

営業秘密侵害罪に係る不正競争防止法の平成二十二年改正について

一 原 亜貴子

はじめに

- 一 平成二十二年改正の概観
- 二 不正の競争の目的と図利加害目的
- 三 営業秘密侵害罪の財産犯化
おわりに

はじめに

平成一五年、不正競争防止法の改正により、企業等が持つ営業秘密を侵害する行為に対する罰則が制定された⁽¹⁾。その後、同法の平成一七年改正⁽²⁾及び同一八年改正⁽³⁾により処罰の対象となる行為が拡大され、或いは法定刑が引上げられる等、営業秘密に対する刑事法的保護は強化される一方である。他方で、この間、営業秘密侵害罪が実際に適用された裁判例は僅か一件にとどまっている⁽⁴⁾。にもかかわらず（或いは、本改正の立案担当者に拠ればそうであるからこそ）、営業秘密侵害罪は平成二十二年の同法改正（以下、「本改正」と言う。）により、さらにその射程を広げるに至った。

本改正においてもまた、平成一七年及び同一八年改正と同様に、なお処罰の間隙が存在することに対する企業等

からの処罰範囲見直しの要望がその契機であったとされる。⁸⁾ 本改正以前の営業秘密侵害罪について問題とされたのは、第一に、「不正の競争の目的」が要件とされていたことから、競争関係の存在を前提としない営業秘密の不正使用・開示行為が可罰的でないこと、第二に、営業秘密の不正使用・開示が営業秘密侵害の中心的行为であったため、営業秘密が不正に持ち出されたことが明らかであっても、企業外で秘密裏に行われる使用・開示行為の立証が困難であることから、このような場合を処罰することができないこと、であった。⁹⁾ このことから、「企業等有する営業秘密のより適切な保護を図るため」、以下の点が改正された。すなわち、①「不正の競争の目的」の「不正の利益を得る目的、又はその保有者に損害を加える目的(岡利加害目的)への変更、②第三者等による営業秘密の不正な取得につき付されていた、取得方法による限定の撤廃、③従業者等による営業秘密の領得行為の処罰化、である。以下、本稿ではこれらの改正点について、二二条一項一号及び三号を中心に、その内容を概観した上で検討を加えることにする。

一 平成二十二年改正の概観

1 不正取得罪(二二条一項一号)

本罪は、改正前の不正取得罪(旧二二条一項二号)に該当する行為から方法による限定を外し、営業秘密を不正に取得する行為を広く処罰すべく規定し直されたものである。旧二二条一項二号は、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(イ)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又は(ロ)その複製を作成する行為のみを対象としていた。しかし、本改正後は、詐欺等行為又は管理侵害行為により営業秘密を取得するあらゆる行為が本罪の対象となる。

二二条一項一号は、詐欺等行為を「人を欺き、人に暴行を加え、又は人を脅迫する行為」、管理侵害行為を「財物の窃取、施設への侵入、不正アクセス行為その他の保有者の管理を害する行為」と規定する。管理侵害行為の例示のうち、「営業秘密が記載され、又は記録された書面又は記録媒体の窃取」が「財物の窃取」に変更された。「財物」は刑法における財物と同義であり、「財物の窃取」とは、窃盗罪（刑法二三五条）の実行行為に相当する行為であると説明されている¹⁰。これによつて、例えば試作品やサンプルのように記録媒体以外の物に化体した営業秘密の取得も本罪に当たり得ることになった。また、「その他の保有者の管理を害する行為」は、他人の営業秘密を不正に取得するために保有者の営業秘密の管理を外部から侵害する行為のうち、既に条文に列挙されている行為を除いたものを指す。不正取得の手段に限定がなくなったため、例えば、営業秘密を口頭で聞き出す行為、盗聴、電波傍受或いは記憶（窃視）による取得等も本罪の対象に含まれることになった。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¹¹。まして、書面や記録媒体への化体とそれ以外の物件への化体の場合とで異なる取扱いをする理由はない¹²。この意味で、本改正が不正取得の方法につき限定を取り払ったこと、及び管理侵害行為の例示における窃取の客体を「財物」に改めたことは妥当であると思われる¹³。

