

# 営業秘密侵害罪の保護法益

一 原 亜貴子

はじめに

1. 我が国における議論の概観
  - (1) 営業秘密侵害罪導入以前の議論の状況
  - (2) 現在の議論の状況
2. ドイツにおける議論の概観
  - (1) 個人的法益と解する見解
  - (2) 社会的法益を考慮する見解
3. 営業秘密侵害罪の保護法益
  - (1) 営業秘密の性質
  - (2) 公益ないし社会的法益の保護
  - (3) 個人的法益の内容

おわりに

## はじめに

我が国の不正競争防止法は、2003（平成15）年改正において、営業秘密を侵害する行為に対する刑事罰を導入した<sup>1)</sup>。この営業秘密侵害罪規定は、2005（平

---

1) 営業秘密侵害罪の導入について、詳しく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）（以下、「逐条解説平成15年版」と略記する）、山下隆也ほか「不正競争防止法の一部を改正する法律の概要」NBL762号（2003年）6頁以下、林いづみ「不正競争防止法の改正について」自由と正義54巻9号（2003年）14頁以下等を参照。同改正を踏まえた刑法学における著作として、鈴木靖宏「『営業秘密』の法的保護に関する日米比較——刑事法学的アプローチを中心に——」法研論集（関東学院大学）2号（2003年）1頁以下、全理其『営業

成17)年及び2006(平成18)年に続けて改正され<sup>2)</sup>、現在に至っている。

同法2条6項は、「営業秘密」を次のように定義する。すなわち、「『営業秘密』とは、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。この定義から、ある情報が営業秘密であると認められるための要件は、①秘密管理性、②有用性及び③非公知性であると解されており、このことは、営業秘密に係る不正競争についての民事裁判例においても認められているところである。営業秘密侵害罪の導入にあたり、不正競争防止法は特に新たに営業秘密の定義付けを行わず、上記の営業秘密の定義は民事・刑事に共通のものとされた。他方で、先に導入されていた民事的救済の対象となる不正競争行為類型が過失行為をも対象としていたため、これらを全て刑事罰の対象とすることは適当でないとの理由から、営業秘密侵害罪の犯罪構成要件が新たに創設された。そこで、不正競争防止法21条1項1号ないし6号(2006年改正以前の21条1項4号ないし9号)に定められた営業秘密侵害罪の解釈が論じられるようになったのである。なお、本稿執筆時点では、公刊物等を見る限り、これらの規定が適用

---

秘密の刑事法的保護』(2004年)、佐久間修「営業秘密の刑事上の保護」工業所有権法学会年報28号(2004年)49頁、南雲亮志「トレード・シークレットの刑法的保護について」立命館法政論集3号(2005年)129頁、只木誠「営業秘密の侵害——日・独(新)不正競争防止法の紹介——」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第二巻 経済刑法』(2006年)239頁以下等がある。

- 2) それぞれの改正については、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16・17年改正版〕』(2005年)及び同『逐条解説 不正競争防止法〔平成18年改正版〕』(2007年)(以下、「逐条解説平成18年版」とする)参照。また、平成17年改正を踏まえた刑法学における著作として、山口厚「営業秘密の刑事罰による保護」NLB820号(2005年)12頁以下、一原亜貴子「不正競争防止法による営業秘密の刑事法的保護」商学討究56巻2・3合併号(2005年)279頁以下、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)14頁以下等、平成18年改正を踏まえたものとしては、平野潔「情報の刑法的保護」人文社会論叢 社会科学篇(弘前大学)18号(2007年)119頁以下、松澤信「営業秘密の保護と刑事法」甲斐克則編『企業活動と刑事規制』(2008年)170頁以下、高山佳奈子「知的所有権・企業情報をめぐる犯罪」神山敏雄ほか編著『新経済刑法入門』(2008年)341頁以下等がある。

された事案は見当たらない。とは言え、今後の営業秘密侵害罪規定の適切な運用を図るためには、同規定の内容を明らかにすることが必要であると言える。

営業秘密侵害罪を解釈するにあたっては、同罪が保護しようとしている法益は何か、が問題となる。この問題は、同規定の理解にとって重要である。なぜなら、「営業秘密」概念は事実的に決定されるものではなく、規範的性質を有しているからである<sup>3)</sup>。そこで、本稿は、不正競争防止法に導入された営業秘密侵害罪を理解する前提として、同罪の保護法益を明らかにすることを目的とする。以下では、まず、我が国における営業秘密侵害罪の保護法益に関する議論の状況を概観し、そこでの問題点を明らかにする。次に、我が国の議論にとって示唆的であると思われる、ドイツにおける議論を概観する。そして最後に、ドイツにおける議論から得られた知見を基に、営業秘密が有するいくつかの性質を考慮しつつ、同罪の保護法益の理解に関する私見を提示することにする。

## 1. 我が国における議論の概観

### (1) 営業秘密侵害罪導入以前の議論の状況

前述のように、我が国では、営業秘密の侵害に対する刑罰法規は2003（平成15）年の不正競争防止法改正によって初めて導入された。しかし、それ以前より、営業秘密の刑事法的保護に関しては、立法的提案も含めて様々に議論されていた。そこで、まずは、当時の議論において、営業秘密を侵害する行為の保護法益が如何に捉えられていたのかを見ておくことにする。現行の営業秘密侵害罪の保護法益をめぐる議論はまだ始まったばかりであり、従来の議論を参照することは、現行法を理解する助けになると考えられるからである。

営業秘密侵害罪導入以前の議論は、主に立法提案の形でなされたが、これに

---

3) *Knut Arians*, Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses in der Bundesrepublik Deutschland, in : Oehler (Hrsg.), Der Strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses in den Ländern der Europäischen Gemeinschaft sowie in Österreich und der Schweiz, 1981, S. 339.

は大きく分けて二種類のアプローチがあった。一方は、営業秘密という情報の持つ財産的価値に着目し、刑法上の財産罪によって保護される財産と並んで、財産的価値を有する情報にも法的保護を与えるべきであるとする立場である。このうち、日本刑法学会第66回大会で報告された共同研究<sup>4)</sup>は、「財産的情報侵害における法益侵害は、情報の管理・独占により生ずる、情報の有する、それが経済活動において利用されることにより財産を生み出す可能性・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、失われることであり」、「この意味で、情報は、財産を生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して考えられることになる」、としていた。また、財産的価値を有する情報を「情報財」として財産罪の客体とすべきであると主張していた吉岡一男<sup>5)</sup>は、いわゆる企業秘密については、これが有する経済的価値の重要性を重視して、営業秘密侵害を秘密侵害としてではなく「情報財」の侵害として構成すべきであるとした。但し、「情報財」は情報の秘匿を概念要素としておらず<sup>6)</sup>、そこには秘密でない情報も含まれていた。

また、民事的保護を前提としてではあるが、営業秘密の性格を統一的に論じることが困難であるとしながらも、「営業秘密保護の原理は、あくまで秘密性に存在し、かつ、他人の労力・費用のもとに成立した競争財の価値を不当に奪取する違法性の承認の上に立脚する」<sup>7)</sup>との主張もなされていた。営業秘密を競争財と捉えるこの見解は、上記の営業秘密を単純に財産的情報とする立場と

4) 「財産的情報の刑法的保護」刑法雑誌30巻1号(1985年)1頁以下、とりわけ山口厚「財産的情報の刑法的保護——立法論の見地から——」同27頁以下。

5) 吉岡一男「企業秘密と情報財——刑事学各論の試みのために——(一)・(二・完)」法学論叢117巻3号(1985年)1頁以下及び117巻4号(1985年)1頁以下、とりわけ(一)25頁、(二)10頁以下及び26頁以下。なお、佐久間修『刑法における無形の財産の保護』(1991年)176頁及び188頁以下は、無形の財産の取得を財産犯の一種として捉えることを主張していたが、そこでいう無形の財産は譲渡性を前提とするため、営業秘密は含まれない。

6) 吉岡・前掲注(5)(二・完)26頁以下。

7) 小野昌延『営業秘密の保護』(1968年)10頁及び572頁。

は異なるが、営業秘密保護を個人的利益を中心に構成する点において共通している。

これに対して、もう一方のアプローチは、営業秘密に対する侵害行為を不正競争行為として構成する。営業秘密侵害罪を不正競争防止法に置く旨の立法提案は複数の論者によってなされたが<sup>8)</sup>、これらのうち、板倉宏<sup>9)</sup>は「不正競争防止法は企業所有者の個人的利益ではなく、公正な競争秩序や国民経済を保護するためのもの」であるとしていた。また、加藤左千夫<sup>10)</sup>は、営業秘密侵害により健全な競争秩序が破壊される危険性があること、及び、営業秘密侵害を財産犯とすれば、その対象を限定し得ないことから、営業秘密侵害罪の創設にあたっては「不正競争的構成を基本としつつ」、営業秘密が持つ個別財産的利益の側面も無視することはできないため、「財産犯的構成を加味して考えるべき」である、としていた。この見解からは、公正な競争秩序が主たる保護法益で、企業の個別財産的利益は従たる保護法益であることになる。

