

営業秘密の刑事法的保護の意義

星 周一郎

はじめに

企業等の保有する営業秘密に関しては、平成 4 年の不正競争防止法改正によって、民事法的な保護が図られるようになった。それに加えて、平成 15 年の同法改正によって、営業秘密の侵害行為についての罰則が設けられ、刑事法的な保護も図られるようになった。

その罰則規定に関しては、その後数次にわたる改正を経て、平成 27 年の不正競争防止法の改正により、一定の処罰体系が確立したと評価することができる。この平成 27 年改正により、「わが国の営業秘密法は、従前の民事法に重きを置く体系から、刑事法にも重点を置いた、いわば両極型の体系に変化した」ともいえる状況になったとする評価もある¹⁾。

営業秘密侵害罪に関しては、平成 15 年の処罰規定制定後も、実際の適用例をみない状況が長らく続いていた。しかし、平成 21 年の最初の適用例を嚆矢として、立件例、適用例も相次ぐようになってきている。そのような状況の変化を考察するにあたっては、このような営業秘密の刑事法的な保護について、その法的な意義を明らかにする必要もあろう。本稿において、営業秘密侵害罪の保護法益は何かという観点も踏まえながら、同罪のもつ法的意義と機能について、簡単な検討を加えることにしたい。

1) 玉井克哉「営業秘密侵害罪における図利加害の目的」警察学論集 68 卷 12 号 (2015 年) 34 頁以下。

1 不正競争防止法の現行規定

(1) 営業秘密の意義と不正競争行為としての営業秘密の侵害

営業秘密侵害罪の保護客体である営業秘密の意義に関して、不正競争防止法2条6号は、「秘密として管理されている生産方法、販売方法その他の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」をいうと定義する。すなわち、①秘密として管理され（秘密管理性）、②事業活動に有用で（有用性）、かつ③公然と知られていない（非公然性）、技術情報または営業情報のことであって、生産方法および販売方法が、条文において例示列挙されている。

この営業秘密に関して、同法は、7つの行為態様を「不正競争」と定義する（同法2条1項4号ないし10号）。④窃取、詐欺、強迫その他の不正の手段により営業秘密を取得する行為（不正取得行為）、または、不正取得行為により取得した営業秘密を使用し、もしくは開示（秘密を保持しつつ特定の者に示すことを含む）する行為（不正取得・開示等行為）、⑤当該営業秘密について、不正取得行為の介在を知るか、重大な過失により知らないでそれを取得し、または、取得した営業秘密を使用・開示する行為（二次的不正取得・開示等行為）、⑥取得後に当該営業秘密について、不正取得行為の介在を知るか、重大な過失により知らないで、それを使用・開示する行為（取得後の不正取得行為知情による開示等行為）、⑦営業秘密を保有する事業者（保有者）から示された営業秘密を、図利加害目的で使用・開示する行為、⑧⑦の場合で「守秘義務」に反して営業秘密を開示する行為（信義則違反的开示等行為）であること、もしくは当該営業秘密について不正開示行為の介在を知るか、もしくは重大な過失により知らないで、それを取得、またはその取得後にそれを使用・開示する行為（不正開示等知情による行為）、⑨取得後に当該営業秘密について、不正開示行為の存在または介在を知るか、重大な過失により知らないで、それを

使用・開示する行為（取得後不正開示行為等知情による行為）である。さらに、⑤上記④ないし①に該当する行為のうち、技術上の秘密を使用する行為（不正使用行為）により生じた物を譲渡等する行為も、不正競争にあたる。

これら不正競争にあたる営業秘密の侵害行為については、それによって営業上の利益等を侵害される等する者に対し、民事上の差止請求権が認められる（3条）。また、故意または過失により営業秘密の侵害行為を行い他人の営業上の利益を侵害した者は、それによって生じた損害について賠償責任を負うことになる（4条）。

（2）営業秘密侵害罪の構成要件

そして、以上にみた営業秘密の侵害行為については、それが以下のいずれかに該当する場合には、刑事処罰の対象となる。後に述べるように、数次にわたる改正を経たうえで現行の構成要件となっているが、それぞれに関して、民事上の差止請求権が認められる行為類型に絞りをかける形となっている。

まず、①図利加害目的（「不正の利益を得る目的で、又はその保有者に損害を加える目的」）で、人を欺き、暴行を加え、もしくは脅迫する行為（詐欺等行為）、または、財物の窃取、施設への侵入、不正アクセス行為、もしくはその他の保有者の管理を害する行為（管理侵害行為）により、営業秘密を取得する行為（21条1項1号）、それから②①によって取得した営業秘密を、図利加害目的で、使用・開示する行為（21条1項2号）、という類型がある。

また、背任に類似する態様として、大きく4つの類型がある。まず、③営業秘密を保有者から開示された者（被開示者）であって、開示された営業秘密を、その任務に背いて、営業記録媒体等または営業秘密が化体された物件の横領、複製の作成、不消去または消去の仮装する行為である（21条1項3号イないしハ）。それから、④被開示者が、任務に背いて③に該当する行為で領得した営業秘密を、任務に背いて使用・開示するものである（21条1項4号）。また⑤④にあたる者以外の、営業秘密を保有者から示されたその役員または従業者

(内部者)が、図利加害目的で、任務に背いて当該営業秘密を使用・開示する行為が規定されている(21条1項5号)。そして⑥営業秘密を保有者から示されたその役員または従業者(内部者)が、当該営業秘密について、在職中に、営業秘密の管理に係る任務に背いてその営業秘密の開示の申込みを受けるか、その営業秘密の使用・開示について請託を受けて、当該営業秘密をその職を退いた後に使用・開示する行為を処罰対象とする、「退職後行為処罰規定」が設けられている(21条1項6号)。

また、営業秘密は、一度外部に持ち出されると、それが広く流通・拡散することになりやすい。そこで、営業秘密の不正開示を通じて、図利加害目的をもって当該営業秘密を取得した「二次的取得者」が、さらに図利加害目的をもって、当該営業秘密を不正に使用・開示する行為(21条1項7号)、二次的取得者以降の者から、不正開示を通じて、図利加害目的をもって当該営業秘密を取得した「三次以降取得者」が、さらに図利加害目的をもって、当該営業秘密を不正に使用・開示する行為(21条1項8号)が、それぞれ処罰対象とされている。

そして最後に、図利加害目的をもって、営業秘密侵害品の譲渡・輸出等を行う行為が処罰対象として規定されている(21条1項9号)。

(3) 海外重罰規定

また、平成27年改正により、営業秘密侵害罪に、海外重罰規定が設けられた。

すなわち、日本国外において使用する目的で、営業秘密を不正取得する行為と領得する行為(21条3項1号)、相手方に、日本国外で営業秘密侵害罪にあたる使用をする目的があることの情を知って、それらの罪に当たる開示をする行為(同項2号)、および日本国内において事業を行う保有者の営業秘密について、日本国外において、営業秘密侵害罪にあたる使用をする行為(同項3号)に関して、罰金刑の法定刑が2000万円以下から3000万円以下へと引き

上げられている。

2 営業秘密侵害罪制定以前の状況

(1) 改正刑法草案における企業秘密漏示罪

明治 40 年に制定された現行刑法典では、秘密侵害罪としては、わずかに信書開封罪 (133 条) と医師等の秘密漏示罪 (134 条) が規定されているにすぎない。これらは、外部から秘密を探ろうとする類型 (信書開封罪) と秘密を保持する義務を有する者の秘密漏示行為 (秘密漏示罪) とに分けることができる。以上に加えて、特別刑法においても、秘密漏示罪に関して、公認会計士法、薬剤師法や電気通信事業法などに類似の規定があるほか、公務員に関連して、その守秘義務の違反に関する規定が設けられているにすぎなかった。

これに対して、現代的な意義での、企業等の有する、経済的価値の認められる秘密の保護の是非に関しては、昭和 40 年代の刑法全面改正作業において、「企業秘密漏示罪」の創設をめぐる、激しく議論が展開された。

昭和 49 年に策定された改正刑法草案は、以下のような規定を置いていた。

第 318 条 (企業秘密の漏示)

企業の役員又は従業者が、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、3 年以下の懲役又は 50 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。

この規定が提案された理由として、以下の根拠が挙げられていた。①当時の諸外国の立法動向に加えて、②すでに当時の経済社会においても認められていた企業秘密の重要性にかんがみると、これを刑法上も保護する必要性が大きいこと、③当時、その種の企業秘密の侵害事犯が増加しつつあるのに、書類、図

面等の持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、④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、である²⁾。

ただ、これに対しては、根強い反対論も展開された。①特許と異なり、公開という代償を払わない企業に独占同様の過剰の利益を与えようとするに等しい。②労働者の退職・転職の自由を束縛する結果となる。③「秘密」の概念が不明確であり、かつ裁判上その認定をいかにすべきかについて問題がある。④背任罪と重複する場合が多く、必要性に乏しい。⑤消費者運動、公害反対運動、労働運動などに対する重大な抑制となり、企業の利益を一方的に擁護する結果となる。⑥報道機関の取材・報道の自由が不当な拘束を受ける³⁾。

そして、改正刑法草案に基づく刑法改正作業自体が頓挫するなか、企業秘密漏示罪も制定されることなく、今日に至っている。

(2) 財産犯としての対応

ただし、上記からも明らかなように、財産的価値を有する情報を刑事法的に保護する必要性が、現実に存在しなかったわけではない。それゆえ、現行刑法の枠組みにおいては、情報が有体物に化体した場合の財産犯罪による処罰、および秘密の持ち出し行為等が事務処理者による任務違背にあたる場合の背任罪の成否による対応がなされるに至っているのは、周知のところである。

会社の機密情報の化体した秘密書類を持ち出す行為については、窃盗罪や横領罪の成立が考えられる。窃盗罪を認めた裁判例として、東京地判昭和40年6月26日(判時624号16頁・大日本印刷事件)、東京地判昭和55年2月14

