

第9章 罰 則

第78条 (侵害の罪)

商標権又は専用使用権を侵害した者（第37条又は第67条の規定により商標権又は専用使用権を侵害する行為とみなされる行為を行つた者を除く。）は、10年以下の懲役若しくは1000万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

(改正, 平5法26, 平18法55)

【参考文献】

伊藤榮樹ほか編・注釈特別刑法第5巻経済法Ⅱ149頁以下〔原田國男〕(立花書房, 1984年), 石川惣太郎「商標法」平野龍一ほか編・注解特別刑法4経済編〔第2版〕(青林書院, 1991年), 石川惣太郎・特許刑事法－工業所有権犯罪と刑罰－〔改訂版〕(発明協会, 1994年), 西田典之・刑法総論〔第2版〕(弘文堂, 2010年), 井田良・講義刑法学・総論(有斐閣, 2008年), 高橋則夫・刑法総論〔第2版〕(成文堂, 2013年), 山口厚・刑法総論〔第3版〕(有斐閣, 2016年)。

細 目 次

I 本条の趣旨(1861)	(2) 故意(1866)
II 構成要件(1862)	(a) 総説(1866)
(1) 総説(1862)	(b) 未必の故意(1869)
(2) 商標が無効理由を含む場合(1862)	(3) 違法性の意識(1871)
III 違法性(1865)	V 罪数(1875)
IV 責任(1866)	VI 刑罰(1882)
(1) 総説(1866)	

[愛知 靖之]

I 本条の趣旨

本条は、商標権・専用使用権の侵害罪について定めている。商標法37条・67条により商標権・専用使用権の侵害とみなされる行為については、平成18年改正により、78条の2に独立した刑罰規定が置かれることになり、本条の対象から除外されている。ただし、本条の解説や裁判例の紹介では、説明の便宜上、現行法下では78条の2の問題となるものも含んでいる。

本条（及び次条）の保護法益には、商標権者の業務上の信用という個人的法益と、公正

な競争秩序の維持、並びに、商品・役務の誤認混同から保護される一般需要者の利益という社会的法益の双方が含まれる。特に、後者の公益性の見地から、本条（及び次条）の罪は、従来から非親告罪とされてきた。

本条を含めた罰則規定は、犯罪及びこれに対する刑罰を定めた刑法典以外の刑罰法規として特別刑法に属し、刑法典の総則規定がそのまま適用されることになる（刑8条）。そこで、刑法38条1項によれば、「法律に特別の規定がある場合は」、過失犯を処罰することができるとされているところ、商標法にはそのような規定がないため、故意犯のみが処罰の対象となる。また、刑法44条は「未遂を罰する場合は、各本条で定める」と規定するところ、商標法には未遂の規定がないため処罰対象とはならない。

II 構成要件

(1) 総 説

本条の構成要件に該当する行為とは、商標権又は専用使用権の侵害行為（ただし、商標37条・67条により商標権・専用使用権の侵害とみなされる行為を除く）である。すなわち、指定商品・役務と同一の商品・役務に登録商標と同一の商標を権利者に無断で「使用」（商標2条3項）する行為（商標25条・30条2項・36条）を、権利制限事由（民事上の抗弁事由）（商標26条・32条1項など）に該当することなく行うことが、本条の構成要件となる。商標法は、商標権侵害において、商標及び指定商品・役務に同一性が認められる場合（本条の罪）と、類似性が認められる場合（商標37条1項に基づく78条の2の罪）とを、法定刑の異なる別罪としているため、本条の罪の成否を検討する際には、「同一性」判断が重要となる（なお、本条の構成要件である商標法25条に対しては、商標法70条1項の適用がある）。詳細は、各規定の注解に委ねる。

(2) 商標が無効理由を含む場合

商標が無効理由を含んでいる場合でも、無効審判により無効とされない限り商標権は有効であり、刑事手続においても、無効審決確定までは商標権は有効なものと扱われ、その無断使用には侵害罪が成立すると説く見解が多い（伊藤榮樹ほか編・注釈特別刑法〔5〕経済法Ⅱ155頁・163頁〔原田國男〕（立花書房、1984年）、石川惣太郎「商標法」平野龍一ほか編・注解特別刑法〔4〕経済編〔第2版〕86頁（青林書院、1991年）、小野編・注解商標〔新版〕（下）1494頁〔石川惣太郎＝忠海弘一〕、商標法以外の法律に関する記述であるが、竹田・要論〔第5版〕604頁、中山＝小泉編・新注解特許法（下）2703頁〔森崎博之＝岡田誠〕（ただし、侵害者が無効理由の存在を知っていた場合には、故意が阻却される余地があるとする）、寒河江孝允ほか編・意匠法コンメンタル〔第2版〕763～765頁〔矢野敏樹＝高瀬亜富〕（LexisNexis、2012年）など）。

しかしながら、特許法104条の3が新設され、商標法39条がこれを準用する現行法下で

は、刑事訴訟においても、裁判所が無効理由ありと認めた場合には、侵害を免れる（構成要件該当性を阻却する）と考えるべきであろう（中山・特許〔第2版〕420頁）。確かに、特許法104条の3は民事訴訟に関する規定であるため、刑事事件に同規定を直接適用することはできないかもしれない。しかし、本条の構成要件は「商標権等を侵害したこと」であり、民事上の差止めや損害賠償を認めるための要件と同様である。いずれも「商標権等の侵害」が要件となる以上、その判断基準も可能な限り統一されるべきである。民事上は、（無効理由の存在を理由に）「商標権侵害」が成立しないにもかかわらず、刑事上は、同じ商標権に対する同じ行為について「商標権侵害」が成立し、有罪となるという帰結は妥当ではない。民事事件で侵害成否の判断要素となるものは、刑事事件でも同様に判断要素とすることが許されるべきだと思われるのである。もちろん、刑事罰によってより重い責任を負わせる刑事事件のほうが、侵害の成立をより厳格に判断すべきであり、二元的な判断基準を用いるべきであるという考え方はあり得えなくはない（次条商標法78条の2の注解も参照）。しかし、少なくとも、民事事件よりも刑事事件のほうが、侵害が認められやすいという状態は許されるべきではなかろう（ただし、播磨良承・工業所有権法判例解説・実体編（発明協会、1980年）は、「商標権に対する『侵害行為』は、民事責任と刑事責任とにおいて異なった判断を必要とする」（同・408頁）ことを前提としつつ、「民事責任をとまう侵害は、……商標権の本質的機能論的展開をくみ入れた『侵害』の有無が必要不可欠となる」のに対し、「刑事責任は、……反社会的行為そのものを規制するものであり、結果発生（結果不法）を問題とする民事責任と峻別される。」「民事責任は、この諸機能〔商標の機能を指す：筆者注〕が結果的に違法に侵されている場合の諸請求権の行使（商標法36条、38条）によって保護され、刑事責任は、……『正当な行為』でない行為自体の違法性が商標権を侵害することになる。」「刑事責任をとまう刑罰については、……反社会的行為それ自体の行為不法（違法）に対する刑罰による秩序維持が先決であり、……商標の諸機能を具体的に考慮するまでもなく、……犯意ある行為それ自体への刑罰規律」を妥当させるべきと説く（同408～410頁）。すなわち、商標の機能を害するような商標権侵害という結果発生が必要となる民事責任と異なり、刑事の場面では、そのような結果発生が惹起されずとも、行為の反社会性のみで刑罰の適用が認められるとするわけであり、民事で非侵害であるにもかかわらず刑事では商標権侵害罪が成立する場合もあるとの理解を垣間見ることができる。しかし、この考え方が拠って立つと思われる「行為無価値一元論」は現在のわが国刑法学においては、ほとんど支持されていない。裁判所が、無効理由ありと判断したときまで、あえて侵害罪の成立を認める必要はない。このような考え方に対しては、民事事件とは異なり、刑事事件では大阪地裁・東京地裁・知財高裁の専属管轄・競合管轄が認められていないため、無効理由の存否という困難な判断を特許庁の判断を経由させることなく裁判所に求めることはできないとの反論があるかもしれない。しかし、そもそも、刑事事件においても、（その立法論的妥当性はさてお

