



Title	営業秘密侵害罪の主観的要件を考える
Author(s)	帖佐, 隆
Citation	大阪大学, 2025, 博士論文
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/101514">https://doi.org/10.18910/101514</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

博士学位論文

# 営業秘密侵害罪の主観的要件を考える

2024 年 11 月 20 日

22A12804

帖佐 隆

# 営業秘密侵害罪の主観的要件を考える

2024年11月20日（水）

帖佐 隆（22A12804）

## 第一、はじめに

営業秘密保護の重要性がいわれるなか、営業秘密侵害罪による検挙事例や裁判例<sup>1</sup>がしばしば報じられている。そして裁判例の蓄積も進んできている。

営業秘密侵害罪は、不正競争防止法21条1項及び2項等に定められている<sup>2</sup>。営業秘密はその内容が情報であり、刑法典における財産犯としての処罰には限界があることもあり<sup>3</sup>、営業秘密侵害を不正競争の一類型であると捉え、不正競争防止法により処罰する法制が確立している。

この営業秘密侵害罪の構成としては、21条1項の1号から5号までと、同条2項の1号から5号までに、合計10個の基本的な犯罪類型が定められている。そして、これらの犯罪類型については、一貫して、主観的要件としての目的要件が定められている。この目的要件の内容は、「不正の利益を得る目的で、又はその営業秘密保有者に損害を加える目的で」<sup>4</sup>（不正利得加害目的<sup>5</sup>）である。この主観的要件をどのように考えるかは非常に大きな問題であり、これが狭すぎると必要な処罰が行われな可能性のある反面、これが広すぎると、日常行為と犯罪行為がきわめて近接し、処罰すべきでない行為まで処罰する危険性が発生する。

よって、本稿は、どのような解釈論をとれば適切な処罰範囲となるかという問題意識の下で、この営業秘密侵害罪の主観的要件の解釈論に検討を加えるものである。

なお、営業秘密侵害罪については、令和5年に最新の法改正があった<sup>6</sup>。この改正では、両罰規定の有無で法文における項を分け、両罰規定を有する営業秘密侵害罪の基本類型が21条1項各号に、両罰規定を有しない同罪の基本類型が21条2項各号に規定されることとなった。その結果、法文番号の変更が生じ、加えて、若干の法文の字句の変更が行われている。本改正は令和6年4月1日に施行された<sup>7</sup>。

<sup>1</sup> 最高裁判例としては、最二決平30・12・3刑集72巻6号569頁がある。その他相当数の下級審裁判例が見られる。

<sup>2</sup> 不正競争防止法における営業秘密の保護法制は、民事については平成2年改正で導入されたが、刑事罰が導入されたのは平成15年改正であった。以後、営業秘密の刑罰法規については、平成17年改正、平成18年改正、平成21年改正、平成23年改正、平成27年改正を経て、実体的な内容としては現在の形になった。

<sup>3</sup> 窃盗罪による保護の事例として、大日本印刷事件（東京地判昭40・6・26下刑集7巻6号1319頁）、建設調査会事件（東京地判昭55・2・14刑月12巻1・2号47頁）等があり、横領罪による保護の事例として東洋レーヨン事件（神戸地判昭56・3・27判時1012号35頁）、新潟鐵工事件（東京地判昭60・2・13刑月17巻1・2号22頁、東京高判昭60・12・4刑月17巻12号1171頁）等が存在したが、両罪の適用にはいずれも財物性が要件となるため、その保護に限界が見えるところであった。また背任罪による保護として、総合コンピューター事件（東京地判昭60・3・6判時1147号162頁）があったが、前掲東洋レーヨン事件において、事務処理者あるいは任務違背性の面で、ここでも限界が見えたところであった。

<sup>4</sup> なお、従前の法文においては、「営業秘密保有者」との文言は、単に「保有者」として規定されていた。だが、不正競争防止法においては、平成30年改正により「限定提供データ」の制度が導入された。そこで、この限定提供データの保有者と区別するために、現在の文言に変更になったと解される。しかしながら、本稿では営業秘密のみを扱っていることもあり、この「営業秘密保有者」のことをひきつづき単に「保有者」と呼称するのを基本とする。ちなみに、改正により導入された「限定提供データ」の制度には刑罰規定はない。

<sup>5</sup> なお、この目的要件を「図利加害目的」と呼称する論者が多い。だがその呼称は適切でない。理由等は後述する。

<sup>6</sup> 営業秘密侵害罪についての令和5年改正は、不正競争防止法等の一部を改正する法律（令和5年6月14日法律第51号）による。これについて、立案関係者は、営業秘密侵害罪については「実質的な改正は行っていない」としている（黒川直毅=菊池リチャード平八郎=望月孝洋=吉川阿佳里「令和5年不正競争防止法改正の概要」Law and Technology No. 101（2023年）33頁〔42頁〕）。

<sup>7</sup> 不正競争防止法等の一部を改正する法律の施行期日を定める政令（令和5年11月29日政令第337号）。

そこで、法文の基本的類型について、以下に令和5年改正について新旧対照の法文番号の表を示す。

(新旧対照表)	
従前の法	令和5年法（令和6年4月1日施行）
21条1項1号	21条1項1号
21条1項2号	21条1項2号
21条1項3号	21条2項1号
21条1項4号	21条2項2号
21条1項5号	21条2項3号
21条1項6号	21条2項4号
21条1項7号	21条1項3号
21条1項8号	21条1項4号
21条1項9号	21条1項5号（営業秘密の不正取得に起因する場合）
同	21条2項5号（営業秘密が示されたことに起因する場合）

本稿においては、原則として、改正後の令和5年法の法文番号で記載していくこととする。しかしながら、先行文献は現時点では基本的に従前の法によるものがほとんどであるため、先行文献に記載されている等の理由で旧の法文番号を記すときは、「旧〇号」のように旧法文であることを示すか、旧（従前の法）の法文番号である旨を注記しながら記載していくこととする。また、場合によっては、「当時の」という表現を使用する場合もある。加えて、従前の法においては、基本となる営業秘密侵害の類型は21条1項にのみ記載されていたため、旧法文を示す場合は「1項」の項番号は適宜省略して記載することがある。

## 第二、営業秘密保護の意義と保護法益

### 1. 営業秘密保護の意義

さて、不正競争防止法21条1項及び2項における主観的要件について検討する前に、はじめに営業秘密保護の意義から確認しておかねばならない。

営業秘密とはつまるところ情報であり、経済的価値を持つ財産的情報である（同法2条6項）<sup>8</sup>。これをなぜ保護しなければならないのであろうか。

本来的に情報というのは、何人も自由に利用できるものである。この点は有体物とは大いに異なる。

有体物の場合、動産は無主物であっても先に所有の意思をもって占有すれば当該占有者が所有権を有することになる（当該者に帰属する）し（民法239条1項）、所有者なき不動産は国に帰属するのである（同2項）。したがって、有体物は、何人かが所有し、その者に帰属することが予定されている。そし

<sup>8</sup> 不正競争防止法2条6項は営業秘密の定義を定めるが、このうち有用性の要件が経済的価値に対応する。立案趣旨として、産業構造審議会 財産的情報部会（報告書）「財産的情報に関する不正競争行為についての救済制度のあり方について」（平成2年3月16日）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、有斐閣）資料1所収 157頁〔178頁以下〕、および、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、有斐閣）56頁以下（中村稔執筆部分）参照。

て、その物については、所有権という形でその所有者による物権としての支配が及ぶのである。

これに対し、無体物たる情報については扱いが異なる。本来、情報はどこにも帰属せず、情報は流通自由であることこそが原則なのである。だからこそ人々は自由に必要な情報を入手または提供し、日々の生活を営むことが可能となっているといえよう。

しかしながら、情報の中にも経済的価値（財産的価値）のある情報というものがある。このような経済的価値のある情報を獲得するためには、多くの場合、投資が必要であったり、また、労力を費やすことが必要であったりするという実情がある。また、経済的価値のある情報は独占性（あるいは寡占性）を保つことによってその価値を維持されるという性質もある。よって、このような経済的価値のある情報を他者が無断で使用するならば、それは、他者による、情報保有者の成果の冒用になるとともに、当該情報の意図せぬ経済的価値の低下を引き起こすこととなる。だからこそ、このような経済的価値を持つ財産的情報の保護が必要となるのである。

このように、情報の中には、その経済的価値に鑑み、その独占的利用という観点において、保護する必要性を認めるものがある。しかしながら、上述したように、情報は何人も自由に利用できること（情報流通の自由）が本質であるため、保護対象の明確化が必要であるとともに、保護をする情報と保護をしない情報との適切な切り分けが必要である。また、情報は流通しやすいものであるから<sup>9</sup>、保有者は保護を受けようとする情報を外部から遮断する努力をすることも必要である。すなわち、流通させたくない情報について「囲い込み」を行う必要があるのである。

以上のような特色にも鑑みて、営業秘密の保護は不正競争防止法における行為規制の形で行うこととし、権利帰属型という保護の形態はとらないこととしている。そして保護の要件として秘密管理体制を敷くことを求め、その秘密管理体制として、秘密を保持する努力を求め、かつ、秘密にしたい旨の意思表示を求めるのである。そしてその秘密管理体制を突破する行為からの民事・刑事における法的保護<sup>10</sup>を行い、所期の目的を達成せんとしているのである。

## 2. 保護法益について

次に営業秘密侵害罪における保護法益を考える。

営業秘密侵害罪における保護法益は、「営業秘密の財産的価値」（個人的法益）、及び、「公正な競争秩序の維持」（社会的法益）の二つである<sup>11</sup>とされる。この二つのどちらが重視されるかについては論者による相違もあるが<sup>12</sup>、いずれにせよ、この二つの保護法益を根拠として法解釈を考えていく必要がある。

<sup>9</sup> 田村善之教授は、この点、「秘密として管理されていない情報は、遅かれ早かれ他に知られることになる」とする。

田村善之「営業秘密の秘密管理性要件に関する裁判例の変遷とその当否（その2）（完）——主観的認識 vs. 『客観的』管理——」知財管理 vol. 64 No. 6（2014年）787頁〔789頁〕。

<sup>10</sup> 田村善之『不正競争法概説〔第2版〕』（2003年、有斐閣）325頁-326頁。田村教授は、秘密を守ろうとすることが成果開発のインセンティブとなっているので、これを法で支援するということが同法制の趣旨と捉えていると解される。

<sup>11</sup> 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」（不正競争防止法平成21年改正のために開催された審議会の報告書である。以下「平成21年小委員会報告書」（[https://www.meti.go.jp/policy/economy/chizai/chiteki/pdf/set\\_eigyohimitsu.pdf](https://www.meti.go.jp/policy/economy/chizai/chiteki/pdf/set_eigyohimitsu.pdf) または、<https://warp.da.ndl.go.jp/collections/info:ndl.jp/pid/7352649/www.meti.go.jp/report/downloadfiles/g90216a01j.pdf>）（2009年2月）8頁。同報告書は営業秘密侵害罪に係る不正競争防止法平成21年改正の事実上の立案趣旨（経済産業省管轄）ということになる。ただし、後述の通り、立案時に検討・想定された法文案が実際に制定された法文と異なっている可能性もあり、読み方に注意が必要である。

<sup>12</sup> この点の筆者の考え方については、帖佐隆「刑法における『領得』概念と無形的な営業秘密の保護」久留米大学法学73号（2015年）1頁〔23頁-24頁〕に記した。

なお、本項目で採り上げた「保護法益」「競争秩序」「成果の冒用」といった内容の考察については同稿にも記している。

筆者としては、どちらかといえば、後者の社会的法益たる「公正な競争秩序の維持」のほうが重要である<sup>13</sup>。これは、「事業者間の公正な競争」を掲げる不正競争防止法の法目的（１条）と関連するものであるからである。そしてその一方で、「営業秘密の財産的価値」については、後者を達成する過程で浮上する補足的な保護法益であると位置づけられているように解されるからである<sup>14</sup>。

ここで、注意しなければならないのは、「競争秩序」の意義である。これはきわめて抽象的な概念であり、いかようにも解釈できる語であるがゆえに、この「競争秩序」の意義を明確にしなければ、保護法益を論ずるうえで循環論法（トートロジー）に陥る<sup>15</sup>。

よって、その点を注意しつつ検討するに、渋谷達紀教授は、「不正競争防止法が維持しようとしているのは、善良の風俗といった市場倫理や、公正な市場慣行ということよりも、市場における成果競争の機能であると思われる。成果競争とは、価格または品質による競争、すなわち、価格または品質において他人よりも優れた成果を上げたならば、その成果の程度に応じて、その時々勝者が決まる競争をいう。したがって、不正競争とは、成果の程度に応じた勝者の決定を歪曲する行為、換言すれば、価格または品質の高低優劣が競争の勝敗に比例的に反映することを妨げる行為をいうものと考えられる。この考え方からすると、不正競争の有無を判断する行為規準は、成果競争の歪曲の有無に求められることになる<sup>16</sup>とする。この言はまさに「競争秩序」の意義を示唆していよう。すなわち、不正競争防止法が求めようとしているのは、「市場における成果競争の機能」の適正化であり、よって、「競争秩序」とは、「成果の程度に応じた勝者の決定を歪曲しないとする秩序」ということになる。結果、営業秘密侵害の保護法益は、「成果の程度に応じた勝者の決定を歪曲しないとする秩序」の「維持」となるのである。これが営業秘密侵害罪における社会的法益である「公正な競争秩序の維持」の考え方である<sup>17</sup>。したがって、本来、不正競争とは、「成果の程度に応じた勝者の決定を歪曲する行為」となる<sup>18</sup>。

なお、ここで、「勝者」とは、経済的な「勝者」とであると解される。不正競争防止法は国民経済の健全な発展を目的とするものであるから（１条）、非経済的な面での「勝者」の決定、たとえば学術的な成果を上げて名声を得るであるとか、名誉欲を充足するであるとか、そういった競争を規制するものではない。成果の程度に応じないゆえに、経済的な勝者を公正に決定するための競争（公正に経済的利益を得るための競争）の秩序を問題とするのが不正競争防止法であると考えられる。よって、「勝者」も経済面でのそれをいうのであると解される。

次に、渋谷教授、田村善之教授を含め、論者らは、不正競争行為の分類上、営業秘密侵害を「成果の冒用」という行為類型に含めている<sup>19</sup>。これは、営業秘密侵害がまさに「成果の程度に応じた勝者の決定を歪曲」する行為であることからの帰結であるといえよう。すなわち、営業秘密侵害とは、営業秘密の

<sup>13</sup> この点については、帖佐・前掲注 12 21 頁-24 頁参照。

<sup>14</sup> 帖佐・前掲注 12 21 頁-24 頁。

<sup>15</sup> この点、田村・前掲注 10 10 頁は、「不正競争行為とは競争社会の規範違反であるといったところで、不正競争行為の判別基準の明確化という観点から眺めた場合には、違反とされるべき規範を明らかにしないかぎり、循環論法の域を脱しない。競争秩序を維持するための法律であるというのであれば一歩進めたことになるが、それにしても、判定基準の設定に繋げるためには、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」とする。

<sup>16</sup> 渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ〔第 2 版〕』（2008 年、有斐閣）12 頁。なお、渋谷達紀『不正競争防止法』（2014 年、発明推進協会）13 頁以下、同旨。

<sup>17</sup> 帖佐・前掲注 12 21 頁-24 頁でも検討した。

<sup>18</sup> 渋谷・前掲注 16（2008 年）12 頁。なお、渋谷・前掲注 16（2014 年）13 頁。

<sup>19</sup> 渋谷・前掲注 16（2008 年）17 頁以下、渋谷・前掲注 16（2014 年）16 頁、田村・前掲注 10 18 頁。同旨のものとして、小野昌延・松村信夫『不正競争防止法概説〔第 2 版〕』（2015 年、青林書院）17 頁、小野昌延編著『新・注解 不正競争防止法〔第 3 版〕』（2012 年、青林書院）23 頁〔小野昌延〕。

創出にあたっての投資もせず労力も費やさずに得た情報を保有者に無断で利用し（冒用）、その無断利用者（冒用者）が、彼がなした「成果の程度に応じ」ない収益を上げるからこそ法的批難の対象となるといえよう。

一方、個人的法益である「営業秘密の財産的価値」についても言及しておきたい。こちらは営業秘密侵害罪において従たる保護法益であると考えるが、無視できない視点ではある。すなわち、営業秘密の財産的価値は、対象情報の秘密状態を維持することによる独占性にある。この独占性が失われれば、営業秘密の財産的価値の低下を招くことになる。よって、営業秘密の侵害による独占性喪失の防止という点に実質的な保護法益があると考えられるところである。

### 3. 規制対象となる行為と保護法益の関係

次に、営業秘密侵害罪において、規制対象となる行為と保護法益の関係について見ておきたい<sup>20</sup>。

営業秘密侵害罪の基本的な犯罪類型は、不競法21条1項各号及び2項各号である。これらの詳細な構成要件はここに記さないが、同項各号が規制する行為には、営業秘密の（不正）取得行為（1項1号）、使用行為（1項2号、3号及び4号、ならびに、2項2号から4号まで）、開示行為（1項2号、3号及び4号、ならびに、2項2号から4号まで）がある。さらには、営業秘密の「領得」行為（2項1号）、技術上の営業秘密を使用する行為により生じた物の譲渡等の行為（1項5号及び2項5号）も規定されている。

まず、営業秘密の使用行為は典型的な法益侵害行為であるといえる。本来営業秘密の使用が認められない者が他人の当該営業秘密の使用により事業を行うことは、保有者の営業秘密という他人の成果を冒用することになる。そして、これにより得た収益は自らの成果に対応したものではない。よって、成果競争の歪曲をもたらす、社会的法益たる公正な競争秩序を害するからである。加えて、個人的法益については、保有者でない者が事業として営業秘密を使用することにより、保有者による独占使用の状態が失われ、保有者の営業秘密の「財産的価値」を毀損する（低下させる）からである<sup>21</sup>。

次に、営業秘密の開示行為もまた法益侵害行為であるといえよう。開示行為によって、営業秘密の保有者でない者が新たに営業秘密を知得する。この場合、その開示先が成果に比例しない利益を得ることになる（得させている）から、そうなれば、その開示先において成果競争の歪曲が起きる。また、開示した者がその開示の対価として金銭を得る場合も多く、そのようにして得た金銭もまた自らの成果に対応したものではない。よって、これもまた他人の成果の冒用といえ、その結果、成果競争の歪曲が起きよう。加えて、その開示により、営業秘密の保有者でない者が新たに営業秘密を知得するわけであり、保有者の秘密管理による事実上の独占で保たれていたその営業秘密の「財産的価値」（個人的法益）が毀損される（低下させられる）こととなる。

一方、1項1号の営業秘密の（不正）取得行為について考えると、この行為単独では成果の冒用その

<sup>20</sup> この点については、帖佐隆「不正競争防止法二一条一項三号と任務違背・図利加害目的」久留米大学法学74号（2016年）39頁〔40頁-45頁〕でも述べた。

<sup>21</sup> なお、営業秘密の使用によって生じた物については別途規定が定められている。21条には1項5号と2項5号の規定があるが、令和5年改正前には、両者は一体化した形で当時の1項9号として規定されていた。この規定は平成27年改正で創設されたものである。当該規定の趣旨としては、営業秘密の侵害品の譲渡等を規制することにより、営業秘密侵害に対する抑止力を向上させるというものである（不正競争防止法の平成27年改正後に刊行された、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、商事法務）（以下「経済産業省平成27年法逐条解説」）237頁-238頁および90頁）。この旧1項9号および対応する民事規定の創設は、営業秘密の侵害品を製造しても利益を得ることができない状態を作出することにより、営業秘密の不正使用を防止し、抑止力を向上させようというものであると解される。

ものはない。だが、やはり法益侵害といえよう。ここでの（不正）取得は、保有者でなく、本来知り得なかった者による新たな営業秘密の知得であり、上記の使用・開示と同様に営業秘密の「財産的価値」の毀損（低下）が起きるからである<sup>22</sup>。

これに対して、2項1号がいう営業秘密の「領得」行為については、法益侵害は存在しないといわざるをえない<sup>23</sup>。すなわち、この「領得」者は、本来的に情報を「示され」ている者であり、また秘密保持義務<sup>24</sup>を負う者なのである。であるがゆえに、保有者に「示された」営業秘密をその後活用しやすいような形で確実に支配下に置いたからといって、それだけでは法益侵害はない。すなわち、「財産的価値」の毀損（低下）という個人的法益の侵害もなければ、公正な競争秩序の阻害（成果競争の歪曲）という社会的法益の侵害も起きていないのである。加えて、「示された」者が、課された秘密保持義務をしっかりと遵守する意思があれば、「領得」した状態だけでは何ら法益侵害の危険すらないのである。

よって、この2項1号については、「不正利得加害目的」を持った状態で営業秘密を「領得」することにより、次の使用・開示に向けた危険が生じるということで危険犯処罰を行うのだ、と解される。つまり2項1号については法益侵害が生じる前段階の処罰を行う規定であると考えられるのである<sup>25 26</sup>。

なお、有体物の場合を考えてみるに、例えば、使用者施設内のみでの使用を条件に、従業者に有体物を貸与（委託）している場合に、当該従業者がこれを無断で自宅に持ち帰った場合には当該有体物の領得行為であるとされ、場合によっては横領罪（刑法252条1項）による処罰がなされう。

しかしながら、横領罪成立のためには、当該有体物に対し、不法領得の意思の発現（それこそが「横領」の意義であろう）が要件となっており、所有者でなければできないような処分をする意思が必要であるため、結局、犯罪成立のためには、主観面も要件となっているのである。

したがって、営業秘密の「領得」について、故意（客観面の認識）を超える超過的な内心傾向が伴ってはじめて危険であり犯罪となると考えることは、有体物の場合と比較しても妥当性があるように思われるところである。

<sup>22</sup> 一方で成果の冒用については、（不正）取得行為だけでは、その準備行為を行ったということとどまり、公正な競争秩序の維持の点については、いまだ法益侵害はないといえよう。この点、平成21年改正前の旧21条1項2号（現1項1号相当）において、（不正な）取得の類型は「予備罪的」とであるとされていた（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、有斐閣）（以下「経済産業省平成15年法逐条解説」）150頁）。当該改正前の法文では、その後の「使用又は開示の用に供する目的で」という主観的要件が設けられていたため、この要件が加わることで、取得という準備行為を、成果の冒用への危険および公正な競争秩序維持に対する危険と捉えていたのではないだろうか。

<sup>23</sup> この点は立案担当者も認めていると解される。平成21年小委員会報告書・前掲注11 10頁によれば、「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」とあり、法益侵害の前段階で処罰をしようとする旨が読み取れよう。

<sup>24</sup> なお、本稿において「秘密保持義務」といった場合、保有者が保有する情報について無断で使用・開示しない義務をいう（土田道夫『労働契約法〔第2版〕』（2016年、有斐閣）118頁参照）。なお、この「秘密保持義務」の語の意義や、「任務違背」の射程については議論のあるところかもしれない。これらの点については一部後述するが、詳細は別稿に譲ることとしたい。

<sup>25</sup> なお、ここでの営業秘密の「領得」なる語は、2項1号の法文がそのように規定してあるがゆえに、筆者もそう述べざるをえないが、法文の用語として、きわめて不適切な使用例である。本来「領得」なる語は有体物に対する語であり、有体物と無体物の性質の相違を無視して、無体物にこの語を使用するのはきわめて不適切である（この点、帖佐・前掲注20 45頁以下）。なお、この用例では、企業の従業員が営業秘密の内容を記憶して帰宅するだけで営業秘密の「領得」になりかねない（もっともこの場合は不可罰ではある）。危険犯として2項1号の規定が必要だといえるのであれば、筆者は「領得」に代えて「保全」なる用語が適切なのではないかと考えている。

<sup>26</sup> なお、国会（参議院）で、政府参考人（森川正之氏）は、「営業秘密の領得は、予備というよりは、それ自体が法益を侵害する犯罪類型になる」と述べる。しかし、その直前部分で同氏は「財産的な価値を喪失させるおそれが高い」としており、「おそれ」と述べているにすぎない。この点、「おそれ」であるならば、いまだ危険犯にとどまるわけであるから、文章の前後で矛盾が生じている。よって、整合性をもった発言をしておらず、同人の保護法益への理解も疑問であり、結局、この発言は誤りであると思われる（第171回国会 参議院経済産業委員会会議録第五号（平成21年4月7日）5頁）。



#### 4. 目的要件と保護法益の関係

以上、規制対象となる行為と保護法益の関係を述べてきた。

上述のとおり、21条1項1号～4号、及び、21条2項1号～4号に掲げられている行為が法益侵害を招き、または法益侵害の危険を招くことが理解されよう。なお、1項5号及び2項5号については前掲注21で述べたとおり営業秘密侵害の抑止力の向上であると考えられる。

上記3において、法益侵害は、営業秘密の使用・開示によって起きうる旨を、したがって、2項1号における営業秘密の「領得」の場合に法益侵害は起きない旨を述べた。また、詳細は後述するが、2項1号における営業秘密の「領得」の場合は、それだけでは法益侵害への危険にも当たらず、近い将来の使用又は開示を前提とした主観的要件を充足しなければ、危険は発生しないと筆者は考えるのである。

一方で、営業秘密の使用・開示の場合、基本的に法益侵害が生じるが、例外的に、客観的行為態様である使用・開示の行為だけでは、法益侵害が生じない場合がある。例えば、私的領域内でのみ営業秘密を使用する場合などである。よって、使用・開示についても、主観的要件の充足をもってはじめて法益侵害に該当する場合があると考えるところである。

さらには、営業秘密侵害罪における社会的法益と個人的法益という2つの保護法益について、いずれの侵害や危険に該当するかについても、この目的要件が関係すると筆者は考えるのである。

以上のように、目的要件は、それによって法益侵害・危殆化を基礎づけるという意味で営業秘密侵害罪における処罰範囲を適切に定めるうえで重要な役割を持っているといえよう。よって、この目的要件について、保護法益の観点を踏まえながら、以下で詳しく検討していくこととしたい。

### 第三、不正利得加害目的の概要、立法趣旨、そして消極的動機説

それでは、不正利得加害目的の概要等からみていくこととする。

#### 1. 主観的要件～不正利得加害目的と「図利加害目的」の呼称について

不正競争防止法21条1項、2項においては、それらの各号すべてに、それぞれ主観的要件（目的要件）が定められている。これは、冒頭に述べたとおり、「不正の利益を得る目的で、又はその営業秘密保有者に損害を加える目的で」（不正利得加害目的）との内容になっている。

一方、先にも述べたが、この目的要件について「図利加害目的」と呼称する論者がきわめて多い。おそらく、その傾向は、立案担当者が法文（案）の公表よりも前の立案段階から「図利加害目的」と呼称していたこと<sup>27</sup>に起因すると考えられる。加えて、立法後も立案担当者による解説書に「図利加害目的」の語が記載され続けている<sup>28</sup>こともまた、その傾向に影響を及ぼしていると思われる。

<sup>27</sup> 法改正は、経済産業省の審議会である「技術情報の保護等の在り方に関する小委員会」

([https://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/9497930/www.meti.go.jp/committee/gizi\\_1/12.html#joho\\_hogo](https://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/9497930/www.meti.go.jp/committee/gizi_1/12.html#joho_hogo))で議論されていたが、その第5回（平成20年9月30日）ごろには「図利加害目的」が議論されていることが認められ、第7回には、「平成21年小委員会報告書」（前掲注11）の原案が出現し、「図利加害目的」との文言が掲載されている。そして、同様に「図利加害目的」とする「平成21年小委員会報告書」（同）は平成21年2月16日に公表されている

(<https://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/6086248/www.meti.go.jp/report/data/g90216aj.html>)。

なお、この目的要件における法文形式の案については、当該小委員会の開始以降、現在の実際の法文が法案として公表される前の段階では一切提示されていない。

<sup>28</sup> 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、有斐閣）（以下「経済産業省平成21年法逐条解説」）176頁以下。

具体的に説明すると、立案段階では、「図利加害目的」の語が立案に係る各種文書に記載され、また、法改正の方向性として、目的要件を「図利加害目的」とする旨がアナウンスされていた<sup>29</sup>。この「図利加害目的」との語は、刑法247条の背任罪の目的要件である「自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的で」に由来すると考えられる。だが、最終的に立法された営業秘密侵害罪の目的要件の実際の法文は、「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」となっており、背任罪の目的要件の文言とは異なる形で規定されたのである。そうすると、営業秘密侵害罪の目的要件と「図利加害目的」との呼称の間には乖離が生じているといわざるをえない。にもかかわらず、立案官庁やこれに倣う関係者らは、引き続き「図利加害目的」と呼称し続けている<sup>30</sup>。だが、法文の文言が異なる以上、営業秘密侵害罪の主観的要件を「図利加害目的」と呼称することは不適切ではないだろうか。

この呼称の問題について、佐久間修教授は、「刑法典上の背任罪と同じく、解釈論上は第三者図利目的も含むことから、図利加害目的と略称する例もみられるが（経産省・逐条解説〔平成21年改正版〕176頁）、文言上は明らかに異なる以上、両者を区別する意味で『不正利得加害目的』と呼ぶことにしたい。」<sup>31</sup>と述べる。筆者もこの考え方に賛同するところである<sup>32</sup>。

したがって、以上述べたところにより、本稿では、営業秘密侵害罪における当該目的要件については、「不正利得加害目的」と呼称することとする<sup>33</sup>。

## 2. 「不正利得加害目的」の立法趣旨（立案趣旨）と立法者（立案者）による解釈論

それでは、この「不正利得加害目的」について、立法趣旨（立案趣旨）と立法者（立案担当者）による解釈論からみていくこととしたい。

この目的要件が現在の形になったのは、不正競争防止法の平成21年改正からである。それまでの目的要件は、「不正の競争の目的」であったのだが、同改正で、その文言が「不正の利益を得る目的で、又はその営業秘密保有者に損害を加える目的で」（不正利得加害目的）に改められている。

同改正に際して開催された審議会の報告書によれば、その立案趣旨としては、競争関係の存在を前提としない単なる加害目的や、外国政府等を利する目的で使用・開示等がなされる場合を処罰対象に加え

<sup>29</sup> 平成21年小委員会報告書・前掲注11 8頁-9頁。

<sup>30</sup> 前掲注27の動きの後、平成21年の不正競争防止法改正法案は平成21年2月27日に閣議決定され、国会に提出されている。そして、平成21年4月30日に不正競争防止法の一部を改正する法律として原案どおり平成21年法律第30号として公布されている。よって、少なくともこの時期以降は、法文（案）として、その内容が「不正利得加害目的」になったこととなる。

にもかかわらず、2010年（平成22年）7月30日発行の立案官庁による解説書である経済産業省平成21年法逐条解説・前掲注28は、法文が「不正利得加害目的」としてすでに定まったにもかかわらず、「図利加害目的」との文言を使用し続けている（同書176頁以下等）。その後の同省からの出版物や審議会等でも現在まで「図利加害目的」が使用され続けており、この点、法文と乖離がある状態を続けている。また、その後に出版された立案官庁による解説書でも同様の記述となっている。

この点、法案提出後そして法律成立後の法文の主観的要件を指す際は、「不正利得加害目的」と呼称すべきであろう。

<sup>31</sup> 小野昌延編著『新・注解 不正競争防止法（下巻）』（第3版、2012年、青林書院）1347-1348頁〔佐久間修〕。

<sup>32</sup> 筆者もこの前掲注31の佐久間教授の指摘する問題について深く考えるまでは、巷間言われるこの「図利加害目的」の語をそのまま使用していた。帖佐・前掲注20論文がそうである。だがやはりこの用例は不適切であり、筆者はその後、「不正利得加害目的」の語を使用するように改めている。

なお、多くの論者、とりわけ知的財産法の研究者や実務家などは、この「図利加害目的」の語が、背任罪の用語であることや、背任罪の解釈論の内容がどのようなものであるかを意識せずに、立案官庁による解説等をそのまま流用して当該用語を使用しているだけであるように思われる。

<sup>33</sup> この呼称の問題については解釈論に影響を及ぼしているかもしれない。この問題については後述する。

るという趣旨が認められる<sup>34</sup>。また、同報告書では、インターネットへの公開で保有者に損害を与えようとする愉快犯等を、営業秘密の財産的価値を毀損し、企業間の自由競争による技術の発展を阻害するものであるとして違法性（当罰性）の高い行為として処罰しようとする趣旨も認められる<sup>35</sup>。一方で、「不正な行為によるものとはいえ、保有者のために行った場合等にまで刑事罰を科すことは避けるべきであるから、何らかの目的要件を存続させるべきである」としている<sup>36</sup>。そして、以上のことなどから、「目的要件を『不正の競争の目的』から『図利加害目的』とする方向で考え」たとのことである<sup>37</sup>。

加えて、平成21年改正の立法後に公刊された、立案官庁による解説書<sup>38</sup>に、この目的要件の趣旨や解釈が掲載されているが、その趣旨について、「処罰範囲を明確に限定するため、各号ごとに違法性を基礎づける目的要件が付されている」としている<sup>39</sup>。また、同書においては、解釈論についても示されている。まず、「不正の利益を得る目的」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」であるとする。そして、これは、自ら不正の利益を得る目的、および、第三者に不正の利益を得させる目的の両方を含む旨をいう。次に、営業秘密の保有者と自己または第三者とは競争関係にある必要はない旨も述べており、第三者には外国政府機関も含む旨をいう。そして具体例としては、金銭を得る目的で不正に開示する行為や外国政府を利する目的で外国政府関係者へ不正に開示する行為を挙げる<sup>40</sup>。一方、「保有者に損害を加える目的」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」であるとし、現実には損害が生じることは要しない旨をいう。具体例としては、保有者に営業上の損害を加えるため又は信用失墜のために営業秘密をインターネット上の掲示板に書き込む行為等を挙げる<sup>41</sup>。

さらに、同書は、当時の21条1項1号から7号まで（現21条1項1号から3号まで及び2項1号から4号まで）の目的要件の意義がいずれも同じである旨をいう<sup>42</sup>。

### 3. 背任罪転用説（消極的動機説）

以上が「不正利得加害目的」の概要と立法趣旨であるが、この目的要件の解釈として提唱されているものに、玉井克哉教授の説<sup>43</sup>（玉井説）がある。玉井教授は概略次のように述べるところである。

旧21条1項3号から6号まで（現21条2項1号から4号まで）の主観的要件（目的要件）は、その解釈の基本としては、背任罪の図利加害目的の解釈と同様に解釈する。そして、背任罪の解釈におい

<sup>34</sup> 平成21年小委員会報告書・前掲注11 5頁。なお、平成21年改正の立法後に公刊された、立案官庁による、経済産業省平成21年法逐条解説・前掲注28 175頁においても同様である。

<sup>35</sup> 平成21年小委員会報告書・前掲注11 9頁。

<sup>36</sup> 平成21年小委員会報告書・前掲注11 9頁。

<sup>37</sup> 平成21年小委員会報告書・前掲注11 9頁。

<sup>38</sup> 経済産業省平成21年法逐条解説・前掲注28。同書は平成21年改正法についての立案担当者解説ということになろう。なお、その後の不正競争防止法の平成27年改正後に刊行された、経済産業省平成27年法逐条解説・前掲注21（およびその後の改訂版）では、法文の改正（変更）がない部分についても解説の記述が一部変更されており、注意が必要である。この問題については、後述の第三、4.にて説明する。

<sup>39</sup> 経済産業省平成21年法逐条解説・前掲注28 176頁。

<sup>40</sup> 経済産業省平成21年法逐条解説・前掲注28 176頁-177頁。

<sup>41</sup> 経済産業省平成21年法逐条解説・前掲注28 177頁。

<sup>42</sup> 経済産業省平成21年法逐条解説・前掲注28 178頁。ただ、詳細は後述するが、これについては、同項の客観的要件に相違がみられることから、必ずしもそのような解釈論はとれないように思われる。

<sup>43</sup> 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巻12号（2015年）34頁。

ては最高裁判例が消極的動機説<sup>44</sup>と親和的であるため、その解釈を営業秘密侵害罪にも採用するというのである。すなわち、この玉井説は、主として営業秘密保有者（本人）のためにする行為でないもの<sup>45</sup>は、目的要件を充足するとして処罰するとするのである<sup>46</sup>（そうなりといきおい「利益」は経済的利益かどうか問わないことにもなる<sup>47</sup>）。結果、文理解釈どおりの（積極的な）「不正の利益を得る目的」や「保有者に損害を加える目的」がなくても、目的要件を充足することとなる。

以上のような玉井教授の考え方からすると、旧3号の営業秘密の領得の場合、営業秘密の使用・開示の意図がなくても営業秘密が記載された媒体の持ち帰りは任務違背、目的要件を充足しうる（つまり可罰的である）と理解される<sup>48</sup>。また、旧4号から旧6号までは、いずれも使用または開示行為が規制されている場面となるが、同説では、やはり保有者のためでなければ、可罰となる趣旨であると解される。

もっとも、玉井教授も全面的に背任罪と同じ解釈をとると述べているわけではなく、例えば、「主として違法行為の是正のため」等の場合は、「背任罪とは異なる考慮要素が加わる」として、保有者のためにする行為でなくても非侵害となる（「図利加害目的」がない）旨をいう<sup>49</sup>。

すなわち、「営業秘密侵害罪の図利加害目的には、二重の機能がある」とし、「主として営業秘密保有者のため」に行った行為を処罰対象から除くとともに、「主として正当な社内活動のため」、「主として違法行為の是正のため」、もしくは「主として正当な報道のため」といった行為（以上、公益目的等の行為といえようか）を処罰対象から除く、という機能がある旨をいう<sup>50</sup>。

他方、旧21条1項1号や2号（現在も1項1号、2号）がいう営業秘密の不正取得類型の場面や旧21条1項7号、8号（現1項3号、4号）の転得者の類型の場合には<sup>51</sup>、背任罪とは構造を異にし、営業秘密保有者のためというものは考え難いとし、故意があれば、通常は「図利加害目的」があるとする。ただし、例外として公益通報やマスコミ報道などの正当利益目的の行為は除外され、不可罰であり、こ

<sup>44</sup> 消極的動機説について、大塚仁=河上和雄=中山善房=吉田佑紀（編）『大コンメンタール刑法』（第13巻）（第3版、2018年、青林書院）339頁〔島戸純〕は、「本人の利益を図る目的・動機による場合には不可罰とすべきであることを前提とし、その裏面として、処罰すべき『本人の利益を意図していなかった場合』を表現するため、図利加害目的が設けられた」と説明したうえで、図利加害目的の要件を「そこに含まれていない『本人の利益を図る目的・動機による場合』を裏から示す消極的要件である」と紹介する。

また、西田典之=山口厚=佐伯仁志（編）『注解刑法 第4巻 各論(3)』（2021年、有斐閣）400頁〔上嶋一高〕では、消極的動機説について「図利加害の認識があり、かつ、本人図利の動機がないこと」と説明する。

さらには、香城敏彦「背任罪の成立要件」阿部純二ほか編『刑法基本講座 第五巻』（1993年、法学書院）を引用しつつ、背任罪において消極的動機説は、本人の利益を図る動機がある場合を背任罪の処罰範囲から排除する機能を持つものであるとする論考もある（品田智史「背任罪の図利加害目的について」阪大法学 70巻1号（2020年）35頁〔40頁、60頁〕）。同説は、行為者が本人の利益を図る場合、裁判例が伝統的に図利加害目的を否定して不可罰にしてきたことに着目した見解であるとされる（品田・同 39頁）。さらに厳密に言えば、「図利加害の認識があり、かつ、本人図利の動機が決定的（主たるもの）ではない」場合に図利加害目的を認める見解であるとされる（品田・同 41頁）。

<sup>45</sup> 玉井・前掲注43 37頁-38頁では、消極的動機説について「図利加害目的というのは本人の利益を意図していなかったことを裏から示す要件だとする見解」であると説明したうえで、その後の背任罪の判例がこれと整合的であり、学説も今日は同説が支配的である旨を示し、さらに『主として本人のため』である場合に罪責を問わないというのが図利加害目的の意義だと理解されている」と説き、その上で、「営業秘密侵害罪についても、こうした議論が参考になる」とする。

<sup>46</sup> 玉井・前掲注43 II（章）（36頁-51頁）。

<sup>47</sup> この点、経済産業省平成27年法逐条解説・前掲注21 220頁-221頁は、背任罪解釈の援用を根拠に、「利益」には非経済的利益を含む旨を加筆した。これはそれ以前の同省による逐条解説にはない（以前は「利益」の意義について何ら言及はなかった）。なお、後述するが、この平成27年法逐条解説の立場（現在の経済産業省の立場）は、玉井説の立場ときわめて近い。

<sup>48</sup> 玉井・前掲注43 47頁以下。

<sup>49</sup> 玉井・前掲注43 58頁。

<sup>50</sup> 玉井・前掲注43 63頁。

<sup>51</sup> 玉井・前掲注43 61頁以下。

の点でこの類型での目的要件は大きな意味がある旨をいう。

以上が、玉井教授の考え方である。この背任罪を援用することを基本とする解釈は、平成 21 年改正（の立案過程／立法過程）で刑法の背任罪の解釈が意識されていたのだとする玉井教授本人の分析を理由とするところである<sup>52</sup>。なお、この玉井説に対しては、一原亜貴子教授が、「現行法の解釈として説得的である」として、支持を表明している<sup>53</sup>。

#### 4. 現在の経済産業省の見解（新経済産業省説）と玉井説

上記玉井説と同一の方向性であると解されるのが現在の経済産業省の見解である。

本稿でも既に少し紹介したが、経済産業省平成 27 年法逐条解説<sup>54</sup>は、不正競争防止法の平成 27 年改正後に出版された立案官庁による解説書である。だが、この平成 27 年法逐条解説（および以降の同省による改訂版<sup>55</sup>）においては、主観的要件（目的要件）について平成 27 年改正では法文に変化がないにもかかわらず、その部分について加筆・修正がなされているのである（その他の非改正の部分にも加筆や修正がみられる）。同書は、その公刊時（ひいては現在）における不正競争防止法についての同省の公式見解なのであろう。だが、その加筆・修正部分については、目的要件が今の形になった平成 21 年改正における立案担当者の解説ではなく、また平成 21 年改正の立法趣旨でも立案趣旨でもない。そのことをまず確認しておきたい。加筆・修正部分は、立法趣旨（立案趣旨）とは異なり、単にその後唱えられた経済産業省による見解と捉えるべきである（以下「新経済産業省説」とする）。加えて、その部分については、国会による立法行為（立案された法案の承認）とは関係がないため、何ら国民の信任を受けたわけではないのである。以上の点、誤解が生じやすいため、注意を要するところであり、ここで強く指摘しておきたい。

そのうえで、同書による、目的要件に関する加筆部分をみていくこととする。

まず、「また、公序良俗や信義則に反する形であれば、その目的は経済的利益か、非経済的利益かを問うものではない」<sup>56</sup>との記載が追加されている。そして、その根拠として、営業秘密侵害罪ではなく背任罪の大審院判例<sup>57</sup>を挙げており、この根拠（判例）についての説明<sup>58</sup>もまた追加された部分である。加えて、同書においては、「なお、『退職の記念』や『思い出のため』といった自己の満足を図る目的であっても、直ちに『図利加害目的』が否定されるわけではなく、その他の個別具体の事情を踏まえた上で、非経済的な図利目的又は後述する加害目的が認められる場合もある」<sup>59</sup>との記載も追加されている。

これらの加筆や変更から見るに、経済産業省平成 27 年法逐条解説における目的要件部分（同年改正で

<sup>52</sup> 玉井・前掲注 43 35 頁-36 頁。

<sup>53</sup> 一原亜貴子「判批」（最二決平成 30・12・3 刑集 72 巻 6 号 569 頁）『岡山大学法学会雑誌』69 巻 4 号（2020 年）339 頁〔344 頁〕。

<sup>54</sup> 前掲注 21 で示した、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、商事法務）である。経済産業省平成 27 年法逐条解説の記載は、基本的に、立案趣旨・立法趣旨と同省独自の解釈論を区別せずに記載している点で問題があり、読者に誤解を生じさせるものとなっている。よって、両者は分けて記載すべきではなかろうか。

<sup>55</sup> その後の不正競争防止法平成 30 年改正に伴って、上記平成 27 年法逐条解説の改訂版が刊行されている。経済産業省知的財産政策室編『逐条解説 不正競争防止法〔第 2 版〕』（2019 年、商事法務）（以下「経済産業省平成 30 年法逐条解説」）である。平成 30 年改正では営業秘密侵害罪については形式的改正のみがあり、実体的改正はなかった。そして、経済産業省平成 30 年法逐条解説では、営業秘密侵害罪の解釈論については、平成 27 年法逐条解説からの加筆・修正はなかった。

<sup>56</sup> 経済産業省平成 27 年法逐条解説・前掲注 21 220 頁。

<sup>57</sup> 大判大 3・10・16 刑録 20 輯 1867 頁。

<sup>58</sup> 経済産業省平成 27 年法逐条解説・前掲注 21 221 頁。これについては後掲する注 61 や 5.（5）後段も参照されたい。

<sup>59</sup> 経済産業省平成 27 年法逐条解説・前掲注 21 220 頁。

の非改正部分)の記載は、それ以前に比して、上述した玉井説に近づいているように思われるところである<sup>60</sup>。

## 5. 玉井説(消極的動機説・背任罪転用説)の問題点

しかしながら、玉井説、すなわち、営業秘密侵害罪の主観的要件として消極的動機説をとるとの見解(背任罪転用説)は、根拠としてきわめて薄弱であり、問題があるのではないだろうか。以下、検討を加えたい。

### (1) 根拠が、背任罪を参考にする、ということのみであること。

つまるところ、背任罪転用説は、まさにその根拠が、背任罪を参考にする、ということではしかない。この点、上記玉井教授の論考においては、背任罪の解釈論の紹介やそれと営業秘密侵害罪との対比はかなりの紙幅でこれを行っていることが認められるが、ではなぜ背任罪の解釈を転用できるのかという点については、営業秘密侵害罪の目的要件が、刑法に規定される背任罪のそれと「類似の文言を有する」こと、そして、平成21年改正時に刑法の背任罪が「意識されていた」ことの二点を挙げているのみである<sup>61</sup>。

つまり、同論考では、営業秘密侵害罪の保護法益からの検討、不正競争防止法の法目的からの検討<sup>62</sup>、および、それらと背任罪の比較などは行われていないのである。この点、営業秘密侵害罪と背任罪では保護法益も法目的も異なるのであるから、結果、法律論としては根拠がきわめて薄弱になっているといわざるをえない。

### (2) 背任罪を参考にすることは立案趣旨(立法趣旨)とはいえないこと。

とはいえ、玉井教授がいう、平成21年改正時の議論において、背任罪が「意識されていた」かどうかからまずは考えてみたい。

たしかに、委員の発言の中には背任罪を意識したもの<sup>63</sup>もあるし、立案資料の中には、背任罪を意識し

<sup>60</sup> ちなみに、玉井教授は、目的要件の改正が行われなかった平成27年改正に係る審議会(産業構造審議会 知的財産分科会 営業秘密の保護・活用に関する小委員会)に、委員としてではないが、講師として招聘されているところである(第3回・2014年11月27日)([https://www.meti.go.jp/shingikai/sankoshin/chiteki\\_zaisan/eigyo\\_himitsu/003.html](https://www.meti.go.jp/shingikai/sankoshin/chiteki_zaisan/eigyo_himitsu/003.html))。

また、玉井・前掲注43 49頁では、「職業人生の記念として持ち帰った」場合も目的要件を充足しう旨を説く。

<sup>61</sup> 玉井・前掲注43 35頁-36頁。なお、「類似の文言」であるかどうかについては後述する。

また、前掲注58に示した経済産業省平成27年法逐条解説の説明をみれば、新経済産業省説もまた背任罪を参考にするということのみを根拠としている、といえよう。

<sup>62</sup> 法目的から当該目的要件を検討したものに、本田稔「判批」(最二決平成30・12・3刑集72巻6号569頁)法学セミナーNo.776(2019年9月)125頁がある。本田教授は、筆者が述べる理由とはやや異なるが、その結論として、「不正の利益」がいう「利益」は経済的利益に対応し、非経済的利益は含まれない旨を述べる。