2) 法務省刑事局編『法制審議会 改正刑法草案の解説』(1975年)316頁。

3) ここでは、経済産業省知的財産政策室編著『逐条解説不正競争防止法(平成15年改正版)』(2003年)147頁注(2)における要約を援用した。改正刑法草案の企業秘密漏示罪の是非をめぐる議論の詳細については、他日に論ずる機会を得ることとしたい。

日 (判時 957 号 118 頁・建設調査会事件)、東京地判昭和 59 年 6 月 15 日 (判時 1126 号 4 頁・新薬スパイ事件)、東京地判昭和 59 年 6 月 28 日 (判時 1126 号 6 頁・新薬スパイ事件)、東京地判昭和 62 年 9 月 30 日 (判時 1250 号 144 頁・京王百貨店事件)、東京地判平成 9 年 12 月 5 日 (判時 1634 号 155 頁・城南信金事件) がある⁴⁾。また、業務上横領罪を認めた裁判例として、大阪地判昭和 42 年 5 月 31 日 (判時 494 号 74 頁・鐘淵化学事件)、神戸地判昭和 56 年 3 月 27 日 (判時 1012 号 35 頁・東洋レーヨン事件)、東京地判昭和 60 年 2 月 13 日 (判時 1146 号 23 頁・新潟鐵工事件)、東京地判平成 10 年 7 月 7 日 (判時 1683 号 160 頁) がある。さらには、背任罪を認めた裁判例として、東京地判昭和 60 年 3 月 6 日 (判時 1147 号 162 頁・総合コンピューター事件) が挙げられる。

この種の事案に当罰性が認められること自体には、ほぼ争いはなかったといえよう。しかしながら、こういった事案の場合、財産犯の成立を認めるにあたって、なお解釈論上の問題点がなかったわけではない。たとえば、いったん持ち出した資料を元通り返却したような場合には、特に権利者排除意思という意味での不法領得の意思が認められるのか、あるいは、本当に「財物」の領得があったといえるのか、といった点が問題となりうる。また、有体物たる財物を本来の処罰対象とする財産犯では、それが奪取されれば被害者のもとから完全に失われるのに対し、情報の場合には、行為者が当該情報を取得しても、被害者がそれを完全に失うわけではないという「情報の非移転性」という問題が生ずることも指摘されてきた⁵⁾。さらには、後述するように、情報については、記録媒体を離れては存在しづらいという面もあるが、情報の不正取得について、

4) また、東京高判昭和 63 年 12 月 20 日 (判時 1302 号 86 頁・横田基地スパイ事件)、および札幌地判平成 5 年 6 月 28 日 (判タ 838 号 268 頁・札幌市住民基本台帳事件) も参照。

5) 以上の議論について、島田聡一郎「不正競争防止法における営業秘密侵害罪の意義、機能、課題」L&T30 号 (2006 年) 15 頁、およびそこで引用されている文献を参照。

媒体をも含めて取得するか否かという点には、実質的にみて特別な意味があるわけではない。それゆえ、秘密情報の記載された媒介物の物理的な占有移転を伴うか否かといった「いわば『非本質的差異』によって処罰の可能性の有無が左右されるのは合理的ではない」する問題性も指摘されていた⁶⁾。

このように、従来の刑法定める財産犯による対応に対して、解釈論上の疑問や実質的な実態との齟齬の問題が意識され、改めて立法論が論じられるようになる。そして、それに呼応する形で、昭和末期から、不正競争防止法において営業秘密の（刑事）法的な保護の必要性が論じられるようになった。

3 不正競争防止法における営業秘密の保護

(1) 平成2年の不正競争防止法改正

営業秘密に関しては、明治44年、当時のドイツ立法に触発される形で、当時の農商務省が策定した「不正競争防止法草案」において、営業秘密の保護規定が盛り込まれるなど、かなり早い時期から、その法的保護の必要性の認識自体は存在していた。だが、明治44年草案の立法化は見送られ、昭和9年に不正競争防止法が制定された際には、営業秘密に関する保護規定は盛り込まれなかった。その後、時代が下って昭和40年代に至ると、前述のように、刑法定の全面改正作業のなかで、刑事的な保護の是非という観点で、企業秘密漏示罪の検討がなされるものの、結局は改正刑法草案の継続的検討という流れの中で、「沙汰済み」という結果となる⁷⁾。

他方、昭和60年代に入り、政府間の貿易交渉であるGATT（関税及び貿易に関する一般協定）・ウルグアイラウンドのTRIPs（知的所有権の貿易関連の側面に関する協定）交渉に対して先進国の民間の意向を反映させるべく、知的

6) 山口厚「営業秘密の侵害と刑事罰」ジュリスト962号（1990年）46頁以下。

7) 通商産業省知的財産政策室監修『営業秘密——逐条解説改正不正競争防止法』（1990年）8頁以下および23頁以下。

財産に関する日米欧民間三極会議が組織された。そして、昭和 63 年 6 月にとりまとめられた「知的所有権に関する日米欧民間三極会議の見解」で、「財産的情報」の項目の中で営業秘密に関する見解が示された。そこでは、①所有者の同意を得て財産的情報を取得した者は、その取得に付随する（法的に禁止されていない）義務を負うこと、②所有者の同意なしに財産的情報を取得した者は、そのような取得が産業・商業活動における正直な慣習に反する場合、情報のそれ以上の利用・開示から効果的に抑止されること等の提言がなされていた⁸⁾。

この提言の背景には、知的財産保護制度の国際的なハーモナイゼーションの必要性も存在する。企業活動のグローバル化が当然の前提となっている昨今、わが国企業が国際的なスケールで事業活動を展開するというのみならず、外国企業がわが国においても事業活動を行うといった状況の下で、内外の企業の円滑な活動を確保するためには、営業秘密を含めた知的財産権に関する法制度の相互の調和が望ましいことになる⁹⁾。自国では当然に保護の対象となる知的財産権や財産的情報が、他国においては保護の対象とならないといった齟齬は、グローバルな展開にとって大きな阻害要因となりうるのである。

以上のような国際的要請に加えて、①経済活動において、ノウハウ等の技術情報または顧客名簿等の営業情報の重要性が高まっていること、②雇用の流動性が高まり、営業秘密に関する不正行為の未然防止の確立が望まれるとともに、不正行為についての適切な紛争処理のルールを作成、すなわち、営業秘密の保護法制の整備を行うことが労働力の移転を円滑に行うためにも望ましいと考えられること、③特許契約を大幅に上回る形で、ノウハウ・ライセンス契約が活発化し、やはり営業秘密に係る不正行為が発生する蓋然性が高まる一方で、そうした不正行為を抑制しつつ、ノウハウ等の情報取引、流通の円滑化を確保することが求められること、といった、営業秘密の保護法制整備を求める国内的

8) 同上書 10 頁。同 21 頁も参照。

9) 同上書 20 頁。

要請が高まっているという背景事情も存在した¹⁰⁾。

そのような中、平成2年に、不正取得行為、その他の不正行為から営業秘密を保護するために、差止請求権の付与等の民事的救済措置を規定した不正競争防止法の一部改正がなされるに至る。

(2) 平成15年の不正競争防止法改正

その後、不正競争防止法は、平成5年、平成6年、平成8年、平成10年、平成11年および平成13年に改正が重ねられていくが、これらは、いずれも営業秘密の保護に関するものではなかった。

ところがこの間、経済社会の情報化・ネットワーク化等の進展に伴い、ネットワークを通じて他人の営業秘密を侵害することが容易になった。そして、わが国の企業の営業秘密が、国内外の競合他社に流出する事例が増加し、企業の競争力が損なわれている状況の存在が指摘されるようになる。他方、営業秘密の侵害に対して民事的な救済措置を求める訴訟についても、立証の困難性や莫大な訴訟費用を要すること、その反面、解決までに時間がかかり、納得のいく賠償額が得られないなど、権利者保護に関して不十分な状況にあるとの認識も広まる。

ただし、平成2年改正当時には、「刑事罰規定を導入し、営業秘密侵害行為を犯罪化することはおよそ論外といってよい状況であった」とされ、営業秘密に対して民事的な保護を与えることが問題とされるにとどまるものとされていた¹¹⁾。しかしながら、前述の状況が生ずるなか、当時、すでにアメリカ、ドイツ、フランス等の欧米諸国のみならず、韓国、中国等の東アジア諸国でも整備されていた営業秘密の刑事的保護の導入を求める要請が高まっていた¹²⁾。

10) 同上書16頁以下。

11) 山口厚「営業秘密の刑事罰による保護」NBL820号(2005年)13頁。

12) 経済産業省知的財産政策室編著・前掲注(3)書16頁。なお、アメリカとドイツにおける営業秘密保護制度の概要について、株式会社三菱総合研究所『諸外国に

たしかに、すでに見たように、従来の裁判例・実務において、営業秘密に該当する情報が有体物に化体していれば、当該有体物に対する侵害行為に対して、不法領得の意思の有無なども含め、財産犯に関する規定が柔軟な解釈に基づいて適用され、かなりの範囲で犯罪として処罰が肯定されていた¹³⁾。その意味で、「問題状況は改正刑法草案の段階からはかなり推移」していた¹⁴⁾。

また、営業秘密は、たしかに記録媒体を離れて存在しないという面もある。しかしながら、それを不正取得する場合に、媒体をも含めて取得するか否かという点には、実質的にみて特別な意味があるわけではなく、従来からも、すでに実体としての営業秘密の侵害それ自体が、財産犯の規定の適用という形式をとりつつ、現実には処罰対象とされてきたことは、前述したとおりである。その意味では、営業秘密の記載された記録媒体の物理的な占有移転を伴うか否かといった「いわば『非本質的差異』によって処罰の可能性の有無が左右されるのは合理的ではない」とする認識が、平成 2 年当時から有力に主張されていたことには、改めて留意を要する¹⁵⁾。