ところで、旧二二条一項各号は、それぞれ「不正の競争的目的」を要件としていた。その理由について、営業秘密侵害罪新設当時の立案担当者は、内部告発や取材報道等を目的とする行為、さらに恐喝目的や愉快犯といった個人的な犯罪行為を営業秘密侵害罪から除外するためである、と説明していた¹⁴。しかし、この要件が存在することで、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・開示等が営業秘密侵害罪の対象とならず、このことが問題視されていた¹⁵。そこで、本改正により、「不正の競争的目的」が「不正の利益を得る目的又は保有者に損害を加える目的」に変更された。「不正の利益を得る目的」とは、公序良俗

又は信義則に反する形で不当な利益を図る目的をいい、自ら不正の利益を得る目的（自己図利目的）のみならず、第三者に不正の利益を得させる目的（第三者図利目的）をも含む。この場合、営業秘密の保有者と行為者又は第三者とが競争関係にある必要はない。他方で、「保有者に損害を加える目的」とは、営業秘密の保有者に対し、財産上の損害、信用の失墜その他の有形無形の不当な損害を加える目的をいい、現実に損害が生じることは要しないとされている。⁽¹⁶⁾この目的要件の改正については、後に詳しく検討する。

2 不正領得罪（二一条一項三号）

本罪は、営業秘密を保有者から示された者が、図利加害目的を持って、その営業秘密の管理に係る任務に背いて営業秘密を領得する行為を処罰するものであり、本改正により新設された犯罪類型である。本改正前は、従業者や取引先等の「営業秘密を保有者から示された者」が営業秘密を不正に持ち出す等する行為は未だ不可罰であり、不正な使用・開示の段階に至って初めて処罰対象とされていた。立案担当者は本罪新設の理由として、①企業外で秘密裏に行われる使用・開示はその立証が困難であることから、不正な持ち出しの痕跡が明らかの場合にも被害企業は泣き寝入りを余儀なくされていたこと、及び②保有者から示された営業秘密を管理する任務を負う者が、その任務に背いて、営業秘密を保有者の管理下から離れさせて自己のほしきままに利用・処分することができるようにすることは、不正な使用・開示による法益侵害の危険性を著しく高める行為であることを挙げて⁽¹⁷⁾いる。

本罪は、旧二一条一項三号が規定していた営業秘密を保有者から示された者による使用・開示の、いわば予備行為に当たる部分を独立に処罰対象とするものであるが、当該部分がそのまま構成要件化された訳ではない。旧二一条一項三号は、客体たる営業秘密を、「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」、「イ 保有者の管理に係る営業秘密記録媒体等を領得する」又は「ロ 保

所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」方法で「営業秘密が記載され、又は記録された書面又は記録媒体を領得し、又は作成」する、という手段により得られた場合に限定していた。

これらのうち、まず、「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」という部分が、「その営業秘密の管理に係る任務に背き」に変更されている。したがって、現行法では、「詐欺等行為若しくは管理侵害行為により」という文言が削除されたことにより、「営業秘密を保有者から示された者」であっても、詐欺等行為若しくは管理侵害行為により営業秘密を不正に取得する場合には、第三者による場合と同じく二二条一項一号に該当することが明らかになった。また、「営業秘密記録媒体等の管理に係る任務」が「営業秘密の管理に係る任務」に変更されたため、記録媒体以外の物件に化体した営業秘密及び無形の営業秘密についても、これを保有者から示された者が保有者との契約等において課せられた秘密を保持すべき任務を負う場合が含まれることになった。

次に、本改正前は営業秘密の領得が上記イ及びロの方法に限定されていたが、現行法は、それぞれ領得行為なし複製作成行為の対象を記録媒体以外の物件に化体した営業秘密にも拡大している。さらに、「ハ 営業秘密記録媒体等の記載又は記録であつて、消去すべきものを消去せず、かつ、当該記載又は記録を消去したように仮装する」という方法が追加された。「消去すべきものを消去せず」とは、営業秘密を消去すべき義務がある場合に、これに違反して営業秘密を消去しないことであり、また、「当該記載又は記録を消去したように仮装する」とは、実際には自己の記録媒体等に保存された営業秘密の記載又は記録を消去していないにもかかわらず、既に消去されているかのような虚偽の概観を作出することである、と説明されている¹⁸。

3 不正領得後使用・開示罪（二二条一項四号）

本号は改正前の二二条一項三号をその基礎とし、営業秘密を保有者から示された者が、二二条一項三号の行為により領得した営業秘密を図利加害目的で、その営業秘密の管理に係る任務に背き、使用又は開示する行為を処罰するものである。

