

I. 反対尋問

- 5 1. 「Ⅲ. 学説の状況」2 ページ 13 行目以下の C-2 説は、違法性の意識の可能性の基準についてどのような基準の下判断をしているのか。また、可能性の程度に幅があるところ、そうした程度の幅は考慮しないのか。
2. 「Ⅳ. 判例」2 ページ 33 行目の〔解説〕において「原判決の理論自体を正面から否定することはせず」と述べられているが、その根拠は何か。
- 10 3. 検察側は、B 説に対して「Ⅴ. 学説の検討」3 ページ 19 行目において「解釈上不合理」であるとして批判をしているが、C-2 説によれば合理的な解釈を導けるのか。またその理由は何か。

II. 学説の検討

15 ・ B 説について

違法性の意識を責任故意の要件とすることは、故意と過失の質的相違を捉えた明快な区別を可能にすると考える¹。違法性の意識があるということは、行為に際して行為者に行為動機を阻止する反対動機が存在を意味しており、この反対動機を突破して行為の決意に出るところに重い責任非難の根拠がある²。つまり、徹底した道義的非難は、行為者が単に犯罪事実を表象しただけで足りず、それが法的に許されないものであることを知って行為した場合に初めてなしうるのである³。犯罪事実を認識してもその違法性を意識しなかったとすれば、法的・道義的な抑制感情に遭遇しなかった筈で、「罪を犯す意」があったとして非難するに値せず、まさに過失である。違法の意識こそは、故意と過失とを分かつ分水嶺である⁴。

25 よって、弁護側は B 説を採用する。

・ A 説について

そもそも、伝統が必ずしも正当性を意味するわけではなく、むしろ、「法律の不知は許さず」という法諺は現代の法思想に背馳するというべきである⁵。

30 また、故意には違法性の意識そのものが必要であり、一般人にはそれが可能でも本人にとって不可能であれば、本人の責めに帰せられるべきではない⁶。

よって、弁護側は A 説を採用しない。

・ C-1 説について

¹ 斎藤信治『刑法総論〔第6版〕』（有斐閣,2008年）103頁。
² 福田平『全訂刑法総論〔第4版〕』（有斐閣,2004年）200頁。
³ 大塚仁『刑法概説総論〔第4版〕』（有斐閣,2008年）461頁。
⁴ 斎藤・前掲 103頁。
⁵ 山中敬一『刑法総論〔第2版〕』（成文堂,2008年）645頁。
⁶ 浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（成文堂,2007年）333頁。

この説は、故意には違法性の認識そのものはかならずしも必要ではなく、その可能性があれば足りるとする。しかしながら、これは「可能性の認識」を限界とする故意の概念に「認識の可能性」という過失的要素を導入し、故意と過失という本質的に相排斥し合う矛盾概念を結合しようとするところに論理的矛盾がある⁷。

5 また、人格責任論の立場から説明をするにしても、なぜ違法性の過失にのみ人格形成責任をみとめ、事実の過失には認めないのかに疑問が提示されている⁸。

よって、弁護側は C-1 説を採用しない。

・ C-2 説について

10 この説は、違法性の意識ないしその可能性を直ちに責任要素と解する点に根本的な疑問がある⁹。この立場においては、故意、過失をいわゆる事実的故意、事実的過失として論ずればたりるとされるのが一般であるが、究極的に責任論における責任故意、責任過失の区別を論ずることなしに、故意犯と過失犯との区別をするのは不徹底であると考え。なぜなら、事実的故意の存在だけでは、故意犯の本質としての法規範に違反する行為者の積極的な人格態度を十分にうかがいうるものではないからである。違法性の意識こそが責任故意の要素で
15 あり、責任過失においてはそれが欠けることが両者の区別の基準とされるべきものなのである¹⁰。C-2 説には、違法性の意識の「可能性」を根拠に故意を認めるといった制限故意説のような矛盾はない。ただ、C-2 説も、故意を「構成要件事実の認識」として形式的に処理する点に問題がある¹¹。

よって、弁護側は C-2 説を採用しない。

20

III. 本問の検討

第 1. 甲による「PS5」内臓プログラムの改変及び販売について

1. 甲が、商標登録を受けている家庭用テレビゲーム機「PS5」の内臓プログラムに改変を施した上でその登録商標をつけたままオークションに出品した行為は、株式会社 S の商標
25 権を侵害する行為として商標法 78 条に違反しないか。
2. 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(商標法 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
30 うまでもない。

本件において、甲は、株式会社 S (以下「S 社」という)が商標登録を受けている PS5 の内臓プログラムを S 社に無断で改変し、その登録商標をつけたままネットオークショ

