

知的財産権の侵害警告と「正当な権利行使」(2・完) — アクティブマトリクス型表示装置事件 —

知財高判平成19年10月31日判タ1279号284頁
(原審：東京地判平成18年3月24日平成17年(ワ)第3089号最高裁 HP)

洪 振 豪

(三) 三分化責任体系の統合傾向

近年、より権利者の利益を強く保護しようとする考え方が、知的財産権に係る違法な権利行使責任体系に現れてきた。違法侵害告知事件や違法な仮の地位を定める仮処分事件における正当行為説の出現・採用によって、従来の三分化された責任類型は、故意重過失説という一元的な見解に収束しつつあるように見受けられる。

1. 違法提訴責任が更に緩和されているか？ — 平成7年広島地裁福山支部編手袋判決の出現

(1) 前述のような「著しく相当性を欠く基準」を採用する判決が主流となる中、より緩やかな基準を採った広島地福山支判平成7年1月18日平成4年(ワ)第191号判例集未掲載[編手袋] (以下、「**平成7年広島地裁福山支部編手袋判決**」)の出現が、波紋を呼ぶことになる。事案は、特許権を有する被告が、反訴で原告による編手袋の製造販売の差止めを請求したが、原告製品は当該発明の技術的範囲に属するとされたものの、原告は先使用による通常実施権を有するとされたため、差止請求権不存在確認を求める原告の請求が認容されたというものであった。判旨は以下のようにいう。「原告は被告の右行為について民法709条に基づき損害賠償を請求しているとも解されるが、特許権の権利者(ないしは、仮保護の権利者)が右権利を侵害していると思

料される者に対して侵害行為の停止を求めることは、その手段もしくは態様が悪質である等特別の事情の存しない限り不法行為にならないと解するのが相当であるところ、右停止を要求した被告の言動に特に悪質であることを認めるに足りる証拠のない本件においては、右行為は不法行為に該当しないものというべきである。」(論述の便宜のため、以下、このような事情は、「**悪質等の特別事情**」という)

(2) 前掲昭和63年最高裁判決に挙げられた「著しく相当性を欠く基準」と比較すれば、「悪質等の特別事情」基準の方が違法提訴者により緩和的なものであることは明らかである。かりに特許権侵害として訴えたことが誤りであり、侵害ではなかったとしても、よほどのことがない限り違法にはならないということの意味していると理解できるからである²⁸。もっとも、裁判を受ける権利という観点を強調するのであれば、違法提訴の責任を緩やかに扱うべきという発想に至るとしても、どの程度緩和するべきであるのかということについては、客観的な基準を挙げることはできないだろう。「著しく相当性を欠く基準」といっても「悪質等の特別事情」基準といっても、緩和的な取扱いを志向するということはいえても、具体的にそれがどの程度の基準となるのかということについては、その文言だけから明らかになるというものでもないだろう。そこで、以下では、実際の裁判例の傾向を検証する。

(3) 管見の限り、前掲平成7年広島地裁福山支部編手袋判決から平成20年7月27日までの間に、違法提訴に係わる知的財産権事件の裁判例は13件がある。そのうち、提訴者の責任を肯定したものは2件であり、残りの11件は全て提訴者の責任を否定した判決である。

ア. 違法提訴の責任を肯定した裁判例

東京地判平成19年1月31日平成18年(ワ)第26612号最高裁HP[放電焼結装置] (**事件A**)²⁹。事案は、原告が被告に対し、原告が有している

た特許に対して被告がした異議申立ては権利の濫用であって不法行為に当たると主張し、損害賠償を求めて本訴を提起したのに対し、被告が、反訴で、本訴請求に係る訴えは、関連訴訟の確定判決等により認められなかった請求と実質的に同一の請求を行うもので、これに係る訴訟の提起は不法行為に該当するとして、再度の応訴のために委任した弁護士費用等を請求したというものである。結局、本訴請求に係る訴えは、信義則に反して許されず却下されるべきであるとされ、原告の主張は認められなかった。また、反訴について、裁判所は、「著しく相当性を欠く基準」等が、当該判決について敗訴が確定した後、実質的に同一の訴訟を提起・維持した場合の不法行為該当性の判断においても適用されると解すべきであるところ、本訴請求に係る訴えを提起し反訴提起時までの訴訟を維持したことは、裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くものというべきであり、被告に対する不法行為を構成するとした。つまり、この事件は、敗訴確定後に民事訴訟制度を濫用したことが明らかなケースである³⁰といえる。

言及することはしなかった。もっとも、このことから直ちに、控訴審判決が「著しく相当性を欠く基準」を否定したとまで断じることはできない。被告の反訴に対して、控訴人は「被控訴人の二重の応訴の負担は微々たるものであり、被控訴人が訴訟行為を委任した訴訟代理人との契約費用を控訴人が負担する義務はない」と主張するに止まったからである。控訴人が提訴の違法性を争わない以上、違法提訴の判断基準である「著しく相当性を欠く基準」に言及する必要もなかったといえることができる。

³⁰ 違法提訴者に対して損害賠償が請求されたという事件ではないが、専ら訴訟の蒸し返しにあたるような行為に対し、違法性を肯定し、訴えを却下した判決は幾つか出されており、この事件の結論と軌を一にする。東京地判平成17年11月1日判時1921号126頁[電話番号リストのクリーニング装置及びクリーニング方法]、東京地判平成18年5月30日平成18年(ワ)第1139号最高裁HP[車両のエアーワイパ]、大阪地判平成18年11月30日平成18年(ワ)第8320号最高裁HP[車両のエアーワイパ]、大阪地判平成19年1月18日平成18年(ワ)第10717号最高裁HP[布目矯正装置]を参照。

²⁸ 田村・前掲注5・304頁。

²⁹ この事件の控訴審の知財高判平成19年8月28日平成19年(ネ)第10015号最高裁HPは、原告の提訴は信義則に反して許されないというべきである旨を説いて、不法行為該当性を認めた一審判決を維持したが、その際に「著しく相当性を欠く基準」に

イ. 違法提訴の責任を否定した裁判例³¹

(ア) 大阪地判平成8年2月29日判時1573号113頁[ガス感知素子] (事件B)。事案は、特許権を有する原告が、被告らがそれぞれ従業員や代表取締役をつとめる会社の商品が、特許発明の技術範囲に属するものである等を理由に、被告らに特許権侵害等の本訴を提起したのに対し、被告らが、反訴で、原告の本訴の提起・追行は不当訴訟に該当し、不法行為を構成すると主張して損害賠償を求めたというものである。結局、被告側の会社の商品は特許発明の技術的範囲に属すると認定されたにもかかわらず、特許権侵害行為等に関する被告らの故意・過失ないし重過失が否定され、本訴請求は棄却された。しかし、裁判所は、「著しく相当性を欠く基準」をとりつつ、「本件におけるイ号物件の取引には…疑問な点が残らないではないものの、イ号物件取引の流通過程に順次関与した者の中の誰を被告とするかは、…原告が、各関与者の故意・過失の存在や行為と損害との間の因果関係等についての立証の難易等を考慮して自由に決しうるところといわざるをえない。…本訴の提起が不法行為を構成することとはできない」とし、反訴を棄却した。

(イ) 大阪地判平成9年7月17日知裁集29巻3号703頁 [ファイティングスティック NEO 一審] (事件C)。事案は、家庭用ゲーム機を製造・販売している原告が、当該ゲーム機本体にのみ接続可能な商品に係争表示を使用し販売している被告に対し、原告の映画の著作物の著作権等が侵害されるとして差止め・損害賠償等を請求したのに対し、被告は、反訴で原告の本訴請求に係る訴えの提起・維持等は不当訴訟として不法行為を構成すると主張し、損害賠償を求めたというものである。結局、被告製品を製造・販売する被告の行為をもって、ゲームソフトウェアを上映する行為と同視することはできない等を理由として、本訴請求は棄却された。そのうえで、反訴請求につき、裁判所は、「著しく相当性を欠く基準」をとり、原告の主張は、

「結果的に当裁判所の採用しないところではあるものの、一応一つの見解としては成り立ちうるものであって、理由のないことが誰の目から見ても明らかであるとまではいえず³²、本件全証拠によるも、…原告において右法律上の主張が理由のないことを知っていたとも、通常人であれば容易にそのことを知りえたとも認められず、本件訴訟の全過程をみても本訴請求にかかる訴え等の提起・維持が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くとはいえないこ

³² 大阪地判平成13年12月4日平成13年(ワ)第143号最高裁 HP [変速用歯車]も同類型の判決である。事案は、特許権を有する原告が被告に対し、被告の製造販売する変速用歯車の半完成品は同特許発明の技術的範囲に属すると主張し、その差止め及び損害賠償を請求したのに対し、被告が、反訴で、本訴請求等は不法行為を構成すると主張し、損害賠償を請求したというものである。結局、被告製品の間工程品は、本件特許権のある構成要件を備えているとは認められないとして、原告の本訴請求は棄却されている。そのうえで反訴請求につき、裁判所は、「著しく相当性を欠く基準」を示しつつ、「原告は、独自に調査し警告書を発した上本件訴訟の提起…に及んでいること、被告も…類似する車種名の自動車の変速用歯車の製造をしていた時期があったこと…が認められることからすれば、原告が…誤認するに至ったことも、全く理由がないことではなく、その他、通常人ないし当業者であれば、容易にイ号～へ号歯車が被告製品でないことを知り得たことを認めるに足りる証拠もない。」「そうすると、原告の本件訴訟の提起…が、裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くとして、不法行為に当たることはできないものというべきである」とした。

東京地判平成17年2月25日判時1935号94頁[インターネット上のWEBコンテンツのデータ量を削減して中継転送するコンテンツ中継サービス装置] (高部眞規子裁判長)も類似した判決といえることができる。事案は、原告(判文中は反訴被告)が被告(判文中は反訴原告)に対し特許権侵害を理由とする本訴を提起した行為について、被告が、訴訟提起が違法であると主張し、反訴として、不法行為に基づき損害賠償を請求したというものであった。裁判所は、「著しく相当性を欠く基準」を示しつつ、「反訴原告物件が本件発明の構成要件…を充足するとはいえず、本件発明の技術的範囲に属するとはいえないが、…反訴原告物件が明らかに本件発明の技術的範囲に属していないとまではいえないのであるから、反訴被告が、反訴原告物件が本件特許権を侵害しているという主張が事実的、法律的根拠を欠くことを知りながらあえて訴えを提起したものであるといえることはできないし、通常人であれば容易にそのことを知り得たということもできない」と判示した。

³¹ 東京地判平成12年1月31日平成9年(ワ)第24447号最高裁 HP [整腸剤]も違法提訴の責任を否定した裁判例であるが、抽象論を説くに止まるので、詳しい紹介は割愛する。

とが明らかであるから、被告に対する不法行為を構成しないというべきである」とし、反訴を棄却した。

(ウ) 東京地判平成14年2月26日平成13年(ワ)第10007号最高裁HP〔熱転写プリンタ〕、同事件の控訴審である東京高判平成15年3月31日平成14年(ネ)第1996号最高裁HP (事件D)。前訴において、被告が訴外カシオ計算機に対して実用新案権に基づく訴訟を提起し、原告が補助参加したところ、出願前の公然実施を理由に請求棄却の判決がなされ、これが被告の控訴取下げにより確定したという事案で、原告が、被告の前訴提起及び控訴提起が不法行為に当たり、応訴に要した費用や控訴の応訴に要した費用等の損害を受けたとして、不法行為による損害賠償を求めた。一審は、前掲昭和63年最高裁判決の「説示Ⅰ」、「説示Ⅱ」、「説示Ⅲ」(「著しく相当性を欠く基準」を含む)を示しつつ、「本件実用新案登録は無効であることが明らかである。したがって、前訴の提起は事実的、法律的根拠を欠いていたものといえる」が、「被告は、取締役会の決定により、前訴を提起したものと認められる。そうすると、被告の代表者は、前訴を提起するに当たり、被告の主張した権利等が事実的、法律的根拠を欠くものであることを知っていたということができないのはもとより、通常人であれば容易にそのことを知りえたことまでいうこともできない。その他、前訴の提起が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くと認められる事情は認められない」とし、反訴を棄却した。控訴審も、「著しく相当性を欠く基準」をとりつつ、「被控訴人は、…取締役会において、代表取締役を含む取締役会構成員が、控訴人との交渉担当者から報告を受けた上で、提訴を決定し…、前訴…を提起したものであるが、交渉担当者は、出願前公然実施の主張については既に決着済みと考えており…、取締役会資料…にも、控訴人による上記無効審判請求についての記載はあるが、出願前公然実施の点については何ら言及するところがない」という事実を追加認定し、「被控訴人の代表取締役…は、前訴…を提起するに当たり、…本件考案が…出願前に公然実施されたことを知り、又は容易に知り得る立場にあったものということではできず」として、一審の判断を維持した。

(エ) 東京地判平成16年3月31日判時1860号119頁〔鞆用横襠芯〕(事件E) (飯村敏明裁判長)。事案は、実用新案権を有する被告が原告に対して訴訟を提起した行為等が不法行為等に該当するというものを理由に、原告が損害賠償等を求めたというものである。実用新案権には出願前公然実施の無効理由が存在することが明らかであると判断され、被告の提訴等は権利の濫用に当たり、許されないとされたが、裁判所は「著しく相当性を欠く基準」をとりつつ、「本件出願は平成2年…であり、被告が公然実施の有無の調査をしたときには、既に約11年間の経過していること、…本件考案の実施に係る製品は、中学生向けの通学用鞆であって、性質上、長期間保管されるような製品でないこと、…鞆の販売を行った原告も、K鞆等の調査は困難を極め、従業員6人が1日当たり約3時間、26日間費やしてようやく、購入者が所有していたK鞆等を発見することができ、K鞆等が提出されたのは前件訴訟の提起後であったこと等の事情に照らすならば、被告において、…本件考案の出願前実施品を発見することができなかった点について、公然実施の有無を調査確認すべき義務違反があったと認めることはできない。」「そうすると、被告の前件訴訟の提起は、裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くとは認められないから、原告に対する違法な行為とはならず、不法行為を構成しない」とした。

