

# 「知的財産権刑事罰に関する一考察」 特許権侵害罪を中心として

福 本 一 朗\*

“A study of criminal punishments against Intellectual Property Right in Japan  
--- especially in the case of patent infringements ---”

Ichiro FUKUMOTO\*

Key words : Intellectual Property Right, criminal punishments, patent infringements

## (1) 緒言

人類の知的所産はその偉大さの故に模倣に対して脆弱である。本来創作することは困難を伴うが、これを模倣することは容易である。しかも模倣は人類社会にとって常に罪悪であるとはいえない。いな「教育は模倣から始まる」、能楽修業において「守・破・離」ともいわれるように、模倣は社会の進歩、文化の発展のためには必要欠くべからざる人間的営みである。すなわち模倣は、その限界を越えない限り人類社会のため、むしろ望ましいものであり、決して非難されあるいは蔑まれるべきものではない。特許法の基本理念の一つである「発明の利用」も、その実質は模倣に他ならない。そのように考えると「利用されない発明」＝「模倣されない発明」などは実際的価値を持ちえないし、まして産業の発達に寄与することなどありえない。かくて特許権にとって、何が好ましい模倣であり、何が好ましからざる模倣であるかの限界が深刻な問題となる。模倣が好ましい社会事象であることから一転して、好ましからざる社会悪に変化する契機、すなわち「模倣の限界」は、「模倣が他人の特許権を侵害するかどうか」にある。この一線を越えたとき、もはや模倣は好ましい生活手段ではあり得ず、一人特許権者にとってのみならず、社会にとって法的責任を追求すべき悪となる。しかし自らを守り抜こうとする特許権にとって困難なことは、特許権は「無形」の知的財産であるため、その支配する領域が可視的ではないこ

---

原稿受付：平成17年5月6日

\*長岡技術科学大学生物系

とである。物理的に可視的である土地の境界さえ、しばしば激しい紛争の種となりかねないことから考えても、ましていわんや発明の技術的範囲というような多分に抽象的、観念的実在については、たとえ如何に入念にクレームを書いたところで、何人をも納得させるような一線を劃することは容易な技ではない。産業技術として価値ある発明を内容とする特許権については、境界の設定が困難であるため侵犯の危険は必然的に内在する。その意味で特許権はまさに「侵害されるために存在する」のである。<sup>2)</sup>

このように考えると特許権侵害を語らずして特許制度を論ずることはできない。特許制度の中核である特許権は、まさに「侵害されるためにある権利」であるために、特許権侵害に対し物権的に立ち向かうことができることが、特許権の真骨頂でありその効力の源泉であるからである。

ただ我が国の特許法は、他の立法例と同じく、「業としない実施」には係わりを持たない。我々が end user に留まる限り、特許法は我々の頭上を通り過ぎて行き、その限りにおいて一般人は特許紛争とは無縁の異邦人である。しかし企業にとっては特許権を巡る攻防は企業の盛衰に係わる重大な問題であり、最近の青色ダイオード訴訟判決の200億円という請求金額ともあいまって世間の注目を集めていることは周知の事実である。<sup>12)</sup> しかし特許権侵害に対する制裁はこのような民事的・経済的なものに留まらず、5年以下の懲役または500万円以下の罰金という刑事罰までもが規定されている（特許法196条）。<sup>14) 15)</sup>

そもそも日本の近代特許制度の始点とされているのは明治18年（1885）の「専売特許条例」である。ただこの条例は「急ごしらえの寄せ集め（特許庁工業所有権制度史研究会編「特許制度の発生と変遷」）」であり欧米の特許制度に比してあまりにも未完成であった。<sup>1)</sup> そのため欧米の特許制度の調査研究が緊要とされ、渡欧調査研究に派遣された初代特許局長の高橋是清がその成果に基づいて成立したのが、日本の特許法の始まりとされる「明治21年（1888）特許条例」であった。この旧民法を予定して制定された明治21年特許条例（明治21年12月18日・勅令84号）は、1条2項で特許を定義して、「特許トハ発明者ニ他人ヲシテ其承諾ヲ経スシテ前項ノ発明ヲ製作、使用又ハ販売セシメサル特権ヲ許スコトヲ謂フ」とした。この定義はフランス特許法やアメリカ特許法と同じ規定である。本条例において本権訴権は（民法にあるので）規定せず、不法行為につき「特許ヲ侵害シタル者ハ特許証主ニ対シ損害賠償ノ責ニ任スヘシ」（34条）と定め、また侵害に対する刑事罰（1月以上1年以下の重禁固）を定めた（37条）。なおこの日本最初の特許則が、「法律」ではなく「条例」として制定されたのは、

「条約改正において日本から外国に求むべき事は多くあれど、外国から日本に求むるものは少ない。発明の保護は決定せずに残しておいて、条約改正の時にうまく利用する方が日本のためである。」という是清の考えに基づいたものとされている。

日本ではこれ以後現在に至るまで、明治18年に「条例」の形ではじめて導入された刑事罰規定が、明治42年（1909）に長期5年の懲役刑に改訂されて連綿と継承されてきたものである。明治以後の特許法はまずフランス法に学び、明治21年以来アメリカ法に学んだが、フランス・ドイツともに英米法をその母法としているので、明治時代の我が国の特許法は各国の法制を比較、取捨選択して適当にこれらを結合したものといえよう。ただその成立時に第一模範法としたアメリカ特許法自体に特許侵害罪刑事罰規定が存在していなかったことは注目に値する。<sup>5) 13)</sup>

ここで「特許制度とは、技術成果物の創作者に一定期間成果物の独占を認める権利を付与することによって、技術開発を保護奨励する制度」であるという定義に従うと、特許制度の主目標は発明の奨励とその成果の社会的流布・活用にあると考えられる。<sup>18)</sup> しかも特許権侵害者は「模倣の限界」を越えたものであることは否定できないとしても、またその経済的利益を追い求めたことがインセンティブになっていたとしても、「発明の奨励とその成果の社会的流布・活用に資する行為」を行った者であるといえるであろう。それが特許権侵害を理由に損害賠償等の経済罰および信用回復処置・差止め請求などの社会罰を課することまでは容認できても<sup>31)</sup>、「個人の身体的自由を奪う自由刑」を科することには非常な違和感を覚えずにはいられない。

その違和感は以下の「素朴な疑問」と並んで、日常研究開発に携わっている現場の研究者・発明者のほとんどが感じているものであると信じる。本論文ではこのような疑問に対する解答を求めるとともに、特許権侵害罰の利益は何か、果たして特許権侵害に自由刑を科することは正当であるのかどうか、またその理由は何か、不正競争防止法など他の知財法における刑事罰規定との比較および窃盗罪や横領罪との量刑比較において5年の懲役刑は妥当かを考察することを目標とするものである。

#### 「特許権侵害刑事罰に関する素朴な疑問」

- [1] 人類の文化はまねによって進歩してきたのに、それが犯罪となるのは何故か？
- [2] 発明者は名誉が最も大事なのではないのか？（200億円は欲しいが…）

- [3] 特許公報を見落して特許実施をすれば刑務所に行かねばならない??
- [4] 何故親告罪が非親告罪に簡単に変わりえるのか? 特許の法益は一体何だったのか?
- [5] 「工業的な試験」における「虚偽の証拠」とはなにか? 単なる詐欺罪ではないのか?
- [6] 現実の知財刑事事件判例に関しては商標法違反と著作権法違反を例外として、「特許権侵害に対する刑事罰 (自由刑)」が実際に判決として科されたことは皆無といわれるが、この事実こそは当該規定が訴訟経済的観点からも不必要な刑罰ということではないか?
- [7] 均等論の立場からは罪刑法定主義を捨て拡張解釈・類推解釈を行なうことになるが、果たしてそれは許されるのか?

