

包袋禁反言と信義則

—知的財産法における信義則の機能—

高野雄史

序論 問題の所在

- 一 民法における「信義則」法理の展開
- 二 「矛盾する行為・主張の禁止（禁反言）」法理の展開
- 三 「包袋禁反言」の理論的根拠
- 四 結語

序論 問題の所在

民事紛争においては、先行行為と矛盾した主張をしたとき、信義則に反するとしてその主張が制限される場合がある。例えば、消滅時効完成後に時効完成の事実を知らずに債務の存在を前提とした行為をした後、債務者による時効に基づく債務消滅の主張が信義則に反するとして認められない場合などである。同様の問題は特許法に関連した紛争においても存在する。

特許権侵害の存否の判断においては、特許権の客体である特許発明が無体物であるため、特許権の保護範囲である特許発明の技術的範囲の画定・認定が重要である。このため、特許法70条は「特許発明の技術的範囲は、特許請求の範囲に基づいて定められなければならない」と規定している。ここで、「特許請求の範囲」とは、特許権が設定登録により発生する前提行為である特許出願において、出願人が特許を受けようとする発明を記載する書面を意味している（特許法36条5項）。つまり、特許権の保護範囲である特許発明の技術的範囲は、出願人により記載・提出された書面に基づいて判断されることになる。しかし、現実には、特許権侵害訴訟における特許発明の技術的

範囲の画定に際して、当該書面の記載事項にとどまらず、出願人が審査経過中に行った補正や意見書等での主張も考慮されるのが一般的である。そのため、審査経過から明らかとなった出願人の主張や意見と相反する主張を禁じるという法理が、判例・学説において一般に認められている⁽¹⁾。この法理は「包袋禁反言」⁽²⁾、「出願経過禁反言」⁽³⁾、「審査経過禁反言」⁽⁴⁾などと呼ばれている（論者によりその内容を異にするが、矛盾する主張を認めない法理という共通点に着目し、便宜上、本稿では特段の断りのない限り「包袋禁反言」⁽⁵⁾という語を用いる）。

特許権の保護範囲の画定は、特許権者の保護と発明を実施する第三者の予測可能性との利益調整を図ることと密接に関連し⁽⁶⁾、特許制度の基盤ともいえる事項である。そのため、独占排他的権利である特許権と発明・技術の自由な利用における当事者関係を調整する原理が必要である。この原理の1つとして表れる「包袋禁反言」は、特許法70条により明記されている以外の事由を判断基準とするため、法的な根拠が必要である。「包袋禁反言」の法的根拠については、以下のような主張がなされている。従来の見解では「禁反言」との親和性から、民法1条2項の信義則から導き出されるものを根拠として主張が展開されてきた⁽⁷⁾。この見解は、民法上の信義則との連続性を重視するものである。これに対して、その連続性を切断して「判断機関の分化」又は「審査潜脱の防止」といった特許法独自の根拠を用いる見解もある⁽⁸⁾。

しかし、これまでの議論では、「包袋禁反言」の法理について、民法における信義則から導かれる矛盾行為の禁止ないし「禁反言」の理論的枠組みとの関連性が必ずしも明確に意識されないまま議論がなされてきたように思われる⁽⁹⁾。その結果、法概念としての「包袋禁反言」の解釈枠組みが定まらず、法解釈の見解の混乱を招いていると思われる。

前述のように、特許権の保護範囲を画定する場合、出願人の審査経過中の行為をどのように考慮するかが特許法70条に規定されておらず、包袋禁反言の法的根拠が問題となる。包袋禁反言は、特許権の保護範囲の画定に関する問題であるが、特許権侵害訴訟の権利者一実施者の民事紛争において問題

が表面化する。この場合、民事紛争を解決する規準は、特許法の特特殊性のみでなく、権利者—実施者である紛争当事者の利益を調整する原理に基づくことが必要である。特許法において、紛争当事者の利益調整の原理に関する規定がないため、権利行使の際に実質的な正義衡平を実現する機能⁽¹⁰⁾を有する民法1条2項の信義則にその根拠を求めることになる。ここで、「包袋禁反言」は、特許権の生成・行使の各場面である、審査及び侵害訴訟の二段階構造により生じる矛盾行為を前提とするため、取引社会における当事者の利益調整の原理である民法上の信義則とその前提を異にしている。このため、当事者間の利益調整の原理を規定する一般法の原則と知的財産法との法理論相互間の連続性と断絶性が問題となる。そこで、本稿の課題は、「包袋禁反言」の理論的根拠を民法上の信義則との関係から検討することにより、特殊性を有する知的財産法と取引社会の基本ルールである民法との理論的な連続性・断絶性を明らかにすることである。

このような観点から検討を行うことは、詳細な議論が展開されつつある「包袋禁反言」の要件論と直接的に関連するものではない。しかし、知的財産法に存在する各法理に関する理論的整理を行い、知的財産法体系を構築するための基礎的作業として、このような検討が必要であると考ええる。

本稿では、第一章及び第二章において、民法上の信義則及び先行行為と矛盾する行為・主張の禁止の法理の展開について、その沿革や概念の変遷を整理・検討する。その後、第三章において、包袋禁反言の理論的根拠について、これまでの学説・判例を民事法との比較対象という観点から整理・検討する。第四章において、前章までに検討した内容を前提に、財産法体系における民法上の「信義則」と「包袋禁反言」の法理との連続性・断絶性を検討する。なお、紙幅の制限により、民法上の信義則及び先行行為と矛盾する行為・主張の禁止の理論的枠組みについては、代表的な論者の理解や判例をまとめるにとどめ、詳細については別稿に譲ることとする。

一 民法における「信義則」法理の展開

1. 民法1条2項規定前の学説

民法制定時においては、ドイツ法律学からの学説継受という影響の下、法解釈については、いわゆる概念法学的な手法が支配的となっていた⁽¹¹⁾。このため、民法に規定のない「信義則」を正面から取りあげることにはなかった。しかし、明治後期になり日露戦争を契機とする経済発展や都市への人口集中がもたらした賃貸借問題が生じたことにより、権利能力の平等・契約自由の原則・所有権絶対の原則などの自由主義思想に基づく概念が社会の実態と適合しなくなり⁽¹²⁾、その後、大正期において、第一次世界大戦や関東大震災による社会情勢の激変により、市民生活に変化が生じ、実体法と現実社会の調整のために、法律解釈論においては具体的妥当性が求められるようになり、一般条項である信義則の理論的根拠や機能が検討されるようになった⁽¹³⁾。

「法律の社会化」を掲げる牧野英一博士は、ドイツ民法157条が誠実（Treu und Glauben）を基礎とすることを指摘し、その対応する規定がなかった当時の民法においても同様の原則によることが必要であると主張された⁽¹⁴⁾。牧野博士の指摘は「社会情勢の変化により、社会連帯の原理が主張されることになり、契約や法律の規定は公平であることを前提として、適当にその趣旨を拡張ないし制限しなければならない⁽¹⁵⁾」とする思想的背景に基づき、「事実において衡平乃至信義誠実の原則を無視することはできな⁽¹⁶⁾」いと断言するものである。

また、鳩山秀夫博士もドイツ民法を参考にし、債務の履行について「信義ニ従ヒテ」為すことを指摘している⁽¹⁷⁾。鳩山博士は、当初は信義則を独立の原則と捉えておらず、債務の本旨に従った履行であるかどうかの規準の1つとしていたが、その後、債権法では信義誠実が基本原則であることを明らかに⁽¹⁸⁾し、信義則論について理論的な整理を行い「信義誠実の原則が債権法を支配する基本原則と認めらるるに至ったことは近世法の著しき特色⁽²⁰⁾」としている。その主な理由として、個人の自由・意思を中心とする社会観から団体を基本

とする社会観への変化を挙げている。⁽²¹⁾ここでは、法文の形式的論理による適用から信義則による具体的妥当性を考慮する鳩山博士の思想的背景の変化も受け取ることができる。⁽²²⁾

2. 民法1条2項規定前の判例

(1) 判例では、大審院判決（大判大9年12月18日民録26輯1947頁）により「債権関係ヲ支配スル信義ノ原則」であることが明言された。その後、同時履行・履行遅滞の事案（大判大正10年11月9日民録27輯1907頁、大判13年7月1日民集3巻362頁）、⁽²³⁾弁済の提供の事案（大判大正10年11月8日民録27輯1948頁）、⁽²⁴⁾債務の履行の協力義務の事案（大判大正14年12月3日民集4巻685頁〔深川渡事件〕）など債務の履行に関して信義則に基づく具体的妥当性を図る判決が多くなされた。

(2) 昭和初期の判例になると、転借について賃貸借契約の解除による明渡請求を制限した事案（大判昭和9年3月7日民集13巻278頁）、⁽²⁵⁾抵当権について旧建物登記を新建物登記に流用後にその無効主張を制限した事案（大判昭和13年2月16日民集17巻613頁）、⁽²⁶⁾土地の売買契約後の価格統制令により履行が困難となった場合に契約の解除を認めた事案（大判昭和19年12月6日民集23巻613頁）など、大正期に確立してきた学説・判例の影響を受け、信義則に関する判例は量的に増加するとともに、その適用範囲を拡大するようになった。⁽²⁷⁾