(オ) 東京地判平成16年6月18日平成15年(ワ)第8228号最高裁HP〔船舶の動揺軽減装置の制御方法〕(事件F) (三村量一裁判長)。事案は、被告が製造・販売する船舶の動揺軽減装置が原告の特許権を侵害するとして、原告特許権者と原告独占的通常実施権者が被告に差止め・損害賠償を求めたのに対し、被告が、反訴として、原告らの訴訟の提起及び追行は不法行為に該当するとして、損害賠償を求めたというものである。結局、前掲装置は、特許発明の技術的範囲に属するものではないとされ、原告の本訴は棄却されたが、反訴に関し、裁判所は「著しく相当性を欠く基準」をとりつつ、「本件特許発明は、…横揺れ状況のデータから平均横揺角度を算出し、…というものであるところ、横揺角が船の復元力に悪影響を与える場合があるか、…理論上一概に決しきれない問題であり、少なくとも被告が主

張るように、横揺角が船の復元力に悪影響を与えるというのは誤った理論であり、当業者ならば、そのことを容易に理解できるとはいえない³³こと」、「…したがって、本件訴訟提起時において、原告らが、本件特許権自体に、例えば無効事由が存在するなどの問題があることを知っていたか、あるいは容易に知り得たとはいえないこと」、「…和解契約締結の際に、被告が原告らに対し、…動揺軽減装置の設計変更後の動作を示す…書面を交付するとともに、侵害の事実はない旨を説明したことによって、原告らがこれら動揺軽減装置が本件特許権を侵害するものではないことを知っていたか、あるいは容易に知り得たとはいえないこと」等の事実を認め、「上記…事実関係を前提としても、原告らによる本件訴訟の提起及び追行が、例えばその主張に係る権利又は法律関係が事実的、法律的根拠を欠くものであって、かつ原告らがそのことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知り得たのにあえて訴えを提起したなど、裁判制度の趣旨・目的に照らして著しく相当性を欠くものとは認められない」とした。

³³ 東京地判平成17年10月11日判時1923号92頁[GEROVITAL H3]（高部眞規子裁判長）も類似の事件である。この事件の本訴は、原告が、商標権を有する被告に対し、被告の行為が不競法2条1項14号に該当するとして、損害賠償を請求したというものであり、この事件の反訴は、被告が、原告に対し、商標権侵害を主張するほか、原告の本訴提起は不当訴訟であると主張し、民法709条に基づく損害賠償を請求したというものであった。裁判所は、原告の不競法による請求を棄却するとともに、原告商品の輸入販売行為は本件商標権を侵害すると帰結した。そのうえで、原告の本訴提起の不法行為該当性に関しては、「著しく相当性を欠く基準」を説きつつ、「本件において被告の告知・流布行為が不正競争行為に当たるか否かの判断において重要なのは、被告の本件各商標権に無効理由が存在するか否かであるところ、…極めて専門的な事項である。」「ルーマニアにおける商標権者の1人であるジェロヴィタル社との間の我が国において『GEROVITAL H₃ Prof. Dr. A. Aslan』を使用する権利を有することを内容とする契約上の地位を譲り受け、また原告はジェロヴィタル社との間で我が国で『GEROVITAL H₃ Prof. Dr. A. Aslan』を商標登録できるよう最善の努力を尽くす旨を合意したものである。」「原告が本訴を提起したのは、…契約上の地位を承継した原告にとって、その対抗上必要であったからであると推認できる」とし、反訴を棄却した。

(4) 小括

ア. 以上の検討により、前掲昭和63年最高裁判決の「著しく相当性を欠く基準」が殆どの知的財産権関係の違法提訴に係わる判決に採用されていることが明らかとなった。しかも、訴訟制度を濫用し実質同一の請求を繰り返して提訴したことが明らかであると判断された結果、提訴者の責任が肯定された極端な事例を除き、全ての事例で違法提訴者の責任が否定されていることも特徴的である。このような裁判例の現況の下では、「著しく相当性を欠く基準」を採用したとしても提訴者の保護を十分に図ることができると考えられるから、あえて文言上はさらに緩和的な「悪質等の特別事情」基準を採る意義に乏しいように思われる。前掲平成7年広島地裁福山支部編手袋判決が下される前に、すでに「著しく相当性を欠く基準」が流布していた以上、違法提訴の責任基準が前掲平成7年広島地裁福山支部編手袋判決により事実として「揺らぎ始め」たとまで評価することはできないだろう。

イ. 事案に基づいて裁判例を整理すると、下記のようなになる。

(ア) 訴訟提起が蒸し返しに該当する場合、責任が認められる（事件A）。

(イ) 誰を被告とするかは、イ号物件の流過程に各関与者の故意・過失の存在や行為と損害との因果関係等についての立証の難易等を考慮して自由に決し得るところであること（事件B）、法的な主張が結果的に裁判所の採用しないところではあるが、一応一つの見解として成り立ち得るものであり、理由のないことが誰の目から見ても明らかであるとまではいえないこと（事件C）、取締役会の決定による代表者である被告の提訴であるため、被告の主張した権利等が事実的・法律的根拠を欠くものであることを知っていたということができないこと（事件D）、公然実施の調査は極めて困難であること（事件E）、特許発明の内容は、理論上一概に決しきれない問題であり、当業者であっても、それを容易に理解できるとはいえないこと（事件F）等、訴訟を提起したことについて有怨すべき事情が一つでも存すれば、責任が否定される傾向にある。

(ウ) また、以下のような事実が存在していたとしても、違法とされる

方向には考慮されない。

- ① 紛争解決手段として当事者間の交渉を先行させたり事前交渉をすることなく初めから訴訟手続を採ること。その理由は、「原則的に一方当事者が自由に選択できるものというべきである」とされた(東京地判平成17年2月25日判時1935号94頁[インターネット上のWEBコンテンツのデータ量を削減して中継転送するコンテンツ中継サービス装置]。前掲注32を参照)。
- ② 市場における自己の優位性を維持するという営業目的のために特許権侵害訴訟を提起すること(後述の事件Nを参照)。
- ③ 準備書面の記載が相手方を批判・非難するようなものであること。その理由は「本来の訴訟遂行目的とは離れてもっぱら相手方に対し損害を被らせることを意図してされた場合や、その態様が正当な訴訟活動から著しく逸脱したものではない限り、正当な訴訟活動として是認されるべきであると解するのが相当である」とされた(事件C)。
- ④ 被告とされた者の製造販売する製品が顧客らに買い控えられる事態が生じ、それによって被告とされた者に売上減少等に伴う損害が発生すること。その理由は、「裁判を受ける権利を保障することに伴い、被告とされた者に反射的に生ずる不利益として想定された範囲内のものにすぎないというべきである」とされた(後述の事件Nを参照)。

2. 違法な侵害告知行為責任においても緩和処理の傾向が現れる—平成13年東京地裁磁気信号記録用金属粉末判決の登場

- (1) 東京地判平成13年9月20日判時1801号113頁(以下、「平成13年東京地裁磁気信号記録用金属粉末判決」という)(三村量一裁判長)は、違法責任を厳しく問う傾向に逆らい、初めて前掲昭和47年東京地裁判決以来の裁判例と異なる判断枠組を示し、以降の正当行為説の潮流をもたらした判決である。事案は、原告の顧客である訴外ソニー株式会社に対し、特許権を有する被告が書簡で、原告の製造・販売する磁気信号記録用金属粉末が被告の有する特許を侵害すると考える旨を告知したことに対して、原告が信用毀損行為に当たると主張し、損害賠

償及び謝罪広告の掲載を求めたというものである。裁判所は以下のように判断した。

- ア. 「不正競争防止法2条1項13号〔筆者注：現行法は14号〕は、競争関係にある他人の営業上の信用を害する虚偽の事実を告知し、又は流布する行為を不正競争行為の一類型として規定する。これは、営業者にとって重要な資産である営業上の信用を虚偽の事実を挙げて害することにより競業者を不利な立場に置くことを通じて、自ら競争上有利な地位に立とうとする行為は、不公正な競争行為の典型といふべきであることから、これを不正競争行為と定めて禁止したものである。」「上記立法趣旨にかんがみれば、競業者に…知的財産権を侵害する行為があるとして、競業者の取引先等の第三者に対して警告を発し、あるいは競業者による侵害の旨を広告宣伝する行為は、その後、特許庁又は裁判所の判断により当該特許権等が無効であるか、あるいは競業者の行為が当該特許権等を侵害しないことが確定した場合には、…所定の不正競争行為に該当するというべきである」(以下、「説示V」という)。
- イ. 「他方、…特許法は、物の発明について、…その物を使用し、あるいは譲渡する行為等をも、発明の実施としているから…特許権者は、その競業者が…特許権を侵害する製品を製造し、これを譲渡している場合において、その譲受人が業として当該製品を使用し、あるいは再譲渡している時には、特許権者は、…譲受人に対しても、その行為が特許権を侵害するとしてその責任を問うことが可能である」(以下、「説示VI」という)。
- ウ. 「…特許権者が競業者の取引先に対して行う前記告知は、競業者の取引先に対して…権利を真に行使することを前提として、権利行使の一環として警告行為を行ったのであれば、…正当な行為といふべきであるが、外形的に権利行使の形式をとっていても、その実質がむしろ競業者の取引先に対する信用を毀損し、…市場での競争において優位に立つ等を目的としてされたものであるときには、当該告知の内容が結果的に虚偽であれば、不正競争行為として特許権者は責任を負うべきものと解するのが相当である。」
そして、具体的な判断基準として、①「当該告知文書等の形式・

文面のみによって決すべきものではなく、②「当該告知に先立つ経緯」、③「告知文書等の配布時期・期間、配布先の数・範囲」、④「告知文書等の配布先である取引先の業種・事業内容、事業規模、競業者との関係・取引態様、当該侵害被疑製品への関与の態様、特許侵害争訟への対応能力、告知文書等の配布への当該取引先の対応」、⑤「その後の特許権者及び取引先の行動等」、「諸般の事情を総合して判断するのが相当である」(以下、「説示Ⅶ」という)。

エ. 本件においては、①「被告は、当初、原告との交渉…が進展しないことから、ソニーに本件書簡を送付したものであること」、②「本件書簡等…において、被告は、本件特許…の内容を示した上で、ソニー自身の行為が特許権侵害に該当するので、…自らの判断により交渉に応じてほしい旨を繰り返し述べていること」、③「ソニーは原告製品を用いてビデオテープを自ら製造販売しているのであって、単に侵害被疑製品の流通に関わるか又はこれを使用するだけの者とは異なること」、④「ソニーは、…特許権侵害訴訟に対処する能力・経験を十分に有すること」、⑤「ソニーは、…特許侵害の有無について被告と直接議論しないことによる自身の危険を十分に承知していると述べていること」、⑥「…被告は、…ソニーを相手として、米国において訴訟を提起していること、といった事情…に照らせば、…本件書簡を始めとする一連の書簡を送付したのは、真にソニーに対して…権利を行使することを前提として、訴訟提起に先立って直接の交渉を持つために行ったものと認めるのが相当である。」「被告がソニーに本件書簡等を送付した行為は、権利行使の一環として正当行為と評価すべきものであって、…不正競争防止法2条1項13号〔筆者注：現行法は14号〕所定の不正競争行為に該当するということとはできない」(以下、「説示Ⅷ」という)。

(2) 違法な侵害告知行為事件においてこのような新しい傾向が現れた理由につき、同判決は多くを語らないが、知的財産権保護政策を強化するというプロパテント思想に配慮したものではないかという指摘

がなされている³⁴。また、社会の変遷に伴う侵害告知行為の態様の変化も理由の一つになり得ると考えられる。すなわち、知的財産権の内容がより高度な技術・専門分野に関わるようになってきたため、以前に比べると、侵害の告知と回答のやり取りといった過程が辿られることが相対的に多くなったと予想される。くわえて、競業者の取引先が大企業である場合、より丁寧な侵害対応も要求されるようになるだろう。さらにいえば、知的財産権に関する知識が普及したことにより、企業が司法手続と裁判外警告を合わせた知的財産戦略を持つようになったということの現れなのかもしれない³⁵。

(3) 前掲平成13年東京地裁磁気信号記録用金属粉末判決で採用された、一連の客観的な事実に基づき実質的に不正競争行為に該当するか否かを判断する基準は、信用毀損行為の責任を緩和する方向へ働く、侵害告知者にとって有利な仕組みであると理解されている³⁶。同判決の控訴審である東京高裁が、同基準を採用したうえでこれを補充したことにより、正当行為説が裁判例として確固たる地位を築くことになる(東京高判平成14年8月29日判時1807号128頁。以下、「平成14年東京高裁磁気信号記録用金属粉末判決」という)。管見の限り、前掲平成13年東京地裁磁気信号記録用金属粉末判決から平成20年7月27日まで、違法な知的財産権の侵害告知に係わる事件は56件あるが、正当行為説を採用したものは15件(26%)である(原判決と本件判決も含める)。数は多いとはいえないかもしれないが、裁判体ごとの適用状況を見ると、採るものは、広く、大阪地裁21部(田中俊次裁判長)、東京地裁29部(飯村敏明裁判長)、同40部(市川正巳裁判長)、同46部(三村量一裁判長)、同47部(高部真規子裁判長)、東京高裁3部(佐藤久夫裁

