HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	特許権の間接侵害の理論（1）
Author(s)	橘, 雄介
Citation	知的財産法政策学研究, 51, 113-154
Issue Date	2018-10
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/72118
Type	departmental bulletin paper
File Information	51_04tachibana.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

特許権の間接侵害の理論(1)

橘　　雄介

目　次

第１　はじめに
第２　特許権の間接侵害に関する日本法の歴史と課題
　１　はじめに
　２　1959年法（昭和34年法）以前
　３　1959年法（昭和34年法）と「にのみ」型時代
　　(1)　1959年法の立法経緯
　　(2)　1959年法101条の趣旨と基本構造
　　(3)　1959年法の改正後の経緯の概略（以上、本号）
　　(4)　「にのみ」型間接侵害の規範の形成
　４　2002年改正法と前期・多機能型時代
　５　ピオグリタゾン事件と後期・多機能型時代
第３　特許権の間接侵害に関する米国法の歴史
第４　行為類型に応じた教唆・幇助行為の価値判断の分析
第５　間接侵害の効果論
第６　検討
第７　おわりに

第１　はじめに

特許権の間接侵害とは、典型的には、特許装置の部品を製造・販売する行為である。日本の特許法には間接侵害を定めた条文として101条１・４号と２・５号があるが、近年、課題に直面している。それは、２・５号の方では、裁判例がパブリック・ドメインにまで特許権が及ぶことを恐れて、間接侵害の範囲を制限的に解したが、これに対して、学説が何とか侵害の範

囲の柔軟な拡張を試みているからである。他方、1・4号の方では、逆に、裁判例が間接侵害の範囲を拡張したため、学説がパブリック・ドメインとの折り合いを付けることを求めているからである。この特許権者の権利とパブリック・ドメインとの折り合いをどう付けるのかが現在の日本の間接侵害が抱える課題ということになる。

筆者自身も、2・5号について裁判例がパブリック・ドメインに配慮しつつも、教唆を侵害範囲に取り込む可能性を示したことを受けて、あり得る選択肢を提案した[1]。また、1・4号についても、筆者は、従来の裁判例はあてはめレベルでは分水嶺をユーザーが被疑侵害製品の購入時点で侵害ユーザーと非侵害ユーザーに分かれるかどうかというところに置いていることを指摘し、同時に、それを正当化する可能性を指摘した[2]。もっとも、こういった筆者の提案や指摘がパブリック・ドメインとの折り合いをより良く付けるものかどうかについては、結論を留保していた。

では、以上の課題が十分に解決されていない原因は何だろうか。もしかすると、条文の要件が厳しく、柔軟な制度が自然に育つことが妨げられていたことがあるのかもしれない。新たな制度を議論する際には、従来の制度を眺めても答えは出ないことがあるために、ある程度、法学の外側から制度を眺めることが必要になってくる[3]。しかし、従来の議論は条文の縛りを受けたものだったため、そこを突破できなかったのかもしれないのである。

そこで、本稿では二つの意味で柔軟な環境に身を置いてみた。一つは、研究対象分野の柔軟性であり、日本法より柔軟に教唆行為を特許権侵害と規定する米国法を研究対象とし、どのような実践がなされているのかを探った。もう一つは、方法論の柔軟性であり、なるべく法学的なアプローチ以外のアプローチ、たとえば、法と経済学を視野に入れた市場指向のアプローチも使い、既存の法制度のバイアスを受けない間接侵害の法政策を探った。

具体的には、本稿は次のような検討の順序を辿る。最初に、日本法の歴

[1] 橘雄介［判批］知的財産法政策学研究46号（2015年）339-343頁。

[2] 橘雄介［判批］知的財産法政策学研究47号（2015年）354-356頁。

[3] 平井宜雄『法政策学』（第2版、有斐閣、1995年）9頁。

史を概観し、現在どういう課題があるのかを具体的に探る。外国法の研究が日本の問題意識から行われることが日本の問題の解決により役立つと思うからである[4]。次に、米国法の歴史を概観し、その判例法の文脈を把握する。その上で、どういう幇助や教唆行為が侵害となるのかについてその境界を探りたい。最後に、米国の実践を踏まえて、それが正当化できるものなのか、また、日本の課題の解決にどう使えるかを検討する。

第２　特許権の間接侵害に関する日本法の歴史と課題

１　はじめに

前項で示したように、比較法の研究は日本法の問題意識からなされるべきというのが、本稿が採る方法論である。そこで、最初に日本法の問題意識は何かを探っておきたい。具体的には、日本法の特許権の間接侵害の歴史的な展開を確認し、今抱えている課題は何かを確認しておきたい。

本論に入る前に、大雑把な展開を示しておきたい。

間接侵害の明文規定は1959年法で設けられたが、その下での間接侵害には大雑把にいって三つの時期がある。一つ目は、1959年法が設けた、発明の実施にのみ使用する部品に対する間接侵害規定（「にのみ」型間接侵害。現在の101条１・４号）が用いられた時期である。この頃の裁判例や学説の特徴はあくまでも被疑侵害製品に適法用途があるか無いかという点に着目するというもので(「にのみ」アプローチ)、本稿はこの時期を便宜上「『にのみ』型時代」と呼ぶことがある。

二つ目は、技術が進歩して多機能品が増えて来るにつれて、適法用途の有無に着目する従来の「にのみ」アプローチの下では多機能品に対応できないことが問題となった時期である（多機能品問題)。この多機能品問題に対して、2002年に特許法が改正され、多機能品であっても間接侵害責任を課す間接侵害規定（多機能型間接侵害。現在の101条２・５号）が設けられた。この新規定が立法された当初の裁判例や学説の特徴はこの多機能型

[4] 比較法研究は日本の現状に基づく問題意識からなされるべきとするものとして、平井宜雄「主報告『法的思考様式』を求めて－35年の回顧と展望(民法学の方法・思想・思考様式＜シンポジウム＞)」北大法学論集47巻６号(1997年)152-153頁。

間接侵害の基本的な判断基準を定立しようとするもので、本稿はこの時期を便宜上「前期・多機能型時代」と呼ぶことがある。

三つ目は、多機能型間接侵害が思ったより使えないという現象が生じ、または、そういった問題意識が広がった時期である。この時期の裁判例や学説の特徴は、多機能型間接侵害をあまり活用しない代わりに、「にのみ」型間接侵害を活用する、または、多機能型間接侵害をかなり修正して活用するというものであり、本稿はこの時期を便宜上「後期・多機能型時代」と呼ぶことがある。

2　1959年法（昭和34年法）以前

日本法の間接侵害の歴史は米国法に比べれば浅い。特許法に間接侵害の規定が設けられたのは1959年法からであるが、それ以前は、特許権侵害に関する規定は明文上はいわゆる直接侵害に関するもののみであり、それは物・方法の発明の製作・使用等について特許権者の権利を認めるという規定だった（旧特許法35条1項[5]）[6]。そのため、たとえば、組合せの発明を構成する一部の部品や方法の発明に使用される材料を提供する行為は直接侵害に当たらない行為とされていた[7]。こういった材料などの提供行為を規律する法律構成として議論されていたものは、一つは、民法上の共同不法行為構成であり[8]、もう一つは、特許権侵害の構成である[9]。後者の法律構成は当時から「間接侵害」と呼ばれていたようである[10]。

なお、前提問題として、当時の特許権侵害をとりまく一般的な状況に言及しておきたい。当時は現在の特許法100条に当たるような特許権侵害の

---

[5] 大正10年4月30日法律第96号（昭和4年10月1日施行版）。

[6] 飯塚半衛「特許権の間接侵害」特許と商標3巻5号（1934年）59頁。

[7] 飯塚・前掲注6・59-60頁。

[8] 指摘するものとして、松田登夫「工業所有権制度改正審議会〔一般部会関係〕の答申について」ジュリスト127号（1957年）43頁、露木美幸「多様化する間接侵害に対応する解決法理の構築に向けた一考察」平成23年度産業財産権研究推進事業（平成23～25年度）報告書（知的財産研究所、2013年）16頁。

[9] 飯塚・前掲注6・59-60頁。

[10] 飯塚・前掲注6・60頁［ただし、「間接(的)特許侵害」という用語も用いられている(69・70頁)］。

場合の救済の規定がなく、特許権侵害の効果は解釈によるものだった。そして、通説的には、特許権侵害の場合、民法の準占有の規定（205条、198条、および、199条）が適用され、差止請求権が認められていたようである[11]。これに対して、直接侵害以外の場合には、民法の共同不法行為の規定（719条）が適用されるため、差止請求権が発生しなかったと指摘されている[12]。

日本における間接侵害の本格的な研究論文で古いものとして、1934年の飯塚のものがある[13]。これはドイツの判例や学説を手がかりに日本における間接侵害を論じるものである。

論者は、① 特許権者に直接侵害に対する請求権を認めるだけでは、直接侵害者へのエンフォースメントが困難な場合がある。② また、直接侵害者が多数にのぼるため、元凶である部品や材料の供給者を差し止めないと特許権の保護が不十分になることがある。そのため、特許権侵害の一類型として間接侵害を認めるべきであると説く[14]。

ここでのポイントは、論者が既に行われた直接侵害行為に対する救済だけではなく（前記①）、将来に侵害が広がることを防ぐこと、つまり、差止めを認めることが間接侵害を認める趣旨だと指摘していることである(前記②)。そのため、次に紹介する要件論は差止めを見据えたものになっている[15]。

---

[11] 荒玉義人「工業所有権制度改正審議会答申について(三)」財経詳報94号(1957年)572頁。

[12] 露木・前掲注8・16頁[そしてそれが1959年法で間接侵害規定を設ける動機になったとする]。

ただし、反対説もあり、荒玉は、当時において、特許権侵害の幇助者に対しては、物権的請求権に基づく構成によって差止請求がなされ得るとする(荒玉義人「工業所有権制度改正審議会答申について(四)」財経詳報118号(1957年)1083頁)。

[13] 飯塚半衛「特許権の間接侵害(1)」法律新聞3698号(1934年)3－4頁、同「同(2)」法律新聞3699号(1934年)3頁、同「同(3)」法律新聞3701号(1934年)3－4頁、同「同(4･完)」法律新聞3702号(1934年)3－4頁、同・前掲注6。前4者は法律新聞誌上での連載であり、最後のものはそれをまとめたもののようである。

[14] 飯塚・前掲注6・61頁。

[15] 論者自身もこの研究が「専ら将来に向っての停止要求を眼中に置」いたものだと

論者は、材料や部品に特許用途以外の用途がない場合には被疑侵害者は侵害行為を予見できるのであり、材料の提供を事前に差し止めてよい。故に、この場合に、間接侵害が認められるのであり[16]、ほかに材料が特許権侵害に用いられることを知っていることといった主観的要件は不要であるとする[17]。これに対して、その材料などに適法用途がある場合には、間接侵害は認められないとする[18]。この理由として、論者は、適法用途のある材料に差止めを認めることは特許権の範囲を不当に拡張するものであること[19]、加えて、とすると、被疑侵害者が特許権侵害の用途を知っていることという主観的要件を付加すれば差止めを認めてもよいというものではない、とする[20]。

