

# 「間接侵害の本質論」は「本質論」か

川 田 篤

## 目 次

第1 緒 論……………	2	(3) 直接侵害に相当すべき行為が特許権の存 続期間終了後にされるとき……………	7
1 用語の定義……………	2	(4) 直接侵害に相当する行為が「業として」 ではなくなされるとき……………	7
2 本稿の要旨……………	2	ア 間接侵害の規定の文言……………	7
第2 「間接侵害の本質論」の「本質」について ……………	2	イ 間接侵害の規定の立法の経緯……………	8
1 間接侵害の成立の直接侵害の成立からの 「形式的」な「独立性」……………	2	ウ 特許権者と第三者との間の利益衡量……………	9
2 間接侵害の成立の直接侵害の成立への 「実質的」な「従属性」……………	3	エ 間接侵害の成立を認める根拠は必ずし も十分ではないこと……………	10
(1) 特許発明の「技術的範囲に属する」物又 は方法の実施……………	3	(5) 直接侵害に相当する行為が試験又は研究 のためにする実施であるとき……………	10
ア 規定の文言……………	3	(6) 直接侵害に相当する行為が消尽の効力の 範囲であるとき……………	10
イ 立法の経緯……………	3	(7) 直接侵害に相当する行為が外国における 実施であるとき……………	11
ウ 間接侵害の成立は直接侵害の成立の範 囲に從属していること……………	4	(8) 特許権の効力が及ばない類型についての 從属説の妥当性……………	11
(2) 「有効な特許」に係る発明……………	4	2 特許発明を実施する権原のある類型……………	11
(3) 実施について「契約上又は法律上の（正当 化）事由」がないこと……………	5	(1) 特許発明を実施する権原のある類型に属 する事由……………	11
3 間接侵害を争点とする裁判例における本 質論の比重……………	5	(2) 特許発明を実施する権原のある類型に属 する事由における一般的な従属性……………	12
4 本質論の例外性……………	6	(3) 契約による実施権に基づく実施……………	12
第3 「間接侵害の本質論」の「各論」……………	6	(4) 特許発明を実施する権原のある類型につ いての從属説の妥当性……………	13
1 特許権の効力が及ばない類型……………	6	第4 総 括……………	13
(1) 特許権の効力が及ばない類型に属する事 由……………	6		
(2) 特許権の効力が及ばない類型に属する事 由における一般的な従属性……………	7		

## 第1 緒論

本稿では、いわゆる「間接侵害の本質論」を検討する。

なお、「間接侵害」は、我が国においては、昭和34年の現行特許法において規定されたものであるが、それに先立ち、ドイツにおいては、1928年頃から判例により承認されてきたとされる<sup>1</sup>。その後、ドイツでも、現行法である1981年ドイツ特許法に至り、法文上も明確に規定がされた。しかし、ドイツにおいては、我が国におけるような「本質論」という名称での議論は、管見が及ぶ範囲においては見いだされない<sup>2</sup>。そこで、本稿では、「間接侵害の本質論」は、我が国の議論についてのみ論ずる。

### 1 用語の定義

本稿では、「直接侵害」とは、

「有効な特許に係る発明の技術的範囲に属する物又は方法の実施であり、その実施について契約上又は法律上の（正当化）事由がないもの」

をいうものとする。

また、本稿では、「間接侵害」は、特許法101条1号、2号、4号又は5号の「侵害とみなす行為」に限るものとする。すなわち、同条3号及び6号の「侵害とみなす行為」は除く<sup>3</sup>。そこで、本稿では、「間接侵害」とは、

「特許法101条1号、2号、4号又は5号のいずれかの要件を満たす行為であり、その行為について契約上又は法律上の（正当化）事由がないもの」

をいうものとする。なお、この定義では、直接侵害の成立との関係は、あえて明示していない。

### 2 本稿の要旨

本稿では、まず、間接侵害の成立が、特許発明の技術的範囲への帰属及び特許の有効性という直接侵害の基本的な要件との関係において、間接侵害の規定の解釈を通じて、「実質的」に直接侵害の成立に従属しているかどうかを検討する。

そのような検討を踏まえて、「間接侵害の本質論」の「本質」は、

「有効な特許に係る発明の技術的範囲に属する物又は方法の実施が認められるにもかかわらず、何らかの契約上又は法律上の事由により、直接侵害の成立が否定されるときも、なお、間接侵害の成立が肯定されるか」という点にあることを明らかにする。

それに続いて、「間接侵害の本質論」の「各論」、すなわち、有効な特許に係る発明の技術的範囲に属する物又は方法の実施が認められるにもかかわらず、何らかの契約上又は法律上の事由により、直接侵害が成立しないとき、間接侵害の成立が直接侵害の成立に従属するかを主な事由について検討する。この点を一般に肯定する見解が「独立説」<sup>4</sup>といえる。他方、この点を一般に否定する見解が「従属説」<sup>5</sup>といえる。ただし、事由ごとに従属性又は独立性を判断すべきであるとする「折衷説」<sup>6</sup>も有力である。

本稿は、結論としては、間接侵害の成立は直接侵害の成立に基本的に従属し、「間接侵害の本質論」においても同様ではないかと考える。

## 第2 「間接侵害の本質論」の「本質」について

### 1 間接侵害の成立の直接侵害の成立からの「形式的」な「独立性」

いわゆる「間接侵害の本質論」としては、漠然と、間接侵害の成立が直接侵害の成立に従属するか、独立しているかという議論がされている。

しかし、「本質論」において、直接侵害に相当すべき行為がされ、又はされるおそれがあることが要件として必要かという点は、余り明確に議論がされていない。

この点について、直接侵害に相当すべき行為は、従属説であれば要件として必要であり、独立説であれば不要であるとする見解もある<sup>7</sup>。

しかし、従属説か、それとも独立説かという、いわば帰結からではなく、特許法101条の規定の解釈として、直接侵害に相当すべき行為の主張が要件として必要かどうかを率直に検討すべきであろう。

まず、ある行為が特許法101条1号、2号、4号又は5号のいずれかの類型の要件を満たせば、その行為は特許権を「侵害するものとみなす」とされている。このような規定の文言からは、直接侵害がされ、又はされるおそれがあるかどうかとは関係がなく、いずれかの類型の要件を満たせば、間接「侵害とみな」されると解するのが率直な解釈といえる<sup>8</sup>。

昭和34年の制定当時の特許庁の『新工業所有権法逐条解説』の特許法101条についての解説においても、同条の趣旨について、「いずれは……侵害行為がされるものであるから、その前の段階における行為を侵害行為とみなして禁止」するものであ

ると説明されている<sup>9</sup>。このような説明からは、直接侵害がいずれされるにしても、特許法101条のいずれかの類型の要件を満たす「その前の段階における行為」を侵害とみなす趣旨であると考えられる。

このように、間接侵害の規定においては、間接侵害の成立について、特許法101条1号、2号、4号又は5号の要件を満たせば足り、直接侵害がされ、又はされるおそれがあること自体は要件とはしていないと解される。

そうだとすると、「形式的」には、間接侵害の成立は、直接侵害の成立から「独立」して判断されるべきであるともいえる。

## 2 間接侵害の成立の直接侵害の成立への「実質的」な「従属性」

「1」において述べたように、「形式的」には、間接侵害の成立は、直接侵害の成立から「独立」して判断されるとみることもできよう。

しかし、「実質的」にみれば、間接侵害に係る特許法101条各号の要件は、直接「侵害するおそれがある」行為を類型化しているともいえる。

例えば、同条1号の特許発明に係る「物の生産にのみ用いる物」の生産などの行為は、直接侵害に用いる以外には実用性のある用途が認められない物を生産する行為であり、廃棄されない限りは、いずれは直接侵害に用いられるものである。したがって、そのような行為には、直接侵害の「おそれ」が典型的にみられよう。

また、同条2号の「物がその発明の実施に用いられることを知りながら」なされる行為には、「発明の実施に用いられる」という直接侵害の「おそれ」自体が要件として含まれている。したがって、そのような行為には、やはり直接侵害の「おそれ」が典型的にみられよう。

