

19 多様化する間接侵害に対応する解決法理の構築に向けた一考察^(*)

特別研究員 露木 美幸

複数主体の特許権侵害においては、複数主体の各人が責任主体となり得るのかということが最大の課題である。たしかに、従来から、このような複数主体の関与する特許権侵害の問題に関して、間接侵害アプローチ（特許法101条適用）、共同侵害アプローチ、道具理論アプローチ、均等論アプローチ、管理支配論アプローチなどが存在する。しかし、どのアプローチであっても、各人を責任主体として構築するには、いまだ問題のある解決方法である。そこで、本稿では、これらの従来から存在するアプローチに加えて、民法の世界において醸成された、完全性利益（生命・健康・財産）に対する危殆化行為（行動の種類や態様に依じて他人の権利を危険にさらす行為）を行った者に対し、一定の責任を付与する法理—わが国の民法における不作為不法行為の法理（損害回避義務違反の法理、安全配慮義務の法理）及びドイツ民法によるVerkehrspflicht（社会生活上の義務）の法理—を特許権侵害に応用した「危険回避義務違反アプローチ」を適用することによる解決を提案する。本法理の適用により、複数主体の各人が責任主体となり得ることから、従来の法理では救済しきれなかった、複数主体による特許権侵害における特許権者の救済を実現することが可能となる。

I. はじめに

1. 研究の背景

産業財産権の侵害行為として、直接侵害と直接的に侵害してはいないがその行為により直接侵害を誘発する行為の二つが考えられる。前者の態様の場合、特許法68条（実用新案法16条、意匠法23条、商標法25条）において定める権利を侵害したものとされ、後者の態様の場合、特許法101条（実用新案法28条、意匠法38条、商標法37条）において、一定の行為を「みなし侵害」として列挙する形式により、前者の態様と同視されるとみなされるという制度設計をなしている¹。しかし、産業財産権の侵害は、多種多様な行為態様を示すようになってきていることから、現行法の規定の仕方では、全ての行為形態の権利侵害に対応できない場面も生じ得る可能性があるといえる。

例えば、ある特許発明が、構成要件 α と構成要件 β からなり、構成要件 α と構成要件 β が全体として特許発明に該当する単一の特許権を形成するものである場合、ある主体が、特許発明の構成要件 α を実施し、別の主体が特許発明の構成要件 β を実施するとき、全体として特許発明に該当する場合であっても、行為主体が異なることから直接侵害にも該当しないし、101条で列挙する形態にも該当しない場合もある。このような複数主体による侵害形態がさほど生じていないのであれば、看過してもやむを得ない事態ということもいえなくもないであろうが、現在の社会においては、そのビジネスモデルは、基本的に複数主体が関与することによって初めて成立する形態が多く存在することから、（特に、ソフトウェアが関連するビジネスにおいてはこのような複数主体の関与によ

るビジネスモデルの実現が一般的となる）複数主体による知的財産権の侵害に係る責任法体系について、現状のままにしておくことはいささか問題であるともいえよう。また、高部判事が、「複数主体による発明の実施は、企業組織の分社化や複数企業による共同事業の展開等、事業の遂行形態が複雑化した現在では、決して珍しいものではない」と述べるように²、現在のビジネスモデルにおいては、複数主体が関与することにより結果的に特許権者に侵害を与える形態は増加しているとみられ得ることから、放置され得ないものであると考えられる。

2. 研究の課題と課題の解決方法

複数主体の特許権侵害においては、複数主体の各人が責任主体となり得るのかということが最大の課題である。たしかに、従来から、このような複数主体の関与する特許権侵害の問題に関して、間接侵害アプローチ（特許法101条適用）、共同侵害アプローチ、道具理論アプローチ、均等論アプローチ、管理支配論アプローチなどが存在する。しかし、どのアプローチであっても、各人を責任主体として構築するには、いまだ問題のある解決方法である。そこで、本稿では、これらの従来から存在するアプローチに加えて、「危険回避義務違反アプローチ」による解決を提案したい。「危険回避義務違反アプローチ」とは、危殆化行為（行動の種類や態様に依じて他人の権利を危険にさらす行為）を行った者に対し、一定の責任を付与する法理である。

ところで、筆者は、特許法101条の趣旨³のうち、「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（いわゆる

^(*) これは特許庁委託平成23年度産業財産権研究推進事業（平成23～25年度）報告書の要約である。

間接侵害)規定」という叙述から、本条の趣旨の基底には、「特許権の危殆化行為を特許権の侵害とみなすことによって、特許権者の救済を図ろうとする思想」があると解する。本稿が提案する「危険回避義務違反アプローチ」では、間接的行為者の行為を危殆化行為として捉え、間接的行為者が負う責任を、正にこの危殆化責任として捉えることから、特許法101条の趣旨とは思想を異にしないと解する。

