

第2章

間接侵害に関する比較研究

第1節 研究内容の要約

近年、技術の高度化や製品、サービスの複雑化に伴い、単一主体による直接的な実施行為のみならず、複数の主体が関与する形態や、部品・ソフトウェア・プラットフォーム等を介した間接的な関与が、結果として発明の実施を可能にし、又はその実現に実質的に寄与する事例が生じている。さらに、デジタル技術の進展やビジネスモデルの多様化により、サービス提供やシステム全体を通じた価値創出が一般化する中で、特許等の知的財産に関する侵害をいかに判断すべきかについて、新たな課題が生じている。

日本と中国では、間接侵害に関する法制度や判例の状況が異なり、それぞれの立法・司法の枠組みを体系的に整理する必要がある。本研究では、日中両国の研究者がこの論点について集中的に分析を行い、今後の日中の知的財産制度に資する提言を行うことを目的としている。

間接侵害及び複数主体が関与する特許権侵害に関して、以下の報告がなされている。

日本側の共同研究者の1人は、複数主体が関与する特許権侵害について検討した。特許クレームの公示・警告機能と特許発明の実効的保護との調和、ならびに侵害主体とされる者以外の関与主体に不利益を及ぼすことへの配慮が必要であることを確認し、その上で、複数主体がいずれも侵害者とされる場合と、他人の行為を利用して侵害を行う者を侵害者とすべき場合とに区分し、侵害成否の要件構成について整理している。

こうした複数主体が関与する特許権侵害の問題については、実施行為が国境を越えて行われる場合にも検討が求められる。

日本側の共同研究者の1人は、複数主体が関与する実施行為と属地主義との関係について、クレームの構成要件に該当する行為が国境をまたいで分断的に行われる事案を念頭に検討している。具体的には、近時の裁判例に触れつつ、まず、第一に特許発明の技術的効果が発揮されている地の法を適用することを前提とし、第二に、例外的に経済的な影響が外国で発揮されており、日本で影響が僅少である場合、日本法の適用を否定するなど経済的影響を参酌した修正を考慮に入れた処理をすることで、特許権の効果的な保護と、第三者に対する予測可能性の均衡を図る方策を提案している。

中国側の共同研究者の1人は、ネットワークシステム発明における越境実施に関する問題について論じている。複数主体が請求項の一部をそれぞれ実施する場合の侵害判断基準や責任主体の特定について整理するとともに、越境紛争における管轄権の認定や国際的調整の在り方について検討し、国際協調の重要性を指摘している。

次に、間接侵害の問題に関して、日本側の共同研究者の1人は、日本の特許権における間接侵害制度について、近時の裁判例および外国法との比較を踏まえて再検討している。具体的には、「にのみ」型間接侵害において侵害用途に着目するいわゆる「いつかは使う」基準へと裁判例が傾く一方、多機能型間接侵害において「ためのもの」基準の解釈が拡張され、侵害範囲が過度に拡張する可能性があることを指摘している。さらに、中国法における共謀型間接侵害の存在にも言及し、日本法との制度的差異を問題提起した上で、差止請求権の機能およびクレーム制度との整合性という特許法の構造を踏まえ、間接侵害の射程を画する解釈の在り方について提言している。

この点に関し、中国側の共同研究者の1人は、中国における特許権の間接侵害の構成要件について報告している。中国の専利法に明文規定がない中で、司法実務を通じて形成されてきた間接侵害の認定枠組みを整理し、客観的要件、主観的要件及び直接侵害との関連性を考慮した判断が行われている現状を指摘している。また、現行制度における理論と実務の乖離を踏まえ、構成要件の明確化の必要性を提言

している。

さらに、複数主体や間接侵害の問題は、特許権に限られたものではない。

中国側の共同研究者の1人は、インターネット取引プラットフォームを介した商標権侵害事案を対象に、プラットフォーム経営者の間接侵害責任について分析している。プラットフォームが取引の媒介者として果たす機能と私的主体としての性格を踏まえ、間接侵害責任の法的性質や、直接侵害との関係について整理している。さらに、主観的要件や注意義務の内容、責任範囲の画定をめぐる裁判例の動向を踏まえ、今後の法制度及び司法判断の在り方について提言している。

なお、本章第2節及び第3章第2節における共同研究者の意見は、各研究者の個人的な見解に基づくものであり、日本国特許庁の見解を示したものでない。

第2節 中国における間接侵害

I. オンライン取引プラットフォーム事業者の商標権侵害責任

中南財経政法大学 知識産権研究センター 呉 漢東 教授

インターネット経済は、デジタル技術の中核とし、デジタルプラットフォームを通じて生産、交換、分配、消費を行う新たな経済形態であり、世界経済発展を推進する重要な力となっている。「中国インターネット発展報告 2025」によると、中国のネットユーザー規模は11億2300万人に達し、インターネット普及率は79.7%に達している。「中国電子商取引報告(2024)」では、当年の電子商取引の取引額が46.4兆元に達し、中国が12年連続で世界最大のネット小売市場となったことが指摘されている。メディア報道によると、2025年6月時点で、中国において存続中の電子商取引関連企業数は2,774.3万社を超えている。当年のECプラットフォームランキングにおいて、「アリババ」「京東」「ピンドウオドウオ」の三強が鼎立し、「抖音」「小紅書」などの新勢力が競い合うという局面を呈している。

インターネット経済は、発展を促進し規制を管理監督する法による支配の原則を堅持すべきである。知的財産の分野では、プラットフォーム主体の地位、アルゴリズム技術の特許、データ財産への権利付与などの法的制度への需要が生じる一方で、著作物の伝播、商標情報の提供に関する法的規制の問題も引き起こされている。法的規制は主に、インターネットサービスプロバイダーの間接侵害の責任に関わる。本稿は、オンライン取引事業者を対象とし、ネット上の商標権幫助侵害の問題をめぐって以下のとおり展開する。1、基礎的問題—オンライン取引プラットフォームの法的性質とプラットフォーム事業者の法的資格。2、立法の問題—ネット上の商標権幫助侵害の責任属性、独立した地位、認定原則及び法的効果。3、司法の問題—プラットフォーム責任の構成要件、過失状態認定の主観的要素と客観的基準。4、制度完備の問題—過失要件の再構築、侵害行為の類型分類、注意義務規制の調整。上述の問題は、法的理論の探求、立法文書の解説、裁判立場の分析及び法律構造の構想に関わり、筆者は、既存の法律文書と考え方の資料をまとめた上で、自分なりの回答を示したい。

1. オンライン取引プラットフォーム及びその事業者の法的属性

オンライン取引プラットフォームの法的性質の定義とオンライン取引プラットフォーム事業者の主体資格の認定は、インターネット領域における商標権侵害に関する研究の基礎的な問題である。

インターネットプラットフォームは、デジタルプラットフォーム、オンラインプラットフォームとも呼ばれ、ネットワーク協同、データ駆動などのインテリジェント技術を通じて、需要と供給の双方または複数の主体を接続し、ユーザーに情報や取引サービスを提供し、ソーシャル、エンターテインメント、ビジネスなど様々な応用シーンが存在する。インターネットプラットフォームは、ネットワーク情報プラットフォームとオンライン取引プラットフォームに大別できる¹。前者は情報の伝播と相互作用の媒

¹ 2021年に国家市場監督管理総局の発表した「インターネットプラットフォーム分類・レベル分けガイドライン(意見募集稿)」によれば、インターネットプラットフォームは6種類に分けられる。すなわちインターネット販売、生活サービス、ソーシャルエンターテインメント、ニュース・情報、金融サービス、コンピューティング応用が挙げられる。本稿の

体であり、この種のプラットフォームは情報コンテンツを対象とし、情報の発信、取得、共有などの情報サービスを主たる目的とするものであり、情報流通の過程において情報コンテンツの発信者、伝播者、利用者を結びつける機能を持っている。後者は電子商取引活動の基盤であり、この種のプラットフォームはオンライン取引サービスの提供を核心とし、売り手と買い手の双方または複数の実際の交換活動の促進を目的とし、取引当事者、支払い者、配送者など様々な主体を結びつける紐帯である。知的財産法上のプラットフォーム類型の区分は、プラットフォーム事業者の主体责任を確定し、各方面の当事者の合法的な権益を保護し、プラットフォーム経済の健全で秩序ある発展を促進することを目的とする。本稿の研究内容は主にオンライン取引プラットフォームに関するものである。

オンライン取引プラットフォームの属性と位置付けは、現在のプラットフォーム経済の法治とオンライン取引における商標法規制に関する重要な話題であり、プラットフォーム事業者の注意義務の構成と法的責任の負担など、多方面に関わる。まず第一に、プラットフォームとプラットフォーム経済とは、取引の基盤と経済形態との対応関係にある。オンライン取引プラットフォームは、現実の取引活動を提供する仮想空間であり、デジタル市場の具体的な形態、あるいはプラットフォーム経済活動の基礎インフラである。デジタル経済形態において、オンライン取引プラットフォームは新たな商業ツールとなり、過去の取引仲介から経済の中核へと変貌し、資源配分、情報集約、要素生産を一体化させ、一定の「公共基礎インフラ」としての属性を呈している。これが、オンライン取引プラットフォーム事業者に、安全保障の管理義務、主に商標法および関連法律で規定される私法上の注意義務、また場合によっては行政法規により課せられる公法上の注意義務を負わせることを決定づけている。

第二に、プラットフォームとプラットフォーム事業者とは、私権の客体と私人主体との対応関係にある。オンライン取引プラットフォームは、デジタル市場のツールおよびインフラであり、電子商取引活動における第三者プラットフォームである。法律の基本概念上の意味においては、これらは標的（対象物）や客体としての基本属性を有しており、オンライン取引プラットフォームの運営主体とは厳格に区別される。後者は、権利主体、義務主体、責任主体として存在し、法規制の対象および目的となるものである。民法体系において、主体（人）と客体（物）は民事法律関係の参与者であり、「主体があれば必ず客体が存在し、客体が主体の地位に取って代わることはない」という原則の下、主体と客体の間には厳格な境界線が存在する²。オンライン取引プラットフォームの商標権侵害問題の研究において、一部の学者が言及する「プラットフォーム責任」、「ネットワーク責任」という言葉は、インターネット空間における商標権侵害の責任形態の一種としての記述であり³、厳密に言えば、実際にはオンライン取引プラットフォーム事業者の主体责任なのである。なぜならば、民事上の客体とは民事上の権利と民事上の義務が共に向けられる対象であり、取引プラットフォームは物理的空間（例えば商品を供給する商業店舗）であれ仮想空間（本稿で論じる EC プラットフォーム）であれ、全て経営主体が支配し利用する対象であるからである。言い換えれば、プラットフォーム自体が権利、義務、責任の担い手になるのではなく、

研究対象に関して、主に著作権分野におけるオンライン情報プラットフォームと商標権分野におけるネットワーク取引プラットフォームについて論じる。ガイドラインで規定される各種プラットフォームは、上記2類のプラットフォームに大別され得る。

² 吳漢東『知的財産権の「主体客体二分法」問題研究：伝統から現代へ』、『法律科学』2025年第4期、28-44頁。

³ 張平：『商標権侵害行為における電子商取引プラットフォームの責任判断』、『電子知的財産権』2012年第3期；劉徳良：『オンライン取引におけるウェブサイトの地位と責任問題に関する探求』、『遼寧大学学报（哲学社会科学版）』2004年第9期；杜穎：『オンライン取引プラットフォームの商標間接侵害責任に関する探求』、『科学と法律』2013年第6期；張燦：『オンラインプラットフォームの商標間接侵害責任の判断』、『中華商標』2021年第12期を参照。

プラットフォーム事業者のみが民事主体としての法的意義を持つのである。しかし、まさにオンライン取引プラットフォームという特性ゆえに、この種の事業者の商標権侵害行為における責任の形態、責任の認定、および責任の負担に特殊性が決定づけられるのである。

中国の法律は、オンライン取引プラットフォーム事業者の主体的地位およびその商標権侵害責任について明確な規定を設けている。

2018年制定の『電子商取引法』(第9条)が規定する「電子商取引プラットフォーム事業者」とは、「電子商取引において、取引の双方または多方に対し、インターネット上の営業場所、取引の仲介、情報の発信などのサービスを提供し、取引の双方または多方が独立して取引活動を展開することを可能にする法人または非法人組織」を指す。

2014年改正の『商標法実施条例』(第75条)では、「他人の商標専用権を侵害する」ために「オンライン商品取引プラットフォームを提供する」行為を、『商標法』(第57条)に規定される「便利な条件を提供する」こと、すなわち他人の侵害行為の実施を幫助する行為に該当すると認定しており、その行為主体は概してオンライン取引プラットフォームの事業者である。

2020年施行の『民法典』(第1194条)において、「インターネットユーザー、インターネットサービスプロバイダーがインターネットを利用して他人の民事上の権益を侵害する」場合に、「責任主体に関する特別規定」を適用すると規定されている。ここで、間接侵害責任を負う「インターネットサービスプロバイダー」には、本稿で研究対象とするオンライン取引プラットフォーム事業者が含まれる。オンライン取引プラットフォーム事業者は、著作権法や特許法の分野における「インターネットサービスプロバイダー」とは異なり、その主体の形態、主体の機能、主体の注意義務、および主体の侵害責任の構成などに独自の特徴を有している。

(1) プラットフォームの取引性能とプラットフォーム事業者の市場参入資格

中国商務部の「オンライン取引プラットフォームサービス規範」の規定によれば、オンライン取引プラットフォームとは、各種のオンライン取引にインターネット空間および技術と取引サービスを提供するコンピュータシステムを指す。オンライン取引モデルは、企業間(Business to Business)の「B2Bモデル」、企業と消費者間(Business to Consumer)の「B2Cモデル」、および個人間(Consumer to Consumer)の「C2Cモデル」に分けられる⁴。オンライン取引プラットフォームの類型には、総合型プラットフォーム(例:「アリババ」(B2B)、「京東」(B2C)、「タオバオ」(C2C))と、垂直型プラットフォーム(例:「ピンドウオドゥオ」(ソーシャルEC)、「美团」(生活サービス)、「携程」(旅行サービス))がある。上述の取引モデルにおいて、オンライン取引プラットフォームは「取引のクローズドループ」を中心として、以下の電子商取引経営行為を展開する。オンライン取引場所の提供、商品情報の発信、取引仲介の支援、取引の双方または多方が独立して取引活動を展開するためのサービス提供などである⁵。

オンライン取引プラットフォームは、仮想市場とサービスプラットフォームとしての基本性能を有し、プラットフォーム経済の発展と電子商取引活動において重要な役割を果たしている。中国の法律は、プラットフォームの市場参入における主体資格に厳格な限定を設けている。『電子商取引法』において、プ

⁴ 朱玲鳳、張今:『ネットワーク取引プラットフォームプロバイダーの商標権侵害過失認定』、『中華商標』2011年第6期、11頁を参照。

⁵ 2018年『電子商取引法』第9条第2項を参照。

プラットフォーム事業者は「電子商取引プラットフォーム事業者」と呼ばれ、立法者は第三者プラットフォームがオンライン取引市場において主導的役割を果たすことを強調し、事業者の主体資格を「法人または非法人組織」と確認している。言い換えれば、プラットフォームは自然人個人が運営することはできない⁶。『電気通信条例』および関連法律の規定によれば、インターネットサービスは電気通信および情報サービス業務の範囲に属するため、プラットフォーム事業者は「電気通信事業者」とみなされ、会社法人の資格を有し、かつ対応するインターネット事業許可証を取得する必要がある⁷。法人資格と事業許可は、プラットフォーム事業者が特殊な民事上の主体としての形式的条件であると考えられる。同時に、プラットフォーム事業者が経営するプラットフォームは、第三者プラットフォームとしての属性を有し、そのインターネット空間には電子商取引に従事する事業者が集積しており、前者はインターネットサービスを提供することによってのみ収益を得ることができる。これが、プラットフォーム事業者が「インターネットサービスプロバイダー」としての身分を有する実質的条件である。

ある意味では、プラットフォームの基本属性がプラットフォーム事業者の主体的地位を決定づけるといえる。インターネット空間において、「取引の完結性（クローズド・ループ）」と「情報の流動性」は、オンライン取引プラットフォームとインターネット情報プラットフォームの本質的な差異である。オンライン取引の場を構築し、電子取引の顧客を集め、オンライン取引の情報サービスを展開すること、これらはすべてオンライン取引プラットフォームが運営される際の基本形態であり、それによってプラットフォーム事業者の主体的構成要素が形成される。現実の生活では、インターネット情報プラットフォームにおいて、ユーザーがソーシャルメディアを利用して取引情報の伝播に従事する現象も見られるが、プラットフォームがそれによって本来の属性を変えるわけではない。情報プラットフォームが事業者の入居（出店）機能を開放し、かつ安定的に取引サービス活動を展開してはじめて、取引プラットフォームの属性を兼ね備える可能性が生じ、それによってプラットフォーム事業者としての主体的身分が変化するのである⁸。

（2）プラットフォームの仲介機能とプラットフォーム事業者の第三者主体としての地位

プラットフォーム経済において、オンライン取引プラットフォームは「第三者プラットフォーム」と呼ばれることが多い。第三者プラットフォームとは、インターネットユーザー自身が構築、所有、使用するプラットフォーム（すなわち自己運営型プラットフォーム）ではなく、第三者の機関または組織によってユーザーに提供され、取引活動に利用されるプラットフォームである。このプラットフォームは取引当事者の双方から独立したシステムであり、ある種取引市場としての特性を有する。インターネットユーザーに取引に関連する専門サービスを提供し、プラットフォーム機能の中立性を維持し、当事者間の取引の仲介、取引成立の支援を行い、需要と供給の双方を結びつける仲介効果を持つ⁹。上述のプラットフォームの中間組織としての地位、中立的機能の立場、および仲介行為の効果が、プラットフォー

⁶ 電子商取引法起草グループ編著：『中華人民共和国電子商取引法条文解釈』、法律出版社、2018年、48頁を参照。

⁷ 2014年改正『電気通信条例』第4条、第7条を参照。

⁸ 電子商取引法起草グループ編著：『中華人民共和国電子商取引法条文解釈』、法律出版社、2018年、51頁を参照。

⁹ 2005年「ネットワーク取引プラットフォームサービス規範」（第2条）は、「ネットワーク取引プラットフォームが提供するネットワーク取引サービスとは、ネットワーク取引プラットフォームプロバイダーが取引当事者にネットワーク取引契約を締結するために必要な情報発表、情報伝達、契約締結及び保存管理等のサービスを提供することを指す」と規定している。

ム事業者の「第三者主体」としての法的属性を決定づけている。

オンライン取引活動において、プラットフォーム事業者はすなわちインターネットサービスプロバイダーであり、取引活動の双方の当事者に仲介サービスを提供する第三者主体である。民法理論における第三者主体とは、相互に関連、作用し合う二つまたは複数の主体の外に存在する、独立した第三者のことを指す。ここでいう第三者とは、当事者間の核心的な相互作用活動に直接関与するのではなく、特定のサービスの提供や、特定の機能の履行を通じて、相互作用プロセスの円滑な進行を保障することを意味する。オンライン取引の分野において、プラットフォーム事業者はすなわち取引当事者以外の中立的な地位を有する第三者である。第三者は取引そのものには参加せず、その活動はオンライン取引補助サービスに限定され¹⁰、民商事上の意味での仲介的性質を有する。知的財産権の分野において、第三者主体としてのインターネットサービスプロバイダーは以下のような役割の特徴を持つ。受動性（すなわち情報内容の伝送と変動は、インターネットユーザーによって開始される）；手段性（インターネットサービスプロバイダーは単にプラットフォーム、チャンネル及び技術的支援を提供するのみ）；中立性（インターネットサービスプロバイダーは技術的中立性の原則の下で、プラットフォームの中立、機能の中立、さらには責任の中立を維持する）¹¹。

オンライン取引プラットフォーム事業者の第三者主体としての地位は、この種の主体がインターネット上の商標権侵害において負うべき責任形態の特殊性を決定づけている。第三者主体の責任に関しては、「他人の権利侵害行為に対して責任を負う」という原則が適用される。インターネットユーザーの直接侵害責任に対して、間接侵害責任制度は、プラットフォーム（技術、製品）プロバイダーを第三者主体とする責任の基礎を確立し、その責任形態には幫助侵害と代位責任が含まれる¹²。第三者主体の責任を追及する理由は、オンライン取引プラットフォーム事業者が合理的な注意義務に違反した点にある。インターネットサービスプロバイダーの義務は、取引サービス活動のプロセスの中に存在し、合理的で慎重な注意の程度に達していなければならない。これこそがすなわち第三者主体が履行すべき「善良な管理者」が備えるべき注意義務なのである。

（3）プラットフォームの「公共的職能」とプラットフォーム事業者の私的主体としての属性

オンラインプラットフォームは、「現代の情報ネットワーク」として重要な位置づけを持ち、デジタル経済活動の「重要な担い手」である¹³。現在のデジタル技術時代において、インターネットプラットフォームは、かつての「取引の仲介者」から、資源配分、情報集約、要素生産を一体化した新たな経済的中枢へと発展している。プラットフォーム施設とデジタル技術、データ資源の融合は、時間と空間の制限を超越し、仮想市場における現実的な取引規模を拡大し、様々な主体を結びつけ、専門的なサービス

¹⁰ 楊立新、韓煦：『ネットワーク取引プラットフォームプロバイダーの法的地位と民事責任』、『江漢論壇』2015年第5期、85頁を参照。

¹¹ 銭玉文、張加林：『ネットワークサービスプロバイダーの商標権侵害の法的責任について』、『知的財産権』2013年第2期、45頁参照；吳漢東、樊賽爾：『生成AIサービスプロバイダーの合理的な注意義務に関する一考察』、『知的財産権』2025年第11期、11頁を参照。

¹² 初期のアメリカ裁判所判例は、第三者がある他人の権利侵害行為に対して責任を負う規則を形成しており、これには代替責任と幫助侵害が含まれる。See *Sony Corp v. America Universal City Studios, Inc.*, 464 US, 417.220 USPO66S, (1984).

¹³ 中国政府は、2016年「G20 デジタル経済発展と協力に関するイニシアチブ」において、デジタル経済活動の三大要素構成として、すなわちデジタル化された知識と情報を「重要な生産要素」として、現代の情報ネットワークを「重要な担い手」として、情報通信技術を「重要な推進力」として提唱した。

から総合的なサービスまでを提供することによって、プラットフォームの種類とその機能の便益を多種多様なものにしていく。プラットフォームを通じて情報収集、取引の仲介を実現し、市場資源を配分することで、連動性と相互性を備えたデジタル経済形態を構築しているのである¹⁴。以上は、オンライン取引プラットフォームが一種の「公共財」としての属性、すなわちユーザーがプラットフォームで消費する際に示される「非排他性」と「非競合性」を有することを示している。同時に、オンライン取引プラットフォームには、「公共ガバナンス」の機能、すなわち現代のガバナンス理論における「準政府的機能」も生じている。プラットフォームは取引ルールを制定し、取引秩序を維持し、取引市場を管理することができ、さらには「市場」や「政府」以外の第三の勢力となっている¹⁵。

オンライン取引プラットフォームの性能の変遷と機能の刷新は、その事業者のアイデンティティにも変化をもたらした。すなわち、ある種の公共管理機能を有しながら、本質的には私的属性を持つ特殊な法的主体となったのである。民商法の領域では、プラットフォーム事業者は、オンライン取引活動の主体および民事権利の主体であり、人格の平等性と私的自治の原則に基づく私法上の特徴を備えている。プラットフォームの運営によって創造または生産されるブランド標識、演算能力・アルゴリズム、データ製品などに対して、独占的または支配的な私的財産権を享有する。同時に、プラットフォーム取引活動において発生する違法行為や権利侵害行為に対して、相応の民事責任を負う。一方、行政法や独占禁止法の領域では、オンライン取引プラットフォームが有する「公共ガバナンス」の機能および形成された第三の勢力は、公法上の監督と管理を受けなければならない。事業者は、オンライン取引プラットフォームの主体としての役割を果たす者として、取引に関連する法的注意義務を負い、これには以下が含まれる。出店企業の資格審査、登録記録の作成と定期的な更新（資格審査義務）、プラットフォーム内の商品またはサービス情報の監視、違法情報内容の適時処理、取引記録の保存（情報開示と透明性の義務）、監督部門の調査への協力、行政執行への協力、紛争処理メカニズムと権利侵害防止メカニズムの構築（安全保障義務）である。このような法的注意義務は、民法と行政法の規定に由来する¹⁶。事業者がこれに違反した場合、拘束力と強制力を有する法的結果が生じる。上述の注意義務の内容は、プラットフォーム取引活動の開始から、進行、事後の各サービス保障措置にまで及び、その注意義務規範の目標は、取引の安全の維持、消費者権益の保護、労働者権益の保障、知的財産権の保護など、多角的な次元にわたる。注意義務には、「当為性（あるべき性質）」と「合理性」という法律上の要求がある。前者は、立法者がプラットフォーム事業者に設けたある種の行動基準であり、その民事責任を負う前提となる。後者は、「プラットフォームの中立性」の原則を基礎としており、プラットフォームの「実質的な非侵害用途」に基づいて、その技術や設備自体からは原則として責任は生じない¹⁷。オンライン取引プラットフォーム事業者の商標権侵害責任の認定は、「合理性」という価値を有する「プラットフォームの中立性」の原則（責任回避または責任負担）を基点として展開されると考えられる。

プラットフォームモデルは、デジタル経済において最も代表的なビジネス組織形態である。プラットフォームモデルには、機能属性による類型区分と、規模や影響力のレベルによる違いがあり、これらはすべてプラットフォーム事業者の主体的身分を定義する重要な要素である。まず、インターネット市場

¹⁴ 楊東：『独占禁止法の再構築について：デジタル経済の挑戦への対応』、『中国法学』2020年第3期を参照。

¹⁵ 吳漢東：『「プラットフォーム経済+デジタル知的財産権」の独占禁止問題研究』、『法治研究』2024年第2期、30頁を参照。

¹⁶ 関連する行政法規として、2019年「電子商取引プラットフォームサービス保障技術要求」、2021年「ネットワーク取引監督管理弁法」を参照。

¹⁷ 王艷芳：『ネットワーク環境における著作権侵害帰責の基礎的位置付け』、『知的財産権』2025年第5期、85-86頁。

活動において、主導的地位を占めているのは、総合的な機能を備えたスーパープラットフォームである。これらは、ユーザーの集積においてネットワーク効果とロックイン効果を持ち、プラットフォーム上に、生産、仕事、生活、学習、娯楽、ソーシャル、公共サービスなど、様々な業務が組み合わされたデジタルエコシステムを構築することができる。この種のプラットフォームは、インターネット情報プラットフォームとオンライン取引プラットフォームを兼ね備えており、その事業者は往々にして「中核的プラットフォームサービスプロバイダー」と見なされるため、「門番」としての義務を遵守しなければならない¹⁸。これには、私法領域における様々な義務、例えば、情報伝播における著作権、取引活動における商標権、アルゴリズム技術における特許権、個人情報プライバシーにおける人格権、データ流通におけるデータ財産権など、各種の安全保障義務が含まれる。次に、オンライン取引活動において、重要な影響力を持つのは、融通性のある機能を備えたビジネスプラットフォームである。すなわち、情報仲介サービスを提供すると同時に、自らも取引活動に関与するものである。具体的には、プラットフォーム事業者は、「インターネットサービスプロバイダー」としての身分を持つだけでなく、一方の当事者の名義で、関連する経営活動に直接参加し、当事者に決済サービス、商品広告サービス、物流サービスなどを提供する場合がある。知的財産権侵害行為が発生した際、プラットフォーム事業者は、「自己責任の原則」に基づいて直接責任を負うこともあれば¹⁹、「技術的中立性の原則」に基づいて過失がある場合には間接責任を負うこともある。さらに、インターネットサービスに特化した仲介プラットフォームは、「人と商品」、「人とサービス」を結びつける仲介機能を持ち、そのプラットフォーム事業者は、単一の「インターネットサービスプロバイダー」としての身分を有し、第三者主体としての責任を負う。

インターネットプラットフォームに対する類型化分析を行い、その上でプラットフォーム事業者の主体的属性を位置付けることは、立法構造と司法適用において重要な意義を持つ。インターネット上の商標権侵害問題の研究は、主に「プラットフォーム類型-プラットフォーム事業者の属性」と「プラットフォーム行為内容-プラットフォーム事業者の責任形態」という分析モデルに沿って展開される。概説すれば、プラットフォーム事業者の注意義務とその民事責任については、プラットフォーム事業者がプラットフォームユーザーによる権利侵害リスクをどの程度識別しコントロールする能力があるかを具体的に分析し、「サービスプラットフォームの類型」、「サービス行為の内容」、「提供するサービスが関与する権利の客体」などの要素を総合的に考慮した上で、責任の境界を画定しなければならない²⁰。

2. プラットフォーム事業者の商標権侵害責任の法的基礎

商標法の分野において、直接侵害は商標権侵害の通常形態かつ典型的な類型である。直接侵害は一般的侵害行為に該当し、「自己責任」という法的結果を負わなければならない。商標法上の直接侵害とは、他人の登録商標を無断で使用し、関連公衆（需要者（および取引者））に混同の虞を生じさせる行為を指す。アメリカ商標法第 32 条、日本商標法第 37 条、中国商標法第 57 条は、「知的所有権の貿易関連

¹⁸ EU「デジタルサービス法」は、閾値条件を満たす「中核的プラットフォームサービスプロバイダー」に対して「門番」義務規則を設定しており、「ブラックリスト」で規定される消極的義務、「グレーリスト」で規定される消極的義務、積極的義務及び包摂的義務が含まれる。林秀芹：『デジタル経済独占禁止のパラダイム転換について—EU「デジタル市場法」を手本として』、『知的財産権』第7期を参照。

¹⁹ 高富平：『電子商取引法学』、北京大学出版社 2008 年版、52 頁を参照。

²⁰ 司曉：『ネットワークサービスプロバイダーの知的財産権に関する注意義務の設定』、『法律科学』2018 年第 1 期、70-80 頁。

の側面に関する協定（TRIPS 協定）」第 16 条第 1 項の規定に従い、直接侵害行為の認定について「三要素」による表現方法を採用している。すなわち「商標権者の同意を得ていないこと」、「偽造または模倣した使用態様」、「混同の虞を生じさせる可能性」である

商標法上の間接侵害とは、「商標権侵害行為のために便利な条件を提供する」行為であり、直接侵害と比較して以下の法的特徴を有する。(1) 幫助侵害行為は、登録商標の専用権が限定する行為ではない。前述のとおり、商標権は使用权（登録商標を独占的に使用する権利）であると同時に、禁止権（他人が登録商標を無断で使用するを排除する権利）でもある。上述の権能はいずれも法的に規定された範囲を持つ。直接侵害行為はすべて「専用権」が規制する範囲の行為であるのに対し、間接侵害行為は法定の権能が及ぶ効力範囲内にはなく、それが侵害を構成する鍵は、当該行為が直接侵害の幫助行為または予備的行為であるという点にある。(2) 幫助侵害行為は、商標的使用を判断の前置条件としない。商標の基本的機能は、商品の出所を識別する能力として表れ、商標機能の実現も、あるいはその機能不全のいずれも、商標の使用の有無が結節点となる。直接侵害の認定においては、行為者は他人の商標を無断で使用して自己の提供する商品を表示し、消費者に混同を生じさせる。ここで、商標的使用は直接侵害認定の基礎であると同時に、商標の正当な使用か否かをふるい分ける尺度でもあり、非商標的使用は侵害的使用ではない。しかし、間接侵害の場合、その行為自体は商標的使用に直接関わるものではなく、他人の商標の侵害的使用に「便利な条件」を提供するものである。商標の間接侵害責任は、商標的使用を原因としないものの、それでも法に基づいて結果を負わなければならない民事責任であると考えられる。(3) 幫助侵害行為は、混同の虞または希釈化の損害の虞を認定基準としない。商標法が規定する侵害行為とは、主に商標の混同の虞、または希釈化による損害の虞を引き起こす直接侵害行為を指す。伝統的なビジネス環境であれ、仮想のネットワーク環境であれ、メーカー、販売業者、広告業者、プラットフォームサービスプロバイダーなどが商標の直接侵害で訴えられる場合は、いずれも混同の判断または希釈化の認定に依拠する。これに対し、それらに該当しないものが間接侵害を構成する可能性がある。物理的環境とネットワーク環境では、それぞれのシーンにおける幫助侵害の具体的な構成も異なる。

商標の間接侵害行為の認定規範は、主に『商標法』及びその『実施条例』、並びに『民法典』の「侵害行為責任編」である。2013 年改正の『商標法』第 57 条第 6 項の「故意に他人の商標権侵害行為のために便利な条件を提供し、他人が商標権侵害行為を実施するのを幫助する」という規定は、商標の間接侵害に関する特別規範と見なされている。2014 年改正の『商標法実施条例』第 75 条の解釈によれば、上述の「便利な条件を提供する」行為は、物理的環境における間接侵害（すなわち「倉庫、運輸、郵送、印刷、隠匿、営業場所の提供」行為）とネットワーク環境における間接侵害（すなわち「オンライン商品取引プラットフォームの提供」行為）に大別できる。2021 年施行の『民法典』第 1194 条から第 1197 条は、それぞれ「インターネット侵害行為責任」、「セーフハーバールール」（「ノーティス・アンド・テイクダウン」ルール、「反対通知—復活」ルール）、「連帯責任」を規定しており、インターネットサービスプロバイダーの主体的責任を適用する際の一般条項である²¹。インターネット侵害行為理論において、ネットワーク主体の要素にはインターネット事業者とインターネット最終利用者（ユーザー）が含まれる。インターネット侵害行為責任の主体は主にインターネット事業者であり、「インターネットコンテンツプロバイダー（Internet Content Provider, ICP）」と「インターネットサービスプロバイダー（Internet Service Provider, ISP）」に分類できる。インターネット空間における侵害行為において、インターネット

²¹ 徐滌宇、張家勇主編：『《中華人民共和國民法典》評注』、中国人民大学出版社 2022 年版、1252-1259 頁を参照。

ユーザーやインターネットコンテンツプロバイダーは直接侵害であることが多く、自身の行為に基づく侵害責任を負う。一方、インターネットサービスプロバイダーは仲介サービスを提供する第三者的主体であり、その行為は直接侵害に必要な「便利な条件」を提供するものであるため、間接侵害の責任を負う。『民法典』の上述の規定は「インターネットサービスプロバイダー」の主体的責任について定めた一般規定であり、知的財産権及び人格権など様々な分野に適用される。その調整範囲はオンライン取引プラットフォーム事業者の商標間接侵害も含まれる²²。『商標法』と『民法典』の「侵害行為責任編」における間接侵害に関する規定は、特別法と一般法の関係にある。そのうち、特別法は特定の主体、対象、事項などについて定めた特別な規定であり、具体的な社会関係を調整する規範的機能を持つ。これに対して一般法は、ある社会関係の法的調整について定めた概括的な規定であり、上位法、基本法としての意義を持つ。『商標法』及び『实施条例』は、商標権保護のために特別規範を設けており、「便利な条件の提供」を要素として幫助侵害を規定し、物理的環境とインターネット環境の両方に適用され、かつ「故意」を主観的要件とする。一方、『民法典』「侵害行為責任編」はインターネットサービスプロバイダーを規範の対象とし、幫助、教唆などの様々な間接侵害に対して、過失責任を認定する「セーフハーバールール」を設けている。明らかに、オンライン取引プラットフォーム事業者の間接侵害責任の規範に関して、特別法と一般法には完全には一致しない点がある。通常、具体的な法律規範のレベルでは、特別法が一般法に優先すると考えられており、すなわち商標法に幫助侵害規定がある場合は、商標法が優先適用される。そして、法体系全体としては、特別法に規定がない事項については、一般法を適用すべきであり、ネットワーク侵害における第三者主体責任の認定に関しては、商標法に規定がない状況下では、『民法典』「侵害行為責任編」の関連規定を適用することになる²³。

間接侵害責任は、知的財産権分野における立法、司法、理論研究における共通の関心事である。そのうち、著作権法と特許法における間接侵害は、制度の変革が最も速く、争点が最も多い。一方、商標法における「商標権侵害行為のために便利な条件を提供する」規定は、立法文書に比較的早く現れ、かつ理論上は一種の間接侵害責任と見なされているが、その責任構成、責任の地位、責任の帰結などは上述の法域の関連規定とは異なっている。ある学者はそれを「やや詭弁的な状態」、すなわち「本質的属性は間接侵害でありながら、立法形式は直接侵害のようであり、責任類型としては共同侵害にあたる」と表現している²⁴。ここでは、『商標法』及びその『实施条例』の関連規定を研究テキストとして、インターネット上の商標幫助侵害問題について以下のように分析する。

(1) 間接侵害責任の属性問題

共同侵害行為は、商標間接侵害制度を構築する上での法的基礎であり、その間接侵害の類型は幫助侵害に分類されるべきである。民法学者の多くは、共同侵害行為を「複数人による侵害行為」或いは「複数人の侵害責任」に分類している²⁵。立法例においては、大陸法系国家の民法典も英米法系国家の侵害責任法も、共同侵害行為に関する規定が多く見られる。例えば、『ドイツ民法典』第 830 条は「共同行為

²² 杜穎：『ネットワーク取引プラットフォームの商標間接侵害責任に関する探討』、『科技与法律』2013年第6期、57頁を参照。

²³ 馮術杰：『ネットワークサービスプロバイダーの商標権侵害責任の認定』、『知識産権』2015年第5期、12頁を参照。

²⁴ 蔡元臻：『商標間接侵害制度論要』、『環球法律評論』2023年第5期、99-105頁。

²⁵ 王利明：『侵害責任法研究』（上巻）、中国人民大学出版社2018年版、579頁を参照。

者及び関係者」の侵害行為を規定しており、『日本民法典』第 719 条は「共同侵害行為及び連帯責任」を規定している。アメリカでは、各州の法律に「共同侵害行為責任」条項が規定されており、さらに「統一州法委員会」が『共同侵害行為者間の責任分担に関する統一法律』を制定している²⁶。中国『民法典』では、第 1168 条において「共同で実施する侵害行為」について一般規定を設け、第 1169 条において「教唆、幫助侵害」の類型について専門規定を設け、第 1194 条において「インターネットユーザー、及びインターネットサービスプロバイダー」の侵害行為責任について特別規定を設けている。

侵害行為理論において、「他人の侵害行為に対して責任を負う」というルールは、インターネットサービスプロバイダーの民事責任を判定するための基本的な分析ツールである。第三者主体の侵害行為責任の分類には次の二つのケースがある。第一は、共同侵害行為における幫助侵害である。幫助侵害は間接侵害に属するが、間接侵害とイコールではない。後者は概括的な概念であり、共同侵害行為の中には、教唆、幫助の二つのケースが含まれるからである。教唆、幫助行為と直接侵害行為は、侵害行為法が規定する「それぞれが別個に実施する共同侵害行為」であり、すなわち加害行為が直接結びつくことで同一の損害結果を発生させる共同侵害行為である²⁷。立法体系から言えば、インターネットプラットフォーム事業者の幫助侵害責任は、『商標法』及びその『実施条例』によって規定されるべきであり、その教唆侵害責任は『民法典』の「共同侵害行為」規則を適用すべきである。第二に、特殊な侵害行為における代位責任である。代位責任は転承責任とも呼ばれ、元々は代理関係や雇用関係において生じたもので、「他人の侵害行為について引き受ける責任」を指すものであった。アメリカの 1976 年著作権法の制定過程において、アメリカ議会は「侵害行為に関与した或いは代理したいかなる者」も侵害行為責任を負う者と見なすべきであると主張し、代位責任の判例上のルールを維持すべきであるとした²⁸。中国では、2006 年『情報ネットワーク伝播権保護条例』が初めてインターネット情報サービスにおける第三者主体の責任を確立した。一部の民法学者は、他人の侵害行為に対する代位責任は「責任主体に関する特別規定」であり、インターネットサービスプロバイダーが負う責任の形態も代位責任であると主張している²⁹。しかし筆者は、インターネットサービスプロバイダーの間接侵害責任は、他人の侵害行為に対して責任を負う特殊な責任形態ではあるが、代位責任として解釈することは適切ではないと考える。なぜなら、これは幫助侵害において、「幫助」とは直接侵害の発生を促す一種の加害行為であるが、代位責任においては、責任者と損害の発生に直接的な関連性がなく、ここで「代位」されるのは賠償責任のみだからである。侵害行為訴訟の観点からは、幫助侵害においては、幫助者と直接侵害者は双方とも被害者の請求権の対象となる。一方、代位責任においては、被害者の請求権の対象は具体的な加害行為者ではなく、代位責任者に対してのみ賠償を求めることができる。以上のことから、オンライン取引プラットフォーム事業者の間接侵害責任は、幫助行為に基づいて発生するものであり、特定の身分によって代位するものではないことが分かる。

(2) 間接侵害責任の属性問題

間接侵害と直接侵害の関連性は、インターネット上の商標権侵害責任の法的地位を決定づける。一般

²⁶ 張新宝：『中国侵害行為法』、中国社会科学出版社 1998 年版、163 頁を参照。

²⁷ 劉士国：『現代侵害損害賠償研究』、法律出版社 1998 年版、86-88 頁を参照。

²⁸ See H. R. Report. No. 94 - 1476, 94th Cong. 2d sess (1976).

²⁹ 楊立新著：『《中華人民共和國侵害責任法》精解』、知識産権出版社 2010 年版、131 頁を参照。

的に、共同侵害行為における「共同関連性」という本質的特徴や、教唆および幫助という共同侵害行為の形態、さらには教唆者・幫助者と直接侵害者との連帯責任など、これらは知的財産権分野における間接侵害事件の処理に規範的根拠と理論的支柱を提供している。間接侵害責任が共同侵害行為責任においてどのような地位にあるかという実質的な問題は、この侵害責任の相対的独立性という特徴にある。

間接侵害責任の独立性に関する最初の問題は、幫助侵害と直接侵害の相互関係、すなわち、間接侵害責任が直接侵害責任の存在を前提とする「共同責任」を構成するか否かに関わる。侵害責任法において、幫助行為と直接侵害行為は「別個に実施された共同侵害行為」であるが、これらは「侵害行為が直接結びつくことで同一の損害結果を発生させる」ものである³⁰。幫助行為と他人の侵害行為との間に「共同関連性」があるからこそ、法理上共同侵害行為と見なされるのである³¹。法解釈学においては、特許法における幫助侵害責任の成立は、必ずしも他人の直接侵害を前提とするわけではない。ドイツなどの国の特許法では「独立説」を採用することが多く、業としてではない特許使用や、その他侵害とは見なされない特許使用（個人使用、研究目的の使用などを含む）はすべて直接侵害とは認定されないが、「侵害専用品を提供する」といった幫助侵害責任は依然として成立しうる³²。一方、商標法や著作権法は「従属説」を採用し、幫助侵害は直接侵害行為の発生を前提とし、直接侵害がなければ間接侵害もない。中国の『商標法』が「他人の侵害行為のために便利な条件を提供する」と規定していることは、幫助侵害行為の質的規定性、すなわち幫助侵害の直接侵害への依存関係を示している。これについて、学界では異なる認識がある。ある学者は「間接侵害責任の独立化」を主張し、直接侵害行為の存在を一種の「準要件」に格下げし、商標間接侵害は直接侵害から独立して存在し得るとする³³。また、ある学者は、意思の連絡がない複数人による侵害の文脈においては、間接侵害と直接侵害を別個に評価する必要があると主張している。すなわち商標の幫助侵害行為者は故意に基づいて連帯責任を負うこともありうるし、過失に基づいて按分責任を負うこともありうる³⁴。後者は伝統的な「従属説」から離れた、あるいは例外を認める「従属説」と言える。現行の商標法が幫助侵害に主観的要件を規定している状況下では、この理論的主張はまだ司法実務に転化することはできない。

間接侵害責任の独立性に関するもう一つの問題は、権利者が間接侵害責任者に対して独立した訴訟を提起できるかどうかであり、これは一般的な共同侵害行為、共同責任に基づいて生じる「共同訴訟」とは区別される。一般的な共同による損害発生事件では、被害者は往々にして共同訴訟を提起し、実行犯、教唆者、幫助者を含む共同侵害行為者全員に対して損害賠償の権利を主張する。共同訴訟の制度的論理は、知的財産権分野の間接侵害のケースには適用できない³⁵。我々が見るところ、知的財産権の間接侵害における「個別訴訟」または「独立訴訟」は、一般の共同侵害行為に基づく「共同訴訟」の枠組みを飛び越えたものであり、これは「事実上の可能性」であると同時に、「法律上の可能性」でもある。イン

³⁰ 民法典第 1171 条、第 1172 条を参照。

³¹ 学理上、教唆・幫助行為には、共同侵害行為を「構成する」ものと「みなす」ものとの区別がある。本稿では、知的財産権共同侵害行為において、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が、法的には共同侵害行為者とみなされると考える。

³² 厳密に言えば、ドイツなどは条件付きの「独立説」の立場を採用しており、幫助侵害責任の成立には一定の条件を満たす必要がある。すなわち、侵害専用品の最終使用者がまだ特許を実施しておらず、特許を実施する可能性があること。侵害専用品が最終的に非侵害用途に使用される場合であっても、幫助者が侵害使用に特許実施の条件を提供すること。EU 特許条約第 26 条(3)参照。

³³ 蔡元臻：『商標間接侵害制度論要』、『環球法律評論』2023 年第 5 期、99-100 頁を参照。

³⁴ 王国柱：『「故意」から「過失」へ：商標間接侵害規制条項の再構築』、『東北大学学报（社会科学版）』2021 年第 2 期、88 頁を参照。

³⁵ 蔡元臻：『商標間接侵害制度論要』、『環球法律評論』2023 年第 5 期、99-100 頁。

ターネット上の著作権侵害では、個人ユーザーが分散しており、直接侵害者を特定しにくいケースが存在するため、権利者は幫助者に対して単独で訴訟を提起する。一方、特許の間接侵害訴訟は、「独立説」の立場に基づき、幫助者に対する責任を単独で追及する根拠を持つ。商標の幫助侵害訴訟の問題については、商標の間接侵害の「独立化」を支持するか否かにかかわらず、学者は大抵、権利者が単独で訴訟を提起することを認めるべきだと主張している。一般的に、『商標法』第 57 条の規定に基づき、「便利な条件を提供する」という幫助行為は独立した侵害行為の類型であり、侵害を受けた権利者は単独で訴訟を提起することができる。このような単独訴訟は、権利者による訴訟選択権の行使であり、プラットフォーム事業者の経済力や侵害リスクへのコントロール能力に基づく総合的考慮の結果が、権利者に訴訟方式を選択させる直接的な動機となることが多い³⁶。知的財産権侵害訴訟における権利選択は、間接侵害の共同責任としての地位と独立訴訟としての特徴を併せ持っていることを示している。

(3) 間接侵害責任の認定問題

技術的中立性の原則は、知的財産権における間接侵害責任の認定根拠であり、インターネット上の商標幫助侵害のケースにも適用される。言い換えれば、機能と用途において「中立」である技術は、間接侵害責任を免責され得る。その規範的意義は、技術がもたらす侵害結果を無条件に技術提供者に帰責してはならない一方で、技術的中立性を絶対視して不当に侵害責任を免れる口実としてもならない点にある³⁷。技術的中立性の原則は、アメリカ特許法における「汎用品の原則」に起源を持ち、汎用品と専用品を区別することで、特許の間接侵害の適用範囲を限定することを目的としている。アメリカ特許法における幫助侵害の成立は、共同侵害行為理論に基づき、直接侵害の存在という事実要件、幫助行為の要件、主観的故意の要件を設定し、特に「実質的な非侵害用途がない物品」という客観的要件を規定している³⁸。アメリカ特許法において、「汎用品の原則」は特許の間接侵害の免責条項であり、特許権者以外の者が汎用品または実質的な非侵害品を販売しても、間接侵害を構成しない。その後、この原則はアメリカ合衆国最高裁判所による「ソニー事件」の判決を経て著作権法の分野に導入された。「技術的中立性の原則」、または「ソニー原則」は、技術そのものの中立的価値を強調し、いかなる技術も原則として責任を生じさせないとする³⁹。ソニー事件から 20 年後、アメリカ合衆国最高裁判所は「グロクスター事件」において「ソニー原則」を再解釈し、共同侵害帰責の原則と責任基準に基づき、技術的中立性の原則を間接侵害免責の適用前提として、主観的過失がなく、販売物品が非侵害用途に利用し得ることを提示した⁴⁰。「技術的中立性の原則」は、侵害行為責任の分配原則として、間接侵害責任の負担と免除において重要な意義を持つ。特許法の「汎用品の原則」、著作権法の「ソニー原則」から商標法の「プラットフォーム中立原則」に至るまで、「技術的中立性」は間接侵害責任を制限するルールとして広く適用されている。同時に、知的財産権法の発展過程において、「技術的中立性の原則」は柔軟性、変動性、適応性という時代的特徴を示していることも見て取るべきである。インターネット時代から AI 時代にかけて、「技術的中立性の原則」の法的に内在する意味合いは絶えず豊かになり、「セーフハーバールール」「レッドフラ

³⁶ 鄧宏光、周園：『検索エンジン事業者が如何にして商標権を侵害するか』、『知的財産権』2008 年第 5 期、64 頁を参照；陳曉俊：『競価ランキングの商標侵害認定の新たな思路』、『電子知的財産権』2009 年第 4 期を参照。

³⁷ 最高人民法院民事审判第三庭編集：『知的財産権审判指導』総第 18 輯、人民法院出版社 2011 年版、30 頁を参照。

³⁸ 張今：『著作権法における「技術中立」の再検討と評価』、『知的財産権』2011 年第 3 期、73 頁を参照。

³⁹ Sony Corp. of America, Inc. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. (1984).

⁴⁰ See Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U. S. 913 (2005) .

「技術的中立性の原則」「プラットフォーム中立免責」「アルゴリズム推薦ルール」などが出現しており、これらはすべてオンライン取引プラットフォーム事業者の商標権侵害責任を分析する上での重要な規範である。

インターネット上の商標間接侵害における「技術的中立性の原則」の適用については、以下の法的要諦を把握すべきである。第一に、「技術的中立性の原則」は「プラットフォームの中立性」、あるいは「プラットフォーム機能の中立性」を意味し、これは特許法上の「汎用品」と同様に、一般的用途を有する技術（または製品）としての属性を持つということである。第二に、「技術的中立性の原則」は、プラットフォームサービスプロバイダーの中立性、またはインターネットサービス提供行為の中立性を要求する。これは、オンライン取引プラットフォーム事業者が中立的かつ受動的な地位にあるサービスプロバイダーであることを意味し⁴¹、その提供するインターネットプラットフォームサービスにおける「行為の中立性」があってこそ初めて「責任の中立性」を証明できるのである。技術的中立性の原則は、オンライン取引のユーザーとして登場するプラットフォーム技術の利用者には適用されないと考えられる。第三に、「技術的中立性」は責任分配という制度的機能を有し、主として責任回避の原則である。プラットフォームサービスプロバイダーは、プラットフォーム技術利用者がそのプラットフォームを利用して侵害行為を実施したことのみを理由として直ちに責めを負うものではなく、「技術的中立性」または「プラットフォームの中立性」はその免責のための抗弁事由となる。しかし、この原則は同時に責任負担の判定ルールでもあり、プラットフォームサービスプロバイダーが合理的な注意義務を尽くさなかった場合には、過失責任を負う可能性は排除されない⁴²。結局のところ、「技術的中立性の原則」の本質は、ここではプラットフォーム（技術）そのものの機能的中立、価値的中立、地位的中立を明らかにし、それによってオンライン取引プラットフォーム事業者の「責任の中立性」を規定することにある。しかし、「技術的中立性の原則」のインターネット上の商標権侵害事件への適用に際しては、侵害責任法が規定する帰責原則と責任基準をも考慮する必要がある。

（４）間接侵害責任の帰結に関する問題

連帯責任は、共同加害行為の法的帰結であり、インターネット上の商標幫助侵害者が負うのは「真正な連帯責任」である。中国『民法典』第 178 条は、「二人以上が法に基づき連帯責任を負う場合、権利者は、一部または全部の連帯責任者に対して責任の履行を請求する権利を有する」、「実際に自己の責任分担を超えて責任を負担した連帯責任者は、他の連帯責任者に対して求償権を行使する権利を有する」と規定している。連帯責任の法的意義が示すところによると、共同侵害行為において、各侵害者はすべての損害に対して完全な賠償責任を負う。対外的関係においては、被侵害者は責任主体を選択する権利を有し、共同侵害行為者の中のいずれか一人、数人または全員に対して、賠償の一部または全部を主張することができる。対内的関係においては、連帯責任者の中の一人または数人が、他の連帯責任者が負担すべき責任分担を引き受けた場合、後者に対して求償権を行使する権利を有する。商標法は商標間接侵害責任の帰結について明確な規定を設けていないため、『民法典』の関連規定を適用すべきである。

商標幫助侵害行為者が間接侵害責任の結果を負担することは、自己の過失行為（他人の侵害への幫助

⁴¹ 孔祥俊：『ネットワーク著作権侵害規則の堅持と革新』、『政法論叢』2025年第2期、41頁を参照。

⁴² 上海知識産権法院課題組：『アルゴリズム推薦サービスプロバイダーの注意義務』、『法律適用』2024年第7期、28頁を参照。

提供)に基づく帰責事由であると同時に、他人の侵害行為(直接侵害行為)に対して責任を負うという連帯関係をも有し、共同侵害行為責任の重要な類型である。一般的に、連帯責任は一種の連帯債務の履行である。法律上連帯債務を規定する意図は、権利者の利益損失が補填されることを確保し、それ故に最も支払能力のある債務者に対して優先的に給付を請求する権利を保障することにある。「連帯債務においては、複数人の連帯債務者の全財産が給付の担保として機能するため、通常の場合、債権者の利益は十分に保障される」⁴³。インターネットサービスプロバイダーの侵害行為責任は、『民法典』が規定する比較的厳格な共同責任であり、オンライン取引プラットフォーム事業者はこの種の連帯責任の規制を受ける。法律的には、連帯責任には「真正な連帯責任」と「不真正な連帯責任」の区別がある。前者は前述のインターネット共同侵害行為責任にあたる。複数人の侵害者の関連行為に基づいて発生し(共同原因)、各責任者は対外的に全損害の賠償責任を負う(全体責任)⁴⁴。インターネットサービスプロバイダーが注意義務に違反し、権利侵害情報を適時に削除しない場合、この「真正な連帯責任」を負う(『民法典』第1195条)。後者も連帯責任ではあるが、その適用には異なる条件がある。すなわち異なる関連行為が同一の損害発生を引き起こす場合(多因一果)であり、最終責任を負うのはただ一人の責任者のみで、他の責任者はその責任を代わって先行して賠償した後、その者に対して求償することができる(終局責任)⁴⁵。「不真正な連帯責任」は、製造物責任(『民法典』第1202-1204条)及び医療製品責任(『民法典』第1223条)に適用される。説明を要するのは、著作権法の実務において、権利者は理論上、インターネットユーザーまたはインターネットサービスプロバイダーに対して全賠償責任を主張することができるが、インターネットユーザー(直接侵害者)の地理的位置、経済的賠償能力を考慮し、権利者はむしろインターネットプラットフォーム事業者の事業者を特定し、インターネットユーザーを起訴しないか、起訴できないことのほうが多い。インターネットサービスプロバイダーが実際の責任、最終責任を負担する状況下では、いわゆる連帯責任は必ずしも「真正な」事実状態ではない⁴⁶。一方、商標権の分野では、消費者はウェブサイト(プラットフォーム事業者)から商品情報を取得し、インターネットユーザー(プラットフォーム内の出店者)とオンライン取引を行う。商標権者は権利侵害情報を容易に取得し、各方の侵害行為責任主体を特定しやすいため、それによって訴訟対象を選択することができる。「真正な連帯責任」という法的状態の下では、オンライン取引サービスプロバイダーとインターネットユーザーの間には内部的な責任分担が存在し、すなわち各責任主体の過失の程度及び原因力の大きさに応じて責任分担が行われる。

3. インターネット上の商標権侵害紛争処理の法的適用

オンライン取引プラットフォーム事業者の商標権侵害責任については、インターネットサービスプロバイダーの間接侵害責任に関する条項が適用される。立法例において、インターネット侵害行為責任のルールは「セーフハーバールール」を要諦としており、これは「アメリカ侵害行為法の特色を色濃く反映した分析フレームワーク」とされている⁴⁷。この分析フレームワークは、インターネット直接侵害と

⁴³ 王家福主編：『民法債権』、法律出版社1991年版、43頁を参照。

⁴⁴ 楊立新：『《中華人民共和國侵害責任法》精解』、知識産権出版社、69頁を参照。

⁴⁵ 徐滌宇、張家勇主編：『《中華人民共和國民法典》評注』、中国人民大学出版社2022年版、1267頁を参照。

⁴⁶ 吳漢東：『ネットワークサービスプロバイダーの著作権侵害責任について』、『中国法学』2011年第2期、45頁を参照。

⁴⁷ 薛軍：『民法典ネットワーク侵害行為条項研究：法解釈論フレームワークの再構築を中心として』、『比較法研究』2020年第4期、132-133頁。

間接侵害の二分論、インターネットユーザーとインターネットプラットフォーム事業者の二分論、インターネットサービスプロバイダーとインターネットコンテンツプロバイダーの二分論を基盤としており、各国の関連立法と司法に重要な影響を及ぼしている⁴⁸。中国の『民法典』はインターネット侵害行為制度体系を確立したが、「セーフハーバールール」を「ノーティス・アンド・テイクダウン」ルールに作り変え、インターネット上的人格権と財産権の侵害行為法の分野に広く適用させた。「責任主体に関する特別規定」において、この「セーフハーバールール」は非常に重要であり、インターネットサービスプロバイダーに過失が存在するか否かを認定する規範的機能を有する。ここでは、本部分は、プラットフォーム責任の構成要件、過失状態認定の主観的要素と客観的基準を対象とし、司法判例を交えながら、インターネット商標間接侵害事件の裁判における法的適用問題を探求する。

(1) 責任要素の構成：故意要件か過失要件か

一般的に、インターネット侵害行為責任の構成要件は二つある。第一に、インターネットユーザーがインターネットを利用して他人の合法的な民事権益を侵害したこと；第二に、インターネットサービスプロバイダーが検索リンクやストレージ空間などの侵害を幫助する条件を提供したことである⁴⁹。後者はインターネット間接侵害責任の成立に関わり、加害行為すなわち客観的要件が存在する状況下では、インターネットサービスプロバイダーの主観的状态を評価し、その非難可能性と帰責性を法的に認定しなければならない。過失及び過失の認定は、侵害行為ルールの原則として、インターネットサービスプロバイダーの間接侵害責任制度における重要なポイントであり、また難点でもある。通説によれば、オンライン取引プラットフォーム事業者は商品取引において中立的、受動的な第三者主体の地位にあり、過失がある場合に限り商標間接侵害責任を負う。伝統的な民法理論において、過失は故意と不注意の両方が含まれる⁵⁰。商標間接侵害責任の構成について言えば、故意が主観的過失要件として議論の余地がないのに対し、過失要件を含むかどうかは、学界で合意が形成されておらず、司法実務においても裁判の意見が分かれている。

学術上の衝突と裁判における判断の差異は、『商標法』と『民法典』のインターネットサービスプロバイダーの主観的要件に関する異なる規定に起因する。中国において、『商標法』及びその『実施条例』は、「オンライン取引プラットフォーム」が「便利な条件を提供し、他人が商標専用権侵害行為を実施するのを幫助する」行為に対して、「故意」という過失基準を採用している。一方、『民法典』は、「インターネットユーザー、インターネットサービスプロバイダーがインターネットを利用して他人の民事権益を侵害する」共同侵害行為責任の条項において、後者の主観的要件を一般的な過失基準と規定している。一般的に、主観的過失における「知りながら」と「知っているべき」は、それぞれ「故意」と「過失」に対応する。したがって、民事基本法と特別法の間で規定に差異があることにより、インターネット間

⁴⁸ 「避風港原則」(セーフハーバー原則)は、その導入当初から中国におけるネットワーク侵害行為分析の基本的パラダイムとなり、当時の関連立法及び司法解釈の制定に影響を与えたと指摘している学者がいる。立法としては、『情報ネットワーク伝播権保護条例』(2006年)、『侵害責任法』(2009年)、『電子商取引法』(2018年)などが、司法解釈としては、『情報ネットワーク伝播権侵害民事紛争事件の審理に関する法律適用についての若干の問題の規定』(2012年)、『情報ネットワークを利用した人格権侵害民事紛争事件の審理に関する法律適用についての若干の問題の規定』(2014年)などが挙げられる。薛軍「民法典ネットワーク侵害行為条項研究：法解釈論枠組の再構築を中心として」『比較法研究』2020年第4期132頁を参照。

⁴⁹ 程嘯：『侵害責任法』、法律出版社2019年版、448-449頁を参照。

⁵⁰ 王利明、楊立新等：『民法學』、法律出版社2020年版、1056頁を参照。

接侵害責任の主観的構成要件について、どちらの法律規定を適用すべきかという問題が生じている。

学界において、「主観的故意説」を支持する学者は、民事特別法が基本法に優越する原則から、商標法が既に特別規定を設けている場合には、主観的故意を構成要件とすべきであると主張する。すなわち、行為者が侵害行為を「知りながら」、かつ実質的な幫助を提供することを要求する。したがって、インターネットサービスプロバイダーの幫助侵害責任は、一種の「故意責任」である⁵¹。ある学者は主観的要素の角度から法的解釈を行い、「故意の認識要素とは、自己の行為が危害結果を発生させることを知っていることである」とし、「間接侵害行為者が直接侵害行為を明確に認識して初めて、直接侵害行為が成立するか否かを判断し、さらに侵害の発生を阻止するための必要な措置を講じるか否かを決定できる」と述べている⁵²。したがって、主観的故意基準は、商標間接侵害責任認定の「最低ライン」である⁵³。「主観的故意説」によれば、立法者は知的財産権分野における間接侵害責任の主観的要件について異なる規定を設けており、著作権分野では、侵害の便利な条件を提供することは、権利者の伝播に対する専有的コントロールを妨害することと直接的な因果関係がある。特許権分野では、幫助侵害行為は特定の特許製品と直接的な因果関係がある。一方、商標権分野では、オンライン取引プラットフォーム事業者が侵害条件を提供することは、消費者が商品の出所を混同することと直接的な因果関係がないため、法は主観的要件の構成において制限を加える必要があり、すなわち間接責任基準に対して比較的高いハードルを設定しているのである。これとは別に、「主観的過失説」を支持する学者は、新法が旧法に優先する原則に基づき、2020年に公布された『民法典』は、法律適用の優先順位において2019年に改正された『商標法』に優先すべきであると主張する。すなわち、特別法が規定していない「過失による間接侵害」のケースについては、基本法であるインターネットサービスプロバイダー間接侵害責任に関する一般条項を適用することができる。将来的な立法レベルでは、『民法典』の関連条項を指針として、『商標法』の幫助侵害に関する概念を整備し、それに「過失による間接侵害」の行為を包含させることができるとしている。多くの学者は、インターネット商標侵害において、合理的な注意義務を尽くさなかったことは過失行為に該当し、相応の過失侵害責任を負うべきであると考え⁵⁴。過失は、インターネットサービスプロバイダーの間接侵害における主観的過失の形態であり、司法実務における適用頻度は故意を遙かに上回る⁵⁵。商標法で規定する幫助侵害が「故意」要件に固執しすぎることは、裁判官が過失侵害行為を故意ではないと解釈して無罪にしたり、見て見ぬふりをしたり、あるいは無理に故意侵害と論証したりする結果を招きかねない⁵⁶。

