

不正競争防止法による営業秘密の刑事法的保護

一 原 亜貴子

はじめに—不正競争防止法改正の背景

- 一 営業秘密侵害罪の概観
- 二 「営業秘密」の定義
- 三 保護法益
- 四 その他の諸問題

はじめに — 不正競争防止法改正の背景

平成17年6月、第162回通常国会において「不正競争防止法等の一部を改正する法律」¹⁾が成立し、11月1日より施行されている。この法律による不正競争防止法改正の主な目的のひとつに、営業秘密²⁾の保護強化がある³⁾。不正競争防止法は、平成15年の改正において、営業秘密を侵害する行為に対する刑事罰を導入している。今回の改正は、これらの規定を改正し、また新たな構成要件を設けることにより、営業秘密侵害行為に対する刑事法的保護をさらに強化するものである。

1) 平成17年法律第75号。同年6月29日に公布された。

2) ノウハウ (know-how)、トレード・シークレット (trade secret) 或いは企業秘密と呼ばれることもあるが、本稿では不正競争防止法で用いられている「営業秘密」に統一する。なお、それぞれの意味については、全理其『営業秘密の刑事法的保護』(平成16年)4頁以下を参照。

3) もうひとつの重要な改正点は、模倣品・海賊版対策規定の導入である。

周知のとおり、従来、企業が保有する営業秘密を侵害する行為に対しては、刑法の財産犯の諸規定を広く解釈することによって、一定の範囲で処罰がなされてきた。営業秘密が化体した「物」自体への侵害が存在する場合には、窃盗罪⁴⁾、業務上横領罪⁵⁾及びこれらの共犯、さらに盗品等関与罪の成立が認められている。例えば、「建設調査会事件」は、建設調査会の社員が同社の企業秘密である購読会員名簿を持ち出して複写し、名簿自体は元に戻しておいたという事案であるが、裁判所は、このようなコピー目的による一時的な持ち出しの場合にも、「コピーを作成してこれを第三者に譲り渡すことにより名簿を利用する意思」を以て、不法領得の意思が肯定できるとした。さらに、「新薬産業スパイ（第三製薬）事件」や「新潟鉄工事件」においても、資料をコピーし、これに化体された情報を取得する意思だけで不法領得の意思が肯定できるとされている。しかし、このような内容の意思を以て「権利者を排除し、自己の所有物と同様にその経済的用法に従い利用する意思」とすることには問題がある、との批判がある⁶⁾。また、有体物である財物を客体とする刑法上の財産犯規定では、無体物である営業秘密という情報を不正に取得・使用・開示する行為を処罰することには限界がある⁷⁾。他方で、営業秘密が化体した媒体自体への侵

4) 主な判例に、「大日本印刷事件」（東京地判昭和40年6月26日判時419号14頁）、「建設調査会事件」（東京地判昭和55年2月14日判時957号118頁）及び「新薬産業スパイ（第三製薬）事件」（東京地判昭和59年6月28日刑月16巻5＝6号459頁）がある。

5) 「鐘淵化学事件」（大阪地判昭和42年5月31日判時494号74頁）、「東洋レーヨン事件」（神戸地判昭和56年3月27日判時1012号35頁）及び「新潟鉄工事件」（東京地判昭和60年2月13日刑月17巻1＝2号22頁）等。

6) 内田文昭「秘密資料の無断持ち出しと窃盗罪」判例タイムズ538号（昭和59年）47頁、吉岡一男「企業秘密と情報財－刑事学各論の試みのために－（二）完」法学論叢117巻4号（昭和60年）15頁以下、加藤左千夫「企業秘密の刑法的保護－日本・西ドイツの状況とその立法論的展開－（一）」法政論集116号（昭和62年）217頁。判例の立場に肯定的なのは、斎藤誠二「コピー目的による秘密資料の持出しと窃盗罪」ジュリスト昭和59年度重要判例解説（昭和60年）183頁等。

7) 村井敏邦「秘密資料を持ち出してコピーさせた行為と窃盗罪の成否」ジュリスト743号（昭和56年）187頁、山口厚「企業秘密の保護」ジュリスト852号（昭和61年）47頁、加藤・前掲論文注（6）214頁以下、林陽一「財産的情報の刑法的保護－解釈論の見地から－」刑法雑誌30巻1号（平成元年）9頁以下。

害がない場合には、従業員による漏示・不正使用について背任罪の成否を問い得る場合もあるが⁸⁾、背任罪が成立するには、行為者が「他人のためにその事務を処理する者」でなければならず、成立範囲は自ずと限定される⁹⁾¹⁰⁾。

そこで、昭和49年の改正刑法草案318条¹¹⁾は、「企業秘密漏示罪」を新設した。しかし、本罪の保護客体は技術上の秘密に限られているため、営業上の秘密が保護されていないという問題があり、また、労働者の退職・転職の自由を束縛する、「秘密」の概念が不明確である、といった様々な批判¹²⁾が加えられた。学説の側からも、これらの問題を解決し、営業秘密を適正に保護するための、いくつかの立法的提言がなされてきた¹³⁾。

その一方で、社会の情報化と、他のアジア諸国が競争力を伸ばしていくのに伴う我が国の産業の競争力低下が懸念される中、「優れた発明等の知的財産を戦略的に創造、保護、活用し、付加価値の高い経済・社会システムを構築して

8) 背任罪の成立が認められた事案として、「総合コンピュータ事件」（東京地判昭和60年3月6日判例時報1147号162頁）がある。

9) 山口・前掲論文注（7）47頁，加藤・前掲論文注（6）220頁。

10) なお、営業秘密侵害に関する一連の判例の動きを検討するものとして、板倉宏「企業秘密をめぐる犯罪」『現代刑罰法大系 第2巻 経済活動と刑罰』（昭和58年）所収280頁以下、佐久間修「刑法における無形の財産の保護－企業秘密、コンピュータ・データを中心として－」（平成3年）7頁以下がある。

