



知財分野の最高裁判決に見る法解釈方法論と政策形成

前田, 健

(Citation)

民商法雑誌, 154(1):68-89

(Issue Date)

2018-04

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/0100482704>



知財分野の最高裁判決に見る法解釈方法論と政策形成

神戸大学准教授

前田 健

MAEDA, Takeshi

【目次】

I はじめに

II 知財分野における裁判所の解釈方法論

- 1 シェーン最高裁判決と立法者意思説
- 2 法律文言・法体系との整合性を理由付けとした例
- 3 法解釈がもたらす帰結に言及した例
- 4 法創造をしたといえる例

III 知的財産法の解釈と政策形成

- 1 既存法理との整合性の追求とその枠内での政策判断
- 2 政策判断をしやすい場合とそうでない場合
- 3 裁判所の政策判断能力の限界と補完
- 4 法解釈方法論を見据えた立法論

IV おわりに

I はじめに

知的財産法において法解釈方法論について議論する意味はどこにあるのか。知的財産法は殊に産業政策との関連が深い¹⁾。近年では、知的財産制度の産業政策上の役割と政策形成の在り方について研究する論文も多い²⁾。それら

1) 産業財産権法と呼ばれる特許法、商標法等は言うに及ばず、著作権法も近年では産業政策的色彩を濃くしている（中山信弘『著作権法〔第2版〕』〔有斐閣、2014年〕5頁）。

2) たとえば、田村善之「プロ・イノベーションのための特許制度の muddling through」

の研究においては、隣接諸科学をも活用したあるべき妥当な政策についての議論とともに、その政策を司法の場において、すなわち法解釈を用いて実現していくべきだという議論も盛んである。たとえば、特許法においては特許法の解釈論を通じて、産業分野ごとに政策の調整を行い、政策的観点から妥当な帰結へと導くべきだとの「政策レバー」という考え方が提唱されている³⁾。これによれば、法解釈は妥当な政策を実現するための道具として、利用されるべきことになる。

一方で知的財産法分野は立法の動きの激しい分野でもある。もし法改正が容易に行えるのだとすれば、妥当な政策の実現は立法によってこそ実現すべきなのであろうか。この点、立法を行うとしても、一定の場合においては、政策形成における司法の役割に期待すべきと論じられている⁴⁾。その一例として著作権法におけるフェア・ユース導入論がある⁵⁾。これらの議論においては、著作権法に権利制限の一般規定を導入することで、拡張しがちな著作権について事案に応じて適宜制限を加えて妥当な帰結を導くことができる旨が説かれる。フェア・ユース導入論は、立法を要するものであるが、司法が新規定を解釈運用することを通じて具体的に妥当な政策が実現されていくことが期待されている。ここにおいても法解釈が政策実現の道具として活用されることが期待されている。

しかし、仮に法解釈が政策形成に活用されるべきとしても、法解釈という営為が、解釈がもたらす政策的効果に対する評価（帰結主義的な観点からの評

\\(1) 知的財産法政策学研究 35 号（2011 年）27 頁、中山一郎「知的財産政策と新たな政策形成プロセス——『知的財産立国』に向けた 10 年余」知的財産法政策学研究 46 号（2015 年）1 頁。

3) Dan L. Burk, and Mark A. Lemley, *Policy Levers in Patent Law*, 89 Va. L. Rev. 1575 (2003). これを基本的に支持するものとして田村善之「プロ・イノベーションのための特許制度の muddling through (2)」知的財産法政策学研究 36 号（2011 年）153 頁参照。

4) 田村善之「日本の著作権法のリフォーム論——デジタル化時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて」知的財産法政策学研究 44 号（2014 年）30 頁以下は、ロビイング耐性などの政策形成バイアスの観点から立法よりも司法に期待すべき場合があることを指摘する。

5) フェア・ユース導入論については、上野達弘「著作権法における権利制限規定の再検討——日本版フェア・ユースの可能性」コピライト 560 号（2007 年）2 頁、横山久芳「著作権の制限とフェアユースについて」パテント 62 巻 6 号（2009 年）48 頁参照。

価)と直結する形で行われなければならないという命題が直ちに論証されるわけではない。すなわち、「利益衡量論」⁶⁾が主張したような、法解釈とは政策論に基づく結論を形式的に正当化するための道具に過ぎないという解釈方法論が直ちに正当化されるわけではない。また、逆に、法解釈方法論として政策論は一切考慮すべきでないとの立場が採用されたとしても、直ちに法の究極的な目的が政策の実現にあるという見方が否定されるわけでもない。仮に、司法における法の解釈・適用が政策論を全く考慮しない形で行われたとしても、そこでもたらされる帰結が、妥当な政策の望む帰結と一致することもありうるからである。

筆者は、法は究極的にはそれがもたらす帰結によって評価されなければならないという帰結主義の立場に説得力を感じている。しかし、そうだととしても、法解釈はそれと独立した営為であって、法解釈そのものが帰結主義の観点を直接反映させる形で行われるべきものでもないとも捉えている。本稿では、このような問題意識を踏まえて、法解釈方法論につき分析する。具体的には、平成10年以降の特許法・著作権法分野における民集登載判例を分析し、裁判所がどのような解釈方法論のもと法解釈を展開してきたかについて客観的に把握する。そして、現実には裁判所が採っている方法論を前提としたうえで、法が望ましい帰結を実現するための道具としてよりよく活用されるために、政策論をいかに法解釈の中で実現していけるのかについて考察を加えたい⁷⁾。

6) まず利益衡量による実質的な判断を行いあるべき法を決定したうえで、法解釈をその結論を形式的に正当化するための道具として用いるという考え方。加藤一郎『民法における論理と利益衡量』(有斐閣、1974年)、星野英一『民法解釈論序説』星野英一『民法論集第1巻』(1970年)1頁参照。

7) この点に関し、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(2009年)233頁が先行研究として参考になる。得津は、民法と商法には法解釈方法論に対するスタンスに差があり、その「民商の壁」は「客観的な価値判断が可能とする範囲の差」であるとする。民法と商法においては、政策論が優先されて法ドグマ論が後退する領域の広さについて差があると指摘する。

