

# 知的財産権犯罪に対する 刑事政策的対応と生物多 様性条約

政策研究大学院大学助教授 加藤 浩

## 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<sup>1)</sup>。

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<sup>2)</sup>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、さらに、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。近年の知的財産権犯罪の特徴としては、IT技術の発達によるコピーの容易化、被害の高額化・広域化、犯罪の悪質性・常習性等があげられている。

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（表1）

知的財産権犯罪に対する対策を検討する際には、知的財産権犯罪に対する適切な犯罪論を構成することが大切である。犯罪論の構成方法において、犯罪とは、「構成要件に該当する違法かつ有責の行為」と定義されている。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<sup>3)</sup>）ことが構成要件に相当する。

1) 知的財産戦略本部（内閣）（<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/>）

2) 「知的財産推進計画2005」（知的財産戦略本部）2005年6月、p.42等

3) 刑法199条（殺人） 人を殺した者は、死刑又は無期若しくは五年以上の懲役に処する。

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」は侵害の罪に処する旨規定（特許法196条<sup>4)</sup>）されており、「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、緊急行為、正当行為、可罰的違法性の観点から検討する。

緊急行為（正当防衛、緊急避難、自救行為）

緊急行為の内、正当防衛<sup>5)</sup>、緊急避難<sup>6)</sup>、自救行為に該当するものは、違法性が阻却される。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）。具体的な事例として、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ったことがあげられる。

また、模倣品が流通してからでは、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ケースは、やはり窃盗罪が問われることとなり、知的財産権犯罪において自救行為が認められるケースの想定は困難であると考えられる。

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<sup>7)</sup>）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21条<sup>8)</sup>）があり、法令行為に相当する。また、非常事態において、知的財産権の使用を認める法令が施行される場合には、法令行為として違法性が阻却されることとなる。

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。また、医師が死に瀕した患者を救命するような場合も、正当業務行為に該当する可能性が高いと考えられる。

一般的正当行為には、被害者の承諾等が該当する。

4) 特許法196条（侵害の罪） 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五百万円以下の罰金に処する。

5) 刑法36条第1項（正当防衛） 急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為は、罰しない。

6) 刑法37条（緊急避難） 自己又は他人の生命、身体、自由又は財産に対する現在の危難を避けるため、やむを得ずにした行為は、・・・罰しない。

7) 特許法69条1項（特許権の効力が及ばない範囲） 特許権の効力は、試験又は研究のためにする特許発明の実施には、及ばない。

8) 独占禁止法21条（知的財産法による権利行使） この法律の規定は、著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法による権利の行使と認められる行為にはこれを適用しない。

知的財産権犯罪の内、産業財産権（特許、実用新案、意匠、商標）については、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）の承諾は、原則として、違法性阻却事由に該当すると考えられる。

#### 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いものについては、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<sup>9)</sup>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、責任能力、故意・過失と違法性の意識の可能性、期待可能性、がある。

#### 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<sup>10)</sup>）と精神障害（刑法39条<sup>11)</sup>）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。

#### 故意・過失

刑法体系においては、刑法38条<sup>12)</sup>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、法定的符号説、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、事実の錯誤が法律の錯誤かの区別が重要である。（違法性の意識の可能性）

#### 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ついて、検討の余地はあるものの、倒産回避の代替手段の可能性

9) 平成12年6月29日大阪地裁 平成10(ワ)6066、等

10) 刑法41条（責任年齢）14歳に満たない者の行為は、罰しない。

11) 刑法39条1条（心神喪失）心神喪失者の行為は、罰しない。

12) 刑法38条1条（故意）罪を犯す意思のない行為は、罰しない。・・・

を考えれば、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<sup>13)</sup>)。

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<sup>14)</sup>)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、企業職員を対象として各共犯について判示する判例が存在しており、共同正犯、教唆犯、幫助犯を含めて広く共犯罪について検討する必要がある。

(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。

表1 知的財産権犯罪に対する犯罪論

構成方法	内容	細目	想定事例
構成要件	罪刑法定主義	特許法上の侵害(特許法196条)	権利侵害の認定
違法性	緊急行為	正当防衛、緊急避難、自救行為	緊急事態(アウトブレイク、バイオテロ)
	正当行為	法令行為、正当業務行為、一般的正当行為	正当業務(広告業、医師)、被害者の承諾
	可罰性違法性	法益侵害の程度	低額な損害賠償額
責任性	責任能力	刑事未成年、精神障害	14歳未満の犯罪
	故意・過失	事実の錯誤と法律の錯誤	事実の錯誤による過失
	期待可能性	代替手段の有無	代替手段のない状況

13) 刑法44条(未遂罪) 未遂を罰する場合は、各本条で定める。

14) 特許法101条(侵害とみなす行為) 次に掲げる行為は、当該特許権又は専用実施権を侵害するものとみなす。

## 4. 知的財産権犯罪の刑事政策論（表2）

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<sup>15)</sup>

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、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を踏まえ、可罰的違法性論を見直して犯罪対象を拡大すると共に、悪質で常習的な故意犯、未遂犯に対しては刑事罰を強化するなどの対応が必要ではないか。