11) 改正刑法草案318条（企業秘密の漏示）「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、3年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。これらの地位にあつた者が、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。」

12) 改正作業とこれをめぐる議論の状況については、吉岡・前掲論文注（6）2頁以下が詳しい。改正刑法草案に対する批判については、加藤左千夫「企業秘密の刑事法的保護－日本・西ドイツの状況とその立法論的展開－（二）完」法政論集117号（昭和62年）290頁以下も参照。

13) 板倉・前掲論文注（10）、吉岡・前掲論文注（6）、加藤・前掲論文注（6）及び（12）、山口厚「財産的情報の刑事法的保護－立法論の見地から－」刑法雑誌30巻1号（平成元年）27頁以下、加藤左千夫「企業秘密の刑事法的保護・再論－財産犯的構成の批判的検討を通して－」法政論集127号（平成元年）107頁以下、佐久間・前掲書注（10）159頁以下。

いく」必要性が唱えられるようになった¹⁴⁾。平成14年には内閣総理大臣主催の「知的財産戦略会議」による「知的財産戦略大綱」が策定され、この中で、不正競争防止法に関連する課題として、営業秘密の刑事的保護が掲げられた。また、平成13年に実施された経済産業省による日本知的財産協会及び経営法友会所属企業へのアンケートでは、回答企業の約2割が自社の営業秘密に関して何らかのトラブルを経験しており、条件付きも含めて約8割の企業が営業秘密の刑事的保護に賛成している、という結果が得られる等¹⁵⁾、産業界からの刑事罰導入に対する要望も高まっていた。さらには、諸外国において、相次いで営業秘密の不正取得に関する刑事罰の導入・強化が行われた¹⁶⁾という事情もある。以上のような背景の下で、平成2年の不正競争防止法改正時に導入された民事救済規定に続いて、平成15年の改正によって、営業秘密に刑法的保護が与えられることとなったのである。

ところで、営業秘密に関する諸規定の解説¹⁷⁾及び不正競争防止法の観点からの検討は散見されるものの、その内容を刑法学の立場から検討した論考は殆ど見当たらない。そこで、本稿では、まず営業秘密侵害罪を概観した上で、「営業秘密」の定義及び保護法益について解釈論的問題を中心に論じ、これらの規定の問題点を明らかにしたい。

14) 産業構造審議会知的財産政策部会不正競争防止小委員会「不正競争防止法の見直しの方向性について」(平成15年)。

15) 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〕』(平成15年)(以下、「逐条解説」と略記する)181頁。

16) 例えば、ドイツ(昭和61年)、フランス(平成4年)、アメリカ(平成8年)、中国(平成9年)、韓国(平成10年)。

17) 平成15年改正の解説として、例えば、山下隆也・紋谷崇俊・郷家康徳・浅野大介「不正競争防止法の一部を改正する法律の概要」NBL762号(平成15年)6頁、山下隆也・紋谷崇俊「不正競争防止法の一部を改正する法律の概要第1回・第2回」法律のひろば2003年8月号(平成15年)55頁・2003年9月号(平成15年)63頁、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(平成15年)23頁、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(平成15年)14頁、奈須野太「営業秘密の保護強化」時の法令1702号(平成15年)42頁、檜原哲哉「不正競争防止法の一部を改正する法律」法令解説資料総覧271号(平成16年)42頁。

一 営業秘密侵害罪の概観

営業秘密に関する犯罪行為を規定するのは、不正競争防止法21条1項4号から9号までである。以下、各号に規定された行為類型を見ていくことにする。

1 不正取得後使用・開示（21条1項4号）

詐欺等行為又は管理侵害行為により不正に取得した営業秘密を、不正の競争の目的で使用又は開示する行為であり、営業秘密の不正利用に関する諸行為類型のうち、最も違法性が高いとされている。詐欺等行為は、「人を欺き、人に暴行を加え、又は人を脅迫する行為」であると規定されており、これらは刑法上の詐欺罪、強盗罪及び恐喝罪に相当すると説明されている¹⁸⁾。他方、管理侵害行為とは、無体物である営業秘密の管理を外部から侵害する行為を意味し、有体物における占有侵害に対応するものである。具体的には、営業秘密記録媒体等の窃取、管理施設への侵入、不正アクセス行為、及びその他の保有者の管理を害する行為である¹⁹⁾。

問題となるのは、「その他の保有者の管理を害する行為」の解釈である。この曖昧な要件は、起草者によれば、「他人の営業秘密を不正取得するために保有者の営業秘密の管理を外部から害する行為のうち、既に条文中列挙されている『窃取』『住居侵入』『不正アクセス行為』を除いたものを指す」という。例えば、営業秘密保有者の会話や会議等を盗聴したり、或いは電波傍受等により営業秘密を取得したりする行為が想定されている。さらには、記憶（窃視）、電気通信回線に接続されていないスタンド・アローンのコンピュータの不正利用、媒体のダビングもこれに当たるといふ。起草者は、「今後の情報通信技術等の進歩に伴ってハイテク犯罪の手口が急速に進化する可能性にも適切に対応できるよう、限定列挙ではない形で定めたものである²⁰⁾」と説明している。

18) 逐条解説148頁。

19) 逐条解説148頁。

20) 逐条解説149頁。

なお、全ての構成要件に共通する「不正の競争の目的」については後述する。

2 不正取得後使用・開示準備 (21条1項5号)

不正の競争の目的で使用又は開示するために営業秘密を不正に取得する行為のうち、営業秘密が記録された(i)営業秘密記録媒体等を取得する行為又は(ii)その複製を作成する行為である。不正取得段階では未だ使用又は開示という終局的な法益侵害行為が行われていないため、特に法益侵害の危険性が高い、媒体を通じた営業秘密の不正取得行為に限定されている²¹⁾。

