

知的財産権侵害に対する民事救済措置を 巡る最近の動向とその理論的含意

鈴木 將 文

1 本稿の目的

本稿の狙いを端的に表現すれば、知的財産法の研究者として、民法の研究者との対話を促したいということである。

東京地裁及び大阪地裁に知的財産専門部が存在し、また知的財産高等裁判所が設けられていることに象徴されるように、知的財産法は専門性が高い分野との認識が法学関係者の間で広く共有されていると思われる。しかし、知的財産法分野で実務上・理論上問題とされている事項は、民法、民事訴訟法、行政法などのいわゆる基本法分野で議論されている問題と直接関係するものが多い。その割に、基本法分野の研究者が知的財産法分野の問題に関心を持たれることは、一部の例外を除き、概して少ないように思われる。知的財産法と基本法分野の専門家の間で対話をもっと行われれば、知的財産法研究者の独りよがりの議論を修正する契機となり、また、基本法分野の議論に何らかの示唆を与えるということもあるかもしれない。

このような問題意識の下、本稿では、本特集号が主に民法の研究者に読まれるであろうことを踏まえて、知的財産法分野における昨今の重要論点のうち、民法と深く関係すると考えられるものについて述べることにしたい。

なお、知的財産法分野の論点で民法と深く関係するものとしては、権利の性質、権利の帰属と移転、共有、ライセンス契約、担保等、多様な問題がある。本稿でそれらを網羅的に扱うことは、紙幅の制約上到底できないことから、ここでは筆者が特に関心を持ち、かつ、比較的活発な議論が展開されている、知的財産権の侵害に対する民事救済措置（特に差止請求権）に関連する事項に焦点を当てることにしたい。

2 知的財産権の侵害

はじめに知的財産権の侵害とは何であるかを、簡潔に確認しておこう。

知的財産権とは、特許権、商標権、意匠権、著作権等の知的財産に関して法令により定められた権利又は法律上保護される利益に係る権利を指す¹⁾。知的財産権の侵害とは、知的財産権の効力が及ぶ行為を、正当な事由（例えば、権利者からの許諾や法定された正当化事由）なく行うことを指す²⁾。また、知的財産権の実効的な保護を図るためには、その効力範囲を超えた行為も禁じる必要があるとして、「みなし侵害」を認める規定が設けられている例が多い³⁾。

知的財産権侵害に対する民事救済措置については、各知的財産法が差止請求を認めている⁴⁾。また、侵害行為が不法行為を構成する場合、損害賠償請求が認められる⁵⁾。さらに、故意又は過失の侵害行為により権利者の信用を害した者に対し、信用回復措置が認められる⁶⁾。不当利得返還請求も民法 703 条に基づき可能である。

-
- 1) 知的財産基本法 2 条 2 項。ここで「知的財産」とは、発明や著作物のような「人間の創造的活動により生み出されるもの」、商標のような「事業活動に用いられる商品又は役務を表示するもの」及び営業秘密のような「事業活動に有用な技術上又は営業上の情報」をいう（同条 1 項参照）。この定義において不正競争防止法の保護対象である営業秘密が明記されていることから明らかのように、知的財産権とは、特許法等のいわゆる権利設定型の法に基づく権利だけでなく、いわゆる行為規整法である不正競争防止法によって保護される利益に係る権利（請求権）も含まれる。この点は、差止請求権の根拠との関連で、後に触れる。
 - 2) 効力を定める規定は、例えば、特許法 68 条、商標法 25 条、著作権法 18 条ないし 28 条。例えば、特許法 68 条は、「特許権者は、業として特許発明を実施する権利を専有する。」と定めており（同条につき、中山信弘＝小泉直樹編著『新・注解 特許法 [上]』1004 頁以下〔鈴木將文執筆〕（青林書院、2011 年）参照。）、特許権侵害行為とは、正当な事由なく、業として特許発明を実施する行為が該当することになる。なお、不正競争防止法については、同法 2 条 1 項が列挙する「不正競争（行為）」により営業上の利益を害する行為（同法 3 条、4 条参照）が「知的財産権侵害行為」に対応する。
 - 3) 特許法 101 条、商標法 37 条、著作権法 113 条等。
 - 4) 特許法 100 条、商標法 36 条、著作権法 112 条、不正競争防止法 3 条等。
 - 5) その法的根拠は民法 709 条であり（ただし不正競争防止法は、独自の根拠規定（同法 4 条）を持つ。）、各知的財産法には損害額の算定や立証に関する特則が設けられている。特許法 102 条以下、商標法 38 条以下、著作権法 114 条以下、不正競争防止法 5 条以下等参照。なお、特許法等、権利が登録・公示される制度においては、侵害者の過失が推定される（特許法 103 条等）。
 - 6) 特許法 106 条、商標法 39 条、著作権法 115 条、不正競争防止法 14 条等。

