

複数関与者による特許権侵害

東京地方裁判所部統括判事 大須賀 滋

要 約

複数関与者による特許権侵害という問題について、主に、これまでの裁判例を題材として検討する。支配管理論が問題となった HOYA 事件については、支配管理論を肯定する見解と否定する見解があるが、特許請求の範囲及び実施概念の機能という点から検討する必要がある。インターネットナンバー事件は、ディレクトリサーバ側の単独実施を認めたものであるが、プログラム特許について、ハードウェア資源と関連づける現行実務の下で、今後、特許請求の範囲の解釈が問題となり得ることを示唆しているとみることができる。胃瘻穿刺針事件は、「その物の生産に用いる物」の範囲を緩やかに解することにより、間接侵害規定の適用範囲を拡張したものと評価することができる。共同直接侵害については、特許法が共同侵害の態様を許容しているといえるのかをまず検討する必要がある。これを肯定する場合、その成立要件については物理的因果性と心理的因果性の両面から考える必要がある。

開催日 平成 24 年 10 月 25 日

目次

- 1 はじめに
- 2 HOYA 事件
- 3 インターネットナンバー事件
- 4 胃瘻穿刺針事件
- 5 共同直接侵害

大須賀 東京地裁の大須賀でございます。

今日は、日頃から訴訟でお目にかかる方々、また、特許の分野での大先輩の先生方がたくさんいらっしゃっておられます。そのような先生方の前で話をすること自体、大変緊張するところですが、精一杯お話させていただきたいと思いますので、どうぞよろしくお願いいたします。

1 はじめに

本日のテーマは、今年の初めに、日弁連と裁判所との意見交換会でとりあげられましたし（判例タイムズ 1374 号 4 頁）、その後も研究会で知財高裁の八木貴美子判事が取り上げておられます。私自身、そのような場での発表及び議論に触発されたところがありますので、今日は、それらの議論も踏まえた上での、お話をさせていただくこととなります。

今日は、基本的には、具体的な裁判例の事案をベー

スにして、考えていきたいと思いますが、共同直接侵害のところは適切な事案が見当たらなかったため、これまでの議論を参考にすることでお話を進めてまいりたいと思います。

2 HOYA 事件

(1) まず最初に、著名な「HOYA 事件」から入ってまいりたいと思います。東京地裁平成 19 年 12 月 14 日判決（最高裁 HP 平成 16 年(ワ)第 25576 号事件）の事案です。

(2) 事案としては、眼鏡用レンズ・フレーム・機器の製造・販売等を業とする、原告である HOYA 株式会社が、眼鏡レンズ・眼鏡フレームの製造・仕入販売等を業とする、被告東海光学株式会社に対して、特許権侵害理由として差止め、損害賠償等を求めた事案であります。原告が訴訟の対象とした特許権はたくさんあったようですけれども、そのうち侵害が認められたのは同事件において特許 3 とされているものです。本日はそこに限ってお話を進めたいと思います。

その特許 3 の関係のクレームですが、別紙をご覧ください。これは訂正がありましたので、訂正前後のクレームを両方挙げております。訂正後は、ヤゲン加工という眼鏡枠の縁の加工方法だと思っておりますけれども、そのような加工方法に限定することを入れたとい

うことで、ややクレームの範囲を限定したということになっております。

訂正前の構成要件については、被告システムが構成要件 G, I, K を充足することには争いがなく、構成要件の F, H, J (訂正後の F', H', J') の充足性が問題になりました。判決は、訂正前後について、いずれもその充足性を認めました。ただし、構成要件 J (J') については、周長等の演算処理が眼鏡店コンピュータではなくフレームトレーサに内蔵された CPU によって行われていることにつき、文言侵害ではなく、均等侵害による充足を認めたということであります。

この事件の審理の段階では、特許 3 については無効審判請求が係属していて、この事件においても、それに対応した無効主張がされていたようであり、それに対し訂正の主張が出たということです。

判決は、無効論の関係では、訂正後の特許発明について、無効とはいえないと判断しております。そして、仮に、訂正前の本件特許 3 は無効理由があるとしても、訂正により無効理由を解消することはできるとして、少なくとも、訂正の再抗弁は成り立つことから請求を認めるという判断になっております。

(3) この事件は複数主体関与の事件として知られているわけですが、クレーム自体を見る限り供給システムという物の発明になっていて、そこでの「発注側」と「製造側」が必ず別の法主体であることが明らかになっているわけではなく、複数主体関与がクレーム上明確とまではいえないというところがあります。そして、発注側コンピュータはこのような機能を有し、製造側コンピュータはこのような機能を備え、というように、物の発明としてそのコンピュータの機能が記載されるということであり、人を主体としたクレームではなく、非常に微妙な書き方のクレームになっております。システム発明を物の発明としてクレーム化する場合には、このような記載となる場合がままあり、特許請求の範囲の記載からは、当然に複数主体関与クレームといえるのかは必ずしも明らかでない場合が多いのではないかと思います。

もっとも、実際的に考えれば、製造者と発注者である眼鏡店という複数の主体が実際の行為をすることが通常であると考えられるので、これを複数主体の関与するクレームとして見ているのであろうと思われ
(4) この事件の判決は、複数主体の関与クレームであることを前提に次のように判断しております。「本

件発明 3 は、『眼鏡レンズの供給システム』であって、発注する者である『発注側』とこれに対向する加工する者である『製造側』という 2 つの主体を前提とし、各主体がそれぞれ所定の行為をしたり、システムの一部を保有又は所有する物（システム）の発明を、主として『製造側』の観点から規定する発明である。」「この場合の構成要件充足の点は、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る。」「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）を行っている者がだれかは、構成要件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のは誰かを判断して決定されるべきである」とし、以上の判断を前提として、構成要件充足性を認めたほか、「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る」として、被告システムの差止めと損害賠償を認めたわけであります。
(5) システム特許あるいは、ビジネス特許と呼ばれる特許の出願が一時期増えたようであり、訴訟においても、今後、このような特許に基づく侵害訴訟が提起される可能性はあると思われ

そして、このような特許にはシステムに複数主体が関与することが多いため、その場合、複数主体関与クレームとして問題となることになります。もっとも、このような議論にならないように、クレームを書くときに、単独主体になるように書けばいいのではないかという議論はあって、そのようにできればいいのかもしれないませんが、現実的になかなか難しいところもあるようです。

この問題について水谷弁護士は、ビジネス方法特許について、「特許出願実務上は、このような問題（筆者注：特許権の共同直接侵害の成否の問題）に直面することを回避するために、ネットワーク上で接続されている複数のサイトからなるシステム全体ではなく、特定のサイト（個々のサーバ、クライアント端末等）のみを記述する請求項を設けることが推奨される場合がある。実際の特許出願において、このような配慮が必要となることは筆者も否定しないが、各サイト間の協働こそがビジネス方法の発明の実質であるとすれば、複数主体による特許権侵害の成否の検討を避けて通ることはできないものと思われる。」（水谷直

