

トレード・シークレットの刑事的保護について

刑法・不正競争防止法の観点から

南 雲 亮 志

(公法専攻・司法専修コース)

はじめに

我が国における過去の議論の概要

- 1 刑法財産犯規定による処理の限界
- 2 改正刑法草案第318条（企業秘密漏示罪）を巡る議論

営業秘密の刑事的保護についての考察

- 1 新たな立法提案の登場
- 2 平成15年度改正 不正競争防止法（営業秘密の刑事的規律の新設）の検討

補論 米国経済スパイ法について

おわりに

はじめに

1990年代のコンピューター関連技術、エネルギー関連技術、バイオテクノロジー等の産業分野での飛躍的な発展、経済社会の情報化を反映して、技術上又は営業上のノウハウ等の重要性が著しく増大し、それらの取引等が盛んに行われるようになっていった。これに伴い、他人の営業秘密を不正に取得、使用するという違法な行為も増大したわけであるが、これら不正行為に対しては、不正競争防止法（1990年の改正で営業秘密にかかわる不正行為を不正競争の類型として追加）の差し止め等の民事的保護が主なものであった。

しかし、その後の社会情勢、国際環境の変化等を受けて、営業秘密の侵害について、民事的保護では不十分であることが指摘され、刑事的保護が検討されるようになった。そして、2003年の第156回国会において営業秘

密の侵害につき刑事責任を定めた改正不正競争防止法が成立し、2004年1月1日に施行されている。

それでは、今までに営業秘密の侵害行為に対して刑事的保護が図られていなかったのかということそうではない。後述するように、改正刑法草案第318条の提案や1980年代中盤以降に出された様々な提案などの立法的解決の動きを経ながら、現在まで、刑法の財産犯規定の解釈・運用によって一応の解決を図っていたが、そこには、理論的問題が多く内在していた。

本論文では、営業秘密に対して、刑事的な保護を与えることの意味、是非を問うことを目的に、わが国における過去の議論の経緯を概観した後、1980年代中盤以降に出された営業秘密の刑事的保護における立法提案、そして今回改正された不正競争防止法の内容について考察する。なお、本論文では、引用等必要な場合を除き、「営業秘密」、「トレード・シークレット」を同意語として使用していく。

我が国における過去の議論の概要

1 刑法財産犯規定による処理の限界

わが国では、1950年代後半から多発した産業スパイ事件に対して、直接に取り締る法律が無かったため、刑法における財産犯規定の解釈・適用によって一応の解決を図っていたが、そこには理論的問題が多く内在していた。ここでは、特に問題の多かった窃盗罪と背任罪の処理を中心に見ていくこととする。

(1) 窃盗罪による処罰

判例が窃盗罪により処罰した事例はいくつかあるが、まず、最初に秘密資料の財物性・所有関係が問題となった大日本印刷事件¹⁾について考察していく。

秘密資料の財物性・所有関係

大日本印刷事件で、東京地裁は、「当初からの意図の通り大日本印刷内

で、ほしいままに、同社の複写器を使って複写し、これを社外に持ち出したものであるから、全体的にみて、単なる感光紙の窃取ではなく、同社所有の複写した右稟議決済一覧表を窃取したものと認めるのが相当である」と判断した。

これに対しては、「窃取したコピー紙に秘密を含ませて企業機密を含む極めて経済的価値の高い紙を持ち出したという実体に着目するならば、単なるコピー用紙及び無形的利益としての情報が別個に窃取されている²⁾」との前提のもと、窃盗罪の客体に関して有体性説、物理的管理可能性説のどちらの立場に依拠するにせよ、無形的利益としての情報部分についての窃盗罪の成立は認められないであろうから、このような行為は、単なるコピー紙の窃取としてしか考えられず、使用されたコピー用紙が行為者の所有物である場合には可罰性を認めることはできなくなる³⁾、との批判がある。つまり、この帰結は、コピー用紙の所有権の帰属という偶然的要素により窃盗罪の成否が決まることになり合理的でない⁴⁾、というのである。

不法領得の意思

コピー作成による情報の窃取等を、原本に対する窃盗罪として構成する場合、主観的違法要素としての不法領得の意思も問題となる。この問題を扱ったものとして、新薬産業スパイ事件⁵⁾がある。なお、不法領得の意思の内容については、争いがあるが、不法領得の意思不要説からは、原本に対する占有奪取の有無が決定的となり、必要説⁶⁾ではこれに加えて、不法領得意思の内容に応じた吟味が必要となる。なお、ここでは、必要説を前提として議論を見ていく。

(i) 権利者排除

まず、新薬産業スパイ事件のうち、帝三製薬事件判決では、ファイルが権利者に返還されても、同様のものが他に存在することにより、権利者の独占的・排他的利用は阻害され、本件ファイルの財物としての価値は大きく減耗すること等を述べ、権利者排除を肯定した。

これに対しては、秘密資料のコピー作成事案では、権利者がその資料を

利用することは完全に可能であるから、資料自体が持っている利用効果は低下しておらず、減少しているのは、独占していることから生み出される経済的価値にすぎず、本判決のように資料の独占の利用価値の減少を権利者排除と解する立場は、結局、無形的情報に関する権利者排除を問題としているのであり、無形的利益を窃盗の客体としていることになるのではないか⁷⁾、との批判がある。

(ii) 利用・処分意思

新薬産業スパイ事件のうち、富山化学事件判決では、「資料の内容をコピーし、その情報を獲得しようとする意思」を「利用・処分意思」と解し、帝三製薬事件判決では、「複写という方法によりこの情報を他の媒体に転記・体化して、その媒体を手許に残すことは、原媒体たる本件ファイルそのものを窃かに権利者と共有し、ひいては自己の所有物とするのと同様の効果を挙げうる意思を問題としている⁸⁾。

本判決に対しては、無形的なものの取得を正面に据えている⁹⁾、と指摘されている。そして、「利用・処分意思」の内容が希薄化したとはいえ、利益窃盗の処罰に至らないために、財物罪では、あくまでも財物そのものの利用・処分を問題としなければならないはずであり、本判決の論理でいけば、資料をその場で読んで記憶した場合まで、窃盗罪に問われる可能性が生じてしまうことから、財物罪の解釈としてはかなり無理をしている疑問がある¹⁰⁾、とされる。

このことは、同じく領得罪である業務上横領罪による処理についても、ほぼ同様に当てはまる¹¹⁾。

(2) 背任罪による処罰

企業秘密の漏示行為に背任罪を適用する際に最も問題となるのが、行為者の事務処理者性であるが、この問題を扱ったものとして、東洋レーヨン事件¹²⁾がある。

神戸地裁は、「被告人は、就業規則等に基づいて東レ所有の秘密を保管し、これを社外に漏らしてはならない義務を負担しており、本件被告人所

為は、かような義務に違反する側面を有するけれども、かような義務は同被告人の担当事務との関係の有無を問わず存在するものであって、かような義務違反は、雇傭契約に基づく一般的忠実義務違反としての責任を生じさせることはあっても刑法247条の背任罪にいう事務処理についての任務違背として評価することはできない」とし、背任罪の成立を否定した。

本判決に対しては、「全ての従業員に一般的に課されている義務を根拠として事務処理者性を認めるとすると、単なる就業規則違反を背任罪の名で処罰することにつながりかねないし、また、仮に秘密資料に接触しうる者すべてに背任罪の主体たる身分を認めるとすると、実質的には会社の財産的価値ある秘密を取得する行為を広く背任に問うことになる¹³⁾」として、背任罪の成立を否定した本判決は妥当とする立場が有力である。

(3) 小 括

ここで、判例実務の処理を総括すれば、情報を化体した媒体であるところの有体物に関しては、窃盗（刑法第235条）や横領罪（刑法第252条）に該当し、また、コピー目的での一時持出しの場合も、窃盗罪について解釈上必要とされている「不法領得の意思」が認められ、窃盗罪や業務上横領（刑法第253条）が成立する。しかし、前述の批判の通り、秘密資料の財物性・所有関係、不法領得の意思に対する判例実務の態度は是認できない。他方、自分で持ち込んだコピー用紙を使用して社内でコピーしたものを持ち出す行為やカメラで資料を撮影する行為を窃盗罪に問うことは不可能であるし、保管場所から社内のコピー機の所に持っていく行為を窃盗罪に問うことも、通常は占有侵奪がないから困難である¹⁴⁾。