3 問題群

(1) はじめに

以下、まず知的財産権侵害の成否に関係する事項、続いて侵害に対する救済措置、特に差止請求権に関連する事項という順で、論述を進める。

(2) 侵害の不成立と不法行為

知的財産権侵害は、正に権利侵害であり、故意・過失、損害及び因果関係という要件を充たせば不法行為となる。一方、知的財産権侵害とはいえないが、これに近い行為について不法行為が成立するかが問題となることがある。

具体的にはいろいろな事案が考えられ、知的財産権の保護対象としての要件を充たさない無体物の利用（例、著作物性の認められない表現が無断で利用される場合）、知的財産権の保護期間が切れた後のその対象（発明、著作物等）の利用、実定法上知的財産権の対象とされていないが実務では契約で一定の保護が与えられている（対価と引き換えに利用が認められている）ものの利用等である。

上記のような事案における不法行為の成立可能性については、知的財産制度と不法行為制度それぞれの目的と機能を踏まえて検討する必要がある。知的財産制度の保護対象である無体物（換言すれば、情報）は、いわゆる消費の排他性があり、また一般に表現行為と密接に関係するものであることから、これを保護することは、他方で権利者以外の者の情報の利用行為を制約する効果を持つことに留意すべきである。したがって、知的財産法の観点からは、実定法上保護の対象からはずされているものは、公衆の自由な利用に委ねる（いわゆる「パブリック・ドメイン（公有）」に属するものと扱う）、という対応を基本とすべきと考えられる⁷⁾。最高裁もこのような考え方を明らかにしている⁸⁾。

7) 鈴木将文「知的財産法と公共性」長谷部恭男＝金泰昌編『法律から考える公共性【公共哲学12】』53頁、55頁（東大出版会、2004年）。

8) 最判平成16年2月13日民集58巻2号311頁（ギャロップレーサー事件）。

さらに近時の最高裁判決は、我が国にとって未承認国である北朝鮮の国民の著作物は我が国著作権法の保護対象となる著作物に当たらないとしたうえで、その利用行為を不法行為とすることについて、「〔著作権〕法が規律の対象とする著作物の利用による利益とは異なる法的に保護された利益を侵害するなどの特段の事情がない限り、不法行為を構成するものではないと解するのが相当である」としている⁹⁾。

しかし、情報の保護については、必要性がある場合に実定法によって適時適切に実現できるのか、いわゆる立法のラグがあるのではないかという懸念もある。特に、当該情報を保護すべきか、それとも自由な利用に委ねるべきかについて、既存の知的財産制度が明確な判断をしていないと解される場合には、司法が、知的財産制度と同趣旨の目的のために不法行為法を活用して情報を保護することがあってよいと考えられる¹⁰⁾。自然人のプライバシーの権利を一般論として認めた最高裁判決¹¹⁾は、このような理由から支持できるものである。

(3) 侵害（又は侵害責任）の成否を巡る問題

(ア) 権利濫用論の積極的活用

上述のように、知的財産権侵害は、正当な事由なく、知的財産権の効力が及ぶ行為をなすことを意味するが、ここで「正当な事由」としては、次のようなものがある。①知的財産法に規定された侵害阻却事由¹²⁾、②権利

9) 最判平成 23 年 12 月 8 日民集 65 卷 9 号 3275 頁（北朝鮮映画事件）。

10) 鈴木・前掲注 7・55 頁。田村善之「知的財産法からみた民法 709 条」NBL936 頁 54 頁と、そこに引用された潮見佳男教授及び窪田充見教授の議論も参照。

11) 最判平成 24 年 2 月 2 日民集 66 卷 2 号 89 頁（ピンクレディー事件）。

12) 例えば、知的財産権の効力を制限する規定として、特許法 69 条、商標法 26 条、著作権法 26 条の 2 第 2 項、30 条以下、不正競争防止法 19 条（正確には適用除外規定）等がある。また、一定の要件の下、当然に実施・使用権を認める規定として、特許法 35 条 1 項、79 条、商標法 32 条等が、さらに所管大臣等の裁定により実施権・使用権を認める規定として、特許法 83 条、92 条、93 条、著作権法 67 条ないし 69 条等がある。

知的財産権侵害に対する民事救済措置を巡る最近の動向とその理論的含意（鈴木）

者による許諾¹³⁾、③判例によって確立した侵害阻却事由¹⁴⁾、④民法上の一般原則、特に権利濫用論。

上記のうち①から③は知的財産法特有のものであるのに対し、④は民法の原則を用いる点で異なる。そして、知的財産権侵害事件では、特に権利濫用論が比較的活発に用いられているとあってよいと思われる。