このように、営業秘密の侵害行為には、一定の当罰性が認められる状況が、すでに以前から存在していたのである。それにもかかわらず、当該侵害行為が、「非本質的差異」により、刑法典上の財産犯規定に該当する場合にのみ刑事処罰による対応が行われ、それ以外には、もっぱら民事的措置に委ねられるという、ある種いびつな状況が生じていた。そのことの限界が、いわば臨界点に達していた状況のもと、後に検討する、平成 14 年に策定された、わが国が知的財産立国を目指すことを宣言した『知的財産戦略大綱』において、営業秘密の刑事的保護の導入が提言される。

そして、平成 15 年の不正競争防止法の改正により、営業秘密の侵害行為に

おける営業秘密保護制度に関する調査研究報告書』(2014 年)。

13) 林陽一「財産的情報の刑罰的保護——解釈論の見地から」刑法雑誌 30 巻 1 号 (1989 年) 9 頁以下など。

14) 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。

15) 同上論文 46 頁以下。

対する処罰規定の導入がなされるに至ったのである。

(3) 平成 27 年改正に至るまでの経緯

平成 15 年改正当初の営業秘密侵害罪では、4 類型が規定されていた。すなわち、現在の 21 条 1 項 2 号にあたる「営業秘密不正取得後使用・開示罪」(14 条 3 号〔当時〕)、現在の 21 条 1 項 1 号類型より要件の厳しい「営業秘密記録媒体等不正取得・複製罪」(14 条 4 号〔当時〕)¹⁶⁾、やはり、現行規定より処罰範囲が限定されているが¹⁷⁾、21 条 1 項 3 号類型および同 4 号類型にそれぞれ相応する「営業秘密記録媒体等不法領得後使用・開示罪」(14 条 5 号〔当時〕)および「営業秘密正当取得後不正使用・開示罪」(14 条 6 号〔当時〕)の 4 類型が規定されていた。なお、すべての類型について、「不正の競争の目的」を有することが主観的要素として要求されており¹⁸⁾、また、法定刑は、「3 年以下の懲役又は 300 万円以下の罰金」であった。そして、すべての類型が、親告罪とされていた(14 条 2 項〔当時〕)。

ところが、営業秘密侵害罪に関する上記の規定は、ほどなく数次にわたる改正が重ねられる結果となる。すなわち、制定直後から、営業秘密の保護に関して、東アジア諸国の技術的台頭と刑事罰の隙間を突く手口の増大、退職者を通じた漏洩の実態等を背景として、刑事的保護のさらなる強化を求める声が増大化する¹⁹⁾。そのため、わずか 2 年後の平成 17 年には、営業秘密を日本国外に持

16) 「不正の競争の目的での使用または開示の用に供する目的」で、詐欺等行為または管理侵害行為により、保有者の管理する営業秘密記録媒体等を取得、またはその媒体等の記載または記録の複製の作成」に限られていた。

17) 詐欺等行為または管理侵害行為で、記録媒体の取得、その記載の複製に限られていた。

18) なお、14 条 4 号の「営業秘密記録媒体等不正取得・複製罪」に関しては、「不正の競争の目的での使用または開示の用に供する目的」が要件とされていた。

19) 経済産業省知的財産政策室編著『逐条解説不正競争防止法(平成 16・17 年改正版)』(2005 年) 17 頁。

ち出して使用・開示するという使用開示に関する国外犯規定 (21 条 4 項)、退職者、すなわち元役員、元従業員が、在職中の約束に基づき営業秘密を使用・開示する行為を処罰対象とする退職者処罰規定 (21 条 1 項 8 号)、および営業秘密の不正開示を通じて当該営業秘密を取得した「二次的取得者」が、さらにその営業秘密を不正に使用・開示する「二次的取得者による不正使用・開示」の処罰規定 (21 条 1 項 9 号) が新設された。さらに、法定刑が、他の知的財産侵害犯または刑法上の財産犯との均衡を考慮し、十分な抑止効果を図る趣旨で、懲役が 5 年以下、罰金が 500 万円以下に引き上げられたほか、両者の併科が可能となり、さらに法人処罰規定 (22 条) が設けられた。

また、その翌年の平成 18 年には、「特許権侵害罪や刑法上の財産犯との均衡を考慮し、十分な抑止効果が得られるよう」、10 年以下の懲役もしくは 1000 万円以下の罰金またはその併科へと引き上げられ、また、「特許法とのバランスを踏まえて」1 億 5 千万円とされていた²⁰⁾両罰規定の罰金額も 3 億円以下のそれへと引き上げられた²¹⁾。

さらにそれでも、従来、営業秘密の不正な使用・開示が中心的な処罰対象行為と捉えられていたため、営業秘密が不正に持ち出された事実が明らかでも、企業外で秘密裏に行われる使用・開示の立証が困難であるという問題点が指摘されていた。また、目的要件として「不正の競争の目的」が規定されていたわけであるが、それは「自己を含む特定の競業者を競争上優位に立たせるような

20) 同上書 185 頁。

21) 経済産業省知的財産政策室編著『逐条解説不正競争防止法 (平成 18 年改正版)』(2007 年) 18 頁。また、不正競争防止法の犯罪は、典型的には、個人の利得よりも法人の業務を利する意図で侵されることを想定しているとの理由から、法人に罰金刑を科する場合における公訴時効の期間を、その元となった罪の時効期間によることが規定された。同上。この法定刑の引き上げについて、不正競争防止法の保護法益は、財産犯のそれとは異なるとしつつ、法定刑の引き上げを疑問とする方向での主張として、松澤伸「営業秘密の保護と刑事法」甲斐克則編著『企業活動と刑事規制』(2008 年) 181 頁以下。

目的を意味する」と解されていた²²⁾。そのため、この要件だと、競争関係の存在を前提としない加害目的等による営業秘密の不正な使用・開示等が処罰対象とならないために、報酬欲しさに保有者と競争関係にあるとはいえない外国政府等に営業秘密を開示する行為や、保有者に対する嫌がらせ目的で営業秘密を開示するような行為が処罰対象とされず、公正な競争秩序の確保の観点から問題であると考えられる事態が生ずる、といった問題点も顕在化するに至る。

それゆえ、営業秘密侵害罪の対象範囲の見直しを求める要望が高まり、平成21年に、それに対応するための不正競争防止法の一部改正が行われた²³⁾。その際には、後者の問題への対応として、目的要件を「不正の利益を得る目的で、又はその保有者に損害を加える目的で」という「図利加害目的」へと改めた²⁴⁾。また、前者の問題への対応として、第三者による営業秘密の不正な取得行為に対する刑事処罰の対象を、図利加害目的を持って詐欺等行為または管理侵害行為によって不正に取得する行為一般に処罰対象を拡大した。さらに、「営業秘密を保有者から示された者」に関連して、それまでそういった者による不正開示・使用の段階に至って初めて処罰対象としていたものを、一定の方法による営業秘密の領得に処罰対象を限定した上で、営業秘密を保有者から示された者が、営業秘密の管理に係る任務に背き、図利加害目的をもって営業秘密を領得する行為を、新たに処罰対象とする改正がなされている。

(3) 平成27年改正に基づく現行規定の制定

その後も、後に言及する「オープン・クローズ戦略」など、知的財産マネジメントの重要性の認識が広まるに伴い、知的財産の秘匿化、すなわち営業秘密

22) 経済産業省知的財産政策室編著・前掲注(3)書149頁。

23) 経済産業省知的財産政策室編著『逐条解説不正競争防止法(平成21年改正版)』(2010年)19頁以下および174頁以下。

24) 図利加害目的がいかなる場合に認められるかに関して緻密な検討を加えた論稿として、玉井・前掲注(1)論文34頁以下。

の価値が再認識される一方で、情報通信技術の高度化等、社会状況の変化を背景として、営業秘密侵害の危険性が高まるといった状況が発生する。そして、現実にも、後述するような大規模な営業秘密侵害事案が顕在化するようになり、その損害額も高騰する傾向にあるため、民事的な救済の実現と並んで、より実効的な刑事罰による抑止を実現するための改正が、平成 27 年に行われた²⁵⁾。

まず、営業秘密の転得者に関して、三次取得者以降の転得者も処罰対象に加える形で、その処罰規定が整備された (21 条 1 項 8 号)。そして、不正に領得した営業秘密により生じた物の処分行為が、新たに処罰対象として加えられた (21 条 1 項 9 号)。さらに、国外犯処罰の範囲が拡大され、営業秘密の取得・領得も国外犯の対象とされるようになった。そして、すでにみたように、罰金刑については、2000 万円以下の引き上げられたほか、営業秘密の国外使用に関する加重処罰規定が設けられ、さらに犯罪収益の任意的没収・追徴規定が導入された。また、未遂犯処罰規定も新たに設けられている。そして、すべての犯罪が非親告罪化された。

3 営業秘密侵害罪の適用状況

(1) 営業秘密侵害罪に関する適用状況

このような経緯をたどって制定され、改正が重ねられてきた営業秘密侵害罪であるが、現実には、平成 15 年に制定後も、長らくその適用例をみない状態が続いていた。

営業秘密侵害罪を最初に適用した裁判例は、平成 21 年になってはじめて登場する。仙台地判平成 21 年 7 月 16 日 (特許ニュース 12621 号 1 頁) は、パチスロの設定情報をライバル店に教えた行為について、平成 21 年改正前の 21

25) 経済産業省知的財産政策室編『逐条解説不正競争防止法』(2016 年) 21 頁。

条1項1号に該当する営業秘密侵害罪の成立を認めた²⁶⁾。これは、いわゆる「営業情報」に関する事案である。また、いわゆる NAND 型フラッシュメモリ事件に関する東京高判平成27年9月4日 (LEX/DB:25541281)²⁷⁾は、平成21年改正前の21条1項3号に該当する営業秘密侵害罪の成立を認めたものであるが、これは「技術情報」に関する事案である。そして、平成21年改正前の営業秘密侵害罪の適用が認められたのは、著者の把握する限り、以上の2件のみである。