司法実務において、インターネット商標間接侵害事件に対しては、以下のような異なる法適用の選択が存在する。(1)『商標法』を根拠として、規制の対象となる幫助侵害行為を故意侵害行為に限定する。主観的認定において故意とは、「はっきり分かる」という心理状態、或いは「実際に知っている」という認知程度である。裁判において、幫助侵害者の主観的故意の認定は、主観的過失に関する事実認定の一種であり、すなわち行為者が事実上、他人がそのサービスを利用して商標権侵害を実施していることを

⁵¹ 曹陽：『知的財産権間接侵害責任の主観的要件分析』、『知的財産権』2012年第11期、36頁を参照。

⁵² 歐陽福生：『幫助型商標間接侵害における主観的故意の認定』、『人民司法』2017年第19期、97-98頁を参照。

⁵³ 蔡元臻：『商標間接侵害制度紀要』、『環球法律評論』2023年第5期、97頁を参照。

⁵⁴ 胡開忠：『ネットワークサービスプロバイダーの商標権侵害における責任』、『法学』2011年第2期、142頁を参照。

⁵⁵ 馮術杰：『ネットワークサービスプロバイダーの間接侵害責任の過失形態について』、『中国法学』2016年第4期、185頁を参照。

⁵⁶ 王国柱：『「故意」から「過失」へ：商標間接侵害規制条項の再構築』、『東北大学学报（社会科学版）』2021年第2期、85頁を参照。

知っており、それを知らながら意図的に行うものである⁵⁷。問題は、一部の事件では、行為者に「過失」があることを以って「故意」要件に代え、安易に『商標法』を適用することにより、法に依拠した裁判の範囲を逸脱してしまうことである⁵⁸。筆者は、行為者の主観的過失が「故意」の程度に達していない場合、或いは単に注意義務違反の過失しかない場合は、『商標法』が規定する故意侵害責任条項に基づいて処理すべきではないと考える。(2)『民法典』を指針として、インターネットサービスプロバイダー間接責任条項を適用し、幫助侵害事件を処理する。プラットフォーム責任の構成は過失責任原則を基礎としており、その構成要素は前述の故意の他に、過失状態として現れることが多い。過失とは、「知っているべき」或いは「知っているはず」という主観的認知であり、裁判においては主観的過失に対する法的推定となる。つまり注意義務違反に基づいて過失があると推定するのである。インターネットサービスプロバイダー間接侵害事件の裁判では、注意義務違反による過失責任の分析方法が採用されることが多い⁵⁹。(3) 民事特別法と基本法の規定を同時に適用し、インターネットサービスプロバイダーの幫助侵害責任を認定するが、過失責任論に基づき、主観的故意要件については實際上評価分析を行わない⁶⁰。司法実務において、裁判所は行為者の過失の有無を検討するに当たり、多くの場合、行為者が負うべき注意義務の履行状況から審理を開始し、それに基づいて行為者に過失が存在するかどうかを判断する。以上のことから、商標法上の「故意」要件は、事件処理において十分に機能しきれていない限界があることがわかる。

(2) 主観的過失の認定：概括的認識か具体的認識か

過失は、インターネットサービスプロバイダーが責任を負うときの基礎である。過失の認定は主観的意識レベルにおける分析と評価に属するため、法的理論と司法実務では、通常、侵害行為者の客観的行

⁵⁷ 衣念（上海）時裝貿易公司 vs 浙江淘寶網絡公司商標權侵害紛争事件において、裁判所は、淘寶公司在特定の侵害者である杜 XX に対処する条件と能力を有しており、侵害者が繰り返し侵害商品情報を発表したことを知らながら管理措置を厳格に実行せず、依然としてネットワークサービスを提供したことは、侵害行為の継続に対する放任、容認であったと判断した。裁判所は、淘寶公司在杜 XX の侵害商品販売に便利な条件を提供したことは幫助侵害を構成し、主観的過失があり、連帯賠償責任を負うと認定した。上海市浦東新区人民法院（2010）浦民三（知）初字第 426 号民事判決書を参照。

⁵⁸ 黄 XX、奢悦公司 vs 杭州阿里巴巴公司商標權侵害紛争事件において、裁判所は、被告たるネットワークプラットフォーム事業者は、係争ネットショップが侵害行為を実施したことを知るはずであったと認定し、侵害行為の再発を防止する有効な措置を講じなかったため、主観的に過失があるとした。その判決書は『商標法』の関連規定を適用しているが、「過失侵害」の評価を採用し、「故意侵害」の分析には至らなかった。広州市白雲区人民法院（2017）粵 0111 民初 135 号民事判決書を参照。

⁵⁹ 泉州花漫里餐飲公司 vs 北京加盟諮詢公司商標權侵害紛争事件において、裁判所は、被告たるネットワークサービスプロバイダーは、その注意能力の範囲内で、その経営モデル、技術能力に適合した注意義務を負うと認定した。全国的な分類情報サイトとして、被告は招商加盟情報と知的財産権が密接に関連することを認識すべきであったが、侵害情報発表者の真実な身份を十分に検証せず、原告が侵害情報発表者に対して権利を主張することを不能にしたため、被告には一定の過失があり、相応の連帯責任を負うとした。北京知識産権法院（2024）京 73 民終 351 号民事判決書を参照。

⁶⁰ 友際無限（北京）公司 vs 北京百度公司商標權侵害紛争事件において、一審裁判所は、被告のウェブサイトはユーザーがアップロードするプラットフォームであり、第三者の侵害が発生した場合はアプリケーションの開発及び提出者が自己責任を負うと認定した。本件には、被告が係争 APP を編集、整理または推薦したことを証明する証拠がなく、被告が係争 APP に侵害が存在することを知らずであったことを証明する証拠もないため、『商標法』及び当時の『侵害責任法』の規定に基づき、被告には本件において主観的過失がなく、連帯責任を負わないと判決した。第二審裁判所は、『侵害責任法』の規定に基づき、被告が開放プラットフォームを運営し、ネットワークサービスプロバイダーとしての地位を有するため、相応の注意義務を尽くすべきであり、過失がなかったため、法的に侵害行為責任を負わないと認定した。北京市朝陽区人民法院（2019）京 0105 民初 56898 号民事判決書、北京知識産権法院（2021）京 73 民終 1481 号民事判決書を参照。

為を通じて推定する。すなわち、「主観的要件の客観化」という法的技術を採用する⁶¹。インターネット間接侵害責任の文脈において、責任主体の主観的過失を客観化する基準となるのが注意義務である。オンライン取引プラットフォーム事業者の注意義務とは、法令の規定、業界の慣習、契約の規定に基づき、一定の行為を行い、または行わないことによって表される、慎重、合理的、かつ専門的な注意の必要性のことである。これは、侵害行為法理論においては「善管な管理者」の注意の責に帰することができる。その中で、最も主要なものは、法定の注意義務である。司法実務においては、一般に「明らかに分かる」と「知っているべき」をもってインターネットサービスプロバイダーの主観的過失を識別する。すなわち、民法上の「ノーティス・アンド・テイクダウン」ルールをその注意義務の判断基準とし、続いて「作為義務」と「不作為義務」の義務履行分析を行い、これに基づいて過失責任の認定を行う。

過失とは、侵害行為者の主観的心理状態に対する評価であり、その評価基準には「概括的認知」と「具体的認知」の区別がある⁶²。インターネットサービスプロバイダーが義務不履行の過失責任を負う場合、その判断基準の核心は、オンライン取引プラットフォーム事業者が一般的な侵害内容の予見義務を負うかどうかにある。「概括的認知」とは、侵害行為の存在に対する一般的な認識、すなわちインターネットサービスプロバイダーが、インターネットユーザーの一部がその提供するプラットフォームを利用して商標権侵害活動を行っていることは知っているが、具体的にどのユーザーのどのような行為が侵害を構成するかまでは特定できない主観的状态を指す。「概括的認知」は、通常、単独では間接侵害行為の主観的過失の十分条件とはならないが、インターネットサービスプロバイダーの注意義務履行状況を分析する上での必要条件と見なすことができる。これとは異なり、「具体的認知」とは、侵害行為の存在に対する明確な認識、すなわちインターネットサービスプロバイダーが、特定のインターネットユーザーがその提供するプラットフォームを利用して特定の侵害行為に従事していることを知っているという主観的状态を指す。オンライン取引プラットフォームが侵害情報を削除する義務を履行するためには、具体的に特定された侵害行為の存在を知っていることが前提となる。「概括的認知」と「具体的認知」という認知基準は、実務において異なる裁判上の立場となって表れる。前者は、事業者に対し能動的なプラットフォームガバナンス義務と事前の情報審査義務を負わせる。この「概括的認知」基準が行為者に課す注意義務は過度に厳格であり、プラットフォーム事業者が容易に責めを負うことになりかねない。後者は、「技術的中立性」、「プラットフォームの中立性」の原則を堅持し、プラットフォーム事業者の注意義務の「作為性」と「合理性」の分析を重視する。この「具体的認知」基準は、プラットフォーム事業者が備えるべき慎重さ、スキル、能力を設定し、一定の範囲でのリスク予見義務と結果回避義務を含む。国内外の司法裁判は、おおむね「具体的認知」の裁判手法を採用している。アメリカの「ティファニー」対「eBay」商標権侵害事件において、アメリカ連邦第二巡回区控訴裁判所は、インターネットサービスプロバイダーがそのサービスが偽造侵害に利用されているという事実を認識していると言えるためには、一般的、概括的な認知程度を超えていなければならないと強調した。eBayは、特定の侵害事実を具体的に認識できなかったとして、侵害責任を免れたのである⁶³。中国の裁判所の関連判決も「具体的認

⁶¹ 李雨峰：『失われた道：検索エンジンサービスプロバイダーの商標法上の注意義務について』、『學術論壇』2009年第8期、63頁を参照。

⁶² 主観的認知における「知る」は、「承知」、「了解」とも呼ばれ、学者は多くがネットワークサービスプロバイダーの侵害行為に対する認識状態を区分する分析方法として用いる。孔祥俊：『ネットワーク著作権侵害規則の堅持と革新』、『政法論叢』2025年第2期、37頁を参照；胡開忠：『ネットワークサービスプロバイダーの商標権侵害における責任』、『法学』2011年第2期、142頁を参照。

⁶³ See *Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc.*, 600F. 3d 93 (2d Cir. 2010).

知」基準を採用しており、プラットフォーム事業者がインターネットユーザーの商標権侵害の事実を知っていたか、或いは知っているべきであったのにもかかわらず必要な措置を講じなかった場合に、間接侵害責任を負うとしている⁶⁴。司法裁判のルールは、プラットフォーム事業者には事前の侵害情報審査義務はなく、能動的に審査しなかったことをもって過失と認定すべきではないとする⁶⁵。プラットフォーム事業者の侵害事実に対する「知っている」と「知っているべき」という「具体的認知」は、「ノーティス・アンド・テイクダウン」ルールを適用して識別されるべきである。

過失責任の認定は、インターネットサービスプロバイダーの間接侵害に関する規定が適用される。すなわち、責任主体が「知っている」または「知っているべき」という主観的過失は、「ノーティス・アンド・テイクダウン」ルールに基づいて解釈および識別されるべきであり、このルールは中立的な技術やプラットフォームの保護しようとする立法者の意図を体現している。侵害コンテンツはプラットフォーム事業者が提供するものではなく、加えて情報の膨大さと流動性に考慮して、原則としてプラットフォーム事業者に侵害コンテンツの能動的審査を要求しないが、侵害通知に基づいて処理することは命じている。同時に、このルールはプラットフォーム事業者が負うべき主観的過失責任を定義づけている。すなわち、侵害通知を受けた後、侵害情報に対して必要な措置を講じなければ、損害が拡大した部分について責任を負うことになる。これは一種の「具体的認知」に基づく注意義務違反の法的帰結である。司法実務において、オンライン取引サービスプロバイダーの間接侵害認定については、以下のいくつかの問題を考慮する必要がある。(1) 事前審査義務と注意義務。プラットフォームサービスプロバイダーには、商品の合法性について事前に審査する義務はないが、善管注意義務を尽くすべきである。例えば、オンライン取引事業者ユーザー（出店者）の身元調査、消費者への出店者情報の提供、合理的な監督、管理措置の実施などが挙げられる。(2) フィルタリング措置と通知・削除。プラットフォームサービスプロバイダーは、技術的措置を通じて違法で明白な侵害情報をフィルタリングすべきである。一般的に、商標権者が権利侵害の主張を提出し、かつ初歩的な証明がある場合、オンライン取引プラットフォームは通知を受けた後、侵害リンクを遮断し、侵害製品を削除する義務を負う。(3) サービス料の徴収と直接的利益の享受。電子商取引において、当事者が取引プラットフォームを提供するサービスプロバイダーにサービス料を支払うことは言うまでもない。しかし、取引プラットフォームサービスプロバイダーが特定の取引活動から直接的利益を得ているときは、往々にしてより高い注意と審査義務を尽くす必要がある。インターネット経営に監督管理能力があり、かつ侵害による所得から利益を得ているならば、間接侵害を構成する可能性がある。(4) 主観的過失と客観的行為表現による判断。取引プラットフォームサービスプロバイダーの主観的状態は、その者が侵害責任を負うか否かの重要な要素である。司法実務において、オンライン取引プラットフォーム事業者の過失を判断するには、その主観的な注意能力（例えば、情報管理の分析能力、侵害情報の識別能力など）を考慮するだけでなく、インターネットサービスプロバイダーの行為の客観的外在的表現から総合的に判断する必要がある。例えば、事前に侵害を予防する合理的措置を講じていたか、通知を受けた後に速やかに必要な規制措置を講じたかなどである。要するに、主観的過失の客観化された形態、すなわち侵害行為の存在に対する「認知」は、具体的、かつ特定のであり、客観的外在的表現を有するのである。

⁶⁴ 浙江阿里巴巴公司商標権侵害紛争事件、杭州市中級人民法院（2005）杭民三初字第 367 号民事判決書を参照；上海ピンドゥオドゥオ公司商標権侵害紛争事件、上海市徐匯区人民法院（2021）滬 0104 民初 4068 号民事判決書を参照；優楽互聯公司（北京）商標権侵害紛争事件、広州市中級人民法院（2013）穗中法知民終字第 984 号民事判決書を参照。

⁶⁵ 『最高人民法院關於審理信息網絡傳播權民事紛争案件適用法律若干問題的規定』（2020 年修正）第 8 条を参照。

(3) 客観的措置の認定：行為基準か結果基準か

インターネットサービスプロバイダーが商標権侵害行為に対して必要な規制措置を講じたか否かは、間接侵害責任を構成する客観的要件であると同時に、言い換えると主観的過失判断の客観的基準でもある。『民法典』の規定によれば、オンライン取引プラットフォーム事業者が必要な措置を講じなかったとされる過失には、二つのケースが存在する。第一は、権利侵害の通知を受けた後、「速やかに必要な措置を講じなかった」場合（第 1195 条第 2 項）である。第二は、侵害行為が存在することを「知っていた、または知っているべきであった」にもかかわらず、「必要な措置を講じなかった」場合（第 1197 条）である。前者は、「ノーティス・アンド・テイクダウン」ルールが適用される一般的ケースであり、「セーフハーバールール」の規定に基づき、インターネットプラットフォームが権利侵害通知を受け取った事実は、そのインターネットユーザーがプラットフォームを利用して侵害行為を行っていることを実際に知っていたものとみなされ、侵害情報を速やかに処理しなかった場合には、侵害損害が拡大した分について連帯責任を負う。後者は、通知を受けていないが侵害行為を知り得た特定のケースに適用される。「レッドフラグ原則」の文脈において、インターネットプラットフォーム事業者が侵害行為の存在を看過し、侵害情報を効果的に処理しなかった場合⁶⁶、侵害損害についてインターネットユーザーと連帯責任を負うことになる。

インターネットサービスプロバイダーが侵害コンテンツに対して講じる必要な措置は、『民法典』が列挙する「削除、ブロック、リンク切断」の他に、学者が論じる「公開警告、信用格付けの引下げ、取引停止、侵害商品の出品停止命令、ネットショップ閉鎖」などの措置も含まれる⁶⁷。議論的となるのは、「必要な措置」の限度問題、すなわち、オンライン取引プラットフォーム事業者が講じる措置がどのような基準、効果に達すれば、民事責任を免除されるのかである。これについて、司法実務には異なる判例が存在する。ある事件の判決では、インターネットプラットフォームが権利侵害通知を受けた後、侵害情報のページを削除する措置を講じれば免責されるとするものがある⁶⁸。一方、別の事件では、プラットフォーム事業者は侵害通知が列挙する侵害製品及びそのリンクを削除するだけでなく、偽造商品を繰り返し販売する侵害者を制限し、侵害行為の再発を防止すべきであると判断するものもある⁶⁹。学界では、上述の異なる裁判の主張を「行為基準説」と「結果基準説」に区別している。「行為基準説」を主張する学者は、オンライン取引プラットフォームが講じる必要な措置は、侵害行為を予防し制止する最も効果的なものであるべきだが、これに対してその責任主体が負うのはあくまで「行為義務」であり、「結果義務」ではないと考える。さらに、処理措置が「必要」な限度を超えれば、インターネットユー

⁶⁶ アメリカ侵害行為法では、ネットワーク侵害事実が明らか（「レッドフラグ基準」）である場合、ネットワークサービスプロバイダーが侵害行為の存在を「看過」した場合、「セーフハーバー原則」を主張する権利がないとされる。「看過」は「知るはず」と推定する判断基準であり、アメリカ第七巡回控訴裁判所の判決を経て商標間接侵害事件に正式に導入された。See *Hard Rock Cafe Licensing Corp. v. Concession Services, Inc.*, 955 F.2d 1143 (7th Cir. 1992).

⁶⁷ 程嘯：『中国「民法典」におけるネットワーク侵害行為責任の通知規則について』、『武漢大学学报（哲学社会科学版）』2020年第6期、144頁を参照。

⁶⁸ 阿魯克股份公司对阿里巴巴公司商標権侵害紛争事件、北京市海淀区人民法院（2017）京0108民初3395号民事判決書を参照；杭州納美科技公司対上海尋夢信息技术公司商標権侵害紛争事件、上海知識産権法院（2020）沪73民終226号民事判決書を参照。

⁶⁹ 衣念（上海）時裝貿易公司対浙江淘寶網絡公司商標権侵害紛争事件、上海市第一中級人民法院（2011）沪一中民五（知）終字第40号民事判決書を参照；宏聯国際貿易公司対湖州迅焱電子商務公司等商標権侵害紛争事件、湖州市吳興区人民法院（2017）浙0502民初1076号民事判決書を参照。

ザーの権益に不当な損害を与える可能性がある⁷⁰。また、司法機関は、オンライン取引プラットフォームが独自の管理規則を確立することを奨励し認めるべきであり、規則に基づくプラットフォーム自治管理モデルを実行すべきであると主張する学者もいる⁷¹。プラットフォーム規則の司法的意義は、管理規則の施行とプラットフォーム事業者の過失責任認定を結びつけ、規則に基づき販売業者を処罰することをプラットフォームの過失判断の根拠とすることにある⁷²。このようなプラットフォーム自治措置は、「行為基準」の実質的含意を持つ。「結果基準説」を主張する学者は、インターネットサービスプロバイダーが講じる措置は、侵害行為の継続と損害結果の拡大を効果的に阻止しなければならないと考える。言い換えれば、裁判所は措置の実際の効果に基づいて、責任主体が注意義務を尽くしたかどうかを判断し、それを責任認定の重要な根拠とすべきであるという考えである。アメリカの法務実務を参考に、インターネットプラットフォーム事業者の幫助侵害責任は、主観的過失と客観的結果の両面から判断すべきであり、「ノーティス・アンド・テイクダウン」を行っただけで「セーフハーバー」に入り免責されるわけではないと強調する学者もいる⁷³。さらに、前述の「衣念 (E-Land) 事件」及びその他の事件の分析に基づき、オンラインプラットフォームが講じる必要な措置は迅速であるだけでなく、効果的でなければならず、単に侵害商品リンクを削除するだけでは不十分であり、侵害行為の再発を防止するには不十分であると指摘する学者もいる⁷⁴。指摘すべきは、学者たちが「行為基準説」をとるか「結果基準説」をとるかにかかわらず、おおむね一つの準則を承認している点である。すなわちプラットフォーム事業者がその注意義務を十分に尽力して履行することを、必要な措置を講じる行為の基本的要求とすることである。

実際には、「結果基準説」と「行為基準説」は両立しないものではなく、それぞれの言葉が持つ意味も絶対的なものではない。筆者は、必要な措置を講じる目的は、侵害行為の継続発生を防止することであり、立法者はこのルールに侵害責任法の抑止機能を付与していると考え。抑止機能は、侵害行為責任制度の目標機能であり、その要諦は、利益メカニズム（侵害者をして利益を得させない）と世論メカニズム（侵害行為に対する非難）を通じて反社会的行為を防ぐことにある⁷⁵。これは、インターネット上の商標権侵害において、事業者が効果的な措置を講じなければ、損害に対して相応の連帯責任を負うこと、逆に事業者が効果的な措置を講じ、侵害行為が抑制されれば、民事責任を負わないことを意味する。ここでは、必要な措置行為に対して「目的」と「効果」の双方が要求されているのである。しかし、「結果基準」の適用には条件があり、制限も受ける。その主な問題点は、第一に、プラットフォーム事業者が講じる必要な措置とその管理能力との整合性である。どのような措置が必要な措置に該当するかは、プラットフォームの類型、サービス内容、技術的条件、及び措置を講じるための必要コスト、難易度、侵害の態様などの要素に基づいて決定されるべきである。要するに、そのリスク制御能力はその管理能力の範囲内であればならない。第二に、プラットフォーム事業者が講じる措置による「損害の停止」と生じた損害との比例性である。侵害予防措置を講じることは必要であるが、同時に、インターネット

⁷⁰ 馮術傑：『ネットワークサービスプロバイダーの商標権侵害責任の認定』、『知的財産権』2015年第5期、19頁を参照。

⁷¹ ネットワーク取引プラットフォームの自治において、『淘宝規則』は、プラットフォームユーザーの行為を規範化するために制定された「運営準則」であり、一定の減点メカニズムの確立を含み、違反したプラットフォームユーザーに対し、店舗のシャドウバン、商品発表の制限、店舗閉鎖、さらにはアカウントの閉鎖までの処罰を講じる。

⁷² 司曉、費蘭芳：『電子商取引プラットフォームサービスプロバイダーの商標間接侵害責任に関する分析』、『知的財産権』2015年第3期、39頁を参照。

⁷³ 張燦：『ネットワークプラットフォーム業者の間接侵害責任の判定』、『中華商標』2021年第12期、47頁参照。

⁷⁴ 杜穎：『ネットワーク取引プラットフォームの商標間接侵害責任に関する探討』、『科技与法律』2013年第6期、60頁。

⁷⁵ 吳漢東：『知的財産権の懲罰的賠償の私法的基礎と司法適用』、『法学評論』2021年第3期、26頁を参照。

ユーザーの合法的な権益を不必要に損なうことを避けなければならない。例えば、誤った通知に基づいて講じられた措置は、他人の営業の自由や民事上の権利を妨害する可能性がある。したがって、必要な措置による「損害の阻止」は、他者の権利を「損なわない」ことを境界としなければならない。すなわち、インターネットサービスプロバイダーとインターネットユーザーの間で、「費用対効果」分析手法を採用し、異なる損害の比例関係を調整し、損害責任の合理的な配分を行うべきである⁷⁶。以上の分析に基づけば、必要な措置の客観的要件の認定は、条件付きの「結果基準」、あるいは効果を伴う「行為基準」と言える。

4. インターネット上の商標権侵害責任ルールの法的整備

権利の保護は、商標法の核心的な制度であり、その主な規範内容は、保護範囲の定義における混同の基準、希釈化の基準の問題、周知商標の特別保護の問題、商標権侵害行為の類型、および商標共同侵害の問題を含む。オンライン取引プラットフォーム事業者の幫助侵害は、『商標法』及びその『实施条例』において、「他人の商標専用権を侵害する」ために「便利な条件を提供する」行為——すなわち「オンライン商品取引プラットフォームを提供する」行為である。商標法の5回目の改正に際し、国家知識産権局は2023年1月に『商標法改正草案（意見募集稿）』を公表したが、幫助侵害条項に関しては従来の規定を変更せずに維持した。これに対して多くの学者が異議を唱えている。筆者は、インターネット上の商標権侵害責任ルールは、オンライン取引プラットフォームの秩序統治、商標権益の保護、および商標法の機能目標の実現に関わる重要問題であり、法的制度の構造と司法裁判ルールの調整など、複数の次元の観点から改正と整備を図るべきであると考え。具体的なスキームは、以下の諸点において展開することができる。

（1）主観的過失要件の立法上の構成

侵害責任法の理論に基づけば、主観的過失は、インターネット上の商標権侵害行為の重要な構成要件である。過失とは、行為者が義務に違反する行為に現れる、非難されるべき心理状態を指し、故意と過失という二つの主観的心理状態への評価を含む。侵害行為責任の構成要件の分析の枠組みにおいては、加害行為、損害結果、因果関係などの客観的要件が満たされて初めて、主観的過失を議論する必要性が生じる。問題は、現行の『商標法』が、幫助侵害について故意という単一の主観的要件しか規定していないことが、中国の上位法の規定に反し、法の適用上不便を生じさせている点にあり、主観的構成要件の再構築が必要である。

インターネットサービスプロバイダーが負う間接侵害責任が主観的故意責任なのか、それとも一般的な過失責任なのかについては⁷⁷、各国の商標法の分野で一致を見ていない。日本では、『商標法』第37条第7項が「直接侵害」（基本となる侵害類型）の条項であり、第2項から第8項までは概ね「間接侵害」

⁷⁶ 鄭玉双：『共同善を実現する良法善治：道具主義的法治観の新たな探求』、『環球法律評論』2016年第3期、20-21頁を参照。

⁷⁷ インターネットサービスプロバイダーが故意の場合のみならず過失の場合にも侵害責任を負うべきであるという学説がある。これは他の国と地域における趨勢及び国際慣行に合致するものである。王勝明主編『中華人民共和國侵害責任法解釈』、中国法制出版社、2010年、185頁を参照；程嘯『侵害責任法（第二版）』、法律出版社、2015年、451頁を参照。

の規定である。これらは「所持型」「役務準備型」「他人利用型」「使用準備型」「他人使用助長型」「製造型」「道具製造型」に分類され、その多くは実体的環境と物質的手段において「便利な条件を提供する」幫助侵害である。同法には「オンライン商品取引プラットフォームの提供」に関する具体的な規定はないが、上述の間接侵害条項は、日本における数少ない EC プラットフォームの商標権紛争に対する法律適用の余地を提供しうる。注目すべきは、日本の『商標法』は幫助侵害者に対して故意の要件による限定を設けていない点である。ドイツでは、「電気通信サービスプロバイダー」、すなわちインターネットサービスプロバイダーの間接侵害責任は、2017年の『電気通信メディア法』が適用される。同法は、「ユーザーが電気通信サービスを他人の知的財産権侵害に利用した場合、権利者は「関連するサービスプロバイダーに対し、反復的な侵害を回避するために使用情報の遮断を要求することができる」（第7条第4項）と規定している。「サービスプロバイダーは、通信ネットワークで伝送される情報または使用を可能にするリンクが貼られた他人の情報について責任を負わない」、「サービスプロバイダーが違法行為を実施するために、そのサービスユーザーと故意に（*absichtlich*）協力した場合」は、前述の免責規定は適用されない（第8条第1項）⁷⁸。これらの規定は、ドイツでは、インターネット商標間接侵害責任が電気通信事業者の一般的な責任条項を適用し、かつ侵害責任の構成において「故意」の要件を採用していることを示している。アメリカでは、ランナム法体系の下での商標侵害制度は主観的要件を侵害帰責の重要な要素としており、その間接侵害ルールは主に判例法によって発展、整備されてきた。1982年の「インウッド」事件（*Inwood Test*）で初めて幫助侵害の概念が提起され⁷⁹、2010年の「ティファニー」事件（*Tiffany*）では、主観的要件、すなわち「知っている、または知るべき理由がある」が確立され、提供されたサービスが偽造侵害に利用されたという事実の「具体的認知」を認定基準とするとされた⁸⁰。「技術的中立性」の原則の下では、幫助侵害者が注意義務を尽くさなかったという主観的過失、すなわち「知っている、または知るべき理由がある」は、主に故意の状態を指すが、重大な過失のケースにも及ぶ。中国では、2006年の『情報ネットワーク伝播権保護条例』から、2009年の『侵害責任法』、2021年の『民法典』「侵害行為責任編」に至るまで、インターネットサービスプロバイダーに対して過失責任認定のための「セーフハーバールール」が設定されている。上述の立法の考え方と制度の原理に基づけば、『商標法』が著作権法や特許法とは異なる主観的故意要件を別途に設定する必要も理由もない。その根拠は次のとおりである。まず、現代の侵害責任法は過失責任を立法の主軸としており、故意と過失の主観的心理評価とその区別の意義は、もはや過去のものとなっている。インターネットサービスプロバイダーの責任は、特殊な主体としての責任であり、主観的「故意」を必要とせず、立法者は「知っている、または知っているべきである（知りながら）」、「概括的認知」または「具体的認知」といった注意義務を用いて、インターネットサービスプロバイダーの主観的状态の構成を定義することが多い。第二に、現代の侵害責任法は、補填と予防を制度の機能としており、注意義務は人々の行動に対する合理的な要求であり、その目的は侵害損害の発生を予防し、コントロールすることにある。裁判官においては、過失責任の認定、すなわち行為者が注意義務に違反したかどうか、「合理的かつ効果的な侵害予防措置を講じたかどうか」によって、インターネットサービスプロバイダーの過失を評価する⁸¹。中国の裁判所の司法

⁷⁸ ドイツ「電気通信メディア法」（2017年文本）第3章「責任」（「Abschnitt 3 Verantwortlichkeit」）を参照

⁷⁹ 李明徳『アメリカ知的財産法（第二版）』、法律出版社、2014年、604頁を参照。

⁸⁰ See *Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc.*, 600F. 3d 93 (2d Cir. 2010).

⁸¹ 馮術杰「インターネットサービスプロバイダーの間接侵害責任の過失形態について」『中国法学』2016年第4期、179頁を参照。

判断において、責任の負担は注意義務違反を基礎としなければならず、「ノーティス・アンド・テイクダウンルール」と「レッドフラグ基準」などはすべて過失判断の考慮範疇に組み込まれている⁸²。過去のインターネット上の商標権侵害事件において、裁判官が注意義務違反と認定した行為は、そのすべてが故意による行為とは限らなかった。したがって、主観的要件の規定は、「故意」の状態に偏執する必要はなく、両方の過失行為を包含すべきであり、立法文書上では単に「他人の商標専用権侵害行為に便利な条件を提供する」と規定すれば足りると考えられる。要するに、民法の侵害行為責任における帰責原則を基礎とし、立法において過失認定の総合的な評価規定を採用し、裁判官が事件処理において事実認定と法適用を行うために必要な裁量の余地を提供すべきである。

(2) 侵害行為の類型分けの司法上の論理

侵害責任法の理論において、侵害行為とは、他人の民事権益を侵害する「加害行為」を指す。加害行為は、侵害行為の客観的構成要件の範疇に属し、行為要件とも呼ばれる。インターネット上の商標権侵害行為については、この行為要件の分析は、間接侵害行為と直接侵害行為の関係に関わる。商標権共同侵害の形態において、間接侵害は直接侵害の存在を前提とする必要があり、同時に、教唆行為とは異なり、幫助行為の形態は多くの場合「不作為」の加害行為である。加害行為は、その表現形態により、積極的な方法で実施される「作為」と、消極的な方法で実施される「不作為」に分類できる⁸³。インターネット上の商標権侵害の幫助者は、その多くが負うべき注意義務を怠るという形で現れ、速やかに効果的な「必要な措置」を講じなかったため、他人の商標権益の損害を拡大させる。したがって、幫助侵害行為の性質、類型、およびその形態は、商標権侵害事件の処理において直面しなければならない問題であると言える。

行為要件の構成に関する司法裁判の論理は、以下の分析経路に概括できる。加害行為を対象とし、まず、直接侵害行為と間接侵害行為を区別する。プラットフォーム自体が侵害情報を提供する場合、直接侵害行為として論じられる可能性がある。さらに、「便利な条件を提供する」という名目の下で、幫助行為を実体環境における侵害行為とネットワーク環境における侵害行為とに大別する⁸⁴。それらはともに仲介サービスを提供する第三者主体であるが、その侵害行為の形態、すなわち「便利な条件を提供する」方法が異なる。最後に、「オンライン取引プラットフォームを提供する」という幫助行為において、自動接続の提供、自動保存、ストレージ、検索、リンクなどの行為に具体的に分類できる。そのインターネットサービス提供行為は、技術的内容、手段において差異がある。補足すべき点として、デジタル技術の世代交代の発展に伴い、オンラインプラットフォームのサービス行為は、すでに『情報ネットワーク伝播権保護条例』が列挙するサービス類型を突破している。2020年、最高人民法院が改正した『情報ネットワーク伝播権民事紛争事件の審理に関する法律適用の若干の問題に関する規定』は、もはや異なるインターネットサービスの類型を区別せず、一括して「インターネットサービスプロバイダー」と呼称している。しかし、インターネット上の商標権侵害事件の処理において、インターネットサービスプロ

⁸² 上海知識産権法院課題組「アルゴリズム推薦サービスプロバイダーの注意義務」『法律適用』2024年第7期、29頁を参照。

⁸³ 張新宝『中国侵害行為法（第二版）』、中国社会科学出版社1998年版、80頁を参照。

⁸⁴ 『商標法実施条例』第75条の規定に基づけば、実体環境において侵害の便利な条件を提供する行為は、場所のプロバイダーによる間接侵害行為、物品・道具のプロバイダーによる間接侵害行為、OEMによる間接侵害行為に分類できる。吳漢東『知的財産権法』、法律出版社2021年版、636-637頁を参照。

バイダーのサービス類型、行為内容、およびその表現形態について、客観的構成要素の分析を行うことは、依然として必要である。

第一に、オンライン取引プラットフォームサービスプロバイダーである。この種の主体は、『電子商取引法』において「電子商取引プラットフォーム事業者」とも呼ばれ、インターネットサービスプロバイダーの主要なサービス類型の一つであり、そのサービス行為の内容は、ストレージサービス、情報発信プラットフォームサービス、電子取引技術サービスなどを含む。オンライン取引プラットフォーム事業者は、主観的に「知っている」または「知っているべき」の状態を有し、かつ客観的に「必要な措置」を講じない場合、「他人の侵害に便利な条件を提供する」態様に該当し、幫助侵害の間接責任を負うべきである。本稿の主要な記述はこれについて展開してきているため、ここでは繰り返さない。

第二に、チャンネル伝送、システムキャッシュサービスプロバイダーである。この種の主体は、いずれもインターネット技術サービスプロバイダーである。チャンネル伝送者はインターネット接続サービスプロバイダーとも呼ばれ、ユーザーにデータ伝送チャンネルを提供し、専用回線または一般回線を通じてインターネット接続を実現するサービス事業者であり、回線プロバイダーと接続サービス事業者を含む。中国の『情報ネットワーク伝播権保護条例』の規定によれば、インターネット接続サービスは、伝送対象を選択せず、伝送内容を変更せず、かつ指定されたサービス対象以外の第三者が情報を取得するのを防止する限り、侵害賠償責任を免除される。これは「技術的中立」原則の法的立場である。EU「電子商取引指令」は、チャンネル伝送、すなわち接続サービス提供に対する免責条件は、著作権分野と商標権分野の両方に適用されるとしている。しかし、インターネット上の商標権侵害が発生した場合、ユーザーにインターネット接続を提供するサービス事業者は間接侵害責任を負う可能性があり、その構成条件は以下の通りである。(1) 接続サービス事業者がドメイン名またはユーザーの IP アドレスを割り当てる際、侵害コンテンツを提供するウェブサイトインターネットに接続させたこと。(2) 接続サービス事業者が商標権者から URL 削除の要求を受けたにもかかわらず是正せず、かつインターネットトラフィックから利益を得ていること。(3) 接続サービス事業者が幫助行為を実施し、かつ主観的に故意があること。システムキャッシュプロバイダーとは、取得した情報を自動的にストレージに保存し、技術的な設定に基づき自動的にサービス対象に提供するサービス事業者を指す。システムキャッシュプロバイダーに対し、インターネット接続サービスプロバイダーと同様の免責ルールが規定されている。すなわち、情報内容を改変せず、自動保存し、情報の技術的な保護措置を破壊せず、元のソース情報が削除された際に自動的に削除するといった場合、侵害損害賠償責任を免除される。システムキャッシュプロバイダーは、キャッシュ内容について審査義務を負わないが、キャッシュ内容に商標権侵害情報が存在することを実際に知りながら必要な措置を講じない場合、間接侵害責任を負わなければならない。

第三に、検索エンジンサービスプロバイダーである。検索エンジンサービスは、インターネット上で検索エンジンソフトウェアを通じて関連するウェブサイト自動的にクロールまたはリンクする行為である。検索エンジン技術の商業的応用、すなわちキーワード広告サービスでは、この技術的配置の下で、広告主がキーワードを入力し、商業情報を選択し、リンク先ネットワークを入力する。商標権侵害紛争に関連する検索エンジンサービスの方式としては、主にポップアップ広告サービスとキーワード広告オークションサービスが関係する。前者では、検索エンジンサービス事業者がポップアップ広告購入サービスを提供し、インターネットユーザーがウェブサイトアクセスして検索する際、営業主体に関する関連広告が独立したウィンドウ形式でポップアップ表示され、ユーザーが閲覧できるようになる。後者では、検索エンジンサービス事業者がキーワード購入サービスを提供し、インターネットユーザー

がコンピュータでキーワードを入力して検索する際、営業主体に関する関連ウェブサイトが検索結果ページで目立つように表示され、ユーザーのクリック閲覧を誘導する。これらのポップアップ広告と広告オークションのキーワードが、他人の登録商標またはその他の商標権侵害コンテンツを含む場合、検索エンジンサービス事業者が責任を負うか、どのような責任を負うかは、二つのサービス方式が異なるため、その責任認定も区別される。ポップアップ広告サービスでは、その広告発信者はインターネットユーザーではなく、ポップアップ広告サービスプロバイダー、すなわち検索エンジンサービスプロバイダーである。中国の「広告法」の規定によれば、広告発信者は広告内容に対して能動的かつ全面的な審査義務を負う。サービス事業者がこの審査義務を尽くさなかった場合、過失が存在すると認定でき、他人の侵害行為実施を幫助し損害結果を生じさせた場合に、サービスプロバイダーに連帯責任を科することができる。広告オークションサービスでは、その責任認定については以下の問題を考慮すべきである。(1) 主体の地位問題。広告オークションサービスの本質は広告サービスではなく、依然としてインターネット情報検索サービスに属する。したがって、サービスプロバイダーは広告内容に対して能動的かつ全面的な審査義務を負わず、インターネットユーザー自身が発信する広告に対して責任を負う⁸⁵。しかし、検索エンジンサービス事業者は、善管注意義務を尽くすべきであり、例えば「広告オークション契約」の相対方の身元確認、知名度の高い商標を広告キーワードとして使用することの審査、強行法規に違反するキーワードのフィルタリングなどが挙げられる。ここでは、技術的中立性の原則と善管注意義務が、検索エンジンサービス事業者の主体地位を評価する重要な根拠となる。(2) 直接的利益の享受問題。インターネット技術サービスプロバイダーが侵害活動から直接的利益を得ているかどうかは、その民事責任を負うかどうかを判断する重要な要素である。サービス事業者が広告オークションから直接得る利益は、一般的なサービス料や広告料とは区別される。端的に言えば、オンライン取引プラットフォームがインターネットユーザーによる広告出稿という侵害活動から利益を得る場合、幫助侵害責任を負う可能性がある。(3) 主観的過失問題。検索エンジンサービス事業者は広告オークションから利益を得ているため、キーワードが侵害を構成するかどうかについて、より高い注意義務を負う。このサービス事業者が合理的な注意義務を尽くさず、主観的に過失が存在し、客観的に第三者のウェブサイトが商標権侵害行為を実施するのを幫助し、損害結果を生じさせた場合、間接侵害責任を負うべきである。

(3) プラットフォームの注意義務の総合的な規制

侵害責任法において、注意義務は、主観的過失による帰責の核心的な判断基準であり、加害行為の責任の重要な認定基礎である。オンライン取引サービスは、専門性が高く技術レベルの高い商業情報サービスであり、その事業者は合理的な注意義務を尽くすべきである。合理的な注意義務は、侵害責任法上の意味での慎重な義務であり、オンライン取引プラットフォーム事業者は、当該専門分野において当然有すべき慎重さ、スキル、能力を備えているべきである。これには、リスク予見義務（すなわち、行為者が他人に損害を与える可能性を予見する注意義務）と結果回避義務（すなわち、合理的な措置を講じ

⁸⁵ 北京市高級人民法院『インターネット知的財産権事件に関する審理ガイドライン』（2016年）第40条において、検索エンジンサービスプロバイダーが、競価ランキングサービスの提供過程で、キーワードの選択、整理、推薦、編集等の行為を実施しなかった場合、競価ランキングサービスで使用されるキーワード等について全面的かつ能動的な審査義務を負わないと規定している。

て損害の発生または拡大を防止する注意義務)が含まれる⁸⁶。

オンラインプラットフォームの取引秩序維持と注意義務の設定については、「法律の規定・司法のルール・業界の自律」という総合的な規制案を採用すべきである。まず、『民法典』の「侵害行為責任編」におけるインターネットサービスプロバイダーの間接侵害責任に関する規定は、基本法、準拠法としての立法上の意義を有し、インターネット上の商標権侵害を含む各分野に適用される。その「ノーティス・アンド・テイクダウン」という注意義務条項は、オンライン取引プラットフォーム事業者に過失が存在するか否かを判断するための規範的機能を有する。第二に、最高人民法院が制定した裁判ルールは、法律規範を適用する上で司法的価値を有する。前述の『情報ネットワーク伝播権民事紛争事件の審理に関する規定』は、インターネットサービスプロバイダーの「知っているべき」という注意義務の認定を、実行可能性、判断性を有する若干の具体的要素に細分化している。提供するサービスの性質、方式及び侵害を誘発する可能性の大きさ、備えるべき情報管理能力、侵害情報の明白性の程度、能動的な推奨や設定行為の有無、侵害を予防する合理的措置を講じたか否か、同一ユーザーによる侵害行為の繰り返しに対して相応の合理的な措置を講じたか否か、などである。第三に、法律法規を指針として形成されたEC業界の規範で、業界内の技術標準、サービス標準、管理規範、倫理規範などを含み、本業界が私法自治を実行し、主体の自律を規範化する根拠である。現在、オンライン取引プラットフォームには「淘宝(タオバオ)ルール」「京東(ジンドン)ルール」「拼多多(ピンドゥオドゥオ)ルール」などが存在する。プラットフォーム管理ルールに基づき、事業者は、EC業界の自治規範の策定に着手し、プラットフォーム事業者に対して一体となって遵守すべき注意義務の要求を提唱すべきである。

これまでの立法規定、司法裁判、業界の慣行を総括すると、オンライン取引プラットフォームの合理的な注意義務は、事前の注意義務と事後の注意義務に大別できる。事前の注意義務は、適切な作為義務の一種であり、主に商標情報のフィルタリングに関わり、補足的、かつ限定的な義務である。インターネットサービスプロバイダーは、ユーザーが提供する商標情報について、一般的に全面的、能動的、事前の審査義務を負わない。しかし、特定の条件下では、プラットフォームの注意義務を適宜強化することができる。第一に、「合理的期待の原則」に従い⁸⁷、「理性的主体」の基準をもって、特殊な地位や技術的条件を有する大手プラットフォーム事業者に対し、商標情報(主に周知商標)のフィルタリング義務を求めることができる。ただし、このような自発的、能動的な注意義務は、一般的に侵害責任認定の事由とすべきではない。第二に、「比例原則」に照らし⁸⁸、プラットフォームが能動的に事前審査を行う義務は、適度で実行可能なものとし、過度な負担を課すことを避けるべきである。膨大な量の商標情報フィルタリングのコストを削減するため、オンライン取引プラットフォームと商標権者との間の協力協議

⁸⁶ 合理的な注意義務は抽象的な基準であり、これについてローマ法は「善良な管理者の注意」と呼び、ドイツ民法は「取引上必要な注意」と呼んでいる。馬俊駒、余延滿『民法原論』、法律出版社2007年版、1010頁を参照。

⁸⁷ 侵害責任法において、「合理的期待の原則」は合理的な注意義務の評価基準として用いられ、合理的に期待できる理性ある人物の行動を基準として侵害行為の過失の有無を判断する。葉金強「危険領域理論と侵害行為法の二元帰責体系」『法学研究』2009年第2期、52頁を参照。

⁸⁸ 「比例原則」は、公法において公権力行為の正当性を評価する重要な原則であり、手段のコストと目的達成の利益との間で比較衡量することを要求する。国内外の学者は、比例原則の基本原則を、侵害行為による損害賠償、財産権の制限、契約の効力認定、知的財産権の正当性解釈等、私法問題の議論に広く応用している。鄭曉劍「比例原則の民法における適用と展開」『中国法学』2016年第2期、159頁を参照。張翔「自動車の通行規制、財産権の制限と比例原則」『法学』2015年第2期、11頁を参照。紀海龍「比例原則の私法における普遍性とその例証」『政法論叢』2016年第3期、95頁を参照。[米]ロバート・P・マーゼス『知的財産権の正当性解釈』、金海軍、史兆歡、寇海俠訳、商務印書館2019年版、344-346頁を参照。

を通じて、合理的な情報フィルタリングメカニズムを共同で構築することが考えられる⁸⁹。要するに、「合理的期待の原則」は、「理性的な主体」による侵害損害の「予見」と「回避」という注意義務構成の必要性を強調するものであり、「比例原則」は、行為者の「損害の停止」及び「代償」という注意義務の境界の妥当性を設定するものである。事後の注意義務は、積極的な作為義務の一種であり、主に法律で規定された強制的義務として表れる。アメリカ著作権法が初期に打ち出した「ノーティス・アンド・テイクダウン」ルールと比較して、中国のインターネット侵害責任法は、通知後の結果を強化するための「必要な措置」を目的としており、オンライン取引サービスプロバイダーは、権利侵害の通知を受けた後、『民法典』の規定に従って必要な訂正、削除、ブロック、リンク切断などを行う必要があり、キーワードの設定などの方法を通じて、将来再度商標権を侵害する情報コンテンツが生成されるのを防止する必要もある。このルールは、EUの「デジタル単一市場著作権指令」が、アクセス禁止、アップロード防止について規定する「将来に向けた審査義務」に類似しており、ある学者はこれを「強化版のセーフハーバー原則」と呼んでいる⁹⁰。侵害再発を防止する事後の注意義務を強化するための法的適用には、次の条件がある。第一に、過失責任原則を基礎とし、プラットフォーム事業者の注意義務の高さ及び注意義務違反の程度を、過失責任認定の尺度とする。例えば、周知商標、著名ブランドに対する「知っているべき」状態や、侵害の再発防止のための「必要な措置」は、いずれも主観的過失の評価要素である。第二に、リスクコントロール力理論を導入し、異なるタイプのプラットフォームのサービス行為内容及びその技術的識別、リスクコントロールの能力を具体的に考察し、区別して具体的な必要措置を適用する。例えば、インターネット接続サービスプロバイダーは、開発者のサーバー上のコンテンツを直接削除することはできず、リンク切断の措置を講じるしかない。第三に、利益平衡の原理から出発し、インターネットサービスプロバイダー、インターネットユーザー、商標権者、社会一般の公衆など各方面の利益を調整し、商標権益を保障するとともに、「強化版のセーフハーバー原則」を適用して効率的かつ円滑な権利保護を図る一方、当事者が通知メカニズムを濫用して競争相手の利益を損ない、市場取引秩序を妨害することを防止しなければならない。

⁸⁹ 崔国斌「インターネットサービスプロバイダーの著作権コンテンツフィルタリング義務について」『中国法学』2017年第2期、237頁を参照。

⁹⁰ 楊顕斌「生成AIサービスプロバイダーの間接侵害責任の承担と制限」『法学家』2024年第3期、56頁を参照。

II. ネットワークシステム特許の越境実施に関する法的問題

——侵害判定と管轄権の国際調和

中国社会科学院 知識産権センター 管 育鷹 教授

はじめに

特許権の属地主義は、国際条約が認める原則である。これは一国の法律に基づいて付与され、有効性が確認された特許権は当該国の領域内においてのみ保護されることを意味する。同様に、特許権の付与の可否、有効性、侵害の成否、責任及び救済等の事項に対する裁判も、一国の行政機関及び司法機関の主権的管轄範囲に属する。製品の製造販売を中心とする伝統的産業実務の文脈においては、特許発明を構成する全ての技術的特徴は、通常、特許権者またはライセンシーによって一国の領域内で直接実施されるか、または組織的に分業協力して共同で実施されるため、侵害判定においてもこれに基づいて相応の「オールエレメントルール」が確立されてきた¹。新たな科学技術革命の進展に伴い、デジタル化、スマート化技術及びその産業応用モデルは絶えず発展し、更新され、情報やデータの相互交換と処理は、ますます製品やサービス提供の日常的な方法となってきた。特許の分野では、明確な意思の連絡がない複数の主体がそれぞれ特許技術の一部を実施し、最終的に特許技術の効果が再現される状況もますます一般的になっており、中でもコンピュータプログラム、通信、センサー等のソフトウェア・ハードウェア技術で構成されるネットワークシステム特許が最も典型的である。これに対し、各国は特許法の運用において次第に経験を蓄積し、「間接侵害」の法理に基づく立法措置を講じるか、または複数主体による分離型侵害について、特許技術の実施において「支配または指揮」の役割を果たす侵害者の責任を追及するようになってきた²。本稿では、主に二つの問題を分析する。第一に、中国が複数主体による特許実施における侵害判定の理論的難題にどのように対処しているかである。第二に、特許の越境的相互実施に関し、各国の司法管轄権をどのように調整すべきかである。

1. 問題の提起

現在、新たな科学技術革命が加速的に進展し、デジタル経済は国家の発展における中核的な競争力を推進する重要な要素となっている。利便性と効率性の高い情報データ処理と相互伝送技術は、伝統産業に深く浸透し、その変革を牽引している。同時に、デジタルネットワーク技術が製品経営及びサービス提供のビジネスモデルの革新と結びつくことで、社会のあらゆる分野の生産性を飛躍的に高め、人々の生活様式を根本から変えつつある。伝統的産業分野における革新が主として機械設備などの有体物及びその製造プロセスの革新として現れるのとは異なり、デジタル化・スマート化された産業の発展は、「ソ

¹ 当該原則に基づき、被疑侵害物に包含される必須技術的特徴は、特許請求の範囲に記載された全ての技術的特徴と同一または均等でなければならない。最高人民法院『特許権侵害紛争事件の審理における法律適用問題の解釈』（法積〔2009〕21号）第7条を参照されたい。

² 複数主体による特許実施の「分離型侵害（Separation-Type Infringement/分離式侵害）」概念及び「指揮又は支配（Direction or Control）」理論は、2007年の米国連邦巡回控訴裁判所のBMC事件判決に由来する。BMC Resources, Inc. v. Paymentech, L.P., 498 F.3d 1373 (Fed. Cir. 2007)を参照。管育鷹：「方法特許の保護における分離式侵害の問題」、「知的財産に関する日中共同研究報告書」、一般財団法人 知的財産研究教育財団、令和2年3月、pp84-105を参照。

ソフトウェア+ハードウェア+方法」という技術的特徴の組み合わせで構成されるネットワークシステムの発明にますます依存している。これは、コンピュータソフトウェアとインターネット通信技術を中核とする発明創造が特許権による強力な保護を得られることが、産業革新を推進する者の利益の実現にとって特に重要であることを意味する。

(1) ネットワークシステム発明特許保護の発展趨勢

技術的側面から見ると、産業がデジタル化、スマート化、標準化の段階に発展したとしても、ネットワークシステム発明特許の保護問題は、ソフトウェア関連発明（コンピュータ実施発明、CII とも呼ばれる）の特許保護問題と本質的に同じである。なぜなら、人工知能（AI）モデルの構築やグローバル通信ネットワークシステムの構築も、やはりコンピュータソフトウェアを媒介としており、この種の特許の技術的方案は、いずれも複数のステップにおいて人と機器が互いにやり取りを進めながら実施することによって所定の技術効果を達成するという特徴を有するからである。法的側面から見ると、各国は CII 技術的方案の特許保護の着地点は技術的問題の解決、技術的手段の採用、技術的效果の実現³に置かれるべきであると強調しているものの、この種の特許出願の「技術性」の判断は、実務上少なからぬ論争がある。例えば、汎用の電子デバイスを用いることで実施可能な場合、特許保護を受けるべき技術的方案と単なる知的活動の方法または規則とをどのように識別するか、その進歩性の基準をどのように判断するかといった疑問がある。これらの疑問により、各国のソフトウェア関連発明に対する特許保護は「不確実性の歴史」を経てきた⁴。しかしながら、特定の性能を実現または改良するために特別に開発されたコンピュータソフトウェアについては、その最も価値のある構想やシステム設計等は著作権法では保護できないため、これも各国が特許法による保護を提供する理由でもある。各国が CII 特許出願の受理を開始して以来、この種の特許の登録率は継続的に増加している。米国では、金融等の分野に適用されるソフトウェア方法特許が出願過多となったことが一時間題視されたが、2014年に米国最高裁がいわゆる「Alice 事件⁵」において「ビジネス方法+汎用コンピュータシステム」の特許適格性についてより細かい判定方法を示して以降、この種の特許の登録率は安定的に増加している⁶。近年、コンピュータソフトウェアを中核とするネットワークシステム発明の応用は、AI 及びモノのインターネット（IoT）分野にまで拡大し、産業界におけるこの種の革新に対する特許保護のニーズは日増しに高まっている。世界の AI 関連特許出願件数の増加傾向は顕著であり⁷、特に中国、米国、日本、欧州地域に集中している⁸。

産業発展の需要に応えるため、各国の特許主管部門は、ソフトウェア関連発明（AI/IoT 分野を含む）

³ 例えば、国家知識産権局（CNIPA）『特許審査指南』第二部第一章第2節の規定によれば、技術方案とは、解決すべき技術的問題に対して採られる自然法則を利用した技術的手段の集合を指す。技術的手段は通常、技術的特徴によって体现され、技術的手段を用いず技術的問題を解決して自然法則に合致する技術的效果を得る方案は、特許法の保護客体には該当しない。

⁴ (英) アントニー・ヒューズ: 『ソフトウェアの特許適格性: ソフトウェアは数学である』、肖冬梅訳、知識産権出版社、2023年、32頁。

⁵ Alice Corp. Pty. Ltd. v. CLS Bank Intern., 134 S. Ct. 2347(2014).

⁶ See Raymond Millien : U.S., EPO and Chinese Software-Related Patent Grants Remained Steady in 2023, available at <https://ipwatchdog.com/2024/02/29/us-epo-chinese-software-related-patent-grants-steady-2023/#>.

