

家庭用テレビゲーム機の内蔵プログラムの 改変と商標権侵害の成否

名古屋高裁 平成25年1月29日判決

平成24年(う)125号 商標法違反, 著作権法違反被告事件

鈴木 将 文*

【要 旨】

本判決は、商標権侵害罪に係る刑事事件の控訴審判決である。主要な争点は、商標権者が販売したテレビゲーム機の内蔵プログラムを改変してこれを販売し、かつ販売目的で所持した被告人の行為につき商標権侵害が成立するか、並びに被告人に商標権侵害に関する故意及び違法性の意識の可能性が認められるかの2点である。前者は、真正商品が改変された場合の商標権侵害の成否の問題である。本判決は、いずれの争点についても肯定的に判断し、商標権侵害罪の成立を認めた。

【事 実】

本件は、商標権侵害の罪に係る刑事事件である。原判決（名古屋地判平成24・2・29平成23年(わ)2197号，2423号）は、被告人が、任天堂株式会社が商標登録を受けている「Wii」及び「Nintendo」の各商標を付した家庭用テレビゲーム機Wiiについて、Wii専用アプリケーション以外の各種アプリケーションのインストール及び実行も可能になるように内蔵プログラム（後出の「ファームウェア」）等を改変した上で、上記各商標を付したまま前後3回にわたり計3名に販売して譲渡した行為（原判示第1）が、

任天堂の商標権を侵害する行為として商標法78条の罪に該当し、また、自宅においてそのように内蔵プログラムの改変をしたWii4台を譲渡のために所持した行為（原判示第2）が、同法37条2号の商標権侵害とみなされる行為として同法78条の2の罪に該当する旨の判断を示して、被告人に有罪を言い渡した。なお、原判決は、被告人による著作権侵害罪も認定しているが、同罪については控訴がなされていない。

これに対し、被告人側は、(1) 各行為に係るWii（以下「本件Wii」という。）は、いずれも任天堂が正規に流通に置いた真正なWii（以下「真正品」という。）に対し、部品の交換・変更等ハードウェア面における変更は一切加えず、書換えが可能かつ予定されているその内蔵プログラムを改変したにとどまり、かつ、その改変も、Wii本体が備えている初期化機能や内蔵プログラムのアップデート（更新）により、改変前と機能上同程度に復元できるものであるから、本件Wiiは、商標権の出所表示機能を損なうような同一性の欠如は来していない、(2) 被告人は、本件Wiiを初期化することにより改変前の状態に復元できると認識していたから、同一性を損なうような改変をしたという認識を欠

* 名古屋大学大学院法学研究科 教授
Masabumi SUZUKI

き、商標権侵害の故意が存在しないなどと主張し、被告人は無罪であるとして控訴した。

本判決は、以下のように述べて、控訴を棄却した。

【判 旨】

1 本件Wiiに加えられた改変と真正品との同一性（前記（1）の論旨）について

（1）商標法は、商標権者が指定商品について登録商標の使用をする権利の専有を認め（同法25条）、かつ、商標の「使用」の概念については、同法2条3項が形式的にこれに属する行為を定めているから、商標権者以外の者が、指定商品に登録商標を付したものをその許諾を得ずに譲渡するなど、「使用」に当たる行為をすれば、商標権の侵害を構成することはいうまでもない。しかしながら、商標権者又はその許諾を得た者により、適法に商標が付され、かつ、流通に置かれた商品（真正商品）が、転々と譲渡等される場合は、商標の機能である出所表示機能及び品質保証機能は害されないから、このような場合における各譲渡等による商標使用は、実質的な違法性を欠き（最高裁平成15年2月27日第一小法廷判決・民集57巻2号125頁参照）、商標権侵害の罪は成立しないものと解すべきである。所論（当審弁論を含む。以下同じ。）は、同様の結論を導く根拠を、当該商品について商標権者により一度は商標権が行使され、これが用い尽くされていることにより消滅しているという、いわゆる消尽論に求めているが、上記判例及び現在の商標権に関する裁判実務は、そのような解釈を採用していないから、これにくみすることはできない。そして、上述の観点からすれば、当初は、商標権者又はその許諾を得た者により、適法に商標が付され、かつ、流通に置かれた真正商品であっても、それら以外の者によって改変が加えられ、かつ、その改変の程

