

平成21年 5月 8日現在

研究種目：若手研究(B)
 研究期間：2006～2008
 課題番号：18730051
 研究課題名（和文） 情報(個人情報、営業秘密等)の刑法的保護に関する解釈・立法論的研究
 研究課題名（英文） Criminal Legal Studies on the Protection of Individual Information and Trade-secrets
 研究代表者
 小林 憲太郎 (KOBAYASHI KENTARO)
 立教大学・法学部・准教授
 研究者番号：10312927

研究成果の概要：個人情報および営業秘密に対する刑法的保護の在り方について、欧米（とくにドイツとアメリカ）との比較法をとおして理論的・実務的な検討を行った。その結果、①後者に関しては、社会的法益に対する罪として重く処罰する、不正競争防止法にそれほどの問題はないものの、②前者すなわち個人情報保護法に関しては、市場の効率性に照らして過剰保護のきらいがあり、むしろ個人情報を悪用した違法行為を独自に取り締まる方向へと転換すべきことを明らかにした。

交付額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2006年度	900,000	0	900,000
2007年度	900,000	0	900,000
2008年度	900,000	270,000	1,170,000
年度			
年度			
総計	2,700,000	270,000	2,970,000

研究分野：刑事法学

科研費の分科・細目：法学・刑事法学

キーワード：個人情報、営業秘密、トレードシークレット、経済刑法、特別刑法、不正競争防止法

1. 研究開始当初の背景

(1) 研究開始当初は情報の法的保護が最も強く叫ばれた時期であった。大企業からの顧客個人情報の大量流出が、新聞紙面等で強い批判をもって取り沙汰されたのもこの時期であり、他方で大企業の要請により不正競争防止法が改正され、営業秘密の侵害に対して罰則が設けられたのであった。むしろそれ以前

前においても、たとえば個人情報の流出にかかる刑事罰が存在しないわけではなかったが、それはあくまでかかる流出情報を利用した、さらなる法益侵害・危殆化をとらえてのことであり、情報の流出それ自体を違法と評価するものではなかったのである。

(2) もっともこれらを受けて出来上がった個人情報保護法罰則や不正競争防止法罰則

は、消費者団体や産業界の要請を直截に容れたものであり、その理論的構造や従前から存在した刑法典上の犯罪との関連性については、ほとんど考察が加えられていなかった。つまり、たとえ情報の漏えい等を独立に取り出して罰則をかけるとしても、それはあくまで規定形式上そうなっているというにすぎず、消費者団体や産業界が罰則を求めた動機はあくまで、そういった情報の悪用による財産侵害等の防止にあるところ、それは従前からの刑法典上の犯罪が捕捉してきたものなのである。そして検討が不十分であった結果として、不正競争防止法罰則は年々、加重の一途をたどり、十分な議論もないままに、とうとう窃盗罪の法定刑を超えてしまった。また個人情報保護法にしても、条例により独自の規制を設けようとする地方公共団体が現れる一方で、悪法との意見も噴出し、現状、本法を完全に遵守している企業は、きわめて少ないところであるともいわれている。しばしば法の経済分析の観点から過剰コンプライアンスがいわれるが、それは主としてプライバシーの過剰保護や、知的財産の公共財としての性格の過剰な強調を念頭に置いたものであり、法律家としてもなんらかの対応が求められていたところである。

(3) このような状況において本研究は、個人情報および営業秘密の刑法的保護に確固とした理論的基礎を与えるとともに、厳密に正当化しえない現行法の規定に関しては、これを削除・修正すべきことを提言しようと試みるものである。

2. 研究の目的

(1) すでに1 (3) においても若干述べたところであるが、従来、個人情報や営業秘密に関しては、その刑法的保護が世論およびそれに追従する立法によってリードされ、すでに存在する刑法典条の犯罪や、それを基礎として構築されてきた刑法理論との整合性は、必ずしも念頭に置かれていなかった。このような状況にかんがみて、本研究は、そうした整合性を検証し、場合によっては現行法の修正・削除をも提言しようと試みるものである。その意味で本研究は従来の刑法ドグマティックの再検討、最新の経済犯罪に関する理論研究、実務の運用および諸外国も視野に入れた実証研究のすべてを、包括的に含むものであるといえる。