このように、間接侵害に係る特許法101条の各類型の要件を満たすかどうかの判断は、「形式的」には直接侵害の成立のための要件から「独立」してなされるとしても、これらの要件に係る規定の解釈を通じて、「実質的」には直接侵害の成立が前提とされているともみることもできる。

また、いわゆる独立説的な考え方においても、直接侵害がされ、又はされるおそれ自体が要件とはされないとしても、少なくとも、何らかの直接侵害に相当すべき行為が「想定」されている。例えば、独立説的な考え方の立場においても、直接侵害に相当すべき行為に係る物又は方法が発明の

技術的範囲に属することを要件とする見解がある<sup>10</sup>。この見解からは、独立説的な考え方においても、何らかの直接侵害に相当すべき行為を「想定」していることは明らかである。

そこで、直接侵害の成立の要件と、間接侵害の成立のための要件との間の「実質的」な関係について、次に検討をする。

### (1) 特許発明の「技術的範囲に属する」物又は方法の実施

#### ア 規定の文言

特許法101条1号及び2号には「特許が物の発明についてされている場合において、……その物の生産に（のみ）用いる物」と、同条4号及び5号には「特許が方法の発明についてされている場合において、その方法の使用に（のみ）用いる物」と、それぞれ、定められている。すなわち、①「特許が……されている」「物の発明」の「物の生産に（のみ）用いる物」であること、又は、②「特許が……されている」「方法の発明」の「方法の使用に（のみ）用いる物」であることが、間接侵害の成立に必要である。

したがって、これらの規定の文言から、間接侵害に係る物により生産されるべき物又は使用される方法は、特許発明の技術的範囲（特許法70条1項）に属することが必要であるといえる。

#### イ 立法の経緯

間接侵害の規定に係る昭和34年当時の立法の経緯からも、間接侵害に係る規定は、特許発明の技術的範囲を超えて、特許権の効力が及ぶ範囲を拡大するものではないとの趣旨がうかがわれる。

すなわち、まず、昭和32年2月1日付け特許庁「工業所有権制度改正審議会答申説明書」<sup>11</sup>に記載のとおり、間接侵害に係る規定を設けるべきことが工業所有権制度改正審議会により答申された。

この答申の趣旨が先行して実質的に反映されている昭和32年1月16日付けの「特許法案（第一読会）」<sup>12</sup>においては、第172条（差止請求権）に続いて、第173条（間接侵害）が、ほぼ答申のとおり、「特許発明に係る物の組成部分又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、機械若しくは装置であつてその発明の要部を構成するものを、その発明を実施する目的を以て、又は主としてその発明の実施に用いられることを知りながら製作、販売、配布又は輸入した者は、その特許権又は専用実施権を侵害したものとみなす」

と主観的要件を含めながら、かつ、「註 問題あり。」との留保付きながら、規定されていた<sup>13</sup>。

しかし、その後、経緯は明らかではないが、昭和32年4月26日付けの「特許法案（第二読会）」<sup>14</sup>において、①第66条（特許権の効力）に「業として」との文言が入れられ、かつ、②第178条（間接侵害）には、主観的要件に代えて、「特許発明に係る物の製作のみに使用される」といわゆる「のみ」要件が規定された。

ところが、日付は不詳ながら、特許庁内において、第178条（間接侵害）は、第66条（特許権の効力）に続いて、第67条（特許権の範囲）に移し、「特許権」の内容として規定することが検討された<sup>15</sup>。この点は、結局、昭和32年8月16日付けの「特許法案（第三読会）」<sup>16</sup>において、第2条（特許権の定義）に規定される形で反映された。

これに対し、「重陽会（事業者工業所有権協会）」（現在の日本知的財産協会）から、昭和32年12月2日付けで、「特許権の定義としては特許権の本質のみを規定し、間接侵害に相当する部分は特許権の定義中に含ませず別の条文とされたい」との要望がされた<sup>17</sup>。科学技術庁からも「特許法改正法案（第3読会）に対する意見」<sup>18</sup>において、「直接特許権と関連のない範囲まで、特許権の効力を及ぼすことは適当でない」との見解が示された。

これらの意見を踏まえたためか、昭和33年1月13日付けの「特許法案（第四読会）」<sup>19</sup>において、第97条（侵害とみなされる行為）に現在の条文に近いものが規定された<sup>20</sup>。

このように、立法の経緯においては、間接侵害は、答申の後、一度は特許権の範囲を拡げるような案が示されながら、撤回され、飽くまで特許権の効力が及ぶ範囲内の「侵害とみなされる行為」として規定されたようである。

これらの立法の経緯からは、間接侵害に係る規定は、特許権の効力が及ぶ範囲自体を拡大するものではないとの趣旨を読み取ることができる。

ウ 間接侵害の成立は直接侵害の成立の範囲に  
従属していること

規定の文言及び立法の経緯からは、間接侵害が成立する範囲は、直接侵害が成立し得る特許発明の技術的範囲に属するものに限られると解される<sup>21</sup>。

この点は、裁判例においても一般に認められている。例えば、「切削方法事件」に係る知財高判平成21年8月25日<sup>22</sup>は、直接侵害であると主張され

ている「切削方法」が特許発明の技術的範囲に属さないことから、その方法に使用される装置についても間接侵害は成立しないとする。

また、「データ装置事件」に係る知財高判平成23年12月8日<sup>23</sup>は、直接侵害に係るインターネット接続したサーバシステムが特許発明の技術的範囲に属さないことから、そのシステムのためのサーバ及びサーバにインストールされるソフトウェアのいずれも、特許法101条2号の「その物の生産に用いる物」には当たらないとする。すなわち、この判決は、直接侵害が成立しないことを、間接侵害の要件である「その物の生産に用いる物」への該当性において捉えている。

このように、間接侵害の成立は、間接侵害に係る物を用いて生産される物又は間接侵害に係る物を使用する方法が発明の技術的範囲に属することが必要になるという点において、「実質的」に直接侵害の成立に「従属」しているといえる。

(2) 「有効な特許」に係る発明

間接侵害に係る特許法101条1号、2号、4号又は5号のいずれの規定においても、物又は方法の発明について「特許が……されている」ことが要件とされている。

ここで、特許を無効にすべき旨の審決が確定すれば、特許権が初めから存在しなかつたものとみなされ（特許法125条本文）、特許権の効力が及ぶ範囲自体が存在しなくなり、直接侵害の成立は否定される。

それとともに、「特許が……されている」との要件を満たさないことになることから、間接侵害の成立も否定されると解される。間接侵害が成立する範囲が直接侵害が成立し得る特許権の効力が及ぶ範囲に限られるとすれば、特許権の効力が及ぶ範囲が存在しなくなれば、間接侵害が成立する余地もないともいえる。

ところで、侵害訴訟においては、特許法104条の3の規定により、特許が特許無効審判により無効にされるべきものと認められるときは、直接侵害に基づく特許権の行使が制限される。ここで、特許法104条の3は、直接侵害のみならず、間接侵害にも適用され、間接侵害に基づく特許権の行使も制限されると解される。それは、①間接侵害も「侵害とみなされる行為」であること、及び、②間接侵害に係る規定（特許法101条）と特許法104条の3との条文の順序関係からも裏付けられる。実際、多数の裁判例において、特許法104条の3に

より、間接侵害に基づく特許権の行使が制限されている<sup>24</sup>。

このように、特許の有効性という点においても、間接侵害の成立は、「実質的」に直接侵害の成立の要件に「従属」しているといえる。

(3) 実施について「契約上又は法律上の（正当化）事由」がないこと

直接侵害に相当すべき行為においても、実施について、何らかの「契約上又は法律上の（正当化）事由」、例えば、通常実施権などがあれば、直接侵害の成立が否定される。いわゆる「間接侵害の本質論」として議論されているのは、このような場合において、なお、間接侵害が成立するかという点である。その詳細については、追って「第3」において検討する。