度が上記出所表示機能及び品質保証機能を損なう程度に至っているときには、これを転売等して付されている商標を使用することにつき、実質的な違法性を欠くといえる根拠が失われていることも自明である。したがって、本件において、原審の主要な争点であり、また、所論も問題としている本件Wiiと真正品との同一性は、その改変の程度が、実質的に出所表示機能及び品質保証機能を損なう程度に至っているかどうかという観点から判断されるべきものと解される。

所論のうち、これと異なる見解に立って原判決の法令解釈適用を論難している点は、いずれも前提を誤るものであり、採用することができない。

（2）当審事実取調べの結果を含む関係各証拠によれば、本件Wiiに加えられた改変に関し、以下の事実関係が明らかである。

ア Wiiは、任天堂が製造・販売する家庭用ゲーム機であるが、その本体内部の書換え可能な内蔵メモリの特定の番地にファームウェアと呼ばれるプログラムがインストールされている。真正品のWiiにおいて、同社がインストールし、あるいは更新のため正規に配布したアップデートプログラムにより導入されたファームウェアは、（a）ハードウェアであるWiiの各モジュールを制御し、ゲーム等のアプリケーションソフトが所期の作動をするための基盤を提供するもので、ゲーム機としてのWiiの機能を規定する機能を営むとともに、（b）Wiiのために任天堂が製作・提供するアプリケーション又は同社の許諾を得て製作・提供された正規のアプリケーション以外のプログラムはインストールしたり実行したりすることができないようにして、不正なプログラムを排除する機能（記録中では、任天堂関係者により「セキュリティ機能」と呼称されている。）も果たすものでもある。

なお、ファームウェアは、不具合（バグ）等

の修正やシステム機能の追加、不正なプログラムに対するセキュリティ対策等のために、任天堂により、不定期にアップデート（更新）のためのプログラムがインターネット配信や正規のアプリケーションへの添付などの形でユーザーに配布され、ユーザーがこれを用いて自身の手で内蔵メモリのファームウェアを最新のものに書き換えることが予定されているが、このような任天堂提供の正規のファームウェアに代えて、ユーザーにおいて同様の働きをする任意のプログラムをインストールして使用することは予定されていない。

(中略)

イ 被告人は、インターネットオークション等で真正品のWiiを入手しては、「ハック」と称し、部品の交換・変更等ハードウェア面の変更は一切加えずに、後記ウのようにしてファームウェアを書き換えるなどし（以下単に「ハック」という。）、原判示第1のとおり、インターネットオークションにおいて、本件Wii3台を販売して譲渡し、また、原判示第2のとおり、そのように譲渡する目的で本件Wii4台を所持していた。なお、いずれのWiiも、真正品に付された前記各商標はハック後もそのままにされており、また、これらを打ち消す何らの表示もされていないから、被告人が「ハック済み」であることを明示してインターネットオークションに出品していることは、商標権侵害の成否を左右する有意の事情とはいえない。

ウ 被告人が真正品に対して加えていたハックは、あらかじめインターネットオークションを通じて入手したハック方法のマニュアルDVD及びその中に入っていたソフトウェアを使い、次の①ないし③のような手順でWiiのファームウェア等を書き換えるものであった。

① Wii本体のSDカードスロットに挿入したSDカードから直接アプリケーションを起動することは、真正品のWiiではできないように設

定されているが、これをできるようにするため、上記ソフトウェア中のインストーラーによりHomebrewチャンネル（HBC）という非正規のアプリケーションをインストールする。