³⁴ 畑郁夫＝重富貴光「不正競争防止法2条1項14号の再検討—近時の東京高裁・地裁の新傾向判決を考える」判タ1214号(2006)16-17頁。

³⁵ 瀬川信久「知的財産権の侵害警告と正当な権利行使(再論)」田村善之編『新世代知的財産法政策学の創成』(有斐閣・初版・2008)156-157頁。

³⁶ この判決は違法性阻却の理論を示したものと一般的に理解されている。高部真規子「知的財産権を侵害する旨の告知と不正競争行為の成否」ジュリスト1290号(2005)95頁。瀬川・前掲注35・146頁。

判長)、同6部(山下和明裁判長)、知財高裁2部(中野哲弘裁判長)にわたっており、影響力の強さを窺うことができる³⁷。

(4) もっとも、一口に正当行為説といっても、これを採用する判決ごとに若干の差異が存する³⁸。各判決の抽象論や具体の認定を手掛かりに分析すると、客観的な基準をもって実質的な不正競争行為であるか否かを判断する手法(以下、「**違法性判断タイプ1**」という)と、違法性判断タイプ1により判断したうえで、さらに侵害告知者が特許に無効理由があるということを容易に知り得たか否かというような形で、侵害告知者の主観的な注意義務を斟酌する手法(以下、「**違法性判断タイプ2**」という)とに大別することができる。

ア. 違法性判断タイプ1³⁹

(ア) 前掲平成13年東京地裁磁気信号記録用金属粉末判決がその典型例である。

(イ) 東京地判平成14年12月12日判時1824号93頁[無洗米精米方法] (**事件G**) (三村量一裁判長)。事案は、特許権を有する被告らが原告の取引先の精米業者に各社が導入を検討した原告設備により製造された米が特許を侵害しそれを販売する行為は違法となる旨を告知した通知書の送付は信用毀損行為に当たるということを理由に、原告が被告らに対し虚偽事実の侵害告知行為の差止め及び損害賠償を求めたというものである。裁判所は、①「もともと被告東洋は、…原告を強くライバル視していたものであり…、本件においても、当初から…原告設備を問題視して、…原告に対して、原告設備により製造される洗米が本件各特許権侵害の疑いのある旨を通知して、話し合いを申し入れており…、原告に原告設備の製造・販売を断

念させることを強く求めていたところ、原告から満足 of いく対応を得られなかったことから、…原告から、…間接侵害の規定により原告のみを相手とすれば足りるとの趣旨の回答を得ていたにもかかわらず、一転して、原告の取引先…に対して…通知書を発送したものである」こと、②「…通知書の発送先は、当時原告設備…をいまだ保有して」いなかったこと、③「…通知書の発送先は、…中小規模の精米業者であって、…また技術面での能力からも、…特許権侵害の成否を自ら判断することは不可能な状況にあった」等を理由に、「被告東洋が原告の取引先の精米業者に同通知書を送付した行為は、不正競争防止法2条1項14号所定の不正競争行為に該当するといふべきである」とし、差止め及び損害賠償請求を認めた。

(ウ) 東京地判平成15年10月16日判時1874号23頁[健康食品サンゴ砂] (**事件H**) (三村量一裁判長)。事案は、被告が米国における原告の取引先に原告製品が被告の米国特許権を侵害する等と記載した警告書等の送付は信用毀損行為に当たるということを理由に、原告が被告に対し虚偽事実の侵害告知行為の差止め及び損害賠償を求めたというものである。裁判所は、①「被告が…警告をした時期は、被告は本件米国特許権の特許権者ではな」いこと、②「被告から…警告を米国顧客が受けたことを知った原告は、直ちに…被告に対し、原告製品は本件米国特許権のクレームに記載された粒度とは粒度が異なることを伝えるとともに、…分析結果や…サンプルを送付したにもかかわらず、…再度、被告は、原告の取引先に対して、前掲那覇地裁の判決の一部分のみを示すなどした上、原告製品が本件米国特許権を侵害している旨を直接伝えているが、那覇地裁判決は、…そもそも本件米国特許権や原告製品とは何の関係もない事件に関するものであること」、③「被告は、…原告の取引先に対し、自己と取引することが有利である旨を積極的に示していること」、④「…警告を受けた原告の取引先は、原告との取引を継続するについて動揺し」たこと、⑤「被告は、…警告の後、原告あるいは原告取引先に対し、…訴訟を提起した事実は認められない等」の事情を認め、「したがって、被告が…行った警告は、…不正競争行為に該当するといふべきである」とし、差止め及び損害賠償請求を認容した。

³⁷ 前掲注5「違法侵害告知事件一覧」の事件3(本件判決)、9、13、15、17、18(原判決)、20、23、29、30、35、38、44、45、56を参照。

³⁸ 瀬川論文の分析によると同じ結論になる。瀬川・前掲注35・151頁。

³⁹ 本タイプの中でも、さらに諸般の事実について、違法性を判断するために考慮すると明言しなかった判決((ア)―(エ))と明言した判決((オ)―(ケ))とに分けられるが、「違法性を判断するため」と明言したか否かの差異があるのみであるため、両者を区別しないこととする。

(エ) 東京地判平成16年1月28日判時1847号60頁[パソコンソフト携帯万能] **(事件I)** (飯村敏明裁判長)⁴⁰。事案は、被告が原告の取引先に原告商品を販売する原告行為が被告の有する商標権等を侵害する旨の侵害告知行為は信用毀損行為に当たるということを理由に、原告が被告に対し損害賠償を求めたというものである。裁判所は、①「…被告が、原告標章が本件商標に類似するとして、原告商品…の発売が本件商標権の侵害となると判断したことには、相応の根拠があること」、②「被告の…告知行為は、本件通知書を原告に送付した後に、その内容を特定の取引先に説明するために行われたものであること、告知の内容は、被告が本件商標権を有すること及び本件商標と原告標章とを具体的に示して両者が類似する点を指摘し、概要その点に限られていた」こと、③「被告の上記告知行為の対象は、…大手の流通卸業者…2社に限られていたこと」、④「同2社は、…上記告知に係る商標権侵害に関しては、当然に訴訟の相手方になることも想定できる立場の者であること」等を理由に、「被告が行った上記告知行為は、…権利行使の目的で行われた行為であると評価して差し支えない。したがって、…不競法2条1項14号所定の不正競争行為には当たらないと解される」とした。

(オ) 東京高判平成16年8月30日平成16年(ネ)第836号判例集未掲載[パソコンソフト携帯万能] **(事件J)** (佐藤久夫裁判長) (事実は事件Iを参照)。原審の認定を全て維持し、この事件の侵害告知行為は、商標権の権利行使の一環として行われたものであり、違法性を欠き、不競法2条1項14号に当たらないとした判決である。

(カ) 東京地判平成16年8月31日判時1876号136頁[情報処理装置・方法] **(事件K)** (高部眞規子裁判長)。事案は、被告が原告の取引先に原告製品をプリインストールしたパソコンが原告の特許権を侵害する旨を告知した行為と仮処分命令の申立て(1年経つことなく取り下げられている)は信用毀損行為に該当すると主張し、被告に対

⁴⁰ 同判決は、客観的な事情を斟酌して正当な権利行使と評価したものであり、抽象論を明示したわけではないが、前掲平成13年東京地裁磁気信号記録用金属粉末判決と同様の立場に与するものと評価することが許されよう。

し差止め及び損害賠償を求めたというものである。判決は、抽象論として、「…特許権者による告知行為が、…特許権の正当な権利行使の一環としてなされたものであると認められる場合には、違法性が阻却されると解する…に対し、…権利行使の一環としての外形を取りながらも、競業者の信用を毀損して特許権者が市場において優位に立つことを目的とし、内容ないし態様において社会通念上著しく不当であるなど、権利行使の範囲を逸脱するものと認められる場合には違法性は阻却されず、不正競争防止法2条1項14号…に該当すると解すべきである」と論じ、事実認定では、「被告の…告知及び仮処分命令の申立ては、…特許権者の権利行使の一環としてされたものである」と認めた。そのうえで、①「被告は、…具体的な侵害の特定を求められて、不十分なながらも返答していること」、②「被告は、ソーテックから原告に問い合わせを欲しいと回答されて、原告にも通知を発していること」、③「被告がソーテックに対し、内容証明郵便を送付し、仮処分命令申立てを行ったのは、ソーテックが一旦本件製品…を中止すると回答したにもかかわらず、中止しないばかりか、本件製品は本件特許権に抵触しないと主張して交渉を拒絶したため、法的手段を採らざるを得なかったものと考えられること」、④「被告は、ソーテックばかりではなく、原告に対しても同様に仮処分命令の申立てをしていること」、⑤「被告はその後同仮処分命令申立てを取り下げているが、これはソーテックが本件製品をインストールしたパソコンの販売を中止したためであると考えられること」、⑥「いずれの通知の形式及び内容も、社会的相当性を欠くものとはいえないこと」、⑦「ソーテックは、当時は成長著しい企業であり、被告が弱小企業を狙い撃ちしたのものであるとも認め難いこと」等を理由に、「被告の…行為が…権利行使の範囲を逸脱するものということとはできない」とした。

(キ) 東京地判平成17年8月2日平成16年(ワ)第13248号判例集未掲載[動く手すり] **(事件L)** (高部眞規子裁判長)。事案は、原告製品が被告の特許権を侵害しないにもかかわらず、被告が原告の取引先ないし顧客に侵害告知を送付した行為は、信用毀損行為に該当するとして、原告が被告に対し差止め及び損害賠償を求めたというもので

ある。判決は、①「…被告が、原告の取引先…に対し原告製品が本件特許を侵害する旨の文書1を送付した直後、原告が、原告回答書1において、原告製品が本件特許権を侵害するものでない旨を詳細に説明した上で以後同様の書面を原告の顧客らに対して送付しないように警告したにもかかわらず、…再度、原告製品が本件特許を侵害する旨の被告文書2を送付したこと」、②「いずれの文書も原告製品…が本件特許権を侵害すると断定する内容であること」等を理由に、「被告が…文書1ないし3を送付した行為は、…内容ないし態様においては社会通念上著しく不相当であるというべきであるから違法性は阻却されず、…不正競争行為に該当するというべきである」とし、原告による差止め及び損害賠償請求を認容した。

(ク) 東京地判平成17年12月13日判時1944号139頁[動く手すり](**事件M**) (高部眞規子裁判長) (被告は事件Lと異なる)。事案は、原告の行為は被告が代理する権利者の特許権を侵害するものではないにもかかわらず、被告が原告の得意先に侵害告知の文書を送付した行為は信用毀損行為に該当するとして、原告が被告に対し差止め及び損害賠償を求めたというものである。判決は、①「原告…は本件特許発明1ないし10のいずれの技術的範囲にも属さず、被告自身、原告製品を設置した原告…が、本件特許発明1ないし10のうち、その大部分の請求項である本件特許発明1ないし3、6ないし8及び10の技術的範囲に属しないことを自認しているにもかかわらず、被告文書では、その点について一切触れずに、漠然と原告製品が本件特許権を侵害するおそれがある旨告知していること」、②「被告は、本件特許権の特許権者であって…原告と競争関係にあるボイジャーの日本における総代理店…であるところ、ボイジャーは、…原告の取引先…に対し、原告製品が本件特許を侵害する旨のボイジャー文書1を送付した直後、原告が、原告回答書1において、原告製品が本件特許権を侵害するものでない旨を詳細に説明した上で以後同様の書面を原告の顧客らに対して送付しないように警告したにもかかわらず、…再度、原告製品が本件特許を侵害する旨のボイジャー文書2を送付したこと、被告文書は、ボイジャーによる…一連の文書送付行為の最中、…送付されていること」、③「被告は、ボ

イジャーから、原告…が日本国内で原告製品の販売の準備をしており、本件特許権を侵害するおそれがある旨説明を受け、また、本件特許の登録手続をした弁理士の意見も同様であったと自ら主張していること」、④「被告は、原告に対しても、…訴訟等の法的手続をとらなかつたこと」、⑤「ボイジャーのボイジャー文書1ないし3の送付行為については、当裁判所が既に不正競争防止法2条1項14号所定の不正競争行為に該当するとの判決を言い渡していること⁴¹」等を理由に、「被告が、原告の取引先…に被告文書を送付した行為は、…社会通念上不相当であって、権利行使の範囲を逸脱するものというべきであるから、違法性は阻却され」ないとし、原告による差止め及び損害賠償請求を認容した。ちなみに、控訴審判決である知財高判平成18年6月26日平成18年(ネ)第10005号最高裁HP[動く手すり] (中野哲弘裁判長) も、原審の説示を引用したうえで、理由②をさらに強調している。

(ケ) 大阪地判平成19年2月15日平成17年(ワ)第2535号最高裁HP[生理活性物質測定法](**事件N**) (田中俊次裁判長)。この事件は、被告が、原告らの取引先等に長年にわたり、原告らの製剤の製造販売は被告の特許権を侵害し品質上の問題がある等と告知・流布し、また、原告ら及びその取引先に特許権侵害差止めの仮処分申立てや訴訟提起を行いその旨の主張立証活動を行ったことが、一体として信用毀損行為に該当する等を理由として、原告が被告に対し損害賠償を求めたというものである。判決は、「本件告知・流布行為は、いずれも原告らの営業上の信用を害する虚偽の事実を告知するものであり、不正競争防止法2条1項14号所定の不正競争行為を構成するものというべきであり、「行為全体としても過失があったという

⁴¹ 理由①に関しては、そもそも被告が自認した時期が不明である。また、理由⑤についても、被告が代理する権利者ボイジャーの行為が信用毀損行為に該当するとされた判決は平成17年8月2日に下されており、被告に係争行為を行った平成15年9月17日の後であるから、被告の行為が信用毀損行為に該当する理由となるのか、疑問なしとしない。