Ⅱ 知財分野における裁判所の解釈方法論

1 シェーン最高裁判決と立法者意思説

(1) シェーン最高裁判決の概要

知財分野における法解釈方法論の現状を把握するには、法解釈方法論そのものが争点となった最判平成 19・12・18 民集 61 卷 9 号 3460 頁〔シェーン〕から分析を始めるのが適当であろう。この事件では、平成 16 年 1 月 1 日に施行された著作権法の一部を改正する法律（平成 15 年法律 85 号）の附則 2 条の新法第 54 条第 1 項の規定「この法律の施行の際現に改正前の著作権法による著作権が存する映画の著作物について適用」するの解釈が争われた。すなわち、平成 15 年改正では、映画の著作物の保護期間が 50 年から 70 年に延長されたが、昭和 28 年に公開された映画「シェーン」の著作権の保護期間が新法により延長されたのか否かが問題となった。著作権の保護期間は、公表された日の属する年の翌年から起算され、その年から所定の年数を経過した年の末日の終了をもって満了することになる（著作 57 条、民 141 条）。昭和 28 年に公開された「シェーン」の保護期間は、改正前の著作権法によると平成 15 年 12 月 31 日の終了をもって満了することになるところ、平成 16 年 1 月 1 日に施行された法律により保護期間が延長されるか否かが争われたのである。

この点、改正法の立法担当である文化庁著作権課は昭和 28 年作品の保護期間延長を認める解釈論を採用し⁸⁾、これを正当化するロジックとして、時点同一論、施行直前論、立法者意思論の 3 つが主張されていた⁹⁾。時点同一論は、保護期間が満了する 12 月 31 日午後 12 時と新法が施行される 1 月 1 日午前零時は、時点として同一だというロジックである¹⁰⁾。施行直前論は、

8) 文化庁長官官房著作権課「著作権法の一部を改正する法律について」コピライト 508 号（2008 年）27 頁。

9) 宮坂昌利「判解」最判解民事篇平成 19 年度(下)946～948 頁。

10) 加戸守行『著作権法逐条講義〔6 訂新版〕』（2013 年）861 頁。宮坂・前掲注 9)948 頁によれば、本件による問題提起以前は、これが通説であって、著作権管理の実務もこれを前提に行われてきていた。しかし、東京地決平成 18・7・11 判時 1933 号 68 頁〔ローマの休日〕により時点同一論が否定されて以降は、学説の多数もそれを支持していた。

「この法律の施行の際現に」という文言は「施行の直前」を意味するというロジックである¹¹⁾。また、立法者意思論とは、法案担当官庁の意図が「立法者意思」を構成することを前提としつつ、法案担当官庁においては昭和28年作品について保護期間を延長することが明白であったとのロジックである¹²⁾。

最高裁は、このいずれの解釈論をも否定し、「この法律の施行の際」とは当該法律の施行日を指し、当該法律の施行の直前の時点を含むものと解することはできないとした。その理由は、「この法律の施行の際現に」との文言は、日本語それ自体としては多義的であるが、一般に、「新法令の施行日においても継続することとなる旧法令下の事実状態又は法状態が想定される場合に、新法令の施行日において現に継続中の旧法令下の事実状態又は法状態を新法令がどのように取り扱うかを明らかにするため」に用いられているからである。また、そう解しても何ら論理矛盾は生じないこと、これと異なる立法者意思は明白なものとしては認められないことも指摘されている。

(2) シェーン最高裁判決の法解釈方法論

シェーン最高裁判決は、結論を導くにあたり過去の用例との整合性を重視した。「この法律の施行の際現に」という文言が過去の法律においても一貫して特定の用法で用いられており、かつ、そのように解しても本法でも特に矛盾が生じないことを根拠に結論を導いている。最高裁は、どのような解釈が既存の法律や受容されてきた法解釈と最もよく適合するのかを、法解釈の基準に据えているように思われる。

また、最高裁は「立法者意思」を法解釈において考慮しなかった。すなわち、最高裁は、「立法者」という発話者の発言（＝法律）の真の意図を探るという解釈論を採用しなかったものと解される。この点において、最高裁の法解釈は、歴史的観点から立法当時の真の意図を探索する立法者意思説¹³⁾又

11) 作花文雄「判批（ローマの休日東京地裁決定）」コピライト548号（2006年）22頁、同「判批（シェーン知財高裁判決）」コピライト553号（2007年）51頁、同「判批（シェーン最高裁判決）」コピライト562号（2008年）40頁。

12) 同上。

13) 近時の立法者意思説に係る文献として前田達明「法解釈について」曹時64巻1号（2012年）1頁参照。

は歴史的解釈¹⁴⁾ではなく、法を立法者から分離した客観的存在と捉える客観説に属する解釈方法論を採ったもののように思われる。

ただし、本判決は法案の提出準備作業の官庁担当者の見解が立法者意思を構成しないことは述べたものの、「立法者意思」が、国会審議や附帯決議から明白に認定することが可能である場合にそれを考慮する可能性を完全に否定してはいない。その意味では立法者の立法時の真の「意図」を探求するという解釈方法論を完全に否定していないとの分析もありえよう。しかし、最高裁は、国会審議の議事録や附帯決議の内容であれば客観的な「法」を構成する可能性をさしあたり排除しなかったに過ぎないと思われる¹⁵⁾。

2 法律文言・法体系との整合性を理由付けとした例

(1) 条文の文言・条文構造を根拠とした例

シェーン最高裁判決は、専ら条文の文言の過去の用例との整合性を理由に法解釈を導いた。以下に見るように最高裁判決の多くは、同じような法解釈方法論を採用し、条文の文言、他の法律、既存の法理と矛盾なく体系的に整合性をつけられる解釈論は何かという視点を、結論を導く重要な決め手としていていると思われる。

まず、解釈が問題となった条文の文言の一般用法との整合性、又は当該条文の文言から読み取れる論理構造との整合性を重視して法解釈を導いた判決として、次のものがある¹⁶⁾。特許権存続期間延長登録制度に関する2件の最高裁判決（最判平成27・11・17民集69巻7号1912頁〔ベバシズマブ〕、最判平成23・4・28民集65巻3号1654頁〔パシーフカプセル30mg〕）においては、特許法67条の3第1項1号の解釈が問題となったが、当該条文の文言の一般

14) 制定法に表現された規範の意味を立法者の意識的意思・観念や前提とされた諸条件を基礎として確定していく作業（磯村哲「法解釈方法論の諸問題」磯村哲編『現代法学講義』〔有斐閣、1978年〕90～93頁参照）。

