OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	営業秘密の刑事的保護 : 大韓民国の「不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律」を中心に
Author(s)	文, 熙泰
Citation	阪大法学. 2015, 65(2), p. 203-237
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/75431
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

――大韓民国の「不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律」を中心に――

文　熙泰

一　はじめに
二　営業秘密保護法制の導入と強化の動向
1　営業秘密保護法制の社会的背景について
2　営業秘密保護法制の沿革
三　現行法における刑事規制の概観
1　総　説―営業秘密保護立法の意義と特性
2　行為の主体と行為の客体
（1）　行為の主体
（2）　行為の客体
3　侵害行為の類型
4　侵害行為に対する処罰規定

（阪大法学）65（2-203）569〔2015. 7〕

四　現行「不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律」の問題点及び学界における議論
1　法人処罰及び行為主体による差別的適用について
2　未遂及び予備・陰謀の処罰
3　不当利得還収（剥奪）による罰金刑の改善
4　裁判手続における営業秘密の保護
5　刑法典上の財産罪の適用について
（1）窃盗罪の適用
（2）（業務上）背任罪の適用
五　おわりに

一　はじめに

二一世紀では、イデオロギーの後退とともに経済の時代が到来しつつ、経済的・技術的優越性を確保するための国際競争が激しくなっている。その中でも、生産技術及び営業上の秘密などの重要性はますます高まっており、国家の運命を左右しうる影響力さえもつようになった。しかも、営業秘密は、経済政策上も重要な地位を占めるだけでなく、情報が流出することで、当該企業のみならず、国家にも深刻な被害を及ぼすようになった。このような環境において、かつては、もっぱら前・現職の役職員による侵害行為が問題視されたが、最近では、競争会社の組織的関与だけでなく、情報処理関連技術が発展したことにより、ハッキングなどの一般人による侵害行為や、専門産業スパイによる侵害行為など、侵害の形態が多様化している。さらに、営業秘密の価値に対する政府や情報機関の認識が変化したことに伴い、自国に対する営業秘密の侵害を防止する施策がとられるようになった。

従来、技術的後進国として低付加価値商品の生産を中心とした大韓民国（以下、韓国と略記する）にあっても、

一九九〇年代以降、次第に営業秘密などの先端技術を重視するに至った。すなわち、電子・情報通信・自動車・携帯電話などの産業保護を求める世論に応えるべく、また、いったん流出した営業秘密や先端技術は、回収や被害回復が困難であるという理由で、「不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律」を制定したのである。そして、法改正を重ねることにより、侵害行為に対する民事・刑事上の規制を強化してきた。さらに、民間企業だけでなく、公共機関や政府投資先などの先端技術を保護するべく、「産業技術の流出防止及び保護に関する法律」を制定するに至った（二〇〇六年一〇月二七日制定、二〇〇七年四月二七日施行）。

以下は、韓国の営業秘密保護に関する法制度として、特に「不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律」における刑事的保護を取り上げつつ、韓国の学説で議論されてきた諸問題を検討するものである。その際、親告罪規定の削除や未遂犯処罰を導入[1]しようとした日本の不正競争防止法も比較検討の対象としたい[2]。

二　営業秘密保護法制の導入と強化の動向

1　営業秘密保護法制の社会的背景について

一九九〇年代以前、営業秘密をめぐる議論は、民事上の保護が中心となっていた。したがって、刑事的保護は補助的な手段にとどまったこともあり、日本と同様に、韓国でも、秘密の漏洩それ自体を処罰する処罰規定は存在しなかった。そこでは、もっぱら刑法上の窃盗罪や[3]横領罪、あるいは、背任罪[4]などの諸規定を適用してきたのである。その背景としては、広く秘密の侵害それ自体を明文で処罰するとき、競業他社への転職など、憲法上も保障された職業選択の自由（憲法第一五条）が著しく制約されるという労働者側の主張がみられる一方、およそ営業秘密は、企業や個人などの私的利益にとどまるため、民事上の救済で十分であるという認識も少なくなかった。また、当時

の韓国は、開発途上国として海外の優秀な技術情報を必要としており、すべての秘密侵害行為を直接的に罰則で規制することは、むしろ、経済政策上の負担になるものと受けとめられていた。(5) しかし、一九八六年に締結された世界貿易機構（WTO）の知的財産権協定（TRIPs）によって、(6) 営業秘密保護に関する法令の整備が強く要請されたこともあり、国際通商上の摩擦を少なくするためにも、営業秘密の刑事法的保護の導入が急がれた。その結果、一九九一年の不正競争防止法（一九九八年の改正以前の名称）の改正を通じて、ようやく営業秘密侵害罪の罰則が明文化されたのである。(7)

しかし、不正競争防止法の中に営業秘密保護の処罰規定が導入されたとはいえ、当時の営業秘密保護規定は、形式的な処罰規定に過ぎなかったため、韓国の急速な経済発展や技術革新などにより、新たな転機を迎えることになった。すなわち、半導体や自動車・造船産業などの産業技術に関連する営業秘密の流出事件が相次いだことで、(8) 営業秘密保護の拡大・強化を主張する意見や国民世論が再び高まったのである。(9) また、政府の側でも、営業秘密に対する保護の必要性や経済的価値を直視するようになり、一九九八年には、前述した「不正競争防止法」の名称を「不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律」に変更するなどして、その内容を大幅に改正するに至った。

さらに、近年では、先端科学技術の発展に伴う新たな記録・保管媒体が登場したほか、インターネットの普及によるハッキングなどの侵害方法の進歩だけでなく、労働市場の流動化による転職の日常化によっても、営業秘密侵害に対する懸念は継続的に増大している。他方、営業秘密は、特許権等と並んで、重要な国家資産であり、競争力の源泉とみる一般の認識も一層強くなった。その結果として、「刑法」および「不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律」だけでは、営業秘密の保護法制として限界があるとされた。最近に至るまで、韓国の営業秘密保護をめぐる刑事罰規定は、引き続き強化されてきたのである。(10)

2　営業秘密保護法制の沿革

前述したように、韓国は、一九九一年の不正競争防止法の改正を通じて、営業秘密の刑事的保護の諸規定を導入した[11]。すなわち、同改正法第一八条によれば、企業の役職員として、不正な利益を得る目的または勤務先企業に損害を加える目的で、当該企業が保有する生産技術に関する営業秘密を第三者に漏洩した場合、三年以下の懲役刑または三千万ウォン以下の罰金刑に処せられる（ただし、親告罪である）。しかし、この改正法は、行為の主体を企業の役職員に限定しており、行為の客体となる営業秘密の範囲も、企業が保有する生産技術に限定していた。また、行為態様についても漏洩だけを処罰対象としており、その適用には限界があったとされた[12]。しかも、改正当時は、侵害行為の差し止め請求や損害賠償請求権などの民事上の救済手段が中心であり、これらの民事的救済がしばしば用いられたのに対して、処罰規定は、その適用範囲が限られており、実際に適用する際には障害も多かった。

しかし、社会の注目を集める営業秘密侵害事件がくり返される中で、実際の事件にも適用可能な規定の整備が求められた。一九九八年には、既存の不正競争防止法を全面的に改正して、法律の名称も「不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律」に変更された。その主要な改正点として、営業秘密の海外流出における加重処罰規定（同法一八条一項）や、懲役刑と罰金刑の併科（同法一八条四項）が挙げられる。また、行為主体について、過去に役職員であった者を含むなど、処罰範囲を拡大する一方、保護の客体も、企業の生産技術だけでなく企業にとって有用な技術上の秘密に広げられた。そのほかにも、当該営業秘密が国家の保安または重大な公益と関連する場合、親告罪の例外とするとともに、法定刑も加重している（同法一八条一項、二項）。

さらに、二〇〇一年、二〇〇四年、二〇〇七年および二〇〇九年にも、「不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律」において重要な法改正があった。まず、二〇〇一年の法改正では、訴訟を促進し、また損害回復の実効性

を高めるべく、損害の算定方式を改善するなど、手続上の不備を改善・補完した。つぎに、二〇〇四年の法改正では、行為主体を現職役職員（以前に役職員であった者を含む）から全ての違反者に拡大することで、もはや身分犯規定でなくなった点に加えて、保護客体にも経営上の営業秘密を追加したのである。なお、罰金刑については、不当利得還収（剥奪）制度が導入される一方（財産上利得額の二倍以上一〇倍以下の罰金）、親告罪規定を削除するとともに、未遂犯と予備・陰謀の処罰並びに加害企業に対する両罰規定が新設された。第三に、二〇〇七年の法改正は、国外に流出した事例の法定刑を七年以下の懲役から一〇年以下の懲役に加重している。最後に、二〇〇九年の法改正では、行為の類型として、従前の漏洩以外にも、秘密の取得や使用を追加することで、処罰範囲を拡大したのである。

