

特許権侵害における過失の役割

神戸大学大学院科学技術イノベーション研究科・法学研究科 教授 島並 良

目次

1. 問題の所在
2. 一般不法行為と過失
 - 2.1. 帰責原理
 - 2.2. 帰責目的
3. 特許権侵害と過失
 - 3.1. 特許権侵害の特質
 - 3.2. 特許権侵害における過失の役割
4. 残された課題

1. 問題の所在

特許権の侵害は、民法上の不法行為（民法709条）である。すなわち、特許権は同条において保護される他人の「権利」であり、特許法が定める権利の「侵害」成立要件を充足していれば、あとはそのような権利侵害が「故意又は過失」によってなされたこと、および「これによって生じた損害」が発生していることを条件に、侵害者はその損害を賠償する責任を負うことになる。

ここで、「これによって生じた損害」、つまり特許権侵害と因果関係のある損害としては、少なくとも実施料相当額、すなわち仮に権利者が侵害者に対して適法にライセンスをしていれば得られたであろう対価に相当する損害が常に観念される。そのため、実施料相当額とは別の損害（たとえば特許権者の売り上げ減少）の有無が問題となることはあっても、損害がおよそ不発生であるとして同要件の充足性が否定されることはない。

では、残る要件である「故意又は過失」はどうか。まず、我が国の特許権侵害訴訟では、原則として⁽¹⁾、故意侵害と過失侵害の両者で効果に違いはないため⁽²⁾、特許権者としては侵害者に（故意よりは立証が容易な）過失があることさえ主張・立証すれば足りる。また、特許法では特許権者の立証負担を軽減するため侵害者の過失が推定され（特許法（以下、特記なき限り同じ）103条）、しかも運用上、その覆滅は極めて困難とされている⁽³⁾。その結果、侵害者が「故意又は過失」をいずれも欠くために損害賠償責任を免れるという事態は、実際には想定しがたい。

こうして、特許権の侵害訴訟では、侵害の成否を判断するいわゆる侵害論の段階において、特許法が定める侵害成立要件の充足が認められれば、民法上の不法行為に基づく損害賠償義務がほぼ自動的に発生し、あ

-
- (1) その例外として、損害額算定における軽過失参酌（特許法102条5項後段）があるが、その適用例はないとされる。
 - (2) 一般不法行為においては、故意責任と過失責任では、慰謝料、過失相殺、賠償範囲の3点で違いがあり得る（窪田充見『不法行為法（第2版）』（有斐閣、2018年）80頁以下）。しかし、特許権侵害については、精神的損害はまず観念されないし、特許権者側の過失が認定されることもさしあたりはない。また、損害額算定に関する特則（102条各項）の適用に際して、侵害者の故意の有無により、その販売数量（同条1項）、利益（同条2項）、実施料相当額（同条3項）が左右されることはない。したがって、特許権侵害に基づく損害賠償にあつては、侵害者の過失の有無こそが、本来は重要な役割を果たすことになる。
 - (3) 裁判例では、弁理士や弁護士といった専門家の非侵害意見に従った実施であっても、過失ありとされている（大阪地判昭和59年10月30日判タ543号263頁（手提袋の提手事件、実用新案権の事案）、東京地判平成14年4月25日裁判所ウェブサイト（生海苔の異物分離除去装置事件））。

とは損害論と呼ばれる損害内容の確定とその金銭的評価の段階へと議論が移ることになる。本稿は、このような特許権侵害に基づく損害賠償制度の枠組みのうち、「故意又は過失」の要件が空文化した現状について、再検討を加えるものである。侵害者の故意・過失が容易に認定される結果、損害賠償責任が事実上の無過失責任（厳格責任）として運用されている現在のあり方は、適切なものとして今後も維持されるべきだろうか。

特許法の過失推定規定は特許公報による権利公示制度によって支えられている。つまり、「業としての」実施のみが特許権侵害を構成する（68条本文）ところ、事業者であれば特許公報を事前に調査して自らの行動が特許権侵害にあたるかどうかを判断すべきだというわけである。しかし、たとえば、物の発明（2条3項1号）が多数化体した電子機器を例にすると、その「譲渡」を担う電器店や、オフィスで「使用」するユーザーに過ぎない企業について、自らの販売品や使用品が特許権侵害物品であるかどうかを個別調査することは望めないだろう。また、特許権者と同業の「生産」者についても、均等侵害などの微妙な判断を常に正確になし得るわけではない。

こうした実際上の問題に加えて、理論的にも次のような疑問がある。不法行為における過失要件は、後述のとおり、侵害の抑止という観点からは行為者の注意水準と活動水準を最適に統御（効率化）する機能を果たしていることが知られている。特許権侵害を事実上の無過失責任として運用することは、このような過失要件の持つ最適抑止機能を奪うおそれがないだろうか。また、現代社会では、製造物責任等にみられるように、近代私法の基本原則の一つとされる過失責任の原則から離れ、無過失責任（厳格責任）主義が採られる立法例が増えている。それらと比較した場合に、果たして特許権侵害に基づく損害賠償責任における運用も、同様な正当化が可能なのだろうか。