15) 国会審議や附帯決議が法的拘束力を持つものとは一般には捉えられていないことからすれば、仮にあるとしてもごく例外的な場合に限られると思われる。

16) 以下に挙げるもののほか、発明該当性の判断における反復可能性の意義について判断した最判平成12・2・29民集54巻2号709頁〔黄桃育種増殖方法〕も、理由付けとして特許法2条1項の文言及び同条項に係る過去の最高裁判例のみに言及している。

的な意味を根拠として、法解釈が導かれた¹⁷⁾。同じく特許分野における最判平成 15・4・22 民集 57 巻 4 号 477 頁〔オリンパス光学工業事件〕では、職務発明につき従業員が使用者等に有する対価請求権の行使が問題となった。この判決は、特許法 35 条の趣旨及びその条文構造を根拠として、勤務規則等に対価の定めがある場合でも、対価の額は法定の額とされ、不足する部分について支払いを求めることができる旨判断した。35 条の文言及び条文の構造と矛盾なく整合する解釈は何かという観点が、解釈の根拠となっていた。

(2) 体系的整合性を根拠とした例①

さらに、解釈が問題となった法分野において承認されてきた法理との整合性を重視して法解釈を導いた判決として、次のものを挙げられる。

まず延長登録制度に関する最判平成 11・10・22 民集 53 巻 7 号 1270 頁〔新規ポリペプチド類〕を指摘できる。この判決では特許法 67 条の 3 第 1 項 4 号の解釈が問題となったが、当該条文の文言を丁寧を追いつつ、行政処分の効力発生に関する通説的理解と薬事法の文言を根拠として解釈を導いた¹⁸⁾。最判平成 11・7・16 民集 53 巻 6 号 957 頁〔生理活性物質測定法〕では、方法の発明に基づいて差止めを求められる範囲が問題となった。この判決では、方法の発明と物の発明の区別のドグマ（2 条 3 項の文言）、特許法 100 条 2 項の文言を主たる根拠として法解釈が導かれた。最判平成 27・6・5 民集 69 巻 4 号 700 頁・904 頁〔PBP クレーム〕では、いわゆるプロダクト・バイ・プロセス・クレーム（PBP クレーム）のクレーム解釈につき、従前からの「物の発明……の特許権の効力は、当該物と構造、特性等が同一である物であれば、その製造方法にかかわらず及ぶ」というドグマを敷衍する形で結論を導

17) もっとも、両判決では、特許権の存続期間の延長登録の制度は、政令処分を受けることが必要であったために特許発明の実施をすることができなかった期間を回復することを目的とするものであることにも言及がされている。その意味では単純に条文の文言を追っているわけではない。しかし、「実施」の意味を特許法における一般用法に忠実に解する形で言及がされているので、文言を追う作業の域を出るものではないと思われる。また、両判決では、法案担当者の見解（新原浩朗編著『改正特許法解説』〔有斐閣、1987 年〕79 頁以下参照）が採用されなかった点も指摘に値すると思われる。

18) 行政処分である医薬品の製造承認の効力は、特別の定めがない限り、当該承認が申請者に到達した時に発生すると解されること、及び、薬事法の関連条文の文理からはそのような特別の定めがあるとは解されないことに言及している。

いた。

また、特許権侵害に基づく差止請求の準拠法などが問題となった最判平成 14・9・26 民集 56 卷 7 号 1551 頁〔FM 信号復調装置〕も挙げられる。この判決では、従来から承認されてきた特許権の属地主義の原則や国際私法についての考え方を踏まえて結論が導き出されている¹⁹⁾。

著作権法分野においては、複製の主体が問題となった最判平成 23・1・20 民集 65 卷 1 号 399 頁〔ロクラクⅡ〕、及び自動公衆送信の主体が問題となった最判平成 23・1・18 民集 65 卷 1 号 121 頁〔まねき TV〕を挙げられる。両判決は、法解釈を導く理由付けについて多くを述べないが、前者においては少なくとも金築補足意見を見る限り、最判昭和 63・3・15 民集 42 卷 3 号 199 頁以来のいわゆるカラオケ法理²⁰⁾との整合性や「法的判断として当然」といえる範疇での議論なのかどうかを意識されている²¹⁾。後者では自動公衆送信の定義規定（著作 2 条 1 項 9 号の 4）、公衆送信の定義規定（同項 7 号の 2）、著作権法が自動公衆送信については送信可能化を規制の対象とした趣旨等に言及して結論を導いている。これは、既存の法理との整合性が結論を導くのに対して主要な役割を果たしてきたと評価できると思われる。

また、同じく著作権法分野における最判平成 13・6・28 民集 55 卷 4 号 837 頁〔江差追分〕及び最判平成 13・2・13 民集 55 卷 1 号 87 頁〔ときめきメモリアル〕も挙げられる²²⁾。両判決も、やはり同じく法解釈の理由付けを

19) 高部眞規子「判解」最判解民事篇平成 14 年度(下)687 頁参照。ただし、同判決の理論が、国際私法の従前から理論と本当に整合するものであるかについては異論もある（たとえば、駒田泰土「『属地主義の原則』の再考——知的財産権の明確な抵触法的規律を求めて」日本工業所有権学会年報 27 号〔2004 年〕1 頁参照）。

20) 上野達弘「いわゆる『カラオケ法理』の再検討」紋谷暢男教授古稀記念『知的財産権法と競争法の現代的展開』（発明協会、2006 年）783 頁によれば、カラオケ法理とは「物理的な利用行為の主体とは言い難い者を、管理（支配）性および営業上の利益という二つの要素に着目して規範的に利用行為の主体と評価する考え方」と定義できる。

21) もっとも、この判決については多様な見方が可能である。田村善之「著作権法に対する司法解釈のあり方」曹時 63 卷 5 号（2011 年）1053～1054 頁は、裁判所の判断で、特定の装置やサービスの提供行為に関する違法類型を作出したと批判する。

22) このほか、帰結の妥当性について言及もあると見ることができるが、一般不法行為法に事案をあてはめただけと見うるものとしてカラオケリース装置のリース業者の不法行為責任が問われた最判平成 13・3・2 民集 55 卷 2 号 185 頁〔ビデオメイツ〕も挙げられる。

