

## 知的財産権侵害差止請求における訴訟物の特定と執行手続について：生活妨害訴訟における抽象的差止請求との比較検討を中心として

金, 炳学  
九州大学大学院法学研究院

<https://doi.org/10.15017/7592>

---

出版情報：法政研究. 72 (3), pp.149-205, 2006-01-25. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：

# 知的財産権侵害差止請求における訴訟物の特定と執行手続について

——生活妨害訴訟における抽象的差止請求との比較検討を中心として——

金 炳 学

## 第一章 はじめに

### 第二章 生活妨害および知的財産権侵害訴訟における抽象的差止請求の比較検討

#### 第一節 生活妨害訴訟における抽象的差止請求に関する判例・学説の概観

#### 第二節 知的財産権侵害訴訟の抽象的差止請求における判例の動向と学説の展開

#### 第三節 知的財産権侵害の抽象的差止請求における訴訟物の特定と執行手続に関する試論の提示と新たな展開可能性について

## 第三章 結びに代えて

## 第一章 はじめに

本稿は、知的財産権侵害訴訟の手続法的考察の端緒として、訴訟物の特定およびその執行手続について、抽象的差止請求の適否を中心に考察を行う。

丹野教授は、民事手続法上、抽象的差止請求という概念が用いられてきた経緯について、以下のように指摘される。すなわち、生活妨害などにおける騒音の差止めにしてもその差止めの目的である行為自体が不特定なものとはいえないし、義務者自身にとっても禁止される行為がわからないわけではない。その特徴的な態様とみられるのは、違背行為が有形的ないしは具体的な結果を残さぬこと（したがって、妨害物の除去という作為義務を残さないこと）が多いことと不作為に代わる禁止の結果の発生防止行為が技術的に複雑困難なものであること（したがって、その作為義務の特定が困難であること）である。前者から抽象的という形容語が生まれ、後者から具体的な防止行為を策定することが困難であることにより、執行裁判所において執行方法として将来のための適当な処分を定めることを避け、これを本案訴訟手続に委ねることとし、そのためには、請求の特定が具体的になされるべきことが要求されることになり、その反対概念として「抽象的差止請求」という表現が用いられるようになったのではないかと憶測する、と。<sup>1)</sup>

丹野教授の指摘をみてもわかるとおり、手続法上、抽象的差止請求という概念を用いる場合には、主として、生活妨害訴訟との関係で論じられてきたのであり、特に、被告が為すべきもしくは為さざるべき行為を、請求の趣旨において、具体的に特定していない抽象的な請求の適否を中心に、議論が積み重ねられてきたといえる。

他方、抽象的差止請求が問題となるもう一つの訴訟類型として、知的財産権侵害差止訴訟を挙げることができる。例えば、原告が自らの商号と類似した被告の特定の商号について、商号使用禁止の差止判決を得た後、被告が差止められた商号とは若干異なる商号を新たに使用している場合に、原告が先の債務名義によって被告の新たな商号について強制

執行をすることができるといえるのかという事案がその典型例である。

生活妨害訴訟と知的財産権侵害訴訟という両訴訟類型においては、同じ抽象的差止請求をめぐる訴訟物の特定および執行手続という手続法上の問題であっても、前者における訴訟物の特定および執行手続と、後者におけるそれとは、主たる問題関心がそれぞれ異なるため、これを反映して、手続法上の理論構成においてもこのような相違を明確に区別して論じる必要があると考える。

そこで、本稿においては、知的財産権侵害訴訟に関する民事手続法的考察の端緒として、手続法上、共通の概念として用いられる抽象的差止請求について、判例・実務および学説上、多くの蓄積をみた生活妨害訴訟における議論の到達点を基礎とし、両類型の特徴および相違点を整理し、知的財産権侵害訴訟における訴訟物の特定と執行手続についての基礎的考察を行いたい。

考察の順序としては、まず、両類型における抽象的差止請求をめぐる判例・学説を整理し、生活妨害訴訟における抽象的差止請求の知的財産権侵害訴訟への応用の可否、知的財産権侵害訴訟における抽象的差止請求をめぐる学説の問題点を検討したのち、知的財産権侵害訴訟の抽象的差止請求における訴訟物の特定と執行手続についての試論を提示するとともに、知的財産権侵害訴訟の展開可能性に対応した手続規範の新たな課題を提示したい。

## 第二章 生活妨害および知的財産権侵害訴訟における抽象的差止請求の比較検討

### 第一節 生活妨害訴訟における抽象的差止請求に関する判例・学説の概観

本稿がその考察対象とする知的財産権侵害訴訟の抽象的差止請求について論じる前提として、まずは、手続法上、

様々な議論がなされてきた生活妨害訴訟における抽象的差止請求に関する判例・学説を、簡潔にまとめたい。<sup>③</sup>

生活妨害訴訟において抽象的差止請求が論じられてきた背景には、同訴訟の事案においては、侵害行為の発生源が総て被告の支配領域内にあり、侵害の発生や伝達のメカニズムが複雑で、有効な防止方法が複数考えられるとともに、被害者側において、いかなる防止方法がもつとも実効性を有するのか確知することが困難であるという、生活妨害の発生メカニズムの複雑性および防止方法の多様性という特殊性を考慮した手続規範を整理する必要性があることが認められる。<sup>④</sup>

まず、判決手続における訴訟物の特定に関する判例および学説の概観についてみる。

当初、多くの判例は、①訴訟物と既判力の客観的範囲の明確化の要請、②被告の義務内容の不特定、③義務内容自体の不特定による執行不能を根拠に、抽象的差止請求を不合法であると解していた。その後、①結果達成を目的とする請求が、常に、具体的作為・不作為により特定される必要はない、②被害回避の観点から、原因の除去を求めることで必要にして十分であり、原告による具体的作為などの特定が困難である一方で、被告がそれを検討しやすい立場にある、③原告が、被告に対し侵害の差止めとして何を求めているかは明らかであるから、訴訟物として特定の要求を満たしている、④抽象的差止請求は、間接強制によって、間接強制が効を奏しない場合には、将来の為の適當の処分の弾力的運用により執行することができる、とする諸点を根拠として、抽象的差止請求を適法と解するいくつかの判例があらわれ、横田基地訴訟判決<sup>⑤</sup>において適法説が採用されるに至り、その後、ほとんどの判例がこれにしたがい、現在では、判例の動向は適法説に収斂しているといえる。<sup>⑥</sup>

これに対し、学説上は、判例のような適法説・不適法説の争いはなく、先にみた生活妨害の発生メカニズムおよび防止の特殊性から、ほとんどの見解が、訴訟物の特定性について適法説を肯定する主張を行っている。

これらの説は、その結論において、抽象的差止請求を肯定するも、それぞれ問題解決のための理論構成を異にする。

これらの諸説を分類するならば、(i) 抽象的差止訴訟における訴訟物の特定方法につき一定のメルクマールを立てる説<sup>(7)</sup>、(ii) 侵害防止措置に対する実体法上の選択権を基軸に請求を構成する説<sup>(8)</sup>、(iii) 紛争解決手続全体の中で当事者間の自主的な交渉を重視する説<sup>(9)</sup>、(iv) 執行手続における困難を克服するため、判決手続において一定の具体的防止措置を例示列挙する説<sup>(10)</sup>に大別することができる。

次に、執行手続における抽象的差止請求の執行方法に関する判例および学説をまとめる。

執行手続における生活妨害の抽象的差止請求の執行方法については、一請求権一執行方法の原則および間接強制の補充性の原則を採用していた平成一五年民事執行法改正以前の判例<sup>(11)</sup>においても、多数の判例は、抽象的差止請求に対する執行方法は間接強制に限られるとするものの、若干の判例においては、将来の為の適當の処分の内容を工夫して具体化することが可能であり、仮にこれらが不可能であれば、間接強制によるものが可能であると<sup>(12)</sup>するもの、逆に、間接強制をして債務者にその機会を与え、これが効を奏しない場合に将来の為の適當の処分又は代替執行の方法をとるべきであると<sup>(13)</sup>判示するものもあり、間接強制および将来のための適當の処分の双方の弾力的な運用を認める判例もあらわれていた<sup>(14)</sup>。

これに対し学説は、間接強制に限るとする見解<sup>(15)</sup>と、将来の為の適當の処分（民四一四条三項）の適用に積極的な学説に大別され、後者は、さらに、執行手続の複雑化を一応甘受したうえで、複雑化の実体を再検討し、執行手続の柔軟化と合理化を図る解決アプローチ<sup>(16)</sup>と、債務名義作成手続内で執行内容を決定する解決アプローチ<sup>(17)</sup>に分かれる<sup>(18)</sup>。

#### ―小括

以上にみた生活妨害訴訟における抽象的差止請求について、訴訟物の特定と執行手続に関する判例の動向と学説の展開をまとめるなら、判例は、現在、抽象的差止請求を肯定する方向で収斂しているといえ、学説においても、その適法

性を認め、判決手続と執行手続に一貫して妥当する理論構成につとめているといえる。特に、学説においては、侵害の防止方法が複数あるという特殊性をとらえ、債務名義作成手続において、侵害の防止方法に関する債務者の選択権の帰属という実体法上の構造を反映し、基本的に侵害の発生原因とその態様・結果による訴訟物の特定を認めており、執行手続においては、将来の為の適当の処分を用いた執行手続の柔軟化を志向するアプローチと、執行手続の複雑化を回避するために債務名義作成手続内で防止方法の枠付けをするアプローチに分かれているという理論構成上の相異がみられる。

## 第二節 知的財産権侵害訴訟の抽象的差止請求における判例の動向と学説の展開

次に、本稿の主たる考察対象である知的財産権侵害訴訟における抽象的差止請求をめぐる判例の動向および学説の展開についてみる。

### 1 判例の動向

知的財産権侵害訴訟における判例は、「被告は、原告の登録第〇〇号の特許権に抵触する物を製造販売してはならない」<sup>(19)</sup>、「〇〇なる商号を使用してはならない」<sup>(20)</sup>とする判例をはじめとして、「その他『SLICK』ないし『スリック』を付加して表示する標章」の使用の禁止を求める請求であっても請求の特定を欠くことはないとした判例<sup>(21)</sup>、『三菱建設株式会社』その他『三菱』という文字を含む商号、標章」の使用の禁止を認容した判例<sup>(22)</sup>など、抽象的差止請求を認めた判例

も若干数みうけられる。

しかし、ほとんどの判例は、例えば、「菊屋総本店」のような自己の商号に類似する商号の使用の禁止を求める請求は特定に欠けるとし、<sup>(23)</sup> また、「東鯨」という商号の使用差止を命ずる判決が言渡されたのちに、被告が、その後、先の商号にみそのという文字を付加し、「みその東鯨」と変更したのに対し、先の債務名義では「みその東鯨」という商号の使用差止めの間接強制を命ずることはできないと解し、<sup>(24)</sup> 差止めの対象を個別・具体的に特定して請求しなければ訴訟物の特定に欠けるとしており、現在の判例実務では、請求の趣旨において、差止対象を特定掲記することを要求する。

これらの判例は、差止めの対象を具体的に特定しない抽象的な請求では、訴訟物が不明確になるとともに、いかなる商号が「類似した」商号に当たるとかという実体判断を執行機関に委ねることとなり、判決機関と執行機関の分離の原則に反し、また執行機関による迅速な執行を可能とするため、禁止される侵害行為を一義的に明白に特定すべきであるとする手続法上の理由から、差止めの対象を具体的に特定することを要求する。

したがって、具体的な特定を要求する多数の判例に従えば、知的財産権侵害訴訟における請求の趣旨の立て方として、特許法一〇〇条に基づく差止請求においては「一 被告は、別紙物件目録記載の〇〇を製造し、販売してはならない。

二 被告は、その所有する前項記載の〇〇を廃棄せよ」、不正競争防止法関係訴訟のうち表示関係訴訟を例にとれば「被告は、別紙目録記載の表示を〇〇またはその包装に附し、またはこれを附した〇〇を販売、拡布若しくは輸出してはならない」というように、差止めの対象を明記することが要求されるし、著作権侵害訴訟においては、差止めの対象となる対象物について、請求の趣旨において、コンパクトディスク、レコード等であれば、<sup>(25)</sup> 題名、発売元、レコードナンバー、収録曲、実演者名などをすべて具体的に特定しなければならぬことになる。

しかしながら、判例・実務が求めるように、請求の趣旨を具体的に特定されたものでなければならぬとすると、被告が差止められた侵害行為に些細な変更を加えることにより、実質的には、先の差止判決を回避・潜脱することが可能



となる潜脱的侵害行為を封じることができなくなる。すなわち、具体的な特定を要求する判例・実務に従うならば、せつかく債務名義を獲得したとしても差止判決の主文から少しでも外れる侵害行為に対しては、これに基づいて強制執行をすることができず、原告側は、再度、訴えを提起するか、若しくは仮処分申請を行い、債務名義もしくは仮処分命令を取得する負担をおう一方で、被告側は、先の債務名義によって禁止された行為と異なる侵害行為を続ける限り、差止判決を回避しつづけることが可能となる。

したがって、現在の判例・実務に従うとすると、結局のところ、知的財産権侵害差止訴訟において、提訴↓差止判決の言渡し↓侵害行為の変更↓再提訴↓新たな差止判決の言渡し↓侵害行為の再度の変更↓再々提訴…という悪循環が続いていくという、いわゆる「いたちごっこ」を、その根源から絶ちきることができないのである。

このように、具体的な差止対象の特定を要求する判例の取り扱いには、知的財産権の実効的な保護という観点から、多くの課題が残されているといえる。

かつて、貨幣における金含有率の減少が、貨幣価値の保全およびその流通過程、ひいては経済活動全体に及ぼす悪影響について指摘した「悪貨は良貨を駆逐する」という経済学者 Thomas Gresham の法則は、現代、知的財産権をめぐる経済活動においてもその通用性があてはまり、ここでは、特に、粗悪な複製行為・模造行為などの「悪貨」によって、適正な価値を内在する「良貨」としての知的財産権が駆逐されることで、経済活動に支障をきたしているのである。

知的財産権分野における経済活動を、適正かつ円滑なものとするためには、これら「悪貨」に対する実効性ある知的財産権の保護を図るため、手続法理論を含む法秩序を構築し、「良貨」の価値保全を図ることが求められていると考える。<sup>26)</sup>

2 学説の展開

知的財産権侵害訴訟において、「良貨」としての知的財産権の保護手段として注目されてきた「悪貨」に対する法的対抗手段の一つは、潜脱的侵害行為に対する抽象的差止請求である。

同訴訟類型における抽象的差止請求の適否について、学説は、大きく不適法説と適法説に分かれる。<sup>(27)</sup>

(1) 不適法説

民事訴訟法においては、一般に、差止請求の内実をなす作為・不作為について、為すべき行為または為すべきでない行為の種類、態様、場所等を明示することにより請求が特定され、これらを特定しない抽象的な請求は、そもそも不適法となる。<sup>(28)</sup>