⁷ See WIPO Technology Trends 2019 - Artificial Intelligence, available at https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_1055.pdf

⁸ See China Academy of Information and Communications Technology : 2018 World AI Industry Development Blue Book 13, available at <http://www.caict.ac.cn/kxyj/qwfb/bps/201809/P020180918696200669434.pdf>

の特許要件をさらに明確にし、産業発展を導くために、新しい審査基準やガイドラインを頻繁に発表している。中国を例に挙げると、2017年以降、国家知識産権局（CNIPA）は相次いで『特許審査指南』を改正し、指針となる文書を公表してきた。その内容は以下の通りである：1) ビジネスモデルに関連する特許請求の範囲が、ビジネスのルール及び方法の内容とともに技術的特徴をも含む場合、その特許権取得の可能性を排除すべきではないことを明確化し、コンピュータプログラムそれ自体は特許保護の客体ではないが、「コンピュータプログラムに関連する発明」は特許保護を受け得ること、「媒体+コンピュータプログラムの処理フロー」という方式で特許請求の範囲を作成できることを明確にした⁹。2) 「アルゴリズムの特徴またはビジネスルール及び方法の特徴を含む発明特許出願の審査に関する規定」という独立した章を新設し、具体的な事例とともに、この種の出願の保護客体、新規性及び進歩性、明細書及び特許請求の範囲の記載方法について明確にした¹⁰。3) コンピュータプログラムについて製品の特許請求の範囲を提出できることを明確にし、アルゴリズムがコンピュータシステム内部の性能改善を実現する場合の保護客体及び進歩性の審査基準と事例を追加した¹¹。4) AI 関連発明特許出願のガイドラインを公表し、この種の出願が特許要件をいかに満たし得るかについて説明した¹²。5) 第2部第9章第6節の表題に「人工知能、ビッグデータ等」を追加し、アルゴリズムの倫理と安全審査、進歩性の有無、明細書及び特許請求の範囲の作成などに関するいくつかの事例を追加した。第7節として、ビットストリームを含む発明特許出願の審査に関する規定を追加した¹³。

前述の現状は、産業界がデジタル化・スマート化・技術革新に対する特許保護の強化を期待していることを示すと同時に、国家が技術革新と産業応用に対する法的保障を推進する特許政策を体現している。したがって、特許法の実施において、理論的に異なる見解が存在する可能性があるとしても、当該技術分野の通常の技術者がこの種の革新の特許適格性を確認したのであれば、法の執行者も有効な特許権に対し法律に基づいて厳格な保護を与えて、時代の要請に応じるべきである。

（2）ネットワークシステム特許実施の特徴と保護上の難点

特許法は、権利者に保護期間内において独占実施権を付与し、許諾なく特許を実施する行為に対して、法に基づき侵害行為の差止め、損害賠償の請求、さらに訴え提起前及び訴訟中における裁判所への証拠保全及び行為保全命令¹⁴の発令請求などの救済を主張する権利を認めている。特許権を有効に保護するため、各国は立法において侵害責任及び迅速かつ有効に侵害の拡大を防止するための暫定救済措置を明確に定めており、例えば中国特許法の第7章がこれに当たる。司法界も、特許侵害判定の若干の原則と規則をまとめている。例えばオールエレメントルール、均等侵害、禁反言などの原則である¹⁵。その中

⁹ 国家知識産権局令第74号（2017）：「特許審査指南の改正に関する決定」を参照。

¹⁰ 国家知識産権局令第343号（2019）：「特許審査指南の改正に関する決定」を参照。

¹¹ 国家知識産権局令第78号（2023）、『特許審査指南』、第二部第九章、5.2節の説明及び例（4）を参照。

¹² 「人工知能関連発明特許出願ガイダンス（試行）」、CNIPA ウェブサイト（2024年12月31日）を参照。

https://www.cnipa.gov.cn/art/2024/12/31/art_66_196988.html

¹³ 国家知識産権局令第84号（2025）、『特許審査指南』第二部第九章第6、7節を参照。

¹⁴ 中国では、裁判所が当事者に対して特定の行為の実行または停止を命じる命令は一般に「禁令」と呼ばれる。知的財産権の分野では、侵害行為の停止を命じる仮の禁令と永久的な禁令が典型的である。近年、特殊な状況下において、裁判所が他の法域で係属中の関連する平行訴訟や他裁判所の判決執行の停止を命じる「禁訴令」や「禁執令」が各国で発令される事例が散見され、各界の関心を集めている。

¹⁵ 程永順主編：『特許権侵害判定実務』、法律出版社、2002年、59頁を参照。

でも、オールエレメントルール及び均等論は、長年にわたり中国の裁判所が特許侵害判定を行う際に従ってきた原則である。具体的には、特許請求の範囲に記載された全ての必須の技術的特徴と比較し、侵害被疑物が特許請求の範囲に記載された全ての技術的特徴またはそれと均等なものを含む場合には、侵害が成立する¹⁶。同時に、実際の特許侵害の態様が複雑化していることに鑑み、特許権を実質的に保護するため、中国の裁判所は、「間接侵害」の判定に関する域外の立法及び司法の経験を参考にし、さらに中国民法の教唆および幫助侵害に関する規定を援用し、「原告の特許製品を模倣することのみに使用される重要部品」を生産販売した侵害者に対し、連帯責任を負わせてきた¹⁷。これに関しては、間接侵害の認定条件として、直接侵害との明確な因果関係が存在すること、および侵害用途以外に「他の実質的な非侵害用途がない」専用品の提供に限定すべきであることを明確にする必要があるとの見解もある¹⁸。その後、中国の立法上では「間接侵害」条項が導入されることはなかったが、特許法の実施において、司法関係者は依然として民法の幫助、教唆侵害条項に基づき、故意に「専用品」を生産販売する侵害者の責任を追及している。「電磁弁」特許侵害紛争事件において、最高人民法院は特許分野における幫助侵害の判断基準を明確にし、「特許法上の幫助侵害行為は、あらゆる形式の幫助行為を指すのではなく、特許権者の許諾なく、業として侵害専用品を他人に提供し、特許権侵害行為を実施させる行為を特に指す」と指摘した¹⁹。

しかしながら、有体物に基づく「専用品」の概念は、産業が融合するデジタル経済時代においては理解し難い可能性がある。なぜなら、ネットワークシステム特許技術的方案の実施は、いくつかの新しい特徴を呈しているからである。具体的には、特許技術的方案の各プロセスを制御、接続する中核的な「部品」は、実際には無形のコンピュータソフトウェアであり、これらのプロセスは、異なる地域に分散した異なる主体が、それぞれシステムデバイスに搭載（固化）するか、またはあらかじめ当該ソフトウェアがインストールされたデバイスを直接利用して実行し、さらに端末ユーザーが汎用デバイスに関連プログラムを搭載または実行させることによって、最終的に特許技術的方案全体の実施が完了する可能性がある。この種の特許の特許請求の範囲は、新しい有体製品（例えば新しいスマートデバイス）を指向する場合もあれば、既存の製品の機能を追加し、その性能を向上させる新しい方法を指向する場合も、またソフトウェアの実行によって実現される無形の製品やサービス（例えば文化観光、医療などの各分野におけるスマート化サービス）を提供する新しい方法を指向する場合もある。それに応じて、許諾なくネットワークシステム特許を侵害する行為も、伝統的な特許侵害とは異なり、同様に複数主体による分離型実施、越境性などの特徴を有する。

このように、複数主体による分離型の特許実施は、ネットワークシステム特許侵害と伝統的な特許侵害判定規則との適合を難しくしているだけでなく、越境実施の状況下では、各国の管轄権、法の適用、及び裁判の執行の面で衝突問題を引き起こす可能性がある。以下では、中国が司法実務において、特許技術の有効性を前提として、複数主体による分離型特許実施の侵害判定の難点及び国際私法調整の難題にどのように対処しているかを分析する。

¹⁶ 最高人民法院：「特許権侵害紛争の処理において部分的な侵害を認定することができるか否かに関する問題への回答」、([2004]行他字第8号)、2004年7月26日を参照。

¹⁷ 楊金洪：「中国における間接侵害に関する案例」、国家知識産権局特許法研究所編『特許法研究（1999）』、知識産権出版社、1999年、23-26頁を参照。

¹⁸ 尹新天：『特許権の保護 第2版』、知識産権出版社、2005年、531頁を参照。

¹⁹ 最高人民法院(2018)最高法民再199号民事判決書を参照。

2. 複数主体による分離型ネットワークシステム特許侵害判定の考え方の転換

あらゆる発明創造と同様に、ネットワークシステム発明は技術的方案である。その無形性ゆえに、第三者は発明者が行った革新内容を認識することができず、特定の言語を用いて記述する必要がある。これが特許請求の範囲（クレーム）である。ネットワークシステム特許保護の難点について議論するために、まず、特許出願書類中の特許請求の範囲が技術的方案を記述することに対する特殊性の観点から、問題の根源を分析する必要がある。

（1）産業実践のニーズを満たすために生じた特許請求の範囲の特殊な記載方法

ネットワークシステム発明が特許保護を得るためには、出願人はまず、願書、明細書及びその要約、特許請求の範囲などの特許出願書類を提出しなければならない。その中で、明確かつ簡潔な特許請求の範囲に記載された発明の内容が、特許権の保護範囲を画定する根拠となり、明細書及び図面は特許請求の範囲の内容を説明するために使用することができる。ソフトウェアによって実施されるネットワークシステム発明にとって、その技術的方案の核心的な革新点は、ソフトウェアがハードウェアを通じて実現する新しい方法のフロー、またはもたらされるハードウェアシステムの効率の明らかな改善であり、ハードウェアデバイス自体が発明であることを要求するものではない（システムに新規のデバイスがある場合は、同時に製品発明として出願することも可能である）。しかし、単にソフトウェアによって実施される新しい方法を保護対象として出願するだけでは、出願人の利益を保護するには不十分である。なぜなら、この種の方法特許の実施は、何らかの有体物の製造プロセスを表現するものではなく、単にコンピュータ内部のソフトウェア実行によって生成される無形のデータを処理し、システムを制御して所定の技術方案を完成するだけであり、この種の方法特許の独占権が有体の装置設備に「及ぶ」²⁰ことは難しく、特に特許方案に汎用電子デバイスが含まれる場合、それを「特許方法により直接得られた製品」と解釈することは困難である。ソフトウェア関連方法特許は、侵害の認定、証拠収集、損害算定などにおいて多くの困難が存在するため、出願人は一般に、「方法＋製品」という特許請求の範囲を同時に提出する戦略を採用する²¹。

中国の審査実務において、コンピュータソフトウェア関連発明特許出願は、方法または製品の特許請求の範囲として記載することのいずれもが受け入れられており、その方法が各機能及びその完成方式を明確に記述でき、装置が各構成部分とその相互関係を具体的に明示できればよい²²。国家知識産権局（CNIPA）の審査指南では、初期（2010年）には「製品」に対する理解は「当該方法を実現する装置」であったが、後期（2017年、2023年）には徐々に「製品」の概念を「コンピュータ読み取り可能な記憶媒体」および「コンピュータプログラム製品」を含むまでに拡大した。産業のスマート化が進むにつれ、「製品」または「装置」は、機能が特定された大規模なコンピュータシステムの形態で現れることがますます多くなり、特許出願書類の記載において「ソフトウェア＋装置」及びその関係を記述する方法も

²⁰ 中国特許法第11条は、許諾なく営利目的で他人の特許方法を使用し、および当該特許方法に従い直接得られた製品を使用、許諾販売（offering for sale）、販売、輸入することを禁止している。

²¹ 蘇培華：「コンピュータプログラム発明特許出願における製品クレームの主張」、『中国発明と特許』2007年第9期を参照。

²² 『特許審査指南』第二部第九章、5.2節を参照。

より複雑になっている。例えば、よく見られる装置だけでも、コンピュータ、携帯電話、サーバー、産業用コンピュータ、チップマシン、プロセッサなど、一連の電子スマートデバイスが含まれる。製品の使用とサービス業態の観点から見ると、複数の主体が事前の連絡を必要とせず、異なる装置上でソフトウェアのフローの指示に従い、マルチエンド間の相互作用によって操作し、所定の機能を完成することが既に慣例となっている。

したがって、この種の特許の特許請求の範囲については、出願人は通常、単側記載方式を採用し、方法発明方案に含まれる各ステップの操作者を全て省略するか、または製品発明の主語をデフォルトでシステム装置自体とする。典型的な特許請求の範囲は以下の通りである。

- (1) ……に用いる方法であって、以下を含む：ステップ a、……；ステップ b、……；ステップ c、……。
- (2) ……ために用いるシステムであって、以下を含む：ステップ a を実現するための装置；ステップ b を実現するための装置；ステップ c を実現するための装置。

このように記載する理由は、ネットワークシステム発明が関与する範囲が広く、複数の主体が異なる装置上でそれぞれ操作し、人と機器の相互作用によって情報データを伝送・処理することによってはじめて、最終的に各特徴を完成し、発明の技術的效果を実現することができるためである。このプロセスは、一般的な製品または製造プロセスを記述するように、単一の主体が特許請求の範囲に含まれる全てのステップを完成することをデフォルトとすることは困難である。このような記載方式は既に業界で一般的な慣行となり、特許審査部門にも受け入れられているが、ネットワークシステム特許が侵害紛争に遭遇した際にその保護範囲を画定する難しさの点では禍根を残すことにもなった。

(2) 幫助・教唆侵害と概念区分が不明確な特許間接侵害

ネットワークシステム特許侵害の判定困難性を議論する際、「間接侵害」という概念が真っ先に研究視角として浮上するのは自然である。しかし、この概念が中国に導入されてきた経緯を考察すると、問題がそれほど単純ではないことがわかる。現状では、知りながら侵害「専用品」を提供する行為や他人を積極的に誘導して権利侵害を実施させる行為の多くは、民法上の幫助及び教唆侵害の法理を援用することで制裁を加えることが可能であるため、「間接侵害」という概念は司法実務家の視野から次第に遠ざかる可能性がある。

(i) 特許間接侵害責任ルールの立法化への試み

特許侵害の概念は中国特許法に直接規定されていないが、法律が付与する独占権の内容と結びつけることで、「特許侵害」とは、特許権者の許諾なくその特許を実施する行為、すなわち、業としてその特許製品を製造、使用、販売の申出、販売、輸入をする行為、またはその特許方法を使用し、およびその特許方法により直接得られた製品を使用、販売の申出、販売、輸入をする行為であると推知できる²³。一般的に、特許侵害の成立には一定の形式的・実質的要件を満たす必要がある。すなわち、有効な中国特許権に対し、権利者の許諾なく、業として、特許技術方案中の全ての内容（特許の技術的特徴より多く、

²³ 中国「特許法」第 11 条、第 65 条を参照。

これと均等なものも含む)を実施することである²⁴。中国では、民事立法において侵害責任を具体的に規定する中で、知的財産権侵害を特殊な類型として単独で規定していないため²⁵、この種の侵害の判定にも一般的な侵害責任法のルール、つまり直接(共同)侵害及び幫助/教唆侵害が適用される。しかし、一般的な侵害行為に対する概念を無体物である特許権の侵害を説明するために用いることには、多くの困惑や「正確さを欠く」点が生じる²⁶。例えば、なぜ業としての実施をせず、侵害責任を負わない個人が、連帯責任を追及される共同侵害者となりうるのか。民法学界では、行為の関連性と結果の統一性があれば共同侵害行為が成立するという「客観説」²⁷を受容する意見が多数を占めるものの、共同侵害行為の「主観説」を堅持し、共同の過失のない複数人の行為は共同侵害として論じることはできず²⁸また意思の連絡がある「共同実施」でなければ連帯責任の問題は発生しないと見る見方もある²⁹。

民法の侵害責任に関する規範が必ずしも明確ではなく、学理的な解釈も一致していないため、これらが知的財産権侵害紛争の解決に裁判の論拠を提供することは容易ではないことから、特許侵害判定の分野では、中国では早い段階から海外の間接侵害理論や立法例の研究が始まり、司法ルールを精査した上で立法化の模索が試みられてきた。中国では、特許間接侵害に関する理論的探求を扱った著述は数多く、国内最大の学術資料データベース「中国知網(CNKI)」で「特許+間接侵害」をキーワードとして検索すると、1996年から2024年の間に発表された約200編の論文を閲覧できる。これにCNKIに収録されていない大量の著作や論文を考慮すると³⁰、関連する研究成果は実際にはさらに多いと言える。民法上の共同侵害の解釈が適用しにくいというジレンマを解決するため、知的財産権学界では、域外の経験を参考に特許法を改正して独立した間接侵害条項を設けることにより、民法を経由しない直接の裁判根拠に資することを提案する傾向が強い³¹。

2008年の中国特許法第三次改正前には、特許間接侵害制度の導入を求める声が一時高まり、学界では早くから法改正により間接侵害を明確化するよう提案していた³²。しかし、間接侵害が民法の共同侵害理論から派生したものであることから、間接侵害は直接侵害に従属するとする「従属説」が一貫して優勢であり、「独立説」は例外とみなされてきた³³。全体的に見て、意見の相違はあるものの、いずれも間接侵害の侵害責任を追及すること自体には賛成しつつも、それを直接特許法に書き込むことには同意していなかった³⁴。実際、立法上で特許間接侵害行為が明確に規定されていないため、司法実務において「間接侵害」行為に関する紛争は、多くが民法上の共同侵害行為を参照して処理されてきた³⁵。

2015年に中国特許法第四次改正が始まると、間接侵害条項を新設するという古くからの問題が再び提

²⁴ 江鎮華：「特許権侵害の判定について」、『中国法学』1988年第3期、29頁を参照。

²⁵ 中国「民法典」第七編を参照。

²⁶ 王国柱：「中国における知的財産権間接侵害制度の立法構造——知的財産権間接侵害と多数者侵害の差異を兼ねて論ず」、『東北大学学报(社会科学版)』2015年第3期、297頁。

²⁷ 崔建遠：「共同侵害に関する再認識」、『法学と実践』1987年第3期を参照。

²⁸ 王利明、周友軍、高聖平：『中国侵害責任法教程』、人民法院出版社、2010年、363頁を参照。

²⁹ 梁慧星：『侵害責任法講義』、法律出版社、2023年、30頁を参照。

³⁰ 例えば、吳漢東：「特許間接侵害の国際的立法動向と中国の制度選択」、『現代法学』2020年第2期。

³¹ 例えば、蔡元臻：「特許間接侵害制度の専門化に関する研究」、『中外法学』2021年第5期。

³² 例えば、馮曉青：「特許法の再改正は特許権の保護を強化すべきである」、『上海市政法管理幹部学院学報』2000年第1期；鄧宏光：「中国における特許間接侵害の制度選択」、『西南民族大学学報(人文社科版)』2006年第4期。

³³ 尹新天：『特許権の保護』、知識産権出版社、2006年、529頁を参照。

³⁴ 程永順：「『特許法』第三次改正の遺憾——特許権保護の視点から」、『電子知的財産権』2009年第5期、15頁を参照。

³⁵ 羅東川主編：『特許法重点問題の専門研究』、法律出版社、2015年、159頁を参照。

起された。しかし、国家知識産権局（CNIPA）が最初に公表した意見募集草案には関連規定はなく³⁶、その後、元国務院法制弁公室に提出された送審稿（審議草案）に第 62 条が追加された。この条項は、2 種類の特許な侵害態様について規定していた。すなわち、1) ある製品が専ら特許を実施するために用いる原材料、中間物、部品、設備であることを知りながら、特許権者の許諾なく、業として当該製品を他人に提供し、その者が特許権侵害行為を実施した場合、侵害者と連帯責任を負う。2) ある製品、方法が特許製品または特許方法に属することを知りながら、特許権者の許諾なく、業として他人を誘導して当該特許権侵害行為を実施させた場合、侵害者と連帯責任を負う、というものである。しかし、送審稿は「間接侵害」の概念を明確にせず、民法上の根拠も列挙しなかった。学界では、この 2 つの態様がそれぞれ「幫助侵害」と「誘導侵害」に対応し、間接侵害の「従属説」を反映したものと考えられている³⁷。明らかに、この送審稿の条項内容は、2016 年の最高人民法院の司法解釈（二）³⁸の内容と一致しているが、後者が侵害責任法上の根拠を明記している点が異なる。しかし、2019 年 1 月に全国人民代表大会が意見を公募した中国特許法第四次改正草案では、様々な理由から送審稿第 62 条は削除され³⁹、最終的に 2020 年に公布した新特許法にもこの条項は盛り込まれなかった。

このように、中国における特許間接侵害の学理的探求はすでに比較的十分になされてきたが、依然として「独立説」については共通認識を得るには至っていない。即ち、「間接」の成立には「直接」の存在を前提とする必要がないということである。立法関係者に対して「間接侵害」の概念が民法上の幫助、教唆侵害の概念と本質的にどのように異なるのかを説得できなかったため、特許法によって関連する立法規範を別途明確化する必要性は最終的に認められなかったのである。実務上、明確な法的根拠を欠くことによって特許権者に生じうる不便については、司法解釈（二）が送審稿第 62 条の核心内容を全面的に取り込む形で既に解決済みであり、権利者は専用品の提供者や教唆・誘導行為者に対し直接責任を追及することが可能となったため、訴権と救済の面での障害はもはや存在しない。

（ii）「間接侵害」概念に関連する特許侵害判定の司法経験の精査

前述のとおり、中国の司法実務において、特許侵害判定で最も常用されるのはオールエレメントルール及び均等論の原則である。つまり、侵害被疑者が業として無断で他人の特許の全ての技術的特徴と同一または均等な各技術的特徴を実施した場合に侵害が成立するとされる⁴⁰。初期の比較的単一の伝統的産業実践においては、オールエレメントルールに基づく侵害判定がほとんどの場面で適用可能であった。

³⁶ 「中華人民共和国特許法改正草案（意見募集稿）」条文対照表を参照。2015 年 4 月 1 日公表、CNIPA ウェブサイト：https://www.cnipa.gov.cn/art/2015/4/1/art_317_134083.html。

³⁷ 徐曉穎：「特許間接侵害の独立性一及び『特許法改正草案（送審稿）』第 62 条への討論」、『広西政法管理幹部学院学報』2016 年第 2 期、81 頁を参照。

³⁸ 法積〔2016〕1 号、第 21 条。

³⁹ 顧昕：「中国特許間接侵害制度の立法モデル及び司法実践」、中国社会科学院知的財産権センター、中国知的財産権培訓センター編『ビジネス環境の最適化と知的財産権法治の完善』、知的財産権出版社、2020 年、207 頁を参照。

⁴⁰ 最高人民法院の法積〔2009〕21 号、第 7 条を参照。(1) 人民法院が、訴えられた侵害技術方案（被疑侵害対象）が特許権の保護範囲に属するか否かを判定するには、権利者（特許権者）が主張する特許請求の範囲（クレーム）に記載された全ての技術的特徴を審査しなければならない。(2) 被疑侵害技術方案が、特許請求の範囲に記載された全ての技術的特徴と同一または均等な技術的特徴を含む場合、人民法院は、それが特許権の保護範囲に属すると認定するものとする。訴えられた侵害技術方案の技術的特徴が、特許請求の範囲に記載された全ての技術的特徴と比較して、特許請求の範囲に記載された一つ以上の技術的特徴を欠く場合、または一つ以上の技術的特徴が同一でなく均等でもない場合、人民法院は、それが特許権の保護範囲に属しないと認定するものとする。

なぜなら、特許技術方案の全プロセスは一つの市場主体が単独で、または組織的に生産を完成することができたからである。分業の細分化に伴い、特許技術方案を分解し、明確な意思連絡のない複数主体がそれぞれ一部を分担して実施することで、最終的に特許技術が全て実施されることが可能となった。そうすると、権利者はオールエレメントルールを適用できず、部分的な技術的特徴の実施者のいずれに対しても責任を追及することができないという問題が生じた。この権利者と法執行者の困惑に対処するため、北京市高級人民法院は 2001 年に『特許侵害判定に関する若干の問題に対する意見（試行）』⁴¹を發布し、いち早く間接侵害の概念及び判定ルールを提起した。その内容は以下の通りである。

(1) 間接侵害とは、行為者の実施行為自体は他人の特許権を直接侵害するものではないが、故意に人を誘導、煽動、教唆して他人の特許を実施させ、直接侵害行為を発生させることを指す。行為者は主観的には人に他人の特許権を侵害させようと誘導または唆使する故意があり、客観的には人に直接侵害行為を発生させるのに必要な条件を提供するものである。

(2) 間接侵害の対象は専用品に限られ、汎用品や共用品は含まれない。専用品とは、他人の製品特許を実施するためのキーコンポーネント、または他人の方法特許を実施するための中間製品のみで使用可能なものを指し、他人の特許技術（製品または方法）を実施する一部を構成する以外に他の用途がないものを指す。

(3) 製品特許について言うと、間接侵害とは、当該特許製品を製造するために用いる原料または部品を提供、販売、または輸入する行為である。方法特許について言うと、間接侵害とは、当該特許方法を実施するために用いる材料、器具、または専用設備を提供、販売、または輸入する行為である。

(4) 間接侵害者は、主観的には人に他人の特許権を直接的に侵害させようと誘導、煽動、教唆する故意がなければならない。

(5) 人が特許権侵害行為を実施する準備をしていることを知りながら、依然としてそのために侵害条件を提供する場合は、間接侵害を構成する。

(6) 間接侵害は一般に、直接侵害の発生を前提条件とすべきであり、直接侵害行為が発生していない状況下では、間接侵害は存在しない。

(7) 法に基づいて直接侵害行為を追及しない、または侵害と見なさない状況においても、間接侵害行為者の侵害責任を直接追及することができる。例えば：(1) 当該行為が特許法の定める侵害と見なされない行為に属する場合；(2) 当該行為が個人の非営利目的による特許製品の製造、使用または特許方法の使用に属する場合である。

(8) 中国法に基づいて認定された直接侵害行為が国外で発生した、または発生する可能性がある場合も、間接侵害行為者の侵害責任を直接追及することができる。

上述の内容は、新世紀初頭における中国司法界の特許間接侵害に対する理解を一定程度反映している。特に、「直接侵害行為が発生しなければ間接侵害も存在しない」という「従属説」の理念、および越境侵害に対して間接侵害の概念を適用して管轄権及び裁判を行うことができるとする初歩的な認識は特筆に値する。しかし、上述の第(7)項は「従属説」とやや矛盾するように思われる。なぜなら、法律上は侵害と見なさない、または個人の非営利実施を侵害に属しないと認めているということは、直接侵害が存在しないことを意味しているのに、間接侵害を認定することは「直接侵害が発生していなければ間接侵害も存在しない」という法理に対応できなくなるからである。おそらくこのような疑問があるため、

⁴¹ 京高法発〔2001〕229号、第73条から第80条を参照。

北京高等法院の試行規定は広く普及しなかった。実務上、裁判所が直接「間接侵害」の概念を採用して判決する事例もあるが⁴²、裁判所の「間接侵害」の判定は依然として直接侵害を前提としており、直接侵害の成立を認定できなければ間接侵害を構成しないと考える傾向が見られる⁴³。

中国特許法第四次改正において間接侵害条項を設けるべきか否かが各界で議論される中、最高人民法院は 2016 年に『最高人民法院が審理する特許権侵害紛争案件の法律適用に関する若干の問題の解釈（二）』（法積〔2016〕1号）⁴⁴を公表した。この解釈は、2015年に国家知識産権局（CNIPA）が提出した送審稿第 62 条の内容を、個別の字句の微調整を除きほぼ完全に導入し、それぞれ立法根拠（当時の権利侵害行為法、後に 2020 年末に民法典に基づき引用する立法条文を更新）を明示した⁴⁵。

（3）ネットワークシステム特許侵害判定の難題に対する司法対応の発展傾向

間接侵害の立法化への試みにしても、幫助侵害の範疇への回帰を図った最高人民法院の司法解釈（二）の制定にしても、中国においては、多数派の見解は、産業発展の傾向に合わせてオールエレメントルールの束縛を合理的に突破し、侵害行為によって利益を得る行為者に安易に責任逃れをさせないようにし、より完璧な保護を特許権者に提供すべきであるというのが共通認識であることを反映している。しかしながら、直接侵害、間接侵害、共同侵害、幫助侵害、教唆侵害といった概念が混同して使用されることは、裁判の判決理由の統一性に悪影響を及ぼす可能性があり、技術発展がもたらす侵害態様の変化に必ずしも対応しきれるとは限らない。このため、ネットワークシステム特許の実施及び侵害態様の特殊性に対応して、中国の司法界は新たな法解釈の道筋を模索し始めている。

（i）複数主体の実施によるネットワークシステム特許の間接侵害判定に関する典型判例

無形のコンピュータソフトウェアとネットワーク通信技術による遠隔制御が可能であるため、ネットワークシステム特許に含まれる方法のステップは、固定された工場で実施される必要はなく、異なる主体が関連する装置を使用して分担して実行することが可能であり、特に当該装置が専用品ではなく汎用品である場合にそうである。同様に、侵害行為も場所を必要とせず、分離型の特徴を呈する可能性がある。すなわち、複数の主体が特許技術方案の一部のプロセスをそれぞれ実施するのである。これに対し、中国の司法実務家が最初に示した反応は、この種の侵害を「間接侵害」として説明することであった。「西電捷通 vs ソニー」事件⁴⁶において、裁判所は、被告（ソニー）がその製品（携帯電話）に「実質的な非侵害用途」があることを証明できなかったと認定した上で、一般的に間接侵害行為は直接侵害行為

⁴² 例えば、江蘇省高級人民法院（2016）蘇民終 23451 号民事判決書を参照。

⁴³ 例えば、上海市高級人民法院（2018）滬民終 198 号民事判決書において、設備の使用者が直接侵害を構成しない場合、A 社による侵害被疑設備の生産・販売もまた間接侵害を構成しないと指摘した。

⁴⁴ 法積〔2016〕1号を参照。

⁴⁵ 法積〔2016〕1号（2020年12月23日改正）第21条を参照。（1）ある製品が特許を実施するための材料、設備、部品、中間物等に専用されるものであることを知りながら、特許権者の許諾なく、営業目的で当該製品を他人に提供し、その者が特許権侵害行為を実施した場合、権利者が当該提供者の行為が民法第 1169 条に規定する他人の侵害行為を幫助する行為に該当すると主張するときは、人民法院はこれを支持するものとする。（2）ある製品・方法が特許権により保護されていることを知りながら、特許権者の許諾なく、営業目的で積極的に他人を誘導して特許権侵害行為を実施させた場合、権利者が当該誘導者の行為が民法第 1169 条に規定する他人を教唆（きょうさ）して侵害行為を実施させる行為に該当すると主張するときは、人民法院はこれを支持するものとする。

⁴⁶ 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。

の存在を前提とするものの、これは特許権者が他の主体が実際に直接侵害行為を実施したことを証明する必要があることを意味するのではなく、侵害被疑製品のユーザーが製品の予め設定された方式に従って製品を使用すれば特許権の技術的特徴を全面的にカバーすることを証明すれば足り、当該ユーザーが侵害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と指摘した。

この判決の結果から見ると、裁判所はオールエレメントルール制限から脱却し、方法特許の保護を強化する努力をしたと言える。しかし、その判決理由には一定の論理矛盾があり、端末ユーザーが直接侵害を構成しない場合になぜ間接侵害が存在するのか、なぜ携帯電話が「専用品」なのかが明確に説明されなかった。この論理は、前述の初期の北京高裁意見の第(7)項と同じである。しかしながら、この事件の第二審裁判所である北京高裁は、第一審判決の間接侵害に関する判断を否定し、係争特許が典型的な「複数主体実施」の方法特許であり、特許技術方案を完全に実施するためには複数の主体の共同または相互作用が必要であることを指摘した。個人ユーザーを含むいかなる実施者も単独では本件特許を完全に実施することはできず、また、単一の行為者が他の行為者を指導または支配したり、複数の行為者が共同で調整して本件特許を実施する状況も存在しないため、直接実施者がいない前提においては、その一部の部品の提供者が幫助侵害を構成すると認定すべきではないとした。最終的に、裁判所は、被告が製品性能をテストする過程で特許の全プロセスを実施した行為に基づき、直接侵害責任を負うと判断した⁴⁷。

(ii) ネットワークシステム特許における複数主体分離型侵害を判定する中国裁判所の新たな考え方

2016年の司法解釈(二)発表後も、「材料、設備、部品、中間物等」の専用品の提供という表現が依然として用いられており、このような有体物に基づく考え方は、ネットワークシステム特許侵害判定において、ソフトウェアを提供し装置に搭載して実行する一連の過程を、裁判所に「物」として類推適用させることに限界をもたらした。実際には、ソフトウェアが実現する機能こそがネットワークシステム発明の核心である。ソフトウェア自体が「製品」とみなされる場合でも、それは「物」とは異なる。有体物の機能は物自体から切り離せないが、ソフトウェアの機能は他の類似のソフトウェアによって実現可能である(例えばコードを書き換えたり、あるいは新たに編集したりして作成された新たなソフトウェアで、これが著作権法がソフトウェアの機能を保護できない理由でもある)。したがって、特許法が保護するのは、実際にはソフトウェアが実現する機能である。ネットワークシステム特許技術方案の実施において、新たな機能を持つソフトウェアを関連装置に「実装」し、それに対応する機能を備え、特許実施において実質的な役割を果たす「新たな」装置にすることは、発明の技術的效果を実現するための鍵となるステップである。

まさにこの点を看破したことから、中国の裁判所は、ネットワークシステム特許侵害紛争において、「間接侵害」の法理を次第に放棄し、「独立説」か「従属説」かという議論や、直接侵害行為の存在を認定できないから(なぜならいかなる単一主体も特許の全ての技術的特徴を実施しておらず、しかも主体には業としての実施ではない端末ユーザーも含まれるため)間接侵害の成立を立証できないという問題に拘泥することを避けるようになった。その代わりに、裁判所は、複数主体による分離型ネットワークシステム特許侵害判定の個々の事件において、被疑侵害行為の性質を解明する論理的方法を採用する傾向

⁴⁷ 北京市高级人民法院(2017)京民終454号民事判決書を参照。

を強めており、その中で最も有名なのが、「実装+代替不可能な実質的作用」の論点を確立して直接侵害を判定した「騰達」事件である⁴⁸。この事件で最高人民法院⁴⁹は、次のように認めた。ネットワーク通信分野の特許は通常、複数主体の関与があってこそ実現される方法特許として記述され、この種の特許は、ソフトウェアの形でハードウェア装置にインストールされ、端末ユーザーが使用時にソフトウェアを起動してバックグラウンドで自動実行されることが多く、侵害被疑製品を製造・販売する行為は、表面的には侵害を構成しないように見えるが、実質的には、方法特許は侵害被疑製品の製造過程において既に実装されており、端末装置のユーザーが使用時に方法特許を再現するプロセスは、単に事前に侵害被疑製品内に実装された方法特許の「機械的な再現」に過ぎない。したがって、侵害被疑製品の製造・販売行為によって、方法特許が端末ユーザーによって実施されることを直接引き起こし、業として方法特許の実質的内容を侵害被疑製品に実装し、その行為または行為の結果が特許請求の範囲の技術的特徴を全て充足することに代替不可能な実質的作用を果たすことによって、端末ユーザーが正常に使用するだけで方法特許のプロセスが自然と再現される場合には、侵害被疑行為者が特許権者の権利を侵害したと認定すべきであるとした。注目すべきは、「騰達」事件において、最高人民法院が、侵害被疑者が侵害被疑製品のテスト過程で方法特許を実施する行為を侵害と認定するだけでは、特許権者の利益を十分に保護するには不十分であると一歩踏み込んで説明したことである。これによって、かつて「西電捷通 vs ソニー」事件の第二審判決においてテスト行為のみを構成する直接侵害として認定したものを、全ての経営活動にまで拡大された。さらに、「西電捷通 vs アップル」事件⁵⁰において、最高人民法院は、本件の移動端末、無線アクセスポイント、無線アクセスサーバーが、主従の区別なく、支配または指揮関係のない三元構造を形成しており、被告の行為またはその結果によって特許の技術的特徴が全て充足される上で代替不可能な実質的作用を果たしているとして、直接侵害を構成すると指摘した。

実際には、間接侵害の考え方を採らず「実装」の概念によって直接侵害の構成を論じる考え方は、司法解釈（二）発表前から既に萌芽していた。「握奇 vs 恒宝」事件⁵¹において、裁判所は均等侵害を認定した上で、ユーザーがいくつかのプロセスに参加しているとはいえ、それは電子装置の製造者が予め設定した操作ステップの条件下で行われるものであり、バックグラウンドのプログラム内容を変更することはできないため、電子装置の製造者が明らかに特許技術方案の実施者であると指摘した。この考え方は「騰達」事件において明確化かつ具体化された。つまり、端末ユーザーとサーバーの相互作用だけで完結する特許の場合、ユーザーは特許プロセスを機械的に再現する役割を果たすだけで、真の意味での実施者ではないため、対応する機能を既に装置に実装した主要な侵害者の責任を追及すべきである。これは、海外の司法実務において発展してきたソフトウェア関連特許侵害判定の「支配または指揮」⁵²、「道具論」⁵³の法理と通じるものがある。

⁴⁸ 最高人民法院（2019）最高法知民終 147 号民事判決書を参照。

⁴⁹ 2019 年 1 月 1 日より、全国法院の特許権侵害案件の第二審は全て最高人民法院知識産権法廷が審理する。『最高人民法院による知的財産法廷の若干問題に関する規定』（法積〔2018〕22 号）を参照。

⁵⁰ 最高人民法院（2022）最高法知民終 817 号民事判決書を参照。

⁵¹ 北京知識産権法院（2015）京知民初字第 441 号民事判決書を参照。

⁵² See Akamai Techs., Inc. v. Limelight Networks, Inc., 797 F.3d 1020 (2015).

⁵³ 東京地判平成 13 年〔2001〕.9.20 平 12(ワ)20503（電着画像の形成方法）を参照。

3. 複数主体によるネットワークシステム特許の越境実施に係る紛争の管轄権に関する国際調和

ネットワークシステム特許におけるソフトウェア及びその対話型操作プロセスの無形性により、異なる技術的特徴がそれぞれ国内外において異なる主体によって相互作用的に操作され、情報データの越境的な相互伝送を通じて特許技術方案全体の実施が完了することは、容易になっている。特許の越境実施に伴う紛争が生じた場合、各国の管轄権、法の適用、判決の執行の面で衝突が生じる可能性があるため、その中でも最も重要な管轄権の調整問題について議論する必要がある。

(1) 特許の属地主義の原則とネットワーク時代における解釈のジレンマ

特許権の属地主義は、一国で取得された特許権は一般に当該国内でのみ法的効力を有することを示しており、つまり、原則として特許権者の独占実施権は域外では保護されない。国際経済貿易の往來の急速な発展に伴い、特許技術方案の越境実施の現象はよく見られるようになり、国内の特許権者は、国際間の地域性の差異を利用して責任を回避し、自己の合法的利益を損なわせる行為に対して、侵害救済を主張することが喫緊の課題となっている。特許権者及び裁判官にとって、特許の間接侵害やその他の柔軟な理論を適用して侵害を認定する前に、まず属地主義が管轄にもたらす難題を解決する必要がある。

(i) 特許権の属地主義の原則

特許権の地域性または属地主義の原則は、1883年のパリ条約によって最初に明確化され、同条約(1967年テキスト)は現在も有効であり、他の知的財産権関連の国際条約、例えば世界貿易機関(WTO)が1994年に採択したTRIPS協定⁵⁴(2017年1月23日改正)によっても承認されている。特許権の地域性について、パリ条約は「独立性」という用語⁵⁵を用いており、同一の発明が異なる国で取得した特許権は互いに独立しており、相互に影響を与えないとした。実際には、歴史、経済、文化、及び社会発展段階の多くの違いにより、各国の知的財産権制度の差異は客観的に存在する。特許権は国内法に基づいて確認され、保護されるため、国内法は権利の取得、行使、保護範囲、保護期間、審査または権利確定の方法、及び無効理由などの面で差異があり、これが侵害認定及び損害賠償額または実施許諾料の認定の違いをもたらす可能性がある。技術取引の国際化の要請に適応するため、各国の発明者は特許協力条約(PCT)に基づいて特許の国際出願を行うことができる。ただし、PCTは権利者に特許ファミリーのグローバルな戦略的配置を効率的に行うための簡略化された手続きを提供するだけで、特許ファミリーを地域性のない「グローバル特許」に転化するものではない。今日に至るまで、各国の特許権は依然として独立しており、属地主義の原則に従って、一国の主権機関が国内法(場合によっては域外法を転用して適用することもある。例えば国内法の規定⁵⁶または仲裁合意に基づく)に基づいて、特許の権利確認、侵害、実施許諾、独占禁止法違反または権利の濫用などの紛争を解決している。

⁵⁴ TRIPS協定第2条によれば、知的財産権の有効性、範囲及び使用に関する基準、知的財産権の実施、知的財産権の取得及び維持並びに関係当事者間の手続等については、各メンバーは、パリ条約(1967)第1条から第12条まで及び第19条を遵守しなければならない。

⁵⁵ 『パリ条約』第4条の2:「特許:異なる国における同一の発明についての特許権は相互に独立」を参照。

⁵⁶ 『中華人民共和国涉外民事関係法律適用法』第七章を参照。

属地主義は、同一の発明について、その権利者が一国のみに出願するか、または市場価値があると考えられるいくつかの地域・法域を選んで特許ファミリーを出願するか、あるいは侵害、実施許諾などの紛争に遭遇した場合に、そのうちの一国またはいくつかの法域のみを選んで権利行使することができることを意味する。もちろん、同一の発明の異なる地域で取得された特許について、権利者以外の利害関係者または現地法で認められた他の者は、現地法に基づいて無効審判、侵害行為不存在確認、債務不履行、権利濫用などの訴訟を提起することができる。特許ファミリーが存在する状況では、特許権者が一国において特定の主体に対して侵害訴訟を提起すると同時に、当該主体も別の法域において特許権者に対して侵害行為不存在確認、またはその他の実質的関連性のある訴訟を提起する可能性があり、これによって国際間の司法管轄権及び判決執行などの衝突が生じる。最も典型的なのは、グローバルネットワーク技術が相互に接続された背景において、標準必須特許（SEP）関連紛争が各国で引き起こす並行訴訟問題である。

（ii）知的財産権の地域性と国際私法規則の調整の難題

前述の通り、パリ条約や TRIPS などの国際条約は、各国の立法の独立性を尊重することを基礎として、知的財産権の国際保護の最低基準または閾値を設定したに過ぎず、統一的な知的財産権法施行規範を確立したわけではなく、ましてや、2 つ以上の国の当事者に関わる知的財産権紛争に対する司法管轄権をどの裁判所が有するか、また裁判所が越境的な知的財産権紛争を解決するためにどのような法を適用すべきかについては規定していない⁵⁷。特許の地域性は、特許権を保護し、特許権者との関連主体間の権利義務を調整する法律が、主として域外効力を有さない国内法であることを意味し、国内法の差異は必然的に越境紛争解決における法の衝突をもたらす。国際経済貿易の往来が頻繁になり、技術革新や競争が激化するに伴い、各国が知的財産権保護を強化する過程において、涉外紛争は日増しに増加しており、越境的な知的財産権紛争解決における管轄権、準拠法の適用、判決の承認と執行などの国際私法上の問題はより一層複雑になっている。

実際、この問題に関しては、21 世紀以来、数多くの研究がなされてきた。アメリカ法学会（ALI）は 2001 年末から、『知的財産：越境紛争の管轄権、法律の選択及び判決の原則』（『ALI 原則』）の起草に着手し、2007 年にその文案を採択した。これは、各国の裁判官が国を越えた知的財産権事件を審理する際のモデルとなることを期待するものである⁵⁸。2010 年には、日本の早稲田大学の専門家グループが韓国のメンバーと連携して、知的財産権の国際私法原則に関する共同提案（『日韓原則』）を起草し、グローバル化に向けた、アジア諸国に普遍的に適用可能な知的財産権国際私法原則の提案を模索した⁵⁹。欧州学界を代表するマックス・プランク研究所も約 7 年にわたる研究を経て、2011 年に『知的財産権衝突法原則』（『CLIP 原則』）を発表し、国を越えた知的財産権事件に関する国際的管轄権、法律の適用、外国

⁵⁷ （ニュージーランド）スージー・フランケル、（米）ダニエル・J. ジェルベ 著、肖尤丹、程文婷 訳、孫晋 校：『国際知的財産法』、知的財産出版社、2022 年、52 頁を参照。

⁵⁸ 何艶：「知的財産権国際私法保護規則の新たな発展——『知的財産：跨国紛争の管轄権、法の選択及び判決の原則』の解説及び示唆」、『法商研究』2009 年第 1 期を参照。

⁵⁹ [日] 木棚照一：「東アジア共通知的財産国際私法原則の必要性と可能性」、謝新勝 訳、沈涓 主編『国際法研究』第 5 巻、中国人民公安大学出版社、2012 年、27 頁を参照。

判決の執行などの面での原則を提案した⁶⁰。2020年には、国際法協会が10年の研究を経て、『知的財産権と国際私法の準則』（『京都準則』）を採択し、国を越えた知的財産権紛争における管轄権、準拠法、判決の承認と執行に関する世界的な合意の形成を推進する努力を試みた⁶¹。さらに、早くも1990年代から、ハーグ国際私法会議（HCCH）は、『民事及び商事の管轄及び外国判決に関する条約（草案）』に関する協議交渉を開始した。しかし、この条約交渉の進捗は長期にわたって停滞し、最終的にHCCHは管轄権に関する議題を放棄する決定をし、まず2005年に合意が得られた、当事者の意思自治の原則に基づく『裁判所選択合意条約』を採択し、その後2019年に『外国民事及び商事判決の承認及び執行に関する条約』を採択したが、そこでは知的財産権、独占禁止、プライバシーなど意見の対立が深刻な議題は除外された⁶²。同時に、2019年にはHCCHと世界知的所有権機関（WIPO）が共同で、『国際私法が知的財産権法に会うとき—裁判官のためのガイド』⁶³を発表し、一国が涉外要素を含む知的財産権の民事商事紛争を処理するための国際私法原則について提案を行った。

上述した様々なモデル提案はいずれも調整原則と解決策を提示しようと試みているが、未だ普遍的な承認を得ていない。全体的に見て、知的財産権分野の国際私法規則は現在もなお国内法が主であり、その国際法規則をどのように策定するかは依然として難題であり、特に難しいのが最重要な鍵となる管轄権の衝突問題である。一般的に、知的財産権の有効性に関する争いについては、権利登録地の裁判所による専属管轄であることに基本的に議論の余地はない。涉外要素を含む知的財産権侵害などの紛争については、国際条約、学界の模範的な規定、および主要法域国の国内法のいずれにおいても、「涉外知的財産権侵害事件の専属管轄の影を見出すことは難しい」⁶⁴。国際法規範が欠如しているため、合理的な管轄の連結点が双方に存在する場合、各国がお互いに特許の越境紛争の管轄権をどのように線引きし、それによって生じる衝突をどのように緩和すべきかについては、各国の間で認識の相違が存在する。

（2）ネットワークシステム特許の越境侵害判定に関する司法対応の発展傾向

（i）特許越境紛争における管轄権衝突の成因と典型的な事例

一般的な民事侵害の分野では、各国は侵害紛争に対して「被告所在地」と「侵害行為地」の原則を普遍的に承認し受け入れている。「侵害行為地」はさらに「侵害行為実施地」または「侵害結果発生地」という二重の地域に分解できる。例えば、中国の立法及び司法解釈の規定である⁶⁵。インターネット上の民事商取引活動の交流が増えるにつれ、現代国際私法の立法において最も注目され、各国で広く採用されている法律選択方法であると同時に、不確実性⁶⁶をもたらす「最も密接な関連」の原則が、中国にお

⁶⁰ 朱偉東：「マックス・プランク研究所『知的財産衝突法原則』概説——欧州における越境知的財産訴訟の最新の発展」、『国際経済法学刊』2013年第3期を参照。

⁶¹ 朱晨陽：「『知的財産と国際私法の準則』概要」、『人民法院報』2023年4月21日、第8版を参照。

⁶² 孫笑非、吳瓊：「『外国民事判決の承認及び執行に関する条約』評介と展望」、『国際法学刊』2019年第1期を参照。

⁶³ Annabelle Bennett & Sam Granata、WIPO第1053C号出版物を参照。

⁶⁴ 袁發強 主編：『越境民事訴訟』、上海人民出版社、2024年、276頁を参照。

⁶⁵ 『中華人民共和國民事訴訟法』第29条、最高人民法院「『中華人民共和國民事訴訟法』の適用に関する解釈」（2022年3月改正）第24条を参照。

⁶⁶ 葉竹梅：「『涉外民事関係法律適用法』における「最密接な関係の原則」の立法上の位置づけ」、『甘肅政法学院学報』2014年第3期を参照。

けるネットワーク侵害紛争の管轄権画定の実務において応用されている⁶⁷。しかし、ネットワークシステム特許の越境侵害紛争の状況はさらにはるかに複雑である。複数主体による分離型侵害により単一または二重の「侵害行為地」を画定することが難しいことに加え、この種の紛争はしばしば特許権の有効性認定、非侵害確認、契約解釈などの争いを伴い、特に各国の法律は当事者に訴え提起前または訴訟係属中の禁令（仮処分）の暫定的救済措置を申請し迅速に発動することを認めており、これらの要素が越境特許紛争に関わる法的関係を極めて複雑にしている。各国がそれぞれの国内法に基づき、異なる理由に基づく特許ファミリーから生じる紛争を管轄すると、衝突の可能性が生じる。言い換えれば、一国の特許紛争が自国領域内でのみ発生する場合、原告・被告の所在地にせよ、侵害行為や損害結果の発生地にせよ、自国が当然に紛争処理の管轄権を有する（中国では行政執行も含まれる⁶⁸）。しかし、特許ファミリー（特に標準必須特許（SEP⁶⁹））が異なる国家間で越境実施され紛争が発生し、かつ双方当事者がそれぞれ異なる国で訴訟を提起した場合、司法管轄権及び判決の承認と執行の衝突問題が生じる可能性がある。

中国に関して言えば、仲裁手段以外では、特許紛争の処理には民事、行政、刑事の三大訴訟法、および特許法、民法典（その総則、契約、侵害責任などの各編が関与し得る）、独占禁止法などが適用される可能性があり、これらの法律の適用には明らかな地域性の特徴がある。例えば、SEP 権利者が標準化機関に対して行った「公平、合理的かつ無差別（FRAND）」宣言は、SEP が一般の特許権とは異なる法的属性を持つことを意味するのか。FRAND 宣言は権利者に何らかの契約上の義務（例えば、禁令救済を提起する条件がある程度制限されるなど）を設定するのか。これらの難解な問題の解釈は一般的に国内法を根拠とする。しかし、普通の特許と比較して SEP は重大な経済的利益に関わり、権利者と実施者はいずれも訴訟地の選択（フォーラムショッピング）を重視するため、一国の裁判所が管轄する実施許諾紛争と別の国の裁判所が管轄する特許ファミリー侵害紛争が関連訴訟（または広義の並行訴訟）を形成し、「超地域的管轄」の「より密接な関連」原則が広範に適用されることを導き、その結果各国間で禁訴令、禁執行令及び反禁令が頻繁に現れることになる⁷⁰。中国の『民事訴訟法』は 2023 年に改正された際、涉外民事訴訟の管轄権調整と並行訴訟問題に重点的に注目し、いくつかの重要な条項を新設した。例えば、知的財産権の有効性関連紛争の専属管轄（第 279 条第 2 項）、当事者の合意管轄と黙示の管轄（第 277 条、第 278 条）を明確化し、また、涉外民事紛争と中国に「その他の適切な関連性」が存在する場合、中国の裁判所が管轄できることを明確にした（第 276 条第 2 項）。同時に、中国の裁判所が並行訴訟を受け入れる「先に受理した裁判所」の規則とその制限条件を規定し、国際礼譲の原則を明確にするるとともに、「明らかにより便利」の原則の適用を緩和して管轄を受け入れるか排除するようにした（第 280 条～第 282 条）。さらに、外国裁判所の判決の承認と執行に関する規定を新設し、同様の原則と考え方を示している（第 302 条）。これらの新しい立法条項は、成文法の面で国際並行訴訟の調整ツールを提供し、中国の裁判所が異なる法域が単一の特許ファミリーをめぐる各種紛争に起因する国際的管轄権の

⁶⁷ 尹楠、欒春娟：「インターネット侵害訴訟における地域管轄問題の研究」、『法制博覽(中旬刊)』2014 年第 11 期を参照。

⁶⁸ 董涛：「国家治理現代化の下での知的財産行政執行」、『中国法学』2022 年第 5 期を参照。

⁶⁹ 抵触特許の権利者は、市場利益のある法域のみを選択して侵害救済を主張することができる。例えば、日本の DwangovsFC2 事件では、特許権者は米国にも抵触特許を有していたが、米国では訴訟を提起しなかった。一方、標準必須特許（SEP）は広範な市場利益、特に全球主要電気通信分野標準化団体の SEP は、各法域で実施されているため、権利者と実施者の間で紛争が生じた場合、各国裁判所で管轄権の衝突が生じやすい。

⁷⁰ 阮開欣：「涉外知的財産権訴訟の管轄権における地域的制限——標準必須特許紛争における管轄権衝突を切入点として」、『清華法学』2023 年第 2 期を参照。

重複問題に如何に対処すべきかについて方向性を示した。しかし、これらの条項の表現は立場と方法のレベルに留まっており、裁判所が裁量権を行使することによって引き起こされる管轄権衝突の現象を根本から排除することはできていない。

要するに、国際的に統一された国際私法規範の欠如、各国の涉外民事商事件に関する管轄連結点の広範な解釈、および当事者の訴訟地選択現象の増加により、連結点の多い特許の越境侵害紛争は、管轄と執行の国際的衝突を免れず、実際にこの種の衝突はすでに各国の SEP 紛争に集中して現れている。さらに、異なる国の裁判所の実務から見ると、国際礼讓の原則の拘束力は、国境を越えた禁訴令の実務においては明らかではない⁷¹。学者が言うように、主権国家が一方的に権利を放棄するか、または条約に基づいて自発的に自国の司法管轄権を制限しない限り、グローバル化時代における国家間の並行訴訟に関する民事管轄権衝突を根絶することは依然としてできない⁷²。

(ii) ネットワークシステム特許紛争の管轄における「市場地」原則への回帰

SEP 紛争における国際的管轄権の調整の難題は一時的に解決策が見えないものの、一般的な特許の話に戻せば、管轄連結点が多数存在するネットワークシステム特許であっても、各国が間接侵害の立法上の問題を解決するか、直接侵害、共同侵害、幫助もしくは教唆侵害などの概念を採用した後は、複数主体による越境侵害の責任判定は実際には難題ではなくなる。

例えば、「帝盟 vs 東方之珠」事件⁷³では、権利者は「一種の国際物流情報追跡方法及びそのシステム」特許を保有しており、これは国際物流の統一照会を可能にし、発信地/目的地の情報を一度に表示することで物流追跡時間を短縮し、効率を向上させるものであった。被告は、被訴侵害技術方案が使用するサーバーが中国域外及び香港に存在するため、被訴侵害行為は本件中国特許権の効力が及ぶ地域範囲に属さず、特許侵害を構成しないと主張した。裁判所は以下のように認めた。1) サーバー所在地は侵害行為地を判断する要素の一つに過ぎず、唯一の要素ではなく……中国特許権を侵害する行為の実質的な部分のポイントまたは侵害結果が中国領域内で発生した場合、侵害行為地は中国領域内にあると認定できる……インターネットのグローバルな到達性とカバー範囲特性は、ネットワークデータ伝送と相互作用が国際的性質を持つことを決定づけており、インターネットに関連するコンピュータプログラム方法及びシステム特許については、サーバー所在地をもって被訴侵害行為の実施地を確定すると、この種の特許権の保護範囲が深刻に制限され、侵害者が極めて容易に侵害責任を逃れることになり、最終的にはこの種の特許権の法的保護が形骸化する恐れがある。2) 被訴侵害ウェブサイトの運営主体は中国大陸に存在する。3) 被訴侵害ウェブサイトの多数のユーザーは国内ユーザーであり、被訴侵害技術方案の起動地点は中国大陸に位置する。4) 被訴侵害ウェブサイトが提供する物流情報統一照会サービスは国際物流を対象とするものの、その情報のかなりの部分は国内物流企業に由来するため、被訴侵害技術方案の実施において関連データの伝送と相互作用は全部または一部が中国大陸で発生している。以上の理由に基づき、中国の裁判所は、侵害結果が国内で発生し、自国の特許権を侵害する行為に対して管轄権を有するとした。

⁷¹ 杜煥芳、段鑫睿：「跨国禁訴令における国際礼讓の役割と適用」、『中国高校社会科学』2023年第4期を参照。

⁷² 黄志慧：「中国における国際平行訴訟の調整の立場と方法——民事訴訟法第281条の体系的解説」、『法学研究』2024年第4期、223頁を参照。

⁷³ 最高人民法院（2020）最高法知民終746号民事判決書を参照。

他の法域の実務を見ても、ネットワークシステム特許（またはコンピュータソフトウェア関連特許）の侵害判定について直接侵害とするか間接侵害とするかの立場を問わず、自国の管轄権の正当性の立証という点では類似している。例えば、米国 2005 年の「ブラックベリー」事件⁷⁴は、ネットワークシステム特許の越境侵害判定問題に関わるものであった。この事件で被告は、そのブラックベリー端末システム中の「中継局」（メールサーバーの一部）がカナダに存在し、米国特許法第 271 条が規制する侵害範囲に属しないと主張した。しかし、裁判所は、当該システムが海外に存在するとしても、その主要な使用またはシステムに対する制御行為と利益取得が米国で発生している限り、原告の特許権の侵害を構成すると指摘した。日本の近年の「ドワンゴ」事件⁷⁵では、最高裁判所は、被告が原告のシステム特許及び方法特許を侵害したとする知的財産高等裁判所の判決を維持し、日本の特許権の有効性は日本国内でのみ承認されるものではあるが、電気通信回線を通じて国境を越えた情報送信が極めて便利な現代世界において、特許実施に関連するシステム構成の一部（サーバー）が日本国外にあるという理由だけで、当該システムが日本で「生産」されたものではなく、番組評論情報が日本で「提供」されたものではないと認めると、日本の特許法の発明を保護し、もって産業の発達を奨励し促進するという趣旨に合致しないと指摘した。

このように、ネットワークシステム特許の越境実施が極めて便利であるため、サーバーまたはその他の設備の所在地の基準に固執すれば、管轄の回避や責任逃れなどの問題を招きかねない。したがって、越境特許侵害判定において「主要な行為」と「マーケットプレイス」⁷⁶を考慮する考え方は評価に値する。つまり、特許の越境実施行為が権利者の国内における特許権に実質的な影響を与える場合、一部の実施行為が国外で発生したとしても侵害が成立し、それに応じて、当該国の裁判所も関連する紛争に対して管轄権を有することになる。上述したこれらのネットワークシステム特許の越境侵害紛争は特許ファミリーの並行訴訟或いは関連訴訟には関わらなかったものの、この考え方に基けば、各国が司法管轄権の範囲を自国の特許権の侵害及び自国で発生した損害の部分に限定する限り、合理性を有し、国際的な衝突を減少させることができるであろう。

(iii) 特許の越境民事紛争における管轄権の国際協調の現実的アプローチ

SEP 並行訴訟の管轄及び執行の難題に戻る。SEP には、特許の地域性という普遍性があると同時に、グローバルな特許ファミリーの併存及び越境実施という明らかな特殊性がある。通信設備のグローバル相互接続という現実的な必要性により、標準の実施者が関連市場に参入しようとする回避することはほぼ不可能であるため、SEP は事実上ある種の強制性を帯びている。各国の SEP 権利者による FRAND 宣言に対する法理的解釈及び立法的根拠が異なるため、必然的に、個別の管轄及び並行訴訟が発生した際の判決の衝突の可能性が生じる。グローバル化時代において、技術の分割が困難で利益の調整が難しいのであれば、各国は SEP 並行訴訟において依然として国際礼讓の原則に従うべきである。各国が処理する具体的紛争案件の事実には差異があり、法的協調の実現可能性が小さいのであれば、新たな国際条約

⁷⁴ See *NTP, Inc. v. Research In Motion, Ltd.*, 418 F.3d 1282, 1287 (Fed. Cir., 2005).

⁷⁵ 最高裁判所上告を棄却する判決、令和 5 年（受）第 14 号及び同第 15 号、令和 5 年（受）第 2028 号、令和 7 年 3 月 3 日。

⁷⁶ [日] 一般財団法人知的財産研究教育財団、知的財産研究所：「インターネット関連発明における国境をまたいで構成される侵害行為に対する適切な権利保護の在り方に関する調査研究報告書」平成 29 年 3 月を参照。

による規則の確立が合意に至らない場合、地域性の原則に回帰するのが適切である。つまり、相手の司法手続に強硬に介入干渉せず、各自が担当範囲を管理するということであり、SEP 紛争もやはり複数主体による越境侵害の場合に照らして、損害結果発生地を根拠として管轄及び救済を提供すべきである。SEP の「グローバルライセンス料率 (グローバル・レート)」を軽率に裁定すると、必然的に激しい議論を引き起こすであろう⁷⁷。

おそらく SEP 紛争の国際的衝突を解決する理想的な方策は、国境を越えた特許法体系を確立することのみであり、立法及び司法機関を統一した欧州統一特許裁判所 (UPC) 制度はまさにそのような実験的サンプルである。しかし、欧州のような市場統合が進んだ地域であっても、統一特許制度の構築と運営には 10 年以上 (2012-2023) の調整期間を要しており、グローバル統一特許保護制度の構築は、より遠い将来への期待に託すほかない (これは中国が提唱し努力している人類運命共同体の有機的構成要素となりうる)。しかし、人類社会が真のグローバル化による大同の時代に発展したならば、人類運命共同体は既に完成されているはずであり、技術革新及びその運用を奨励し保護するために人為的に設定された私権保護のための知的財産権制度そのものに、果たして存在する必要性があるのだろうか。いわゆるグローバル特許が存在しないのであれば、グローバルライセンス料率を誰が判断するのか? 国際社会における国際私法規範の調整に関する複数の方案バージョンも、単なる参考ガイドラインに過ぎず、関連する国際条約は長期にわたる議論にもかかわらず成果が上がっていない。SEP 越境侵害紛争は、特許権の有効性、ライセンス条件の解釈、競争制限などの複雑な事項に及ぶ可能性があるため、各国は「国家主権」を理由に管轄権を放棄しないであろう。そうであるならば、現状を維持し、地域的差異を直視し、国際礼讓の原則を適切かつ合理的に尊重することが最も適切な方策である。地域性への回帰はまた、各国が特許侵害及びそれに関連する FRAND 条項の認定、独占禁止、禁令、損害賠償額またはライセンス料率などの紛争に対する管轄権を、当該特許が自国市場に影響を与える部分のみに限定すべきであることを意味する。

まとめ

前述の通り、ネットワークシステム特許と伝統的製造業分野の特許との区別は、その技術方案における各ステップが、異なる地域や、国境を越えて分散する複数主体によって分離して実施され得る点にあり、その中には業としての実施ではない末端ユーザーも含まれる。この特殊性により、この種の特許の侵害判定のルールは伝統的なオールエレメントルールに適合することが難しく、このため中国の司法機関は、間接侵害理論を借用する段階から、「実装+代替不可能な実質的作用」のルールを通じて主要な実施者の侵害責任を追及する過程を経てきた。ネットワークシステム特許の今後の社会経済発展における重要性は言うまでもなく、各国のこの種の発明に対する特許政策は疑問視されつつも一定の調整がなされ、全体的にはこの種の特許は増加傾向にある。複数主体による分離型侵害については、間接侵害であるか直接侵害であるかを問わず、理論上の論争は重要ではないかもしれず、各国の司法における傾向は、主要な実施者に責任を負わせることを重視する点にある。当事者が裁判所を選択して訴訟を起こすことは正常な現象であり、その権利でもある。特許ファミリーが存在する場合でも、権利者は特定の法

⁷⁷ 例えば、英国の Birss 裁判官が「無線プラネット vs 華為」事件で行ったように、残念ながらその判決は上級裁判所によって維持された。英国最高裁判所判決：[2020] UKSC 37, GRUR Int. 2021, 174 を参照。

域で、特定の実施者のみを訴える可能性があり、各国の司法関係者も、属地主義と自国市場への影響に基づいて侵害及び損害賠償を判定すべきである。国際的な並行訴訟が発生した場合、各国は依然として礼讓原則を堅持し、自国の特許紛争のみを管轄し、自国市場部分の損害賠償額またはライセンス料率のみを判定し、自国の管轄権と衝突するか、または自国の特許権者の利益の実現に影響を与える外国の裁判に対しては執行を認めないとすべきである。もちろん、当事者の共同請求に応じて、裁判所は一定期間内におけるグローバル一括ライセンスの合意形成を命じ、故意にこの裁判に違反する者に対しては相応の懲罰措置を講じることもできる。

以上、ネットワークシステム特許、特に SEP の越境侵害及び関連紛争の複雑性に鑑みると、本稿における侵害判定と管轄権の国際協調問題に対する初歩的考察は、必然的に多くの争点を残すこととなるが、故に本稿は単に議論のきっかけを提供するものである。

Ⅲ. 特許間接侵害の構成要件に関する分析

北京大学法学院 張 平 教授

概要

中国『専利法』は特許間接侵害を直接規定しておらず、関連するルールは主に司法実務と文書に由来し、共同侵害理論に基づいて確定される。現在合意された特許間接侵害の構成要件は、次の三つの側面を満たさなければならない。第一は客観的要件であり、専ら特許の実施にのみ用いられる材料、設備などの専用品を提供したり、無断で特許の実施を許諾したり、誘導したりするなどの間接侵害行為が存在し、専用品には実質的な非侵害用途がない。第二は主観的要件であり、行為者に他人による権利侵害を誘導、幫助する故意がある必要があり、「知りながら」または推定可能な「知るべき」を含み、かつ製品が権利侵害に使用される可能性があることを知っている。第三は関連要件であり、間接侵害の認定は通常、直接侵害との因果関係、すなわち実質的な幫助の提供を考慮するが、例外もある。例えば、直接侵害が責任を追及されない場合や国外で発生した場合には、間接侵害責任を直接追及することができる。司法実務において直接侵害が実際に発生したかどうかの認定基準も「実際に発生した」から「発生する可能性がある」に緩和されつつある。中国特許間接侵害制度は理論構築と司法実務のつながりに依然として著しい隔たりがあり、主要な構成要件の裁判基準は個別事案における裁量に分散しており、統一的で安定した適用ルールは形成されていないため、立法の本意と技術発展の側面からさらに明確化し、完備する必要がある。

1. 現行法の実務における特許間接侵害認定の経路の変遷

中国『専利法』は数回の改正で特許間接侵害行為を直接的に規定しておらず、主に司法実務及び関連文書において言及されるにとどまる。最も早くは 2001 年に北京市高級人民法院が公布した『専利侵害判定の若干の問題に関する意見（試行）』において、特許間接侵害の認定について明確に言及されている。内容は以下のとおりである：

「四、その他の特許権侵害行為の認定

（一）間接侵害について

73. 間接侵害とは、行為者の行為が他人の特許権を直接的に侵害するものではないが、故意に他人に特許権侵害行為を誘導、教唆し、直接的な侵害行為を発生させるものをいう。行為者は主観的に他人の特許権を侵害させる故意を有し、客観的に他人の直接的な侵害行為の発生に必要な条件を提供している。

74. 間接侵害の対象は専用品に限られ、共用品ではない。ここでの専用品とは、他人の特許製品を実施するためにのみ使用される重要な部品又は方法特許の中間物で、他人の特許技術（製品又は方法）の実施の一部を構成し、その他の用途がないものをいう。

75. 製品の特許について、間接侵害とは、当該特許製品の製造に使用する原料又は部品を提供、販売又は輸入することである。方法特許について、間接侵害とは、当該特許方法の実施に使用する材料、器具又は専用設備を提供、販売又は輸入することである。

76. 間接侵害者は主観的に、他人の特許権を直接侵害するように他人を誘導、扇動、教唆する故意を

有していなければならない。

77. 行為者は他人が特許権侵害行為の実施を準備していることを知りながら、依然として侵害のための条件を提供する場合、間接侵害を構成する。

78. 間接侵害は原則として直接侵害の発生を前提とする。直接侵害行為が発生していない場合、間接侵害は存在しない。

79. 次のように、法により直接侵害行為について追及しない又は特許権侵害とみなされない場合でも、間接侵害者の責任を直接追及することもできる。

(1) 当該行為が『専利法』第 63 条に規定する特許権侵害とみなされない行為に該当する場合。

(2) 当該行為が個人の非営利の目的による特許製品の製造、使用又は特許方法の使用に該当する場合。

80. 中国の法律に基づいて認定される直接侵害行為が国外で発生した又は発生する可能性がある場合、間接侵害者の責任を直接追及することができる。」

かなり長い間、司法実務、特に北京市の裁判所が審理した特許間接侵害紛争は、当該試行文書に基づいて処理されてきた。

しかし、北京市高級人民法院の当該意見はあくまでも「試行」であり、実務において最高人民法院の司法解釈による追認が期待されてきた。一部の裁判所は司法解釈が公布されるまでの間、特許間接侵害事件を処理する際に『民法通則』第 130 条の共同侵害条項を援用して侵害者の侵害責任を追及するしかなかった。同条は「二人以上が共同で権利を侵害し、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」と規定していた。その後、最高人民法院は『中華人民共和國民法通則』の徹底執行に関する若干の問題に関する意見（試行）の第 148 条で、「他人に権利侵害行為の実施を教唆、幫助した者は共同侵害者となり、侵害責任を負わなければならない」と規定した。したがって、中国の司法実務においては、特許間接侵害は共同侵害行為として扱われてきた。ただし、特許権の間接侵害行為が持つ間接性により、この共同侵害は一般的な民事共同侵害に比べて特殊性があるため、さらに特別な規定をする必要があるとされていた。

2016 年最高人民法院は『専利権侵害紛争事件の審理における法律適用の若干の問題に関する解釈（二）』（改正版）を公布した。その中で、第 21 条は特許間接侵害の態様について具体的な規定している。

「関連製品が専ら特許の実施に用いられる材料、設備、部品、中間物などであることを知りながら、特許権者の許諾を得ずに、業として当該製品を他人に提供して特許権侵害行為を実施させた場合、権利者は当該提供者の行為が民法典第 1169 条に定めた他人による侵害行為実施を幫助する行為に該当すると主張した場合、人民法院はこれを支持しなければならない。

関連製品、方法に特許権が付与されていることを知りながら、特許権者の許諾を得ずに、業として他人を積極的に誘導して特許権侵害行為を実施させた場合、権利者が当該誘導者の行為が民法典第 1169 条に定めた他人による権利侵害行為実施を教唆する行為に該当すると主張した場合、人民法院はこれを支持しなければならない。」

上記司法解釈は特許間接侵害という明文表記はしていないものの、その内容において、一般的な共同侵害とは異なる特許間接侵害行為を確立し、特許権の保護範囲を専利の実施にのみ専ら用いられる材料、設備、部品、中間物等にまで拡大している。この規定により、特許間接侵害は幫助侵害と教唆侵害の二種類の形態に分類されると解される。幫助侵害は、提供者がその製品が特許の実施にのみ専ら用いられ

ることを知りながら、且つ業として他人に提供して侵害行為を実施させることを強調する。教唆侵害は、製品、方法に特許権が付与されていることを知りながら、業として他人に特許権侵害行為の実施を積極的に誘導することを強調する。

2017年、北京市高級人民法院は『専利侵害判定指南（2017）』を公布し、最高法院の司法解釈の表現に基づいて「共同侵害」という用語を使用し、以前の『専利侵害判定の若干の問題に関する意見（試行）』における「間接侵害」の表現をカバーした。共同特許権侵害行為の認定には、以下の間接侵害の態様が列挙されている。

「118. 他人の実施行為が専利法第十一条に規定された特許権侵害行為を構成すると明確に知りながらも、教唆、幫助した場合、教唆者又は幫助者は実施者とともに共同侵害者として、連帯責任を負わなければならない。

