

31 複数主体による特許権侵害

愛知 靖之

特許発明の実施行為に複数主体が関与する場合に、一部実施を行った者につき特許権侵害が成立するか。

キーワード

複数主体、特許発明の実施、共同直接侵害、道具理論、支配管理

I はじめに

デジタル技術・ネットワーク技術が急速に進歩する中、サーバやユーザー端末などがネットワーク上で結び付いたシステム全体について、物の発明あるいは方法の発明として特許権が成立することも多くなっている。このようなネットワーク関連発明においては、その実施行為に、サービス提供者、サーバ管理者、エンドユーザーなど複数の主体が関与し、各主体は当該発明の一部のみを実施しているが、全体として見れば発明の構成要件すべてが実施されているというケースが生じ得る。

他方、特許権侵害は、クレームを基礎として画定された特許発明の技術的範囲に属する技術を業として実施して初めて成立する（「直接侵害」）。クレームの構成要件すべてを充足する技術を無断で業として実施した者に対してのみ、侵害責任を課すことが認められるのである。また、直接侵害を教唆・補助するという形で他者が直接侵害に関与した場合には、民法719条の共同不法行為として、損害賠償請求の対象となるのが原則である。この直接侵害に関する2つの原則のうち、後者については直接侵害に対する一定の補助行為・予備行為を侵害とみなす例外規定が設けられている（特101条。間接侵害）。他方、現行特許法は、前者の原則に対する例外規定を未だ備えていない。

しかしながら、上記のネットワーク関連発明のように、全体として見ればクレームの構成要件すべてを充足する技術が無断実施されているにもかかわらず

ず、実施を複数主体が分担しているという一事をもって常に侵害を否定することは、特許権侵害の迂回を容易とし、特許権保護を脆弱なものとしかねない。そこで、明文の規定がない中、特許発明の一部実施を行ったにすぎず、本来であれば侵害責任を負わない者に対し、実施行為の全部を行った者と同様の責任（「一部実施による全部責任」。すなわち、差止めを受ける責任*1、特許法102条の推定規定の適用を受ける損害賠償支払の（連帯）責任*2、刑事罰の対象となる責任）を成立させることが要請されている（侵害責任範囲の拡大）。この「一部実施による全部責任」をいかにして根拠づけるのか、これが、本稿で検討する課題である。

なお、サーバやユーザー端末などがネットワーク上で結び付いたネットワーク関連発明については、当該サーバやユーザー端末が外国に置かれているというケースもあり得る。このように当該発明の実施行為が国境をまたいで行われた場合に、わが国の特許権侵害の成立を認めることができるかという重要な問題が生じる。また、このような事例は渉外的要素を伴うため、国際裁判管轄や準拠法選択の問題も絡んでくる。ただし、本稿に課せられたテーマは、「特許発明の実施行為に複数主体が関与する場合に、一部実施を行った者につき特許権侵害が成立するか」という問題であるところ、国境をまたぐ侵害の問題は単独の実施行為者による実施においても生じるものでもあるため、紙幅の都合か

*1 ネットワーク関連発明においては、これを構成するクライアント側コンピュータのように、汎用性・多機能性を備える機器が差止めの対象となる可能性が大きく、適法用途を含めた製品全体に対する過剰差止め（廃棄請求など）が問題となる場面が多くなると考えられる。権利濫用等による差止制限が要請されるところであるが、この差止制限の問題自体は通常の直接侵害や多機能品型間接侵害と基本的には同様に考えてよいと思われるので、本稿では詳述しない。多機能品型間接侵害を含め差止制限に係る筆者の見解については、愛知靖之『特許権行使の制限法理』（商事法務、平27）243～320頁を参照。

*2 仮に、特許発明の一部を分担実施する複数主体のいずれについても特許権侵害の成立を否定しつつ、共同不法行為の成立のみを肯定することができるのであれば、その場合には、共同不法行為として民法719条の損害賠償請求は可能である（損害賠償債務は連帯債務）ものの、特許法102条の適用はできない。各人の行為自体は権利侵害を構成しないためである。

他方、複数の主体がともに特許権侵害行為を行った主体と評価された結果、損害賠償責任が課されるという場合（Ⅱで詳述する）には、特許法102条の適用が認められる。また、その損害賠償債務は、民法719条1項により同様に連帯債務になると解される。

