

米国経済スパイ法（その1）

——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——

玉 井 克 哉*

抄 録 営業秘密の窃取を防止することが「アメリカ経済の繁栄」に必須だとの認識に基づき、1996年、経済スパイ法が制定された。米国の捜査・司法当局は近年それを極めて積極的に適用し、営業秘密の窃取が「割に合わない」状況を創り出すべく、腐心している。そうした制度間競争にわが国が対応しなければ、「知財立国」の実現が遠のくだけでなく、企業の国際競争力を殺ぐことになるであろう。参考となる米国の実情を、裁判例を網羅的に検討した上で紹介する。

目 次

1. はじめに—研究の意義
2. 経済スパイ法の概要
 2. 1 制定の背景—連邦法による営業秘密保護
 2. 2 基本的な仕組み
 2. 3 典型的な事例
3. 経済スパイ法の運用
 3. 1 おとり捜査と水際阻止
 3. 2 頻繁な摘発を支える法理論
 3. 3 重い量刑(以上, 本号)
4. アメリカ経済の繁栄
 4. 1 政界における高い関心
 4. 2 捜査当局の積極姿勢
 4. 3 量刑への影響
 4. 4 政界からの反応
5. 結びに代えて—「知財立国」に向けての制度間競争
(以上, 次号)

1. はじめに—研究の意義

経済スパイ法¹⁾は、営業秘密の窃取に対して刑事罰を科する、米国の連邦法である。1996年に制定された。

営業秘密法は、今日のアメリカ知的財産法に

おいて、最も注目を集める領域の一つである。この分野は、知的財産法の中で最も発展の遅れた分野であったが、アメリカ経済の発展が技術的知識に依存する度合いが深まり、かつ雇用の流動性が高まるにつれ、特許法、著作権法、商標法と並ぶ「四大領域」の一つとしての内実を備えるに至った²⁾。「アメリカが知識とサービスを基盤とする経済に移行するにつれ、国内企業の強みと競争力は、ノウハウなどの無形の資産に重きを置くようになってきて」おり、営業秘密法は、技術保護法としても特許法と並ぶ存在感を得つつある³⁾というのが、米国における有識者の基本認識といってよい。とはいえ、経済スパイ法そのものは、外国の刑事法である。それをわれわれが研究することには、おそらく、三つの意義があると思われる。

まず、知的財産法というもののあり方を考察する上での、比較法理論的な意義がある。日・米・欧のいずれにおいても、知的財産法のほとんどの分野が、民事法を中心に発展している。しかし、営業秘密法は例外である。ドイツでは

* 東京大学教授（先端科学技術研究センター）、知的財産法 Katsuya TAMAI

1896年の制度発足当初から営業秘密法は刑事法中心に運用されている⁴⁾。米国は、民事法、それも州法を中心とするのが伝統であり、それに遅れて追随したのであるが、経済スパイ法制定以降の近年の発展は、まことに目覚ましい。中国や韓国においても、刑事法としての営業秘密法に目立った適用例が存在する⁵⁾。これに対し、わが国は、2003年に罰則を設けたとはいえ、営業秘密侵害に対する刑事罰への適用が活発になされているとは、とうてい言えない⁶⁾。主として刑事法によって構成されている知的財産法制というのはわが国ではなじみがないのであり、そのあり方の一つを検討しておくことには、知的財産法の理論的な検討に資するであろう。

もう一つの意義は、日本企業が多くの側面で関わりを持たざるを得ない米国法に関しての、涉外法実務的な側面である。米国に進出する企業が現地の法を遵守するのは当然である。だが、残念ながら、次のようなケースが今後けっして生じないと、言い切ることはできない。

【設例】電機メーカーX社は、ともすると国内市場のみを視野に置きがちだった従前の製品戦略を見直すこととし、その一環として、新たなコンセプトの家庭用冷蔵庫をグローバルな販売戦略の下で設計することにした。またそのため業界での経験の豊富なAを中途採用し、企画を全面的に委ねて、製品のコンセプトから練り直すことにした。そこから生まれた新製品は各国でヒットし、X社の業績も向上した。経営陣がその結果に大いに満足していたところ、年末年始の休暇でハワイに渡航した副社長Fが、空港で身柄を拘束された。AがX社に提供した知識はかつて勤務していた米国Y社の営業秘密であり、退職時に不法に持ち出したもので、X社の好業績は、その組織的な窃取の結果であるというのが、捜査当局の抱いた嫌疑であった。そして、Aの採

用当時人事担当取締役であり、その後常務取締役兼経営企画本部長としてタイ進出の計画を練ったF副社長は、その謀議の中心人物に違いないというのである。

これは純粋な仮想設例であるが、けっして単なる絵空事ではない。以下の記述を読めばわかる通り、今後、日本企業の中から「X社」が出てくる可能性は、けっしてないとは言えない⁷⁾。新たな事業戦略に適した特別な知識や技能を持つ者を採用することは、日本でも日常の企業活動となりつつある。しかしその知識が他社の営業秘密であった場合、はじめからそれを目的に採用活動を行ったのではないかという嫌疑を受ける可能性が、その反面にある⁸⁾。そして、上記のような設例について米国経済スパイ法の域外適用がなされるのは、まったく不自然なことではない。近年、カルテル行為の摘発が相次いだため、反トラスト法（独禁法）についてのコンプライアンスの必要性がわが国でも十分に意識されつつあるが、将来は、経済スパイ法についても、それに準ずる配慮が必要とされるかもしれない。そして、後ろ向きの配慮に終始しがちな反トラスト法へのコンプライアンスとは異なり、経済スパイ法は、米国と深い関わりのある日本企業にとって、頼もしい味方ともなりうる。「X社」が外国企業であり、「Y社」が日本企業の米国法人である場合が、まさにそれである。その点も、本稿が明らかにするであろう。

最後に、今日最も重要なこととして、わが国の営業秘密法制を改善するための示唆をそこに読み取る、という意義がある。知的財産法の他の分野と同じく、営業秘密法においても、各国の法制度相互間での競争、即ち制度間競争がある、と見るべきである。各国の採用する法制度は経済的繁栄のためのツールなのであり、外国が用意したツールをわが国のみが備えないのでは、日本企業のみが一方的に国際競争で不利となったり、外国からの対日投資を阻害したりす

る可能性がある。わが国の知的財産法制度は、不断に改善する必要がある。そして、刑事法を主たるツールとした営業秘密保護法制を詳細に見ておくことは、従来のわが国でなじみが少ないために、単に外国法の紹介に留まらない意義を持つに違いない。近時の議論の進展に鑑み、本稿は、この第三の意義をも念頭に、検討を行うこととする。

2. 経済スパイ法の概要

2. 1 制定の背景—連邦法による営業秘密保護

米国の知的財産法における、州法の役割は小さい。たとえば、特許法と著作権法は、「学術と技芸 (useful arts) の発展を促進するため、作品と発明 (writings and discoveries) について、作者と発明者に、期限のある排他的権利を保障すること」を連邦議会の権限とする合衆国憲法の条項⁹⁾に基づいて制定されており、州法の役割はごく限定的である。また、営業標識法の分野は、そうした合衆国憲法の規定から漏れるにもかかわらず¹⁰⁾、実際には、連邦商標法 (ランナム法)¹¹⁾ が大きな役割を果たしている。これに対し、営業秘密に関する規律は、経済スパイ法の制定まで、ほとんど州に委ねられていた¹²⁾。アメリカ知的財産法の諸分野の中で、営業秘密法は、この点において、やや特異な分野である。

しかし、1990年代に至って、三つの問題点が強く意識されるようになった。

第一に、営業秘密の漏洩、特に外国への漏洩に厳正に対処することが、アメリカ合衆国全体の繁栄にとって死活的に重要だとの認識が広がったことである。これについては後述する。

第二に、州法の間で統一が取れなかったことである。営業秘密は情報であり、いったん外部に漏洩すると速やかに流通する。たとえある州で厳しく取り締まっても隣の州が緩やかであっ

たのでは、営業秘密の窃取を敢行する者は、緩やかな州の法が適用されるように図るであろう。それでは、実効的な法執行が期待できない。そのため、横断的な「統一営業秘密法 (Uniform Trade Secret Act ; UTSA)」¹³⁾ が立案された。これは、各州政府を代表する委員会が一般的な法原則を確認したうえ、各州が定めるべき営業秘密立法を提案するという性質のもので¹⁴⁾、全米法曹協会 (American Bar Association) によって1980年に採択され、経済スパイ法制定当時44州、現在までに48州が採択している¹⁵⁾。しかし、最も重要なニューヨーク州が今日なおUTSAを採用していないばかりか¹⁶⁾、採用した州においても法律の文言にさまざまな偏差があり、しかもその解釈は各州の裁判所に委ねられている¹⁷⁾。「統一というにはほど遠い (far from uniform)」のが、現実であった¹⁸⁾。

第三に、さらに重要なこととして、UTSAは純粋な民事法であり、刑事的な制裁を含まないことである。経済スパイ法制定当時、24の州で、営業秘密窃取に対して刑事制裁を定める州法が制定されていたとされる¹⁹⁾。しかし州と州の間の統一は、まったく取れていなかった²⁰⁾。その大半では、営業秘密の化体した有体物の窃取が要件とされていた²¹⁾。また、各州の一般的な警察力の枠内で州内の事件として処理するのである、実効的な捜査・起訴はほとんど望めない状況であった。かといって、各企業がそれぞれUTSAによって対処しようにも、多額の費用を要する上に、強制権限を伴わない私的な調査には限界があり、法廷での立証に堪えるような証拠を収集するのは、しばしば困難を極める状況であった²²⁾。

そうした状況下で、必要性が特に意識された刑事処罰について、連邦レベルの統一法として制定されたのが、経済スパイ法である。「合衆国の財産である経済的〔意義のある〕情報は、連邦全体を通じた法制によって護らねばならな

い。そうでなければ、産業や経済の面で合衆国が先進的であり続けることはできないし、ひいては、安全保障も全うできない」というのが、その趣旨であった²³⁾。重要な営業秘密に関わる事件については、全国的に統一した要件の下で、高い捜査能力を有する連邦捜査局 (Federal Bureau of Investigation ; FBI) に強力な権限を与え、それによって合衆国の国益を護る。それが、法の制定趣旨である。

経済スパイ法は刑事法であり、私人にいかなる請求権をも発生させない²⁴⁾。だが、民事的な請求権についても統一的な連邦法が必要だとの論議はかねてからなされ²⁵⁾、議会で法案が提出されてもいる²⁶⁾。また、知的財産権侵害物品の輸入禁止を定めた関税法337条²⁷⁾ に関しては、適用されるのは個々の州法ではなく唯一の「連邦コモンロー」だというのが最近の判例であり²⁸⁾、ごく限られた局面についてはあるが、その限度では、民事の連邦営業秘密法も、判例によって形成されつつある²⁹⁾。現時点では可能性に過ぎないが、将来は、経済スパイ法は、連邦営業秘密法の刑事的な部分を担う法律として、位置づけられるかもしれない。

経済スパイ法施行後約16年間で合衆国政府が起訴した件数は124件であり³⁰⁾、審理を経て判決が公表されたのは、現在までに約30件である³¹⁾。この数は、さほど多いとはいえない。実際、米国内には、「抑止効果を発揮していない」³²⁾ として、同法の実効性の乏しさを指摘する声もある³³⁾。しかしそれは、経済スパイ法にあまりに大きな期待がかけられていたことの、反動に過ぎない。30の公表事件のほとんどは、被告人が無罪を争ったケースである。起訴事件の多くは有罪答弁 (guilty plea) によって終結するのであり、その場合は、通常、判決が公表されない³⁴⁾。刑事事件が有罪答弁で終結しても、捜査で収集された証拠が民事訴訟で活用され、結果的に被害者の救済に資することもありうる³⁵⁾。FBIの

ウェブサイトでは、ほとんど毎週のように経済スパイ事犯についてのニュース・リリースがなされるし、司法省の報告書は、毎年、数々の重大事犯を伝える³⁶⁾。以下に順を追って述べるとおり、公表された判決のみから知れる状況だけでも、われわれ日本人の目から見れば、驚くべき実情がある。