べきである⁴²⁾とした。また、違法性の判断⁴³⁾について、「…本件告知・流布行為について見ると、まず、…業界紙への掲載…、次に医薬品卸売業者に対する文書の送付行為…についても、医薬品関係者に対して、その者の原告製剤の取扱いの有無にかかわらず、網羅的に特許権侵害の事実を告知したものであり、…訴訟提起の前提としての事前の真摯な紛争解決探求行為と認めることができない。」「さ

⁴²⁾ 抽象論として、同判決は、「…一般に特許権者が、競業者の製品について、その製造販売行為が自社の特許権を侵害する旨を競業者の取引先等に対して告知・流布し、その取扱いについて警告する行為は、特許権の行使としての性質を有するものではあるとはいえ、法的手続によらずに、もっぱら自己の認識判断に基づいて自力救済的に行われる権利行使であり、常にその認識判断が誤っている危険をはらむものである一方、一度そのような行為がなされた場合には、当該競業者…に重大な損害をもたらすおそれが高いものである。このことからすると、告知・流布した者の過失の有無については、…違法な仮処分執行の場合のように過失が推定されるとまで解し得るか否かはともかく、少なくとも高度の注意義務が課せられるものと解するのが相当である」と述べた。

⁴³⁾ 抽象論として、同判決は、「…告知・流布内容が虚偽である場合には、特許権者の主観的な意図・目的にかかわらず、当該告知・流布行為は一般に違法性を有すると解するのが相当であり、それが特許権の行使であることの一事をもって違法性を欠く正当な行為とされるべきものではない。このことは、特許権者が、差止仮処分を得てこれを執行したが、後に本案訴訟等においてその被保全権利が存しないことが確定したことにより仮処分決定が当初から不当なものであったことが確定した場合に、その執行に出た行為が、法的手続に則った特許権の行使であるにもかかわらず、一般に違法な行為と評価すべきこととの均衡からしても裏付けられるところである。」「もともと、…（最高裁判所昭和63年1月26日第三小法廷判決・民集42巻1号1頁参照）。そして、特許権者が競業者の取引先に対して訴訟を提起することを考える場合であっても、いたずらに訴訟を提起するのではなく、これに先立って、当該取引先に対し…警告等を行い、事前の話し合いによる解決の道を探求することは、訴訟手続に要する当事者及び国家の負担を回避する見地からむしろ奨励されるべき行為である。そうすると、そのような警告等が、当該警告等に至る経緯、当該警告等の態様…に照らして、当該取引先に対する訴訟提起の前提としての事前の真摯な紛争解決探求行為と認められるものである場合には、訴訟提起に準じるものとして、同様に違法性を有しないと解するのが相当である」と述べた。裁判所の真意をここまで率直に語る判決は少なく、特徴的な説示といえよう。

らに、被告の従業者による口頭での告知行為…についても、同欄に記載された告知状況及び告知内容からして、訴訟提起の前提としての事前の真摯な紛争解決探求行為と認めることができない。」「…いづれも違法性を欠くということとはできない」とした。ちなみに、この事件では、侵害訴訟の提起・追行及び仮処分の申立て・追行責任の不法行為該当性も争点とされており、裁判所は、前掲昭和63年最高裁判決を引用し、違法とされる理由がないため、不法行為を構成しないと判示している。

イ. 違法性判断タイプ2

(ア) 前掲平成14年東京高裁磁気信号記録用金属粉末判決（山下和明裁判長）。裁判所は、原審である前掲平成13年東京地裁磁気信号記録用金属粉末判決における判断枠組みを維持しつつ、侵害告知者の主観的な注意義務を重視するという、侵害告知者にとってより責任を緩和する基準を採用した。信用毀損行為に一応該当しても、特許権者が競業者の取引先に対する訴え提起の前提となす警告が、正当な権利行使の一環となされたものであると認められる場合には、違法性が阻却されると解すると明言したのである（「説示V」と「説示VI」を参照）。そのうえで、「著しく相当性を欠く基準」（当該基準の①を明言）に該当するにもかかわらず、あえて警告をなした場合には、信用毀損行為として違法となると解すべきであるが、そうでないかぎり、正当行為として違法性が阻却されると解すべきであるとし、更に、「説示VII」を繰り返して強調した。結論として、本件の事実当てはめると、①「本件特許は、特許庁による審査及び出願公告後の異議等の手続を経て、特許権として登録されたものであり」②「本件特許に対応する外国特許も米国…においてそれぞれ特許登録されているものであり」③「上記各判決〔筆者注：本件特許に基づく差止請求権等の不存在確認訴訟と本件特許無効審判請求〕の内容とその審理期間等からみても、特許権者である被控訴人が…本件特許について無効理由があることを容易に知り得たといえるものでない」と認定しつつ、「説示VIII」を再確認した。侵害告知者が無効理由を容易に認識可能であったか否かということを含味してはじめて違法性が肯定されるという論理構造を採用して

いることが注目される。

(イ) 東京地判平成18年8月8日平成17年(ワ)第3056号最高裁 HP [合成樹脂製クリップ] (事件○) (市川正巳裁判長)。事案は、被告らが原告の取引先に原告製品が特許権等を侵害する旨の警告書を送付した行為が信用毀損行為に該当することを理由に、原告が被告に対して損害賠償を求めたというものである。裁判所は、①「…弁理士は、…拒絶理由通知書の送付を受けたことから、特許庁審査官と電話で協議を行い、発明の構成を明確にするため、前提事実…の補正を行った。その後、新規性、進歩性に関する拒絶理由は全く指摘されないまま、本件特許権が登録された」、②「本件特許権の登録後、…警告書を送付するまでの間、…本件特許権の新規性、進歩性が改めて問題とされるような事態が生じたことを認めるに足りる証拠はない」、③「…弁理士は、同クリップが本件特許発明の構成要件を充足し、作用効果も同一であり、本件特許権を侵害するものであると判断した」、④「原告は、別件侵害訴訟において、第2クリップを製造、販売した事実はない旨主張したことから、被告らは、カルフル [筆者注：原告の取引先] に対し、第2警告書を送付した」、⑤「…被告らとサンワ [筆者注：原告の取引先] とは、…本件特許権には無効理由が存在しないことを前提として、サンワが被告らに対し和解金を支払う内容の和解をした」、⑥「カルフルは、世界的な大手スーパーマーケット会社である」、⑦「…被告らは、…原告と交渉を行った上で、別件侵害訴訟の提起に及んだ」、⑧「前記…の事実、前提事実… (4) [筆者注：被告会社は原告の取引先に対し警告書を送付したとともに、原告にも同趣旨の指摘をした上で、警告書を送付したこと] …を併せ考慮すると、本件特許権者であった被告…が、カルフルに対して本件各警告書を送付するに当たり、本件特許権が無効であることを知っていたと認めることはできない」、「本件特許権は、別件侵害訴訟及び審決取消訴訟において、進歩性欠如を理由に無効とされたとはいえ、いずれも原告及び被告らの主張を踏まえた慎重な判断の結果であり、丸田屋発明の存在を踏まえても、明らかな無効理由が存在したとまではいえない」としつつ、「…事実を総合的に考慮すれば、本件各警告書の送付は、いず

れも…権利行使の一環としてされたものというべきであり」、「いずれも違法性を欠き、不正競争行為に該当するということではできない」と判示した。

(ウ) 東京地判平成18年10月11日平成17年(ワ)第22834号最高裁 HP [地震時ロック方法及び地震対策付き棚] (事件P) (市川正巳裁判長)。事案は、被告らが原告の取引先に原告製品が特許権等を侵害している旨を記載した文書を送付した行為が信用毀損行為に該当することを理由に、原告が被告に対し差止め及び損害賠償等を求めたというものである。裁判所は、抽象論として、「特許権者として特許権侵害訴訟を提起するために通常必要とされる事実調査及び法律的検討をすれば、事後的、法律的根拠を欠くことを容易に知り得たのに、あえて警告をした場合には、競業者の営業上の信用を害する虚偽事実の告知又は流布として違法となると解すべきである」という違法性判断基準を折り込みつつ、具体的には①「No.1ないしNo.5警告書 [筆者注：No.6ないしNo.10警告書も同様] は、特許法65条の警告として行われたものである」、「No.11警告書については、そもそも告知内容が虚偽の事実であることの立証がない」、「さらに、No.12ないしNo.14警告書は、…本件特許が特許される旨を知らせるとともに、原告製品が本件特許権に抵触する危険がある旨警告する内容となっている」、「…No.15ないしNo.18警告書をもって、必ずしも不合理な時期に不必要な内容の書面を送付したものと認めることはできない」、②「…送付された会社は、原告製品を組み込んだシステムキッチン等を販売するか、その採用を検討していた企業であり、本件特許権に基づく差止め及び損害賠償請求の被告となり得る企業である」、③「しかも、その多くは、特許権侵害の点につき、独自に判断することを期待することができる大企業又はその関連会社である」、④「被告らは、…原告との交渉をあえて避けていたものとまで認定することはできない」、⑤「本件警告書の内容は、…それなりに警告段階、登録段階、無効審判排斥段階に応じて強弱を付けた内容になっているし、被告…の実施許諾先の製品の採用等を求めることも、特許権の行使として侵害行為の差止めを求める際に、双方が受入可能な解決策を提案しているものと理解することが

できないではない」ことを理由に、「本件警告書の送付行為をもって、…権利行使として社会通念上必要と認められる範囲を超えているとまで認めることはできない」と判示した。

- (5) 以上の整理で注目すべきは、違法な侵害告知者の責任という論点について、違法提訴事例で用いられてきた「著しく相当性を欠く基準」と同様に、定形的に責任を緩和する方向を志向する「違法性判断タイプ2」の類型である。この類型は、侵害告知者にとって特許の無効理由があることの認識可能性があるかということまでも吟味したうえで違法性を肯定するという判断手法を示しており、その点で「違法性判断タイプ1」にもまして侵害告知者に有利な解釈といえることができる。あるいは、プロパテントの傾向を反映していると評してもよいのかもしれない。また、実際の結論という観点から見ても、従来の裁判例では、不競法2条1項14号の要件に該当しさえすれば差止めを認めるというところに特徴があった(損害賠償については故意又は過失要件で調整の余地があるとしても)。前述のとおり、この取扱い、概ね学説でも支持されていた。それにもかかわらず、正当行為説を採る前述の事件Jと事件Pは、不競法2条1項14号の要件に該当しても、違法性を阻却する論理であるから、特に差止めが否定されるということから従来の裁判例と結論を異にするということに留意されたい。

以下では、各事案で考慮された認定事実を抽出・整理する。

ア. 両方のタイプの判決で斟酌される客観的な事情について

(ア) 違法性を否定する方向に斟酌される事情

- ① 競業者との関係について：告知に先立って真摯に競業者と交渉すること⁴⁴(前掲平成13年東京地裁磁気信号記録用金属粉末判決、前掲平成14年東京高裁磁気信号記録用金属粉末判決、事件P)。

⁴⁴ 逆に、競業者との関係について、侵害告知者が競業者をライバル視し当初から競業者に商品の製造販売を断念することを強く求めていたところ、競業者から満足できる対応を得られなかったことから、競業者から、間接侵害の規定により競業者のみを相手とすれば足りるとの趣旨の回答を得ていたにもかかわらず、競業者の取引先に対して通知書を発送した場合、競業者と真摯に交渉したとはいえないとして違法性を認める方向へ働く要素になる(事件G)。

- ② 侵害告知者の権利について：拒絶理由通知書の送付を受けたことから、発明の構成を明確にするため、前提事実の補正を行った後、拒絶理由が全く指摘されないまま特許権が登録されること(事件O)、無効事由を知ることが困難であること(事件O)、弁理士の助言があること(事件O)。
- ③ 告知の動機について：競業者の取引先が被疑侵害製品の製造を中止すると回答したにもかかわらず、中止されず、被疑侵害製品は侵害告知者の権利に抵触しないと主張して交渉を拒絶したため、やむを得ず告知したものであること(事件K)、侵害告知者と競業者の取引先の間で、権利に無効理由が存在しないことを前提として、競業者の取引先が侵害告知者に対し和解金を支払う内容の和解が締結されていること(事件O)。
- ④ 告知の内容について：侵害の有無を判断できるように権利内容を開示すること(前掲平成13年東京地裁磁気信号記録用金属粉末判決、前掲平成14年東京高裁磁気信号記録用金属粉末判決)、被疑侵害者の標章が侵害告知者の商標に類似し被疑侵害製品の発売が商標権の侵害となると判断したことに相応の根拠があること⁴⁵(事件I、事件J)、競業者への警告内容を競業者の取引先に説明するため告知するものであるところ、その内容は、侵害告知者が商標権者であること及び本件商標と類似する点を指摘するものであること(事件I、事件J)、告知の形式が社会的相当性を欠くものとはいえないこと(事件K)。
- ⑤ 告知の目的について：解決策として自己の実施許諾先の製品の採用を求めること(事件P)。
- ⑥ 告知の方法について：競業者の取引先だけでなく競業者にも告知すること(事件K、事件O)、殆どの警告書が特許法65条の警告として行われたものであるか、又は、必ずしも不合理な時期に不必要な内容の書面を送付したものと認めることはできないこと(事件P)。