また、損害賠償責任の連帯について、民法学では、伝統的には共同不法行為が成立すれば、全員が損害賠償全額について連帯して全部責任を負担すると考えられてきたところ、近時は、行為者各人の責任内容に応じた減責を認め、一部責任の連帯のみに留めるべき場合もあり得るとの立場も有力になっているようである（さしあたり、潮見佳男『不法行為法Ⅱ〔第2版〕』（信山社、平23）135～144頁）。

ら, 本稿ではこの問題を扱わないこととする*3。

II 人的支配関係

(1) 実施行為を分担していない背後者の侵害主体性

(a) 共有者・先使用権者・通常実施権者等と実施主体

本論に入る前提として, 確認しておかなければならない一群の裁判例がある。以下の裁判例は, 本稿の直接の対象である特許発明の一部実施のケースではなく, 形式的には特許発明のすべての構成要件を単独で実施する者Bがいる場合について, その背後者Aが実質的な実施主体と評価されたケースである。AとBとの間に発注元と完全下請のような関係が認められるケースがその典型例である。

例えば, 背後者について共有者の実施主体性が問題となったものとして, 大判昭13・12・22民集17巻2700頁〔模様メリヤス事件〕, 仙台高秋田支判昭48・12・19判時753号28頁〔蹄鉄事件〕, 東京地判平29・4・27(平27(ワ)556号・20109号)〔切断装置事件〕, 背後者について先使用権者の実施主体性が問題となったものとして, 最判昭44・10・17民集23巻10号1777頁〔地球儀型トランジスタラジオ事件〕, 背後者について通常実施権者の実施主体性が問題となったものとして, 最判平9・10・28裁時1206号4頁〔鋳造金型事件〕などがある。共有や先使用権等の制度趣旨を前提としつつも, 総じて, 形式的には自ら直接には実施行為をしていなくとも, 自己のため(自己の名義で)かつ自己の計算で, 特許発明の全部実施を行っているとして評価できれば, 実施主体に当たると判断される傾向にある。特許発明の一部実施はおろか物理的にはまったく実施行為に携わっていな

*3 この問題については, 高部真規子『実務詳説 特許関係訴訟〔第3版〕』(金融財政事情研究会, 平28) 316頁, 平成27年度特許委員会第3部会「クラウド時代に向けた域外適用・複数主体問題」パテ70巻1号(平29) 39頁, 鈴木わか「国境を越えた特許権侵害」高部真規子編『特許訴訟の実務〔第2版〕』(商事法務, 平29) 240頁, 滝澤ゆかり=黒川美陶「ネットワークを介した海外からの特許侵害行為への対処」知管67巻5号(平29) 631頁, 茶園成樹「ネットワーク関連発明における国境を跨いで構成される侵害行為に対する特許保護」IPジャーナル2号(平29) 4頁, 山内貴博「『国境を跨ぐ侵害行為』に対するあるべき規律-実務家の視点から-」同11頁, 早川吉尚「国境を跨ぐ特許侵害と国際知的財産法の解釈論的基盤」同15頁, 平嶋竜太「『国境を跨ぐ侵害行為』と特許法による保護の課題」同24頁, 飯塚卓也「国境を越えた侵害関与者の責任」ジュリ1509号(平29) 28頁などを参照。

いにもかわらず、このような基準で実施主体性が肯定されているのである。

ただし、これらの事案は、本稿で対象としている「侵害主体」を肯定し、本来であれば侵害責任を負わない者に対し、実施行為の全部を行った者と同様の責任（「一部実施による全部責任」）を課したという事案ではない。共有に係る特許法73条2項にいう「実施」の主体は誰か、先使用権に係る79条の「実施である事業をしている者又はその事業の準備をしている者」とは誰か、通常実施権に係る78条2項にいう「実施」の主体とは誰かを、これらの制度趣旨に即して判断したものにすぎないと考えられる。例えば、前掲切断装置事件では、特許法73条2項は、「特許発明のような無体財産は占有を伴うものではないから、共有者の一人による実施が他の共有者の実施を妨げることにならず、共有者が実施し得る範囲を持分に応じて量的に調整する必要がないことに基づくものである。もっとも、このような無体財産としての特許発明の性質は、その実施について、各共有者が互いに経済的競争関係にあることをも意味する。すなわち、共有に係る特許権の各共有者の持分の財産的価値は、他の共有者の有する経済力や技術力の影響を受けるものであるから、共有者間の利害関係の調整が必要となる」。そこで、同条1項と3項が規定されている。「このような特許法の規定の趣旨に鑑みると、共有に係る特許権の共有者が自ら特許発明の実施をしているか否かは、実施行為を形式的、物理的に担っている者が誰かではなく、当該実施行為の法的な帰属主体が誰であるかを規範的に判断すべきものといえる。そして、実施行為の法的な帰属主体であるというためには、通常、当該実施行為を自己の名義及び計算により行っていることが必要であるというべきである。」と論じており、73条の趣旨に基づいた判断を行っているにすぎない。その判旨の射程が直ちに侵害主体に関するケースに及ぶわけではない。