3 間接侵害を争点とする裁判例における本質論の比重

直接侵害が成立するための基本的な要件は、①特許発明の技術的範囲に属する物又は方法の実施、及び、②特許の有効性であろう。これらの基本的な要件との関係において、間接侵害の成立は「実質的」には直接侵害の成立に「従属」している。

ここで、「間接侵害の本質論」と呼ばれる議論は、

直接侵害の成立の要件のうち、何らかの契約上又は法律上の事由により直接侵害の成立が否定されるという例外的な要件との関係において問題となるにすぎない。

実際の裁判例においても、間接侵害の成立が否定される理由は、ほとんどの事案において、①直接侵害に係る物又は方法が特許発明の技術的範囲に属しないと認定されるか、又は、②特許は無効にされるべきものと認められ、特許権を行使することが制限されると認定されるかのいずれかであることがほとんどである。

このことは、次の「表 近時の裁判例における間接侵害の主張の成否及び否定の理由」からも明らかである。この表は、平成20年1月1日から24年12月31日までの5年間に、裁判所のウェブサイト中の「知的財産権裁判例集」に掲載された、東京若しくは大阪地方裁判所又は知的財産高等裁判所が言い渡した裁判例のうち<sup>25</sup>、間接侵害が争点とされた特許権侵害事件（63件）における間接侵害の主張において、肯定された件数、否定された件数及び否定の理由ごとの件数をまとめたものである。なお、表中の件数は、間接侵害の類型ごとの「主張の件数」であり、判決の言渡件数より多い。

表 近時の裁判例における間接侵害の主張の成否及び否定の理由

主張された特許法101条の類型			1号	2号	4号	5号	全体
間接侵害の成立を肯定			3件	6件	1件	2件	12件
間接侵害の成立を否定	直接侵害の成立の要件に係るもの	技術的範囲に属さない (要件①)	11件	14件	11件	9件	45件
		特許無効 (要件②)	4件	3件	8件	10件	25件
		それ以外の直接侵害の不成立事由 (要件③) — 「本質論」の場面	0件	1件	0件	0件	1件
	間接侵害の成立の固有の要件に係るもの	間接侵害の各号の要件 (要件④)	1件	1件	0件	2件	4件
		それ以外の間接侵害の不成立事由 (要件⑤)	0件	0件	0件	0件	0件
	計		16件	19件	19件	21件	75件
合計			19件	25件	20件	23件	87件

- ※1 複数の請求項に係る特許権が行使されたが、間接侵害の成立を否定する理由が異なるときは、それぞれ、1件とした。
- ※2 一部が肯定され、一部が否定されたときは、それぞれ、1件ずつとした。
- ※3 平成18年改正前特許法が適用される事案については、「3号」を「4号」と、「4号」を「5号」と読み替えた。

これらの数値からいえることは、直接侵害に係る物又は方法の特許発明の技術的範囲への帰属（要件①）及び特許の有効性（特許無効）（要件②）が、間接侵害の成立を否定する理由としては、極めて重要であることが分かる。

すなわち、まず、特許発明の技術的範囲への帰属（要件①）を理由として間接侵害の成立が否定されるものが、69パーセントを占める。次に、特許の有効性（特許無効）（要件②）を理由として間接侵害が否定されるものが、27パーセントを占める。このように、要件①及び要件②の合計が、96パーセントを占める。

要件①又は②以外の直接侵害を否定する事由がないこと（要件③）が問題とされることは、ほとんどない。「表」においても、僅かに1件、消尽に関する事案があるにすぎない<sup>26</sup>。

また、間接侵害の特許法101条各号の固有の要件（要件④）が問題とされることもまれである。

「表」においても4件にとどまる。

まして、それ以外の間接侵害を否定する事由（例えば、間接侵害に相当すべき行為をしている者が、特許権について契約に基づく実施権を有すること。）がないこと（要件⑤）が問題とされた事例はみられない。

これらの数値からも、間接侵害の成立が「実質的」に「従属」することが明らかな直接侵害の成立の基本的な要件が、実務上も重要であることが分かる。

#### 4 本質論の例外性

特許権の直接侵害が成立するためには、①実施に係る物又は方法が特許発明の技術的範囲に属すること、②特許が有効であること、及び、③実施について何らかの契約上又は法律上の（正当化）事由がないことが必要である。

これらの直接侵害の成立の要件のうち、①特許発明の技術的範囲への帰属、及び、②特許の有効性は、基本的な要件といえる。これらの要件は、裁判例においても、間接侵害の成否において争われることが多い重要な要件である。したがって、間接侵害の成立は、直接侵害の成立の要件に「実質的」に「従属」しているといえる。

他方、「間接侵害の本質論」の「本質」ともいうべき、③実施について何らかの契約上又は法律上の（正当化）事由がないこととの要件は、裁判例においても、例外的に問題となるにすぎない。

このような例外的な事由についての議論を「本

質」論と名付けるべきかについては、疑問がなくもない。少なくとも、間接侵害の成立が、直接侵害の成立の基本的な要件（技術的範囲への帰属及び特許の有効性）に「実質的」に「従属」していることについての理解を誤らせるおそれがある。

### 第3 「間接侵害の本質論」の「各論」

間接侵害の成立は、直接侵害の成立の基本的要件である特許発明の技術的範囲への帰属又は特許の有効性に「実質的」に「従属」する。そして、「間接侵害の本質論」は、それ以外の何らかの契約上又は法律上の事由により直接侵害の成立が否定されるときも、なお、間接侵害の成立が肯定されるかという議論であるにすぎない。

ここでは、何らかの契約上又は法律上の事由により、直接侵害の成立が否定されるとき、それらの事由ごとに、なお、間接侵害の成立が肯定されるべきかどうかを検討する。

これらの事由は、大別すれば、①特許権の効力が及ばない類型（例えば、業としてではない個人的・家庭的な実施）と、②特許権の効力は及ぶが、特許発明を実施する権原のある類型（例えば、契約による実施権に基づく実施）とに分けられる。そこで、以下、これらの類型に分けて検討する。

#### 1 特許権の効力が及ばない類型

##### (1) 特許権の効力が及ばない類型に属する事由

特許権の効力が及ばないとされている事由としては、次のものが挙げられる。

- ① 直接侵害に相当すべき行為が、特許権の存続期間終了後にされるとき（特許法67条）
- ② 直接侵害に相当すべき行為が、「業として」の実施ではないとき（特許法68条）。
- ③ 直接侵害に相当すべき行為が、「試験又は研究」のためになされるとき（特許法69条1項）。
- ④ 直接侵害に相当すべき行為が、「単に日本国内を通過するに過ぎない船舶若しくは航空機又はこれらに使用する機械、器具、装置その他の物」に係るとき（特許法69条2項1号）。
- ⑤ 直接侵害に相当すべき行為が、「特許出願の時から日本国内にある物」に係るとき（特許法69条2項2号）。
- ⑥ 直接侵害に相当すべき行為が、2以上の医薬を混合することにより製造されるべき医薬の発明又は2以上の医薬を混合して医薬を製造する方法の発明において、医師等の処方せ

んにより調剤する行為又は医師等の処方せんにより調剤された医薬に係るとき（特許法69条3項）。

⑦ 直接侵害に相当すべき行為が、消尽の効力が及ぶ範囲にあるとき（明文の規定はない。）。

⑧ 直接侵害に相当すべき行為が、外国においてなされるとき（明文の規定はない。）。

(2) 特許権の効力が及ばない類型に属する事由における一般的な従属性

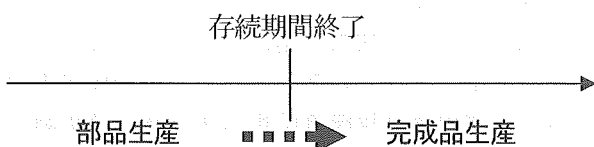
①特許法101条1号、2号、4号及び5号に共通して用いられている「特許が……されている」との規定の文言と、②間接侵害の規定は特許権の効力が及ぶ範囲自体を拡大するものではないとの立法の経緯に鑑みると、特許権の効力が及ばないことから直接侵害の成立が否定されるときは、間接侵害の成立も否定されると解することになる。

