫用にかかる議論から逸脱した適用は許されない。一方でまた、現実社会の要請と法改正の齟齬を埋め、「各人に彼のものを *suum cuique*」⁽⁵⁷⁾ 具体的に実現する上での権利濫用禁止の意義も、知的財産権法分野では小さくない。議論の深化を期待するところ切である。

(注)

- (1) 末川博『権利濫用の研究』(岩波書店、1949) 78~88頁。
- (2) 山野目章夫編『新注釈民法(1) 総則(1)』(有斐閣、2018) [平野裕之] 184頁。
- (3) 大判昭和10年10月5日民集14巻1965頁。
- (4) 四宮和夫・能見善久『民法総則』第9版(弘文堂、2018) 30頁、前掲注2 山野目編 [平野] 184頁、186~192頁。
- (5) 幾代通『民法総則』(青林書院、1969) 19頁、河上正二『民法総則講義』(日本評論社、2007) 13頁、山本敬三『民法講義I 総則』第2版(有斐閣、2005) 526頁、前掲注2 山野目編 [平野] 192頁。
- (6) 平成16年改正による現代語化前の文言は「権利ノ濫用ハ之ヲ許サス。」であった。
- (7) 最一小判昭和31年12月20日民集10巻12号1581頁。
- (8) 前掲注2 山野目編 [平野] 195頁。
- (9) 北村良一「判解」『最高裁判所判例解説民事篇昭和31年度』(法曹会、1961) 232頁。
- (10) 川島武宜『民法総則』(有斐閣、1965) 52頁。前掲注5 幾代 19頁も同旨。
- (11) 前掲注2 山野目編 [平野] 193頁
- (12) 鈴木祿彌『財産法における『権利濫用論』の機能』法律時報30巻10号(1958) 17頁、前掲注5 幾代 20頁。
- (13) 前掲注5 幾代 20頁、前掲注12 鈴木祿彌 18頁(ただし独立した類型としては設定しない)。
- (14) 前掲注12 鈴木祿彌 18頁、前掲注5 幾代 20~21頁。
- (15) 前掲注12 鈴木祿彌 20頁、前掲注5 幾代 21頁、前掲注2 山野目編 [平野] 207頁。平野教授の「利用権設定による私的収用代用型」もほぼ重なるが、強制調停型の権利濫用の効果として被疑侵害者の利用権が生じるとまで踏み込む論者は必ずしも多数ではない。
- (16) 谷口知平・石田喜久夫編『新版注釈民法(1) 総則(1)』改訂版 [安永正昭] (有斐閣、2002) 135~136頁、前掲注5 河上 16頁、菅野耕毅『権利濫用の理論』(信山社、2002) 74~75頁。
- (17) 前掲注4 四宮・能見 30頁、前掲注16 菅野 26~27頁、前掲注5 山本 523~524頁。
- (18) 前掲注12 鈴木祿彌 21頁。
- (19) 前掲注2 山野目編 [吉政知広] 153頁。
- (20) 前掲注16 谷口・石田編 [安永] (有斐閣、2002) 136頁。
- (21) 損害賠償請求権の濫用について消極的な初期学説として、舟橋諄一「所有権の濫用」『末川先生古稀記念 権利の濫用 中』(有斐閣、1962) 6頁。
- (22) 最三小判昭和43年9月3日22巻9号1817頁。控訴審判決に対し双方当事者が上告し、別事件として同日に判決がなされている。注23判決参照。
- (23) 最三小判昭和43年9月3日22巻9号1767頁。
- (24) 最三小判昭和57年10月19日民集137号373頁。
- (25) 東京地判昭和52年5月26日判時875号6頁、東京地判昭和51年10月29日下民集27巻9~12号734頁[電線撤去請求事案]、名古屋地判昭和59年1月31日判タ528号228号、東京地判昭和63年1月25日判タ676号126頁、東京地判平成5年3月25日判時1486号87頁。なお、大阪高判昭和43年1月12日判時519号56頁は、建物収去土地明渡請求と賃料相当額の不法行為損害賠償請求をともに棄却したが、賃貸借関係承継を否認できないので賃料請求が認められるのみとのロジックであり、具体事情から使用収益権原を認めた事案である。
- (26) 我妻榮『新版民法案内II』(一粒社、1967) 48~49頁。
- (27) 最三小判平成12年4月11日民集54巻4号1368頁。
- (28) 債務不存在確認訴訟であり、差止請求権の存否は訴訟物ではないが、最高裁は、差止請求権の場合も含めた法理判例を定立した。
- (29) 最二小判平成2年7月20日民集44管5号876頁。
- (30) 商標権者は原審及び原々審で差止請求も行っていたが、原審判決(大阪高判昭和60年9月26日無体集17管3号411頁)は、す

で販売が中止されており、将来の販売のおそれについて立証がないことから、差止請求を棄却している。上告事件では差止請求の成否は争点になっていない。

(31) 武生昌士「判批」別冊ジュリスト 248 号 (2020) 77 頁。

(32) 宮脇正晴「判批」特許研究 65 号 (2018) 10 頁。

(33) 最三小判平成 29 年 2 月 28 日民集 71 卷 2 号 221 頁。

(34) この点の審理のため、判決主文は原審に差し戻している。

(35) 山崎敏裁判官補足意見。ただし、同補足意見は、「権利の濫用の有無は、当該事案に表れた諸般の事情を総合的に考慮して判断されるべきものであって、このことは、商標権の行使について権利の濫用の有無が争われる場合であっても異なるものではない」とし、当事者間の固有の経緯も差戻審では考慮されるとする。