樹「ビジネス方法特許の行使に伴い新たに生じてくる問題」ジュリスト 1189 号 41 頁)と述べられています。このように、現実問題としては、実質に則して書くとどうしても複数主体関与クレームのようになってしまうということ、これを回避するクレームを作るということは、そう容易ではないのではないかということ指摘されております。

(6) この問題を考えるときには、まず、特許請求の範囲の解釈の問題があると思われまます。本件発明は「ヤゲン加工済み眼鏡レンズの供給システム」とされ、物の発明という形をとっております。そして個々の構成要件も、発注側コンピュータ、製造側コンピュータという、物の機能として構成されているわけです。

ところが、先ほども言いましたように、これを实际的に考えてみれば、発注側コンピュータと製造側コンピュータで、それぞれ人が順次操作するという段階を踏んでおり、経時的要素を含む方法の発明に近いようにも見えるわけです。

この点について、最近出版された中山先生の教科書を見てみますと、「物の発明とは、技術的思想が物の形として具現化されたもので、基本的には経時的要素のない発明である。方法の発明とは、経時的要素のある発明であり（方法の逐次性）、『一定の目的に向けられた系列的に関連のある数個の行為または現象によって成立するもの』である。しかしながら、従来は、『物』と『方法』とは比較的容易に分別できたが、・・・プログラムが物の発明とされてからは・・・、必ずしも経時的要素だけで、物の発明と方法の発明を明確に区分することができないような状況が生じている。・・・そのように考えると、使用以外に、生産・流通が観念できるものが物の発明で、それ以外は方法の発明であるということもできよう。」(中山信弘・特許法第 2 版 113 頁)とされております。

その上で、中山先生は、「発明の種類によって法的効力が異なるため、それは単に出願人のクレームの記載の仕方のみで決まるものではなく、まずは特許請求の範囲や明細書の記載に基づいて判断されるものの、最終的には発明の実体からどのカテゴリーに属するか判断されることになる。」(同書 114 頁)と指摘しておられます。

従来、物の発明と方法の発明というものは二分論ではっきり分かれていて、特許請求の範囲に物の発明と書かれていたら物の発明であり、方法の発明と書かれ

ていたら方法の発明であるというように考えられてきたかもしれませんが、中山先生は、表現だけにとられない発明の実体に即した解釈が必要なのではないかということ指摘されているわけです。

本件発明も物の発明でありながら、経時的要素を含むプログラム発明の特色を備えているということになります。

物の発明であれば、本来、複数者が関与していても、最終的な製造者が侵害者であるということになりそうなのですが、プログラム発明については経時的要素を含むため、各構成要件を経時的に捉えて、各構成要件ごとに実行の有無というのを考えることになるのであらうと思います。

すなわち、コンピュータ・ソフトウェア関連発明を、ハードウェア資源と関連づけて理解しようとする現行実務の考え方(特許・実用新案審査基準第 7 部第 1 章「コンピュータ・ソフトウェア関連発明」2. 2. 1(1)「『ソフトウェアによる情報処理が、ハードウェア資源を用いて具体的に実現されている場合』、当該ソフトウェアは『自然法則を利用した技術的思想の創作』である。』)によって形成された特許請求の範囲については、各ステップで利用されるハードウェアが記載されることにより、そのハードウェアの使用者が特定されることになり、ステップごとの実行の有無を考慮することができることになると思われます。これに対し、ハードウェア資源との結びつきを否定し、ソフトウェア自体が発明であるとする立場(相澤英孝「特許法 2 条 3 項の改正の意味するもの」(ジュリスト 1227 号 9 頁)に立てば、ソフトウェアのステップ自体が特許請求の範囲に記載されたとしても、必ずしも、ステップごとの使用者が特定できるとは限らないように思われます。

さて、ここでの問題は、ハードウェア資源と関連づけられ、ステップごとの実行者を観念できるように記載されたクレームにおける実行者と技術の核心部分であるソフトウェアの開発者が一致しているのかという問題です。すなわち、特許の核心をなすソフトウェアの開発者は単数であり、また、侵害ソフトウェアの開発者も単数であったとしても、侵害行為はハードウェア資源を利用する複数のステップを行う複数の行為者ということになってしまう。ここに、技術の核心部分であるソフトウェアの侵害者とハードウェア資源と結びつけられたクレームの実行者に齟齬が生じてくると

いう問題があるのではないかと考えられるわけです。もし、そこに齟齬があるとすれば、そのような齟齬をなくし、実体に即した解釈をしようとする方向性が出てくることも自然なことであり、そうだとすれば、ことソフトウェア関連発明に関する限り、支配管理論がこのような齟齬を解消する方法として採用されているという見方も出てくるのではないかと思います。

さて、本題に戻りますと、本件発明においては、実施の態様としては使用ということが問題になり、物の発明についての複数関与者による使用という態様の実施が問題になったものと思われます。ただし、本判決が実施態様として何を考えているのかは必ずしも明示されていないようです。

(7) 以上を前提として、この判決は、いわゆる支配管理論を採用し、実施についての規範的な解釈をしていると考えられますので、この点について検討していきたいと思います。

この判決の出る前から、複数関与者による特許権侵害ということについてはすでに議論がされており、例えば富岡弁護士は、次のように述べておられます。

「甲が、乙に対して、b方法の実施について管理・支配を及ぼしており、道具として乙を使用しているなど、実質的に製造の主体であると認められるようなケースであれば、乙が『業として』実施していなくても、甲に対して、直接侵害として差止請求が可能である。」(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・飯村敏明ほか編・知的財産法の理論と実務1・217頁)としておられます。既に支配管理型という類型を、本判決の前に指摘されております。

ただ、このうちの支配管理型という類型を、果たして認めるのがいいのかどうかについてはかなり議論がありまして、これを肯定する説と否定する説に分かれているというのが、現在の状況ではないかと思います。

肯定する方の説をいくつか挙げておきます。

まず服部弁護士は、次のように述べておられます。「複数の者が発明の対象である物(以下『対象物』ともいう)を部分的に利用ないし操作していても、規範的、実質的にみて、他者の行為が自己の自由意思に基づく結果と評価できる場合には、当該他人の行為を自己の行為とみなしてその法的責任を問うべきである。そのような事業者の特許侵害の責任を負わしめ

ることは、社会通念に合致するとともに、健全な産業の発達に資するものとする。問題は、どのような要件のもとに、かかる支配管理型の直接侵害の成立を肯定すべきかであるが、一つの考え方として、高部説や小栗説が論じているように、構成要件の一部を自己が実施し、残りを他人が実施している場合において、当該行為を支配管理する立場にあり(支配管理性)、かつ、当該行為によって営業上の利益を得ている場合(利益性)は、当該他人の行為を自己の行為と評価することができるのではないかと考える。」(服部誠「支配管理型の特許侵害について」片山英二先生還暦記念論文集・知的財産法の新しい流れ470頁)とされています。

