

## 刑法における知的財産権犯罪の理論と課題

加藤 浩\*

**抄録** 知的財産権に対する犯罪が増加する中、昨年、刑事罰を強化する特許法改正が行われたところである。本論文では、知的財産権に対する犯罪論を総括した後、故意論と錯誤論に焦点を当て、判例を考察することにより、知的財産権犯罪の課題について検討した。故意論については、知的財産権の特殊性から、通常の刑事事件では認識説（犯罪事実の認識のみで故意を判断）に基づいて判断がなされているのに対して、知的財産権犯罪の場合には、認容説（犯罪事実の実現の希望まで含めて故意を判断）に基づいて判断される傾向がある。錯誤論については、「事実の錯誤」の場合、原則として故意を阻却するという点では、知的財産権犯罪と通常の刑事事件とで考え方は同様であるが、知的財産権に関する事実認識レベルが向上していることが考えられ、今後、知的財産権犯罪における「事実の錯誤」の判断に際しては、事実認識レベルの変化に配慮する必要がある。

### 目次

1. はじめに
2. 知的財産権犯罪の最近の傾向
  2. 1 犯罪の国際化
  2. 2 犯罪の悪質化
  2. 3 犯罪の日常化
  2. 4 模倣技術の高度化
  2. 5 摘発コストの増加
3. 知的財産権犯罪に対する犯罪論
  3. 1 構成要件該当性
  3. 2 違法性
  3. 3 責任性
  3. 4 未遂
  3. 5 共犯
  3. 6 罪数と加重
4. 責任性における故意論・錯誤論
  4. 1 故意論
  4. 2 錯誤論
5. 終わりに

### 1. はじめに

近年、知的財産権に対する社会的な関心が高まる中、模倣品や海賊版の製造・流通等、知的財産権に対する犯罪が国際的に増加する傾向に

あり、その対策が重要な政策課題となっている<sup>1)</sup>。

国内においても、平成18年12月13日に、ファイル交換ソフト「Winny」に対する著作権侵害事件（京都地裁）の判決が言い渡され、当該判決に対する様々な議論や批判がなされている等、知的財産権にまつわる犯罪論に対する社会的な関心が高まっている。

このような状況下、知的財産権犯罪に対する刑事罰の強化が推進されてきた。例えば、平成10年の法改正において、これまでの商標権と同様に、特許権、実用新案権、意匠権についても非親告罪とされ、最近では、平成18年の法改正で、以下のとおり、特許権侵害罪の罰則（罰金刑及び懲役刑）の強化など、刑事罰の強化が図られることとなった。

改正・特許法第196条（平成18年改正後）

特許権又は専用実施権を侵害した者（第一条の規定により特許権又は専用実施権を

\* 政策研究大学院大学助教授 Hiroshi KATO

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

侵害する行為とみなされる行為を行つた者を除く。)は、十年以下の懲役若しくは千万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

旧・特許法第196条（平成18年改正前）

特許権又は専用実施権を侵害した者は、五年以下の懲役又は五百万円以下の罰金に処する。

このような情勢を背景として、現在、知的財産権犯罪に対する刑事政策について審議が進められている<sup>2)</sup>が、そのためには、最近の知的財産権犯罪の傾向を踏まえて適切な犯罪論を構築し、それに基づいて刑事政策的対応を検討することが必要であると考えられる。

この論文では、知的財産権犯罪の最近の傾向を分析し、それに基づいて知的財産権に対する犯罪論を整理した後、故意論と錯誤論に焦点を当てた考察を行った。

なお、この論文における知的財産権犯罪の客体、即ち、知的財産権は、知的財産に対する排他的独占権を意味し、特許権、実用新案権、意匠権、商標権などの産業財産権や著作権などを含むものとする。

## 2. 知的財産権犯罪の最近の傾向

近年、経済社会が高度化・複雑化する中、資産価値の中心が、有形資産から無形資産へシフトし、特許権を中心とする知的財産権が重視される時代（プロパテント時代）が到来した。その結果、知的財産権の有効活用が広く行われるようになったが、その反面、IT革命の進展や流通市場のグローバル化を背景として、知的財産権犯罪の傾向も変化してきている。

ここでは、知的財産権犯罪の最近の傾向について整理し、知財政策の現状や刑事政策的対応の必要性について考察した。

### 2. 1 犯罪の国際化

現在、模倣品・海賊版の製造が多くの国々で行われ、その製品は全世界に流通しており、知的財産権犯罪は、国際的に増加する傾向にある。そして、犯罪の国際化は、知的財産権犯罪の摘発を困難にする要因の一つといえる。また、流通市場の国際化に伴い、模倣品・海賊版の販売量が増加し、その結果、被害額も増加することから、知的財産権犯罪による被害の高額化（深刻化）という傾向も見られる。

このような犯罪の国際化の背景には、知的財産権情報のIT化の推進が影響している。たとえば、日本国特許庁が発行する特許情報は、特許電子図書館（IPDL）によりホームページを介して全世界に向けて発信（英語も利用可能）しており、世界中の人が無料でアクセスすることができる。IPDLは、特許権の有効活用のために極めて有益な情報システムであるが、模倣品・海賊版の製造の国際化を促すという一面もあるといえよう。

### 2. 2 犯罪の悪質化

刑法には故意犯処罰の原則があり、故意による実行行為であることが処罰の対象になる。その中で、知的財産権犯罪の場合、故意の中でも極めて悪質性の高いものもある。例えば、摘発を逃れるために他社商標を税関審査後に貼付する事例、模倣品が爆発して消費者に傷害（傷害罪）をあたえても賠償・謝罪などを行わない事例などがある。模倣品・海賊版による収入が、国際的なテロ組織の資金源になっているという報告もある。

犯罪の悪質化は、特許権者の収益の阻害のみならず、一般消費者の健康や社会の安全にも影響を及ぼすものであり、国民生活の健康・安全という観点からも、知的財産権犯罪に対する十分な対策に期待したい。平成18年の法改正によ

