OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	営業秘密の刑事的保護
Author(s)	文, 熙泰
Citation	阪大法学. 2014, 63(5), p. 153-178
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/67985
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

営業秘密の刑事的保護

文　熙泰

一　はじめに
二　営業秘密の概念
　1　営業秘密の概念及び要件
　（1）　秘密管理性（秘密として管理されていること）
　（2）　有用性（事業活動に有用な技術上または営業上の情報であること）
　（3）　非公知性（公然と知られていないこと）
　2　社会的価値のある情報と財産的情報の区別
三　刑法の財産犯規定との関係
　1　従来の判例の検討
　2　刑法の財産犯規定の適用の限界
　3　営業秘密をめぐる刑事法的保護の動き
四　営業秘密保護法制の沿革とその保護の強化
　1　平成一五年改正及び平成一七＝一八年改正の内容と諸学説
　（1）　平成一五年改正
　（2）　平成一七＝一八年改正

（阪大法学）63（5−153）1549〔2014. 1〕

2　平成二一年改正の内容と諸学説
五　おわりに―今後の課題として

一　はじめに

現代社会では、科学技術が高度化または複雑化したことに伴って、犯罪現象も、次第にその規模や態様が変化している。その中でも、デジタル情報がもつ社会的機能や経済的価値が、ますます増大していることは、いうまでもないであろう。特に、コンピュータ技術の顕著な進歩は、デジタル情報のもつ流動性を著しく向上させた結果として、有形的媒体から離れた独自の財貨となりつつある。今日の刑法学における財産的情報の保護をめぐる議論や、諸外国の立法動向をみるならば、将来の刑事立法について議論する必要性は一層高まっているといえよう。

しかしながら、およそ情報は、財物のように固定した存在ではなく、動的なプロセスの中で変転するものであり、その内容や発現形態ならびに侵害の態様も多種多様である。そのため、かりにすべての情報が刑事法上も保護されるとすれば、伝播性・流通性など、情報の持つ本来的な性質に逆行することになりかねない。むしろ、正常な社会的・経済的活動まで禁止することとなり、自由主義社会における「知る権利」を侵害する懸念さえある。さらに、処罰範囲が不明確であることに伴う副作用も予想されるのであって、刑法上の原則である罪刑法定主義にも適合しないであろう。このような意味で、刑事法上も保護されるべき情報の明確化とその概念内容を示すことが重要となる。

従来、営業秘密は、窃盗罪などの刑法典上の財産犯規定によって十分な保護ができなかった。そこで、平成一五年の不正競争防止法改正により、初めて営業秘密の侵害に対する罰則が導入された。しかし、これに対しては、特

別刑法が氾濫することの懸念とともに、刑法の謙抑性などを援用して、既存の刑法典上の財産犯諸規定を適切に運用することで足りるという慎重論もみられる。それゆえ、現行法の犯罪構成要件と不正競争防止法の罰則を比較・検討しつつ、これらをめぐる学説の状況を概観することには、理論上の意義があるとおもう。また、財産的情報が電子データ化されることで、営業秘密の不正取得がより容易になったことに伴って、その後も不正競争防止法が改正されるなど、営業秘密の刑事的保護は拡張される一方である。これについても、賛否両論があるため、本論文では、これらの問題を中心にして、近未来における営業秘密の刑事的保護についても検討することにしたい。

二　営業秘密[1]の概念

1　営業秘密の概念及び要件

不正競争防止法二条六項が規定する営業秘密は、「秘密として管理されている生産方法、販売方法その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報であって、公然と知られていないもの」とされる。すなわち、同法の営業秘密は、一般にノウハウと称される製造上の秘密に限らず、顧客情報など、営業の過程で得られた秘密をも含んでいる。しかも、特に外部の第三者に対して秘匿されることで、実質的な経済的価値が保たれるものをいう[2]。

具体的には、多額の研究開発費を投じて開発した製品について、その製造上の各種技術や設計図、実験データや研究レポート、さらに、その過程で得られた製造技術上のノウハウだけでなく[3]、長年の営業活動によって得られた顧客名簿や仕入先リスト、販売マニュアルなどがある。これらは、当該企業にとって重要な営業上の資産として、非常に大きな経済的価値を有している。かりに、その内容が外部に知られたならば、競業上著しい不利益を被るだけでなく、場合によっては、当該企業の死命さえ決することがあろう。過去の判例においても、各種の顧客名簿を

営業秘密と認定した例が圧倒的多数を占めている。(4)

それでは、営業秘密として認められるためには、どのような要件が必要となるであろうか。上述した不正競争防止法では、「秘密管理性」や「有用性」、「非公知性」などが要件となっていた。この要件は、不正競争防止法に営業秘密侵害罪の罰則が設けられる以前から、実質的な変更はみられない。(5)また、実務上も厳格に解されており、その範囲も限られている。(6)しかしながら、具体的な事例をみるならば、それが営業秘密に該当するか否かについて、明確でないケースがある。以下、民事法上の保護はともかく、刑事的保護の対象となるべき営業秘密の要件について若干の検討を加えることにしよう。

（1）秘密管理性（秘密として管理されていること）

上述した秘密管理性が認められるためには、保有者の秘密を保持する意思（主観的要件）に加えて、客観的に保有者以外の第三者から秘密として管理されている状態の確保（客観的要件）という二つの要件が要求されてきた。主観的要件である秘密保持の意思が必要であることについて争いはないものの、(7)秘密保持の意思が認識可能でなければならないかについては、必要説と不要説が存在する。私見によれば、秘密保持の意思が具体的に表現されていない場合にも保護するのは、何が保護の対象であるかの予測可能性が欠けるという意味で、取引の安全を阻害するおそれがある。また、企業秘密の防衛に向けた企業の自主的努力を促す効果も考えるならば、秘密保持の意思を条件とする必要説が妥当であろう。(8)裁判例も、客観的に見て認識可能な程度の秘密保持意思が必要であると述べている。(9)

他方、秘密として管理されている状態とは、そのために合理的な努力を尽くしたことをいうが、客観的にみて管理された状態を維持していれば足り、それを超える厳格な管理まで要求しないという趣旨である。過去の判例も、

厳秘・秘・部外秘の表示や、特定の場所で保管すること、秘密保持義務に関する書面交付のほか、部外者のアクセス制限などを、秘密管理性の例示としているが、こうした方法で管理される秘密のすべてについて、秘密管理性を認めるという意味ではない。実際上は、当該秘密の性質や保有状態、企業の規模に応じた管理体制、秘密の利用者が限定されているかなど、様々な情況を総合的に考慮した上で、その秘密管理性を判断している。[10]