3. 研究の有用性

知的財産権侵害においては、侵害の救済として差止請求をどこまで適用できるのかが大きな問題となっているが、この研究によれば、いわゆる「間接侵害」の間隙に存する侵害も、特許権の直接侵害行為として取り込むことができることから、差止請求権の発生根拠として有用な示唆を与える可能性を与えることができ得る。

4. 研究の新規性

(1) 新規性－侵害行為の再定義

いわゆる間接侵害に関する研究は、従来から先行研究として多数の研究が存在するが、明確な定義付けがなされないまま議論がなされてきたといわれる。そこで、本稿では、特許法101条に列举される行為形態を「みなし侵害」、特許法101条に列举される形態か否かを問わず、間接的行為者が関与している侵害形態を「間接的行為者の行為による侵害」と呼ぶことにした上で、侵害形態を単独主体の特許権侵害と間接的行為者の行為による侵害形態である複数主体の特許権侵害に分類し、さらに、後者を間接的行為者の行為が教唆・補助行為である侵害形態と複数の間接的行為者から構成される侵害形態に分ける。そして、単独主体の特許権侵害を第一類型、間接的行為者の行為が教唆・補助行為である侵害形態を第二類型、複数の間接的行為者から構成される侵害形態を第三類型と呼び、侵害形態を第一類型から第三類型に分けて分析する。侵害形態のこのような分類をし、侵害行為を再定義した上で、間接的行為者の行為態様と権利者の損害の関係性に鑑みた侵害の解決を試みる分析は、従来研究では余りなされてこなかった分類であり、その点において新規性を有するといえる。

(2) 新規性－危険回避義務違反アプローチ

複数主体者による侵害のような特許法制度の間隙に存在するともいえる事例について、本研究では、間接的行為者の行為による侵害としての解決法理として適用し得る我が国の民法における不作為不法行為の法理(損害回避義務違反の法理、安全配慮義務の法理)及びドイツ民法によるVerkehrspflicht(社会生活上の義務)の法理を適用する際の侵害形態に、特許権侵害における侵害態様との共通性を見

いだした上で議論を展開している。

不作為不法行為の法理とは、完全性利益(生命・健康・財産)に対する危殆化行為を行った者に対し、一定の責任を付与する法理として、最高裁判所昭和62年1月22日(民集41巻1号17頁)で採用されたといわれる理論である。ドイツにおけるVerkehrspflicht(社会生活上の義務)の法理とは、ドイツ不法行為法の間隙を填補すべく完全性利益(生命・健康・財産)の救済として発生した法理であり、ドイツにおいてはライヒ裁判所1902年10月30日判決(RGH52,373)、1903年2月23日判決(RGH54,52)でVerkehrspflicht(社会生活上の義務)の法理として採用された。その意味で、Verkehrspflicht(社会生活上の義務)の法理は、わが国の民法において、不法行為法の間隙を埋めるべく登場した不作為不法行為の法理(損害回避義務違反の法理、安全配慮義務の法理)と同じ潮流を有するといえる⁴。

さらに、このVerkehrspflicht(社会生活上の義務)の法理は、ドイツにおいて特許権侵害(BGH GRUR 1961,627)や著作権侵害(BGHZ 17 266)などの知的財産権侵害にも適用されていることから、これと同じ潮流を持つと捉え得る、我が国の不作為不法行為の法理(危険回避義務の法理、安全配慮義務の法理)を我が国の産業財産権侵害の事案に適用することも背理ではないといえる。

本稿では、実施者が特許権者の特許権を危険にさらし、特許権者の損害を回避しなかったことに基づく、実施者への責任法理を「危険回避義務違反アプローチ」と名付け、それによる解決を試みることにより、従来の法理では救済しきれなかった、特許権侵害の間隙事例において特許権者救済の可能性を探求する。これは、従来の知的財産法学界においては、さほど検討されてこなかった論点であり、その点に新規性がある。

II. 知的財産法制度における権利侵害とその対応

1. 侵害形態の類型化

第一に考えられる侵害形態は、特許権者Cの特許権を権原のない第三者Aが単独で実施する場合である。例えば、構成要件 α と構成要件 β からなる特許権をもつ特許権者Cがいる場合に、権原のない第三者Aが構成要件 α と構成要件 β を実施する場合である。本稿では、このような場合の権原のない第三者Aを「直接的行為者」と呼ぶこととする。そして、このような侵害形態をして第一類型と呼ぶこととする。この第一類型では、被害者である特許権者Cに対しては、権原のない第三者Aが責任主体として負うこととなる。