以下では、まず、一般不法行為法における過失責任主義と無過失責任主義の選択について、主に民法学および法と経済学の知見を参照し、次にそれを踏まえて、特許権侵害における望ましい過失制度論を検討する。

2. 一般不法行為と過失

2.1. 帰責原理

(1) 過失の意義

不法行為の成立要件としての過失は、当初は加害者の主観的な心理状態（緊張の弛緩）として理解されていた。しかし、その後、「客観的要件としての違法性」と「主観的要件としての過失」という二元論に対する疑義が呈され、さらにまた、加害者自身の具体的過失ではなく標準人を基準とした抽象的過失こそが問われるに至った。現在の裁判例⁽⁴⁾・学説⁽⁵⁾において、不法行為法における過失は、法益侵害に対する抽象的な予見可能性を前提とした、客観的な結果回避義務違反として把握されている。

(2) 過失行為への帰責原理

客観化された過失は、その存在自体が帰責を正当化する。すなわち、結果回避義務への違反そのものが、帰責原理となる。この点で、無過失責任主義について、過失がないというだけでは帰責を正当化され得ないのとは様相が異なる。もっとも、過失責任主義も、さらにその内実に分け入って検討すると、次の2つの要素に応じて実質的な正当化がなされる。

まず、過失責任主義は、伝統的には、無過失行為を免責することを通じて、社会構成員の自由意思に基づ

(4) たとえば、東京地判昭和53年8月3日判時899号48頁（東京スモン事件）は、「民法709条所定の「過失」とは、その終局において、結果回避義務の違反をいうのであり、かつ、具体的状況のもとにおいて、適正な回避措置を期待しうる前提として、予見義務に裏づけられた予見可能性の存在で（ママ）必要とするものと解する」と述べる。

(5) 不法行為法に関する一般的な教科書・体系書で、経緯も含めこの点を明確に記述する例として、平井宜雄『債権各論Ⅱ 不法行為』（弘文堂、1992年）27頁以下、潮見佳男『不法行為法Ⅰ（第2版）』（信山社、2009年（初版・1999年））266頁以下、窪田・前掲注2）4頁以下。

く行動の自由を保障し、自律的活動を促進するものとして理解されてきた⁽⁶⁾。私的自治（意思自治）⁽⁷⁾、すなわち私法上の法律関係については個人が自由意思に基づき自律的に形成することができるという原則を裏側から支えるものとして、逆に、故意・過失がなく自由意思に基づかない行為の責任を負担しないという過失責任主義が導かれるというわけである。

とはいえ、このような自由意思に繋留された私的自治のコロラリーとしての過失責任主義の正当化根拠論は、同主義に含まれる内容のうち、「過失なければ責任なし」という、消極的な免責の側面のみを対象とするに過ぎない。その反面である「過失あれば責任あり」、つまり過失さえあれば、故意（法益侵害の認識または認容）がなくても損害賠償責任が発生するという、積極的な帰責の側面については、それとは別の理論を必要とする⁽⁸⁾。この積極的側面の正当化については、民法学においても十分な議論がなされているわけではないようだが、現在では、先に見た過失の客観化、すなわち法益侵害に対する結果回避義務違反として過失を把握することを前提に、その反倫理性や、社会的信頼への違背といったことへの非難（否定的評価）が挙げられている⁽⁹⁾。

以上をまとめると、過失責任主義は、過失そのものを帰責原理としており（過失責任原理）、その内実は、消極面については行動の自由保障によって、積極面については結果回避義務違反への非難によって、それぞれ正当化されていることになる。

(3) 無過失責任の拡大

経済活動の進展等に伴い拡大する損害から被害者を救済する要請が高まったことを受けて、不法行為法制度は、過失責任主義を原則としながらも、その例外として過失の有無を問わない責任体系——無過失責任とも、厳格責任とも呼ばれる——を構築するに至った。その立法上⁽¹⁰⁾の実例は、次の2つの類型に大別される。

第一に、人の加害行為そのものではなく、その原因に着目して帰責する類型として、営造物責任（国家賠償法（1947年）2条）、運行供用者責任（自動車損害賠償保障法（1955年）3条）、原子力損害賠償責任（原子力損害の賠償に関する法律（1961年）3条）、水質汚濁責任（水質汚濁防止法（1970年、1972年導入）19条）、製造物責任（製造物責任法（1994年）3条）等がある。これらはいずれも、法益侵害に対する高度の危険性を孕む物や設備等といった「危険源」を創設、維持管理している者への帰責がなされる類型である。

第二に、他人による加害行為への関わりに着目して帰責する類型として、未成年者・精神障害者等の行為に対する監督義務者の責任（民法714条）、被用者の行為に対する使用者等の責任（民法715条）等がある。これらは、他人の行為について支配や管理をなし得る「立場」にあった者への帰責がなされる類型である。

このほか、さらに現代的な現象として、形式的には過失要件を維持したまま、その内容が希薄化され実質的には無過失責任に近づいたとみられる例もある⁽¹¹⁾。いわゆる専門家責任の厳格化⁽¹²⁾、公害・薬害事案における予見可能性の拡張⁽¹³⁾、大企業における組織過失（組織編成義務違反等）の承認⁽¹⁴⁾等である。特許法は、