このような理解が適切かどうかを、次に、特許権の効力が及ばないとされる幾つかの事由について、検討する。

(3) 直接侵害に相当すべき行為が特許権の存続期間終了後にされるとき

特許権が存続期間の終了（特許法67条）により消滅した「後」は、何人でも特許発明を自由に実施することができる。

ここで、例えば、特許権の存続期間終了「後」、特許発明に係る完成品を生産する予定で、その完成品の生産にのみ用いられる物を、特許権の存続期間終了「前」に生産する行為について、間接侵害は成立するであろうか。



まず、例えば、特許法101条1号は、「特許が物の発明についてされている場合において、……その物の生産にのみ用いる」と規定されている。このとき、「特許が物の発明についてされている」といえるかどうかの基準時を、「その物の生産に……用いる」時点、すなわち、想定されている直接侵害に相当すべき行為の時点と解すれば、存続期間終了後の「生産」時には、「特許が物の発明についてされている」とはいえないことになる。したがって、間接侵害も成立しないと解されよう。

次に、特許権者と第三者との利益を衡量する。直接侵害に相当すべき行為が、特許権の存続期間

終了「後」になされるのであれば、間接侵害に相当すべき行為が存続期間終了「前」になされたとしても、特許権者の利益は損なわれない。他方、存続期間終了後に部品から生産を始めたのでは、完成品の生産まで一定の期間が必要であるときは、その期間については、特許権の存続期間を延長したにも等しくなる。これは、特許権の効力の時的範囲の根拠のない延長であろう。

したがって、この事例については、直接侵害の成立が否定され、間接侵害の成立も否定されるという従属説的な解釈が適切である<sup>27</sup>。

(4) 直接侵害に相当する行為が「業として」ではなくなされるとき

特許権者は、「業として」特許発明の実施をする権利を専有する（特許法68条本文）。したがって、「業として」ではない実施、例えば、個人的・家庭的な実施については、特許発明の技術的範囲に属する物又は方法の実施であるとしても、特許権の効力は及ばない<sup>28</sup>。

このとき、例えば、個人的・家庭的な実施に係る物の生産にのみ用いるものを「業として」生産し、譲渡する第三者について、間接侵害は成立し得るであろうか。

間接侵害の規定は、特許権の効力が及ぶ範囲自体を拡大するものではないとすれば、「業として」ではない個人的・家庭的な実施について、特許権の効力が及ばない以上、当該第三者の行為についても間接侵害は成立しないことになる。このような見解も少数ながらみられなくもない<sup>29</sup>。

これに対し、間接侵害の成立が認められるべきであるとする見解が多数である<sup>30</sup>。それは、①「業として」ではなくとも「実施」自体はされていること、②個人的・家庭的な実施は、本来は特許権を侵害する行為であるが、政策的な理由により免責されているにすぎないのであり、そのような実施を「業として」助長する行為は、実質的にみて特許権を侵害する行為といえること、及び、③個人的・家庭的な実施について間接侵害の成立を肯定しなければ、特許権者の保護に欠けることなどによる。

そこで、①規定の文言、②立法の経緯、及び、③特許権者と第三者との利益衡量の観点において、いずれの見解がより適切であるかを検討する。

ア 間接侵害の規定の文言

この点について、間接侵害の規定の文言をみると、例えば、特許法101条1号は、「特許が物

の発明についてされている場合において、……その物の生産にのみ用いる」と規定されている。ここで、「特許が物の発明についてされている場合」とは、特許権の効力が及ぶ範囲において「特許が…されている」という趣旨であると解されなくもない。このように解されるべきであるとすれば、「業として」ではない実施についても、特許権の効力が及ばない実施であることから、間接侵害により例外的に特許権の効力が及ぶ範囲を拡大していると解する余地はないともいえる。

しかし、この「特許が…されている」との文言は、「物の発明」について単に「特許」がされていることを規定したにすぎないと解する余地もなくはない。したがって、この規定の文言のみから、その趣旨を判断することは難しい。

他方、特許法101条1号、2号、4号又は5号のいずれも、「業として」という文言が、間接侵害の成立のための要件として規定されている。これは、間接侵害に相当すべき行為が「業として」なされていれば、直接侵害に相当すべき行為が「業として」なされているかどうかを問わない趣旨であると解する余地もなくはない。

しかし、この文言についても、直接侵害に相当すべき行為も、間接侵害に相当すべき行為も、いずれも「業として」なされているべきであることを定めたにすぎないと解される。

このようにこれらの間接侵害の規定の文言のみから、直ちに結論は導かれぬ。

#### イ 間接侵害の規定の立法の経緯

次に、間接侵害に係る規定の趣旨を、立法の経緯から推測することを試みる。

大正10年特許法<sup>31</sup>において特許権の効力を定めていた同法35条1項には、「業として」との限定はない<sup>32</sup>。また、大正10年特許法には、現在の特許法100条（差止請求権）に相当する規定はないが、実務上は、直接侵害行為に対する差止請求権が認められていた。

そこで、答申に先立ち、差止請求権の条文に「業として」との限定を入れるべきかどうかについて議論がされた。しかし、答申では、結果として、「業として」との文言は入れられていない。その経緯は、昭和32年2月1日付け「工業所有権制度改正審議会答申説明書」に次のとおり説明されている。

「審議会では、侵害物を家庭で個人的に使用す

るため善意に購入した者も差止請求、廃棄請求等を受けるのは気の毒だから侵害の対象からはずしてはどうかという意見があった。これに対して、顧客に迷惑をかけたくないという心理的要素が侵害防止に強く作用するものであるし、実用新案権や意匠権と異なり特許権侵害罪の場合に『業として』という要件を欠くのは特許権を特に保護を厚くする趣旨であると考えられるから、家庭的消費も侵害の対象にしてよいとの反対意見があり、現行法どおりということに落ち着いた。」<sup>33</sup>

このように、個人的・家庭的な実施も差止請求権の対象とすべきであるとの答申の結論は、その後、第一読会後に変更がされた。

すなわち、現在の特許法68条に相当する昭和32年4月26日の「特許法案（第二読会）」の第66条（特許権の効力）には、「業として」との文言が入れられた。この点について、昭和33年1月14日付けの特許法改正要綱においては、

「〔大正10年法では〕特許に係る物を例えば家庭で使用しても、その行為に対し特許権の効力が及ぶことになっているが、それでは余りにゆきすぎである」と記載されている<sup>34</sup>。

こうして、現在の特許法68条に「業として」との文言が入れられ、個人的・家庭的な実施などは差止請求権の対象から除外された。

答申の時点において、既に間接侵害の規定を新たに設けることも、その一内容とされていた。しかし、答申の時点では、「業として」ではない個人的・家庭的な実施についても直接侵害が成立するとされていたこともあり、間接侵害の規定の適用を直接侵害に相当すべき行為が個人的・家庭的な実施であるような場合にも及ぼすべきであるとの議論はみられない<sup>35</sup>。

答申に先立つ、昭和31年7月27日に開催された工業所有権制度改正審議会一般部会においては、個人的・家庭的な実施がされる製品の販売をした業者と個人的使用者との関係が議論されている<sup>36</sup>。しかし、その議論においても、業者による製品の販売は、間接侵害ではなく、直接侵害に相当することが前提とされている。この議論においては、個人的・家庭的な実施について、直接侵害は成立しないとしても、間接侵害の成立を認めるべきであるのと考え方は示されていない。



さらに、当時の『新工業所有権法逐条解説』においても、特許法101条の趣旨について、テレビ受像機の完成品とテレビの組立セットとの例について、「いずれはその組立セットによつて侵害行為がされるものであるから、その前の段階における行為を侵害行為とみなして禁止しよう」という直接侵害が成立することを前提とする例が挙げられているのみである<sup>37</sup>。

したがって、個人的・家庭的な実施について、直接侵害が成立しなくとも、その実施にのみ用いる物を生産し、譲渡する行為にも間接侵害の成立を認めるべきであるという問題意識は、昭和34年法の制定時には想定されていないと思われる。