不適法説は、民事訴訟法において一部主張されている厳格な特定の必要性を、知的財産権侵害訴訟に無条件に反映し、知的財産権侵害の差止めにおいて、包括的な請求の趣旨を認めない。すなわち、この説は、知的財産権侵害の差止請求は、被告が、現に行っているあるいは行うおそれのある何らかの具体的な行為が、原告の知的財産権を侵害することの主張立証がなされ、その結果、その被告の具体的な行為の差止めが命じられるという構成になるため、差止めを求める内容は、具体的、個別的に主張され主文に記載されるべきである、とする。<sup>(29)</sup>

不適法説は、その根拠として、①審判の対象の明確化の要請、②勝訴判決ないし仮処分が出された場合にも、実際には、任意に不作為義務が履行される場合が大部分であり、強制執行手続まで進む例はそれほど多くないこと、<sup>(30)</sup>③債務名義によって禁止された侵害行為につき被告が任意に履行しない場合、間接強制によって強制的に実現するためにも具体

的な特定が要求されること<sup>(31)</sup>、④知的財産権法上の差止請求における侵害停止請求権と侵害予防請求権の構造<sup>(32)</sup>などを、その理由として挙げる<sup>(33)</sup>。

不適法説によれば、新たな侵害行為が、これら具体的に特定された差止めの対象から少しでも外れる場合には、これに対し先の差止判決の効力は及ばず、新たな侵害行為の差止めのため、あらためて訴えを提起しなければならないという不都合が生じる。

このような不都合に対して、不適法説は、以下のように対処すればよいとする。

まず、債務名義が作成される以前の段階での対処方法として、些細な変更によって債務名義による禁止を免れようとするおそれに対しては、あらかじめ、債務者が行うおそれの高い行為を逐一予測し、別個の請求として対象物件を明確にした上で提起すればよいとする<sup>(34)</sup>。

つぎに、債務名義作成後の対処方法としては、先の債務名義において禁止されたのとは異なり、侵害行為に変更が加えられた場合でも、些細な変更を加えただけでは、社会的にみて物の同一性<sup>(35)</sup>が失われないと考えるのが相当であるから、執行機関は、先の裁判の執行として、その後の物に対しても執行することができる<sup>(36)</sup>。

このほかにも、原告としては、請求の特定のために訴訟が遅延するよりも、具体的に請求を特定することによって早く判決を獲得することができるのでより賢明であり、被告が判決を潜脱するような些細な変更を加えたときは、変更後の侵害行為について、仮処分を用いることで対処すればよいとする指摘もある<sup>(37)</sup>。

## (2) 適法説

これに対し、このような不適法説の対処方法では、侵害行為が具体的に特定された差止めの対象から少しでも外れる

場合には、差止判決の効力がこの行為に対し及ばない結果となり、これに対処するためには、あらためて訴えを提起しなければならず、相手方が侵害行為をその都度変更していく限り、知的財産権の実効的な保護が図れないという問題があるとする共通理解のもとに、多数の学説は、知的財産権侵害差止訴訟において、抽象的差止請求を認めようとする。

適法説の理論構成は多岐にわたるも、これらを大別するならば、以下の三つに分類することができる。すなわち、①潜脱的侵害行為に対し、先の債務名義に基づいて執行手続において柔軟に対処するアプローチ、②債務名義作成段階において一定の枠付けをした抽象的差止請求を許容し、執行手続の柔軟な運営を認めるアプローチ、③実体法的な観点を加えつつ、これら両者の折衷的なアプローチを採用する説である。以上の分類に基づき、それぞれの説を簡略にみていきたい。

①のアプローチに属する説は、新たな侵害行為に対する差止請求権の存否の終局的な判断を、執行機関にゆだねることができないのは当然であるが、その侵害行為が、先の債務名義において禁止された行為と比べ、些細な変更にすぎない場合、先の債務名義に基づいて、変更された侵害行為に対する差止請求自体を、執行機関の判断に委ねても、裁判機関と執行機関の分離という制度上の要請と相容れないほど異質な判断を執行機関に求めるものではないとし、執行機関の権限強化を志向し、具体的に特定掲記された先の債務名義にもとづいて、変更が加えられた損害行為に対し、執行手続において対処する点で共通性を有する。<sup>38)</sup>

このアプローチに属する代表的な説として、牧野説、中野説、上村説がある。

#### ― 牧野説

牧野判事は、特許権侵害差止訴訟に関し、特許発明の技術的範囲の問題と直接の関係をもたない実施態様が変わえられ

たことにより、既に判断している判決の効力が、変更後の実施態様に及ばなくなるのは適当ではないとされ、強制執行、特に、執行機関における侵害行為の判断可能性に着目され、以下のように指摘される<sup>39)</sup>。すなわち、差止請求訴訟の中心的課題は、差止めの対象である物または方法が特許発明の技術的範囲に属するか否かであり、生産譲渡等の実施行為のいずれでなされているかは、むしろ副次的な問題となるにすぎず、物Aの製造販売行為の差止めについて債務名義が成立している場合、その後の債務者の物Aの使用貸渡等の行為が特許権侵害になるかどうかについて判断を要するのは、特許権がなお存続しているか、債務者の使用貸渡等している物が物Aに該当するか、債務者がこれをするにつき債権者に対抗しうる権原を有するかの諸点であるが、同じことは、債務者が物Aの製造販売を再開した場合に、右債務名義に基づいて執行の申立てをしたとき、執行機関たる第一審受訴裁判所が執行処分決定をするに際し判断しなければならぬ事柄であり共通性を有する。不作為を命ずる債務名義に基づく執行については、不作為義務違反の有無について実体上の判断を必要とするところから、法は、この場合の執行機関を第一審受訴裁判所と定めているのであり、物Aの製造販売の差止めについての債務名義の効力を、物Aの使用貸渡等の行為に及ぼしてよいかどうかという点を、執行機関たる第一審受訴裁判所の判断に委ねても、裁判機関と執行機関の分離という制度上の要請と相容れないほど、異質な判断を執行機関に求めるものとはいえず、結論として、潜脱的侵害行為に妥当するかどうかの判断を執行機関に委ねることを許容することができると、指摘される<sup>40)</sup>。

## — 中野説

中野教授は、特定の侵害行為を差止める債務名義成立後に、債務者が侵害態様を変更した場合、一定の範囲において民四一四三条三項、民執一七一条、同一七二条を類推適用し、転換執行の方法により、債務名義成立後に変更を加えられた債務者の行為態様を差止める請求権が、債権者にあるか否かについての起訴責任を債務者側に負担させ、旧請求権に

ついでに債務名義に基づいて新請求権に対する強制執行の余地を認めるべきであると指摘される<sup>(41)</sup>。

同教授は、たとえば、特定の類似商号の使用を差止める判決の確定後、債務者が、これと些少の差異しかない別の類似商号を使用した場合、先の判決は全く形骸化し、また、新たな侵害行為に対応した新訴を提起したところで、債務者がまた侵害態様を変更する限り、債権者は永久に救済を受けることができなくなってしまうのでは、当事者の衡平の観点から問題があり、債権者側からみると、まさしく物引渡執行の完了直後に目的物が奪還された場合と利益状況が類似すると問題提起をされる。この問題の対処方法として、同教授は、両商号の主要部分が共通し、旧商号と新商号の差異が商号識別上さして意味をもたぬと一般に考えられる場合など、前の侵害行為と新たな侵害行為の差異が、常識上重要でないと認められる程度のものであれば、前の終局的な判定を債務者の側から新態様の侵害差止め執行に対して提起する請求異議訴訟の判決を待つことを前提として、間接強制の申立てに際して債務名義における判断を基礎として、新たな侵害態様に対する差止請求自体を理由ありとみるかどうかにつき、執行機関（第一審受訴裁判所）が判断することは、執行機関の職分の逸脱とはいえず、任意的口頭弁論あるいは債務者の審尋を経て、債務名義成立後に使用されるに至った類似商号の使用差止請求につき合理性の判断をなしうるとした方が、判決の実効性と強制執行の機能を確保する意味ではるかに当を得ていると主張される。一方で、同教授は、このような合理性判断になじまない侵害態様の大幅な変更についてまで、執行機関による判断に委ねることはできず、この場合には、あくまで、債権者に新訴を提起させ、判決機関での判断を経た債務名義の取得を要求すべきであると指摘される。

特に、同教授の説においては、執行機関における合理性判断に際し、執行債権が転換されることに対する債務者の手続保障のため、授權決定または間接強制の決定に先立つ債務者審尋ないし任意的口頭弁論の活用（民執四条・一七一条三項・一七二条三項）および転換された執行債権（新態様の侵害行為に対する差止請求権の）の不存在・消滅等を主張して、請求異議の訴えを認めることを通じて、債務者にも配慮した手続規範を提唱しているという特徴がみられる<sup>(42)</sup>。

上村教授は、差止請求訴訟の構造について、その生成過程から詳細に研究されたのち、実体法上の請求権として、効果的に侵害予防機能を果たし得るような請求権を構成するという立場に立って、基本になる不作為と併せて、それを実現せしめる方法としての作為を包括した給付を目的とする統一的不作為請求権を構成され、その保護範囲によって訴訟物を特定するという、牧野説・中野説とは異なる独自の観点からなる説を主張される。<sup>43</sup> 同教授の説によると、当該事件において、何が侵害されようとしているか、したがって何を保護すべきであるのかという観点から保護範囲を特定し、これを基準として禁止の対象となる侵害行為の範囲を枠づけることが可能となる。このような保護範囲の構成に基づき、同説は、執行手続において、執行機関が任意的口頭弁論を活用するなど、債務者の手続保障にも考慮しつつ、侵害行為が保護範囲に抵触し違法となる限り、執行手続において、繰り返し間接強制・代替執行を行うことを認め、保護範囲に属する権利の実効性ある強制的実現を志向する。<sup>44</sup>

次に②のアプローチであるが、このアプローチは、執行手続における侵害行為の類似性・同一性判断のみでは、いかなる行為が禁止された行為に当たると明瞭でないという点で、法的安定性からは問題があるため、この点を十分配慮し、債務名義作成段階において執行機関の判断の指針となる禁止行為につき一定のメルクマールを用いた枠付けを行い、いかなる行為がその範囲に含まれるのかを明らかにすることで、法的安定性を高めるとともに、執行の迅速化をも図ろうとするアプローチである。

このアプローチには野村説と谷口説が属する。

## —野村説

野村教授は、不正競争防止法における不作為命令の対象の特定において、ドイツの判例・通説が支持している核心説<sup>(45)</sup>について詳細に検討されたのち、不作為命令の対象は、具体的侵害行為に限られる必要はなく、それを求める申立ての段階において広く枠付けられることができ、そのようにして枠づけられた対象を有する不作為を命ずる債務名義によって、債務者の行為態様の変更に対処すべきであると主張される。<sup>(46)</sup>

同教授は、債務名義における不作為命令を特定する際に最も困難な問題は、いかなる文言によって主文を形成するかということであり、記述的かつ具体的な概念を用いることによって、潜脱的侵害行為の危険に対処できない場合には、すべての禁止されるべき行為態様に共通で、かつ禁止されるべきでない行為態様をその中に取り込むことにならないような表現で、不作為命令の対象を特定しなければならないと指摘される。<sup>(47)</sup>そこで、同教授は、不作為命令の特定に際しては、①不作為命令の対象となる行為についての回避の危険（具体的侵害行為に加えられる修正の危険）新たな侵害行為が実行されるおそれがあること、②回避の危険が申立ての対象となつていること、さらに、③回避の危険が実体法上の違法性を有すること、という三つの要件を満たす場合には、具体的侵害行為の記述のために用いられた行為メルクマールのうち、法的に重要でないそれは削除し、その他のメルクマールのうち拡張の必要のあるものとならないものを區別し、前者について評価概念をもってその拡張の限界を画する方向で不作為命令の対象を捉えるべきであるとされる。<sup>(48)</sup>

同教授は、このように判決手続において評価概念を用いて枠付けがなされた債務名義の解釈を執行機関に委ねるとともに、債務者の手続保障についても配慮し、債務者は、代替執行の授權決定もしくは間接強制の予告決定に先立つ債務者の必要的審尋の手続ないしは任意的口頭弁論の手続、および右決定に対する執行抗告の手続において、その行為が、債務名義による禁止の範囲に含まれない旨を主張しえ、さらに、代替執行の授權決定や間接強制の予告決定に対する請求異議、および債務者が侵害行為に変更を加えた行為を実行する前に、右の行為が債務名義による禁止の範囲に含まれ



ない旨の確認の訴えを提起することができると指摘される。<sup>(49)</sup>

—谷口説

谷口教授は、前述した東船事件に対する批判的検討のなかで、知的財産権侵害差止訴訟においては、債務名義による不作為義務の特定の緩和と執行機関の権限強化の方向で潜脱的侵害行為に対処すべきであるとされる。<sup>(50)</sup>

同教授は、商号使用禁止訴訟においては、原告の商号を侵害する一切の名称を使用してはならないとするような抽象的な差止請求および債務名義は、一切の具体的な判断を執行機関に委ねようとするもので違法となり、債務名義としての執行力も欠くことになるため、具体的に、どのような商号の使用が権利者の権利を侵害することになるのかを、債務名義によって、最少限度、明らかにしなければならないと指摘される。そこで、同教授は、知的財産権侵害訴訟における債務名義が留保すべき最少限の機能として、権利者の権利を他から区別して保護すべき要素（商号であれば要部）を表す程度の特定を債務名義作成段階において示すことは必要であり、かつ特定の程度としてはこれで足りるとされる。<sup>(51)</sup>

以上のような債務名義に基づく執行手続においては、債務名義の主文と理由のみならず、債務者審尋（民執一七一条三項、一七二条三項）、書証の取り調べ、任意的口頭弁論（民執四条、一二五条）などを柔軟に活用することによって、執行機関が適切な判断作用と営みうる資料を収集し、そこで、執行機関は、債務名義に表示された不作為義務を「社会的な物の見方」ととまらず「法律的な物の見方」を用いて解釈することが許されるとする。同説においても、執行手続を柔軟に活用することによって、債務者に実質的手続保障を与えとともに、債権者に新たな債務名義を得るために新訴の提起を強いることなく、その適切な権利実現を図ることが主張されている。<sup>(52)</sup>

以上にみた①と②のアプローチに実法法的観点を加えつつ③のアプローチを主張されるのは、田村教授である。

同教授は、物理的な防御策を講じることが困難な知的財産権の特徴を捉えられ、差止判決の潜脱を防止すべく以下のように主張される。<sup>53</sup> すなわち、潜脱的侵害行為を抑止するためには、包括的な請求―主文を認めることが考えられるが、この方法によると不必要に審理を重くするし、また、狡猾な被告による潜脱的侵害行為を完全に防ぐのも困難であるため、先に確定した判決が示した創作性、類似性の判断基準の中で、どのような共通要素があれば侵害と認められるのかという判断が明示されている場合には、執行手続においてある程度の幅を持った判断をなすことは不可能ではないのであり、この方法を活用すべきであるとされる。<sup>54</sup> ただし、商号などの侵害事例と異なり、著作物の類似性のような微妙な判断を要する場合には、執行機関で補足しうる範囲も限定的にならざるを得ないが、この場合にも、被告の侵害行為が行われる可能性が高い反面、原告に予め被告の侵害行為の特定を求めることが困難であることが認められるようなときは、抽象的差止判決を求めることを許容すべきであるとされる。同教授は、さらに、具体的な解決方法として、間接強制手続に着目し、強制金の支払いを予告する授權決定においても、なお、不作為債務の対象を確定することは不要であると解し、授權決定では不履行があった場合の強制金額のみを定めておき、それでも侵害が継続する場合には、執行文を付与する手続の中で、問題となる債務者の行為が、抽象的差止判決で差止められた対象に含まれるか否かということを確認していく方法を採用することによって、対処することを認めるべきであると主張する。<sup>55</sup>