(6) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録（五）』（商事法務研究会、1984年）297頁（穂積陳重発言）。

(7) 権利能力の平等、私的所有権の絶対とならぶ近代私法の大原則の一つとされる。

(8) 森島昭夫『不法行為法講義』（有斐閣、1987年）156頁。

(9) 前田達明『不法行為帰責論』（創文社、1978年）188、211頁、四宮和夫『事務管理、不当利得、不法行為（中）』（青林書院新社、1983年）254頁、窪田充見「不法行為法と制裁」石田喜久夫先生古稀記念『民法学の課題と展望』（成文堂、2000年）669頁。

(10) 民法起草者が無過失責任をあくまで例外的な制度であり、その具体化は立法によらなければならないと認識していたことについて、参照、法務大臣官房司法法制調査部・前掲注6）300頁（穂積陳重発言）。

(11) 潮見佳男「責任主体への帰責の正当化——帰責原理と立法のベースライン」現代不法行為法研究会編『別冊 NBL155号・不法行為法の立法的課題』（商事法務、2015年）8頁。

(12) 能見善久「専門家の責任——その理論的枠組みの提案（上）（下）」NBL544号（1994年）52頁、545号（同）16頁。

(13) 森島・前掲注8）192頁。

(14) 潮見・前掲注5）313頁。

一般不法行為法の過失責任主義を前提としながらも、手続法のレベルで過失推定規定（103条）を置き、さらにその推定覆滅が極めて困難な運用をしているが、これもそのような過失要件の（極端な）希薄化の一例に加えることができる。

（4）無過失行為への帰責原理

無過失責任主義の正当化論議は、先にみた過失責任主義のそれにも増して、混迷を深めている。先述のとおり、過失がないこと自体は帰責の根拠とはなり得ない。過失なき主体への帰責は、かつての民法学説では、報償責任と危険責任という2つの原理によって説明されることが一般的であったが、現在ではそのいずれについても再検討が進められている状況にある⁽¹⁵⁾。

まず、利益の帰するところ責任もまた帰するという報償責任原理は、上述した他人の行為関与型の無過失責任類型のうち、特に使用者責任について専ら採られた説明である。ここで、特許権侵害は「業としての」特許発明の実施であり（68条）、多くの場合に法人がその事業活動の一環として加害行為をなすことが前提とされているから⁽¹⁶⁾、もし無過失の行為への帰責根拠としてこの報償責任原理が一般的に妥当するならば、特許権侵害を実質的に無過失責任として運用することの正当化も容易になる。しかし、この報償責任原理に対しては、自由主義経済の下では経済活動に伴う利益取得そのものを広く責任原因とはできない以上、補足的な帰責論拠としてはともかく、それに中心的な位置を与えることは困難であろう。

また、危険の創出、維持管理に関与する者はその実現に対して責任を負うべしという危険責任原理については、上述した危険源創出型の無過失責任類型に専ら妥当するものである。ここで、特許権侵害については、原子力事業のような定型的な危険源を観念することはできないものの、製造物責任における製品の引き渡しと同程度に危険概念を抽象化することが許されるのであれば、やはり特許製品の生産、使用、譲渡等を対象とする特許権侵害の無過失責任化も正当化されるかもしれない。しかし、同じ危険源といっても、たとえば原子力事業と自動車運行とではその内実はかなり異なるように、それら多様な危険源に共通する一般的な原理を抽出することは困難である。また、そもそも過失責任主義の下でも法益侵害の危険性が結果回避義務違反の有無を判断する際の一考慮要素になることから、無過失責任に固有の帰責原理として危険責任を置くことには疑問がある。

もっとも、報償責任原理にしても、危険責任原理にしても、それらを支える実質的な正当化根拠（先にみた過失責任原理における、行動の自由保障等に相当するもの）については、まさに民法学においてなお議論途上であるものの、無過失責任主義についてこれら2つに代わる新たな帰責原理が構想されているわけではない。そうであれば、特許法における事実上の無過失責任主義について検討する本稿では、まずは過失なき主体への帰責原理の類型として報償責任と危険責任の2つが用意されていることだけを確認しておけば足りる。

2.2. 帰責目的

（1）不法行為法の目的論

上述した3つの帰責原理は、過失責任原理であれば過失責任主義が、報償責任原理・危険責任原理であれば無過失責任主義が採られることを前提に、法益侵害による損害負担を正当化するための根拠を提示するものであった。では、そもそも、過失責任主義と無過失責任主義の両者は、どのような基準で選択されるのだろうか。

(15) 中原太郎「過失責任と無過失責任——無過失責任論に関する現状分析と理論的整序の試み」現代不法行為法研究会編『別冊 NBL155号・不法行為法の立法的課題』（商事法務、2015年）38頁。

(16) その点で、非事業者についても原則として侵害責任を負い得る（しかしその例外として、私的行為について免責する）著作権法（21条から28条、および30条1項柱書）とは異なる。

この過失の要否という選択問題について、最近、不法行為法による帰責の「目的」に着目する見解がある⁽¹⁷⁾。不法行為法制度の解釈や立法にあたり指針となる目的（実際に果たしている「機能」とは区別される⁽¹⁸⁾）に照らして、それに適合するように、過失に関する主義が選択されるべきであるというわけである。