高部判事は複数主体による侵害行為の類型を、「1 間接侵害に当たる場合、2 共同で特許権を侵害すると評価される場合(共同正犯型)、3 単独で特許権を侵害すると評価される場合(間接正犯型)、4 権利侵害の教唆又は幫助の場合(教唆・幫助型)、5 侵害の行為に供する機器の提供者の責任」の五つに分けられた上で、3番の「単独で特許権を侵害すると評価される場合」について、次のように述べておられます。「YとZが特許発明の構成要件を一部ずつ分担する場合において、特許発明の構成要件の一部のみを実施するZが、Yの下請けなど、Yの手足となっているにすぎない場合には、Yが実施行為の全体を行っているとして評価することができ、Yが単独で侵害しているとみる余地もあろう。この場合のYは、Zの行為を道具として利用する意思があり、Zの行為をYの行為と法的に同視しうるということが出来る。また、Yが自己の行為とZの行為とが結合して特許権侵害という結果が発生することを予見しているが、Zについてはそのような認識がない場合も、Yが単独で侵害していると評価することができよう。・・・我が国においても、特許法ないし著作権法上の侵害行為者はだれであるかを検討するに当たっては、事態を即物的に観察するべきではなく、規範的に、法律上侵害者として責任を負うべき主体と評価すべき者はだれであるかという法的観点から決すべきであろう。」(高部真規子「国際化と複数主体による知的財産権の侵害」秋吉稔弘先生喜寿記念論文集・知的財産権その形成と保護164頁、167頁)ということを述べておられます。

また、小栗弁護士は、「乙、丙が甲の手足として特許発明の実施行為を分担しているにすぎず、実質的な行為者は甲であるという評価できるか否かの判断は、甲

及び乙、丙の行為内容を踏まえた上で、甲による乙、丙の行為に対する管理支配の有無、及び、甲が当該実行行為による営業上の利益を得ているか否かを基準として行うのが妥当と考える。」(小栗久典「複数主体の関与」竹田稔ほか編・ビジネス方法特許 415 頁)ということ述べておられます。

これに対して、支配管理型否定説という見解もあります。まず松尾和子弁護士ですが、このように述べておられます。

「道具理論の場合は『感覚』に頼らざるを得ず、個別具体的に判断する以外ないのに対し、間接侵害論によるときは根拠条文があり、これに基づいて、侵害者とされる者と権利者との利害得失の均衡を図り、許容される範囲において解釈することができる。その意味で、間接侵害論による方が、将来発生する類似事件の審理判断に適用可能であり、より客観性、合理性を取得することができるのではないかと考えられる。」(松尾和子・判例評論 521 号 31 頁)とされ、明確性という意味で、本来間接侵害の規定によるべきではないかということ述べておられます。

次に平嶋竜太先生ですが、平嶋先生も否定説といえますか、消極説です。その平嶋先生の見解ですが、「『支配管理型侵害』を共同直接侵害と峻別して類型化する実質的意義としては、共同直接侵害の構成では、複数行為主体の一部が個人ユーザーである場合に全体としての『業としての』実施という要件の充足性が懸念されること、主観的意思の共同存在自体を要さずとも複数主体の間に一定の利用関係が客観的に存在することをもって特定主体による直接侵害の成立を肯定し特許権の効力を及ぼすことの必要性等が、念頭におかれているものと考えられる。・・・特許法における特許権侵害成立とは、被疑侵害物件が特許発明を構成している各構成要件を過不足なく充足することによって、はじめて、当該被疑侵害物件が特許発明の技術的範囲へ属することが肯定されることを原則とする。したがって、当初から特許発明の構成要件の一部しか充足しないような物件については、当該物件について、いくら特許法上の『実施』行為に該当する行為を業として行っていたとしても、特許法に別途規定される間接侵害に該当する場合を除いて、・・・特許権の効力は及び得ない。」(平嶋竜太「特許発明における複数主体の介在と『支配管理型侵害』の成立」(Law & Technology 56 号 32 頁)と述べておられます。

(8) さて、本判決の考え方と問題の所在ということですが、本判決が、共同直接侵害という考えではなくて、支配管理論を採用した大きな理由は、原告の主張が支配管理論的な主張であったということが挙げられるであろうと思います。

本件における原告の主張を見ますと、原告は、発明 3 について次のように主張しております。「ある者の行為が当該物の発明の使用に当たるか否かは、当該特許発明の目的・作用効果と、行為者の具体的な行為の双方を特定した上で、①当該者による行為と当該特許発明の目的・作用効果の実現との間に、一定の因果関係を認めることができるか、②当該者が被疑物件に対して一定の影響力(例えば、一定の支配管理関係の有無、利用についての主導的役割の有無等)を及ぼしているか、③当該特許発明の目的・作用効果の実現によって当該者が何らかの経済的利益を享受しているかといった諸要素を総合的に検討した上で、当該者が『発明の目的を達成するような方法で当該物を用い』たと規範的に評価できるか否かを具体的に判断すべきである」として、支配管理性の主張をしていたわけです。

本件の場合、原告は、被告である東海光学が実質的には本件システムの供給主体であると見ていて、複数主体の一員である個々の眼鏡店は被告とはしなかったということなのです。このように、システムの中心となる運営主体があつて、他は小売店であるというような場合には、システムの運営主体のほう被告とされるというようなことは、今後もよく出てくることではないかと思えます。そうすると、当事者としても、共同直接侵害というよりも、支配管理論のほう主張しやすいという事案が多いということがあるのかもしれませんが。

ただ、この支配管理論でいくと、普通の感覚でいいますと、そもそもクレームの充足行為自体を支配管理しているのだから、これはやはり、眼鏡店ではなく、支配管理主体である東海光学が全部充足行為をしたのですというのが自然なはずですが、けれども、本判決はそのようにはしなかったのです。

しなかった理由は、やはりクレームが、はっきり製造側や発注側などと分けて書いてあるのに、それを、東海光学が製造側でもありましたというのは、規範的解釈としても限界を超えるものであるというような感覚があつたのではないかと思えます。充足論としては、そのように規範的には考えずに、個々の実行者た

ちが、個々のクレームを充足しているかどうかを判断すればいいのだという考え方をとったわけです。

ただ、そうはいいながら、本判決は、実施の概念のところでは、「実施の主体は東海光学である」として、責任主体は東海光学であるとしたのです。ここが、特異な解釈をしているのか、普通の解釈をしているのかも評価は分かれ得るところであり、普通の特許侵害訴訟であっても、充足論を判断して、充足した人が実施をしているというように、2段階の認定をしていると考えれば、別に取り立てて変わった判断手法をしているわけではないというような見方も可能です。ただ、その充足の主体と責任を負う実施の主体というものを分けて考えて、そこがずれているというのが本件の特徴でして、そこをずらして判断することが適切かどうかという問題は残ると思われまます。

行為主体を規範的に解釈した例は、以前にもありまして、例えば電着画像事件判決（東京地裁平成13年9月20日判決・判例時報1764号112頁）なども、要するに道具として使ったという、一種の支配管理論といえは支配管理論です。しかし、あの場合は、別に複数主体が関与するようなクレームには見えないので、道具理論で一人の人が充足行為を行ったという判断はしやすかったと思いますけれども、本件の場合は、先ほど申し上げたように、発注側と製造側とはっきり分けて書いてあるものですから、なかなかそのような判断はしにくいというのがあったのであろうと思います。

