

第2章

特許法における間接侵害に関する研究

第1節 研究内容の要約

現代特許法の重要な変革は、共同侵害ルールから間接侵害ルールへの制度転換の実現である。日本、ドイツは、民法から専門法への移行を実現し、米国では、判例法から成文法への変遷を経験した。主要国の特許法では、間接侵害に関する制度モデル、構成要件及び責任形態は異なっている。

現在の立法状況からみて、中国では日本法と異なり間接侵害の規定が専利法に設けられておらず、民法通則及びこれに基づいて制定された権利侵害責任法や司法解釈を判断基準としている。さらに中国では、一般法を前提として、共同不法行為を理論のベースとして間接侵害に係る紛争解決を図っている。

中国におけるここ数回の専利法の改正過程では、専利権に対する高すぎる保護水準を懸念し間接侵害制度を組み入れていないが、司法実践の結果から見れば、専利間接侵害認定の基準は抑制されるどころか、司法において一層認定されやすくなっている。よって、判断基準の不明確さによる司法判断の不統一の問題を解決するために、専利法における専利の間接侵害行為の構成要件を改めて明確にする必要があると指摘した。

中国の研究者は、中日両国の専利間接侵害に関する判例を比較・分析し、中国民法の共同不法行為のモデルでは間接侵害の「知りながら」という主観的要件が単独で機能しておらず、間接侵害の認定基準を高める役割を果たしていないと指摘した。さらに、専用品の認定、直接に実施する行為が必要かどうか等の侵害構成要件が統一されていない状況であると分析されている。

これに対し、日本は昭和34年法より間接侵害に関する規定を明文化しており、現行特許法の規定で、「物品」に着目した上で専用品型と非専用品型とに分けて規定している。日本では、教唆・幫助行為一般を対象にしないことで、第三者の予測可能性に配慮している。

日本における学説では、間接侵害の成立範囲を①直接侵害惹起の蓋然性が高い物品に限るべきことや、②行為者に不当に高度な侵害回避義務を課さないこととしている。しかし、現行の間接侵害規定の法律上の要件と、上記2つの学説上の考慮要素が、上手く対応せず大きな対立がみられると指摘した。

また、産業融合の発展において、情報と通信技術を中心とする方法の発明の重要性が高まりつつある現在、このような方法特許は、対象の特殊性と進歩性基準が不明確なため、権利化し難い問題がある。さらに、権利化された特許権のクレーム解釈においても複数主体による実施が含まれる場合の侵害の判断が課題となっている。

中国の研究者は、権利者にとって侵害された時の立証がより困難で、特に分離型の権利侵害の形態では、方法専利の侵害判定をより複雑かつ不確定にさせ、方法専利の保護にマイナスだと指摘した。そこで立法論では、専利法に専門条項を制定し、又は司法解釈規則を明確にするよう提案した。解釈論では、権利侵害責任法の「共同侵害行為」の主観的な意思連絡の要件を緩め、客観的行為の関連を強調し、又は外国の管理や支配の理論と経験を参考にし、主要な実施者の連帯した侵害責任を追及するよう提案した。

日本の研究者は、共同直接侵害に共同不法行為の議論を持ち込むと、権利の効力の及ぶ範囲が広がり過ぎるおそれがあるとし、特にソフトウェアやネットワーク関連発明で顕著であることを指摘した。その根拠として、非専用品の間接侵害規定でも主観的要件は機能していないこと、また、構成要件を満たさない事例でも間接侵害規定を用いるためか、そもそも直接侵害が成立しないとして棄却し

た事例が多数あること、ネットワークでの行為は教唆・幫助行為か直接侵害行為かが不明確である点を挙げた。

さらに、特許法ではクレームの構成要件を充足するか否かの客観的な判断が大前提であり、管理支配論（手足論）などの当事者間の関係のみに依拠すべきでないとした。特に共同直接侵害では、客観的にみて全体でクレームを実施していれば、複数主体による実施が不可避な特許発明の実効性などを総合的に考慮した上で、侵害は成立させるべきである。しかしながら、侵害主体や救済（差止請求）の段階では、構成要件の一部を分担する者に帰責させる場合は、本来の特許発明全体の認識、特許発明全体の作用・効果を実現していること、分担部分が本質部分か等を考慮して判断する必要があるとの考えを示した。

第2節 日中両国における特許間接侵害に関する制度状況

I. 専利間接侵害の国際立法動向と中国制度の選択

中南財經政法大学 知識産権研究センター 吳 漢東 教授

1. 共同侵害：専利権共同侵害制度の基礎

共同侵害は、専利間接侵害制度の構築に係る理論の基礎である。文言の意味として、共同侵害は複数の者が共同で他人の合法的権益を侵害し、法律に基づいて連帯責任を負うべき侵害行為を指し、民法学者の多くはこれを「複数の者による侵害行為」又は「複数の者の侵害責任」に分類している¹。立法の観点から見ると、大陸法系国家の民法典又は英米法系国家の民法典にかかわらず、ほとんどが共同侵害行為の規定を設けている。ドイツ民法典の830条は、「共同行為者及び関与者」と題して規定し、日本の民法719条は、共同侵害及び連帯責任を規定し、フランス民法は、第3編第4章第4節において連帯責任を規定している。アメリカでは、ほとんどの州法で共同不法責任を規定し、かつ、「共同侵害行為者の責任の共同分担に関する統一法」を批准している²。

共同侵害行為の主観又は客観的な関連「共同」は、「複数の者の侵害行為」の本質的な特徴を示している。この認識について、民法学界では主に二つの立場に分けられている。一つは、主観主義の立場であり、意思連絡説か共同過失説かにかかわらず、どちらも共同侵害行為の本質が主観にあると強調している。もう一つは、客観主義の立場であり、例えば共同行為説や関連共同説があり、多くの人は共同侵害行為の本質が客観にあると考えている。実際、二つの立場の違いは必ずしも絶対的なものではなく、折衷説の理論では、共同侵害行為は、主観的な関連共同に客観的な関連共同を加えたものであり、主観主義の立場を認めると同時に客観主義の立場をも認めている。2003年の最高人民法院司法解釈は、民法通則の130条に基づき共同侵害行為を二種類に分けた。一つ目は、「共同故意又は共同過失」に係る共同侵害行為であり、二つ目は、「侵害行為の直接結合による同一侵害結果の発生」に係る共同侵害行為である³。以上からわかるように、共同侵害の本質的特徴に関する認識について、主観主義と客観主義を併用して初めて全面的に共同関連性の基本形態を述べることができる。民法理論によれば、複数の者による侵害行為の連帯責任負担の基礎は、複数の者による侵害行為に共同関連性を有する点にある。「いわゆる共同関連性は、複数の者による行為が違法行為の原因又は要件を共同で構成し、それによって同一の損害が発生することをいう」⁴。主観的な共同関連の状況において、「侵害行為の直接結合による同一侵害結果の発生」と表され、複数の者は相互間に主観的な意思連絡がないものの、侵害行為が直接に結合することにより、客観的に他人に対する侵害結果の共同の原因を構成することである。民法の共同侵害の理論において、共同関連性の本質的な特徴から見ると、共同侵害行為は単独侵害行為と異なる一般的な特性、すなわち、複数の行為者、主観的な過失の共同、客観的な行為の共同、損害結果の同一、法定の責任の連帯を示している。

¹ 梁慧星「中国の侵權責任法の解説」北方法学(2011年第1期)、王利明『侵權責任法の研究(上巻)』中国人民大学出版社(2018年)519頁。

² 張新宝『中国の侵害行為法』中国社会科学出版社(1998年)163条。

³ 2003年「最高人民法院の人身損害賠償事件の審理に係る法律適用の若干問題に関する司法解釈」3条。

⁴ 楊立新「中華人民共和國侵權責任法の精解」知識産権出版社(2010年)61頁。

他人の侵害行為に対する教唆・幫助は、複数の者による侵害行為の典型的な形態であり、民法又は侵權責任法〔不法行為法〕に明文規定された共同侵害行為の形態である。民法学者の著述において、共同侵害行為は三つに分類されている。一つ目は共同加害行為であり、二人以上が共同で直接侵害行為を行うことである。二つ目は共同の危険行為であり、二人以上が共同で他人を侵害する危険な行為を行ったが、どの加害者の侵害行為であるかを明確に判断できないことである。三つ目は教唆及び幫助行為であり、間接侵害行為とも呼ばれている⁵。中国の侵權責任法8条では、共同実施に係る共同侵害を規定しており、共同の加害行為や共同の危険行為が共同行為又は共同過失の共同侵害とされた。同11条は、個別実施による共同侵害について規定しており、教唆・幫助の行為が「侵害行為の直接的な結合による同一の結果の発生」に係る共同侵害とされた。一般的で単純な共同侵害において、複数の者がともに侵害行為を犯した場合、どの行為者も侵害・損害行為の実施者であり、直接侵害と間接侵害の区別はない。他方、他人に対する教唆・幫助の共同侵害において、複数の侵害者が異なる役割を担い、直接的な加害行為者のほかに、他人の侵害行為を教唆し、幫助する間接的な侵害者が存在し、これらの者の行為が一つの共同の全体行為を構成し、同一の損害の結果を生じさせるため、いずれも共同侵害の主体であろう。教唆・幫助行為は、共同侵害の共同関連性の本質的な特徴を有する。教唆者、幫助者と直接行為者との間には共同の過失が存在する。教唆者、幫助者の行為と直接行為者の行為は、共同で関連する一つの侵害行為を構成する。教唆者、幫助者は、直接加害行為に関わらないが連帯責任を負う⁶。

民法又は侵權責任法では、他人の侵害行為の実施に対する教唆及び幫助は、構成要件や責任規定に違いがない。一般の侵害行為、特に民事責任における無能力者、制限能力者を教唆し、幫助して侵害行為が実施された場合、教唆行為は、幫助行為よりも重大な有責性及び社会的な危害をもたらす。しかし、法律上の規定及び司法の実務上、教唆行為と幫助行為には異なる規定が適用されているわけではない。中国の侵權責任法9条は、他人の侵害行為に対する教唆・幫助の規定であり、二つの意味があり、一つは教唆・幫助行為を「一種の独立の侵害行為の形態」として規定し⁷、もう一つは教唆・幫助行為に対して統一の責任規定を適用する点である。共同侵害の理論では、「教唆は侵害行為を行う意図であり、幫助は侵害行為の実施を補助することであり」⁸、両者はともに間接侵害であり、直接的な侵害者の行為と合わせて一つの全体を構成する。そのため、教唆者、幫助者が侵害行為に関し、行為者と連帯して責任を負わなければならない。

以上を総合すると、共同侵害における共同の関連性の本質的な特徴や、教唆及び幫助の共同侵害形態、教唆者、幫助者と直接行為者との連帯責任などは、初期の専利権に係る間接侵害事件の処理に対して規範的な根拠及び学理上の支持を与えた。

専利権に係る間接侵害の制度の歴史を見ると、各国は一般法から専利法まで、専利権の侵害行為の教唆及び幫助に対して、共同侵害に基づくものの、共同侵害とは異なる特別規定を順次採用した。言い換

⁵ 劉士国『現代不法行為の損害賠償の研究』法律出版社(1998年)86～88頁。程嘯「共同侵害行為」王利明編『人身損害賠償の疑難問題：最高人民法院の人身損害賠償司法解釈の論評及び展望』中国社会科学出版社(2004年)137頁。

⁶ 学理において、教唆・幫助行為は、共同侵害の「構成」及び共同侵害の「みなし」の区別がある。前者において、教唆者及び幫助者は、直接的な侵害者と共同の意思連絡を有するため、当該行為は共同侵害を構成すると考えられている。後者において、教唆者及び幫助者は、直接侵害を実施しておらず、共同加害行為には該当しないものの、法律に基づいて共同侵害者とみなすべきであると考えられている。中国の侵權責任法9条は、「他人を教唆・幫助し、侵害行為が実施された場合、行為者と連帯責任を負わなければならない」と規定している。当該規定の趣旨から見ると、教唆・幫助行為は、共同侵害を「構成」する。王利明『侵權責任法の研究(上巻)』中国人民大学出版社(2018年)543頁。

⁷ 梁慧星「中国の侵權責任法の解説」北方法学(2011年第1期)。

⁸ 王利明『侵權責任法の研究(上巻)』中国人民大学出版社(2018年)544頁。

えると、現代の専利権侵害の制度では、従来の共同侵害の規定は不十分であり、関連する法律の構成及び法的責任の負担には変化が生じており、主に以下のとおりであるといえる。

(1) 主体の地位の問題：共同訴訟から個別訴訟へ

侵害行為における直接侵害者及び被侵害者に比べて、間接侵害者はある種の特殊な地位にあり、他人の侵害行為を誘導し、促し又は幫助するため、被侵害者に対して共同侵害の責任を負う。一般的に共同で他人に損害を与えた場合、被侵害者は往々にして共同で訴訟を提起し、実施者、教唆者及び幫助者を含む共同侵害者に対して損害賠償を請求する。幫助侵害行為の制度は、工業製品に係る責任制度から発展したものであり、専利権に係る侵害制度で、幫助者はある種の特殊な責任主体として、共同の加害行為、共同の危険行為における共同正犯とは異なり、専利権侵害の専用品を提供する。直接侵害行為の発生を促す間接責任の主体であり、中間責任の主体、第三者の責任主体とも言う。英米法の伝統では、共同侵害行為は「同一の目的のために実施する共同行為」である同一の侵害行為と、分かれているが一貫した侵害行為に分けられ、前者に対して共同訴訟を提起でき、後者は若干の行為に対する独立侵害訴訟⁹が生じる。間接専利侵害の個別訴訟又は独立訴訟は、一般的な共同侵害に基づく共同訴訟からはみ出ている。直接侵害が成立せず(専利技術の実施者が業としないこと、例えば、一時的な輸送、科学研究など)、直接侵害者の追求が難しい場合(幫助者が侵害のための専用品を提供し、販売されているが、加害者が不明である場合)において、専利権者は幫助者の提供する専用品によって独占的な利益が得られることを理由に、単独の侵害訴訟を提起できる。

(2) 主観状態の問題：意思連絡から意思表示へ

一般的な共同侵害の典型的な判例及び権威ある学説において、共同侵害の「共同」とは主観的な共同であり、共同の意思連絡を有することを指すものである¹⁰。意思連絡とは、各行為者が共同の故意又は悪意の通謀を有することを指す。また、意思連絡は、実際には複数の侵害行為者が共同の故意を形成した主観的な状態であるとも考えられる。共同の侵害責任における主観的な基準の採用は、各行為者間に意思連絡を有することを強調し、責任者の範囲を制限し、責めに帰せざる者が咎められることの回避を目的としている。社会の発展及び工業の振興とともに、現代民法は更に被侵害者の利益の保護に傾きつつある。意思連絡の主観的な状態の認定には二つの変化がある。その一つは、一般的な共同侵害の判断において行為者の間の意思連絡を強調することなく、複数の加害者に主観的な過失がある場合も共同侵害を構成する¹¹。もう一つは、専利権の間接侵害において、幫助者と実施者との間における共同の故意が強調されるものの、意思連絡の主観的な状態の認定には変化が生じている。すなわち、「代替不可」の侵害専用品について、当該物品の提供及び授受により専利権の侵害行為がもたらされた場合には、幫助者及び実施者が意思表示の一致した共同の故意を有することとするという変化である。ここで表されているのは、一種の技術的な要素が体現された意思連絡であり、従来の意義上の明示的な意思連絡ではない。「不可欠」な侵害の非専用品について、幫助者は「知りながら」という主観的な過失を有しなければならない、当

⁹ 徐愛国『英米の侵害行為』法律出版社(1999年)271頁。

¹⁰ 王澤鑑『民法学論と判例研究(第1冊)』中国政法大学出版社(1998年)50頁。

¹¹ 王利明『侵權責任法の研究(上巻)』中国人民大学出版社(2018年)543頁。

該物品が専利発明の実施に用いられることを知り、実施者が直接侵害を行う意図に関して十分かつ断定的に予期できることを要する。ここからわかるように、幫助侵害の判断は、既に意思連絡の主観的な基準ではなく、物品の属性に基づいて幫助者の主観状態を考察し、主観的な故意の共同性と客観物品の技術的な要素を合わせた認定方法を採用している。

(3) 責任形式の問題：連帯責任から単独責任へ

共同侵害と連帯責任を関連付ける基本的な意味は、どの侵害者も全て損害に対し完全な賠償の責任を負う点にある。被侵害者は、すべての侵害者に対し全部の損害賠償を請求でき、また、一部の侵害者に全部の損害賠償を請求することもできる。一部の侵害者は、全部の損害賠償を負った後に、ほかの侵害者に対する求償権が生じる。大陸法系の国家では、そのほとんどの民法で、共同侵害者は同一の損害結果の連帯債務者であると規定している¹²。アメリカの不法行為法では、「連帯責任は異なる二つの状況に適用され、一つ目は複数侵害者の共同行為による同一損害であり、二つ目は複数侵害者のそれぞれ独立した行為による同一の損害」¹³である。共同侵害において、教唆者及び幫助者は、直接侵害行為の存在を既に認識し、かつ、実質的に他人の侵害行為を促している。そのため、間接侵害者は連帯責任を負い、すなわち、自己の過失行為(教唆・幫助の侵害行為)に対して責任を負い、他人の侵害行為(直接侵害行為)に対しても責任を負う。現代の専利権間接侵害の制度は、専利権者の独占的な利益の保護から生じ、教唆者及び幫助者の賠償責任に対し異なる規制方法が採用されている。専利権侵害の教唆行為について、教唆者と行為者は連帯責任を負うべきであり、その認定方法は民事基本法の共同侵害の規定を援用できる。専利権侵害の幫助行為では、侵害条件及び用品の提供という幫助の内容が技術的要素を有するため、専利法において特別に規定すべきである。具体的に述べると、直接侵害行為が発生せず又は直接侵害者を明らかにすることができない場合、幫助者は単独で賠償責任を負うべきである。一部の学者の主張によれば、間接侵害の責任は、他人が専利権者の作り出したコマーケットで実質的な利益を得られないことを趣旨としている¹⁴。

2. 域外立法：専利権間接侵害の制度比較

間接侵害は英米法上の令状制度に由来し、すなわち、当事者が特定の事項に関して裁判所に「令状訴訟」を提起することであり¹⁵、初期の専利権侵害の制度とは関連性がない。専利制度の歴史において、1790年アメリカ特許法では間接侵害が規定されておらず、関連規定は判例法によって設けられた。1891年のアメリカ Wallace V. Holmes 特許権侵害の事件は、初めての特許権侵害の事件と称され、共同侵害の規定を援用して裁判が行われた。1894年のトイレットペーパー固定具の特許紛争事件では、アメリカ裁判所が初めて「特許権の間接侵害(indirect infringement)」の概念に言及し、その上、1909年の蓄音機特許事件では幫助侵害の規定が確立され、これにより共同侵害の理論が突破された。1952年アメリカ改正

¹² ドイツ民法典の830条は、以下のように規定している。「複数の者が共同で侵害行為を実施し損害をもたらした場合、各者は損害に対する責任を負う。複数の関係者のいずれかの行為が損害をもたらしたのかを判明することができない場合も同様とする。教唆者と幫助者は共同行為者とみなす」。

¹³ 李亜紅『アメリカの不法行為法』法律出版社(1999年)214頁。

¹⁴ 崔国斌『専利権：原理と事例(第二版)』北京大学出版社(2016年)752頁。

¹⁵ 潘維大、劉文琦『英米法の導読』法律出版社(2000年)20頁。

特許法において、幫助侵害(contributory infringement)及び誘引侵害(inducing infringement)を規定し、この独立した特許権の間接侵害の制度は、不法行為法の重述(第二回)の共同侵害の規定とは区別される。関連するドイツの法律では、1877年に公布された特許法には間接特許権侵害の規定が設けられず、初期の特許権の間接侵害は一種の他人の侵害行為への特殊な関与形態とみなされ、1896年のドイツ民法典の共同侵害の規定を適用していた¹⁶。1981年のドイツ特許法の改正案で間接侵害の制度が導入されたが、その主な規定は幫助侵害の規定であり、教唆侵害は幫助侵害の例外的な状況とされた。日本の特許制度の発展において、1875年の特許法には間接侵害が規定されておらず、1898年の日本民法には幫助侵害及び教唆侵害を共同侵害行為として規定した¹⁷。1959年の日本の特許法改正案では、特許権の間接侵害制度が追加され、主に幫助侵害について規定を行った。以上から分かるように、共同侵害から間接侵害への転換には、二つの異なる軌跡がある。アメリカでは判例法から成文法へと変遷し、ドイツや日本では民法から特別法へと移行した。主要国の特許立法について言えば、間接侵害に関する立法モデル、構成要件及び責任には相違があり、以下に整理及び分析を試みる。

(1) 立法モデル

特許立法の例では、伝統的なコモンロー体系のアメリカ法であれ、伝統的な大陸法体系のドイツ法や日本法であれ、いずれも間接侵害に係る専門的な立法がなされている。唆すという形での教唆侵害及び促すという形での幫助侵害という特許権間接侵害の基本形態に対し、上記の国々は異なる立法モデルを採用している。

一元立法制。典型的な立法例がアメリカであり、その特許法では、誘引侵害及び幫助侵害に関して明文規定を設けた。特許権間接侵害の制度では二種類の侵害行為に対して並行して規定を設け、一元立法制と称さる。アメリカ特許法の271条は、特許権侵害に関する体系的な規定である。1952年の改正案(a)項の直接侵害の規定をベースに、寄与侵害の特別規定である(b)項に「積極的に特許権侵害を誘引する者は、侵害者として責任を負うものとする。」という文言を追加した。(c)項は、特許製品又は特許方法において、その発明の主要部分を構成する部品、材料若しくは装置を提供し、かつ、それらが当該特許を侵害するために特別に製造若しくは改造されたものであり、実質的に非侵害用途の一般的な市販品若しくは取引製品でないことを知っている場合には、寄与侵害者として責任を負うと規定した¹⁸。アメリカの一元立法制は、特許権の間接侵害と不法行為法の共同侵害との規定上の違いを強調し、構成要件及び法的責任の観点から、特許権侵害の誘引と幫助に関してそれぞれ異なる規定を設けている。総じて言えば、特許権の誘引侵害の場合において、間接侵害の行為者に主観的な故意があるだけでなく、直接侵害者との間に意思の連絡があるということである。また、誘引侵害者は、一般の不法行為法上の独立責任を負うのではなく、直接侵害者と連帯して責任を負うべきである。特許権侵害の幫助では、間接侵害の行為者は主観的に故意であることのみ要求され、直接侵害者との間の意思連絡は規定されていないため、連帯責任ではなく、独立責任を負う。一元立法制は、特許の間接侵害規定の観点で、不法行為法上の共同侵害からの独立性を強調するだけでなく、誘引侵害及び幫助侵害の分類をも実現した。

二元立法制。日本が代表例である。1959年の日本の特許法改正案においては、伝統的な間接侵害制度

¹⁶ ドイツ民法典の830条2項。

¹⁷ 日本民法の719条2項。

¹⁸ 国家知識産権局条法司編「外国における専利法の選択(下)」知識産権出版社(2015年)1648～1649頁。

を導入し、アメリカ特許法と同様な改正方法を採用していた。しかし、同時に、日本法の伝統から、教唆侵害と幫助侵害に対して分立型の二元制を採用し、これらを民法及び特許法において上記の間接侵害についてそれぞれ規定した。日本の特許庁は、特許権侵害の教唆と一般的な権利侵害の教唆には違いがなく、その判断方法は民法の共同侵害の規定を適用するとした。特許権侵害の幫助では、侵害条件及び手段の提供という幫助内容には技術的な特徴があり、民法の共同侵害の規定だけでは足りず、その構成要件及び認定基準を専門的に規定する必要があると考えたとみられる。1952年の特許法から2002年の特許法まで、幫助侵害の規定は絶えず細分化されてきた。日本の特許法101条では、「特許権又は専用実施権を侵害するものとみなす」行為として、製品の発明及び方法の発明に関する生産、譲渡若しくは輸入又は譲渡等の申出の行為、並びに譲渡又は輸出のための侵害製品の所持行為などの6つの事由を規定し、これらの行為は「業とする」目的を要する¹⁹。日本の二元立法制は、特許権間接侵害の独立した立法を実現したものの、教唆侵害及び幫助侵害に関して分立型の立法形式を採用し、技術的な要素の観点から幫助侵害を専門的に規定している。

非典型的な二元立法制。ドイツにおける1981年の改正特許法は、間接侵害制度を導入し、間接侵害の分類に関して、ドイツの特許法はアメリカの一元立法制と同様である。同法の10条は、特許権間接侵害の条項に当たるもので、(1)項は、幫助侵害を特許権者の許諾を得ることなく、特許の実施権を有しない者に対し発明の実質的な要素を提供してはならないと規定し、(2)項は、教唆侵害を特許発明の実施に使用されるものが一般商品であるものの、第三者の誘因により被提供者が侵害行為を実施したときであると規定した²⁰。間接侵害の適用規定について言えば、ドイツの特許法と日本法における二元立法制が類似している。すなわち、幫助侵害が独立した特許権侵害を構成するものであり、民法上の共同侵害の範疇を逸脱するものであるが、その構成要件及び責任形態は特許法において明確に規定している。一方、教唆侵害は、特許法が定める間接侵害の例外とされ、依然として伝統的な共同侵害の規定を適用する。ドイツ民法典の830条2項によれば、教唆者は共同侵害者とみなされ、直接侵害者と共同責任を負う。学者の中には、ドイツの特許法上の間接侵害の規定を「非並列型の二元立法制」と称している者もいる²¹。しかしながら、ドイツの幫助侵害と教唆侵害の並列立法は、体系的にはアメリカの一元立法制を採用しており、間接侵害の実体規定では日本と同じ二元立法制であり、民法上の共同侵害の規定と特許法上の幫助侵害の専門規定をそれぞれ適用する。したがって、一種の「非定型の二元立法制」と言える。その理由は、EU特許制度の一元化がドイツの特許立法に影響したからである。EUが長きにわたり検討し、1989年に発効された共同体特許条約の26条では、「発明の間接利用の禁止」と題し、二つの独立した条文でそれぞれ幫助侵害と誘引侵害を規定した。国内法と共同体特許条約との整合性を確保し、同時にドイツ国内法の伝統に基づき、ドイツ特許法は上述の非定型の二元立法制を採用した。

(2) 行為要件

共同侵害規定から間接侵害規定への特許制度の変革は、間接侵害の特別立法として体现化されただけでなく、間接侵害の独立的地位としても体现化された。いわゆる行為要件には、間接侵害と直接侵害との関係が含まれる。共同侵害理論では、間接侵害は直接侵害の存在を前提としなければならない、共同侵

¹⁹ 国家知識産権局条法司編「外国における専利法の選択(上)」知識産権出版社(2015年)48頁。

²⁰ 国家知識産権局条法司編「外国における専利法の選択(中)」知識産権出版社(2015年)869～870頁。

²¹ 張其鑑「我が国の専利間接侵害の立法モデルに関する考察」知識産権(2017年第4期)。

害者は連帯責任を負わなければならない。特許権間接侵害の制度を設けることは、構成要件及び責任分担の共同侵害の規定からの突破である。その中で行為要件に関しては、各国の立法と判例で異なる法的立場をとっている。

行為要件は、主に特許権侵害の幫助において体现されている。侵害行為と損害結果の因果関係から見ると、特許権侵害の幫助と一般の共同侵害は異なり、直接侵害行為は必ずしも生じるわけではないが、幫助侵害は成立しうる。一般的なケースは、幫助者が特許の実施条件として実質的な侵害用途の専用品を提供したが、被提供者の発明の実施が業とするためでない場合であり、この場合は特許権侵害に該当しない。直接侵害が成立しない、或いは追求が困難な場合、幫助者が専用品を提供する過程で、特許権者の独占的な利益を獲得するので、侵害行為として単独で論じることができる。これとは異なり、特許権侵害の教唆は、主観的な関連や客観的な関連にかかわらず、すべて複数者が共同で他人の合法的な権益に対する侵害ということに該当する。主たる行為者が特許権侵害を犯していない場合、教唆侵害が特許技術の市場において単独で実質的な利益を得ることは不可能である。つまり、二つの間接侵害には、目的指向と意思指向の制度理念の違いがある²²。

従属説は、アメリカの特許権間接侵害の制度の政策的な立場である。1952年のアメリカ特許法は、誘引侵害及び幫助侵害に関して行為要件を規定していないが、直接侵害の発生を前提とする従属説は、一貫して特許権に係る司法実務上の通説であった。1944年 *Mecoid corp. v Mid-Continent Investment Co.* 事件から、1961年 *Aro Manufacturing Co. V. Convertible Top Replacement Co.* 事件、1964年の同一当事者の *Aro Mfg. Co. V. Convertible Top Replacement Co.* 事件にいたるまで、アメリカ連邦最高裁判所は、一貫して従属説の司法政策を維持し、特許権侵害の幫助に関係する場合、すべて被幫助者が特許権侵害を犯したことを前提で特許権侵害の幫助の成立を認定していた。1986年に、合衆国連邦巡回控訴裁判所は、*Met-coil Sys. corp. v. Korners Unlimited, Inc.* 事件で、依然として従属説を幫助侵害者の認定根拠としたものの、特許の黙示的な許諾が幫助侵害の抗弁になりうると認め、特許権者又は被許諾者の販売する製品が特許実施の用途以外に、その他の実質的な非侵害用途がなく、かつ、特許権者又は被許諾者が販売製品を明示的に制限せず、具体的な販売過程において黙示的な許諾を推論できる場合に、幫助侵害の成立を阻止できるとした²³。

独立説は、日本、ドイツの間接侵害制度の主な政策の方向性である。日本では、学術上、異なる考え方が存在する。吉藤幸朔などは独立説の立場であり、特許権侵害の幫助の成立に関して他人の特許権侵害行為の直接実施を前提としていない。一方、中山信弘などは従属説を堅持し、直接侵害の実施を幫助侵害成立の前提とした²⁴。全体的に言うと、独立説が概ね現在の通説であるようにみえる。特許権侵害の諸事由に、業としない又は特許権侵害とみなされない行為があり、例えば、私的使用、科学研究などの業としない特許の実施が一律に直接侵害とは認定されず、幫助侵害が直接侵害の発生を前提とするならば、特許権者の権益は効果的に保護されないことになる。司法実務においては、独立説が幫助型の間接侵害の認定規定に対して重要な理論的な根拠を与えている。1981年の東京地方裁判所の「一眼レフカメラ事件」や、1999年の大阪地方裁判所の「注射装置事件」などは、伝統的な共同侵害規定と区別して、特許権侵害の幫助に関する独立認定の裁判主張を採用した。独立説をもって幫助侵害を規制することは、立法上、より特許法上の間接侵害制度の目標指向に近く、実務的な側面において、より特許権者に対す

²² 王国柱「我が国知識産権間接侵害制度の立法構造」東北大学学报(社会科学版)(2015年第3期)。

²³ 張耕、陳瑜「アメリカ特許モデル許諾と間接侵害：衝突の中での平衡」政法論叢(2016年第5期)。

²⁴ 李揚「幫助型專利權間接侵害行為的法律構成」人民司法(2016年第16期)。

る法律上の保護を与えている。ドイツの間接侵害における幫助侵害は、既に共同侵害の範疇から離れ、一種の独立した侵害形態に発展している。これについてドイツの学者は、直接侵害の行為がある場合には、ドイツ民法典 830 条の共同侵害の規定に従って処理されると考えている。直接侵害行為がない場合には、ドイツ民法典 10 条の間接侵害の規定を適用するとした²⁵。ドイツの司法実務において、特許権侵害の幫助の認定は、まずは真に有効な特許権の存在を前提としており、条件に直接侵害の事実の存在を要しない。これに関して二つの場合があるが、一つは、侵害専用品のエンドユーザーが侵害行為を行っていないが、当該物品を使用して特許が実施される可能性があることを示す十分な証拠があり、幫助者はこれに関して関係物品を提供し、特許実施に必要な条件を具備させた場合には、間接侵害が成立すると認定できる。もう一つは、侵害専用品のエンドユーザーが業とせず、又は科学研究の目的で特許を実施する場合、その行為自体は特許権の侵害に該当しないものの、幫助者はこれに関して関係物品を提供し、特許の実施に必要な条件を具備させたときには、間接侵害が成立すると認定できる²⁶。

アメリカ、日本、ドイツの三カ国の関連判例から見ると、いわゆる司法政策の学説は絶対的なものではなく、規定された一部の事由には非主流の解釈がなされた。ある意味で、これは例外状況がある従属説(アメリカ)又は条件付きの従属説(ドイツ、日本)であり、一種の折衷主義の法解釈学として表されている。

(3) 主・客観要件

従来の共同侵害の規定であれ、専門的な間接侵害の規定であれ、その趣旨は複数者による侵害の場面である。共同侵害では、教唆者や幫助者が加害者と主観的な過失と客観的な行為という共通の特徴がある。他方、特許権間接侵害の制度で、幫助者の共同故意及び共同行為に係る解釈は、伝統的な民法や不法行為法と異なり、明らかに技術的な要素が存在する。

アメリカ特許法の幫助侵害の規定は、「実質的な非侵害用途がない」物品＋主観の故意(知っている)の構成要件を採用した。主観要件で、アメリカ特許法の 271 条(b)、(c)項の規定は、誘引侵害及び幫助侵害の主観的な過失をそれぞれ「actively induces」(積極的誘引)及び「knowing」(知っている)と表現している。幫助侵害者の「知っている」という主観的な故意は、二つの側面があるが、一つは幫助者の「知っている」の過失の程度である。幫助侵害の主観要件は、特許権の存在を知っているだけでなく、資材又は装置の使用に係る侵害の可能性を知り、かつ、その物品の提供行為が直接侵害を誘発する可能性があることを知っていることである²⁷。もう 1 つの側面は、幫助者の「知っている」の共通の意味合いである。幫助者と加害者は、特許権侵害で一種の技術的な要素によって体现される意思連絡であり、伝統的な意味における口頭又は書面での意思表示ではない。幫助者による「実質的な非侵害用途のない物品」の提供は、侵害の意思表示であり、加害者が当該物品を受け取ることは侵害に使用されるにほかならないことを意味する。侵害専用品の提供及び受領により生じる特許の実施行為は、意思表示の一致という共同の故意を示している。客観要件について、アメリカ特許法の 271 条(b)、(c)項の規定は、誘引侵害及び幫助侵害の客観要件に関して異なる立法方法を採用し、前者は原則的な法律規定であり、特別な客観要件を規

²⁵ 何培育、蔣啓蒙「回歸或は超越：専利間接侵害と共同侵害理論の弁」知識産権(2019 年第 5 期)。

²⁶ 欧州の特許条約 26 条(3)の規定を参照。

²⁷ アメリカ連邦最高裁判所は、1964 年 Aro Mfg. Co., Inc v. onvertible Top Co 事件において、「知っている」という主観要件の具体的な裁判規則に言及した。

定しておらず、後者は具体的な法律規定であり、明確な枠組み及び基準を有している。幫助侵害では、「実質的な非侵害用途のない」物品が、次の二つの条件を満たす必要がある。(1) 当該製品は、特許製品の構成要素であり、又は特許方法の実施における必要な材料若しくは装置であり、(2) 当該製品は、一般的な市販品若しくは侵害目的で製造されたものでない普通の物品である。1963年 *Fromberg, Inc. v. Jack W. Thornhill* 事件で、連邦巡回控訴裁判所はさらに、当該製品は確実に業として、専ら特許権侵害のために製造又は改造された物品であり、実際には特許権侵害の可能性があると強調した。いずれにせよ、アメリカ特許法において、幫助侵害の構成要件に関する立法上の傾向は、主観及び客観を合わせて認定するものであり、その中で主観故意の共同性の要件及び客観行為の技術的な要素は、不法行為法の共同侵害規定とは大きな隔たりがみられる。

日本特許法の幫助侵害の構成要件に関する規定は、「専用品」と「非専用品」とに区別され、「純客観主義」と「主・客観主義」の二つの認定規定がある。純客観主義の規定は、日本特許法の101条1号、4号に規定されている。特許製品の生産に「のみ」用いられる物品、特許方法の使用に「のみ」用いられる物品は、当該物品の用途が特許製品の生産又は特許方法の使用に限られるという唯一性及び専用性を表した。当事者は、幫助侵害の主張に対して抗弁する場合、当該製品が特許製品の生産又は特許方法の使用のための専用品ではなく、ほかに用途があることを提供すれば足りる²⁸。純客観主義とアメリカの「実質的な非侵害用途のない」物品に対する要件が類似しており、当該物品が専ら特許権の実施に用いられ、本質的に他の用途がないことを強調している。アメリカ法と異なる点は、日本法の上記条項では、幫助者と加害者との間の共同の故意、技術的な要素の意思連絡とも言えるがこれを規定せず、幫助者による物品の提供を「業として」することのみを求めた。主・客観主義の規定は、日本特許法の101条2号、5号の規定に示されている。当該物品であって「発明による課題の解決に不可欠なもの」は、代替不可という専用性ではなく、物品が特許の構成要素の実現にとって「不可欠」という重要性を表している。純客観主義と異なり、主観と客観が結合した立法の立場は、幫助侵害の構成要件に「不可欠な」物品＋主観の故意（知りながら）を採用した。日本の特許法において、幫助者は発明が特許発明であることを知りながら、かつ、提供する物品が当該発明の実施に用いられるのを知っていることが求められる。上述の状況は、専用品では、客観的な行為要件を満たせば幫助侵害を認定できることを示している。他方、非専用品では、主観的な認識要件及び客観的な行為要件を組み合わせた方法で幫助侵害を認定する。日本の学者は、この二重の認定方法が特許権間接侵害の制度と現代科学技術及び経済発展のニーズとの間の調整と整合を有効に保証できると考えている²⁹。特に説明すると、1959年に日本の特許法改正案で間接侵害を導入する際、主にアメリカ法の影響を受け、専用品型の幫助侵害を規定し、業とする以外の主観的な過失を要求しなかった。しかし、2002年の日本特許法が再改正で非専用品型の幫助侵害が追加され、特許実施に不可欠な非専用品に対して、幫助侵害制度の適用範囲が広がった。それと同時に、特許法の主観要件の規定は更に細分化され、幫助者が発明者の存在を知っているだけでなく、当該物品が特許発明の実施に用いられるのを知っていることも求められた。

ドイツ特許法の10条(1)項及び(2)項では、それぞれ特許権間接侵害に関する一般規定及び例外規定を設けた。一般規定は、すなわち幫助侵害の認定に係る構成要件である。一つは客観要件であるが、「発明の実質的な要素」の適格物品である必要がある。ドイツ法では、専用品は発明の構成要素に限定されず、

²⁸ 蔡元臻「日本特許間接侵害の構成要件及び我が国への示唆」河北法学(2017年第1期)。

²⁹ [日本]三村量一「非専用品型間接侵害(特許法101条2号、5号)の問題点」知的財産法政策学研究(2008年第19巻)86～87頁。

実質的に発明の主要要素と関連し、他の要素と合わせて特許発明を実施できることのみが要求される。ここからわかるように、客観要件の適格物品は、特許発明の構成要素若しくはその構成要素の技術製品、又は公知技術だが発明の主要要素と関連する技術製品のいずれかである。このような適格物品に関する広義な規定は、特許権の保護に有利だが、司法裁判に対しては発明の実質的な要素を高く要求している³⁰。もう1つは主観要件であるが、知りながら又は知らなかったことに過失があった必要があり、すなわち、幫助者が「特許発明の実施に用いるもの、かつ、適したもの」であることを「知りながら又は状況から知り得る」、「発明の実質的な要素の提供又は提供の申出」をすることである。司法実務では、特許権者が幫助の「知りながら」という主観要件を立証するのは困難であり、ほとんどの場合、裁判官は「それが状況から知り得る」の規定に基づいて法的に推定する。すなわち、幫助者が物品を提供し、又は提供の申出があった場合、加害者の直接侵害行為の実施に係る意図を十分かつ肯定的に予期し得るときには、過失の主観要件の成立を認定できる³¹。ドイツ特許法の例外規定は、教唆侵害という特別状況に適用される。物品の提供又は提供の申出が一般の市販品に関わる場合には、上記の幫助侵害の規定を適用しない。しかし、第三者が被提供者に当該物品を用いて特許発明を実施するよう誘引した場合、教唆侵害として取り扱い、ドイツ民法典の規定を適用し、教唆者は共同侵害者として直接侵害者と共同で責任を負う。ドイツ学者は、一般規定である幫助侵害の規定で間接侵害行為を規制できないときに、例外規定を適用してこの行為を教唆侵害として処理できると考えている³²。

3. 中国の問題点：専利権間接侵害の制度選択

間接侵害は、専利立法のうち最も厄介なものであり議論がある問題である。中国の専利制度の制定当初は、立法に関する経験不足及び司法実務の欠如により、1984年の専利法では間接侵害を規定しなかった。1992年の改正専利法から現在審議中の第4回改正案に至るまで、草案制定の当初は間接侵害に関する条文が追加されていたが、いずれも立法機関の同意が得られなかった。司法実務では、通常、法官は共同侵害として専利間接侵害に係る紛争を審理し、主に1986年の民法通則、2017年の民法総則、2009年の侵權責任法及び2016年の最高人民法院が公布した司法解釈を適用している。専利権間接侵害の制度選択に関して、従来の民法上の共同侵害に関する規定によるか、それとも専利権間接侵害の専門的な規定を設けるのか、実務と学界の見解には相違がある。以下において、筆者は中国の専利権間接侵害の規定について、法律規定を整理するとともに、専利法の改正に関する私見を述べる。

(1) 専利権間接侵害の規定を適用する法的根拠

中国の民法通則、民法総則及び侵權責任法における共同侵害の規定は、法院が専利権間接侵害の事件を審理する上での法的根拠である。

³⁰ ト元石「ドイツの特許間接侵害の制度と判決解釈」知識産権(2018年第10期)。

³¹ ドイツ特許法の適格物品に関する規定は、アメリカ特許法の専用物品の規定に類似しているが、その構成要件には相違がある。すなわち、物品が「発明の実質的な要素」に該当しなければならないことを強調している。当該要件からして、公知技術は専用物品ではないが、発明の実質的な要素に関係がある場合には、間接侵害で論じることができる。物品が特許の実施以外に商業上の用途がないが、特許製品の全体においては補助作用に止まり、発明の実質的な要素に関わらない場合には、間接侵害として論じるべきではない。