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

る罰則強化（産業財産権法四法）は、このような傾向に対して有効な施策であるといえよう。

## 2.3 犯罪の日常化

知的財産権犯罪の犯罪者が、犯罪を実行しているという意識が希薄な事例が増えてきている。これは、アジア地域で多く見られる状況であり、周囲の多くの販売店で日常的に模倣品・海賊版を販売しているながら摘発されていない状況下、知的財産権犯罪に対する意識が希薄化している。また、一度、知的財産権犯罪を摘発された犯罪者が再度、犯罪を繰り返すような犯罪の習癖性という傾向も見られる。

犯罪の日常化に対する対策としては、摘発を実行することにより、知的財産権犯罪に対する抑止力を高めることは言うまでもないが、その他、国民一般に向けて、知的財産制度に関する説明会を実施することや、知的財産制度の宣伝・広告などを行うことにより、知的財産制度に関する知識レベルについて、社会的水準の向上を図る努力も大切であろう。

## 2.4 模倣技術の高度化

従来、ハイテク分野（バイオ・医薬など）においては、犯罪者にとって技術事項の理解が困難であるため、模倣品・海賊版の対象になることが比較的少なかったが、最近では、模倣技術が向上し、ハイテク分野も模倣品・海賊版の対象になりつつある。

また、通常の技術分野においても、模倣品・海賊版の技術レベルが向上し、真正品との区別が困難になってきた。

このような状況下、知的財産権犯罪の摘発を担う政府機関において、専門知識の重要性が高まり、専門官庁間の連携が必要不可欠となっている。内閣における知的財産戦略本部の設置は、省庁横断的な政策の実施に有益であり、犯罪技術の高度化に対して有効な施策であるといえよう。

## 2.5 摘発コストの増加

犯罪技術の高度化に伴い、それを摘発するためのコストが増加する傾向がある。技術が高度化するほど、侵害性の判断が困難になるためである。

摘発コストの増加に対処するためには、摘発コストを最小値に近づける施策を講じることが重要である。例えば、税関に対する輸入差止申立におけるコストを例に挙げると、摘発コストの最小値が存在することが報告<sup>3)</sup>されている（図1）。具体的な対応策としては、税関と特許庁が協力して侵害認定を行うことにより、誤った侵害認定の発生を抑制することで、C2を低下させること等が考えられる。

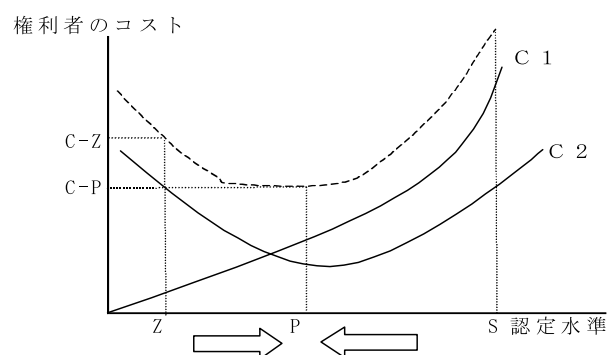


図1 特許権侵害品に係る権利者のコスト  
【出典】政策研究大学院大学 知財プログラム論文集（2006年3月）pp.249～268（嶋影正樹著）

【注】C1は、税関に対する申請の費用、C2は、税関の侵害判断に起因する費用（誤った侵害認定費用）を示す。C1は、侵害性の認定水準が高いほどコストが高まることを示している。C2は、認定水準が低いと侵害品を止められずコストが発生し、認定水準が高いと侵害品でないものを止めることによるコストが発生することを示している。侵害品に係るコストの総計は、C1とC2の合計（和）で判断されることになる。

## 3. 知的財産権犯罪に対する犯罪論

知的財産権犯罪に対する対策を検討する際には、知的財産権犯罪の最近の傾向に基づいて、知的財産権犯罪に対する適切な犯罪論を構築す

ることが大切である。

犯罪論を構成する前提として、刑法の法理に基づいて犯罪を定義すると、「構成要件に該当する違法かつ有責の行為」とすることができる<sup>4)</sup>。

したがって、ここでは、犯罪の構成条件として、(1) 構成要件該当性、(2) 違法性、(3) 責任性、の観点から知的財産権犯罪の犯罪論について検討する。

### 3. 1 構成要件該当性

構成要件とは、刑法が禁止している行為の定型であり、例えば、殺人罪であれば、「人を殺す」(刑法第199条<sup>5)</sup>) ことが構成要件に相当する<sup>6)</sup>。

刑法には、財産権に対する犯罪について規定されているが、これは主として有体物に対するものであり、これをそのまま無体物に適用することはできない。これは、刑法の基本原則の一つである「類推解釈の禁止」に基づく考え方といえる。このため、各々の知的財産権法において、以下のとおり、侵害罪が規定されている。

- 特許法第196条(特許権・専用実施権侵害罪)、特許法第197条(詐欺の行為の罪)、特許法第198条(虚偽表示の罪)
- 実用新案法第56条(実用新案権・専用実施権侵害罪)
- 意匠法第69条(意匠権・専用実施権侵害罪)
- 商標法第78条(商標権・専用実施権侵害罪)
- 著作権法第119条(著作者人格権、著作権、出版権、著作隣接権侵害罪)

そして、刑法第8条において、「この編の規定は他の法令の罪についても適用する。ただし、その法令に特別の規定があるときはこの限りではない。」と規定されていることから明らかなように、知的財産権犯罪の刑事罰については、上記の知的財産権法の規定に従うことになる。

このように、刑法の規定を類推解釈する代わりに、実在する法律の規定を優先する考え方は、刑法の基本原則の一つである「罪刑法定主義」に基づく考え方である。

したがって、知的財産権犯罪における構成要件該当性は、例えば、特許権侵害罪については、「特許権又は専用実施権を侵害した」(特許法第196条)か否かで判断することになる。ただし、実際の実務においては、犯罪技術が高度化する中、いかなる行為が「侵害」にあたるかの認定は必ずしも容易ではない点に注意が必要である<sup>7)</sup>。