また、木村静子<sup>11)</sup>も、営業秘密侵害においては「それが秘密とされていることによって意味のある財産的利益（いわば技術の独自性）」が問題になっているのであるから、「保護法益は、財産的利益というよりは秘密が侵されることによって害される一種の人格的利益であり、それが実際には財産的利益と結

---

8) 後述の板倉及び加藤の他に、中山信弘「情報の不正入手と刑事罰」自由と正義35巻10号（1984年）8頁、佐久間・前掲注(5)208頁以下。

9) 板倉宏「企業秘密をめぐる犯罪」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系 第2巻 経済活動と刑罰』（1983年）306頁以下。論者は、不正競争防止法は「企業所有者の個人的利益ではなく、公正な競争秩序や国民経済を保護するためのもの」であるとして、ドイツ不正競争防止法17条が経営者を漏示の行為主体から除いている点を批判する（307頁）。

10) 加藤左千夫「企業秘密の刑罰的保護——日本・西ドイツの状況とその立法論的展開——（二）完」名古屋大学法政論集117号（1987年）303頁以下（以下、「企業秘密」とする）、同「企業秘密の刑罰的保護・再論——財産犯的構成の批判的検討を通して——」名古屋大学法政論集127号（1989年）120頁以下（以下、「再論」とする）。

11) 木村静子「企業秘密と法益論——企業秘密を刑法によって保護することが必要か」内藤謙＝西原春夫編『刑法を学ぶ』（1973年）242頁。

びついているのだと考える方が実体に則している」としながらも、営業秘密侵害の保護法益をもっぱら個人的法益であると解しているわけではなく、「公正な競争秩序の維持及び健全な企業活動の促進という社会的法益」（さらには国民経済の健全な発展という国家的法益）も考えられる、としていた。他にも、「企業の秘密に保護を与えることは、技術開発の意欲をたすけ、公正な自由競争の実現のために有意義なことである。それは、単に、一企業の私企業としての利潤追求を保護するというに止まらず、国民生活を豊かにし、公益を増進するという面で社会的な意味をもつことは否定できない<sup>12)</sup>」との理解や、「企業を有機的な一体として法益の対象とし、競争は、一般公衆の利益と企業自体（企業所有者を含めて）の利益を侵害することのない限度において許されるものであり、権利濫用にわたり、信義誠実の原則に反し、あるいは公序良俗に反する行為は許されないとすべきではなかろうか<sup>13)</sup>」との主張もなされていた。これらの見解もまた、保護法益を企業の有する個人的利益及び公共の利益と捉えるものであったとすることができる。

以上見てきたように、営業秘密侵害罪導入以前における我が国の議論は、営業秘密侵害行為を、個人的法益に対する侵害と捉える立場と、個人的法益のみならず社会的法益（及び国家的法益）に対する侵害でもある、とする立場とに分類することができる。そして、このような分類は、営業秘密の財産的価値に着目するか、それとも営業秘密侵害行為を競争秩序を害する不正競争であると見るか、というアプローチの相違に対応していると言えよう。

## (2) 現在の議論の状況

営業秘密の刑法的保護については上述のようにいくつかの立法提案がなされ、また、1974年に公表された改正刑法草案318条をめぐる様々な議論がなされたが、結局、刑法典ではなく不正競争防止法を改正する形で営業秘密侵

12) 藤木英雄「産業スパイと刑事責任」ジュリスト428号（1969年）33頁。

13) 河井信太郎「経理不正と法律上の責任」（1966年）92頁。

害罪が新設された。そこで、まず不正競争防止法の目的を確認しておく、同法の目的は、第1条に抛れば、「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」である。国民経済の健全な発展は最終目的であって、直接的には、不正競争の防止及び不正競争にかかる損害賠償に関する措置等を講じることによって、事業者間の公正な競争を維持することを目的としている<sup>14)</sup>と言える。このような目的を有する不正競争防止法上に規定された営業秘密を侵害する罪は、如何なる法益を保護するものとして理解されているのであろうか。

不正競争防止法の教科書では、同法の保護法益は「事業者の営業上の利益（私益）と、公正な競争秩序という公益にある」<sup>15)</sup>と説明されている。最高裁判所も平成18年1月20日判決<sup>16)</sup>の中で、不正競争防止法1条、工業所有権の保護に関する1883年3月20日のパリ条約<sup>17)</sup>及び1934（昭和9）年制定の旧不正競争防止法<sup>18)</sup>、並びに、旧不正競争防止法以来の沿革等に照らすと、「不正競争防止法は、営業の自由の保障の下で自由競争が行われる取引社会を前提に、経済活動を行う事業者間の競争が自由競争の範囲を逸脱して濫用的に行われ、あるいは、社会全体の公正な競争秩序を破壊するものである場合に、これを不正競争として防止しようとするものにほかならないと解される」、と述べている。

不正競争防止法自体に関するこのような理解は、新設された営業秘密侵害罪の解釈にも大きな影響を与えている。所管官庁である経済産業省の立案担当者

14) 青山紘一『不正競争防止法〔第4版〕』（2007年）12頁以下。

15) 青山・前掲注0413頁以下。逐条解説平成15年版・23頁以下及び144頁も、同様にいう。

16) 民集60巻1号137頁。

17) 正確には、「1900年12月14日にブラッセルで、1911年6月2日にワシントンで、1925年11月6日にヘーグで、1934年6月2日にロンドンで、1958年10月31日にリスボンで及び1967年7月14日にストックホルムで改正された工業所有権の保護に関する1883年3月20日のパリ条約」。

18) 平成5年法律第47号による改正前のもの。

は、「不正競争防止法も知的財産法の一角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、個人的法益としての側面を有する」としながらも、他方で、他人の営業秘密を「何らかの不正な手段により獲得ないし使用する（させる）行為を抑止することは」公正な競争の確保という同法の目的に適合することから、同罪は「社会的法益としての側面をも併せ持つ」と説明している。しかし、これに対しては、「知的財産権も個人的法益であって、不正な手段が窃取・詐取・横領に相当するならば、基本的には、刑法典上の財産犯と異ならない」のであるから、「行為態様を悪質なものに限定したことが、ただちに社会的法益の侵害に結びつくわけではない<sup>19)</sup>」との指摘がなされている。

学説においては、只木誠<sup>20)</sup>が、同罪が親告罪であるのは「営業秘密という個人的法益の侵害の点を重視した結果である」としながらも、「不正競争防止という自由経済秩序を維持するという社会法益に対する侵害行為であるという側面も忘れてはならないであろう」としている。営業秘密侵害罪が、「企業の経済的利益のみならず、国内・国外の事業者間の公正な競争を保護法益としている」不正競争防止法上に規定されている点を重視しているのであろう<sup>21)</sup>。

しかし、立案担当者による説明及び只木の見解には、個人的法益と社会的法益の関係が不明である、という問題がある。個人的法益と社会的法益という全く異なる二つの法益を同時に保護しようとする場合には、いずれを主たる法益とするかによって構成要件の理解が異なり得ると考えられるのであるが、これらの見解からは、その点が明らかでないのである。

19) 佐久間・前掲注(1)58頁。

20) 只木・前掲注(1)247頁及び262頁。「公正な競争秩序」を私益と並ぶ保護法益とするものとして、他に、平野・前掲注(2)137頁。

21) このことから、論者は、営業秘密侵害罪と財産罪の保護法益は必ずしも完全には符合せず、よって、両方の構成要件が充たされる場合には、両罪は法条競合ではなく観念的競合となると見るべきである、とする（只木・前掲注(1)262頁以下）。同旨、松澤・前掲注(2)181頁。これに対して、財産罪の成立を否定するのは、松原芳博「情報の保護」法学教室298号（2005年）63頁。罪数に関する私見については、後述する。