ただその後は、いわば堰を切ったように、営業秘密侵害罪の成立を認める裁判例が続く。平成27年改正前の法条が適用された事案のうち、「営業秘密」に関する事案として、名古屋地判平成24年10月11日 (LEX/DB:25483225)²⁸⁾、名古屋地判平成24年12月26日 (d-ILaw 判例体系:28210109)²⁹⁾、大阪地裁堺支判平成26年3月27日 (2014WLJPCA03276002)³⁰⁾、大阪地判平成27年11月

26) 被告人が、以前に勤務していたパチンコ店のコンピューターに不正アクセス行為をして、パチスロ還元率や売上金額等の営業秘密を取得し、それを印字した用紙を他のパチンコ店2店に郵送して開示したというものであり、懲役2年・執行猶予3年に処されたという事案である。本件の評釈として、一原亜貴子「判批」岡山大学法学会雑誌60巻3号(2011年)119頁、帖佐隆「判批」パテント63巻6号(2010年)29頁。

27) S社従業員の被告人が、NAND型フラッシュメモリの共同開発事業を行っていたT社のデータベース内にあるメモリの開発等に係る営業秘密が記録された電磁的記録を持ち出してコピーし、韓国所在のC社の不特定多数の同社従業員にスライドで開示し、同社内の日本人従業員にメール送信して開示したというものであり、平成21年改正前の21条1項3号の適用が肯定され、懲役5年および罰金300万円に処されたという事案である。

28) 携帯電話キャリアS社代理店店長である被告人が、その任務に背いて契約者情報を複製して領得し、探偵業者に電子メールで送信して開示したというものであり、平成21年改正後の21条1項4号・3号口の適用が認められ、懲役1年6月・執行猶予3年および罰金70万円に処されたという事案である。

29) 携帯電話キャリアA社代理店のパート従業員である被告人が、その任務に背いて契約者情報を複製して領得し、探偵業者に電子メールで送信して開示したというものであり、平成21年改正後の21条1項4号・3号口の適用が認められ、懲役2年・執行猶予3年および罰金70万円に処されたという事案である。

30) パチンコ店の副主任である被告人が、営業秘密の管理に係る任務に違背して、パ

13 日 (LEX/DB : 25541839)³¹⁾、名古屋高判平成 28 年 12 月 12 日 (LEX/DB : 25544966)³²⁾、東京高判平成 29 年 3 月 21 日 (高刑集 70 卷 1 号 1 頁)³³⁾、東京高判平成 30 年 3 月 20 日 (d-ILaw 判例体系 : 28262016)³⁴⁾といった適用例が相次

チスロ設定情報を第三者に通知して開示したというものであり、平成 21 年改正後の 21 条 1 項 5 号の適用が認められ、懲役 2 年・執行猶予 3 年および罰金 100 万円に処されたという事案である。

- 31) 家電量販大手 E 社商品開発等の部長職等にあった元社員で、同業他社の J 社に転職した被告人が、E 社の扱う商品の仕入原価、粗利金額等、あるいは販売促進方法等の営業秘密を、自己の所持するパソコンの外付けハードディスクに複製して領得し、当該情報を印字した書面を J 社販売促進部部長に開示したというものであり、平成 21 年改正後の 21 条 1 項 3 号ロ・1 号・2 号の適用が認められ、懲役 2 年・執行猶予 3 年および罰金 100 万円に処されたという事案である。
- 32) C 信用金庫の個人融資部職員である被告人が、営業秘密である顧客情報を任務に背いて、印刷により複製を作成して領得し、情交関係にあった部外者に開示したというものであり、平成 21 年改正後の 21 条 1 項 3 号ロ・4 号の適用が認められた。ただし、量刑に関しては、第 1 審判決が懲役 1 年 6 月および罰金 150 万円に処したのに対し、控訴審では、賠償等がほぼ確実になされることや反省が深まっていることなどを考慮して、懲役 2 年・執行猶予 4 年および罰金 150 万円へと減軽されている。
- 33) 大手通信教育会社 B 社から、営業秘密である同社の顧客情報に関する情報システムの開発に業務委託を受けていた F 社のシステムエンジニアであった被告人が、任務に違背して、当該顧客情報約 2989 万件を自己のスマートフォンに複製して領得し、その一部をファイル送信サービスを利用して、いわゆる名簿業者に開示するなどしたというものであり、平成 21 年改正後の 21 条 1 項 4 号・3 号口の適用が認められた。ただし、量刑に関しては、第 1 審判決 (東京地裁立川支判平成 28 年 3 月 29 日判タ 1433 号 231 頁) が懲役 3 年 6 月および罰金 300 万円に処したのに対し、控訴審では、顧客情報の秘密管理性は認められるものの、管理等に不備があり、それは被害者側の落ち度として、被告人にとって有利な量刑事情に相当するなどとして、懲役 2 年 6 月および罰金 300 万円へと減軽されている。本件の評釈として、帖佐隆「判批」久留米大学法学 77 号 (2017 年) 21 頁。
- 34) 大手自動車メーカー N 社の商品企画部所属の従業員として勤務していた被告人が、転職を目前に控えた時期に、N 社が保有する自動車の商品企画に関連する営業秘密にあたるデータファイルを自己所有のハードディスクに複製して領得したというものであり、平成 21 年改正後の 21 条 1 項 3 号口の適用を認め、懲役 2 年・執行猶予 3 年に処した第 1 審判決 (横浜地判平成 28 年 10 月 31 日 d-ILaw 判例体系 : 28250768) の判断が是認されたという事案である。なお、この事案では、一部の情

いでいる。さらに、名古屋地判平成27年1月20日（LEX/DB：25505781）³⁵⁾では、営業秘密を取得した外部者が処罰対象とされている³⁶⁾。

また、「技術情報」に関して営業秘密侵害罪の成立を認めたものとして、横浜地裁川崎支判平成24年9月20日（公刊物未登載）³⁷⁾、横浜地判平成28年1月29日（d-ILaw判例体系：28240690）³⁸⁾、山形地判平成29年3月24日（公刊

報が、営業秘密として合理的な方法で管理されていた情報とは認められないとして、その部分の公訴事実については無罪とされている。

- 35) 探偵業者である被告人が、ガス会社のコールセンターに対して、なりすまし電話をかけ、偽りの苦情を述べるなどして、苦情に対応する相手方の心情につけこんで営業秘密である契約者情報を取得し、依頼者に開示するなどしたというものであり、不正競争防止法に関して、平成21年改正後の21条1項1号・2号の適用が認められ、懲役2年6月・執行猶予5年に処せられたという事案である。
- 36) また、事案の詳細は必ずしも明らかではないが、携帯電話キャリアD社代理店の登録社員が、自ら探偵業者に顧客情報を開示した行為について有罪とされ、懲役1年8月・執行猶予4年および罰金100万円に処せられたという名古屋地判平成24年11月5日（公刊物未登載）や、電力会社K社の子会社の契約社員が顧客情報を探偵業者に開示した行為について、契約社員のみならず探偵業者も営業秘密侵害教唆で有罪とされ、いずれも懲役1年6月・執行猶予3年および罰金20万円に処せられたという名古屋地判平成25年3月5日（公刊物未登載）も報道されている。また、大手自動車メーカーN社の従業員が、同社の営業秘密であるモーターショーに関わるファイルデータを自己使用のハードディスクに複製して領得したという事案について、横浜簡易裁判所が、平成27年3月6日に略式命令を下している。この事案に関しては、小栗宏之「営業秘密の保護強化に関する不正競争防止法の改正と営業秘密侵害犯の取締りについて」警察学論集69巻2号（2016年）9頁参照。
- 37) 大手プレス機械メーカーY社の元社員2名が、同社の営業秘密である設計図のファイルをCD-Rに複製し、中国の会社に郵送して開示したというものであり、平成21年改正前の21条1項5号の適用が認められ、いずれも懲役2年・執行猶予3年および罰金100万円に処せられたという事案である。
- 38) 包装機械メーカーK社から競合他社のI社に転職していた被告人Yと、I社への転職を予定しながらK社に勤務していた被告人Xが共謀して、Xが、K社の営業秘密の管理にかかる任務に背き、営業秘密である設計図書のファイルデータをX所有の外付けハードディスクに複製して領得し、Yにメールで送信して開示するなどした行為について、平成21年改正後の21条1項5号・4号・3号口の適用が認められ、Xを懲役2年6月・執行猶予4年および罰金100万円、Yを懲役2年・執行猶予4年および罰金80万円に処せられたという事案である。

物未登載)³⁹⁾がある。さらに、横浜地判平成 28 年 1 月 29 日 (LEX/DB : 25542109)⁴⁰⁾では、技術情報に関する営業秘密を取得した外部者が、その法人とともに処罰されている。

さらに、営業秘密保有企業の内部者に対するものであるが、最決平成 28 年 10 月 31 日 (LEX/DB : 25544875) は、21 条 1 項 3 号口の適用を認めた名古屋高判平成 27 年 7 月 29 日 (LEX/DB:25541038)⁴¹⁾に対する上告を棄却しており、「例文棄却決定」ではあるものの、現在のところ、営業秘密侵害罪の成立を肯定した唯一の最高裁判例となっている。

平成 27 年改正以降の現行法のもとでは、「営業情報」に関して、福岡地判平成 29 年 10 月 16 日 (裁判所ウェブサイト)⁴²⁾、および名古屋地裁豊橋支判平

39) 医療設備施工の S 社の支店長である被告人が、競合他社への転職後に業務上の参考にするなどして用いる意図を持ちながら、任務に背いて、S 社の営業秘密である施工図および精算書のファイルデータを、USB メモリに複製して領得したというものであり、平成 21 年改正後の 21 条 1 項 3 号口の適用が認められ、懲役 1 年および罰金 30 万円に処せられたという事案である。