次に、有体物の移転を伴わない場合でも、図利加害目的、他人の事務処理者性が認められる場合には背任罪が成立する可能性がある。しかし、第三者が情報を不正に取得する行為には背任罪の罪責に問うことはできない。

このように、刑法財産犯規定で営業秘密を保護するとなると、処罰の隙間が生じてしまうのである。他方、処罰の隙間を埋めるべく一定の限度で処罰の対象にしようとする、前述のように刑法理論の正当な枠組みを歪

めてしまうのである。このように、情報という無体物の窃取を目的とする行為に対しては、有体物に着目した犯罪類型である窃盗罪等の財産犯規定で対処しようとするには無理が伴うのであるが、しかし、情報の窃取行為に着目する限り、情報の媒体物の移転を伴うか否かで可罰、不可罰をわけ理由はない¹⁵⁾。このことは、一定の限界が存し、処罰の必要性と処罰の範囲を含めた立法論的検討が必要になったことを意味する¹⁶⁾。次項では、最初の企業秘密の立法提案であり、様々な議論を呼んだ改正刑法草案第318条について見ていく。

2 改正刑法草案第318条(企業秘密漏示罪)を巡る議論

(1) 本条の規定・趣旨

本条は「企業の役員又は従業員が、正当な理由がないのに、その企業の生産方法その他の技術に関する秘密を第三者に漏らしたときは、三年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。これらの地位にあった者が、その企業の生産方法その他の技術に関する秘密を守るべき法律上の義務に違反して、これを第三者に漏らしたときも同じである。」と規定していた。これは、産業スパイ事件の増加、最近(当時)の経済社会における企業秘密の重要性に鑑みるとこれを刑法上も保護する必要性が大きいこと、最近ではこの種の事犯が増加しつつあるのに、書類、図面等の持ち出しを伴わない場合にはこれを処罰する適切な規定がないこと、反道義性の著しい態様における企業秘密の侵害が不可罰とされるのは、健全な社会感情に反すること、諸外国の立法例においても、この種の規定を設けているものが多いこと¹⁷⁾、を背景としている。

(2) 本条に対する評価

本条に対しては、各界から様々な批判が出され、その後、その批判点に対する反論もなされたのであるが、主なものは以下の通りである。

第一に、西原春夫教授の「一般に、何が『秘密』であるかが不明確な上に、『その他の技術に関する』、という形容詞が付加されることによって、

その不明確さが倍加することとなった¹⁸⁾」との指摘に代表されるように、本条の「秘密」という概念が不明確であり、罪刑法定主義上問題があると批判がある。これに対しては、「草案は企業の有する業務上の秘密一般ではなく、『生産方法その他の技術に関する秘密』だけを対象としているので、秘密の概念は明確である¹⁹⁾」との反論がなされている。

第二に、技術上の発明とその実施の保護には、特許制度が存在するにも拘わらず、企業側の都合であえて特許をとらずにノウハウとしたのであるから、そのような「秘密」に刑法上の保護を与える合理的理由は乏しいとするもの²⁰⁾であるが、これに対し、「草案の構成要件には、『正当な理由がないのに』という限定があるのであって、目的、手段において正当と認められるものは処罰されないのであるから、正当な消費者運動や取材及び報道の自由を制約するおそれはない²¹⁾」との反論がある。

第三に、内部告発や消費者運動が抑制を受け、さらには、取材、報道の自由の制約になるとする²²⁾ものである。これに対しては、「特許になじまないが経済的価値の大きい技術上の秘密についても保護の必要があり、特許制度だけでは技術の保護にとって十分とはいえない。また特許になじむ性質のものであっても、特許を取って公開するかノウハウとして秘密にしておくかは企業の選択にゆだねるのが、企業間の健全な競争という観点から合理的である²³⁾」との反論がある。

最後に、本条後段が退職者をも漏示の主体としたために、勤労者の転職の自由を束縛し、憲法上の基本権である職業選択の自由を侵害するおそれがあるとの批判²⁴⁾に対しては、「法律上の守秘義務が発生するのは、雇用者との間に具体的な特別の約束がなされた場合であり、入社時に転職後も守秘義務を負うという一般的な約束があるというだけでは足りないのであって、草案の規定が転職の自由を制限することとなるおそれはない²⁵⁾」との反論がなされた。

(4) 小 括

こうして刑法改正草案第318条は重要な問題提起をしたわけであるが、

企業秘密によってもたらされるデメリット、内部告発・消費者運動の抑制、取材・報道の自由への制約のおそれ、労働者の転職の自由の制限は、特に国民の憲法上の権利に抵触するため、学界、あるいは弁護士会を中心として強い批判が生じ、またそれに対する産業界からの反論がなされ、刑法改正作業中の事実上の中断により、結局立法は見送られることとなった。

営業秘密の刑事的保護についての考察

改正刑法草案第318条の議論以降も、営業秘密の刑法的保護について、様々な議論が交わされたが、具体的な立法提案がなされた代表的なものを挙げれば次の通りである。まず、吉岡一男教授による「情報財」の提案²⁶⁾、1988年の春の刑法学会において発表された「財産的情報の刑法的保護に関する共同研究報告²⁷⁾」がある。また、不正競争防止法の中に保護規定を新設すべきとする立場として、加藤佐千夫「企業秘密の刑法的保護(1)・(2)・再論²⁸⁾」、山口厚「営業秘密の侵害と刑事罰²⁹⁾」がある。しかし、結局は立法的な解決を迎えることなく、営業秘密の刑事的保護に関する議論は下火になっていった。ところが、2003年になって「不正競争防止法の一部を改正する法律」が第156回国会において成立し、施行されることとなったのであるが、1990年中盤以降、営業秘密の刑事的保護についての議論は、決して活発になされていたとはいえない状況の中で、なぜこの時期に改正法が成立したか、非常に疑問の残るところである。

以下では、上記三つの立法提案を検討しつつ、今回の改正不正競争防止法について考察してみる。

1 新たな立法提案の登場

(1) 情報財の提唱

提案の内容

この提案は、秘密であるか否かを問わず、経済的な価値ある客観情報と

しての企業秘密を「物質財」、「エネルギー財」と並ぶ「情報財」として財産犯の客体に含めていくものである³⁰⁾。その範囲については、「特許権など無体財産権の対象になるものこそを情報財の中心にすえ、各種の販売名簿、経済動向などの予測情報など保持ないし保有あるいは帰属の主体も明確で、経済的価値のあるものとして既に売買等の対象にもなっているもの」とされている。

行為態様に関しては、「理論的あるいは観念的には、情報内容を知得することで完了するといえるが、知得を明確にするため、さらに領得犯としての性格をはっきりさせるためにも、客観的な伝達可能性もある形で、媒体上に化体された場合にはじめて、あるいは、客観化された時点で、窃取が行われた」とされ、具体的には、コピー作成、写真のフィルム上に感光した場合³¹⁾等がある。

そして、「物質・エネルギー・情報という存在形態の相異を前提にし、物質財を原則とする財産犯規定中に、絶えず明確化を図りながら、一定の限度で、例外として情報についても立法的手当を考えることが望ましい」と結論付けられている。

批 判

しかし、上述のような主張に対しては一連の批判が寄せられたが、第一に、情報財としての構成は、その侵害客体を限定することが極めて困難であり、刑法の謙抑性の観点からは疑問がある³²⁾、との批判がある。吉岡教授は、「ある特定の企業について的事实・情報、つまり主体関連情報は、個人についてのプライバシー侵害が未だ犯罪化されていない段階では、企業秘密として、その侵害を処罰するのは、均衡を欠き、あらゆる情報財を財産犯の客体として構成して不自然でもあり望ましくない」とされ、あらゆる情報財を財産犯の客体として構成されているわけではないが、「ニュービジネスが次々と生まれてくる時代にあっては、あらゆる情報がビジネス上の利用価値を有し、その意味で、財産的価値のない情報はないといっても過言ではなく、さらに、国家秘密やプライバシーであっても、

それが現実には市場において交換価値を有する以上、これを『情報財』から排除することはできない³³⁾」というのである。

第二に、行為態様の限定に対しては、その具体的な立法は、「財産的価値ある情報は、これを財物とみなす」という形になるであろうが、しかし、刑法典における既存の財産犯規定を前提としたうえで行為客体の「情報財」への拡張を図るかぎり、このような限定を付すことは困難³⁴⁾、との批判がある。

