

間接侵害③

山本隆司 = 佐竹 希

間接侵害の成立に直接侵害の存在は要件となるか。また、いわゆる再間接侵害は、特許権侵害となるか。

キーワード： 特許権侵害に対する教唆・幫助、独立説・従属説、再間接侵害

I. 問題の所在

特許法 101 条は、「侵害とみなす行為」として特許権の間接侵害を定めている。そこで、特許権の間接侵害は、特許権の直接侵害とどのような関係に立つのか、すなわち、特許権の直接侵害が成立する場合にのみ特許権の間接侵害は成立するのかが問題となる。以下では、この問題と関連する論点を検討する。

II. 間接侵害理論

(1) 間接侵害の意義

ある者 (X) の権利を侵害する場合、他人 (Y) が権利侵害の構成要件を充足する行為を行うことを直接侵害といい、第三者 (Z) が自らは直接侵害を行わないが他人 (Y) による直接侵害を生じさせる場合に、当該第三者 (Z) の行為を間接侵害という。なお、直接侵害を二人以上の者が行う場合、すなわち、二人以上の者がそれぞれ少なくとも権利侵害の構成要件の一部を分担する場合は、それぞれの者の行為は、間接侵害ではなく、共同の直接侵害である。

以上の間接侵害 (広義の間接侵害) は、日本では、不法行為の態様として議論されている。その結果、権利侵害に対する救済の場面においては²、この間接侵害の態様は、損害賠償請求権の成立にしか適用されず、差止請求権の成立には適用されていない。しかし、間接侵害が不法行為の態様であるのは、不法行為の要件である「権利または法律上保護される利益を侵害」する行為

¹ 教唆・幫助のほか、侵害の発生の危険を自ら作りながらその危険を適切に管理しない行為 (代位責任ないし管理監督者責任 (民 714 条-718 条参照)) も間接侵害行為として認識されている。

² 実体法と救済法の関係については、注意を要する。比較法的に見ると、特許権などの実体権を規律する実体法と、その侵害に対する救済を規律する救済法が概念的に二分され、大陸法および英米法においては、損害賠償請求権も差止請求権も救済法の問題と理解する。ところが、日本法では、損害賠償請求権は救済法に分類するが、差止請求権は実体法に分類する (最判平 14・9・26 民集 56 卷 7 号 1551 頁 [カードリーダー事件]、知財高判平 20・12・24 (平 20 (ネ) 10012 号) 裁判所ホームページ [北朝鮮映画事件] 等)。

の一態様に該当するからにすぎない³。すなわち、間接侵害は、不法行為の態様である前に、権利侵害の態様である。したがって、権利侵害に対する救済として法律が差止請求権を認めている場合には、間接侵害に対しては、民法 709 条に基づく損害賠償だけでなく、法律が排除していない限り、当該権利に対する侵害として差止請求権も認められるべきところである。

(2) アメリカ法における間接侵害

アメリカでは、特許権の侵害に関する 1871 年のウォレス判決⁴以降、特許権、著作権および商標権の分野において判例法として寄与侵害 (contributory infringement) の法理が発展してきた。「寄与侵害」は、①直接侵害が成立する場合に、②侵害行為について認識を持ちながら、③他者の侵害行為についてこれを誘引し、生じさせまたはこれに重大な寄与を行う者に認められる。すなわち、間接侵害の違法性は、直接侵害の違法性に依拠しており、従属する。

寄与侵害の法理は、のちに、1952 年特許法において、積極的誘引行為を規定する 271 条(b)⁵と寄与侵害行為 (狭義) を規定する同条(c)⁶として明文化された。条文上、寄与侵害行為 (狭義) を規定する同条(c)は、直接侵害の存在を要件とすることを明示しなかった。そこで、直接侵害がなくても寄与侵害の責任が成立するのかが問題となった。しかし、裁判所は、271 条(b)(c)は、判例法として確立した寄与侵害の法理を変更するものではないとして、直接侵害が存在しなければ寄与侵害は成立しないと判断している⁷。もっとも、直接侵害の成立を証明する必要があるとする裁判例と、その蓋然性 (部品全体がすぐ組み立てられる状態で買主の手元にある) の証明で足りるとする裁判