（2）有用性（事業活動に有用な技術上または営業上の情報であること）

営業秘密の有用性とは、財物及びサービスの生産・販売方法、研究開発、その他、技術上・経営上の事業活動にとって有用であることを意味する。[11]従来、有用であるか否かは、その判断基準が人によって異なるため、秘密保持の意思で十分とする見解（意思説）と、秘密保持にとって正当な利益、すなわち、有用性が必要であるという見解（利益説）が対立してきた。[12]しかし、国家権力による処罰権の発動が、秘密保有者の意思如何に委ねられるべきでなく、保持の意思や秘密管理性だけで、すべての対象が刑罰によって保護されるのは行き過ぎである。ここでは利益説が妥当であろう。[13]特に刑事事件においては、こうした理由から利益説が通説・判例となっている。[14]具体的な内容としては、費用の節約のような経営効率の改善、長年の試行錯誤を繰り返して得られた技術上・営業上の成果など、当該会社にとっては、極めて高い財産的・経済的価値があり、その情報を専用することにより、現在または将来において、有利な地位及び収益をあげうるものが、有用性を持つ営業秘密として認められている。[15]ただし、このような有用性の判断は、保有者の主観ではなく、公序良俗・権利濫用の法理など、社会的に是認されている社会通念に照らして客観的に判断されるべきである。つまり、企業の秘密であれば何でも保護されるのではなく、保護されることに一定の社会的意義と必要性が認められねばならない。[16]

（3）非公知性（公然と知られていないこと）

非公知性とは、当該秘密の保有者が管理する領域内を除いて、不特定多数の者が通常は知りえない状態にあることである。この非公知性と関連して、複数の人が知りうる営業秘密については、いつ非公知性が失われるかが従来から論議されてきた。その際、並行する共通の利益を有する者の間でのみ知られているときには、非公知性は失われないとする見解と、公正な方法で容易に秘密に接近できるかどうかで判断する見解（従来の多数説）があった[17]。しかし、ここでは、単一の見解に従うのでなく、具体的な事実に即して総合的に判断するべきであろう[18]。すなわち、絶対的な非公知性というものがない以上、相対的非公知性を前提として、秘密を知りうる人的範囲が限定される以上、その内容が許諾による告知などで人的範囲が拡大された場合にも、秘密の非公知性は維持されると考える。なお、保有者以外の者が当該情報を知ったとしても、その者に守秘義務などが課せられる以上、非公知性は認められるであろう。他方、当該情報が新聞・雑誌（特に、専門雑誌への発表）、パンフレット、取扱説明書、広報（意匠、特許など）など、各種の文献に記載されている場合や、秘密の内容・性質から第三者が容易に理解して実施し得る場合には、非公知情報と認められない[19][20]。さらに、インターネットにより国家間の情報障壁が低くなった現在、秘密の非公知性についての上記の捉え方は、域外適用として海外の秘密にも及ぶと考えるのが妥当である[21]。

2　社会的価値のある情報と財産的情報の区別

およそ情報は、その存在形態や内容などにおいて無限定であり、その結果、刑事上保護する必要がある情報の範囲を限界付けることも困難となる場合が多い[22]。さらに、このような困難は、営業秘密に分類される情報についても同じであって、数多い財産的情報の中で、営業秘密だけを限定するのは非常に難しいといえよう[23]。社会的に価値のある情報には、技術的情報や営業的情報、個人識別情報やプライバシー情報、ひいては、国家的秘密に至るまで多

種多様だからである。むしろ、現代では、このような情報の範囲や領域が広がる一方であり、その区別は、一層難しくなっている。他方、こうした情報の法益としての特殊性や、民主主義国家における「知る権利」の重要性という観点から、情報公開の必要性が強調されていることも事実である。また、保護の目的及び利益は違うが、個人のプライバシーの重要性を考慮し、個人情報を法律により保護するのが一般的な趨勢となっている。

それゆえ、財産的価値がある情報（営業秘密）とそうでない情報の区別は、社会的にも法的にも重要な意味がある。一般的に、企業が保有する財産的情報は、特許権などの公開情報と営業秘密などの非公開情報に分けられる(24)。しかしながら、特許権などの公開情報では、保護される範囲が広いとはいえず、国際的管理も不十分であるため、非公開の営業秘密として保管される場合が少なくない(25)。現在、各国においても営業秘密の範囲を限定することが重要な課題となっている。また、営業秘密の大半を占める顧客名簿や顧客信用情報はいずれも個人情報であり(26)、これらの中で(27)、どこまでを財産的価値を持つ営業秘密に含めるかは、個人のプライバシー権とも関連して議論されている(28)。なるほど、個人情報一般は、実質的な秘密としての性格を有するわけでないが、莫大な個人情報が集積され、整理されることにより、一定の独立した経済的価値を帯びることがある。そして、こうした集積情報が、しばしば重要な営業秘密として活用されている。むしろ、最近では、営業秘密としての個人情報の経済的価値や重要性が一層高まっており、しかも、それらが相互に関連し合うことで、その範囲や限界が曖昧な状況が存在する。したがって、その刑法的保護の必要性・実効性・相当性については、一律に論じることはできない。しかし、個人情報の保護に対する社会的関心が高まっている現在、その目的に応じて、プライバシーの性格と抵触しない範囲で、営業秘密として保護されるべきであろう(29)。

他方、企業が秘密として管理する情報であっても、その情報の内容や取扱いによっては、公開もしくは流通を促

進するべき場合がある。例えば、国民の知る権利との関係で、汚染物質の排出のような環境情報、市販された薬品の副作用情報のような健康情報などは、営業秘密の例外として、内部者などの告訴・告発や、取材・報道の自由を認めなければならない。さらに、個人情報であっても、その内容が課税または、年金額を特定するような情報であれば、これを秘匿することが脱税や詐欺の手段となりうるため、公開するべきであろう。(30) 今日、財産的価値を持つ情報が増大しつつあるため、利益を産み出す情報を全て営業秘密として保護しようとする趨勢がある。しかし、こうした見解は、憲法が保障する基本的人権と衝突するのはもちろん、刑法の基本原則である明確性の原則にも反するおそれがある。したがって、刑事的保護の対象となる営業秘密はその内容や限界を明らかに認識した上で、その他の権利と矛盾しない範囲で認めるべきであろう。

三　刑法の財産犯規定との関係

1　従来の判例の検討

一九五〇年代後半から産業スパイ事件や企業秘密漏示事件が多発したため、これを刑事法上、どのように取り扱うべきかについて議論されてきた。しかしながら、当時は、刑事法上、秘密侵害を直接に取り締まる法律がなかったため、刑法の財産犯規定（刑法二三五条以下）の解釈・適用によって一応の解決を図っていた。その結果、判例では、情報を化体した媒体の移転という現象を捉えて、窃盗罪や横領罪などに問擬した事例が少なくなかった。他方、背任罪の成立が論じられた珍しい例もあった。(31) 具体的には、(32) まず、会社所有の営業秘密資料を、そのまま持ち出して第三者に譲渡した大日本印刷事件や鐘淵化学事件が挙げられる。大日本印刷事件では、当該資料に財物性を認めうるかが争点となったが、東京地裁は、すでに営業秘密として使われていないが、まだ廃棄処分にならず、社