ただ、先ほども述べたように、充足は充足で考え、実施は実施で別に考えましょうというのが果たして本当にいいのかどうかは、もう少し考えてみる必要があると思われまます。

この点を考えるについては、特許請求の範囲の記載や実施概念というものが、一体どのような機能を持っているのかということを考える必要があるのではないかと考えられます。

まず、特許請求の範囲の機能を見ますと、中山先生の著書では、特許請求権の範囲の機能については、「発明の内容が明細書に漫然と記載されているだけだと、その特許権の及ぶ範囲が不明確であり、第三者にとっても特許権者にとっても予見可能性が低く、その結果法的安定性を害し、無用な紛争を招くことになる。」（中山・前掲書179頁）としておられます。

また、神戸大学の前田先生はその著書の中で、「クレームは、出願人が排他権の設定を希望する構成の範

囲を明示し、権利を付与された場合、それが特許権者が排他的に利用できる構成の外縁を画するものとなる。」（前田健・特許法における明細書による開示の役割266頁）としておられます。

他方、実施概念の機能については、中山先生は、「物の場合の使用に相当する発明の実施の範囲は、物の場合のように占有という概念で画することはできないし、また、実施の対応も必ずしも一義的ではない。・・・実施の範囲が明確にされないと、第三者としては、合法行為と違法行為との区別ができないこととなる」（中山・前掲書313頁）され、平嶋先生も同旨のことを言われています（中山信弘＝小泉直樹編・新・注解特許法36頁）。

ですから、特許請求の範囲であれ、実施の定義であれ、やはり、いずれも第三者の予測可能性を担保するという機能があるということが言われているのだと思います。ただし、特許請求の範囲が、発明の内容についての予測可能性の担保の問題であるのに対して、実施概念は、発明の内容が確定されたことを前提として、発明についてどのような行為態様が侵害となるのかという意味での、予測可能性を担保するものであるというように理解できるわけです。

このうちの、特許請求の範囲の予測可能性担保機能について考えてみますと、特許請求の範囲に複数の関与者が明示されているのであれば、共同侵害を認めても、予測外の結果ということには必ずしもならないといえるだろうと思います。むしろ問題は、単独行為者による実施のように記載されているのに、そこで共同直接侵害を認めるということになった場合の方が、予測可能性という意味では、より深刻な問題を提供するということになるのではないかと思います。この共同直接侵害の予測可能性の問題等については、また後ほど触れたいと思います。

そこで次に、実施概念の規範的判断の問題点です。先ほど述べましたように、複数関与者が関与して構成要件をすべて充足したという判断をした後で、そのうちの一人が実施者であるという、かなり規範的な判断だと思うのですが、このような規範的判断は、従来は、やはり間接侵害という形で、法律で定められてきたのではないかと考えられます。つまり間接侵害の規定によって侵害する者とみなすというのは、その実施行為を全部行っていなくても、全部の実施行為者とみなすという規定であったのではないかと考えられます。し

たがって、共同直接侵害の問題はひとまず置いて、一部実施、全部責任ということは、間接侵害の場合しか認められていないという特許法の解釈をとるのであれば、そもそも本件のような場合に、製造側に全部責任を負わせることはできないということになるのではないかと思います。

したがって、そのような見方があり得るとすれば、やはりそうでない立場を採る場合には、間接侵害の規定によらずに、一部の実施者を全部の実施者として規範的に評価することが可能であることを、特許法の解釈として示す必要があるように思われます。

実施概念が有する予測可能性の担保機能という、先ほど述べた観点からすれば、その説明としては、おそらく、①たとえ物の発明であっても、その実施態様が使用であって使用概念自体が規範的要素を持つものであるため、第三者がそのような規範的解釈が行われることを予測できるということと、②クレームの記載の内容からみて、製造側と発注側の行為が一体のものであって、かつ、その中で製造側が主導者であることは明らかであって、製造側にとっては、製造側が全体の実施者であるとされることは予見できるという、そのあたりに求められるのではないかと思います。

しかし、本件の場合に、第三者にとって、本件のクレームを見て、製造側が主導側であるとはっきり予測できるかどうかということが一番の問題で、その点で第三者の受け止めが不安定であるとするれば、やはりこのクレームについて、実施概念である使用を規範的に解釈してよいとすることには、問題がないとはいえないということになるのではないかと思います。

以上のように、実施概念を規範的に捉えることについては、なお慎重に検討されるべき問題があると考えられますので、本判決の評価についてもさらに検討が続けられる必要があるのではないかと思います。

なお、その他の問題を少しみておきます。本判決を素直に読めば、「実施の要件は責任主体を決する要件であって、支配管理をしていない販売店は、責任主体とはならない」、つまり、販売店との間に共同行為性は否定されているというように読めるわけです。そうだとすると、全部の構成要件の充足主体でないものが支配管理している場合には、販売店の行為を含めて、全体について責任を負うのかという疑問も生じてくるわけです。

差止めについて言えば、自己の行為部分以外の販売

店の行為部分についてまで、責任主体として責任を負うのか、あるいは、損害賠償について言えば、自己の利益以外の部分については損害賠償義務を負うのかというような疑問が生じてくるわけです。

この点について、この本判決は、表面上は、差止請求について、通信回線を利用した玉型加工レンズ発注システムである SAPO（サポートシステム）という被告システム全体の差止を認めているようにも見えます。

もっとも被告側が製造側としての行為をやめれば発注側も発注することができないから、その意味では、システム全体の差止という表現を用いているだけだと見る余地もありますし、仮に広く見たところで、訴訟法上、判決になっていない者には判決の効果は及ばないので、そのような意味で、実害があるということではありません。しかし、理論的には、そこはどうなっているのかという問題はあるように思います。

また、判決は、損害賠償請求について被告の売上高のみをもとに算定しておりますが、これについては、原告がそれだけしか主張していなかったからそうだったのかもしれませんが、販売店の利益を含めた損害賠償請求がされた場合に本判決がどう判断したかは、必ずしもよく分からないところでもあります。

この点について平嶋先生の見解を紹介しておきたいと思います。平嶋先生は、「特定主体による特許権侵害行為の成立を前提とした場合の次なる課題として、差止請求権を行使しうる物的範囲がある。すなわち、特許権侵害者と評価された主体は、そもそも現実には、特許発明の構成要件のすべてを実施していないのであるから、当該主体に対して、クレームで特定された発明全体についての生産、使用、譲渡等の行為の停止や廃棄等の請求をすることは本来できないといえるだろう。・・・サーバー等を運営しているサービス提供者による特許権侵害行為を肯定されたことを前提とした場合、差止請求の範囲としては、原則としては、各ユーザー側端末による実現手段の構成を除いた残りの構成要件の部分についての生産、使用、譲渡等の停止、及びこれらの構成要件部分についての廃棄や除去請求までが認められるべきであることはいうまでもない」（平嶋竜太「差止請求」竹田稔ほか編・ビジネス方法特許 468 頁）としておられます。