特許法68条が、結局、特許権の効力を「業として」の範囲に限定したことを踏まえて、個人的・家庭的な実施について、直接侵害が成立しないとしても、間接侵害の成立を認める必要があるのかという問題点の指摘として、もっとも初期のものとしては、昭和35年に刊行された豊崎光衛『工業所有権法』がある。しかし、同書においては、結論は留保されている<sup>38</sup>。

この点について、間接侵害の成立を肯定する考え方を示した見解で初期のものとしては、昭和43年に刊行された吉藤幸朔『特許法概説（有斐閣双書）』における、次のような見解が挙げられる<sup>39</sup>。

「特許権侵害は、業を要件とするから、最終の組立のみを、個人的・家庭的に行なわしめることができる物については、何人も（組立部品のメーカーも）侵害の責を負うことがないという不都合を生ずる。したがって、このような間接侵害を有効に禁止しなければ、特許権の効力は実質上著しく減殺されることとなる。

したがって、かねて、特許権を間接侵害から強力に護るため適当な措置を講ずることが必要であるとされていたが、現行法は、この要請に応え101条を新設した。」

この見解に従った裁判例として、東京地判昭和56年2月25日〔いわゆる自動プリセット絞式一眼レフレックスカメラ事件〕<sup>40</sup>がある。

また、比較的最近の裁判例としては、大阪地判平成12年10月24日〔いわゆる製パン器事件〕<sup>41</sup>は、個人的・家庭的な実施については、政策的考慮から特許権の効力を制限しているにすぎず、

平成14年特許法改正<sup>42</sup>により改正される前の特許法101条2号（現在の特許法101条4号）における『その発明の実施にのみ使用する物』における『実施』は、一般家庭におけるものも含まれる」として、同様の見解を示している。

これらの見解では、直接侵害に相当すべき行為が個人的・家庭的な実施であるとき、間接侵害の成立を認めるべきことが、特許法101条の「立法趣旨」であるかのように示されている。

しかし、上述したとおり、そのような考え方は、昭和34年法の立法の経緯においては示されていない。

したがって、昭和34年法の立法の経緯からは、直接侵害に相当すべき行為が個人的・家庭的な実施であるとき、間接侵害の成立を認めるべきであるとする考え方は、必ずしも導かれまいというべきである。

#### ウ 特許権者と第三者との間の利益衡量

そこで、特許権者と第三者との間の利益衡量において、間接侵害の成立を認めるべきかどうかを検討する。

まず、特許発明の実施態様の大多数が個人的・家庭的な実施であれば、特許権の効力が及ぶ範囲はほとんどなくなりかねない。しかし、そのようなことは、出願時から予測されていることである。それにもかかわらず、間接侵害の成立を認めることにより、特許権者を保護する必要があるかどうかについては、疑問がある。

また、個人的・家庭的な実施の前段階の「物の生産に（のみ）用いる物」（特許法101条1号若しくは2号）又は「方法の使用に（のみ）用いる物」（特許法101条4号若しくは5号）について特許を受けることができることもある。その限りにおいて、特許権による保護を認めれば足りるともいえる<sup>43</sup>。

さらに、現実には、大多数が個人的・家庭的な実施である事例はまれであり、多少なりとも「業として」の実施があることが通常であろう。「一太郎事件」の控訴審判決<sup>44</sup>においても、「個人的ないし家庭的用途に用いる利用者（ユーザー）が少なからぬ割合を占めるとしても、……法人など業としてこれをパソコンにインストールして使用する利用者（ユーザー）が存在することは当裁判所に顕著である」と認定されている。このとき、「業として」の実施と「業として」ではない実施とを区別することが困難

であれば、間接侵害に相当すべき行為全体の差止めが認められるとすれば、特許権者の保護には欠けることは、それほどはないであろう。

これに対し、将来の全ての侵害態様を想定して、特許請求の範囲に記載することは困難であり、間接侵害の規定により救済すべきであるとする見方もある<sup>45</sup>。しかし、間接侵害の規定の文言及び立法の経緯からは、不十分な特許請求の範囲の記載を救済するための制度として特許法101条が設けられたとの趣旨は見いだし難い。

また、インターネットを利用した特許発明において、一部に個人的・家庭的な実施がその構成要素として含まれざるを得ないときは、間接侵害の成立が否定されたのでは、特許権者の保護に欠けるとの見方もあろう<sup>46</sup>。しかし、個人的・家庭的な実施をしている者は、例えば、道具にすぎないとみれば、個人的・家庭的な行為を利用する行為を直接侵害に相当すべき行為として認定することも可能であろう<sup>47</sup>。

したがって、これらの観点から、個人的・家庭的な実施に関し、間接侵害の成立を肯定する必要があるかどうかは、何とも言い難いと思われる。

エ 間接侵害の成立を認める根拠は必ずしも十分ではないこと

このように、①規定の条文、②立法の経緯、及び、③特許権者と第三者との利益衡量のいずれの観点からも、「業として」ではない実施について間接侵害の成立を積極的に認めるために十分といえるだけの根拠が見いだされるかどうか、慎重に判断する必要があると思われる。

そうだとすると、特許権の効力の及ばない事由のうち、「業として」ではない実施についてのみ、例外的に間接侵害の成立を認めることは、解釈論として、必ずしも排除まではされないとしても、積極的に肯定すべきかどうかは、明らかとまでは言い難い。「業として」ではない実施について間接侵害の成立を認めるべき現実的な必要性が仮にあるのであれば、立法的により明確にする方がより適切ではないかと思われる。

したがって、結論としては、「業として」ではない実施についても、間接侵害の成立の直接侵害の成立への従属性が肯定されるのではないかと解される。

(5) 直接侵害に相当する行為が試験又は研究のためにする実施であるとき

「試験又は研究のためにする特許発明の実施」については、特許権の効力が及ばない（特許法69条1項）。

間接侵害の規定は、特許権の効力が及ぶ範囲自体を拡大するものではないと解すれば、このような「試験又は研究のためにする特許発明の実施」についても、間接侵害は成立しないことになる。

この点については、従来の議論においても、「試験又は研究のためにする特許発明の実施」は、発明の奨励という特許法の目的（特許法1条）に適合する行為であるから、そのために必要とされる物を生産し、譲渡する行為については、間接侵害は成立しないとする見解が多数といえる<sup>48</sup>。

いずれにせよ、「試験又は研究のためにする特許発明の実施」について、間接侵害の成立を認めるべき規定上の根拠又は立法の経緯は見受けられない。

そのみならず、特許権者と第三者との利益衡量においても、間接侵害の成立を認めるべきではないであろう。

例えば、ある試験方法に必要な試薬があり、その試薬自体について特許を受けることができるのであれば、その限りにおいて、特許権による保護を認めれば足りる。ここで、特許がされていない試薬の生産、譲渡について間接侵害の成立を認めただでは、研究機関は、特許がされている試験方法は自由に実施することができるにもかかわらず、特許がされていない試薬を方法の発明の特許権者以外の第三者から譲渡を受けることができなくなる。このように、あたかも試薬自体について特許がされているかのような効力を方法の発明の特許権者に与えることは、適切ではないと思われる。

したがって、試験又は研究のためにする実施についても、間接侵害の成立の直接侵害の成立への従属性を肯定せざるを得ないものと解される。

(6) 直接侵害に相当する行為が消尽の効力の範囲であるとき

「消尽」については、特許法の規定はないが、最高裁の判例により承認されている。すなわち、特許権者が「特許製品を譲渡した場合には、当該特許製品については特許権はその目的を達成したもものとして消尽し、もはや特許権の効力は、当該特許製品の使用、譲渡等……には及ばない」とされる。ただし、「特許製品につき加工や部材の交換がされ、それにより当該特許製品と同一性を欠く

特許製品が新たに製造されたものと認められるときは、特許権者は、……特許権を行使することが許される」とされる<sup>49</sup>。

まず、間接侵害は、特許がされている発明に係る「物の生産に（のみ）用いる物」（特許法101条1号及び2号）について成立する。そうだとすると、部品と交換しても「新たに製造されたものと認められ」ないような部品は、そもそも「物の生産に（のみ）用いる物」には当たらないことになる<sup>50</sup>。したがって、間接侵害の規定の解釈としても、そのような部品の譲渡については、間接侵害は成立しないことになる。

