

17 欧州特許法から見たわが国特許法制の現代的課題

特許法における複数主体による侵害形態の意義と機能 — 間接侵害規定を中心として —

長期在外研究員 潮海 久雄^(*)

近年の知的財産権法における間接侵害規定を中心とした複数主体の侵害形態に関する規整は、至る所で侵害が生じうる情報に対する不法行為を、直接侵害行為の前段階で差止める傾向、ひいては間接侵害規定の直接侵害化の現象がみられる。わが国平成14年改正におけるコンピュータ・プログラムにみられる特許権の保護対象と実施行為の立法による拡大は、従来間接侵害規定でのみ規整していたものを端的に直接侵害とした。また、試験・研究における間接侵害規定、医療方法の特許の侵害、共同直接侵害、技術的保護手段の回避装置の譲渡禁止にもこの傾向がみられる。

その反面、複数主体の侵害形態に関する規整は競争政策と密接不可分である。特許製品の部品に関する消尽の問題、欧州特許条約における教唆の規定、他用途のある部材の差止・廃棄請求に関する過剰執行の防止、主観的要件の問題(わが国特許法101条2号、4号、共同直接侵害)にこのような配慮がなされている。

I 問題の所在と構成

複数主体による特許権の侵害例として、平成14年に改正された実施規定、間接侵害規定が念頭においていた、ソフトウェア関連発明、ネットワーク関連発明、システム製品があり、その後、医療方法の特許が間接侵害の議論の対象となっている。他方、著作権法の分野では、間接侵害規定に類するものとして、技術的保護手段回避装置に対する規制が立法化され、裁判例では、カラオケの事例、ときめきメモリアル事件、ファイルログ事件など、直接侵害者以外の主体を責任主体とする傾向が見られる。このように、直接侵害者以外の者も含めた複数主体による知的財産権の侵害が急増している。以上の現象は、情報の財産的価値が増大すると、情報伝達を担う仲介者が、情報の保護主体としてだけでなく、情報の利用主体・責任主体としても重要になっていることを示している。反面、部品・部材の取引の安全、情報の流通を考慮して、わが国では教唆規定の創設が見送られ、また共同直接侵害の立法が議論されている。このような現状にかんがみると、これら仲介者に対する規整としての間接侵害規定の意義を再検討することが必要となる。

考察の指針として、第一に、間接侵害規定と、複数主体に関する民法上または特許法上の法律構成との異同を検討する。第二に、わが国特許法の平成14年改正、イギリス法・ドイツ法制定において参照された、1975年制定の欧州共同体特許条約(Community Patent Convention.以下、CPCと略する)を軸に、わが国特許法改正、アメリカ特許法の動向を参照する。第三に、知的財産の情報化、ネットワーク化という新しい現象に、現行特許法をどのように適合させていくべきかを考

察する。まず、他の法律構成・法分野と対比して生じうる問題を洗い出し(二)、個別論点を検討(三、四)することをとおして、法上の諸原理との関連を考察する。なお、本稿では、特許権者をX、部材(「物」、means)を供給する間接侵害者をY、直接侵害者をAと表記する。また、本稿は、複数主体YとAが侵害行為を一部ずつ分担して全体として直接侵害行為を構成する共同直接侵害、YがAを道具として用いAの行為をもYに帰責する場合も視野に入れている。

II 他の法原理、法律構成との比較

1 共同直接侵害

共同直接侵害は元来、ネットワーク上の分散処理において、複数の行為主体(YとA)により一つの侵害行為がなされ、複数のサーバーが構成要件に含まれる事例を想定している。このように各人が特許の構成要件の一部を分担する場合に特許法上複数人(Y・A)の行為を一体として把握し共同で「実施」したとみることができるか、という形で共同直接侵害の要件が問題となる。

まず、民法上の共同不法行為とのバランスから、YとAに一定の結合関係、すなわち客観的に一個の共同行為があると認められること(客観的関連共同性)で足りるという考え方がある。しかし、自分の自由意志で、たまたま他人の機能と組み合わせられたばかりに特許権全体の侵害となるのはAに酷であり、故意・過失なしに特許発明の一部の公知技術を実施したにすぎないものも特許権侵害となってしまう。そこで、特許権の認識までは不要だが、他の関与者が分担して全体で発明を実施している旨の認識が必要とするのが通説であり、スピロ