以上のように、信義則は、昭和22年の民法改正以前から、学説・判例において、裁判による具体的妥当性を実現する私法上の原理として認められ、理論的にも確立されていた。そして、当初の信義則の意義は、自由主義思想における近代法の原則的理念が、社会情勢の変化に適合していないことから生じる形式論理的な不都合を「法律の社会化」の思想的背景に基づいた平衡の観点から調整し、当事者間の具体的妥当性を図るものであったといえる。また、信義則の主な適用範囲は、当初は債権債務関係と考えられていたが、これは近代法において、その根底となる取引社会が債権・債務という「個人が

相互に相当の信用を措くことが出来る社会⁽²⁸⁾」であることが前提となると思われる。

3. 民法1条2項規定後の学説

信義則は学説・判例により確立されたのち、昭和22年の民法改正により、民法1条2項に規定されるにいたった。信義則について、フランス民法・ドイツ民法は債務の内容ないし履行の方法に関して規定しているが⁽²⁹⁾、日本民法は、スイス民法2条1項に倣い、1条2項は文言上においても、およそ一切の権利・義務関係について信義誠実の原則が適用されるべきであることを明らかにしている⁽³⁰⁾。

「信義誠実」の意味について、我妻教授は「信義誠実 (Treu und Glauben; bonne foi) とは、社会共同生活の一員として、互に相手の信頼を裏切らないように、誠意をもって行動することである」と指摘する⁽³¹⁾⁽³²⁾。鳩山博士・牧野博士では示されていなかった社会的観点からの「信頼」という点を重視しているのが特徴である。この前提として「すべての私権は、究極においては、社会共同生活のために存在するもの」として、私権の社会性を強調する⁽³³⁾。この共同体的・社会連帯的な視点は、鳩山博士・牧野博士の信義則論と連続性を有していると思われる。

また、川島教授は、民法1条2項を「法律に抽象的に規定されている権利義務の内容が具体的な事情に応じて調整されるものであること、その調整の基準原理が「信義誠実」であることを明らかにするものである」とし、「「信義誠実」とは、当該具体的事情の下において当事者が相手方に対して正当に持つであろうところの行動の期待を指す」とする⁽³⁴⁾。そして、「(法律行為の解釈について一筆者) 現代の取引社会は当事者の「誠実」に対する相互的「信頼」の上に成り立ち、取引社会は意思表示の結果として、当事者の誠実に対する相互的信頼の関係が成立することを期待する」とする⁽³⁵⁾。

川島説は、個別具体的事情における当事者間の期待や信頼を権利内容に反映させることは、恒常的な性質を持つ所有権等の支配権には不適當とし、民

法1条2項は広きに失しており、債権法の総則的規定たる機能を有するものとする。⁽³⁶⁾一方、我妻説では、このような制限を設けず、私権一般に広く適用されるものとしていると考えられる。⁽³⁷⁾両説は、適用範囲という点で相違するが、共同体的または取引的社会を前提とする当事者間の相互の共通の価値観を基準としている点で共通していると思われる。

これらの基本的な考え方は現在でも共通しており、信義則は、相手方から寄せられた信頼と合理的な期待を保護する機能を有し、当事者間の規範の具体化・補充・形式的法適用による不都合の矯正のための法的根拠とされている。⁽³⁸⁾

4. 民法1条2項規定後の判例

民法1条2項の規定後の判例は、社会経済の急速の進展に迅速かつ的確に対応しきれない実定法と社会実態を調整するために、信義則の適用範囲及び判決数を拡大させていった。⁽³⁹⁾主な最高裁レベルの判例⁽⁴⁰⁾としては、①無断転貸を理由とする解除について、民法612条は賃貸借が当事者の個人的信頼を基礎とする継続的法律関係である規定とし、賃貸借関係を継続するに堪えない背信的行為があったと認めるにたらない特段の事情があるときは、賃貸人は契約を解除することはできないとした事案（最判昭和28年9月25日民集7巻9号979頁）、②債務者が、債務の消滅時効完成後に、時効完成の事実を知らずに債務承認行為をした場合、信義則に照らし消滅時効の援用をすることを許さないとした事案（最判昭和41年4月20日民集20巻4号702頁）、③宅配便約款の責任限度条項について、宝石類に関して宅配便を利用することができないことを知りつつ、これを容認してされた宅配便の荷物の紛失について、荷受人が運送会社に対して運送契約上の責任限度額を超えて損害賠償することが信義則に反し許されないとされた事案（最判平成10年4月30日判時1646号162頁）、④貸金業法の適用を受ける金銭消費貸借契約の付随義務として、信義則上、貸金業者に取引履歴を開示すべき義務を負うものとした事案⁽⁴¹⁾（最判平成17年7月19日民集59巻6号1783頁）などがある。これら

の事案は、当事者間の具体的事情を考慮しつつ、衡平の観点から信義則に基づき、規定の適用範囲や権利行使を制限したり、義務を付随したりするものである。

また、本稿との関係において、近時のものとして、⑤宅地建物取引業者の買主に対する説明義務についての事案（最判平成17年9月16日判タ1192号256頁、判時1912号8頁⁽⁴²⁾）、⑥貸金業者の特約に基づく期限の利益喪失の主張を認めない事案（最判平成21年9月11日判タ1308号99頁⁽⁴³⁾）などがある。判例⑤では、宅建業者が本件売買契約の締結手続のほか、引渡しを含めた一切の事務を行い、当該宅建業者を不動産販売に係る事務を行う者として買主が信頼したことを認定しており、判例⑥では、複数回に渡る契約と継続的な弁済により生じる当事者間の具体的信頼に反する行為が信義則に反するとされている。

民法1条2項の規定後、条文では規定されなかった「信頼」が判断要素の1つとなり、その信頼は社会的抽象的なものから、具体的な事情と考慮する要素へと変容していったと思われる。そして、当事者間における法適用の具体的妥当性を積極的に図る機能を有すると考えられるようになった。

二 「矛盾する行為・主張の禁止（禁反言）」法理の展開

1. 「矛盾する行為・主張の禁止（禁反言）」の意義

信義則は、社会情勢の変化に対応し、具体的妥当性を実現する一般条項としての機能を果たしていくが、他方で法的安定性維持を図るため、個別的な法理論の構成を促し法原則を発展させることが必要となった⁽⁴⁴⁾。この過程で確立されてきたものをいくつか挙げると、①禁反言（エストoppel）ないし先行行為と矛盾する行為の禁止、②クリーンハンズの原則、③事情変更の原則、④信頼関係破壊の法理・背信性理論、⑤背信的悪意者排除理論、⑥契約締結段階の過失理論などがある⁽⁴⁵⁾。その他、法文化されているものとして消費者契約法10条による不当な契約条項に関するものなどがある。

本稿との関係では、①禁反言（エストoppel）ないし先行行為と矛盾する

行為の禁止が問題となる。従来の議論では、先行行為と矛盾する行為・主張を認めないという観念は、英米法の禁反言の法理との関係で検討され、主に「無権代理と相続」や「債務承認と消滅時効」の関係で論じられてきた⁽⁴⁶⁾。

当初、英米法の禁反言の法理は「印章に対する神聖視」ということから認められていたが、徐々にその根拠を「当事者の行為」とする観点に変わり、その後、エクイティーとコモン・ローの双方を経由して発達した「表示による禁反言」が確立されるようになった⁽⁴⁷⁾。「表示による禁反言」は、①一方当事者による相手方への表示行為、②表示に対する相手方の信頼、③信頼による地位の変動、を主な要件としている。また、禁反言の基礎は「正義と衡平の観念」であるとされる⁽⁴⁸⁾。つまり、ここでは、単に矛盾行為だけでなく「相手方の信頼」を考慮した「正義と衡平の観念」からの判断が必要となる。

2. 「矛盾する行為・主張の禁止（禁反言）」の学説・判例

わが国において、禁反言は「何らかの言動によって、ある事実を表示した者は、それを信頼した者に対して当該表示に反する主張をしてはならない」という法理であり、英米法に由来するという理解で一致している。また、外観保護の原則として、エストoppel（estoppel）と同様、外観を信頼した第三者を保護するものとされている⁽⁵¹⁾。

わが国では、禁反言は明文化されていないため、信義則との関係において「具体化の一類型」⁽⁵²⁾、「信義則の具体化」⁽⁵³⁾、「下位原則」⁽⁵⁴⁾、「具体化された法準則」⁽⁵⁵⁾として位置づけられている。しかし、その要件・効果が英米法の禁反言と同様のものであるか否かは、必ずしも明確ではない。

判例は、当初「所謂禁反言ノ法則ハ我邦ニ於テ認メラレタルノニアラス」（大判明治31年10月11日民録4輯9号24頁）として、禁反言を承認することについて否定的であった。しかし、抵当権の登記を新建物の登記に流用した事案（大判昭和13年2月16日民集17巻613頁）において、「禁反言ノ法理ニ考フルモ当然」として、わが国における禁反言の法理を認めるにいたった。