<sup>63</sup> 当該審議会で、背任罪を意識した発言として、山口厚委員は、「背任罪の図利加害目的の解釈なのですが、背任罪と恐らく条文が全く同じではないので、背任罪の解釈がストレートにこれに適用されるということにはならないかと思うのですけれども、しかしながら、事実上、かなり似ていることはたしかですので、背任罪に近いような考え方というのは十分成り立ちうるのではないかとこのように考えております」と発言をしていて(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(前掲注27)第5回議事録(<https://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/9497930/www.meti.go.jp/committee/summary/0004524/gijiroku05.html>))、玉井説は、審議会委員のひとりである同委員がしたこの発言を背任罪における解釈論の転用の根拠とする(玉井・前掲注43 35頁-36頁及び同論考脚注13(65頁-66頁))。

しかしながら、読めばわかるとおり、この発言は現在となつては、逆に解釈が背任罪とは異なることの根拠にしかないのである。それは同委員が「背任罪と恐らく条文が全く同じではないので、背任罪の解釈がストレートにこれに適用され……ない」と留保をつけているからである。玉井説はこのことを無視している。また、後段で、同委員は「事実上、かなり似ていることはたしか」とも述べているが、この委員の発言があったのは平成20年9月30日である。これに対し、法文(案)が閣議決定され公になったのは平成21年2月である。そうすると、その後成立し、施行された現在の法文(案)を同委員がそのまま見て発言したとは考えにくく、異なるもの(その時点での法文案であろうか)を見て発

たような記述<sup>64</sup>も存在しないわけではない。これらのことからすれば、立案担当者や立案過程にある審議会委員の一部は背任罪の解釈論の転用を意識していたのかもしれない。

しかしながら、そのような背任罪を意識した発言や記述は最終結論ではなく、断片的な意見であり、また、立案の準備段階における記述にすぎないともいえる。よって、成立した法文の解釈において背任罪の解釈をそのまま転用すべき根拠とはならない。

たしかに、平成21年改正に係る審議会においては、「図利加害目的」とすることによって、従来適用できなかった「愉快犯への適用」、(狭義の)「競争関係なき者への適用」、「外国政府へ利益を与える目的への適用」が可能になるといった説明があり、審議会として、これらへの賛同があったことは認められよう<sup>65</sup>。よって、その限度で立案趣旨として認められると思われる。

一方で、「図利加害目的」の語が背任罪の法文で使われている用語であることを認識していない審議会委員がほとんどであったと推測されるし、ましてや背任罪の解釈論において消極的動機説をとることが趨勢であることを理解していたとは思われない。さらにいえば、ほとんどの委員は背任罪の消極的動機説を知らないであろうし、また、説明を受けた様子もないのである。よって、彼らは背任罪の刑法上の詳細な解釈論まで理解したうえで、その解釈論(消極的動機説)を営業秘密侵害罪に転用することまで含めて、改正の方向性に賛同したとは到底思われないのである。ゆえに、当該審議会全体の意思として、法の立案趣旨(立法趣旨)としてまで、背任罪と同じ解釈を行うことを前提とした立法をすべきであるというコンセンサスなどはまったくないといえよう。

却って、この審議会においては、玉井説による旧3号(現2項1号)の解釈と相反するかのような発言を、立案官庁の担当者が審議会で行った記録が残っている<sup>66</sup>。この記録によれば、「図利加害目的」に

---

言したか、あるいは何も見ずに発言した可能性が高いといわざるをえない。そして審議会で発言された(背任罪の法文がいう)「図利加害目的」の文言と、実際に法律として成立した法文がいう「不正利得加害目的」の文言には明確な相違がみられる。そう考えるならば、当該発言は、背任罪の解釈が適用されない根拠になってしまっているといえよう。

<sup>64</sup> 例えば、審議会報告書では、「保有者のために行った場合等にまで刑事罰を科すことは避けるべき」(\*)という表現があり(平成21年小委員会報告書・前掲注11 9頁)、詳細に検討すれば、この文言が背任罪における消極的動機説の解釈論を意識したものであるとも読めよう。

また、前述した小委員会第5回・前掲注63の場で、同小委員会事務局は、「従業者が業務のためにやむを得ず行ってしまった場合といったように、積極的な保有者の利得する目的がある。例えば積極的に保有者を利得するような目的があるような場合には、これは刑事罰の対象外とすることが妥当ではないか」(ママ)(中原室長)との発言もある。

そして、これを受けてと解されるが、山口教授は、「先ほどの御説明によりますと、要するに保有者のためにやる行為を不可罰にする。保有者のためにコピーした人が、認められているかどうか分かりませんが、例えば家へ持ち帰って仕事するとか、そういうたぐいのものに直ちに刑事罰がかからないようにするという意味では、何らかの目的を要求することには意味があるのだろうと考えております。」と発言している。

しかしながら、報告書にこの表現があり、また、上記やりとりがあるからといって、審議会の総意として、背任罪の消極的動機説を立法趣旨とし、「保有者のために行った場合以外は目的要件を充足する」などという解釈を承認したとは到底いえない。また、後掲する旧3号についての審議会事務局の説明(使用・開示前提論)などを見れば、少なくとも旧3号については、立案者や審議会の意思が玉井説と一致するものではないことは明白であろう。

なお、本脚注冒頭の(\*)の表現は、平成21年改正法の立法後に出版された立案官庁による解説書では記載がなくなっており、目的要件の趣旨はその表現内容が改められている(経済産業省平成21年法逐条解説・前掲注28 175頁-176頁および176頁-178頁)。この点で立案担当者には、立法後においては、営業秘密侵害罪のこの目的要件は、背任罪の解釈とは一致しない(異なる)との認識があった可能性もある。

<sup>65</sup> 例えば、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第5回議事録(<https://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/9497930/www.meti.go.jp/committee/summary/0004524/gijiroku05.html>)、第7回議事録(<https://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/9497930/www.meti.go.jp/committee/summary/0004524/gijiroku07.html>)など。また、平成21年小委員会報告書・前掲注11 5頁、9頁など。

<sup>66</sup> 筆者は比較的近時になってから気づいたのであるが、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第5回議事録(<https://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/9497930/www.meti.go.jp/committee/summary/0004524/gijiroku05.html>)において、事務局の中原裕彦・知的財産政策室長からの説明として、「使用・開示をする目

は、後の使用や開示が予定されていることを立案官庁が意図しているようにみてとれるのである。玉井説がいう消極的動機説は、旧3号（現2項1号）の「領得」類型について、その後の使用・開示の意思等は要求せず、保有者のためにする行為であるかどうかのみを基本的に問題とするため、この発言は、審議会の意思が上記玉井説とは異なるところにあったことを示していることになる。このことからすれば、立案官庁、審議会ともに、玉井説がいう消極的動機説（使用又は開示を前提としない消極的動機説）は考えていなかった、という方向で考えるのが自然であろう。

平成21年改正に係る審議会の状況等からすれば、および、同審議会でこのような説明があったことからすれば、玉井説（使用又は開示を前提としない消極的動機説）は、根拠がまったくなくなってしまうのではないだろうか。すなわち、玉井説は、審議会全体ではなくその一部の委員が背任罪を意識していたことに依存しているのであるから、審議会全体のコンセンサスは認められず、また、玉井説と合わない説明が立案官庁から審議会全体にされている以上、もはやその論拠は根底から崩れるのではあるまいか。つまり、玉井説は審議会での議論について都合のよいところだけを抽出しているにすぎないのである。

以上のように、立案過程で想定されていた規制の方向性は、2項1号（旧3号）における玉井説とは考え方が異なることは明白であろう。したがって、玉井説がいう、背任罪が「意識されていた」ことには根拠がなく、また、背任罪の解釈論を営業秘密侵害罪にそのまま転用する理由はないといわざるをえない。

### （3）両者は「類似の文言」ではなく、また、実体的説明がないこと

次に、玉井説がいう、背任罪の解釈を転用すべきとするもうひとつの根拠は、上記（1）で紹介したとおり、目的要件について、「類似の文言を有する」こと、である。

だが、これまでも述べたように、実際の営業秘密侵害罪における法文の「不正の利益を得る目的で、

---

的はないんだけど、念じているだけで図利加害目的があるというようなことはないかと思います。」という発言がある。この「念じているだけ」の意味と射程がいまひとつ不明ではあるが、玉井説では、使用・開示とは関係ない営業秘密の「領得」であっても、保有者のためにする行為でなければ目的要件を充足することになるため、この発言は同説とは相容れないこととなろう。また、それに続いて、同室長は、「図利加害目的があるというのは、何らかの使用するなり、開示するなりの目的が前提となり、その上で更に詐欺的行為、管理侵害行為などの不正な手段が要求されることになる訳です。すなわち、図利加害目的のような主観的要件を要求するというのは、何らか後の行為が予定されていることを意味します。」とする。この説明では1号について述べているようにも見えるが、この前段の質問者は「示された」場合の類型について質問しているため、3号における「図利加害目的」についての説明であると受け取れ、「図利加害目的」は、使用・開示によるものであることを説明しているように受け取れる。そうであるならば、玉井説とは相容れないこととなろう。

また、こちらも筆者は比較的近時になってから気づいたのであるが、同小委員会の第9回議事録において、同室長は、「今回の見直しの方向性におきまして、営業秘密侵害罪の目的要件を図利加害目的というものに変更することを提案させていただきますが、この図利加害目的といいますのは、取得・領得の場面では、取得あるいは領得した営業秘密を使用・開示することによって不正な利益を得る目的、または保有者に損害を加える目的を有する場合に該当するというふうに考えております……したがって、取得・領得といいますのは、その後の不正使用、不正開示をある種前提とする行為に限定されているわけでごさいます、営業秘密を不正に使用・開示する行為について、その前段階において既に生じてしまう取得・領得行為それ自体の違法性を従来よりも高く評価していこうというのが今回の改正の趣旨であり」（ます）と述べているのである（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第9回議事録（<https://warp.da.ndl.go.jp/info:ndl.jp/pid/9497930/www.meti.go.jp/committee/summary/0004524/gijiroku09.html>））。よって、この意見との関係においても、玉井説は成り立たないことになってしまおう。

山根崇邦「従業者によるデータの持出しと営業秘密領得罪——日産自動車事件最高裁決定を契機として——」Law and Technology No.85（2019年）3頁〔11頁〕（同稿脚注33）、及び、上嶋一高「営業秘密侵害罪における目的要件」山口厚・酒巻匡・大澤裕・川出敏裕（編集委員）『寺崎嘉博先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（2021年、成文堂）311頁〔332頁-333頁〕は、同室長によるこの第5回と第9回の発言について指摘しており、審議会におけるこれらの発言を重要視していると考えられる。

なお、筆者は保護法益の面から検討した結果、筆者による旧3号の解釈論の結論が上記発言と近くなっていることを、ここに述べておきたい（帖佐・前掲注20 69頁-70頁参照）。筆者による解釈論については後に詳述する。



又はその営業秘密保有者に損害を加える目的で」と、背任罪における法文の「自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的で」とは、文言が異なるのである。そして、これらが果たして「類似の文言」といえるであろうか。この点、「損害を加える目的で」の部分は同一であるが、営業秘密侵害罪には「不正」の語が含まれていたり、「得る」と「図る」の違いがあったりするなど、両者は明らかに相違しているといえよう。したがって、こういった文言に違いがある部分に意味があると考えれば、両者は必ずしも「類似の文言」とはいえまい。よって、玉井教授の論拠はすでに成り立っておらず、両者が当然に同様の解釈となるとはいえないのである。

仮に、異なる法律の規定の文言が、同一または類似であったとしても、保護法益や立案趣旨・立法趣旨が異なる規定間<sup>67</sup>の場合には、当然には片方の解釈を他方に転用はできず、なぜ、同一・類似の解釈をとるのかを、理由を付して、実体的に説明しなければならないのではないだろうか。

しかし、玉井説では、なぜ同一・類似の解釈となるのかについて、上記のような観点からの説明がまったくなく、結果、根拠が薄弱である。しかも、この目的要件の場面では上記のとおり法文の文言すら同一・類似でないのである<sup>68</sup>。したがって、法体系の面のみならず、法文の差異等の面からも必要な説明がなく、これらの点からも、同説には理由がないといわざるをえないところである。

#### （４）立案担当者の「図利加害目的」の用語の継続使用による論者らの誤認

さて、この「類似の文言」の問題について、もう少し検討を加えたい。

立案担当者らが、立案段階で「図利加害目的」の語を使っていたのは事実であったとしても、法案および法の文言は、背任罪の法文の文言とは異なっている。よって、上述した佐久間教授の提案<sup>69</sup>どおり、法の成立後は、実際の法文の文言から、目的要件の略称として「不正利得加害目的」と呼称すべきであったし、また呼称すべきである。

にもかかわらず、上記１で述べたように、平成２１年改正の前だけでなく、平成２１年改正法成立後も立案担当者らや立案官庁、その他関係者らが依然として実際の法文の文言に沿わない「図利加害目的」の呼称を使用し続けているという問題がある。そして、その影響もあるのか、多くの論者もまたこの呼称を続けている。これは明らかに不適切な用語の使用法であろう。そして、関係者が「図利加害目的」を使用していることだけを根拠に、この「図利加害目的」の語の由来である背任罪の解釈を転用することは、法文から離れて「図利加害目的」の語がひとり歩きしていることになり、そこに実体はないのである。

加えて、このように、法文の文言を無視して、もともとが「図利加害目的」であるとして解釈論を述べるならば、それは、法文の解釈ではなく、「立案担当者の説明」を解釈していることになるのではないだろうか。そうではなく、あくまで法文の解釈を行うのでなければならない。そして、これが「図利加害目的」と同じであるとする論者は、法文の文言が「不正利得加害目的」であることを前提としつつ、それが背任罪の「図利加害目的」と同じであることを、関係する事情から論証しなければならないので

<sup>67</sup> 容易に理解されることであるが、営業秘密侵害罪と背任罪では保護法益や法の趣旨は異なる。営業秘密侵害罪は、上述のとおり「営業秘密の財産的価値」（個人的法益）、及び、「公正な競争秩序の維持」（社会的法益）なのに対し、背任罪では財産及び信任関係（例えば佐久間修『刑法各論』（2006年、成文堂）220頁）である。加えて、営業秘密侵害罪と背任罪では（後述するが）法文の構造も異なり、この点もまた考慮しなければならないのではないだろうか。

<sup>68</sup> 本文で述べたとおり、目的要件について、営業秘密侵害罪は背任罪とは異なる法文の文言で成立しているのであるから、仮に、当初、立案者らに「背任罪との関係」という意識があったとしても、それは遮断されてしまったと考えられ、それぞれの目的要件には乖離が生じているといえるのではなかろうか。

<sup>69</sup> 小野昌延編著〔佐久間修〕・前掲注31 1347-1348頁。

ある。

そして、「図利加害目的」が法文の文言を無視して使用され続けていることは、その後これに触れる関係者らにさらに誤認をもたらしていると考えられる。それは、立案担当者らが「図利加害目的」の語を使用し続けていることにより、法文を度外視して、背任罪と同一の解釈であるとする先入観（誤認）を植え付ける可能性があることである。

玉井説が、営業秘密侵害罪、背任罪それぞれの目的要件について、「類似の文言」であるとし<sup>70</sup>、また、同説に賛同する者があるということは、このことが影響しているように思われる。すなわち、立法の前後で、実際の法文の文言が異なるにもかかわらず、立案担当者らが営業秘密侵害罪の平成21年改正後まで「図利加害目的」の語を使い続けているがゆえに、「類似の文言」であると、玉井説に触れる者らに、誤認・誤解が生じているということはないだろうか。

なお、もうひとつの誤認として、「図利加害目的」の語を立案担当者らが使い続けていることで、多くの関係者に、この語が、あくまで背任罪の法文からの言葉であるにもかかわらず、本来的に「不正の利益を得る目的で、又はその（営業秘密）保有者に損害を加える目的で」を指し示す言葉であると誤認させてしまうことがある<sup>71</sup>。このことは問題の本質に影響する可能性もあろう。

よって、この点からも、「図利加害目的」の継続使用には問題があるように思われるところである。

そして、厳しい言い方ではあるが、玉井説は、立案担当者らが「図利加害目的」の語を法律成立後も、適切ではない形で、継続的に使用し続けていることから、それに伴う誤認により導かれている説ということにもなるのではないだろうか。よって、この意味でも玉井説は根拠に乏しいように思われるところである<sup>72</sup>。

#### （５）平成27年審議会について

加えて、玉井教授は、不正競争防止法平成27年改正に係る審議会<sup>73</sup>（以下「平成27年審議会」）にも言及している<sup>74</sup>。「不正利得加害目的」は、平成21年改正で導入されたのであり、平成27年改正では目的要件の改正は行われていないから、その存置（改正が行われなかったこと）に明確な趣旨がみえとれなければ、平成27年審議会の内容は当該目的要件の立案趣旨や立法趣旨とはならない。しかしな

<sup>70</sup> とはいえ、玉井教授は、営業秘密侵害罪と背任罪の目的要件の用語の差異については、しっかりと認識しているといえる。というのは、同教授は、「類似の文言」論からの背任罪転用の態度をとりながらも、佐久間修教授が21条1項の主観的要件について「不正利得加害目的」と呼称するのを提唱していることについて「傾聴に値する」と述べている（玉井・前掲注43 79頁（同稿脚注143）からである。なお、この点については帖佐・前掲注20 92頁（同稿脚注74）でも指摘したところである）。つまり、玉井教授は、両罪における法文の文言の相違を認識しながら、「類似の文言」と述べていることになる。実際、玉井教授の論考では、前半の多くの部分において目的要件が「図利加害目的」であると誘導して背任罪の解釈の転用を説きつつも、後段の正当な行為等の項で、突如、両者の法文の相違を持ち出している。そうすると、同稿の「図利加害目的」の語を前面に出して背任罪の解釈論を転用する論陣を張ることに、ほとんど説得力がなくなるのではないだろうか。

<sup>71</sup> 当初筆者がそうであった。前掲注32参照。

<sup>72</sup> 玉井教授は、前掲注70で述べたとおり、両者の文言の相違を認識しているが、その文言の違いは、公益目的に対する取扱いの差であるとの立場なのであろう。しかしながら、明らかに文言が相違している両者について、また文言の相違を認識しつつ、「類似の文言」であるとして、自らの解釈論を展開することには、疑問を覚えざるをえない。

<sup>73</sup> 産業構造審議会 知的財産分科会 営業秘密の保護・活用に関する小委員会（うち2014年9月～2015年2月）。なお、同委員会におけるこの第3回の会合（議事録：[https://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/9516313/www.meti.go.jp/committee/sankoushin/chitekizaisan/eigyohimitsu/pdf/003\\_gijiroku.pdf](https://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/9516313/www.meti.go.jp/committee/sankoushin/chitekizaisan/eigyohimitsu/pdf/003_gijiroku.pdf)）には、委員ではないにもかかわらず当該論者の玉井教授も出席しており（同議事録10頁以下）、平成27年改正に係る審議会に玉井教授が一部関与していることもまた指摘しておきたい。

<sup>74</sup> 玉井・前掲注43 35頁及び同稿脚注12（65頁）。

がら、玉井教授はここにも言及し、自説の根拠の1つとしているため<sup>75</sup>、一応の論評を加える。

玉井説は、目的要件の削除を主張する一人の委員の発言があったことを挙げる<sup>76</sup>。しかしながら、平成27年審議会を全体として見るかぎり、そのことが強力に推進されたことはみてとれず、発言はこの委員ひとりのみである。そして、同審議会では、一応この問題について審議されたのだが、結果、目的要件は削除されず、現在の目的要件が維持されたのである。そうすると、現在の目的要件が維持されたことこそが意味を持つのであって、同審議会での一委員の発言は立案趣旨や立法趣旨には影響しないはずである。

また、玉井教授は、玉井説のような消極的動機説をとることが、上記削除要求があったにもかかわらず目的要件が存置された前提であった旨を主張する<sup>77</sup>。この点、平成27年審議会での目的要件存置の理由を念のために確認すれば、①目的要件は重要な機能をもつこと、②外国でも存置されていること、の2点であり<sup>78</sup>、ここから考えても解釈には影響しない。むしろ、この2つの理由であれば、玉井説をとらないことのほうに親和性があるのではなからうか。また、同審議会の報告書<sup>79</sup>を見ても、背任罪と同様の解釈をとるがゆえに目的要件を存置する旨の記述はない<sup>80</sup>。もっとも、同報告書は、事例の蓄積による解釈の明確化を期待する旨を述べている<sup>81</sup>が、結局、当該報告書も経過を見ようとする趣旨にすぎず、これを含めた平成27年審議会の経緯をみても、玉井説の根拠とはなりえない。加えて、同報告書は、「状況によっては、非経済的利益目的ないし加害目的が認められる場合もあると考えられる」とし、目的要件の解釈についての見解もまた述べている<sup>82</sup>が、単なる同審議会の見解にすぎず、その見解による解釈論には理由も述べられていない。加えて、これらは立法趣旨でも立案趣旨でもない。よって、これらには、何ら法的な理由や根拠もなく、解釈論には影響しないといわざるをえない。

結局、法改正に至っていない以上、平成27年改正に係る審議会は玉井説の根拠たりえないし、また、

<sup>75</sup> 玉井教授は、「今回の改正（（筆者注）平成27年改正）にあたっては……経緯がある。それを含め……参酌するのが法解釈の常道である」とする。玉井・前掲注43 35頁。

<sup>76</sup> 玉井・前掲注43 35頁、そして発言内容は同稿脚注12（65頁）。だが、その審議会の中で、一人の委員に法改正の要望があること（これも立案趣旨でも立法趣旨でもない）はその審議会の意思ではないし、また、その法律の立法や立案に至らなかった審議会で、一人の委員による法改正を要望する発言があったとしても、当然ながら、背任罪と同様の解釈をとることが立案趣旨・立法趣旨のように扱われる理由はない。

<sup>77</sup> 玉井・前掲注43 49頁、そしてそれに関連する関係者の発言があったことを同稿脚注77（73頁）で紹介する。つまり当該審議会において、『退職の記念のため』という主張については、最終的には個別具体の事案に応じた判断となるものの、『退職の記念』の目的であっても、直ちに『図利加害目的』が否定されず、状況によっては、非経済的利益目的ないし加害目的が認められる場合もあると考えられる」との記載が報告書にあり、また、同旨の説明等があったことを存置の「前提」と考えているのであろう。

産業構造審議会 知的財産分科会 営業秘密の保護・活用に関する小委員会「中間とりまとめ」（報告書）（2015年2月）（[https://warp.da.ndl.go.jp/info:ndl.jp/pid/9516313/www.meti.go.jp/committee/sankoushin/chitekizaisan/eigyohimitsu/pdf/report02\\_01.pdf](https://warp.da.ndl.go.jp/info:ndl.jp/pid/9516313/www.meti.go.jp/committee/sankoushin/chitekizaisan/eigyohimitsu/pdf/report02_01.pdf)）19頁、同委員会第3回資料5「営業秘密の流出防止のための制度整備について（論点）」9頁-10頁、同委員会第3回議事録30頁-31頁。（同委員会第3回の内容・資料については、[https://warp.da.ndl.go.jp/info:ndl.jp/pid/12323307/www.meti.go.jp/shingikai/sankoshin/chiteki\\_zaisan/eigyo\\_himitsu/003.html](https://warp.da.ndl.go.jp/info:ndl.jp/pid/12323307/www.meti.go.jp/shingikai/sankoshin/chiteki_zaisan/eigyo_himitsu/003.html) 参照。）

<sup>78</sup> 前掲注77 掲出の報告書及び議事録参照。

<sup>79</sup> 営業秘密の保護・活用に関する小委員会・前掲注77における「中間とりまとめ」（報告書）。

<sup>80</sup> 小委員会「中間とりまとめ」・前掲注77 19頁、及びその他の頁。もっとも、仮に、「背任罪と同様の解釈をとるがゆえに目的要件を存置する」旨の記述があったとしても、存置された目的要件について背任罪と同様の解釈をとらなければならないいわれはないように思われる。それはひとたび制定された法律について単に行政側の法解釈が誤っているだけであり、存置された目的要件の解釈を行政側にあわせるべき理由はないからである。

<sup>81</sup> 小委員会「中間とりまとめ」・前掲注77 19頁。

<sup>82</sup> 小委員会「中間とりまとめ」・前掲注77に掲げた報告書19頁の内容。

同改正に関する資料の検討からすれば、玉井説をとるべき理由がないことが理解されるところである<sup>83</sup>。

なお、この平成27年改正以降、経済産業省の見解も玉井説に近づいているところがあり、営業秘密侵害罪がいう「不正の利益を得る目的」の「利益」は経済的利益か、非経済的利益かを問わない旨を同改正後に打ち出している。そして、その根拠をなぜか背任罪の「図利加害目的」に求めている<sup>84</sup>。

ただし、ここでの説明は、営業秘密侵害罪の「利益」の性質についてのものであるはずなのに、法文の文言や趣旨や要件の異なる背任罪の大審院判例のみを引用するにすぎず、説明としては不十分であるとともに適切ではないように思われる。そして、これは玉井説に基づく消極的動機説を根拠なく採用していることから生まれていると考えられるのである。よって、この説明は適切ではなく、その結果、「利益」の性質が経済的利益か、非経済的利益かを問わない旨の同省の説明も根拠がないものになっているといえよう<sup>85</sup>。

#### （6）処罰範囲の明確な限定の意、違法性の基礎づけの意<sup>86</sup>

平成21年改正時の立案官庁による解説書は、目的要件について、「処罰範囲を明確に限定するため、各号ごとに違法性を基礎づける目的要件が付されている」<sup>87</sup>とする。この記載は、加筆訂正が非改正部分にまでみられる平成27年改正時の解説書<sup>88</sup>（以降）においても実質的にかわっていない。

この記載、すなわち、立案時の趣旨である「処罰範囲を明確に限定」、「違法性の基礎づけ」という記載には積極的な限定<sup>89</sup>の意図がみてとれる。一方、背任罪の判例（消極的動機説）の考え方の転用では充分な限定になっておらず、上記記載との整合性に乏しいといえるのではないだろうか。

まず、玉井説においても、公益目的の場合は除外されるので、この意味で処罰範囲は限定されるが、背任罪の消極的動機説がいう「（主として）本人の利益を図る」動機の行為以外は原則可罰との考え方を転用し、「保有者のためにする」以外は原則可罰となる。例えば、2項1号において、営業秘密に係る媒体を単に自宅に持ち帰るだけの場合などでも処罰されうることとなるが、それでは、「処罰範囲」が「明確に限定」されずに、漠然と広がってしまうことになりうるので、不適切ではないだろうか。

次に、「違法性」の「基礎づけ」の面から考えると、この目的要件の存在は、違法性のある態様とない態様を切り分ける役割を担う趣旨であると考えられる。この点、玉井説でも公益目的を除くという点では違法性を基礎づけられよう。だが、営業秘密侵害罪の保護法益は、上述のとおり、「公正な競争秩序の維持」（「成果の程度に応じた勝者の決定を歪曲しない秩序」の「維持」）、及び、「営業秘密の財産的価値」なのであるから、「保有者のためにする」以外は原則可罰と考えるならば、不合理な結果を招来しよう。

<sup>83</sup> 念のために述べると、玉井説が一つの解釈論としては成立しているとしても、玉井教授は、「それを含め、起草過程や審議過程での前提的な了解を参酌するのが、法解釈の常道である。」（玉井・前掲注43 35頁）としたうえで、自らの説が立案趣旨・立法趣旨に即しているかのように述べているため、逆に、立案趣旨・立法趣旨に鑑みても玉井説を採用する理由がない、ということを筆者は述べているところである。

<sup>84</sup> 経済産業省平成27年法逐条解説・前掲注21 220頁-221頁。なお、前述した第三、4.及び前掲注61も参照。

<sup>85</sup> なお、前掲注1の最高裁判例における調査官解説（久禮博一「最判解」（最二決平30・12・3刑集72巻6号569頁）最判解刑事篇平成30年度190頁〔210頁-211頁〕）では、この「利益」の解釈は経済的利益に限られないかどうかは確定していない旨を示唆している。したがって、この立案趣旨・立法趣旨とはいえない経済産業省の解釈論に拘束されるいわれはまったくない（なお、当該文献を以下「調査官解説」という）。

<sup>86</sup> 立案官庁による解説書（経済産業省平成21年法逐条解説・前掲注28、等）にこの旨の記載がある件については、帖佐・前掲注20 64頁以下でも採り上げた。

<sup>87</sup> 経済産業省平成21年法逐条解説・前掲注28 176頁。

<sup>88</sup> 経済産業省平成27年法逐条解説・前掲注21 220頁。

<sup>89</sup> 積極的な限定と考えられることについては、帖佐・前掲注20 64頁-65頁でも述べた。また、久禮「調査官解説」・前掲注85 203頁-204頁、206頁は、当該論考（帖佐）における上記考え方を紹介する。

特に2項1号の場合、上述した、営業秘密に係る媒体を単に自宅に持ち帰るだけの場合などは、「公正な競争秩序の維持」から導かれる「勝者の決定の歪曲」もなく、営業秘密の財産的価値を低下もさせておらず、また、それらの危険もない。よって、「違法性」の「基礎づけ」ができていないのではないだろうか。結果、玉井説では、法益侵害の危険すらない行為まで処罰しうることになり、きわめて不適切なのではないだろうか。

また、玉井説では、2項1号以外の場合も含めて、「不正の利益を得る目的」について、不正競争防止法の趣旨とは関係ない「利益」まで包含されうるため、「処罰範囲を明確に限定」、「違法性の基礎づけ」の観点からは不適切であるように思われる。

加えて、解説書は、「不正の利益を得る目的」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」とし、「保有者に損害を加える目的」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」とであるというが<sup>90</sup>、特に2項1号の場合に、玉井説そして消極的動機説では、同様に上記解説とは合致せず、これらの目的要件を充足しえないのではないか。例えば、「退職の記念」のため、「思い出のため」などといった目的を「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」、「不当な損害を加える目的」とまでいうには飛躍があるように思われる。

以上、上記諸々の立法時の考え方に鑑みれば、消極的動機説を軸とする玉井説は、営業秘密侵害罪の解釈には適合しないと筆者は考えるところである。

#### (7) 文理に反すること、そして、犯罪構成要件としての法文の構造が異なること。

加えて、玉井説は文理に反するという問題がある。

玉井説は、保有者のためにする行為以外は目的要件を充足するという考え方である。これは、不正の利益を得る目的、又は、保有者に損害を加える目的、という文言とは明らかに乖離しており、文理に反しているといえよう。

この点、背任罪の消極的動機説も、同罪の文理に反している<sup>91</sup>のは間違いなかろう。しかしながら、背任罪においては、法律制定<sup>92</sup>から現在までの期間が長く、諸々の解釈論が提案され議論され続けて来た結果、消極的動機説が有力説となってきたと考えられる。

これに対し、営業秘密侵害罪の不正利得加害目的の部分は、平成21年に制定されたものであり、まだ、歴史も浅い。玉井説がいう消極的動機説によるならば、法の制定当初から文理解釈を放棄していることになってしまう。それはあまりにも不自然ではあるまいか。

では、このような文理に反する解釈をとることが、営業秘密侵害罪においても背任罪と同様に妥当な解釈であるといえるのであろうか。この点、背任罪の法文の構造と、営業秘密侵害罪の法文の構造との差異をまず考えなければならぬのではないか。

<sup>90</sup> 経済産業省平成21年法逐条解説・前掲注28 176頁-177頁。なお、経済産業省平成27年法逐条解説・前掲注21 220頁では、これらの記載を踏襲しながら、「退職の記念」や「思い出のため」を処罰しうる旨を述べており、矛盾が生じているように思われるところである。

<sup>91</sup> 背任罪における消極的動機説の解釈論は「自己若しくは第三者の利益を図り又は本人に損害を加える目的で」とする背任罪の条文の文言にそぐわない旨の批判がある（品田智史「背任罪の図利加害目的について」阪大法学70巻1号（2020年）35頁〔60頁-61頁〕（同論考の脚注33）。佐伯仁志「判批」（平10・11・25刑集52巻8号570頁）ジュリスト1232号192頁〔196頁〕、品田智史「判批」刑法判例百選Ⅱ（各論）（第8版、2020年、有斐閣）148頁〔149頁〕。

<sup>92</sup> 背任罪が制定されたのは現行刑法制定時の明治40年刑法とされる（明治41年施行）。参考・松宮孝明「背任罪における『財産上の損害』、『任務違背』、『図利加害目的』の関係」立命館法学375・376号（2017年）422頁〔424頁〕等。

背任罪においては、その法文中に客観的な構成要件として、「本人に財産上の損害を加えたとき」という法益侵害を示す直接的な文言がすでに記載されているのである。したがって、（任務違背がある状況で）主観的要件を考える前にすでに財産上の侵害があることが前提となっている。そして、故意犯であることから、「財産上の損害を加えた」ことの認識もある状態なのである。ゆえに、同罪における任務違背要件も考慮すると、文理解釈だと処罰範囲が狭くなりすぎるとして、主観的要件にて受け持つべき役割がかなり限定的だと考えられたのであろう。そのような中で、文理にはそぐわないが、違法要素あるいは責任要素として目的要件の解釈として消極的動機説が出現したと考えられる。

これに対して、営業秘密侵害罪では、法文中に客観的な構成要件としてそのまま法益侵害を示す文言が直接的に記載されているわけではない。たしかに、使用・開示の場合は、原則、法益侵害に結び付くのであるが、それでも背任罪とは法文の構造に差異がある。背任罪は法益侵害の表現が法文に使われているのに対し、営業秘密侵害罪は後述するように例外的に法益侵害に結び付かない場合があるためである<sup>93</sup>。よって、こういった点を無視して、背任罪の解釈を単純に転用し同じ解釈とすることはできないのではなかろうか。

さらに、2項1号にいう「領得」では客観的な構成要件をすべて充足しても法益侵害もその危険もまだないのである。したがって、法文の構造が明らかに背任罪とは異なるということがいえよう。そうすると、特に2項1号においては、単純に背任罪を転用するならば、法益侵害とは無関係のものまで処罰することになるといえる。

以上のことからすれば、背任罪では文理ではない解釈が判例・通説となっているということには相應の理由があると考えられる。これに対し、営業秘密侵害罪にはそれがないのではなかろうか。

文理解釈でないことが直ちに刑事法の解釈において不適切であるということにはならないとの批判もありそうであるが、背任罪のような事情のない営業秘密侵害罪では、やはり、文理解釈として認められる範囲内での解釈論をとることが妥当なのではあるまいか。

よって、この点においても、玉井説は適切でないように思われるところである。

#### **（８）「領得」類型の場合、同学説の目的要件では、処罰根拠が不明となること。**

上記（７）で述べた法文の構造の相違と関係するが、玉井説の目的要件では、特に、2項1号の「領得」類型の場合に、処罰根拠が不明となるという問題があるように思われる。

第二、3. で述べたとおり、「示された」類型では、当該営業秘密の使用又は開示の行為が法益侵害となるのであり、2項1号は、その前段階の行為について危険犯として処罰を行うものであった。であるがゆえに、使用又は開示へ向けた危険が必要であるということになる。

2項1号に問われる者は、まず、所定の「領得」に関する任務違背があることになる。したがって、複製（コピー）禁止の書類等を複製したり、持ち帰り禁止の書類等を持ち帰ったりするといった任務違背が想定されることになる。

その一方で、この「示された」者は、秘密保持義務（使用や開示を行わない義務）の存在を条件に示されているわけであるから、使用や開示の意思のない者は、当該義務を遵守すべく秘密である状態を保持しようとするはずである<sup>94</sup>。したがって、上記の（客観的な）行為だけでは、故意による使用・開示の危険はないのである。

<sup>93</sup> この点については後述する第五、3（２）①を参照されたい。

<sup>94</sup> この旨については、帖佐・前掲注20 71頁でも述べた。

そうすると、玉井説によれば、「保有者のためにする以外の目的で（または漫然と）営業秘密を自宅に持ち帰るなどした。だが、秘密保持義務に違反する意図はまったくなく、使用・開示の意思はまったくない。」という事例をも処罰することになる。これは、営業秘密侵害罪の保護法益の侵害はもちろん、その危険がないものまで処罰しているように思えてならないのである。すなわち、処罰の方向性が法益侵害やその危険からは、ずれているように思われるのである。結果、不適切な処罰も懸念される。

もっとも、自宅に持ち帰るという行為については、過失によって「流出」する危険がやや増加するとはいえよう。この点、玉井説は、自宅で保管することの危険性（危険が高まる旨）を挙げる<sup>95</sup>。たしかに保有者管理エリアと自宅では自宅のほうが過失での「流出」の危険度は上がろう。

だが、「過失で流出する危険」については、在宅勤務やテレワーク、ひいては自宅への書類等の持ち帰りを認めている企業も多いことから考えれば、その危険度はこれらを認めている場合と同程度であろう。そのことを考えると、保有者の定めた管理方法に沿わなかったという問題はあるにせよ、これを処罰するというのはあまりにも過大な措置であるように思われる。よって、使用・開示の意思がまったくない「領得」については、刑事罰を科すほどまでの「法益侵害」への「危険」があるとは思われないのである。

以上のことから考えると、「保有者のためにする」以外の目的での「領得」というだけでは、いまだ使用・開示という法益侵害までは距離があり、法益侵害に対する危険とは関係の小さいところに目的要件があることになってしまう。つまり、目的要件と、「法益侵害」への「危険」の不一致が生じよう。その結果、玉井説では処罰根拠が不明となるのではないだろうか。結果、単なる勤務規則等の違反に刑事罰を科すことにもなり、あまりにも広範すぎる処罰範囲になるのではないだろうか。

よって、上記の点からも玉井説は妥当でないと筆者は考えるところである。

#### 第四、不正利得加害目的の解釈論（総論）

以上、「不正利得加害目的」における玉井説（消極的動機説）について検討を加えてきたが、ここまで述べたとおり、玉井説はその内容が適切でなく、また、平成21年改正における「不正利得加害目的」の立案趣旨にも即していないように思われる。加えて、平成27年改正後に加筆された新経済産業省説も玉井説に近づいているように見え、妥当でないように思われる。

では、いかなる考え方が適切であろうか。ここからは、不正利得加害目的の解釈論について筆者の考えを述べていきたい。まずは総論的な見地から述べていくこととする。

##### 1. 「不正利得加害目的」の意義

さて、不正競争防止法21条1項2項の主観的要件が背任罪の文言とは異なる形で規定されたことには、独自の意義があると筆者は考える。

上記、第三、5でも採り上げたとおり、立案担当者は当該目的要件を「図利加害目的」と呼称しているが、背任罪の目的要件と同じ解釈内容を立法として実現する趣旨であったのであれば、営業秘密侵害罪の法文を制定する際に、背任罪と同様の文言で「…の利益を図り又は本人に損害を加える目的…」と規定するのが自然である。にもかかわらず、実際の法文はそうっておらず、文言の間に乖離が生じて

<sup>95</sup> 玉井・前掲注43 47頁。

いる<sup>96</sup>。そうすると、営業秘密侵害罪の解釈と背任罪の解釈は別個独立のものとして考えるのが自然ではあるまいか。すなわち、背任罪と同じ解釈をとることを、法文の文言からは当然のように導き出すことはできないはずである<sup>97</sup>。同じ解釈になるというのであれば、その実体的な理由が必要であるはずだが、それは提示されていない。

そして、背任罪がいう、(単なる)「自己若しくは第三者の利益を図り」の文言と比較すれば、営業秘密侵害罪では「不正の利益」と「不正」の文言が加えられている点で相違がある。このことは、「利益」について、「不正」なものに限る、という意図が加えられているといえるのではないだろうか。営業秘密侵害罪では、この「不正」という文言に特別な意義が付与されていると筆者は考えるのである。すなわち、21条1項各号、及び2項各号の「不正の利益」の「不正」には積極的な意味があり、それは、不正競争防止法がいう「不正競争」を意識した「不正」であると考え<sup>98</sup>。

その理由として、まず、同法では、主観的要件について、多くの規定で「不正」の文言が使用されていることがある。例えば、民事的規定である2条1項7号には21条1項、2項の各号と同様に「不正の利益を得る目的」がある。また、刑事規定においても、本条項の他に規定される21条3項2号、3号、4号ではいずれも「不正の利益を得る目的」とされているし、同条3項1号にも「不正の目的」がある<sup>99</sup>。このように不正競争防止法において、目的要件のあるところでは、あえて「不正」の語が含まれることが貫かれているのである。このような規定振りは、「不正競争防止法」あるいは「不正競争」の「不正」の意味を各条項に包含させるべく立法したと捉えざるをえない。

<sup>96</sup> 玉井説は、この文言の相違を、営業秘密侵害罪の場合には、背任罪では想定されていない公益目的を除外するためにある旨をいう(玉井・前掲注43 63頁)。だが、そうすると、(本文次段落以降で説明することであるが)不正競争防止法において21条3項1号から4号(旧2項1号から4号)と並んで横並びで存在する「不正」の語を不正競争とは異なる意味で解釈することになり、首肯しがたい。

<sup>97</sup> 上記の第三、5.(7)でも述べたとおり、消極的動機説が判例や多数説であると考えられてきている背任罪においてさえも、この消極的動機説は文理から遠いのである。加えて、営業秘密侵害罪と背任罪とではさらに文言が異なり、その乖離を主に形作っている「不正」の語は(本文次段落以降で説明するとおり)実体的な意味を持つ文言であると解される。よって、消極的動機説は、営業秘密侵害罪の文理からみれば、背任罪よりさらに遠くなっているといえよう。したがって、これらの面からも営業秘密侵害罪は背任罪と異なる解釈をとるのが自然である。これに対して、玉井説は両罪が「類似の文言を有する」ことを同じ解釈である根拠の1つとするが(上記第三、5.(1))、法文の文言から考えれば消極的動機説をとる理由はまったくない。

<sup>98</sup> この「不正」の語に不正競争防止法ならではの意義があることについては、帖佐隆「判批」(最二決平30・12・3刑集72巻6号569頁(最高裁決定・前掲注1))パテントVol.73 No.2(2020年)126頁[129頁以下]でも述べた。

<sup>99</sup> 21条3項1号の主観的要件である「不正の目的」の語は不正競争防止法の平成5年改正で導入されている。同改正についての立案担当者解説では、この「不正の目的」がそれ以前(旧法)の「不正ノ競争ノ目的」との間で「構成要件の変更を企図したものではない」とする点が興味深い(通商産業省知的財産政策室監修『逐条解説 不正競争防止法』(1994年、有斐閣)105頁)。つまり意味としては変わらないということであろうか。そしてその「不正の目的」の定義は、今も変わらず、「不正の利益を得る目的、他人に損害を加える目的その他の不正の目的」なのである(19条1項2号かっこ書)(参考:同書96頁及び99頁)。すなわち、この「不正の目的」は「不正利得加害目的」より文言としては広く見えるが、旧法の「不正ノ競争ノ目的」とは同義だということである。そうすると、かつての「不正ノ競争ノ目的」は「不正利得加害目的」より広いということになってしまう。一方で、営業秘密侵害罪においては、かつての「不正の競争の目的」では狭いとして、「不正利得加害目的」に平成21年に改正された。つまり「不正利得加害目的」が「不正の競争の目的」より広いと解されているのである。そうすると、これらの目的要件の考え方は真逆となっているのである。これらの解釈の相違は、後述するように、そのときどきの「競争」の概念を広義に捉えるか狭義に捉えるかの差であると考えられる。

なお、21条3項1号の対象は2条1項1号(混同惹起行為)と現2条1項20号(誤認惹起行為)であり、これらに加えて「不正の目的」と関係する行為類型の条項は、2条1項2号及び現2条1項22号に限られる(19条1項参照)。これら4つの条項においては、行為者自らも事業を行っていることが前提であるから、「(他人に)損害を加える目的」は、必然的に広義の「競争」関係に関わってくると解される。それゆえに、「不正の目的」(「不正ノ競争ノ目的」)の下位概念にくるのだと考えられる。また、「(他人に)損害を加える目的」がここでは「不正の目的」に包含されていても、なお、ここでの「不正」が「不正競争」を意識した概念であることと矛盾しない。

もっとも、これら用語の広狭の点については、やや錯綜している感もあるが、合目的的に解釈していくしかないと思われる。



小野昌延博士は、この「不正」について、旧不正競争防止法5条2号（現21条3項1号）の「不正ノ競争ノ目的」<sup>100</sup>について述べた論考ではあるが、「むしろ『不正』の概念に重点がおかれるべきである」とし、そして、「ここにいう不正は、公正競争秩序における反公序良俗性・反信義衡平性をいうものである」と述べる<sup>101</sup>。

そうすると、ここでの「不正」は不正競争防止法が守るべき保護法益に反するもの、ひいては競争秩序に反するものを意味するのではないか。であるならば、上記第二、2. で競争秩序の意義について明らかにした内容に鑑みれば、ここでいう「不正の利益」とは、不正競争に起因する利益と読めるから、「成果競争の歪曲」による経済的利益、ということになる。つまり「不正の利益を得る目的」とは「成果競争の歪曲」による経済的利益を得ようとする目的と考えるべきではないだろうか。それは、ひいては、「成果の冒用」によって得る経済的利益であるということもいえよう<sup>102</sup>。

## 2. 「不正の利益を得る目的」と「不正の競争の目的」、そして「保有者に損害を加える目的」

以上のように、筆者は、目的要件における「不正」の語を、競争秩序に反するものを意味すると捉えた。しかし、そう考えるならば、平成21年改正による目的要件の改正との整合性に疑問を持つ読者もあるかもしれない。そこで、目的要件について現在の法文である「不正利得加害目的」への改正がされた経緯を確認しておきたい。

営業秘密侵害罪の主観的要件は、制定当初、「不正の競争の目的で」という文言であった。この文言が、「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」と変更されたのが平成21年改正である。

この改正の理由としては、「不正アクセスによって取得した営業秘密をインターネット上で一般公開することによって保有者に損害を与えようとする愉快犯等」を可罰とすることや<sup>103</sup>、目的要件に「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」を含めること<sup>104</sup>、等が挙げられ、不正の利益を得る目的とは競争関係の有無を問わないことが趣旨として記載されている。この趣旨については関係者間ではほぼ争いがないといってよいだろう。筆者も異論はない。

ところが、そのように考えると、この改正の趣旨と、「不正」の語について競争秩序に反するものを意味する、という筆者による解釈とは合致しない旨の批判も生じそうである。

しかしながら、筆者の述べることは上記平成21年改正の趣旨とは矛盾しない。なぜならば、筆者は、「不正競争」の「競争」の語には、広義と狭義があるからである。

以下、この点について説明するが、まず、「不正競争」に関連して、第二、「2. 保護法益について」の項でも紹介した渋谷教授が述べているところでは、「不正競争は、その行為の直接の相手方に対する関係において競争行為である必要はない。これは不正競争あるいは不正競争防止法という言葉に惑わされて、誤解されることの多い点である。行為の相手方が同一業種の異なる取引段階に属する者である場合

<sup>100</sup> 営業秘密侵害罪における「不正の利益を得る目的」と「不正の競争の目的」の関係について、あるいは競争関係の問題、そして平成21年改正による目的要件の改正との関係などについては次項2. で述べる。

<sup>101</sup> 小野昌延「不正競争防止法」平野龍一=佐々木史朗=藤永幸治編『注解特別刑法第4巻 経済編』（第二版、1991年、青林書院）18頁（17頁以下参照）。そして、これらの記述については、帖佐・前掲注98 129頁以下でも紹介した。