119. 行為者は、関連製品が専ら係争特許の技術的解決手段を実施するためにのみ用いられる材料、中間物、部品又は設備等の専用品であると明確に知りながらも、特許権者の許諾を得ずに、業として当該専用品を他人に提供し、かつ、他人が権利侵害行為を実施した場合、当該行為者による当該専用品提供行為は、本指南第118条に規定された他人の特許権侵害行為の実施を幫助する行為を構成する。但し、当該他人は本指南第130条又は専利法第六十九条第（三）、（四）、（五）号に規定された状況に該当する場合、当該行為者が民事責任を負うものとする。

前項にいう「専用」製品は、原料、製品等は係争特許が保護を求める技術的解決手段の実現に実質的な意義を有し、かつ「実質的非侵害用途」を有するかどうかを判断の標準としなければならない。即ち、相応する原料、製品等は、係争特許の技術的解決手段の実現に必要な不可欠で、かつ、係争特許が保護する技術的解決手段に用いられる以外に、その他の「実質的非侵害用途」がない場合、一般的に、当該原料又は製品等が「専用」であると認定しなければならない。

製品が「専用」であるかどうかについては、権利者が立証して証明しなければならない。

120. 行為者が他人の特許権を侵害する行為を実施していると明確に知りながらも、当該実施行為のために場所、保管、輸送等の便利な条件を提供した場合、本指南第118条に規定された他人の特許権侵害行為実施を幫助する行為を構成する。

121. 権利者の許諾を得ずに、行為者は、図面、製品の取り扱い説明書の提供、技術的解決手段の伝授、製品のデモンストレーション等の方式で、業として、特定の技術的解決手段を実施するよう他人を積極的に誘導し、かつ他人が実際に権利侵害行為を実施した場合、行為者の誘導行為は、本指南第118条に規定された他人の特許権侵害行為の実施を教唆する行為を構成する。

122. 技術譲渡契約の譲受人が契約の約定に基づいて技術を譲受して実施し、他人の特許権を侵害した場合、譲受人が権利侵害の責任を負うものとする。但し、譲渡人は係争技術が他人の特許権を侵害すると明らかに知りながらも、これを譲渡した場合、譲渡人の譲渡行為が本指南第118条に規定された他人の特許権侵害行為実施を教唆する行為を構成すると認定することができる。」

北京市高級人民法院のこの指南は、最高法院の司法解釈と用語上の整合性を保ち、「共同侵害」という表現を使用して、最高人民法院の誘導侵害と幫助侵害という二種類の特許間接侵害の態様を包含している。前者は侵害者に侵害の動機を生じさせる行為であり、後者は直接侵害に実質的な幫助を提供する行為であり、両者の間に絶対的な境界は存在しない。同時に、このような共同侵害に該当する特許間接侵害の構成要件も示した。本稿で後述する特許間接侵害の構成要件分析は、実際にこれらの司法文書及び具体的な事件における裁判官の裁量の観点に基づくものである。

なぜ『専利法』及び最高人民法院の関連司法解釈は、特許間接侵害行為に対して、明確かつ独立した定義を規定せず、裁判ルールの細分化、事例によるガイドライン等の方式を通じて、徐々に間接侵害の規制の枠組みを構築するにとどめたのか。この立法上の選択は偶然ではなく、法律体系の安定性、技術発展の不確定性および権利保護の均衡性を兼ね備えた理性的な考慮に基づくものである。まず、立法論の観点からみれば、間接侵害について直接的な規定を設けないことは、特許侵害の認定に係る主要な枠組みの安定性を維持するための必然的な選択である。中国における特許侵害の認定の基礎は「オールエレメントルール」であり、すなわち、被疑侵害行為が特許請求の範囲で定められた権利範囲を完全に当てはまる場合にのみ、直接侵害を構成する。この原則は特許制度の基礎を成す根本的なルールであり、その明確性と客観性が特許権の権利境界に係る予測可能性を決定づけ、市場主体がイノベーション活動を展開し、侵害リスクを回避する上での重要な根拠となっている。もし『専利法』に間接侵害に関する独立した条項を新たに直接設ける場合、「オールエレメントルール」の伝統的な適用論理を打ち破る必要があることを意味し、特許の技術的解決手段を完全に実施していない行為であっても、特許侵害に該当する可能性があることを認めることになる。また、間接侵害の態様は極めて複雑である。専用品の供与、教唆・幫助といった積極的な行為を含むだけでなく、複数主体による協同、技術の固定化といった隠れた行為も含まれ、その構成要件を立法条文によって網羅的に規定することは現実的に困難である。

立法上の表現が曖昧であれば、権利境界の過度な拡大を招き、「オールエレメントルール」によって確立された安定的な予測可能性に影響を及ぼす恐れがある。規定が過度に厳格であれば、技術の流通や産業イノベーションを制限する結果となりかねない。そのため、立法者は直接的な規定を暫く差し控え、司法解釈や事例による指導といった柔軟な方式を通じて、司法実務の中で段階的に間接侵害の認定基準を模索することを選択した。これにより、「オールエレメントルール」の核心的地位が保持されると同時に、新たな種類の侵害行為に対応するための制度的な余地が留保されている。次に、間接侵害に対する規制は、本質的に「権利保護を指向する」立場で、悪意による直接侵害の回避行為に対する司法上の対応である。技術の進化为加速するに伴い、侵害行為の隠蔽性・回避性は日増しに強まっており、一部の市場主体は法的責任を回避するため、「オールエレメントルール」の適用を意図的に回避している。すなわち、特許の技術的解決手段を完全に実施するのではなく、特許実施に専ら用いられる核心部品、専用設備、技術指導などを提供する方式で、第三者による直接侵害の実施に実質的な幫助を行い、自身はその中から巨額な利益を獲得しているのである。例えば、通信分野における複数主体による方法特許の紛争において、侵害者は特許実施に必要なモバイル端末機器のみを生産し、エンドユーザーが他の機器と組み合わせることで特許の技術的解決手段の実施を完了させる場合がある。ユーザーの行為は多くが業として実施していないため、直接侵害に該当しにくく、特許権者が権利を行使する道が塞がれる結果となる。もし直接侵害の認定基準を固守すれば、特許権者の合法的な権益は形式的な権利に終わり、専利法が定める「発明創造を奨励し、特許権者の合法的な権益を保護する」という立法の趣旨に背くこととなる。そのため、間接侵害行為が直接侵害の「オールエレメント」要件を満たさないものの、悪意による回避行為を防止し、権利保護の漏れを補う必要性から、司法実務においては依然としてそれを権利侵害の規制範囲に含めている。これは本質的に、特許の保護範囲に係る合理的な拡張であり、伝統的な権利侵害認定の論理を否定するものではない。さらに、間接侵害は技術の発展によって生まれた「政策的な侵害の類型」であり、その規制論理は技術の変革に伴い動的に調整される必要があるため、立法によって静的かつ固定的に規定することは困難である。特許制度の核心的な機能は、イノベーションのインセンティブと社会の公共的利益の均衡を図ることにあり、この均衡は異なる技術発展段階における産

業のニーズに適応させる必要がある。伝統的な製造業時代においては、特許侵害は多くが特許製品の直接的模造や特許方法のそのままの採用という形で現れ、直接侵害の認定基準で大部分の侵害シナリオを網羅することができた。なお、デジタル経済・AI時代に入ってから、複数主体による協同的な特許実施、技術的解決手段の製品への固定化、異分野にわたる技術融合による侵害など、新たなシナリオが次々と生まれ、間接侵害が現れる態様もそれに伴って進化している。当初の「専用部品の提供」から、「アルゴリズムによる侵害方案の推奨」「インテリジェント機器への侵害機能のプリインストール」「クラウドサービスによる侵害行為の支援」などへと拡大しているのである。これらの新たな種類の間接侵害行為の認定には、法的論理のみならず、技術の特性、産業の慣行、市場のルールなど、複数の要因を総合的に判断する必要がある、極めて強い政策的性格と柔軟性を有している。もし『専利法』において間接侵害の構成要件を直接的に規定すれば、技術の発展が過度に速いために立法の後れを招き、新たな種類の侵害問題への対応ができなくなる恐れがある。一方、司法解釈や指導事例などの方式を通じて認定ルールを動的に調整することは、産業のニーズにタイムリーに応えることができると同時に、法制度の適応性を維持することができる。最後に、権利者の「権利行使のジレンマ」という現実的なニーズは、間接侵害に対する規制の必要性を決定づけると同時に、なぜ立法によって直接的に規定されていなくても、司法が積極的に介入する必要があるのかを説明している。実務において、直接的な侵害者には多くの場合「分散性、脆弱性、隠蔽性」といった特徴が存在する。複数主体による特許の直接的な実施者は膨大な数の一般ユーザーである可能性があり、その行為は業としてではないため、損害賠償責任を負わせることができない。一部の直接侵害者は小規模企業や個人事業主であり、十分な財産による損害賠償能力を欠いているため、権利者が訴訟に勝訴したとしても、十分な賠償を得ることは困難である。さらに、一部の直接侵害行為は海外または産業チェーンの下流で発生し、権利者にとって行為の発見、証拠の収集、責任の追及がいずれも困難であり、損害が発生した後は回復が極めて難しい。それに対し、間接侵害者は通常、強い経済力と技術優位性を有する企業であり、専用品や技術支援などを提供する方式で、侵害行為の発生を主導または促進しており、侵害による利益の主な獲得者でもある。このような背景の下で、直接侵害者の責任のみを追及するのでは、特許権者の損失は効果的に補填されず、特許制度のイノベーション奨励機能も大幅に減殺される。そのため、間接侵害が『専利法』によって直接的に規定されていないにもかかわらず、「権限と責任の一致性」および「損害の補填」という法原理に基づき、司法実務においては間接侵害行為の違法性を認定し、間接侵害者に損害賠償責任を負わせている。これは本質的に、権利者の権利行使に対するジレンマへの対応であり、侵害による利益の分配の是正でもある。侵害に係る責任と利益の獲得が一致することを確保し、「侵害を戒め、イノベーションを奨励する」という制度の目標を実現するのである。

総じて言うと、『専利法』及び司法解釈が特許間接侵害を直接規定していないのは、立法の慎重性と技術の不確実性が複合的に作用した結果である。一方、司法実務における間接侵害の規制は、権利保護のニーズ、技術発展の適応性及び利益バランスの原則に基づく政策的な選択である。専門的な立法規定がない背景の下で、司法実践においては共同侵害理論を根拠とすることで、特許間接侵害行為の規制を十分に支えることが可能となっている。両者には内在的な関連がありつつも、明確な差異もあり、それらが相まって特許侵害規制の重要な論理的支柱を構成している。

2. 共同侵害行為の理論に基づく特許間接侵害制度

(1) 共同侵害は間接侵害制度の理論的基礎である

語義上、共同侵害とは複数の者が共同して他人の合法的權益を侵害し、法により連帯責任を負うべき侵害行為であり、民法学者はこれを「複数人による侵害行為」または「複数人による侵害責任」に分類することが多い。共同侵害行為における主観的又は客観的な関連性の「共同性」は、この「複数人による侵害行為」の本質的特徴を示している。この認識に対し、民法学界においては主に二つの立場が存在する。一つは主観主義の立場で、「意思の連絡説」であれ「共同過失説」であれ、いずれも共同侵害行為の本質が主観的側面にあることを強調する。もう一つは客観主義の立場で、「共同行為説」や「関連共同説」は、いずれも共同侵害行為の本質が客観的側面にあることを主張する。実際、当該二つの立場の区分は絶対的なものではない。「中間説」の理論は、共同侵害行為は「主観的関連共同」＋「客観的関連共同」であるべきだと主張している。すなわち、主観主義の立場を認めると同時に、客観主義の立場も認めている。民法の共同侵害行為の理論において、「共同関連性」の本質的な特徴から見れば、共同侵害行為は単独侵害行為とは異なる一般的な特性を表している。すなわち、行為主体の複数性、主観的過失の共同性、客観的行為の共同性、損害結果の同一性、法定責任の連帯性である。

民法学者の論述において、共同侵害行為は三種類に分類できる。一つは共同加害行為で、すなわち二人以上が共同して直接侵害行為を実施することである。二つ目は共同危険行為で、すなわち二人以上が共同して他人に対する危険行為を実施したが、誰が直接的な加害者であるかを特定できない場合の侵害行為である。三つ目は教唆及び幫助行為で、間接的侵害行為とも呼ばれる。一般的かつ単純な共同侵害においては、複数の者がいずれも直接的に侵害行為を実施するため、行為者はいずれも権利侵害による損害の実施行為者となり、直接的侵害と間接的侵害の区別は存在しない。他人に対する教唆・幫助による共同侵害においては、複数の侵害者の間に明確な分業があり、直接的に加害行為を行う者が一方、他人に不法行為の実施を教唆・幫助する間接的侵害者も存在する。彼らの行為は一体的な共同行為を構成し、同一の損害結果を生じさせるため、いずれも共同侵害の主体に該当する。教唆・幫助行為は共同侵害の「共同的関連性」という本質的特徴を有する。すなわち、教唆者・幫助者と直接的行為者の間には共同の過失が存在し、教唆者・幫助者の行為と直接的行為者の行為は一体的かつ関連性のある侵害行為を構成する。教唆者・幫助者が直接的に加害行為を行っていないとしても、連帯責任を負わなければならない。

以上のように、共同侵害における「共同関連性」の本質的な特徴、教唆及び幫助による共同侵害行為の形態、教唆者、幫助者と直接行為者の連帯責任等は、初期の間接侵害事件の処理に対して規範的な根拠と学理的な支柱を提供している¹。

(2) 共同侵害行為の理論は一部の特許間接侵害問題を解決することができる

特許間接侵害、特に教唆型の特許間接侵害については、伝統的な民法分野における共同侵害理論がその役割を發揮する余地がある。中国の『民法典』第 1168 条、第 1169 条の規定を踏まえて、共同侵害行

¹ 吳漢東：「専利間接侵害の國際的立法動向と中国の制度選択」、『現代法学』2020 年第 2 号、30-45 頁。

為の理論は次の二種類の特許間接侵害のケースに対応することができる。一つ目は、『民法典』第 1168 条の規定によれば、特許間接侵害者と特許直接侵害者との間に特許侵害行為の実施過程において意思の連絡が存在する場合、同条に規定する「共同侵害行為」に基づいて規制することができる。二つ目は、『民法典』第 1169 条の規定によれば、特許間接侵害者と特許直接侵害者との間に共同の故意が存在しない場合、特許間接侵害者が単に特許直接侵害者に幫助を提供したり、あるいは後者に特許権侵害を教唆したりする場合、同条に規定する「教唆、幫助による侵害行為」に基づいて規制することができる。なお、現在、中国の民法学者の間では、共同侵害行為の構成要件について統一的な見解が形成されていない。このような前提において、共同侵害行為の理論によって特許間接侵害を指導することについても議論の余地がある。

特許間接侵害が「侵害」と認められる主な理由は、特許間接侵害行為が間接的な方式で特許直接侵害の発生に関与又は促進し、特許間接侵害者がそれによって利益を得るとともに、特許権者の權益に損害を生じさせることにある。公平、正義及び特許権者の利益を十分に保護する観点から、特許間接侵害行為に対して規制する必要がある。間接侵害の認定は本質的に、特許権の保護範囲の政策的な拡張であり、当該制度設計は、特許権者が本来特許の保護範囲外にある中間物及び部品に対して一定程度の支配権を獲得するという結果を必然的に招くことになる。法理の面から分析すると、このような拡大は、伝統的な専利法の「特許請求の範囲を境界とする」保護論理を打ち破り、公益の範囲を一定程度狭めることになる。一部の学者はこのような拡張の合理性に対し慎重な態度をとっており、すなわち間接侵害の認定は、特許権が非特許製品にまで拡張されたものとみなされがちであり、それによって事実上特許権の保護範囲が拡大され、特許権者が信義則および実害補填のルールを超えた民事損害賠償を取得する結果となり、社会に特許権濫用への懸念を生じさせる、との見解である²。

3. 独立した間接侵害制度の構築の必要性に関する議論

中国においては、特許間接侵害制度に関する議論がずっと存在している。専利法の第一次改正から第四次改正に至るまで、当初はこの制度を追加する議案が提出されたものの、いずれも採択されなかった。これにより、中国の特許間接侵害は独立した制度として確立されにくくなっている。2016年に最高人民法院が公布した『専利権侵害紛争案件の審理に関する法律適用の若干の問題の解釈（二）』（改正案）により、この状況に転機が生じた。同解釈の第 21 条では「幫助侵害と誘引侵害」の二種類の侵害行為を規定し、中国の裁判所によるこのような事件の審理に根拠を提供し、顕著な意義と価値を有している。しかし、第 21 条は制度設計上に依然として一定の瑕疵があり、多くの学者がこれに対し異議を唱えた³。共同侵害という上位理論を採用して特許間接侵害を処理できるか否かについて、各学者は以下の対立する見解を提出している⁴。

² 崔国斌：『専利法原理と事例（第二版）』、北京大学出版社 2019 年版、756 頁。

³ 陳佳挙：「中国における専利間接侵害の独立化の立証と制度構築」、『西北師範大学学报（社会科学版）』2024 年第 3 号、99-109 頁。

⁴ 王宝筠、李少軍：「専利間接侵害の理論分析と現実的解決策」、『河北法学』2017 年第 10 号、183-200 頁。

(1) 「独立説」

一部の学者は、特許間接侵害はその特殊性ゆえに共同侵害行為とは異なり、特許間接侵害制度は特許権の拡張的保護を強調していると考えている。中国は、例えばアメリカ等の先進国における特許間接侵害に関する立法経験を参考にし、特許間接侵害制度を単独で導入すべきだと主張している。この見解は、特許間接侵害の立法上の「独立説」とも呼ばれている。「独立説」を支持する学者、例えば、呉漢東教授は、一般法から特別法へ、共同侵害から間接侵害へと発展する流れにおいて、特許間接侵害制度の独立化・専門化は、方法こそ違えども最終的には同じ方向へ向かうという立法の傾向であると主張している⁵。朱雪忠教授は、特許間接侵害が単なる共同侵害ではなく、伝統的な特許侵害の認定において存在する隙間を補填するものであると主張している⁶。崔国斌教授は、「間接侵害の主要な理念は、権利者の支配する中核市場から他人が実質的な利益を奪い取ることを防止することにある」との見解を示している⁷。また、一部の学者は権利制限の視点から、特許間接的侵害ルールの移植に関する論述を展開しており、現行の共同侵害理論によって非専用品に係る侵害のケースが過度に拡大されていると指摘し、特許間接侵害制度の導入を通じて、一方では特許権の保護範囲を専用品にまで拡張し、もう一方では非専用品に係る特許侵害の責任を積極的な誘引がある場合に限定したいと考えている⁸。

「独立説」を支持する学者はさらに、成立要件においても特許間接侵害と共同侵害行為は異なると考えている。共同侵害行為の成立は直接侵害の存在を必要な前提とするが、特許間接侵害の成立には当該要件は不要である。過失の要件に関する要求においても、特許間接侵害と共同侵害は異なる。共同の過失を有することは共同侵害の成立の基礎であり、特許間接侵害にはそのような基礎的な要求は存在しない⁹。

(2) 「従属説」

「従属説」は、「独立説」が中国専利法の基本原理に反するものであり、かつ専利法の理論体系構造を破壊するものであると主張する¹⁰。いわゆる特許間接侵害については、民法における既存の共同侵害の規定によって、権利侵害の成否及び損害賠償責任を完全に判断できるため、特許間接侵害制度を単独で導入する必要性は実質的にない。「従属説」の立場にある学者は、アメリカの関連判例を起源とする特許間接侵害は、英米法における共同侵害の概念に由来するものであり、共同侵害と比べて特許間接侵害が特殊性を有しているわけではないとの見解を示す。同説の学者は、特許間接侵害が強調するのは、間接的な態様によって特許権侵害に関与し又は特許権侵害の発生を促すことであり、かかる関与又は促進の態様により、特許間接侵害の行為者は特許権侵害の共同行為者となり、他の行為者と共に特許権侵害行

⁵ 呉漢東：「専利間接侵害の国際的立法動向と中国の制度選択」、『現代法学』2020年第2号、30-45頁。

⁶ 朱雪忠、李闊豪：「アメリカ特許間接侵害における黙示的許諾抗弁の考察と参考」、『法律科学（西北政法大学学報）』2018年第2号、179-190頁。

⁷ 崔国斌：『専利法：原理と事例（第二版）』、北京大学出版社2016年版。

⁸ 林威：「権利制限の視点からみた専利間接侵害ルールの移植について」、『科技と法律（中英文）』2021年第1号、53-62頁。

⁹ 王宝筠、李少軍：「専利間接侵害の理論分析と現実的解決策」、『河北法学』2017年第10号、183-200頁。

¹⁰ 于立彪：「中国における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（2007）』。

為の発生に至らしめていると主張する¹¹。「独立説」は、特許間接侵害が間接的な態様で特許権侵害に共同して関与しているという事実を無視し、特許間接侵害には共同侵害に対して特殊性や独立性が存在すると誤って解釈している。留意すべき点は、アメリカの立法において特許間接侵害が単独で導入されたのは、英米法体系を基盤とし、判例が裁判の指針となっている同国において、特許間接侵害という特定の権利侵害態様に対処する際、概括的な上位法の根拠が欠けていたためである¹²。本質的には、特許間接侵害は依然として共同侵害の一形態に該当する。また、大陸法系国家である中国には上位法たる『民法典』が存在して根拠となるため、特許間接侵害のために、共同侵害から独立した法律制度を構築する必要は全くない。一方、「従属説」の立場にある学者は、同説には実務運用面での瑕疵が存在することも認めている。「従属説」は、共同侵害の規定によって特許間接侵害を規制できることを強調し、かつ理論面において詳細な分析を行っているが、理論と現実の間には隔たりが存在する。特許そのものの有する技術的特徴や、特許請求の範囲の表現形式は、いずれも特許間接侵害に、通常共同侵害とは異なる多くの特殊性を生じさせている。かかる特殊性に対して明確な規定を設けなければ、司法審判に実質的な困難をもたらす。さらに、裁判官が自由な裁量権に基づいて判決を下すことになれば、裁判の基準が統一されない可能性が生じ、特許間接侵害が権利の内容が不確定なグレーゾーンとなって論争を引き起こす結果になる恐れがある¹³。

「従属説」の立場にある学者は、次のように主張する。すなわち「独立説」が、特許間接侵害の成立要件が共同侵害のそれとは異なるとする見解は、実質的に権利救済手段における損害賠償請求権と侵害予防請求権とを混同しているのである。実際の損害がまだ発生していない段階で適用される侵害予防請求権は、損害の発生を予防することを目的とする。もし特許権者の権利が損害を受ける可能性が立証できれば、損害がまだ確定できない場合であっても、特許権者は損害賠償請求権に代えて侵害予防請求権を主張することによって救済を得ることができる。これは、間接侵害が直接侵害の発生を前提とするという基本的な法的原理に合致するものである¹⁴。同時に、特許間接侵害における過失の要件が共同侵害のそれとは異なる点に関し、「独立説」は「共同侵害においてはもはや意思の連絡は強調されおらず、焦点は『共同の過失』から『行為の関連性』へと移行している」、すなわち「複数の侵害者の行為が密接に関連し、かつ共同して同一の損害結果を生じさせることがあれば足りる」とするが、これは過失を要件としない特許間接侵害と何ら異なるものではなく、両者を区別して扱う必要はない。

(3) 「中間説」

「中間説」の支持者である何培育教授らは、中国が制度の選択と設計を行う際に、法律の伝統と司法の現状を合理的に考慮すべきであり、共同侵害行為の理論を適用して特許間接侵害の問題を解決する場合、視野を広義の共同侵害行為の理論に拡大すべきであると主張している。一般的な間接侵害の場合には、客観的な共同加害行為及び教唆又は幫助行為を適用することができ、共同侵害行為の構成要件を満たさない特許間接侵害の特殊な事由については、これを法定化して間接侵害者の責任を直接追及するこ

¹¹ 王宝筠、李少軍：「專利間接侵害の理論分析と現実的解決策」、『河北法学』2017年第10号、183-200頁。

¹² 張通、劉筠筠：「中国專利間接侵害ルールの検討と考察」、『中国發明と專利』2012年第2号、78-82頁。

¹³ 王宝筠、李少軍：「專利間接侵害の理論分析と現実的解決策」、『河北法学』2017年第10号、183-200頁。

¹⁴ 熊文聡：「誤解された專利間接侵害ルール」、『東方法学』2011年第1号。

とができる¹⁵。特許間接侵害の特殊な問題は、現在の最高人民法院の司法解釈を通じて解決することができ、中国における現下の実務も、まさにこの「中間的」な性質が現れている。

3. 特許間接侵害の構成要件分析

上記の司法解釈及び基礎理論の分析から、特許間接侵害の構成要件を判断するための基本的な共通認識は以下の三点にまとめられる。

(1) 客観的要件:専用性のある幫助侵害行為が存在する

客観的要件は特許間接侵害成立の基礎であり、ポイントとなるのは、行為者が「他人の直接侵害に対して実質的な幫助を提供する」行為を実施し、且つ当該幫助行為が明確な指向性と専用性を有することを認定することにある。『最高人民法院による専利権侵害紛争案件の審理における法律適用の若干の問題に関する解釈（二）』第21条の規定によれば、幫助侵害の核心的な媒体は「専ら特許の実施に用いられる材料、設備、部品、中間物等」であり、当該媒体は「非汎用性」の特徴を備えている必要がある。即ち、その主な用途又は唯一の用途は特定の特許技術の実施であり、合法的な非侵害用途を有する一般的な製品を排除する。この規定は、幫助侵害の行為の境界を明確にするとともに、特許権の権利範囲の不当な拡張を回避している。

行為の表現形式から見ると、幫助侵害は製品特許と方法特許に対する二つのケースに分けられる。製品特許について、幫助行為は具体的には、特許製品の製造に専ら用いられる専用材料、核心部品又は専用設備の製造、提供、販売、輸入することに現れ、例えば、特定の専利製品に専用に適合するカスタマイズされた金型、特許機能を実現するために唯一必要なコアチップ等が挙げられる。方法特許については、幫助行為は特許方法の実施に専ら用いられる材料、器具又は専用設備の提供、販売又は輸入することに現れ、例えば、特定の特許検査方法にのみ使用可能な専用試薬、特定の特許生産プロセスに適合するカスタマイズされた生産ラインコンポーネント等が挙げられる。なお、注意すべきは、幫助侵害の行為形態は「専用品の提供」に限られず、特許権者の許諾又は依頼を受けずに無断で他人に特許技術の実施を許諾する行為、特許実施許諾契約のライセンサーが「譲渡禁止」「再許諾禁止」等の約定に違反して第三者に特許技術の実施を許諾する行為、及び他人の侵害行為の実施に技術指導、プロセス方案等の実質的な技術支援を提供する行為等も含まれる。これらの行為は専用品の提供に直接関与していないものの、本質的には他人の直接侵害の実施に必要な条件を提供しており、幫助侵害の核心的な意味に合致する。

司法実務において、客観的要件の認定の難点は主に「専用性」の判断にあり、即ち「権利侵害のために使用される専用品」と「合法的な非侵害用途を有する一般製品」をどのように区別するかということである。通常、法院は製品の設計目的、主な用途、市場流通状況、合理的な代替案の有無など、複数の要素から総合的に判断する。ある製品の設計当初の狙いが特定の専利を実施することにあり、市場に他の合理的な非侵害用途がない場合、またはその主要機能が当該特許の実施によってしか実現できない場合、専用性があると認定することができる。逆に、製品が様々な場面で使用でき、かつ非侵害用途がそ

¹⁵ 何培育、蔣啓蒙：「回帰か超越か：専利間接侵害と共同侵害理論の論争」、『知識産権』2019年第5号、46-57頁。

の主要な市場価値である場合、一般的に権利侵害の幫助の媒体とは認定されない。以下の二つの典型的な事件は、「専用性」の判断の裁判論理を明確に示している。

事件名	事件概要	判決の核心論理	裁判の啓示
<p>武漢科蘭金利建材有限公司と武漢市黄陂区水利建築設置工程公司らとの特許権侵害事件¹⁶</p>	<p>原告は「一種の生態植生ブロック及びその製造方法」の特許権を有している。被告である黄陂水利公司、九州興公司是水利整備工事において大量の侵害植生ブロックを使用し、当該植生ブロックは両被告が阮永紅に生産を指示したものであり、その構造は原告の特許製品と高度に一致しており、当該水利工事の特定の法面環境にのみ適合する。</p>	<p>裁判所は、係争植生ブロックは水利工事プロジェクトにおいて「特定の用途とニーズを有する製品」であり、その構造設計は原告の特許の主要な技術要素と一致し、特許技術方案の実質的な部分を構成し、他の一般的なシーンに使用することができず、明確な専用性を備えていると認めた。したがって、阮永紅の生産行為及び両被告の指示行為は幫助侵害に該当すると認定した。</p>	<p>製品の専用性は、その使用シーンの特定性、専利技術との構造の一致性、非侵害代替案の有無等の要素を総合的に考慮して認定することができる。製品が特定の専利技術にのみ適合し、他の合理的な用途がない場合、直接に専用性を認定することができる。</p>
<p>王業慈と徐州聖龍機電製造有限責任公司及び徐州溥龍泵業有限公司との特許権侵害事件二審¹⁷</p>	<p>原告は、被告である聖龍公司が生産し、溥龍公司に販売した筐体は、係争特許の実施に専ら用いられる専用部品であり、聖龍公司が幫助侵害に該当すると主張した。二審の現場検証により、被疑侵害筐体は異なる型式の水中ポンプに取り付けることができ、且つ聖龍公司是係争特許の出願日前から当該構造の筐体を生産しており、既に特許</p>	<p>江蘇省高級人民法院は二審において、被疑侵害筐体は係争特許の実施のために設計されたものではなく、特許出願日前から存在しており、複数の型式の水中ポンプに適合する非侵害用途を有しているため、「特許の実施に専ら用いられる専用品」に該当しないと判断し、原告による聖龍公司が幫助侵害に該当すると主張を棄却した。</p>	<p>製品が専利出願前に既に存在し、複数の適合シーンまたは非侵害用途を有することはその主な価値の現れであり、専用性を備えていない。たとえ当該製品が専利の実施に使用可能であっても、幫助侵害に該当しない。</p>

¹⁶ (2014) 鄂武漢中知初字第 00008 号。

¹⁷ (2016) 蘇民終字 133 号。

	製品以外の水中ポンプに実際に応用していたことが明らかになった。		
--	---------------------------------	--	--

また、通信、電子等の技術集約型の分野においては、複数主体が関与する方法特許の増加に伴い、客観的要件の認定に新しい傾向が現れている。最高人民法院は（2022）最高法知民終 817 号（西電捷通事件）等の後続の事件において下記のことを明確にした。被疑侵害製品が特許方法の実質的な内容を自身の構造に固定化し、且つ当該製品が特許の技術的特徴のオールエレメントに対して代替できない実質的な役割を果たし、エンドユーザーが当該製品を正常に使用することにより特許方法を再現できる場合、幫助侵害に該当する。この裁判ルールは技術発展のニーズに更に適合し、複数主体が関わる方法特許において「実施主体が分散していることにより権利行使が困難である」という問題を効果的に解決している。

（2）主観的要件：行為者は知りながら又は知るべきという侵害の故意を有する

主観的故意は特許間接侵害の主要構成要素の一つであり、そのポイントは行為者がその幫助行為が他人の直接侵害を促進する可能性について明確に認識しており、その侵害結果の発生を望んだり放置したりすることにある。一般的な侵害行為の「過失責任」の原則と一致し、特許間接侵害の認定は行為者が主観的に悪意があることを要求し、行為者が知らない、あるいは不注意などの理由で客観的に他人の権利侵害を幫助したとしても、過失があることを証明する証拠がない限り、間接侵害とはならない。この要求は権利侵害責任の基本的法理に合致し、特許権者と市場主体との利益のバランスをとり、「無過失責任」が市場流通にもたらしかねない過度な制限を回避した。

司法実務において、主観的な故意の認定範囲には、「知りながら」（即ち明知）だけでなく、「知るべき」（すなわち応知）も含まれる。「知りながら」とは、通常、行為者が当該特許の存在を明確に知っており、自らが提供する製品またはサービスが専ら当該特許の実施に用いられ、かつ、受け入れる側がその提供する幫助を利用して権利侵害行為を実施することを知っていることを意味する¹⁸。例えば、行為者が特許権者からの侵害警告通知を受け取った後も依然として専用品の提供を継続し、製品説明書において当該製品がある特許製品に適合する旨を明記している場合等が挙げられる。「知るべき」とは、行為者が置かれている業界内での地位、専門的能力、市場情報取得能力などの客観的状况に基づいて、事件の事実関係と照らし合わせて、関連する侵害事実を知るべきであると推定できることをいう。例えば、専門的な電子機器メーカーであれば、自身が生産する核心的なコンポーネントに対応する特許技術を知っているべきであり、長年ある分野で貿易に従事している主体であれば当該分野の核心的な特許ポートフォリオを知っているべきである等が挙げられる。注意すべきは、「知りながら」か「知るべき」かにかかわらず、その認知内容には次の二つのフェーズが含まれなければならない。一つはその提供する製品またはサービスが専用性を持っていることを知っていることで、もう一つはその製品またはサービスが特許侵

¹⁸ 陳佳挙：「中国における專利間接侵害の獨立化の立証と制度構築」、『西北師範大学学報（社会科学版）』2024 年第 3 号、99-109 頁。

害行為の実施に使用されることを知っていることであり、いずれも欠かすことができない。

主観的故意の立証は司法実務における大きな難点であり、主観的状态に内在性があるため、直接証拠で立証することはできず、通常は客観的事実を踏まえて推定する必要がある。立証責任の配分ルールによると、特許権者は行為者に主観的故意があることについて立証責任を負わなければならない。一般的な立証の方向性としては以下のものが含まれる。行為者がかつて特許権者と特許実施許諾について協議したが合意に至らなかった。行為者は特許権者からの侵害警告通知または弁護士書簡を受け取ったことがある。行為者は製品の宣伝、仕様書の中で当該製品と当該特許との関連性について明確に言及している。行為者は関連分野の専門的背景または特許ポートフォリオを持っており、当該特許を知るべきである。行為者は製品情報を隠蔽、改ざんするなどの方法によって権利侵害リスクなどを回避しようとした。また、行為者が提供した専用品に合法的な非侵害用途が存在せず、かつ市場流通において他の合理的な応用場面がない場合、裁判所はこれに基づいて行為者に主観的故意があると推定することもできる。これは株式会社島野と寧波市日騁工貿有限公司との特許侵害事件において十分に現れている。

主観的要件を満たすかどうかは、特許権者が立証責任を負わなければならない。当該立証責任は「知りながら」という主観的な状態に関するものである。中国の司法実務から見ると、多くの裁判官は主観的要件を審理する際に、「知りながら」「知るべき」という点だけでなく、知っている内容についても相応の要件「侵害に使用されること」を含むべきであると判断している¹⁹。

¹⁹ 陳佳挙：「中国における専利間接侵害の独立化の立証と制度構築」、『西北師範大学学报（社会科学版）』2024年第3号、99-109頁。

事件名	事件概要	判決の核心論理	裁判の啓示
株式会社島野と寧波市日骋工贸有限公司との専利侵害事件 ²⁰	<p>原告である株式会社島野は自転車のリアディレイラーの取り付け方法の特許権を有している。被告である日骋会社が販売の申出を行った被疑侵害リアディレイラーは自転車に取り付けられていないため、特許請求項における一部の技術的特徴を欠いている。原告は当該リアディレイラーはその特許方法で特定の自転車フレームに取り付けることしかできず、他の使用方法はないと主張した。被告は自身の製品は必要な技術特徴を欠いているため、侵害に該当しないと答弁した。したがって、本件の争点は、被疑侵害品が請求項に記載された用途に必然的に適合するか否か、及び被疑侵害品の使用に本件の特許に記載されたすべての必要な技術特徴を必然的に備えているか否かにある²¹。</p>	<p>一審、二審及び再審一審はいずれも原告の請求を支持しなかった。しかし、再審二審の裁判所は、被疑侵害品は原告の特許の「専用品」であり、商業慣習に合致する他の非侵害用途はなく、被告の業界における専門性を踏まえて、当該商品が侵害行為に使用されることを「知るべきである」と推定し、最終的に被告が間接侵害に該当すると認定した。</p>	<p>製品に合法的な非侵害用途がない場合、行為者の業界地位、専門能力等の客観的な要素と結び付けて主観的故意を推定し、専利権者の立証負担を軽減することができる。</p>

²⁰ 最高人民法院民事判決書（2012）民提字第1号。

²¹ 李彦青：「専利侵害認定における使用環境特徴—株式会社島野と寧波日骋工贸有限公司の間の特許侵害事件に基づく」、ウィーチャット公衆番号「華政東方知的所有権」。

<p>呂学忠等と上海航空测控技術研究所らとの事件</p>	<p>被告が生産した製品の技術特徴は原告の専利のすべての技術特徴をオールエレメントしていないため、直接侵害を構成しない。しかし、被告は製品説明書において、当該製品は原告の専利製品と組み合わせて使用しなければ相応の機能を実現できないことを顧客に明確に告知している。</p>	<p>裁判所は、被告が製品の説明書において自身の製品と係争専利製品との適合性を明示したことは、その製品が専利技術の実施に使用され、かつ他人の権利侵害を促進する意図を持っていることを主観的に知っていることを示していると認定した。したがって、間接侵害に該当すると認定した。</p>	<p>行為者自身の行為（例えば製品の説明書、宣伝内容）は直接その主観的故意を証明する証拠とすることができる。もし製品を特定の専利の実施に用いるよう明確に示している場合、その行為者には侵害の意図があると認定することができる。</p>
------------------------------	---	--	---

なお、留意すべき点として、主観的故意の認定にあたっては「個別判断」の原則を堅持し、固定的な基準を機械的に適用してはならない。例えば、広州金鵬公司与楊士英との事件において、裁判所は、被告が侵害通知を受領した後も専用品の販売を継続したことを理由に、主観的悪意があると認定した。一方、一部のケースでは、行為者が侵害通知を受領後直ちに関連行為を停止し、積極的に調査に協力し、かつそれ以前に侵害事実を知っていたことを証明する証拠がない場合、主観的故意がないと認定される可能性がある。さらに、業界内の汎用製品製造業者については、侵害の共謀に関与しておらず、川下顧客による侵害行為について知らなかった場合、その製品が侵害に使用されたとしても、間接侵害を構成すると認定してはならない。この裁判論理は、特許権者の権益を保障するとともに、正常な市場流通秩序も維持している。

（3）関連要件：直接侵害行為との実質的な因果関係の存在

関連要件は間接侵害と直接侵害をつなぐ核心的な紐帯であり、その核心的な要件は間接侵害行為と直接侵害行為との間に「実質的な因果関係」があることであり、すなわち間接侵害行為は直接侵害行為の発生に必要かつ代替不可能な条件を提供し、当該幫助行為がなければ直接侵害行為は実施できない、又は実施が困難である。この要件の設置は、間接侵害の責任境界を明確にし、侵害結果と直接関連のない行為まで規制範囲に入れないようにすることを目的としている。

関連要件の認定について、司法実務には「従属説」と「独立説」の論争が存在している。「従属説」は、間接侵害は直接侵害行為の実際の発生を前提としており、実際の直接侵害行為がなければ、間接侵害行為を論ずる余地もないと考えている。「独立説」は、間接侵害には独立性があり、直接侵害行為が実際に発生していなくても、行為者が権利侵害のために実質的な幫助を提供する行為を実施し、かつその行為が権利侵害の発生を招く高い可能性を持っていれば間接侵害を構成すると認めることができる。初期の司法実務においては「従属説」が多く採用されていた。例えば、北京市高级人民法院による「専利権侵

害認定に関する若干の問題についての意見（試行）」第 78 条は、「間接侵害は原則として直接侵害の発生を前提とする」と規定している。通信、インターネットなどの分野における複数主体の方法特許の増加に伴い、「従属説」の限界がますます顕著になっている。このような特許の実施には通常、複数主体、複数の設備が協力する必要がある、直接実施主体は業としての実施ではない一般ユーザーであることが多く、その使用行為は専利法の意味での直接侵害を構成することが困難であり、「従属説」を機械的に適用すると特許権者の合法的権益が有効に保護されなくなる。

技術発展と司法実務のニーズに適合するため、最高人民法院は司法解釈と典型的な事例を通じて、関連要件の認定基準を徐々に調整した。「専利権侵害紛争案件の審理における法律適用の若干の問題に関する解釈（二）」第 21 条は、関連要件を「他人に提供して特許権侵害行為を実施させた」と規定している。文言上は、直接侵害行為が実際に発生したことを要求しているようであるものの、最高人民法院の宋晓明、王闢、李劍裁判官は、同条文の「実施させた」という用語から、直接侵害行為が既に発生していることを要求する立場であり、当該要件を「直接侵害行為が事実上発生するであろう」と解釈する可能性を排除していると述べている²²。

その後の解釈において、当該規定は直接侵害行為の実際の発生を絶対的に要求するのではなく、幫助行為と侵害結果との関連性を強調するものであることが明らかにされた。その後、最高人民法院は西電捷通とソニー、敦駿科技対吉祥騰達らとの事件において「実質的な貢献+高い可能性」という裁判ルールを確立し、被訴侵害行為者が特許方法の実質的な内容を製品に固定化し、その行為が特許技術の特徴のオールエレメントに対して代替できない実質的な役割を果たし、エンドユーザーがその製品を正常に使用することにより特許方法を再現できる場合、実際の直接侵害行為が存在することを証明する証拠がなくても間接侵害が成立すると認定できることを明らかにした。このルールは「直接侵害が実際に発生しなければならない」という伝統的な制限を実質的に突破し、関連要件の認定の重点を「実際の侵害結果」から「幫助行為の特許実施に対する実質的な貢献」に移し、複数主体が関与する方法特許の権利行使の困難さの問題を効果的に解決している。

司法実務において、関連要件の認定には、幫助侵害と教唆侵害の異なる状況を区別する必要がある。幫助侵害については、因果関係の認定基準は相対的に緩和されており、幫助行為が直接侵害に実質的な支援を提供し、且つ侵害発生の高い蓋然性を有していれば足り、直接侵害行為が実際に発生していなくても、幫助侵害の成立に影響を与えない。教唆侵害については、その本質は誘引、扇動等の方式により他人に侵害行為の実施を促すことであるため、因果関係において「意思の連絡」と「直接的な誘発」が更に強調される。教唆された者が実際に侵害行為を実施していない場合、通常、教唆侵害は成立しない。また、法律は関連要件の例外的なケースも規定している。例えば、北京市高級人民法院による「専利権侵害認定に関する若干の問題についての意見（試行）」には、直接侵害行為が国家利益、公共利益に関わるため追及されない場合、又は直接侵害行為が国外で発生した場合、又は直接の実施者が業として実施をしていないため侵害を構成しない場合においても、間接侵害者の責任を直接追及することができる」と規定されている。これらの例外規定は、関連要件の認定論理を更に補完するものであり、特殊な場面においても特許権者の権益が有効に保護されることを保証している。

西電捷通がソニー株式会社を訴えた特許権侵害事件は、関連要件の認定の典型的な事例であり、一審

²² 宋晓明、王闢、李劍：『最高人民法院による専利権侵害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）』の解釈と適用」、『人民司法』2016年第10号。

と二審の裁判所の判決の相違は、裁判における思考ロジックの進化を十分に示している。

裁判所	事件概要	判決の核心論理	裁判の思考ロジックの相違
北京知識産法院（一審）	<p>係争特許は無線 LAN セキュリティアクセス方法の特許であり、移動端末 (MT)、認証サーバー (AS)、アクセスポイント (AP) の三者による協力的な実施が必要である。ソニー社が製造・販売する携帯電話には WAPI 機能モジュールが内蔵されており、当該モジュールは係争特許を実施するための主要な機器である。ユーザーは携帯電話を購入した後、認証サーバーとアクセスポイントを組み合わせることで係争特許を実施することができるが、ユーザーの個人的使用行為は直接侵害を構成しない。</p>	<p>一審裁判所は、ソニー社は自身の製品に内蔵された WAPI 機能モジュールが係争特許を実施するために専ら用いられる機器であることを知りながら、生産経営目的で他人に提供しており、その行為は特許実施に代替不能な実質的な幫助を提供していると認めた。且つユーザーが正常に使用することにより特許方法を再現できるため、実際の直接侵害行為がなくても、幫助侵害を構成すると認定した。この認定は「直接侵害の実際の発生が必須」という制限を突破し、「実質的貢献」基準を採用した。</p>	<p>幫助行為による專利実施への実質的な作用に焦点を当て、直接侵害の実際の発生を機械的に要求せず、「ユーザーが正常に使用することにより專利方法を再現できる」という高い蓋然性を強調し、複数主体の方法專利の保護ニーズに合致している。</p>
北京市高級人民法院（二審）	<p>一審の事件概要と一致し、二審裁判所は直接侵害行為の実際の発生状況を重点的に審理した。ソニー社と認証サーバー、アクセスポイントの提供者との間に意思連絡が存在することを証明する証拠がなく、販売</p>	<p>二審裁判所は、間接侵害は直接侵害の実際の発生を前提として、実際の直接侵害行為が存在することを証明する証拠がない場合、部品提供者が幫助侵害を構成すると単独で認定することは、因果関係の要求に合</p>	<p>「従属説」を堅持し、直接侵害行為の実際の発生を関連要件の核心とし、実際の侵害行為に対する証拠の証明力を強調し、專利権保護の過度な拡大を防止することに重点を置いている。</p>

	<p>された携帯電話が実際に他の機器と組み合わせることで係争特許を実施したことを証明する証拠もなく、ユーザーの個人使用行為も直接侵害を構成しないと認められた。</p>	<p>致しないと認め、原告による訴訟請求を棄却した。</p>	
--	---	--------------------------------	--

この事件については、その後、最高人民法院から指導がなされた結果、裁判の思考ロジックが次第に第一審裁判所の見解に歩み寄り、最終的に「実質的な貢献+高い蓋然性」という基準が確立された。その後、最高人民法院は（2024）最高法知民再1号等の事件において、更に当該論理を継承し、関連要件の認定については幫助行為と特許実施との関連性に焦点を当てるべきで、直接権利侵害の実際の発生を機械的に要求すべきではないことを明らかにした。この裁判の傾向は、技術発展のニーズに更に適合するだけでなく、その後の類似事件の審理に対しても明確な指針を提供している。

（4）実務のまとめ：構成要件の総合的な認定と適用の傾向

総合的に見れば、特許間接侵害の三大構成要件は孤立して存在するのではなく、相互に関連し、相互に裏付けられた有機的な一体をなしている。司法実務では、裁判所は通常、事件の事実関係と結び付けて、三つの要件を総合的に審査する。すなわち、客観的に専用性のある幫助行為が存在するかどうか、主観的に行為者が「知りながら、または知るべき」という権利侵害の故意があるかどうか、そしてその幫助行為と権利侵害の結果との間に実質的な因果関係があるかどうかである。三つの要件が同時に満たされてはじめて、特許間接侵害を構成すると認めることができる。

適用の傾向からみれば、科学技術のイノベーションの継続的な推進に伴い、特許間接侵害の構成要件の認定は「技術的特徴に適合し、利益保護のバランスをとる」という核心的な方向を呈している。客観的要件においては、「専用性」の判断は次第に「単一用途」から「実質的な貢献」へと広がり、その製品が特許実施に対して有する代替不可能性がより重視されるようになってきている。主観的要件においては、立証責任の配分は次第に「合理的な推定」に傾き、客観的事実によって主観的故意を推定し、特許権者の立証負担を軽減している。関連要件においては、「直接権利侵害の実際の発生」から「実質的な貢献+高い可能性」へと転換し、複数主体が関与する方法特許、標準必須特許などの特殊な場面での権利行使の難題を効果的に解決している。

実務によくある「オールエレメントルール」を回避する行為に対して、特許間接侵害の構成要件はさらに具体的な認定基準を形成した。1つ目は、被疑侵害品が係争特許の請求項に比べて一つまたはいくつかの技術的特徴が欠けており、単独では直接侵害を構成できないことである。2つ目は、客観的に、被疑侵害品が専ら特許の実施に用いられる材料、設備、部品などであり、明確な専用性を持っていることである。3つ目は、被疑侵害者がその製品の専用性とそれによってもたらされる可能性のある侵害結果を知りながら業として他人に提供することである。この細分化された基準は間接侵害と直接侵害の境

界をさらに明確にし、司法実務において間接侵害行為を正確に認定するためにより実効性の高い指針を提供した。

デジタル経済、AIなどの新技術の発展に伴い、特許間接侵害の表現形態は更に複雑になり、構成要件の認定も新たな挑戦に直面する。しかし、技術がどのように変化しても、特許間接侵害制度の核心は常に「イノベーションの奨励と利益の均衡」にある。——間接侵害行為を規制することで、特許権者に十分な保護を提供し、イノベーションの活力を奮い立たせるとともに、構成要件の境界を明確にすることで、特許権の濫用を避け、市場競争の秩序を維持しなければならない。この核心的な指針が構成要件認定を通して貫かれることにより、司法実務に安定した裁判基準を提供する。

4. 新興技術分野での特許間接侵害要件の検討

(1) インターネットプラットフォームの間接侵害の問題

ECプラットフォームにおける特許侵害事件は頻発しており、特に売上高の大きい特許製品については、侵害製品のオンライン取引プラットフォーム上での数量が急増している。特許権者がクレームを申し立てて自身の権利を保護しようとしても、その効果は微々たるものである。たとえ訴訟を提起したとしても、オンライン取引プラットフォームが訴訟後に被疑侵害品へのリンクを削除した場合、プラットフォーム側が共同侵害行為の責任を追及されることは稀である。司法実務において、プラットフォームの侵害行為について異なる見解が存在している。例えばプラットフォームによる侵害商品の掲載、販売及び販売補助行為が権利侵害の見落としに該当するか否か、並びにプラットフォームの審査義務の範囲などの問題が挙げられる。ECプラットフォームの間接侵害事件の処理に関し、中国では明確な法律規範や司法ガイドラインが未だ形成されておらず、裁判所の判決には一定の不確実性と論争が存在している。学術界においては、ECプラットフォームが合理的な審査義務と注意義務（事前審査義務と事後救済義務を含む）を履行すべきであるとの見解が通説となっており、共同侵害の理論を採用してECプラットフォームの責任を確定する傾向にあり、プラットフォーム自体が権利侵害行為に直接関与していない場合であっても、侵害行為と密接な関連性を有し、かつ当該行為を助長させた場合には、同様に責任を負担すべきであると主張する²³。

インターネットプラットフォームの間接侵害の構成要件分析：

オンライン取引プラットフォームの間接侵害責任の認定には次の二つの条件を満たす必要がある。一つは直接侵害が存在し、且つプラットフォームの行為がその直接侵害と関連していること、もう一つはプラットフォーム側に帰責事由が存在することである。その鍵となるのは、プラットフォームの主観的側面にある。一つは「知るべき」を故意の行為に限定すべきとの見解である。一部の学者は「知るべき」の範囲を「故意」の範疇に限るべきで、仮に「過失」を含めてしまうと、技術的中立性の原則に背くことになる。過失を「知るべき」の範囲に含むと、プラットフォームが客観的に認識していない侵害事実に対しても責任を負担させることとなり、ネットワーク技術の進歩に不利に働くと主張する。二つは「知

²³ Yang, Chunyu. "Critical Analysis of Liability of Internet Service Providers for Indirect Patent Infringement." Proceedings of the 3rd International Conference on International Law and Legal Policy (2024): 198-205.

るべき」に過失を含むべきとの見解で、技術的中立性が「知るべき」の内容を制限するための十分な根拠となり得ないとの考えである。技術的中立性の原則は技術の社会的性質を無視しており、技術の開発と選択のプロセスにおいて価値観による判断を排除することができない。また、オンライン取引プラットフォームの監視能力が向上し、かつインターネットユーザーがプラットフォームを利用した権利侵害の現象が増加している現状に鑑みると、ネットワークサービス提供者に対して注意義務を課すべきであり、「知るべき」に過失を含むものと解釈すべきである。この注意義務は安全保障義務に類するもので、オンライン取引プラットフォームは商品の推奨・掲載選定において、より高い注意義務を負担すべきである²⁴。

「ノーティス・アンド・テイクダウン」ルールの適用を調整する。プラットフォームは権利者から通知を受け取った後、措置を講じる。侵害者はカウンター・ノーティスを送信して措置を解除させることができる。プラットフォームがカウンター・ノーティスの正確性を判断できない事態を回避するため、侵害者に保証金の提供を要求することができる。プラットフォームは通知を受け取った後、侵害情報を削除するのではなく、通知を被疑侵害者に転送して説明を要求する。被疑侵害者が期限内に返信又は説明を行わない場合、プラットフォームは特許権者の要求に従って措置を講じる。これを行わない場合、プラットフォームは連帯責任を負うことになる²⁵。

(2) 生成 AI に関する特許間接侵害の構成

一般的なネットワークサービスにおいては、侵害コンテンツは侵害行為を行うユーザーから発信され、ネットワークサービスプロバイダーは単にユーザーにツールを提供し、ユーザーによるコンテンツの伝播を幫助するだけである。この場合、ユーザーは直接侵害者として認定され、ネットワークサービスプロバイダーは間接侵害者となる。生成 AI の場合、侵害生成物の発生にはユーザーの要因もあるが、大半のケースにおいて、コンテンツの由来は生成 AI サービスプロバイダーであり、その要因を無視することはできない。このため、直接侵害／間接侵害のフレームワークを直接に適用して、ユーザーを直接侵害者とし、生成 AI サービスプロバイダーを間接侵害者とすることはできない²⁶。

生成 AI に関する特許間接侵害の認定を解決するため、現在、以下の検討が行われている。

(i) 責任追及対象主体の範囲を拡大する

歴史的観点から見れば、責任追及対象の主体の連鎖は「技術の利用者」から「サービスの提供者」、さらに「技術の支援者」へと段階的に延長される傾向を呈している。まず、工業社会時代においては、技術的中立性が技術に係る責任追及の指導理念とされ、技術提供者と技術利用者の区分は堅持されていた。1984年のソニー事件によって確立された「実質的非侵害用途」の基準は、新製品提供者に対する免責の考え方となり、責任追及の連鎖を技術利用者による直接侵害の範囲に限定していた。次に、人間社会が

²⁴ Wu, Xiaodong. "Discussion on the Liability of Patent Indirect Infringement on the Network Trading Platform." 4th International Conference on Contemporary Education, Social Sciences and Humanities (ICCESSH 2019) (2019): 1870-1874. Atlantis Press.