私益ではなく、公益たる競争秩序の維持の保護に重きを置くことを明言するのは、松澤伸<sup>22)</sup>である。「営業秘密侵害罪は、6つの類型すべてにおいて『不正競争目的』が要件とされており、企業の有する個人的法益が保護法益の一部を成すにしても、それが直接に侵害されるのではなく、競争秩序の維持が破られることによって間接的に侵害されるものと考えられる」、とするのである。確かに、「不正な競争の目的」を要件とすることは、「公正な競争秩序の維持という不正競争防止法の趣旨に合致する」<sup>23)</sup>とすることができる。しかし、この見解には大きな問題がある。不正競争防止法21条3項によれば、営業秘密侵害罪は親告罪である。営業秘密侵害罪が（主に）社会的法益に対する罪であるならば、被害者の告訴を待たずに公訴が提起されなければならないことになろう。さらに、論者が、企業の個人的法益に対する侵害は競争秩序の維持が侵害されることによって生ずる、とする点は理解し難い。営業秘密侵害罪は、個別の企業が所有する営業秘密に対する侵害の発生を以て成立するのであり、競争秩序の維持が破られたか否かは同罪の成否に関係しないのである。我が国では実際には主張されていないが、営業秘密侵害罪の保護法益を公益のみとする理解についても、同様のことが妥当するであろう。

以上のように、我が国の営業秘密侵害罪は、企業の個人的法益（私益）と公正な競争秩序という社会的法益（公益）の双方を保護法益としている、と一般に解されている。しかし、双方の関係は必ずしも明らかではなく、また、後者を中心とする保護法益の理解は、現行法の解釈としては困難であるという問題があった。したがって、少なくとも個人的法益を主たる法益と解し、これと社会的法益との関係が問われなければならない。また、現在の保護法益に関する議論は、かつての、営業秘密侵害を不正競争行為と捉え、営業秘密を侵害する罪を不正競争防止法に置くべきである、との立法提案に類似している。確かに、同罪が不正競争防止法に規定されていることは無視されるべきでない。しかし、

---

22) 松澤・前掲注(2)181頁。

23) 逐条解説平成15年版・147頁。

そうであるからといって、同法の目的をそのまま同罪の保護法益の議論にスライドさせなければならない理由は存しないと思われる。むしろ、営業秘密侵害罪が刑罰という制裁を伴う法規であることに留意し、適正な処罰範囲を画するための保護法益の理解が求められるのではなかろうか。

さらに、主たる法益を個人的な利益であると解するとしても、その内容が如何なるものであるかが問題となる。この点について上述の見解では、企業の「営業上の利益」或いは「経済的利益」等と述べられているだけで、その内実は明らかでない。

これらのことから、営業秘密侵害罪の保護法益に関しては、次の二つの論点について検討されなければならないことが明らかになった。すなわち、第一に、不正競争防止法上の営業秘密侵害罪の保護法益に、公益ないし社会的法益を含めるべきか否か、第二に（第一の論点においていずれの結論に至ったとしても）、個人的法益の内容を如何なるものと解すべきか、である。

## 2. ドイツにおける議論の概観

前章での検討から明らかになった問題を検討する前に、まずドイツにおける営業秘密侵害罪の保護法益をめぐる議論を概観しておきたい。ここでドイツでの議論を取り上げる理由は二点ある。第一に、ドイツでも営業秘密侵害に対する罰則規定が不正競争防止法（「Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb」。以下、「UWG」と略記する）中に置かれており、比較法的検討の対象として適していること、第二に、ドイツでは古くから保護法益が詳細に論じられているため、これを参照することは、我が国における議論の発展に資すると考えられることである。なお、ドイツでも営業秘密に対する侵害は不正競争行為の一つとしてUWGに規定されているため、営業秘密侵害罪の保護の本質は、不正競争の本質論において論じられることが多かったという<sup>24)</sup>。したがって、本章

24) 小野・前掲注(7)107頁以下参照。

において参照する議論は、UWG17条ないし20条に関するものに留まらず、不正競争法一般における保護法益論（或いは保護目的論）にわたる。

先に述べたように、本稿が扱う問題は、不正競争防止法上の営業秘密侵害罪の保護法益に公益ないし社会的法益を含めることの是非、及び、個人的法益の内容の如何である。そこで、本章では、ドイツにおいて主張されている見解を、個人的法益を中心に保護法益を構成する立場と社会的法益をも考慮する立場とに分類して、考察を進める。

### (1) 個人的法益と解する見解

#### ① 信頼ないし契約関係説

ドイツでは、営業秘密侵害行為に対する罰則を初めて規定した1896年の「不正競争制圧に関する法律（Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs）」<sup>25)</sup>施行以前に、従業員による秘密漏泄行為の可罰性を、信頼ないし契約関係を破る点に求める見解が主張されていたという。しかし、同法の施行により、秘密主体と信頼ないし契約関係にない者の行為も処罰の対象とされた。そこでは、信頼という観点が行為者の可罰性を基礎付けるものとは考えられていないことは明らかである<sup>26)</sup>。現行UWGも我が国の不正競争防止法も、営業秘密保有者と信頼ないし契約関係にない第三者による営業秘密侵害行為を可罰的であるとしている。したがって、営業秘密への侵害を、単なる信頼・契約関係に対する違反であるとして、本罪の保護法益を営業秘密保有者と行為者との信頼ないし契約関係と解することはできない<sup>27)</sup>。

---

25) 罰則は同法9条及び10条に規定されていた。ゲルト・ファイファー（布井要太郎訳）「不正競争防止法17条による工場秘密および営業秘密の刑法的漏洩」布井「知的財産法の基礎理論」（2004年）205頁参照。

26) *Arians*, a.a.O., S. 340.

27) 仮に、この見解を採用するならば、侵害される営業秘密は形式秘で足ることになる（清水洋雄「情報の保護と刑事法」秋田法学11号（1988年）16頁参照）。

## ② 人格権説

ドイツにおけるかつての有力な学説の一つは、経済的活動を阻害されない権利を人格権の一つとして認めようとする見解である。主要な論者の一人であるKohler<sup>28)</sup>は、競争においてはあらゆる手段が許されるわけではなく、自由競争は相手の人格が侵害されるところで限界に行き当たるとした上で、不正競争の本質を、人格とは独立に存在する物又は権利に対する侵害ではなく、人格に付着する利益への侵害であると捉え、このような人格的利益を人格権として認めようとした。また、Lobe<sup>29)</sup>は、不正競争法は競争者の人格の保護のために制定されているとの立場に立ったうえで、人格的性質を有する営業的活動権を保護法益とした。この営業的活動権は、得意先の獲得を目的とする営業活動への不正侵害に対する排除権であるという。

人格権説が主張され始めた20世紀初めには未だ一般的人格権という概念自体が広く承認されていた訳ではなかったため、人格権概念そのものが不明確である<sup>30)</sup>といった批判もなされていたものの、同見解が通説的地位を占めていた<sup>31)</sup>。その後、ドイツ基本法(Grundgesetz) 2条1項が「何人も、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序又は道徳律に違反しない限りにおいて、自己の人格を自由に発展させる権利を有する。」<sup>32)</sup>と定めたことで、一般的人格権が憲法上の権利として保障されることとなり、人格権理論が発展した。そして、これに伴って、一般的人格権をドイツ民法823条にいう「その他の権利(sonstiges Recht)」として承認する立場が有力となり<sup>33)</sup>、不正競争理論もこ

28) Kohlerの見解については、ヴォルフガング・フィケンチャー(丹宗昭信監訳)『競争と産業上の権利保護』(1980年)161頁以下及び小野・前掲注(7)109頁に拠った。

29) Lobeの見解については、フィケンチャー・前掲注(28)161頁以下及び小野・前掲注(7)109頁以下に拠った。

30) Vgl. *Arians*, a.a.O., S. 341.

31) 小野・前掲注(7)109頁以下参照。

32) 日本語訳は、高田敏=初宿正典編訳『ドイツ憲法集〔第5版〕』(2007年)213頁に拠った。

33) ドイツ民法823条における一般的人格権については、例えば、椿寿夫=右近健男編『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』(1990年)82頁以下〔右近〕、E.ドイチュ=H.-J.アーレンス(浦川道太郎訳)『ドイツ不法行為法』(2008年)132頁以下参照。

の影響を受けて、不正競争をこのような人格権に対する侵害であるとする見解が主張されることとなったのである<sup>34)</sup>。

しかしながら、不正競争行為の保護法益を一般的人格権と解することには、なお困難がある。不正競争行為の中には、品質・内容等の誤認惹起行為（不正競争防止法2条1項13号）のように、競業者の人格とはあまり関係のないものもあり、人格権論からはこのような場合を説明することができないのである<sup>35)</sup>。また今日の経済組織において「脱個人化傾向」が進んでいることに鑑みれば、個人的人格、即ち個々人の経済的活動に着目するこの見解を支持することはできない<sup>36)</sup>。なぜなら、一般的人格権を享受するのは個々の自然人のみであって、法人はこれを享受しないからである<sup>37)</sup>。問題を営業秘密侵害に限ってみても、個人事業主であればともかく、巨大企業の保持する営業秘密の主体を個人と見ることは、営業の実態に即していないと言わざるを得ない。我が国の不正競争防止法も、営業秘密の保有者を「営業秘密を保有する事業者」（2条1項7号）と規定しており、営業秘密の主体は自然人だけでなく法人も含めた事業者である。

### ③ 無体財産権説（企業権説）

人格権説に反対して有力に主張され始め、これに続いて通説としての地位を獲得したのは、無体財産権説ないし企業権説<sup>38)</sup>である。この見解は、競争に関しては人間の人格的領域ではなく、商業的で非人格的な活動が問題となると

34) 人格権理論の発展と不正競争及び営業秘密保護との関連について詳しくは、小野・前掲注(7)466頁以下。

35) 小野・前掲注(7)110頁、満田重昭「不正競争法における競争地位権説」『不正競争法の研究』（1985年）7頁以下参照。

36) *Arians*, aa.O., S. 341.