内に保管されていた以上、これを無断で搬出する行為は窃盗罪に当たるとした[33]。また、鐘淵化学事件では、退職時に機密に属する薬剤少量と関連報告書のファイルを持ち帰って、その後、同業会社に売り渡した事案について、営業秘密としての価値が大きいという理由で（業務上）横領罪が認定された[34]。そのほか、東洋レーヨン事件では、製造報告書の原本を競争会社に売却した事案について（業務上）横領罪が認められている。

つぎに、社内でコピーした複写物を譲渡した事例がある。この類型は、大日本印刷事件、京王百貨店事件、城南信用金庫事件などである。大日本印刷事件では、感光紙一枚の窃盗に過ぎないという主張に対して、単なる感光紙の窃盗ではなく、会社所有の稟議決済一覧表、すなわち、会社所有の複写物を窃取したものとして窃盗罪にあたるとした。また、京王百貨店事件では、窃盗罪の成立を認めながら、客体の経済的価値や窃取による財産的損害にとどまらず、被告人の背信性や会社の信用毀損、さらに、顧客のプライバシー侵害にも言及した[35]。そのほか、城南信用金庫事件では、会長及びその家族の預金残高明細をコンピュータから出力した行為について、私人のプライバシー情報が刑法上の財産に当たるかが争われたものの、支店備付けの用紙を使った以上、会社が管理・占有する財物に当たると判示して、窃盗罪の成立を認めた[36]。

第三の類型としては、社外に持ち出してコピーした複製物を処分した事例がある。具体的には、建設調査会事件、東洋レーヨン事件、新薬産業スパイ事件、新潟鉄工所事件である。まず、建設調査会事件では、直ちに返還する意思で一時搬出する行為（使用窃盗）にも、不法領得の意思を認めうるかが争われた。これについて、東京地裁は、権利者を排除して自己の所有物と同様にその経済的用法に従い利用・処分する意思があった以上、その後の返却は窃盗罪の事後処分に過ぎないとして、窃盗罪の成立を認めた[37]。その他の事例についても、客体の経済的価値及び不法領得の意思を肯定している。すなわち、東洋レーヨン事件では窃盗罪または詐欺罪（ただし、背任罪は否定した）

が[38]、新薬産業スパイ事件では窃盗罪[39]が、新潟鉄工所事件では（業務上）横領罪[40]が成立するとした。結局、裁判所は、秘密情報を化体した物品の財物性を、情報の内容や媒体と合わせて評価しつつ、媒体に含まれた情報の内容及び処分された媒体の経済的価値に着目し、所有者の許可なく複写する行為は原媒体を領得することと等しいと判断した[41]。

最後の類型は、先の三つの類型とは違って、営業秘密であるコンピュータ・プログラムの目的外の無断入力を背任罪に当たるとした事案である。東京地裁は、総合コンピュータ事件で、会社が業務効率化のため開発したプログラムを、任務に背いて会社の業務外のコンピュータに入力したことで、自己の利益を図る目的で会社に財産上の損害を与えたと判示して、初めて背任罪の規定を適用した[42]。一方、前述した東洋レーヨン事件では背任罪で起訴されたものの、事務処理の範囲を逸脱したと認定して、権限の濫用に基づく任務違背性が否定された[43]。

2　刑法の財産犯規定の適用の限界

前述したとおり、従前の判例は、営業秘密に対する直接の規定がなかったため、刑法の財産犯規定を解釈・適用することで対処してきたが、そこには、理論上の難点が多く内在している。まず、秘密資料の財物性及びその所有関係をめぐる問題がある。例えば、経済的価値が高い情報を含んだ紙を持ち出した事案において、仮に紙と情報を分離するならば、情報の部分は、窃盗罪の客体に該当しない[44]。刑法上は、単なる紙の窃取として把握されるため、もし使用された紙が行為者の所有物である場合には、処罰ができなくなる。結局、複写した媒体が誰の所有物であるかによって、窃盗罪の成否を決定すべきでないという批判がある[45]。しかも、資料をカメラで撮影する場合も処罰できないし、通常は、複写目的でコピー機の場所まで持っていく場合にも、ただちに占有侵奪を認定するのは困難

であろう。(46)

つぎに、主観的違法要素としての不法領得の意思も問題となる。(47) 判例は、上述した一連の事案について、権利者の排除及び利用・処分意思を認めた上で、不法領得の意思を肯定している。しかし、権利者はなお秘密情報を利用できる以上、単に、独占的な利用価値が減少したというだけで、権利者を排除したと認定するのは困難である。(48) さらに、コピーなどを通じて、秘密情報を権利者と共有することによって、同様な効果を挙げようとする意思を利用・処分意思と解するならば、複写や持ち出しの事実がなくても、内容を経験及び記憶するだけで、外形上の移動を捉えて、窃盗・横領に問われる可能性が生じる。(49) 結局、判例は、財物の保有形態やその経済的価値の所在に応じて窃盗または横領の成立を認めたにすぎず、有体物の移動という侵害行為の外形を捉えて処罰したものでしかない。(50)

背任罪による処罰についても、一部の判例が無形的データの流用に着目したとはいえ、背任罪の成立要件が厳しいことから、背任罪の成立範囲を不当に拡張したという批判があった。(51)(52) そのほか、盗品関与罪においても、会社の機密資料（現物）を第三者が買い受けた場合は、盗品等の有償譲受罪（刑法二五六条）が成立することになろうが、機密資料が複写されたり、その複製物が売却された場合は、同罪の客体に当たらない。このため、刑法規定による営業秘密の保護に限界があるという見解もあった。(53) 以上で見たとおり、営業秘密に対する刑法の財産犯規定の適用には、一定の限界が存するだけでなく、各種のデータやノウハウなどの不正取得については、刑事法上の罰則がないと評される状態が続いた。そこで、その処罰の必要性と範囲を含めた立法的な検討が必要となった。以下では、その議論の過程を検討する。