② HBCを介し、ファームウェアの書換え（既存ファームウェアのダウングレードと新たなファームウェアの追加）を行う。

③ Wii以外のゲーム機用のアプリケーションを動作させることができるようにするエミュレータ数種やUSB接続したハードディスク内のゲームプログラムを起動させることができるようにするWiiflowなどのアプリケーションを、HBCを介してインストールする。

エ 被告人が行ったハックにより、本件Wiiはファームウェアが書き換えられ、真正品と機能、動作において次の点で異なるものとなっている。

① 真正品では前記ア（b）のセキュリティ機能によりインストール及び実行がされるはずのない上記HBC、Wiiflow、各種エミュレータなど、正規のものでなく、かつ、Wii専用のものでないアプリケーションが、インストールされて実行可能となっている。

② 真正品では前記ア（a）のモジュール制御及び同（b）のセキュリティ機能により実行することが不可能とされている、SDカードスロットやUSB接続されたハードディスク等の外部記憶装置から、そこに複製されたWii専用ではないゲームプログラム等を実行することが、上記ウ①③で不正にインストールされたHBCやWiiflowを実行することにより可能になっている。

（3）以上の事実関係によれば、本件Wiiは、ハードウェアそのものに何ら変更は加えられていないが、被告人が行ったハックによりファームウェアが書き換えられたため、真正品が本来備えていたゲーム機としての機能が大幅に変更されていることが明らかである。

ところで、ファームウェアは、あくまでソフトウエアであり、ハードウエアであるWiiとは別個の存在と観念できる。しかし、ファームウェアは、前記(2)ア(a)及び(b)のとおり、ゲーム機としてのWiiの機能及び個性を規定するもので、かつ、Wiiにおいて、ファームウェアが担う機能について、性質上、メーカーが提供するプログラム以外のものをユーザーが任意に用いることが予定されていないことも明らかである(このような関係は、多くの電子機器商品において公知に属する。)から、ファームウェアは、ハードウエアとしてのWiiと不可分一体かつ不可欠の構成要素であると認められる。そうすると、その改変は、それ自体において、商品としてのWiiの本質的部分の改変に外ならないといふべきである。

そして、このようなファームウェアが改変された本件Wiiの品質の提供主体は、もはやいかなる意味においても、付された商標の商標権者である任天堂であると識別し得ないことは明らかである。また、商標権者である任天堂が配布したのではない非正規のファームウェアによっては、ゲーム機としての動作を保証できないことも明らかであるから、需要者の同一商標の付された商品に対する同一品質の期待に応える作用をいう商標の品質保証機能が損なわれていることも疑いを入れない。したがって、いずれの意味においても、前記(1)の法理における実質的違法性が阻却される根拠はないといわざるを得ず、被告人の原判示第1及び第2の各行為が任天堂の商標権を侵害するものであることは明らかである。

(中略)

(4) これに対し、所論は、①Wii本体の初期化機能により、本件Wiiは、容易に真正品と機能上の差異はない状態に復元できるし、また、ファームウェアのアップデートによっても、正

規なものに更新できる、②ファームウェアは書換え可能な内蔵メモリに記録されており、ユーザーが書き換えることが本来予定されている、③被告人の行ったハックにおいても、HBCをインストールする(前記(2)ウ①)際にバックアップを取れば、メモリの内容も完全にハック前の状態に復元できる、などと指摘して本件Wiiが真正品と同一性を失ったとはいえない旨主張する。