⁴⁵ 他方、侵害について相当な根拠がないことは違法性を肯定する方向に斟酌される(事件M)。

- ⑦ 競業者の取引先について：侵害者になり得るものであること（前掲平成13年東京地裁磁気信号記録用金属粉末判決、事件I、事件J、前掲平成14年東京高裁磁気信号記録用金属粉末判決、事件P）、対応能力があること⁴⁶（前掲平成13年東京地裁磁気信号記録用金属粉末判決、前掲平成14年東京高裁磁気信号記録用金属粉末判決、事件P）、競業者の取引先が、権利侵害の有無について侵害告知者と直接議論しないことによる自身の危険を十分に承知していると述べていること（前掲平成13年東京地裁磁気信号記録用金属粉末判決、前掲平成14年東京高裁磁気信号記録用金属粉末判決）、大手流通卸売業者であること（事件I、事件J、事件O）、成長著しい企業であること（事件K）。
- ⑧ 告知後の事情について：訴訟を提起すること⁴⁷（前掲平成13年東京地裁磁気信号記録用金属粉末判決、前掲平成14年東京高裁磁気信号記録用金属粉末判決、事件O）、侵害告知者が競業者の取引先の問合せに対応すること（事件K）、競業者の取引先から競業者に問い合わせを欲しと回答されて、競業者にも通知すること（事件K）、侵害告知者が仮処分を事後に取り下げた理由が、競業者の取引先が侵害行為を止めたためであること（事件K）。

(イ) 違法性を肯定する方向に斟酌される事情

- ① 侵害告知者について：告知した時点でまだ権利者ではないこと（事件H）、被告知者の製品が特許権の技術的範囲に属しないと認識していたにもかかわらず告知すること（事件M）。
- ② 告知の内容について：当該権利や製品に関係のない事件を証拠として示すこと（事件H）、侵害であると断定すること（事件L）。
- ③ 告知の方法について：競業者から、競業者のみを相手とすれば足りるとの趣旨の回答を得ていたにもかかわらず、競業者の取引先に対して警告すること（事件G）、競業者の取引先に競業者製

品が特許権を侵害する旨の告知を送付した直後、競業者から詳細な説明を受けたにもかかわらず、再び競業者の取引先と同じ趣旨の告知を行うこと（事件L、事件M、前掲知財高判[動く手すり]（事件Mの後半を参照）、告知先が競業者の製品を取り扱っているか否かにかかわらず、網羅的に侵害告知を行うこと（事件N）。

- ④ 告知の目的について：侵害告知者が競業者の取引先に自己と取引することが有利である旨を積極的に示すこと（事件H）。
- ⑤ 競業者の取引先について：まだ係争商品を保有していないこと（事件G）。
- ⑥ 告知後について：告知を受けた競業者の取引先が、競業者との取引を継続するについて動揺したこと（事件H）。
- (ウ) 違法性の判断に影響しない事情
- ① 侵害告知者が競業者に対しライセンス契約締結の申入れを行い、競業者が拒絶し続けていること（事件K）。
- ② 告知により、競業者の業務に支障を来すこと（事件P）。
- ③ 告知の結果、競業者が取引先各社を訪問せざるを得なくなったこと（事件P）。
- ④ 告知の結果、競業者の取引先に影響を与えた可能性があること（事件P）。
- ⑤ 正式な警告書でなく単に電子メールで告知すること（事件H）。
- ⑥ 告知の回数が少ないこと（事件H）。
- ⑦ 侵害告知者が競業者の権利侵害を信じていたこと（事件H）。
- ⑧ 侵害告知の際、「権利侵害である」と断定せず、その「おそれがある」としたこと（前掲知財高判[動く手すり]（事件Mの後半を参照））。

イ、「違法性判断タイプ2」について、上述の事実の外に、更に侵害告知者の注意義務（主観）として斟酌される事情について

(ア) 違法性を否定する方向に斟酌される事情

侵害告知者の権利について：拒絶理由を補正したうえで登録された権利であること（前掲平成14年東京高裁磁気信号記録用金属粉末判決、事件O）、対応する外国特許が存在すること（前掲平成14年東京高裁磁気信号記録用金属粉末判決）、無効事由を知ることが因

⁴⁶ 他方、告知された者に対応能力がないことは、違法性を肯定する方向に斟酌される（事件G）。

⁴⁷ 他方、侵害告知者が訴訟を提起していないことは、違法性を肯定する方向に斟酌される（事件H、事件M）。

難であったこと（前掲平成14年東京高裁磁気信号記録用金属粉末判決、事件O）、特許権の登録後から競業者の取引先に告知を送付するまでの間、特許権の新規性・進歩性が改めて問題とされるような事態が生じたことを認めるに足る証拠はないこと（事件O）、弁理士の助言があること（事件O）。

(イ) 違法性の判断に影響しない事情

- ① 交渉全体の経過からみて、競業者の明確な見解を積極的に述べていたわけでもない質問に対し、侵害告知者が直接答えなかったこと（前掲平成14年東京高裁磁気信号記録用金属粉末判決）。
- ② 出願前の調査において、先行発明が検出されていないこと（事件O）。
- ③ 告知後、侵害告知者が再度権利の有効性について全く検討を行わないこと（事件O）。
- ④ 侵害告知者が先行技術の存在を知っていたにもかかわらず、それを十分に検討したことを窺わせる事情がないこと（事件O）。

(6) 前記「**両方のタイプの判決で斟酌される客観的な事情**」や「**侵害告知者の注意義務（主観）として斟酌される事情**」を以上のように整理したが、個別の事案で個々の事情が存すると認められたとしても、必ずしも違法性の肯定・否定に直結するわけではなく、あくまでも総合考慮の下での判断の一要素となるに止まる（「説示Ⅶ」を参照）。違法性を否定する方向に斟酌される事情が多ければ多いほど、違法性を肯定する方向へ斟酌される事情が少なければ少ないほど、正当な権利行使行為として認められる可能性は大きくなる（逆も然り）。個々の事情のウェイトに関する判断基準は判断主体によって異なる可能性があることを考え合わせると、違法か否かの分岐点は普遍的・安定的なものであるとはいいたい。

もっとも、この点に関しては、論者のなかには、裁判例の判断基準を統一的に理解することが可能であり、具体的には「問い合わせ」型や「司法手続に随伴する中止要求」型と目される場合には侵害告知者

の賠償責任が否定されている旨を説く者がある⁴⁸。もっとも、「真摯に問い合わせる」類型の代表例とされる前掲平成13年東京地裁磁気信号記録用金属粉末判決では、違法性を否定するために少なくとも4つの事実が必要とされており、「真摯に告知をし司法手続に随伴する中止要求」型に分類される前掲平成13年東京地裁磁気信号記録用金属粉末判決では同じく5つ、事件Kでは同じく7つの事実が必要とされている。類似の事案が現れた場合、そこに列挙されている事実の1つを欠いていると判断された場合、はたして結論が維持されるのか、それとも結論を異にして責任が肯定されるのかということに関しては定かではないといわざるを得ないのではあるまいか。「真摯に問い合わせる」類型とか「真摯に告知をし司法手続に随伴する中止要求」類型という概念はあくまでも許容され得る方向を示唆するに止まり、具体的なあてはめについて予測可能性の高い明確な基準を示すものとはいいがたく、結局、違法性の成否は、個別具体の裁判例において、各種事情を総合して衡量する裁判官の判断に委ねられていることにはなからうか。ゆえに、論者の類型論に与したとしても、違法性の判断が安定的なものに変容するということはないように思われる。

(7) 前述した統計が示すとおり、違法侵害告知に係わる知的財産権事件全般に目を向けるのであれば、じつは正当行為説を採用する判決はいまだ少数であり、従前どおりの判断基準で臨む裁判例のほうが圧倒的に数は多い(41/56件)。しかも、正当行為説を採った裁判体の裁判長の殆どが、異なる事件では従来の裁判例の手法を用いることもある(前掲注5「違法侵害告知事件一覧」を参照。具体的には、三村量一裁判長(正当行為説:従前同様の手法=3:5)、飯村敏明裁判長(同2:6)、高部眞規子裁判長(同3:1)、田中俊次裁判長(同1:1)、市川正

⁴⁸ 瀬川・前掲注35・152頁。「…権利行使に関する判断には一つの基準をみることができる。すなわち、告知・警告者の責任を否定するのは、告知・警告の目的が、侵害の有無の問い合わせである場合（筆者注：前掲平成13年東京地裁磁気信号記録用金属粉末判決）と、問い合わせに止まらず製造販売の中止を求めるときでも、司法手続を伴う場合（筆者注：前掲平成13年東京地裁磁気信号記録用金属粉末判決と事件K）である。」

已裁判長(同3:1)、佐藤久夫裁判長(同1:1)、中野哲弘裁判長(同1:1))。特に前掲平成13年東京地裁磁気信号記録用金属粉末判決を下した三村量一裁判長は、ほぼ同時期の同一原告(株式会社サタケ)が提起した信用毀損行為事件で、それぞれ従来の裁判例と正当行為説の双方を用いている⁴⁹。正当行為説が定着したと断じることはいまだにできず、裁判例は過渡期にあるというべきであろう。

3. 新傾向の違法な仮の地位を定める仮処分責任 — 平成16年東京地裁開発仕様書判決の登場以降

(1) 東京地判平成16年1月28日平成15年(ワ)第5020号最高裁HP[開発仕様書](飯村敏明裁判長)(以下、「平成16年東京地裁開発仕様書判決」という)は、正当行為説を違法な仮の地位を定める仮処分事件にも適用した初めての判決である。事案は、被告が原告らを相手としてした(仮の地位を定める)仮処分命令の申立てが不法行為を構成するとして、原告らが被告に対し損害賠償を求めたというものである⁵⁰。以下、判旨を紹介する。

ア。「本件仮処分申立てが、相手方に対する違法な行為といえるためには、同申立てに係る審理において、申立人の主張した権利又は法律関係が事実的、法律的根拠を欠くものであり、しかも、申立人がそのことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知り得たといえるのに、あえて仮処分命令を申し立てたなど、仮処分命令の申立てが裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くと認められるときに限られるものと解するのが相当である」(前掲昭和63年最高裁判決参照)。

イ。「前記…認定判断したとおり、原告らが携帯万能8を販売する行為は、被告が携快電話6について有する著作権を侵害するものではないから、本件仮処分申立ては、結果として被保全権利がなく、理由

がないことに帰する。」「しかし、前記のとおり」、①「被告は本件開発委託契約…により、プログラムのソースコードを除き、携快電話6についての著作権を取得していたこと」、②「原告らの販売する携帯万能8のデータファイルには、携快電話6のそれと全く同一のファイルが多数含まれて」いること、③「携快電話6と携帯万能8は、起動直後の画面…が極めて類似していたこと等の事実経緯に照らすならば、被告が、原告らによる携帯万能8の販売行為を自己の携快電話6について有する著作権を侵害するものと信じたことについては相応の事実的及び法律的根拠があったというべきである。」「そうすると、…本件仮処分申立ては、裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くとは認められないから、原告らに対する違法な行為とはならず、不法行為を構成しない。」

(2) このような裁判例が出現した背景には、仮の地位を定める仮処分は、保全処分であるとはいっても、係争物に関する仮処分と異なり、実態として高度に債務者の手続保障が図られているという事情があるように思われる。特に知的財産事件では、保全の必要性の判断に際しては他の種類の仮処分に比べ相当に慎重な審理がなされるなど⁵¹、仮の地位を定める仮処分命令の発令手続や審理は慎重になるという傾向があり、本案訴訟との差異は殆どないと指摘されている。例えば、疎明は高度のものが要求されており⁵²、心証度も高いものが必要とされている⁵³。審理期間も本案に接近している(本案訴訟も仮の地位を定める仮処分も審理期間は1年ほどと変わりはないとされる⁵⁴)。

⁵¹ 牧野利秋「特許侵害と仮処分—保全の必要性の検討—」中野貞一郎＝原井龍一郎＝鈴木正裕編『民事保全講座3 仮処分の諸類型』(法律文化社・初版・1996)96-97頁。

⁵² 服部誠「特許権侵害と仮処分」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務2 特許法II』(新日本法規出版・2007)133頁。

⁵³ 瀬木比呂志「仮の地位を定める仮処分(満足的仮処分)の特別訴訟化再論」判タ1105号(2003)8頁。

⁵⁴ 「平成14年6月19日開催された日本弁護士連合会での講演において、東京地方裁判所民事第29部飯村敏明判事は『知的財産権侵害訴訟の平均審理期間(東京地裁)は約12ヶ月。』と述べられている。安田有三「特許権侵害訴訟実務の変遷」永井紀

⁴⁹ 前掲注5「違法侵害告知事件一覧」の事件42、44を参照。

⁵⁰ この事件の仮処分は平成14年9月6日に申し立てられ、平成14年12月10日に取り下げられた。取下げの理由は、原告が新しい商品を発売し、旧商品の販売差止めを求める必要がなくなったためとされている。

(3) このように実態として、本案訴訟と変わるところのない手続保障がなされている以上は、仮処分という選択肢が採用されたということをもって特に責任を重くするわけにはいかないであろう。本案訴訟が不法行為を構成する基準として前掲昭和63年最高裁判決が示した「著しく相当性を欠く基準」を違法な仮の地位を定める仮処分の申立てにも援用し、原則として正当な権利行使であるとして責任を緩和するアプローチは正鵠を射ていると考えられる。

もっとも、仮処分の申立てを原則として正当行為と認めるとしても、そのようにして責任が緩和される範囲はあくまでも仮処分の「申立ての段階」に限定されるといわざるを得ない。前掲平成16年東京地裁開発仕様書判決の判文はこのような射程の限定を示唆している。債権者が仮処分の申立てに止まらず、保全執行にまで及んだ場合、執行は債務者の勢力圏へ介入する強力な手段であり、当事者間の権益状況に現実の変動、特に債務者に具体的な不利益をもたらす。そうだとすると、そのような執行が後に違法なものであったと判明した場合には、衡平の見地から、厳格な責任を要求して然るべきであろう⁵⁵。ゆえに「執行の段階」に関しては、依然として、前掲昭和43年最高裁判決により確立された過失推定責任説が維持されるべきであろう（このように、違法な仮の地位を定める仮処分責任の判断基準が仮処分の進行手続の段階によって異なるという考え方を、以下では「**段階説**」と呼ぶ）。