### (3) 小括

知的財産権侵害訴訟における抽象的差止請求に関する判例の動向及び学説の分類について、簡略にまとめると、以下のようになる。

まず、知的財産権侵害訴訟の抽象的差止請求について、判例の動向としては、これを肯定するいくつかの判例が散見

されるものの、多くの判例は消極的であり、現在の判例・実務では、抽象的な差止請求は不適法に解されているといえる。同じく、学説においても、知的財産権侵害訴訟の抽象的差止請求を否定する見解が有力に主張されており、実務はこれに従っているといえよう。

この訴訟類型における抽象的差止請求に否定的な見解は、差止められるべき対象を具体的に特定しない請求では、訴訟物の範囲が不明確であると批判するとともに、判決機関と執行機関の分離の原則から、執行機関における実体判断は許容されず、執行の迅速性からも、債務名義において禁止されるべき被告の侵害行為は、一義的に明白にされていなければならぬことをその理由とする。

他方、これらの判例・実務に対し、学説においては、知的財産権の実効的保護のため、潜脱的侵害行為への有効な対処方法を模索しつつ、諸説が展開されている。これらのアプローチを要約するならば、各アプローチは被告の手續保障について十分配慮したうえで、適法説①のアプローチは、執行機関の権限強化を志向することにより、具体的に特定掲記された先の債務名義に基づく強制執行を可能とすべく、訴訟物のグローバル化若しくは執行力の客観的範囲の拡張を認めることによつて対処しようとするのに対し、適法説②、③のアプローチは、判決手續において一定のメルクマールによつて枠付けされた債務名義に基づいて、執行手續の柔軟化を図りつつ潜脱的侵害行為を捉えようと理論構成を試みているといえる。

本節においては、生活妨害訴訟と知的財産権侵害訴訟の抽象的差止請求についての判例の動向と学説の展開についてみた。

以上にみたとおり、手續法上、共通の概念として用いられる抽象的差止請求をめぐることは、これら両訴訟類型では、それぞれ、判例の動向および学説の展開において顕著な相違があることがみてとれる。そこで、次節においては、両訴

訟類型を比較検討することによって、このような相違点を生ぜしめた要因について探るとともに、知的財産権の実効的な保護のための手続規範について考察したい。

### 第三節 知的財産権侵害の抽象的差止請求における訴訟物の特定と執行手続に関する試論の提示と新たな展開可能性について

#### (1) 生活妨害訴訟と知的財産権侵害訴訟における判例の動向の比較検討

以上では民事手続法上、抽象的差止請求が問題となる両訴訟類型につき、判例の動向および学説の展開についてみた。本節においては、まず、これらの整理をもとに、両訴訟類型における判例の動向の帰結とその要因について検討したい。

両訴訟類型においては、ともに、為すべきもしくは為さざるべき被告の行為について、具体的に特定することを常に要求する手続規範に対し、一定の幅をもたせた包括的な請求の趣旨での特定を許容しようとする理論構成が試みられている点で共通している。

このような共通性を有するにもかかわらず、両訴訟類型では、判例の帰結において、抽象的差止請求の適否の結論が分かれている。すなわち、生活妨害訴訟においては、前述した横田基地判決以降、判例が適法説に収斂する様相を呈しているのに対し、知的財産権侵害訴訟においては、抽象的な請求を認めるいくつかの判例が散見されるものの、現在は、差止めを求める対象について、請求の趣旨にて具体的に特定しなければならぬとする判例・実務が主流となっており、

そこでは、既判力および執行力の客観的範囲も具体的に特定された判決主文に限定され潜脱的侵害行為については、新訴提起によって対処すべきであるとしている。

思うに、このような両訴訟類型間における判例の帰結における相違は、それぞれの訴訟類型において重視すべき観点が異なる点に求められると考える。これらの観点は、丹野教授が指摘される抽象的差止請求が満たすべき三つの関門としてあらわれる。すなわち、第一は、請求の特定の本来の機能である、訴訟の対象を明確にするという観点（審判の対象・範囲の明確性）であり、第二は、抽象的差止判決が直ちに債務名義として機能しうるかという観点（債務名義適格性）、第三は、被告である義務者が侵害の方法ないし態様を変更した場合に、原債務名義がどのように対応しうるか、ないしはそのまま対応しうるためには、どのように請求を特定すべきであるのかという観点（潜脱的侵害行為に対する原債務名義の拡張可能性）である。<sup>56</sup>

これら三つの関門につき検討するに、まず、第一の関門についてであるが、生活妨害訴訟においては、防止方法が複数あるがゆえに、被告が為すべき義務内容も複数観念されてしまうため、いかなる義務内容を求めているのか特定しなければならぬという点でこの関門が重視されていたのに対し、知的財産権侵害訴訟においては、差止められるべき被告の侵害行為自体は明白であり、そもそもこれに対する複数の防止方法の選択如何は問題とはならず、第一の関門である審判の対象・範囲の明確性に欠けることはないといえる。

次に、第二の関門である債務名義適格性については、生活妨害訴訟においては、侵害の原因行為とその結果・態様が債務名義において示されていれば、間接強制による強制執行も可能であるとして、この関門を克服しているのに対し、知的財産権侵害訴訟においては、第三の関門とも関係するが、抽象的な差止判決に基づいて新たな侵害行為に対する強制執行の可否について考慮することは、新たな侵害行為がこの差止判決主文に含まれるか否かについて、執行機関に実体的判断を求めることになり、これは判決機関と執行機関の分離の原則に反することから、この関門を実務上いかに克服

するのかという点が問題となるのである。

最後に、第三の関門である潜脱的侵害行為に対する原債務名義の拡張の可能性についてであるが、生活妨害訴訟においては、そもそも侵害行為が変更されるということは想定されていないために、この関門が問題とならないのに対し、知的財産権侵害訴訟の抽象的差止請求においては、まさしく、この潜脱的侵害行為に対する対処がその主眼となるのであるが、先に述べた判決機関と執行機関の分離の原則という実務上の問題にくわえ、執行機関による解釈によって、原債務名義の主文を超えて差止判決の効力を拡張する基準や、その拡張の限度および許容性についての理論的裏付けが十分ではなく、この関門を克服できずにいるのである。

これら三つの関門を中心に、生活妨害訴訟と知的財産権侵害訴訟についての判例の動向をとらえなおすなら、生活妨害訴訟においては、第三の関門についてはなんら考慮する必要はなく、第一の防止方法の選択権の帰属を含む侵害行為とその結果を特定する審判の対象・範囲の明確性、および第二の債務名義適格性という二つの関門を克服する必要があるが、これについては、適法説に解する判例が示した①④の理由付けによって克服されているのに対し、知的財産権侵害訴訟においては、第一の関門については特に問題とならないが、第二の債務名義適格性および第三の潜脱的侵害行為に対する原債務名義の拡張可能性という関門が、いまだ理論的に十分に克服されるには至っていないといえる。<sup>57</sup> このような三つの関門をめぐる両訴訟類型の相違が、生活妨害訴訟においては、抽象的差止請求の第一、第二の関門を克服し、第三の関門についてはそもそも考慮する必要がなく問題とならないので、結果として、三つの関門をすべて満たすことになり、これを受け、判例も抽象的差止請求を適法と解する方向で収斂しているのに対し、同じ抽象的差止請求であっても知的財産訴訟においては、第一の関門は問題とならないが、第二および第三の関門がネックとなり、その反映として、判例においてもその適法性が認められず、結果的に、両訴訟類型間における判例の帰結が異なる要因となったと考えられる。

## (2) 生活妨害訴訟における抽象的差止請求適法説の知的財産権侵害訴訟への応用可能性

次に、生活妨害の抽象的差止請求を肯定すべく主張されていた学説のアプローチを、知的財産権侵害訴訟の差止めに応用することにより、債務名義適格性と潜脱的侵害行為に対する原債務名義の拡張という抽象的差止請求の第二ないし第三の関門の克服可能性について検討したい。

まず、債務名義作成手続において、侵害の防止方法に関する債務者の選択権の帰属という実体法上の構造を反映し、将来の為の適当の処分を用いた執行手続の柔軟化を志向する学説についてみる。

このアプローチに属するものとして、まずは、生活妨害の抽象的差止請求における訴訟物の特定につき、被告の防止すべき行為として、発生原因となる行為及びその行為の態様・結果というメルクマールを特定することで足りるとする(i)のアプローチについてみる。

前述したように、知的財産権侵害訴訟の事案の特殊性としては、生活妨害訴訟と異なり、侵害の発生メカニズムおよび防止措置が複雑であるという事情は存在せず、両当事者にとっても、差止めを求める侵害行為および行為の態様・結果は明白であり、むしろ、これらの侵害行為および行為の態様・結果に変更が加えられた場合に対応すべきか、主たる問題となるのである。知的財産権侵害訴訟と異なり、生活妨害訴訟において列車や自動車の走行による一定限度の騒音の差止めというメルクマールが有効であるのは、この訴訟類型においては、例えば、判決によって差止められた飛行機騒音自体が他の種類の騒音に取って代わることや、さらには、騒音に代わって悪臭や大気汚染を引き起こすことなど、被告が侵害行為を変更するという事情が観念できないのであり、生活妨害の発生原因となる行為及びその行為の態様・結果内において、これを防止する方法を講じれば所与の目的を達することができるという点に端的にあらわされ

ている<sup>(58)</sup>。

したがって、このアプローチを知的財産権侵害訴訟に応用し、侵害行為および行為の態様・結果を特定した抽象的差止判決によって対処しようとしても、侵害行為及び態様が異なれば、新たな侵害行為は同アプローチが採用する債務名義に示されたメルクマールにそもそも包含されないものであり、このような債務名義に基づく強制執行の可否を執行機関に委ねるとすると、潜脱的侵害行為について、債務名義主文に示されたメルクマールを超えて侵害妥当性についての実体判断を執行機関に委ねざるを得ない結果となる。

このような執行手続の運用は、主文以外の判決理由中の判断の解釈に基づく強制執行を認める点で、判決機関と執行機関の分離の原則を著しく損ねる結果となろう。仮に、このアプローチを知的財産権侵害訴訟の特殊性に適応させるべく再構成するとすれば、侵害行為の結果および態様を、潜脱的侵害行為を含んだより抽象度の高い概念によって包括する請求を認める方向にすすむと思われるが、このような特定では、原告に帰属する権利を超えた過剰差止めを許容することにもなりかねない。

結論として、このアプローチを知的財産権侵害差止訴訟に応用したとしても、抽象的差止請求が満たすべき第二および第三の関門を克服することはできず、抽象度の高い概念による特定を志向するとすれば、さらに第一の関門の要求をも満たすことが困難になると思われる。

同じくこのアプローチに属する説として、防止方法をめぐる実体法上の選択権の帰属を中心に捉える(ii)のアプローチがある。

このアプローチについては、前述した(i)のアプローチと同じく、知的財産権侵害訴訟においては、複数ある防止方法の選択が問題となるのではないという相違点を、きちんと捉えきれていないという批判があたろう。また、発生源



を特定し、一定種類の侵害行為を一定の限度を超えて、原告に及ぼしてはならないとする旨の特定の程度を、知的財産権侵害訴訟に適用すると、結局のところ原告の知的財産権を侵害してはならないという請求の特定になると思われるが、このような特定は法が一般的、抽象的に禁止している行為そのものについて、これをそのまま引き写した広範な差止めを求めることと同様の結果となる。

このアプローチによると、結局のところ、原告の権利を侵害してはならないという差止めに対し、潜脱的侵害行為がこれにあたるか否かという判断を、再度、執行機関が行うことになるが、その際、先の債務名義においては、一般的、抽象的に禁止される行為しか明記されておらず、執行機関が先の差止めの範囲を解釈するための手掛かりを一切欠いており、差止め対象の明確性という点からも (i) のアプローチに向けられたと同様に過剰差止めを許容するおそれがあると考える。

したがって、この説によった場合にも、抽象的差止請求が満たすべき三つの関門を克服することはできないといえる。

さらに、手続全体の中で当事者間の自主的な交渉を重視する (iii) のアプローチについてみる。

同説は、両当事者の観点から、差止的救済の特質をとらえ、特に、訴訟手続における発展的・流動的性格に即した理論構築を目指している点は積極的に評価できるが、具体的な手続規範の定立のためには、最適な救済形成のための審理構造の解明や具体的手続規範の獲得も必要とする批判が<sup>59</sup>あたるし、特に、実践的な知的財産権保護の実効性確保のため、当事者間の交渉のみでは解決しがたい段階になったとき、または、一方当事者が潜脱的侵害行為を繰り返すおそれがある当事者であった場合などの、強制的な権利実現手続を見据えた知的財産権の保護のための手続法的救済という観点から、交渉過程における当事者の諸態様を反映した手続規範の整序という視点を、さらに、深化させる必要性があると思われる。

結論として、同説からの示唆によっても、抽象的差止請求が満たすべき三つの関門克服のための理論的裏付けを得ることは困難であると考ええる。

次に、執行手続の複雑化を回避するため、債務名義作成手続内での防止方法の枠付けをする（iv）のアプローチである二段階裁判手続についてみる。

同説は、救済方法の多様性や救済方法の可変性という生活妨害の特殊な事情に対応すべく、実務の運用にも考慮し理論構成されたきわめて優れた見解であるといえるが、（i）および（ii）のアプローチの検討に際してと同じく、そもそも知的財産権侵害訴訟においては、第一の関門としての防止方法が複数存することに起因する審判対象の不特定ということは問題とならず、むしろ、第三の潜脱的侵害行為に対する債務名義の拡張可能性が問題となるのであり、したがって、同説の特徴である複数の防止方法から、一定の具体的防止措置を取り出し、救済指針付差止判決を残部判決として言い渡す段階において例示列举する対象をいかにとらえるかという点で困難に直面するものと考ええる。

同説を知的財産権侵害訴訟の特質にあわせ構成すると、まず、第一の方向性としては、複数の防止方法を定めた救済指針付判決に代わって、被告の差止められるべき潜脱的侵害行為を例示列举する判決を言い渡すということによって対処することになると思われるが、この場合、被告が行うであろう侵害行為すべてについて予想して列举することが困難である点は、知的財産権侵害の抽象的差止請求を否定する学説に対する批判が同じく同説にもあたらうし、また、例示された侵害行為と多少異なる侵害行為についての強制執行の可否がやはり問題とならう。<sup>(60)</sup>

そこで、第二の方向性として、同説を知的財産権侵害差止訴訟の特質にあわせ構成すると、残部判決において一定の枠付けを行うメルクマールを採用する方向にすむと考えられる。