しかし、本件の問題は、ファームウェアが改変された本件Wiiを、その状態で、原判示の商標を付したまま譲渡等することが許されるかどうかの問題であるから、所論の指摘は、いずれも前提を異にした失当な立論であり、採用できない。もっとも、一般ユーザーにおいて、ごく簡単に真正品と同じ状態に原状回復ができる場合には、そもそも本質的部分の改変があるとはいえないと解する余地があるとの仮定的な前提に立ち、念のため所論に立ち入って検討しても、次のとおり、本件は、いずれもそのような場合ということとはできず、採り上げるに由ない。すなわち、まず、所論①の初期化は、Wii本体の機能として一般ユーザーが容易に行い得る方法であるが、出荷状態に復元するものではなく、ユーザーがインストールしたアプリケーションや保存したデータ等を消去するもので、ファームウェアは改変された状態のままにとどまる。また、ファームウェアのアップデート(更新)も、ファームウェアのバージョンがより新しいものになる場合でなければ、メモリ内の不正プログラムの上書きはされず、対応しない番地のプログラムは動作しない状態になるもののそのままメモリ内に残存するというのであり、ファームウェア全体が正規の状態に復するわけではなく、また、メモリ内に不正データが残ってしまうことにより容量が圧迫され、任天堂において提供するアプリケーションの運用において、将来、予期しない不具合が生じる可能性があるこ

とが認められる。したがって、これらの方法により、本件Wiiが真正品と同じ品質に復元できるとは到底認められないから、このような方法をもって真正品への原状回復とはいえない。所論は、任天堂が行った鑑定や調査において、ハック後初期化やアップデートした機体について、ゲームがプレイできないなどの不都合が具体的に生じたとはされていないというが、それでも、不正なファームウェアやそれにより変化したメモリ内容が把握できるわけではない以上、もはや任天堂においてユーザーに対し動作保証をなし得る状態にないことに変わりはなく、そのような本件Wiiについて、前記(3)に論じたとおり、その品質の提供主体は、任天堂であると識別し得ないし、前示の意味における商標の品質保証機能が損なわれていることは同じであるから、上記評価の結論を左右しない。

また、所論②のファームウェアが書換え可能であるという点についても、前記(2)アのようなファームウェアの性質や機能に照らし、同(3)のとおり、任天堂又はその許諾を得た者が提供するもの以外のプログラムを、ユーザーが正規のファームウェアに代えて任意に用いることを予定しているわけではないことは動かないのであり、構造的に書換えが不可能ないし予定されているからといって、ファームウェアの改変が、Wiiの本質的部分の改変であるという評価は左右されない。おって、所論が、WiiにはSDカードスロットがあり、パソコンと同じフォーマットのSDカードの読書きができることや、任天堂は、説明書及び保証書において、ソフトウェアの改変について明示的に製品保証や修理の対象外とはしていなかったと指摘する点も、同様にこの点の評価を左右するものではない。

さらに、所論③の完全復元の点は、所論の方法によって内蔵メモリ内のファームウェアが完全にハック前の状態に復元されるのだとしても、被告人は、本件Wiiのハックに当たり、所

論のこのようなバックアップの措置を何ら執っていないのであるから、本件について論ずる前提をおよそ欠いている。

その他、所論は、本件各行為が商標権侵害の客観的要件を満たすものではない旨を主張するが、いずれも失当である。

2 被告人の認識と商標権侵害の故意の成否(前記(2)の論旨)及び違法性の意識の可能性(前記(3)の論旨)について

(1) 本件Wiiは、いずれも被告人が前記[1](2)ウのようにして自らハックしたものであり、被告人は、これによりファームウェア等が書き換えられ、真正品ではなし得ない不正規アプリケーションのインストールや実行、外部記憶装置に複製されたアプリケーションの実行等が可能になるなど、ゲーム機としての個性及び機能が真正品とは大きく変わっていることを認識していたことは明らかである。その上で、被告人は、真正品と同じ商標を付したままの本件Wiiを、販売して譲渡し、又は、譲渡する目的で所持したものであり、これら各行為についての認識にも欠けるところはない。そうである以上、被告人の商標権侵害に当たる事実の認識に何ら欠けるところはなく、同罪の故意が優に認められる。(中略)

