

特許法上の「業として」に関する一考察

弁理士 上羽 秀敏

1. 問題の所在

特許権侵害となるのは「業として」特許発明を実施する場合に限られる(特許法第68条)。間接侵害の場合も同様である(特許法第101条)。

複数主体が特許発明を実施している場合において、主体の1人が個人的又は家庭内で当該特許発明の一部を実施しているとき、全体として特許発明を「業として」実施しているといえるのか、という問題が指摘されている¹。

この問題を検討するためには、まず「業として」を如何に解釈すべきかを明らかにしなければならない。しかしながら、この解釈に言及した裁判例はほとんどなく、学説も特に定まったものはない。

これまでの侵害訴訟では、被告の行為が「業として」に該当することが明らかな場合が多く、争われることはほとんどなかった。有体物を個人的に大量生産して不特定多数に譲渡するといったことは通常では考えられないからであろう。しかしながら、平成14年の特許法改正により、「コンピュータプログラム」という無体物も特許法上の「物」に含まれ、さらに、コンピュータプログラムを生産したり、インターネット経由で提供したりする行為も特許法上の「実施」に該当することが明文化された(特許法第2条第3項第1号)。パソコンが広く一般家庭にまで普及し、インターネットに常時接続されている今日においては、一個人ユーザがコンピュータプログラムを大量に複製したり、インターネット経由で不特定多数に配信したりすることは極めて容易にできる。

本稿では、このような現状を踏まえた上で、「業として」を如何に解釈すべきかについて考察を行う。

2. 立法経緯・趣旨

旧特許法(大正10年法35条)には「業として」は規定されていなかった。ただし、旧実用新案法及び意匠法には「業として」は規定されていた。日常性の強い実用新案の独占的効力を個人的又は家庭での実施にまで及ぼすことは適当でないとの配慮があったため、とされる²。

現行特許法(昭和35年法)にも規定したのは、家庭的・個人的実施にまで特許権の効力を及ぼすのは社会の実状から考えてゆきすぎであるとか、産業として利用しないものにまで特許権の効力を及ぼすことはゆきすぎである、とされる³。

3. 学説

3. 1 営利性説

営利を目的とする場合に限られるかが問題となるが、営利性を不要とする説がほとんどで⁴、営利性を必要とする説は見当たらない。営利事業ではない公共事業として特許発明を実施する行為（たとえば干拓事業において浚渫機を使用する行為）が「業として」の実施にあたるという例が典型的に挙げられる。

3. 2 反復・継続性説

反復、継続的に行うことを必要とする説があるが、これを不要とする説が大多数である⁵。土木工事で1回だけ行う発破、特別注文に応じた一品製作のように、1回限りの実施であっても「業として」の実施にあたるという例が挙げられる。

3. 3 不特定多数説

不特定多数に供することを必要とする説があるようだが、これに対しては、「企業によつては特定少数の者のみを相手にしているところもあり、そのような企業は他人の特許を無断で実施できることになってしまう。」という批判がある⁶。

3. 4 事業目的説

特許発明の実施を事業の目的とすることを必要とする説があるようだが、これに対しては、「企業における実施であっても、事業の目的でない実施であれば、他人の特許を無断で実施しうることになってしまう。たとえば、企業が従業者の福利厚生のためになす実施や株主に配布する物品（たとえば50周年に配る品）等は事業の目的とは関係ないが、他人の特許を自由に実施しうる」という批判がある⁷。

3. 5 個人的・家庭内実施除外説

個人的・家庭内実施を除外する趣旨という説は多数ある⁸。これに対する反対説はほとんどなく、現在の通説となっている。ただし、そのように解すべき理由付けには論者によって若干の相違が見られる。「個人的・家庭内実施にまで特許権の効力を及ぼすのは社会の実状から考えて行きすぎ」とするもの、「産業の発達に寄与するという法目的（特許法第1条）に照らし、個人的・家庭内実施という産業として利用しない行為にまで特許権の効力を及ぼすことはゆきすぎ」とするもの⁹、「個人的・家庭内実施は特許権者への経済的影響の度合いが小さい」とするもの¹⁰、「個人的・家庭内実施は公正な競業秩序を害しない」とするもの¹¹などがある。

上記のとおり本説は現在の通説と考えられるが、「積極的定義を与えるものではなく、個人的とは、あるいは家庭的とは何かについてあいまいさを残す」という問題点も指摘されている¹²。

3. 6 経済活動説

経済活動の一環としてなされることを必要とする説がある¹³。これに対する反対説は見当たらない。中山は、「この問題は特許法の目的から結論を導く必要がある。特許法の最終目標は産業の発達に寄与することにある。従って、特許権の効力としては、産業上利用できるものに限るべきであり、産業とは関係のない実施、すなわち個人的あるいは家庭的な実施はこれを含ませるべきではない。ここにいう産業とは、営利を目的とするものや事業