この飯塚の論文の要件論および効果論は、要するに、後に1959年法が新設する「にのみ」型の間接侵害規定と同じものである。

このように、1959年法以前にも重要な研究があった。もっとも、直接現在につながる議論は基本的には1959年法以後に集積している。

明言している（飯塚・前掲注６・77頁）。

[16] 飯塚・前掲注６・71頁。

また、適法用途の有無は、「他の方法に依る使用が理論上に可能であるとしても、実際上又は社会的に不可能である」かどうかによって判断される、とする（飯塚・前掲注６・71頁）。

[17] 飯塚・前掲注６・73頁。

もっとも、過去の分の損害賠償義務を判断する際には、直接侵害の場合と同様に主観的要件の考慮が必要となるとする（飯塚・前掲注６・77頁）。

[18] 飯塚・前掲注６・71頁。

[19] 飯塚・前掲注６・74頁。

また、差止めの実効性の点も理由にしている。すなわち、適法用途のある材料に差止めを認める場合には、たとえば、買受人に侵害用途に用いないよう警告する義務を被疑侵害者に対して課すことがあり得る。しかし、被疑侵害者は買受人の使い方を縛ることはできない。加えて、特許用途を知った買受人は逆に特許用途を使いたくなってしまうので、差止めを認めても意味がない（飯塚・前掲注６・73-74頁）。とすると、差止めとの関係では、材料に適法用途がある場合であっても被疑侵害者が特許権侵害の用途を知っていれば間接侵害を認めるという主観的要件を付加する方策は採れない、とする（飯塚・前掲注６・74頁）。

[20] 飯塚・前掲注６・74頁。

3　1959年法（昭和34年法）と「にのみ」型時代

(1) 1959年法の立法経緯[21]

ア　はじめに

1959年に特許法が全面改正され、現在の特許法が制定された[22]。前述のとおり、それ以前は特許権の間接侵害に関する規定はなかったが、新法101条で初めて明定されることになった[23]。もっとも、成立した条文の文言になるまでには変遷がある。以下ではその変遷を追いたい。なお、現状は立法過程の資料を集めた荒玉文庫へのアクセスに面倒があることに鑑みて、以下の叙述は冗長になることを厭わないものになっている。

イ　特許庁内の試案

1959年法の改正は1949年の閣議決定に端を発した[24]。そして、改正の問題点の一つとして権利侵害の実体的規定を整備するということが掲げられていた。すなわち、旧法では特許権侵害の場合の民事的救済を民法の類推適用に頼ってきたが、特許権侵害には特殊な面があるので、別途特許法で規定しようということになった[25]。

これを受けた間接侵害規定の立案作業は（おそらく1954年に[26]）特許庁

---

[21] 間接侵害に関する立法経緯について、一般的に参照、産業構造審議会知的財産政策部会「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(参考資料集)」(2001年)89-92頁、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』(発明協会、2002年)、露木・前掲注8・16-24頁、川田篤「『間接侵害の本質論』は『本質論』か」知的財産法研究54巻1号(通号147号)(2013年)3-4頁。

[22] 昭和34年4月13日法律第121号(施行は昭和35年4月1日)。

[23] 特許庁(編)・前掲注21・21頁。

[24] 露木・前掲注8・16頁。

[25] 特許庁「工業所有権制度の改正について」『工業所有権制度改正審議会 一般部会議事要録』(荒玉文庫27、工業所有権参考資料センター、1955年6月22日)14-15頁。

[26] 特許庁の試案のうち本文で後述の第一次案と第二次案には日付がないが、その後に荒玉文庫に綴られている「追加案」の日付は1954年4月10日である(審議室「権利侵害に関する実体的規定を整備すること(三)(b)追加案」『工業所有権侵害に関する改正資料』(荒玉文庫29、工業所有権参考資料センター、1954年4月10日))。

内で開始されたようである[27]。そして、特許庁内の検討第一次案で、「(二)侵害の態様について」「(e) Contributory Infringementの規定を置く（米法〔ママ〕参照）[271(b)(c)]」と結論付けられている（[ ]内は手書きのメモ。〔 〕内筆者）[28]。次いで、その第二次案で、侵害を教唆する行為と、「専ら」侵

[27] 矢野「工業所有権の侵害対策について」『工業所有権侵害に関する改正資料』（荒玉文庫29、工業所有権参考資料センター）。参照、露木・前掲注8・17頁。

[28]「侵害ニツイテ第一次問題点 試案」『工業所有権侵害に関する改正資料』（荒玉文庫29、工業所有権参考資料センター）2の1［冒頭に「矢野の提案した問題」と手書きでメモされている］。

なお、当時の立案担当者が米国法に対してどういう理解だったのかが問題となるため、特許庁内の本文の試案に至るまでの、具体的な経緯を追ってみたい。

作成者は不明であるが、1954年1月14日の資料において米国の特許権侵害についての検討メモが残されており、結論として、米国特許法271条(b)・(c)に基づく原案の作成が決められている。すなわち、特許庁の担当者は271条(b)について「黙示ハダメトイウ積極的イミ」として、誘引行為を積極的なものだと理解している。そして、(c)・(d)項について(c)項の行為を行えば反トラスト法違反となりかねないが、それだと特許権が実質上無意味になるため、明文で判例を確立したものだと理解している。そして、最後に「原案ヲ出スコト」としている（『工業所有権侵害に関する改正資料』（荒玉文庫29、工業所有権参考資料センター、1954年1月14日）の冒頭の資料）。なお、このメモで間接侵害について米国法以外の外国法に対する言及はない。

次に現れる資料では、矢野事務官が工業所有権の侵害についての問題の一つとして間接侵害の問題を指摘している。すなわち、

> 「(一)侵害の要件」。「権利そのものを侵害しなくても、侵害を構成する場合があるかという問題（米英法でいうContributory Infringement）を〔権利そのものの内容の問題と〕併せ考える必要がある。」（〔 〕内筆者）

としている（矢野・前掲注27）。

また、矢野事務官は1952年の米国特許法271条(b)・(c)とホアーの1952年法以前の米国特許法の解説書（ROGER SHERMAN HOAR, PATENT TACTICS AND LAW 219 (Ronald Press Company 1950)）に依拠した上で、結論として、日本法でも(c)項の場合を明文で明瞭にすべきだとしている（矢野・前掲注27・13-15頁）。すなわち、

> 「特に注目すべきことはc項の規定である。ホアーの旧法によるコメンタリーを見ると、解釈上は従来ともContributory Infringementが考えられていた。即ち侵害に使用されることを知りながらその材料を売ること、侵害物の生産にのみ使用で

害用途に用いられる材料であることを知りながらこれを販売する行為を特許権侵害の幇助者とみなす規定が提案された。すなわち、

「試案
第〇条　左の各号の一に該当する者は特許権の侵害を補助した者とみなす。
一　特許権の侵害を教唆した者。
二　特許物の組成部分、特許物を製作するために必要な資材、又は特許方法を使用するために必要な資材を……、その物が専ら特許権の侵害の目的で使用されることを知りながら販売又は拡布した者。……」

という規定が提案された[29]。

しかし、次に綴られている資料では（つまり、おそらくその後)、侵害

きる機械を売ること、侵害にもそれ以外のことにも使用されるが、購買者が侵害に使用することが明かな場合にそのものを販売することはContributory Infringementとみなされ、販売に際して侵害に用いないよう指示を与えたことでは抗弁できないものとされた。」「今回の米法〔ママ〕の改正が正面から法文上にこの問題を取り上げたことは興味深い問題である。この点は本邦でも明文で取り上げて明瞭にすべきではないかと思は〔ママ〕れる。」（〔 〕内筆者）

とする（矢野・前掲注27・14-15頁)。なお、矢野事務官は、この文脈で、米国法以外にも言及し、英国意匠法ではプリントの型紙を作成する行為が織物等の意匠権の内容となることも指摘している（矢野・前掲注27・15頁)。

なお、直前で引用した箇所と同様に、特許庁の担当者（おそらく矢野事務官）は多機能品の提供もContributory Infringementを構成すると理解していたふしがある。すなわち、特許庁の庁内資料はDDTが染料として既知であったが、新たに消毒剤の用途が特許された場合についてDDTを用いて消毒する行為はContributory Infringementを構成するとしている（「侵害ニツイテ第一次問題点 第二次案」『工業所有権侵害に関する改正資料』（荒玉文庫29、工業所有権参考資料センター）4)。

そして、第二次案の次の資料では、教唆の規定（試案第〇条一）が削除されたものの、新用途に対するContributory Infringementの成立が肯定されている（前掲「侵害ニツイテ第一次問題点 第二次案」6)。

[29] 前掲注28「侵害ニツイテ第一次問題点 第二次案」4。参照、露木・前掲注8・17頁。

を教唆する行為についての規定が削除され、加えて、材料等の提供行為について「専ら」の部分が「通常」に変更された。すなわち、

「試案
第〇条　特許物の組成部分、特許物を製作するために必要な物、又は特許方法を使用するために必要な物を、その物が通常特許権の侵害の目的以外には使用されないことを知りながら［製作］販売又は拡布した者は特許権を侵害した者とみなす。」（［ ］内は手書きの挿入）

という規定が提案された[30]（参照、図１。なお、以下では、図の網掛け部分は現行法に近いものを示している）。

	教唆行為	部品・材料等の提供行為	
		「にのみ」型の要件	主観的要件
第二次試案	あり	「専ら」	あり
第二次試案（変更後）	なし	「通常」	あり

図１

なお、その後、1954年７月15日の特許部会では（特許権の「効力」とは区別した意味での）特許権の「侵害」の問題は特許部会ではなく民法学者なども交えた一般部会で議論することとされたため[31]、間接侵害は特許部会では議論されていないようである（もちろん、特許庁内の議論は続いた）。

その後、特許庁内の議論で間接侵害に関する議論が更に深まっている。すなわち、特許庁内の資料では、「侵害幇助行為を防止する」ために、米国法のContributory Infringementとドイツ法の間接侵害（mittelbare Verletzung）の「趣旨を採用する」とした上で[32]、それを受けて、1954年５月

[30] 前掲注28「侵害ニツイテ第一次問題点 第二次案」６。

[31]「第一一二回特許部会議事要録」『工業所有権侵害に関する改正資料』（荒玉文庫29、工業所有権参考資料センター、1954年７月15日）１頁［荒玉、大貝発言］。参照、露木・前掲注８・17頁。

[32]「特許権侵害に関する実体的規定を整備すること」『工業所有権侵害に関する改正

7日付けの資料で、間接侵害の積極的要件として被疑侵害部品が「特許発明の要部を構成するもの」であることを要求し、他方、但書で侵害用途が「通常」の用途ではないことを要求する規定が提案された[33]。