37) 椿＝右近・前掲注3383頁。

38) ドイツの諸文献においては「*Immaterialgüterrecht*（無体財産権）」と呼ばれているが、無体財産権説は本来、企業の法的性質に関する議論における見解の一つであり、最も有力な立場である。企業の法的性質についてはこの他に、いわゆる人格権説と特別財産説がある。詳しくは、福岡博之「『企業権』の解釈的問題（その一）」『青山経済論集7巻2号（1955年）63頁以下参照。

して、個人ではなく企業に着目する<sup>39)</sup>。すなわち、不正競争を無体財産権としての企業に対する侵害であると解するのである。そもそも企業権概念は、法律取引の客体としての企業について、営業の譲渡及び担保化に関する議論の中で構成されたものである<sup>40)</sup>。例えば、Isay<sup>41)</sup>は、企業とは物と権利の総体、或いは経済財と人間（自然・資本・労働）の総体であり、この企業に企業者により創造された無体財産が化体して「企業権」の客体となるのであって、物や権利といった企業の構成部分（Bestandteile）自体が企業権の対象となるのではない、とする。

判例においても、ライヒ裁判所（Reichsgericht）が企業の保護に関して「組織され且つ運営されている営業に関する権利（Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb）」を認め<sup>42)</sup>、営業に対する侵害との関連において企業はドイツ民法823条1項にいう「その他の権利」に属するとしたため<sup>43)</sup>、その侵害に対する損害賠償が認められることとなった。BGHもこの立場を踏襲しており、営業とは企業に経済的に発展し活動させる能力を与えるものの総体、換言すると具体的な営業の経済的価値を形成するものの総体を指す、と定義する<sup>44)</sup>。

39) 但し、前述の Kohler は、人格権と無体財産権の両概念を相対立するものと解していたわけではなかった。Kohler によれば、商標、商号、氏名、営業名等のいわゆる無体財産権は人格権の特に拡大したものであって、人格権は無体財産権の根本を構成する、という（フィケンチャー・前掲注28）161頁参照）。

40) 福岡・前掲注3863頁以下、特に註3。

41) *Rudolf Isay, Das Recht am Unternehmen*, 1910, S. 21ff. 福岡・前掲注3898頁。無体財産権説を採る論者として、*Rudolf Callmann, Der unlautere Wettbewerb: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Notverordnung vom 9. März 1932 und zu den materiellrechtlichen Vorschriften des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen*, 2., vollständig Neubearb. 2 Aufl., 1932, S. 28ff.

42) RGZ 149, 332. なお、「Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb」は本稿で使用した「組織され且つ運営されている営業に関する権利」という訳語の他にも、「設立され遂行されている営業に対する権利」（満田・前掲注35）8頁）などと訳されている。本稿では、椿＝右近による訳に従った。

43) 椿＝右近・前掲注3380頁以下、ドイチュ＝アーレンス・前掲注33）130頁以下参照。

44) BGHZ 29, 65. 椿＝右近・前掲注3380頁参照。

しかしながら、ドイツ法においては不正競争による侵害に対しては不正競争法が優先的に適用され、民法は補充的にしか適用されないため<sup>45)</sup>、少なくとも不正競争法における企業権概念の重要性、実益は少ないとの指摘がある<sup>46)</sup>。確かに、商法上の議論を別にすれば、不正競争に関して企業の上に絶対権を認めることの意義は小さいであろう。「そもそも競争行為というものは競争者が他の競争者の利益を犠牲にしつつも自己の利益の獲得を目的とするという行為である」から、営業権をあらゆる競争行為に対して保護される権利として構成することは不可能である<sup>47)</sup>。また、「品質誤認行為等、特定の企業の利益侵害に還元しがたい禁止行為の説明に窮することになる<sup>48)</sup>、との批判もなされている。

ところで、無体財産権説からは、営業秘密は企業自体の本質的な構成要素であり、無体財産として企業に付着するものとして、企業権概念の下に包摂されることになる。そして、営業秘密侵害の目的が企業の競争力を妨害することにあるとするならば、保護法益は、「当該企業に固有の競争力を基礎付ける要因を維持することについての利益<sup>49)</sup>」であるという。企業権概念の是非はさておき、この立場が法益主体として企業者個人ではなく企業そのものに着目し、且つ、営業秘密を企業の競争力を基礎付ける要因として捉える点は示唆深いと思われる。

#### ④ 財産犯説

ドイツにおいては近時、後述する「競争秩序」や「公正な競争」といった公

45) 豊崎光衛「不正競争と損害賠償」『我妻先生還暦記念 損害賠償責任の研究・中』（1958年）591頁、椿＝右近・前掲注3281頁以下。

46) 小野・前掲注(7)113頁、115頁及び148頁以下、千野直邦「営業秘密の法的保護」（2002年）72頁以下。

47) 田村善之『不正競争法概説〔第2版〕』（2003年）8頁以下。論者は、不正競争行為の判定基準を設定するためには、「抽象的かつ多義的な競争秩序という概念の意味を明らかにする必要がある」として、従来の保護法益論を批判する。

48) 田村・前掲注(47)9頁。

49) *Arians*, aa.O., S. 342.

共の利益を考慮する有力な立場に反対して、営業秘密を侵害する罪は古典的な財産罪に属する<sup>50)</sup>、との主張がなされている。論者である Brammsen<sup>51)</sup>は、UWG17条は、何らかの一般的な利益ではなく「経済的秘密 (Wirtschaftsgeheimnis) という利益の経済的機能、その自己答責的な生き方及び経済的な発展 (の自由) のための基本的な手段としての性質、その日常的な経済活動における独立した客体としての価値、即ち経済活動の領域における利用価値によってのみ決定付けられている」とする。そして、このことから、本罪の保護法益を第一次的には財産とし、「競争の保護」は二次的ないし副次的な目的法益でしかない、とする。

Brammsen がこのように主張する論拠の詳細は明らかでないが、この立場を支持することはできない。確かに、営業秘密は経済的機能及び価値を有しており、それゆえに利用され、或いは取引の対象とされている。しかし、本見解からは、営業秘密侵害罪がUWGに置かれていること、及び、本罪が目的犯であることを説明し得ない。現に、前述の我が国における立法提案のうち、企業が持つ秘密情報の経済的価値に着目する見解は、営業秘密侵害罪を刑法典に置くことを提案していたのである<sup>52)</sup>。本説の問題点は、単に営業秘密が持つ経済的機能及び価値のみを重視する点にあると思われる。むしろ、なぜ営業秘密がそのような機能及び価値を有するのか、を考える必要があるのではなかろうか。

さらに、この見解からは、UWG22条が営業秘密を侵害する罪を親告罪としながらも、例外的に刑事訴追官庁の権限による介入を認めていることを説明することも困難であろう。同条は、「特別の公共の利益が存在する場合」には、

50) なお、内田文昭「『産業スパイ』と秘密を侵す罪——ドイツにおける立法の動向を中心として——」経営法学ジャーナル3号(1968年)94頁は、1911年ドイツ刑法予備草案対案342条が唯一、秘密漏洩を財産犯として捉えていたと指摘する。

51) Joerg Brammsen, Heermann / Hirsch, Münchener Kommentar zum Lauterkeit-srecht, Bd. 2, 2006, § 17 UWG Rn. 4f.

52) なお、営業秘密侵害行為の重大性に鑑みて、同罪が法典の中に置くべきであるとの立法的主張をするのは、Hans W. Többens, Wirtschaftsspionage und Konkurrenzaußspähung in Deutschland, NStZ 2000, 505, 512.

