

○加藤 浩（政策研究大学院大）

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・海賊版や偽ブランド品の流通等、知的財産権に対する犯罪も増加する傾向にあり、その対策が検討されているところである。（知的財産推進計画2005／内閣府）

このような状況下、知的財産権犯罪に対する刑事罰を強化し、その刑事政策を拡充することが検討されているが、そのためには、最近の知的財産権犯罪の特性・特殊性を踏まえた適切な犯罪論を構築し、それに基づいたハード（厳格）な刑事政策的対応を展開することが必要と考える。

そこで、本報告では、まず、知的財産権犯罪に対する犯罪論を検討し、それに基づいて、知的財産権犯罪に対する適切な刑事政策的対応について提言し、生物多様性条約への応用について考察する。

2. 知的財産権犯罪の最近の傾向

知的財産権とは、特許権、実用新案権、意匠権、商標権などの産業財産権を中心とする排他的独占権である。

近年、情報通信の高度化が進展し、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、特許権をはじめ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、知的財産権の正当な有効活用が広く行われるようになったが、その反面、知的財産権犯罪が国際的に拡大し、その被害は深刻化している。

このような状況下、知的財産権犯罪に対する対策が講じられているが、現時点において、まだ十分な対応がなされていないのが現状である。

3. 知的財産権犯罪に対する犯罪論

犯罪論の構成方法については、「構成要件に該当する違法かつ有責の行為」を犯罪としている。そこで、①構成要件、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。

（1）構成要件

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199条）ことが構成要件に相当する。

知的財産権犯罪において、構成要件は、知的財産に関する法律の中で規定されており、例えば、特許侵害罪については、「特許権又は専用実施権を侵害した者は」（特許法196条）と規定され、「特許権又は専用実施権の侵害」が構成要件に相当する。

ただし、いかなる行為が「侵害」に該当するかについては、法律上、明確にされていないので、特許侵害訴訟において、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。

（2）違法性

構成要件に該当する行為は、原則として違法性があるが、違法性阻却事由がある場合には、違法性が阻却さ

れる。

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緊急行為と②正当行為の観点から検討する。

①緊急行為（正当防衛、緊急避難、自衛行為）

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、人間の生命を守るために、第三者の知的財産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、特殊なケースについては検討の余地がある（正当防衛、緊急避難）。具体的に事例として、米国で同時多発テロの際に、炭疽菌に対する医薬シプロを政府が製造販売するという強制実施権の発動の可能性があることがあげられる。

また、模倣品が流通してからは、十分な対策ができないために損害回復が困難になるような場合に、法的手続きを待たずに模倣品を自力で回収する行為のような、特殊なケースについても検討の余地がある。（自衛行為）

②正当行為（法令行為、正当業務行為、一般的正当行為）

法令行為については、刑法において、「法令・正当な業務による行為は罰しない。」（刑法 35 条）と規定されている。知的財産権犯罪においては、試験研究に特許権が及ばないとする規定（特許法 69 条）や特許権、実用新案権、意匠権、商標権などの知的財産権を独占禁止法の適用除外とする規定（独占禁止法 23 条）があり、法令行為に相当する。

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。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を広告に使用する場合などが考えられる。

一般的正当行為には、被害者の承諾等が該当する。知的財産権犯罪の内、産業財産権（特許、実用新案、意匠、商標）は、平成 10 年の法改正で非親告罪に変更されているが、改正法以降も、被害者（知的財産権の権利者）の承諾については、原則として、違法性阻却事由に該当すると考えられる。

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。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おり、知的財産権犯罪において、法益侵害の度合いが小さくものについては、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、民事裁判で特許権侵害と刑事責任を問われる事例は少ないが、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。

（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、責任要素については、①責任能力、②故意・過失、③違法性の意識の可能性と期待可能性、がある。

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 41 条）と精神障害（刑法 39 条）等が規定されており、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。

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。

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。

故意か否かの判断においては、錯誤の問題が関係することが多い。錯誤には、事実の錯誤と法律の錯誤がある。事実の錯誤については、具体的符号説、法廷的符号説、抽象的符号説などの学説があるが、原則として、事実の錯誤が認められれば、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、故意犯が成立する可能性がある。法律を知らなかったとしても、罪を犯す意志がなかったとすることはできない（刑法 38 条）という考え方が一般的な見方である。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行ったという加害者側の主張が多くみられるが、事実の錯誤か法令の錯誤かの区別が重要である。（違法性の意識の可能性）

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通説である。

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、期待可能性がないと認められるケースは考えにくいと考えられる。例えば、知的財産権侵害をしないと会社が倒産するようなケースにおいて、検討の余地はあるものの、期待可能性理論の適用は難しいと考えられる。

（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（刑法 44 条）。

ただし、特許権の侵害行為には、特許製品の製造と販売が含まれているが、製造まで実施して販売は実施していない場合、民事事件としては、経済的損害がないので未遂であるが、製造行為が行われた以上、特許権侵害罪に該当し、処罰が可能である。