3 インターネットナンバー事件

次に事例の2つめに移ります。「インターネットナ

ンバー事件」という事件で、知財高裁平成 22 年 3 月 24 日判決（判例タイムズ 1358 号 184 頁）です。

まずクレームを見たほうが分かりやすいと思うのですが、クレームは、別紙のとおりです。

このクレームを見ますと、A のところでは「アクセスを提供する方法であって」と書いてあり、最後の締めは「アクセス方法」と書いてあって、非常に分かりにくいクレームになっております。

被控訴人（一審における被告）は、ディレクトリサーバー側の人なのですけれども、被控訴人方法を使用しているのはパソコンのユーザーであって、被控訴人ではないから、被控訴人は本件発明の実施主体ではないというように主張しております。

これに対して判決は、「本件発明は『アクセス』の発明ではなく、『アクセスを提供する方法』の発明であって、具体的にクライアントによるアクセスがなければ本件発明に係る特許権を侵害することができないものではない。また、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、被控訴人を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。」として、「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提供の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。」という結論を導きました。

本件発明はアクセスの発明ではなくて、アクセスの提供方法の発明であり、提供しているのはクライアントではなくて、ディレクトリサーバー側の人間であるから、その提供行為が終われば、侵害行為は完結しているとしています。

HOYA 事件判決とこの判決を比較してみます。この判決も構成要件充足性を判断し、その後に無効について判断し、最後に侵害主体性の判断をしていますので、構成要件充足性の判断と侵害主体性の判断を別個にしているという点においては、HOYA 事件と同様の判断手法をとっていることができます。

しかし、HOYA 事件と異なるのは、構成要件充足性について、複数関与者の行為による充足とは見ていないという点であります。ここで、例えば、気になるのは構成要件 B の記載です。つまり、「前記クライアントにおいて記述子を提供する段階と」というようになっていきますから、これは、HOYA 事件の発想で言えば、当然クライアントが使用者だとなりそうな印象を受けます。

この点について、本判決は、前記のとおり、「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、目的の情報のページにアクセスすることができるのにとどまる」として、「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」としたわけであります。

本判決の特色は、今も見ましたとおり、構成要件の充足行為は、要するにディレクトリサーバー側の単数者によって充足されるものとしたところにあり、そのため、実施行為を規範的に解釈するという事はないのです。

ただ、遡って、構成要件充足性の判断について見ますと、構成要件 B については、先ほど、判決を読んだとおり、アクセス方法の提供者が枠付けを行っているということを重視して、構成要件 B のアクセス方法の提供者が充足行為を行っていると見ているわけです。

本件発明で、構成要件 B 以外にも、先ほど見たように、構成要件 E など「前記クライアントに前記 URL を用いて情報を要求させる段階と」というものがあり、F でも「前記 URL により識別されたページを前記クライアント側で表示する段階と」というものがそれぞれありまして、これらはどうなるかという問題もあるのですが、これらも、おそらくアクセス方法の提供者によって枠付けされているという考えになるのだろうと思います。

このように、本判決は、特許請求の範囲の解釈によって問題を解決したものと思われまます。ただ、これは、単数者で書いてあるように見えるクレームについて複数者の侵害を認めるという、いわゆる共同直接侵害の問題とは全然違って、逆に、複数者による行為として書いてあるようにも見えるクレームについて、単数者による行為として読んだということです。

これは、特許請求の範囲の予測可能性の担保機能という点から見ますと、提供行為があれば構成要件充足行為の全体を行ったと評価されることが、果たして侵

害者とされる提供者にとって、予測の範囲を超えないか、やはり問題となる余地がないではないという感じはいたします。

しかし、本判決を、プログラムの発明の特殊性という見地から見た場合には、また少し様子は違ってくるかもしれません。この判決自体は、発明の技術の実態から、被告側の実施者は、要するにディレクター側だと見たと、そのように見る余地もあります。先ほど述べたように、ソフトウェア関連発明というのは、発明の実質とクレームの記載が必ずしも合致していないという問題があると思われます。技術的に見れば、ソフトウェアを開発した人がその技術を作っているわけです。ですから、発明の実質に即せば、プログラムを作って提供すればその人が実施者だということになる可能性があるのではないかと思います。このように考えるとこのようなタイプの問題については、今後、特許請求の範囲の解釈がかなり問題になってくることを示している判決のようにも思われます。

なお、この事件については、岩坪弁護士は、「クライアント PC は、被告サービスの享受というシステム全体の構造ないし協働に対する共同意思を有する実行正犯者ないし故意ある幫助者であって、これを手足のように支配管理して特許権侵害を享受した被告は実行正犯ないし間接正犯であると説明」（岩坪哲「インターネット関連発明における特許権侵害主体性」AIPPI57 巻 6 号 19 頁）ができるのではないかというような見解を述べておられますので、ご紹介しておきます。

4 胃瘻穿刺針事件

さて、それでは 3 件めで、東京地裁の平成 23 年 6 月 10 日判決（最高裁 HP 平成 20 年（ワ）第 19874 号事件（胃瘻穿刺針事件））です。これは今までの事案とは違って、間接侵害の事案であります。102 条 2 項の間接侵害が問題となった事案です。特許のクレームは、別紙のとおりです。

この技術はクレームを読んだだけでは、その意味が分かりにくいのですが、大まかなイメージとしては、①穿刺針が 2 本あって、胃壁内に 2 本の針がほぼ平行に挿入された状態で、②一方の針（縫合糸挿入用穿刺針・A 針）から下方に出される糸が他方の針（縫合糸把持用穿刺針・B 針）先端に形成される環状の糸部分を通される、③その段階で環状の糸部分が B 針内に引き上げられることで、A 針から出された糸が B 針に接

続される、④その接続された状態で 2 本の針を引き上げると、その接続された糸で胃壁と外側の腹の壁を固定することができるというもののようです。そして、2 つの針の基端部を固定する固定部材（被告製品における一体化器具）は、2 つの針が平行関係を保つように機能するものです。クレームの記載は、そのような医療用器具という物の発明になっています。

これがなぜ間接侵害として問題になるのかといいますと、被告製品を組み立てて、構成要件を充足するものとして使用するの、お医者さんであるからです。

しかし、本判決では、被告製品は、その使用の態様によっては、固定部材の存在（被告製品におけるホワイトウイングとブルーウイング同士が一体化機構で一体化された状態）が認められず、構成要件 B を充足しない場合があるとされています。

そこで、最終的にはお医者さんが被告製品を固定部材の存在が認められる方法（判決のいう一体化同時穿刺の方法）で使用しているのかが問題となりました。すなわち、102 条 2 項の「その物の生産に用いる物」であるのかが問題となったのです。

この事案における審理の特色は、使用態様がいろいろある中で、実際にお医者さんたちはどのように使用しているのかということについて調査嘱託をした点にあります。全国の病院に調査嘱託をかけて、2869 例の症例について回答をもらっております。

その結果、間接侵害とされる一体化同時穿刺の場合がどのくらいあったかということですが、「被告製品を用いた穿刺の方法を回答した 58 の医療機関のうち、一体化同時穿刺のみを採用している医療機関は、約 26%（15 / 58）あり、それ以外の方法も併せて採用している医療機関を含めると約 45%（(15 + 11) / 58）の医療機関が一体化同時穿刺の採用した実績があること。また、上記 58 の医療機関における被告製品の使用症例を横断的に見ると、合計 2869 の症例の約 27% に当たる 785 の症例において、一体化同時穿刺が採用されていることが示されている」という判断をしております。

