



契約としての特許制度 : 特許の本質をめぐる省察

島並, 良

(Citation)

はばたき--21世紀の知的財産法 : 中山信弘先生古稀記念論文集:98-117

(Issue Date)

2015-06

(Resource Type)

book part

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90003432>



I 契約としての特許制度——特許の本質をめぐる省察

島並 良

- 第1章 はじめに
- 第2章 不法行為構成
- 第3章 契約構成
- 第4章 おわりに

第1章 はじめに

1 特許制度は、技術進歩に伴う国内産業の発達という政策目標を実現するための手段である。その手段性ゆえに制度設計は柔軟であり、産業政策に応じて保護客体を立法上変更したり¹⁾、通商政策を反映して特許製品の輸入の可否を解釈上明確にしたり²⁾してきた。

それでは、こうした政策に基づく規律の波を越えて常に保持されるべき普遍的な性質、すなわち特許の本質 (the nature of the patent) を観念し、それを基軸として制度構築を図ることは、もはや不能ないし不要なのだろうか。この基底的な問いに答えるためには、わが国では30年以上も前に示された次の見解がまず参照されることになる。

-
- 1) 特許を受けることができない発明として、かつては化学物質発明や原子核変換物質発明が挙げられていたが(昭和34年現行法制定時の特許法32条)、国内の化学産業、原子力産業の成熟とともに、それぞれ昭和50年および平成6年の法改正によってこれらの類型的除外規定は削除された。
 - 2) 最判平成9・7・1民集51巻6号2299頁[BBS特許並行輸入事件]〔「現代社会において国際経済取引が極めて広範囲、かつ、高度に進展しつつある状況に照らせば、我が国の取引者が、国外で販売された製品を我が国に輸入して市場における流通に置く場合においても、輸入を含めた商品の流通の自由は最大限尊重することが要請されている」ことを1つの理由として、真正特許製品の並行輸入を原則的に適法であるとした〕。

「無体財産権法は、基本的には不正競争を禁止するためのものである。

[...] 新規な創作を保護するための法についても、基本的には、発明や著作物等を他人の模倣から守るためのものであり、その意味から不正競争と深く関係している。不正な競争を防止するための方法として、無体財産権は物権的な構成をとっているにすぎない。以上から、民法の規定している物権の侵害と、無体財産権の侵害とは、その性質を全く異にしていることがわかるであろう。[...] 無体財産権は、法理論的には物権的構成をとってはいるが、それはあくまでも法テクニックである³⁾。

無体財産権法一般について述べられたこの見解は、その後、わが国を代表する特許法の体系書においても維持されることになる⁴⁾。そこでは、特許権には物権（所有権）類似の効力が付与されていること、しかしそのような効力は必然ではなく、政策によって変更可能であることが再度明確に示されている。物権的効力が特許の本質ではないことを看破したこの見解は、今では多くの後進に受け入れられており⁵⁾、その転換的意義をもはや意識することすら困難なほどに通念として我々の特許制度観を規定しているといえるだろう。

たしかに、特許権と所有権とは、経済的利用（移転、利用許諾、担保化等）が可能な財産権としての性質を共有しつつも、前者は権利発生に方式主義をとること、重疊的な侵害と利用（実施）許諾が可能であること、一定期間が経過した後

3) 中山信弘「無体財産権」芦部信喜ほか編『基本法学3 財産』（岩波書店・1983）290-291頁。

4) 「特許法は、一定の要件を満たした技術的情報に対して、特許権という所有権に似た物権的効力を与え、差止請求権と損害賠償請求権を与えている。これにより権利の譲渡・相続・ライセンス・担保権設定等が可能となる。もちろん情報は物と異なった性格を有しているため、情報を物と見るということはいくまでも法的フィクションであり、物権的な効果といっても、民法に規定されている物権（具体的には所有権）と同一の内容の権利である必要はない。権利付与法の内容は、現行法では所有権的なものとして構成されているが、理論的には必ずしもそれに限定される必要はない。工業所有権は、その発生、内容、消滅において所有権とは異なっており、またその存在理由も所有権とは異なっている。特許権の内容は一義的に決定されるものではなく、政策的判断で制度設計しうるものであり、独占権ではなく、対価徴収権として構成することも理論的には可能であるし、また一定期間は独占権でその後は対価徴収権に変わると構成することも可能である。そのいずれが産業の発展に寄与するか、という政策判断で決められるべき問題である。」中山・特許法15頁（335頁も同旨）。

5) たとえば、田村・知的財産法23頁（「物理的にも1人の者が占有するほかない有体物の利用に対する権利である所有権と異なり、同時に多数の者がなすことができる行為を規制する知的財産法にあっては必ずしも排他的な禁止権を設定する必然性はない」とする）。

には権利が消滅すること等、後者とは異なる内容を相当多く含んでいる⁶⁾。また理論的にも、特許法が財産権という法形式を所有権制度から借用していること自体から、特許権付与の正当化根拠や詳細な具体的制度のあり方について内在的な説明を提供することは困難であり⁷⁾、むしろ一定の政策を前提にその実現手段としての財産権型保護の適否が検討されている⁸⁾。そのため、結果として財産権型の保護が与えられ、知的「財産権」のラベルが貼られているとしても、財産権であることをもって特許の本質と捉えることはできないのである。

2 もっとも、こうして特許の財産権構成が否定されたからといって、特許制度のあり方が特許政策からの要請のみに従い、他の制約を全く受けずに自由に設計されるというわけではない⁹⁾。というのも、我々が法的制度を認識し、正しく理解し、そしてその是非を検討するにあたっては、所有、不法行為、契約といった伝統的かつ基礎的な枠組みへの依拠を免れることは困難だからである¹⁰⁾。

6) 特許と著作権を中心とした知的財産法に対して、土地所有権を典型とする“property”のラベルを貼ることの歴史的意義と理論的含意およびその限界について、参照、Julie E. Cohen, *What Kind of Property is Intellectual Property?*, 52 HOUS. L. REV. 691 (2014).

7) See, Mark A. Lemley, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, 83 TEXAS L. REV. 1031, 1032 (2005). 他方でなお“property”の比喩に意義を見出すものとして、Frank H. Easterbrook, *Intellectual Property is Still Property*, 13 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 108, 112 (1990).