3　営業秘密をめぐる刑事法的保護の動き

産業界では、保護法制の不備が指摘されてきたが、マスコミや市民団体に加えて、学説においても、営業秘密の保護に伴うマイナス面を指摘する見解が有力であった[54]。一九七四年には、フランス刑法典の製造機密漏示罪と同じく、製造上の秘密を漏洩行為から保護しようとした改正刑法草案三一八条[55]が提案されたが、生産方法など技術上の秘密漏示のみを処罰対象とし、営業秘密の保護として、狭きに失するものであった。そのほか、処罰権の拡大や重罰化に加えて、国民の知る権利（ひいては、表現の自由）や労働者の利益（職業選択の自由）を優先する学者や弁護士などの反対により、立法化は実現されなかった[56]。その後も、営業秘密の侵害行為を刑罰で禁止することに対して消極論が根強かったため[57]、一九九〇年の不正競争防止法改正でも、差止請求権や損害賠償請求権など民事上の手当がなされたにとどまった。

しかし、平成の時代になってから、刑法典上の諸規定に内在する限界とともに、媒体に固定されない無形的秘密に関する罰則の不備、また、諸外国との関係で知的財産の保護及び国際的な保護法制との平準化、さらに、産業界による法的保護の要請などによって、立法論上、独自の秘密保護法制を求める声が相次いで強くなった[58]〜[59]。その際、財産犯として刑法典の中に新たに営業秘密に対する侵害罪規定を新設すべきとする立場[60]と、刑法上の財産犯として処理することの限界を指摘して、特別法である不正競争防止法に罰則を新設すべきとする立場が主張された[61]。前者の立場では、営業秘密を新たな財産として把握するならば、刑法の財産犯規定の中に設けるのが理論上妥当であり、また、これまで、財産犯規定を適用してきた判例との一貫性を考慮すれば、刑法典の中に新設するのが適切であるとされた[62]。他方、後者の立場では、営業秘密の保護は、公正な自由競争を守るためである以上、不正競争防止法の中に規定するのが妥当であり、刑法の謙抑性や構成要件の明確性の観点からも、多様な定義規定を伴う営業秘密の処罰規定を刑法典中におくのは難しいとされた[63]。さらに、企業間の健全な競争秩序の維持や自主的な技術開発の促

進という側面を考慮し、後者の立場を支持しつつも、刑法の謙抑性や個人の転職の自由などを考慮し、性急な立法化には反対する見解もあった。[64] このような議論を経て、平成一五年になり、ようやく営業秘密侵害罪が不正競争防止法に導入された。また、その後の改正を通じて、処罰範囲の拡張や罰則の強化が図られてきた。[65] 以下では、このような営業秘密の保護に関する各々の改正の内容を紹介し、若干の評価を加えておこう。

四　営業秘密保護法制の沿革とその保護の強化

1　平成一五年改正及び平成一七＝一八年改正の内容と諸学説

（1）平成一五年改正[66]

上述したとおり、営業秘密の刑事的保護については、これに反対する見解を含めて様々な議論があったが、保護強化に対する社会的要請や、営業秘密の概念が定着する一方、財産的情報のデジタル化やネットワーク化に伴う侵害の多様化といった要因によって、二〇〇三（平成一五）年には、不正競争防止法を改正して営業秘密侵害罪の規定が新設された。[67] その具体的な内容としては、まず、同法一四条一項三号（現行二一条一項一号）に、詐欺等の行為（詐欺・恐喝・強盗・暴行・脅迫など）と管理侵害行為（窃盗・住居侵入・不正アクセスなど）が手段となる最も違法性の高い基本類型を規定し、[68] 同条四号（現行二一条一項二号）に、三号の準備的行為として、営業秘密の使用・開示に至らない前段階行為（窃盗・詐欺・横領・不正コピーなど）を処罰する規定が設けられた。つぎに、同条五号（現行二一条一項三号）では、横領に当たる類型を規定し（同号のイ類型）、退職者などの外部者による侵害事例が少なくない点に着目して、退職後の従業員であっても、本罪の行為主体に含むとされた（同号のロ類型）。さらに、同条六号（現行二一条一項四号）では、背任の行為を規制する類型として、現役の役員または従業員が、

守秘義務に違反して営業秘密を使用・開示した場合を処罰の対象とした。その他、刑事手続の過程で、かえって営業秘密が開示される危険性にも配慮して[69]、親告罪規定を設けた（現行二一条三項）。その罪数においても、刑法の窃盗罪などの適用を排除しないため、かりに、当該行為が両方に該当する場合、観念的競合（科刑上一罪）として、最も重い刑で処罰することとされた（現行二一条七項）。

以上、平成一五年の法改正は、従前の議論で問題視された点にも配慮して、犯罪の成立範囲を明確化することによって、不当な刑罰権の拡大を防止しようとした[70]。その結果、この改正では、不法領得ないし不正利用・開示など、営業秘密に係る不正競争行為の中でも、特に違法性の高い行為が、刑事上の処罰対象として規定された。他方、長年に渡って蓄積されてきた判例・実務などを尊重する趣旨で、刑法と不正競争防止法が互いに補完できるようにした[71]。ただ、不正競争防止法一四条一項六号の背任罪規定は、内部者を念頭に置いた規定であるが、派遣労働者や末端の研究者・従業員など、事務処理者（管理者）にあたらない者まで含まれる可能性があり、改正刑法草案当時の問題点が、なお残されているとの批判もあった[72]。

（2）　平成一七＝一八年改正[73]

平成一五年の法改正以降、企業自体の内部的な管理の徹底が要求される一方、国家競争力の維持・強化の観点から、営業秘密の流出が深刻な問題となった。特に、東アジア諸国との競争の激化及び経済連携が増加したことを受けて、営業秘密の漏洩による企業の存続や国内雇用の危機が強調された。そこで、平成一七年の法改正では、法人処罰（現行二二条）、転退職者の処罰（現行二一条一項六号）、国外犯処罰（現行二一条四項、五項）の規定が新たに導入され、その処罰範囲が拡張された。さらに、その法定刑も加重されている[74]。

まず、転退職者の処罰では、従業員が転退職してから行う営業秘密の使用・開示を処罰しようとした。ただ、憲

法二二条一項の職業選択の自由の保障を考慮して、当初から転退職後に使用・開示する目的で、在職中に営業秘密の利用を自ら申込んで入手した場合、または、第三者からの請託を受けていた場合に限定している。もっとも、たとえ請託があったとしても、長期間にわたる仕事の過程で自然に身につけた知識・経験を退職後に利用した場合、背任行為に当たるというのは不当であり、その限りで、憲法二二条一項違反の問題を回避し得ないという批判がある(75)。つぎに、国外犯処罰規定は、近年、退職者が、海外の競合企業に転職して営業秘密を漏洩する場合など、先端技術の国外への流出という現実的な危機が増大しているところ、既存の規定では、適切な対応ができないという懸念があり、新設されるに至った。法人処罰の導入と法定刑の加重は、経済犯罪に対する抑止力強化の一環であった。特に法人処罰は、平成一五年の法改正では、社会的利益に配慮して導入されなかったものである。しかし、営業秘密侵害罪は、本来、不正競争の防止という企業や事業者間の競争を想定した犯罪類型であり、個人よりも法人が利得する意図で行われる。それにもかかわらず、末端の役員・従業員のみが処罰されるのは、社会公正に反するおそれがあるとして、その導入に賛成する見解があった(76)。他方、営業秘密の概念が国民一般に定着していない段階で、法人処罰及び法定刑の加重など、抑止力強化を論じるのは時期尚早という意見もあった(77)。