また、間接侵害は特許権の効力が及ぶ範囲自体を拡大するものではないとすれば、「新たに製造されたものと認められ」ない範囲の修理などに用いられる物の生産、譲渡については、特許権の効力が及ばないことから、間接侵害も成立しないと解される。

そのみならず、特許権者と第三者との間の利益衡量をも踏まえても、間接侵害の成立を認めるべきではない。そうでないと、特許権者から製品を購入した者は、通常の修理をするための部材を、特許権者以外の第三者から購入することができなくなる。それでは、あたかも修理用の部材自体について特許がされたかのような効力を完成品の発明の特許権者に与えることになり、適切とは思われない。

このようなことから、直接侵害が成立しない「新たに製造されたものと認められない」行為に用いられる物について、間接侵害の成立は認められないと解される。

したがって、消尽についても、間接侵害の成立の直接侵害の成立への従属性を肯定せざるを得ないものと解される。

(7) 直接侵害に相当する行為が外国における実施であるとき

我が国の特許権は外国における実施には及ばないことは、我が国の特許法に明文の規定はないが、当然のこととされている。

ここで、例えば、外国で特許発明に係る完成品を生産する目的で、その完成品の生産にのみ用いられる物を、我が国において生産する行為に間接侵害が成立するかどうか問題となる。

この点について、従来の議論において、外国における実施にのみ用いる物などを輸出する行為については、間接侵害は成立しないとするのが通説

であり、かつ、多くの裁判例が判示するところである<sup>51</sup>。

その理由としては、①間接侵害を肯定すると、外国での実施についてまで日本国特許権の効力を実質的に及ぼすことになり、パリ条約の特許独立の原則<sup>52</sup>に反すること、②例えば、特許法101条1号の発明に係る「物の生産」にいう「生産」は我が国における「生産」のみをいうと解されること、並びに、③「実施」の定義には、「輸入」及び「輸出」が列挙されているが（特許法2条3項1号及び3号）、「侵害とみなす行為」には「輸入」しか列挙されていないこと（特許法101条1号、2号、4号及び5号）などが挙げられる。

このようなことから、特許権の効力の及ばない外国における実施について、我が国において、あえて間接侵害の成立を認めることは困難であろう。

したがって、外国における実施についても、間接侵害の成立の直接侵害の成立への従属性を肯定せざるを得ないものと解される。

(8) 特許権の効力が及ばない類型についての従属説の妥当性

このように、特許権の効力の及ばない範囲における実施について間接侵害の成立を認めることは、規定の文言からも、立法の経緯からも、難しいと思われる。

そのみならず、上述したとおり、①存続期間終了後の実施、②「業として」ではない実施、③「試験又は研究のためにする」実施、④消尽の範囲における行為、又は、⑤外国における実施のいずれについても、間接侵害の成立を認めることが適正であるかという観点からも、その必要性が認められるかという観点からも、あえて間接侵害の成立を認めるまでもないものと解される。

したがって、特許権の効力の及ばない範囲における実施一般について、間接侵害の成立の直接侵害の成立への従属性を肯定すべきものと解される。

## 2 特許発明を実施する権原のある類型

(1) 特許発明を実施する権原のある類型に属する事由

特許権の効力が及ぶが、特許発明の実施をする何らかの権原を有する場合としては、次のような事由がある。

① 直接侵害に相当すべき行為が、契約による「専用実施権」（特許法77条）又は「通常実施権」（特許法78条）に基づいているとき。

- ② 直接侵害に相当すべき行為が、法定の「通常実施権」(特許法35条1項、79条、79条の2、80条、81条、82条、176条、平成6年法律第116号改正附則3条3項、5条2項)に基づいているとき。
- ③ 直接侵害に相当すべき行為が、裁定による「通常実施権」(特許法83条、92条又は93条)に基づいているとき。

(2) 特許発明を実施する権原のある類型に属する事由における一般的な従属性

この類型においては、想定されている直接侵害に相当すべき行為に特許権の効力が及ぶものの、特許権者との契約により、又は法律の規定若しくは裁定により、実施権が直接侵害に相当すべき行為をしている者に認められることから、直接侵害が成立しない。

このとき、間接侵害に相当すべき行為について間接侵害の成立が、なお、肯定されるかどうかであるが、実施権が認められる範囲において、特許権の効力が制限されると解すれば、間接侵害の成立は原則として否定されることになる。そうでないと、直接侵害に相当すべき行為をする者は、特許権者のみから「生産に(のみ)用いる物」などの譲渡を受けざるを得なくなり、契約又は法律の規定などにより実施権が認められた趣旨に反し得るからである。その意味では、この類型のいずれの事由においても、間接侵害の成立は、原則として、直接侵害の成立に従属すると解される。

ただし、契約の定め方、法律の規定などにより、例外が認められることはあり得るであろう。

しかし、まず、現在の法定の通常実施権又は裁定による通常実施権について、例外が認められるような事情は、特に見いだされない。

例えば、特許権者が特許発明を実施していない場合における裁定による通常実施権(特許法83条)において、その裁定に定めなければならない事項として、①「通常実施権を設定すべき範囲」、並びに、②「対価の額並びにその支払の方法及び時期」が挙げられている(特許法86条2項1号及び2号)。このとき、「通常実施権を設定すべき範囲」において、実施をしていない特許権者から生産に(のみ)用いる物などの譲渡を受けることを定めるべき理由も必要性もあるとは思われない。

これに対し、契約による通常実施権においては、

契約の自由により、例外が定められる可能性はあり得る。この点については、次の「(3)」において検討する。

(3) 契約による実施権に基づく実施

従来議論において、直接侵害に相当すべき行為について実施権が設定又は許諾されたときは、実施権者に「生産に(のみ)用いる物」などを譲渡しても、間接侵害は成立しないとする見解が有力である<sup>53</sup>。その理由としては、実施権者の適法な実施に必要な行為も適法と評価すべきことが挙げられている。

しかし、契約に基づいて実施権が認められるときは、特許権者のみから「生産に(のみ)用いる物」などの譲渡を受けるように、実施権者に義務づけることは可能である。

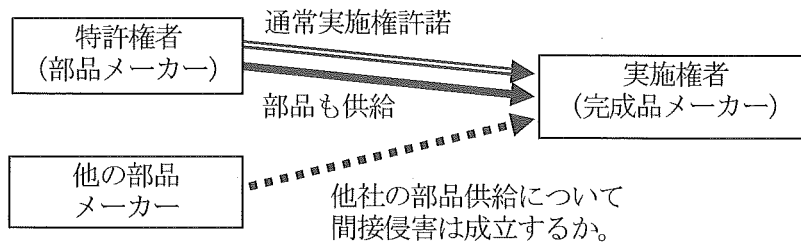
ところで、実施権を設定又は許諾する契約により特許権の効力が制限されるとしても、そのような契約がなければ、本来は、直接又は間接侵害に相当すべき行為のいずれについても特許権の効力が及ぶ。その効力が制限される範囲を、直接侵害に相当すべき行為に限定することは、本来は契約の自由に属することではないかと思われる。

ただし、このような条項は、独占禁止法の不公正な取引方法(同法19条)に該当する可能性がある。しかし、最高裁の判例により、一般に不公正な取引方法に該当する契約条項は、公序良俗に反するとされる場合はともかく、不公正な取引方法に該当することのみを理由に無効とされるわけではないとされている<sup>54</sup>。

また、平成19年9月28日公正取引委員会「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」によれば、実施権者における「技術の機能・効用の保証」などの合理的な理由があるときは、このような義務を課す条項は不公正な取引方法に該当しないとされる<sup>55</sup>。

したがって、このような特許権者のみから「生産に(のみ)用いる物」などの譲渡を受けることを実施権者に義務づける契約条項も、原則として、有効なものと認められる。

ここで、このような契約条項に違反して、第三者から「生産に(のみ)用いる物」などの譲渡を受ける行為が、契約違反にとどまるのか、それとも特許権侵害となるのかどうか問題となり得る。