(*) 香川大学法学部助教授

チーズ事件を引用し、Aの行為を認識して利用したYについてAの行為をYの行為と評価する。また共同正犯の場合とのバランスから主観的な共同実行の意思と客観的な共同実行の事実を必要とする学説もある。しかし、物権的構成を採用している実施概念に主観的要件を導入してよいか問題がある。これは均等論の議論において、クレームの外側の部分を判断する際に被告の悪性など主観的要件を考慮できるかという問題と同根の問題と考えられる。

2 共同不法行為との相違、不正競争理論との関係

確かに、被告部品自体に汎用性があつたとしても、Yによる教唆の場合など共同不法行為(民法719条)の要件を満たせば損害賠償請求をなすうる。共同不法行為の本来の趣旨は被害者救済であり、またYA間に一定の共同関係がある場合を念頭に置いている。しかし、特許製品の部品がYから転々流通してAに到達する場合などは、Yはあくまで公示されているクレームの範囲外で直接侵害とならない部品を供給している。特に特許製品やその部品が多数製造・販売されて流通し、部品が組み立てられて製品が生産されることが多い産業界では、全く別個独立の多数の業者が汎用品等の部品の製造・供給に関与することも想定され、侵害行為についての具体的認識も裁量も有しない場合にまで不法行為責任を負わされると、部品の生産・流通ひいては製品の生産を阻害することになる。

また、比較法的にみると、間接侵害とコモンロー上の共同不法行為(joint tortfeasors)との間には顕著な相違が見られる。まず、第一に、間接侵害の成立要件は、教唆、共謀までは不要で、認識のみで足りる。また、特許法が専用品について間接侵害規定を認めた趣旨は、侵害物品が特許のクレームの構成要件を全て満たさない場合でも、複数の主体が部品の製造・販売等の侵害行為を分担するおそれがあり、組み立て業者が多数に及び捕捉が困難な場合や、組み立てが最終の需要者である個人により行われるため権利行使しえない場合がある。そこで、部品が将来特許侵害品のみで使用されることを条件に、侵害の予備段階で差し止めることを趣旨とする。

さらに、間接侵害の場合、特許権者に非特許部分に対する差し止めを認めていることとの均衡上、一般の不法行為の場合よりも部材の取引の安全を重視し、かつ特許権者の権利濫用(patent misuse)を防止するなど競争政策的な考慮が強くなされるべきである。中性品における間接侵害の場合、直接侵害のように単に特許発明のクレームと被告の実施態様を比較するのではなく、Yの行為とAもしくはAの行為との関連性が考慮される。つまり、Yによる実施行為以外のYの行為態様が考慮されており、従来の物権的構成と離れた不正競争

法的な発想が見られる。

3 道具理論、均等論

電着画像事件判決(東京地判平成13年9月20日判時1764号112頁)は、被告製品の製造時点で、購入者である文字盤業者によって発明の最終工程がなされ、裏面の剥離紙をはがされて文字盤等が貼付されることが明らかな場合、Yは購入者Aを道具として全工程を実施していると同視できると判示した(以下道具理論と略する)。この道具理論は「実施」の主体性概念を緩めており、またY・A間の支配・管理という人的関係から道具性を認定していない。これに対して以下の批判がある。道具理論は、前掲スピロチーズ事件などYA間で一定の結合関係がある場合にのみ用いられるべきで、電着画像事件のようにYとAの間に主観的関連共同性がない場合に道具理論を適用することは不適切である。Yが主な工程を行っている場合は、むしろ、クレーム(YとAの実施)の均等の範囲内として構成し、Aが業として実施していなくても同一作用効果、置換可能性、容易想到性の要件を肯定しうとする。また、電着画像の事例を道具理論ではなく、間接侵害で法律構成すべきとする考え方もある。