40) 先の注 (39) と同一の事件であり、被告会社である I 社の従業員であった被告人 2 名が、被害会社 K 社の従業員である X から、不正に領得した K 社の営業秘密の包装機械の設計図面のファイルデータの保存されたハードディスクを借り受けて、ファイルデータを自己所有のパソコンに転送させて複製して取得するなどしたものであり、平成 21 年改正後の 21 条 1 項 7 号、および I 社に 22 条 1 項の適用が認められ、被告人 2 名が、それぞれ、懲役 1 年 6 月・執行猶予 3 年および罰金 80 万円、懲役 1 年 2 月・執行猶予 3 年および罰金 60 万円、I 社が罰金 1400 万円に処せられたという事案である。

41) 大手工作機械メーカー Z 社の従業員である中国籍の被告人が、任務に背き、パソコンから Z 社のサーバーにアクセスし、Z 社の営業秘密である製品データ等のファイルをサーバーから自己所有のハードディスクに転送させて複製を作成し、記録の複製を作成して領得したというものであり、第 1 審判決での懲役 2 年・執行猶予 4 年および罰金 50 万円の量刑が、控訴審および上告審でも維持されたという事案である。評釈として、小川麻由子「判批」警察公論 71 巻 2 号 (2016 年) 88 頁。また、第 1 審判決である名古屋地判平成 26 年 8 月 20 日 (LEX/DB : 25504719) に関する評釈として、帖佐隆「判批」パテント 68 巻 5 号 (2015 年) 12 頁。

42) S 銀行行員の被告人が、同銀行の顧客情報を、任務に背いて印刷して「顧客名簿」を作成し、第三者に交付して開示したというものであり、21 条 1 項 3 号口・4

成 30 年 5 月 11 日 (d-1Law 判例体系：28262413)⁴³⁾が、営業秘密侵害罪の成立を認めた裁判例として挙げられる⁴⁴⁾。

(2) 営業秘密侵害罪の構成要件と刑事手続の妥当性

以上に見たように、平成 21 年の改正以降において、営業秘密侵害罪の適用事例が増加に転じてきていることは明らかである。逆に言えば、それまで営業秘密侵害罪の適用例がほとんどなかったわけである。その理由は、実体法的要因と手続法的要因の両者に求めることができる。

平成 15 年立法当初は、この立法が、わが国において営業秘密侵害を処罰する初めての立法であったため、「まずは、慎重で謙抑的な処罰範囲とする必要があった」⁴⁵⁾。たとえば、当初は 4 類型が規定された処罰規定のうち、「営業秘密記録媒体等不正取得・複製罪」にあたる類型は、営業秘密が記録された媒体を取得し、または複製することにより当該営業秘密を不正に取得する行為が、「不正の競争の目的での使用または開示の用に供する目的」でなされることが必要とされ、目的要件が二重に係る規定振りとなっていた。そのため、実際の立証の可能性・容易性を考えると、現実には適用することがほぼ困難な構成要件になっていたと評さざるを得ないものであった。

また、前述したように、立法当初から平成 21 年改正までは、現在の「図利加害目的」ではなく、「不正競争の目的」が、すべての類型に目的要件として規定されていた。たしかに、不正競争防止法が、「事業者間の公正な競争……

号の適用が認められ、窃盗、住居侵入、横領等の他の公訴事実とあわせて懲役 6 年に処せられたという事案である。

43) 切削工具等各種機械工具等の製造販売企業の従業員であった被告人が、任務に背いて、製品の図面データ等 141 件を自己所有のハードディスクに複製して領得したというものであり、懲役 2 年・執行猶予 4 年および罰金 50 万円に処せられたという事案である。

44) これら個別の判例の詳細な分析・検討については、他日に期することとしたい。

45) 島田・前掲注 (5) 論文 17 頁。

を確保する」(1 条) ことを目的としている以上、そのような目的要件を規定することにより、同法の趣旨を踏まえた処罰範囲の設定に資するとする見解もある⁴⁶⁾。だが、前述したように、現実には、競争関係の存在を前提としない加害目的や、外国政府等を利する目的等による営業秘密の不正な使用・開示等が処罰対象とならないという問題点があった。特に前者の、競争関係の存在については、立証の困難性も伴っていたといえよう。もちろん、立証上の困難があっても、それが処罰範囲の適正性の確保にとって必要不可欠なのであれば、構成要件としてはそのような設定をすべきことになろう。

しかしながら、必ずしも競争関係に立たないとしても、「他人の労力、信用、技術等に対するフリーライド行為など、競争秩序を発展せしめるべき他人の成果を冒用する行為」についても、少なくとも、成果開発のインセンティブ形成に必要な限度では禁止対象とすべき合理的理由が認められる⁴⁷⁾。その場合に、その競争秩序の発展に著しい阻害となる行為について、刑事処罰の対象とすることにも合理性が認められる。とりわけ、後述するように、現在の知的財産保護のあり方として広く定着した考え方を前提にした場合、それを処罰対象から除外することに、必ずしも合理的な根拠があるとはいえない。

現実には、そういった問題性が顕在化したと評すべき事案も生じていた。平成 17 年には、元在日ロシア通商代表部員職員が、光学機器メーカーの従業員から、秘密管理されている光通信用関連機器を不正に入手したということが疑われる事案が発生した。しかしながら、当該事案では、外国への営業秘密の持ち出しであるため「不正競争の目的」が認められず、営業秘密侵害罪での立件が断念されている⁴⁸⁾。また、平成 19 年には、大手自動車部品メーカーの中国人従業員

46) 一原亜貴子「営業秘密侵害罪に係る不正競争防止法の平成 21 年改正について」岡山大学法学会雑誌 60 卷 3 号 (2011 年) 52 頁。

47) 田村善之『不正競争法概説〔第 2 版〕』(2003 年) 18 頁以下。

48) 加藤佐千夫「刑事罰による営業秘密の保護と不正競争防止法の変遷」中京法学 44 卷 3=4 号 (2010 年) 94 頁参照。また、馬場錬成「営業秘密保護法の制定が急務」発明通信社コラム「潮流」48 号 (2013 年) も参照。

が、秘密管理されている大量の製品図面データを会社から貸与されたパソコンにダウンロードし、携帯型ハードディスクなどの記憶媒体にデータを複製して自宅に持ち帰っていたという事案が明らかになる。だが、この事案では、当該従業員は、その動機は「研究のため」であると主張し、またデータの使用や外部への開示も確認できなかつたため、営業秘密侵害罪での立件は見送られた⁴⁹⁾⁵⁰⁾。前述したように、こういった問題の顕在化が、平成21年改正を促す大きな要因となったのである⁵¹⁾。

また、手続面での障害は、裁判の公開原則との関係上、公判手続において「秘密性」が保持されないことへの懸念が大きかったといえよう。当時親告罪であった営業秘密侵害罪について、営業秘密が公になるとの懸念から被害者が躊躇しているとみられるとの指摘がなされていた。そして、平成21年改正時の国会における附帯決議等でも、営業秘密保護のための特別な刑事訴訟手続の

49) 加藤・前掲注(48)論文94頁。また、帖佐隆「営業秘密刑事的保護法制改悪論の問題点」久留米大学法学61号(2009年)2頁以下も参照。この事件では、当該従業員は業務上横領容疑で逮捕、送検されたが、名古屋地検は、「被害品のパソコンがすでに返却され、同社から懲戒解雇処分を受けて相応の社会的制裁を受けている」ことを理由に、起訴猶予処分とされている。2007年4月25日付朝日新聞ほか各紙報道。

50) また、国内最大手の鉄鋼メーカーS社が約40年かけて改良を重ねてきた方向性電磁鋼板の技術が、S社社員によって、韓国最大手の鉄鋼メーカーP社へ約20年間にわたり持ち出されていたという事案もある。この事案では、さらにP社から中国の鉄鋼メーカーへと同技術が流出し、韓国でP社の元社員が逮捕され、その裁判の過程で「流出した技術はP社のものでなくS社の技術」と主張したことから、技術盗用が発覚するという顛末をたどっている。S社は、P社や、P社に技術を出させていたS社の元従業員に対して、平成24年4月19日に、損害賠償986億円などを請求する民事訴訟を東京地裁に提起するなどしたが、平成27年9月30日にP社との間で、P社が300億円を支払う旨の和解が、また元従業員との間では、平成29年4月18日までに、元従業員が謝罪の上、解決金を支払う旨の和解が成立している。新日鐵住金株式会社『株式会社ボスコ等との訴訟における和解について』(2015年)、および平成29年4月18日各紙報道。また、荒井寿光＝馬場鍊成『知財立国が危ない』(2015年)88頁〔荒井寿光発言〕参照。

51) 中原裕彦「不正競争防止法の一部を改正する法律の概要——営業秘密侵害罪における処罰対象範囲の拡大等」NBL906号(2009年)67頁。

在り方等について、早急に対応すべきとされていた。平成 23 年改正により、営業秘密の秘匿決定等に関する手続が定められるまでは、このような手続法的な要因により、実体法上の当罰性判断の実現が困難になっているという状況が存在したのである⁵²⁾。そのため、営業秘密侵害罪について、適正な処罰領域を確保する処罰規定（構成要件）の整備と、それを実現するための適正な手続の整備⁵³⁾は、急務であったといえよう。

なお、平成 27 年改正では、捜査当局による適確かつ迅速な取り締まりを求める附帯決議が付されている。それを受けて、警察においては、平成 27 年 10 月に、各都道府県警察に対して、実務における司令塔的役割を担う「営業秘密保護対策官」の設置を求める警察庁生活安全局長通達が発せられるなどの対応の強化が図られている⁵⁴⁾。