この提案の1年後、理由は詳しく書かれていないが、「専ら」あるいは「通常」という要件によって非侵害用途と区別するという方針が変更されている。すなわち、1955年5月23日付けの資料では「侵害補助行為を防止する措置を設けること」とされ[34]、(おそらく)これを受けた1955年6月2日付けの資料で、侵害用途のある材料をその用途を知って販売する行為を特許権侵害とみなす旨の案が作成された[35]。つまり、主な要件が「専ら」

資料』(荒玉文庫29、工業所有権参考資料センター)。

[33]「コントリビユトリイ　インフリンヂメントの規定試案」『工業所有権侵害に関する改正資料』(荒玉文庫29、工業所有権参考資料センター、1954年5月7日)。

すなわち、

> 「特許物の組成部分又は特許方法を実施するために使用されるもの(材料又は装置)であってその特許発明の要部を構成するものを製作、販売又は拡布したときは特許権を侵害したものとみなす。但しそのものが通常(の市場取引において)侵害に使用されないものであるときはこの限りでない。」

という規定が提案された。

本文で前述の議論ではドイツ法も参照するとされていたが、ここでは米国法のみが参照されている。その上で、米国法の寄与侵害との違いが検討され、米国法では被疑侵害部品の非侵害用途は主観的要件の中で扱われるのに対して、この案では「通常」性は客観的要件であり、救済の場面では(損害賠償か差止めかは明記されていない)、別途、故意過失が要件となるとされている。

加えて、「特許権そのものの侵害ではないものを侵害とみなし」てしまうという問題があるが、その範囲は「『通常』の解釈によって限定してゆくことになろう」とされている。もっとも、「『専ら』にすると限定し過ぎるので裁判所が具体的事情によって認定するように裁量の余地を残すため『通常』とした。」と説明されている。

[34]「特許権侵害に関する実体的規定を整備すること」『工業所有権侵害に関する改正資料』(荒玉文庫29、工業所有権参考資料センター、1955年5月23日)。

[35] 審議室「特許権侵害に関する実体的規定を整備すること」『工業所有権侵害に関する改正資料』(荒玉文庫29、工業所有権参考資料センター、1955年6月2日)。

すなわち、

> 「(イ)　特許発明にかかる物の組成部分、もしくはその物を製作するために使用

あるいは「通常」という要件から主観的要件に移っている。

ウ　答申とそれまでの経緯[36]

次に、答申の前提として、工業所有権法一般問題改正要綱（案）が作成された。間接侵害に関する規定については、1955年６月23日の改正要綱案[37]では、侵害用途のある材料をその用途を知って販売する行為を特許権侵害とみなす旨の案が作成された[38]。おそらく、この案が一般部会の審議に掛

される材料、機械、装置又は特許発明にかかる方法を実施するために使用される材料、機械、装置を、その特許権を侵害する目的を以て又は侵害に用いられることを知りながら製作、販売、拡布又は輸入したものはその特許権を侵害したものとみなす。

（ロ）　登録意匠にかかる物品を製作するため必要な用具を、その意匠権を侵害する目的を以て又は侵害に用いられることを知りながら製作、販売、拡布又は輸入したものは、その意匠権を侵害したものとみなす。」

という規定が提案された。

[36] 工業所有権制度改正審議会特許部会の答申について、参照、特許庁(編)『工業所有権制度改正審議会答申説明書』（発明協会、1957年)、松田・前掲注８・43頁、荒玉・前掲注12・1083頁。

[37] 手書きで「No 1.」とメモされており（特許庁「工業所有権法一般問題改正要綱(案)」『特許部会一般部会関係 原案作成資料』（荒玉文庫28、工業所有権参考資料センター、1955年６月23日）１頁)、おそらく第一次案だろう。

[38] 特許庁・前掲注37・２－３頁、同『工業所有権制度改正審議会 一般部会議事要録』(荒玉文庫27、工業所有権参考資料センター) ２－３頁。参照、露木・前掲注８・18頁。

すなわち、

「(三)　侵害補助行為の防止

(1) 特許発明にかかる物の組成部分、もしくはその物を製作するために使用される材料、機械、装置又は特許発明にかかる方法を実施するために使用される材料、機械、装置をその特許権を侵害する目的を以て又は侵害に用いられることを知りながら製作、販売、拡布又は輸入したものは、その特許権を侵害したものとみなす。

(2) 登録意匠にかかる物品を製作するため必要な用具を、その意匠権を侵害する目的を以て又は侵害に用いられることを知りながら製作、販売、拡布又は輸入したものは、その意匠権を侵害したものとみなす。」

けられた。そこで、複数の委員から要件を限定すべきとの提案がなされた。たとえば、兼子委員は、「知りながら」という主観的要件について、「他の用途もある場合を除」く必要があるとして、「『主として侵害に用いられる』という限定を設けたい」という意見を述べた[39]。

この一般部会での議論を受け、1956年２月22日の第二次案では、文言が追加され、侵害用途に用いられる材料を「主として」その用途に用いられることを知って販売する行為を特許権侵害とみなす旨の案が作成された[40]。

この第二次案について改正庁議で議論がなされたようであるが、適用の場面が議論されたようであり、答申案自体には注文は付かなかったようである[41]。

という答申案が作成された。

[39]「第三回 一般部会事要録」『工業所有権侵害に関する改正資料』(荒玉文庫29、工業所有権参考資料センター、1955年７月27日)13頁。

[40] 審議室「工業所有権法一般問題改正要綱(第二次案)」『工業所有権制度改正審議会 一般部会議事要録』(荒玉文庫27、工業所有権参考資料センター、1956年２月22日)３頁。参照、露木・前掲注８・18頁。

すなわち、

> 「(三) 侵害補助行為の防止
> 特許発明にかかる物の組成部分、も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〔ママ〕又は特許発明にかかる方法を実施するために使用される材料、機械、装置をその特許権を侵害する目的を以て又は主として侵害に用いられることを知り乍ら製作販売〔ママ〕、拡布又は輸入したものは、その特許権を侵害したものとみなす。」(〔 〕内筆者)

という提案がなされた。

[41]「第一六回改正庁議議事要録」『工業所有権制度改正審議会 一般部会議事要録』(荒玉文庫27、工業所有権参考資料センター、1956年３月13日)。

担当者からの返答があった部分だけ紹介すると、

> 「(三)について
> ……
> ○ 直接侵害がなくても成立するのか。独立した罪なのか。(間接侵害罪とでもいうべき独立の罪になる。独法でも、はじめは侵害のほう助であつたものが、一九二七年から侵害罪とされるようになつた。)

この第二次案のうち特許権侵害に関する部分は1956年４月27日の工業所有権法一般問題改正要綱案（その１）にそのまま組み込まれた[42]。また、1956年12月24日の工業所有権制度改正審議会答申にもそのまま採用された。すなわち、答申は、

「第三　間接侵害について次のような規定を設ける。……
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。」

と提案した（参照、図２）[43]。この答申が通商産業大臣に建議された[44]。

	教唆行為	部品・材料等の提供行為	
		「にのみ」型の要件	主観的要件
第二次試案（変更後）	なし	「通常」	あり
答申	なし	「主として」	あり

図２

○　『主として侵害に用いられる』の『主として』は一般的にそのものの主目的が侵害用であるということか。一般的に言えば他の用途もあるがある工場に売つた場合には主目的は侵害用であるという場合か。（前者である。）
……
○　『・・・〔ママ〕 ことを知りながら』には過失をもつて知らざりし場合は含まれるのか。（含まれない。）」（〔 〕 内筆者）

というやり取りがなされている。

[42] 特許庁「工業所有権法一般問題改正要綱案（その一）」『工業所有権制度改正審議会 一般部会議事要録』（荒玉文庫27、工業所有権参考資料センター、1956年４月27日）３－４頁。参照、露木・前掲注８・19頁。

[43] 特許庁(編)・前掲注36・108・143頁。参照、荒玉義人「工業所有権制度改正審議会答申について(一)」財経詳報85号(1957年)369頁、露木・前掲注８・19頁。

[44] 荒玉・前掲注43・361頁。

この答申の趣旨については当時の資料や担当者の論文で次の点が指摘されている。第一は、材料などの製造・販売行為を直接侵害の前に差し止められるようにすることである[45]。第二は、被疑侵害者が特許発明のテレビのキットや用途発明の材料であるDDTを販売する場合、「悪の源泉」はアマチュアのテレビ組立家や農民ではなく被疑侵害者だ、という価値判断である[46]。第三は、主観的要件を設けることで善意による行為が萎縮することを防ぐことである[47]。この主観的要件のあてはめレベルの説明として次の指摘がある。すなわち、答申の条文案では釘みたいなものでも客観的要件を満たす可能性がある一方で、主観的要件の趣旨は問題の部品の「重要な用途」が侵害用途であることを知っていることを要求する趣旨である、と指摘されている[48]。

エ　1959年法案とそれまでの経緯

(ア)「にのみ」型の条文案までの経緯

時系列が答申と前後するが、1956年８月６日の特許庁内の資料によると、特許法案の条文配列が審議会に提案された。そこでは侵害補助行為の条文は「権利侵害」の章に置かれている[49]。その後、(おそらく[50]) 1956年11月3日頃の特許法改正第一次仮案で答申とほぼ同じ条文案が審議室に提案さ

---

[45] 特許庁(編)・前掲注36・108-109頁、松田・前掲注８・43頁、荒玉・前掲注12・1083頁[もっとも、特許権侵害の幇助者に対しては、物権的請求権に基づく構成によって差止請求があり得るが、物権的請求権に基づく救済措置では不十分だ、とする]。参照、露木・前掲注８・19-20頁。

[46] 荒玉・前掲注12・1083頁。

[47] 特許庁(編)・前掲注36・109頁、荒玉・前掲注12・1083頁、露木・前掲注８・19-20頁。

[48] 荒玉・前掲注12・1083頁。

[49] 審議室「特許法案の条文配列に関する試案」『特許法案(特許庁内審議用)』(荒玉文庫14、工業所有権参考資料センター、1956年８月６日)。

すなわち、「第十章 権利侵害」「第百六十条 侵害補助行為(新)」と位置付けられている。

[50] この資料に書かれた手書きのメモには「1956.11.3了」と付されている。

れ、検討された[51]。

しかし、ここから特許庁内の第一読会と第二読会を経るまでの間に侵害補助行為／間接侵害の規定は大幅な修正を受ける。その間の議論の経過は詳しく紹介したいので、先に条文案の結論についてのみ流れを追ってみたい。

まず、特許法案は第一読会に付される際に修正を受けて、材料が「発明の要部を構成するもの」であることが要件とされた。1957年１月16日、この修正案が特許法案とされ、特許庁第一読会に付された[52]。

次に、この第一読会での議論を経て、要部の要件が削除され、代わりに、材料が「実施するためのみに使用される」ものであることが要件とされ、かつ、主観的要件が削除された。また、「業として」行われることが要件とされた。そして、1957年４月26日に、この条文案が特許法案（第二読会）