もっとも、一九八五年から始まった刑法改正作業の過程では、企業の役職員による技術上ないし経営上の秘密漏洩や秘密探知罪の新設も検討されたが、外国の先進技術と経営手法の導入が急務であった当時の経済状況や、労働者の職業選択の自由にも配慮しつつ、一九九一年の不正競争防止法改正により営業秘密侵害の規定が追加された点にも配慮して、いずれの規定も新設されなかった[13]。他方、同じ時期には、国家経済や国家の保安に直結する産業技術の保護に向けた立法（仮称、産業スパイ防止法）も議論されたが、この時点では制定されず、その後、二〇〇六年になってようやく「産業技術の流出防止及び保護に関する法律」として新設されることになった。同法については、機会を改めて検討する予定である。

三　現行法における刑事規制の概観

1　総　説――営業秘密保護立法の意義と特性

さて、「不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律」では、第一条後段において「健全な取引秩序を維持することを目的とする」と規定しており、その保護法益が公益にあたることを明らかにした。最上級審である韓国大法院の判例も、営業秘密を保護する理由について、侵害者が公正な競争者より優越した地位に立つことで不当な利益を得るのを禁止するのが同法の目的であると捉えている(14)。すなわち、この判例では、法律の目的が公益（公正な競争秩序）であることを明確にしたのであり、この点については、学者らも同様の見解を採用している(15)。ただし、健全な取引秩序の維持を目的にするとはいえ、公正な競争秩序に反したとき、ただちに刑事罰を科する趣旨ではない。営業秘密侵害の罰則を適用するためには、当該行為の構成要件的故意だけでなく、「不正な利益を得る目的」または「（当該企業に）損害を与える目的」という二つの主観的構成要件要素を明記することで、違法性の要件を加重しているのである（同法第一八条。目的犯規定である）。一部の見解によれば、「健全な取引秩序の維持」という目的規定は、二つの主観的構成要件要素を設けることで、故意の認定を特別に厳格にしたにとどまり、実質的な意味は乏しいとされる。しかし、「健全な取引秩序の維持」とは、単に違反者の不法行為を意味するにとどまらず、業界の混乱や経済生活一般の動揺を処罰しようとしたという見方が妥当である(16)。すなわち、健全な取引秩序を侵害したことを前提としつつ、不正な利益の取得や当該企業の損害を成立要件としたのは、営業秘密が個人の財産権に属するため、さらに主観面で違法性の要件を加重することにより、私的自治の原則を最大限に尊重する一方、例外的な場合に限って処罰しようとしたものと理解されるのである。

さて、「不正な利益」とは、実際に金品などを取得することまで必要とせず、善良な風俗などの社会通念の見地から判断される。また、「（当該企業に）損害を与える目的」も、経済的な不利益に限定されず、技術上の不利益や企業の名声やイメージを毀損する目的なども含まれる。このような目的は、確定的故意に限らず、未必の故意でも足りる[17]。ただし、前述したもの以外の目的で、営業秘密を漏洩した場合には処罰されない。例えば、契約成立のために設計図面を提示したり、製造工程を説明するなど、営業秘密の告知が必要不可欠な場合や、言論の自由及び国民の知る権利といった公衆の利益に資する場合には、たとえ営業秘密が侵害されたとしても、同法条の目的は認められないのである[18]。そのほか、これらの目的に関連して、学術上の目的などの非営利的目的から、営業秘密を取得・使用した場合が問題となる。例えば、学位の取得や教授への採用などに付随して、営業秘密やこれに相当する資料を利用した場合である。これらの場合をめぐって、韓国の下級審判例は、前述した可罰的な目的の中には、技術流出を通じた経済的利益を得る場合のみならず、学位の取得などの個人的利益も含まれると判示している[19]。一部の見解にあっても、学問上の目的を理由とする場合にも、営業秘密が企業の資産であり、そこに個人的利益が含まれているならば、当該行為を正当化することは困難とみている[20]。

一方、このような目的犯規定について、ドイツのように「第三者のための目的[21]」を追加しようとする見解や、目的犯規定の必要性それ自体に疑問を提起し、「目的規定の削除」を主張する見解もみられる[22]。実際、「第三者のための目的」として、イデオロギー的な動機から他国の利益のために行われた漏洩行為などが挙げられる。しかし、「第三者のための目的」を要件とした場合にも、立証上の困難があるとされ、例えば、自分が重要な機密を知っているのを自慢する目的で、秘密を漏洩する場合については、なお処罰できないことになってしまう[23]。さらに、「目的規定の削除」を主張する見解についても、現行法上は、侵害者本人の利益または保有者の損害を立証しなければ

ならず、実務においては、これらの立証が非常に困難となる場合が多いため、当該法律の実効性を損なうものと説明される。しかし、法律の立法趣旨に加えて、実務優先主義にもとづく様々な難点を考慮するならば、こうした理由だけでは、批判として不十分であろう。

なお、日本では、平成二一年の不正競争防止法改正を通じて、公正な競争秩序の維持という目的（不正競争防止法第一条）に、図利加害目的が追加された（同法第二一条一項各号）。そこでは、競争関係の存在を前提しない加害目的や外国政府を利する目的などは、実務上も立証することが困難であり、使用・開示行為を中心とした従来の目的規定だけでは、隠れて行われる私的な不法取引について、十分に対応できないという問題を考慮しているのである。(24)

かようにして、保護法益および目的規定については、日本と韓国で法律中に同じ文言を設けながらも、その捉え方をめぐって大きな違いが見られる。かりに、目的規定の存在によって、不法な侵害行為の処罰に支障が生じるとしたら、それこそ、刑事法の規制的・保護的機能に照らして失当であろう。ただし、保護法益や目的規定による処罰範囲の限定機能については、当該法律の立法趣旨に加えて、刑法の補充性や謙抑性の原則も考慮しなければならない。

2　行為の主体と行為の客体

（1）行為の主体

行為主体については、従来、役職員に限定されていた。しかし、一九九八年及び二〇〇四年の法改正により、「営業秘密を取得・使用又は第三者に漏洩した者」と規定されたため、事実上は、行為主体にかかる制限がなく

なった。その結果として、企業の内部者だけでなく、外部の一般人も犯罪の主体に含まれるようになった（非身分犯）（第一八条）。これは、従来の営業秘密侵害が、企業の内部事情に通じた者やアクセスが容易な内部者により行われる場合が一般的であったのに対して、近年では、外部者（産業スパイや競争会社）による侵害が頻発している事情を反映したものである。すなわち、高度情報化社会において、営業秘密侵害行為を、国家の競争力を阻害する行為と位置づけて、これを政策的に防止する狙いに添ったものと認められる[25]。このような法改正をめぐって、通常の営業秘密侵害行為が、前・現職役職員によって犯されているため、行為主体を一般人まで拡大することは、不要な犯罪者を量産する可能性があり、営業秘密を保護するための実効性からしても、適切ではないという批判がある[26]。しかしながら、情報処理技術などの発展により、外注会社にシステム管理や情報セキュリティ業務だけでなく、法務または会計管理業務までも委任する場合が一般的になってきた。その結果、外部代行業者ないし職員による営業秘密侵害の危険は常に存在しているのである。また、ハッキングなどのように、企業の情報ネットワークに侵入し、直接、営業秘密を侵害する犯罪も増えている以上、前・現職役職員による営業秘密侵害に限定する必要はないであろう。むしろ、内部者の秘密漏洩に関与する背後の外部者を処罰することによって、より効果的な抑止効果を期待できるという点で、現行の不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律の改正は妥当であったと考えられる[27]。現在では、日本の不正競争防止法も、前・現職役職員のみならず、外部者など一般人による営業秘密侵害行為を処罰している[28]。

一方、韓国では、必ずしも営業秘密保護と直接に関係しないが、情報処理装置および技術の発展に伴う情報侵害行為を処罰するため、別途法律を規定している。その代表例として、「情報通信網利用促進及び情報保護などに関する法律」および「信用情報の利用及び保護に関する法律」がある。前者の「情報通信網利用促進及び情報保護な