もつとも、同説においては、この点、手続規範として、メルクマールを付した救済指針付差止判決の採用を決して排

除するものではなく、知的財産権侵害訴訟の抽象的差止請求を肯定する②のアプローチと同じ方向で、侵害行為についてのメルクマールによる枠付けという問題解決をなし得るのであり、知的財産権の実効的な保護という観点から、今後の展開が期待される有力な説であるといえよう。

結論として、同説は、その考察の対象を、生活妨害訴訟に限定していたため、直接、これを知的財産権侵害訴訟の抽象的差止めに応用するのでは第二および第三の関門を克服するのは困難であると思われるが、同説が、債務名義作成手続における枠付けを付すアプローチの採用を志向する点は、知的財産権侵害訴訟の第二および第三の関門克服のために主張されている適法説②と同様であり、救済指針判決において前述した適法説②のメルクマールを採用することで、知的財産権侵害においても、一定限度において実効性を維持することができよう。

以上みた諸学説は、総じて、生活妨害訴訟における抽象的差止請求の適法性のため、主として、第一の関門を重視し、防止方法の多様性と選択権の帰属という同訴訟類型の特殊性に対応すべく理論構成されたのであり、将来の為の適当の処分を用いた執行手続の柔軟化を志向するアプローチおよび執行手続の複雑化を回避するため債務名義作成手続内の防止方法の枠付けをするアプローチのいずれも、直接、これを、知的財産権侵害訴訟に応用したのでは、第二の債務名義適格性および第三の潜脱的侵害行為に対する原債務名義の拡張の可能性という関門克服のための有効な理論的裏付けを得ることは困難であると指摘できよう。

ただし、知的財産権侵害差止訴訟において注目すべきは、二段階裁判手続説を再構成し、執行手続の複雑化を回避するため債務名義作成手続内の、執行機関の判断材料となる枠付けを提供する見解であろう。同説の再構成は、先にも指摘したとおり、知的財産権侵害訴訟における適法説②が示すアプローチと、その理論構成の方向において多くの共通性を有しており、知的財産権侵害訴訟の抽象的差止めの適法性の理論的検討に際して、若干の修正が必要であるが、一

定の示唆を与えるものであるといえる。

(3) 知的財産権侵害訴訟における抽象的差止請求の理論的検討

前節における考察の結果をふまえると、生活妨害訴訟をめぐる抽象的差止請求を肯定する各アプローチを、知的財産権侵害訴訟にそのまま応用することでは、実効性ある知的財産権保護は達成されがたいといえる。したがって、知的財産権侵害訴訟においては、同訴訟類型の特殊性を反映し、特に、潜脱的侵害行為への対処という観点に対応した理論構成が必要であると考ええる。

そこで、先にみた知的財産権侵害訴訟をめぐる抽象的差止請求の適否について論じているそれぞれの見解について、潜脱的侵害行為に対する実効性の有無という観点から検討を加えたい。

―不適法説に対する批判的検討

まずは、抽象的差止請求に否定的な見解を採用しつつ、別の対処方法で知的財産権を保護しようとする説について検討する。

先にも述べたとおり、この説は、為すべきもしくは為さざるべき行為を具体的に特定すべきであるとする民事訴訟法において一部主張されていた厳格な特定の要求を、直接、知的財産権侵害の差止めに反映しようとするものである。

同説の根拠の背景には、債務名義作成手続における審理の円滑な進行および執行手続における迅速性の確保という点を重視していることがうかがえる。すなわち、同説は、差止めの対象となる被告の義務の特定を緩やかにとらえようとするあまり、債務名義作成手続内において差止主文の文言の形成作業が慎重となる結果、審理が長引き、事案によって

は、当事者双方が主張する知的財産権侵害如何の範囲の確定がきわめて困難になることを憂慮して、厳格な特定を要求しているのである。また、同説には、強制執行段階において、被告の新たな行為が先の債務名義の禁止の範囲に含まれるのか否かが争われ、執行が迅速に行われず、判決機関と執行機関の分離の原則にも抵触するおそれに対する過度の危惧も伺える。

このようにみると、不適法説の考え方についても審判の対象が明確であることによって、執行手続も含め訴訟が遅延するおそれがあるという問題を回避しようとする点で、一応の理解を示すことができるが、この説によつた場合、潜脱的侵害行為に対する対処方法の実効性が、やはり最大の問題となろう。

不適法説によれば、特定された一つの侵害行為について差止めを求めるときに、これと並んで、債務者が行うおそれの高い行為すべてについて、差止めを求めればよいとするが、債務者が、今後行うであろう潜脱的侵害行為すべてを、あらかじめ予測して特定するのは極めて困難もしくは事実上不可能であり、場合によっては、債務者が、ここでの債権者の請求の趣旨を参考にし、これに抵触しない侵害行為を考案するという潜脱的侵害行為の起点にもなりかねない。

また、社会的にみて物の同一性が認められる場合には、執行機関が、具体的に特定された先の禁止判決によって、新たな侵害行為についても執行可能であるとする同説の主張に対しては、判例<sup>61</sup>は、社会的にみて物の同一性が認められるかという基準を採用し、これが認められる場合には、執行機関において先の債務名義に基づいた強制執行を行う余地があると指摘するが、判例にあらわれた個別事例における判断を検証するに、この基準に基づく判断にはかなり広範な幅を認めているといえ、不適法説がその根拠とする基準の明確性および法的安定性の確保からも問題があると考ええる。

さらに、具体的に特定した請求の趣旨を掲げ、審理を迅速に行うことで判決をやく得る方が権利の迅速な保護という点からは賢明であり、判決後の新たな侵害行為については、仮処分手続によって個々に対処すればよいとする主張については、訴訟戦略・訴訟技術論からはある程度首肯しうる点があるものの、結局のところ、侵害行為が変更されるた

びに原告が仮処分申請の負担を負うものであり、「いたちごっこ」の解消という本質的目的を達成することはできないと考える。特に、仮処分の審理段階や事実審の口頭弁論集結時前において、被告が侵害行為を変更した場合には、その都度、新たな侵害行為についての差止めを求めよう、仮処分の申請の趣旨を変更する必要や訴えの変更をすることが必要であり、このような対処では不適法説が重きをおく、審理の迅速性や訴訟遅延の回避自体も達成することが困難になるといえよう。

くわえて、不適法説が具体的な差止対象の特定に頑なにこだわるのは、抽象的差止と過剰差止めを混同しているのではないかという疑問も存する。すなわち、不適法説は、実体法上は差止めの対象に含まれないのではないかと考えられるような範囲まで、禁止の対象として主文を形成する過剰差止めをおそれるあまり、禁止の対象が広範にわたるといふ点で、過剰差止めと共通点を有する抽象的差止請求までも認めないとしているのではなからうか。しかし、過剰差止めとは、具体的に特定された範囲を超えて、差止めの対象を捉えようとするのに対し、抽象的差止めは、具体的な特定のみを要求するのでは潜脱的侵害行為に対処できないために、差止めの対象を権利者に帰属する権利の範囲内で包括的に捉えようとするものであり、両者はそもそも次元を異にする問題であり、これらを厳密に区別して理論構成をする必要があると考える。

#### ― 適法説に対する批判的検討

次に、知的財産権侵害訴訟においても抽象的差止請求を肯定しようとする見解についてみる。

これらの説は、生活妨害訴訟における適法説と異なり、抽象的差止請求が満たすべき、第一の関門である審判の対象・範囲の明確性とその範囲内における複数の侵害防止方法の選択権の帰属という問題よりも、第二の債務名義適格性および第三の潜脱的侵害行為に対する原債務名義の拡張可能性をいかに克服するのかという点を重視し、それぞれ理論

構成を試みているといえる。

以下では、それぞれのアプローチについて検討を加えたい。

―①のアプローチについて

①潜脱的侵害行為に対し、先の債務名義に基づいて執行手続において柔軟に対処するアプローチであるが、この説は、総じて、判決機関と執行機関の分離の原則を緩和し、執行機関の権限を強化することによって、抽象的差止請求が満たすべき第二および第三の関門の要求を相対的に引き下げることで、知的財産権の保護のための柔軟な手続規範を整理しようとする点、積極的に評価することができる。

しかし、このアプローチに属する見解も、個別的には以下のような問題点がある。

牧野説は、知的財産権侵害訴訟における訴訟物の捉え方と執行方法について、その議論の端緒を切り開いた見解であり、特に、その考察の前提において一個の特許権を侵害すると評価される事実を包括して一個の紛争事実関係として捉えることで、侵害停止請求権と侵害予防請求権を一つの訴訟物としてグローバルに捉え、潜脱的侵害行為の予防の実効性を確保することを試みる点で、きわめて高く評価できよう。

しかし、同説においては、その考察の対象が物の製造販売の差止め効力が使用貸渡に及ぶのかというきわめて限定的な範囲に絞られており、実施態様の変更以外の潜脱的侵害行為について、いかに対処するのかという点、必ずしも明らかにされていない。

また、より本質的には、特許の技術的範囲に関する判断は、判決主文ではなく、判決理由においてあらわれるものであり、理由中の判断にすぎない特許の技術的範囲に関する判断に拘束力を認めることは、判決主文＝既判力の客観的範囲という民事訴訟法上の原則に反することにもなる。したがって、理由中の判断に既判力を認める許容性の根拠とそ

の基準を明確にする必要がある<sup>62)</sup>。

さらに、同説は訴訟物をグローバルに捉える結果、既判力もこれに対応するものとならざるを得ず、被告の侵害行為のひとつを差止める訴訟に敗訴した原告は、被告の他の侵害行為の差止めを求める訴訟を提起しようとしても、後訴は既判力によって遮断されてしまうという理論的にも克服しなければならぬ問題もある<sup>63)</sup>。

次に中野説であるが、同説は、承継執行の許容根拠を分析し、これによって導きだされたファクターのあてはまるどころでは、執行力の客観的範囲の拡張も認められるべきであるとし、既判力の客観的範囲と執行力の客観的範囲を切り離して捉えることにより、執行力を債務名義に表示された侵害行為を超えて、潜脱的侵害行為に対しても拡張して及ぼす点で理論的にも傾聴に値する。

しかし、中野説では、執行機関が執行力を拡張する有理性の判断基準について、前の侵害行為と新たな侵害行為が主要部分において共通し、その差が「常識上重要でない」と認められる程度」と示されているに過ぎず、執行機関による有理性判断によってフォローされうる債務者の潜脱的侵害行為の基準が明確ではなく、その反映として執行力が拡張される範囲も不明確とならざるを得ないといえよう。したがって、不適法説がその根拠としていた「社会的な物の同一性」が保たれる場合には、執行機関における判断が可能であるとする主張に対すると同様に、中野教授が主張される有理性判断においては、個別事例ごとに、執行力が及ぶ範囲が不均等になりうる可能性もあり、法的安定性からはさらなる基準の定立が必要とされよう。

上村説は、作為・不作為請求をめぐる実体法上の概念として統一的な不作為請求権を構成し、この保護範囲に属する権利法益を侵害する行為に対しては、執行手続において柔軟に対処しうるとする点に特徴がある。

同説は、統一的な不作為請求権という独自の概念を用いる結果、訴訟物についてグローバルに捉える点で、牧野説の訴訟物の捉え方と類似しているが、牧野説の考察が侵害の停止請求権と予防請求権に限って包括的な訴訟物というものを



観念したのに対し、上村説は、保護範囲に属する権利法益を保護するための作為請求権と不作为請求権を包括的に捉え、統一的な作為請求権を構成している点から、訴訟物に包含される対象はより広いものとならざるを得ない。したがって、同説における訴訟物は、牧野説のそれよりも必然的に広がることとなり、その外延をいかに確定すべきかという問題が生じよう。

同説を知的財産権侵害訴訟に応用するならば、請求の趣旨において、原告の商号・特許権などを掲げることで保護範囲を示し、保護範囲に属する原告の権利法益を侵害する行為を排除するための、すべての作為・不作为請求執行を可能とする債務名義を作成することになると思われるが、その際、いかなる基準で原告の知的財産権の保護範囲を確定するのかという点で、同説は、明確な基準を提示できていない。

これら個別的な見解の問題点に加え、①のアプローチに属する説は、執行手続を柔軟化し、執行機関の権限を強化することによって、第二および第三の関門の要求を相対的に下げることに対応しようとするが、この方向性のみでは、やはり、一定の限界があると思われる。すなわち、①のアプローチでは債務名義を執行機関が解釈することによって、新たな被告の行為が、これに含まれるのか否かを判断することになるが、その際、解釈の対象となる先の債務名義においては、あくまで具体的に特定掲記された侵害行為の差止めが示されているにすぎず、いかなる行為が侵害行為に当たるのかという点については、何ら基準が示されていないことになる。このように、同説における執行機関の解釈の前提となる債務名義には、侵害行為妥当性についての判断要素が欠けており、結局、このアプローチでは、新たな行為が侵害行為に当たるか否かという実体判断を、白紙委任的に執行機関に委ねる結果となることを克服できず、判決手続と執行機関の分離の原則を堅持する、現行の実務上受け容れがたいとの批判を免れ得ない。

また、執行機関に対しこのような白紙委任的な実体判断を許容すると、個別事案に応じて判決機関と執行機関における判断のずれが生じるとともに、ひいては、執行機関ごとの判断においても幅が生じることになり、著しい法的不安定

をもたらすおそれも生じよう。<sup>64</sup>

したがって、同アプローチが志向する執行手続の柔軟化と執行機関の権限強化を志向することのみで、抽象的差止請求を適法とすることには限界があり、第二および第三の関門の要求を相対的に引き下げつつも、これらの関門の一定の要求を満たすことができるよう、判決機関と執行機関の分離の原則に配慮し、執行機関における潜脱的侵害行為の判断可能性を許容する理論的な根拠を示す必要があると考える。

―②のアプローチについて

これに対し、②のアプローチは、不適法説および適法説①のアプローチの不都合を回避すべく、執行機関の権限の強化を志向しつつも、債務名義作成過程において、執行機関の解釈の指針となる枠付けを行うことにより、判決手続と執行手続の分離の原則の例外的運用について、その許容性を示す優れた見解である。

このアプローチに属する個別の見解について検討するに、まず、野村説であるが、ドイツにおいて生成・展開している核心説が、禁止の範囲を債務名義の主文以外の事情を手掛かりとして探求する点で批判されているのに対し、同説はこの克服に努め、債務名義の主文中で評価概念を用いることを認め、法的不安定に対処しようとする。特に、野村説においては、債務名義作成手続と執行手続の両手続が協働し、潜脱的侵害行為に対処するための理論構成を示している点できわめて高く評価できよう。

しかし、野村説によれば、不作為命令中でどのような評価概念が適法に用いられえ、どれがそうでないかについての一般的基準は立てられず、個々の概念を個別的に問題にするのではなく、評価概念がおかれた全体としての文脈の中において、不作為命令の対象が名宛人により著しい困難なしに理解しうるようにし、この評価概念によって債務名義の名宛人は、ある行為が不作為命令の対象となっているか否かを判断するための十分な手掛かりを与えられるとしているが、

それぞれの事例において、被告が差止めの対象を明確に把握できるのか、また、明確に把握できるようにして主文を形成するののかという点で、主文で示すべきファクターを類型化していくという課題が残されていると考える。