昭＝安江邦治＝岩崎幸邦編『知的財産権 その形成と保護』（新日本法規出版・2002）492頁を参照。また、2007年度の全地裁仮処分（仮の地位を定める仮処分と係争物に関する仮処分を区別しない）既済事件に関する司法統計によれば、年間6749件中、1年以内に審理済みとなった件数は6711件であり、全体の99%を占める。裁判所司法統計システム検索ウェブサイト <http://www.courts.go.jp/sihotokei/nenpo/pdf/B19DMIN93~99.PDF>（2009年2月18日検索）を参照。2006年の同様の統計によっても、この割合は98%である。もっとも、最高裁判所に作られた2002年知的財産訴訟検討会の第3回配布資料によると、2002年知的財産権関係仮処分事件の平均審理期間は4.5ヶ月である（首相官邸ホームページ http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/titeki/dai3/3siryoyou_list.html（2009年2月18日検索）を参照）。

⁵⁵ 理由は詳らかではないものの、結論同旨、山口健司「知的財産権の行使と不法行為の成否」AIPPI51巻3号（2006）8頁。

(4) 前掲平成16年東京地裁開発仕様書判決以降、正当行為説を採用する裁判例が続いている。管見の限り、平成20年7月27日までに下された、違法な仮の地位を定める仮処分事件に関する判決は6件ある。そのうち、正当行為説を採った判決は4件であり（本件判決を含む）、全て申立ての段階で適用されたものである。一方、残る2件も、執行の段階にまで至った仮処分に関する責任が争点とされたものであり、正面から申立ての段階に止まる場合についてまで正当行為説を否定したものとはいえない⁵⁶。以下、正当行為説を採った判決を検討する。

ア. 東京地判平成18年7月6日判時1951号106頁[養魚飼料用添加物等]（**事件Q**）（設樂隆一裁判長）⁵⁷。事案は、被告が原告らの取引先に取引先が扱う製品の中に被告の有する特許権を侵害するものがある等と記載した複数の文書を送付した行為、及び、被告が原告らの取引先に対し仮処分を申し立て、これに関して行った広報活動について、被告が有する特許のうち3件が無効であることが確定したことから、原告が被告に対し当該行為の不競法上及び不法行為上の責任を求めたというものである。このうち、複数の文書を送付した行為による不競法上の責任を判断するための前提として、判決は、「特許権者が、競業者の取引先を相手方として、その行為が特許権を侵害するものであるとして、仮処分を申し立てたり、特許権侵害訴訟を提起したりすることは、特許権の行使であり、裁判を受ける権利の行使であるから、特許権者が、事実的、法律的根拠を欠くことを知りながら、又は、特許権者として、特許権侵害訴訟の提起、あるいは、仮処分の申立てをするために通常必要とされている事実調査及び法律的検討をすれば、事実的、法律的根拠を欠くことを容易に知り得たといえるのにあえて訴訟等を提起し、あるいは、仮処分を申し立てた場合には違法となるが、そうでない場合には、特許権者としての裁判を受ける権利の行使であり、正当行為として違法性を

⁵⁶ 東京高判平成17年1月31日平成16年(ネ)第2722号判例集未登載[建築足場]、大阪高判平成17年3月29日判時1912号115頁[採光窓付き鋼製ドアの製造方法]。

⁵⁷ この事件の仮処分は平成14年9月6日に申し立てられ、平成15年2月に取り下げられた。取り下げの理由は、判文からは明らかでない。

阻却されるものと解すべきである」(前掲昭和63年最高裁判決を参照)と判示した。

一方、仮処分申立てによる不法行為責任について、判決は、①「被告は、本件特許権…を、直接侵害するおそれのある養魚用飼料を製造販売していた日本農産を相手方として、特許権者の権利行使の一環として本件仮処分申立てをしたものであること、②「…被告は、日本農産との間で、原告製品の使用に関し何度か交渉しており、その過程で、日本農産は原告製品の使用を中止して被告製品を使用すると回答していたにもかかわらず、原告製品を使用した養魚用飼料の販売を継続していたこと」、③「交渉過程における双方の相手方に対する回答ないし要求の内容について、認識の齟齬がみられたことなどから本件仮処分申立てに至ったこと」等を理由に、この事件の仮処分申立ては違法なものとするはできないとした。

控訴審の知財高判平成19年5月29日平成18年(ネ)第10068・10073号最高裁HP(中野哲弘裁判長)も原判決を維持している。

- イ. 大阪地判平成19年2月15日平成17年(ワ)第2535号最高裁HP[生理活性物質測定法](事件R. 事件Nと同事件)(田中俊次裁判長)⁵⁸。事実関係については、同事件である事件Nについて既述したところを参照。判決は、侵害訴訟の提起・追行については、前掲昭和63年最高裁判決に言及し、「著しく相当性を欠く基準」を掲げた上で、「また仮処分の申立て・追行についても、…同様の観点からすると、仮処分の申立てが仮処分制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くと認められる事情が存するときに限り違法性を有すると解すべきであるが、別表3記載の被告による仮処分の申立て・追行においてはそのような事情は認められない」とした。他方、仮処分決定の執行については、前掲昭和43年最高裁判決を引用し、「前記のとおり名古屋地裁仮処分決定の執行については、…被告に過失があ

ったとの推定を覆滅するに足りる事情は認められず、被告には過失があったといえるから、昭和薬品に対する直接的な権利侵害行為として、不法行為を構成するといえる」とした。本件は「段階説」を採用した代表的な裁判例であるといえる。

ウ. 本件判決(飯村敏明裁判長)⁵⁹。本稿の冒頭の紹介を参照。

- (5) 以上の検討をまとめると、第一に、仮の地位を定める仮処分の申立ての段階に関する責任については、前掲平成16年東京地裁開発仕様書判決以降は、例外なく、正当行為説が採用されていることが分かる⁶⁰。

より具体的な事案を吟味すると、①債権者は著作権を有することが明らかである上、被疑侵害製品と著作権を有する製品は起動直後の画面等が極めて類似している場合(前掲平成16年東京地裁開発仕様書判決)、②債権者が、債務者との間で、何度か交渉しており、双方の相手方に対する回答等について、認識の齟齬がみられたほか、債務者が被疑侵害製品の使用を中止して債権者製品を使用すると回答していたにもかかわらず、被疑侵害製品の販売を継続していたため、債権者は、特許権を直接侵害するおそれのある被疑侵害製品を製造販売していた債務者を相手方として、仮の地位を定める仮処分を申し立てた場

⁵⁹ この事件の仮処分は平成16年12月1日に申し立てられ、その後取り下げられた。取下げの日付及び理由は、判文からは明らかでない。

⁶⁰ 特筆すべきことは、従来の裁判例の事案は仮処分が執行にまで至ったケースが多い反面(前掲注22を参照、3/4)、前掲平成16年東京地裁開発仕様書判決以降の裁判例の事案は仮処分決定の取得後取り下げられたケースが多いということである(前掲注57、59を参照、3/4)。これらの数字は、近時、戦略的に仮処分制度が利用されていたことを示唆するものであるのかもしれない。かりにこの推測が真実だとすれば、戦略的に仮処分制度を利用する以上は、非難可能性が高くなり、より厳格な責任を負担すべきであるという考え方が出てきても不思議はない。しかるに、近時の裁判例は、少なくとも仮処分が執行にまで至らなかった場合には、従前の過失推定責任説ではなく、正当行為説を採用しており、責任をより緩和する態度を示している。その当否は更なる検討を要しよう。もともと、従前の裁判例の殆どが係争物に関する仮処分に係るものであったところ、新傾向下の判決は、債務者の手続保障に厚い仮の地位を定める仮処分に係るものであるから、結論としては、正当行為説が採用されて然るべきであるといえるかもしれない。

⁵⁸ この事件の第一仮処分は平成4年8月20日に申し立てられ、平成9年11月18日に仮処分決定が下され、平成9年11月18日及び同年12月2日に執行されている。第二仮処分は平成6年7月5日と同年9月13日と翌年6月29日に申し立てられ、平成7年10月31日に仮処分決定が下され、平成7年11月10日及び同月13日に執行されている。

合(事件Q)には、当該申立ては違法なものと扱うことができないとされている。他方で、債権者が特許権に無効理由が存在することを容易に知り得る上、債務者との交渉でどの特許権をどのように侵害しているか何ら指摘することなく、自己の有する複数の権利を背景に債務者に圧力をかけ、専ら自己に有利なライセンス契約を締結するよう求める交渉態度をとる場合には(本件判決)、違法なものと判断される。

第二に、仮の地位を定める仮処分が執行の段階にまで至った事案では、全ての裁判例で前掲昭和43年最高裁判決の立場が維持されている。仮処分の申立てに関する裁判例と執行に関する裁判例とで、かくも鮮やかな対比が示されているということは、「段階説」の採用が可能であることを示唆しているように思われる⁶¹。筆者自身、段階説に与す

るものであるが、関連裁判例の数は少なく、段階説が定着するかどうかということに関しては、今後の裁判例の動向を注視する必要がある。

(四) 責任の緩和処理を求める潮流における本件判決の位置付け

違法な侵害告知行為に関する従前の裁判例の殆どが民法709条の不法行為が該当性ではなく、不競法2条1項14号の信用毀損行為の成否をめぐるものであった⁶²。これは、当事者が不競法2条1項14号に基づく請求を選択したことの結果にほかならないが、その理由は、民法の不法行為に関する伝統的な理解と異なり、不競法2条1項14号に該当すれば、同法3条1項によ

以上の批判は、確かに「段階説」に対する痛撃となり得るかもしれない。社会全体の利益から見ると、債務者が執行される前に自発的に仮の地位を定める仮処分命令が守られるのであれば、効率的に紛争が解決されることになり、そのような意識や行動はむしろ奨励すべきだろう。段階説を採る結果、悪質な債務者の保護にかえって厚くなってしまふという事態は、効率的な紛争解決という観点からはマイナスの方向の取扱いとなってしまふ。

しかし、筆者は、法の構造に鑑みれば、この批判は妥当しないと考えている。すなわち、民事保全法37条1項、3項による、仮の地位を定める仮処分制度は本来債権者に生じる著しい損害又は急迫の危険を避けるための暫定的な措置であり、実際に債権者と債務者との間の紛争を終局的に定めるのは、本案訴訟である。このような制度趣旨に鑑みると、債務者には、本案訴訟で決着を付ける選択肢を追求することが予定されているといえるのではなからうか。仮の地位を定める仮処分命令が発令され執行されていない間、それを自発的に守る債務者の判断はもちろん尊重すべきであるとしても、侵害を認めずに「侵害行為」を続け、本案訴訟で決着をつけようとする債務者は、単にこの制度が元来予定している救済のルートを辿っているに止まり、遵法精神を欠くというようなマイナス評価をつけるのは、法の構造に鑑みて適切なものではないように思われる。一番で敗訴した当事者がまだ控訴理由があると判断し控訴する場合は、一般に遵法精神を欠くとは評価しないだろう。それと事態が変わるところはない。ゆえに、仮の地位を定める仮処分命令を自発的に守る行為と対比したうえで、これを守らない行為を非難すべきであるという前提に立った議論は正鵠を射ているとはいえず、「衡平に失する」という批判は成り立たないものと思われる。

⁶² 前掲注5「違法侵害告知事件一覧」の事件1-56中、不競法2条1項14号でなく、民法709条をもって処理する事件数は、2件のみである。事件48、51を参照。

⁶¹ 事件Rは段階説を採用することを明言しており、前掲平成16年東京地裁開発仕様書判決以降、知的財産権に係わる事件で段階説に矛盾する裁判例はまだ現れていない。

もともと、段階説を採ると、衡平に失するおそれがあるという批判があり得るかもしれない。すなわち、

ア. 債権者が仮の地位を定める仮処分命令を取得した場合、少なくとも日本においては、殆どの債務者が自発的に仮処分命令の内容を履行しているのではないかとと思われる。したがって、仮の地位を定める仮処分命令の執行までせざるを得ないのは、一般には遵法精神を欠く債務者が自発的にそれを守らない場合なのではなからうか。

イ. かりにそうだとすると、段階説を採用してしまうと、仮処分命令を守らなかったため執行された遵法精神を欠く債務者が債権者に損害賠償を請求するときには、債権者の過失が推定され(執行段階—過失推定責任説を採る)、債務者に有利である一方、自発的に当該命令を守った遵法精神のある債務者が債権者に損害賠償を求めるときには、債権者は正当行為であったと主張できるため(執行されていない申立段階—正当行為説を採る)、かえって不利な立場に陥る。これは衡平に失するおそれがある。

ウ. 他方、仮処分命令の執行は遵法精神を欠く債務者がそれを無視するため発動せざるを得ないものであるので、執行まで申請した債権者に非難されるいわれはない。それにもかかわらず、段階説によって、執行の段階以降の債権者の過失が容易に推定されることは、やはり衡平を失するといわざるを得ない。

って、虚偽事実の伝達に対する差止請求ができる⁶³からではないかと推察される。そして、本件においても、原告は当初、不競法2条1項14号を請求原因としていた。それにもかかわらず、控訴審では、裁判所の釈明により、民法709条に基づく請求が追加されている⁶⁴。以下、その背景や理由を探ってみよう。