ほとんど述べていない。しかし、前者は、翻案の判断基準につき、最近の主な学説及び下級審裁判例の多くが採用してきた「既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる」こととの基準を採用する形で判断が下されている²³⁾。従前から承認されてきた、表現は保護されるがアイデアは保護されないとの「アイデア表現二分論」を応用する形で結論が導かれているといえる。後者は、ゲームソフトの改変のみを目的とするメモリーカードの輸入等が、同一性保持権侵害を惹起するものとして不法行為に当たるかが問題となった事件であるが、あくまで既存の同一性保持権についての理解を当該事案にあてはめたものと整理されると思われる。

(3) 体系的整合性を根拠とした例②

特許法の手続分野における最高裁判決には、特許法の手続的構造や民法・民事訴訟法との整合性を考慮して解釈を導いた例がある。最判平成 11・3・9 民集 53 巻 3 号 303 頁〔大径角形鋼管〕では訂正審決確定後の無効審決の取消訴訟の帰趨が問題となったが、訂正後のクレームの無効判断には新たな公知事実との対比が必要なので、無効審決取消訴訟の審理範囲に関する最大判昭和 51・3・10 民集 30 巻 2 号 79 頁に照らすと特許庁に差し戻して判断させるべきであるとして当然取消の結論を導いている²⁴⁾。最判平成 14・3・25 民集 56 巻 3 号 574 頁〔パチンコ装置〕では、共有特許の取消決定の取消訴訟を共有者の 1 人が単独で提起できるかが問題となったが、特許法 38 条、132 条 3 項の趣旨、特許法 114 条 3 項、民法 252 条の存在などを積極的根拠としつつ、特許法 132 条 3 項の定めや民訴法の合一確定の要請とも矛盾しないことを指摘し、単独提起を認めている。また、最判平成 20・7・10 民集 62 巻 7 号 1905 頁〔発光ダイオードモジュール〕では、特許異議手続の中で訂正請求について請求ごとに個別に許否を判断すべきか一体的に判断すべきかが問題となった。判決は、特許は請求項ごとに可分な取り扱いをしない

23) 高部真規子「判解」最判解民事篇平成 13 年度(下)557 頁。

24) さらに、新たな公知技術との対比が必要のない例外的な場合については、必然的に独立特許要件を欠くことになるので、訂正無効審判により訂正が無効となって、既存の無効審決の効力の維持が予定されていることも指摘する(旧特許法 129 条)(なお現行法であれば無効理由〔123 条 1 項 8 号〕となり無効審判において改めて無効となることも指摘する)。

ことが原則であるが例外も明文で認められており、特許異議手続は請求項ごとにできるとされており、訂正請求はその防御としての実質を有することを指摘して、個別に判断することを認めた。

そして、より広く法制度の全体的な構造との整合性から法解釈を導いた判決もある。最判平成 23・12・8 民集 65 巻 9 号 3275 頁〔北朝鮮映画〕では、著作権法 6 条各号所定の著作物に該当しない著作物の利用行為は、同法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為を構成するものではないとの判断が下された。理由付けにあたっては著作権法の趣旨・目的に言及がされたが、これは著作権法が違法類型を完結的に定めたことと一般不法行為を認めることとに矛盾が生じることを根拠にしたものと解される。つまり、著作権法において不法行為となる行為類型が完結的に選択・決定がされていると理解できるので、一般不法行為法による補充を認めるとそれと矛盾するというのである²⁵⁾。

3 法解釈がもたらす帰結に言及した例

このように特許法及び著作権法分野における最高裁判決の多くは、条文や既存法理（法律家共同体において受容されてきた法理）との体系的整合性を保てるかを法解釈の根拠としている。一方で以下に見るように、法解釈に際してそのルールを採用したときにもたらされる帰結についての議論に言及した判決も少なからず存在する。しかし、これらの判決においては、「利益衡量論」のように、帰結主義的な議論が直ちに結論に結びついているわけではない。それらの判決においてもあくまで既存法理との整合性に係る議論を逸脱しない範囲でのみ、そのような言及が行われているのである。

たとえば、特許法分野においては、最判平成 12・1・27 民集 54 巻 1 号 69 頁〔クロム酸鉛顔料〕、最判平成 13・6・12 民集 55 巻 4 号 793 頁〔生ごみ処理装置〕、最判平成 17・6・17 民集 59 巻 5 号 1074 頁〔生体高分子リガンド〕、

25) 山田真紀「判解」曹時 66 巻 10 号（2014 年）2821～2823 頁は、この旨を述べる潮見佳男『不法行為法 I 〔第 2 版〕』（2011 年）91～94 頁を引用し、本判決はこの学説をも踏まえた旨述べる。

最判平成 20・4・24 民集 62 巻 5 号 1262 頁〔ナイフの加工装置〕、最決平成 21・1・27 民集 63 巻 1 号 271 頁〔液晶テレビ〕をそのような判決として挙げることができる。このうち、生ごみ処理装置事件では、真の権利者から無権利者に対する特許権の持分移転請求権が認められた。判決は、理由付けとして移転請求を否定する結論には妥当性がないことを述べるのに、かなりの字数を割いている。一方で、判決は、取戻請求権の法律構成を民法上の不当利得返還請求と構成できる可能性²⁶⁾や無効審判制度と齟齬しないこと²⁷⁾にも気を配っている。また、クロム酸鉛顔料事件では、特許法 167 条の解釈について結論の不合理性から大審院判例を変更した。しかし、167 条の趣旨に照らせば、条文の文理に即して解釈すべきことも理由として指摘している。そして、特許権者は専用実施権を設定したときでも差止請求権を行使できるとした生体高分子リガンド事件、訂正審決の確定を理由に原審の判断を争うことは紛争の解決を不当に遅延させるものであり、特許法 104 条の 3 の規定の趣旨に照らして許されないとしたナイフの加工装置事件、秘密保持命令制度が適用される「特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟」には仮処分事件も含まれるとした液晶テレビ事件では、いずれも結論の実質的妥当性が理由付けにおいて大きな比重を占めている。しかし、生体高分子リガンド事件では特許法 100 条の文言に反しないことが確認されており、ナイフの加工装置事件では特許法 104 条の 3 第 1 項及び第 2 項の趣旨への言及があり、液晶テレビ事件では「訴訟」という文言の特許法における用いられ方に言及されている。これらの判決においても体系的整合性の維持に相当程度配慮していると評価できる。

一方で、特許法分野の最判平成 18・10・17 民集 60 巻 8 号 2853 頁〔日立光ディスク〕及び前掲最判平成 27・6・5〔PBP クレーム〕（明確性要件に係る部分）は、結論の実質的妥当性が体系的整合性より大きな役割を果たしたと評価する余地がある。日立光ディスク事件では、文言上直接適用が困難であることは承知しつつ、特許法 35 条の趣旨に照らして利害状況が異なら