き) 現行法では、商標権侵害や特許権侵害等が構成要件となっている以上、本条及び次条では、商標法26条など商標権侵害を否定する事由(例えば、商標の使用(現行法では商標26条1項6号に相当)や商標機能論が争点となった刑事事件として、福岡高判昭和41年3月4日下刑集8巻3号371頁、最決昭和46年7月20日刑集25巻5号739頁、大阪地判平成5年1月13日判タ840号244頁、最判平成12年2月24日刑集54巻2号67頁、名古屋高判平成25年1月29日(平24(う)125号)など)の判断や、次条78条の2においては、さらに商標の類似性、商品・役務の類似性という困難な判断を伴うこともある実質的判断が予定されているし、特許事件でも、均等論適用の可否を含む技術的範囲の属否という困難な実質的判断をすることが予定されているのである。少なくとも商標権に関しては、技術的事項が関係しないし、無効理由の中心となる商標法3条・4条1項違反の中には、その判断内容が商標法26条と重なるものもある。また、無効判断に技術的専門性を要する特許事件においても、少なくとも無効理由の存在が明かである場合についてまで、侵害を肯定すべき理由はなからう。あるいは、商標法38条の2も刑事事件に直接適用することはできず、商標権侵害罪の有罪判決確定後に、当該商標を無効とする審決が確定した場合には、これを再審事由とすることができ(刑訴435条5号)、最終的には無罪とされるので、無効を理由とする侵害の否定など認める必要はないと考える向きもあるかもしれない(すぐ後で紹介する富山地判昭和36年10月5日下刑集3巻9=10号930頁は、その旨を述べている)。しかしながら、刑事訴訟において、無効理由ありと裁判所が認めることができるような場合にも、わざわざ有罪判決を下し、あとは再審を待つというのでは、被告人保護に欠け、妥当とはいえない。

刑事裁判例の中には、「一旦付與サレタル商標ハ特許局ニ於テ其無効ヲ宣言セサル限りハ依然存立シ司法裁判所ハ其効力ノ有無ニ付判斷ヲ爲スコトヲ得サルヤ疑ヲ存セス」(大判明治38年6月2日刑録11輯577頁。大判明治39年1月22日刑録12輯55頁、大判昭和15年3月22日新聞4552号11頁なども同旨)と述べたものや、意匠権の事案であるが「法律上その登録を無効とされるような原因が存在する場合を想定しても、審決又は判決による無効処分の確定するまでは、当該官庁に依つて適法であると判断され、登録された意匠権は、一応権利として存在し、法の保護の対象となるのであるから、その無効処分の確定前に、みだりに右意匠権を侵害することは許されないと言うべきである。若しそのような解釈をとらず、私人が思い通りの判断によつて登録の無効を主張し、登録を無視することを許容するならば、意匠の排他的な権利を認めた登録制度の趣旨は全く没却されることとなるであろう。もつとも無効処分の確定によつて意匠権は遡及的に効力を失うから、意匠権侵害のかどにより刑罰を処せられた後、該登録に対する無効処分が確定した場合には、当該事案は再審に附せられるべきであること刑事訴訟法第435条5号の定めるところであり、前記のような解釈を採用しても、被告人の保護に欠けるおそれはない」と述べた

ものもある(前掲富山地判昭36・10・5)。しかし、これらの裁判例は、キルビー最高裁判決(最判平成12年4月11日民集54巻4号1368頁)や特許法104条の3導入以前の判決にすぎない。

以上に対して、不使用など商標登録の取消しについては、特許法104条の3と同種の抗弁は認められていないため、取消審決が確定するまでは、商標権は有効なものとして侵害罪が成立する(大阪高判昭和39年10月30日判タ170号189頁は、商標権者が不使用であることを根拠に侵害罪の成立を否定すべきとする被告人側の主張に対して、「指定商品について生産販売等の営業を開始せず従つて現に商品に使用されていない登録商標についても、……権利消滅事由がない限りその登録商標を権利として保護しており、他人がこのような登録商標と同一又は類似の商標をその指定商品と同一又は類似の商品に使用することは許され」ないと判示している。さらに、大阪高判昭和52年4月28日刑裁月報9巻3＝4号180頁も参照)。

Ⅲ 違 法 性

本条(及び次条)の罪にも、正当行為(刑35条)・正当防衛(刑36条)・緊急避難(刑37条)・可罰的違法性阻却など、刑法上の違法性阻却事由が認められ得る。

裁判例においては、「資本主義国における商人、就中古物商、時計商の間の取引通念によると、かような時計を組立て適正な価格で販売することは、刑法第35条による正当の業務行為として違法性を欠く。同種の行為については、被告人だけが起訴されているのである」との被告人側の主張に対し、「刑法第35条にいう『正当の業務に因り為したる行為』とは、法令上形式的に権利または義務とされる旨の規定がなくとも、社会観念上正当と認められる行為を業務として行うことを指し、かような行為は違法性が阻却されるのである。しかし、同条の趣旨にかんがみると、右の業務行為にかぎらず、法秩序全体の精神(これは法の理念といつてもよいし、条理と呼んでもよい。あるいは公の秩序善良の風俗と称することもできるし、文化規範と名づけることもできる。)に照し『正当』と認められる行為もまた違法性を阻却するものと解される。他人の登録商標に類似する商標を使用した商品を販売し、あるいは販売の目的で所持することは、法秩序全体の精神に照し、到底正当な行為であると認めることはできない。一部の古物商または時計小売業者の間にかような行為がほとんど公然と行われているとしても、それは単に取締の不徹底ないし怠慢に帰せられるべき問題であつて、このために被告人等の行為が正当なものとして違法性を阻却することにはならない。詳言するならば、国際的にも国内的にも相互の信用関係をもとにして初めて成立し健全な発展を期することができる取引社会における、『登録商標』の尊重保護ということは、この社会の存立にもかかわる重大問題であつて、法秩序としても、決して看過容認することのできないことなのである」との当然の判示を行ったものがある(東京地判昭和33年4月9日第一審刑事裁判例集1巻4号525頁)。また、「本件物

件は海難品であり、既に所有権のないT社に買い取りの交渉をしたがこの物品の上に商標権、意匠権の〔ある〕T社から逆にそれを売つては告訴するかも知れないとの苦情を受けたので、既に大金を投じて正常に買い受けた被告人兩名はその損害を無視するに忍びず、正当な営業行為として買い取った金型を使用して製造販売したのは、その不当なT社の苦情に対して止むに止まれぬ商人の正当防衛行為と認めるべきで本件は無罪である」との被告人の主張を、「正当防衛……とする理論を容れる余地を認めることができない」として退けた判決もある（東京地判昭和37年8月7日判タ136号61頁）。

IV 責 任

(1) 総 説

構成要件に該当し、違法な行為であっても、それを行ったことが非難に値するものとして責任が認められなければ、犯罪は成立しない。責任については、(i)故意又は過失（ただし、前述のように商標法上の犯罪に過失犯はない）、(ii)違法性の意識、(iii)責任能力、(iv)期待可能性（前掲東京地判昭37・8・7は、「被告人の本件物品の製造、販売行為は商人としての妥当な行動で、これ以上の行動を期待することの出来ない、やむにやまれぬ行為で期待可能性のない行為である」として責任阻却を認めるべきとする被告人側の主張を退けている）が問題となる。以下では、商標権侵害事例で重要となる故意と違法性の意識のみを取り上げて解説する。

(2) 故 意

(a) 総 説 故意とは犯罪事実の認識をいう（さらに、犯罪事実実現の意思・意欲まで必要となるかが刑法学で争われている）。その認識に至った者は、自らの行為が違法であると意識し（後掲(3)参照）、（反対動機を形成して）その行為に出ることを思いとどまらなければならない（山口厚・刑法総論〔第3版〕201頁（有斐閣、2016年））。上記のように、本条（及び次条）の罪は故意犯であり、過失があれば侵害を肯定できる民事事件とは大きく異なる。

本条においては、「商標権又は専用使用権を侵害」することが構成要件であり、故意の成立には、この構成要件に該当する事実を認識することが必要となる。具体的にいえば、構成要件は、「指定商品・役務と同一の商品・役務に登録商標と同一の商標を権利者に無断で『使用』（商標2条3項）する行為（商標25条・30条2項・36条）を、権利制限事由（商標26条・32条1項など）に該当することなく行うこと」ということになる。しかしながら、これらすべてを厳密・正確に認識していなければ、故意が認められないというわけではない。自らの行為を違法であると意識し、その行為を思いとどまることができる程度に、自身の行為の社会的意味を認識していれば足りる。以下、具体的に検討する。

認識の対象となる構成要件該当事実として、まず、①登録商標の存在とその指定商品・役務があり、これらを認識していなければならない（大判明治40年10月25日刑録13輯1194頁

は、「商標公報に掲載セラレタル事項ヲ知ラサルハ其過失タルヲ免レサレハ民事事件ニ於テハ商標権侵害ノ責ナシト云フヲ得サルモ商標法……ノ犯罪ノ構成ニハ犯人カ他人ノ登録商標ナルコトヲ知リタルコトヲ要スル」と述べている。ただし、他人の商標が登録商標であることを認識していたとの認定を行うのに、「當該商標ニ登録商標ナルコトヲ表示セル文字ノ記載アルコト」が必要となるわけではない（大判昭和12年6月19日新聞4151号15頁）。登録商標の存在を知らずにこれを使用した場合、民事では過失が推定される（商標39条で準用される特103条）が、刑事事件では、故意がない以上、本条の侵害罪は成立しない。