8) 今では「特許権は財産権なのでかくあるべし」といった演繹論を耳にすることはない。他方で、特許権や著作権がどこまで「財産権」的であるべきかは、憲法学、財産法学、そして経済学の知見も交え、近時の米国知的財産法学において最も華やかに論争が繰り広げられているテーマの1つである。See, e.g., Edmund W. Kitch, *Elementary and Persistent Errors in the Economic Analysis of Intellectual Property*, 53 VAND. L. REV. 1727, 1729 (2000) ; F. Scott Kieff, *Property Rights and Property Rules for Commercializing Inventions*, 85 MINN. L. REV. 697, 717-18 (2001) ; Michael A. Carrier, *Cabining Intellectual Property Through a Property Paradigm*, 54 DUKE L. J. 1, 6-7 (2004) ; Mark A. Lemley, *What's Different About Intellectual Property?*, 83 TEXAS L. REV. 1097, 1097 (2005) ; Adam Mossoff, *Patents as Constitutional Private Property: The Historical Protection of Patents Under the Takings Clause*, 87 B. U. L. REV. 689, 701 (2007) ; Peter S. Menell, *The Property Rights Movement's Embrace of Intellectual Property: True Love or Doomed Relationship?*, 34 ECOLOGY L. Q. 713, 725-731 (2007) ; Oskar Liivak & Eduardo Peñalver, *The Right Not to Use in Property and Patent Law*, 98 CORNELL L. REV. 1437, 1440-43 (2013).

9) 本稿とは別の憲法的統制という視角から、特許法や著作権法に関する立法者の広範な裁量にも限界がある旨を説くものとして、横山久芳「文化・産業の振興と個人の権利」ジュリ1422号(2011)85頁。

そこで本稿では、所有（権）と並び、経済財の法的規律に対して重要な枠組みを提供する不法行為と契約について、特許の本質たり得るのかを検討する。ここで結論を予め述べると、本稿は、特許の本質は所有（財産）権でも不法行為でもなく、発明者と公衆との間に結ばれる、発明開示と特許権付与の交換を基礎とした「契約」であることを主張する¹¹⁾。そうした契約としての本質理解——以下では、特許の契約構成と呼ぶ——が、現在の特許制度に適合的であることを明らかにするのが、本稿の主な目的である。

もちろん、契約構成から特許の具体的制度内容の全てを演繹的に導くことはできないし、その必要もない。冒頭に述べたとおり特許制度が政策立法であることは事実であり、本質論のみから解決できる単純な課題はむしろ稀である。しかし、特許制度に関する政策論を背後で支え、我々の思考を規律ないし制約している特許の本質を明らかにすることは、単なる見立てを超えた次のような意義があるように思われる。

まず、本質の探究は、ともすると区々にも見える現行特許法の諸ルールに対して、見通しの良い一貫した説明を提供してくれる可能性がある（記述的意義）。一見すると無関係に形作られているような各ルールも、契約という視点から眺めることで整合的な把握が可能であるとするならば、そのような視点の獲得は制度の正しい理解に役立つだろう。また、望ましい法制度を考えるに際しての基軸が得られるという点にも、本質論の意義がある（規範的意義）。特許制度の

10) それは、たとえば法史学による記述的検討だけでなく（たとえば、今般の債権法改正作業について、ローマ法を「座標軸」としつつその「位置観測」を行う木庭顕「債権法改正の基本方針」に対するロマニスト・リヴュー、速報版）東京大学法科大学院ローレビュー5巻（2010）195頁は、「今回の改正もまた […] 大きくは「ローマ法」が設定したパラダイムにのっていることを誰しも否定しないであろう」とする）、より機能的・規範的に法の経済分析を行う場合であっても同様であろう（たとえば、会社制度については、様々な利害関係人間の「契約」の束として理解するにせよ、会社財産の効率的な「所有」権限に関する配分ルールとして把握するにせよ、私たちは多かれ少なかれ、そして自覚的であるかどうかにかかわらず、契約や所有権といった既存の枠組みの力を現に借り、それとの対比において思考している）。

11) これまで筆者は、特許権の効力の範囲という限られた視角からではあるが、同様の視点を提示したことがある（鳥並良「特許権の排他的効力の範囲に関する基礎的考察——取引費用理論からの示唆」学会年報31号【2008年度版】（2008）1頁）。同論文では、発明者と公衆が結ぶ「発明開示取引」における費用節減という観点から、均等侵害、間接侵害、権利消尽という3つの制度の正当化根拠と機能を検討した。本稿は、この議論をさらに拡張し、特許制度そのものの正当化根拠や権利発生面についても取引（契約）的視点の射程を及ぼそうとするものである。

あるべき姿を解釈・立法の両面で考察するにあたり、契約構成から出発しながら、もし仮にそれが望ましくない場合にはそこからいかなる理由でどれだけ乖離したルールを指向するのかを考えていくことで、いわば裸の政策論を脱ぎ所なくぶつけ合うよりも生産的な対話が可能になるように思われるのである¹²⁾。逆に言うと、現行制度の基本構造をできるだけ整合的に説明でき、かつ現在する課題の解決へ向けて思考の基軸を与え得る枠組みであってはじめて、それは本質と呼ぶに値するだろう。

以上の問題意識により、本稿はまず、その準備作業として不法行為制度の特許の本質として捉える見解は適切でないことを明らかにする(第2章)。その上で、特許の契約構成について、それが特許制度に適合的であり、実際に我々はそのような枠組みから影響を受けていること、およびそれから得られる若干の規範的示唆を検討する(第3章)。そして最後に、本稿の結論と残された課題について述べることにしよう(第4章)。

第2章 不法行為構成

1 現在のわが国で特許の財産権構成に代わる地位を占めているのは、特許制度全体を一般不法行為法の延長として、つまり民法709条に対する(要件明確化と効果拡大のための)特則として捉える理解であると思われる。

特許の本質に関するこの理解(以下では特許の不法行為構成と呼ぶ)は、次のような理路により構築される。すなわち、——①まず、他人の開発した技術を無断で利用することは、少なくとも「過失によって他人の[...]法律上保護される利益を侵害した」ことにあたり、無断利用者は当然に「これによって生じた損害を賠償する責任を負う」ことになる(民法709条)。②しかし、この一般不法行為法による規律だけでは、いかなる技術が保護に値しその保護が誰に及ぶのか(権利の発生面)、そしてどのような利用行為が侵害にあたるのか(権利の侵害面)がいずれも不明確なままとなる。そこで、特許法はその権利の発生(客体・主

12) そのような対話においては、特許の本質(本稿の立場では特許が契約であること)から自然に導かれる結論を何らかの政策に基づいて修正しようと主張する側が、より説得的な根拠を提示する必要があるという意味で、説明責任を加重的に割り振られることになるだろう。

