

判例による法の形成—日本



奥野 泰久*

1. ヨーロッパ大陸において、19世紀から20世紀初めまでは法典編纂の時代であった。民法においては、1804年のフランス民法（いわゆるナポレオン法典）をもって、その嚆矢とする⁽¹⁾。このような、制定法をもって法を形成するという手法を、成文法主義といい、そのような社会のシステムないし国家を、シヴィルロー・システムないし法典法国という。

これに対して、英米系諸国では、同時代、判例の積重ねによって法を形成するということが行われた。この立場を判例法主義といい、その社会システムないし国家をコモンロー・システムないし判例法国という。

翻って日本は、明治維新後の急速な近代化の過程で、主としてヨーロッパ大陸法、とりわけフランス法およびドイツ法を継受した。民法もその一つである⁽²⁾。すなわち近代日本は、成文法主義をとる、シヴィルロー・システムの社会、法典法国である。

2. どんな教科書にもそのようなことが書かれている⁽³⁾。そのとおりなのだろう。

しかし、では現代の日本はどのようなのだろうか。今でもシヴィルロー・システムを維持しているのだろうか。それとも英米型のコモンロー・システムに変わってきたのだろうか。

これは難しい問題である⁽⁴⁾。しかし、判例による法の形成に関する限り、筆者の素人目には、日本は、そのどちらでもない、なんと表現していいかわからないが、「具体的事件の解決を離れた判例法主義」、「抽象的判例法主義」とでもいうようなシステムを取っているように見える。

3. どこが英米型と違っているのか。筆者の理解する英米型の判例法主義とはこうである。

ある事件に対して下された判決書の中には、その事件においてその結論を導くために必須不可欠にして十分であった論理、すなわち判決理由（判決で示された準則、ratio decidendi）と、事件の解決とは必ずしも関

係がなかった理屈、すなわち傍論（obiter dictum）とが含まれている。このうち、前者だけが、後発事件に対する紛争解決基準として、拘束力を有する（先例拘束主義）。すなわち、これが（判例）法を形成する。

したがって、何が法であるかを知るためには、当該判決を徹底的に分析して判決理由と傍論とを峻別し、真の法＝判決理由（判決で示された準則）だけを抽出する作業が必要になる。「判決の射程距離」などという日本語も、この分析を意味していることが多い。それをするのが法律家の第一の役割である。

そして、その後に生じた事件に対して、それまでに形成されてきた判例法の中からどれを適用して結論を下せばよいのか、あるいは、どの先例と比べても事案（重要な事実ないし利益状況）が異なるがゆえに新たな法理を創造しなければならないのか、など事案の異同を、これまた徹底的に分析する（distinction）。これが法律家の第二の役割である。

さらに、こうして積重ねられた判例法を体系的に整理する（restatement）。これが法律家の第三の役割である。

4. 筆者の理解するところ、判例法主義のメリットの一つは、その時代時代の要請に適合した法を形成できることである。

例えば、日本民法416条の母法であり、ハドリー対バクセンデール事件判決（1854年）によって確立された、イギリスのハドリー・ルールがその一つである。このルールは、制限賠償主義を定めたものである。産業革命後の資本主義がまさに拡大しつつある時期に、資本主義的活動から不可避免的に生ずる契約不履行に関して、不履行者の損害賠償責任を軽減したのである。この結果、契約のリスクおよびコストが軽減され、企業活動はさらに活発になり、資本主義が一層発展することになった⁽⁵⁾。

また、アメリカでは、1970年代末から、それまでの

* 弁護士・弁理士

アンティ・パテント主義からプロ・パテント主義に移った。司法もその一翼を担った⁽⁶⁾。その結果、かえって基礎技術の研究開発競争が活発になり、かつ促進され、90年代のアメリカの隆盛をもたらす一因となったと言われている⁽⁷⁾。これも判例法主義のメリットであろう。

もちろん成文法主義でも、法改正が頻繁に行われれば同じことではある。しかし、現実的には、判例法主義ほどには機動的に運ばないと思われる。

5. これに対して、現代の日本ではどうだろうか。日本でも、例えば、根抵当、仮登記担保、譲渡担保など、とりわけ担保物権法の分野において、慣習が判例によって公認されて法を形成してきている⁽⁸⁾。

しかし、筆者から見ると、日本では、英米型の判例法主義と異なり、(すべてとは言わないが)傍論が判例法を形成しているように感じられる。少なくともそれが当然のように受止められている。これは驚くべきことではなからうか。こう感じているのは筆者だけではない。30年以上も前から言われていることである⁽⁹⁾。