1. 違法な侵害告知事件の処理と不競法2条1項14号

- (1) 信用毀損行為には、他人に対する不当な攻撃により、その者の競争条件を不利にしておいて、自ら営業競争上有利な地位に立とうとするところに不正競争性を認めることができる⁶⁵。そこで、不競法2条1項14号は、他人の成果の効用を偽装する行為を禁止し、瑕疵ある情報の伝達により、本来、必要とされている取引が阻害されないようにしている⁶⁶。本件判決では、被告の行為が「虚偽の事実を告知し、又は流布する行為」に当たらないとされたため、ここでは「虚偽の事実」と「告知・流布」の要件を中心に検討する。
- (2) 従来の理解によれば、「虚偽の事実」とは、客観的真実に反する事実をいうとされている。一般論として、主観的見解、感想、批判、抽象的推論のような価値判断を示すことは、「虚偽の事実」に当たらないとされる⁶⁷。もっとも、価値判断を含むというだけで客観的真実性が失われるわけではない。例えば、「粗悪品」等の表現は価値判断を含むが、取引通念上又は社会通念上、対象物をそのように評価することが行き過ぎであると思料されるときは、虚偽の事実を述べるものと

⁶³ 田村・前掲注5・444頁。前掲注5「違法侵害告知事件一覧」の事件1-56中、不競法3条1項に基づき差止めを請求した事件数は、31件である。

⁶⁴ 前掲注5「違法侵害告知事件一覧」に掲げた裁判例のなかには、不競法2条1項14号該当性を否定したうえで、民法709条単独で損害賠償請求を認容した事件は本件判決以外に見当たらない。

⁶⁵ 木村・前掲注5・675頁。

⁶⁶ 田村・前掲注5・439頁。

⁶⁷ 青山紘一『不正競争防止法』(法学書院・第4版・2007)122頁。

いえる⁶⁸。

- 一方、「告知」とは、自己が関知した一定の事実を特定の者に知らせる伝達行為をいい、その方法はどのようなものでもよい⁶⁹。これには、被誹謗者の取引先に電話で知らせる場合と同様、警告書等の文書を送付して知らせる場合も該当する。「流布」とは、その事実を不特定又は多数人に対して広める伝播行為をいい、特定少数人に対して事実を知らせた場合でも、他人の口を借りて順次事実が不特定多数人に伝播されることを認識していればこれに当たるとされる。裁判例は、新聞、雑誌等への掲載を流布に該当するとして取り扱うものが多い⁷⁰。
- (3) 侵害告知行為が「告知・流布」に該当するためには、実際に事実を知らせるという伝達行為が必要である。伝達行為の有無は、客観的に判断することができよう。仮処分申立て及び記者発表は客観的に情報を伝達する手段として認められるため、「告知・流布」に該当する可能性がある⁷¹。他方で、一般の警告や訴訟の提起等も、伝達行為という観点から見れば「告知・流布」に該当し得るといえる⁷²。むしろ、

⁶⁸ 渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ』(有斐閣・初版・2005)167頁。名越秀夫「不正競争法2条1項14号における『虚偽の事実』の解釈」日本弁理士会・中央知的財産研究所編『不正競争防止法研究』(雄松堂・2007)20頁。

⁶⁹ 山本庸幸『要説 不正競争防止法』(発明協会・第4版・2006)235頁。

⁷⁰ 木村・前掲注5・734頁。

⁷¹ 仮処分申立てについて、形式上、虚偽事実の侵害告知行為に該当すると考えることも可能であるとした判決がある(東京地判平成18年7月6日判時1951号106頁[養魚飼料用添加物等])。東京地判平成16年8月31日判時1876号136頁[情報処理装置・方法]も、明言こそないが、同様の理解を前提にしていると解される。記者発表について、前掲東京地判[養魚飼料用添加物等]を参照。

⁷² 客観的な伝達行為は様々であり、伝達方法によって、伝達範囲も異なる。例えば、一般の警告により告知される相手方は特定の競業者の取引先だけであるが、記者会見により伝達される相手方は不特定多数の公衆(競業者の取引先と関係ない者も含まれる)である。その差異に鑑みれば、不競法2条1項14号該当性を考慮する場合、広範囲に影響を与える記者会見はより侵害告知者の責任を肯定すべきであるという意見があり得るかもしれない。もっとも、虚偽の事実に基づく一般の警告と記者会見は何れも虚偽の事実を伝達する行為であるため、不競法2条1項14号の「虚偽の事実」や「告知・流布」といった要件該当性の判断のところで調整することには

争点となるのは、「虚偽の事実」のほうである。特に近時の知的財産権侵害に係る違法な侵害告知事件においては、「競業者の行った行為は知的財産権を侵害するものである」ということを競業者の取引先に伝達した場合、その伝達の内容が「虚偽の事実」に該当するか否かということが、議論されることが少なくない。以下、この点について、競業者の取引先への伝達態様に基づいて事案を分類し、類型毎に裁判例を検討する。

ア. 権利侵害を直接に伝達するタイプについて

(ア) 競業者の取引先等に対して、競業者の行為が権利侵害であることを直接、伝達する行為は、不競法2条1項14号の典型例であると理解されている。従来の見解によると、このような伝達内容は「虚偽の事実」に該当すると判断されることになる⁷³。

他方で、学説のなかには、特許権侵害訴訟の事案を例に伝達の内容を分析すると、「特許権の存在」や「競業者がある製品を製造販売していること」などが「事実」として扱われることに異論はないが、「競業者の製品が当該特許権の技術的範囲に属する」等は侵害告知者自身の法的判断が含まれており、全体として「事実」ではなく「意見ないし論評の表明」に当たると解すべきという意見もある⁷⁴。このような見解は、名誉毀損に関する判例理論、特に最判平成16年7月15日民集58巻5号1615頁[新・ゴーマニズム宣言]における「法的な見解の表明は、事実を摘示するものではなく、意見ないし論評の表明の範疇に属するものというべきである」⁷⁵という判示と整合

困難がある。むしろ損害賠償責任の軽重や信用回復措置等の程度等を判断する際の要素の一つとして斟酌すれば足りるであろう。

⁷³ 小松一雄『不正競争訴訟の実務』(新日本法規出版・2005) 381頁。相良由里子「虚偽事実の告知・流布行為の認定」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務3 商標法・不正競争防止法』(新日本法規出版・2007) 395-396頁。高部・前掲注36・92頁。

⁷⁴ 高部・前掲注36・93-94頁。

⁷⁵ この事件は、被告会社の発行する雑誌及び単行本に掲載された被告執筆の漫画において似顔絵や「ドロボー」呼ばわりするなどして名誉を毀損され、肖像権を侵害されたと主張する原告が、被告らに対して損害賠償の支払い、謝罪広告等を求めた

性があると評価されている⁷⁶。

確かに、「事実」と「意見の表明」との間に境界線を引くことは困難である。しかし、そもそも無理に両者を区別する必要があるのだろうか。不競法2条1項14号の制定趣旨に鑑みれば、事実と意見の表明は何れも規制すべき「瑕疵ある情報」の伝達に該当し得るからである。名誉毀損に関する裁判例に目を向けても⁷⁷、信用毀損を名誉毀損と区別して、特に規制の対象を事実限定する理由はないように思われる。すでに学説でも、意見表明も、同様に規制の対象とすべきことが指摘されている⁷⁸。競争秩序の確保・営業の自由といった観点に鑑みれば、不競法2条1項14号の対象を事実の伝達に絞る合理的な理由はなく、信用毀損と名誉毀損とで取扱いを区別しない見解に賛成したい。

解釈としては、不競法2条1項14号の文言からはやや離れるが、意見ないし論評として虚偽の主張をなすことも同号にいう「虚偽の事実」に該当すると緩やかに解する見解が主張されている⁷⁹。また、

ものである。最高裁は、「法的な見解の正当性それ自体は、証明の対象とはなり得ないものであり、法的な見解の表明が証拠等をもってその存否を決することが可能な他人に関する特定の事項ということができないことは明らかであるから、法的な見解の表明は、事実を摘示するものではなく、意見ないし論評の表明の範疇に属するものというべきである」、「一般的に、法的な見解の表明には、その前提として、上記特定の事項を明示的又は黙示的に主張するものと解されるため事実の摘示を含むものというべき場合があることは否定し得ないが、法的な見解の表明それ自体は、それが判決等により裁判所が判断を示すことができる事項に係るものであっても、そのことを理由に事実を摘示するものとはいえず、意見ないし論評の表明にあたるものというべきである」と判示している。

⁷⁶ 前掲注74を参照。高部論文は、不競法2条1項14号の従来の見解を墨守すると、同一の事件で、信用毀損行為と名誉毀損行為が競合的に請求される場合、事実であるのか意見の表明であるのかとの認定に齟齬を来すおそれがあるため、アンバランスになると論じる。正当な指摘といえよう。

⁷⁷ 最判昭和41年6月23日民集20巻5号1118頁[二月選挙の内幕]と最判平成元年12月21日民集43巻12号2252頁[通知表相対評価反対]を参照。

⁷⁸ 瀬川・前掲注35・161頁。

⁷⁹ 高部・前掲注36・95頁。「そうすると、条文の文言からは多少離れるが、14号の

「事実」に該当するか否かということは、その言明が虚偽であるか否かと判断することができるかという命題に吸収されるとする主張も有力に唱えられている⁸⁰。

(イ) なお、「特許権に触れるおそれ」や「本当かどうかは知らないが、…のようだ」、「…かもしれない」等の婉曲的な表現を用いて、権利侵害を伝達しようとする事例もよく見受けられる。しかし、このような表現がとられていたとしても、受け手である競業者の取引先に対し、競業者が権利侵害している可能性があると思わせることに変わりはない。伝達する表現の実質的内容が真実に反していれば、取引者に与える印象は直接的な言い方と殆ど異ならないため、このような伝達内容は虚偽の事実該当するという考え方が一般的であり⁸¹、賛成すべきである。

イ. 権利侵害を訴訟の提起等の告知によって間接的に伝達するタイプについて

(ア) 権利侵害であるとは直接に明言することなく、単に訴訟の提起や仮の地位を定める仮処分を申し立てた場合という訴えの提起をしたことを伝達する方法も実務上よく見られるところである。この方法は、実際に「訴えを提起した」ため、「虚偽の事実」ではないと評価すべきであろう。

あるいは、訴えの提起が競業者が侵害告知者の権利を侵害しているという虚偽の事実に基づき行ったものであれば、「訴えを提起した」という事実も虚偽の事実とみなすべきであるという考え方もあり得るのかもしれない。しかし、直接伝達した内容は、「訴えを提起した」という「客観的に存在する事実」であり、かりにそれが虚偽の事実に基づいて行った行為を内容とする伝達であっても、伝達内容自体が「虚偽の事実」であると評価することはできないように思われる。そもそも、侵害告知者が、被告・債務者に手厚い手続保

障を与える裁判所に紛争の解決を求めることは、裁判を受ける権利の保護という観点に鑑みると、むしろ奨励すべきことといえよう。既に検討したように、近時の裁判例の傾向に従えば、訴訟提起や仮の地位を定める仮処分を申し立てた場合には、厳格責任を負うことはなく責任を免れることが十分にあり得るにもかかわらず、訴えの提起後に単に競業者の取引先に対して紛争を裁判所に預けたという客観的に存在する事実を伝えただけで法的責任を問われるならば、平仄が欠き、裁判を受ける権利の保護が不十分になると言わざるを得ない。

(イ) 問題となるのは、伝達された内容が、客観的に真偽を検証することが困難である「訴訟の提起等を真剣に考えている」というものであった場合である。

実際に訴えの提起をしていないとすれば、前述のような「事実の伝達」であるとはいいがたく、競業者が権利を侵害しているということを明白に決め付けたわけでもないのだから、単に侵害告知者の主観的な見解・感想に止まるという見解も主張されるかもしれない。

しかし、真実、終局的な紛争の解決を求めるのであるならば、何故「訴えの提起」をすることなく、「訴訟の提起等を真剣に考えている」ことを競業者の取引先等に伝達するのであろうか。「訴訟の提起等を真剣に考えている」という内容は、「競業者が権利侵害している」ことを前提に、侵害告知者が伝達しているものと受けとめられることが一般的であるように思われる。ゆえに、このような内容の伝達行為に対しても不競法2条1項14号の規律を及ぼすべきであり、本稿の分類では、「権利侵害を訴訟の提起等の告知によって間接的に伝達するタイプ」ではなく、「権利侵害を直接に伝達するタイプの意見表明」に該当すると考えるべきである。

他方で、条文の文言を重視すると、侵害告知者が収集した権利侵害に関する具体的な証拠、鑑定結果、訴えを提起した方がよいという専門家の文書等を競業者の取引先に提示し、「訴えの提起を真剣に考えている」という「客観的に存在する事実」の根拠を当該取引先が十分確認することができるような態様で伝達された場合には、侵害告知者は法的責任を負わないとすべきとする考え方もあり得

『事実』をもっとゆるやかに解し、『意見ないし論評』によって虚偽の主張をすることを含むと解するのが相当ではなからうか。

⁸⁰ 田村・前掲注5・440頁。

⁸¹ 渋谷・前掲注68・167頁。相良・前掲注73・396頁。

るのかもしれない。実際にそこまで権利侵害を証明し得る事実を摘示して、競業者の取引先に警告する侵害告知者は稀であり、ことは理論的な問題に止まるのではないかということはおさえておくとしても、たとえ十分な証明があったとしても、憲法上の裁判を受ける権利の恩恵を受ける「訴えの提起」という事実の伝達ではない以上は、やはり不競法2条1項14号で規律すべきであることに変わりはなく、ゆえに本稿の分類論としては「権利侵害を直接に伝達するタイプの意見表明」に属すると考えるべきではないかと思われる。

ウ. 小括

「訴えの提起」という実際に検証することが可能であり、憲法上の裁判を受ける権利の恩恵を受けるような「客観的に存在する事実」の伝達を除けば、違法な権利侵害の伝達は、カテゴリー的に不競法2条1項14号の規律の対象から除くべきではなく、ゆえに伝達の態様如何にかかわらず、いずれも「虚偽の事実」の侵害告知行為であると解して同号該当性を肯定すべきであり、本稿の分類の下では「権利侵害を直接に伝達するタイプの意見表明」として取り扱うべきであると考えられる。