### 3. 2 違法性

違法性とは、法律に違反するか否かを示すものであるが、構成要件該当性を有する行為は、原則として違法性を有することとなる。しかしながら、違法性を阻却する理由がある場合には、違法性は否定されることになる<sup>8)</sup>。

ここでは、知的財産権犯罪における違法性阻却事由について、①緊急行為、②正当行為、③可罰的違法性、の観点から検討する。

#### (1) 緊急行為(正当防衛、緊急避難)

緊急行為として、正当防衛<sup>9)</sup>、緊急避難<sup>10)</sup>に該当するものは、違法性が阻却される<sup>11)</sup>。緊急とは、侵害が目前に切迫している状態であると解されることから、知的財産権犯罪のように、通常、緊急性のない実行行為に係る犯罪には、緊急行為の違法性阻却は認めにくいのではないかと考えられる。

ただし、悪性ウイルスが流行した場合に、国民全体の生命を守るために、第三者の知的財産権(例えば、ワクチンの特許権)を侵害して緊急避難的にワクチンを製造する行為のようなケースについては、正当防衛や緊急避難について検討する余地があるかも知れない。具体的な事例として、米国で同時多発テロ(2001年9月11日)の直後、炭疽菌に対する医薬であるシプロ

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

フロキサシン（米国企業が特許権を保有）の政府使用<sup>12)</sup>が検討されていたが、この場合には、特許権の使用について緊急性があったものと考えられることもできる。

## (2) 正当行為（法令行為、正当業務行為）

法令行為については、刑法において、「法令又は正当な業務による行為は罰しない。」（刑法第35条）と規定されている<sup>13)</sup>。特許法においては、試験又は研究のためにする特許発明の実施には特許権の効力が及ばないとする規定（特許法第69条第1項<sup>14)</sup>）などがあり、法令行為に相当する。また、非常事態において、知的財産権の使用を認める法令が施行される場合には、その使用について、法令行為として違法性が阻却されることになるであろう。

正当業務行為とは、社会通念上正当な業務行為として認められている行為である<sup>15)</sup>。知的財産権犯罪においては、例えば、広告業者が、依頼主の商標の広告への使用の可否について確認することなく、その商標を広告に使用した場合などが考えられる。

この他、被害者の承諾は、原則として、違法性を阻却する<sup>16)</sup>。知的財産権犯罪においても、原則として、権利者の承諾により違法性は阻却されるが、権利が二人以上で共有の場合や、専用実施権が設定されている場合には、複数の者からの承諾が必要になるので、注意が必要である。

## (3) 可罰的違法性

可罰的違法性とは、違法性の程度について、国が罰することが可能な程度に達していることを意味する<sup>17)</sup>。しかし、違法性の程度については、法益侵害の微弱性が基本的要素になっている。

知的財産権犯罪において、法益侵害の度合いが小さいものについては、可罰的違法性論が適用される可能性があると考えられる。実際、特許侵害訴訟において、刑事責任を問われる事例<sup>18)</sup>

は少ないが、これは、可罰的違法性論によるものではないかと考えられる。

可罰的違法性には裁量の余地が大きいので、それにより刑法の適用を抑制することも可能である。刑法には、その適用を慎重かつ謙虚に行うべきであるとする原則（謙抑主義）がある。個人を最大限に尊重する憲法下、社会の秩序を維持するための他の手段（例えば、民事上の損害賠償）で目的が達成できるのであれば、個人の人権を剥奪する刑罰は最後の手段であるといえよう。

なお、知的財産権犯罪の最近の傾向として、犯罪の悪質性が指摘されている。今後、知的財産権犯罪における可罰的違法性の考え方について、最近の犯罪の傾向を踏まえて、再検討することが必要であろう。

## 3.3 責任性

責任性とは、犯罪行為について、その行為者を非難できることであり<sup>19)</sup>、責任要素については、①責任能力、②故意・過失、③期待可能性がある<sup>20)</sup>。

### (1) 責任能力

責任能力については、刑法において、刑事未成年（刑法第41条<sup>21)</sup>）と精神障害（刑法第39条<sup>22)</sup>）等が規定されており<sup>23)</sup>、知的財産権犯罪においても、同様に適用されるものと考えられる。

### (2) 故意・過失

刑法体系においては、刑法38条<sup>24)</sup>に規定されるように、故意犯が原則になっており、知的財産権犯罪についても、刑法38条の規定に基づいて、故意犯の原則が適用される<sup>25)</sup>。

知的財産権犯罪についても、刑法38条第1項の規定に基づいて、故意犯処罰の原則が適用される。すなわち、知的財産権法には、過失を刑事的に処罰する明文規定がないので、過失犯の

成立する余地はない<sup>26)</sup>。したがって、たとえば、特許権侵害行為と気づかずに行った侵害行為には刑法上、犯罪は成立しないことになる。

知的財産権犯罪に刑事罰を適用するか否かの判断においては、故意の有無、又は、故意を阻却する要因の有無が争点になるケースが多いことが考えられる。なぜなら、知的財産権の場合には、有体物と比較して、自己の実行行為が他者の財産権を侵害していることを認識した上で実行したのか否かの判断、即ち、故意か否かの判断が困難なケースが多いからである。これは、知的財産権の特性に起因するものである。実際、米国では、故意が認定された場合、損害賠償額が三倍になるようなルールもあり、故意か否かの判断は訴訟上極めて重要な争点になっている。

このように、知的財産権犯罪においては、故意の有無、又は、故意を阻却する要因の有無に係る判断が争点になることが多いことから、故意論については、錯誤論と併せて、次章において詳細に考察することとする。

### (3) 期待可能性

期待可能性については、適法行為を行う期待可能性がなければ刑事責任はないという考え方がある<sup>27)</sup>。

知的財産権犯罪においては、通常、他に代替手段のある経済的理由が犯罪理由であることから、期待可能性を完全に否定するケースは考えにくい。例えば、他者の知的財産権を侵害しないと会社が倒産するようなケースについて、倒産回避の代替手段の可能性を完全に否定できない以上、期待可能性理論の適用により責任性を否定することは困難といえる。