第二に考えられる侵害形態は、特許権者Cの特許権を権原のない第三者Aが単独で実施する場合であるが、その際

に権原のない第三者Bの関与がある場合である。例えば、構成要件 α と構成要件 β からなる特許権をもつ特許権者Cがいる場合に、権原のない第三者Aが構成要件 α と構成要件 β を実施しているところ、第三者Aの実施に当たって第三者Bが教唆する場合である。本稿では、この形態も、複数主体による特許権侵害の問題のうちの一つであると定義し、このような場合の第三者Aを「直接的行為者」、第三者Bを「間接的行為者」と呼ぶこととする。そして、このような侵害形態を「第二類型」と呼ぶこととする。当然ながら、この第二類型の場合には、権原のない第三者Aが責任主体となろう。しかし、権原のない第三者Bに関しては、この主体が加害者となるのが問題となるが、間接的行為者たる第三者Bが責任主体となるか否かは、事案により、また、どの法理を適用するのかわり異なる。

第三に考えられる侵害形態は、特許権者Cの特許権を権原のない第三者Aと第三者Bが実施する場合である。例えば、構成要件 α と構成要件 β からなる特許権をもつ特許権者Cがいる場合に、権原のない第三者Aが構成要件 α を実施し権原のない第三者Bが構成要件 β を実施する場合である。この場合、権原のない第三者Aの単独行為では特許権者Cへの権利侵害は発生せず、同様に権原のない第三者Bの単独行為では特許権者Cへの権利侵害は発生してはいないので、双方が間接的行為者であるともいい得ることから、本稿では、この両者の双方とも間接的行為者と呼ぶこととする。そして、この侵害形態を「第三類型」と呼ぶこととする。

この場合には、第三者Aと第三者Bが双方とも責任主体になるのだろうか、それとも、どちらか一方のみが責任主体になるのだろうか、それとも、単独では権利侵害を構成していないことから、双方とも責任主体となり得ないのだろうか。このような場合の第三者Aと第三者Bは、どちらが直接的行為者かどちらが間接的行為者は区別できないので、第二類型とは異なる。また、やはり、この場合にも、どの法理を適用するのかわり結論が異なることとなる。

上述したこれらの侵害形態を類型別にまとめると以下の表のようになる。

特許権侵害	単独主体の特許権侵害	第一類型	
	複数主体の特許権侵害	第二類型	(1) 民法719条2項適用あり
			(2) 民法719条2項適用無し
		第三類型	(3) 民法719条1項適用あり
			(4) 民法719条1項適用無し

第二類型のうち、民法719条2項の適用要件を満たさない場合である(2)が、知的財産権の侵害補助行為として問題になる論点であり、後述する道具理論や共同直接侵害論で解決を試みようとする侵害形態である。この形態を本稿で提案する「危険回避義務違反アプローチ」(民法における不作為不法行為の法理)で捉えるのであれば、民法709条が直接適用され、第三者Aも第三者Bも直接侵害を構成し得る。

第三類型のうち、民法719条1項の適用要件を満たさない場合である(4)が複数主体の特許権侵害の問題として議論される論点であり、後述する管理支配論などで解決を試みようとする侵害形態である。この形態を、本稿が提案する「危険回避義務違反アプローチ」で捉えるのであれば、第三者Bに民法709条が直接適用されることとなり、また、第三者Aも第三者Bも直接侵害の責任主体となり得る。

このように、本稿の類型でいうところの複数主体の特許権侵害に関して、従来の知的財産判例を概観すると、その都度その都度の解決を模索しているが、いまだ統一した解決方法が見いだされないままであるところ、本稿では、最高裁判例においても認められている民法における保護法益である完全性利益(生命・身体・財産)への安全配慮義務違反を根拠として、権利の危殆化行為者自身に責任を負わせしめる法理を知的財産権という法益侵害に活用した解決方法である「危険回避義務違反アプローチ」による解決を提案する。

本稿で提案する「危険回避義務違反アプローチ」によれば、実施者の行為の特許権者の特許権への権利の危殆化行為として捉え、実施者が特許権者の特許権という権利の危殆化行為(他人の権利を危険にさらす行為をなしたこと)に対して、責任の根拠を見だし、権利の危殆化行為者たる実施者が民法709条に反しているとして、実施者に直接的に責任を負担させる構成を採用する。したがって、権利の危殆化行為者が間接的行為者として存在する類型である第二類型及び第三類型の双方ともに適用できる。

また、本稿の提案する「危険回避義務違反アプローチ」では、侵害行為がありその侵害行為を補助する行為を問題としているのではなく、権利の危殆化行為そのものを問題としているので、第三類型のように、直接的行為者(いわゆる直接侵害をなしている者)が存在しなく、関与している全ての実施者が間接的行為者と評価される場合であっても解決を見いだせる法理である。

ところで、本稿で問題として取り上げるこのような間接的行為者の行為について、特許法制度でも何ら用意がされていないわけではない。以下において、特許法制度において用意されている間接的行為者の行為について概観する。