体)と侵害の成立に関する要件を明示するとともに、さらに権利の発生面については、特許庁での手続(審査・登録)を介在させることで法的安定性の確保を徹底した(特許法の要件明確化機能)。^③また、侵害成立に伴う効果の面でも、損害の賠償に留まるのでは侵害抑止効が不足するため、特許法は侵害行為の差止(特許法(特記なければ以下同じ)100条)を一般的に肯認するとともに、損害賠償請求における特許権者に有利な特則(102条、103条)や、さらには罰則(196条以下)をも整備した(特許法の効果拡大機能)。

このように、民法上の一般不法行為法制度を基軸に据えつつ、要件の明確化と効果の拡大という2点においてその特則を定めたものが特許法であるという不法行為構成は、特許法を含む知的財産の保護制度全体の相互関係を、不法行為法→行為規制法→権利付与法と段階的に捉える整理¹³⁾によってさらに体系化され、今日の知財法学において最も共有された本質理解となっているように思われる。

もちろん、特許法という特則を定めるにあたり、原則としての不法行為法にどれだけ軸足を残すか、逆に言えば無体物の特性等を根拠に有体物の保護とは異なる制度をどの程度許容するかは論者や論点によって異なるが¹⁴⁾、いずれにしても通説的見解は特許法の本質を不法行為法の延長線上に捉えている。たとえば、特許権侵害に基づく損害賠償額が必ずしも充分なものではないことを前提にしつつも、故意侵害に対するいわゆる三倍賠償制度導入への反対論がわが国でなお根強いのは¹⁵⁾、損害の填補という不法行為制度の桎梏を論者がなお脱

13) 中山・特許法7-8頁、15-17頁。

14) たとえば、特許法102条1項・2項について、中山・特許法は立法者意思から外れるとしつつも、一般不法行為法とは別の「規範的損害」概念を許容する(370頁、374頁)。その上で、「特許権侵害による賠償を一般の不法行為法の枠内で捉えることが妥当か、という点について再考する必要がある。[...]特許権侵害の賠償制度については、侵害を抑止する何らかの制度的担保が必要ということになり、ある程度事実上の制裁機能を加味しても背理ではないであろう」とする(378頁)。

15) 参照、中山・特許法378頁注52(「現在のわが国不法行為法を前提とする限り、アメリカのような制裁的機能の極めて強いトリプル・ダメージ(三倍賠償)あるいはジュニティヴ・ダメージ(懲罰的賠償)の制度を導入することは無理であろう」とする(379頁注53も同旨))。なお、かつて三倍賠償制度が審議会(中山信弘委員長)で検討された際にも、従前の賠償額の低廉性や侵害抑止の必要性が認識されながら、不法行為に基づく損害賠償請求においては実損を超えた賠償を命じることはできないという考え方が一般的であること、および公害や国家賠償といった他の訴訟類型への波及効果等を理由に、導入が見送られたことがある(「工業所有権審議

していないからであろう。

2 しかし、現行特許制度の基本構造をできるだけ整合的に説明でき、かつ現在する課題の解決へ向けて思考の基軸を与え得るかどうかが、という先に示した基準からは、不法行為の特許の本質として把握することはできない。なぜなら、そのような理解は、現行制度の基本構造との関係で、少なくとも次の2つの不整合を孕むからである。

第1に、不法行為法と特許法では、過去と将来のいずれを向いて法律関係を規律しているのかという点で、そもそもの性格が異なる。すなわち、不法行為法は当事者（被害者と加害者）の間に人的関係がないか、あってもそれが行為との関連では極めて希薄なため、両者で事前のアレンジメントが期待できない場合の法律関係を、事後（回顧）的な視点で規律するものである。そのため、一般には不法行為に基づく損害賠償の主な目的は、将来的な侵害の抑止・回避ではなく、すでに発生した不法行為により損害を被った被害者の救済にあると理解されてきた¹⁶⁾。

これに対して、特許法はむしろ事前の視点に立ち、技術の創出と利用に関わる利害関係人間の将来的な法律関係を規律しており、政策に合致するように人々の行動に変化をもたらすべく動機付けを図る点に特徴がある。すなわち、特許法は、これからの研究開発活動に対するインセンティブを与えるとともに、完成した発明に対しては特許公報による権利公示（66条3項）と実施許諾（77条、78条）という事前アレンジメントの手段を用意して、当事者間の合意が成立すれば特許発明の実施が完全に適法となる途を残している¹⁷⁾。また、特許法では、

会損害賠償等小委員会報告書——知的財産権の強い保護」（平成9年11月25日付）78-79頁）。

16) 最高裁は、いわゆる懲罰的損害賠償を命じた外国判決について執行判決をすることの可否が争われた事件において、不法行為に基づく損害賠償制度の目的は被害者の救済であり、加害者への制裁や侵害の抑止（一般予防）ではないとした（最判平成9・7・11民集51巻6号2573頁〔萬世工業事件〕）。山田卓生「不法行為法の機能」森島昭夫教授還暦記念論文集【不法行為法の現代的課題と展開】（日本評論社・1995）3頁も参照。もともと、最近では、不法行為制度の主目的を事後的な損害の填補ではなく、事前的な侵害の抑止、それも加害者だけでなく被害者も含めた全ての行為者に対して望ましい行為を惹起せしめるための適切なインセンティブを設定することとして捉えようとする見解もある（森田果＝小塚莊一郎「不法行為法の目的——「損害填補」は主要な制度目的か」NBL874号（2008）10頁）。

17) この点で、たとえば交通事故に先立ち被害者に何らかの行為を促すことは通常なく、また見

仮に事前のアレンジメントが不調で、またはそれに反して権利侵害が成立した場合であっても、損害の賠償に加えて将来に向けた侵害行為の差止が原則として認められる(100条)。さらには、本来は過去を向いた損害の賠償すら、特許法は、侵害品数量の擬制制度(102条1項)や、実質的には利益の吐き出し機能を持つ制度(102条2項)までを特則として盛り込むことで、侵害のやり得を防止すること、つまり侵害抑止を図っている¹⁸⁾。こうした諸ルールを前提とすると、特許制度の法的性質は、単に事後的に被害者の救済を図る不法行為制度のそれとは、すでにかなり異なるものであるといえる。

また第2に、過去か将来かという時的な方向性だけでなく、権利義務関係の内容についても、特許法は不法行為法が想定するような加害者(債務者) vs. 被害者(債権者)という片面関係には立たないという点で、根本的な違いがある。つまり、特許法は、一方では公衆に対して業として特許発明を実施(68条本文)しない旨の不作為義務を負わせつつ、他方でそのような負担を、発明者が(特許要件を充たす)発明の完成と公開という義務を果たしたこととの引換えに、いわばその代償として生じさせている。