その後、信義則の適用により先行行為と矛盾した主張を認めない根拠とし

て、禁反言の法理が適用された事例には、①共同相続人の一人が相続不動産を単独相続した旨の登記をして第三者にこれを処分した後に、自己の持分を超える部分の所有権移転が無効であると主張して登記の抹消請求をした事案（最判昭和56年10月30日判時1022号55頁）、②権限がないのに代理人と称して財産を処分した者が、相続によって本人を相続したような場合に本人の資格で追認を拒絶した事案（大判昭和17年2月25日民集21卷164号、最判昭和37年4月20日民集16卷4号955頁など）、③消滅時効完成後に、債務者が時効完成の事実を知らずに債務承認行為をし、その後に時効による債務の消滅を主張した事案（最大判昭和41年4月20日民集20卷4号702頁）などがある。

学説において、磯村教授は、実体法の規定を矛盾行為禁止の観点から整理して、表示が真実の権利関係（ないし真実の意思）に対応していないものであるとの主張が禁じられる類型として「表示責任型」という統一的な枠組みを主張し、そのメルクマールとして、①本人の意思的行為に基づいて表示がなされたこと、②その表示を相手方が信頼したこと、③その信頼に基づいて新たに利害関係を取得したこと、の3点を挙げる⁽⁵⁶⁾。そして、契約の取消や解除のように、自己の先行行為に矛盾する行為がすべて信義則に反するとして許されないわけではないため、単に矛盾行為が存するというだけでは足りず、その矛盾行為が信義則に反するための付加的な事情が必要であるとする⁽⁵⁷⁾。

また、安永教授は、先行行為と矛盾する行為が信義則に反するかどうかの判断は、かかる行為をめぐる当事者間での事情を総合的に考慮してなされなくてはならない、として、①先行行為の内容がいかなるものであるか、その際の行為者の主観的な態容がどうであったか、②矛盾行為により不利益を被る者が、先行行為を信頼していること、とりわけ、それを前提にしてその後に自己の地位を変更したなどの事情があること等、を挙げている⁽⁵⁸⁾。①については「それを基礎づける特別な事情」、②については「相手方の信頼という要素が希釈化する場合」として具体的な判断をなすことを主張する⁽⁵⁹⁾。

しかし、有賀准教授は、禁反言の沿革から比較すると、わが国の判例が、ある行動を信義則違反と評価する際には、①矛盾する言動の存在は必要とさ

れる一方、②表示者の主観的要件は必要とされず、③相手方の信頼に基づく地位の不利益変更の要件は、判例によってその配慮の程度にかなり差があり、相手方の信頼を問題にできない場合などには、その配慮は希薄であると指摘する⁽⁶⁰⁾。

もっとも、禁反言に関して、わが国では判例・学説において議論が尽くされているとは言えず、未だその共通的理解は得られていない。有賀准教授は、判例との関係では、各要件が考慮される度合いが異なるため、その要件としての不明確性を残しており、要件論として、矛盾的言動の存在のみで足りるかは否かについて、禁反言則の本質論と併せて再考の余地があると指摘する⁽⁶¹⁾。

3. 学説・判例の検討

これらの見解に共通するのは、①先行行為と矛盾する主張が存在すること、②相手方の信頼という点である。この枠組みは前述「表示による禁反言」の要件と一致するが、本来「表示による禁反言」は証書や不動産取引などでの契約法の領域を主として構成されているものである。したがって、契約法の領域以外の領域について禁反言の法理を適用する場合、「表示による禁反言」の枠組みである2要件では十分ではないと思われる。つまり、矛盾した主張が許されないという「禁反言の法理」について「表示による禁反言」とは別の「禁反言の法理」が必要と思われる⁽⁶²⁾。

なぜなら、禁反言の法理は「相手方の信頼を裏切らない」ということであり、それにより取引の安全を図ることが目的とされており、ここでは、取引社会における一般原則に基づいて先行行為と矛盾する行為・主張を認めるべきか否かを判断することになる。そうであるなら、取引的構造と異なる特殊な構造を有する制度の下では、その特殊性を考慮することなく禁反言の法理を適用することができないと考えられる。

三 「包袋禁反言」の理論的根拠

1. 特許権の保護範囲と包袋禁反言

禁反言の法理は、知的財産法分野では、「包袋禁反言」として問題とされてきた。そこで、問題は、包袋禁反言に禁反言の法理を直接適用できるのか、あるいは一定の修正が必要となるのかの点である。

特許法70条は、「特許発明の技術的範囲は、特許請求の範囲に基づいて定められなければならない」とする。本法の大正10年法では、本条に相当する規定がなく、特許権の保護範囲の画定規準が問題となっていた。⁽⁶³⁾学説・判例では、特許請求の範囲の記載にとどまらず、明細書全体を総合的に評価することにより、特許権の保護範囲を定めるとの解釈も存在していた。本条は昭和34年法改正により新設され、⁽⁶⁵⁾特許請求の範囲の役割が明確化され、⁽⁶⁶⁾特許請求の範囲に記載された発明の構成要素をすべて具備したものののみが特許発明の技術的範囲を属することを意味するようになった。⁽⁶⁷⁾

本条において「特許請求の範囲」を基準と定めたことから、出願人の意思が表れる出願経過を特許権の保護範囲を画定する上でどのように評価するかが問題となる。そこで、出願経過を評価する考えとして、包袋禁反言を否定する説も当初は存在したが、⁽⁶⁸⁾現在では、審査における行為・主張と矛盾する権利範囲の主張を特許権侵害訴訟においてすることは包袋禁反言により許されないという点では一致している。⁽⁶⁹⁾

判例や多数説は、包袋禁反言について、民事法上の信義則・禁反言にその根拠を求めている。しかし、包袋禁反言の成立要件として、⁽⁷⁰⁾訴訟上の被告である相手方の具体的な信頼を必要としないとしている。そのため、相手方の信頼を想定している民事法との関係が明確にされないまま、包袋禁反言を特許法の特異性に基⁽⁷¹⁾づいて正当化する試みがなされてきたと考えられる。次に包袋禁反言の理論的根拠について検討する。

2. 包袋禁反言の根拠に関する学説

通説は、包袋禁反言の理論的根拠を民法1条2項の信義則に求めている⁽⁷²⁾。一般的な体系書では、包袋禁反言（出願経過）に関して「立法の過程が法令解釈上の有力な参考となるのと同様の趣旨から容認されるべきである」とし、禁反言の法理と同列に扱い、信義則を根拠としている⁽⁷³⁾。また、信義則を根拠とする多くの説では、「禁反言の原則という一般法理に淵源を有するもの⁽⁷⁴⁾」、「個別具体的状況下における権利濫用・信義則といった一般法理を「禁反言」として適用した場面⁽⁷⁵⁾」として、民法との理論的な関係については抽象的な説明にとどまっている。

上記の抽象的な根拠と異なり、特許法独自の根拠を求める見解として、アメリカ法の議論を参考にして、包袋禁反言を出願経過における主張と矛盾する主張を禁止する法理と捉え、審査と侵害訴訟における主張の一貫性を確保することを目的としつつ、審査の潜脱を防止することを根拠とする見解（審査潜脱防止説）がある⁽⁷⁶⁾。審査潜脱防止説において、包袋禁反言は、当事者間の具体的な信頼が要件とされていないことなど、適用要件が厳格である禁反言と異なるため、英米法上の禁反言と性質を異にすると指摘する。そして、抽象的に信義則・禁反言を根拠とする見解に対しては、審査経過禁反言が「禁反言」という語を含むことから、いわゆる禁反言の原則と同視し、その性質に関して、これまで十分に議論されてきたとは言えないと主張する⁽⁷⁸⁾。しかし、審査潜脱防止説は、アメリカの判例法理を所与の前提とするのみで、特許法その他法原理との関係の検討が不十分であるとの指摘がある⁽⁷⁹⁾。

このような議論の中、包袋禁反言の法理の根拠を「権利成立要件を判断する機関（第一次的に特許庁、第二次的に裁判所）と権利行使の可否を判断する機関とが分離している特許制度の特殊性（一般の民事訴訟との違い）に求めることができる」とする見解（判断機関分化説）が現れた⁽⁸⁰⁾。判断機関分化説は、「出願人の矛盾主張が契機となって、権利の成立要件の審査における判断と、権利範囲における判断とに矛盾が生じることを防ぐ法理であり、その意味で判断機関の分化に伴う歪みを是正することを目的として位置づけ」、

これにより審査制度の潜脱を防止するものと捉えている。判断機関分化説は、判断機関の分化による不都合を調整する法理であるため第三者の信頼については考慮されないとする⁽⁸¹⁾。判断機関分化説は、「審査の潜脱」を防止する点で審査潜脱防止説と共通しているが、その根拠として、判断機関の分化という特許法の制度的構造の特殊性を強調している。