すなわち、第一に、従来から、特に商標権の行使につき権利濫用に当たるとしてこれを否定する裁判例が多く見られる¹⁵⁾。商標制度に関しては、商標に化体する事業者の信用の保護という目的を持つことから、単純に商標権を排他的権利として当然に保護するというだけでなく、権利者の登録商標使用の実態・可能性や被疑侵害者の標章の使用状況等の実質的な検討をしたうえで、権利行使の要否を決めるという判断過程がとられやすい。また、機会主義的行動（自らが事業に使用することよりも他人への権利行使を目的として商標権を取得する行為）が疑われる場合は、そもそも登録

13) なお、黙示の許諾が認められることもある。特許製品の並行輸入につき一定の要件の下特許権侵害を否定した最判平成9年7月1日民集51巻6号2299頁(BBS事件)は、一種の黙示の許諾理論を適用したものといえるが、同判決が定式化した行為が認められない場合には権利者の意思に関わらず許諾の効果を認める点で、むしろ許諾を擬制するもの、あるいは禁反言の法理を適用するものともいえる(鈴木将文「判批」別冊ジュリスト209号(特許判例百選〔第4版〕)205頁(2012年)参照)。また、最近の例として、後にも触れる知財高判平成26年5月16日判タ1402号166頁④(標準必須特許事件)は、特許製品の製造に用いる専用品を特許権者が譲渡した場合に、黙示の許諾があったとして侵害が否定されることがあり得る旨を述べている(いわゆる消尽論と対比された黙示の許諾論。なお当該事案では、黙示の許諾は否定された。)

14) 例えば、知的財産権の消尽理論、商標権に係る実質的違法性論がある。前者は、権利者又はこれと同視できる者が、権利の対象となる物を市場に置いた場合、当該物について権利の行使を否定する法理であり、最判平成14年4月25日民集56巻4号808頁(中古ゲームソフト事件—著作権のうち頒布権の消尽)、最判平成19年11月8日民集61巻8号2989頁(インクタンク事件—特許権の消尽)等によって認められている。後者は、形式上商標権侵害を構成する行為であっても、商標の機能(出所表示機能、品質保証機能)を害することがなければ、実質的違法性を欠くとするものであり、最判平成15年2月27日(フレッドペリー事件)がこれを適用した代表例である。

15) 最判平成2年7月20日民集44巻5号876頁(ポパイ・マフラー事件)、大阪地判平成5年2月25日知裁集25巻1号56頁(JIMMYZ事件)、東京地判平成11年4月28日判時1691号136頁(ウイルスバスター事件)、東京地判平成14年10月15日判時1821号132頁(Budweiser事件)等多数にのぼり、ごく最近のものとしては東京地判平成25年10月18日平成24年(ワ)11930号(シュークリオン事件)がある(ただし、権利濫用論は傍論。)。潮見久雄「判批」別冊ジュリスト188号(商標・意匠・不正競争判例百選)68頁(2007年)、蘆立順美「判批」同70頁、光石俊郎「商標法において権利濫用とされた裁判例の再構築(試論)」牧野利秋先生傘寿記念『知的財産権法理と提言』863頁(青林書院、2013年)参照。

を認めないとする規定もあるため（商標法4条1項19号参照）、裁判所にとって、上記のような事例で権利濫用論を用いることは、抵抗が少ないとも考えられる。

第二に、実務上非常に大きな影響を与えたのは、特許権について、無効理由が存在することが明らかな場合は、その行使は権利濫用に当たり許されないとした平成12年の最高裁判決である¹⁶⁾。同判決は、従来、特許庁の審査を経て登録により発生する特許権、商標権等の有効性は行政手続（異議申立又は無効審判手続）及び行政事件訴訟（審決取消訴訟）で争うべきであり、侵害訴訟では争点とすることができないとされていた運用を変更する、画期的なものであり、その後、侵害訴訟において権利濫用の抗弁が提起され、かつ多くの場合（7～8割といわれる。）これが認められることが恒常化した。ただし、「明らかな」要件の意味が不明確であるとの批判もあり、特に産業界からの要請により、平成16年法改正で権利無効に係る抗弁が法定化されるに至ったため¹⁷⁾、今日では権利無効を理由とする権利濫用論の適用は稀になった。

第三に、近年、知財高裁等が、いわゆるFRAND宣言がなされた標準必須特許に係る権利行使につき権利濫用に当たるとした判断を示し¹⁸⁾、これを一つの契機として、学界でも、特許権による差止請求権を権利濫用論によって否定する必要性が論じられている¹⁹⁾。

このような、知的財産権侵害事件における権利濫用論の適用につき、どのような特色が認められるか。

まず、そもそも権利濫用論を必要とする事情に関し、知的財産権侵害に対しては差止請求という侵害者側に大きな影響を与える措置が認められるところ、知的財産法上権利を制限する規定が必ずしも網羅的に設けられていないことから、具体的事案において妥当な結論を導くために、民法の一般原則たる権利濫用論に依存せざるを得ないという事情を指摘できる。とりわけ商標法については、商標権の効力を文言上極めて広く認める規定（同