6. 具体例を挙げよう。まず、キルビー特許事件最高裁判決がその一つである⁽¹⁰⁾。

最高裁は、「無効となる蓋然性がきわめて高い特許権に基づく権利の行使は、権利の濫用であり」許されないと述べて、侵害裁判所が特許権の有効性判断に踏込むことを認めた。そして、これによって、侵害裁判所も一定の限度で、新規性の欠如や進歩性の欠如など、無効事由一般について判断することができる、という法理が確立した、と理解されているようである。

しかし、そうなのだろうか。

キルビー特許事件では、先行する特許権(A)について無効が確定しており、後行する特許権(B)は先行する特許権と全く同一内容である(B=A)、という事情の下で、その後行する特許権(B)に基づく権利行使の是非が問われたものである。しかも、訴えを提起したのは被疑侵害者側という、消極的確認訴訟であった。

地裁も高裁も、確認の利益を肯定した。地裁は、問題の特許権(B)につき公知技術を斟酌してクレームを限定解釈した上で、対象物件がクレームと相違することを理由に非侵害であるとした⁽¹¹⁾。高裁はそのような特許権(B)の行使は許されない(権利濫用)とした⁽¹²⁾。そして、最高裁も、上記のような一般論を述べて、原告の請求を認容した。

しかし、何故、そこまでする必要があったのだろうか

か。認容するにしても、「無効となる蓋然性がきわめて高い特許権に基づく権利の行使は、権利の濫用である」などと、侵害裁判所が新規性や進歩性など無効事由全般について判断することができる、という長い射程距離を持つかのような抽象的命題(一般論)を言わなくても、「当該事案ではこれこれ」で解決できたように思える。

少なくとも、筆者の理解する英米流の考え方によれば、上記の一般論は明らかに傍論である。せいぜい、無効になった先行特許権(A)と同一内容の後行特許権(B(=A))に基づいて権利を行使することは許されない、という判例法が確立したに過ぎないはずである。

ところが、この判決によって、侵害裁判所も一定の限度で、新規性の欠如や進歩性の欠如など、無効事由一般について判断することができる、という法理が確立したかのようである。現に、この判決の後に、判決が示した抽象的命題を引用しつつ、新規性や進歩性の欠如を理由に、権利濫用の抗弁を認めた下級審判決が下されている⁽¹³⁾。

そうだとすると、我が国では、最高裁判決の傍論によって判例法が形成されていることになる。

7. もう一つの例は、いわゆる均等論(等価理論)をめぐるボールスプライン軸受事件最高裁判決である⁽¹⁴⁾。

地裁は、被疑侵害物件と特許発明との相違点を重視して、非侵害と帰結した⁽¹⁵⁾。ところが、控訴審は、均等論を適用して侵害を肯定した⁽¹⁶⁾。

これに対して、最高裁は、一般論として均等論が適用されることを認め、そのための5つの要件を示し、4番目の要件を充たしているかどうか不明だからとして、この点を審理させるために、事件を高裁に差戻した。つまり、この事案では、「被疑侵害物件(Y)は、特許発明(X)のクレームと比べて明らかに相違点がある。相違点があるけれども均等論が適用できるかもしれない。けれどもこの事案では均等かどうかわからない。よってこの点を審理するために破棄差戻し。」と判断されたのである。

注意すべきは、この判決は控訴審の判断を何一つ是認していないということである。置換可能性や置換容易性など、均等論適用の他の要件に対する控訴審の認定について、その当否を何ら判断していないのである⁽¹⁷⁾。

4番目の要件というのは、被疑侵害物件が、問題となっている「特許発明の特許出願当時における公知技術と同一か、または当業者がこれから容易に推考できたものではない」ことである。わかりにくいだが、要す

るに、被疑侵害物件(Y)が、特許(X)出願当時の公知技術から容易に推考できるものであるならば、それはいわば自由技術に属するから、特許権(X)の保護はそこまで及ばない、つまり、均等の範囲外である。また、この要件は、被疑侵害者側に証明責任がある、ということらしい。

この判決に対して、ちょっと疑問に思うのは、この4番目の要件は均等論プロパーの問題なのだろうか、ということである。この問題は、何も均等論に限ったことではないのではないのか。クレーム文言の外側にある技術であって、しかも自由技術に属するのならば、特許権の保護が及ばないのは当たり前ではないか。均等論以前の問題である⁽¹⁸⁾。

しかし、何よりもおかしいのは、均等を肯定した高裁判決である。上告理由書によると、被疑侵害物件(Y)について特許権が成立しているのである。ということは、特許庁は、被疑侵害物件(Y)が、置換可能・置換容易どころか、逆に、原告の特許発明(X)を含む従来技術には見られない新規性・進歩性を有すると判断しているのである。それを、高裁は否定したことになる。つまり、被疑侵害物件(Y)にかかる特許の有効性を否定したのに等しい。