また、信義則との関係において、包袋禁反言を信義則の一適用場面と位置づけ、信義則と審査潜脱防止説を架橋しようとする見解（架橋説）がある⁽⁸²⁾。架橋説は、前述の磯村説を前提としつつ、矛盾行為を信義則違背と評価するには更なる付加的要素の明確化が必要であるとし、審査経過禁反言（包袋禁反言）の適用には（以下の番号は筆者）、①当事者の信頼、②審査潜脱、③特許付与と侵害認定の「二重利得」⁽⁸³⁾の獲得、を必要とする⁽⁸⁴⁾。①当事者の信頼について、民法学において相手方の信頼という要素が希釈化された例を挙げつつ、審査経過の公開という事実のみで、発明の属する技術の分野における通常の知識を有する者（いわゆる当業者）の一般の抽象的信頼があれば足りるとする⁽⁸⁵⁾。②審査潜脱について、審査潜脱防止説が指摘する審査の潜脱を目的とする行為であることが、信義則上、矛盾行為が禁止される1つの要素とする⁽⁸⁶⁾。③特許付与と侵害認定の「二重利得」の獲得について、審査における主張と矛盾する主張を侵害訴訟において認めることは、本来受けることのできない利得を得ており（「二重利得」—筆者）、この「二重利得」の獲得防止も矛盾行為の禁止を基礎付ける1つの要素とする⁽⁸⁷⁾。そして、①当事者の信頼が抽象的信頼で足りることから、禁反言の適用には、②審査潜脱及び③「二重利得」の有無が審査経過禁反言の適用の主なメルクマールとする⁽⁸⁸⁾。架橋説は、「二重利得」の要素を加えることにより、審査経過禁反言の理論的根拠を明確にした見解といえる。

3. 包袋禁反言に関する判例

包袋禁反言に関する判例は、昭和期に包袋禁反言の要素を考慮した判決が登場し、その後、包袋禁反言（fail-wrapper estoppel）の用語を用いる判決

が登場した。平成期の判決において、昭和期の影響を受けつつ、包袋禁反言の具体的な要件論や正当化根拠について言及されるようになった。

(1) 包袋禁反言に関する昭和期の判決では、昭和45年判決（東京地判昭和45年3月25日判タ247号263頁〔カレンダー法事件〕）において、「発明者自身明言しながら、後にこれを用いない他の方法が同じ作用効果をもつと主張することは許されず、採用に値しない。」として、権利範囲について矛盾する主張を認めないとされたものが最初の判決である⁽⁸⁹⁾。

その後、昭和55年判決（大阪地判55年2月29日判決〔加熱造型機事件〕）で、「けだし、…原告がその権利行使の段階ではこれに反する主張をすることは第三者にとっては著しく信義に反することになるからである（fail-wrapper estoppel）」として、「fail-wrapper estoppel（包袋禁反言）」を明言するに至った⁽⁹⁰⁾。その後の判決も「包袋禁反言」を根拠に権利範囲の矛盾主張を否定している。もっとも、昭和55年判決では、「特許出願人が望む以上」の権利範囲を認める必要はなく、意見書等の出願過程については「何人もその記録（包袋）を見ることによって客観的に確知できる」としている。つまり、本判決では、出願人の意思という点を中心としつつも、第三者との関係において信義に反ずるとして包袋禁反言を認めている⁽⁹²⁾。

(2) 包袋禁反言に関する平成期の判決では、昭和55年判決で示された出願経過の閲覧可能性⁽⁹³⁾との関係に言及する判決が登場する。平成3年判決（大阪地判平成3年5月27日〔二軸強制混合機事件〕）では「出願経過において示された見識や意見は…公示制度はとられておらず、…もはや出願人の主観的意図を離れた客観的存在とな」として、明細書等において特許発明の技術的範囲が画定できる場合には「意識的に限定したとして、本件発明の技術的範囲を限定的に解釈することはできない」としつつ、「出願人が異議申立答弁書において特許請求の範囲記載の文言に関して一定の陳述をなし、それが特許庁審査官に受け入れられた結果異議申立が排斥され、特許が査定された場合に、その特許権に基づく侵害訴訟において、特許権者又は専用実施権者などが、右の陳述と矛盾する主張をして侵害を主張することが、信義誠

実の原則ないしは禁反言の原則に照らして許されない例外的な場合が生じる可能性があることは否定できない」とする。本判決では、明細書等において特許発明の技術的範囲が画定できる場合であっても、例外的に、出願人の意見が審査において考慮されたときに矛盾する主張を認めない場合があることを示している。また、出願経過で示された意見等が、出願人の主観的意図を離れた客観的な存在となることを示している点が特徴的である。

また、平成8年判決（大阪地判平成8年9月26日判942号238頁、判タ942号238頁〔青果物包装体事件〕）では、特許法70条（当時は改正前の規定一筆者）により、特許発明の技術的範囲の認定は特許請求の範囲に基づくことの原則を示しつつ、「出願人が…特許請求の範囲の記載の意義を限定するなどの陳述を行い、それが…受け容れられて特許を付与された場合であって、かつ、…出願人においてかかる陳述をする必要性があったものと客観的に認められる場合は、同じ出願人が特許権者として、右特許権に基づく侵害訴訟において右陳述と矛盾する主張をして特許権の侵害を主張することは、民法法を支配する一般理念としての信義誠実の原則ないし禁反言の法理に照らし許されないと解すべきである（信義誠実の原則ないし禁反言の法理の特許法の分野における適用の一場面としての「包袋禁反言」の法理）」とした。その理由として、「出願人の右陳述の内容は、一般の第三者によって特許出願に係る発明が特許を受けるために不可欠な事項と理解されるのが通常であり、第三者のかかる理解に基づく信頼は保護されなければならない、侵害訴訟の場において出願人に右陳述と矛盾する主張を許すことは、第三者の正当な信頼を裏切ることになるから」とし、「出願人において特許請求の範囲の記載の意義を限定するなどした陳述が、…不必要な範囲まで限定を加えるものであったという場合には、右陳述に対する第三者の信頼はいまだこれを保護しなければならないような合理的信頼と評価することが困難であるから、右包袋禁反言の法理は適用されない」として、審査における行為が必要的かどうかにより「第三者の信頼」の有無の考慮を区別している。この理論構成については、判断機関分化説から包袋禁反言の適用に消極的であると評価されている⁽⁹⁴⁾。

平成10年には、いわゆる均等論に関する最高裁判決（最判平成10年2月24日判決〔ボールスプライン軸受事件〕）がある。均等論とは「特許請求の範囲に記載された特許発明の構成と一部異なる部分があるため特許権を文言侵害しない場合であって、対象製品は特許発明の構成と実質的同一と評価される⁽⁹⁵⁾として、特許権の効力を及ぼせる論理」とされている。均等論は、特許権の保護範囲の判断基準である特許請求の範囲に記載されている文言が厳格に解釈されることにより、特許権の保護範囲が、必要以上に縮小的に判断されてしまう不合理性を回避するために、法的観点から特許発明の同一性を判断して、特許権の保護範囲をある程度拡張解釈する機能を有する⁽⁹⁶⁾。それにより、特許発明の適切な保護を図ることを目的とする。本判決が判示する5要件のうちの一つである「特許出願手続において特許請求の範囲から意識的に除外されたものに当たるなどの特段の事情もないとき」の理由付けとして、本判決は、「特許権者の側においていったん特許発明の技術的範囲に属しないことを承認するか、又は外形的にそのように解されるような行動をとったものについて、特許権者が後にこれと反する主張をすることは、禁反言の法理に照らし許されないから」とする。包袋禁反言は、特許発明の技術的範囲を限定解釈する局面で適用され、一方、均等論は、特許発明の技術的範囲を画定させる特許請求の範囲の構成要件の機能を後退させてまで特許権の効力を及ぼせようとするものであるため、第三者保護の要請が強く働くとするという点で、包袋禁反言と均等論は区別されている⁽⁹⁸⁾。しかし、「外形的」な行動を考慮するのは、特許権者の保護と出願人の行動に対する信頼という第三者の予測可能性の調和を図ったものとされ⁽⁹⁹⁾、矛盾的な主張を認めない点で包袋禁反言と共通する。つまり、権利範囲の画定において、出願経過を考慮することで、当事者間の衡平を図るという機能では共通点を有すると思われる。

平成8年判決以後のものでは、「第三者の信頼」に関する評価が分かれている。平成12年判決（東京地判平成12年2月1日判時1712号167頁、東京地判平成12年9月27日判タ1042号260頁、判時1735号122頁）は、いずれも出願経過と矛盾する主張に対して「禁反言の法理により許されない⁽¹⁰⁰⁾」としてお

り、第三者との信頼については示されていない。また、無効審判における主張に関する事案であるが、平成13年東京地裁判決（東京地判平成13年3月30日判タ1059号195頁、判時1753号128頁〔連続壁体造成工法事件〕）は「訴訟における信義誠実の原則に反し、または禁反言の趣旨に照らして、許されない…訴訟の当事者が、訴訟において、無効審判手続中でされた主張と正に矛盾する趣旨の主張を意図的にすることは、特段の事情がない限り、訴訟における信義則の原則ないし出願経過禁反言の原則は、同様に妥当するものと解して差し支えない」⁽¹⁰¹⁾⁽¹⁰²⁾としている。上記の諸判決では、第三者の信頼について⁽¹⁰³⁾示されていない。