³ 最判昭 49・3・22 民集 28 卷 2 号 347 頁、最判昭 62・1・22 民集 41 卷 1 号 17 頁は、民法 709 条の規定によって権利侵害に対する教唆幫助に損害賠償請求権が成立することを認める。したがって、民法 719 条 2 項の規定によってはじめて権利侵害の教唆幫助に対して損害賠償請求権が成立する (成立要件説) のではなく、権利侵害の教唆幫助に対する損害賠償請求権は民法 709 条の規定によって成立し、民法 719 条 2 項の規定は直接侵害者との連帯責任の効果を生ずるためのものである (責任効果説) と考えられる。

⁴ *Wallace v. Holmes*, 29 F.Cas. 74 (C.C.D.Conn.1871)

⁵ 「何人も、積極的に特許侵害を誘引した者は侵害者としての責を負う」

⁶ 「何人も、特許された機械、製造物、組み合わせ、もしくは混合物の構成部分、または特許された方法を実施するために使用する物質もしくは装置であって当該発明の不可欠な部分を構成するものを、それが当該特許を侵害して使用するための特別に製造されたものであること、又は、特別に変形されたものであって実質的な非侵害の用途に適した汎用品または流通商品でないことを知りながら、合衆国内で販売の申込みをし、もしくは販売し、又は合衆国内にこれらを輸入する者は、寄与侵害者としての責任を負う」

⁷ *Aro Mfg. Co. v. Convertible Top Replacement Co.*, 365 U.S.336 (1961)

例に分かれている⁸。

ただし、最終的な組み立てを外国で行わせる意図をもって、完成品の構成部品を輸出する行為については、1984 年法は、271 条(f)を制定して、直接侵害が成立しなくとも寄与侵害責任が成立することとした。この規定は、直接侵害が成立しないと寄与侵害も成立しないので、特許権に域外適用を認める独立の侵害行為類型を定めたものである。

なお、アメリカでは、間接侵害として、判例法上、代位侵害 (vicarious infringement) も認められている。この代位侵害の法理は、「代位侵害」としての責任を、①直接侵害が成立する場合に、②侵害行為を監督する権限と能力 (right and ability to supervise the infringing activity) を有し、③侵害行為に対して直接の経済的利益 (direct financial interest) を有する者に認めるものである。アメリカ特許法には代位侵害に関する規定は置かれていないが、特許権侵害にも、判例法上、代位侵害責任の成立が認められている⁹。

(3) ドイツ法における間接侵害

ドイツにおいても、1928 年のライヒ裁判所判決¹⁰以来、間接侵害に特許権が及ぶと解されていた。その趣旨は、直接侵害の訴追が困難なときに、その実質において侵害行為者に他ならない間接実施者をもって侵害者とするにより、侵害排除の実効性を強化することにあるとされ、直接侵害の排除を徹底させることが目的であると考えられた¹¹。すなわち、ドイツにおいても、間接侵害の違法性を直接侵害の違法性に置いた。

その後、1981 年ドイツ特許法は、10 条に、間接侵害を明文化した。ただし、1981 年法は同時に、直接侵害が成立せずとも間接侵害が成立する例外的な場合について、明文の規定を置いた。すなわち、10 条 3 項によれば、直接行為が、11 条 1 号ないし 3 号において特許権の効力が及ばないとされる、非商業目的で私的な範囲で行う実施、実験目的での実施、医師の処方に基づく医薬の調合に関する行為である場合であっても、その間接行為が 10 条 1 項の要件を充足する限り、間接侵害が成立するとする。

(4) わが国特許法における間接侵害

特許権者 X が保有する特許発明の技術的範囲のすべてを、Y の被告製品ま

⁸ 川口博也『アメリカ特許法概説』71 頁

⁹ たとえば、*Baut v. Pethick Const. Co.*, 262 F.Supp. 350 (D.C. Pa. 1966); *Crowell v. Baker Oil Tools*, 143 F.2d 1003 (9th Cir. 1944), cert. denied 323 U.S. 760

¹⁰ *Markschutz und Wettbewerb*, 1927/28, S.312.