(4) 本件の検討

ア. 本件仮処分申立てに関しては、結局、本件判決で「本件仮処分事件に係る申立書が東京地裁により西友に送達されたとの事実は認められない」として要件該当性が否定されたため、裁判所は前述の「権利侵害を直接に伝達するタイプ」において論じた「事実」と「意見の表明」に関する不競法2条1項14号が抱える難問を判断する機会を持たなかった。西友への送達の有無は、事実認定の問題である。

他方、本件記者発表に関しては、本件判決は、原判決と同様、「本件記者発表は本件仮処分申立ての事実や本件仮処分事件における自己の申立内容や事実的主張、法律的主張の内容を説明したものであり、その公表自体について、虚偽の事実を告知・流布したものと評価することはできない」と判示した。仮処分申立ての事実が存在した以上、伝達内容は客観的な真実に合致しており、前述した検討に従えば、不競法2条1項14号を適用すべきではない事件であるといえよう。

イ. もっとも、本件判決が、続いて「弁論の全趣旨によれば、申立書の内容を後で西友が知ったことが認められるが、仮の救済制度の利用及びこれに当然随伴する行為を差し止めることは不競法の予定するところではないため、仮の地位を定める仮処分の申立てに伴って、申立書の内容を相手方に知らしめることを、不競法2条1項14号所定の告知行為であるとするとはできない」と判示した点については、疑問を禁じ得ない。その理由は以下のとおりである。

(ア) 本件判決は「流布」ではなく「告知」の問題としているが、西友が間接的にYの仮処分申立書の事実を知ったということに加えて、Yは、他人の口を借りて、将来、本件仮処分申立書の内容が西友に伝達されるということを十分認識し得たのであれば、仮の地位を定める仮処分の申立てに伴って申立書の内容を間接的に相手方に知らしめることは、不競法2条1項14号の「流布」に該当すると解することができるのではなからうか。

(イ) そして、西友が仮処分申立書の内容を知ったという事実に鑑みれば、それは虚偽の事実がなにかしかの客観的な行為(前述したように、本稿はそれを「流布」であると考えるが)によって西友に伝達されたことを意味している。しかしながら、本件判決は「不競法の予定するところではない」ことを理由に、客観的に判断すべき伝達行為を「告知行為であるとするとはできない」と判断した。

なるほど、訴訟制度は憲法上紛争解決の最終機関として位置づけられているが、他人の権益を侵害する道具として濫用される可能性がある。そのため、訴訟の提起と仮の地位を定める仮処分の申立ては(その後の侵害告知行為が付随するか否かにかかわらず)原則として正当な行為に該当すると解すべきであるにしても、それが「著しく相当性を欠く基準」に反している場合には、違法性は阻却されず、訴訟提起者や仮処分の申立人は責任を負担すべきなのである(前掲昭和63年最高裁判決、前掲平成16年東京地裁開発仕様書判決と前掲平成14年東京高裁磁気信号記録用金属粉末判決を参照)。しかるに、本件判決のように、カテゴリー的に「仮の救済制度の利用及びこれに当然随伴する行為を差し止めることは不競法の予定するところではない」として仮処分の申立てに対する規律を放棄して

しまうことは妥当なものとは思われない。しかも、本件判決は、被告の行為が民法709条の不法行為に該当するか否かということは判断しているのである。何故「仮の救済制度の利用及びこれに当然随伴する行為を差し止めること」が「不競法が予定するところ」ではないにもかかわらず、民法の不法行為が予定するところとして取り扱ってよいのかということについて、論理的な説明が欠けているといわざるを得ない⁸²。

2. 正当行為説の限界と民法709条の運用等

前述のとおり、本件判決は、不競法2条1項14号を入口のところで門前払いしたために、民法709条の不法行為条項を積極的に釈明し当事者に追加させようとしたのだと推測することができる。

前述したように、本件仮処分申立てに関し、前掲平成16年東京地裁開発仕様書判決の「著しく相当性を欠く基準」を採用し、更に当該基準の②を適用して、権利濫用の事件を処理しようとする本件判決の論理は正当なものといえることができる。

しかしながら、本件記者発表までも同様に取り扱った点については疑問が残る。その理由は以下のとおりである。

- (1) 民法709条によって違法侵害告知行為を処理するとき、正当行為説を適用することは適切でなく、少なくとも限界があるのではないと思われる⁸³。

⁸² この点について、以下の判例解説は、「本判決は、法的紛争についての暫定的救済を求めて、仮処分の申立てをすることそれ自体は、原則として正当な行為といふべきであり、不当な仮処分申立てについては、不法行為に該当するか否かという観点から事後的に違法性を判断することが適当であって、事前にこれを差し止めることは不適当と考えられることから、この点を不競法の守備範囲外としたものと考えられる」(解説・判タ1279号(2008)287頁)と論じている。しかし、違法な仮処分の申立てによる信用毀損を放置することによる債務者の損害の拡大を放置すべきではないという視点からすれば、単に事前の差し止めが不適当であるというだけで、同条項の適用を否定することは説得力に欠けると思われる。

⁸³ 不競法2条1項14号をもって違法侵害告知事件を処理する場合にも、正当行為説は適当ではなく、損害賠償の成否は過失の成否で判断し、差し止めの成否は過失の有

- ア. 前述したように、仮の地位を定める仮処分制度の利用をして、原則的に正当な権利行使として許されるべきであると取り扱う理由は、裁判を受ける権利の保障にある。ところが、侵害告知行為は終局的

無とは無関係に判断するという従来の裁判例や学説に与すべきであると思われる。その理由は、後述の(1)のアとイと同様のほか、不競法2条1項14号に係る理由もある。すなわち、

- ア. 正当行為説は、不競法2条1項14号の条文上の要件に合致しない。むしろ、条文の文言に従って、告知行為者に権利侵害があると信じる正当な理由があったこと等の事情は、損害賠償請求の要件として故意・過失の認定において考慮すべきであるように思われる。このように取り扱うことによって、過去の非難である損害賠償請求は棄却しつつ、権利が無効であるとか権利範囲外であることが明らかになった以上、虚偽の事実の侵害告知行為が行われないようにするという差止めは認めるという形で、救済措置を適切に使い分けことが可能となる。前掲注5「違法侵害告知事件一覧」の事件4、8、12、41、53は、まさにこのような取扱いを示した判決と評することができる。例えば、事件4の知財高判平成19年9月12日平成18年(ネ)第10080号最高裁HP[地震時ロック方法及び地震対策付き棚]は、被告らが原告の取引先に対し原告製品が特許権を侵害する旨を記載した文書を送付した行為が不競法2条1項14号等に該当するとして、原告が被告に対して差止め・損害賠償を求めたという事案に係る。判決は、「…本件特許権には無効理由があるから、上記警告書における…特許権を侵害する旨の記載は、虚偽の事実であるといわざるを得ないことになる。」「したがって、一審原告は、一審被告が第三者に対し、一審原告製品が本件特許権を侵害する旨の告知、流布を行うことについて、その差止めを求めることができる」としつつ、損害賠償請求に関しては、「…抽象的な本件特許発明の特許請求の範囲の記載のみに照らすと、一審原告製品の使用行為は、特許請求の範囲に記載された方法の実施に当たり、また、一審原告製品が本件特許発明の使用にのみ用いるものに当たると解釈する余地がないと断ずることはできない」等の理由によって、「一審被告による本件警告書の送付行為が、本件警告書の内容が虚偽であることを知ってされたものとも認められず、一審被告による本件警告書の送付行為に故意又は過失…があるとはいえないから、…一審原告の損害賠償の請求は理由がない」としている。

- イ. 従来の裁判例が、侵害告知者の事情を考慮して、違法性を判断していることを無視すべきではない。また、正当行為説は、違法性の判断において、現行法の不競法2条1項14号に重ねて、諸般の事情を総合判断するというものであるため、従来の通説・判例による場合より予測可能性が低く、決して歓迎できない側面を有しているという批判も有力である。畑=重富・前掲注34・17頁。

な紛争解決の手段ではない。公正な第三者が介在するわけでもなく、適正な手続保障の下での審理を経ることもなく、権利者だけの言い分を不特定の第三者に伝達するものであるため、正当行為説を導入する前提を欠く。

- イ. そもそも、非侵害製品に対して権利行使することまでもが知的財産権の正当な権利行使となるわけではない⁸⁴。違法な侵害告知行為の場合、「被害の拡大」を防ぐ必要があるのは、むしろ警告される当該競業者の方であろう。このとき、侵害告知者の利益（かりにあるとしても）は、当該競業者の利益に優越しているとは思われない。侵害告知者にのみ正当な権利行使の庇護を与えることは、競業者の被害を一方的に拡大することにつながる。
- ウ. 自力救済の色彩が濃い特徴を持つ侵害告知行為は、あくまでも紛争解決に導く可能性のある入口の一つとして認識すべきである。少なくとも適切な紛争解決機能を完備したものと認めることができないことは明らかである。確かに、訴訟に要する費用や労力、事前の話合いによる解決の可能性等を考慮すると、いきなり訴えの提起という強力な手段を取ることは望ましくなく、侵害告知を奨励すべき側面もあることは否めないのかもしれない。しかしながら、侵害告知行為にさまざまな態様があり、カテゴリー的にこれに対する規律を緩めることは妥当ではないと思われる。

- (2) 結論として、本件判決は「そうすると、本件記者発表は、…正当な権利行使の一環としてされたものとは到底いえない本件仮処分申立てと同様に、著しく相当性を欠くものと認められる。」「前記…のとおり、…被告が…実施可能要件違反の無効理由が存在することを容易に知り得たものであり、また、…無効理由が存在することも容易に知り得たものというべきである。」と判示し、違法提訴や違法な仮の地位を定める仮処分事件で取り上げられる前掲昭和63年最高裁判決の「著しく相当性を欠く基準」を採用した。既に述べたように、違法な侵害告知行為に正当行為説を採用することには慎重にならなければならないと考えられる以上、本件判決は、過剰な保護を侵害告知者に与え

かねない論理を提供するものとして批判されて然るべきであろう。

- (3) もっとも、本件判決が、本件記者発表が本件仮処分申立てに続いて直ちに実施されたことを強調した点は注目に値する。その意味で、本件判決は、全面的に違法侵害告知者の責任を単純に免責する立場に立つものではない。あるいは、本件判決は、本件事実の特殊性、すなわち、本件記者発表が「権利侵害を訴訟の提起等の告知によって間接的に伝達するタイプ」のような客観的に存在する事実を公開しただけのものであったことに配慮しつつ、違法な侵害告知者の責任を簡単に認めてしまうと、裁判を受ける権利の保護に欠けるおそれがあるため、慎重な態度を示したもののなかもしれない。そうだとすると、本件判決における本件記者発表についての判示は、射程が限定されており、「権利侵害を直接に伝達するタイプ」等のような事実に係る事案であれば、より厳しく違法侵害告知者の責任が問われることになるかと解することができるかもしれない。

3. 終わりに

本件判決は、事実認定のところで侵害告知行為がないと判示したため、不競法2条1項14号の要件論を展開していない。ゆえに、違法な侵害告知事件に関する同号の適用を緩和する新傾向の裁判例の適否に関して、直接取り組んだ判決というわけではない。今後も、同号が活用されて、差止請求が認容される可能性を否定したものではないのである。不競法2条1項14号の下で適切に紛争を解決し得る明確な判断基準の定立が期待されることに変わりはない。

本件判決の眼目は、Yが行ったような、権利行使を装いより有利な内容の包括的なライセンス契約を締結させるための違法な侵害告知行為は、法的責任を免れないということを示唆するところにあるのではないかと思われる。侵害を告知しようとする者は、侵害告知・警告をする前に、正当行為であるといえるか否かについて、真剣に検討すべきであろう。

本稿では、本件判決を契機に、違法な権利行使に対する違法行為の成立要件の再検討も行った。正当行為説を採用する裁判例の下、仮の地位を定める仮処分に関する違法性の判断の方向性は既に定まるとすら評することができるかもしれない。しかし、違法な侵害告知に関する違法性の判

⁸⁴ 田村・前掲注5・448頁。

断についてまで正当行為説を妥当させることには疑問がある。違法侵害告知に関する侵害の成立要件を違法な仮の地位を定める仮処分と合わせる必然性はなく、不競法2条1項14号の条文に従い、損害賠償は過失責任、差止めは無過失責任を妥当させるべきであろう。今後も裁判例や学説が蓄積することにより、侵害告知者の違法性に関する議論がさらに深化することを期待したい。

| | | 従来 | 新傾向 | 今後の予測 |
|----------------------------------|----|---------------------------------------|---|----------------------------------|
| 違法訴訟 (民法709) | 提起 | 故意・重過失 昭和63年 最高裁判決 | x | 故意・重過失 |
| 違法な仮の地位を定める 仮処分 (民法709) | 申立 | 過失推定 昭和43年 最高裁判決 | 故意・重過失 平成16年東京地裁 開発仕様書判決 (新傾向が定着) | 故意・重過失 |
| | 執行 | 過失推定 昭和43年 最高裁判決 | x | 過失推定 |
| 違法侵害告知 (不競法 21⑭、 民法709) | 発送 | 損害賠償：過失 差止め：無過失 昭和47年 東京地裁判決 | 損害賠償：故意・重過失 差止め：故意・重過失 平成13年東京地裁磁気 信号記録用金属粉末判決 (従来基準のほうがよく使われる) | ？ ？ (筆者は、従来基準を維持すべきであると考え) |

[付記] 本稿の前半部分(本誌第23号)307頁に記載の三(二)3.のタイトル中、「昭和47年最高裁判決」の部分は「昭和47年東京地裁判決」の誤りでした。お詫びして訂正いたします。