「営業秘密記録媒体等の取得」とは、媒体自体(原本)を取得することである。「営業秘密記録媒体等の記載または記録の複製の作成」は、同じ種類の媒体への複製のみならず、異なった媒体間での営業秘密の移し替えをも含むため、例えば、コンピュータに保管されたデータを紙にプリントアウトすることも「複製の作成」にあたる。

本罪の予備罪的性格から、4号の罪が成立する場合には評価上一罪となり、重なって成立しない。

3 不正領得後使用・開示 (21条1項6号)

営業秘密をその保有者から示された者が、不正の競争の目的で、詐欺等行為若しくは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、(i)営業秘密が記録された媒体等の原本を領得し、又は(ii)その複製を作成して、使用又は開示する行為である。営業秘密を正当に示された者が、その媒体等について新たに不正な領得をして使用又は開示する行為であり、不正取得類型と正当取得類型の交錯領域に位置する犯罪類型であると説明されている。

ここでいう「保有者」とは、「営業秘密を保有する事業者」であり(2条1項7号)、営業秘密を正当な権原に基づいて取得し保持している者を指す。「示

21) 逐条解説150頁。

された」という文言は、「取得」と同義であると解されている。すなわち、「営業秘密を、それが書類等の有体物に化体されていれば、自己又は第三者の支配下に置き（＝媒体の占有）、それが情報としての無体物であれば自己又は第三者の知識とすること（＝情報の知得）である」²²⁾。したがって、行為者は情報を知っているか、又は情報が記録された媒体を占有していればよい。

「営業秘密の管理に係る任務」とは、事業者からその営業秘密を正当に示された者が、事業者との委任契約又は雇用契約において一般的に課せられた秘密を保持すべき任務、或いは秘密保持契約等によって個別的に課せられた秘密を保持すべき任務をいう、とされている²³⁾。

営業秘密を示された者が、その媒体を占有していない場合は、(イ)「詐欺等行為」又は「管理侵害行為」により、その媒体を領得し、又は(ロ)「詐欺等行為」又は「管理侵害行為」により、その媒体を複製することが要件となる。これに対して、営業秘密を示された者が、その媒体を占有している場合には、(イ)横領により、その媒体を領得し、又は(ロ)営業秘密記録媒体等の管理に係る任務に背いて、その媒体の複製を作成することによる。

4 役員・従業者不正使用・開示（21条1項7号）

営業秘密を保有者から示されたその役員又は従業者が、不正の競争の目的で、その営業秘密の管理の任務に背いて使用又は開示する行為であり、前号と同様、営業秘密を正当に取得した者に関する規定である。前号が刑法上の横領罪の類型であるのに対して、本罪は背任罪に相当する。

本罪の主体は、「保有者の役員又は従業者」であり、退職者を含まない。「役員」とは、「理事、取締役、執行役、業務を執行する無限責任社員、監事若しくは監査役又はこれらに準じる者」と規定されており、「これらに準じる者」とは、当該企業の顧問や相談役といった、企業の業務執行権限を持つ者に対し

22) 逐条解説152頁。

23) 逐条解説153, 156頁。

て影響をもたらし得る者であると説明されている²⁴⁾。

「従業者」には、使用者と労働契約関係にある労働者の他、派遣労働者も含まれるという。その理由としては、①派遣先に物理的に派遣されて日常的に指揮命令を受けており、営業秘密に正当に、且つ比較的容易にアクセスできる立場にあること、及び②労働者派遣事業法24条の4において派遣先の営業秘密について法律上の守秘義務を負っていること、が挙げられている²⁵⁾。これに対して、請負労働者は、法律上の義務を負うわけでもなく、派遣先から指揮命令を受けておらず、いわば企業の内部者として働いているわけでもないとして、本号にいう「従業者」から除外される²⁶⁾。

なお、「前号に掲げる者を除く」ため、6号の罪と7号の罪の両方に該当するように見える場合には、6号が優先的に適用される。また、従業者であっても、営業秘密にアクセスする権限がない者が不正に営業秘密を取得する場合には、本号ではなく4号の罪が成立する。

5 退職者不正使用・開示 (21条1項8号)

本号の主体は、営業秘密を保有者から示されたその役員又は従業者であった者、即ち退職者である。退職者を処罰することは、労働者の転職の自由を妨げ、「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」²⁷⁾ため、平成15年改正では導入が見送られたという経緯がある。にもかかわらず、僅か2年後に本号が導入された理由は、退職者が関与する営業秘密に関するトラブルの増加であるという²⁸⁾。

本号も前号と同じく、不正の競争の目的で、その営業秘密の管理に係る任務

24) 逐条解説155頁。

25) 逐条解説155頁。

26) 逐条解説156頁。

27) 逐条解説147頁。

28) 榎原哲哉・波田野晴朗「不正競争防止法等の一部を改正する法律」ジュリスト1298号(平成17年)91頁, 経済産業省知的財産政策室「[資料]平成17年改正不正競争防止法」(<http://www.meti.go.jp/policy/competition/downloadfiles/fuseikyousou.pdf>)21頁。

に背いて、営業秘密を使用又は開示する行為を処罰対象とするが、在職時に使用又は開示に関する請託又は申し込みのあったことが要件となっている。起草者は、在職時に漏洩の請託或いは申し出がある場合に限定されているのであるから、転職の自由の妨げにはならないと説明する²⁹⁾。しかしながら、本号は媒体等の不正領得や複製の作成を問わないため³⁰⁾、記憶による取得も処罰の対象となる。したがって、通常の転職であっても、在職中に就職活動を行うような場合には、本号に該当する可能性は否定し得ないのではないか。特にヘッドハンティングによる転職の場合、転職者がそれまでに身につけた技術やノウハウも含めた能力が評価されて引き抜かれるのであり、転職先においてもこれを活用することが求められるのが通常であろう。このような場合に、例えば転職先企業から漏洩の請託を受けたと看做される余地があるのではないか、という問題がある。

6 二次的取得者不正使用・開示 (21条1項9号)