告訴がない場合であっても職権により起訴することが可能であるとする。既に、この点を以て、UWG17条以下が社会的法益を（も）保護していることは否定し得ない<sup>53)</sup>、との指摘もなされている。このこととの対比において、我が国の不正競争防止法21条3項が同条1項に定められた営業秘密を侵害する罪全てを親告罪としている点<sup>54)</sup>は興味深い。

## (2) 社会的法益を考慮する見解

上述のとおり、ドイツではかつて人格権説と無体財産権説との間で論争がなされていたが、これらに対して、「人」が保護されるのかあるいは企業が保護されるのかといったことは、實際上重要ではない<sup>55)</sup>と批判し、保護法益としての人か企業かという二者択一から脱すべきだとする見解が主張されるようになった。競争法においては競争者だけではなく、競争が公正であることに利害を有する公衆、及び、競争における一定の弊害から保護されるべき消費者も重要である<sup>56)</sup>、というのである。例えば、Hefermehl<sup>57)</sup>によれば、不正競争防止法は、あらゆる営業者に対し善良の風俗に反する行為を禁止する客観的な行為規範である。そして、「競争者や公衆は、この規範が遵守されることに利害関係を持っているがゆえに、競争法においては利益保護が問題」となる。「不正競争防止法は排他的権利を与えるものでなく、客観的な行動規範（利益保護）である点で産業上の権利保護の他の領域と異なる」のであり、この利益保護の内容は、「競争の公正」であるという。

現在のドイツでは、このように個々の競争者の経済的な秘密保持についての

53) ファイファー・前掲注25)12頁、只木・前掲注(1)263頁。

54) さらに、同法21条2項5号の秘密保持命令違反罪も親告罪である。

55) フィケンチャー・前掲注28)163頁以下。

56) *Eugen Ulmer*, Wandlungen und Aufgaben im Wettbewerbsrecht, GRUR 1937, 769, 772. フィケンチャー・前掲注28)162頁参照。

57) *Wolfgang Hefermehl*, Baumbach / Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. I, 11. Aufl., 1974, Allg. Rn. 95. フィケンチャー・前掲注28)164頁以下も参照。

利益の他に、「一般公衆の利益」或いは「公共の利益」といった表現で、社会的法益にも着目する見解<sup>58)</sup>が有力となっている。不正競争防止法の保護法益に関して、例えば、Hubmann<sup>59)</sup>は、競争法上の保護価値のある利益として、個々の競争者の寄与的成果（Leistungsergebnisse）及び活動の自由を保障する利益、供給に対する自由な決定に関する市場関係者の利益、並びに、競争秩序の保護に関する公共の利益を挙げる。また、競争制限法の保護法益との関連において不正競争法の保護法益を見いだそうとする Fikentscher<sup>60)</sup>は、競争制限法及び不正競争法を包摂する一般競争法という上位概念を設定し、一般競争法の保護法益は「経済的活動」であり、その内実は「競争の自由及び競争の公正」である、とする。これらのうち、前者はまず競争制限法によって保護されるが、それが不公正な行為により妨害される限りでは不正競争法によっても保護され、これに対して、後者は常に UWG によって保護される。UWG の保護領域は三つに分類することができ、第一に企業の個別財産を保護し、第二に人格の経済的活動を不公正な侵害から、また第三に人格の経済的活動を競争の自由の制限から保護する。後二者は発展の自由、前者は発展の自由によって獲得された財産を保護している<sup>61)</sup>、という。

とりわけ UWG17条以下については、例えば、Köhler<sup>62)</sup>が、営業秘密を法的

---

58) 下記で紹介する論者の他に、Eberhard Schmidt, Bedarf das Betriebsgeheimnis eines verstärkten Schutzes? Gutachten in Verhandlungen des 36. Juristentages, 1930, S. 150, 222ff.; Harro Otto, UWG Großkommentar §17 Rn. 4ff., §18 Rn. 2; ders., Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, §17 UWG, wistra 1988, 125, 126; Többens, a.a.O., 512; ders., Die Straftaten nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (§§16-19 UWG), WRP 2005, 552, 555; Torsten Noak, Wettbewerbsneutrale Absichten und §17 UWG, wistra 2006, 245, 247f. なお、Noak は、UWG によって保護される公共の利益を、公正な競争に限定すべきであると主張する。

59) Heinrich Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz (Patent-, Gebrauchsmuster-, Geschmacksmuster-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht), 2. Aufl., 1969, S. 40f.

60) フィケンチャー・前掲注②8238頁以下。小野・前掲注(7)117頁以下も参照。

61) Ariens, a.a.O., S. 341 は、Fikentscher の見解を無体財産権説に分類する。

62) Helmut Köhler, Baumbach / Hefermehl / Köhler / Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 23. Aufl., 2004, Vor §§ 17-19 UWG, Rn. 4.

に保護することはノウ・ハウの創造及び利用を奨励し、且つ公共の利益において競争を促進させることから、保護法益は、経営者の利益だけでなく競争秩序でもある、とする。また、Arians<sup>63)</sup>は、UWGの刑事罰規定は、統一的な利益を保護しているのではなく、不正競争行為によって公共の利益が侵害されているか或いは個別の競業者の個人的な権利領域のみが侵害されているかによって異なる利益の保護を目的としているとした上で、UWG17条以下の保護法益は、企業が有する無体財産権及び一般公衆の利益であると解している。また、Tiedemann<sup>64)</sup>は、不正競争を経済秩序原理に支配されたシステムとしての経済制度それ自体を破壊する行為と捉え、企業の個別的な利益を超えた保護法益を定立し、その上で、UWG17条以下の規定は、個人的な無体財産権と並んで、このような超個人的利益をも保護している、とする。

なお、不正競争法自体の保護法益については、個人的法益及び公正な競争秩序という社会的法益の他に、消費者保護の観点を考慮する見解も少なくない。しかしながら、営業秘密侵害行為は、例えば商品等主体混同行為（不正競争防止法2条1項1号）のように直接的に消費者に影響を与える行為ではないから、消費者の利益は、少なくとも営業秘密侵害罪の保護法益としては取り込む必要がないと考えられる。

### 3. 営業秘密侵害罪の保護法益

以上の考察を踏まえて、本章では、営業秘密を侵害する罪の保護法益を如何に構成していくべきかを検討していくが、その前に、まず本罪の客体である営業秘密の性質を確認しておくことにする。保護法益の構成を論じるにあたっては、営業秘密が、刑法典においては基本的に保護の対象とされていない「情報」

63) Arians, aa.O., S. 343.

64) Klaus Tiedemann, Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität? Gutachten C zum 49. Deutschen Juristentag, 1972, C21.

であること、及び、営業秘密に対する法的保護は知的財産保護制度の一環として導入されたことに留意する必要があるからである。但し、営業秘密の要件、即ち、ある企業が保持する情報が営業秘密であると認められるための具体的な要件は、ここでの検討対象ではない。なぜなら、それは本罪の保護法益の理解から導き出されるべきものだからである。

### (1) 営業秘密の性質

営業秘密とは、「事業活動において用いられる技術上又は営業上の秘密」である。そして、「秘密」とは、秘匿されている「情報」である。

「情報」の特徴<sup>65)</sup>は、第一に、それ自体は形を持たない（無形性）という点にある。したがって、情報そのものは、有体物を保護客体とする刑法上の財産罪による保護の対象ではない。しかし、例えば、紙に印字する、デジタル信号や音声によってCD等の記録媒体に記録する、といった方法により媒体に化体させられることで、情報は有体物と一体化する。有体物に化体した情報は、媒体と一体となって財産罪の客体となり得る。したがって、無体物である営業秘密は刑法上の財産罪による保護を受けられないが、一旦有体物に化体すると、その保護の対象となるのである。また、特に営業秘密に関しては、例えば、開発途中の新薬、試薬、製品の原材料等のように、有体物そのものが情報である場合があり得る。

第二に、情報は複製可能であり、複製されても、情報自体が摩滅したり破壊されたりすることはない。また、ある者が情報を保持・利用していても、このことは他の者の保持・利用を排除しない。したがって、自らの持つ情報が他人によって不正に取得されたとしても、このことが当該情報の利用可能性を失わせることはない。Aの保持している営業秘密をBが不正に取得し、利用したとしても、Aの元から当該営業秘密がなくなるわけではなく、AのみならずBも

65) 営業秘密に限らず、競争における情報の性質について、稗貫俊文「情報をめぐる競争と法」根岸哲ほか『現代経済法講座9 通信・放送・情報と法』（1990年）280頁以下参照。

またこれを保持・利用し得ることになったに過ぎないのである。そして、このような性質を有するが故に、複製された情報の他人による知得を妨げる障壁がない場合には、「ただ乗り（フリー・ライド）」が起りやすい。

第三に、情報が一旦他の者の手に渡ってしまえば、もはやこれを取り戻すことはできない。なぜなら、一度情報を知ってしまえば、元の状態、すなわち情報を知らない状態に戻すことは不可能だからである（不可逆性）。