<sup>102</sup> この点、帖佐・前掲注98 129頁-130頁、131頁でも検討した。

<sup>103</sup> 平成21年小委員会報告書・前掲注11 9頁。参考：経済産業省平成21年法逐条解説・前掲注28 177頁。

<sup>104</sup> 平成21年小委員会報告書・前掲注11 5頁。同旨：経済産業省平成21年法逐条解説・前掲注28 175頁（参考：同177頁）。

や、異業種に属する者である場合も、価格や品質の高低優劣が競争の勝敗に比例的に反映することを妨げる行為は、不正競争である。」<sup>105</sup>とされる。ゆえに、一般的に「不正競争」、「競争秩序」とよばれる場合は、広義の「競争」の意味であり、これらも不正競争防止法の保護範囲に入るが、時に「競争」の語が、「競合関係」、「同一分野の競争」、「ライバル関係」といった意味で使われる場合もあり、これは狭義の「競争」であるということになるのであろう。

したがって、平成21年改正は、「不正の競争の目的で」とする主観的要件だと、広義の「競争」に包含される場合であっても<sup>106</sup>、狭義の「競争」が想起されてしまって、処罰できないとする解釈がとられる可能性があり、法改正によりこれに対応する趣旨があったと考えられる<sup>107</sup>。

これに対し、同改正による変更後の要件である「不正の利益を得る目的」は、「不正」の語を包含するがゆえに、不正競争を意識したものであり、かつ、依然として、広義の「競争」を意識した概念であると考えられる。そしてそのように解することは、上記渋谷教授の説明とも合致する<sup>108</sup>。そして、依然として、営業秘密侵害罪の保護法益は、「公正な競争秩序の維持」を標榜しているため、これとも一致するのである。

一方で、「保有者に損害を加える目的」のほうは、「公正な競争秩序の維持」からは一部はずれる部分もある概念であるように思われる。例えば、不競法21条3項1号の刑事規定に含まれる、法2条1項1号の混同惹起行為や法2条1項20号の誤認惹起行為は、加害側も必ず事業者となるから、「損害を加える目的」のみがある場合であっても、必然的に、成果に対応しない利益を自らが得ることになるので、広義の「競争」に必ず入ってくるのだが、営業秘密侵害罪では、「保有者に損害を加える」者は事業者とは限らず、広義の「競争」にも入ってこない場合があるからである。したがって、「競争」の問題とは別に加害目的の規定が必要となるのであろう。しかしながら、この場合でも営業秘密侵害罪のもう一つの保護法益である「営業秘密の財産的価値」（個人的法益）のほうを毀損するがゆえに、同法で処罰する意義があるのだと筆者は考える。この点、不正競争防止法の本来の保護範囲からは外れる感もあるが、営業秘密の財産的価値を毀損することは、不正の利益を得る目的がある場合の行為でも、保有者への加害のみを目的とする場合の行為でも同様であり、これを無視できないため、本罪に含まれるのだと考えることができる。

以上のように考えていくと、営業秘密侵害罪の主観的要件（目的要件）は、営業秘密侵害罪の保護法益に対応した要件であると考えることができる。上述した第二、三、で、実行行為と保護法益の関係について示したが、これを踏まえた上で、主観的要件（目的要件）と保護法益の関係について以下に述べる。

まず、「不正の利益を得る目的」とは、「公正な競争秩序の維持」と「営業秘密の財産的価値」の保護

<sup>105</sup> 渋谷・前掲注16（2008年）15頁。渋谷・前掲注16（2014年）15頁も同旨。

<sup>106</sup> この点、事案にもよるが、外国政府等も、一般の事業者と同様、成果に比例しない経済的利益を上げることがあり、その場合には、同法の「事業者」「競争者」に、また、広義の「競争」に該当するとして、同法の規制対象とするに充分であるからである。

<sup>107</sup> 営業秘密に関する刑事事件で平成21年改正前の「不正の競争の目的」の時代の数少ない裁判例として「ぱちんこ還元率等」事件がある（仙台地判平21・7・16特許ニュースNo.12621（平成21年（わ）第311号・第364号））。これは保有者がパチンコ業者であるとともに、開示先が競合他者たるパチンコ業者であったがために、狭義の競合他者に含まれよう。この点、当時の実務では、このように狭義の競合他者どうしの事案でなければ公訴提起できないとの認識があったのだろうか（なお、この目的要件の時代の裁判例はほとんど見当たらない）。

<sup>108</sup> すなわち、図式化するならば、不正の競争の目的（狭義） $\subseteq$ 不正の利益を得る目的 $\subseteq$ 不正の競争の目的（広義）、となる。（前掲注99に示した旧法での「不正ノ競争ノ目的」は広義の「競争」と捉えるのである。現19条1項2号も参照。）

法益2つの両方に対応する主観的要件であるということになる。営業秘密を使用・開示することにより、得ることとなる利益は、成果活動に比例したものではない。したがって、このような利益を得ようとすることを「不正の利益を得る目的」と捉えれば、同目的の下で各規制対象行為が行われるときに、成果活動に比例しない利益を得ようとすることになり、このことが競争秩序に反することになる。よって前者の保護法益を侵害・危殆化することになるのである。また、このような利益を得ることを目的として使用・開示する場合は、独占状態が破壊されて営業秘密の財産的価値が低下する。よって「不正の利益を得る目的」がある場合には両方の保護法益を侵害・危殆化することになるのである。

一方で、「保有者に損害を加える目的」のほうは、後者の保護法益のみに関係する主観的要件であるといえる。こちらの目的は、営業秘密を使用・開示して、財産的価値の低下を引き起こすことにより、保有者に損害を加えることを認識等している場合が当たる。この場合も独占状態が破壊されて保有者に害を加えるという点で財産的価値という保護法益を毀損するのは同じであるが、成果に比例しない利益を自ら得ようとする認識等は存在しないので、公正な競争秩序の維持という保護法益は関係しない。

もっとも、「不正の利益を得る目的」があれば、反射的に「保有者に損害を加える」ことの認識があると考えれば、上記の「不正の利益を得る目的」は「公正な競争秩序の維持」のみに対応し、「保有者に損害を加える目的」が「営業秘密の財産的価値」に対応するともいえる。

以上のことから、「不正の利益を得る目的」で使用・開示等を行えば、保護法益を2つとも侵害しているということ、及び「保有者に損害を加える目的」で使用・開示等を行った場合、「営業秘密の財産的価値」のみを侵害しているということが理解できる。

以上、主観的要件について見てきたが、このように考えていくと、「不正の利益を得る目的」と「保有者に損害を加える目的」の目的要件は、それぞれが保護法益の侵害・危殆化との関係を示している、と筆者は考えるところである。

### 3. 「得る目的」と「得させる目的」

加えて、不正競争防止法における目的要件の法文は、「不正の利益を得る目的」となっているが、これに「不正の利益を（第三者に）得させる目的」が包含されるかどうか問題となる。この点、背任罪は「自己若しくは第三者の利益を図り」としていることから、明文で第三者図利目的も入る。これに対し営業秘密侵害罪にはこれがない。この点、どう考えるべきであろうか。

結論からいえば、当該法文の解釈として、第三者利得目的も含まれると解される<sup>109</sup>。まずは、平成21年改正の立案段階<sup>110</sup>から立案趣旨の解説<sup>111</sup>まで、立法の前後で、第三者利得を含む趣旨であることがみとれる。したがって、第三者利得目的についても規制すべきとのコンセンサスは得られていたと考えられるのである。さらには、外国政府等を利する目的への規制が改正の趣旨の一つであるとすれば（前項2. 参照）、第三者利得目的が含まれないのは趣旨に合わないともいえ、この点からも第三者利得を包含すると解すべきである。加えて、平成21年改正前の「不正の競争の目的」については、「不正の競争」に向かう方向であれば、自己が利益を得る場合も第三者が利益を得る場合も包含されると解されるのに対し、当該改正によって、第三者の場合が含まれなくなるというのは、改正の趣旨からみて不合理であ

<sup>109</sup> この点、帖佐・前掲注98 131頁でも検討した。

<sup>110</sup> 立案段階においては、平成21年小委員会報告書・前掲注11 9頁で、「自己又は第三者の利益を得る目的」とある。

<sup>111</sup> 立案趣旨の解説として、経済産業省平成21年法逐条解説・前掲注28 176頁には、「自ら不正の利益を得る目的……のみならず、第三者に不正の利益を得させる目的……も含まれる」としている。

るということもある。

次に、法益保護の面からみていくと、行為者自身が利益を得る目的でも第三者利得目的でも公正な競争秩序の阻害という法益侵害を引き起こしうるという点ではかわりがない。よって、この点で、両者を区別する必要がないということも理由に挙げられよう。

したがって、当該法文の文理からはやや難があるものの、この不正利得目的の要件の判断にあたっては自己利得目的と第三者利得目的の両方を検討し、どちらか一つ（あるいは両方）があれば、要件が充足されるということになろう。

#### 4. 「利益」の意義

ここまで検討してきた中で、すでに一部述べてもいるが、「不正の利益を得る目的」の「利益」とは「経済的利益」に限られる<sup>112</sup>ということが妥当であると解される。

上記、第二、2. の保護法益についての項で述べたとおり、不正競争防止法は、経済的な勝者を公正に決定するための競争の秩序、すなわち、「成果の程度に応じた『経済的な』勝者の決定を歪曲しない秩序」を求めている。であるがゆえに、上述のとおり「不正の利益」の「不正」が「不正競争」等を意図していると解すれば、「不正の利益」とは「成果の程度に応じた『経済的な』勝者の決定を歪曲する形で得る（得させる）利益」、すなわち、「成果の程度に応じない経済的利益」ということになり、「不正の利益を得る目的」を要件としているのは、この「成果の程度に応じない経済的利益」を得ようとする行為を規制していると捉えられる。よって、ここでの「不正の利益」とは経済的利益に限られるのである。

そうすると、21条1項各号の「不正の利益を得る目的」とは、「成果の程度に応じない経済的利益」を行為者が得ようとする、あるいは、他人に得させようとする目的であり、このような目的を持って使用・開示等の行為を行うことが、競争秩序に反するとして許されないこととしていると考えることができる。

したがって、ここでの「利益」には名誉等の精神的なものは包含されないと解される。例えば、他者によって発明された技術上の情報で秘密管理されていたものを示されることによりこれを取得した場合に、経済的利益はまったく欲していないが、技術専門家としての名声が欲しくて、これを自らが発明したとして論文発表（学会発表）するような場合である。この場合は、「不正の利益を得る目的」ではないと解される。不正競争防止法はそのような非経済的な競争についてまで保護対象としているとは考えられないからである<sup>113</sup>。

ただし、経済的な利益を不正に得る目的がなくとも、不正開示により、営業秘密の財産的価値が低下すること（そして、その結果、保有者に損害が加わること）を認識・認容しているような場合は、愉快

<sup>112</sup> この点については、帖佐・前掲注98 131頁、および、帖佐隆「判批」（東京高判平30・3・20TKC・横浜地判平28・10・31TKC（最二決平30・12・3（前掲注1決定）の原判決及び一審判決））特許ニュース [上]=No. 14757（2018年）1頁、及び[下]=No. 14758（2018年）1頁のうち、[下]2頁以下でも検討した。

<sup>113</sup> 一方、経済的利益に限るとしていない裁判例がある。NHK事件（立花党首事件）地裁判決（東京地判令4・1・20裁判所ウェブページ（令和2年特（わ）第1001号））は、「NHK及び業務委託先の情報管理に問題がある旨批判することが可能となり」、NHKの問題を批判する「活動に資する」（非経済的利益を得る）目的のことを「不正の利益を得る目的」とする。だが、この説示は適切であるとはいえないと思われる。このような目的は、不正競争防止法が意図する競争秩序とは無関係の問題だからである。NHK事件（集金人事件（共犯者による同一事件））：東京地判令2・12・7LEX/DBインターネット（TKC）（令和2年特（わ）第1001号）も「共犯者によるNHKを攻撃する活動等に利用させ」る目的を「不正の利益を得る目的」としていると解され、同趣旨であると思われる。

なお、当該二つの判決の評釈として、帖佐隆「判批」久留米大学法学87号（2023年）17頁がある。

犯等と同様に「保有者に損害を加える目的」が認められうる。個人的保護法益についての法益侵害が発生するからである。したがって、上記のような非経済的利益を得ようとする行為について、加害目的が認められる場合はある。

そのように考えると、不正の利益の「利益」について経済的以外の利益が含まれるかどうかを論ずる実益を問われるかもしれない。しかし、そこには論ずる実益がある。「不正の利益を得る目的」がある場合は、原則として、2つの保護法益を両方とも侵害・危殆化することになるのに対し、「保有者に損害を加える目的」だと「営業秘密の財産的価値」（個人的法益）のみを侵害・危殆化することになり、可罰性の程度に差があると捉えられるからである。よって、当該営業秘密侵害罪の罪責を考えるうえで、この区別には意義があると筆者は考えるのである。

なお、営業秘密侵害罪の社会的法益である「公正な競争秩序の維持」を筆者が2つの保護法益のうちの主としていることと、筆者が「利益」を「財産的利益」（経済的利益）に限るとすることとの整合性が疑わしい旨を指摘する意見がある<sup>114</sup>。だが、この意見は、本稿で筆者が述べてきた「公正な競争秩序の維持」と「不正の利益を得る目的」の考え方を示していない時点のものであったため<sup>115</sup>、本稿で示した考え方を前提とすれば、筆者の考え方には整合性があることに理解が得られるのではなかろうか。

これに対して、第三、4. で述べた新経済産業省説<sup>116</sup>は、背任罪の大審院判例を引用しつつ、「利益」は経済的利益に限らない旨をいう。また、上述した玉井説<sup>117</sup>をとるならば、必然的に「利益」は経済的利益に限られないこととなろう。だが、第三で述べたとおり、これらの説は、結局、背任罪を援用するということが理由となるため、不正競争防止法の営業秘密侵害罪に即した理由はなく、説得的ではないといわざるをえない。

## 5. 「保有者に損害を加える目的」の意義

次に、「保有者に損害を加える目的」について筆者の考え方を述べる。この要件は前述の「不正の利益を得る目的」と「又は」の関係にあり、二者択一の関係にある。

### （1）基本的な考え方

上述したとおり、この「保有者に損害を加える目的」とは、「営業秘密の財産的価値」（個人的法益）という保護法益に対応していると考ええる。すなわち、営業秘密の使用や開示によって、当該営業秘密の財産的価値を毀損するがゆえに、「営業秘密の財産的価値」についての法益侵害につながる事となる。よって、「保有者に損害を加える目的」とは、「営業秘密の財産的価値」を毀損するという心理状態（動機、あるいは認識・認容）をもって行為を行うことであり、このことが処罰に値すると捉えられるところである<sup>118</sup>。

営業秘密侵害罪の客観的構成要件には、背任罪が「財産上の損害を加えた」ことを規定するのは異なり、「営業秘密の財産的価値の低下」は法文上に規定されていない。したがって、故意があっても、そ

<sup>114</sup> 一原・前掲注 53 343 頁-344 頁。

<sup>115</sup> 一原・前掲注 53 が引用するのは、筆者による高裁の評釈（帖佐 特許ニュース・前掲注 112）及び、帖佐・前掲注 20 論文である。

<sup>116</sup> 経済産業省平成 27 年法逐条解説・前掲注 21 220 頁-221 頁。第三、4. の項で述べたとおり、この部分については、現行法における主観的要件の立法趣旨でも立案趣旨でもない。すなわち、現在の経済産業省がとる解釈論（新経済産業省説）にすぎないのである。

<sup>117</sup> 玉井・前掲注 43 35 頁以下。

<sup>118</sup> ただし、行為時の心理状態について、動機を必要とするか、認識・認容で足りるかは、行為類型別に異なってくるため、その点の詳細については、後述する第五、の各論にて検討することとする。

の中に営業秘密の財産的価値の低下の認識や認容が含まれるわけではない。

これに対し、営業秘密侵害罪の「保有者に損害を加える目的」の要件は、営業秘密の財産的価値の低下という保護法益と対応するものであるから、この加害目的を充足するためには、最低限、財産的価値の低下が発生するという事実の認識・認容と関係がなければならぬように思われるところである。

この点、立案者による解説書<sup>119</sup>では、加害目的について、「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」とであると説明する。そして、その具体例として、「保有者に営業上の損害を加えるため又はその信用を失墜させるため、営業秘密をインターネット上の掲示板に書き込む行為等」を挙げる。この点について、どう考えるべきであろうか。

上記立案者解説がいう「財産上の損害」を「加える」ことや「営業上の損害を加える」とことは、営業秘密の使用・開示によって、対象となる「営業秘密の財産的価値」を毀損し、または低下させることと捉える。その毀損または低下という加害について、行為者に認識等が存在するのであれば、「損害」を「加える」目的があるとして処罰に値すると考えるのである。

これに対し、「信用の失墜」や「その他の有形無形の不当な損害を加える目的」については、対象となった営業秘密の財産的価値の低下にもとづく「信用の失墜」や「有形無形の不当な損害」である場合と、営業秘密の財産的価値の低下とは関係ないところでの、「信用の失墜」や「有形無形の不当な損害」の場合の二つのケースが想定される。筆者の考え方に基けば、営業秘密の財産的価値の低下にもとづく「信用の失墜」等でなければならぬと考えられる。

## （２）愉快犯、および、外国政府等を利する目的の場合について

加えて、平成 21 年改正の立案趣旨<sup>120</sup>においては、「愉快犯」、「外国政府等を利する目的」といった行為を可罰的とする旨が読み取れるところである。

まず、愉快犯とは、語義として、「世間を騒がせ、その反響を楽しむことを目的とする犯罪。また、その犯人。」<sup>121</sup>とされている。では、「愉快犯」とこの「保有者に損害を加える目的」の要件との関係はどのように考えればよいだろうか。

この点、立案趣旨に係る報告書は、（平成 21 年改正前の）「目的要件では、不正アクセスによって取得した営業秘密をインターネット上で一般公開することによって保有者に損害を与えようとする愉快犯等が営業秘密侵害罪の対象とはならないこととなる」<sup>122</sup>ことを問題視している。ここでの「愉快犯」とは、営業秘密の一般公開により、それにより起こる状況をなんらかの理由により楽しむ者を指すこととなろう。その者の楽しむポイントはいろいろあり、自らが他者の営業秘密を他人の意に反し公開している点を楽しんでいた、当該保有者が困っている点を楽しんでいた、あるいは、世の中の反応を楽しんでいた、あるいは、これらの場合などがある。だが、これらのいずれの場合においても、営業秘密性の認識があるにもかかわらず、営業秘密を広く社会に開示しているわけであり、また、その反応を楽しんでいるわけであるから、行為者は、当該営業秘密の財産的価値の毀損（低下）を認識しており、またそれを認容しているということがいえる。したがって、そのことをもって「保有者に損害を加える目的」の要件が充足されることができると考えることができる。

<sup>119</sup> 経済産業省平成 21 年法逐条解説・前掲注 28 177 頁。なお、その後出版された経済産業省平成 27 年法逐条解説・前掲注 21 220 頁でも同旨。

<sup>120</sup> 平成 21 年小委員会報告書・前掲注 11 9 頁、5 頁。

<sup>121</sup> 松村明=三省堂編修所編『大辞林』（第 4 版，2019 年，三省堂）2789 頁。

<sup>122</sup> 平成 21 年小委員会報告書・前掲注 11 9 頁。

平成21年の法改正前は、目的要件は、「不正の競争の目的」と規定されていた。この「競争」との文言が、ライバル関係にあるとする「狭義の」競争か、不正競争防止法が規制対象とする「広義の」競争かは解釈の余地があるかもしれない。しかしながら、いずれにしても、自らが事業者とならず、営業秘密の財産的価値を単に毀損させる行為は、そのことを認識していても、当時の要件では不可罰とせざるをえなかったわけである。それに対して、「保有者に損害を加える目的」が創設されたことで、この類型に対応できるようになったといえる。

次に、「外国政府等を利する目的」の場合であるが、「利益」の項で述べたとおり、経済的利益を外国政府に与える目的あるいは営業秘密の開示の対価等で行為者が報酬すなわち金銭等の利益を得る場合は「不正の利益を得る目的」にて可罰的であると考えることができる。一方で、自らへの報酬等もなく、また外国政府に対して軍事技術の提供等、非経済的利益のみを与えようとするような場合が問題となる。そのような場合は、態様にもよるが、保有者の秘密情報を他者へ開示することにより、当該営業秘密の財産的価値を低下させるということになるため、保有者に対して経済的な「損害」を加える目的があるとして可罰的であると考えられよう。

### （３）可罰的であると考えられる例

以上のことからすると、まず営業秘密の財産的価値を低下させて、損害を加えるためにインターネットの掲示板に書き込むなどの行為については、営業秘密の財産的価値の毀損という加害が動機となっており、当然に認識・認容もあるため、可罰的であるということになる。本要件が認められる典型例であるといえよう。

次に、営業秘密の財産的価値の低下を手段としない「信用の失墜」を動機として営業秘密を開示する場合や、また、特に加害の動機がなく、漫然と営業秘密を開示する場合などはどうであろうか。これらの場合、営業秘密の財産的価値の低下を通じた加害の動機はないが、対象が営業秘密であることの認識は通常はあるわけであるから、これらの者は営業秘密の財産的価値を理解していることとなり、結果、開示による営業秘密の財産的価値の毀損（低下）の認識・認容は通常はあることになるため、可罰的であるということになる。

### （４）不可罰であると考えられる例

これに対し、不可罰と考えられる事例は、営業秘密の使用・開示等を行った場合には、きわめて少ないと思われる。だが、「保有者に損害を加える目的」について、例外的に不可罰であると思われる事例が実際にあった。それは、NHK事件<sup>123</sup>である。同事件においては、該当する営業秘密の開示行為をもつてしても、客観的に、営業秘密の財産的価値の低下がないと考えられ、その結果、行為者も、営業秘密の財産的価値の毀損（低下）について、認識・認容のしようがない事例となっているからである。以下、簡単に内容をみていくこととする。

<sup>123</sup> NHK事件（立花党首（Y2）事件）地裁判決・前掲注113、NHK事件（集金人（Y1）事件（共犯者による同一事件））・前掲注113。両判決は同一の事件（番号）についてのものである。それぞれの被告人（Y2、Y1）は共犯であるとみてとれるが、両者は分離して公判が行われた。本文中の事件内容は両者を総合した形で説明している（両者の裁判長と陪席裁判官1名は同一人物であり、両判決の内容には整合性がある。また、それぞれの内容（事実認定）に矛盾はない）。いずれの被告人も執行猶予付の有罪判決であった。

同事件の両判決の評釈である、帖佐・前掲注113もまた参照されたい。

なお、同事件のうち立花党首事件では控訴、上告がされているが、いずれも棄却されている。

控訴審高裁判決について、東京高判令4・10・24裁判所ウェブサイト（令和4年（う）第276号）

上告審最高裁決定について、最三決令5・3・22LEX/DBインターネット（TKC）（令和4年（あ）第1523号）（実体的判断なし）（報道：毎日新聞2023年3月24日東京朝刊21頁、読売新聞2023年3月24日朝刊35頁）。

事実関係は次のとおりである。事務受託等を業とする株式会社Bの従業員としてNHK（日本放送協会）の受信料収納業務に従事していたY1（集金人）は、NHK（（本源的）保有者）が保有する営業秘密である受信契約者等情報を、NHKの集金の事務を受託し、当該営業秘密のライセンシーとして保有<sup>124</sup>していた株式会社B（こちらも保有者）から示されていた。Y1は、「E党」（NHKから国民を守る党<sup>125</sup>（N国党））の党首であるY2に対して、NHKから株式会社Bに貸与された業務用携帯端末に記録された受信契約者等情報50件を同携帯端末の画面に表示させて、Y2が、これをビデオカメラで撮影した。Y2はこのビデオカメラの撮影により当該営業秘密を取得した<sup>126</sup>後、NHKの放送センターの内外で、職員に対し、預かった受信契約者の個人情報を開示・拡散する旨の発言を公然と繰り返し、撮影した本件情報の動画をモザイク処理した上で、期限までに連絡がなければモザイクを外して公開する旨のタイトルを付してYouTubeに投稿する行為に及んだ。すなわち、Y2は、あたかも本件情報を「人質」として要求を容れるよう迫る言動に出たところである。

上記の行為に及んだときのY1の内心の状態として、判決は、NHKを困らせるなどの目的を認めており、これを「保有者に損害を加える目的」の根拠としたと解される。一方、Y2の内心の状態として、判決は、本件情報のような個人情報が外部に流出することで、NHKにとっての社会的な評価・信用が損なわれ、業務に様々な支障が生じるため、このような事態を引き起こす目的を、Y2にとっての「保有者に損害を加える目的」としている。よって、判決は、Y1もY2も目的要件を充足するとして有罪としている。

だが、これには疑問がある。それぞれの判決で認定されているY1、Y2の加害目的は、営業秘密の財産的価値の低下（毀損）とは関係がない。つまり、Y1、Y2の加害目的は、個人情報の外部流出を通じた社会的評価や信用の失墜である<sup>127</sup>のに対し、個人情報は営業秘密とイコールではないから<sup>128</sup>、営業秘密侵害罪における加害目的の趣旨である営業秘密の財産的価値の低下とはその意図が異なるはずである。よって、この事件におけるY1やY2にとって、営業秘密の財産的価値の低下が動機になっているとは思われないのである。

では、営業秘密の財産的価値の低下について、Y1、Y2の認識・認容はどうであろうか。同事件の対象情報は性質としては顧客リストであるため、顧客情報（個人情報）の集合体として何らかの有用性

<sup>124</sup> 保有者は本源的保有者もライセンシーも両方含むと解される（通商産業省知的財産政策室監修・前掲注8 63頁-64頁、および68頁-69頁の脚注(1)(2)（中村稔執筆部分）参照）。よって、ライセンシーたる株式会社Bも保有者であると解される。

<sup>125</sup> 実行行為時およびY1の判決時にはこの名称であったが、その後頻繁に党名変更を行っており、Y2の判決時には他の党名になっている。便宜上本稿では「E党」の表記で統一する。なお、Y2は最高裁決定前に党首でなくなっているが（前掲注123の2つの新聞記事参照）、行為時を基準として本稿では党首とする。

<sup>126</sup> 判決では、Y1とY2は共同して営業秘密の「領得」を行ったとしているが（二つの判決で法律判断は同一である）、筆者はこの構成には疑問がある。Y1はY2に対し、営業秘密を開示し、また、Y2は二次的取得者として営業秘密を取得したものと評価し、Y2はY1による営業秘密開示についての対向犯として、対象情報の開示についての営業秘密侵害罪の共犯と構成すべきである。

<sup>127</sup> 現に、Y2は、NHKに業務妨害をする際に、「個人情報保護法違反をします。」などと述べていることもある。

<sup>128</sup> 個人情報がある程度数集められ、集合体として顧客リストとなったときに、これによる業務効率の改善があるため、財産的価値ひいては有用性（不競法2条6項）が認められ、営業秘密たりうるのだと解される。そうすると、個人情報がある程度数集まった集合体たる顧客リストが集合体のまま開示（漏洩）されたような場合は、営業秘密の財産的価値の低下と個人情報の漏洩は両方同時に起きることとなる。その場合は財産的価値の低下の認識があれば可罰とすべきである。一方で、顧客リストがあるものの、その中で漏洩された個人情報が単体あるいは少数であった場合、顧客リストとしては財産的価値の低下が起きないような場合もある。この場合は、営業秘密侵害罪の保護法益とは関係がないのであるから不可罰であるといわざるをえない。



はあろう<sup>129</sup>。だが、この事件を考えるに、特殊な事情として、保有者がNHKであるということがある。NHKは受信機を設置すればすべての者が受信料を支払わなければならない、この対象情報の一部が公表されたとして、同様の態様で事業を行う他の事業者もない。NHKは放送法に基づく特殊な経営形態の法人であり、競業他者が参入することなどが無いからである。よって、たとえY1がモザイクなしで当該営業秘密をインターネット等へ書き込むなどし、これを漏洩・拡散（開示）等したとしても、当該営業秘密の財産的価値は低下しないと考えられるのである。仮に、この50人分の受信契約者等情報が外部者の手に渡った場合、その外部者は他の用途に当該リストを利用することにより何らかの利益を得られるかもしれない。だが、国民から受信料を徴収することによる同種の放送局は存在せず、また出現しないため、当該顧客リストについて、財産的価値の低下は起きないと考えられるのである。

このように考えると、Y1、Y2は、個人情報情報の漏洩は意識していたが、営業秘密の財産的価値の毀損あるいは低下については認識しておらず、また認識しようがない状態にあるのである。

よって、営業秘密侵害罪においては、この営業秘密の財産的価値の低下こそが、「保有者に損害を加える」ことなのであるから、当該NHK事件においては、その認識・認容がありえないため、「保有者に損害を加える目的」はないということになる<sup>130</sup>。

## 6. 公益目的について

もうひとつ、重要なテーマとして、公益目的での開示等の行為について述べたい。

さて、目的要件が現在の形になったのは平成21年改正の後であるが、この改正の後も引き続き、内部告発等の公益目的での開示等の行為は変わらずに不可罰とするのが法の趣旨であると解される<sup>131</sup>。この点、刑事規定としての営業秘密侵害罪は平成15年改正で導入されているが、「違法性を基礎付ける『目的』を規定する」（当時のこの目的要件により）「内部告発や取材報道等が処罰対象から排除されることが明確になるとともに、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」としており、この点については刑事罰導入時からの一貫した姿勢であると解される。そして同改正時には上記とあわせて報道の自由への配慮も含めて目的要件が規定された旨がいわれている<sup>132</sup>。よって、平成21年改正で目的要件の法文の文言が変更されても、報道目的は当該目的要件にて不可罰とされうるとする趣旨については変わらないと解される。

公益目的による営業秘密の開示等は、不正の追及等、社会正義の実現等を動機として行われる。営業秘密保護法制下でも真にこのような目的で開示行為等が行われるときは不可罰として、それらの行為を保障しなければならないことはいうまでもない。また、報道目的等の広く情報を公開する行為であつても不正の追及等をするなど必要な場面では不可罰とすべきであろう。

<sup>129</sup> 当該受信契約者等情報は、個々の受信契約者情報の集合体として、顧客リストとして存在することになり、集金にあたっての効率アップとなるため、なんらかの財産的価値はあるように思われる。したがって、営業秘密の要件の一つである有用性（2条6項）があるとはいえるように思われる。

<sup>130</sup> このNHK事件については、後の、第五、3.（4）③（注160～注162、特に注162）、及び、第七、2.（2）⑥、においても改めて述べる。

<sup>131</sup> 平成21年小委員会報告書・前掲注11 9頁。経済産業省平成21年法逐条解説・前掲注28 177頁。なお、この経済産業省平成21年法逐条解説では、労働組合内部の情報共有行為等についても掲げている。

<sup>132</sup> これら平成15年改正の記述については、経済産業省平成15年法逐条解説・前掲注22 146頁以下。（関連：玉井・前掲注43 52頁以下）。もっとも平成21年改正法の資料では、報道目的についての説明が見当たらなくなっている。ただし、平成21年改正法の趣旨に鑑みれば、平成15年改正における目的要件導入の際に考慮された報道目的を排除したとは考えにくく、引き続きこの目的要件で排除されうると対象であると考えられる。

もっとも、このような企業の不正に係る情報は、多くの場合、営業秘密の要件たる有用性（2条6項）がないとして不可罰となると思われる。しかしながら、企業が化学物質を海に垂れ流して公害を起こしている場合にその垂れ流しに係る物質が営業秘密たる非公知な物質である場合は、危険性を明らかにするためにその物質の内容を明らかにせざるをえなくなるだろう（開示行為。また実験や検証等のために使用行為を行わなければならない場合もあろう）。また、営業秘密が素材の仕入れ先リストであるような場合に、保有者と仕入れ先との間に違法な癒着がある場合などにも、この仕入れ先情報を明らかにせざるをえない（開示行為）。そうすると、これら公益目的の場合については、どのように考えればよいだろうか。

まず、専ら公益を追求する心理状態での行為においては「不正の利益を得る目的」はないこととなる。これまで述べた通り、自らの成果に比例しない経済的利益を得ようとするのが、「不正の利益を得る目的」であるのに対し、専ら公益追求を意図して開示等をする行為者には、そのような動機もなければ、認識もないことになるからである。

一方で、やや問題となるのは「保有者に損害を加える目的」である。専ら公益を追求する心理状態での行為においては、財産的価値の低下を引き起こす動機はないといえようが、その場合であっても、財産的価値の低下を認識・認容する場合はあるように思われる。

この公益目的について、目的要件（とりわけ加害目的）をいかに考えていくかについては行為類型によって変わりうるため、次の、第五、の各論のところで、行為類型ごとの目的要件の考え方を、公益目的も含めて、それぞれ示していくこととしたい。方向性としては、内部告発等の公益目的の場合については、不可罰とすべきであると筆者も考えており、この役割は目的要件が持つということですめていくことになる。

なお、上記では専ら公益を追求する場合を説明したが、内部告発等の動機と、不正の利益を得る動機、または、営業秘密の財産的価値毀損の動機（保有者に損害を加える動機）が併存する場合がある。このような場合には主従で考えることになるであろう。無論、内部告発等を理由としつつ、真の目的は別の違法なところにあるような場合は、可罰とされるべきであろう。ただ、この主従を考えていく際には、事実を十分に検討したうえで、内部告発者の萎縮につながらないように留意すべきであると筆者は考えるところである。この点の詳細についても、次の第五、において述べることにする。

## 第五、不正利得加害目的の解釈論（各論）

### 1. 各論について～はじめに

前章においては、不正利得加害目的の解釈論について、総論的な見地から、基本的な考え方を述べてきた。続いて、本章においては、その基本的な考え方を前提として、各論的な見地から、行為類型ごとに、不正利得加害目的の解釈論について述べていくこととしたい。

前提として、第四、2. で述べたとおり、「不正の利益を得る目的」や「保有者に損害を加える目的」は、それぞれが保護法益の侵害・危殆化との関係を示すという観点から解釈されることとなる。そして、第四、4. などで述べたとおり、「不正の利益を得る目的」の要件は、「公正な競争秩序の維持」という社会的法益に由来し、「成果の程度に応じない経済的利益を得る目的」と捉えられる。また、第四、5. などで述べたとおり、保有者に損害を加える目的とは、「営業秘密の財産的価値」という個人的法益に由来し、営業秘密の財産的価値の毀損・低下の目的を意味していると捉えられる。これらの考え方をもと

に、以下、行為類型ごとの不正利得加害目的の解釈論について考えていくこととする。

## 2. 21条2項1号における不正利得加害目的について

まず、正当知得類型であり、法益侵害に至っていない場合である、21条2項1号（旧（1項）3号）の営業秘密の「領得」行為の場合の、不正利得加害目的の解釈について述べる。

### （1）基本的な考え方

2項1号における不正利得加害目的については、「近い将来予定される使用または開示により、不正の利益を得る目的で、又はその（営業秘密）保有者に損害を加える目的で」と解釈されなければならない<sup>133</sup>。

このように、「近い将来予定される使用または開示により」との条件を付加した理由も、営業秘密侵害罪の保護法益との関係にある。

上述したとおり、「不正利得加害目的」のうち、「不正の利益を得る目的」は、保護法益のうち「公正な競争秩序の維持」（社会的法益）に対応し、この保護法益を侵害することとなる利益（成果に対応しない経済的利益）を得る（得させる）目的を指すと考えられる。また、「保有者に損害を加える目的」は、保護法益のうち「営業秘密の財産的価値」（個人的法益）に対応し、保有者がもつ「営業秘密の財産的価値」を毀損・低下させることにより損害を加える目的であると考えられる。

そして、2項1号から4号までの法文が規定する、営業秘密を「示された」場合の類型においては、その営業秘密を使用または開示する場合以外に法益侵害は起きないのである。両者の間に秘密保持契約等があり、その反面、不正取得はありえないからである。第二、3. でも述べたが、「示された者」が不正な使用や開示を行った場合に、使用や開示により収益を得ることが成果に比例しない利益を得ることになり、これこそが前者の社会的法益の侵害となる。また、後者の法益侵害たる財産的価値の低下も、この類型では使用もしくは開示のみにより起きる。そうであるならば、本号の「不正利得加害目的」は、使用又は開示に起因して不正の利益を得ること、あるいは、使用又は開示に起因して損害を加えることでなければならないのではないだろうか。そうすると、2項1号類型では、このような心理状態のもとで「領得」が行われることによりはじめて法益侵害への危険が発生し、だからこそ処罰（危険犯処罰）を基礎づけることができると考えられるところである。

逆にいえば、その後の使用や開示を前提としない「領得」行為があった場合、その内心の状態は、法益侵害とは関係がなく、また秘密保持義務の遵守も継続するであろう。それゆえに、法益の危殆化にもつながらないのである。よって、2項1号の主観的要件を充足しないと解すべきである。つまり、「領得」行為の少し先にある使用または開示がもたらす不正利得加害ではなく、「領得」行為自体がもたらす利得ないし加害を問題とするならば、それはもはや営業秘密侵害罪の保護法益とは関係がないものを処罰していることになり、何を処罰しているのか不明となってしまう。

例えば、営業秘密たる設計図が存在したとする。その設計図について、使用者たる保有者による自宅への持ち帰りの禁止という指示に反して、従業員が秘密保持（使用・開示は一切行わないとする管理）の措置はしっかりととりつつ、当該設計図の描画の美しさに惹かれて美術鑑賞の目的で自宅に持ち帰る場合を考える。このような美術鑑賞の目的<sup>134</sup>の場合について、筆者の考え方では、近い将来の使用又は開示による不正利得の目的も加害の目的もないので、当該目的要件は充足しないということになる。念の

<sup>133</sup> この点、帖佐・前掲注 20 69 頁以下でも述べた。

<sup>134</sup> これは経済的利益でもないと解され、その意味でも不可罰であると筆者は考える。

ためにいえば、このときは、使用行為も開示行為もないため、法益侵害である「公正な競争秩序」（社会的法益）の阻害も、「営業秘密の財産的価値」（個人的法益）の毀損も、ともにまったく起きていない（上記第二、3. 参照）。21条2項1号については、法益侵害はなく危険犯処罰であるというのはすでに述べたとおりであるが、行為者が使用の意思も開示の意思もない場合、法益侵害の危険についても存在しない。

これに対して、保有者の意に反して営業秘密を含んだ媒体を保有者の管理施設外（例えば自宅）におくこと自体が、管理施設内にあるより危険であり、そのことで危険が高まるのが通常であるから、加害目的が存在しうる（ひいては犯罪として成立しうるということであろう）旨の意見がある<sup>135</sup>。

しかしながら、営業秘密については保有者の認める秘密管理の方法に幅があり、営業秘密の化体した媒体を一切社外に持ち出してはいけないという管理方法もあるだろうが、勤務規則、契約による秘密保持義務（秘密情報について使用や開示を行わない義務）<sup>136</sup>により、秘密を流用する形で使用したり外部の他者へ開示したりしなければ足りる、とする管理方法もある。また在宅勤務やリモートワークといった就業形態も存在し、自宅等保有者の管理施設外で営業秘密を扱わせる事例も多く想定されるところである。そのような実情に鑑みれば、単に営業秘密が保有者の管理施設外にある、というだけでは、処罰に値するような危険はないと筆者は考えるのである。

もっとも、保有者の意に反して営業秘密を含んだ媒体を保有者の管理施設外に置いた状態が、通常の在宅勤務やリモートワークと異なる点として、そこには、営業秘密の「領得」（いうならば媒体の「持ち出し」や「複製」）に関する任務違背に当たるという点がある。しかしながら、「領得」についての任務違背があったといっても、営業秘密には秘密保持義務という歯止めが別途存在する。したがって、この秘密保持義務を遵守する意思があるかぎり、処罰に値する法益侵害の危険はないといえないだろうか。すなわち、秘密保持義務を遵守する意思があるということは、使用や開示を行う意思がまったくないのであるから、「領得」についての任務違背があっても、この場合の危険度は、最初から保有者の管理施設外に置くことを認める管理方法の場合<sup>137</sup>と実質的にかわりがないのではないだろうか。

つまり、次のように考える。たしかに、保有者の管理施設外に置くという状態は、持ち出さない場合に比べて、危険は増すであろう。だが、持ち出しを容認する管理方法もあることを考えれば、それだけでは処罰に値する危険ではない。これに対し、処罰に値する危険となるのは、主観面としての使用・開示による不正利得加害目的が加わるからであると考えるのである<sup>138</sup>。

<sup>135</sup> 例えば、玉井・前掲注43 47頁。なお、同頁全体を見れば、玉井教授は、保有者が認めない状態だけでなく、保有者による明文の禁止がなくても、任務違背があると考えているようである。

<sup>136</sup> 秘密保持義務の意義については、前掲注24参照。秘密保持義務と述べる場合、秘密情報について使用や開示を行わない義務を指す場合と、いわゆる秘密保持契約中に記載されるような、これに付随する行為を含む諸々の義務を指す場合とがあるようであるが、本稿では前者を指すこととしている。

<sup>137</sup> なお、最二決平30・12・3・前掲注1に係る事案においては、被告人（対象者）に貸与されている会社（保有者）所有のパソコンは自宅への持ち帰りが認められていたが、そのデータを私物の記録装置に複製することが禁じられていた。したがって、被告人は会社パソコンを自宅に持ち帰っているが、それ自体は「領得」に問われておらず、私物に複製したところで「領得」が認定されている。これに対して、貸与パソコンを自宅に持ち帰ること自体を禁止する管理方法もあるであろうが、この場合は持ち帰りの行為をもって「領得」となるはずである。しかしながら、使用または開示の意思がなければ、持ち帰り自体については前者も後者も危険度はかわらないと筆者は考えるのである。

これは複製についても同様であり、仮に複製を禁じていなくても、逆に、本事件における認定事実のように複製を禁じていても、複製内容について使用または開示の意思がなければ、秘密保持義務を遵守すべく、その複製物をしっかり管理し、秘密を守ろうとするはずである。よって、これら双方の場合における法益侵害への危険度はかわらないはずである。

<sup>138</sup> この点、筆者は、近い将来に不正利得加害目的での使用又は開示を行う意思を持ち、不正利得加害目的で秘密保持義務を遵守する意思がなくなった状態で営業秘密の「領得」を行うことが危険であり、単に自宅等に営業秘密に係る媒体が

むろん、保有者が示す管理方法に違背することは、対象者の勤務先企業における秩序の面では不適切な行為である。したがって、勤務規則違反としての懲戒処分の対象にはなりうると思う。だが、上記のように、企業によってさまざまな管理体制があり、管理施設外に対象情報（に係る物）があることを保有者が認める場合もあるのであるから、使用・開示の意思がないかぎり、管理施設外におくという行為だけでは、刑事罰に値する危険があるとはいえないのではないだろうか。

よって、処罰の必要性のある危険という観点からは、近い将来の使用や開示の意思が発現した（すなわち秘密保持義務違反の意思が生じている）状態で、その使用や開示による不正利得加害の目的が認められる状況で、営業秘密を保有者の管理施設外に置いたり私物への複製を行ったりすることで（「領得」）、はじめて法益侵害の危険性が処罰に値するほどに高まる、と筆者は考えるのである。

逆にいえば、大量の営業秘密に係るデータを何らかの媒体に複製して、自宅に持ち帰るなどしても、使用や開示の意思がまったくなかったような場合<sup>139</sup>には、その行為は法益侵害の危険を招いてはいない。すなわち、こういった行為では、経済的利益を得る意思もなかったわけであるから競争秩序を害する危険はないし、また、営業秘密の価値を低下させる危険はないのである。この問題を考えるうえでは、彼が「示された」者であることに留意すべきである。彼は秘密を守る義務があるからこそ示されているわけであろう。よって、当該行為者が当該営業秘密を使用・開示しないという義務をその先も遵守する意思さえあれば、保護法益を害するおそれ（危険）はないのである。

したがって、2項1号では、近い将来の使用・開示による不正利得加害の目的で、使用・開示を可能とする形で（保有者の意に反して）情報を支配下に置く意思の発現行為（＝（情報の）「領得」）を問う<sup>140</sup>ということになる。

なお、ここで、「近い将来」とは、内心において使用・開示の予定がある程度具体化していることを指す。したがって、漠然とした将来に「使用・開示するかもしれない」といった心理状態では、ここでいう「近い将来」には該当しない。もっとも、この「近い」という時期は、幅をもった概念であり、実際の使用・開示までかなりの時間があっても、使用・開示の予定に、ある程度の具体性があれば、「近い将来」と考えうることとなる。その意味では、ここでいう「近い将来」とは、物理的な経過時間というよりは、使用・開示へ向かう具体性がある程度以上あるかどうかにより判断するということになる。

「近い将来」という限定を付す理由として、「営業秘密」の多くは年月とともに陳腐化してしまうことがある。例えば、革新的な技術であっても、年月が経過すれば、過去の技術になってしまうことが多いし、非公知性がなくなってしまう場合もあるだろう。また、顧客リスト等についても、長い期間が経過した後は、客層の変化により、使えないものになっていることもありうる。したがって、漠然とした「遠い」将来への意識が行為者にあったとしても、現実にはその「遠い」将来が来たときに、当該営業秘密に財産的価値があるままなのか、また、当該営業秘密の使用・開示が、利得ないし加害の観点から意義あ

---

あるにすぎない状態は危険とは評価できない旨を述べた（帖佐・前掲注20 70頁-71頁）。

これに対して、上嶋一高教授は、ここでの危険について、使用や開示での法益侵害の危険性がない、あるいは、取得や領得で客観的に法益侵害の危険が存在するが、主観的に使用・開示の意思がないことによって法益侵害の危険性が小さいと説明できる旨をいう（上嶋・前掲注66 330頁）。

<sup>139</sup> もっとも、使用又は開示の意思や不正利得加害目的については内心の状態であり、外部からの客観的な証明が難しい。このため、「大量のデータを複製して、自宅に持ち帰る」ことが、事実認定において、そういった使用又は開示の意思や目的要件充足の根拠（の1つ）とされる可能性はある。

<sup>140</sup> 有体物の「領得」に関する利用・処分にあたるのが、情報の使用・開示であると考えられる。よって、このような考え方になるといえる。もっとも、2項1号では、同号イ、ロ、ハの形で対象情報が媒体に格納され、その媒体を支配する形で対象情報を支配下におくことが必要となる。

るものになるかどうかはわからないといえる。そうすると、後の時点になって、使用・開示による法益侵害が具体化しない可能性も高いといえる。よって、その「遠い」将来の漠然とした使用・開示という具体性のないイメージのみがあるような状態では、使用・開示による不正利得加害の危険がないと考えるのである。

上記のように解した場合、2項1号の営業秘密の「領得」の際に「近い将来」の使用・開示の意思がなければ不正利得加害目的はないことになり、2項1号の罪は成立しない。だが、「領得」が行われた後に使用・開示がされる場合、その使用・開示に不正利得加害目的がありさえすれば、2項2号の適用が可能である。したがって、そこで捕捉すれば、処罰の間隙は一応ないと考えることができるのではなかろうか。

以上のことからして、2項1号にいう「不正利得加害目的」の解釈としては、近い将来の使用または開示を前提とした、その使用・開示による不正利得加害目的でなければならない。そして、そのような近い将来の使用または開示による「不正利得加害目的」をもった「領得」行為だけが危険であると考え、2項1号の犯罪構成要件に該当すると考えるべきである。

## (2) 2項1号の具体的な考え方～動機

以下、さらに、筆者の考え方について、掘り下げていくこととする。

筆者の結論として、2項1号の不正利得加害目的は、近い将来の使用または開示により、不正の利益を得る又は保有者に損害を加えることの動機であると解する。

2項1号の場合、上述のとおり、まずは近い将来に使用または開示をするという意思が必要となる。そして、この意思、言い換えれば、このときの心理状態は、単なる認識にとどまらず、近い将来の使用または開示が、明らかに「領得」の動機となっており、行為者による実際の「領得」は、その意思に基づいて行われているという状況が必要である。その理由としては、法益侵害は使用・開示によってもたらされるのであるから、その使用・開示へと向かう意思がなければ、保護法益に対して処罰に値する危険は発生しないと考えられるからである。なお、現実問題としても、近い将来の使用又は開示の「認識」のみがありつつ営業秘密の「領得」を行うという場面は想定しえないと思われる。

