

只木ゼミ前期第9問検察レジュメ

文責: 1 班

I. 事案の概要

5 甲(45歳)は株式会社Sが商標登録を受けている家庭用テレビゲーム機「PS5」について、PS5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を改変し、ネットオークションに出そうと考えていた。

10 甲は、部品の交換・変更や、ハードウェア面における変更は違法であるとの認識があった。しかし、甲が行おうとしているのは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であるし、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も可能であるので問題はないと考えていた。

甲の同郷の幼馴染である乙(46歳)は、小さいころから地元で“神童”と呼ばれるほどの秀才であり、東京の大学を卒業後そのまま警察庁に入庁した現職の警察官僚である。

15 乙が帰郷し、久々に甲の自宅を訪ねた際、甲はPS5の内蔵プログラムを改変している最中であった。乙は、甲に何をしているのかを聞きながら「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。まあ、わかっているだろうけれども、やりすぎずほどほどにしておけよ。」などと発言した。それを聞いた甲は、警察庁の偉い警察官がそう言うのだから自身の改変行為は全く問題がないという確信をさらに強めた。

20 その後甲は内蔵プログラムに改変を施したPS5を、その登録商標をつけたまま3台ネットオークションに出品した。

甲の罪責を検討せよ。

参考判例：名古屋高裁平成25年1月25日判決

II. 問題の所在

25 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、犯罪の成立のためには、違法性の意識が必要であるのか否か、または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について問題となる。

III. 学説の状況

A 説（違法性の意識不要説）

35 「法律の不知は許さず」という法諺はローマ法以来の伝統であり、違法性の意識を要求すれば法の弛緩を招くことから、故意の要件として犯罪事実の認識があれば足り、違法性

の意識または違法性の意識可能性は故意または責任の内容でないとする説¹。

B 説（違法性の意識必要説(厳格故意説)

違法性の意識があるのにあえて違法行為を行ったところに故意犯としての重い非難の根拠があるとし、違法性の意識も故意の要素であり、違法性の意識を欠けば故意を阻却する
5 とする説²。

C 説（可能性説）

故意犯が成立するためには違法性の意識の可能性が必要であり、かつそれで足りるとする説。このような場合、違法性の意識を故意の要素と捉えるか、あるいは故意とは別個の責任要素と捉えるかによって、下記の 2 説に分かれる。

10 C-1 説（制限故意説）

違法性の意識の可能性を故意の内容とし、違法性の錯誤に相当の理由があり、それが回避不可能であった場合には故意を阻却する説³。

C-2 説（責任説）

違法性の意識可能性を欠いたことについて非難できないときは不可罰とするのが責任主義の要請であるとし、違法性の意識の可能性を故意・過失共通の独立別個な責任要素であるとする説⁴。
15

IV. 判例

最高裁判所第 1 小法廷昭和 53 年 6 月 29 日判決。刑集 32 卷 4 号 967 頁。

20 [事案の概要]

被告人は、佐藤首相訪米に反対する約 300 名の者が羽田空港ビル内で無許可の集団示威運動を行った際、共犯者らと共謀のうえ、集団示威運動を指導したとして公訴を提起された。

[判旨(一部抜粋)]

「被告人の経歴、知識、経験に照らすと…被告人は行為当時本件集団示威運動が法律上許されないものであることを認識していたと認められるから、被告人はそれが法律上許されないものであるとは考えなかつたと認定した原判決は、事実を誤認したものであり、この誤りは判決に影響を及ぼし、原判決を破棄しなければ著しく正義に反すると認められる」
25 として、原判決を破棄し、東京高裁に差し戻した。

30 [解説]

本判決では、それまでの違法性の意識を不要とする判例を変更するか否かに関しては、正面から判断することを避けながらも、被告人が違法性の意識を欠いたことについて相当の理由があるとして犯罪の成立を妨げると判示した原判決の理論自体を正面から否定する