## 3.4 未 遂

知的財産権法には、未遂罪を罰する旨の規定はないので、これを処罰することはできない<sup>28)</sup> (刑法第44条<sup>29)</sup>)。

しかしながら、知的財産権犯罪の悪質化という最近の傾向を考慮すると、未遂についても刑事罰の対象とすることには、検討の余地があると考えられる。犯罪実現のための準備行為である「予備」についても同様である。犯罪の日常化という最近の傾向に対処するためにも、未遂や予備に対する処罰は、犯罪の抑止力としての効果が大いに期待できるであろう<sup>30)</sup>。

## 3.5 共 犯

共犯には、共同正犯、教唆犯、幫助犯がある<sup>31)</sup>。

知的財産権犯罪においても、刑法における共犯の考え方<sup>32)</sup>を適用することができる。特に、知的財産権犯罪の国際化という最近の傾向に伴い、犯罪の規模が拡大し、複数の犯罪者により犯罪が実行される共犯のケースも増加する傾向にあると考えられる。知的財産権犯罪の場合、企業と従業者の両方が犯罪に関与するケースが多いので、共同正犯、教唆犯、幫助犯を含めて広く共犯について検討する必要がある。

なお、平成18年における産業財産権法の改正により、両罰規定における法人の罰金刑の罰則が強化されている。

### 新・特許法第201条（改正後）

法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が、その法人又は人の業務に関し、次の各号に掲げる規定の違反行為をしたときは、行為者を罰するほか、その法人に対して当該各号で定める罰金刑を、その人に対して各本条の罰金刑を科する。

- 1 第九十六条、第九十六条の二又は前条第一項 三億円以下の罰金刑

### 旧・特許法第201条（改正前）

同上

- 1 第九十六条 一億五千万円以下の罰金刑

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

企業でなく個人の場合にも、共犯の考え方を整理する必要がある。たとえば、Winny判決（平成18年12月13日・京都地裁）において、被告のファイル交換ソフト自体は、直接、著作権を侵害するものではないが、インターネット上の他者の著作物をコピー可能とするソフトを提供したことにより犯罪を助けたことを理由として著作権侵害の幫助罪が認められた。この判決では、「幫助罪」としているが、ファイル交換ソフトの説明書等に著作権侵害を示唆する記載がなされていれば、「教唆犯」の可能性もある。さらに、ファイル交換ソフトの提供により第三者をコントロールして著作権侵害を実行させたと考えれば、他人を道具として利用することにより犯罪を行う間接正犯の可能性もある。知的財産権情報のIT化と犯罪の国際化により犯罪者の関係が複雑化する中、正犯と共犯との区別を含め、知的財産権犯罪における共犯については整理が必要である。

### 3. 6 罪数と加重

複数の罪が存在するが、実質的には一体になっている場合には、一つの罪だけが適用される（包括一罪）。知的財産権犯罪の罪数については、同じ模倣品・海賊版の製造・販売を複数回にわたって実行した場合には、包括一罪として処罰されている<sup>33)</sup>。

また、刑の加重については、複数の異なる犯罪が実行された場合、最も重い犯罪の方が適用される（併合罪加重<sup>34)</sup>）。知的財産権犯罪の加重については、例えば、特許権侵害罪と実用新案権侵害罪が併存する場合には、最も重い特許権侵害罪の方が適用される。

なお、平成18年の法改正（産業財産権法）により、侵害の罪における懲役刑と罰金刑については、併科されることが規定され、刑事罰を強化する傾向の一つといえる。

## 4. 責任性における故意論・錯誤論

前章までは、知的財産権の犯罪論について総括的に検討してきたが、知的財産権犯罪においては、前述の通り、故意の有無、又は、故意を阻却する要因の有無に係る判断が争点になることが多いことから、以下では、責任性における故意論と錯誤論に焦点を絞って、判例と学説に基づいて検討を行った。

### 4. 1 故意論

#### (1) 故意の心理的要素

故意とは、犯意ともいい、罪を犯す意思である。したがって、故意が行為者の意思である以上、その心理的要素の認定の手法により、いくつかの学説に分かれている。

- (a) 認識説：罪となるべき事実の認識を故意の本質とする説
- (b) 希望説：事実の実現を希望することを故意の本質とする説
- (c) 認容説：事実の実現を希望することまでは必要としないが、少なくともその発生を認容することを故意の本質とする説

通常の刑事事件においては、これらの学説の内、認識説が有力説であり、判例についても<sup>36)</sup>、認識説の立場である。

#### ① 知的財産権犯罪について

知的財産権犯罪においても、故意の要件としては、権利侵害の認識の有無（認識説）が基本である。次の判決に示されるように、判例も認識説の立場である<sup>35)</sup>。

【東京高判昭33・4・21高刑集2巻3号104頁】

「…商標権侵害罪の犯意があるとするには、行為者が他人の登録商標であることを認識しながら、これを、指定商品と同一又は類似の商品に使用する意思があれば足り、必ずしも積極的に、商品の信用、価値を損し、あるいはその出

所について誤認混同を生ぜしめようとする意図を必要とするものではない。』

知的財産権侵害の場合、客体が無体物であることから、有体物と比較して権利侵害の認識の有無の確認が困難であるという傾向がある。例えば、有体物であれば、一物一権の原則から、財産権は一つであり、有体物を入手する時点の犯罪者の意思により、故意犯か否かが判断されることが可能である。例えば、有体物に所有権者の氏名が明記されていれば、故意犯の可能性が高くなる。

これに対して、無体物の場合、その財産権は、それが具体化された一つの有体物に限定されるものではないので、一物一権の原則が適用されず、複数の有体物にも権利が及ぶこととなる。そして、インターネットに対するアクセスにより無体物に関する情報を得ることができるので、無体物の入手時の諸事情の特定が困難となり、有体物と比較して、故意の有無を確認することが困難であることが考えられる。このため、判例においても、権利者からの「警告状の送付」を根拠に故意犯を認定することが一般的であり、それ以外には、故意犯を認めるケースが少ないのが現状である。