26) 長谷川浩二「判解」最判解民事篇平成 13 年度(下)532 頁。

27) 長谷川・前掲注 26)534 頁。

ないこと等から、外国の特許を受ける権利に関して35条3項・4項の類推適用を認めた。またPBPクレーム事件では、従前の36条6項2号の解釈からは離れてPBPクレームについて妥当な規制を及ぼすべきという観点から²⁸⁾、新たな解釈論が創造されている²⁹⁾。しかし、前者では異論なく認められる35条の趣旨から丁寧に演繹して議論を展開していることからむしろ体系的整合性に注意を払っているともいえよう。また、後者でも特許法の目的（特許1条）や36条6項2号の趣旨に立ち戻り議論を展開しているうえ、千葉補足意見では米国最高裁の動向との整合性など国際調和の観点も加味されており、既存法理との整合性に十分に配慮していたともいえる。

著作権法分野においては、印刷用書体の著作物性について判断した最判平成12・9・7民集54巻7号2481頁〔ゴナ書体〕、テレビゲームの頒布権の消尽が問題となった最判平成14・4・25民集56巻4号808頁〔中古ゲームソフト〕が、理由付けとして結論の実質的妥当性に言及している。しかし、ゴナ書体事件は、著作物性の判断基準について条文をそのまま事案にあてはめる中でそのような考慮を行っており、既存法理から逸脱があるとはいえない。一方、中古ゲームソフト事件は、明文の規定がない中で頒布権の消尽を認めた判決である。だがこれも、特許権については明文の規定のない中で消尽論を認める最高裁判決がすでに出されていたこと³⁰⁾、頒布権を定める著作権法26条の趣旨、譲渡権を定める著作権法26条の2においては消尽が明文で定められていることと齟齬しないことにも触れられており、体系的整合性にも注意が払われている。

28) 本判決の結論が実質的にみて妥当なのかには疑問がある（本判決が惹起した課題については、たとえば設楽隆一「PBP 最高裁判決と実務上の諸問題」L&T 73号〔2016年〕36頁参照）。ただ、最高裁の主観としては上記の通りの説明が可能と思われる。

29) この点、山本意見は多数意見につき「特許法36条6項2号に関する従来の解釈からあまりに外れており、明らかに誤った解釈である」と批判する。

30) 最判平成9・7・1民集51巻6号2299頁〔BBS〕。三村量一「判解」最判解民事篇平成9年度(中)778頁は、消尽論が、その実質的根拠や要件・効果の各点について未解決の問題が多いとの指摘を紹介しながらも、大要においては当然のこととして承認されてきた旨を述べる。

4 法創造をしたといえる例

裁判例の中には、従来なかった新たな規範を創設することにより「法創造」をしたと評価される例がいくつかある³¹⁾。それらの判決においても条文や既存法理との整合性に注意は払われていたのであろうか。

最判平成 12・4・11 民集 54 卷 4 号 1368 頁〔キルビー〕は、大審院以来の判例を変更し、特許の無効審決が確定する以前であっても、特許権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、審理の結果、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（民 1 条 3 項）に当たり許されないと判断した。この判決は後の特許法 104 条の 3 として立法に結実したことから、まさに立法的な判決であったと評しうる。判決は理由付けとして、これに反する解釈は、実質的に見て衡平の理念に反する結果となることや訴訟経済に反することを指摘し、政策論が判決の直接の理由付けになっているともいえる。しかし、審決の確定を待って訴訟手続を中止することができる旨定める特許法 168 条 2 項との整合性やこの結論が特許制度の趣旨に反しないことにも気を使っており、体系的整合性が無視されていたわけではない。また、形式的にはあくまで権利濫用法理の適用という体裁を保っている。そして、判決文中には明らかなでないが、背景として、論点につき相当の学説の積み重ねがあり、また、国際調和が強く意識されていたことがうかがえる³²⁾。その意味では、法律家共同体にとって、法の創造がゼロから行われたとは必ずしも受け止められないものといえよう。

さらに、最判平成 11・4・16 民集 53 卷 4 号 627 頁〔脾臓疾患治療剤〕も挙げられる。同判決では、後発医薬品の製造販売を目的として薬事法 14 条所定の承認申請をするため必要な試験を行うことは、特許法 69 条 1 項にいう「試験又は研究のためにする特許発明の実施」に当たる旨判断した。同判決は解釈論の範疇を超えた政策判断を行い、司法の役割を超えたものとの

31) 以下に述べるもの以外にすでに紹介した判決にもそう評しうるものがあることを否定する趣旨ではない。

32) 高部真規子「判解」最判解民事篇平成 12 年度(下)428～433、436 頁参照。

評価も可能である³³⁾。同判決を、薬事政策における先発医薬品メーカーと後発医薬品メーカーの利害調整を行ったものであって、実質的に政策判断から新たな法規範を創造したと見ることもまた一面の真実をついている。一方で、判決の理由付けにそのような考慮は直接には表れていない。同判決は、特許権の存続期間終了後は何人もその発明を自由に利用することができることが特許制度の根幹の一つであって、本件で69条1項が適用されないとするとその根幹に反する結果になる旨述べるだけである。あくまで体系的整合性を追求する中で結論を導くという最低限の体裁は守られているといえよう。

その他新たな法規範を創造した判決として、均等論を認めた最判平成10・2・24民集52巻1号113頁〔ボールスプライン〕もある。これも、学説・裁判例・外国法の蓄積された議論の中生まれたものであって、むしろ既存の法体系との整合性が意識されているという見方が可能と思われる³⁴⁾。

Ⅲ 知的財産法の解釈と政策形成

1 既存法理との整合性の追求とその枠内での政策判断

以上取り上げた最高裁判決においては、「政策論」³⁵⁾に特段に言及することなく、法律の条文、既存の法理（判例法理及び法律家共同体で受容されている法理ないしドグマ）と体系的に整合するか否かを基準として結論を導いているといえる。すなわち、条文の文言、既存の法理のすべてが矛盾なく体系だって説明できなければならないとの公理を前提として、事案の解決に必要な新たな法理を条文から導出する作業が法解釈だと捉えられているといえよう。