(b) 背後者と侵害主体

とはいえ、背後者Aと直接的・物理的に実施行為を行っている者Bとの間に、それぞれ発注元と完全下請の関係や親会社と子会社の関係が認められる場合、あるいは法人とその従業員の場合のように、Aが自己のため（自己の名義で）かつ自己の計算で業としての実施行為を形式的にBに行わせているにすぎないというケースでは、結果的には、本稿が対象としている侵害責任範囲の拡大が問題となる場面でも同様に、Aの侵害主体性を肯定して差し支えないと考

えられる*4。このようなケースにおいては、実施行為を行うという意味決定を行い、侵害行為の実現過程全体を支配することで、侵害惹起に対する主導的役割を果たしたのは背後者Aであり、侵害結果の実現に対する責任を第1次的に帰せられるべき主体はAであると評価できるためである。

このようにAとBの間に人的支配関係が認められる場合には、たとえ実施行為に物理的には加担していないとしても、業としての実施行為全部を行った者と同様の責任を成立させることを正当化することができる。著作権法分野の侵害主体論におけるいわゆる「手足論」に相当するもの*5、また、刑法の間接正犯・共謀共同正犯に類する考え方と評価することもできよう。

(2) 「道具理論」——一部分担者が単独で侵害行為を行ったと評価するための理論

以上のように、実施行為に向けた意思決定を行い、侵害実現過程を支配することで、侵害惹起に対する主導的役割を果たした者Aが侵害主体となるという点は、Bが特許発明を全部実施しているケースでも、AとBが分担してそれぞれ一部実施を行っているケースでも同様と考えられる。

大阪地判昭36・5・4下民集12巻5号937頁〔スチロピーズ事件〕は、傍論ながら、他人の特許方法の一部分の実施行為が他の者の実施行為とあいまって全体として他人の特許方法を実施する場合に該当するとき、例えば、一部の工程を他に請け負わせ、これに自ら他の工程を加えて全工程を実施する場合には、注文者が自ら全工程を実施するのと異ならないのであるから、特許権の侵害行為を構成するといえるであろうと判示している。

また、東京地判平13・9・20判時1764号112頁〔電着画像形成方法事件〕は、方法発明の工程のうち、最終工程（構成要件⑥に該当する工程）のみを被告以外の者（文字盤製造業者）が行い、それ以外の工程についてはすべて被告が実施していたという事案について、以下のような判示を行っている。すなわち、「被告製

*4 水谷直樹「複数者が特許侵害に事実上関与している場合の侵害主体の認定」牧野利秋先生傘寿記念『知的財産権—法理と提言』（青林書院、平25）110頁、八木貴美子「複数の主体が関与する特許権侵害について」野村豊弘先生古稀記念『知的財産・コンピュータと法』（商事法務、平28）431頁、高部・前掲*3・128～129頁など。

*5 「手足論」の詳細については、上野達弘「いわゆる手足論の再検討」飯村敬明先生退官記念『現代知的財産法—実務と課題』（発明推進協会、平27）1113頁以下参照。

品の製造過程においては、構成要件⑥に該当する工程が存在せず、被告製品の時計文字盤等への貼付という構成要件⑥に該当する工程については、被告が自らこれを実施していないが、被告は、この工程を、被告製品の購入者である文字盤製造業者を道具として実施しているものということができる。したがって、被告製品の時計文字盤等への貼付を含めた、本件各特許発明の全構成要件に該当する全工程が被告自身により実施されている場合と同視して、本件特許権の侵害と評価すべきものである」。