不法行為法による帰責の目的には、主に、損害填補（被害者救済）と侵害抑止（一般予防）の2つが挙げられている⁽¹⁹⁾。前者は、これまでに生じた損害の回復を目指す回顧的な目的であるのに対して、後者は、これから生じうる侵害の予防を目指す将来志向の目的である。ここで、一般不法行為法による帰責目的として損害填補と侵害抑止のいずれを設定ないし優先すべきかは、あくまで特許権侵害に基づく損害賠償制度について、しかもその過失要件のあり方に限って論じる本稿の射程を超える難問である⁽²⁰⁾。そこで以下では、不法行為法制度の目的として損害填補と侵害抑止をそれぞれ与件として設定した場合に、過失責任主義と無過失責任主義のいずれが望ましいのかを比較検討することを通じて、両主義が暗黙裏に前提としている条件を明らかにする。

(2) 損害填補目的と過失

まず、不法行為法制度の目的を損害填補と設定した場合はどうか。ここで、損害填補という目的は、さらに、①損害の可及的な回復、②矯正的正義の実現、③損害の公平な分担に分けることができる⁽²¹⁾。

このうち、①損害の可及的な回復を不法行為法の目的と捉えるならば、過失責任主義よりも無過失責任主義の方が、より望ましいという位置づけとなる。なぜなら、過失責任主義の下では損害填補の射程は加害者に過失がある場合に限定されるため、当然のことながら、過失の有無を問わず加害者に責任を負わせる無過失責任主義の下よりも、損害回復の程度が小さくなるからである。

これに対して、②矯正的正義の実現という目的からすると、加害行為には是正されるべき不正なそれとそうでないものと混在し、不正な加害行為をした侵害者自身による不正の是正こそが不法行為法の目的に合致するものとされる。この点、先に見た①損害の可及的な回復を目的とする立場からは、損害が填補されればその手段が侵害者以外、たとえば保険や社会保障を経由しても足りるとされることは相違する。また、①の立場では懲罰的損害賠償は実損の填補を超える過剰な救済として否定されるが、②矯正的正義の実現を目的とするならば、不正の是正手段として一定の範囲で許容され得るだろう。そして、このような正義実現を目的として設定すると、是正されるべき不正な加害行為とそうでないものとを区別せずに賠償を認める無過失責任主義よりも、単なる加害を越えた不正な権利侵害行為への非難を帰責根拠とする過失責任主義の方が、より望ましいということになる。

他方で、③損害の公平な分担という目的からは、そこにいう「公平」の捉え方に依存して、過失責任主義と無過失責任主義のいずれが望ましいかが定まる。というのも、このような目的の下では、そもそも誰が損害を分担すべきかが先験的には決まらず、（有過失・無過失）加害者と被害者はもちろん、さらには受益者

(17) 田中洋「不法行為法の目的と過失責任の原則」現代不法行為法研究会編『別冊 NBL155号・不法行為法の立法的課題』（商事法務、2015年）17頁以下。以下の記述は同文献に多くを負うが、なお残る誤りの責任は筆者にある。

(18) 法制度の機能は、その目的を越えることもあれば、さらには目的に反することもある。法制度がその目的を越えた機能を果たしていても、それは解釈・立法の指針とはならないし、法制度がその目的に反する機能を果たしている場合には、その機能を排除・制限するための解釈・立法がなされることとなる（参照、山田卓生「不法行為法の機能」森島昭夫教授還暦記念『不法行為法の現代的課題と展開』（日本評論社、1995年）4頁、窪田・前掲注2）19頁、田中・前掲注17）18頁）。

(19) このほかに、不法行為法の目的として、「制裁」（四宮・前掲注9）267頁、森島・前掲注8）466頁、窪田・前掲注2）667頁）や「個人の権利保護」（潮見・前掲注5）10頁）が挙げられることもある。しかし、特許法において、前者は特許権侵害罪（196条）を中心とした罰則（刑事罰）制度が、また後者は独占状態を担保する差止制度（100条各項）が、それぞれその実現を専ら担っていると考えられるため、損害賠償制度を対象とする本稿では省略する。

(20) 周知のとおり、伝統的には損害填補こそが不法行為法の目的とされてきたが、近年は侵害抑止に着目する見解も有力である。参照、小塚莊一郎＝森田果「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）。

(21) 田中・前掲注17）19頁。

や社会全体までもが含まれ得るからである。たとえば、過失の有無を問わず加害者が全損害の填補を担うことが公平であるとするならば、無過失責任主義が望ましいが、保険や社会保障といった別の制度を通じて社会全体も応分の負担をすることこそが公平と考えるのであれば、損害賠償制度の領分は何らかの意味で過失ある加害者への帰責に止まり、過失責任主義を採ることになるだろう。

以上から、不法行為に基づく損害賠償について損害の填補という帰責目的を設定するならば、損害の可及的な回復という観点からは無過失責任主義が、矯正的正義の実現という観点からは過失責任主義がそれぞれ適格的であり、そして損害の公平な分担という観点からは公平の内容如何によっていずれが望ましいかが決まるといふ帰結になる（表1）。