16) 最判平成12年4月11日民集54巻4号1368頁（キルビー事件）。

17) 特許法104条の3、商標法39条等。

18) 前掲注13で引用した知財高判平成26年5月16日のほか、同日付の知財高決が二つある（判タ1402号166頁②及び平成25年（ワ）10008号）。

19) さしあたり鈴木將文「知的財産権の排他性と侵害に対する救済措置—特許権を中心として—」著作権研究42号4頁（2016年）参照。

知的財産権侵害に対する民事救済措置を巡る最近の動向とその理論的含意（鈴木）

法 25 条、37 条）を置く一方、権利を制限する規定が少なく、また、上に述べたような商標制度の特徴から、権利濫用論が比較的積極的に用いられてきている。他方、例えば著作権法は、多数の具体的な権利制限規定を設けており（同法 30 条以下）、これに当たらない場合に権利行使を制限することは、権利制限規定の趣旨を損ないかねないという懸念があることから、著作権侵害に関し権利濫用論によって権利行使が否定された例は稀である。

第二に、権利濫用を認める理由につき、一般的には、権利行使の害意性が考慮の対象となることが多いとされる²⁰⁾。知的財産法分野では、商標権侵害事件については、権利者の害意が常に考慮されるわけではないものの、それを含む当事者間の個別事情を踏まえて権利濫用が認められることが多い。しかし、最近は、上述のように、権利の無効理由の存在とか、FRAND 宣言のなされた標準必須特許権の行使といった、一定の種類の事案について、一般的な判断基準を立てたうえで、権利濫用論を適用するという類型的なアプローチが採られる事例が目立っており、かつ、その判断基準では、権利者の主観的事実が原則問題とされず、権利自体に関する事情や当事者の行動等の客観的事実が決め手とされている。

第三に、権利濫用論の類型的アプローチによる適用が、立法につながった事例がある。上記のキルビー事件最判に始まる権利濫用論の適用と特許法 104 条の 3 のケースである。実定法の不十分さを補完し、立法を先導する機能を権利濫用法理が果たした例といえる。

第四に、一般に、権利濫用とされた権利行使が、逆に不法行為と認められることがあるが、知的財産権の行使については、結果的に（権利濫用論を含む何らかの理由で）侵害不成立とされた場合、一定の要件の下、不正競争行為又は不法行為に当たるとされている。具体的に、知的財産権の行使が不当であるとして特に問題になる行為は、被疑侵害者の取引先や一般公衆に対する権利侵害事実の通告・流布、あるいは裁判の提起である。前者については、不正競争防止法 2 条 1 項 15 号の定める信用毀損行為の成否という形で問題となり、一部の裁判例は、結果的に侵害が否定された場合でも、権利者側の諸事情等に照らし「正当な権利行使」と認めて、権利

20) 加藤雅信『新民法大系 I・民法総則〔第 2 版〕』47 頁（有斐閣、2005 年）は、民法以外の分野における権利濫用論の適用事例に関する指摘であるが、「権利行使の害意性は通常ひとつの要素として考慮の対象となる」と述べる。

者側に比較的有利な判断をする考え方を示している²¹⁾。また、後者は、いわゆる不当訴訟に係る一般的な判断基準の下で評価されることになる²²⁾。

(イ) ライセンス契約違反と知的財産権侵害の区別

知的財産権についてライセンス（実施・使用許諾）契約が締結されている場合において、ライセンシーがライセンスの条件に反して当該知的財産権の効力が及ぶ行為をしたとき、その行為は単なる契約違反にとどまるのか、それとも知的財産権侵害となるのかという問題がある。

この問題が重要な意味を持つのは、いずれと解するかによって、特に次のような差異が生じるためである²³⁾。例えば、特許発明を実施した機械の製造・販売についてのライセンス契約が締結され、ライセンシーが契約上の条件に違反して機械を製造・販売した場合を想定すると、仮に契約違反にとどまるのであれば、当該機械を購入した第三者がそれを業として使用したり、さらに転売したりする行為は、特許権との関係上問題はないのに対し、ライセンシーの行為が特許権侵害であったとすると、当該機械を購入等した者が、これを業として使用したり譲渡したりする行為は特許権侵害となってしまう。前者では、ライセンシーによる販売が権原に基づくものであったことから、特許権の消尽が認められるが、後者ではライセンシーによる販売は無権原者によるものとして、特許権の消尽が否定されるためである。