加えて、その近い将来の使用または開示により、不正の利益を得る、又は保有者に損害を加えるという目的もまたあわせて必要である。ここでの「不正利得加害」は「近い将来の使用または開示」によってもたらされる利得や加害となる。そうすると、「不正利得加害目的」についても、「近い将来の使用または開示」の動機と一体化し、結局は、不正利得又は加害の動機ということになるのではあるまいか。すなわち、「領得」に「近い将来の使用または開示」の動機を必要とする以上、その使用または開示によってもたらされる「不正利得加害」もまた「領得」の動機となっていると考えられるのである<sup>141</sup>。

そう考えるならば、2項1号における「不正利得加害目的」は、「近い将来の使用または開示」とあわせて動機を構成するということになる。

以上の解釈論における事実認定としては、行為時あるいはその前後の状況をしっかり観察し、まず、行為者に、近い将来の使用・開示の動機があるかどうかをしっかりと見る必要がある。そしてその次に、それによって何を実現しようとしているかを把握し、近い将来の使用又は開示による不正利得加害の動機という主観的要件が充足されているかどうかを見る、というのが作業内容となる。

<sup>141</sup> 結果、近い将来の使用・開示による不正利得加害の「動機」によって「領得」を行うことに帰着してしまうのではないかと筆者は考えるところである。

次に、「領得」への「動機」が複数ある（併存する）場合を考える。例えば、上記（１）における事例で示したような、営業秘密たる設計図があり、これの（美術）鑑賞目的（（美術）鑑賞を動機としているといえよう）で領得する場合と、「近い将来の使用または開示」による「不正利得加害」の動機が併存している場合などである。

このような場合は、主従は関係なく、動機のうち１つが、「近い将来の使用または開示」による「不正利得加害」の動機であれば、処罰すべきであると考ええる。使用や開示の意思がまったくなかったような場合は、上述のように危険を高めてはいないが、不正利得加害目的の使用や開示の意思がたとえ２番目以降の理由であってもそれが明確に存在する場合は、やはり危険が生じていると考えられるからである。だが、公益目的の使用・開示を動機とした「領得」と、不正利得加害目的の使用・開示を動機とした「領得」が併存している場合は、主従で考えるべきであると解される。この点の詳細については後の公益目的の項で説明する。

動機の併存がある場合、背任罪における積極的動機説では、その主従によって可罰か否かを考えることがいわれている。したがって、筆者による２項１号該当性の判断においては、背任罪の積極的動機説の考え方と同じ点もあるが、異なる点もあるといえる。同じ点は、主従で考えるべきところがあるところ（公益目的と不正利得加害目的の併存）であり、異なる点は、公益目的以外の使用・開示を伴わない動機と使用・開示による不正利得加害の動機が併存する場合とでは、双方の主従は考慮せず、後者がありさえすれば足りるところである。

だが、（使用または開示による）不正利得加害の動機によって、営業秘密の「領得」を行うことが要件となることから、２項１号では、消極的な動機ではないという意味で積極的な動機が必要である<sup>142</sup>ということになろう。よって、筆者による２項１号の解釈について、この意味では積極的動機説といえる（修正された積極的動機説とでもいうべきであろうか）。

なお、横領罪との対比で考えるならば、横領罪の不法領得の意思において、最高裁判例には、「右支出が専ら本人たる組合自身のためになされたものと認められる場合には、被告人は不法領得の意思を欠くものであつて、業務上横領罪を構成しないと解するのが相当である」との説示をしたものがある<sup>143</sup>。

これに関連し、当該最高裁判例における「専ら」に由来すると解されるが、平成１７年の東京高裁判決は、「被告人が本件で業務上横領罪に問擬されないためには、上述したところから明らかなとおり、被告人が簿外金を出しようとした意図が、主としてＰ２〔本人〕の利益を図ることにあったというだけでは不足、専らＰ２の利益を図ることにあったとまでいえなければならぬと考えられる」としており<sup>144</sup>、不法領得の意思を否定するには、「本人のため」が主たる動機というだけでは足りず、唯一の目的でなければならぬ旨を説示している<sup>145</sup>。この考え方は、横領罪において、本人のためとそれ以外の目

<sup>142</sup> 筆者による２項１号の解釈では、（使用または開示による）不正利得加害の動機が、少なくとも動機の１つとして必要ということになり、目的要件を動機と解するということで、動機説とは言えるであろう。ただ、筆者は消極的動機（保有者のためにするという動機ではない）で足りるとするわけではなく、積極的な動機が少なくとも１つは必要であると考えるのである。この点、背任罪において、当初動機説と呼ばれていた内容が、消極的動機説の出現後に積極的動機説と呼ばれるようになった（田中利幸「背任罪における図利加害目的の意義」西田典之・山口厚・佐伯仁志編『刑法の争点』（2007年、有斐閣）208頁〔208頁〕）とされることからすれば、消極的動機説ではないという意味で積極的動機説と呼べるのではないだろうか。

<sup>143</sup> 最二判昭28・12・25刑集7巻13号2721頁（昭和26年（あ）第5052号）。

<sup>144</sup> 東京高判平17・6・7LEXB28135235（平成16年（う）第890号）。

<sup>145</sup> 十河太郎「本人のためにする意思と委託物横領罪」研修892号（令和4年10月号）（2022年）3頁〔16頁〕（同項脚注33）はこのことを指摘する。

的が併存し、少しでも本人のため以外の目的がある場合には、不法領得の意思ありとして可罰的である旨を示しているように思われる<sup>146</sup>。横領罪におけるこの考え方は、上述した2項1号における、使用・開示を伴わない動機と、使用・開示による不正利得加害の動機が併存するような場合は、後者が少しでもありさえすれば可罰的であるとする考え方に通じるといえよう。

### （３）適用例など

まず、近い将来の使用や開示による不正利得目的についての2項1号の典型例としては、転職先企業に経済的利益を得させようとするべく、あるいは、転職先で高い経済的地位（ポスト、昇給等）を得ようとするべく、示された営業秘密を転職先で使用・開示するために、営業秘密を「領得」する行為がある。そのほかに、示された営業秘密を第三者に対して開示する見返りに報酬を受け取るべく、営業秘密を「領得」する行為が挙げられよう。この報酬は、前に述べた「成果に比例しない利益」に当たり、これを得ることは「不正の利益を得る」こととなる（これを得るような行為が競争秩序に反する行為となるのである）からである。

また、愉快犯など、営業秘密を拡散（開示）するために「領得」するような場合は、近い将来の開示により、営業秘密の財産的価値の低下を通じた保有者に損害を加える目的での営業秘密の「領得」となり、典型的に可罰的な例となる。一方、営業秘密を拡散（開示）し、信用を失墜させる等の加害を加える動機で営業秘密を「領得」するような場合は、営業秘密の財産的価値の低下を通じた「信用の失墜」であることが必要であると考えられる。

以上のように、行為者において、「領得」に関して使用・開示が動機となっている場合に、動機になっている主観的事項を認定し、それが不正の利益を得ること、あるいは財産的価値の低下に基づく保有者への加害になっていれば2項1号に該当するということになる。

これに対して、行為者が営業秘密の「領得」を行った場合であっても、その「領得」の背景に、使用または開示の意思（動機）がない場合などは、不可罰となる。よって、近い将来に使用や開示の意思がないのであれば、退職の記念の目的や思い出のためといった目的であっても不可罰である<sup>147</sup>。

次に、勉強のための持ち帰り等についてはどうであろうか。まず、勉強そのものについては「使用」<sup>148</sup>にも「開示」にも該当しない。勉強とは、書類等の媒体に記載等されていることを人間自らの脳に吸収させることだからである。そのうえで考えると、本号は「示された」類型であり、営業秘密の保有者からは、職務に必要なからこそ、アクセスを許可されているわけである。ただ持ち帰りが禁止されている場合には、そこに任務違背があることになるが、この場合は近い将来の正当使用のための「領得」となる。よって、そこに不正利得目的はなく、また、加害目的も当然ないので、通常は不可罰である。

しかしながら、退職直前の勉強については、そのための持ち帰り等（「領得」）の行為は別論になると

<sup>146</sup> 一方で、後藤真理子「調査官解説」（最二決平13・11・5刑集55巻6号546頁）『最高裁判所判例解説刑事篇（平成13年度）』（平成16年（2004年）、法曹会）169頁〔176頁-177頁〕は、本人のためか否かについて主従で判断する考え方を支持しつつ、本人のためであることが主要な部分であることが必要である旨を説き、上記と考えを異にする。

<sup>147</sup> 加えて、これらの場合は、「利益」が経済的利益でないという点からも不可罰となる。そのように考えるならば、使用・開示を前提としない営業秘密の「領得」行為自体によって「経済的利益」を得る目的がある場合というのは観念しにくいかもしれない。

<sup>148</sup> 営業秘密の「使用」とは、立案担当者によれば、『「営業秘密の本来の使用目的に沿って行われ、当該営業秘密に基づいて行われる行為として具体的に特定できる」行為を意味する』とされる。したがって、勉強をするだけでは「使用」には該当しない。ただ、「研究開発・事業活動等の実施のために営業秘密を参考とする行為」が例として挙げられている点が「勉強」との関係で気になるところだが、その後の記述を読むと、営業秘密を参考とすることにより研究開発・事業活動等の実施をすることを「使用」と捉えており、具体的な事業活動等を行ってはいじめて「使用」が成立すると解される（以上、通商産業省知的財産政策室監修・前掲注8 75頁（熊谷健一執筆部分））。



考えられる。一般に、営業秘密の「領得」について、近い将来に転職の予定があり、転職先企業における職務において営業秘密を使用することが動機になっている場合、2項1号に該当することとなる。その転職先企業における職務は、転職先企業に（経済的）利益を与えるために行うわけであるから、営業秘密の使用により転職先（第三者）に不正な経済的利益を得させるという動機があることになるからである。また、この場合の転職先での使用は、行為者が転職先での職務上の好評価（それは昇給等で経済的利益につながる）を受けることが動機となっていることがほとんどであろうから<sup>149</sup>、このことは行為者が不正な経済的利益を得ることの動機となっているため、その意味でも2項1号に該当しよう<sup>150</sup>。この場合は、近い将来の使用等によって、不正な経済的利益を行為者が得ることの意思（動機）があることになるからである。このことからすると、退職直前に、退職後のための勉強を行うために、任務違背による持ち帰り等を行う場合は可罰たりうる。退職直前の退職後のための勉強となると、この行為は、近い将来の使用（開示）により退職後の使用者に利益を得させ、あるいは自ら利益を得るために行っていることになる。その勉強の行為を禁止する根拠はないが、当該持ち帰り行為等は、近い将来の使用（開示）による不正利得をすることを動機として、「領得」をしていることとなりうるからである。

#### （４）内部告発目的や報道目的などの公益目的の場合について

次に、2項1号における内部告発目的や報道目的などの公益目的の場合の取扱いについて考えたい。

公益目的の場合は、対象となる営業秘密について近い将来の使用・開示を動機としていることになろう。だが、行為者には、通常、不正の利益を得る動機はない。また保有者に損害を加える動機もないといえる。よって、いずれの動機もないとして不可罰であるといえる。

この点、保有者の不正を告発する場合や、報道機関による報道目的の場合には、これにより保有者の立場を悪くするため、この意味で保有者に対する加害があるという批判があるかもしれない。

しかしながら、上記、第四、5. で述べたとおり、保有者に損害を加える目的とは、営業秘密の財産的価値の低下による加害と対応するのであるから、公益目的での使用または開示のための「領得」の場面では、あくまで公益に資することが動機であり、財産的価値を低下させることによる加害の動機はない。したがって、このことから「保有者に損害を加える目的」はないことになる。

一方で、動機はあくまで公益でありながらも、近い将来における営業秘密の公益目的での開示等を行うことにより、公益目的が成就した場合にあわせて営業秘密の財産的価値が低下するであろうことを行為者は認識するかもしれない。しかしながら、この場合は、その営業秘密の財産的価値の低下は動機となっていないのだから、「保有者に損害を加える目的」ではないと捉える。すなわち、2項1号の場合は、近い将来の開示等の結果に対して、それが財産的価値の低下を通じて加害となるとする認識が仮にあっても、それが動機とはなっていないがゆえに不可罰と考えるのである。

<sup>149</sup> このように書くと、その「動機」について強いものでなければならぬように思われるかもしれないが、「動機」でありさえすれば、処罰の対象として問題はないように思われる。

最二決平 30・12・3 決定・前掲注 1 判例における弁護側の所論は、「法 2 1 条 1 項 3 号にいう『不正の利益を得る目的』があるというためには、正当な目的・事情がないことに加え、当罰性の高い目的が認定されなければならない、情報を転職先等で直接的又は間接的に参考にするなどという曖昧な目的はこれに当たらない」と主張しているが、転職先等で直接的又は間接的に参考にすることが明確に動機となっていれば、自分に経済的利益を与える方向であるし、次の使用者（第三者）に経済的利益を与えることになるのであるから、不正利得（加害）目的は否定されないと解される。

<sup>150</sup> なお、第二、3. で、事業に営業秘密の不正使用を行うことにより収益を得ることについて公正な競争秩序を害する旨を述べたが、従業者が使用者の事業の一部を遂行する際に営業秘密を不正に使用し、使用者からその評価としての経済的利益を得ようとする行為も、間に使用者が介在しているが、成果に比例しない経済的利益を得るという構造は同じであるため、同様に「不正な利益を得る目的」に該当するといえよう。

最後に、公益を図る動機と不正利得加害の動機とが併存する場合がある。例えば、告発目的で新聞記事にする動機と、その新聞記事にて営業秘密を開示することで世間の耳目を集めて新聞の売り上げを伸ばそうとする動機が併存するような場合などがある。

このような場合は、動機の主従によって判断することが妥当であると解されるところである。その理由は以下の通りである。公益目的の場合に、その営業秘密の開示等を認めるべきことは、立法にあたって強く要請されてきたことであり、この公益目的の開示等は強く保障する必要がある。にもかかわらず、僅少な公益以外の動機の併存を理由に罪に問われるとなれば、公益通報等を行うことへの強い萎縮効果が働く。その一方で、不正利得加害の動機が支配的になっている場合にまで保護をする必要もない。

なお、保有者のためにする動機と不正利得加害の動機が併存する場合もあろう。このような場合、動機の主従の主が真に保有者のためであるならば同様に不可罰でよいと考える。しかし、事実認定において実際には、不正利得加害が主とされる場合が多くなると考えられる。

#### (5) 小括

以上述べたとおり、2項1号における不正利得加害目的は、近い将来の使用・開示による不正利得加害目的を意味すると考える。そして、その使用・開示による不正利得加害目的は営業秘密の「領得」の動機と考えることになる。一方、公益目的による開示等のための営業秘密の「領得」については、開示等に公益を図るという動機があり、不正利得加害の動機がないがゆえに不可罰と考えるところである。さらには、公益の動機と不正利得加害の動機が併存する場合は、これらの主従で可罰か不可罰かを決定すべきであると解される。

### 3. 2項2号から2項4号までにおける不正利得加害目的について

次に、2項2号から2項4号まで（旧（1項）4号から6号まで）における不正利得加害目的について考えていくこととする。

#### (1) 基本的な考え方

2項2号から2項4号までについては、合法的に示された営業秘密を不正利得加害目的で自らが使用または開示する行為<sup>151</sup>がこれらに該当し、これらは民事における同法2条1項7号の規定の範囲に含まれると解される。ただし、21条2項2号から4号まででは、任務違背（秘密保持義務の違反）が明文化されたうえで、さらに限定が加わっており、2項2号は、2項1号イ、ロ、ハの方法による営業秘密を「領得」したうえで使用・開示に及ぶもの（結果、営業秘密の化体した媒体の存在が必須となる）、2項3号は2項2号に該当しないが現職の従業者等によるもの、2項4号は2項2号、2項3号には該当しないが在職中の請託・申込みを伴う退職従業者等によるものが、対象行為となっている。

このような2項2号から2項4号までの類型については、一部構成要件に相違があるも、正当知得類型でありながら、任務に違背して使用又は開示をするという点で共通する<sup>152</sup>。よって、目的要件につい

<sup>151</sup> 民事規定として定められた2条1項7号は、任務違背の明文の要件がない点で、刑事規定の21条2項2号（旧1項4号）から2項4号（旧1項6号）までとは異なる。この点、2条1項7号は、刑事規定における任務違背に相当する要件を不正利得加害目的の要件で読み込むのだと解される。そのため、同号の不正利得加害目的と本稿がいう刑事規定の不正利得加害目的では一部相違も生まれてくるようにも思われる。ただ、この点の詳細については別稿に譲ることとしたい。

<sup>152</sup> 2項4号の法文は、「…その在職中に、その営業秘密の管理に係る任務に背いて…開示の申込みをし、又は…請託を受けて…その職を退いた後に使用し、又は開示したもの…」とある。この点、法文は退職者処罰の形をとっているが、任務違背については在職中についてのものを規定している。これについて、経済産業省平成21年法逐条解説・前掲注28 186頁は、「元役員及び元従業者については…営業秘密を保持する義務の有無は一義的に明確でない」「在職中…申込みや…請

てはこれら3つの規定では同じ考え方<sup>153</sup>ができると解され、これを前提に稿を進める。

後述するように、一部例外となる場合もあるが、結論からいえば、2項2号から2項4号までにおける不正利得加害目的の解釈としては、当該使用・開示行為によって、不正の利益を得ること、または、(財産的価値の低下により)保有者に損害を加えることの認識・認容で足り、動機までは必要がないと筆者は考えるところである。その理由について、以下に述べることとする。

まず、これらの行為については、営業秘密の使用・開示を伴う点で、基本的に法益侵害の結果を生み出しているという点が2項1号と異なるが、一方で、背任罪の法文の構造との対比を考えると、こちらにも相違があるといえる。すなわち、2項2号から2項4号までは客観的行為態様である使用又は開示のみが要件となっており、結果犯として「本人に財産上の損害を加えたとき」として規定される背任罪とは構造が異なる。このとき、2項2号から2項4号までについて、要求される故意は、使用又は開示についての認識・認容であって、損害を加えたことの認識・認容ではない。したがって、背任罪のように故意(財産上の損害要件の認識)と目的要件(本人加害目的)が重複するという問題が生じることはない。よって、使用又は開示の認識・認容とは別に、不正利得または加害があることの認識・認容を要件と考えることには意義があるように思われ、なおかつ、この後者が別途必要であるように思われるのである。

そして、上記、第二、3.において述べたとおり、営業秘密の使用行為や開示行為は、保有者の営業秘密の「財産的価値」を毀損する。したがって、故意の営業秘密の使用行為や開示行為がある場合には、その行為者は、ほとんどの場合に、営業秘密の財産的価値の低下を認識・認容しているであろうから、原則として、この「保有者に損害を加える目的」に該当することとなろう。ゆえに、直接の動機が他の理由であっても、財産的価値の低下を認識・認容していれば可罰的であることとなる。

逆にいえば、営業秘密の使用行為や開示行為があっても、営業秘密の財産的価値の低下を認識・認容していない特段の事情が存在する場合などは、「保有者に損害を加える目的」には該当しないということがいえよう。

## (2) 問題となる行為

### ①私的領域内での非営利の使用行為

上述のとおり、使用又は開示の行為は、法益侵害、すなわち不正利得または加害につながるものがほとんどなのであるが、例外的に、法益侵害を生み出さない使用<sup>154</sup>というものはあるように思われる。それは私的領域内での非営利での使用である。例えば、コンピューター・プログラムが営業秘密である場合に、自宅パソコンで、他人に知られないようにしつつ、個人的興味から、そのプログラムを実行させて

---

託の受諾等の準備行為がなされた…在職中の段階で追っている守秘義務に違反しているといえ」としている。よって、2項4号は退職者処罰といいつつ、在職中の秘密保持義務違反を捉えた法文であると解される。よって、在職中に任務違背があれば、退職後に秘密保持義務がない場合も本号に該当すると解される。したがって、2項4号では、任務違背の時期が使用・開示時ではない点で、同項2号、3号とは若干異なる。だが、不正利得加害目的を考えるうえでは、共通の考え方ができると解される。

<sup>153</sup> ただし、2項4号については、在職中に開示の申込みをし、又は、使用若しくは開示の請託を受けて、退職後に使用又は開示をすることが犯罪構成要件となること、不正利得加害目的はこれらの双方に係るものとされている(経済産業省平成21年法逐条解説・前掲注28 188頁)。したがって、不正利得加害目的の対象となる行為の範囲が拡大されるが、認識・認容が求められるという基本的な考え方は同じであると思われる。

<sup>154</sup> 一方、開示については、知得者を増加させることが法益侵害につながるため、法益侵害の結果を生み出さない開示というのは考えにくい。だが、その場合に、開示についての認識・認容と、不正利得加害があることの認識・認容の両方を要求しても主観的要件の重複とはならないと思われる。ただ、対象者は保有者に対して秘密保持義務を負っているのだから、開示を行えば、保有者に対して、原則として、(少なくとも)加害目的が生じると考えられるところである。

みる場合などがある。このような場合、これに関する一切の知見などを引き続き守秘すれば、事業として（広義の）競争関係に立つこともないし、営業秘密の財産的価値の低下もないから、形式的に営業秘密を使用していることにはなるけれども、いずれの保護法益も侵害していないといえる。したがって不可罰であるといえないだろうか<sup>155</sup>。

ただし、上記のような使用も、近い将来に転職の予定などがあり、その転職先での活用を意図する場合などは別論であり、不正利得加害目的に該当することとなろう。外部（転職先）での使用につながる事となるし、また事実上転職先での使用と同視できるからである。だが、そのような状況、意図がない場合には、不可罰である。あくまで、組織内部での情報知得の状態が維持され、また行為者による成果の冒用もない場合にのみ許されるということになろう。

以上のことから、2項2号から2項4号までにおける不正利得加害目的については、その不正利得加害目的については、動機までは不要であるが、不正利得となること、あるいは加害となることについての認識・認容が必要となるように思われる。そして、上記のように例外的に法益侵害がなく、またその危険もない場合には、不正の利益を得る認識も保有者への加害をする認識も認められないことになる。よって、例外的に法益侵害等がない使用等（業としてでない使用等）について、2項2号から2項4号までの適用を考えると、法文上はない「業として」の文言の代わりに、この目的要件によって不可罰とする機能がある、と筆者は考えるところである<sup>156</sup>。

## ②保有者のためにする行為

次に、消極的動機説の議論でよくいわれる「保有者のためにする行為」はどうであろうか。例えば、自社業務の発展のために、保有者に無断で、保有者から示された営業秘密Aを他者に開示し、これと交換で、他社の営業秘密B（事業上どうしても必要な情報だったり、より価値が高い情報であったりするなど）を取得して、自社の事業を進展させる行為を行うような場合である。このような場合、営業秘密Aの開示は2項2号ないし2項3号の客観的構成要件を充足しうるのであろう。そして、営業秘密Aについては、他者に知られる分、財産的価値の低下が起きていると考えられる。したがって、その財産的価値の低下の認識はあることになる。だが、このような行為の場合、営業秘密Bを入手することが保有者の利益となると考えているのであれば、あくまで目的は、営業秘密Bを取得することによる、当該財産的価値の低下を超える自社事業の発展である。よって、このような場合、総合的な判断として保有者に損害を加えることの認識はないといえるのであるから、保有者に損害を加える目的には該当せず、別途、不正の利益を得る目的に該当するような事情がなければ、不可罰になると解されるところである<sup>157</sup>。

<sup>155</sup> 知的財産法の各法域においては、侵害の成立には「業として」要件が設けられたり（特許法68条等）、私的複製は侵害に該当しなかったり（著作権法30条1項）、私的領域での行為は権利が及ばない旨が定められている。これらとの平仄からも、こういった私的領域内での非営利での使用行為を不可罰とすることは正当化されるのではないだろうか。

なお、そのように考えると、非営利の個人的・家庭内使用目的で2項1号の「領得」をする場合も不可罰であるということになる。その場合は、近い将来に使用の予定がある「領得」にはなるが、その使用は不正利得加害目的でない、として構成することになる。

<sup>156</sup> 但し、6号は請託・申込みが要件となるので、業としてでない使用等は考えにくいところではある。

<sup>157</sup> もっとも、背任罪と営業秘密侵害罪では全体財産の罪と個別財産の罪の差があり、背任罪ではこれを不可罰とすることで問題はないが、営業秘密侵害罪では問題もあるようにも思われる。背任罪では正当な冒険的取引は免責する必要があるのに対し、営業秘密侵害罪ではトータルでプラスになるような取引でも、保有者の意思に反して、1つでも個別の営業秘密の価値を下げる場合は批難に値すると思われるからである。よって、問題なしとはしない。したがって、営業秘密交換のような取引は、本来のあり方としては、保有者の承諾を得て行うべきであろう。

だが、実際に主観的要件が設けられていることから考えれば、真にこのような目的がある場合は不正利得加害目的とは言い難く、不可罰とすべきであろう。

なお、後にも紹介する川島製作所事件（横浜地判令3・7・7D1-Law.com判例体系（判例DB）(28292782)（平成30年（わ）

### （３）公益目的（内部告発目的や報道目的）等の場合について

以上、２項２号から２項４号までについての不正利得加害目的は、不正利得加害の認識・認容と解釈するとした。さらに、認識・認容と目的の関係について考えるとともに、公益目的等の場合にどのように解釈すべきかについてもまた論ずるべく、当該解釈論について補足を加えたい。

まず、上述のとおり、使用・開示を行う際に、「不正の利益を得る」こと、または「保有者に損害を加える」ことの認識及び認容があれば、不正利得加害目的の要件を充足するとすることが原則である。したがって、２項２号から２項４号までの場面では、動機までは不要である。使用・開示による法益侵害がそこに存在し、それを認識しつつ、それらの行為を行っているわけであるからである。

ただ、保有者に損害を加える目的については、若干の問題がある。

保有者に損害を加える目的について、筆者は、上述のとおり、対象となる営業秘密の財産的価値の低下に対応し、この財産的価値の低下に伴う加害の認識・認容をいうと説明した。そうすると、内部告発目的や報道目的といった公益目的がある場合はどうなるのであろうか。

営業秘密の使用や開示を行おうとすると、ほとんどの場合に、その財産的価値の低下があることになる。よって、①公益等の正当な動機以外の何らかの動機で営業秘密の使用・開示を行う場合、あるいは、②さしたる動機はないものの、他の正当な動機もない場合、すなわち漫然と営業秘密の使用・開示を行う場合は、財産的価値の低下を引き起こして保有者に損害を加える認識を持つことになる。よって、これらの場合は、保有者に損害を加える認識で使用・開示を行っているとは評価できるがゆえに、保有者に損害を加える目的があると筆者は考えるところである。つまり、他の正当な動機がなく行為に及ぶときは、損害を加えることの認識・認容があり、これが加害の目的であると考えることができるからである。

これに対し、内部告発や報道といった公益を図る動機<sup>158</sup>の場合であるが、使用・開示により、財産的価値の低下が発生して保有者に損害を加えることの認識は同様に生じうる。しかしながら、このような公益を図る動機の場合は、不可罰にしなければならないといえよう。この点については、次のように考えるべきだと思われる。すなわち、公益目的の場合に不可罰とすることは強い立法の要請であり、かつ、その機能は、この目的要件に課せられた重要な役割なのである<sup>159</sup>。したがって、２項２号から２項４号までの場合は、原則、加害の認識・認容で足りるのであるが、公益目的の動機がある場合は、この公益目的の動機が財産的価値の低下という加害の認識に優越する、と考えることになる。よって、この場合には、加害の認識・認容はあっても、加害目的はないと解すべきである。

この、公益目的の行為についても、当該目的要件は同様に違法要素として機能することになる。財産的価値の低下という法益侵害があると一応評価できる行為だが、公益目的という優越的利益がそこにあるため、違法性が阻却され、刑事責任を問うべきでないと考えられるからである。

### （４）適用例等と考え方について

以下でさらに例を挙げつつ、具体的に適用例や非適用例をみて考えていくこととしたい。

#### ① 可罰的である主な例

第1931号・平成31年（わ）第57号）。筆者による評釈として、帖佐隆「判批」特許ニュース [上] =No. 15679、及び [下] =No. 15680（2022年）いずれも1頁以下）では、開示した側の被告人は、その目的が、高品質かつ安価な部品を保有者のために提供してもらうことにあった旨を主張しているが、この主張は事実認定レベルで排斥されている。

<sup>158</sup> ２項４号の類型では公益目的を考えにくいところではあるが、例えば、在職中に報道機関との間で請託・申込みをしておくなどし、退職後に、報道機関に公益のために営業秘密を開示する場合などがあろうか。

<sup>159</sup> 経済産業省平成15年法逐条解説・前掲注22 146頁-147頁。その後、平成21年改正により法文の文言が変更になったが、処罰範囲の適正化のためであり、同改正は上記趣旨を否定するものではないと解される。

まず、可罰的である場合の典型例として考えられるのは、営業秘密を示された従業者が在職中に「領得」した営業秘密を退職後に転職先の企業等に開示するような場合である（2項2号。なお在職のまま他の企業等に開示する行為も当然に同号に該当する）。このような開示行為は、ほとんどの場合に、転職先企業（他の企業）という第三者に利益を得させるために行っていることになり、かつ、このことを認識し認容しているといえるからである。また、「領得」した営業秘密を転職先の職務で自ら使用する場合もまた典型例といえようが、目的要件について上記と同様の考え方ができることになる。加えて、これらの開示や使用により、行為者自らが、転職先で賃金その他の処遇の向上を目指す意思があれば、自ら不正の利益を得る目的があることとなり、この点でも不正利得目的の充足を認めることができる。

さらなる典型例としては、営業秘密を、いわゆるスパイ行為を業とする者など外部の他者へ開示して金銭その他の経済的利益を得るという行為がある。この場合についても、営業秘密の開示と引き換えに金銭を得るのであり、この経済的利益は行為者の成果に比例しない利益であり、不正競争による利益といえよう。そして、同人には当然に「不正の利益を得る」ことの認識・認容があることになるから、この場合も「不正の利益を得る目的」に該当する。よって、2項2号から2項4号までのいずれかの規定における客観的構成要件の具備があれば、可罰的であるということになる。また、この場合は、財産的価値の低下を認識・認容しているはずであるから、「保有者に損害を加える目的」もあるといえる。

では、次の問題として、保有者から営業秘密を示された者が、特に経済的利益を得るつもりなどないし、また、保有者を害する動機などもないが、漠然と、あるいは漫然と、営業秘密をインターネット上にアップロードしたような場合はどうであろうか。

まず、営業秘密侵害罪成立のためには、対象営業秘密が営業秘密性ひいては秘密管理性（2条6項）を充足することの故意が必要であるから、少なくとも、対象情報を秘密にしておきたいとの保有者の意思について行為者は認識していることになる。加えて、2項2号から2項4号までの場合、当該行為者は、秘密保持義務を課されている状況で、秘密状態の維持を求められている情報について、その秘密状態を自らがあえて破壊するわけであるから、財産的価値の低下の認識・認容もあろう。かつ、この場合にはこれを上回る正当な理由はない。したがって、財産的価値の低下により保有者に損害を加えることの認識・認容がありつつ、実行行為を行っているといえることができるから、「保有者に損害を加える目的」の充足が認められよう。したがって、このような、漠然とした状態の開示行為の場合などにも財産的価値の低下を通じた加害目的があるとして可罰的となることとなる。

それでは、外国政府やその機関に対して、営業秘密を開示する場合はどうか。外国政府等を開示することで、外国政府等に経済的利益を得させる目的の場合は（第三者に対する）「不正の利益を得る目的」があることになる。また、外国政府への開示と引き換えに自らが報酬を得る場合などは、自らが「不正の利益を得る目的」があることが認められよう。だが、純粋に軍事目的であり、かつ、行為者自らが報酬を得ない場合などはどうなるか。この場合は、保有者に損害を加える目的のみがあると解することとなろう。財産的価値の低下はやはり存在することになるからである。そして、それで可罰的であると解される。だが、「不正の利益を得る目的」には該当しないことになる。経済的利益を得させる目的にも、また、行為者自身が経済的利益を得る目的にも当たらないからである。

この点、非経済的利益ではあるが、軍事技術を得させているにもかかわらず、「不正の利益を得る目的」に該当しないとするに批判があるかもしれない。だが、上記第二、2. の保護法益の項や、第四、4. で述べたように、非経済的利益については、不正競争防止法の第一の保護法益がいう「公正な競争

秩序」の問題とはならず、「不正の利益」には該当しないといわざるをえない。したがって、開示した情報が軍事的に重要な秘密情報であったからといって、「不正の利益を得る目的」の充足は認められないこととなる。よって、営業秘密の財産的価値を低下させることによる加害の認識・認容のみによって目的要件の充足となろう。この事例で、軍事情報の供与を理由とする加重処罰が必要であるならば、それは別途特別の法規に依るしかない。

ただし、21条5項2号（旧3項2号）の重罰規定による、国外使用の情を知っての開示規定には該当し、これによる処罰はありえよう。4項及び5項は国家的利益を考慮した重罰規定であると解されるのに対し、上記行為もまた、国外に営業秘密たる情報を伝搬させ、かつ、当該情報の財産的価値を低下させたため、同項の趣旨に合致すると考えられるからである。この点、同項は不正競争防止法本来の趣旨とは異なる規定の感もあるが、法文上の要件に合致する以上はこれに従うことになるのであろう。

なお、「保有者に損害を加える目的」の場合についてであるが、行為者が財産的価値の低下にもとづく「信用の失墜」を意図している場合は財産的価値の低下が動機にまでなっていると考えられる（認識・認容は当然にある）ので当然に可罰的であるが、動機が財産的価値の低下とは関係ない場合（例えば、財産的価値の低下に基づかない「信用の失墜」や「有形無形の不当な損害」）でも、行為者が営業秘密の使用・開示を行う場合などは、多くの場合で営業秘密の財産的価値の低下を認識・認容したうえで行為に及ぶため、その場合は可罰的であるということになる。

愉快犯については、後述する1項2号に該当する場合が多いと考えられ、詳細は、そちらの項目に記載した。だが、営業秘密を合法的に示された場合の愉快犯もあると思われる。この場合は、財産的価値の低下を通じた保有者に損害を加える積極的な動機があると捉えられよう。動機があるということは当然に認識・認容もあるわけであるから、この場合も、保有者への加害目的があるとして、2項2号から2項4号までに該当し、可罰的であるといえよう。

## ②不可罰となる主な例

一方で、不可罰となる場合を考えてみる。

上記のとおり、秘密状態を保持したままでの、非営利の個人的家庭内使用、すなわち業としてでない使用については、「使用」には該当しているものの、「不正の利益を得る目的」も「保有者に損害を加える目的」もないから、不可罰である。

次に、上述したとおり、企業の従業員が、自社業務の発展のために他社と営業秘密の交換を行う場合など、保有者のために行う場合も不可罰であると解すべきである。上述のとおり、目的要件を充足しないと考えられるからである。

また、内部告発目的や報道目的などの公益目的の場合に不可罰となるという結果については、上記に述べたとおりであり、結論は、2項1号の場合と同じになる。この点、2項1号の場合は、公益目的の動機があり、不正利得加害の動機がないとして不可罰とするのであった。これに対し、2項2号から2項4号までの場合は、不正利得の動機や認識は当然ないが、財産的価値の低下の認識はあることになり、損害を加えることは認識していることになる。だが、あくまで公益を図ることを動機としているのであるから、公益目的の動機が加害の認識に優越すると考え、「損害を加える目的」ではないとして不可罰とすべきである。

## ③不可罰となる特殊な事例

一方、総論部分でも既に紹介したNHK事件<sup>160</sup>は、特殊な事例であり、不可罰であると考えるべき事案である。

まず、「不正の利益を得る目的」に関して、上記第四、4. の注 113 で述べたが、NHKの問題を批判する「活動に資する」目的、あるいは、「共犯者によるNHKを攻撃する活動等に利用させ」る目的は、いずれも非経済的利益のみを追求するものであり、経済的利益を得る目的ではないので、営業秘密侵害罪が規定する「不正の利益を得る目的」の要件は充足しない。

また、「保有者に損害を加える目的」に関して、上記第四、5. (4) で述べたが、NHKは放送法に基づく特殊な経営形態の法人であり、競業他者が参入することなどが無いから、この顧客リストが漏洩・拡散等されても、財産的価値の低下はほぼないという特殊性がある。このことから、行為者らは、営業秘密の財産的価値の毀損あるいは低下については認識しておらず、また認識しようがない状態にあるのであり、財産的価値の低下を通じて保有者への損害を加えることを認識・認容しようがなく、「保有者に損害を加える目的」もないといえる。

ゆえに、同事件では、不正利得目的と加害目的のいずれも認められず、本事件は営業秘密侵害罪の保護法益の侵害や危険とはまったく関係がないので、このNHK事件の行為者両名はいずれも不可罰であると考えざるをえないところである<sup>161 162</sup>。ただ、当該事件は特殊な事案であるため、あくまで例外的な事案であることを付言しておくこととする。だが、営業秘密侵害罪の保護法益を考えるに意義のある事件であると筆者には思われるところである。

#### (5) 目的要件の機能、及び、不正の利益を得る目的と保有者に損害を加える目的の関係

以上のように考えた場合、目的要件は違法要素として機能することになる。ここでは、法益侵害やその危険の認識・認容を要求したものであると捉えられ、法益侵害等に至らない行為を排除する機能を持つといえる。

そして、2項2号の類型から2項4号の類型までについての不正利得加害目的については、認識・認容を問うため、2項1号の動機の場合とは異なり、不正の利益を得る目的がある場合は、同時に保有者に損害を加える目的もあることになってしまう。これに対して、この逆は必ずしも成り立たないということになる。

この二つの目的要件は、繰り返しになるが(第四、2. や4. あるいは、第五、1参照)、営業秘密侵害罪の保護法益と関係していると解される。2項2号から2項4号までの営業秘密の使用または開示に

<sup>160</sup> NHK事件…前掲注 113、及び、前掲注 123 参照。

<sup>161</sup> なお、同事件においては、対象情報が、非公知性を失っても財産的価値(商業的価値)の低下がないことから、有用性がないとして、営業秘密ではないと考えることも可能であるように思われる。詳細は、帖佐・前掲注 113 評釈(特に同稿 47 頁以下)を参照されたい。

<sup>162</sup> 同事件を不可罰とすることには批判があるかもしれない。この点、個人情報の漏洩からの保護として、個人情報保護法がある。とはいえ、罰条である同法 179 条では、不正図利目的での漏洩は可罰だが、加害目的の場合が構成要件に規定されておらず、当該事件の場合はこちらで罰することができない可能性が高い。この点で処罰のギャップがある。だが、これは、同条に非経済的な場合を含めた加害目的を入れて立法的解決で対処するのが正しいと思われる。それにより可罰的とするならば筆者も賛成である。営業秘密の保護は、個人情報の保護と重なる場合もあるが、重ならない場合もあるからである。だが、同事件の実際の処理としては、個人情報漏洩の問題であるにもかかわらず、保護対象が異なる営業秘密保護法制を無理に適用して有罪としていると思われるのである。また、裁判例をみるに、個人情報保護に反する行為のみの事件を(保護法益が異なるにもかかわらず)営業秘密侵害罪で摘発することは、実務上頻繁に行われているようにみてとれるところである。

なお、営業秘密侵害罪の最高刑は懲役 10 年と罰金 2000 万円の併科であるのに対し、個人情報保護法による最高刑は、1 年以下の懲役又は 50 万円以下の罰金である。そうすると、本件も含めて同種の事件では不当に重い最高刑を持つ刑罰で処罰している可能性もあるのではないだろうか。



において、成果に比例しない経済的利益を得る認識・認容がある場合に、不正の利益を得る目的があることとなり、この場合、公正な競争秩序の維持という保護法益を侵害する。加えて、このときには、同時に、営業秘密の財産的価値の低下を認識・認容することになるため、これにより保有者に損害を加える目的もまたあることになり、営業秘密の財産的価値という保護法益を侵害する。よって、保護法益を2つとも侵害することになるということになる。一方で、使用または開示において、成果に比例しない経済的利益を得る認識・認容はないが、正当目的には該当しないときは、営業秘密の財産的価値の低下による保有者に損害を加える目的のみがあることとなり、後者の保護法益1つだけを侵害することになる。こういった関係を明確にすることで、2つの保護法益の侵害の内容が理解できることになるというように筆者は捉えるところである。

このように考えるならば、ここでの類型では、前者の保護法益が侵害されているときは、結果として後者の保護法益も侵害しており、結果、保護法益を2つとも侵害しているので罪責が重くなる、と捉えることができるのではないだろうか。このように罪責を考えるという点でも、目的要件に両者が併記されている意義があると考えられる。

#### 4. 1項1号における不正利得加害目的について

さらに、1項1号（令和5年改正前も（1項）1号）における不正利得加害目的について考えたい。

##### （1）「保有者に損害を加える目的」の解釈について

1項1号は、不正利得加害目的で、詐欺等行為または管理侵害行為により営業秘密を取得する行為となっている。すなわち、本来アクセスできないはずの情報を不正の手段により取得する場合を規定する類型である。このような場合には、本来知得できない者が営業秘密を知得することにより、財産的価値を毀損し、「営業秘密の財産的価値」（個人的法益）という保護法益を侵害していることになる。

この1項1号の場合の故意について考えると、営業秘密性（特に秘密管理性）についての認識・認容、及び、詐欺等行為又は管理侵害行為による取得についての認識・認容が必要ということになろう。そうなると、行為者は、詐欺等行為または管理侵害行為を行うことにより、本来アクセス権がなく、通常は取得できない営業秘密を違法な形で取得することを認識・認容しているわけである。よって、客観的構成要件該当事実についての故意があれば、本来取得できない自らが当該営業秘密を取得することにより、財産的価値の低下を引き起こすことの認識・認容があるといえよう。これにより保有者に損害を加えることの認識・認容があることになるから、後述するような、公益を図る等の他の正当な目的がない場合、保有者に損害を加える目的があると解してよいことになる。つまり、1項1号では、財産的価値の低下という法益侵害があり、それを認識・認容しているために可罰と考えることとなる。

一方で、実際にはほとんどないケースであろうが、保有者のためにする行為はどうなるであろうか。例えば、従業者たる行為者が、自身の所属企業が保有するが当該行為者にはアクセス権のない営業秘密Aを、詐欺等行為や管理侵害行為（不正アクセス等）によって取得する行為を行ったが、その目的は、他者の営業秘密Bを営業秘密Aとの交換によって入手して自社（保有者）の利益にすることにあつた場合などである。営業秘密Aの取得という1項1号の行為について考えるに、営業秘密Aについては、知ってはいけない当該行為者が知ることにより財産的価値の低下を引き起こしていると考えられる。だが、最終目的は保有者の利益のためであり、当該財産的価値の低下を超える自社の発展を目指しているのであるから、総合的には「保有者に損害を加える目的」はないとして、不可罰としてもよいのかもしれない。

い。ただ、この場合は、不正アクセス行為等自体については可罰となりうるように思われる。営業秘密侵害罪と不正アクセス禁止法等の罪の保護法益は異なり、たとえ保有者のためであっても、後者については侵害しているように思われるからである。

これに対し、内部告発や報道目的といった公益目的の場合も不可罰とすべきことは今までに述べてきた類型と同様である。このような公益目的での1項1号の行為についてであるが、「不正の利益を得る目的」が存在しないことはこれまでと同様に明らかであろう。他方で、取得した営業秘密の財産的価値の低下により保有者に損害を加えることは認識することになる。だが、この場合の行為は、あくまで公益を図ることが動機となっているものである。したがって、ここでも、公益目的の動機が加害の認識に優越すると考え、「保有者に損害を加える目的」はなく、不可罰であると考えるのである。ただ、上述のとおり、不正アクセス行為等については犯罪が成立する場合がある。よって、営業秘密侵害罪における不正利得加害目的が充足されず、同罪が成立しなくても、それぞれの行為の保護法益を考えた場合に、それらについては処罰の可能性（危険性）はあり、それをどのように考えるかの問題は残ると思われるところである。

## （２）「不正の利益を得る目的」の解釈について

一方で、不正利得目的についてはどのように判断すればよいだろうか。1項1号の犯罪の成否という観点からは論ずる実益は少ないが、罪責の面からは判断する意義がある。

まず、不正利得目的は、1項1号における加害目的が、営業秘密の取得による財産的価値の低下の認識を問題とするのとは異なり、取得後の使用・開示を前提とした、使用・開示により経済的利益を得る目的であると考えざるをえない。そして、上述した1項1号での不正利得目的については、財産的価値の低下による加害を認識・認容していれば足りる加害目的とは異なり、近い将来の使用・開示により不正の利益を得る動機が必要であると筆者は考える。

その理由であるが、アクセス権のない営業秘密を取得することによって不正の利益（上述のとおりそれは経済的利益に限られる）を得ることができるのは、取得した後のその営業秘密の使用・開示の場面でしかないように思われる。よって、取得行為について不正の利益を得る目的があるというためには、その後の使用・開示のビジョンがある場合のみになると考えられるからである。そうすると、1項1号において、不正の利益を得る目的があるというためには、近い将来の使用・開示による不正利得の動機がある場合のみに帰着するのではないだろうか。加えて、2項1号の説明でも述べたが、動機が必要であることの意義としては、この場合の法益侵害（成果に比例しない経済的利益を得ること）は使用・開示によってもたらされるのであるから、その使用・開示へと向かう意思が必要であるということである。そうでなければ、保護法益に対して処罰に値する危険は発生しないと考えられるからである。したがって、1項1号の不正利得の目的とは、近い将来の使用・開示による不正利得の動機をもって、不正の手段により、使用・開示を可能とする形で情報（営業秘密）を自らの支配下に置く行為を問うということになる。

よって、このように、近い将来の使用・開示で経済的利益を得る意図（動機）がある場合は、「不正の利益を得る目的」が存在することになり、1項2号の前段である1項1号の既遂の段階では、「公正な競争秩序の維持」（社会的法益）の危険犯の意味が加わることになる。

例えば、2号の使用・開示までは至っていなくても、ここで取得した営業秘密を近い将来の自らの事業に使用して利益を上げる、あるいは、将来に金銭と引き換えに開示するなどの財産的活用の動機があ

れば、不正の利益を得る目的もあわせて充足することになる。もちろん、1項1号の行為に続いて、1項2号の使用・開示があり、そこで経済的利益を得ているような場合には、1項1号についても不正の利益を得る目的があると推認されよう。1項2号での不正な経済的利益を得ることと同じ目的、すなわち、近い将来の使用・開示による不正利得目的で1項1号の取得行為をしたとみてとれるからである。

一方で、事業とは関係ない形で、行為者が趣味により設計図を美術鑑賞する目的だけで、営業秘密を不正に取得するような場合は、経済的利益を得る目的ではないので、不正利得目的にはあたらない。この点は2項1号の場合と同様である。ただ、前述した加害目的の罪責を負うため、不可罰ではないということになる。2項1号では行為者が「示された」者であったために、「領得」するだけでは、財産的価値の低下という法益侵害はなかったが、1項1号では、この点での法益侵害があるからである。また、2項2号から2項4号までの場合での非営利の個人的・家庭的使用については、不正利得加害目的はない旨を述べた。これに対し、非営利の個人的・家庭的使用目的での営業秘密の取得は、同様に不正利得目的はないということになる。だが、行為者は「示された」者ではないために、財産的価値の低下という法益侵害は発生させるため、加害目的は存在し、可罰的であるということになる。

### (3) 小括、ならびに、公益目的及び愉快犯について

以上のとおり、1項1号の目的要件については、加害目的については認識・認容で足りるが、不正利得目的については、近い将来の使用・開示による不正利得の動機が必要であると解され、これら両者の解釈には相違がある。なお、公益目的の場合は、その動機が財産的価値の低下という加害の認識に優越するとの、2項2号から4号までの考え方と同様であると解されるところである。