⁷ 川端博『刑法総論講義〔第 3 版〕』(成文堂,2013 年)449 頁。

⁸ 福田平・前掲 202-203 頁。

⁹ 大塚・前掲 463 頁。

¹⁰ 福田平・大塚仁『対談刑法総論(下)』(有斐閣,1987 年)59 頁。

¹¹ 木村光江『刑法〔第 2 版〕』(東京大学出版会,2002 年)113 頁。

ンに出品した。

本件改変行為は、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に鑑みると、商品としての PS5 の本質的部分の改変にほかならない。当該改変のように、真正品との同一性を損ねる改変は、商標の持つ出所表示機能及び品質保証機能を害している。

また、本件販売行為は上記のように商標権の侵害を構成するといえる。

したがって、本件改変行為及び販売行為は、S 社の「商標権」を独占して「使用」する権利を「侵害」しているといえ、客観的構成要件要素を充足している。

また、甲は自身の改変行為及び販売行為について認識・認容しているため、構成要件的故意(刑法 38 条 1 項本文)も認められる。

3. (1) ところで、甲は本件改変行為について PS5 本体の初期化機能やアップデート機能によって改変前とほぼ同じ状態に戻すことができる点、商品の同一性を損なう改変行為ではないと考えていた。また、甲は幼馴染の警察官僚である乙からの言葉から、改変行為の適法性にお墨付きを得たように感じたためにオークションへの出品行為を行っている。その点、違法性の意識は必要であるか否か、また不要であるとしても違法性の意識可能性は必要であるか否かが問題となる。

弁護側は、B 説(違法性の意識必要説(厳格故意説))を採用するため、違法性の意識も責任故意の要素であるとし、違法性の意識がなければ責任故意が阻却されるものと解する。

- (2) 本件において、甲の違法性の意識は、部品の交換・変更やハードウェアの変更のみにとどまり、書き換えが可能かつ変更が予定されている内蔵プログラムの改変までには至らなかった。これについて内蔵プログラムは書換えが可能であり、変更も予定されているということや、PS5 本体の初期化機能やアップデート機能によって、改変前の状態とほぼ同じ状態に戻すことも可能であると甲が考えたからであるが、このように考えることは論理として不自然であるとは言えない。

また、甲の幼馴染である乙は現職の警察官僚であるが、乙の 46 歳という年齢から考えると警視正や警視長になっていても不自然でなく、そのような社会的地位が高い位置にいる人の言葉を信じてしまうのも仕方がないことだといえる。

加えて乙は小さいころ“神童”と呼ばれるくらいの秀才であり、小さいころのイメージはなかなか変わりにくいことを考慮すると、甲は今でも乙に対して尊敬の念を抱いていたと推察される。そのような乙から「今時は、こんなこともできるのか。」「甲は昔から機械いじりが得意だったから、これで稼げるのはいいことだ。」「これは高く売れそうだな。ま、わかっているだろうけども、やりすぎはほどほどにしておけよ。」などの発言をされた甲が、当該改変行為についてのお墨付きをもらったと考えたことは無理もないといえる。

よって、甲は当該改変行為及び販売行為に対して違法性の意識は全くなく、自身の

行為を適法であると考えていた。したがって、責任故意が阻却される。

4. 以上より、責任故意が阻却されるため商標法 78 条の罪は成立しない。

第 2. 甲による内臓プログラム改変済みの「PS5」の所持行為について

5 1. また、甲が内臓プログラムに改変を施した本件「PS5」を、他者へ譲渡する目的で所持した行為は、商標法 37 条 2 号の「商標権」を「侵害する行為とみなされる行為」として、商標法 78 条の 2 により罰せられないか。

10 2. 甲は、S 社が商標登録を受けている PS5 の内臓プログラムを S 社に無断で改変した上で、その真正品とは異なる本件改変済み PS5 少なくとも 3 台に、PS5 という「登録商標」を付し、「譲渡、引渡し又は輸出のために所持」しているため、商標法 37 条 2 号の客観的構成要件に該当する。

また、甲は自身の所持行為について認識・認容していたといえるので、構成要件的故意(刑法 38 条 1 項本文)も認められる。

3. (1) ところで、甲は本件所持行為についても違法な行為でないと考えていた。その点、甲に違法性の意識がないことにつき責任故意が阻却されないか。

15 (2) この点、弁護側は上述本問の検討第 1.3.(2)と同様の観点から、本件所持行為についても責任故意が阻却される。

4. 以上より、責任故意が阻却されるため商標法 78 の 2 の罪は成立しない。

IV. 結論

20 甲は何ら罪責を負わない。

以上