どに関する法律」では、他人のパスワードを探知したり、情報通信網において処理・保管・伝送されている電子郵便の内容を見る行為のほか[29]、営業秘密を流出させる目的などから、アクセス権限のない者が、他社の情報通信網に侵入する行為を処罰している[30]。また、後者の「信用情報の利用及び保護に関する法律」では、信用情報業者などに対して、企業の営業秘密や独創的な研究開発情報等の収集および調査を禁じている[31]。しかしながら、前者では、その立法目的が個人情報の流出防止であり、本来、営業秘密を保護するために制定された法律ではない。また、情報通信網を通じて流出した場合だけを規制できるという点で、その適用範囲は制限されている。後者についても、その主体が、信用情報業者などに限定されており、両法律は、営業秘密を包括的に保護する点では限界が存するのである[32]。

（2）行為の客体

保護客体となる営業秘密をめぐっては、当初、営業秘密の範囲を生産方法上の技術に限定したのに対して、「生産方法、販売方法ないしその他の営業活動に有用な技術上又は経営上の情報」に改めることで、その保護範囲を拡大している（第二条二号後段）。特に、経営上の情報については、従来、秘密性の有無や処罰権の拡張に対する懸念などにより、しばらくの間は客体とされなかったが、近年になって、その経済的重要性や財産的価値に対する認識が高まり、しかも、技術上情報と経営上情報の区別が明らかでない現状にあって、技術上の情報を保護するだけでは、限界があると主張されるようになった（二〇〇四年改正で追加された）。なお、営業秘密の要件については、「公然となっておらず、独立した経済的価値[33]を有するものとして、相当な努力により秘密として保持されていること」が必要とされる（第二条二号前段）。すなわち、営業秘密として保護するためには、「非公知性」、「有用性」、「秘密管理性」の要件が要求されるのである[34]。韓国の判例も、営業秘密の要件を同様に理解している[35]。

さて、「非公知性」とは、一般的に公然と知られていない状態であり、不特定多数人が当該情報を共有しているならば、営業秘密としての保護される価値がないとされる。たとえ、莫大な費用と労力を投入した場合であっても、また、営業秘密として維持・管理されている場合であっても、当該業界などにおいて公然と知られており、特に制限もなく入手できるとしたら、営業秘密としての適格性は失われる(36)。しかも、公知の程度については、一般大衆を想定したものでなく、経済的利益を得る可能性のある者に周知されたならば非公知性は消滅する。しかし、営業秘密は絶対的秘密を意味しないため、一定範囲の人たちが知っていたとしても、なお秘密性が維持されているならば、その非公知性は存続する(37)。

つぎに、「有用性」とは、潜在的な価値も含めて、生産費用の削減や効率的な販売の遂行など、経済的利益をもたらすものを言う。したがって、失敗した研究データのようなネガティブ情報であっても、研究開発費用の節約に利用できるものであれば、有用性は認められる(38)。一方、有用性は、営業秘密に対する客観的判断を意味するため、保有者の主観的判断で左右されることはない。したがって、脱税の事実や公害物質の排出、さらに国家機関などに対するロビー活動の事態など、企業の立場からみれば営業秘密として有用かもしれないが、ここでいう有用性には該当しない(39)。結局、有用性とは、事業活動への効用を意味するとはいえ、そこには、法的保護を享受する社会的意義や妥当性、すなわち、刑事的保護の必要性などが考慮されることになる(40)。そのほか、有用性については、二条二号前段の「独立した経済的価値」に着目するならば、有用性より独立した経済的価値を重視するべきだという見解がある(41)。しかし、二条二号後段では、営業秘密を「営業活動に有用な技術上又は経営上の情報」と記述しており、「独立した経済的価値」という用語は、解釈の仕方によっては、金銭的な価値のある営業秘密だけに限定されてしまう懸念がある。有用性の問題として検討することが望ましいであろう(42)。

最後に、「秘密管理性」とは、営業秘密であることを第三者が客観的に認識できる状態で維持することをいう。ここでは、管理意思や管理努力が問題となる。[43] 秘密として管理されていない情報まで、法的保護の対象に含めるならば、企業側の立場や主張によって、法律の適用が左右される危険が生じるからである。[44] また、管理の程度としては、秘密の表示、特定場所への保管、担当者以外に対するアクセス遮断措置（暗号付与など）などが考慮される。ただし、外部侵入者については、施錠装置があれば管理性が認められるが、内部者については、施錠装置だけでは足りず、外部への流出を阻止する表示や措置など、具体的な状況によって個別的に判断しなければならない。[45] 一方、一部の学説によれば、秘密管理性という要件は、営業秘密の本質的要素である機密性に含まれており、これを明示しなくても、裁判所の解釈を通じて解決できるといわれる。[46] このような主張は、いまだに中小企業などでは、営業秘密の管理が徹底して行われておらず、法的保護を受けられない可能性もあり、裁判実務においても、このような状況を考慮して、一貫した基準でなく、秘密管理性を個別的に判断しているという指摘もある。しかし、機密性というだけでは、その意味や限界があいまいであり、その結果として、現場において混乱を招く可能性が高い。むしろ、秘密管理性の問題については、営業秘密に関する広報や教育など、政策的な方法により解決できることであり、実務における判断は、実際の判例や立法的な処理で解決すべきであろう。かような意味で、反対説の主張は妥当でないと思う。[47]

以上、保護の客体と営業秘密の性質を要約するならば、営業秘密をある一時点では特定できず、時間とともに変化する余地もあるため、なおその概念は抽象的かつ包括的であるといえよう。実際上も、営業秘密の可否を判断するために、相当な時間が費やされており、実務担当者によって、その解釈が異なる場合もみられる。しかし、刑事罰を科するためには、明確性の原則を含めた罪刑法定主義が維持されねばならず、営業秘密の範囲や限界を明確に

定めることは必要不可欠である。今後も、営業秘密の概念を確立するための努力や立法的努力が求められるであろう。[48]

3　侵害行為の類型

現行法上の行為類型は、窃取、欺罔、脅迫のほか、それ以外の不正な手段[49]で営業秘密を取得する行為であり、その取得した営業秘密を使用、漏洩する行為である（第二条三号、第一八条）。二〇〇九年の法改正以前には、漏洩行為のみが規定されていたが、その理由は、職業選択の自由を保障するため、私的に利用する目的で営業秘密を使用する行為が除外されていたからである。しかし、私的な利用目的の使用も企業に対する背信行為にあたる場合があり、そもそも、私利私欲で会社の営業秘密を許可なく使用する行為が、職業選択の自由と関係があるのかという批判によって、二〇〇九年の法改正により、漏洩以外にも取得と使用が行為類型として追加された。この法改正をめぐっては、退職者や転職者が自分のために秘密を使用する場合、職業選択の自由と企業の利益を調和させるような配慮が必要であり、被害企業の利益を著しく害することがない限り、私的な利用を認める立法措置が必要であるという見解がある[50]。他方、現職の役職員については、包括的な守秘義務があるものの、退職者については、せいぜい信義則による守秘義務にとどまるため、退職者による営業秘密の使用・開始行為を全て刑事罰の対象にするのは無理があり、違法性の認識が高い場合にのみ、処罰すべきであるという主張もある[51]。

以下、各行為の具体的な内容をみておこう。まず、「取得」とは、社会通念上、営業秘密を自分のものとして使用できる状態にすればよいとされる[52]。すなわち、文書や図面などを直接に占有するだけでなく[53]、場合によっては、無形的な営業秘密についての認識や記憶のほか、窃取・欺罔・脅迫のような不正な手段を使用したり、産業スパイ

のように、第三者を通じて営業秘密を探知ないし取得することも、ここでいう取得行為にあたる可能性がある。[54] つぎに、「使用」とは、営業秘密を本来の使用目的に応じて直接的または間接的に用いる行為である。例えば、商品の生産・販売・営業活動に利用（直接使用）するほか、研究または開発（間接使用）に用いるなどが、これに該当するであろう。ただし、具体的に客体を特定できる行為に限られている。[55] 最後に、「漏洩」とは、営業秘密を第三者に公開する行為であるが、相手方となる第三者が営業秘密の内容を認識することまでは要しない。すなわち、営業秘密を化体した媒体を第三者に移転したとき、例えば、口頭、ファックス、郵便、電子メールが第三者に到達したとき、漏洩の既遂が認められる（具体的危険犯）。かりに、漏洩の相手方が秘密の内容を確実に知っていたならば、具体的な危険は生じないため、せいぜい未遂が問題となる。しかし、相手方に営業秘密としての確信がなかったとき、または、具体的な内容を知らない状態であったならば、なお漏洩に該当するであろう。[56] しかも、その漏洩方法については制限がない。例えば、秘密を保持したまま特定人に知らせることも含まれる。これに対して、漏洩行為の基準と限界が明確ではないという指摘がある。漏洩は、積極的な身体的動作だけでなく、言語的挙動によって行われる場合も多いため、刑法上の秘密漏洩罪のように、その対象が明確であれば、解釈論上の問題は生じないが、営業秘密のように漏洩の対象が明確でない場合には、漏洩行為の範囲と限界を明確化するのが困難であり、その結果として、具体的な物証がないとき、公訴維持が難しくなる可能性が高いとされる。[57]