その上で判決は、「一体化同時穿刺という被告製品の使用態様が、特異なものではなく、医師らによって通常行われ得る被告製品の使用態様の一つである」として、被告製品は特許法 101 条 2 号の「その物の生産に用いる物」として認められました。それ以外の要件についても、被告製品の 2 本の穿刺針は一体化器具を用い

て係止状態とすれば構成要件が実現されるから、この2本の穿刺針は課題の解決に不可欠なものでありました。さらに、主観的要件については、「被告製品を使用する多くの医師らと日常的に接触し、これらの医師から被告製品に関する質問や意見を聴取しているはずの被告オリンパスメディカルの営業担当者らが、このような被告製品の使用実態を認識することは、ごく自然な経過ということが出来る」として、訴状送達の時点を基準とすれば、そのような営業担当者がいたことは優に推認することができるとし、訴状送達の時点における被告側の主観的要件の具備を認めるとしております。

ある特定の使用態様の選択という医師の行為の介在によって、構成要件充足性が認められるという点に特色のある事件ですが、調査嘱託の結果、横断的に見れば27%の症例で使われているということをもって、「その物の生産に用いる物」と見た点にはかなり特色があるのではないかと思います。

従来、「その物の生産に用いる物」が争われた事件はあまり多くはないようですが、この問題を1号の「のみ要件」の関係で取り上げたものとして「ドクターブレード事件」というものがあります（東京地裁平成14年5月15日判決・判例時報1794号125頁）。この発明は、「連続紙ウェブに被覆剤を調節塗布しかつ均すためのドクターブレード」という名称とされています。紙に何か特殊な被覆剤を調節塗布し、かつ均すというためのブレードというものです。

構成要件はどうなっているかといいますと、構成要件Aが「走行紙ウェブに被覆剤を調節塗布し、かつならすためのドクターブレードにおいて」、同Bが「ブレードは0.7mmもしくはそれ以下の肉厚を有する可撓性の鋼片からなり」、同Cが「その作用域に鋼片の肉厚より薄くかつ鋼ブレードよりも耐摩耗性の大きいセラミック材料の表面被覆が最高0.25mmの全厚さを有する層で構成され」、同Dが「かつ前記セラミック材料層が、熔融状態にて噴霧により順次の工程で次々と塗布された複数層のセラミック材料層とし構成されてなること」、同Eが「を特徴とするドクターブレード」ということです。

このうち、構成要件A、B、D、Eの充足性は争いがなかったのです。争いがあるのは構成要件Cの「セラミック材料の表面被覆の最高0.25mmの全厚さを有する層で構成される」という点です。この点につい

て、イ号物件ないしハ号物件は製造販売された段階の製品であり、二号物件は、イ号物件ないしハ号物件を使用開始した後の製品です。原告は、イ号物件ないしハ号物件は、セラミック被膜の厚さが0.525mmないし0.313mmであるから構成要件Cを充足しないが、購入者が使用を継続することによって、その厚さが減少し、構成要件Cを充足するようになるので、イ号物件ないしハ号物件を製造、販売する被告の行為は二号物件の生産にのみ使用する物の生産、譲渡行為に当たり、特許法101条1号の間接侵害を構成すると主張しました。これに対し、判決は、「その物の生産」とは、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り、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解するのが相当であるとして、原告の主張を採用しませんでした。「その物の生産に用いる物」の解釈に関する先例としてはこの判決がありますが、もちろんこれは1号に関する先例ですので、先ほども言いました、胃瘻穿刺針事件の2号に基づく請求とは、場面が異なるのです。

しかし、いずれにせよ、2号の「その物の生産に用いる物」というのが、どの程度の割合で「その物」として使用されていけば認められるのかという点については、従来あまり議論されていないのかもしれませんが。この点について、この判決はかなりそれを緩やかに認めたと評価できると思われます。要するに、間接侵害でこのようなタイプについて救済する範囲が、この判決により少し広がっているといえます。したがって、この判決は「その物の生産に用いる物」の解釈を通して、間接侵害の範囲を少し広げることによって、101条2号を使いやすくした判決であると評価できると思います。

もっとも、101条2号を使うとなると主観的要件を満たす必要があり、この判決でも主観的要件の具備は訴状送達時の時としているわけです。ですから、主観的要件の部分で損害賠償を請求できる幅が狭まる可能性があるということではありますが、少なくとも、先ほど述べたような意味で101条2号の適用範囲を少し広げた判決だという評価はできるのだらうと思います。

5 共同直接侵害

最後に、共同直接侵害ということについて、少しお話をしたいと思います。

共同直接侵害という問題については従来からかなり議論がされているようですが、大枠としては、共同直接侵害を肯定する考え方の中で、主観的な共同意思が必要かどうかというところで、意見が分かれております。

主観的共同意思必要説の相山弁護士は、後で述べます不要説である尾崎先生の説を挙げて、「尾崎弁護士は上の例につき、複数当事者の行為が相互に関連して客観的に1つの発明の実施行為と見ることができれば共同直接侵害となり、主観的な共同は必要でないとする。かような場合に常に共同直接侵害とすることは賛成できない。各機能がそれ自体として（つまりクレームのような組合せとしてではなく）役割を持って存在している場合に、たまたま他人のもつ他の機能と自らの意思でなく組み合わせられたばかりに侵害になって、その機能が差し止められるというのは明らかに不当だと思われる。」（相山敬士「ソフトウェアの著作権・特許権」153頁）として共同意思が必要だということを言っておられます。

また、水谷弁護士も同じく、「各サイトの運営主体が、ネットワーク接続時において他のサイトの果たしている役割を相互に認識していなければ、システム全体に対する認識も存在しないことになるから、これでは個々のサイトの運営主体に対して、他のサイトが担当している分も含めて責任を問うための基礎は存在していないということになるであろう。」（水谷直樹「ビジネス方法特許の行使に伴い新たに生じてくる問題」ジュリスト1189号41頁）として主観的共同意思必要説を述べておられます。同弁護士は、最近の論文でも、共同実行の意思と、共同実行の事実が必要であるとされております（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820頁）。

富岡弁護士は少し趣が異なる見解を主張しております。すなわち、主観的な共同意思が必要だとしても、実際にはその立証は難しいということ意識されて、「仮に甲の主観的な事情を問題とする場合においても、その行為の具体的な対応、実施全体との具体的な関係、実施を取り巻く当業界の状況及び当業者の認識、実施による経済的利益の帰属状態等の客観的な事情から推認されるべきものでなければならぬし、また、それで足りる」（富岡英次・前掲論文221頁）とされ、主観的意思を客観的な状況から推認することで、立証の負担を緩和するという考えを述べておられます。