2. 間接的行為者への対応—特許法101条

昭和34年法で創設された特許法101条は、平成6年改正⁵、

平成14年改正⁶、平成18年改正⁷と様々に変遷する。このうち、平成18年改正は産業財産権の危殆化行為を考える上で非常に重要な転換期であるといえる。というのも、本改正で直接侵害を惹起する積極的行為という意味での幫助行為を超えた、「所持する行為」をもいわゆる間接侵害として列挙行為の一部に入れようとしているからである。ここでは「あらゆる所持」者が侵害行為者として取り扱われるわけではなく、特許権侵害の先行行為として「その物を業としての譲渡等又は輸出のために所持」している場合に問題とされているのである。

不作為不法行為の法理で問題となる「作為義務」は先行行為又は法律上の義務により作為義務が発生した場合に、損害を引き起こすべき危険状態を招いた者には社会観念上結果発生防止義務が課されるとして、この作為義務違反が帰責の根拠となるわけであるが、特許法において「その物を業としての譲渡等又は輸出のために所持する行為」をも特許法101条の対象としようとするところから、他人の権利の危殆化行為に対応し、実施者の活動の自由という権利と特許権の権利者の権利について、権利の相互尊重を図るための思想が特許法制度にも見て取ることができるという得る。

ところで、特許法101条の間隙に存在する事例である複数主体による特許権侵害をどう扱うかについて、裁判所の判断は大きく二つに分類できる。第一は行為主体をいかに解するかという観点からの判示である。第二は権利(技術的範囲)をいかに解するかという観点からの判示である。前者は道具理論⁸、共同直接侵害理論⁹の適用であり、後者は均等論の適用¹⁰である。

3. 複数主体による特許権侵害と予見可能性

本稿では行為者の行為に着目した解決を試みようとしているので、複数主体の解決法として技術的範囲をいかに解釈するかにより解決しようとするアプローチではなく、行為主体をいかに解するかという観点からの判示である道具理論、共同直接侵害理論について考察してみたい。

道具理論を採用するといわれる電着画像事件の判示における、「購入した文字盤製造業者において上記の方法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」という文言からすると、これは、すなわち、最終過程へ引き渡している者自身が特許権侵害を予見している場合には侵害行為を構成し得ると述べていることと同じであり、最終過程へ引き渡している者の予見可能性を問題としており、本判示には特許権侵害を予見している場合に責任を負うべきであるという思想が基底にあるといえないこともない。

共同直接侵害理論を採用するといわれるスチロピーズ事件の判示における、「材料の供給を受けたものにおいて特許方法を実施するか、又は中間物質の供給を受けたものにお

いて特許方法のその他の工程を加えて最終物質を造る場合、又はそのおそれある場合はすなわち、そのものは他人の特許方法をそつくり実施するものであるか、あるいはこれと同一視し得る行為」という文言から、材料ないし中間物質の供給を受けた者自身が、特許方法のその他の要件を満たし最終物質を作る場合には単一主体の実施と同一視し得ると読みとることができる。これはすなわち、中間物質の供給を受けた者自身が特許権侵害を予見している場合には、中間物質の供給をしたものと中間物質の供給を受けた者の行為は双方で単一主体の実施と同視し得ると述べていることと同じであり、最終物質の加工者、すなわち、中間物質の供給を受けた者自身の予見可能性を問題としており、本判示の基底には特許権侵害を予見している場合に責任を負うべきであるという思想が基底にあるといえないこともない。

そのように考えると、電着画像事件もスチロピーズ事件も、「特許権侵害を予見している場合に責任を負うべきである」という思想、換言すれば予見可能性を前提とした実施者の注意義務違反を問題としておりと解釈することが可能となる。そして、その手段として、前者では道具理論、後者では同一視し得る関係(いわゆる共同直接侵害)という表現で説明しているのではないかと捉えられ得る。

そうであれば、特許法101条に該当しない間接的行為者の行為について、当該間接的行為者が「他人の特許権を危険にさらす行為であると認識している(自己の行為が特許権侵害となることを予見している)」場合には、他人の権利を危険にさらす行為をなした者は一定の責任を負うべきであるという民法の責任法理を用い、709条直接適用を認め複数主体各人に直接侵害を構成する余地はあるとみ得る。

Ⅲ. 民法における権利侵害とその対応

1. 民法709条と不作為不法行為

現行民法では「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。」と定められている。ここには産業の発展を企図した行動の自由の保障が基底にあるといわれるが、その結果、事業の発展に伴い民法上の様々な法益が侵害される事態に至った。このことから、「ある者が積極的に行為をしなかったことにより、他者に損害が発生した場合にいかなる解釈をするべきか」(不作為不法行為)が議論の対象となった。