---

[51]「特許法改正第一次仮案」『特許法案（特許庁内審議用）』（荒玉文庫14、工業所有権参考資料センター）。参照、露木・前掲注８・20頁。

すなわち、

「第百七十二条（侵害補助行為）

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〔ママ〕機械若しくは装置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、機械若しくは装置を、その特許権又は専用実施権を侵害する目的を以て、又は主として侵害に用いられることを知りながら製作、販売、拡布又は輸入したものはその特許権又は専用実施権を侵害したものとみなす」

という条文案が提案された。

[52] 審議室「特許法案（第一読会）」『特許法案（特許庁内審議用）』（荒玉文庫14、工業所有権参考資料センター、1957年１月16日）。参照、露木・前掲注８・20-21頁。

すなわち、

「（間接侵害）

第百七十八条　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っ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、又は主として発明の実施に用いられることを知りながら、製作、販売、拡布又は輸入したものは、その特許権又は専用実施権を侵害したものとみなす。」

という条文案が提案された。

として第二読会に付された。すなわち、

「(間接侵害)
　第百七十八条　特許発明に係る物の製作のみに使用される材料、機械若しくは装置又は特許発明に係る方法を実施するためのみに使用される材料、機械若しくは装置を業として製作、販売、拡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者とみなす。」

という条文案が提案された[53]（参照、図３）。

	教唆行為	部品・材料等の提供行為	
		「にのみ」型の要件	主観的要件
答申	なし	「主として」	あり
第二読会案	なし	「のみに」	なし

図３

(イ) なぜ「にのみ」型の条文案となったのか？

　では、なぜ主たる要件として主観的要件を改めて客観的要件を採用し、かつ、「のみに」というシンプルな要件にしたのだろうか。これが従来から不明だと指摘されてきた謎であった[54]。これまでの筆者の調査でもはっきりと答えを書いた資料は発見できていないが、全体像はつかめたように思われるので、ここで紹介したい。ポイントは三つあり、一つは「星埜資料」、もう一つは条文の見出しの変遷、最後が差止請求権との関係である。この三つの視点に焦点を当てて、時系列順に議論の経過を紹介したい。

　まず、星埜資料である。前述したように権利侵害の論点は民法学者や法

[53] 特許庁「特許法案(第二読会)」『特許法案(特許庁内審議用)』(荒玉文庫14、工業所有権参考資料センター、1957年４月26日)。参照、露木・前掲注８・21頁。

[54] 立法経緯が不明だと指摘するものとして、特許庁(編)・前掲注21・22頁、松村信夫「平成14年特許法改正後の専用品型間接侵害」別冊パテント12号(パテント67巻11号)(2014年) 3 頁[「101条１・４号の間接侵害類型は「きわめてあいまいな立法事実と立法趣旨に基づいて設けられ、解釈上も問題の多い間接侵害類型である」]。

制局との調整が必要だということで、特許部会では扱わず、一般部会で扱うこととされた。そして、どうやら特許庁内部で法学者（とりわけ我妻栄）への質問事項が整理されたようである。その文書の中に「星埜資料」として言及されているものがある[55]。この一つはおそらく1956年６月25日付けの特許庁の審議会に提出された資料であり、そこでは主観的要件をやめて、「のみに」要件を設けることが提案され、加えて、これがドイツ法だとも指摘された。すなわち、

> 「侵害補助行為の目的たる物は試案のごとく、中性的（特許発明にも又他の用途にも用い得るべきもの）の物品をも含むとすれば、試案の主観的要件を要するが、特許発明のみにしか用いられない物品に限れば、主観的要件は不要と考えるべきであろうか。（ドイツの如く）」

と提案された[56]。

次に、条文の見出しの変遷である。これまで述べてきたように、間接侵害に関するここまでの提案はほぼ米国特許法271条(c)に主に依拠したものだった。しかし、おそらく星埜資料の影響もあり、この時期に依拠の対象がドイツ法に変わっていったものと思われる。そのことは、条文の見出しの変遷からも読み取れる。どういうことかというと、特許庁の起草担当者の間では米国法の “Contributory Infringement” を「侵害幇助行為」と呼び、ドイツ法の “mittelbare Verletzung” を「間接侵害」と呼んでいたようである

---

[55] 1956年８月４日の特許庁の審議会に提出された資料では、「権利侵害の規定についてはもう一度合同研究の必要がある（星埜資料参照）」と言及されている（審議室「法案作成上の問題点（特許法関係）その一」『特許法案（特許庁内審議用）』（荒玉文庫14、工業所有権参考資料センター、1956年８月４日）。

[56] 審議室「特許権侵害に関する新規定についての疑問点」『工業所有権侵害に関する改正資料』（荒玉文庫29、工業所有権参考資料センター、1956年６月25日）４頁）。

なお、この資料の性格がどのようなものかが問題となるが、この資料の直前に綴じられているメモでは、この資料について「by Hoshino」「〔判読不能〕 Wakatumaに対する質問」（〔 〕内筆者）と書かれており、以上の点を我妻委員への質問事項として審議会に提案したものではないかと思われる。

が[57]、前述の特許法改正第一次仮案（1956年11月３日頃）と特許庁第一読会案（1957年１月16日）の間に見出しが「侵害補助行為」から「間接侵害」に変わっているのである（参照、図４）。

	部品・材料等の提供行為		
	「にのみ」型の要件	主観的要件	見出し
答申	「主として」	あり	間接侵害
第一次仮案	「主として」	あり	侵害補助行為
第二読会案	「のみに」	なし	間接侵害

図４

最後に、見過ごせないのが、差止請求権（ないし侵害予防請求権）と部品等の製造行為との関係である。侵害予防規定は答申段階では、現行法100条１項のように「侵害するおそれがある者」を含んでいなかった。すなわち、

「第一　差止請求権について次のような規定を設ける。……
（一）　特許権者は自己の権利を侵害する者に対して、その行為を止むべきことを請求することができる。
（二）　特許権者は前項の請求をするについては、侵害物の占有の引渡し、侵害物の廃棄、設備の除却その他適当な方法を請求することができる。
（三）　侵害者の申立があつた場合において、裁判所が適当と認めるときは、裁判所は特許権者の請求した方法に代えて他の方法による履行を命ずることができる。」

[57]「特許権侵害に関する実体的規定を整備すること」『工業所有権侵害に関する改正資料』（荒玉文庫29、工業所有権参考資料センター）。

起草担当者の後の著書も“a contributory infringer”を「侵害幇助者」と呼び、“mittelbare Verletzung”を「間接侵害」と呼んでいる（織田季明＝石川義雄『新特許法詳解』（増訂、日本発明新聞社、1972年）279頁）。

となっていた[58]。

---

[58] 特許庁(編)・前掲注36・103・142頁。
経緯を見ると次のようになっている。
まず、1955年6月23日付けの答申の要綱案(第一次案)では、

「(一)　侵害行為の防止について
(1) 差止請求権について明定する。
(2) 将来の侵害を防止するため必要あるときは、特許権者は侵害者の選択に従い、侵害物の占有の引渡もしくは廃棄を請求し、又はその他適当な処分をなすことを請求することができることとする。」

という答申案が提案された(特許庁・前掲注37・1頁、同・前掲注38・1頁)。
この第一次案に対して、一般部会において意見があった。後の第二次案に結び付いたものとしては、我妻委員の意見がある。一つには、規定を現在の侵害の防止と将来の侵害の防止の二つに分ける方針なのだとすると(荒玉室長がその旨の発言をしていた。「第二回一般部会議事要録」『工業所有権制度改正審議会　一般部会議事要録』(荒玉文庫27、工業所有権参考資料センター、1955年7月13日)3頁)、侵害物の引渡しと廃棄はむしろ現在の侵害の防止であるという意見があった(原委員も同旨。同上・6－7頁)。もう一つとして、上記答申案「(一)(2)」について侵害者が選択することに異論が出たところ、我妻委員から鉱業法に倣えば選択時期の問題が解決するという提案があった(同上・8頁。後述の星埜室員の第二次案の説明によると当時の鉱業法111条3項は裁判所の認定にかからせているとされる。「第一四回一般部会議事要録」『工業所有権制度改正審議会　一般部会議事要録』(荒玉文庫27、工業所有権参考資料センター、1956年5月9日)1－2頁)。
以上の二つの意見に基づいて1956年2月22日付けの第二次案が作成された(前掲「第一四回一般部会議事要録」1－2頁)。ここでは、

「(一)　侵害行為の防止について
(1)　差止請求権について明定する。
(イ) 現在の侵害を防止するため、特許権者は、侵害者に対し侵害物の占有の引渡又は廃棄その他により、侵害を差止むべきことを請求することができる。
(ロ) 特許権者は、侵害物の占有の引渡又は廃棄のうち何れか一を特定して請求する。侵害者の申立があつた場合において、裁判所は適当であると認めるときは、特許権者の請求による方式に代えて、他の方法による履行を命ずることができる。

しかし、どうやらその後、差止請求権と部品等の製造行為との関係が問題となったようである。これは「侵害の虞れ」のある場合は差止請求権が行使できるか、それとも侵害補助行為が適用されるかという問題であり、前述の1956年6月25日付けの星埜資料が差止請求権の文脈で論じている。そこでは、「侵害の虞れ」で十分説に立てば侵害補助行為の範囲と被ってくるから、侵害補助行為の範囲を限定すべきかどうかという問題が提起されている[59]。これを見ると、間接侵害が直接侵害の前段階の行為を差し止めるための制度だという理解が前提となっているので、間接侵害の要件論と差止請求権の要件論が地続きになっていたことが分かる。

この「侵害の虞れ」のある場合は差止請求権が行使できるか、それとも侵害補助行為が適用されるかという問題は1956年11月8日付けの特許庁審議室用の資料でも同様に指摘されている[60]。

---

(2) 将来の侵害を防止するため、必要あるときは、特許権者は、設備の除却、封印その他の適当な処分をなすことを請求することができることとする。」

という提案がなされた(審議室・前掲注40・1頁)。

これは1956年4月27日付けの要綱案(その一)でも同じである(特許庁・前掲注42・1頁)。

[59] 審議室・前掲注56・2頁。

すなわち、

「(ニ) 現在の侵害防止のための差止請求権は、侵害の虞れ(蓋然性)があるときにも行使できるものと考えるべきであろうか。(独法は少く〔ママ〕ともそのように解釈している。)

(ホ) 差止請求権が『侵害の虞れ』濃厚であるときにも行使できるとすれば、『侵害補助行為の防止』(四頁)の規定と競合する場合が多いと考えられる。寧ろ競合する場合は『侵害補助行為』から外すべきか。」(〔 〕内筆者)