4 複数者による著作権侵害との対比

著作権法は特許法と違いクレームも間接侵害規定もなく、第三者Yに対する予測可能性を欠く。にもかかわらず、わが国裁判例は、YA間の支配・管理・Yの利益について無理な認定をして利用主体・侵害主体を拡大する法律構成により、Yに対する損害賠償請求・差止請求を認める傾向にある。クラブキャッツアイ最高裁判決(最判昭和63年3月15日民集42巻3号199頁)は、管理・支配、利益を要件にカラオケスナックの経営者を歌唱の主体とみなし、著作物の利用主体・侵害主体を拡大した。また、ビデオメイツ事件上告審(最判平成13年3月2日民集55巻2号185頁)もクラブキャッツアイ事件を引用し、カラオケ機器のリース業者に不法行為に基づく責任を認めている。さらに、ファイルログ事件(東京地決平成14年4月11日、4月9日判時1780号25頁)では、形式的には利用行為を行っていない者も、①幫助行為の内容、②幫助者Yの管理・支配の程度、③Yの利益等を要件に、規範的にみて著作権侵害主体にあたると認定している。また、専らゲームソフトの改変のみを目的とするカードが問題となったときめきメモリアル事件においては、Aが同一性保持権の直接侵害者でYが間接侵害者(教唆者)であり共同不法行為責任が成立する考え方も、Yを直接侵害者とする考え方があるが、調査官解説は、いずれの構成によっても当該ゲームを改変することを専らの用途とするメモリーカードの提供者Yは著作権侵害による損害賠償責任を負うとしている。これら裁判例の動向に対しては、AY間に管理・支配、利益がなくてもYの侵害主体性を

肯定すべきであり、とりわけマス・マーケット取引の場合侵害用品の製造・販売によりどの程度の因果性により侵害結果が発生するかが重要である、支分権の概念が希薄になる、中央サーバーが存在しないGnutellaなどの利用者同士の直接ファイル交換が可能なP2P技術に対応しない、などの批判がある。また、平成11年著作権法改正により、権利管理情報の改変等を行う行為(著作権法113条3項)、技術的保護手段の回避装置・プログラムの製造・提供等の行為(同120条の2)を、権利侵害の準備行為として処罰する規定が置かれた。

III 従属説と独立説

1 比較法の状況

Yに対する間接侵害が成立するためにはAによる直接侵害行為が前提であるか問題となりうる。わが国でも考え方が対立しており、特許権者Xと第三者Yの間の利益衡量とされているものの、どのような事例を想定し、いかなる考慮がなされるべきかを検討すべきである。欧州共同体特許条約報告書、ドイツ現行法(1979年法)の立法趣旨、近年のBGHなども、CPCにより間接侵害の規定は従属説(二段階説)から独立説(一段階説)に変わり、間接侵害規定は直接侵害を要件としない独立の侵害形態となった、としている。確かに、CPC26条3項は、CPC31条のa) 私人による実施、b) 試験・研究などの行為を行う直接侵害者との関係では間接侵害が成立すると規定する。しかしそれ以外についてCPCの報告書は何も述べていない。これに対して、アメリカ特許法は、Aro Mfg.Co.v. Convertible Top replacement Co.,365 U.S.336 (1961) [Aro I], 341, 342が、製造ライセンスを受けていたGMの自動車の所有者Aが使い古しの布製屋根を交換する行為は補修にすぎず製造ではない、したがってYの行為は許されると判示して以来、一貫して従属説を採用している。

2 具体的効果の相違

では、独立説と従属説で具体的効果はどのように異なるのか。独立説を採用した効果の第一点として、理論的には直接侵害行為が行われる以前に間接侵害が成立することになる。第二点として、たとえば試験・研究による免責に該当して(CPC26条3項、27条(b))実施が可能となったAが、非特許部品をYからではなく特許権者Xから買うよう強制させられる効果を有する。つまり、CPC27条(b)における試験・研究の免責が、第三者Yの補助なしに独立になされた場合に限定される。

3 私的实施

Aが家庭内など私的領域において実施している場合、CPC26条3項はYに対して間接侵害が成立すると規定する。

その論拠は、CPC26条が、私的な非商業的なユーザーにより容易に実施される広い領域の製品をカバーしており、Aの免責による実施が特許権者Xの独占を害するほどに拡大しうるからである。とりわけ、ネット時代においては私的領域における実施が大規模に行われる可能性がある。製パン器事件判決(大阪地判平成12年10月24日判タ1081号241頁)も、「特許権の効力の及ぶ範囲を『業として』行うものに限定したのは政策的理由にすぎず、特許発明が私的に実施されることに伴う市場機会をおよそ特許権者が享受すべきでないという趣旨ではない」と判示している。