本号の行為類型は、不正の競争の目的で、4号又は6号から8号の罪に当たる開示によって取得された営業秘密を使用又は開示することである。「罪に当たる開示」は、犯罪の構成要件に該当し、違法性が阻却されないことが必要であるが、実際に処罰される必要はない。

平成17年改正以前は、例えば、A社の従業員Xが単独で同社の営業秘密である顧客名簿を持ち出し、A社と競業関係にあるB社の役員Yに当該顧客名簿の買い取りを求める交渉を行った、という場合には、Yが不正に持ち出された当該顧客名簿であることを知りながらこれを取得し使用したとしても、実行行為時に関与していないYを営業秘密侵害罪で処罰することはできなかった。しかし、本改正後は、Xの開示行為が4号若しくは6号に該当するため、これによ

29) 参議院経済産業委員会における北畑隆生・経済産業省経済産業政策局長の発言(平成17年6月16日参議院経済産業委員会議事録)。

30) 退職者であっても、媒体等の持ち出し、又は複製の作成を伴う場合には、6号に該当する可能性がある。

り営業秘密を取得し使用したYの処罰が可能となった。

本改正以前にも、取得時に悪意の二次的取得者について、共同正犯又は狭義の共犯となる可能性はあった。例えば、ブローカーZがA社の従業員Xに依頼して、同社の営業秘密である顧客名簿を持ち出させた場合、行為者Xが21条1項4号若しくは6号の正犯であり、Zは教唆犯（若しくは共謀共同正犯）となり得たのである。しかし、Zがその顧客名簿をさらにA社と競業関係にあるB社の役員Yに売り渡した場合に、Yが、当該顧客名簿がA社から不正に持ち出されたものであることを知りながら買い受けたとしても、営業秘密侵害罪には何ら該当しなかった³¹⁾。そこで、本改正では、悪意の二次的取得者を正犯とすることで、さらにこれに加功した者を共犯として処罰することが可能とされた。つまり、Xに罪を犯させて営業秘密を取得したブローカーZが21条1項9号の正犯となり、Zからさらに営業秘密を開示されたYをその共犯として処罰し得ることになったのである。

7 「不正の競争の目的」

営業秘密侵害罪は全て、「不正の競争の目的」を主観的要件としている。この要件により、内部告発³²⁾³³⁾や取材報道³⁴⁾等を目的とする行為、さらには恐喝目的³⁵⁾や愉快犯³⁶⁾といった個人的な犯罪行為が営業秘密侵害罪から除外さ

31) 但し、そもそもYがZにA社の顧客名簿を入手するよう依頼していた場合には、少なくとも間接教唆に当たり、可罰的である。

32) 但し、内部告発目的は、既に営業秘密の三要件のひとつである有用性を欠いている。営業秘密の定義については、後述二を参照。

33) 不正競争防止法は、公益通報者保護法（平成18年4月1日施行予定）にいう「通報対象事実」（2条3項）の対象となっている。

34) 例えば、フリージャーナリストAが、蔓延している新伝染病に効く新薬の開発の遅れを暴露する目的で、関係者以外の立ち入りが制限されている製薬会社の研究施設に許可なく侵入し、新薬開発スケジュールが記載された文書をデジタルカメラで撮影した場合（経済産業省知的財産政策室・監修「改正不正競争防止法参考事例集（営業秘密の侵害に対する刑事罰の導入について）」事例1の①）。

35) 例えば、ある企業の顧客名簿を入手した者が、「金を払わないと、個人情報漏洩を公表するぞ」と脅して、当該名簿の買い取りを要求する場合。

36) 例えば、行為者が自らのハッキング技術を誇示するために、ある企業のサーバを

れる。起草者によれば、不正の競争の目的は、「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目的」を意味する³⁷⁾。例えば、「他社の営業秘密を、直接的又は潜在的な競業関係になる自らの事業に用いることにより、自らを競争上優位な立場にする目的」、「他社の営業秘密を、特定の競業者が使用するのであることを認識しながら、直接的に又は第三者を通じてその競業者に開示することにより、特定の競業者を競争上優位な立場にする目的」、或いは「他社の営業秘密を、その競業者と共謀した上で不特定多数人に公開し、特定の競業者を競争上優位な立場にする目的」、等である³⁸⁾。

営業秘密の不正利用に関して想定される典型的な事例の多くは、行為者が図利目的を有している場合であると思われる。例えば、a) 食品の卸売を行うA社の従業員であったXが、同じく食品の卸売業を始め、退職時に持ち出したA社の取引先名簿を利用して同社の取引先であった企業と取引を行う場合。また、b) 借金を抱えているB社の従業員Yが、自社製品の製造ノウハウが記された書類を同社の競業者であるC社に渡し、対価として金銭を取得した、という例も考えられよう。b)の場合、Yは金銭を得ることのみを目的として行為しているとすれば、Y自身には直接的な不正の競争の目的が存在していないようにも見えるが、営業秘密を開示した相手方であるC社がB社と競業関係にあり、当該営業秘密を利用してC社が利益を上げ得ることの認識があれば、「不正の競争の目的」が認められる。

行為者が加害目的を有している場合としては、例えば、上司と折り合いが悪くD社退職を余儀なくされたZが、同社に対して恨みを抱き、c) 在職中に入手したD社の営業秘密である新製品開発の資料を退職時にコピーして持ち帰り、D社と競業関係にあるE社に売り渡した場合、d) 個人情報漏洩を公表してD社の社会的信頼を損なわせようと、在職中に入手したD社の顧客名簿を、週刊誌を発行するF社に売り渡した場合において、どちらのケースでもZは加

攻撃し、営業秘密にアクセスする場合。

37) 逐条解説149頁。

38) 逐条解説149, 150頁。

害目的を有しているが、cでは開示の相手方であるE社がD社と競業関係にあるのに対して、dでは競業関係に関わらない損害を与えることが意図されているので、dの例では不正の競争の目的が認められないことになると考えられる。