³² [ドイツ]ルドルフ・クレイゼル著、単曉光等翻訳『特許法(第六版)』知識産権出版社(2016年)993頁。

1986年の民法通則130条は、「二人以上の共同侵害によって他人に損害を与えた場合、連帯責任を負わなければならない」と規定している。これに対し、最高人民法院は、「民法通則の徹底執行の若干問題に関する意見(試行)」(1988年)148条1項において「他人を教唆・幫助し侵害行為を実施させた者は、共同侵害者とし、連帯して民事責任を負わなければならない。」と解釈している。

2017年の民法総則が公布されるとともに、民法通則が廃止された。民法総則は民事基本法として、今後公布される予定の民法典の中核を成す部分である。当該法律は、民事責任の章の178条において、「二人以上が法律に基づいて連帯して責任を負う場合、権利者は一部又は全員の連帯責任者に対して責任を追求することができる。」と規定している。学者の解釈によれば、当該条文は共同侵害行為の責任に関する規定である³³。

2009年の侵權責任法9条1項は、「他人を教唆・幫助し侵害行為を実施させた場合、行為者と連帯して責任を負うものとする」と規定している。共同侵害に関する同法の規定は、専利權間接侵害の問題の処理に当たり、重要な法的根拠となっている。

以上の規定は、共同侵害の一般的な特徴を示している。すなわち、直接侵害行為の発生が間接侵害の成立の前提であり、間接侵害者と直接侵害行為者は連帯して責任を負う。民事基本法と侵權責任法における専利權間接侵害は、この侵害行為の独立性及び特殊性を考慮する必要がなく、一律に共同侵害の理論及び規定に基づく。殆どの民法学者は、「専利權の間接侵害行為それ自体は、専利權を侵害していないが、間接行為が専利權の直接侵害行為にとって不可欠で重要な条件であり、直接侵害を実現させるため、共同侵害を構成する」と考えている³⁴。他方、一部の知的財産權の学者は、専利權間接侵害は、「間接的に引き起こされる共同侵害であり、理論上は共同侵害として取り扱うことができる」と述べている³⁵。また、共同侵害の理論を通じて、専利權間接侵害の責任の認定及び責任分担を解決すると同時に、「直接実施者が専利權を侵害せず、間接侵害者が責任を負うケース」を「共同侵害の理論の例外適用」とすることができるとも言える³⁶。以上の学者の共通の立場は、民事基本法及び侵權責任法の共同侵害の規定以外に、専利權間接侵害の制度を専門的に設ける必要がないという点である。これは、現行法の既存規定の観点からなされた現実的な分析である。

(2) 専利權間接侵害の紛争処理に関する司法の考え

専利權間接侵害の司法実務の中で、物の發明に係る専利權紛争である1993年の太原重型機器廠が太原電氣系統工程社を訴えた事件や、方法の發明に係る2003年の發明者李成祥が上海耀華社を訴えた事件があったが、前者は最初の間接侵害事件として称されている。民法通則や侵權責任法における共同侵害の規定は、一般の幫助侵害の行為及び教唆侵害の行為を規制しているため、専利權間接侵害の構成要件及びその判断基準を明確に示しておらず、時期や法院の違いによって判決に差異が生じている。2016年に、最高人民法院は「専利權侵害紛争事件の審理に係る法律適用の若干問題に関する解釈(二)」を公布し、民事基本法及び侵權責任法に基づき、長年の司法判断の経験に照らし、幫助侵害及び教唆侵害の法的構成を明確に規定し、各司法機關のために専利權侵害の認定基準に係る手引きを提供した。同解釈21

³³ 張新宝『中華人民共和國民法總則の釈義』中国人民大学出版社(2017年)386～388頁。

³⁴ 楊立新『類型不法行為法の研究』人民法律出版社(2006年)303～304頁。

³⁵ 王宝筠、李少軍「専利間接侵害の理論分析及び現実的な解決策」河北法学(2017年第10期)。

³⁶ 何培育、蔣啓蒙「回歸又は超越：専利間接侵害と共同侵害理論の弁」知識產權(2019年第5期)。

条では「関係製品が専ら専利権の実施に使用される材料、装置、部品、中間物であることを知りながら、専利権者に無断で、生産・経営の目的で当該製品を他人に提供し、専利権侵害行為が実施された場合において、権利者が当該提供者の行為が侵権責任法 9 条における他人を幫助して侵害行為が実施した行為に該当すると主張した場合、人民法院はこれを支持する。」と規定し、更に「関連製品の方法が専利付与されたものであることを知りながら、専利権者の許諾を得ることなく、生産・経営の目的で積極的に他人を誘導して専利権侵害行為を行った場合、権利者が当該誘導者の行為が侵権責任法 9 条における他人を教唆して侵害行為を実施した場合に該当すると主張した場合、人民法院はこれを支持する。」と規定された。

最高人民法院の司法解釈において、幫助侵害及び教唆侵害の二つの類型を列挙したものの、実際の事件審理において、教唆侵害の紛争の多くは民法上の共同侵害の理論及び規定に基づいている。これは、大陸法系のドイツ及び日本と同じである。しかし、幫助侵害事件に関しては独立したルール体系がある。すなわち、ドイツ、日本の特許法では専門の規定が設けられているのに対し、中国は司法解釈で規定している。以下で、司法解釈及び判例に照らし、主に幫助侵害の問題を分析し、関係法律における構成の認定に関する中国司法上の考え方を検討する。

(i) 行為要件の問題

幫助侵害は、直接侵害の存在を前提としている。

司法裁判においては従属説に従い、他人による専利権侵害行為の直接実施を要件として強調している。2014 年の同星実業股份有限公司が北京京東世紀信息技术有限公司を訴えた侵害事件において、北京知識産権法院は、次のように指摘した。侵権責任法の規定によれば、間接侵害の行為者が相応の侵害責任を負う前提条件の一つは直接侵害行為の発生であり、すなわち、被幫助者が相応の侵害行為を犯したことであるとした。「実施した」とは、直接侵害行為が既に実施された又は現在実施されていることを意味するが、例外事由がある。関連する判決は、幫助侵害が成立するという立場をとった。①直接侵害行為が合理的に予期できる場合、法院は直接侵害行為が既に発生したと直ちに判断でき、原告による立証を不要である。2015 年のモレックス社が斎迅電子(東莞)有限公司を訴えた侵害事件において、広州知識産権法院は、係争専利を実施する権限がない需要者が、係争製品を購入した後に当該製品の仕様書の指示に従ってプリント基板と連結させた場合、合理的に予見でき、専門的な侵害を構成する。②専用品を用いて専利を実施する行為があるものの、その実施行為は専利権侵害の例外的な状況にあたり、幫助者は民事責任を負う。2017 年の北京市高級法院京民終 454 号民事判決において、幫助侵害の構成要件が列挙され、「直接侵害の行為者がいる場合、又は直接実施者の存在を証明でき、かつ、その実施者が“生産・経営の目的を持たない”個人に該当する場合、若しくは専利法の 69 条(3)項、(4)項及び(5)項に該当する場合」、すなわち、一時的な国境の通過、科学研究などの例外を除き、幫助者の行為要件の構成には影響しない。

上記判例の立場とは異なり、最高人民法院の司法解釈はより慎重な立場をとり、直接侵害行為を「実施した」を強調し、既に実施した又は現在実施している事実の状況である必要があるとした。言い換えれば、被提供者は専用品を取得したものの、「専利権の侵害行為に用いられておらず、又は専利権の侵害行為を実施し始めている場合、専利権者が何ら損害をもたらしていないため、専用品の提供者の責任を追求

する必要がない」³⁷。

(ii) 主観要件の問題

幫助侵害は、主観的過失が必要である。

従来の判例から現在の司法解釈まで、いずれも「知りながら」という規定により、幫助者の主観的な過失を強調した。(1)「知りながら」は、一種の明らかな主観的な状態であり、「知っている」及び「知りうる」の二つの状況が含まれ、前者は幫助者が提供する物品が専利権の直接侵害に用いられると知っていることを示し、後者は幫助者が直接侵害の意図に関して十分かつ断定的に予期し、その状況に基づいて直接侵害の発生を知りうることを示している。1993年の初めての間接侵害事件において、山西省高级人民法院の二審判決は、被上訴人の太原電子系统工程社が主観的に、他人の直接侵害を幫助する意図を有し、当該行為が直接侵害と明らかに因果関係を有するため、専利権間接侵害として判断するとした。他方、もう一つの被上訴人である陽泉煤鉍電子設備二廠は、主観的に専利権侵害に係る明らかな故意がないため、軽きに処するとした。(2)「知りながら」とは、直接侵害者への専用品の提供に係る主観的な故意であり、幫助者が専利権の存在及び当該物品が専利権の実施に用いられることを明らかに知っている主観的な故意があることが要求される。侵權責任法における意思連絡を内容とする共同故意である必要はない。2014年の殷永江氏が上海科炎光電技術有限公司を訴えた侵害事件において、上海市高级人民法院の判決では、係争製品が専ら係争専利権の実施に用いられる部品ではなく、被上訴人が他人を幫助して係争専利権を実施した客観的な行為及び主観的な故意を証明する証拠がないため、間接侵害を構成しないと判断した。(3)幫助侵害の「知りながら」が想定している目的及び結果は、「生産・経営の目的のため」と表されている。幫助侵害事件において、司法裁判は、幫助者が「生産・経営の目的」とあるという主観的な意図を強調し、一時的な国境の通過、科学研究などの生産・経営の目的とを区別している。司法界では一般的に、「生産・経営の目的」と「営利目的」は直接的には関係がないと考えており、その本質は幫助者による物品の提供行為が専利権者の専利製品の製造、使用、販売に係る専有権利を侵害したことに置かれている。すなわち、幫助者が営利を目的としているか又は実際に営利を得ているか否かは、「生産・経営の目的」の認定には影響を及ぼさないということである。

最高人民法院による専利権の幫助侵害の主観要件に関する規定への司法解釈では、行為者が「関連製品が専ら専利権の実施に用いられることを知りながら」、かつ、「生産・経営の目的」で当該製品を他人に提供して専利権の侵害行為が実施されたことが要求される。主観的な過失の認定方法から見ると、これは「主観・客観の結合主義」である。すなわち、「専用品」(客観)＋「知りながら」(主観)の方法である。比較法の観点から見ると、最高人民法院の司法解釈は、専用品の純主観主義を採用していない。日本法では、客観的な用途から判断して提供する製品が専用品である場合、幫助者が主観的に「知りながら」を構成すると推定すべきであるとしている。特許権者は、幫助者の主観的な過失を別途立証する必要がないことを日本では強調しているが、中国の司法解釈は客観的な「専用品」要件及び主観的な「知りながら」要件を結合した方法を採用している。司法解釈の幫助侵害に関する認定は、侵權責任法の関連条文と比べ、独立した適用意義と実行可能な専門の価値を有するとともに、専利権者の立証責任を軽減でき、専利権保護の強化という目的を実現している。

³⁷ 李揚「幫助型の専利権間接侵害行為の法律構成」人民司法(2016年第16期)。

(iii) 客観要件の問題

幫助侵害は、物品の適格性が必要である。

司法における審理は、専利用途物品の「唯一性」、「専用性」などを強調し、適格物品の係争専利発明に関する実質的な作用を明らかにした。専用品の適格性は、表・裏の両面から理解し、認定できる。一つは、専用品の唯一の用途が専利の実施であることである。2014年の武漢市黄陂区水利建築安装工程社に係る侵害事件で、武漢市中級法院は、この事件に係る植生ブロック製品が水利工事において「特定の用途及び需要を有する製品に該当する」とし、専ら専利製品に使用されるための模倣に該当すると判断した。同時に、専用品が発明専利の主要要素に関係し、専利発明の実質的な部分を構成すると判断した。2017年の北京市高級人民法院の京民終454号民事判決は、専用品が係争専利の実施に対し「実質的な」効果をもたらし、「不可欠で、特に重要な地位を占める」と認定している。もう一つの側面は、専用品が汎用製品や常用製品ではなく、係争中の専利発明に用いられる以外に他の合理的な経済的及び商用的な用途がないことである。2016年の徐州市聖龍機電製造社に係る侵害事件において、江蘇省高級人民法院の二審判決は、聖龍社が幫助侵害を構成しないと認定し理由を以下のように述べた。聖龍社が係争中の専利出願前に既に係争製品を生産しており、かつ、専利製品の型番と異なる潜水ポンプに取り付けられていたため、この製品は専用品に該当せず、非侵害用途を有するからであると述べた。幫助侵害の訴訟で物品用途の唯一性をどのように証明すべきか。一般的に、原告は被告製品に他の用途が存在する可能性がないことを立証して初めて、専利実施に専ら使用されるという唯一性を証明できるが、その証明負担は非常に重い。これに対し、被告は製品の用途の非専用性を証明すれば抗弁の効力が生じ、立証説明は比較的容易である³⁸。そのため、通常、法院は立証責任を逆転し、立証責任を合理的に分配している。2005年の江蘇省高級人民法院の民三終字第14号判決は、原告(日本)組合化学工業株式会社、(日本)庵原化学工業株式会社が初歩的な立証を行なった後、立証責任は転換されるべきであり、被告が所定の立証責任の期限内に関連証拠を提出していないため、その不利益な法律効果を負うべきであると判断した。

最高人民法院の司法解釈の規定によれば、幫助侵害の関連製品は「専利の実施に専ら使用される材料、装置、部品、中間物など」であり、専利製品の製造に専ら使用される場合と専利方法の使用に専ら用いられる場合が含まれる。専用とアメリカ特許法の「無実質的な非侵害用途」、日本特許法の特許実施「のみ」に用いられる物品、ドイツ特許法の「発明の実質的な要素」の物品と共通の部分がある。その違いは、日本法には「専用品」と「非専用品」があり、後者が特許の実施に「不可欠」な重要性を有する場合には侵害として論じられる点である。ドイツ法では、「発明の実質的な要素」を構成するものは、特許発明の構成としての技術品でよく、発明要素と関連する公知技術の製品に属するものでもよいとされている。

(3) 専利権間接侵害の制度の構築に関する立法構想

半世紀以来、各国の立法者、裁判官及び法律家の共同努力により、専利権間接侵害の制度の学術的な基礎、立法モデル及び法的構成は、絶えず強化され、改善され、主な先進国の特許法改正のための一つの制度設計となってきた。中国の専利法は、数回の改正で間接侵害の規定の追加の動きがあったものの、最終的には論争を理由に棚上げされてきた。共同侵害の規定を突破して間接侵害の専門立法が必要かどうか、立法機関では結論が出されているものの、学者らはそれぞれの主張を堅持している。筆者は

³⁸ 李揚「幫助型の専利権間接侵害行為の法律構成」人民司法(2016年第16期)。

専利権間接侵害の制度選択及び制度設計に関する主な論争における問題点について、以下に私見を述べる。

まず、TRIPs 協定の問題について。世界貿易機関の TRIPs 協定は、各国の特許立法及び法改正の国際的な基準である。以前、改正における議論で、一部の学者は TRIPs 協定には特許権間接侵害の規定がないため、中国の専利法はこれを超える保護基準を規定すべきでないと主張していた。その理由は、現状では合わなくなっている。TRIPs 協定が確立した知的財産権の保護基準は、世界貿易機関の加盟国が達すべき最低基準であり、各加盟国の国内法はこれを引き上げてもいいが、引き下げてはならないことになっている。中国は初期の専利法改正で慎重な態度をとったのは妥当であろう。しかし、今日、中国が世界貿易機関及び TRIPs 協定に加盟して既に 20 年近くになり、経済、科学技術の進歩及び法治建設の発展に伴い、中国の知的財産権の保護水準は明らかに向上し、これは知的財産権の国際的な保護力が絶えず強化されたからであり、中国がイノベーションの発展、知的財産権強国の建設を実施しているからであるとも言える。実際、中国の知識産権立法は、様々な面で既に TRIPs 協定のミニマムスタンダードを超え、ひいては先進国の立法水準にまで達している。例えば、懲罰的損害賠償制度、法定賠償額の引き上げ等があり、いずれも中国の高い知的財産権の保護のレベルを立法という立場で表しているものである。

次に、法の伝統の問題について。理論や規則に関係なく、間接侵害はすべて共同侵害に起因する。中国は大陸法系の伝統を有し、民事基本法(旧民法通則、現行民法総則)及び侵權責任法に従って専利間接侵害の問題を処理している点には議論がない。これは、特に専利法の条文を使用できない状況においてそうである。しかし、法的伝統と制度の革新は相反するものではない。学者の中に、中国の長きに渡る法伝統を遵守し、「共同侵害の理論が専利権間接侵害の問題を解決できる場合、新しい制度を導入して法的安定性を揺るがすべきではない」と考えている者がいる。ひいては、「アメリカはコモンロー体系の伝統に基づくものであり、概括的な上位法の依拠に欠くため、特許法において間接侵害に関して専門的な規定を設けた。」と考える学者もいる。しかし、大陸系の国として「上位法の依拠を有し、共同侵害から独立した間接侵害の制度を全く構築する必要がない」³⁹という見解もある。上記意見は、法律変革の事実とは適合しない。一般法から特別法へ、共同侵害規定から間接侵害規定へ、これは二大法律体系の国が特許法の改正において、共通で辿ってきた道である。コモンロー体系のアメリカが規定した間接侵害の上位法は不法行為法改正であり、そして、率先して特許法に誘引侵害及び幫助侵害の規定を設けた。大陸法系のドイツ、日本は民法の共同侵害の規定があるが、その後の特許法に間接侵害の制度を導入した。これは、法伝統に違いがあるものの、いずれも上位法の一般規定を突破していることを説明しており、特許権間接侵害の制度の独立化、専門化は、結局、同じ立法動向になっているとも言える。

最後は、司法解釈の問題について。ここで言う司法解釈は、審理解釈を指し、最高人民法院が法律適用における具体的な法律適用の問題についての解釈を指すものである。この司法解釈は、各級の人民法院の審理活動に対し拘束力を有するもので、事件審理の根拠である。2016 年の最高人民法院の専利権侵害事件の審理に関する司法解釈は、侵權責任法の 9 条に対する解釈である。解釈者は、立法趣旨及び法律規範に基づき、関係する法律条文の内容に関して補完的な詳細な説明を行なったものである。この司法解釈は、侵權責任法の一般規則、抽象的な規則の「法律の抜け穴」を補い、法院の専利権侵害事件の審

³⁹ 何培育、蔣啓蒙「回歸又は超越：専利間接侵害と共同侵害理論の弁」知識産権(2019 年第 5 期)、張通及び劉筠筠「我が国の専利間接侵害規則の分析と考察」中国發明と専利(2012 年第 2 期)、王宝筠及び李少軍「専利間接侵害の理論分析及び現実の解決策」河北法学(2017 年第 10 期)。

理の基本需要を充足させ、ポジティブな意義を有するとも言える。しかし、この司法解釈は、共同侵害の規定の制限を突破できず、完全でない点があった。基本法としての侵權責任法、特別法としての専利法のいずれにしても、一律に遵守の効果があり、人々にとっての行動基準であり、法院にとっての裁判の根拠でもある。司法解釈は、司法強制力を有する解釈及び説明であり、裁判活動において、法律適用の効力を有する。現状、中国は専利法改正の必要性を諦めてはならず、上記の司法解釈で完成され、定型化されてきた規定を法律の条文として引き上げることもできる。

國務院法制弁公室が2015年12月に公布した旧専利法改正送審稿の62条の新設意見、最高人民法院2016年4月に「専利權侵害事件の審理に係る法律適用の若干問題に関する解釈(二)」21条の規定は、専利權間接侵害の条文に関する見本を提供している。筆者は、専利法改正案でこれらを残し、適切に改正すべきであると主張する。

(i) 立法条文の提案

①行為者は、關係製品が専利の実施に専ら使用される材料、装置、部品、中間物などであることを知りながら、専利權者の許諾なく、生産・事業の目的で当該製品を他人に提供し、専利權を侵害する行為に対する幫助行為を行った場合、侵害者と連帯して責任を負わなければならない。行為者が当該専用製品を提供した行為は、他人の専利權侵害の実施に対する幫助行為に該当するが、当該他人が専利法69条(3)号、(4)号及び(5)号の規定に該当し、侵害の責任を負わない場合には、当該行為者は単独で責任を負う。

②行為者は、關係製品、方法が専利製品又は専利方法に該当することを知りながら、専利權者の許諾なく、生産・事業の目的で積極的に他人を誘引し、専利權侵害行為が実施された場合、侵害者と連帯して責任を負わなければならない。

(ii) 立法理由の説明

①「一元立法モデル」の採用。専利權改正案では幫助侵害、誘導侵害を明確に規定する。共同侵害を幫助侵害と同視する学者もいるが、これは共同侵害理論から逸脱し妥当でない。間接侵害は、概括的な概念であり、一般の不法行為法の上記二つの類型を含めている。改正送審稿及び司法解釈の法律の方向性を参照して、専利法改正案は一元立法モデルを採用し、侵權責任法の立法方法と一致させるべきである。二種類の間接侵害の違いを鑑み、専利權侵害の教唆は、主に侵權責任法の共同侵害の規定を適用し、専利權侵害の幫助に係る法律の構成、責任の形態は、専利法及びその実施条例で具体的に規定する。

②幫助侵害の成立の前提及び例外事由について。一般的に、幫助侵害の成立は、直接侵害の事実の存在を前提としており、すなわち、専用製品の被提供者が専利權侵害の行為を「実施し」、専利權侵害の幫助者と直接行為者が連帯責任を負う。しかし、法律が規定する状況では、被提供者が専利技術発明を「実施した」ものの、不法行為では論じず、幫助者が単独で責任を負う。まとめると、幫助侵害と直接侵害の關係は、從属説を主とし、独立説で從とする。

③幫助侵害の主観要件の規定。幫助者の主観的な過失は、「知りながら」とし、一種の「知っている」又は「知りうる」の明らかな故意の状態であるとする。この「知りながら」の内容から見ると、提供する關係製品が専利発明に専ら使用される製品であることを知り、かつ、被提供者が専利発明の実施に用いることを知っていることとする。当該「知りながら」の目的から見ると、「生産・經營の目的」である。上記の過失要件と直接侵害の判定は異なり、後者は主観的な故意の状態を要せず、生産・經營の目的でなくて

もよい。

④幫助侵害の客観要件の規定。専利の実施に「専ら使用」される物品の適格性条件は、関係製品に専利発明の実施という唯一の用途を有し、他の実用的な用途がなく、又は実際に用いられていない抽象的な用途であることを表している。

総じていうのであれば、中国の専利法の改正は、国際制度の変革に従い、現地の法治発展の需要に応じて、実際に共同侵害の規定から間接侵害の規定へと移行する必要がある。現在の科学技術や産業の発展のレベルを考えると、専利権侵害の幫助制度を構築するとともに、その法律構成、責任態様に関しては比較的慎重な立場をとるべきである。

II. 中国の専利間接侵害の立法モデルと司法実務

国家知識産権局 知識産権発展研究センター 顧 昕 副研究員

1. 問題の所在

中国専利法の59条では、「発明又は実用新案専利権の保護範囲は、その請求項の内容に準ずるものとする。」と定めている。この条文では専利請求項の解釈における「オールカバーの原則」を確立し、すなわち、被疑侵害品（方法）に専利請求項に記載された全部の技術的特徴を含む場合にのみ、専利権侵害に該当する。正にこのルールがあるがために、一部の加害者は意図的に請求項で保護される発明の核心的な部分のみを実施し、後続的な実施作業をユーザーに任せて完成させるという問題が生じている。ユーザーは、製品を使用する際に専利請求項に記載された全部の技術的特徴を実施することで、潜在的な直接侵害のリスクを負う¹。しかし、ユーザーは一般的に各地に所在しており、かつ、ユーザーが完成した多数の直接侵害行為がいずれも家庭内で行われているため、権利者が侵害行為を発見し難く、更に実際に個別のユーザーの直接侵害の責任を追及することも困難である。そのため、加害者は直接侵害の行為を回避し、すなわち、専利の核心的な部品の製造・販売の行為を通じて、専利法で保護されるべき商業利益を取得することになる。このような行為を規制するために、専利間接侵害制度が設けられた。

中国の専利法では、専利間接侵害の制度を規定せず、民法の共同権利侵害責任²の枠組みにおいて、司法解釈³を通じて、その適用要件を明確にしている。中国の数回にわたる専利法の改正において、いずれも専利間接侵害の条項を設ける可能性を議論したが、最終的には、専利法に盛り込まれていない。本文ではまず、中国の現在の専利間接侵害制度として取られている立法モデルを紹介し、更に過去数回の専利法の改正時に専利間接侵害条項を定めていない立法上の懸念事項を纏めた上で、司法実務における専利間接侵害の事例に対する各法院の判決を整理することを通じて、当時、専利間接侵害の条項を定めなかった立法上の懸念事項が現段階において依然として存在しているか否かを分析する。最後に司法実務において現れている新たな方向と課題に合わせて、専利法において、専利間接侵害の条項を定める立法上の必要性和実行可能性の問題を検討する。

2. 中国の専利間接侵害に係る立法モデル

中国の専利法は、個別に専利間接侵害条項を定めておらず、実務において専利間接侵害の紛争に係る案件では、長期にわたって、民法上の共同権利侵害の条項で適用してきた。

(1) 早期の民法通則の共同権利侵害ルールの適用

2010年に実施した侵權責任法〔不法行為法〕を境に、それ以前の長期間にわたり、中国の専利間接侵

*顧昕，国家知識産業権局知識産権発展研究センター，副研究員。

¹ 崔国斌『専利法：原理と事例（第二版）』749-750頁（北京大学出版社、2016年）。

² 2010年実施、侵權責任法の九において、共同不法行為について規定。

³ 2016年「最高人民法院の専利侵害紛争事件の法律適用に関する若干問題への解釈（二）」において、侵權責任法の関連規定を更に細かく規定し、専利領域での幫助的、教唆的な間接的な権利侵害の構成要件を明確にした。

害の問題について 1986 年に制定された民法通則⁴における共同不法行為の条項を適用していた部分について、当該法律の 130 条を適用することになった。当該条文は、「二人以上の共同権利侵害により他人に損害を与えた場合、連帯責任を負わなければならない。」と定めている。

民法通則の共同権利侵害の関連規定が比較的単純なことを考慮した上で、共同権利侵害行為の類型を一層明確にするために、最高人民法院は民法通則を実施した翌年に司法解釈を公布し、他人を教唆又は幫助して権利侵害行為を実施した場合は、民法通則に定める共同不法行為⁵に該当することを明確にした。

したがって、当時、専利間接侵害の問題を解決するための法的根拠は、正に民法通則の共同権利侵害の関連規定及び最高人民法院の幫助と教唆行為が共同不法行為に該当するという司法解釈であった。このモデルの下で、1993 年に山西省高級人民法院は中国で初めての専利間接侵害に係る紛争案件を審理した。

(i) 中国初の専利間接侵害案件

権利者の「磁鏡式直流アーク炉」実用新案専利権を侵害したか否かが争点である紛争案件において、一審法院は、原告、つまり権利者 X の実用新案専利の法的保護範囲が専利請求の範囲に記載された全部の必要な技術的特徴であり、この技術的特徴のすべてをカバーしてこそ権利侵害に該当すると判断した。被告 Y1、Y2 が製造した励磁コイルの技術的特徴は、権利者の専利の保護範囲をカバーしていないため、権利侵害⁶に該当しないと判断した。

二審法院は一審の判断を覆し、間接侵害に該当すると判断した。本件で、実用新案の第一発明者が原告 X 社から定年になった後、被告 Y1 社で顧問を務めていたため、台湾のクライアントは原告 X 社との打合わせを中止し、被告 Y1 社に 4 つの励磁コイルの加工を委託した。被告 Y1 社が被告 Y2 社に再委託して製造した励磁コイルを既に台湾へ運送していた。二審法院は、上述の事実によれば、被告 Y1 社が専利権者の許諾を得ずに、客観的に直接侵害者（台湾の顧客）のために、この専利製品のコアな専用部品である励磁コイルを加工し、主観的に他人を誘導して直接侵害の故意を有し、かつ被告の行為と直接侵害との間には明らかな因果関係があるため、民法通則 130 条の規定を適用すべきであり、専利間接侵害⁷に該当すると判断した。被告 Y2 社が被告 Y1 社の委託を受け、専利製品の専用部品である励磁コイルを製造した行為は、共同間接侵害に該当する。同案件は再審を経て、最終的に双方当事人間の和解により終結⁸した。

二審法院は、専利間接侵害を構成する三つの要件を、それぞれ①客観的に直接侵害者のために当該専利製品のコアな専用部品を加工する行為を実施したこと、②主観的に他人を誘導して直接侵害を行った

⁴ この法律の正式名称は、「中華人民共和國民法通則」である。1986 年に制定され、1987 年 1 月 1 日から実施。民法通則が実施される前に、中国民事領域における立法はほぼない。当該法律の公布は、市場経済の流れに対して基本的な法律原則と制度を提供し、中国が徐々に民事領域の立法を開始していたことを意味する。国家の立法の重心は、段々と私法に移行している。契約法、物権法、侵權責任法、民法総則などの法律もその後段々と制定されていた。

中国の立法機關は、現在、各編の内容を改めて整合し、一部の完全な民法典を編修している。草案は、2020 年第 13 回全人大三次會議で審議される予定である。

⁵ 1988 年 4 月、最高人民法院は、「中華人民共和國民法通則の若干問題の意見（試行）」を制定し、同意見の 148 条において、「他人を教唆・幫助して権利侵害行為を実施した者は、共同権利侵害者であり、民事責任を負わなければならない。」と定めた。

⁶ 山西省太原市中级人民法院民事判決書（1993）法經初字第 27 号。

⁷ 山西省高級人民法院民事判決書（1993）晋經終字第 152 号。

⁸ 山西省高級人民法院民事調解書（1995）晋法民再字第 40 号。

故意があること⁹、③被告の行為と直接侵害との間に明らかな因果関係があること、と認定した。二審法院は、「専利製品の核心的な専用部品」などの表現に言及したものの、「核心的な専用部品」に対して更なる説明を行っていないため、二審法院は、被告の行為を「物品」に関する権利侵害の幫助行為¹⁰として認定したか、それとも「行為」に関する誘導的な権利侵害の幫助行為として認定したかは不明であり、当時の法院が二種類の権利侵害の類型を明確に区別できなかった可能性もあり得る。

(ii) 薬品の中間体の案件

1993年に山西省の法院が上述の専利間接侵害の案件を審理していたとき、まだ専利間接侵害が幫助型権利侵害と誘導型権利侵害の二種類に区別されることを明確に意識していなかった可能性がある。2000年以降、立法と司法解釈に専利間接侵害の類型に対する明文規定はなかったものの、多くの法院が関連案件を審理する際、既に権利侵害幫助と権利侵害教唆を明確に区別し始めた。

2008年、重慶市で結審されたノバルティス社〔原告X社〕が重慶新原興薬業有限公司〔被告Y社〕を訴えた薬品専利の間接侵害案件では、法院が明らかに既に上記の区別を意識していた。この案件で、被告Y社はウェブサイトで原告X社の専利薬品を公開して販売しており、この行為が一審と二審の両方で権利侵害に該当すると判断された。

しかし、被告による専利薬品の中間体の販売行為に対する、一審と二審の法院の判断には違いがあった。一審法院は、被告Y社が製造した三種類の薬品の中間体が専利薬品の調合に使用されるほか、その他の商業的な用途がなく、被告Y社が販売したこれら三種類の中間体が、必然的に買い手に原告X社の専利権を侵害する薬品の調合に使用させることになるかと判断した。また、被告Y社が自社のウェブサイトで前述の中間体が専利薬品を製造するための中間体であると明確に説明していたため、被告Y社は自社の行為が必然的に上述の結果をもたらすことを知っていたと判断した。前述に基づき、この中間体が直に原告X社の専利保護の範囲に入らないものであるとしても、被告Y社が当該中間体を製造・販売する行為が必然的に買い手に原告専利権に対する侵害行為を構成することとなり、かつ被告Y社はこの結果について知っていたため、被告Y社の行為は間接侵害¹¹に該当する。

二審の段階で被告Y社は、新しい証拠¹²を提出し、薬品の中間体が専利薬品の製造に使用するほかに、特定種類の公知薬物の前体薬として用いることができると証明したため、その他の用途を有すると認定できると主張した。二審の法院は、前述に基づき、被告Y社が製造した薬品の中間体がその他の用途を有し、かつ決して専ら専利薬品の製造にだけ使用するのではなく、被告Y社が人々に専利薬品又は中間体を繋げるような方法でさえ販売していなければ、合法であると判断した。しかし、本件において、被告Y社はウェブサイト、書面による宣伝資料及び実際の販売行為で、自社が製造する薬品中間体を、原告X社の薬品専利の中間体として許諾販売や販売を行っていた。被告Y社が、二審の審理期間に入って

⁹ 中国において、主観的な過失は、損害賠償額の計算に影響するだけではなく、一般民事の権利侵害責任の構成要件の一つでもある。この観点は、中国の民法学界が公認した権利侵害責任構成の通説であり、普遍的に理論研究や実務に適用される。王利明編『民法』779-780頁（中国人民大学出版社、2005年）。

¹⁰ 一部の学者は、幫助的な間接専利侵害に該当すると解している。張鵬「幫助的間接専利侵害—太原重型機械場が太原電子系统工程公司、陽泉煤鋁電子設備二場を訴えた専利侵害紛争事件」中国発明及び専利2018年9期。

¹¹ 重慶市第一中級人民法院民事判決書（2008）渝一中民初字第133号。

¹² 中国の民事訴訟の二審段階において、依然として事実問題を審理できる。一定条件を満足すれば、当事者は新たな証拠を提出することができる。「最高人民法院の民事訴訟証拠に関する若干規定」の41条には、「二審の手続き中の新たな証拠には以下が含まれる。一審の審理後に新たに発見された証拠、当事者が一審の立証期間の満了前に人民法院に職権による証拠収集を申請したが批准されず、二審法院が審査を経て批准すべきであるとし、当事者の申請に基づき収集した証拠、である。」。

始めて、その他の用途に係る証拠を提出したことから、被告が本件紛争の前に薬品の中間体にその他の用途が有ることを意識せず、専ら専利薬品の製造に使用していたことを証明できる。したがって、被告 Y 社が許諾販売や販売していた薬品の中間体は、正に直接侵害の発生を誘導するためのものであり、既に係争専利に対する間接侵害¹³に該当する。

したがって、二審法院は既に意識的に専利間接侵害を権利侵害の幫助と権利侵害の誘導との二種類の類型に区別していた。そのうち、権利侵害の幫助は主にその他の用途のない製品を対象とし、本件の被告 Y 社の薬品中間体はその他の用途を有るため、権利侵害の幫助に該当しない。権利侵害の誘導は、被告に意図的な誘導があるか否かに注目する。本件の被告 Y 社の許諾販売や販売の行為は、正に直接侵害行為の発生を誘導することにより、権利侵害の誘導類型の間接侵害を構成する。

(iii) 要約

専利間接侵害の問題に対し、中国司法実務において早期では民法通則の共同権利侵害のルールを通じて解決し、根拠がないという問題がある程度解決し、かつ司法判断における専利間接侵害の認定率も低くなかった。しかし、専利法又は関連司法解释に係らず、いずれも専利間接侵害の要件に関する具体的な規定がなかったため、各法院は、各案件での審理基準も異なり、当事者もこの種の案件の審理結果について比較的安定した予測可能性を図れなかった。

(2) 司法解释による侵權責任法の共同権利侵害ルールの明確化

中国の現段階では、依然として民法の共同不法行為の枠組み内で専利間接侵害の問題を解決しているが、2010 年に侵權責任法が実施されて以降、同法の共同責任に関連する条項が民法通則の共同権利侵害の条項の規定を取って代わっている。なお、侵權責任法 9 条 1 項は、「他人を教唆・幫助して権利侵害行為を実施した場合、加害者と共に連帯責任を負わなければならない。」と定めている

(i) 2016 年の司法解释が専利間接侵害の責任帰属要件を明確化

2010 年に実施された侵權責任法 9 条の共同不法行為に関する規定では、依然として専利間接侵害の問題に対する具体的な要件を定めていない。したがって、司法実務には依然として要件が不明確な問題が存在している。専利間接侵害の責任帰属の要件を明確にするために、2016 年に最高人民法院は、司法解释¹⁴により、侵權責任法の関連規定を明確にし、専利分野の幫助型と誘導型の間接侵害の構成要件を明確にした。この司法解释によれば、①幫助型の専利間接侵害において、「関連製品が専ら専利の実施に使う材料、設備、部品、中間物などであることを知りながら、専利権者の許可を得ずに、製造・経営の目的で、当該製品を他人に提供¹⁵して専利権侵害を行った行為」は、侵權責任法に定める権利侵害の幫助に該当すると規定した。また、②誘導型の専利間接侵害において、「関連製品、方法に専利権が付与されて

¹³ 重慶市高級人民法院民事判決書（2008）渝高法民終字第 230 号。

¹⁴ 「最高人民法院は専利侵害紛争事件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈（二）」21 条。

¹⁵ 一部の学者は、ここにいう「提供」とは、単なる製造又は専用品の輸入行為を指すことではなく、販売、レンタル、贈与など他人に専用品を獲得させた行為、又は他人に専用品を獲得させる可能性がある行為を指すと解している。製造、輸入だけで、販売、レンタル、贈与などの行為を通じて、専用品を市場に拡散させる行為がなければ（例えば、倉庫に保存する行為）、ここでの提供行為と理解することができない。李揚「幫助型の間接専利侵害行為の法律構成」人民司法 2016 年 16 期を参照。

いることを知りながら、専利権者の許可を得ずに、生産・経営の目的で、積極的に他人を誘導して専利権侵害を行った行為」は、侵権責任法に定める権利侵害の教唆に該当すると規定した。

(ii) 中国の専利間接侵害のモデル

2016年の司法解釈の中で確立された専利間接侵害の判断ルールは、ある程度米国のモデルを参照した上で、専利間接侵害を幫助型と誘導型の二種類に分けている。①幫助型の専利間接侵害の条項では、「専用品要件+主観的要件」の責任帰属のモデルを選択しているが、当然ながら、米国の権利侵害の幫助における「実質的でない非権利侵害的使用+主観的故意」要件は、内容や範囲で、中国の要件と完全に一致するものでなく、②誘導型の専利間接侵害の条項においても同様に「誘導行為+主観的要件」のモデル¹⁶を選択している。

このモデルと日本の特許法における特許間接侵害についての規定は、明らかに異なっている。日本の特許法では権利侵害を誘発する危険性が高い「物品」のみに対して、幫助型の間接侵害を定めると同時に、専用品条項¹⁷と非専用品条項¹⁸の二種類に分けている。後者の非専用品条項では主観的要件を定めている。リスクが高い侵害「行為」を誘発する誘導型の間接侵害について、日本の法律は、民法709条と719条で解決を図っている。

(iii) 専利間接侵害の構成要件における直接侵害行為の存在の必要性

中国での専利間接侵害の「専用品要件」、「主観的要件」などの具体的な理解については、後述する司法実務部分で論述したい。ここで特に注意すべきものは、専利間接侵害を構成するために、直接侵害行為の存在を前提とすべきか否かである。

2016年の司法解釈においては、他人に提供し「専利権侵害行為を実施した」という表現を用いていたが、2015年にパブリックコメントを募集した司法解釈における表現としては、他人に提供し「専利権侵害行為を実施する」となっており、両者間の違いは、行為が完了した状態を表す「した」にある。文言どおりに見ると、2016年の司法解釈での表現は、直接侵害行為¹⁹の存在を求めており、一部の見方ではこのような表現から、意見募集稿が独立説から正式に従属説²⁰に移行されたと考えている。すなわち、間接侵害行為は直接侵害行為に付随して発生し、直接侵害が発生してはじめて、間接侵害の存在を議論する余地がある。

この司法解釈の策定者は、当該問題についての説明で、通常、「間接侵害は直接侵害をその前提とすべきであるため、条文で専利権侵害を「行った」と表現しているが、これは決して間接侵害の訴訟を提起する前に、必ず直接侵害の成立を認定する裁判が必要という意味ではなく、…人民法院は、個別の状況に応じて、法に基づいて直接侵害者を共同被告とするか否かを決定できる。」²¹と表明した。したがって、

¹⁶ 張其鑑「中国の専利権間接侵害の立法方法の再考—法釈〔2016〕1号21条の評価・分析を中心に」知識産権2017年4期。

¹⁷ 日本の特許法102条1項、4項。

¹⁸ 日本の特許法102条2項、5項。

¹⁹ 閻文軍、金黎峰「専利間接侵害の比較と適用—2016年最高人民法院司法解釈の関連規定を併せて評価する」知識産権2016年7期。

²⁰ 馬雲鵬「専利間接侵害の司法審査及び認定—「専利法修正草案（審議送付用法案）62条の修正を併せて評価する」」知識産権2017年4期。

²¹ 宋曉明、王閔、李劍「「最高人民法院は専利侵害紛争事件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈（二）」の理解と適用」人民司法2016年10期。

専利間接侵害に直接侵害の存在が必要であるか否かの問題に対して、最高人民法院の司法解释の制定の際に、直接侵害行為の存在を一般原則としていたが、具体的な案件でこの条項を適用する際には、この原則を必ず遵守すべきとは求めていないことが分かる。

3. 専利法に専利間接侵害条項を設けていない立法上の懸念

上述のとおり、中国では長期にわたり、民法通則の共同権利侵害の規定の適用を通じて、専利間接侵害におけるルール適用の問題を解決してきたが、実際には、専利法の数回の改正時に、その都度において専利法に専利間接侵害に関する条項を設けるべきか否か様々な議論がなされていた。

(1) 1984 年の専利法の制定時

当時、米国、日本、ドイツなどの知的財産権主要国の特許法において、いずれも特許間接侵害の制度を定めていた。一方、中国は改革開放を始めたばかりだったことを考慮すると、各種の民事制度が徐々に構築されつつある段階にあり、企業や一般市民を問わず、専利制度自体すら受け入れがたいとしていた者が存在するほどであったため、その保護レベルを高める専利間接侵害の制度は、なおさら無理があったと思われる。当時の環境において「新しい法制度としての専利制度を、大多数の人は深く理解できておらず、間接侵害制度という比較的に複雑な規定を、人々が理解して受け入れるのが一層難しかったことは言うまでもない。」²²のである。したがって、当時制定された専利法には、専利間接侵害の制度を規定しなかった。