¹¹ 松本重敏『特許発明の保護範囲—その理論と実際 新版』235、236 頁。

たは被告方法が充足する場合、Y の行為は直接侵害である。Y による特許権侵害を第三者 Z が教唆・幫助して、Y による特許権侵害を生じさせる場合、Y の行為は間接侵害（広義）である。

しかし、前述のとおり、日本では、間接侵害は、不法行為の態様としてのみ議論され、特許権侵害についてもその間接侵害には差止請求権を認めて来なかった。そこで、立法上、間接侵害の類型を法定化し、特許権侵害とみなすことによって差止請求権を認める道を開いたのが、特許法 101 条（狭義の間接侵害）である。

III. 間接侵害の違法従属性

(1) 独立説と従属説

ところが、特許法 101 条は、条文上、直接侵害の存在を要件とすることを規定しなかった。そこで、直接侵害がなくても特許法 101 条の間接侵害が成立するのかが問題となる。

かつては、101 条が直接侵害を要件として規定していないことから、101 条所定の行為を特許権侵害の独立類型と理解し、間接侵害の成立に直接侵害の成立を必要としないと考える（独立説¹²）のが一般であった。

しかし、その後、101 条所定の行為の違法性を直接侵害に置き、直接侵害の成立しない行為に対する間接侵害には、101 条所定の間接侵害の成立を否定する考え方（従属説¹³）が登場してきた。なお、従属説をとる場合、直接侵害に対する立証責任の程度・範囲に関して、①直接侵害の成立を立証することを必要と考えるのか、②直接侵害成立の蓋然性が存在すれば足りると考えるのか、それとも、③被告がおよそ直接侵害が成立しないことを立証する必要があるのか、という問題がある。わが国において従属説をとる学説は、②直接侵害の蓋然性が存在すれば足りると考えているようである¹⁴。

これに対して、現在の多くの学説は、直接侵害が成立しえない場合における間接侵害の成立について、独立説、従属説の立場から一律に間接侵害の成否を決めるのではなく、それぞれの場合に即して間接侵害の成否を検討すべきであるとする（折衷説¹⁵）。

¹² 独立説をとるものとして、吉藤幸朔著・熊谷健一補訂『特許法概説 第 13 版』461 頁等。

¹³ 従属説をとるものとして、羽柴隆「間接侵害について（その 2）」特許管理 27 卷 5 号 481 頁、高林龍『標準特許法 第 5 版』172 頁等。

¹⁴ 羽柴・前掲*13・479 頁、高林・前掲*13・172 頁。

¹⁵ 松尾和子「間接侵害(1)」牧野利秋編『裁判実務体系(9)工業所有権訴訟法』272 頁、竹田稔『知的財産権侵害要論〔特許・意匠・商標編 第 5 版〕』164 頁、窪田英一郎「間接侵害について」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 1』208 頁、田村善之『知的財

そこで、直接侵害が成立しえない場合における間接侵害の成立が問題となる
類型を、以下では検討する。

(a) 直接行為が海外で行われる場合

直接行為が海外で行われる場合には、直接侵害は成立しない。というのは、
属地主義の原則から、日本の特許権は外国には及ばないから、外国で行われ
る実施行為は、当該国の特許権を侵害することはあってもわが国の特許権を
侵害することはないからである。したがって、この場合、独立説によれば、
特許法 101 条所定の間接侵害の成立が認められるが、従属説では、その成立
は認められない。学説上は、結論として間接侵害の成立を認めないのが多数
説である。

大阪地判平 12・10・24 判タ 1081 号 241 頁〔製パン器事件〕等の裁判例も、
直接行為が海外で行われる場合に間接侵害の成立を否定している。製パン器
事件では、被告によるタイマー付の製パン器の製造・販売について、原告が
保有する製パン方法に関する特許の間接侵害が成立するかが問題となった。
被告は、被告製品を①日本で製造して日本で販売し、②日本で製造して米国
に輸出し、また③中国で製造させ日本を経由せずに米国に輸出していたため、
②③については直接行為が海外で行われていた。判決は、「外国で使用され
る物についてまで「その発明の実施にのみ使用する物」であるとして特許権
の効力を拡張する場合には、日本の特許権者が、本来当該特許権によってお
よそ享受し得ないはずの、外国での実施による市場機会の獲得という利益ま
で享受し得ることになり、不当に当該特許権の効力を拡張することになる」
として、当時の 101 条 2 号 (現 4 号) の「その発明の実施にのみ使用する物」
との要件における「実施」は日本国内におけるもののみを指すと述べ、間接
侵害の成立を否定した。その後、大阪地判平 12・12・21 判タ 1104 号 270 頁、
東京地判平 19・2・27 判タ 1253 号 241 頁〔多関節搬送装置事件〕も、上記
製パン器事件と同様の判示をする。