2　平成二一年改正の内容と諸学説(78)

国際競争が激化する時代の到来とともに、営業秘密の流出による損害は、当該企業やこれと取引関係にある他企業だけでなく、当該国家にも大きな影響を及ぼすようになった。特に平成一八＝一九年当時に生じた一連の事件は(79)、不正競争の目的という主観的要件や、使用・開示に対する立証の困難さ、そして、IT化及びネットワーク化の進歩による侵害の容易さに対処できる法的基盤の整備を要求する契機となった。その結果として、平成二一年の

法改正の主たる内容は、まず、「不正競争の目的」という目的要件が、「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」に変更された（以下、図利加害目的と略称）。これは、不正競争の目的を前提としない加害目的や、外国政府等を利する目的による営業秘密侵害行為が適用の対象とならないという懸念のため改正された。つぎに、二一条一項一号の「管理侵害行為」という規定が、「詐欺等行為又は管理侵害行為」に、そして、侵害態様である「使用・開示」が「取得」に各々変更された。さらに、第三号が新設され[80]、営業秘密を示された者が図利加害目的で、任務に違背して営業秘密を領得する行為を処罰しようとした。また、旧規定の侵害態様が、営業秘密についての横領（イ）と、営業秘密の複製の作成（ロ）の二種類に限定されていたのに対し、新たに、消去すべきものを消去せず、消去したように仮装すること（ハ）が追加された。

結果的に、平成二一年の法改正は、目的規定については包括的な表現を導入しながら、新たな行為類型の追加を通じて、普通は秘密裏に行われる営業秘密侵害における立証の困難を解決しようとしたといえよう。しかし、図利加害目的に変更したことは、極めて財産犯に近づいており[81]、しかも、通常は加害目的が併存するため、目的要件としての限定機能は、ほとんどない[82]。さらに、窃取の客体及び侵害の対象に関する規定が緩和されたため、その明確性の面でも不十分であり、依然として、転退職後の営業秘密の使用・開示や、刑法の財産犯規定との関係をめぐる問題も残っている[83]。

五　おわりに―今後の課題として

以上、営業秘密の概念及びその刑事的保護に至るまでの議論と、法改正の過程について概観した。現代では、知識集約型経済の急速な発展に伴い、無形資産である営業秘密を重要視する傾向がますます強くなっている。その結

果、刑法の謙抑性を前提とする場合にも、刑事的規制をさらに強化・拡充しようとする見解が有力である。しかしながら、営業秘密の刑事的保護に関しては、なお解消されていない問題が残っている。

まず、不正競争防止法の改正や判例の蓄積などにより、営業秘密の概念や処罰される行為態様は、以前よりも明らかになったが、その要件が相対的なこともあって、裁判所の裁量に委ねられる部分が大きい。これは、刑罰法規の明確性を害することで、罪刑法定主義に反する嫌いがある(84)。さらに、最近の営業秘密には、個人の遺伝・抗体・病歴情報のような、極めてプライベートな情報まで含まれている。また、工業所有権や著作権などとの境界も曖昧である。さらに、最近の営業秘密はインサイダー情報なども含めて、異種類の情報が複雑に交錯している状態である。したがって、一般の処罰要求に応じて罰則の新設や強化をすることは、処罰権の不当な拡張を招き、刑法の謙抑性の見地からみても疑問が生じる。むしろ、営業秘密の内容を吟味することで、他の法律による規制では十分に保護し得ない場合を刑事罰の対象にするなど、将来の変化を視野に入れた長期的な視点が必要であろう(85)。そのことによって、刑法典上の財産犯諸規定の適用範囲を明らかにする理論的意義も認められる。また、営業秘密の刑事的保護は、企業間の健全な競争秩序を維持し、自主的な技術開発を促進する側面がある一方、自由な経済活動を萎縮させたり、労働者の転職の自由を阻害するほか、違法な企業活動に対する内部告発や企業活動に対する取材・報道の自由も阻害する危険がある。結局、情報の排他的独占を認めることで、社会的不利益をもたらすことも予想される(86)。これらのマイナス効果についても、慎重に考慮する姿勢が必要であろう。

他方、特別法上の規制に着目するならば、不正競争防止法という社会的法益を念頭に置いた法律の中に、個人的法益を保護する規定が導入されている。これは、保護すべき情報の範囲や領域が拡大したことを示す反面、保護手段としての法律に一定の限界があることを示唆している。今日、営業秘密が、個人的にも（個人的法益）、社会的

にも（社会的法益）、国家的にも（国家的法益）重要な地位を占めていることを考えれば、刑法と不正競争防止法の適切な棲み分けが必要であろう。場合によっては両法律とは別に、新たな立法を検討することも考えられる。

今後は、犯罪の主体、犯罪の客体、犯罪の目的など、それぞれの構成要件について厳格な立法と解釈を堅持しつつ、憲法、民法などとの関係も考慮しなければならない。こうした思考方法は、営業秘密の侵害を経済犯罪の一つとして把握するものであり、経済犯罪関連法規の実態をみることも大いに参考となるであろう。さらに、今日の国際間競争を考えるならば、諸外国の関連法規を検討することも必要である。

（1）「営業秘密」と類似する概念として、「ノウハウ」、「トレード・シークレット」、「財産的情報」および「企業秘密」などがある。これらの中で、「ノウハウ」は技術上の情報のみを指す場合があること、「トレード・シークレット」は企業秘密一般を含めており、「財産的情報」は一般に通用されているが、まだ定着しておらず、特に、企業の秘密全体が包含されるような印象を与えるという理由で、平成二年の改正法では、「営業秘密」という用語が採用された（青山紘一『不正競争防止法（事例・判例）第二版』（財団法人経済産業調査会、二〇一〇年）七二―七三頁、小野昌延＝大瀬戸豪志＝苗村博子「第一章総則第二条第六項〔定義営業秘密〕」『新・注解不正競争防止法【第三版】下巻』（青林書院、二〇一二年）八二九―八三〇頁参照）。