この点については、このような契約違反が特許権侵害にもなると解されるときは、実施権者の行為については、契約による実施権の範囲外の行為となり、直接侵害が成立し、かつ、第三者の行為についても間接侵害が成立すると解される。これは、そもそも間接侵害の本質論の問題ではない。

これに対し、契約違反にとどまると解されるときは、直接侵害は成立しないことになる。このとき、第三者の行為について間接侵害が成立するかどうかは、いわゆる間接侵害の本質論の問題である。上述したとおり、一般に直接侵害に相当すべき行為について実施権が設定又は許諾されたときは、第三者が実施権者に「生産に（のみ）用いる物」を譲渡しても、間接侵害は成立しないと解されている。そうだとすれば、実施権者の契約違反にとどまり、特許発明の実施権自体は失われないと解されるのであれば、同様に、第三者の行為についても間接侵害は成立しないと解すべきであろう。

#### (4) 特許発明を実施する権原のある類型についての従属説の妥当性

このように、特許発明を実施する権原に基づく実施について、間接侵害の成立は認められないと解される。そうでないと、契約上又は法律上の事由により実施権者に認められた実施権が事実上没却され得るからである。

ただし、契約による実施権の設定又は許諾において、間接侵害に相当すべき行為は実施権の範囲外とする契約条項を約することは可能である。しかし、この場合においても、間接侵害が成立するかどうかは、直接侵害の成立に従属するものと解

され、間接侵害のみが成立することはないものと解される。

したがって、特許発明を実施する権原に基づく実施については、間接侵害の成立の直接侵害の成立への従属性を肯定すべきものと解される。

#### 第4 総括

間接侵害の成立は、「形式的」には、直接侵害の成立からは「独立」して、特許法101条1号、2号、4号又は5号の要件が満たされるかどうかにより判断されると解される。しかし、特許発明の技術的範囲への帰属及び特許の有効性という直接侵害の基本的な要件において、間接侵害の規定の解釈を通じて、「実質的」に直接侵害の成立に従属していると考えられる。

いわゆる「間接侵害の本質論」は、基本的な直接侵害の成立要件以外の直接侵害の成立が否定される例外的な事由がある場合において、間接侵害の成立が直接侵害の成立に従属するかどうかという、比較的まれな事例における議論といえる。これを「本質論」と呼称する程の議論といえるかについては疑問がある。

その点はおくとしても、「業として」ではない実施以外の事由については、間接侵害の成立は直接侵害の成立に従属すると考えてよいと思われる。

「業として」ではない実施についても、間接侵害の成立を肯定するだけの根拠は必ずしも十分ではなく、その成立を肯定すべき現実的な必要性が仮にあるのであれば、間接侵害が実質的に直接侵害の成否に従属することに対する例外的な取扱いであることを鑑みると、解釈論よりも、むしろ立法により明確にする方が適切であると思われる。

註

- 1 *Benkard/Scharen*, PatG, 10. Aufl., § 10 Rdn. 1.; *Kraßer*, Patentrecht, S. 806.
- 2 ドイツにおいては、直接侵害が現実になされたかどうかは、間接侵害の成立には影響を与えないとされる（例えば、BGH GRUR 2001, 228 (231) - Luftheizgerät (温風器事件)；BGH GRUR 2004, 758 (760) - Flügelradzähler (羽根車式流量計事件)；BGH GRUR 2004, 845 (848) - Drehzahlermittelung (回転数計測方法事件))。この点を捉えて、現行のドイツ特許法は独立説を採用しているとする見解（潮海久雄「間接侵害」大渕哲也ほか4名編『【専門訴訟講座⑥】特許訴訟〔上巻〕』（民事法研究会、平成24年）265頁（269頁））もある。  
しかし、その一方で、ドイツの判例及び通説は、直接侵害に相当すべき行為が実施権者によりなされるときは、その実施権者への間接侵害に相当すべき物などの提供などについて、間接侵害は成立しないとし（BGH GRUR 2007, 773 (776) - Rohrschweißverfahren (金属管溶接方法事件)；*Benkard/Scharen*, PatG, 10. Aufl., § 10 Rdn. 16.; *Kraßer*, Patentrecht, S. 810.)、従属説と同様の帰結を導いている。また、直接侵害に相当すべき行為が私人による実施であるときでも、間接侵害が成立することを、ドイツ特許法10条3項において、あえて明文の規定により定めている。この点については、そのような規定がなければ、間接侵害が成立しないこと、すなわち、従属説的な考え方が背景にあると理解することもできなくはない。  
いずれにせよ、ドイツの間接侵害の条文の構造がそもそも我が国の条文とは異なる。したがって、我が国における独立説か従属説かという議論をすること自体に意味があるかどうか検討の必要がある。これらの点については、別の機会に検討したい。
- 3 同条3号及び6号は、特許権を直接に侵害し得る「物」を譲渡等又は輸出のために所持する行為を侵害とみなす。すなわち、同条3号は、「物の発明」の構成要件を全て満たす「物」に係る。また、同条6号は、「物を生産する方法の発明」により生産された「物」に係り、その物の「使用」等はその発明の「実施」に当たる（特許法2条3項3号）。
- 4 独立説的な考え方としては、例えば、吉藤幸朔〔熊谷健一補訂〕『特許法概説〔第13版〕』（有斐閣、平成10年）460頁以下がある。
- 5 従属説的な考え方としては、例えば、羽柴隆「間接侵害について（その2）」特許管理27巻5号（昭和52年）479頁（481頁以下）、松本重敏『特許発明の技術的範囲〔新版〕』（有斐閣、平成12年）252頁、中山信弘編著『注解 特許法〔第三版〕上巻』（青林書院、平成12年）959頁〔松本重敏＝安田有三〕、高林龍『標準特許法〔第4版〕』（有斐閣、平成23年）171頁以下がある。
- 6 折衷説的な考え方としては、例えば、松尾和子「間接侵害（2）－間接侵害行為」（青林書院、昭和60年）270頁（272頁）、吉井参也『特許権侵害訴訟大要』（発明協会、平成2年）91頁以下、高野輝久「間接侵害」清永利亮＝本間崇編『実務相談 工業所有権四法』（商事法務、平成6年）273頁（286頁以下）がある。
- 7 設楽隆一「侵害差止訴訟の要件事実と抗弁事実」西田美昭ほか2名編『民事弁護と裁判実務⑧ 知的財産権』（ぎょうせい、平成10年）242頁（251頁）。
- 8 吉川泉「間接侵害」飯村敏明＝設楽隆一編『リーガル・ブ로그レッシブ・シリーズ 知的財産関係訴訟』（青林書院、平成20年）107頁（112頁）は、条文の解釈としては、このような解釈が、「素直な解釈のようにも感じられる」とする。
- 9 特許庁編『新工業所有権法逐条解説』（発明協会、昭和34年）104頁。
- 10 設楽・前掲注（7）251頁。
- 11 特許庁「工業所有権制度改正審議会答申説明書」（昭和32年2月1日）。
- 12 「荒玉文庫」514巻通し番号077以下。なお、「荒玉文庫」は特許庁図書館に所蔵され、その一部の写しを閲覧することができる。
- 13 「荒玉文庫」514巻通し番号129。
- 14 「荒玉文庫」514巻通し番号158以下。
- 15 「荒玉文庫」514巻通し番号246及び287。
- 16 「荒玉文庫」516巻通し番号002以下。
- 17 「荒玉文庫」516巻通し番号160、161、165（ただし、逆級じされている。）。
- 18 「荒玉文庫」516巻通し番号145。
- 19 「荒玉文庫」517巻通し番号002以下。
- 20 「荒玉文庫」517巻通し番号072。
- 21 原則論ながら、同様の理解を示すものとして、中山編著・前掲注（5）956頁〔松本重敏＝安田有三〕は、「間接侵害とは、決して特許権の効力を、本条によって拡張する、という趣旨のものではなく、100条の直接侵害排除の実効をあげるために存する」とする。  
なお、最近の裁判例として、大阪地判（26部）平成24年9月27日（平成23年（ワ）第7576号〔チアゾリジン誘導体事件〕）は、一般論として、同様の趣旨を明確に示している。
- 22 知財高判（4部）平成21年8月25日（平成20年（ネ）第10068号）判例時報2059号125頁（134頁）＝判例タイムズ1319号246頁（256頁）〔切削方法事件〕。
- 23 知財高判（4部）平成23年12月8日（平成23年（ネ）第10049号）判例時報2145号61頁（73頁以下）〔データ装置事件〕。
- 24 例えば、最近のものとしては、東京地判（46部）平成24年3月29日（平成22年（ワ）第30777号）〔病原性プリオン蛋白質の検出方法事件〕がある。同事件において、原告（特許権者）は、被告が輸入、販売するBSE用キットについて、特許法101条4号の間接侵害が成立すると主張した。しかし、裁判所は、原告特許の有効性のみを判断し、原告特許は無効にすべきものと認められるとして、特許法104条の3により、権利の行使を制限し、原告の請求を棄却した。
- 25 裁判所ウェブサイトの「知的財産権裁判例集」の検索条件において、裁判年月日の期間指定を「平成20年1月1日」から「24年12月31日」まで、権利種別を「特許権」、訴訟類