そのほか、現行の「不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律」では、重大な過失により、不正取得行為により入手した事実を知らないで取得ないし使用したり、公開する行為など、過失犯も規定されている（第二条三号）。これは営業秘密の侵害に事後的に関与する行為を処罰対象とすることで、他社の営業秘密を侵害しようとする根本的な動機を抑制するためである。

4　侵害行為に対する処罰規定

営業秘密侵害罪にあっては、国内犯と国外犯を区別して処罰している。すなわち、国内で漏洩した場合、五年以下の懲役または五千万ウォン以下の罰金とされるが、国外に漏洩した場合は、一〇年以下の懲役または一億ウォン以下の罰金と加重される（第一八条一項、二項）。ただ、罰金刑については、違反行為による財産上の利得額の一〇倍に相当する金額が各々五千万ウォンないし一億ウォンを超過するとき、その財産上の利得額の二倍以上一〇倍以下の罰金に処するという不当利得還収（剥奪）制度もみられる（第一八条一項及び二項の各後段）。また、前述した第一八条一項と二項の懲役刑及び罰金刑は併科しうる（第一八条五項）。そのほか、侵害行為については、未遂（第一八条の二）だけでなく、予備・陰謀（第一八条の三）も処罰されている。これは、二〇〇四年の法改正により、営業秘密の有効な保護とその強化に加えて、既遂を立証することの困難さを解消するために導入された[58]。すなわち、従来は、予備・陰謀を摘発しても処罰できなかったところ、営業秘密侵害が発生してしまえば、もはや回復が容易でないという事案の特性が考慮されたといえよう[59]。また、不正競争行為があったか否かの調査において、当該公務員の調査・捜査・回収を拒否したり、妨害又は忌避した者には、二千万ウォン以下の科料が科せられる（第二〇条一項）。

さて、従来の「韓国の不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律」では、その立法目的に含まれた公益と、私有財産である営業秘密の性質に加えて、訴訟過程で生じうる二次的な漏洩による被害などを考慮して、親告罪規定を設けていた。ただし、国家の安全保障や重大な公共の利益にとって必要とされる場合に限って、親告罪の例外とされてきた。他方、営業秘密の国家的ないし社会的な重要性が強調される中で、親告罪の廃止や反意思不罰罪[60]の改正に向けた議論が続いてきた。その結果として、二〇〇四年の法改正では、これらの規定が廃止されたのである。

しかし、営業秘密は、有体物と同程度の明確な存在になったとはいえず、知的財産権関連法の中にも親告罪の規定があること、営業秘密侵害について捜査や裁判手続が開始されることで、企業イメージの低下や株価の下落に加えて、二次的な営業秘密の漏洩が発生するおそれもある。そこで、刑事罰については、被害者個人の意思に委ねるのが、原則的には望ましいという意見もある[61]。私見によれば、現行の「不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律」は、社会的法益を強調しているが、営業秘密は本来個人的法益に属しているため、原則として、被害者自身の判断に委ねるべきであると思う。ただし、経済秩序である公正な競争という社会的法益も考慮しつつ、国民経済に大きな影響を与える場合にのみ、親告罪の例外を認めることで十分ではなかろうか。

なお、現行の「不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律」では、海外における営業秘密侵害に対する処罰規定がないため、外国の諸機関や国際スパイなどによる先端技術の流出に対処できないという問題がある。これについて、日本の法律では、退職者が海外の競争企業に転職したり、同じく海外で営業秘密を漏洩するなど、外国で発生する自国の営業秘密侵害に対応するため、二〇〇五年に国外犯処罰規定を導入した[62]。現代の経済活動のグローバル化に対処する上で、また、国外犯処罰に対する明確な姿勢や営業秘密侵害の規制を実効ならしめるためにも、域外管轄の規定は必要であろう[63]。

四　現行「不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律」の問題点及び学界における議論

1　法人処罰及び行為主体による差別的適用について

二〇〇四年の法改正により両罰規定を新設したことで、法人の処罰も可能になったとされる。しかしながら、法

人に対する罰金刑の上限は、営業秘密を侵害した自然人と同じであり（同法第一九条前段）、また、当該法人が違反行為の防止に向けた相当な注意や監督をおこなった場合、処罰できないという例外条項（第一九条後段）もみられる。法人については、営業秘密の侵害による財産上の利益が自然人よりも大きいため、公平性の見地から見て、同一の罰金刑を科するのは問題がある。しかも、このような軽い法定刑と例外規定を放置するならば、企業にとって十分な不法利益が見込まれるとき、かえって営業秘密の侵害を助長する可能性もある。その意味で、両罰規定としての実効性には疑問がある。

むしろ、最近の営業秘密侵害事例では、そのほとんどで競争会社の組織的関与があることに鑑みれば、加害企業の可罰性や刑事責任の質量は、直接に漏洩した自然人と比べて決して小さくはないであろう(64)。この点で、法人に対する刑罰の加重が必要となる。ちなみに、日本の不正競争防止法では、自然人に対して、国外漏洩の場合、一〇年以下の懲役又は一千万円以下の罰金（国内漏洩の場合、五年以下の懲役または五百万円以下の罰金）となっているが、法人対しては、三億円以下の罰金刑を科することができるため、法人の負うべき重い社会的責任が考慮されている(65)。すなわち、平成一五年法改正前の同法律は、保護法益が社会的利益であることから、両罰規定を設けなかったのに対して、平成一七年の法改正により、経済犯罪に対する抑止力強化のために両罰規定を導入した。そこでは、不正競争防止法が事業者間の不正競争の防止を想定した法律であり、通常は法人の利益のために行われる可能性が高いという点に着目して法人処罰規定を新設したのである(66)。

そのほか、役職員（元役職員を含む）と一般従業員について刑罰を区分するべきだという見解がある。これは、経営陣の漏洩行為と一般従業員の侵害行為は、違法性と責任の点で、前者の方が大きいため、立法論上、法定刑も区別しなければならないというのである(67)。役職員と一般従業員では、その反社会性や競争秩序に及ぼす影響も異な

ること、さらに、産業スパイについてさえ同じ法定刑で処罰するのでは、各人の不法の量や責任に照らして公平性を欠くおそれがある。今後、この問題について立法的措置が検討されるべきであろう(68)。

2　未遂及び予備・陰謀の処罰

つぎに、韓国の「不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律」では、未遂のみならず、予備・陰謀も処罰している。なぜならば、営業秘密の刑事的保護は、その流出防止に向けられたにもかかわらず、実際に流出した場合だけを処罰するのでは、刑事政策上失当といわねばならないからである(69)。過去、営業秘密侵害の未遂事例は、業務上背任罪(70)の未遂犯などで処罰してきたが、その成立範囲はかなり制限されるため、すべての未遂や予備・陰謀を捕捉できなかった(71)。そのような不備を補完するため、未遂犯や予備・陰謀の規定が、二〇〇四年の法改正で新設されたのである。この規定をめぐって、未然に防止する趣旨を徹底しようとすれば、取得や使用に加えて、漏洩の前提条件となる探知や収集も行為類型として明文化しようとする見解がある(72)。もちろん、未遂と予備・陰謀の中には探知や収集も含みうるので、特に探知・収集の行為を補足する規定は必要がないともいえよう。しかし、定型性が乏しい予備・陰謀という行為類型を安易に認めることは、罪刑法定主義及び刑罰規定の明確性に反する可能性がある(73)。すなわち、通常の犯罪であれば、構成要件が定型化されており、予備・陰謀についてもある程度まで類型化できるところ、営業秘密侵害にあたる取得・使用・漏洩については、定型的な準備行為を想定しがたいため、どの行為が予備・陰謀にあたるか、ひいては、そのような予備・陰謀行為を処罰するべきかが不明確である(74)。そのため、学説の一部は、日本の不正競争防止法第二一条一項三号のように、必要な場合に限って、別途、定型化された予備行為を規定することが望ましいという(75)。