特許侵害罪の問題点考察の前に、現在の特許制度自体に関する問題点を考察しておく。<sup>32)</sup>それは当該特許の成立する理由が、法定刑・処断刑・宣告刑を決定する際に重要な要素となると考えるからである。特許権保護のための条件としては、不特許事由に該当しないことを前提として新規性・進歩性・産業上利用性の三条件を満たさねばならない。<sup>2)</sup>このうち「新規性」については、公知発明・公用発明・刊行物記載発明でないことが求められるが、研究者一人のみが関与していた古典的な「個人発明」の範囲に留まらず、多人数が関与する「チーム発明」とならざるを得ない現代の「公知性」については再考察されねばならない。<sup>6)</sup>また「進歩性」については、「出願時点で、その発明の属する技術分野における通常の知識を有する当業者が、新規性のない発明に基づいて容易に発明を思い至ることができるものであってはならない (特許法29条2項)」と定められているが、インターネットを用いて全世界のすべての人々が瞬時に知識を共有できる現代における「当業者」の意味するところも不明確になってきていると考える。さらに「産業上利用性」については、疾病治療に用いられる医薬品や、人体から分離・抽出した物を構成要件とする病気の発見方法には産業上利用性が認められているのにも関わらず、同じく人体を構成要件としている「人の病気を治療・診断・予防する方式の発明」が認められていないことは、理解に苦しむ。確かに診断・治療・予防法は万人に開放され全ての者が等しく適性・公平・迅速にそれらの恩恵に預かれることは人類の福祉のために認められるべきではあるが、そのことは同じ応用科学に属する工学における技術全般にとっても「人類の福祉に貢献する」点では同じことであり、医学技術のみを特別に考える理由はない。もし人命尊重を最重要視するのならば、実地医療に関

する発明のみを不特許事由または特許権の制限として取り扱えばよいのであって、あえて医療産業全般を除外する理由はないと考える。ただその場合、世界中の臨床医学研究者と臨床医のほとんどは特許法の恩恵に浴することはできず、医療技術研究のインセンティブを殺ぐことになり、医療産業の正常な発展を妨げる恐れがあることに注意せねばならない。

## (2) 本論

### 1. 知的財産権侵害と責任

特許権侵害 (Infringement of Patent) とは「権原なくして他人の特許に係る発明の技術的範囲に属する事項を、業として実施すること」をいう。なおこの特許権侵害を理由にして、生じた損害の賠償を求め、あるいは信用回復措置としての謝罪公告を求めるには、民法709条の定める一般不法行為の場合と同様、故意過失を要し、刑事責任を問うには故意 (犯意) のあることを要することは言うまでもないが、差止め請求 (その変形としての廃棄請求を含む: injunction) には、故意または過失は必要とされない。つまり特許権侵害そのものは、故意過失のない場合でも成立する。

#### 1.1 侵害者の民事上の責任

特許権侵害を発見した場合は、まずその侵害行為を停止するように求める「警告」を行う。警告は口頭によってもよいが、通常は特許権を表示し直ちに侵害を停止しない場合には「仮処分」や「本訴」に及ぶ意思を表明する内容証明郵便が利用されている。この場合、不正競争防止法上の虚偽の事実の告知や流布のほか、刑法上の業務妨害 (刑法233条) に該当せぬよう注意しなければならない。排他的独占権である特許権が侵害された時には、物権的請求権と同様の「差止請求権」が認められる (100条)。ただし物権的請求権には返還請求権が含まれるが、無体物たる発明に対する特許権にはこれがなく、代わりに侵害排除の実効性を確保するために、侵害組成物の廃棄・侵害に供した物の除去その他侵害の予防に必要な行為の請求権が認められる点が異なる (100条2項)。またこの差止請求権は損害賠償権とは異なり故意・過失を要件とせず現在および将来における侵害まで阻止し得るものであるが、本訴のほか仮処分 (民保23条) によることが多く、特許法上特許権者と専用実施権者に認められることは明らかであるが、通常実施権者については議論がある。

特許権侵害者は、上述の製造販売などの実施行為の差止め、設備の除去など

を内容とする廃棄のほか、一般民法上の不法行為者と同様、故意または過失を責任原因として損害賠償責任を負い、特許権者の選択に従って、不当利得償還の責に任じ、場合によっては特許権侵害行為により特許権者が失った信用の回復措置（典型的には代替執行を用いた謝罪広告）を請求される。損害賠償権の発生要件は、(1) 責任能力、(2) 故意・過失、(3) 権利侵害（違法性）、(4) 損害の発生、(5) 権利侵害と損害の発生の間の相当因果関係である（民709条）。しかし知的財産権の侵害に共通する特質に鑑みて、特許法は侵害者には過失があったものと推定する規定を置き（103条）、逸失利益の賠償請求において、侵害者の販売商品の数量に特許権者の単位数量当りの利益額を乗じたものを損害額と定めて（102条1項）立証責任者の負担を軽減している。

特許権の侵害により生じた不当利得返還請求権（民703条・704条）の要件は、(1) 法律上の原因がないこと、(2) 他人の財産または労務により利益を受けていること、(3) 他人に損失を与えていること、(4) その受益行為と損失の間に相当因果関係があることである。またその額はあくまでも損失の範囲に限定され、侵害者が善意の時は現に存する利益の範囲で、悪意の時はそれに利息を付して返還請求が認められる。この不当利得返還請求権は故意・過失を必要とせず、消滅時効が10年であり（民167条1項）、不法行為による損害賠償請求権が3年の短期消滅時効（民724条）で消滅した後の救済に役立つものとなっている。

## 1.2 侵害者の刑事上の責任

専用実施権と同様に特許権侵害罪の法定刑は5年以下の懲役または500万円以下の罰金である。他の財産罪法定刑と比較してみると、不動産侵奪罪が長期10年の懲役、横領罪が5年以下の懲役刑と罰金刑の選択刑となっていることから考えて、特許権侵害罪の重罪度は横領罪並と考えられていることがわかる。いずれにしても財産罪を創設した場合、その当否は別として、侵害に対して刑事罰をもって暴圧しようとする考えが立法の伝統的措置であるといえよう。我が国の特許法もその例に漏れず、最初に特許侵害刑事罰が導入された専売特許条例（明治18.4.18太政官布告第7号）は、専売特許の発明品の偽造・輸入・方法の盗用に対して、前述のように1月以上1年以下の重禁固、4円以上40円以下の罰金附加と規定されていたが、長期5年の懲役刑を科することになったのは明治42年法以降である。これは当時の諸外国（100フラン以上2000フラン以下の罰金（フランス特許法）、5000マルク以下の罰金または1年以下の禁固（ドイツ特許法））と比較しても「甚ダ重刑（清瀬一郎「特許法原理」p480）」であった。

なお従業員が業務の遂行上特許権を侵害したときには、「両罰規定」により業務主体処罰が行われる（201条）が、業務主体が法人の場合の罰金刑は1998年（平成10年）改正特許法により、1億5千万円以下に引き上げられた。<sup>36) 37) 38)</sup>

また特許権侵害罪が成立するためには特許権の侵害において「故意」を必要とし、その他刑法総論の規定によることになるが、特許権侵害における故意ないし犯意とは、自己の実施行為が他人の特許権を侵害することを認識しかつ認容している心理状態である。特許権の侵害は営業犯ないし職業犯たる性質を有するものであるとされ、通常は「故意」の存在が推定されるものと考えられている。なお数個の侵害行為は「包括一罪」とされる。間接侵害も独立して侵害罪を構成するが、直接侵害幫助犯や教唆犯に当たる場合も考えられる。従来、特許侵害罪は、商標権侵害罪と異なり親告罪とされてきたが、知的財産権保護強化（プロパテント）政策により、平成10年特許法改正で非親告罪とされるに至った。ちなみに意匠権侵害・特許詐欺罪や虚偽表示罪は従前から非親告罪であった。ただ今回の改訂は特許制度における性善説から性悪説への変更を決定づけるものであり、私的財産に関する争いに官憲の介入を義務づけることになるため、フランスをその唯一の例外として、先進国においては「異例な立法」と言わねばならない。