4 知的財産立国と営業秘密の刑事的保護

(1) 経済モデルの変容と「知的財産立国」の意義

すでにみたように、平成 15 年の営業秘密侵害罪の制定には、平成 14 年に内閣総理大臣決裁により首相官邸に設置された「知的財産戦略会議」⁵⁵⁾において同年に策定された『知的財産戦略大綱』が大きな影響を及ぼしている。同大綱では、「産業競争力低下への懸念の高まり」として、以下のような認識が示されていた。

52) 秘匿決定手続については、拙稿「営業秘密侵害罪に関する刑事訴訟手続の特例（秘匿決定手続）と公開裁判を受ける権利」法学新報 123 卷 9=10 号（2017 年）183 頁以下で、簡単な検討を加えている。

53) 同手続の新設を厳しく批判する見解として、帖佐隆「不正競争防止法営業秘密刑事訴訟秘密裁判手続導入法の問題点」久留米大学法学 65 号（2011 年）1 頁以下。

54) 小栗・前掲注 (36) 論文 1 頁。

55) 現在、知的財産基本法に基づいて設置されている「知的財産戦略本部」の前身にあたる組織である。

「戦後、我が国は欧米から基本技術を導入し、その改良と生産現場の卓越した適応力を背景として、世界に対し良質の製品を安く大量に供給することにより、歴史上特筆される繁栄を謳歌してきた。しかしながら、近年、高い労働コスト等を要因として、付加価値の低い製品・サービスの競争力は急速に失われ、我が国産業の国際競争力低下への懸念が急速に高まっている。このような懸念を払拭するため、今、新たな国家戦略が求められている」。

「物的資源に乏しく、かつ、労働コスト等が高い我が国の経済・社会を再び活性化させる戦略として、優れた発明、製造ノウハウ、デザイン、ブランド、音楽、映画、放送番組、アニメーションやゲームソフトをはじめとするコンテンツ等を戦略的に創造・保護・活用することで富を生み出す知的財産立国の視点は不可欠である」。

「21世紀の我が国は、まさに知的財産重視により経済的活路を見出すべきであり、それに向けたビジョンを立てることこそ喫緊の課題である」⁵⁶⁾。

戦後の日本社会の繁栄を支えてきた「欧米から基本技術を導入し、その改良と生産現場の卓越した適応力を背景として、世界に対し良質の製品を安く大量に供給する」という経済モデルは、「低廉な労働コストと生産技術の向上を背景にしたアジア諸国等の追い上げ、グローバルな社会の情報化の進展等」により、付加価値の低い製品・サービスの競争力が急速に失われるなど、過去の成功を支えた経済モデルでしかなかった。そして、これからのわが国の経済発展のためには、そこからの脱却が強く求められる状況に至っていた。

その新たな経済発展モデルの1つが、「知的財産立国」である。『知的財産戦略大綱』は、「知的財産立国」を、「発明・創作を尊重するという国の方向を明らかにし、ものづくりに加えて、技術、デザイン、ブランドや音楽・映画等のコンテンツといった価値ある『情報づくり』、すなわち無形資産の創造を産業の基盤に据えることにより、我が国経済・社会の再活性化を図るというビジョンに裏打ちされた国家戦略」と定義する。そして、今後の経済発展のためには、

56) 知的財産戦略会議『知的財産戦略大綱』（2002年）4頁。

「経済・社会のシステムを、加工組立型・大量生産型の従来のものづくりに最適化したシステムから、付加価値の高い無形資産の創造にも適応したシステムへと変容させていくことが求められている」との前提から、知的財産立国として、「科学技術や文化などの幅広い分野において豊かな創造性にあふれ、その成果が産業の発展と国民生活の向上へつながっていく、世界有数の経済・社会システム」を構築することが、経済・社会全体を活性化することが必要であるとの認識に立っている。

(2) 知的財産立国を支える具体的施策としての営業秘密侵害罪の創設

以上のような、知的財産を活用した新たな経済・社会システムを構築するために、『知的財産戦略大綱』は、その基本的方向性として、「創造戦略」、「保護戦略」、「活用戦略」、「人的基盤の充実」、および「実施体制の確立」という5本の柱を打ち出す。そのうちの「保護戦略」の1つとして、「迅速かつ確な特許審査・審判」、「著作権の適切な保護」、「紛争処理に係る基盤の強化」、「海外及び水際における保護の強化」と並んで、「営業秘密の保護強化」の必要性が打ち出される。

『知的財産戦略大綱』は、わが国の企業活動における営業秘密の重要性が一層高まっている中、企業の営業秘密が国内外の競合他社に流出する事例が増加し、企業の競争力が損なわれているとの認識に立つ。このため、営業秘密の不正取得等に対する民事上の救済措置を強化するだけでなく、罰則の導入も図るべく、人材流動化に対する抑止効果等、それらに伴って生じうる問題点にも配慮しつつも、営業秘密侵害罪の制定の必要性を訴える。さらに、裁判の公開原則との関係で、裁判において営業秘密が公開されることで、かえって権利者の不利益が生じることもあり、営業秘密に関する訴訟は少なく、裁判において営業秘密が適切に保護され得ないとの問題意識も示されていた。そして、「営業秘密が産業界で重要性を高めている現在、欧米に比して我が国の営業秘密保護の水準が低いということがないよう、必要な対策を講ずるべきである」との提

言をまとめていた⁵⁷⁾。

それを踏まえて、前述したように平成15年の不正競争防止法の一部改正により、営業秘密侵害罪が創設され、その後、数次にわたる改正を経て、現行規定に至っているのである。

5 営業秘密の保護と特許制度——知的財産の保護

(1) 営業秘密の独自の保護の必要性

企業秘密漏示罪の創設が議論された際に、秘密の保護については、特許制度との整合性、とりわけ、特許と異なり、公開という代償を払わない企業に独占同様の過剰の利益を与えようとするに等しいので適切ではない、とする批判が加えられていたことは、先に見たとおりである。たしかに、営業秘密侵害罪の是非を論ずるにあたっては、こういった点も問題となりうる。しかしながら、現在では、その点を考慮する必要はないと考えられる。

1つには、特許権の要件を満たし得ないような営業上のノウハウ、あるいは顧客情報等についても経済的的重要性が高まっているという事情がある。少なくとも、平成2年の不正競争防止法の改正によって、営業秘密に民事的なものであるが、独自の法的保護が与えられるようになっている。それに加えて、従来、財産犯規定の援用という形をとっていたものの、事実上、営業秘密に該当する企業情報等が刑事法的にも保護されてきている。現実にも、前述した東京高判平成29年3月21日の、大手通信教育会社の約3000万件もの顧客情報の不正領得等がなされたという事件の与えた社会的な影響などを併せ考えるならば、営業秘密を刑事法的にも正面から保護する必要性は、現在の社会状況においては広く肯定されているといえる。

57) 同上11頁

(2) 特許制度の「変容」

さらには、特許制度による知的財産の保護については、現実には果たす機能に大きな変化が生じてきていることも看過してはならない。

先に見た『知的財産戦略大綱』では、「情報通信技術の急速な進歩は、『情報』の模倣や無断複製の加速化という負の効果も発生させており、創作者による開発資金の回収が困難となる状況を生んでいる。財産的価値を有する情報、すなわち知的財産を産業競争力の強化の源泉とするためには、こうした情報化時代の特質を深く認識することが必須の前提となる」とする認識が示されている⁵⁸⁾。

こういった指摘が念頭に置いている具体的なイメージは、たとえば以下のようなことであろう。特許については、昭和 45 年の特許法改正により出願公開制度が採用された（特許法 64 条）。これは、特許庁長官が、特許出願の日から 1 年 6 月を経過したとき、または出願公開の請求があったときには、当該特許出願について出願公開をするという制度である。従来は、特許出願について、出願公告決定されたものについて公開がなされていたが、競合企業としては、公告まで他社の出願内容を知ることができず重複投資を招くことになり、また突然の特許権の出願で企業活動が不安定になるおそれもあるといった理由や、国際的調和という観点に基づいて、導入されたものである⁵⁹⁾。もっとも、出願公開されることにより、出願人にとっては、特許権を取得する前に当該情報の秘密状態が公開させられるという不利益が生ずることになる。そのため、特許法上は、この不利益を補填するものとして、補償金請求権（特許法 65 条）が認められている。

この制度導入当初、出願公開は、紙媒体の『公開特許公報』によって公開されていた⁶⁰⁾。ところが、平成 16 年の特許法一部改正により、『公開特許公報』

58) 同上 2 頁。

59) 中山信弘『特許法〔第 3 版〕』（2016 年）214 頁以下。

60) 中山信弘＝小泉直樹編『新・注解特許法上巻』（2011 年）949 頁〔酒井宏明＝寺

はインターネットを利用して発行されることになった。これは、「公報を可能な限り速やかに発行し、広く流通させることは、発明・考案や意匠に関する情報流通の促進、商標を使用する者の業務上の信用の維持、また産業財産権の適切な保護や侵害防止につながるものであり、産業の発達に寄与することを目的とする産業財産権制度の趣旨に合致するものである」という認識に基づき、「情報流通手段の発達に即し、公報の発行方法としてより利便性の高い方法により、公報等の特許情報を発信していく必要がある」として、一般国民の利用が急速に増加しているインターネットを利用した公表を行うこととされたものである⁶¹⁾。

インターネットを利用した公開がなされることにより、従来、閲覧する際に必要であった、閲覧施設に赴いての閲覧が不要となることは当然であり、利用者の利便性もより高くなることから、前述のような「産業財産権制度の趣旨」に合致することは論を俟たない。だが、それは同時に、とりわけ国外からの模倣が著しく容易になったことも意味する。しかも、日本の公開特許公報のウェブサイトは、格段に使い勝手良いとされている⁶²⁾。それにより、日本の技術、日本のアイディアの国外流出が激しくなったことは、想像に難くないところである⁶³⁾。中国最大の家電メーカーの知財担当者が、「数十台のパソコンで、日米欧の特許庁に寄せられた出願情報を検索し、製品化に役立つ研究開発情報を利用させてもらっている。だから、当社は研究費が非常に少ない」といった認識でいる旨が堂々と語られるといった事態すら生じていることが報じられたこともある。たしかに、これらの出願のなかには、特許取得の前提となる審査請求さえ行わず、「他企業に先を越されたら、その技術を使えなくなる。だから出