次に谷口説であるが、同説は、最低限、相手方に対し差止めを求める対象を認識させうる程度に保護すべき要素を債務名義において特定する必要があるとするが、同説ではこの特定について、商号においては要部を表す程度であると例示しているにすぎず、保護すべき要素をどのようなメルクマールを用いて捉えるのかが必ずしも明確に論じられていない。したがって、同説については、野村説と同様の課題が残されているといえる。

以上のように、このアプローチは、債務名義作成段階において、執行機関における判断の範囲を確定する枠付けを行うことで、判決機関と執行機関の分離の原則の下での執行機関の判断可能性に対する許容性を理論付ける見解であり、抽象的差止請求が克服すべき第二および第三の関門の要求を一定限度満たしている点で、実務の運営にも耐えうるきわめて優れた見解であると評価できる。

しかし、同アプローチを採用した場合にも、債務名義作成段階において、メルクマールを用いた主文の形成がきわめて困難であるという課題が残されている。この点、ドイツにおいても、核心説を批判する多くの学説が、このアプローチを採用しつつ、諸説を展開しているが、<sup>65</sup> 枠付けのための前提概念自体がそれぞれの論者によって異なる用いられ方をしているなど、いまだ理論的に錯綜している状況で、このアプローチによっても核心説を克服するにはいたらず、核心説が依然として判例・通説の地位を占めているのが現状である。したがって、ドイツにおけるこれらの諸説を整理・検討し、枠付け基準の再定立を検討することが今後の課題となろう。その際、主文を形成するメルクマールをきわめて簡易なもので足りるとすると、差止判決の効力が及ぶ範囲が広範囲に広がりすぎ、これを解釈によって確定することは困難であるとともに、解釈によって幅が生じると法的安定性に欠ける結果となり、逆に、メルクマールの定立を複雑なものにしすぎると、差止請求の提起自体が困難となるのという諸点を考慮しつつ、枠付けメルクマールの探求をすすめる必

要あると考える。

―③のアプローチについて

最後に、③のアプローチに属する田村説は、②のアプローチが示す方向で第二および第三の関門の克服を志向しつつも、従来の学説が、商号や商品表示混同行為の差止めという、知的財産権侵害訴訟においても比較的限定された事案を念頭において議論を重ねてきたのに対し、これらに加え、著作権、特許権侵害事件を含めた知的財産権侵害訴訟全般をその考察の対象としている点で、他の学説よりその考察の対象および適用領域が広いという特徴を有する。

特に、田村教授は、実体法上の観点から、物理的な防御策を講じることが困難な知的財産権において、法が、禁止権を付与した趣旨は、新たな侵害行為によって潜脱されることのない一貫性のある知的財産権の保護を目指すべきであるとする実体法的アプローチとして高く評価できよう。

しかし、田村説は、当事者の衡平というファクターから、原・被告の利益状況を比較衡量し、抽象的差止請求の是非を決するが、被告による再度の侵害行為実施の可能性と、原告側の特定の困難といった要素の比較衡量を手続規範全面において具体的にどのように行うのかという点について、さらに検討を加える必要がある。抽象的差止請求の第三の関門が示すとおり、知的財産権侵害差止訴訟においてもっとも問題となるのは、判決言渡し前の被告の態様もさることながら、その多くは、まさしく判決言渡し後の潜脱的侵害行為への原債務名義の拡張可能性であるといえよう。したがって、同説が主張する原・被告間の利益状況について考慮するならば、債務名義作成段階における比較衡量のみならず、判決言渡し後の任意履行の有無、潜脱的侵害行為実施の有無を、執行文付与手続や間接強制金決定手続などの強制執行の各段階においても考慮しうるよう、執行手続規範を整序する必要がある。

このほかにも、同説については、著作権の類似性、特許権の技術的範囲など、他の知的財産権侵害訴訟類型に比べ高

度で慎重な審理が要求される事案についても、執行機関によって判断が可能であるとするが、執行手続において、保護法益に関する創作性、類似性の共通要素を判断するメルクマールを、債務名義においてどのように把握するのかという問題について、やはり具体的な基準を提示できていない点、②のアプローチと同様の課題が残されていると考える。

(4) 知的財産権侵害訴訟の抽象的差止請求における訴訟物の特定と執行手続に関する試論

以上のように、知的財産権侵害訴訟の抽象的差止めの適否をめぐっては、生活妨害訴訟の抽象的差止請求における学説とは異なり、抽象的差止請求が認められるための第二および第三の関門である債務名義適格性と潜脱的侵害行為に対する原債務名義拡張の可能性を中心に、諸説が考察を重ねてきたことがみてとれる。

ここで、知的財産権の実効的な保護の観点から、諸説の到達点をもとにして、同訴訟類型における訴訟物の特定と執行手続についての試論をまとめたい。

まず、知的財産権侵害訴訟において抽象的差止請求を否定する見解については、以下の理由で賛同しがたい。すなわち、同説については、前述したとおり、審判の対象を明確化する事による迅速な知的財産権の保護という点で、一応の理解を示すことができるが、不適法説が主張する潜脱的侵害行為への対処方法では、最終的に「いちごっこ」を断ち切れないという最大の欠点がある。

また、不適法説は、その考察の前提として、判決機関と執行機関の分離の原則を固持し、これに対する例外的取扱いを一切認めないとしており、その反映として抽象的差止請求が満たすべき第二および第三の関門の要求の度合いを極端に高くする結果となることについて疑問を呈さざるを得ない。強制執行手続の採用する基本方針によれば、債務名義の作成とその執行とは分離され、執行機関はもっぱら債務名義の内容を忠実かつ迅速に実現することに専念すべきであり、

その前提として、債務名義には、執行によつて実現されるべき請求権の内容を、一義的に明確に表示しなければならぬとされている。たしかに、債務名義制度が前提とする債務名義の作成機関と執行機関との分離の建前、執行の段階における手続の略式性（決定手続）を考慮すれば、債務名義作成段階により大きな比重があり、執行段階における実体判断は補充的・補完的な限度にとどまるべきであるといえる。しかし、判決機関と執行機関の分離の原則から論理必然的に、執行機関における実体判断を画一的に一切許容しないとするものについては、竹下教授の明確な指摘を受け、<sup>66</sup>生活妨害の抽象的差止請求を適法と解する学説からなされている批判があたると考える。<sup>67</sup> 知的財産権侵害訴訟においても、学説は、差止判決に基づく執行については、不作為義務違反の有無について実体法上の判断を必要とするところから、法は、執行機関を高度な権利関係について判断しうる第一審裁判所と定めているのであり、同時に、授權決定または間接強制の決定に先立つ債務者審尋ないし任意的口頭弁論（民執四条・一七一条三項・一七二条三項）などを弾力的に運用し、かつ新たな侵害行為が先の侵害行為に含まれるのか否かについて主張する機会として、請求異議の訴え（同三五条）、執行文付与に対する異議の訴え（同三四条）などの利用可能性を認めることによつて執行手続における債務者の救済手段を整備し、債務者の手続保障を図っているのである。<sup>68</sup>

したがって、判決手続と執行手続の分離の原則に固執し、その例外を認めないとする不適法説を支持することはできず、理論としては、執行手続を柔軟化するとともに執行機関の権限を強化することによつて、潜脱的侵害行為に対処しようとする方向での手続規範の整序を探求すべきではなからうか。

ただし、この方向で理論構成するに際して留意すべきは、潜脱的侵害行為が、先の債務名義によつて差止められるか否かという問題を、すべて執行機関に白紙委任することでは、不適法説が憂慮するように審理の遅延をもたらすおそれがあり、なによりも判決機関と執行機関の判断に齟齬が生じ、また執行機関ごとに判断の幅が生じるおそれもあるため、法的安定性の確保という観点からも、第二および第三の関門を一定限度満たす必要があるという点である。

この点、執行機関の判断の手掛かりを示さず、単に具体的に特定掲記された債務名義に基づいて、執行機関の判断に依拠して対応しようとする適法説①のアプローチは、第二および第三の関門の要求を相対的に引き下げることによってのみ潜脱的侵害行為に対処しようとするもので、前述したように、執行機関における潜脱的侵害行為の判断可能性についての理論的根拠およびその範囲の基準が不明確となるため、積極的に支持することは困難である。

そこで、理論的な方向性としては、適法説②もしくは③のアプローチによって解決方法を模索する方向が優れていると考えるが、③のアプローチによる場合、原・被告間の利益状況の比較衡量に重きをおいて抽象的差止請求の適否を決する点は、明確性に欠けることから、同説にもにわかには賛同しがたい。

たしかに、知的財産権侵害訴訟においては、被告による潜脱的侵害行為への対処に重点がおかれ、被告の新たな行為が潜脱的侵害行為にあたるか否かという判断に際して、当事者間の利益衡量が必要であるといえるが、違反行為を繰り返す悪質な被告であるか否かという判断を、判決手続においてあらわれた過去の資料のみで判断することには、やはり限界があり、判決言渡し後の一定期間の被告の侵害行為の態様、任意履行の意思の有無なども考慮し、執行手続においても、被告の態様を考慮した比較衡量を行いつつ、原告の権利実現を目指す手続規範の整序を志向すべきではなからうか。

結論として、私は、第二の債務名義適格性および第三の潜脱的侵害行為に対する原債務名義の拡張可能性の対処という関門を克服し、知的財産権侵害訴訟における抽象的差止請求を適法とするためには、債務名義作成段階において、後の執行機関での判断を拘束する一定のメルクマールを付すことによって、法的安定性と手続の迅速化を図り、債務者の態様を考慮するとともに、手続保障をも考慮した執行手続の柔軟化を志向する適法説②のアプローチが有効であると考える。

すなわち、同アプローチが志向するように、判決手続における知的財産権侵害訴訟の訴訟物の特定の方法としては、

常に差止められるべき侵害行為を具体的に特定することを求めたり、逆に、抽象度が極めて高い包括的な請求を認めることも妥当ではなく、一定の枠付けを行うメルクマールを用いて債務名義を特定するアプローチが適切であると考える。このように解することにより、まず、債務名義作成段階においては、メルクマールによって特定された範囲での差止請求を認めることによつて、訴訟が係属した後、事実審の口頭弁論が終結するまでの被告の侵害行為が変わるたびごとに、訴えの変更をする必要がなくなり、訴訟物の特定をめぐつて、いたずらに訴訟が遅延することを防ぐことも可能となる。

また、執行手続における、訴訟終了後の被告の潜脱的侵害行為についての対処方法については、判決言渡し後に侵害行為が変更されても、これがメルクマールに含まれるかぎり差止判決の効力は及ぶこととなり、原告は再提訴を要することもなくなる。

さらに、理論上も、債務名義が担う審判の対象がメルクマールによつて枠付けられることによつて、判決機関があらかじめ認め、指針を提示したメルクマールの解釈の範囲内においてのみ、執行機関が潜脱的侵害行為の妥当性について判断するため、執行機関における白紙委任的実体判断による訴訟物若しくは執行力の拡張という問題点が生じず、判決機関と執行機関の協働による柔軟な手続規範を整序することが可能となる。

特に、執行手続においては、債権者は、執行文付与の申立て（民執二六条）や間接強制の申立て（同一七二条一項）において、債務名義に記載されているメルクマールによつて債務者の差止められる侵害行為を提示すれば足り、執行裁判所は、この申立てに基づいて、債務者の新たな侵害行為がこのメルクマールに抵触するか否かを判断することも可能となる。先の差止めによつて禁止された商号を、そのまま、のれんや看板として掲げている場合など、被告の不作為義務違反が、有形的存在として残存する場合の代替執行の申立てに際しては、残存する違反行為を具体的に特定することも可能であるが、些細な変更が加えられることにより、看板の商号が具体的に特定された申立てとは異なる商号となる



おそれもあるため、執行文付与の申立てや間接強制の申立て手続におけると同様に、代替執行の申立てにおいても、債務名義に記載されているメルクマールを提示することで足り、第一審裁判所はこの枠内で授權決定を行うことができるべきであろう（民執一七一条一項、民四一四条二項本文）。

このような執行手続の柔軟な運用は、判決機関と執行機関の分離の原則に対する理論的許容性を示すのみならず、手続の各段階に応じた、原・被告間のきめこまやかな比較衡量も可能とする。すなわち、第一審裁判所は、以上のような執行手続の諸段階において債務者の任意履行の意思の有無や、潜脱的侵害行為実施の有無という債務者の侵害態様を手続に反映しつつ、強制執行の可否を考慮することができ、同時に、授權決定もしくは間接強制金決定手続における必要的審尋（民執一七一条三項、同一七二条三項）、執行文付与に対する異議（民執三四条）、請求異議の訴え（同三五条）などの手続において債務者の救済手続を充実させ、手続保障も図ることが可能となる。

さらに、このアプローチを採用することによって、被告の側にとっても、いかなる侵害行為が、先の債務名義によって差止められる侵害行為に当たるとかという基準が提示されるため、このメルクマールに抵触しない行為へと、自発的に変更することによって、任意履行をすることもより容易となる。同時に、被告は、原告による強制執行を待つてから請求異議などを主張するというように、常に受け身にたつ必要はなく、自らの新しい行為が先の債務名義に提示されたメルクマールに抵触するか否かについて、先の債務名義と自らの新たな行為を示して、確認の訴えを提起することで、自ら積極的に行動することも可能となろう。

(5) 知的財産権侵害訴訟の抽象的差止請求をめぐる新たな展開可能性について

ところで、近年、知的財産権侵害訴訟における抽象的差止請求について、新たな理論的問題を提示する事件があらわ

れている<sup>69</sup>。同事件については、知的財産権法の領域において、ファイル交換サービスの提供者の著作権侵害の成否を中心に活発な議論がなされており、民事手続法の観点からも、民保二四条と民訴二四六条の関係、著作権法一一四条の五および民訴二四八条における損害額の算定など、きわめて多岐にわたる理論的検証が必要となる。ここでは、知的財産権侵害差止訴訟における訴訟物の特定と執行手続という本稿の問題意識に限定して、同事件について若干の考察をくわえたい。

同事件は、被告が提供する電子ファイル交換サービスにおいて、利用者が、それぞれクライアントソフトをダウンロードし、これを利用することによって、利用者のパソコンの共有フォルダ内の電子ファイルが送信可能化状態におかれた後に、同ファイルが利用者間で交換され、各著作権者から音楽著作物の管理の信託を受けた原告の管理著作権が侵害されたという事案である<sup>70</sup>。事案の特徴として、特筆すべきは、被告が、直接、原告の管理下にある各著作権を侵害するのではなく、利用者間だけの電子ファイルの送受信によって各著作権が侵害されており、このような著作権侵害行為を防止するためには、被告による利用者へのクライアントソフトの提供の差止め、被告サイトへのインターネット接続の差止め、フィルタリングによる著作権該当ファイルの逐次削除など、その防止方法が複数存在しているという事情がみてとれる点である。

同事件においては、両当事者がともに生活妨害の抽象的差止請求を適法と解した最高裁の横田基地判決を引用しつつ、本件サービスにおける侵害結果の防止措置の選択権は、当事者のいずれに帰属するのかが、差止請求の対象・範囲確定の争点のひとつとして争われたものであり、知的財産権侵害訴訟においても、この点を考慮する必要があることを示している。すなわち、同事件は、従来の知的財産権侵害訴訟の抽象的差止請求訴訟において克服すべき関門としての、第二の債務名義適格性および第三の潜脱的侵害行為に対する原債務名義の拡張可能性に、いかに対処すべきであるのかという点に加えて、従来の知的財産権侵害訴訟においては問題とされなかった、第一の関門である防止方法の選