(2) 財産犯的構成

財産的情報侵害罪の保護法益

1988年春の刑法学会における共同研究報告によれば、財産的情報の侵害における最大の特異性は、情報の非移転性、つまり「財産的情報の侵害は、所有・保持者の所有・保持ないし利用可能性の喪失、所有・保持者から行為者への客体の移転を伴わない(唯一の原本が持ち出されるような場合は勿論除かれる)」ところにある。そして、法益侵害は、「情報の管理・独占により生ずる、財産を産み出す可能性・源としての価値が、他者により不法に情報が利用され、その財産創出の可能性が実現されることにより侵害され、失われること」と捉えられることになる。この意味で、「情報は、財産を産み出すポテンシャルとして、財産的価値を有するのであり、これが保護されるべきもの」とされる。

行為客体

保護される財産的情報は、「トレード・シークレット等の秘匿されることによって財産的価値が生ずる秘密情報に限定すべき」とされ、この際、「情報の財産的価値は、それが財産を生み出す源・ポテンシャルであることに基づいていることから、情報と財産との関連性・接着性が強調されるべきであり財産創出との具体的な関連性」が要求されることになる。

また、主体関連情報のように「それを入手する者にとって財産的価値を有するとしても、情報の所有・保持者にとって特段の財産的価値のない場合は、情報の財産を生み出すポテンシャルとしての財産性を保護するとい

う観点から、法益侵害が欠如するとして、処罰するべきではなく、侵害行為の被害者にとっても財産性を有しうる情報に限定すべし」とされる。

侵害行為類型

財産を産み出すポテンシャル性の侵害という観点からは、法益侵害は「情報の不正な利用行為である窃用によって生じ、窃盗に外形上対応した漏示・不正取得は、窃用の前段階の行為であり、窃用によって生じる法益侵害の危険を生じさせる危険犯としての性格を有している」こととなる。そして、「漏示・不正取得までを処罰するとすれば、それは窃用の前段階として、窃用の危険性を生じさせる点に処罰の根拠があるのであるから、そこでは、その危険性を明確に基礎付けるものとして、窃用の目的を要求すべき」とされる。

試案

同報告によると、基本的侵害類型は、「職務上知り得た他人の財産価値を有する技術上または営業上の秘密情報を窃用（その情報の本来の用法に従って不正に利用し、それにより当該情報の有する財産価値を侵害）すること（五年以下の懲役または罰金）」となる。その前段階である漏示・不正取得については、それぞれ、「職務上知り得た他人の財産価値を有する技術上または営業上の秘密情報を窃用の目的で漏示すること（三年以下の懲役または罰金）」、「職務上知り得た他人の財産価値を有する技術上または営業上の秘密情報を窃用の目的で不正に取得すること（三年以下の懲役または罰金）」となる。

そして、この規定は、「財産的価値を有する情報は、新たな財産として保護されるべきであり、それを侵害する行為を捕捉するものである以上、刑法典の中に置かれるべきもの」となる。

批判

第一に、試案のいう法益侵害に対しては、次のような批判が出されている。つまり、「このポテンシャルとしての財産的価値の現実的侵害は、他者がそれを利用したことから自動的に生じるのではなく、情報が他者に

よって利用され、その結果、本来その情報を利用して得られるはずであった利益が得られなくなった時点ではじめて侵害があったことになるが、他者による『財産創出の可能性の実現』がそこまでのことを要求しているのか、窃用概念がどこまでを含むのか必ずしもはっきりと述べられておらず、また、『情報本来の用法に従っての利用』としての『窃用』も、結局は中途半端な途中経過の時点を捉え、それを、現実の法益侵害だとしているにすぎない³⁵⁾」というものである。

第二に、保護法益を「財産創出のポテンシャル」と指定する帰結として、主体関連情報や異業種間での顧客名簿の不正取得、利用は、被害者の競争力という経済的利益の欠如から、本罪には含まれないことになる。しかし、条文上での行為客体は「職務上知り得た他人の財産価値を有する技術上または営業上の秘密情報を窃用（その情報の本来の用法に従って不正に利用し、それにより当該情報の有する財産価値を侵害）すること」となっているが、括弧内の定義は「窃用」についての一つの解釈を示すものであって、条文の文言そのものではないにも関わらず、この定義から、利得と損害の対応性や被害者に存する当該情報の財産的価値を独占する利益の侵害といった多くの限定的解釈が導かれており、刑法規定の処罰範囲は、構成要件的に明確に限定しておくことが必要³⁶⁾、と指摘されている。

第三に、試案によれば、不正取得（探知）の手段による限定は考えられていないが、情報取得行為が、日常頻繁に行われているところの正当な社会的活動である以上、許された行為と許されない行為との区別を明確にさせるためにも、手段による限定は必要である³⁷⁾、との指摘もある。

(3) 不正競争的構成

保護法益

加藤論文でいう不正競争的構成によれば、「企業秘密が侵害されることにより、苦勞して得た優越的地位を失うとすると、企業は、同様に他人の企業秘密を入手しようとし、その結果、『全体として、全ての経済生活に対して墮落させるような影響力』が生じ、健全な競争秩序は破壊される危

険性がある」ことを理由に、公正な競争秩序を主たる保護法益とされる。そして、「企業秘密が一私企業にとって重要な価値をもつ個別財産的利益であるということは否定できない事実であるから、企業秘密侵害罪から財産犯的側面を完全に払拭することは妥当でなく」、企業の個別財産的利益を従たる保護法益と構成されている。

客 体

企業秘密侵害罪の客体は、「企業」秘密となるが、この際、「秘密」概念の不明確さに配慮し、「わが国の判例の一般的傾向ともいえる『実質秘³⁸⁾』」を企業秘密に適用することによって、企業秘密の概念は内包的に限定される」とされる。

また、同様に企業秘密の範囲に関しては、「営業上の秘密と技術上の秘密を区別する合理的理由・実益はない」とされ、両者を企業秘密に含められている。

行為態様

行為態様としては、「漏示や探知という不正な手段を用いることこそが違法行為の中核をなす」とされ、探知行為も「その行為の多くは、刑法犯として捕捉しうるが、機械的、技術的手段を駆使して行われる探知行為により、財物の奪取等を伴わずに膨大な量の情報を入手することが容易に可能となってきたこと、そして、その財産的侵害の重大性を考慮するならば、一定の類型の探知行為については、刑罰による対応が必要」と指摘される。その際、「企業が防禦措置を施して保管している企業秘密を機械的、技術的手段によって探知した場合」といった処罰範囲を限定する規定の仕方を提案されている。

主観的要件

主観的要件として、少なくとも「不正競争の目的」は不可欠の要件³⁹⁾とされる。「この『不正競争の目的』という要件によって限定するということは、背信的行為としての秘密侵害行為の中で、公正な競争原理を害する形態の行為だけを捉えようとすることを意味し、それ故、企業秘密侵害罪

は、不正競争防止法の中に規定すべき」だとされる。

親告罪

加藤説のいう企業の個別財産利益を従たる保護法益とする観点からすると、「公判審理を通じて秘密が拡散し、企業が損害を被る可能性を考慮するならば、企業の個別財産的利益保護のため、刑事訴追の可否を企業の選択に委ねる余地を残しておくのが合理的であると考えられる以上、親告罪規定を設けることが妥当⁴⁰⁾」とされる。

(4) 考察

これまで、過去に出された様々な立法提案を見てきた。以下では、何が営業秘密の刑事的保護の方法として適切かを模索していくが、まず、最初に、営業秘密の特性を概観してみる。

第一に、営業秘密有形物の中で存在するとともに、無形の形としても存在することができるという存在形式の特殊性がある⁴¹⁾。

第二に、営業秘密の価値はその秘密性にある故、技術上の秘密も営業上の秘密も公開されてしまうと、その価値が減少することから、保護の際には、その財産性の他に秘密性も同時に考慮しなければならないという秘密性と財産性の関係である⁴²⁾。

第三に、概念の広範性⁴³⁾であり、営業秘密の概念の中には、技術上・営業上の秘密を含んでおり、民事法・刑事法でも保護されないものもある以上、営業秘密の保護に関係する各法分野の保護を統一的に把握することはできず、刑事法の性質に鑑みて保護範囲は狭くしなければならぬというものである。

第四に、営業秘密の場合は、公開を前提とした無体財産権と異なり、その所有者の主観的判断により秘匿されたものであるから、基準も明白でない以上、無体財産権の保護以上の手段を講じるのは過剰保護になるとする問題である⁴⁴⁾。