(2) 2000 年の専利法の第二回改正

専利法の第二回改正時に、国家知識産権局が国務院に提出した専利法改正草案には、間接侵害の条項が書き入れられていた。当時の立法機関は「専利法の施行後に、法院と専利管理機関は、既に間接侵害に係る一部の判決と裁定を下しており、一部の地方法規では既に専利権間接侵害に係る規定を明文化していることを鑑み、実務では確かに間接侵害行為を制止する必要性が存在していることが分かる。」²³と主張した。したがって、専利法改正草案の中で専利間接侵害の条項に係る規定を追加した。しかし、最終的には、TRIPS 協定において専利間接侵害に関する定めがないことを鑑み、中国においても TRIPS 協定の基準を超える保護の提供は不適切であると考え、専利間接侵害の条項²⁴を削除したのである。

(3) 2008 年の専利法の第三回改正

2005 年、国家知識産権局の条法司は、専利間接侵害の問題に関連する研究を学者に委託した。研究成果を提出した多くの学者は、専利法の中で専利間接侵害の制度²⁵を定めるべきであると主張していたもの

²² 伊藤貴子「専利間接侵害：日中の法律規定及び司法実務の比較研究」華中政法大學專業修士學位論文。

²³ 尹新天ほか「専利法の修正に関連する問題の研究」専利法研究（知識産権出版社、1999 年）。

²⁴ 于立彪「中国での専利間接侵害理論の適用可能性に関する検討」専利法研究（知識産権出版社、2007 年）。

²⁵ 国家知識産権局条法司編「専利法及び専利法実施細則の第三次修正の主題研究報告」知識産権出版社、2006 年。

の、2006 年末の専利法の第三回改正の審査送付法案には、依然として専利間接侵害の条項を書き入れなかった。

これについて、国家知識産権局は次のとおり説明した。「専利法への専利間接侵害行為の制止に係る規定の追加は、実質的に専利権の保護を、専利技術に係るものであるがまだ専利権の保護がなされていなかった製品にまで拡大することになる。したがって、専利間接侵害の問題は、既に専利権者の利益と公衆の利益との間で非常にデリケートなグレーゾーンに陥り、関連制定と適用が少しでも不適當である場合は、公衆が自由に現有技術を使用できる権利を損なってしまう。上述の要素と、専利権者が直接侵害者に対する権利主張を通して保護が得られることを鑑み、民法通則の共同権利侵害に係る規定に基づき、関係者の連帯責任を追究できるため、当局は現在、専利法の中で専利間接侵害の規定を定める時機は成熟していないと考える」²⁶。

（4）現在進行中の専利法第四回改正

2015 年の「専利法改正草案（審査送付法案）」において、同 62 条に専利間接侵害の関連条項²⁷を追加していた。条文内容に関連する議論を最小限に抑えるために、新設した条文と 2016 年の司法解釈での専利間接侵害の条項との表現は非常に近似していた²⁸。全国人民代表大会の審議の段階に至って、2019 年 1 月、様々な原因により、全人大は審議を公布したが、「専利法改正案（草案）」の中から新たに追加された専利間接侵害の条項²⁹が削除された。現在の状況からすると、今回の専利法改正において再び専利間接侵害の条項を含める可能性はそれほど高くない。

（5）要約

中国では数回の専利法改正の過程で、いずれも専利間接侵害の制度を設けるべきか否か繰り返し検討し、考慮したものの、最終的にはいずれも専利法に含めなかった。過去の数回の改正における立法機関の懸念事項をまとめると、主に次の二点である。

第一に、産業発展の立場からみて、専利間接侵害条項の導入が当時の中国の経済発展のレベルと合致せず、高すぎる専利保護のレベルが不利な結果をもたらし、さらに企業の生産経営のコストを増加させ、企業の一層の発展と成長を妨害する。第二に、最高人民法院が 2016 年に司法解釈を通じて、専利間接侵害を侵権責任法の共同権利侵害のルールを利用して解決し、既にある程度専利間接侵害の適用要件を明確にしていることを鑑み、専利法において個別に専利間接侵害のルールを定める立法上の必要性がそれ程緊急ではない。

以上の二つの懸念事項が、現段階での司法実務においてはどうか。①専利法の中で専利間接侵害

²⁶ 于立彪「中国における専利間接侵害理論適用の空間の有無に関する検討」専利法研究（知識産権出版社、2007 年）。

²⁷ 「国務院法制弁は、専利法修正草案（審議送付用法案）につき意見を募集している」、国務院サイト登載、リンク：http://www.gov.cn/xinwen/2015-12/03/content_5019664.htm、最後アクセス時間、2020 年 1 月 6 日。

²⁸ 62 条（新）、関連製品は専ら専利実施用の原材料、中間物、部品、設備であることを承知の上、専利権者の許諾を得ずに、製造・経営の目的で当該製品を他人に提供し、他人が専利侵害行為を実施した場合、侵害者と共に連帯責任を負わなければならない。

²⁹ 「「中華人民共和國専利法修正案（草案）」意見募集法案の条文修正対照表」紹興市市場監督管理局サイト、リンク：http://scjg.sx.gov.cn/art/2019/2/22/art_1628905_30447030.html 最後訪問時間、2020 年 1 月 6 日。

の条項を定めていないので、過度のレベルの保護をある程度において避けられたか否か。②行政裁決と司法裁判の実務で、民法の共同権利侵害のモデルの下での専利間接侵害判断のルールには、どのような解決し難い問題点が存在し、専利法で個別に専利間接侵害のルールを設けるべきか。以下において、中国の司法実務での専利間接侵害の問題の判断の状況を整理してみる。

4. 司法実務での専利間接侵害の認定

司法判断において、専利間接侵害の問題の判断基準を整理する際には、2016年の最高人民法院の司法解釈の分類に基づき、幫助型の間接侵害条項と誘導型の間接侵害条項の二種類に区分できる。

(1) 幫助型の間接侵害条項

2016年の司法解釈が公布される前に、中国の関連法律では幫助型の間接侵害の要件を定めていなかったため、司法実務で各法院が採用する判断要件が統一されておらず、2016年の司法解釈が公布された後、中国の幫助型の間接侵害については「専用品要件+主観的要件」の責任帰属のモデルを採用することが明文規定された。司法実務の多数の事例で「直接侵害行為が存在するか否か」は、権利侵害に該当するか否かを判断するための決め手になることが多い。より正確に幫助型の間接侵害の要件を理解するためには、主観的要件、客体的要件及び直接侵害行為の存在という三要件を考慮すべきである。さらに、中国の幫助型の間接侵害条項の「提供」行為の概念³⁰は、日本の製造、譲渡、輸入、譲渡許諾などの行為とは異なるものの、司法案件における「提供」の概念は、権利侵害に該当するか否かを左右しないため、暫く討論の視野に入っていない。

(i) 主観的要件

中国の専利間接侵害の問題は、長期にわたり民法の共同権利侵害の枠組みの下で解決していたため、初期の多くの法院では権利侵害を判定する際、様々な視点からどんな状況において主観的要件を満たすと判断できるかを議論した。例えば、被疑侵害者は権利者が発行した警告書³¹及び権利通知書を受け取った後も、継続して専用品³²を販売し、被疑侵害製品の説明書に専利技術の使用事実³³を記載し、ウェブサイト専利侵害製品³⁴に使用される商品の販売を明らかにし、雑誌に弁護士³⁵の声明を掲載し、被疑侵害者は中国と欧州で係争専利の無効手続³⁶を繰返し提起していたなど主張していた事案において、法院はこのような行為により、被疑侵害者が権利侵害行為に対する主観的な認識を持っていたと判断した。また、一部の法院は被疑侵害者が主観的要件を有しないとの理由で、専利間接侵害に該当することを否定していた。杭州の外観設計専利権の紛争案件³⁷において、法院は「被疑侵害者が販売していた部品は、

³⁰ 李陽「幫助型の専利間接侵害行為の法律構成」人民司法 2016 年 16 期。

³¹ 湖南省高級人民法院民事判決書（2005）湘高法民三終字第 38 号。

³² 陝西省西安市中級人民法院民事判決書（2006）西民四初字第 109 号。

³³ 上海市第一中級人民法院民事判決書（2012）滬一中民五（知）初字第 136、137 号。

³⁴ 重慶市第一中級人民法院民事判決書（2008）渝一中民初字第 133 号。

³⁵ 北京市高級人民法院民事判決書（2003）高民終字第 503、504 号。

³⁶ 江蘇省高級人民法院民事判決書（2015）蘇知民終字第 00172 号。

³⁷ 浙江省義烏市中級人民法院民事判決書（2015）金義知民初字第 536 号。

様々な基部と組み合わせ、様々な視覚的效果を与えるカップとなるため、単一性を有せず、他人を教唆し、誘導して専利を実施した故意を有することを直ちに認定できない。」と判断し、幫助型の間接侵害に該当しないとした。

それと同時に、多数の事件において、法院が主観的要件について詳しく言及せず、推定の方法を採用して、被疑侵害者の行為が主観的要件を満足すると判断したこともある。例えば、一部の法院では被疑侵害者が「同種製品の販売者として、その製品が権利侵害の用途にのみ使えることを知りうる」³⁸と認定した。更に多くの事件³⁹において、法院は被疑侵害者が専用品を提供したという行為に基づき、主観的要件を満たすと推定した。例えば、ある法院は「専用品又は重要な部品という客観的な要素だけで主観的に過失が有る」⁴⁰と判断した。

2016年の司法解釈において、幫助型の専利間接侵害を構成するには、「知りながら」という主観的要件を有すべきことが明らかにした。それ以降の多数の事件において、法院は当該司法解釈に基づき、主観的要件が間接侵害に該当するか否かを判断する要件の一つとして明確に提示されていた。一方、個別に事件の状況に合わせて判断するとき、主観的要件は決して権利侵害に該当するか否かを決めるための「決め手」ではなく、権利侵害の判断という役割⁴¹を果たしていない。例えば、西電捷通社がソニー社を訴えた二審事件で、法院は「知りながら」を主観的要件として、間接侵害にあたるか否かを判断するための要件の一つであると示唆したが、事件の状況に合わせた分析では、「直接実施者がいない」という要件を適用して、間接侵害⁴²に該当することを否定した。

日本企業との意見交換⁴³を経て、日本企業の中に、中国の専利間接侵害の問題に対する侵權責任法9条の共同権利侵害のルール適用を懸念する声があることがわかった。一旦、間接侵害行為が発生すると、日本の権利者は被疑侵害の専用品を製造したメーカー間、又はメーカーとユーザー間の意思連絡の証明が難しいため、当該条文で連帯責任の規定を適用することは難しい。この問題に一部の中国の学者は、「従来の共同権利侵害のルールでは、様々な行為者の間の関係を強調するが、専利間接侵害はその発展過程で、実は徐々に従来の共同権利侵害のルールから逸脱し、益々独立した一種の権利侵害責任のように…過去の間接侵害者と直接侵害者との過失や連絡は、既にさほど重要でなくなった。」⁴⁴と主張した。実際に前述の事例も、最近の中国の司法実務では、様々な行為者の間の過失や連絡が重要でなくなっただけでなく、更に行為者の主観的要件も独立して実際の役割を果たし難いことを説明しているため、日本企業の不安は実際には不要であろう。

(ii) 専用品の要件（客観的要件）

幫助型の専利間接侵害は、権利侵害を誘発するリスクの高い「物品」に対して定めた権利侵害の類型で、客観的要件の判断は、主に「専用品」要件を満たすか否かによって判断される。司法実務で、中国

³⁸ 広西壮族自治区高級人民法院民事判決書（2005）桂民三終字第5号。

³⁹ 南京市中級人民法院民事判決書（2007）寧民三初字第307号、天津市高級人民法院民事判決書（2008）津高民三終字第003号、広西壮族自治区南寧市中級人民法院民事判決書（2006）南市民三初字第10号等。

⁴⁰ 上海市第一中級人民法院民事判決書（2005）滬一中民五（知）初字第365号、上海市第一中級人民法院民事判決書（2006）滬一中民五（知）初字第376号。

⁴¹ 広州知識産権法院（2016）粵73民初1072号民事判決、広東省高級人民法院民事判決書（2016）粵民終1960号。江蘇省高級人民法院民事判決書（2016）蘇民終168号。

⁴² 北京市高級人民法院民事判決書（2017）京民終454号。

⁴³ この問題は、2019年3月21日に国家知識産権局と日本知識産権協会との間で開催された交流会で言及された。

⁴⁴ 崔国斌『専利法：原理と案例（第二版）』752頁（北京大学出版社、2016年）。

法院の「専用品」要件を満たすか否かの判断は、次のとおりである。

一部の法院では「専ら用いる」の判断基準を採用しており、具体的には、被疑侵害品が「専ら専利製品に用いる部品」又は「専ら専利方法に用いる工具、材料など」⁴⁵であるか否かを判断している。例えば、西電捷通社がソニー社を訴えた一審事件で、法院は被疑侵害品が専用品であるか否かを判断する際、「ハードウェアとソフトウェアからなる WAPI 機能モジュールの組合せは、係争専利を実施する他には、その他の実質的な用途がないため、専ら係争専利に用いる設備であると認定されるべきである。」⁴⁶とし、二審法院も一審法院のこの問題に対する判断基準⁴⁷を認容した。

また、別の一部の法院は、「侵害製品が専利権の実施における重要な部分（本質的な部分）を構成する」とき、権利侵害⁴⁸に該当すると判断した。例えば、萊頓自動車部品事件⁴⁹において、法院は被疑侵害者の一人が「専利法で規制する権利侵害品の製造・販売行為を完全には実施できなかったが、完全な被疑侵害技術の解決策と主な部品を提供した」と判断した上で、これは幫助型の間接侵害の「専用品要件」を満たすと認定した。

このような重要部品という基準には、実際に権利侵害の認定範囲を拡大するリスクがある。たとえ被疑侵害品が専利製品のキーポイント又は主な部品であったとしても、その他の用途を有する可能性があり、被疑侵害者による被疑侵害品の製造又は販売目的が、専利権の侵害に限らず、「専ら用いる」などの条件の制限がない場合、間接侵害と認定する基準が緩すぎると同時に、適用範囲が大きすぎる可能性をもたらす。

各地の司法実務では、専用品の判断基準の非統一性によるリスクをも少なからず意識し、上述の 2016 年の最高人民法院の司法解释における専用品の要件は、「関連製品が専ら専利の実施に用いる材料、設備、部品、中間物など」の物品であると明確に示した。それ以降の司法裁判において、法院は「専ら用いる」要件の検討に更に注意を払った。例えば、南京特能電子の実用新案専利権の紛争事件で、法院は「被疑侵害品自体は、係争専利の全部の技術的特徴を有しているわけではないが、この製品の用途は唯一であるため、使用されたら必然的に係争専利の保護範囲に入る。」と判断し、専用品の要件⁵⁰を満たすと認定した。

（iii）必ず直接侵害行為が存在する必要があるか

専利間接侵害の成立には「直接的な実施行為が存在する」ことが必要条件であるか否かについて、上述の立法モデルの部分で紹介したとおり、2016 年の司法解释の条項の文言からみれば、専利間接侵害行為の成立は、直接侵害行為の存在を必要とする。

①原則として直接侵害行為の存在が必要

中国の司法実務において、殆どの案件で直接侵害行為の存在が必要であり、明確な直接侵害行為者⁵¹が

⁴⁵ 上海市第一中级人民法院民事判决书（2003）滬一中民五（知）初字第 212 号、北京市高级人民法院民事判决书（2003）高民终字第 503、504 号、天津市高级人民法院民事判决书（2008）津高民三终字第 003 号等。

⁴⁶ 北京知识产权法院民事判决书（2015）京知民初字第 1194 号。

⁴⁷ 北京市高级人民法院民事判决书（2017）京民终 454 号。

⁴⁸ 上海市第一中级人民法院民事判决书（2006）滬一中民五（知）初字第 376 号、西安市中级人民法院民事判决书（2006）西民四初字第 019 号。

⁴⁹ 江苏省高级人民法院民事判决书（2015）蘇知民终字第 00172 号。

⁵⁰ 江苏省高级人民法院民事判决书（2016）蘇民终 168 号。

⁵¹ 山东省济南市中级人民法院民事判决书（2003）濟民三初字第 41 号。

必要であるとされている。原則として、直接侵害行為の存在を要求し（従属説）、直接侵害行為の存在を要求しない（独立説）のが例外だと言える。例えば、株式会社島野を権利者とする専利権侵害紛争事件⁵²において、法院は「中国の専利法、法規には専利間接侵害に係る規定がなく、司法実務で専利間接侵害を認定するとき、専利直接侵害の存在をその前提としている。本件には直接侵害が成立しないため、被疑侵害者の行為が間接侵害に該当すると認定できない。」と判断した。

多数の事件において、法院は直接侵害行為の存在を必要とするだけではなく、直接侵害行為が必ず実際に存在することを厳格に求めている。すなわち、第三者が完全に専利技術を実施した行為が存在することを前提とし、権利者は第三者が完全に専利技術⁵³を実施したことを証明する証拠を提起しなければならない。多くの事件の権利者は、直接侵害行為の存在を立証できなかったため、その専利間接侵害に係る訴えは法院により棄却された。例えば、廖洪雲意匠専利の紛争事件⁵⁴で、法院は「権利者は証拠を提示して、被疑侵害者が移動電源カバーを専用部品として如何なる事業体に提供していたことを立証できず、かつ後者が当該カバーを用いて移動電源製品を製造していたことを証明できなかったため、本件には被疑侵害者以外の直接侵害者が存在しない」として、専利間接侵害と認定できないと判断した。

②厳格に「直接侵害行為が存在する」要件を適用するトレンド

2016年の最高人民法院の司法解釈は、専利間接侵害を構成する際には直接実施行為がなければならないことを文字どおり定めた後、多くの法院は司法解釈を適用する際に徹底的に遵守し、多数の案件で、専利間接侵害を否定する主な根拠にさえなりつつある。

例えば、東莞市誉昇電子科技社専利紛争事件⁵⁵で、一審法院⁵⁶は被疑侵害行為が専利幫助型権利侵害を構成すると判定したが、この結論に対して二審法院は「権利侵害の幫助行為が成立する法定要件の一つは、直接侵害者が権利侵害行為を犯したことである。本件では被疑侵害会社が被疑侵害製品を専用部品として特定の直接侵害者に提供し、かつ直接侵害者が権利侵害行為を実施したことを証明できる証拠がないため、本案件では被疑侵害会社の行為が間接侵害における幫助型権利侵害を構成すると認定できない。」と判定した上、一審判断を覆し、専利幫助型権利侵害の成立を否定した。

また、奇虎 360 社が江民新科 GUI 社を訴えた権利侵害事件⁵⁷において、法院は次のとおり判断した。被疑侵害行為が幫助型の権利侵害行為を構成する前提の一つは、ユーザーが直接に係争専利の実施行為を有すること、すなわち、コンピューターに対する製造、販売の申出、販売、輸入などの行為である。本案件のユーザーが実施した行為は、被疑侵害のソフトウェアを自分のコンピューターにダウンロードした行為に過ぎず、コンピューターに対する製造、販売の申出、販売などの行為はなかった。権利者は誰かが係争 GUI を付したコンピューターに対する製造、販売の申出、販売、輸入を実施したことを証明する必要がある。仮に、特定のコンピューターメーカー又は個人が、江民社のソフトウェアが予めインストールされたコンピューターに対する製造、販売の申出、販売、輸入の行為を実施していないとした場合、間接侵害としての基礎を失ってしまう。したがって、係争専利の直接実施行為が存在しない場合、幫助型の権利侵害行為も構成しない。

⁵² 浙江省高級人民法院民事判決書（2005）浙民三終字第 145 号。

⁵³ 山東省高級人民法院民事判決書（2001）魯民三終字第 2 号。

⁵⁴ 広東省高級人民法院民事判決書（2014）粵高法民三終字第 773 号。

⁵⁵ 広東省高級人民法院民事判決書（2016）粵民終 1960 号。

⁵⁶ 広州知識産権法院民事判決書（2016）粵 73 民初 1072 号。

⁵⁷ 北京知識産権法院民事判決書（2016）京 73 民初 276 号。

③「完全な直接実施行為」が存在するか否かを判断の根拠

しかしながら、最近、必ず直接侵害行為が存在してはじめて間接侵害を構成する、という上述の一連の判決への反対意見も現れた。これらの判決において、法院は「直接侵害行為が存在するか否か」の替わりに、「完全な直接実施行為が存在するか否か」を、専利間接侵害を構成するか否かを判断する前提条件としている。

西電捷通社がソニー社を訴えた事件において、一審法院⁵⁸は次のとおり判決を下した。「通常、間接侵害行為は、直接侵害行為の存在をその前提とすべきである。しかし、これは専利権者がもう一つの主体が実際に直接侵害行為を犯していたことを証明しなければならないという意味ではなく、被疑侵害品のユーザーが製品に事前設定された方法で、製品を用いて専利権の技術的特徴を全面カバーしていたことを証明する必要があるだけである。当該ユーザーが権利侵害の責任を負うべきか否かは、間接侵害行為の成立とは無関係である。この解釈の理由は、一部の使用方法の専利において、係争の専利請求項の技術的特徴に対する「全面カバー」を実現する主体の多くがユーザーであり、そしてユーザーは「生産・経営の目的でない」ため専利権侵害を構成せず、ここで仮に「間接侵害行為が直接侵害行為の存在を前提とする」を機械的に適用すると、ユーザーの使用に係わる使用方法の専利は、法的保護を受けられないリスクを負い、この種の使用方法に対して専利権を付与する専利法の制度本来の目的から逸脱する。」と判断した上で、最終的に一審法院は被疑侵害者ソニー社の被疑侵害製品を製造、販売した行為が幫助型の権利侵害に該当すると判断した。

直接侵害行為の存在を必要とするか否かの問題で、二審法院⁵⁹と一審法院の観点は類似し、両者とも同一の問題意識を持ち、同様に直接実施行為を権利侵害の前提としなかった。二審法院は、「一部の特殊な状況において、直接専利権を実施した実施者が（a）生産・経営の目的でない個人、又は（b）当該直接実施行為が交通具の例外、科学研究目的の例外、Bolar の例外など⁶⁰の専利法で定める権利侵害に該当しない特殊な類型、といったこれらの特殊な状況で、「直接実施行為が専利権侵害に該当しないため、仮に間接侵害の行為者に対し民事責任を負うことを命じられない場合、多くの通信やソフトウェア使用方法の専利は、有効かつ十分な法的保護を受けられず、科学技術のイノベーション奨励及び権利者の合法的な権利と利益に対する保護に役立たない」とした。

ただし、二審法院における「完全な直接実施行為」を構成するという認定基準は、一審法院に比べて一層厳しかった。一審法院は、「製品に事前設定された方法で、製品を用いて専利権の技術的特徴を全部カバーした」直接実施行為の存在を求めていた。これに対し二審法院は、一審法院が提案した「完全な直接実施行為」を基にして、更に「直接実施者」の存在と、「証明する証拠がある」ことを要件として求めた。この「直接実施者」は、既に権利侵害を構成すると評価された「直接侵害者」でなくてもよいが、「生産・経営の目的でない」個人、又は交通具の例外、科学研究目的の例外、Bolar の例外などの専利法に定める権利侵害に該当しない特殊な類型であるべきとした。

上述の判断基準に基づき、二審法院は被疑侵害者ソニー社の行為が幫助型権利侵害に該当するか否か

⁵⁸ 北京知識産権法院民事判決書（2015）京知民初字第1194号。

⁵⁹ 北京市高級人民法院民事判決書（2017）京民終454号。

⁶⁰ 専利法69条3項、4項、5項の場合。専利法69条、以下の条項の一に該当する場合、専利権の侵害としない。（三）一時的に中国の領土、海域、領空を通過する外国の輸送具が帰属国と中国の間で締結した協議又は共同で加盟した国際条約、或いは互惠の原則に基づいて、当該輸送具自体の必要のために当該装置及び設備において専利を実施する場合、（四）専ら科学研究及び実験のために専利を実施する場合、（五）行政許認可のために必要な情報、専利医薬品又は専利医療機器を製造、使用、輸入する場合、及び専ら専利医薬品又は医療機器を製造、輸入するために専利を実施する場合。

を具体的に検討した。すなわち、次のとおりである。本件の「係争專利は方法專利であり、移動端末 MT に WAPI 機能モジュールを内蔵する他に、更に無線アクセスポイント AP と認証サーバー AS の両デバイスの連携動作を必要とする。係争專利は典型的な「複数主体による実施」の方法專利であり、この技術的な解決策はその実施過程で、複数主体の参加を必要とし、複数主体の連携や相互作用があつて始めて、完全に專利技術の解決策を実施できる」ものである。本件において、「ソニー中国社は WAPI 機能モジュールを内蔵した移動端末 MT のみを提供し、無線アクセスポイント AP と認証サーバー AS の両デバイスを提供していない。移動端末 MT と無線アクセスポイント AP 及び認証サーバー AS が三元 P2P セキュリティ・アーキテクチャであり、移動端末 MT が無線アクセスポイント AP 及び認証サーバー AS と相互作用する場合のみ、係争專利が実施される。したがって本件において、個人ユーザーを含むどの実施者も、単独で係争專利を完全に実施できない。同時に、単一の行為人がその他の行為人を指導又は制御して実施したり、又は複数の行為人が係争專利の実施を共同で調整したりする状況も存在しない。直接実施者がいない前提の下で、その中の一つの構成要素の提供者が幫助型の権利侵害を構成するとみなされると、上述の幫助型の権利侵害の構成要件を満たさないだけではなく、権利者の保護を過度に拡大し、不当に公共の利益を損なう」とした。したがって、二審法院は被疑侵害者ソニー中国社の行為は幫助型の権利侵害を構成しないと判断した。

つまり、一審法院と二審法院はどちらも專利間接侵害の判断に直接侵害行為の存在をその前提としないことを明らかにしていたが、「完全な直接実施行為」とは何かに対し、一審法院はユーザーが「完全に」直接侵害行為を実施すれば該当すると認断したことに対し、二審法院は当該事件において誰も「完全に」直接侵害行為を実施していないと判断した。そのため、專利幫助型の権利侵害の構成要件を満たさず、権利侵害に該当しないと判断した。

（2）誘導型の間接侵害条項

2016 年の最高人民法院の司法解釈では、権利侵害の導入要件を、「関連製品、方法の專利権が付与されていることを知りながら、專利権者の許可を得ずに、生産・経営目的のために、積極的に他人を誘導して專利権侵害を行った行為」と定め、「主観的要件+誘導行為」のモデルを採用した。誘導型の間接侵害の成立には、誘導者又は教唆者が、当該行為が直接侵害行為の発生につながることを主観的に「知っていた」、かつ直接侵害行為の発生を誘導した明らかな意図を有すべきとされている。

「物品型」の專利幫助型の権利侵害と違い、権利侵害を誘発する危険性の高い「行為型」の專利権侵害誘引に対して、日本では民法 709 条と同 719 条の規定を通じて規制しているものの、権利者が権利侵害停止を主張することは困難である。中国は日本と異なり、その相違点は、民法の権利侵害責任にはさまざまな構成要素と効果があるため、このような場合に中国の権利者は差止を請求できることにある。したがって、被疑侵害者と権利者、直接実施者は皆、專利権の存在に精通し、意識している。実施行為が專利権の保護範囲に入っていることを知りながら、依然として他人に專利の実施を積極的に誘導、教唆した事件で、多くの法院は直ちに被疑侵害行為が誘導型の権利侵害に該当すると判断している。

科蘭金利社發明專利紛争事件⁶¹では、被疑侵害者の両方が、どちらも專利権者から專利製品を以前仕入れていたことがあり、その後、直接侵害行為者（代理工場）に対して権利侵害品の製造を指示、要求

⁶¹ 武漢市中級人民法院民事判決書（2014）鄂武漢中知初字第 00008 号。

した。さらに、直接侵害行為者（代理工場）の責任者を連れて、権利者の草木育成の専利品を使用した盛土の現場サンプルを収集した。法院は被疑侵害者のこれらの行為が専利権侵害を教唆・誘導したことを示すのに十分だと判断した。

北京市高級人民法院は、「専利権侵害判定指南（2017）」の121条においても、「専利権者の許諾を得ずに、行為人が図面、製品の説明書、技術的解決策の伝授、製品プレゼンテーションの進行などの方法を提供することにより、生産・経営の目的のために積極的に他人を誘導して特定の技術的解決策を実施し、かつ他人が実際に専利権侵害行為を行った場合、行為者の誘導行為は本指南118条に示す他人を教唆して専利権侵害を実施した行為に該当する。」と定めている。

上述の権利侵害の類型の他、被疑侵害者が使用説明書に、専利技術の使用方法や実施方法を明記する行為は、幫助型の間接侵害⁶²に該当する可能性もあり、誘導型の間接侵害に該当する可能性もある。例えば、ボード・ツー・ボード実用新案専利権紛争事件⁶³で、法院は被疑侵害者の製品仕様書に被疑侵害製品と汎用回路基板との接続方法を明記した行為が購入者を教唆・誘導して係争専利を侵害した行為に該当すると判断した。

5. 立法への提案（結論）

中国の専利法においては専利間接侵害の条項を定めずに、伝統的な民法の枠組みの下で、司法解釈を通じて共同権利侵害条項を明確にする方法を選んで、専利間接侵害の問題を解決している。過去の法改正の経験から、このやり方を採用する重要な原因の一つは、専利間接の条項の導入が過度に専利保護レベルを高める懸念からである。

（1）専利保護のレベルの高低と専利間接侵害制度との間に必然的な関連性はない。

中国で長期にわたり専利間接侵害の条項を導入しないやり方は、過度に保護レベルを高めることを回避したか。その答えは、否定的である。日本のある弁理士の統計によれば、中国の1996年から2009年までの十数年間で、専利間接侵害を含む22件の案件のうち、裁判所は14件が権利侵害に該当すると判断した。すなわち、間接侵害の成立率は63.6%⁶⁴であった。仮に22件から権利保護の範囲に入っていない案件（2件）、複審委員会により専利が無効となった案件（1件）、被疑侵害者が専利は公知技術に該当すると主張し、調停・和解に達成した案件（2件）を除いて改めて計算すると、特許間接侵害の認定率は80%以上にも達する。

したがって、専利法において専利間接侵害の条項を設けるか否かは、必ずしも専利保護のレベル（少なくとも司法保護のレベル）との繋がりはなく、専利間接侵害の条項の追加に反対する理由になるべきではない。

従来の民法における共同不法行為のカバーの範囲が比較的広いことは、むしろ容易にその適用範囲

⁶² 上海市第一中級人民法院民事判決書（2012）滬一中民五（知）初字第136、137号。

⁶³ 广州市知識産権法院民事判決書（2015）粵知法專民初字第975号。

⁶⁴ 伊藤貴子「専利間接侵害：日中法律規定及び司法実務の比較研究」華中政法大學專業修士學位論文。むろん、日本司法実務中に専利間接侵害の認定率も低くない。本報告書に記載された他の日本研究者の論文を参照すれば良い。前田健、「間接侵害規定の設計の在り方-日本型間接侵害規定の運用実績と評価-」。

を拡大していたと言える。国家知識産権局条法司の前司長（部門長）尹新天氏は、「各国で間接侵害行為を、特定の「製品」又は「物品」を販売又は提供する行為に限定し、その他の教唆、幫助の行為は含めていない。この立場は、専利間接侵害の問題に対するこれらの国家の慎重な態度を反映している。先進国でさえそうであるのであれば、中国で専利間接侵害を全ての教唆、幫助の行為にまで拡大する理由は、なお更ない。」⁶⁵と述べた。

（2）民法の共同権利侵害モデルにおける弊害

2015年の「専利法改正草案（審査送付法案）」では、一度、62条に専利間接侵害の関連条項⁶⁶を追加していたものの、2019年1月の全国人民代表大会で審議公布された「専利法改正案（草案）」ではこれが削除された。法律上の理由の一つは、既に2016年の最高人民法院の司法解釈に専利間接侵害の条項を定めたことを考慮し、更に専利法に定める緊急性は、それほど強くなかったことであろう。実際に民法通則での共同権利侵害の保護モデルと専門法の保護モデルには、一定の違いがあり、司法実務における共同権利侵害モデルの主な問題は、元来の「物品型」の専利間接侵害の構成要件を混乱させ、不当に民法通則での共同権利侵害のモデルの適用範囲を拡大する可能性があることである。

間接侵害は民法通則の共同権利侵害の一部に過ぎず、仮に専利間接侵害事件に共同権利侵害を適用して処理する場合、共同権利侵害の射程を拡大させ続ける可能性がある。例えば、一部の事件で、専利間接侵害のルールに基づき、主・客観的要件を更に考慮した後に、権利侵害に該当するか否かを判断すべきだが、逆に共同権利侵害の要件のみ考慮して専利間接侵害に該当すると判断されてしまう。

張偉東実用新案専利権の侵害事件⁶⁷を例に挙げれば、被疑侵害者は家具展示会の主催者として、国際展覧センター新館を借りて家具展示会を開催し、レンタルホールを様々な面積のブースに仕切り、そのブースを出展者に貸出し、出展者がそれぞれの商品又はサービスを展示できるようにした。法院は「被疑侵害者は展覧会場の貸し手として、出展者の資質などの審査を含む出展者の事業活動に対する適切な監督・管理の義務を負うべきである。出展者が家具博覧会で被疑侵害品を出展し、販売する行為の発生は、被疑侵害者が相応の義務を果たさず、客観的に権利侵害を幫助する役割をしたことを示している。」と判断した。

専利法での意味上の幫助型の間接侵害は、固有の権利侵害の判断要件（主に「物品型」専利間接侵害、客観的要件「専ら用いる」、主観的要件「知りながら」）を有し、本件で法院は、専利幫助型の間接侵害の固有の主・客観的要件を無視し、直ちに被疑侵害者が相応の管理・監督の義務を果たさなかったため幫助型の権利侵害を構成すると判断した。このように権利侵害を判断するというやり方は、専利幫助型の間接侵害の内包的な意義と要件を混同させただけでなく、不当に共同権利侵害の適用範囲を拡大させている。

もう一つの建築工事の請負契約の履行中に方法発明専利を侵害した事件⁶⁸において、法院は、「建築工事の請負契約の請負人が施工中に方法発明専利を侵害した場合、係争専利を実施した行為が被疑侵害者

⁶⁵ 尹新天「専利権の保護」知識産権出版社2005年、530頁。

⁶⁶ 「国务院法制弁は、専利法修正草案（審議送付法案）につき意見を募集している」国务院サイト登載、リンク：http://www.gov.cn/xinwen/2015-12/03/content_5019664.htm、最後アクセス時間、2020年1月6日。

⁶⁷ 北京知識産権法院民事判決書（2015）京知民初字第907号。

⁶⁸ 広東省高級人民法院民事判決書（2013）粵高法民三終字第739号。

（発注者）からの指示ではないものの、被疑侵害者が専利権者に請負人が専利の使用を許諾されているか否かを確認していないことは、慎重かつ理性的な事業者の行動基準を満たさず、合理的な注意義務を果たしておらず、主観的な過失があるため、幫助型の権利侵害に該当する。」と判断した。したがって、特定の案件では専利権侵害の特殊性を考慮すべきであり、仮に法院が裁判時に専利幫助型の権利侵害に特有の主・客観的要件を検討せずに、直ちに一般的共同不法行為の理論を適用した場合、混乱が生じ易く、かつ適用範囲を拡大しがちである。

個別案件のみならず、地方法院の専利権侵害判断のガイドラインでさえも、幫助型の権利侵害の適用範囲を拡大する傾向がある。例えば、北京市高級人民法院「専利権侵害判断のガイドライン（2017）」120条では、「行為者が他人の専利権に対する侵害行為を犯すことを知りながら、その実施行為のために、場所、倉庫、運輸などの便利な条件を提供した場合は、本ガイドラインの118条に規定された他人を幫助して専利権侵害を行った行為に該当する。」と定めている。倉庫などの幫助行為だけの提供は、専利の幫助型の権利侵害の提供行為⁶⁹に該当しないと異議を唱えている学者もいる。

（3）専利法の中に単独で専利間接侵害の条項を追加する立法の必要性

共同不法行為のモデル下における上述の問題に基づき、専利法に専利間接侵害のルールを明記する必要があるか否かを考慮すべきである。そのメリットは、仮に将来、専利法に新たに専利間接侵害の条項の規定を追加した場合、その機会を借りて現段階における侵權責任法と司法解釈に分散している専利間権利侵害に係る判断ルールの再調整と最適化が可能なことである。

現在の専利間接侵害の判断ルールからみれば、2016年の司法解釈では「専用品」に関する「物品型」権利侵害の幫助、及び「誘導と教唆行為」に関する「行為型」権利侵害の誘導を確立している。前者では「専用品」の主客観的要件を設けた専利法特有の権利侵害の構成要件であり、一般的な共同不法行為とは異なり、確かに独立して設ける必要がある。しかし、後者の「行為型」権利侵害の誘導については、裁判ルールとして民法通則の共同不法行為との間にそれほど大きな違いがなく、特に中国の権利侵害行為の効果が日本の不法行為と異なるため、たとえ民法通則の共同不法行為の理論を適用したとしても、権利者は権利侵害の差止請求ができる。したがって、構成要件、又は法的効果からみれば、司法解釈に定める「行為型」権利侵害の誘導と民法通則の共同不法行為の理論との間には、それほど大きな違いがなく、現段階で二種類の規則が並存するモデルは、むしろある程度、専利間接侵害のルールが主に「専用品」に適用されるという印象をある程度薄めてくれているため、これも司法実務の中で共同不法行為のルールの拡大適用の現象をもたらす理由となり得る。

民法通則の共同不法行為の枠組みの下で、インターネットのストアで現れる専利権侵害品に対するインターネット・サービス・プロバイダーの責任にも及び、これも広義の共同不法行為の責任に該当する。一般的な共同不法行為の理論と比べ、プラットフォームの責任について、一連のより詳細的な権利侵害の判断ルール⁷⁰が作成されている。専利間接侵害のルールが民法通則の共同不法行為のモデルの下での「相互適用」と、相互混同の状況の発生を回避するために、異なる立法モデルの制定を考慮することもできる。

⁶⁹ 李揚「幫助的専利間接侵害行為の法律構成」人民司法2016年16期。

⁷⁰ 侵權責任法36条のネット権利侵害責任及び電子商務法における関連規定など。

上述の理由に基づき、日本の特許法の立法モデルを参照し、「物品型」専利権侵害の幫助だけを定め、「行為型」権利侵害の誘導は、民法通則の共同不法行為のルールにより解決することを提案する。

（４）専利間接侵害の構成要件を制定する方向性

上記で司法実務における専利間接侵害の各構成要件の実際の運用状況を整理し、各構成要件の運用が明らかに均衡でないと感じた。

（i）主観的要件

主観的要件については、初期段階で主観的要件を考慮した多くの事例があるものの、同時に多くの事件で主観的要件に対する論述をせず、推定により被疑侵害者の行為が主観的要件を満たしたと判断した。2016年の最高法院の司法解釈では、専利の幫助型の権利侵害に「知りながら」の要件を必要と定め、多くの法院ではこの司法解釈に基づき、その構成要件の地位を提示していたものの、具体的な事件の状況に合わせて判断する場合、主観的要件は、一般的には、権利侵害に該当するか否かを決める「決め手」にならず、実際に権利侵害の判断に参加する役割を果たしていない。

（ii）客観的要件

客観的要件の判断は、主に「専用品」を満たすか否かに集中されている。司法実務では、従来一部の法院は「権利侵害品が専利権実施中の重要な部分（本質的な部分）を構成する」とき、権利侵害の基準に該当すると判断し、権利侵害品がその他の用途を有する可能性や、被疑侵害者が被疑侵害品を製造又は販売する目的が専利権侵害の状況に該当するとは限らないことを考慮していなかった。2016年の最高法院の司法解釈が公布された後、構成要件を「専ら用いる」に対する判断に統一された。

（iii）必ず直接侵害行為が存在すべきか

実務運用における主観的要件の「弱体化」及び、客観的要件における「通常」と比較して、「必ず直接侵害行為が存在すべきか否か」との要件が司法実務で運用されることは一層「有力」である。原則的にほとんどの司法事件で直接侵害行為を必要としており、直接侵害行為を求めることが原則であり、例外は必要ないと言える。特に2016年の司法解釈において、その文面から専利間接侵害に該当すると判断される場合、必ず直接実施行為が存在すべきであることを定めた後、数多の法院では司法解釈を適用する際に、徹底しこれを遵守し、しいては徐々に多くの案件において、専利間接侵害を否定するための主な根拠にもなってきた。上述の西電捷通社がソニー社を訴えた案件のように、「直接侵害行為が存在するか否か」ではなく、「完全な直接実施行為が存在するか否か」をもって判断する案件もあるが、決して主流とは言えないのである。

（iv）構成要件の間のバランス

実際、2016年に最高人民法院の司法解釈が公布された後から一定期間に、多くの法院は、いずれも直接侵害行為が必ず存在すべきとの厳格な要件適用のやり方⁷¹を採用したが、このやり方は、結局、多数の

⁷¹ 広東省高級人民法院民事判決書(2016)粵民終1960号、北京知識産権法院民事判決書(2016)京73民初276号。

事件で直接侵害者がいないため法院に非侵害と言いつ渡された。問題は、中国の専利権侵害では「生産・経営を目的とする」という要件が必要なことにあり、仮に生産・経営の目的のしないユーザーが直接行為者である場合、この基準を厳しく遵守すると、間接侵害を構成すると判定されるべき多くの実施者が責任逃れしてしまうことになる。現時点では、その他の二つの主・客観的要件を分析する必要さえなく、直接侵害行為が存在するとの要件を満たさない限り、法院は権利侵害を構成しないと直ちに判断できる。仮に将来、専利法に専利間接侵害の条項の設定を検討する場合は、各構成要件の間のバランスを維持し、司法実務の中で一つの要件が際立って設定され、その他の要件を考慮する余地がないために、直接権利侵害を否定する状況を回避すべきである。