次に特許法・実用新案法・意匠法・商標法・著作権法・不正競争防止法の刑事罰の現状を、法定刑の軽重、判例による処断刑の妥当性等を比較考量する。その一例を挙げるならば、知的財産権の刑事罰の法定刑は表1に示すように「3年以下の懲役または300万円以下の罰金」というタイプと「5年以下の懲役または500万円以下の罰金」というタイプに二分される。ただ回路配置利用権侵害罪と育成者権侵害は例外的に懲役刑とは対応せず、それぞれ100万円以下および500万円以下の罰金とされている。ここで、何故この両者の罰金刑がそれぞれ軽減・過重されているのかという疑問が生じる。また平成10年の改正後は、著作権・著作隣接権侵害と回路配置利用権侵害のみが「親告罪」として残されているが、このことは保護法益の観点から説明できるものであるかどうか、必ずしも自明ではないと思われる。

なお知的財産権侵害罪において、「○○を侵害した者は…」という文言の中の「侵害」とはなにかについて定めた規定はないため、実務においてはしばしば争いを生ずることになる。また例えば特許権侵害の実行行為者は5年以下の懲役または500万円以下の罰金に処せられるが、形式的に製造（特許権侵害）の実行行為者であっても、侵害の認識すら持ちようもない末端の工具などについては、

上から言いつけられて機械的作業にのみ従事するような者までも犯罪の主体としてとらえるのは妥当を欠くため、共犯者としての責任も追及できない場合があるであろう。

表1 知的財産権侵害罪刑事罰の法定刑

対象	罰則
特許権侵害	5年以下の懲役または500万円以下の罰金
実用新案権専用実施権侵害	3年以下の懲役または300万円以下の罰金
商標権専用使用権侵害	5年以下の懲役または500万円以下の罰金
意匠権専用実施権侵害	3年以下の懲役または300万円以下の罰金
著作権著作隣接権侵害（親告罪）	3年以下の懲役または300万円以下の罰金
育成者権侵害	3年以下の懲役または500万円以下の罰金
不正競争（周知表示侵害罪）	3年以下の懲役または300万円以下の罰金
回路配置利用権侵害（親告罪）	3年以下の懲役または100万円以下の罰金

特に工業所有権に限って侵害罪以外の刑事罰について見てみると、表2に示すように、偽証虚偽鑑定罪はすべて「3月以上10年以下の懲役」、秘密漏洩罪は規定の無い商標法以外は全て「1年以下の懲役または50万円以下の罰金」で共通している。また許獲罪と虚偽表示罪は、特許権と商標権は「3年以下の懲役または300万円以下の罰金」、実用新案権と意匠権は「1年以下の懲役または100万円以下の罰金」となっていて、軽重がつけられている。なお特許を受ける権利がないことあるいは出願内容が発明にならないことを知りながら、これを秘して出願し特許を得た場合には、不作為による特許許獲罪にはならないと考えられる。なぜならば出願人が特許を受ける権利を有するかどうかということや発明の存否は基本的な特許要件であって、このようなことについて積極的な欺瞞行為がないのに特許が与えられたとしても、出願人には刑事制裁を加えるほど強い非難を向けることは適当でないと考えられるからである。従って許獲罪については、虚言を用いるとか、虚偽の資料を提出するとかの積極的な作為がなければならないといえよう。

工業所有権刑事罰自由刑について侵害罪・許獲罪・虚偽表示罪・偽証虚偽鑑定罪・秘密漏洩罪長期刑のバランスハターンを見るために、レーダチャートとして作成したものを図1に示す。これを見ると、特許権と商標権は酷似し、実用新案権と意匠権は類似していることがわかる。

表2 工業所有権刑事罰の法定刑（非侵害罪）

工業所有権非侵害罪（罰則条文）	刑事罰
特許権利詐獲罪（特許法197条）	3年以下の懲役または300万円以下の罰金
特許虚偽表示罪（特許法198条）	3年以下の懲役または300万円以下の罰金
特許偽証虚偽鑑定罪（特許法199条）	3月以上10年以下の懲役
特許秘密漏洩罪（特許法200条）	1年以下の懲役または50万円以下の罰金
実用新案権利詐獲罪（実案法57条）	1年以下の懲役または100万円以下の罰金
実用新案虚偽表示罪（実案法198条）	1年以下の懲役または100万円以下の罰金
実用新案偽証虚偽鑑定罪（実案法199条）	3月以上10年以下の懲役
実用新案秘密漏洩罪（実案法200条）	1年以下の懲役または50万円以下の罰金
商標権利詐獲罪（商標法79条）	3年以下の懲役または300万円以下の罰金
商標虚偽表示罪（商標法80条）	3年以下の懲役または300万円以下の罰金
商標偽証虚偽鑑定罪（商標法81条）	3月以上10年以下の懲役
（注）商標法には秘密漏洩罪はない!!	
意匠権利詐獲罪（意匠法70条）	1年以下の懲役または100万円以下の罰金
意匠虚偽表示罪（意匠法71条）	1年以下の懲役または100万円以下の罰金
意匠偽証虚偽鑑定罪（意匠法72条）	3月以上10年以下の懲役
意匠秘密漏洩罪（意匠法73条）	1年以下の懲役または50万円以下の罰金

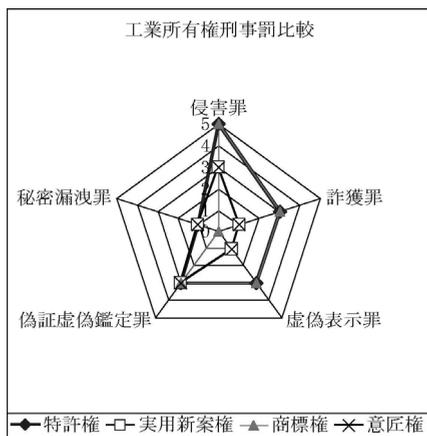


図1 工業所有権の侵害罪・詐獲罪・虚偽表示罪・偽証虚偽鑑定罪・秘密漏洩罪のバランスパターン

またこれらの知的財産権の保護期間を見ると、表3に示すように6年から50年の広がりをもっている。しかし例えば現行特許法の20年の保護期間を例にとってみると、古くは1474年自由都市ヴェネチアにおいて制定された世界最古の特許法に定められていた10年の特許保護期間と比べ、500年以上を経た現在において適当であるかどうかを検討してみる価値はあるものと考えられる。また特許権20年と実用新案権6年の比率も、現在の科学技術進歩の早さ、社会変化の急進さから考えて妥当かどうかの検討も適宜されねばならないと思料する。

表3 知的財産権の保護期間

権利	保護期間
営業秘密	期限なし。
著作権・著作隣接権：	創作時から著作者の死後50年。 法人著作物・映画は公表後50年
特許権：	出願日から20年
育成者権：	品種登録の日から20年。
意匠権：	設定登録から15年。
商標権専用使用权：	設定登録から10年。更新可能。
回路配置利用権：	設定登録から10年。
実用新案権：	出願日から6年

一般に犯罪が成立するためには、罪刑法定主義により「刑罰の対象となる行為」であることが必要であること以外に、社会的に非難される行為でなければならない。殺人や強盗や窃盗などの「自然犯」は一般人にも容認しやすいが、道路交通法違反など行為の倫理性とは無関係に、いわば行政取締りの必要上、ある行為を社会的に非難すべきものと規定される「法定犯」に対する非難の度合いは時・場所により異なるのが常である。例えば、実質は工業種有権の侵害に当たる行為であっても、行為者は「善意の模倣」と単純に考え、権利者もこれを認容する寛大な態度をとった一時期もあったようである。これは知的財産に対する評価の低い段階ではある程度やむをえなかったことであろう。また知的財産を独占する権利を設定する法則そのものに問題があるとして、このような権利侵害が法的に成立するとしても、さしたる非難にはあたらないとする議論もなかったわけではない。さらに例えば社会主義国のように発明などの知的財産はその「公共的利用」こそ一義的であるとするところでは、個人的関係で

の侵害行為などは本来的に強い非難に値しないとみられるものであろう。このような社会主義国で工業所有権侵害が強く非難されるのは、それにより国家公共の利用が妨げられる場合が第一に挙げられるであろう。