第五に、技術の格差の問題⁴⁵⁾もある。技術先進国は技術面での優位を維持するため、技術後進国に比べて営業秘密の保護に積極的であり、また、

比較的高度な先進技術を持つ企業は、技術独占の傾向が強いため、相対的に技術力の低い企業に比して保護に積極的である。さらに、最も弱い立場にある消費者は、より良い品質・サービスを求めるため、営業秘密の公開に積極的であるといえる。

営業秘密の刑事的保護を論ずる際には、以上のような特性に配慮しなければならない。従って、営業秘密を全く保護しないとすると、企業は、技術開発やサービス向上のための努力に対する情熱を失うであろうし、産業スパイが横行し、自由で公正な競争秩序が破壊されるおそれがある⁴⁶⁾。逆に、営業秘密を過剰に保護しすぎれば、技術独占を容認することになり、弱い立場にある中小企業の利益を侵害し、技術進歩が阻害され、また労働者の転退職の自由、報道機関の取材・報道の自由や労働者の内部告発、さらには消費者の利益までもが犠牲になってしまうことから、両者のバランスを図ることが非常に重要になってくる。

以上のことから、考え得る営業秘密の保護方法を挙げれば、現在の裁判実務を維持する方法、改正刑法草案第318条のような秘密侵害罪構成、「情報財」構成、財産犯的構成、不正競争の構成がある。

を採る場合には、情報の窃取行為に着目する限り、情報の媒体物の移転を伴うか否かという偶然的な要素により可罰・不可罰を分けてしまうことになり妥当でないし、また、立法提案が次々となされたのも、現在の裁判実務の在り方、すなわち、情報の財物性・不法領得の意思等の解釈の仕方に問題があり、厳格な範囲にとどめておくべきということを背景にしてなされたことを考慮すれば、この方法では何の解決にもならないであろう。

の構成に対しては、トレード・シークレットの秘密性と財産性の関係から問題がある。つまり、は秘密性にのみ着目し公的秘密または私的秘密と同様に秘密侵害罪で保護するものであるが、一方の特性にしか配慮しておらず、保護方法として不適切である。また、「秘密」概念の不明確性や、労働者の転退職の自由、報道機関の取材・報道の自由の制約などを考えれば、この方法は採りがたい。

の「情報財」構成は、財産的価値ある情報を端的に財産犯の客体として捉える点で、判例実務の現状に最も即したものであり、さらに、企業秘密の侵害を、既存の財産犯の枠組みで捕捉することにより、これまで企業秘密侵害罪について提起されてきた様々な批判を回避しうる側面は評価できる⁴⁷⁾。しかし、営業秘密は、知的財産権の範囲に属し、その刑事的保護はその限りにおいてなされれば十分であり、それ以上の刑事的保護は行き過ぎである⁴⁸⁾。また、上記第二のトレード・シークレットの秘密性と財産性の観点からすれば、このアプローチは財産性にしか配慮しておらず、保護方法として不適切である。

の財産犯の構成は、トレード・シークレットの財産的価値を重視し、財産的価値を有する秘密情報を保護するものであり、保護客体としてのトレード・シークレットについて、財産的価値を秘密性の側面から限定を図ろうと努力している点では評価できる⁴⁹⁾。しかし、

問題は、この構成からは財産的被害・損害の発生が犯罪成立要件とならざるをえないが、それをどのような意味で肯定しうるか⁵⁰⁾である。試案のように、営業秘密の財産性を「財産創出のポテンシャル」として捉え、それはその情報の使用によって(他人によりポテンシャル性が先に現実化された結果)侵害されると構成(限定された財産保護説)すると、このような限定された法益侵害が認められるのは、直接的競業関係に立つ者の間での情報侵害といった比較的狭い範囲に限られることになる⁵¹⁾。そこで、さらに処罰範囲を拡げる考え方(広い財産保護説)が出てくると、直接的競業関係のない者同士での不正取得が問題になる場合や製品化以前の段階で使用する場合等には、情報の不正な取得者がそれを使用することによって利益を得たとはいっても、権利者に帰属する情報の財産的価値がそれによりそれだけ現実に侵害されたといいがたく、営業秘密の不正な使用によってその財産的価値が侵害されるという関係が不明確になってくるのである⁵²⁾。そこで考えられる財産的損害としては、せいぜい「情報を正当に取得させたとした場合にうべかりし利益」を挙げるにとどまり、このような

考えからは、情報の財産的価値そのものに焦点が合わせられ、その内容が広く考えられる結果、保護の客体は「財産的価値ある情報一般」となるのが自然であり、それを「営業秘密」「企業秘密」に限定する理由に乏しいこととなる⁵³⁾。そして、情報の調製にはコストがかかる以上、それを無料で取得させるということが特別の理由がない限り考えにくいとすれば、その財産的価値の実体は殆ど無いに等しいものとなりえ、實際上あらゆる情報についてその侵害を情報の財産的価値の侵害として処罰することが可能となり、情報の性質・特殊性に応じたきめ細かい法的取扱が封じられ、その「財産的価値」という側面から一律に処罰の対象とされることになってしまうことから、この構成は妥当でない⁵⁴⁾と考える。

従って結論から述べると 不正競争的構成が妥当である⁵⁴⁾と考える。

まず、不正競争的構成を採る場合の保護法益は、端的に公正な競争秩序と営業秘密の財産的価値を保護法益とすれば十分であり、加藤説のように保護法益を主たるものと従たるものを区別する理由・実益はないように思われる。この点に関して、田村善之教授の指摘⁵⁵⁾が非常に参考になる。それは、「情報を秘密として管理して他者に対して優位を保つということが、成果（情報）開発のインセンティブとなっていることに鑑み、成果を開発しようとする企業の努力に対するインセンティブが冒用行為により損なわれることのないよう、秘密管理体制を突破して他人の成果である秘密情報を冒用する行為を禁止する必要がある。そのうえで、成果冒用行為に対する民事的規制には不足がある場合に、必要な限度で刑事的規制を加える必要がある」という指摘である。この立場からは、「他人の成果を冒用するという『財産犯』こそが『公正な競争秩序』を害する行為」となる。このような思考方法であれば、営業秘密侵害行為の実体を的確に捉えることが可能となるし、刑法の補充性・謙抑性にも適うこととなる。

次に、行為態様に関しては、刑法と異なり不正競争防止法は特別法であるから、違法行為の種類を詳細に規定でき、構成要件を明確になしうることができる⁵⁶⁾。この場合、加藤説が言うように漏示等が中心となるわけで

はなく、使用があくまでも直接的な法益侵害であるから、第一次的不正競争行為になり⁵⁷⁾、取得等の前段階の行為は法益侵害を惹起する危険犯としての性質をもつ行為と考えるのが妥当であろう。この際、取得行為については、リバース・エンジニアリング等の正当な情報収集活動との区別を明確にするために、さらに危険犯としての性格を持つ以上、法益侵害を高度に惹起されるような形での行為に限定することが望ましいと考える。加藤説による運用の実態を立法に反映させる議論によれば、むしろ「財産犯的構成」を採り緩やかな侵害で足りるとする最も処罰範囲の広い立場を採ることになりかねない⁵⁸⁾以上、問題があるように思われる。

また、主観的要件については、「不正競争の目的」を要求することで、処罰範囲を限定する（競争と関係のない内部告発や取材・報道の自由を処罰外におく）ことが望ましい。加藤説は、「不正競争」を業種を同じくする狭義の競業関係におけるものに限定しているが、不正競争防止法における不正競争の概念としては、一般に狭義の競業関係は不要であると非常に広く解されており、また、産業構造の転換に伴う事業のボーダレス化を考えれば、狭義の競業関係は不要であろう。

ところで、不正競争の構成に対しては、以下の批判がある。第一に、この構成によれば、個人の法益、権利の侵害という結果無価値よりも公正な競争秩序の維持をはかるといった観点を重視するものであるため、行為態様に重点が置かれることになり、法益侵害が曖昧になるおそれがある⁵⁹⁾、という批判があるが、保護法益を「公正な競争秩序」と「トレード・シークレットの財産的利益」と構成し、また、使用があくまでも第一次的不正競争行為と考えれば、法益侵害が曖昧とは言えないと考える。

第二に、この構成について最も問題となる点は情報の財産的価値の侵害がそれとして捉えられない⁶⁰⁾、という批判であるが、「情報については、その財産的価値の侵害を直接処罰することには、情報の種類・性質に応じた取扱い及び処罰の限定という観点からは、問題が生じるのであるから、財産的価値の侵害それ自体を捉えないことが情報については適当であ