一方、知的財産権法においては、例えば、物の発明において、その物の生産のみに使用する物を業として生産する行為についても、特許権を侵害するものとみなされるという規定（特許法 101 条）があり、「未遂」以前の「予備」を処罰する規定が存在している。

（５）共犯

共犯には、共同正犯、教唆犯、幫助犯があるが、知的財産権犯罪においても、共犯の考え方が規定（両罰規定）されている。特に、企業による特許権侵害事件においては、企業と職員の共犯について判示する判例が存在し、知的財産権犯罪には共犯罪が伴うことがあるという特徴がある。

（６）罪数と加重

一個の構成要件の充足のために、複数の行為が行われ、事実上分離できないようなものを包括一罪という。知的財産権犯罪の罪数については、一定の行為の反復継続が業として行われる結果、包括一罪として処罰されている。

また、刑の加重については、併合罪加重として、最も重い犯罪の方が適用されることから、例えば、特許権侵害罪と意匠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。

4. 知的財産権犯罪の刑事政策論

知的財産権犯罪の刑事政策は、プロパテント政策が推進される中、極めて重要な政策課題になっている。これまでの知的財産権犯罪の犯罪論を踏まえ、以下、知的財産権犯罪の刑事政策的対応について検討する。

（１）ハードな刑事政策的対応の必要性

近年、悪質で常習的な犯罪者に対しては、ハード（厳格）な刑事政策的対応が、比較的軽微な犯罪者に対し

ては、ソフト（寛容）な刑事政策的対応が必要視されている。

知的財産権犯罪においては、特に、中国をはじめとするアジア地域における模倣品犯罪の中には、悪質で常習的なケースが多く、ハードな刑事政策的対応が国際的に強く求められているのが現状である。知的財産権犯罪の特性（上記3.）を踏まえ、悪質で常習的な犯罪者に対しては刑事罰の強化などの対応が必要ではないか。

（2）修復的司法の重視

昨今、犯罪者を処罰する際、犯罪者を厳しく罰するだけでなく、犯罪者の社会的復帰を導くための「修復的司法」の考え方が注目されている。

知的財産権犯罪においては、特に、中国をはじめとするアジア地域における模倣品犯罪では、常習的なケースが多く、処罰を受けても再度、犯罪を繰り返すケースが目立っている。これは、犯罪者の社会復帰が困難であることが1つの要因ではないかと考える。今後は、知的財産権犯罪に対して、「修復的司法」の考え方を刑事政策論として検討することが必要ではないか。

5. 生物多様性条約と刑事政策論

1992年の地球サミットで各国首脳によって署名された生物多様性条約（CBD）は、「生物の多様性の保全、その構成要素の持続可能な利用及び遺伝資源の利用から生ずる利益の公正かつ衡平な配分」（第1条）を実現することを目的としており、各国が自国の遺伝資源に対する主権的利益を有することを確認し、遺伝資源の研究等から生ずる利益を、遺伝資源の提供国に公正かつ衡平に配分すべきことが規定（第15条）されている。

しかし、CBDには、利益配分についての具体的な規定がなされていないことから、遺伝資源の原産国（主に途上国）は、現状では利益配分が進まないという認識の下、WIPOやWTO・TRIPSなどに対して、様々な要求をしている。また、最近では、既存の知財制度とは異なる新しい制度として、各国において、遺伝資源・伝統的知識のアクセス及び利益配分に関する独自の法律を制定（*Sui generis*制度）する傾向が見られる。

このような状況下、知的財産権犯罪における刑事政策論の生物多様性条約への応用について、以下に考察する。

（1）エンフォースメントの包括的強化

生物多様性条約（バイオパイラシー）に対するエンフォースメントは、特許製品の模倣品対策と同様に、特定技術（遺伝資源・伝統的知識等）を用いた製品か否かの技術的判断によって行うものであり、模倣品対策と同一の行政当局（税関等）において実施可能であると考えられる。したがって、新しい制度（*Sui generis*制度）により、途上国がバイオパイラシーに対するエンフォースメントを強化するのであれば、同時に、知的財産権に対する途上国の模倣行為（知財侵害）のエンフォースメントについても強化されるものと期待したい。

（2）知的創造サイクルのグローバル化

遺伝資源・伝統的知識の中には、現行の知財制度により保護することが可能な事例もある。途上国においては、生物多様性条約による利益配分に甘んじることなく、特許制度による強い権利（独占的排他権）を獲得し、自国の産業の発達をもたらして「途上国からの脱却」を図るべく、国内の知的創造サイクルの整備に向けた取り組みを推進することが大切ではないかと考えられる。

（3）利益配分としての社会的余剰論の確立

生物多様性条約に規定される利益配分のあり方については、先進国と途上国において考え方が対立しているが、政策的効果を最適化するという公共政策的な観点も重要である。今後、政策的効果を最適化する利益配分のあり方について調査研究を行うことが必要であり、公共政策的な観点に基づいて、生物多様性条約の刑事政策論を展開することが大切であると考えられる。