さらに第四に、ある者が保有する情報の価値は、その者の持つ情報の量や質だけでなく、他者が保有する情報の量や質にも依存する、相対的な価値である場合がある<sup>66)</sup>。このことは、特に営業秘密に当てはまる。後述するように、営業秘密は、これを秘匿して独占的に利用することで、その保有者に価値・利益をもたらすのである。

ところで、かつて、営業秘密に対する法的な保護を認めることについては、「ノウ・ハウの保護によって、技術を秘密に独占しようといういわば中世への逆戻りの欲求が過度に強まり、技術の公開を条件とする特許出願を避ける傾向が出て特許制度を危うくするおそれもあることに注意する必要がある<sup>67)</sup>」といった指摘がなされていた。そこでは、特許権を始めとする知的財産権制度と営業秘密保護とは、相容れないものであると考えられていたようである。

しかし、営業秘密は知的財産の一角を成すものである。2002年に制定された知的財産基本法は、知的財産を「発明、考案、植物の新品種、意匠、著作物その他の人間の創造的活動により生み出されるもの、商標、商号その他事業活動に用いられる商品又は役務を表示するもの及び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」と定義している（2条1項）。したがって、『営業秘密という特定の知的財産に関して法令に定められた権利』である営業秘密に係る権利もまた、知的財産権である<sup>68)</sup>。

知的財産権は、知的財産に係る情報のフリー・ライドを防止するための制度

66) 稗貫・前掲注(65)283頁。

67) 豊崎光衛『工業所有権法〔新版・増補〕』（1980年）8頁。

68) 永野周志ほか『営業秘密と競争避止義務の法務』（2008年）7頁。

である。既に述べたように、情報は、その知得を妨げる物理的な障碍がない場合に、フリー・ライドが起りやすいという性質を有する。しかし、情報のフリー・ライドは、情報の生産者に情報生産コスト（時間、労力及び資金）を回収することができないという不利益をもたらす<sup>69)</sup>。フリー・ライドを防止するための方法には、①情報利用の前提条件である情報が知得される状態を阻止する方法、及び②知得された情報の利用行為を禁止する方法がある<sup>70)</sup>、とされている。前者からは情報の探知、開示及び取得行為が、後者からは知得した情報の利用行為が禁止されることになろう。言うまでもなく、営業秘密保護制度は前者の、そして特許権等の公開型の知的財産権保護制度は後者の発想に基づいている。但し、営業秘密もまた、一旦知得されてしまえばこれを取り戻すことが不可能であるため、知得された情報のフリー・ライドを阻止するには、知得後の利用行為を禁止するしかない<sup>71)</sup>。したがって、営業秘密保護制度は、両方の手段を併用しているといえる。

## (2) 公益ないし社会的法益の保護

それでは、上記のような性質を有する営業秘密に対する行為は、如何なる法益を侵害する行為であると考えられるべきであろうか。まず、本節では、「公正な競争秩序」或いは「競争秩序の維持」といった公益ないし社会的法益を、営業秘密侵害罪の保護法益とすることの是非について検討する。

既に見たように、社会的法益を考慮する見解は、営業秘密侵害罪が事業者の個人的な利益だけでなく事業者間の公正な競争をも保護法益とする不正競争防止法に規定されている点を重視している。このような理解は、平成15年（2003年）の同法改正以前になされていた立法提案においても見られ、「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

69) 永野ほか・前掲注(68)15頁。知的財産権と不正競争防止法との関係については、田村・前掲注(47)27頁以下も参照。

70) 永野ほか・前掲注(68)18頁。

71) 永野ほか・前掲注(68)18頁。

に委ねるべきではなく、従って本罪を非親告罪とするのが論理的ということになる<sup>72)</sup>と論じられていた。

しかしながら、ドイツ UWG22条が例外的に刑事訴追官庁の権限による介入を認めており、このことから、同法17条以下が社会的法益を保護していることは否定し得ないと指摘されているのとは対照的に、我が国の不正競争防止法は、営業秘密侵害罪を例外なく親告罪として規定している。これは、刑事手続過程においてさら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主体の意思にかからしめる趣旨である<sup>73)</sup>、と説明されている。ここでは、競争秩序という公益は、被害者である事業者の個人的利益の背後に大きく退いている。仮に社会的法益を考慮するとしても、少なくとも第一次的な法益は個人的法益であると解さざるを得ないのである<sup>74)</sup>。

また、営業秘密侵害罪が親告罪であることをひとまず置くとしても、「公正な競争秩序」或いは「競争秩序の維持」を保護法益とすること自体に疑問がある。「競争秩序の維持」を保護法益とすることに対しては既に、「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う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となり、法益侵害が曖昧になるおそれがある<sup>75)</sup>」との批判が加えられている。不正競争防止法21条1項1号から6号に定められた営業秘密侵害罪の中心となる行為は、他人の

72) 加藤・前掲注(10)企業秘密303頁。

73) 山下ほか・前掲注(1)11頁。

74) なお、不正競争の民事的救済に関して、不正競争防止法が私法的構成を採り、制裁手段の行使は私人の自由に委ねられているのであるから、不正競争法の保護法益を個人的な法益と解すべきである、との見解が主張されている(満田・前掲注(35)14頁以下)。この点について、公益を重視する立場からは、不正競争法の構成が私法的であり、その採用する制裁が私人による権利の行使の形をとっていることは不正競争法の本質をなさず、私人が不正競争の差止め等を請求する権利は当事者適格の問題に過ぎない(豊崎光衛「商号と商標の保護の交錯」学習院大学法学部研究年報I(1965年)69頁以下)、と説明されている。

75) 齊藤豊治「営業秘密と刑事法——序論的考察——」刑法雑誌32巻1号(1991年)76頁。山口厚「営業秘密の侵害と刑事罰」ジュリスト962号(1990年)50頁及び荒川雅行「情報と財産犯」阿部純二ほか編「刑法基本講座(第5巻)財産犯論」(1993年)49頁も参照。

営業秘密の使用及び開示である。しかし、仮に、同罪が「競争秩序の維持が破られること」を問題とするのであれば、営業秘密の探知行為もまた処罰されるべきことになりはしないだろうか<sup>76)</sup>。実際に、かつて財産的情報の刑罰的保護について不正競争的構成を提案し、「競争秩序の維持」を重視していた論者等は、探知（及び漏示）を違法行為の基本型としていたのである<sup>77)</sup>。競業者が他人の営業秘密を現実に入手せずとも、不正に入手すべく行為した時点で、既に「競争秩序」は侵害されているとも考えられるからである。「公正な競争秩序」という法益からは、如何なる行為が法益侵害であると解されるのかが不明であると言わざるを得ない。

そこで問題となるのが、法益としての「公正な競争秩序」とは何か、ということである。ところが、「公正な競争秩序」或いは「競争秩序の維持」を保護法益として挙げる論者も、その内容を明らかにしてはいない。また、「競争秩序」は刑法96条の3の入札妨害罪（1項）及び談合罪（2項）、並びに、独占禁止法上の犯罪（例えば、89条1項の私的独占及び不当な取引制限罪）においても問題となり得るが、法益としてのそれについて、刑事法においては未だ自覚的な議論が十分になされているとは言えない。

このような中で、保護法益としての「競争秩序」の内実を明らかにする試みとして、伊東研祐<sup>78)</sup>の見解が注目に値する。伊東はまず、「法益は『犯罪行為

---

76) 鈴木・前掲注(1)32頁は、不正競争防止法の営業秘密侵害に関する諸規定は、立法提案の不正競争の構成と財産罪の構成のうち、前者を採用したようにも見えるが、「いわゆる探知行為といったものを直接の処罰行為としているわけではない」と指摘する。

77) 加藤・前掲注(10)企業秘密(二)302頁は、企業秘密は、このような構成を採る場合には、「漏示や探知という不公正な手段を用いることこそが正に違法行為の中核をなす」としていた（同・前掲注(10)再論125頁も見よ）。佐久間・前掲注(5)216頁も、「企業秘密が競業者によって不法に侵害される場合、最終的には当該情報の利用が目標であっても、犯罪構成要件を設ける上では、通常、窃用に先立ってなされ、しかもその違法性を根拠づける探知行為を、基本形態とせざるをえないであろう」とする。板倉・前掲注(9)306頁以下も参照。

78) 伊東研祐「保護法益としての『競争秩序』」北大法学論集56巻3号（2005年）291頁以下。

時において現に存在する』状態」でなければならず、また、「公正である」ということは刑事法或いは法益全体にとってあまり意味を持たないことを確認し、その上で、法益に客体性或いは因果的対称性を要求する「因果的構成」を採るならば、保護法益としての「公正な競争秩序」とは、「『我が国の市場経済の中で歴史的に生じ展開してきた、犯罪行為時において現に存在している』『競争が行われている状態』そのものであることになる、とする。そして、「競争」を、「事業者間において行われる、各自の提供する商品や役務の優劣ないし需要者購買度の競い合いを通じて、その事業の発展・成長を促すための対抗的な活動」と定義し、上記のような法益の内実は、結局のところ、「我が国における自由な市場の形成・維持を果たしている対抗的事業活動の総体・全体」であるとす。