旧二二条一項三号の「詐欺等行為若しくは管理侵害行為により」という文言が削除されたことにより、「営業秘密を保有者から示された者」であつても、詐欺等行為若しくは管理侵害行為により不正に取得した営業秘密を使用・開示する場合には、二二条一項四号ではなく二二条一項二号に該当することになる。

4 二二条一項二号、五号乃至七号

二二条一項二号は、旧二二条一項一号が定めていた不正取得後使用・開示罪を引き継いでいるが、目的要件、及び二二条一項一号に関して上述した管理侵害行為の内容に変更がある。二二条一項五号乃至七号についても、目的の変更、及び二二条一項一号乃至四号の改正に伴う文言の修正にとどまっている。

二 不正の競争の目的と図利加害目的

旧二二条一項各号で要求されていた「不正の競争の目的」という要件が「不正の利益を得る目的又は保有者に損害を加える目的」、すなわち図利加害目的に変更されたことは、本改正における特に重要な変更点である。本改正の立案担当者は、本罪において図利加害目的が否定される場合の例として、①公益の実現を図る目的で、事業者の不正情報を内部告発する行為、②労働者の正当な権利の実現を図る目的で、労使交渉により取得した保有者の営業秘

密を労働組合内部（上部団体等）に開示する行為、③ 残業目的で、権限を有する上司の許可を得ずに営業秘密が記載等された文書やCD-ROMを自宅に持ち帰る行為等を挙げている¹⁹。果して、このような処罰範囲の限定は可能であろうか。

図利加害目的といえは背任罪（刑法二四七条）におけるそれが想起されるが、これにつき判例は、必ずしも「意欲ないし積極的認容までは要しない」としている²⁰。仮に、このような理解がそのまま営業秘密侵害罪の解釈にも当てはまるとすれば、同罪の故意が認められれば、同時に（少なくとも未必的な）加害目的も肯定されることになる²¹。しかも、「損害」は財産上のそれには限定されない、とするのが判例及び通説の立場である²²。①の場合について、「企業は不正な行為によって収益を上げることが許されないから、その行為を告発することですら損害は、『保有者に損害を加える目的』でいう『損害』とは認められないものとも考えられる」との理解もあるが、「損害」という文言の解釈にこのような限定を付し得るかは疑わしい。

背任罪においては、当該任務違背行為が本人のためにする意思で行われた場合、すなわち本人図利目的がある場合には、図利加害目的が否定される。これは、図利加害目的の要件が、本人図利目的が存在しないことを背任罪の成立要件として、これを裏側から規定したものである²⁴。これに対して、内部告発等の目的の場合には、図利加害目的との間にこのような関係が存しない。そうすると、例えば行為者が内部告発目的で企業の営業秘密を開示するような場合にも、彼はその保有者たる企業に何らかの損害を与えることになるであろうことを認識し得るのであるから、この場合に加害目的を否定することはできない²⁵。「事業者の不正情報を内部告発する行為での告発者の正義感²⁶」は、単なる動機に過ぎないのである。②の労働組合内部に開示する行為についても、そのことにより保有者に損害が生ずる可能性があり、行為者がこれを認識していたのであれば、加害目的が認められることがある。但し、これらのような場合には刑法三五条による正当化が考えられる²⁷。

上記の例では③の場合にのみ、凶利加害目的を要件とすることにより可罰性が否定され得る。残業目的で権限なく営業秘密を自宅に持ち帰る場合には、「不正の利益を得る目的」或いは「その保有者に損害を加える目的」も、これらの認識・予見も欠けるからである。但し、脱税等の明らかに違法な活動に関する情報については、そもそも営業秘密の「有用性」要件を充たさないと考えられるため、これを取得・開示等しても営業秘密侵害罪は成立しない。²⁹⁾ このように、凶利加害目的では、適切な処罰範囲の限定は困難であると言わざるを得ない。しかし、目的要件の変更に伴うより重要な問題は、寧ろ次の点にある。

上述のように、従来は、営業秘密を侵害する行為の際に行爲者に不正の競争の目的が存したことを要求すること、内部告発や取材報道等を目的とする行為、並びに恐喝目的や愉快犯といった個人的な犯罪行為は営業秘密侵害罪に当たらないとされていた。したがって、行為者が単なる加害目的しか有していない場合や、外国政府等を利用する目的での営業秘密の不正な使用・開示等は営業秘密侵害罪の対象とならなかった。例えば、従業員が勤務先企業の顧客情報を名簿業者に売渡して対価を得る場合には、顧客情報の開示先である名簿業者と事業者とが競争関係にないため、行為者には「不正の競争の目的」が欠けるのである。そこで、このような競争関係の存在を前提としない営業秘密の不正な使用・開示等についても営業秘密侵害罪で処罰することを可能にすべきであるというのが、本改正の趣旨である。³⁰⁾