表 1

帰責目的	過失責任主義	無過失責任主義
損害の可及的な回復	不適合	適合
矯正的正義の実現	適合	不適合
損害の公平な分担	未定	未定

(3) 侵害抑止目的と過失

続いて、不法行為法による帰責目的を侵害抑止と設定した場合はどうか。侵害抑止を目的として挙げる考え方も、想定する抑止のレベルによって、④侵害の「可及的な」抑止と、⑤侵害の「最適な」抑止に分けることができる⁽²²⁾。

このうち、④可及的な抑止、つまり不法行為に基づく損害賠償制度によって法益侵害をできるだけ抑止すべきだという見解には、さらにどのような機序で抑止が達成されるかというメカニズムに着目して、(i) 損害賠償責任という不利益（制裁）を回避しようとするインセンティブによって侵害行為が抑制されるという考え方（制裁メカニズム）と、(ii) 損害賠償責任という非難を向けることで法益侵害をしてはならないという規範意識が形成され、そのような行為規範への適合意欲によって侵害行為が抑制されるという考え方（規範意識メカニズム）とがある。そして、(i) 前者の制裁メカニズムは、法益侵害によって得られる利益よりも不利益の方が大きければ（営利企業など合理的な主体については特に）それだけで作用するはずなので、過失の有無を問わず適合する。これに対して、(ii) 後者の行為規範メカニズムによると、人々に規範の妥当性を確信させる制度が望ましいということになるから、一定の行為規範（結果回避義務）を設定する過失責任主義の方がより相応しいと位置づけられることになる。

他方、不法行為法による規制について、⑤侵害の最適な抑止こそがその目的だと考えるならば、最も効率的な (a) 注意水準⁽²³⁾と (b) 活動水準⁽²⁴⁾を採るインセンティブを人々に対して設定する⁽²⁵⁾制度こそが、社会的厚生（当該行為の社会的効用と社会的費用の差）を最大化するため望ましいということになる⁽²⁶⁾。ここで、まず (a) 注意水準をみると、過失責任主義の下では、加害者は裁判所に過失ありと認定されない程

(22) 田中・前掲注17) 21頁。

(23) たとえば自動車の運行に際して、どれだけ慎重に運転するかが注意水準の問題である。注意水準は、さらに高めるために要する限界費用（注意水準の上昇に伴い逡増する）と、それにより減少する期待損害額（損害額とその発生率の積）が一致する点で最も効率的となる。

(24) たとえば自動車の運行に際して、どれだけ量の量と頻度で運転するかが活動水準の問題である。活動水準は、さらに高めるために要する限界効用（活動水準の上昇に伴い逡減する）と、それにより増加する期待損害額が一致する点で最も効率的となる。

(25) このインセンティブ設定は、行為がもたらす社会的費用（外部費用）を、損害の負担という形で行為者の私的費用に組み入れる（内部化する）ことによって実現される。

(26) 以下の叙述について詳しくは、参照、ステイブーン・シャベル（田中亘＝飯田高訳）『法と経済学』（日本経済新聞出版社、2010年）201頁以下。

度の合理的な注意を払うはずだが、被害者も（加害者が過失なしとして責任を負わないならば）損害発生のリスクを低下させるために最適な水準の注意を払うことになるから、双方が最適な水準で注意する結果となる。他方で、無過失責任主義の下においても、加害者は過失の有無を問わず自らが負担する損害発生のリスクを低下させるように最適な注意を払うはずであるし、被害者は過失相殺（民法722条2項）による損害負担を免れるために裁判所に過失ありと認定されない程度の合理的な注意を払うことになる。したがって、過失責任主義と無過失責任主義（+過失相殺）のいずれであっても、注意水準については、加害者・被害者の双方に関して最適化が図れるわけである⁽²⁷⁾。

では、(b) 活動水準についてはどうか。ここで留意が必要なのは、過失責任主義を採ったとしても、加害者がどれだけ頻繁に行為を行ったかという活動水準は、裁判所の過失判断に際して考慮されない⁽²⁸⁾という点である。そこで、過失責任主義の下では、加害者には最適な水準で活動するインセンティブが設定されない（過剰に活動する可能性がある）一方で、被害者は加害者が責任を負担しなければ自らが負担することになる損害発生のリスクを低下させるべく最適な水準で活動するインセンティブを持つことになる。これに対して、無過失責任主義の下では、加害者は過失の有無を問わずいずれにしても自らが責任を負担するため、最適な活動水準を選択して損害発生のリスクを低下させるインセンティブを持つが、被害者は過失相殺による責任負担を免れる程度の注意水準で活動する限り、裁判所が考慮しない活動水準を最適化する意味はない（過剰に活動する可能性がある）。したがって、過失責任主義では加害者について、無過失責任主義では被害者について、それぞれ最適な水準での活動を期待できないことになる。そうすると、法益侵害のリスクの低い活動については、過失責任主義と無過失責任主義の相違は顕在化しない（侵害抑止には注意水準の最適化で足りる）が、法益侵害のリスクが高く、たとえ注意水準を上げて大きな損害が生じ得る活動については、被害者と加害者のいずれの活動水準を抑制することが侵害抑止に繋がるのかが、両主義の選択において重要になる⁽²⁹⁾。