このような法解釈方法は、ドゥオーキンの「純一性としての法 law as

33) 田村は、脾臓疾患治療剤判決は、「法の判断から合理的に推測されるところに反して」されたものと批判する（田村善之「特許制度を巡る法と政策」田村善之『特許法の理論』〔有斐閣、2009年〕11頁）。

34) 本判決以前の議論状況の整理については三村量一「判解」最判解民事篇平成10年度123頁以下参照。

35) ここでは、当該ルールを採用した場合にもたらされる帰結の妥当性についての議論と定義する。

integrity」³⁶⁾という法解釈方法論に極めて近いと思われる。ドゥオーキン³⁷⁾は法解釈とは連作小説を書く作業と類似するものと理解するが、裁判所はまさに条文の文言、既存の法理を所与として、その続編を書くという作業を行っている³⁸⁾と評する。

時として政策論に裁判所が言及するのも、この範疇の中でのことと考えられる。体系的整合性が保てない解釈は採用しえないが、整合性を保ちうる解釈が複数あることもある。それらの中から、どの解釈論を採用するかは、裁判官の裁量であって独自の「政策判断」³⁷⁾に基づくこともできる³⁸⁾。したがって、政策判断に積極的な裁判官が審理を担当した場合には、裁判所が、政策判断も加味して採用すべき法解釈を決定することもある。

ここで積極的な政策判断を行ったと解される例として、最高裁ではなく知財高裁大合議の判断ではあるが、FRAND 宣言された必須特許（必須宣言特許）に基づく差止請求権の行使を権利濫用と認めた知財高決平成 26・5・16（平成 25 年（ラ）第 10008 号）〔アップル対サムスン（仮処分）〕に言及しておく必要があるだろう。同決定は、結論を出すにあたり広く一般から意見書の募集を行った³⁹⁾。決定文の理由付けにその検討の過程は必ずしも見えないが、裁判所が基礎となる情報収集を行い政策判断を行った稀有な事例といえよう。しかし、この判決もあくまで例外の域は出ないうえ、権利濫用法理の解釈論として必ずしも逸脱はしていないことや、学説上の議論の蓄積が相当程度あり、また、国際調和の観点からは穏当な判断であったことを考えれば⁴⁰⁾、前

36) ロナルド・ドゥオーキン（小林公訳）『法の帝国』（1995 年）。

37) ここでは、当該ルールを採用した場合にもたらされる帰結の妥当性についての判断と定義する。明示的に政策論を行っているか否かは問わない。

38) ドゥオーキンの解釈論においては、ありうる解釈リストを用意したのち、既存法理と照らしてどの法が最も適合するか（適合性の審査）と政治道徳の観点からどの法が最善か（正当性の審査）を審査するとされる。ドゥオーキンは、裁判官は政治的に中立ではなく、裁判官は何が法であるかを判断する際に自ら信じる政治道徳に依拠するとする。

39) 意見募集の評価につき同判決の裁判長であった飯村弁護士の論稿（飯村敏明「プロダクト・バイ・プロセス・クレームとアミカスキュリエ」特許研究 60 号〔2015 年〕2 頁）参照。

40) 決定以前の議論状況については「知財高裁詳報（アップル対サムスン（iPhone）事件）」L&T 64 号（2014 年）80 頁、また決定の位置づけについては鈴木博文「標準必須特許の権利行使を巡る法的問題」経済産業研究所ディスカッションペーパー 15-J-061（2015 年）

述の法解釈方法論から逸脱したと評価するには及ばない。

2 政策判断をしやすい場合とそうでない場合

裁判所が政策判断を行うことができるとしても、それは体系的整合性の追求の枠内でのことである。そして、その程度は、基本的に個々の裁判官の個性の問題であると思われる。しかし、より裁量を発揮しやすい場合とそうでない場合はある。

第1に、当該法律の性質・趣旨によって政策判断できる程度が変わる。たとえば、特許法の方が著作権法よりも多くの裁判例で政策論に言及されていた⁴¹⁾。これは、特許法1条が「産業の発達」を目的として掲げるので、体系的整合性の追求という体裁の中で政策判断をしやすいためと考えられる⁴²⁾。すなわち、政策論の基礎となる考え方が条文に明示的に掲げられている場合、必然的に政策論が行われ、したがって政策判断が行われやすい。また、当該法律がオープンなものとして制定されているのか、クローズドなものとして制定されているのかによっても変わる。著作権法において政策判断が忌避されているとすれば、著作権法は著作物の利用に関して権利者の専有に置く行為と自由にする行為とを完結的に定めているので、裁判官が裁量を行使する余地が少ないためと考えられる⁴³⁾。

第2に指摘できるのは、政策判断が既存法理へのあてはめの形をとり、かつ当該法理がルール型ではなくスタンダード型で存在する方が、裁判所は政策判断をしやすい⁴⁴⁾。スタンダード型の規範の具体例として、特許要件（特

ㄱ年）1～41頁参照。

41) 特許法ではおよそ半数の判決で政策論に触れられているが、著作権法ではおよそ3分の1である。

42) なお、商標法の目的規定たる1条が条文の規範的な文言の解釈や個別の条文に明示的な根拠のない法理・解釈を採用するために援用されてきた旨を指摘するものとして、金井重彦は編著『商標法コンメンタール』（レクシスネクシス、2015年）3頁〔金子敏哉〕。

43) この点に関し、著作権法は、特許法と異なり極めて詳細に権利の内容を定める規定の仕方をしている点に加え、特許法は多数の改正を経ているものの、いかなる行為が特許権侵害かを定める条文についてはほとんど改正を経ないのに対し、著作権法は著作権侵害を定める条文について幾度となく改正を経ているという違いがあることを指摘できる。

44) ルールとスタンダードについては差し当たり、森田果「最密接関係地法——国際私法と“Rules versus Standards”」ジュリ1345号（2007年）66頁参照。

許 29 条 1 項・2 項及び 36 条 4 項 1 号、同条 6 項 1 号を含む) の解釈、特許発明の技術的範囲の解釈 (同 70 条)、著作物性の判断、著作物の類似性の判断などが挙げられる。これらにおいてはあてはめの際に裁判所の裁量が大きいからである。ただ、その政策判断は、明示的に判決理由中で述べられることもあるが⁴⁵⁾、そうでないときもある。裁判所が表面的にはあくまで体系的な整合性を追求する議論をしつつ、背後に政策判断を忍び込ませる可能性もある。