（2）佐久間修「経済刑法の現代的課題―企業秘密の保護―」刑法雑誌三一巻四号（一九九〇年）五二八―五二九頁。なお、「営業秘密」は、広く営業に関する秘密をいうが、もっとも重要な特徴は「競業財産」としての特性であり、財産的性格の強い社会的利益とみる見解もある（小野＝大瀬戸＝苗村・前掲注（1）八二四頁）。その他、営業秘密の概念をめぐっては、加藤佐千夫「刑事罰による営業秘密の保護と不正競争防止法の変遷」中京法学四四巻三・四号合併号（二〇一〇年）二六五―二六七頁、松澤伸「営業秘密の保護と刑事法」『企業活動と刑事規制』（日本評論社、二〇〇八年）一七五―一七六頁、佐久間修「企業情報をめぐる諸犯罪―秘密の保持と情報の利用―」『最先端法領域の刑事規制―医療・経済・ＩＴ社会と刑法』（現代法律出版、二〇〇三年）二〇一―二〇二頁、山口厚「財産的情報の刑法的保護」刑法雑誌三〇巻一号（一九八九年）三五―三六頁、同「企業秘密の保護」ジュリスト八五二号（一九八六年）五〇―五三

頁参照。

(3) このような技術関連情報は、特許法で保護される。これを特許とせずに、あえて企業内の秘密とした以上、その侵害は刑事罰によって抑止されるべきではないという主張もあった（加藤・前掲注(2)二八六頁注(6)参照）。

(4) 詳しくは、小野＝大瀬戸＝苗村・前掲注(1)八二六―八二九頁、青山・前掲注(1)七三―七四頁参照。

(5) なお、この要件は、刑事・民事に共通するものである。立法段階では、民事の場合よりも限定すべきであるという議論もあったが、十分に限定的であるという理由で、罰則を設ける際に定義を限定するには至らなかった（松澤・前掲注(2)一七六頁）。

(6) 南雲亮志「トレード・シークレットの刑事的保護について―刑法・不正競争防止法の観点から―」立命館法政論集第三号（二〇〇五年）一四九頁。

(7) 過去の判例も、秘密保持の意思が必要であることを明らかにしている（大阪地判平一一年九月一四日知管五〇巻九号一四〇九頁）。

(8) それぞれの見解について、詳しくは、山口・前掲注(2)「企業秘密の保護」五一頁参照。

(9) 東京地判平二〇年一一月二六日判タ一二九三号二八五頁、東京地判平一九年一二月二六日判タ一二八二号三二六頁など。ただし、どの程度まで認識可能でなければならないかについては、若干の議論がみられる（詳しくは、小野＝大瀬戸＝苗村・前掲注(1)八三〇頁参照）。

(10) 東京地判平一三年四月二六日判タ一三六〇号二二〇頁、東京地判平二一年一一月二七日判タ一三二七号二五四頁、東京地判平二〇年一一月二六日判タ一二九三号二八五頁、名古屋地判平二〇年三月一三日判タ一二八九号二七二頁、東京地判平一九年一二月二六日判タ一二八二号三二六頁、大阪地判平一九年五月二四日判時一九九九号一二九頁、東京地判平一七年二月二五日判タ一一九五号二五八頁、東京地判平一六年四月一三日判タ一一七六号二九五頁、福岡地判平一四年一二月二四日判タ一一五六号二三五頁、東京地判平一二年九月二八日判タ一〇七九号二八九頁など参照。一方、こうした裁判例を不明確とする指摘もみられるが、裁判所としては、引き続き厳格な秘密管理性を要求する傾向にあり、実際にもこれを否定した裁判例が増えている。

(11) 失敗した実験データなど、いわゆる「ネガティブ・インフォメーション」であっても、その情報が研究開発に参考

になるようなものであれば、ここで言う「有用性」を持つ情報に該当する。ただし、偽りの情報は有用な情報には含まれない（東京地判平一二年一一月一三日判タ一〇四七号一八〇頁）。なお、反社会的情報（脱税、有害物質の排出、個人的なスキャンダルなどのプライバシー情報、入札妨害など、犯罪に関する情報）の場合も、仮にその情報が特定の個人や企業にとって有用な情報であるとしても、ここには含まれない（東京地判平一四年二月一四日裁判所ウェブサイト）。

(12) 佐久間・前掲注(2)「企業秘密の侵害と刑事責任―とくに、西ドイツ不正競争防止法の規定に関連して―」一三頁。

(13) 山口・前掲注(2)「企業秘密の保護」五一―五二頁。

(14) 最決昭三五年一一月三〇日刑集一四巻一三号一七六六頁参照。

(15) 大阪地判平二〇年一二月二五日判時二〇三五号一三六頁、大阪地判平二〇年一一月四日判時二〇四一号一三二頁、東京地判平一八年三月三〇日判タ一二四二号三〇〇頁、福岡地判平一四年一二月二四日判タ一一五六号二二五頁、東京地判平一二年一一月一三日判タ一〇四七号一八〇頁、東京地判平一二年一〇月三一日判時一七六八号一〇七頁など参照。

(16) 通常の創意・工夫の範囲内のことで適宜に選択されうる事項、若しくは、同種業者にとっては十分に知りうる事項などは、有用性を持つ情報ではない。

(17) 山口・前掲注(2)「企業秘密の保護」五〇頁。

(18) 判例も同旨である（東京地判平二一年一一月二七日判タ一三二七号二六二頁、大阪地判平一九年五月二四日判時一九九九号一二九頁、福岡地判平一四年一二月二四日判タ一一五六号二二五頁など参照）。

(19) 知財高判平二三年七月二一日判タ一三八三号三七三頁、大阪地判平一九年五月二四日判時一九九九号一二九頁、東京地判平一八年三月三〇日判タ一二四二号三〇〇頁、東京高判平一四年五月二九日判タ一一一三号二六六頁など参照。その他の判例については、小野＝大瀬戸＝苗村・前掲注(1)八五三―八五七頁参照。

(20) ただ、その情報が公知となったとしても、専門家、特殊技術、多額の費用や相当な期間などが必要で、容易に当該情報を知り得ない場合には、非公知性が認められるべきであろう（小野＝大瀬戸＝苗村・前掲注(1)八五六頁）。

(21) 小野＝大瀬戸＝苗村・前掲注(1)八五三頁。

(22) 情報の内容と情報の存在形態については、松原芳博「情報の保護」法学教室二九八号（二〇〇五年）五四頁以下参照。

(23) これについては、情報と財産との関連性・密着性を強調して、財産創出との具体的な関連性（財産を産み出すポテンシャル）があれば、営業秘密として認められうるという見解もある（山口・前掲注(2)「財産的情報の刑法的保護」三五頁）。

(24) 松澤・前掲注(2)一七一―一七二頁。ただし、この論文は、非公開情報を個人に関する秘密情報や営業に関する秘密情報に区分して、前者の場合は個人情報保護法による保護の対象と把握し、後者の場合だけを営業秘密として把握している。