以上から、不法行為に基づく損害賠償について侵害の抑止という帰責目的を設定するならば、侵害の可及的抑止の観点からは、単なる制裁としてのみならず規範意識にも作用する点で過失責任主義がより望ましく、侵害の最適な抑止の観点からは、加害者と被害者のいずれの活動水準を最適化するかによって両主義が選択されることになる（表2）。

(27) ただし、裁判所は、過失責任においては加害者の過失の有無を、無過失責任（+過失相殺）においては被害者の過失の有無を、それぞれ判断することになるという違いがある。ただし、この点は本稿の対象とする特許権侵害においては決定的な違いではないと思われるので、以下では慮外に置く。

(28) その理由は、注意水準の判断が加害時の情報のみに依拠すれば足りるのに対して活動水準はそれ以前の活動歴についても情報を得る必要があり、また、活動水準の増大により加害者が得る便益を測定することが困難だからである。

(29) このほか、司法費用の点でも、過失責任主義と無過失責任主義とは相違がある。すなわち、過失責任主義の下では（被害者の勝訴率が下がるので）訴訟件数は減少するが、（過失立証の困難により）訴訟費用は増加する。その反対に、無過失責任主義では訴訟件数は増加するが、訴訟費用は減少する。したがって、訴訟件数と（単位）訴訟費用を乗じた総体としての司法費用の観点から両主義のいずれが効率的かは一概にいえない。

たとえば、原子力発電所の事故について、もし多数の地域住民被害者をできるだけ安い訴訟費用で救済することが望ましいのであれば、そこでは無過失責任主義が適合する。また、仮に特許権侵害について、近年の訴訟件数が過少で、侵害立証や損害額算定に要する訴訟費用が過大であるといえるのであれば、たとえば現在の運用を変更して過失推定覆滅のハードルを下げることは（さらなる訴訟件数減少・訴訟費用増大に繋がるので）望ましくないということになる。しかし、こうした仮定の当否を即断することはできない（経験的データが不足している）と思われることから、司法費用の点の検討は今後の研究に委ね、本稿では省略する。

表 2

帰責目的			過失責任主義	無過失責任主義
侵害の可及的抑止	制裁メカニズム		適合	適合
	規範意識メカニズム		適合	不適合
侵害の最適な抑止	注意水準の最適化	加害者	適合	適合
		被害者	適合	適合
	活動水準の最適化	加害者	不適合	適合
		被害者	適合	不適合

3. 特許権侵害と過失

3.1. 特許権侵害の特質

一般不法行為を対象としたこれまでの検討を特許権侵害にあてはめるに先立ち、特許権侵害の特質として次の2点を予め指摘しておこう。

(1) 事業者性

まず、被害者（特許権者）と加害者（特許権侵害者）のいずれもが、事業者であり、その多くは法人企業であるという点である。これは、自然人も含めたさまざまなプレイヤーが登場し、また、個人的な活動によっても法益侵害が起り得る一般不法行為にはない特質である。

先に見たとおり、一般不法行為においては、過失は内心の問題としてではなく、法益侵害に対する抽象的な予見可能性を前提とした客観的な結果回避義務違反として把握されている。このような過失概念の客観化現象は、自然人を対象とした一般の不法行為以上に、企業による加害が多くを占める特許権侵害においては、より強く表れてきたといえる。

企業活動の一環としての特許権侵害は、被用者（自然人）の不法行為を媒介することなく、つまり民法715条が規定する使用者責任を経由せずに、使用者（法人）自身が侵害者として直接的に民事（差止め、損害賠償、不当利得返還等）責任を負うことが、これまで当然とされてきた。これは、実際に身体の挙動により侵害品の生産や販売などを行ったとはいえ、企業内の一構成員に過ぎない被用者の責任を追及することは、当該被用者が企業の営利追求の結果として侵害行為に至ったという実態に沿わず、また権利者の救済に際して賠償能力を確保する必要性からも望ましくないからであろう。

こうした企業への直接的な帰責は、損害賠償責任にあっては、過失を主観的な心理状態ではなく客観的な結果回避義務違反と捉えることによって初めて容易になる。心理状態を観念できず、また身体の挙動をなし得ない企業自身が特許権侵害に基づく損害賠償責任を直接負担することを説明するためには、いわゆる組織過失責任、すなわち法益侵害状態を組織的に作り出した責任、あるいはそのような状態に対して適切な対処をせず放置した責任を承認し、かつその前提として、過失を結果回避義務違反として客観的に捉える必要性があったわけである。

(2) 政策性

特許権侵害に基づく損害賠償制度の構築・運用においては、損害填補だけでなく侵害抑止の観点も十分に考慮され得る。我が国の一般不法行為法（学）においては、これまでその制度目的が損害填補にとどまることが強調されてきた⁽³⁰⁾。これは特許権侵害に基づく損害賠償についても同様で、たとえば懲罰的損害賠償や侵害者利益の吐き出しといった、実損填補を超える金銭的負担を侵害者に課すことに対しては、一般不法