この点、下級審裁判例において、著作権者と利用者の利害を調整し妥当な帰結を達成するため、柔軟な解釈論が行われたとして指摘される裁判例⁴⁶⁾がある。これらが仮に政策判断をしていたのだとしても、正面から政策論を行っていたわけではない。よく指摘される例として、いわゆる写り込みを救済した東京高判平成 14・2・18 判時 1786 号 136 頁、絵画の描かれたバスの車体の写真を絵本の表紙に使用したことにつき著作権法 46 条を適用して適法とした東京地判平成 13・7・25 判時 1758 号 137 頁、美術鑑定証書への海外写真の貼り付けを「引用」にあたるとして著作権法 32 条により適法とした知財高判平成 22・10・13 判時 2092 号 135 頁がある。これらの判断も、あくまで体系的な整合性を追求する中で既存法理をあてはめる形で行われている⁴⁷⁾。スタンダード型規範のあてはめの中で政策判断を行うことは不可能ではないが、あくまで既存法理との整合性を追求するというロジックを崩さないという限定付きであるといえよう⁴⁸⁾。

この点、既存法理がすでに政策論を反映するものとなっている場合にはあ

45) 前掲最判平成 12・9・7〔ゴナ書体〕はその例といえようか。

46) 横山・前掲注 5) 48 頁参照。また、引用規定につき、飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究 26 号 (2000 年) 91 頁、上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」半田正夫先生古稀記念論集『著作権法と民法の現代的課題』(2003 年) 307 頁参照。

47) ただし、美術鑑定証書事件については、条文の解釈を超えてフェア・ユース的な新たな法理を定立している旨の批判もある (井関涼子「判批」平成 22 年度重判解〔ジュリ 1420 号〕333 頁)。

48) 横山・前掲注 5) 52 頁は、前掲東京高判平成 14・2・18 や東京地判平成 13・7・25 の評価に関し、現行規定の拡張ないし類推適用には限界がある旨指摘している。上述のバス車体事件につき、田中孝一「判批」平成 13 年度主要民事判例解説 (判タ 1096 号) 156 頁も参照。また、美術鑑定証書事件につき、引用規定 (著作 32 条) 単独で見れば体系的整合性を超える旨の指摘もできようが (前掲注 47) 参照)、著作権法 1 条の目的規定との関係で見れば必ずしもそうとはいえないように思われる。

てはめを行う過程で、自然に政策判断がなされることを期待しやすい。たとえば、特許法において特許法 36 条の記載要件や技術的範囲の解釈の場面で参照される「出願人が明細書に開示した技術的な事項と対比して広すぎる範囲に独占権は成立させない」との法理があるが、当該法理をあてはめる過程で自然と政策判断が織り込まれることを期待できる。逆にいえば、政策論が体系的な整合性の追求の中にビルトインされている場合を除いては、個々の裁判官の裁量を超えて、政策判断を期待することはできない。

第 3 に、立法と司法の役割分担の観点から司法が謙抑的になるべきと判断されるときは、裁判所が積極的に政策判断を行使する余地は後退する。たとえば、延長登録制度に関する 3 件の最高裁判決（前掲最判平成 27・11・17〔ペバシズマブ〕、最判平成 23・4・28〔パシーフカプセル 30mg〕、最判平成 11・10・22〔新規ポリペプチド類〕）においては、条文の文言の一般用例に沿って解釈論が展開され、政策判断は排除された⁴⁹⁾。当該分野においては制度趣旨についてのコンセンサスは必ずしも存在せず、論点は、薬事政策や医薬品メーカー間の利害調整も絡む高度に政治的な問題といえた。資源配分の効率性の問題は立法府に任せるべき事項であって司法の介入を避けるべきであったとすれば、裁判所の解釈態度は首肯できよう。一方で、いかなる時に司法は既存法理との適合性の判断のみに依拠すべきであって、政策判断を忌避すべきかを決定するのは難しい⁵⁰⁾。何がそれにあたるかの判断自体もまた裁判官の価値判断である⁵¹⁾。

49) もちろん、判決文には政策論が表れていないだけで、政策判断のうえ結論が出された可能性がないわけではない。しかし、調査官解説にはそのような立場から展開されていた学説への言及がほとんどなく、そういった配慮を行った形跡がない（田中孝一「判解」曹時 68 巻 12 号〔2017 年〕3167 頁参照）。

50) たとえば、田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究 20 号（2008 年）1 頁は、知的財産法の正統性をプロセスの正統性にも求め、市場と法の役割分担や立法・司法などの法的判断主体間の役割分担を論じる。そのうえで知的財産を創設・強化する方向については効率性に対する立法の判断を尊重し、司法が謙抑的であるべき旨を論じている。

51) 実際、同じ特許権の存続期間に関する政治的決断が問題になったといえる前掲最判平成 11・4・16〔脾臓疾患治療剤〕は新たなルールの創設に踏み込んだとも評しうる。判決理由中において政策論を展開していないとはいえ、裁判官の個性によって扱いが変わりうる例として指摘に値すると思われる。

3 裁判所の政策判断能力の限界と補完

裁判所が政策判断できるとしても、その政策判断能力には限界がある。個別の事案ごとに政策形成をしていく方が望ましいこと等から、基本的に司法による政策形成の妥当性が肯定できたとしても、当事者以外の利害関係者に係る資料・情報の収集が必要な場合において、当事者の証拠に頼る裁判所が適切に情報を収集できるとは限らない。前述のアップル対サムスン事件のような意見書募集という先例もあるが、いまのところ例外に過ぎないように思われる。

そうすると、むしろ、法律家共同体において日常的に、多面的な情報や知見を集約して政策面も織り込んだ議論を蓄積させていく方が重要とも考えられよう。裁判所は、そのような過程を経て提案され、既存法理との整合性が吟味されて共通認識として確立した法理を単に参照すれば足りるとの整理もありうると思われる。そのようなプロセスを経て、体系的な整合性を追求する判断を行う中で自然と政策判断が取り込まれていくのが、最も無理がないのではなかろうか。学説の役割は、隣接諸科学を十分に参照して政策論を行うとともに、それを法解釈方法論へと接合し、裁判所が参照可能な法理に昇華して、参照可能な法理のストックを準備することにあるといえるかもしれない。このように、隣接諸科学連続的な形で政策論と法律学独自の議論としての法解釈学とをいったん分離して捉えたうえで、両者を接合させる過程を自覚的に経ることで、より生産的な議論が可能になるのではないだろうか。⁵²⁾