実際には、特に第三者に営業秘密を利用させる場合において、その第三者が当該営業秘密を利用して競業上優位な立場に立つことを認識している必要はなく、営業秘密の不正利用行為が同業他社との競業関係に関わることの認識があれば、本要件を充足することになる。

二 「営業秘密」の定義

「営業秘密」という用語については2条4項においてその定義付けがなされており、これによれば、①秘密として管理されている（秘密管理性）、②事業活動に有用な技術上又は営業上の情報であって（有用性）、③公然と知られていない（非公知性）ものをいう。この規定は平成2年の不正競争防止法改正により民事的救済措置が導入された際に置かれたものであるが、各要件の解釈は罰則規定にも適用される。

1 秘密管理性

秘密として管理されているとは、「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る」³⁹⁾。

有体物であれば、例えば、施錠されていない家の中に無造作に置かれている物であっても、窃盗罪の保護客体となり得る。また、営業秘密侵害罪以外にも「秘密」を保護する規定は存在するが、これらはいずれも、当該秘密が管理されていることを保護の要件としない⁴⁰⁾。これに対して、営業秘密は、秘密と

39) 逐条解説29頁。

40) 例えば、医師等による秘密漏示（刑法134条）、国家公務員による秘密漏示（国家

して管理されていなければ法的保護を受けることができない。つまり、「営業秘密は、窮極的には自己管理が大原則であり、適切な自己管理を行っているにもかかわらず不正な侵害を受けた場合に初めて救済される」のである⁴¹⁾。このことは、不正競争防止法が単なる財産保護法ではなく、競争秩序維持法であることから導かれる⁴²⁾。秘密として管理されていない情報までも法的保護の対象とすると、例えば、情報を知っている従業員が転職後に当該情報を利用しようとする際、これが法的に禁止されているのかどうかかわからない、といった事態が生じてしまい、妥当でない。また、そもそも、管理されていない情報を他者が利用することが「不正」利用に当たるのか、という問題もある。

情報の保有者に要求される管理の程度については、「当該状況下で客観的に秘密であることが認識できる程度であれば足りる」⁴³⁾。具体的には、施錠した保管庫に入れてあること、パスワードによるアクセス権の管理をしてあること、「マル秘」、「機密情報」、「取り扱い注意」、「複製不可」等の表示のあることが必要であるとされている。民事裁判例では、会計事務所の保有する情報について、無施錠の書棚に入れられており、いつでも必要があれば従業員の誰もが閲覧可能であった「顧問先名簿」、保管を任せられた事務員が一般の経理関係書類と同様に経理課の書庫に入れて施錠していた「顧問料金表」、及び各顧客担当従業員に机の上の無施錠の保管箱に入れて保管させていた「各得意先の会計、経営の情報が記載された電子フロッピー」は、それぞれ「従業員との関係で客観的に認識できる程度に、対外的に漏出しないように管理していたとは認められない」としたものが⁴⁴⁾。これに対して、食料品等の輸出入及び

公務員法100条1項及び109条12号)等。

41) 中山信弘「情報の不正入手と刑事罰」自由と正義35巻10号(昭和59年)15頁, 田村善之『不正競争法概説〔第2版〕』(平成15年)328頁。

42) 中山・前掲論文注(41)17頁注7。

43) 逐条解説30頁, 田村・前掲書注(41)330頁。

44) 大阪地判平成11年9月14日判例不正競争法1250-186-22頁。本判決は、尚書きで、「法律上守秘義務が課せられる情報であったとしても、保有者が現実に秘密として管理していなければ、当該情報は、秘密管理性がなく、不正競争防止法上の営業秘密とも認められない」とも述べている。

販売業者が保有する、「秘」の印が押印された上で、代表者のみが鍵を保有する施錠可能な書庫に保管されている書面、及び代表者用のコンピュータに代表者が管理するパスワードを入力しなければアクセスできないデータファイルについては、従業員に営業秘密を目的外に使用しないことを記載した誓約書を提出させたり、社外への持ち出し、目的外使用或いは漏洩を禁止すること等を内容とする就業規則を作成していたことも斟酌して、秘密管理性が認められている⁴⁵⁾。

また、秘密管理性要件については、その「相対性」が指摘されている。即ち、情報を持ち出す者が従業員であるのか或いは外部の第三者であるのか、情報保有者の大小（企業の規模）、さらには情報の種類及び性質等によって、問われる管理の程度が異なるという⁴⁶⁾。

なお、実際に企業に求められる管理の規準としては、経済産業省が公表している「営業秘密管理指針」⁴⁷⁾が手掛かりになろう。これは、企業が営業秘密の管理強化を行う上で参考になるよう、「ミニマムの水準」及び「望ましい水準」を提示し、また、自らの営業秘密の管理強化だけでなく、他者から提示された営業秘密の取扱いについても留意点を明らかにするものである。「ミニマムの水準」は、営業秘密の秘密管理性が問題となった判例の分析を基礎とした、「営業秘密の管理に関し法律上の保護を受けるために必要」な最低限の管理水準を示す。これに対して、「望ましい水準」は、紛争を未然に防止するため、国際的な秘密管理の動向をも踏まえたものとなっている。実際の手続きにおいては、具体的事案における秘密の性質に応じて個別に判断されるべきことは勿論であるが、一般的には、「ミニマムの水準」を充たしていれば秘密管理性が認められると解し得ると思われる。

45) 東京地判平成17年6月27日。

46) 苗村博子・重富貴光「営業秘密について（特集・不正競争防止法）」パテント55巻1号（平成14年）14頁、田村・前掲書注（41）329頁以下。

47) 逐条解説205頁以下。不正競争防止法改正に合わせ、本指針も改訂された。改訂版については、経済産業省のウェブサイトからダウンロード可（<http://www.meti.go.jp/policy/competition/downloadfiles/ip/051012guideline.pdf>）。