崎直]。

61) 特許庁総務部総務課制度改正審議室編『平成16年特許法等の一部改正／産業財産権法の解説』（2004年）56頁。

62) 「[国家戦略を考える]第3部(1)流出する特許出願情報」読売新聞2005年7月1日報道。

63) 新井信昭『レシピ公開「伊右衛門」と絶対秘密「コカ・コーラ」、どっちが賢い?——特許・知財の最新常識——』（2016年）33頁以下。

願だけしておく」という企業防衛の意味合いでなされるものもあるようである。だが、結果として、不必要な特許出願をすることでもあって、「本来なら秘密にして、絶対に見せたくないはずの日本の虎の子の技術が、知的財産を保護する仕組みを通じて流出している」という、何とも皮肉な帰結を生じているのである⁶⁴⁾。

もちろん、これは、特許制度を工夫することで、回避すべき問題であるという面もある。しかしながら、前述した「情報化時代の特質」を前提にすれば、「特許さえとれば知的財産として保護される」「特許権を取得したのだから、直ちに独占状態が確保される」といった単純なものではなく、特許権の公開制度による模倣や侵害リスクも増大しているという現状にあるわけである。

(3) オープン・クローズ戦略

それでは、特許制度は知的財産保護として機能しなくなっているのだろうか。

知的財産戦略(知的財産マネジメント)として、近年、「オープン・クローズ戦略」が注目されている。これは一般に、知的財産の公開、権利化、秘匿化を使い分ける戦略である。知的財産のうち、どの部分を秘匿または特許などによる独占的排他権を実施(「クローズ化」)し、どの部分を他社に公開またはライセンスするか(「オープン化」)を、自社利益拡大のために検討・選択することを指すとされる⁶⁵⁾。米国アップル社のスマートフォン端末が著名な例とされ、「オープン/標準化領域」として、スマートフォン端末の製造工程をEMS企業に開示しつつ、「クローズ領域」として、デザイン(意匠権)やタッチパネル技術(特許・他社にライセンスせず)を設定するという戦略である。また、同じく米国インテリ社の、「オープン化」として、PC周辺機器(マザーボード)の製造技術をアジア企業に開示しつつ、MPUに関しては「クローズ領域」と

64) 以上について、前掲注(62)読売新聞報道。また、吉田正義「技術流出の現状」『自社技術の守り方～技術流出の防止と対応～』(2007年)10頁など。

65) 経済産業省ほか編『2013年版ものづくり白書』(2013年)107頁。

してブラックボックス化するという戦略も著名である⁶⁶⁾。

「オープン・クローズ戦略」において、公開、権利化および秘匿化をどのように選択するか、それは一概に決められるわけではない。ただ、たとえば、権利化ないし秘匿化の選択に関していえば、リバースエンジニアリング等による侵害発見の可否と公開による模倣リスク、ひいては権利行使の現実的可能性を考慮して、戦略的に特許権として権利化するか、営業秘密として秘匿化するかを選択を判断すべきであるとする指摘もある。侵害を発見し、権利行使が可能なもの、たとえば、侵害が疑われる製品そのものから特許権侵害の有無が判断できる技術などは特許制度に適していることになる。これに対して、侵害の発見や侵害立証が困難なものについては、特許として出願してしまうと、かえって侵害を助長しやすいため、秘匿化して営業秘密として保護する方が適しているといえる場合が多いことになる。また、特許制度による保護に適しない発明や必ずしも特許要件を満たさないノウハウなども、営業秘密として保護する方がより適切であることになる⁶⁷⁾。

このように、知的財産立国を支える効果的な知的財産保護は、特許権等に限られるものではない。現実には、営業秘密なども含めた、多様な保護制度を組み合わせた知的財産戦略に基づいて、実現されることになるのである。

6 営業秘密侵害罪の保護法益について

(1) 公正な競争秩序の維持を保護法益とすることの意義

以上の認識に基づいて、営業秘密侵害罪の保護法益について考えることにし

66) たとえば、小川紘一『オープン&クローズ戦略——日本企業再興の条件〔増補改訂版〕』(2015年)185頁以下、213頁以下。

67) 西川喜裕「知的財産戦略と営業秘密」日本知財学会誌11巻2号(2014年)5頁、7頁。また、丸島儀一『知的財産戦略——技術で事業を強くするために』(2011年)82頁以下。

よう。

改めて述べるまでもなく、不正競争防止法は、「事業者間の公正な競争及びこれに関する国際約束的確な実施を確保するため、不正競争の防止及び不正競争に係る損害賠償に関する措置等を講じ、もって国民経済の健全な発展に寄与すること」を目的とする（1 条）。したがって、営業秘密侵害罪に関しても、「事業者の営業上の利益という私益」と「公正な競争秩序の維持という公益」を保護法益としている、とする見解が、立案当局者からは一貫して示されている⁶⁸⁾。

これに対して、学説では、営業秘密侵害罪をもつば個人的法益に対する罪として捉えるべきであるとする見解もある。これは、平成 27 年改正前の同罪が親告罪であったことや、「公正な競争秩序の維持」の内実が明確ではなく、構成要件の内容を規定することが困難であることなどを理由に、営業秘密の保有者が競争において優位に立つという競争上の地位を危うくすることを保護法益とする個人的法益に対する罪として捉えるべきであるとする⁶⁹⁾。たしかに、個人的法益をこのように解すれば、財産的価値そのものを保護法益とする刑法上の財産犯とはその性質を異にし、営業秘密侵害罪の規定は、「刑法その他の罰則の適用を妨げない」とする規定（21 条 9 項）を説明することも可能になる。

ところが、営業秘密が侵害される態様の 1 つに、退職者や転職者等が転職先等の競業他社に営業秘密を持ち出すという行為類型がある⁷⁰⁾。先にみた裁判例でも、たとえば、大阪地判平成 27 年 11 月 13 日や、いずれも同一事件に関する横浜地判平成 28 年 1 月 29 日の 2 件の判決、横浜地判平成 28 年 10 月 31 日、

68) 経済産業省知的財産政策室編著・前掲注 (3) 書 (平成 15 年改正版) 144 頁、経済産業省知的財産政策室編・前掲注 (25) 書 (商事法務版) 215 頁。

69) 一原亜貴子「営業秘密侵害罪の保護法益」商学討究 59 巻 4 号 (2009 年) 183 頁以下。なお、四條北斗「営業秘密の刑事法的保護の必要性について——営業秘密の刑罰的保護の研究・序説——」大阪経大論集 64 巻 4 号 (2013 年) 81 頁参照。

70) 転職の自由と営業秘密の保護との関係に関する論稿も多数存在するが、さしあたり、通商産業省知的財産政策室監修・前掲注 (7) 書 137 頁以下。この問題に関しても、詳細な別に論ずる機会を得たいと考えている。

さらには山形地判平成 29 年 3 月 24 日が、こういった類型に該当する。

もちろん、企業の従業者等には、憲法上保障された転職の自由がある。それゆえ、それを不当に制約するような処罰規定は、実体的デュー・プロセス違反の問題を生じさせるものとなる。だが他方で、「企業が営業秘密として秘密管理することに、客観的かつ社会的に合理性が認められる情報」を前の職場から持ち出すことは許されない。それは、転職の際、前の職場にある、競争上の優位をもたらす備品（財物）を持ち出して、転職先に持ち込むことが許容されないのと変わるところはないはずだからである。

なるほど、「許容されない営業秘密の持ち出し」と、「その人自身が身につけているスキルの移転として許容される範囲」との境界線がどこに引かれ得ることになるのか、それを一律に明らかにすることに困難な面が残ることは否定できない。しかしながら、従来からも、刑法犯において、形式的に構成要件に該当するように思われるすべての行為が処罰されるわけではなく、社会的実態として当罰性のある行為のみが処罰されてきたことを想起すべきである⁷¹⁾。その際、その当罰性を画するのは、当該犯罪の保護法益から導かれる価値判断であり、国民一般の規範意識に基づいた判断でしかあり得ない。

それとまったく同様に、退職や転職の際に、「その人自身が身につけているスキル」以上の情報の持ち出しであるか否か、すなわち、営業秘密侵害罪での処罰に値するか否かを決する限界線は、それが「公正な競争秩序」の枠内にとどまるかという、社会一般、国民一般から見た規範意識に求められることになる。そういった意味において、適正な処罰範囲を画するという観点からも、「公正な競争秩序の維持」というのは、営業秘密侵害罪の保護法益を構成するものとする必要がある。

今述べたことは、あくまでも競争秩序の維持の「一側面」でしかない。だが、このような観点からも明らかなように、営業秘密侵害罪の保護法益をもつぱら

71) 従来、「可罰的違法性論」として論じられてきた問題である。前田雅英『可罰的違法性論の研究』（1982年）参照。

個人的法益に還元すべきとする見解は、必ずしも妥当とは言い得ないように思われる⁷²⁾。

(2) 国家的法益——競争力維持における経済の発展

さらに、先に見た判例・裁判例のなかには、最決平成 28 年 10 月 31 日のほか、東京高判平成 27 年 9 月 4 日、さらに横浜地裁川崎支判平成 24 年 9 月 20 日のように、侵害された営業秘密が国外に持ち出されたか、その目的で侵害されたという事案も見られるようになっている。