2. 2 基本的な仕組み

(1) 「営業秘密」の意義

経済スパイ法は、営業秘密 (trade secret) という用語を、次のように定義規定している³⁷⁾。

「『営業秘密』とは、すべての形式および形態の事業上、……技術上の情報であって、有形であると無形であるとを問わず、また……いかなる形態で記録されているとを問わず、以下の要件を満たすものをいう。

- (A) 保有者が、当該情報の秘密性を保持すべく、合理的な措置 (reasonable measures) を執っていること、および
- (B) 公衆 (general public) ³⁸⁾ によって一般的に知られておらず、かつ適当な方法を用いて公衆が容易に確認できない (not being readily ascertainable) 情報であって³⁹⁾、そのことによって独立した経済的価値 (潜在的であると顕在的であるとを問わない) ⁴⁰⁾ を有すること」。

これは、統一営業秘密法の定義を、基本的に継承したものである。また、これらの要件は、(A) がTRIPs協定(WTO協定付属書1 C)39条(2)(c)に、(B) が同(a)と(b)に、それぞれほぼ対応する。

こうした要件、特にわが国の不正競争防止法における秘密管理要件にほぼ対応する(A)は、経済スパイ法の適用の外延を画する意義を持つ。とりわけこれは、議会での審議過程でも、

従業者の転職の自由を確保する見地から重視された。「適法に獲得した知識、経験、能力から利益を得ようとする無垢の発明者や個人」に経済スパイ法が適用されないことは提案理由書に明記されている⁴¹⁾、議場での審議に際しても、提案者が「会社を辞めて別の会社で勤めようとする人が、一般的な知識や経験を持って出るのは当然です。その結果その人が処罰されることなど、およそ誰一人として望む者はおりません。……この法案は、そうした問題を避けるべく、注意深く起案してあります」⁴²⁾、「われわれは、この法律が、情報の自由な流通や人材の自由な流動を妨げるのを欲しておりません。しかしわれわれは、まさにそうした問題が生じないよう、一連の措置を講じております」⁴³⁾、などと演説している。秘密保持のための「合理的な措置」を執っていることは、何が営業秘密であるかを、明らかにするための要件なのである。そして、「実際には、ほとんどの保有者は自己の営業秘密を保持するための合理的な措置を執るのであり、従業者や第三者は、〔自己のアクセスする〕情報が取扱注意の、他人のものであるのを明瞭に知ることができる」ので、犯罪にコミットするのを容易に避けることができるというのが、法案審議の際の共通認識だった。その反面、勤労者の一般的な知識・経験・技能は、営業秘密には含まれない。明文の規定は置かれなかったものの、それは、法律の規定に当然に読み込めるとされたためだった⁴⁴⁾。

したがって、これらの要件、特に秘密管理要件に対応する「合理的措置」の内実は、比較知的財産法の観点からも、わが国の解釈論・立法論の参考に供するという観点からも、非常に重要である⁴⁵⁾。しかしながら、経済スパイ法の適用が問われる事案というのは、連邦犯罪の成否が問題となる比較的重要な事件であるから、秘密管理措置が合理的であることに疑問の余地がないケースが、そのほとんどである⁴⁶⁾。アメリカ

カ営業秘密法が全体として要求する「合理的な措置」のありようについては、州法をも含めて検討すべきであって、他日を期すほかはない⁴⁷⁾。

(2) 二つの類型

1) 営業秘密窃取罪

経済スパイ法は、二つの類型を犯罪行為として定めている。営業秘密窃取罪と、狭義の経済スパイ罪である。前者はわが国の不正競争防止法が定める営業秘密侵害罪に相当するが、後者に相当する犯罪類型は、わが国には存在しない⁴⁸⁾。もともと、いちおう別の犯罪類型として整理されているとはいえ、實際上、後者は加重類型に過ぎない。後述する通りその摘発は困難であるため⁴⁹⁾、法制定後今日までの摘発事例はわずか9件に過ぎず⁵⁰⁾、圧倒的多数は、前者で立件されている。したがって、法律の体裁上は狭義の経済スパイ罪を主な類型にしているように見えるものの、機能的に言えば、経済スパイ法は、わが国の営業秘密侵害罪にほぼ相当するものといえることができる。この点を鑑み、本稿では、営業秘密窃取罪をまず取り上げ、次いで狭義の経済スパイ罪を取り上げる。営業秘密窃取罪の構成要件は、次の通りである⁵¹⁾。

- [1] 州際取引又は国際取引に用いられる商品又はサービスに関わる
- [2] 営業秘密について
- [3] 保有者以外の者に利益 (benefit) をもたらす意図をもって
- [4] 保有者を害する (injure) ことを意図し又は知りつつ
- [5] 故意に (knowingly)
- [6] 窃取 (steal) 等を行

行った者であること。

これらのうち、[1]の「州際取引又は国際取引に用いられる」という限定は、経済スパイ法が憲法の州際取引条項に基づいて制定された⁵²⁾ことの結果である。また [6]については、多

数の行為類型が列挙されている。即ち、①窃取のほか、「権限なく取得し、持出し、持去り、隠蔽し、若しくは欺罔により取得し」といった、「取得型」ともいうべき行為類型、②「権限なく複製」するなどの、「複製型」の行為類型、および③それらが窃取等されたものであることを知りつつ「受取り、買受け、所持する」といった、「故買型」ともいうべき行為類型である。また、それらの④準備 (attempt) と⑤共謀 (conspire)⁵³⁾ も、重要な処罰対象である。後述する通り、この④⑤は単なる従属的な構成要件ではなく独立した要件であり、実務上極めて重要な意義を持つ。さらに、これらの犯罪行為に関与 (commit) した会社等の組織 (organization) も、処罰対象である⁵⁴⁾。法定刑は個人については10年以下の拘禁刑と罰金、組織については罰金である。その内容については後述する。

上記 [3] の要件は、勤労者の転職の自由を守るものでもある。即ち、営業秘密を転職前に自己の能力として売り込んだり、転職後に転職先に提供したりすることは許されないが、営業秘密の保有者を競争上の不利益を与えるのではなく、ただ単に自己の知識欲を満たすために持ち出すことは許される。ただ、内心の意図は直接に証明しようがないから、そのような抗弁を無制限に認めるならば、営業秘密を競争相手が実際に使用するまで、立件できないことになるであろう。この要件は、情況証拠によって認定するほかはない。それについて、米国の裁判例は、秘密保持のための「合理的な措置」がなされていたにもかかわらず、それを破って秘密を持ち出せば、それは単に知識欲を満たすためではなく、何らかの利益を狙ったものであり、延いては保有者の競争上の不利益を意図したものである、と認定してよいとする⁵⁵⁾。学説は、[3] - [5] で行為者の主観的要件が重複して問われる仕組みを批判するが⁵⁶⁾、後述する通り裁判例では要件 [5] の意義が圧倒的であり、実際

問題としては、他の要件の意味は小さい。

この罪については、一定限度で域外適用がなされる⁵⁷⁾。即ち、(1) 合衆国市民、永住許可を受けた外国人または合衆国又は州の法律に基づき、若しくはその監督の下に設立された組織による犯罪については、全世界で適用がなされる。また、(2) 犯罪の一環たる行為 (act in furtherance of the offense) が合衆国内でなされた場合にも、やはり本法が適用される。実際には後者が重要である。即ち、次のように考えられる。

- (i) 合衆国内で営業秘密を窃取した場合は、当然に本法の適用対象となる。営業秘密が専ら外国で使用されていたとしても何ら問題とはならず、むしろ、それこそが主たる適用対象である。また、後述する通り、今日の量刑基準では、外国での営業秘密使用によって量刑が加重される。
- (ii) 合衆国企業の営業秘密を合衆国外で窃取した場合、それを合衆国内で使用したり、合衆国外で使用して生産した物を合衆国に輸出したりした場合も、本法が適用されると考えられる⁵⁸⁾。

経済スパイ法は、州法に対して専占 (pre-emption) をしない⁵⁹⁾。州法上の民事訴訟を妨げないのはもちろん、類似の罪を定めた州法に基づいて州の検察当局が犯罪の捜査・起訴を行い、州の裁判所が判決するのも、妨げない⁶⁰⁾。

経済スパイ法に関する刑事訴訟手続において、審理にあたる裁判所は、営業秘密の非公知性を維持するために命令を出し、または必要な措置を執ることができる。また、秘密情報の開示を命ずる第一審の決定に対して、検察側は、終局判決を俟たず、中間上訴 (interlocutory appeal) を行うことができる⁶¹⁾。

2) 狭義の経済スパイ罪

加重類型としての経済スパイ罪の構成要件

は、次の通りである⁶²⁾。

[2] 営業秘密について

[3'] 外国政府、外国政府組織又は外国政府従業員に利益 (benefit) をもたらす意図をもって

[5] 故意に (knowingly)

[6] 窃取 (steal) 等を行

った者。

要するに、利益を得る主体が私人・私企業ではなく外国政府等であれば、前記 [1] [4] の要件が不要となるわけである。この外国政府組織 (foreign instrumentality) については定義規定があり、外国の国営企業などは含まれるが、単に外国で設立された企業などは含まれない⁶³⁾。反面、この場合の「利益」は広く解すべきであり、外国政府等が経済的利益を受ける場合だけでなく、政府の評価が高まったり、戦略的・戦略的など何らかの利益を得たりするなどすれば足りるというのが、立法趣旨であった⁶⁴⁾。ところが、裁判例は、外国政府等の「利益」という要件を満たすためには、ただ単に外国に所在する私企業が受益するだけでは足りず、それを通じて外国政府等に利益が及ぶのでなければならぬ、と解している⁶⁵⁾。そのケースでは、窃取した者が単に中国で起業しようとしたのではなく、中国政府が出資するファンドに資金を負っていたのであるが⁶⁶⁾、それだけでは足りないというのである。だが、外国政府の支配地域内での事情を突き詰め、米国の法廷で合理的な疑いの余地なく立証するというのは、米国の刑事司法機関にとっても、しばしば困難である⁶⁷⁾。

狭義の経済スパイ罪についても、現実の窃取・複製・買受け等だけでなく、それらの準備 (attempt) や共謀 (conspire) が処罰対象となる。犯罪行為に関与した会社等の組織も、やはり処罰対象である。法定刑は個人については15年以下の拘禁刑と罰金、組織については罰金である。また、営業秘密窃取罪と同様の域外適用がある。

外国政府等を利する行為が対象である以上、むしろ域外適用が通常の態様ということになるであろう。

2. 3 典型的な事例

(1) 営業秘密窃取罪

1998年に第3巡回区 (ペンシルヴェニア) の判決が出た次の事例は、経済スパイ法が適用された初めてのケースであるにもかかわらず、捜査手法についても、それを支える法理論の面でも、後述するように、リーディング・ケースとなった。

【実例1】大手製薬会社ブリストル・マイヤーズ (Bristol-Myers Squibb ; BMS) は、国立がん研究センター (National Cancer Institute ; NCI) の研究成果に基づき、1990年代初め、抗ガン剤「タキソール (Taxol)」を開発した⁶⁸⁾。他方、台湾企業Y社は、新規事業への進出を図ってタキソールに目をつけ、ブリストル・マイヤーズとの間で技術提携交渉を行ったが、不調に終わった。1995年6月、Y社のマネージャーCは、「技術ブローカー」を名乗るジョン・ハートマンという人物と接触し、その後半年間、抗ガン剤の技術開発をめぐる接触を重ねた。Y社はハートマンへの信用を深め、1996年2月、技術ディレクターHをロサンゼルスに派遣して、Y社にとって新規事業となる抗ガン剤の開発に関して、ハートマンに相談を持ちかけた。タキソールに関する技術情報がブリストル・マイヤーズにとって重要な営業秘密であり、同社が自発的に外部に提供する見込みは低いとハートマンが述べると、Hは、「ならば、別のやり方で獲るまでだ」と述べ、ブリストル・マイヤーズの従業員から秘密情報を得ることをハートマンに提案した。