現代の判例実務においては、民法709条には作為不法行為と不作為不法行為の双方を含み得ることは異論がない。ここで、不作為不法行為を認めるのであれば、作為義務が先行してあることが必要になるが、行動の自由が基本原理として確立されている法体系において、この作為義務の根拠を

何に見いだすかが問題となる。もし、一般的作為義務が万人にあるのだとすると、不法行為に関する規定が実現しようとしていた行動の自由が侵害されることになるからである。

我妻教授は「社会共同生活の一員として、道義上の作為義務なる者を認定する余地があり、法令上の作為義務なき者の不作為でもそれが余りに道義上の義務に違反するときにはなほ不法行為の成立を認める余地がありえることにもなる」と述べ¹¹、不作為不法行為における作為義務の根拠を「道義上の義務」すなわち「社会的要請から導かれる義務」に求めているといえる。筆者は、作為義務の根拠は、ある法主体に危険を発生させる原因となることを防止しようとする社会的要請にあるといえるのではなかろうかと考える。また、澤井教授は、「刑罰法規違反、保護法規違反が違法とされる根拠を「法規によって設定された第三者保護規範」の違反に求めるとすれば、具体的法規は存在しないが「社会的に設定された第三者保護規範に違反したならば違法というべきである。他人に対する危険を創出し、又は維持するものは危険が具体化しないよう危険に相応するかつ期待される回避措置を為すべき義務が認められる」¹²として、ある法主体に危険を発生させる原因となることを防止しようとする社会的要請から危険回避義務としての作為義務が発生することを認める。

2. 民法典の用意する間接的行為者の侵害行為に対する対応

間接的行為者の関与する事案に対しては民法典においても民法719条で準備がなされている¹³。しかし、民法719条は間接的行為者が作為をしている場合のみを問題にしているが、間接的行為者が何らの一定の行為をしていない場合にはどうなるのであろうか。すなわち、幫助・教唆について作為である者は719条2項により責任主体となり得るが、幫助・教唆について不作為である者は719条2項に因っても責任主体となり得ない。ここで、間接的行為者の侵害行為への民法典における欠陥が露呈する。

そこで、この民法典の間隙を填補する法理として登場したのが完全性利益に対する安全配慮義務という不作為不法行為の法理である。以下においてその詳細について検討したい。

3. 民法典の間隙を填補する判例理論

裁判所で不作為不法行為の成立を初めて認めた判決は、昭和62年1月22日の京阪電鉄事件である¹⁴。京阪電鉄事件によれば、間接的行為者による不法行為に関しては以下の要件が満たされることが必要となる。

- (1) 実行行為の現場において、実行行為を現に知り、事故の発生についても予見可能であつたといえるとき
- (2) 実行行為と関連する先行行為に基づく義務がある

- (3) 事故回避のための措置を講ずることが可能である
- (4) 実行行為と関連する先行行為に基づく義務から一定の措置を講じて事故の発生を未然に防止すべき義務を負う

ここでいう義務には「法律に基づく義務」と「先行行為に基づく義務」の2種類がある¹⁵。加害者と被害者の間に契約関係がある場合などは当然に義務が発生するが、それ以外にも加害者と被害者の間に一定の社会的接触が考えられる場合には容認される義務である。

特許権侵害関連事例に当てはめるならば、「先行行為に基づく義務」とは、複数主体が共同でビジネスを開始する場合に、特許法68条に係る権利を業として実施する者は、当該実施が他人の特許権を侵害しないように、特許権者に対する権利侵害を回避すべき義務を負っているとも解することができよう。また、「法律上の義務」としては、ライセンス契約の関係にあるライセンサーとライセンシーの間にある特許権侵害回避義務などがあろう。さらに強行法規として、特許法101条で定められている列挙行為が禁止されることから発生する義務等が考えられる。

このように、民法における法理を適用することにより、直接的行為者と間接的行為者が複数主体として存在する場合の侵害形態であれ、間接的行為者と間接的行為者が複数主体として存在する場合の侵害形態であれ、複数主体が関与する侵害形態における特許権者の権利侵害問題を解決することができる。これは、複数主体による特許権者の特許権を危険にさらす行為に着目した侵害における諸問題の解決法理となることから、当該解決法理を「危険回避義務違反アプローチ」と名付けたい。

IV. おわりに

1. 複数主体の特許権侵害問題の危険回避義務違反アプローチによる解決

以上の考察により、民法における不作為不法行為の法理（損害回避義務違反、安全配慮義務違反）といわれる法理を適用することにより、直接的行為者と間接的行為者が複数主体として存在する場合の侵害形態であれ、間接的行為者と間接的行為者が複数主体として存在する場合の侵害形態であれ、複数主体が関与する侵害形態における特許権者の権利侵害問題を解決することができることが判明した。