## 2. 知的財産権の法益

東京高裁に知財専門部が設置されたのは1948年であるが、1998年に東京地裁において知財部が3か部体制になり判決が増えたことなどから、図2に示すように高裁でも急激に事件数が増え、10年間で3倍にもなっている。<sup>16)</sup> その結果東京高裁は2002年4月に第3民事部が知財部に加わって4か部となった。このことに象徴されるように日本ではここ数年の法改正により一審で東京、大阪両地裁への管轄集中化が進んだほか、2004年からは東京高裁が特許侵害訴訟などを一手に扱うこととなった。<sup>34)</sup> 政府の知財高等裁判所構想は2005年春に東京高裁から知財部門を切り離し新組織にして、機動的な運用をさらに促し知財裁判の一層の充実を目指すものと考えられている（日本経済新聞 2003年10月27日朝刊）。

このように急増する知財関係訴訟数は、無体財産においても現代社会はボーダレスの危険社会となってきていることが推定できる。そのため刑法における「処罰の早期化」「処罰の厳罰化」「処罰の拡大化」が叫ばれている。しかしこれらの処罰化によって社会の安全は果たして確保できるのかどうか、他方で別のリスクを生じさせているのではないのかという疑問が生じてきている。例えば危険社会における安全・環境・情報などの分野において刑罰による予防がどの程度効果があるのかという点である。そこで、刑罰は、当該行為が現在の社会では否定されるべきものであることを宣言し、刑罰を科すことによって、当該行為があったとしても、現在の社会に妥当している規範は存立していることが表現されるという意味しかないという見解も出てくるのである。危険社会においては、立法論的にも、解釈論的にも、刑罰を積極的に投入しようとする傾向に至ることは容易に考えられることである。しかし、危険社会におけるすべての問題を刑法ですべて解決すると考えるべきではなく、また、それは不可能なことである。なぜなら、刑法は「ウルティマ・ラティオ（最終手段）」だからであり、この点から派生する原則として、刑法の「謙抑性」と「断片性」がある。<sup>29) 30)</sup> したがって、行為をコントロールする手段として、民法や行政法などが第一次的に適用されるべきであり、これらの法が第一次規範性を有するとすれば、刑法は、第二次規範性を有するということになる。刑法の自由保障機能を厳守するためにも、「刑罰消極主義」でなければならないのである。

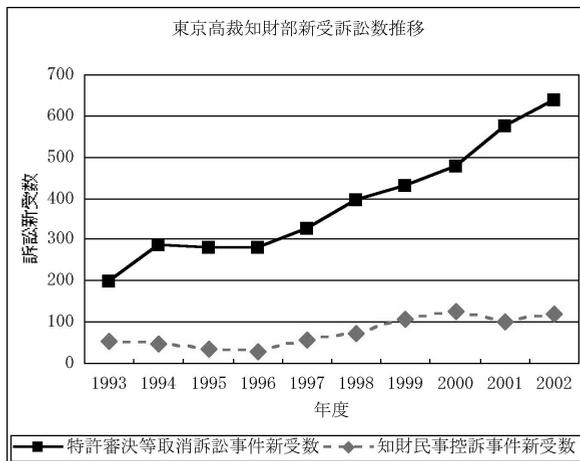


図2 東京高裁知財部における新受訴訟数推移（東京高裁より資料提供）

ここで「特許法の法益」について考察する。現代社会における法益の拡大傾向は、善し悪しは別として、回避できないものとなっている。<sup>24)</sup> すなわち、生命、身体、財産などの古典的な法益のほかに、安全、環境、情報などの保護が付け加えられ、個人的な法益のほかに、システムの保護や集団などの利益などの普遍的法益（Universalrechtsguter）が登場したのである。そもそも、法益それ自体に限定機能があるわけではなく、法益の中に物的な内容を盛り込むことによって限定機能が付与されることになる。しかし、すでに、刑法典上、名誉や信用、宗教感情などの精神的・観念的なものも含まれており、物的なものに限定することは困難である。また、「個人的法益」といっても、それと「集団的な法益」とは質的な差異があるとまではいえないように思われる。とくに、「国家法益」および「社会法益」を「個人法益」に還元することによって、その違いは程度問題ともいえよう。さらに、法益とは個人の自由な発展にとって必要な基本条件であるとするならば、その条件として、安全や環境なども包含されても不思議ではないのである。法益論の体系批判的機能は、法益概念によってではなく、法益論にいかなる内容を付与するかということによって行われるのである。ところで、英米においては、法益という用語は使用されておらず、「ハーム（害）」という概念が使用されている（Harm Principle）。この「ハーム原理」の中心は「侵害」であり、この原理によって法益概念を根拠づけ、他人の利益侵害のみに限定するならば、刑法的保護の早期化に否定的な立場に至ることになろう。法

益保護主義は過度に強調すると、行為主義・罪刑法定主義・責任主義といった刑法の基本原則を掘り崩す危険があり、従ってあくまでこれらの基本原則と（緊張関係を保ちつつも）調和しなければならない。法益概念ないし法益論は、全てを解決する「切り札」ではないことを自覚しつつ、それでいて法益概念の拡大ないし精神論には歯止めをかけ、かつ刑法上保護に値する存在には法益として法的保護を与えていくことが、法益論の再生の道であり使命でもあると考える。<sup>35)</sup>

日本の産業を支える高度に発展した科学技術分野の内、基礎工学と応用医学（臨床医学）領域に関しては、現在の特許制度ではどちらも「産業上の利用可能性」がないと判断されることが多い。このうち特に「一般に人の病気を治療・診断・予防する方法の発明」が「人体を構成要件とする発明」であるため特許にはならないとされることについては、遺伝子産業や再生医療を始めとする医療産業の発達を考えると、誠に時代遅れの思考方法であると言わねばならない。ともあれ工学も医学もその本来の存在意義は、人類の福祉に貢献する応用科学である点にあるとすれば、最終的には産業に結びつかねばそれらの存在価値はない。特許出願の努力は、特許の実際的知識のない現場の研究者にとっては、企業の協力を得ることが出来るときでも自身のかなりの時間と精力を費やし、心身ともに苦勞の多いものであるにもかかわらず、それでも特許申請を行う理由は、発明が世の中に知られ、製品となって人々の役にたつて欲しいと願うからであり、大多数の研究者にとっては決して経済的利益を第一目的とするものではない。それは佐藤恵太教授の特許法講義の中でも、「特許制度は技術成果物の創作者に一定期間成果物の独占を認める権利を付与することによって、技術開発を保護奨励する制度」とお教えいただいたことにも対応している。つまり特許制度の主目標は発明の奨励とその成果の社会的流布・活用にあると考えられるため、まさに「特許権は侵害されるためにある権利（三宅正雄：「特許一本質とその周辺」, pp61, 発明協会, 1981）」といえるとなると、特許権侵害を理由に損害賠償・信用回復処置・差止め請求を課することは容認できても、自由刑を科することには非常な違和感を感じざるを得ない。この観点から、今もう一度特許権侵害罪の法益は何か、果たして特許権侵害に窃盗罪や横領罪と同列の自由刑を科することは正当であるのかどうか、すべての国民が再考すべき時に到ったのではないかと思料する次第である。

### 3 . 知的財産権刑事罰の国際比較

#### 3 . 1 米英特許法

米国特許法第29章「特許侵害に対する救済およびその他の訴訟」の第281条には、「特許権の侵害の救済特許権者は、自己の特許の侵害に対し、民事訴訟により救済を求めることができる」と定められている。<sup>5)</sup> 本条は、特許侵害に対する救済の基本的性格を明らかにした規定である。現行法に関する連邦会議の立法主旨に従えば、特許権者に対する「最善の救済」は、侵害者を刑事的に罰するよりも、経済的に十分な保証を確保することにあるものと強調されている。<sup>17)</sup> このため、特許権者に与えられた救済は、民事に限られ、特許侵害による刑事罰は認められないものと解される。ただし、特許をめぐる刑事罰に関しては、二つの事項に留意しなければならない。第一に、特許証の偽造、改竄は、連邦法第18号第497条 (18USC § 497) により、刑事罰の対象とされ、また第二に、偽りの特許表示は、本法第292条 [虚偽表示] により、罰金刑の対象とされる。米国法制度のルーツである英国においても、やはり特許法上の刑罰規定は存在しない。<sup>4) 9)</sup>