私見によれば、そもそも、予備・陰謀の処罰は、刑法典上極めて例外的なものである。また、かりに探知・収集の行為類型を現行法の中に導入するとしても、文言自体の曖昧さや不明確さにより、可罰的行為とそうでない行為の限界が不明確になるおそれがある。その結果として、実務上こうした広汎かつ漠然とした規定の適用が制約されるなど、むしろ、その実効性については問題が生じるのではないか。なるほど、行為形態として、探知や収集などを追加しなければならないとしても、将来的には、日本の不正競争防止法のように、予備・陰謀規定を削除した上で、特に危険な典型的行為に限って個別的に列挙する方法により、刑罰法規としての明確性を担保することが望ましいと思う。

3　不当利得還収（剥奪）による罰金刑の改善

営業秘密を不正に取得したことによる利得と比較して、罰金刑の額が著しく低いため、こうした経済的な犯罪促進要因を除去して、法の実効性を確保するべく、二〇〇四年の法改正では、不当利得還収（剥奪）制度が導入された。この不当利得還収制度は、違反行為によって得た利得の一〇倍に相当する金額として、各々五千万ウォン（国内漏洩の場合）または一億ウォン（国外漏洩の場合）を超過する場合、その利得額の二倍以上ないし一〇倍以下の罰金刑を科するものである（同法一八条一項及び二項の各後段参照）。しかし、不当利得を還収する際に重要な判断基準となる営業秘密侵害による利得額について、多様な議論がみられる。韓国の裁判所は、不法に取得した営業秘密を利用することで節約した技術開発の費用や、これを利用して実際に製品を生産することで増加した製品販売利益を合算しつつ、市場経済原理に照らして予想できる市場交換価格であるとみている(76)。

これに対して、学説は、侵害した犯罪者と秘密の保有者からみた収益と損失の概念は同一でないとする(77)。しかも、

関連技術分野の知識がなく、当該市場の状況を知らない検察官や裁判官には、利得額を正確に算定または立証できない点に加えて[78]、ほとんどの場合、営業秘密を流出させた自然人が実際に得る代価が少ないにもかかわらず、捜査機関や裁判所が数億ウォンまたは数十億ウォン以上の利得額と認定することがあり、自然人に対してこのような高額の罰金刑を宣告・執行することは、事実上不可能であり、結局のところ、その実効性も疑わしいという指摘がある[79]。過去、不当利得還収制度を導入した二〇〇四年以降、犯人をこうした罰金刑で処罰した事例がみられないのは、営業秘密侵害による利得額の算定が困難であるためではなかろうか[80]。なお、前述したように、懲役刑と罰金刑の併科も、罰金刑の算定方法それ自体に問題があるため、実際上も懲役刑と罰金刑の併科がきわめて制限されることになりかねない。かようにして、不当利得還収の形態による罰金刑は、刑法上の責任原則に反する可能性があるのみならず、不当利得還収による罰金刑が、そもそも犯罪収益を剥奪するためのものであるならば、既存の没収制度を活用ないし整備することで十分であると思う。

4　裁判手続における営業秘密の保護

韓国の憲法は、迅速な公開裁判の権利を国民の基本権として保障しており、裁判の審理と判決は公開される[81]。しかし、営業秘密侵害事件の場合、公判審理過程を公開するならば、重ねて営業秘密の内容が漏洩される可能性がある。すなわち、犯人は、公判過程を通じて、かつては知らなかった当該秘密の内容をより具体的に知りうるだけでなく、当該秘密を探知しようとした第三者にも知られてしまうきっかけとなりかねない。さらに、訴訟手続を通じて公開された営業秘密は、営業秘密としての特性を喪失する結果として（営業秘密の非公知性を失う）、むしろ、不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律による保護の対象から除外されてしまう危険性さえある。もちろん、

韓国の憲法においては、公開裁判の例外規定として、国家の安全保障、安寧秩序や善良な風俗に反する懸念がある場合、裁判所が公判審理及び判決の公開を禁止する条項を設けている[82]。しかし、営業秘密侵害の場合は、こうした公開裁判の例外に含まれないというのが支配的見解である[83]。結果的に、これらの訴訟過程で起こりうる営業秘密の漏洩は、被害者が訴訟による救済を忌避する原因となっている。そのため、多くの学説は、訴訟による二次的被害の予防ないし補完の目的で、裁判進行過程の非公開を定めた手続規定の新設を主張してきた[84]。具体的には、訴訟過程で営業秘密が流出された場合に生じるであろう被害程度を勘案しつつ、裁判所が審理の非公開を命ずる規定のほか、参考人・被害者等による証言拒否権、さらに訴訟記録の閲覧を制限することなどが議論されている[85]。

他方、日本の不正競争防止法では、その第六章が刑事訴訟手続の特例を規定しており（同法二三条以下）、裁判所による営業秘密の秘匿決定の要件や範囲のほか、起訴状及び証拠書類の朗読方法と証人尋問における制限、証拠にかかる秘匿要請などを詳しく規定している[86]。かりに訴訟過程上の営業秘密保護が明文化されないままでは、むしろ、訴訟手続を通じた救済という憲法上の要請が無視されるだけでなく、正当な権利者の利益侵害を容認する結果を招くのではなかろうか。すでに、韓国の個別法では、裁判所の決定で訴訟手続や関連情報の非公開を命じた事例がみられる[87]。営業秘密の重要性が次第に高まっている現在、訴訟手続の透明性を保障することによって、国民の不当な処罰などを予防するという憲法精神と刑法の基本原理を調整することを条件として、ただちに刑事手続上の営業秘密保護の規定を創設するべき時期に来ているといえよう。

5　刑法典上の財産罪の適用について

昨今、「不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律」により営業秘密侵害に対する罰則が整備され、次第に強

化されてきた現在でも、一見するならば、刑法典上の財産罪が重要な役割を果たしている。もちろん、営業秘密の侵害行為に対する財産罪規定の適用は、その適用範囲が極めて限られており、営業秘密の侵害行為それ自体の処罰ではなく、その侵害手段だけを処罰している点で根本的な欠陥がある(88)。また、犯罪行為の重大性と比べて罰金刑の額も低く、懲役刑にあっても、初犯では執行猶予付きの有罪判決となる確率が高いため、刑罰としての実効性に乏しい。さらに、予備行為を処罰する規定がないため、予防効果の観点からも疑問がある(89)。それにもかかわらず、刑法典上の財産罪規定が、現在も重要な役割を果たしているのは、「不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律」上の様々な問題点に起因すると考えられる。特に行為客体となる営業秘密の認定や、被害額及び罰金刑の算定など、当該法律の適用を困難にする要因が山積しているからである。

現在、韓国において営業秘密侵害の局面で問題となる刑法典上の財産罪規定としては、窃盗罪、背任罪、横領罪、住居侵入罪、秘密侵害罪などがある。以下、その中でも学説・判例により盛んに議論されてきた窃盗罪と背任罪について取り上げることにしたい(90)。

(1) 窃盗罪の適用

まず、営業秘密が直接に化体された文書などを窃取した場合、窃盗罪が成立することについて争いはない。韓国大法院も、勤務先を退職する際、重要な実験結果などが記載された機密資料を持ち帰った場合、窃盗罪の成立を認めている(91)。しかし、営業秘密の場合には、行為不法の量と責任の量について特殊性がある。かりに一億円相当の営業秘密を化体した文書一〇枚を窃取した場合、単なる一〇枚の文書でなく、一億円相当の営業秘密に対する窃盗として処罰できるかは疑問である(92)。また、客体をコピーまたは撮影したり、インターネットで送信するなど、営業秘密の内容のみを窃取した場合、客体の財物性を認めうるかも疑問である。現行の韓国刑法では、管理可能なエネル

ギーを財物に含めるとしながらも（刑法三四六条）、その対象を物理的に管理できる自然のエネルギーに限定している。したがって、情報、思想、アイデア、企画や理念的価値などは、財物に該当しない[93]。一方、近年、科学技術の発展と社会的認識の変化により、財産的価値があると認められる対象が相次いで登場したこともあり、刑法上の伝統的概念を現代的な視点から再解釈する必要性も指摘されている。このような見解は、法が時代の要請に応えなければならず、特にデジタル時代にあって、財産的価値を有する企画やアイデア、電子情報に含まれる権利、営業秘密なども財物として含みうる解釈論を提案している。例えば、刑法理論上、目的論的な拡張解釈を通じて、営業秘密などを財物に包摂させうると説くものがある[94]。しかし、こうした拡張解釈を許すとしても、日常用語としての可能な語義を超える類推解釈は、国民の法律に対する予測可能性を保障できない。また、単に現実的な必要性を理由とするならば、罪刑法定主義の基本原則に反する可能性も大きい。財物をめぐる新たな解釈を模索するよりも、まず営業秘密を含めた無形的財産の特性に着目したより厳密な論証が必要と考えられる。