この問題については、裁判例があり²⁴⁾、「特許発明の実施行為とは直接関

21) 筆者自身は、このような考え方に否定的であり、単純に権利者側の故意・過失を評価すればよいと考えている。鈴木將文「判批」判例評論 550号〔判時 1870号〕27頁（2004年）。この論点につき、裁判例と学説を紹介する文献として、川田篤「営業誹謗行為」ジュリスト増刊『実務に効く知的財産判例精選』146頁（2014年）。

22) 最判昭和63年1月26日民集42巻1号1頁参照。なお、不当仮処分については、過失が推認されるとする最判昭和43年12月24日民集22巻13号3428頁参照。

23) その他、ライセンシーの行為が刑事罰の対象となるか等の差異も生じる。

24) 大阪高判平成15年5月27日平成15年（ネ）320号（育苗ポット事件）。同判決は、「現実の通常実施権設定契約において、原材料の購入先、製品規格、販路、標識の使用等について種々の約定がなされることがあるとしても、これらは、特許発明の実施行為とは直接関わりがなく、いわば、それに付随した条件を付しているにすぎず、その違反は、単なる契約上の債務不履行となるにとどまると解するのが相当である。」、「本件禁止条項は、通常実施権の範囲につき、実施態様使用に限定するだけでなく、さらに、本件ポットカッターを他社製連結育苗ポットの分離等に用いてはならないという制限を付する旨の合意であると解される。・・・本件ポットカッターをそのような連結育苗ポットに用いるものである

知的財産権侵害に対する民事救済措置を巡る最近の動向とその理論的含意（鈴木）

わりがなく、いわば、それに付随した条件を付しているにすぎない条件の違反は単なる契約上の債務不履行にとどまる旨を述べている。知的財産法研究者の間では、概ね、実施・使用の地域及び内容（実施・使用の態様、下請けの可否等）に係る条件の違反は知的財産権違反を構成するとしつつ、最高製造数量の制限については意見が分かれている²⁵⁾。

本件は、ライセンス契約当然対抗に関する法律構成の問題等とともに、契約法の専門家の知見をお借りしたい問題である。

(4) 差止請求を巡る問題

(ア) 差止請求権の性質

知的財産法の特徴の一つは、知的財産権侵害に対する差止請求権を法定している点である。知的財産権侵害に対する差止請求については、従来、侵害のおそれが認められる限り、ほぼ自動的に認容されてきた。しかし、近年、差止め認容が侵害者側に過大な負担をもたらすこと等が懸念され、差止請求権を制限する必要性が議論されている²⁶⁾。そのような文脈の中で、差止請求権の性質についても若干の議論がある²⁷⁾。

差止請求権の一般理論としては、近時、権利の排他性から派生する効力と捉える権利的構成をする立場よりも、民法709条に基づく効果と捉える不法行為的構成をする立場、あるいは違法な法益侵害に対する保護手段と

限り、さらにその育苗ポットの供給先がどこであるかというような点は、本件発明の実施行為と直接関係がなく、本来は、本件特許権とは無関係に、被控訴人において決定すべき事柄であることにかんがみると、本件禁止条項は、通常実施権の範囲を制限するものではなく、これとは別異の約定であるというべきである。」「本件禁止条項の違反は、本件貸与契約上の債務不履行となることはともかく、…本件特許権の侵害となるということはできない」とした。

- 25) 小泉直樹「数量製造違反の特許法上の評価」牧野利秋判事退官記念『知的財産法と現代社会』354頁（信山社、1999年）、平嶋竜太「特許ライセンス契約違反と特許権侵害の調整法理に関する一考察」中山信弘先生還暦記念『知的財産法の理論と現代的課題』253頁（弘文堂、2005年）（以上は、いずれも最高製造数量制限違反の場合は特許権を侵害するとする。）、田村善之『市場・自由・知的財産』160頁（有斐閣、2003年）〔初出1999年〕（第三者にとっての取引の安全を重視し、侵害とすることに消極的）等。
- 26) さしあたり、鈴木・前掲注19、蘆立順美「差止請求権の制限」法学教室426号35頁（2016年）参照。
- 27) 平嶋竜太「特許権に基づく差止請求権における『内在的限界』」別冊パテント10号1頁（2013年）、愛知靖之「民法学における差止請求権理論と知的財産法における差止請求権」同12頁等。

捉える違法侵害説が有力化しているとされる²⁸⁾。

これに対し、知的財産権とは排他的権利であるから、その侵害に対する差止請求権は権利的構成説がなじむと思われるかもしれない。しかし、筆者としては、知的財産権侵害に対する差止請求権は、違法侵害説（あるいは不法行為的構成）による説明にこそなじむと考えている²⁹⁾。