²⁵ 注釈 87 を参照。

²⁶ 姚志偉：「AI 生成物の著作権侵害の認定とその防止 —— 世界初の生成 AI サービス侵害判決を中心に」[J]、『地方立法研究』,2024,9(03):1-17。

情報時代に入り、人間の活動領域が現実世界からネット空間へと拡大した際、分散する技術利用者を直接的にコントロールするのはコストが極めて高く、その収益は極めて低い。この時点において、サービス提供者を足がかりに権利侵害を規制することが新たな選択となり、セーフハーバールール、レッドフラッグルールといったサービス提供者を中心に構築された一連の権利侵害責任の枠組みが、権利侵害規制における中核的な役割を果たすこととなった。サービス提供者に対する規制の有効性が顕在化すると同時に、技術支援者とサービス提供者は往々にして一体化する特徴を呈し、サービス提供者に対する規制の結果は技術面での改善をも促すこととなりうる。最後に、AI時代の到来に伴い、技術の発展とビジネスモデルの革新が、技術的責任の追及対象主体の連鎖を「サービス提供者」からさらに「技術支援者」へと拡張させた。例えば、2022年11月に公布された『インターネット情報サービスにおけるディープフェイク管理規定』の監督対象は、ディープフェイクサービス提供者のみならず、ディープフェイク技術支援者も含む。この時点において、技術責任追及の基本理念は技術的中立性ではなく、「アルゴリズムの倫理的利用」へとようになってきている。

(ii) 過失責任の原則を堅持する

責任追及対象の主体の連鎖を延長することは、必ずしも責任の加重と同義ではなく、各主体が責任追及連鎖において果たす役割の違いに基づいて責任を画定し、発展のインセンティブ付与と適正な規制とのバランスを実現するものである。言い換えれば、責任追及対象の主体の連鎖の延長はあくまで手段に過ぎず、異なる主体の責任を精緻に画定することが目的である。発展の促進とリスク配分のバランスは新興産業の育成・規模の拡大の鍵であり、この二つの目標は最終的にいずれも適切な責任を求めるものである。無過失責任の原則に比べ、過失責任の原則は、新興産業が手探り状態で発展していく過程におけるニーズをより柔軟に受け入れることができる。

(iii) 階層別・分類別による規制を実施する

階層別・分類別による規制とは、異なる種類のビジネスモデルを区分し、生成AIの価値連鎖における各主体の役割の違いに基づき注意義務を適正に配分し、緻密な規制を実現することを指す。技術支援者とサービス提供者の関係の相違に基づき、現時点で生成AIを応用したビジネスモデルは大まかに三種類に分類できる。第一のビジネスモデルは、AIモデルの開発者がユーザーに直接サービスを提供するもので、例えばOpenAIのChatGPTやStability AIのStable Diffusionが挙げられる。この場合、技術支援者とサービス提供者の身分は一体化しており、同主体は基盤となる大規模言語モデルを開発すると同時に、エンドユーザーに対し生成AIサービスを提供する。第二のビジネスモデルは、技術支援者が事前学習モデルを提供し、サービス提供者が当該事前学習モデルに基づき微調整を行い、カスタマイズされたスモールモデルを構築するものである。第三のビジネスモデルは、技術支援者がアプリケーションプログラムインターフェース(API)サービスまたはプラグインサービスを提供し、サービス提供者が外部モデルを呼び出すことにより、ユーザーに生成AIサービスを提供するもので、例えばマイクロソフトがChatGPTを自社のオフィスソフトウェアシリーズに埋め込むケースが挙げられる。このビジネスモデルにおいては、技術支援者とサービス提供者は異なる主体である。すなわち、APIサービスのみを提供する技術支援者はモデルの開発のみを行い、エンドユーザーに直接サービスを提供することはな

い。サービス提供者はデータ取得やアルゴリズム設計といった具体的なプロセスに關与する必要がなく、外部モデルを呼び出すだけでユーザーにサービスを提供できる。上記三種類の異なるビジネスモデルにおいては、技術支援者とサービス提供者はそれぞれ異なる役割を担っており、侵害コンテンツに対するコントロールの程度にも相違が存在する。第一のビジネスモデルに対する侵害規制措置は、従前の専用アルゴリズムモデルに対するものと実質的な相違はない。いずれもサービス提供者を足がかりとし、個別事件における注意義務の柔軟な画定を通じて、アルゴリズム稼働段階における権利侵害コンテンツの規制を貫徹すると同時に、アルゴリズム設計段階におけるモデル最適化の要求に直接対応することができる²⁷。第二のビジネスモデルおよび第三のビジネスモデルに対しては、技術支援者による権利侵害リスクの源流規制を求め、サービス提供者には個別事件における注意義務の調整に注力することを求めている。

5. 結論と展望

中国の特許間接侵害制度は、理論構築と司法実務の連携において、依然として顕著なギャップが存在している。核心的な構成要件の裁判基準は個々の事件の裁量に委ねられており、統一的で安定した適用ルールがまだ形成されていない。立法の趣旨と技術発展の面から、更に明確化と整備を図ることが急務となっている。具体的には、以下の鍵となる問題について、学界と司法界は更なる深い研究と議論を続ける必要がある。

客観的要件において、核心的な論争は「発明の実質的部分」の認定基準に焦点を当てている。当該要件の本質は、幫助行為の対象となる物品と、特許の技術的解決手段における主要な技術的特徴との関連性を明確に定めることにあり、抽象的な「重要性」を問うものではない。なお、司法実務においては審理ルートの変化が見られる。例えば「双迎門業と展鵬、盛財との事件」において、裁判所は鋼製ドアの扉部分について「使用時に目につく位置にあり、かつ一般の公衆にとって最も視覚的な印象を与えるデザインである」²⁸と認定し、扉製造に使用されるエンボス加工板を特許の「主要な要素」と認定した。「一般の公衆+全体の視覚的効果」の裁判基準を採用している。「厦門普瑞科技と APS 製造との上訴事件」²⁹において、裁判所は「プリンターコアこそプリンター製品の主要部品である……（その理由は）外装がプリンター製品全体の価値に占める割合が小さいため」と認定し、市場価値の評価比較に基づく考え方を採用した。上記判決は、幫助侵害の立法趣旨を正確に示せていない。特許間接侵害を構成する幫助行為は、特許の主要な技術的特徴を実施したものに限られる。二つの審理手法はいずれも幫助侵害の立法の趣旨から逸脱している。間接権利侵害の規制の核心は、行為者が他人による特許の主要な技術的特徴の実施に対し、代替不能な幫助を提供することにあるべきであり、単に視覚的な印象又は市場価値によって判断するものではない。「主要な技術的特徴との関連性」という核心に立ち返ることによってはじめて、幫助行為の規制の境界を正確に画定し、客観的要件の認定が広がり過ぎたり、不正確になったりすることを回避できる。

主観的要件の問題点は、「故意」の立証と推定基準のアンバランスにある。現在の司法における共通認

²⁷ 北京市海甸区人民法院（2018）京 0108 民初 49421 号民事判決書 [EB/OL] . (2021-12-31) [2023-06-11] . <https://www.pkulaw.com/case/>

²⁸ 広西チワン族自治区南寧市中級人民法院（2016）桂 01 民初 438 号民事判決書。

²⁹ 福建省高級人民法院（2017）閩民終 1172 号民事判決書。

識としては、主観的故意には「知りながら」と「知るべき」の両方が含まれ、且つその認識内容は「物品が侵害のために使用されること」を指す必要があることが明確にされている。しかし、実務においては、裁判所によって推定の根拠の把握に大きな差がある。一部の事件においては「物品に合法的な非侵害用途がない」ことをもって「知るべき」を推定し、一部の事件においては侵害警告通知や業界内の認知度等の複数の証拠を踏まえて「知りながら」を裏付けることを求めており、立証の難易度と裁判結果に顕著な差が生じている。「業界慣行＋物品の特性＋行動の態様」による多層的な推定システムをいかに構築し、特許権者の立証負担と被疑侵害者の適正な手続のバランスを図るかが、主観的構成要件の統一化の核心命題となっている。

関連要件において、司法実務は実際に発生した直接侵害行為を必要条件とはしなくなってきた。中国は初期の立法においては直接侵害の発生的前提条件を強調しており、初期の特許司法実務においては基本的に「実際の発生」基準を堅持していた。例えば、「東鉄と英特萊との事件」が挙げられる³⁰。しかし、特許保護の傾向が強まるにつれ、司法の立場にも変化が生じ、「必ず発生する」基準に従った「古欣、陳珊と中鉄十一局との事件」³¹や「発生する可能性がある」基準を採用した「万利富と誉升との事件」³²などが出てきた。

この分化は本質的に「権利保護」と「責任抑制」の価値観のトレードオフである。事実上、関連要件の核心は「幫助行為と侵害リスクの実質的な関連性」にある。即ち、幫助行為が客観的に侵害に対する実質的な支援を提供し、且つ侵害の発生に高い蓋然性がある限り、規制の範囲に含めるべきであり、機械的に直接侵害が既に実際に発生したか否かにこだわる必要はない。将来的には、「高い蓋然性」の定量化された判断基準を明確にし、関連要件の認定の論理的整合性を実現する必要がある。

因果関係の認定の不明確な点は、「実質的な幫助」の定義の欠如に集中している。既存のルールは、幫助行為が「実質性」を具備している必要があることを強調しているのみで、その判断基準が明確にされていない。つまり、技術的側面から「代替不可能性」を考慮するのか、それとも効果的側面から「権利侵害の実現への貢献度」を考慮するのか、あるいは価値的側面から「権利侵害による収益への影響」を考慮するのか、という点である。司法の個々の事件において、一部の裁判所は専用設備の提供を「実質的な幫助」と認定し、一部の裁判所は工場、資金の提供はその範囲に含まれないと認定している。基準の不明確性により、裁判の基準を統一することが困難になり、多角的な「実質的な幫助」の認定フレームワークを構築することが急務となっている。

中国の最新の司法判例、及び理論的な見解から見ると、特許間接侵害の構成要件の認定は「価値志向の強化、基準の具体化と現場実装」の傾向を呈している。最新の公開判例の（2022）最高法知民終 139 号（あるフェンスシステム会社とある建設会社らとの侵害事件）において、最高人民法院は信義則と黙示の許諾制度を間接侵害の主観要件と関連要件の認定に組み込んだ。すなわち、特許権者が自ら特許の技術的アイデアを提供し、係争プロジェクト工程の設計に深く関与しているにもかかわらず、特許権の帰属を故意に隠蔽し、被疑侵害者が実施を完了した後になって初めて権利侵害を主張した場合、被疑侵害者が黙示の許諾を得ていたとされ、権利侵害にならないことを明らかにした。この事件は、主観的故意の反対認定の観点を開いた。すなわち、特許権者の悪意ある行為は被疑侵害者の侵害の故意を打ち消し得ると同時に、関連要件における「侵害行為の帰責性」に対してより高い要求を提示した。理論界は

³⁰ 北京市高級人民法院（2003）高民終字第 504 号民事判決書。

³¹ 湖北省武漢市中級人民法院（2017）鄂 01 民初 47 号民事判決書。

³² 広州知識産権法院（2016）粵 73 民初 1072 号民事判決書。

これに対して二種類の核心的な見解を形成している。一つは「利益の均衡」指向を更に強化し、黙示の許諾や権利濫用禁止などの原則を構成要件の審査に全面的に組み入れるべきであると考えている。もう一つは、客観的要件における「専用品」の技術的判断基準を細分化し、特許請求の範囲の明確な限定と結び付けて、司法裁量の過度な柔軟性を回避することを主張している。

日本の特許間接侵害制度と比べ、両者は核心的な論理において「侵害を助ける行為を規制する」点では同じだが、構成要件の設定や裁判基準等の面において顕著な違いが存在している。制度基盤において、日本の『特許法』第101条は間接侵害の二種類の形態（幫助侵害、教唆侵害）を明確に規定し、「直接侵害行為の存在」を原則的な前提としている。これは中国の初期の「従属説」の立場と一致しているが、日本も判例を通じて「特許の革新的技術の実質的な実施」についての例外ルールを確立しており、中国の現在の「高い蓋然性」の基準と呼応している。具体的な構成要件の認定において、客観的側面から見ると、日本の裁判所は「専用品」に対する判断において、「主な用途+合理的な代替用途の不存在」という二重の基準を採用している。これは、中国が現時点で採用している「主要な技術的特徴との関連性」の基準よりも、市場における応用シーンを更に重視している。主観的側面から見ると、日本は行為者の「直接侵害を積極的に促進する意思」を立証する必要がある、「知るべき」の推定は更に厳格である。通常、行為者が特許実施許諾の交渉に関与したか否か、侵害警告を受け取ったか否か等の直接的な証拠を踏まえる必要がある。中国は業界における認知度、物品の特性等の間接的な証拠を通じて推定する傾向にある。関連的側面から見ると、日本は原則として直接侵害の実際の発生を前提としているが、複数主体の方法特許の分野においては、「機能的な関連性」の理論を通じて、核心的なコンポーネントを提供し、且つ技術の実施を主導する主体を間接侵害者と認定している。これは、中国の（2022）最高法知民終817号事件によって確立された「実質的な貢献」ルールと同じような効果を持つものである。

中日両国の制度の違いの根源は、知的財産権保護の理念と産業発展のニーズの違いにある。中国は、柔軟な基準を通じてイノベーション主体に十分な保護を提供し、新興技術が急速にアップデートされる産業環境に適合することを更に重視している。日本は、保護の強度と市場の安定性を両立させ、厳格な主観的要件を通じて特許権の濫用を防止している。中国にとって、日本の二つの経験が参考になる。一つは立法を通じて間接侵害の形態及び例外的な状況を明確にし、裁判基準のばらつきを減少させることである。二つ目は「技術的判断+市場調査」という二重の次元から「専用品」の認定メカニズムを構築し、客観的要件の実効性を向上させることである。同時に、中国の複数主体特許や、スマート特許の分野での裁判上の模索は、日本が同様の技術的課題に対応するための参考例を提供していると言える。

注目すべきは、AIやモノのインターネット（IoT）などのスマート技術の急速な発展に伴い、大量のスマート特許が出現していることで、間接侵害の認定は新たな挑戦に直面することとなるであろう。スマートデバイスの自律学習、複数主体による協調型の分散化の特徴は、幫助行為、主観的故意、侵害の関連性の認定難易度を大幅に高める可能性がある。今後、特許間接侵害の三要件の基準は、スマート技術の特性を踏まえて適応性のある解釈を行う必要がある。例えば、アルゴリズムによる推薦、スマートコンポーネントの適合等の行為を幫助行為の範囲に含め、アルゴリズムの透明性と結びつけて主観的故意を判断し、「データの流れ+機能の実現」の関連性に基づいて因果関係を認定することが考えられる。

総じて、中国の特許間接侵害の構成要件の整備には、司法解釈を通じて裁判基準を統一するだけでなく、技術発展の傾向に立脚し、「イノベーションの奨励と利益の均衡」という制度の原点に立ち返る必要がある。理論的な論理、立法の趣旨、及び実務上のニーズが深く調和して三位一体となることで初めて、中国のイノベーションの実践に適合し、且つ国際的なルールにも準拠する特許間接侵害の規制体系を構

築することができる。

第3節 日本における間接侵害

I. 複数主体が関与する実施行為と属地主義の関係～日本法の現況と課題～

東京大学大学院法学政治学研究科 田村 善之 教授

1. 序

本稿が扱うのは、間接侵害や複数主体による実施に関わる事例では、直接実施行為と間接実施行為が別の国で行われたり、そもそも直接実施行為が国境を跨いで行われたりすることがあり、その場合、特許権に関するいわゆる属地主義との関係が問題となる。とりわけ、近時、最判令和 7.3.3 令和 5 (受) 14 等 [表示装置、コメント表示方法、及びプログラム] (ダウンゴ対 FC2 I 事件)¹、最判令和 7.3.3 令和 5 (受) 2028 [コメント配信システム] (ダウンゴ対 FC2 II 事件)²が下され、米国のサーバから送信され、日本のユーザ端末で受信される動画提供サービスについて、属地主義を柔軟化し、日本の特許権の侵害を肯定した。もっとも、一般論を展開するのを避け、事例判決を下すに止めたため、その射程が取り沙汰されている。

そこで、本稿では、まず、属地主義の根拠と意義に関する諸説を俯瞰したうえで、特許権に関する属地主義を判例法理として確立した最判平成 14.9.26 民集 56 卷 7 号 1551 頁 [FM 信号復調装置] (カードリーダー事件) の意義を明らかにする。そのうえで、応用問題となる間接侵害についての影響を論じた後、じつは特に第二事件が複数主体による実施に関わる事案であった前掲最判 [表示装置、コメント表示方法、及びプログラム]、前掲最判 [コメント配信システム] の意義と残された課題を解明し、もって、複数主体による実施が絡む場面を含めて、ネットワークを介して国境を跨がって遂行される行為がいかなる要件の下で日本の特許権の侵害となるのかということ明らかにしたい。

2. 属地主義に関する諸説

(1) 問題の所在

属地主義の根拠や意義に関しては学説が対立しているところであり、後述する最高裁判決の説く属地主義の意義を理解するためには、いったん学説上の議論を踏まえておくことが望ましい。本章はその作業に当てられる。

¹ 参照、田村善之 [判批] 知的財産法政策学研究 71 号 (2025 年) 215～270 頁。

² 参照、田村/前掲注 1・215～270 頁。

(2) 条約に根拠を求める見解

属地主義の根拠³に関しては、パリ条約2条(1)、ベルヌ条約5条(1)、TRIPS協定3条(1)が定める内国民待遇の原則から導く学説がある。しかし、属地主義ではない原則(e.g. 域外適用)を採用したとしても、その原則について内国民と外国民を同等に待遇することは可能なのであるから、歴史的経緯はともかく、論理的には内国民待遇からただちに属地主義が出てくるものではない⁴。

同様に、パリ条約4条の2(1)、6条(3)の定める独立の原則も、属地主義を論理的に導くものではない。独立の原則とは、同盟国において登録された特許権は、他の同盟国において登録された特許権から独立したものであり、たとえば他の同盟国の特許が無効とされたり存続期間が満了したりしてもその影響を受けることはなく、また他の同盟国においてそもそも特許が取得されていなかったとしても保護が否定されることはないという原則を指す(同4条の2(2)、6条(2)を参照)。この原則は、ある国での特許を取得、維持するために他の国で特許を取得、維持しなければならないという法制が敷かれた場合には、出願人および特許権者に過大な負担を与えることになるので、ある国で特許が登録された場合、他国の特許の存否にその存立を委ねることを禁止したのが独立の原則である⁵。ゆえに、独立の原則は、属地主義の原則により各国法で自由に定めることができるはずの権利の内容について(パリ条約6条(1)参照)、条約4条の2、6条(2)、(3)の限度で枠を嵌めるものである。歴史的経緯はともあれ、論理的には、独立の原則とは属地主義を制限するものではあっても、属地主義の根拠となりうるものではない⁶。このことはやはり属地主義に反する原則(e.g. 域外適用)を採用したとしても、そのような特許権の消長を他国の特許権の消長に掛からしめることがなければ独立の原則に反しないことから明らかであろう。

もっとも、学説では、内国民待遇や独立の原則から直接、属地主義という帰結がもたらされるわけではないということを認めつつ、それでもなお、これらの条約上の原則は、知的財産権の実質法上の属地主義を前提としている旨を説く見解が有力に主張されている⁷。しかし、条約上、明文があるわけでもなく、論理的な帰結でもない以上、そのような属地主義を加盟国がそれを履践する義務を条約上の要請として導くことは困難であるように思われる⁸。

³ 諸説につき、参照、鈴木将文「越境的要素を有する行為による特許権侵害に関する一考察」Law & Technology 98号(2023年)13~16頁、同「特許権に係る属地主義の原則」Patent 76巻14号(2023年)6~15頁、横溝大「国境を越える特許権侵害—抵触法の観点から」日本工業所有権法学会年報47号(2024年)98~113頁、種村佑介「特許権侵害と国際私法の基礎に関する一考察—保護国法をめぐるウルマーとマルティニーの所説を中心に—」日本工業所有権法学会年報47号(2024年)158~175頁。

⁴ 木棚照一「パリ条約と工業所有権に関する国際私法上の原則」同『国際工業所有権法の研究』(1989年・日本評論社)87頁、同「無体財産権をめぐる国際私法規定に関するウルマー草案」同書182~184頁

⁵ Stephan P. Ladas (豊崎光衛=中山信弘監訳)『ラダス国際工業所有権法』(1985年・AIPPI・JAPAN)47頁、クンツ-ハルシュタイン(桑田三郎訳)「発展途上国のためのパリ同盟条約の改訂」比較法雑誌9巻2号(1976年)153頁。

⁶ クンツ-ハルシュタイン/前掲注5・148頁、桑田三郎「工業所有権の属地性とその体系的な位置づけ」同『工業所有権における比較法』(1984年・中央大学出版会)336頁、木棚/前掲注4原則72頁。

⁷ 石黒一憲「米国特許権に基づく日本国内での行為の差止め等の可否とパリ条約(中-2)・(中-3)・(中-6)」貿易と関税52巻(2004年)5号52~53頁・6号56頁・9号53~55頁(論旨の紹介として、参照、田村善之「職務発明に関する抵触法上の課題」知的財産法政策学研究5号(2005年)12頁)、近時の国際的動向の紹介とともに、鈴木/前掲注3 Law & Technology 13~15頁、同[判批]ジュリスト1612号(2025年)65頁。

⁸ 田村/前掲注7・12頁、駒田泰土「行為の場所か、それとも市場か—ネットワーク関連発明と属地主義—」特許研究77号(2024年)14頁。

(3) 実質法の問題とする見解

古典的には、登録という行政処分の効果なるものが国家主権の及ぶ地域内に限られることを理由とする見解が存在した⁹。しかし、行政処分だからというだけで、なにゆえ属地主義となるのか、そこには論理に飛躍があるといわざるを得ない。

この論理の隙間を架橋するものとして、行政処分のうちに国家の具体的な意思の表明を読み取り、外国国家行為の承認の枠組みで、この意味での属地主義を導く見解が唱えられている¹⁰。しかし、この見解の下でも、著作権は、法が直接、私権を発生させる点で別扱いとされている点が問題となる。法といえども国家の意思の表明であることに変わりはないからである。同説は、法は抽象的な国家意思の表明に止まるとして区別するのだから、抽象的であれば顧慮しなくてよいというほどの要素に過ぎないのであれば、そもそも国家意思なるものがそれほど尊重しなければならないものなのか、という疑問が沸く。特許権の工業所有権の発生に行政処分が必要とされているのは、国家意思の表明とか国家の主権の問題だからというのではなく、技術的事項である発明に関する権利である特許権について、裁判所にいきなり訴えることができる権利と判断した場合、裁判所が負担過重となり、くわえて判断の安定性が損なわれかねないという問題が生じることが予想されるため、専門機関である特許庁の判断を介在させたに過ぎないのではなかろうか¹¹。

特許権は産業政策上、認められた権利であり、各国は自国内における産業に対する決定権を有していることを理由として、属地主義を公法的に理解する考え方もある¹²。しかし、行政法学の分野では、かなり以前から、公法と私法を実体法上、区別する意義が問われており、私法秩序とパラレルなものとして公法秩序を想定することに疑問が呈されるようになってきている¹³。最近では、民法学の方でも、独占禁止法などの競争に関する法を例にとって、公法と私法は相互に依存しあっており、規制目的のために私法を活用するという発想があることが指摘されている¹⁴。産業政策に関わるからというだけで、私法とは別個独立した公法的秩序を描くことには難があるといわなければならない¹⁵。そもそも、これだけ公法と私法の区別が相対化している以上、限界線上の分野（論者によって議論が分かれる各種知的財産法もその一例であろう）においていずれに分類されるかということでドラスティックに規律を違える発想

⁹ 自身はその立場をとるものではないが、桑田三郎「商標権の属地性をめぐる一考察」同『国際商標法の研究』（1972年・中央大学出版部）69～70頁の紹介を参照。

¹⁰ 道垣内正人「著作権をめぐる準拠法及び国際裁判管轄」コピライト472号（2000年）12頁。

¹¹ 田村善之「機能的知的財産法の理念」同『機能的知的財産法の理論』（1996年・信山社）2～7頁。

ともあれ、行政処分に着目する見解の下では、著作権法や不正競争防止法のように行政処分を媒介することなく私権を発生させる知的財産法については別の枠組みを用意することになるから、知的財産法一般に妥当するとされる属地主義の根拠を探究する必要は失われぬことに注意する必要がある。これに対して、後述するように、行政処分の有無に深くこだわることなく（というよりは、「公法」というレッテル貼りに大きな重き置くことなく）伝統的な国際私法のアプローチを否定する見解も有力に主張されている。この見解の下では、知的財産法全般について省察が必要とされる可能性がある。

¹² 井関涼子〔判批〕知財管理50巻10号（2000年）1562頁、道垣内正人〔判批〕ジュリスト1246号（2003年）279～280頁。

¹³ 塩野宏「公法・私法概念の再検討」同『公法と私法』（有斐閣・1989年）131頁。

¹⁴ 大村敦志「取引と公序」同『契約法から消費者法へ』（1999年・東京大学出版会）178～179・187頁。また、同『民法総論』（2001年・岩波書店）149頁は、民法規範とともに行政法規が適用されるようになった結果、民法のみが機能する純粋な「私法」の領域は減少しつつあり、私人間の関係ですら、国家による政策的な介入を待って初めて権利義務を実質的に調整することが可能となっていると指摘されている。

¹⁵ 梶野篤志「特許法における属地主義の原則の限界」知的財産法政策学研究創刊号162～163頁（2004年）。

を貫徹する必要がどれほどあるのか、疑問が残る¹⁶。

さらにいえば、TRIPS 協定は、その前文で知的財産権を私権として保護することを求めている。そうだとすると、歴史的な由来はともかく、TRIPS 協定の下では、一般の私権と同じように取り扱うべきだ、つまりは国際私法に委ねるべきだということにならざるを得ないのではなかろうか。とりわけ、国家主権から導いたり、公法上の原則であると理解したりする場合、外国の特許法が外国の公法だということになる。そうすると、伝統的な抵触法学の理解では、内国裁判所がそれを適用できなくなるのではないかということ（＝外国公法の不適用の原則）が問題となる。こうした伝統的な理解に従う限り、外国の地で外国特許権侵害について、被告住所地などに基づき日本に（国際）裁判管轄が認められる場合であっても、日本の裁判所は、外国特許権侵害を理由に請求を認めることができなくなる。これでは、国際的な知的財産権侵害事件について効率的・実効的な対応ができず、まさに私権として知的財産権を扱うことを要求する TRIPS 協定の趣旨に反することになる¹⁷。

もっとも、近時は、こうした公法と私法の相対化現象を踏まえたうえで、なおかつ特許法を公法的に理解するものも現れている。たとえば、国家の経済政策といった「公」的な目的を強く有する「公的な法規制」であるか否かという区別に着目し、公権力性や国家関心の強さが認められる場合、（伝統的に国際私法で妥当するとされている）「法律関係からのアプローチ」ではなく、「（公法）の分野において顕著な」法規からのアプローチが妥当する場面であると「法性決定」したうえで、後者のアプローチにおいても、「属地的適用」を原則としながらも、当該法規が域外適用される類のものなのか、そうであるとすればその地理的適用範囲はどこまで及ぶのかということを探求するという手法が提唱されている¹⁸。さらに、有力説として、この発想を特許法に応用し、「公法」というレッテル貼りではなく、各法規の条項ごとに「公権力性の度合いの高い強行的適用法規」であるか否かを個別的に解釈するという手法を採用したうえで、日本の特許法に関しては特許法 100 条に規定がある差止請求はこれに該当する旨を説くものもある¹⁹。このうち、最後の見解は、最近では、まさに TRIPS 協定の前文を根拠に、同協定を条約として日本の国会が承認した以上、（外国の）特許権を私権として保護することが国家的に決定されたと論じて、強行的適用法規とみなされた外国特許法の内国での適用を肯定するようになっているので²⁰、あくまでも国際私法の問題とする見解（次述）との懸隔はその分、小さくなっている。

¹⁶ 道垣内正人「法適用関係理論における域外適用の位置づけ」松井芳郎＝木棚照一＝加藤雅信『国際取引と法』（1988年・名古屋大学出版会）235頁、駒田泰土「「属地主義の原則」の再考」日本工業所有権法学会年報27号（2004年）10頁、出口耕自「競争法・知的財産法」国際法学会編『国際取引』（三省堂・2001年）137～138・140頁も参照。労働契約、労働法規を素材に両者の交錯を説くものに、山川隆一『国際労働関係の法理』（1999年・信山社）135～145頁。

¹⁷ ただし、外国公法の不適用の原則に関しては、近時は相対化の動きもあるので（参照、早川吉尚「準拠法の選択と「公法」の適用」国際私法年報5号（2003年）221頁。諸説につき、参照、檜崎みどり「国家管轄権と抵触規定の一方的・双方向的構成」法学新報124巻9＝10号（2018年）127～160頁）。これが論理必然的な弊害というわけではないかもしれない。この点に関しては、後述注20に対応する本文も参照。

¹⁸ 早川／前掲注17・218～222頁。知的財産法も、法性決定について検討が要請される例としてあげられている（早川／前掲209～210・218頁）。ただし、「法規からのアプローチ」が適用される分野に分類されると断言しているわけではない。

¹⁹ 特許法内に根拠規定がない損害賠償請求はこれに該当しない等の留保を付しつつ、横溝大「知的財産法における属地主義の原則—抵触法上の位置づけを中心に—」知的財産法政策学研究2号（2004年）26～27頁（論旨の紹介と批判的な検討として、参照、田村／前掲注7・16～17頁）。

²⁰ 横溝／前掲注3・105頁（同／前掲注19・31～32頁から改説）。

(4) 国際私法の問題として取り扱う見解

属地主義を、単に一般の準拠法選択の結果にすぎないとする考え方は、後述する前掲最判〔FM 信号復調装置〕が実質法としての属地主義をとることを宣言するまでは、それなりの支持を得ていた。筆者自身、かなり早い段階からこの見解に与している²¹。

準拠法選択の問題とした場合、一般に知的財産権侵害の成否に関しては、利用者の予測可能性の確保のために属地主義を原則とすべきだという結論が、利益衡量によって導かれるように思われる。なぜならば、ある地の知的財産の利用に対して他の地（国）の法律が適用されるとすると、権利の存否やその範囲につき、利用者の予測可能性を奪うことになるからである。たとえば、分かりやすい例として、著作権について属地主義ではなく、著作物の「本国」（その定義につき、ベルヌ条約 5 条 4 項）の法が適用されるとする本国法主義が採用された場合を想定してみると、日本で著作権法 30 条 1 項に従い私的複製をなそうとしても、その著作物の本国である最初の発行地が私的複製の規定がない国であったりすると、私的複製が許されないことになってしまう。しかし、そのようなことを逐一確認することは、極めて煩雑で時間もかかり、私的複製に対して著作権を制限した趣旨が果たせなくなりかねません。そこで、利用者の予測可能性を確保するために、属地主義を採用する必要があるのである。

もっとも、属地主義を採用するとして、条文上の根拠をどこに求めるのかということに関しては議論がある²²。特許権侵害に関しては、不法行為と性質決定して法の適用に関する通則法 17 条の問題として処理するという考え方²³と、法の適用に関する通則法に明文の規定がないとして条理に委ね、利用行為の地であるとする考え方²⁴が対立している。

議論の実益は、不法行為と性質決定して通則法に委ねると、結果発生地が当事者に予見可能でなかった場合に行行為地法を適用する同法 17 条但書きや、当事者により密接な関係がある地の法の適用を認める同 20 条や、当事者自治による準拠法選択を許す同法 21 条が適用されるどころにある。後者の考え方はこれを嫌って、条理の問題とするわけであるが²⁵、通則法 20 条と 21 条に関しては何故、それらの条文の適用を忌避しなければならないのかは定かではなく²⁶、むしろネット関連の侵害行為などの場合に、後述するような最も密接な関係地法を選択するように活用することが可能となるなど、事案に即した柔軟な解決を可能とするというメリットを認めることができよう。また、通則法 17 条但書きについても、同条本文の結果発生地を損害発生地ではなく、法益侵害地と解したうえで、特許権が保障する特許発明の実施に対して市場に存する需要を利用する機会が収奪された地、つまり利用行為（＝被疑侵害行為）地と理解すれば、結果発生地と行為地が同じ地となるので、そもそも但書きの適用が問題とならないと

²¹ 田村善之〔判批〕ジュリスト 995 号（1992 年）111 頁、田村善之「並行輸入と知的財産権」ジュリスト 1064 号（1995 年）45～46 頁。

²² 以下は、特許に関する議論を紹介する。著作権に関しては、保護国法が適用されるとするベルヌ条約 5 条 2 項に抵触規則を読み込むことができると解される（厳密には、同条約 5 条（4）にいう著作物の「本国」における保護について属地主義が妥当する根拠については 5 条 3 項に求めることができること、そして、反対説の検討ともに、田村善之『著作権法概説』（第 2 版・2001 年・有斐閣）560～565 頁、同／前掲注 7・12～14 頁を参照）。

²³ 愛知靖之「IoT 時代における『属地主義の原則』の意義—『ネットワーク関連発明』の国境を越えた実施と特許権侵害」牧野利秋編『最新知的財産訴訟実務』（2020 年・青林書院）270～272 頁、田村善之＝清水紀子『特許法講義』（2024 年・弘文堂）434～435 頁。

²⁴ 西谷祐子／櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法第 1 巻第 1 部 法の適用に関する通則法第 1～23 条』（2011 年・有斐閣）455 頁。

²⁵ 西谷／前掲注 24・455 頁。

²⁶ 参照、愛知／前掲注 23・272 頁。

理解することができよう。

3. カードリーダー最高裁判決の意義

(1) 序

以上のように学説上は諸説が対立しているところであるが、裁判例では、最上級審の判決として初めて特許権に関する属地主義に言及したのが、最判平成 9.7.1 民集 51 卷 6 号 2299 頁 [自動車の車輪] (BBS 事件)²⁷である。同判決は、「属地主義の原則とは、特許権についていえば、各国の特許権が、その成立、移転、効力等につき当該国の法律によって定められ、特許権の効力が当該国の領域内においてのみ認められることを意味するものである。」と述べている。

この定義は、続く前掲最判 [FM 信号復調装置] によっても踏襲されている。もっとも、この定義自体、文言上、不分明なところがあること²⁸に加えて、この事件の事案自体は、同一発明について日本とドイツで特許権を有する原告がドイツで製造販売した当該特許発明の実施品を被告が輸入し日本国内で販売する行為が、原告の日本の特許権を侵害するか否かということが争われた事件である。最高裁は、上記のように属地主義を定義したが、事件への当てはめについては、日本の特許法の下で特許権の行使の可否を判断する際に、国外譲渡という事情を考慮することは国内法の解釈の問題であって、属地主義によって妨げられるものではない旨を判示したに止まる。他方で、事案の解決に必要ななかったために、いかなる場合に属地主義に反するという帰結が導かれるのかということに関しては明らかにされていなかった。

(2) カードリーダー最高裁判決

この間隙を埋めたのが、前掲最判 [FM 信号復調装置] である。

事案は、被告が日本国内において製造した製品をアメリカ合衆国の子会社を通じて同国に輸出する行為に対して、原告が、その有するアメリカ合衆国特許権の侵害を誘導する行為 (アメリカ合衆国特許法 271 条 (b)) に該当するとして、差止めや廃棄、損害賠償が請求されたというものである。最高裁は、「属地主義の原則」の定義については、前掲最判 [自動車の車輪] を踏襲している²⁹。ただ、この「属地主義の原則」と準拠法選択の関係は、前掲最判 [自動車の車輪] では明らかにされていなかったところ、前掲最判 [FM 信号復調装置] の特徴は、「属地主義の原則」は、むしろ、準拠法選択の法理を限界付ける実質法として機能するとされている点にある。

その論理をより子細に観察すると、まず、アメリカ合衆国特許権に基づく差止・廃棄請求に関しては、

²⁷ 参照、田村善之 [判批] NBL627 号 (1997 年) 29~39 頁 [同『競争法の思考形式』(1999 年・有斐閣) 107~130 頁所収]。

²⁸ 後述注 30 を参照。

²⁹ 具体的には、次のように述べている。

「特許権についての属地主義の原則とは、各国の特許権が、その成立、移転、効力等につき当該国の法律によって定められ、特許権の効力が当該国の領域内においてのみ認められることを意味するものである (最高裁平成 7 年 (オ) 第 1988 号同 9 年 7 月 1 日第三小法廷判決・民集 51 卷 6 号 2299 頁参照)。すなわち、各国はその産業政策に基づき発明につきいかなる手続でいかなる効力を付与するかを各国の法律によって規律しており、我が国においては、我が国の特許権の効力は我が国の領域内においてのみ認められるにすぎない」。

法律関係の性質を特許権の効力と決定したうえで、条理に基づき、当該特許権と最も密接な関係がある国である当該特許権が登録された国であるアメリカ合衆国の法律が準拠法となるとしつつ、同国の特許権に基づき日本における行為の差止等を認めることは、アメリカ合衆国特許権の効力をその領域外である日本に及ぼすのと実質的に同一の結果を生じることになり、「属地主義」に反するものとして、法例 33 条にいう公の秩序に反するものと解される、と帰結した。また、損害賠償請求については、不法行為と性質決定して、その準拠法は法例 11 条 1 項によるとしつつ、本件では同項にいう原因事実発生地は直接侵害行為が行われ権利侵害という結果が生じたアメリカ合衆国であるが、「属地主義」の原則をとり、アメリカ合衆国特許法 271 条 (b) のように特許権の効力を自国の領域外における積極的誘導行為に及ぼす規定を持たない日本法の下では、これを違法ということはできず、法例 11 条 2 項「外国ニ於テテ発生シタル事実カ日本ノ法律ニ依レハ不法ナラサルトキ」に当たるから、アメリカ合衆国特許法の該当規定を適用することはできない、と帰結した。

この前掲最判 [FM 信号復調装置] により、以下の 3 点が最高裁のとり立場であることが明らかにされた。

第一に、準拠法に関しては、属地主義とは別に論じる必要があると理解され、特許権に基づく差止・廃棄請求に関しては条理により「登録国法」が、損害賠償請求に関しては当時の法例 11 条 1 項により結果発生地の法が準拠法となるとされた。

第二に、属地主義はこうして選択される準拠法に対して、当時の法例 33 条の公序則や 11 条 2 項の国内不法行為法の累積適用条項を通じて、その限界を画する法理として機能しうる法理として位置付けられている。したがって、判文は明言していないものの、属地主義は、準拠法ではなく、実質法の法理であるとの位置付けが与えられたと解するのが素直な理解といえよう³⁰。

第三に、属地主義の結果、日本の特許権に基づいて、外国でなされていると評価される行為を差し止めたり、違法としたりすることはできない、ということである。

³⁰ カードリーダー最判の最高裁調査官であった高部眞規子 [判解] Law & Technology 19 号 (2003 年) 85~86 頁、同「侵害訴訟の判例の動向」日本工業所有権法学会年報 27 号 75 頁 (2004 年)、同 [判解]『最高裁判所判例解説 民事篇 平成 14 年度 (下)』(2005 年・法曹会) 710~711 頁は、注 29 に掲げた判文中、「特許権についての属地主義の原則」を定義する前段部分(「各国の特許権が、その成立、移転、効力等につき当該国の法律によって定められ、特許権の効力が当該国の領域内においてのみ認められること」)は、国際私法上の属地主義という抵触法上の原則を定めたものであり、後段部分(「我が国の特許権の効力は我が国の領域内においてのみ認められるにすぎない。」)は、特許権の効力についての実質法上の属地主義を定めたものである旨を説く(この後段部分は、「公法的法律関係としての属地主義、すなわち、ある国の特許法は他の国家を拘束しないという原則を定めたものという理解も可能である」とも説く)(同『実務詳説 特許関係訴訟』(第 4 版・2022 年・きんざい) 356 頁も同旨)。

しかし、後段はともかく、前段に関しては、字面どおり読む限り、「各国」の特許権という書出しからして、いかなる国の特許権のこととは無関係に、そこはいわば無色透明のまま、ある法律関係について適用すべき法を選択するという準拠法の話ではなくなっている。また各国の特許法が「当該国」の法律によって定められているとするのはただの循環論法であり、その各国の法がいかなる場合に適用されるのかということがまさに問題であるのに、そのことについてはこの前段は語る場所がない。まして属地的に決するのだということに関する言及もない。この前段は、字面どおり読む限り、各国に特許法が存在し各国の特許権を規律しているといういわずもがなを語るに止まり、準拠法を選択や属地主義に言及するものではないと理解せざるを得ない(参照、駒田/前掲注 16・4~5 頁、同 [判批] 知的財産法政策学研究 2 号 (2004 年) 46 頁)。これを高部/前掲のいうように属地主義を定めたものだと理解するためには、書き出しの「各国の」というところを「各国の領域内において通用する」という趣旨であるとしても読み込むのであろうが、それにしても言葉足らずである。

そして、いずれにせよ、この判決は、前者の抵触法上の原則に関しては、差止請求については登録国法、損害賠償請求については結果発生地法という準拠法選択の原則を別途用意しており、そこに法例 33 条の公序則あるいは法例 11 条 2 項の累積適用条項を通じて、後者の実質法上の属地主義を適用し、準拠法選択の限界を画している。結局、この枠組みの下では、前者の「国際私法上の属地主義」が独自に機能することはない。ゆえに、本稿本文では、前掲最判 [FM 信号復調装置] の説く「属地主義」をして、実質法上の原則であると位置付けた。

なお、法例は、本判決後、全面改正され、「法の適用に関する通則法」に改められたが、本判決が援用した法例 33 条、11 条 1 項、11 条 2 項は、それぞれ法の適用に関する通則法 42 条、17 条、22 条 1 項に引き継がれているから、上記最判の法理は現行法の下でも妥当するものと解される³¹。

(3) 検討

最高裁が差止等請求と損害賠償請求とで準拠法の選択の法理を違えていることについては、首肯しえないものがある³²。準拠法の決定に当たっては、選択された後の準拠法の内容とは無関係に準拠法を選択するのが原則（＝「暗闇への跳躍」）である³³。侵害行為に対する救済の問題は選択された準拠法の実質法の問題であるから、最高裁が差止等請求と損害賠償請求とで準拠法の選択の法理を違えているのは本末を転倒するものといえるからである³⁴。

さらに、最判は、差止等請求について連結点を登録に求めているが、そうすると、原告の主張にかかる特許権（本件では、アメリカ合衆国）が登録された国の法（アメリカ合衆国特許法）が自動的に適用されることになりかねず³⁵、双方向的な抵触規則とはいいいがたい³⁶。だからこそ、アメリカ合衆国法からの一方的な「域外適用」が可能となり、それを防ぐために別途、法例 33 条を持ち出すことが必要となってしまうのである³⁷。複数国で登録されている場合、準拠法を選択することができないから、そもそも

³¹ 法例 33 条と 11 条 2 項は、ほぼそのまま法の適用に関する通則法 42 条と 22 条に引き継がれているが、法例 11 条 1 項に関しては「原因タル事実ノ発生シタル地ノ法律」と定められていたものが、法の適用に関する通則法 17 条にあっては、原則が「加害効果の結果が発生した地の法」、ただし、「その地における結果の発生が通常予見することのできないものであったときは、加害行為が行われた地の法」と変更されている。これは、概要、法例 11 条 1 項の「原因事実発生地」の解釈として、法益侵害の結果が現実には発生した結果発生地であるのか、それとも、行為者の行為が行われた地（加害行為地）であるのかということについて争いがあったことを踏まえ、被害者の損害填補を重視して、結果発生地法によることを原則としつつ、当事者の予見可能性に配慮して、結果発生地を予見することができなかつた場合に、例外的に加害行為地法を適用することにしたものだ、とされる（小出邦夫編『逐条解説 法の適用に関する通則法』（2009 年・商事法務）192～193 頁。学説はもう少し入り組んでいたこととともに、西谷／前掲注 24・145～151・429～430 頁も参照）。

前掲最判 [FM 信号復調装置] は、法例 11 条 1 項の下でアメリカ合衆国法を準拠法とする理由を「権利侵害という結果が生じた」地であることに求めているから、法の適用に関する通則法 17 条の下でも、その原則である結果発生地の解釈として成り立ちうる法理を示している、と評することができる（横溝大 [判批] 中山信弘＝大淵哲也＝小泉直樹＝田村善之編『特許判例百選』（第 4 版・2012 年・有斐閣）201 頁）。

³² 同様の構成を採った同事件の下級審判決に対する批判も含めて、石黒一憲「情報通信ネットワーク上の知的財産侵害と国際裁判管轄」特許研究 29 号（2000 年）8 頁、同／前掲注 7・9 号 63～65 頁、大友信秀 [判批] ジュリスト 1171 号（2000 年）109 頁、木棚照一 [判批] 判例時報 1712 号（2000 年）222～223 頁、同 [判批] 発明 100 巻 6 号（2003 年）100 頁、同「知的財産侵害訴訟における準拠法」同編『国際知的財産侵害訴訟の基礎理論』（2003 年・経済産業調査会）285～286 頁、元永和彦「特許権の国際的保護」『現代企業法学の研究』（筑波大学大学院企業法学専攻 10 周年・2001 年・信山社）580 頁、田村善之「特許権侵害に対する差止請求」判タ 1062 号（2001 年）80 頁、樋爪誠 [判批] Law&Technology 18 号（2003 年）838 頁。

³³ 澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法』（第 9 版・2024 年）51～52 頁。

³⁴ 田村／前掲注 32・80 頁、石黒一憲 [判批] 中山信弘＝相澤英孝＝大淵哲也編『特許判例百選』（2004 年・有斐閣）215 頁、西谷祐子 [判批] 櫻田嘉章＝道垣内正人編『国際私法判例百選』（新法対応補正版・2007 年・有斐閣）75 頁、同／前掲注 24・455 頁（差止請求と損害賠償請求とで準拠法を違えると、いわゆる適応問題が生じると指摘する）。しかし、高部／前掲注 30 Law & Technology 86～87 頁、同／前掲注 30・78～79・80 頁、横溝大「国境を超える不法行為への対応」ジュリスト 1232 号（2001 年）129～130 頁、「電子商取引に関する抵触法上の諸問題」民商法雑誌 124 巻 2 号（2001 年）185～187 頁、道垣内／前掲注 12・279～280 頁。なお、齋藤彰 [判批] ジュリスト 1179 号 301 頁（2000 年）。

³⁵ 茶園成樹「特許権侵害に関連する外国における行為」NBL679 号（1999 年）16 頁、元永／前掲注 32・581 頁、道垣内／前掲注 12・279 頁。

³⁶ 横溝大 [判批] 法学協会雑誌 120 巻 11 号（2003 年）2308 頁。なお、早川吉尚 [判批] 櫻田嘉章＝道垣内正人編『国際私法判例百選』（2004 年・有斐閣）93 頁も参照。

³⁷ 元永／前掲注 32・582 頁の批判も参照。

抵触規則の体をなしていないという問題点も孕んでいる³⁸。

また、法例 33 条を持ち出して、アメリカ合衆国の特許権に基づく差止請求を否定した点も問題となる。属地主義を準拠法選択の問題でしかないと位置づける本稿の立場からは、それが準拠法の適用を妨げる法例 33 条の「公序」に当たると解することはできないと考えられるからである³⁹。

他方で、本最判が、損害賠償請求につき、法例 11 条 1 項を適用して、アメリカ合衆国法が準拠法となると判断したことは正当といえよう⁴⁰。しかし、つづけて法例 11 条 2 項を持ち出し、結論として、アメリカ合衆国法の適用を否定したことには疑問がある。特許権という権利の侵害が日本法上も侵害行為から守られるべき利益として扱われており、また、仮に同項の判断に際して地域的適用範囲の問題を考慮しようとしても⁴¹、(すぐ次に述べるように、実質法上の地域的適用範囲の問題ではなく、法例の解釈としてではあるが) 日本の特許権侵害行為を積極的に誘導するような行為が国外で行われた場合であっても共同不法行為が成立しようと解される以上、法の無価値的な判断については米国法も日本法も変わるところはなく、属地主義を根拠に同項を適用することはできない、というべきであろう。

³⁸ 駒田／前掲注 30・49～50 頁。同／54～55・59～60 頁も参照。

³⁹ 道垣内／前掲注 12・280 頁も参照。

なお、木棚／前掲注 32 判例時報 222 頁、同 [判批] AIPPI45 巻 5 号 (2000 年) 307 頁、同／前掲注 32・101～102 頁、同／前掲注 32 準拠法 289 頁は、本件の被告がアメリカ合衆国向けに製造、輸出していた製品と、日本向けに製造していた製品とで仕様が異なっており (石黒一憲「米国特許権に基づく日本国内での行為の差止め等の可否とパリ条約 (上)」貿易と関税 52 巻 3 号 (2004 年) 70 頁も参照)、ゆえに、本件被告のアメリカ向け製品の製造、輸出を止めたとしても、日本の私法秩序を破壊するような異常、不当な事態とはならないという。もっとも、そもそも「私法秩序」の破壊というからには、当該事件における具体的な製品の仕様はともかくとして、より抽象的なレベルにおける法的な判断の衝突を問題にすべきであるように思われる。

⁴⁰ 大友／前掲注 32・109 頁、齋藤彰 [判批] ジュリスト 1179 号 (2000 年) 301 頁、道垣内／前掲注 12・280 頁。横溝／前掲注 36・2314～2315 頁は、アメリカ合衆国の子会社の存在が重視されている以上、その射程は限定されることを指摘する。木棚／前掲注 32 判例時報 224 頁、同／前掲注 39 AIPPI309 頁、同／前掲注 32 発明 101～102 頁、同／前掲準拠法 286・290 頁、樋爪／前掲注 32・40 頁も参照。反対に、日本法が準拠法となるとする見解として、石黒一憲 [判批] 私法判例リマックス 21 号 (2000 年) 153 頁、同／前掲注 34・215 頁、アメリカ合衆国での侵害に直接、意思的に関与していたとは認めないと留保を付けつつ、元永／前掲注 32・583～586・590 頁、アメリカ合衆国における子会社の責任を追求させようとして法人格否認の法理を適用すべきであると示唆しつつ、井関／前掲注 12・1564 頁。

⁴¹ 道垣内／前掲注 12・280 頁、横溝／前掲注 36・2315～2316 頁は否定的。しかし、駒田／前掲注 30・57～58 頁。

本稿のような属地主義の理解からは、日本国内での侵害行為の教唆、幫助などの行為が国外で行われた共同不法行為に関しては、通則法 17 条の解釈として、直接の権利侵害が生じた地である日本の不法行為法により損害賠償責任を発生せしめることになる⁴²。日本国内の侵害行為に向けられたこれらの行為に損害賠償責任を課したところで、適用法に関し行為者を予測不可能な状況に追い込むことにはならないから、属地主義の原理に反することにはならないと考えられるからである⁴³。そうだとすると、法の無価値的な判断（実質法上の適用範囲に関するものではなく、通則法 17 条の解釈ではあるが）については米国法も日本法も変わらないことになる（通則法 22 条 1 項について地域的適用範囲の問題を斟酌しうるという立場を採るのであれば、それが実質法上の判断ではないとしても、地域的適用範囲に関する日本法の判断と対比することが必要となってくるように思われる）⁴⁴。

ともあれ、この最判の論理によっても、アメリカ合衆国内におけるアメリカ合衆国の特許権の侵害行為が問題となる事件では、最判が問題としたようなアメリカ合衆国の領域外である日本国内における積極的誘導行為がアメリカ合衆国の特許権の侵害行為とされるという事態は生じないのであるから、東京地判昭和 28.6.12 下民集 4 卷 6 号 847 頁 [多極真空球]⁴⁵とは異なり、アメリカ合衆国の特許権侵害が否定されるわけではないことに留意する必要がある⁴⁶。実際、アメリカ合衆国特許権に基づく差止請求権の不存在確認訴訟に関し、実体審理に入り、アメリカ合衆国特許権の侵害を否定して不存在確認請求を認容した東京地判平成 15.10.16 判タ 1151 号 109 頁 [健康増進のための組成物]⁴⁷は、クレーム解釈でアメリカ合衆国の特許権侵害が肯定されるのであれば、不存在確認請求を棄却しても前掲最判 [FM 信号復調装置] に反しないという理解を前提にしている。

⁴² 松本直樹「特許権の効力についての国際的問題 (1)」特許管理 43 卷 3 号 (1993 年) 268 頁、江口順一＝茶園成樹／松岡博編『現代国際取引法講義』(1996 年・法律文化社) 195 頁、大野聖二 [判批] AIPPI48 卷 3 号 (2003 年) 178・179 頁。行為者が直接侵害行為の地を知ったうえで直接、意思的に関与している場合に限定するものに、元永／前掲注 32・585～586 頁、茶園／前掲注 35・18 頁もほぼ同旨。

⁴³ 田村善之「並行輸入と知的財産権」同『機能的知的財産法の理論』(1996 年・信山社) 262 頁。

⁴⁴ なお、本件のアメリカ合衆国特許の帰属をめぐることは、本件原告の元使用者から特許に関する権利を承継した本件被告が本件原告に対して本件アメリカ合衆国特許権の移転を求めたところ、別件訴訟の控訴審で（逆転）敗訴したという経緯がある（東京地判平成 5.10.22 知裁集 26 卷 2 号 729 頁参照 [FM 信号復調装置 1]、東京高判平成 6.7.20 知裁集 26 卷 2 号 717 頁 [同]、最判平成 7.1.24 判例工業所有権法 [2 期版] 1278 頁 [同]）につき、田村善之／増井和夫＝田村善之『特許判例ガイド』（第 4 版・2012 年 460 頁、大野聖二 [判批] AIPPI48 卷 3 号 (2003 年) 164～165 頁、石黒／前掲注 39・66～70 頁。これに関連して、石黒／前掲注 7 中・3・6 号 58～63 頁は、たとえば日本とアメリカ合衆国とで特許権者が異なる場合、日本の特許権者が日本国内で特許発明の実施行為（e.g. 特許発明の対象である物を生産する行為）は、特許権に基づく正当な行為であるから（特に同 63 頁）、これをしてアメリカ合衆国の特許権の侵害と観念することは、パリ条約上の特許独立の原則と緊張関係がある旨を指摘し（特に同 58 頁）、こうした解釈を採用することは独立の原則が前提としており、ゆえに同条約上の要請であると同論文が理解する属地主義（この論法とその評価につき、前述注を参照）と抵触する旨を示唆している（石黒／前掲注 7 中・6・6 号 9 号 55～63 頁も参照）。

しかし、利用発明（特許法 72 条）を想起すれば明らかなように、特許権を持っているということは、特許権者自身が特許発明を実施しうることが認められているということの意味しない（一部の文献で言われるところの特許権の積極的効力なるものが存在しないこととともに、竹田和彦『特許の知識』（第 8 版・2008 年・ダイヤモンド社）364～367 頁、田村／前掲注 11・3～4 頁、吉田広志「先願の抗弁 (1)」パテント 54 卷 9 号 (2001 年) 63～64 頁）。特許権は、自ら実施しうる権利ではなく、他人の実施を禁止することができるという権利に過ぎないのだから、特許権を有する者が特許発明を実施しえなくなったからといって、特許権の正当な行使が妨げられているということにはならないのである。

⁴⁵ 参照、石黒一憲 [判批] 鴻常夫＝紋谷暢男＝中山信弘編『特許判例百選』（第 2 版・1985 年・有斐閣）228～229 頁。

⁴⁶ 高部／前掲注 30 Law&Technology94 頁、同／前掲注 34 日本工業所有権法学会年報 84 頁、松本直樹「ビジネス方法特許と国際的な特許侵害」竹田稔＝角田芳末＝牛久健司編『ビジネス方法特許』（2004 年・青林書院）507 頁。

⁴⁷ 参照、阿部隆徳 [判批] 知財管理 54 卷 10 号 (2004 年) 1485～1507 頁、樋爪／前掲注 32・77～85 頁。

(4) 小括

本稿は、既述したように、特許権侵害における属地主義は、通常の準拠法選択の法理を適用した結果に過ぎないと解しており、しかも、準拠法の決定に際しては行為者の予測可能性を重視している。このような本稿の立場の下では、日本国内における特許発明の実施行為を誘発する行為が国外でなされたとしても、日本法を適用することにより行為者の予測可能性が奪われるとはいいがたく、ゆえに通則法 17 条 1 項の結果発生地＝法益侵害発生地は、問題の外国の行為により誘発される、特許発明の実施行為を利用する市場機会が収奪される日本であり、日本法が準拠法となると解される⁴⁸。

しかし、以上、検討したところから明らかなように、前掲最判 [FM 信号復調装置] は、実質法としての属地主義を採用しており、しかもこれを準拠法の適用を否定する公序にまで高めたので、結局、この判例法理の下では、涉外事件では、この実質法としての属地主義の関門を通過することが日本の特許権侵害を肯定するための前提条件となる。そして、近時、インターネットを利用して複数の主体が関わる隔地的な特許権侵害行為を扱った涉外事件において、後述するドワンゴ対 FC2 事件にかかる前掲最判 [表示装置、コメント表示方法、及びプログラム]、前掲最判 [コメント配信システム] も、アプローチの枠組としては前掲最判 [FM 信号復調装置] を踏襲している。このように、実質法としての属地主義が判例法理として定着していることに鑑み、以下では、実質法としての属地主義を前提とした検討を行うことにする。

そして、かりに属地主義が準拠法の問題であるならば、複数主体が関わる特許権侵害行為についてそれが直接侵害に該当するのか、あるいは間接侵害として構成すべきなのか、等の問題は、選択された後の準拠法の内容の話であって、準拠法選択に際して予め考慮すべき問題ではない (= 暗闇への跳躍)。ゆえに、準拠法選択の場面では、直接侵害か間接侵害か等に拘ることなく、その意味で抽象的に特許権侵害にかかる法律関係と性質決定して準拠法を指定することになる。これに対して、実質法の属地主義の下では、日本の特許権の侵害となるか否かということは、まさに日本の特許権に関する実質法の解釈問題となる。日本法においては直接侵害、間接侵害は根拠を異にする法理である以上、(結果的に同様の帰結をもたらす場合があるとしても) それぞれについて属地主義がいかに妥当するのかということを考察する必要がある。次章以降はこの作業に当てられる。

4. 間接侵害と属地主義

(1) 序

以下では、前掲最判 [FM 信号復調装置] の説く実質法としての属地主義が、間接侵害や特許権侵害の教唆・幫助 (= 共同不法行為) にどのように適用されるのかということを、場合を分けて考察する。

もっとも、あくまでも日本の特許法が採用する (と同最判が主張している) 属地主義を扱うので、同最判が直接、扱った事案、つまり外国の特許権侵害が問題となる類型は考察しない (判例法理としては、直接、前掲最判 [FM 信号復調装置] が適用される)。したがって、以下では、第一に、日本国内にお

⁴⁸ そのうえで、問題の行為が間接侵害に該当するのか、それとも日本の特許権の直接侵害の教唆・幫助であるとして共同不法行為に該当するのかということもつばら日本法の解釈問題となる。

る特許発明の実施行為に対する間接侵害や教唆・幫助に相当する被疑侵害行為が日本国外で行われた場合に日本の特許権侵害を肯定しうるのかという問題と、第二に、日本国外における特許発明の実施行為に対する間接侵害や教唆・幫助に相当する被疑侵害行為が日本国内で行われた場合に日本の特許権侵害を肯定しうるのかという問題を扱う。

(2) 日本国内における特許発明の実施行為に対する間接侵害や教唆・幫助に相当する被疑侵害行為が日本国外で行われた場合

前掲最判〔FM 信号復調装置〕は、差止請求に関し、「各国の特許権は当該国の領域内においてのみ効力を有するにもかかわらず、本件米国特許権に基づき我が国における行為の差止め等を認めることは、本件米国特許権の効力をその領域外である我が国に及ぼすのと実質的に同一の結果を生ずることになって、我が国の採る属地主義の原則に反する」と判示している。その結果、許されないとされたのは、積極的誘引行為を違法とするアメリカ合衆国特許法 271 条 (b) であったから、同最判の立場は、内国特許権の侵害行為を惹起する外国での行為を違法とすることは属地主義に反するというものであると理解することができる。したがって、同最判が扱ったのは米国特許権の侵害の成否であったが、その論理は日本の特許権の間接侵害についても及んでおり、ゆえに、被疑間接侵害行為が外国でなされている場合には、日本の特許権の間接侵害は成立しないというのが、同最判の理解であるということになる⁴⁹。

また、同最判は、損害賠償請求に関しても、「属地主義の原則を採り、米国特許法 271 条 (b) のような特許権の効力を自国の領域外における積極的誘導行為に及ぼすことを可能とする規定を持たない我が国の法律の下においては、これを認める立法又は条約のない限り、特許権の効力が及ばない、登録国の領域外において特許権侵害を積極的に誘導する行為について、違法ということはできず、不法行為の成立要件を具備するものと解することはできない。」と述べ、内国特許権侵害を外国において積極的に誘引する行為を不法行為として違法ということはできないという論理を示している。したがって、外国での行為が、間接侵害ではなく、日本の特許権の共同不法行為であると主張しても違法にすることはできないという立場をとっていると理解できる⁵⁰。

(3) 日本国外における特許発明の実施行為に対する間接侵害や教唆・幫助に相当する被疑侵害行為が日本国内で行われた場合

この類型は、日本国内における被疑侵害行為が日本の特許権を侵害するのかということが問題となっているために、前掲最判〔FM 信号復調装置〕の射程が及ぶことはない。

⁴⁹ 直接、この事案が扱われたわけではないが、結論の論理必然的な前提となっている以上、その変更に対しては大法定での判断が必要となるという意味での判例法理というべきなのかもしれない。

⁵⁰ 判例法理とまでいえるかどうかについては前注を参照。

一般には間接侵害に関する独立説と従属説の対立⁵¹の一場面と理解されており⁵²、下級審の裁判例では、従属説的に理解し、直接の特許発明の実施が外国でなされている以上、日本の間接侵害は成立しないと解されている（大阪地判平成 12.10.24 判タ 1081 号 241 頁 [製パン器]、東京地判平成 19.2.27 平成 15 (ワ) 16924 [多関節搬送装置]）。また、被告製品が外国に出荷後、乾式混合の過程で必然的に特許発明の構成要件を充足するに至るとしても、それは外国での実施の過程で生じるにすぎないから、間接侵害を肯定することはできないとする判決もある（大阪地判平成 12.12.21 判タ 1104 号 270 頁 [ポリオレフィン組成物]、輸出の前提として日本国内で被告製品の譲渡が行われているとしても結論に変わりないとするものに、大阪高判平成 13.8.30 判例工業所有権法 [2 期版] 2533 の 41 頁 [同]）。

間接侵害の制度が、特許発明の直接実施行為に対する特許権の保護を万全なものとするために設けられたと解されること⁵³に鑑みると、被疑間接侵害行為が日本国内で行われているとしても、直接実施行為が前掲最判 [FM 信号復調装置] によれば日本国の特許権の効力が及ぶことはない外国で行われている以上、日本の特許権の間接侵害に問責するいわれはない。ゆえに、従属説的に理解する下級審の裁判例の結論を支持できる。

なお、日本国外における特許発明の実施行為に対する教唆・幫助に相当する被疑侵害行為が日本国内で行われた場合に関しては、そもそも日本の特許権の侵害行為が存在しない以上、日本の特許権の侵害行為に対する共同不法行為が成立する余地はない⁵⁴。

5. 複数主体による共同実施行為と属地主義～ドワンゴ対 FC2 最高裁判決の意義～

(1) 問題の所在

以上のように、前掲最判 [FM 信号復調装置] によれば、日本国内で特許発明の（直接）実施行為が行われていない限り、日本の特許権侵害行為は肯定される余地はない。しかし、近時、前掲最判 [表示装置、コメント表示方法、及びプログラム]、前掲最判 [コメント配信システム] は、前掲最判 [FM 信号復調装置] の下でも、いかなる場合に日本国内において特許発明が実施されていると評価できるかということは規範的な解釈問題であるとの立場を鮮明にし、具体的な結論としても、物理的にはインターネットを介して国境を跨いで行われる行為、具体的には国外のサーバから国内のユーザ端末に送信される行為について、日本の特許権侵害を肯定している。

⁵¹ 田村善之『知的財産法』（第 5 版・2010 年・有斐閣）259～261 頁、田村＝清水・前掲注 23・179～183 頁。

⁵² 従属説的に理解して、日本の特許権の間接侵害を否定するものとして、羽柴隆「間接侵害について（その 2）」特許管理 27 巻 5 号（1977 年）482～483 頁、松尾和子「間接侵害（2）－間接侵害行為」牧野利秋編『工業所有権訴訟法』（裁判実務大系 9・1985 年・青林書院）278～279 頁）。逆に、独立説的に理解して、日本の特許権の間接侵害を肯定するものとして、仁木弘明「特許法 101 条に規定された専用品の輸出と間接侵害」知財ぶりずむ 3 巻 36 号（2005 年）83～104 頁。

なお、筆者の立場の下では、準拠法選択の問題となり、日本国外における特許発明の実施行為に向けられている以上、当該外国の法を適用しても行為者の予測可能性を害することはないために、当該外国法が準拠法となる。あとは、当該外国に特許権が存在するか、存在したとして、それがいかなる法理の下で日本国内における行為に及んでくるのかということは実質法としての当該外国法の問題となる（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－均等論との整合性－」知的財産法政策学研究 15 号 232 頁（同『特許法の理論』（2009 年・有斐閣）193 頁所収））。

⁵³ より詳しくは、田村・前掲注 51・258 頁、田村＝清水・前掲注 23・178～179 頁を参照。

⁵⁴ この場合、外国の特許権に対する共同不法行為の成否に関しては、前掲最判 [FM 信号復調装置] が直接扱った事案類型となり、共同不法行為は否定されることになる。

他方、両判決とも、第二事件の大合議を含む知財高裁の二つの原判決が展開した一般論を採用することなく、事例判断をなすに止めたため、その射程が問題となる。とりわけ本稿との関係では、上告審において争点とされていないものの、前掲最判〔コメント配信システム〕の原判決（知財高大判令和 5.5.26 令和 4（ネ）10046〔コメント配信システム〕⁵⁵⁾）が、国内のユーザ端末のスクリーン上に表示がなされることにより完成するシステムの「生産」に関して、その行為主体をいわゆる道具理論によってユーザではなく、送信者（＝サービス提供者）であると解していたことが肝要である⁵⁶⁾。そこで、本章では、この二つの最高裁判決の意義を明らかにしつつ、残された課題をあぶり出すことにしたい⁵⁷⁾。

ところで、この二つの事件は、原告と被告を同じくするとともに、特許権こそ異なるが、同様の特許発明の技術的特徴を有しており⁵⁸⁾、問題となった被告の行為も同じくしている。しかも、最高裁判決は同じ第二小法廷によって同日に下されており、その説示も共通するところが多い。そこで、以下では、両事件を合わせて検討の対象とする。

（2）事案

（i）特許発明

両事件で原告（株式会社ドワンゴ）が有する特許権に係る特許発明の技術的特徴は、第一事件の特許権のうち、同事件で請求原因とされた請求項は、所定の態様で動画とともにコメントを表示する表示装置に係る発明、または、所定の態様のコメント表示手段として機能させるプログラムに係る発明として特定されているのに対し、第二事件の特許権のうち、同事件で請求原因とされた請求項はシステムとして特定されていたなどの違いがあるが、いずれも、サーバから配信される動画を視聴中のユーザから送信されたコメントを受信し、この動画とコメントを端末装置に送信し、端末装置において動画上にコメントを表示する際に、動画とコメントを表示する領域を違えたり、複数のコメントが連続しても、それ

⁵⁵⁾ 参照、田村善之〔判批〕WLJ判例コラム 297号（2023年）1～30頁。

⁵⁶⁾ 他方、「電気通信回線を通じた提供」が問題となっていた前掲最判〔表示装置、コメント表示方法、及びプログラム〕のほうは、送信者が行為主体と評価しやすい事案であり、ゆえに原判決（知財高判令和 4.7.20 平成 30（ネ）10077〔表示装置、コメント表示方法、及びプログラム〕）、上告審を通じて複数主体による実施問題は争点となっていない。

⁵⁷⁾ もっとも、紙幅の都合上、とりわけ原判決の分析などの詳細な検討は、田村／前掲注 1・215～270 頁に譲る。

⁵⁸⁾ 両事件に係る特許権の関係については、双方とも優先権を共通にする出願から分割された出願であって、第一事件の第一審判決である東京地判平成 30.9.19 平成 28（ワ）38565〔表示装置、コメント表示方法、及びプログラム〕が技術的範囲を充足しないとして特許権侵害を否定したことを受けて、非充足との結論を導く原因となった発明特定事項を用いことなく分割、補正されて登録に至った特許発明に係る権利を用いて提起されたのが第二事件であると推測しうることにつき、参照、小池眞一〔判批〕AIPPI68 巻 3 号（2023 年）222～226 頁を参照。

ちなみに、特許庁における出願の分割のハードルが低すぎるために、たとえば出願の分割を繰り返して多数の特許権を現出し、実質的には同一の被疑侵害行為に対して、勝訴判決を得るまで侵害訴訟の提起を繰り返すという戦略を「ゾンビ特許」の問題と名付け、対策の必要性を説くものとして、田村＝清水・前掲注 23・115 頁。本件に対応したコメントとして、田村善之〔発言〕水谷直樹ほか「座談会 ソフトウェア特許と越境侵害—『コメント配信システム事件』を題材として—」SOFTIC Law Review 創刊号（2024 年）58 頁。このようなゾンビ特許問題に関して、分割の要件の運用の問題点を指摘するものとして、渋谷知子＝中野裕二＝高島喜一「出願の分割・変更」竹田稔監修『特許審査・審判の法理と課題』（2002 年・発明協会）476～480 頁、相田義明「特許出願の分割の制度について」『切り拓く知財法の未来』（三村量一古稀・2024 年・日本評論社）3～15 頁。これと密接に関係しつつも別問題であるところの「後出し」問題（分割出願を利用して、被疑侵害者の実施態様に合わせたクレームを後追いで作り出す戦略によって引き起こされる問題）につき、前田健「分割出願による「後出し」の是非—特に課題のシフトの可否」前掲三村古稀 343～364 頁。

らが重ならないように表示するところにある（下記の第二事件特許発明の出願にかかる図面を参照）⁵⁹。



(ii) 被疑侵害行為

両事件の被疑侵害行為は、いずれも、インターネット上のコメント付き動画配信サービスである「FC2 動画」（以下、「被告サービス 1」）、「FC2 SayMove!」（以下、「被告サービス 2」）、「FC2 ひまわり動画」（以下、「被告サービス 3」）である。裁判所は、過去になされた侵害の成否の判断に関しては、これら三つのサービスを等しく扱っている⁶⁰。

(3) 背景事情：インターネットの特殊性

前掲最判「FM 信号復調装置」では、国外において製品を製造し国内に輸入しようとする行為が問題

⁵⁹ ちなみに、筆者の理解では、表示の仕方自体は自然法則を利用したものとはいえ、そして自然法則を利用していないところにかに創作が施されているとしても、それは発明該当性にカウントすべきでなく、かりにそこが新規であり、容易に想到しえないものであったとしても、新規性、進歩性を充足すると理解すべきではない（田村善之「特許適格性要件の機能と意識に関する一考察（1）・（2）完」知的財産法政策学研究 64 号（2022 年）52～71 頁・65 号 113～128 頁 [同編『知財とパブリック・ドメイン 1 特許法篇』（2023 年・勁草書房）68～85・91～103 頁所収]）。ところが、本件ではクレームで指定されている表示、すなわちコメントが重ならないようにする表示を物理的に実装するに際して、いかなる課題があり、それをいかに解決したのかということとは定かにされていない（紋谷崇俊 [判批] 民事判例 27 号（2023 年）119 頁の評価も参照）。ゆえに、両事件の特許発明のうち、表示方法そのものをクレームしている請求項については発明適格性を否定すべきであり、その他についても自然法則を利用していない表示の仕方が公知技術と異なることを理由として新規性や進歩性を満足することはないと考えるが、本件訴訟では自然法則の利用の点は争点となっていないので、以下では検討しない。

⁶⁰ もっとも、被告サービス 2、被告サービス 3 に関しては、それらに係る事業がすでに訴外人に譲渡されており、その結果、本文で後述するように、差止等請求が棄却されているという違いがある。
なお、第二事件控訴審判決の認定によれば、被告サービス 1 では、動画ファイルが米国に存在する被告ファイルが、国外に存在することも他の動画配信サービスの動画配信サーバから国内のユーザ端末に送信される点で相違するに止まる。そして、いずれのサービスも、米国に存在する FC2 のウェブサーバがウェブページに係るファイルを送信し、米国に存在する FC2 のコメント配信サーバがコメントファイルを送信し、それぞれ国内のユーザ端末がこれらを受信する。したがって、この第二事件控訴審判決の認定を前提としても、いずれのサービスについても、国外のサーバから国内のユーザ端末への送受信がなされている（ことがある）ことには変わりなく、属地主義の論点を喚起することになる。