そもそも、特許制度自体が、特許権者に排他権を付与する制度であることに鑑みるのであれば、実施者の行動の自由（イノベーションの発展）を確保することに注力しすぎる余りに、特許権者の権利を結果的に弱くする結果となるのは法の予定しているところではないといえる。他方で、特許権者の権

利を強化することに注力しすぎる余りに、無制限に侵害者の範囲を拡大し、実施者の行動の自由（イノベーションの発展）を阻害する結果となるのにも問題がある。

したがって、民法において完全性利益（財産・生命・身体）を救済するために、不作為不法行為の法理（損害回避義務違反、安全配慮義務違反）が高度な要件を課していたように、間接的行為者の行為による特許権の侵害を論じる際に、危険回避義務違反アプローチを適用する際も同様の要件を満たす事が必要である。そうすると、間接的行為者の行為による特許権の侵害が、直接の権利侵害として独立した不法行為として取り扱われるためには、以下の4つの要件を満たす事が必要となるといえる。

- (1) 複数主体を構成する者Bは自分の行為が他人Cの特許権を危険にさらす行為であることを予見していた
- (2) 複数主体を構成する者Bは自分以外の複数主体を構成する者Aとともにビジネスをするに当たり、Bの行為がAの行為と組み合わせれば、特許権者Cの特許権の技術的範囲と重畳することが分かっていた
- (3) 複数主体を構成する者Bは特許権者Cの特許権侵害回避のための措置を講ずることが可能であった
- (4) 複数主体を構成する者Bは措置を講じて特許権侵害の発生を未然に防止すべき義務を負うのにもかかわらず、何らの措置をとることをしなかったため、特許権者Cの特許権侵害が発生した

また、危険回避義務違反アプローチは、間接的行為者の行為そのものを権利の危殆化行為として捉え、間接的行為者自身に責任主体としての地位を見て取るので、複数主体のうちの直接的行為者が不法行為責任の要件を全部満たしているとか、複数主体のうちの任意の誰かが管理支配しているとか、複数主体の間に民法719条で要求する関連共同性が必要であるとかいうことは問題ではなくなる。また、最高裁判例は、直接的侵害者が違法行為をしているかどうかを問題にしていないので、複数主体のうちの任意の誰かが権利侵害を構成し間接的行為者は飽くまでその補助をしていたりとか、複数主体のうちの行為が合わさって一つの侵害行為を構成したという無理な構成は必要ではない。

現在問題となっている複数主体による特許権侵害は、各人の構成要件の実施を合わせると特許権者の特許権の構成要件の全てを満たしていることになっているという状況であるので、実施行為を構成する各行為者が間接的行為者であるとも見て取れるので、実施行為を構成する各行為者の一人に全ての構成要件を満たす違法行為（権利侵害行為）がないゆえに問題となっている。よって、この問題の解決には、間接的行為者の特許権危殆化行為を、民法709条に該当す

ると考える。そして、間接的行為者自身をして責任主体として捉えるのであるから、間接的行為者自身が特許権者の権利を直接侵害していると構成する「危険回避義務違反アプローチ」が、問題の解決には最も適しているといえる。

本稿で提案する危険回避義務違反アプローチによれば、特許権を危険にさらしめる間接的行為者に対して民法709条の直接適用をもって損害賠償を請求することができるので、損害賠償請求権の発生数根拠とはなり得る。しかし、差止請求に関しては問題が残る。特許法制度が用意する差止請求権が特許法101条列挙行為に限定されると解釈するのであれば危険回避義務違反アプローチを適用しても差止請求はできないこととなるが、「わが国の場合、共同不法行為については損害賠償を請求し得るも差止請求まで容認し得るか否かについては当然には請求し得ない。しかし共同不法行為によって絶対権たる特許権が侵害されているのであるから、事案に応じ差止請求をも容認するべきであろう。」¹⁶という見解にあるように、差止請求権自体が特許権という保護法益の侵害に対して用意されたシステムであることに鑑みて、特許権という保護法益が直接侵害された場合には、差止請求が容認されるべきとも考えられる。

私見では、差止請求権は、ある者が産業財産権・著作権という保護法益を侵害している場合に、権利者に対して用意された行為不作為請求権であると考えるので、危険回避義務違反適用の結果の救済として差止請求を認容してもかまわないと考えるが、差止請求権の発生の根拠と民法の関係なども含め、この点はさらなる考察が必要な点である。

2. 特許権者としてなすべきこと

仮に、この研究で提案した法理が、複数主体の特許権侵害事例に適用できるとしても、特許権者としては、自己の権利を防御するためには、「①間接的行為者Bは自分の行為が他人Cの特許権を危険にさらす行為であることを予見していた」及び、「②間接的行為者Bは自分以外の関与者A（直接的行為者であろうが間接的行為者であろうがどちらでも構わない）とともにビジネスをするに当たって、Bの行為がAの行為と組み合わせれば、特許権者Cの特許権の技術的範囲と重畳することが分かっていた」という要件を認定されやすくするためにも、早々に自己の権利の存在を積極的に他者へ表示する積極的活動が肝要となろう。特許権者が自己の権利であることを第三者に主張している上で、実施者がなお特許権の実施を続けるのであれば、実施者に明らかに特許権侵害回避義務違反が発生しているとの認定はたやすいものとなるからである。