電着画像形成方法事件は、発明の構成のうち主要部分の実施を行っているAと、残りの部分を実施しているBがいる場合に、AがBを道具・手足として用いて実施行為の一部を分担させることで、実質的にA自らが特許発明の構成すべてを実施していると評価し、Aについて直接侵害の成立を認めたものである(いわゆる「道具理論」)。本判決は、「被告製品には、他の用途は考えられず、これを購入した文字盤製造業者において上記の方法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」という点をもって「道具」との評価を根拠づけているようである。しかしながら、「道具」という位置づけを素直に捉えれば、AがBを「道具」として利用したとの関係が成立するのは、まさに(1)で述べたように、両者に人的支配関係が認められる場合に限られるというべきであろう。すなわち、Aが実施行為を行うという意思決定を行い、Bによる一部実施を含めた侵害行為の実現過程全体を支配することで、侵害惹起に対する主導的役割を果たしたといえる場合には、侵害結果の実現に対する責任を第1次的に帰せられるべき主体もAであると評価することができる。このようにAとBの間に人的支配関係が認められる場合には、特許発明の一部実施を行ったにすぎず、本来であれば侵害責任を負わないAに対し、実施行為の全部を行った者と同様の侵害責任(「一部実施による全部責任」)を負わせることが正当化できる(Bには侵害責任を課すことはできない)。ただし、このような関係が成立する事案は必ずしも多くはないかもしれない。

III 物的支配関係

特許発明の構成要件の一部を実施したにすぎない者を単独で構成要件全部を

実施したものと評価するに当たって、「支配管理」に言及した裁判例は他にも存在する。東京地判平19・12・14（平16(ワ)25576号）〔眼鏡レンズの供給システム事件〕がそれである。本判決によれば、「構成要件の充足の点は、2つ以上の主体の関与を前提に、行為者として予定されている者が特許請求の範囲に記載された各行為を行ったか、各システムの一部を保有又は所有しているかを判断すれば足り、実際に行為を行った者の一部が『製造側』の履行補助者ではないことは、構成要件の充足の問題においては、問題とならない。」「これに対し、特許権侵害を理由に、だれに対して差止め及び損害賠償を求めることができるか、すなわち発明の実施行為（特許法2条3項）を行っている者はだれかは、構成要件の充足の問題とは異なり、当該システムを支配管理している者はだれかを判断して決定されるべきである。」「以上を前提に検討すると、被告が被告システムを支配管理していることは明らかであり、原告は、被告に対し、本件特許……に基づき、他の要件も満たす限り、被告システムの差止め及び損害賠償を求めることができる」。

この判決では、侵害の有無（構成要件の充足）の問題と侵害責任主体の確定の問題が区別されている。そして、前者の問題については、複数人による実施が、全体としてクレームの全部を充足しているかどうかのみを問い、後者の問題については、システム全体を支配管理している者は誰かを問うというのである。複数主体による特許権侵害について、誰が侵害責任を負担するかという本稿が対象とする課題において、複数主体の行為によって全体として見ればクレームの構成要件すべてを充足する技術が無断実施されていることは当然の前提となっており、前者の問題は、前述の道具理論を含めすべてのケースにおいて当然に等しく妥当する要件にすぎない。

本判決の特徴は、後者の問題、すなわち、侵害責任主体の確定に際して、「システムを支配管理している者はだれかを判断して決定されるべき」と述べた点にある。しかしながら、「一部実施による全部責任」を根拠づけるには、何をどの程度「支配管理」していることが必要となるのかが、必ずしも明らかではない。

もっとも、本判決は、複数行為主体である製造側A（被告）と発注側Bについて、BがAの履行補助者ではないと判示しているにもかかわらず、Aが「シ

システムを支配管理」していることを根拠に侵害主体性を肯定していることなどから、ここでの「支配管理」は上記Ⅱで述べた人的支配関係がない、あるいはそれが希薄な場合にも、特許発明に係る「システム」に対する物的支配関係を根拠に、侵害主体性を肯定していることが窺える*6。この点で、上記Ⅱとは一線を画することになる*7。