最後に、犯罪の成立自体には影響しないが、愉快犯についても述べておくと、その後の拡散行為を意識しつつ、営業秘密を1項1号で不正取得する者は、1項1号における「保有者に損害を加える目的」の要件に関係する。ここでは、自らの取得による財産的価値の低下の認識・認容のみならず、拡散（近い将来の開示）という、より強く財産的価値の低下を引き起こす積極的な動機もあることになるからである。よって、この場合は、加害目的における罪責の面で加重して評価されることとなると解される。

## 5. 1項2号における不正利得加害目的について

続いて、1項2号（令和5年改正前も（1項）2号）における不正利得加害目的について論じていきたい。

1項2号は、詐欺等行為又は管理侵害行為で（1項1号の客観的構成要件部分の充足によって）取得した営業秘密を不正利得加害目的で使用・開示する行為が問題となる。なお、1項2号においては、取得時には不正利得加害目的の有無は問われないが、使用又は開示の際に不正利得加害目的が問われることとなっている。

上記4で検討した点からすれば、1項1号について不可罰でありながら、1項2号で可罰的となるケースは、保有者のために管理侵害行為等による不正の手段で取得した、あるいは、報道目的や内部告発目的等の公益を図る目的ではあるが不正な手段で取得した営業秘密を、当初の目的から離れて、自己又は保有者以外の者の経済的利益のために使用・開示する場合に限られよう。それ以外の場合は、1項2号に該当する場合には1項1号にもまた該当することとなる。逆に、1項1号の取得の場面では不正利得加害目的で不正取得しても、その後、公益目的で使用・開示すれば、1項2号については目的要件が欠けて不可罰であろう。

1項2号における使用又は開示を行う行為者は、詐欺等行為又は管理侵害行為によって営業秘密を取得しているわけであるから、本来取得することのできない営業秘密を取得していることになる（1項1号）。まずそれによって財産的価値の低下を引き起こしており、この法益侵害がある旨は説明した。1項2号で、その営業秘密を使用するということは、財産的価値の低下を確実な形でさらに拡げることにつながるため、この場合、重ねて財産的価値の低下という法益侵害があると考えられ、その認識・認容をもって保有者に損害を加える目的が認められる。また、その営業秘密を開示するということは、知得者を増やすのであるから、財産的価値の低下を新たに招くため、さらなる法益侵害があると考えるのである。したがって、1項2号の開示を行うということも、財産的価値の低下の法益侵害があり、その認識・認容をもって保有者に損害を加える目的が認められる。

そして、本罪は故意犯であることから、営業秘密性、詐欺等行為又は管理侵害行為による取得、加えて、使用又は開示という客観的構成要件について認識・認容が必要であり、それがあつた場合、使用又は開示による財産的価値の低下も認識・認容していると評価できよう。よつて、公益目的等がないかぎり、故意犯であれば、必然的に加害目的があることになり、財産的価値の低下という法益侵害を生じさせているということになる。

また、ここでも、自らの事業に使用して利益を得る、あるいは、金銭と引き換えに開示する、といった状況があれば、成果に応じない経済的利益を得ることにより、公正な競争秩序を害しているという意味で法益侵害を行っていることになり、また、その認識・認容があることになるから、不正利得目的もあわせて充足することにもなる。

以上のように考えていくと、本号の不正利得加害目的の解釈については、使用・開示に際して、不正利得加害の認識・認容があるかどうかで考えるとすると、2項2号から2項4号までの解釈と概ね同様になると考えられる。ただ、1項2号の場合、その行為が行われる時点で既に法益侵害を引き起こしている状態であり、さらに法益侵害を拡げることが問題とする点で、行為によつて法益侵害がはじめて生じる2項2号から2項4号までとは状況が異なる。だが基本的な解釈手法としてはこれらと同様になると考えられる。当該情報は自らが管理侵害行為等によつて取得してきた情報であり、営業秘密として使用・開示を行つてはならない情報であることは、2項2号から2項4号までの場合と同様に理解しているはずだからである。そして、公益を図る目的の行為や保有者のためにする行為が不可罰となるという点についても、2項2号から2項4号までの場合と、結論、解釈論ともに同じである。

しかしながら、2項2号から2項4号までの項では不可罰とされていた非営利の個人的・家庭内での使用行為については、1項2号においては扱いが異なり、可罰的である。2項2号から2項4号までにおいては、これらの行為は「示された」者であるがゆえに、法益侵害がないと考えることができるのに対し、2号の場合はそのような者ではなく、保有者から見れば、単に外部者による使用ということに帰結するため、法益侵害があるといえるので許されないということになる。言い換えれば、1項2号においては、非営利の個人的・家庭内での使用という概念がないと考えるほうが適切かもしれない。

例えば、1項2号の状況で、業務外でなど、直接的に営利につながらないという意味で非営利の個人的・家庭内での使用があつた場合を考えてみる。このとき、使用の結果、行為者はなんらかの新たな知見を得ることになる。例えば、コンピューター・プログラムが営業秘密である場合に、その使用により、コンピューター・プログラムの動作を確認できるとともに、そこで何らかの知見を得るわけである（無事に動作するということや、動作する様子を観察するだけでも新たな知見であろう）。このような新

たな知見を得ることは、営業秘密の「取得」ではなく、営業秘密の「使用」の「効果」にあたるといえよう。そういった営業秘密の「使用」の「効果」は、営業秘密を示された者が知る場合、ほとんどの場合は、こちらにも守秘義務があろう。しかしながら、1項2号の場合は、そういった知見について、守秘義務なき者が新たに知ることになる。そうすると、営業秘密を示された者による場面と、1項2号の場面とでは、状況が異なることになる<sup>163</sup>。よって、この場合は単に外部者による使用であると評価できよう。したがって、非営利の個人的・家庭内での使用行為についての不可罰という考え方は1項2号においては採り得ず、この場面でも可罰的であると筆者は考えるところである。

そして最後に、愉快犯について考えていきたい。この場合はどうなるであろうか。愉快犯については、上述の通り、立案過程では、「不正アクセスによって取得した営業秘密をインターネット上で一般公開することによって保有者に損害を与えようとする愉快犯等」<sup>164</sup>とある。したがって、立案趣旨が規制しようとしている愉快犯とは、不正取得およびその後の不正開示で、営業秘密の財産的価値の低下を引き起こすことにより、快感を得ようとする者をいうと解される。このような愉快犯は「保有者に損害を加える目的」によって、やはり可罰的である。上述のとおり、故意犯であるから、2号においては、客観的構成要件について認識・認容があれば、財産的価値の低下を通じた加害についての認識・認容も存在することとなる。これに加えて、愉快犯の場合は加害の動機も存在することになる。よって、この愉快犯については、2号で（この前段である取得については1号でも）処罰可能であるということになる。

## 6. 1項3号、1項4号における不正利得加害目的について

次に、1項3号（旧（1項）7号）、1項4号（旧（1項）8号）について<sup>165</sup>稿を進めることとする。1項3号は、不正利得加害目的で、営業秘密侵害罪（1項2号または2項2号から2項4号までの罪）に当たる開示<sup>166</sup>によって営業秘密を取得し、それを使用・開示する行為が問題となる。これはいわば二次的取得者による使用または開示である。さらに、1項4号は、不正利得加害目的で、営業秘密侵害罪（1項2号ならびに1項3号の、または2項2号から2項4号までの罪）に当たる開示<sup>167</sup>が介在したこ

<sup>163</sup> つまり、2項2号から2項4号までにおける「示された」者の「勉強」による知見と、管理侵害行為等によって取得してきた者がその営業秘密を基に新たに知得する知見とは、同一に評価することはできないということである。

<sup>164</sup> 平成21年小委員会報告書・前掲注11 9頁。

<sup>165</sup> 二次的取得者や三次的取得者以降の取得者の使用等の行為を処罰する1項3号（旧7号）や1項4号（旧8号）では「取得」行為のみについては明文の処罰対象となっていない。この点、民事規定（2条1項5号及び8号）において（明文で）「取得」行為まで不正競争の対象となっている点で異なる。その理由としては、刑事における二次的取得者の「取得」行為は、一次取得者による1項2号（旧2号）及び2項2号から2項4号まで（旧4号から旧6号まで）の開示行為の共犯として対応することを法は想定していると解される（経済産業省平成21年法逐条解説・前掲注28 188頁）（\*）。これに対し、三次的取得者以降の者については、直接開示者が善意者である可能性もあり、その三次的取得者以降の者が営業秘密であることを認識・認容していても、直接開示者との共犯関係が成立しない場合も多く想定される。この点、三次的取得者以降の者が営業秘密の取得だけを行った場合、その三次的取得者以降の者は不可罰の場面がありうる。とはいえ、1項3号がいう二次的取得者も、1項4号がいう三次的以降の取得者も、営業秘密を本来知るべきでない者であり、その者が取得してはいけないのに取得する行為である。そして、刑事規制としては故意犯であるため、そのことに認識・認容がある。よって、この点で1項1号の行為により取得した者の場合と共通するということが指摘できるところである。

（\*）なお、この二次的取得者による「取得」に関する立法について、「取得」行為自体を正犯として処罰できるように法改正すべき旨を説くものとして、和田俊憲「営業秘密侵害罪と必要的共犯論」山口厚=井田良=佐伯仁志=松原芳博=仲道祐樹（編集委員）『高橋則夫先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂、2022年）871頁〔887頁〕がある。

<sup>166</sup> 1項3号は、法文上では、開示についての重罰規定として定められた、4項2号、5項2号の相手方の海外使用目的の開示を含むが、事案の構図としては通常の開示の場合と同じなので、本文では説明を省略することとする。

<sup>167</sup> 1項4号も、法文上では、前掲注166と同様の形となっているが、同様の理由により、本文では説明を省略することとする。

とを知って営業秘密を取得し、それを使用・開示する行為が問題となる。これは三次的取得者以降の者による使用または開示である。

そうすると、故意犯であることを考慮すれば、これらの者は、自らが営業秘密侵害の開示先となって、あるいは、保有者から自らまでの間に営業秘密侵害による開示があったことを認識した上で、その営業秘密を取得することを認識・認容していることになる。そうすると、本来取得することのできない営業秘密を取得してそれをさらに使用又は開示することになり、状況は１項２号の場合と同様になると解される。よって、通常は、１項２号と同様に、保有者への加害の認識・認容があることになる。これに加えて、事業への使用や金銭目的の開示等があれば不正利得の認識・認容もあろう。

したがって、１項３号、１項４号の解釈も、上記５で述べた１項２号と同様になると解される。すなわち、不正利得加害は認識・認容があれば足りるのを原則とし、公益目的で使用・開示するような場合は公益目的の動機が加害の認識に優越するとして不可罰となる。また、もし真に保有者のためにする行為があれば不可罰としてよいと思うが、そのような事例は稀であるように思われる。一方で、非営利の個人的・家庭内での使用行為についても１項２号と同様に可罰的であるということになる。

なお、１項３号及び１項４号では、立案趣旨として、取得の時点と使用・開示のいずれの時点でも目的要件を充足する（貫かれている）ことが必要である旨をそれぞれの立案者解説書は述べる<sup>168</sup>。また、法文からもそのように読めるところである。これに対して１項２号においては、取得の時点では目的要件は不要であり、使用又は開示の際に目的要件があれば犯罪構成要件を充足する。この点において、１項２号と１項３号または１項４号とでは相違がある。これにより、例えば、公益目的で、営業秘密の不正取得者や示された者に接触して、その者による開示により営業秘密を取得したが、その後考えが変わり、報酬を得る目的でその営業秘密を開示するような場合が不可罰となる。しかし、二次的取得者等によるそのような開示行為に法益侵害があるのは同様であるから、１項３号または１項４号においてはそこに立法の不備があるように思われる。

## 7. １項５号及び２項５号における不正利得加害目的について

１項５号及び２項５号（あわせて旧９号）は、技術的営業秘密を使用した製品の譲渡等を問うものである。これらの規定の趣旨としては、営業秘密の侵害品の譲渡等を規制することにより、営業秘密侵害に対する抑止力を向上させる旨がいわれている<sup>169</sup>。これを考えるに、営業秘密侵害品の譲渡等ができない状況に追い込み、営業秘密の侵害品を流通させても利益を得ることができない状態を作出し、営業秘密の不正使用を防止しようというものであると解される。

ただし、１項５号及び２項５号は、違法使用行為により生じた物であることを認識すれば<sup>170</sup>、違法使用行為を直接行った者でなくても足りる。したがって、この１項５号及び２項５号に規定される侵害罪は、他の号における営業秘密侵害罪とは状況がやや異なるように思われる。この点、１項５号または２項５号の行為が行われても、営業秘密の財産的価値の低下は直接的には起きない。一方で、違法使用行

<sup>168</sup> 経済産業省平成 21 年法逐条解説・前掲注 28 188 頁、経済産業省平成 27 年法逐条解説・前掲注 21 234 頁及び 236 頁。

<sup>169</sup> 経済産業省平成 27 年法逐条解説・前掲注 21 237 頁-238 頁および 90 頁。

<sup>170</sup> 両号では違法使用行為により生じた物であることの情を知らないで譲り受けた者についてはこれを除外するという逆の形で明文規定する（１項５号かつこ書き及び２項５号かつこ書き）。この点、経済産業省平成 27 年法逐条解説・前掲注 21 238 頁（旧 9 号部分）も参照。

為を行った者自身がその生じた物を譲渡することにより収益を得ることは公正な競争秩序に反し、不正な利益を得ることになるように思われる。自らの成果に比例しない利益を上げていると考えられるからである。これに対し、違法使用行為により生じた物を転売する者らも、違法使用があったことに悪意である場合は、同様に処罰されるが、その処罰根拠は、違法使用行為を行った者自身による譲渡の場合とはやや異なるようにも思われる。公正な競争秩序という語の語感からすれば、侵害品であることを知って転売等することは、道義的には問題があるように思われるかもしれないが、彼らは転売行為自体については自らの投資と労力にて行うことになるため、自らの成果に比例しない利益を上げているとは必ずしもいえないようにも思われるからである。よって、転売者らは、たとえ違法使用があったことに悪意であっても、必ずしも不正な利益を得るといえないと思われる面もあるのである。

以上のように考えると、1項5号及び2項5号では、状況が1項1号から4号まで及び2項1号から4号までとは法的批難の意味合いが異なってくると考えられるのである。

そうすると、主観的要件である不正利得加害目的についても、1項5号及び2項5号については、2項1号から4号まで及び1項1号から4号までとは異なる意義を持ち、2つの保護法益とは必ずしも対応しないということとなろう。

ただし、両号の不正利得加害目的は、他の号と同様に、報道目的や内部告発目的といった公益目的の行為を処罰しないという機能を発揮すると思われる。例えば、化学物質の製造方法が営業秘密であり、その化学物質を海洋投棄して、公害を発生させている企業があったとする。その海洋投棄を報道または告発すべく、対象となる営業秘密を何らかの形で取得し使用して、その物質を再現する形で実際に製造し、それを関係者、報道機関、捜査機関、その他の者に譲渡する行為などが挙げられよう。これらを不可罰にする意義があるように思われる。

次に、保有者のために営業秘密の侵害品を譲渡するという場面も不可罰でよいであろう。化学物質の製造方法を示されている保有者企業の従業員が、所属企業や自宅等でこれを使用して当該化学物質を製造し、これをサンプルとして他者に渡すことにより、交換で他者から他の営業秘密やそのサンプルなどを保有者のために受け取る行為が考えられる。これまでに、2項2号から2項4号までの場面、および1項2号の場面で、保有者のための営業秘密の使用について不可罰であると解してきたところ、それとの整合性を考えるならば不可罰で相当であると解されるところである。使用も譲渡も保有者のためとして一貫しているからである。

ただ、これら2つの号についてはなお不明な点も多く、今後の課題とするところである。

## 8. 小括

以上のことから各号ごとの解釈を総括すると、不正利得加害目的の要件について、2項1号は近い将来の使用又は開示を前提とした不正利得加害の動機が必要であるということになり、2項2号から2項4号まで、1項2号、1項3号、1項4号は、不正利得加害の認識・認容が必要であるという解釈になる。これに対し、1項1号については、加害については認識・認容で足りるが、不正利得については、その後の近い将来の使用・開示による不正利得の動機が必要であるという解釈になる。

一方、1項5号及び2項5号については考え方が特殊であり、不正利得加害目的の意義も2つの保護法益に対応するという内容とはかわってくるようになるように思われる。ただ、公益目的や非営利譲渡を除外するという機能は持つことになるように思われるところである。

## 第六、主観的要件における他の学説とその検討

ここまで営業秘密侵害罪における不正利得加害目的の要件について筆者の考え方を説明してきたが、筆者の見解や玉井説以外にも、いくつかの解釈論が提案されている。よって、各論者の見解について、以下で検討していくこととしたい。

### 1. 上嶋説

まず、上嶋一高教授の見解<sup>171</sup>について検討を加えたい。

#### (1) 上嶋説の概要について

上嶋教授は、目的要件について、概略次のように説明されるところである。

まず、上嶋教授は、「不正の利益を得る目的」または「保有者に損害を加える目的」とは、使用または開示行為によって、不正の利益を得る目的、または、保有者に損害を加える目的である旨をいう。そして、利得または加害という結果について、不正利得や加害の認識があれば足りる旨を述べている<sup>172</sup>ことからすれば、同罪の目的要件は使用または開示による不正利得加害の認識を意味するという考え方といえよう。だが一方で、上嶋教授は、1項1号や2項1号について考える際に、使用または開示については意思が必要である旨も示唆している<sup>173</sup>。

不正利得加害目的が使用・開示によるものであることが必要だとする点については、平成21年改正の前段の審議会における事務局の中原室長の2つの発言<sup>174</sup>を根拠に挙げている<sup>175</sup>。したがって、自己の満足を得る目的の場合であるが、使用や開示に至らない目的のみの場合は不可罰であるとする。

上嶋教授は、この考え方は各号で共通であると考えておられるようである。よって、2項1号の不正領得罪だけでなく、1項1号の不正取得罪についても、使用や開示に至らない自己の満足を得る目的だけの場合は不可罰とする旨を述べる<sup>176</sup>。

次に、「不正の利益を得る目的」については、立案官庁による解説書の記載を引用し<sup>177</sup>、『公序良俗又は信義則に反する形で不当な』利益を得る目的」と解釈する旨を述べておられる。一方、「保有者に損害を加える目的」については、上記を援用する形で、『公序良俗又は信義則に反する形で不当な』損害を

<sup>171</sup> 上嶋・前掲注66 327頁以下。

<sup>172</sup> 上嶋・前掲注66 332頁（脚注74）。なお、同333頁においても、「営業秘密侵害罪における『不正の利益を得る目的』または、『その営業秘密保有者に損害を加える目的』について、「理論的には、積極的な意欲や、確定的な認識を必要とする理由はないことに鑑みれば、不正利得または加害の認識があれば足りるということができよう」とする。

<sup>173</sup> 上嶋教授は、「取得または領得行為をしても、その後、使用または開示行為をする意思がない場合には、図利加害目的は存在しないと解す」と述べている（上嶋・前掲注66 330頁）。

<sup>174</sup> ここでいう審議会とは「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」（前掲注11）である。また、2つの発言とは前掲注11審議会における第5回と第9回での事務局の中原室長の発言である（前掲注66参照）。

<sup>175</sup> 上嶋・前掲注66 332頁-333頁。

<sup>176</sup> 上嶋・前掲注66 330頁及び331頁。まず330頁で上嶋教授は、「取得または領得行為をしても、その後、使用または開示行為をする意思がない場合には、図利加害目的は存在しないと解す」旨をいう。次に331頁では、「現在の不正取得罪も……新たに規定された図利加害目的という要件のもとに……使用または開示行為をする目的という行為者の行為の法益侵害性を基礎づける主観的違法要素が包含されたとみることができる」とする。

<sup>177</sup> 上嶋・前掲注66 318頁、及び、同頁脚注24。そして、同旨について、327頁で再掲。なお、上嶋教授は、これを「立法担当者の解説」と呼ぶが、同教授が引用するのは、経済産業省知的財産政策室編・前掲注55の解説書であり、これは平成30年改正時に出版されたものであるから、「立法担当者の解説」とはいえないように思われる。同書は、平成27年改正時以降で加筆・訂正がみられるからである。もっとも、目的要件が現在の形になった際の解説書として参照されるべき、経済産業省平成21年法逐条解説・前掲注28 176頁でもこの記載については同一である。



加える目的」と解釈すべき旨を述べる<sup>178</sup>。このように、上畠教授は、立案官庁の解釈を根拠として、不正利得目的について、「正当な目的」、すなわち、公益目的（内部告発等）、労働者の権利実現の目的（労働組合内部への開示）、または、報道目的といった場合を不可罰とする機能があると解し、また加害目的にも同様の機能があることも示していると解される。

さらに、「保有者のためにする行為」の場合には、平成 21 年小委員会報告書の記載<sup>179</sup>を根拠として、不可罰とする方向である旨をいう。ただ、この不可罰とされるべき「保有者のため」について、これを認識と解するのか、動機と解するのかは、上畠論文本文では判断を留保しているようにみえる。もっとも、自己又は第三者に利益を得る又は与える動機や認識が併存するような場合であっても、保有者に損害を加える認識がないような場合には、主観的違法要素であるこの目的要件を充足せず、不可罰とすべきである旨をいう<sup>180</sup>。

## （２）上畠説の検討

### ①使用または開示による不正利得加害目的と解釈する点について

上畠説は、不正利得加害目的について、使用または開示による不正利得加害目的と解釈する旨を述べている。不正利得加害の結果について使用または開示によるものに限るとする点については結論において筆者と近くなっており、妥当な結論であるといえよう。筆者は本稿あるいはこれまでの論考において、現 2 項 1 号について、近い将来の使用または開示による不正利得加害の目的であることを述べた。その理由としては、使用・開示こそが保護法益の侵害行為であることからである。上畠説も、立法時の審議会での発言を根拠に、「使用・開示行為による法益侵害の危険性が、領得罪の処罰根拠」<sup>181</sup>としており、筆者と同様の認識をお持ちのようである。

次に、上畠説では、不正利得や加害については認識があれば足りる旨をいう（認識説）、2 項 2 号から 2 項 4 号までにおいては、認識・認容を意味するとする筆者の理解と概ね一致することになる。

しかし、2 項 1 号においては動機と解さざるをえないと思われる（修正された積極的動機説）。なぜならば、筆者が上記第五、2.（2）で述べたように、法益侵害は使用・開示によってもたらされるのであるから、その使用・開示へと向かう意思がなければ、保護法益に対して処罰に値する危険は発生しないと考えられるからである。そして、2 項 1 号の場合、近い将来に使用または開示をするという意思（動機）が「領得」の動機となっていれば、ここでの「不正利得加害」は「近い将来の使用または開示」によってもたらされる利得や加害となる。そうすると、「不正利得加害」についても、「近い将来の使用または開示」の動機と一体化し、結局は、不正利得又は加害の動機ということになる。

とはいえ、上畠説は使用・開示を前提としてそれによる利得・加害を問題とする点で筆者と考え方が近く、大きなところでは筆者と方向性を同じくしていると解されるところである。また、上畠教授は前掲注 173 でも紹介したように「取得または領得行為をしても、その後、使用または開示行為をする意思がない場合は、図利加害目的は存在しないと解す」とまで述べるところである。

<sup>178</sup> 上畠・前掲注 66 327 頁。前掲注 28 解説書にも前掲注 55 解説書にもこの旨の記載はないが、同教授は平成 21 年改正時の審議会での立案担当者の理解（発言）等をこの解釈の根拠としている（上畠・前掲注 66 327 頁）。なお、平成 21 年改正時の審議会について、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（第 9 回）（平成 21 年 2 月 6 日）議事録は URL（<https://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/9497930/www.meti.go.jp/committee/summary/0004524/gijiroku09.html>）を参照。

<sup>179</sup> 平成 21 年小委員会報告書・前掲注 11 9 頁（本稿第三、2. 注 36 に係る部分）。

<sup>180</sup> 上畠・前掲注 66 328 頁-329 頁（同 329 頁脚注 65 も含む）。

<sup>181</sup> 上畠・前掲注 66 332 頁。

## ②「保有者のためにする」目的と「不正利得加害目的」の併存について

上嶋説では、「保有者のためにする行為」について相当程度紙幅が割かれていたが、筆者としても「保有者のためにする行為」が不可罰であることは、すでに述べたとおり、同様に考えるところである。

次に、上嶋教授は「営業秘密保有者のために行う場合は、正当な目的の場合であると解すれば」と述べており<sup>182</sup>、明言はしていないものの「保有者のためにする」場合も、公益目的と同列の「正当な目的」と考えておられるようなのである。したがって、「保有者のためにする」目的と「不正利得加害目的」がある行為が併存する場合は、公益目的と「不正利得加害目的」の併存の場合と同様に考えていくこととなるのであろう。

筆者の考え方では、2項1号の場合は動機の主従で考えることになるし、2項2号から2項4号までは「保有者のためにする」ことが動機となっていれば不可罰であると考えことになる。一方、上嶋説は、主従関係なく、「保有者のためにする」認識があり、保有者に損害を加える認識がない場合は不可罰とすべき旨をいう<sup>183</sup>。だが、営業秘密の使用・開示によって、自らが利益を得るか、第三者に利益を与えることが主たる動機である場合に、保有者に損害を加える認識がないという場面は、独占性の喪失により財産的価値の低下を招くという営業秘密の性質からすれば、考えにくいのではあるまいか。

## ③「不正の利益を得る目的」の解釈の内容について

上嶋説は、「不正の利益を得る目的」について、立案官庁の解説書どおり、『公序良俗又は信義則に反する形で不当な』利益を得る目的』としている。そして、これに加えて、「保有者に損害を加える目的」についても『公序良俗又は信義則に反する形で不当な』損害を加える目的』と解釈するとしている。そして、これらからなる目的要件で公益目的の行為を不可罰とする旨をいう。このことについては、筆者も理解できるところである。

しかしながら、上記の考え方を、すべての類型での目的要件の解釈論とされているようであり、この点については疑問がある。この考え方によれば、使用又は開示によるものに限るとはいえ、公益目的以外がすべて目的要件に包含される、ということにもなろう。さらにいえば、「正しくない」目的であれば、すべて処罰される、ということにもなりかねないのではないか。それでは、対象となる範囲があまりにも広がってしまうのではないだろうか。加えて、上記のうち立案官庁による説示部分は一応の解釈論としてこのように述べただけであると考えられ、そこまで強い意味を持つものであるとは思われない。

この点に関して、筆者は、「不当」を基礎づけるべき、一段深い何らかの指針・考え方が必要であるように思われるのである。したがって、この目的要件の解釈論については、筆者が述べるように、やはり「不正」という言葉がより限定的な意味を持たせていると考えるべきではないだろうか。この語は不正競争防止法のあらゆる目的要件に登場しており、また、不正競争防止法に規定されていることからしても、「不正の利益を得る目的」とはやはり「成果に比例しない利益を得る目的」であり、また、「利益」は経済的利益に限る、とする、筆者による解釈論にこそ妥当性があるのではないだろうか。

## ④使用・開示行為の意思のない1項1号の取得罪について

上嶋説では、2項1号の領得罪のみならず、1項1号の取得罪についても、その領得や取得の後に使

<sup>182</sup> 上嶋・前掲注 66 328 頁。同教授はその根拠として、同文献脚注 64 に、最高裁決定・前掲注 1 の原判決（東京高判平 30・3・20 刑集 72 巻 6 号 652 頁（平成 28 年（う）第 2154 号））における「営業秘密保有者のためにするなどの正当な目的」との説示を引用されている。

<sup>183</sup> 上嶋・前掲注 66 329 頁における脚注 65。

用または開示をする意思がない場合には、目的要件を充足しない旨を述べている<sup>184</sup>。前述のとおり、筆者は、2項1号についてはこの結論に賛成である。しかしながら、1項1号については、これとは同列に扱えないように思われる。

2項1号は、対象となる営業秘密を本来知るべきことができる者が「領得」する場合であるが、1項1号では、本来知ることができない者が詐欺等行為や管理侵害行為により「取得」する場合である。したがって、これらの法的評価は異なってくるのではなかろうか。すなわち、1項1号の行為者が当該営業秘密を知ることにより、財産的価値の低下が（潜在的かもしれないが）生じるため、営業秘密の財産的価値という保護法益の侵害があるからである。

行為者自身が、対象情報を本来知ることができない者であることは、1項1号における詐欺等行為や管理侵害行為を行わなければ得られない情報であることから、当然認識しているはずである。すなわち、同号の場合は、自らが秘密管理体制の外にいることを当然知っているし、その秘密管理体制の外にいる自らが営業秘密を知るのであるから、自己の取得行為による当該営業秘密の財産的価値の低下は理解しているはずである。よって、本来知ることができない自分が知ることこそが営業秘密の財産的価値を低下させることもまた認識していると解される。したがって、1項1号の場合は、行為者に使用・開示の意思がなくても「保有者に損害を加える目的」を認めるべきではなかろうか。

たしかに、使用・開示の意思がなければ1項1号の「不正の利益を得る目的」は存在しないのというのは妥当であると思われる。この限りでは筆者も同じ結論である。しかしながら、使用・開示の意思がないとはいえ、保有者との関係で秘密保持義務のない者が対象情報を知得するという状況はやはり財産的価値の低下を引き起こしていると考えられる。よって、1項1号の場合には、たとえその不正取得行為が自己の満足にとどまる場合であっても、不可罰であるとはいえないように思われるところである。

## 2. 内田説

一方、目的要件の解釈論を展開する他の論者として、内田幸隆教授が挙げられる<sup>185</sup>。そこで、内田教授の考え方についても検討を加えていくこととしたい。

### （1）内田教授の考え方の方向性について

内田教授は、営業秘密の記録媒体の外部への持ち出し、営業秘密の記録の複製の作成、営業秘密の使用や開示は、日常的な経済活動として想定され、それらの中から可罰的な行為を選び出すためには、行為者の主観的態様にも着目せざるを得ない旨をいう。また、行為者の主観的態様に照らせば、処罰態様から除外すべきものもある旨をいう。よって、こういった観点からみて、処罰範囲の適正のために、目

---

<sup>184</sup> 上嶋・前掲注66 329頁以下。この点、上嶋教授は、令和5年改正前の1号（現1項1号）の前身として平成21年改正前に規定されていた旧2号が、使用・開示行為の予備罪的に規定されていたこともまた根拠に挙げる（同330頁以下）。この点については不正利得目的の観点からは理解できる部分もあるが、一方で、平成21年改正で処罰範囲を拡大しており、目的要件の文言も変更しているのであるから、加害目的の観点については、ここで趣旨が変わったとみるのが可能であり、旧来の考え方は妥当しなくなっているのではあるまいか。

<sup>185</sup> 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=小島秀夫=中空壽雅=松原芳博（編）『市民的自由のための市民的熟議と刑事法』（増田豊先生古稀祝賀論文集）（2018年、勁草書房）361頁。

上記論考を発表された後、内田教授は、2023年にもこの営業秘密侵害罪の問題を採り上げておられる。内田幸隆「営業秘密侵害罪の保護法益と目的要件について」山口厚=松原芳博=上嶋一高=中空壽雅（編集委員）『実務と理論の架橋——刑事法学の実践的課題に向けて——』（2023年、成文堂）315頁。

的要件が重要な意義を有する旨をいう<sup>186</sup>。

以上の考え方に接するに、内田教授と筆者は、営業秘密侵害罪のあり方や同罪を適用する際の背景事情について、類似の問題意識があるのではないかとと思われる。したがって、内田教授の考え方には納得できる点もある。だが、目的要件が果たすべき機能や保護法益の考え方については相違があるように思われる。以下、そのあたりについて検討してみることとする。

まず、営業秘密の使用や開示は日常的な経済活動として想定される旨を指摘されるが<sup>187</sup>、この使用や開示が日常的に行われるのは、保有者企業の内部においてのみであり、いかえれば、任務違背のない場合のみである。その反面、任務違背による使用や開示については法益侵害に直結することがある。

これに対して、持ち出しや複製については、内田教授は上記に紹介したように使用・開示と横並びで記載しておられるが、使用・開示とは異なり、任務違背があっても、持ち出しや複製だけでは法益侵害とはならない。それもあって、これらについては任務違背があっても法的に批難するのが必ずしも妥当でない場合が多い。

このように考えるならば、目的要件の解釈は、例えば、「領得」と使用・開示の間のように、それぞれの号に定められた行為類型に応じて異なる点がありうるということになり、全部の行為類型について必ずしも統一的に考えることはできないのではなかろうか。換言すれば、ある行為類型では、主観的要件の解釈による限定が必要だと解しても、他の行為類型では、同じ主観的要件の解釈だと限定が過ぎることも考えられる。よって、その点を考慮し、目的要件について行為類型ごとの解釈論が必要であるように思われる（もっとも行為類型間で同じ解釈になる場合もありうる）。これに対し、内田教授の論考における目的要件の項<sup>188</sup>においては、行為類型別に区別した記載はない。例えば、同論考では、「営業秘密侵害罪の成否を検討する上では、利益取得・加害の点につき、確定的認識あるいは積極的動機が必要になる」<sup>189</sup>といった記述がみられる。この考え方は2項1号では筆者の考え方と近くなるが、2項2号から2項4号まで等の場合では、法益侵害があるにもかかわらず犯罪として捕捉されない場合が多く出現することになってしまうため、賛同できない。

次に、内田教授は、「不正の利益を得る目的」について、「利益」は非経済的なものであっても足りるとする経済産業省の平成27年法解説書<sup>190</sup>以降の記載をおそらく立案趣旨と考え、これを前提としておられるようである<sup>191</sup>。だが、この部分は立案趣旨でも立法趣旨でもないことは上述したとおりである<sup>192 193</sup>。

<sup>186</sup> 内田（2018年）・前掲注185 372頁。

<sup>187</sup> 内田（2018年）・前掲注185 372頁。

<sup>188</sup> 内田（2018年）・前掲注185 372頁-376頁（「IV 営業秘密侵害罪の目的要件」の項）。また、内田（2023年）・前掲注185は目的要件をテーマにしているが、全体（315頁-338頁）を通して見ても行為類型別の区別はない。

<sup>189</sup> 内田（2018年）・前掲注185 374頁。

<sup>190</sup> 経済産業省平成27年法逐条解説・前掲注21文献。「利益」が非経済的なものでも足りる旨の記述は同文献・220頁。

<sup>191</sup> 内田（2018年）・前掲注185 374頁。また、内田（2023年）・前掲注185 323頁-324頁では、これと記述を同じくする経済産業省平成30年法逐条解説・前掲注55 256頁以下を参照している。そして、内田（2023年）文献における、利益が経済的利益に限られない旨の指摘は同稿323頁にある。

<sup>192</sup> すでに第三、4.の項や前掲注38でも説明したとおり、経済産業省平成27年法逐条解説・前掲注21については、その目的要件の加筆・修正がある。内田教授も、2018年論考や2023年論考を通じて、経済産業省平成21年法逐条解説・前掲注28をまったく参照しておらず、その上で、経済産業省平成27年法逐条解説やこれと記述を同じくする経済産業省平成30年法逐条解説・前掲注55をあたかも立案趣旨のように扱っており（内田教授は「立案当局者」とするが不適切な表現であろう。行政官庁の見解については立案趣旨・立法趣旨以外は何ら特別扱いするいわれはないのである）、当然の前提であるかのように扱うのは不適切であるように思われる。

<sup>193</sup> すでに本稿第三、でも記したが、久禮「調査官解説」・前掲注85 210頁-211頁には、当該部分が立案趣旨でも立法趣旨でもないことを示唆している記述があるので、参照されたい（ただ、当該解説は、内田教授の2018年の論考以降に公表されたものではある）。このことから、非経済的利益包含説には拘束されないと考えられよう。

むしろ、内田教授の考え方の方向性からすれば、「利益」を経済的利益と解するほうに整合性があるように思われる。内田教授は、営業秘密侵害罪の保護法益について「公正な競争秩序の維持」という面を重要視しておられ<sup>194</sup>、「営業上の利益が損なわれているようにみえても、公正な競争秩序を害する危険がない場合には、営業秘密侵害罪の成立は否定されるべきである」<sup>195</sup>とまで述べている。この「公正な競争秩序」は国民経済の健全な発展に寄与するためのものであり（不競法1条）、また、成果に比例しない経済的利益を上げることが競争秩序に反するのであるから、非経済的利益を得ることを目的として、「公正な競争秩序」を害する危険を生じさせるということは考えにくいのではなかろうか<sup>196</sup>。

## （２）公益目的と刑法35条の正当業務行為規定の適用について

次に、内田教授は、公益目的等の「正当な活動を遂行する目的」においては、刑法35条の正当業務行為の規定によって処理すべき旨を提示している<sup>197</sup>。内田教授は、『内部告発』や『労働組合における活動』のために営業秘密を取得、使用、開示する場合」には『不正の利益』を得る目的が一般的にはないといえるが、営業秘密保有者に損害を加える目的が認められる余地がある」としている。そのうえで、「本来なら正当業務行為（刑法35条）として正当化されるか否か検討すべきことを、主観的な目的要件において先取りして検討することになって妥当ではない」というのである<sup>198</sup>。

だが、営業秘密侵害罪に関していえば、この刑法35条を用いる方向性で解釈することは、好ましくないのではなかろうか。

営業秘密侵害に関しては、平成15年の不正競争防止法における刑事規定の立法化の際のみならず、昭和49年における改正刑法草案での企業秘密漏示罪の検討の頃から<sup>199</sup>、公益に資する行為を不可罰とする必要性が強く指摘されてきたところである。この必要性については平成15年の不正競争防止法制定から現在までも変わっていない。それを実現するために、現行法では、これら公益に資する行為を構成要件段階で刑罰の範囲から除外することを明確にすべく、目的要件の形で法文に規定されていると評価することができるのである。その後、目的要件は「不正の競争の目的」から不正利得加害目的に改正されたが、改正されてもなお、目的要件にて公益目的を排除することは依然として立法趣旨であると解される<sup>200</sup>。したがって、その趣旨は引き続き強く尊重していくべきであり、構成要件要素にて公益目的を排除していくほうが妥当なのではないかと考える。

仮に、内田教授がいうように、公益目的の行為について、刑法35条のみで解釈するとするならば、

<sup>194</sup> 内田（2018年）・前掲注185 367頁-368頁、371頁、376頁-377頁など。内田（2023年）・前掲注185 319頁、322頁-323頁など。

<sup>195</sup> 内田（2018年）・前掲注185 377頁。

<sup>196</sup> この点、「公正な競争秩序」をどのように考えるかの問題もあるが、筆者の考え方については、本稿第二、2.を参照されたい。また、「利益」を経済的利益と解するとする筆者の考え方については、本稿第四、4.参照。

<sup>197</sup> 内田（2018年）・前掲注185 375頁、内田（2023年）・前掲注185 327頁、328頁、(329頁)、330頁、337頁。

<sup>198</sup> 内田（2023年）・前掲注185 327頁。

<sup>199</sup> 改正刑法草案318条（昭和49年）においては、同罪の法文案に「正当な理由がないのに」の文言がある。この文言は違法性阻却事由ということになるのであろうが、排除すべき正当事由は、当該処罰規定における明文の法文で排除することとされたと解される。参考：法制審議会『改正刑法草案の解説』（大蔵省印刷局、1975年）316頁-317頁。

<sup>200</sup> 刑事罰が導入された平成15年改正に係る審議会の報告書（\*）においては、「目的を……規定する方向で考える……不正な競争行為を目的とする場合を対象として規定する……これにより、内部告発等が処罰対象から排除されることが明確になる」とする（同報告書20頁）。また平成21年小委員会報告書・前掲注11においては、「自己又は第三者の利益を得る目的や保有者に損害を加える目的を要件とすれば……内部告発行為等を対象外とした上で……刑事罰の対象とすることができる」とする（同報告書9頁）。したがって、いずれの改正においても、この目的要件にて内部告発等を除外することを意図している。

\* 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報告書「不正競争防止法の見直しの方向性について」（平成15年2月）（<https://www.meti.go.jp/policy/economy/chizai/chiteki/pdf/03fukyohoshoi-1.pdf>）

公益を理由とする処罰の限定は縮減される方向にすすみ、上述した立法時の要請に充分に応えられなくなるのではないかという懸念がある。よって、公益目的の行為は、そもそも犯罪構成要件（主観的要件）に含まれないと解することによって、構成要件レベルで不可罰であると考えていくことが適切なのではないだろうか。したがって、営業秘密侵害罪においては、明文の犯罪構成要件である目的要件において保護法益や制度趣旨を参酌することによって、犯罪構成要件段階で限定を考えるべきであろう<sup>201</sup>。

この点、内田教授は、公益目的等でも、現に営業秘密保有者への「加害」になりうることを強く問題視しているようであるが、上述のとおり、公益目的の除外は明らかに現行法の立法趣旨なのであるし、むしろ上嶋教授が述べるような「不当な」損害を加える目的に限るとする論<sup>202</sup>のほうが、まだ妥当性があると思われる。筆者としては、本稿第五、において述べたとおり、各号の行為態様別の相違は一部出るが、基本的に明文の目的要件の問題として不可罰としていく方向性のほうが妥当であるように思われるところである。

### （３）保護法益の考え方について

#### ①内田説における保護法益、および、「競争秩序」の考え方

また、内田教授は「営業上の利益が損なわれているようにみえても、公正な競争秩序を害する危険がない場合には、営業秘密侵害罪の成立は否定されるべきである」と述べている<sup>203</sup>。内田教授は、営業秘密侵害罪の保護法益について、「営業上の利益」（営業秘密の財産的価値）はあくまで中間的保護法益であり、最終的保護法益としての「公正な競争秩序の維持」の侵害が犯罪の成立に必要な旨を述べる<sup>204</sup>。このような考え方から、内田教授は、営業秘密が不正に開示されることにより「公正な競争秩序を害する危険」が生じた状態となり、「営業秘密が不正に使用され」たか、「営業秘密の侵害品が流通」していることを公正な競争秩序が害された状態と捉えておられるようである<sup>205</sup>。

この点について、まず、内田教授は「競争秩序」とは何かを定義していないので、その説示内容がやや不明確になっているように思われる。上記第二、２．で述べたように、この語は多義的であり、いかようにも解釈しうるからである。

とはいえ、内田教授は、平成１５年法改正直後の解説書が「不正の競争の目的」について、「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」と定義している部分<sup>206</sup>を引用しておられ<sup>207</sup>、これを防止することを「公正な競争秩序の維持」と考えているのかもしれない。そうだとすると、内田教授は、自己を含む特定の競業者が他人の営業秘密を使用して事業を行う場合や侵害品を流通させている場合に、その競業者が競争上不当に優位に立つことを最終的保護法益の侵害と捉えておられるのであろう。そして、営業秘密の開示が、中間的保護法益の侵害であるとともに、競業者が営業秘密を知った状態（知り

<sup>201</sup> 営業秘密侵害罪における保護法益の侵害が使用・開示によっておきることからすれば、筆者が述べているように、２項１号の不正利得加害目的は、近い将来の使用または開示による当該目的、と解することにより、法益侵害の観点から妥当な限定を行うことができる。一方で、そのような限定なしにいきなり刑法３５条を適用するとすると、諸事情が考慮されることになって可罰的か不可罰かの判断もつきにくくなるのではあるまいか。

<sup>202</sup> 上嶋・前掲注 66 327 頁。この点、上嶋教授も内田教授も公益目的は不可罰であると考えている点は共通であるが、内田教授は、公益目的でも「損害が加わる」という点を重視して刑法３５条論まで到達し、上嶋教授は「損害を加える目的」の解釈は「不当な」損害に限るとして、目的要件で排除する、という差があると考えられる。

<sup>203</sup> 内田（2018 年）・前掲注 185 377 頁、その趣旨としては同 370 頁-371 頁。内田（2023 年）・前掲注 185 336 頁も同旨、その趣旨としては同 318 頁-323 頁。

<sup>204</sup> 内田（2018 年）・前掲注 185 371 頁、内田（2023 年）・前掲注 185 321 頁。

<sup>205</sup> 内田（2023 年）・前掲注 185 322-323 頁、同旨：内田（2018 年）・前掲注 185 371 頁。

<sup>206</sup> 経済産業省平成 15 年法逐条解説・前掲注 22 149 頁。

<sup>207</sup> 内田（2018 年）・前掲注 185 363 頁（本文ならびに脚注(5)）。

うる状態)にすることを、最終的保護法益の危殆化と捉えておられるのであろう。ゆえに、内田教授は、「競争」の語を、筆者が第四、2. で述べた「狭義」の「競争」に近いものと考えているように思われるのである。

だが、筆者がすでに述べたとおり<sup>208</sup>、「公正な競争秩序」とは、そのような狭い意味ではなく、「成果の程度に応じた勝者の決定を歪曲しないとする秩序」である。すなわち、保護法益は、「広義」の「競争」（第四、2. 参照）の考え方に基づく「公正な競争秩序」の「維持」であると解されるべきであろう。このような考え方をとれば、営業秘密の使用行為のみならず、開示行為も「公正な競争秩序」の危殆化にとどまらず、法益侵害になる場合はある。

とはいえ、使用・開示が処罰の中核となるという点においては、筆者の考え方<sup>209</sup>とも、結論としては近くなっているように思われる<sup>210</sup>。

## ②内田説と愉快犯処罰の整合性

ただ、内田説を見ると、愉快犯による営業秘密の拡散（開示）のような事例に関してやや整合性に難があるようにも思われる。筆者が第二、2. で述べた「公正な競争秩序」の定義をもとに考えてみるに、愉快犯の事例では、「公正な競争秩序」という保護法益が侵害されているとは言えない。成果に比例しない経済的利益を得る（得させる）こととはまったく関係がないからである。しかしながら、「営業秘密の財産的価値」という保護法益は明らかに侵害されているので可罰的である。また、平成21年改正で目的要件が改められたのは、まさに、競争関係の存在を前提としない加害目的、すなわち愉快犯等を処罰するためではなかったか<sup>211</sup>。

内田説は、営業秘密の拡散（開示）により、中間的保護法益の侵害が起きるとともに、競業者が営業秘密を知りうる状態が生じ、そのことを、最終的保護法益である公正な競争秩序の危殆化と捉えておられるのだと推測される。この理解によれば、愉快犯による開示の場合も、可罰的かどうかの最終的な結論は同じとなる可能性はある<sup>212</sup>。

だが、内田説による「競争」概念を前提とした保護法益の考え方から、愉快犯の事例を処罰しようすることは難しいと考える。内田説によれば、開示により、競業者が営業秘密を知ることで、保有者との公正な「競争」の観点から問題となると考えていると解されるが、愉快犯の場合は、そのような行為を行う行為者が不当な満足心を得ようとするものにすぎず、一方で、内田説のいう「公正な競争秩序」とは、「狭義」の「競争」に対する侵害やその危険がないことだと解されるから、愉快犯への対応まで至りようがないと思われるのである。よって、「競争」の観点からこの問題を説明することができないと考えられるのである。

なお、内田教授は、営業秘密侵害罪が不正競争防止法におかれたことを「公正な競争秩序」の維持のみが保護法益であるという理解の根拠として重視しているようである<sup>213</sup>。しかも、内田教授は「狭義の」「競争秩序」であると考えておられるようである。これらの点は問題ないのであろうか。

たしかに、不正競争防止法は、「公正な競争秩序」の維持が目的の法律であるように思われる。だが、

<sup>208</sup> 帖佐・前掲注 12 21 頁以下、帖佐・前掲注 20 40 頁、そして、本稿における第二、2 で述べた。

<sup>209</sup> 帖佐・前掲注 20 40 頁-45 頁、そして、本稿における第二、3 に記している。

<sup>210</sup> もっとも内田教授は侵害品の流通も保護法益の侵害であると述べている。

<sup>211</sup> 平成 21 年小委員会報告書・前掲注 11 9 頁。関連：経済産業省平成 21 年法逐条解説・前掲注 28 175 頁。

<sup>212</sup> 内田説（2018 年／2023 年）では愉快犯に特化した記述は記されていない。この点、開示と不正使用・流通の関係、及び保護法益の考え方が、内田（2018 年）・370 頁-371 頁にあり、この関係が愉快犯にも適用されると推測した。