次に、②登録商標及び指定商品・役務との同一性についても、その認識が必要である。この同一性や次条の罪における類似性のように、その存否について規範的判断・評価を必要とする要素は、刑法学では「規範的構成要件要素」と呼ばれている（山口・前掲204～205頁、西田典之・刑法総論〔第2版〕215頁（弘文堂、2010年）など）。このような事実の存否は、最終的には裁判所による解釈によって決まるが、故意の成立には、このような裁判所による解釈と同じ専門家の理解に基づく認識までは必要ではない。例えば、次条の罪ではあるが、類似性についていえば、商標の外観、観念、称呼という判断要素に取引実情を加えて総合的に考察した結果、出所の誤認混同を生ずるおそれがある（最判平成9年3月11日民集51巻3号1055頁参照）との認識までは不要である。このような認識がなければ故意が認められないとすると、商標法に詳しい専門家しか故意犯が成立しないということになってしまう。東京高判昭和33年4月21日高刑集11巻3号104頁も、「犯意があるとするには、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。商標法が定め、その解釈から規範的に導かれる同一性や類似性という法的概念・基準に当てはまるということまでの認識は不要であり、日常的意味で「同じである」あるいは「似ている」という程度の認識があれば故意は肯定される。自身の行為の社会的意味を認識していれば足りるのである。福岡高判昭和29年5月6日高刑集7巻4号606頁も、「論旨は『コカコーラ』の商標には登録されている商標であることを表示していないこと及び被告人は『コカコーラ』と『コラコーラ』とが類似するとの認識がなかつたので商標権侵害の犯意がないという。しかし、……商標『コカコーラ』がわが国において登録されたものであることを被告人が知っていたこと、及び同商標と……『コラコーラ』に使用した商標とが、ある程度相似していることを被告人において意識していたことを何れも推認できるので、商標法にいう『商標の類似』の意義について正確な理解を欠いていたとしても、なお商標権の侵害につき犯意があつたと認めるのを妨げない」としている（上告審である最判昭和31年7月3日刑集10巻7号981頁も参照）。「同じである」あるいは、

「似ている」との認識は持ちつつも、商標法上の「同一性」や「類似性」という法的概念や法的基準には当てはまらなないと誤信した（「当てはめの錯誤」）が故に、自身の行っている行為が違法であることの意識を持たなかったという場合には、直ちに故意が否定されるわけではなく、(3)で述べる違法性の意識の問題となる（以上、山口・前掲204～208頁、西田・前掲214～216頁・247～254頁参照。さらに「社会的意味の認識」についての詳細は、高山佳奈子・故意と違法性の意識167～205頁（有斐閣、1999年）参照）。同様に、商標法26条、32条1項など権利制限事由（前述Ⅱ(2)で論じたように無効を理由とする侵害の否定も含まれると考えるべきである）への非該当も、法的には商標権侵害を基礎づける要素ではあるが、故意の対象となる事実ではなく、法的概念・要件への当てはめの問題にすぎず、違法性の意識の問題と位置づけるべきである。さもないと、すべての権利制限事由を精査した上で、これらに該当しないとの認識がない限り、故意が認められず、いよいよ商標法の専門家しか故意犯が成立しないということになりかねず、妥当ではないからである。

なお、登録商標及び商品・役務に同一性が肯定されるにもかかわらず、「似ているにすぎない」と誤信して、商標を使用した場合（使用行為の客体が同一商標・同一商品であるのに類似商標・類似商品であると誤信した「客体の錯誤」かつ「抽象的事実の錯誤」）には、商標法37条1号に基づく次条のみなし侵害罪の故意はあるものの、本条の侵害罪の故意はない。それゆえ、本条の罪は成立しない（刑38条2項）。しかし、本条と次条の構成要件は形式的には重なり合わない（商標法は、「同一又は類似」（例えば、8条1項）と規定し、「同一」と「類似」を区別している。法形式上は、「類似」概念が「同一」概念を包摂する関係とはされていない。商標70条1項・3項も参照）ものの、両罪の構成要件は商標権を保護法益とする点で共通している上、行為態様もいずれも商標の使用行為であるという点で共通している（このような観点から、平成18年改正前は、実際に同一の構成要件に規定されていた）ため、両者の構成要件は、軽い罪である78条の2のみなし侵害罪の限度で実質的に重なり合っているといえることができ、また、同罪の故意もあることから、みなし侵害罪の成立を認めることができる（山口・前掲235～241頁、西田・前掲233～237頁参照）。

続いて、③「使用」行為（商標2条3項）（や次条の罪を構成する37条2号以下・67条2号以下の行為）についても認識が必要であり、基本的に上述したところと同様である（自らの行為が2条3項等のいずれの規定に該当するのかという認識が不要であることはいうまでもない）。なお、商標権者が商標登録を付して販売した家庭用テレビゲーム機について、その内蔵プログラムを改変した上で、当該登録商標を付したまま販売を行ったことが問題となった前掲名古屋高判25・1・29は、「原判決は、……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」と述べる判決がある。当該事案の下で、商標権侵害を構成するような使用であることの認識を要求するものといえよう。しかし、それでも、「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製品を、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」(下線筆者)とされ、商標機能論への当てはめそれ自体など専門家的理解に基づく認識までが要求されているわけではないことは一目瞭然である。

最後に、④「権利者に無断で」使用していることも構成要件該当事実である(本条(及び次条)の罪については、「被害者の同意」(権利者の許諾)は、違法性阻却事由ではなく構成要件該当性阻却事由となる)ため、その認識もなければならない。意匠権に係る事案であるが、「黙示の承諾を得たものと考えたとしても、まことに無理からぬところである」ことを理由に故意を否定したものがある(前掲富山地判昭36・10・5)。

他方で、相手方を欺罔して不正の利益を得る意図(大判昭和11年6月18日刑集15巻812頁)などが不要であることはいうまでもない。

(b) 未必の故意 もっとも、故意犯の成立には、未必の故意があれば足り、犯罪事実の発生を確定的なものとして認識していること(確定的故意)が常に要求されるわけではない。判例(最判昭和23年3月16日刑集2巻3号227頁)によれば、「赃物故買罪は赃物であることを知りながらこれを買受けることによつて成立するものであるがその故意が成立する為めには必ずしも買受くべき物が赃物であることを確定的に知つて居ることを必要と」せず、「或は赃物であるかも知れないと思いながらしかも敢てこれを買受ける意思(いわゆる未必の故意)があれば足りる」。刑法学説上は、故意概念をめぐる対立に対応して、未必の故意についても、犯罪結果実現の可能性を認識しながら、結果が発生しても「かまわない」、「しかたがない」としてこれを認容した場合に、故意が認められるとする立場(認容説)、犯罪結果発生の際の蓋然性を認識した場合に、故意が認められるとする立場(認識説・蓋然性説)が対立していたが、近時は、犯罪結果発生を認識しつつ、それを否定せずそのまま自己の行為の動機づけにした(あるいは、その認識を、行為を思いとどまる反対動機に

しなかった場合に、故意が認められるとする立場(動機説)も有力である(学説の状況については、高山・前掲141～150頁、山口・前掲213～215頁、西田・前掲218～220頁などを参照)。端的に言えば、「犯罪結果が発生するかもしれないと認識しながら、その認識を否定せず(打ち消さずに)そのまま行為を行った場合」に未必の故意ありとされ、「犯罪結果が発生するかもしれないと一旦認識したが、その認識を否定して(打ち消して) 行為を行った場合」には過失が認められる(認識ある過失。もちろん、そもそも結果発生自体を認識していない場合も過失(認識なき過失)である)にすぎない。高山・前掲148頁によれば、「そもそも犯罪事実が頭をよぎらなかった場合には〔犯罪事実の〕『絵』は描かれておらず、……故意がない(いわゆる認識なき過失)。次に、犯罪事実が一旦頭をよぎっても、それをうち消した場合には、行為者は、犯罪事実の『絵』に代わって犯罪事実にならない『絵』を描き直したのであり、故意がない(認識ある過失)。そして、犯罪事実が頭をよぎり、どうなるかわからないと思いつつ行為に出た場合は、犯罪事実の『絵』と犯罪事実にならない『絵』との2枚が描かれたままであり、故意がある(未必の故意)。犯罪事実が頭をよぎり、その『絵』だけが心理において描かれた場合には、故意がある(確定的故意)」。