その理由の第一は、知的財産権の排他性を根拠とする必要性がないからである。過去の経緯としては、特許法や商標法等の旧法は差止請求権の根拠規定を置いておらず、特許権等の準物権的性質を理由として、物権的請求権に準じて差止請求権が認められるとされていた³⁰⁾。その限りでは、特許権等の物権的権利としての性質が差止請求権の根拠とされていたのは確かである（もっとも、不正競争防止法の旧法（1条柱書）はもとより、著作権法の旧法（36条）も、差止めの根拠規定を置いていた。）。しかし、現行法では、差止請求権を認める明文が置かれているのであるから、上記のように権利の性質論を根拠とする必要はない。

第二に、知的財産法の一つである、不正競争防止法では旧法時代から差止めを認める規定が設けられている。上述のとおり、不正競争防止法は「権利」を認める構成をとっておらず、一定の行為を「不正競争」とし、これによって「営業上の利益」を害される者に差止等を認める制度である（権利設定型と対比して行為規整型と呼ばれる。）。したがって、同法における差止請求権につき、権利的構成により説明することはできず、違法侵害説（又は不法行為的構成）によるほかない。むしろ、実は、違法侵害説は不正競争防止法の一つの論拠としていたのである³¹⁾。ところで、国際条約上、不正競争からの保護は工業所有権（産業財産権）と位置づけられており³²⁾、我が国の知的財産基本法も不正競争防止法による保護対象（商品等

28) 根本尚徳「特許権侵害に基づく差止請求権の立法による制限の可否—民法学の立場から」ジュリスト1458号48頁（2013年）。より詳しくは、同『差止請求権の理論』（有斐閣、2011年）。

29) 鈴木・前掲注19・16頁（注6）、鈴木將文「不正競争防止法上の請求権者」高林龍ほか編『現代知的財産法講座Ⅰ知的財産法の理論的研究』425頁、429-430頁（日本評論社、2012年）。

30) 豊崎光衛『工業所有権法〔新版増補〕』231頁（有斐閣、1980年）参照。

31) 不正競争防止法に基づく妨害除去の請求権を「『違法』に対する法の反動」と捉える四宮和夫「不正競争と権利保護手段—不法行為法の理論を中心として—」法時31巻2号18頁以下（1957年）参照。

32) 工業所有権の保護に関するパリ条約1条2項、10条の2参照。

知的財産権侵害に対する民事救済措置を巡る最近の動向とその理論的含意（鈴木）

表示や営業秘密等）を知的財産と位置づけている。したがって、現行法の下では、広い意味で目的・趣旨を共有する知的財産法における差止請求権について、同一の性質のものとして説明した方が自然である。

第三に、知的財産権侵害に係る差止請求の認否について、より柔軟な処理が求められているところ、違法侵害説（又は不法行為的構成）によって差止請求権を根拠づけた方が、柔軟な（換言すれば、個々の知的財産権侵害に対して適切な範囲で差止めを認める）対応が可能というメリットがある³³⁾。

（イ）差止請求権の制限

差止請求権の制限に関しては、別稿で詳しく論じたので³⁴⁾、そちらを参照いただければ幸いである。ここでは、最近、ICT（情報通信技術）関係産業界を中心に大きな注目を集め、また国際的にも多数の訴訟が提起され、また活発な議論が行われている、FRAND 宣言がなされた標準必須特許の権利行使について、ごく簡単に触れておきたい。

標準必須特許とは、標準（規格）に準拠した商品や役務を提供するために実施する必要がある特許を指す。ある標準に必須特許が存在する場合、標準を実施したい事業者はすでに埋没費用（サンク・コスト）を負担していたり他の技術への切替えが困難であったりするため、侵害回避が困難であり、特許権者に一方的に有利で、非効率な選択がなされる可能性がある（「ホールドアップ問題」という。）等の問題がある。かかる問題を避けるため、標準化団体（私的機関であることが多い。）は、標準必須特許の権利者に対し、「公正、合理的かつ非差別的な」（“fair, reasonable, and non-discriminatory (FRAND)”）条件で、取消不能なライセンスを許諾する用意がある旨の宣言（FRAND 宣言）を求めることが多い。そして、このような FRAND 宣言をした特許権者が、標準を実施して当該特許権を侵害している者に対し、特許権を行使することができるが、多数の国で問題となってきた。

我が国で実際にこのような事例が訴訟となったのが、サムスン社とアップル社の間の事件である。この事件で、知財高裁は、FRAND 宣言をした標準必須特許の権利者は、FRAND 条件でライセンスを受ける意思のある

33) 根本・前掲注 28（ジュリスト論文）53 頁参照。

34) 鈴木・前掲注 19。

者（侵害者）に対し、原則として差止めを行うことはできず、また FRAND 実施料相当額を超える損害賠償も求めることができない旨の判断を示した³⁵⁾。

知財高裁が差止めを否定した判断は、FRAND 宣言が付された標準必須特許の権利行使という事案の特殊性を踏まえたものであることは確かである。ただ、筆者としては、次のように考えている。