となっており、あくまでも有体物に関するものであった。他方、本件では、インターネットを利用した送受信行為が問題となっており、状況を異にする。

もちろん、被疑侵害行為がインターネットを利用するものであるとしても、物理的に日本の領域外で行われているのであれば、それに対して日本の特許権の侵害に問うことは、前掲最判 [FM 信号復調装置] の説く属地主義に反するという理解もありうるであろう。第二事件第一審判決も、「生産」に関して、日本国内で全ての構成要件を満たす行為がなされることを要求していることは前述したとおりである。

しかし、インターネットにおいては、たとえば、本件もそうであったように、特許発明の技術的思想が受信地で享受されるものである場合（＝特許発明に係る課題が受信地で解決されるものであるために、特許発明の技術的効果が受信地で発揮されていると評価される場合）には、サーバがいかなる地に存在していたとしても、受信地において特許発明の効果が享受されることに変わりはない。それにもかかわらず、インターネットでの利用に必然的に随伴する送信行為が特許発明の構成要素に含まれているからといって、それを理由に送信地における特許法を適用し、受信地に特許権が存在してもその侵害を否定するという解釈に固執することは、実態に適合しない処理を強いることになりかねない⁶¹。

くわえて、インターネットにおいては分散処理が容易であるために、物理的に一つの場所で全ての処理を完結させる必要はなく、ゆえに一国内で処理を完結することなく、国境を跨いで遂行することも極めて容易であるから、送信地であれ受信地であれ、どこか一国の領域内で特許発明の構成要素の全てが行われなければならないという解釈⁶²を採用してしまうと、やはり多くの事例で、特許発明の技術的思想は利用されているにもかかわらず、侵害の責任が容易に迂回されてしまうことになりかねない⁶³。下手をすると、いずれの国の特許権侵害も認められないなど、特許権の保護に完全に悖る事態に陥ることもありうる。

他方、前掲最判 [FM 信号復調装置] を前提としたとしても、何をもって外国における行為であって、属地主義の原則からして日本の特許法等を適用してはならないとするかということとは規範的な判断のはずである⁶⁴。同最判が取り扱った事案において、換言すれば、有体物の製品の製造等の事案において、国外で製造される行為について日本の特許法を適用することが属地主義に反するのだとしても、だからといって、インターネットにおける送信行為に関して、国外に所在するサーバから送信されているという一事をもって、それに日本の特許法等を適用することが属地主義に反すると解することが論理必然的な帰結であるということにはならないと解される。

⁶¹ 参照、愛知／前掲注 23・274～275 頁。

⁶² しかし、インターネットの場合、最初の送信地から最終的な受信地に至るまで、様々な地をランダムに経由する可能性があるから、出発地が日本で到着地も日本であったとしても、その間、他国を経由していないという保証はない。したがって、送受信の全ての過程が一国内で完遂しない限り、特許権侵害に問責することができないなどという解釈は、そもそも非現実的である（鈴木／前掲注 3Law&Technology22～23 頁）。

⁶³ 参照、茶園成樹「ネットワーク関連発明における国境を跨いで構成される侵害行為に対する特許保護」IP ジャーナル 2号（2017年）8頁、上原隆志 [判批] 知財ぷりずむ 243号（2022年）26頁。クラウドサービス、国外サーバの設置状況の現況について、参照、湯浅竜「侵害行為が国境をまたいで構成されるネットワーク関連発明の差し止め行為について」パテント 74巻 11号（別冊 26号）（2021年）166～168頁。そこでは、サーバ設置国の特定が難しい反面、たとえば端末機のみをクレームするなど、クレーム・ドラフティングにより国境を跨ぐ事件の発生を防止するという方策には、当該端末機のみで進歩性を打ち出すことが困難であることなどが指摘されている。

⁶⁴ 参照、高部・前掲注 30 特許関係訴訟 357～358 頁。

(4) 二つの最高裁判決の意義

(i) 序

以上の考察を前提として、本件二つの上告審判決の意義を考察してみよう。

検討の順序としては、両判決が依って立っていると目される前提を特定し、その結果、両判決が共通して採用していると解される判断基準の分析に移行し、最後に、両判決の射程の画定を試みたい。

(ii) 前提

第一に、両上告審判決が事例判決であると目される点について。

それぞれの原判決に比した場合の両判決の最大の特徴は、事例判決に止めている点である⁶⁵。

たしかに、両判決は、当てはめ用の規範として、「問題となる行為を全体としてみて、実質的に我が国の領域内における『電気通信回線を通じた提供』に当たると評価される時」（第一事件上告審判決）、あるいは、「問題となる行為を全体としてみて、実質的に我が国の領域内における『電気通信回線を通じた提供』に当たると評価される時」（第二事件上告審判決）に、日本の特許権の効力が及ぶというものである。いずれも、前掲最判〔FM 信号復調装置〕の説示を前提としつつ、被疑侵害行為を全体として見て「実質的に」日本国内における実施行為に当たると評価される場合には、日本の特許権侵害が肯定されるという規範的な枠組みを用意したものと評価される。しかし、その文言は抽象的であり、いかなる行為が侵害となるのかということに関して具体的な指針を与えるものではない。そうすると、この文言への当てはめの仕方が問題となるわけだが、両上告審判決は、そこにおいては一般論を語らず、本件事案への具体的な当てはめに終始している。事例判決と評すべき所以である。

他方、原判決は、この当てはめの段階でも、一般論を語っていた。このうち、とりわけ大合議に関しては、知財高裁の四つの部での判断が分かれる前に判断を出そうとするためか、あるいは、早期に大きな事件に対してプレゼンスを示そうとするためか、その原因はともかく、裁判例の蓄積が全くないか、極めて乏しい論点を取り上げる傾向がある⁶⁶。しかも、せっかく大合議を開いたからにはということであろう、事案と関係がない事例についてまで広く射程が及ぶ一般論を展開する傾向にある⁶⁷。しかし、裁判例の経験が少ないなかでのかかる抽象論の展開は、大合議判決の質を落としているのではないかという疑義を払拭しきれない⁶⁸。本来は裁判例の蓄積を待つか、あるいは、大合議といえども当該事案に即した事例判決を下すことを厭わないとすべきなのであるが、第二事件控訴審判決も、事例の蓄積が、地裁レベルを入れても第二事件第一審判決と、第一事件控訴審判決しかない状態で下されたものであり、やはりご多分に漏れず、一般論を展開するものであった。しかも、その一般論は、前述したように、諸事情を考慮する総合衡量型の判示であり、考慮事情の最後に「等」を入れている分、考慮事情が限定さ

⁶⁵ 田中浩之＝松井佑樹〔判批〕ジュリスト1612号（2025年）72頁。

⁶⁶ 田村善之「知財高裁大合議の運用と最高裁との関係に関する制度論的考察—漸進的な試行錯誤を可能とする規範定立のあり方—」法曹時報69巻5号（2017年）1237～1241頁〔同『知財の理論』（2019年・有斐閣）249～252頁所収〕。

⁶⁷ 田村／前掲注66法曹時報1247～1248頁〔同・前掲注66知財の理論258・270頁所収〕。実際、傍論であっても積極的に規範定立を行うことが推奨されるべき旨を説くものとして、篠原勝美〔発言〕「鼎談 知財高裁の10年とこれから」ジュリスト1475号（2015年）76～77頁。

⁶⁸ 田村／前掲注66法曹時報1241～1242頁〔同・前掲注66知財の理論252～253頁所収〕。

れておらず、さらには列挙された考慮事情間の関係も「総合考慮」と明言されてしまっているから、極めて予測可能性に乏しいものであった⁶⁹。もちろん、諸事情考慮型であるだけに、後の裁判例には相応の裁量の余地は残されているが、しかし、大合議が用いた文言は、(最高裁以外の)裁判例は、大合議の権威の下、事実上、用いざるをえず、事例を伴わない文言の理解の問題として判断しなければならない。その結果、要らぬ拘束がかかったり、不要な論点を喚起したりすることで、裁判例の展開を制約することになる。

このような大合議の時期尚早的な抽象論の影響を抑制しようと最高裁が意図した場合、とりうる方策としては、知財高裁の射程の広い一般論を踏襲することなく、事案に即した事例判決を下すという対応がありうる⁷⁰。上告審においてそのような判示がなされた場合、大合議判決が破棄されたか否かにかかわらず、知財高裁を含むその後の下級審は、大合議の一般論は最高裁の採用するところとはならなかったという理解の下で、当該最高裁判決の事例判決としての射程に留意しつつ、大合議に囚われることなく、裁判例を蓄積していくことが期待される。そのような将来の裁判例の進展を可能としたというところに、上告を受理し、あえて事例判決を下した本件の二つの上告審判決の意義を見出すことができよう⁷¹。

第二に、両判決の判断の論旨が共通している点について。

第一事件控訴審判決と第二事件控訴審判決は、前述したように、相当に異なる一般論を展開しており、それが特許発明や実施行為の類型の違いに起因するのか、それとも後に下された第二事件控訴審判決のほうが(相対的にはであるが)より洗練された要件論となっているのか、という点については議論があった。これに対して、第一事件上告審判決と第二事件上告審判決は、以下に分析するように、ほぼ同様の論旨を展開しており、事例判決ではあるものの、これら二つの事案、つまり「プログラム」の「電気通信回線を通じた提供」(第一事件)⁷²か、「システム」の「生産」(第二事件)が、ネットワークを介して国境を跨いで遂行される事案においては判断基準を違えるものではないとの理解が前提となっていると看取できよう。

そのうえで、原判決の判断に対する評価を示す文言が、第一事件上告審判決では、「原審の判断は、以上と同旨をいうものとして是認することができ」とあるのに対し、第二事件上告審判決では、「以上と同旨の原審の判断は、正当として是認することができ」となっており、後者のほうがより原審の判断に好意的な評価を示す文章となっている。同一の裁判体が同日に同種の事件に対して下した文言であるだけ

⁶⁹ 宮脇正晴 [判批] 法学セミナー826号(2023年)117頁、重富貴光 [判批] 知財管理73巻11号(2023年)1386頁、鈴木將文 [判批] 年報知的財産法2023-2024(2023年)17頁、飯田圭「属地主義と知的財産権の越境侵害」パテント76巻14号23頁(2023年)、駒田/前掲注8・8頁、愛知靖之「米国における特許権の越境侵害」日本工業所有権法学会年報47号(2024年)74~75頁、駒田泰士 [判批] 新・判例解説 Watch35号236~(2024年)237頁、申美穂 [判批] 新・判例解説 Watch35号(2024年)249頁、山内貴博「特許権等の属地性「実務の視点」」日本工業所有権法学会年報47号(2024年)91頁。これに対して、揺れ幅をもたせたとして、その流動性を評価するものに、平嶋竜太 [判批] Law & Technology103号(2024年)41・42頁。

⁷⁰ 他方、大合議が時期尚早的に具体的な要件論を展開してしまった場合に最高裁がとりうる方策としては、いわゆるスタンダード型の判断を下すという対応がありうることにつき、田村/前掲注66 法曹時報1248~1250・1259~1261頁 [同・前掲注66 知財の理論258~260・267~268頁所収]。

⁷¹ 田村善之 [発言] 田村善之ほか「[座談会] 知的財産高等裁判所20周年の回顧と展望」知的財産紛争の最前線(Law & Technology 別冊)11号(2025年)27~28頁参照。

⁷² 第一事件上告審判決は、プログラムの「電気通信回線を通じた提供」に加えて、特許法101条1号の「譲渡等」も対象としているが、同号にいう「譲渡等」は定義上、「譲渡及び貸渡しをいい、その物がプログラム等である場合には、電気通信回線を通じた提供を含む」(同法2条3項1号)のものであり、本件では、文脈上、プログラムが端末にインストールされることによって、特許発明のクレームに該当する装置が生産されることが問題とされているから、ここでも問題となっている行為はプログラムの「電気通信回線を通じた提供」である。

に、この書分けは意図的なものであると推察してよいであろう。そうだとすると、本件の裁判体は、第二事件控訴審の大合議判決のほうをより「正当な」と評価していることになる⁷³。

(iii) 判断手法

このように、本件の上告審判決はいずれも事例判決と目されるが、その事案への当てはめの仕方から、いかなる判断手法を採用しているのかを検討してみよう。

ところで、本件の原判決のうち、相対的にはより洗練されたものと評価され、おそらく本件の上告審の裁判体もそのように解していると思われる大合議の判断基準は、①当該行為の具体的な態様に照らし、②当該システムを構成する各要素のうち国内に存在するものが当該発明において果たす機能・役割、③当該システムの利用によって当該発明の効果が得られる場所、④その利用が当該発明の特許権者の経済的利益に与える影響等を総合考慮するというものであった。そこで、以下では、二つの上告審判決の説示をこの大合議の説く判断基準と対比することで、両上告審判決の判断手法の特徴をあぶり出すことを試みたい。

さて、第一事件上告審判決の当てはめは以下のとおりである。

「本件配信は、本件各プログラムに係るファイルを我が国の領域外のサーバから送信し、我が国の領域内の端末で受信させるものであって、外形的には、その行為の一部が我が国の領域外にあるといえる。しかし、これを全体としてみると、本件配信は、我が国所在の端末を使用するユーザが本件各サービスの提供を受けるため本件各ページにアクセスすると当然に行われるものであり、本件各サービスは、本件配信により当該端末にインストールされた本件各プログラムを利用することにより、ユーザに、我が国所在の端末上で動画の表示範囲とコメントの表示範囲の調整等がされた動画を視聴させるものである。これらのことからすると、本件配信は、我が国で本件各サービスを提供する際の情報処理の過程として行われ、我が国所在の端末において、本件各プログラム発明の効果を当然に奏させるようにするものであり、当該効果が奏されることとの関係において、前記サーバの所在地が我が国の領域外にあることに特段の意味はないといえる。そして、被上告人が本件特許権を有することとの関係で、上記の態様によりされるものである本件配信が、被上告人に経済的な影響を及ぼさないというべき事情もうかがわれない。そうすると、上告人らは、本件配信によって、実質的に我が国の領域内において、本件各プログラムの電気通信回線を通じた提供をしていると評価するのが相当である。」

また、第二事件上告審判決のそれは以下のとおりである。

「本件配信は、プログラムを格納したファイル等を我が国の領域外のウェブサーバから送信し、我が国の領域内の端末で受信させるものであって、外形的には、本件システムを構築するための行為の一部が我が国の領域外にあるといえるものであり、また、本件配信の結果として構築される本件システムの一部であるコメント配信用サーバは我が国の領域外に所在するものである。しかし、本件システムを構築するための行為及び本件システムを全体としてみると、本件配信による本件システムの構築は、我が国所在の端末を使用するユーザが本件各サービスの提供を受けるため本件各ページにアクセスすると

⁷³ 以上、飯田圭弁護士からのご教示に基づく。

当然に行われるものであり、その結果、本件システムにおいて、コメント同士が重ならないように調整するなどの処理がされることとなり、当該処理の結果が、本件システムを構成する我が国所在の端末上に表示されるものである。これらのことからすると、本件配信による本件システムの構築は、我が国で本件各サービスを提供する際の情報処理の過程としてされ、我が国所在の端末を含む本件システムを構成した上で、我が国所在の端末で本件各発明の効果を当然に奏させるようにするものであり、当該効果が奏されることとの関係において、前記サーバの所在地が我が国の領域外にあることに特段の意味はないといえる。そして、被上告人が本件特許権を有することとの関係で、上記の態様によるものである本件配信やその結果として構築される本件システムが、被上告人に経済的な影響を及ぼさないというべき事情もうかがわれぬ。そうすると、上告人は、本件配信及びその結果としての本件システムの構築によって、実質的に我が国の領域内において、本件システムを生産していると評価するのが相当である。」

第一に、大合議の四つの基準のうち、①の具体的な態様に照らし判断するということは、全体の作業を通じての心構えであり、具体的な行為態様に着目する両上告審判決と、その態度において変わるところはないと目される。

第二に、②の当該システムを構成する各要素のうち国内に存在するものが当該発明において果たす機能・役割を斟酌するという項目に関しては、両上告審判決にあっては次に述べる技術的効果を斟酌する際に関連する説示がなされていると読めなくもないが、少なくとも技術的効果の項目とは明示的に切り分けた形での検討がなされているわけではない。この点は、大合議が②の考慮要素の前提として、被疑侵害行為中、クレームに対応する要素の少なくとも一部が国内で実施されていることを要求していると推察されるのに対し、両上告審判決は必ずしもそうではない（ゆえに、②の要素を明示的な考慮項目としていない）ということに関連する。両判決の射程のところで後述するところを参照されたい。

第三に、③の技術的効果に関しては、大合議判決、両上告審判決、さらにいえば第一事件控訴審判決の全ての判決が、特許発明の技術的効果が被疑侵害行為において国内で発揮されていることを斟酌している。特許発明の技術的効果をいかにして特定するかという手法について、両上告審判決の語るところは少ないが、原判決はいずれも明細書の記載に従って特許発明の効果を特定している。

そのうえで、具体的な当てはめとしては、両判決とも、発明の技術的効果が国内に所在するユーザ端末のところでも発現するものであり、サーバの所在地が日本の領域外にあることによって左右されるものではないことを斟酌し、技術的効果は日本国内で発揮されるものと帰結している。

第四に、④の経済的影響に関しては、大合議も、両上告審判決もともに考慮要素に掲げているが、その判断手法に関しては、大合議と上告審とは様相を異にするところがある。

すなわち、大合議は、経済的影響に関して、「その国内における利用は、控訴人が本件発明 1 に係るシステムを国内で利用して得る経済的利益に影響を及ぼし得るものである。」と説いていた。そこでは、具体的に特定されているわけではないものの、「控訴人が本件発明 1 に係るシステムを国内で利用して得る」という文言からして、特許権者が自ら特許発明に係るシステムを利用したビジネスを展開していることを積極的に考慮していると推察することができる説示であった⁷⁴。

これに対して、両上告審判決の経済的影響に関する説示は、「被上告人が本件特許権を有することと

⁷⁴ 第二事件控訴審では、当事者は、別争点に関してではあるが、ともに原告が「ニコニコ動画」というサービスを提供していると主張していた。

の関係で、上記の態様によりされるものである本件配信が、被上告人に経済的な影響を及ぼさないというべき事情もうかがわれぬ(第一事件上告審)、「そして、被上告人が本件特許権を有することとの関係で、上記の態様によるものである本件配信やその結果として構築される本件システムが、被上告人に経済的な影響を及ぼさないというべき事情もうかがわれぬ(第二事件上告審)」というものであり、経済的な影響は、積極的な考慮事情としてではなく、むしろ、経済的な影響がないというべき特段の事情がない限りは原則として肯定されると扱っているように読める⁷⁵。

以上、結論として、両上告審判決は、ネットワークを介することにより被疑侵害行為(の少なくとも一部)が国外で実施されているとしても、被疑侵害行為によって奏される特許発明の技術的効果が国内で発揮されているのであれば、特許権者に経済的な影響を及ぼさないというべき特段の事情がない限り、「全体として見て、実質的に我が国の領域内における」実施行為がなされたと評価することにより、日本の特許権と抵触しうる、という判断手法を採用していると理解することができよう。

(iv) 射程

1) 序

以上の検討を踏まえて、両上告審判決の射程について検討してみよう。

具体的な事案に鑑みる場合には、両事件とも、第一に、プログラムの「電気通信回線を通じた提供」も、システムの「生産」も、日本国内に所在するユーザの端末装置において完遂されたという事件で、その生産が日本国内に所在する端末装置において完成すると認定された事案であった。第二に、特許発明の技術的特徴である効果は、端末装置の表示において発現していた。第三に、被疑侵害行為により端末装置の表示に接するユーザが本件特許発明の効果を楽しんだ結果、国内に所在するユーザ向けにインターネットを介した動画提供サービスを展開する特許権者の経済的利益に影響を与えている⁷⁶、という事案であった。つまり、特許発明の構成要件という観点からも、特許発明の効果という観点からも、特許権者の経済的影響の観点からも、三拍子揃って、いずれの点においても内国牽連性を認めることができるという事案であった⁷⁷。

したがって、本件は、たしかに特許発明の構成要件の一部を構成するサーバが国外に位置しており、そこからの送信行為も国外から行われていたという意味で、属地主義との関係が取り沙汰され、まさにその点が仇となって原判決では侵害が否定されたわけであるが、ひとたびインターネットにおいては属地主義を過度に厳格に解する必要がないという立場に与した以上は、属地主義を緩和し日本法の適用を認めることができるイージー・ケースであったと評することができよう。今後は、三つの要素の一つ以上を欠いた場合に、属地主義はどこまで緩和されるのかということが争われていくものと思われる。

以下では、発明の種類、被疑侵害行為の種類、国境を跨いでいるか否かの見極め、一部国内実施の要否、技術的効果、経済的影響の5点に分けて、両上告審判決の射程を検討する。

⁷⁵ 横溝大 [判批] 有斐閣 Online ロージャーナル L2503013 (2025年) ¶12、鈴木/前掲注7ジュリスト 66頁。

⁷⁶ 前述注74参照。

⁷⁷ 大鷹一郎 [判解] 前掲注58三村古希 26頁。

2) 発明の種類

第一に、特許発明の種類が射程に影響するの点について。

大合議判決は、その一般論を、「ネットワーク型システムの発明」を前提とするものであるかのようにも読める書き出しの下で展開していた。しかし、本件の二つの上告審判決は特許発明の種類でその説示の対象を限定する構えを見せていない。むしろ、いずれも、被疑侵害行為に焦点を当て、それがネットワークを介して、国境を跨ぐ形で実現されていることを問題視している。

たしかに、特許発明が「ネットワーク型システムの発明」でなかったとしても、第一事件がプログラム等の発明であったことが端的に示しているように、被疑侵害行為がネットワークを介して国境を跨いで実現されることはあり、その結果、厳格な属地主義の下では、特許権が容易に潜脱され、その保護に悖る事態を招来しかねない。したがって、大合議のように、一般論を語るうえで「ネットワーク型システムの発明」に限定されるかの如き文言を用いるのは適切とはいえない。特許発明の種類に拘泥することなく、被疑侵害行為がインターネットを介して国境を跨いで行われていることに問題の核心があることを指摘する両上告審の事案のとらえ方が正鵠を射ているといえよう。

そのうえで、両上告審判決の射程を検討すると、両判決が直接扱ったのは、「プログラム」（第一事件）と、「システム」（第二事件）であったが、本件両上告審判決がほぼ同旨の判断を示したことを踏まえれば、両上告審判決は、両者あいまって、「プログラム」と「システム」に係る発明がネットワークを介して遂行される場合一般にその射程が及ぶと解することができる。

ところで、「システム」なる用語は、特許法上の発明の分類ではないこともあって、その外延を定義することは困難であるが、第二事件の「システム」発明は、上告審判決自身によって、「動画及び動画に対してユーザが書き込んだコメントを表示する端末装置と当該端末装置に当該動画や当該コメントに係る情報を送信するサーバとをネットワークを介して接続したシステム」であると特定されており、ネットワークにより接続された複数の装置の複合体であった。そうだとすると、クレーム上の表記が「システム」ではなく、「装置」で閉じられていたとしても、ネットワークにより接続された複数の装置がクレームされている限り、本件の発明とその実質に異なるところはなく、ゆえに、本件の上告審判決の射程が及んでくると理解すべきであろう。

くわえて、「装置」発明のクレーム中にネットワークで接続するという記載がなかったとしても、被疑侵害行為において、物理的な構成要素の全部または一部を国外に置いたうえで、それらをネットワークによって接続することで、「装置」全体として機能させることは可能である。ゆえに、被疑侵害行為に着目して問題設定をなす両上告審判決の射程は、クレーム内にネットワークの表記があるか否かではなく、被疑侵害行為がネットワークを介して国境を越えて遂行される限り、装置発明一般に及んでくると解される。

そして、方法の発明が容易にネットワークを介して国境を跨いで実施しうることについてはもはや多言を要しないであろう。

結論として、発明の種類は、両上告審判決の射程を限定することにはならないと解される。

3) 被疑侵害行為の種類

他方、被疑侵害行為に関しては、本件がいずれもインターネットを介する行為が問題となった事件で

あったこと、そして、説示としても、両上告審判決が、電気通信回線を通じて容易に国境を越えることができることを問題の背景として強調していることに鑑みると、両判決の射程は、被疑侵害行為がネットワークを介して遂行される場合に及び、またそれに止まると解される。

むしろ、問題は、ネットワークを介して遂行される被疑侵害行為全般に両判決の射程が及ぶのかということである。

まず、両上告審判決が直接扱ったのは、「電気通信回線を通じた提供」（第一事件）と、「生産」（第二事件）が、ネットワークを介して国境を跨いで遂行される事案であった。ゆえに、両判決の射程は、ネットワークを介して遂行される「電気通信回線を通じた提供」や「生産」一般に及ぶと解される。

他方、ネットワークを介して遂行される行為が、プログラムやシステムの「使用」「譲渡」「貸渡し」である場合に関しては、これらの行為に触れることがない両上告審判決をして⁷⁸、そこまで射程が及んでいると解することは困難であろう。とはいえ、まず、「使用」についていえば、ネットワークを介して遂行される場合、「電気通信回線を通じた提供」とは境を接している。たとえば、本件を例にとると、動画配信サービスにおいてユーザにプログラムを配信したうえで相手方の端末での表示を実現する場合には「電気通信回線を通じた提供」に該当するが、同じく動画配信サービスにおいて相手方に配信することなく、自己のサーバのほうでプログラムを利用してユーザの端末で表示がなされるように仕向ける場合には「使用」になるのだろう⁷⁹。しかし、いずれの場合でも、技術的效果が端末で発現していることには変わりはなく、ゆえに、行為の特許権者に与える影響も選ぶところがない。技術的效果と経済的影響に着目する両上告審判決は、射程が及ぶとまではいえずとも⁸⁰、大いに参考とされることになる。

「譲渡」、「貸渡し」についていえば、これらの行為が物理的な媒体の占有の移転を伴う場合であれば当該媒体の所在地という別途の考慮も必要となろうが⁸¹、ネットワークを介して遂行される場合には、「電気通信回線を通じた提供」と区別することは困難であり、それがゆえに特許法2条3項1号括弧書きは「プログラム等」についてこれら三つを一括りとして「譲渡等」という表現を用いたと理解できる。むしろ、ネットワークを介してプログラム等が提供される場合には、「譲渡」「貸渡し」という概念を用いることなく、「電気通信回線を通じた提供」に一元化し、特許法2条3項1号が規定する「プログラム等」の「譲渡」、「貸渡し」は媒体の所有権や占有の移転を伴う場合に限る趣旨であると理解してしまったほうが、無用の混乱を避けるという意味で望ましいように思われる⁸²。だとすれば、少なくともネットワークを介してプログラムがユーザに供される行為について、関係者がそれを「譲渡」、「貸渡し」と表現していたとしても、特許法的には「電気通信回線を通じた提供」であり、本件の問題に係る取扱いが変わるところがないと理解すべきであろう。ただ、このように解するか否かということの判断がなお必要である以上、両上告審判決の射程は及んでいないと解さざるをえないとしても、これはまた大い

⁷⁸ 第一事件上告審判決が「譲渡等」に言及している趣旨につき、前述注72。

⁷⁹ なお、参照、平嶋竜太／中山信弘＝小泉直樹編『新・注解特許法（上）』（第2版・2017年・青林書院）49頁。

⁸⁰ ここで、最高裁判決の「射程」が及ぶという場合には、その解釈が最高裁の判例法理となる、つまり先例拘束性を有するという意味で論じており、ゆえに、後に最高裁が当該解釈を変更する判断を判例法理として下す場合には、大法廷の開催を要するもの（裁判所法10条3号）という意味で用いている（同様の用法として、飯村敏明「商標の類否に関する判例と拘束力―最判昭和43年2月27日判決を中心にして」Law & Technology52号51頁（2011年））。

⁸¹ 参照、前田健「IoT時代における国境をまたぐ特許権侵害」パテント78巻3号（別冊31号）（2025年）65頁。

⁸² 平嶋／前掲注79・49～50頁の問題意識も参照。同様の理は、「輸出」、「輸入」にも妥当し、媒体の所有権や占有の移転を伴わない、ネットワークを介したプログラム等の提供はこれらの概念には含まれないと解したい（「輸出」について、参照、平嶋／前掲注79・51～52頁。「輸入」について反対し、むしろネットワークを介した提供の場面での活用を推奨するものとして、山内／前掲注69・93～94頁）。

に参考にされるべきものとする。

以上に対して、両判決が示した法理は、あくまでもネットワークに関連する行為を扱うに止まるから、ネットワークを介することのない事案、たとえば有体物が国境を跨いで提供される事案には影響しない⁸³。その場合には、むしろ（その当否はともかく）、前掲最判〔FM 信号復調装置〕の射程が直接及んでくることになる⁸⁴。

4) 国境を跨いで遂行されているか否かの見極め

第三に、被疑侵害行為（の少なくとも一部）が国外でなされており、ゆえに本判決の判断手法を用いる必要があるか否かの見極めに関して。

第一事件上告審判決は、「プログラム」の「電気通信回線を通じた提供」と属地主義の関係を扱っている⁸⁵。他方、装置の「生産」に関しては、間接侵害の起点となる直接侵害行為として言及されているに止まり、それ自体に属地主義との関係を論じるような渉外的な要素があることを前提とする検討はなされていない。これに対して、第二事件上告審判決は、「システム」の「生産」と属地主義との関係を扱っている。同じ「生産」について取扱いが分かれているが、これは第一上告審が受理した上告理由⁸⁶が「生産」を問題にしていなかったからと理解することができる。

もっとも、特許発明のクレームの構成要件に照らすと、第一事件の「装置」クレームは、クレームの構成要件中に被疑侵害行為にあつては国外に所在するサーバや方法的な記載がなく、ゆえに「生産」に関する従前の裁判例の基準に鑑みれば、純粋に国内の端末のところだけで装置が「生産」されたと解することができる事案であった⁸⁷。他方、第二事件の「システム」クレームは、その構成要件中にサーバが

⁸³ 両上告審判決がともに、前掲最判〔FM 信号復調装置〕を引用する上告理由に係る主張を、「本件に適切でない」として退けていることもこのことを示唆する（横溝／前掲注 75〔13〕）。

⁸⁴ 従前の裁判例では、電着画像の形成方法においてクレームの構成要素の最終工程である時計文字盤への電着画像の貼付行為が、被疑侵害者が製造販売した時計文字盤等用電着画像（＝被疑侵害製品）を購入した文字盤製造業者によってなされるという事案で、国内販売された被疑侵害製品に関しては、いわゆる道具理論により、被疑侵害者は文字盤製造業者を道具とした直接実施をなしていると評価して特許権侵害を肯定しつつ、国外に輸出され、国外で文字盤製造業者により購入された被疑侵害製品に関しては、国内で方法の特許発明の全工程を実施したことにならないことを理由に、属地主義の原則に照らして特許権侵害を否定した判決がある（東京地判平成 13.9.20 判時 1764 号 112 頁〔電着画像の形成方法〕）。

しかし、国外で直接実施がなされており、その直接実施に対して間接侵害に該当する行為が国内でなされていたという事案であれば、特許発明に係る技術的思想の効果が発揮された直接実施がなされた地の特許法で処理すべきであるが（そのような処理をなした事件として、大阪地判平成 12.10.24 判タ 1081 号 241 頁〔製パン器〕）、この事件のように国外でも直接実施（＝全工程）をなした者がいないとすると、この判決の理屈の下では、特許発明に係る技術的思想が利用されているにもかかわらず、世界中のどこでも侵害が成立しないということになりかねない。ネットワーク介在型の事例ではないために、本件の両上告審判決とは無関係であるが、柔軟に属地主義を運用するという発想の下では、異なる結論が採用される可能性は十二分にありうるだろう（駒田泰士〔判批〕法学教室 538 号（2025 年）41 頁）。たとえば、発明の技術的効果が日本国内ですでに発現するのであれば（e.g. 工程を節約するところに技術的効果がある場合）、日本の特許権侵害を肯定する、発明の技術的効果が外国で発現するのであれば（e.g. 強固に画像を固着するところに技術的効果がある場合）、当該外国の特許権侵害の成否の問題となるなど。

なお、少なくとも日本の特許権侵害の問題とされた場合には、さらに複数主体による実施行為が別途、問題となることにつき、後述注 95～96 に対応する本文を参照。

⁸⁵ 第一事件上告審判決の判文中の「譲渡等」の意義につき、前述注 72。

⁸⁶ 第一事件上告審は、上告理由を「所論は、本件配信は、我が国の領域外からするものであるから、特許権についての属地主義の原則に照らし、我が国の特許権の効力が及ぶ行為に当たらないというべきであるのに、これが特許法 2 条 3 項 1 号にいう『電気通信回線を通じた提供』及び同法 101 条 1 号にいう『譲渡等』に当たるとした原審の判断に法令の解釈適用の誤り及び判例違反があるというものである。」とまとめている。

⁸⁷ 詳細は、前述注 86 を参照。

含まれており、ゆえに被疑侵害行為においてクレームの一部が国外で実施されていることが明らかな事例であった⁸⁸。したがって、少なくとも第二事件に関しては、第一事件の「装置」に関して国内事件として取り扱う上記の法理を用いることはできない。クレームの「システム」の構成要件の一部が、サーバからの送信が領域外からなされていることを理由に、属地主義や前掲最判〔FM 信号復調装置〕との関係を問題にした第二事件上告審判決は正鵠を射た取扱いをなしていると理解できる。

もちろん、以上の点は、両上告審判決が明示的に取り扱っているものではなく、ゆえに両判決の射程が及ぶ事項ではないが、被疑侵害行為において、国内に所在する端末装置がネットワークにより稼働しているとしても、クレーム内に特定されている装置の構成要素は全て国内に所在しており、またネットワークによる接続を示す方法的な記載もない場合には、両上告審判決の法理を用いる必要がない、純粹の国内事件として扱われる可能性があることに留意する必要がある。

5) 一部国内実施の要否

第四に、被疑侵害行為中、クレームに対応する部分の少なくとも一部が国内で実施されていることを必要とするか否かについて。

大合議判決は、被疑侵害行為において、どの時点でシステムの「生産」が完成するのかということのパブリックコメントの争点としたうえで、判文中でも長文をもって吟味しており、被告ファイルがユーザの端末装置に受信された時点でシステムの「生産」が完成すると認定したうえで、この②の考慮要素の具体的な当てはめにおいて、「生産」のなかで受信が国内で完成しており、その受信が特許発明の各構成要件のなかでどのような役割・機能を果たしているのかということに相応の字数を割いていた。これらの事情に照らすと、特許発明の構成要件の一部たりとも日本国内に所在していたり、遂行されていたりしない場合には、属地主義を緩和することはできない、というのが、大合議の立場であったと推察するのが、素直な解釈といえよう^{89 90}。

他方、両上告審判決の判文は、いずれも「本件配信は、・・・外形的には、・・・行為の一部が我が国の領域外にあるといえる」こと、つまり、裏を返せば、行為の一部が日本の領域内にあるといえる事案

⁸⁸ なお、第二事件における「システム」に関して、日本国内のユーザが「使用」した後直ちに消滅し、日本国外で「使用」される可能性がおよそ存在しないことを理由に、そのようなものまで「生産」に該当すると判断することに疑義を呈するものとして、前田／前掲注 81・64 頁。これは、国外に所在するサーバとネットワークを介して接続している間だけ現存する一時的な存在を実現することで「生産」に該当するというべきなのかという問題意識（紋谷崇俊〔発言〕水谷ほか／前掲注 58・56 頁）と共通しているといえよう。

もっとも、日常用語との乖離はともかく、法的にどこが問題かということは、法的効果に鑑みて考察していく必要がある。たとえば直接侵害が「使用」であるか「生産」であるかという区別は、物の発明の間接侵害の成否に影響するが（前者であれば間接侵害は成立しない）、物の発明の「使用」に関する間接侵害を認めない理由が、間接侵害となる外延が不明確となることを防ぐところにあるのだとすると（参照、田村＝清水・前掲注 23・183 頁）、一時的な存在とはいえ、クレームによって特定された構成を（大阪地判平成 24.9.27 判時 2188 号 108 頁〔ピオグリタゾン〕で問題となった併用薬のように観念的に結び付けるのではなく）物理的に結び付けている以上、外延が不明確となるとまではいえないように思われる（併用薬については、田村善之＝時井真＝迎迎明洋『プラクティス知的財産法 I 特許法』（第 2 版・2024 年・信山社）42～43 頁、橋雄介〔判批〕知的財産法政策学研究 46 号（2015 年）315～328 頁）。

⁸⁹ 〔判解〕Law & Technology102 号（2024 年）68 頁、駒田／前掲注 8・8 頁。

⁹⁰ ただし、何でもよいからその一部が日本国内にあればよいという立場であったわけではない。列挙された考慮事情の二番目に国内に存在する部分が特許発明において果たす機能・役割が掲げられているから、サーバの内部の構造や送信の効率性を図るなど、国外の構成要件だけで特許を取得しうるなどのために国内の要素が新規性や進歩性の獲得に役立っていない場合などを想定することができる。そのような場合、クレーム・ドラフティングによって国内の端末装置などを付加したとしても、その一事をもって日本の特許法の適用が肯定されることにはならないと解される。

であったということに言及してはいるものの、その前提がなかった場合に、日本の特許権の侵害が認められなくなると説いているわけではない。たしかに、次に述べる技術的効果を吟味する際に、サーバの所在地が国外にあることにはさしたる意味がない反面、それとは裏腹に日本国内の端末で発明の効果を奏していることを指摘しているものの、それはあくまでも技術的効果が日本国内で発揮されているか否かを検討するための説示でしかなく、クレームの少なくとも一部が国内で実施されていることを積極的に認定しているとまではいいがたい。

このように見てくると、両上告審判決は、一部の実施行為が国内でなされていることは要件と考えていないように読めてくる。もっとも、明言していない以上、将来の裁判例が一部国内実施を要件としたとしても、本判決の射程に反するとまではいいがたい。この点は、本判決が事例判決であることの意義の一つであるといえよう。

6) 技術的効果

第五に、被疑侵害行為において特許発明の技術的効果が発現している地を勘案することについて。

具体的な当てはめにあっては、両事件ともに発明の技術的効果が端末において発揮されるものであり、サーバの所在地がどこであるかということは効果に影響しないというものであったがゆえに、両上告審判決はともに技術的効果は日本国内で発現していると評価している⁹¹。そうすると、本件とは逆に、たとえばサーバの効率性を高める発明などのように、端末ではなくサーバに特徴がある場合には、むしろサーバの所在地をして技術的効果が発現する場であると捉えられることになるだろう。

7) 経済的な影響

第六に、経済的な影響に関しては、両上告審判決が、特段の事情がない限り、特許権者に経済的な影響があると読める説示をなしており、大合議のような、特許権者が具体的に国内で展開しているビジネスに対する影響を斟酌するかの如き説示を回避した点に鑑みれば、両判決は、本件と異なり、特許権者が日本国内で特許に係るビジネスを展開していなかったとしても、経済的な影響は充足されると解しているのだと推測される。ゆえに、自らは特許発明を実施する見込みがないとしても、ライセンス料を收受する機会が侵害行為によって奪われているという経済的な影響でも足りる、ということになるだろう⁹²。さもないと、個人発明家などにおいて定型的に日本の特許権の保護を否定することになりかねない。

それでは、特段の事情がいかなる場合に満たされ、日本の特許権の侵害が否定されるのかということが問題となるが、たとえば、被疑侵害行為に係るサービスがもっぱら国外市場に向けられており、日本にユーザがいないわけではないとしても微々たるものに止まる場合などが考えられよう。

⁹¹ ちなみに、両上告審判決は本件における技術的効果に関する結論を述べるに止まるが、原判決はいずれも明細書の記載に従ってこれを特定していた。特許権の保護が発明とその出願による公開に対して付与されるものであることと、発明に係る技術的思想の利用を具現するのは当業者であることが大半であることに鑑みると、特許発明の技術的効果が何であるのかということは、明細書の記載に従って、クレームに係る発明の構成から発揮されると当業者が理解する効果をもって特定すべきであろう。そのように解することが、日本の特許権侵害となるか否かに関する関係者の予測可能性を確保することにも資する。今後は、原判決の判断手法を特に異としなかった両上告審判決の趣旨を付度した判断が望まれる。

⁹² 第二事件控訴審判決に関し、田村／前掲注 55・16～17 頁、重富／前掲注 69・1387 頁。

8) 複数主体による実施との関係

既述したように、第一事件の控訴審判決では被疑侵害行為である「電気通信回線を通じた提供」を被告が単独で実施していることについては争点となっていなかったが、第二事件の控訴審判決では、特許発明にかかるシステムの「生産」が、物理的にはユーザ端末に表示された時点で完遂するために、その行為主体がプログラム等を送信したサービス提供者である被告 FC2 なのか、それともユーザなのかということが問題となった。この点に関し、大合議は、被告システムを生産した主体について、被告 FC2 が管理するサーバがファイルを送信しており、また、ユーザ端末がこれを受信することは、ユーザの別途の操作を解することなく、被告 FC2 がサーバにアップロードしたプログラムに従って自動的になされ、それにより被告システムが新たに作り出されたことを理由に、生産主体はユーザではなく被告 FC2 である旨を判示した⁹³。複数主体による共同実施の問題についていわゆる道具理論が採用されたのである⁹⁴。このように原判決においてすでに規範的には単独の行為主体の事件であると整理されているからであろう、第二事件が物理的には複数主体による実施がかかわる事案であったことは、最高裁の判決のなかで特に言及が見られない。

この点に関しては、第一事件の控訴審判決は、問題となる提供の制御が日本国の領域内で行われているか否かということ、日本国内における実施行為と評価しうるか否かを決する際の考慮要素として明示していたので、行為者が誰であり、その者がどこに所在しているかということが国内実施であるか否かを評価するための重要な要素たりえるところであった。しかし、インターネットは至るところから制御可能であることに鑑みると、発明の効果が制御側にあるような場合（その場合には、最高裁でも技術的効果を斟酌する際にその種の事情を考慮しうる）を除けば、重視する必要はないと思われる。第二事件の控訴審である大合議判決や、第一事件・第二事件の最高裁判決が、この種の事情を考慮要素として掲げなかったことは至当な判断であったといえる⁹⁵。

このような本稿の見立てが正しいとすると、属地主義に関して日本国内の実施行為であると評価するか否かという場面では、行為主体が誰であったのかということはその判断に影響することはない。そうすると、属地主義の論点においては、行為主体が誰であったのかということはひとまず脇に置いて、行為に着目して、日本国内の実施行為であると評価できるか否かを判断し、そのうえでいざ日本国内の実施行為であると評価された暁には、次の段階の話として、複数主体による実施に関する問題を、他の純粋国内事件におけるその扱いと同様に処理していけばよいと考える。

複数主体による実施の処理自体についてはすでに別稿で検討しているところであるので、そちらに譲り⁹⁶、以下、本稿では、独立した問題として論じることが判明した、ネットワークを介在して国境を跨ぐ行為と属地主義との関係に焦点を絞って考察する。

⁹³ 詳しくは、田村／前掲注 55・6 頁を参照。

⁹⁴ この法理を採用した東京地判平成 13.9.20 判時 1764 号 112 頁 [電着画像の形成方法] の紹介とともに田村善之「複数主体の分担による特許権侵害の行使について」『多様化する知的財産権訴訟の未来へ』（清水節古希・2023 年・日本加除出版）343～356 頁。

⁹⁵ 田村／前掲注 1・241～242 頁。愛知靖之 [判批] 法学論叢 192 巻 5=6 号 (2023 年) 293～294 頁も参照。

⁹⁶ 参照、田村／前掲注 94・343～356 頁。

(5) 考察

最後に、被疑侵害行為⁹⁷がネットワークを介して国境を跨いで遂行される場合に関する筆者の立場を示しておこう⁹⁸。

第一に、被疑侵害行為において特許発明に係る技術的思想の効果が日本国内で発現されているのであれば、原則として、日本の特許法を適用すべきであるとする⁹⁹。

特許法が特許発明を市場において利用する機会を排他的に特許権者に決定させる仕組みを採用した究極の趣旨は、技術的思想の創作に対するフリー・ライドを過度に放任していた場合には創作に対する過小投資を招来しかねないということにあるのだから、技術的思想がどこで享受されているのかということが、特許権者に排他権を保障すべき地を決定するに当たって致命的な事項となると解されるからである。そして、本件特許発明のように、表示の仕方など国内のユーザの端末装置が受信した時点で特許発明の技術的特徴を組成する効果が発現する場合には、端末装置や受信がクレームの構成要素に含まれていないとしても、特許発明に係る技術的思想が国内で実現されている以上、日本の特許権侵害の責任を論じるべきである^{100 101}。

⁹⁷ 以下の議論は、ネットワークを介して国境を跨いで遂行される行為全般に及ぶと考えている。この点については、両上告審判決の射程を吟味する際に前述したところを参照されたい。なお、前田／前掲注 81・61 頁は、一般論として行為類型ごとに考慮要素を違えるべきことを強調するが、具体的には発明が媒体に化体している場合にその理を實踐させており、ネットワークを介する行為に関しては、むしろ技術的效果の発現している地をほぼ一貫して重視している（同 63～65 頁）。

⁹⁸ 前述したように、筆者自身は属地主義の根拠をもっぱら抵触法の適用の結果と捉える立場を採用しているが、本稿は判例評釈という性質上、属地主義の根拠にまで遡った検討は控える。ただし、以下では筆者の立場を前提としているために、実質法としての属地主義というよりは、抵触法としての属地主義に馴染む用語となっているところがある。なお、準拠法の問題として論じる場合、以下に示す見解には、法の適用に関する通則法における位置付けという課題が残っていることは率直に認めざるをえない（田村＝清水・前掲注 23・434～435 頁も参照）。

⁹⁹ 技術的效果の発生地を重視すべきであるとする見解として、鈴木／前掲注 69・17～18 頁（ただし、実施行為の一部が国内でなされていることも要求することにつき、後述注 103 を参照）。

¹⁰⁰ 他方で、被疑侵害行為において特許発明の技術的效果が国外で発現している場合には、少なくとも技術的效果を理由としては、日本の特許権侵害に問うことはできないと考える。たとえば、サーバの構造に関する発明であるとか、サーバ内部の処理の効率性を高める発明において、国外のサーバから国内のユーザ端末に向けて被疑侵害行為がなされる事例などが典型例である。送受信の効率性を高める発明であって、その処理がユーザの端末装置や端末装置における受信とは直接関係ないところで遂行される発明が利用される場合も、これに該当する。これらの場合、日本国内で受信されているのだとしても、特許発明の技術的思想の効果が日本国内で発現していない以上は、日本の特許権侵害を肯定してはならないと考える。この場合、クレーム・ドラフティングによってユーザの端末装置や受信行為までもがクレームの構成要素に含まれていたとしても、技術的思想に変わりはない以上、その理に変わるところはないと解される。なお、技術的效果が日本国内で発現していなくとも、本稿は、被疑侵害者が日本市場に特化した場合には、例外的に日本の特許法を適用してよいと考えているが、その点については本文中で後述するとおりである。

¹⁰¹ 学説では、技術的效果の発生する地を基準とすることに反対し（愛知／前掲注 69・75～76 頁（この立場であることは、第二事件控訴審大合議判決が説く四つの要素のうち、「発明の効果が得られる場所」ではなく、「特許権者に与える経済的影響」を斟酌すべきとするところから看取することができる）、駒田／前掲注 69・237 頁）、特許権者に経済的な影響を与える地を第一義的な基準とする見解も唱えられている（横溝大 [判批] 有斐閣 Online ロージャーナル L2212005（2022 年）16 頁（「国内市場に実質的な影響を与えている場合」に日本の特許法 2 条 3 項 1 号にいう「実施」があったと評価すべきであるとする）、同／前掲注 3・107 頁、愛知／前掲注 69・76 頁（「特許発明に対する需要（投下資本回収等の機会）」が奪われた、あるいはそのおそれが生じた地（加害行為の結果が発生した地・「市場地」）、同／前掲注 23・273～276 頁、駒田泰土「特許権の属地性—ドイツ法の現状からみえてくるもの」日本工業所有権法学会年報 47 号（2024 年）53～54 頁（「市場地（最終需要地）」など）。一般に「市場地」説などと呼ばれている見解である。

しかし、第一に、クレームと明細書という手がかかりがある技術的效果に比べて、経済的な影響が生じる地というのは、広汎かつ曖昧にすぎると思われる（山内貴博『国境を跨ぐ侵害行為』に対するあるべき規律—実務家の視点から— IP ジャーナル 2 号（2017 年）13 頁、鈴木／前掲注 3 パテント 10～11 頁、前田／前掲注 81・57 頁。反対、駒田／前掲注 8・10～11 頁、同／前掲学会年報 53 頁）。もっとも、これは後述するように、単に経済的な影響が生じたというに止まらず、行為態様を加味することで、法の適用に関する予測可能性を欠くような事態を避けることができよう。

ただし、このように第一義的には技術的効果の発現地の法の問題とすべきであるとしても、例外的に経済的影響を考慮して異なる選択をすべき場合がある。

例外のその一は、日本国内で技術的効果が発現していることは否めないものの、被疑侵害行為が主として他国の市場に向けられているために、日本国内における経済的な影響が僅少なものに止まる場合には、被疑侵害行為者の予測可能性と行動の自由を確保するために、日本の特許権侵害は否定すべきである。この種の事例についてまで日本の特許権侵害を肯定してしまうと、結果的に、世界中の国々の特許権をクリアすることを迫られることになりかねず、過大な負担を課されることになる反面、例外的な事例で保護を享受しえなくなったとしても、発明と公開のインセンティブを過度に削ぐことにはならないと考えるからである。具体的には、被疑侵害行為が日本国内ではごく限られた者しか理解しえない言語でサービスを提供するものであるなどのために、当該サービスを享受する日本国内のユーザ数が微々たるものに止まる場合であるとか、被疑侵害者がジオ・ブロッキングを用いる等により、日本国内へのサービスの提供を回避する合理的な努力をなしているにもかかわらず、一部の国内ユーザがこれを迂回して日本で技術的効果を享受している場合などを想定することができる。

例外のその二は、逆に、技術的効果が日本国内で発現していないとしても、被疑侵害者が日本市場に特化した行為をなしている場合には、日本の特許法を適用してよいと考える。そのような場合には、被疑侵害者の予測可能性を確保する必要がない反面、意図的である分、無視しがたい経済的な影響が特許権者に生じる可能性があり、保護の必要性が高まるからである。たとえば、特許発明はサーバ内部の処理効率を高めるものであるために、日本国内のユーザ端末に送信されているとしても、日本国内で技術的効果が発現しているとはいいがたいが、被疑侵害者が日本語を使用するなど、主たる市場を日本とす

第二に、そもそも特許発明の技術的効果が発現している以上、特許発明の実施に対する需要を利用する機会を特許権者に与えるというのが特許法の仕組みなのであって、当該発明自体に対するライセンス市場を視野に入れる場合には、技術的効果が発現している地において、特許権者に何がしかの経済的影響はある、というべきである。何となれば、被疑侵害行為に特許権が及ぶのであれば、まさに被疑侵害者からライセンス料を収受しえるはずだといえるからである。もちろん、これはトートロジーではないかという批判はありえようが、それを発明の効果が日本国内で発現しているにもかかわらず、いまだ特許権者が日本国内では競合するサービス等を提供していないという理由で日本の特許権の保護を否定してしまつては、特許発明に係る技術的思想は利用されているにもかかわらず、どの国の特許権の保護をも受けることができないという事態を招来しかねない。それは特許法の趣旨に反する帰結であるといえよう。

なお、愛知／前掲注 23・273～274 頁、同／前掲注 95・279～280 頁も、特許制度の趣旨に着目しつつ、しかし、結論として「特許発明に対する需要」がなされた地に着目する立論を展開しているが、そこでは、本稿と異なり、特許発明に係る技術的思想が具現化された製品やサービスに対する需要者の需要を「特許発明の需要」と観念しているようである。その結果、「生産」の処理にやや苦勞することになり、「生産」行為は直接に需要を直接奪うものではないが、いったん「生産」がなされると、将来、「譲渡」や「使用」など、特許発明の需要を直接奪う行為が行われおそれがあるから、予備的に規律するのだと説明している（この点に関しては、國分隆文「いわゆる属地主義の原則と『実施』に関する試論」『多様化する知的財産権訴訟の未来へ』前掲注 94 清水古稀 399～400 頁、前田／前掲注 81・61 頁も同旨）。これに対して、本稿が「特許発明に対する需要」というとき、それは特許発明に係る技術的思想に対する需要そのものを指している。「生産」行為自体も技術的思想を利用するものであって、そのように技術的思想を利用すること自体が需要なのである（たとえば、生産効率を高める構造の装置に係る発明であれば、譲渡を待つことなく、生産の時点で技術的効果が発現し、その生産の時点における技術的効果を欲してライセンスがなされるのであるから、そこですでに特許発明に対する需要を観念しうる）。特許法が、それをなしうるか否かを決定する機会を特許権者に排他的に帰属せしめている以上、生産を無断で行えば、ライセンス市場を害することになる（なお、愛知は、「生産」と「使用」を区別しているが、方法の発明の「使用」は、技術的思想を物理的な世界に初めて現出する行為であって、物の発明の「生産」に該当するのではないか、そして実務的にもしばしば同一の技術的思想（たとえば生産効率を高めるための構造や工程）が物クレームとされたり方法クレームとされたりすることがあり、その場合、同一の行為が、かたや「生産」、かたや「使用」に分類されることに鑑みると、愛知説を貫徹するのであれば、両者の区別の意味をより精査することが必要となるように思われる）。こうした説明の違いは、筆者が、特許法の趣旨から特許発明の技術的効果が発揮された地を一義的に重視するのに対し、愛知／前掲注 23・275～276・同／前掲注 95・279～280 頁が、特許法の趣旨から、特許権者に経済的影響が生じる地に着目するという差異に結び付いている。

るサービスを提供しており、主たる市場は日本であると評価しうる場合などを想定できる¹⁰²。

なお、以上を通じて、クレームと抵触する被疑侵害行為の少なくとも一部が国内で実施されていることを、日本の特許権侵害を肯定するための要件とするという見解は、採用すべきではないと考える¹⁰³。たとえば、システム発明ではあるもののユーザの端末装置が省かれる形のクレームであったり、方法のクレームでユーザの受信行為が含まれないクレームであったりしたからといって¹⁰⁴、特許発明に係る技術的思想に変わりはなく、その技術的特徴を形成する効果を日本国内のユーザが享受していることに変わりがない以上¹⁰⁵、日本の特許権侵害に問えないとする理由はないように思われる。さもないと、被疑侵害者は、国外のクラウドを利用するなど、クレームに抵触しないようにサービスを工夫することで、容易に特許権侵害を迂回することが可能となり、特許権者の保護に悖る事態を招来しかねない¹⁰⁶。なるほど、一部国内実施を要求する方策には、侵害回避のためのサーチ・コストを削減することができるというメリットがあることは認められるものの¹⁰⁷、その種のサーチ・コストは技術的效果が日本国内に及んでいる特許権者を適切に保護するためのコストなのであるから、一概に否定的に評価すべきものではない¹⁰⁸。そして、クレームからユーザの端末装置や受信が省かれるように書かれているとしても、インターネットを利用するものである以上、通例、ユーザがその効果を享受しうることは明らかであり、これらの要素がクレームに含まれている場合に比して、予測可能性が有意に低下するとまではいいがたいように思われる。

結論として、被疑侵害行為において特許発明の技術的效果が日本国内で発現している場合には、原則として、日本の特許法が適用される。ただし、例外的に、被疑侵害行為が他国市場に向けられており、日本国内における経済的な影響が僅少なものに止まる場合には、例外的に日本法の適用が否定される。また、技術的效果が日本国内で発現しているわけではない場合にも、被疑侵害行為が日本国内の市場を

¹⁰² 前述したように（注 101）、経済的な影響が発生する地は不明確かつ広汎にわたる危険性があるが、筆者の見解は、被疑侵害者が積極的に日本市場をターゲットにしている場合に絞って、例外的に日本の特許法の適用を肯定する、換言すれば、日本法を適用しても被疑侵害者にとって不意打ちとならないような事案に限って日本の特許権侵害の責任を問うものであるから、批判は免れていると考えている。

¹⁰³ この論点は、現在、立法課題となっている（参照、産業構造審議会知的財産分科会第 54 回特許制度小委員会「特許制度に関する検討課題について」27 頁
(https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/tokkyo_shoi/document/54-shiryuu/01.pdf)。

¹⁰⁴ ユーザの端末装置やユーザの受信行為をクレームのなかに取り込んでしまうと、単独実施者がいなくなり、共同遂行実施の論点に立ち入らざるをえなくなるから、それを防ぐためには、ユーザの端末装置や受信行為は除かれていると理解しうるクレーム・ドラフティングが推奨されている（加藤公延「複数主体により構成される発明の明細書作成に関する実務的一考察—より実効性のある複数主体特許発明の取得への模索・チャレンジ」知財管理 56 巻 4 号（2006 年）580～582 頁）。筆者は、そのようなクレーム・ドラフティングがなされなくとも、共同遂行理論、道具・支配理論、承継的利用の法理を駆使することにより、潜在的な被疑侵害者の予測可能性を過度に害しない範囲で、特許発明の技術的思想が利用されている事例を特許権侵害に問責しうると考えており（田村／前掲注 94・343～359 頁）、また、本文で述べるように、その種のクレーム・ドラフティングがなされていたとしても、属地主義の緩和という点で不利に扱うべきではない、と考えている。

¹⁰⁵ たとえば、本件の発明であっても、結果的にユーザの端末装置で所期の表示がなされるように受信される送信方法であるとか、そのように受信される送信を可能とするシステムである等の形で、ユーザの端末装置自体やユーザの受信行為自体はクレームの構成要件に該当しないと解釈しうるドラフティングがなされることがありうる。

¹⁰⁶ 駒田／前掲注 8・8・11 頁、前田／前掲注 81・58 頁。

¹⁰⁷ 長澤／前掲注 103・77～78 頁。参照、産業構造審議会知的財産分科会第 51 回特許制度小委員会「国際的な事業活動におけるネットワーク関連発明等の適切な権利保護」16 頁
(https://www.jpo.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/tokkyo_shoi/document/51-shiryuu/03.pdf)。

¹⁰⁸ たしかに、IT 関連の特許の数は膨大であり、一般に回避コストが嵩んでいるが、これはネットワークを介して国境を跨ぐ実施行為をなすか否かにかかわらず生じている問題であり、特許発明適格性や、それを取り込んだ新規性・進歩性要件の運用により、特許件数を大幅に削減することで対応すべきであるといえる（参照、田村／前掲注 59 知的財産法政策学研究 64 号 39～71 頁・65 号 107～129 頁 [同編・前掲注 59・57～104 頁所収]）。

主たる市場としている場合には、やはり例外的に日本の特許法が適用されると考える。そして、これらの検討の結果、場合によって複数の国の特許法が適用される場合もありうることになる。

こうした本稿が志向する取扱いのうち、被疑侵害行為が日本国内において発現している分については、抽象論として、全体として見て問題の行為が実質的に日本国の領域内における「電気通信回線を通じた提供」や「生産」等に当たると評価される時は、これに日本の特許権の効力が及ぶとみることができるとの一般論を掲げるに止めて、具体の事案に即した事例判決を下すとともに、第一義的には技術的効果を考察し、経済的な影響については消極的に特段の事情がない限りこれを肯定する構えを見せた本件の両上告審判決に即した判断手法であるといえよう。その反面、本稿が、技術的効果が日本国内で発現していないにもかかわらず、経済的な影響に鑑みて日本の特許権侵害に問うことを許容するところは、経済的影響を消極的に否定する方向の要素としてしか扱っていない両判決から直ちに導きうるものでないことは率直に認めざるをえないが、両判決が明示的に否定していない以上、これを認めても判例に違反するとまではいえないように思われる。

6. 結び

最後に、本稿の検討の結果をまとめておこう。

第一に、属地主義に関しては、元来、準拠法選択の結果に過ぎないと考えべきであるが、カードリーダー最判以来、判例法理はこれを国内法の実質法の原則と捉えており、実務的にはこの理解を前提にせざるを得ない。そして、属地主義を実質法の原則と理解する場合には、間接侵害や複数主体による実施について属地主義がどのように影響するのかということは、準拠法選択における「暗闇への跳躍」と異なり、それぞれの法律関係に対して国内実質法としての属地主義の適用問題となる。

第二に、間接侵害と属地主義の関係については、日本国内の特許発明の直接実施行為を誘発する間接実施行為が日本国外でなされた場合に関しては、カードリーダー最判の射程が直接及び、国内特許権の間接侵害は否定される。逆に、日本国外の特許発明の直接実施行為を誘発する間接実施行為が日本国内でなされた場合に関しては、カードリーダー最判の射程が及ぶわけではないが、下級審の裁判例では、従属説的理解に立って、直接実施行為が国外でなされ、ゆえに日本の特許権侵害にならない以上、間接侵害は成立しないと解されており、間接侵害の制度の趣旨に鑑みてそれが穏当と解される。

第三に、複数主体による実施と属地主義との関係については、少なくともネットワークを介して国境を跨がってそれがなされた場合に関しては、ドワンゴ対FC2第一事件・第二事件の各最高裁判決の判例法理が適用される。同法理の下では、まずは行為主体が誰かということに気をつけることなく、客観的な行為に着目して、日本国内における実施であると規範的に評価することができると考えられる。そして、その規範的な評価を通過した結果、日本国内における実施であると評価された段になれば、後は純粹の国内事件と同様に、複数主体の実施に対する各種法理を適用すれば足りる。

そうだとすると、ドワンゴ対FC2第一事件・第二事件最判の判例法理、つまり、ネットワークを介して国境を跨がる行為がいかなる場合に日本国内における実施と評価されるのかということが肝要となってくるが、この点に関しては、本稿は、第一に、特許発明の技術的効果が発揮されている地の法を適用することを原則としつつ、第二に、例外的に、経済的な影響が主として外国で発揮されており、日本国内で経済的な影響が僅少なものとなる場合には日本法の適用を否定するなど、経済的な影響を斟酌した修正をなす場、という処理が、特許権の効果的な保護と、第三者に対する予測可能性の均衡を図る方

策として優れている、と考える。他方、クレイムの構成要素の少なくとも一部が国内で実施されていることを要求する見解が一部で提唱されているが、特許権が容易に蟬脱されてしまうため、穏当とはいいがたい。

ところで、現在、筆者も委員の一人である産業構造審議会特許制度小委員会ではネットワークを介して国境を跨いで遂行される実施行為が日本の特許権を侵害することになるのはいかなる場合であるかということについて立法化をすべきか否かの議論が進んでいる¹⁰⁹。そこでは、とりわけ一部国内実施を要件とすべきかについての対立が先鋭化しており、筆者のようにこれを要件とすべきではないとする委員は少数派に属し、これを要件とする立法をなすという方向の議論が優勢であった。しかし、本件両上告審判決により、ネットワークを介して国境を跨いで遂行される実施行為について属地主義を柔軟に解しうることが明確化されたうえ、拙速と評すべき大合議判決の一般論はその権威を失い、今後、様々な事例に対して裁判例が展開される素地が備わった。だとすれば、拙速な立法により、裁判例の進展を妨げることは避けるべきであろう¹¹⁰。大合議と異なり、(違憲問題でも起こさない限りは) その影響を払拭してくれる上位機関は立法には存在しないのである¹¹¹。