したがって、少なくとも、「この商標をこの商品に使用することについて、他者が権利を持っているかもしれない」、「自らが商標を付した商品が偽ブランド品になるかもしれない」と認識しながらも、そのまま当該商標を付した商品を製造したという場合であれば、未必の故意が認められることになる。あるいは、「この商品は偽ブランド品(この商品にこの商標を付すことについて権利を有している者に無断で製造された商品)かもしれない」と認識しながらも、そのまま当該商品を販売したという場合も同様である。(a)で述べたように、故意の成立を認めるには、登録商標の存在と指定商品・役務を認識する必要があるのが原則であるが、必ずしも商標公報や商標登録原簿を調査した上でなければ、故意が認められないというわけではない(少なくとも未必の故意は成立し得る)。また、商標権者からの警告があった場合には、少なくとも未必の故意が認定されるのが通常であろう。

裁判例においても、「犯意ノ成立ニハ必スシモ確定犯意タルコトヲ要セス不確定犯意ヲ以テ足り……本件被告人等二人ノ登録商標ヲ侵害スルノ確定犯意ナカリシスルモ不確定犯意アリタル以上犯罪ノ成立ヲ認メテ何等妨ケアルコトナシ」と明確に述べるものがある(大判昭和9年12月22日刑集13巻1804頁)。また、大阪地判平成5年1月13日判タ840号244頁も、「被告人両名が当該商標が現実に登録されていることを確定的に認識していなかったとしても、少なくとも、他人の登録商標を無断で使用するようになるかも知れないことを認識していたことは明らかであると言わなければならない」として故意を認めている。東京高判昭和58年11月7日高刑集36巻3号289頁は、本件商標が出願公告されるや、「被告会社はその商標登録を遅らせるため……登録異議の申立をしたが、

……被告人らとしては、右登録異議の申立も関連訴訟の結果からみて、近々理由なしとして却下され、本件商標が「商標登録されるであろうことを十分予期していたとみられるところ、被告人らは、当時、取引先に対する体面もあつて」、本件商標が「いつ商標登録されようとも、当面……商標使用をやめる気はなく、特に被告人 a においては、……商標登録された後も、被告会社が右の商標使用を継続していくための口実をあれこれ考え出し、これを弁護士や弁理士に相談するなどしたうえ、あえて、……商標使用を続けたのであるから、かりに、……被告会社の登録異議の申立が特許庁において……却下されたのに、なんらかの手違いでその当時被告会社にその通知がされず、したがつて、被告人らにおいて、……商標登録が……されたことを知らなかつたとしても、被告人らには本件犯行の当初から……商標権侵害について少なくとも未必的な故意があつたものと認めるのが相当である」と判示している（原審である東京地判昭和56年8月3日判時1042号155頁も参照）。

(3) 違法性の意識

以上のように、犯罪の成立には、構成要件該当行為を行っているという犯罪事実の認識が必要であるが、構成要件該当行為を行うことについて、それが違法である旨を認識していること（違法性の意識）も、犯罪の成立要件となるのかについて、刑法学では大きな議論がある（この議論は、刑法38条3項の解釈論でもある。以下の議論状況については、山口・前掲264～269頁、西田・前掲238～246頁などを参照。違法性の意識全般に関するより詳細な分析は、高山・前掲245～383頁参照）。学説では、違法性の意識、あるいは、少なくとも違法性の意識の可能性は必要であるとの見解が多数を占めている（違法性の意識がなければ故意が阻却されるとする厳格故意説、故意に違法性の意識までは不要だが、その可能性は故意の要素であるとする制限故意説があり、これらはいずれも違法性の意識を故意の問題とする。しかし、違法性の意識、その可能性とも故意の要素ではなく、違法性の意識の可能性がない場合には、責任が阻却されるとする責任説も有力となっている）。

これに対して、判例では、伝統的に、違法性の意識は犯罪の成立要件ではないとする立場（違法性の意識不要説）が採られてきた（大判大正13年8月5日刑集3巻611頁、最判昭和25年11月28日刑集4巻12号2463頁）。しかし、その後、下級審裁判例では、違法性の意識の可能性を犯罪の成立要件とし、違法性の意識を欠くについて相当の理由がある場合には故意が阻却されるとするものが増えてきた（東京高判昭和27年12月26日高刑集5巻13号2645頁、東京高判昭和44年9月17日高刑集22巻4号595頁、東京高判昭和55年9月26日高刑集33巻5号359頁など）。また、最高裁にも、違法性の意識の可能性を必要とする立場に好意的な態度を示したかのような判決が登場し（最判昭和53年6月29日刑集32巻4号967頁、最終昭和62年7月16日刑集41巻5号237頁）、将来における判例変更の可能性が示唆されている。

商標権侵害事件においても、違法性の意識の可能性を問題とする裁判例が存在する。例えば、大阪高判昭和63年9月20日高裁刑速報昭63年99頁がそれである。この事件の被告人は、別件商標法違反事件で有罪判決を受けたところ、同事件の証拠品として押収されていた偽サントリー・リザーブの還付を検察庁から受けることになった。その際、このウイスキーは、アルミキャップ上面の本件商標にヤスリで×印が付され（ただし、×印の存在にもかかわらず、商標を容易に読みとり得る状態であった）、ラベル及び首巻きシールを不完全に剥離し、瓶に白色ペンキで「偽造」と表示された状態であった。これは、ウイスキーを元の状態で還付すれば再び同種犯罪に供されかねないことを懸念した検察庁が、被告人に所有権の放棄を求めたところ、被告人は、中味が自家で使いたい旨を強調して所有権放棄を拒否し、還付を望んだために施された措置である。その後、被告人は上記の状態の偽サントリー・リザーブを他者に譲渡したため、再度、商標権侵害罪に問われた。被告人は、本件ウイスキーに加えられた上記の変形・損壊によりアルミキャップ上面の商標は既にその機能を有しないものと誤信していたか、あるいは商標権侵害を構成するような意味での「商標」であるとの認識を欠いていたのであるから、違法性の意識を欠き、かつ、本件ウイスキー還付に至る被告人と検察庁とのやりとり等の経緯に照らすと、右認識の欠如にはこれを正当とする「相当の理由」が存在すると主張した。これに対して、大阪高裁は、「確かに被告人としては、本件ウイスキーをサントリー・リザーブとして市場に売却等すれば、再び商標法違反にあたる旨の認識は十分存したものの……、所論のようにこれを還付を受けたままの状態で、しかも、中味がサントリー・リザーブではないことを明示して他人に譲渡する限り、同法違反にあたらないと考えていた節が濃厚であるといわなければならない。このことは、被告人が捜査段階から当審まで繰り返し一貫して述べているところであるし……、前認定の本件の経緯に徴しても、……被告人において右のように考えていたと解することがより自然で事態に相応していると考えられるからである。そうすると、被告人には本件所為につき所論のごとく自己の行為の許されないこと、すなわち違法性の認識を欠如していた疑いがあることを否定できないので、進んで、その認識を欠くについて『相当の理由』があったかどうかを検討するのに、右の『相当の理由』があるといえるためには確立した判例や所管官庁あるいは刑罰法規の解釈・運用を職責とする公務員の責任ある回答ないし言明に従った場合又はこれに準ずるような場合をいうものと解されるところ、本件においては、被告人は刑罰法規の解釈・運用の実務にあたる前示……地方検察庁係官とのやりとりを通じて右のような考えを持つに至ったと認められるものの、前認定の還付の経緯によってうかがわれるごとく、被告人は還付を求める理由として専ら自家でウイスキーの中味を利用したいという点を強調し、本件所為のような形で譲渡を全く表面に出しておらず、それ