これを裏から見れば、特許制度の存在によって、特許権者は独占権というメリットを得るが、そのみならず侵害者(をその一構成員とする公衆)もまた新技術の開示というメリットを得ており、両者はいわば互恵的な関係に立つものといえることができる。こうした当事者の互恵関係は、たとえば交通事故の被害者がその損害賠償請求権を行使する前提として何らの義務を負わないこと、つまり加害者が自動車の運行という加害原因行為以外に「メリット」を得ることはないことと比べると、やはりその根本において異質なものと言わなければならない。

3 それでは、特許法が依拠すべき基軸が財産権制度でも不法行為制度でもないとするならば、特許法は一般民事法の体系から離れた独自の法領域として、政策の要請のみに従い自由に設計され得ることになるのだろうか。特許法が、

知らぬ運転者に車で轢かれないように被害者と行為者が事前にアレンジすることがおよそ想定できない不法行為法の世界とは、様相がかなり異なる。

18) 民法研究者による評価として、参照、沖野眞己「損害賠償額の算定——特許権侵害の場合」法学教室219号(1998)58頁、窪田充見「損害賠償」ジュリ1228号(2002)64頁。

発明という特殊な財に関する規律を目的とした政策立法であり、その意味で立法裁量に満ちた公法的規制 (regulation) にすぎないという立場¹⁹⁾を強調するならば、そうした結論もあり得るかも知れない。しかし、本稿ではそのような見解をとらず、特許法をなお民事法の体系へと係留しようと試みる。その手がかりは、事前性と互惠性という、上述した特許法の特質そのものに見出されることになる。

第3章 契約構成

1 特許契約

当事者が予めアレンジメントを図ることが可能な場合に (事前性)、相互に利益を得ることを期待して権利義務関係を結ぶ (互惠性) という法的関係において想定される制度は、言うまでもなく「契約」である。契約は、一般に、当事者が将来に向け、かつお互いにメリットを感じるからこそ²⁰⁾その意思に基づいて結ばれるのであり、まずその点で、前章で見た公衆と発明者の間の法的関係をこれほどの確に表す制度はない。

特許の契約構成によれば、特許とは発明者と公衆の間で結ばれる、発明開示と特許権付与の交換を基礎とした契約 (以下では、特許契約と呼ぶ) として捉えられる。また、特許制度の目的としては、第一義的には契約制度のそれに準えて、①すでに存在する (が未開示の) 発明について効率的な配分 (移転) と活用 (ライセンス等) を可能にすることや、②まだ存在しない発明の創作 (研究・開発) 投資について企業間および企業内での効率的な分担を促進することが、着目さ

19) 特許商標庁における手続について行政手続法を通じた公法的規律のあり方を論じるものとして、Craig Allen Nard, *Deference, Defiance, and the Useful Arts*, 56 OHIO ST. L. J. 1415, 1419-25 (1995). また、特許権侵害からの救済について不法行為、財産権、契約に依拠した私法的規律を批判し政策的規制の意義を強調するものとして、Ted Sichelman, *Purging Patent Law of "Private Law" Remedies*, 92 TEX. L. REV. 517, at 566-571 (2014). 他方で、そうした公法的規律よりも契約を基軸とした私法的規律の方が望ましいことを説くものとして、Orin Kerr, *Rethinking Patent Law in the Administrative State*, 42 WM. & MARY L. REV. 127 (2000-2001).

20) こうした契約の互惠性は、双務性 (当事者双方が対価的義務を負うこと) とは異なるものであり、贈与や消費貸借のような片務契約についても債務者がメリットを感じなければ契約は締結されないことから、契約一般の基本的性質である。See, Howell E. Jackson, et al., *ANALYTICAL METHODS FOR LAWYERS*, at 62 (2nd Ed, 2011).

れることになるだろう²¹⁾。

ところで、契約構成は、先述のとおり事前性と互恵性という特許制度の2つの基本的な性質に適合する枠組みであるが、さらに進んで、より具体的な個別ルールについても契約の表れとして整合的に説明することが可能であり、また実際に我々は、すでにくつつかの局面で特許を契約として把握していると思われる。そこで次に、契約の成立、効力、違反という3つの重要な局面を素材に、契約構成からみた特許制度の実相を順に検討しよう。

2 契約の成立（特許権の発生）

契約が成立するための中核的な要素は、当事者の合意（意思の合致）である。公衆による特許法制定を通じて特許付与の要件と効果が示され、それに応じて発明者が特許出願をするという特許制度の対抗的構造には、次のとおり申込みと承諾からなる合意の形成過程を見て取ることができる²²⁾。

まず、公衆（の代理人たる国会）が特許法を制定し、特許の要件と効果を提示することで潜在的発明者に向けた特許契約の申込みを行う。すなわち公衆は、どのような客体（発明要件、特許要件）と主体（発明者主義、先願等）に対して、いかなる手続（出願書類の記載要件等）の下で特許権を付与するのか、およびその権利の内容（特許権の効力）が何かについて、特許法を通じて発明者に提示している。一般に、契約の申込みとは、相手方の承諾があれば確定的に契約を成立させる意図でなされた意思表示をいうが、特許法は権利主義をとり、法定の要件を充足した特許出願に対して公衆（の代理人たる審査官）は必ず特許をする必要があるから（49条、51条参照）、たとえ相手方（発明者）が特定されていないとしても、特許法の制定は特許契約の申込みにあたる²³⁾。ここで法規としての特許法は、特許権付与の条件に関する公衆の意思が表示された契約文書であり、個別の発明に対して特許付与の条件を逐一定める取引費用を節減するため、法

21) See generally *id.* at 62-65（契約一般の締結目的を複数挙げるが、本文で触れた特許制度との関係では、「A. 価値評価の相違」と「B. 生産の優位」がそれぞれ対応する）。ここでは、しばしば特許制度の目的に挙げられる（ものの実証困難なため批判も少なくない）「発明の誘引」は、目的ではなく果たしうる機能の1つへと後退することになる。

22) See, Kerr, *id.* note 19, at 135-138, 140.