Ⅲ. 間接侵害規定の設計の在り方ー日本型間接侵害規定の運用実績と評価ー

神戸大学 前田 健 准教授

1. 問題の所在

特許権は、業として特許発明を実施する行為を禁止の対象とする権利である。特許発明の実施に関与する者は、①実施行為を単独で行った者は直接侵害として、②実施行為を複数人で行った者は共同直接侵害として法的責任を負うことになる。これに加えて、③他者による直接侵害を誘発する危険性の高い行為のうち、行為者に当該行為を中止する義務を課することが相当と認められるものは、「間接侵害」として禁止権の対象とされることがある。日本の特許法は、このような意味での間接侵害規定を置いており、それは主として、特許法（以下特に明示のない限り条番号は特許法を指す。）102条1号、4号の定める専用品型間接侵害と、102条2号、5号の定める非専用品型の間接侵害から構成されている。日本では、間接侵害は、直接侵害を誘発する危険性の高い物品に着目する「物品型」の規定のみが設けられており、アメリカ特許法 271 条 (b) のような直接侵害を誘発する危険性の高い行為一般に着目した「行為型」規定は設けられていない¹。その上で「物品型」の間接侵害規定を、物の発明と方法の発明についてそれぞれ別個に規定を設けたうえで、さらに、それを専用品型と非専用品型とに分けているのである。

本研究は、このような日本の間接侵害規定の条文構造を分析し、①日本法が「物品型」のみを間接侵害の対象としていることの利害得失、②「物品型」を更に専用品型と非専用品型とに区分したことの利害得失、及び両者の役割分担の在り方、③「物の発明」と「方法の発明」とで間接侵害を規定し分けたことの意義について検討することとする。この検討にあつては、間接侵害の規制は直接侵害の規制をより実効的なものにするを目的とするものである一方で、行為者には一般的行為の自由があることに鑑み、直接侵害につながらない行為をも禁ずることがあつてはならないという観点から考察を加えることとする。そして、この検討を通じて、日本法の更なる運用の改善に向けた解釈論の在り方を提言するとともに、中国及び日本における立法論も視野に入れて、間接侵害規定の立法の在り方についての基本的考え方を示すことが、本研究の目的である。

そこで、以下では、まず、2. において間接侵害の規定がどのような理念に基づいて立法され、それについてどのような解釈論が展開されているかを整理し、我が国の間接侵害規定の特徴と問題点について分析する。次に、3. において間接侵害規定に関する日本の裁判例を網羅的に調査し、実務上、間接侵害規定がどのような問題を抱えているのかについて明らかにする。最後に、4. において、日本の間接侵害規定について評価分析を行い解釈論の在り方を示すとともに、今後の立法の在り方について提言を行う。

¹ アメリカ特許法 271 条 (b) は、「Whoever actively induces infringement of a patent shall be liable as an infringer 特許の侵害を積極的に誘発する者は、侵害者としての責めを負うものとする。」と規定している。アメリカ特許法は「物品型」の間接侵害規定も有しており、いわゆる寄与侵害について定める 271 条 (c) がそれにあたる。

2. 間接侵害規定の趣旨と解釈

(1) 専用品型間接侵害

(i) 立法趣旨²

専用品型の間接侵害は、現行特許法の制定時（1959年）から存在する規定である。現行法制定時に於ける、間接侵害規定の検討は、最初はアメリカ法の規定を参考に、特許権の侵害を教唆した者を対象とする「行為型」の規定と、「物品型」の規定との2つを導入するという案からスタートしたようである³。しかし、検討の早期の段階で、「行為型」の間接侵害の導入はあきらめられ、「物品型」の規定に絞って検討が続けられることとなった⁴。

その後「物品型」の要件の設定について議論が続けられ、アメリカ法及び西ドイツ法の規定を参考に、昭和31年12月24日の工業所有権審議会答申案の段階では、

「特許発明に係る物の組成部分若しくはその物を製作するために使用される材料、機械、装置は特許発明に係る方法を実施するために使用される材料、機械若しくは装置をその特許権を侵害する目的を以て、又は主としてその特許権の侵害に用いられることを知りながら製作、販売、拡布又は輸入した者は、その特許権を侵害したものとみなす。」

という提案がなされている⁵。この段階では、「物品型」の間接侵害規定は、行為の対象物が備えるべき客観的要件と、行為者の主観的要件とで構成されていた。

ところが、その後の特許庁内での検討において主観的要件は削除され、現在の「にのみ」を客観的要件として設ける条文に変更されることとなったのである⁶。この理由について詳細は不明であるが、主観的要件を設けることには不都合⁷があるのでこれを削除したいが、一方で、主観要件なしに中性品（非侵害用途もあるもの）に対する権利行使を正当化することはできないので、侵害用途のみを有するものを対象とするということのようである⁸。

以上によると、専用品型の間接侵害規定は、その名のとおりに、特許権侵害用途しかない物に対する権利行使を認めるものであり、主観的要件を課さずに間接侵害を認めるには、このような限られた物品についてのみを対象とする必要があると考えられていたことになる。

(ii) 学説（「にのみ要件」の解釈）

以上のような立法経緯を受け、学説においては、101条1号ないし4号にいうその物の生産ないしその方法の使用「にのみ用いる物」との「にのみ要件」の解釈について、特許発明に係る物の生産又は方法の使用以外の用途をもたない物を指すと解する理解が一般的である。細かい意見の相違としては、他の

² 立法経緯については、橘雄介「間接侵害の理論（1）」知的財産法政策学研究51号（2018）119頁以下が詳しく、本稿の記述は同論文に依拠した。このほか、特許庁総務部総務課制度改正審議室編『平成14年改正 産業財産法の解説』（発明推進協会、2002）21-22頁（以下、「平成14年改正解説」という）も参照。

³ 橘・前掲注2）120-121頁。

⁴ 橘・前掲注2）122頁、153-154頁。

⁵ 橘・前掲注2）126頁、前掲注2）「平成14年改正解説」22頁。

⁶ 橘・前掲注2）127-129頁、140-147頁。なお、物の発明と方法の発明とで条文が分離された理由は不明であるが、直接侵害たる発明の「実施」の定義規定において、発明のカテゴリーごとに実施行為が法定されたことに対応してのものであろうか。

⁷ 具体的には、立証の困難性や侵害調査義務を課すことの不当性などが挙げられる。

⁸ 橘・前掲注2）129-140頁、151-153頁前掲注2）「平成14年改正解説」22頁。

用途に使用されることが全然ないことを意味するとする「厳格説（おおよそその物説）」、他の用途が経済的、商業的ないしは実用的な使用となる可能性がないことを意味するとする「経済的・商業的・実用的な使用可能性説」、のみ要件を否定するには他の用途が商業的、経済的にも実用性のある用途として社会通念上通用し承認されうるものであり、かつ原則としてその用途が現に通用し承認されたものとして実用化されている必要があるとする経済的・商業的・実用的な使用事実説」の対立があると説明されることもある⁹。しかし、厳格説は支持されておらず、後二説の差異も微妙であることから、現在の学説は、のみ要件を満たす物とは、特許発明の実施以外に経済的、商業的または実用的な他の用途のない物をいうとの理解でおおむね一致しているといつてよい¹⁰。3(2)で分析するとおり、裁判例も多くがこの考え方を取る。

上記の考え方は、他の用途が実質的に存在しないことを求めるものであることから「他用途不存在基準」と表現できる。これに対して、製パン器事件（大阪地判平成12年10月24日）や食品の包み込み成形方法事件（知財高判平成23年6月23日）の裁判例等が採る「侵害用途に供される高度の蓋然性基準」とでもいうべき考え方がある¹¹。これは、主に方法の発明を念頭に、特許方法を全く使用しないという使用形態が、その物の経済的、商業的または実用的な使用形態とは認められない限り、のみ要件を充足するという考え方である¹²。これは他の用途が存在する場合であっても、侵害用途使用される高度の蓋然性があるのであれば、のみ要件を認めようというものである。この考え方は中性品（非侵害用途もあるもの）を間接侵害の対象に含めようというものであり「にのみ」という文言を超え、また中性品に拡大した場合に、専用品型間接侵害規定は、非専用品型の規定とは異なり、中性品についての間接侵害成立を適切な範囲に限定する要件を明示的には持たないことなどから、学説では批判が強い¹³。

以上によれば、学説は、専用品型の間接侵害規定は、直接侵害につながる用途以外の用途がない物に限って適用されるというものだと理解で一致しており、他の用途も有する中性品については、一定の場合に非専用品型の間接侵害とする必要性は否定しないものの、専用品型規定を適用することには、その役割を逸脱するものとして総じて否定的といえよう。

（2）非専用品型の間接侵害

（i）立法趣旨

専用品型間接侵害は、のみ要件を課すことにより、主観的要件を課すことなく客観的要件のみで間接

⁹ 松尾和子「間接侵害（1）-間接侵害物件」牧野利秋編『裁判実務大系（第9巻工業所有権訴訟法）』（青林書院、1985）258頁以下、松村信夫「平成14年特許法改正後の専用品型間接侵害」『特許』67巻11号（別冊12号）（2014）6頁。

¹⁰ 窪田英一郎「間接侵害について」牧野利秋・飯村敏明編『知的財産法の理論と実務第1巻 特許法〔I〕』（198）198頁（新日本法規、2007）201頁、中山信弘・小泉直樹編『新・注解特許法〔第2版〕【中巻】』（青林書院、2017）1724頁〔渡辺光〕。

¹¹ 橘雄介「被告製品を改造することが不可能ではなく、かつ、その方が実用的であることを理由に「にのみ」要件を肯定し、特許法101条4号の間接侵害を認めた事例」知的財産法政策学研究47号（2015）345頁。同論文は「特許発明を実施する高度の蓋然性基準」と呼ぶ。

¹² 朱子音「ゲーム用ソフトウェアについて遊戯装置にしか装填できないことを理由に「にのみ」型間接侵害を認めた事例-PS2 ゲーム機用ソフトウェア事件-」知的財産法政策学研究54号（2019）226頁において「いつかは使う基準」と呼ばれている。

¹³ 窪田・前掲注）202頁、三村量一「判例の動き」高林龍ほか編『年報知的財産法2011』（2011）31頁、渡辺光「特許法101条4号「専用品型間接侵害」の適用範囲と「のみ」要件の解釈」知財管理62巻2号（2012）218頁、前田健「判批」判例評論644号（判例時報2157号）（2012）46頁、橘・前掲注11）327頁。これに肯定的な態度を示すものとして、小栗久典「のみ要件」別冊ジュリスト244号（特許判例百選〔第5版〕）（2019）25頁。

侵害を適切な範囲に限定することに成功していた。すなわち、侵害用途以外の用途が実質的にない物であれば、直接侵害を誘発する危険性が高い物に限定されるうえに、侵害用途につながらない行為を規制するおそれもないので、侵害者の主観的認識を問うことなく、侵害責任を負わせることが正当化できるのである。しかし、きわめて明確な要件によって、侵害の成立範囲が過剰にならないことを確実に保証する代償として、侵害の成立範囲が過少となるという問題を抱えていた¹⁴。特に、ソフトウェア関連発明においては、ソフトウェアの部品に相当するソフトウェアモジュールが他のソフトウェアの開発にも使える他用途を有するものであるため、これを間接侵害の対象とできないことが問題視されていたのである¹⁵。

このため、侵害につながる蓋然性の高い行為を適切に規制対象とできるよう、のみ要件を外して侵害用途以外の他の用途を有する物までに侵害の成立範囲を拡大し、その代わりに新たな要件を追加することで、侵害の成立範囲が過剰に広がることを防ぐという構造を採用した。このときには、「物品型」の間接侵害を1つの条文に統合する動きもあったようであるが、従前の規定には判例・運用の蓄積があり、連続性について考慮する必要があることなどの理由から、従来の規定を残したまま新たな規定を追加する形とされた¹⁶。

のみ要件の代わりに、間接侵害の成立範囲を適切な範囲に調整するのは、「発明による課題の解決に不可欠なもの」との不可欠要件、「日本国内において広く一般に流通しているものを除く」との非汎用品要件、そして、主観的要件である。それぞれについて、その起草趣旨は以下のように説明されている。

まず不可欠要件は、間接侵害の対象物を発明という観点からみて重要な部品等に限定することで、侵害成立の範囲が過度に拡張することを防ぐ役割を担っている¹⁷。発明と関連性の乏しい部品等を排除するための要件であり、対象を厳格に限定する意図を持つものではないとされている¹⁸。これは、発明の実施という直接侵害行為を惹起する危険性が類型的に高い物品を侵害の対象として選び出し、違法性を基礎づけるための要件であると整理できるように思われる¹⁹。起草者の説明によれば、発明の構成要件に含まれていなくても、物の生産や方法の使用に用いられる道具、原料なども含まれ得るが、その発明が解決しようとする課題とは無関係に従来から必要とされていたものは、「発明による課題の解決に不可欠なもの」にはあたらない²⁰。それを用いることにより初めて「発明の解決しようとする課題」が解決されるような部品、道具、原料等が「発明による課題の解決に不可欠なもの」に該当する²¹。

次に、「日本国内において広く一般に流通しているものを除く」との非汎用品要件は、起草趣旨からす

¹⁴ 前掲注2)「平成14年改正解説」23頁は、交換レンズ事件（東京地判昭和56年2月25日・昭和50年（ワ）9647号）を引用して、のみ要件が厳格に解釈されると間接侵害が認められにくいと指摘する。

¹⁵ 前掲注2)「平成14年改正解説」24頁、産業構造審議会知的財産政策部会報告書「ネットワーク化に対応した特許法・商標法等の在り方について」（2001）32頁参照。

¹⁶ 前掲注2)「平成14年改正解説」26頁。

¹⁷ 前掲注2)「平成14年改正解説」27頁、「座談会・特許法・商標法等の改正を語る」L&T16号（2002）16頁〔廣實郁郎〕。

¹⁸ 前掲注17)「座談会」16頁〔廣實〕

¹⁹ 横山久芳「間接侵害」法学教室343号（2009）162頁も同旨。これに対し、高林龍「特許権の保護すべき本質的部分」高林龍編『知的財産法制の再構築』（2008）54頁は、対象物を発明の観点から見た重要な部品等に限定するのが「不可欠」要件であるとする説を「本質的部分説」と称し、直接侵害惹起の蓋然性という観点からではなく、発明の本質的部分の保護というドグマの表れとこの要件を捉えているようである。

²⁰ 前掲注2)「平成14年改正解説」27頁。

²¹ 前掲注2)「平成14年改正解説」27頁。

るとむしろ非普及品要件と呼ぶべきかもしれない²²。これは、日本国内で広く普及している物を差止めの対象とすると、取引の安定性の観点から好ましくないため設けられたものである²³。つまり、直接侵害を誘発する危険性を有する物品であっても、普及品の場合には、その生産・譲渡等を回避する義務を課すことは取引の安全の観点から適当ではないという判断であると考えられる。起草者の説明によれば、「日本国内において広く一般に流通しているもの」には、例えば、ねじ、釘、電球、トランジスタ等、日本国内において広く普及している一般的な製品が該当し、特注品ではなく、市場において一般に入手可能な状態にある規格品、普及品であるということを意味する²⁴。

最後に、主観的要件は、間接侵害の成立に、特許権存在の認識と、対象物が他者により特許発明の実施に用いられることの認識とを要求するものである。このような要件を課すことで、特許権の存在と自ら生産譲渡等する物品の流通先での用途について、注意義務を負わないことを明らかにしている²⁵。これは、客観的には直接侵害を誘発する行為を行っており違法性が認められるとしても、善意の場合には責任を負わせることは相当ではないということである。専用品の場合は、用途が一つしかないために注意義務を課すことが正当化でき²⁶、過失が存在するとみなすことができるため、主観要件が課されていないかった。しかし、非専用品の場合は事情が異なるということである。

(ii) 学説

以上が起草者の説明であるが、間接侵害の各要件については、実に様々な学説が展開されており、まさに百花繚乱の状態である。しかし、以下の分析によると、その問題意識はおおむね共通しており、非専用品型の間接侵害規定を文言どおり解釈すると間接侵害の成立範囲が広がりすぎるので、各要件を適切に解釈してそれを防ぐ必要がある点、その際の考慮要素や基準を明示する必要がある点では一致しているといえる。語弊をおそれずにいえば、各学説の違いは、同じ理論的考察を、条文上どの要件の解釈において展開するのかという違いだといえよう。

①不可欠要件の解釈

「その発明の課題の解決に不可欠なもの」とのいわゆる不可欠要件をめぐるのは、従来から、本質的部分説と差止適格性説の対立があるといわれてきた²⁷。本質的部分説は、不可欠要件を、間接侵害が成立する対象物を「発明」という観点から見て重要な部品等に限定するために設けられた要件であり、均等論にいうところの特許発明の構成要件中の本質的部分を実現するために不可欠なことを意味すると理解する見解である²⁸。本質的部分説は、後述のとおり、このような理論的説明を基礎として、公知技術に対

²² 前掲注 17)「座談会」15 頁〔廣實〕は、アメリカ法では非侵害の用途があるか否かに着目し、ドイツ法では一般に取引において入手可能か否かがポイントになっており、日本法はヨーロッパ型に近いと指摘したうえで、汎用品という概念は機能の用途に着目した概念なので正確にいうと普及品と呼んだほうが良いと指摘する。

²³ 前掲注 2)「平成 14 年改正解説」28 頁。

²⁴ 前掲注 2)「平成 14 年改正解説」28 頁。

²⁵ 前掲注 2)「平成 14 年改正解説」29-31 頁。それらの事実を知らなかった場合には、たとえ過失による場合であっても主観的要件は充足しない。

²⁶ 前掲注 2)「平成 14 年改正解説」30 頁。

²⁷ 両説を重疊的に間接侵害成立範囲を制限する要素として捉え、不可欠要件の解釈を通じてこれを実現しようとする吉田広志「多機能型間接侵害についての問題提起—最近の裁判例を題材に」知的財産法政策学研究 8 号 147 頁 (2005) もある。

²⁸ 高林・前掲注 19) 53-54 頁、高林龍「発明の技術思想に着目した統一的な侵害判断基準の模索」日本工業所有権法学会年報 32 号 (2008) 94 頁、三村量一「発明の本質的部分」日本工業所有権法学会年報 32 号 (2008) 126 頁。

する権利行使を否定することにその主眼がある。これに対し、差止適格性説（田村説）は、本質的部分説に対してその前提とする理論的枠組みの観点から批判し、非専用品型の間接侵害を次のように捉える²⁹。すなわち、この制度は、差止適格性のある対象を拡張するものであって、特許発明の実施以外の用途がある場合でも、直接実施を誘発する可能性がある反面、その行為を禁止しても行為者の自由を過度に制約することにはならない場合にも間接侵害を拡張するものと理解する³⁰。田村説は、このような理解に基づき非汎用品要件を厳格に解釈するのであるが、その反面として不可欠要件については緩やかに捉えている。すなわち、課題解決に不可欠なものとは、それを欠くことにより特許発明の直接実施ができなくなるものを指すと捉えている³¹。以上を要するに、従来は、不可欠要件を何にとりて不可欠なのかということについて、発明の本質的部分の実現に不可欠ことを意味するという見解と、特許発明の直接実施に不可欠ことを意味するという見解とがあったということである。

これに対しては、本質的部分説では狭きに失し、田村説では広きに失するということで、文字どおり、発明による課題解決手段の実行に不可欠なものを指すと解する見解が近年は有力である³²。これらの見解には細かい点では違いがあるが、条文を文字どおり理解すべきとする点では一致している。この近年の有力説と田村説との違いは、例えば特殊なインクを用いた「消しゴムで消せるボールペン」という発明の場合、田村説ではボールペンの軸やキャップも不可欠要件を満たすことになるが、有力説では、これらは不可欠要件を満たさず、その特殊なインクの顔料などがこれを満たすと考えることになる³³。他方、本質的部分説との違いは、公知技術の扱いである。本質的部分説は、特許発明の出願前から存在していたものは、それ自体として「発明の本質的部分」を構成することはあり得ないとして、それ自体として間接侵害を構成する物品となることはないとする³⁴。有力説はこれに対して、公知技術であっても課題解決の実行に不可欠である限りは不可欠要件を満たすとしたうえで、公知技術に権利行使を許容することによる不都合は、その他の要件で処理すればよいと考えるのである³⁵。有力説は、公知技術に対する配慮の必要性は認めつつも、不可欠要件で処理することは文言解釈の域を超え、第三者の予測可能性を害するものと捉えていると思われる。

本質的部分説は縷々論じるものの、結局は、公知技術に対する権利行使を否定する点に特色があるとの整理が可能である。したがって、学説としては、不可欠要件を、① 特許発明の直接実施に不可欠と解する説（田村説）、② 特許発明の課題解決に不可欠と解する説（近時の有力説）、③ ②に加えて従来か

²⁹ 田村善之「多機能型間接侵害制度による本質的部分の保護の適否ー均等論との整合性ー」知的財産法政策学研究 15 号 167 頁（2007）。

³⁰ 田村・前掲注 29)198-199 頁。

³¹ 田村・前掲注 29)209 頁。

³² 愛知靖之「特許法 101 条 2 号・5 号の要件論の再検討」パテント 67 巻 11 号 45 頁（2014）、平嶋竜太「非専用品型間接侵害における法的構造の再考」パテント 67 巻 11 号 59 頁（2014）、重富貴光「多機能型間接侵害規定における「課題の解決に不可欠なもの」について」パテント 67 巻 11 号（2014）、服部誠「非専用品型間接侵害についての考察」特許研究 67 号 23 頁（2019）。

³³ 愛知・前掲注 32)55 頁。

³⁴ 三村・前掲注 28)127 頁、高林・前掲注 19) 56-58 頁、高林・前掲注 28)95-96 頁。ただし、例えば、用途発明において、発明用途に用いるための X という形であれば、本質的部分となることもある旨を述べている。これは、直接侵害を誘発する態様において譲渡等をする場合においてのみ、間接侵害が成立することをいうものと評価できる（橘雄介「特許権の間接侵害の理論(2)」知的財産法政策学研究 52 号（2018）172 頁、橘雄介「特許発明の部材である医薬単剤を製造販売することの間接侵害性が争われた事例」知的財産法政策学研究 46 号（2015）339-343 頁参照）。愛知・前掲注 32)51 頁は、これを、本質的部分説は条文には直接現れていない要件を付加するものと批判する。重富・前掲注 32)91 頁、服部・前掲注 32)26 頁も同旨。

³⁵ 愛知・前掲注 32)54 頁は差止要件を課すことでこれを達成すべきとし、平嶋・前掲注 32)63 頁は主観的要件を活用する可能性を示唆する。

らほかの用途に用いられてきた物それ自体に対する権利行使ではないことを要求する説（いわゆる本質的部分説）の3つがあると整理できるだろう。

②非汎用品要件の解釈

「日本国内において広く一般に流通しているものを除く」との要件（非汎用品要件）については、大きく市場における流通の程度に着目して普及品を除くと解する見解と、対象物の用途に着目して多用途品（汎用品）を除くと解する見解とに分けることができる。

上述のとおり、立法者の見解では、文字どおり、市場に広く一般に流通している普及品を除く要件として本要件を理解する³⁶。このような整理を支持する学説もあり³⁷、本要件を、需要者が一般に入手可能なものについて法的責任を課すことは取引の安定性を害するとの趣旨と理解するものと思われる。しかし、この説でも、従来から大量に流通している商品に専用品の機能を付加したような場合には、非汎用品要件を満たさないとする³⁸。このような場合は、あえて侵害機能を付加しているのであり、法的責任を負わせてもやむを得ないと考えられるからであろう。

これに対し、本要件を対象物の用途に着目して、広範な用途に向けられた汎用品は、本要件を満たさないと解する説が有力である³⁹。また、普及品かどうかと多用途品かどうかの双方に着目する立場もある⁴⁰。これらの説は、用途が汎用的である場合には他用途に供する自由を尊重すべきであって、侵害回避義務を課すことは相当ではないと論じているのである。

田村説（差止適格性説）もこの一類型に位置づけられる。田村説は、本要件を間接侵害拡大の歯止めとして中心的に作用することを企図しており、この要件を「広く一般の用に供され（う）るもの」と読み替えて、物品の構造に関する要件であると読むべきであるとし、特許発明の実施用の機能を他用途から分離除去・停止することが容易な場合に限り、非汎用品要件を満たすとする⁴¹。

③主観的要件の解釈

次に主観的要件については、「その発明が特許発明であること」及び「その物がその発明の実施に用いられること」の2点についての故意が求められる。前者の意味内容は明白であり、問題となっている特許権の存在を知っている必要があるということである。

後者については解釈の余地があり見解が分かれている。考え方としては、（a）その物品が、一般的に、特許発明の実施に利用される可能性があることの認識が必要であるとする説（一般的利用可能性説）⁴²、（b）その物品を入手する者の大部分がその物品を特許権侵害に利用していることの認識が求められるとする説（高度の蓋然性説）⁴³、（c）その物品を入手した特定の者が、その物品を特許権侵害に用いて

³⁶ 潮海久雄「間接侵害」大淵哲也ほか編『【専門訴訟講座⑥】特許訴訟〔上巻〕』（民事法研究会、2012）299頁参照。

³⁷ 三村量一「非専用品型間接侵害（特許法101条2号・5号）の問題点」知的財産法政策学研究19号（2008）100頁。

³⁸ 三村・前掲注37）101頁。

³⁹ 横山・前掲注19）164頁、愛知・前掲注32）50、54頁。

⁴⁰ 平嶋・前掲注32）69頁。

⁴¹ 田村・前掲注29）212-213頁

⁴² この説は、理念形として学説において議論されるが、実際に支持する学説はないと思われる。

⁴³ 西理香「非専用品型間接侵害（特許法101条2号・5号）における差止めの範囲と主観的要件」L & T 63号（2014）14頁は、Winny事件最高裁決定（最決平成23年12月19日刑集65巻9号1380頁を参照しつつ、こう論じる。服部誠「非専用品型間接侵害についての考察」特許研究67号（2019）28-29頁は西の立場に賛同する。

いるとの認識が求められるとする説（特定説）とがある⁴⁴。高度の蓋然性説と特定説の違いは、間接侵害の成立が限定されすぎるのは特許権者の救済に欠けると考えるか、間接侵害の範囲が不当に拡張することを防ぐべきと考えるかにある。換言すると、行為者に侵害回避義務を課すのにどこまで具体的な認識を要求するかについての考えの違いといえよう。本来は、主観的要件が適切に歯止めとして機能するように解釈すべきことが想定されていたとの指摘もあり⁴⁵、そうだとすると、特定説の方に分があるが、高度の蓋然性まで認識していた行為者を救う必要性がどこまであるかは慎重に検討が必要であるように思われる。

また、主観的要件については、その判断基準時は行為時とされているため⁴⁶、裁判において侵害の停止・予防を請求する場合には口頭弁論終結時が基準時となる。主観的要件は、訴訟の進行に従って通常は口頭弁論終結時までには充足すると考えられるから、差止請求権の歯止めとしては作用しないことが指摘されている⁴⁷。したがって、主観的要件はあくまで過去の行為についての損害賠償責任を免れる限度で意味がある⁴⁸。

④差止要件の解釈

日本の特許法においては、ある行為が特許権侵害であると認定されれば、その行為の停止の請求は、必ず認められると考えるのが原則である（100条1項）。しかし、近年では学説上は、特許権侵害一般において、一定の場合に差止請求権の制限が認められるという議論も盛んである⁴⁹。裁判例においても、近年は侵害が認められても、一定の場合に差止めを認めない判断を示すものもある⁵⁰。

このような状況を背景に学説においては、間接侵害の成立範囲を、差止請求権の制限という形で調整しようという見解も有力である。例えば、三村は、侵害以外の用途に使用する者の利益を守る観点から、その物が専ら侵害用途に供されているに限って差止めが認められるべき旨を論じている⁵¹。愛知は、差止要件を通じて、特許権の実効性の確保と過剰差止めによる相手方の行為自由に対する過度の制約を防止との調和を図るべきと論じる⁵²。それによれば、(α)被疑侵害品から侵害用途の除去が容易である場合、

⁴⁴ 三村・前掲注37) 104頁、平嶋・前掲注32) 71-72頁、中島甚至「充足論 - 間接侵害の場合」高部眞規子編『特許訴訟の実務〔第2版〕』（2017）125頁。愛知・前掲注32) 52頁。

⁴⁵ 潮海・前掲注36) 297頁、平嶋・前掲注32) 70頁。

⁴⁶ 田村・前掲注29) 210頁、平嶋・前掲注32) 73頁参照。

⁴⁷ 田村・前掲注29) 211、横山・前掲注19) 165頁。

⁴⁸ これに対し、潮海・前掲注36) 297頁は、判断基準時の「行為時」の意味を、その行為の開始時と捉え、継続して侵害行為を行っている場合には、開始時に主観的要件を充足していなければ、その後に主観的要件を具備しても差止めすることはできないと捉えているようである。

⁴⁹ 主に標準必須特許の権利行使をめぐるものであるが、例えば、平嶋竜太「標準技術に必須な特許権の行使における差止請求権の制限可能性 - 理論的帰結と実務的課題への対応可能性」知財研フォーラム90号27頁(2012)、田村善之「特許権侵害訴訟における差止請求権の制限に関する一考察」川濱昇・泉水文雄・土佐和生・泉克幸・池田千鶴編『根岸哲先生古希祝賀 競争法の理論と課題 - 独占禁止法・的財産法の最前線』（2013）699頁、木村耕太郎「裁定実施権による差止請求権の制限」ジュリスト148号36頁(2013)、竹田稔「差止請求権の制限」ジュリスト1458号41頁(2013)、根本尚徳「特許侵害に基づく差止請求権の立法による制限の可否 - 民法学の立場から」ジュリスト1458号48頁(2013)。

⁵⁰ FRAND宣言された標準必須特許の差止請求権の行使を権利濫用と認めた事例として、知財高決平成26年5月16日判時2224号146頁【アップル対サムスン】がある。また、数値限定発明において、被疑侵害品中に構成要件を充足するものとし兼ねるものが含まれる場合において、過剰差止めとなること等を理由に、差止めを認めることはできないと判断した事例として、東京地判平成27年1月22日・平成24年（ワ）15621号【Cu-Ni-Si系合金】がある。

⁵¹ 三村・前掲注37) 105-107頁。

⁵² 愛知・前掲注32) 55頁。

あるいは、(β)積極的に侵害を誘引している場合に差止めが認められる⁵³。

これらの学説は、損害賠償請求権と差止請求権とでは責任を負うべき範囲が異なるという理解を前提に、過剰な差止めを避け、適法な用途に対して過剰な制限がかかることを避ける趣旨のものといえる。

(3)「行為型」間接侵害（特許権侵害の教唆・幫助）の取扱い

既に述べたとおり、日本法において間接侵害は物品に着目する「物品型」の規定のみが置かれており、特許権侵害を教唆・幫助する者一般について間接侵害を認める、「行為型」の規定は存在しない。したがって、侵害の教唆者・幫助者に対する差止請求は、原則として認められないと解されている⁵⁴。

一方、民法 709 条、719 条により、教唆者・幫助者に不法行為の成立は認められると考えられる。著作権の事例であるが、最判平成 13 年 3 月 2 日民集 55 巻 2 号 185 頁〔ビデオメイツ〕は、知的財産権の侵害行為に当たらない教唆ないし幫助行為をした場合でも、不法行為責任を負う可能性を認めている。特許権侵害においても、間接侵害にはあたらない教唆・幫助行為について不法行為の成立を認めた裁判例がある。大阪高判平成 14 年 8 月 28 日平成 12 年（ネ）第 3014/15 号〔ステッピングモータの駆動方法〕では、方法の発明の使用に用いる物を販売した場合に、その製品を使用する顧客に直接侵害が成立することを認識しつつ製品を販売した場合には、顧客の直接侵害という不法行為の幫助が成立し、共同不法行為責任を負うとした⁵⁵。また、大阪地判平成 14 年 4 月 25 日・平成 11 年（ワ）第 5104 号〔実装基板検査位置生成装置〕では、イ号物件とロ号物件を組み合わせると直接侵害が成立し、「のみ要件」を満たすロ号物件と密接な相互依存関係にあるイ号物件について、他の用途も一部あるとしても、イ号物件の製造販売を直接侵害の幫助に当たるとして不法行為の成立を認めた事例がある。ただし、これらの事例はいずれも「物品型」の間接侵害の拡張ともいえる事例で、本稿のいう「行為型」の事例でどこまで間接侵害が認められるかは不透明である。また、非専用品型の間接侵害の立法以前の裁判例であり、その点でも現在でも通用する判断なのか慎重な検討が必要である。

このように、特許権の直接侵害の教唆・幫助について、不法行為成立の余地は十分にある。ただし、特許法は、侵害となるべき行為を完結的に明定していると理解するのであれば、直接・間接侵害に該当する行為以外の行為は原則として自由が保障されていると見ることもできる。著作権法による保護が否定された場合に、著作権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述べた最判平成 23 年 12 月 8 日民集 65 巻 9 号 3275 頁〔北朝鮮映画〕の趣旨に照らすと、不法行為の成立が認められる範囲は限定的かもしれないことには十分留意する必要がある。

⁵³ 愛知・前掲注 32)56-57 頁によれば、複数用途を持つ多機能型間接侵害品から適法用途を分離し侵害用途のみを除去・停止することが容易である場合には、差止めを認めるべきということが原則となるとし、そうでない場合でも、例えば用途発明において違法用途をあえてラベルした場合などには差止めが認められるとする。後者は、積極的に侵害を誘引する態様については制限されてもやむを得ないという趣旨であると思われる。

⁵⁴ 知財高判平成 27 年 10 月 8 日平成 27 年（ネ）第 10097 号〔洗浄剤〕及び東京地判平成 16 年 8 月 17 日判例時報 1873 号 153 頁〔切削オーバーレイ工法〕は、特許権侵害の教唆・幫助をした者は、特許法 100 条 1 項にいう特許権を侵害する者にはあたらないとする。学説の状況については、前田陽一「特許権侵害の教唆・幫助者に対する差止請求」特許判例百選〔第 5 版〕（別冊ジュリスト 244 号）73 頁が簡潔にまとめるが、差止否定説が多数である。

⁵⁵ 中島・前掲注 44) 135 頁参照。

(4) 我が国の間接侵害規定の特徴

(i) 「物品型」と「行為型」

日本の間接侵害規定は、直接侵害を惹起する蓋然性の高い物品の生産・譲渡等を規制する「物品型」の規定のみを有している。直接侵害の教唆・幫助等の直接侵害を惹起する蓋然性の高い行為を一般的に規制の対象とする「行為型」の間接侵害規定は置かれていない。101条には、専用品型の間接侵害と非専用品型の間接侵害が定められているが、いずれも直接侵害を惹起する蓋然性の高い物品に着目して規定が設けられているので、本稿の分類では「物品型」の一種である。直接侵害を惹起する行為は一般的には、特許権の侵害行為とはならず差止めの対象とはならないが、一般不法行為によって損害賠償責任を負う可能性はある。

(ii) 学説は実質的に何を考慮してきたのか

学説は、特に非専用品型の間接侵害において百家争鳴の状態であり、どのような場合に「物品型」の間接侵害の各要件が充足されることになるのか混迷した状況にある。しかし、筆者の理解では、学説はその背景にある問題意識は共通しており、いかなる場合に間接侵害の成立を認め、いかなる場合に成立を否定すべきかについては、かなりの程度共通の認識に到達している。

すなわち、学説は、「物品型」の間接侵害の範囲を定めるにあたって、①直接侵害惹起の蓋然性が高い物品に限ること（違法性）、②侵害につながらない行為を抑止してしまうなど、行為者に不当に高度な直接侵害の惹起を回避する義務を課さないこと（帰責性）、の2つの観点が重要となるという点では、一致していると評価することができる。さらに直接侵害惹起を回避する義務を課すべきかどうかを判断する際に、①侵害用途以外の利用方法を規制すべきでない、②普及品を規制すべきでない、③公知技術を規制すべきでない、④自らの行為が直接侵害につながっているか調査する義務を課することには慎重であるべきである、⑤直接侵害を積極的に誘引している場合には、それを停止する義務を負わせてもかまわない、といった観点が重要だとの認識もほぼ共通している。

(iii) 各学説は実質的な考慮と各要件をどう結び付けてきたのか

専用品型の間接侵害においては、「のみ要件」により侵害用途以外の用途を有さない物品に限ることで、侵害惹起の蓋然性が高い物品に限定している（①違法性の観点）。さらに、そのような物品を生産・譲渡等するものについては、常に自らの侵害が直接侵害を惹起しうることを予見しそれを回避すべき義務を課しても相当という判断（②責任の観点）からそれ以外の要件は課されていない。学説の多くがのみ要件について他用途が実質的に不存在であることを求め、他用途があっても侵害用途に供される高度の蓋然性があればよいとの基準を批判しているのは、①の観点からは問題ないとしても、②の観点が抜け落ちてしまう（少なくとも明示的にそれを考慮する要件が存在しない）という事情があるからである⁵⁶。もちろん、そう解してしまうと、専用品型の間接侵害のみでは規制すべき範囲をすべてカバーはできないが、それは非専用品型間接侵害の役割であると整理される。

非専用品型においても、学説は、侵害成立の範囲を侵害惹起の蓋然性が高い物品に限定すべきという

⁵⁶ 前掲注13)に引用する諸論文を参照。

観点を共通して有しており、不可欠要件の基本的な機能はそこにあると理解しているといえる⁵⁷。さらに、物品が他の用途も有することから、行為者に不当に高度な侵害回避義務を課さないような様々な観点が指摘されている。まず、他の用途を多く有する物品の利用を規制することは相当ではないという観点から、「広く一般に流通」要件により他用途を有する汎用品を除くという見解が主張されており⁵⁸、同様に差止要件により、その物が専ら侵害用途に供されているに限って差止めが認められるべきとの説が主張されている⁵⁹。主観的要件の充足に、対象物品を入手した特定の者が、その物品を特許権侵害に用いているとの認識が求められるとする説も同様の問題意識に基づくものといえよう⁶⁰。

他方、立法担当者らの見解では、市場で普及している普及品の生産・譲渡に対して、直接侵害を回避する義務を課すのは相当ではないということで、「広く一般に流通しているもの」は除くとの要件が課されている。ただし、他の多くの学説では、流通の程度そのものが責任の有無とは結びつかないと考えているようである。

また、学説は自らの行為が直接侵害を惹起しているのかの調査義務を課することに慎重であり、主観的要件を厳格に解すべきとする学説はそのような考慮に基づくものといえるだろう。

公知技術の利用に対して間接侵害を成立させることは、学説は一致して批判的である。本質的部分説といわれる学説は、不可欠要件を活用して公知の物品に対する権利行使を制限すべきとし⁶¹、差止請求権の制限によりこれを達成すべきとする学説もある⁶²。ただし、これらの学説でも、侵害を積極的に誘引する態様のときには、すなわち公知の物品を侵害用途に用いるように積極的に表示して譲渡する行為には、間接侵害を成立させてもよいと論じている。

このように、学説では直接侵害を積極的に誘引する態様の行為に対しては、間接侵害を成立させることに積極的である。非汎用要件において専用機能をあえて付加した物品は除外する説⁶³、侵害部分の除去が容易なとき（専用機能をあえて付加している場合といえよう）に限って間接侵害を成立させるべきとする説（非汎用品要件の問題として論じる説⁶⁴と差止要件の問題として論じる説⁶⁵とがある）など、すべてそのような考慮に基づくものといえるだろう。

最後に、学説では、侵害惹起用途と適法用途が混在している場合、差止めの対象にはせず割合的に損害賠償請求のみを認めるという、救済にグラデーションを付ける解決策も提案されている⁶⁶。特許権者にエンタイトルメントを与えるが、責任ルールにする部分と、財産権ルールにする部分を分けて適切な規制を行うべきという観点が提示されているといえる。

（iv）我が国の間接侵害規定を巡る議論の迷走

我が国は、「物品型」の間接侵害のみを規制の対象とし、専用品型の間接侵害と非専用品型の間接侵害規定の2つを有しており、その適切な棲み分けにより、必要十分な範囲をカバーすることが期待されて

⁵⁷ 直接実施に不可欠と捉える田村説でもそのような観点は読み取れるし、課題解決に不可欠なことを求める他の学説では、より強固に直接侵害との強い結びつきを求めているといえるだろう。

⁵⁸ 前掲注 39) 及び 41) 参照。

⁵⁹ 前掲注 51) 参照。

⁶⁰ 前掲注 44) 参照。

⁶¹ 前掲注 34) 参照。

⁶² 前掲注 35)、53) 参照。

⁶³ 前掲注 38) 参照。

⁶⁴ 前掲注 41) 参照。

⁶⁵ 前掲注 53) 参照。

⁶⁶ 愛知・前掲注 32)、三村・前掲注 37) はそのような学説と整理できよう。

いる。

専用品型間接侵害においては、通説のとおりにのみ要件を厳格に解釈すれば、侵害を惹起する蓋然性が高く、侵害回避義務を課すことも不当ではない範囲に間接侵害を成立させられる。しかし、厳格に運用すると、本来であれば侵害としても差し支えない行為の多くが、侵害の対象から落ちてしまうことになり、非専用品型の間接侵害規定に期待がかかることになる。

しかし、非専用品型間接侵害においては、侵害を惹起する蓋然性が高く、侵害回避義務を課すことも不当ではない範囲を過不足なく規制の対象としようということについて合意はあるものの、そのような要請と条文の文言がうまく対応していない。そのため、解釈論は混乱した状況に陥っているのである。

3. 間接侵害についての裁判例の展開

(1) 全体的な傾向

以上のとおり、学説では、実質的にいかなる範囲に間接侵害を成立させるべきかについては共通認識があるものの、具体的な解釈論に落とし込む段になっては、議論は錯綜している。このような状況下において、裁判例が実際に間接侵害規定をどのように解釈適用してきたかについて、客観的な認識を得ることが本節の目的である。