る⁶¹⁾」との反論がなしえよう。

第三に、法定刑のバランスが問題となる。つまり、不正競争的構成においては、営業秘密の侵害行為は『公正な競争秩序』を侵害する不正行為として捉えられる結果、財産犯と比較して軽いものとならざるをえず、侵害行為について重い財産犯の成立を肯定する現在の裁判実務を前提とする限り、それよりも軽い刑罰を新設することの意義が問われざるをえない⁶²⁾、というものである。しかしながら、無体である営業秘密を侵害する行為は法益侵害が比較的軽微であると理解すれば十分に理由がある⁶³⁾、と言える。

以上より、営業秘密の刑事的保護には不正競争防止法の枠内で保護するのが、一番妥当であると考えるが、以下では、刑事的規律が新設された改正不正競争防止法について考察してみる。

2 平成15年度改正 不正競争防止法（営業秘密の刑事的規律）の検討

(1) 改正の背景

本改正がなされた要因は、第一に、従来の民事上の損害賠償請求等侵害を受けた者による自主的な訴訟提起努力を待つだけでは不十分で、その抑止の効果を高めるためには行為規範としての刑事罰規定を導入することが不可欠であるとの認識が産業界を中心に広まりつつあること⁶⁴⁾が挙げられる。

第二に、アメリカが、新技術を活用した新規産業の創出、製品の高付加価値化を実現し、長期的な景気停滞から脱したことを契機に、日本経済も、優れた技術を知的財産として戦略的に活用し、長期的な景気低迷からの脱出が求められることになったため、知的財産の保護は緊急・重要な課題となったこと⁶⁵⁾がある。

第三に、ドイツ（1989年）、フランス（1992年）、アメリカ（1996年）、中国（1997年）韓国（1998年）などの諸外国においても、営業秘密の不正取得について刑事罰を導入・強化する方向が採られてきたこと、そして、近年の経済社会のデジタル化・ネットワーク化により、インターネット等

を利用した新たな商品流通や広告等が拡大していることに鑑み、不正競争防止法においても、そのような商取引の変遷を踏まえた概念規定の明確化を図る必要があること⁶⁶⁾が挙げられる。

そして、平成15年度改正によって第14条罰則に以下の規定が置かれることになったのであるが、結論からいえば、本改正の内容は、前述の加藤論文(加藤佐千夫「企業秘密の刑法的保護(1)・(2)・再論」)と山口論文(山口厚「営業秘密の侵害と刑事罰」ジュリスト962号1990年)をほぼ踏襲していると評することができる。以下では、各規定について考察していく。

(2) 刑事罰の概要・刑事罰導入における留意点

保護法益

不正競争防止法も知的財産法の一部を占めるものであるから、知的財産としての営業秘密の保護が問題となるため、個人的法益(営業秘密の財産的価値)としての側面を有すると同時に、不正競争防止法は、公正な競争の確保を目的としており、本来自分で開発したり、正規の取引によって入手したりしなければならないはずの情報を、何らかの不正な手段により獲得ないし使用する行為を抑止することは、当該目的に適合することになるから、社会的法益(公正な競争秩序)としての側面をも併せ持つ⁶⁷⁾、と位置づけた。各法益に主従関係はないと思われるが、前述のようにその意味・実益はないと考えるので、妥当な構成であろう。

目 的

まず、第14条第1項の第3号から第6号までの各号の行為にはすべて「不正の競争の目的」を要求し、「不正競争の目的」の無い行為は不可罰としている。ここにいう「不正の競争の目的」とは、営業秘密を不正に用いることにより、自己を含む特定の事業者のため、当該特定の事業者を競争上優位な立場に立たせる意図をいうと考えられ、報道目的や研究発表目的などはこれに含まれない⁶⁸⁾ことになる。

また、競争関係の要否も問題となるが、これに対しては、営業秘密侵害による不正競争の場合には、異業種他社においても当該営業秘密を使用し

得る以上、競業関係がある場合と競業関係がない場合との間に可罰性の差異を認めることはできず、競業関係が可罰性の根拠となっているとは考えられないことから、本法における営業秘密侵害罪の成立には、同一の市場における競業関係を必要としない⁶⁹⁾と解されている。近年では、各業界の規制緩和や事業の多角化によって業界の境界は流動化し、様々な業種に参画出来ること等も考慮すれば、妥当な解釈であると思われる。

客 体

「営業秘密」は「秘密として管理されている生産方法、販売方法その他事業活動に有用な技術上又は営業上の情報であって、公然と知られていないもの（第2条第4項）」を指し、秘密管理性・有用性・非公知性の3要件を備えている必要がある。これは厳格に解されており、範囲も限定的といえるから、民事上の要件と同様とした⁷⁰⁾、とされる。

(i) 秘密管理性

この要件は、当該営業秘密に関して、その保有者が主観的に秘密にしておく意思を有していることではなく、従業員、外部者から、客観的に秘密として管理されていると認められる状態にあることが必要であり、具体的には、アクセス制限の存在や、客観的認識可能性の存在が必要であると考えられる⁷¹⁾。

(ii) 有用性

これは、技術に関する情報又は営業活動において使用・利用される情報であって、企業が財・サービスの生産・販売、研究開発等の事業活動を行っていく上で客観的に有用性のあるものをいい、当該情報自体が事業活動に使用・利用され、又は使用・利用されることによって費用の節約、経営効率の改善等に役立つものをいうが、現に事業活動に使用・利用されていることは必要でない⁷²⁾、とされる。

(iii) 非公知性

当該情報が刊行物に記載されていない等、保有者の管理下以外では一般的に入手できない状態にあることをいい、保有者以外の者が当該情報を

知っていても、その人数に関わらず、保有者の管理下にあると認められれば、非公知性の要件は認められる⁷³⁾ことになる。

主 体

後述するように、第14条第1項第6号においては、刑法上の背任罪等の主体に該当しない者の「不正競争」行為も含めて捕捉するため、営業秘密をその保有者から正当に示された現職の役員及び従業員等を処罰の対象に含めているが、一方、元従業員等を処罰することは、労働移動に対する一種の抑止効果をもたらすおそれがあるため、元従業員等が在職中に身に付けた営業秘密を記録媒体の不法領得を伴わずに、使用又は開示する行為を処罰対象から除外することとなった⁷⁴⁾。また、取引先についても、秘密保持契約の有効範囲が刑事法的な意味で必ずしも明確でないこと、一般の取引関係に萎縮の効果を与えるおそれも考えられることから、取引先が取引の上で身に付けた他者の営業秘密を記録媒体の不法領得を伴わずに、使用又は開示する行為を処罰対象から除外することとした⁷⁵⁾。

(3) 侵害行為類型

営業秘密の不正取得行為

処罰の対象は、不正の競争の目的で行う使用、開示の用に供する目的で、「詐欺等行為」ないし「管理侵害行為」により、営業秘密を保有者の管理に係る「営業秘密記録媒体等」を取得する行為(第14条第1項第4号イ)、若しくはその記載又は記録について複製を作成する行為(第14条第1項第4号ロ)である。民事的規律が図られている第2条第1項4号と比べると、不正取得の方法が、特に法益侵害の危険性が高い⁷⁶⁾、つまり、媒体を通じた営業秘密の不正取得行為に限定して処罰の対象としている。このことは、前述した営業秘密の概念の広範性からくる性質に合うものであり、妥当な判断であろう。

不正取得した営業秘密の不正使用、開示行為

処罰の対象となるのは、詐欺等行為ないし管理侵害行為により取得した営業秘密を、不正競争の目的で使用し、又は開示する行為であり(第14条

第1項第3号)、直接的な法益侵害行為としている。管理侵害行為については、「その他の保有者の管理を害する行為」と包括的な定義が与えられており、構成要件の明確化の観点からは多少疑問が残るところであるが、第2条第1項4号と比べると、罪刑法定主義の見地から、取得原因行為の明確化を図っており、規定の実効性を確保するためには、やむをえない判断だと思われる⁷⁷⁾。