平成 27 年改正では、21 条 3 項として、先に見た、いわゆる「海外重罰規定」が設けられ、罰金刑の法定刑が 2000 万円以下から 3000 万円以下へと引き上げられている。営業秘密が外国に持ち出された場合、持ち出された営業秘密を基底とした営業活動や研究・開発活動も当該外国で行われる可能性が高いことは当然予想される。そういった活動に起因する新たなイノベーションや雇用、利潤等が、当該外国において生ずるという意味で、営業秘密の持ち出しが国内に留まる場合に秘して、わが国経済に与える悪影響が大きいと言い得るというのが、このような海外重罰規定が置かれた根拠であると説明されている⁷³⁾。

不正競争防止法 1 条では、「事業者間の公正な競争及びこれに関する国際約束の的確な実施を確保する」ことを主たる対象としているが、最終的には、「もって国民経済の健全な発展に寄与すること」を目的とするものとされている。そして、すでに見たように、わが国の今後の経済モデルとして「知的財産立国」によるべきであるとするならば、わが国の知的財産である営業秘密が不当に国外に持ち出されることは、「国民経済の健全な発展」を損なう重大な要因であると言わざるを得ない。それを刑罰をもって独自に保護するということ

72) なお、内田幸隆「営業秘密侵害罪の基本的性格とその課題について」伊東研祐ほか編『市民的自由のための市民的熟議と刑事法——増田豊先生古稀祝贺論文集』(2018 年) 370 頁以下参照。

73) 経済産業省知的財産政策室編・前掲注 (25) 書 (商事法務版) 217 頁。

には、相応の根拠がある⁷⁴⁾。

知的財産が一国の経済発展にとってきわめて重要な要素であるとする認識は、すでに共通のものとなっている。また、そうであるがゆえに、「産業スパイ」も盛んになっている。そして、インターネット社会における「産業スパイ」は、サイバー攻撃という形で行われることも多くなっていると考えられる。営業秘密の不正取得罪(21条1項1号)における「管理侵害行為」に、不正アクセス禁止法上の「不正アクセス行為」が含まれているのは、そういった趣旨によるものでもある。そして、知的財産の国外流出の損失の深刻さをいち早く認識していた知的財産大国たるアメリカでは、1996年に、外国政府等に対するトレードシークレットの侵害行為を「経済スパイ」(economic espionage)として、連邦犯罪として規定した。また、この経済スパイ罪の法定刑も、現在では、「15年以下の自由刑または500万ドル以下の罰金刑」とされており、単純なトレードシークレット・セフトよりも加重されたものとなっている⁷⁵⁾。

以上を前提にすれば、営業秘密の刑事法的保護に関しては、「国民経済の健全な発展」という、一種の国家的法益⁷⁶⁾の保護も、その一部において担うこと

74) なお、只木誠「営業秘密侵害の罪」法学教室397号(2013年)100頁参照。さらに、佐久間修「営業秘密の刑事上の保護」日本工業所有権法学会年報28号(2004年)54頁。

75) アメリカ経済スパイ法に関する近年の文献として、玉井克哉「米国経済スパイ法(その1)(その2)(完)——刑事制裁を用いた『アメリカ経済の繁栄』のための制度間競争——」知財管理64巻9号(2014年)1315頁以下、64巻10号1493頁以下、中川正浩「米国『経済スパイ法』概略」警察学論集70巻1号(2017年)81頁以下。また、実原幾雄「営業秘密保護強化のための法制について」日本知財学会誌11巻2号(2014年)14頁以下。

76) 従来「刑法各論」の議論では、国家的法益に関しては、刑法典に規定されている犯罪を念頭に、内乱罪等の国家の存立に対する罪、公務執行妨害罪に代表される国家作用に対する罪、および国際社会に対する罪として整理されることが多かった。これに加えて、後述するように「国民経済の健全な発展」も、国民全般の利益の確保にとどまらず、国家経済全体の発展という国家的法益として観念する余地もあると思われる。今後の検討課題としたい。なお、山口厚編著『経済刑法』265頁〔島田聡一郎、齋野彦弘「判批」『独禁法審決・判例百選〔第5版〕(1997年)263頁

が期待されていると解すべきことになる。

(3) 「国民経済の健全な発展」における刑事処罰規定の機能

先にみた、改正刑法草案における企業秘密漏示罪に関する議論においては、産業秘密ことに技術的秘​​密の保護が国民全体の利益に通ずるとの主張に対して、「実際問題として、本条の保護を享受するのは外国資本と技術提携する大企業にすぎないのであって、国民全体の利益とはほとんど関係がない」とする批判論が向けられることもあった⁷⁷⁾。

だが、少なくとも現在の日本の産業界の実情に鑑みれば、このような批判が妥当しないことは明らかである。営業秘密の侵害に関しては、「技術力」で勝負するような中小企業においても、技術流出による損失を被っているという実態も存在する。

たとえば、経済産業省は平成 14 年 7 月に、『金型図面や金型加工データの意図せざる流出の防止に関する指針』を公表する。これは、金型の製造委託取引において、金型図面等が金型発注企業に提出させられた後、金型製造業者の同意のないまま、海外で 2 番目の金型や類似の金型の製造委託に供されているという実情があるとの指摘に基づき実態調査を行った結果、わが国製造業の基盤である金型産業の国際競争力低下を招く懸念があると判断し、金型製造業者および金型発注企業に対して同取引に係る総合的な指導を行うべく、金型図面等の取引や金型技術の管理保護に関する指針として提示されたものである。もちろん、企業側としても技術を防衛するための対応は求められるべきものであり、たとえば、営業秘密としての実態が認められるような秘密管理の実態を整えるなどの対応は必要である⁷⁸⁾。ただ、そのような対応がなされた営業秘密に

など参照。

77) 日本弁護士連合会『「改正刑法草案」に対する意見書——刑法全面「改正」に反対し国民の人権を守るために——〔第 2 版〕〕(1979 年) 158 頁。

78) 上田勝弘「金型業界技術流出の現状と見解」前掲注 (64) 書 15 頁以下、梅原潤

については、それに法的な保護を与える必要はあり、それは、縷々述べているように、刑事法的な保護にも値するものとなっている⁷⁹⁾。

このように、営業秘密の保護は、中小企業も含めた、わが国の経済の担い手全般に関連しうるものであり、決して「外国資本と技術提携する大企業」のみが享受するような状況は存在しないのである。そして、このような「国民経済の健全な発展」という、一種の国家的法益の刑事法的な保護は、競争政策に関する法的規制の代表ともいべき⁸⁰⁾独占禁止法上の各種犯罪において従前から考慮され、実現されてきているのであって、これを保護法益と解することは十分に可能であるといえよう。

その意味において、営業秘密秘密侵害罪は、単にその保有者の個人的法益を保護するのみならず、「公正な競争秩序の維持」という社会的法益、およびその帰結としての「国民経済の健全な発展」という国家的法益をも保護法益とするものと解することができる。営業秘密侵害罪が不正競争防止法に規定されているのは、まさにこういった意味を持つものとして、理解すべきであるように思われる⁸¹⁾。

一「社会との取引関係に起因する意図せざる技術情報流出と対策について」同書175頁以下参照。

79) なお、中小企業のもつ技術の特許として保護する場合も、当然にありうる。ただし、特許侵害による救済は、中小零細企業にとっては、現実にはきわめて負担となることも往々にしてある。たとえば、携帯型音楽プレーヤー iPod の入力装置に関する特許権侵害を理由として、個人発明家がアップル社に対して提起した訴訟では、平成19年の訴訟提起以降、最高裁で確定（最決平成27年9月9日 LEX/DB:25541448・最決平成27年9月9日 LEX/DB:25447815）するまで8年もの年月を要している。

80) 松下満雄『経済法概説〔第4版〕』（2006年）31頁以下、村上政博『独占禁止法〔第7版〕』（2016年）1頁以下など。

81) 現行規定に関しては、「積極的な利用価値のある秘密を広範に保護するものとなっている」ことから、不正競争防止法の中に置かれるのが適切かどうかには議論の余地があるとする批判もある（神山敏雄ほか編著『新経済刑法入門〔第2版〕』（2013年）394頁〔高山佳奈子〕）。しかしながら、営業秘密侵害罪の現実の機能を考えれば、むしろ、「事業者間の公正な競争及びこれに関する国際約束の的確な実施

むすびに代えて

本稿では、平成 27 年改正以降の不正競争防止法における営業秘密の刑事法的保護の意義に関して、若干の考察を加えてきた。そこでは、知的財産あるいは「知的財産立国」をめぐる近年の動向についても言及しているところであるが、知的財産法、知的財産戦略に関して門外漢である著者において、思わぬ誤解をしている恐れなしとしないところである。

しかしながら、営業秘密侵害罪に限った問題ではないが、刑法解釈論において、当該処罰の果たす、社会的、あるいは経済的機能について、必ずしも十分な認識が共有されることなく、ともすれば、もっぱら条文上の文言のみを対象とした解釈論や、明治 40 年立法当時の基本的骨格が現在でも現役である刑法典における犯罪類型との対比での議論に終始してしまうのであれば、その議論の果たす機能は、きわめて限定的で不十分なものとならざるをえない。

もちろん、罪刑法定主義が妥当する刑事罰規定において、個別の文言の字義を踏まえた個別の解釈論が重要であることは、論を俟たない。だが、それも、当該処罰規定の果たす社会的機能を十分に踏まえた議論でなければ、現実社会の当罰性判断との連携が保たれず、ともすれば空理空論に陥りかねない。それは、処罰範囲の不適切な限定のみならず、処罰範囲の不当な拡大すらも導く帰結にも至りうることになる。

もっとも本稿は、営業秘密侵害罪の適正な処罰範囲を検討する前提としての、同罪の果たす意義について、きわめておおざっぱな枠組みを示したものでしかない。今後、個別の解釈論上の論点について、機会をみて検討を重ねていきたいと考えている。

を確保するため、不正競争の防止及び不正競争に係る損害賠償に関する措置等を講じ、もって国民経済の健全な発展に寄与する」という不正競争防止法の目的を考えれば、同法に規定されていることに積極的な意義が認められると考えることができよう。