本研究では、非専用品型間接侵害規定を導入した特許法改正が施行された2003(平成15)年1月1日以降2019年11月21日検索時点までの、間接侵害についての高裁判例及び地裁判例を調査の対象とした。調査対象としたのは高裁判決76件⁶⁷、及び地裁判決161件⁶⁸である。これらは、そのほとんどが、特許権侵害に基づいて差止又は損害賠償を求める訴訟である(中には、職務発明に関する訴訟も数件ある)。これらの判決のうち、101条の要件について実際に判断があったのは、高裁判決において15件(19.7%)、地裁判決において32件(19.8%)にすぎない。間接侵害訴訟の請求認容率は2008～2012年に20%前後で推移しているとの先行研究があるが⁶⁹、間接侵害訴訟で特許権者が敗訴する理由は、主にクレームの構成要件をそもそも充足しないか特許が無効となるかであり、101条の要件判断まで進んだ場合には、特許権者の勝訴率は低くない。

本研究が調査した高裁判決15件のうち101条の要件充足を認めたものは12件(80.0%)、地裁判決32件のうち24件(75.0%)であり、7割～8割の判決では、専用品型または非専用品型いずれかの間接侵

⁶⁷ 平成16年1月1日以降の高裁判例については知財高裁WEBサイト

(http://www.ip.courts.go.jp/app/hanrei_jp/search)において、キーワード「間接侵害」「特許権」「侵害訴訟等控訴事件」でヒットしたものを対象とした(72件)。平成15年中の高裁判例については、LEX/DBの「知的財産権判例検索」「侵害訴訟等判例検索」において適用法条を「特許法101条」とし審級を高裁として検索してヒットした4件を調査の対象とした。(いずれも調査日は2019年11月21日)

⁶⁸ 裁判所ウェブサイト「知的財産裁判例集」(http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/search7)において、期間平成15年1月1日以降、キーワード「間接侵害」「特許権」「民事訴訟」で検索してヒットした161件を調査対象とした(調査日は2019年11月21日)。

⁶⁹ 特許第2委員会第4小委員会「間接侵害に関する諸問題の研究」知財管理64巻12号(2014)1797頁によると2008年～2012年でおおよそ20%前後、2013年で40%。

害の要件を充足すると認められている。また、専用品型間接侵害の肯定例は高裁が8件⁷⁰、地裁が11件⁷¹、非専用品型の肯定例は高裁が4件⁷²、地裁が13件⁷³であり、専用品型も非専用品型も高い割合で充足が認められている。

さらに、101条の要件充足が否定された例でどの要件の充足が否定されているかを調べてみると、次のようになる。のみ要件が否定された裁判例は、高裁では明示的なものとしては1件もない⁷⁴。地裁で5件あるが、うち3件では非専用品型の間接侵害が認められている⁷⁵。残り2件のうち、1件では非専用品型の主張がなく、両方とも否定されたのは1件のみである⁷⁶。また、非専用品型の間接侵害がどの要件により否定されているかという点、高裁で否定された3件では、1件は主観的要件⁷⁷、1件は「物の生産」がないとの理由で切り⁷⁸、もう1件は曖昧だが不可欠要件を否定している⁷⁹。地裁での否定例は、不可欠

⁷⁰ 知財高判令和元年9月11日・平成30年（ネ）第10006号〔システム作動方法／遊戯装置〕、知財高判令和元年6月27日・平成31年（ネ）第10009号〔薬剤分包用ロールペーパー〕、知財高判令和元年6月7日・平成31年（ネ）第10063号〔炭酸パック〕、知財高判平成29年6月28日・平成29年（ネ）10001〔生海苔異物分離除去装置における生海苔の共回り防止装置③〕、知財高判平成27年11月12日・平成27年（ネ）10048/88〔生海苔異物分離除去装置における生海苔の共回り防止装置②〕、知財高判平成25年4月11日・平成24年（ネ）第10092号〔生海苔異物分離除去装置における生海苔の共回り防止装置①〕、知財高判平成23年6月23日・平成22年（ネ）第10089号〔食品の包み込み成形方法〕、東京高判平成16年2月27日・平成15年（ネ）第1233号〔生体高分子〕。

⁷¹ 大阪地裁平成30年12月18日平成28年（ワ）第6494号〔薬剤分包用ロールペーパー〕、大阪地判平成30年6月28日・平成27年（ワ）第4292号〔炭酸パック〕、大阪地判平成29年12月14日・平成26年（ワ）第6163号〔システム作動方法／遊戯装置〕、東京地判平成28年12月14日・平成27年（ワ）第25149号〔生海苔異物分離除去装置③〕、東京地判平成28年5月25日・平成27年（ワ）第8517号〔畦塗り機〕、東京地判平成28年3月28日・平成26年（ワ）第1690号〔壁パネルの下端部の支持構造〕、東京地判平成27年3月18日・平成25年（ワ）第32555号〔生海苔異物分離除去装置における生海苔の共回り防止装置②〕、東京地判平成25年2月27日・平成22年（ワ）第44638号〔CATV用光受信機のAGC方法〕、東京地判平成24年11月2日・平成22年（ワ）第24479号〔生海苔異物分離除去装置における生海苔の共回り防止装置①〕、大阪地判平成20年5月29日・平成18年（ワ）第8725号〔廃材用切断装置〕。

⁷² 知財高判平成26年3月27日・平成25（ネ）10026/49〔粉粒体の混合・微粉除去方法・装置〕、知財高判平成25年8月9日・平成24年（ネ）第10093号〔液体インク収納容器〕、知財高判平成21年6月25日・平成19年（ネ）第10056号〔ラベルライター〕（職発明の相当の対価請求訴訟）、知財高判平成17年9月30日・平成17年（ネ）第10040号〔一太郎〕（無効で請求は棄却）。

⁷³ 大阪地裁平成30年12月13日平成27年（ワ）第8974号〔表示装置〕、東京地判平成27年3月23日・平成24年（ワ）第31440号〔セルラー・ネットワーク〕、東京地判平成26年2月20日・平成22年（ワ）第20084号〔レーザ加工方法〕、大阪地判平成25年8月27日・平成23年（ワ）第6878号〔着色漆喰組成物の着色安定化方法〕、大阪地判平成25年2月21日・平成20年（ワ）第10819号〔粉粒体混合・微粉除去方法・装置〕、大阪地判平成24年11月1日・平成23年（ワ）第6980号〔位置検出器及びその接触針〕、東京地判平成24年10月30日・平成23年（ワ）第24355号〔液体インク収納容器〕、東京地判平成23年6月10日・平成20年（ワ）第19874号〔胃壁固定具〕、東京地判平成22年6月24日・平成21年（ワ）第3529号〔液体インク供給システム〕、東京地判・平成20年11月13日・平成18年（ワ）第22106号〔対物レンズ〕、東京地判平成19年4月18日・平成17年（ワ）第11007号〔ラベルライター〕、東京地判平成17年3月10日・平成15年（ワ）第5813号/平成16年（ワ）第23633号〔トンネル断面のマーキング方法〕、東京地判平成17年2月1日判時1886号21頁〔一太郎〕。

⁷⁴ ただし、後掲注79)参照。

⁷⁵ 大阪地裁平成30年12月13日平成27年（ワ）第8974号〔表示装置〕、東京地判平成27年3月23日・平成24年（ワ）第31440号〔セルラー・ネットワーク〕、東京地判平成26年2月20日・平成22年（ワ）第20084号〔レーザ加工方法〕。

⁷⁶ 東京地判平成25年3月13日・平成23年（ワ）第34272号〔板用引出し具〕（そもそも非専用品型の主張なし）、東京地判平成30年5月29日・平成27年（ワ）第1190号〔情報処理装置〕（非専用品型も否定）。

⁷⁷ 知財高判平成19年2月22日・平成18年（ネ）第10051号〔孔加工用工具台〕。ただし、技術的範囲に属しないとしたうえでの念のための判断である。

⁷⁸ 知財高判平成30年4月26日・平成29年（ネ）第10095号〔卵凍結保存用具および筒状部材保持器具〕。1号及び2号の間接侵害をこの理由で否定している。

⁷⁹ 東京高判平成15年7月18日・平成14年（ネ）第4193号〔ドクターブレード〕。田村・前掲注29)183-184頁参照。事案としては、被疑侵害品を使用し続けていると摩耗して薄くなり構成要件を充足するようになる場合があるというケースである。地裁判決では、「物の生産」がないとの理由で間接侵害を否定していた。しかし、高裁判決では、1号については「のみ要件」を否定し、2号については、判示はあいまいであるが、わざわざ構成要件より厚い製品を生産する必要性がないと述べているので、恐らく不可欠要件を否定していると思われる。

要件を否定した例が5件⁸⁰、主観要件を否定した例が2件⁸¹、そして「物の生産」を否定した例が2件⁸²である。

この状況を見ると、間接侵害の要件が厳格すぎるために間接侵害を認められないという状況はないといつてよいと思われる。のみ要件が足かせとなって間接侵害が認められない例は皆無に近く、のみ要件が否定された例でも非専用品型の間接侵害規定で救済できている。非専用品型の間接侵害規定は、不可欠要件の否定例が5件と目につくが、うち1件は構成要件充足性も否定されているし、(3)で分析するのとおり、不可欠要件が間接侵害成立の足かせとなっているとは評価できない。そのほかにも主観的要件が作用した例が少数認められるが、元々の主観的要件の間接侵害の不当な拡張を防ぐという趣旨からすると、むしろ少なすぎるともいえよう。意外にも「物の生産」がそもそもないということで101条2号該当性を否定する裁判例が目につくが、これは「物の発明」と「方法の発明」に2分する日本法の体系や医薬品特許保護の特殊な事情に基づくものであり、決して非専用品型の間接侵害規定が侵害を十分に認められないことを示すものではないだろう。

以上のような状況に照らすと、日本の裁判所は、特許が有効であり直接侵害が認められる状況においては、専用品型、非専用品型の別を問わず、間接侵害の要件の充足を柔軟に認めているといえる。間接侵害の成立が認められにくいのではという非専用品型間接侵害導入時の懸念はほぼ解消されており、日本の間接侵害規定は侵害にすべき事案を侵害と認定するために十分に活用できていると評価できそうである。以下ではこの点を、確認するため個々の裁判例をより詳細に検討することとする。

(2) 専用品型の間接侵害

(i) 通説どおりの判断基準を適用する裁判例

専用品型間接侵害においては「のみ要件」が侵害の成否を分けている。この意義については、学説上は、特許発明の実施（物の生産又は方法の使用）以外に経済的、商業的または実用的な他の用途のない物をいうと解するのが通説である。裁判例もそのような解釈を採るものが多かった⁸³。一般論としてこの通説による裁判例が多いことは、2003年の非専用品型の間接侵害規定導入後も基本的には変わっていない⁸⁴。

この通説の基準は厳格すぎるものとして問題視されていたが、(1)で述べたとおり、厳格すぎること

⁸⁰ 大阪地裁平成30年12月13日平成27年(ワ)第8974号〔表示装置〕(一部は不可欠要件を肯定)、東京地判平成30年5月29日・平成27年(ワ)第1190号〔情報処理装置〕、東京地判平成25年2月28日・平成23年(ワ)第19435/6号〔ピオグリタゾン〕、東京地判平成24年3月26日・平成21年(ワ)第17848号〔医療用可視画像の生成方法〕(そもそも直接侵害も否定)、東京地判平成16年4月23日・平成14年(ワ)第6035号〔クリップ〕。

⁸¹ 東京地判平成18年4月26日・平成16年(ワ)第20636号〔孔加工用工具台〕は控訴審の判断と同じく、直接侵害の成立を否定したうえで念のための判断として主観要件を否定している。大阪地裁平成30年12月13日平成27年(ワ)第8974号〔表示装置〕は、被疑侵害品のうち一部について、主観的要件を理由に101条2号該当性を否定した。

⁸² 東京地判平成29年10月18日・平成28年(ワ)第41326号/平成29年(ワ)第6419〔卵凍結保存用具および筒状部材保持器具〕、大阪地判平成24年9月27日・平成23年(ワ)第7576/78号〔ピオグリタゾン〕。

⁸³ 例えば、東京地判昭和56年2月25日判時1007号72頁〔一眼レフ交換レンズ〕、東京地判昭和62年2月29日判タ663号188頁〔ソフト・コンタクト・レンズの洗浄方法〕、東京地判平成6年7月29日判タ871号281頁〔精米方法〕、東京地判平成12年3月23日平成11年(ワ)第5323号〔電解生成殺菌水〕など。

⁸⁴ 高裁の裁判例としては、知財高判令和元年6月27日・平成31年(ネ)第10009号〔薬剤分包用ロールペーパー〕、知財高判令和元年6月7日・平成31年(ネ)第10063号〔炭酸パック〕、知財高判平成29年6月28日・平成29年(ネ)10001〔生海苔異物分離除去装置における生海苔の共回り防止装置③〕、知財高判平成27年11月12日・平成27年(ネ)10048/88〔生海苔異物分離除去装置における生海苔の共回り防止装置②〕、知財高判平成25年4月11日・平成24年(ネ)第10092号〔生海苔異物分離除去装置における生海苔の共回り防止装置①〕。

が理由で間接侵害を認められなかった例はない。これは、主に非専用品型の間接侵害規定が適切にその役割を果たしたためといえるが、「のみ要件」自体が緩やかに認定されている判決も少ないながら見られる。

(ii) 基準を緩和して「のみ要件」を認める裁判例

そのような「のみ要件」の緩やかな認定の一例として、「のみ要件」の基準自体が緩和されていると捉えられるものがある。それは、非専用品型間接侵害規定の創設後であっても、製パン器事件（大阪地判平成12年10月24日判タ1081号2421頁〔製パン方法〕）の示した、特許方法を全く使用しないという使用形態が、その物の経済的、商業的または実用的な使用形態とは認められない限り、のみ要件を充足するという考え方（「侵害用途に供される高度の蓋然性基準」）を採用して、緩やかにのみ要件の充足を認める裁判例の存在である。

それは、知財高判平成23年6月23日・平成22年（ネ）第10089号〔食品の包み込み成形方法〕である⁸⁵。この判決は、製パン器事件判決とほぼ同一の一般論を採用している。それによると、のみ要件の趣旨は侵害行為を誘発する蓋然性が極めて高いものに間接侵害成立の範囲を限定することにある。そして「特許発明に係る方法の使用に用いる物に、当該特許発明を実施しない使用方法自体が存する場合であっても、当該特許発明を実施しない機能のみを使用し続けながら、当該特許発明を実施する機能は全く使用しないという使用形態が、その物の経済的、商業的又は実用的な使用形態として認められない限り、その物を製造、販売等することによって侵害行為が誘発される蓋然性が極めて高いことには変わりはない」として、他用途が存在する場合であっても、侵害用途に供される高度の蓋然性が認められる場合には、のみ要件の充足を認める。食品の包み込み成形方法事件判決は、この規範をあてはめることで、被疑侵害品は特許方法ではない方法の使用に用いることもできたのに、適宜改造を加えれば特許方法の使用に用いることができるので、のみ要件の充足を認めたのである。

のみ要件の緩やかな基準を採用して、のみ要件の充足を認めた判決は、明示的なものとしてはこれ1件しかない⁸⁶。しかし、この判決には、直接侵害を誘発する蓋然性が高い行為を、積極的かつ柔軟に間接侵害の対象に含めていこうとの意図が見て取れる。のみ要件は、本来は他の用途を有する場合には適用できないとするのが通説であり、それでは間接侵害の成立範囲が狭きに失することは十分に理解されているが、それでも、拡張の役割は非専用品型に任せるとというのが、非専用品型の創設後の前提だったと思われる。しかし、この判決は、それでもなお、のみ要件を緩やかに解して、実質的妥当性の確保を最優先しているように思われるのである。

⁸⁵ 評釈として、渡辺・前掲注13)、前田・前掲注13)、中山一郎「判批」新・判例解説 Watch（法学セミナー増刊）12号245頁(2013)、橘・前掲注11) 参照。

⁸⁶ 朱・前掲注12) 233頁は、東京高判平成16年2月27日・平成15年（ネ）第1233号〔生体高分子〕も上記の緩やかな基準（同論文が言うところの「いつかは使う基準」）を採用していると評価する。同判決の「Flex Xを使用しない用途が社会通念上経済的、商業的ないしは実用的な用途であることを認めるに足りる証拠は、本件全証拠を検討しても見いだすことができない。」という説示からは、そのような理解も十分にあり得ると思われる。また、大阪地裁平成30年12月13日平成27年（ワ）第8974号〔表示装置〕は「本件発明1を全く実施しないという使用態様が、被告表示器Aと被告製品3の経済的、商業的又は実用的な使用形態でないと認めることはできない。」としてのみ要件を否定しているので、基準としては緩やかな基準を採用していると思われる。

(iii) 直接侵害の解釈により、「のみ」認定を柔軟に行う裁判例

次に取り上げるのは、知財高判令和元年9月11日・平成30年（ネ）第10006号〔システム作動方法／遊戯装置〕である。食品の包み込み成形方法事件は、のみ要件の基準を緩やかにすることでのみ要件を認定した例だが、この判決は、直接侵害をうまくとらえることにより、のみ要件の充足を柔軟に認める裁判例である。この事件では、システム作動方法についての方法の発明と、遊戯装置の物の発明の2件の特許発明についての間接侵害が問題となり、ゲームソフトを収めるディスクが間接侵害品を構成するかが争われた。

①方法の発明（システム作動方法）

まず方法の発明の方は、TVゲームにおいて、シリーズ物のソフトの本編と続編の両方を購入すると、続編の方において、続編+αの拡張したゲームを楽しむことができるという発明である。請求項の記載によれば、ユーザーにおいて本編ディスクと続編ディスクが「準備された」状態で、続編ディスクをゲーム機に装填することが直接実施に該当する。この場合において、続編ディスクがのみ要件を充足するかが問題となった。

被疑侵害者は、続編ディスクは単品でも遊ぶことができるから、のみ要件を充足しないと主張した。これに対し、裁判所は、ここでいう「準備」には、直接実施者において本編ディスクを保有する必要はなく、ゲームソフトメカ等により本編ディスクと続編ディスクが提供され、ユーザーにおいてこれ入手することが可能な状況にあれば足りると判断した。これは、直接実施の内容を読み替えることで、直接実施以外の用途は存在しないことにして、のみ要件の充足を認めるものであると評価できる⁸⁷。

すなわち、直接実施である方法の使用の意義の捉え方いかんによって、のみ要件の成否を変えることができることを、この判断は示している。

②物の発明（遊戯装置）

次に、物の発明の方法は、TVゲームにおいて、操作キャラが特定の状況に至ると、コントローラが振動するという発明である。当該機能を有するゲームソフトがプレイできる状態にあるゲーム機は、特許発明の技術的範囲に属する。

ゲームソフトを収めるディスクがのみ要件を充足するかに関し、被疑侵害者は、ゲーム機が振動機能をOFFにした状態で使用されることがあることを理由にのみ要件を充足しないと主張した。しかし、裁判所は「ロ号装置が物の発明である本件発明B1の各構成要件の構成を備えている以上、ロ号装置においてユーザーが機器の振動機能を実際に使用するか否かは、ロ号製品が「その物の生産にのみ用いる物」に当たるか否かの判断を左右し得る事情ではない。」として、その主張を排斥した。

物の発明は、発明の課題解決以外の機能を備えている（その意味で他用途を備えている）場合でも直

⁸⁷ ただし、この発明は「シリーズ化された一連のゲームソフトを買い揃えていくことにより、豊富な内容のゲームを楽しむようにすることを課題とするもの」とされており、そうだとすると、メーカーから一連のゲームソフトが提供されていることそのものが重要なのであって、ユーザーの手元に本編と続編が揃っているか否かは関係がないという裁判所の認定にも納得がいく部分がある。一方で、そうだとすると、そもそもユーザーが装填するという動作すら課題の解決には直結しておらず、発明の本質とクレームの間にそもそも齟齬があるようにも思われる。これは、ビジネス方法の発明それ自体に特許権を認めてしまったことに起因するとも思われ、問題の本質はむしろビジネス方法の特許保護の可否にあるというべきかもしれない。（以上については、2019年12月1日に神戸大学において開催したパブリックドメイン研究会において、東京大学の朱子音さん及び田村善之教授から示唆をいただいた。）

接侵害が認められる。間接侵害の成否はこの直接侵害との関係で決まるから、間接侵害品が発明の課題解決の実現以外の用途に用いられる場合があったとしても、構成要件を充足する物の生産以外の用途はないのであれば、のみ要件は認められるとする裁判所の判断は至極妥当ともいえる⁸⁸。

一方で、ある指摘によれば⁸⁹、東京地判平成27年3月23日・平成24年(ワ)第31440号〔セルラー・ネットワーク〕では、直接侵害品の生産に用いるという以外の用途がない物について、直接侵害品が発明の課題解決以外の機能を備えている（他用途を備えている）ことを理由に、「のみ要件」が否定されている。この事件は、クレームされた物は「セルラー・ネットワーク」という無体物であり、ある通信方法をこのネットワーク上で実施する場合には構成要件を充足するというものである。そして被疑侵害品は、当該通信方法を実施しないネットワークのためにも、実施するネットワークのためにも用いることが可能というのであった。確かに、ネットワークを構成した時点で「物の生産」が行われ、この時点において当該通信方法の実施の有無は未確定なのだとすると、前記指摘のとおり、他用途の存在を理由にのみ要件が否定されたことになる。しかし、当該通信方法を実施の有無が確定する時点が、ネットワークが構成された時点であり、すなわち「物の生産」の時点だと理解するならば、そもそも侵害品ではない物の生産にも用いることができることになる。後者の理解を採るならば、この判決は特殊な考え方を採ったわけではなく、「物の生産」の捉え方を変えることで、のみ要件を否定したのだと理解できるだろう。

以上からいえることは、まず物の発明の場合、他用途の有無は「その物の生産」との関係で判断されるので、直接侵害品自体に課題解決の実現以外の用途があろうとも、直接侵害品自体の生産以外の用途がなければのみ要件は充足すると考えられることである。次に、クレームされている「物」がシステムなどの無体物（あるいは概念上の存在）である場合など、「物の生産」を柔軟に捉える余地があり、その当否はともかく、それによつてのみ要件の充足を柔軟に認めていく余地があるということである。

(iv) 小括

以上、裁判例には、直接侵害以外の用途もあると評価しうるものについても、のみ要件の充足を認め、間接侵害を成立させているものが認められる。明示的にそのような判断を示した裁判例はごく少数であるが、一方で、のみ要件を充足しなかったがために間接侵害が不成立となった例もほとんどない。

専用品型間接侵害の裁判例において、のみ要件は緩やかに認められており、かつてののみ要件が厳格すぎるとの懸念はもはや消失したといつてよいだろう。これは、非専用品型の間接侵害規定が十分に役割を果たしているからともいえようが、のみ要件自体も緩やかに運用されるようになったとの評価も可能のように思われる。のみ要件自体は変化していないはずであるが、柔軟に間接侵害を認めるべしという立法府からのメッセージを受け、裁判例の傾向が変化しているのかもしれない。

もっとも、2(4)で論じた理論的な分析に基づけば、非専用品に間接侵害を認めるにあたっては、①侵害成立の範囲を直接侵害惹起の蓋然性が高い物品に限り、②行為者に不当に高度な侵害回避義務を

⁸⁸ この点に関し、朱・前掲注12) 278頁（この判決の原判決の評釈）は、物の発明は特許発明にかかる技術的思想が課題を解決するために実際に用いられる段階より前の段階で権利行使を認めており、「前倒しの規律」になっていると指摘する。そして、このような前倒しの妥当性は特許要件をクリアすることで既に確認されているのだから、このような判断は妥当だと論じる。物の発明は、方法の発明では間接侵害に相当するような発明の価値実現の準備行為を捕捉するものであることを指摘するものとして、用途発明に関してであるが前田健「用途発明の意義 - 用途発明の効力と新規性の判断」パテント72巻12号（別冊22号）（2019）28-29頁を参照。

⁸⁹ 朱・前掲注12) 262頁。

課さないようにする必要がある。ところが、裁判例における「のみ」要件の解釈において、①と②の両方が考慮された形跡はなく、せいぜい食品の包み込み成形方法事件において①の観点のみが明示されたにすぎない。直接侵害を柔軟に解する解釈についても、裁判所の実質的な考慮は表には表れない。

のみ要件は本来、直接実施以外の用途の有無という極めて形式的な基準で侵害の成否をわけるというルールであり、①、②のような実質的な観点を十分考慮できるスタンダードとしての性質はもっていない。このようなのみ要件本来の役割と、裁判例の実際との間には乖離があるように思われる。

(3) 非専用品他間接侵害

(i) 不可欠要件

続いて、非専用品型間接侵害の裁判例を分析する。(1)で述べたように、非専用品型間接侵害においては、不可欠要件が侵害の成否を分けた例が多い。もっとも、侵害の成立を認めた裁判例の多くでは、不可欠要件の一般論は述べられておらず、あっさりとして不可欠要件は肯定されている⁹⁰。

不可欠要件について一般論を述べる裁判例は、肯定例として、大阪地判平成25年2月21日・平成20年(ワ)第10819号〔粉粒体混合・微粉除去方法・装置〕(高裁で是認)、大阪地裁平成30年12月13日平成27年(ワ)第8974号〔表示装置〕(一部否定)、否定例として、東京地判平成24年3月26日・平成21年(ワ)第17848号〔医療用可視画像の生成方法〕、東京地判平成25年2月28日・平成23年(ワ)第19435/6号〔ピオグリタゾン〕がある。いずれもクリップ事件(東京地判平成16年4月23日・平成14年(ワ)第6035号〔プリント基板用クリップ〕)の一般論を引用する形で一般論が述べられており、クリップ事件以降、不可欠要件の一般論は、表面的には、新たなものは登場していない。

それでは、すべての裁判例でクリップ事件の示した考え方が採用されているかといえば、必ずしもそうと断言はできない。というのは、不可欠要件を否定した裁判例5件のうち3件では、不可欠要件をその文言どおり、特許発明の課題解決に不可欠か否かで判断しているからである⁹¹。また、充足例も発明の課題解決に不可欠な場合には、基本的には充足が認められている。このような考察からすると、裁判例のほとんどは、近時の学説の有力説である特許発明の課題解決に不可欠か否かのみで判断するという考え方で説明が可能である。

⁹⁰ 例えば、知財高判平成25年8月9日・平成24年(ネ)第10093号〔液体インク収納容器〕、知財高判平成21年6月25日・平成19年(ネ)第10056号〔ラベルライター〕(職発明の相当の対価請求訴訟)、知財高判平成17年9月30日・平成17年(ネ)第10040号〔一太郎〕など。

⁹¹ 東京地判平成24年3月26日・平成21年(ワ)第17848号〔医療用可視画像の生成方法〕では、「被告製品は...技術的特徴に係る方法(補間区間を設定し、該補間区間内で色度及び不透明度を画像データ値の大きさに応じて連続的に変化させる方法)を実現するような使用方法があるものと認めるに足りず、仮にそのような使用方法があり得るとしても、極めて例外的な使用方法であるというべきものであるから、本件発明1の技術的特徴を基礎付ける方法をもたらすことを予定しているものではない」として不可欠要件を否定した。また、東京地判平成30年5月29日・平成27年(ワ)第1190号〔情報処理装置〕では、通信相手となる情報処理装置を認証する機能を備えて初めて課題が解決できる場合において、被告製品は他の情報処理機器を認証する機能を備えていないので、被告製品がサーバーと組み合わさって直接侵害品となるのだとしても、不可欠要件は満たされないと判断している。そして、大阪地裁平成30年12月13日平成27年(ワ)第8974号〔表示装置〕では、「このような課題を構成要件3F記載の3つの状態をそれぞれ視覚的に区別して表示することによって解決する機能を担っているのは、被告表示器Aではなく、被告製品4によって作成された被告表示器A用のプロジェクトデータというべきである。...したがって、被告表示器Aは本件発明3の直接侵害品の「生産に用いる物...であつて課題の解決に不可欠なもの」(特許法101条2号)に当たると認めることはできない。」と判断している。これらの判断は、発明の課題解決のために被疑侵害品が必要不可欠な役割を演じていないことを理由に不可欠要件を否定したもので、学説の有力説によっても不可欠要件は否定される事案であったと思われる(一方、直接実施そのものには不可欠ということになってしまうので、田村説は採られていないと思われる。)

しかし、東京地判平成16年4月23日・平成14年（ワ）第6035号〔プリント基板用クリップ〕及び東京地判平成25年2月28日・平成23年（ワ）第19435/6号〔ピオグリタゾン〕では、文字どおり課題解決に不可欠なだけでは不可欠要件の充足を認めず、それに加えて従来からほかの用途に用いられてきた物それ自体に対する権利行使ではないことを要求する考え方が採られていると指摘されている⁹²。クリップ事件については異なった理解の余地もあるかもしれないが、明確に公知技術に対する権利行使を否定する考え方を採るのは、ピオグリタゾン東京事件である⁹³。同事件では、2種類の有効成分の組み合わせによるいわゆる合剤の発明⁹⁴について、1つ目の有効成分である「ピオグリタゾン」の単剤が間接侵害品を構成するかどうか争点となった。これに対し裁判所は、既存の部材は、当該発明のためのものとして製造販売等がされているなどの特段の事情がない限り、不可欠要件を充足しないとして間接侵害を否定したのである。

ピオグリタゾン東京事件の判決は、他の不可欠要件に関する判決と比べると突出している印象がある。公知技術であったことに加えて、侵害を積極的に誘引してはいなかったことが、不可欠要件の否定の根拠となっている。不可欠要件の判断に、文言どおりの発明の課題解決との条件関係の有無に加えて、公知技術に対する権利行使を容認すべきでないとか、侵害を積極的に誘引する場合には権利行使を認めても構わないといった価値判断が組み込まれていると評価できる。

（ii）非汎用品要件

非汎用品要件は、裁判例ではあっさりとその充足が認められた例ばかりであり、否定例はただの1件もなく、ほとんど間接侵害を限定する要件として機能していない。

判決として、非汎用品要件の判断基準を示した裁判例も少ない。そのうち、知財高判平成17年9月30日・平成17年（ネ）第10040号〔一太郎〕は、非汎用品要件についての一般論を展開し「特許法101条2号所定の「日本国内において広く一般に流通しているもの」とは、典型的には、ねじ、釘、電球、トランジスタ等のような、日本国内において広く普及している一般的な製品、すなわち、特注品ではなく、他の用途にも用いることができ、市場において一般に入手可能な状態にある規格品、普及品を意味するものと解するのが相当である。」と述べる。ただし、立法担当者による解説をそのまま引き写したものにすぎず、ここから裁判所の考え方を窺い知るのは困難である。当てはめにおいて、特許発明の構成を有する物の生産にのみ用いる部分を含むことを理由に要件充足を認めている点から、広範な用途に向けられた汎用品を除くとの見解を採ったものとも解されている⁹⁵。しかし、本要件を普及品を除く要件

⁹² クリップ事件についてこれを指摘するものとして、田村・前掲注29）176頁、岩坪哲「特許法101条2号における『その発明の課題解決に不可欠なもの』の認定」小松陽一郎先生還暦記念論文集刊行会編『最新判例知財法』（2008）209頁、愛知・前掲注32）47頁。ピオグリタゾン事件についてこれを指摘するものとして、重富・前掲注32）86頁、橘・前掲注34）335頁。

⁹³ クリップ事件は学説上の「本質的部分説」による裁判例と評価されているが、それを前提にしてもなお、ピオグリタゾン事件のように公知技術を除外する判断が論理必然のものではない旨が指摘されている（平嶋竜太「複数薬剤の組合せからなる医薬特許の間接侵害——ピオグリタゾン事件判決の示唆する課題」L&T61号（2013）41-42頁、田中正哉「複数薬剤を「組み合わせる」医薬の特許と間接侵害」L & T 63号（2014）23頁参照。）。

⁹⁴ 本件第1特許の請求項1の記載は「（1）ピオグリタゾンまたはその薬理学的に許容しうる塩と、（2）アルカール、ボグリボースおよびミグリトールから選ばれるα-グルコシダーゼ阻害剤とを組み合わせる糖尿病または糖尿病合併症の予防・治療用医薬。」というものである。

⁹⁵ このような理解を示すものとして、愛知靖之「判批」L&T31号（2006）68-69頁、茶園成樹「ソフトウェアの製造販売と特許法101条2号・4号所定の間接侵害」ジュリスト1316号（2006）19頁、奥郵弘司「間接侵害の成否（2）」特許判例百選〔第4版〕（2012）149頁、江幡奈歩「一太郎事件」ジュリスト1475号（2015）17頁。

と解した上であえて侵害機能を付加している場合は除くとの見解を採った可能性もあり⁹⁶、実際のところはわからない⁹⁷。

その後の裁判例では、東京地判平成 22 年 6 月 24 日・平成 21 年（ワ）第 3529 号〔液体インク供給システム〕は、広範な用途に向けられた汎用品を除くとの理解に親和的な判断をしている。この事件では、被疑侵害品が、特許発明にかかる機能を有しない他の特許権者製のプリンタに用いられるとしても、特許権者製のプリンタにしか用いられないことを理由に非汎用品要件の充足を認めていた。一方で、大阪地裁平成 30 年 12 月 13 日平成 27 年（ワ）第 8974 号〔表示装置〕では、被疑侵害品が汎用的機能を有するとの主張が排斥され、普及品を除くとして理解する説に親和的な判断をしている。判決は、非汎用品要件の趣旨は、市場において一般に入手可能な状態にある規格品や普及品まで間接侵害の対象とするのでは取引の安定性の確保の観点から好ましくないとの点にあるところ、当該製品がそのようなものであるとは認められないと述べている。

以上によると、非汎用品要件はいまだどのような点が決め手となって判断されるのかは不明といわざるを得ない。実際には侵害成否を分けるメルクマールとして作用した例は一例もないのである。

（iii）主観要件

主観要件については、特に問題なく認定される例も少なくなく、裁判所が主観要件を否定した例は、知財高判平成 19 年 2 月 22 日・平成 18 年（ネ）第 10051 号〔孔加工用工具台〕（東京地判平成 18 年 4 月 26 日・平成 16 年（ワ）第 20636 号〔孔加工用工具台〕）と大阪地裁平成 30 年 12 月 13 日平成 27 年（ワ）第 8974 号〔表示装置〕の 2 件しかない。このうち、注目されるのは主観的要件について一般論を述べる後者である⁹⁸。

表示装置事件は、主観的要件について「主観的要件が認められるためには、当該部品等の性質、その客観的利用状況、提供方法等に照らし、当該部品等を購入等する者のうち例外的とはいえない範囲の者が当該製品を特許権侵害に利用する蓋然性が高い状況が現に存在し、部品等の生産、譲渡等をする者において、そのことを認識、認容していることを要し、またそれで足りると解する」という解釈を示し、学説のうちの高度の蓋然性説によることを明らかにして、一般的利用可能性説も特定説も採らないことを明示している。事案の当てはめとしては、被告製品 3 についてはこの説に基づき主観要件を充足すると認め、被告製品 4 については特許権の存在を知らなかったとして主観的要件を否定している。

主観的要件は、間接侵害に基づく損害賠償請求の場面では、歯止めとしてある程度機能しているといえそうである。

（iv）差止要件

学説では、差止要件を活用して、損害賠償請求と差止請求とで間接侵害について責任を負う範囲を適切に調整しようという見解も有力である。しかし、裁判例ではそのような考え方は採用されるにはいたっていない。ただし、この論点について判断を示しているものとして、大阪地判平成 25 年 2 月 21 日・平成 20 年（ワ）第 10819 号〔粉粒体混合・微粉除去装置〕と大阪地裁平成 30 年 12 月 13 日平成 27 年

⁹⁶ 三村・前掲注 37) 101-102 頁。

⁹⁷ 花井美雪「判批」特許研究 41 号（2006）62 頁。

⁹⁸ 服部・前掲注 32) 28-29 頁参照。

(ワ) 第 8974 号〔表示装置〕がある⁹⁹。

粉粒体混合・微粉除去装置事件の判決では、裁判所は、イ号製品は大半が非侵害用途に使用されておりこれを差し止めることは過剰差止めになるとの主張に対し、そもそもそのような前提事実が認められるかに疑問を提示しつつ「イ号製品については、その用途にかかわらず、製造販売等の差止めの必要性があるものと認めるのが相当であり、これを認めることが被告に過剰な負担を課すものであるとは認めることができない（販売先の利用態様に応じて限定することは現実的にも不可能であるし、その必要があるとも認めがたい。）」との判断を下している。

表示装置事件の判決では、裁判所は、被告製品 3 には適法な用途があるから、その生産譲渡等を全面的に差し止めて廃棄を命じるのは過剰である旨の主張に対し「被告製品 3 に適法な用途があるとしても、被告製品 3 が本件発明 1 の特徴的技術手段を担う不可欠品であり、その譲渡等により特許権侵害が惹起される蓋然性が高い状況が現実であり、そのことを被告において認識、認容していると認められる以上、その生産、譲渡等を全面的に差し止め、その廃棄を命じるのが、多用途品であっても侵害につながる蓋然性の高い行為に特許権の効力を及ぼすこととした特許法 101 条 2 号の趣旨に沿うものというべきであるし、そのように解しても、被告は、被告製品 3 から本件発明 1 の技術的特徴手段を除去する設計変更をすれば間接侵害を免れるのであるから、被告製品 3 の生産、譲渡等の差し止め命令及び廃棄命令が過剰な差し止め・廃棄命令であるとは解されない」と判断している。

特に後者の表示装置事件の判示に照らすと、裁判所は、間接侵害の客観的要件を充足し、主観的要件も充足している場合には、差し止めの負担を全面的に負わせてもやむを得ないと考えているようである。もっとも、侵害用途部分を除去すればよいのだから過剰にはならないとも述べており、侵害除去容易性がない場合に差し止めを認めるべきでないとする一部学説と親和的な部分もある。

(v) 小括

以上、非専用品型間接侵害においては、不可欠要件が侵害の成否を分ける要件として機能しており、非汎用品要件は成否の決定打になった例がなく判断基準も不透明である。もっとも、判断基準が不透明な点は不可欠要件も変わらない。多くの裁判例は、文言どおり発明の課題解決の実行に不可欠かどうかというところで判断していると解しうが、ピオグリタゾン東京事件判決のように、公知技術に対する権利行使を原則否定し、侵害を積極的に誘引する態様であった時にのみ不可欠要件を認める運用をする裁判例もあり、裁判所がこのような文言を超えた実質的考慮を行うか否かは予測できない部分がある。主観的要件については、ある程度、間接侵害の成立範囲を限定する役割を果たしており、特定説のような厳格な考えを認める裁判例はないが、高度の蓋然性説をとってある程度高いハードルにより歯止めとなるべきことを述べる裁判例は存在する。

差止要件については、一部学説の考え方と親和的な判示をしたものもあるものの、裁判例において差止要件による制限という考え方が採用された例はなく、現状では、作用していない。

(4) 物の「生産」の解釈による間接侵害の否定

本研究における裁判例の調査によれば、物の発明において、「物の生産」がないということで 101 条 1

⁹⁹ 服部・前掲注 32)30-31 頁参照。

号ないし2号の間接侵害が否定される例が2件あった¹⁰⁰。

1件目は、ピオグリタゾン大阪事件（大阪地判平成24年9月27日・平成23年（ワ）第7576/78号〔ピオグリタゾン〕）である。事案はピオグリタゾン東京事件と同様であるが、2つの有効成分を組み合わせる合剤のクレームにおいて、1つめの有効成分の単剤が間接侵害品となるかである。間接侵害の成立には、直接実施行為が存在する必要があるが、この事件では、直接侵害品となるべきものが存在しなかった。判決は「101条2号の「物の生産」は、「発明の構成要件を充足しない物」を素材として「発明の構成要件のすべてを充足する物」を新たに作り出す行為をいう。すなわち、加工、修理、組立て等の行為態様に限定はないものの、供給を受けた物を素材として、これに何らかの手を加えることが必要であって、素材の本来の用途に従って使用するにすぎない行為は含まれない。」として、物の生産の存在を認めなかった。

すなわち、医師が2剤の併用処方を行うことについては、併用されることにより医薬品としてひとまとまりの「物」が新しく作出されるわけではないので物の生産ではないとし、薬剤師による医薬品のとりまとめについても、患者に対し完成された医薬品を単に交付するにすぎないのであって、複数の医薬品を1つの袋に入れる行為などがあつたとしても、構成要件を充足する「物」が生産されたというのは困難だと判断した。同様に、患者による医薬品の併用服用も「物の生産」とならないと判断した。

2件目は、知財高判平成30年4月26日・平成29年（ネ）第10095号〔卵凍結保存用具および筒状部材保持器具〕である。原告製品が、卵付着保持用ストリップについての本件各発明の構成要件を充足することが問題となり、「透明」又は「無色透明」との構成要件を充足しないとして直接侵害は否定されていた。被告はさらに、原告製品を通常の用法に従って使用するときには、常に卵付着保持作業を容易かつ確実に行うことができるという本件各発明の目的を達し得る程度に「透明」となるので、間接侵害となる旨を主張していた。しかし、裁判所は、一度卵付着作業に使用した原告製品は、再度当該作業に使用することが予定されているので、構成要件を充足する物が「生産」されたと認めることはできないと判断した。

後者の例は、間接侵害品が構成要件を充足するに至ったのちに、実際に発明の課題解決を実行するために用いられることはないということなので、2号の不可欠要件も否定されると思われる。したがって、間接侵害を否定した判断は当然と思われる。つまり、特許発明の持つ技術としての価値の実現をもたらすものでは凡そないのだから、当該物品を禁止権に服させるべき実質的理由がない。

一方、ピオグリタゾン大阪事件の方は、ピオグリタゾン単剤が、他の薬剤と併用されることにより、発明の本来の価値は実現されるということができ¹⁰¹、その意味では間接侵害を認めるという価値判断もあり得る事案であつた¹⁰²。しかし、裁判所が間接侵害を否定したのは、「物の生産」がないという形式的な理由である。特に、薬剤師が1つの袋に薬をまとめたという行為については、譲渡等流通の対象となり得る存在が生じているのだから「物」の生産があつたと認めることもできたのに、そのような判断は

¹⁰⁰ 東京高判平成15年7月18日・平成14年（ネ）第4193号〔ドクターブレード〕の第1審判決もそのような判断を下しているが、非専用品型間接侵害規定導入前のものである。また、高裁判決は地裁判決からロジックを変えてきているので、ここでは取り上げなかった。