保有者から正当に示された営業秘密を不正領得、使用、開示する行為

処罰の対象は、営業秘密を保有者から示された者が、不正競争の目的で、詐欺等行為ないし管理侵害行為により、又は横領その他の営業秘密記録媒体等の管理に係る任務に背く行為により、保有者の管理に係る営業秘密記録媒体等を領得する行為(第14条第1項第5号イ)、若しくは保有者の管理に係る営業秘密記録媒体等の記載又は記録について、その複製を作成する行為(第14条第1項第5号ロ)である。ここでいう「営業秘密を保有者から示された者」には、役員、従業員やライセンサー等を想定し得るが、第2条第1項第7号と異なり、正当取得者の図利加害目的使用・開示行為のうち、再現性・伝播性が高く、その不正使用・開示を行う危険性を増大させる、営業秘密記録媒体等とその複製物の領得行為が介在するものに限定している⁷⁸⁾。一般的な秘密保持義務違反行為を処罰することは、従業員等が保有者から秘密を示された場合、転職後も常に罰則の威嚇を受けることになり、現職の従業員等に限って罰則を適用することにした第14条第1項第6号の趣旨を没却することになるからである⁷⁹⁾。このような法制度を採用しても、領得を伴わなければ処罰されないのであるから、転職の自由を過度に阻害することにはならないであろう⁸⁰⁾。

保有者から正当に示された役員や従業員などが不正使用、開示する行為

処罰の対象となるのは、営業秘密を保有者から示されたその役員又は従業員であって、不正の競争の目的で、その営業秘密の管理に係る任務に背き、その営業秘密を使用し、又は開示した行為(第14条第1項第6号)である(しかし、役員や従業員が保有者が管理する営業秘密記録媒体等を領

得した場合には、前述の第5号の適用がある。これは、営業秘密に係る「任務」があることが前提になっているが、第2条第1項第7号と異なり、退職した場合には、任務が終了しているため、適用されることはない⁸¹⁾。これは、刑事罰の存在が転職の自由を過度に萎縮させてしまうことのないように配慮したものであり、このような限定は必要不可欠であるし、妥当なものとする。

以上、第3号から第6号までの各号のいずれかに該当するものは、3年以下の懲役又は300万円以下の罰金に処されることになる。

(4) その他

未遂処罰規定

まず、不正取得に関しては、情報が不正に使用・開示されることによってはじめて財産上の価値が低下することに鑑み、その前段階の不正取得行為については、その未遂まで処罰する必要はないと考えられ、また、不正使用・開示は、背任の未遂に相当すると解することのできる行為も含まれており、その未遂まで処罰する必要はない⁸²⁾とされた。

転得者の処罰

転得者については、実行犯よりも違法性が低いと考えられることから、特別の規定は設けず、一般の共犯理論に従うこととされた⁸³⁾。

なお、ここで刑法第256条(盗品譲受け等罪)と営業秘密との関係に触れておくと、問題となるのが、「領得された物」の要件である。これは財産罪に当たる行為によって直接領得された物であることを意味する。したがって、会社が保有する営業秘密を漏示するため、秘密資料を社外に持ち出してコピーし、秘密資料を戻した後にコピーを売却する場合には、秘密資料自体が財産罪により領得されたものであり、そのコピーはそれに当たらないから、盗品等関与罪の客体には含まれない⁸⁴⁾。

親告罪

刑事訴訟過程において更なる営業秘密漏洩の危険があることから、訴追を被害者である営業秘密の主体の意思にかからしめるため親告罪とした

（第14条第2項）⁸⁵⁾。

罪 数

第14条第1項第3号から第6号までの罪が、窃盗罪その他の罪との関係で、特別一般関係に立たないことを確認的に規定したものであり、14条第1項第3号ないし第6号に該当する行為が他の罪の構成要件に該当する場合には、観念的競合として科刑上一罪となり、数罪のうち最も重い刑で処断される（第14条第3項）⁸⁶⁾。

両罰規定

営業秘密侵害罪については、転職者の雇用の流動化の阻害や取引の萎縮といった弊害をもたらすおそれ等の観点から、両罰規定の適用はないこととされた（第15条）⁸⁷⁾。

(5) 小 活

以上、改正法の特徴を見れば、改正刑法草案第318条の議論時に出された「秘密」概念の不明確性、労働者の転職の自由や、取材・報道の自由等の問題点に配慮した内容となっている。また、民事上の営業秘密に係る不正競争行為を全て刑事上の侵害行為類型として規定したわけではなく、構成要件の明確化を図るために、特に違法性の高い行為を規定しているところも特徴である。このような特徴を有する改正法は、前述の営業秘密の特性にも十分配慮した形となっており、妥当なものと思われる。

補論 米国経済スパイ法について

1 総 説

米国におけるトレード・シークレットの保護は、多くの州では窃盗罪の規定を中心に対処し、連邦法レベルでは盗品運搬、詐欺等の規定で処理していたが、これらは間接的な保護に過ぎなかった。そこで、情報化の進展に伴うトレード・シークレットの侵害が容易になったこと、情報資産をめぐる国際競争の激化に伴い1996年に「経済スパイ法（Economic Espionage

Act)」が施行されることとなった⁸⁸⁾。

なお、本法にいう「トレード・シークレット」とは、「あらゆる形態、または類型の財務上、事業上……な情報を言い……有体的または無形的……かを問わない《第1839条第(3)項》」とされているように、全ての存在形態が含まれ極めて広いものとなっている。但し、トレード・シークレット所有者の秘密保持義務については、「その所有者が当該情報の秘密性を保持するための合理的な措置をとっており《第1839条第(3)項(A)》」、かつ「その情報が、公衆に一般に知られておらず、また一般公衆から正当な方法で容易に入手できないこと《第1839条第(3)項(B)前段》」を必要としている。それには、「現実的、もしくは潜在的に独立した経済的価値を有するものをいい《第1839条(3)項(B)後段》」、競争上の優位は不要とされている。

経済スパイ法は合衆国連邦法第18編第1831条から第1839条までに置かれた規定をいうが、法の中核をなす第1831条(経済スパイ罪)と1832条(トレード・シークレットの窃盗罪)について概観する。

2 第1831条

規定によれば、トレード・シークレット侵害行為は、「……窃取し、もしくは権限なく占有し、取得し、持ち出し、もしくは隠匿し……《第1831条(a)項(1)号》」等の不正取得行為、「権限なく、コピーし……写真し、ダウンロードし……変造し、伝達し、通報し、もしくは通知した場合《第1831条(a)項(2)号》」等の不正漏洩・伝達行為と「権限なく、窃取され、占有され、獲得され、横領されたものであることを知りながら、トレード・シークレットを受領し、購入し、占有した場合《第1831条(a)項(3)号》」等の贓物として取得される行為の三類型がある。トレード・シークレットの不正取得、不正漏洩・伝達行為、及び不正取得されたトレード・シークレットの処理など一連の行為類型が含まれており、非常に広いものとなっている。また主観的要件は、「意図的、もしくは明白な認識」、「外国政府、外国機関、もしくは外国の代表機関の利益を図ること《第1831条(a)項》」が要求

されていることから、故意犯の性格が強調され、比較的限定されている⁸⁹⁾。

これらの罪を犯した者に対しては、個人で最高15年の拘禁、罰金刑として最高50万ドル（併科も可能）、企業など組織体では、最高1000万ドルの罰金刑に処される《第1831条^(a)項

3 第1832条

トレード・シークレットの窃盗罪として定められている侵害行為類型は、経済スパイ罪と同様、トレード・シークレットの不正取得、不正漏洩・伝達行為、及び不正取得されたトレード・シークレットの処理など一連の行為類型が含まれている《第1832条^(a)項(1)号～(3)号》。主観的要件も経済スパイ罪と同様、「意図的、もしくは明白な認識」を要求されていることから、故意犯の性格が強調されているが、トレード・シークレットの窃盗罪では、「トレード・シークレット所有者以外の者の経済的利益を図ること、またはトレード・シークレットの所有者に損害を与える《第1832条^(a)項》」ことが要件とされている。

これらの罪を犯した者に対しては、個人の場合で、拘禁刑として最高10年の有期拘禁刑で罰金刑との併科もでき、組織体の場合で、最高500万ドルの罰金刑《第1832条^(a)項》となっており、経済スパイ罪と比較すると相対的に軽いものとなっている。

おわりに

本論文は、判例・実務の刑法の財産犯規定の解釈・適用では処罰の隙間を生じさせるとともに、本来の刑法理論の正当な枠組みを歪めているため、営業秘密の保護は刑法典の規定ではなく、新たな立法手当てをすべき、との問題意識から出発している。これまで、改正刑法草案を始めとした様々な立法的解決を検討し、私見としては、営業秘密の侵害行為の実態を的確