3. 変容する侵害形態への柔軟な対応

法は制定されたその瞬間から陳腐化するといわれるように、

技術の発展に伴い法の予定していない保護範囲が広がる可能性がある。特に、知的財産権のような発展のスピードが速い保護法益であればなおさらのことである。

このような、技術の発展に伴う侵害事例の拡大が想定される責任法にあって、行為形態を列挙する形式を維持するままでよいのだろうか。間接的行為者の介入する侵害行為が増加することが予定される今こそ、間接的行為者に対する責任法の在り方を見直す時期に来ているのではなかろうか。そのための一つの解決手段として、民法の世界で醸成された完全性利益への損害回避義務(安全配慮義務)が一つの解決の指針になると考えられる。

筆者は、民法の不法行為に関する規定が目指した活動の自由の最大限の保障は、現在は完全性利益(財産・生命・身体)を侵害しない範囲で認められるべきであると考えている。すなわち、権利の相互尊重である。これは、わが国における判例の趨勢を見れば、自然と導出される結論である。同様に、筆者は、完全性利益(財産・生命・身体)という法益に関してだけではなく、知的財産権に係る実施者の行動の自由についても、特許権者の権利を侵害しない範囲で認められるべきであると考えている。

特許権者の権利の範囲を最大に認めていこうとするのであれば、間接侵害として責任主体の範囲を拡大することは奨励されるといえるが、この思想に立つとしても、いたづらに間接侵害の範囲を拡大することは、新たなビジネスモデルの発生への失速につながることもいい得る。他方、実施者の行動の自由の範囲を最大に認めていこうとするのであれば、間接侵害の範囲を拡大することは奨励されないといえるが、イノベーションの尊重という大義名分で特許権者の権利が阻害されるのは、法の予定するところではないであろう。したがって、今後の解釈の在り方としては、片方の権利に偏るのではなく、双方の権利の相互尊重という思想を基底に据えつつ、解決法が模索されるべきであろう。

¹ 大淵教授は「間接侵害という概念以外に擬制侵害(みなし侵害)」という概念もあるが、両者は本質的に異なるものなので、明確に区別することが必要である。擬制侵害(みなし侵害)というのは、直接侵害以外の一定の範囲の法定された行為を法律によりまさしく侵害と擬制する(みなす)ものであるが、これは擬制自体にポイントのある概念であり、侵害と擬制される行為は間接侵害に該当する行為であるとは限らない。したがって、間接侵害が擬制侵害とされる場合(特許101条1号・2号[4号・5号])もあれば、間接侵害以外のものが擬制侵害とされる場合(著作113条1項・2項・3項・5項・6項)もある。本稿では、擬制侵害化されていない間接侵害を「間接侵害」と呼ぶこととする。直接侵害、間接侵害、擬制侵害の三つの概念を厳密に区別して論ずることが正しい分析のための第一歩である(大淵哲也「著作権侵害に対する救済(10)」法学教室356号142頁)と述べるように、間接侵害という言葉で表現される概念は論者によって異なる可能性があると思われる。

² 高部真規子「国際化と複数主体による知的財産権の侵害」知的財産権その形成と保護161頁(新日本法規・2002年)

³ 特許法101条の趣旨は、「権原のない第三者が業として特許発明を実施することは、特許権の侵害に当たる。特許発明の技術的範囲は、特許請求の範囲の記載に基づいて定められるとされており(70条)、原則として、請求項に記載された発明特定事項の全部を業として実施した場合が、特許権の侵害といわれる(いわゆる直接侵害)。しかしながら、特許発明の全部実施には当たらないため、特許権を直接に侵害するとはいえない行為であっても、例えば特許権の侵害に用いられる専用部品の供給などの行為は、直接侵害を惹起する蓋然性が極めて高く、そのような行為を放置することは、特許権の効力の実効性を失わせることになる。本条は、このような問題に対処するために設けられたものであり、侵害の予備的又は助動的行為のうち、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(いわゆる間接侵害)規定である」と説かれる(特許庁編「工業所有権法(産業財産権法)逐条解説」293頁(2012年・発明推進協会))

⁴ これについての詳細は、拙稿「不作為不法行為の生成・展開と安全配慮義務—ドイツ判例法理Verkehrspflichtとの共通潮流の探求」専修法研論集49号1頁を参照されたい。