¹⁰¹ 本事案は、不可欠要件を文言どおりに解釈するならば、不可欠要件を充足する可能性があつたことが指摘されている（重富・前掲注32）91-92頁）。

¹⁰² ただし、公知技術に対する権利行使を容認すべきかというのは別途価値判断として慎重に検討を要し、本文の記載は差し当たりこの論点を度外視したらという意味である。

されていない¹⁰³。この背景には、本来であれば2剤の併用という方法の発明として特許を取得するのが本来であるのに、医療行為は特許の対象とならないがゆえに、「物」に仮託して特許を取得しているというゆがみがある。これを、ゆがみではなく、医療行為を保護するための法的技術だと積極的に評価するならば、物の生産を認める判断も十分あり得る¹⁰⁴。しかし、本判決は、そのような医療行為の積極的保護のための特許法のゆがみを拒絶して事案の処理を図ったとの評価も可能である¹⁰⁵。

いずれにしろ、「物の生産」かどうかという判断は、上記のような政策考慮からは本来隔絶した、純粹に構成要件充足性が判断される場のはずである。間接侵害の成否を決している実質的なところの政策的判断と、条文の解釈当てはめとの間に齟齬が生じる可能性は、否定できない。

(5) 小括：裁判例の評価

専用品型間接侵害は、のみ要件の認定は緩やかに行われていると評価でき、かつてのように、厳格な解釈によって侵害が否定されてしまうことにはなっていない。一方で、のみ要件の認定の中に、様々な考慮が押し込められる結果になっていないかが懸念される。のみ要件は、スタンダードというよりはルールなので¹⁰⁶、利益衡量を行う場としては適していないし、もとより間接侵害とすべき範囲をすべてカバーすることは想定されていない。だからこそ非専用品型の間接侵害規定の導入が図られたといえる。では、利益衡量を行う場として、非専用品型の間接侵害の要件が適切かといえば必ずしもそうではないのである。裁判例では、不可欠要件が中心的な役割を果たして、公知技術に対する権利行使の問題や積極的な侵害誘引の有無等もすべて、この要件で扱われている。一方、非汎用品要件はあまり機能しておらず、主観的要件も活躍できる場面は限定的である。しかしながら、不可欠要件もルール型の要件であり、スタンダードとして利益衡量を行うことは本来想定されていない。非専用品型間接侵害においても、侵害の成否において考慮すべき事項が、すべて要件化されていないという問題を抱えている。学説の差止要件を活用すべきという見解も、明らかにルール型の要件の解釈で様々な問題进行处理するより、法の一般原則に基づくスタンダード型の差止要件のほうが様々な利益衡量をする場として適切だという問題意識だと思われる。それは全くそのとおりであろうと考える。しかし、一方で、判例法理として差止制限が全く確立していない状況でそれを期待することは困難で、案の定、裁判所はいまだそのような法理を採用するには至っていないのである。

他方、いくつかの裁判例を見ると、直接侵害たるべき「方法」や「物」の解釈を利用して、間接侵害の成否をコントロールしている例が見られる。システム作動方法/遊戯装置事件や、ピオグリタゾン大阪事件がそのような例である。直接侵害の捉え方いかんによって、それを教唆・幫助する行為である間接侵害の成否が変わってくるのは当然である。しかし、システム作動方法の事件ではビジネス方法発明の保護の可否、ピオグリタゾン大阪事件では医薬品の組み合わせの発明を「物」として保護することの可否、セルラー・ネットワーク事件では本来は「方法」としてもクレームしうるものを「システム」とし

¹⁰³ 橋・前掲注11) 315頁。

¹⁰⁴ 橋・前掲注11) 328頁は医薬品保護の拡大政策に対して疑問を呈する判決として、この判決を位置づける。

¹⁰⁵ 同上。

¹⁰⁶ ルールとは法の具体的な内容があらかじめ明確に定まっているものをいい、スタンダードとは、(司法により)法の具体的な内容が適用のたびに定められていくものをいう。Louis Kaplow, *Rules v Standards: An Economic Analysis*, 42 Duke L. J. 557 (日本語の文献として、森田果「最密接関係地法—国際私法と”Rules versus Standards”」ジュリスト1345号66頁(2007)、島並良「権利制限の立法形式」著作権研究35号90頁(2008))参照。

て物化してクレームすることの可否という問題を背景に抱えた中での判断であり、特殊な事情が背景にある。更に思いを巡らせれば、そもそも「物」の発明とは、理論的にはすべての発明を「方法」としてクレームする制度も想定しうるにもかかわらず、発明の価値実現の前段階の予備的な行為を直接侵害化するために、「物」の発明という制度を設けているという問題に関わってきてしまう¹⁰⁷。間接侵害の議論において、このような特許法の構造そのものに疑問を差し挟むことは、少なくとも解釈論においては行うべきではないだろう。解釈論においては、間接侵害は直接侵害を惹起する蓋然性の高い行為のうち一定のものを抑えるものという原則に従って淡々と判断すれば十分であり、少なくとも直接侵害の解釈を間接侵害の成否を分ける便利な「道具」として活用することは戒めるべきといえるだろう。

4. 検討

(1) 日本型間接侵害規定の評価

ここまで見ると、日本の間接侵害規定は、侵害とすべきものを侵害とできないということはない。一方で、侵害とすべきでないものを結論として侵害としているということもないが、そのための要件が明示的でないことが問題である。書かれざる要件を解釈により導出することで、適切な結論を導いている。

(i) 物品型間接侵害のみで、行為型間接侵害がないことについて

日本は、物品型の間接侵害規定のみを持ち、行為型間接侵害規定を持たないが、このことが、間接侵害の成立範囲を不当に狭くしているということは特になく考える。というのは、そもそも、間接侵害は成立しないものの一般不法行為が成立する余地はあり、ある程度の抑止は図られている。物品型間接侵害の方が、要件が明確で、行為者の自由に配慮するなら、こちらの方が望ましい。

さらに、物品型間接侵害は、「物」を柔軟に捉えれば、行為型の間接侵害を取り込むことも可能である。直接侵害の幫助行為において、まったく「物」を介在しないことは稀であろう。例えば、医薬品に侵害用途を明記した添付文書を付けるという侵害を誘引する行為を規制の対象としたいときには、「添付文書の添付された医薬品」という物を規制の対象とする形で、物品型という体裁の中で規制の対象とすることができる¹⁰⁸。また、差止要件を設ける場合には、積極的に侵害を誘引する態様か否かを考慮要素とすることができる。さらに、立法論としては、主観的要件の考慮要素とすることも可能である。

このように、積極的に侵害を誘引する行為をそれ自体として規制するよりも、物品型の間接侵害の際の考慮要素として取り上げる方が、望ましいと思われる。ただし、現在の日本法の条文では、このような考慮を行ってしまうと、明示されない要件を背後で考慮するという問題が生じることに注意を要する。

(ii) 間接侵害において実質的に考慮すべき要素と、法律上の要件の対応が希薄なこと

むしろ問題なのは、物品型間接侵害の要件が不明確で、専用品型と非専用品型の棲み分けが不明であり、実質的に考慮すべき要素が明文の要件として表れていないところである。

¹⁰⁷ 前掲注 88) 参照。

¹⁰⁸ 東京地判平成 25 年 2 月 28 日・平成 23 年 (ワ) 第 19435/6 号 [ピオグリタゾン] は、このような処理の可能性を認めている。このほか、設計図を配布する行為を設計図という「物」についての物品型間接侵害と捉え、侵害品の製造を教唆する行為を捕捉することも不可能ではない。

①専用品型について

のみ要件を厳格に運用すると、従来から指摘のあったとおり、侵害範囲が基本的には狭すぎる。しかし、これ自体は不当ではない。侵害範囲を十分な範囲に拡張する役割は、非専用品型間接侵害に任せられているからである。

むしろ、のみ要件を柔軟に運用することは、文言や立法趣旨を超えた運用を許容することになり、第三者の予測可能性を奪うことになり妥当ではない。

②非専用品型について

しかし、非専用品型の規定が、必要十分な範囲を間接侵害として捕捉するためにきちんと機能しているかという点、そうではない。

非専用品型間接侵害では、現在の裁判例の運用では、不可欠要件にすべてが任されており、その解釈にすべての事項が押し込まれている。しかし、不可欠要件の条文の文言それ自体から、そのような解釈を一義的に導出することは困難である。不可欠要件の本来の意義は、侵害の範囲を、発明の課題解決手段の実行との因果関係を有する物品だけに限定しようというものに限られていたはずである。それなのに、裁判所はそれ以上の考慮を不可欠要件のもとに行っている。

学説では、不可欠要件以外の非汎用品要件や主観的要件の活用が提唱されているが、裁判実務上は採用に至っていない。非汎用品要件については、不可欠要件以上に条文の文言と乖離した解釈論にならざるを得ないためであり、主観的要件は損害賠償請求の場面でしか関係しないからである。差止要件の活用も、明文の根拠がない以上、同じ指摘が可能である。

現在の非専用品型の規定においては、直接侵害惹起の蓋然性が高い物品に限るという役割は、不可欠要件が十分に果たしていると思われる。しかし、足りないのは、行為者に不当に高度な侵害回避義務を課さないための要件である。侵害用途以外の利用方法や公知技術を原則規制すべきでないが、侵害を積極的に誘引している場合には回避義務を課しても良いという価値判断を実現する要件が明示的にはないのである。自らの行為が侵害につながっているか調査する義務を課すべきでないという点は、現在の主観的要件に表現されているが、非汎用品要件の文言や不可欠要件の文言は、前記のような考慮要素を考慮できる場とはなっていない点が問題である。

(2) 今後の解釈・立法の在り方

(i) 解釈論について

以上を踏まえると、現在の日本法の条文を前提にした場合、間接侵害規定はどのように解釈されるべきであろうか。

まず専用品型と非専用品型の役割分担について、必要な考慮を行うための要件は非専用品型の方が豊富に用意されているのだから、専用品型の解釈は厳格かつ謙抑的に行えば足りると考える。通説のとおり、のみ要件を、直接実施以外の用途を実質的に含まない物品に限るという厳格な運用とすればよい。他方、非専用品については、既に述べたとおり、①直接侵害惹起の蓋然性が高い物品に限ること（違法性）、②侵害につながらない行為を抑止してしまうなど、行為者に不当に高度な直接侵害の惹起を回避する義務を課さないこと（帰責性）という2つの観点をうまく解釈論として反映させることが重要である。そして、1つの要件にすべてを任せるのではなく、趣旨の異なる考慮要素は、異なる要件において考慮

するようにすべきである。

まず、①の観点については不可欠要件の文言がこれに対応しているので、近時の有力説のように、特許発明の課題解決を実行するのに不可欠なものをいうと解するべきと考える。

次に、直接侵害惹起を回避する義務を課すべきかどうかの判断では、(a) 侵害用途以外の利用方法を規制すべきでない、(b) 普及品を規制すべきでない、(c) 公知技術を規制すべきでない、(d) 自らの行為が直接侵害につながっているか調査する義務を課すことには慎重であるべきである、(e) 直接侵害を積極的に誘引している場合には、それを停止する義務を負わせてもかまわない、といった観点を盛り込む必要がある。

(a) 及び(b)については、非汎用品要件を、対象物の用途の多様性と市場における流通の程度の両方に着目して、用途が広範で広く市場で一般に入手可能なものを除くと解するのが、文言からも無理がないように思われる。ただし、私見では、(b)の観点がさほど重要とは思われず、立法論としては用途の多様性だけに着目してもよいと考える。

(d)の観点は、主観的要件に既に十分に反映されている。具体的な内容として、高度の蓋然性を認識していれば十分と考えるか、特定人が特許発明の実施に用いているとの認識を要求するかは、被疑侵害者の帰責性の程度の価値判断に左右されると思われる。詳細な検討は他日を期したいが、高度の蓋然性説でも十分に行為者の自由に配慮しているように思われる。

(c)(e)の観点はうまく対応する文言がなく難しい。ピオグリタゾン事件において、裁判所が不可欠要件の中で処理したのも致し方ない部分がある。ただ、ピオグリタゾン事件については、単独で 사용되는用途のものとして既に普及していた物品について、禁止権を及ぼすことは相当ではないというのが問題の本質であったと思われる。そうだとすると、どちらかというとな汎用品要件で対応の方がよかったように思われる。また、もし添付文書で併用使用が推奨されていた場合には、主として侵害用途に向けられているものとして、非汎用品要件を否定するという運用もありえなくはないであろう。ただ、一般的に対応できるかには疑問も残り、本来は立法論で対処すべき事項であろう。

(ii) 立法論について

もし、今から間接侵害規定を立法するのであれば、次のことが言えるだろう。

第1に、米国のような行為型の規制を導入するのは慎重であるべきである。確かに、積極的に直接侵害を誘引する行為を侵害とみなすという一般的規定を入れれば、十分に特許権の実効性を図ることができる。その反面第三者の予測可能性を害し、委縮が生じるというデメリットもある。物品型の規定の設計を工夫すれば、あえてこのような規定を導入する必要性もないように思われるし、日本法では損害賠償請求は認められるのだから、それでさしあたりは十分であろう。少なくとも、裁判例の分析において、そのような必要性を感じさせる事案は発見できなかった。

第2に、専用品型と非専用品型は統合すべきであって、2つに分けるメリットは薄い。非専用品型創設時に専用品型を存置したことは、従前の裁判例の蓄積を思えば合理的な判断だといえる。しかし、逆にいえば、2つの類型を置くことのメリットはこのような歴史的経緯に基づくものでしかないのである。2類型を置くと、両者の棲み分けという問題が生じ、非生産的な議論を招来しかねない。また、専用品型の不文の法理による緩やかな拡張を助長し、第三者の予測可能性を奪う結果となるように思われる。仮に統合型の「物品型」間接侵害規定を設ける場合、条文上、考慮すべき要素を明示的に考慮できるように要件を設定すべきである。具体的には、現状の不可欠要件と同様に、直接侵害を惹起する蓋然性

が高い物品に限るために、発明による課題の解決の実現（特許発明の価値実現）に不可欠な物品に限る要件を設けるべきである。そして、行為者に不当に高度な侵害回避義務を課さないために、①従前から侵害用途以外の用途が存在した物品は原則として規制の対象から除くこと、②市場で簡単に入手可能な普及品自体は原則として規制の対象から除くこと、③当該物品に侵害用途以外の用途が存在しない場合等当然に予見すべき場合を除いて、自らの行為が直接侵害を現に惹起しているかの調査をする義務を課さないこと、④侵害を積極的に誘引する態様において行っている場合は、①②にかかわらず、規制の対象とすべきこと、をなるべく明確に規定すべきと考える。ただし、②の要件は不要であるかもしれない。

第3に、現在の日本の間接侵害規定は、物と方法について分けて規制されているが、これはそのまま存置してもよいであろう。「方法の発明」は発明の価値を実現する行為である「使用」のみが直接侵害となっているのに対し、「物の発明」はその準備行為である「生産」「譲渡等」も侵害行為となっている¹⁰⁹。つまり、物の発明はもともと発明の価値実現との関係では間接侵害に相当するような行為が直接侵害となっているのである。このような構造を前提とすると、物と方法の発明とは規定の仕方を分けざるを得ず、物の発明は「物の生産」を起点に規定を行い、方法の発明は「方法の使用」を起点に規定を行う現在の規定は合理的といえる。

もっとも、「モノからコトへ」が叫ばれる現代において、あるいは、本来医療行為としてクレームされるべきものが便宜的に物のクレームとされている状況において、「物」としてクレームさえすれば侵害の範囲を拡張させられるという現状をどこまで正当化できるかは疑問の余地もあるところである。もちろん、現行特許法はこのような正当化が可能という前提で設計されているのであるが¹¹⁰、将来の立法的課題として、問題意識は持ち続ける必要があるだろう。

5. おわりに

本研究では、「行為型」と「物品型」のうち、「物品型」について専用品型と非専用品型に区分して規定している、日本型の間接侵害規定の利害得失について分析した。裁判例の分析によれば、日本の間接侵害規定は現在のところ、広く間接侵害を成立させることに成功しているが、侵害範囲が広がりすぎることを防ぐ歯止めを明示的に持たないことが問題である。書かれざる要件を解釈により導出することで、裁判所が結論の妥当性を確保しているといえるが、そのような均衡は危ういものであるといわざるを得ない。間接侵害の成立範囲は、直接侵害を惹起する蓋然性が高い物品について、行為者に不当に高度な侵害回避義務を課さない範囲にとどめるべきであるが、その際に必要な考慮要素を明示的に間接侵害の要件として立てるようにすべきである。本研究が今後の日本法のより予測可能性の高い解釈論のための基礎となり、中国及び日本における立法論の貴重な参考資料となることを願って、本研究のむすびとしたい。

¹⁰⁹ 前田・前掲注88) 参照。

¹¹⁰ 前掲注88) に引用した、朱・前掲注12) 278頁参照。

第3節 複数主体の実施による特許の保護

I. 方法特許の保護における分離式権利侵害の問題

中国社会科学院 知識産権センター 管 育鷹 教授

1. 方法特許の重要性及び方法特許の保護に関する動向

(1) 包括的な産業融合の時代における方法特許の重要性

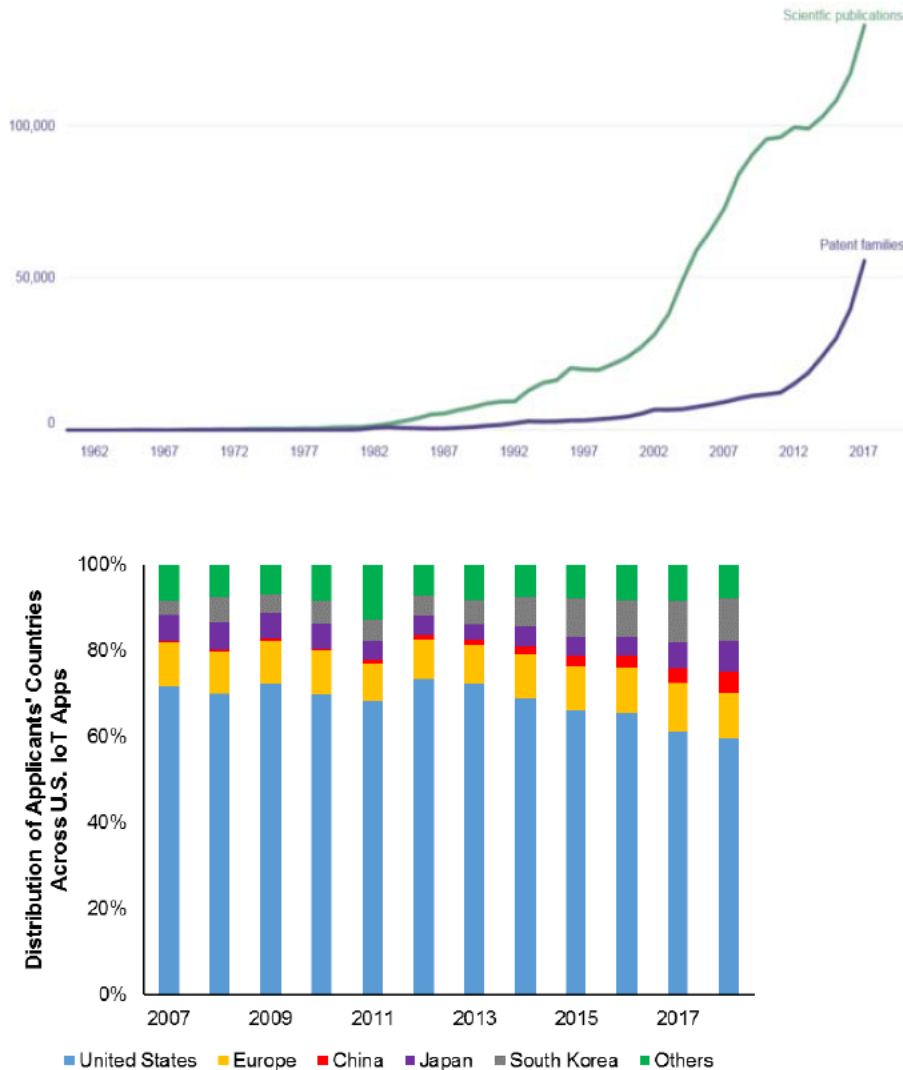
世界各国の特許法制度において、で特許権の保護が得られる重要な技術イノベーションの成果は、「物の発明」と「方法の発明 (Method Claim)」の2種類であると認められている。方法特許 (method/process patent) とは、物質の特性又は機能の変更に用いるプロセス、方法又はステップを使用、又は実施する一種の専用権である。長い間、機械、電力、化学の工学技術の応用をメインとする伝統産業の発展期に、人間社会は生産方式と生活様式に影響する大量の新製品を創造してきた。方法の発明の主な役割は、自動化技術のイノベーションを通じ、人の身体的な機能を強化し、人を重度の肉体労働と一部の単純な頭脳労働及び劣悪で危険な作業環境から解放し、それにより労働生産性を大いに高めたことである。1960～1970年代以降、コンピューターとデジタル技術の急速な発展により、ますます多くの自動化プロセス又は方法に関するイノベーション発明は、コンピュータープログラム制御の助けを借りて、一部複雑な頭脳労働に取って代わった。単純な知的活動ルール又はビジネス経営方法と区別するために、多くの国で、このようなコンピュータープログラムに関わる方法の発明は、特定の装置と結合させた発明をシステム特許 (system patent) として保護されている。

20世紀末以降、情報、バイオ、通信、リモートセンシングなどの技術が増々幅広く応用されるようになり、新しい方法と、新しいプロセスが産業イノベーションの発展を推進する役割は増々明らかになっている。モノのインターネット (IoT) 時代では、人工知能 (AI) 技術はビッグデータの収集、分析、処理、応用の各部分に深く介入しており、情報と通信技術に頼る産業モデルのイノベーションは新たな競争が常態化している。それに伴い、AI技術の研究成果の発表と応用発明特許の登録は、全世界で特に2012年以降から増加傾向にある¹。注目すべきは、米国、ヨーロッパでのAI技術に関わる発明特許の保有量が継続的に他の国、地域より多いものの、近年、韓国、日本、中東アジア地域の件数も明らかに増加している²。今後、各種の産業が高度に融合していく発展傾向にあると予想され、より多くのイノベーション発明がスマートデバイスの製造方法又はインターネット/デジタル環境における human machine interface (ヒューマンマシンインタフェース、HMI) 式操作使用方法の形で現れ、コンピュータープログラムをコアとする方法の発明、又はシステム特許の重要性は言うまでもない。

¹ WIPO 出版物「Technology Trends 2019: Artificial Intelligence, wipo_pub_1055, Figure 3.1」参照。

² 「Thomas Franklin & Kate Gaudry: Patent Trends Study Part Two: IoT Industry, Figure 3」参照。
<https://www.ipwatchdog.com/2019/05/02/patent-trends-study-part-two-iot-industry/id=108800/> (閲覧日: 2019年11月)

Figure 3.1. AI patent families and scientific publications by earliest publication year
AI patent families grew by an average of 28 percent and scientific publications by 5.6 percent annually between 2012 and 2017



(2) 革新的な方法専利の保護力を強化する傾向とその必要性

「インターネット+」の産業発展の態勢の下において、企業の運営方式は大きく変化し、インターネット、通信などの技術イノベーションサービスを通じ、方法を提供する新たな業態は急速に発展している。ビジネス方法のイノベーションは企業に競争力を付与し、企業のイノベーション成果に法律的保護を提供することが非常に重要である。そのため、中国国家知識産権局（CNIPA）は2017年の専利審査指南の改訂で、ビジネスモデル専利に保護を与えることを明確にした。すなわち、ビジネス方法に関わるクレームは、ビジネスルールと方法の内容を含むとともに、技術的な特徴も含む場合、専利法25条に基づき専利権を取得する可能性を排除してはならない³。また、2019年11月にCNIPAは「専利審査指南第二部第九章の改訂案（意見募集稿）」の意見公開募集に関する通知を発表し、人工知能、インターネッ

³ CNIPAによる「特許審査指南の改訂に関する決定」。2017局令第74号。2017年4月1日施行。

ト十、ビッグデータ及びブロックチェーンなどに関わる、一般的にアルゴリズム要件又はビジネスルールと方法要件などの知的活動のルールと方法の要件を含む発明専利出願の審査について特殊な規定を設けた。特にこの意見募集稿には、10つの審査例が挙げられ、これらの種類に係る発明専利の審査及び権利付与の標準に対するさらなる理解に役立つ⁴。しかし、米国などの先進国や中国でも、コンピュータープログラムに関わる方法専利は、客体の特殊性と進歩性基準の不明確性のため容易に権利取得ができず、ビジネス方法クレームは更に難しく、その専利性や進歩性に関する意見は各国においても一致しない。したがって、この種類の方法専利には、実体審査を経て権利を取得し、特に侵害訴訟又は無効審判などの紛争と手続きを経て、権利を有効に維持できれば、その権利が侵害される際、適時かつ強力な保護を与えるべきである。そうすることで初めて、専利制度は新業態下のイノベーション成果を保護する役割を適切に発揮できる。もし他人があるコンピュータープログラムの実行で関連ステップを実施することを知りながら、依然としてエンドユーザーに方法専利を侵害する疑いのあるプログラムを提供し、かつエンドユーザーがプログラムをダウンロードし、インストールした上、更にプログラムを実行し、当該方法のステップを実施した場合、プログラムのプロバイダの侵害責任を追及しないと、方法専利権者の合法的な利益が保護されにくい。

本稿では、複数の主体が権利者の許諾を得ずに、方法専利のステップをそれぞれ実施し、かつ最終的に完全な発明を実施し、方法専利権者の利益を侵害する分離式侵害の状況を中心に検討する。また、このような状況で、中国既存の専利法又は侵權責任法[不法行為法]はいかにその適用ルールを明確にし、或はそのルールについての理解及び適用標準を統一させることで、権利者に対する適切な保護が実現できるかについて検討する。

2. 方法専利の保護におけるジレンマ及び分離式侵害の特徴

(1) コンピュータープログラムに関わる方法専利の高度な無形性

方法専利のクレームに記載されている方法又はプロセスは、有形物に比べて顕著な抽象性や無形性を有する。特に、コンピュータープログラムはイノベーション発明の核心要素であり、既存装置或いは汎用装置を通じて新機能或いはパフォーマンスの向上を実現する関連発明である。そのようなプロセスの実現は、目に見えないコンピュータープログラムの制御に依存しているため、その専利性と、進歩性及び技術的範囲の判断が実務上の難問である。科学技術の先進的な地域の経験から見ると、20世紀後半頃、関連する国ではコンピュータープログラムに関わる専利保護の制度が導入されており、コンピュータープログラムの制御で装置上或いは製品上の技術的な効果を実現する方法又はプロセスに対し、専利保護を与えることではほぼ一致している。2000年に米国特許商標局（USPTO）、欧州特許庁（EPO）及び日本特許庁（JPO）は「ビジネス方法関連発明に関する比較研究」⁵を共同で発表した。その後、各国は、情報ネットワーク技術を用いて進歩性を有するビジネス方法の特許出願の受理を開始した。これにより、一定期間において、電子商取引、フィンテック市場はその刺激を受け、急速な成長を遂げた。しかし、急激に増加したビジネス方法の特許出願と登録は、過度の訴訟など産業の競争秩序を阻害するパテント・

⁴ CNIPAによる「特許審査指南の改訂に関する決定」。2017局令第74号。2017年4月1日施行。

⁵ The Trilateral Office, *Report on Comparative Study Carried Out Under Trilateral Project B3b Business Method Related Inventions*, June 2000.

トロールの問題をもたらした。2012 年、米国で特許の質を向上させるための米国発明法 (AIA) が施行され、多くの金融に係るビジネス方法特許は権利付与後の審判手続きが必要とされている。2014 年、米最高裁判所は、Alice 事件において、「ビジネス方法+汎用コンピューターシステム」という出願策略に疑問を投げかけ、抽象的な思想と具体的な技術要素との組み合わせで進歩性 (inventive concept) を生み出し、これによって特許性を否定する概念自体を遥かに超えることを求めた⁶。Alice 事件から間もなく、USPTO は特許保護の対象の適格性に関する新たなガイドラインを公表し、抽象的な概念の例を挙げたため、ビジネス方法特許の出願件数と登録件数が大幅に減少した⁷。しかし、このガイドラインで、米最高裁判所は抽象的なアイデアと具体的な技術要素をどのように組み合わせれば進歩性を生み出せるか、明確に指摘していなかったため、裁判所と USPTO に難題を残した。未だに米国特許実務界においては、特殊な保護対象としてのビジネス方法特許の審査基準に対し、安定した予見可能性を形成していない。

中国は、米国、欧州、日本と同様に、技術ソリューションに特定の電子ハードウェアデバイスが含まれるコンピュータープログラム関連の方法発明に対し専利権を付与するが、技術的特徴を含まない、又は具体的な実施方法に変換されていない、純粋なビジネス方法ソフトウェアに対しては専利権を付与しない。しかし、技術的課題を解決するために開発され、汎用設備或いはシステムにおいて、コンピュータープログラムの実行で新しい効果を実現するビジネス方法の発明が、専利権の保護対象となるかどうか、進歩性の要件を満たすかどうかに関しては、実際には常に疑問が持たされ、審査部門と裁判部門は比較的に保守的な態度を取っている。典型的な例として、金融・財務会計の安全な支払と情報管理の方法が挙げられる⁸。データ伝送などのモバイル端末がよく使う方法の専利権の権利化基準も明確ではない。例えば、ノキア対華勤事件において、係争専利クレームは機能的な規定として容易に見なされ、また当業者が専利請求の範囲、明細書及び図面を読むことによっても、直接かつ明確に当該技術的な事項の内容を確定できないため、係争装置は技術的な内容が明確ではなく、純粋に機能的に限定された装置であると判断された。ソフトウェア専利に対する司法機関のハードルが高すぎるため、ある意味では当該専利権が架空の権利となり、更にその権利が奪われたという見解もある⁹。

(2) 新製品に関わらない方法専利の保護における不確定性と困難性

中国の専利法 11 条は、「発明専利権及び実用新案専利権が付与された後、本法に別段の定めがある場合を除き、いかなる機関又は組織又は個人も専利権者の許諾を得ずに、その専利を実施してはならない。すなわち、生産経営を目的とするその専利製品の製造、使用、販売の申出、販売、輸入、又はその専利方法の使用、及びその専利方法により直接得られた製品の使用、販売の申出、販売、輸入をしてはなら

⁶ Alice Corp. Pty. Ltd. v. CLS Bank Intern., 134 S. Ct. 2347(2014).

⁷ Michael Webb, Nick Short, Nicholas Bloom, and Josh Lerner: *Some Facts of High-Tech Patenting*, NBER Working Paper No. 24793, July 2018, JEL No. L86, 034.

⁸ 北京市第一中級人民法院 (2009) 一中知行初字第 2560 号、欧州免税ショッピング有限公司が特許審判委員会を訴えた特許拒絶査定不服審判に係る審決取消行政訴訟の一審判決書。係争特許の名称は「安全なオンライン支払いシステム」であり、本件において、人民法院は引用文献から、直接かつ異議なしに係争特許の関連技術を確定でき、両者の相違点は実質的に同様であるため、係争特許は進歩性の欠如に該当すると判断した。北京市第一中級人民法院 (2011) 一中民初字第 6771 号、係争特許の名称は「取引と清算を管理する方法、消費動向に関する情報を知らせる方法」である。訴訟において、係争特許は特許審判委員会に進歩性の関連条項に基づき無効とされたため、権利侵害事件も原告の取り下げにより終了された。

⁹ 蘇志国・孫茂宇・安晶「ノキア対華勤の事件から見る中国におけるソフトウェア専利に関する司法保護」中国発明と専利 2014 年第 2 期。

ない」と規定している。この規定によれば、方法専利の保護範囲は「その専利方法により直接得られた製品」まで拡大することができるが、実際には、新製品の製造に関わらない方法専利に対し、その「拡大保護」の範囲は明確でない。具体的には、以下の側面から分かる。

(i) 製品の製造方法の保護が、専利方法により製造された新製品（通常は、同時に物の専利によって保護）を含むことは疑いの余地がないものであるが、新製品の製造方法に属しない操作法又は用途の発明に対し、専利権の保護範囲を、その方法で得られた製品又は実装された製品や機器までに拡大できるかを考えると、問題が複雑になる。「直接得られた」に対する理解を、狭義的に捉えるか広義的に捉えるかにより、実際の適用において、全く異なる結果を導く。そのため、各国は保護範囲の拡大と定義について、多くの研究と調査を行ってきた。中国では比較的に狭い解釈を採用すべきという見方がある。そうではない場合、例えば、石炭の新しい採掘方法又は洗濯方法に関して、専利権の保護範囲は石炭又は洗淨した服に及ぶが、その方法は使用対象に本質的な物理的な変化、化学的な変化を起こしていないため、常識に反する¹⁰。長年の議論と経験に基づき、中国の法院は現在、方法専利の保護範囲を、その方法が用いられて得られた元の製品及びその加工製品まで拡大できる¹¹という判断基準を用いている。しかし実際には、元の製品と保護範囲の拡大が適用できる加工製品に対し、法官の間でコンセンサスが得られていないため、裁判の基準及び結論が一致しない問題点が生じる可能性がある¹²。コンピュータープログラムに関する方法専利は、一般には計測、技術データの処理、ハードウェアの制御、クライアントアプリケーションなどの操作方法であり、直接に製品を製造して得るものではない。これらの専利に対し、保護範囲の拡大は適用できるかどうか、すなわち、プログラムが実行する装置或いはモジュールは「その専利方法により直接に得られた製品」に属するか否か、業界の中で大いに論議されている¹³。実務上、製造に関わらない純粋なプロセスの方法専利が侵害立証の困難性を意図的に回避するには、装置或いはシステムと結び付けてクレームを作成することができる。ただし、当該装置或いはシステムが新製品ではない場合、又は専利取得済みの方法の実行装置にのみ用いられる場合、既存の技術に対する進歩性を証明することが困難であるため、専利権を取得することが困難であり、その後の無効審判又は侵害訴訟で、効果的に保護される可能性も低い。

(ii) 方法専利のクレームは通常、ステップに基づく技術的特徴によって構成され、具体的な製品ではなく、一種の行為で表現されている。したがって、訴訟では、専利権者は被告が方法クレームに記載されているステップに基づく技術的特徴を用いたことを証明する必要がある¹⁴。専利法 61 条は、発明専

¹⁰ 尹新天『特許権の保護』173-182 頁（知識産権出版社、2005 年）参照。

¹¹ 「最高人民法院による専利権侵害をめぐる紛争案件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈（法釈〔2009〕21 号）」13 条、専利方法を用いて得られたオリジナル製品について、人民法院は専利法 11 条に定めた、専利方法により直接に得られた製品であると認定しなければならない。上述したオリジナル製品を更に加工・処理した上で後続製品を獲得するような行為について、人民法院は専利法 11 条に定めている専利方法を用いて直接に得られた製品の使用に該当すると認定しなければならない。

¹² 例えば、張喜田が石家荘製薬集団欧意薬業有限公司、石家荘製薬集団華盛製薬有限公司、石家荘製薬技術（石家荘）有限公司、吉林省玉順堂薬業有限公司を訴えた発明専利権の侵害紛争事件において、人民法院はオリジナル製品を更に処理した上で得られた後続製品が方法専利の保護範囲に含まれないと判断した。それは法釈〔2009〕21 号の関連する表現と一致していない。最高人民法院（2009）民提字第 84 号民事判決書を参照。

¹³ 邵亜麗「コンピュータープログラムに係る専利出願の専利性に関する検討」（找法網。閲覧日：2019 年 12 月）。

http://china.findlaw.cn/chanquan/zhuanlifa/famingzhuanli/28898_3.html

¹⁴ 尹新天『特許権の保護』172 頁（知識産権出版社、2005 年）参照。

利の専利権侵害をめぐる紛争における立証責任の転換を規定しているが、その文言は「専利権侵害の紛争が新製品の製造方法の発明専利に関わる場合、同一の製品を製造する機関又は組織又は個人は、その製品の製造方法が当該専利方法と異なるものであることを証明しなければならない」であり、すなわち、当該方法は新製品の製造方法を指すことを示している。直接に新製品を製造しない、純粋な操作或いは使用方法の発明専利に対し、立法の角度から見ると、専利権者の立証負担は明確に軽減されていない。新製品を含まない方法専利はその立証が一層難しく、製品専利の技術的特徴は通常、部品、材料、器具、機器或いは装置の形状、構造、成分、サイズなどであり、有形の製品は必ず市場に出されるため、専利権者が侵害の証拠を入手することは比較的容易である。それに対し、方法専利の専利権者がコントロールできるのは、その方法を用いた行為である。行為そのものは完了し次第消えるため、他人が使用された場合、専利権者は侵害を証明することが困難である。したがって、司法実務における裁判所は、慎重を期するため新製品に関わらない方法専利に対し、一般的に、専利権者に被告が専利方法を使用したことを証明するよう求めている。中国の専利法 11 条は、専利製品には「強い保護」、専利方法には「弱い保護」を与えているという見解がある。また、方法専利の侵害を判断する際、使用の環境的な特徴、すなわち、被告が原告の方法を必然的に使用しているか否かを考慮しなければならない¹⁵。

要するに、中国現行の専利法 11 条には、方法専利の専利権者の許諾を得ずに、生産経営を目的とするその専利方法の用いた行為に対し、専利権者に不正使用を禁止する権利を付与したが、仮に特定の方法専利が製品の製造に関係なく、既存の装置で実行される純粋な操作方法である場合、専利権を効果的に保護することは難しい。情報ネットワーク技術の応用に関する多くの新しい発明は、まさに新製品の製造に関わらない典型的で、かつ純粋な操作方法である。

また、中国で方法専利に対する保護が不十分であることは、権利行使の主体に関する疑問からも明らかである。例えば、専利権侵害の紛争において、専利権者は「高電力変換方法とその変換装置」、いわゆる「方法+装置」の発明専利を有していたが、その後、装置クレームが無効と宣告され、方法クレームの有効性が維持された。第一審と第二審の両法院は、侵害でないと判決を下したが、第一審法院は当該装置設備が「使用される」過程で用いられた方法が専利発明とは異なると判断し、第二審法院は当該装置設備が「使用」する方法が専利請求の範囲に含まれないと判断した¹⁶。

（3）方法専利の分離式侵害の特徴及び法律適用における難点

新製品の製造に関わらない方法専利の保護が不十分である問題は、前述した保護範囲と立証の困難性だけでなく、分離式侵害（divided infringement）がもたらす侵害主体及び責任判定の複雑性からも見られる。分離式侵害（複数主体による権利侵害とも言う）の概念は、米国で初めて提起された。2 人以上の主体が、特許権者の許可を得ずに、意思の連絡がなく、特許方法の各ステップを分割して実施し、最終的には保護されるプロセスを完成し、特許権者の利益に損害を与えることを指す。例えば、一つの方法特許が ABC 三つのステップにより構成され、事前に意思の連絡がない甲は A を、乙は B を、丙は C を実施した。各当事者はいずれも侵害していないと主張できるが、特許権者の合法的な利益が保護されない。このように、複数の当事者が関与する分離式の侵害には、次のような特徴がある。

¹⁵ 馬雲鵬「方法クレームの解釈及び使用環境要因の考量」中国発明と専利 2016 年第 5 期を参照。

¹⁶ 広東省広州市中級人民法院（2009）穗中法民三初字第 175 号民事判決書、広東省高級人民法院（2010）粵高法民三終字第 271 号民事判決書を参照。

(i) 単一の当事者のいずれもすべてのステップとプロセスを完全に実行していないため、従来の特許侵害判断のオール・エレメント・ルールによると、厳格な意味での直接侵害者がいないとされる。また、製品特許の間接侵害の中に、直接侵害者と見なされるすべての部品を組み立てたエンドユーザーが存在することとは異なっている。

(ii) 意思の連絡がなく、複数の主体が方法特許の各ステップを分割実施することは、伝統的な意味における意思の連絡があり、分業して完成した従来の共同直接侵害にも当たらない。

(iii) 当事者のいずれも発明の全体を実施していないため、直接侵害は成立しない。一方の当事者が、意図的に他人を、侵害を実施するように誘導し、誘導侵害を構成したことや、一方の当事者が、直接侵害に用いられる材料又は装置であることを知りながら、依然としてそれを幫助し、幫助侵害を構成したことを証明するのも難しい。

(iv) 伝統的な意味における直接侵害は構成しないが、複数の主体が方法特許の各ステップを連続して実施する行為は、保護される特許を実施し、結果的に完全な侵害効果が生じる。特に、方法の最後のステップが、多くのエンドユーザーにより繰り返し実施される場合、特許権者に深刻な損害をもたらす。

製造方法に係らないプロセス方法の特許が分離式侵害の問題を抱える理由は、クレームの作成に、複数の主体による操作行為を実施する表現を用いたからである。したがって、そのような課題は、クレームの作成方法を改善することによって、すなわち、今までよく見られた複数主体による操作に関わるクレームの作成方法を、単独な主体による操作に関わるクレームの作成方法に置き換えることで解決できると一部の研究者が指摘している¹⁷。しかし、情報化社会に入ってから、世界各国は、複数主体による操作に関わるクレームの作成の方法で取得した一定件数の方法特許を保有しており、これらの特許が侵害紛争に巻き込まれた場合、依然として、適切な司法救済を与える必要がある。そして、今後、技術の発展と将来に生じ得る侵害の態様を、クレームの作成方法の変更で意図的に回避できない。将来のIoT時代には、多くの方法発明が、ますます多くの操作主体と係っていくため、複数の主体のみにより実行可能な方法は、一方的な記述方式を用いると、特許法の明確性と完全性の要件を満足できなくなり、また、権利取得又は権利確認の障害となるような課題をもたらす可能性がある。方法特許の重要性と、有効なイノベーションの成果は十分な司法的な救済を受けるべきという特許制度の本意を考えると、産業の発展に比較的に明確な指針を提供できるよう、方法特許の分離式侵害の判定と帰責規則をどのように構築するかを研究する必要がある。