#### 3 . 2 ドイツ特許法

我が国法制度のルーツともいべきドイツ特許法第142条(4)は、「検察庁が刑の訴追への特別な公共の利益ゆえに職権による起訴を相当と判断したのでない限り、この犯罪行為は告訴をもってのみ訴追される (AIPPI 日本部会訳)」として、原則として親告罪としている。<sup>13)</sup>

#### 3 . 3 フランス特許法

フランス特許法では、一旦刑事罰規定を設けながら、1978年にはこれを撤廃し、さらに1990年の改正でこれを復活した (フランス知的財産法L. 615~14)。<sup>13)</sup> 現在の規定では非親告罪とされているが、同国における特許侵害刑事罰規定の考え方は必ずしも一定していないといえよう。<sup>16) 39)</sup>

#### 3 . 4 中華人民共和国特許法

中華人民共和国の「無体財産 (特許法)」中では、第58条に「他人の特許を盗用した場合には、法により民事責任を負うほか、特許業務管理部門が是正するように命じ、かつ公告し、違法所得を没収するものとし、違法所得の3倍以下の罰金を併科することができる。違法所得の無いときは、5万元以下の罰金を

科することができる。犯罪を構成する時は、法により刑事責任を追及する。」と定めているのみであり、中国では特許侵害による刑事罰の規定は存在しておらず、ただ中国刑法第216条により他人の特許の盗用については3年以下の懲役などが科されることになっているのみである。なお中国ではこの外、商標法も刑事罰は刑法に規定する形を取っている。

### 3.5 台湾特許法

台湾の特許法（専利法）は、発明・実用新案及び意匠に関する規定をまとめて一つの法律にしたものであって、特許（専利）は発明特許、実用新案特許及び意匠特許の三種類に分けられる。特許権侵害の処罰に関し現行特許法では、発明特許権の侵害に対する刑事罰の規定が2001年10月24日の改正で削除されたが、実用新案及び意匠権の侵害については、依然として刑事罰の規定が維持されている。知的財産局は、前記の刑事罰規定の削除及び現行法の侵害に関する規定について次の趣旨の説明をホームページ（<http://www.unionpatent.co.jp/contents/NEWS200200311.html>）に掲載した。その中で、特許権侵害刑事罰を削除する理由が述べられている。(1) 世界各国の法制では刑事罰のかわりに民事救済を主とする国が大勢を占めている。また WTO/TRIPS 第61条では特許権侵害に対し刑事制裁を加えるべきか否かについての強制規定がなく、各加盟国自らが決定することになっている。(2) 一般に発明特許は複雑な技術的及び法律上の専門知識に関連するものであって、ある行為が権利侵害に当たるか否か、認定の過程において種々の疑問が生じ、容易に判断できないことが多い。また侵害事件の処理状況を見ると被告はその行為が侵害を構成すると認められた場合、刑事制裁を受ける恐れがあるので、特許権者がこれを悪用して高額の使用料を要求することが常時起きている。これは公正を欠くものであるので、私権に基づいて解決を図り、当事者間で平等な立場により、かつ市場における需要と供給の関係を考慮し、契約自由の原則に基づいて使用料について協議をすることが望ましい。(3) 刑事罰規定の削除に伴い、故意に他人の特許権を侵害した者に対する懲罰性損害賠償額の上限が、実際の損害額の2倍から3倍に引き上げられた。なおこの懲罰性損害賠償規定は、発明特許権に対する侵害の他、実用新案侵害および意匠特許権侵害にも適用される。

## 4 特許侵害罪とその他の知的財産権刑事罰比較考究

### 4.1 特許侵害罪

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500万円以下の罰金に処する（特許法196条）。特許侵害罪は従来、親告罪であったが、平成10年改正法により非親告罪となった。特許法は「発明の保護及び利用を図ることにより、発明を奨励し、もつて産業の發達に寄与することを目的とする」（1条）ことに鑑み、無形の財産権である特許権、その専用実施権を刑事法上の私的法益として認め、その侵害に対し刑事罰を科することによりこれを保護するものである。ここに特許権又は専用実施権を「侵害した」とは、直接侵害、すなわち第三者が正当な権原なく業として特許発明を実施する行為のみならず、間接侵害をも含む（特許庁編「工業所有権法逐条解説第15版」484頁）。専用実施権が設定された場合に第三者が権原なく特許発明を実施したときは、専用実施権の侵害となる。特許権の付与は行政処分であり、仮に特許権に無効原因があってもこれを無効とする行政処分が確定しない限り、侵害の罪が成立する。侵害の罪は、故意犯であって、特許権又はその専用実施権を侵害することを容認する故意のみを処罰し、過失は罰せられない。それ故、現存900万件と言われる我が国の特許設定登録の全てを調査せずに公知発明と信じて他人の特許発明を実施した場合には故意は認められず、過失として侵害罪不成立となるものと思料する。この点につき、弁理士の特許発明の技術的範囲に属しないとの意見に従い畑用犁の製作販売を継続した場合には特許権侵害の認識は認められない、と判示している（仙台高判決昭和43・9・26判例工業所有権法現行法編13巻2455の58頁（犁へき））。<sup>20）</sup>更に侵害罪について精査すると、特許発明の技術的範囲外の発明の実施は、特許権侵害の罪の構成要件に該当しないことはもちろんであるが、その技術範囲内であっても、特許権の効力が及ばない試験又は研究のための特許発明の実施（69条1項）、二以上の医薬を混合することにより製造されるべき医薬の発明又はこれを混合する方法の発明について医師又は歯科医師の処方せんにより調剤する行為（同条3項）は違法性を欠く。特許発明の実施につき正当な権原がある場合にも当然違法性を欠く。侵害の罪は既遂犯のみ処罰し、未遂犯は処罰規定がないため処罰されない。<sup>25）</sup>また両罰規定が定められているため、法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人等の従業者がその法人又は人の業務に関し侵害の罪を犯したときは、行為者を罰するほか、その人に対し、500万円以下の罰金刑を科し、その法人に対し1億5000万円以下の罰金刑を科する（特許201条1号「両罰規定」）。

## 4.2 詐欺の行為の罪

詐欺の行為により特許、特許権の存続期間の延長登録又は審決を受けた者は、三年以下の懲役又は300万円以下の罰金に処する（197条）。ここに「詐欺の行為」とは、特許庁審査官又は審判官等を錯誤に陥れるような行為をすることをいい、かかる行為によって特許を受け、特許権の存続期間の延長登録、特許異議の申立についての決定を受け又は審決を受けた行為が処罰の対象となる。侵害の罪は特許権等の「私権の保護」を法益とするのに対し、詐欺の行為の罪は、国家的權威、機能の阻害という「国家的法益の保護」を目的とする（特許庁編・前掲485頁）。詐欺の行為の罪は、故意犯であって、故意のみを処罰し、過失は罰されない。ここにいう「故意」は欺罔の意思であり、特許庁審査官又は審判官を欺いて錯誤に陥らしめ特許、特許権の存続期間の延長登録特許異議の申立てについての決定又は審決を受けることを容認することを意味する。相手方が錯誤に陥っているのを利用して特許を受ける等の行為が詐欺の行為となるかについては、積極・消極両説の対立がある。しかし、特許出願は特許権の付与という行政処分を求める行為であり、特許権を付与するか否かは、特許庁審査官等の判断によって決するのであるから、審査官が既に錯誤に陥っている場合に、これを利用するにすぎない行為をも処罰の対象とすることはできないというべきであろう（同旨石川惣太郎・文献2；243頁）。詐欺の行為の罪は非親告罪であって告訴を訴訟条件としない。これは、詐欺の行為の罪が国家的法益の保護を目的とすることによる。