その後、Y社のCとHは、14ヶ月にわたって標的となる技術情報の取得につきハートマンと協議を重ね、そのための報酬についても相談し

た。それに応じ、ハートマンは、ブリストル・マイヤーズの従業員の中にタキソールに関する情報を売ろうとしている者が見つかったと持ちかけた。1997年3月、Cは何がが必要な情報かを電子メールでハートマンに知らせるとともに、それが得られれば40万ドル相当をブリストル・マイヤーズの従業員に提供する用意があると述べ、真に必要な情報をハートマンや従業員が提供できるかどうかを見極めるため、ミーティングを行うことにした。その結果、1997年6月、フィラデルフィアのホテルで、一方にハートマンとブリストル・マイヤーズの従業員R、他方にY社の代表としてHなど2名、さらにY社が技術評価を依頼したと見られる台湾の大学教授Aが出席して、ミーティングが行われた。ブリストル・マイヤーズの従業員は、タキソール開発の背景や経緯を説明した上、その具体的な製造工程の概要に関わる書類を示した。その書類にはブリストル・マイヤーズのものであることが示されており、「秘 (CONFIDENTIAL)」のスタンプが押捺されていた。Aを含むY社側の出席者は、書類を細かくチェックするとともに、タキソールに関わる技術につきRに数多くの質問を行った。ミーティングが終了し、ハートマンとRが立ち去った直後、FBIが部屋に踏み込み、HやAを逮捕した。実はハートマンはもともFBIの覆面捜査官 (undercover) だったのであり、Rもたしかに従業員であり技術者であったが、同時にFBIの依頼を受けた覆面協力者でもあったのである。大陪審は、営業秘密窃取の準備 (attempt) 及び共謀 (conspiracy) の罪などで、Hなどを起訴した⁶⁹⁾。

(2) 営業秘密窃取罪か経済スパイ罪か

狭義の経済スパイ罪の成立には外国政府等の関与が要件とされるために、「合理的な疑いを超える」立証は、米国の捜査当局にもしばしば困難である。そのため、経済スパイ罪を訴因と

することを諦め、営業秘密窃取罪についてのみ起訴する事例や、両者を訴因としても営業秘密窃取罪のみが成立するとされる事例もある。モトローラ (Motorola) 社の携帯電話技術をめぐる最近の判決⁷⁰⁾が、後者の実例である。

【実例2】被告人Jは、中国生まれであり、中国の大学で物理の学士号を取得したあと渡米し、ノートル・デーム大学で物理の修士号を取得した後、1998年にモトローラ社に就職し、シカゴの本社でソフトウェア・エンジニアとして勤務し、主に“iDEN”と呼ばれる携帯電話システムに関わっていた。Jは合衆国に帰化していたが、2006年2月、一年間の医療休暇 (medical leave) を取得して中国に帰国し、人民解放軍と関係の深いS社に就職することを決めた⁷¹⁾。2007年2月、再度渡米していったんモトローラ社に復職したが、その際の経緯は、次のようであった。

2月23日 (金) 復職。会社建物への入館
手続に手間取り、実質的には勤務できず。

2月26日 (月) 勤務開始。

2月27日 (火) 電子メールで上司に辞職
の意思を表明。

2月28日 (水) シカゴ・オヘア空港にお
いて犯罪が発覚。当局が出国を阻止。

その日、シカゴの空港では、「高飛び」のため中国行きの便に乗り込む直前、偶然をきっかけに搭乗ブリッジで犯罪が発覚するという、映画や小説も顔負けのシーンが展開された。即ち、当日、税関 (U.S. Customs and Border Protection) の職員がランダムに抽出した旅客に現金の持出制限に関して質問を行っていたが、たまたま被告人がそれに当たり、制限額である1万ドルを超える金額を所持しているのが発見されたというものである。おそらく二度と戻る気がなかったためであろう、Jは搭乗の前の週と搭乗前日に多額の現金を引き出し、当日は3万ドルを超える額を所持していた。それを発見した

税関職員がさらに手荷物を検査してみると、「秘（confidential）」と記載されたモトローラ社の文書、ノート・パソコン、ハードディスク、USBメモリ、さらに中国語の文書が発見された。そこで、税関職員は目の前の便に搭乗できない旨をJに告げて空港内の事務所に同行し、FBIに通報したというのである⁷²⁾。

その後の捜査で、2月26日の実質的な勤務開始後すぐ、Jが社内ネットワーク上で多数のファイルにアクセスしたこと、そのほとんどは復職後の職務に関係のないものだったこと、その日の午後までに2,909ものファイルを自分のハードディスクにダウンロードしたこと、いったん退勤した後午後8時40分ごろに再度出勤し、さらに2,219のファイルをダウンロードしたこと、午前零時を過ぎてから大量の資料とともに退勤したこと、翌27日には午前11時頃に出社し、24個のファイルをダウンロードしてから、正午過ぎに上司に宛てて退職の意思を明らかにする電子メールを送付したこと、驚いた上司がJを探しても見つからなかったこと、ちょうどそのころ、社外で銀行預金2万ドルを引き出していたこと、その後、午後10時過ぎに再び会社に戻り、深夜までかかって1,868のファイルをダウンロードしていたことなどが判明した。また、中国行きの航空券はかねて2月26日分と28日分の両方についてそれぞれ片道の予約をしていたのであるが、23日に警備員とのトラブルで自席での勤務ができなかったため26日分の予約を破棄し、改めて28日分の航空券を購入していたのであった⁷³⁾。米国の旧職場でやり残した「仕事」が終わり次第、できる限り早く中国に渡航するつもりだったわけである。

このケースで、裁判所は、捜査当局が特定した三つの文書に記載された内容（いずれも“iDEN”に関わる）が「営業秘密」とされるための要件を優に満たしているとした⁷⁴⁾。また、営業秘密であることを「知りつつ（knowingly）」

との要件に関する合衆国政府の解釈を採りえないとしたが、結論的には、その要件も満たされているとした⁷⁵⁾。そして、“iDEN”技術がモトローラ社の収益源の一つであった以上、同社の不利益においてS社あるいは被告人自身に利益をもたらすことを意図していたといえるから、営業秘密窃取罪が成立することに疑問の余地はないとした⁷⁶⁾。しかしながら、他方で、被告人が窃取した“iDEN”技術というのは第二世代（2G）の携帯電話技術であり、最先端（cutting-edge）技術ではなかったから、それを中国政府や人民解放軍が採用することを合理的に予測できたとはいえないので、外国政府等に「利益」をもたらすことを被告人が知っていた、あるいは意図していたという要件が合理的な疑いを超えて証明されたとはいえない、とした⁷⁷⁾。そのため、裁判所は、経済スパイ罪については無罪とし、営業秘密窃取罪についてのみ有罪とした。

（3）経済スパイ罪

狭義の経済スパイ罪が成立することは比較的稀であるが、実例として、スペースシャトルに関する最近の事件が挙げられる⁷⁸⁾。

【実例3】被告人は、1936年中国生まれである。若年時に合衆国に渡航し、1964年にボーイング社にエンジニアとして就職したのを皮切りに、マクドネル・ダグラス社、ロックウェル社など宇宙・航空機メーカーで一貫して勤務してきた。1996年、当時勤務していたロックウェル社の宇宙部門がボーイング社に買収されたため、再び同社に勤務することとなった。その職務は、主として、スペースシャトルの推進胴体を担当する部門における、圧力の分析であった。2002年、勤務先部門が移転するのに伴い、被告人はいったん引退したが、翌年、「コロンビア」の爆発の原因を調査するのを補助するため同社に復帰し、2006年9月にFBIの家宅捜索を受け、自宅で大量の秘密文書が発見されるまで、同社

で勤務していた。この間、1972年には、合衆国に帰化している。

被告人が嫌疑を受けることとなったきっかけは、海軍関係会社でエンジニアとして勤務していた別の人物に対してスパイ容疑で家宅捜索を行った際⁷⁹⁾、当該人物のアドレス帳に被告人が記載されていたこと、とりわけ中国航空工業集団会社の幹部から被告人に宛てた1987年の手紙が発見されたことであった。(同会社は、1987年当時、航空工業省として中国政府の一部門であった。今日でも国営企業のようなものである。)その手紙は、被告人が情報を提供したことへの謝意とともに⁸⁰⁾、航空機やスペースシャトルの開発にかかる「困難な技術的課題」を解決するための情報を提供するように、被告人に依頼していた。またその手紙は、「少人数でのディスカッション」のため被告人に広州に来るよう促しており、そのため「広州ファインアート・アカデミー」が被告人の夫人に招待状を出し被告人がその配偶者として入国するなどの、具体的な偽装手法も提案していた⁸¹⁾。

これに接した捜査当局が被告人の身辺を調査してみると、2006年9月、中国語の新聞の間に隠して破棄されたボーイング社の技術文書をゴミ箱から発見したので、被告人の自宅を訪問し、30万頁を超える文書を発見した。その多くは、F-15戦闘機、B-52爆撃機、チヌーク輸送ヘリコプター、そしてスペースシャトルに関わるものであった⁸²⁾。捜査当局は、その中からスペースシャトル用フェイズド・アレイ・レーダーに関する文書4点とデルタIV型ロケットに関する文書2点を、営業秘密の記載された物件として特定した。

その後の捜査で、被告人が遅くとも1979年には中国政府との接触を始めたこと、1985年には具体的な指示を受けて技術情報を中国政府に提供していたこと⁸³⁾、祖国の「4つの近代化」に貢献できるのが名誉であり欣快だと繰り返し表

明していたこと⁸⁴⁾、2002年に中国に渡航する直前、スペースシャトルに関する500以上もの秘密文書をダウンロードしていたこと⁸⁵⁾が明らかとなった。検察官は、大陪審の評決を経て被告人を経済スパイ罪とその共謀罪などで起訴し、20年の拘禁を求刑した⁸⁶⁾。その結果、被告人は、188ヶ月の拘禁と3年間の保護観察を言い渡された⁸⁷⁾。

3. 経済スパイ法の運用

3.1 おとり捜査と水際阻止

先の【事例1】と【事例2】は、実は、営業秘密に関する捜査手法の二つの典型を、それぞれ表している⁸⁸⁾。

【事例1】において、外国企業がまず接触した「技術ブローカー」を名乗るハートマンなる人物は、FBIの覆面捜査官だった。当該企業は、第三者を装って近づいた捜査官にまんまとだまされ、「商談」に臨んだフィラデルフィアのホテルで、逮捕されてしまったのである。特筆すべきことは、同捜査官が、当初接触してから逮捕に漕ぎ着けるまでの約2年もの間、相手方に気づかれずに行動していたことである。しかも、本物の従業員Rを自分の見つけた「協力者」に仕立て上げて、相手を信用させた。Rは現に被害企業の技術者なのであるし、その協力が得られれば、現実の営業秘密、あるいはそれと見分けのつきにくい技術情報を提供することは容易である。そして、判例集を見る限り、その間の偽装工作は、完全にFBI主導で行われていたようである。プロの手によるそうした工作の下では、営業秘密を窃取しようとする側が相手方の正体を見抜くことは、かなり難しい。

このような手法の下では、捜査当局は、長期間に及ぶ接触を通じて、起訴に堪える十分な証拠を揃えることができる。コカコーラ社の事業戦略や新製品に関わる営業秘密を社内の幹部が

外部に売り渡そうとしたケースでも、ペプシコ社の社員を装った捜査官が犯人との交渉に臨んだだけでなく、社内の容疑者が座る席に会社が監視カメラを据えつけるなどして、証拠を固めている⁸⁹⁾。このような、営業秘密を窃取するため、あるいは売り渡すために接触した相手が捜査官だったり、FBIの協力者だったりする「おとり捜査型」といべき類型が、米国における捜査手法の、一つの典型である⁹⁰⁾。