<sup>213</sup> 内田（2018 年）・前掲注 185 367 頁-368 頁、370 頁。内田（2023 年）・前掲注 185 319 頁。

営業秘密を同法の保護対象としたときに、営業秘密の財産的価値もまた無視できない利益であり、こちらにも保護法益と考えられたのであろう。よって、そのように立法された以上、営業秘密の財産的価値の低下があった場合に、競争秩序に関係がないことを理由に捨てることはできないのではないだろうか。営業秘密の財産的価値という保護法益は、不正競争防止法からみれば派生的な保護法益かもしれないが、この法益だけが侵害や危殆化された場合であっても、やはり保護すべきであるように思われるところである。

加えて、営業秘密の侵害の被害者、及び、加害者もしくは受益者がいずれも事業者であるような場合は、不正な営業秘密の使用や開示があれば、公正な競争秩序に反する状況が起きるのが通例である。したがって、同罪が不正競争防止法に組み入れられたのであろう。しかしながら、営業秘密侵害においては、被害者は事業者であっても、加害者と受益者のいずれもが本来的には事業者ではない場合が起きうる。そのような場合に可罰的であるとするのは、不正競争防止法の法目的（1条）に「事業者間の公正な競争」とあることから<sup>214</sup>、一部の論者は違和感を覚えるのかもしれない。しかしながら、「成果に比例しない経済的利益を得ること」（「広義」の競争）を問題としているのだと捉えれば、事業を行っていないくても（不当な）経済的利益を得る者が出ているのであるから、この点について、矛盾は生じないのではあるまいか。

#### （４）その他の問題について

さて、内田教授は、積極的動機説も消極的動機説も両方検討しているが、いずれにも賛同していない<sup>215</sup>。内田教授は独自の見解として、「営業上の利益」（営業秘密の財産的価値）という（中間的）保護法益と「公正な競争秩序」の（最終的）保護法益の両方を侵害あるいは危殆化している場合にのみ可罰的だとする。

また、「営業秘密保有者の利益のために行なった場合」の行為については、保有者に対する経済的見返りが十分であり、具体的な見込みのある場合には任務違背がないとし、一方で、それらが十分でないのに、十分だと考えて行為を行ったような場合には、任務違背性を基礎づける事実の誤認があったとして、故意の阻却を検討すべきであるとする<sup>216</sup>。加えて、内部告発等の行為については、上述のとおり、目的要件ではなく、刑法35条の正当業務行為の規定の適用の問題として可罰的であるかどうかを検討すべき<sup>217</sup>、という考え方である。

以上のような内田教授の見解は、筆者の理解とはかなり異なっている。ただ、内田論考においては、「営業秘密を外部に持ち出したとしても、単に自宅に隠匿しているだけであって、競合企業に当該営業秘密が伝わる状況がない場合には、営業秘密侵害罪の成立を認める意義はない」<sup>218</sup>と述べており、その理由として、競争関係にある相手方に伝わるおそれがないのであれば、公正な競争秩序を害する危険がない旨を挙げる<sup>219</sup>。伝わる状況（これは開示の危険性であろう）がない限り法益侵害の危険がないという点

<sup>214</sup> 広義の「競争」の場合、成果に比例しない利益を得たり得させたりすれば、日常的には事業者でない者がこういった関係者に該当しうることとなる。だが、「利益」を「経済的利益」と解する結果、普段は「事業者」でなくても、そのときに「経済的利益」を受益していれば、収益を得ているわけであるから、1条の「事業者」性とは矛盾しないのではないだろうか。

<sup>215</sup> 内田（2023年）・前掲注185 325頁以下。

<sup>216</sup> 内田（2023年）・前掲注185 329頁。

<sup>217</sup> 内田（2023年）・前掲注185 329頁。

<sup>218</sup> 内田（2018年）・前掲注185 370頁、同旨：内田（2023年）・前掲注185 329頁-330頁。

<sup>219</sup> 内田（2023年）・前掲注185 330頁（なお、内田（2018年）・前掲注185 375頁-376頁にも類似の記載があるが、若干ニュアンスが異なっている）。



については筆者の考え方と一致するところがあり、この結論については、大いに賛同するところである。

なお、内田教授は、旧 3 号（現 2 項 1 号）に関する最高裁決定の評価という形で、各論的に 2 項 1 号（旧 3 号）の解釈論について述べておられる<sup>220</sup>。ここでは、「『競争関係にある相手方に営業秘密が現に伝わること、あるいは伝わるおそれ』があつてはじめて」営業秘密侵害罪の成立が認められるべき旨の解釈論を示している<sup>221</sup>。これはまさしく、上述の「単に自宅に隠匿」の考え方を再掲しているように思われる。そして、その考え方の根拠として、「行為者が転職後に営業秘密を利用することによって『営業上の利益』と『公正な競争秩序』に対する侵害・危険が発生することが問われていると解され」ることを理由に挙げている<sup>222</sup>。これはつまり、営業秘密侵害罪の保護法益を挙げているのであり、その侵害・危険を問題としているということであろう。

そうすると、こと 2 項 1 号（旧 3 号）に関しては、結局、内田説も、筆者の考え方に近いと考えられる。筆者は、営業秘密の保護法益は「営業秘密の財産的価値」と「公正な競争秩序の維持」の二つと考えたうえで、その保護法益の侵害は営業秘密の（不正な）使用・開示によって起き<sup>223</sup>、そのことから、2 項 1 号の主観的要件については、近い将来の使用・開示による不正利得加害目的を問題とする<sup>224</sup>と筆者は考えるのである。すなわち、保護法益とその危険の観点から目的要件の解釈論を考えている。

これに対して、内田説は、上記のとおり「競争関係にある相手方に営業秘密が伝わるおそれ」という独自の客観的な構成要件を追加したうえでの営業秘密の「領得」を問題とする。この「客観的な構成要件」について考えるに、「領得」した行為者が（近い将来に）その相手方の企業に対して使用または開示をすることが、同教授がいう「競争関係にある相手方に営業秘密が伝わる」という状況を引き起こすという関係にたつ。そうすると、筆者は動機という主観を述べ、内田教授は客観を述べていることになるが、これらは実質的に概ね類似のことを述べていることではないか。内田教授もそのことを理解しているように見える<sup>225</sup>。営業秘密については多くの場合、使用または開示をしなければ「相手方に営業秘密が伝わる」という場面は起きないだろうからである。よって、結局は、近い未来にやってくる退職の後に営業秘密を使用する、開示するという行為者の動機が問題となってくると思われるのである。

### 3. その他の考え方について

#### （1）本田説

本田稔教授<sup>226</sup>は、（不正競争防止法 1 条がいう）「国民経済の健全な発展」という法の趣旨から、「不正の利益」は経済的利益に限られる旨を述べる。また「不正の利益」とは、「個別的な経済的利益や許可を得ずに営業情報を使用して得られ、経済的利益に対応するものと考えられる」とする。そして、経済産業省の解説書の平成 27 年改正後の追記部分の「退職の記念」や「思い出のため」の行為も不正利得加害目的に包含されう旨の記載について、「非経済的利益」を包含すべきでないという理由から批判している<sup>227</sup>。

<sup>220</sup> 内田（2023 年）・前掲注 185 330 頁以下。その検討については、同 332 頁以下。

<sup>221</sup> 内田（2023 年）・前掲注 185 337 頁-338 頁、および 335 頁同旨。「『同業他社へ転職する直前であった』という事情が重要だった」とし、判例は事例判断である旨をいう。

<sup>222</sup> 内田（2023 年）・前掲注 185 335 頁。

<sup>223</sup> 本稿第二、2. および 3. ならびに、帖佐・前掲注 20 40 頁-45 頁。

<sup>224</sup> 本稿第五、2. および、帖佐・前掲注 20 69 頁以下。

<sup>225</sup> 内田（2023 年）・前掲注 185 335 頁では、自説を述べている中でも、その近傍で筆者らの考え方を紹介している。

<sup>226</sup> 本田・前掲注 62 125 頁。

<sup>227</sup> 本田・前掲注 62 125 頁。

この「不正の利益」の内容について、「個別的な経済的利益」の意味がやや不明確であるが、経済的利益に限られるという結論においては、筆者と考え方を同じくしている。

## （２）四條説

四條北斗准教授は、最高裁決定の評釈<sup>228</sup>において、当該主観的要件について言及している。論者は、処罰範囲を限定すべき「当罰性の高い目的」として、営業秘密の「使用・開示」を挙げ、そして、３号の罪の性格については、『短縮された結合犯』として理解するべきである<sup>229</sup>としている。したがって、四條准教授は、不正利得加害目的が使用・開示によるものであるべきとの考え方を示しており、筆者の考え方に近いといえる<sup>230</sup>。

また、四條准教授は、同決定原審による「専ら自己又は第三者の何らかの利益を図る」目的という解釈では、処罰範囲の限定のための要件としての機能をほとんど果たさず、「正当な目的がないこと」しか定めていないことと同義になるとして、高裁判決を否定的にみているように思われる。そして、最高裁決定に比して高裁判決が漠然と広い説示であると解して、これに批判的であるという点で<sup>231</sup>、筆者の考え方に近い部分があるように思われる。

## （３）谷井説

谷井悟司准教授は、背任罪の判断枠組みで本罪の目的要件を判断することに一応の理解を示しつつも、背任罪の判断枠組みをそのまま転用することができるのかについて、やや疑問も残る旨も示している<sup>232</sup>。それ以上の主観的要件の解釈論については判断を留保していると思われるが、筆者が述べる営業秘密侵害罪と背任罪とでは目的要件についてそもそも法文の文言が異なる点についても理解を示している<sup>233</sup>。

## ４．小括

さて、ここまで、各論者の考え方を確認してきたが、特に２項１号（旧１項３号）について玉井教授が述べる消極的動機説については、一応の理解が示されているものの、あまり広い支持を得ているとはいえない。むしろ、理由は論者によって異なるものの、上記に挙げた各論者の見解の傾向からすれば、やはり玉井説よりも目的要件の限定をする方向性のものが多いように思われる。

上嶋教授は、「不正利得加害目的」を使用・開示による不正利得加害に限定しようとする筆者と同様の考え方を採っている。そこに至る結論への経緯は、立案時の議論を根拠とするものであり、保護法益からの帰結とする筆者の見解との相違はあるが、逆に異なる理由付けによっても結論が一致するということは、ある種の真理のようなものを突いているのではないかと筆者には感じられるところである。なお、四條准教授も、筆者らと同様に、使用・開示への限定を志向している。

また、「利益」に非経済的利益を含むのかという問題については、本田教授が、筆者と同様に、不正競争防止法の趣旨から非経済的利益は含まないという結論を導き出している。法の趣旨等からすれば、その結論が妥当なのではないかと筆者は考えるところである。

<sup>228</sup> 四條北斗「判批」（最二決 30・12・3 刑集 72 巻 6 号 569 頁）TKCローライブラリー新・判例解説 Watch 刑法 No. 152（2020 年）（法学セミナー増刊 速報判例解説 vol. 27 新・判例解説 Watch 刑法 No. 6（2020 年）173 頁）。

<sup>229</sup> 四條・前掲注 228 175 頁。

<sup>230</sup> 四條・前掲注 228 176 頁（本文 175 頁に関連づけられた脚注 14）において、実際に筆者の見解に言及している。

<sup>231</sup> 四條・前掲注 228 175 頁。

<sup>232</sup> 谷井悟司「判批」（最二決 30・12・3 刑集 72 巻 6 号 569 頁）法学新報 126 巻 3・4 号 79 頁〔91 頁-92 頁、95 頁-96 頁〕。谷井氏はこの検討にあたって、筆者の手による帖佐・前掲注 112 論考〔下〕も参考にしているようである（同稿脚注 31）。なお同稿全体では帖佐・前掲注 20 論考も引用（同項脚注 24）。

<sup>233</sup> 谷井・前掲注 232 92 頁および 96 頁（脚注 31）。

## 第七、主観的要件における判例／裁判例

営業秘密侵害罪においては、すでに相当数の刑事裁判例の蓄積がある。そのような中で本稿のテーマである主観的要件についても裁判所による判断が相当数なされてきており、平成30年には最高裁決定（最高裁判例）も1つ出されている。

そこで、以下では、裁判例が主観的要件をどのように見ているかを確認し、検討を加えていくこととしたい。

### 1. 最高裁判例～自動車商品企画情報等刑事事件最高裁決定（最二決平30・12・3刑集72巻6号569頁）

234

営業秘密侵害罪の主観的要件が争われ、最高裁において実際に判断がなされたものとして自動車商品企画情報等刑事事件がある。不正競争防止法における営業秘密に関する事件での最高裁の判断は、民事・刑事を通じて同事件が初めてである。

事案としては、自動車会社に勤務する被告人が退職の日の約半月前に自宅にて自動車商品企画情報などの営業秘密に係るデータファイル等を私物のハードディスクへ複製することにより「領得」を行い、また、「荷物整理等のため」という理由で最終出社日とされていた日の翌日（退職の日の4日前）にあえて出社し、同社のサーバーコンピュータから自動車商品企画情報などの3253件のデータファイルを複製して「領得」をしたという事案である。この行為が当時の21条1項3号（現21条2項1号）に問われた。

最高裁は、「被告人は、勤務先を退職し同業他社へ転職する直前に、勤務先の営業秘密である……各データファイルを私物のハードディスクに複製しているところ、当該複製は勤務先の業務遂行の目的によるものではなく、その他の正当な目的の存在をうかがわせる事情もないなどの本件事実関係によれば、当該複製が被告人自身又は転職先その他の勤務先以外の第三者のために退職後に利用することを目的としたものであったことは合理的に推認できるから、被告人には法21条1項3号にいう『不正の利益を得る目的』があったといえる。」と説示し、被告人を執行猶予付きの有罪とした第一審判決<sup>235</sup>及び原判決<sup>236</sup>の結論を支持した。

それでは、まず、本決定の内容について、原判決と対比しつつ検討していくこととする。

#### （1）本決定の説示について（原判決との関係も含めて）

原判決は、「高い経済的価値を有する重要な営業秘密を不正競争防止法21条1項3号という極めて当罰性の高い態様で領得した場合に、正当な目的がなく専ら自己又は第三者の何らかの利益を図るためであるときには、その利益の内容が明確かつ具体的な意欲ではなく、また非財産的なものであったとしても、同法21条1項3号における『不正の利益を得る目的』に該当するというべきである。」とする。

この原判決と本決定を比較してみると、両者の説示内容にかなりの差異がみられる。

まず、原判決は、「利益」は非財産的なものでも足りるとしていたが、本最高裁決定ではこれがなくなっている。そして、本決定の説示からは、退職後の利用（＝使用）により、新たな使用者に経済的利益を得させるため、または、新たな使用者による高待遇という経済的利益を自らが得るため、近い将来の

<sup>234</sup> 前掲注1の最高裁判例である（平成30年（あ）第582号）。

<sup>235</sup> 横浜地判平28・10・31刑集72巻6号618頁（平成26年（わ）第1529号）。

<sup>236</sup> 東京高判平30・3・20刑集72巻6号652頁（平成28年（う）第2154号）。

使用による不正利得目的がある、と解することが可能である。したがって、本決定は、「利益」は経済的利益が必要であるとする考え方とも矛盾はない。「利益」は経済的（財産的）なものに限るとの考え方も意識し、これに配慮した可能性も考えられる。

次に、原判決は、その後の使用・開示を必ずしも必要としない形での目的を問題としている。これに対し、本決定は、「当該複製が」自己または第三者「のために退職後に利用することを目的としたものであったことは合理的に推認できる」として退職後の利用目的があったことを認定し、「利用することを目的としたものであったことは合理的に推認できる」「から」「『不正の利益を得る目的』があった」としているのである（傍点筆者）。すなわち、退職後の利用（＝使用）目的から不正利得目的を認定していると理解できる。

さらに、原判決では、「その利益の内容が明確かつ具体的な意欲ではなく……でも……『不正の利益を得る目的』に該当する」という説示があり、「利益」は漠然とした認識でもよいと考えられているように読める。この説示は、他に正当な動機がなければ足りるとする消極的動機説との親和性が高いようにも思われるが、本決定ではその説示が消えている。

このような両者の違いに関連して山根崇邦教授<sup>237</sup>は、本決定が高裁判示の「正当な目的がなく専ら自己又は第三者の何らかの利益を図るためであるときには、その利益の内容が明確かつ具体的な意欲ではなく、また非財産的なものであったとしても、同法21条1項3号における『不正の利益を得る目的』に該当する」<sup>238</sup>とする一般論を避ける形で、あえて職権判示で事例判断を示したとの旨を述べる<sup>239 240</sup>。

本決定の調査官解説<sup>241</sup>も、本決定について、「事例判断を示したにとどまり、『不正の利益を得る目的』について一般的な法解釈を示したのではないであろう」<sup>242</sup>としていることから、最高裁としては、目的要件の解釈については、その考え方を明確に判示せずに、今後の議論の動向に委ねることとしたということになるのであろう。

加えて、調査官解説は、上記玉井説と筆者の説（筆者が当該最高裁決定前に公表した論考）の両者を両論併記の形で紹介している<sup>243</sup>。すなわち、同解説は、利益の性質の問題については<sup>244</sup>、「退職後の利用目的が認められることをもって、被告人の図利目的を肯定……このことは……非経済的利益を含むとする立法担当者解説……や消極的動機説……からすれば当然の帰結」と述べる反面、「仮に経済的利益に限るという解釈に立ったとしても……本件の事実関係に照らせば、不正の経済的利益を得る目的の存在は合理的に推認できるように思われる」とも述べている。よって、同解説は、本決定がいずれかの説を採用したわけではないと述べているものと解される。

さて、ここまで、原判決<sup>245</sup>と比較もしつつ、本決定の決定文、ならびに、調査官解説についてみてき

<sup>237</sup> 山根・前掲注66 3頁以下文献。

<sup>238</sup> 東京高判平30・3・20刑集72巻6号652頁（平成28年（う）第2154号）・前掲注236判決。

<sup>239</sup> 山根・前掲注66 12頁。また、同頁では、その射程は、同業他社へ転職直前の営業秘密領得の事案に限定される旨もまた述べる。そうならざるをえないであろう。

<sup>240</sup> 山根・前掲注66 12頁は、「本件2審判決」（高裁判決）が3号（現2項1号）の解釈論について「一般論を展開していた」とし、最高裁決定の判決要旨における判断について、これとは「対照的である」とする。そして、「最高裁は、営業秘密領得罪の目的要件に関する議論がまだ端緒についたばかりの状況に鑑みて」「事例判断を示した」とする。

<sup>241</sup> 久禮博一「調査官解説」・前掲注85 190頁以下。

<sup>242</sup> 久禮「調査官解説」・前掲注85 211頁。

<sup>243</sup> 久禮「調査官解説」・前掲注85 202頁以下。

<sup>244</sup> 久禮「調査官解説」・前掲注85 210頁-211頁。

<sup>245</sup> なお、原判決がいう「不正競争防止法21条1項3号という極めて当罰性の高い態様で領得」という説示については、筆者の立場としては批判を加えたい。あくまで法益侵害は、使用・開示によって起こるのであって、3号はこれの前段に

た。本決定は原判決に比して明らかに玉井説からは遠ざかっており、また、調査官解説は、本決定が目的要件の解釈について、いずれの立場に立つかを明示していないと評価する。しかしながら、筆者の2項1号についての考え方のほうが最高裁決定により親和的なのではあるまいか。すなわち、本件は退職後の利用により経済的利益を得ようとしたと見てとれる事件であり、本決定がいう「利用を目的としたものであった」とは、被告人がまさに不正使用を積極的な動機としているとする説示と読むべきであり、筆者の考え方に近いと考えるところである。

なお、一原亜貴子教授は、本件高裁判決の評釈で筆者が「近い将来の使用・開示による不正利得加害目的」論を提示し、そのうえで有罪ではないかと指摘したところ、「退職後に利用すること」の事実と可能性は異なるなどとして筆者を批判していた<sup>246</sup>。しかしながら、本決定は、「退職後に利用すること」を目的としたものであったことは合理的に推認できるから……『不正の利益を得る目的』があったといえる」としている。よって、少なくとも本決定においては、「退職後に利用すること」は事実と考えているようであり（高裁判決にはその認定がない）、それが前提となっているのではないだろうか。また、調査官解説も、「消去法的に…退職後の利用目的は合理的に推認できる」としているのである。ゆえに、本事件に関する上記の批判は少なくとも現在はあたらないのではあるまいか。

以上を前提に、ここから、本決定について、さらに検討を加えていくこととしたい。

## （２）積極的動機説か消極的動機説かの問題について

### ① 決定文に関する調査官解説の記述の問題について

上述のとおり、調査官解説は、消極的動機説と積極的動機説のいずれを採用するかについては中立のようである。ただ、調査官解説に次のように論じている部分がある<sup>247</sup>。（前提として）「本件のように同業他社への転職直前に営業秘密を領得した場合に限ってみれば」、（i）「当該領得につき勤務先の業務遂行目的（本人図利目的）がなく」、（ii）「その他の正当目的……もないのであれば」、「消去法的に上記のような退職後の利用目的は合理的に推認できる」、と。この点については、消極的動機説（玉井説）を支持していると解される一原亜貴子教授や佐藤結美准教授も同様に考えておられるようである<sup>248</sup>。

だが、この記述は本決定の説示からみて、やや難があるのではなかろうか。本決定は、退職後の利用目的を認定（合理的に推認）するにあたって、（i）業務遂行目的でないこと、及び、（ii）正当な目的がないことに加え、特筆すべきこととして「などの本件事実関係」（傍点筆者）として、上記（i）（ii）以外の事情からも目的要件充足を導いていることが認められるためである<sup>249</sup>。

つまり、決定では「など」とあることから、「本件事実関係」にさまざまな要素があり、そのうちの2

---

位置づけられる危険犯処罰にすぎず、また、3号は主観的要件まで含めて危険犯なのであって、主観的要件を検討する前段で「極めて当罰性の高い態様」というには当たらないように思われるからである。

<sup>246</sup> 批判側：一原・前掲注53 346頁（脚注21）。被批判側：帖佐隆「自動車商品企画情報事件（日産営業秘密事件）」地裁高裁判決（下）特許ニュース No. 14758（2018年）1頁以下。

<sup>247</sup> 久禮「調査官解説」・前掲注85 210頁。

<sup>248</sup> 一原・前掲注53 346頁。佐藤結美「判批」（最二決平30・12・3刑集72巻6号569頁）上智法学論集64巻3・4号（2021年）315頁〔321頁〕。

なお、立場は異なるが、本田稔教授も、「業務遂行以外の目的があったことと、被告人に『不正な利益を得る目的』があったことは同一ではない」（本田・前掲注62 125頁）とし、本決定について同様の読み方をしているように思われる。

<sup>249</sup> 同事件においては、最終出社日後にあえて出社して大量のデータの複製および「領得」を行っているの、残業の目的等は考えられず、すなわち、「被告人自身又は転職先その他の勤務先以外の第三者のために退職後に利用する」とする以外の目的は考えられない状況となっているからである。ただし、この点、事実認定において、被告人の行為に疑念があっても、正当な目的の可能性がはっきり認められる場合には、そちらを主と考え、無罪とすべきであろう。そうでなければ、21条2項1号（旧21条1項3号）が、正当な理由における行為と不正利得加害目的での「領得」行為を十分に切り分けられないという、筆者がかねてより指摘する切り分け不全の問題が起きる。

つの例示が上記（i）と（ii）であると思われるのである。そうすると、この2つは事実関係の重要な要素であることは間違いないだろうが、事実関係にはそれ以外の要素もあることにならざるをえない。そしてこの2つ以外の要素も含めた「本件事実関係」の総体によって、退職後の利用目的が認定されていることになる。したがって、本決定は、この2項目の不存在がありさえすれば自己又は第三者への利用目的が推認できると述べているわけではないことになろう。

以上より、上記の（前提）（i）（ii）の3つの条件が揃いさえすれば「消去法的に」「退職後の利用目的は合理的に推認できる」と機械的に導けるかのような当該解説には疑問がある。すなわち、（前提）（i）（ii）以外にも、もろもろの事実認定があったからこそ、本決定は、退職後の利用目的があるとしているのではないだろうか。

もっとも、「領得」までの段階では、その先に使用や開示の目的があることの直接的な証拠が残らないことが多い<sup>250</sup>。したがって、「消去法」で検討する場合も出てくるとは思われる。しかしながら、本決定の文理、及び、事実関係から考えるならば、本決定では、上記2要素以外にも退職後の利用目的を推認した根拠があることになろう。

最高裁の決定文には、被告人は、4フォルダ全体の複製にこだわるなどしたとする説示がある。加えて、地裁における事実認定が維持されていることに鑑み、これを参照するならば、被告人は1回目の「領得」行為の後に、人事担当者からモニタリング対象になっていることを伝えられたり、上司による自社自体を止めた方がよい旨の忠告を受けたりしたにもかかわらず、あえて出社して2回目の「領得」におよび、かつ、疑いをかけられないような複製方法もとっていない。被告人によるこれらの行為は、およそ「退職の記念」「思い出のため」程度の動機ではできない、複製による「領得」へのある種強い執念を感じる強い意思をもった行動のように受け取ることができる。よって、これらの点は、転職先での使用（または開示）の動機を推認する重要な事実と思われる。また地裁判決では、「転職先等で……参考にして活用しようとしていたことに結び付く事情」とされるファイル取得の事情もまた認定されている。このような事実関係もまた「退職後に利用する……目的」の根拠となっていると解されるのである。

したがって、決定文の文理、そして、事実認定からすれば、本決定は、調査官解説がいう上述の（前提）（i）（ii）の3つ<sup>251</sup>のみならず、上述の事実などを含むもろもろの事実関係の総体により、「退職後の利用目的」があるとしたと考えざるをえないのである。

<sup>250</sup> 例外として、後述するヤマザキ・マザック事件（名古屋地判平26・8・20 LEX/DBインターネット（TKC）（平成24年（わ）第843号））がある（筆者による評釈として帖佐隆「判批」パテントVol.68 No.5 12頁）。同事件では、対象情報を売却して利益を得る意図を証拠として残していた。なお、その後控訴・上告とされたが、結論に変わりはなく確定している。最高裁決定は定型のものであり特に判断はされていない。

なお、筆者は、（旧）3号（現2項1号）の導入について、かつて立法論的に反対していたことがあった（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 第61号（2009年）256（1）頁）。「領得」を処罰すると処罰範囲が日常行為に近づくこともあり（帖佐・前掲注98 128頁も参照）、不正利得加害目的の存否は切り分けにくいことが多いのである。

<sup>251</sup> 小林雅人弁護士による評釈（小林雅人「判批」（最二決平30・12・3 刑集72巻6号569頁）ビジネス法務 Vol.19 No.11（2019年）49頁）では、「正当な目的をうかがわせる事情もない以上……」と解説しているが、本決定の説示は正確には「正当な目的の存在をうかがわせる事情もないなどの本件事実関係によれば」なので、この点是不適切であると思われる。

また、他の事件に関する評釈であるが、本決定について、平澤卓人「判批」（名古屋地判令4・3・18裁判所ウェブページ（平成29年（わ）第427号））営業秘密官民フォーラムメールマガジン掲載コラム 第69回（2023年1月）。

（[https://iplaw-net.com/tradesecret-mailmagazine-column/tradesecret\\_vol\\_69](https://iplaw-net.com/tradesecret-mailmagazine-column/tradesecret_vol_69)）のうち、「第4 検討」中「3 不正の利益を得る目的」の項。また、その後発表された平澤卓人「判批」（同判決）福岡大学法学論叢68巻2号（2023年9月）271頁〔297頁〕も「業務遂行その他正当な目的がなければ」「自己又は第三者のために利用することを目的としていたことが推認できるとしていた」としており、当該調査官解説と同一の論調といえる。



## ② 消極的動機説と本決定とのもうひとつの問題について

上記①と関係するが、玉井説等の消極的動機説<sup>252</sup>と、本決定との関係について確認してみたい。同説は、保有者のためにする目的でなく、かつ、公益目的でなければ、可罰的であるとされており、積極的な利得・加害の動機を認定する必要はなく、使用・開示という限定も当然不要となる。仮に、本決定が消極的動機説に基づくのであれば、本件において「勤務先の業務遂行の目的……ではなく」、「その他の正当な目的……もない」ことの2点さえ示せば、目的要件充足の認定に足りるはずである。しかし、本決定は、①で述べたように、「ないなどの本件事実関係によれば」（傍点筆者）との文言が付け加わっており、かつ、これに包含される各種事実関係が同決定でしっかりと事実認定された上で、「当該複製が…退職後に利用することを目的としたものであったことは合理的に推認できるから」とされているのである。このように、本決定が、「退職後の利用目的」をあえて認定していることからすれば、本決定は、消極的動機説とは親和性に乏しく、また、本件被告人には、積極的な動機が認められたということがいえるのではあるまいか。

これに対して、上畠一高教授は、本決定の評釈<sup>253</sup>において、最高裁判所刑事判例集（刑集）の「決定要旨」に「当該複製が被告人自身……のために退職後に利用することを目的としたものであったことは合理的に推認できるから」の記載が掲げられていないこと等を根拠に、本決定が消極的動機説をなお採用している可能性がある旨を述べている<sup>254</sup>。

だが、刑集への掲載を審議する判例委員会の作成する「決定要旨」が「判例」ではないことは言うまでもなく当然のことである。また、この「決定要旨」論を仮に採用したとしても、「決定要旨」は消極的動機説とは異なるように思われる。「決定要旨」においては、「などの本件事実関係によれば」とする決定文そのものではないが、「等の本件事実関係（判文参照）の下では」とする部分があり、上記①で述べたとおり、事実関係全体が不正利得目的の根拠になっている点は維持されていると解されるからである。

## ③ 必要な心理状態（積極的な意欲や確定的認識は必要か、そして動機か認識か。）

上畠教授は、本決定について、「図利加害目的の解釈それ自体を示したのではなく、不正の利益を得る目的があったとするために推認すべき事実を示しているだけである」可能性も述べる<sup>255</sup>。

また、上畠教授の評釈においては、「本件においては、そもそも目的の対象となる事実について、具体的な利用方法が明らかでないため、積極的な意欲、あるいは、確定的認識があったか否かも明らかでなく、やはり原判決と同様に、積極的な意欲、あるいは、確定的認識を必要とするとは理解していないものと思われる」<sup>256</sup>との記述がある。

たしかに、本決定を見るに、目的要件充足のために、不正利得加害について、積極的な意欲あるいは確定的認識を要求するという解釈論は見えてとれないように思われる。筆者としても、その動機が明確にあれば、積極的な意欲、あるいは、確定的認識といった心理状態までは不要であると思われる。

だが、それを超えて、筆者は本決定における「退職後の利用（使用）」とは動機になっているという理解と親和的であると考えている。すなわち、本決定は、本件事実関係を検討した結果、被告人は本件営業秘密を退職後に利用（＝使用）することが目的となっており、その使用による不正の利益を得る目的

<sup>252</sup> 玉井・前掲注 43 34 頁以下論考。

<sup>253</sup> 上畠一高「判批」（最二決平 30・12・3 刑集 72 巻 6 号 569 頁）論究ジュリスト No. 37 (2021 年) 220 頁。

<sup>254</sup> 上畠「判批」・前掲注 253 225 頁。

<sup>255</sup> 上畠・前掲注 66 333 頁。

<sup>256</sup> 上畠「判批」・前掲注 253 224 頁。

がある、との説示となっていると考えられるからである。そうすると、これは、まさしく、上記の「動機」があることを認めているといえるのではないだろうか。

#### ④ 小括

以上述べてきたことからすれば、本決定は、決して中立的とはいえず、上記消極的動機説からは遠ざかっており、むしろ、積極的動機説のほうに親和的となっているのではあるまいか。

### (3) 使用・開示を前提とする論との関係について

これまでも述べたように、21条2項1号(旧21条1項3号)における営業秘密侵害罪(「領得」罪)の不正利得加害目的については、使用または開示による不正利得加害が必要であるという考え方が、筆者を含め有力に主張されている。(以下「使用・開示を前提とする論」という)。そのような中で、本最高裁決定においては「利用」なる語が使用された。そこで、この「利用」(本決定の語)と上記議論における「使用」(使用・開示罪(2項2号以下等)がいう「使用」の意義)との関係が問題となる。

#### ① 本決定における「利用」の意義

まず、本決定の使用している「利用」の語の意義について、検討してみたい。

この点、上嶋教授は、「本決定にいう『利用する』こととは、不正競争防止法……に規定されている『使用』……とは異なるもので、『使用』の概念より広いものと思われる」とする<sup>257</sup>。この考え方によれば、「退職後に利用することを目的とした」とする同決定の説示は、使用・開示によらない営業秘密の利用の場がありうるということとなろう。また、四條北斗准教授は、本決定では、「具体的に誰のためにどのように利用する目的であったのか」が示されていないとし、その点を問題視する<sup>258</sup>。四條准教授は、それがなければ、「個人的な自己満足(思い出作り等)」のための複製・保存への処罰がなされ、それは妥当でないと考えているようである<sup>259</sup>。そのため、本決定に批判的な文脈ではあるが、「利用」という語の意義自体は上嶋教授と同様に捉えているものと思われる。

これに対して、筆者は、本決定がいう「利用」は、不競法の営業秘密保護法制がいう「使用」と同義であると考ええる。

このような理解は、2項1号(旧3号)の趣旨に関わる。営業秘密侵害罪においては、営業秘密の使用・開示が法益侵害であり、同号は、近い将来の使用・開示による不正利得加害目的をもって「領得」することをその危険犯として処罰しているわけである。にもかかわらず、上嶋教授のように「利用」の意義を広く解してしまうと、「使用」とは関係ないものまで処罰しうることとなり、同号の本来の趣旨にそぐわず、四條准教授が懸念しているような不当な処罰も発生しよう。一方で、「利用」＝「使用」と考えれば、このような不当な処罰の問題は解消されよう。

以下、「利用」と「使用」の関係に着目して、さらに検討していくこととしたい。

#### ② 「利用」と「使用」の関係(使用とはなにか)

まず、「使用」のほうを辞書的に見ると、シンプルに「人や物を使うこと。」<sup>260</sup>とある。次に、「利用」

<sup>257</sup> 上嶋「判批」・前掲注253 224頁。また、上嶋・前掲注66 333頁も同旨。

<sup>258</sup> 四條・前掲注228 175頁-176頁。とはいえ、本事件の事実関係をみるかぎり、被告人が転職前の営業秘密を転職前に使用することはありえず、競業他社への転職が決まっており、「個人的な自己満足(思い出作り等)」にしては不自然である、といったあたりまで認められ、そうであれば、転職後の企業で使用し、それによって利益を上げる、というところまでほぼ一義的に至ると解されるから、同事件に関していえば、不当な処罰には至らないと解される。

<sup>259</sup> 四條・前掲注228 176頁。このような処罰には反対である点では筆者は四條准教授と同意見である。したがって、「具体的に誰のためにどのように利用する目的であったのか」を特定すべきとする論者の問題意識については理解するところである。

<sup>260</sup> 小学館 大辞泉編集部(編)(松村明(監修))『大辞泉』(上巻)(第2版、2012年、小学館)1767頁。



とは、辞書的な意味だと、「(物の機能・性能を十分に生かして)役立つようにうまく使うこと。また、使って役に立たせること。」<sup>261</sup>とある。さらに、他の辞典に至っては、「使用を便利にすること。」<sup>262</sup>と説明するものまである。すなわち、辞書的な意味での「利用」は、利便性をもたせた「使用」という意味になり、「使用」の概念をより限定しているのである。ゆえに、辞書的な意味としては、「使用」のほうが広そうなのである。

もっとも、立案担当者による解説を見ると、「使用」とは「『営業秘密の本来の使用目的に沿って行われ、当該営業秘密に基づいて行われる行為として具体的に特定できる』行為を意味する」<sup>263</sup>とあり、辞書的な定義より狭い。そして、「使用」等される営業秘密の定義には有用性というものがあり、そこも含めて考えると、立案担当者による定義がいう「営業秘密の本来の使用目的に沿って行われ」る行為とは、本来的に「利便性」を実現するための行為となるはずである。そうすると、この不正競争防止法がいう「使用」は、辞書的な意味での「利用」の語にきわめて接近してくるのではないかと考えられるところである<sup>264</sup>。

上嶋教授は、「本決定にいう『利用する』こととは、不正競争防止法……に規定されている『使用』、すなわち……具体的に特定できる行為……とは異なる」<sup>265</sup>と述べるとともに、「先に述べたように、本決定において、利用するとは、間接的に参考にして活用しようとするなどのことを含む広いものである」という<sup>266</sup>。したがって、上嶋教授は、「間接的に参考にして活用」することは不正競争防止法の「使用」（具体的に特定できる行為）に当たらないと考えていることになる。

一方、平成2年の立案担当者の解説には、「研究開発・事業活動等の実施のために営業秘密を参考とする行為」が、「使用」の例示として挙げられている<sup>267</sup>。これを前提とすれば、「間接的に」「参考にする」場合には「使用」に該当せず、直接「参考とする」場合には「使用」に該当する、というのが上嶋教授の考え方であるのかもしれない。だが、間接的に参考にする場合でも、「対象情報や行為を具体的に特定できる」場合はありうるのではないか。そのような場合は「使用」に該当しうると思われる。すなわち、「使用」に該当する「当該営業秘密に基づいて行われる行為として具体的に特定できる行為」であるかどうかと、「間接的に」または「直接」参考にすることとは別の次元の問題であると考えるのが適切ではあるまいか。

したがって、筆者としては、本決定における「利用」と不正競争防止法における営業秘密の「使用」は同義であり、「間接的に参考にして活用」することが、「使用」＝「利用」の双方に該当する場合はありうるということになるし、また、「使用」＝「利用」の双方に該当しない場合もありうる<sup>268</sup>と考える。

<sup>261</sup> 小学館 大辞泉編集部（編）（松村明（監修））『大辞泉』（下巻）（第2版、2012年、小学館）3819頁。

<sup>262</sup> 小学館国語辞典編集部（編）『精選版 日本国語大辞典』（第三巻）（2006年、小学館）1276頁。

<sup>263</sup> 通商産業省知的財産政策室監修・前掲注8 75頁（熊谷健一執筆部分）。

<sup>264</sup> なお、松村明=三省堂編修所（編）『大辞林』（第四版、2019年、三省堂）2884頁によれば、「利用」には「単に用いること」の意味もあり、これであると単純に「利用」イコール「使用」（同書1318頁も参照）ということになる。

<sup>265</sup> 上嶋「判批」・前掲注253 224頁。

<sup>266</sup> 上嶋「判批」・前掲注253 224頁。

<sup>267</sup> 通商産業省知的財産政策室監修・前掲注8 75頁（熊谷健一執筆部分）。

<sup>268</sup> なお、本決定は「開示」について言及していないが、「開示」には相手先が必要となるところ、被告人あるいは転職先企業を捜査しても「開示」の兆候がまったく見えなかったがゆえに本事件の争点とならずに除外されたものと思われる。

一方、辞書的な意味を度外視すれば、「利用」には「使用」と「開示」の両方を含むとの意見もあるかもしれない。だが、本決定に関していえば、これら両方の意味があるならば、「使用」と「開示」の両方ともを記載すると思われるところであり、本決定に関しては「開示」は含まれないのではないか。

なお、法がいう「使用」には、情報本来の使用目的でないもの（例えば、「退職の記念」、「思い出のため」、「設計図の鑑賞のため」といった目的）は含まれないのであるから、同様に、当該決定がいう「利用」についても、これらのものは含

よって、「営業秘密の本来の使用目的に沿って行われ」ないか、あるいは、「当該営業秘密に基づいて行われる行為として具体的に特定でき」ないのであれば、それは「使用」でないばかりか、本決定がいう「利用」にも該当しないように思われる。

なお、このように考えると、近い将来に「参考」にしようとする動機をもって営業秘密を持ち出すなどして「領得」する行為（「使用」として特定できない程度に参考にするための持ち出し等）が不可罰になる場合があるのではないかと、との疑問が湧くかもしれない。だが、転職後に次におかれる状況がわからないような場合、営業秘密を広めに持ち出すということも想定されるが（本事件もそうであろうか）、結果として情報の多くを実際には使用しなくても、使用するために持ち出していることには変わりがない。したがって、（近い）将来に「参考」にしようとするという上記のような動機は、結局、「（近い）将来に使用をする動機」に包含されてくるように思われるところである<sup>269</sup>。

#### （４）「利益」は「経済的利益」に限られるか、非経済的利益を含むか、の問題について

上記（１）で示したとおり、「利益」の性質について、調査官解説は両論併記としており、本決定ではどちらを採用するかは示されていない旨をいう。

これに対し、利用と使用の差異から派生する問題として、上嶋教授は、「利用する」とは「使用する」の語よりも広い概念であるから、得ようとする利益が具体的にどのようなものであるかを具体的に特定しなくてもよく、結果、当該決定は、「利益」には非経済的な利益を含むと解している旨をいう<sup>270</sup>。しかしながら、これについてはそこまで言えないのではないだろうか。筆者としては「利用」は「使用」と同じか狭いと考えられ、また、仮に「利用」が「使用」よりも広い概念であったとしても、無制限に広いことを同決定が明言しているわけではない。よって、非経済的利益を含むかどうかについては、何も示していないし、示唆もしていないと解されるところである<sup>271</sup>。一方、筆者としては、不正利得加害目的について、「使用」を条件とすることを本決定が意識しているならば、「利益」は経済的利益を指す（第四、４．参照）ことと親和的であるように思うところである。

#### （５）本決定に関する小括

以上のように<sup>272</sup>、本決定については、消極的動機説に親和的だとする意見もあれば、そこまでは言えないという意見もある。また、「利益」が経済的なものに限定されるか、そうでないかも、どちらもありうるとされ、今後、これらの点を明確にする最高裁判例の登場を待つ必要がある。

だが、本最高裁決定は筆者の考え方と整合性を保ちうる説示であるように思われる。

上述のように、本決定においては、決して消極的動機説に親和的な説示がされたのではなく、もろもろの事実関係の総体から「退職後の利用」ひいては不正利得の動機が認定されたといえる。したがって、調査官解説によれば、積極的動機説および消極的動機説の両方の可能性を残しているとされているものの、本決定は、被告人の積極的な動機を認めていると充分にいうことができよう。よって、同決定は「使

---

まれないと筆者は考えるところである。

<sup>269</sup> なお、内田幸隆教授は、営業秘密侵害罪の目的要件に関する立案当局者の理解や、消極的動機説の理解が与える判例への影響から「今後の判例が、営業秘密の不正取得、領得に際し『営業秘密の使用・開示の目的』を要するものとして目的要件を構成することは想定し難い」という（内田（2023年）・前掲注185 335頁-336頁）。そして、「同業他社へ転職する直前であった」という認定事実から、「競争関係にある相手方に営業秘密が現に伝わること、あるいは伝わるおそれがあること」が本罪の客観的要件として必要になると説く（内田（2023年）・前掲注185 336頁）。

<sup>270</sup> 上嶋「判批」・前掲注253 224頁。

<sup>271</sup> 現に「調査官解説」は、この論点について両論併記である。久禮「調査官解説」・前掲注85 210頁-211頁。

<sup>272</sup> なお、本決定の評釈として、他に、志賀典之准教授の評釈（志賀典之「判批」（最二決平30・12・3刑集72巻6号569頁）令和元年度重要判例解説 ジュリスト No.1544（2020年）266頁）がある。

用」による積極的動機説の可能性を認めているとみることができるのではないかと筆者は考えるところである。

つまり、本事件では、退職後の利用すなわち使用の目的＝動機が認められる結果、それは転職先とされる競合他社へ不正の経済的利益を得させる目的＝動機、または、転職先における自らのキャリアアップ（収入増）という経済的利益を得る目的＝動機が認められ、これ（ら）が「不正の利益を得る目的」となるのである。そのように読むのが本決定の自然な解釈ではなかろうか。このように解釈すれば、本決定は、上述した営業秘密侵害罪の2つの保護法益を侵害することへの危険が認められるからこそ可罰的であると見たと評価できるのである。

## 2. 下級審裁判例の動向

それでは次に下級審裁判例の動向をみていくこととしたい。

### （1）実際の使用・開示について立件されていない事案（旧3号単独の事案）について

まずは、実際の使用・開示について立件されていない旧3号単独の「領得」事案から概観する。この旧3号単独の事案は、前掲最高裁決定に係る事件と同一の事件構造となる。ここでは、その後の使用・開示に至らない段階での立件であるため、前掲最高裁決定のように、目的要件の認定が難しく、争点となる場合がある。こういった点も意識しつつ、各事件をみていくこととしたい。

#### ① ヤマザキ・マザック事件（前掲最高裁決定前の事案）

まず、前掲最高裁決定前の事案で、複製による「領得」で、使用・開示に至らない類型のものにヤマザキ・マザック事件<sup>273</sup>がある。同事件では、外国人従業者である被告人が、使用者である保有者企業の技術情報の営業秘密について自己所有のハードディスクに複製をし、「領得」した事案である。同事件においては、インターネットのチャット上で被告人が知人に対し保有者企業の金属工作機械に関する図面情報を売却する仲介をするよう誘い掛けた内容の書き込みをしたという記録が残っていたという事情があった。この書き込みの存在により、本件各ファイルの複製行為が、図面情報を他に売却して利益を得る意図を有して行ったものと認定されたところである。この意図から不正の利益を得る目的の存在が認定され、旧21条1項3号に該当するとして有罪判決が下された。

本事件では、チャット上の書き込みから、被告人に、近い将来の開示（営業秘密たる図面情報の売却（実際に売却への仲介が行われたことも認定されている））によりその対価としての金銭（経済的利益）を得る積極的な動機が認められ、その動機（判決は「意図」とするが、この「意図」の存在から動機もあると評価できるところである）の下で複製を行ったことも認められている。これらのことから、筆者が述べる旧3号の解釈論（近い将来の使用又は開示による不正利得加害の動機が必要である旨、また、「利益」は経済的利益に限られる旨）に沿った形の判断となっており、有罪判決となったのは妥当であると考えられるところである。

#### ② エディオン刑事事件（前掲最高裁決定前の事案）

次に、旧3号単独の事件を含む裁判例として、エディオン刑事事件判決<sup>274</sup>がある。本事件は2つの事件について立件されており、保有者企業の従業者が転職数か月前（すでに転職を考えていたとされる）に営業秘密を複製して「領得」したのが第一の起訴事実であり、また、他社への転職直後にも営業秘密

<sup>273</sup> 名古屋地判平 26・8・20 LEX／DB インターネット（TKC）（平成 24 年（わ）第 843 号）。評釈に、帖佐隆「判批」パテント Vol. 68 No. 5 12 頁がある。なお、前掲注 250 にも掲げた裁判例である。

<sup>274</sup> 大阪地判平 27・11・13 LEX／DB インターネット（TKC）（平成 27 年（わ）第 280 号・平成 27 年（わ）第 865 号）。

を転送して取得し、それを開示したのが第二の起訴事実である。

第一の起訴事実では、被告人が旧3号の「領得」をした営業秘密について、転職先の社員に開示したことが認定されているが、「領得」後の開示については起訴事実となっておらず、「領得」行為のみが立件されている。一方で、第二の起訴事実については、退職によりアクセス権限がなくなっているにもかかわらず、遠隔操作により不正に取得をしており、「示された」態様ではなく、管理侵害行為の態様による取得（旧1号）となったものである。旧1号で「取得」した営業秘密についてはその一部を後に転職先の販売促進部部長に開示したこともまた認定され（旧2号）、よって、第二の起訴事実としては「取得」及び「開示」の両方が問題とされている。以下、それぞれの事件における目的要件その他についてみていくこととしたい。

順序が前後するが後者の事件では、被告人は退職しているのであるから、法的にはアクセス権限がなくなるのは当然である。そして、営業秘密を不正取得してからそれ程間を置かずに、転職先の関係者に開示しており、営業秘密取得時点からその開示により転職先に利益を与える目的があったと解されるから、結果、旧1号についても旧2号についても不正利得目的は認められることで妥当であると思われる。