侵害裁判所がそこまでやってよいのだろうか。この高裁判決は、上記のキルビー特許事件判決に先立つものである。キルビー特許事件最高裁判決が、侵害裁判所による特許の有効性判断に一步踏込んだものであるとしたら、この高裁判決は、百歩くらい踏込んでいる。筆者の不勉強ゆえ、この点について、どのような議論がなされてきたのか、よくわからない。しかし、議論が尽くされてきたとは言えないのではないか。だからこそ最高裁も、高裁の判断を何一つ是認しなかったのではないか。

しかし、だからと言って、最高裁が高裁の均等論に引っ張られる必要はなかった。公表された事件記録を見る限り、筆者には、地裁判決が穏当であるように見える。また、この事件は、破棄差戻し後の高裁で、権利者側の訴え取下げによって終了したと聞いている。つまり、この事件は、均等論を待つまでもなく、非侵害を理由に請求棄却されるべきことが明らかな事件であったのだろう。

そうだとすると、最高裁のやり方は、なんと回りくどいことだろう。どうせ請求棄却になるのなら、何も均等論に言及する必要はない。地裁、高裁で認定された相違点を指摘して、非侵害と帰結すれば足りたはず

である。

少なくとも、筆者の理解する英米型の判例法主義からすれば、最高裁判決が言及した均等論は傍論であって、均等論を確立した判例ではない。そのことだけは確かである。

ところが、これによって均等論の法理が確立した、と理解されているかのように見える。その後の下級審では、この最高裁判決に沿って判断して均等を肯定し、権利者の請求を認めたものが現れている⁽¹⁹⁾。

もし、この最高裁判決が、均等論の法理を判例法として確立したものだとする、それは傍論が判例法になっているということであり、具体的事件の解決を離れたところで判例法が形成されていることになる。

8. 余談になるが、この2つの判例が実務に与える影響は非常に大きい。

一方で、ある対象物件がクレームの文言にぴたりと当て嵌まっても、それに対して権利行使できない「形骸型特許権」と、他方で、ある対象物件がクレームの文言と異なっている、それに対して権利行使可能な「拡張型特許権」とが、この世の中に存在するというのである。特許庁による登録審査主義はいったいどこへいったのだろうか。明細書は何のためにあるのだろうか。

侵害裁判所は、クレーム文言どおりのまともな特許権のほか、萎んだり、膨らんだりする特許権があることを前提にして、侵害非侵害を判断しなければならない。侵害訴訟が提起されれば、被告(被疑侵害者側)は非侵害の主張に加えて、たいてい権利濫用の抗弁を提出する。原告(権利者側)も、文言侵害ではないという事態に備えて、「仮に文言侵害でないとしても」と、たいてい均等論を主張する。そのような主張・抗弁が出されて、裁判所はそれらについても審理判断しなければならない、という場面が増える。

侵害事件の審理を迅速化せよと言われるけれども、できるのだろうか。東京、大阪の専門部を充実させることが裁判所の流れとなっているが、大丈夫だろうか。

裁判所はまだしも、ADR⁽²⁰⁾、例えば日本知的財産仲裁センターに事件を持込めるだろうか。同センターの現在の運営は、弁護士・弁理士による「献身的なプロボノ活動」によって、支えられているそうである⁽²¹⁾。そのような方々に対して、権利の有効性や均等論にまで踏込み、しかも迅速な審理をしてください、と注文してもよいものだろうか⁽²²⁾。

9. 注意していただきたいが、筆者は、このような抽象的判例法主義を批判しているのではない。単に現状を指摘しているだけである。そして、この現状を、好ましいことではないが、今の日本ではやむをえまい、と考えている。

権利濫用の抗弁の問題は、おそらく特許庁の審査が杜撰だからであろう。均等論が必要なのは、おそらく権利者側の明細書の書き方が甘いであろう。それを、裁判所が、何とかしてあるべき方向に是正しようとしているのである。これは大変なことである。ご苦労をおかけします、である。

事柄をもっと大きく捉えると、立法機関や行政機関がその機能を十分に果たしていない、ということではないか。

その部分を、事件として取上げられる限りではあるが、司法が引受けている、ということではないのだろうか。司法に対する信頼は、まだ立法や行政ほどには損なわれていない。司法もそれに応えようとしている、ということではなからうか。日本では、裁判所に対してコネも賄賂も通用しない。幸いなことに、いわゆる「族議員」とも無縁である。