【大阪地裁・平成14年(ワ)第3309号】

「…本件商標権侵害についての警告を受けた後も、本件標章の使用を続けていたのであって、…本件商標権侵害の大半は故意に基づくものといわざるを得ない。」

【大阪地裁・平成16年(ワ)第5707号】

「甲第5号証（警告状）及び弁論の全趣旨によれば、…被告店舗において無許諾で管理著作物を演奏することによりその著作権を侵害することにつき、被告らには故意又は少なくとも過失があったものと認められる。」

警告状の送付があったにもかかわらず、権利侵害を行うケースは、権利侵害に対する「認識」を越えて、権利侵害の実現を「認容」していることに他ならない。最近の判例では、「認識説」よりも、「認容説」に近いレベルでの故意犯を認定する傾向があるといえるが、これは刑事罰の強化という政府の方針に対して、必ずしも同方向の考え方ではない。今後、警告状の送付がない場合であっても、「認識説」のレベルで故意犯を認められるような法務について検討の余地があると考察される。

なお、警告状の送付以外の方法によって故意を立証した判例もあり、「認識説」のレベルで故意を認めるための参考になるものと考えられる。

【大阪地裁・平成10年(ワ)第6066号】

「特許権侵害の罪における故意について、警告書が唯一の立証手段とはいえない。…本件発明の発明者Dが…、原告製品を特許の侵害と知りながら侵害を回避する目的で構成を変更した改悪実施品と考え、…悪質な侵害品であると確信するに至った…。」

(2) 事実認識の程度（意味の認識、類的認識）

通常の刑事事件において、「事実の錯誤」については、原則として故意が阻却される。このとき、事実を認識するための能力の有無は、故意の阻却を判断する上で重要な要素である。例えば、薬物犯罪において、その薬物に対する専門的な知識（高度の有害性・法益侵害性）がない場合に、薬物に対する科学的な認識ができなかったことを理由に、故意を阻却してよいかという議論がある。

これについては、薬物に対する科学的な認識の欠如を理由に故意を阻却すれば、たやすく故意が否定されてしまい、故意犯に対する抑止力が失われるという社会的問題があると考えられる。そこで、薬物に対する専門的な知識はなく



※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

ても、「依存性の有害な薬理作用を有する薬物」という理解があれば事実認識として十分であるとする学説がある<sup>37)</sup>。判例についても、同じ立場である<sup>38)</sup>。

#### ① 知的財産権犯罪について

知的財産権犯罪について同様に考えると、行為者が技術の理解度に乏しいため、事実の認識ができなかったという理由で、特許権侵害罪の故意が阻却できるかという問題になる。これについては、判例を見るまでもなく、技術の理解度の欠如を理由に故意の阻却は認められるべきではない。仮にこれを認めた場合、技術の専門家以外は皆、知的財産権侵害罪の故意が阻却されることになり、不適切である。したがって、技術の詳細は理解できなくても、「権利侵害になる」という理解があれば十分であるという程度の事実認識により、故意の阻却の有無を判断すべきであると考えられる。

#### ② 均等論について

特許権の範囲を均等論<sup>39)</sup>により拡大解釈する場合はどうか。特許権の範囲は、原則として、特許請求の範囲の記載に基づいて決められるものであるが、均等論が適用される場合には、特許請求の範囲に記載されていない事項についても特許権の範囲に含まれることになる。このような均等論による拡大解釈においては、権利侵害か否かの判断は、専門家にとっても容易ではない。このため、均等論により権利範囲が拡大解釈された結果、犯罪が認められるような場合には、故意は阻却されるのではないかと考えられる。

しかしながら、均等論侵害に対して刑事罰の適否を判示した判例はまだ存在しない。知的財産権犯罪に対する刑事罰強化が期待される中、今後の判例の動向に注視したい。

### (3) 確定的故意と不確定的故意

故意は、確定的故意と不確定的故意とに分類

することができる。確定的故意とは、犯罪事実の発生を間違いのないものとして認識した場合である。これに対して、不確定的故意とは、犯罪事実の発生を不確定的に認識した場合であり、「択一的故意」、「概括的故意」、「未必の故意」の3種類がある<sup>40)</sup>。

「択一的故意」と「概括的故意」は、複数の犯罪の可能性がある場合に、いずれか一つの犯罪に該当する可能性があり、その犯罪の発生を不確定的に認識した場合である。「未必の故意」については、次章で説明する。

#### ① 知的財産権犯罪について

知的財産権犯罪において、「確定的故意」については、故意が成立する可能性が高いが、「不確定的故意」についてはどうか。たとえば、企業が特定の技術に関連する特許を複数保有するような経営戦略（パテントポートフォリオ）を実施している場合に、第三者が、いずれか一つの特許権に対して、侵害してもかまわないという意思で実行行為に及ぶ場合がある。このようなケースは、「択一的故意」または「概括的故意」として故意が成立する可能性が高いのではないかと考えられる。

### (4) 未必の故意

「未必の故意」とは、犯罪に該当するかもしれないが、犯罪に認定されてもかまわないと考えて実行行為に及ぶような場合<sup>41)</sup>であり、過失と境を接する観念である。刑法では故意犯の処罰を原則としており、過失犯が処罰される場合でもその法定刑はかなり軽くなるので、故意か過失かの区別は実際上重要である。

#### ① 知的財産権犯罪について

知的財産権犯罪においても、「未必の故意」が成立する場合があり、「ひよっとすると知的財産権侵害かもしれないが、権利侵害をしてもかまわない」と考えて、侵害行為を行うケース等が考えられる。判例としては、次のようなも

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

のがある<sup>42)</sup>。

【東京地判昭48・6・20判例集未登載】

「…商標登録の有無を確認することもなく、あえて本件各所為に及んでいるところからすれば、被告人らは未必的にもせよ、他人が商標権を有しており、勝手にこれを使用して侵害するものであることの認識を有していたものといわざるを得ない。…」