の目的の範囲内という限定を受けることなく、事業に関連のあるものすべてが含まれる。すなわち、それらは経済活動の一環としてなされるのであり、それらに特許権の効力が及ばないとすることは不合理である。経済活動の一環としてなされれば「業として」という要件は満たされたこととなり、必ずしも私企業の活動としてなされる必要はない。」と説く。これに対し、竹田は、「特許法が「発明の保護及び利用を図ることにより、発明を奨励し、もって産業の発達に寄与すること」(1条) を目的とすることに照らし、「業として」は経済活動として実施されることとの関連において理解すべき」と説き、この中山説を相当としている。

4. 裁判例

4. 1 受水槽事件¹⁴

京都府が出資し、第三セクター方式により設立された京都府副知事が代表者を勤める株式会社である被告が、卸売市場全体に水を供給する施設として被疑侵害物件を使用していた事案である。裁判所は、被告の事業内容を考慮し、「被告が水を使用する行為は、その事業に関連ある経済活動の一環としての行為であるから、「業として」本件考案を実施する行為に該当し、本件実用新案権を侵害する」と判示した。

本判決は、上述した営利性説や事業目的説を否定としたものと理解できる。また、被告の行為を個人的・家庭内実施か否かではなく、被告の事業に関連ある「経済活動の一環」としての行為と評価したことからして、上述した経済活動説に則ったものと理解できる。

4. 2 塩酸チアブリド事件¹⁵

後発医薬品申請のための臨床試験及びこれに供給するための製剤の製造が「業として」の実施にあたるか否かが争点となった事案である。原審は、「後発品申請のための臨床試験及びこれに供給するための製剤の製造は、特許法第68条にいう「業として」の実施にあたらないから、同法第69条1項の規定をまつまでもなく特許発明の実施に該当しない。」と判示した。これに対し、抗告審は原審を取消し、「相手方（原審における債務者）Yは、甲特許権にかかる発明の技術的範囲に属する塩酸チアブリド製剤につき試験を実施したうえ、薬事法に基づく承認申請を行ったことが一応認められる。そうすれば相手方Yの右試験及び製造は相手方医薬品販売のためになされたものであるから「業として」行われたことは明らかであり、右は抗告人の甲特許権を違法に実施したものと認められる。」と判示した。

本件は特許法第68条と第69条第1項との関係で「業として」の解釈が問題となった事案であるので、ここから一般論を導くことは不適切かもしれないが、抗告審は、「医薬品販売のためになされた」ことを理由にYの行為を「業として」にあたると評価していることからすると、上述した事業目的説に則った判決と理解できる。

4. 3 製パン器事件¹⁶

主に一般家庭内で使用される製パン器の製造・販売行為が間接侵害を構成するか否かが争点となった事案である。裁判所は、「被告物件は主に一般家庭において使用され、その実

施行行為は特許法 68 条の「業として」の実施に該当しないものであるから、直接侵害行為を構成する事がない。しかし、同法が特許権の効力の及ぶ範囲を「業として」行うものに限定したのは、個人的家庭的な実施にすぎないものにまで特許権の効力を及ぼすことは、産業の発達に寄与することという特許法の目的からして不必要に強力な規制であって、社会の実情に照らしてゆきすぎであるという政策的な理由に基づくものであるにすぎず、一般家庭において特許発明が実施されることに伴う市場機会をおよそ特許権者が享受すべきではないという趣旨に出るものではないと解される。」として、被告製品の製造・販売行為は間接侵害を構成すると判断した。

本判決は、いわゆる独立説に立って間接侵害の成立を認めたものであるが、家庭内の使用行為は「業として」の実施に該当しないと判示しているところから、上述した個人的・家庭内実施除外説に則った判決と理解できる。また、「業として」に限定した理由として、個人的・家庭内実施に特許権の効力を及ぼすことは、(1)特許法の目的からして不必要に強力な規制であること、(2)社会の実情に照らしてゆきすぎであること、(3)家庭内実施の市場機会まで特許権者は享受すべきでないことを挙げている。立法趣旨にまで言及した判決は筆者の知る限り他に例がなく、この点は注目に値する。ただし、この理由付けは「業として」を侵害成立要件とした積極的理由ではなく、個人的・家庭内実施を除外した消極的理由でしかない点に留意すべきである。

5. 私見

「業として」の解釈としては、法目的から結論を導き、積極的定義を与える経済活動説が妥当であろう。ただし、「業として」を「経済活動の一環として」と言い換えただけの感もあり、あいまいさが残ることは否定できない。そこで、「経済活動の一環として」といえるか否かを評価するに際しては、営利性説、反復・継続説、不特定多数説、事業目的説、及び個人的・家庭内実施除外説を補助的に用いるのが妥当ではなかろうか。

営利を目的とすること、反復・継続的に行うこと、不特定多数に供すること、事業的目的とすることを「業として」の必要条件とするのは妥当ではないが、「業として」に該当する行為のほとんどは、営利を目的とするものか、反復・継続的に行うものか、不特定多数に供するものか、事業の目的とするものか、である。