と問題提起をしている。

なお、この差止請求権と侵害補助行為の関係はこの資料の直後に綴じられている手書きのメモでも問題提起されている。

[60] 審議室「特許権侵害の規定に関する疑問点」『工業所有権侵害に関する改正資料』(荒玉文庫29、工業所有権参考資料センター、1956年11月8日)。

なお、この資料の直前に綴じられているメモにも、やはり「権利侵害について我妻先生に質問する項」と書かれており、この資料が我妻委員に対する質問事項であ

そして、最終的に成立した条文では、差止請求権の要件は「侵害するおそれ」で十分だとされた（1959年法100条１項）。すなわち、

「(差止請求権)
第百条　特許権者又は専用実施権者は、自己の特許権又は専用実施権を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防の請求をすることができる。
2　特許権者又は専用実施権者は、前項の規定による請求をするに際し、侵害の行為を組成した物（物を生産する方法の特許発明にあつては、侵害の行為により生じた物を含む。）の廃棄、侵害の行為に供した設備の除却その他の侵害の予防に必要な行為を請求することができる。」

と規定された[61]（参照、図５）。

ることがメモされている。

[61] 昭和34年４月13日法律第121号。
なお、差止請求権に関する条文の変遷は以下のようになっている。
特許法改正第一次仮案（1956年11月３日頃）では、

「第百六十六条(差止請求権)
①　特許権者又は専用実施権者は自己の権利を侵害する者あるときは侵害物の占有の引渡又は廃棄のうちいづれか一を特定して侵害行為を止むべきことを請求することができる
②　侵害者の申立があった場合において裁判所が適当であると認めるときは特許権者又は専用実施権者の請求による方法に代えて他の方法による履行を命ずることができる
第百六十七条(設備の除却等)
特許権者又は専用実施権者は将来引続き自己の権利が侵害されるおそれのあるときは設備の除却、その他の適当な処分をなすべきことを請求することができる」

という条文案が特許庁の審議会に提案されている（前掲注51「特許法改正第一次仮案」）。
しかし、この間、審議室では166条と167条の併合論が出てくる。すなわち、

「差止請求権の行使は常に将来の侵害を防止するものであると考え、この二つの条文〔第一次仮案における166条と167条〕を併合」すべきではないか(〔 〕内筆者)という発想である(審議室・前掲注60)。そして、おそらくこれが次の特許庁第一読会案につながることになる。

特許庁第一読会案(1957年1月16日)では、

「(差止請求権)

第百七十二条　特許権者又は専用実施権者は自己の権利を侵害する者に対して、その行為を止むべきことを請求することができる。

② 特許権者又は専用実施権者は前項の請求をするについては、侵害行為を組成した物若しくは侵害行為より生じた物(以下『侵害物』という。)の占有の引渡し、侵害物の廃棄、設備の除却その他適当な方法を請求することができる。

③ 侵害者の申立があつた場合において、裁判所が適当と認めるときは、裁判所は特許権者の請求した方法に代えて他の方法による履行を命ずることができる。」

という条文案が特許庁の審議会に提案されている(審議室・前掲注52)。

特許庁第二読会(1957年4月26日)では、

「(差止請求権)

第百七十七条　特許権者又は専用実施権者は、自己の権利を侵害する者に対してその行為を止むべきことを請求することができる。

② 特許権者又は専用実施権者は前項の請求をするについては、侵害行為を組成した物若しくは侵害行為(物に係る特許発明についてその権利を侵害する行為を除く。)より生じた物(以下『侵害物』という。)の占有の引渡し、侵害物の廃棄、侵害行為に供した設備の除却その他適当な方法を請求することができる。

③ 侵害者の申立があつた場合において、裁判所が適当と認めるときは、裁判所は特許権者の請求した方法に代えて侵害者の申し立てた方法による履行を命ずることができる。」

という条文案が特許庁の審議会に提案されている(特許庁・前掲注53)。

その後の総務課第二読会案も実質的な内容は同じである(「総務課第二読会案」『特許法案(特許庁内審議用)』(荒玉文庫14、工業所有権参考資料センター))。

しかし、1987年8月16日付けの特許庁第三読会案に基づいて行われた特許庁第三読会において動きがあったようである。議論のたたき台とされた第三読会案の185

条は特許庁第二読会案（1957年４月26日）の177条と実質的な変更はないものだったが、その手書きのメモでは１項の「特許権者又は専用実施権者は、自己の特許権又は専用実施権を侵害する」という部分に対して、「する」が消され、「シ又ハ侵害スルオソレノアル」が挿入されている。そして、その理由が付記されている。すなわち、

「説明
　○・①〔１項のこと〕ハオソレノアル場合モ含マレル――将来ノオソレアルモノモ今トメルトスレバ表現ガ困難デアルカラヤメタ」

と手書きでメモされている（特許庁「特許法（第三読会）」『特許法案 法制局第一読会用』（荒玉文庫16、工業所有権参考資料センター、1957年８月16日）207頁）。

そして、間接侵害規定との関係で重要なことがこの第三読会で議論された形跡がある。すなわち、第三読会案の差止請求権の箇所には、

「・オソレガアルコトヲ入レルト第ニ條トノ関係.」

という手書きのメモがあり（同上・207頁）、そこで第二条（本文で後述するように間接侵害も含む特許権の定義規定）を見てみると、

「・所持ハ侵害ニナルカ．特ニ一八五ニハ侵害ノオソレヲ入レタコトトノ関係」

という手書きのメモもある（同上・３頁）。やはりここでも差止請求権の要件として「侵害のおそれ」で十分とすることと、間接侵害との関係が気にされていたことが読み取れるといってよいのだろう。

また、同時期に開催された法制局第一読会においても、「第一八五条　侵害のおそれのある場合も本条が適用されるのか。」と指摘され、差止請求権の要件として「侵害のおそれ」で十分かが問題とされている（「法制局審議経過(3)」『特許法案 法制局第一読会用』（荒玉文庫16、工業所有権参考資料センター））。

以上の議論の結果、1958年１月13日付けの特許庁第四読会案では「侵害するおそれ」が明記された。すなわち、

「（差止請求権）
　第九十六条　特許権者又は専用実施権者は、自己の特許権若しくは専用実施権を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の行為の停止又は予防の請求をすることができる。
　２　特許権者又は専用実施権者は、前項の請求をするについては、侵害の行為により生じた物（物の特許発明についてその権利を侵害する行為により生じた物を除く。）又は侵害の行為を組成した物（以下『侵害物』と総称する。）の

占有の引渡、侵害物の廃棄、侵害の行為に供した設備の除却その他の侵害の行為を停止し、又は予防するため適当な行為を請求することができる。

3　裁判所は、前項の請求をされた者の申立があつた場合において、その申立が適当であると認めるときは、特許権者又は専用実施権者が請求した行為に代えてその請求をされた者の申し立てた行為をすべき旨を命ずることができる。」

という条文案が提案された(特許庁「特許法案(第四読会)」『特許法案(法制局第二読会以降の分)』(荒玉文庫17、工業所有権参考資料センター、1958年1月13日)105頁)。

特許庁の第四読会などの議論の結果を踏まえて作成されたのが1958年4月3日付けの特許庁第五読会案であり、ここではとりわけ2項の文言がかなり修正されたものの、実質的な内容は変更されなかった。すなわち、

「(差止請求権)

第百条　特許権者又は専用実施権者は、自己の特許権若しくは専用実施権を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防の請求をすることができる。

2　特許権者又は専用実施権者は、前項の請求をするに際し、侵害の行為を組成した物(物を生産する方法の特許発明にあつては、侵害の行為により生じた物を含む。)の占有の引渡又は廃棄、侵害の行為に供した設備の除却その他の侵害の予防に必要な行為を請求することができる。

3　裁判所は、前項の請求を受けた者の申立があつた場合において、その申立が適当であると認めるときは、特許権者又は専用実施権者が請求した行為に代えてその請求を受けた者の申し立てた行為をすべき旨を命ずることができる。」

という条文案が提案された(特許庁「特許法案(第五読会)」『特許法案(法制局第二読会以降の分)』(荒玉文庫17、工業所有権参考資料センター、1958年4月3日)69頁)。

特許庁第五読会案(法制局第三読会案)について、法制局と法務省の審議が行われたが、そこで、2項の「占有の引渡」を削除することが求められた(審議室「法制局及び法務省審議(第三読会)問題点」『特許法案(法制局第二読会以降の分)』(荒玉文庫17、工業所有権参考資料センター、1958年6月2日))。その理由については、

「原告の方が占有物を使用するおそれがある。――原告は担保を供しなければならぬ　又その費用は誰が負担するのか明らかではない。」

というメモが残されている（「三三．五．二三〔判読不能：筆者注〕法務省」『特許法案（法制局第二読会以降の分）』（荒玉文庫17、工業所有権参考資料センター、1958年5月23日）2頁）。

もっとも、その後の1958年11月20日付け（日付は手書き）の特許庁第六読会案（法制局第四読会案）では2項の「占有の引渡」は維持され、特許庁第五読会案とほぼ同じ条文が提案されている（「特許法案（〔法制局:筆者注〕第四読会）」『特許法案（法制局第二読会以降の分）』（荒玉文庫17、工業所有権参考資料センター）69-70頁）。

しかし、差止請求権の規定については1959年1月30日の特許法案の閣議決定の直前で大きな変更が加えられた。

まず、1月12日（日付は手書き）に荒玉長官、24日に法制局に「特許法案（五）」が提出された。ここでは100条2項の「占有の引渡」が削除された条文案が提案された。すなわち、

「（差止請求権）

第百条　特許権者又は専用実施権者は、自己の特許権又は専用実施権を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防の請求をすることができる。

2　特許権者又は専用実施権者は、前項の規定による請求をするに際し、侵害の行為を組成した物（物を生産する方法の特許発明にあつては、侵害の行為により生じた物を含む。）の廃棄、侵害の行為に供した設備の除却その他の侵害の予防に必要な行為を請求することができる。

3　裁判所は、前項の規定による請求を受けた者の申立があつた場合において、その申立が適当であると認めるときは、特許権者又は専用実施権者が請求した行為に代えてその請求を受けた者が申し立てた行為をすべき旨を命ずることができる。」

という条文案が提案された（「特許法案（五）」『特許法案（法制局第二読会以降の分）』（荒玉文庫17、工業所有権参考資料センター）69-70頁）。

しかし、ここから更に動くことになる。「特許法案（五）」の条文案自体には100条3項があったが、（手書きのメモによると）民事局の意見によって、3項が削除された。その理由は、（手書きのメモによると）「申立がなくても裁判所はⅡ〔2項のこと〕でやるようにした方がよい．又〔判読不能〕勝訴か敗訴か不明である．」というものだったようである（〔 〕内筆者）（同上・70頁）。国会審議でも答申にあった、ここでいう100条3項がなぜ採用されなかったのかが質問されている。それに対して、やはり、法務省が、3項の「規定がなくても実質的には運用によって行うこと

	部品・材料等の提供行為		差止め
	「にのみ」型の要件	主観的要件	「侵害のおそれ」の場合
答申	「主として」	あり	含まず
第二読会案	「のみに」	なし	含まず
第四読会案	「のみに」	なし	含む