これに対して、平成13年大阪地裁判決（大阪地判平成13年10月9日裁判所ウェブサイト〔電動式パイプ曲げ装置事件〕）は、特許請求の範囲に記載された内容が多義的または不明確である場合には出願経過を参酌することを認めつつ、「出願人が特許請求の範囲から意識的に除外するなど、特許権者の側においていったん特許発明の技術的範囲に属しないことを明示的に承諾した場合のほか…拒絶理由又は特許異議申立の理由に対応して特許請求の範囲記載の意義を限定する陳述を行い、それが特許庁審査官ないし審判官に受け入れられた結果、…特許をすべき旨の査定ないしと特許を維持すべき旨の決定がされたような場合には、その特許権に基づく侵害訴訟において、特許権者が前記陳述と矛盾する主張をすることは、一般原則としての信義誠実の原則ないしは禁反言の原則に照らして許されないと解するのが相当」としている。出願経過の書類は何人も閲覧請求（特許法186条）が可能であるため「一般第三者において、特許請求の範囲が限定されたものと理解するのが通常であり、第三者のこのような理解に基づく信頼は保護すべきものと解されるから」として、平成12年判決と異なり、平成8年判決と同様に第三者の信頼を保護すべきことを理由としている。そして、本判決は、包袋禁反言を適用する前提として、特許権者が特許発明の技術的範囲に属しないことを明示的に承諾している場合と、審査における陳述が審査官・審判官に受け入れられた結果、特許になった場合の2つを挙げている。⁽¹⁰⁴⁾

包袋禁反言に関する判決において注目すべきは、平成20年判決（東京地判平成20年3月27日判タ1298号269頁〔健康食品事件〕）である。本判決は「いわゆる包袋禁反言の原則とは、出願人が特許の出願経過において特許請求の範囲記載の文言に関して一定の陳述をなし、それが特許庁審査官に受け入れられた結果、特許査定がされた場合に、その特許権に基づく侵害訴訟において、特許権者が上記陳述と矛盾する主張をして侵害を主張することが、禁反言の原則に照らして許されないとするもの」として包袋禁反言の内容について判示している。ここでは、①特許請求の範囲に関する一定の陳述が受け入れられて特許権が発生していること、②侵害訴訟において、上記陳述と矛盾する主張が禁反言の原則に照らして許されないことが要件とされている。しかし、この「禁反言」が民事法上の禁反言と同義なのかは明らかではない。

4. 小括

学説・判例は、「審査における行為・主張と矛盾する権利範囲の主張を特許権侵害訴訟においてすること」が許されるべきでないとの価値判断が示されている点については確立していると思われる。特に、出願人の陳述が特許庁に受け入れられて特許になった場合の先行行為と矛盾する主張を許さない点では共通の理解が得られている⁽¹⁰⁵⁾。しかし、その正当化根拠としては、権利成立・行使の判断機関の分化による一貫性の維持ないし「審査潜脱の防止」や民事法上の信義則・禁反言を根拠とした包袋禁反言が挙げられており、まだ共通の理解は得られていない。

民事法上の信義則ないし矛盾主張の禁止（禁反言）の解釈枠組みについて、安永教授は「かかる行為をめぐる当事者間での事情を考慮する」とし⁽¹⁰⁶⁾、磯村教授も「行為者自身の矛盾行為⁽¹⁰⁷⁾」に着目しており、当事者により形成された一定の法律状態と矛盾する行為に対する反信義性を重視している。

一方、包袋禁反言は、審査（権利生成過程）における主張と矛盾する侵害訴訟（権利行使過程）での主張に対する「審査の潜脱」の観点からの反信義性を重視している。つまり、包袋禁反言は、審査において、主体的な行動に

より形成された法律状態が、平成3年判決が指摘するように「出願経過において示された見識や意見は…出願人の主観的意図を離れた客観的存在」となるとされている。例えば、特許権が移転された結果、先行行為（審査）と後行行為（侵害訴訟）の主体が異なることになっても、包袋禁反言を根拠として、その権利行使が制限される場合があると考えられる。なぜなら、包袋禁反言は、特許権を取得しようとする出願人の行為が主観的な意図から離れたものとして客観化され、特許権の保護範囲を実質的に画定する機能を有するからである。この機能は、先行行為と矛盾する権利主張そのものを認めない禁反言の機能と異なる。

審査における主体の行動が客観化させることにより一定の法律状態を形成し、特許権の保護範囲を画定して特許権をめぐる当事者の利益調整を図る特殊性は、一般民事法上の信義則と異なる知的財産法における信義則という、知的財産法制度における法秩序により要求されている⁽¹⁰⁸⁾。そして、その1つとして、「審査における行為・主張と矛盾する権利範囲の主張の特許権侵害訴訟においてすることを許さない」という規範が立てられているものとみることができる。

また、禁反言の語を用いていることから、「相手方の信頼」との関係をどのように考慮すべきかが問題となる。この点について、前述の架橋説では、「審査経過の公開という事実のみで当業者一般の抽象的信頼の形成を認めるのに十分」としている。他の見解でも、信頼を不要とする説や抽象的なもので足りるとする⁽¹⁰⁹⁾。ここでは、出願人の行動は、主観的な意図から離れたものとして客観化されるため、具体的な相手方を必要としないものと考えられる。このため、判例においても、「第三者の信頼」が示される場合もあるが、審査における主張が特許権の形成過程にどの程度影響するのかを中心に判断していると考えられる。

もっとも、民事法においても契約の取消・解除などによる矛盾した行動が許容される場合もあり、如何なる場合に矛盾行為が認められないのが問題となる。包袋禁反言において、学説・判例は「一定の陳述をなし、それが特

許庁審査官に受け入れられた結果許査定がされた場合」を基準とすることが多いが、前述の平成20年判決は、さらに「禁反言の原則に照らして許されないこと」が必要としている。そして、出願経過の閲覧可能性は具体的な信頼とはいえ、間接的なものにすぎないため、少なくとも具体的な信頼は不要とされるが、権利範囲の画定において、信義則の機能である当事者間の衡平性を欠くような結論となる場合に適用される点では連続性を有しているといえる。

四 結語

1. 問題の整理

包袋禁反言の法理は、特許権侵害訴訟において、審査における行為・主張と矛盾する権利範囲の主張は許されないとして、結果的に当事者間の衡平を調整する法理として機能している。しかし、民事法における信義則が想定している当事者間の衡平を調整する機能は、取引社会において法的関係性を有する者の信頼関係を前提としている。そのため、特許法における包袋禁反言の法理は、表示の外観に対する信頼を保護する趣旨ではないことから、民事法上の信義則との関係をどのように理解すべきか問題となる。

この点について、包袋禁反言は、主体的な行動により形成された法律状態が、審査の過程で出願人の主観的意図を離れて客観的存在となるものであり、特許権の保護範囲を実質的に画定して、独占排他権たる特許権を有する権利者とその権利により行動が制限される実施者という当事者間の関係を調整する機能を有するものであると考えることができる。⁽¹¹⁰⁾

したがって、取引社会においては、知的財産法に関する法秩序を定める指導的原理が存在し、一般民事法上の信義則と異なる知的財産法における信義則という、知的財産法制度における法秩序が適用され、当事者（権利者及び実施者・第三者）の衡平が図られる、その一場面として、包袋禁反言の法理が現れていると考えることができる。

すなわち、包袋禁反言が問題となる場合、特許法における矛盾行為を認め

るべきでないという価値判断は一致しており、その本質は審査の潜脱を防止し、出願段階と権利行使段階に一貫性を確保することである。しかし、出願人—特許庁という構造のみで生じる矛盾行為であるなら、民事法が積極的に適用されることはないが、現在の特許制度においては、判断機関が分化されていても、特許権の生成・行使という連続性を有する構造であるため、出願人—特許庁との間で行われた行為が、結果的に権利者（原告）—実施者（被告）という当事者間の紛争に影響を及ぼすことになる。そのため、本来、当事者間以外のところで調整すべき問題が、当事者間の民事紛争において調整されなければならない。そこで、その価値判断を支える理論的根拠として民事法が積極的に適用されることが必要となる。つまり、民事法による当事者間の利益調整機能が働くことになる。

しかし、この場合、出願人—特許庁、権利者—実施者という二重構造を持つため、当事者間の調整を規定している民事法の理論をそのまま適用することが難しい。この点が、民事法上の信義則を根拠として、包袋禁反言について理論的に説明することを難しくしている。すなわち、民法上の信義則理論は、取引社会における当事者相互間における抽象的又は具体的な信頼を基準に用いて、当事者間の正義・衡平を図る機能であるが、包袋禁反言の場合は、主体的な行動により形成された法律状態が、出願人の主観的意図を離れて客観的存在となるものであるため、権利者—実施者の信頼関係が間接的なものにすぎない。そのため、出願段階と権利行使段階の一貫性を確保つつ、実質的な特許権の保護範囲を画定させることが問題の中心となり、それを通じて当事者間の利益調整を図ることとなる。