ところで、原判決は、本件事案において、商標権侵害罪の故意が成立するためには、真正品と改造品の同一性の喪失を根拠づける事実の認識が必要である、とする所論と同旨の原審弁護人の主張に対し、他人の登録商標であると認識して商標を使用することをもって足りると説示し、商標が登録されたものであることの認識が認められることを根拠に商標権侵害の故意を認めている。しかし、本件のような登録商標の付された真正品を改変して譲渡等する場合における商標権侵害の事実の認識として、真正品の本

質的部分に改変が加えられていることの認識が必要であることは当然であるから、これを認定することなく故意を認めた原判断は、誤った法令解釈の下、必要な事実の認定を欠く誤りを犯しており、所論が指摘する事実誤認及び法令適用の誤りがあるといわざるを得ない。しかし、既に述べたように、被告人にその認識があることは証拠上明らかであるから、これを含んだ商標権侵害の故意を認めることができるのであり、原判決の上記誤りは、判決に影響するものとは認められない。

(2) そして、被告人に以上のような商標権侵害に当たる事実の認識がある以上、自己の行為が違法であることを認識することは十分可能であって、被告人が、自己の行為が法に触れるとは思わなかったというのは、単なる法の不知にすぎず、故意ないし責任を阻却するに由ないことは明らかである。違法性の意識の可能性を肯定し、故意責任を肯定した原判断は正当であり、事実誤認はない。

(中略)

(3) 原判決が原判示第1の各行為につき商標法78条の罪を認めたことにつき、所論のいうように憲法31条の解釈適用を誤った違法があるとはいえず、その他所論が語る主張する点も、いずれも採用することはできない。

【研究】

1. 真正商品の改変と商標権侵害

本件は、いわゆる真正商品に改変がなされた場合の商標権侵害の成否が問題となった事件である。真正商品とは、商標権者又はその許諾を得た者により登録商標を付され、流通に置かれた商品をいう¹⁾。

商標権の効力は、登録商標又はこれに類似す

る商標（以下、これらをまとめて単に「登録商標」という。）を、指定商品・役務と同一又は類似の商品・役務に「使用」（商標法2条3項）をする行為その他の一定の行為に対して及び、それらの行為を商標権者の許諾なく行えば、形式的には商標権侵害が成立する（同法25条、37条各号）。しかし、このような法の適用を単純に行うと、例えば、真正商品を適法に取得した流通業者がこれをそのまま販売する行為が商標権侵害となってしまう（同法2条3項2号参照）など、商標法が保護する商標の機能（判例によれば、出所表示機能及び品質保証機能）が害されない場合についてまで、侵害を認めることとなり、商標権の保護として過剰であり、また商品の取引や役務の利用を妨げ、結局、商標権者と需要者の双方の利益を害する結果をもたらす。そこで、たとえ形式上商標権侵害が成立する場合であっても、商標の出所表示機能及び品質保証機能を害するとは認められない場合には、実質的に違法性がないとして、商標権侵害を否定する解釈（商標機能論）が実務上ほぼ確立しており、学説でも支持されている。本判決も引用する、真正商品の並行輸入の事案に関する最判平成15・2・27が、最高裁としてかかる法理を確認している²⁾。

真正商品について、商標権者等により当初流通に置かれた状態を維持したまま登録商標を使用する行為は、原則として、商標の出所表示機能及び品質保証機能を害することはなく、実質的に違法性が認められないことから、商標権侵害は成立しないといえる。これに対し、真正商品が改変された場合は、商標の機能を害するおそれがあり、問題となる。