また、現在の通説である個人的・家庭内実施除外説もこれらと同等に補助的に用いるべきである。確かに、個人的・家庭内実施のほとんどは「業として」に該当しないものであろう。しかし、個人的・家庭内実施であるからといって、直ちに「業として」に該当しないとするのは早計である。たとえ個人的・家庭内実施であっても、営利を目的とするものか、反復・継続的に行うものか、不特定多数に供するものか、事業の目的とするものかを総合的に勘案し、「経済活動の一環として」行われるものについては「業として」に該当すると解すべきである。

個人的・家庭内実施を一律に「業として」に該当しないと解することは、侵害成立の積

極的要件として設けられた「業として」を消極的要件と読み替えているに等しい。その結果、特許発明の全部又は一部を個人的又は家庭内で実施すれば、間接侵害が成立しない限り、侵害は成立しないことになり、脱法行為を助長しかねない。これに類似した問題が私的使用のための複製といった一定の行為を著作権侵害の消極的要件とした著作権法（第30条）で現実に起きていることからも明らかである。

「業として」を上記のように解することによって、たとえば特許製品であるコンピュータプログラムをインターネット経由で配信する行為は、たとえその行為主体が一個人ユーザであっても、営利性や反復・継続性が認められるもの、不特定多数に提供するものなどについては「経済活動の一環として」行われるものであるから、「業として」に該当することになる。

冒頭で指摘した「複数主体が特許発明を実施している場合において、主体の1人が個人的又は家庭内で当該特許発明の一部を実施しているとき、全体として特許発明を「業として」実施しているといえるのか」という問題であるが、主体の1人が一個人ユーザであるからといって、直ちに全体として特許発明を「業として」実施していない、ということにはならない。そもそもこの問題は、「業として」の問題というよりはむしろ、誰を行為主体ととらえるかの問題である。

上述したように、個人的・家庭内実施除外説を探ると、発明の保護に欠ける場合があることから、立法論として「業として」を削除すべきという主張も聞かれるが、「業として」を上記のとおり解釈することにより、ほとんどの問題は解消するはずである。むしろ、「業として」を削除することは、経済活動における競業秩序維持のために創設したに過ぎない特許権が私的行為までをも制約してしまうこととなり、特許法の目的を逸脱し、妥当ではない。

以上

¹ 田中成志「ビジネス方法特許」382頁「複数の共同行為者のうちの1者又は複数社が、個人的・家庭的なユーザであった場合をどのように考えるか。上記事件では、多くの顧客は、個人的・家庭的なユーザである。阿寒江孝允弁護士は、さらに「一部の当事者に業務性が認められない場合でも、その中で業として実施する者があれば、共同認識のあるシステム全体の『業として』の要件を認めてよい」と言われる。一般化して考えることはできないが、少なくともシステム全体の動作を可能ならしめたことに積極的に寄与した者に業務性がなければならないだろう。」

小栗久典「ビジネス方法特許」411頁「実施行為を構成する各行為の一部が「業として」行われていな以上、各行為の総体である共同実施行為が全体として「業」要件を具備していると解するのには無理があると言わざるを得ない。したがって、「業」要件を充足しない者が共同行為の一部を担当しているような場合には、当該共同行為による特許権侵害を認める考え方は採り難い。また、そもそも、個人ユーザのように「業」要件を充足しない者が共同行為の一部を担当しているような場合には、主觀的共同が成立していないために、「業」要件の問題を抜きにしても共同の直接侵害行為とならない場合が多いと考えられる。」

² 三宅正雄「特許その本質と周辺」56頁

-
- ³ 吉藤幸朔「特許法概説」〔第10版〕356頁
- ⁴ 前掲(3)吉藤のほか、特許庁編「工業所有権法逐条解説」〔第16版〕206頁、中山信弘「工業所有権法(上)特許法」〔第2版増補版〕310頁、高林龍「標準特許法」〔第2版〕86頁
- ⁵ 前掲(3)吉藤、前掲(4)高林のほか、中山信弘「注解特許法」〔第3版〕663頁、竹田稔「知的財産権侵害要論」〔特許・意匠・商標編〕〔第4版〕(2003) 173頁
- ⁶ 前掲(5)中山
- ⁷ 前掲(5)中山
- ⁸ 前掲(3)吉藤、前掲(4)(5)中山、前掲(4)高林のほか、土肥一史「知的財産法入門」〔第9版〕185頁、橋本良郎「特許法」〔第2版〕239頁など
- ⁹ 前掲(3)吉藤、前掲(4)(5)中山
- ¹⁰ 前掲(8)土肥
- ¹¹ 前掲(8)橋本
- ¹² 前掲(5)竹田
- ¹³ 前掲(5)中山、前掲(5)竹田
- ¹⁴ 大阪地裁平成3年9月30日判決
- ¹⁵ 原審：富山地裁平成8年1月12日決定(平成7年(ヨ)第85号、第92号)、抗告審：名古屋高裁金沢支部平成8年3月18日決定(平成8年(ラ)第5号)
- ¹⁶ 大阪地裁平成12年10月24日判決(平成8年(ワ)第12109号)