¹⁰⁹ ここに至るまでの経緯につき、長澤／前掲注 103・75 頁。

¹¹⁰ 鈴木／前掲注 7 ジュリスト 1612 号 66 頁。反対、長澤／前掲注 103・79～80 頁。

¹¹¹ 幸い、本稿の執筆時点では、いったん立法を見送り、引き続き検討課題としつつ、特許庁において「考え方の整理」を作成し公表することとされている。

特許庁「特許制度に関する検討課題について」(産業構造審議会知的財産分科会 第 55 回特許制度小委員会(令和 7 年 11 月 28 日)配布資料) 6 頁

(https://www.ipa.go.jp/resources/shingikai/sangyo-kouzou/shousai/tokkyo_shoi/document/55-shiryou/01.pdf)。

II. 複数主体が関与する特許権侵害と間接侵害

早稲田大学法学学術院 鈴木 将文 教授

1. はじめに

本稿¹は、複数主体が関与する特許権侵害について論じる。この論点については、主に次のような事項が問題となる。第一に、個々の主体の行為は侵害を構成しないものの、複数主体の行為全体を併せて把握すると侵害の成立を認め得る場合の要件論である。第二に、特許発明の実施行為（侵害が成立する場合に限らず、そうでない場合を含む。以下、発明の実施行為のことを「直接実施」ということがある。）と関係のある行為を実行した別の主体につき、何らかの法的責任²を問うことができる場合の要件論である。第三に、上記のいずれの問題についても、関連する行為の一部が国外で実行された場合の法的効果も問題となる。

本研究調査事業のテーマ「間接侵害」との関係について述べると、上記の第一の問題において、直接侵害を構成しない行為（複数の主体による行為を含む。）が間接侵害を構成する場合を想定して検討する必要があり、その際、間接侵害の意義及び要件論につきどのように理解するかが結論に影響するであろう。第二の問題は、結局、間接侵害又は単なる（当該行為自体は特許権侵害を構成しない）不法行為による民事責任を認めるための要件

論を検討することになる。第三の問題は、直接侵害及び間接侵害の双方を念頭において検討する必要がある。

このように複数主体が関与する特許権侵害について検討することは、間接侵害の検討と深く関わることから、本稿で扱うこととする。なお、他の研究者との分担を踏まえ、国際関係については触れず、また、間接侵害自体についての検討は、いわゆる非専用品型間接侵害（特許法（以下、「法」という。）101条2号、5号）の要件論について簡潔に触れるにとどめる。

2. 前提的事項の確認

(1) 基本的留意点

検討に入る前に、前提的な事項を確認しておく。まず、念頭におくべき留意点として、2点を挙げる。

第一に、特許クレームの公示・警告機能（notice function）に留意しつつ、特許発明の実効的な保護を実現する必要があるという点である。複数主体が関与する事案が問題となる理由として、直接侵害の成立のためには、クレームの構成要件のすべてを充足する物又は方法に係る実施行為を必要とする考え方（法70条1項の具体的適用手法としてのオールエレメンツ・ルール）があることは、言うまでもない。そして、クレームの構成要件の一部のみを実行する者（さらには、構成要件と無関係の行為）に侵害責任を負わせることについては、クレームが公示・警告する範囲を超え、行動の自由を損なう恐れが高い

¹ 本稿は、鈴木将文「複数主体が関与する特許権侵害」日本工業所有権法学会年報46号49頁（2023）を加筆修正するとともに、間接侵害に関する若干の検討（「5.」）を加えたものである。

² 法的責任としては、刑事責任も問題となるが、本稿では民事責任のみを扱う。

ことから、慎重な配慮が必要である。これは、複数主体が関与する特許権侵害の問題、及び間接侵害プロパーの問題を検討する際に、常に念頭に置くべき視点であろう³。

第二に、ある者に、他人の行為に関して法的責任を負わせる場合、その法的根拠が明確でなくてはならないことも、当然ながら常に留意しなくてはならない。

(2) 特許権侵害に係る規定の解釈

次に、特許権侵害に係る特許法の規定について、いくつか確認しておく。仮に、工程 1~4 を構成要件とする方法発明に係る特許権を想定して、検討する。

① 単純方法の発明の場合

特許発明が単純方法発明の場合において、各工程が同一主体によって実行されていないときは、原則として、「方法の使用」(法 2 条 3 項 2 号)による発明の実施が認められないことから、直接侵害は成立しない。

ここで、いわゆる中間物質(中間生成物とも呼ばれる。)の問題がある。仮に、主体 A が、工程 1~3 を施した結果としてできた物(中間物質)を主体 B に譲渡し、B が中間物質に最終工程 4 を実行したとする。この場合、A 又は B について直接侵害又は間接侵害を認め得るかについて、異なる見解がある。主要な説としては、(a) 侵害を一切否定する説、(b) B について直接侵害、A について間接侵害を肯定する説、(c) B について直接侵害を否定しつつも、A に間接侵害を認める説、がある。

このうち、(b) 説は、後にも触れるスチロピーズ事件(多孔性成形体製造方法事件)大阪地判も言及する「承継利用」の考え方⁴により、B の直接侵害を肯定する。すなわち、工程 1~3 を経て作られた中間物質を B が利用する行為は、あたかも工程 1~3 を B 自身が実行する行為とみなすことができ、したがって、B によって工程 1~4 が実行されるのであるから、B に直接侵害を肯定できるという解釈をとるものである⁵。また、(c) 説は、間接侵害につき、いわゆる独立説(直接侵害の成立を不要とする説)を前提とする考え方である⁶。

私見としては、基本的には、(a) 説が妥当と考える⁷。第一に、法 101 条 4 号及び 5 号の文言に照ら

³ 梶野篤志「複数主体が特許発明を実施する場合の規律—いわゆる共同直接侵害について—」パテント 56 巻 5 号 24 頁(2003)、田村善之「複数主体の分担による特許権侵害の成否について」清水節先生古稀記念『多様化する知的財産権訴訟の未来へ』343 頁(日本加除出版、2023)参照。特許制度における notice function の意義については、差し当たり、US FEDERAL TRADE COMMISSION, THE EVOLVING IP MARKETPLACE: ALIGNING PATENT NOTICE AND REMEDIES WITH COMPETITION, 73-135 (2011) を参照。

⁴ 大阪地判昭和 36.5.4 下民集 12 巻 5 号 937 頁(多孔性成形体製造方法事件)は、「既成の中間物質に具現された工程の一部実施の結果を承継利用してその余の工程を加えることは、自ら全工程を実施するのと同じに帰する」旨を述べていた。

⁵ 松尾和子「判批」判例評論 521 号 30 頁(2002)、井関涼子「判批」特許研究 33 号 51 頁(2002)、嶋末秀和「判批」大場正成先生喜寿記念『特許侵害裁判の潮流』267 頁(発明協会、2002)、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」牧野利秋先生傘寿記念『知的財産 法理と提言』133 頁(青林書院、2013)、茶園成樹「複数人が関与する実施による特許権侵害」片山英二先生古稀記念『ビジネスローの新しい流れ』420 頁(青林書院、2020)等。外国でも、例えばドイツの有力説が、承継利用の考え方を提唱している。Haedicke/Timmann, PatR-HdB, 2. Aufl., §12 Rn. 127 (2020)。

⁶ 松尾・前掲注 5・30 頁が、かかる考え方があり得ることを指摘している。

⁷ (a) 説を採るものとして、大瀬戸豪志「判批」別冊ジュリ 86 号(特許判例百選 [第 2 版]) 161 頁(1985)、梶野・前掲注 3・24 頁、増井和夫=田村善之『特許判例ガイド [第 4 版]』207 頁 [田村善之執筆] (2012) 等。

し、方法発明の実施（設例では工程1～4の実行）に用いる物の生産、譲渡などの行為に限り、間接侵害が成立すると解さざるを得ない⁸。第二に、(b)説は、実質的に、方法発明に係る「実施」概念を法の定義（法2条3項2号）から変更するものであり、また、(c)説は、直接侵害どころか、直接実施がない場合にも間接侵害を認め、その成立範囲を過大に広げるものであり、いずれも支持できない。ただし、後述する、共同直接侵害や他人の行為による侵害の考え方にに基づき、A及びB、あるいはそのどちらか一方に侵害責任を肯定できる場合には、もちろん別論である（上記で「基本的には」と述べたのは、その趣旨である）。

② 物の生産方法の発明の場合

次に、工程1～4によって物を生産する方法の発明に係る特許について、検討する。この場合、単純方法の発明の場合に比べ、法2条3項3号の実施行為が加わることから、侵害の成立範囲が広がる。しかし、同号については、一義的に明らかでない面もある。

仮に、物の生産工程1～4のそれぞれを、異なる主体であるA～Dが実行し、Dが、最終工程4を施した物（以下「最終製品」という。）をユーザーの事業者Eに販売したとする。この場合、

- (i) Dにつき、生産方法の使用による発明の実施（法2条3項2号）として、直接侵害を認め得るか、
- (ii) Dにつき、最終製品を譲渡する行為による発明の実施（同項3号）として、直接侵害を認め得るか、
- (iii) Eにつき、最終製品の使用による発明の実施（同号）として、直接侵害を認め得るか、という設例について、考えてみよう。

これに対し、現実性のある主張として、(a) いずれも侵害を否定、(b) (i) は侵害を否定するが、(ii) と (iii) は肯定、(c) いずれも侵害を肯定、という3つの立場が考えられる。

(c)説は、上の①で見た承継利用の考え方を採用すれば、あり得るが、私見がこれを採らないことはすでに述べたとおりである。

(b)説は、D自身は工程4を実行しているにすぎなくても、Dの段階で完成する物は、「その方法により生産した物」（法2条3項3号）に当たり、その使用、譲渡などは直接侵害に当たると解する。他

⁸ 法101条4号の「その方法の使用にのみ用いる物」は、平成14年法改正前（旧101条2号）は、「その発明の実施のみに用いる物」とされており、かつ、この文言修正は「意味内容の変更を企図したものではない」とされている（特許庁制度改正審議室編『平成14年改正産業財産権法の解説』29頁（2002））。また、同条5号も、「その発明の実施に用いる物」に係る行為であり、かつ、行為者がその物が「その発明の実施に用いられる」ことを知りながら行う行為が間接侵害となる旨を明示している。裁判例も、例えば知財高判平成17.9.30判時1904号47頁（一太郎事件）は、「[現・法101条5号]は、その物自体を利用して特許発明に係る方法を実施することが可能である物についてこれを生産、譲渡等する行為を特許権侵害とみなすものであり」と述べる（ただし、同判示の「その物自体を利用して」の部分については、いわゆる間接の間接侵害を認めるべきかを巡り、議論のあるところである。）。ちなみに、中間物質の問題と無関係であるが、法101条の4号及び5号の間接侵害を構成する物は、特許発明である方法の全工程の実行に利用される必要があるか、それとも一部工程に利用されるものでもよいかについて（これは、間接の間接侵害の問題とは別の問題である。）、異なる意見がある。前説の例として、紋谷崇俊「米国における複数関与者による特許権侵害の拡大傾向—Akamai判決後の分割侵害（Divided Infringement）ないし共同侵害（Joint Infringement）の動向—」AIPPI63巻7号620頁（2018）、後説の例として、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98頁（2008）（その物が全工程に関与する必要はないが、一部工程でも直接関与することは必要とする。）。方法発明の実施の存在は必要としつつ、その工程の一部に利用される物も間接侵害を構成し得ると考えてよいのではなかろうか。ただし、その説に立ちつつ、間接の間接侵害を認める場合、特に法101条5号の下で、侵害成立範囲が非常に広がる可能性があるところ、「課題の解決に不可欠なもの」の要件を用いて縛りかける等の配慮が必要と思われる。

方、(a) 説は、同号の「その方法により生産」する行為は、物の生産方法の発明の実施行為（同項2号）を意味しており、したがって、基本的に同一主体による方法の使用（すなわち生産）が行われている必要があるところ、上記設例の最終製品はこれに該当しないと解する。

(a) 説と (b) 説の違いの背景には、物の生産方法の発明の保護における、物の使用、譲渡などの実施行為（法2条3項3号）の位置づけの理解が異なることがある。すなわち、(a) 説は、物の生産方法の発明も、あくまで方法の発明の一種であって、方法の使用による発明実施行為がなければ、たとえ、結果的に、方法発明を構成する工程がすべて実行されて生産された物であっても、その物に係る行為を侵害とすべきではないと考える。一方、(b) 説は、物の生産方法の発明を、単純方法の発明と物の発明の中間的なものと捉え、物に着目して、たとえ同一主体による方法の使用（すなわち方法発明の実施）がなくても、発明を構成する工程がすべて実行されて生産された物であれば、方法発明の効果を享受していることに変わりはないから、当該物に係る使用、譲渡などの行為を侵害とすべきであるとする。私見は、(b) 説であるが、(a) 説も解釈論として十分あり得ると思う⁹。

(3) 下請け等の評価

複数主体の関与に係る論点として、下請けや製造委託等の扱いについて触れておく。裁判例でも、先使用権者、特許権の共有者、実施権者等が下請け的な事業者を扱った事例が、複数存在する。そこでは、「専ら A のためにのみ、・ ・ ・つまり、A の機関的な関係において、・ ・ A の先使用権を行使したにすぎない」¹⁰とか、「共有者の計算においてその支配・管理の下に行なわれるものである限りにおいては、共有者による実施というべきである」¹¹などと判示されている¹²。

⁹ むしろ、法100条2項が、廃棄請求の対象に関し「物を生産する方法の特許発明にあつては、侵害の行為により生じたものを含む」（下線は引用者による。）としていることは、(a)説の根拠の一つとなるかもしれない。

¹⁰ 最判昭和44.10.17民集23巻10号1777頁（地球儀型トランジスタラジオ事件）。意匠に係る先使用権についての判断である。

¹¹ 仙台高秋田支判昭和49.12.19昭47(ネ)20号（馬蹄事件）。実用新案権の共有者の自己実施についての判断である。同判決は、「・ ・ ・無体財産権である実用新案権の共有者の一人は、他の共有者の実施の態様、持分の如何に拘わりなく、これを実施して収益をあげることができるのであって、自ら実施しないで他人に実施させることも、共有者の計算においてその支配・管理の下に行なわれるものである限りにおいては、共有者による実施というべきである。」「本件においては、前記認定事実によれば、訴外前田と控訴人との関係は、請負契約的要素の強い製作物供給契約と認めるのが相当であり、控訴人は製造のための機械設備等を所有し、自己の負担において材料を調達していたとはいえ、製品の代金は実質的には売買代金とみるべきではなく、材料費・設備償却費の要素と工賃の要素とを含むものと認められ、また、原料の購入、製品の販売、品質等については同訴外人が綿密な指揮監督を行なっておりしかも製品は全て同訴外人の指示により専ら同人の経営する前記Aに納入され、他に売渡されたことは全くないこと等の諸事実に徴すれば、控訴人は登録実用新案権の共有者の一人である訴外前田の一機関として本件蹄鉄を製造していたものであって、同訴外人が自己の計算において、その支配管理の下に本件登録実用新案権の実施をしたものと解すべきであり控訴人が右実用新案権を独立の事業として実施したものは認められない。」と述べる。本判決について、岸本達二「判批」馬瀬文夫先生古稀記念『判例特許侵害法』627頁（発明協会、1983）は、結論に賛成しつつも、下請取引の実態の多様性や、下請代金支払遅延等防止法による規制上、発注企業の受注企業に対する指示等には限界があり、上記判決の示した基準は限定的すぎる旨を指摘しているところ、現在でも傾聴すべき意見と思われる。

¹² 他に、最判平成9.10.28平6(オ)2311号（鋳造金型事件）は、特許発明実施品が金型で、特許権の共有者の一人から適法にライセンスを受けた実施権者が、他人（被告・被上告人）に金型を貸与し、実施行為をさせたという事案である。最高裁は、「被上告人はA〔実施権者〕との契約に基づき、本件金型〔Aが被上告人に貸与した金型〕を使用して本件製品を鋳造し、その全部をAに納入していたのであるから、被上告人が本件金型を使用して本件製品を鋳造した行為は、専らAの事業のためにされたものというべきであり、仮に本件金型が本件特許発明の技術的範囲に属するとしても、本件特許権の通常実施権者であるAの実施権の行使としてされたものと解するのが相当である。」（〔 〕は引用者による補足。）とした。また、東京地判平成29.4.27平27(ワ)556号（切断装置事件）は、特許権の共有者の自己実施と言える

基本的に、特許権や法定の権利（先使用権等）による正当権原がカバーする行為の範囲と、ライセンス契約に基づく実施行為の範囲は、別問題であり、後者は原則、契約解釈の問題と考えるべきであろう。いずれにしろ、上記裁判例は、ある主体の行為を、実質上他の主体の行為とみなす事例として、参考になる。

3. 複数主体が関与する場合に侵害を認める理論構成

(1) 序

さて、方法発明やシステムの発明に係る特許との関係で、クレームの構成要件に対応する行為が複数主体によって別々に実行されている場合の対応については、複数の裁判例があり、学説の議論も活発に行われてきた¹³。ここでは、従来の議論の整理を行うことよりも、筆者なりの視点を示してみたい。

以下、方法発明に係る特許を主に想定し、複数主体のいずれも侵害主体となる共同直接侵害の類型と、一部の主体が他の主体の行為を利用しており前者が侵害主体となる類型に分けて、検討する。

(2) 共同直接侵害

① 位置づけ

複数主体が共同して行為を行う場合、各主体に対し行為全体について責任を負わせることができるの考え方は、民事法における共同不法行為や刑事法における共同正犯にも見られるように、一般的な法理と言える。ただし、具体的にどのような要件の下、共同行為性を肯定すべきかは、法分野ごとに検討されるべきである。

例えば、不法行為法における共同不法行為（民法 719 条 1 項前段）については、1970 年代以降の学説の発展により、かつての「個別的因果関係（複数関与者の個々の行為と損害との間の因果関係）＋関連

かが問題となった事案であり、「Y〔被疑侵害品のリースによる使用者〕は、本件製品は補助参加人〔本件特許権共有者〕が自ら製造販売したものであるとして縷々主張するが、・・・補助参加人が形式的、物理的に製造販売に関与したか否かが問題なのではなく、いかなる立場で関与したか、すなわち、A〔被疑侵害品製造者〕の名義及び計算において行われる製造販売に A の手足として関与したのか、補助参加人の名義及び計算において行われる製造販売を自ら行ったかが問題なのであって、Y の上記主張は、的を射ないものである。」と述べた（ただし、控訴審は、補助参加人が製造販売主体と認定した。）。

¹³ 比較的近年のものとして、高部真規子「国際化と複数主体による知的財産権の侵害」秋吉稔弘先生喜寿記念『知的財産権 その形成と保護』163 頁（新日本法規、2002）、梶野・前掲注 3、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 41 号 5 頁（2006）、富岡英次「複数の者が共同して特許権侵害を行った場合の法律関係について」牧野利秋ほか『知的財産法の理論と実務 1』216 頁（新日本法規、2007）、水谷直樹「複数者が特許侵害に事実上関与している場合の侵害主体の認定」牧野利秋先生傘寿記念『知的財産 法理と提言』（青林書院、2013）、平嶋・前掲注 5、八木貴美子「複数の主体が関与する特許権侵害について」野村豊弘先生古稀記念『知的財産・コンピュータと法』429 頁（商事法務、2016）、平成 27 年度特許委員会第三部会「クラウド時代に向けた域外適用・複数主体問題」パテント 70 巻 1 号 39 頁（2017）、横山久芳「複数の主体が発明の実施に関与した場合の侵害主体の認定に関する一考察」学習院大学法学会雑誌 54 巻 1 号 3 頁（2018）、愛知靖之「複数主体による特許権侵害」小松陽一郎先生古稀記念『特許権侵害紛争の実務一裁判例を踏まえた解決手段とその展望』395 頁（青林書院、2018）、茶園・前掲注 5、邱紫雁「複数主体による特許権侵害：中日米の法制度を中心に」名古屋大学博士論文（<https://nagoya.repo.nii.ac.jp/records/2000571>）（2021）、田村・前掲注 3、酒迎明洋「複数主体の分担実施による特許権侵害」田村善之先生還暦記念『知的財産法政策学の旅』328 頁（弘文堂、2023）、橋雄介「発明の実施における分散と集中—複数主体による実施及び仮想空間における問題を中心に」齊藤邦史ほか『人間中心の知的財産法：身体・空間・時間からの解放と法的規律』34 頁（勁草書房、2025）等。

共同性」構成から『共同の行為』からの因果関係」構成にシフトしてきたとされる¹⁴。このように、特に近時の共同不法行為論は、共同行為や関連共同性の判断基準の分析を深めている点で、共同直接侵害の検討にも有益である。しかし、共同不法行為論は、被害者の救済を立法目的とする民法 719 条 1 項¹⁵の解釈論として、かつ、損害賠償による被害者救済を想定して、故意・過失や損害との因果関係を要件とする概念について検討するものである。これに対し、特許権侵害に係る共同直接侵害論は、クレーム制度等の独自の制度に基づき、かつ、直接的な救済措置として差止めを想定して検討するものである。また、共同不法行為論は、被害者側の権利又は利益の侵害がある場合において、損害の全体に対する帰責性（連帯責任）を複数主体に認める理論であるのに対し、特許権の共同直接侵害論は、主体ごとの各行為を単独で捉えれば違法と言えない場合に、共同行為と捉えることによってはじめに違法性（権利侵害）を認める理論である¹⁶。以上のように、両理論は、根本的に異なる面があることに注意が必要である¹⁷。

② 要件

さて、複数主体の行為につき共同直接侵害を認めるための要件は、何か。

第一に、各行為の間に客観的な共同関係が必要である¹⁸。ここで客観的共同関係とは、各行為の間に、連鎖又は相互連携の関係が認められ、行為全体を合わせると発明の効果を実現できる可能性がある場合に認めてよいであろう。

第二に、各主体の間に主観的な共同関係も必要である¹⁹。その内容は、各主体がいかなる行為をするかについて²⁰、相互に認識（予見を含む。以下、同じ。）していることを意味すると解するべきであろう。他人の行為と自分の行為を合わせた行為全体（共同行為）がどのようなものになるかについての認識を持たない者に、共同行為による侵害責任を負わせることは、クレームの警告機能が及ばない者に侵害責任を課すこととなり、適切でないからである。他方で、単独主体による特許権侵害の要件（自己の行為

¹⁴ 潮見佳男『不法行為法Ⅱ〔第2版〕』126 - 33 頁（信山社、2011）、大塚直ほか『民法6 事務管理・不当利得・不法行為』287 頁〔大塚直執筆〕（有斐閣、2023）。平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』189 頁以下（弘文堂、1992）参照（上記の学説の変化をリードされた平井教授は、同書において「主観的関連共同性または意思的共同不法行為」と「客観的関連共同性または関連的共同不法行為」に分ける考え方を提示している。）、内田貴「近時の共同不法行為論に関する覚書—条文にない概念について〔上〕〔下〕」NBL1081 号 4 頁、1086 号 4 頁（2016）も参照。

¹⁵ 平井・前掲注 14・190 頁参照。

¹⁶ 共同不法行為でも、例えば、二つの工場がそれぞれ独立して無害の化学物質を排出し、それらが化合した結果、有害化して被害をもたらしたという事例では、各行為単独では損害を発生させないかもしれないが、各行為者は注意義務に違反した過失があり、各行為に違法性があったと評価できる。これに対し、共同直接侵害では、各行為単独では当然には違法性を認めることができない。なお、共同直接侵害が成立する場合、一定の要件（行為者の故意・過失、損害の発生と因果関係）を満たせば、共同不法行為を構成し得ることは、言うまでもない。ただし、その場合、共同直接侵害の侵害者以外の者の行為（幫助等）も、共同不法行為となり得る。

¹⁷ 既存文献の中には、この点が十分留意されておらず、混乱した議論をしていると思えるものが、少なからず見受けられる。

¹⁸ この点については、学説に異論がないと思われる。

¹⁹ 通説と言える（前掲注 13 に挙げた文献を参照）。反対説として、尾崎英男「コンピュータプログラムと特許侵害訴訟の諸問題」清永利亮＝設楽隆一編『現代裁判法大系 26〔知的財産権〕』230 頁（新日本法規、1999）。また、後掲注 21 を参照。共同不法行為に関し、民法学者の間では、主観的（関連）共同性を必須としない見解が有力である。しかし、本文で述べたように、特許権の共同直接侵害と共同不法行為を同列に扱うべきでない。

²⁰ 他人の行為について具体的にどの程度の認識を必要とするかについては、仮に行為者が、侵害を問われている特許権のクレームについて知っていたとすれば（この認識自体は、主観的共同性の要件ではなく、あくまで仮定するということである。）、他人の行為と自分の行為の全体（共同行為）がクレームを充足すると認識できる程度、と考えられる。

を認識していれば、直接侵害が成立する。)に比べ、より厳格な要件を設ける必要は特段にないことから、他の主体の行為を利用する意思(他人の行為に関する単なる認識との境界は明確ではないが)や、特許権の存在ないしクレームとの関係についての認識までは不要であろう(したがって、特許権侵害についての認識も、当然不要である。))。

③ 主観的共同関係についての補論

主観的共同関係については、第一に、近年、不要論も有力に唱えられている。すなわち、異なる事業主体が、共同して事業を遂行する場合に、お互いの具体的な事業遂行方法(例えば製造方法)は営業秘密として相手に知らせない形を採っているようなときにも、共同直接侵害を認めるべきではないか、そのために、主観的共同関係がなくても、主体間の客観的な関係に基づいて(論者によれば、「共同で事業に関与している者」、又は「共同で事業を遂行する意図」を持つ場合の共同事業遂行者について)共同直接侵害を肯定すべきではないかという議論がある²¹。しかし、「共同で事業に関与」又は「共同で事業を遂行」という要件は、曖昧に過ぎるのではなからうか。論者が本来強調するクレームの警告機能に配慮するのであれば、もっと要件を絞り込む必要があると思われる。そのようなアプローチよりも、むしろ主観的要件を維持しつつ、他の主体の行為についての予見がある場合も充足され、さらに、相手方が現実採用した方法について、実際は認識がないとしてもそれを容認するような関係がある場合にも主観的要件が満たされると解する(いわば主観的要件の擬制による充足を認める)ことによって対応した方が、実効性ある判断基準となるのではなからうか。

第二に、複数主体の一部は他の主体の行為を認識しているものの、他の主体は別主体の認識を欠くという、片面的な関係にとどまる場合はどうか²²。その場合は、他人の行為につき片面的に認識を持つ者のみが侵害責任を負うべきであり、共同直接侵害ではなく、後述の他人の行為を利用する者を侵害者とする法理を用いるべきと思われる。言い換えれば、複数主体がいずれもお互いの行為についての認識を持つ場合のみに、共同直接侵害を認めることが妥当と思われる。

上記を敷衍するために、仮に、工程1と工程2からなる方法の発明について特許権があるとし、主体Aと主体Bが、客観的共同関係がある形で、工程1と工程2のそれぞれを、業としてかつ権原なく、実行しているとしよう。そして、主体Aは、Bが工程2を行うことを知らない(又は予見できる事情がない)が、BはAが工程1を行うことを知っているとする。この場合、Aについて、侵害責任を認めるべきではない(差止めや、過失の推定(法103条)を受ける損害賠償責任を認めるべきではない。ただし、Bが侵害責任を負い、Aに過失がある場合、Aが幫助による共同不法行為に基づく損害賠償責任を負うことは、あり得る。)。他方、Bについて侵害責任を認めるべきか否かについては、Bの不利益(Aの行為についての単なる認識で、侵害責任を負わせてよいのか、それ以上に、Aの行為についてもBに帰責

²¹ 田村・前掲注3・353頁、酒迎・前掲注13・341頁。

²² 例えば、「国際知財司法シンポジウム2022」(最高裁、知財高裁等主催)で行われた、複数主体による特許権侵害の事例を扱う模擬裁判(2022年10月27日実施)において、日本側裁判官役が作成した「判決要旨」は、「複数主体の行為を合わせたことにより初めて構成要件の全てを充足する物の使用、譲渡等が生じる場合であっても、それら複数主体の行った行為が相互に関連して一体的な行為と評価でき、複数主体の中のある主体が、当該構成要件に相当する行為を認識しながら、その実現に向けて他の主体の行為を利用しているという関係があれば、当該複数主体の中のある主体は、他の主体と共同して当該特許権を侵害した者と評価できると解するべきである。」(下線は引用者による。)と述べ、片面的な認識でも主観的共同関係を肯定するように読める(あくまで模擬裁判における試論と理解すべきであるが。))。

するための実質的理由が必要なのではないか。)のみならず、Aの不利益(Bが侵害者として差止めを受ける場合、A自身の工程1を使う行為にも影響があり得るし、また、Aは、上記のとおり損害賠償責任を問われる可能性もある。)についても、考慮する必要がある。その点を踏まえると、Bに侵害責任を肯定するためには、共同直接侵害に係る、上述のような比較的緩い主観的共同性の要件を用いるのではなく、B自身はもとよりAにも不利益(の可能性)を甘受させることを正当化するに足る要件を設定すべきと思われる。(2)で述べる、他人の行為を利用する類型を別途設けることの実質的意義は、この点にもあると考えられる。

④ 関連裁判例

共同直接侵害に触れた裁判例について、触れておく。スチロピーズ事件大阪地判は、方法の発明(厳密には、物の生産方法の発明)の実施について、「数人が工程の分担を定め結局共同して全工程を実施する場合には、・・・数人が工程の全部を共同して実施するのと異なるのであるから、・・・特許権の侵害行為を構成するといえる」と述べていた²³。

また、最近の事例として、手摺取付方法事件の大阪地判²⁴は、工程A～Kからなる手摺の取付方法の発明に係る特許権につき、被告製品を販売し、手摺本体にガラス取付枠を取り付ける施工までを行い、ガラス取付作業(工程C以下に対応)は別の施工業者によって施工されていた事案において、「ガラス取付作業に当たる施工業者は、被告製品を使用して、被告の指定した被告方法により、被告の作業に引き続いて取付作業を行ったものと見られる。この点で、被告とガラス取付作業に当たる施工業者とは、共同して被告方法を実施していたものと評価できる。」「したがって、被告は、本件特許権の直接侵害に当たる行為をしていたものと認められる。」と述べている²⁵。侵害主体について、簡潔な理由付けにとどまっているのは、特許発明と被告製品(全工程に使用する専用品)の特徴によるのかもしれない²⁶。しかし、「共同」侵害を認めたのは、いかなる理論構成と認定事実のあてはめによるのかにつき、説明不足と言わざるを得ない。

(3) 他人の行為の利用による侵害

① 位置付けと要件

(1)で述べたように、共同直接侵害について、複数主体の行為間の客観的共同関係とともに、主観的共同関係の要件として、各主体が他の主体の行為について認識(上述のとおり、予見を含む。)していることを必要とし、かつ、それで足りると解した場合、一部の主体が上記の主観的要件を欠く事案(同要件の立証がなされていない事案)の取扱いが問題となる。そして、このような共同直接侵害が成立し

²³ 前掲注1。

²⁴ 大阪地判令和3.2.18平29(ワ)10716号(手摺取付方法事件)。

²⁵ 同判決は、また、被告製品につき、「被告方法により取り付けられる物であって、その構造も被告方法による取付けを前提としたものであり、経済的、商業的又は実用的な用途として、被告方法により取り付ける以外の用途があるとは想定し難い」として、その生産、譲渡等を101条4号の間接侵害と認定した。控訴審(知財高判令和3.10.13令3(ネ)10029号)は、直接侵害及び間接侵害につき、原判決をそのまま引用して、控訴を棄却した。

²⁶ 潮海久雄「判批」ジュリ1570号(令和3年度重要判例解説)232頁(2022)参照。

ない事案で、なお侵害を認めるためには（以下、この侵害類型を「他人の行為の利用による侵害」という。）、（1）③に説明したとおり、侵害者とされる者（以下「利用する側の主体」ということがある。）、及び、侵害者ではないが、その行為が物理的に侵害行為の一部の構成要素となる者（特に、上記の認識を欠く主体。以下「利用される側の主体」ということがある。）に不利益を与えることを正当化する事情が必要と思われる。そのような事情が認められる事案に限り、他人の行為を利用した者を、実質上、同行為の主体とみなすことにより、侵害を肯定すべきである。

そのような正当化事情は、様々なものがあると思われるが、ポイントは、利用される側の主体が特定の行為（クレームの構成要件に対応する行為）を行った経緯であろう。代表的な例としては、第一に、利用する側の主体の行為が、ほぼ必然的に、利用される側の主体の特定の行為を惹起するという関係にある場合がある（行為の性質に基づく事情）。この場合、利用する側の主体は、そのような行為を実行した以上、結果的にクレームを充足する行為（直接侵害行為）が実行されることを予期すべきであり、侵害責任を負うことを甘受すべきと言える。また、利用される側の主体が、自身の特定の行為を継続できなくなったり、利用する側の主体の行為が中止されることとなったりして不利益を受けることは、自身の行為が、利用する側の主体の行為に対して、強い従属性ないし牽連性を持つものであることから、やむを得ない面がある。さらに、利用される側の主体が、本来、利用する側の主体の行為を認識できるような事情がある場合には、故意又は過失を認められて幫助による共同不法行為責任（損害賠償責任）を負わされることも、不当とは言えないであろう。

第二に、利用する側と利用される側の両主体の間関係に照らし、後者による特定の行為を、実質上、利用する側の主体の行為とみなしてよい場合がある（主体間関係に基づく事情）。例えば、下請けその他の契約により後者が前者の機関的な地位にある場合をはじめ、何らかの事由により、後者が前者の指示に従い、又はその期待に応えるべき立場にある場合が、代表例である。そのような主体間関係があるときは、基本的に、利用する側の主体に侵害責任を負わせることに問題はないであろう²⁷。また、利用される側の主体にとっても、原則、利用する側の主体の指示又は期待に対応すべき立場にあったことから、結果的に、侵害行為に対する差止めによって不利益を受けることがあっても、やむを得ないと言えよう。また、利用する側の主体の行為を認識できるような事情がある場合には（その点の認識可能性を欠く場合は、過失も認めるべきでない。）、利用される側の主体が幫助による不法行為責任（損害賠償責任）を課されることも、問題ない。

② 関連裁判例

この類型については、いわゆる道具論や支配管理論を用いて直接侵害を肯定した事例がある。

第一に、電着画像形成方法事件に係る東京地裁判決²⁸は、6つの工程から成る方法の発明に係る特許権との関係で、最初の5つの工程を経た製品を製造し、国内と外国で販売した被告につき、次のように述

²⁷ 非常に大雑把に言えば、不法行為法における使用者責任、債務不履行に係る履行補助者の行為による責任、刑法における間接正犯などと共通する考え方である。ただし、当然、それぞれの法分野において、他人の行為について責任を負うとされる趣旨は異なり、要件も異なる。特許権侵害に関しては、利用する側の主体の、クレームに対応する行為全体に係る認識の程度（積極的な目的意識をもっているか、消極的に認容又は予見しているにとどまるか等）と、利用される側の主体の行為に対する支配の程度とを相関的に（いずれかの程度が高ければ他方の程度は低くても、侵害を肯定するというように）考慮することを基本とすることが考えられる。

²⁸ 東京地判平成13.9.20判時1764号2頁（電着画像形成方法事件）。

べて侵害を肯定した。「被告製品には、他の用途は考えられず、これを購入した文字盤製造業者において上記の方法〔第6の工程に対応する。引用者注〕により使用されることが、被告製品の製造時点から、当然のこととして予定されているといえることができる。したがって、・・・被告製品の時計文字盤等への貼付という構成要件（6）に該当する工程については、被告が自らこれを実施していないが、被告は、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しているものといえることができる。したがって、被告製品の時計文字盤等への貼付を含めた、本件各特許発明の全構成要件に該当する全工程が被告自身により実施されている場合と同視して、本件特許権の侵害と評価すべきものである。」

この事案については、間接侵害構成で対応すべきであったとの見解も有力であること、しかし私見はそれに反対であることは、既に述べた。本判決が、「道具」という表現を用いたことから、本件事案は一見、①の分類のうち、主体間の関係に基づく事情を考慮した類型のようにも見えるが、実際は、行為の性質に基づく事情を考慮した、第一の類型である。「道具」というのは、結局のところ比喩にすぎず²⁹、この概念自体を分析することに意味があると思えないことに加え、①のような考え方の下では、主体間の関係に着目しているかのような「道具」という表現は、あまり適切でなかったと思われる。

第二に、眼鏡レンズ供給システム事件東京地判³⁰は、眼鏡レンズの供給システムの発明に係る特許権の侵害が問題となった事案である。同発明は、「発注する者である『発注側』とこれに対向する加工する者である『製造側』という2つの『主体』を前提とし、各主体がそれぞれ所定の行為をしたり、システムの一部を保有又は所有する物（システム）の発明を、主として『製造側』の観点から規定する発明」であった。被告は眼鏡レンズメーカーであり、訴外の眼鏡店が発注側、被告が製造側として、両主体の行為が相まって被告システムを構成する関係にあった。

東京地裁は、構成要件充足性の認定と実施主体の認定とを峻別して、以下のように述べた。「構成要件の充足の点は、2つ以上の主体の関与を前提に、行為者として予定されている者が特許請求の範囲に記載された各行為を行ったか、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、実際に行為を行った者の一部が『製造側』の履行補助者ではないことは、構成要件の充足の問題においては、問題とならない。「これに対し、特許権侵害を理由に、だれに対して差止め及び損害賠償を求めることができるか、すなわち発明の実施行為（特許法2条3項）を行っている者はだれかは、構成要件の充足の問題とは異なり、当該システムを支配管理している者はだれかを判断して決定されるべきである」。そして、前者については、本件特許発明が複数主体の行為・保有物によって構成されるシステムのクレームであることを前提に、被告システム（訴外眼鏡店の行為・保有物を含む。）の構成要件充足性を肯定した。さらに、後者については、「被告が被告システムを支配管理していることは明らかであり、原告は、被告に対し、本件特許3に基づき、他の要件も満たす限り、被告システムの差止め及び損害賠償を求めることができる。」とした。

本判決の判断の構造は、特許権侵害の要件としての「発明の実施」に関し、(i) 発明と (ii) 実施（行為の態様と主体）を順次検討していると理解すれば、判断プロセスとして特異ではない。しかし、本判決が、(i) の認定を侵害成立の認定と同視しているかのように説明している点は、問題である。すなわ

²⁹ 債務不履行との関係で論じられる履行補助者につき、かつての通説が用いていた「債務者の手足として使用する者」という概念が、比喩にすぎず、法技術的な意味を持たないとされていることにつき、星野英一『民法概論Ⅲ』63頁（良書普及会、1978）、平井宜雄『債権総論〔第2版〕』85頁（弘文堂、1994）、内田貴『民法Ⅲ〔第4版〕』167頁（東大出版会、2020）参照。

³⁰ 東京地判19.12.14平16（ワ）25576号（眼鏡レンズ供給システム事件）。

ち、(ii)において、侵害責任を帰することができる実施主体が肯定されて初めて侵害が成立するはずであるのに、複数主体の各行為がクレームの構成要件の一部にそれぞれ対応していることを認めただけで（これは、「構成要件充足性」と言うよりも、各構成要件に対応する個別要素の認定をしたにすぎない。）、あたかも侵害が成立したように扱い、その後、救済措置を誰に求め得るかという判断に移行しているのは、説明として適切でない。

そのような論理的構成に関する意識が不十分である結果、本判決の「支配管理論」の認定も説明不足の感がある。本判決は、被告が被告システム全体を支配管理しているとして、実施主体と認定したところ、一般論として、物の支配管理により、物の発明の効果を実現するという意味での「使用」をしたと認めること自体は、合理性がある。しかし、本判決については、どのような判断基準の下で支配管理を肯定したのかが不明である。なお、①で述べた類型との関係では、本判決の事案は、被告が提供するサービスに参加する眼鏡店は、必然的に、本件特許発明における発注者側の構成要素を受け持つことになるという点で、第一の類型（行為の性質に基づく事情）に当たると考えられる（物の発明の実施行為についての立証命題は、物を利用する行為の存在であり、「物の支配管理」は「物の使用」を立証するうえでの中間項である。したがって、本事案も、「行為の性質に基づく事情」という類型に分類することに、問題はない。）。

4. 小括

以上、複数主体が関与する特許権侵害について、一つの考え方を提示してみた³¹。要約すれば、第一に、侵害を認めるべき事案の類型は、共同直接侵害と他人の行為を利用する侵害とに大きく分けることができる。第二に、後者については、他人の行為について、利用する側の行為とみなすことができるのは、少なくとも、行為の性質に基づく事情による場合と、主体間の関係に基づく事情による場合がある。

裁判例では、「道具」や「支配管理」という表現が用いられ、あたかも、それぞれが独自の理論構成を

³¹ 本研究調査事業の第3回会合では、米国の裁判例についても報告を行ったので、簡単に触れておく。米国では、複数主体の行為と方法特許の権利侵害の関係に関し、Akamai事件における、連邦最高裁判決（Limelight v. Akamai, 134 S. Ct. 2111 (2014) (Akamai III)）を踏まえた連邦巡回控訴裁判所大法廷判決（797 F.3d 1020 (Fed. Cir. 2015) (Akamai IV)）が示した、以下の基準が判例法理となっている。(i) 直接侵害は、方法の全工程が、単一主体により実行されるか、又は、単一主体に帰責できる場合に、成立。(ii) 複数主体が関与している事案で、単一主体に帰責できるのは、以下の2つの場合。(a) 単一主体が、他の者の行為を指示又は管理（direct or control）している場合。代位責任法理（vicarious liability）を考慮。(α) 代理、(β) 契約、又は(γ) 「ある活動への参加若しくはある利益の受領につき、一部工程の実行を条件とし、かつ、当該実行の態様若しくは時期を設定している場合」。(b) 行為者が共同事業を形成（form a joint enterprise）している場合。各行為者が、他の者の行為についても責任を負う。要件は、(α) 合意、(β) 共通目的、(γ) 目的に対する金銭的利益関係の共同体、(θ) 事業の方針に関する平等な発言権。この判断基準の適用例として、Eli Lilly v. Teva Parenteral Medicines, 845 F.3d 1357 (Fed. Cir. 2017) 及び Travel Sentry v. Tropp, 877 F.3d 1370 (Fed. Cir. 2017)がある。また、システム特許に関しては、NTP v. Research in Motion, 418 F.3d 1282 (Fed. Cir. 2005); Centillion v. Qwest Communications, 631 F.3d 1279 (Fed. Cir. 2011); Intellectual Ventures v. Motorola, 870 F.3d 1320 (Fed. Cir. 2017)において、システム全体の管理とそこからの利益に着目して、システムの使用の主体や場所を認定する手法が採用されている。さらに、CloudofChange, LLC v. NCR Corp. (Fed. Cir. 2024)は、Centillion事件に類似する、小売店のPOS端末とNCRのサーバがネットにつながるシステムに関する事件であり、地裁は、小売店によるシステムの使用についてNCRが代理責任を負うとしたのに対し、控訴審は、小売店がシステムを使用していることを確認したうえで、NCRはシステム全体の使用について支配管理をしていないとして代理責任を否定した。米国の運用の大きな特徴は、方法特許とシステム特許とを明確に区別して、異なる判断基準を設けていることである。

Akamai事件以前の裁判例及び間接侵害規定の動向について、鈴木将文「米国特許法271条の立法経緯と『共同侵害』に関する米国の判例動向」日本弁理士会中央知的財産研究所研究報告第22号『複数人が関与する知的財産権侵害について』31頁（2008）、同事件の複数の判決について、邱・前掲注13、また最近の裁判例につき紋谷・前掲注8を、それぞれ参照。

意味するかのよう（「道具理論」や「支配管理論」として）受け取られている。しかし、重要なことは、そのようなレッテルにとらわれずに、特許制度の趣旨（とりわけクレーム制度の意義）にさかのぼって、侵害成立要件を考察することであろう。

ただし、実際の事件では、誰が当事者（特に、被疑侵害者としての被告）となるかにより、適合する理論構成が変わるとどまらず、場合によっては、複数主体の一部にすぎない被告に係る事情に基づく認定をせざるを得ず、理論構成があいまいなまま結論が導かれることも、生じ得る。したがって、複数主体が関与する特許権侵害に関する体系的・整合的な理論の構築について、裁判所の役割にはかなり限界があり、その分、学界に期待される役割が大きいと言ふべきであろう。

5. 補論：非専用品型間接侵害（法 101 条 2 号、5 号）について

最後に、本研究調査事業のテーマ「間接侵害」に関し、若干私見を示しておきたい。全般的な検討は別の機会に譲り、ここでは、日本で議論の多い非専用型間接侵害につき、特に、その主観的要件に焦点を当てて述べる³²。

法 101 条 2 号及び 5 号は、行為者が「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」その行為を行うことを要件としている。この要件のうち、特に「その発明の実施に用いられることを知りながら」という要件（以下、この部分を単に「主観的要件」という。）は、上記各号において、極めて重要な意義を持つ。すなわち、上記各号の構造上、客観的な行為の要件は、特許発明の実施に用いられることのない物（以下、「適法用途物」といい、これに対し、発明の実施に用いられる物を「違法用途物」という。）に係る行為をも含む形で記述されており、間接侵害の成立範囲から適法用途物を排除するためには、主観的要件の解釈を通じてそれを実現するほかないからである。

この主観的要件については、被疑侵害者がその行為の対象物が違法用途物であることを具体的に認識していることを要すると厳格に解する説が有力に唱えられている一方、近時は、違法用途物に当たる蓋然性の認識があれば足りるという考え方（以下「蓋然性説」という。）も多い³³。しかし、特に蓋然性説の論者は、行為者の認識の程度の問題と、客観的に行為の対象物が侵害用途物か適法用途物のいずれに当たるかという問題を明確に区別して論じていない点に問題があると考え。すなわち、仮に、行為者の認識については、行為対象物が侵害用途物に当たる蓋然性がある（あるいは蓋然性が高い）という認識程度で足りるとしても、客観的に、その物が実際は適法用途物に該当した場合にも、なお主観的要件は充足され得るのかという問題が曖昧なまま、議論がされているように見受けられる。そして、この問題については、仮に蓋然性説を前提としても、主観的要件が満たされると解することはできないと考える。その理由は、以下のとおりである。

第一に、特許法の解釈として、間接侵害の単位、すなわち、侵害の成否を検討すべき行為の単位を確認すべきである。民事訴訟法の観点から、特許権侵害訴訟の訴訟物は、例えば損害賠償請求については、特定の製品（モデル）に係る一定期間（請求対象期間）の実施行為をまとめて把握して一つの行為

³² この論点についても、ここでは私見を簡潔に示すにとどめる。非専用品型間接侵害に関する他の多くの論点を含め、裁判例や学説を引用しつつ本格的な検討を行うのは、他日を期したい。

³³ 諸学説及び裁判例については、差し当たり、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&T63 号 8 頁（2014）、江幡奈歩「判批」別冊ジュリ 275 号（特許判例百選〔第 6 版〕）92 頁（2025）を参照。

と把握するのが通例であろう。しかし、特許法に照らして侵害の成否を検討すべき単位は別問題であり、行為の対象となる個々の「物」と、行為態様（生産、譲渡等若しくは輸入又は譲渡等の申出という各実施態様）によって区別される行為の一つ一つであろう³⁴。

第二に、上記のように考えると、間接侵害該当性が問われる行為は、個々の「物」単位で把握すべきであり、客観的には侵害用途物又は適法用途物のどちらかに係る行為であって、双方に係る行為ではあり得ない。そこで、適法用途物について、主観的要件が充足され得るかといえ、それはあり得ないと思われる。

なぜならば、まず、「その発明の実施に用いられることを知りながら」という文言に照らし、その物が「その発明の実施に用いられること」はないのであるから、そのことを「知〔る〕」こともあり得ないであろう。侵害用途物に当たると誤認した場合を「知〔る〕」に含めることは、文言上無理があると思われる。

次に実質論としても、適法用途物について主観的要件の充足を認めることは適切でない。例えば、損害賠償請求との関係で、過去の被疑間接侵害行為につき、訴訟の審理段階では、行為者が、違法用途物であると誤認していた（あるいはその蓋然性があると思っていた）行為について、あえて主観的要件の充足を認め、損害賠償を肯定する合理的理由はないであろう。そのような請求を認めることは、条文の文言との乖離はもとより、特許制度上、本来自由とされるべき行為を違法とすることにほかならない。

さらに、間接侵害は犯罪となること（法 196 条の 2）をも考えると、主観的要件は厳格に解すべきであるし、実質上類推解釈といえるような判断を控えるべきは当然である。

ここで問題になるのは、差止めとの関係である。差止めは将来の行為に対するものであるから、裁判所の判断時（口頭弁論終結時）において、行為の対象物が侵害用途物と適法用途物のいずれに当たるかが不明なことが十分にあり得る。この点こそ、非専用品型間接侵害に係る最大の難問であるが、出発点として、上記のとおり、客観的に適法用途物に係る行為は、間接侵害を構成しないという理解を前提とすべきである。そのうえで、特許権の保護を適切に図ることが必要になる。具体的対策については、2 点のみを指摘しておきたい。

第一に、特許法 100 条は、「侵害するおそれがある者」に対する差止めも認めているのであるから、行為者が侵害用途物に係る行為であることを認識しているか、又は（蓋然性説を前提とすれば）その蓋然性があると考えている場合において、裁判所の判断時点において、侵害用途物に係る行為に当たると判断する合理的根拠があれば、厳密には侵害用途物に当たるとの認定までできなくても、なお、その行為を差し止めることは可能と思われる。

第二に、差止めを命じる判決について、条件を付す等の柔軟な運用を図るべきではなかろうか。別稿でも論じたところであるが³⁵、例えば、侵害用途のために間接侵害品の生産、譲渡等を行うことの差止めを認めるとともに、これに猶予期間を設け、その間の金銭的補償を命じる等の運用を検討してはどうであろうか。この点は、研究者よりも、裁判官を含む実務家に、積極的な検討と取組みを期待したいところである。

なお、以上の議論は、蓋然性説を一切否定するものではない。行為者の認識の程度として、行為の対象物が侵害用途物に当たるとの蓋然性の認識で足りるとすることは、理屈としてあり得るとと思われる。

³⁴ もちろん、これは理論上の話であって、実際には、合理的根拠がある限り、複数行為をまとめて侵害の成否の認定をすることに問題はない。

³⁵ 鈴木将文「特許権侵害に対する民事救済措置の理論と論点」パテント 78 巻 1 号 53 頁（2025）。

しかし、上述のとおり、そのような行為者の認識だけではなく、客観的に、行為の対象物が侵害用途物に該当して、初めて主観的要件が充足するという点が重要だということである。

Ⅲ. 特許権の間接侵害：外国法を参照軸とした日本の課題と提言

福岡工業大学社会環境学部 橘 雄介 准教授

1. はじめに

本報告書は日本における特許権の間接侵害制度について、その課題を特定した上で、その解決策を提案するものである。本報告書は日中共同研究の成果であり、この研究の過程において日中の研究者の間で活発な意見交換を行なった。そこでは、単に日中の制度の紹介にとどまらず、相違点が特定され、なぜそのような相違点があるのかについて議論が交わされた。そこで、本報告書でも、日本の法制度から見た内側の課題だけではなく、比較法的に見た外側の課題も特定し、それに対する提言を試みた。

2. 日本の間接侵害の現状

(1) 間接侵害の意義と機能

日本の間接侵害は2つの制度からなる。一つは、「にのみ」型間接侵害であり、特許発明の実施「にのみ用いる物」（「にのみ」品と呼ばれる）の生産等は特許権侵害とみなされる（特許法¹101条1・4号）。主観的要件に着目すると、固有の主観的要件のない間接侵害である。客観的間接侵害や専用品型間接侵害とも呼ばれる。

もう一つは、多機能型間接侵害で、問題の製品に適法用途があり、「にのみ」品とは言えない場合、つまり、多機能品の生産等でも一定の場合には特許権侵害とみなされる（101条2・5号）。固有の主観的要件のある間接侵害であり、主観的間接侵害や非専用品型間接侵害とも呼ばれる。

間接侵害に該当すると、「特許権又は専用実施権を侵害するものとみなす」（特許法101条柱書）。故に、間接侵害規定の機能は、特許権侵害に該当しない行為について、その救済の範囲を特許権侵害と同様に拡大するものである。そもそも、特許権侵害に関与する行為は特許権の直接侵害の幫助又は準備行為として民法の共同不法行為を構成し、損害賠償請求の対象となり得る（民法²719条）。間接侵害として規定された行為については、それに加えて、差止請求権（特許法100条）及び損害の額の推定（102条）並びに刑事罰（196条の2）が認められることになる。

もっとも、救済の範囲が完全に特許権侵害（直接侵害）と同じとなるわけではなく、後述の通り、適法用途が差止及び損害賠償の範囲が除外され得る。また、刑事罰についても、直接侵害の法定刑が「十年以下の拘禁刑若しくは千万円以下の罰金」なのに対して（196条）、間接侵害の法定刑は「五年以下の拘禁刑若しくは五百万円以下の罰金」であり（196条の2）、直接侵害の半分となっている。

間接侵害規定の趣旨は、特許権の直接侵害の「予備的又は幫助的行為のうち、直接侵害を誘発する蓋然性が極めて高い一定の行為を特許権の侵害とみなす」ものとされるが、同時に、間接侵害の要件を「極めて限定的な規定としたのは、濫用による弊害を懸念したからにはほかならない」とされる³。このように、

¹ 特許法（昭和三十四年法律第二百一十一号）<https://laws.e-gov.go.jp/law/334AC0000000121>（2026年1月25日最終確認）。

² 民法（明治二十九年法律第八十九号）<https://laws.e-gov.go.jp/law/129AC0000000089>（2026年1月25日最終確認）。

³ 特許庁（編）『工業所有権法（産業財産権法）逐条解説〔第22版〕』（発明推進協会、2022年）336-337頁。

間接侵害には、救済の範囲の拡大と制限という2つの要請があり、どのような行為を間接侵害とすべきかが問題となる。

(2) 「にのみ」型間接侵害の現状

(i) 侵害の要件

「にのみ」型間接侵害（特許法101条1・4号）について、1号は特許が物の発明の場合で、4号は特許が方法の発明の場合である。物の発明の場合、その要件は、以下の通りである。

被疑侵害者が、

- ①業として、
- ②その物の生産にのみ用いる物の（「にのみ」品要件）
- ③生産、譲渡等若しくは輸入又は譲渡等の申出をすること（同条1号）

方法の発明の場合は②の「にのみ」品要件が、②'その方法の使用にのみ用いる物となる（同条4号）。

なお、被疑侵害者が特許発明及び直接実施を知っているか否かは要件ではない。この点は、後述の多機能型間接侵害と異なる。他方で、別途、損害賠償請求権の要件として故意または過失が要求される（民法709条）。もっとも、過失は推定される（特許法103条）。

(a) 文字通り基準

「にのみ」型間接侵害の中心的な要件は、「にのみ」品要件である。この点、裁判例の変遷がある⁴。従来、裁判例の多くは101条1・4号について適法用途の有無及びその程度に着目してきた⁵。この基準の下では、仮に製品の一部が特許発明にのみ用いられるものでも、製品全体として適法用途があれば、「にのみ」品要件が否定される。これは「にのみ」を文理解釈したものとして、「文字通り基準」と呼ばれる⁶。

(b) 「いつかは使う」基準

他方、侵害用途の有無及びその程度に着目する裁判例がある。この立場における象徴的な事件は食品の包み込み成形方法事件である⁷。この事件では、（少なくとも判決文上は）被告製品は納入時には原告発明の構成要件を満たさず、適法用途があったが、ユーザーが改造することで原告発明の構成要件を満たした。知財高裁は以下の通り適法用途があっても101条4号の間接侵害にあたり得るとの規範を採用

⁴ 詳細は参照、橋雄介「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年)151頁。

⁵ 東京地判昭和56年2月25日判時1007号72頁〔一眼レフレックスカメラ〕など。

⁶ 呼称は、中山一郎「特許権の間接侵害をめぐる近時の課題：発明のカテゴリー及び主観的要件を中心に」日本工業所有権法学会年報46号(2023年)104頁。

⁷ 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〕。本文の記述について、詳細は、橋雄介〔判批〕知的財産法政策学研究47号(2015年)327頁。

した。

「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変わりはないというべきであるから、なお『その方法の使用にのみ用いる物』に当たると解するのが相当である。」

そして、本件では改造が不可能ではなく、むしろ実用的だとして、101条4号の間接侵害を肯定した。

前述の文字通り基準に対して、本判決の採用した基準は侵害用途の有無及びその程度に着目するもので、それ以前には、製パン器事件の判決⁸が同様の規範を採用していた。この基準はユーザーが「いずれ」侵害用途に用いることがあるかどうかを判断するものとも読め⁹、「いつかは使う」基準と呼ばれる¹⁰。もっとも、食品の包み込み成形方法事件の事案は侵害用途の実施に改造が必要で、「いずれ」侵害用途が実施されるという事案ではなかった¹¹。故に、当該判決は「いつかは使うかもしれないが、使わないかもしれない」基準を採用したのもとも表現される¹²。このように、当該判決は従来裁判例からいわば二段階の飛躍をしたもので、その点に特徴があった。

これに対して、学説では批判が強い。すなわち、2002年改正により多機能品について別途101条2・5号が設けられ、適法用途に配慮している以上、101条1・4号を多機能品に拡張することは改正法の趣旨を没却させ、パブリック・ドメインを害するとされる¹³。

では、「いつかは使う」基準を是とすべきだろうか。これが本報告が想定する問題の一つである。

(3) 多機能型間接侵害の現状

(i) 侵害の要件

多機能型間接侵害（特許法101条2・5号）について、2号は特許が物の発明の場合で、5号は特許が方法の発明の場合である。物の発明の場合、その要件は、以下の通りである。

被疑侵害者が、

①その物の生産に用いる物

（②日本国内において広く一般に流通しているものを除く。）であつて（（非）汎用品要件）

③その発明による課題の解決に不可欠なものにつき（不可欠（品）要件）、

④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（主観的要件）、

⑤業として、

⁸ 大阪地判平成12年10月24日判タ1081号241頁〔製パン器〕。

⁹ 詳細は、参照、橘・前掲注7）343頁注22及びその本文・354-356頁。

¹⁰ 呼称は、朱子音〔判批〕知的財産法政策学研究544号（2019年）233頁。

¹¹ 詳細は、参照、橘・前掲注7）356-357頁。

¹² 中山・前掲注6）108頁。

¹³ 前田健〔判批〕判例評論644号（判例時報2157号）（2012年）190-191・192頁。詳細は、参照、橘・前掲注7）344頁、橘・前掲注4）179-182頁。

⑥その生産、譲渡等若しくは輸入又は譲渡等の申出をすること（2号）

方法の発明の場合、①の要件が、①'その方法の使用に用いる物となる（5号）。

101条2・5号についての解釈は錯綜している。その理由は、個々の要件で見解が分かれているというよりも、よりメタ的な制度の趣旨に対する理解が異なるためである。そこで、以下では、この観点から客体の要件を中心に裁判例及び学説を遡ってみたい。

（ii）客体の要件

（a）従来の見解

最初期に現れたのが不可欠要件を中心的な要件と捉え、発明の技術思想に着目して要件論を構築する見解、いわば「技術思想アプローチ」である。この見解に属するものとしては、第1に、不可欠要件を均等論の第一要件にいう「特許発明の本質的部分」と同一ないし類似のものと解する見解がある（本質的部分説）¹⁴。第2に、不可欠要件を発明が新たに開示する特徴的技術手段における特有の構成等を直接もたらすものと解する見解がある（特徴的技術手段説）¹⁵。

技術思想アプローチの下では、原則として公知の部品等は不可欠要件を満たさず、間接侵害を構成しないことになる¹⁶。このアプローチを象徴するプリント基板用治具に用いるクリップ事件判決は以下のように述べている¹⁷。

「この『発明による課題の解決に不可欠なもの』とは、特許請求の範囲に記載された発明の構成要素（発明特定事項）とは異なる概念であり、当該発明の構成要素以外の物であっても、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、他方、特許請求の範囲に記載された発明の構成要素であっても、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』には当たらない。すなわち、それを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」に該当するものというべきである。これを言い換えれば、従来技術の問題点を解決するための方法として、当該発明が新たに開示する、従来技術に見られない特徴的技術手段について、当該手段を特徴付けている特有の構成ないし成分を直接もたらす、特徴的な部材、原料、道具等が、これに該当するものと解するのが相当である。したがって、特許請求の範囲に記載された部材、成分等であっても、課題解決のために当該発明が新たに開示する特徴的技術手段を直接形成するもの

¹⁴ 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』（早稲田大学21世紀COE叢書7巻、日本評論社、2008年）53-54頁など。

¹⁵ 東京地判平成16年4月23日判時1892号89頁〔プリント基板用治具に用いるクリップ〕。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）88頁など。

¹⁶ ただし、技術思想アプローチの下でも、添付文書の記載等の事情を根拠に、公知の部品等にも例外的に不可欠要件を肯定する見解がある。高林・前掲注14）57-58頁〔「消化器疾患治療薬用として化学物質Xを生産販売することや、……B、Cと組み合わせて特許製品とするための物としてAを生産販売することは、間接侵害になる。」この場合、『消化器疾患治療薬用として化学物質Xを製造販売してはならない』と命じたうえで、消化器用疾患治療薬用として表示されるなどして特定できる化学物質Xに限って廃棄を命じることになろう。〕。

¹⁷ 前掲東京地判〔プリント基板用治具に用いるクリップ〕。

に当たらないものは、『発明による課題の解決に不可欠なもの』に該当するものではない。」

これに対する見解として、(非)汎用品要件を中心的な要件と捉え、差止適格性に着目して要件論を構築する見解である。すなわち、101条2・5号の「日本国内において広く一般に流通しているものを除く」((非)汎用品要件)を被告製品の侵害に用いられる部分に他用途がないこと(または同部分のみを容易に除去できること)と解する見解がある(差止適格性説)¹⁸。

この見解を示唆する一太郎事件判決は、一般論としては、(非)汎用品要件とは「規格品、普及品」だとしつつ、あてはめにおいては、被疑侵害製品は特許発明の「生産にのみ用いる部分を含む」として、(非)汎用品要件を肯定した。以下のように述べる¹⁹。

「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。本件において、控訴人製品をヘルプ機能を含めた形式でパソコンにインストールすると、必ず本件第1、第2発明の構成要件を充足する『控訴人製品をインストールしたパソコン』が完成するものであり、控訴人製品は、本件第1、第2発明の構成を有する物の生産にのみ用いる部分を含むものである〔ママ〕から、同号にいう『日本国内において広く一般に流通しているもの』に当たらないというべきである。」(〔〕内筆者。以下同じ)

(b) 「ためのもの」基準

近時、裁判例が採用しつつあるのは、技術思想アプローチに従いつつ、例外的に、被疑侵害製品が特許権侵害の「ためのもの」である場合に多機能型間接侵害を肯定するという枠組みで、いわば「ためのもの」基準である²⁰。

○ ピオグリタゾン東京事件

「ためのもの」基準を示唆した象徴的な事件はピオグリタゾン東京事件²¹である。これは、それら自体は公知技術である薬剤A(ピオグリタゾン)と薬剤B(本件各併用薬)を組み合わせる医薬という、いわゆる併用医薬に関する事件であった。被告が後発医薬品としてピオグリタゾン製剤を製造・販売し始めたが、被告医薬品の添付文書には、以下の記載があり、特許発明の併用の仕方を記載していた。

「【用法・用量】

¹⁸ 知財高判平成17年9月30日判時1904号47頁〔一太郎〕。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——均等論との整合性」同『特許法の理論』(有斐閣、2009年)161-164・172・175-178頁〔初出は、同「同」知的財産法政策学研究15号(2007年)167頁〕。

¹⁹ 前掲知財高判〔一太郎〕。近時の判決において、一太郎事件判決のあてはめの言い回しを踏襲するものとして、東京地判令和5年2月28日令和2年(ワ)第19221号〔洗濯用洗浄補助用品〕。