それでは、人的支配関係が認められない、あるいは、それが希薄であるにもかかわらず、物的支配関係があることを理由に「一部実施による全部責任」を肯定するには、どの程度の「支配管理」が必要となるのであろうか。上述のように、本判決には、その基準に関する詳細な説示はなく、この点は必ずしも明らかとはされていない。学説の中には、ネットワーク関連発明の対象であるシステムにおいて、Aの保有する機器・機能が当該システム全体の形成・稼働に主導的な役割を果たしているのに対し、Bの保有する機器・機能が技術的にこれに従属しているとの事実のほか、AがBに対しシステムの稼働に要するソフトウェア等を提供している等の事実が存在すれば、Aが特許発明に係るシステムを物的に「支配管理」しているとして、Aに侵害主体性を認め得るのではないかと指摘するものもある*8。例えば、特許発明に係るシステムがサーバ側コンピュータとクライアント側コンピュータから構成される場合に、当該システムの情報処理を行う上で大半の機能がサーバ側に依存しているところ、当該サーバ側コンピュータを保有・運用するAが、クライアント側コンピュータの保有者・運用者であるBに対し、システムの稼働に必要なソフトウェアを提供しているという場合がその例に当たるとされている。なお、このようにサーバ側コンピュータとクライアント側コンピュータの接続を前提とするシステムにおいては、もともと複数者の関与を前提としたクレームで構成されていることも多いという特徴がある*9、*10。

*6 八木・前掲*4・437～438頁。

*7 吉田克己「著作権の『間接侵害』と差止請求」知的財産法政策学研究14号（平19）171頁以下がいうところの「システム支配型」に相当し、同論文のいう「行為支配型」が、本稿がⅡで述べた人的支配関係に相当する。

*8 水谷・前掲*4・111～112頁。

*9 水谷直樹「複数者による侵害と差止請求」大淵哲也ほか編『専門訴訟講座⑥特許訴訟【下巻】』（民事法研究会、平24）815～816頁。

しかしながら, この例において, Bが特許発明の一部実施を行うに当たっては, B自身が自ら当該システムを利用するという主体的な意思決定を行っており, AがBによる一部実施を含めた侵害行為の実現過程全体を支配することで, 侵害惹起に対する主導的役割を果たしているとはいえない。AとBの間に人的支配関係が認められない以上, 侵害行為が惹起されるか否かは, Aのみならず, B自身による当該システムの利用に対する主体的関与にも大きく依存するのである。それゆえ, たとえ特許発明自体がもともと複数行為者の関与を前提とするようなものであったとしても, あるいは, 著作権法分野におけるカラオケ法理のように, たとえAがシステムから「利益」を受けていることを加味したとしても, Aに侵害主体性を肯定し, 「一部実施による全部責任」を課すことは, (次のIVの事例に該当しない限り) 原則として許されるべきではないと考える。

IV 共同直接侵害

(1) 客観的関連共同性と主観的関連共同性

他方で, 上記のように, AとBとの間に人的支配関係が成立せず, AとB双方それぞれの主体的関与のもとで侵害行為が惹起されたという場合であったとしても, AとBによる分担実施の間に「共同性」が肯定され, AとBが「共同して」1つの直接侵害を行ったと評価できる場合には, 当該複数主体全員に「一部実施による全部責任」を課すことが可能と考えられる。刑法の実行共同正犯に相当する類型である。

分担実施の間の「共同性」を肯定するためには, まずは, AとBそれぞれが行った行為が相互に関連し, それらが一体となって客観的に1つの実施行為が行われたと評価できること(客観的関連共同性)は必要不可欠である。すなわち, AとBそれぞれの行為が特許発明の実施行為の一部を構成し, それらが相互に関連し一体となって, 最終的に構成要件のすべてを充足することが必要となる。

*10 酒迎明洋〔眼鏡レンズの供給システム事件判批〕知的財産法政策学研究29号(平22)272頁は, 眼鏡レンズの供給システム事件の射程はこのような事案に限定されるとする。

民法719条1項の共同不法行為の成立に関しては、この客観的関連共同性さえ認められれば足りるという立場が通説となっている*11。したがって、AとBについて特許権侵害の成立は否定しながらも、別途共同不法行為の成立のみを肯定するということが仮にできるとすれば、その場合には、客観的関連共同性さえ認められれば共同不法行為として民法719条の損害賠償請求（特許法102条の適用は受けられない）は可能である。もっとも、客観的関連共同性は認められるものの、Bは単に（特許発明に係るシステムに包含されはするが）公知の技術を使用していただけであり、他の主体がどのような行為を行っているかを認識せず、特許発明に係るシステム全体を共同で実施するという意思もなかったという場合には、故意・過失が否定されることもあり得る*12。