しかしながら、そもそもこのような行為は不正競争防止法によって禁止すべき行為なのであろうか。確かに、同法二条一項四号乃至九号に拠れば、単に営業秘密を不正に取得、使用若しくは開示する行為が「不正競争」であり、そこでは営業秘密の保有者と不正行為者等との間に競争関係は要求されていない。したがって、競争関係を前提としない営業秘密に係る不正行為に対しても、差止請求等の措置を講ずることができる。だがやはり、「競争関係の存在を前提としない」行為をも営業秘密侵害罪の対象とすることは、もはや不正競争防止法の射程を越えるものであ

らう。⁽³¹⁾そして、このことは営業秘密侵害罪の「財産犯化」を意味するように思われるのである。

三 営業秘密侵害罪の財産犯化

営業秘密侵害罪の「財産犯化」を窺わせる要因は、不正競争の目的が図利加害目的に変更された点以外にも存する。本改正前の営業秘密不正取得罪（旧二二条一項二号、平成一五年の新設時は一四条一項四号）が新設された当時の立案担当者は、本罪の趣旨について、営業秘密が不正取得されたに過ぎない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不正取得行為に限って処罰するものである、と説明していた。⁽³²⁾つまり、同罪は不正取得後使用・開示罪（旧二二条一項一号）の予備罪的性格を有するものと捉えられていた。⁽³³⁾ところが、既述のように、本改正により営業秘密を取得する方法に関する限定が撤廃され、あらゆる営業秘密を不正に取得する行為が処罰の対象となった（二二条一項一号）。また、本改正前まで不正取得罪は不正取得後使用・開示罪の後に置かれていたが、今回、二二条一項一号に「昇格」させられて使用・開示罪（二二条一項二号）の前に規定されることになった。同じく、営業秘密を保有者から示された者による使用・開示の準備行為に当たる不正領得罪（二二条一項三号）も、不正領得後使用・開示罪（二二条一項四号）に先行して置かれている。

営業秘密侵害罪の保護法益は一般に、「営業上の利益」という個人的法益と、「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であると解されている。⁽³⁴⁾ところが、二二条一項各号は、営業秘密保持者の競争上の優位性ないし競争秩序が実際に害されることを要求していない。したがって、営業秘密侵害罪は危険犯であるということになる。営業秘密侵害罪は、営業秘密の①取得・領得、②開示、③使用という三段階の行為類型から成る。

これらのうち、競争者が他社の営業秘密を自らの事業活動において使用する場合には法益侵害の危険が非常に高まっていると言えるため、不正使用の罪は具体的危険犯であると言えよう。他方で、営業秘密を取得し、或いは開示した時点では、法益侵害の危険は未だ抽象的なものとどまっていると考えられる。このことは、第三者が営業秘密を取得ないし開示した時点、或いは、営業秘密を保有者から示された者がこれを領得ないし開示した時点についてのみならず、営業秘密を使用することで競争上優位に立ち得る競争者自身がこれを取得した時点についても、使用の前段階に過ぎないという点では同様である。この意味で、不正競争防止法が初めて営業秘密侵害罪を規定した当時から一貫して、使用罪と開示罪をひとつの条文で規定していることには疑問が残る³⁴。しかし、より重要であるのは、このような予備段階にしか過ぎず、抽象的危険しか有しない行為が、本改正によって営業秘密侵害罪のいわば中心的行為として規定されることになったということである。

営業秘密侵害罪の保護法益に関する一般的な理解に拠れば、営業秘密の保持に法的保護を与える理由は、競争者によるフリーライド行為が許容されることになると、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怖れがあることであると説明されよう³⁵。しかしながら、営業秘密侵害罪は専ら個人的法益に対する罪と解するべきである。営業秘密は競争者との競争の場面において価値を有するのであり、これを保持することから得られる競争上の利益が本罪の保護法益である。営業秘密を保有する者は、自らが持つ情報を独占的に利用することによって、これを持たない競争者よりも競争上優位に立つことが可能になる。他方で、営業秘密を持たない競争者は、これを保有する者の営業秘密を利用し、フリーライドすることで、保有者の競争上の優位性を損ない、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。つまり、競争者が保有者の営業秘密を利用することで、保有者の競争上の優位性が損なわれる。営業秘密侵害罪が保護しようとする営業秘密の価値は、単なる財産的価値