「競争秩序」のこのような理解自体は首肯し得る。しかしながら、このように定義した場合であっても、やはり「公正な競争秩序」を保護法益とし、これを害する行為を刑事罰の対象とすることはできないと思われる。論者自身が指摘しているように、「法益としては、なお中間的なものに留まって」おり、このような法益の理解から構成要件の内容を規定することは困難であるからである<sup>79)</sup>。

また、仮に「公正な競争秩序」という保護法益の内容が明らかであるとしても、営業秘密侵害行為による競争秩序の侵害は、あまりにも間接的に過ぎるのではなかろうか。例えば商品等主体混同罪（2条1項1号、21条2項1号）は、周知の他人の商品ないし営業表示と同一又は類似する表示を用いることにより混同を生じせしめる行為であるが、営業秘密侵害行為と同様に、他人の成果（ここでは他人の信用）にフリー・ライドする行為であると言える。ところが、商品等主体混同行為は、他人の成果を侵害するだけでなく、取引の相手方や消費者に混乱させ、「表示が特定の者を示す機能を失い取引秩序の維持が図られなくなる」<sup>80)</sup>という結果をもたらし得る。

79) 伊東・前掲注(78)295頁。

80) 田村・前掲注(47)35頁。

これに対して、営業秘密侵害罪の場合には、商品等主体混同行為の場合に生じ得るような、公衆或いは消費者に対する直接的な影響を想定し得ない。確かに、フリー・ライド行為が許容されることになれば、企業の成果開発のインセンティブが失われ、成果を得るために資本を投下する者が減少する可能性があり、その結果、供給される商品及びサービスの質が向上せず、競争秩序の発展が害されるおそれがある<sup>81)</sup>。しかし、このように間接的な「法益侵害」を刑罰法規の解釈において考慮する必要があるのかについては疑問がある。

以上のことから、私見に拠れば、「公正な競争秩序」ないし「競争秩序の維持」といった公共の利益、即ち社会的法益は、営業秘密侵害罪の保護法益に含めるべきでない。但し、これは、営業秘密保護に係る刑罰法規の解釈としては「公正な競争秩序」を保護法益としない、ということの意味するに過ぎない。なぜなら「公正な競争秩序」は、営業秘密主体の利益を保護しようとすることによって、間接的、結果的に保護されるからである<sup>82)</sup>。「不正競争防止法は、競争秩序における反良俗的行為を防止することにより、公正な競争秩序を維持し、原則として、公益と私益を保護しようとするものである」が、「個々の規定によつては、保護の重点に軽重があり、なかには私益の保護をとおして間接的に公益を保護しようとするものもあ」<sup>83)</sup>るのであって、営業秘密侵害罪は、まさに

81) 田村・前掲注(47)18頁。

82) 田村・前掲注(47)は、不正競争防止法を含む競争法の目的を競争秩序の維持、発展と捉えた上で(17頁)、営業秘密侵害を含む「成果冒用行為が不正競争行為とされるのは、これを禁止することによって成果実現者を保護し、もって成果の実現を促し競争秩序の発展を期することを目的としているからである」(20頁以下、373頁も参照)とする。そして、このような理解からは、「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」(376頁)という。

83) 神戸地判昭和44年9月12日無体財産権関係民事・行政裁判例集1巻285頁。本判例では、旧不正競争防止法1条1号及び2号における周知表示の使用が問題となった。神戸地裁は、このような規定においては、「被害者の承諾は違法性を阻却するものと解するのが相当である」とした。なお、千野直邦「営業秘密保護法」(2007年)193頁及び208頁(初出:「営業秘密の侵害に対する法的措置——不正競争の防止に向けて——」創価法学36巻2号(2006年)91頁以下)も、不正競争防止法自体の保護法益は「市場における公正な競争秩序の維持という公益と営業上の信用という私益の両者」であるが、「その両者のどちらに比重があるかは、各不正競争行為

このような規定であると解されるのである。

### (3) 個人的法益の内容

前節での考察の結果、営業秘密侵害罪の保護法益は個人的法益であることが確認されたが、それでは、個人的法益としての営業秘密侵害罪の保護法益の内容は如何なるものであろうか。

前述のように、ある者が保有する情報の価値は、その量や質だけでなく、他の者が保有する情報の量や質にも依存する<sup>84)</sup>。情報が持つこのような性質に基づいて、人は一定の情報を秘匿することがある。情報を秘密としておくことに、価値ないし利益があるからである<sup>85)</sup>。このことは、特に営業秘密において顕著であると言える。すなわち、企業の営業の過程において蓄積された情報・データは、営業秘密として企業内部に秘匿され、必要に応じて利用されることによって、「企業の競争力の一つの源泉となる」<sup>86)</sup>。独自の技術上及び営業上の情報を秘密として保有する者は、これを活用して事業活動を行うことによって、競業者との競争において優位に立つことが可能となるのである。

ここでは、当該情報が「秘密であること」ではなく、「秘密であることから生じる価値、利益」が問題となる。「企業秘密においては、当該情報を独占的に利用することによって得られる利益が問題なのである」<sup>87)</sup>。これに対して、個人の秘密に関してプライバシーの利益が保護される場面においては、秘密の主体にとっては、それが「秘密であること」が重要である。したがって、個人の秘密は、秘密の主体である個人の意思に応じて決定されることになら

---

の形態によって異なる」とする。但し、営業秘密保護において公益と私益のどちらが重視されているかについては言及していない。

84) 稗貫・前掲注(65)283頁。

85) 有馬忠三郎『不正競争論』(1968年)454頁。佐伯仁志「秘密の保護」阿部純二ほか編『刑法基本講座(第6巻)各論の諸問題』(1993年)143頁は、「秘密が秘密として保護に値するのは、秘密にする利益との関係においてである」とする。

86) 稗貫・前掲注(65)292頁。山口・前掲注(75)52頁及び佐伯・前掲注(85)145頁以下も参照。

87) 佐伯・前掲注(85)143頁以下、特に146頁。山口・前掲注(4)30頁、木村・前掲注(1)242頁も参照。

う<sup>88)</sup>。しかし、企業の秘密については、当該企業の意思とは関わりなく、その情報が客観的に法的に保護すべき価値を有しているか否かが検討されなければならない<sup>89)</sup>。

ところで、前述の共同研究による立法提案<sup>90)</sup>は、「情報の管理・独占により生ずる、情報の有する、それが経済活動において利用されることにより財産を産み出す可能性・源としての価値」を保護すべきであるとしていた。このような価値が「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」が、財産的情報侵害における法益侵害である、という。すなわち、同提案によれば、保護法益は、情報の持つ、「財産を産み出すポテンシャル」としての財産的価値なのである。このような理解から、同提案は、処罰すべき行為類型の客体を「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」としていた。

この説明は、方向性として正しいものを含んでいる。しかし、同提案は、このような性質を有する財産的情報を保護するための規定を刑法典の中に置くべきであるとし、競業を前提としない、企業以外の主体が有する財産的情報をもその保護の対象に含めていた<sup>91)</sup>。このことは、営業秘密侵害罪の保護法益を確定するにあたり、直接、営業秘密の財産的価値を問題とするだけでは足りない、ということを示唆しているように思われる。営業秘密侵害罪の保護法益を情報の持つ財産的価値であるとするならば、営業秘密以外の財産的価値を有する情報が、営業秘密侵害罪の客体から除かれていることを説明することができないからである。既にドイツにおける議論を紹介した際に Brammsen の見解に対して指摘したように、営業秘密が経済的機能及び価値、或いは財産創出の可能性を有すると考えられる根拠にまで遡って検討する必要があると考えられ

88) 佐伯・前掲注(85)144頁は、この意味で、秘密に関する「主観説（意思説）の主張が基本的には正しい」とする。

89) 佐伯・前掲注(85)146頁、小野・前掲注(7)481参照。このことは、営業秘密の3要件のひとつである「有用性」に関して問題となる。

90) 山口・前掲注(4)30頁。

91) 山口・前掲注(4)41頁注2参照。

るのである。

営業秘密の保有者は、自らの情報を独占的に利用することによって、これを持たない競業者よりも競争上優位に立つことができる。つまり、営業秘密は、その保有者に競争上の優位性をもたらすものとして捉えられる。他方で、情報を持たない競業者は、保有者の営業秘密を利用し、これにフリー・ライドすることで、保有者の優位性を損ない、自らの競争における地位を押し上げることが可能となる。そして、競争において優位にあることは、当該事業者により多くの経済的利益をもたらす得る。それゆえ、営業秘密は財産的価値を有すると考えられるのである。