2 有用性

有用性とは、「当該情報自身が事業活動に使用・利用されていたり、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ことを意味し」⁴⁸⁾、現実に利用されていなくともよい。技術上の情報には、例えば、機械の設計図、プログラム、製法や製造ノウハウ等の商品の製造方法に関する情報がある。営業上の情報としては、顧客名簿、仕入先リストや販売マニュアル等が挙げられる。

これに対して、脱税や贈賄を行っている、或いは有害物質を垂れ流しているといった情報は、有用性が否定される。これらは法が保護すべき正当な事業活動とは言えないからである⁴⁹⁾。民事事件であるが、判例には、地方公共団体が作成した公共土木工事に関する非公開の公共工事設計単価表について、「公共土木工事に入札しようとする業者が事前に知ることができれば、その業者にとっては県や市町村等が設定した予定価格に近い落札可能な範囲における最も有利な価格で落札することができ、その点において情報としての有用性を有する」との主張に対して、「公正な入札手続を通じて適正な受注価格が形成されることを妨げるものであり、企業間の公正な競争と地方財政の適正な運用という公共の利益に反する性質を有するものであ」って、法的保護に値しないとしたものがある⁵⁰⁾。

この有用性という要件については、あまり厳格に情報の価値の程度を問わずに、保有者によって秘密にされている情報を保護することが望ましいとする見解がある。論者は、情報の価値の有無は人によって判断が分かれるのであって、これを吟味してから保護を与えるという制度は思考経済に反し、実際の運用に

48) 逐条解説30頁。

49) 自動車メーカーによる部品の欠陥隠し等は、「それを保護することがかえって公共の利益を害するような性質のものですらある」(藤木英雄「産業スパイと刑事責任」ジュリスト428号(昭和44年)36頁。但し、藤木は、企業秘密の刑事的保護の必要性を否定している)。

50) 東京地判平成14年2月14日判例不正競争法1250-200-20-3頁。

においても困難があるとする⁵¹⁾。確かに、企業は当該情報に財産的価値を認めるからこそ秘密管理するのであり、これを得ようとする者はその秘密に価値があると信じるがために秘密管理体制を突破しようとする⁵²⁾、と言うことができる。もし、営業秘密に関する規定の本旨がその財産的価値自体の保護にあるとすれば、事業活動にとって有用でない情報には財産的価値が認められないため、これを法的に保護する必要はないことになる。しかし、後述するように、営業秘密侵害罪は公正な競争秩序の維持を一次的な目的とするため、秘密として管理されている情報を、敢えてその管理体制を突破してまで不正利用しようとする行為自体に否定的評価がなされるべきである。したがって、事業活動に役立たないことが明白な情報以外については、容易に有用性を否定すべきではないと思われる。

3 非公知性

非公知性は、「保有者の管理下以外では一般的に入手することができない状態にあること」と説明されている。また、保有者以外の者が当該情報を知っていたとしても、これらの者に守秘義務が課されていれば、保有者の管理下にあることから、「公然と知られていない」状態にあると言える⁵³⁾。たとえ企業が情報を秘密管理していたとしても、これが公然と知られている場合には、当該情報を秘密として独占的に管理・利用することから得られる利益は認められない。また、一般に知られている情報に秘密としての保護を与えることは、「情報の自由な利用を妨げることになり妥当ではない」⁵⁴⁾。

公報等により公開されている情報、或いは当業者であれば容易に入手し得るような雑誌記事に掲載された情報等は、非公知とは言えない。例えば、無洗米の製法の営業秘密性が争われた民事裁判において、大阪高裁は、当該情報は「公

51) 田村・前掲書注(41) 335頁以下。

52) 田村・前掲書注(41) 336頁。

53) 逐条解説31頁。

54) 田村・前掲書注(41) 332頁。

開特許公報や実用新案公報等を見た当業者にとって容易に理解、実施し得る内容である」として、非公知性を否定している⁵⁵⁾。また、既に公知となっている情報が組み合わされている場合には、販売費用を節約し、営業の効率化を図るために情報を集積したものであり、その組み合わせが知られていなければ、公知性の要件を満たすという⁵⁶⁾。

三 保護法益

営業秘密に関する諸規定の保護法益は、起草者によれば、事業者の営業上の利益（私益）及び公正な競争秩序の維持（公益）である⁵⁷⁾。保護法益を検討する際に留意すべき点は、これらの規定が不正競争防止法上に置かれていること、及び営業秘密が財産的価値を有する情報であること、である。

営業秘密の保護規定が不正競争防止法の中に置かれている以上、公正な競争秩序の維持が保護法益であることに異論を挟む余地はない。では、公正な競争秩序とは何か。この問題は不正競争防止法それ自体の意義に関わるものであるが⁵⁸⁾、これについては本稿の課題とするところではないため、ここでは営業秘密保護という点に関してのみ述べることにする。営業秘密の不正利用行為は、他人が成果を得るために投下した資本にフリー・ライドし、その成果を冒用する行為のひとつである⁵⁹⁾。成果冒用行為が禁止されるのは、フリー・ライド行為を許容すれば、その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

55) 大阪高判平成13年7月31日（公刊物未登載・最高裁ホームページより入手可）。

56) 田村・前掲書注（41）333頁。

57) 逐条解説144頁。

58) 田村・前掲書注（41）9頁以下、井上達夫「公正競争とは何か－法哲学的試論－」金子晃他・監修『企業とフェアネス 公正と競争の原理』（平成12年）3頁以下所収、及びこれらに所掲の文献を参照。

59) 田村・前掲書注（41）17頁以下によれば、禁止されるべき不正競争行為は、①競争減殺行為、②不当需要喚起行為、③成果冒用行為及び④外部不経済惹起行為に分類される。