知的財産権犯罪においては、権利関係が煩雑であることから、権利侵害の可能性を認識しつつも実施行為を行う「未必の故意」の事例は、これまで潜在的に存在していたものと思われる。今後は、知的財産権訴訟が増加する中、模倣技術の高度化による権利関係の判断の困難化などを理由として、「ひょっとすると知的財産権侵害かもしれないが、権利侵害をしてもかまわない」という「未必の故意」が訴訟等において争われるケースが増加することが考えられる。

【大阪地裁・平成7年(ワ)第1110号】

「原告は、イ号物件などを製造販売することにより被告の実用新案権や意匠権を侵害することについて、未必の故意があった。(被告主張)」

【大阪地裁・平成14年(ワ)第8848号】

「被告会社の業務上、本件プログラムの違法複製が行われざるを得ない状況があったのであるから、被告Aに未必の故意又は重過失があったことは明らかである。(原告主張)」

## 4.2 錯誤論

錯誤とは、主観的認識(思ったこと)と客観的实在(現実の事態)との不一致が生じた場合のことである。刑法において錯誤が論じられるのは、主観面と客観面の間に不一致がある場合の全てではなく、故意の成否が問題とされる場合に限られる。

錯誤については、「事実の錯誤」と「法律の錯誤」に区別して考えることができる。「事実の錯誤」については、原則として、故意は阻却される。これに対して、「法律の錯誤」については、単なる法令の不知と解釈され、そのまま故意犯が成立する可能性がある。したがって、知的財産権犯罪において、侵害行為と気づかずに実行行為に及んだという主張が多いが、「事実の錯誤」か「法律の錯誤」か区別して検討することが重要である。

### (1) 事実の錯誤

「事実の錯誤」とは、事実の存在それ自体について思い違いをしている場合であり、原則として故意は阻却される。「事実の錯誤」は、「客体の錯誤」や「方法の錯誤」などに分けることができるが、「事実の錯誤」の判断については、「具体的符号説」や「法定的符号説」などの学説<sup>43)</sup>がある。

#### 【事実の錯誤の判断】

##### (a) 具体的符号説

行為者が認識した事実と現に発生した事実が具体的に符合した場合にのみ故意を認めることができるとするのであって、それ以外の場合、故意を認めることができないとする学説である。

##### (b) 法定的符号説

行為者の認識した事実と現に発生した事実とが、具体的に符合していることは必要ではなく、同一の構成要件の範囲内で一致していれば発生事実について故意を認めるとする学説である(有力説)。

#### ① 知的財産権犯罪について

有力説である法定的符号説に基づいて、知的財産権犯罪に適用すると、以下のようになる。

##### (a) 客体の錯誤

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

Xの特許権を侵害しようと思って犯罪を実行し、Xの特許権に含まれることが判明したが、権利書を確認したらXではなくYの権利だった。(「人違い」の場合)

(b) 方法の錯誤

Xの特許権を侵害しようと思って犯罪を実行したが、Xの特許権から外れ、それに近いYの特許権に含まれ、権利侵害となった。(「的外れ」の場合)

この想定事例においては、「客体の錯誤」については、当然、故意が認められるが、「方法の錯誤」については、行為者はYの特許権については認識がなくても、Yの特許権侵害について故意が成立することとなり、実務の視点から見ると、やや酷な一面がある。この点において、知的財産権犯罪の「方法の錯誤」については、注意が必要である。

(2) 法律の錯誤

法律の錯誤とは、事実の存在は認識しているが、法的な評価について思い違いをしているような錯誤である。これは、単なる法令の不知と解釈され、通常の刑事事件において、法律の錯誤は、原則として故意を阻却しない。法律を知らなかったとしても、罪を犯す意思がなかったとすることはできないと考えられるからであり、刑法第38条第3項<sup>44)</sup>の規定を根拠としている。この考え方は、学説としても有力説<sup>45)</sup>となっており、判例<sup>46)</sup>も学説と同じ立場である。

① 知的財産権犯罪について

知的財産権犯罪においても、特許法の刑事罰規定を知らずに特許権侵害を実行した場合には、「法律の錯誤」に該当すると考えられ、故意は阻却されないと解するのが妥当であろう。次の判決にも示されているように、判例も同じ立場である<sup>47)</sup>。

【最判昭41・6・10刑集20巻5号429頁】

「商標がコニャックを指定商品として登録されている場合、その実質はブランデーを指すものと解すべきであるから、これを和製のブランデーに使用する行為は、指定商品に類似する商品についての登録商標の使用として法37条1号により商標権の侵害とみなされるのではなく、指定商品に登録商標を使用したものとして同法78条の商標権を侵害する行為にあたる。」

しかしながら、「法律の錯誤」において、「相当の理由」がある場合には、故意を阻却することがある。例えば、特許庁による判定や弁理士による鑑定などが「相当の理由」に相当する可能性がある。特許権に関する鑑定は、法律的専門家による法的見解であり、その見解に基づく「法律の錯誤」については、「相当の理由」が認められることが、次の判決に示唆されている<sup>48)</sup>。

【仙台高判昭43・9・26】

「…被告人の会社の製作に係る畑用すきを弁理士Jに示してその専門的な意見を求めたところ、同人から「K製作所の特許の権利範囲に属しない」との、実験に基づく確定的な意見が示されたので、特許に関しいわば素人である被告人としては、右の意見に従い、これに格別の疑義を抱かず、以後も従前同様に畑用すきの製作販売にあたって、K製作所の特許権を侵害するとの認識を有していたことの証明は、記録を検討しても十分ではないものといわなければならないから、この点からしても、結局、被告人の刑事責任はこれを肯定するに由ないところである。」

「相当の理由」の適用については、注意が必要である。なぜなら、知的財産権に対する鑑定は、技術の進展に伴い、専門化・高度化しており、各々の鑑定を比較すると、鑑定の内容に質的差異が存在しているからである。したがって、