そうすると、営業秘密の本質はその財産的価値ではなく、さらにその基礎となっている競争的価値にあると解することができる<sup>92)</sup>。すなわち、営業秘密は専ら他の競業者との関係においてのみ相対的な価値を与えられる<sup>93)</sup> いわば「競争財産」<sup>94)</sup>なのである。そして、このような価値を有する営業秘密を保持することから得られる利益が、営業秘密侵害罪の保護法益であることになる。

このことから、営業秘密侵害罪は、競争財産としての営業秘密を独占的に利用する可能性を妨げることによって、営業秘密保有者の競争上の地位を危うくすることを法益侵害の内容とする犯罪である、とすることができよう。そして、営業秘密侵害罪をこのように解することは、同罪が刑法典ではなく不正競争防止法の中に置かれたこととも整合する。他者の営業秘密を侵害する行為は、単なる財産侵害ではなく、不正競争行為なのである（不正競争防止法2条4号ないし9号）。

---

92) 商品等主体混同行為に関してではあるが、最高裁は平成18年1月20日判決（前掲注06）において、不正競争防止法2条1項1号及び2号にいう「『営業』の意義は、取引社会における競争関係を前提とするものとして解釈されるべきである」と述べている。

93) 佐久間・前掲注(5)208頁以下。

94) 小野・前掲注(7)572頁及び590頁以下、同『不正競争防止法概説』（1994年）193頁、同編『新・注解 不正競争防止法』（2000年）345頁〔小野〕。このような競争財産としての性質は、営業秘密以外の知的財産にも共通して存在している。

ドイツにおいて、Köhler<sup>95)</sup>は、「秘密保有者が秘密を保持する利益」が保護法益であるとする。この利益は、営業に関する情報を秘密として保持することで、競争上優位に立ち、これを維持する点にあるという。また、Möhrenschlager<sup>96)</sup>は、「事業者が営業活動及び競争において重要な意味を持つ情報を機密として保持する利益」であるとする。両者共これ以上詳しくは述べていないが、営業秘密が持つ競争における重要性に着目する点で、本稿の主張と軌を一にするものと理解することができる。

ところで、我が国の商法上、営業上の秘訣やノウハウは、得意先、創業の年代、社会的信用、立地条件等と並んで、「暖簾」或いは「老舗」と呼ばれる営業を構成する財産のひとつとされている<sup>97)</sup>。また、税法上、「暖簾」は「営業権」と呼ばれ、やはり企業の財産として扱われている<sup>98)</sup>。最高裁は、この「営業権」について、「当該企業の長年にわたる伝統と社会的信用、立地条件、特殊の製造技術及び特殊の取引関係の存在並びにそれらの独占性等を総合した、他の企業を上回る企業収益を稼得することができる無形の財産的価値を有する事実関係である」<sup>99)</sup>と定義している。したがって、営業秘密侵害罪の保護法益は企業が有する無体財産としての「暖簾」或いは「営業権」である、ということも可能であろう。

最後に、刑法典上の財産罪における保護法益たる財産との関係に触れておく。財産罪はあらゆる財産のうち有体物のみを、営業秘密侵害罪は営業上の競争に係る情報のみを、その保護の対象としている。したがって、営業秘密が有体物に化体している限度で、両罪の客体は重なり得る。しかし、当然ながら、この

95) Köhler, a. a. O., Rn 4. BGHZ 166, 84, 104f. も同旨か。但し、既述のように、Köhlerは保護法益として公正な競争をも考慮する。

96) Manfred Möhrenschlager, Wabnitz / Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl., 2007, 13. Kapitel. Rn. 4.

97) 近藤光男『商法総則・商行為法〔第5版〕』（2006年）104頁、蓮井良憲＝西山芳喜編『入門講義 商法総則・商行為法』（2006年）〔鈴木隆元〕92頁等。

98) 所得税法2条1項19号及び所得税法施行令6条8号、法人税法2条23号及び法人税法施行令13条8号。

99) 最判昭和51年7月13日判時831号29頁。

ことから直ちに、刑法が無体物に対する保護を正面から認めたと解することはできない。刑法は原則として、情報そのものを保護するものではないが、競争財産としての性質を有する他人の秘密情報に関しては、これを侵害する行為の不正競争としての性質に着目して、例外的に処罰の対象としている、と解すべきである<sup>100)</sup>。

## おわりに

本稿での検討から得られた結論は、次のとおりである。まず、営業秘密侵害罪は、「公正な競争秩序」ないし「競争秩序の維持」といった社会的法益を保護するものではなく、専ら個人的法益に対する罪である。少なくとも刑罰法規に関しては、競争秩序への保護は、個人的法益に対する保護の反射的効果に留まると解すべきである。次に、個人的法益の内容は、営業秘密が持つ単なる財産的価値ではなく、競争財産としての価値である。したがって、営業秘密侵害罪における法益侵害は、競争財産としての営業秘密を独占的に利用する可能性を妨げることによって、営業秘密保有者の競争上の地位を危うくすることである。

このような保護法益の理解から、営業秘密侵害罪規定の内容が如何に解されることになるかについては別稿で改めて論じることとするが、ここに若干の帰結を簡単に示しておく。

まず、保有者から営業秘密の独占的利用可能性を奪い、その競争上の地位を脅かすことが営業秘密侵害罪の法益侵害内容であるから、本罪は危険犯であると解されることになる。競争財産としての営業秘密に対する侵害結果は、競争者がこれを利用し、競争における営業秘密主体の優位性が損なわれることである。しかし、このことは立証困難であると考えられるため、本罪は、その前段

---

100) このような刑法による情報の例外的な保護は、その他の知的財産や、個人の秘密ないしプライバシーに関しても見られる。

階である、競争者による営業秘密の利用時、或いは、その可能性が生じた時点（取得或いは開示）で、これを処罰するものである。

次に、営業秘密が有体物である媒体に化体されている場合には、営業秘密侵害罪と刑法上の財産罪（窃盗罪、業務上横領罪等）とが同時に成立する可能性がある。不正競争防止法21条7項は、同条1項の営業秘密侵害行為に関する規定は、「刑法その他の罰則の適用を妨げない」としており、営業秘密侵害罪と財産罪とは観念的競合又は牽連犯として処理されることになる。両罪は保護法益を異にするのであるから、これは当然の帰結である。しかし、従来の裁判例のように、営業秘密が記録された媒体を侵害する行為について、媒体自体には殆ど価値がないにも拘わらず、その実体において、情報を秘匿することの利益を捉えて財物罪の成立を肯定する場合には<sup>101)</sup>、実質的には二重処罰にあたる可能性を否定し得ない<sup>102)</sup>、という問題がある。かつて問題視されていた処罰の間隙は、完全には言えないまでも、営業秘密侵害罪の導入により埋められたのであるから、裁判所には財産罪に関する解釈の適正化を期待したい。

最後に、営業秘密の取得罪（21条1項2号）が、使用罪及び開示罪（同1号）とは別に規定され、取得の客体が媒体等に限定されていることについて触れておきたい。取得罪に関するこのような限定は、財産罪の客体が有体物とされていることと均衡を考慮したためであると説明されている<sup>103)</sup>。しかし、本項のように競争上の地位を保護法益と解する場合には、このような限定は不要であることになる。営業秘密の重要性・競争的価値は、当該情報が無体物のままであるか、それとも有体物に化体しているか、とは無関係に存しているからである。このことについて、2005（平成17）年不正競争防止法改正の立案担当者が、私見であるとしながらも、「営業秘密記録媒体の取得や複製がない場合であっ

101) 例えば、コピー目的による一時的な資料の持出しについて不法領得の意思が肯定できるとした、東京地判昭和55年2月14日判時957号118頁（建設調査会事件）、東京地判昭和60年2月13日刑月17巻1=2号22頁（新潟鉄工事件）等。

102) 只木・前掲注(1)262頁参照。

103) 逐条解説平成18年版・190頁。

でも、本来はもはや可罰的違法性に欠くところはなく、このような場合において「単に営業秘密を取得しただけでは処罰の対象としないのは、おそらく立証の問題から実際には処罰の適用が困難であるからだろう。したがって、これは理論上の問題ではなく、刑事訴訟実務上の都合に合わせているのである」<sup>104)</sup>と述べている点は、今後の営業秘密保護制度の動向を占う上でも、興味深い。

(本稿は、平成20年度科学研究費補助金(課題番号:20730044)による研究成果の一部である。)

---

104) 奈須野太『不正競争防止法による知財防衛戦略』(2005年)169頁。