扱権の帰属を含む侵害行為とその結果を特定する審判の対象・範囲の明確性という、生活妨害訴訟において重視された関門についても考慮しなければならないことを示しているのである。

同事件において、原告は、被告に対し、原告の管理する別紙楽曲リスト記載の各音楽著作物につき、本件サービスにおいてMP3形式によって複製された電子ファイルを送受信の対象としてはならないとし、本件侵害行為を防止するための具体的な侵害防止方法について定めない抽象的差止請求を求めたのであるが、裁判所の判断は、原告の抽象的差止請求を不特定として却下することなく、侵害結果の防止措置の選択権について考慮したうえで、被告が運営するサービスにおいて、原告が管理する楽曲リストのうち、ファイル名およびフォルダ名のいずれかに、『原題名』欄記載の文字（漢字、ひらがな、片仮名並びにアルファベットの太文字及び小文字等の表記方法を問わない。）及び『アーティスト』欄記載の文字（漢字、ひらがな、片仮名並びにアルファベットの太文字及び小文字等の表記方法を問わない。姓又は名のいずれか一方のみの表記を含む。）の双方が表記されたファイル情報に係わる電子ファイルを送受信の対象としてはならないとする判決を言い渡すことで対処している。

この裁判所の判断は、第二の債務名義適格性および第三の潜脱的侵害行為に対する原債務名義の拡張可能性のみならず、第一の防止方法の選択権の帰属を含む侵害行為とその結果を特定する審判の対象・範囲の明確性という生活妨害において重視されていた抽象的差止請求の関門についても考慮し、主文形成を試みたものといえよう。

特に、裁判所の判断が、生活妨害訴訟における議論と同じく、侵害行為の発生メカニズムに精通し、かつ、費用対効果の面でも利害関係を有する被告に、侵害防止措置の選択権が帰属すると解することによって解決を図ろうと努めていることは、手続法上、きわめて高く評価できると考える。なぜなら、生活妨害訴訟と同じく知的財産権侵害訴訟においても、そのサービスの構造上の特徴から、どのような防止措置が有効・適切であり、また実施可能であるのかという判断を下すことは、技術上きわめて複雑であるため、具体的な防止措置についてまで特定した請求を求めるのは、Xにとつてき

わめて酷な結果となろうし、逆に、本件サービスの構造について熟知していないXが特定した、技術的により高度で、費用もかかる侵害の防止措置に基づいて差止対象を決するより、被告が、自ら、侵害を防止するのに技術的にも比較的容易で、費用も合理的な防止措置について判断し、それを選択する余地を認めるほうが、被告の利益にも適う場合があると考えられるからである。

また、これら一連の裁判所の判断は、債務名義作成段階において、送受信の対象となるべきファイルおよびフォルダについて、一定のメルクマールを用いて特定している点で、知的財産権侵害訴訟の抽象的差止請求を適法と解する②のアプローチに親和的な見解であると指摘できよう。ただし、同事件における主文形成では、第三の潜脱的侵害行為に対する原債務名義の拡張可能性という観点から、さらに、克服すべき課題が残されていると考える。すなわち、同事件における侵害行為は、従来の知的財産権侵害差止訴訟において問題にされていた、類似商号の使用差止事例における変更を加えた商号での広告やのれんの作成、看板の塗り替えなどは異なり、ファイル名及びフォルダ名の変更などは、侵害行為変更のためならコストの支出を伴わない、キーボード上の操作というきわめて単純な操作だけで、容易に判決が示すメルクマールを回避することが可能となるという特徴を有する。

以上のような特徴を有する音楽ファイル交換事件は、知的財産権侵害差止請求における訴訟物の特定においては潜脱的侵害行為に対する実効的な債務名義拡張可能性を維持するための差止対象を一定の範囲で枠付けるメルクマールを定立することが、きわめて困難であるという難問もつきつけているのである。<sup>71)</sup>

そこで、同事件が示した、知的財産権侵害訴訟の抽象的差止請求における新たな課題とその展開可能性に対する試論を簡潔に示すとすれば、同事件のような音楽ファイル交換事件において、差止対象の具体的な特定を要求するのは、潜脱的侵害行為の実施の容易性から、ほとんど実効性が認められないので、方向性としては、債務名義作成手続において、知的財産権訴訟における適法説②が志向する、一定のメルクマールによって枠付けられた抽象的差止請求および判決を

認めることで対処するべきであろう。<sup>(72)</sup> その際、判決主文において一定のメルクマールによって差止められた侵害行為の防止については、被告のイニシアティブによってその方法が選択されるべく、債務名義作成の段階においては、差止めの目的の達成のための方法の選択権は、あくまで被告に留保されるべきであり、メルクマールを超えた具体的な方法の特定は、防止方法が一つしか認められない場合や、被告が具体的に特定された防止方法について同意している場合など、一定の例外的場合にしか認められないと考える。

これに対し、被告が防止方法に関する選択権を行使せず、抽象的差止判決を任意に履行しない場合には、間接強制の影響下で履行を促し、間接強制金の負担にもかかわらず、継続して、被告の履行意思が認められないか、若しくはその蓋然性が高いと認められるに至ったときに、はじめに、選択権に関する実体法上の規定（民四〇八条）の類推適用によって、具体的な防止措置に関する選択権が原告側に移転し、侵害防止のための被告が支出すべき費用や被る損害について考慮することなく、原告が、自らの知的財産権を保護するにもっとも適切であると考えられる具体的防止方法に基づいて、将来のための適当の処分を弾力的に運用する方向での解決を模索すべきであると考える。<sup>(73)</sup>

また、執行手続において、執行機関は、間接強制金の決定手続や将来のための適当の処分の運用に際し、潜脱的侵害行為防止のための債務者の防止措置実施に対する態様を考慮するとともに、前述したような債務者の手続保障のための諸手段を充実させる必要もあると考える。

このような試論は、知的財産権侵害訴訟における適法説②のアプローチと、生活妨害訴訟において主張された選択権をめぐる実体法上の構造を堅持しつつ、執行手続の柔軟化を図る学説を組み合わせたものであるが、両説の組み合わせは手続規範として相互に矛盾するものではなく、一貫した手続規範として採用することが可能であり、被告の履行意思を執行手続の各段階で確認し、被告の帰責事由に合わせ防止方法に関する実体法上の選択権を考慮することにより、より柔軟な当事者間の比較衡量が可能となるメリットもあると考える。

### 第三章 結びに代えて

本稿は、知的財産権侵害訴訟の手続法的考察の端緒として、同訴訟類型における抽象的差止請求の訴訟物の特定と執行手続についての基礎的考察を行った。

本稿における考察は以下のように要約できよう。

まず、民事手続法上、共通の概念として用いられる抽象的差止請求は、生活妨害訴訟と知的財産権侵害訴訟において、その主たる問題意識に相違がみられるということである。すなわち、防止方法の多様性から生じる選択権の帰属が主たる問題となる生活妨害訴訟においては、第一の審判の対象・範囲の明確化という関門および第二の債務名義適格性という関門が重視されるのに対し、知的財産権侵害訴訟においては、侵害行為は明白でありかつ防止方法も複数観念する事ができないことから、第一の関門は重視されず、第二の債務名義適格性および第三の潜脱的侵害行為に対する原債務名義拡張可能性という関門に重点をおいて、これを前提にした理論構築が試みられてきたということを指摘した。

つぎに、両訴訟類型においては、このような前提の相違とその克服の可否から、判例の動向においても生活妨害訴訟においては抽象的差止請求を肯定するのに対し、知的財産権侵害訴訟においてはこれを認めないというように、その帰結を異にするということが指摘できる。他方、生活妨害訴訟の判例において抽象的差止請求が適法説に収斂するにあたり、理論的側面から同請求の適法性を理由付け、権利実現までの手続法的整序を構築することに貢献した学説も、両訴訟類型が重点をおく関門の設定の相違から、直接、これを知的財産権侵害訴訟の抽象的差止請求に応用することによっては、妥当な結論が得られないということを示した。

以上のような検討をもとに、知的財産権侵害訴訟の抽象的差止請求の適法性を認め、知的財産権の実効的な保護を実現するためには、生活妨害訴訟における理論的到達点を前提としつつも、第二の債務名義適格性および第三の潜脱的侵

害行為に対する原債務名義の拡張の可能性という関門克服のための独自の理論的アプローチが要求されるのである。

このための理論的アプローチとして、現在、①潜脱的侵害行為に対し、先の債務名義に基づいて執行手続において柔軟に対処するアプローチ、②債務名義作成段階において、一定の枠付けをした抽象的差止を許容し、執行手続の柔軟な運営を認めるアプローチ、③実体法的な観点を加えつつこれら両者を折衷する説などの諸説が主張されているが、私は、これらのアプローチのうち、潜脱的侵害行為に対する再提訴という「いたちごっこ」の根本的解消、審判の対象が明確であることによる訴訟遅延の回避、債務名義作成手続において枠づけられたメルクマールを解釈指針とし執行機関が判断する手続構造を採用することによって達成される判決機関と執行機関の分離の原則への対応可能性、間接強制を中心とした執行手続の柔軟化による両当事者の手続の進行過程に応じた、きめこまやかな比較衡量および債務者の手続保障という諸点から、②のアプローチが有効であると考ええる。

ただし、このアプローチを採用するにあたり、債務名義においてどのようなメルクマールを用いて枠付けをするのかという、メルクマールの定立は依然として課題として残されている。したがって、メルクマール定立のための基準の探求が、次稿以降の研究課題となる。これについては、ドイツにおいて判例・通説が支持する核心説と、これを批判して登場した諸説の対立の過程で主張されたメルクマールの分析が、きわめて有用であると考ええる。さらに、これらと並んで、ファイル交換事件という新たな知的財産権侵害訴訟の抽象的差止めをめぐる理論構築の方向性としては、前述した知的財産権侵害訴訟の抽象的差止請求に関する②のアプローチを採用しつつ、生活妨害訴訟において主張された防止方法に関する選択権の帰属に関する議論を取り組む必要性もあると思われる。

結局、本稿は、知的財産権侵害訴訟の抽象的差止請求訴訟における研究の基本的視座を整理したにすぎない。本稿において、考察を加えることができなかった以上の諸問題点については、知的財産権侵害訴訟の抽象的差止請求に関する今後の研究課題としたい。

未筆ながら、河内宏先生、清水巖先生の還暦をお祝い申し上げるとともに、益々のご健勝を心よりお祈りし、謹んで未熟な小論稿を捧げさせていただきます。

(1) 丹野達「抽象的差止判決の執行」『民事法拾遺』(酒井書店、二〇〇四)三三〇頁註(一)(初出：東洋法学三九卷一号(一九九五)七七頁以下)。

(2) 「生活妨害」という用語は、ローマ法における *immissio*、ドイツ法における *Immission*、英米法における *nuisance* の訳語である。通常、「公害」とも呼ばれているが、「公害」には日照妨害、眺望侵害等が含まれないおそれがある(旧公害対策防止法二条、環境基本法二条三項参照)。それ故、事業活動その他の人の人の活動に伴って生ずる大気の汚染、水質の汚濁、土壌の汚染、騒音、振動、地盤沈下、日照妨害、眺望侵害及び悪臭等人の健康又は生活環境などに被害を生ぜしめる妨害すべてを含む意味で用いることにしたい。この点、大塚直「生活妨害の差止に関する裁判例の分析(一)」判タ六四五号一九頁註(一)および猪俣孝史「差止請求・執行論の素描」中川良延編『日本民法学の形成と課題(下)』(有斐閣、一九九六)九六八頁註(一)参照。本稿においては、いたずらにその適用範囲が拡がり過ぎぬよう、種々の侵害行為について一定の範囲で枠付けを行うという観点と、筆者の一連の論説との概念的整合性を維持するというふたつの観点から、大塚教授および猪俣教授の概念と同一の範囲で生活妨害という概念を用いたい。

(3) 実体法上、生活妨害の差止の法的根拠については、従来の物権的構成から始まり、人格権構成、不法行為構成、環境権構成などが激しく争われている(潮見佳男『不法行為法』(信山社、二〇〇二)特に四八九頁以下、藤岡康宏『損害賠償法の構造』(成文堂、二〇〇二)一二四頁以下、同「不法行為と権利論—権利論の二元的構成に関する一考察」早法八〇巻三号一五九頁以下、大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察(一〜八)」法協一〇三巻四号五九五頁以下、平井宜雄『債権各論II不法行為』(弘文堂、一九九二年)一〇七頁以下など参照)。これに対し、知的財産権の差止めについては法的根拠についての争いはなく、不正競争一条、三条一項、特許一〇〇条一項、商標三六条、著作一〇二条一項、意匠三七条一項、半導体集積回路配置法二二条一項などに明文規定として定められている(渋谷達紀『知的財産法講義I〜III』(有斐閣、二〇〇四)、梅本吉彦『民事訴訟法』(信山社、二〇〇二)二四〇頁参照)。ただし、特許法一〇〇条における侵害停止請求と侵害予防請求の実体法上の構造については後述するような議論がある。



- (4) 竹下守夫「生活妨害の差止と強制執行」立教一三号（以下「強制執行」）一頁、同「生活妨害の差止と強制執行・再論」判夕四二八号（以下「再論」）三三二頁、川嶋四郎「差止請求訴訟の今日的課題」青山善充『伊藤眞編『民事訴訟法の争点（第三版）』（有斐閣、一九九八）（以下「争点」）三〇頁。
- (5) 最一小判平五年二月二五日判夕八一六号一三七頁。
- (6) 判例の動向については、川嶋・「争点」二九頁および金炳学「判批」早法七八卷二号四二九頁以下参照。
- (7) 竹下・前掲「強制執行」一頁以下、同・前掲「再論」二七頁、上村明広「差止請求訴訟の訴訟物に関する一試論」岡法二八卷三・四号（以下「一試論」）三三五頁、同「差止請求訴訟の機能」新堂幸司編『講座民事訴訟二卷』（弘文堂、一九八四）（以下「機能」）二七三頁、松浦馨「差止請求権の強制執行」三ヶ月章『中野貞一郎』竹下守夫編『新版民事訴訟法演習二』（有斐閣、一九八三）二八二頁。
- (8) 松本博之「抽象的不作為命令を求める差止請求の適法性」自正三四卷四号（一九八三）二九頁。
- (9) 井上治典「請求の特定」井上治典『伊藤眞』佐上善和著『これからの民事訴訟法』（日本評論社、一九八四）五二頁、佐上善和「公害環境問題と差止訴訟の展開」ジュリ八六六号四四頁。
- (10) 川嶋・前掲「争点」三一頁、同「差止請求訴訟における強制執行の意義と役割」ジュリ九七一号二六〇頁、同「差止請求―抽象的差止請求の適法性の検討を中心として」ジュリ九八一号六八頁参照。川嶋教授の二段階的裁判手続を要約するならば、第一段階としての訴えの提起段階においては抽象的な請求を認め、迅速に「権利侵害についての判決」を一部判決として言渡し、第二段階として、裁判所・両当事者の協働のもとで具体的防止措置を例示列挙した救済指針付判決を残部判決として言渡すという方式の手続規範である。
- (11) 平成一五年改正前の旧民執一七二条は、間接強制の補充性の原則から、不代替的作為義務、不作為義務に限定して間接強制に基づく強制執行を認めるとともに、ある請求権についての執行方法は、必然的に直接強制、代替執行または間接強制のいずれか一つの方法に定まるとする一請求権一執行方法の原則を採用していた。平成一五年民執改正においては、間接強制の補充性の原則の合理性に対する疑問や、事案によっては、直接強制や代替執行よりも間接強制による執行が債務者の人格尊重の理念に適合したり、執行がより効果的に為される場合があることから、間接強制の適用範囲を拡張し、執行方法については債権者が選択して申立てることができるとした（民執一七三条一項）。
- (12) 金沢地判平三年三月一三日判夕七五四号七四頁。
- (13) 横浜地川崎支判平一〇年八月五日判時一六五八号三頁、神戸地判平一二年一月三一日判夕一〇三一号九一頁。
- (14) 詳細については、金・前掲「判批」四三二頁以下参照。