23) 後述（注(35)およびそれに対応する本文）のとおり、その法的性質は懸賞広告に近い。

令という形式で概括的にデフォルト・ルールを提示する機能²⁴⁾を担っているといえる²⁵⁾。

続いて、特許契約の申込みを受けた発明者（およびその承継人、以下同じ）は、特許出願により承諾を行う。すなわち発明を完成させた発明者は、その内容と自己の欲する独占権の物的範囲を特定して出願書類（明細書、特許請求の範囲）に記載し、当該書類を出願公開制度に従って公衆に提示する。一般に契約の承諾は、申込みを無条件で受け入れる旨の確定的な意思表示をいうが、特許法が提示する概括的条件について発明者が異議を申し立てその変更を求めることはできないから、特許出願は特許契約の申込みたる特許法の内容を無条件で受け入れるという確定的な意思表示、すなわち承諾にあたる²⁶⁾。ここで出願書類は、いかなる技術についてどのような範囲で特許権を欲するののかに関して、特許契約の一方当事者である発明者の意思が表示された契約文書だということになる。

このように、公衆（の代理人たる国会）による特許法の制定（申込み）と、発明者による特許出願（承諾）により、当該技術の公開と特許権付与の交換を主内容とした当初の合意が形成される²⁷⁾。したがって、特許契約の最初の成立時点を敢えて特定するならば、それは発明者による特許出願時ということになる。しかし、特許契約の内容は、この特許出願時に不動なものとして確定するわけで

24) これは、民法典上の典型契約規定と同じ機能であろう。典型契約の機能については、参照、河上正二「契約の法的性質決定と典型契約」加藤一郎先生古稀記念『現代社会と民法学の動向（下）』（有斐閣・1992）275頁、大村敦志「典型契約と性質決定」（有斐閣・1997）、山本敬三「契約法の改正と典型契約の役割」別冊 NBL51号（1998）4頁。

25) 医薬発明を主眼とした権利存続期間の延長制度（特許法67条2項）等を例外として、特許法が基本的には技術領域や産業分野を問わず画一的なルール（特許の要件・効果）を用意しているのは、このような取引費用節減機能を維持するためである。参照、島並良「特許制度の現状と展望：法学の観点から」知的財産研究所＝島並良編『岐路に立つ特許制度』（知的財産研究所・2009）§1.1、Michael W. Carroll, *One Size Does Not Fit All: A Framework for Tailoring Intellectual Property Rights*, 70 OHIO STATE L.J. 1361, at 1388-99 (2009)。

26) このように、特許契約は、米国法でいうところの双方向的約束による契約（bilateral contract：約束と反対約束の交換で成立する契約）ではなく、一方的約束による契約（unilateral contract：約束と行為（特許出願）の交換で成立する契約）である。参照、北川善太郎「日米比較契約法の一アプローチ——unilateral contracts（一方的契約）の分析(1) (2)』法学論叢87巻2号4頁、3号1頁（以上1970）。

27) 民法521条以下参照。なお、債権法改正中間試案第28-1(1)は、「契約の申込みに対して、相手方がこれを承諾したときは、契約が成立するものとする」とする。

はない。出願人は、出願後も一定の要件の下で出願内容を補正(17条)し、また特許権成立後は訂正(126条)することが認められている。このような出願内容(契約文書)の変更は、特許出願時にいったん成立した特許契約の改訂に他ならないが、たとえば出願後に新たな拒絶・無効理由(公知技術)が見出されるといった事情変更に応じて、出願人と審査官、あるいは特許権者と審判官との間で再交渉が開始され、それらを通じて新たな契約内容(特に権利範囲)が徐々に形成・確定されていくことが制度上も前提とされている点²⁸⁾は、特許契約の大きな特徴であるといえることができる²⁹⁾。

そして、こうした視点からは、補正に対応する審査官、および訂正に対応する審判官は、単に契約内容の変更希望を事後チェックするのではなく、公衆の代理人として、特許契約の相手方当事者たる出願人や特許権者と交渉・協働しながら、その契約内容を漸次形成・確定していく役割を担うものとして位置づけられることになる。特許の契約構成は、所有権構成や不法行為構成ではその存在が等閑視されざるを得なかった特許庁について、分析の手がかりを与えることができるという点でも望ましい³⁰⁾。特許特別会計での運営を理由に、ともすると出願人のための行政サービス提供者として位置づけられる特許庁(および審査官、審判官)は、契約構成によればあくまで公衆の代理人であり、本人たる公衆の利益を守るために発明者(出願人・特許権者)と交渉しながら特許契約の内容を確定していく機能を担うことになる。また、特許法または審査基準において定められた審査の手続的諸ルールについても、技術専門家たるエージェント(審査官)の行動を、技術的知見の乏しいプリンシパル(公衆)が適切に統御する手段という観点から検討することが可能であろう。

ところで、審査および審判・審決取消訴訟においてなされる特許請求の範囲の解釈(発明の要旨認定)、および侵害訴訟においてなされる特許請求の範囲の

28) 不明確な概念であった事情変更法理とその効果としての契約改訂に法体系上の位置づけを与えその統御を試みるものとして、参照、石川博康『再交渉義務の理論』(有斐閣・2011)。

29) 特許を権利範囲に関する出願人と社会との間の長期間にわたる交渉(bargain)として再構成することで、特許制度が抱える現下の諸問題の解決を図るものとして、参照、ROBIN FELDMAN, RETHINKING PATENT LAW (2012)(特に特許がいかに「交渉」であるかについてはその第1章(at 9-39))。

30) See, PETER DRAHOS, THE GLOBAL GOVERNANCE OF KNOWLEDGE: PATENT OFFICES AND THEIR CLIENTS, at 33-34 (2010).

解釈（特許発明の技術的範囲の確定）は、特許の契約構成から見ればいずれも契約文書の解釈作業にはかならない³¹⁾。そして、最高裁³²⁾が均等侵害の消極的成立要件（いわゆる第5要件）として掲げた意識的除外の原則や、それを含む包袋（審査経過）禁反言の原則は、出願過程において審査官に表示された出願人の意思と矛盾する権利者の主張を侵害訴訟における技術的範囲確定に際して排斥する法理であるから、特許契約締結（ないし形成）過程における一方当事者の表示意思を信頼した相手方（審査官とその背後にいる公衆）の利益を保護するものであり、まさに契約解釈における通常の禁反言法理の表れである³³⁾。包袋禁反言の原則は、現在では均等侵害のみならず文言侵害にも妥当すると解されているが³⁴⁾、同原則が契約解釈における一般法理の特許法における表れである以上これは当然のことであり、むしろ特許法解釈一般において包袋禁反言の原則が受容されていること自体が、我々が特許の本質を契約として把握していることの1つの証左といえるのではないだろうか。