鑑定の実事のみを根拠に、全てのケースで「相当の理由」を認めるべきではなく、鑑定の内容にも踏み込んで「相当の理由」に対する判断をすべきであると考えられる。

## 5. 終わりに

この論文では、知的財産権犯罪の最近の傾向を分析し、知的財産権に対する犯罪論を整理した後、故意論と錯誤論に焦点を当てた考察を行った。

今後は、深刻化する知的財産権犯罪に対して、適切な犯罪論を踏まえた刑事政策的対応が推進されることに期待したい。

### 注 記

- 1) 知的財産戦略本部（内閣）(<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/enkaku.html>)
- 2) 知的財産戦略本部「知的財産推進計画2006」（2006年6月8日）pp.56～67  
特許庁「産業財産権の現状と課題」（2006年）pp.204～257  
高倉成男（有斐閣）「知的財産法制と国際政策」（2001年）pp.1～26
- 3) 嶋影正樹「政策研究大学院大学 知財プログラム論文集」（2006年3月）pp.249～268
- 4) 井田良，丸山雅夫（日本評論社）「ケーススタディ刑法（第2版）」（2005年）pp.64～65
- 5) 刑法199条（殺人）：人を殺した者は，死刑又は無期若しくは五年以上の懲役に処する。
- 6) 井田良，丸山雅夫（日本評論社）「ケーススタディ刑法（第2版）」（2005年）pp.65～73
- 7) 高林龍（有斐閣）「標準 特許法（第2版）」（2005年）pp.263～278
- 8) 団藤重光（創文社）「刑法綱要総論」（1996年）pp.167～212
- 9) 刑法第36条第1項（正当防衛）：急迫不正の侵害に対して，自己又は他人の権利を防衛するため，やむを得ずにした行為は，罰しない。
- 10) 刑法第37条第1項（緊急避難）自己又は他人の生命，身体，自由又は財産に対する現在の危難を避けるため，やむを得ずにした行為は，…罰しない。（下略）

- 11) 団藤重光（創文社）「刑法綱要総論」（1996年）pp.213～234
- 12) TRIPS協定第31条(b)「他の使用は，他の使用に先立ち，使用者となろうとする者が合理的な商業上の条件の下で特許権者から許諾を得る努力を行って，合理的な期間内にその努力が成功しなかった場合に限り，認めることができる。加盟国は，国家緊急事態その他の極度の緊急事態の場合又は公的な非商業的使用の場合には，そのような要件を免除することができる。（下略）」
- 13) 団藤重光（有斐閣）「注釈刑法 総則（2）」（1980年）pp.69～105
- 14) 特許法第69条1項（特許権の効力が及ばない範囲）特許権の効力は，試験又は研究のためにする特許発明の実施には，及ばない。
- 15) 団藤重光（有斐閣）「注釈刑法 総則（2）」（1980年）p.106～109
- 16) 団藤重光（有斐閣）「注釈刑法 総則（2）」（1980年）p.110～137
- 17) 井田良，丸山雅夫（日本評論社）「ケーススタディ刑法（第2版）」（2005年）pp.156～165
- 18) 平成12年6月29日 大阪地裁 平成10(ワ)6066，等
- 19) 井田良，丸山雅夫（日本評論社）「ケーススタディ刑法（第2版）」（2005年）pp.23～27
- 20) 日本刑法学会（有斐閣）「刑法講座 第3巻」（1978年）pp.33～50
- 21) 刑法第41条（責任年齢）十四歳に満たない者の行為は，罰しない。
- 22) 刑法第39条第1項（心神喪失）心神喪失者の行為は，罰しない。
- 23) 団藤重光（創文社）「刑法綱要総論」（1996年）pp.251～267
- 24) 刑法第38条第1項（故意）罪を犯す意思がない行為は，罰しない。ただし，法律に特別の規定がある場合は，この限りでない。
- 25) 団藤重光（創文社）「刑法綱要総論」（1996年）pp.308～321
- 26) 特許法第103条は，侵害者にその侵害行為に過失があったものと推定する旨の規定を設けているが，この過失推定の規定は，民事責任としての過失責任を定めたものであり，侵害罪につき過失犯を処罰する規定ではない。
- 27) 日本刑法学会（有斐閣）「刑法講座 第3巻」（1978年）pp.18～32