前者の旧3号の事件においては、対象となった営業秘密の有用性や領得時期（退職直前である）・方法からして、転職後の業務に利用することを目的として「領得」したと考えられること、その後実際に転職先（Z3）の社員に開示する行為があったこと、及び、被告人が実際に転職先での業務に利用または使用していること<sup>275</sup>、といったところから、不正利得目的が認定されている。

この認定において、同判決には、「なお、『不正の利益を得る目的』には、（背任罪における解釈と同様、）自らの利益を得る目的のみならず、第三者に利益を得させる目的も含むと解されるが、被告人には、Z3に不正の利益を得させることによって同社内における自らの地位を確固たるものとしたいとの思惑があったと認められるから、その双方があったと認めるのが相当である」との説示がある。ここでは、「背任罪における解釈と同様」という説示があるが、これは背任罪の解釈論とすべて同じ（あるいは基本的な考え方が同じ）という意味ではなく、「不正の利益を得る目的」の解釈が、自己の利益を得る目的と、第三者に利益を得させる目的と両方を含む点について、背任罪の解釈と一致するという意味にすぎないと解される。よって背任罪の消極的動機説を援用するなどという意味ではないであろう。そして、上記の第四、3. で述べたとおり、自らに対する利得目的と第三者に対する利得目的の両方を含むことについては筆者も同意見である。よって、「背任罪における解釈と同様」という説示があるからといって同判決は筆者の考えとは矛盾しない。

一方で、「同社内における自らの地位を確固たるものとしたい」という説示があるが、この説示が経済的利益を得る目的かどうかという議論もあるかもしれない。だが、「確固たるものと」することにより、その後の昇給等の経済的処遇も意識しているといえるから、やはり経済的利益を目的としていることは否定されないといえよう。また、この説示の前に、「Z3に不正の利益を得させることによって」という説示があり、このZ3へ与える利益は経済的利益であると解されるから、やはり、「不正の利益を得る目的」が経済的利益に限るという考え方とは矛盾しないと考えられる。

ところで、第一の起訴事実については「領得」行為から開示行為までの時間が約7か月あることが認定されている（なお、第二の起訴事実については、取得行為から開示行為までが最大10日以内である

<sup>275</sup> 本件裁判例の判決文には「利用」の語を使っている部分と「使用」の語を使っている部分がいずれも相当数あるが、その区別にはさして意味がなく、同様の意味で使っているのではないかと推測される。

と解される)。この7か月後の開示が、筆者の解釈論がいう「近い将来」の開示といえるのかという批判もあるかもしれない。だが、「近い将来」とは、必ずしも物理的な経過時間の長短を問うものではない。「領得」時が転職を考えていた時期であり、そして次の職場で使用することを意識して「領得」したのであれば、開示へ向けた具体性が大きく、それは十分に「近い将来」であるといえる。よって、本件は第一の起訴事実においても「近い将来の開示による不正利得目的」で「領得」したといえよう。

以上のことから考えれば、いずれの事件についても近い将来の使用または開示による不正利得目的が認定されたと解釈可能であり、筆者の考え方と矛盾しないと考えられるところである。

### ③ 富士精工事件（超硬工具の設計マニュアルデータ等事件）

さらには、富士精工事件（超硬工具の設計マニュアルデータ等事件）<sup>276</sup>がある。同事件は、営業秘密の「領得」事案で有罪判決が下されている。

当該事件は、保有者企業の従業者である被告人がサーバーコンピュータにアクセスして業務用パソコンに営業秘密（超硬工具の設計マニュアルデータ等164件）をダウンロードし、それをUSBメモリに複製して営業秘密を「領得」した事案である。

本判決は、「罪となるべき事実」の項においては、「不正の利益を得る目的で」と説示するだけであるが、「量刑の理由」の項において、転職活動の態様や、営業秘密のダウンロードが本件を含めて合計7回に及び、大量であることなどから、犯行の目的を、「高い経済的価値を有する本件データを保有していることをもって、待遇や処遇の良い転職先を確保し、あるいは転職先における自己の地位、評価を高め、自らの待遇や処遇を利する目的であった」としている。よって、あくまで「量刑の理由」の項ではあるが、裁判所は、このことが「不正の利益を得る目的」にあたると考えていると評価できよう。また、裁判所は、上記説示に続いて、「このような動機は、利欲的で、酌量の余地がない」とし、かかる「目的」を「動機」と同視しているように思われるところである。したがって、裁判所は、本件においては被告人に積極的な動機があったとみているように思われる。

加えて、「量刑の理由」の項において、被告人が転職活動を現実に行っていることとその様子が判決で詳細に認定されていることも勘案すれば、当該事件においては、ヤマザキ・マザック事件同様、近い将来の使用又は開示による不正利得加害の動機が、認定可能な状況であったと考えられるのである。

よって、当該事件でも、近い将来の使用又は開示により経済的利益を得る積極的な動機があった事件であると考えてよいであろう。ゆえに、筆者の考え方にも合致しており、判旨は妥当であるように思われるところである。

### ④ ソフトバンク（無線網情報）事件

加えて、営業秘密の「領得」が問われた事件として、ソフトバンク（無線網情報）事件<sup>277</sup>もある（こちらも前掲最高裁決定前の事案である）。被告人は保有者企業において無線網に関する業務に従事し、同保有者企業に営業秘密を示されていた者であったが、この営業秘密をパソコン画面に表示させた上で、その画面をデジタルカメラで撮影することにより、その記録媒体であるSDカードに記録させ複製して「領得」したというものである。公訴事実「領得」のみであったが、「量刑の理由」の項において、被告人が「外国籍の知人からの依頼に応じて、報酬を得ようとし」て、実際に1回あたり20万円の報酬

<sup>276</sup> 名古屋地判令元・6・6裁判所ウェブサイト(平成31年(わ)第413号)。

<sup>277</sup> 東京地判令2・7・9D1-Law.com判例体系(No.28282272)(令和2年(特わ)第278号)。同事件においては、開示行為は正面から認定されていないが、外国籍の知人に当該営業秘密を開示した旨を事実上認めているといえよう。そして、この外国籍の知人はロシアの元外交官であることが新聞報道されている(朝日新聞2020年7月10日朝刊32頁記事)。

を得た点が認定されている。そのため、当該事件では、なんらかの事情により、開示についての立件は見送られ、「領得」のみの立件となっているが、判決では開示行為があったことが事実上前提とされているといえよう（見返りが無いのに報酬を受け取ることは考えにくく、さらに判決には「それが漏えいしたこと自体」とする説示もあるからである。この点、実際の「開示」行為を立証できないなどの事情があったのであろうか。）。そして、当該事件では、「外国籍の知人からの依頼に応じて、報酬を得ようとした」のであるから、その報酬を得る目的が「不正の利益を得る目的」であるとしたものと解される。したがって、当該判決における「領得」罪の判断でも、近い将来の開示による不正利得目的が認定されているといえよう。

#### ⑤ ソフトバンク（楽天モバイル）事件

さらに、近時の営業秘密の「領得」の事案として、ソフトバンク（楽天モバイル）事件<sup>278</sup>がある。

同事件においては、営業秘密を示されていた従業者が同業他社への転職を目前に控えた時期に保有者が営業秘密を蔵置しているクラウドサーバにアクセスし、そこに蔵置してあった営業秘密（技術情報）を自己の管理下にあるクラウドサーバやメールサーバに保存・複製して「領得」した事案である。

目的要件について、弁護人は明示的に争っていなかったようであるが、判決は、「被告人は、Aの同業他社であるFへの転職を目前に控えた時期に本件各ファイルを持ち出しており、しかも、Fに転職後、本件各ファイルをFで使用している自身のメールアドレスに転送していることが認められる。これらの事実を照らせば、被告人は、本件各ファイルを、Fに転職した後の自己の職務等に直接又は間接的に役立てようとしていたものと認められるのであって、前記目的はAの営業秘密を不正に利用して専ら自己の利益を得る目的といえるから、被告人に不正の利益を得る目的があったことも認められる。」としている。

判決は、転職後に転職先で使用している自身のメールアドレスに対象営業秘密を転送したことなどをもって、Fに転職した後の自己の職務等に直接又は間接的に役立てようとしていたことを認めている。ここでの事実認定において、転職後のファイル転送が、領得時の不正利得目的の立証として成立しているかどうかという問題はあるが、法律論的には近い将来の使用による不正利得目的すなわち動機を認定していると理解できよう。

もっとも、判決は、不正に利用して「専ら」自己の利益を得る目的がある旨を示している。この「専ら」の意味については、「ある一つのことに集中するさま」とする意味と、「ある一つのことを主とするさま」という意味の二つが考えられる<sup>279</sup>。前者の意味の場合は不正利用による自己の利益を得る目的だけということになるが、後者の意味の場合は、自己の利益を得る目的が「主として」存在するということになる。ただ、転職先で使用している自身のメールアドレスに営業秘密を転送したのであれば、転職先であるFに利益を得させる目的も認定しうるのではないだろうか。この点、裁判所が「専ら自己の利益を得る目的」と限定したことについて説明がないように思われる（ただし、このことは結論には影響を及ぼさない）。

とはいえ、この「不正の利益を得る目的」の認定の考え方においては、旧3号における筆者の考え方に沿うといえよう（自己のみの利益目的か、Fに利益を得させる目的が従としてあるかの問題は残るが、いずれにしても結論には影響を及ぼさないからである。また、「専ら自己の利益を得る目的」が認定され

<sup>278</sup> 東京地判令4・12・9裁判所ウェブサイト（令和3年特（わ）第129号）。

<sup>279</sup> デジタル大辞泉（小学館）における「専ら」の項目（[https://dictionary.goo.ne.jp/word/%E5%B0%82%E3%82%89\\_%28%E3%82%82%E3%81%A3%E3%81%B1%E3%82%89%29/](https://dictionary.goo.ne.jp/word/%E5%B0%82%E3%82%89_%28%E3%82%82%E3%81%A3%E3%81%B1%E3%82%89%29/)）。

ている中で、行為として転職先への転送を行ったという事実を考えると、公益目的であることも考えにくいといえる)。そして、これは転職直前の事例であり、目的要件については、上述の最高裁決定と同一の方向性の認定がされているといえるのではないだろうか。

## ⑥ 小括

このように、上記各裁判例は、旧3号の案件について、近い将来の使用・開示につながるかを判断し、それを前提とした経済的な不正利得目的を認定しているように思われる。前掲最高裁決定の影響もあるのか、当該最高裁事件の原判決のような考え方（すなわち、使用・開示を前提としない消極的動機説）は、当該原判決以外に見当たらないように思われる。

加えて、旧3号について消極的動機説でなければ有罪判決にならないという事案は、上記裁判例においては見当たらない。このような状況からすれば、裁判例の動向は上記の筆者の考え方と親和性がある方向にあるように思われるところである。

## （２）実際の使用・開示がなされた事案（旧4号等があわせて適用された事案）について

### ① 日本ペイント事件地裁判決

実際の使用・開示がなされた事件として、まず、日本ペイント事件地裁判決<sup>280</sup>を挙げる。本件は、塗料に関する営業秘密を複製することにより「領得」した後、これを保有者と競合（競業）関係にある企業Dの従業員（ら）に開示した事案である。

事実としては、被告人の元の所属先企業であったAと企業Dとが競合（競業）関係にあり、被告人はAの子会社であるBへの転籍中にDに赴き、コンサルタント契約の話を持ちかけるなどしていた。そして、Dに対して、Aに対抗する事業計画を練っている旨のメールを送信していた頃に対象情報を自己所有のUSB（メモリ）（可搬型記録媒体）に複製（「領得」）した旨が認定されている。

不正利得目的についてであるが、まず、「領得」時については、すでにこの頃から退職後の事業計画を立案していたと推認でき、よって、営業秘密を退職後の事業計画に利用する目的が推認できるから「不正の利益を得る目的」があったと認められている。この点、要は退職後の事業に利用して経済的利益を得るため、または転職先に得させるためであったということであろう。これは近い将来の使用による不正利得加害の目的（動機）である。

また、開示時には、本件情報の開示により報酬を得ていないなどといった点から「不正の利益を得る目的」について争われているが、判決は目的要件の充足を認めている。具体的には、被告人が、その後の転職先の会社に、自らコンサルティング契約を持ち掛け、その後、同社に入社し、自己の知識と経験を用いて同社において新製品を開発することを目指していたことを理由に、転職先の新製品の開発に貢献し、同社内における自己の評価を上げることを目的としての開示だと推認する。この点、新製品の開発への貢献は不正の利益を得させる目的であるし、自己の評価を上げる目的というのも、結局は、処遇、ひいては賃金等の経済的利益につながり、経済的利益を得る目的に該当しよう。そして、4号では、私見によれば使用による不正利得について認識・認容で足りると解されるが、積極的にコンサルティング

<sup>280</sup> 名古屋地判令2・3・27裁判所ウェブサイト（平成28年（わ）第471号・平成28年（わ）第662号）。当該判決では、21条1項3号と4号について争われているが、「領得」時の「不正利得目的」と開示時の同目的をそれぞれ分けて説示している点が注目される。3号、4号と分かれている法文の構造からすれば、これが本来あるべき姿ではあろう。また、任務違背についても「領得」と「開示」で分けて判断されているが、これもまた法文の内容から必要なことである。

なお、評釈には、大庭沙織「判批」（特別刑法判例研究）法律時報93巻2号（2021年）125頁。帖佐隆「判批」特許ニュース（経済産業調査会）[上]＝No.15415(2021/5/20)1頁、[中]＝No.15416(2021/5/21)1頁、及び、[下]＝No.15430(2021/6/10)1頁がある。

契約をもちかけていることからみれば、それを超えて動機にまでなっているといえる。

以上、日本ペイント事件地裁判決は、主観的要件については、「領得」及び開示について「不正の利益を得る目的」があったとしたが、これで妥当であるといえよう。また筆者の目的要件についての考え方とも矛盾はないといえる。

## ② 日本ペイント事件高裁判決

次に、上記①の控訴審判決である日本ペイント事件高裁判決<sup>281</sup>も、控訴を棄却して原審の有罪判決を維持している。

高裁でも「不正の利益を得る目的」の要件が争われたが、改めて「領得」時、開示時の目的について検討し、いずれも地裁の認定判断が誤りでない旨を説示している。また、「領得」時についての判断では、「本件情報の領得は被告人自身又はコンサルタント業務の顧客等の第三者のために退職後に利用することを目的としたものであったことが合理的に推認できるから」と説示して、不正の利益を得る目的がある旨を認定しており、上述した最高裁決定の説示を意識したものになっているようである。これについては、近い将来の使用による不正利得目的を認定していると解され、首肯できる説示である。

しかしながら、上記説示の後に、「利益が経済的か非経済的かを問うものではないとされている」との説示がある。「されている」との表現があるが、高裁判決が、この理解を立法趣旨もしくは立案趣旨、または当然の前提と考えているのであれば、これは前述のとおり誤りであり、不適切な説示であるといわざるをえない<sup>282</sup>。加えて、当該事件ではこの説示は蛇足ではあるまいか。上記①ですでに述べたように、経済的利益の観点からのみで、「不正の利益を得る目的」がいえる事案であるからである。最高裁決定があえて回避したと考えられる判断を不必要に、かつ、内容を精査せずに前面に出す点には違和感を覚える。

## ③ かんぽ生命保険鹿児島中央郵便局事件

かんぽ生命保険鹿児島中央郵便局事件<sup>283</sup>は、鹿児島中央郵便局の従業員が、保有者に示されていた顧客3名の契約情報を複製して「領得」したうえで、外部の企業の代表取締役の開示した事件であり、この開示の謝礼として商品券等を受け取ったというものである。郵便局の従業員は「領得」と開示の罪で、営業秘密を取得した者である外部企業の代表取締役は上記「領得」と開示の共犯として有罪となっている<sup>284</sup>。これらそれぞれの判決では被告人に不正の利益を得る目的を認めている。

「不正の利益を得る目的」を認めた理由について、いずれの判決でも明文での説示はされていないが、

<sup>281</sup> 名古屋高判令3・4・13TKC判例データベース（令和2年（う）第162号）。前掲注280事件の高裁判決である。評釈として、帖佐隆「判批」特許ニュース（経済産業調査会）[上]＝No.15558(2021/12/16)1頁、及び、[下]＝No.15559(2021/12/17)1頁がある。なお、四條北斗「判批」新・判例解説 Watch 刑法（文献番号 z18817009-00-071702091）もあるが、こちらは、目的要件に関する判旨についてはほぼ触れていない。

<sup>282</sup> 繰り返しになるが、これは現在の経済産業省が支持する考え方ではあろうが（本稿第三、4.そして前掲注56参照）、立法趣旨ではないし、立案趣旨でもない。

<sup>283</sup> 鹿児島地判令3・7・13D1-Law.com判例体系（No.28292616）（令和3年（わ）第62号・令和3年（わ）第78号）（開示側判決）。鹿児島地判令3・7・8D1-Law.com判例体系（No.28292621）（令和3年（わ）第62号・令和3年（わ）第78号）（取得側判決）。

<sup>284</sup> 不正競争防止法の民事規定である2条1項5項及び8号においては二次取得者による取得行為そのものが単独で不正競争行為として規定されているが、刑事規定では二次取得者による取得行為そのものを単独で処罰する規定はない（現21条1項3号及び4号は取得後の使用又は開示に至らなければ処罰対象とならない）。この点、平成17年改正で二次取得者の処罰が導入された際には、二次取得者の取得について、不正開示を唆す等して営業秘密を受け取れば開示をする側との共犯として処罰され得る旨が説明されている（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、有斐閣）（以下「経済産業省平成16・17年法逐条解説」）178頁）。本件はそれに当たると解される。なお、二次取得者の問題については、次の④の事件もまた参照されたい。



開示の見返りに謝礼を得る目的、あるいは外部企業の代表取締役が経済的利益を得させる目的に不正の利益を得る目的があると判断されたと解される。いずれであっても妥当であろう。また、開示の共犯者たる取得者の側も、その対向的な形で不正な利益を得させる目的、得る目的があり、同目的を充足するということで妥当であろう。ただし、生命保険の顧客3名の契約情報に営業秘密性（有用性）があるかどうかの問題はあると思われる。

#### ④ 川島製作所事件

川島製作所事件<sup>285</sup>は、保有者企業の取締役たる被告人Aが技術的な営業秘密（測定治具の設計図面）を複製して「領得」し、外国企業の代表者である被告人Bに対して開示したものであり、また、取得した被告人Bがこれを使用したという事件である。取得した被告人Bについては（領得及び開示についての）対向犯としての共犯（教唆）が成立しないとして無罪となったが<sup>286</sup>、被告人Aは領得（旧3号）と領得後の開示の罪で（旧4号）、被告人Bは二次取得者としての使用の罪で（旧7号）、それぞれ有罪となったものである（なお、本事件では海外重罰規定の適用があり、被告人Aが被告人Bに対して行った開示については旧3項2号が、二次取得者たる被告人Bの使用については旧3項3号がそれぞれ適用されている）。

まず、被告人Aは、「領得」行為及び開示行為について、被告人Bからそれまでに受けた（またはそれ以降に受け得る）利益供与の謝礼をし、被告人Bに利益を得させる目的があったと推認している。これは、経済的利益であると解され、「不正の利益を得る目的」の解釈として妥当であろう。

次に、被告人Bは、当該営業秘密に係る情報を工場における生産に利用することによって自身が利益を得るために営業秘密を使用したと推認している。この利益が経済的利益であるかどうかは問題となるが、被告人Bが企業の代表者であることに鑑みれば経済的利益を指しているものと考えられ、そうであれば、「不正の利益を得る目的」で妥当であろう。

よって、本事件での目的要件の判断もまた妥当であるように思われるところである。

#### ⑤ 積水化学事件

さらに本項では、積水化学事件<sup>287</sup>を挙げる。同事件は、第一の犯罪事実として、現職の従業員が外国企業へ営業秘密の旧5号の開示を行うとともに、第二の犯罪事実として、営業秘密を複製して「領得」した後に、外国企業に開示したとして旧3号及び旧4号でも有罪判決となっている。

本判決で興味深いのは、量刑の理由の項で述べられている事項ではあるが、「被告人は、相手方企業との間で、当該製品の開発に協力する見返りとして、被害会社での新製品開発に有用な技術に関する情報等を教示してもらうことなどを約束していた」とする点である。そして、このことについて、判決は、「そのような情報等を取得することが被害会社への貢献につながるという側面があったのだとしても」と説示しているのである。ただし、この説示は、第一と第二の犯罪事実双方に係るものなのか、あるいはど

<sup>285</sup> 横浜地判令3・7・7D1-Law.com判例体系（No. 28292782）（平成30年（わ）第1931号・平成31年（わ）第57号）。評釈に、帖佐隆「判批」特許ニュース（経済産業調査会）[上]=No. 15679（2022/6/22）1頁、及び、[下]=No. 15680（2022/6/23）1頁がある。なお、前掲注157にも掲げた裁判例である。

<sup>286</sup> 対象となった営業秘密の被告人Aによる開示がメール送信によるものであるところ、取得した被告人Bが開示を依頼する前に被告人Aは開示を決意しており、依頼によってその決意に特段の影響を及ぼしたことも認められないため、被告人Bによる被告人Aの開示の教唆・幫助が認められず、無罪とされたものである。

和田俊憲「営業秘密侵害罪と必要的共犯論」山口厚=井田良=佐伯仁志=松原芳博=仲道祐樹（編）『高橋則夫先生古稀祝賀論文集』[上巻]（2022年、成文堂）871頁[873頁以下]は本事件を採り上げている。そして営業秘密侵害罪については、二次取得者による取得行為自体を正犯として処罰可能なように法改正すべき旨を立法論として最後に述べている[887頁]。

<sup>287</sup> 大阪地判令和3・8・18裁判所ウェブサイト（令和3年（わ）第1139号）。

ちらか片方に係るだけなのかは判然としない。

同事件では、被告人は起訴事実を争っていないようであるが、2つの公訴事実の両方について相手方から情報を得ることが保有者のためにする行為だとして争った場合には、どのような判断となったか興味深い。保有者のためにする行為は消極的動機説をとっても、また、筆者の考え方からしても不正利得加害目的に該当しないからである。

本件で被告人は開示先企業から金銭等は得ていないようである<sup>288</sup>し、自らの具体的な経済的な地位向上の動機も認定されていない。しかしながら、「不正の利益を得る目的」があったことは認定されている。そうすると、これは、開示先の外国企業に対しての不正の利益を得させる目的を認定していると解するしかない。すなわち、当該事件における「不正の利益を得る目的」とは相手先に自社技術を教えてその使用により利益を得させることにあったことになる。ここでの「利益」は経済的利益に含まれると考えてよいだろう。ただ、犯罪成立の問題はひとまず措くとして、当該事件においては、開示の相手方に「不正の利益を得させる」被告人の動機が不明である。上述のとおり、被告人は金銭等を得るなどしたわけではないからである。その一方で、「被害会社での新製品開発に有用な技術に関する情報等を教示してもらうことなどを約束していた」と場合によっては保有者のためにすることになる行為が含まれており、それを事実として説示するのであれば、保有者のための行為であったのかどうかという問題、及び、その目的と相手方に「利益を得させる目的」の主従の問題についてしっかり検討しなければならなかったのではあるまいか。この点、判決には疑問が残る。

とはいえ、「有用な技術に関する情報等を教示してもらうことなどの約束」が、保有者のためにした行為ではなく、保有者の技術と引き換えに競業他社の技術を知ることによる単なる自らのスキルの向上のためであり、結果、自らの経済的な地位向上が目的であれば、不正の利益を得る目的に該当するということが妥当であろう。だが、そのような説示はなく、判決は説明が不足している。おそらく、本事件では、公訴事実を争っていなかったのだと解される。したがって、「不正の利益を得る目的」については、最初から結論ありきであるような判決となっているように思われるところである。

もっとも、開示先企業に利益を得させることが主たる動機であるならば、4号および5号については、当該判決の結論で妥当である、ということになろう。また、3号についても、具体的な説示はないが、相手への開示により不正の利益を得させることが動機となって「領得」としていると理解でき、筆者が述べる解釈論との間に特に矛盾はないということになろう。

#### ⑥ 小括

本項（2）においては、使用や開示に至った近時の事件を概観した。4号から6号までの不正利得加害目的の解釈については認識・認容であることを示したが、上記の①から⑤までの各事件については、これに反する説示はないように思われる。また、それ以外の、各裁判例における不正利得加害目的に関する説示も、③における非経済的利益の説示以外は、概ね妥当であると考えられるところである。

### （3）その他の類型の事件等

#### ① NHK事件

すでに、第四、5.（4）のところで述べたが、NHK事件<sup>289</sup>は、本来、営業秘密の開示と二次的取得者に係る事案であるにもかかわらず、営業秘密を共同で「領得」として立件されており、この点で

<sup>288</sup> 「量刑の理由」の項ではあるが、判決は、「被告人が本件各犯行によって経済的な利益を得たとは認められない」としている。これは金銭の受け取りはなかったということだと解される。

<sup>289</sup> 前掲注113、注123で示した事件である。

そもそも疑問のある事案である。よって、裁判では「領得」罪の扱いであるが、便宜上、この（３）で挙げることにしたい。加えて、同事件は、不正利得加害目的の判断について疑問がある事案である。

当該事件は、NHKの業務委託先の従業員がN国党党首に営業秘密を開示した事件である<sup>290</sup>。同事件判決では、NHK及びその業務委託先の情報管理に問題がある旨批判することが可能となり、NHKの問題を批判する活動に資することができることを「不正の利益を得る目的」としている。また、同事件の対象情報のような個人情報が外部に流出することにより社会的な評価・信用が損なわれ、業務に様々な支障が生じるといった事態を引き起こすことを「保有者に損害を加える目的」としている。

しかしながら、上述したとおり、まず、「NHKを批判する活動に資する」利益などというのは、経済的利益ではないし、また不正競争防止法の保護法益である「公正な競争秩序の維持」とは、まったく関係がないから、上記利益を「不正の利益を得る目的」とするのはおかしい。加えて、同事件の対象情報は、保有者たるNHKの特殊性から、当該情報が外部に開示等されても、財産的価値の低下がありえない情報であり、また、同事件では、営業秘密の財産的価値の低下ではなく、個人情報の漏洩を通じた加害目的が問題となっているため、この状況では、営業秘密侵害罪における「保有者に損害を加える目的」とはまったく関係がない。

したがって、上記述べたとおり、同事件において不正利得加害目的が認定されたことは、誤りであるように思われるところである。

## ② 百十四銀行事件

百十四銀行事件<sup>291</sup>は、銀行の従業員であり営業秘密を示されていた被告人Aと、同じく従業員ではあるが営業秘密を示されてはいないと解される被告人Bが、被告人Bの父である被告人C（共犯である父親に係る裁判は別個に行われた）と共謀し、被告人Aが営業秘密とされる顧客情報を被告人Bに開示したとされる事件（被告人A及び被告人B事件）である（旧3号ならびに旧4号、及び旧5号にて立件され、3つの起訴事実のうち1つだけが「領得」後の開示となっている（旧3号、旧4号））。

これについては、判決で不正の利益を得る目的の内容がはっきりと説示されていない。おそらく争いがなかったものと思われるが、判決文全体を見ても何を「不正の利益」と考えたのか明らかではなく、この点で本当に可罰的な事案なのか理解に苦しむ事件である。被告人Aは報酬等を得ていない点が説示されているし（ただし量刑の理由の項）、被告人Bには、あえていえば、「実父の利益」（同項）との説示があるが、実父のどのような利益かが説示されておらず、不明である。よって、その内容がそもそも「利益」というに値するものなのか、そして、経済的利益か非経済的利益かが把握できない。この点、「利益」が非経済的利益を指すのだとしたら、これまで述べたとおり、要件を充足するというには妥当でないということになる。（なお、被告人Cには、対象情報を詐欺に使用する目的があったかもしれないが、これも説示されているわけではない。）

また、営業秘密を示されていない者に対して現に営業秘密を開示しているため、通常は当該営業秘密の財産的価値が低下し、「保有者に損害を加える目的」があることになる。だが、当該事件では、対象情報が、「顧客の氏名、預金残高等の顧客情報」とある。さらに判決を見るに、これは1人の自然人および

<sup>290</sup> 本項冒頭で述べたように、判決の法律構成がこうになっておらず、問題がある点については、前掲注126参照。

<sup>291</sup> 被告人A及び被告人B事件～高松地判令2・7・21D1-Law.com判例体系（No.28282768）（令和2年（わ）第86号・令和2年（わ）第161号）。評釈に、帖佐隆「判批」久留米大学法学 No.84（2021年）175頁。共犯である父親に係る事件～高松地判令3・2・8D1-Law.com判例体系（No.28290901）（令和1年（わ）第334号・令和2年（わ）第87号・令和2年（わ）第162号）。

1つの法人の顧客情報と、2人の自然人に係る預金残高だというのである。

前者の顧客情報については内容が不明であるが、わずか1自然人1法人の顧客情報に財産的価値等があるかどうか疑問であり<sup>292</sup>、有用性に疑問がある。また、後者の自然人2人の預金残高についても、そもそも有用性（場合によっては秘密管理性）はないのではないだろうか。よって、これら両者に営業秘密性があるかどうかは疑問である。

したがって、同事件では、対象情報の有用性ひいては営業秘密性の点で要件を満たさずに不可罰である可能性があり、加えて、不正利得目的についてもどのような内容を認定したのか理解し難く、経済的利益という要件を充足しない可能性がある。

よって、同事件は、営業秘密侵害罪の適用が正しいかどうか疑問である事件と考えざるをえないところである。

### ③ 愛知製鋼事件

最後に、愛知製鋼事件<sup>293</sup>についてもみていきたい。

同事件では、被告人ら2名が示された営業秘密を他者に開示したとして公訴提起されたが、審理の結果、対象となった技術情報に非公知性がなく、無罪判決となった。この無罪判決自体については、筆者は妥当な結論であると考えている。したがって、本件は営業秘密の侵害が現実にあった事案ではなく、その意味でこれまでの他の裁判例とは異なる。

しかしながら、当該事件では、無罪判決を宣告しながらも、傍論として、不正利得目的について説示している部分がある。ここでは、「仮に、本件実開示情報が……営業秘密に該当するという見解を採るのであれば……不正の利益を得る目的があったと認められる」という説示がなされている。だが、裁判所としては、この「仮に……」で始まる説示は行うべきでなかったのではなかろうか。なぜならば、たとえ傍論であるとしても、この「不正の利益を得る目的」の説示があると、無罪となった被告人らを不必要に批難することとなるからである。よって、妥当でないように筆者には思われるところである<sup>294</sup>。

これに対し、仮に営業秘密性がない場合であっても、旧5号の要件である現職の「役員」要件の充足性などを検討し説示するのであれば、それらの検討、説示については傍論でも意味があると思われる。今後の考え方の参考になるし、また、被告人らへの不必要な批難にもつながりにくいからである。

だが、開示された対象情報に営業秘密性（非公知性）があるとする仮想の話とはいえ、同事件においては、「不正の利益を得る目的」が認められる旨の説示がされている。よって、当該判決における同目的

<sup>292</sup> この点、筆者の私見であるが、営業秘密たりうる情報としては、「顧客情報」（の単体か数件）であるだけでは足りず、「顧客情報」がある程度集積された「顧客名簿」でなければならないと考えるところである（参考：通商産業省知的財産政策室監修・前掲注8 56頁には、営業秘密の例として「顧客名簿」とある）。この点考察するに、「顧客情報」が相当数集積されるからこそ経営効率や業務効率が改善され、その結果として有用性があるのであり、また、顧客情報単体は、多くの場合、他の方法で調べることも可能であるから、非公知性がないともまた言うのではないだろうか。よって、その顧客情報の「集合体」にこそ非公知性があると筆者は考えるのである。加えて、現実問題として、「顧客情報」の1、2件程度で、営業秘密性あるいは営業秘密の使用を充足するとなると、転職した営業担当職の者が、前職時代に親しかった顧客の1、2件に転職の挨拶をしただけで（少なくとも民事では）営業秘密保護規定違反となりかねないからである。

<sup>293</sup> 名古屋地判令4・3・18裁判所ウェブサイト（平成29年（わ）第427号）。評釈に、四條北斗「判批」大阪経大論集73巻4号（2022年）111頁、西川喜裕「判批」ビジネス法務23巻3号（2023年）80頁、平澤・前掲注251（インターネットメールマガジン掲載コラム論考ならびに福岡大学法学論叢）、及び、山根崇邦「営業秘密を抽象化・一般化した技術情報の開示と刑事罰——愛知製鋼磁気センサ事件を契機として」吉田広志・村井麻衣子・Branislav Hazucha=山根崇邦（編）『知的財産法政策学の旅 田村善之先生還暦記念論文集』（2023年、弘文堂）2頁がある。

<sup>294</sup> なお、同事件における現実の主観面でも、被告人らは営業秘密性の故意もまたないと併せて認定されており、そうすると当該情報の開示をして何か経済的利益を得ても、それに対して不正の利益を得る（成果に比例しない利益を得る）という認識もまたないことになるのではあるまいか。

の判断について以下に筆者の一応の考え方を示す。

被告人Aは平成22年6月から平成24年6月まで保有者企業Bの専務取締役であったが、それ以降は同職をはずれ、保有者企業Bの「技監」なる地位にあった（平成24年6月から平成25年6月まで）。この「技監」なる地位について、判決には「役員である」とする部分があるが、その職務権限の範囲については判然としない。なお、平成24年9月に被告人AはF社なる会社を設立しており、そうすると、両社を兼業していた期間がある（このことが本事件の立件へと影響しているかもしれない）。

一方で、被告人Cは、平成24年6月から平成25年12月まで保有者企業Bの部長の地位（従業員と解される）にあった。

この状況の下で、判決は、平成25年4月9日に被告人A及びCは、試作機作成のために対象情報を株式会社DのEに開示したというのである。なお、この時期の被告人Aは、上述のとおりB社の「技監」とF社の経営者を兼任していた時期であった。これが影響したかどうかはわからないが、被告人Aはその約2か月後に「技監」を退任している。

本判決が「不正の利益を得る目的」があるとした理由について、まず、被告人らが上記D社を含む2つの外部業者に試作機の製作依頼をしたことが認定されているが、それらの依頼が、保有者企業からの正規の依頼ではなく、結果、被告人らが保有者企業の了解なく試作機を製作しようとしたことが挙げられている。もっとも、被告人Aは、次世代MIセンサ研究のためにも使える高機能な試作機を制作して、保有者企業の社長に各種提案をするつもりであったなどとして、正当な業務遂行を主張したが、判決は正規の依頼であることを認めなかった。

以上の事実認定から、筆者として、目的要件の充足性について検討してみる。

まず、裁判所は、被告人Aが就いていた「技監」職についてその職務権限がどこまであったかを明確にすべきではなかったのだろうか。たしかに彼は専務取締役を退任しているので、法的には経営者ということにはならないのであろう<sup>295</sup>。だが、保有者企業Bの側として試作機を外注して作ることにについては、権限があった可能性もあるのではないだろうか。専務取締役は退任したとはいえ、「技監」という肩書を得ているのであるから、技術面の責任者であった可能性はある。その場合は試作機の発注に任務違背がないことになり、行っていることは「職務」となろう。そうなれば、保有者企業Bの利益のための行為ということになり、「不正の利益を得る目的」ではなくなる。よって、この点は判決としては不十分なのではあるまいか。

次に、争点となっている「不正の利益を得る目的」があるかについて、これは成果に比例しない経済的利益目的があるということであるが、これを判決は論証できていないのではないと思われる。

まず、判決は、何をもって「不正の利益」とであると言わんとしているのか、そこが不明である。そして、ここでいう「不正の利益を得る目的」とは、（仮定の）営業秘密たる情報を開示したことに対する目的でなければならない。

この点、判決は（仮定の）営業秘密に係る試作機を得ること自体（これを経済的利益と考えるのであろうか）を被告人らの「不正の利益を得る目的」と説示したと考えざるをえない。だが、まさしくこれは、保有者業務において「保有者のため」にする行為となり、不可罰ではないだろうか。一方で、それが保有者業務と無関係であるとするならば、判決のほうをそれを示さなければならないのにそれに対応する説示はない。

<sup>295</sup> とはいえ、不正競争防止法21条2項3号がいう「これらに準ずる者」に該当する可能性はある。

一方で、判決は、被告人らが保有者企業不了解なく試作機を製作しようとしたことを問題としているが、もし、これが問題であるならば、これは「不正の利益を得る目的」の問題ではなく、任務違背の問題ではあるまいか。とはいえ、上述のとおり、「技監」としての権限があるのであれば、任務違背にもならない可能性は大いにあるのではないだろうか（単なる経営陣の意見対立にすぎないのではないか）。そこも問題となろう。

なお、対象情報が仮に営業秘密であり、仮に被告人AとCがそのことを認識していたのであれば、「保有者に損害を加える目的」の問題は考えなければならない。部外者である業者D社に営業秘密を開示したのであるから、営業秘密の財産的価値の低下の問題が出てくる可能性があるからである。だが、判決においては、被告人Aと企業Dの担当者Eの間で、守秘義務を含む「打合せ覚へ」なるものが取り交わされた旨、判決に説示がある。そうすると、被告人Aが「技監」として試作機設計の権限があるのならば、秘密状態は保持されるのであるから、「保有者に損害を加える目的」もまたなかったことになるのではないだろうか。

以上検討するに、営業秘密性が仮想の話であるにしても、「不正の利益を得る目的」の該当性については、事実認定や説示が不足しているといわざるをえないように思われる。なおかつ、被告人AとCは保有者の事業として対応しているように見え、「保有者のためにする行為」には間違いなく該当すると思われる。よって、判決が営業秘密性を仮想して不正利得加害目的を認定したことは妥当ではないのは明らかである。本事件における、この「不正の利益を得る目的」要件についての、仮想を含めた説示は、不毛かつ不適切であるように筆者には思われてならないところである。

#### ④ 小括

（3）における①から③までで紹介した3つの判決は、営業秘密保護法制の保護法益や目的要件の意義とは関係のないところで不正利得加害目的を認定しているように思われる。不正利得加害目的の認定にあたっては、当該目的要件の意義に沿う必要があるのに対し、後者3つの裁判例はそれに対応していないように思われ、その意味で妥当でないと思われるところである。

### 3. 判例や裁判例と筆者の考え方

以上、判例や裁判例を検討し、筆者の考え方を示してきた。最高裁判例については、調査官解説などが中立的な立場をとったとする意見を述べているが、むしろ、筆者の考え方に親和的な判例として説明できる。

下級審裁判例について、まず、旧3号については、これまでの有罪の事例においては、玉井説（背任罪における消極的動機説の援用）でなければ処罰できない事案は見当たらない。また、基本的に、近い将来の使用・開示による不正利得加害目的と解釈する筆者の考え方と矛盾はなく、玉井説よりも、筆者の考え方のほうに親和性があるように思われる。

ただ、事例によっては、一部に、「不正の利益を得る目的」の中に非経済的利益を含めて考えるものがあり、このような考え方では、この主観的要件の意義に合致していないと考えられる。だが、そういった事例であっても、考え方によって経済的利益があったと評価できる事案がほとんどではあるまいか。今後の裁判等において、経済的利益論が明確になっていくことを筆者は期待するところである。

## 第八、米国経済スパイ法の検討

最後に、米国経済スパイ法を採り上げ、これとの比較法的観点からわが国の営業秘密侵害罪、そして同罪における主観的要件について、検討を加えることとする。

## 1. 米国経済スパイ法<sup>296</sup>の概要

### (1) 制定の背景とその過程

米国経済スパイ法（Economic Espionage Act of 1996〔E E A〕）は、1996年に、連邦法典の1831条から1839条に追加される形で制定された。米国における営業秘密の保護は、従来、民事的保護が中心で、かつ、州法中心の保護であったが、本法により、連邦法に強力な刑事的保護をもつ規定が設けられることとなった。その後、連邦法で民事的保護を行うべく、連邦法典1836条に民事的保護を追加した営業秘密防衛法<sup>297</sup>（Defend Trade Secret Act 2016〔D T S A〕）が2016年に制定され、営業秘密については、民事刑事ともに連邦法による保護がなされるようになっている。

E E Aの制定以前は<sup>298</sup>、米国における営業秘密の保護は、州法を中心とした体制によることとなっていた。とはいえ、民事的保護においては、統一営業秘密法（Uniform Trade Secret Act〔U T S A〕）を多くの州が採択するなどして、各州によって保護の内容が異なるという欠点を補おうとしていた（営業秘密保護が不統一な状況の是正<sup>299</sup>）。だが、刑事規定については、州法もまちまちであったり、規定をもたない州もあったりとされる。また、連邦刑事法としては、例えば、州際盗品輸送法が存在するが、客体が有体財産であることを予定していたとされ、やはり営業秘密の保護には無理があったようである。そこで、媒体の窃取の有無にかかわらず、営業秘密侵害そのものを処罰する法律の必要があったといわれる<sup>300</sup>。

経済スパイ法の制定の過程<sup>301</sup>としては、1994年初めごろから、F B I等の協力により、立法の準備がなされ、当初は外国及び外国企業のスパイ行為からアメリカ企業を守ることに主眼があったが<sup>302</sup>、G A T T 3条の内国民待遇の問題により、内外人の差別ができず、内国人外国人同様に適用されるものになったという。その後、法案が1996年9月28日に米国議会下院を、同年10月2日同上院を通過し、同年10月11日のクリントン大統領の署名により、米国経済スパイ法は発効した<sup>303</sup>。

### (2) 米国経済スパイ法の法文の構成と2つの罰条の区別

<sup>296</sup> 米国経済スパイ法について解説した日本語の文献として、梅田さゆり「米国経済スパイ法」国際商事法務 Vol. 25 No. 2 (1997年) 121頁、クリストファー H. ランディング=ティモシー A. ウィルキンス「米国1996年経済スパイ法」国際商事法務 Vol. 25 No. 6 (1997年) 575頁、岡田好史「一九九六年経済スパイ法とトレード・シークレットの刑事法的保護」専修法研論集第25号 (1999年) 1頁、玉井克哉「米国経済スパイ法（その1）（その2）——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 Vol. 64 No. 9 (2014年) 1315頁、および、同 Vol. 64 No. 10 (2014年) 1493頁、中川正浩「米国『経済スパイ法』概略」警察学論集 70巻1号 81頁等がある。

<sup>297</sup> 米国営業秘密防衛法を詳しく紹介する文献として、山根崇邦「米国連邦営業秘密防衛法(DTSA)の研究」(1)(2) 同志社法学 69巻7号 (2018年) 2649頁、及び、同 72巻6号 (2021年) 1795頁、山根崇邦「連邦営業秘密防衛法(DTSA)をめぐる実務上の諸問題」知的財産法政策学研究 Vol. 53 (2019年) 45頁、山根崇邦「アメリカにおける営業秘密の保護」(1)～(3) 知的財産法政策学研究 Vol. 53 (2019年) 1頁、Vol. 55 (2020年) 1頁、および、Vol. 59 (2021年) 7頁、浅井敏雄「2016年米国連邦民事トレードシークレット保護法の概要」パテント Vol. 69 No. 15 98頁等がある。

<sup>298</sup> 歴史的経緯や制定の過程については、梅田・前掲注 296 121頁以下が参考になる。

<sup>299</sup> 山根・前掲注 297 (「アメリカにおける営業秘密の保護」(1)) 7頁。

<sup>300</sup> 梅田・前掲注 296 122頁。米国も、かつてはわが国と同様の問題を抱えていたと思われ、興味深い。

<sup>301</sup> 梅田・前掲注 296 121頁。

<sup>302</sup> この点、法制定上は内外国人平等の形で制定されたが、この当初の主眼は、法の運用に多少の影響はありそうである。一方、営業秘密を「隠す」(conceals)、「破壊する」(destroys)といったわが国では含まれない行為態様が犯罪構成要件に含まれていることは、営業秘密の保護という観点から考えると興味深い。ここにもなにか経緯があるのであろうか。

<sup>303</sup> 梅田・前掲注 296 121頁。

米国経済スパイ法における犯罪構成要件に相応する罰条は1831条と1832条の2箇条に用意されている。また、法文内で用いられている用語についての定義規定が1839条(1)から(4)までにあり、営業秘密(trade secret)(同条(3))、所有者(owner)(同条(4))といった各用語の定義を行っている。その他、関連する法文としては、適用除外(禁止の例外)(1833条)、国外適用(1837条)、といったものが定められている。

1831条と1832条の相違として、後者の1832条は一般的な企業活動等における営業秘密侵害に対する法文であるのに対し、1831条は外国の政府、外国の機関、その代理人等を利する営業秘密侵害である点が異なっている。そして、1831条の方が刑が重いため、そちらの罪質の方が重いと判断しているということであろう<sup>304</sup>。

すなわち、2つの罰条はそれぞれ主観的要件を持っており、実質的には、これらの主観的要件に両者の区別があらわれている。1831条は、「当該犯罪が、外国政府、外国の機関、あるいは外国の代理人に利益を与えるであろうことを意図して、または知って」という主観的要件<sup>305</sup>となっているのに対し、1832条は、「営業秘密をその所有者以外の何人かの経済的利益にすべく横領(convert)する目的で、かつ、当該犯罪が営業秘密のその所有者を害することを意図して、または知って」という主観的要件<sup>306</sup>となっている<sup>307</sup>。前者は、外国政府(とその関係者等)に利益を与えることが必要であり、対象者に限定があるが、与える「利益」については経済的利益に限られないことになる。一方で、後者は、営業秘密の所有者以外であれば対象者に限定はないのに対し、法文上、「利益」は経済的利益に限られるということになる。このことからすれば、合衆国法典1831条は、主観的要件として、外国の政府、外国の機関、その代理人等を利する目的を要求しており、同法の意義としては「国家安全保障」にあるのではないかと考えられ<sup>308</sup>、1832条の趣旨は他者の成果の冒用防止や企業間の公正な経済活動の実現にあると解される。よって、両規定に趣旨の相違があると考えられる。

### (3) 行為態様

1831条と1832条の行為態様はそれぞれの法文の(1)から(3)までに具体的に記載されており、その内容は基本的に同じである。まず、(1)では、対象情報を盗む(steals)場合、または、許諾なく着服する(appropriates)、入手する(takes)、持ち去る(carries away)、もしくは隠匿する(conceals)場合、または、詐欺(fraud)、計略(artifice)もしくはごまかし(deception)によって得る(obtains)場合が規定されている。ここでは概ね営業秘密の不正取得の行為が挙げられているといえる。ただ、日本法にはない隠匿という行為が規定されている点が興味深い。

<sup>304</sup> 1831条は最高刑が15年以下の拘禁、500万ドル以下の罰金、それらの併科、となっているのに対し、1832条は、最高刑が10年以下の拘禁、25万ドル以下の罰金、それらの併科となっている。

また、組織に対する罰金額は、1831条(b)では、1000万ドルと、組織によって盗まれた営業秘密の価値の3倍の大きいほうを超えない額と定められ(2013年改正。26 STAT. 2442 JAN. 14, 2013)、1832条(b)では、500万ドルと、組織によって盗まれた営業秘密の価値の3倍の大きいほうを超えない額と定められている(2016年改正。130 STAT. 382 MAY 11, 2016)。

<sup>305</sup> 「intending or knowing that the offense will benefit any foreign government, foreign instrumentality, or foreign agent」

<sup>306</sup> 「with intent to convert a trade secret ... to the economic benefit of anyone other than the owner thereof, and intending or knowing that the offense will, injure any owner of that trade secret」

<sup>307</sup> なお、両条にはそれぞれ「故意に」(knowingly)という共通の語の主観的要件を持つが、これらはそれぞれの実行行為に係る語であり、同じ役割をしている。