3 契約の内容（特許権の効力）

先にも述べたとおり、当事者双方がメリットを感じ互恵的な権利義務関係を

31) 樋口範雄『アメリカ契約法〔第2版〕』（弘文堂・2008）359頁脚注2で紹介されている長島安治弁護士指摘によると、通常の契約解釈については日本よりも米国の方がより文言に忠実で厳格な手法をとるのに対して、特許クレーム解釈についてはその逆であるという。もしその指摘が正しいとするならば、本稿のとり契約構成では却って説明の困難な「ねじれ現象」が存在することになるが、その指摘の現在における当否も含め（長島氏の指摘はわが国の最高裁が均等論を採用した最判平成10・2・24民集52巻1号113頁〔ボールスブライン軸受事件〕よりも前（1992年）になされている）、両解釈手法の関係については今後の検討に委ねたい。

32) 前掲注(31)〔ボールスブライン軸受事件〕。

33) 中山・特許法は、包袋禁反言を「信義誠実の原則の現れ」（426頁）であり、「禁反言の原則という一般法理に淵源を有するものであるが、特許法への適用にあたり、特許法特有の要件等の検討が必要となろう。」（427頁）とする。これに対して、小池豊「技術的範囲の解釈における出願経過の位置付け」知的財産研究所編『特許クレーム解釈の研究』（信山社・1999）202頁は、信義則や禁反言といった民事法上の一般法のレベルとは別の特許法独自の問題として包袋禁反言を把握すべきだとする。

34) 牧野利秋〔判批〕特許研究26号（1998）39頁、中山・特許法441頁（「禁反言、意識的除外の法理は〔…〕、特許請求の範囲により保護される範囲を確定する作業一般においても適用されるものである〔…〕。したがってこの〔意識的除外の〕法理が権利範囲の解釈に考慮されることは当然であり、なぜ最高裁判決が均等論の要件としてあえてこれを掲げたのか、必ずしも明らかではない〔…〕とする。）。下級審裁判例の詳細な整理として、参照、吉田広志「最近の裁判例に見る禁反言の研究：新版」知的財産法政策学研究創刊号（2004）41頁。

結ぶのが契約である。そして、契約の効力は、改めて言うまでもなく相手方との合意で生じた義務が将来的に守られるという点（合意の拘束力）にその主眼がある。特許は、発明者が自己の発明内容を公衆に開示する代わりに、公衆は出願から20年が経過するまでの間、発明者に特許発明の業としての実施独占権を付与するという将来に向けた合意であり、当事者がその合意内容に拘束されるという点で、まさに契約と呼ぶに相応しい構造を有する。

より具体的には、特許契約により、発明者は発明を開示する旨の作為義務を負い、他方で公衆は特許登録後の一定期間、業として特許発明の実施を行わない旨の不作為義務を負うことになる。このように特許契約は双務契約としての性質を持つが、当事者双方の義務の履行時期は、発明者については特許権発生前（出願から1年6月後の出願公開時）であるのに対して、公衆については特許権発生後（登録後、権利存続期間満了まで）である点で異なり、さらに前者の履行は後者の履行の前提となっている。つまり特許契約は、一定の要件を充たした発明を完成させ、その内容を公開した発明者について、その後に特許権を付与するという内容であるから、その法的性質はいわゆる懸賞広告（民法529条）に近いことができる³⁵⁾。

ところで、特許権付与の正当化根拠については、かねてから発明奨励説等とならんで公開代償説があるとされてきた³⁶⁾。出願公開制度を持つ現行特許法の下では、出願が強制的に全件公開されるため、公開された出願の全てに特許が付与されるわけではないが、なお特許は公開の代償であるという観念は一般的である³⁷⁾。このような観念は、本稿でいう特許の本質論とは位相を異にするた

35) 懸賞広告については契約（の申込み）説と単独行為説の争いがあるが、その議論の実益は懸賞広告の存在を知らずに偶然に指定行為を行った者にも報酬請求権を認めるかに関わる。しかし、特許「法」を知らずに特許「出願」をすることは想定できないから、本稿にいう特許契約については、特許法の制定を申し込み、特許出願を承諾とする契約としての懸賞広告であると捉えることに支障はない。

36) 参照、清水賢一郎「特許法を論ず」法協22巻5号（1904）869頁、吉藤幸朔（熊谷健一補訂）『特許法概説〔第12版〕』（有斐閣・1997）9頁、渋谷達紀『特許法』（発明推進協会・2013）9-10頁（公開代償説と発明奨励説を現代の通説であるとする）。

37) 中山・特許法178頁は、出願公開制度の下でも、「特許制度全体から俯瞰すれば、やはり特許とは発明の公開の代償とみてよいであろう」とする。また、最判昭和55・12・18民集34巻7号917頁【半サイズ映画フィルム撮影及び映写方法事件】は、特許制度の趣旨を、「産業政策上の見地から、自己の工業上の発明を特許出願の方法で公開することにより社会における工業技術の豊富化に寄与した発明者に対し、公開の代償として、第三者との間の利害の適正な調和を

め、特許の契約構成を必ずしも論理的前提とはしない。たとえば、特許を政策的な行政規制の一環として捉えたとしても、なお公開代償説は成立するだろう。しかし、出願公開と特許権付与の牽連関係を意識する限りで、公開代償説は契約構成により親和的である。そしてさらにいえば、我々には実際にはそれ以上の意味、すなわち公開（発明開示）の程度と付与される特許権の間の対価的均衡（給付の均衡）までを、代償の語に込めてきた（「公開なければ独占なし」³⁸⁾。こうした対価的均衡は、特許を契約として捉えているからこそもたらされる理解であるといえるだろう。ここにもまた、我々が特許の本質を契約として把握していることの証左を見出すことができるのである。

なお、公衆が負う義務のうち、特許契約の効力としての義務と、それを前提とした個別の実施許諾（ライセンス）契約の効力としての義務は、（本項の立場からはいずれも広義の契約上の義務であるが）区別して考える必要がある³⁹⁾。前者は公衆一般が負う、特許発明について業として実施をしない旨の義務（不実施義務）であるのに対して、後者は実施許諾契約を結んだ個別の公衆構成員が負う義務であり、その内容には実施料支払義務やクロス・ライセンス義務など、様々なものがある。そして、前者の違反（無断実施）が特許権侵害として実施の差止請求や刑事罰の対象ともなり得るのに対して、後者の違反（たとえば実施料の不払い）は単なる債務不履行にすぎず、また特許権譲渡後のライセンシーによる対抗の範囲⁴⁰⁾や、独占禁止法違反の適用可能性⁴¹⁾についても、両者には差異が生じるものと解されることから、両義務を区別する意味は大きい。

はかりつつ発明を一定期間独占的、排他的に実施する権利を付与してこれを保護しようとするにあ」と述べる（傍点筆者）。

38) 米国では、発明の開示（明細書の記載）が不十分である場合には、契約の成立要件である約因（consideration）を欠くという形で契約構成が顕在化する。See, e.g., Thomas L. Irving et al. *The Significant Federal Circuit Cases Interpreting Section 112*, 41 AM. U. L. REV. 621, 622-23 (1992).