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

- 28) 団藤重光 (創文社)「刑法綱要総論」(1996年) pp.324~342
- 29) 刑法第44条 (未遂罪) 未遂を罰する場合は、各本条で定める。
- 30) 特許法第101条には、間接侵害についての規定がある。
- 31) 井田良, 丸山雅夫 (日本評論社)「ケーススタディ刑法 (第2版)」(2005年) pp.273
- 32) 刑法第60条 (共同正犯)  
二人以上、共同で犯罪を実行した者は、すべて正犯とする。  
刑法第61条 (教唆)  
1. 人を教唆して犯罪を実行させた者には、正犯の刑を科する。  
2. 教唆者を教唆した者についても、前項と同様とする。  
刑法第62条 (幫助)  
1. 正犯を幫助した者は、従犯とする。  
2. 従犯を教唆した者には、従犯の刑を科する。
- 33) 団藤重光 (創文社)「刑法綱要総論」(1996年) p.409~420
- 34) 団藤重光 (創文社)「刑法綱要総論」(1996年) p.489~495
- 35) 石川惣太郎 (発明協会)「特許刑事学 (増補版)」(1994年) pp.28~58
- 36) 大判大11・5・6 刑集125頁  
「犯意は罪となるべき事実の認識予見あるを以て足り、その事実の実現を希望することを要するものに非ず。」
- 37) 井田良, 丸山雅夫 (日本評論社)「ケーススタディ刑法 (第2版)」(2005年) pp.102~103
- 38) 最決平2・2・9 判時1341号157頁  
「原判決の認定によれば、被告人は、本件物件を密輸入して所持した際、覚せい剤を含む身体に有害で違法な薬物類であるとの認識があったというのであるから、覚せい剤かもしれないし、その他の身体に有害で違法な薬物かもしれないとの認識はあったことに帰することになる。そうすると、覚せい剤輸入罪…の故意に欠けるところはないから、これを同旨と解される原判決の判断は、正当である。」
- 39) 津田憲司 (有斐閣)「特許判例百選 (第3版)」(2004年)  
弁理士クラブ (発明協会)「知的財産権判例70選 (2005年度版)」(2005年)
- 40) 井田良, 丸山雅夫 (日本評論社)「ケーススタディ刑法 (第2版)」(2005年) pp.104~105
- 41) 福岡高判昭25・9・26 高刑集3巻3号438頁「…暴行の未必の故意があるとするには、飲酒すれば、あるいは他人に暴行を加えることがあるかも知れないことを予想しながら、あえてこれを容認して過度に飲酒したことを要する。」
- 42) 石川惣太郎 (発明協会)「特許刑事学 (増補版)」(1994年) pp.28~58
- 43) 井田良, 丸山雅夫 (日本評論社)「ケーススタディ刑法 (第2版)」(2005年) pp.126~130
- 44) 刑法第38条第3項  
法律を知らなかったとしても、そのことによって、罪を犯す意思がなかったとすることはできない。(下略)
- 45) 井田良, 丸山雅夫 (日本評論社)「ケーススタディ刑法 (第2版)」(2005年) pp.211~221  
福田平 (有斐閣)「刑法総論 (第4版)」(2004年) pp.209~214  
藤木英雄, 船山泰範 (有斐閣)「刑法 (第3版増補版)」(2003年) pp.59~62
- 46) 最大判昭32・3・13 刑集11巻3号997頁  
「刑法一七五条の罪における犯意の成立については問題となる記載の存在の認識とこれを頒布販売することの認識があれば足り、かかる記載のある文書が同条所定の猥褻性を具備するかどうかの認識まで必要としているものでない。かりに主観的には刑法一七五条の猥褻文書にあたらぬものと信じてある文書を販売しても、それが客観的に猥褻性を有するならば、法律の錯誤として犯意を阻却しないものといわなければならない。猥褻性に関し完全な認識があったか、未必の認識があったのにとどまっていたか、または全く認識がなかったかは刑法三八条三項但書の情状の問題にすぎず、犯意の成立には関係がない。」
- 47) 石川惣太郎 (発明協会)「特許刑事学 (増補版)」(1994年) pp.28~58
- 48) 石川惣太郎 (発明協会)「特許刑事学 (増補版)」(1994年) pp.28~58

参考文献一覧

・高林龍 (有斐閣)「標準 特許法 (第2版)」

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

- ・知的財産戦略本部「知的財産推進計画2006」(2006年6月8日)
- ・特許庁「産業財産権の現状と課題」(2006年)
- ・吉藤幸朔(有斐閣)「特許法概説」(2001年)
- ・渋谷達紀(有斐閣)「知的財産法講義I(第2版)」(2006年) pp.388~389
- ・斎藤瞭二(有斐閣)「意匠法概説(補訂版)」(1995年) pp.26~40
- ・田村善之(弘文堂)「商標法概説(第2版)」(2000年)
- ・田村善之(有斐閣)「知的財産法(第3版)」(2003年)
- ・青山紘一(経済産業調査会)「知財20講」(2004年)
- ・土肥一史(中央経済社)「知的財産法入門(第8版)」(2006年)
- ・大塚文昭(発明協会)「特許法通鑑」(1997年)
- ・高倉成男(有斐閣)「知的財産法制と国際政策」(2001年)
- ・石川惣太郎(発明協会)「特許刑事学(増補版)」(1994年)
- ・津田憲司(有斐閣)「特許判例百選(第3版)」(2004年)
- ・弁理士クラブ(発明協会)「知的財産権判例70選(2005年度版)」(2005年)
- ・増井和夫, 田村善之(有斐閣)「特許判例ガイド」(2005年)
- ・井田良, 丸山雅夫(日本評論社)「ケーススタディ刑法(第2版)」(2005年)
- ・大塚仁(有斐閣)「刑法概説(総論)」(2005年)
- ・大塚仁(有斐閣)「刑法入門(第4版)」(2003年)
- ・山口厚(有斐閣)「刑法総論(補訂版)」(2005年)
- ・浅田和茂(成文堂)「刑法総論」(2005年)
- ・団藤重光(創文社)「刑法綱要総論」(1996年)
- ・団藤重光(有斐閣)「注釈刑法 総則(2)」(1980年)
- ・日本刑法学会(有斐閣)「刑法講座 第3巻」(1978年)
- ・中山研一(成文堂)「口述刑法総論(補訂版)」(2005年)
- ・堀内掟三(有斐閣)「刑法総論(第2版)」(2004年)
- ・福田平(有斐閣)「刑法総論(第4版)」(2004年)
- ・山口厚(成文堂)「クローズアップ刑法総論」(2003年)
- ・藤木英雄, 船山泰範(有斐閣)「刑法(第3版増補版)」(2003年)
- ・大谷寛(成文堂)「刑法講義総論」(2004年)
- ・西田典之, 山口厚(有斐閣)「ジュリスト 刑法の争点(第3版)」(2000年)
- ・芝原邦爾(有斐閣)「刑法判例百選I 総論(第5版)」(2003年)
- ・前田雅英(弘文堂)「最新重要判例250(刑法)(第5版)」(2005年)
- ・加藤久雄(青林書院)「刑事政策」(2004年)
- ・加藤久雄(有斐閣)「ボーダーレス時代の刑事政策(改訂版)」(1999年)
- ・木村裕三, 平田紳(成文堂)「刑事政策概論(第3版)」(2006年)
- ・加藤浩「特技懇(特許庁技術懇話会)」No.240, 2006年2月“知的財産権犯罪に対する刑事政策的対応と生物多様性条約” pp.91~99

(原稿受領日 2007年1月4日)