故、同庁係官からは、本件所為のような譲渡であっても商標法に違反する旨明示の警告を受けていないのであるが、さりとて本件所為のような譲渡であれば同法に違反しない旨の確答を得たわけではないし、また、本件ウイスキーに前示の変形・損壊が加えられたことによって有効な商標でなくなった旨言明されたわけでもないのである。してみると被告人は、同庁係官との本件ウイスキー還付についてのやりとりを通じて本件のような譲渡行為が商標法に違反しないとの認識をもったとはいえ、それはあくまでも同庁係官の責任ある回答ないし言明によりそのような認識をもつに至ったものではなく、単に自己の接触した感触等から安易にそのように軽信したにすぎないものというべきである。」「もっとも、被告人の当審供述によると、被告人は前示のように同庁係官から本件ウイスキーを還付されるにつき、事前の連絡ではアルミキャップ上面の……マーク……等をつぶして返すと聞かされ、文字どおりこれを損壊して使用不能にされるものと推測していたのに、還付を受けるにあたり当該ウイスキーを見たところそのキャップの同マークの上面に単に×印が打刻されているだけにすぎなかったので、係官に『これでいいのか』と問いただしたところ、『これでいいんだ』とのことであったからその言を信じ、右程度の損壊でも他の変形・損壊と相まって十分商標としての効用を抹殺されている、すなわちこれを使用しても商標法違反となるものではないと確信したと言い、所論もるその点を強調するのであるが、前示のように被告人は本件ウイスキーの還付を求めるにあたりこれを第三者に有償譲渡するなどということは一切言っておらず、専ら中味のウイスキーを自家消費する旨告げていたにすぎないのであるから、仮に還付係官が右のように『これでいいんだ』と返答をしたとしても、その趣旨はあくまでも自家消費を前提としてのものであり、本件のごとく更に進んでこれを他に有償譲渡しても違反とならないかどうかをただすことのなかったものであって、この程度の簡単な問答をとらえ所論のように係官から本件譲渡について商標法違反とならない旨の確言ないし示唆があったとすることはできない。そうすると、還付ウイスキーキャップの……損壊状態を一見して、これをそのまま使用する（有償譲渡等）と商標法違反となるのではないかを危惧したという被告人においては、そのことを明示して前示係官にその疑問をただし、責任ある係官の回答を得て行動をするべきものであったのであり、また、その機会は容易かつ十分に存したところでもあるから、その挙に出ることなく、安易に前示のとおり軽信した被告人に、所論のように本件所為を行うにあたって違法性の認識を欠くにつき『相当の理由』があったということはできない」として、違法性の意識の可能性を肯定している。判旨では、違法性の意識の可能性が否定され得る場合として、「確立した判例や所管官庁あるいは刑罰法規の解釈・運用を職責とする公務員の責任ある回答ないし言明に従った場合又はこれに準ずるような場合」が列挙されている。刑法学説でも、判例特に最

高裁の確立した判例を現実的・具体的に信頼して行為した場合には、たとえ判例変更が行われる場合であっても、違法性の意識の可能性は否定されるし、「警察官、検察官（警察庁、検察庁）に照会して、その回答を信頼した場合も、照会の際の事実の申告内容が真実である場合には、裁判所の判断が異なる場合でも」、同様に違法性の意識の可能性は認められない。行政官庁の回答を信頼した場合も同様である。なお、単に、弁護士、税理士等の専門家に照会して違法ではないとの回答を得ただけで違法性の意識の可能性を否定することは現在の段階では不可能であり、これを否定することができるのは、弁護士会、税理士会レベルによる回答に限定すべきだと主張されている（以上、西田・前掲246頁。また、高山・前掲348～350頁・365～380頁も参照）。ただし、特許事件における傍論であるが、技術的範囲に属しないとの弁理士個人の回答に従ったにすぎないことを理由に違法性の意識（「特許権を侵害するとの認識」）を否定した裁判例がある（仙台高判昭和43年9月26日判例工業所有権法2455の58頁）。本件では、ウィスキーの他者への譲渡については一切触れられておらず、自己消費を前提とする回答があったにすぎないため、その回答から「他者への譲渡は違法ではない」との信頼を抱いたとしても、そこに「相当の理由」があったとは到底認められない。

その他、千葉地判昭和44年4月2日刑集25巻5号746頁は、「商標法25条により商標権者は指定商品について、登録商標の専用権を有することが認められており、商標権者から使用権の設定を受けていないものが登録商標を指定商品に使用することが商標権侵害になることは少しも疑がなく中味が商標権者の製品であつても、しかも新品であつても、そのことは侵害の成否には少しも関係がないと解すべきである。なるほど被告人……の検察官に対する供述調書……には被告人両名は中味が真正なら差支ないと考えていた旨の記載があるが、被告人両名の年令、職業、立場に徴すればたやすく措信し得ず、仮にそうだとした場合にそう考えたについて正当な理由を認めるにたる証拠はないから故意を阻却するとみなすことはでき」ないと説く。また、前掲名古屋高判25・1・29は、「適法性について権威のある機関の見解に従ったなど、適法性についての誤信がやむを得なかったと認めるに足りる事情」がないことを理由に、違法性の意識の可能性がなかったとはいえないとする。なお、東京地判昭和33年4月9日第一審刑事裁判例集1巻4号525頁は、「仮に被告人において自己の行為が法律にふれるものであることを意識していなかったとしても、被告人がCYMAIという標示のある時計を、このことを認識しつつ所持していた以上、被告人に犯意がなかったとはいえない。つまり前記の意識を欠くことは、単なる法律の不知として犯意を阻却することにはならないのである（刑法第38条第3項）」と述べているが、この判示は違法性の意識不要説に立脚したものとみる余地もある。

なお、(2a)で前述したように、商標法26条、32条1項など権利制限事由に該当しない

のに該当すると誤信した結果、自らの行っている行為が違法であるとの意識を持たなかったというケースも、権利制限事由という法的要件・基準への「当てはめの錯誤」にすぎず、違法性の意識の可能性の問題にすぎないと考えられる。そして、無効理由があると誤信したケースについても、Ⅱ(2)で論じたように無効を理由とする侵害の否定(権利の制限)を認めるべきと考えられるので、権利制限事由への当てはめの錯誤として、同様に処理すべきである(寒河江ほか編・前掲763~765頁〔矢野=高瀬〕も結論として同旨か)。論者の中には、「無効理由があることを知っていた場合には、故意が否定される余地があるものとする」と説く見解(中山=小泉編・注解特許法(下)2704頁〔森崎=岡田])もあるが、権利の有効性を故意の対象となる事実と捉え、被疑侵害者が主観的に無効理由ありと考えていた、信じてただけで故意が否定されるという趣旨であれば、責任阻却のハードルが低すぎるだろう。もっとも、この見解は、Ⅱ(2)で前述したように、刑事事件における無効を理由とする侵害の否定を認めない代わりに、故意阻却を認めることでバランスを取ろうとするものと思われ、少なくとも無効理由の存在が裁判所に認められる程度に明らかであるような場合に、「無効理由があることを知っていた」として、故意阻却を通して侵害罪の成立を否定するものとする考えられることもできそうである。しかし、そのような趣旨であれば、このような迂遠な手法ではなく、端的に無効を理由とする侵害の否定を認めてしまえばよい(中山・特許〔第2版〕420頁注4)。他方で、「特許権に事実上無効理由が存する場合でも、無効審決が確定するまで、なお有効な特許権として取扱われるから、このような特許権の存在を知っているときも、なお故意ありとされる。明白、確実な無効理由があることを知っているときも、なお故意ありとされる」と述べるものがある(仙元隆一郎・特許法講義〔第4版〕265頁(悠々社、2003年))。仮にこの見解が常に故意を認め、責任阻却を一切認めない趣旨だとすると厳格にすぎよう。無効理由があると信じた結果、違法性の意識を欠いたことに、「相当の理由」がある場合(違法性の意識の可能性がない場合)には、責任阻却を認めるべきである(とはいえ、実際にこれが認められることは多くはないであろう)。

V 罪 数

商標権に係る刑事事件では、例えば、他者の登録商標を指定商品に付した(商標法2条3項1号の「使用」による商標権侵害。本条の構成要件に該当)後、当該商品を譲渡等した(同項2号の「使用」による商標権侵害。本条の構成要件に該当)ケース、他者の登録商標を指定商品に付した(商標法2条3項1号の「使用」による商標権侵害。本条の構成要件に該当)後、当該商品を譲渡等のために所持していた(商標法37条2号により商標権侵害とみなされる行為。次条78条の2の構成要件に該当)ケース、他者の登録商標が付された指定商品を譲渡等のため

所持した(商標法37条2号により商標権侵害とみなされる行為。次条78条の2の構成要件に該当)後、実際にこれらを譲渡等した(商標法2条3項2号の「使用」による商標権侵害。本条の構成要件に該当)ケースなど、罪数関係が問題となるケースが多い。

以上で列举したケースは、いずれも、形式的には行為が構成要件に2回該当し、数個の犯罪の成立を認め得る。しかし、これらと同種事案を扱った裁判例では、これらを牽連犯(刑54条1項後段)とするものもある(大判昭和7年6月6日刑集11巻751頁)が、その多くは包括一罪としている(大判明治44年6月6日刑録17輯1083頁、東京高判昭和27年3月4日高刑集5巻4号461頁(原審は併合罪としていた)、最判昭和41年6月10日刑集20巻5号429頁、東京高判昭和42年1月30日高刑集20巻1号14頁、前掲千葉地判昭44・4・2、京都地判昭和50年11月21日刑裁月報7巻11=12号960頁、前掲大阪高判昭52・4・28、大阪地判平成5年1月13日判タ840号244頁、東京高判平成10年5月6日東高刑時報49巻1~12号22頁(原審は併合罪としていた)、松山地判平成23年9月13日判タ1372号252頁など)。「商標法違反の犯行が、……継続して行なわれた」こと(前掲最判昭41・6・10)、「継続した同一の犯意に基づいて1つの商標権を侵害した一連の行為と認められる」こと(前掲松山地判平23・9・13)などがその理由に挙げられている。