（2）（業務上）背任罪の適用

韓国の裁判所は、企業内部者による営業秘密漏洩について、特に刑法における（業務上）背任罪の成立を認めてきた。したがって、韓国の（業務上）背任罪は、不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律とともに、営業秘密を保護する上で重要な地位を有している。韓国の裁判例によれば、営業秘密を流出する行為は、会社に対する信任・信頼関係に違背する行為であり、そこでいう「他人の事務」とは、他人の財産を保護ないし管理する義務（財産関連事務）と捉えることで、「他人の事務」の範囲を広く解釈している[95][96]。つぎに、「自己又は第三者の財産上の利益」についても、財産上の利益を経済的交換価値として把握することで（経済的財産説）、実際の社会において現金で取引されるものであれば、実質的な財産的価値があるものと判断してきた[97]。最後に「損害の発生」であるが、

ここでも、具体的かつ現実的な損害のみならず、抽象的な加害にとどまる場合にも損害の発生を認めている。[98]

他方、こうした法解釈論上の理由だけでなく、（業務上）背任罪を適用する根拠として、営業秘密侵害が主として企業内部者によること、実務家からは、社会的法益を保護する「不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律」が犯罪成立要件を厳格に解釈したことで、むしろ阻害要因になったとされている。[99] さらに、「不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律」は、「損害の発生」を幅広く認めながらも、前述したように不当利得還収（剥奪）形態の罰金刑を設けているため、利益や損害額の算定が困難な場合、処罰自体が有名無実になると批判されている。[100] しかし、（業務上）背任罪では、企業内部者による営業秘密侵害だけを処罰するため、企業外部者の秘密探知行為などを適用の対象としておらず、また、営業秘密を自己管理下に置かない内部者についても、ここでいう事務処理者にあたらないために、適用上の限界がある。[101]

五　おわりに

以上、韓国の営業秘密保護法制である「不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律」の刑事罰規定について検討した。本来、営業秘密は個人の財産権に属するものであり、当該法律を制定した当初は、損害賠償などの民事的救済手段に依存していた。しかし、情報の価値が高まり、特に営業秘密の重要性が増加したことで、ようやく一九九一年には営業秘密の要件や侵害行為の類型を明記して、刑事処罰が設けられた後、五回の法改正を通じてその範囲を次第に拡大してきた。その結果として、日本の「不正競争防止法」と比較したとき、刑事罰規定の導入時期に多少の違いがあるものの（日本では、二〇〇三年に導入された）、その導入過程や法改正の経緯（二〇〇五年、二〇〇六年、二〇〇九年）など、全体的な流れにおいては類似している。しかし、その内容面をみるならば、若干の

相違がみられる。例えば、同法の保護法益を含む目的規定や親告罪の有無、罰金刑の種類や域外管轄権規定、さらに、未遂犯処罰や訴訟上の営業秘密保護規定などがそれである。

一方、このような刑事規制の強化にもかかわらず、同法の適用面においては、実際上の限界があり、処罰規定として実効性を確保するための対策が議論されてきた。特に、営業秘密に関する明確な定義づけに加えて、行為態様をめぐる具体的な定め、訴訟上の営業秘密保護条項の新設などは、当該法律の実効性を確保する対策として重視されている(102)。そのほかにも、域外管轄権条項の新設や多数の法律に散在する情報関連法の中の保護規定を整備することも必要であろう。しかし、営業秘密の刑事的保護にあたっては、その国の技術水準などを離れて考えることはできないため、過度な処罰規定を設けることは、むしろ、労働者の流動性や先進技術の導入を妨げるという懸念もある。すなわち、営業秘密は、労働者の再就業や転職の機会につながるだけでなく、均衡のある経済発展などの社会的利益に資するという面でも考慮されねばならない。

かようにして、学者や労働団体の一部は、営業秘密侵害に対する刑事罰の導入や強化に反対してきたのである。しかし、将来の国家経済は、営業秘密のような情報資産に依存しており、何らかの意味で、営業秘密の保護法制を整備することは必要不可欠である。また、信義誠実の原則に反する営業秘密の不正使用は、およそ職業選択の自由などの基本権とも無関係であると思う。むしろ、反対説が指摘した問題点については、営業秘密に対する一般国民の認識を高める一方、研究技術者の処遇改善や適正な補償システムを用意したり、使用者（事業者など）による法規制の乱用を防止するなど、政策的な手直しで足りるのではなかろうか。

今日の情報管理型社会にあっては、全ての分野・領域において情報が重要な役割を果たしている。近年になって、世界の主要国は、情報関連法の整備を通じて、自国の営業秘密を積極的に保護しようとしている。韓国においても、

既存の「不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律」の不備を補完する一方、営業秘密をより効果的に保護するべく、二〇〇六年に刑事罰や侵害の予防を重視した「産業技術の流出防止及び保護に関する法律」を制定したのである。莫大な財産的価値を持つ技術情報などが相次いで登場する昨今の状況を見るかぎり、現在の技術水準と経済環境に見合った法制度を整備する努力は、今後も継続してゆく必要があるといえよう。

（1）朝日新聞二〇一四年六月一五日。

（2）日本の営業秘密保護法制の沿革とその保護内容については、佐久間修『刑法における無形的財産の保護』（一九九一）二〇八頁以下、同「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）五二八頁以下、同「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）四九頁以下、山口厚「企業秘密の保護」ジュリスト八五二号（一九八六）四六頁以下、同「財産的情報の刑法的保護」刑法雑誌三〇巻一号（一九八九）二七頁以下、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）一〇七頁以下、同「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）二六三頁以下、松澤伸「営業秘密の保護と刑事法」『企業活動と刑事規制』（二〇〇八）一七〇頁以下、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）七八頁以下、一原亜貴子「不正競争防止法による営業秘密の刑事法的保護」商學討究五六巻二・三合併号（二〇〇五）二七九頁以下、同「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）一六五頁以下、同「営業秘密侵害罪に係る不正競争防止法の平成二一年改正について」岡山大学法学会雑誌六〇巻三号（二〇一一）四五頁以下、文鋕泰「営業秘密の刑事的保護」阪大法学六三巻五号（二〇一四）一五三頁以下参照。

（3）大法院一九八六・九・二三、八六ド一二〇五判決（韓国の判例引用及び表記方式、以下同様）。

（4）大法院一九九九・三・一二、九八ド四七〇四判決。

（5）崔善培「改正不正競争防止法の解説」発明特許二七五号（一九九九）二一頁、白英準「不正競争防止法上の営業秘密保護制度の比較と適用について」創作と権利四三号（二〇〇六）四八頁。

（6）TRIPs（trade-related aspects of intellectual property rights）第三九条二項によれば、自然人と法人は、自分の同意なく、健全な商業的な慣行に反する方法で、合法的に自分の支配下にある営業秘密など情報が、他人に公開または他人により獲得・使用される場合、これを禁止できると規定している。また、営業秘密の要件としては、通常の関連業界に一般には知られておらず、商業的価値をもつことに加えて、適法かつ合理的な方法で当該情報が統制・管理されているものと定めている。

（7）当時の改正に至った背景については、金文煥「営業秘密の法的保護」國民大学法學論叢三輯（一九九一）一〇一頁以下、金龍善「営業秘密保護の国際的動向及び最近の主要内容、判例分析」特許情報三六号（一九九六）四六頁以下、白英準・前掲注（5）四六―五〇頁など参照。そのほか、当時の世界貿易機関との営業秘密など知的財産権保護協定内容については、法務部『UR協定の法的考察（下）』（法務部、一九九四）六〇二頁以下を参照されたい。

（8）その代表例として、一九九八年二月、KNTCという会社の幹部らが、三星電子やLG半導体の前・現職の研究員一四人を欺いて、核心半導体技術を台湾企業に流出させた事件がある。その推定被害額は一兆二千五百億ウォンに達し、総計一九人が拘束・起訴されたものの、実刑は二人だけであり（各々三年、二年）、一六人には執行猶予、一人には無罪が言い渡された（大法院一九九九・三・一二、九八ド四七〇四、三星半導体技術の台湾企業流出事件）。