4 試験・研究

CPC26条3項は、試験・研究の実施を行うAに手段(物)を供給するYに対して間接侵害が成立すると規定している。代表的な文献がこの規定を以下のように批判する。CPC26条3項の規定によると、研究機関の実験を行う者(A)が発明の実施に必要な手段(物)を入手できず、かといって、特許権者Xは当該手段(物)を提供する義務がないため、結局、研究や技術の発達を促進するというCPC27条(b)の本来の目的に反する。この批判は、Yによる試験目的の部材のAへの提供は、Aによる大規模の発明の実施を通常含まないという立法事実を前提とする。

これに対して、Cornishは、CPC26条3項が想定する立法事実はこれと異なると指摘する。つまり、多くの場合、Xの競争者であるY自身が試験・研究の試料そのものを試験・研究目的で実施するA(医療機関、研究機関、顧客)に供給してきたか、または、Yが試験の協力者であり、Y自身が直接侵害者にあると評価できるとする。敷衍すると、試験・研究で問題となる特許権は、電気・機械などによくみられる結合特許ではなく、化学物質や薬などの物質特許が多く、Yが供給するものも特許発明の一要素ないし一部材ではなく、特許発明の対象となる物質そのもののことが多いと考えられる。したがって、Yによる供給行為そのものが直接侵害となり、この場合間接侵害者としてのYの責任は、直接侵害者としての責任に組み込まれる。彼が想定した、ドイツ最高裁のBGH v. 21.2.1989=GRUR 1990, 997-Ethofumesatelは、Yが除草剤を輸入してA(Plant protection office)にデータとともに提供し、Yは積極的にAの行うField testに参加した事例において、当該試験は試験目的を超えると判示した。このようにYがAを道具として用いる場合には間接侵害の概念を持ち出すまでもなく直接侵害者と評価され、あとはYが試験目的で実施したか否かが問題となるにすぎない。より一般化すれば、CPC26条3項、27条(b)は、立法事実として、Yが直接侵害行為を行う場合、YがAを道具として用いる場合、YとAが共同で直接侵害行為を行う場合を主として想定していたとする。一見結論の異なる学説の争いも、その基礎となる想定された事例が異

なっていると考えられる。

5 Aが実施権者、強制実施権者、先使用権者、特許権の共有者の場合

Yの供給行為は間接侵害とされないといわれている。前述の欧州共同体特許条約報告書にその論拠は示されていないが、ライセンスAの立場からすると、非特許部材の代金を特許権者Xに支払う義務や非特許部材を特許権者Xのみから買う義務を課されないという点で、競争法のルールと整合する。但し、ライセンスにおける地域や実施領域の制限(territorial and field-of-use restriction)を越えた場合Yは間接侵害となる。

6 消尽

AがXから特許製品全体を購入すると特許製品全体に関する特許権は消尽するが、その後、Aが、当該製品の消耗部分・交換部品をX以外の第三者Yから購入して、特許製品全体の価値・効用の維持を図ることが「修理」として許されるのか、それとも特許製品全体の「再生産」として許されないのかが議論されている。とりわけCPC26条1項は専用品に限らず中性品(neutral)も含み、非特許部材の大きな市場に関わるため大きな問題となりうる。

アメリカ法下では、前述のAro I判決以来、Everpure, Inc.v.Cuno, Inc.,875 F.2d 300(Fed.Cir.1989) (浄水機のカートリッジ)、使い捨てカメラの事例などいずれも侵害を否定している。黙示の許諾(implied license)または消尽(exhaustion)により特許製品全体の譲渡によって特許権が消尽する場合は、非特許部材・交換部品の供給は侵害とはならないと予想される。これに対して、ドイツの裁判例は、製造の概念、保護対象の同一性、自然の耐久消費期間、流通慣行、目的に適合した実施であるか否かといった点を考慮し、購入した特許製品の一部を交換して特許製品全体の維持を図るAの行為につきYが間接侵害にあたるか否かについて、消尽一般の事例より厳格な基準を採用している。