- 型を「民事訴訟」、キーワードを「間接侵害」又は「101条」として、68件の裁判例を得た。これらの裁判例のうち、職務発明訴訟に係るもの1件と、侵害訴訟ながら間接侵害が争点とされていないもの4件の計5件を除いた63件を精査した。
- 26 東京地判(29部)平成23年12月26日(平成21年(ワ)第44391号等)〔ごみ貯蔵機器事件〕。
- 27 この点について、従来、議論が余りみられないが、従属説的な立場から、間接侵害の成立を否定するものとして、羽柴・前掲注(5)484頁がある。
- 28 特許庁編『工業所有権法(産業財産権法)逐条解説〔第19版〕』(発明推進協会、平成24年)232頁。
- 29 羽柴・前掲注(5)491頁以下、高林・前掲注(5)174頁。
- 30 例えば、三宅正雄「ある疑問—特許法第101条の場合—」入山実編『原増司判事退官記念 工業所有権の基本的課題(上)』(有斐閣、昭和46年)495頁(505頁)、松尾・前掲注(6)273頁、高野・前掲注(6)287頁以下、松本・前掲注(5)253頁。
- 31 大正10年法律第96号。
- 32 ただし、大正10年実用新案法(大正10年法律第97号)6条2項には、「業として」との限定がある。
- 33 特許庁・前掲注(11)104頁。
- 34 「荒玉文庫」519巻通し番号029。
- 35 特許庁・前掲注(11)108及び109頁。
- 36 「荒玉文庫」527巻通し番号036から038まで。
- 37 特許庁・前掲注(9)181頁。
- 38 豊崎光衛『工業所有権法(法律学全集54)』(有斐閣、昭和35年)141及び142頁。
- 39 吉藤幸朔『特許法概説(有斐閣双書)』(有斐閣、昭和43年)220頁。
- 40 東京地判(29部)昭和56年2月25日(昭和50年(ワ)第9647号)無体裁集13巻1号139頁(218頁以下)＝判例時報1007号72頁(86頁)〔撮影レンズの透過光を測定する方式の露光計を組み込んだ自動プリセット絞式一眼レフレックスカメラ事件〕。
- 41 大阪地判(21部)平成12年10月24日(平成8年(ワ)第12109号)判例タイムズ1081号241頁(252頁)〔製パン器及び製パン方法事件〕。
- 42 特許法等の一部を改正する法律(平成14年法律第24号)。
- 43 高林・前掲注(5)175頁注6。
- 44 知財高判(特別部)平成17年9月30日(平成17年(ネ)第10040号)判例時報1904号47頁(60頁)＝判例タイムズ1188号191頁(205頁)〔情報処理装置及び情報処理方法事件(いわゆる一太郎事件)控訴審大合議判決〕。
- 45 窪田英一郎「間接侵害について」牧野利秋ほか4名編『知的財産法の理論と実務 第1巻〔特許法〔I〕〕』(新日本法規、平成19年)198頁(207～208頁)。
- 46 潮海・前掲注(2)270頁。
- 47 中山信弘『特許法〔第2版〕』(弘文堂、平成24年)411頁注1は、そのような見方を示している。
- 48 例えば、羽柴・前掲注(5)487頁以下、松尾・前掲注(7)274頁以下、高野・前掲注(7)288頁以下。
- ただし、従属説的な考え方に立ちながら、試験又は研究のための実施をする者に供給をする間接的な実施者に利益の收受を認めることは、特許権者が何らの利益の收受も受けられなくなることと対比して、均衡を失うとして、松本・前掲注(5)253頁及び中山信弘編著・前掲注(5)959頁〔松本重敏＝安田有三〕は、間接侵害の成立を認める。
- また、試験又は研究用のソフトウェアを用いる方法の発明については、ソフトウェアの製造・販売について間接侵害の成立を認めなければ、特許権者の保護に欠けるとする見解(窪田・前掲注(45)208頁)もある。しかし、この見解が指摘する問題点は、平成14年特許法改正により、「プログラム等」も「物」に含まれることが明らかにされたことにより(特許法2条3項1号)、解決されたといへべきであろう。
- 49 最判平成19年11月8日(平成18年(受)第826号)民集61巻8号2989頁(2999頁以下)＝判例時報1990号3頁(7頁以下)＝判例タイムズ1258号62頁(67頁以下)〔液体収納容器、該容器の製造方法、該容器のパッケージ、該容器と記録ヘッドとを一体化したインクジェットヘッドカートリッジ及び液体吐出記録装置事件〕。
- 50 前掲注(26)・東京地判(29部)平成23年12月26日〔ごみ貯蔵機器事件〕。この事案において、裁判所は、特許製品である「ごみ貯蔵機器」とその部品との価格差をも考慮し、部品の交換により「新たな特許実施品が……生産されたものとは認められない」として、部品は「その物の生産に用いる物」には当たらないとした。
- 51 最近では、東京地判平成19年2月27日(平成15年(ワ)第16924号)判例タイムズ1253号241頁(272頁)〔多関節搬送装置、その制御方法及び半導体製造装置事件〕。
- 52 パリ条約4条の2(1)は、「同盟国の国民が各同盟国に出願した特許は、他の国(同盟国であるかどうかを問わない。)において同一の発明について取得した特許から独立したものとする。」とする。
- 53 例えば、羽柴・前掲注(5)485頁以下、松尾・前掲注(6)276頁以下、高野・前掲注(6)288頁。
- 54 最判昭和52年6月20日(昭和48年(オ)第1113号)民集31巻4号449頁(459頁)＝判例時報856号3頁(7頁)＝判例タイムズ349号192頁(197頁)〔岐阜商工信用組合両建預金事件〕。
- 55 平成19年9月28日公正取引委員会「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」の「第4、4(1)原材料・部品に係る制限」は、「ライセンサーがライセンシーに対し、原材料・部品その他ライセンス技術を用いて製品を供給する際に必要なもの(役務や他の技術を含む。以下「原材料・部品」という。)の品質又は購入先を制限する行為は、当該技術の機能・効用の保証、安全性の確保、秘密漏洩の防止の観点から必要であるなど一定の合理性が認められる場合がある。」とする。
- 同指針は、「しかし、ライセンス技術を用いた製品の供給は、ライセンシー自身の事業活動であるので、原材料・部品に係る制限はライセンシーの競争手段(原材料・部品の品質・購入先の選択の自由)を制約し、また、代替的な原材料・部品を供給する事業者の取引の機会を排除する効果を持つ。したがって、上記の観点から必要な限度を超えてこのような制限を課す行為は、公正競争阻害性を有する

場合には、不正な取引方法に該当する（一般指定第10項、第11項、第12項）。」とする。すなわち、特許発明に係る技

術の使用自体を制限するものではないときは、不正な取引方法に該当することがあるとする。