（9）例えば、宋尚憲＝金文煥「企業秘密に関する外国の立法や判例」『企業秘密保護案』（韓国知的所有権学会、一九九三）九二頁以下、大韓商工会議所『国際産業スパイ事例と産業スパイ防止法律制定の方向』（大韓商工会議所、一九九八）五五頁。

（10）このような理由から、韓国は営業秘密をもっと強力に保護するため、従来の「不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律」を補完した「産業技術の流出防止及び保護に関する法律」を二〇〇六年に制定した。「産業技術の流出防止及び保護に関する法律」については、次回に取り挙げる予定である。

（11）金在峯「営業秘密の刑事法的保護方案」刑事政策一四巻一号（二〇〇二）一八二―一八四頁、申勝均「営業秘密侵害に対する刑事規定の適用実態及び改善方案」中央法学一三巻四号（二〇一一）六七〇―六七一頁、朴相烈「不正競争防止法による営業秘密の刑事法的保護」知識財産研究六巻三号（二〇一一）一三一―一三二頁。

（12）一九九一年の韓国の不正競争防止法改正は、日本の一九九〇年不正競争防止法改正の内容を参考したものであるという

見解がある（白英準・前掲注(5)四六頁、四九頁）。ただ、日本の場合、一九九〇年の不正競争防止法改正では、処罰規定は設けられておらず、二〇〇六年の法改正で導入されており、また、韓国の場合、一九九八年に「不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律」を全面的に改正しつつ、不正競争行為と営業秘密侵害行為を区別し、別の章で取り上げたのに対して、日本の不正競争防止法は両者をまとめて規定している。

(13) 法務部『刑法改正法律案提案の理由書』（法務部、一九八九）一六五頁。

(14) 大法院一九九六・一二・二三、九六ダ一六六〇五判決、大法院一九九八・二・一三、九七ダ二四五二八判決。

(15) 全智淵「営業秘密の刑事法的保護」刑事法研究二〇巻四号（二〇〇八）二五三頁。

(16) 全瑛實＝尹海星＝黄志泰『産業スパイに対する刑事政策的対応体系に関する研究』（大検察庁、二〇〇九）一八頁注(12)。

(17) 韓尚勳「営業秘密侵害に対する刑事処罰の可能性と改善方案」国民大学法学論叢一四輯（二〇〇二）二三一頁。

(18) 朴剛旺「産業スパイ犯罪の実態と法的規制の問題点」刑事政策研究二三巻三号（二〇一二）一四六頁、全瑛實＝尹海星＝黄志泰・前掲注(16)二二頁。他方、このような目的ではなく、個人的感情により当該企業の不正を内部告発する場合であっても、内部告発として正当ならば、企業に損害を与える目的には該当しないため処罰はできないであろう。

(19) 韓国経済新聞二〇〇五年三月九日。

(20) 全瑛實＝尹海星＝黄志泰・前掲注(16)二三頁。

(21) ドイツ不正競争防止法第一七条は、競争の目的、自分のための目的、第三者のための目的、事業主に損害を加える意図など四つの目的を規定している。

(22) 金在峯・前掲注(11)一八九頁参照。

(23) 全瑛實＝尹海星＝黄志泰・前掲注(16)二二頁注(21)。

(24) 詳しくは、一原亜貴子「営業秘密の刑事法的保護―不正競争防止法平成二十一年改正を中心に」銀行法務21通巻七三三号（二〇一一）四一―四二頁、中原裕彦「不正競争防止法の一部を改正する法律の概要―営業秘密侵害罪における処罰対象範囲の拡大等」ＮＢＬ九〇六号（二〇〇九）六六―六八頁、加藤佐千夫・前掲注(2)二七七―二八四頁。

(25) 朴剛旺・前掲注(18)一四七頁。一方、一九九八年の法改正時、現職役職員に前職役職員が追加されたのは、当時の国家

的な経済危機状況（ＩＭＦ金融支援）を契機にし、各企業の構造調整の推進過程上で発生した雇用解止や解雇によって、退職者などによる営業秘密流出の懸念を防止する目的であったという見解もある（崔善培「改正不正競争防止法の解説」知識財産21五二号（一九九九）四二頁、韓尚勳・前掲注(17)二三〇頁）。

(26) 朴相烈・前掲注(11)一三五頁参照。

(27) 同旨、金在峯・前掲注(11)一八五―一八六頁、朴相烈・前掲注(11)一三五―一三六頁、全智淵・前掲注(15)二六七頁、全瑛實＝尹海星＝黄志泰・前掲注(16)一七頁、韓尚勳・前掲注(17)二五一―二五四頁。

(28) 日本不正競争防止法第二一条。

(29) 情報通信網利用促進及び情報保護などに関する法律第四九条、第七一条。

(30) 情報通信網利用促進及び情報保護などに関する法律第四八条一項、第七二条一項。

(31) 信用情報の利用及び保護に関する法律第一五条、第三二条二項。

(32) 全瑛實＝尹海星＝黄志泰・前掲注(16)五〇―五四頁。そのほかにも、直接的・間接的に営業秘密と関連する規制が、多くの法律に散在しており、これに対する整備が求められている。これに関しては、次回に取り挙げる予定である。

(33) 経済的価値の有無は、社会一般の立場で客観的に判断しなければならず、脱税や公害の事実、身体有害物質の使用などに関する情報は、保有者にとって秘匿する価値があるとしても、およそ営業秘密とは言えないであろう（同旨、郭京直「営業秘密の侵害と救済及び訴訟上の諸問題」人権と正義二五〇号（一九九七）四七頁）。

(34) 営業秘密の範囲をより具体的に限定するため、既存の「非公知性」や「有用性」および「秘密管理性」に「経済性」や「技術上又は経営上の情報」を追加する見解もある（朴剛旺・前掲注(18)一三五―一三九頁）。そのほか、営業秘密の成立要件については、韓尚勳『産業スパイに対する刑事法的対応方案』（韓国刑事政策研究院、二〇〇〇年）九六頁以下、同・前掲注(17)二二五―二二六頁、崔善培・前掲注(25)四二頁。

(35) 大法院一九九六・一一・二六、九六ダ三一五七四判決、大法院一九九六・一二・二三、九六ダ一六六〇五判決、大法院一九九九・三・一二、九八ド四七〇四判決。

(36) ソウル高等法院二〇〇〇・三・一四、九九ダ三五一二一判決、ソウル高等法院二〇〇〇・三・一四、九九ナ三六一二一判決、大法院二〇〇四・九・二三、二〇〇二ダ六〇六一判決。

(37) ソウル地方法院南部支院一九九五・二・二二、九四ガ合三〇三三判決。朴剛旺・前掲注(18)一三六頁。

(38) 金孝信「不正競争防止法上営業秘密の概念」ＩＴと法研究二輯（二〇〇七）一二五頁。

(39) 玄大浩「営業秘密の保護要件と救済手段に関する法制研究」法曹五八七号（二〇〇五）一八九頁。

(40) 朴剛旺・前掲注(18)一三八頁。

(41) 崔豪珍「企業の営業秘密に対する刑事法的保護」刑事法研究二五号（二〇〇六）三八四頁、玄大浩・前掲注(39)一八八頁。

(42) 同旨、朴光玟＝尹海星「不正競争防止法上営業秘密概念の検討」成均館法学一八巻一号（二〇〇六）四一七頁、金孝信・前掲注(38)一二四頁。

(43) 朴相烈・前掲注(11)一〇八頁、朴光玟＝尹海星・前掲注(42)四一八頁。

(44) 韓国の判例も、秘密として管理されていない情報を、退社後に、持ち帰った事件について、営業秘密に該当しないと判示している（大法院二〇〇九・九・一〇、二〇〇八ド三四三六判決）。

(45) 朴剛旺・前掲注(18)一三七頁。

(46) 玄大浩・前掲注(39)一九〇頁。そのほか、秘密管理性だけでなく、非公知性も営業秘密の本質的要素である機密性に含まれるという見解もある（鄭浩烈「米国統一営業秘密法に関する研究」亜洲社会科学論叢七号（一九九四）二〇三―二〇五頁）。