では、日本向けの製品を作るための部品を製造・輸出する行為には、特許
法 101 条所定の間接侵害の成立が認められるか。従属説に立っても、当該完
成品が日本に輸入されれば我が国の特許権の直接侵害が成立するから、この
場合には、特許法 101 条所定の間接侵害の成立が認められると考えられよ
う。

なお、ドイツでは、ドイツ国内から外国に部品が供給され、これを用いて
外国の事業者がドイツ国内向けの製品 (特許発明の実施製品) を製造する場

産法 第 5 版』 259 頁、中山信弘『特許法 第 3 版』 433 頁等。

合には、当該部品供給者については間接侵害が成立し得ると考えているようである¹⁶。

また、前述のとおり、アメリカでは、最終的な組み立てを外国で行わせる意図をもって、完成品の構成部品を輸出する行為は、特許権の域外適用を認める独立の侵害類型として 271 条(f)により特許権侵害とされている。したがって、たとえ完成品がアメリカに還流しない場合であっても、間接侵害責任が成立する。

(b) 直接行為者が実施権者である場合

直接行為者が実施権者である場合、特許権の直接侵害は成立しない。したがって、従属説では、この場合に、間接侵害の成立を認めない。特許製品の製造の実施許諾を受けている場合に、その製造過程において、特許法 101 条所定の部品を製造することは当然予定されることであるから、独立説によっても、直接行為者が実施権者である場合には、やはり特許権の間接侵害を認めることは、困難であろう。学説の多数も、この場合には間接侵害の成立を否定する。

しかし、実施許諾の範囲と契約条件による制限が絡む場合に、微妙な問題を生ずる。たとえば、特許製品の販売のみについて実施許諾を受けた場合、特許製品を製造する行為は実施許諾の範囲を超えるから、その部品を製造することには、間接侵害が成立すると考えられる。また、特許製品 100 個の製造について実施許諾を受けた場合、特許製品 1000 個分の部品を製造する行為は、①製造数量の制限違反に該当する特許製品 900 個分の部品の製造について実施許諾がないから、間接侵害が成立すると考える説と、②製造数量の制限違反は債務不履行にとどまると考え¹⁷、間接侵害が成立しないと考える説があり得る。さらに、特許製品の販売について実施許諾を受けたが販売先制限が加えられた場合、①販売先制限に違反する行為は、実施許諾の範囲を超えるから、間接侵害が成立すると考える説と、②販売先制限の違反は債務不履行にとどまると考え、間接侵害が成立しないと考える説があり得る。

(c) 直接行為者が個人的・家庭的な実施である場合

直接行為者が個人的・家庭的な実施である場合、特許法 68 条は「業として」の実施であることを求めているため、特許権の直接侵害は成立しない。

¹⁶ 鈴木将文「複数国にまたがる行為と特許権侵害に関する予備的考察」名古屋大学法政論集 255 号 576 頁。

¹⁷ 中山・前掲*15・500-501 頁は、専用実施権の制限としての数量制限に対する違反について、それが特許権侵害を生ずることなく契約違反を生ずるにすぎないとする。

したがって、この場合、独立説によれば、特許法 101 条所定の間接侵害の成立が認められるが、従属説では、その成立は認められない¹⁸こととなる。

しかし、学説の多くは、独立説または折衷説の立場から、その成立を認める。その論拠は、特許法 68 条は、「業として」ではない実施にまで特許権の効力を及ぼすのは行きすぎであるという考慮に基づいているが、一般消費者に間接侵害品を販売することにより大量に直接実施行為を惹起する者についてはこのような配慮は不要であるということにある。