ではなく、このような意味における競争上の価値である。そして、それ故に、営業秘密侵害罪は不正競争防止法に規定されていると解されるのである。³⁶⁾

本稿のように、営業秘密の価値をその競争におけるそれと捉えるならば、不正取得・領得ないし開示によって営業秘密が企業外部に流出しただけでは、損害の具体的危険が発生したとまでは言えない。この場合に害されたと考えられるのは、せいぜい、営業秘密が化体している媒体それ自体の財産的価値、或いは被害会社の情報管理体制に対する社会的信頼であろう。しかし、これらは営業秘密侵害罪で保護されるべき利益ではない。そうすると、そこで想定されているのは、営業秘密そのものの純粋な財産的価値であるということになりはしないだろうか。つまり、本改正後の不正競争防止法は、無体物たる情報であるところの営業秘密に財産的価値を認め、これに正面から法的保護を与えようとしているとも考えられるのである。

仮にそうであるならば、営業秘密侵害罪は、無体物たる情報に対する窃盗、詐欺或いは横領等の行為を処罰するものであることになる。営業秘密侵害罪では凶利加害目的が要件とされているとは言え、その内容を上述のように理解する場合には、可罰性の範囲は殆ど限定され得ない。しかも、度重なる不正競争防止法の改正により、法定刑はもはや刑法上の財物に対するそれぞれの犯罪よりも重いものとなっている。すなわち、平成一五年改正当時の不正競争防止法一四条一項は、法定刑を「三年以下の懲役又は三百万円以下の罰金」と定めていたが、平成十七年改正により「五年以下の懲役若しくは五百万円以下の罰金又はこれらの併科」(旧二十一条一項)に引き上げられ、さらに平成十八年改正により現行の「十年以下の懲役若しくは千万円以下の罰金又はこれらの併科」へと引き上げられている。平成十八年改正時の法定刑引上げの理由は、犯罪の抑止効果の他に、刑法上の財産犯や特許権侵害罪(特許法一九六条)との均衡であるとされていた。³⁷⁾ また、平成一五年の営業秘密侵害罪導入以来、同罪の法定刑は、取得・領得、開示或いは使用にかかわらず同一である。³⁸⁾ この意味で、立案担当者は当初より、営業秘密侵害罪がある

程度、財産的に理解していたとも言えよう。

営業秘密侵害罪の社会的法益に対する罪としての側面よりも、個人的法益に対する罪としての側面をより重視する方向での改正には賛成できる。このことは、同罪が親告罪であることも整合するからである(二二条三項)。しかし、同罪が営業秘密を企業の財産そのものと捉えて、これに対する侵害を処罰しようとするのであれば、疑問を呈さざるを得ない。なぜならそれは、刑法上の財産犯では保護されていない無体物たる情報に、有体物たる財物と同等(或いはそれ以上)の保護を与えることを意味するからである。無論、本稿も、一定の情報に対して刑事法上の保護を与えることそれ自体に反対するものではない。社会の情報化、並びに産業界における営業秘密の重要性に鑑みれば、営業秘密を法的に保護することの必要性に異論の余地はない。問題は、刑法上の財産犯において保護客体とはされていない無体物たる情報であるところの営業秘密に対して、不正競争防止法という特別法においてこのような刑事法的保護が与えられようとしているにも拘わらず、刑法上の財産犯と営業秘密侵害罪との関係が必ずしも明らかでない点に存する。

仮に、営業秘密侵害罪が財産としての営業秘密を保護するための規定であると解するならば、同罪と刑法上の財産犯の保護法益とは一致することになるため、両者は法条競合(特別関係)の関係に立つことになる。このことは、とりわけ営業秘密が記録媒体或いは何らかの物件に化体している場合に問題となる。すなわち、財産犯と営業秘密侵害罪とは一般法と特別法の関係に立ち、取得・領得された財物が営業秘密であれば後者に該当する。ところが、不正競争防止法二二条七項は、同条一項の規定は「刑法その他の罰則の適用を妨げない」としており、営業秘密侵害罪と刑法上の財産犯とが同時に成立する余地を認めている。現に平成一五年改正時の立案担当者は、二二条七項(当時の一四条三項)が置かれた理由について、「裁判所において、刑法と不正競争防止法が一般法と特別法との関係に立つと解されると、例えば、営業秘密が記録されたファイルの窃取等のケースについて、従来は懲役十年以