これに対し、モトローラが被害者となった【**事例 2**】においては、「高飛び」を図った被告人が中国行き航空便に乗り込む直前、税関職員が呼び止めて、搭乗を差し止めた。そのきっかけは、旅行者の所持現金額についての「ランダム」な検査だったとされている。それほどによくできた偶然が真に偶然だったのかどうかはさて置き、手荷物の中から「秘 (confidential)」と記載された文書が発見されるやいなや、税関職員が直ちにFBIに通報し、急行した捜査官が、同日中に5時間に及ぶ取り調べを行っている。こちらは、犯罪行為が行われたのはその前日・前々日であり、それまで、勤務先企業も捜査当局も、被告人の犯行を知るべくもなかった。逮捕状の請求に困難を来す場合でも、渡航を許してしまうと、営業秘密が海外に漏出するのを防ぐ必要がある。そのために、税関の有する検査権限を駆使してともかく出国を阻止し、容疑を固めてから逮捕に踏み切るというのが、米国の実務のようである⁹¹⁾。出国時にいったん身柄を抑えて取調べを行ったものの逮捕には至らず、出国を許してしまったが、後に起訴に持ち込み、国際刑事警察を通じて指名手配を行った結果、被告人が出頭したという事案もある⁹²⁾。税関との協力の下に、種々の困難を克服して国外渡航を阻止する「水際阻止型」といべきものが、いま一つの典型的な捜査手法である⁹³⁾。

両者を併せたような事案もある。

【**事例 4**】化学企業アベリー・デニソン

(Avery) 社の営業秘密が漏洩している疑いが強まり、従業員Lが捜査対象となった。その結果、Lが8年にわたってアベリー社の営業秘密を外国企業に売り渡してきたことが発覚した。FBIはLを逮捕せず、代わりに協力を約束させた。Lと外国企業との間の交渉は電話で行われていたが、発覚後の会話はすべて録音されていた。そして、Lとの合意に基づき、外国企業のオーナーYらが渡米し、Lと会合を開くことになった。クリーブランド近郊のホテルの一室で行われた会合の席で、LはYらに、営業秘密が記載されていると称して、FBIから渡された文書を示した。そこには「秘(confidential)」のスタンプが押され、Lは、アベリー社の秘密情報であることを強調した。そのすべては、ひそかにビデオ録画されていた。書類を持って帰国の途に就いたYらは、空港でFBIに逮捕された⁹⁴⁾。

このケースは、国外渡航を阻止した点では「水際阻止型」に似ているが、Yらが米国に渡航してきたのは、永年にわたる営業秘密窃取行為に協力してきたLへの、信用の産物であった。Lは本物の産業スパイだったのであり、直前に彼がFBIに寝返ったのをYが知ることは、極めて困難であったであろうし、捜査当局も、逮捕に向けた十分な証拠を用意することができたであろう。その点では、「おとり捜査型」に属するといえる。

これらに対し、【**事例 3**】はやや異なる。そこで被告人の所為が発覚した端緒は、他の事件で家宅捜索の対象となった別の人物のアドレス帳に、連絡先が記載されていたことだった。その後の証拠収集も、被告人の自宅ゴミ箱をあさるという手法によってなされた。「スパイ捜査型」とでもいべき事例であるが、そこでは却って、狭義の経済スパイ罪を立件するのが米国の捜査当局にすら困難であることが、示唆されているともいえる。

3. 2 頻繁な摘発を支える法理論

(1) 営業秘密性の認識

経済スパイ法違反に問われた被告人は、しばしば、客観的には営業秘密であっても自分はそれを知らず、したがって「故意に (knowingly)」の要件を満たさないと主張する。わが国でも同様の問題があるが、法律上の営業秘密の定義に沿っていることを、被告人が細部まで認識しているのは、稀である。たとえば、マイクロソフトのWindowsやOfficeに経済的価値があることは明らかであり、そのソースコードを入手したソフトウェア技術者は、それが自分の書いたソフトではなく、したがって他人の財産 (proprietary) だということをももちろん理解しており、一般に公開されておらず、非公知だということも知っていた。そして、現に非公知である以上、非公知性を維持するためにマイクロソフトが何らかの措置を執っているだろうということも、推測はできた。だが、その措置がどの程度のものなのかは、外部から知りようがない。前述の通り経済スパイ法では秘密保持のための「合理的」措置を執ることが要件であるが、外部の者にはその内容は知りようがないし、社内でも、その詳細を知る者はごく少ないはずである。害意ある産業スパイに、秘密管理措置を回避する手法を示唆することになるからである。だが、それを知らなければ故意が成立しないのだとすれば、営業秘密の窃取を処罰することは、およそ困難だということになるであろう。

むしろ、米国の判例は、そのような結論を採っていない。上記の事例では、自らが作成したのでないソースコードが「他人のもの (proprietary)」であることはわかっていたし、ウェブ上で売り出している以上経済的価値があったことも知っていたし、秘密保持措置が「破られた (jacked)」ために入手できたこともわかっていたのだから、営業秘密窃取罪の成立に妨げはな

い、とされた。もし被害企業が秘密保持のための「合理的な措置」を執っていなかったとすればそもそも対象が営業秘密でなかったことになり、したがって犯罪の成立を妨げる抗弁となるわけであるが、それは客観的な要件であり、犯行時にその詳細を被告人が認識していなかったとしても、故意を阻却するわけではないとしたのである⁹⁵⁾。

米国の文脈では、この種の主張は、刑事法に関する「漠然性ゆえに無効」の法理との関連で持ち出されることが多い。早い例では、取引先企業から入手したコーティング技術に関する営業秘密を競争相手に35万ドルで販売しようとした被告人が、営業秘密であるためには「合理的な」秘密管理を行っていたことが必要であるところ、被害企業が果たしてそれを行っていたかどうか知らなかったし、そもそもそのような曖昧な要件の下に刑事罰を科すのは「漠然性ゆえに無効」の法理に照らして違憲無効だとして、無罪を主張したケースがある。しかし、裁判所は、何らの権限もなく秘密情報を提供しようとした被告人は被害企業が合理的な管理を行っていたことを知っていたし、憲法上問題となるような不明確性はないとして、その主張を一蹴した⁹⁶⁾。

次のような事件もある。

【実例5】米国企業W社は、タイヤを生産する工場への部品の供給や設備の補修を事業内容とし、米国内では専らグッドイヤー社が取引先であったが、中国の国営企業であるH社がタイヤ工場の建設を打診してきたので、それを請け負った。だが、もともと部品メーカーでプラント全体を建設した経験がないため設計に困り、グッドイヤー社の元従業員Bを雇用して設計にあたらせたが、状況は大きく変わらなかった。ところがその矢先、グッドイヤー社から、設備補修のために同種のタイヤを生産している工場に技術者を派遣するよう要請してきた。それを

奇貨として、通常の技術者ではなく、H社プラント建設チームのメンバーであるRらが出向いた。工場の入口でRらは、保安担当者から写真撮影禁止を告げられ、了承した。しかし構内に入った後、付き添いのグッドイヤー社従業員が目を離れた数分間の隙に、持っていた携帯電話を用いて、工場設備の写真7枚を撮影した。W社のプラント建設チームの他のメンバーは、「Bが行った自社のもともとのデザインとグッドイヤー社の〔実際に使っている〕機械設備の相違を写真が示している」として、Rらの努力に「感謝した」。

Rらは、自らの撮影した写真はグッドイヤー社の営業秘密にあたらないし、仮にあたるとしても、その判断基準が漠然不明確であるから、「漠然性ゆえに無効」の法理に照らして違憲無効だと主張した。裁判所は、Rらの写真に営業秘密が含まれており、経済スパイ法によって窃取が禁止されていることは何人も容易に知りうる場所であるから、本件で同法が適用されるのは明確なのであり、漠然だという主張は失当だとした⁹⁷⁾。「漠然性ゆえに無効」という憲法上の法理⁹⁸⁾に依拠した主張は米国の裁判例にしばしば現れるが、それを容れた裁判例は、これまでに存在しない⁹⁹⁾。

営業秘密についての「故意」とは何かということでの問題に関しては、米国判例の到達点は、次のように整理することができる¹⁰⁰⁾。

- ①「故意に (knowingly)」というのは、「営業秘密であること」の認識を意味する。「窃取 (steal)」等の事実にかかる認識を指すのではない。それゆえ、ただ単に自らが持ち去ろうとしているのが他人のもの (proprietary) だという程度の認識では足りない¹⁰¹⁾。
- ②しかし、対象が営業秘密の定義に厳密に合致するか否かは客観的な違法 (illegal) 性の問題であり、それを基礎づける事実の詳細を被告人が認識している必要はない。自らの持ち

去ろうとしているものが一般的に「営業秘密」に当たると被告人が認識していれば足りる¹⁰²⁾。

- ③したがって、(i) 対象となる情報が保有者にとって経済的な価値を有し、(ii) その経済的価値が公衆に知られていないことに基づいており、かつ (iii) 保有者がその秘密性を保持するため何らかの措置を執っていることを被告人が認識していれば、故意の要件を満たす¹⁰³⁾。

米国判例におけるこのような取扱いは、わが国における解釈論・立法論にとっても、大いに参考になると言えよう。

(2) 準備・共謀と営業秘密の存在

経済スパイ法違反をわが国の刑事法から観た場合の特徴は、準備¹⁰⁴⁾と共謀に関しては営業秘密が現実に存在しなくとも足りる、とされていることである。その点を明言した第3巡回区控訴裁判所 (ペンシルヴェニア) の記念碑的な判決は、【実例1】に関してなされた。そこでは、FBIの覆面捜査官や覆面協力者との営業秘密の取引に臨んだ被告人Hらが現場で逮捕されたのであるが、Hらは、その場に持ち込まれた書類に現実に営業秘密が記載されていたとの立証がないから、「営業秘密」の窃取を図ったとの立証がないことに帰し、無罪である、と主張した。しかし裁判所は、わが国では不能犯にあたるこのような主張が、主張自体失当だとした。その理由として、判決はこう述べる。まず、立法過程において、議会は、経済スパイ法の対象を広汎な (comprehensive) ものとするよう、意図していた。法案の説明は、「古典的なスパイの手口を使って企業の情報を盗み出そうとする外国政府であれ、互いの入札情報を暴き出そうとする二つのアメリカ企業であれ、はたまた設計図を満載したディスクを持って退職する〔処遇に〕不満な元従業員であれ」対象にすると述べていた。審議の過程で「人が仕事をする

ことで得られる一般的な知識や経験は対象外」であり、「転職者に伴う情報の自由な流通」を妨げるものでないことは強調していたものの、秘密情報を従業員から買い取ろうとする企業を救う意図などなかった。しかも、もし準備や共謀の対象が現実の営業秘密でなければならぬとすれば、捜査に支障を来すことになる。おとり捜査に際して本物の営業秘密を使わねばならず、犯人が現に違法に窃取しようとしている当の秘密情報を、取引の現場に持参せねばならないことになるからである¹⁰⁵⁾。したがって、わが国の不能犯に類似するコモンローの「法律上の不能 (legal impossibility)」の抗弁は、経済スパイ法違反罪については適用の余地がない。連邦犯罪についてこの抗弁を許容していたのはもともと第3巡回区のみだったが、その第3巡回区も、経済スパイ法に関しては不能犯を認めないとしたのである¹⁰⁶⁾。

もっとも、【実例1】のケースでは、実際には、「本物」の営業秘密が取引現場に持ち込まれていたようである。ただそれは、専門家を引き連れた被疑企業を説得できるだけのダミーを当局が用意する時間のない切迫した状況だったため、本来は不要だったのであり、したがって対象物件に実際に営業秘密が記載されていたか否かを立証する必要もないのだという、検察当局の主張に応えたものであった¹⁰⁷⁾。しかし数年後の【実例4】では、何ら営業秘密を含まない書類でも準備・共謀の対象となることが確認された。会場場所に充てられたホテルの一室で、FBIの協力者は、「秘 (confidential)」のスタンプが押された書類を相手方に渡し、その内容が秘密だと強調したのであったが、実際にはその書類はFBIが用意したもので、被害企業の特許出願書類などから構成されていた。被告側の無罪主張に対し、第6巡回区控訴裁判所 (オハイオ) は、営業秘密窃取の準備・共謀罪に関する第3巡回区の先例が妥当だとして繰り返したうえ、