## 4.3 虚偽表示の罪

虚偽表示の禁止についての188条の規定に違反した者は、三年以下の懲役又は300万円以下の罰金に処する（198条）。188条は特許に係る物以外の物やその生産・使用・譲渡等の広告あるいは方法の発明におけるその方法以外の方法の使用・譲渡等に関する広告に特許表示あるいはこれと紛らわしい表示をする行為を禁止し、もって取引秩序に混乱を生じないようにしたものであり、この規定に違反する行為をすることが処罰の対象となる。大審院判決大正5.10.12刑録22輯1545頁（電池）は「紛らわしい表示」とは外観上人をして特許に係る表示と誤認させ易い類似の表示をいう、とする。虚偽表示の罪は故意犯であり、ここにいう故意は188条の規定する行為をすることを認識し容認することを意味する。<sup>10)</sup> 虚偽表示の罪も非親告罪であって告訴を訴訟条件としない。取引秩序の安定、社会の特許に対する信頼という社会的法益の保護を目的とすることによる。

両罰規定（201条）が適用され、法人に対しては一億円以下の罰金を科せられる。

#### **4.4 偽証等の罪**

特許法の規定により宣誓した証人、鑑定人又は通訳人が特許庁又はその囑託を受けた裁判所に対し虚偽の陳述、鑑定又は通訳をしたときは、3月以上10年以下の懲役に処する（199条1項）。虚偽の陳述における「虚偽」の意味については、偽証罪の刑法上の解釈に関し主観説（記憶に反する陳述をすること）と客観説（陳述の内容が客観的事実に反すること）の対立があるが、判例は主観説をとり、特許法の偽証等の罪についても主観説が通説である。同様に虚偽の鑑定とは、鑑定人が自己の知識・経験に反する事実を述べることをいい（特許庁編・前掲488頁）、虚偽の通訳とは、通訳人が自己の認識したことと異なる通訳をすることをいう。虚偽の陳述、鑑定、通訳が終了して撤回ができない状態となったとき、犯罪は既遂となる（青木康「中山編注解特許法下巻第二版」1605頁）。偽証等の罪も非親告罪であって告訴を訴訟条件としない。行政手続であっても、準司法的機能を営むことから、これを国家的法益として保護したことによる。偽証等の罪を犯した者が事件の判定の謄本の送達、又は審決の確定前に自白したときは、その刑を減輕し、又は免除することができる（特許法199条2項）。ここに自白とは、犯罪の発覚する前に証人、鑑定人、又は通訳人が自ら捜査機関に対し、偽証等の罪を犯したことを告白し、処分を求めることをいう。

#### **4.5 秘密漏洩罪**

特許庁の職員又はその職にあった者がその職務に関して知得した特許出願中の発明に関する秘密を漏らし、又は盗用したときは、1年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する（同200条）。現に特許庁の職員である者及びその職にあって退職した者のみに適用されるいわゆる「身分犯」であって、国家公務員法100条の特則に該当し、特許出願中の発明に関する秘密を漏らし、又は盗用したときは国家公務員法109条12号（1年以下の懲役又は3万円以下の罰金）より重く処罰されることになる。ここに「秘密」とは職務に従事する者等小範囲の者にしか知られていない事実であり、特許出願中の発明が出願公開、特許庁長官による閲覧許可等により公開されたときは秘密性を失う。また、ここに「漏らす」とは、その事実を知らない第三者に告知することをいい、「盗用」とは当該特許発明を利用して自己の利益に供することをいう。必ずしも業として当該特許発明を実施し、この発明に基づいて特許出願等の権利取得行為をすることを

要しない（反対説；吉藤幸朔「特許法概説第13版」670頁）。<sup>8)</sup>

#### 4.6 実用新案法

実用新案法は、特許法と同じく、侵害の罪（実用新案法56条。3年以下の懲役又は300万円以下の罰金）、詐欺の行為の罪（同57条。1年以下の懲役又は100万円以下の罰金）、虚偽表示の罪（同58条。1年以下の懲役又は100万円以下の罰金）、偽証等の罪（同59条。3月以上10年以下の懲役）、秘密を漏らした罪（同60条。1年以下の懲役又は50万円以下の罰金）について規定する。その法定刑を異にするほか、構成要件及びその解釈は、すべて特許法に準じる。高松高判決昭和28.6.29高刑集6巻11号1432頁（紙製薬剤煎出袋）は、実用新案権者から契約上の実施権の設定を受けた会社から残余資産を譲り受けた取締役が「そのような場合には実用新案権者から改めて許諾を受けなくともよい」と考えてその技術的範囲に属する製品を製造したときは、その錯誤は「法律の錯誤」であって犯意を阻却しない、とする。

#### 4.7 不正競争防止法

近時、知的財産の重要性が認識され、またその保護拡大の傾向等を反映して、不正競争防止法（平成5年法律第47号）に基づく不正競争行為を巡る多数の裁判例が出されている。<sup>22)</sup> 不正競争防止法に基づく不正競争行為は、周知表示混同惹起行為（不正競争防止法2条1項1号）から、一昨年追加されたコンテンツ技術的制限手段解除機器等提供行為（同2条1項10・11号）を含み、代理人等商標冒用行為（同2条1項14号）まで、大別して八つの行為類型が規制の対象となっている。<sup>24)</sup> この中で、商標や商号に関する周知表示混同惹起行為がその大半を占めている。なお同法は民法の不法行為の特別法である。本法はパリ条約等履行の必要から、「事業者間の公正な競争」を確保するために、禁圧すべき行為類型を限定列举して、それぞれの行為類型ごとに差止請求（3条）、損害賠償訴訟（4条）、信用回復措置請求（7条）、混同防止措置請求（11条2項）、罰則（13条）を定めている。同法において、刑事罰の点から特に注目すべき点は、「周知表示の不正使用（2条1項1号）」に刑事罰規定があり、「著明表示の不正使用（2条1項2号）」には刑事罰規定がない点である。

（1）周知表示混同行為（法2条1項1号）の要件事実、以下の4点である。

- （a）表示の周知性、つまり原告の商品等表示（人の業務に係る氏名、商号、商標、標章、商品の容器もしくは包装その他の商品または営業を表示す

- るもの、以下同じ)として需要者の間に広く認識されているものの存在
- (b) 同一または類似の商品等表示を使用し、またはその商品等表示を使用した商品を譲渡し、引渡し、譲渡もしくは引渡しのため展示し、輸出し、もしくは輸入すること
  - (c) 誤認混同、つまり上 (b) の行為によって、他人の商品または営業と混同のおそれを生じること
  - (d) このほか差止請求権の要件としては、被侵害者の営業上の利益が侵害され、または侵害されるおそれがあること、損害賠償請求権の要件としては営業上の利益が侵害されたこと
- (2) これに対して、著名表示冒用行為 (同項2号) の要件事実は、以下の3点である。
- (a) 著名表示 (原告の著名な商品等表示) の存在
  - (b) 自己の商品等表示として、同一または類似のものを使用し、またはその商品表示を使用した商品を譲渡し、引き渡し、譲渡もしくは引渡しのために展示し、輸出し、もしくは輸入すること
  - (c) このほか差止請求権の要件としては、被侵害者の営業上の利益が侵害され、または侵害されるおそれがあること、損害賠償請求権の要件としては営業上の利益が侵害されたこと

つまり周知表示侵害では「誤認混同」が生ずることが要件となっているのに対して、著名表示冒用ではそれが不要である。また周知表示侵害のみに罰則 (3年以下の懲役または300万円以下の罰金) が課されている。著名表示冒用類型は、平成5年の新設規定であり、顧客吸引力へのただ乗り (フリーライド) 防止・具体的識別力の希釈化 (ダイリュージョン) 防止・イメージの汚染 (ポリューション) 防止を立法化したものと説明されている。ただパリ条約を十分に国内立法化したか否かについては議論のあるところである。