¹ 前田雅英『刑法総論講義〔第 4 版〕』（東京大学出版会,2006 年）298 頁参照。

² 小野清一郎『新訂刑法講義総論〔補訂版〕』（有斐閣,1950 年）154 頁。

³ 団藤重光『刑法要綱総論〔第 3 版〕』（創文堂,1990 年）317 頁。

⁴ 大谷實『刑法総論〔新版第 2 版〕』（成文堂,2013 年）342 頁。

ことはせず、また、検察側の上告趣意の一つである判例違反の点には何も触れることなく、被告人に違法性の意識があったと認められることを理由とした点について、違法性の意識の不要説から一步前進した判例と見ることができる。

5 V. 学説の検討

A 説（違法性の意識不要説）

不要説は故意犯が成立するためには犯罪事実の認識があれば足り、違法性の意識もその可能性も不要であるとする。しかし、この見解によれば違法性の意識可能性すらなく行為者を非難することができない場合であっても故意犯として処罰されることになるが、これは責任主義に反する。したがって、検察側は採用しない。

B 説（違法性の意識必要説(厳格故意説)）

本説は現実の違法性の意識が反対動機を形成し、それを乗り越えて違法行為に出る点に故意責任の本質があるとして、故意犯が成立するためには犯罪事実の認識だけでは足りず、現実の違法性の意識が必要であるとする。しかし、この見解をとる場合、規範意識が鈍麻している常習犯人の加重責任(186 条) の根拠、行為時に違法性を意識しているといえるとはいえない激情犯や確信犯の可罰性が説明できなくなってしまう。また、必要説は、刑法 38 条 3 項は違法性ではなく法規の不知についての規定であり、ただし書の「情状」は法規の不知についての情状と解することになるが、それでは、違法性を意識しながら行為に及んでも法規の不知を根拠に刑を減刑されうることになり解釈上不合理である⁵。よって検察側は採用しない。

C 説（可能性説）

本説は故意犯が成立するには違法性の意識の可能性が必要であり、それで足りるとする。責任の本質は非難可能性と解するところ、行為者が自己の行為の違法性を意識することができ、意識すれば反対動機を形成しえた。したがって違法性の意識可能性さえあれば非難可能といえる。したがって本見解は妥当である。

C-1 説（制限故意説）

制限故意説は故意の内容として現実の違法性の意識が必要でないが、違法性の意識可能性は必要であるとする。しかし、可能性という過失要件を故意概念に導入するもので、故意と過失を混同している。つまり、「故意に」とは「知っていながら」ということであるのに、違法であることを知らなくとも可能性があれば故意があるというのは言葉の上で無理がある⁶。したがって本説を検察側は採用しない。

C-2 説（責任説）

故意とは構成要件該当事実の認識認容及び違法性阻却該当事実の認識がないことであり、犯罪事実の認識＝故意が認められる以上、通常は行為の違法性を認識すべきであり、

⁵ 大谷・前掲 344 頁。

⁶ 西田典之『刑法総論〔第 2 版〕』（弘文堂,2006 年)242 頁。

現実に違法性の意識があったか否かは責任非難を左右するものではない。しかし、違法性の意識の可能性すら存在しなかった場合、もはや責任非難はできないのであるからかかる場合、現行法上超法規的に責任が阻却されると解するべきである⁷。違法性の意識の解釈として妥当であり、検察側は採用する。

5

VI. 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、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オークションに出品した行為は、株式会社Sの商標権を侵害する行為として商標法78条に違反しないか。

10

2. 甲は、株式会社S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。本件改変行為により改造されたPS5は、その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および実行可能になった。

15

本件PS5の様な、アプリケーションをインストールしてそれをを用いる形態の家庭用テレビゲーム機は、本来インターネット配信により正規のアプリケーションが用いられることを予定しており、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改変することについては予定されていない。そして、本件で改変の対象となった内臓プログラムはハードウェアとしてのPS5と不可分一体かつ不可欠の構成要素であるから、その改変は商品としてのPS5の、本質的部分の同一性を損なう改変であるといえる。この様な、真正品との同一性を損なう改変は商標の品質保証機能を損なうものである。そして、甲は本件改変を施したPS5を、その登録商標をつけたまま3台ネットオークションに出品した。