²⁰ 東京地判平成25年2月28日平成23年(ワ)第19435号・第19436号〔ピオグリタゾン東京〕、知財高判令和4年8月8日判時2564号57頁〔ラダー回路表示装置〕。

²¹ 前掲東京地判〔ピオグリタゾン東京〕。詳細は、橋雄介〔判批〕知的財産法政策学研究46号(2015年)293頁。

……〔本件各併用薬〕を使用する場合

通常、成人にはピオグリタゾンとして15～30mgを1日1回朝食前又は朝食後に経口投与する。」

東京地裁は、不可欠要件について、前述のプリント基板用治具に用いるクリップ事件判決と同旨を述べ、「発明の構成要素であっても、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、これ〔不可欠要件〕に当たらない。」とする。

その上で、東京地裁は、ピオグリタゾンは公知技術で、それ自体は101条2号の「その発明による課題の解決に不可欠なもの」（不可欠要件）を満たさないとしたものの、他方、特段の事情があれば不可欠要件を満たすとした。

「このような組合せに係る特許製品の発明においては、既存の部材自体は、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に過ぎず、既存の部材が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、特段の事情がない限り、既存の部材は、『その発明による課題の解決に不可欠なもの』に該当しないと解するのが相当である。」

もっとも、東京地裁は上記添付文書の記載は「組合せのためのものであるとの趣旨の記載」ではないとして、特段の事情を否定し、多機能型間接侵害を否定した。

本判決は、技術思想アプローチを採用しつつも、「既存の部材が当該発明のためのもの」であれば不可欠要件を満たすという枠組みを提示した。もっとも、あてはめにおいては、特許発明の記載された添付文書があるだけでは足りないとした。この二つの点に当該判決の意義がある。このあてはめについては、後発薬の添付文書の記載内容は薬機行政当局から強いられることがあるとの指摘もあり²²、被疑侵害者に結果回避可能性が無いとも思われる事案だった。その意味で、当該判決の射程を限定すべきだろう²³。

○ ラダー回路表示装置事件

近時、ピオグリタゾン東京事件判決のアプローチを踏襲しつつ、101条2号の間接侵害を肯定するのが現れた。ラダー回路表示装置事件判決である²⁴。

原告株式会社ジェイテクト（控訴人兼被控訴人）は電子制御機器等の製造・販売を行う株式会社で、発明の名称を「プログラマブル・コントローラにおける異常発生時にラダー回路を表示する装置」とする特許（特許第3700528号。本件第1特許）の請求項1に係る発明（本件発明1）についての特許権（本件特許権1）を有している。

²² 橋・前掲注21) 342頁注187及びその本文。

²³ 橋雄介「米国における特許権の間接侵害制度の展開と日本法への示唆」日本工業所有権法学会年報46号（2023年）20頁。

²⁴ 前掲知財高判〔ラダー回路表示装置〕。

本件発明 1 は、要するに、プログラマブル・コントローラの表示器 (1A・1G) に、アラーム検出機能があり (1B)、当該アラームが表示され (1C)、当該表示をタッチでき (1D)、当該タッチによりラダー回路が表示され (1E)、ラダー回路上的の入力要素 (接点) と出力要素 (コイル) の表示を切り替えられるというものである (図 1・2。参照、控訴審判決の引用する第一審判決の充足論)。

本件第 1 特許 (訂正後) の請求項 1 の発明の構成要件は、次のとおり分説されている。

「1A 機械・装置・設備等の制御対象を制御するプログラマブル・コントローラにおいて用いられる表示装置であって、

1B' 前記制御対象の異常現象の発生をモニターするプログラムであって、当該異常現象が発生したのに対応して、前記プログラマブル・コントローラの対応するアドレスのデータが変化したことを認識するプログラムと、

1C そのプログラムで異常現象の発生がモニターされたときにモニターされた異常現象に対応する異常種類を表示する手段と、

1D 表示された 1 又は複数の異常種類から 1 の異常種類に係る異常名称をタッチして指定するタッチパネルと、

1E 異常種類が当該タッチにより指定されたときにその指定された異常種類に対応する異常現象の発生をモニターしたラダー回路を表示する手段と、を有し、

1F 前記ラダー回路を表示する手段は、表示されたラダー回路の入出力要素のいずれかをタッチして指定する前記タッチパネルと、表示されたラダー回路の入力要素〔接点〕が当該タッチにより指定されたときにその入力要素を出力要素〔コイル〕とするラダー回路を検索して表示し、表示されたラダー回路の出力要素が当該タッチにより指定されたときにその出力要素を入力要素とするラダー回路を検索して表示する手段を含む

1G ことを特徴とする表示装置。」

従来、ラダー回路上で異常が生じた場合に、その原因を特定するには多くのラダー回路を参照する必要があったが、本件発明はラダー回路上的の出力要素 (コイル) に対応する入力要素 (接点) をタッチにより容易に検索できるようにし、それにより保守や異常発生にかかる時間を短縮する点にあるとされる (判決文では「異常発生時におけるタッチによる接点検索」と呼ばれる。控訴審判決)。つまり、主に 1F

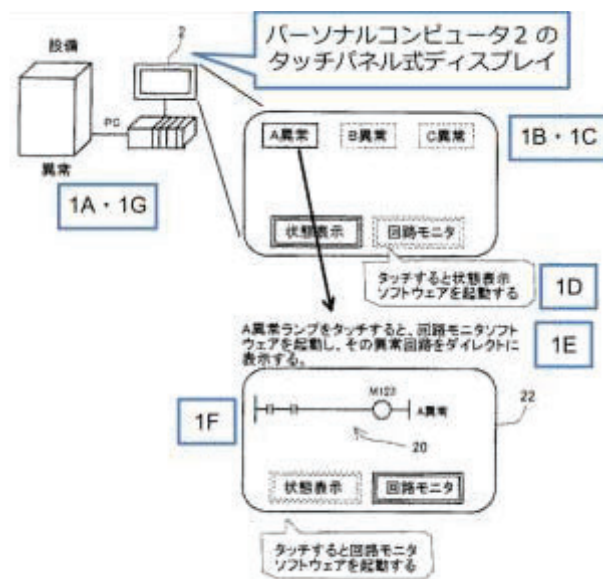


図 1 発明の実施例
(特許番号 3700528 号図 2 に加筆)

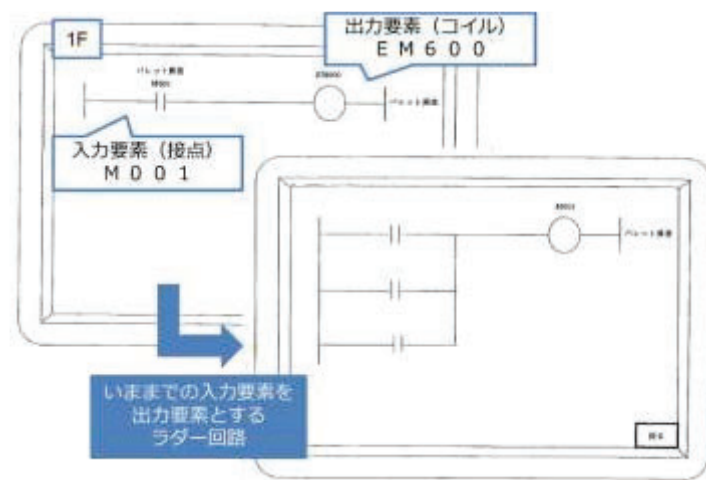


図 2 構成要件 1F (ラダー回路図)
(特許番号 3700528 号図 7・8 に加筆)

にその特徴があるとされる（第一審判決）。

他方、被告三菱電機株式会社（被控訴人兼控訴人）も同様の事業を営んでおり、被告プログラマブル・コントローラ、被告表示器 A 及び被告製品 3 を製造・販売している。

以上の被告コントローラ、被告表示器 A 及び被告製品 3 を組み合わせると本件発明 1 の構成になることがあるため、原告は被告表示器 A 及び被告製品 3 の製造・販売等の行為が特許法 101 条 2 号の間接侵害を構成するとして訴えた。

第一審判決²⁵は、被告製品 3 の生産、譲渡等が本件特許権 1 に対する 101 条 2 号の間接侵害に当たるとして、一審被告に対し、被告製品 3 の生産、譲渡の差止め、被告製品 3 に係るプログラムの使用許諾の差止め及び被告製品 3 の廃棄を命じるとともに、損害賠償として約 4702 万円の支払を命じた。他方、被告表示器 A については、従来技術だとして、101 条 2 号の間接侵害を否定した。第一審判決に対して、原告及び被告の双方が、第一審判決を不服として控訴した。

控訴審判決²⁶は、被告製品 3 のみではなく、被告表示器 A についても 101 条 2 号の間接侵害を肯定し、損害論については、102 条 1・2 項に基づき損害額を推定し、102 条 1 項に基づく損害額の方が高額だとして、約 5562 万円の損害賠償請求を認めた²⁷。

本件は、要するに、被告表示器 A 自体は従来技術で、技術思想アプローチの下では多機能型間接侵害を肯定し難い事案だったが、裁判所は、以下の通り述べて、公知の部品等であっても、それが他の部品等と「機能的な一体性」を有し、特許発明の「ためのもの」となっている場合は、不可欠要件を満たすとした。

「特許法 101 条 2 号は、間接侵害品を当該発明の特徴的部分を特徴付ける特有の構成等を直接もたらず特徴的な部品等に限定していると解されるが、『部品等』の範囲は、物理的又は機能的な一体性を有するか否かを社会的経済的な側面からの観察を含めて決定されるべきものであり、ある部材が既存の部品等であっても、当該発明の課題解決に供する部品等として用いるためのものとして製造販売等がされているような場合には、当該部材もまた当該発明による課題の解決に不可欠なものに該当すると解すべきものである。なぜならば、特徴的な部品等といえども公知の部品等が組み合わせられているにすぎない場合が多いところ、一体性を有するものも形式的に分離できるのであれば直ちに間接侵害の適用が排除されるとすると、間接侵害の規定が及ぶ範囲を極度に限定することとなり、特許法が間接侵害を特許権侵害とみなして特許権の保護を認めた趣旨に著しく反することになるからである。」

あてはめにおいては、知財高裁は、被告製品群において、特許発明の構成を実現するには被告表示器

²⁵ 大阪地判平成 30 年 12 月 13 日判時 2478 号 74 頁〔ラダー回路表示装置〕。評釈として、辻淳子〔判批〕知財ぷりずむ 202 号（2019 年）31 頁。

²⁶ 前掲知財高判〔ラダー回路表示装置〕。評釈等として、田中丞介「多機能型間接侵害および間接侵害への特許法 102 条の適用について判示した事案：知財高判令和 4 年 8 月 8 日（平成 31 年（ネ）第 10007 号）」特許法の八衢（2022 年 10 月 16 日）<https://patent-law.hatenablog.com/entry/2022/10/16/202628>（2026 年 1 月 26 日最終確認）、同「知財高判令和 4 年 8 月 8 日（平成 31 年（ネ）第 10007 号）における特許法 102 条 1 項の判示についての雑感」特許法の八衢（2022 年 10 月 17 日）<https://patent-law.hatenablog.com/entry/2022/10/17/193334>（2026 年 1 月 26 日最終確認）、江幡奈歩〔判批〕田村善之ほか（編）『特許判例百選〔第 6 版〕』（有斐閣、2025 年）92 頁。

²⁷ なお、控訴審係属中、原告は差止め及び廃棄の請求を取り下げており、控訴審判決は差止めについて判断を下していない。特許権の存続期間が満了したためと思われる（田中丞介先生からご示唆を受けた）。また、第一審では教唆・幫助に基づく不法行為も主張されていたが、時期に遅れた攻撃防御方法として却下され、控訴審では争点となっていない。

Aが必要であり、被告は「あえてこのような構成を選択」したものであり、故に、被告表示器Aは侵害に必要な他の製品と機能的・一体的不可分な構成であり、特許発明の「ためのもの」であるとして、不可欠要件を満たすとした。

「本件発明1が新たに開示する特徴的技術手段である、異常発生時のタッチによる接点検索との構成は、被告表示器Aと被告製品3の双方があって初めて実現し得る構成である。そして、……同機能の実現のために被告製品3がインストールできる表示器は被告表示器Aのみである……。……一審被告は上記のような構成を熟知し、あえてこのような構成を選択し、かつ、顧客に両者を提供しているものといえる。

以上からすると、被告表示器Aと被告製品3とは、たまたま物理的に別個の製品とされたことにより、一つの機能が複数の部品に分属させられているものの、本来的には、被告表示器Aは、被告製品3と機能的・一体的不可分の関係にあるものであって、独立した製品とされていたとしても、本件発明1の特徴的技術手段を直接もたらす特徴的部品等を構成するものであるというべきである。」

加えて、(非)汎用品要件及び、後述の通り、主観的要件も肯定し、結論として多機能型間接侵害を肯定した。

本判決は、「同機能の実現のために被告製品3がインストールできる表示器は被告表示器Aのみ」だった、つまり、被告表示器Aが特許発明の用途に調整されていたという客体に関する事情及び被告がそのような構成を「あえて」採用したという主観的事情から、「ためのもの」であることを認定している。また、後述の通り、被告が特許発明の用途を「宣伝ポイント」としていたことなどを後述の主観的要件で考慮している。ピオグリタゾン東京事件との比較から見ると、「ためのもの」基準を採用しつつ、侵害を肯定したこと、及び、その理由を、被疑侵害者による表示だけではなく、被疑侵害製品に関する事情にも求めたことに意義があるのだろう。

その他、近時の裁判例で、公知の部品等に多機能型間接侵害を認めたものとして、洗濯用洗浄補助用品がある²⁸。原告特許発明がマグネシウムを洗濯に用いた物で、他方、被告が金属マグネシウムの粒子をオンライン・マーケットプレイスで販売していた事案で、裁判所は、被告が被告製品を洗濯に用いることをウェブサイトに記載していたことから不可欠要件を肯定し、また、被告製品の組成及び粒径が特許発明の数値に含まれていることから、「被告製品は、本件各発明の実施にのみ用いる場合を含んでいる」として、(非)汎用品要件を肯定し、101条2号の間接侵害を肯定した。

本判決は、(非)汎用品要件において、被告製品が特許発明の用途に調整されているという客体の事情を考慮し、宣伝等の主観的な事情は不可欠要件で考慮したものだろう²⁹。客体の事情について、裁判所は、「発明の実施にのみ用いる場合を含」むとしており、差止適格性説の考え方を示唆しつつ、差止適格性をあくまでも客体の事情の問題とすることを示唆している。

²⁸ 前掲東京地判〔洗濯用洗浄補助用品〕。評釈等として、生田哲郎＝寺島英輔〔判批〕発明120巻6号(2023年)37頁、杉尾雄一「発明の名称を「洗濯用洗浄補助用品及びこれを用いた洗濯方法」とする特許権に基づく差止請求等について、間接侵害が成立した事例」知財弁護士.COM(内田・鮫島法律事務所) <https://www.ip-bengoshi.com/archives/6536> (2026年1月26日最終確認)、手代木啓〔判批〕知財管理74巻4号(2024年)499頁。

²⁹ なお、差止めのみが請求された事案であり、この場合、後述の通り、口頭弁論終結時までに主観的要件を満たせば足りるため、宣伝等の事情を主観的要件で考慮することが難しかったのだろう。

(iii) 主観的要件

(a) 条文

主観的要件について、まず、条文の内容から確認しよう。認識の対象は、「その発明が特許発明であること〔特許権の認識〕及びその物がその発明の実施に用いられること〔直接実施の認識〕」である（101条2・4号）。認識の対象が2つあることに注意を要する。

認識の程度について、法は「知りながら」と規定しており（同号）、現実の認識を要求しているように読める。故に、特許権及び直接実施の存在を過失により知らない場合を一切排除する趣旨かが問題となる。この点は、外国法からの課題として検討する。

(b) 裁判例の傾向

次に、裁判例を確認しよう。主観的要件でも裁判例の展開がある。従来裁判例の中には、差止請求権については、主観的要件は事実審の口頭弁論基準時に満たせば足りるとしたものがあつた。一太郎事件判決は以下の通り述べる³⁰。

「〔多機能型〕間接侵害の主観的要件を具備すべき時点は、差止請求の関係では、差止請求訴訟の事実審の口頭弁論終結時であり、……本件においては、控訴人〔被疑侵害者〕は、遅くとも本件訴状の送達を受けた日であることが記録上明らかな平成16年8月13日には、本件第1、第2発明が被控訴人〔特許権者〕の特許発明であること及び控訴人製品がこれらの発明の実施に用いられることを知ったものと認めるのが相当である。」

差止請求権のみが問題となった事案では、近時の裁判例でもこの一太郎事件判決の考え方が踏襲されている³¹。

これに対して、損害賠償請求権について、近時の裁判例は、主観的要件を柔軟に解し、「知りながら」とは、被疑侵害製品の購入者等のうち「例外的とはいえない範囲の者が当該製品の特許権侵害に利用する蓋然性が高い状況」を意味すると解する³²。裁判例で初めてこの旨を述べたのはラダー回路表示装置事件の第一審判決であり³³、控訴審判決もこれを踏襲して、以下の通り述べる³⁴。

「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の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

³⁰ 前掲知財高判〔一太郎〕。

³¹ 前掲東京地判〔洗濯用洗浄補助用品〕[「被告は、遅くとも口頭弁論終結時までには、被告製品に係る金属マグネシウムの粒子が、本件各発明が特許発明であること及び被告製品が本件各発明の実施に用いられることを知ったと認められる」]。

³² 大阪地判令和2年5月28日判時2481号48頁〔クランプ装置〕、前掲知財高判〔ラダー回路表示装置〕。

³³ 前掲大阪地判〔ラダー回路表示装置〕。

³⁴ 前掲知財高判〔ラダー回路表示装置〕。

容していることを要し、またそれで足りる」

この基準は、もともとは学説が唱えていたもので、その学説は著作権侵害の幫助犯の事件である Winny 事件の最高裁判決³⁵を踏襲していた³⁶。Winny はファイル共有ソフトであり、ユーザーの一部はこれを利用して、著作物であるゲームソフト等の情報をインターネット利用者に対し自動公衆送信し得る状態にして、著作権者の有する著作物の公衆送信権（著作権法 23 条 1 項）を侵害し、著作権法違反の犯行（119 条）を行った。そこで、Winny を開発し、公開していた被告人が著作権法違反罪の幫助犯（刑法 62 条 1 項）に問われた。最高裁は、「ソフトの開発行為に対する過度の萎縮効果を生じさせない」ことを考慮すれば、幫助行為が成立するためには、「同ソフトを入手する者のうち例外的とはいええない範囲の者が同ソフトを著作権侵害に利用する蓋然性が高い」ことを認識、認容していることを要するとした。

そこで、この基準を便宜上、Winny 基準と呼ぼう。

問題はそのあてはめである。Winny 基準は「例外的とはいええない範囲」との文言上、侵害割合を問題としているかのように読める。実際、Winny 基準を採用したクランプ事件判決は、そのあてはめにおいて、侵害割合を算出し（但し、伏せ字とされ、具体的な数字は不明である）、その割合が「大きい」として、主観的要件を肯定し、101 条 2 号の間接侵害を肯定した³⁷。これに対し、ラダー回路表示装置事件の控訴審判決は、侵害割合ではなく、被告製品が侵害に向けられた構成なこと及び被告が特許発明の実施態様を宣伝していたことを強調して、侵害の高度の蓋然性があるとして主観的要件を肯定した³⁸。「例外的とはいええない範囲の者」という文言に関わらず、客体及び主観的事情を考慮した点に意義があるのだろう。

(iv) まとめ

このように、客体の要件について、裁判例においては、技術思想アプローチを前提に、公知の部品等は原則として不可欠要件を満たさないとしつつ、例外的にそれが特許発明の「ためのもの」である場合には、不可欠要件を満たすという基準が有力となっている。主観的要件では、侵害割合を考慮するかのような基準が有力化しているものの、実際には、被疑侵害製品の構成や宣伝等の事情も考慮するものがある。

公知の部材等の事案について、あてはめまで見ると、公知の医薬に特許発明の用途の添付文書を貼付したのみでは、侵害を肯定しないが（ピオグリタゾン東京事件）、被疑侵害製品が特許発明の用途に調整されていたという客体に関する事情に加えて、当該事情に関する被疑侵害者の認識及び宣伝があれば、侵害を肯定する（ラダー回路表示装置事件、洗濯用洗浄補助用品）。

これは、単純に製品の構造ではなく、製造・販売時の被疑侵害者の認識や説明などを考慮する点で、米国の誘引侵害に近づくもの、いわば誘引型の間接侵害への拡張とも読めるものである³⁹。そこで、これを是認すべきかが問題となる。

³⁵ 最決平成 23 年 12 月 19 日刑集 65 卷 9 号 1380 頁 [Winny]。

³⁶ 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（知財訴訟の論点）」L&T63 号（2014 年）13 頁。

³⁷ 前掲大阪地判 [クランプ装置]。評釈として、横山久芳 [判批] 判時 2499 号（2022 年）153 頁。

³⁸ 前掲知財高判 [ラダー回路表示装置]。

³⁹ 参照、橋・前掲注 23) 20 頁。

(4) 救済

なお、本報告の本筋には関わらないが、間接侵害の効果を簡単に確認しておこう。前述の通り、間接侵害に該当すれば、当該行為は「特許権又は専用実施権を侵害するものとみな」され（特許法 101 条柱書）、民事法上は、差止請求権（100 条）及び損害賠償請求権（民法 709 条）が発生する。

「にのみ」型間接侵害において、差止及び損害賠償での適法用途への配慮はあまり見られない。たとえば、食品の包み込み成形方法事件で、控訴審判決は被告製品自体について製造及び販売の差止めを認め、また、損害賠償額の推定（102 条 2 項）において適法用途を控除していない⁴⁰。

多機能型間接侵害においても、差止請求権については、明示的に適法用途への配慮を否定したものがある。クランプ事件判決は、製造及び販売等の差止めの可否について、101 条 2 号に該当する被告バルブ自体は特許権侵害の「蓋然性が高い」ために間接侵害が肯定されているとして、「用途に係る限定を付すことなく差止請求を認めたとしても過剰とはいえない。」とした⁴¹。

これに対して、損害賠償請求権については、損害額の推定（特許法 102 条）が適法用途を根拠に覆滅されることがある。ラダー回路表示事件の控訴審判決は、本件特許発明が売上に貢献していないこと及び適法用途があることを斟酌して、99%以上の推定の覆滅を行っている⁴²。

3. 内側から見た課題

すでに関係する各所で述べたが、日本法の内側から見た課題は以下のように整理できる。「にのみ」型間接侵害については、近時の裁判例は、「にのみ」品要件を緩和し、適法用途がある場合にも侵害を肯定する（「いつかは使う」基準）。とすると課題は、「いつかは使う」基準に基づく侵害範囲の拡大は妥当かということになる。

多機能型間接侵害については、近時の裁判例は、誘引型の間接侵害を認めつつあるように見える（「ためのもの」基準）。とすると課題は、「ためのもの」基準に基づく侵害範囲の拡大は妥当かということになる。

⁴⁰ 前掲知財高判〔食品の包み込み成形方法〕。ただし、被疑侵害者が推定の覆滅事情を主張していなかった。

⁴¹ 前掲大阪地判〔クランプ装置〕。被告バルブ自体に対して、被告バルブの半製品（101 条 2 号の半製品）及び本文で後述の被告クランプの単品（101 条 1 号の半製品）は適法な用途があるとして、廃棄請求を棄却している。これは、半製品であり、そもそも間接侵害の成立を肯定できないものという趣旨だろう。

⁴² 前掲知財高判〔ラダー回路表示装置〕。

現状と課題

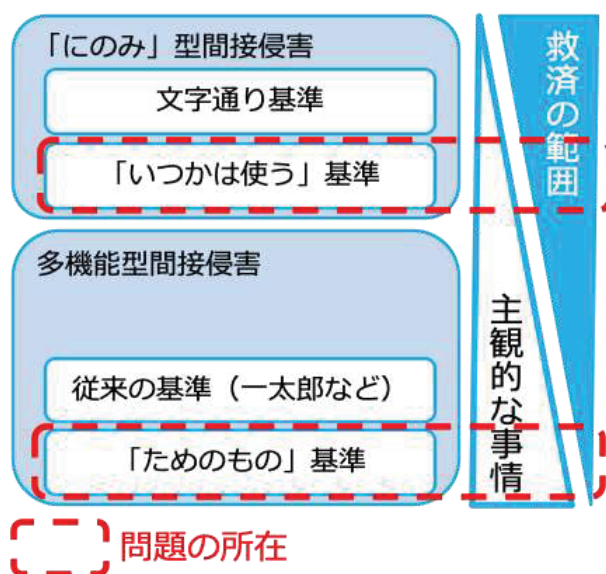


図3 内側から見た課題

4. 外側から見た課題と示唆

本報告は中国の研究者との共同研究の成果である。そこで、中国法との比較を通じて、課題を新たに見つけ、また、課題を一層明確にしたい。

(1) 中国法との比較

(i) 中国の特許権の間接侵害制度の整理

中国の特許権の間接侵害制度の特徴は、側聞する限り、以下のように整理できる⁴³。

(a) 根拠法

中国の専利法（中華人民共和国専利法（2020年））は間接侵害を規定していないとされる（参照、11条）。

「第11条 発明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・組織又は個人も、専利権者の許諾を得ずに、その専利を実施することができず、すなわち、業として、その専利製品の製造、使用、販売の申し出、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、販売の申し出、販売、輸入をすることができない。

⁴³ 一般的に参照、顧昕「中国の専利間接侵害の立法モデルと司法実務」平成31年度知的財産に関する日中共同研究報告書（2020年）38頁 https://www.jpo.go.jp/resources/report/takoku/nicchu_houkoku/2019.html（2026年1月27日最終確認）。

外観設計専利権が付与された後、いかなる機関・組織又は個人も、専利権者の許諾を得ずに、その専利を実施することができず、すなわち、業として、その外観設計専利製品の製造、販売の申し出、販売、輸入をすることができない。」⁴⁴

民法（中華人民共和國民法典（2021年））における共同不法行為の一般規定を根拠とする。以下の規定となっているようである。

「第1168条 二人以上が共同で不法行為を行い、他人に損害を与えた場合、連帯して責任を負わなければならない。」⁴⁵

「第1169条 他人を教唆・幫助して権利侵害行為を実施させたものは、行為者と連帯して責任を負わなければならない。

民事行為無能力者、制限民事行為能力者を教唆・幫助して権利侵害行為を実施させたものは、権利侵害責任を負わなければならない。当該民事行為無能力者、制限民事行為能力者の後見人が後見の責務を尽くさなかったときは、相応の責任を負わなければならない。」⁴⁶

（b）間接侵害の効果

民法に基づき、損害賠償請求権だけでなく、差止請求権も付与される。

（c）間接侵害の類型

2016年の司法解釈⁴⁷は、民法1169条の解釈として、①幫助型と②誘導型の2つの間接侵害を認めるようである⁴⁸。これは、米国の間接侵害制度を参照したものとされる⁴⁹。司法解釈は以下の通り定めるようである。

「第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行為を実施し、権利者は当該供給者の行為が民法典第1169条に掲げる他人の侵害行為を幫助する行為に該当すると主張する場合、人民法院はこれを支持すべきである。

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、専利権者の許諾を得ずに、生産経営のた

⁴⁴ 翻訳は、本共同研究における、魏磊氏の資料に基づく。

⁴⁵ 翻訳は機械翻訳に基づく。原文は以下の通り。

「第一千一百六十八条 二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。」

⁴⁶ 翻訳は、本共同研究における、魏磊氏の資料に基づく。原文は以下の通り。

「第一千一百六十九条 教唆、帮助他人实施侵权行为，应当与行为人承担连带责任。

教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为，应当承担侵权责任；该无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人未尽到监护职责的，应当承担相应的责任。」

⁴⁷ 「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。

⁴⁸ 顧昕・前掲注43）41-42頁。

⁴⁹ 顧昕・前掲注43）42頁。

めに他者を積極的に誘導して他者が専利権侵害行為を実施し、権利者は当該誘導者の行為が民法典第 1169 条に掲げる他人の侵害行為を幫助する行為に該当すると主張する場合、人民法院はこれを支持すべきである。」⁵⁰

もっとも、当該司法解釈は閉鎖的なものではなく、この 2 類型に当てはまらない場合でも、民法の一般規定に戻って、間接侵害が認められることがある。その一つが、特許発明を侵害する物品の製造を下請けに指示するような類型である⁵¹。いわば③共謀型である。これは、民法 1168 条に基づくようである⁵²。

(d) 間接侵害の主観的要件

①及び②類型では、直接実施についての認識が要求されるが、③類型では過失で足りるとされる⁵³。それ故に、従来から、中国法の課題として、③類型を根拠に間接侵害が拡大することの弊害が指摘されているようである⁵⁴。

(e) 総合衡量

以上のように、中国法の間接侵害の要件は客観的な要件と主観的な要件とからなるが（加えて、後述の直接実施との関連性との要件もある）、間接侵害の成立の判断にあたってはこれらが総合衡量されるようである。すなわち、客観的な要件によって故意を推定することも可能なようである⁵⁵。

(ii) 使用環境特徴と直接実施との関連性

以上の間接侵害とは別に、被疑侵害製品等がクレームの一部を実施しているという場面をクレーム解釈の問題として処理する法理として、使用環境特徴という法理があるようである⁵⁶。これは、解釈⁵⁷に根拠を持つものようで、請求項における発明の使用背景又は使用条件を説明するための技術的特徴を意味し、典型例は「プリンタ本体の取り付けられるインクカートリッジ」というクレームについて、「プリンタ本体の取り付けられる」という構成要件である。問題の構成要件が使用環境特徴だということになれば、当該使用対象の構成要件を被疑侵害者が提供することを不要とするものである⁵⁸。換言すると、クレームの構成要件の一部を無視するクレーム解釈の手法のようである。

日本法の下で類似の処理をしたものとして、インターネットナンバー事件が挙げられるかもしれな

⁵⁰ 本共同研究における、魏磊氏の資料に基づく。

⁵¹ 顧昕・前掲注 43) 52-53 頁。

⁵² 本共同研究における、中国側研究者からの指摘に基づく。

⁵³ 顧昕・前掲注 43) 52-53 頁。

⁵⁴ 顧昕・前掲注 43) 52-53 頁 [「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」]。

⁵⁵ 本共同研究における、張平先生の資料に基づく。

⁵⁶ 本共同研究における、日本知的財産協会の資料に基づく。

⁵⁷ (2012) 民提字第 1 号「シマノ事件」及び「専利権侵害紛争案件の審理における法律応用の若干問題に関する解釈(二)」第 9 条。

⁵⁸ 本共同研究における、日本知的財産協会の資料に基づく。

い⁵⁹。もっとも、中国の実務においては間接侵害を代替する制度とは位置付けられていないようである⁶⁰。

ここからは推測だが、中国の特許権の間接侵害では、直接実施の存在が要件となるが、当該要件が厳しく判断される傾向もあるようで、実際のユーザーが直接実施を行なったことの立証が要求され、直接実施の不存在を理由に間接侵害が否定される例があるようである⁶¹。また、いわゆる従属説と独立説の対立も残っているようである⁶²。使用環境特徴はこの直接実施の存在の立証を回避し、被疑侵害者の行為自体を直接侵害に問うための法理かもしれない。日本の間接侵害においては、どこかで直接実施があることは必要だが⁶³、厳密な立証は問われていない。故に、複数主体による実施の場面では課題を共有できるかもしれないが、間接侵害の場面で課題を共有する必要はないかもしれない。

(iii) 中国法から見た日本法の課題

間接侵害について、中国法と日本法の類型の違いを整理すると、中国法は開放的な一方、日本法は閉鎖的で、中国法でいうところの①幫助型及び②誘導型の一部(「ためのもの」基準)を認めるにとどまる。他方で、中国法が開放的なために、主観的要件が過失で足りるとする③共謀型など、逆に拡がり過ぎていることが懸念されているようである。そこで、日本法においても③共謀型、つまり、過失による間接侵害を認める余地はないのか、また、③共謀型を認めないまたは限定すべき理由は何かが課題となろう。

よりミクロな問題に目をやると、中国法でも間接侵害の要件として客観的及び主観的要件が課されているが、最終的には総合衡量されているようである。その意味で、類型だけではなく、要件も開放的だということになる。そこで、日本法においても、客体及び主観的な事情の総合衡量という枠組みを採用できないか、仮にそのような枠組みを採用するとして、その決め手は何になるのかが問題となる。

(2) 米国との比較

この中国法からの課題を考えるについては、同時に、米国法を参照することが有益かもしれない。というのも、中国法と同様に、米国法の特許権の間接侵害も共同不法行為の一種として発展したものの、中国法と異なり、①寄与侵害及び②誘引侵害の2類型のみを認めるにとどまる⁶⁴。加えて、後述の通り、いずれの類型でも特許権侵害の認識を要求してきた。では、なぜ米国法と中国法に違いがあるのだろうか。この点の考察が有益かもしれない。

⁵⁹ 知財高判平成22年3月24日判タ1358号184頁〔インターネットナンバー〕。参照、橘雄介「発明の実施における分散と集中：複数主体による実施及び仮想空間における問題を中心に」齊藤邦史＝橘雄介＝鈴木康平(編)『人間中心の知的財産法：身体・空間・時間からの解放と法的規律』(勁草書房、2025年)39頁。

⁶⁰ 本共同研究における、中国側参加者からの指摘に基づく。

⁶¹ 顧昕・前掲注43)47-50頁。

⁶² 本共同研究における、張平先生の資料に基づく。

⁶³ 田村善之『知的財産法〔第5版〕』(有斐閣、2010年)259頁、田村善之＝時井真＝酒迎明洋『プラクティス知的財産法I〔特許法〕〔第2版〕』(信山社、2024年)44頁。

⁶⁴ 米国の特許権の間接侵害について、詳細は参照、橘雄介「特許権の間接侵害の理論(3)」知的財産法政策学研究53号(2019年)159頁、橘・前掲注23)5頁以下。

(i) 米国における特許権の間接侵害の概要

米国法は特許権の間接侵害として、①寄与侵害 (contributory infringement. 米国特許法 271 条(c)) 及び②誘引侵害 (active inducement. 同条(b)) の 2 類型を定める。

寄与侵害の主たる要件は本質的部分の要件、非汎用品要件及び主観的要件の 3 つである。

「(c) 特許された機械、製品、組合せ、もしくは化合物についての部品、または、特許方法の実施に用いる材料や道具であって、発明の本質的部分 (a material part of the invention) を構成するもの〔本質的部分の要件〕を販売する者は、その部品等が当該特許権の侵害に用いるために特に作られまたは調整されたものであること、および、その部品等が汎用品 (a staple article) または一般的な商業製品 (commodity of commerce) であって、実質的な非侵害用途 (substantial noninfringing use) に適するものではない〔非汎用品要件〕ことを知っている (knowing) 〔主観的要件〕場合には、当然に、寄与侵害者としての責任を負う。」⁶⁵

誘引侵害の要件は条文上は明確ではないが、誘引行為及び主観的要件が要件となると解されている⁶⁶。

「(b) 特許権の侵害を積極的に誘引する (actively induces) 者は当然に侵害者としての責任を負う。」⁶⁷

(ii) 主観的要件

中国法との比較からは、中国法が共謀型を認め、過失による間接侵害を認めているかに見える点が問題となる。そこで、米国法を確認しておこう。

(a) 寄与侵害における主観的要件⁶⁸

271 条(c)は主観的要件を要求している。1952 年法以前の判例法では被疑侵害製品に侵害用途のみがある場合には、寄与侵害の認識や意図は推認されていた⁶⁹。これに対して、1952 年法は寄与侵害において非汎用品要件とは別に主観的要件を課した。立法過程では、この主観的要件について議論があり、部品などの中小の製造事業者の証人は特許権の認識を要求すべしと主張したが、起草者の Rich は単に被疑侵害製品がどう使われるかのみを知っていればよいという意味で、特許権やその侵害の認識を要求するものではないとの意見を述べていた⁷⁰。もっとも、結局、成立した主観的要件がどちらの立場を採用し

⁶⁵ “(c)Whoever offers to sell or sells within the United States or imports into the United States a component of a patented machine, manufacture, combination or composition, or a material or apparatus for use in practicing a patented process, constituting a material part of the invention, knowing the same to be especially made or especially adapted for use in an infringement of such patent, and not a staple article or commodity of commerce suitable for substantial noninfringing use, shall be liable as a contributory infringer.” (35 U.S. Code § 271 (c)).

⁶⁶ Cf. DSU Med. Corp. v. JMS Co., 471 F.3d 1293, 1305 (Fed. Cir. 2006) (DSU) (en banc).

⁶⁷ “(b)Whoever actively induces infringement of a patent shall be liable as an infringer.” (35 U.S. Code § 271 (b)).

⁶⁸ 詳細は参照、橘雄介「特許権の間接侵害の理論 (4)」知的財産法政策学研究 63 号 (2022 年) 141 頁。

⁶⁹ Wallace v. Holmes, 29 F. Cas. 74, 80 (No. 17,100) (C.C. D. Conn. 1871) (Wallace).

⁷⁰ David Lee Mossley, Knowledge Requirement of Contributory Infringement and the Aro Case, 47 J. Pat. Off. Soc’y 98, 109-111 (1965).

たものかはっきりしないとされる⁷¹。

この点、1964年のAro II事件で最高裁⁷²が判断を下した。この事件の特許発明はオープンカーの屋根の構造についてのもので、被疑侵害者はその屋根に用いる交換用の生地を販売していた。訴訟では、被疑侵害者が寄与侵害の責任を負うとしても、それがいつからなのか、被疑侵害者が何を認識していなければいけないのかが問題となった。

最高裁の多数意見は、271条(c)の主観的要件に特許権の認識及び侵害の認識を要求した⁷³。この事件では、特許権者が特許権と直接侵害品(つまり修理される自動車)を記載した侵害警告を通知した後は、この認識要件は満たされるとした⁷⁴。

(b) 誘引侵害における主観的要件⁷⁵

271条(b)の文言上は明らかではないが、判例・裁判例において、寄与侵害と同様に主観的要件が要求されている。もっとも、認識の対象として何が要求されるかについては、判例・裁判例の変遷がある。

前述の通り、Aro II事件において、最高裁は寄与侵害の主観的要件の対象として用途だけではなく特許権の認識と侵害の認識も要求した⁷⁶。その後、2000年代頃に誘引侵害の主観的要件について裁判例に対立が生じた。ここでの対立は誘引侵害における意図の内容として侵害を構成する行為の認識で足りるのか(Hewlett-Packard基準)⁷⁷又は特許権及びその侵害の認識を必要とするのか(Manville基準)⁷⁸というものだった。

以上の問題に決着を付けたのが、2006年のDSU事件におけるCAFC大法廷判決⁷⁹である。大法廷はManville基準を採用し、誘引侵害でも特許権の認識と侵害の認識が要求されるとした。

『原告は、被疑侵害者の行為が侵害行為を誘引したこと、及び、被疑侵害者が自身の行為が実際の侵害を誘引することになることを知っていたかまたは当然に知っていたはずであることを立証する責任を有する。』被疑侵害者が自身の行為が実際の侵害を誘引することになることを知っていたかまたは当然に知っていたはずであることという要件は、必然的に、被疑侵害者が当該特許権を知っていたという要件を含むものである。⁸⁰

次いで、DSU判決の言う「当然に知っていたはずである」という状態がどういうものかが問題となった。

この問題を扱ったのがGlobal-Tech事件(SEB事件)である。最高裁⁸¹は、あくまでも主観的要件は過

⁷¹ *Id.* at 112-13.

⁷² *Aro Mfg. Co., Inc. v. Convertible Top Replacement Co.*, 377 U.S. 476 (1964) (Aro II). 評釈として、Mossley, *supra* note 70.

⁷³ Aro II, *supra* note 72, at 488.

⁷⁴ *Id.* at 489-90.

⁷⁵ 詳細は参照、橘雄介「特許権の間接侵害の理論(5)」知的財産法政策学研究66号(2022年)143頁。

⁷⁶ 参照、前掲注73及びその本文。

⁷⁷ *Hewlett-Packard Co. v. Bausch & Lomb Inc.*, 909 F.2d 1464 (Fed. Cir. 1990) (Hewlett-Packard).

⁷⁸ *Manville Sales Corp. v. Paramount Sys., Inc.*, 917 F.2d 544 (Fed. Cir. 1990) (Manville).

⁷⁹ DSU, *supra* note 66.

⁸⁰ *Id.* at 1304 (en banc).

⁸¹ *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A.*, 563 U.S. 754 (2011) (Global-Tech). 評釈として、Karthik Kumar, Of Deep-Fryers and (Semiconductor) Chips: Why Ignorance of a Patent is No Excuse for its Indirect Infringement, 40 *AIPLA Q. J.* 727 (2012).

失を超えるものだとしつつ、他方で、被疑侵害者が意図的に侵害の認識に至らないようにする場合には侵害の認識を肯定するという故意の無知 (willful blindness) の法理を採用した⁸²。

その法政策的な根拠は判決文中では明示されていないが、最高裁の口頭弁論において Roberts 裁判長は「半導体産業で起こりそうなことを考える」べきだとしており⁸³、後述のクレームの告知機能の問題が念頭に置かれていたものと推察される。

(iii) 学説における議論⁸⁴

では、なぜ米国の判例は特許権の間接侵害の主観的要件を過失では足りないとするのだろうか。学説は、間接侵害における主観的要件について、いくつかの考え方を示している。

前述の Hewlett-Packard 基準と Manville 基準が揺れていた時期のものだが、Lemley は、両説を排他的なものとして捉えず、直接侵害を厳格責任とする特許法の価値判断を援用して類型論を構築し、直接侵害に近い行為類型 (製品の設計や製造方法を決定するような行為) はハードルの低い Hewlett-Packard 基準を採用し、直接侵害から遠い行為類型 (貸與人や電力会社などの侵害行為を単に容易にする行為) はハードルの高い Manville 基準を採用すべきだとする見解が説かれていた⁸⁵。直接侵害からの近さによって誘引侵害に必要な客観的及び主観的な事情にグラデーションがあるという発想である。

もっとも、直接侵害からの近さという考え方は、比喩としては納得感はあるが、本当の決め手が見えない。この近さはクレームの告知機能が果たされているか否かだと示唆する学説がある。Rajec⁸⁶はオール・エレメント・ルールなどの特許権侵害の境界 (boundary) が緩められている現象に着目し、その正当化根拠及び制限根拠を探る。すなわち、こういった境界が緩められた侵害類型を「非拘束侵害 (unbound infringement) と呼び、主として間接侵害 (寄与侵害及び誘引侵害)、分割侵害及び越境侵害 (271 条(f)) を論じる⁸⁷。

正当化根拠については、特許権者の排他的権利の横取りに着目し、間接侵害の場合、責任の根拠はあくまでもオール・エレメント・ルールで、寄与侵害及び誘引侵害の意図は直接実施に向いており、広く特許権者の排他的権利の横取りを肯定できるとする⁸⁸。換言すれば、フリーライド性に間接侵害の根拠を求める考え方だが、これは間接侵害制度が保護しているのはあくまでもクレームされた範囲で、間接侵害品それ自体ではないという発想だろう⁸⁹。

制限根拠について、特許権の権利範囲の告知の懸念 (notice concerns) に着目する。そして、寄与侵害の客体要件 (本質的部分要件及び非汎用品要件) は侵害者を侵害に密接な者に限定することで、告知の懸念を払拭することに成功しているが⁹⁰、誘引侵害については判例は無効の確信は主観的要件を否定し

⁸² *Id.* at 769.

⁸³ Kumar, *supra* note 81, at 729 が紹介している。

⁸⁴ 詳細は参照、橘・前掲注 23) 14 頁以下。

⁸⁵ Mark A. Lemley, *Inducing Patent Infringement*, 39.1 U.C. DAVIS L. REV. 225, 241-43 (2005) (翻訳として、Mark A. Lemley (AIPPI 事務局 (解説・訳)) 「特許侵害の誘引 (米国)」 AIPPI 51 卷 12 号 (2006 年) 23-24 頁)。

⁸⁶ Sarah R. Wasserman Rajec, *Infringement, Unbound*, 32 HARV. J. L. & TECH. 117 (2018).

⁸⁷ *Id.* at 118.

⁸⁸ *Id.* at 161-62.

⁸⁹ ミスユースについての指摘だが、*see* A. Samuel Oddi, *Contributory Infringement/Patent Misuse: Metaphysics and Metamorphosis*, 44 U. PITT L. REV. 73, 112-13 (1982) [特許の審査はクレームについて行われる以上、発明の構成要素に独占権を与えることは (それがたとえ「不可欠な非汎用品」であっても) 公共の利益に反する]。

⁹⁰ Rajec, *supra* note 86, at 124, 164.

ないとしており⁹¹、潜在的な被疑侵害者による無効の調査を萎縮させており、告知の懸念を残す結果となっているとする⁹²。

5. 検討

(1) 外国法からの示唆

外国法からの示唆をまとめてみよう。米国法、特に、学説からの示唆はやはり特許法の構造を見るべきというものだろう。

具体的には2つある。Lemley が説くように、特許法は直接侵害を厳格責任としつつ⁹³、間接侵害に主観的要件を課するという構造である⁹⁴。そうであれば、間接侵害を実質的に厳格責任とすべきではないが、かといって一律の主観的要件を課す必要もなく、間接侵害の要件はグラデーションとなる。

他方で、特許法がなぜ厳格責任を限定するという構造を採用しているかである。これは、Rajec が説くように、特許法はクレーム制度を定め、その告知を求めるという構造である⁹⁵。そうである以上、間接侵害においてもクレームの告知機能を害さないようにする必要がある⁹⁶。もっとも、これを実現する要件は、必ずしも主観的要件ではなく、客体に関する要件でもよい⁹⁷。

故に、主観的要件については、過失では足りないものの、現実の認識が常に要求されるわけではなく、クレームを故意に無視している場合（故意の無知）も含まれる⁹⁸。

以上の考え方は中国法からも示唆される。前述の通り、中国法も客観的・主観的要件を総合衡量するため、あてはめまで含めた間接侵害の要件はグラデーションとなるようである。では、その決め手は何かだが、米国法の示唆を踏まえると、クレームの告知機能の懸念が少ない場合か否かになるのだろう。

(2) 物品の提供を伴う場合の間接侵害

(i) 法政策の指針

翻って、日本法の課題に戻ってみよう。まず、中国法から見た課題として、日本法においても客体及

⁹¹ Commil USA, LLC v. Cisco Sys., 135 S. Ct. 1920 (U.S. 2015) (Commil). 詳細は参照、橘・前掲注 23) 13 頁。

⁹² Rajec, *supra* note 86, at 164-65.

⁹³ なお、米国法においては、厳密には厳格責任ではなく、一定の場合には、侵害の通知を要求する「調整された厳格責任」だとも言われる。詳細は参照、橘雄介「サプライチェーンと厳格責任：米国特許法 287 条(a)の特許表示・通知に焦点を当てて」吉田広志＝村井麻衣子＝Branislav Hazucha＝山根崇邦（編）『知的財産法政策学の旅：田村先生還暦記念論文集』（弘文堂、2023 年）266 頁。

⁹⁴ 参照、前掲注 85) 及びその本文。

⁹⁵ 参照、前掲注 86) 及びその本文。

⁹⁶ 複数主体による実施についてだが、近時、クレームの告知機能が果たされているか否かによって、いわゆる道具理論の射程を定める見解が有力化している。鈴木将文「複数主体が関与する特許権侵害」日本工業所有権法学会年報 46 号（2022 年）85-86 頁、田村善之「複数主体の分担による特許権侵害の成否について」大鷹一郎＝田村善之（編集代表）『多様化する知的財産権訴訟の未来へ：清水節先生古稀記念論文集』（日本加除出版、2023 年）343 頁、酒迎明洋「複数主体の分担実施による特許権侵害」『知的財産法政策学の旅：田村先生還暦記念論文集』（弘文堂、2023 年）328 頁。歴史的位置付けについて、詳細は参照、橘・前掲注 59) 42 頁。

⁹⁷ 参照、前掲注 90) 及びその本文。

⁹⁸ 参照、前掲注 81) 及びその本文。

び主観的な事情の総合衡量という枠組みを採用できないか、仮にそのような枠組みを採用するとして、その決め手は何になるのかが問題となっていた。

日本法は立法において要件のグラデーションを取り入れているのだろう。すなわち、主観的要件の要否に応じて、「にのみ」型間接侵害と多機能型間接侵害を分けて設けた。実質的には、この区別はクレームの告知機能からも正当化できる⁹⁹。すなわち、特許発明以外の用途がないということは、被疑侵害者は自身の製品がその後、どのように用いられるか、つまり、特許発明の用途に用いられることを認識している。とすれば、クレームの告知の状況は全部実施による直接侵害者と異ならず、故に、特許権侵害の責任を問うてもよい。反対に、被疑侵害製品に他用途がある場合にも侵害の責任を課すと、被疑侵害者は過大に侵害リスクを見積もってしまい、事業活動を萎縮させてしまう。これでは、特許権の効力範囲を警告するとのクレームの告知機能が害されてしまうのである¹⁰⁰。比喩的にまとめると、「にのみ」型間接侵害は直接侵害から近く、多機能型間接侵害は直接侵害から遠い場面だということになる。

(ii) 「にのみ」型間接侵害について

以上を踏まえて、内側からの課題を検討しよう。「にのみ」型間接侵害について、「いつかは使う」基準に基づく侵害範囲の拡大は妥当かが課題だった。より課題を実質化すれば、「いつかは使う」基準は、直接侵害と十分に、つまり、厳格責任を課すほどに近い¹⁰¹、クレームの告知機能を害していないか、ということになるろう。

この点、抽象論においては¹⁰²、「いつかは使う」基準は、適法用途があっても、つまり、多機能品であっても、厳格責任を肯定する以上、クレームの告知機能を害し得る。適法用途がある以上、被疑侵害者がユーザーの手元で違法用途に用いられると当然に認識し得たわけではないためである。抽象論を離れて、あてはめを見ても、食品の包み込み成形方法事件においては、(少なくとも判決文上は) 被告製品にずっと使わない非侵害用途があり得た¹⁰³。その意味で、運用としても、誤った判断を招きかねないことになる¹⁰⁴。したがって、被疑侵害製品に適法用途がある場合は、侵害範囲が過剰に広がる恐れがある以上、一律に多機能型間接侵害の問題とすべきだろう。

以上は解釈論だが、立法論としては、このように「にのみ」型間接侵害の拡張による予測可能性の欠如が起るため、「にのみ」型間接侵害を多機能型間接侵害に統合すべきとの指摘もある¹⁰⁵。しかし、多機能型間接侵害に統合したとしても、多機能型間接侵害内部でグラデーションの議論が新たに生じることが予想される。その場合、判例が確立するまで予測可能性が担保できないかもしれない。そうすると、

⁹⁹ その他の考慮要素からの正当化として、参照、橘・前掲注 23) 16 頁以下。

¹⁰⁰ 適法用途の有無の要件がクレームの告知機能の確保という趣旨から基礎付けられることについて、参照、橘・前掲注 23) 18 頁。立法経緯を踏まえたものとして、橘雄介「特許権の間接侵害の理論 (1)」知的財産法政策学研究 51 号 (2018 年) 150-153 頁。複数主体による実施の文脈で、同旨、参照、田村・前掲注 96) 343 頁、橘・前掲注 59) 52-53 頁。

¹⁰¹ なお、日本法では、差止請求権については厳格責任だが、損害賠償請求権については、過失が推定されているにとどまる (特許法 103 条)。もっとも、実務上、その覆滅は困難だとされる。その意味で、(事実上の)「厳格責任」ないし「無過失責任」と呼ばれる。島並良「特許権侵害における過失の役割」別冊特許 24 号 (2020 年) 2 頁、橘・前掲注 93)。

¹⁰² 参照、前掲注 7) 及びその本文。

¹⁰³ 参照、前掲注 7) 及びその本文。

¹⁰⁴ 参照、橘・前掲注 23) 18 頁。

¹⁰⁵ 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—」平成 31 年度知的財産に関する日中共同研究報告書 (2020 年) 81-82 頁 https://www.jpo.go.jp/resources/report/takoku/nicchu_houkoku/2019.html (2026 年 1 月 27 日最終確認)。

筆者の差し当たりの提言としては、立法論としては、「にのみ」型間接侵害を維持しつつ、解釈論として、文字通り基準¹⁰⁶を採用するよう訴えたい。

(iii) 多機能型間接侵害について

多機能型間接侵害については、「ためのもの」基準に基づく侵害範囲の拡大は妥当かが課題となっていた。より課題を実質化すれば、「ためのもの」基準は、直接侵害から遠いとしても、クレームの告知機能を害していないか、ということになるろう。

加えて、さらに課題を特定する必要があるろう。間接侵害がグラデーションだということは、多機能型間接侵害の内部でもグラデーションがあり得るということである。前述の通り、「ためのもの」基準は主に公知の部品等が提供される場面で論じられている（ピオグタゾン東京事件、ラダー回路表示装置事件）。とすれば、問題は公知の部品等の提供、つまり、客体の事情が弱い場合に、それを補完するための事情として何が必要かである。

公知の部材等の事案について、裁判例のあてはめを振り返ると、公知の医薬に特許発明の用途の添付文書を貼付したのみでは、侵害を肯定しないが（ピオグリタゾン東京事件）、被疑侵害製品が特許発明の用途に調整されていたという客体に関する事情に加えて、当該事情に関する被疑侵害者の認識及び宣伝があれば、侵害を肯定する（ラダー回路表示装置事件、洗濯用洗浄補助用品）。こういった事情で、クレームの告知機能に代替できるかが問題となる。

どう考えるかだが、被疑侵害製品が特許発明の用途に調整されていたという客体に関する事情に加えて、当該事情に関する被疑侵害者の認識及び宣伝があれば、被疑侵害者は自身の製品がその後、どのように用いられるか、つまり、特許発明の用途に用いられることを認識している。とすれば、クレームの告知の状況は全部実施による直接侵害者と異ならず、故に、特許権侵害の責任を問うてもよいのだろう。では、特許発明の用途を説明書等に記載したのみでは足りないのだろうか。この場合、被疑侵害者は特許発明の用途の認識に至っていると言えそうである。

他方で、ここでクレームの告知機能とは別の考慮要素があり得る。すなわち、日本の特許法は間接侵害を特許権侵害と位置付けることで、厳格責任としているだけでなく、冒頭で述べた通り、差止請求権を与えている。とすれば、クレームの告知機能を害さないことに加えて、差止適格性が要求され得る。実際、裁判例の中には、多機能型間接侵害と言えども、差止請求権の範囲を制限しないものもあり¹⁰⁷、前述の差止適格性説¹⁰⁸と同様、要件論に差止適格性を取り込むべきかもしれない¹⁰⁹。

この観点から見ると、裁判例が被疑侵害製品が特許発明の用途に調整されていたという客体に関する事情を考慮しているのは、製品の製造及び販売を差止めても、適法用途を害することにはならない場合をあぶり出しているのかもしれない¹¹⁰。他方で、裁判例が宣伝等の事情も考慮していることは、製品単

¹⁰⁶ 前掲注 5) 及びその本文。

¹⁰⁷ 参照、前掲注 41) 及びその本文。

¹⁰⁸ 参照、前掲注 18) 及びその本文。

¹⁰⁹ 反対に差止適格性を救済の要件として別途位置付けるものとして、愛知靖之「間接侵害に基づく差止請求権行使の制限—多機能型間接侵害の要件論」同『特許権行使の制限法理』（商事法務、2015年）314-318頁〔初出は、同「特許法101条2号・5号の要件論の再検討—実体要件から差止要件へ—」別冊パテント12号（パテント67巻11号）（2014年）45頁〕など。歴史的な位置付けは、参照、橋・前掲注23）4頁。

¹¹⁰ パブリック・ドメインを害さない場合は多機能型間接侵害を拡張的に認め得ることについて、橋・前掲注23）18-20頁。

位ではなく、被疑侵害行為全体、いわば、ビジネス手法としては特許発明以外の用途がなく、差止判決を下しても、適法用途を害しないことも考慮しているのかもしれない¹¹¹。

以上、差し当たり¹¹²、客体に関する事情と宣伝等の事情を踏まえる裁判例を前提とすれば、「ためのもの」基準に基づく侵害範囲の拡大は妥当と思われる。

(3) 物品の提供を伴わない場合の間接侵害

中国法との比較からは、日本法においても③共謀型、つまり、過失による間接侵害を認める余地はないのか、また、③共謀型を認めないまたは限定すべき理由は何かが課題となっていた。

法律構成だが、単なる下請けへの指示などの意思連絡があるのみで、製品の提供がない場合は、「このみ」型間接侵害も多機能型間接侵害も使えない。とすれば、差止請求権または損害賠償額の推定を求める場合は、複数主体による実施の問題となる¹¹³。推定を受けない損害賠償請求権で足りる場合は、民法上の共同不法行為（民法719条）の問題となるのだろう。

そのため、本稿の射程を超えるので、詳細な検討は避けるが、ここまでの検討からの示唆を述べておきたい。まず、やはり特許権侵害の責任を問う以上は、法律構成がなんであれ¹¹⁴、クレームの告知機能を害さないことを要するのだろう。その意味で、実質的に厳格責任を課することができる場合は、限定的な場合、つまり、直接侵害に近い場合ということになる。次に、具体的な侵害及び責任の判断はやはりグラデーションとなるが、その際は、単に認識に関する事情のみではなく、関与の仕方などの事情も考慮され得る。クレームの告知機能を代替する事情及び（特許権の直接侵害を問う場合には）差止適格性を代替する事情は認識に限らないからである。

とすれば、基本的には、特許権侵害に関与する場合には、主観的要件を要求し、それも過失ではなく、故意の無知のある場合などに限定されるのだろう¹¹⁵。他方で、それも常ではないことになる。関与者が直接侵害者に近い形で関与する場合、つまり、いわゆる共同実施が認められるような関与の仕方であれば、個別の認識を問わずに、特許権侵害の責任を認めてもよい場合もあるのだろう¹¹⁶。

課題に戻ると、③共謀型を一般論として受容することはできず、クレームの告知機能等の特許法の構造に基づいて調整された形となるのだろう。

6. おわりに

本報告では、日本の特許権の間接侵害制度を、近時の裁判例及び外国法との比較を踏まえて再検討し

¹¹¹ 橘・前掲注59) 56-57頁。

¹¹² その他の考えられる考慮要素について、参照、橘・前掲注23) 16頁以下。

¹¹³ いわゆる共同実施の法理の問題となるのだろう。差し当たり参照、橘・前掲注59) 36-37・48-49頁。

¹¹⁴ 複数主体による実施について、近時、民法の不法行為理論を参照する必要性は乏しいことが指摘されている。主としてクレーム制度を想定し、特許法の問題であることを強調するものとして、鈴木・前掲注96) 89-90頁、田村・前掲注96) 353頁注17。

¹¹⁵ 会社の取締役の第三者に対する損害賠償責任（会社法429条1項）が問題となる場面だが、実際に、取締役が直接実施の認識に至りつつ、漫然と特許権侵害行為を是認した場合に、責任が肯定されているようである。大阪地判令和3年9月28日令和元年（ワ）第5444号。裁判例の傾向の分析として、参照、三和圭二郎＝杉光一成「特許権侵害事例における取締役個人の特許権者に対する損害賠償責任」パテント76巻5号（2023年）56頁。

¹¹⁶ 参照、前掲注113)。

た。日本法では、「にのみ」型間接侵害において、適法用途ではなく、侵害用途に着目する「いつかは使う」基準を採用する裁判例がある一方、多機能型間接侵害では被疑侵害製品が特許発明の直接実施の「ためのもの」かを評価する基準が広がりつつある。いずれにおいても、侵害範囲の過度な拡張が生じているのではないかが問題となる。これが内側から見た課題である。

他方、外側から見た課題もあった。中国の特許権の間接侵害では①幫助型と②誘導型だけではなく、③共謀型という類型も認められている。①・②類型は、米国の寄与侵害及び誘引侵害に類似するが、特に③類型の主観的要件は過失で足りるとされており、類似の類型を持たない日本法の是非が問題となり得る。

本報告は、特許法の構造に立ち返り、クレーム制度、及び、間接侵害制度が差止請求権という救済の拡大という機能を有することから、法政策の指針を探った。この観点からは、間接侵害の範囲はグラデーションとなり、侵害成立のために要求される客体及び主観的な事情は一律には決まらない。このグラデーション構造は、奇しくも、日本・中国・米国で共通していた。そして、具体的な要件はそういった特許法の構造を代替できるかという観点から決まることが指摘できたと思う。

具体的には、「いつかは使う」基準には否定的に、むしろ多機能型間接侵害の問題とすべきとしつつ、他方、「ためのもの」基準を支持する。共謀型については、日本法上は民法の共同不法行為の問題となり得るが、ここにも特許法の構造を反映させ、基本的には、主観的な事情を要求しつつ、他方、関与の仕方により主観的な事情を代替する可能性があることを示唆した。

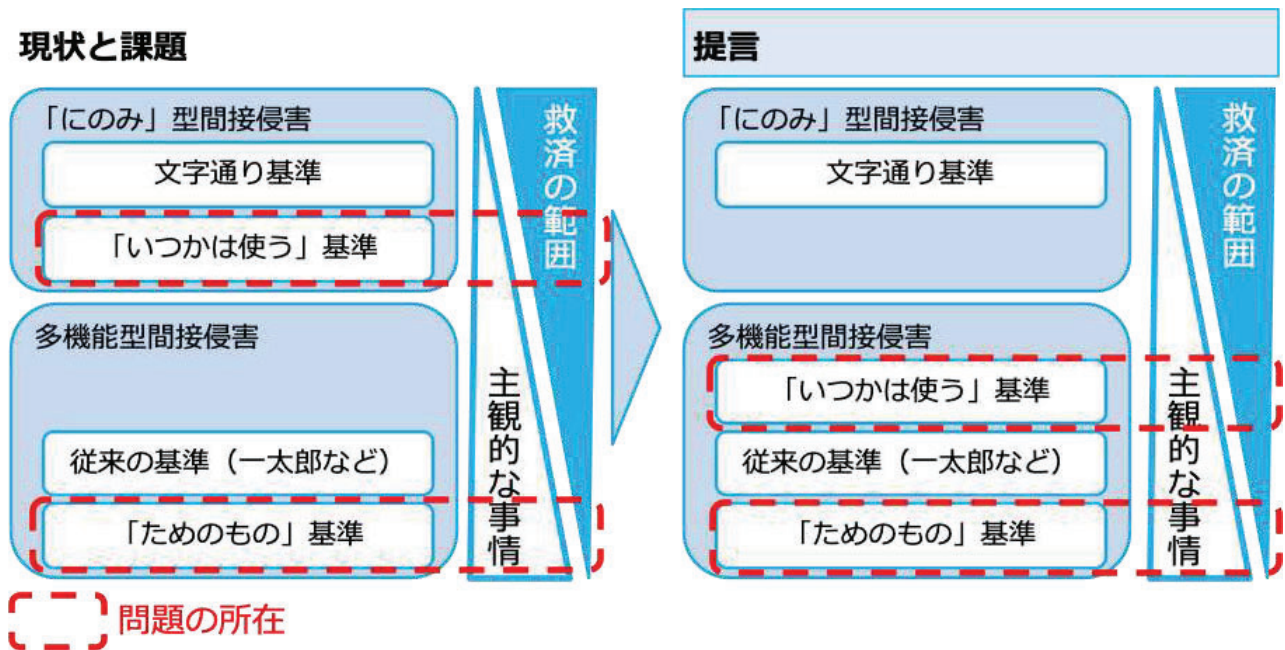


図4 課題と提言