(2) これまで刑法典には財物および財産上の利益という、移転性を備える客体を保護する犯罪しか存在しなかった(むろん所有権に対する罪や、全体財産に対する罪も存在するが、これらは情報の刑事法的保護という点では、二次的な役割を担っているにすぎない)。これに対して情報においては、それがある場所から漏れたとしても、なお元の場所からなくなってしまうわけではない。その意味で情報は従来の刑法典、そしてそれを前提に発展してきた刑法理論の及ばないところにある利益だといえる。本研究の目的とする上記提言は、主としてこの「及ばなさ」に光を当て、情報を保護する独自の刑事法規定のあり方を探るものである。ちなみに情報とともに、役務もまた非移転的な利益として、従来の2項犯罪により保護されうるのかが議論されてきたが、この議論もまた本研究にとって示唆的なものであるため、あわせて検討することとした。

(3) 以上に述べたところが当初の研究目的であったが、研究を進めるうちに、営業秘密や個人情報(とくに後者)それ自体の、法的な要保護性をも検討し直さなくてはならないことが明らかとなった。いわゆる法の経済分析においては、個人情報の法的な要保護性を否定しようとする議論が強いが、それを検証することもまた新たな研究の目的といえよう。すなわち個人情報をはじめとするプライバシーは、それを秘匿して取引に入ることが、いわば虚偽の取引人格を作り出すことに相当し、そうだとすれば一種の詐欺と同じく、無用に非効率を作り出すものだというわけである。現在のプライバシー「感覚」が、単なる既得権に対する現状バイアスにすぎないと割り切ることは容易ではないが、検討に値する主張であるといえよう。

3. 研究の方法

(1) 本研究は諸外国法制の調査と、わが国における刑法解釈学に関する理論的な研究を2本の柱とする。前者に関しては、さまざまな法分野において、わが国に大きな影響を与えてきている、英米独の立法・法実践のあり方を比較の対象に選んだ。また後者に関しては、主として刑法典上の財産犯、ことに占有に対する罪についての学術論文、(裁)判例を渉猟し、それが情報の保護にどのように役立っており、また役立っていないか、ある

いは理論的に役立つべきでないかを検討した。

(2) 諸外国においては、個人情報を中心とするデータ保護法と、営業秘密の侵害を捕捉する、刑法典ないし特別刑法上の犯罪を用意するのが通例である。これは一見すると、情報がもともと刑法典における保護の対象となりえ、ただその事実的特徴に照らして特別法に規定されているだけであるようにもみえる。しかし諸外国の刑法典とわが国の刑法典は、その構造において有意な差をもっており、そういった観点からも比較法的な考察が必要かつ有用であると思われる。合衆国においては伝統的に経済分析の手法が強く、他方で大陸法、とくにわが国の刑法典が大きな影響を受けている、ドイツにおいては伝統的なドグマティックを堅持しながら、随時、保護範囲を抽象的に拡大してゆく構成要件を定める手法が採用されている。こういった基本的な構造の差異が、情報という新しい利益の保護を図るに際しても、重要な立法・解釈論上のパラダイムの違いをもたらすと考えられるのである。

4. 研究成果

(1) これまでの研究で明らかになったのは、①財物にせよ財産上の利益にせよ、保護客体の移転性を前提とする刑法典上の犯罪類型によっては、情報や秘密といったものを十分に保護することはできないこと、②かといって不正競争の防止などの特別な立法目的を外し、秘密侵害等を一律に処罰することは、たとえば私的領域への侵入を限定的にしか構成要件化していない、現行法のある意味で謙抑的な態度に照らし、可罰範囲の過度な拡張を招き不適切であること、さらに③トレードシークレットと個人情報は、本研究の当初の企図とはやや異なり、その保護にあたって考慮すべきポイントが有意にズレていること、などである。とりわけ③は、本年度の研究によって明らかにされた点であるが、要するに個人情報は、市場における個人の活動を阻害する、一種の情報の偏在（完全情報からの乖離）を招く恐れがあり、営業秘密などとは異なって（むろんこれも過度に保護すると効率性を害するのであるが）、そもそもその要保護性に疑問が提起されうるのである。また市場の効率性から離れても、個人情報の保護は反射的に、公共財としての性格をもつ表