図 5

ができる」ということを理由に反対したと説明されている(参議院「第三十一回国会 参議院商工委員会会議録第十号」『第三十一回国会議事録 含改正工業所有権法関係官報』(荒玉文庫26、工業所有権参考資料センター、1959年2月18日)2頁[政府委員(井上尚一)発言])。結局ここで、100条はその後成立する条文と同じ項数・文言となったわけである。

すなわち、国会に提出された法案は、

「(差止請求権)

第百条　特許権者又は専用実施権者は、自己の特許権又は専用実施権を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防の請求をすることができる。

2　特許権者又は専用実施権者は、前項の規定による請求をするに際し、侵害の行為を組成した物(物を生産する方法の特許発明にあつては、侵害の行為により生じた物を含む。)の廃棄、侵害の行為に供した設備の除却その他の侵害の予防に必要な行為を請求することができる。」

というものとされた(参議院「第三十一回国会 参議院商工委員会会議録第七号」『第三十一回国会議事録 含改正工業所有権法関係官報』(荒玉文庫26、工業所有権参考資料センター、1959年2月10日)25頁)。

その後の国会審議においては、100条の差止請求権については、「権利侵害の場合につきましての〔ママ〕この行為について、差止請求権という権利を法律上明文をもって設けたわけであります。侵害行為の中止を請求する。そうしてまたその場合に、侵害物の廃棄、侵害行為に供した装置等の除却等をも請求することができるという制度を、明文を設けたわけであります。」(〔 〕内筆者)と簡単に説明されているのみである(参議院「第三十一回国会 参議院商工委員会会議録第八号」『第三十一回国会議事録 含改正工業所有権法関係官報』(荒玉文庫26、工業所有権参考資料センター、1959年2月11日)4頁[政府委員(井上尚一)発言])。

つまり、結論的には、「侵害の虞れ」で十分説に立てば侵害補助行為の範囲と被ってくるから、侵害補助行為の範囲を限定したということになり、残ったものが「にのみ」型の間接侵害の規定だという格好になっている。結局、起草担当者はこの差止請求権の範囲においても部品等の製造等の行為においてもドイツ法に依拠し、それによって両者の調節がなされている。

以上をまとめたいが、答えを明快に教えてくれているように読めるのが起草担当者によって後に書かれたドイツ法の理解である。すなわち、担当者は、①当時のドイツ法ではこの特許発明に用いられる部品等の提供者の責任は「間接侵害」と呼ばれるものであり、また、その内容は、②特許権者は侵害「のみに」用いられる物の提供行為に対して差止請求権を行使できること、および、③被疑侵害品が「のみに」品ではなくても、被疑侵害者が「侵害のおそれ」を知っている場合には差止請求権が認められる、というものだと理解していたようである[62]。これを前述の間接侵害と差止めの規定に関する経緯を踏まえて読むと、「①」は条文の見出しの変遷が依拠対象が米国法からドイツ法に変わったことを、「②」は制定された「にのみ」型の規定はドイツ法の「のみに」品の提供行為に関する規律を採用したものであることを、また、「③」は差止請求権の要件として「侵害のおそれ」で十分だとしたために、間接侵害規定ではこの範囲を除外したことをそれぞれ示しているように読めるのである。

(ウ)「にのみ」型の条文案になって以降の経緯

その後に行われた条文案の変更はマイナーチェンジである。最初に条文の置き場所について変遷があった。日付不明であるが[63]、総務課第二読会案では、間接侵害の規定（この時点では第百七十八条）を「第六十六条に

---

[62] 織田＝石川・前掲注57・279-280頁。

100条１項の差止請求権において「侵害のおそれ」を規定したことについても、起草担当者は、新法の「侵害のおそれ」は可能性が大きいことをいうとして（同上・353頁）、侵害の蓋然性のある場合に差止請求権を認めるとするドイツ法の解説（同上・356頁）と軌を一にする説明をしている。

[63] 直前に綴じられたメモによると特許庁第二読会案（1957年４月26日）後に作成されたもののようである。

規定する」と提案されている[64]。

1957年８月16日に特許庁第三読会案(法制局第一読会案)が作成された[65]。従来の法案は間接侵害規定を独立の侵害規定とするものだったが、特許庁第三読会案は物の発明、方法の発明、および物を製作する方法の発明それぞれについての特許権の定義規定に間接侵害の規定を組み込んだ。すなわち、

「(定義)

第二条　この法律で『特許権』とは、次に掲げる権利をいう。

一　特許を受けている発明（以下『特許発明』という）が物の発明として特許を受けているものであるときは、その物並びにその物を製作するためのみに使用される材料、機械及び装置を業として排他的に製作し、使用し、販売し、拡布し、及び輸入する権利

二　特許発明が方法の発明として特許を受けているものであるときは、その方法を業として排他的に使用し、並びにその方法を実施するためのみに使用される物、材料、機械及び装置を業として排他的に製作し、使用し、販売し、及び輸入する権利

三　特許発明が物を製作する方法の発明として特許を受けているものであるときは、前号に掲げる権利のほか、その方法によつて製作した物

---

[64] 前掲注61「総務課第二読会案」。

[65] なお、特許庁第二読会から第三読会までの間に、特許庁以外からいくつか反応があったようである。

1957年６月19日、(直前に綴じられているメモによれば)科学技術庁から「間接侵害の規定は行過ぎではないか？」との指摘があった(「科学技術庁の特許法案に対する意見(特許庁第二読会案について)／特許法案(第二読会)に関する問題点」『特許法案(特許庁内審議用)』(荒玉文庫14、工業所有権参考資料センター、1957年６月19日))。

日付不明だが、法務省刑事局から「百七十八条(間接侵害)において、『侵害したものとみなす。』と規定しているが、罰則の適用に関しては除く旨を規定してはどうか。」との指摘があった(「特許法案に対する法務省意見(特許庁第二読会案に対して)／特許法案(第二読会)に対する刑事局の意見」『特許法案(特許庁内審議用)』(荒玉文庫14、工業所有権参考資料センター))。

を業として排他的に使用し、販売し、拡布し、及び輸入する権利」

という条文案が提案された[66]。

この案に基づいて特許庁第三読会が行われたが[67]、その議論の結果、審議会では間接侵害はやはり独立の侵害規定とすることとされたようである[68]。メモ[69]やその間の関係省庁等からの要望[70]によると、その理由は間接

---

[66] 特許庁・前掲注61「特許法（第三読会）」2頁。参照、露木・前掲注8・21-22頁。

[67] 直前に綴じられたメモによると第三読会は1957年9月2日から11月6日にかけて行われたようである。

[68] 同旨、露木・前掲注8・22-23頁。

[69] 特許庁第三読会案に付されたメモには次のようなものがある。すなわち、

「□・間接侵害ニ該当スルモノヲ特許権ノ中ニ入レタコトニツイテノ問題点
・〔判読困難〕権利ノ効力ハ及ブコトト発明ノ同一トイウコトハ別個ニ考エテヨイ.」（〔 〕内筆者）

というメモや（特許庁・前掲注61「特許法（第三読会）」2－3頁）、

「・間接侵害ニ当ルモノヲ権利ノ中ニ入レルト困ル点.（重陽会意見）
・・前述〔前記の2－3頁のメモのことだろう〕ノホカニ、ノミニ使用セラレルカドウカハノミニ使用セラレル物ヲ製作スル〔判読不能〕点ニ於テ判断サレルベキデアル.
・・行為ノ〔判読不能〕点デナイトスルト.永久ニ材料ハ特許権者ノ専権トナツテ不都合ヲ生ズル」（〔 〕内筆者）

というメモが残されている（同上・3頁裏）。そしておそらく結論として、

「○・定義ニスルコトハヤメル.夫々ノ箇所ニ必要〔判読不能〕ヲカクコト.」（〔 〕内筆者）

というメモがある（同上・3頁）。

[70] 1957年11月8日（日付は手書き）の科学技術庁からの意見でも、特許庁第三読会案（法制局第一読会案）の2条1項1号と2号について、「直接特許権と関係のない範囲まで、特許権の効力を及ぼすことは適当でない場合もあると考えられる。」として、再検討が求められている（科学技術庁「法制局第一読会案に対する科学技術庁の意見／特許法改正案（第三読会）に対する意見」『特許法案 法制局第一読会用』（荒玉文庫16、工業所有権参考資料センター））。

侵害の範囲は発明の範囲ではなく行為の問題だということのようであり、そのために、第三読会の議論において間接侵害規定を定義規定に配置しないようにすることが決定されたと推測できる。

なお、同時に[71]、特許庁第三読会案は法制局との第一読会にも付されたようである[72]（「特許庁第三読会案」が「法制局第一読会案」と表現されることがあるのはそのためだろう）。

その後、以上の議論を踏まえて1958年１月13日付けで特許庁第四読会案が作成された。そこでは、間接侵害の規定を一つの条項で規定していた特許庁第三読会案（1957年８月16日）が改められて、間接侵害は権利侵害の項で扱うこととされた[73]。また、物の発明と方法の発明を分けて、それぞ

加えて、1957年12月２日付けの事業者工業所有権協会からの意見でも同様の要望がなされている（事業者工業所有権協会「改正特許法案に関する件」『特許法案 法制局第一読会用』（荒玉文庫16、工業所有権参考資料センター、1957年12月２日）1・7－9頁）。1957年11月15日付け（日付は手書き）の重陽会からの意見でも同様の要望がなされている（「法制局第一読会案に対する重陽会要望事項」『特許法案 法制局第一読会用』（荒玉文庫16、工業所有権参考資料センター））。

[71] 手書きのメモによると法制局との審議は1957年９月１日から11月22日まで行われたようである（「法制局審議経過」『特許法案 法制局第一読会用』（荒玉文庫16、工業所有権参考資料センター））。

[72] 前掲注71「法制局審議経過」。

[73] ちなみに、第四読会案の発明の定義規定は成立した条文とほぼ同様のものとなっている。すなわち、

「（定義）

第二条　この法律において『発明』とは、自然法則を利用した技術的思想の創作をいう。

２　この法律において『特許発明』とは、特許を受けている発明をいう。

３　この法律において『発明の実施』とは、次に掲げる行為をいう。

一　物の発明にあつては、その物を生産し、建造し、使用し、譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡のために展示し、又は輸入する行為

二　方法の発明にあつては、その方法を使用する行為並びにその方法によつて生産し、又は建造した物を使用し、譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡のために展示し、又は輸入する行為」

れに間接侵害規定を設けるという変更がなされた。すなわち、

「第二節　権利侵害」[74]
「(侵害とみなされる行為)
第九十七条　次に掲げる行為をした者は、当該特許権又は専用実施権を侵害したものとみなす
一　特許が物の発明についてされているものである場合において、その物を生産し、又は建造するためのみに使用される物を業として生産し、建造し、使用し、譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡のために展示し、又は輸入する行為
二　特許が方法の発明についてされているものである場合において、その方法を実施するためのみに使用される〔ママ〕業として生産し、建造し、使用し、譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡のために展示し又は輸入する行為」(〔 〕 内筆者)