(30) その批判的検討として、参照、小塚＝森田・前掲注20)。

行為法における損害賠償制度が前提とする填補賠償の原則を逸脱するものであり、また他の法分野における先例もみられないとして、強い抵抗がみられたのである。

もっとも、特許法は、「発明の保護及び利用を図る」ことを通じて「発明を奨励」し、究極的には「産業の発達」に寄与することを「目的」とした、いわゆる産業政策立法である（1条参照）。そうであれば、特許法制度に含まれる損害賠償責任のあり方についても、発明奨励を通じた産業発達という特許法全体の目的こそがまずは参照されなければならない。たとえば、そもそも何が「損害」かは、政策的に決せられる特許権の効力（特許発明の「実施」としてどのような行為を設定するか等）に依存して変化し得る。さらには、もし発明奨励効果が否定されたならば特許制度そのものを廃止することすら決して背理ではないのであって⁽³¹⁾、その場合には他人の「権利又は法律上保護される利益」の侵害自体が観念されないことになる。

このように、特許権者の一救済手段としての損害賠償制度は、あくまで発明奨励を通じた産業発達的手段として、そしてそのような産業政策に資する限りで正当化されると考えられる（発明奨励「目的」との関係では、損害填補や侵害抑止は損害賠償制度が現に果たしている／果たすべき「機能」にとどまることになる。）。そして、こうした政策性を持つ特許法にあっては、個々の制度がもたらす効果の（理論・実証）分析こそが重要であり、民事法の原則や先例に沿うかどうかは、制度の構築・運用における副次的な考慮要素にとどまるというべきであろう⁽³²⁾。我が国の一般不法行為法（学）で損害の填補が重視されてきたとしても、それだけを理由に、特許権侵害に基づく損害賠償が果たす機能として侵害抑止の観点を捨象する必要はない。

3.2. 特許権侵害における過失の役割

以上を踏まえて、特許権侵害に基づく損害賠償において侵害者の過失がどのような役割を担っているのかを検討する。

(1) 損害填補

まず、損害填補を帰責目的として設定した場合はどうか。特許権侵害について過失推定の覆滅を容易には認めない、つまり実質的には無過失責任主義を採用するには、その前提として、「損害の可及的な回復」を重視することが考えられる。侵害者による無過失の反証を許さない理由として、特許権者の（実効的）保護等をあげる素朴な見解は、それに近いものであろう。しかし、このような損害の可及的な回復という目的の設定は、特許権の効力が強ければ強いほど望ましいという極端な理解を反映しており、保護と利用のバランスの下で発明の奨励と産業発達を目指す特許法制度においては採り得ないものであろう。

次に、同じく損害填補を目的とした上で、「損害の公平な分担」を目指したとしても、その公平の内実次第で無過失責任主義が適合する場合がある。特許権侵害についてこれをあてはめると、実質的な無過失責任としての運用は、過失の有無を問わずに特許権侵害者が全損害の填補を担うことこそが公平であるという理解が前提となろう。すなわち、特許権侵害物品の使用や譲渡をするに過ぎない主体についても特許公報の調査義務を観念することは実際的ではないが⁽³³⁾、特許権者とこれら使用者・譲渡者との間の公平としては、まずは利益の帰するところ責任もまた帰するという報償責任原理に則り、過失の有無を問わずに帰責するのが望ましいというわけである。

(31) もちろん、現状においては発明奨励の効果は（ソフトウェアのように疑義が呈されている産業分野はあるにしても）なお否定されていないし、そもそもそのような効果をいかに測定するのも定まっていない。また、パリ条約、TRIPS協定をはじめとする国際諸条約に加わり続ける以上、特許制度の廃止は現実的な選択肢ではない。しかし、仮に特許制度の弊害がその便益を上回っていることが明らかであれば、（産業分野ごとの部分的な）廃止という選択肢も排除されるべきではない。

(32) 社会による制度受容の観点からは、民事法の原則や先例に沿う方がより望ましいが、それらに沿わない制度のあり方を先験的に否定すべきではないし、実際に特許法制度は一般民事法の例外的制度を既にいくつも内包する。

(33) 中山信弘『特許法（第4版）』（弘文堂、2019年）392頁。

しかし、こうした静的な公平の捉え方が、先に見た特許法全体の政策目的に適合するかは、さらなる検討の余地があるように思われる。発明奨励というマクロな政策目的に照らすと、損害負担に関する公平の意味が変わる可能性があるからである。損害賠償金はあくまで研究開発への誘因としての機能が期待されるものであるから、特許権者にとっては誰から填補されるか（賠償分担者）は重要でなく、どれだけ填補されるか（賠償額）にこそ関心がある。そうであれば、特許侵害製品の原材料・部品の調達から、製造、在庫管理、配送、販売、消費に至るまでの一連のサプライチェーンの中で、販売や消費を担う主体にわざわざ無過失責任という厳しい負担を課す必要はなく、製造をした生産者に対して帰責すれば公平が達せられると言えるかもしれない⁽³⁴⁾。

以上のとおり、損害賠償制度が果たす機能のうち、損害填補の観点を重視するならば、損害の分担における公平をいかに観念するか（そこに特許制度の政策性を読み込むか）によって、過失の持つ役割も変化することになる。