20

以上の点から、本件改変行為および販売行為は、結果として株式会社Sの「商標権」を独占して「使用」する権利を「侵害」しているといえる。

25

したがって、商標法78条の構成要件に該当する。

3. 本件行為には、特段違法性を阻却する事由は見受けられない。

30

4. (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、甲に違法性の意識がないことにつき責任が阻却されるのではないか。責任の要素に違法性の意識が必要であるか否かが問題となる。

検察側は、この点につきC説(可能性説)を採用するため、違法性の意識は責任の要素ではないと考えるため、違法性の意識は不要である。

35

(2) ア. もっとも本説に拠れば、違法性の意識を欠いたことに相当の理由があれば、違法

⁷ 大谷・前掲346頁。

性の意識可能性が無かったとして責任が阻却されるから、かかる事情の有無につき検討する。

イ. 本件において、 たしかに、甲の認識ではハードウェア面のみが改造が禁じられており、ソフトウェアについては改変前とほぼ同じ状態に戻すことができるから改造は許されると思っていた。さらに、かつて神童と呼ばれた現職警官乙に「高く売れそうだな」と言われた点、販売についてお墨付きを得たと感じてネットオークションに出品したのも無理はないとも思える。

しかし、乙の「今時はこんなこともできるのか」という言葉からも推測できるように、本件改変行為について専門的な知識を有しているとは思えない。「ほどほどにしておけよ」という発言も乙の帰郷時に、甲の自宅で発したものであり、警察官僚と言うよりは、むしろ同郷の幼馴染としての世話をしたに過ぎない。そもそも乙は小さい頃地元で“神童”と呼ばれていたが、それは30年ほど前のその地元の中での相対的な評価に過ぎず、上述諸発言からみても、乙が現代のプログラム改変に関する取締法規に関する知識に精通しているとは考えられず、それを安易に信用し行為に及んだ甲の一連の行動は軽率であると言わざるを得ない。また、乙は警察組織内で商標権違反の取り締まりの部署にいたかどうかは不明であるし、そもそも商標に関する諸問題は、経済産業省特許庁の管轄であり警察庁はあくまでその取り締まりに関わるに過ぎない。本件改変行為が商標権に抵触するか否かは特許庁に問い合わせさえすれば容易にわかることであり、少なくともネットオークションという公の市場に出品する際に確認を取らなかったことはあまりに軽率であり、違法性の意識を欠いたことに特段の事情があったとは言えない。したがって、責任は阻却されない。

5. 以上より、本件行為に商標法78条の罪が成立する。

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

1. 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。

2. 甲は、株式会社S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号の構成要件に該当する。

3. 本件行為には、特段違法性を阻却する事由は見受けられない。

4. (1) ところで、甲は本件所持行為についても違法な行為ではないと考えていた。その点、甲に違法性の意識がないことにつき責任が阻却されるのではないか。責任の要素に違法性の意識が必要であるか否かが問題となる。

(2) この点、検察側は上述本問の検討第1.4(2)と同様の観点から、本件所持行為につ

いても責任は阻却されないと考える。

5. 以上より、本件行為は商標法 37 条 2 号が規定する商標権を「侵害する行為とみなされる行為」に該当し、同法 78 条の 2 の罪が成立する。

5 VII. 結論

甲による「PS5」内臓プログラムの改変及び販売行為は商標法 78 条の罪が成立し、また、甲による内臓プログラム改変済みの「PS5」の所持行為は商標法 37 条 2 号が規定する商標権を侵害する行為とみなされる行為であり、78 条の 2 の罪が成立する。両罪は併合罪(刑法 45 条前段)になる。

10

以上