このように民法上の共同不法行為においては、客観的関連共同性のみを要件としても、故意・過失要件による調整があり得るのに対し、特許権侵害（共同直接侵害）が肯定される場合、故意・過失が要求されない差止めの対象ともなるし、損害賠償請求においても過失が推定される。このように、単なる不法行為責任ではなく、実施行為の全部を行った者と同様の特許権侵害責任（「一部実施による全部責任」）を課すことを正当化するには、やはり、客観的関連共同性では不十分であり、主観的関連共同性まで必要と考えるべきであろう*13。このような重大な責任を正当化するのに必要となる主観的関連共同性としては、複数主体がそれぞれ、（特許発明の対象となった）*14システム全体の実施に向けて、自らの意思で他人の行為を利用し、他方で自己の行為が他人に利用されていることを相互に認容（片面的な認容では足りない）していることが少なくとも必要と考えるべきである。学説の中には、侵害判断に主観的要件を持ち込むことの不安定性を危惧するものもある*15。しかし、要件の内実が異なるとはいえ、す

*11 潮見・前掲*2・155頁。

*12 梶野篤志「複数主体が特許発明を実施する場合の規律—いわゆる共同直接侵害について—」知的財産法政策学研究2号（平16）66頁。特許権侵害の場面ではないため、当然ながら、特許法103条の過失推定は適用されない。

*13 主観的関連共同性を必須の要件とする趣旨とまではいえないのであるが、スチロビーズ事件も、傍論ながら、「数人が工程の分担を定め結局共同して全工程を実施する場合には、……数人が工程の全部を共同して実施するのと異なるのであるから、……特許権の侵害行為を構成するといえるであろう。」と述べている。

*14 ただし、後述するように、主観的関連共同性要件としては、特許権の存在及び特許発明の内容の認識までは不要である。

で多機能品型間接侵害(特101条2号・5号)においても侵害要件として主観的要件が規定されているところである。

客観的関連共同性・主観的関連共同性を充足する場合(主観的関連共同性を充足すれば当然に客観的関連共同性も充足するのが一般的である)には、複数主体A・Bいずれもが、システム全体の実施に向けて、自らの意思で他人の行為を利用し、他方で自己の行為が他人に利用されていることを相互に認容しながら、特許発明の実施行為の一部を分担し、それらが相互に関連し一体となって、最終的に構成要件すべての充足に至ったことになる。この場合、AとBは、自らの主体的関与による実施行為の分担を通じて、共同して侵害惹起に対する主導的役割を果たしたとすることができる。そのため、侵害結果の実現に対する責任をとともに帰せられるべき主体と評価できるのである。また、このような意味での客観的関連共同性・主観的関連共同性が認められる限り、Aがシステムについて物的支配関係を有し、Bは、例えば最終工程を行ったにすぎないという場合にも、AのみならずBも同じく侵害責任を負うと考えられる*16。「一部実施による全部責任」が正当化される根拠が主観的関連共同に基づく主体的関与を行ったことそれ自体にあるためであり、客観的に特許発明全体のうちでどの程度の部分を実施したのか(分担実施が特許発明の大部分であったか否か)といった事情は関係しないからである。

なお、主観的関連共同性として、多機能品型間接侵害(特101条2号・5号)の主観的要件と同様に、特許権の存在及び特許発明の内容の認識をも要求するという立場もあり得る*17。これらの認識を、故意・過失ではなく、主観的関連共同性要件に取り込むことの実質的意義の1つは、(故意・過失が不要な)差止めにおいても要件充足を要求できる点にあるのであろう。しかし、多機能品型間接侵害の主観的要件でも説かれているように、実際には遅くとも口頭弁論終結

*15 潮海久雄「複数主体による侵害形態に関する特許法上の規整の意義と機能—間接侵害規定を中心として—」知財研フォーラム55号(平15)4頁、平嶋竜太「複数主体が介在する特許権侵害法理を巡る新たな方向性について—覚書の検討」牧野利秋先生傘寿記念『知的財産権—法理と提言』(青林書院、平25)152~153頁。

*16 もっとも、具体的な差止請求や損害賠償請求の場面で、責任負担の調整を行う余地は残るであろう。差止めに関しては前掲*1、損害賠償請求については前掲*2も参照。