¹⁷ 「片側作成」は、近年のクレーム作成の実務における実践の一種であり、方法クレームを作成する際、当該方法が複数の主体によって実施されることが予想できる場合、装置又はシステムを実行する角度からのクレーム作成のことをいう。それによって、専利権者の権利を保護するには比較的にメリットがあり、共同侵害又は分割侵害を判断し難い難題を回避できる。

庄佳麟「複数の実施主体に関わる専利クレームの単独主体作成方法に関する考察」

http://www.iprdaily.cn/news_18906.html (IPRdaily 中文網。閲覧日：2019年11月24日)。

3. 分離式侵害からの方法専利の効果的な保護に関する中国の対策

上記のように、情報ネットワーク技術に基づく専利法は、IoT 時代において、ますます重要な役割を果たしている。専利法が新しい産業発展の需要を満たすよう、有効な方法専利の保護を強化する必要がある。分離式侵害の特殊性及び方法専利の保護の困難性に対し、外国の関連経験から学び、現行中国法の背景の下で、各種の対応経路のメリットデメリットを考慮して、法理と現実に適した方法発明イノベーションの保護に有益な解決策を求めるべきであると考ええる。

(1) 現行専利法は分離式侵害問題の解決への適用が難しい

(i) 専利法には複数主体による侵害に関する具体的な条項が欠けている

中国現行の専利法には、二人以上の共同又は個別に侵害を実施すること、及びその責任に対する具体的な規定がない¹⁸。特別法に規定がない場合、一般法の規定を適用する原則に基づいて、専利侵害の判断には民法が適用でき、特に侵權責任法のルールが適用できる。そのため、最高人民法院は、2016年に「専利権侵害をめぐる紛争案件の審理における法律適用の若干問題に関する解釈(二)」を公布した。主観的に専利権侵害を知りながら、専用品を提供し、他人の専利の実施を幫助又は誘導する行為に対し、侵權責任法9条の教唆・幫助侵害に関する規定に基づいて、すなわち連帯責任を負うと判断している¹⁹。

(ii) 専利法の専利権の内容と侵害に関する条項の表現は誤解が生じやすい

専利法11条は、いかなる機関又は組織又は個人も専利権者の許諾を得ずに、「生産経営を目的とする」場合、その専利を実施してはならないと規定している。逆に言うと、生産経営を目的とせず専利を実施するには、専利権者の許諾を得る必要がないのか。この場合、理論的には、多くの分離式侵害の事件で、生産経営の目的でないエンドユーザーの行為を侵害と判断することが難しい。文言の表現から見ると、11条は権利侵害と救済に関わる60条に規定されている「専利権者の許諾を得ずにその専利を実施し、すなわちその専利権を侵害した」と完全には一致していない²⁰。実際には、11条が「生産経営を目的とする」を強調していることを考慮し、生産経営の目的でない、或いは生産経営の目的の有無を明確に判断できない消費者の専利実施の行為に対し、司法機関はそれを、69条(当該条項に、消費者個人による専利の実施に関する内容は含まれていないが)に列举された「専利権の侵害とみなさない」行為と同一視する傾向がある。例えば、西電捷通がソニー社を訴えた事件で、法院は以下のように指摘している。

¹⁸ 70条においてのみ、販売業者の合法的な由来に係る抗弁に関する規定がある。即ち、「専利権者の許諾を得ずに製造、販売された専利権侵害製品であることを知らずに、それを生産経営の目的で使用、販売の申出又は販売した場合、その製品の合法的な由来を証明することができる場合は、賠償の責任を負わない」。

¹⁹ 法釈[2016]1号21条、かかる製品が、専利の実施のために専用の材料、機器、部品、中間物などであることを知りながら、専利権者の許諾を得ずに、当該製品を生産経営のために他者に供給して他者が専利権侵害の行為を実施し、権利者が当該供給者の行為が侵權責任法9条に掲げる侵害幫助行為に該当すると主張する場合、人民法院はその主張を認めなければならない。かかる製品、方法に専利権が付与されたことを知りながら、生産経営のために他者を積極的に誘導して他者が専利権侵害の行為を実施し、権利者は当該誘導者の行為が侵權責任法9条に掲げる侵害教唆の行為に該当すると主張する場合、人民法院はその主張を認めなければならない。

²⁰ 中国特許法の60条に規定されている「専利権者の許諾を得ずにその専利を実施、即ちその専利権を侵害する」という内容は、米国とほぼ同様である。即ち、目的と主観的な要件を強調せず、行為のみを規制する。ただし、米国の立法は比較的緻密で、米国特許法271条(a)には、「本法に別段に定めがある場合を除き、いかなる個人は、特許権者の許諾を得ずに、特許の有効期間内に、米国において特許権が付与された発明の製造、使用、販売の申出と販売をした場合、又は特許権が付与された発明を米国へ輸入した場合、当該特許権の侵害に当たる」と規定している。

特別な状況において、専利権を直接に実施した行為者は、「生産経営を目的としない」個人に該当し、或いは専利権を直接に実施した行為が専利法 69 条の 3 号、4 号、5 号に規定する行為に該当する。直接実施の行為が専利侵害を構成しないため、間接侵害の行為者に民事責任を負わせられない場合、相当一部における通信、ソフトウェアの使用方に係る専利は、有効又は十分な法的保護を受けることができず、科学イノベーションの奨励及び権利者の正当な権利と利益の保護に役立たなくなる。ただし、間接侵害の認定には、知りながら、専用品、実質的に非侵害用途が存在するなどの条件が必要なため、専利権者の立証責任は軽くない²¹。

事実において、中国専利法の 11 条は専利権の内容に関する規定であり、侵害に関する規定が 60 条で、この 60 条は「生産経営を目的とする」ことを、明確に侵害行為を判定する前提条件として考慮していない。当然ながら、万全を期すため、条項に「本法に別段に定めがある場合を除き」との制限的な表現を追加すべきである。侵害を判断する際に、11 条ではなく、60 条を根拠とすべきであろう。このように、分離式侵害の難問を抱えている場合、司法機関は、エンドユーザーによる直接的な行為の実施は直接侵害ではないと考える一方、製品或いは専用品の提供者が「間接侵害」に該当すると判断するような論理的なジレンマに陥ることを回避できる。しかし、11 条は長年にわたり、専利裁判への法律適用に、疑問をもたらしていたことを鑑み、侵害条項との混同を避けるために、専利権の内容の禁止権の表現を実施権の表現に変更することを検討してもよい。例えば、「発明専利権及び実用新型専利権が付与された後、専利権者はその専利を実施する専利権を有している。すなわち、生産経営を目的とするその専利製品の製造、使用、販売の申出、販売、輸入、又はその専利方法の使用、及びその専利方法により直接得られた製品の使用、販売の申出、販売、輸入」と表現できる。よって、現行専利法 60 条の侵害の定義に関する最初の文言を「本法に別段の定めがある場合を除き、専利権者の許諾を得ずに、その専利を実施することは専利権の侵害と見なされる」のように表現できる。

簡潔に言うと、エンドユーザーによる侵害の有無について、立法上、曖昧な取扱いをすべきであろう。外国の司法経験から見ると、理論的には、間接侵害の従属説と独立説のどちらの論点でも²²、最初の直接侵害行為の存在を否定していない。しかし、実際には、専利権者がエンドユーザーの個人の直接侵害の責任を直に追究することは稀である。直接侵害を認めた上で、明らかに生産営業を目的とし、かつ専利権の侵害を知りながら、他人を誘導する間接侵害者の連帯責任を追究することができる。

（2）侵権責任法の複数行為者による権利侵害の帰責原則で分離式侵害の解決に関する疑問

方法専利の分離式侵害では、二人以上の行為者が関与し、外見的に侵権責任法における複数行為者による権利侵害の責任の判断基準を適用することができる。2009 年の侵権責任法は、初めて中国の法律において、完全となる複数行為者による権利侵害の責任のシステムを確立した。その中の 8 条から 10 条までは、それぞれ共同加害行為（狭義の共同不法行為）、教唆幫助行為（共同不法行為と見なす）及び共同危険行為（準共同不法行為）を規定しており、11 条と 12 条は、意思連絡のない複数行為者による権利

²¹ 北京市高級人民法院（2017）京民終 454 号民事判決書を参照。

²² 王立達・陳師敏（台湾地域）「専利権の間接侵害の規制制度：中国の判決実証研究及び法的提案」科学技術法学評論 2014 年 11 卷 2 期 41-85 頁を参照

侵害に関する規定である²³。一般的に、共同危険行為とは、他人の身体、財産の安全に害を及ぼす行為を指すものであり、「危険性のある共同行為は他人の被害の原因となる」²⁴という特徴は、明らかに専利権侵害の性質とは大きく違っている。本文では10条の規定は議論しない。このように、専利分野で、複数の行為者による分離式侵害の判断は、8条、9条、11条、及び12条の順で考察することができる。

(i) 侵権責任法における共同不法行為の適用条件の欠如

侵権責任法8条における共同不法行為は、二人以上が共同で権利侵害行為を行い、他人に損害を与えた場合、連帯責任を負わなければならないというものである。この規定は、狭義的かつ典型的な共同不法行為であり、その中で、侵害行為の共同性の認定がこの条項の適用に関する核心的な課題である。その点で、中国の学术界においては長期にわたり議論が続けられてきた。その中で、主観説が有力であり、同時に、客観説を主張する学者も少なくない状況である。主観説には共謀説（共同故意説）と共同過失説が含まれ、客観説の観点では、行為人に主観的な共同連絡がある必要はなく、客観的な行為の関連性がある限り、共同の権利侵害と見なされる²⁵。中国侵権責任法の8条に規定される「共同の権利侵害の行為」、すなわち狭義の共同権利侵害に対し、主観説の観点でこの規定の「共同で実施」とは、権利侵害行為の実施に関して、行為者に「意思の連絡」があることを意味する。意思の連絡がなければ「共同で実施」とは言えず、「別々で実施」に当たるとすべきである²⁶。「複数の行為者の間に主観的に共同侵害に関する意思連絡がある場合や、共同の過失がある場合は、共同の錯誤と見なされる。」²⁷このように、狭義の共同権利侵害は、共同権利侵害者がその行為又は結果に共通認識を持つこと、或いはその共同行為と損害の結果に対し、合理的な注意義務を尽くしていないことを強調している。これも、民法の理論に基づくもので、この種の権利侵害の場合、どの一方の当事者によっても連帯責任を負うことができるということの基本的な出発点である。

専利の分野では、従来の民法の権利侵害理論も同様に適用できる。専利権侵害の構成要件に関する司法実務における主流となる観点も依然として共同過失説であり、複数主体が専利権侵害に対して主観的な意思連絡または共同過失が強調されている。しかし同時に、客観説についても司法界において一定程度認められている。例えば、北京市高級人民法院のガイダンス文書において、「二人又は二人以上の者が共謀して専利権侵害の行為を実施し、又は分担、協力して実施した場合、共同の権利侵害になる」²⁸と規定され、折衷性を表している。個別の事件の判決で、法院は、共同侵害の構成についての判断において、主観的な過失も客観的な行為も両方考慮している。例えば、「電磁バルブ」専利権侵害紛争の再審事件において、最高人民法院は共同侵害の判断に当たり、以下の要件を備えるべきであると指摘した。つまり、加害者は二人又は二人以上の者であり、各加害者の間において主観的な共同意思があり、各加害者の相互行為の間に客観的な相互利用、協力と支援があり、各加害者の行為による損害の結果が共同意思の範囲内に含まれるということである。当該事件において、法定代表人とその所属会社は、主観的に共同侵害の故意があり、客観的に実施行為を分担していたため、共同侵害が成立し、連帯責任を負うべきであ

²³ 程瀟「意思連絡のない複数主体による権利侵害について——「侵権責任法」11条、12条を中心に」暨南学報（哲学社会科学版）2011年5期71頁を参照。

²⁴ 楊立新『侵権法論』314頁（吉林人民出版社1998年版）を参照。

²⁵ 劉凱湘等「意思連絡のない複数主体による権利侵害行為について」政法論叢2009年6期35頁を参照。

²⁶ 梁慧星「中国の侵権責任法の解説」北方法学2011年1期10頁を参照。

²⁷ 佟柔主編『民法原理』227頁（法律出版社1986年版）を参照。

²⁸ 北京市高級人民法院の「専利権侵害の判断指南（2017）」116条。

ると判断された²⁹。また、委託と契約に基づいて共同侵害として推定した人民法院も存在する。すなわち、「既存の証拠により、事件に係るケース入りダンベルセットは斯博汀社が豊利社に生産加工を委託したものであること、さらに両社が共同で製造と販売の活動を実施したことを証明できる」³⁰。

方法専利の侵害に関して、共同侵害の成立には、複数主体の間に主観的な意思連絡があり、客観的に分業して方法プロセス全体を完成する必要がある。分離式侵害の典型的な状況で、複数主体が方法専利のあるステップを個別に実施した場合、他のステップの実施者と事前の意思連絡が必要ないことは明らかである。特に、使用者が一般消費者或いはエンドユーザーである場合、製品の説明書どおりに操作するものであり、他人と共同で専利方法を実施していることを知るのは難しく、主観的に連絡があったと言うのは困難である。複数主体の間の意思連絡を証明する証拠が不十分な場合、共同侵害にあたると直に判断し、かつ、特定の一方向の当事者のみに対して連帯責任を追究するのであれば、理論的に正当化するのには困難であろう。

（ii）専利権の間接侵害ルール適用による分離式侵害責任の判定の窮状

①国内外における特許権の間接侵害に関する理論及び制度の発展

間接侵害の概念は、かなり早くから米国の判例法に現れており、主に誘導と幫助の2形態に体现されていた。「間接侵害理論の基礎及びその必要性を最も早く確立した」と研究者に称された1871年のWallace対Holmes事件で、原告の特許はバーナーとガラスのランプカバーを含むランプの性能改善装置に関するものであり、ガラスのランプカバーは必須要件であったが、主な技術的特徴はバーナーであった。被告はバーナーのみを単独で販売し、消費者は被告から購入したバーナーを、別途入手したガラスのランプと組み合わせて使用できる。裁判所は、被告が特許権者の許諾を得ずに特許装置又は特許方法に用いられる部品を販売する行為が侵害幫助に該当すると明確に指摘した。オール・エレメント・ルールによれば、本件特許に係る発明の実施者は、バーナー、ガラスのランプカバーの生産・販売者と消費者などを含む複数の主体である。一方、間接侵害理論によればバーナーの販売者の責任を追及することができる。なぜなら、販売者の毎回の販売行為が、いずれも消費者にこの特許の実施にあたる組み立ての提案（proposal）に該当するからである³¹。その後、米国の裁判所は、多くの誘導侵害と侵害幫助に関する判例を蓄積し、それにより、オール・エレメント・ルールに基づき、被疑侵害者が単独で発明の全部を実施しているとは言えず直接侵害に該当しないとした事案においても、他の主体による発明の実施を積極的に誘導又は幫助する行為、或いは特許方法を実施する他に実質的な用途がないことを知りながら、その材料または装置（専用品）を生産し提供する行為が、共同侵害に該当する、として課題を解決した³²。

上記から分かるように、間接侵害の概念が米国の判例法に導入されたのは、行為者がクレームの構成要件を全て実施しておらず、直接侵害に関するオール・エレメント・ルールを満たさないが、行為者が請求項のコアステップを実施したため、特許権を直接侵害する可能性が極めて高く、このような行為を止めないと、特許権を保護する意義を失う虞があるからである。特許権という連邦政府により付与された専有財産権の保護を強化し、共同侵害の通常法（common law）上の原理を適用する際に生じ得る州の

²⁹ 最高人民法院（2018）最高法民再199号民事判決書を参照。

³⁰ 最高人民法院（2007）民三終字第3号民事判決書を参照。

³¹ Charles W. Adams, A Brief History of Indirect Liability for Patent Infringement, 22 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L. J. at 369 (2006)参照。

³² 陳師敏「専利権の間接侵害に関する法律分析と実証研究」（台湾地域）国立交通大学科技法律研究所、修士論文、7-20頁を参照。

間の差を避けるため、米国は 1952 年の特許法改正で特許権侵害及びその責任の判断について専門条項 271 条を設けた。そのうち、271 条の (a) 項は侵害行為 (infringes the patent)、(b) 項は誘導侵害 (actively induces infringement)、(c) 項は幫助侵害 (contributory infringer) である³³。また、271 条の (a) 項は直接侵害、(b) 項と (c) 項は間接侵害であり、しかも間接侵害とは「古いコモンロー上の共同侵害者」と考える学者もいる³⁴。米国の特許法が 271 条の (b) 項と (c) 項に、誘導侵害と幫助侵害の概念及び要件を明確に規定したことは、実際に従来のコモンローの共同侵害の理論の採用から生じ得る理解の齟齬を軽減することに役立つものである。例えば、侵害行為の誘導又は幫助は、「積極的な誘導」、「知りながら」、「専用品」、「部品、材料又は装置が特許創造の実質的な部分を構成すること」、「共通製品又は汎用製品ではなく、商業において実質的に非侵害用途を有しないこと」などの要件を満たす場合、それが従属する直接侵害の発生を証明する必要はなく、侵害者を誘導又は幫助する行為者を単独で提訴してその責任を追及することができる。同時に、特許法の間接侵害に関する明確な規定により、権利者は間接侵害者のみを提訴する際に、損害賠償以外に差止命令による救済も求めることができる。

ドイツと日本でも間接侵害を立法において明確に規定している。ドイツの特許法 10 条は、「(1) その手段が発明の実施に当たり、その実施に用いることを第三者が知っているか、状況から明らかである場合、特許発明を実施する正当な権限を有する者以外の者に、この法律が有効な範囲での発明の実施のため、発明の本質的な特徴に係る手段を、この法律が有効な範囲における特許権者の同意なく提供あるいは提供の申出をすることを、第三者に禁じることができるという効力を特許は更に有している。(2) 1 項は、上記手段が一般的に市場で入手可能な製品を含む場合は適用されない。ただし、前記の第三者が、故意に提供を受ける者に 9 条 2 号で禁じられている行為をさせた場合はその限りでない。」と規定している。この規定から、10 条 (1) 項が幫助侵害、(2) 項が誘導侵害を指し、どちらも「知りながら」、「専用」、「誘導」を要件として、それぞれ米国の間接侵害に関する特許法 271 条の (b) 項と (c) 項に対応していることがわかる。ドイツの裁判所も実際に間接侵害の理論と立法規定に基づいて判決を下したことがある³⁵。

現行の日本特許法 101 条は、特許権又は専用実施権の侵害と見なされる行為を規定し、その 4 項には、特許が方法の発明の場合に、業として、その方法の使用にのみ用いる物の生産、譲渡等若しくは輸入又は譲渡等の申出をする行為；5 項には、特許が方法の発明の場合に、その方法の使用に用いる物（日本国内において広く一般に流通しているものを除く。）であって、その発明による課題の解決に不可欠なものにつき、その発明が特許発明であること及びその物がその発明の実施に用いられることを知りながら、業として、その生産、譲渡等若しくは輸入又は譲渡等の申出をする行為と規定されている。この二つの条項は、特許権の間接侵害（誘導侵害を含まず、侵害幫助のみを指すもの）行為に関する規定と見なされ、前者は、主観的な故意を強調せずに方法特許の実施に用いられる「専用品」を提供する行為を規制しており、後者は、方法特許の実施に用いられる「発明による解決する課題に必要な不可欠な物品」を提供する行為を規制し、「知りながら」の主観的な錯誤を強調している。日本の特許法において、間接侵害の条文を明確にした立法主旨は、特許権者の利益の全面的な保護にあることが明らかである³⁶。実際に、日本の裁判所は、「専用品」については提供者の錯誤を立証する必要がなく、「発明の課題解決における

³³ 米国特許法 35 U.S.C. § 271 を参照。

³⁴ Giles S. Rich: Infringement Under Section 271 of the Patent Act of 1952, 21 GEO. WASH. L. REV. 521, 521 (1953), at 525 を参照。

³⁵ ト元石「ドイツ専利権の間接侵害制度と判決の解析」知的財産権 2018 年 10 号を参照。

³⁶ 中山信弘『注解特許法（第 3 版）』955 頁（青林書院、2000 年）を参照。

必要不可欠な物品」についても、その提供者の「知りながら」の主観的な錯誤に対する立証責任のハードルをそれほど高くしていないが、学术界においては、「専用品」、「発明による課題解決に必要不可欠な物品」、「実質的な非侵害用途を有する共通製品又は汎用製品」など一見して客観的な問題点について依然として一定の議論が存在する。例えば、「一太郎」事例において、係争特許の請求項1は情報処理装置であり、請求項2は情報処理の方法である。裁判所は、被告のソフトウェア製品をインストールしたコンピュータが請求項1で保護される装置に当たると判断した。なぜならば、コンピュータは、そのソフトウェアをインストールして初めて、請求項1に記載された機能を有することができるからであり、そのソフトウェアは請求項1で保護される発明によって課題解決に不可欠であり、独立説または従属説を問わず、被告のソフトウェアを提供した行為が特許製品の間接侵害に該当するため、権利侵害行為を差止め、且つ侵害製品を廃棄するよう裁判所は命じた。一方、請求項2について、裁判所は、被告が関連ソフトウェアを生産販売する行為が方法特許の間接侵害に該当しないと判断した³⁷。本件から、ソフトウェア関連の方法特許では、ソフトウェアと方法の抽象性に鑑み、ソフトウェアを「発明による課題解決に不可欠なもの」と認定することは依然として難しいことがわかる。

中国の間接侵害に関する理論検討と立法提案は、2008年の第3回専利法の改正、若しくは更に早い時期に既に開始されていた。中国の法院は、既に大量の間接侵害の事件を審理しており、しかもこのような事件は増加する傾向である。このような背景で、司法実務での法律適用の混乱を避けるために、専利法において間接侵害を定める必要があるとの観点がある³⁸。一方、専利権の過剰な保護は中国の実際状況に適応しないため、間接侵害を法律で明確に規定しないほうがよいとの声もある³⁹。2008年の専利法改正には、間接侵害の規定が導入されなかったが、同時期に起草、改正した中華人民共和國侵權責任法(2009年)9条には、教唆、幫助行為の共同侵害の態様が明確に規定されていたので、裁判所は専利権侵害紛争の事件を審理する際にもこの法律を適用するようになった。さらに、2016年、中国の最高人民法院は、司法解釈の方式で専利分野の間接侵害のルールを明確にした。この司法解釈21条に規定されている専利権間接侵害の制度は、専利権者への保護を更に強化するものであり、その目的は、実際に間接侵害者と最終的に発明創造を実施した権利侵害者との間に意思疎通がないと共同過失が否定されることを抑制するためである。間接侵害者が、自らが提供する部品などが専利権を侵害する専用品の生産にのみ用いられることを知りながら、他者に提供したり、又は他者が専利権の侵害行為を実施するよう積極的に誘導したりすることは、明らかに主観的な悪意があるもので、これらの行為を侵權責任法9条に規定の範囲に盛り込むことは、侵害責任法の趣旨に合うもので、専利権者への保護を強化する客観的な実現においても適合してものである⁴⁰。間接侵害は第4回の専利法改正案に含まれたが、2019年の最新の改正案では残されていない。研究によれば、中国の司法解釈における間接侵害の規定は米国、ドイツ、日本などの国と一定の違いがあることが明らかであり、すなわち、中国では、「専用品」を規定すると同時に、行為者の「知りながら」も要求することが厳しすぎるもので、専利権の保護に不利になる場合があるた

³⁷ 日本知的財産高等裁判所平成17年(終)第10040号判決書を参照。大淵哲也「日本法における発明特許権の間接侵害(抜粋)」2009年特許権の間接侵害国際シンポジウム、(台湾地域)經濟部智慧財産局。

HP: <https://www1.tipo.gov.tw/ct.asp?xItem=203040&ctNode=6704&mp=1> (閲覧日: 2019年12月) も参照。

³⁸ 程永順「専利法第3回改正に残された遺憾—専利権の保護を視座に」電子知的財産権2009年5号。

³⁹ 張玉敏、鄧宏光「専利権の間接侵害制度三論」學術フォーラム2006年1号。楊萌、鄭志柱「専利権の間接侵害と専利権の侵害判断の原則」知的財産権2011年4号。

⁴⁰ 宋曉明氏が2016年3月22日に中国最高人民法院主催の「専利権侵害紛争事件の審理における最高人民法院の法適用に関する若干の問題の解釈(二)」に関する記者会見で紹介した内容参照。

中国法院網: <https://www.chinacourt.org/article/detail/2016/03/id/1826424.shtml> (閲覧日: 2019年12月)

め、立法によってこれを整備すべきである⁴¹。

② 専利権の間接侵害理論の適用による方法専利の分離式侵害問題における障害

外国の経験から見ると、間接侵害が司法実務経験のまとめから立法にまで引き上げたのは、主に専利権者が単独で提訴でき、差止及び損害賠償の請求が可能なることを明確にするためである。具体的に言えば、共同侵害行為における共同錯誤の要件を求めることとは異なり、間接侵害の判断においては、権利者に対して、直接侵害者（往々にして、購入者又はエンドユーザー）の主観的な過失の証明を強要せず、間接侵害者（往々にして、専利製品の部品の提供者）の主観的な態様のみを考慮し、かつ、その提供者が購入者の使用意図を知っていることだけを証明すれば、権利侵害を構成すると考えられる。そのため、このルールキーワードは「積極的な誘導」、「知りながら」、「専用品」などの要件と適用基準である。実証研究によると、中国の司法実務において、人民法院は間接侵害の存在を知りながらという要件を認定したケースが珍しくなく、しかも原告の勝訴率が日本より高いことが分かる⁴²。上記より分かるように、中国の立法における間接侵害の条項が明確になされていないが、実務における専利権者への保護がそれほど深刻な影響を受けているものではない。言うまでもなく、司法政策の観点から、司法解釈により間接侵害を明確にすることは、裁判における判断基準を統一させ、専利権への保護を強化するに当たり有益であることは明らかである。

そうであるとしても、間接侵害の概念は、それが体現される行為が誘導であれ幫助であれ、いずれも直接侵害の存在を理論的に否定していない。物の専利と物を製造する方法の専利の場合、間接侵害の概念とルールは、実際において最終的にすべての製品の部品を組み立てて、保護される物の「製造」または「生産」を行う直接侵害者（通常は、エンドユーザー）が存在するため相対的に理解しやすく適用しやすいものである。しかし、方法の専利の場合、エンドユーザーまたは消費者は、その方法の全てのステップを実行しておらず、最終ステップのみを実行する行為者は、専利権侵害のオール・エレメント・ルールによって、直接侵害者に該当しないと見なされるため、間接侵害の適用には依然として一定の理論的な障害が存在する。

例えば、前述した西電捷通がソニー社を訴えた WAPI 専利の侵害事件において、原告の請求項 1 は、移動装置の LAN アクセス時のセキュリティ認証方法に関するものであり、この専利方法は、移動端末、無線アクセスポイント及び認証サーバーという、それぞれ特定の動作及びやり取りを行う 3 つの独立した実行主体により実行されるもので、典型的な複数主体による方法クレームである。被告が原告に無許諾で、イ号製品の設計開発、生産製造、出荷検査等において、必然的に原告の専利を単独で実施し直接侵害を構成したという判断については、一審法院と二審法院は同様であった。しかし、携帯電話の使用では直接侵害が存在しないため、携帯電話の供給行為が侵害の幫助に当たらないという被告の抗弁に対し、両法院の判決は異なっていた。北京知識産権法院（一審法院）は、「通常、間接侵害行為は直接侵害行為の存在を前提とする。しかし、これは、専利権者が他の主体が直接侵害行為を実際に犯したことを証明する必要があるとの意味ではなく、専利権者が、イ号製品のユーザーが製品に事前に設定されたとおりに製品を使用し、専利の技術的特徴をすべて網羅することさえ証明できればよい。当該ユーザーが侵害責任を負うべきであるか否かは、間接侵害行為の成立とは無関係である」とした上で、本事件の経緯を

⁴¹ 張其鑑「我が国の専利権の間接侵害立法モデルの反省—評定法積[2016]1 号第 21 条を中心に」知的財産権 2017 年 4 号。

⁴² 伊藤貴子「専利権の間接侵害—中日法律規定と司法実践に関する比較研究」華東政法大學修士論文 2010 年 4 月。

考慮し、被告がイ号製品に係争専利を実施するための専用装置が内蔵されていることを知りながら、当該製品を他者に供給する行為は、侵害の幫助行為に該当すると判断した⁴³。一方、北京市高级人民法院（二審裁判所）は、「本件において、個人ユーザーを含むいずれの実施者も、単独で本件専利を完全に実施できない。また、単一の行為者が他の行為者の実施行為を指導・制御したり、複数の行為者が共同で調整して本件専利を実施したりする事情も存在しない。直接の実施者が存在しない前提で、そのうちの一つの部品の供給者が幫助侵害を構成すると認定することは、上記の幫助侵害の要件を満足せず、また、権利者の保護を過度に拡大し、社会公衆に不利益をもたらす」とした上で、イ号製品が実質的な非侵害用途を有し、本件専利を実施するための専用装置ではないため、幫助侵害を構成しないと判断した⁴⁴。同じ事案における、一審法院と二審法院の間接侵害についての理解及び適用の結果が異なっていることから、専利に係る司法解釈に導入されている間接侵害のルールを個別の事件に適用して、方法専利の侵害問題を解決することには、依然として混乱が存在する。

（iii）意思疎通のない複数主体による権利侵害へのルールの適用で直面する困難や保護不足

分離式の侵害で、特にエンドユーザーが一般消費者の場合、権利者が複数主体の間に共同侵害の意思の疎通があったことを証明するのは難しい。そこで、中国の侵權責任法の意思疎通のない複数主体による権利侵害のルールを適用して救済を図ることができるのだろうか。実際、権利者は、意思疎通のない複数主体による権利侵害の行為を証明し、侵權責任法に基づき、被告に連帯責任を負わせるように請求する場合も、同様な困難に直面している。

①連帯責任を負う「全ての人の侵害行為が全部損害を構成するに足る」という要件を満たさない

侵權責任法 11 条は、「二人以上の者がそれぞれ侵害行為を行い、同一の損害を生じさせ、且つ各人の侵害行為がいずれも全ての損害を生じさせるに足る場合には、行為者は連帯責任を負うものとする。」と規定している。この規定は、意思疎通のない複数の実施主体による共同損害の場合を想定したものであるが、各人の権利侵害の行為が単独で全ての損害を生じさせるに足る必要があるという、客観的な要件が極めて厳格である。しかし、専利分野において、オール・エレメント・ルールは各国の専利侵害の認定で共通のルールであり、すなわち、専利侵害と認定されるためには、被疑侵害者が専利のクレームに含まれる技術的特徴をすべて実装したことを証明する必要がある。実際には、通常、異なる主体が異なるステップを実行した専利方法の場合、全てのステップを実施してプロセスを試験や測定など極一部の場合に限り、被疑侵害者（同一の行為者）が保護される専利方法の各ステップを全部実行するというケースがある。すなわち、分離式侵害の場合、単一の行為者が専利方法を全部実施し、直接侵害に構成することを立証できず、各人の単一の行為が権利者に全ての損害を与えるに足ることを証明する方法も存在しないため、そのうちのある行為者に侵害全体に対する連帯責任を負わせることができない。

②各人の責任は立証が困難であり、平均された責任は損害を補えない

侵權責任法 12 条は、「各人が分担する責任における意思疎通のない複数主体による権利侵害」に規定によれば、二人以上が別々に権利侵害行為を行い、同一の損害を生じさせ、その責任の大小を確定でき

⁴³ 北京知識産権法院（2015）京知民初字第 1194 号民事判決書を参照。

⁴⁴ 北京市高级人民法院（2017）京民終 454 号民事判決書参照。

る場合は、各自が相応の責任を負い、責任の大小の確定が難しい場合は、平均して賠償責任を負うことになっている。しかし、無形の方法の専利において、技術的特徴が多ければ多いほど、その操作や実行のステップが複雑であればあるほど、権利者がステップの実行者の侵害全体の損害に対する責任の比率を証明するのが大変に難しくなる。他方、仮に責任の大小の確定ができず、平均して賠償責任を負う場合、専利方法の最後のステップを数多くのエンドユーザーが実行したり、権利者がユーザーを提訴しなかったりして、実際においては実行された方法専利のあるステップの実行者から、全損失には不十分な一部の賠償しか得られない。

つまり、侵権責任法の意味疎通のない複数主体の侵害行為及びその帰責原則の適用は、方法専利の分離式侵害での各当事者の行為の結果とその責任を説明することができず、専利権者に十分な法的な救済を提供することが困難である。

(3) 分離式侵害の判断における「制御又は指導」論及び類似推理の適用の傾向

(i) 「制御又は指導」に関する直接侵害の判断ルールの外国での形成及びその実践

複数主体に関連する外見かれして、分離式侵害は、米国が相次いで判例、学理及び立法において明確にしてきた専利の間接侵害（本稿で前述の内容を参照）と区別されない。しかしながら、米国の特許法は既に立法で間接侵害を規定しており、知りながら、故意との主観的な要件を強調することは、逆に裁判所が通常法の原則を適用して新たな課題を解釈・解決する柔軟性に限界が現れてきた。そのため、米国特許法の間接侵害条項の適用においては、方法特許の分離式侵害の責任を追及する問題を解決できず、米国裁判所は、この窮状を解決するために、分離式侵害の概念を導入した⁴⁵。例えば、2007年にデビットカードを使用して個人認証コードの提供が不要な決済方法特許に関する BMC Resource 侵害事件において、当該特許のクレームに記載されたステップは、消費者、請求書の処理者（インタラクティブ音声システム）及び金融機関などの複数の実行者よりそれぞれ共同で完成されるものである。米国の連邦巡回控訴裁判所（CAFC）は、実行者の一方が他方を制御又は指導し（control or direction）侵害行為を完成させた場合、当該実行者が本件特許の構成要件を全部実行し、直接侵害を構成していると認定できると判断した。また、Muniauction 事件において、CAFC は、主な首謀者（mastermind）が、他者を制御又は指導して残りの本件特許の各ステップを実行させたため、本件特許の全クレームが実行されたことによる直接侵害の責任を負うべきであると判断した。むろん、係争特許に係るすべてのステップを実行したと感じさせるよう、首謀者の他者への制御又は指導は一定程度に達している必要がある⁴⁶。また、Centillion Data Sys. 2 の事件において、CAFC は、被疑侵害者が「システム全体を制御し、且つそれを通じてサービスを提供することで、利益を得た」と指摘し、直接侵害に該当すると判断した⁴⁷。2015年、CAFC は、米国の最高裁判所に差し戻された数年間続けられた Akamai 紛争事件を審理し判決を下し、下記の分離式侵害に関する法律基準を明確にした。すなわち、分離式侵害の判断において、まず直接侵害における「単一主体」の定義を拡大すべきである。要するに、「1) 単一主体が他者の実行行為を制御または指導していた。2) すべての実行主体が共同の事業体をなす。」という二つの場合、複数の主体を単

⁴⁵ Nathaniel Grow: *Resolving the Divided Patent Infringement Dilemma*, 50 U. Mich. J. L. Reform 1 (2016)。

⁴⁶ See BMC Resources, Inc. v. Paymentech, L.P., 498 F.3d 1373 (Fed. Cir. 2007); Muniauction v. Thompson Corp., 532 F.3d 1318 (Fed. Cir. 2008)。

⁴⁷ Centillion Data Sys. LLC v. Qwest. Int'l, Inc. et al. Nos. 2010-1110, -1131 at 2 (Fed. Cir. Jan. 20, 2011)。

一主体と見なして直接侵害と認定できる。次は、「制御又は指導」の法則において、単一主体の責任の認定を次のような場面にまで拡大すべきである。すなわち、被疑侵害者が、特許方法のステップを実行する際の具体的な行為を決めた場合、またはその行為による利益の獲得者であり、かつ実行行為の方式又はタイミングを確立した場合、その行為が直接侵害に該当すると認定できる。また、当該基準に基づき、裁判所は、Limelight 会社が、顧客との契約締結により、tagging を含む各ステップを実行して Limelight システムを使用するように客に要求し、且つ Limelight システムの使用方法を明確に指導した行為が、直接侵害に該当するとの判断を下した⁴⁸。

上記から分かるように、「知りながら」、「専用品の提供」、「故意的な誘導」など従来の間接侵害とは異なり、特許方法の分離式侵害に対して、米国裁判所は主観的な意思疎通と複数の主体による分割の実行形態を無視し、それぞれの分割実行行為が客観的に主導的な役割を果たしている実行者にとって「制御または指導」と見なされ、「制御または指導」の実行者を直接侵害者と認定できるという特殊な判断ルールを採用している。この判断ルールの要点は、直接侵害者が他人を制御又は指導し、特許方法を全部実行させたため、他者の行為も制御者又は指導者に帰責できる点にある。このルールの価値は、制御または指導されているという情報を知らない主体を保護し、制御者・指導者に特許権侵害の責任を厳格な範囲において負わせることにあるとの観点もある⁴⁹。実際には、このルールの主な形成理由は、方法特許の侵害事件において、原告が直接侵害を証明することが困難であり、不可能であったためであり、幫助、誘導で間接侵害となる前提がなくなることにある。複数主体による権利侵害において、特許方法を有効に保護できない法律の抜け穴を埋め、意思疎通による共同侵害、直接侵害の存在及び故意または過失を前提とする間接侵害、意思疎通のない分離式侵害⁵⁰などの不法行為ルールの適用というロジックの陥穽に陥ることを避けるために、方法プロセスの実際の制御者の侵害責任を直接追及することが有意義である。

「制御または指導」の標準における直接侵害の認定方式は、間違いなく侵害判断の過程を簡潔化し、方法プロセスの主要な制御者に直接侵害者として全ての侵害責任を負わせ、コンピュータープログラムに関する方法特許の保護を強化する米国裁判所の司法実務のこの考え方に、ヨーロッパでも同様の反応が見られる。例えば、2009 年 10 月の「MP3 輸入事件」において、ドイツ連邦最高裁判所は、「直接侵害者には、自分の行為が第三者の権利侵害の行為を促しているか、またはその権利侵害の行為への便宜の提供につながることを知っている人も含む」と指摘した。この論理的な推論によれば、仮に特許方法の最後のステップを第三者が実行した場合、自分の行為が第三者の権利侵害の行為を促進する、またはその権利侵害の行為に便宜を提供していることを知っている人も、直接侵害に該当する可能性がある。これは 2009 年の「プリペイドカード事件」でのドイツのデュッセルドルフ裁判所の解釈にもある。この事件では、ユーザーがプリペイドカードを購入した後、パスワードをスクラッチし、そのカードに設定された番号を公衆電話などからダイヤルする際に、通信業者のダイヤルアップを受信するコンピューター

⁴⁸ Akamai Techs., Inc. v. Limelight Networks, Inc., 786 F.3d 899, 909 (Fed. Cir.), rev'd en banc, 797 F.3d 1020。

⁴⁹ 宋戈「方法特許の分割侵害についての判定—「西電捷通事件」を視野に」電子知的財産権 2018 年 11 号 70 頁を参照。

⁵⁰ 従来の不法行為法上において、専利方法の分割侵害に最も近いのは、典型的な分割侵害であり、即ち、意思疎通なしの分割侵害行為の実施により、同一の損害結果をもたらすことに対しては、比較法の研究の結果としては、このような権利侵害の責任判断のルールは割合責任又は単独責任と認定するものである。詳細は、楊立新、陶盈の「分割侵害行為を論ずる」晋陽学刊 2014 年 1 号を参照。

システムにアクセスし、ダイヤルアップ者を他者と繋げ、プリペイドポイントを使い切ったら、システムが直接電話を切るという方法に関するものである。これらのステップは、ドイツ国内で実施されることもあれば、海外で実施されることもある。なぜなら、コンピューターシステムには、電話をかけるために用いるプリペイドカードのパスワードのデータベースが含まれ、パスワードとそれに対応するポイントが残ったプリペイドカードを持っている人がドイツにいるとは限らないためである。デュッセルドルフ高級裁判所は、これについて次のように指摘した。方法特許の直接侵害は、すべてのステップがドイツで実行される必要はなく、国外で実行されるステップは、国内の実行者に責任を負わせることができ、それは国内の実行者が特許実施の利益を得る目的だからである⁵¹。この判決は、ドイツの裁判所が複数主体の権利侵害の認定において、単一の主な実行主体が「知りながら+促進又は利益獲得」との要件を満たせば、その実行主体に責任を負わせる判決のロジックを反映している。

複数主体の特許権侵害の問題において、日本には、間接侵害アプローチ、共同侵害アプローチ、道具理論アプローチ、均等論アプローチ、管理支配論アプローチなどが存在する⁵²。複数主体の実施による方法特許の分離式侵害の問題をどのように解決すべきか、学术界と実務界では関連司法判断の解釈をめぐり、議論し分析している。複数主体の実施による方法特許の権利侵害に関する「電着画像事件」において、被告は特許方法を用いた銅板を生産し、その生産された銅板の表面に剥離紙を貼り付けて、その後で文字盤製造業者に販売され、後者は剥離紙を引き裂いて銅板を文字盤に貼り付け、本件特許方法の最終工程の実施を完成していた。裁判官は、原告の主張を認め、文字盤製造業者が銅板を購入した後、剥離紙を引き裂いて銅板を文字盤に貼り付ける以外に用途がなく、しかも被告も、その銅板製品を購入者に販売する時に他の用途があるとは考えられないため、購入者がその銅板を購入後、その使用により当該方法特許の最終工程を実行することは必然であると判断した。言い換えれば、被告は購入者の行為を予見でき、この工程を被告製品の購入者である文字盤製造業者を道具として実施されているに過ぎないため、被告の行為は本件特許権を侵害すると認定し、侵害行為を差止め、損害を賠償すべきと判断した⁵³。日本の学者は、裁判所のこのアプローチを「道具理論」として解釈した⁵⁴。また、「眼鏡レンズ供給システム事件」において、裁判所は「管理・支配論」を採用した⁵⁵。しかし、裁判所と学术界は、ネットワーク環境での複数主体による特許権の侵害の問題についての認識がまだ定説になっていない。「インターネットナンバー事件」において、裁判所は、上記の理論についての言及を回避し、クレームの保護範囲を解析する方式で、係争方法特許で記載されるネットワークへの「アクセス」方法を「アクセスを提供する」方法と解釈し、被告の「アクセスを提供する」行為を特許権の直接侵害と判断した⁵⁶。