⁵ 平成6年にTRIPS協定28条で特許により与えられる排他的権利として販売の申出が規定されたことを受けて、特許法2条3項における発明の実施行為に「譲渡若しくは貸渡しの申出」が追加されたことから、特許法101条にも「申出」が付け加わる。

⁶ 平成14年改正では、判例において汎用品が問題となる事件が増加したことにある中、1号・3号の「のみ用いる物」以外に、2号・4号「物であってその発明による課題の解決に不可欠なものにつき、その発明が特許発明であること及びその物がその発明の実施に用いられることを知りながら」という条文が追加された。その結果、101条1号及び3号が客観的要件のみが要求される一方、101条2号及び4号では客観的要件のみならず主観的要件をも要求されることとなった。

⁷ 平成18年改正では、平成14年法に3号・6号が追加され、「所持する行為」をも侵害行為とみなされることとなった。

⁸ 東京地裁平成13年9月20日(判時1764号112頁)

⁹ 大阪地裁昭和36年5月4日(判タ119号41頁)

¹⁰ 東京地裁平成19年12月14日

¹¹ 我妻栄「事務管理・不当利得・不法行為」110頁(日本評論社・1937年)

¹² 澤井裕「テキストブック事務管理・不当利得・不法行為」161頁(有斐閣・2001年)

¹³ 民法719条1項では「数人が共同の不法行為によって他人に損害を加えたときは、各自が連帯してその損害を賠償する責任を負う。共同行為者のうちいずれの者がその損害を加えたかを知ることができなるときも、同様とする。」と定められている。上述した第一類型に適用され得る条文である。他方、民法719条2項では「行為者を教唆した者及び補助した者は、共同行為者とみなして、前項の規定を適用する。」と定められている。上述した第二類型に適用され得る条文である。

¹⁴ 大阪府枚方市において京阪電鉄の軌道は複線であって、軌道敷に隣接して一般道路があり、この間に高さ約1.2メートルの金網を張った柵が設置された。この道路に近い方が京都方面行軌道、遠い方が大阪方面行軌道となっていた。昭和55年2月20日、一般道路上において、Yが中学校の友人であるA、B、C、Dと立話を始め、線路に物を置くかどうか等の小学生の頃の経験を語り合った。そのうちCが境界金網フェンスを乗り越え、本件事故現場の軌道敷内に入り、軌条に耳をつけるなどし、その後、B、Dが順次軌道敷内に入り、Bはガムを丸めて京都方面行の軌条上に置き、Dは軌道敷から拳大の石を拾って京都行軌道及び大阪行軌道のレール上に一個ずつ置いた。その間、被告Y及びAらは境界金網フェンス際の道路上からフェンス内の者に「自動車か来たぞ。」などと周辺を見張って声をかけるなどしていた。Yは、Aと共に、軌道敷内には入らず道路上にいたが、C、B及びDが軌道敷内に入り、かつ、Dが大阪行軌道上に置石行為をするのを見ていた。Yは、京都行軌道上の置石については認識していなかった。Dは、YやAから置石行為をやめるように言われたが、置石をそのまま放置したため、Cが、大阪行軌道上の置石を見て危険を感じ、これを取り除いたものの、京都行軌道上の置石には気が付かず、これを除去しなかった。その直後に軌道上を進行してきた京都三条駅行急行電車が、レール上に置かれていた拳大の石を踏み、前部二両が脱線転覆し、これにより民家の建物等が損壊するとともに、乗客104名が負傷した。このためX鉄道会社がY(Yの両親にも監督義務違反を理由として)に対しても不法行為責任があるとして損害賠償を請求した。これに対し最高裁は「このように重大な事故を生ぜしめる蓋然性の高い置石行為がされた場合には、その実行行為者と右行為をするにつき共同の認識ないし共謀がない者であっても、この者が、仲間の関係にある実行行為者と共に事前に右行為の動機となった話し合いをしたのみでなく、これに引き続いてされた実行行為の現場において、右行為を現に知り、事故の発生についても予見可能であったといえるときには、右の者は、実行行為と関連する自己の右のような先行行為に基づく義務として、当該置石の存否を点検確認し、これがあるときにはその除去等事故回避のための措置を講ずることが可能である限り、その措置を講じて事故の発生を未然に防止すべき義務を負うものといふべきであり、これを尽くさなかったため事故が発生したときは、右事故により生じた損害を賠償すべき責任を負うものといふべきである」としてYの責任を認めた。

¹⁵ 末弘教授は、「一定ノ作為ニ因リテ損害ヲ生ジ得ベキ危険状態ヲ惹起シタル者ハ之ニ因リテ損害ノ発生ヲ防止スルコトヲ防止スベキ作為義務ヲ負担スル」と述べる(末弘厳太郎「債権各論」1061頁(有斐閣・1919年))

¹⁶ 松本重敏「特許発明の保護範囲」252頁(有斐閣・2000年)