間接侵害を肯定する考え方の論拠は以下のように考えられる。YがXの特許権の存在を知っていたことや、大部分が修理のためにAに購入されている部材のうちどの部分が侵害目的(特許製品の再生、侵害物品の修理、私的实施または試験実施者により製造された製品の修理など)で供給されているかをXが立証することは実際上不可能に近い。したがって、事実上Xの結合特許における権利を制限し、特許製品に関する全ての本質的部材の市場を自由にし、ひいては侵害製品の修理のための供給も自由にしてしまうおそれがある。また、当該部材に関する特別の市場を創出したのは特許権者Xであり、Yは当該発明から生じる当該部材の市場への供給によって不当な利益を得るべきではない。さらに、AはXか

ら当該交換部材を購入でき、XがAに対して部品の供給を拒絶することや高価格の設定、YからAへの抱き合わせ販売は、独占禁止法により規制すべきである。

しかし、Aによる合法的な実施のための非特許部材に対して特許権者Xが不当に特許権を拡大することを防止し、かつ特許製品の購入者(A)の修理する権利を保障すべきである。また、間接侵害を認めると、特許権者は特許製品の市場で一度資本を回収したのに加えて、部品の市場においても排他的な利益を得ることになる。CPC26条3項で禁止されている行為は、当該供給が無権限の直接侵害に結びつくからであるのに対して、購入した特許製品の修理における部品の供給とは異なる。したがって、原則として間接侵害は成立しないと考えるべきである。

IV 個別要件・効果

1 Yの行為に製造行為、使用行為も含むか。

わが国の規定は、製造・輸入行為をも含むのに対して、CPC 26条は“supplying or offering to supply”のみである。わが国の規定は、Yの使用行為を差し止めうるのは、Xの特許発明が方法の発明の場合のみであり、物の発明で構成した場合は差し止めることができない。Xの特許発明が物の発明の場合にYの使用行為(サーバーの運営など)を差し止めるには直接実施の使用行為と構成するしかないため、共同直接侵害の法律構成が議論されている。

2 Yの供給する「物」(手段)は何を含むか。

わが国の平成14年改正は、特許法上の「物」に、プログラム等を含め(特許法(第1条)2条3項1~3号)、また、プログラム等の発明の実施に電気通信回線を通じた提供を含めた(特許法(第1条関係)2条3項1号・4項)。これにより、プログラムの媒体、ネットワークによる提供について、間接侵害規定を適用するまでもなく端的に直接侵害の責任を問えることとなった。但し、この改正は、「物」の解釈を通じて、有体物以外のデジタル情報をはじめとする無体物にもわが国の間接侵害規定(101条)がさらに適用される契機となりうる。無体物の例として、侵害する機械(device)をインストールするための製図(drawing)がYの供給する「物」にあたるかについて、ドイツの判例はこれを否定したが、文言上の制約がないことから製図も含むという考え方もありうる。また、ノウハウやサービス等も発明の本質的要素となりうるが、CPC26条2項は後述のとおり教唆に関する一般規定を認めたわけではないにもかかわらず、CPC26条1項が教唆規定・補助規定の代用として機能するおそれがある。わが国平成14年改正は教唆の規定の導入を見送った以上、現行法上は、「物」に、ノウハウ、製図、サービスを含むべきでないと考える。

3 主観的要件

わが国の昭和34年法制定過程の答申段階では、間接侵害が反証を許さない強力な規定であるため善意の行為者を不当に抑圧することを避けるため、被告の認識・目的等の主観的要件の立証を特許権者に課していた。ところがその後、この主観的要件が削除され「のみ」の要件が創設された。これは、主観的要件の立証が困難であると同時に、間接侵害規定を直接侵害(100条)と同様の物権的請求権とみて侵害の成否を客観的に判断するためと考えられる。無体財産の侵害の場合、侵害者の主観の立証が特許権者にとって困難であることは直接侵害の場合も間接侵害の場合も同様である(実用新案法30条、特許法103条の過失の推定規定を参照)。そこで、間接侵害の規定を、直接侵害(100条)と同様の物権的請求権とみて侵害の成否を客観的に判断することとし主観的要件を削除した。かわりに「のみ」という客観的要件を入れて、間接侵害の成立を本来の直接侵害に必然的に結びつく行為に限定したと考えられる。このようにわが国の101条1号、3号や、旧ドイツ法、CPCの1970年法案、1971年法案にみるように、専用品の場合主観的要件は不要とされる傾向にある。他方で、非専用品である中性品(neutral)については主観的要件が必要とされている。わが国の平成14年改正は、従来の規定に中性品の規定(101条2号、4号)を付け加える形でなされた。なお、わが国の新101条2号、4号は、(a)当該部材が発明の実施に用いられること、(b)発明に特許権が存在することの両方をYの悪意の対象として規定している。(b)も含めた理由は、Aの実施内容について特許権が存在するか否かについてまで、Yに注意義務を負わせるのは酷だからである。