に捉え、関係者の利益を均衡に図ることが出来るものとして、不正競争防止法での保護が一番望ましいと結論付けた。そのような中で、2003年の不正競争防止法の改正によって、一応の解決が図られることになった。

なお、実際に不正競争防止法で営業秘密の保護を設ける際、特許制度が成立しなくなるのではないかという懸念があるが、以下の点から、特許制度を没却するような効果は生じないと考える。

つまり、営業秘密は、あらゆる行為に対して主観的要件を要することなく差止めを請求しうる特許権よりも効力において弱いといえるし、存続期間のある特許権は、非公知であるかぎりには権利が永続する営業秘密の保護よりもその点では保護が薄いかのように見えるが、特許権の存続期間に匹敵するほどの長期にわたって他者の独自開発を許さず非公知性を保てるような技術は少ない⁹⁰⁾。従って、特許を受けうるものであれば、特許発明を取得したほうが有利となる点が少なくないから、営業秘密の保護の存在により出願に対するインセンティブが過度に失われることはない⁹¹⁾。発明者が特許制度ではなく、営業秘密の保護を選択する場合の多くは、特許要件の充足に不安がある、極めて模倣が容易である、侵害の探知が困難であるために出願公開により侵害が横行することが見込まれるので秘密と管理せざるを得ない、というような場合である⁹²⁾。従って、秘密管理は、特許によるインセンティブが十分に働かない場面において、技術開発のインセンティブとなっているのであるから、特許制度とは別に、情報の秘密管理者を秘密管理体制突破行為から保護する制度を設けることに意味があるといえる⁹³⁾。

このように不正競争防止法で営業秘密を保護することの妥当性を確認し、特許制度の関係からも問題はないと考えても、実際の裁判実務を取り上げ、検証してみることが必要不可欠となってくるが、施行されてから現在まで、未だ裁判例は見当たらない。このことを否定的に観察すれば、営業秘密の刑事的保護の需要がない、または企業が裁判を提起することによって営業秘密が更に公に曝されることを嫌い、従前のように会社内部で処理されて

しまっていると分析でき、立法の意味はないことになる。反対に、肯定的に観察すれば、今回の立法によって、抑止効果があり、営業秘密の侵害事例が減少したことになる。それが事実であるならば、今回の立法は非常に意味があったことになる。

今後、わが国の国際競争力の確保・維持のため、営業秘密を含む知的財産の重要性は益々高まっていくであろう。補論で取り上げた米国経済スパイ法では、立法目的が産業スパイ・国外漏洩の防止が主要であったこと、不正競争の目的が要求されておらず、処罰範囲がわが国と比して限定的でないこと、関係者の権利保障の規定が置かれていないこと等から伺えるように、米国では知的財産の重要性に対する意識が非常に高い。確かに、知的財産の利用は今後の経済発展にとって重要なものであるが、処罰範囲を限定し、関係者の権利保障も必要不可欠であるとの姿勢からすれば、米国経済スパイ法は一方の利益にのみに傾斜しているように思われる。やはり、営業秘密の刑事的保護によってもたらされるメリットももちろん重要であるが、処罰によってもたらされるデメリットの検討も常に怠らず、様々な利益の均衡を図ったものでなくてはならないと考える。

上述のように改正法の施行以降、未だその適用事例がなく、不正競争防止法の改正についての具体的な検討はすることが出来ないが、犯罪目的、犯罪客体、犯罪主体の各要件について厳格な解釈の態度を望みつつ、今回の改正が本当に意味のあった立法か否かを判断するのは、判例の蓄積を待ち、今後の検討課題としたい。

- 1) 東京地判昭和40年6月26日判例時報419号14頁。従業員が大口受注書等の会社の機密資料が記載された会社保管の書類を一時的に持出し窃取し、また稟議決済一覧表等の情報が記載された書類を社内でコピーし、コピーしたものを持出したことで、窃盗罪が成立した事案。
- 2) 加藤佐千夫「企業秘密の刑法的保護(1)」名古屋大学法政論集116号1987年214頁。
- 3) 加藤・前掲注2)215頁。これに対して、林陽一「財産の情報の刑法的保護」刑法雑誌30巻1号1989年12頁では、「媒体窃取の最終目的は情報という無形物の取得にあるとはいえ、そのことが資料として財物であることを妨げるわけではないから、秘密情報が有体物に化体されている限り、認めざるを得ず、また客体の価値についても、判例が価格二銭程度の

石塊にも財物性を肯定していることから、資料媒体のみをとっても財物とするに十分であり、財物と認められるために制限はない。」と説明される。その他、本判決に批判的なものとして、藤木英雄「産業スパイと刑事責任」ジュリスト428号1969年34頁以下参照。

- 4) 加藤1)・前掲注2)215頁参照, 山口厚「企業秘密の保護」ジュリスト852号1986年47頁参照。
- 5) 東京地判昭和59年6月15日, 同昭和59年6月28日判例時報1126号3頁(富山科学事件, 帝三製薬事件の総称)。製薬会社の幹部等が国立予防衛生研究所の技官と共謀のうえ, 同研究所から新薬製造承認申請用ファイル等を, コピー後返還する意志で研究所外に持ち出し, 同日ないし翌朝に戻しておいたことで窃盗罪の成立を認めた事案。
- 6) 判例はこの立場に立つ(大判大正4年5月21日刑録21輯663頁, 最終昭和26年7月13日刑集5巻8号1437頁参照)。他には, 平野龍一「刑法概説」東京大学出版会1977年207頁以下。
- 7) 林・前掲注3)17頁参照。なお, 本判決のように価値の減少に言及したものはいくつかあるが, 秘密資料のコピー作成事案では, 財物の物理的価値の減少により, その物の利用効果の直接の減少が生じているのではなく, 財物が権利者に返還された後も, 権利者がこれを利用して本来の効用をあげることが不可能になったという意味で権利者排除が生じている。なお, 村井敏邦「機密資料を持ち出してコピーさせた行為と窃盗罪の成立」昭和55年度重要判例解説186頁以下では, この問題に対して, 不法領得の意思を「企業の機密を漏らす目的」にまで, 拡張することになるという観点から批判されている。
- 8) 林・前掲注3)15頁参照。
- 9) 林・前掲注3)15頁。
- 10) 林・前掲注3)15-17頁参照。
- 11) 横領罪の成否が問題となった事例として「新潟鉄鋼所事件(東京地判60年2月13日判例時報1146号225頁以下。)」がある。
- 12) 神戸地判昭和56年3月27日判例時報1012号35頁。ナイロン製造装置に関する研究に従事する被告人が, 職務上自由に利用しうるわけではないポリエステル製造装置の設計図等を自己の手元に回覧されてきた際に, あるいは自ら職務上使用するかのように装って管理者から借り出し, 写真撮影したうえ, 競争会社に売却した事案。
- 13) 林・前掲注3)23-24頁参照, 芝原邦爾「産業スパイと刑事責任」法学セミナー1983年1月号132頁以下参照。これに対し, 本判決について批判的な立場からは, 「被告人はおよそ企業の一員である以上, 社内における行為者の地位如何はあまり関係がなく, ただ, 行為者が, その企業体の事務を処理する立場ある者でありさえすれば足りる」として, 背任罪を肯定すべきとするものもある(植松正「産業スパイに対する法的手段」商事法務436号1968年22頁参照)。その他, 判決に賛成するものとして, 佐久間修「いわゆる産業スパイ事件に関する四つの判決について一会社の機密資料を不法に処分する目的でその原本ないしコピーを持ち出す行為と行為者の罪責」法政論集94号1983年193頁以下参照。
- 14) 西田典之「財産的情報の刑法的保護」刑法雑誌30巻1号1989年4頁参照, 林・前掲注3)13頁参照。
- 15) 山口・前掲注4)47頁参照。