その判断に倣うことを明言して、次のようにいう¹⁰⁸⁾。

「Yらによる……営業秘密窃取の共謀罪が既遂に達した (completed) のは、営業秘密を窃取する意図を抱きつつLとホテルの一室で会うことに合意し、犯行の完成に向けた外形的行為 (overt act) を執った時点、即ちホテルの部屋にYらが到着した時点である。Yらが窃取を共謀した情報が彼らの信じたところと異なっていたというのは、問題にならない。Yらが合意した対象は営業秘密の窃取であり、その合意対象の実現に向けた外形的段階をYらは踏んだのだからである」。

この理由づけによれば、犯行現場で提供されたのが公開済みの特許出願書類だけだったとしても、それどころか、単にそれらしく装った無内容で無価値な文書や電子ファイルだけだったとしても、ゆうに有罪とするに足りることになる。

これは、今日、経済スパイ法に関する、ほぼ確定した判例実務である¹⁰⁹⁾。現実の窃取ではなく準備・共謀を訴因とする限り、現実の営業秘密が行為の対象となっていることを要しない。重要なのは、営業秘密の窃取という悪性ある意図と、その実現に向けた外形的行為であって、営業秘密の存否ではない。必要な技術情報の詰まったディスクだと信じて販売すれば、実際の中身がシェークスピア全集だったとしても、犯罪は成立する¹¹⁰⁾。即ち、米国では、営業秘密の窃取を他人と共謀したり、その実現に向けて努力したりした者は、自らの目的とするところが営業秘密だと信じていれば処罰されるのであり、たとえ努力の先に現実には営業秘密など存在しなかったのだとしても、刑責を免れないわけである。

このような判例実務の背後に見て取るべきは、立証の困難を乗り越えて捜査を遂行し、起

訴に持ち込むための、実際上の配慮である。第3巡回区も第6巡回区も、経済スパイ法を薬物犯罪の取締法と比較し、両者が同様の意味で広汎な (comprehensive) ものだということ、強調している¹¹¹⁾。たしかに、薬物犯罪でのおとり捜査に際して、犯罪組織との取引現場に覆面捜査官が本物の麻薬を持参せねばならないとすれば、捜査に困難を来すであろう。現場に現れたのが職業的な麻薬密売人であり、覆面捜査官の持参した白い粉を本物の麻薬だと信じ、それに見合った現金を手渡ししたのであれば、少なくとも準備・共謀の限度では、犯罪が成立していると扱ってよい。それが米国の現状に見合った刑事司法である。犯罪の成立には麻薬の現物が必要だといえるのは、それで社会秩序の維持が果たせる、恵まれた状況にある場合である。米国の現状に、それは適合しない。そして、それと同様の法理論を、営業秘密の窃取に関する適用しているのが、米国の現状である。その意味で、米国の刑事司法は、営業秘密を麻薬並みに取り扱っているということが出来る¹¹²⁾。

実際問題として考えると、準備・共謀について現実の営業秘密を要求しないことについては、法執行上の要請が麻薬より強いといえるかもしれない。第6巡回区の次の説示は、それを物語る。

「経済スパイ法が意図しているのは、法執行に当たる者に、営業秘密の窃取と対決するための広汎なツールを提供することである。〔共謀罪の成立には現実の営業秘密の存在が前提だとの〕被告人の主張を認め、それを準則とするならば、……営業秘密を窃取する者を捕えて訴えるのに協力する側の援助を当局が受けるのが、著しく困難となってしまうであろう。実際には、被告人の主張は、第3巡回区が述べるように、『営業秘密を盗もうとする疑いのある当の本人にそれを開示するよう強いられ、経済スパ

イ法の下での法執行の努力を無にしていまう』ものである」(強調は筆者)¹¹³⁾。

営業秘密が現実存在したことが要件になるとすれば、刑事訴訟手続内でその存在を合理的な疑いを残さずに立証せねばならない。しかしそれでは、未だ非公知な営業秘密が、訴訟手続を通じて漏洩する危険性が高まる。それでは、企業は刑事司法当局に協力しにくい。たとえ裁判所が秘密保持命令を出すことが予想できるとしても、それより、そもそも刑事手続にしない方が、秘匿手段としては確実だからである。

また、先に述べた通り、おとり捜査によって営業秘密取引の現場を押さえるのが、米国捜査当局の基本的手法の一つである。しかしそれには、もっともらしい技術情報を提供するなどして、相手方を信用させねばならない。そのためには、被害企業の協力が不可欠である。【事例2】でも【事例4】でも、被害企業の本物の社員がFBIの協力者として登場するが、そのようなことは、企業の協力なくしてありえない。だが、事柄の性質上、営業秘密は、唯一無二のものである。取引現場に持参するのが企業の制作したダミーであってはならず、本物の営業秘密でなければならないとすれば、「協力する側」としての企業は、躊躇せざるをえない。捜査が必ず、100パーセント成功するなどということは期待できない。捜査が失敗し、犯罪を企てている「当の本人」が秘密情報を持ち出してしまふかもしれない。また、たとえ「当の本人」を首尾よく逮捕できたとしても、通信ネットワークを通じて現場から送信され、秘密そのものは漏洩してしまうかもしれない。対象が情報であるだけに、有体物の取引が必要な麻薬犯罪よりも、「本物」を隠したまま捜査を遂行する必要性が、さらに高いということがいえよう。準備・共謀の成立に現実の営業秘密の存在が必要でないとする米国の確定した実務は、そうした現実的な要請に応えるものである。

米国のこうしたあり方を、わが国で参考にすることができるだろうか。まず、営業秘密侵害罪について、現在は存在しない未遂処罰規定を設けることはどうか。その場合、刑事罰というものが、専ら行為者の犯罪意思の悪性に注目して一定の行為を禁圧するものなのであるとし、行為者の主観的な認識が現実だったと仮定した上で一般人が危険を感じる場合には未遂犯の成立を認めてよいという立場も考えられる。その下では、未遂処罰規定によって米国の準備（attempt）処罰と同様の結果を得ることができそうである。取引現場に営業秘密が存在すると信じて赴いた犯人の行為には、窃取犯としての悪性が認められるからである。だが、そのような立場は、わが国の刑事法学において「ほとんど支持されていない」「ない」とされる¹¹⁴⁾。今日の有力な学説は、未遂犯を処罰するためには、本犯についての「客観的な危険」が必要であるとし、そうでなければ「不能犯」であって、不可罰だとする¹¹⁵⁾。取引現場に営業秘密が存在しなかったのは「客体の不能」の一態様である。たとえ捜査当局が巧妙に装って行為者を信じ込ませていたとしても、客観的には窃取の危険性はないのであるから、不能犯だとされよう。その立場の下では、たとえ立法によって未遂罪を設けてみても、米国経済スパイ法の運用のように、客観的な危険が存在しない状況で行為者を処罰することはできない。いささか正当性に疑問のある「おとり捜査」のための便宜を目的として未遂犯処罰の基本を乱すことなど、まったく当を得ない、と考えられるかもしれない。

しかしながら、別の考え方が成り立つ余地も、ないわけではない。未遂犯と不能犯の区別に関する従前の通説的見解は、上記の有力説とは異なり、事後的に認識される客観的な危険性ではなく、行為時の一般人の認識を基礎とする立場であり¹¹⁶⁾、判例・裁判例もそれによって説明のつくものが多いとされる¹¹⁷⁾。営業秘密の取引に

おける「一般人」の認識が何を指すことになるのか、必ずしも明らかではないが、覆面捜査官や周囲で待機する捜査員は「一般人」ではないであろう。取引現場に赴いた行為者が営業秘密の存在を確信し、しかも同様の立場に立つ者であれば通常はそのような確信を抱くはずだ、という状況であれば、「一般人」の認識においては結果発生危険が存在するのであり、未遂犯が成立すると考えられる。「振り込め詐欺」の取締りにおいて、被害者が犯行に気づいたが捜査に協力して騙されたふりを続けたという場合でも不能犯とは扱わないというのが捜査の実務だとすると、それと似た状況だとも考えられる¹¹⁸⁾。だとすれば、未遂犯を処罰するという立法にも、意味があると考えられよう¹¹⁹⁾。

いま一つの立法論として、経済スパイ法の準備罪・共謀罪に相当する犯罪類型を、本犯とは別個の抽象的危険犯として定めるという方途も考えられる。もともと米国では、共謀罪というのは、本犯を実現する危険を生じさせるからではなく、それ自体が危険だから可罰的だとされている¹²⁰⁾。合衆国最高裁は、それを「共謀行為とは、独立した悪性を有し、公衆にとって危険であり、したがってそれ自体として可罰的なものなのであるから、共謀罪が成立し処罰対象となるためには、本犯がそれに継起する状況であることを要しない」との一般論で表現する¹²¹⁾。共謀が行われると、基本的な犯罪がいくつかの部分に分割され、分担して実行されるから、犯罪行為が容易となる。それを別個に処罰対象とするのは、基本となる罪とは別種の固有の危険性を、独立して禁圧するためである。近年の合衆国最高裁は、このことを、麻薬取引の共謀の事案で、再度確認した¹²²⁾。大量の麻薬を運搬していたトラックを警察がネバダで見つけ、麻薬を押収したが、トラックはそのままアイダホまで運転させ、目的地に現れた組織の構成員を逮捕した、という事案だった。

経済スパイ法違反についても、同様、共謀による組織化が著しく危険を高めるといえる。単独でターゲット企業の営業秘密を狙うのが困難な場合でも、経営幹部が指示し、必要経費を支弁し、実行犯が仲介者に接触し、仲介者が内部の協力者を見出し、その協力者が別の者を引き込み、引き込まれた者が社内で営業秘密にアクセスし、さらに別の者が書類やメディアに定着させ、運搬役がそれを取引現場に運び、外部の専門家に依頼して真贋を確かめ、その上で金銭の受け渡しを行う、といった具合に分業と分担を成立させれば、犯罪ははるかに容易になるからである。そして、そのような共謀行為は、一般的・抽象的に危険な行為であるから、独立して法が禁圧すべきである。目標に現実の営業秘密が含まれているか否かは、直接の関係を持たない。米国の判例法は、そのような考え方に立脚しているわけである。

これをわが国の文脈に即して言い換えれば、米国では、営業秘密の窃取を目的とした準備行為や共謀行為を、本犯とは独立した一種の抽象的危険犯として処罰している、ということになるであろう。同種の方途をわが国で採用し、秘密管理の防壁を破って侵入すること自体を処罰する犯罪類型を別個に設けることは、一考に値すると考えられる。

3. 3 重い量刑

(1) 量刑の重さ

違反に対する刑事罰が極めて重いのも、わが国の感覚に照らしての経済スパイ法の特徴である。【実例1】の量刑は明らかでないが、モトローラが被害者となった【実例2】では、営業秘密窃取について4年(48ヶ月)の拘禁刑が言い渡されている。しかも、それが重きに失して不当だとする被告人側の控訴に対し、控訴審は、本来ならば6年ないし8年程度(78ヶ月ないし97ヶ月程度)の刑が言い渡されるのが当然であ

り、むしろ情状を酌むなどして4年という軽い量刑で第一審が済ませたことの方が「驚き(surprising)」だとして、控訴を棄却した¹²³⁾。また、スペースシャトル技術について狭義の経済スパイ罪が成立するとされた【実例3】では、16年近く(188ヶ月)の拘禁刑が言い渡されている。被告人が犯行当時既に70歳に達していたことを考えると、この量刑は、極めて重い。

こうした重い刑罰は、けっして例外ではない。公開裁判例に現れた量刑判断を見てみると、営業秘密の窃取のみが問題とされ狭義の経済スパイ行為が問われていないケースでも、かなり長期の拘禁刑を選択するのが通常である。たとえば、勤務先から事業に用いるソースコードを持ち出したケースで2年半(30ヶ月)の拘禁刑¹²⁴⁾、営業秘密の提供がなされただけの(未だ相手方に渡っていない)段階で発覚したケースでもやはり2年半(30ヶ月)の拘禁刑¹²⁵⁾、共謀罪のみが問われたケースでも5年(60ヶ月)の拘禁刑¹²⁶⁾、といった具合である¹²⁷⁾。