(47) 同旨、尹宣熙「営業秘密における経営上の情報」創作と権利三九号（二〇〇五）九一頁、朴光玟＝尹海星・前掲注(42)四二八頁。

(48) 同旨、金孝信・前掲注(38)一一四頁、一二六―一二七頁、朴光玟＝尹海星・前掲注(42)四二九―四三〇頁。

(49) 判例は、これらの窃取、欺罔、脅迫は、例示的な規定に過ぎないとする。実際、刑罰法規に該当する行為や、社会通念上にも同等の違法性を有する行為など、社会秩序に反する行為も含めて、その範囲を広く解釈している（大法院一九九六・一二・二三、九六ダ一六六〇五判決）。そのほか、丁周煥「営業秘密侵害防止制度」檀国大学法学論叢三二巻二号（二〇〇八）三七〇頁参照。

(50) 金在峯・前掲注(11)一八六―一八七頁。

(51) 白英準・前掲注(5)五三頁。
(52) 大法院一九九八・六・九、九八ダ一九二八判決、大法院二〇〇八・四・一〇、二〇〇八ド六七九判決。
(53) 大法院二〇〇八・九・一一、二〇〇八ド五三六四判決。
(54) 朴相烈・前掲注(11)一三三頁、朴剛旺・前掲注(18)一四七頁。ただし、関連営業秘密の直接的な担当者として、すでに当該の営業秘密を熟知している者が、無断で営業秘密を外部に搬出した場合は、営業秘密の取得ではなく、業務上背任罪に該当する可能性もあるとされる（全智淵・前掲注(15)二六七頁）。
(55) 大法院一九九八・六・九、九八ダ一九二八判決。
(56) 韓尙勳・前掲注(17)二二九頁。
(57) 朴剛旺・前掲注(18)一四八頁。
(58) 金在峯・前掲注(11)一九〇頁。
(59) 朴相烈・前掲注(11)一三五頁、全智淵・前掲注(15)二七〇頁。しかし、予備・陰謀の処罰は、刑法上も、内乱と外患の罪のような国家的法益に制限されており、実務的にもどこまでが営業秘密侵害の予備・陰謀にあたるかの判断基準も明確ではないため、法適用上の問題がある。
(60) 反意思不罰罪とは、公訴の提起は被害者の意思と無関係にできるが、被害者が犯人の処罰を望まないことを明示したり、処罰要求を撤回した場合には、犯人を処罰できない類型である。刑法上の反意思不罰罪には、暴行罪（第二六〇条）、過失傷害罪（第二六六条）、脅迫罪（第二八三条）、名誉毀損罪（第三〇七条）、出版物などによる名誉毀損罪（第三〇九条）、侮辱罪（第三一一条）などがある。
(61) 金在峯・前掲注(11)一九二頁。
(62) 日本不正競争防止法第二一条四項と五項は、詐欺などの行為又は管理侵害行為のほか、秘密保持命令違反による営業秘密侵害行為に対して、日本国外で犯した者も処罰している。
(63) 同旨、金在峯・前掲注(11)一九一―一九二頁。
(64) 同旨、申勝均・前掲注(11)六七七頁、六八三頁、朴剛旺・前掲注(18)一四七頁。
(65) 日本不正競争防止法第二一条一項および二項、第二二条参照。

(66) 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）九二頁参照。
(67) 全智淵・前掲注(15)二七二頁。
(68) 同旨、全瑛實＝尹海星＝黄志泰・前掲注(16)二三五頁。
(69) 韓尙勳・前掲注(17)二五三頁。
(70) 韓国では、営業秘密の侵害行為を規制するための法制として、刑法上の（業務上）背任罪が重要な役割を果たしてきた。詳しくは、後述する「5刑法上の財物罪の適用」を参照して頂きたい。
(71) 郭京直「営業秘密侵害に対する刑事的保護」法曹五〇四号（一九九八）八〇頁。
(72) 韓尙勳・前掲注(17)二五二頁、朴剛旺・前掲注(18)一四八頁。
(73) 朴相烈・前掲注(11)一三六頁注(99)。
(74) 全智淵・前掲注(15)二七四頁。
(75) 朴相烈・前掲注(11)一三七頁、全智淵・前掲注(15)二七五頁。その他、金在峯・前掲注(11)一八八頁参照。
(76) 大法院一九九九・三・一二、九八ド四七〇四判決。
(77) 李廷德＝崔承烈「産業スパイ関連法律の改善方案に対する研究」刑事政策一九巻二号（二〇〇七）三三八―三三九頁。
(78) 白英準「営業秘密保護法の適用上限界」産業財産権二三号（二〇〇七）四六―四七頁、朴光玟＝尹海星・前掲注(42)四三一頁。
(79) 朴剛旺・前掲注(18)一五〇頁。
(80) 白英準・前掲注(5)五七頁、全瑛實＝尹海星＝黄志泰・前掲注(16)一六頁注(5)。
(81) 憲法第二七条三項。
(82) 憲法第一〇九条。
(83) 郭京直・前掲注(33)五九頁。
(84) 金在峯・前掲注(11)一九二頁、朴相烈・前掲注(11)一三七―一三八頁、韓尙勳・前掲注(17)二五五頁。
(85) 朴相烈・前掲注(11)一〇四頁。
(86) 日本不正競争防止法二三条以下。

(87) 韓国の性暴力犯罪の処罰及び被害者保護等に関する法律第二二条一項は、被害者のプライバシーの保護が必要であると判断したとき、情報の非公開を命ずることができる。なお、二〇〇二年に改正された民事訴訟法一六三条でも、訴訟記録の中に営業秘密などのプライバシー情報が含まれる場合には、裁判所の決定で閲覧、複写、交付を制限できるのである。

(88) 韓尚勲「営業秘密の侵害に対する処罰の範囲と限界―刑法上の窃盗罪、背任罪、贓物罪を中心に」『刑事裁判の諸問題第五巻』(二〇〇五)一九五―二一四頁。

(89) 金正煥「産業技術の流出防止及び保護に関する法律に対する刑事法的検討」刑事政策研究二〇巻二号(二〇〇九)四四頁、全瑛實＝尹海星＝黄志泰・前掲注(16)四五―五〇頁。

(90) 日本の場合は、韓国とは異なり、主として窃盗罪と横領罪を適用しており、例外的な場合に限って背任罪を適用している。詳しくは、佐久間修・前掲注(2)『刑法における無形的財産の保護』二〇八頁以下参照。

(91) 大法院二〇〇八・二・一五、二〇〇五ド六二三三判決。

(92) 崔豪珍・前掲注(41)三九〇頁。ただし、営業秘密を窃取した後、その営業秘密を使用した場合について、韓国大法院は、営業秘密の不正使用行為が新たな法益の侵害であり、窃盗罪とは別に、不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律における営業秘密不正使用罪が成立すると判示している。

(93) 一方、営業秘密が電子情報の形で存在する場合、パスワードの設定やアクセス権限の付与などは、管理可能性を意味していないかという疑問もあり得る。しかし、このような管理方法は、事務的な管理であって、物理的管理とはいえず、電子的管理や統制では、窃盗罪でいう管理の概念には該当しないであろう。

(94) 朴剛旺・前掲注(18)一四〇―一四一頁。

(95) 大法院一九八七・四・二八、八六ド二四九〇判決、大法院一九九四・九・九、九四ド九〇二判決。一方、韓国の多数説は、財産的事務説を取っている。したがって、企業で財産的な事務を取り扱う部署は、資金・会計などを担当する金融関連部署であり、通常、営業秘密を生産・管理することは、金融関連部署ではなく、研究開発部署であるため、多数説によれば、営業秘密侵害関連事件に(業務上)背任罪を適用することはできない。

(96) 判例の立場に賛成する見解としては、韓尚勲・前掲注(17)二三六頁。

(97) 大法院二〇〇一・一〇・二三、二〇〇一ド二九九一判決。韓国の多数説も判例のような経済的財産説を取っている。

(98) 大法院一九八七・七・二一、八七ド五四六判決。

(99) 特に、健全な取引秩序を毀損する目的以外にも、不正な利益の目的や損害を与える目的などを立証しなければならない。しかし、営業秘密の流出が裏取引でなされる以上、こうした目的を立証するのは容易でなく、主として被害者側が証拠を用意するしかないのが実情である。

(100) 不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律は、情報流出による被害企業の損害について、経済的不利益だけでなく、技術的な不利益や企業の名声やイメージの低下など、損害の範囲を幅広く認めているが、それらが金銭的に算定されなければ、罰金刑を科すことが難しい構造であることは、前述したとおりである。

(101) 朴剛旺・前掲注(18)一四一頁。

(102) 尹海星「米国の経済スパイ法上の営業秘密」刑事政策研究消息九三号(二〇〇六)三五頁。