（2）第三の刑事政策モデルの検討<sup>16)</sup>

現在、加害者を処罰する視点だけでなく、被害者の

被害回復に配慮した「和解」を視野に入れた刑事政策的対応が求められている。このような状況下、被害者保護を重視する第三の刑事政策モデルとして、「加害者＝被害者＝和解」モデルが目ざされている。

知的財産権犯罪においては、中国をはじめとするアジア地域における模倣品犯罪の場合、犯罪者が刑法上処罰されても、実際には被害者の被害が回復されないケースがかなり多い。今後は、知的財産権犯罪に対して、被害者の保護を重視する第三の刑事政策モデルを刑事政策論として検討することが必要ではないか。

（3）修復的司法の重視<sup>17)</sup>

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、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、常習的な故意犯が多く、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られる。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。

表2 知的財産権犯罪の刑事政策論

構成方法	背景	具体的方向
ハードな刑事政策的対応	知的財産権犯罪の悪質化・常習化	刑事罰の強化（悪質な犯罪）
第三の刑事政策モデルの検討	知的財産権犯罪の被害者保護の必要性	「加害者＝被害者＝和解」モデル
修復的司法の重視	知財分野における常習的な故意犯の増加	犯罪者の社会的復帰

15) 「刑事政策」(加藤久雄著) 青林書院, 2004年3月, p.5-7 (刑事政策の二極分化論)

16) 「刑事政策」(加藤久雄著) 青林書院, 2004年3月, p.32-33 (加害者=被害者=和解モデル)

17) 「刑事政策」(加藤久雄著) 青林書院, 2004年3月, p.103-112 (犯罪者処遇モデル)

## 5. 生物多様性条約と刑事政策論

近年、知的財産政策の分野は複雑化し、様々な他分野との制度調整の必要性が高まる中、多くの国際会議の場で知的財産政策が検討されるマルチプルフォーラ時代が到来した。例えば、知的財産政

策と環境政策との関係については、両者の調和と対立という構造の中で、様々な課題（表3）が存在し、国際的な議論が高まっている。このような状況を踏まえて、以下、生物多様性条約を事例として、マルチプルフォーラ時代における刑事政策論について検討を加えた。

表3 知財政策と環境の調和に向けた取り組み

	政策課題	政策の方向性
プロパテントの推進	環境技術に対する知的創造サイクル	パテントマップ 技術動向調査
	環境保全方法の開発インセンティブ	審査基準の明確化 (ビジネス方法の特許)
アンチパテントとの調和	生態系の保護(バイオハザード)	安全性規制
	生命倫理(ヒトクローン)	倫理規定
	個人情報保護(ヒトゲノム)	倫理規定
	遺伝資源・伝統的知識の保全	利益配分
	医薬品アクセスの確保	強制実施権等

### 生物多様性条約を巡る国際的議論

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<sup>18)</sup>(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(図1, 2)。

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(表4, 5)。また、最近では、既存の知的財産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(表6)。

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。

18) 生物多様性条約(CBD)の原文は、(<http://www.biodiv.org/convention/articles.asp>)を参照。

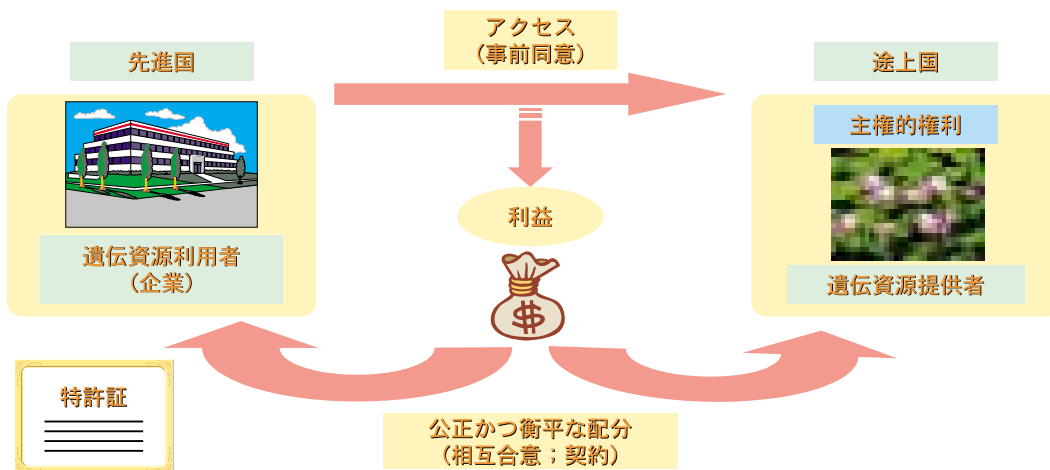


図1 生物多様性条約を巡る構図

**【ニームの保護】**

- 防虫・殺菌効果が知られ、インドの伝統的知識として保護。
- 米国企業がニームの種子を輸入し、殺虫剤を開発し、特許化。

**【カニ族の不思議な木の実】**

- カニ族：インド南部のケララ州（人口1.6万人）
- 元気の出る秘密の木の実 → 製薬メーカー（疲労回復剤）
- 当事者間の契約成立：利益の50%をカニ族へ
- カニ族内で紛争（利益配分）