4 本質的部分

当該部材と発明が実質的に関連していることにより、Xの発明が当該部材の市場を創出し、Yが当該市場から利益を得たことが示される。もっとも、クレームに含まれる要素は全て発明を特定するために必要不可欠な要素であり(特許法36条5項)、特許発明にかかわらない事業者や特許製品全体の購入者にとってどれが発明の本質的部分か予測不可能であると批判されており、ドイツでも本質的部分の要件は緩く解されている。これに対して、わが国の平成14年改正では、発明にとって重要な部分を表すのを具体化する趣旨で、「発明による課題の解決に不可欠なもの」という要件を立てている。発明の構成要素以外で物の生産や方法の使用に用いられる道具・原料なども含まれるが、他方で、発明の構成要素であっても、発明の課題とは無関係に従来から必要とされていたものは含まない。

5 汎用品と教唆規定

間接侵害の場合にXが何を主張・立証すべきかは部材の

性質により異なる。(1)専用品の場合、Aが誰であるかや、専用品か否かをYが知ることも不要であり、YとAに直接の関係のない場合も間接侵害が成立する。(2)中性品の場合(少なくとも一つの実質的な非侵害用途がある場合)、Yが現実のユーザーAと何からの関係があるなどにより当該部材が現実にとどのように使われるのかを知らなければ間接侵害は不成立である。特許された実施が最も通常の実施であるという程度の立証では侵害が不成立であり、小売業者をとおして中性品を売った卸業者または製造業者が侵害用途に提供したことを、Xが立証するのは事実上困難であろう。但し、広告つきで中性品を市場にだしたYは、状況から明らかゆえ侵害となる。このような主観的要件の立証方法として、Yと直接の実施者Aとの関係、当該部材の性質と売買の態様、購入者Aの営業などの事実から、Yの認識を推定せざるをえない。(3)汎用品の場合(非侵害用途があり市場に流通しているもの)、わが国ではYが積極的に教唆した場合でも間接侵害は成立せず汎用品の自由な流通を保障している(新101条2号、4号)。これに対して、アメリカ特許法はYの教唆行為を一般を禁止し、当該部材の供給すら要求していない(侵害用途をラベル、広告により示唆する事例が多い)一方で、この教唆規定により汎用品に対する排他的コントロールが及ばないようmisuseなどにより調整がなされる。わが国101条2号、4号が参照した欧州共同体特許条約はどうか。CPC26条2項は独立の教唆の規定ではなく、特別のタイプ的手段(汎用品)における間接侵害の成立について厳格な要件を課したものである。CPC26条2項後段の趣旨は、第一に、顧客Aが汎用品を利用するよう教唆し当該汎用品を特許発明と結びつけた者(Y)が、間接侵害訴訟の中で中性品としての性格を主張することは禁反言にあたり許されない。趣旨の第二は、特許発明とは独立の固有の市場を有し、当該特許発明と特別の関係にない中性品の供給を自由にすると同時に、さまざまな用途に関して市場で通常使われ売られている製品の自由な取引を保障する趣旨である。

また、汎用品に関する教唆規定であるCPC26条2項に、どの程度までCPC26条1項、CPC26条3項の解釈が類推適用されるかが問題となる。まず、禁止されるYの行為は、CPC26条1項を読み込んで供給行為のみに限定される。また、CPC26条2項においても、手段が特許発明の本質的要素である必要がある。さらに、CPC26条1項と異なって、CPC26条2項の適用には直接侵害を必要とする(従属説)。その理由は、教唆規定が、共同不法行為(joint tortfeasors)、不法行為責任(tortious liability)を基礎とすること、積極的な教唆は当該行為がなければ直接侵害が行われなかったであろうという因果関係が必要なところ、直接侵害がなければ教唆行為(CPC26条2項)は成立しないと考えられるからである。