「混同のおそれ」(1号)の主張立証は、周知表示の奇抜性、周知度、競争関係の有無、表示の使用形態・販売方法の相違、その他の事由が要素となる。集積された判例は2号(著名表示冒用類型)新設前にポリューション、ダイリュージョン事案解決のため混同誤認概念を拡張した事案が多いので、今後の変化も予想される。

以上のことから周知表示の方が、著名表示より表示の性質立証が厳格になる事が一般的には想像できよう。「著名性」立証には、全国紙で広告宣伝している事実や、イメージの定着をうかがわせる報道または小説や映画での引用などが

望ましい。しかし、日本全国での全国著名性を要件とするならば、悪魔の証明を必要とすることになる。かつて「周知」の定義が、「本法施行ノ地域内ニ於テ広く認識セラルル」とされていたこととの反対解釈が必要であり、「著名」についてまで旧法の定義を援用する事はまったく納得できない。「世界的に著名であっても我が国において著名でないならば著名表示ではない。」との解釈は、平成8年改正商標法4条（登録阻止要件）1項19号や、意匠法3条（新規制喪失事由）1項3号との間で違和感を覚える。本法の平成5年改正において、「不正の目的」（昭和25年削除）を復活要件とせずに「著名表示冒用」を不正競争行為とした反動として著名性をあまりにも厳格に解する混乱が生じたとの説明がなされており、結局、学説が入り乱れている。

私見を述べれば、「他人の顧客誘引力を利用」することがすなわち2号の不正である。つまり、「被告が使用する前」から被告の営業に顧客誘引作用がある表示は「著名」である。また 混同誤認（1号）を生じるか否かについては、商標の類似性判断と同じレベルの厳格さが要求されるべきであるのに対して、2号については、「想起容易性」という緩和された判断基準が用いられるべきである。

以上の考察から、周知表示不正使用は、現実に誤認混同が生じていることが要件であり、またより厳格な表示の性質立証が求められていることによっても、より明確で客観的・絶対的な侵害を対象としていることが推察される。これに対して著明表示不正使用は、「他人の顧客誘引力を利用」することがすなわち2号の不正であるとすると、より主観的・相対的な侵害を想定していると考えられる。このことは、もちろん直ちに法益の違いを反映しているものではないが、前者は「国家的法益保護」により力点を置き、後者は「私的法益保護」を主眼としているためと理解してもさほど間違いではないように思われる。

### （3）考察

近年の熾烈な技術開発競争は、インターネットなどの高度情報化と相まって、工業所有権犯罪を激増させている。このような趨勢に対して特許権を有する大企業やそれに迎合する政党は、特許権侵害対策を強化する方針を打ち出している（民社党マニフェスト等）。確かに国土も38万㎡と狭く、見るべき資源もないのに1億3千万人も人口を養わねばならない我が国が生存していくためには、技術と製品を世界に輸出するとともに、それらを支える知的財産権をその侵害から守り抜かねばならないことは論を待たない。しかしその実際的実現方法として、「持てる者」の権利保護ばかりに留意して、人類文明の進歩を阻害しては

ならないこともまた真実である。特に特許権侵害に対する刑事罰については、米国や台湾では既にその無効性・非効率性が主張されているに係わらず、我が国では非親告罪化や罰金額増大などに見られるが如く、罰則強化に歯止めがかからないように見受けられる。そのためここで一度立ち止まり、「侵害には刑事罰を」と短絡的に思考することなく、人権を含めた「研究者の権利」と「特許権実施者の権利」を衡量し、法経済的観点からも合理的で真に国民の利益になる特許権侵害対策制度とはなにかを再考する必要があると料する。

工業所有権犯罪には過失を処罰する規定はない。従って他人の登録商標の存在を知らないで同一ないし類似の商標を使用した者は商標公報に注意しなかった点に過失があるとしても処罰の対象にはならない。<sup>26)</sup>ただしその「知らなかったということ」が「全く知らなかった」のか、あるいは漠然せよ「権利侵害になりはしないか」という危惧を抱きつつ、しかもそれでも介意せずと考えて行ったかのいずれかによって、あるいは「過失」となりあるいは「未必の故意」が認められることになる。特に工業所有権侵害罪の場合、「他人の権利の存在を知らなかった」と弁解する事例が極めて多いと考えられるので、その弁解をそのまま受け取って単なる「過失」とするか、あるいは然らずして「未必の故意」ありとするか慎重な判断が要求される。一般に「故意」とは「罪となるべき事実の認識」であって、認識した事実と現実に発生した事実とが一致していない場合（事実の錯誤）や、自己の行為が「法律上許されないのに許される」と勘違いする場合（法律の錯誤）に故意の存在が問題となる。工業所有権犯罪についてはこの「法律の錯誤」が少なくないと考えられるが、刑法38条3項に「法律を知らざるをもって罪を犯す意思なしと為すことを得ず」と定めているため「法律の錯誤」の場合には故意が認められることになる。<sup>1)</sup>ただ現在の我が国で34万件と言われる登録特許の全てを知ることは限りなく不可能に近いため、法定犯の場合に自然犯と同様に考えることは苛酷に過ぎると言わねばならない。また例えば特許権侵害事件について、専門家が調査しても結論が帰一しないような微妙な事実関係では、被疑者の侵害の故意の存在そのものが疑わしくなる場合もあると考えられる。さらに特許侵害罪が非親告罪に変更されたといっても、現実には関係者の告訴・告発がなければ司法警察当局は「捜査の端緒」を得ることができないため、実際上は親告罪と大差ないと言われている。<sup>3)</sup>また例え立件されたとしても、特許庁の判断は直接には裁判所を拘束するものではないものとして意図されている一方、高度に技術的な「特許請求の範囲」に抵触するか否かの判断を裁判所が独自に行うことは困難であるため、真摯な研究者

間の熾烈な先端科学技術開発競争に関して、合理的にしてかつ国民大多数の納得する判断を得るとは不可能に近いと考えられる。特に原理上適用困難であるだけでなく、創設以来120年間現実に一度も判例で用いられたことのない特許権侵害刑事罰自由刑は、諸外国にも例を見ない悪法であると断ぜざるを得ない。

なお商標権侵害等の「工業所有権侵害と発生的に異なる知的財産」侵害に関しては、必ずしも発明者自身がその侵害者となる可能性が多いとはいえないため、同列に考えることは適当ではないと思われる。そのためこれらに自由刑を存続させる妥当性は残されているものと思料する。

本来、特許制度を初めとした知的財産権は、新しい技術やアイデアの創成を奨励するとともに、世界全体に拡散させ人類の福祉に貢献せんがために作られたと考えると、個人的な利権を守る私的所有権等と全く同じに考えることは適当とは思われない。法定刑も特許権侵害の「5年以下の懲役」は背任罪や横領罪に等しいが、人類の福祉に貢献せんと人生を捧げている真摯な研究者をも、これらの自然犯と同じに見做すことは、開発現場の状況無視・技術者蔑視も甚だしいものと言わねばならない。文明の進歩のインセンティブを確保し発明者の権利を守るということは、その努力の結晶である特許権を守るという「積極的保護」とともに、財産刑のみならず自由刑を科される危険性を排除するという「消極的保護」も等しく重要であると信じる。現在でも前人未到の革新的未踏技術の発明を志す研究者は、そのすべてが大企業の庇護の元にあるのではなく、経済的・社会的に恵まれない「町の発明家」や「地方大学の研究者」もその人数としては多い、民事責任においては特許権実施に対しては「過失」が推定されてしまう（特許法103条）ので、「過失」により特許権侵害を行ってしまったその様な単独研究者に、差止め・損害賠償に加えて、そのうえ自由刑までもが科される危険性があることは苛酷に過ぎると考えられる。朝令暮改が常で法改正が頻繁なフランスを唯一の例外として、大多数の欧米諸国のみならずアジア諸国においても特許権侵害に対する自由刑を規定している国は見当たらない。さらに我が国特許法成立史をひも解いても、当初国会での審議を経なかった明治18年専売特許「條例」で、「特許ノ侵害ニ刑罰ヲ課シ之ヲ親告罪ト為シタル（清瀬一郎「特許法原理」pp44）」と規定された自由刑が、それ以降国会において明白な検討を経ずに現行特許法にも引き継がれた理由はつまびらかではない。思うに、「国家富強の基礎は科学と発明にあり（ウィルソン）」として戦前の富国強兵政策に支えられた国家法益侵犯に対する厳罰主義、一度制定された刑事罰に対する伝統的な守旧性、および発明家の保護と企業家の保護とを混同