- (15) 松本・前掲三五頁、鈴木忠一「三ヶ月章編『注解民事執行法（五）』（富越和厚）（第一法規出版社、一九八五）九二頁、富田善範「不作為執行（生活妨害差止の執行）」大石忠生他編『裁判実務大系七卷民事執行訴訟法』（青林書院、一九八六）四九九～五〇一頁、山本和彦「民事救済システム」岩村正彦他編『岩波講座現代の法五』（岩波書店、一九九七）二二三～二三四頁。
- (16) 竹下・前掲「再論」二九頁、上村・前掲「機能」三〇二頁、丹野・前掲八五頁、猪俣・前掲九八四頁。
- (17) 川嶋・前掲「争点」三二頁、中野貞一郎「非金銭執行の諸問題」鈴木忠一「三ヶ月章編『新・実務民事訴訟講座二二卷』（日本評論社、一九八四）（以下「非金銭執行の諸問題」）四七九頁、同『民事執行法』（青林書院、新訂四版、二〇〇〇）六八一頁。
- (18) 生活妨害の抽象的差止請求に関する執行方法について論じている学説の詳細な紹介及び検討は、金・前掲早研九九号一二六頁以下を参照されたい。
- (19) 名古屋高判昭三二年六月二六日下民集八卷一一六五頁。
- (20) 松前屋事件・大阪地判昭二九年三月二三日下民集五卷三三九六頁。
- (21) グーカート SLICK 事件・大阪地判昭六三年七月二八日無体例集二〇卷二二二二頁。
- (22) 三菱標章事件・大阪高判昭四一年四月五日高民一九卷三三二二頁。
- (23) 福島地判昭三〇年二月二一日判決下民集六卷二二九二頁、同じく類似する商号の使用禁止を認めるものに、趣味の会事件・東京地判昭三六年三月二日下民集一二卷三三〇四頁など。
- (24) 札幌高決昭四〇九年三月二七日判タ三〇八号二二七頁など。
- (25) 知的財産権侵害訴訟の判決主文については、高林龍「工業所有権関係の主文例」牧野利秋編『裁判実務大系第九卷工業所有訴訟法』（青林書院、一九八五）一七頁以下、沖中康人「知的財産権侵害訴訟の請求の趣旨及び主文」牧野利秋「飯村敏明編『新・裁判実務大系第四卷知的財産関係訴訟法』（有斐閣、二〇〇一）四〇頁以下、櫻林正巳「著作権訴訟の主文例と差止対象の特定」斎藤博「牧野利秋編『裁判実務大系第二七卷知的財産関係訴訟法』（青林書院、一九九七）一七頁参照。また、商標権に基づく差止めの特定については、塩月秀平「商標権に基づく差止請求権」判タ一〇六二号九六頁、著作権に関する特定については、富岡英次「著作権侵害による差止請求権」判タ一〇六二号二二七頁参照。知的財産権の差止仮処分的主文については、小坂志磨夫「無体財産権等に関する仮処分」『保全処分主文の実務的研究』（第一東京弁護士会司法研究基金運営委員会、一九七五）七三七頁以下を参照されたい。
- (26) 本稿が企図する知的財産権の実効的な保護という観点から考察を加える抽象的差止めは、権利者に帰属する権利法益以上のものを与えたり、その者が求める範囲を超える権利法益を認めるという知的財産権の「過剰」な保護を認める「過剰差止め」と一線を画する。本稿においては、貨幣に内在する金保有量に見合った価値を保全することによって、「良貨」としての貨幣の流通を維

持し、円滑な経済活動を保護する観点と同じく、知的財産権について、権利者が求める合理的な意思の範囲で自らに帰属する権利法益にみあった価値を保全するため、手続法上、抽象的差止めという法的保護手段を整備することにより、知的財産権をめぐる経済活動の適正化を図ることを意図している点、留意されたい。なお、抽象的差止めと過剰差めの関係については、田村善之「知的財産侵害訴訟における過剰差止めと抽象的差止め」「競争法の思考形式」(有斐閣、一九九九)一五〇頁註(六)(以下「抽象的差止め」を参照されたい)。

(27) なお、特許法一〇四条(生産方法の推定)の規定の適用ある場合の訴訟物の特定については、同条の推定規定と差止対象の特定の程度の関係をめぐって、さらに、①具体的な実施方法を特定することによって対象方法を特定すべきであるとする説(方法特定説・小坂志磨夫「生産方法の推定(特許法一〇四条)」に関する一考察」企法一四八輯一七頁以下、古関敏正「特許権侵害訴訟における対象物件の特定」兼子博士還暦記念「裁判法の諸問題(中)」(有斐閣、一九六九)四五頁以下、吉原省三「特許権侵害による差止請求訴訟の要件事実」原判事退官記念「工業所有権法の基本的課題(上)」(有斐閣、一九七一)五九五頁、特に、六〇三頁、三宅正雄「特許訴訟に於ける争点の設定」兼子博士還暦記念「裁判法の諸問題(上)」(有斐閣、一九六九)五二三頁、特に、五二三頁)、②対象生産物をもって特定すれば足りるとする見解(目的物説・久保田穰「新規物質の製法の推定」『工業所有権法の基本的課題上』五一七頁以下、特に、五三四頁一〇行、五三六頁、牧野利秋「特許権侵害差止訴訟の訴訟物」原判事退官記念「工業所有権法の基本的課題上」(有斐閣、一九七一)五七七頁、本間崇「特許侵害訴訟における特許法一〇四条の機能」企法二〇一輯一二頁以下、品川澄雄「推定規定―特許法一〇四条論―」中川善之助兼子「『実務法律大系一〇巻特許・商標・著作権』(青林書院、一九七二)四六〇頁以下、黒田英文「特許法一〇四条(生産方法の推定)の適用のある場合の差止対象の特定について」パテ二五巻一〇号一頁、鎌田隆「特許侵害における請求の特定(一)(二)」特許二五巻九号九三一頁、同一〇号一〇四三頁、吉井参也「特許権侵害訴訟大要」(発明協会、一九九〇)一七二頁)、③当該特許明細書の、特許請求の範囲の項の記載に倣って特定すれば足りるとする見解(中間説・石黒淳平「特許法一〇四条と条約優先権について」特許と企業三九号七頁以下、特に八〇九頁、馬瀬文夫「生産方法の推定」特許と企業三九号一三頁、花岡巖「侵害物件、侵害方法の特定」牧野利秋編「裁判実務大系第九巻工業所有権訴訟法」(青林書院、一九八五)六七頁以下、特に七六頁)の間で争われている。これらの議論は、本稿の考察対象について検討するにあたり、きわめて示唆に富むものであるが、本稿においては、知的財産権侵害訴訟における差止訴訟一般についての考察を行うことを目的としており、特許法一〇四条に基づく訴訟物の特定については、別稿にて、検討を行いたい。

(28) 小山昇「訴訟物論」『訴訟物論集』(有斐閣、一九六六)四七頁、村松俊夫「法律実務講座民事訴訟第一審手続(一)」(有斐閣、復刊版、一九八四)九七頁。なお、通常民事訴訟と比べた知的財産訴訟の特徴については、清水利亮「知的財産権訴訟の特徴」西田美昭他編『民事弁護と裁判実務八』(ぎょうせい、一九九八)八九頁以下を参照されたい。

- (29) 原増司「工業所有権と仮処分」特管七巻六号三頁、古関・前掲四五四頁以下、水野武「対象物件の特定」西田美昭他編『民事弁護と裁判実務八』(ぎょうせい、一九九八)一三二頁、飯村敏明「侵害訴訟の訴訟物と請求の趣旨」西田美昭他編『民事弁護と裁判実務八』(ぎょうせい、一九九八)二二三頁、特に二三八頁、大須賀滋「知的財産権訴訟に関する債務名義の執行」西田美昭他編『民事弁護と裁判実務八』(ぎょうせい、一九九八)一七三頁以下、特に一七七頁、竹田稔「特許権侵害訴訟における諸問題——その一——」発明八八巻六号八七頁、特に九一頁、吉井・前掲一六一頁、飯村敏明「知的財産権事件の審理の現状と効率的な審理」牧野判事退官記念『知的財産法と現代社会』(信山社・一九九九)(以下「牧野退官記念」)三六一頁以下、特に、三七〇頁、三村量一「特許侵害訴訟における被告製品の特定制と実務上の留意点」前掲『牧野退官記念』五一九頁、特に五二二頁以下参照。
- (30) 松浦馨ほか「仮差押・仮処分の実態(四)」ジュリ五五五号一一二頁。
- (31) 吉井・前掲一六〇頁。
- (32) 特許権一〇〇条に基づく差止請求については、その訴訟物の捉え方について争いがある。特許権に基づく差止請求における侵害停止請求と侵害予防請求の訴訟物は別個であるとするのに、古関・前掲四五四頁以下、宇井正一「特許権侵害訴訟における主張立証上の諸問題」原増司判事退官記念『工業所有権の基本的課題(上)』(有斐閣、一九七二)六二三頁、大須賀・前掲一七三頁以下、特に、一七六頁、三村・前掲五二五頁。これに対し両請求においても訴訟物は分断されず一個であるとするのに、牧野・前掲五八二頁、野崎悦宏「特許権侵害の停止及び予防請求」牧野利秋編『裁判実務大系第九巻工業所有訴訟法』(青林書院、一九八五)五七頁がある。花岡判事は、牧野説に対し、訴訟法的観点から、社会通念上は別個となしうる複数の侵害態様を包括する一個の差止請求権の成立を肯定するものと思われるが、その範囲全体の特定はどのようにしてなされるのか、原告が特定の侵害態様についてしか被告による実施又は実施のおそれの主張をしない場合に、他の侵害態様をも包括する差止請求権が発生するとみるのか、もしこれを認め、実施又は実施のおそれも特許請求の範囲全部について認められるということであれば、原告が特定の侵害態様についてのみ、実施又は実施のおそれを主張することは、まさに、一部請求ということになるが、はたしてそのように理解してよいのであろうかとの疑問を提起されている(花岡・前掲「侵害物件、侵害方法の特定」六九頁)。
- (33) 小松判事は、このような不適法説の見解の根底には、知的所有権の権利範囲に属するか否かの判断は非常に微妙な場合が多く、わずかな態様の変化でもその判断が異なる可能性もあるから、当事者間で十分に議論を尽くした上で侵害の有無の判断をすべきものであり、債務名義成立後に変更された侵害態様が債務名義の不作為命令の範囲に属するか否かを執行裁判所が判断することは、相当でないと考えられていることもあろうと、指摘される(小松一雄「工業所有権(特許権等)」に基づく侵害差止仮処分における対象の特定」中野貞一郎||原井龍一郎||鈴木正裕『民事保全講座第三巻』(法律文化社、一九九六)五四四頁)。
- (34) 原・前掲七頁、古関・前掲四六四頁。

- (35) 東京高決昭三五年二月一日杉林信義編『工業所有権判例集四』二五二頁、大阪高決平二年一月一日〇日判時一三七八号八四頁。
- (36) 原・前掲七頁、古関・前掲四六四頁、小野・前掲四六七頁。
- (37) 吉井・前掲一六三頁、水野・前掲二三四頁、三村・前掲五二六頁、高部貞規子「著作権侵害訴訟の請求の趣旨及び判決主文」牧野利秋・飯村敏明編『新・裁判実務大系二二著作権関係訴訟法』（青林書院・二〇〇四）四三頁以下。これらの対処方法のほかにも、特許権侵害差止請求訴訟に関連し、原告の権利の内容と製造販売を禁止されるべき対象物との対比にあたり、対象物の特定に争いがある場合には、原告は重要ではないと考える構成部分をも対象物の表示に付加して争いをなくし、請求の原因の中で、たとえば、この付加部分はそれが存しても、特別の作用効果を有せず、技術的思想的に両者を別異のものにするに足りないと主張すればよいとする指摘もある（荒木秀一「工業所有権侵害訴訟の現状と問題点」自正二五卷九号四頁）。
- (38) 牧野・前掲五八六〜五八七頁、中野貞一郎「執行力の範囲」『民事手続の現在問題』（判例タイムズ社、一九八九）（以下「執行力の範囲」）二九七頁。
- (39) 牧野・前掲五七七頁。
- (40) 牧野・前掲五八六〜五八七頁。牧野判事は、さらに、執行機関にこの判断を許さないとの立場を貫くなら、訴訟の段階において、特許法二条三項各号の各実施態様を包括することのできる用語を用いて侵害行為の特定を許すなど弾力的な運用を考慮してもよいであろうと指摘される（牧野・前掲五八七頁）。花岡判事も、原告において、被告が実施し又は実施するおそれがあるとする侵害態様を、社会通念上他の侵害態様と識別できるように特定しなければならぬが、請求原因における侵害態様の記述につき、①社会通念上の明確性、②特許請求の範囲との対応性を備える限りにおいて、包括的・抽象的な表現を用いることは可能であるとする（花岡巖「差止対象の特定について」工業所有権法研究二二卷四号一〇頁、同・前掲「侵害物件、侵害方法の特定」六七頁以下）。同じく、宇井判事も、一定の適用範囲をもつ技術概念によって特定すればよいとするのであり、差止対象の記述において侵害態様に即物的に一对一の対応をするような具体性を要求しない点において、一定の割合で抽象的な特定を認めているとみられる（宇井・前掲六二三頁、特に六三四頁以下）。ただし、宇井判事の見解において許容される抽象度のレベルについては、花岡判事より厳格な特定となる。
- (41) 中野・前掲「非金銭執行の諸問題」四七一頁、同・前掲「執行力の範囲」二五八頁同・前掲民事執行法二五三頁以下。実務上、転換執行論が認められるかについては、多めに議論のあるところである。中野教授の転換執行論を支持するものに、山木戸克己『民事執行法講義』（有斐閣、一九八四）七六頁がある。
- (42) 西川助教も、当事者間の衡平から、債務主義成立後の実体関係の変化に即して、その記載内容を拡張・変更することを執行