⁵¹ ドイツ連邦最高裁判所の判決、BGH, Xa ZR 2/08、デュッセルドルフ裁判所の判決：District Court Dusseldorf, GRUR RR 2001, 201, 204, InstGE 1, 26, 31 g 参照。McDermott Will & Emery: *Divided patent infringement in Germany*, March 21 2012, <https://www.lexology.com/library/document.ashx?g=2dc6db95-4ee6-4678-9a8d-d429baf064b4> (閲覧日：2019年12月)。

⁵² 露木美幸「多様化する間接侵害に対応する解決法の構築に向けた一考察」知財研紀要 2013 Vol. 22、19-1-7 頁（一般財団法人知的財産研究教育財団知的財産研究所、2013年）を参照。

⁵³ 東京地裁平成12年（ワ）第20503号判決を参照。

⁵⁴ 潮海久雄「分担された実施行為に対する特許間接侵害規定の適用と問題点」特許研究 2006 No. 41、5-17 頁を参照。

⁵⁵ 東京地裁平成16年（ワ）第25576号を参照。関連分析は、松田俊治「複数の主体が関与する物の発明について特許権の侵害を肯定した事例」パテン 62 巻 8 号 58-69 頁（2009年）を参照。

⁵⁶ 知的財産高等裁判所平成20年（ネ）10085号、鶴谷裕二「方法の発明における侵害主体性について特許権の侵害を肯定した判決」パテン 64 巻 6 号 15-20 頁（2011年）を参照。

(ii) 中国の方法専利の分離式侵害判定に関する司法実践

外国の判例と検討などは、中国学術界の方法専利の分離式侵害に関する学理的な討論に示唆を与えてきた。研究によると、直接侵害または間接侵害の理論を利用した分離式侵害の認定には、どちらもいくつかの障害が存在すると示されている。したがって、中国の司法実務に合わせて、「制御または指導」の基準を導入し、更に中国の間接侵害の認定の理論を結びつけることにより、更に優れた実用的な規範的な効果を発揮できるはずである。そのため、「制御または指導」基準を踏まえて、複数主体の関係を類型化し、直接侵害を合理的に定義する⁵⁷。また、方法専利のクレームに記載される動作主体は権利侵害主体とは異なり、権利侵害の主体は、その動作主体の制御者を指すものであり、侵害主体を動作主体のみに制限すべきではないという観点もある。ソフトウェアの開発者または製品配置業者は、ソフトウェアのリリース及び製品配置によって方法専利のクレームにおける動作主体と同様な制御を実現できたとして、その行為は侵害行為と見なすべきである⁵⁸。

近年の司法実務において、中国の法院も、方法専利の侵害判断における幫助侵害または間接侵害のルール適用には困っており、米国、日本など他の国が方法特許の分離式侵害で主観的な意思疎通の要件を緩め、客観的な行為に関わる「制御または指導」の判断アプローチまたは「道具理論」を重要視するやり方がある程度参考にしている。例えば、西電捷通がソニー社を訴えた WAPI 専利侵害事件において、一審法院は、「被告が、イ号製品に WAPI 機能のモジュールセットが内蔵されていること、このセットが本件専利を実施するための専用装置であることを知りながら、原告の許諾を得ずに生産経営のために当該製品を他者に供給して本件専利を実施させた行為は、幫助侵害の行為に当たる。」と判断した。これに対して、二審法院は、「本件における個々のユーザーを含むどの実施者も、単独で本件専利を完全に実施できない。また、単一の行為者が他の行為者の実施行為を指導・制御、または複数の行為者が共同で調整して本件専利を実施するという事情も存在しない。直接実施者が存在しない前提で、そのうちの要素の一つの供給者が侵害幫助にあたると認定することは、上記の侵害幫助の要件を満足せず、また、権利者への保護を過度に拡大し、社会公衆の利益を不当に害することとなる。したがって、専利出願の法の司法解釈の 21 条 1 項の規定によれば、ソニー社の中国における行為は侵害の援助とはならない。」と判断した⁵⁹。二審判決からみれば、法院は単一の行為者が他の行為者の実施行為を指導・制御する行為が直接侵害に該当する可能性があることを認めたが、当該事件では被告がこのような直接侵害者に該当するとは認めなかった。

なお、最高人民法院知識産権法廷の「ネット事業者のポータルサイトにアクセスする簡易方法」に関する発明専利の侵害紛争に係る最新の判決において、「制御または指導」論の中国司法への影響が見られる。本件において、法院はネットワーク通信の分野における方法専利の複数主体による権利侵害の問題を全面的に詳述し、「この分野のほとんどの発明創造は方法専利であり、その出願書類は、多くの場合、複数主体の関与が実施に必要な方法専利の記載しかできず、または、このような記載方法により発明の本質的な技術的内容をよりよく表現できている。しかしながら、これらの方法専利は、実際のアプリケーションで、ソフトウェアがハードウェアデバイスにインストールされ、エンドユーザーが端末デバイ

⁵⁷ 張澤吾「方法専利の分割侵害判定についての研究」法学雑誌 2016 年 3 期。劉友華、徐敏「米国多主体による専利権侵害の認定ルールの変遷と示唆」知的財産権 2015 年 9 号を参照。

⁵⁸ 王宝箏「方法専利の侵害主体問題についての一検討」中国発明と専利 2018 年 11 号を参照。

⁵⁹ 北京知識産権法院（2015）京知民初字第 1194 号民事判決書、北京市高級人民法院（2017）京民終 454 号民事判決書を参照。

スを使用する時に、このソフトウェアがバックグラウンドで自動的に実施されることが多い…被疑侵害者のイ号製品に関する製造・販売行為は、専利方法のエンドユーザーによる実施を直に導いたと認定すべきである…被疑侵害者が生産経営を目的として、専利方法の実質的な内容をイ号製品に固定化し、その行為又はその行為による結果が、クレームに規定する技術的な特徴をすべてカバーするのに不可欠な実質的な役割を果たした場合、すなわちエンドユーザーが当該イ号製品を正常に使用する限り、この専利方法が自然に再現できる場合、被疑侵害者がこの専利方法を実施し、専利権者の権利を侵害する。」⁶⁰と指摘した。上記から分かるように、西電捷通がソニー社を訴えた WAPI 専利の侵害事件において、被告が「制御または指導」の直接侵害者に該当しないとの二審裁判所の認定とは異なり、ルータに関する事件で、法官は被告が専利方法の技術的な解決策をイ号製品に固定化し、その行為又はその行為による結果が、侵害に不可欠な実質的な役割を果たしたと認定し、端末ユーザーの行為は直接に被告に引き起こされたと判断した。被告の直接侵害の責任を追究するには、コンピュータープログラムをメインとする方法専利の「内蔵固定化+実質的な役割」の直接侵害の基準がより把握しやすく、これはネットワークイノベーション技術を厳格に保護する姿勢を反映している。

(4) 終わりに

CNIPA による 2017 年の改訂「専利審査指南」と 2019 年 11 月に公布した「専利審査指南第二部分第九章修正草案（意見募集稿）」から分かるように、上述の専利出願に関する審査規則と登録基準の相次ぐ改訂は、コンピュータープログラムの人工知能などの分野に係る専利発明などを促進し・奨励する専利関連の国家政策を体現している。そのため、コンピュータープログラムに係る方法専利の出願件数が増加しつつあると予想される。また、コンピューターとネットワーク技術の急速な発展に伴い、コンピュータープログラムに関する方法専利に分離式のクレームの記述方式を採用する場面が益々多くなり、2 人以上のユーザーが異なる時間と場所において、中国の専利権が保護されない外国で個別に実施され、ステップの全体を完了するという現象も発生するであろう。そのため、専利権者が専利法の保護を求めることがますます難しくなる。誰かが「単独主体の記載」による解決方式を提案したとしても、現在の複雑な技術に、この方法で著しい効果を得ることは困難である⁶¹。

有効な専利権は、タイムリー且つ有効な法律で保護が与えられなければならない。そうでなければ市場価値を含む技術革新の成果が保護されにくく、専利法の趣旨にも反する。インターネット分野において、コンピュータープログラムの制御を主なプロセスステップとする方法専利の分離式侵害の現象で、依然として単一の実行主体に関する従来どおりのオール・エレメント・ルールで判断していくと、発明創造の保護は疑いなく空論になってしまう。これは、米国、日本などの国が、司法実務で、分離式侵害という概念を益々多くの場面で採用し、異なる推理でこれを直接侵害と見なす特殊な形式で方法専利の保護を強化してきた原因でもある。事実からも分かるように、米国の「制御又は指導」論、又は日本の「道具論」のどちらかによらず、裁判所が複数主体間の主観的な意思疎通の要件を緩め、客観的な行為の共通性や傾向を更に強調している。

⁶⁰ 中華人民共和国最高人民法院（2019）最高法知民終 147 号民事判決書を参照。

⁶¹ Mark A. Lemley, David O'Brien, Ryan M. Kent, Ashok Ramani, & Robert Van Nest: *Divided Infringement Claims*, American Intellectual Property Law Association Quarterly Journal, Vol. 33, Number 3, 2005, p256. 参照。

中国の各級人民法院は、現在の間接侵害の認定において、ある設備に対して「実質的非侵害用途」を有するか、又は「係争専利の実施にのみ用いられるもの」であるか、その判断について意見が分かれている⁶²。それに対して、分離式侵害の現象と主な制御者を直接侵害者と判断する方法には、ある程度の共通認識がある。例えば、「他者を制御または指導して実行行為を完成させる単一の行為者が存在しない場合…」⁶³又は「専利方法の実質的な内容をイ号製品に固定し、その行為又はその行為による結果が、請求項に規定する技術的特徴をすべてカバーするのに不可欠な実質的役割を果たした…」との記載において解釈している⁶⁴。比較すると、このような分離式侵害を間接侵害として判断するよりも直接侵害と認定した方がより簡単で効果的であり、技術発展の傾向にも適合していると考えられる。方法専利の分離式侵害に関する判断ルールを更に明確にするために、専利法に専門の条文を設けるか、又は司法解釈を通じて規定することが考えられる。複数主体による方法専利の分離式実施の行為に対しては、海外の「制御又は指導」論及び実務経験を吸収し、各主体の主観的な意思疎通の要件を緩め、それらの客観的な行為の関連性を強調し、方法専利の実施プロセスにおける重要ステップの主な制御者の直接侵害の責任を追及することが考えられる。

⁶² 注 59 を参照。

⁶³ 北京市高級人民法院（2017）京民終 454 号民事判決書を参照。

⁶⁴ 中華人民共和國最高人民法院（2019）最高法知民終 147 号民事判決書を参照。

Ⅱ. 特許法における共同直接侵害—日本法の経験—

筑波大学 潮海 久雄 教授

1. 問題の所在

我が国の民法では、719条で共同不法行為を定め、2項で教唆についても不法行為を認めている。

ただし、アメリカの不法行為と異なり、我が国の不法行為は損害の填補を主目的としており、人格権などの侵害でない限り、不法行為に基づく差止請求が認められていない。特に教唆・幫助行為に対する差止が認められていない。また、間接侵害規定は、直接侵害の予備段階でその危険性のある行為を差し止めようとするものである。つまり、間接侵害規定は、ある意味で、クレームの範囲外の行為を差し止め、権利範囲を拡張する法理である。

我が国の法体系及び間接侵害規定についてのこれらの特徴が、以下の立法・法改正や事例に対する裁判例や学説の考え方にも反映されているように思われる。すなわち、1959年の立法時、2012年の改正時、さらにはソフトウェア関連発明や、ネットワーク関連発明の事例について、間接侵害規定や共同直接侵害の拡大適用に慎重である。

まず、1959年に我が国は間接侵害規定をはじめて立法したが、欧米と異なり専用品規定のみであった。また、2012年に我が国は、プログラムを「物」の発明として規定し、あわせて特許法に非専用品規定を導入したが、アメリカの積極的誘引を導入せず、また、共同直接侵害規定も導入しなかった。それは、正当なビジネスを害するおそれがあるからである。また、民法での教唆・幫助行為に対する差止が認められていないためである。

もっとも、2012年当時、共同直接侵害についても議論がなされており、複数主体が共同する場合、幫助・教唆の場合、個人ユーザーを含む場合の「業」要件の適否が問題となり、今後の課題となっていた。その後、ネットワーク関連発明等で、複数主体が分担して実施することが予定されている場合に、個々の行為主体が責任を負うか、という形で我が国の裁判例でも問題になった。2012年当時アメリカのCAFCや最高裁判例が下されたこともあり、我が国の学説でも議論がなされた。

本稿は、ネットワーク関連発明の実施の特徴を踏まえた上で、民法の共同不法行為、間接侵害規定、管理支配論（手足論）、クレーム解釈等の整合性の諸点から論じる。

2. 我が国の立法経緯（昭和34年、平成14年改正）

（1）民法の共同不法行為

民法の共同不法行為（民法719条）がもともと存在した。719条1項は、「数人が共同の不法行為によって他人に損害を加えたときは、各自が連帯してその損害を賠償する責任を負う。共同行為者のうちいずれの者がその損害を加えたかを知ることができないときも、同様とする。」と規定する。719条2項は、「行為者を教唆した者及び幫助した者は、共同行為者とみなして、前項の規定を適用する。」と規定する。

（2）昭和34年改正（1959年）

昭和34年法（1959年）に特許法101条で専用品の規定（現行法1号、4号）のみが規定された。立法過程の案では、欧米にならって非専用品の規定も含んでいたが、途中で抜け落ちた。その趣旨は、特許権者にとって主観的要件の立証が困難であることと、非専用品の規定にまで広げることは過度な権利拡張の防止につながるからと考えたからであろう。

（3）平成14年改正（2002年）

平成14年（2002年）改正で、専用品の規定（1号、4号）とは別個に非専用品の間接侵害規定（2号、5号）が導入された。その理由は、被疑侵害者が、ありとあらゆる非侵害用途を主張するためである。これに対して、欧米では、非専用品規定のみに加えて積極的誘引（active inducement）の規定が導入されていた。また、欧米では専用品か非専用品かについて判断を区別せず流動的に判断している。なお、平成14年改正は、実施行為の定義規定（2条3項1号、2条4項）に、「ソフトウェア等」を物の発明として認めたことにも留意する必要がある。というのは、非専用品規定の想定事例がソフトウェアだからである（3.（1）参照）。

また、あわせて、ネットワーク関連発明を念頭に、共同直接侵害、幫助・教唆規定の導入を検討し見送ったものの、そこでの議論を参照する必要がある（3.（2）参照）。

3. ソフトウェア・ネットワーク関連発明

（1）ソフトウェア関連発明

平成14年改正で導入された非専用品規定の想定事例は、ソフトウェア関連発明であった。改正時の報告書¹の「(3) ソフトウェア関連発明の拡大と間接侵害規定の見直し」の項でも、多機能を特徴とするソフトウェアも、以下の場合に非専用品の間接侵害規定で差し止めようとした趣旨がうかがわれる（(i)被疑侵害者がモジュール（プログラムの部品）を開発・供給した場合、(ii)コンピューターシステム製品群中の、各製品（ソフトウェア・ハード）を開発・供給した場合、(iii)方法クレームは、ユーザーの使用行為のみゆえ、ソフトウェアの販売行為を差し止める必要がある場合）。

（2）ネットワーク関連発明

改正時の報告書の「4 ネットワーク社会の拡大と複数主体による特許権侵害」の項でも、以下のよう
に、共同直接侵害、積極的誘引規定を特許法に導入する以下の3つの考え方が提示された。もっとも、結論としてその導入は否定された。

導入論の第1は、共同実施による特許権侵害（刑法の共犯理論や民法の共同不法行為）で、複数主体

¹「ネットワーク化に対応した特許法・商標法の在り方について」（2001年12月・産業構造審議会知的財産政策部会）p32-34。

が一体となって侵害していると評価し、すべての主体及び行為について差止請求を認めるものである。導入論の第2は、特許権侵害者（直接侵害者）が存在する場合に幫助・教唆する行為について、積極的誘引規定を設ける見解である。幫助・教唆行為の例として、特許発明の実施に必要な装置・部品の供給する行為、特許発明の実施に必要なノウハウの提供により侵害者を有形・無形に幫助する行為、使喚²により他人に特許発明の実施を決意させる行為である。

導入論の第3は、共同実施の中に個人ユーザーが含まれる場合、「業」要件を満たさないおそれがあるため、共同直接侵害ないし教唆規定を認めるべきとするものである。

しかし、これらの導入は否定された。その理由は以下の2点である。

第1に、アメリカと異なり、特許権に関する民法上の共同不法行為（教唆）やネットワーク上の幫助行為に関する判例の蓄積が不十分であり差止めを認めた事例が生じていなかったためである。第2に、無形的幫助・教唆行為についての差止請求を広く認めることで正当なビジネスへの萎縮作用があるおそれがあるからである。

（3）非専用品のプログラムの事例（〔一太郎大合議〕）

知財高裁平成17年9月30日判時1904号47頁〔一太郎大合議〕は、情報処理方法（ヘルプ機能表示方法）の特許権を、一太郎ソフトの提供者に対して権利行使した事例である。ただ、留意すべきは、直接侵害行為は、ユーザーがPCにより当該情報処理方法を使用することであり、その間接侵害行為は、ユーザーが情報処理装置に一太郎ソフトをインストールする行為であり、その間接侵害行為（つまり間接の間接侵害）は被告による一太郎ソフトの製造・販売である。

大合議判決は、非専用品の間接侵害規定の4要件をいずれも認めた（ただし無効の抗弁を認めて侵害を否定した）。すなわち、被告ソフトは、被告ソフトウェアをインストールしたパソコンの生産に用いるものであるとして、①「その物の生産に用いる物」にあたる。また、②被告において、その発明が特許発明であること、および、その発明の実施に用いられることを認識していることを充たす。さらに、汎用品とは「ねじのような一般製品であり、特注品でなく他の用途に用いることができ、一般に入手可能な規格品・普及品」を意味すると定義した。その上で被告製品の一太郎ソフトは、発明の構成を有する物の生産にのみ用いる部分を含むから、③「日本国内において広く一般に流通していないもの」とした。さらに、被告ソフトは、キーワードを忘れたときや知らないときに機能説明サービスを受けることができないという課題に不可欠なものであるとして、④「特許発明による課題の解決に不可欠なもの」の要件を充たす。

もっとも、〔一太郎大合議〕は、ソフトウェアについて、非専用品の間接侵害規定を適用すると、その範囲が広がりすぎることを露呈してしまった。つまり、警告すれば、②主観的要件を満たしてしまうし、③汎用品要件で、実際の訴訟では、ねじのような規格品・普及品が問題にならず、具体的なものであるため要件を満たしてしまう。特に、一太郎ソフト全体は他のPCでもインストールできる非専用品かもしれないが、ヘルプ機能の点では専用品ともいえる。さらに、発明の課題の解決に必要なものとして、④要件を満たしてしまう。

² しそう。人に指図して、悪事などを行うように仕向けること。

4. 間接侵害規定での装填

(1) 間接侵害の間接侵害

また、〔一太郎大合議〕の判示で問題となったのは、間接侵害の間接侵害行為は、侵害にならないとした点である。つまり、方法の発明における間接侵害規定を、方法の実施に直接用いられるものに限定し、間接侵害の間接侵害（の間接侵害・・・）という因果関係の連鎖により間接侵害規定が拡大適用されるのを防止するためであろう。でないと、無体物としての部品、とりわけソフトウェアがユーザーのところまで転々流通した場合に、ユーザーでの直接侵害を起点に、どこまでも上流にさかのぼって間接侵害規定により差し止めうるためである。また、ソフトウェアに様々な部品が付け加わって製品化された場合も、理論上は、どこまでも上流にまでさかのぼって間接侵害規定で訴えることができることになってしまうからである。

(2) その後の裁判例の対応

④要件（「発明による課題の解決に不可欠なもの」）を、欧米の裁判例と異なり、以下のように厳しく解した。つまり、「発明による課題の解決に不可欠なもの」の要件を、「当該発明が新たに開示する、従来技術にみられない特徴的手段について、当該手段を特徴づけている特有の構成ないし成分を直接もたらすもの」に限定して、取引の安全を図っている³。

その背景には、被告製品が特許権の構成要件のすべてを充足していないことが明らかにもかかわらず、間接侵害を活用する事例や自ら製造しないで、莫大な汎用品の販売企業を訴える事例が少なくないためである⁴。

(3) 平成 14 年改正の評価

(i) 教唆・幫助行為

平成 14 年改正で、実質方法の発明であるソフトウェアを、「物」の発明として保護したことにより、ソフトウェアについては、従来間接侵害規定（フロッピーディスクでの販売など）でしか捕捉できなかった行為を直接侵害とするもので、既にその実施行為を拡大している。また、非専用品規定についても、生産・譲渡される「物」に無体物（ノウハウ、設計図、ソフトウェア）も含めると、実質上の準備行為、教唆行為も差止請求できるようになる。さらに、教唆・幫助行為には、間接侵害規定が念頭において「物」の提供以外に、さまざまな行為を含んでおり、間接侵害規定が定める行為以外の教唆・幫助行為に対する差止請求を限定する必要がある⁵。とりわけ、有体物の物の事例では、部品を提供するのが幫助行為にあたり、製品を製造するのが直接侵害行為と両者が明確である。これに対して、ネットワーク

³ 東京地判平成 16 年 3 月 23 日判時 1892 号 89 頁〔プリント基板用治具クリップ〕

⁴ 飯村敏明「非専用品型間接侵害の立法と実務の変遷」L&T 別冊 No.3 66 頁（2017）。

⁵ 東京地判平成 16 年 8 月 17 日判時 1873 号 153 頁〔切削オーバーレイ工法〕（本件実施行為は被告である工法協会の会員の施工行為（使用）であって、被告協会のパンフレットの配布や登録申請行為が会員との共同行為でない。また、発注者に対する便宜や技術水準の定立、技術管理者の資格付与行為が、会員の施工行為を教唆するという原告の主張を棄却した。）

関連発明では、例えば、ユーザーの行為以外の、複数企業による情報処理などの使用行為については、どれが幫助行為か直接侵害行為か不明確である⁶。

実際に、侵害主体についての判断であるが、共同直接侵害の後述〔JAddress〕の事例において、ユーザーがアクセスする発明ではなく、ユーザーによるアクセスを提供する方法の発明とクレーム解釈して、ユーザーが関与しない方法発明として方法発明の「使用」概念を広げている。

（ii）非専用品規定の拡大適用のおそれ

また、非専用品の間接侵害規定において、主観的要件を満たさないとして棄却した事例はほとんどなく、主観的要件は機能していない。特許権者が被告に対して侵害警告する事例がほとんどであり、訴訟提起が警告にあたる可能性すら考えられる。さらに、前述のとおり、〔一太郎大合議〕では、汎用品をねじ、釘など一般的に定義しているため、ほとんどの事例で汎用品でなくなり、汎用品規定も機能していない。

このように、非専用品規定の各要件の解釈が機能していない状況において、被告製品が特許権の構成要件のすべてを充足していないことが明らかにもかかわらず間接侵害規定を主張する事例が多い（前掲注（4）参照）。したがって、構成要件を充足せず、直接侵害が存在しないという理由で棄却される事例が多い。また、前述のとおり、欧米と異なり、「発明による課題の解決に不可欠なもの」の要件を厳しく解している⁷。

（4）独立説と従属説

我が国の裁判例では、原則として直接侵害行為を必要とする従属説にたっている。

とりわけ、海外での直接侵害行為については従属説である。直接侵害者が外国で実施する場合、属地主義の原則により我が国の特許権の効力がおよばないため、間接侵害は成立しない。後述の〔製パン器〕も「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」としている（東京地裁平成19年2月27日判タ1253号241頁〔多関節搬送装置〕、大阪地判平成12年12月21日判タ1104号270頁〔ポリオレフィン用透明剤〕）。

これに対して、家庭内など私的領域において発明を実施している場合（私的实施）、間接侵害が成立するとしている（独立説）。その理由は、間接侵害規定が私的なユーザーにより容易に実施される広い領域の特許製品をカバーしており、私的なユーザーに部品を提供する間接侵害者の行為を免責すると、特許権者の独占権を害するほどに損害が拡大しうるからである。とりわけ、ネットワークにおいては私的領域における実施が大規模に行われる可能性がある。大阪地判平成12年10月24日判タ1081号241頁〔製パン器〕は、理由として「製パン器は一般家庭において使用し68条の『業として』の実施に該当せず、直接侵害行為を構成しないが、このような限定は、個人的な実施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という特許法の目的から不必要に強力な規制である、という政策的理由にすぎず、

⁶ 以上について、拙稿「間接侵害」『特許訴訟』（専門訴訟講座6）（民事法研究会・2012年）265頁、285・286頁、拙稿「特許法における教唆・幫助行為と間接侵害」知財研フォーラム87号3頁参照。

⁷ 欧米の比較法も含めて、拙稿・前掲注（6）291-296頁。

特許発明が私的に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ないという趣旨ではない」と判示している。

また、傍論ではあるが、知財高裁平成 18 年 1 月 31 日 判時 1922 号 30 頁[インクタンク控訴審]が、①間接侵害が成立するような当該方法の特許発明にのみ用いる物を特許権者が譲渡した場合に譲受人等が方法の使用をする行為、及び、②成果物（物を生産する方法の発明にかかる方法により生産された物）の使用・譲渡について消尽を認めている。

消尽は厳密には物の譲渡という有体物について成立するため、方法の使用そのものには原則として消尽は成立しない。ただし、方法の発明の実施に必要な装置を譲渡した場合には、当該方法の特許が消尽する場合を認めるべきであろう。

5. 共同直接侵害

（1）問題の所在

「複数主体が実施することが不可避な発明で」、クレーム全体が実施されている場合に、その一部を分担している者が差止請求を受けるかが問題になる。本稿は、共同不法行為、間接侵害規定、支配管理論、積極的誘引の立法、構成要件充足と侵害主体・救済（差止請求）の区別、の諸点から述べる。

（2）裁判例

（i）スチロピーズ事件

大阪地判昭和 36 年 5 月 4 日下民集 12 巻 5 号 937 頁 [スチロピーズ] は、熱可塑性物質（ポリスチロール等）から多孔性成形体を製造する方法の発明で、微粒物を製造する工程（第 1 工程）と、微粒物から多孔性成形体をえる工程（第 2 工程）からなる発明が問題となった。数個の工程が結合している方法発明について、被疑侵害者がその一部の工程を実施しているだけでは、間接侵害の場合を除き、原則として侵害とならないと判示した。

ただし、1) 特許方法の一部分の実施行為が他の者の実施行為とあいまって全体として当該特許方法を実施する場合に該当するとき（例えば一部の工程を他に請け負わせ、これに自ら他の工程を加えて全工程を実施する場合、又は数人が工程の分担を定め共同して全工程を実施する場合）は侵害行為となる。

これに対して、2) 他人の特許権の実施となることを予測して中間物質を供給する場合や、その使用による特許方法の実施を勧告した場合は特許権侵害の教唆者・幫助者にすぎず、侵害行為とならないと判示した。

もっとも仮処分での差止めの必要性がないとして却下された事案であるため、傍論と考えられる。

（ii）電着画像事件

東京地判平成 13 年 9 月 20 日判時 1764 号 112 頁 [文字盤電着画像] は、時計の文字盤を製造するための電着画像の形成方法の発明について、Y が電着画像の製造工程を行い、その購入者（文字盤業者）A がそれを文字盤に貼り付ける工程を行った事例で、被告製品の製造時点で購入者 A によって発明の最終工程がなされ、裏面の剥離紙をはがして文字盤等が貼付されることが明らかな場合、Y は購入者 A を

道具として全工程を実施していると同視できると判示した（以下道具理論と略する）。

（iii）眼鏡加工レンズ事件

東京地判平成 19 年 12 月 14 日判例集未登載（平成 16 年（ワ）第 25576 号）[眼鏡加工レンズ] は、特殊な眼鏡レンズの供給システム及び供給方法に関する発明で、構成要件に、発注側のコンピューターとこれに接続された製造側のコンピューターが記載されている発明に関するものである。眼鏡枠の形状やレンズの情報のみを、各眼鏡店（発注者）からレンズ加工メーカ（製造者）に、情報処理技術により送信し、製造者側で眼鏡レンズを加工して供給する方法とシステムの特許である。製造者が別の製造者を訴えた事例である。

判旨は、この発注者側と製造者側の共同直接侵害の事例で、結論として、特許発明の構成要件の充足を認めた上で、一部の実施行為を分担している者（製造者）に対する差止め・損害賠償請求を認めた。その際、発注者を製造者と別個の主体とみなし、また製造側の履行補助者的立場にもないと認定した。その上で、特許請求の範囲の構成要件の充足の点は、①行為者として予定されているものがクレームに記載された各行為を行ったか、②各システムの一部を保有又は所有しているかを判断すれば足りるとして、本件特許発明の構成要件の充足を認めた。つまり、構成要件を充足するかの判断では、実際に行為を行った者の一部が「製造側」の履行補助者でないことは問題としないとして、道具理論を否定した。他方で、特許権侵害に基づき、だれに対して差止め・損害賠償請求できるか、つまり、発明の実施行為を行っている者がだれかは、当該システムを支配・管理している者がだれかを判断して決定されるべきとして、レンズ加工メーカー（製造者）に対する差止め・損害賠償請求を認めた。

（iv）JAddress

知財高判平成 22 年 3 月 24 日判タ 1358 号 184 頁 [JAddress 控訴審] は、「インターネットサーバーのアクセス管理およびモニタシステム」の方法特許を有する控訴人が、日本語ユーザーがアドレスバーに文字を記述することで目的のウェブページの URL を取得しアクセスできるようにする日本語インターネットアドレスに関する JAddress サービスを特許権侵害で訴えた。両当事者のサービスとも、わずらわしい URL アドレスをいれなくても、クライアントが電話番号のみ入力しても HP に直接アクセスできる（特許権者側）か、クライアントが会社名のみ入力しても HP に直接アクセスできる（侵害者側）システムである。

クレームは、

「A インターネットよりなるコンピューターネットワークを介したクライアントからサーバーシステムへの情報ページに対するアクセスを提供する方法であって、

B 前記クライアントにおいて記述子を提供する段階と、

C ディレクトリサーバーが、前記記述子を前記ディレクトリサーバーに存在する翻訳データベースを用いて URL にマッピングする段階と、

D 前記ディレクトリサーバーが、REDIRECT コマンド中の前記 URL を前記クライアントに返送する段階と、

E 前記クライアントに前記 URL を用いて情報を要求させる段階と、

F 前記 URL により識別されたページを前記クライアント側で表示する段階と、

G を備えた情報ページに対するアクセス方法。」

に分かれている。

このうち、D（リダイレクトコマンド）は被告もそのまま使っているので、構成要件 B, C, E, F が問題となり、構成要件を充たすと判示した。

他方で、特許権の侵害主体について、発明の名称、及び、クレーム記載から、本件特許発明の実施主体は「アクセス提供方法」の実施主体としての被告であるとした。

方法を使用しているのはユーザーであり被告ではないという主張に対して、判旨は以下のように述べている。ユーザーによるアクセスの発明ではなく、アクセスを提供する方法の発明で、クライアントによるアクセスがなければ侵害できないものでもない。また、クライアントは、被告により提供されるアクセス方法の枠内で目的ページにアクセスできるととどまり、ユーザーの主体的行為により、技術的範囲に属するかが左右されるものではないので、クライアントの個別の行為をまって実施行為が完成しない。したがって、被告の提供行為が本件発明の実施行為と評価されるべきとした。

この裁判例の評価として、侵害主体について方法の発明の実施行為である「使用」概念が拡大されたという評価もある⁸。もっとも、あくまで侵害主体に関する判断の際のクレーム及び実施行為の解釈であり、構成要件の充足に関する判示ではないため、使用概念の拡大とまではいかないであろう。

ただし、この裁判例も、本来的に複数行為主体が介在することを前提とする発明、クレーム等の解釈でも単一行為主体により提供されるものとして把握できない場合には限界があろう⁹。つまり、ユーザーの主体的行為が不可欠な場合や、ユーザー以外の企業が複数関与する場合には限界がある。

（v）ナビタイム事件

東京地判平成 22 年 12 月 6 日（平成 21 年（ワ）第 35184 号）〔車載ナビゲーション装置〕は、メモリ、書き込み、読み出し手段等で特徴づけた車載ナビゲーション装置の原告の特許に対して、被告がサーバーを置いてユーザーが携帯で入力しデータをやりとりするサービスを提供した事例である。原告は、被告のシステムがユーザーを指揮監督していれば被告のクラウドが侵害主体になると主張していた。

判旨は、「車載ナビゲーション」の文言は、システムが自動車に積載されていることを意味し、システムが自動車にないクラウドを介した被告のシステムを含まないとした。その上で、明細書の記載（ユーザーが車両を利用しないときには車載と記載するし、社外に搬出の利便性の記載もないことなど）から、クレーム中の「車載」の語を解釈した。

問題は、本件特許発明のクレーム（車載ナビゲーション）のように、クレームが行為主体による分担を明示していない場合でも、被告システムがユーザーへの指揮監督があるとして、クレーム充足と離れて、被告を原告発明の実施主体と法律構成できてしまう点である¹⁰。これは、特許権侵害におけるクレーム解釈において、指揮監督関係などの侵害主体だけで判断することの危険性を示している。

（3）学説

（i）主観的共同の意思

これは民法の共同不法行為や刑法の共同正犯論などを特許権侵害に持ち込むとするものである。

⁸ 齋藤浩貴「ネットワーク利用特許の実施行為と侵害の主体」（知財管理 61 巻 1 号 8 頁）

⁹ 平嶋竜太「複数主体が介在する特許権侵害法理を巡る新たな方向性について—覚書的検討」牧野記念論文集『知的財産権法理と提言』（2013）137 頁。

¹⁰ 平嶋竜太「特許発明における複数主体の介在と『支配管理型侵害』の成立」L&T 56 号 24 頁。

しかし、コンピューターシステムやIoT関連発明では必ずしも共同の意思を認定できない場合が大半である。また、たしかに、主観的要件も客観的要素で判断するが、我が国の非専用品規定の裁判例では、あまり機能していない。その結果、クレームに開示された部分以外で本来自由であるはずの部品の流通・取引の安全が害される。そもそも、特許権侵害はクレームを充足するかを客観的に判断し（物権的請求権）、原則として主観的要素（さらには個別の行為態様）を考慮しないのが原則と考えられる。

（ii）間接侵害規定の適用

この点は、直接侵害行為を誰か一人が行っていなくても、複数主体が行っていれば、全体として直接侵害が成立するため、一部の行為を実施していても間接侵害規定を適用できるとする学説がかつてあった。つまり、〔文字盤電着画像〕の事例を道具理論ではなく、間接侵害で法律構成すべきとする考え方があった¹¹。つまり、ユーザーは電着画像を作成する工程を行う文字盤製造業者とあわせて直接侵害を行ったとし、製造業者が製造した画像は101条4号にいう「その方法の使用にのみ用いる物」に該当するとし、従属説に立ったとしてもYに対して間接侵害が成立すると法律構成する。

また、前掲〔スチロピーズ〕が示した、工程の承継の法律構成によれば全体としてみて侵害が成立する余地がありうる。さらに、知財高判平成23年6月23日判時2131号109頁〔食品の包み込み成形方法〕などは、ユーザーの改変行為により直接侵害行為が成立していると評価している。

つまり、間接侵害規定の前提となる直接侵害行為の認定を緩めて良いというものである。そうだとすると、間接侵害も共同直接侵害も、客観的にどこかの段階で直接侵害が成立しており、直接侵害行為の主体の数（直接侵害を一人で行うか、複数で行うか）と侵害時期の違い（間接侵害行為の事後か、同時か）のみであるため、後者にも間接侵害規定を適用できると構成するのだろう。

しかし、方法の発明の間接侵害が成立するためには、方法発明の全工程を直接侵害者である（例えばユーザー）が実施する必要があるところ、〔文字盤電着画像〕ではユーザーは最終工程のみ行っているにすぎない。したがって、このようにユーザーを間接侵害行為と法律構成することは、我が国現行法の解釈としては無理があると思われる。つまり、101条4号の「方法の使用」の対象となる方法とは、方法の全工程をさす。

そもそも、間接侵害規定は、もともと直接侵害行為の予備的段階を差し止める趣旨であるため、ユーザーによる使用などを含めて、だれか一人が全体を実施する必要があるだろう。したがって、共同直接侵害はだれか一人が全体を実施するわけではないので適用されない。その理由として、間接侵害規定の裁判例では、構成要件全体を充たすわけでもないのに主張されて、直接侵害はないとして棄却する事例が多い。この状況で、共同直接侵害に間接侵害規定を適用すると広がりすぎるおそれがある。

さらに、非専用品の間接侵害規定については、もともと、差止請求の許される対象を適切な範囲に画する必要がある一方で、判決主文が抽象的にならないように検討する学説が多い¹²。

したがって、立法論として、共同直接侵害のバランスを考える際には、非専用規定は参考になりうるが、その場合でも権利効力の範囲が広がりすぎるおそれがあることに留意する必要があるだろう。

¹¹ 井関涼子・判批・特許研究33号46頁(2002年)、松尾和子「判批」判例評論521号27頁。

¹² 三村量一「非専用品型間接侵害（特許法101条2号、5号）の問題点」知的財産法政策学研究19号（2008年）105頁、田村善之「多機能型間接侵害制度による本質的部分の保護の適否—均等論の整合性—」知的財産法政策学研究15号212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81』（特許法1）（新日本法規出版・2007）210頁ほか多数。

(iii) 実体判断と救済を分ける考え方

前述の〔眼鏡加工レンズ〕や、Akamai Technologies, Inc. v. Limelight Networks, Inc. and McKesson Technologies, Inc. v. Epic Systems Corp. 692 Fed.3d 1301 (Fed. Cir. 2012) (en banc)¹³を参考に、構成要件を充足するかどうかの実体判断と、侵害主体などの救済の判断(差止めを受ける被告適格)を分ける考え方が有力になっている¹⁴。

ただし、このように救済段階で各主体に対する差止請求を認めるかどうかを判断する際も、管理支配だけではなく、特許発明の認識や、共同意思等を考慮する必要もあり、また〔ナビタイム〕の原告主張のようにならないよう、クレーム解釈にそって厳格に判断する必要もあるとしている。つまり、学説(i)、(ii)の判断要素も考慮するようである。

ただ、いくつか懸念もあり、英米法系では、差止請求がequityに属し従たるものであるが、大陸法系では差止請求が主であり、ドイツ法では侵害行為が認められれば自動的に差止請求も認められる一方で、損害賠償請求については別訴で行う必要がある。

そして、大陸法や我が国では原則として実体判断と救済を分けない。その理由は不明だが、実体判断で要件をすべて充足しながら、救済判断(差止請求)において侵害主体については個別に被告適格を利益衡量し、しかも、厳しい要件で原則差止請求を認めないのでは、法の要件を規定した趣旨が薄れるからと考えられる。

もっとも、将来的にはこの方向しかないようにも思える。現に、〔JAddress〕は、構成要件の充足と侵害主体の判断を分け、侵害主体について、構成要件充足判断と別個にクレーム解釈をしている。また、〔ナビタイム〕での手足論の原告の主張も、クレーム解釈で棄却された。なお、ユーザーを手足と認めた〔電着画像〕は、ユーザーの行為が被告製造の電着画像を時計の裏に貼付する必然的な行為だけの例外事例と考えられる。

また、近年の裁判例では、客観的事情を考慮して、救済(差止請求)を柔軟化する工夫もみられる。例えば、知財高決平成26年5月16日(平成25年(ラ)第10007号、第10008号)〔iPhone 大合議〕は、FRAND額を超える損害賠償額を要求すれば、差止請求は原則として権利濫用にあたるとしている。また、東京地判27年1月22日〔Cu-Ni-Si系合金〕も、被告はクレームの範囲内を実施しうるが、逐一被告に計測させるのは酷であるため、差止請求を否定した。

6. 結語

共同不法行為、間接侵害規定、クレーム解釈との整合性を考慮する一方で、ネットワーク関連発明の特徴やその実効性を考慮する必要があると考えられる。

共同直接侵害に民法の共同不法行為の議論をもちこむと、教唆・帮助行為にまで差止請求の範囲が広がりすぎるおそれがある。特にネットワーク関連発明では、教唆・帮助行為と直接侵害行為の区別がつかないためこのことが妥当する。

非専用品の間接侵害規定でも、警告すれば要件を充たすため、主観的要件は機能していない。また、

¹³ 積極的誘引侵害の責任を問うのに直接侵害が必要であるが、直接侵害は単独者の行為である必要はないとした。本件では、直接侵害の責任を問われる者はいないが、直接侵害行為が存在するものとして積極的誘引侵害を認めた。

¹⁴ 平嶋竜太「複数主体が介在する特許権侵害法理を巡る新たな方向性について—覚書の検討」『知的財産権 法理と提言(牧野利秋先生傘寿記念)』(2013) 125頁。

クレームの構成要件を満たさない事例に間接侵害規定を主張するためか、直接侵害がないとして棄却した事例が多い。特に、ソフトウェアについては容易に要件が満たされて、権利範囲が広がりすぎる。これは構成要件を満たさないことが明らかにもかかわらず間接侵害を活用して汎用品を差し止めようとする事例が多いという背景がある。

また、特許法ではクレームの構成要件を充足するかを客観的に判断することが大前提で、管理支配論（手足論）などの当事者間の関係のみに依拠すべきでない。〔加工レンズ〕や〔ナビタイム〕の管理支配論にみるとおり、侵害主体や救済の段階でも、クレーム解釈を離れるべきではない。

共同直接侵害では、客観的にみてクレーム全体が実施しているため侵害は成立させるべきである。でないと、複数主体のシステムという発明の本質と離れた、単一主体の部分のみの特許出願や、複数主体のシステムを単一主体によるものとする特許出願がなされざるをえず、複数主体による実施が不可避な特許発明の実効性に欠けるからである。

ただし、侵害主体や救済（差止請求）の段階で、構成要件の一部を分担する者に帰責させるには、これまでの学説が指摘したような要素、すなわち、指揮監督関係のほか、本来特許発明全体の認識、特許発明全体の作用・効果を実現していること、分担部分が本質部分か等を総合的に考慮せざるをえないと考えられる。