という条文案が提案された[75]。これが特許庁第四読会（法制局第二読会）に付された[76]。

この特許庁第四読会案については自由民主党の特許等改正調査小委員会の審議も行われた[77]。間接侵害規定については語句の修正について意見

という条文案が提案されている(特許庁・前掲注61「特許法案(第四読会)」2頁)。
[74] 特許庁・前掲注61「特許法案(第四読会)」105頁。
[75] 特許庁・前掲注61「特許法案(第四読会)」106頁。参照、露木・前掲注8・23頁。
[76] 手書きのメモによると特許庁の第四読会は1958年1月24日から4月2日にかけて行われたようである(特許庁・前掲注61「特許法案(第四読会)」表紙)。
また、法制局審議(第二読会)については、その正確な開催時期はよく分からないが、少なくとも1958年2月頃から3月頃まで行われたようである(特許庁「法制局審議(第二読会)問題点その一」『特許法案(法制局第二読会以降の分)』(荒玉文庫17、工業所有権参考資料センター、1958年2月11日)、同「同その四」同(1958年3月18日))。
[77] 1958年1月6日から2月11日まで開催されたようである(清瀬一郎(委員長)「特許等改正調査小委員会調査報告書」『特許法案(法制局第二読会以降の分)』(荒玉文庫17、工業所有権参考資料センター、1958年2月11日))。

があったのみでほぼそのまま了承された[78]。

ここまでの議論を踏まえて作成されたのが1958年4月3日付けの特許庁第五読会案（法制局第三読会案）である。ここでは、用語が修正されたのみで、実質的な内容の変更はなされていない[79]。そして、この法案が特許庁第五読会[80]と法制局第三読会[81]の議論に付された。

その後、1958年11月20日付けで[82]特許庁第六読会案(法制局第四読会案)[83]

---

[78] 清瀬・前掲注77。

具体的な修正箇所は「建造」の文字を「構成」に改めるというものである。また、差止請求権(当時96条)も、見出しが「差止及び除却請求」に改められたこと以外は、そのまま認められている。

[79] 特許庁・前掲注61「特許法案(第五読会)」70頁。

すなわち、

「(侵害とみなされる行為)

第百一条　次に掲げる行為は、当該特許権又は専用実施権を侵害するものとみなす。

一　特許が物の発明についてされている場合において、その物を生産するためにのみ使用する物を業として生産し使用し譲渡し貸し渡し譲渡若しくは貸渡のために展示し又は輸入する行為

二　特許が方法の発明についてされている場合において、その方法の発明の実施にのみ使用する物を業として生産し使用し譲渡し貸し渡し譲渡若しくは貸渡のために展示し又は輸入する行為」

という条文案が提案された。

[80] 手書きのメモによれば1958年4月7日から6月25日まで開催された(特許庁・前掲注61「特許法案(第五読会)」表紙)。

[81] 正確な開催日時はよく分からないが、おそらく1958年5月頃から6月頃にかけて開催されている(「刑事局との打合せ」『特許法案(法制局第二読会以降の分)』(荒玉文庫17、工業所有権参考資料センター、1958年5月14日)から審議室・前掲注61「法制局及び法務省審議(第三読会)問題点」までの資料)。

[82] ただし、手書きのメモである(「特許法案」『特許法案(法制局第二読会以降の分)』(荒玉文庫17、工業所有権参考資料センター)表紙)。

[83] ただし、手書きのメモでは「第四読会」となっている。おそらく、法制局第四読会用の資料という意味だろう(前掲注82「特許法案」表紙)。

が作成され、第六読会に付されている[84]。その内容は一見マイナーチェンジだが、実は後の被疑侵害製品の「使用」は間接侵害を構成しないとしたドクターブレード地裁判決[85]の契機となるもので、間接侵害を構成する行為から「使用」を除くというものだった。すなわち、

「(侵害とみなす行為)
　第百一条　次に掲げる行為は、当該特許権又は専用実施権を侵害するものとみなす。
　一　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使用する物を業として生産し譲渡し貸し渡し譲渡若しくは貸渡のために展示し又は輸入する行為
　二　特許が方法の発明についてされている場合において、その発明の実施にのみ使用する物を業として生産し譲渡し貸し渡し譲渡若しくは貸渡のために展示し又は輸入する行為」

という条文案が提案された[86]。

この変更はおそらく特許庁第五読会の議論の結果である。特許庁第五読会の資料を見ると、第百一条一号と二号の「使用し」に取消線が引かれ、二号のその線の横に「方法の実施そのものであるから」とメモされている[87]。一号との関係では具体的なメモは残されていない。ともあれ、この特許庁第五読会のメモがそのまま特許庁第六読会案に反映されている。

その後、「特許法案（五）」という法案が作成された。その内容は間接侵害規定については法制局第四読会案と一字一句同じである[88]。この法案の性格は活字では明記されていないが、手書きのメモによると、この法案は、

---

[84] 手書きのメモによると、1958年12月１日から12月６日まで開催されている（前掲注82「特許法案」表紙）。

[85] 東京地判平成14.5.15判時1794号125頁［ドクターブレード］。

[86] 前掲注61「特許法案（〔法制局：筆者注〕第四読会）」70-71頁。

[87] 特許庁・前掲注61「特許法案（第五読会）」70頁。
　加えて、二号の上に「・使用はどんなケースか」というメモも残されている。

[88] 前掲注61「特許法案（五）」70-71頁。

おそらく、1959年１月12日に荒玉室長に提出され、その後、１月24日に法制局（おそらく第五読会）の審議に付されたもののようである。更に、この法制局での審議において修正されたもの（ただし、間接侵害の規定については修正はない）が最終的に１月30日の閣議決定に至っているようである[89]。

（エ）特許法案と国会審議

上記の閣議決定を受けて、特許法案[90]が1959年２月に国会に提出された[91]。すなわち、

「(侵害とみなす行為)

第百一条　次に掲げる行為は、当該特許権又は専用実施権を侵害するものとみなす。

一　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使用する物を業として生産し譲渡し貸し渡し譲渡若しくは貸渡のために展示し又は輸入する行為

二　特許が方法の発明についてされている場合において、その発明の実施にのみ使用する物を業として生産し譲渡し貸し渡し譲渡若しくは貸渡のために展示し又は輸入する行為」

という条文案が提案された[92]。

なお、1959年１月16日付けで特許法案の逐条解説があり、これに基づいて特許庁長官などに説明がなされていたようである[93]。その内容は特許法

---

89 前掲注61「特許法案(五)」表紙。

90 国会に提出された特許法案は、参議院・前掲注61「第三十一回国会 参議院商工委員会会議録第七号」16-33頁にある。

91 参照、露木・前掲注８・23頁。

92 参議院・前掲注61「第三十一回国会 参議院商工委員会会議録第七号」25頁。

93 ただし、日付と文書の性質は手書きのメモによる（特許庁「特許法案逐条解説」『特許法案（法制局第二読会以降の分）』（荒玉文庫20、工業所有権参考資料センター）表紙）。

成立後に出された逐条解説[94]と比べて、100条と101条については概ね同じ文言である[95]。

その後、国会審議が行われている[96]。

国会審議においては、政府からの法案の説明の段階では、101条の間接侵害についての説明はなされていないようである[97]。他方、質疑では輸出

---

[94] 特許庁(編)『新工業所有権法逐条解説』(発明協会、1959年)。

[95] 100条について、特許庁・前掲注93・223-225頁、同(編)・前掲注94・178-180頁。
101条について、特許庁・前掲注93・226-228頁、同(編)・前掲注94・180-182頁。

[96] 参議院の商工委員会では1959年２月10日から審議がなされ(参議院・前掲注61「第三十一回国会 参議院商工委員会会議録第七号」)、1959年３月12日に全会一致で修正議決されている(その際、特許法案については附帯決議も付けられた)(参議院「第三十一回国会 参議院商工委員会会議録第十八号」『第三十一回国会議事録 含改正工業所有権法関係官報』(荒玉文庫26、工業所有権参考資料センター、1959年３月12日))。

その後、この特許法案が参議院から衆議院に送付され、衆議院の商工委員会で1959年３月17日から審議され(衆議院「第三十一回国会 衆議院商工委員会議録第三十号」『第三十一回国会議事録 含改正工業所有権法関係官報』(荒玉文庫26、工業所有権参考資料センター、1959年３月17日))、1959年３月27日に全会一致で原案通り可決された(その際、特許法案については附帯決議も付けられた)(衆議院「第三十一回国会 衆議院商工委員会議録第三十七号」『第三十一回国会議事録 含改正工業所有権法関係官報』(荒玉文庫26、工業所有権参考資料センター、1959年３月27日))。

[97] 参照、参議院・前掲注61「第三十一回国会 参議院商工委員会会議録第八号」1－5頁。
他方、参考人による意見の中に間接侵害に関する言及があるが、抽象的なものに留まっている。そこでは、

> 「特許発明の実施のみに使用せられるものを、特許権者以外の第三者が製造等をしたときには、これは、通常間接侵害と称せられておりまするが、従来特許権侵害を幇助するものでありましても、特許権侵害は成立しなかったのでありまするが、今度は、特許権侵害として取り扱われることになりました。特許権者を厚く保護するように実効をあげることができることと存じます。」

と述べられている(参議院「第三十一回国会 参議院商工委員会会議録第十二号」『第三十一回国会議事録 含改正工業所有権法関係官報』(荒玉文庫26、工業所有権参考資料センター、1959年２月25日)６頁[参考人(村瀬直養)発言][村瀬氏は前商工組

入の場合の適用についてやり取りがなされているが[98]、趣旨や基本的な要件についてのやり取りはなされていないようである。

その後、特許法は衆参両議院で可決され、成立し、1959年4月13日に公布された[99]。最終的に成立したのが次の規定である。すなわち、

「(侵害とみなす行為)

第百一条　次に掲げる行為は、当該特許権又は専用実施権を侵害するものとみなす。

一　①　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　②　にのみ使用する物を　③　業として　④　生産し譲渡し貸し渡し譲渡若しくは貸渡のために展示し又は輸入する行為

二　特許が方法の発明についてされている場合において、その発明の実施にのみ使用する物を業として生産し譲渡し貸し渡し譲渡若しくは貸渡のために展示し又は輸入する行為」(丸数字は筆者)

と規定された[100]。

(2) 1959年法101条の趣旨と基本構造

ア　基本構造

101条1号の要件を分節すると、直接侵害行為について物の生産要件(①)、被疑侵害製品について「にのみ」品要件(②)、および、間接侵害行為について「業として」要件(③)と生産等要件(④)が課されている(丸数字は上で掲げた101条の条文中の丸数字と対応する)。

合中央金庫理事長とされる(5頁)]。同旨、衆議院「第三十一回国会 衆議院商工委員会議録第三十五号」『第三十一回国会議事録 含改正工業所有権法関係官報』(荒玉文庫26、工業所有権参考資料センター、1959年3月25日)[村瀬直養参考人発言])。