下の窃盗罪で処罰できたのに、営業秘密の不正取得罪のみが成立して、懲役三年以下の懲役刑で処断せざるを得なくなるおそれがあるため」であると説明していた⁽⁴⁰⁾。ところが、営業秘密侵害罪の法定刑が財産犯のそれに合わせられた後も同項は据え置かれている。結局のところ、立案担当者が依然として公正な競争秩序の維持が保護法益に含まれると述べていることから、上述のような理解を採ることはできない。そうすると、営業秘密が有体物たる媒体に化体されている場合には、やはり営業秘密侵害罪と窃盗罪等の財産犯とが同時に成立する可能性がある。既に指摘されているように、媒体自体に殆ど価値が認められないにも拘わらず、そこに化体された情報の価値を重視して財産犯の成立をも肯定するならば、実質的には二重処罰に当たる可能性がある⁽⁴¹⁾。

おわりに

この度の不正競争防止法改正により、他人の営業秘密を不正に侵害する行為についてはほぼ網羅的に処罰することが可能になったが、同時に、営業秘密侵害罪の不正競争としての側面よりも、営業秘密自体の財産的価値を侵害する行為としての側面がより強調されるに至った。このため、同罪が不正競争防止法の中に規定されていること、並びに同罪と刑法上の財産犯諸規定との関係について、整合的な説明が困難になったと言える。

また、既述のとおり、営業秘密侵害罪の適否が問われた裁判例は僅か一件にとどまっている。今回の改正理由にあるように、従来の規定が利用し辛かったこともその一因であろう。しかし、公判において営業秘密の内容が明らかにされることにより、その保有者が二次的損害を被る怖れのあることが、企業に告訴を躊躇わせる一番の要因であると思われる。この点については、産業構造審議会知的財産政策部会技術情報の保護等の在り方に関する小委員会においても何らかの法的措置を講ずるべく議論がなされたが、刑事訴訟法上及び憲法上の問題を孕んでおり、本