真正商品が改変された事例に関する主要な裁判例としては、以下のようなものがある。

まず、商品自体に改変（加工、改造）が加えられた事案に関するものとして、①東京地判平成4・5・27知的裁集24巻2号412頁（Nintendo

事件。テレビゲーム機の改造の事例)³⁾、②東京地判平成10・12・25判例時報1680号112頁(キャラウェイゴルフ事件。ゴルフクラブの加工の事例)⁴⁾、③東京地判平成14・2・14判例時報1817号143頁(アステカ事件。パチンコ型スロットマシンの改造の事例)、④東京地判平成17・12・20判例時報1932号135頁(CARTIER事件。身飾品の加工の事例)がある(いずれも民事事件)。これらの判決のうち、①、②及び④は、商標機能論を前提としつつ、被告の行為によって、被告商品は真正商品と品質、形態等が大きく相違し(②)、あるいは真正商品の品質に影響を及ぼす改変が施された(④)などとして、商標の出所表示機能及び品質保証機能(ただし①は「品質表示機能」という。)を害すると認め、侵害を肯定している。また、③は、当事者が商標権の消尽の有無を争ったためか、商標機能論ではなく消尽論を前提としつつ、改造品である被告商品は、真正商品と同一性のない別個の商品というべきであるから消尽論を適用する余地はないと述べて、侵害を認めている。

次に、商品の小分けや再包装がなされた事案に関するものとして、⑤福岡高判昭和41・3・4下級刑集8巻3号371頁(HERSHEY'S事件。ココアの小分け販売の事例)、⑥最判昭和46・7・20刑集25巻5号739頁(ハイミー事件。調味料の再包装の事例)⁵⁾、⑦大阪地決昭和51・8・4無体集8巻2号324頁(STP事件。オイルトリートメントの小分け販売の事例)⁶⁾、⑧大阪地判平成6・2・24判例時報1522号139頁(マグアンプK事件。園芸用肥料の小分け販売の事例)⁷⁾がある(⑤と⑥は刑事事件、⑦と⑧は民事事件)。これらの事案では、いずれも商標権侵害が肯定されているが、学説上、小分けや再包装の類型については、個別事案における出所表示機能及び品質保証機能への影響に関する実質的な評価をどの程度考慮すべきか等につき、議論がある⁸⁾。

さらに、真正商品のうちの消耗品の部分を最充填して再利用した事案に関するものとして、⑨東京高判平成16・8・31判例時報1883号87頁(RISOインクボトル事件)⁹⁾がある。この事案では、商標機能論ではなく、商標としての使用が認められるかが争点となり、原判決がこれを否定したのに対し、上記控訴審判決は肯定し、商標権侵害を認めている。少なくとも当該事案は、商標権者以外の者の商品を登録商標が付された容器に入れて販売したケースと捉えることができ、既述の真正商品の改変事例とは本質的に異なるともいえる¹⁰⁾。

本件は、上に見たうちの最初の類型、すなわち真正商品それ自体に改変(改造)が加えられた事案である。この類型は、商標権者が品質を管理し登録商標を付した商品につき、直接改変を加えるのであるから、商標権侵害を認めやすいといえる。しかし、改変と一言でいっても、単なる使用による劣化・消耗に近い場合や、補修・修理、機能の変更・付加など、その内容・程度は多様である。具体的事案において、商標の本質的機能が害される場合か否かを、商品の性質、改変行為の内容、需要者の認識などを踏まえて検討したうえで、侵害の成否を判断する必要があると考えられる。

2. 本判決の商標権侵害に係る判断

さて、本判決は、商標機能論を前提としつつ、真正商品に対する「改変の程度が…出所表示機能及び品質保証機能を損なう程度に至っているときは、これを転売等して付されている商標を使用することにつき、実質的違法性を欠くといえる根拠が失われている」とする。そして、被告人が行ったファームウェアの改変は、真正品の本質的部分の改変にほかならず、このような改変が施された本件Wiiの品質の提供主体は、商標権者である任天堂であるとはいえず(すなわち、出所表示機能が害されており)、かつ、