52) 関連して、得津品「負け犬の遠吠え——多元的法政策学の必要性またはその不要性」新世代政策学研究1号(2009年)341頁では、「法の経済分析」と「教義学的法律学」の概念を対置し、前者の考え方の一つの典型を「藤田＝森田ライン」(藤田友敬及び森田果の学説に代表される考え方との趣旨の様である)と呼んだうえで、そのアンチテーゼの提示を試みている。その一つとして平井宜雄の議論による正当化(平井宜雄『法律学基礎論覚書』[有斐閣、1989年]、平井宜雄『続・法律学基礎論覚書』[有斐閣、1991年])という考え方を紹介している(得津366頁以下)。本稿の提案も法解釈学の独自の意義を認める点で、一つの「藤田＝森田ライン」に対するアンチテーゼといえようか。

4 法解釈方法論を見据えた立法論

また、司法による政策形成を促すため、立法によって解釈の余地の大きい条項を新設するという議論がある。著作権法にいわゆるフェア・ユース規定を設けて、裁判所の政策形成機能に期待する議論はまさにそのような議論であるといえよう⁵³⁾。論者によれば、著作権法に権利制限の一般規定を導入すれば、拡張しがちな著作権について事案に応じて適宜制限を加え、妥当な帰結を導くことができる⁵⁴⁾。現行法を前提とした場合、「法解釈」の範疇で論者が妥当と考える帰結は望めないこと、政策形成の場として立法より司法の方が適任であること⁵⁵⁾などがその論拠と思われる。

ただ仮に司法に任せること自体の正統性及び妥当性を認めるとしても、抽象的文言からなる新たな規定を導入すれば、直ちに司法による政策形成が促されるとは限らない。新条文の設計は、それが過去の法理との体系的な整合性を追求するという方法論によって解釈されるであろうことを前提として、どのような運用がなされるかを予測したうで行う必要がある。

たとえば、著作権の権利制限規定として、「著作物の性質」「利用の目的・態様」など考慮要素を明示しつつ「公正と認められる場合」には、著作物の利用を認めるという規定を新たに設けるとする⁵⁶⁾。このとき「公正」の意義、各考慮要素の意義は、既存法理と照らし合わせる形で解釈されることになる

53) 上野・前掲注 5) 2 頁、田村・前掲注 4) 25 頁、横山・前掲注 5) 参照。

54) ここでいう拡張しがちな著作権の制限には、効率性の観点からのものと基本的な人権の観点からのものの 2 つが含まれているように思われる。前者はまさに政策論に関するものであるが、後者はそれとは異なる。後者において司法が積極的な役割を果たしうるとしても、それは裁判所が、憲法法理などのより上位の法理との整合性を、知的財産法内部の法理との整合性より優先して、既存の知的財産法の法理を矯正するような解釈論を展開することだからである。この点につき筆者は、著作権法 32 条 1 項の引用規定について、表現の自由の保護の観点から柔軟に解釈運用すべき旨を論じたことがある（木下昌彦＝前田健「著作権法の憲法適合的解釈に向けて——ハイスコアガール事件が突き付ける課題とその克服」ジュリ 1478 号〔2015 年〕46 頁参照）。

55) 実際に、立法より司法の方が正統性の観点等から適任というのかについては多くの議論がある。田村・前掲注 4)。また、文化審議会著作権分科会における権利制限規定の検討において行われた調査研究、青山社中株式会社「著作権法における権利制限規定の柔軟性が及ぼす効果と影響等に関する調査研究報告書」（平成 29 年 2 月）参照。

56) そのような立法提案として、上野達弘「権利制限の一般規定——受け皿規定の意義と課題」中山信弘＝金子敏哉編『しなやかな著作権制度に向けて』（2017 年）141 頁。

と予想される。「立法者意思」は原則考慮されないとすると、この立法の意図が裁判所に著作権者と利用者の利害調整を任せる趣旨である旨を強調しても、条文それ自体にそうすべき根拠がないと、裁判所に著作権者と利用者の利害調整を巡る政策判断を義務付けることは難しい。新たな規定の解釈は、既存法理との整合性を追求するという範疇で行われ、既存の権利制限規定に係る法理を類推したり、学説・裁判例の蓄積により醸成され受容された当該新規定に係る法理を参照する形で行われると予測される。それらの法理中に政策判断が反映されている場合に限り、それを通じて政策判断が取り込まれることを期待できるに過ぎない⁵⁷⁾。すなわち、前記例のような権利制限規定は、少なくとも導入の初期においては、既存の個別規定の類推の範囲を超えて、新たな事象に対する政策判断の場として作用することは難しいと思われる⁵⁸⁾。

以上の考察によれば、法律は、立法者の手から離れた後は裁判所において自律的に解釈運用されていくことを前提として、法を設計して政策効果を予測する姿勢が求められると思われる。

Ⅳ おわりに

法の存在意義は妥当な帰結の実現にあると捉えたとしても、法解釈はそれと一定の距離を保ちながら行われている。法解釈とは、条文の文言や既存法理をピースとするパズルを解く作業にも類似する。法解釈は科学ではなく、ある一面においては、ゲームをプレイする行為と対比できる。このような理解は、法解釈は、政策論的に最も妥当な解を現実到了知することは困難な中結論を出す必要があることを思えば、究極的には帰結主義と矛盾しないと思われる。

57) 一方で、政策判断に意欲的な裁判官が新しい条文を活用して新しい法理を創設する可能性もちろんある。しかし、裁判官の個性に依存するので、システムティックにそれ期待できるわけではない。

58) 上野・前掲注56)が「受け皿規定」という言葉を用い、従前からの不文の権利制限に条文上の明確な「場」を与えるべくそのような規定を整備すべき旨を提言する点と上記の分析とは、条文が作られたときの運用の予測を同じくするに思われる。

実務における法解釈の記述的描写と、規範的に法学者の唱えるべき解釈論は必ずしも一致する必要はない。最終的に実務に有用な知見を提供することを目標とするなら、裁判所が採る法解釈方法論との根本的な乖離は避けなければならない。一方で、実務における法解釈において、裁判官の価値判断は避けられない。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する任務を負うと考える。

知的財産法分野においては立法論をなす機会が他分野に比べて比較的多い。立法は政策を実現する最も直截的な手段であるが、いったん立法された法律は「客観的存在」として法解釈されていく。この現実を踏まえて、法解釈方法論を所与として立法をなすことが望まれると思われる。