知的財産は現代の経済活動に欠かせないものであるため、単に出願人—特許庁という枠に収まるものでなく、権利者—実施者の当事者間の問題として現れることになる。この当事者間の問題に民事法の概念を用いることは可能であり、ここに民事法との連続性を有することとなるが、一方でその特殊的構造を有する法体系がゆえに断絶性を有することとなる。ここに民事法と知的財産法の隙間が存在し、取引社会における当事者の問題を規律する法理論

と特殊的構造を有する法理論の橋渡しをする知的財産法秩序を定める指導的原理としての中間的な理論が必要となる。ここでは、民事法の理論・概念を用いつつ、その特殊性を考慮した検討が必要となると考える。⁽¹¹²⁾

2. 今後の課題

本稿では、出願・審査により権利が生成される特殊な構造を持つ特許制度における法理を一般法との関係を中心に検討した。ここでは、民法上で論じられている、取引（商品交換）社会を前提とする法理と異なる特殊性を有する法理が存在している。そのため、民法で議論されてきた枠組みをそのまま借用して議論することは妥当でなく、当該法領域の構造の特殊性及び社会的背景を十分に考慮したうえでの検討が必要となる。また、本稿において、信義則と包袋禁反言の問題を対象としたが、借用される一般法の原則も、時代的背景、適用分野、適用対象により、また、論者により考え方が異なる。知的財産法秩序を定める指導的原理としての中間的な理論を検討する前提として、一般法の原則について、理論的に整理する必要があると思われる。

さらに、本稿では、信義則、禁反言（矛盾行為の禁止）、包袋禁反言という民事法及び知的財産法における中間的な法理論について検討を行った。民事法・知的財産法の理論は、日本国内のみならず外国法と密接な関連を有する。そのため、本稿で示した理念的な考察をより充実させるには、比較法的な観点から検討する必要がある、また、併せて民法及び知的財産法の指導的原理についても、法体系全体からの再検討の必要があると考える。今後の課題としたい。

- (1) 愛知靖之「審査経過禁反言の理論的根拠と判断枠組み（1）～（5・完）」法学論叢155号6号1-37頁（2004）、156号1号37-58頁（2005）、156号2号112-135頁（2005）、157号1号20-54頁（2006）、157号2号28-47頁（2006）。愛知・「判断枠組み（1）」3頁。
- (2) 吉藤幸朔（熊谷健一・補訂）『特許法概説』488頁（有斐閣、第13版、2001）、青柳吟子「クレーム解釈の縮小解釈と包袋禁反言」本間崇先生還暦記念『知的財産権の現代的課題』1頁（信山社、1995）、田村善之『知的財産法』267頁（有斐閣、第5版、

- 2010)、田村善之「判断機関分化の調整原理としての包袋禁反言」『特許法の理論』(有斐閣、2009)、吉田広志「最近の裁判例にみる禁反言の研究:新版」41頁(知的財産法政策学研究 創刊号)、中山信弘『特許法』426頁(弘文堂、第2版、2012)。
- (3) 高林龍「特許権侵害訴訟における信義則・権利濫用」法曹時報53巻3号558頁(2001)。なお、増井和夫=田村善之『特許判例ガイド』173頁(有斐閣、第4版、2012)では、「出願経過の参酌」と表現する。また、竹田稔『知的財産権訴訟要論〔特許・意匠・商標編〕』45頁(発明推進協会、第6版、2012)は「出願の経過参酌の原則」とする。
- (4) 茶園成樹『特許法』229頁(有斐閣、2013)、大友信秀「審査経過禁反言(Prosecution history estoppel)の法的性質」知的財産研究所編『特許クレーム解釈の研究』1頁(知的財産研究所、1999)、潮海久雄「特許権侵害における禁反言の法理の再検討」相澤英孝ほか編『知的財産法の理論と現代的課題』(弘文堂、2005)、愛知・前掲注(1)。
- (5) 特許庁ホームページ(<http://www.jpo.go.jp/indexj.htm>)の用語解説では「包袋」とは、「特許出願後に特許出願人から提出された書類、特許庁長官若しくは審査官がしたすべての処分、若しくは通知の原本並びにその他特許出願に関する書類を収納する袋」とされている。もっとも、現在は、電子出願制度が整備されているため、電子データで管理されている。また「包袋禁反言」とは「出願人が新規性、進歩性又は記載不備等による拒絶理由を回避するためにクレームを減縮した場合、特許後にすでに減縮した部分について権利拡張をする旨の主張をすることはできないこと」とする。
- (6) 西井志織「特許発明の保護範囲の画定と出願経過(1)」法学協会雑誌130巻第5号、同(2)130巻第6号、同(3)130巻第7号(脱稿時未完)。「出願経過(1)」1256頁。最近の研究として詳細な分析・検討がなされている文献である。
- (7) 中山信弘=小泉直樹編『新・注解特許法【上巻】』1076頁参照〔岩坪哲〕(青林書院、2011)。渋谷達紀『知的財産法講義I』137頁(有斐閣、2004)では、「意識的除外の参酌は、禁反言の法理に基づく解釈であり、大陸法の概念では信義則に基づく解釈である。この禁反言は、特許法の分野で形成された法理なので、包袋禁反言とも呼ばれる」とする。
- (8) 「判断機関の分化」を根拠とするものとして、田村・前掲注(2)「判断機関」がある。また、「審査潜脱の防止」を根拠とするものとして、大野聖二「均等論と2つのエストッペル論(1)(2)」パテント49号2巻、3巻。
- (9) 潮海久雄「特許権侵害における禁反言の法理の再検討」相澤英孝ほか編『知的財産法の理論と現代的課題』197頁(弘文堂、2005)。
- (10) 好美清光「信義則の機能について」一橋論叢第47巻第2号79頁、谷口知平=石田喜久夫編『新版 注釈民法(1)[改訂版]』88-89頁〔安永正昭〕(有斐閣、2002)
- (11) 加藤雅信ほか編『民法学説百年史』〔磯村保〕「鳩山秀夫「債権法に於ける信義誠實の原則」」56頁(有斐閣、1999)
- (12) これを修正した立法的現象として「建物保護二関スル法律」(明治42年、1909年)

がある。

- (13) 菅野耕毅『信義則及び権利濫用の研究』39頁（信山社、1994）
- (14) 牧野英一『現代の文化と法律』「法律の社会化」40頁（有斐閣、第5版、1924）
- (15) 牧野英一『法律における具体的妥当性』「具体的妥当性」42頁（有斐閣、1948）
- (16) 牧野英一『民法の基本問題 第4編 信義則に関する若干の考察』「信義則の三つの味方」97頁（有斐閣、1936）
- (17) 鳩山秀夫『日本債権法総論』93頁（岩波書店、第59版、1924）。
- (18) 鳩山・前掲注 (17) 94頁「信義ノ意義ニ付テハ…余ハ之ヲ以テ取引上ノ道徳トナシ即チ各当事者ノ個人的利益ヲ極端ニ主張セザルコトヲ謂フモノト解ス」としている。
- (19) 鳩山秀夫『日本債権法総論』110頁（岩波書店、増訂改版、1925）。鳩山・前掲注 (17) と同様にドイツ民法と比較しているが「債権法ハ信義誠実ヲ以テ其ノ基本原則トスルモノナルガ故ニ同一ニ解セザルベカラズ」とする。菅野・前掲注 (13) 41頁では大正7年（1918）の時点で、債権法基本原則とすべき主張がされているとしている。
- (20) 鳩山秀夫「債権法に於ける信義誠実の原則」法学協会雑誌42巻1～8号（1924）〔債権法における信義誠実の原則（有斐閣、1955）所収253頁〕
- (21) 鳩山・前掲注 (20) 255頁。その他の理由としては、「取引の範囲が拡張し取引の關係が複雑に」なったこと、「フランス・ドイツにおける19世紀における法律及び法学の狀態」において「正義、公平、信義、誠実という觀念が重要な地位を占めることを挙げている。
- (22) 加藤・前掲注 (11) 58頁。「本論文は…鳩山民法学の新たな出発点となる可能性を秘めるもの」であるとする。
- (23) 菅野・前掲注 (13) 45頁。買戻権の行使について、些少の不足額により買戻の効力の発生を妨げないとした事例。もっとも、相手方が契約費用の照会に応じないために不足したという事情が考慮されているとされる。
- (24) 谷口＝石田・前掲注 (10) 81頁では、本判決について「再び明示的に「信義衡平ノ觀念」を指摘し、信義誠実の原則的価値を確認した」とする。
- (25) 本判決は「此ノ結論タルヤ信義ノ原則ヨリシテ觀ルモ洵ニ当然ノコトナリト云フヘシ」としている。
- (26) 本判決以前においても、頼母子講の管理人である表示をした者に対する責任を認め「禁反言の法理を暗に認め」た事例とされる。菅野・前掲注 (13) 77頁。
- (27) 谷口＝石田・前掲注 (10) 82頁。判例の拡張拡大とともに、学説による理論的検討や判例の総合研究を試みて、信義則の通則としての客観化が試みられている。そして「第二次世界大戦中・大戦後の社会的動揺期に至って、信義誠実の原則は、民法の一指導原理として確固たる地位を占めるに至った」とする。
- (28) 鳩山・前掲注 (20) 261頁。鳩山博士は「取引法、債権法は此の如く信義を基礎として成立するものであるから、信義誠実の原則がこの種類の法律に於て特に重要な意義を有すべきことは寧ろ当然と言はねばならぬ」とする。もっとも、債権発生以