これらの裁判例の趣旨も忖度しつつ考察すると、たとえ、外見上は複数の行為により複数の法益侵害が惹起されたとしても、①それらの行為を、時間的近接性・場所的近接性・行為態様等も斟酌しつつ単一的意思決定・犯意に基づくものとして、1個の行為に準じると評価することができ(「行為の一体性」)、かつ、この一体的行為が、②同一の法益侵害を惹起したとしてまとめて評価することができる場合(「法益侵害の一体性」)に、包括一罪になると考えられる(山口・前掲399~400頁参照。さらに、具体的な考慮要素に関して、武田正彦・「最決昭和30年10月18日判批」商標判例百選134~135頁も参照)。刑罰法規は、法益保護を目的とする規範であるところ、各々の罰条(犯罪類型+法定刑)は、一定の法益侵害を惹起する行為を、禁止すべき行為として構成要件を基礎に類型化した(「犯罪類型」)上で、その「行為」と「結果(法益侵害)」の違法内容・責任内容に見合った「法定刑」を定めている。したがって、たとえ、外見上は複数の行為により複数の法益侵害が惹起されたが故に構成要件に複数回該当するとしても、その「行為」と「結果(法益侵害)」がそれぞれ①、②の「一体性」を有し、単一のものとして評価し得る限り、刑罰法規(罰条)が法定刑を定めるにあたって前提とした違法内容・責任内容の範囲内にあると評価することができる(虫明満・包括一罪の研究23~26頁・113~115頁(成文堂、1992年)[初出、「法条競合と包括一罪(一)」香川法学2巻1号108~111頁(1982年)、「同(四・完)」香川法学5巻2号113~115頁(1985年)]も参照)。①「行為の一体性」と②「法益侵害の一体性」の双方が肯定される場合には、1個の罰条の1回適用でカバーすることが可能となるのである。それゆえ、包括一罪となる。これに対して、「行為の一体性」は認められるが、「法益侵害の一体性」が認められない

ケース、すなわち、一体的行為によって、一体性のない異なる複数の法益が侵害された場合には、数罪が成立し、観念的競合となる。観念的競合(刑54条1項前段)とは、「1個の行為が2個以上の罪名に触れ」る場合とされているところ、これは、1個の行為(と評価できる行為)によって、複数の法益が侵害されたが故に「2個以上の罪名」に触れるケースを意味する。観念的競合など科刑上一罪は、「複数の罰条を適用した上で処断刑を形成する際にそれらを一罪として扱う」にすぎない(山口・前掲399頁)。1個の罰条の1回適用でカバーすることができないケースなのである。さらに、そもそも「行為の一体性」自体が認められないという場合には、併合罪(刑45条)となる。つまり、たとえ「法益侵害の一体性」を肯定し得る同一の法益侵害が生じたとしても、これを惹起した行為が、単一的意思決定・犯意に基づくものとして1個の行為に準じると評価できない場合には、複数回の犯意に基づく別個の複数回の犯罪行為が行われたことになり、包括一罪とならないのはもちろん、観念的競合ともすることはできず、併合罪となるのである。この場合にも、もちろん、1個の罰条の1回適用でカバーすることはできない。

以上を前提に商標法に焦点を絞って検討すると、同法は、「使用」(商標2条3項)や、間接侵害に包摂される行為類型(商標37条2号以下・67条2号以下)を個別に列挙しているが、本条や次条78条の2自体は、これらを包摂する形で「商標権又は専用使用権を侵害した」あるいはこれらの権利を「侵害するとみなされる行為を行つた」場合に処罰すると規定している。これは、個別の「使用」行為などを基準にそれに見合った法定刑を規定しているわけではなく、商標権(登録商標)という法益を基準に、その侵害に見合うと判断した法定刑を規定していることを意味する。立法者は、1個の「使用」行為ごとではなく、1個の商標権に向けて行われた侵害を念頭に、その違法内容・責任内容に見合った法定刑を定めているのである。したがって、外見上は、複数の「使用」行為によって、法益(商標権)が複数回侵害されているとしても、その各行為の間に「行為の一体性」が認められるが故に1個の行為に準じると評価し得る行為が、同一の商標権(登録番号によって特定される登録商標に係る権利)の侵害に向けて行われている限り、「法益侵害の一体性」も肯定され、それゆえ、これを包括的に一罪とすることが可能となる。このことは、複数の「使用」行為が行われたケース(登録商標を指定商品に付した後(商標2条3項1号の「使用」)、当該商品を譲渡した(同2号の「使用」)ケース)のみならず、登録商標を指定商品に付した後(商標2条3項1号の「使用」)、当該商品を譲渡等のために所持していた(商標37条2号のみなし侵害行為)ケースにも当てはまる。また、同一の商標権に向けた侵害行為が行われている限り「法益侵害の一体性」が肯定されるという点は、1個の商標権を複数の商標権者が共有している場合にも同様に当てはまる。大阪地判昭和39年10月16日刑集20巻5号442頁とその控訴審である大阪高判昭和40年3月5日刑集20巻5号445頁は、共

有されている1個の商標権について、共有商標権者ごとに複数の侵害罪が成立するとし、これを併合罪としたが、上告審である前掲最判昭41・6・10は「各登録商標1個につき包括的に1個の犯罪が成立」とし、共有されている商標権1個につき包括一罪の成立を認めている。さらに、同一の登録商標を1000個の商品に付したとしても、同一の商標権を対象とする侵害行為が一体的に行われたにすぎないので、それらの行為に「行為の一体性」が認められる限りにおいて、やはり包括的に一罪となる（大判大正13年11月25日新聞2341号17頁も参照）。なお、包括一罪は、複数回の法益侵害をとともに罰する際に、これらを包括して一罪とするだけで、1回の法益侵害を取り出して、これだけを処罰対象とすることもできる（山口・前掲399頁）。したがって、他人の登録商標を指定商品に付した後、当該商品を譲渡等したというケースで、前者の行為による商標権侵害のみを処罰対象とすることは可能である。

次に、本条の罪、商標法37条1号によるみなし侵害罪（商標78条の2）、67条1号によるみなし侵害罪（商標78条の2）は、それぞれ、登録商標及び商品・役務が同一である場合、登録商標及び商品・役務のいずれかあるいは双方が類似である場合、登録商標は同一であるが商品・役務が非類似である場合に成立するものであるところ、これらの罪が競合して同時に成立するわけではない（「同一」と「類似」が重なり合わないことは前述のとおりである）。ただし、例えば、①登録商標を指定商品に使用する行為（本条）と、登録商標と類似する商標を指定商品に使用する行為（商標37条1号・78条の2）が行われた場合、あるいは、②登録商標を指定商品に使用する行為（本条）と、同じ登録商標を指定商品と類似する商品に使用する行為（商標37条1号・78条の2）が行われた場合には、前述のように同じ1個の商標権が侵害されていることから、「法益侵害の一体性」は肯定すべきと思われるところ、「行為の一体性」が認められる限りにおいて、包括一罪となる。しかし、①のケースのうち、登録商標と同一の商標及びこれに類似する商標を同じ指定商品1個に並べて貼り付けるような場合（例えば、洋酒の瓶1本に登録商標とこれに類似する商標の2つを付す場合）には、行為の一体性は肯定されやすいであろうが、②のケースのように、類似性があるとはいえ別種の商品にそれぞれ登録商標を使用する場合には、単一的意思決定・犯意に基づくものとはいえないとして、行為の一体性が否定され併合罪となるケースも多いであろう。登録商標を指定商品に使用する行為（本条）と、同じ登録商標を防護標章登録の指定商品（非類似の商品）に使用する行為（商標78条の2）が行われた場合にも、同様に「法益侵害の一体性」は肯定すべきと考えられるが、やはり「行為の一体性」が否定され、併合罪とされることも多いと思われる。

さらに、商標権侵害の予備的行為である間接侵害（商標37条2号以下・67条2号以下）の罪（商標78条の2）が行われた後、これに引き続いて、そのまま同じ商標について本来的な商

商標侵害行為（本条及び商標37条1号に基づく78条の2、67条1号に基づく78条の2）が行われた場合（「行為の一体性」があることが前提である）には、前者による商標権侵害（法益侵害）の蓋然性・危険性が、後者によりそのまま実現しており、法益侵害の危険性・蓋然性は、現実化した法益侵害にそのまま吸収されている（「法益侵害の一体性」）。したがって、後者の罪の刑が前者を吸収した結果、包括一罪として、商標権侵害罪で処断されることになる（前掲東京高判昭42・1・30も、「法第37条第2号にいわゆる『指定商品であつて、その商品の包装に登録商標を附したものを譲渡のために所要する行為』〔ママ〕は、法第2条第3項の2号にいう商標使用の予備的行為であるから、もし同一人がこのようなものを譲渡のために所持しかつ、これを現実譲渡したばあいには、前者の予備的行為は、後者の譲渡行為そのものに吸収されて別罪を構成しない」と判示する。一般的に、予備罪と未遂・既遂犯は、後者が前者を吸収する関係にあるとして包括一罪とされていることにつき、山口・前掲401頁、西田・前掲414頁など参照）。