*17 潮海久雄「分担された実施行為に対する特許間接侵害規定の適用と問題点」特研41号9頁は、「特許権侵害をしているという認識まで要求すべきであろう。」とする。

時には、侵害者の認識は肯定されるのであって、実質的には差止めについては要件として機能しない。主観的関連共同性としては特許権の存在等の認識を求める必要はなく、故意・過失の問題としておけば足りると思われる。単独での特許権侵害と同様に過失推定規定（特103条）が適用されることになるが、この点でも共同直接侵害を別異に取り扱う必要はない。

(2) 「業として」

また、共同直接侵害において、一部の者が「業として」要件を欠く場合の処理が問題となる。個人ユーザーがクライアント側コンピュータの保有者・運用者であるケースが、その典型例である。

ただし、個人ユーザーが分担実施を行うケースは、通常は、サービス提供者など他の分担実施主体との間に主観的関連共同性自体が認められないとして、共同直接侵害が否定されるケースが多いであろう*18。

仮にAとBとの間で客観的関連共同性・主観的関連共同性を満たしつつも、Aは業として分担実施し、Bの分担実施は業として行われたわけではないというケースがあったとして、その場合には、Aのみが侵害主体になると解される。というのも、Aが、自らの主体的関与による実施行為の分担を通じて、システム全体の実施に対する主導的役割をBと共同で果たしたという点に変わりはなく、侵害結果の実現に対する責任を帰せられるべき主体であるとの評価は依然として可能である。そして、Aの実施が「業として」要件を満たす以上、当該システム全体がすべて私的領域内で完結的に行われたことにはならず、私的領域内での行為自由の積極的保障という「業として」要件を満たさない場合に特許権の効力が否定される趣旨はもはや貫徹できない。実際に私的領域内での行為を行っているBについてのみ侵害を否定するのみで十分である。当該発明自体が事業として実施されている以上、特許権者に対する需要が喪失し、経済的不利益を受けるという観点からも、侵害を否定すべきではない*19。これらのことから、「業として」要件を充足するAを免責すべき理由はないと考えられるのである*20。これに対し、複数主体全員が「業として」要件を充足しない場合には、全体として非侵害とすべきことは当然である。

*18 水谷・前掲*4・123頁。

*19 梶野・前掲*12・70～71頁。

V クレーム解釈による対応

以上と異なり, ネットワーク関連発明に係るクレーム文言を手がかりに, クレーム解釈を通じて, 当該発明に関与する複数主体のうち, 特定主体の実施行為のみをもって特許発明全体が実施されるものと評価した事案もある。

知財高判平22・3・24判タ1358号184頁〔インターネットサーバーのアクセス管理及びモニタシステム事件〕は, サービス提供者のサーバ側コンピュータにおける処理とクライアント側コンピュータにおける処理を含むネットワーク関連発明について, クレームの記載に基づいて, 本件発明は, 「アクセス」の発明ではなく, サービス提供者が行う「アクセスを提供する方法の発明」であるとした。その上で, クライアント側コンピュータにおける処理も, あくまでサービス提供者が「アクセスを提供する」ための一段階を構成するもの(「提供される『アクセス』が備える段階を特定するもの」)にすぎず, その主体はサービス提供者のみであるとの判断を行った。本判決いわく, 「本件発明に係る『アクセスを提供する方法』が提供されている限り, クライアントは, 被控訴人方法として提供されるアクセス方法の枠内において目的の情報ページにアクセスすることができるにとどまるのであり, クライアントの主体的行為によって, クライアントによる個別のアクセスが本件発明の技術的範囲に属するものとなったり, ならなかったりするものではないから, クライアントの個別の行為を待って初めて『アクセスを提供する方法』の発明である本件発明の実施行為が完成すると解すべきでもない」。「そうすると, 被控訴人による『アクセスを提供する方法』が本件発明の技術的範囲に属するのである以上, 被控訴人による被控訴人方法の提供行為が本件発明の実施行為と評価されるべきものである」。

本判決は, 本稿でこれまで述べてきたような複数主体間の関係を直接には考

*20 以上の点は, AとBの間に主観的関連共同性が認められる限りにおいて, Bがシステムの大部分を業としてではなく分担実施し, Aはシステムのわずか一部分のみを業として実施していたにすぎないというケースにも妥当する。前述したように, 「一部実施による全部責任」が正当化される根拠が主観的関連共同に基づく主体的関与それ自体にあるためであり, 客観的に特許発明全体のうちでどの程度の部分を実施したのか(分担実施が特許発明の大部分であったか否か)といった事情は関係しないからである。