文付与の手続において簡易に認め、その処分に対し不服のある者が、執行文付与に対する異議（三四条）などの救済手続を利用するイニシアティブをとることになると指摘される（井上治典他編『現代民事救済法入門』（西川佳代）（法律文化社・一九九二）二〇五頁以下、特に二〇八〜二〇九頁）。

(43) 上村・前掲「一試論」三三五頁以下、特に三六三頁、同・前掲「機能」二七三頁以下、特に二九〇頁。

(44) 上村・前掲「一試論」三六三頁、同・前掲「機能」三〇二頁。

(45) 核心説とは、ドイツの不作為請求訴訟における訴訟物の特定およびその執行手続において生成・展開した説である。同説は、債務名義の本文においては不作為命令の対象として現に実行された、もしくは間近に差し迫った行為が特定掲記されていなければならぬ、また、この債務名義の本文に特定掲記された侵害行為の核心を動かさないままにしておいて変更を加えられた他の侵害行為をも把握するという二つのテーゼをその内容とする。この説は、現在、ドイツの不正競争防止法および民事訴訟法上、潜脱的侵害行為に対する実効性が評価され、判例・学説においても支持されている（vgl. Zimmermann, ZPO, Aufl.6, 2002, S.1370f. Rn.9; Hartman, Baumbach/Lauterbach, ZPO, 63Aufl.2005, S.2455ff. Rn.3~5; Lackmann, Musielak, ZPO, 4 Aufl.2005, S.2312ff. Rn.4; Ribmann, Die Bindungswirkung rechtskräftiger Unterlassungsurteile, Festschrift für Gerhard Lüke zum 70. Geburtstag, 1997, S.689ff. Eberhard Schilken 著・石川明訳「ドイツ民法における作為・不作為執行の今日的課題」石川明『ドイツ強制執行法と基本権』（信山社、二〇〇三）二二六頁以下）。

(46) 野村秀敏「債務名義における不作為命令の対象の特定」『予防的権利保護の研究』（千倉書房、一九九五年）一七頁。

(47) 野村・前掲一六二頁以下、特に一六九頁。

(48) その具体例として、野村教授は、「菊屋事件」（昭三〇年二月二一日判決下民集六卷二号二九一頁）における「債務者は、菊屋総本店或はこれに類似する商号を使用し、或は斯かる商号を記載した看板標識等を掲げてはならない」との不作為命令の当否が問題となった事例を挙げ、評価概念を用いることにより「債務者は、福島市内において、和洋菓子の製造販売に関して、『菊屋』もしくは『キクヤ』なる呼称を生ずべき商号、およびこれらの商号に『有限会社菊屋』なる商号と識別されるに足らない営業地域となる地名、業種・業態を示す文字、物の大小もしくはや新旧を示す文字、営業の同一性もしくは正当性を示す文字、会社の種類を示す文字の一つもしくは複数を付加した商号、その他の『有限会社菊屋』なる商号と識別させるに足らない文字を付加したに過ぎない商号を、『有限会社菊屋』なる商号と識別させるに足る文字で表現し、あるいはそのような文字を付加しない限り使用してはならない」として請求を特定すればよいことになると指摘される（野村・前掲一七七頁以下）。

(49) 野村・前掲一七二〜一七三頁。なお、西田判事も、具体的な特定を原則としつつ、潜脱的侵害行為が予期される事件については、上位概念を用いてこの範囲内の物の実施のおそれと、その範囲内の物が、権利侵害になるとの主張を原告がなすことを提案さ

れる（西田美昭「特許権侵害訴訟における差止対象の特定の審理の実情と展望」前掲『牧野退官記念』三九五頁以下、特に、四〇七頁）。

(50) 谷口安平「商号使用差止めの強制執行」『判例不正競争法』（発明協会、一九九二）七八七頁。

(51) 自説の具体例として、谷口教授は、権利者の商号「東寿し」を保護するために「東鯔」の使用を差止めた理由が「アズマスシ（又はズシ）」なる発言と同一の商号を差止めることにあるならば、「使用する語をアズマス（ズ）シと発言される商号を用いてはならない」との主文を発すべきであるし、「東」の漢字と発言スシ（又はズシ）」の組合せがいけないとの趣旨であればその旨を明示すべきである。前者であるならば、「あずまずし」や「Azumashi」は禁止されるが、「寿しアズマ」や「Azumashi」は禁止されない。後者であれば、「吾妻寿し」はよいが「東鯔」は禁止されることになる。もちろん、これに付加して「すし屋業」と「札幌市内」を明示すべきである。このようにすることにより、債務名義を作成した裁判所が何をもちて権利侵害と認識したかが明らかになる。かくして、たとえば本質的な部分を表示する「〇〇」の文字を含むものを一般に禁止することも可能であるとされる（谷口・前掲七九六頁）。

(52) 谷口・前掲七九四〜七九五頁。谷口教授は、執行手続における具体例として、東鯔事件において債務者が「みその」を付加した場合などは、執行裁判所の権限強化で対応すべきであるとされつつ、この場合の、債務者の手続保障を、請求異議によることと結局争いが通常訴訟に持ち込まれてしまふ所期の目的を達することができないので、執行抗告（民執一〇条、一七一条五項、一七二条五項）を認めることで十分対処できるのではなからうかと指摘される（谷口・前掲七九七頁）。なお、小松判事も谷口教授の主張に賛同される（小松・前掲五四四頁）。

(53) 田村・前掲「抽象的差止め」一四九頁以下、特に一七〇頁以下、同「特許権侵害における差止め」判タ一〇六二号六四頁以下、特に六五頁。

(54) 田村・前掲「抽象的差止め」一七四頁以下。田村教授は、自説の具体的な適用例として、例えば、パチンコ店における玉貸機に關し、紙幣鑑別機を自動玉貸機に組み込み薄型とした店に特徴がある特許発明の侵害事件で、差止判決の物件目録と現在、敗訴被告が実施している製品との相違点が、紙幣の検定部が上でなく下となっている点や、五〇〇円玉が使用できない点、玉貸選択ボタンが五〜六個ではなく三個しかない点、つり銭表示部やつり銭切れ表示ランプがある点にとどまっている場合には、執行手続において、先の判決によって差止められた対象との類似性の判断が可能であると指摘される（田村・前掲「抽象的差止め」一七八頁）。

(55) 田村教授は、さらに、判決手続の段階において、すでに侵害行為が継続しているような場合には、執行手続における授權決定を待つまでもなく、債務名義作成の段階であらかじめ強制金額を決定し、これを予告することも可能であると考えるべきであろう

と指摘される（田村・前掲「抽象的差止め」一八一頁）。

(56) 丹野・前掲三一九頁。

(57) 本稿と同じ問題意識から、両訴訟類型における抽象的差止請求の機能の相違について指摘されるのに、野村・前掲一五二頁、田村・前掲「抽象的差止め」一四九頁がある。

(58) ただし、生活妨害類似の隣人間の迷惑行為の差止めを求める訴訟においては、第三の関門としての潜脱的侵害行為に対する原債務名義の拡張可能性について考慮する必要性がある。すなわち、隣人同士においてなんらかのトラブルが生じた後、先の判決において、被告の住宅のオーディオ装置から発生する夜間の騒音の原告宅への差止めが命じられた後に、被告側が、自動車のエンジン音やクラクション騒音というように騒音の種類を変更した場合や、騒音に代えて、光害、玄関チャイムへのいたずらなどに迷惑行為を変更した場合には、これら変更された迷惑行為について、潜脱的侵害行為と同一視し、これに対する原債務名義の拡張可能性について検討する必要があると考えられる。きわめて興味深い事例ではあるが、生活妨害訴訟と知的財産権侵害訴訟の比較検討という本稿の考察対象から、これら隣人間の迷惑行為の差止めを求める訴訟において、新たな迷惑行為について、それぞれ仮処分を含めた新訴提起によって対応するのか、若しくは、潜脱的侵害行為類似の迷惑行為について原債務名義の拡張可能性を目指す第三の関門を含んだ抽象的差止請求を認めるのかなどの検討は、他日を期したい。

(59) 川嶋・前掲「争点」三〇頁。

(60) この点、田村教授は、侵害行為が異なる著作物について行われる事件類型を含む知的財産権侵害訴訟に、二段階裁判手続を適用することについては消極的な立場をとられる（田村・前掲「抽象的差止め」一五一頁註（五）参照）。

(61) 東京高決昭三五年二月一日工業所有権判例集III二五二頁、東京高決昭三八年三月二九日工業所有権判例集IV一四九頁など。

(62) 野村・前掲一四二頁。

(63) もっとも、牧野判事は、一部請求理論を用いることにより残部請求としての他の類型の侵害行為について別訴請求することは可能であるとされるが、このように解した場合、侵害行為ごとに訴訟物は別個であると捉える考え方との実質的差違が生じない結果となり、訴訟物をグローバルに捉える独自性に基づいた理論構成の一貫性の維持という点からは課題が残されよう（牧野・前掲五八一頁以下、特に、五八四頁註（五）、（六）参照）。

(64) ①のアプローチに対しては、ドイツにおいて核心説を批判する中で主張されたSchubertの等価価値（Äquivalente Handlung）説に対して向けられた批判があたろう。等価価値説とは、先の判決においてある行為の違法性が判断された場合、当該行為とäquivalenteな行為もまた違法であることが確定し、これに対しては既判力が拡張され、このようなäquivalenteな行為は先の債務名義によって差止められるとする説である（Schubert, Klageantrag und Streitgegenstand bei Unterlassungsklagen, ZfP



Bd.85 (1972), S.33ff.)。このような等価価値説と前述した①のアプローチについては、いかなる行為が äquivalente な行為となるのかという範囲と、「社会的にみて物の同一性」が認められる行為の範囲には、同様に解釈によって幅が生じることが否定できない。ドイツにおいては等価価値説に対し、核心を同じくする行為と äquivalente な行為の相違点などについて、明確な基準を提示できていないと批判されており、①のアプローチについても核心説に向けられた批判をすべて避けることはできないと考える (Schubert の等価行為説に対する批判については、Kramer, Der richterliche Unterlassungstitel im Wettbewerbsrecht, 1982, S. 115f を参照されたい)。

(65) ドイツにおいて核心説を批判し、②のアプローチと類似した解決方法を探求するものに前述した Krammer の諸説のほか以下に文献がある。Borch, Kleiner Versuch über die "konkrete Verletzungsform", WRP 1965, S.50f.; ders, Bestimmtheitsgebot und Kern der Verletzung, WRP 1979, S.184f.; Jelinek, Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Unterlassungen, 1974, S.26f., 63ff.; Nirk・Kurtze, Verletzungshandlung und Verletzungsform bei Wettbewerbsverstößen, GRUR 1980, S.649. 各説における概念規定については、Ritter, Zur Unterlassungsklage: Urteilstenor und Klageantrag, 1994 S.53ff を参照されたい。

(66) 竹下・前掲「強制執行」一五頁。

(67) 詳しくは、金・前掲早研九九号一二六頁以下に挙げられている文献を参照されたい。なお、判決機関と執行機関の分離の原則については、梅善夫「判決機関と執行機関の職務分担について―執行手続における当事者能力及び訴訟能力の審査に関する問題を中心として―」民訴二四号一一九頁、同「民事執行における当事者―当事者能力・訴訟能力」鈴木忠一―三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座第一二巻』(日本評論社、一九八四)九九頁、小田司「民事執行手続における訴訟能力の諸問題―ドイツにおける議論を参考にして―」日法六六巻一号五五頁以下、同「執行機関による訴訟能力についての調査権限と訴訟能力の欠缺を理由とする救済手段―ドイツでの議論を参考にして―」比較六二号一八五頁、和田吉弘「執行異議・執行抗告の機能の再構成―不動産の所有権帰属の審査可能性をめぐる試論」三ヶ月章先生古稀祝賀『民事手続法学の革新下巻』(有斐閣、一九九一)九三頁、同「強制執行手続と実体権審査―執行債権についての審査を中心として」明学六五三三九頁、同「CPO 成立過程における判決手続と執行手続との関係」新堂幸司古稀祝賀『民事訴訟理論の新たな構築下巻』(有斐閣、二〇〇一)七七五頁などを参照されたい。

(68) 牧野・前掲五八六頁以下、中野・前掲「執行力の範囲」二九七頁以下、谷口・前掲七九四頁以下、田村・前掲「抽象的差止め」一七五頁以下参照。

(69) 音楽ファイル交換(ファイル・ログ)事件・東京地決平一四年四月二一日判タ一〇九二号一一〇頁、東京地判平一五年一月二九日判タ一一一三号一一三頁(中間判決)、東京地判平一五年二月二七日判タ一一四五号一〇二頁、東京高判平一七年三月三一判例集未登載)。

(70) 本件サービスの具体的内容については、牧野利秋「ファイル・ログ事件仮処分決定と複数関与者による著作権侵害(上)」NBL七五〇号一九頁以下、和久田道雄「最近の著作権判例について」コピ五〇二号二〇頁以下、岡邦俊「続・著作権の事件簿(五〇)音楽CDの複製ファイルをピア・ツー・ピア方式によって交換させるネットサービスは違法―「ファイルログ」事件・東京地裁平一四・四・一一仮処分決定(上)」JCAジャーナル第四九卷一二号七〇頁以下を参照されたい。本件評釈については、金炳学「判研」法政第七二卷第一号一六三頁以下を参照されたい。

(71) 同事件におけるメルクマールの定立についての具体的問題点については、金・前掲判研一六三頁以下を参照されたい。

(72) ただし、同事件のような情報管理のためのサーバーの関与が認められるナップスター型のPeer to Peerファイル交換サービスシステムと異なり、グヌーテラ型のPeer to Peerファイル交換サービスシステムにおいては、利用者間において、ファイル交換ソフトが起動した時点で同じソフトをアップロードしている他の利用者のコンピューターをバケツリレー的に検索しファイル交換を行うため、侵害行為を防止する主体としてのサービス運営者が存在しないという特徴を有する。後者による知的財産権侵害に対する保護手段については、サーバーを介さないファイル交換による訴えの相手方(侵害者)の特定の問題、ファイル交換が刹那的に行われ完了してしまうという侵害行為の把握の困難性など、きわめて多岐にわたる問題への検討を要するため、民事手続法による法的保護の可否を含め、今後の研究課題としたい。

(73) なお、判決手続と執行手続における侵害防止措置の選択権の帰属という問題については、生活妨害訴訟に対応するドイツのImmission訴訟において、詳細な議論がなされている。紙幅の関係から詳細を避けるが、詳しくは、金・前掲早研一〇〇号八四頁以下、同「ドイツにおけるImmission訴訟および環境訴訟に関する民事保全手続について―申立ての特定と仮処分の方法を中心に―」早法七九卷第一号一二〇頁以下におけるドイツの判例・学説およびHerbert Roth, Das Wahlrecht des Gläubigers zwischen Handlungs- und Unterlassungsvollstreckung bei Immissionsurteilen, Festschrift für Akira Ishikawa zum 70. Geburtstag am 27. November 2001, S.443ff. (Herbert Roth著・金炳学訳「Immission判決に際しての作為・不作為執行間の債権者の選択権」早比三六卷二号一九七頁以下)を参照されたい。

〔付記〕 本稿は、文部科学省平成一七年度科学研究費補助金(若手研究(B)一七七三〇〇七五)による研究成果の一部である。