トレード・シークレットの刑事的保護について（南雲）

- 16) 加藤(1)・前掲注2)222頁参照，全理基「営業秘密の刑事法的保護」嵯峨野書院2004年48頁参照。
- 17) 「刑法改正資料(3)法制審議会改正刑法草案附同説明書」1974年252頁参照。当時，諸外国の立法例として，フランス刑法第418条，ベルギー刑法第309条，スイス刑法第162条・不正競争法第13条，オーストリア新刑法第122条ないし124条，西ドイツ不正競争法第17条等が参考にされた。
- 18) 西原春夫「秘密を侵す罪」《平野龍一編「刑法改正の研究(2)各則」》1973年375頁-376頁。
- 19) 法務省「刑法全面改正についての検討結果とその解説」1976年70頁。
- 20) 東京弁護士会「刑法全面改正についての中間報告」に対する批判1977年63頁-64頁。また，同様の意見として，西原・前掲注20)375頁-376頁がある。
- 21) 法務省・前掲注19)70頁。
- 22) 西原・前掲注18)376頁参照。
- 23) 法務省・前掲注19)70頁。
- 24) 加藤佐千夫「企業秘密の刑法的保護(2)」名古屋大学法政論集117号1987年291頁-292頁参照，東京弁護士会・前掲注20)64頁参照。
- 25) 法務省・前掲注19)70頁。
- 26) 吉岡一男「刑事学各論の研究」成文堂2000年1頁以下参照。
- 27) 山口 厚「財産的情報の刑法的保護 立法論の見地から」刑法雑誌30巻1号1989年29頁以下参照。
- 28) 加藤(1)・前掲注2)207頁以下参照，加藤(2)・前掲注24)283頁以下参照，加藤佐千夫「企業秘密の刑法的保護 再論」名古屋大学法政論集127号1989年107頁以下参照。他にも，板倉宏「企業秘密を巡る犯罪」石原一彦編「現代刑罰法体系 2 経済活動と刑罰」1983年279頁以下，中山信弘「情報の不法入手と刑事罰」自由と正義35巻10号1984年8頁以下がある。
- 29) 山口 厚「営業秘密の侵害と刑事罰」ジュリスト962号1990年45頁以下参照。
- 30) 吉岡・前掲注26)49頁参照。そして，このような対応こそ，一方で媒体に対する不法領得意思を従来のものより拡大して窃盗・横領等の成立を考えることを不要にするとともに，他方では，媒体の占有を侵奪せずに情報のみを取り出し，あるいは自己の占有化のものから，コピーを作るなどして窃取・横領する場合等をも統一的に捉えることを可能にする，とされる。
- 31) よって，単に記憶に留め，それを利用して利得するようなものは除外されることになる。
- 32) 加藤・前掲注28)113頁参照。
- 33) 加藤・前掲注28)112頁。
- 34) 加藤・前掲注28)114頁参照。
- 35) 吉岡・前掲注28)92頁。
- 36) 加藤・前掲注28)118頁参照。
- 37) 加藤・前掲注28)119頁参照。また，吉岡・前掲注26)30頁も同旨と思われる。
- 38) 加藤・前掲注24)306頁参照。(a) 事実または情報の非公知性，(b) 企業による秘密保持意思の明示または黙示の表明，(c) 秘密保持に関する正当な経済的利益の存在の3要件である。

- 39) 加藤・前掲注24)302頁。この点、財産犯的構成によれば、行為者の目的如何を問わず、財産的被害が漏示や探知によって客観的に発生しうから、主観要件による限定は、論理的には不要ということになる。
- 40) 加藤・前掲注24)302頁参照。この要件に関しては、財産的構成を加味されている。ちなみに、不正競争的構成によれば、法益は一私企業を超えた社会公共的性格を有するものである以上、訴追の可否をその企業に委ねるべきではないから、非親告罪とするのが論理的ということになる。
- 41) 全・前掲注16)189頁参照。
- 42) 全・前掲注16)190頁参照。
- 43) 全・前掲注16)190頁参照。
- 44) 全・前掲注16)190頁参照。
- 45) 全・前掲注16)191頁以下参照。
- 46) 全・前掲注16)191頁-192頁参照。
- 47) 加藤・前掲注28)112頁参照。
- 48) 保護期間が過ぎた工業所有権及び著作権などは、人類の共有財産と考えられ、誰もが自由に利用できることは当然であり、特別な法的保護を受ける「情報財」に含められるのは不当である(全・前掲注16)182頁参照)。
- 49) 全・前掲注16)174頁。
- 50) 山口・前掲注29)49頁。
- 51) 山口・前掲注29)49頁参照。
- 52) 山口・前掲注29)49頁参照。
- 53) 山口・前掲注29)49頁参照。
- 54) 山口・前掲注29)49頁参照。
- 55) 田村善之「不正競争法概説 第2版」有斐閣2003年325頁
- 56) 中山・前掲注28) 8 頁参照。
- 57) 山口 厚「現代刑事法学の視点」法律時報62巻11号94頁参照。
- 58) 山口・前掲注29)50頁参照。
- 59) 山口・前掲注29)50頁参照。
- 60) 山口・前掲注29)50頁。
- 61) 山口・前掲注29)51頁。
- 62) 山口・前掲注29)50頁参照。
- 63) 全・前掲注16)166頁参照。
- 64) 経済産業省知的財産政策室編「逐条解説 不正競争防止法 平成15年度版」有斐閣2003年181頁参照、飯田 聡「不正競争防止法の一部を改正する法律」ジュリスト1251号2003年23頁参照。
- 65) 全・前掲注16)242頁-243頁参照。「知的財産戦略大綱」で営業秘密の民事・刑事両面での政策が検討課題となり、155回国会において制定された「知的財産基本法」の中で「営業秘密その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報」は知的財産であると明確に規定されることになった。

トレード・シークレットの刑事的保護について（南雲）

- 66) 飯田・前掲注64)23頁参照。
- 67) 経済産業省知的財産政策室編・前掲注64)185頁参照。
- 68) 経済産業省知的財産政策室編・前掲注64)149頁参照、飯田・前掲注64)24頁参照、白井智之「不正競争防止法の一部を改正する法律について」研修669号2004年61頁参照。具体的には、侵害者が自らの事業に使用する場合、侵害者が特定の者に開示する場合、特定の競業者を競争上優位な立場するため、侵害者が不特定多数に開示する場合を想定できる。
- 69) 白井・前掲注68)61頁-62頁参照。
- 70) 経済産業省知的財産政策室編・前掲注64)29頁-30頁参照、白井・前掲注68)59頁-60頁参照。
- 71) 経済産業省知的財産政策室編・前掲注64)29頁-30頁参照。
- 72) 経済産業省知的財産政策室編・前掲注64)29頁-30頁参照。なお、いわゆるネガティブ・データは当該情報を利用して研究開発費の投資を回避・節約できるため有用性に該当するが、企業の反社会的な活動情報は法が保護すべき「正当な事業活動」とは考えられず、該当しないことになる。（白井・前掲注68)60頁参照）。
- 73) 白井・前掲注68)60頁参照。また、保有者と無関係の第三者が、偶然同じ情報を開発し、保有していた場合であっても当該第三者がその情報を秘密として管理している場合には、一般的に入手することは不可能であるから、依然「公然と知られていない」状態にあることとなる（経済産業省知的財産政策室編・前掲注64)31頁）。
- 74) 経済産業省知的財産政策室編・前掲注64)147頁-148頁。
- 75) 経済産業省知的財産政策室編・前掲注64)147頁-148頁。
- 76) つまり、営業秘密記録媒体等に記録されている営業秘密は、人の記憶になじまないものであり、情報量が多くコストをかけている分、経済的価値が高いものが少なくなく、他方で、記録媒体等が盗まれる場合には、営業秘密の再現性が高く、また他者に伝播しやすいことから、営業秘密の使用・開示を誘発する危険性が高いということである（田村・前掲注55)374頁参照）。
- 77) 田村・前掲注55)373頁-374頁参照。
- 78) 田村・前掲注55)375頁。
- 79) 田村・前掲注55)375頁。
- 80) 田村・前掲注55)375頁。
- 81) 田村・前掲注55)375頁。
- 82) 経済産業省知的財産政策室編・前掲注64)187頁参照。
- 83) 飯田・前掲注64)26頁参照。
- 84) 山口 厚「刑法各論」有斐閣2003年332頁参照。
- 85) 飯田・前掲注64)26頁参照。逆に、非親告罪とした場合には、被害者の意思とは無関係に、検察官が起訴することになり、刑事手続きの過程で、更に開示されてしまう可能性が生じかねない。
- 86) 飯田・前掲注64)26頁参照。
- 87) 白井・前掲注68)67頁参照。

- 88) 鈴木靖弘「営業秘密の刑事的保護」関東学院法学第11巻(下)2002年175頁以下が詳しい。なお、日本との関係では、近時、産業スパイ事件が注目されたが、紙幅の都合上、割愛する。
- 89) 全・前掲注16)199頁参照。
- 90) 田村・前掲注55)378頁。
- 91) 田村・前掲注55)378頁-379頁参照。
- 92) 田村・前掲注55)379頁参照。
- 93) 田村・前掲注55)379頁参照。