現の自由を、正面から制約する帰結を生むことにも注意が必要であろう（経済学者のなかにはこれを根拠に、明文なき憲法上の権利とされるプライバシー権の保護が、逆に憲法違反であると述べるものも多い）。

(2) 以上の3つの知見を前提としながら考察すると、個人情報および営業秘密を刑法的に保護するにあたっては、次のような立法形式が望ましいと思われる。まず前者については、現状では過剰保護であり、個人情報を悪用した違法行為を独自に取り締まる方向に移行すべきである。むろん、たとえば個人情報を入手したうえで、振り込め詐欺などの違法行為に利用するというケースがあまりにも多いのであれば、個人情報の保護を現状と同様に厚くすることも考えられてよい。しかしそれがプライバシー保護とは別の観点からなされている（たとえばプリペイド携帯の規制と本質的に同じである）ことには十分な注意が必要であろう。すなわちそういった厚い保護も、あくまでさらなる法益侵害を目的とした予備罪的な性格に着目するものにすぎないのであり、その法定刑が重いのはちょうど支払用カードの偽造について、その予備罪的な構成要件が重い法定刑を用意しているのと同じく、未遂ひいては既遂に発展する可能性が非常に高いからにすぎないのである。そして現状の個人情報に対する過剰保護が、以上のような構造を有しているとすれば、一部の地方公共団体が試みようとするような、条例による保護の強化もまた望ましくないとことになる。他方で後者については、現状のように不正競争の目的を要求し、財物ないし財産上の利益に対する罪とは別種の犯罪により保護すべきである。これは個人的な利益に対する罪ではなくて、競争秩序の維持という、ある種の公共財の供給にかかわるものだからである。むろんたとえば詐欺なども、取引の公正を害するという意味では市場侵害の側面をも有しているが、営業秘密の侵害は逆にそういった側面だけに着目する点で特徴を有しているのである。つづいて法定刑に関しても、たとえば窃盗などを比較の対象とするのはやめるべきである。それはたとえ同じく効率性の観点からそうされているとはいえ、あくまで個人的な利益を侵した点をとらえて刑罰を科する構成要件だからである。そしてこのように解することによって はじめて不正競争防止法が、本法の罰則は刑

法の適用を妨げないと規定している趣旨も明確に理解しうるところとなるのである。逆にいえば、かりにこういった趣旨の規定が存在しなかったとしても、なお刑法の適用は構造上、排除されないことになる。

(3) 本研究の成果はすでに述べたように、あくまで現行刑法典およびそれを前提とした理論が、容易には動かしがたいインテグリティと伝統を備えていることを前提にしている。財物と財産上の利益の二分法や、その双方に移転性という本質的なメルクマールを与えることなどがそれである(諸外国ではわが国の財物罪が、全体財産に対する罪とされていることもあるが、それも上記の伝統から外れるものではなくて、あくまで個々の犯罪の構造につき理解が異なるというだけである)。もっとも今後は、今日のような情報化社会においては、もはや現行刑法典の基本的な規制方法自体が時代遅れであって、そこにまでメスを入れる必要があるのではないか、といった、より大がかりな問題にも取り組んでゆかなければならない。これは財産犯ではないが、たとえばわいせつ規制などに関しては、そういった大がかりな問題設定がすでに行われている。逆に財産犯に関しては、立法に関わる審議会等でも、いまだそういった問題は真剣に議論されていないようであるが、まずは従来の規制態様を専門的に研究した者が、そういった問題を強力に提起してゆかなければならないと考えられる。これはあくまで試論にすぎないが、たとえば現在では背任罪としてのみ存在する全体財産に対する罪という規制形式を、もう少し幅広く、まずは2項犯罪に対する受け皿構成要件として採用するという立法は考えられないであろうか。たとえばドイツでは詐欺罪について、全体財産に対する罪としての規制形式が採用されている。学説上は素材同一性の要件が、実質的には移転性の言い換えであるとの理解も強いが、それが絶対的な要件だと理解することは、論理必然ではないと思われる。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計1件)

小林憲太郎「違法性とその阻却」千葉大学
法学論集 23 卷 1 号 (2008) 328~402 頁
査読 無

6. 研究組織

(1) 研究代表者

小林 憲太郎 (KOBAYASHI KENTARO)
立教大学・法学部・准教授
研究者番号: 10312927

(2) 研究分担者

(3) 連携研究者