品質保証機能も損なわれているとして、侵害を肯定した。一般論及び具体的な認定ともに、説得的で首肯できるものと考えられる。

ただし、本件では、需要者が登録商標によって出所や品質について誤認する可能性がないのではないかという点が問題となり得ると思われる。すなわち、被告人は「ハック済み」であることを明示して本件Wiiをインターネットオークションに出品していたというのであるから、これを購入する者は当然改変について認識していたはずであり、商標権者を本件Wiiの出所かつ品質につき責任を持つ者と認識していなかったのではないかということである。ゲーム機につき本件のような改造が勝手になされた場合、改造に起因する故障があり得ること、及びそのような故障について本来のメーカーは修理の責任を負わないであろうことは、一般に広く知られていると思われることから、需要者の認識を問題にする意味がありそうである。

この問題は、理論的には、第一に、商標の使用が認められるかという問題と捉えることが可能である。すなわち、本件登録商標は、本件Wiiに関してもはや商標として使用されていたとはいえないのではないかという問題である。この点について、本件Wii自体には登録商標が真正品の状態のまま付されていたほか、その商標としての機能を打ち消す表示はなかったのであり、また、インターネット上でも単に「ハック済み」との表示がなされていたにとどまる(商品の出所や品質に関する責任主体についての説明がなされていたわけではない。)ということであるから、商標としての使用を否定することはできないと考えられる。

第二に、商標としての使用が認められるとしても、商標機能論との関係で、登録商標によって需要者が出所を混同する可能性がないことから、商標の機能を害するおそれはなく、実質的違法性を欠くのではないかが問題となり得る。

この点については、まず、需要者は、本件Wiiが被告人による改造品であることを認識していたとしても、あくまで商標権者を出所とする真正品に手を加えたものであると理解していたはずである。そして、需要者は、本件Wiiの購入時に、その機能や品質のどの範囲について商標権者(あるいは被告人)が責任を持つかを識別することはできなかったと思われる。結局、仮に被告人の改造行為に起因する不具合があった場合でも、需要者がこれを商標権者の責任に係る不具合であると考えられる可能性は否定できず、商標権者の信用が損なわれるおそれは十分にあり得る。そのような意味で、混同の可能性、ひいては商標の機能が害される可能性が認められるといえよう。

さらに、いわゆる購入後の混同の概念を認める立場¹¹⁾を前提とすると(その是非はここでは論じない)、本件Wiiを購入した者のみならず、それ以外の者(例えば購入者の家族)が、本件Wiiのうち被告人の改造行為に起因する機能や品質についても、商標権者の責任に帰するものと誤解する(出所の混同が生じる)可能性があり、この面でも商標の機能の侵害を肯定できよう。

なお、本判決は、「真正品に付された前記各商標はハック後もそのままにされており、また、これらを打ち消す何らの表示もされていないから、被告人が『ハック済み』であることを明示してインターネットオークションに出品していることは、商標権侵害の成否を左右する有意の事情とはいえない」と述べており、打消し表示がなされている場合は、その事実が侵害の成否に影響することがあり得ることを示唆している。しかし、具体的にどのような打消し表示がなされれば、侵害を否定できるかについては、慎重な検討を要する¹²⁾。

3. 商標権侵害の故意と違法性の意識

本件では、さらに、商標権侵害罪の故意の成

否及び違法性の意識の可能性も争点となっている。この点は刑事事件特有の問題であることから、簡単に触れるにとどめる。

商標権侵害の故意については、「行為者が他人の登録商標であることを認識しながら、これをその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、必ずしも商品の信用、価値を損し、或はその出所について混同誤認を生ぜしめようとする意図を必要とするものではない」とする先例がある¹³⁾。ただし、本件のように真正商品の改変に関する事案では、真正商品を扱っている以上、他人の登録商標と認識して指定商品等に商標を使用することについての認識は通常当然に認められると考えられるところ、真正商品についての登録商標の使用行為は侵害罪を構成しない可能性も高いのであるから、上記の認識だけで故意を認めることは適切でない。本判決は、そのような観点から、真正品の本質的部分に改変が加えられていることの認識も必要と述べており、妥当な判断と解される。