- 前についても信義則の適用があるとする。同262頁。
- (29) 谷口=石田・前掲注(10) 76頁。もっとも、規定上の文言が債務の履行ないし履行の方法を明言しているのであって、判例・学説においては、信義則はその適用範囲を拡大している。
- (30) 谷口=石田・前掲注(10) 77頁。
- (31) 我妻栄『新訂民法総則』34頁(岩波書店、1965)。そして、「単に当事者間に認められた権利の行使と義務の履行について規定するだけでなく、一法律及び契約の解釈によって一当事者間にいかなる内容の権利義務が生ずるかを決定するに当たっても信義誠実の原則を標準とすべきでことを要請するものと解すべき」としている。同書35頁。
- (32) その他、四宮教授は我妻教授を引用して「社会共同生活の一員として、互いに相手の信頼を裏切らないように誠意をもって行動することを要求するルールのことを信義誠実の原則」としている。(四宮和夫・能見義久『民法総則』15頁(弘文堂、第8版、2010))。また、北川教授は「信義則は、私法関係において、権利の行使であれ義務の履行であれ取引上通常期待されている信頼にそうように、誠実に行動すべきであるとする原則」としている(北川善太郎『民法総則(民法講要I)』17頁(有斐閣、1993))。
- (33) 我妻・前掲注(31) 32頁。私権が認められる根拠は、それが社会共同生活の向上発展のための不可欠の要件であることに存在する。
- (34) 川島武宜『民法総則(法律学全集17)』50頁以下(有斐閣、1965)。
- (35) 川島・前掲注(34) 205頁。前=法律的社会関係ないし前=法律的价值をそのまま承認してこれに法的保護を与えることを原則とする近代法は、そのような社会的期待に法的保護を与えることを要請されているとする。
- (36) 川島・前掲注(34) 51頁。
- (37) 我妻・前掲注(31) 32頁。
- (38) 河上正二『民法総則講義』14頁(日本評論社、2007)。
- (39) 谷口=石田・前掲注(10) 92頁。
- (40) 河上・前掲注(38) 15頁。ここで挙げた判例(最判平成17年7月19日判決まで)について同書を参考とした。
- (41) 本判決では「一般に、債務者は、債務内容を正確に把握できない場合には、弁済計画を立てることが困難となったり、過払金があるのにその返還を請求できないばかりか、更に弁済を求められてこれに応ずることを余儀なくされるなど、大きな不利益を被る可能性があるのに対して、貸金業者が保存している業務帳簿に基づいて債務内容を開示することは容易であり、貸金業者に特段の負担は生じない」とし、当事者間の衡平の観点から判断している。
- (42) 売主から委託を受けてマンションの専有部分の販売に関する一切の事務を行っていた宅地建物取引業者に専有部分内に設置された防火戸の操作方法等につき買主に対

して説明すべき信義則上の義務があるとされた事例。

- (43) 「判批」判例タイムズ1308号102頁（2009）。期限の利益喪失後も当初の約定の支払期日までに支払われた遅延損害金については、その利率を利息の利率と同じとする旨の特約が付されており、借主としては、X（貸主）の対応によっては、期限の利益を喪失したことを認識しないまま支払を継続する可能性が多分にあったことに加え、借主において期限の利益を喪失していないと誤信しても無理からぬようなX側の対応があり、これにより借主が期限の利益を喪失していないと誤信し、Xもその誤信を知りながらこれを解くことなく、長期間、借主が経過利息と誤信して支払った金員等を受領し続けたような場合には、後になって、既に期限の利益を喪失していたと主張することは、誤信を招くようなXの対応のために、期限の利益を喪失していないものと信じて支払を継続してきた借主の信頼を裏切るものであり、信義則に反し許されないことを明らかにした事例。
- (44) 菅野・前掲注（13）12頁。
- (45) 河上・前掲注（38）15頁参照。
- (46) 例えば、磯村保『矛盾行為禁止の原則について1～4完』法律時報61巻2号、3号、6号、13号。有賀恵美子「矛盾行為と信義則—わが国における禁反言則展開のために—」平野裕之ほか編『現代民事法の課題 新美育文先生還暦記念』（信山社、2009）。
- (47) 有賀・前掲注（46）禁反言の法理の沿革について5頁以下参照。
- (48) 有賀・前掲注（46）10頁。
- (49) 有賀・前掲注（46）11頁。
- (50) 河上・前掲注（38）472頁。その他、四宮・能見・前掲注（32）329頁、鈴木祿弥『民法総則講義』350頁（創文社、二訂版、2003）。なお、「何人も自己の先行する言動に矛盾する言動をとることは許されない」（潮見佳男『民法総則講義』13頁（有斐閣、2005））など「相手方の信頼」を挙げないものもある。
- (51) 我妻栄『民法案内2 民法総則』52頁（勁草書房、第2版、2009）。信義誠実の原則に基づいて、一定の法律関係において、妥当な結果を生じさせる特有の法理が形成されるとする。
- (52) 磯村・前掲注（46）「矛盾行為（1）」90頁。矛盾行為の禁止と禁反言の内容は一般的に区別されないとする。
- (53) 潮見・前掲注（50）13頁。
- (54) 谷口＝石田・前掲注（10）92頁。
- (55) 河上・前掲注（38）14頁。
- (56) 磯村・前掲注（46）94頁。
- (57) 磯村・前掲注（46）94頁。その他の類型として「法定追認型」を挙げている。
- (58) 谷口＝石田・前掲注（10）98頁。
- (59) 谷口＝石田・前掲注（10）98頁。
- (60) 有賀恵美子「契約交渉破棄の責任—その関連条文の明確化の必要性—」円谷峻編『社

- 会の変容と民法典』299頁（成文堂、2010）。
- (61) 有賀・前掲注（60）305頁。
- (62) 有賀・前掲注（46）35頁。その場合の矛盾主張を許さない正当化根拠及び禁反言との関係について検討が必要とする。
- (63) 中山＝小泉・前掲注（7）1055頁。
- (64) 中山＝小泉・前掲注（7）1056頁。
- (65) 西井・前掲注（6）「出願経過（1）」1296頁以下に特許権の保護範囲の沿革が整理されている。
- (66) 中山＝小泉・前掲注（7）1056頁。本規定の新設により、明細書における特許請求の範囲の役割が明確化され、特許権の保護範囲と自由技術を明確に区別する客観的範囲を、特許請求の範囲の記載に基づいて定めることとなった。
- (67) 牧野利秋編『実務解説 特許・意匠・商標』297頁〔設楽隆一〕（青林書院、2012）。特許法36条第5項には「特許出願人が特許を受けようとする発明を特定するために必要な事項と認める事項をすべてを記載しなければならない」と規定されている。
- (68) 三宅正雄「判批」別冊ジュリスト8号『特許判例百選 [第1版]』142頁（有斐閣、1966）。その理由として、出願経過に関する事項は、一般に公衆が知りえないことであり、相対的効力しかない契約の意思解釈の場合と同一に論ずべきでないとする。
- (69) 愛知・前掲注（1）「判断枠組み（1）」3頁。
- (70) 西井・前掲注（6）「出願経過（2）」1549頁。
- (71) 西井・前掲注（6）「出願経過（2）」1549頁。
- (72) 茶園・前掲注（4）229頁。審査経過禁反言（包袋禁反言）として、権利者が侵害訴訟において、審査過程においてなした限定的な主張に矛盾する主張を行うことを許さないとするものとする。
- (73) 吉藤・前掲注（2）488頁。
- (74) 中山・前掲注（2）427頁。
- (75) 高林龍『標準 特許法』133頁（有斐閣、第4版、2011）。
- (76) 大野・前掲注（8）「エストッペル論（1）」12頁。プロセキューションヒストリー・エストッペルの法理は、あくまで出願過程の主張が特許権の客観的権利範囲自体に影響を与えるとするものであり、被疑侵害者の主観的態様如何にかかわらず、その適用が認められるべきものであり、この法理について、我が国では、フェイルラッパー・エストッペル（包袋禁反言）の名称の下に議論がされているとする。
- (77) 大友・前掲注（4）18頁。
- (78) 大友・前掲注（4）45頁。また、大野・前掲注（8）「エストッペル論（2）」69頁では、エストッペルの適用、本質の把握においては相矛盾した行為を認めると如何なる弊害が生じるのかを明らかにする必要があるとする。
- (79) 潮海・前掲注（4）197頁。特許庁における出願経過の資料が信頼に値することを前提としつつ、公知技術の収集や技術的判断の困難を回避し、迅速に判断できる審査