(36) 前掲注 32 宮脇 11~12 頁、愛知靖之「判批」APPPI63 卷 9 号 (2018) 829~832 頁、田村善之「判批」知的財産法政策学研究 52 号 (2018) 272~273 頁、中川一郎「判批」別冊ジュリスト 248 号 (2020) 79 頁など。

(37) 前掲注 32 宮脇 11 頁。宮脇教授は、その場合には新たに定型の法理判例とする意義があったか疑問視する。

(38) 東京高判平成 5 年 7 月 22 日知裁集 25 卷 2 号 296 頁 (原審: 東京地判平成 3 年 12 月 20 日知裁集 23 卷 3 号 838 頁)。同旨の学説として、網野誠『商標』6 版 (有斐閣、2002) 778 頁。

(39) 東京地判平成 8 年 2 月 23 日知裁集 28 卷 1 号 54 頁。

(40) 知財高判平成 18 年 7 月 20 日平成 18 年 (ネ) 第 10015 号 (原審: 大阪地判平成 18 年 1 月 16 日判時 1947 号 108 頁)。

(41) 白石忠志『独占禁止法』第 4 版 (有斐閣、2023) 180~181 頁。同『独禁法事例集』(有斐閣、2017) 247 頁。

(42) 東京地判令和 2 年 7 月 22 日判時 2553 号 70 頁。

(43) 控訴審判決 (知財高判令和 4 年 3 月 29 日判時 2553 号 28 頁) とは認定事実を異にする。

(44) 廃棄請求は、特許法第 100 条 2 項に「前項の請求をするに際し」とあるとおり、差止請求の付隨請求であるから、差止請求にかかる判示が当然に適用される。

(45) 拙稿「特許製品の流通と『取引の安全』—リコー事件に寄せて」パテント 76 卷 3 号 68~69 頁。

(46) 齋田充見編『新注釈民法 (15) 債権 (8)』(有斐閣、2017) [藤原正則] 125 頁。

(47) 知財高判平成 26 年 5 月 16 日判時 2224 号 146 頁。

(48) 高野慧太『著作権の保護範囲と正当化理論』(弘文堂、2024) 258 頁。

(49) 大阪高判令和 3 年 1 月 14 日判時 2522 号 119 頁 (原審: 奈良地判令和元年 7 月 11 日判時 2522 号 132 頁)。

(50) 弁論主義の下での制約があるとはいえ、筆者個人は本件で創作性を認定した判断に疑問がある。観賞魚のジオラマ水槽内でエアストーンを内部に仕込んだ人工物 (市販品でも水車小屋や潜水夫の例がある) をディスプレイする技法は古く、水槽内に電話機を配置する場合にエアストーンを内部に仕込むのは、そもそもありふれた表現といえる。そして本文中で述べる事情は merger doctrine の適用をもたらす。一審原告作品の著作物性を、より具体的な表現のレベルで認めた上で、類似性の次元で非侵害の結論を導いたと考える。筆者は、いわゆる応用美術につき通常の著作物と同じ判断基準で判断する立場 (拙稿「応用美術の著作権保護をめぐる若干の考察」パテント 64 卷 1 号 53 頁 (2011)) から以上のように考えるが、仮に一審被告が金魚の屋外飼育展示装置として応用美術該当性を主張し、控訴審裁判所がいわゆる分離性説 (マジックワードとしての「美的創作性」を用いるが、実質的には merger doctrine プラス「美術の範囲」該当性判断説) による判断基準を適用したならば、やはり非侵害の結論に至ったのではないか。

(51) 同一性保持権に基づく請求に対しては、権利濫用成立とは別に、やむを得ない改変 (著作権法 20 条 2 項 1 号) の抗弁も成立する。これは受忍限度論を著作権法の下で具体化したものと位置づけられよう。本来的には、やむを得ない改変として同一性保持権が及ばない事案、すなわち、権利濫用が「受忍限度論など権利・利益の衝突の調整原理による権利内容の限界づけの問題に解消されるべき」(前掲注 2 山野目編〔平野〕184 頁) 類型であろう。

(52) 日本では慣例上シュメールと長音化されるが、文献名を除き、アッカド語表記 𒂗-𒂗 の読みとしてシュメールを採用する。

(53) RIME 3/1.01.07, St B composite, vii 38~43。翻字及び訳文は、Mark E. Cohen “An Annotated Sumerian Dictionary” (Pennsylvania State University Press, 2023) と対照しつつ、ペンシルヴェニア大学 ORACC の ETCSRI と飯島紀『古代メソポタミア語文法 シュメール語読本』(信山社、2011) を参照した。

(54) 前田徹『シュメールの王碑文を読む』(リトン、2024) 286 頁。

(55) 前掲注 26 我妻 39~40 頁。「厳正硬直な法律制度をとっていたローマ法でも、倫理思想によって緩和することを認めざるをえなかつた事情、殊にいかなる場合にいかなる標準でこれを認めたかという点を、ローマの法律制度と社会事情に関連させて研究するのでなければ、意味がない」との指摘は、現行法下の議論に示唆的である。

(56) ゲデアの時代にすら、裁判の主宰者である王が守るべき神の法が觀念されていたことは注目に値する。

(57) 前掲注 45 拙稿 69 頁。

(原稿受領 2025.4.4)