もっとも、これらは、被告人が無罪を争った事例である。無罪を主張するとすべての訴因が維持され、しかも自らの罪責(responsibility)を自覚していないとされて、量刑が重くなる¹²⁸⁾。しかしアメリカの連邦刑事手続では、事件の約9割が有罪答弁(guilty plea)で終わるといわれる¹²⁹⁾。有罪答弁とは、被告人と検察官の間で、特定の訴因について被告人が有罪を認める反面、検察官が他の訴因での訴追をしない(または取り下げる)ことなどを合意し、裁判官が承認することにより、手続を終結させる仕組みである¹³⁰⁾。被告人にとっては、有罪答弁をすると何らかの刑罰を確実に受けるのを覚悟せねばならないが、あくまで無罪を主張して陪審審理を経る場合などと比べれば、刑責が軽いとはいえる。

とはいえ、有罪答弁のみで終結し、結果が判決に現れない事件を含めても、半数をはるかに

超えるケースで、実刑が科されている¹³¹⁾。少なくともわが国の刑事手続の感覚に照らせば、その中身も、けっして軽いものではない。コカコーラの事業戦略や企画中の新製品についての情報を競争相手であるペプシコ社に漏洩しようとした事件では、無罪を主張して争った元従業員Wに8年(96ヶ月)の拘禁刑、相手方企業に取引を持ちかけた共犯者Dに5年(60ヶ月)の拘禁刑が言い渡されただけでなく、有罪答弁を行った犯情の軽い共犯者にも、2年の拘禁刑が科されている¹³²⁾。また、フォード社の営業秘密を深圳の鴻海(Foxconn)に持ち出した事件で約6年(70ヶ月)¹³³⁾、レーダー攪乱などに応用が可能な超短波技術を外国企業に売り渡した従業員に2年(24ヶ月)¹³⁴⁾、マイクロソフト社の基本ソフト(OS)のソースコードを違法に入手しネット上で提供したという事案でも有罪答弁を行った被告人に2年(24ヶ月)¹³⁵⁾という具合に、有罪答弁を行った被告人に拘禁の実刑が言渡される例は、むしろ普通である。被告人の多くが元来はビジネスマンだという点を勘案すれば、これらの刑は、まったく軽くない。

さらに、2011年12月21日には、有罪答弁を行った被告人に、7年超(87ヶ月)の拘禁刑が言い渡された。それは、中国人の被告人が、勤務先だったダウ社(Dow AgroSciences LLC)と転職先のカーギル社(Cargill Inc.)の両方から、6年半にわたって継続的に営業秘密を取得し、ドイツ滞在中の別人や湖南師範大学(Hunan Normal University)の学生を経由してともに中国に流出させ、7百万ドル以上の損害を企業に与えたという事案ではあった¹³⁶⁾。だが、有罪答弁を行い、すべての罪を認めたにもかかわらず7年を超える実刑というのは、いかにも重い。自ら進んで罪を認めれば無罪を主張した場合より刑責が軽くなるという一般的傾向ではわが国と一致するとしても、米国での経済スパイ法の運用は、相当な重罰傾向を示しているというこ

とができる。

(2) 制度的な要因

このように量刑が重くなる要因の一つは、アメリカ法の制度的側面である。

まず、経済スパイ罪の最高刑は15年、営業秘密窃取罪の最高刑は10年の拘禁であるが、わが国と異なり、事件を審理する裁判官が、その枠内で自由に言渡刑を定めるのではない。米国でも、量刑の多寡は事実審たる第一審の裁判所の裁量によるとされてはいる¹³⁷⁾。しかしその裁量は、合衆国量刑委員会(U.S. Sentencing Commission)の定める¹³⁸⁾「量刑基準(Sentencing Guidelines)」によって、細かく統制されている¹³⁹⁾。事実審の裁判官は、量刑を定めるに際して、必ず量刑基準を参照し、それによる言渡刑のレンジを計算せねばならない。そして、裁量を行ってそのレンジから逸脱する場合には、合理的な理由づけが必要だとされるのである¹⁴⁰⁾。したがって、被告人の処遇にとって実際に最も重要なのは、量刑基準の定めである¹⁴¹⁾。

その量刑基準は、600頁近くになる分厚いマニュアルに整理されており、毎年のように改訂される¹⁴²⁾。その適用方法は、犯罪の種類や被害額などによってポイントを算定し、そのポイントに応じた「犯罪レベル(offense level)」と「前歴(criminal history)」を「量刑表(sentencing table)」¹⁴³⁾に当て嵌めて具体的な量刑の幅を求める、というものである。わが国での執行猶予に相当するのは拘禁を科さずに保護観察(probation)とすることであるが、たとえ初犯、つまり過去の犯罪歴がなかった場合でも、犯罪レベルが12ポイントに達すると保護観察ではなく、拘禁を科するのが相当とされる¹⁴⁴⁾。そして、経済スパイ法違反の一般的な「基礎犯罪レベル(base offense level)」は6ポイントであり、被害額に応じたポイントがそれに加算される¹⁴⁵⁾。被害額が1万ドルを超えると4ポイント加算、

7万ドル超の被害ならば8ポイント加算、といった具相である。また、犯行が自己に負託された信頼 (trust) に背くものであったり、犯行に際して特殊技能 (special skill) を用いていると、2ポイント増となる¹⁴⁶⁾。従業員が研究者として勤務上の裁量を与えられ、それがゆえに営業秘密の持出しが容易になっていたような場合は前者に該当すると考えられるし¹⁴⁷⁾、CADソフトの扱いに慣れている程度でも後者にあたりとされるので¹⁴⁸⁾、いずれかに該当するケースが多いであろう。この加重があると、被害額1万ドル超で合計12ポイントとなり、初犯でも実刑相当である。もし7万ドル超の被害ならば、合計16ポイントで初犯でも刑期はほぼ2年(21-27ヶ月)となる。さらに複数犯が関わっている場合、主要な役割を果たした者には2ポイントが加算される。5名以上の組織的犯行であれば、首魁 (organizer ; leader) に4ポイント、率先助勢者 (manager ; supervisor) に3ポイントの加算である¹⁴⁹⁾。先のような重い刑罰は、このような計算の結果である¹⁵⁰⁾。

いま一つ、重罰化の要因として、経済スパイや営業秘密窃取に伴って、しばしば別の罪が成立することが挙げられる¹⁵¹⁾。もっとも、わが国のような罪数論は、米国法には存在しない。複数訴因によって起訴されたときも、それらが密接に関連するときは全体で一つの「グループ」を構成するとされ、グループ全体で犯罪レベルを定めるが、それは、その中の最も重い罪による¹⁵²⁾。したがって、たとえば、秘密情報の記載された書類やメモリなどの有体物を、州境を越えて運搬したために贓物移送禁止法 (National Stolen Property Act ; NSPA)¹⁵³⁾ が同時に成立するときでも、通常それは経済スパイ法違反罪と同一グループを構成し、かつその犯罪レベルも経済スパイ法違反罪と同じになる¹⁵⁴⁾ ので、それによる加重はない。同様、権限 (authorization) なくコンピュータにアクセスし、それに

よって秘密情報を得たとして不正アクセス禁止法 (Computer Fraud and Abuse Act ; CFAA)¹⁵⁵⁾ 違反が成立するときも、多くの場合は経済スパイ法違反と同一の犯罪レベルとなるので、それによる加重はない¹⁵⁶⁾。営業秘密を不正取得するために他人を欺罔し、その欺罔行為の手段として州境を越える運搬や通信のサービスが使われていると、郵便使用欺罔 (mail fraud)¹⁵⁷⁾ や通信使用欺罔 (wire fraud)¹⁵⁸⁾ に問われうるが¹⁵⁹⁾、それについても同様である¹⁶⁰⁾。

しかしながら、捜査に必要な書類を破棄するなどして司法妨害 (obstruction justice)¹⁶¹⁾ に問われたり、平行する民事訴訟において虚偽の証言を行ったとして偽証 (perjury)¹⁶²⁾ に問われたりすると、その基礎犯罪レベルは、いずれも14である。となると、たとえ経済スパイ法違反の被害額がごく軽微で、そちらの犯罪レベルが高くなかったとしても、優に一年以上の実刑となる¹⁶³⁾。また、秘密情報の国外漏出が武器輸出統制法¹⁶⁴⁾ に触れると、基礎犯罪レベルは26である¹⁶⁵⁾。さらに、外国政府の委託を受けるなどしてその手先として行動していた場合は未登録外国政府代理人罪¹⁶⁶⁾ が成立しうるが、その基礎犯罪レベルは30だとされるので¹⁶⁷⁾、初犯でも10年以上という、極めて重い刑罰が課される。約16年(188ヶ月)という言葉刑となった【実例3】は、まさにそのようなケースであった¹⁶⁸⁾。

注 記

- 1) Economic Espionage Act, Pub. L. No.104-294, 110 Stat. 3488 (1996), Title I. *Inserted as* 18 U. S.C. §§1831-39.
- 2) David S. Almeling, *Seven Reasons Why Trade Secrets Are Increasingly Important*, 27 BERKELEY TECH. L.J. 1091, 1098, 1101-02, 1107 (2012).
- 3) JOHN R. THOMAS, THE ROLE OF TRADE SECRETS IN INNOVATION POLICY, CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE 2014.
- 4) 参照、千野直邦『営業秘密保護法』(2007年) 74

頁。現行法は、§§17-19 UWG, i.d.F.v. 03.07.2004 m.Ä.v.01.10.2013. なお、欧州連合のレベルでも、2013年、欧州委員会によるEU指令草案が公表され、実体規定の統一が進められている。

TRADE SECRETS AND CONFIDENTIAL BUSINESS INFORMATION,

http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/trade_secrets/index_en.htm (last visited June. 1, 2014)

- 5) 中国では、2013年1月、イーライ・リリー社現地法人の従業員が自己のPCに会社の営業秘密を格納しているのが発覚し、同社の訴えにより、その使用禁止等を命ずる判決が同年12月25日になされたという。最高法公布十大創新性知識産権案例（最高人民法院の公表した十大知的財産権関連判例）2., 知識産権網 (http://www.cnipr.com/sfsj/pljx/201404/t20140425_180502.htm, last visited June. 1, 2014) (このサイトについては東京大学大学院博士課程長越柚季氏の御教示による)。また韓国については、新日鐵住金対ポスコ事件のそもそもの経緯が、韓国国内における営業秘密の窃取に関する刑事裁判だったとされる。伝えられるところでは、ポスコの営業秘密を窃取し中国宝山鋼鉄に売り渡した被告人の行為が問われたのであったが、刑事裁判の法廷で、当該営業秘密がポスコのものではなく新日鐵（当時）のものだと供述したことが、事件発覚の端緒となった（2012年4月26日付け日本経済新聞朝刊記事による）。
- 6) 日本の現状については、参照、山口厚編著『経済刑法』（2008年）56-69頁 [山口厚執筆]、只木誠「営業秘密侵害の罪」法学教室397号92-101頁（2013）。
- 7) 東京高判平成16年3月29日高刑集57巻1号16頁平16(て)20参照。See also, Nathaniel J. Minott, *The Economic Espionage Act : Is the Law All Bark and No Bite*, ExpressO (2011), at 3-4, *available at* : http://works.bepress.com/nathaniel_minott/1. (Last visited July 1, 2014)
- 8) 司法省が公表したレポートは、シカゴ所在の企業から日本企業の中国法人に転職した技術者が営業秘密窃取罪で15ヶ月の拘禁刑に処せられた事件を報じている。有罪答弁で終結した事件であり、秘密を転職先に開示した事実が認定され

なかったため、日本企業は巻き込まれなかった模様であるが、注意を喚起させる事例だといえよう。DEPARTMENT OF JUSTICE, SUMMARY OF MAJOR U.S. EXPORT ENFORCEMENT, ECONOMIC ESPIONAGE, TRADE SECRET AND EMBARGO-RELATED CRIMINAL CASES, Jan. 2014, p.62, *available at* :