- 経過禁反言の法理は、特許裁判実務が生み出した知恵とする。また、審査経過禁反言の法理の主たる根拠は、訴訟運営上の理由よりも、審査段階においていったん放棄した権利範囲を訴訟において拡張する特許権の矛盾言動への非難であるとする。
- (80) 田村・前掲注(2)「判断機関」235頁。「包袋禁反言」の法理を民事訴訟一般における信義則が特許訴訟において具体化したものとする見解について、民事訴訟一般における法理（自白・判決効・訴訟上の信義則）と比較しつつ、理由付けとして不十分である点を指摘する。そして、民事訴訟法の一般原則と比較し包袋禁反言はカテゴリカルに適用されるとする。
- (81) 西井・前掲注(6)「出願経過(2)」1576頁。田村・前掲注(2)「判断機関」236頁。
- (82) 愛知・前掲注(1)「判断枠組み(4)」39-46頁では、審査経過禁反言を基礎づける規定が存在しないことから、一般法理たる信義則の規範の補充が必要とし、審査潜脱防止説は不完全な議論であると指摘する。
- (83) 愛知・前掲注(1)「判断枠組み(4)」44頁。「二重の利得」とは、審査における主張により特許権を取得する利得と、侵害訴訟における特許発明の技術的範囲の拡張的主張が認められる利得との、相互に本来相容れない「利得」とする。
- (84) 愛知・前掲注(1)「判断枠組み(4)」45頁。
- (85) 愛知・前掲注(1)「判断枠組み(4)」42頁。
- (86) 愛知・前掲注(1)「判断枠組み(4)」43頁。他面において、出願人には、審判等の手続保障がされているとする。
- (87) 愛知・前掲注(1)「判断枠組み(4)」44頁。
- (88) 愛知・前掲注(1)「判断枠組み(4)」45頁。
- (89) 青柳・前掲注(2)3頁。本論文では「包袋禁反言は、わが国では信義誠実の原則がこれに近いもの」としている。
- (90) 青柳・前掲注(2)5頁。包袋禁反言の適用を認めてクレーム文言の縮小解釈を認めた最初の判決としている。
- (91) 例えば、大阪地判昭和61年5月23日（〔繊維分離装置事件〕）、名古屋地判昭和63年5月27日（〔光電式緯糸探知装置事件〕）。
- (92) 西井・前掲注(6)「出願経過(2)」1550頁。前半で認識限度論を認め、後半で対第三者関係の信義の問題として「fail-wrapper estoppel」の原則を提示しているとする。
- (93) 審査経過に関する書類は、何人もその交付を請求することができる（特許法186条）。もっとも、特許法66条に基づく特許公報制度の対象ではない。
- (94) 田村・前掲注(2)「判断機関」242頁。また、本判決が想定している事例は、特許発明が新規性や進歩性を欠いている場合であり、公知技術除外説や権利濫用の法理により保護範囲が減縮されたり特許権侵害にならなかつたりするため、包袋禁反言の法理には独自の意味がないことになるとする。
- (95) 高林・前掲注(75)150頁。その根拠として、本判決では「特許出願の際に将来

のあらゆる侵害態様を予想して明細書の特許請求の範囲を記載することは極めて困難であり、…特許権者による差止め等の権利行使を容易に免れることができるとすれば、社会一般の発明への意欲を減殺することとなり、…特許法の目的に反するばかりでなく、社会正義に反し、衡平の理念にもとる結果となる」と判示する。そのため、中山・前掲注（２）430頁では、特許権者の利益と第三者の利益との調和点を見出すことが重要であると指摘する。

- (96) 中山・前掲注（２）429頁
- (97) 均等論の成立要件として、「明細書の特許請求の範囲に記載された構成中に他人が製造等をする製品又は用いる方法と異なる部分が存する場合であっても、①右部分が特許発明の本質的部分ではなく、②右部分を右製品等におけるものと置き換えても特許発明の目的を達することができ同一の作用効果を奏するものであって、③右のように置き換えることに当該発明の属する技術の分野における通常の知識を有する者が右製品等の製造等の時点において容易に想到することができたものであり、④右製品等が特許発明の特許出願時における公知技術と同一又は右の者がこれから右出願時に容易に推考できたものではなく、かつ、⑤右製品等が特許出願手続において特許請求の範囲から意識的に除外されたものに当たるなどの特段の事情もないとき」と判示する（①～⑤の番号は筆者）。
- (98) 高林・前掲注（３）560頁、中山＝小泉・前掲注（７）1103頁。
- (99) 中山＝小泉・前掲注（７）1108頁では、均等論による保護範囲の拡張と引き換えに、外観法理による保護範囲拡張の歯止めを用いたものと解するとする。
- (100) 潮海・前掲注（４）215頁。東京地判平成12年9月27日は、無効理由を有することが明らかであり、権利の濫用に当たるとした事例とし、審査経過禁反言については傍論であるとする。
- (101) 田村・前掲注（２）「判断機関」249頁。問題となる主張が権利成立の前後により区別される決め手にならないとする。
- (102) 田村・前掲注（２）「判断機関」256頁。本判決及び東京地判平成12年9月27日については、いずれも当然無効、権利濫用について判示したうえで駄目押しの判示であることに注意することを指摘する。
- (103) 東京地判平成21年12月16日（判タ1388号317頁、判時2110号114頁〔蛍光電子内視鏡システム事件〕）でも「同主張は、特許異議手続における前示の経緯に照らし、いわゆる禁反言の法理に反するものとして許されない」として信頼について言及していない。
- (104) 西井・前掲注（６）「出願経過（２）」1574頁。
- (105) 西井・前掲注（６）「出願経過（２）」1575頁。
- (106) 谷口＝石田・前掲注（10）98頁。
- (107) 磯村・前掲注（46）「矛盾行為（１）」90、91頁。
- (108) 本稿は特許法の裁判例を挙げているが、意匠法では大阪高裁平成22年5月14日

判決（裁判所ウェブサイト）、商標法では知財高裁平成21年9月15日判決（判タ1342号231頁、判時2068号148頁）、知財高裁平成22年7月28日判決（判タ1378号204頁、判時2114号111頁）において、包袋禁反言と同様の法理が適用されている。

- (109) 青柳・前掲注（2）12頁。本稿の平成3年判決〔二軸強制混合機事件〕について、包袋禁反言が成立する基盤も、出願経過は何人も包袋を調査することによって公然と確知できる点にあるとし、形式的な公示制度の欠如は実質的な理由にならないとする。
- (110) もっとも、潮海・前掲注（4）216頁では、出願段階と矛盾する主張を行う不誠実な出願人に対する非難という当事者の衡平の観点を有する点を否定することはできないとする。
- (111) 特許制度の根幹から考えるなら、出願人—特許庁の間において、技術情報と特許権が交換される一方で、特許庁—実施者との間において技術情報の開示と実施による産業の発展という、出願人—特許庁—実施者という交換的関係と捉えることもできる。
- (112) 以上に掲げた文献以外に以下の文献を参照した。

【民法に関する文献】

河上正二『民法学入門—民法総則講義・序論』（有斐閣、第2版、2009）、川島武宜「権利濫用の意味論的考察—機能主義的分析の1つの試み—」『末川先生古稀記念・権利の濫用（上）』129頁（有斐閣、1962）、谷口知平「債権法における信義誠実の原則」判例時報編集部編『民法の基本問題150講 II 債権』（一粒社、1969）、谷口知平編「注釈民法（1）総則（1）」〔田中実〕（有斐閣、1964）、平野裕之『民法総則』（日本評論社、第3版、2011）、広中俊雄「信義誠実の原則の適用範囲」『広中俊雄著作集4 民法法の諸問題』（創文社、1994）、星野英一『民法概論I（序論・総則）』（良書普及会、改訂、1981）、山本敬三『民法講義1 総則』（有斐閣、第3版、2011）、我妻栄「公共の福祉・信義則・権利濫用の相互の関係」『末川先生古稀記念・権利の濫用（上）』129頁（有斐閣、1962）、我妻栄ほか『我妻・有泉コンメンタール民法—総則・物権・債権—』（日本評論社、第2版、2008）

【特許法に関する文献】

青山絃一『特許法』（法学書院、第9版、2007）、市川正巳「特許発明の技術的範囲と出願経過」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務体系 知的財産関係訴訟法』（青林書院、2001）、今井弘晃「特許発明の技術的範囲の解釈と出願経過について」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第1巻〔特許法〔I〕〕』（新日本法規、2007）、永野周志『注解 特許権侵害判断認定基準—裁判例からみたクレーム解釈の実務』（ぎょうせい、再版、2006）、渋谷達紀『特許法』（発明推進協会、2013）、高部真規子『実務詳説 特許関係訴訟』（金融財政事情研究会、2011）、村林隆一「昭和34年法（特許法）の技術的範囲について」高林龍ほか編『現代知的財産法講座IV 知的財産法学の歴史的鳥瞰』（日本評論社、2012）、森義之「クレーム解釈（1）—一般論、明細書・出願経過の考慮」高林龍ほか編『現代知的財産法講座II 知的財産法の実務的發展』（日本評論社、2012）