これに対して尾崎弁護士は、主観的共同意思不要説の立場から、「特許法70条は侵害行為が単独でのみ行われるか、それとも複数の行為者によっても行われるかという問題を意識した上で規定されてはいないと考えられる。特許法70条の規定は、複数の行為者によって全ての構成要件に該当する行為が行われている場合に複数行為者による共同直接侵害の成立の可能性を否定するものではない。・・・それでは、どのような場合に共同直接侵害が成立するであろうか。・・・複数当事者の行為が相互に関連して客観的に一つの発明の実施行為とみることができるものでなければならぬのは当然である。しかし、主観的な共同行為の存在は共同直接侵害の成立には必要ないと考えられる。単独行為の場合でも、特許権侵害行為の成立には故意、過失は無関係であり、特許発明が実施されているか否かは客観的に決められることである。」（尾崎英男「コンピュータプログラムと特許侵害訴訟の諸問題」清永利亮＝設楽隆一編・現代裁判法大系230頁。同「複数当事者訴訟における損害賠償」大淵哲也ほか編・前掲書下巻841頁も同旨。）と述べておられます。

共同直接侵害に関する主観的共同意思不要説は、どちらかといいますと、民法の共同不法行為理論に近い考え方で、主観的共同意思必要説は、刑法の共同正犯の考え方に近いものではないかという感じがいたします。

確かに、民法の共同不法行為理論の最近の議論では、不法行為が競合して関連共同性がある、因果関係があれば、個別的な因果関係を問題とするまでもなく、共同不法行為が成立するという、そのような見解です。それを参酌すれば、尾崎先生のような考え方が出てくるということも、不自然なことではないと思われます。

ただ、これを、損害賠償を越えて、差止請求の要件としてもそれでよいとするのかということになると、かなり批判があります。横山先生は「各行為主体の行為がそれ自体は発明の実施行為に該当しない以上、他者と共同して発明を実施するとの意思がない場合に各行為者に対する個別的な差止めを認めることは、行為者の予測可能性を著しく害することになり、妥当でない」（横山久芳「差止請求」大淵哲也ほか前掲書・上巻340頁）と批判されております。やはり、客観的な共同で足りるという尾崎先生の説は、規制根拠という点でなお検討すべき問題があるのではないかというように考えます。

そこで、主観的共同意思必要説で、考えるということになると思われます。この説では、おそらく共同正犯についての刑法理論を意識されているのではないかと思います。もっとも、刑法においては、共同正犯については明文でこれを認める規定があるのですが、特許権侵害については、そのような規定はありません。ですから、そのような規定がないのに、刑法の共同正犯と同じ様に考えていいのかという点についての問題はあり得ると思われます。

この点、刑法の分野においては、各論の構成要件は原則として単独犯を前提としており、その例外として共犯の規定があるという位置付けがされております。例えば西田先生は、「わが刑法は、刑法各則において単独正犯行為を原則としつつ、60条から65条において、共同行為を類型化している。これは任意的共犯と呼ぶ。これに対して、刑法各則の構成要件そのものにおいて、共同行為を類型化することも考えられる。例えば、内乱罪（77条）、騒乱罪（106条）、収賄・贈賄罪（197条・198条）などがあたる。このように、各則の犯罪類型が本来の複数の行為者による実現を予定している場合を必要的共犯と呼ぶ。」（西田典之・刑法総論第2版323頁）とされています。

ですから、特許法も刑法と同じように、単独行為者による構成要件の全部実施ということしか予定しておらず、特許法に、「共同実施も実施とする」という規定がないと共同直接侵害は認められないという考え方もあり得ると思われます。

このような共同実施も実施とするという根拠規定を現行の特許法の中から探そうと思うとなかなか難しいということになります。例えば特許の共有の規定がありますが、共有者の共同実施ということを考えて場合に、必ずしも共有者が全部の構成要件を実施していなくても、共同で全体の構成要件を実施していれば、それは共有者の実施に当たるという解釈がとれるのだといえたとすれば、特許法自体は共同実施ということ、必ずしも否定していないという説明ができるかもしれないと思います。しかし、そのような説明が可能であるとしてもかなり迂遠なものに感じられます。この点について、水谷弁護士は、我が国の特許制度は、これまで主に製造業の分野で利用されてきたため、特許権の侵害は単独の者によりなされることがむしろ当然の前提とされていたが、ビジネス方法特許で生じる複数サイトからなるシステム全体ないしは複数のサイ

ト間の協働は、従来の特許法が前提としていたものではないとしておられます（水谷直樹・前掲ジュリスト論文41頁）。水谷弁護士は、前記主観的共同意思必要説の立場で、共同直接侵害を肯定する立場ですが、従来の特許法が前提としていなかった問題であることを指摘されております。

いずれにせよ、共同実施という共同行為による全体実施を侵害とできる根拠について明確な説明はされていないというのが現状ではないかと思われます。

この点については、民事法の領域では刑法とは異なって、「行為」には共同行為も当然含まれるから議論するまでもなく当然のことであるとの立場もあり得るでしょうが、ただ、民事法一般にそういうことがいえるとしても、侵害行為の予測可能性が要求される特許法の領域で直ちにそれと同じ結論でよいかという点については議論も必要ではないかという感じはいたします。

なお、クレームに複数人の関与が書いてあれば共同直接侵害を肯定するという考えもあるかもしれませんが、そのクレームに2人の人が共同して実施といますか、「Aがこれをし、Bがこれをし」と経時的に書いてあれば、そのような場合に限り認められるというような考え方です。しかし、クレーム自体がそのように明確に書いてあるといえるのかという問題があり、クレームの解釈の問題が必ず絡んできますので、クレームの記載内容で決めるという考え方では、侵害となる範囲があまり明確にはならないのではないかという感じがしております。

ただ、そうはいつても、共同直接侵害を肯定する説がかなり有力に主張されておりますので、肯定する説で考えるとした場合に、どのような場合に共同侵害が成立するのかということも、考えておく必要があるかと思えます。

この点、民法では、差止請求ができる権利が限定されており、かつ、共同不法行為理論では主観的共同関係が不要とされていますので、なかなか参照できる考え方に乏しいところから、刑法での議論を少し参照してみたいと思います。刑法では共犯の処罰根拠として、最近では共犯の因果性ということがいわれていて、そこでは、物理的な因果性と心理的因果性という双方が問題にされています。

この因果性という考え方は、民事法の領域でも採用し得る通有性をもっており、特許の責任を考えると、責任根拠として参考にできるのではないか

と思われます。そのように考えることができるのであれば、刑法でいう物理的な因果性の問題が、どちらかといえば、共同行為の有無の問題に相当し、心理的因果性の問題が共同意思の問題に相当するのではないかと考えられます。

そして、どのような場合に、この物理的因果性と心理的因果性が共同直接侵害を肯定できる程度に高度のものであるとして肯定できるかについて考えてみると、構成要件の一部を実行しても、全部実施したと評価できるための実質を備える行為としては、①自己の構成要件の一部充足行為が、相互に相手の構成要件充足行為に影響力を行使していること（物理的因果性）、②そのような相手に対する影響力を行使している行為をもって、全部実施と同等に評価できる根拠として、自己の行為部分が全体の実施につき、重要な因果的寄与をしているということ（重要な因果的寄与）、③そして、上記①について、共同行為者相互が認識していること（心理的因果性）、を要するというような要件で考えるのではないかという感じがしております。これは今までの共同直接侵害説の要件設定と大して変わりはないと思いますけれども、そのような考え方ができるかもしれないと思っております。