司法は国民から最も遠いところにいる、と言われる。しかし、常に当事者がそこに存在し、生の事実がそこに存在する、という意味においては、国民に最も近いところにいる、と言ってよい。「法の実現における私人の役割」が発揮される場である。我々法曹は、法＝正義の実現に奮闘しなければならない。

上記で紹介した2つの判例は、実務界では概ね歓迎されているようである。また、首を傾げたくするような判例もたまには見かけるが⁽²³⁾、それは判例変更という形で是正することができる。できの悪い法律がいつまでも放置されるより、判例で骨抜きにされる方がましである⁽²⁴⁾。

このような日本のやり方も、一つの賢明な方法なのであろう。言うなれば司法積極主義である。このような潮流が今後さらに増すように感じられる⁽²⁵⁾。しかし、ここには「悲しい現実」があるのではないだろうか。

注

- (1) 四宮和夫・能見善久「民法総則 [第6版]」(弘文堂, 2002年) 8頁
- (2) 北川善太郎「民法総則 (民法講義 I) [第2版]」(有斐閣, 2001年) 6~7頁, 内田貴「民法 I [第2版補訂版] 総則・物権総論」(東京大学出版会, 2000年) 24~26頁, 大村敦志「基本民法1 総則・物権総論」(有斐閣, 2001年) 5~6頁

なお、ヨーロッパ大陸法継受以前の日本は、判例法主義の確立したコモンロー・システムの国であったといわれている(ジョン・H・ウィグモア「法律の進化」法律時報7巻6(昭和10年6月)号6頁)。

- (3) 田中英夫「実定法学入門 [第3版]」(東京大学出版会, 1974年) 77~79頁
- (4) 注(2)北川 I の5頁, 注(3)の田中 200~201頁
- (5) 内田貴「民法 III 債権総論・担保物権」(東京大学出版会, 1994年) 148頁
- (6) この点については, Graver Tank 事件連邦最高裁判決(1950年), Markman 事件連邦最高裁判決(1996年), Warner-Jenkinson 事件連邦最高裁判決(1997年), Festo 事件連邦最高裁判決(2002年) およびそれらの解説・評釈を参照されたい。
- (7) 文献は枚挙に暇がないが, 一例として, 「産業競争力と知的財産を考える研究会」報告書の II, 2 (特許ニュース 2002年6月21日号掲載)を挙げておく。
- (8) 注(3)の田中 193~195頁, 注(2)の内田 I の342頁
- (9) 注(3)の田中 202~215頁。現在, 筆者の手元には初版(1965年), 第2版(1968年)がないが, 記憶する限り, 遅くとも第2版には, 同趣旨の記述があった。
- (10) 最判平成12(2000)年4月11日民集54巻4号1368頁
- (11) 東京地判平成6(1994)年8月31日判時1510号35頁
- (12) 東京高判平成9(1997)年9月10日判時1615号10頁
- (13) 東京地判平成12(2000)年9月27日判タ1042号260頁, 大阪地判平成13(2001)年1月30日
- (14) 最判平成10(1998)年2月24日民集52巻1号113頁
- (15) 東京地判平成3(1991)年4月19日知的裁集26巻1号89頁
- (16) 東京高判平成6(1994)年2月3日知的裁集26巻1号34頁
- (17) 注(14)の判決に対する判例時報1630号33頁の解説
- (18) 中山信弘「工業所有権法(上)特許法 [第2版増補版]」(弘文堂, 2000年) 401頁
- (19) 大阪地判平成11(1999)年5月27日判時1685号103頁, 大阪地判平成12(2000)年5月23日, 東京高判平成12(2000)年10月26日判時1783号97頁
- (20) Alternative Dispute Resolution (裁判外紛争解決手続き)の略称。
- (21) 花水征一「日本知的財産仲裁センター【その運営と将来】」(自由と正義2001年9月号85頁)
- (22) 花水前掲論文も, このような問題点を指摘している(同書83頁)。
- (23) 「試験・研究」該当性を巡る, 最判平成11(1999)年4月16日民集53巻4号627頁。筆者の独断であるが, この事件は, 和解により, アメリカ型のような妥協策で, さっさと解決していただきたいかった。事件確定まで, 事件当事者以外の他の後発医薬品メーカーを萎縮させ, 当事者たる先発メーカーと後発メーカーの事実上の寡占状態が続く, という効果があったようである。
- (24) 注(3)の田中 231~244頁, 注(5)の内田 III 58~59頁
- (25) 真の権利者からの特許登録名義変更請求を認容した, 最判平成13(2001)年6月12日民集55巻4号67頁。また, 改正独占禁止法24条も, このような文脈で捉えることができるのではないだろうか。

(原稿受領 2003. 4. 22)