[98] 参議院「第三十一回国会 参議院商工委員会会議録第十五号」『第三十一回国会議事録 含改正工業所有権法関係官報』(荒玉文庫26、工業所有権参考資料センター、1959年3月5日)19頁[政府委員(井上尚一)発言]。

[99]「官報(号外)第45号」『第三十一回国会議事録 含改正工業所有権法関係官報』(荒玉文庫26、工業所有権参考資料センター、1959年4月13日)。

[100] 昭和34年4月13日法律第121号。

直接実施が認定される場合、通常は①・③・④の要件は充足されるため、この中で間接侵害に特有の要件は②の「にのみ」品要件だということになる。そのため、この新規定は「『にのみ』型間接侵害」などと呼ばれている[101]。

後述のように「にのみ」型間接侵害の規定は当初1・2号だったのが、2002年改正で1・3号、2006年改正で1・4号に移動している。以下では、当時の号数を示す理由のない限り、「にのみ」型間接侵害の号数を「1・4号」と表示する。

イ　101条の基本的な趣旨

(ア)「にのみ」型間接侵害の採用

前述したように、間接侵害の法案は答申の段階では「主として」特許用途に用いられることを知っていることという主観的要件を主軸とする規定だったが、答申後に「にのみ」品要件に取って代わった。これが何を意味するかについては従来から議論がある。

まず、「にのみ」型間接侵害の直接の母法は何だろうか。従来、改正作業においては、米国法の寄与侵害の規定と西ドイツの判例が参考にされたと指摘されてきた[102]。しかし、本稿の研究によると、前述のとおり直接の母法はドイツ法のようである。

次に、どのような趣旨から「にのみ」要件が主たる要件とされたのだろうか。

従来、この趣旨としては、次の点が指摘されている。たとえば、主観面の立証の困難を回避することや[103]、間接侵害規定の安易な適用による特許

---

[101] たとえば、田村善之『知的財産法』(第5版、有斐閣、2010年)258頁。

[102] 特許庁(編)・前掲注21・21頁。立案担当者による新法の解説も、成立した101条に類似する制度として米国の寄与侵害とドイツの判例法を挙げている(織田＝石川・前掲注57・279-280頁[ただし、101条がどの制度を直接参考にしたものかは明示していない])。

米国の寄与侵害のみに言及するものとして、露木・前掲注8・23頁。

[103] 特許庁(編)・前掲注21・22頁、潮海久雄[判批]ジュリスト1083号(1996年)105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

権の効力の過度の拡張を防止すること[104]が指摘されている。

また、立法経緯を通じて、間接侵害規定を設ける意義が直接侵害より前に差止めを認めるという点に求められていたことから、「にのみ」品要件が規定された意義もこの場合が差止めに相応しい場合だからだ、という指摘もなされている[105]。

加えて、調査義務からの説明も提案されている。すなわち、主観的要件を要さない厳格責任を課すことは部品等の供給者に侵害調査義務を課すことになる。この点、被疑侵害製品が「にのみ」品の場合には、被疑侵害製品が侵害用途に用いられるか否かはユーザーではなく、供給者次第となる。故に、供給者に侵害調査の義務を課しても負担とはならない、と指摘されている[106]。

どう考えるべきだろうか。まず、主観的要件から「にのみ」品要件に変わった理由は何だろうか。この点、前述の星埜資料が強いヒントを与えている。再度引用すると、星埜資料では、

> 「侵害補助行為の目的たる物は試案のごとく、① 中性的（特許発明にも又他の用途にも用い得るべきもの）の物品をも含むとすれば、試案の主観的要件を要するが、② 特許発明のみにしか用いられない物品に限れば、主観的要件は不要と考えるべきであろうか。（ドイツの如く）」（丸数字は筆者）

と提案された[107]。星埜資料は、主観的要件をやめて、「のみに」要件を設

年) 1716-1717頁［渡辺光執筆］、露木・前掲注8・23-24頁［この要件の客観化の傾向は、特許公報の公開制度の下で、特許権侵害責任を注意義務違反として構成しようとする立法者意思の現れだ、とする］。

104 特許庁(編)『新工業所有権法逐条解説』(改訂版、発明協会、1969年) 197頁、特許庁(編)・前掲注21・22頁。

105 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－均等論との整合性－」同『特許法の理論』(有斐閣、2009年) 190頁注66［初出は、知的財産法政策学研究15号(2007年)］。

106 裁判例の傾向を正当化する文脈であるが、橘・前掲注 2・355-356頁。

107 審議室・前掲注56・4頁。

ける理由として、二つ指摘しているように読める。一つは、多機能品の間接侵害を設けるならば、主観的要件の必要性が生じる、という点である（上記①）。もう一つは、「にのみ」品の場合にはその主観的要件の必要性は生じない、という点である（上記②）。ポイントは主観的要件の必要性は何かということになりそうであるが、星埜資料ではこれについての言及がないようであるので、それが何かはっきりとは分からない。もっとも、後の議論にあてはめることはできる。2002年改正では、多機能型間接侵害に主観的要件が設けられたのは部品等の供給者に侵害調査義務を課さないようにするためだと説明されている[108]。仮に、主観的要件の必要性が侵害調査義務の回避にあるとすれば、「にのみ」品要件の趣旨は、前述の学説[109]と同様に、供給者に侵害調査の義務を課しても負担とはならないことにあるのかもしれない。

更に、「にのみ」品要件の趣旨に関しては、「にのみ」型間接侵害の規定が差止めと損害賠償のどちらを念頭に置いていたかということが問題となる。この点についても、断定は難しそうである。立法過程の前半においては、差止めのみを念頭に置いていたことを窺わせる資料が多い[110]。

---

108 特許庁(編)・前掲注21・29-30頁。

109 橘・前掲注２・355-356頁。

110 この点について、おそらく、最初のものは、1954年５月頃の特許庁内の資料である。そこでは、「侵害幇助行為を防止する」ために、米国法のContributory Infringementとドイツ法の間接侵害（ミッテルバーレ・フェルレッツング）の「趣旨を採用する」とされているが、そこに手書きのメモで「差止だけにすること」と付記されている（前掲注57「特許権侵害に関する実体的規定を整備すること」）。

そして、それを受けて作成された1954年５月７日付けの試案では、米国特許法271条(c)に依拠した条文案が提案されたが、この案が米国法と異なるところは、要件を客観的要件のみから構成し、故意過失は別途救済の場面で要求されることとした点だと説明されている（前掲注33「コントリビユトリイ　インフリンヂメントの規定試案」）。

つまり、差止めを念頭に置いた条文を規定するという方針がまず示され、それに基づいて、救済の要件（明記はされていないが損害賠償の要件）を間接侵害自体の要件から切り離している。そのため、条文の要件は差止めを念頭に置いた規定となっていると一応推測できそうである。

そして、本文で前述したように、答申の段階でも、間接侵害規定の新設の趣旨が

しかし、問題の星埜資料は間接侵害の効果として損害賠償が認められるとしている。すなわち、星埜資料は、特許権者は間接侵害に対しては最低限侵害者利益の請求ができるとした上で[111]、その直後の項において、主観的要件を「のみに」要件に置換すれば、主観的要件は不要になるのではと提案しているのである[112]。この文脈に鑑みると、起草担当者は間接侵害の効果として損害賠償が認められるという前提の下で、要件論を検討していたことになりそうである[113]。

(イ) 教唆規定の不採用

間接侵害の範囲がどこまで広がるかという本稿の問題意識から重要かもしれないこととして、前述のとおり、1959年法の検討過程において、当初教唆規定が検討されつつも、後に除去されたという経緯がある。これは教唆の間接侵害を認めないという明らかな立法の意思を示すもののように見えるが、若干、そうとも言い切れないところがある。というのも、起草担当者や答申にかかる審議会のメンバーが参加した座談会で、特許発明の明細書よりも詳細に、たとえば、機械の寸法などまでが記載された設計図を提供することは101条1号の間接侵害を構成するかが議論されたが[114]、

差止めにあることが指摘されている(参照、前掲注45とその本文)。

111 審議室・前掲注56・3－4頁。

112 審議室・前掲注56・4頁。

113 もっとも、星埜資料の中にはこの逆に向かう記述もある。同じ資料の差止請求権の文脈においては差止請求権は「侵害の虞れ」がある場合にも行使できるかが論じられているが、その文脈において、「侵害の虞れ」で十分説に立てば侵害補助行為(今でいう間接侵害)の範囲と被ってくるために、侵害補助行為の範囲を限定すべきかどうかという問題が提起されている(審議室・前掲注56・2頁)。

これを見ると、間接侵害が直接侵害の前段階の行為を差し止めるための制度だという理解が前提となっているので、間接侵害の要件論と差止請求権の要件論が地続きになっていたことが分かるのである。

114 内田護文＝兼子一＝鈴木竹雄＝染野義信＝豊崎光衛＝原増司＝松居祥二＝吉藤幸朔『特許法セミナー(2) 出願・審査・審判・訴訟』(有斐閣、1970年)863-865頁[吉藤は改正作業中はこの問題を考えていなかったとする(863頁)]。

その中には肯定の立場を採る出席者もいたからである[115]。

(3) 1959年法の改正後の経緯の概略

なお、1959年法の制定過程に関わるものではないが、後の改正で細かな文言の改正や号番号の移動などがあったため、ここでまとめて紹介しておきたい。

TRIPs協定に準拠するために、1994年（平成6年）改正で101条1・2号の間接侵害行為の一類型として譲渡等の「申出」が追加された[116]。

詳細は後述するが、多機能品に対応するための2002年（平成14年）改正で、新しい間接侵害類型として2・4号が追加され、従来の2号が3号に移動した[117]。プログラムが物の発明に組み入れられたことに伴い、間接侵害行為が「生産、譲渡等、輸入又は譲渡等の申出」に改められた[118]。「にのみ使用」が「にのみ用いる」に改められた[119]。2号の「その発明の実施にのみ使用」が「その方法の使用」へ改正された[120]。

2006年（平成18年）改正で3・6号が追加され、侵害品の所持行為を侵害とみなす行為が加えられた（3号は物の発明について、6号は物を生産する方法の発明についてのもの)。それに合わせて、従来の3・4号が4・5号に移動した[121]。

[付記]
本研究は、公益財団法人医療機器センター・2017年度調査研究助成【公募型リサーチペーパー】第2期分、および、JSPS科研費JP18H05216の助成を受けたものです。

---

115 内田ほか・前掲注114・863-865頁[吉藤、兼子発言]。親和的なものとして、同・前掲注114・863-864頁[鈴木、内田発言]。
反対の論者として、同・前掲注114・863-864頁[染野発言]。

116 特許庁(編)・前掲注21・22頁、露木・前掲注8・24-25頁。

117 特許庁(編)・前掲注21・25頁、露木・前掲注8・25頁。

118 特許庁(編)・前掲注21・25・31-32頁。

119 特許庁(編)・前掲注21・29頁。

120 特許庁(編)・前掲注21・28頁。

121 露木・前掲注8・26-27頁。