した立法家達の現場を見ない観念主義にその責を帰すべきものと思料する。

#### (4) 結言

諸外国では侵害者を刑事的に罰するよりも経済的に十分な補償を確保することで、特許権者に対する最善の救済は十分達成できると考えられていることからしても、謙抑的であるべき身体的自由刑を特許権侵害に課することは不適切であり、聖書に「カエサルのはカエサルに」とある如く、権利者の財産権を侵す私的利益罪と考えて親告罪に復するとともに、自由刑を廃して罰金刑のみを課する法制度の方がより適当であると思料する。

#### (5) 謝辞

本論文作成にあたり暖かい御指導をいただいた中央大学法学部佐藤恵太教授・伊藤知生インストラクター、並びに熊谷清一弁護士（あおば総合法律会計事務所）・佐藤真理弁護士（奈良合同法律事務所）の友人法曹諸氏に感謝します。

最後に、筆者の出身校である兵庫県立姫路西高校の前身、旧制姫路中学卒業生（明治34年）の清瀬一郎先生（1884～1967兵庫県姫路生、工業所有権法調査委員長・文部大臣・衆議院議長・極東裁判東条英機首席辩护人）は、大正10年の特許法改正に際して逐条審議された後、その経験を元に工業所有権の分野の法学研究者にとってバイブルとされている「特許法原理」を執筆された。清瀬先生がその京都帝国大学博士請求論文「発明特許ノ起源及発達」の中で述べられた「特許権は発明者が請求する権利」という信念は、ひとり「人は平等でなければならない」と述べた福沢諭吉の思想と符合するのみならず、封建制の象徴ともいべき軍部と勇気をもって対立した高橋是清の思考とも呼応するものであり、また「技術家、発明家ハ無言ノ社会改革者ナリ。政治家・立法家ハソレニ追従スルニ過ギズ」と特許法原理の巻頭に述べられて、「特許権を正しく守ることは、文明の進歩に貢献するのみならず、世界の人々の人権擁護にも繋がる」ことをその御著書からお教えいただいた。また清瀬先生は、80年の昔より奇しくも本論文での主張と軌を一にして、「諸外国ト比較スルニ我が国ノ特許刑法ノ処罰ハ重罰ニ過ギタリ」との警鐘を鳴らされていた。この郷里の偉大な先輩がライフワークとされた工業所有権法を、囚らずも21世紀の今日拙論の主題とできたことに不思議な運命を感じざるを得ないとともに、我が国の知的財産法の発展に尽力された明治の偉人達の驚嘆すべき叡知と熱意に深い感銘を受けつつ、心より感謝する次第である。

## 【参考文献（出版年順）】

1. 清瀬一郎：「特許法原理」，pp17～47（第3章特許法ノ起源並ビニ発達），pp471～496（第4編特許刑法），巖松堂書店刊，1929
2. 石川惣太郎：「特許刑事法」，pp3～11，発明協会，1971
3. 三宅正雄：「特許-本質とその周辺」，pp61～70「特許権侵害」，pp314「特許権侵害と親告罪」，発明協会，1981
4. Lord High Chancellor of Great Britain：Halsbury's Laws of England 4<sup>th</sup> edition”，§578～§601，pp323～337，Butterworths，1981
5. 川口博也：「アメリカ特許法概説」，発明協会，p87～99，1987
6. 紋谷暢男：「特許法50講」，pp252～261，有斐閣双書，1988
7. 中山信弘：「マルチメディアと著作権」，pp45～46，岩波新書426，1996
8. 吉藤幸朔・熊谷健一補訂「特許法概説（第2版：XI特許刑事法）」，pp667～672，有斐閣，1997
9. 朝日奈宗太：「外国特許制度概説（第7版）」，東京図書，1998
10. 牧野利秋編：「特許・意匠・商標の基礎知識：48刑事責任」，p203～208，青林書院，1999
11. 高山佳奈子：「故意と違法性の意識」，有斐閣，1999
12. 竹田和彦：「特許の知識」，pp190～258，ダイヤモンド社，1999
13. 田倉整：「特許法の刑事罰規定に想う---疑問と提言---」，特技懇，No.206，pp17～24，199.7.8
14. 角田正芳編：「知的財産権小六法」，pp131～134，成文堂，2000
15. 中山信弘：「工業所有権法（上）特許法〔第2版増補版〕」，pp378-379，pp484-485，弘文堂法律学講座双書，2000
16. 法務大臣官房司法法制調査会編：「特許法」，中華人民共和国六法「無体財産（特許法）」，pp6181～6212，ぎょうせい，2001
17. ヘンリー幸田著：「米国特許法逐条解説く第4版」，p318，発明協会，2001
18. 中山信弘：「注解特許法〔第3版〕」，pp2003～2067，青林書院，2000
19. 科学技術白書：「知的財産権制度の充実と標準化への積極的対応」，平成14年度版，pp303～316，2002
20. 特許庁出願支援課登録室編著：「工業所有権登録の実務」，pp2～32，経済産業調査会，2002
21. 高林龍：「標準特許法」，第2章特許権侵害，第5節刑事罰，pp155，有斐閣，2003
22. 竹田稔：「知的財産権侵害要論（特許・意匠・商標編第4版）」：第6章特許権侵害等と刑事責任」，pp457～478，発明協会，2003
23. 竹田稔：「知的財産権侵害要論（不正競争編）：第1章不正競争」，pp314～330，発明協会，2003
24. 田村義之：「不正競争法概説〔第2版〕：第2款刑事的規律」，pp371～377，有斐閣，2003
25. 大矢息生・杉田就・三澤正義編著：「特許・意匠・商標の法律相談：74侵害の刑事責任」pp272～277，学陽書房，2003
26. 井田良：「刑事立法の活性化とそのゆくえ」，法律時報75巻，第2号特集「最近の刑事立法の動きとその評価」，pp4～6，2003.2
27. 甲斐克則：「刑事立法と法益概念の機能」，法律時報75巻，第2号特集「最近の刑事立法の動きとその評価」，pp7～13，2003.2
28. 高橋則夫：「刑法的保護の早期化と刑法の限界」，法律時報75巻，第2号特集「最近の刑事立法の動きとその評価」，pp15～19，2003.2
29. 松宮孝明：「実体刑法とその「国際化」---またはグローバルイゼーション---に伴う諸問題」，法律時報75巻，第2号特集「最近の刑事立法の動きとその評価」，pp25～30，2003.2
30. 近藤和哉：「人クローン個体の産生に対する刑事規制の検討」，法律時報75巻，第2号特集「最近の刑事立法の動きとその評価」，pp56～60，2003.2
31. 山内修：「わたしたちの著作権講座：知的財産の侵害と補償」，2003.3.20
32. 熊谷健一：「特許法改正と知的財産を巡る重要問題の議論と動向」，2003

33. 棚町祥吉：「知的財産の保護と刑事罰」, パテント2003, Vol.56, No.4, pp85~91, 2003
34. 犯罪白書：「ハイテク犯罪検挙件数」平成15年度版, pp48~51, 2003
35. 横山久芳・蘆立順美：「知的財産法」, 法律時報75巻, 第13号特集「2003年学界回顧」, pp160~167, 2003. 2
36. 大矢息生・杉田就・三澤正義：「特許・意匠・商標の法律相談」, pp68~70, 学陽書房, 2003
37. 田村善之：「知的財産法」, pp190~197, 有斐閣, 2003
38. 土肥一史：「知的財産法入門」, pp215~pp216, 中央経済社, 2003
39. Francis J. Ludes & Harold J. Gilbert： “Corpus Juris Secundum”, Vol.69, § 356, pp1090~1097, West Publishing Co.