慮することなく、クレーム・発明内容を吟味し、それに即した形で侵害主体を特定するという手法を用いている。本件発明の内容が、あくまでサービス提供者がクライアントに「アクセスを提供する方法の発明」にすぎないため、クライアントが実際に構成要件の一部に該当する行為を行ったときに一定の「アクセス」が実現される技術環境を、あらかじめシステムとしてサービス提供者が提供しさえすれば、その段階で、発明本来の内容が実現し、その後、クライアントが実際に当該行為を行うか否かは無関係であると捉えたのであろう。それゆえ、サービス提供者による行為のみをもって完結的に本件発明の実施行為が行われたとの評価につながったのである。

これまで述べてきたように、特許発明の一部実施を行ったにすぎない者を侵害主体と評価し、全部実施を行った者と同様の侵害責任を負担させることが可能なケースはどうしても限定される。そうである以上、本件事案におけるこのような具体的なクレーム解釈が正しいか否かはともかく、実務上は、例えばサービス提供者1人の行為により発明の構成が全部実施される形にするようなクレーム・ドラフティングも求められよう*21。もっとも、この点を意識しすぎたクレームでは、発明の本質が簡潔・的確に表現されていない記載になることもあり得るため、このような方策にもやはり限界はあるだろう。

VI 終わりに

以上で検討したように、「特許発明の実施行為に複数主体が関与する場合に、一部実施を行った者につき特許権侵害が成立するか」という問いに対する本稿の回答は、①実施行為を行うという意思決定を行い、人的関係に基づいて侵害行為の実現過程全体を支配（人的支配関係）することで、侵害惹起に対する主導的役割を果たした者、②客観的関連共同性・主観的関連共同性を満たす複数主体、すなわち、システム全体の実施に向けて、自らの意思で他人の行為を

*21 加藤公延「複数主体により構成される発明の明細書作成に関する実務的一考察—より実効性のある複数主体特許発明の取得への模索・チャレンジャー—」知管56巻4号（平18）573頁以下。富岡英次「複数の者が共同して特許権侵害を行った場合の法律関係について（特許権侵害に基づく差止請求の場合における間接侵害との関係）」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務(1)』（新日本法規出版、平19）224～225頁も参照。

利用し、他方で自己の行為が他人に利用されていることを相互に認容しながら、特許発明の実施行為の一部を分担し、それらを一体として最終的に構成要件すべての充足に至らしめた者全員（ただし、「業として」行っていない者は除く）について特許権侵害が成立するということになる。

ただし、このような比較的厳格な結論に至ったのは、特許発明の一部実施を行ったにすぎず、本来であれば侵害責任を負わない者に対し、実施行為の全部を行った者と同様の侵害責任（「一部実施による全部責任」）を課すことを正当化しなければならないためであった。これに対し、学説上は、「侵害主体」として侵害責任全体を負担させるのではなく、差止責任のみを負担する「差止請求主体」（差止請求権の行使対象）としての適格性を評価するものとして問題を再構成すべきであると説くものもある*22。傾聴に値すべき見解ではあるが、複数主体が分担して行っているものの、全体として見れば特許発明が無断実施されているという状態（結果的には通常の直接侵害と同様の侵害状態となる）からの特許権保護を十全ならしめるためには、通常の直接侵害と同様に、差止め以外の救済も十分に保障することが必要だと思われる。例えば、単なる共同不法行為ではなく、特許権侵害を理由に特許法102条の適用を受ける損害賠償請求を保障することは、特許権者の救済にとって極めて重要な意義を有している（さらに、実効性はともかく、特許権侵害罪という刑事罰も適用可能となる）*23。そうすると、「共同直接侵害の理論的位置付けを改めて見直して、差止請求対象の問題として再構成」*24することの意味については、さらなる検討を要しよう。

*22 平嶋・前掲*15・155～158頁。ただし、平嶋自身は、侵害責任全体を負担させる場合よりも、必ずしも要件が緩やかになるとは限らないと考えているようである（同160頁注55参照）。

*23 多機能品型間接侵害に関する記述ではあるが、愛知・前掲*1・303～308頁も参照。

*24 平嶋・前掲*15・160頁。