発展が害される恐れがある場合であるという⁶⁰⁾。しかしその反面、模倣行為を全て禁止してしまえば、技術の発展を妨げることになり、ひいては競争秩序の停滞をも招きかねない。「したがって、成果開発のインセンティブ形成に必要な限度で保護を与えるべきであるということになる」⁶¹⁾。

他方、私益保護という側面から見ると、不正競争防止法は、企業が有する一定の情報に財産的価値を認め、これに法的保護を与えていると言える。既に指摘されているように⁶²⁾、情報は、侵害行為者がそれを不正に取得した場合にも、通常は所有者がその所持を失わず、その利用が妨げられることがないという点で、物や利益とは異なる特殊性を備えている。即ち、「その利用可能性が奪われるのではなく、単にその財産的価値が侵害されるに過ぎ」ず、利得と損害との間に同一性が認められないのである⁶³⁾。

先に見たように、企業の有する秘密情報が「営業秘密」として本法の保護を受けるには三つの要件を充足していなければならない、あらゆる秘密が無条件に法的保護の対象となるわけではない。このことから、秘密情報それ自体というよりは、寧ろ、当該情報を秘密として独占的に管理・利用することから得られる利益を保護する趣旨であると考えられる。営業秘密の価値が、その保有者が当該情報を秘密として独占的に管理・利用することにより経済的利得を得ることができることにあるとする場合には、当該情報の価値の減少・喪失という具体的な法益侵害結果は、その保持者以外の者に利用されることによって初めて生ずると考えられる。不正使用行為の前段階である開示及び不正取得は、不正使用によって生じる法益侵害の危険を惹起する危険犯としての性格しか持ち得ないのであって⁶⁴⁾、法益侵害は、秘密保有者以外の者が、その情報のもつ経

60) 田村・前掲書注(41)18頁。

61) 田村・前掲書注(41)19頁。

62) 山口・前掲論文注(13)29頁、ジュリスト962号(平成2年)47頁。

63) 論者は、従来の裁判実務が、このような非移転性という性質を持つ情報である営業秘密に対する侵害を移転罪の規定で捉えようとする点に問題がある、とする(山口・前掲論文注(13)29頁、前掲論文注(62)47頁)。

64) 山口・前掲論文注(13)30頁。

済的利得の可能性を実現することなどによって最終的・決定的に生じることになる⁶⁵⁾。ところが、営業秘密不正使用罪は、当該情報の価値の減少・喪失という実害発生をその成立要件としていない。また、先に見たように、営業秘密の不正使用と開示とは常にひとつの構成要件の中で同列に扱われている。確かに、営業秘密侵害罪は情報の財産的価値を保護するものではあるが、その第一次的な性格はあくまでも「不正競争行為」だからである。不正競争防止法における営業秘密の法的保護は、営業秘密の財産的価値そのものを保護することではなく、「有用な情報が努力の結果として秘密に保たれているという平穏な事実状態を破壊して、当該情報を自己又は第三者の営業活動のために利用ないし利用しようとする営業上の不正行為を禁じる、ということに本旨がある」⁶⁶⁾のである。

なお、営業秘密侵害罪は親告罪とされている（21条3項）。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の主体の意思にかからしめる趣旨であると解されているが⁶⁷⁾、この点では、公益保護よりも事業者の利益保護が優先されているとも考えられる⁶⁸⁾。

ところで、平成17年改正により、営業秘密の不正使用及び開示罪につき、国外犯処罰規定が導入された（21条4項）。日本国内で管理されている営業秘密を国外で侵害した者を処罰する、というものである。参議院経済産業委員会に政府参考人として出席した北畑隆生・経済産業省経済産業政策局長は、本規定の導入の理由として、東アジア諸国での急速な経済発展に伴い、日本企業が持つ営業秘密が漏洩したという事案が増加していることを挙げ、このような事態は「日本の国益も損なっている」面があると述べている⁶⁹⁾。また、起草者は、

65) 山口・前掲論文注(7) 53頁、前掲論文注(62) 49頁。

66) 松本重敏「実務からみた営業秘密保護立法の意義と問題点（特集・営業秘密の保護）」ジュリスト962号（平成2年）58頁。

67) 例えば、山下他・前掲論文注(17) 11頁。

68) なお、ドイツ不正競争防止法（UWG）17条5項によれば、検察官が訴追に特別な公共の利益があり、職権による介入が必要であると認める場合には、告訴を待たずに起訴することができる。

69) 平成17年6月16日参議院経済産業委員会議事録。

本改正の背景として、「グローバルな競争が激化する中で、企業が中期的にその競争力を維持していくためには、……我が国の知的財産保護を強化することが不可欠」であると説明する。ここでは、日本経済の対外的競争力という一種の国家的利益のようなものの保護が意図されているのであろうか⁷⁰⁾。

四 その他の諸問題

1 法定刑と両罰規定

平成17年改正において法定刑の見直しが行われ、「3年以下の懲役又は300万円以下の罰金」から「5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金」に引き上げられ、懲役刑と罰金刑の併科も可能となった(21条1項)。平成15年の罰則導入時には、営業秘密が非登録の知的財産であることに鑑み、「同じく非登録の知的財産である著作権の侵害行為に対して3年以下の懲役又は300万円以下の罰金を科している著作権法と並びをとったものである⁷¹⁾と説明されていたが、平成16年の著作権法改正により、著作権侵害罪の法定刑がやはり「5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金又はこの併科」に引き上げられている(著作権法119条)ことから、営業秘密侵害罪もこれに倣ったものと思われる。

また、平成17年改正により法人処罰が可能となった。営業秘密侵害罪関係では、21条1項4号、5号及び9号の罪を犯した従業員が属する法人に適用され、法定刑は1億5000万円以下の罰金である(22条1項2号)。当然ながら、6号及び7号の罪については、行為者の属する法人はいわば被害者であるため、これを処罰することは妥当でない。4号及び5号の罪についても、行為者の所属企業が被害者である事案においては、法人処罰は否定されるであろう。しかし、8号の罪を両罰規定の対象から除外した理由は不明である⁷²⁾。ところで、両