以上、縷々述べてきたものの、商標権侵害の事例においては、結局のところ、「法益侵害の一体性」は、侵害行為の対象となった商標権（登録番号によって特定される登録商標）の個数によって判断されることになる。複数の行為によって、同じ1個の商標権が複数回侵害されたとしても、行為の対象となった商標権が同一のものである以上、「法益侵害の一体性」は肯定され、複数の行為の間に「行為の一体性」が認められることを前提に、包括一罪となる。

もちろん、たとえ同一の商標権を対象とする侵害行為が行われたとしても（「法益侵害の一体性」あり）、これを惹起した行為が、時間的近接性・場所的近接性・行為態様等も斟酌しつつ単一的意思決定・犯意に基づくものとして1個の行為に準じると評価できない場合（「行為の一体性」なし）には、前述のとおり、併合罪が成立する。例えば、①被告人Aは、Bと共謀の上、昭和23年10月5日頃から昭和24年2月14日頃までの間に、大阪市の甲製作所で、T社が商標権を有する登録商標と同一商標が刻印されたゴム印をT社の商品と類似の商品に押捺し、もってT社の登録商標と同一の商標を類似の商品に使用し、②被告人A、同D、同E、同Fは、共謀の上、昭和23年12月7日頃から昭和24年1月10日頃までの間に、大阪市の乙工業所で、T社が保有する①と同じ登録商標と同一の商標が刻印されたゴム印をT社の商品と類似の商品に押捺し、もってT社の登録商標と同一の商標を類似の商品に使用し、③被告人Aは、Gと共謀の上、昭和23年12月28日頃から昭和24年2月21日頃までの間に、大阪市の丙株式会社工場で、T社が保有する①②と同じ登録商標と同一の商標が刻印されたゴム印をT社の商品と類似の商品に押捺し、もってT社の登録商標と同一の商標を類似の商品に使用したという事案において、大阪地判昭和27年2月29日刑集9巻11号2248頁は、Aに対して商標権侵害罪の併合罪を適用した。その控訴審である大阪高判昭和28年6月22日刑集9巻11号2250頁は、Aの行為は犯罪期

間も入りまじっており被害法益も単一であるから、包括一罪であるのに、原判決が共犯者の顔ぶれや犯行場所の数によって3個の罪の成立を認め、これを併合罪としたのは違法であるとの被告人側の主張に対し、「法律は他人の登録商標と同一の商標を類似の商品に使用する行為が反覆せられることを予想しておくから、同一商標を一個の商品に使用することに……一罪が成立すると解すべきではなくて、犯人が単一の意思の発動によつて反覆使用する行為を包括して単一罪として処断することとなるのであるが、その一面同一の商標権を侵害した場合であつても、それが犯人の別個の意思決定に基づき、共犯者及び場所を異にして行われたときは、これを各別に観察し、数罪の成立を認むべきであつて、被害法益が同一であるからと言つて他の要素を無視し一罪と論結するわけにはゆかない」。本件では、「被告人の行為は、別個の意思決定に基づき、別の共犯者とともに場所を異にして行われたものと認め得られる。そうすると、いずれもT社の登録商標と同一の商標を類似の商品に使用したものには違いないが、……包括一罪ではなくて併合罪の関係にあるものと言わねばならない」と判示している。上告審である最決昭和30年10月18日刑集9巻11号2245頁も、「被告人は、……単一の犯罪意思によるものではなく、別個の犯罪意思にもとづき、……犯罪の期間及び場所を異にし別の共犯者とともに各犯行を行つたものであることが認められる。されば、原判決が、同一の商標権を侵害した場合であつても、それが犯人の別個の意思決定に基き、共犯者及び場所を異にして行われたときは、これを各別に観察し、数罪の成立を認むべきであつて、被害法益が同一であるからといつて他の要素を無視し一罪と論結するわけにはゆかない旨を説示したのは正当である」として、原審の判断を是認している。なお、大阪高判平成8年2月13日高刑集49巻1号29頁は、被告人が①平成3年4月下旬頃から同年7月上旬頃までの間、大阪府所在の事務所において、他者の登録商標を付した商品を譲渡目的で所持し、②平成3年5月15日頃から同年10月27日頃までの間、前後4回にわたり、大阪市内において当該商品を譲渡したという1個の意思決定・犯意に基づく一体的行為が行われたにすぎないとも思われる事案においても、これを併合罪としている。

以上は、単一の登録商標に対する同種の法益侵害（商標権侵害あるいは侵害とみなされる行為）が惹起されたケースであるが、これとは異なり、単一の意思決定・犯意の下で複数の登録商標に対する使用等が行われた場合には、1個の法益侵害を惹起するものにほかならないとして連続犯（刑旧55条。現在は削除）とした判例がある（大判明治44年2月27日刑録17輯191頁）が、それぞれの登録商標ごとに別個の権利侵害が生じることから、複数の法益侵害が惹起されたと考えるべきである。本条（及び次条）は、1個の商標権の侵害という法益侵害を念頭に、これに見合った法定刑を定めている。したがって、数個の商標権（法益）が侵害された場合（「法益侵害の一体性」なし）には、その違法内容・責任内容は本条

(及び次条)が法定刑の前提とした範囲を超える以上、包括一罪とすることはできない。法益侵害の一体性を肯定した前掲大判明44・2・27も、これを根拠に包括一罪としているわけではなく、本大審院判決当時に連続犯の要件として要求されていた(その後の判例変更で不要となったようである)法益侵害の一体性(被侵害法益の単一性)を持ち出し、連続犯として一罪としたにすぎない(香川達夫・〔前掲昭30・10・18判批〕警察研究32巻12号104頁(1961年)、海老原震一・〔前掲最判昭41・6・10判解〕最判解説刑事篇昭和41年度86頁注4(1967年))。法益侵害の一体性を根拠に一罪として包括的評価を行い、包括一罪としたものではないのである。やはり、時間的近接性・場所的近接性・行為態様等も斟酌しつつ単一的意思決定・犯意に基づくものとして、1個の行為に準じると評価し得る一体的行為により(「行為の一体性」あり)、一体性のない複数の法益が侵害された(「法益侵害の一体性」なし)として、観念的競合とすべきである(前掲東京高判昭27・3・4、前掲最判昭41・6・10、東京地判昭和62年10月22日判時1258号143頁、前掲大阪地判平5・1・13、前掲東京高判平10・5・6、前掲松山地判平23・9・13など)。もちろん、「行為の一体性」が否定される場合には併合罪となる。行為の一体性が認められやすいのは、2つの登録商標を同じ指定商品1個に並べて貼り付けるような場合であろう。前掲最判昭41・6・10は、洋酒の瓶1本につき2個の登録商標を付す行為について、これを観念的競合としているのである。しかし、同最高裁判決は、洋酒の瓶ごとにそれぞれ異なる登録商標を付す行為については、行為の一体性を否定し、併合罪としている。すなわち、同最高裁判決によれば、瓶Aに甲という商標を付す行為、瓶Bに乙と丙という商標を付す行為、瓶Cに丁という商標を付す行為について、瓶Bに2つの商標を付す行為を観念的競合で科刑上一罪とした上で、瓶A・B・Cにそれぞれ商標を付す行為を、3つの罪の併合罪とすることになる(もっとも、前掲東京高判平10・5・6は、類似事案と思われるケースにおいて観念的競合を認めている)。

同様に、「行為の一体性」があることを前提に、それが商標権侵害と不正競争防止法上の商品等混同惹起行為(不競21条2項1号)や著名表示冒用行為(同項2号)に該当する場合にも、観念的競合となるし(前掲京都地判昭50・11・21、前掲大阪高判昭52・4・28、前掲東京地判昭56・8・3、前掲東京地判昭62・10・22、前掲東京高判平10・5・6など)、商標権侵害と意匠権侵害に該当する場合も同様である(前掲東京地判昭37・8・7)。

以上のほか、偽造商標を付した商品の販売(旧商標34条1号)と詐欺を観念的競合として科刑上一罪とした上で、この罪と商標の偽造(旧商標34条3号)について、前者が結果、後者が手段の関係があるとして牽連犯とし、結局、以上を一罪として最も重かった詐欺罪の刑で処断するとした原審判決を是認したもの(大判昭和8年2月15日刑集12巻126頁)がある。また、他人の登録商標を偽造し、これを清酒の酒瓶に貼付するとともに、商標権者甲の名義を冒用して、瓶内の清酒が甲の醸造に係るものである旨を記載した肩張紙・