(2) 侵害抑止

では、侵害抑止の観点を重視した場合はどうか。先に見たとおり、このうち、「制裁メカニズム」による侵害の可及的抑止の下では、無過失責任主義の評価は定まらないし、「規範意識メカニズム」による侵害の可及的抑止の下では、むしろ過失責任主義の方が適合的ということになる。そこで、より積極的に現在の（実質的）無過失責任主義を擁護するためには、さらに特許権侵害者（加害者）の活動水準を最適化することを通じて、侵害の最適な抑止を目指す必要がある。

ここで、特許権侵害は、いわゆる事故法の経済分析において議論されるさまざまな事故類型のうち、加害者と被害者の両方の注意水準・活動水準が法益侵害のリスクに影響する「双方的事故」にあたる。なぜなら、特許権（被疑）侵害者による技術利用についてその注意と活動の水準が特許権侵害のリスクに影響することは当然であるが、さらに、特許権者についても、そもそも研究開発をしないことは自由であるし、また、研究開発の結果として発明が完成しても特許出願しないという選択肢を採ることもできるからである。しかし同時に、特許法は研究開発と特許出願（ひいては発明の公開）を促進するための法制度であるから、被害者側の（後に特許権侵害に繋がる）研究開発・特許出願が、特許法の観点からは当人のみならず社会的にも望ましいという意味で、一般不法行為にはない特殊性がある。すなわち、通常の双方的事故、たとえば自動車交通事故における被害者（歩行者）について、歩行という（後に交通事故に繋がる）行動が、当人の移動という便益を超えて社会的に特に望ましいとされているわけではないことは、様相が大いに異なるわけである。

このように、特許権侵害は双方的事故の一例であるが、特許権者（被害者）について研究開発・特許出願を抑制することは特許法制度全体の政策目標に適合しない。そうであれば、特許権侵害の最適抑止は、過失責任主義を採ることによって被害者の研究開発・特許出願水準の最適化を目指すのではなく、無過失責任主義の下で加害者の技術利用水準の最適化を図ることを通じて達せられるべきだということになる。

もっとも、こと特許侵害製品の譲渡者や使用者については、特許権侵害のおそれを慮って譲渡・使用行為の水準を最適化することは、實際上やはり期待できないかもしれない⁽³⁵⁾。たとえば、パソコン内部の一部品が特許権を侵害しているおそれは常に存在するが、そのような可能性のみを理由に電器店でのパソコン販売やオフィスでのパソコン使用が抑制されることは、現実にはないであろう。ということは、活動水準の最

(34) ただし、仮に譲渡者・使用者に無過失責任主義に基づく損害賠償義務を負わせても、賠償金の総額が増加するわけではなく、譲渡者・使用者は不真正連帯債務として生産者に求償が可能である。したがって、過失責任主義の下で単なる譲渡者・使用者を免責するかどうかは、これら連帯債務者同士の関係を（特許権者から見て）内部関係に過ぎないとして割り切るかどうかにかかわる。

(35) その理由としては、（時として多種多様な取扱製品について）特許権の完全な調査は不可能であることに加えて、最終的には特許侵害製品生産者に対する求償が可能である（前掲注34）ため譲渡者・使用者にとって金銭的負荷が抑止効果を持たないことが挙げられる。

適化を通じた侵害抑止は、少なくとも譲渡者や使用者に関する損害賠償責任については、過失要件ではなくむしろ故意要件によって、つまり故意侵害のみについて特許発明の実施を回避することで図られるべきなのかもしれない。

4. 残された課題

以上の結論は、一般不法行為法に関して民法学及び法と経済学においてすでに展開されてきた議論を、事業者性と政策性という特質を踏まえて特許権侵害にあてはめたものに過ぎない。一般不法行為にはない特許権侵害の特質としては、実はさらに次の2点を挙げることができるが、本稿ではそれらを慮外に置かざるを得なかった。

その第一は、技術分野ごとにかなり事情が異なるという点である。たとえば、製薬業界における先発／後発医薬品メーカーのように、被害者と加害者の立場が概ね固定されている場合と、電器業界のようにそれら立場の互換性がある場合とでは、特許権侵害における過失の役割も異なるかもしれない⁽³⁶⁾。

また第二に、特許権侵害については一般不法行為とは異なり、差止め（行為停止予防）責任と刑事責任というさらに峻烈な法的効果が用意されている。特許権侵害がもたらす複数の帰責は、全体として加害者・被害者双方の行動に影響を与えるのであるから、その一部である損害賠償責任のみを切り取って望ましい制度のあり方を設計することの意義は限られよう⁽³⁷⁾。

これら技術分野ごとの個別的な分析や損害賠償以外の法的効果も併せた総体的検討については、残された課題として今後の研究蓄積に委ね、本稿がその礎となることを祈るものである。

(36) たとえば後者の技術分野においては、立場の互換性に鑑みて包括クロスライセンスが結ばれることがあるが、そこでは(契約の範囲で)過失の有無を問わず互いに責任を負わないこと、つまり無責任主義が採られていることになる。

(37) 特に、同じく無過失での帰責が認められ(100条1項)、また侵害の行為に供した設備の除去等までも認められる(同条2項)差止め(行為停止予防)責任との抑止効果の競合は重要である。