改正では見送られている⁽¹⁵⁾。このような手続面も含めて、刑事法における営業秘密保護の在り方を今一度検討する必要があると考える。

五八

- (1) 平成一五年改正に関する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)二二二(二〇〇三年)一頁以下、全理其「『営業秘密』の刑事法的保護」(二〇〇四年)、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二八号(二〇〇四年)四九頁以下、南雲亮志「トレド・シークレットの刑法的保護について」立命館法政論集三三(二〇〇五年)一一九頁以下等がある。
- (2) 平成一七年改正まで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」NBL八二〇号(二〇〇五年)一一頁以下、一原重貴子「不正競争防止法による営業秘密の刑事法的保護」小樽商科大学商学討究五六卷二・三号(二〇〇五年)二七九頁以下、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&T三〇号(二〇〇六年)一四頁以下、只木誠「刑事法学における現代的課題」(二〇〇九年)一八一頁以下(初出「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』(二〇〇六年)等)。
- (3) 平成一八年改正までを踏まえた刑法学における著作として、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)一八号(二〇〇七年)一一九頁以下、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』(二〇〇八年)一七〇頁以下等。なお、その他の一連の改正に関する解説等については、一原重貴子「営業秘密侵害罪の保護法益」小樽商科大学商学討究五九卷四号(二〇〇九年)一六五頁以下、注(一)及び(二)参照。
- (4) 仙台地判平成二二年七月一六日特許ニュースNo.二二六二一(平成二二年一月六日(金))。同判決の評釈として、帖佐隆「判例評釈『ばちんこ還元率等』不正競争防止法等刑事事件(不正競争防止法二二条一項(営業秘密)における刑事罰規定)の適用について」パテント六三卷六号(二〇一〇年)二九頁以下、一原重貴子「不正アクセス行為により取得したパチンコ店の割数及び売上金額等を競合パチンコ店へ開示した行為につき、不正取得後営業秘密開示罪の成立が認められた事例(仙台地裁平成二二年七月一六日判決)」岡山大学法学会雑誌六〇卷三号(二〇一二年)一三七頁以下がある。
- (5) 土肥一史「営業秘密侵害罪に関する不正競争防止法の改正について」ジュリスト一三八五号(二〇〇九年)八三頁、帖佐・前掲注(4)三九頁注(2)。
- (6) 立案担当者(経済産業省経済産業政策局知的財産政策室)による平成二二年改正の解説として、「営業秘密の保護強化 営業秘密侵害罪における処罰対象範囲の拡大等」時の法令一八四五号(二〇〇九年)一九頁以下、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」NBL九〇六号（二〇〇九年）六六頁以下、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（平成二十年改正版）』（二〇一〇年）（以下、『逐条解説』とする）等がある。以下、本稿では基本的に立案担当者の見解としては『逐条解説』を引用することにする。
- (7) 本改正までを踏まえて営業秘密侵害罪を包括的に考察するのは、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」中京法学四四卷三・四号（二〇一〇年）二六三頁以下。また、同改正前の産業構造審議会知的財産政策部会の「技術情報の保護等のあり方に関する小委員会」における審議及び同小委員会による報告書「営業秘密に係る刑事的措置の見直しの方向性について」につき批判的検討を行うものとして、帖佐隆「営業秘密刑事的保護法制改悪論の問題点」久留米大学法学六一号（二〇〇九年）一（二五六）頁以下がある。
- (8) 知的財産政策室・前掲注(6)『逐条解説』一九頁、土肥・前掲注(5)八〇頁。
- (9) 知的財産政策室・前掲注(6)『逐条解説』一九頁。
- (10) 知的財産政策室・前掲注(6)『逐条解説』一七八頁。
- (11) 一原・前掲注(3)一九六頁以下。
- (12) 知的財産政策室・前掲注(6)『逐条解説』一七八頁参照。
- (13) 加藤・前掲注(7)二八四頁は、「営業秘密が化体した財物」ではなく単なる「財物」としたこと、並びに、管理侵害行為のうち旧規定の「営業秘密が管理されている施設への侵入」が単に「施設への侵入」に変更されたことにより、管理侵害行為と営業秘密との関連性が「管理侵害行為と営業秘密そのものとの関連性が失われており、構成要件的しほり、すなわち処罰対象行為の明確性は必ずしも十分とはいえなくなった」と指摘する。
- (14) 知的財産政策室『逐条解説 不正競争防止法（平成十五年改正版）』（二〇〇三年）一四六頁以下及び一四九頁以下。
- (15) 知的財産政策室・前掲注(6)『逐条解説』一七五頁。
- (16) 知的財産政策室・前掲注(6)『逐条解説』一七六頁以下。
- (17) 知的財産政策室・前掲注(6)時の法令二八頁。
- (18) 知的財産政策室・前掲注(6)『逐条解説』一八三頁。
- (19) 知的財産政策室・前掲注(6)『逐条解説』一七七頁。
- (20) 最決昭和六三年一月二二日刑集四二卷九号二二五二頁。学説では、西田典之『刑法各論（第五版）』（二〇一〇年）二五二頁、前田雅英『刑法各論講義（第四版）』（二〇〇七年）三三九頁、山中敬一『刑法各論（第二版）』（二〇〇九年）四一五頁等。
- (21) 加藤・前掲注(7)二八二頁以下。