<sup>308</sup> ランディング=ウィルキンス・前掲注296 575頁以下参照。そして、同稿は「1996年経済スパイ法という法律名はいささか誤った印象を与えている」(576頁)ともいう。1831条の存在が強くアピールされやすい法律名であり、実際によく使用される1832条の方の存在が軽くなってしまいうからではなかろうか。



次に、(2)では、対象情報を許諾なくコピーする(copies)、複製する(duplicates)、素描する(sketches)、描く(draws)、写真に撮る(photographs)、ダウンロードする(downloads)、アップロードする(uploads)、変更する(alters)、破壊する(destroys)、複写コピーする(photocopies)、模写する(replicates)、送信する(transmits)、配達する(delivers)、送る(sends)、郵送する(mails)、通信する(communicates)、または、伝達する(conveys) 場合が規定されている。ここでは概ね不正複製（日本法でいえば「領得」の一形態（不正競争防止法現21条2項1号ロ）に該当しようか）、あるいは不正開示といった行為が規定されている。ただ、同項には日本法にない「破壊する」(destroy) 行為が含まれていたり、一応日本法にもあるがカテゴリーが異なると考えられる（著作権法20条1項の同一性保持権（著作者人格権の1つ）に位置づけられる）「変更する」(alter) といった行為がここに入っていたりするところが興味深いところである。

また、上記行為態様の中に、使用(use) という概念が含まれていない点も注目される。本稿第二、3. で示したとおり、日本法では、他人の営業秘密の（不正）使用や（不正）開示が保護法益の侵害であると捉えられている。この点、使用行為を摘発するのだと遅すぎるということであろうか。そうすると、「使用」の概念が米国法で直接規制の対象とされていない結果、日本法の現21条1項2号、現2項2号の「使用」に関する行為が行われたとしても、現1項1号、現2項1号相当の行為に該当しなければ立件できないこととなるのではなかろうか。一方で、開示行為(disclosure) については(2)において含まれているといえようが、包括的な語ではなく、その下位概念と位置付けられる用語が列挙されている形式ではあるが、結果として開示行為全般を網羅していると思われる<sup>309</sup>。また、複製概念についても、開示と同様、細かい態様が複数挙げられているが、ここでも複製行為全般を網羅しているといえるであろう。一方で、隠匿(conceal)、破壊(destroy)、といった行為までが含まれている。この点は使用・開示といった行為とは別の立場、すなわち、本来使用等すべき者らが使用等できなくする行為を規制することによって、営業秘密を保護しようとするものであろう。

以上の行為態様について、日本法では不正な使用・開示が保護法益の侵害（の中心）とされていることと比較すれば、前段階の処罰が多くなっているように思われる。このあたり、思想の相違があるのかもしれない。加えて、(4)では(1)から(3)までの未遂罪について、(5)では同じく共謀罪についても規定している<sup>310</sup>。

次に、(3)では、盗まれる、横領されるなどした営業秘密をそのことを認識しつつ、これを取得、所有する行為に制裁を加える形で立法されている。これは二次的取得者（三次的取得者以降も包含するであろう）に対する処罰ということになるだろう。

#### (4) 2012年改正について

現在、1832条における文言には、“with intent to convert a trade secret, that is related to a product or service used in or intended for use in interstate or foreign commerce” なる部分がある。すなわち、「州際あるいは外国通商にて使用されるか、または上記通商のために使用が意図された製品また

<sup>309</sup> もっとも、使用(use)の語や開示(disclosure)の語は、米国でも裁判例などではしばしばみられ、司法判断の場ではこれらの概念を意識はされていると思われる。一方で、日本法の現21条2項3号、現2項4号相当の行為のうち「使用」に関するもの、すなわち、「示された」営業秘密を記憶だけして自己使用する行為は米国では不可罰となる可能性はないだろうか（両条(1)(2)に該当する行為態様がないように思われる）。

<sup>310</sup> ただ、未遂(attempt)（両条の(4)）や共謀(conspire)（両条の(5)）の適用については、日本法との比較の観点からも注意が必要であろう。

はサービスと関係する営業秘密を横領（変換）する意図をもって」という要件がある<sup>311</sup>。

この文言について従前は、” with intent to convert a trade secret, that is related to or included in a product that is produced for or placed in interstate or foreign commerce”、すなわち、「州際あるいは外国通商のために生産されるかそこに置かれるかした製品に関係があるか、あるいは含まれる営業秘密を横領（変換）する意図をもって」という要件であった。

このような法文は、連邦法であるがゆえに必要となっているが、従前の法文に「製品」はあるが「サービス」は規定されていなかった。この点に関連して、問題となった対象情報がトレーディングシステムのソフトウェアのソースコード（営業秘密）であった事案について、改正前の要件を満たさないという理由で無罪判決が出された<sup>312</sup>。そこで同年（2012年）に、こういった抜け穴をなくすべく、1832条について法改正を直ちに実現したようである<sup>313</sup>。

## 2. 検討の意義等

さて、上記で紹介したとおり、米国経済スパイ法も日本法が持つように主観的要件を持っており、わが国営業秘密侵害罪の主観的要件を考えるうえで、米国経済スパイ法の主観的要件を検討するのは大いに意義があるであろう。

まず、ここで簡単に日本法（不競法の営業秘密侵害罪）との比較をしておきたい。上述のとおり、米国法では対象となる行為類型に「使用」がないなど、内容にやや相違<sup>314</sup>もある。しかし、故意以外の特別な主観的要件が存在するという点では、わが国と共通するところである。米国における立法においても、主観的な要素まで判断しなければ、無体物たる営業秘密侵害の罪責については問えないと判断されたのだと考えられる。ただし、両者の主観的要件の内容には明らかに異なる点（相違）もある。まず、「利得目的」について、日本法では「不正の利益」であるのに対し、米国法では1831条は単に「利益」、1832条では「経済的利益」となっているという点がある。また、利得目的と加害目的の関係が日本法では「OR」であるのに対し、米国法では「AND」である、といった点もある。よって、これらの点についてはしっかり認識しておく必要がある。

なお、これまで日本法は営業秘密侵害罪を立法するうえで米国法を参考にしてきたと思われる。平成21年法改正の営業秘密の「領得」の処罰化（現21条2項1号。当時21条1項3号）は米国法を意識した部分もありそうである<sup>315</sup>。

<sup>311</sup> このように1832条には、外国通商や州際通商に関係することも要件とされているが、これは連邦法であるがゆえの要件であると解される。しかし、当該営業秘密と州を超える通商等が少しでも関係していれば足りると解され、ハードルの高い要件ではないと解される（ただし、後述するが、この要件での無罪事案がかつてあった）。また、1831条にはこの要件はないが、外国政府等を利する目的が規定されているからだと解される。

<sup>312</sup> 合衆国 対 Aleynikov 事件（United States v. Aleynikov 676 F.3d 71 (2nd Cir. 2012)）。同事件は、2009年6月に、被告人がトレーディングシステムのソフトウェアのソースコードを退職に際して複製したという事件である。一審(United States v. Aleynikov, 476 Fed. Appx. 473(2d Cir. N.Y. 2012))では有罪であったが、この二審では無罪判決となったものである。

理由は、トレーディングシステムは売り物（製品）ではないため、従前のE E A 1832条（a）において「州間あるいは外国通商のために生産された製品、あるいは、州間通商あるいは外国通商におかれる製品に関連付けられるか含まれる」営業秘密ではないとされたものである。

<sup>313</sup> PAUL F. ENZINNA, THE ECONOMIC ESPIONAGE ACT A PRACTITIONER'S HANDBOOK 96-97 (2017). 改正として126 STAT.1627 December 28, 2012.

<sup>314</sup> 他の相違としては、すでに述べたが、営業秘密（物件）の破壊（destroy）や隠匿（conceal）といったなども含まれている点がある。

<sup>315</sup> 平成21年小委員会報告書・前掲注11 5頁は、この行為について米国等に刑事罰があり、当時のわが国にはその制度

### 3. 主観的要件についての法文の構造

#### (1) 比較の対象について

米国経済スパイ法のうち、合衆国法典 1831 条の意義は、上述のとおり「国家安全保障」にあるのではないかと考えられる。確かに、わが国の不正競争防止法においても、平成 21 年法改正によって、外国の政府、外国の機関、その代理人等を利する目的に対する規制も含まれるようになったと解される。しかしながら、純粋な「国家安全保障」の範囲については、日本の不正競争防止法の目的の範囲外で、他の法律の問題であると解される<sup>316</sup>。日本の営業秘密侵害罪（不正競争防止法 21 条 1 項、2 項）が想定している典型例は、ある企業の営業秘密を他者（他企業）に使用されることであり<sup>317</sup>、また、他者へと移動（取得、開示等）されることであろう。そうすると、合衆国法典では 1832 条がこれに対応することとなるのではあるまいか<sup>318</sup>。

したがって、日本の営業秘密侵害罪との比較法の対象としては 1832 条が妥当であるため、本稿では、こちらを採り上げることとする。

#### (2) 経済的利益目的、そして加害意図もしくは認識、そして愉快犯や怨恨等について

米国経済スパイ法 1832 条は、その主観的要件の 1 つとして「経済的利益にすべく横領する目的で」<sup>319</sup>とし、明文で、「経済的利益」とするのである。よって、この目的要件に非経済的利益の入る余地はまったくない。この点、立法資料にも、1831 条でない場合（1832 条の場合）には「抽象的な利益」や「評判の増大」は含まれない旨が記述されている<sup>320</sup>。また、「1832 条の下で問題となる利益は、『評判』や『戦略』といったものではないと解される」との旨を述べる文献もある<sup>321</sup>。このようなことからすれば、米国法 1832 条の営業秘密の不正取得・不正複製・不正開示といった事案については、罪責を問うべきものは、利欲的な経済的なものに限られるとの認識があるのだと考えられる。なお、玉井克哉教授<sup>322</sup>は、米国 1832 条を紹介する際に、「保有者以外の者に利益（benefit）をもたらす意図をもって」とし、「経済的」（economic）を表示せずに紹介している。これは、明らかに不適切な紹介の仕方ではないだろうか。正確な理解のために、一言ここで言及しておきたい。

---

がなかった旨をいう。

<sup>316</sup> 不正競争防止法 1 条がいう同法の目的を参酌すればそのようになろう。もっとも、外国政府に、国家安全保障上の利益を得させる目的で営業秘密を開示する者が、当該外国政府から報酬その他の不正な経済的利益を得れば、その場合には不正競争防止法の「不正の利益を得る」の対象となると解される。

なお、加藤佐千夫教授は、わが国不競法平成 21 年法改正の背景に軍事転用可能技術についての意識があったのではないかと推測されておられる（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 巻 3・4 号（2010 年）263 頁〔280 頁〕）。

<sup>317</sup> 上述のとおり、米国法文には「使用」が規定されていないが、これは 1831 条も 1832 条も同様である。

<sup>318</sup> 玉井その 1・前掲注 296 1319 頁によれば、同教授は、1831 条相当の犯罪類型は日本にはなく、またこの両者では、圧倒的多数が 1832 条で処理されている旨をいう。

<sup>319</sup> 一原・前掲注 53 344 頁は、日本法について筆者が帖佐・前掲注 112 の〔下〕3 頁で述べた「営業秘密という財産を金銭等のなんらかの財産的利益に変換・交換しようとするから処罰に値する」と述べた内容を疑問あるいは不明確である旨をいう。だが、要は、営業秘密を財産的利益とすることを目的としようとすることに對し、米国ではこのように（convert）（と）規定されているのである。たしかに、法文の文言も異なり、米国と同様に解釈する直接の根拠はないが、上述のとおり、営業秘密侵害罪については米国法を参考にしていると考えられる面もあり、営業秘密侵害の本質を考えればこのように解することも不合理ではないし、また、日本法の保護法益との整合性もあると思われる。なお、「convert」には「横領」の意味もあり、示された営業秘密の場合は、こちらの訳がなじむ場合もある。

<sup>320</sup> See H.R. REP. No. 788, 104th Cong., 2d Sess. 11(1996).

<sup>321</sup> ENZINNA, *supra* note 313 at 82. PAUL F. ENZINNA, THE ECONOMIC ESPIONAGE ACT A PRACTITIONER'S HANDBOOK 82(2017).

<sup>322</sup> 玉井その 1・前掲注 296 1319 頁。その後 1320 頁でも「経済的」の文言は使用されていない。

1832条では、「……と関連する営業秘密を横領（convert）し、その所有者以外の経済的利益（economic benefit）にする目的で、かつ、当該犯罪が営業秘密のどんな所有者をも害することを意図して、または知って」であるから、経済的利益にする（を得る）ために横領する目的と、加害の意図もしくは認識については、両者とも必須の関係であること、すなわちAND関係にある。よって、営業秘密侵害の典型例である不正利得目的である場合であっても、加害の意図・認識を同時に充足しなければ罪とならないこととなる。

だが、米国では、この点はさして問題となっていないようである。文献によれば、当該加害の要件は、有罪判決に向けた著しい障害とはならない旨が説明されている。EEAの下での営業秘密の定義を考えれば、営業秘密が不適当に開示されるとき、必ず価値を失うことになるから、必然的に所有者を害する旨が述べられているのである<sup>323</sup>。加えて、法文上、加害は意図（intending）まで行かなくても認識（knowing）で足りる。よって、上記文献内容を考慮すれば、営業秘密の開示等による（違法な）経済的利得を意図するときは少なくともそのことによる加害の認識が生じうると米国では解されていると考えられる。

したがって、「加害」がAND条件であったとしても、（違法な）経済的利益を得る目的がある場合においては米国法が日本法より狭いということはほぼないと解される。

一方で、米国法の当該規定によれば、加害の意図等だけでは要件を満たさないため、純粋なる愉快犯や純粋なる怨恨等については不可罰であるとされている<sup>324</sup>。よって、この点においては米国法の適用範囲は日本法より明らかに狭い。

このように考えると、米国法1832条における営業秘密の規制は、他者の営業秘密を私物化することにより、所有者以外の者が経済的利益を得る行為の規制が趣旨として定められているように考えられる。

### （３）「過度に広汎ゆえ違憲」の理論と主観的要件

また、米国法においては、裁判の中で、「過度に広汎ゆえ違憲」の理論が主張されることがある。これは、対象とされた法文が過度に広汎であるため、言論の自由を妨げる危険性があり、合衆国憲法修正第1条に照らして違憲で無効であるとの主張である。そして、米国経済スパイ法においてもこの主張がなされた裁判例が存在する<sup>325 326</sup>。

ここでは、「故意に」の要件の議論に関して「営業秘密を窃取」の規定を対象として上記理論の主張がなされた。これに対して、裁判所は、経済スパイ法が「その所有者以外の誰か（第三者）の経済的利益のために……営業秘密を横領する目的で」なされる行為に限定されていることを指摘し、そのような行為は保護される表現ではないから「過度に広汎ゆえ違憲」の理論を採用せず、違憲・無効ではないというのである。

このような認定がなされたことは、この「その所有者以外の誰か（第三者）の経済的利益のために…

<sup>323</sup> ENZINNA, *supra* note 313 at 87. また、ENZINNA, *supra* note 313 at 96 では、不利益は潜在的でもよい旨をも述べる。

<sup>324</sup> 法文上、利得と加害はAND条件だからである（1832条）。また、ENZINNA, *supra* note 313 at 82.によれば、「例えば、仮に、彼の動機が経済的利得ではなく、いたずらであるとしたら、営業秘密にアクセスして、それをインターネット上に投稿するハッカーは1832条の対象とはならないであろう」と述べられている。なお法文から当然に1831条の適用もないと解される。

<sup>325</sup> United States v. Genovese 409 F. Supp. 2d 253(2005 U.S. Dist.) (S.D.N.Y. 2005)

この裁判例を紹介する日本の文献として、中川・前掲注296 99頁及び109頁がある。

<sup>326</sup> 同裁判ではその他に「漠然ゆえに無効」の理論も主張されたが、これも排斥され、違憲・無効でないといわれた（中川・前掲注296 99頁及び109頁）。

…営業秘密を横領する目的で」とする主観的要件と、その要件による限定は大いに意義があることを示しているのではないだろうか。

以上のように、米国における憲法論の観点からも、米国経済スパイ法における上記主観的要件は決して軽視できるものではないということがみてとれるところである。

#### 4. 米国経済スパイ法 1832条に関する裁判例

それでは、米国経済スパイ法における裁判例をみていくこととする。本稿においては、「経済的利益」を中心とした主観的要件について検討しているため、それに関連するものを挙げる。

##### (1) 合衆国 対 Jin 事件<sup>327</sup>

###### ①事件の概要

Y (HANJUAN JIN) は、中国の大学で物理学の学士の称号を得て、アメリカの大学で物理学とコンピューターサイエンスの分野で修士号を得た者である。彼女は中国出身であるが、帰化したアメリカ国民である。Y は、シカゴ郊外にある Motorola 社で 1998 年から 2007 年までソフトウェア技術者として雇用されていた。Y の主な職務は、iDEN と呼ばれる情報通信システムに関するものであった。

Y は Motorola 社から 1 年間にわたる医療休暇を得た。そこで、2006 年と 2007 年の長期間にわたって中国に滞在し、その間に、Sun Kaisens という中国企業に職を求めた。Sun Kaisens は中国軍のために電気通信技術を開発している。2007 年 2 月に Y はアメリカに戻ったが、数日後にシカゴを離れ中国に戻る飛行機のチケットを手配し、出発までのその間に Y は Motorola 社に専有とされた iDEN 技術の詳細を明らかにする Motorola 社の何千もの内部資料をダウンロードした。

本事件はこのような状況の中で、Y が、中国への片道切符により出国する際に、何千もの Motorola 社の内部資料を持った状態で、空港で関税官に止められ、その後連邦捜査局 (FBI) に検挙されたとする事案である (なお、Y は、上記発覚時、連邦捜査局の捜査官に対して、iDEN システムの大量の資料について、自分の知識をリフレッシュするために必要である旨である旨を述べたとされる)。これに対し、原審が拘禁刑の罪を宣告<sup>328</sup>したため、Y が控訴。

###### ② Y の主張と裁判所の判断

Y の主張としては、(i) iDEN 技術が急速にその商業的威信 (commercial cachet) を失っていたので、Motorola 社 (所有者) を害さないこと、(ii) Y が盗んだ iDEN 技術の何千もの資料について、他者への開示の目的はなく、それらの資料は単に勉強の補助にすぎないものであったこと、などの旨があった。

しかし、これらの主張にもかかわらず、裁判所は、1832 条の適用ありとして、有罪を維持した。

(i) に対しては、まず、商業的威信の部分について判決は直接応答していない。だが、Y の (i) の主張に言及する前に、iDEN 技術の利点を論じている部分があり、この Y による商業的威信に関する主張については考慮に入れていないと解される。その上で、Motorola 社が iDEN 技術についての Y による窃盗を発見したならば、顧客らのプライバシー侵害の危険が生じ、警告や対応策をとらなければならなかったこと、Y が中国軍に通信サービスを提供している企業で働こうとしていることから、中国政府による iDEN ネットワークへの不正アクセスへの影響も考えなければならないこと等の旨を説示

<sup>327</sup> United States v. Hanjuan Jin 733 F.3d 718 (7th Cir. 2013).

<sup>328</sup> United States v. Hanjuan Jin 833 F. Supp. 2d 977 (N.D. Ill., 2012).

している。これにより加害目的ありとしたと解される。

また、研究開発のコストの負担をしていない分、安い価格で便利な iDEN の代替サービスを提供でき、Motorola 社の顧客のいくらかを同社からはがすことができた旨も説示する。

次に、(ii) に対して、当該資料を他者へ見せる目的がなく、勉強の補助であるとの主張については、裁判所は反対の事実認定をしなかった。つまり、当該資料を直接見せる目的の有無は結論に影響しないということであろう。判決は、記憶の「リフレッシュ」の対象は iDEN 技術であったことから、このことが Y のキャリアの見通しを高めたであろうことを説示し、他の動機を考えにくい旨を示唆している。そうすると、彼女自身や Sun Kaisens に、ひょっとしたら中国軍にも経済的利益を与えることに成功していた可能性が高い旨を説示している。よって、これにて経済的利益要件を充足するとしたと解される。

そして、結論として原判決を支持する旨の判決をしている。

### ③コメント

本件では、退職を決意し、最終出社の時期に行われた行為であること、そして、知識の勉強と称している内容が iDEN ネットワークに特化したものであったこと、そして資料が大量であったことから、Y が当該資料を直接見せるという意味での「開示」を否定しつつ、この「否定」に対して裁判所が反対の事実認定をしなくても、対象資料の内容を Y が知識として習得するという点で Y 自身に「使用」の目的が確実にあると判断されたのであろう。そして、この近い将来の使用の場面では、もはや自らに使用の権原がなくなっているわけであるから、それにもかかわらず収益を上げる（収入増＝経済的利益の増加）ことは他人の成果の冒用であり、不当な「経済的利益」を得ることとなろう。また、Y が習得した知識を伝えることで Sun Kaisens や中国軍へ経済的利益を与える可能性があることも考慮されている。

一方、iDEN ネットワーク技術の漏洩によるいくつかの弊害（例えば、プライバシー問題、不正アクセス問題、顧客をはがされる問題）を説示し、被告人は加害意図あるいは加害認識ありとして、結果、すべての目的要件の充足を認めたと解される。

今回は複製の対象が iDEN 技術に関するものに特化されていたがゆえに、営業秘密であり、加えてダウンロードした文献の量もある。ゆえに不正に経済的利益を得ることに直結すると判断されたと解され、犯罪成立が認められるのは妥当であると思われる。

なお、本件での Y は中国軍と関係のある企業への転職という事情があったので、政府側は 1831 条での起訴にも踏み切った。しかしながら、訴追側は、中国政府等への利益目的を合理的疑いを超える程度に立証できず、その部分は第一審において無罪となった<sup>329</sup>。よって、本件控訴審裁判所は、1832 条についてのみ判断した。

最後に、本件判決によれば、刑期は 48 か月という結論となった<sup>330</sup>。この刑期の長短については議論もあるようだが、それについては別稿に譲ることとしたい。

## (2) 合衆国 対 AGRAWAL 事件<sup>331</sup>

### ①事件の概要

当該犯罪は、Société Générale 社（SocGen）のニューヨークオフィスで 2007 年の早い段階から 2

<sup>329</sup> 1831 条の立証が難しい点については玉井その 1・前掲注 296 1322 頁も言及している。

<sup>330</sup> 玉井その 1・前掲注 296 1331 頁では本事件を量刑が重い例の一つとして紹介している。加えて、本来ならば量刑ガイドラインによれば 78 か月から 97 か月の拘禁であったのが 48 か月（本件における実際の量刑）ですんだ点において、高裁が「驚き（surprising）」だとした旨の紹介もしている。

<sup>331</sup> United States v. Agrawal, 726 F.3d 235 (2nd Cir. 2013).



2009年11月にかけてY (SAMARTH AGRAWAL) が雇用されているところから起きた。Yは、SocGenの有価証券の高頻度取引 (High Frequency Trading (HFT)) グループの「量的なアナリスト (分析者)」としてそのキャリアを積み始めた。

同グループでは、2つのコンピューター取引システムである、「ADP」と「DQS」を使用して有価証券の取引にあたっていた。そしてそれらのシステムは SocGen が数年そして数百万ドルをかけて開発しており、大いに複雑なコンピューターコードで作り上げられていた。

Yは、ADP あるいは DQS を支える (コンピューター) コードへのアクセス権を持っていなかった。しかしながら、2009年6月12日に他の関係者が、Yが読みだすことができるフォルダに誤ってコードをコピーしたことから<sup>332</sup>、Yは2009年6月13日に1000ページものDQSのコードを紙にプリントアウトして、それを物理的に彼のアパート (ニュージャージー州にある) に運んだ。

この頃、彼は、外の仕事の機会を追い求めていたが、この5日前にあたる6月8日に、Yは、Tower Research Capital 社 (Tower) の代表者と会っていた。プリントアウトから3日後の6月16日に、再び、Towerの共同経営者 (パートナー) と会った。Towerは、7月10日に、高待遇 (50万ドルを超える給料とボーナス) で、加えて、コードの複製物によって得られた利益の一定割合を支払うことで、SocGenのHFT戦略をTowerに移植するために雇用することを提案した。Yは2009年8月に非公式にTowerの申し出を受け入れた。そして、同年8月と9月の間にもYは、SocGenのHFTコードの数百ページものさらなるページをコピーしプリントしていた。

2009年11月17日に、Yは、SocGenを正式に退職した。

2010年4月19日にYがTowerで仕事を始めるはずであった日に、FBIの係官はYを逮捕した。

## ②裁判所の判断

EEAの訴因について第一審の有罪判決を維持した。高裁もYによる営業秘密の経済上の利益への変換目的を認めていると解される。

本事件では、前掲 Aleynikov 事件<sup>333</sup>と同様の事案であるとしてYからは無罪の主張もされたようであるが、同事件との相違として、HFT システムを「製品」としたのではなく、そのソフトウェアソースコードからなる HFT システムが「有価証券」を発行しており、「州間通商……におかれる製品 (有価証券) に関連付けられる営業秘密」との論理が成り立つため、有罪との結論となった。

## ③ コメント

本件は、競業他社との事前の契約により、転職の見返りとして、高待遇と (コンピューター) コードの複製物によって得られた利益の一定割合の支払いをその条件としているので、営業秘密の開示を前提として同社に転職して (しようとして) いることになる。これこそ、米国経済スパイ法1832条がいう、営業秘密を横領 (convert) し、所有者以外の「経済的利益」にする (to the economic benefit…

<sup>332</sup> このような事例を日本法で考える場合、誤ってコピーした当該「他の関係者」にまったく犯罪 (幫助も含む) の意思がなく、過失しかないような場合に、Yに営業秘密侵害罪の犯罪は成立するだろうか。

思うに、保有者が対象情報を秘密管理していて、Yがそのことや対象情報が誤って書き込まれていることを認識しているような場合は、不正競争防止法21条2項1号がいう「示された」に該当すると解釈して有罪とするのが妥当ではあるまいか (このときYに「詐欺等行為」又は「管理侵害行為」があるわけではないので同法1項1号の適用ができないというものもある)。一方で、それらが認識できないような場合は、秘密管理性がなかったとして不可罰とすべきである。

これに対して、米国経済スパイ法においては、「示された」要件などはなく、トレードシークレット性の要件と、あくまで法文に列挙された行為類型から考えていくことになる。

<sup>333</sup> Aleynikov 事件 上記1 (4) 参照、前掲注312事件。

ただし、上述のとおり、その後法改正があり、現在は Aleynikov 事件のような問題は生じないと考えられる。

…）という営業秘密侵害罪において、同条の主観的要件の典型事例にまさに該当するように思われる。通常、こういった事例においては、このような交渉過程はなかなか表面化しないようにも思われるが、しっかりと事実認定されており、本条が必要な刑罰規定であることを改めて認識させる事件であるように思われる。

### （３）合衆国 対 SHIAH 事件<sup>334</sup>

#### ①事件の概要

Ｙ（TIEN SHIAH）は、２００１年１月１２日から Broadcom 社で雇用され、彼にはイーサネットのマーケティンググループの製品ラインマネージャーとしての職務が与えられた。それは同社の高速イーサネット製品のグループ責任者である。

Ｙは、２００３年８月（上旬）に Broadcom 社を退職した。最終出社日は８月８日であり、賃金は８月１２日分まで支払われている。そして、２００３年８月２５日を初日に、Marvell 社で働き始めた。彼の仕事は、Marvell 社のイーサネット製品のマーケティングの責任者であった。

Ｙは、その退職直前の２００３年８月４日の朝に、およそ４７００のファイルをすべてブロードコム貸与のノートパソコンから私物のハードディスクドライブにコピーをしている。これは Broadcom 社で彼の仕事と関係のあったものすべてのファイルと情報だと主張している。そして、これはＹ（Shiah）の工具一式（toolkit）だったとする。そのうちの営業秘密性を充足する情報を含む起訴に係るファイルは９つであった。

#### ②裁判所の判断

判決は次のようにいう。Ｙが Marvell 社で働いている間に、Ｙが Broadcom 社の営業秘密を使用した証拠はないというのである。加えて、この間に、Ｙが Broadcom 社の営業秘密情報を使用するための十分な機会があったにもかかわらず、使用していないことを説示している。こういったことなどを理由に、Ｙには、営業秘密を経済的利益に変換する目的を有さなかったとして、この主観的要件の欠如を理由として裁判所は無罪を宣告した。

具体的な理由として、判決は、Ｙが９つの起訴に係るファイルのどれかで営業秘密の１つ以上を変換（横領）するつもりであったことを示す、政府側の立証負担にわずかに達しない旨をいう<sup>335</sup>。また裁判所は、Ｙの行為を取り巻く事情（環境）を調べることによる、必要なＹの目的が合理的な疑いを超えて示されなかった、と認定した。

また、判決は、Ｙが当該資料群の営業秘密情報を使用することを意図することの強い提示なしに、裁判所はＹを有罪と認定することはできないとの旨を説示している。つまり、同事件は、事実認定にあたって、この使用の意図の立証不尽にて無罪になっているわけである。

判断するにあたり、判決は、人間の心の働きを直接調べる方法はないため、Ｙの行為を取り巻く事情を調べて目的を認定すべき旨を述べた。だが、本裁判においては有罪とするためのそれが示されなかったということであろう。

本件でＹは４７００もの大量のファイルを退職直前にダウンロードしたが、起訴に係る１つ以上の営

<sup>334</sup> United States v. Shiah 2008 U.S. Dist.(Central District of California 2008)

<sup>335</sup> 玉井その１・前掲注 296 1337 頁、同稿脚注 55 もまたこの旨を紹介する。

さらに、判決は、民事的責任の可能性を述べたり、民事訴訟と刑事訴訟の区別について述べたりもしている。

今回の不充足となった部分は主観的要件であるから、現実には使用していなくても使用の意図があれば、要件充足の方向になったかもしれないが、結局、政府の立証負担にわずかに達しないとの判決とならざるを得なかったのであろう。



業秘密を含むファイルは9つであったということであるから、大量のファイルの中には営業秘密でないものも多かったであろう。(判決は、ファイル群は機密情報を含んでいたけれども、公開情報と一般的な知識等からなる情報も含んでいた旨も説示している。)その状況の中で、営業秘密の直接の使用の証拠がないということであった。加えて、YがMarvell社で働いている間に営業秘密を使用するための十分な機会があったにもかかわらず、彼の成果に営業秘密の使用によるものがなかったと事実認定されている。そういった事実を根拠に、主観的要件の不充足が認定され、無罪となったのである。

さらに、判決は、いわゆる転職の自由について説示している。同判決は、「もし仮に裁判所がYの目的を支えるもっと多くの証拠なしでYを有罪であると判断したならば、従業員らは、彼らの記憶あるいは物理的な形式のどちらかによって運ばれた情報から生ずる起訴のリスクにより、会社間の移動を避けるかもしれないであろう。そのような結果は、E E Aは『雇用される間に身につけた一般的な知識と技能を使って……が使用者(ら)を変える従業員(ら)を起訴するために使われ』ないとする連邦議会の意思<sup>336</sup>に相反するであろう」などとしている。

### ③コメント

本事件においてYは、退職直前に大量のファイルをダウンロードして入手したが、そのうち営業秘密を含むファイルは少なく、また、退職後に営業秘密使用の十分な機会があったにもかかわらず、使用していないことが認定された。その結果、営業秘密の「複製」「ダウンロード」といった実行行為は認められたが、この営業秘密の不使用の事情などにより、経済的利益を得る(得させる)ため、という主観的要件を立証できていないので、無罪判決となったものと解される。

このような本判決の目的認定手法は、事実上「使用」の有無により有罪かどうかを決定しているようにも見える。このような手法をとることで、複製による「領得」直後に検挙された場合(例えば 前掲の合衆国 v. Jin 事件)と時間的に間が空いてから検挙された場合では、主観的要件の判断に差が出る可能性があるのではないかと懸念される。その後の事情を考慮する(できる)／しない(できない)の差が出てくるからである。本件においては、営業秘密を含んだファイルを実際に複製したが、使用する機会があったにもかかわらず、使用しなかったところまで認定されており(おそらくそこまでの時間の経過があったのであろう)、そうなると、複製について経済的利益目的がなかったといわざるをえない。しかし、同じような行為者がいたとして、営業秘密の複製後すぐに発覚したような場合、特に転職を控えている場合などは、理論的にはともかく、経済的利益目的があることがまず推定されてしまい、本件と同様に経済的利益目的がなくても、これを覆すことは難しそうである。結果、平仄を欠く場合もありうるといえよう。

このような問題は、理論的には、複製(による「領得」)の段階で罰する法制にやや無理があることを示しているようにも感じられる。やはり、理念だけで考えるのならば、「示された」類型の場合は、法益侵害たる使用または開示をしてはじめて罪となる法制のほうが理には適っているということになるのではないだろうか。

とはいえ、「複製」等の際に、使用・開示により不正な経済的利益を得る目的がはっきりしているような場合は、現実の使用・開示が行われる前に危険犯として処罰をすることが必要だ、ということが米国及び日本両国での多数意思なのであろう。したがって、米国1832条では、日本法にいう法益侵害と対比するのも不適切かもしれないが、使用の法益侵害そのものを捕捉する法文がなく、開示の法益侵害

<sup>336</sup> 判決は、H.R. Rep. 104-788, 1996 U.S.C.C.A.N. 4021, 4026.を紹介しており、これを参照すべき旨をいう。

と、使用又は開示の危険犯である場合の複製等とを捕捉できる法文となっている、ということがいえよう。そして、客観的行為では、同様の「営業秘密の大量複製（領得）」事件であるにもかかわらず、Jin 事件<sup>337</sup>では、使用による経済的利益の危険が大いにあるため有罪となり、本事件では、その危険がまったく見えなかったということで、結論に差が現れたということであろう。

加えて、判決では、米国 E E A 立法時の議論における、一般的知識と技能を使った転職者の保護が無罪の理由として説示されていることも注目される。もっとも、記憶ではなく、物理的に営業秘密の複製を行いそれを持参して転職している本件に、転職の自由をいうことについて、筆者としては大いに違和感がある。だが、判決も引用する連邦議会の説示では上述のとおり「物理的な形式で……運ばれた情報からの起訴」とあり、現地では媒体に固定等された営業秘密の持ち込み等について認めるべしとの風潮があるのであろうか。したがって、転職の自由のためにも、主観的要件（経済的利益等の要件）までもしっかりと見なければならぬということは必要である。

最後に、本事件において、いわゆる「工具一式」(toolkit) へと複製された技術に営業秘密性のないものが多く含まれていたことは無罪判決と関係あるだろうか。あえてこの考え方を悪用するならば、営業秘密を 1 つ持ち出すのに、営業秘密でないもの 100 と一緒に持ち出せば、何らかの抗弁ができそうな感もある（現実にその営業秘密の使用がなされていた場合にはできないが）。この辺りも気になるところではある。

#### （４）合衆国 対 Sing 事件<sup>338</sup>

次に、一部無罪となった無罪事件を見ていくこととしたい。

##### ①事件の概要

Y (Derek Wai Hung Tam Sing) は、RK 社から解雇された。その解雇の後、Y は、2012 年 12 月 23 日から 2013 年 1 月 7 日までのうち数日間で、RK 社の物理的書類をスキャンすることで、彼のホーム・コンピューターに PDF ファイルを作った。

次に、Y は、2013 年 1 月 8 日に、彼の自宅のプリンター／スキャナーで、PECC 社の（RAX ドライバーの）図式の書類をスキャンすることで、PDF ファイルを作った。

その後、Y は RK 社側の営業秘密について、2013 年 1 月 9 日に A に電子メール送信、2013 年 1 月 14 日に M に電子メール送信、2013 年 1 月 14 日に A に郵送で送信、2013 年 1 月 14 日に B に郵送で送信したという事実があった。これに対して、Y は PECC 社側の営業秘密については、上記のような事実はなく、また、使用されていない。

なお、Y は 2010 年 3 月頃から 2011 年 1 月まで契約被雇用者として PECC 社で働いており、その後、Y は 2012 年 4 月から 2012 年 11 月まで RK 社で働いた、ということである。

##### ②起訴内容と裁判所の判断

以上の内容において、まず、RK 社の営業秘密に関しては、Y は、営業秘密の送信および同未遂（訴因 1 から 28 まで。わが国の法でいえば「開示」にあたろう）および営業秘密の「所持」および同未遂（訴因 29 から 32 まで）について起訴された。これらについて、裁判所は、営業秘密を経済的利益に変換

<sup>337</sup> 同事件については、結果として、日本法における前掲の最高裁決定（最二決平 30・12・3・前掲注 1 決定。本稿「第七、1.」を参照。）と同様の事件構造、判断枠組みであると解される。

<sup>338</sup> United States v. Sing 2016 U.S. Dist. (Central District of California 2016)。

その後、被告 (Sing) 側から有罪部分について同裁判所に異議申立てがなされているが (U.S. Dist. C.D. California 2019)、申立人である被告の動議を認めていない。また、被告 (Sing) 側から有罪部分について、第 9 巡回控訴裁判所に上訴もされているが (736 Fed. Appx.184 2018)、やはり被告の上訴を認めていない。

する目的等を認め、有罪判決を下した。

これに対して、PECC 社の営業秘密に関する訴因（訴因 33）、すなわちこちらの営業秘密の「所持」について起訴された部分は、無罪とされた。その理由として、主観的要件については、PECC 社の営業秘密が、その「所持」後に、2 年間、Y のコンピューター上で使用されていない状態（アイドル状態）であったこと、どんな第三者とも営業秘密情報を共有した証拠がなかったこと（つまり営業秘密の開示には至っていないことと解される）、RK 社については RK 社を害すること等を望んだ証拠が提出されたが、PECC 社に対してはそれがなかったこと、を理由に、PECC 社の営業秘密を所有者以外の経済的利益に変換する目的、及び、PECC 社（所有者）を害する認識もしくは目的、のどちらもなかった（証明されていない）というのである。加えて他の要件の不充足も認め、PECC 社に対する訴因は犯罪の証明がないとされた。

### ③コメント

本判決では、PECC 社について裁判所が目的要件の不充足をはっきり述べていることが興味深い。

RK 社の営業秘密については、送信（開示）がなされている分については、明らかに問題があろう。また、「所持」についても経済的利益への変換目的という目的要件の充足があるとされた。

一方、PECC 社の営業秘密について、その後の Y のコンピューター上で使用されておらず（アイドル状態であった）、また第三者との営業秘密の共有という「開示」の形跡がないことなどの事情を根拠に、「所持」はあっても、主観的要件を満たさないと判断されている。しかしながら、複製時点では、Y が RK 社の営業秘密とほぼ同時期に同じ態様で複製していることに鑑みれば、少なくとも当時は RK 社の営業秘密に対して有していたものと同様の経済的利益目的があり、その後、単に、利用機会がなかったか、利用価値がたまたま Y にとって存在しなかったかにすぎない可能性も考えられるが、正反対の結論となった。もっとも、RK 社の営業秘密侵害では有罪となっているため、PECC 社の事件については、単に政府（検察側）が立証を十分に尽くさなかった可能性もある。

なお、訴追側に Y が PECC 社を害する意図の証拠がなくても、本罪の成立のためには害する認識で足り、また経済的利益を得ようと営業秘密が不適當に開示されるとき、必ずその価値を失うことになるから、AND 条件であっても経済的利益目的があれば、同時に害する認識も充足し、主観的要件は充足しそうである<sup>339</sup>。したがって、RK 社について有罪、PECC 社について無罪と結論が割れたことが、加害目的の差であるとは考えにくい。

思うに、本事件においても、経済スパイ法が、営業秘密の「所持」を処罰する法文であるにもかかわらず、事実上、「開示」を処罰していることになっている感がある<sup>340</sup>。

## 5. 米国経済スパイ法の検討から得られた示唆

以上、若干ではあるが米国経済スパイ法を見てきた。ここから得られた示唆を述べてみることにする。

### （１）「economic benefit」（経済的利益）の規定の文言から

#### ①総論

米国経済スパイ法 1832 条は、主観的要件について、明文で「economic benefit」と限定しているところ、日本の不競法の「不正の利益」の解釈で見られるような「非経済的利益」で足りるとする解釈論

<sup>339</sup> ENZINNA, *supra* note 313 at 87、参照。

<sup>340</sup> 繰り返しになるが、上述した Jin 事件においては、ダウンロード後の不正な「使用」および「開示」の「意図」により経済的利益を得ようとしている危険犯的処罰をしていると捉えられる。

は、上記わずか数件の裁判例では、当然ながら確認できない<sup>341</sup>。また、上記限定がある以上、営業秘密を転職先に持参して使用・開示して、自己の経済的な待遇を高めるであるとか、営業秘密の開示により直接的な金銭的利益を得るなどの、積極的に経済的利益を得ようとしていることの立証が必要となると解される。よって、日本の営業秘密侵害罪における、「保有者のためにする目的」以外や「公益目的」以外のすべては侵害となるといったような議論（消極的動機説<sup>342</sup>）も、米国では行われている形跡はない。

## ②法文の文言についての日米の相違について

次に、米国法 1832 条があえて「経済的利益」(economic benefit)と規定するのに対し、日本法が「不正の利益」とし、「経済的」の文言が法文に入っていないため、逆に日本法では「非経済的利益」がここに包含されとの立論が一部で予想される。

だが、本稿第二、二、や第四、一、を参照されたいが、日本法で営業秘密保護法制は不正競争防止法に組み入れられており、同法の目的は国民経済の健全な発展である（1条）。また、利得目的の要件については、刑事規定では営業秘密以外にも含めて、すべて「不正の」の文言が入ってきている。よって、「不正の利益」要件に含まれる「不正」の語については同法では「不正競争」を指すものであると考えられ、また、「不正競争」とは、「成果の程度に応じた経済的な勝者の決定を歪曲する行為」であると考えられるのである。そうすると「不正の利益」とは結果的に「経済的利益」に限定されてしまうということになるのではあるまいか。

よって、日米においてこの目的要件（の考え方）が「経済的利益」で一致したということは、営業秘密保護法制をそれぞれで考えていくうえで、同じ到達点に達した状態なのではないかと筆者は考えるところである。

## （2）主観的要件の重要性とその判断について

主観的要件が否定されて無罪となった二つの裁判例を見るに、裁判所は、主観的要件が証明されているかどうかについて、しっかり判断しているようにみえる。例えば、Shiah 事件では、使用の態様を入念に説示して経済的利益目的でないことを説示しているし、Sing 事件では、自己アクセスや他者への開示の形跡がないことをもって経済的利益目的が証明されていないことを説示している。

## （3）法文上の規制行為と実質的な保護法益侵害

そして、使用・開示前の行為における「経済的利益」を得る／得させる目的を認定するために、事実上営業秘密の「使用」「開示」があったか否かが決定的となっている裁判例がみられる。

そのため、法文上は、規制対象行為として「使用」「開示」よりも前段階のものが多いが、主観的要件を通じて、結局「使用」「開示」の有無に問題が転換されているようにもみえる。よって、米国法における運用からも、営業秘密保護法制の中核（日本法でいえば保護法益の侵害）はここにあることが推察されるところである。

やはり筆者としては、営業秘密侵害罪の法制度は、日本法がいう保護法益の侵害にあたる、営業秘密の現実の使用・開示を中心に刑事罰を考えていくのが筋だと思われる。しかしながら、使用・開示によって経済的利益を得ることが明らかであるような場合には、その前段で危険犯処罰をすることもやむをえないというのが社会的要請なのであろう。したがって、前段処罰もある程度はやむをえないと考える。ただ、その場合はどうしても近い将来の使用・開示の蓋然性の高さ、あるいは、それに担保された主観

<sup>341</sup> 筆者調べでは、“economic espionage act”、かつ、“non-economic benefit”もしくは“non economic benefit”の語を使用した裁判例は見つけることができなかった（民事事件での判決では若干見られた）。

<sup>342</sup> 玉井・前掲注 43 37 頁-38 頁。

的要件が強く関わってくることになる。したがって、そこに誤りが入りこまないように十分な証拠、事実認定そして審理が必要なのではないかと考えるところである。

## 第九、おわりに

以上、営業秘密侵害罪の主観的要件たる不正利得加害目的の解釈を、主として保護法益の面から検討してきたが、改めてその結論を提示すると、以下のように考えるべきである。

21条1項、2項で目的要件として共通して規定される「不正の利益を得る目的」の「利益」については、経済的利益に限られると解するのが妥当である。不正競争防止法は非経済的な競争を規制するものではないと考えられる上、「不正の利益を得る目的」とは保護法益の「公正な競争秩序の維持」に対応し、成果に比例しない経済的利益を得ることを規制するものだからである。

これについては、米国法は法文で「経済的利益」に限定しており、結論として日本法における筆者の解釈論と一致している。

また、同様に共通して規定される「保有者に損害を加える目的」の「損害」については、もうひとつの保護法益である「営業秘密の財産的価値」の低下を通じた財産的損害を意味すると解すべきである。

各論のほうに目を向けると、まず、2項1号（旧3号）については、法益侵害である使用・開示の危険犯であるため、目的要件は近い将来の使用又は開示による不正利得加害目的と解することが妥当である。よって、使用・開示を真に前提としないならば、退職の記念の目的などでも不可罰であると解される。そして、2項1号について、目的とは「動機」と解するのが相当であると思われる（修正された積極的動機説）。そして、現在のところ、判例や裁判例もこの考え方に親和的な方向性で判断しているように思われるところである。営業秘密侵害罪においては使用や開示こそが法益侵害に当たるため、このような結論に至るのである。

また、このような観点は、米国における裁判例においても見られる。米国では、一見すれば、「複製」などの「領得」に対応する行為を積極的に処罰するかのような法制度となっているが、経済的利益を得ることに目的要件が限定されており、それは、使用・開示によってもたらされるものだからである。

これに対して、学説では背任罪における解釈を援用した考え方（消極的動機説）が一部で強く主張されている。しかし、この見解は、つまるところ、立案官庁等が法文の内容を無視して「図利加害目的」の語を使い続けていること、あるいは、立案時（審議会等）で一部の論者が背任罪を意識した発言等をしたことから生まれてきた議論にすぎず、立案趣旨や立法趣旨であるとは思われない。また、なぜ背任罪を援用するのかについて積極的な根拠が何ら示されていない。裁判例においても、この背任罪を援用する考え方でなければ処罰できないという事案は見当たらない。

次に、2項2号から2項4号（旧4号から旧6号）までについては、使用・開示が法文に行為として規定されているため、不正利得加害については認識・認容で足りると解される。

一方で、1項1号では、管理侵害行為等により営業秘密を不正に取得する場合、その取得をする者が当該営業秘密を知ること、本来知り得ない者が営業秘密を知ることになるから、それにて「営業秘密の財産的価値」の低下を通じた財産的損害を引き起こしていることになり、その認識・認容があれば、加害目的の要件を充足することになる。これに対し、不正利得目的のほうは、取得時にその後の近い将来の使用・開示の動機がある場合に限り、成果に比例しない利益を得るという競争秩序に対する危険が認められ、不正利得目的も認められることになる。

そして、1項2号については、管理侵害行為等により営業秘密を不正に取得した者がさらに営業秘密を使用・開示する場合がこれに該当する。この使用の行為は、財産的価値の低下をさらに確実なものとし、一方で、開示行為をするとさらに知得者が増加し、財産的価値の低下がさらに進む。したがって、そこに財産的価値の低下という法益侵害があり、その認識・認容によって加害目的を充足する。一方で、不正利得目的のほうは、現実の使用・開示により成果に比例しない利益を得る／得させることが生じれば、そこは競争秩序の維持という法益を現に侵害することになる。よって、こちらはその不正の利益を得る／得させることの認識・認容があれば不正利得目的が認められることになる。

以上のような考え方をとることにより、処罰すべき行為については処罰する中で、根拠なき処罰にならないような適切な限定が図られることになるのではないだろうか。

なお、営業秘密侵害罪については、他にも検討すべき問題は残されている。例えば、任務違背については目的要件とは異なり、背任罪との対比を試みってみることなどに意義があると思われるが、その他の問題も含めて今後の課題とし、別稿で改めて検討していくこととしたい。

以上