



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－

前田, 健

(Citation)

平成31年度知的財産に関する日中共同研究報告書:56-82

(Issue Date)

2020-03

(Resource Type)

report part

(Version)

Version of Record

(Rights)

出典：「平成31年度知的財産に関する日中共同研究報告書」（特許庁）
(https://www.jpo.go.jp/resources/report/takoku/nicchu_houkoku/2019.html)

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/0100482513>



Ⅲ. 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—

神戸大学 前田 健 准教授

1. 問題の所在

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

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

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

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

2. 間接侵害規定の趣旨と解釈

(1) 専用品型間接侵害

(i) 立法趣旨²

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

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

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

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

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

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

(ii) 学説（「にのみ要件」の解釈）

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

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

³ 橘・前掲注2）120-121頁。

⁴ 橘・前掲注2）122頁、153-154頁。

⁵ 橘・前掲注2）126頁、前掲注2）「平成14年改正解説」22頁。

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

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

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

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

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

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

（2）非専用品型の間接侵害

（i）立法趣旨

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁶ 前掲注2)「平成14年改正解説」26頁。

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

¹⁸ 前掲注17)「座談会」16頁〔廣實〕

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

²⁰ 前掲注2)「平成14年改正解説」27頁。

²¹ 前掲注2)「平成14年改正解説」27頁。

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

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

(ii) 学説

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

①不可欠要件の解釈

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

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

²³ 前掲注2)「平成14年改正解説」28頁。

²⁴ 前掲注2)「平成14年改正解説」28頁。

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

²⁶ 前掲注2)「平成14年改正解説」30頁。

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

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

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

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

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

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

³⁰ 田村・前掲注 29)198-199頁。

³¹ 田村・前掲注 29)209頁。

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

³³ 愛知・前掲注 32)55頁。

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

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

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

②非汎用品要件の解釈

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

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

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

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

③主観的要件の解釈

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

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

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

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

³⁸ 三村・前掲注37）101頁。

³⁹ 横山・前掲注19）164頁、愛知・前掲注32）50, 54頁。

⁴⁰ 平嶋・前掲注32）69頁。

⁴¹ 田村・前掲注29）212-213頁

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

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

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

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

④差止要件の解釈

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

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

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

⁴⁵ 潮海・前掲注36) 297頁、平嶋・前掲注32)70頁。

⁴⁶ 田村・前掲注29) 210頁、平嶋・前掲注32)73頁参照。

⁴⁷ 田村・前掲注29) 211、横山・前掲注19) 165頁。

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

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

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

⁵¹ 三村・前掲注37) 105-107頁。

⁵² 愛知・前掲注32)55頁。

あるいは、(β)積極的に侵害を誘引している場合に差止めが認められる⁵³。

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

(3) 「行為型」間接侵害（特許権侵害の教唆・幫助）の取扱い

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

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

このように、特許権の直接侵害の教唆・幫助について、不法行為成立の余地は十分にある。ただし、特許法は、侵害となるべき行為を完結的に明定していると理解するのであれば、直接・間接侵害に該当する行為以外の行為は原則として自由が保障されていると見ることもできる。著作権法による保護が否定された場合に、著作権法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為を構成するものではないと述べた最判平成23年12月8日民集65巻9号3275頁〔北朝鮮映画〕の趣旨に照らすと、不法行為の成立が認められる範囲は限定的かもしれないことには十分留意する必要がある。

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

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

⁵⁵ 中島・前掲注44)135頁参照。

(4) 我が国の間接侵害規定の特徴

(i) 「物品型」と「行為型」

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

(ii) 学説は実質的に何を考慮してきたのか

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

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

(iii) 各学説は実質的な考慮と各要件をどう結び付けてきたのか

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

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

⁵⁶ 前掲注13) に引用する諸論文を参照。

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

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

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

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

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

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

(iv) 我が国の間接侵害規定を巡る議論の迷走

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

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

⁵⁸ 前掲注 39) 及び 41) 参照。

⁵⁹ 前掲注 51) 参照。

⁶⁰ 前掲注 44) 参照。

⁶¹ 前掲注 34) 参照。

⁶² 前掲注 35)、53) 参照。

⁶³ 前掲注 38) 参照。

⁶⁴ 前掲注 41) 参照。

⁶⁵ 前掲注 53) 参照。

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

いる。

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

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

3. 間接侵害についての裁判例の展開

(1) 全体的な傾向

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

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

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

⁶⁷ 平成16年1月1日以降の高裁判例については知財高裁WEBサイト

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁴ ただし、後掲注79)参照。

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) 専用品型の間接侵害

(i) 通説どおりの判断基準を適用する裁判例

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

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

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

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

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

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

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

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

(ii) 基準を緩和して「のみ要件」を認める裁判例

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

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

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

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

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

(iii) 直接侵害の解釈により、「のみ」認定を柔軟に行う裁判例

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

①方法の発明（システム作動方法）

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

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

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

②物の発明（遊戯装置）

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

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

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

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

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

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

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

(iv) 小括

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

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

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

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

⁸⁹ 朱・前掲注12)262頁。

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

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

(3) 非専用品他間接侵害

(i) 不可欠要件

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

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

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

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

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

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

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

(ii) 非汎用品要件

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

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

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

⁹³ クリップ事件は学説上の「本質的部分説」による裁判例と評価されているが、それを前提にしてもなお、ピオグリタゾン事件のように公知技術を除外する判断が論理必然のものではない旨が指摘されている(平嶋竜太「複数薬剤の組合せからなる医薬特許の間接侵害——ピオグリタゾン事件判決の示唆する課題」L&T61号(2013)41-42頁、田中正哉「複数薬剤を「組み合わせる」医薬の特許と間接侵害」L&T63号(2014)23頁参照。)

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

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

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

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

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

（iii）主観要件

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

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

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

（iv）差止要件

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

⁹⁶ 三村・前掲注 37) 101-102 頁。

⁹⁷ 花井美雪「判批」特許研究 41 号（2006）62 頁。

⁹⁸ 服部・前掲注 32) 28-29 頁参照。

(ワ) 第 8974 号〔表示装置〕がある⁹⁹。

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

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

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

(v) 小括

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

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

(4) 物の「生産」の解釈による間接侵害の否定

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

⁹⁹ 服部・前掲注 32)30-31 頁参照。

号ないし2号の間接侵害が否定される例が2件あった¹⁰⁰。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(5) 小括：裁判例の評価

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

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

¹⁰³ 橋・前掲注11) 315頁。

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

¹⁰⁵ 同上。

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

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

4. 検討

(1) 日本型間接侵害規定の評価

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

(i) 物品型間接侵害のみで、行為型間接侵害がないことについて

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

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

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

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

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

¹⁰⁷ 前掲注 88) 参照。

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

①専用品型について

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

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

②非専用品型について

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

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

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

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

(2) 今後の解釈・立法の在り方

(i) 解釈論について

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

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

するようにするべきである。

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

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

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

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

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

(ii) 立法論について

もし、今から間接侵害規定を立法するのであれば、次のことが言えるだろう。

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

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

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

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

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

5. おわりに

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

¹⁰⁹ 前田・前掲注88) 参照。

¹¹⁰ 前掲注88) に引用した、朱・前掲注12) 278頁参照。