6 差止請求、廃棄請求等の範囲

わが国特許法旧101条は専用品のみを間接侵害の対象としていたが、新101条2号、4号は、物・方法が他用途を有する場合も差止の対象としている。この場合、原則として、当該特許発明を実施するための必須部分のみ差止・廃棄請求を認めるべきであるし、また、購入者Aが侵害用途のために使用しないことを確保するのに十分な措置が、供給者Yによって行われたい限度においてのみ差止・廃棄請求を命ずることになる。たとえば「侵害用途に用いるためにYは当該部材を無権限者に供給してはならない」と判決することが考えられる。共同直接侵害の場合は、必須のシステムに対する差止請求のみ認めておけばYAの共同直接侵害を排除できる。将来の予防の請求について判決主文は、「共同して・・・使用してはならない」などが考えられる。但し、必須部分と他の部分が密接不可分であったり、将来の侵害のおそれが明らかな場合などには、製品全体の差止・廃棄請求を命ずる場合もあろう。また、将来の侵害のおそれがある場合に侵害の予防に必要な適切な措置の請求として、供給者Yが当該部材を権限者のみに販売されることを確信させる適切な措置を命ずる場合は、Yの販売行為全体を差止める必要はない。供給者YにXに対する告知を義務づけたり、YA間で侵害用途に用いない旨の契約を締結することを認めることが考えられる。もともと具体的にどのような措置が有効かは困難な問題であり、将来の侵害のおそれがあるとして間接侵害者YにXとライセンス契約を結ぶよう強制することは難しい。

教唆規定における差止・廃棄請求の範囲は、前述のように汎用品は譲渡自由が原則である以上、薬自体の供給の差止よりも薬の処方箋の削除のみを認める方が適切である。用途発明の場合と同様に、効能や用法を特定したり、効能書きや包装に用途の記載を禁止することが考えられる。判決主文には「教唆して汎用品を製造・販売してはならない」または「教唆してはならない」と書くことが考えられる。

V まとめと今後の課題

1 道具理論、間接侵害、著作権の裁判例を検討したとおり、Yに帰責する要件として、YのAに対する管理・支配、Yの利益よりも、YAの共同行為を媒介とする結果発生への因果関係や部材の客観的性質を重視すべきである。但し、わが国特許法101条2号、4号における主観的要件は、補充的にYA間の人的関係等により推定されうる。また、共同直接侵害においても因果関係を限定するためにYA間の主観的要件を課す必要があるが、「実施行為」という物権的構成に主観的要件を考慮してよいか問題が生じる。

2 民法上の共同不法行為(民法719条)・使用者責任(民法715条)においては取引の安全が考慮されるが、近年の間接

侵害の展開は、さらにふみこんで、至る所で侵害が生じうる情報に対する不法行為のような行為を、直接侵害行為の前段階で差止める傾向が見られる(Ⅱ2、Ⅲ3、Ⅲ4参照)。わが国平成14年改正におけるコンピュータ・プログラムにみられる特許権の保護対象と実施行為の立法による拡大は、従来間接侵害規定でのみ規整していたものを端的に直接侵害としたものであり、間接侵害規定の直接侵害化という現象の一つであると考えられる。試験・研究における間接侵害規定(Ⅲ3)、技術的保護手段の回避装置の禁止(Ⅱ4)、医療方法の特許の侵害、共同直接侵害(Ⅱ1)などにおいても、間接侵害行為と直接侵害行為の区別が必ずしも明確でなくなっており、「実施」概念そのものの検討も必要となっている。

3 直接侵害における「業として」の要件を避けるために均等論の法律構成が考えられている(Ⅱ3)。また、消尽の問題では競争政策的な考慮や独占禁止法の規制が意義を有する(Ⅱ2、Ⅲ6)。CPCの教唆の規定は禁反言でありその適用範囲は限定され、汎用品について部材の取引の安全が強く考慮される(Ⅳ5)。他用途のある部材の差止・廃棄請求や教唆行為についての判決文や具体的執行についても、過剰執行とならないよう配慮がなされるべきである(Ⅳ6)。このように間接侵害を中心とした複数主体の侵害形態は、競争政策と密接不可分である。