すなわち、知財高裁が、当事者間の交渉への影響に照らして差止請求権を制限した趣旨を一般化して理解すると、差止請求権とは、特許権者以外の第三者による特許発明の実施を排除すること自体を目的とする制度というよりも、権利者と第三者間の交渉を合理的な結果に導くために権利者側に与えられた手段であって、もしも交渉の合理的進展を阻害する恐れがある場合には、差止請求権の行使は否定されるべきである、という考え方を前提としているといえる。したがって、知財高裁の判断は、FRAND 宣言付き標準必須特許の権利行使以外の文脈でも、同様に、差止めを認めた場合のライセンス交渉等への影響を分析・評価し、場合によって差止めを制限する運用に向けた発展可能性を持つものと思われるのである³⁶⁾。

なお、上記知財高裁の判決及びその原審である東京地裁の判決は、差止めの制限という論点以外にも（これと直接又は間接に関連する問題であるが）、FRAND 宣言の法的効果、ライセンス契約の成否（第三者のためにする契約の成否）、契約締結過程における誠実交渉義務、FRAND 実施料相当の損害額の算定等、契約法及び不法行為法の観点から興味深いと思われる多くの論点を含んでいることを付言しておきたい³⁷⁾。

（ウ）差止請求の相手方

知的財産権侵害を理由とする差止請求を誰に対してなし得るかについては、大きく2つの問題がある³⁸⁾。

第一に、知的財産権の効力が及ぶ行為をなした者、及び法律上侵害とみ

35) 前掲注 18 参照。

36) 鈴木將文「判批」Law & Technology65号 55頁、66頁（2014年）、鈴木・前掲注 19・10頁。

37) なお、本特集において、吉政知広教授は、この事件について契約法の観点から論じる論文を寄せられるとのことである。

38) 著作権分野の裁判例・学説を整理した最近の文献として、上野達弘「著作権法における差止請求の相手方」判タ 1413号 47頁参照。

知的財産権侵害に対する民事救済措置を巡る最近の動向とその理論的含意（鈴木）

なされる行為をなした者に限られるか、それともそれ以外の者（侵害を幫助した者）に対しても差止めを求め得るか、である。特許権侵害については、前者に限ることについてはほぼ異論がない（特許法が間接侵害に係る101条を設けていることが主たる理由とされる。）。他方、著作権侵害については、裁判例及び学説のいずれにおいても、立場が分かれている³⁹⁾。

第二に、知的財産権の侵害主体は誰かという問題である。これは、特に間接侵害の規定を欠く著作法に関し、立法論を含めて非常に活発に議論されてきている。物理的に権利対象行為を実行する者が侵害主体に当たることは当然として、問題は規範的評価による侵害主体の認定がどの範囲で可能かという点である。また、特許権侵害についても、複数主体が侵害に関与している場合に、どのような根拠（例えば「手足論」や「共同主体論」等）によって侵害主体を認定すべきかが議論されている。

これらの問題（特に著作権関連）は、一部の民法研究者によっても、共同不法行為や物権的請求権の相手方との関係で論じられているところである⁴⁰⁾。

（エ）ライセンシーの差止請求権—債権者代位権の転用

例えば、特許法は、差止請求の主体として権利者と専用実施権者を明記している。専用実施権は、特許権者により設定される権利で、特許庁に登録されることにより発生し、専用実施権者は特許発明を業として実施する権利を専有する（特許法77条2項）。

他方、通常実施権者は、対世的に特許発明の独占的な実施を主張できるわけではなく、特許権者に特許発明を実施することを容認すべきことを請求する権利を持つにすぎない。そこで、第三者による特許権侵害行為につい

39) 著作権侵害の幫助者に対しては差止めを否定する考え方が、どちらかといえば有力である。幫助者に対する差止めを肯定する裁判例として、大阪地判平成15年2月13日判時1842号120頁（ヒットワン事件）、学説として、大淵哲也「著作権侵害に対する救済（1）（2）」法学教室356号142頁・360号137頁（2010年）、前田陽一「著作権の間接侵害と民法理論—民法学史（物権的請求権と教唆・幫助の共同不法行為）の検討を通じて」著作権研究38号55頁（2013年）等がある。筆者自身は肯定説に立つ（鈴木將文「批判」知財管理61巻10号1563頁（2011年））。

40) 鎌田薫「民法理論からの検討」寄与侵害・間接侵害委員会『寄与侵害・間接侵害に関する研究』（著作権情報センター、2001年）、潮見佳男「著作権侵害における『間接侵害』の法理」コピーライト557号2頁（2007年）、吉田克己「著作権の『間接侵害』と差止請求」田村善之編『新世代知的財産法政策学の創成』253頁（有斐閣、2008年）、前田・前掲注39等。