<http://www.justice.gov/nsd/docs/export-case-fact-sheet-201403.pdf> (Last visited July. 1, 2014)

- 9) U.S. Const. art. I, §8, cl. 8.
- 10) 「作品」や「発明」とは創作物であり、商標が一般にそれに当たるとは言えないから、前記条項に基づく連邦議会の規律権限の対象にならず、ただ州際通商条項 (U.S. Const. art. I, §8, cl.3.) に基づいてのみ制定しようというのが、合衆国最高裁の判例である。Trade-Mark Cases, 100 U.S. 82, 95-97 (1879). See also, Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340, 346 (1991).
- 11) Lanham Trademark Act, Pub.L. No.79-489, 60 Stat. 427. Codified as 15 U.S.C. ch. 22 (15 U.S.C. §1051 et seq.).
- 12) 合衆国憲法の特許著作権条項は、州の営業秘密法に対して専占しない。Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp., 416 U.S. 470, 492 (1974). (コモンローにより営業秘密を保護するオハイオ州法を合憲とする。)
- 13) National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (Minneapolis, August 2-9 1985), Uniform Trade Secret Act with 1985 Amendments, *available at* : http://www.uniformlaws.org/shared/docs/trade%20secrets/utsa_final_85.pdf (Last visited July. 1, 2014)
- 14) こうした統一州法委員会 (Uniform Law Commission) による州法斉一化は一般的なプロセスであり、他にも多数の例がある。See, UNIFORM LAW COMMISSION LEGISLATIVE FACT SHEET-TRADE SECRETS ACT, <http://uniformlaws.net/Legislation.aspx>
- 15) 他にコロンビア特別区、米領ヴァージン諸島も採用している。
<http://uniformlaws.net/LegislativeFactSheet.aspx?title=Trade%20Secrets%20Act> (Last visited July. 1, 2014)
2013年にテキサス州が加わった。Texas Uniform

- Trade Secrets Act, *available at* <http://www.legis.state.tx.us/tlodocs/83R/billtext/pdf/SB00953F.pdf> (Last visited July 1, 2014)
- 16) 他はマサチューセッツであるが、2014年3月現在、UTSAを採用する法案を州議会が審議中である。
 - 17) 伝統的なコモンロー上のtrespassを基盤にしているため、多くの州で「不適切な手段 (improper means)」を用いたことを権利保護の要件としているとの問題もある。See, Adam Cohen, *Securing Trade Secrets in the Information Age: Upgrading the Economic Espionage Act After United States v. Aleynikov*, 30 YALE J. ON REG. 189, 199 (2013).
 - 18) B. J. Mossinghoff et al., *The Economic Espionage Act : A New Federal Regime of Trade Secret Protection*, 79 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 191 (1997)., *available at* : <http://www.oblon.com/publications/economic-espionage-act-new-federal-regime-trade-secret-protection> Last visited July. 1, 2014
 - 19) James H.A. Pooley, Mark A. Lemley, Peter J. Toren, *Understanding the Economic Espionage Act of 1996*, 5 TEX. INTELL. PROP. L.J. 177, 186 (1997).
 - 20) Robert D. Jurrens, *Fool Me Once : U.S. v. Kleynikov and The Theft of Trade Secrets Clarification Act of 2012*, 28 BERKLEY TECH. L.J. 833, 836 (2013) ; Ben Shiffman et. al., *Intellectual Property Crimes*, 49 AM. CRIM. L. REV. 929, 945 (2012).
 - 21) ミルグリムによると、ニュージャージー州が1965年に定めた法律が、種々の偏差を伴いつつ、他の15州によって採用されている。そのほか、ニューヨーク、マサチューセッツ、イリノイ、ジョージアが、営業秘密窃取について独自の刑事罰規定を持つ。そして、そのほとんどが、営業秘密の化体した有体物の窃取を適用要件としている。3-12 Milgrim on Trade Secrets § 12.06 [1] (2014).
 - 22) Pooley, et. al., *supra*.
 - 23) S. Rep. No. 104-359, p. 11 (1996). See, H.R. Rep. No. 104-788, p. 7 (1996).
 - 24) 異論がない。See, Brown v. CitiCorp, 1998 U.S. Dist. LEXIS 9273, *9 fn.3 (N.D. Ill. June 17, 1998) ; *Cooper Square Realty Inc. v. Jensen, 2004 U.S. Dist. LEXIS 24656, *3-4 (S.D.N.Y., Dec. 6, 2004) ; Lear v. Seattle Hous. Auth., 2014 U.S. Dist. LEXIS 35471, *15 (W.D. Wa. Mar. 17, 2014). 経済スパイ法が合衆国司法長官 (Attorney General) に民事上の差止請求権を与える特別な条文を設けており (18 U.S.C. §1836), 下院審議で私人に請求権を与えないことが明示されていた (H. R. Rep. 104-788, P. 14) ことが、その主たる根拠である。
 - 25) 最近のものとして、R. Mark Halligan, *Protection of U.S. Trade Secret Assets : Critical Amendments to the Economic Espionage Act of 1996*, 7 J. MARSHALL REV. INTELL. PROP. L. 656 (2008) ; Minott, *supra*, note 7 at 11 ; Clements Keller and Brian M.Z. Reece, *Economic Espionage and Theft of Trade Secrets: The Case for a Federal Cause of Action*, 16 TUL. J. TECH. & INTELL. PROP. 1, 23-31 (2013) ; Thomas, *supra*, note 3, 14.
 - 26) Protecting American Trade Secrets and Innovation Act of 2012, S.3389 (112th, sponsored by Sen. Kohl ; died) ; Private Right of Action Against Theft of Trade Secrets Act of 2013, H.R.2466 (113th, sponsored by Rep. Lofgren ; pending) ; Future of American Innovation and Research Act of 2013, S.1770 (113th, sponsored by Sen. Flake). 慎重論として、American Intellectual Property Law Association, *Report of the AIPLA Trade Secrets Committee* (Dec. 17, 2010), *available at*: <http://www.aipla.org> (Last visited July. 1, 2014)
 - 27) 19 U.S.C. § 1337 (a) (1) (A). 営業秘密に関する権利の侵害が輸入差止要件としての「不正な方法による競争 (unfair methods of competition)」にあたるとされる。
 - 28) TianRui Group Co. v. ITC, 661 F.3d 1322, 1327 (Fed. Cir. 2011).
 - 29) 同判決が今後に大きな意味を持つことを予測するものとして、Natalie Flechsig, *Trade Secret Enforcement After TianRui : Fighting Misappropriation Through the ITC*, 28 Berkeley Tech. L.J. 449, 462 (2013). See, *In the Matter of CERTAIN RUBBER RESINS AND PROCESSES FOR MANUFACTURING SAME*, Inv. No. 337-TA-849, International Trade Commission, 2013 ITC LEXIS 1358, *26-28 (June 17, 2013).
 - 30) Peter J. Toren, *An Analysis of Economic Espionage Act Prosecutions : What Companies Can Learn From*

- It and What the Government Should Be Doing About It!*, 84 PTCJ 884 (2012), <http://petertoren.com/wp-content/uploads/2012/10/toren-eea2.pdf>, at 2. (Last visited July 1, 2014)
- 31) LEXISで検索すると、18 U.S.C. §1831または18 U.S.C. §1832に言及する判決は192件である。本稿は、そのすべてに目を通した上で書かれているが、傍論での言及や一個の事件での重複を除くと、約30件となる。また、検察当局が他の罪でのみ起訴したが、それが過誤であり、経済スパイ法で起訴すべきだったと見られるケースもある。See, *United States v. Kwan*, 2003 U.S. Dist. LEXIS 22621, *23 fn.8 (S.D.N.Y. Dec. 17, 2003)
- 32) Toren, *supra*, 3 l.
- 33) See, e.g., Kuntz, Robin L., *How Not to Catch a Thief: Why the Economic Espionage Act Fails to Protect American Trade Secrets*. 28 BERKELEY TECH. L.J., July 2013. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2241561> (Last visited July 1, 2014) See also, Thomas, *supra*, note 3 at 8.
- 34) 有罪答弁がなされたが量刑等をめぐる判決が公表された例として、*United States v. Rhodes*, 2008 U.S. Dist. LEXIS 88861 (N.D. Ohio Oct. 21, 2008) ; *United States v. Wilkinson*, 590 F.3d 259 (4th Cir. 2010) がある。
- 35) 水面下でのFBIによる民間協力を窺わせる事例として、*Avery Dennison Corp. v. Four Pillars Enter. Co.*, 45 Fed. Appx. 479, 483 (6th Cir. 2002) ; *United States v. Qin*, 2012 U.S. App. LEXIS 14997, *7 n.1 (6th Cir. July 20, 2012). もともと経済スパイ法の制定趣旨の一つは、私人が民事訴訟を提起するために十分な資源 (resources) を持たないのを補うことであった。S. Rep. No. 104-359, p. 11 ; H. R. Rep. No. 104-788, p. 7,
- 36) DEPARTMENT OF JUSTICE, SUMMARY OF MAJOR U.S. EXPORT ENFORCEMENT, ECONOMIC ESPIONAGE, TRADE SECRET, AND EMBARGO-RELATED CRIMINAL CASES (January 2008 to present: updated March 26, 2014). Available at, <http://www.pmdtdc.state.gov/compliance/documents/OngoingExportCaseFactSheet.pdf> (Last visited July 1, 2014)
- 37) 18 U.S.C. §1839 (3).
- 38) この要件は、UTSAでは「その公開又は使用により経済的価値を獲得しうる者」であったが、経済スパイ法の文言は改められている。それがUTSAより対象を拡げ文字通り一般公衆を意味すると解すべきか (*United States v. Hsu*, 155 F.3d 189, 196 (3d Cir. 1998)), より狭く「経済的に意味のある公衆」と解すべきなのか (*United States v. Lange*, 312 F.3d 263, 267 (7th Cir. 2002)), 見解が分かれている。See *United States v. Dongfan Chung*, 659 F.3d 815, 825 (9th Cir. Cal. 2011) ; *United States v. Jin*, 833 F. Supp. 2d 957, 1007 (N.D. Ill. 2012).
- 39) 「一時的、偶然的又は不法に」公衆に提供されただけでは、営業秘密性を失わない、とされる。*United States v. Genovese*, 409 F. Supp. 2d 253, 257 (S.D.N.Y. 2005).
- 40) 経済的価値は潜在的でよいから、営業秘密保有者が現実に損害を蒙ったことを要しない、とされる。*United States v. Jin*, 733 F.3d 718, 721-22 (7th Cir. 2013) , cert. denied, __U.S.__ (Mar. 30, 2014).
- 41) S. Rep. No. 104-359, p.12 ; H.R. Rep. No. 104-788, p.7.
- 42) 142 Cong. Rec. H10,462 l. (daily ed. Sept. 17, 1996), statement of Rep. Schumer.
- 43) 142 Cong. Rec. S12,212 l.-c. (daily ed. Oct. 2, 1996), statement of Sen. Kohl.
- 44) 142 Cong. Rec. S12,213 l.-c. (daily ed. Oct. 2, 1996), Managers' Statement. Pooley, et. al., *supra*, note 22, at 189-90 は、経済スパイ法の文言上、従業員の脳裏に刻み込まれた情報も営業秘密に含まれるとしつつ、その範囲は、こうした議会審議の経過に照らして画定すべきだと論じる。最近の議論として、see, Cohen, *supra*, note 17 at 227.
- 45) 第1巡回区の次の言明が、しばしば引用される。営業秘密窃取罪は、「けっして競争を処罰しようとしたものではない。たとえ直接の競業者から元の従業員が得たノウハウによるものであろうと、それは変わらない。しかしながら、勤務中に接した秘密の情報……から従業員（及び将来の雇用者）が利を得るのを、阻もうとしたものではある」。 *United States v. Martin*, 228 F.3d 1, 11 (1st Cir. 2000).
- 46) 被害企業 (Broadcom) の採った秘密保持措置が、