また、本判決は、被告人につき違法性の意識の可能性を認め、故意又は責任を阻却する理由はないとしている。違法性の意識については、そもそもこれを犯罪の認定上どのように位置づけるかについて諸説あるが¹⁴⁾、本判決の認定によれば、いずれの説によっても、被告人につき商標権侵害罪の成立を認めることができよう。

注 記

- 1) 知的財産権者又はそれから許諾を得た者が「製造」した商品を「真正商品」とする説明もあるが（島並良「判批」ジュリスト1077号147頁）、権利者又はその許諾を得た者によって登録商標が付され、かつ、流通に置かれたか否かが問題とされるべきである（田村善之『商標法概説〔第2版〕』（弘文堂・2000年）158頁参照）。
- 2) 最判平成15・2・27民集57巻2号125頁（フレッドベリー事件）。評釈として、鈴木將文・ジュリスト1269号（平成15年度重要判例解説）265頁、

高部眞規子・L&T20号47頁等。なお、真正商品に係る一定の行為につき商標権侵害を否定する法理の主要なものとしては、商標機能論のほか、消尽論がある。本件においても、弁護人が消尽論を主張したところ、本判決は、「上記判例（筆者注、フレッドベリー事件最高裁判決）及び現在の商標権に関する裁判実務は、そのような解釈を採用していない」と述べている。確かにフレッドベリー最高裁判決は商標機能論を採用しており（しかし明示的に消尽論を排斥したわけではない）、かつ、商標法の解釈として、権利者の利得回収の機会の存在が要件となる消尽論よりも、商標機能論の方が理論的に優れていると思われるが、現在の裁判実務が消尽論を採用していないと断定してよいかについては議論の余地があろう。

- 3) 評釈として、島並・前掲注1）、樋口豊治・特許管理43巻8号995頁等。
- 4) 評釈として、横山久芳・ジュリスト1194号130頁、土肥一史・発明97巻5号120頁。控訴審判決・東京高判平成12・4・25平成11年（ネ）836号も商標権侵害成立の判断を維持した。
- 5) 評釈として、富岡健一・村林隆一先生還暦記念『判例商標法』（発明協会・1991年）785頁、大友信秀・別冊ジュリスト188号（商標・意匠・不正競争判例百選）60頁等。
- 6) 評釈として、渋谷達紀・村林隆一先生還暦記念『判例商標法』（発明協会・1991年）775頁。
- 7) 評釈として、荒井章光・別冊ジュリスト188号（商標・意匠・不正競争判例百選）56頁。
- 8) 前掲注4）ないし7）に挙げた各文献のほか、満田重昭「真正商品の包装替えと商標権の侵害」豊崎光衛先生追悼『無体財産法と商事法の諸問題』（有斐閣・1981年）631頁、土肥一史「真正商品の小分け行為と広告表示」牧野利秋判事退官記念『知的財産法と現代社会』（信山社・1999年）503頁、田村善之・前掲注1）・160頁以下等参照。
- 9) 評釈として、田村善之・知的財産法政策学研究4号175頁、宮脇正晴・知財管理55巻8号1117頁、茶園成樹・別冊ジュリスト188号（商標・意匠・不正競争判例百選）54頁等。
- 10) 田村・前掲注9）・181頁参照。
- 11) 田村・前掲注9）・182頁等。
- 12) 上述のように、需要者は、改造品であることを

本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

認識していても、あくまで真正品に改造を加えたものであると理解しているであろうから、例えば、単に被告人による改造品である旨の表示を本件Wiiに付したとしても、打消し表示としては不十分と考えられる。打消し表示に関し、横山・前掲注4)・133頁、蘆立順美「商標権侵害

と打消し表示」パテント65巻13号(別冊パテント8号)140頁参照。

- 13) 東京高判昭和33・4・21高刑集11巻3号104頁。
- 14) 小野昌延編『注解・商標法〔新版〕』(青林書院・2005年)1483頁〔石川惣太郎=忠海弘一執筆〕。

(原稿受領日 2013年8月22日)