て、通常実施権者は差止請求や損害賠償請求をすることはできないと解されている。ただし、特許権者が通常実施権者に対して独占的な実施を許諾している場合（独占的通常実施権の場合）、実施権者は債権者代位権の転用により特許権者の差止請求権を代位行使できるとするのが、多数説である。下級審判決には、これを認めたものと否定したものがある。また、独占的通常実施権者は、侵害者に対し、不法行為に基づく損害賠償請求をなし得ると解するのが通説であり、その趣旨の裁判例も多く見られる⁴¹⁾。

(5) 損害賠償請求を巡る問題

損害賠償について、知的財産法は、請求権の根拠を民法 709 条に拠りつつ、損害額の推定規定等を置いている。それらの推定規定は、侵害者の利益を損害額と推定する規定（特許法 102 条 2 項等）や、特許発明の実施等に対し「受けるべき金銭の額」（一般に実施料相当額と解されている。）を損害額として「請求することができる」とする規定（同条 3 項等）を含んでおり、不法行為法における損害の概念や侵害者利得の扱い等と深く関連することから、知的財産法分野の論点の中では、比較的多くの民法研究者によって論じられてきている⁴²⁾。損害賠償については、筆者として別稿を

41) 以上につき裁判例と学説を概観するものとして、村井麻衣子「判批」別冊ジュリスト 209 号（特許判例百選〔第 4 版〕）194 頁（2012 年）参照。また、民法研究者が独占的ライセンス契約に基づく差止請求権の代位行使につき論じたものとして、森田宏樹『債権法改正を深める—民法の基礎理論の深化のために』421-425 頁（有斐閣、2013 年）。なお、著作権に係る独占的利用権者による差止請求権の代位行使を論じた最近の事例として、東京地判平成 28 年 9 月 28 日平成 27 年（ワ）482 号がある（代位行使が認められるためには、著作権者が差止請求権を行使すべき義務を独占的利用権者に対して負担していることが必要とし、本件ではかかる義務の負担は認められないとして、代位行使を否定した。）。

42) 鎌田薫「知的財産訴訟における損害賠償法理」特許研究 17 号 4 頁（1994 年）、森田宏樹「知的財産権侵害による損害賠償に関する規定の改正の方向—実体法の観点からの立法論的検討」知的財産研究所『知的財産侵害に対する損害賠償・罰則のあり方に関する調査研究報告書』33 頁（1998 年）、沖野眞巳「損害賠償額の算定—特許権侵害の場合」法学教室 219 号 58 頁（1998 年）、窪田充見「不法行為法と制裁」石田喜久夫古稀記念『民法学の課題と展望』667 頁（2000 年）、潮見佳男「著作権侵害を理由とする損害賠償・利得返還と民法法理」法学論叢 156 巻 5 = 6 号 216 頁（2005 年）、森田果 = 小塚莊一郎「不法行為法の目的—『損害填補』は主要な制度目的か」NBL874 号 10 頁（2008 年）、潮見佳男「不法行為における財産的損害の『理論』—実損主義・差額説・具体的損害計算」法曹時報 63 巻 1 号 1 頁（2010 年）、山下純司「不法行為における利益吐き出し責任」NBL937 号 26 頁（2010 年）、前田陽一「民法における損害論の現状と特許法 102 条 1 項・商

知的財産権侵害に対する民事救済措置を巡る最近の動向とその理論的含意（鈴木）
執筆予定であり、そちらに譲ることとしたい。

4 結語

以上、知的財産権の侵害に対する民事救済措置（特に差止請求権）を巡る動向につき、民法との関係を意識しつつ整理してみた。

千葉恵美子先生には、筆者の大学赴任直後から、教育、研究、学内行政の各方面のいずれについても親身に指導いただいた。とりわけ忘れられないのが、千葉先生が研究代表者を務める科研費補助金のプロジェクトに筆者を誘ってくださり、本来門外漢である筆者が消費者法の世界を垣間見るきっかけを与えて下さったことである。千葉先生をはじめとする消費者法の専門家の先生方と一緒に消費者法学会で報告をさせていただいたり、研究書を編ませていただいたりしたことは、身に余る光栄であるとともに、筆者の研究者としての視野を広げることに大変役立った。

本稿は、そのような千葉先生の学恩に対するささやかなお返しとして、知的財産法の世界を紹介するために書いたものである。本格的論文とはとても呼べない解説文にすぎないが、民法研究者の方々に知的財産法に対する関心を持っていただくことに少しでも役立てば、筆者として大変うれしく思う。

最後に、千葉先生に改めて御礼申し上げ、先生の益々のご健勝をお祈り申し上げます。

標法 38 条 1 項」高林龍編『知的財産権侵害と損害賠償』（成文堂、2011 年）、長野史寛「不法行為法における責任内容確定規範の考察（8）完」法学論叢 177 巻 1 号 1 頁（2015 年）等。