封緘紙・包装紙を酒瓶に貼付した上で、当該清酒を販売したという事案で、商標権侵害罪と文書偽造罪の併合罪とした原審判決について、両罪の被侵害法益が異なることを理由に、これを是認した大審院判決（大判昭和2年5月20日刑集6巻195頁）もある（ただし、小野清一郎・〔同判決判批〕法協45巻12号2238～2239頁（1927年）は、これらの行為相互に手段・目的の関係があることから牽連犯とすべきであったと説く）。

Ⅵ 刑 罰

本条の法定刑は、昭和34年現行法制定時には、懲役刑・罰金刑の上限がそれぞれ5年・50万円であったが、平成5年改正で5年・500万円に、そして、平成18年改正で10年・1000万円に、順次引き上げられている（平成18年改正では、上述のように、37条・67条により商標権侵害等とみなされる行為については、次条が独立して設けられ、懲役刑・罰金刑の上限は、それぞれ5年・500万円のままとされている）。平成18年改正では、侵害に対する抑止効果や他の財産犯にかかる法定刑との均衡などを勘案して、懲役刑の上限が引き上げられ、罰金刑の上限も、侵害行為に対する抑止効果等を勘案して、同時に引き上げられたのである（逐条解説〔第19版〕1595頁・594頁）。

また、旧法以来、商標権等の侵害に対しては、懲役刑か罰金刑のいずれかが科されていたが、平成18年改正では、同様に刑事罰による抑止効果を高めるため、懲役刑と罰金刑の併科が導入された（逐条解説〔第19版〕1595～1596頁・594頁）。

〔愛知 靖之〕

第78条の2〔同 前〕

第37条又は第67条の規定により商標権又は専用使用権を侵害する行為とみなされる行為を行つた者は、5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。

（本条追加，平18法55）

【参考文献】

前条の「参考文献」欄に掲記のもの。

細 目 次

I 本条の趣旨(1883)	IV 刑 罰(1885)	
II 構成要件(1884)		〔愛知 靖之〕
III 違法性・責任・罪数(1885)		

I 本条の趣旨

本条は、平成18年改正により新設された規定であり、商標法37条又は67条により商標権・専用使用権を侵害するとみなされる行為を行つた罪（みなし侵害罪）について定めている。

平成18年改正により、78条の侵害罪について法定刑が引き上げられたが、37条や67条が、商標権の禁止権の範囲を拡張する、あるいは、商標権侵害の予備的行為を侵害とみなす規定にとどまることを考慮して、78条とは独立した条項を設け、法定刑の上限を懲役刑5年、罰金刑500万円に据え置くことになった（逐条解説〔第19版〕1596頁・595頁）。ただし、78条と同様、懲役刑と罰金刑の併科が導入されている。

なお、本改正前には、商標法37条2号以下、67条2号以下に該当するような予備的行為に対しても78条が適用されていたことに対し、学説からは批判もあった（光石・詳説425頁、三宅正雄・特許争訟雑感372～373頁（専工業所有権研究所出版部，1970年）、石川惣太郎・特許刑事法－工業所有権犯罪と刑罰〔改訂版〕228頁（発明協会，1994年）など）。しかし、裁判例には、「このように解することにより、同法37条各号の規定が適用上不明確で罪刑法定主義に反することになるとは思われず、また、間接侵害の予備的行為について本来の侵害行為と同一の罰則によつて処断することも、この種事犯が業として大量に、継続、反覆して行なわれることを常とするその特殊性にかんがみれば、決して不当なこととは思われない」と判示するもの（東京高判昭和58年11月7日高刑集36巻3号289頁）や、「商標法78条の構成要件は25条、37条及び67条により具体化されており、構成要件として明確でないとの非難は当たらない。また、37条は、本来的な商標権（25条）の侵害を、類似の商品及び商標

に拡大すると共に、その予備的行為を侵害行為そのものとみなして商標権の保護に万全を期そうとするものであるところ、財産権の中で無体財産権、とりわけ商標権の侵害が行われやすく、その回復が容易でない（予備的行為の違法性の程度が侵害行為のそれと近い）こと、法定刑が懲役5年から罰金刑までかなり広く定められていることなどに照らすと、予備的行為も含めて同一刑罰法規として規定するのが不合理であるとはいえない」と述べるもの（大阪高判平成14年6月12日（平13（う）876号））もあった。

Ⅱ 構成要件

本条の構成要件に該当する行為とは、商標法37条又は67条により商標権・専用使用権の侵害とみなされる行為である。詳細は、各規定の注解に委ねる。

なお、前条の注解でも触れたが、本条では、登録商標と類似する商標を指定商品・役務に類似する商品・役務に使用する行為など、類似性という困難な判断を伴う要件も問題となり、侵害の成否が必ずしも明確ではない事案もあり得る（もっとも、前条においても、種々の抗弁事由に該当するかなど困難な判断を要する場合はあり得る）。そうすると、商標を使用した営業活動に対する萎縮効果をもたらしかねないとともに、捜査機関の判断コストも大きくなる。そこで、商標の類似性が争点となった裁判例にも「侵害罪における類似性の判断が厳格に行われることはもとよりである」と付言するものもある（東京地判平成9年3月24日判時1619号154頁）。しかし、この種の事案では、起訴便宜主義（刑訴248条）の活用や、刑事法の権抑性の保持が期待されるところであり、実際の刑事事件の多くも偽ブランド品の製造・販売事案である。また、一応、可罰的違法性阻却や、故意、違法性の意識の可能性など刑事特有の要件が課されるため、限界はあるがこれらによる処罰範囲の限定はあり得る。これに対し、民事・刑事いずれも、構成要件が商標権等の侵害、あるいは、侵害とみなされる行為で共通している以上、少なくとも構成要件該当性段階の類似性判断などにおいて、民事と刑事の間で判断基準に差を設け二元的な解釈を行うというのは現実的ではなかろう（民事・刑事間の一元적解釈と二元的解釈については、著作権法に関する論稿であるが、松川実「著作権法における私法的解釈と刑法的解釈」青山法学論集49巻3号1～53頁（2007年）、桑野雄一郎「著作権侵害の罪の客観的構成要件」島大法学54巻1＝2号117～143頁（2010年）参照）。前掲東京地判平9・3・24も、刑事事件における判断は厳格にすべきと説きながらも、商標の類似性の判断基準自体は民事事件における基準と大差なく「商標の類似とは、2個の商標が、外観、称呼、又は觀念のうちいずれか1つ以上の点で相紛らわしく、その結果それらの商標が同一又は類似の商品に使用された場合、取引者や一般需要者によりそれらの商品の出所につき誤認混同を生ずるおそれがある程度に似ていることをいうのであって、その類似するか否かの判断は、右の3要素につき全体的かつ

離隔的に対比観察し、当該商標が使用されている商品の取引の実情を考慮し、取引者や一般の需要者が商品購入時に通常払うであろう注意を基準として決すべきものである」と述べているにすぎない（その他、商標の類似性や商品・役務の類似性が争点となった刑事事件として、例えば、大判明治37年3月25日刑録10輯547頁、大判明治41年9月22日刑録14輯772頁、大判昭和12年5月24日刑集16巻765頁、大阪高判昭和27年3月5日刑集7巻10号2047頁、その上告審である最判昭和28年10月30日刑集7巻10号2041頁、福岡高判昭和29年5月6日刑集10巻7号996頁、その上告審である最判昭和31年7月3日刑集10巻7号981頁、広島高岡山支判昭和32年9月12日刑集14巻9号1138頁、その上告審である最判昭和35年7月6日刑集14巻9号1133頁、東京地判昭和33年4月9日第一審刑事裁判例集1巻4号525頁、名古屋地判昭和38年1月23日判例工業所有権法2893頁、東京高判昭和44年9月22日刑集25巻5号751頁、大阪高判昭和45年4月10日判時620号100頁、東京地判昭和48年7月10日東高判時報24巻7号112頁、京都地判昭和50年11月21日刑裁月報7巻11＝12号960頁、その控訴審である大阪高判昭和52年4月28日刑裁月報9巻3＝4号180頁、東京地判昭和56年8月3日判時1042号155頁、その控訴審である東京高判昭和58年11月7日高刑集36巻3号289頁）。

Ⅲ 違法性・責任・罪数

これらについては、前条の注解を参照。

Ⅳ 刑 罰

Iで述べた理由から、前条とは異なり、懲役刑・罰金刑の上限は、それぞれ5年・500万円とされている。

〔愛知 靖之〕