(25) 佐久間・前掲注(2)「企業情報をめぐる諸犯罪―秘密の保持と情報の利用―」二〇六頁。

(26) 上述したように、判例では、顧客情報など個人情報に関することが圧倒的多数を占めている。

(27) 個人情報には、個人の住所・氏名・生年月日などの個人職別情報や、支払能力に関わる個人信用情報、そして、個人の病歴・信仰・趣味などの人格関係的情報がある。

(28) 佐久間・前掲注(2)「企業情報をめぐる諸犯罪―秘密の保持と情報の利用―」二〇七―二〇九頁参照。

(29) 佐久間・前掲注(2)「企業情報をめぐる諸犯罪―秘密の保持と情報の利用―」二〇八頁参照。これは、会社などの電子認証制度、政府の公的認証制度、国家安保のための情報収集などにも同じであろう。

(30) 広範な情報全般を保護の対象とすることは知る権利との対抗関係を指摘するまでもなく、公共的な利益や個人の自由権を制約する恐れがあり、その意味で、財産的価値がある情報であるかどうかは、その情報の性質の違いに応じて、個別的な判断及び保護を図る方向が妥当であろう（佐久間・前掲注(2)「企業情報をめぐる諸犯罪―秘密の保持と情報の利用―」二一〇頁）。

(31) 過去における諸判例については、佐久間修『刑法における無形的財産の保護』（成文堂、一九九一年）七頁以下、加藤・前掲注(2)二六七―二七一頁参照。

(32) 以下の分類は、営業秘密の侵害に対する判例の対応を、客体の性質や犯行の態様によって分類したものである（佐久間・前掲注(2)「企業情報をめぐる諸犯罪―秘密の保持と情報の利用―」二〇二頁以下参照）。

(33) 東京地判昭四〇年六月二六日判時四一九号一四頁参照。

(34) 大阪地判昭四二年五月三一日判時四九四号七四頁参照。

(35) 東京地判昭六二年九月三〇日判時一二五〇号一四四頁参照。
(36) 東京地判平九年一二月五日判時一六三四号一五五頁参照。
(37) 東京地判昭五五年二月一四日判時九五七号一一八頁参照。
(38) 神戸地判昭五六年三月二七日判時一〇一二号三五頁参照。
(39) 東京地判昭五九年六月一五日及び同六月二八日判タ五三三号二五五頁参照。
(40) 東京地判昭六〇年二月一三日判時一一四六号二三頁参照。
(41) 佐久間・前掲注(2)「企業情報をめぐる諸犯罪―秘密の保持と情報の利用―」二〇四頁、加藤・前掲注(2)二六八―二七一頁。
(42) 東京地判昭六〇年三月六日及び同三月二〇日判タ五五三号二六二頁参照。
(43) この両判決の違いは、客体の機能的差異に基づいている。総合コンピュータ事件の場合は、犯人に客体を保管・使用する権限があったため、実質的な漏洩行為を任務違背として把握したと考えられる（佐久間・前掲注(2)「企業情報をめぐる諸犯罪―秘密の保持と情報の利用―」二〇五頁）。
(44) 窃盗罪の客体に関する有体性説と管理可能性説のどちらの立場に依拠するにせよ、無形的利益である情報は、窃盗罪の客体には該当しにくいであろう。
(45) 佐久間・前掲注(2)「企業情報をめぐる諸犯罪―秘密の保持と情報の利用―」二一六頁注(5)、加藤佐千夫「企業秘密の刑法的保護(一)」名古屋大学法政論集一一六号（一九八七年）二一四―二一五頁、南雲・前掲注(6)三〇―一三一頁参照。これについて、秘密情報が、有体物に化体されている限り、有体性説、管理可能性説を問わず、財物であり、また、客体の価値についても、金銭的価値が著しく低い物であっても、それが財物であることには変わりはないため、客体上の問題は無く、ただ、不法領得意思の問題であるという見解もある（林陽一「財産的情報の刑法的保護―解釈論の見地から―」刑法雑誌三〇巻一号（一九八九年）一二―一三頁）。
(46) 西田典之「財産的情報の刑法的保護―共同研究の基本的視点とまとめ―」刑法雑誌三〇巻一号（一九八九年）四頁、林・前掲注(45)一三頁参照。
(47) 不法領得の意思について必要説や不要説の対立があるが、ここでは必要説を前提とする。

(48) 林・前掲注(45)一五―一七頁、加藤・前掲注(45)二一八頁、南雲・前掲注(6)一三一―一三二頁参照。

(49) 林・前掲注(45)一三―一五頁、南雲・前掲注(6)一三二頁参照。ただ、林陽一は、当時の判例の決定は妥当であるという前提から説明している。

(50) 佐久間修「営業秘密の刑事上の保護」日本工業所有権法学会年報一八号（二〇〇四年）五〇頁、山口・前掲注(2)「財産的情報の刑法的保護―立法論の見地から―」三三頁参照。

(51) 佐久間・前掲注(50)五〇頁。同旨の見解として、林・前掲注(45)二二―二四頁。一方、東洋レーヨン事件の背任罪の否定判決に対する批判的な立場については、南雲・前掲注(6)一五八頁注(13)参照。

(52) その他、顧客の秘密を漏らした場合であっても、それが独立した財産的価値を持たない限り、背任罪は成立しないという主張もあった（佐久間・前掲注(2)「企業情報をめぐる諸犯罪―秘密の保持と情報の利用―」二一六頁注(13)）。

(53) 加藤・前掲注(2)二七〇―二七一頁参照。

(54) もちろん、企業が持つ競争上の利害を重視する論者もあった。詳しい内容は、佐久間・前掲注(2)「企業情報をめぐる諸犯罪―秘密の保持と情報の利用―」二一四頁、佐久間・前掲注(50)四九―五一頁参照。

(55) 改正刑法草案三一八条をめぐる議論については、南雲・前掲注(6)一三四―一三六頁参照。

(56) 加藤・前掲注(2)二七一頁参照。

(57) その他にも、営業秘密の範囲が明確ではないとか、公害・汚職問題などに関する従業員による内部告発のような社会的利益に反する危険もあるという主張もあった。

(58) その結果、一九九九年に不正アクセス行為等禁止法が新設され、電子データを保護しようとした試みもあった。

(59) 刑法一三四条の秘密漏示罪で解決できるとはいえ、その行為の主体が限られている。さらに、国家公務員法（一〇〇条一項・二項、一〇九条一二号）、地方公務員法（九条一二号、三四条一項・二項、六〇条二項）、各種通信関連法規（電波法一〇九条、有線電気通信法一四条、電気通信事業法一〇四条）でも秘密侵害に対する罰則が見られるが、直接に営業秘密の保護を目指した規定ではない。