この結論は、従属説からの理論的説明は困難なように見えるが、私見では、直接侵害行為の違法性の実態に注目すれば、従属説からも根拠付けが可能である。すなわち、特許権の構成要件から除外（構成要件阻却事由）され、または特許権の権利が制限（違法阻却事由）される場合には、違法性がそもそもない場合と、違法性はあるがそれが零細であるためにいわば可罰的違法性が否定された場合がある。後者の場合には、個々の直接侵害の違法性は零細であるが、これを間接的に教唆・幫助する側がこれを組織的・営業的に行えば、その違法性は十分に可罰的違法性の域に達する。すなわち、個々の零細な直接侵害の違法性が否定されるのは、一身専属的違法阻却と考えられる。それゆえ、組織的・営業的な間接侵害には、従属説に立っても、特許法 101 条の適用が認められると考えられる¹⁹。

裁判例も、直接行為者が個人的・家庭的な実施である場合に、間接侵害の成立を認めている。東京地判昭 56・2・25 無体集 13 卷 1 号 139 頁〔交換レンズ事件〕は、特許法 101 条はまさに、「組立て、完成が最終の需要者によつて個人的、家庭的に行われるためこれに対して権利行使をすることが許されないときなどのように、特許権の効力が著しく減殺されることがあることに鑑み」、制定されたものであるとして、間接侵害の成立を認めた。

また、前述の製パン器事件判決は、特許法 101 条の趣旨については明言せず、特許法 68 条が「特許権の効力の及ぶ範囲を「業として」行うものに限定したのは、個人的家庭的な実施にすぎないものにまで特許権の効力を及ぼすことは、産業の発達に寄与することという特許法の目的からして不必要に強力な規制であつて、社会の実情に照らしてゆきすぎであるという政策的な理由に基づくものであるにすぎず、一般家庭において特許発明が実施されることに伴う市場機会をおよそ特許権者が享受すべきではないという趣旨に出るものではない」と述べて、間接侵害の成立を認めた。

¹⁸羽柴・前掲*13・491 頁、高林・前掲*13・174 頁はこの場合も間接侵害の成立を否定する。

¹⁹ 山本隆司「権利制限の共犯従属性－権利制限の従属性と一身性－」著作権研究 35 号 132 頁。

(d) 直接行為者が試験研究目的の実施である場合

直接行為者が試験研究目的での実施である場合、特許法 69 条 1 項によつて、特許権の直接侵害は成立しない。したがって、この場合、独立説によれば、特許法 101 条所定の間接侵害の成立が認められるが、従属説では、その成立は認められないこととなる。

学説上は、その成立を認めるものも否定するものも有力である。間接侵害の成立を認めない説は、試験または研究のための実施についてまで特許権の効力を及ぼすことは、技術の進歩を阻害することになるとして、特許法 69 条 1 項の趣旨を徹底する²⁰。一方、間接侵害の成立を認める説は、69 条 1 項は直接実施のみを念頭に置いたものであって、間接実施に対しても特許権者が何らの対価も得られないのは不当であるとする²¹。

私見では、試験または研究のための実施について直接侵害を認めない理由は、違法性の零細性にあるのではなく、技術の進歩を促すために、違法性を完全否定することにある。したがって、違法性のない直接侵害に対する間接侵害にも、実質的な違法性は存在し得ないから、間接侵害の成立を認めるべきではないと考える。

この点について判断した裁判例は見当たらず、実務上は、どのように取り扱うべきか不明確な状況にある。

なお、他国での取り扱いをみると、アメリカでは、そもそも直接行為である試験研究目的での実施について免責されるのは、271 条(e)に定める、FDA（食品医薬局）等の承認を得るために必要な情報を収集するために行う特許発明の使用行為など限定的な場合に限られている。また、ドイツでは、11 条 2 号は発明の主題部分に限って試験研究目的での実施について直接侵害が成立しない旨を規定する（ただし、10 条 3 項がこれに対する間接侵害が成立することを明文で規定している）。

(2) 再間接侵害の成否

いわゆる再間接侵害とは、間接侵害にのみ使用できる物を生産・譲渡等する行為が侵害になるか、という問題である。

独立説に立てば、特許法 101 条に該当する行為に対して、さらに特許法 101 条の適用を考える余地も生ずる。他方、従属説に立てば、間接侵害の違法性は

²⁰田村・前掲*15・260 頁、松尾・前掲*15・275 頁等。

²¹松本・前掲*11・253 頁、中島基至「充足論—間接侵害の場合」高部眞規子『特許訴訟の実務』106 頁。窪田・前掲*15・208 頁は、物の発明と方法の発明とでは別に考えるべきだとして、方法の発明については間接侵害の成立を認めるべきであるとする。