70) 国際的な産業スパイ行為に対抗するため、外国人の国外犯規定の創設を提言していたのは、板倉・前掲論文注(10)308頁。

71) 逐条解説157頁。

72) 他罪とのバランスを考慮すれば、例えば、退職前に営業秘密の使用・開示の請託

罰規定は従業員等の選任監督上の過失を推定するものと解されており、平成15年改正時には、転職者の受け入れ企業を処罰することによる雇用流動化を阻害するおそれがある、との理由から、両罰規定の営業秘密侵害罪への適用が見送られている⁷³⁾。今回の改正の趣旨は明らかではないが、このような問題がクリアされたとは思われない現状において、これを棚上げしたままで法人処罰を可能とする改正が行われたことには疑問がある。

なお、上述のとおり、営業秘密侵害罪は全て親告罪である（21条3項）。

2 罪数

21条7項によれば、同条1項の規定は刑法その他の罰則の適用を妨げない。これは、罪数処理について、刑法及びその他の法令における罰則と不正競争防止法とが、一般法と特別法の関係に立たないことを明示したものである。即ち、一つの行為で数罪に該当する場合には、観念的競合又は牽連犯の關係に立ち、科刑上一罪となる。仮に、営業秘密に係る罪と刑法上の財産罪が一般法と特別法の關係にあると解すると、例えば、営業秘密が記録された資料ファイルの窃取の場合、従来であれば窃盗罪（10年以下の懲役）が適用可能であったのに、営業秘密の不正取得罪のみが成立することになり、5年以下の懲役刑でしか処断し得ず、不都合であるという⁷⁴⁾。

この点については、既に次のような指摘がなされている。即ち、財産的情報に対する侵害を不正競争行為として構成する場合には、競争秩序に反する行為としての財産的情報侵害は「営業上の利益」を害する危険犯となるため、法定刑は低いものとならざるを得ず、その結果、従来の財産犯規定による秘密侵害のコントロールに代替し得ないことになる⁷⁵⁾。とすれば、営業秘密記録媒体

を受け、請託を行った企業に転職した者が、転職先でその営業秘密を使用・開示した場合、転職先企業の責任が問題となり得ないか。

73) 逐条解説159頁。

74) 逐条解説158頁。

75) 山口・前掲論文注(13)32頁注(8)。

の移転を伴う場合には、依然として「重い財産犯が適用されてしまう以上、軽い営業秘密侵害罪の規定を新設することには、単なる処罰の（アンバランスな法定刑による）補充という意味しか存在しないことになってしまう」⁷⁶⁾というのである。確かに、例えば営業秘密が記されたファイルを持ち出し、これを競業者に交付する場合のように、営業秘密記録媒体の移転があり、それ自体の利用可能性に対する侵害が認められるならば、刑法上の財産犯の成立を否定し得ないであろう⁷⁷⁾。しかし、コピー目的での一次持ち出しについて窃盗罪の成立を肯定した従来の判例の事案のように、情報が体化した物自体の窃盗を認めながら、実質的にはそれに記録された情報自体の財産的価値が重視されているようなケースは、今後、営業秘密侵害罪によってのみ処罰され得る、と解すべきではないだろうか。財産犯規定を拡張的に適用してきた判例実務の見直しが求められるのである⁷⁸⁾。

3 国外犯規定

上述のように、国外犯処罰規定が平成17年改正により新設された。日本国内で管理されている営業秘密を、国外で使用又は開示した者を処罰する、というものである（21条4項）。従来は、営業秘密の使用・開示地によって処罰の可否が決まっていたため、例えば、日本国内で営業秘密を窃取した産業スパイが、日本国内で競業者に秘密を開示した場合は処罰され得たが、これを国外に持ち出して海外の競業者に開示した場合には、不可罰であった⁷⁹⁾。今後は、客体である営業秘密が日本国内において管理されていれば足り、不正取得のための詐欺等行為及び管理侵害行為は国内で行われる必要がないため、国外からの詐

76) 山口・前掲論文注（62）51頁。

77) 山口・前掲論文注（62）51頁注（10）。

78) 西田典之「財産的情報の刑法的保護—共同研究の基本的視点とまとめ—」刑法雑誌30巻1号（平成元年）8頁、山口前掲論文注（13）40頁以下、特に41頁注（3）参照。

79) この場合、不正取得後使用・開示準備罪（21条1項5号）に該当する限りで可罰的であるが、媒体を通じた不正取得の場合に限定される。

欺行為、不正アクセス行為により取得された営業秘密の使用・開示行為にも適用可能となる。

4 おわりに

平成15年に営業秘密侵害罪が新設されて以来、僅か2年で、処罰対象となる行為の範囲を拡大し、法定刑を引き上げる改正が行われた。ところが、これらの規定が適用された事案は未だ存在しない。その理由は、まず、営業秘密侵害罪が親告罪とされていることにありとされる。刑事手続の過程で営業秘密が明らかにされることにより、被害企業へのダメージがさらに大きくなる可能性があるからである。また、行為者の処罰を求めるよりも、当該営業秘密の不正利用行為の差止を請求し、損害賠償を求める方が、被害企業にとってメリットが大きいと考えられることも、大きな理由のひとつであろう。したがって、営業秘密侵害に関する諸規定に対しては、紛争解決手段としての役割というよりも寧ろ、その威嚇効果に期待が寄せられていると考えられる。

とは言え、本稿で指摘したように、営業秘密に関する諸規定は、営業秘密侵害罪と刑法上の財産罪との関係を如何に解するかという問題を通して、財産犯規程の理解の見直しをも迫るものである。また、「不正の競争の目的」を初めとする個別の構成要件要素の内容も、今後、判例の中で明らかにされていくであろう。これらの意味でも、営業秘密に関する諸規定が実際にどのように運用されていくかは、注目に値すると言えよう。