- (22) 大塚仁「河上和雄」佐藤文哉「古田佑紀編」大コンメンタール刑法第一三卷(第二版)(二〇〇〇年)一九三頁(日比幹生)参照。
- (23) 土肥・前掲注(5)八一頁。
- (24) 香城敏磨「背任罪の成立要件」阿部純二ほか編「刑法基本講座第五卷 財産犯論」(一九九三年)二六五頁、中森喜彦「刑法各論(第二版)」(一九九六年)一七二頁以下、西田・前掲注(20)二五二頁、前田・前掲注(20)三二九頁、山口厚「刑法各論(第二版)」(二〇一〇年)三二七頁。
- (25) 加藤・前掲注(7)二八三頁。
- (26) 土肥・前掲注(5)八一頁。
- (27) 加藤・前掲注(7)二八三頁以下。
- (28) 土肥・前掲注(5)八四頁参照。
- (29) 知的財産政策室・前掲注(6)「逐条解説」二八頁。山口・前掲注(2)二四頁、加藤・前掲注(7)二八二頁以下も参照。民事裁判例であるが、東京地判平成一四年二月一四日LEX/DB文献番号28070351は、「法の趣旨からすれば、犯罪の手口や脱税の方法等を教示し、あるいは麻薬・覚せい剤等の禁制品の製造方法や入手方法を示す情報のような公序良俗に反する内容の情報、法的な保護の対象に値しないものとして、営業秘密としての保護を受けられないものと解すべきである」としている。
- (30) 知的財産政策室・前掲注(6)「逐条解説」一七五頁。
- (31) この点は、パブリックコメントによっても既に指摘されていた(産業構造審議会知的財産政策部会技術情報の保護等の在り方に関する小委員会「営業秘密に係る刑事的措置の見直しの方向性について」に対する意見募集の結果について)(二〇〇九年)四頁(<http://www.meti.go.jp/committee/materials/downloadfiles/g90206a03j.pdf>)。
- (32) 知的財産政策室・前掲注(14)一五〇頁。
- (33) 立案担当者も、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が保護法益であると説明している(知的財産政策室・前掲注(14)一四四頁)。営業秘密侵害罪の保護法益に社会的法益をも含める立場については、既に一原・前掲注(3)一八六頁以下で詳しく検討した。
- (34) しかも、営業秘密侵害罪の法定刑は、行為態様に拘わらず十年以下の懲役若しくは千万円以下の罰金又はこれらの併科に統一されている。
- (35) 例えば、田村善之「不正競争法概説(第二版)」(二〇〇三年)一八頁。
- (36) 一原・前掲注(3)一九三頁。なお、立案担当者が言う「事業者の営業上の利益」が意味するところは必ずしも明らかでない

が、本稿のこのような理解と大きく相違するものではないだろう。

- (37) 知的財産政策室・前掲注(6)『逐条解説』一八頁。なお、両罰規定についても、法定刑が平成一七年新設当時における一億五千万円以下の罰金(旧二二条一項、二二条二項)から三億円以下の罰金(二二条一項)に引き上げられている。
- (38) 附言すると、行為主体による法定刑の区別もなされていない(とりわけ二二条一項七号を見よ)。
- (39) 有償の役員・サービスのみが財産上の利益たり得るとする有力な見解(有償役員説。平野龍一『刑法概説』(一九七七年)二一九頁、大谷實『刑法講義各論(新版第三版)』(二〇〇九年)二二八頁以下、中森・前掲注(24)一〇九頁、曾根威彦『刑法各論(第四版)』(二〇〇八年)一〇六頁、林幹人『刑法各論(第二版)』(二〇〇七年)一七八頁。なお、山口・前掲注(24)二一五頁も参照)に拠れば、本来、有償での提供が予定されている情報についてのみ所謂二項犯罪の成否を問題とし得る(山中・前掲注(20)二三〇頁)。したがって、営業秘密の性質に鑑みれば、これを不正に取得等しても二項犯罪は成立しないと考えられる。
- (40) 知的財産政策室・前掲注(14)一五七頁以下。
- (41) 東京地判昭和五五年二月一四日判時九五七号二一八頁(建設調査会事件)、東京地判昭和六〇年二月一三日判月一七卷一〇二号二二頁(新潟鉄工事件)等参照。
- (42) 山口厚『営業秘密の侵害と刑事罰』ジュリススト九六二号(一九九〇年)五一頁注(10)、只木・前掲注(2)二六二頁。加藤・前掲注(7)二八四頁及び一原・前掲注(3)一九六頁も参照。
- (43) 加藤・前掲注(7)二八四頁以下は、本改正を「営業秘密の刑事法的保護法制の究極的な到達点であり」、「不正競争防止法改正のいわば総決算ともいえる」と評する。
- (44) この点は、とりわけ営業秘密としての有用性及び非公知性の要件が争われる場合に問題となろう。
- (45) 産業構造審議会知的財産政策部会技術情報の保護等の在り方に関する小委員会「営業秘密に係る刑事的措置の見直しの方向性について」(二〇〇九年)一四頁(http://www.meti.go.jp/policy/economy/chizai/chteki/pdf/set_eigyohimitsu.pdf)。土肥・前掲注(5)八四頁も参照。なお、新聞報道に拠れば、経済産業省は、営業秘密侵害罪に係る公判手続において営業秘密の内容を非公開にすることができるよう不正競争防止法を改正すべく、同法改正案の平成二三年通常国会での提出を目指しているという(朝日新聞平成二二年二月二二日朝刊(東京本社))。

(本稿は、平成二二年度科学研究費補助金(課題番号:20730044)及び平成二二年度岡山大学若手研究者スタートアップ研究支援事業

による研究成果の一部である。