直接侵害の違法性に依拠しており、かつ、法律上、間接侵害の成立する範囲は特許法 101 条の行為に制限されているのであるから、それ自身が特許法 101 条に該当しない行為について、間接侵害の成立は認められない。したがって、従属説によれば、再間接侵害を認める余地はないこととなる。

知財高判平 17・9・30 判タ 1188 号 191 頁〔一太郎事件〕は、特許法 101 条 5 号 (当時の 4 号) が、「その物自体を利用して特許発明に係る方法を実施することが可能である物についてこれを生産、譲渡等する行為を特許権侵害とみなすものであって、そのような物の生産に用いられる物を製造、譲渡等する行為を特許権侵害とみなしているものではない」として、再間接侵害の成立を否定した。一太郎事件では、被告が製造・販売する文書作成ソフトウェア「一太郎」を購入したユーザーがこれをパソコンにインストールして使用する事案において、当該パソコンは原告が特許権を保有する「情報処理装置」に関する物の発明に該当し、また当該パソコンの使用は原告が特許権を保有する「情報処理方法」に該当する場合に、被告の行為が間接侵害として当該特許権侵害を構成するかが問題となった。知財高裁は、被告の行為が物の発明について間接侵害に当たることを認める一方で、方法の発明については、前述のとおり再間接侵害を否定し、「一太郎」をインストールしたパソコンは「その方法の使用に用いる物」であるが、「一太郎」はこれに当たらないとして、間接侵害の成立を否定したのである。

一太郎事件の上記判断については、再間接侵害を認めると、無限の連鎖行為まで侵害とされるおそれがあるとして、当該判断に賛同する見解がある²²。しかし、この判決に対しては、101 条の解釈適用について数々の批判がなされている²³。

なお、間接侵害品の部品などであっても、それ自体が特許法 101 条に定める物の生産に用いる「物」または方法の使用に用いる「物」として独立に観念することができる場合には、他の要件を充足する場合には、特許法 101 条に定める間接侵害を認めることができる²⁴。

IV. 間接侵害に対する不法行為の成否

特許法 101 条に該当する狭義の間接侵害行為については、それ自身が侵害 (直接侵害) とみなされるので、民法 709 条の適用を受け、不法行為として損害賠償も当然に認められる。

²² 中山前掲*15・433 頁参照。

²³ 上山浩「判批」NBL820 号 8 頁、竹田・前掲*15・259 頁、井上雅夫「判批」判評 566 号 197 頁等。

²⁴ 中島・前掲*21・116 頁。

また、広義の間接侵害、すなわち特許法 101 条に該当しない教唆・幫助行為についても、民法 719 条の共同不法行為として、損害賠償が認められ得ることには争いがない。ただし、特許法 101 条に該当する場合と異なり、過失の推定規定や損害額の推定等の規定の適用がない点において、立証のハードルはやや高くなると思われる²⁵。

裁判例は、数はきわめて少ないが、特許法 101 条に該当しない幫助行為について不法行為の成立を認めた例が存在する。たとえば、東京地判平 26・2・20 判時 2256 号 74 頁は、その認定事実によれば、被告がレーザ加工条件の設定ルーチンを含む記憶媒体を顧客に提供し、その使用方法の説明や指導をしたうえで、被告の顧客がレーザ加工を行っていたという事案である。裁判所は、被告の当該記憶媒体の提供が、原告のレーザ加工方法の特許に対する間接侵害（特 101 条）に当たると判断するとともに、被告が顧客に対して使用方法を説明、指導する行為が、顧客による直接侵害行為を幫助するものであるとして、不法行為の成立も認めた。ただし、幫助による損害は、間接侵害（特 101 条）により生じた損害を超えるものではないとして、認められなかった。

V. おわりに

日本における間接侵害の理論は、ガラパゴス的に発展してきた。この問題をさらに掘り下げるうえで、比較法と関連法に対する一層の研究が待たれる。

以上

²⁵中山・前掲*15・439 頁。