ただし、この場合の、心理的因果性を基礎づける相互認識の問題は、故意、過失の問題とは異なり、全部侵害を基礎づけるだけの強度の結びつきの要件の一部とされているものであり、共同意思必要性における共同意思もそのようなものと考えられることができるとすれば、共同意思不要との尾崎説との対立も本質的対立ではなく、共同直接侵害の結びつきを認めるために、どこまでの要件を必要とするかの違いにすぎないとの見方も出てくると思われます。

民法理論においても、主観的共同意思必要説と呼ばれる説がありまして、その説においては、帰責の根拠とされるのは共同関係にある他人の行為という、自己の行為の結果でない損害について責任を負わなければならないというのは、各人が他人の行為を利用し、他方、自己の行為が他人に利用されるのを認容する意思を持つ場合に限るべきであるとされているようでして（潮見佳男・債権各論Ⅱ不法行為法 155 頁参照）、それと同じような考え方がとれるのではないのでしょうか。

再び、最近出されました中山先生の『特許法第2版』を見てみますと、「特許権侵害に主観的要件が必要か」という問題について、「特許権侵害には主観的要件は

必要とされないというのが原則であるが、間接侵害はその例外である。」とする本文の「注」のところで、「複数主体が共同意思をもって特許権侵害をする場合も、例外的に共同して侵害行為をなすという主観的要件を必要とする説が多数である。」という紹介がされております。中山先生自体がその説であるとはされていないのですが、学說的にも、共同直接侵害を認める、その場合に主観的な共同意思を必要とする共同意思必要説が、次第に受け入れられつつあるのではないかという感じはいたしております。

それでは、このあたりで、本日の私のお話を終わらせていただきます。

ご静聴有り難うございました。

（別紙）

1 HOYA 事件

原告が主張した特許権は4つあったが、このうち、侵害が認められた特許（特許3）の訂正前の構成要件は次のとおりである。

【F】 眼鏡レンズの発注側に設置されたコンピュータと、この発注側コンピュータへ情報交換可能に接続された製造側コンピュータと、この発注側コンピュータへ接続された3次元的眼鏡枠測定装置とを有する眼鏡レンズの供給システムであって、

【G】 前記発注側コンピュータは、眼鏡レンズ情報、3次元的眼鏡枠形状情報を含む眼鏡枠情報、処方値、及びレイアウト情報を含めた枠入れ加工をする上で必要となる情報を入力し、発注に必要なデータを前記製造側コンピュータへ送信する処理を含む眼鏡レンズの発注機能を有し、

【H】 一方、前記製造側コンピュータは、前記発注側コンピュータからの送信に応じて演算処理を行い、眼鏡レンズの受注に必要な処理を行う機能を備え、

【I】 前記眼鏡枠情報は、前記3次元的眼鏡枠測定装置の測定子を前記眼鏡枠の形状に従って3次元的に移動し、所定の角度毎に前記測定子の移動量を検出して前記眼鏡枠の3次元の枠データ（ R_n, θ_n, Z_n ）を採取して得たものであり、

【J】 前記発注側コンピュータは、前記3次元の枠データに基づいて前記眼鏡枠のレンズ枠の周長、眼鏡枠の傾き TILT、及びフレーム PD を求め、これらを前記製造側コンピュータへ送信する

【K】 ことを特徴とする眼鏡レンズの供給システム。

訂正後の構成要件は次のとおりである。

【F'】 ヤゲン加工済眼鏡レンズの発注側に設置された少なくともヤゲン情報を送信する機能を備えたコンピュータと、この発注側コンピュータに情報交換可能に通信回線で接続された製造側コンピュータと、この発注側コンピュータへ接続された3次元的眼鏡枠測定装置とを有する、製造側において手元に眼鏡フレームがない状態でヤゲン加工が行われるヤゲン加工済眼鏡レンズの供給システムであって、

【G'】 前記発注側コンピュータは、眼鏡レンズ情報、3次元的眼鏡枠形状情報を含む眼鏡枠情報、処方値、及びレイアウト情報を含めた枠入れ加工をする上で必要となる情報を入力し、発注に必要なデータを前記製造側コンピュータへ送信する処理を含む眼鏡レンズの発注機能を有し、

【H'】 一方、前記製造側コンピュータは、前記発注側コンピュータからの送信に応じて演算処理を行い、ヤゲン加工済眼鏡レンズの受注に必要な処理を行う機能を備え、

【I'】 前記眼鏡枠情報は、前記3次元的眼鏡枠測定装置の測定子を前記眼鏡枠の形状に従って3次元的に移動し、所定の角度毎に前記測定子の移動量を検出して前記眼鏡枠の3次元の枠データ (R_n , θ_n , Z_n)を採取して得たものであり、

【J'】 前記発注側コンピュータは、前記3次元の枠データに基づいて、この3次元の座標値から算出された前記眼鏡枠のレンズ枠の周長、眼鏡の正面方向に垂直な平面に対して左右の各眼鏡枠が同一の傾きをなすものとして定義される該傾きの角度である眼鏡枠の傾き TILT、及びフレーム PD を求め、これらを前記製造側コンピュータへ送信すること

【K'】 を特徴とするヤゲン加工済眼鏡レンズの供給システム。

2 インターネットナンバー事件

特許の構成要件

- A インターネットよりなるコンピュータネットワークを介したクライアントからサーバーシステムへの情報ページに対するアクセスを提供する方法であって、
- B 前記クライアントにおいて記述子を提供する段階と、
- C ディレクトリサーバーが、前記記述子を前記ディレクトリサーバーに存在する翻訳データベースを用いて URL にマッピングする段階と、
- D 前記ディレクトリサーバーが、REDIRECT コマンド中の前記 URL を前記クライアントに返送する段階と、
- E 前記クライアントに前記 URL を用いて情報を要求させる段階と、
- F 前記 URL により識別されたページを前記クライアント側で表示する段階と
- G を備えた情報ページに対するアクセス方法。

3 胃瘻穿刺針事件

特許の構成要件

- A 縫合糸挿入用穿刺針と、
- B 該縫合糸挿入用穿刺針より所定距離離間して、ほぼ平行に設けられた縫合糸把持用穿刺針と、
- C 該縫合糸把持用穿刺針の内部に摺動可能に挿入されたスタイレットと、
- D 前記縫合糸挿入用穿刺針および前記縫合糸把持用穿刺針の基端部が固定された固定部材とからなり、
- E 前記スタイレットは、先端に弾性材料により形成され、前記縫合糸把持用穿刺針の内部に収納可能な環状部材を有しており、
- F さらに、該環状部材は、前記縫合糸把持用穿刺針の先端より突出させたとき、前記縫合糸挿入用穿刺針の中心軸またはその延長線が、該環状部材の内部を貫通するように該縫合糸挿入用穿刺針方向に延びる
- G ことを特徴とする医療用器具。

(原稿受領 2013. 1. 24)