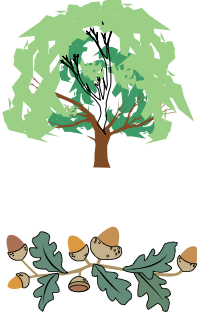


図2 生物多様性条約の事例

表4 生物多様性条約と知的財産制度を巡る国際的展開

	会議の名称	概要
生物多様性条約 (CBD)	2002年 第6回締約国会議 (COP6)	●ボン・ガイドラインの採択
	2004年 第7回締約国会議 (COP7)	●国際ナショナル・レジーム→ABS作業部会へ発注 ●出所開示等の技術的研究→WIPOへ発注
世界知的所有権機関 (WIPO)	遺伝資源等政府間会合 (IGC)	●出所開示等の技術的研究→CBDへ送付 (予定)
	PCTリフォーム・ワーキンググループ	●スイス提案：国内段階、国際段階での出所開示について
	特許常設委員会 (SCP)	●ドミニカ・ブラジル提案：出所開示と拒絶理由(無効理由)
世界貿易機関 (WTO) ・ TRIPS協定	TRIPS理事会	●インド提案：出所開示と特許権の取り下げ ●ペルー提案：TRIPS協定の改正 (27条・29条)

表5 生物多様性条約と知的財産制度に関する各国の主張

日本	米国	欧州	アフリカ・グループ	ブラジル・インド等
出所開示に反対 (特許制度の趣旨)	出所開示に反対 (契約の問題)	出所開示の義務化 (条件付きで賛成)	出所開示の義務化 (TRIPS協定改正)	出所開示の義務化 (出所開示 = 無効理由)

表6 Sui generis制度の概要

年	国内法名	年	国内法名
1995	フィリピン大統領令24	2002	ペルー集団知識法
1996	アンデス条約391号決定	2002	インド生物多様性法
1999	タイ国知的伝統医療保護促進法	2004	豪・クイーンズランド州BioDiscovery法
2001	OAUアフリカモデル法	2005	バイオバイラシーに関するペルー新法
2001	ブラジル暫定措置令2186 - 16	2005	インドネシアが国内法を策定中

(1) エンフォースメントの包括的強化

生物多様性条約違反(バイオバイラシー)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、他者の技術(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、模倣品対策と同種の行政当局(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、途上国がバイオバ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ことを期待したい。

(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、現行の知的財産

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。途上国における知的財産制度の普及・啓蒙に期待したい。

(3) 知的財産政策に関する公共政策論の探求

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、先進国と途上国の間で考え方が対立して平行線となっているが、知的財産政策の効果を最適化するという公共政策的な中立的観点の提示は、国際的議論の収束に重要である。今後、生物多様性条約との関係の中で、政策科学を応用した分析研究<sup>19)</sup>

19) 「International Public Goods and Transfer of Technology」 Keith E.Maskus & Jerome H.Reichman, 2005, p.493 ~ (PROTECTING TRADITIONAL KNOWLEDGE)



表7 生物多様性条約における刑事政策的対応

刑事政策論	内容	政策の方向性
エンフォースメントの包括的強化	知財と遺伝資源・伝統的知識の包括化	模倣品対策のグローバル化
	模倣品対策と利益配分とのパッケージ	
知的創造サイクルのグローバル化	知的財産制度・政策の普及・啓蒙	途上国における知財制度の整備
	伝統的知識データベースの構築（活用促進）	
知財政策に関する公共政策論の探求	公共政策的な中立的観点の提示	知財政策に関する研究活動の促進
	政策科学の知財分野への応用	

を行って公共政策論を展開し、先進国と途上国の双方の主張だけでなく、公共政策的な中立的観点をも勘案して、国際的議論を調整することが大切であると考えられる。

#### 6. 終わりに

現在の日本は、過去に例のない知財ブームの中、知的創造サイクルの活性化に向けたプロパテント政策が積極的に推進されている。しかし、政策の方向性を誤り、知的財産政策を失政させた場合には、知財ブームは知財バブルへとシフトする可能性がある。

今後、知的財産政策を推進する中、他分野との調和といったプロパテント政策の見直しを含め、最適な知的財産政策を探求し、それを実現していくことが必要である。そして、知的財産分野における政策提言は、大学の責務といえる。

現在、多くの大学で、知財人材の育成が推進されており、教育面における大学の役割も重要であるが、教育面だけでなく研究面においても、知的財産分野における大学の役割は益々重要になってきている。今後、マルチプルフォーラ時代の到来という転換期の中、知的財産政策に関する学説や提言が多くの大学から積極的に提示されることに期待したい。

## profile

加藤 浩（かとう ひろし）

平成2年4月 特許庁入庁  
 平成6年4月 審査官昇格  
 平成7年7月 通商産業省大臣官房企画室  
 平成9年7月 米国ハーバード大学（客員研究員）

その後、調整課、審査調査室などを経て、  
 平成14年10月 審判官昇格  
 平成17年4月より現職