39) 一般論として、参照、島並良「ライセンシーの義務」法学教室389号（2013）132頁。

40) 参照、島並良「通常実施権の対抗制度のあり方」学会年報35号〔2011年度版〕（2012）77頁以下、特に85-86頁。

41) 参照、島並良「一知的財産法学者から見た日本における知的財産法と独占禁止法」公正取引731号（2011）11-12頁。

4 契約の違反（特許権の侵害）

契約の当事者がその合意に反すると、債務不履行責任を負うことになる。特許契約においては、発明者が負う発明開示義務は（出願の取下げ等によって特許契約が解除されない限り）出願公開制度（64条）によって強制的に履行されるから、発明者による特許契約の違反はあり得ない⁴²⁾。それに対して、相手方当事者たる公衆の構成員は、業として特許発明を無断実施することで、その不作為義務に違反することになる。

この公衆の構成員による不作為義務違反からの救済に関しては、これまで差止（100条）は物権侵害（妨害排除）のアナロジーとして、また損害賠償は一般不法行為（民法709条）の効果としてのみ捉える理解が当然の前提とされてきた⁴³⁾。しかし次のとおり、いずれについても不実施の合意に反したがゆえの債務不履行責任を主眼として捉える方が、現行法に対してより整合的な理解が可能であるように思われる⁴⁴⁾。

まず、特許権侵害の効果として、ほぼ無条件に、つまり故意や過失といった帰責性を問わずに侵害行為の差止が認められる。この点は、財産権構成によれば妨害排除の一環として当然に認められることになるが、先述のとおり所有権制度の借用は手段にすぎないとすれば、なぜ妨害排除という物権の効果を用いることが正当化されるのか、という問いに答える必要が残る。また、不法行為構成によっても、その効果としての差止は物権類似の保護法益（不動産賃借権、人格権等⁴⁵⁾）の侵害等に対してごく例外的に認められるものであり、やはり特許

42) 特許法の求める要件を充たした発明を出願することは、出願前、すなわち契約締結過程における発明者の義務であり、その違反に対しては特許出願への拒絶査定という形で発明者が責任を負うことになる。

43) 後者について、参照、中山・特許法362頁（「特許権侵害行為は不法行為であり、102条の推定規定を利用することなく、民法709条の規定に従って損害賠償を請求することも可能である」とする）。

44) なお、特許権侵害の法的性質が債務不履行であることは、同時にそれが不法行為でもあることを否定するものではない。契約規範と不法行為規範の関係は、従来から請求権競合論として論じられてきた取引関係における違法行為一般の問題であるが、基本的には両規範を統合した上で、特許発明の無断実施という特許契約の本旨に関わる違法については、契約規範が優先すると解すべきであろう。またその限りで、契約規範について検討する本節には意味があることになる。

45) 不動産賃借権につき舟橋諄一＝徳本鎮編『新版 注釈民法(6) 物権(1)』（有斐閣・2004）123頁以下〔好美清光〕、人格権につき加藤一郎『不法行為』（有斐閣・1957）126頁を参照。なお、最

発明がなぜ物権類似の保護を与えられるのかを改めて探求することが求められる。これらに対して、契約構成によれば、特許権侵害の効果として差止が認められることは債務不履行の効果の1つである履行強制（民法414条1項・3項）として無理なく説明が可能である。特許契約の当事者である公衆の構成員が、特許発明の不実施という不作為債務を履行すべきであるのは、債務者としていわば当然のことであり、たとえ帰責性（故意・過失）がなくても債権者（特許権者）からその履行（実施の停止）を強制的に求められるのはやむを得ない（厳格責任）。また不作為債務においては一般に、その不履行のおそれがあれば履行強制が命じられることがあるが⁴⁶⁾、これは特許権侵害の効果として侵害の停止請求のみならず予防請求もが認められていること（100条1項）とも整合的である⁴⁷⁾。

ところで、特許権侵害からの救済にあたり、現在の米国では侵害行為の差止が損害賠償を補完する副次的なものとして位置づけられている⁴⁸⁾のに対して、わが国では原則として侵害が成立すれば自動的に差止が認められる。表面的な制度の違いに目を奪われることは慎むべきであるし、日本でも権利濫用法理の適用により差止請求が制約される例⁴⁹⁾があるなど両国の差異は実質的には緩和されていることにも留意が必要であるが、特許制度の根本になお残るこのような日米の相違は、履行強制（特定履行）の位置づけの違いによって説明が可能であるように思われる⁵⁰⁾。履行利益の賠償をもって契約から離脱する自由（「契約を破る自由」）を尊重し、ひいては契約締結活動を促進しようとする米国法⁵¹⁾と、

大判昭和61・6・11民集40巻4号872頁〔北方ジャーナル事件〕は、「名誉は生命、身体とともに極めて重大な保護法益であり、人格権としての名誉権は、物権の場合と同様に排他性を有する権利」であるから、「人格権としての名誉権に基づき、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができる」とした。

46) 最決平成17・12・9民集59巻10号2889頁。

47) この点は、財産権構成の下では、物権的妨害予防請求権のアナロジーとして説明がなされることになる。

48) eBay Inc. v. MercExchange, L. L. C., 547 U. S. 388 (2006).