(60) 山口・前掲注(2)「財産的情報の刑法的保護―立法論の見地から―」三九―四一頁参照。

(61) 加藤佐千夫「企業秘密の刑法的保護・再論」名古屋大学法政論集一二七号（一九八九年）一二〇―一二六頁参照。

(62) 山口・前掲注(2)「財産的情報の刑法的保護―立法論の見地から―」四〇頁。
(63) 加藤・前掲注(2)二六四頁。
(64) 佐久間・前掲注(2)「企業情報をめぐる諸犯罪―秘密の保持と情報の利用―」二〇一頁。
(65) もちろん、その背景には、知的財産領域における国際化の潮流の中で、政府がこれまでの労働集約的産業構造から転換して、知的財産の創造・保護・活用を国家的経済戦略として打ち出したという事情もあった（加藤・前掲注(2)二六五頁）。
(66) 佐久間・前掲注(50)五一―五三頁、島田総一郎「不正競争防止法における営業秘密侵害罪の意義、機能、課題」L&T三〇号（二〇〇六年）一六―一八頁、飯田聡「不正競争防止法の一部を改正する法律」ジュリスト一二五一号（二〇〇三年）二三―二七頁、土肥一史「営業秘密侵害罪に関する不正競争防止法の改正について」ジュリスト一三八五号（二〇〇九年）七八―七九頁参照。
(67) ここには、民事上の保護が認められた以上、刑事上の保護だけを拒絶する理由はなく、営業秘密の概念についても、一九九〇年の不正競争防止法改正や二〇〇三年の営業秘密管理指針、そして、民事判例などを通じて、相当に明確化されたという当時の雰囲気があった。また、刑法上の背任と重なる部分があるため、新たな規定を設ける必要はないとの批判もあったが、背任罪により解決できない事案もあり、何よりも、情報処理及び情報管理技術の進歩に伴って新たな違法行為に対処する必要があるという理由があった（佐久間・前掲注(50)五一―五二頁）。
(68) この行為類型が第一号に置かれたのは、営業秘密の窃用こそが財産創出のポテンシャルに対する、最も核心的な侵害行為であるという理解に基づいている（山口・前掲注(2)「財産的情報の刑法的保護―立法論の見地から―」三〇頁）。
(69) 親告罪規定は、営業秘密侵害罪の保護法益が、公正な競争秩序の維持とともに、知的財産としての営業秘密の財産的価値を考慮したことに基づいている。
(70) これは、営業秘密それ自体の内容・形式が、罪刑法定主義に適合しない可能性があり、情報本来の性質や営業秘密の保護と衝突する社会的利益（転退職の自由、取材・報道の自由、内部告発など）を考慮したものであった（佐久間・前掲注(50)五二頁）。
(71) これについての議論としては、一原亜貴子「不正競争防止法による営業秘密の刑事法的保護」商學討究五六巻二・

三合併号（二〇〇五年）三〇〇頁、松原・前掲注(22)六三頁、加藤・前掲注(45)二二二頁参照。

(72) この問題を解決するため、不正競争の目的という要件が盛り込まれたが、こうした目的要件だけでは十分ではないとの批判があった（佐久間・前掲注(50)五三頁）。

(73) 加藤・前掲注(2)二七五―二七六頁、島田・前掲注(66)一八―二一頁、土肥・前掲注(66)七九―八〇頁、樫原哲哉＝波田野晴朗「不正競争防止法の一部を改正する法律」ジュリスト一二九八号（二〇〇五年）九〇―九五頁参照。

(74) 平成一七年改正では、三年以下の懲役又は三〇〇万円以下の罰金から、五年以下の懲役若しくは五〇〇万円以下の罰金又はその併科とされた。さらに、平成一八年改正では、個人の犯罪については、すべて、一〇年以下の懲役若しくは一〇〇〇万円以下の罰金または併科、法人処罰については三億円以下の罰金とされた。

(75) 加藤・前掲注(2)二七六頁。その他、転・退職後の使用・開示を処罰しようとするならば、詐欺等による不正取得ないし管理侵害行為等のような手段的な限定が必要であるという見解もある。

(76) 樫原＝波田野・前掲注(73)九二頁。

(77) これについて、かような犯罪類型には、通常、法人処罰が導入されており、独占禁止法、金融商品取引法など、他の法律とのバランス上、刑罰の加重は適切であったという見解もある（樫原＝波田野・前掲注(73)九二頁、加藤・前掲注(2)二七五頁）。

(78) 加藤・前掲注(2)二七七―二八四頁、土肥・前掲注(66)八〇―八三頁、中原裕彦「不正競争防止法の一部を改正する法律の概要」ＮＢＬ九〇六号（二〇〇九年）六六―六九頁参照。

(79) 在日外国通商代表部員が光学機器メーカー従業員から軍事転用の可能性がある機密部品を不正に入手したにもかかわらず、不正競争の目的が認められなかったため、営業秘密侵害罪では立件されなかった事案（平成一八年）や、自動車部品メーカーの外国人技術者が、営業秘密である多量の図面データを業務用パソコンにダウンロードした上で、無断で繰り返し自宅に持ち帰ったにもかかわらず、データの使用・送信が確認できなかったため、営業秘密侵害罪では立件されなかった事案（平成一九年）である。

(80) 改正前の二一条一項一号から六号までの営業秘密侵害行為を四号から七号まで繰り下げて新たに第三号が新設された。

(81) 一原亜貴子「営業秘密侵害罪の保護法益」商學討究五九巻四号（二〇〇九年）一六五頁以下参照。
(82) 加藤・前掲注(2)二七八頁参照。
(83) これについての詳しい内容は、加藤・前掲注(2)二八四頁参照。
(84) 佐久間・前掲注(2)「企業情報をめぐる諸犯罪―秘密の保持と情報の利用―」二一四頁参照。
(85) 佐久間・前掲注(50)五九―六〇頁、佐久間・前掲注(2)「企業情報をめぐる諸犯罪―秘密の保持と情報の利用―」二一五―二一六頁、荒川雅行「改正不正競争防止法における営業秘密の概念」犯罪と刑罰八号（一九九一年）八一頁参照。最近、民法の不法行為責任による損害賠償の性格が変化して、損失補償という本来の性格から、利益剥奪という多少、刑罰的な機能に重点が移っていり、その結果、民事的な利益剥奪処分で、刑事処罰と同等の目的を達成することが可能となった。それにも関わらず、営業秘密の保護に刑事処罰規定が新設・強化されているのは、営業秘密が占める価値及び重要性が次第に増加していることを意味する。しかしながら、刑事処罰規定の新設ないし強化は、国民一般に新たな行為規範となり、さらに、情報取得の萎縮効果が生じる点も考慮し、慎重でなければならないであろう。
(86) 佐久間・前掲注(2)「企業情報をめぐる諸犯罪―秘密の保持と情報の利用―」二一四―二一五頁参照。