49) 知財高大合議判平成26・5・16判時2224号146頁〔アップル対サムスン事件〕。

50) なお、差止の位置づけに関する日米の差異を、歴史的な経緯、すなわちエクイティ上の救済（差止）とコモン・ロー上の救済（損害賠償）がかつて手続的に分離していた米国法固有の特殊事情を理由に説明することも可能である。ただしその場合にも、両手続の融合が進んだ現在においてもおおそくした経緯の影が及んでいることの理由が、やはり問題となる。

51) 米国契約法では、コモン・ロー上の救済である損害賠償が第一的な手段であり、特定履行

ドイツ法の影響の下で合意の拘束力を重視し、原則的に履行強制を認める日本法⁵²⁾との契約観の相違は、特許権侵害(本稿の立場では特許契約の違反)に対する差止の可否にも一定の影響を及ぼしているのではないだろうか。

第4章 おわりに

本稿では、特許制度を発明者と公衆との間で結ばれる契約として捉え直すことを通じて、現行制度の整合的な理解を探ろうと試みた。特許の本質をめぐっては、従来から財産権や不法行為として理解する考え方がある。たしかに、特許権は財産権的な性質を持ち、その侵害は不法行為を構成するが、これら財産権や不法行為としての性質は特許の本質とまでは呼べない。それに対して本稿は、発明の公開と特許権の付与の交換を基本内容とする契約として把握することを提唱する。政策に基づく制度設計を図るにしても、このような契約としての本質を基軸とした上で、それからの乖離は当事者意思(合意)への制度的介入として位置づける必要があると考えられる。

ところで、特許の契約構成はわが国においては必ずしも一般的ではないが、米国では確固たる位置づけを与えられている⁵³⁾。そしてその思想的源流は、社会契約論(social contract theories)、すなわち、市民の合意に国家の権威の正統性を求める思想に見出すことができるとされる⁵⁴⁾。元々、無秩序な自由が支配する自然状態(state of nature)ないし原初状態(original position)にあった人々が、社会の平和と安全を得るために、その合理的な意思に基づき契約を取り結んで国家を設立したとするこの思想は、国家の権威を正統化するとともに、市民間の合意を根拠に法制度を基礎づける役割をも担った。前国家状態の理解や

というエグゼクティブ上の救済が劣位におかれていること、およびその理由と例外について、参照、樋口・前掲注(31)49-62頁。

52) 森田修『強制履行の法学的構造』(東京大学出版会・1995) 237頁。

53) 本稿にいう特許の契約構成(同論文の用語では「特許取引という比喩」)を批判する文脈であるが、そのような比喩が米国において一般的であることについて、参照、Shubha Ghosh, *Patents and the Regulatory State: Rethinking the Patent Bargain Metaphor after Eldred*, 19 BERKELEY TECH. L. J. 1315 (2004).

54) See, e.g., Ghosh, *id.* at 1328-30. なお、その源流となる英国特許法への社会契約論の影響については、参照、SEAN BOTTOMLEY, *THE BRITISH PATENT SYSTEM DURING THE INDUSTRIAL REVOLUTION 1700-1852: FROM PRIVILEGE TO PROPERTY*, at 87-90 (2014).

あるべき国家の役割について立場の相違はあるが、社会契約論の基本的な枠組みは米国建国の父祖達に強い思想的影響を及ぼし⁵⁵⁾、合衆国憲法への適合を通じて特許法を始めとする米国の法制度の根底に今も生き続けているとされる⁵⁶⁾。そうであれば、今後、米国特許法を総体として理解するためには、その思想的背景として、契約構成の基礎に流れる社会契約論との関係についても留意することが求められるように思われる。

また、特許の契約構成が、他の知的財産法、とりわけ同じ創作法に属する著作権法においてどの程度妥当するかも、今後の検討に委ねられる。米国連邦最高裁は、著作権存続期間延長立法(ソニー・ボノ法)の合憲性が争われた *Eldred v. Ashcroft* 判決において、著作権と特許権を対比した上で、「報奨(*quid pro quo*)としての性質は、著作権よりも特許について典型的に当てはまる。[...] 発明の開示は、特許によって付与された排他性への対価なのである」⁵⁷⁾と述べた。ここでは、表現を保護客体とする著作権制度では創作物の公開を強制する仕組みをそもそも伴わないため、創作者と公衆の契約的關係性が特許制度よりも後退することが示唆されている。もしこのような理解が正しいならば、著作者の個性(創作性)を保護し、人格的性質がより強いとされる著作権制度の方が、むしろ特許制度以上に(契約としての桎梏を免れ)政策実現手段としての性質を強く持つ結果となるのだろうか。

このほか、特許の本質という無謀なテーマを敢えてとり上げた本稿が提起する課題は多く、特許の契約構成が拓く理論的な可能性は広い⁵⁸⁾。現時点でこのような未完成品を公表することには忸怩たる思いが残るが、その御指導⁵⁹⁾を心

55) 社会契約説が米国独立宣言、合衆国憲法、人権宣言に及ぼした影響については、Anita L. Allen, *Social Contract Theory in American Case law*, 51 FLORIDA L. REV. 1, at 2-3 (1999)、およびその脚注7に掲げられた各文献を参照。

56) 不法行為法、財産法、刑事法を素材にその表れを論じるものとして、Allen, *id.* at 27-33.

57) 537 U. S. 186, at 216 (2003)。この特許への言及は、ソニー・ボノ法の合憲性を認めるにあたり、違憲説からの「同法によれば、既に創作された著作物についても(今後創作される著作物と同じく)保護期間が延長される点で、著作権の報奨としての性質に反する」という旨の批判を封じるために持ち出された傍論である。

58) たとえば、特許の不完備契約としての側面に着目した経済分析の例として、Jay P. Kesan and Marc Banik, *Patents as Incomplete Contracts: Aligning Incentives for R & D Investment with Incentives to Disclose Prior Art*, 2 WASH. UNIV. J. OF L. & POLICY 23 (2000)。

59) 「法学が実学である以上、判例を中心とした実務との関連のある研究も重要であることはいうまでもないが、大学は時流に流されず、むしろ時代を超越した研究をなすことが本分であ

の灯火としてきた「学生」からの拙い答案としてこの省察を捧げつつ、中山信弘先生の古稀を心よりお祝い申し上げる次第である⁶⁰⁾。

[り、…] 典型的なビジネスローである知的財産法も基本的には同じである。[…] 大学の任務は、即戦力となるが、賞味期限の短い小さな完成品を世に出すことではなく、賞味期限が長く、応用範囲も広い、大きな未完成品を世に出すことにあると考える。[…] これからの研究者には、常に、新しい方法論、新しい体系を求めつつ研究を進めて欲しい」中山信弘「知的財産法研究の回顧と将来への課題」NBL877号(2008) 11頁。

- 60) 本稿は、米国 Fordham 大学での在外研究中に執筆された。邦語文献を中心に先行業績の参照が不十分であることをお詫びするとともに、自由な研究環境を提供頂いた Hugh Hansen 教授、ならびにその間の研究資金をご援助頂いた神戸大学六甲台後援会および村田学術振興財団に、この場を借りてお礼申し上げます。