- 事件当時の通念に照らし「ギリギリのところまで (barely)」合理的と呼びうる水準を満たすに過ぎないと裁判所が判断した例外として, *United States v. Shiah*, 2008 U.S. Dist. LEXIS 11973, *60-68 (S.D. Cal. Feb. 19, 2008).
- 47) 米国においては, 営業秘密が容易に同業他社に漏れないことが保障されていれば, 雇用が流動化しても企業が人的投資を手控えるようにならないとの議論がある。See *Thomas, supra*, note 3, at 3.
- 48) もっとも, 前出東京高判平成16年3月29日は, わが国に存在しない犯罪類型であることではなく, 犯罪事実の十分な立証がなかったことを理由としている。
- 49) 経済スパイ法制定時, 司法省は, 狭義の経済スパイ罪による起訴に5年間は慎重な姿勢で臨むこととし, かつそれを2001年にさらに5年間延長した。Minott, *supra*, note 7 at 10, 19-21.
- 50) Toren, *supra*, note 3028 at 2. 2012年秋までの数字である。
- 51) 18 U.S.C. §1832.
- 52) U.S. Const. art. I, sec. 8, cl. 3. ただし, 上院の提案理由は, 特許著作権条項をも制定の根拠として挙げる。S. Rep. No. 104-359, p.5.
- 53) 共謀は黙示でも足りる。*United States v. Martin*, 228 F.3d 1, 11 (1st Cir. 2000).
- 54) もっとも, 対象が外国法人である場合, 召喚状の送達 (service of summons) について問題の生ずることが多い。See, *U.S. v. Pangang Group Co., Ltd.*, 879 F.Supp.2d 1052 (N.D.Cal. 2012); *United States v. Kolon Indus., Inc.*, 926 F. Supp. 2d 794 (E.D. Va. 2013).
- 55) *United States v. Shiah*, 2008 U.S. Dist. LEXIS 11973, *67-68, *73-76 (S.D. Cal. Feb. 19, 2008). この要件の立証につき合理的な疑いを超える水準にはわずかに足りないとして無罪とした, 稀な例外である。See, *Zhang*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 74254, *23-24 (N.D. Cal. May 29, 2012).
- 56) Minott, *supra*, note 7 2 8 at 9-1 0; Kuntz, *supra*, note 33 at 36 fn.157. 直接には, §1831についての批判である。
- 57) 18 U.S.C. §1837.
- 58) See, *TianRui*, 661 F.3d at 1330 n.4. 外国で窃取された合衆国企業の営業秘密を用いて生産された有体物 (鉄道用車輪) の輸入等を差し止めた事例。では, 外国企業の営業秘密を外国で窃取し, それを用いて生産した有体物を合衆国に輸入する行為に経済スパイ法の適用があるか否か。同判決は明言しないが, その可能性はある。See, *Pooley, et. al., supra.*, note 19 at 204.
- 59) 18 U.S.C. §1838. 他の連邦法の適用も妨げないので, 他罪の構成要件を充足すれば, 同時に数罪が成立する。
- 60) *Jurrens, supra*, note 20 at 856. See, *infra*, note 186.
- 61) 18 U.S.C. §1835. 同条の対象となる情報の範囲について説示したものとして, *United States v. Hsu*, 155 F.3d 189, 205 (3d Cir. 1998); *United States v. Yang*, 1999 U.S. Dist. LEXIS 7130, *5-7 (N.D. Ohio, Mar. 18, 1999); *United States v. Roberts*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 25236, *11 (E.D. Tenn. Mar. 17, 2010); *United States v. Ye*, 436 F.3d 1117, 1120-21 (9th Cir. 2006). See also, *Toren, supra*, note 30 at 7.
- 62) 18 U.S.C. §1831.
- 63) 外国政府職員についても同様である。18 U.S.C. §1839 (1) (2).
- 64) H. Rep. No. 104-788, p.11.
- 65) *United States v. Lan Lee*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 144642 (N.D. Cal. May 21, 2010). 米国企業ネットワーク (NetLogic Microsystems) の営業秘密を元従業員が窃取した事案。検察側は, 当該外国の経済が繁栄し外国政府の名声が高まることも「利益」だと主張したが, 裁判所は, それでは足りず, 窃取された営業秘密それ自体が外国政府等を利することが必要なのであり, 被告人が中国で起業し利益を回ただけでは, 外国政府等の「利益」を回ったとはいえない, とした。Id. at *17-18.
- 66) Id. at *23-24.
- 67) 判決はそれしか認定していないが, ファンドの設立目的は「アメリカ合衆国など西側諸国」と中国が科学技術で肩を並べることであり, そのための「国際協力」が謳われていた。成果たる知的財産権は資金受領時にサインする約款に従って帰属し, 中国国内で実施する場合は受領者に属するが, 安全保障に関わる場合は秘匿義務を負うとされていた。Aaron J. Burstein, *Trade Secrecy as an Instrument of National Security? Rethinking the Foundations of Economic Espionage*, 41

- ARIZ. ST. L.J. 933, 976-77 (2009). これを踏まえ、多くの学説は判決に批判的である。William J. Edelman, *Note, The "Benefit" of Spying: Defining the Boundaries of Economic Espionage Under the Economic Espionage Act of 1996*, 63 STAN. L. REV. 447, 465-66 (2011) ; Robert G. Abrams et al., *Press Release, International Trade Secret Theft Not Violation of the Economic Espionage Act Unless Defendants Intended to Benefit a Foreign Government, Federal Court Holds (June 7, 2010) available at* http://www.martindale.com/criminal-law/article_Howrey-LLP_1044122.htm ; Minott, *supra*, note 7 at 10 ; Kuntz, *supra*, note 33 at 20-21.
- 68) GOODMAN, JORDAN ; WALSH, VIVIEN (2001). *THE STORY OF TAXOL : NATURE AND POLITICS IN THE PURSUIT OF AN ANTI-CANCER DRUG*. Cambridge University Press. pp.158-59.
- 69) United States v. Hsu, 155 F.3d 189, 191-93 (3d Cir. 1998). ただし同判決は第一審の法律判断に対する中間上訴 (interlocutory appeal ; *see, supra* note 61) であり、以下も、確定的な事実認定を経たものではない。 *See id.* at 192 fn.1.
- 70) United States v. Jin, 833 F.Supp. 2d 977 (N.D. Ill. 2012), *aff'd*, 733 F.3d 718 (7th Cir. 2013), *cert. denied*, ___ U.S. ___ (Mar. 31, 2014).
- 71) 以上につき, 733 F.3d at 719. 米国内での学位取得については, 833 F.Supp. 2d at 981.
- 72) 833 F.Supp. 2d at 986-87. 被告人Jは同日から3月2日にかけてFBIの取調べを受け, その後逮捕された (*see, id.* at 1017).
- 73) 833 F.Supp. 2d at 984-85.
- 74) 833 F.Supp. 2d at 1006-11. たとえば, モトローラ社が敷地や建物への立入りを制限し監視カメラや警報装置を備えていたこと, ネットワークについてはパスワードとファイアーウォールで防禦した上でアクセスをモニターし, かつそれを従業員に告知していたこと, 文書には適切な秘密表示を施していたこと, 従業員とは秘密保持契約を締結し適切な教育も行っていたことから, 同社が秘密性を保持するための「合理的な措置」を執っていたとしている。その際, 適切な秘密管理とはコストを勘案して具体的に決めるべきであり「完璧な防禦は最適の防禦ではない」とする第7巡回区の古典的な先例 (Rockwell Graphic Sys. v. DEV Indust., 925 F.2d 174, 180 (7th Cir. 1991)) を引用している。833 F.Supp. 2d at 1008-09.
- 75) 833 F.Supp. 2d at 1011-15. 使用者の執った秘密管理措置の詳細などを被告人が知る必要はないが, 当該情報が一般的に知られていないために価値があり, かつその秘密性を保つような措置を使用者が執っていることを知る必要はある, とした。 *Id.*, at 1014.
- 76) 833 F.Supp. 2d at 1016-18.
- 77) 833 F.Supp. 2d at 1019. さらに, iDENとは互換性のないより優れた技術が別に存在していたことを指摘し, 被告人の行為と人民解放軍の関連性について十分な証明がなされていないとしている。 *Id.*, at 1019-20.
- 78) United States v. Dongfan Chung, 633 F. Supp. 2d 1134 (C.D. Cal. 2009), *aff'd*, 659 F.3d 815 (9th Cir. Cal. 2011), *cert. denied*, 132 S.Ct. 1951 (2012).
- 79) この人物は武器輸出統制法違反などで別に起訴され, 293ヶ月 (24年弱) の拘禁刑を言い渡された。United States v. Chi Mak, 683 F.3d 1126, 1133 (9th Cir. 2012), *cert. denied*, 133 S.Ct. 1479 (2013). *See*, 633 F.Supp. 2d at 1136.
- 80) 以上につき, 633 F.Supp. 2d at 1135-36, 659 F.3d at 818-19.
- 81) 659 F.3d at 821.
- 82) 633 F.Supp. 2d at 1136-3759, 659 F.3d at 819.
- 83) 633 F.Supp. 2d at 1139, 659 F.3d at 820-21.
- 84) 633 F.Supp. 2d at 1139, 659 F.3d at 820.
- 85) 633 F.Supp. 2d at 1142, 659 F.3d at 822.
- 86) 被告人は営業秘密の漏洩により個人的にも約300万ドルを利得していたとする。Gillian Flaccus, *Dongfan "Greg" Chung, Chinese Spy, Gets More Than 15 Years In Prison*, HUFFINGTON POST (Feb. 8, 2010), http://www.huffingtonpost.com/2010/02/08/dongfan-greg-chung-chines_n_454107.html (Last visited July. 1, 2014)
- 87) このほか, 被告人は, 1985年の中国旅行に関して何も記憶していない旨を捜査当局に述べるよう電話で息子に指示したとの嫌疑で司法妨害 (obstruction of justice, 18 U.S.C. § 1512) にも問われたが, 相手方の言明が明らかでなければ司法妨害の意図が立証されたとはいえないとして,

- それに関しては無罪となった。633 F.Supp. 2d at 1151.
- 88) Mark L. Krotoski, *Common Issues and Challenges in Prosecuting Trade Secret and Economic Espionage Act Cases*, 57 UNITED STATES ATTORNEYS' BULLETIN 2 (2009), 11-13.
- 89) *United States v. Williams*, 526 F.3d at 1317-18.
- 90) 同様の事例として, *United States v. Latimore*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 8338, *2-4 (E.D. Mich. Feb. 2, 2010). FBIに委ねる前に被害企業か私的に調査したため重要な証拠(ラップトップ・コンピュータなど)について疑いを生じた事例として, *United States v. Koo*, 770 F. Supp. 2d 1115, 1127 (D.Ore. Mar. 1, 2011).
- 91) 【実例2】では, 2月28日に出国を阻止された被告人は, 翌日の搭乗券を税関職員から渡されている。そして, 翌日の搭乗時に再度の取り調べを受け, その後在宅で取調べを受けた後, 逮捕されている。「水際規制機関の権限は, 経済スパイ法違反の捜査にとって, 極めて有益である」との捜査経験者の言に接すると, 当初の搭乗阻止が偶然の産物だったとは考えにくい。See, Evan Williams, *Border Search in Trade Secret and other Cases*, 57 : United States Attorneys' Bulletin 2 (2009) , 52.
- 92) *United States v. Yeh*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 175170, *2-3 (N.D. Tx. Dec. 13, 2013).
- 93) サンフランシスコ国際空港での中国行き航空便の搭乗時に被告人を逮捕した例として, *United States v. Ye*, 436 F.3d 1117, 1118 (9th Cir. 2006). いったん出国した被告人が再度合衆国に入国した際に身柄を取り押さえた例として, *United States v. Meng*, CR 04 20216-JF, pp.7-8 (N.D. Cal. June 11, 2008) (Governments' Sentencing Memorandum based on a plea agreement).
- 94) *United States v. Yang*, 1999 U.S. Dist. LEXIS 7130, *2-3 (N.D. Ohio March 18, 1999), affirmed, 281 F.3d 534, 540-41 (6th Cir. 2002).
- 95) *United States v. Genovese*, 409 F. Supp. 2d 253, 258 (S.D.N.Y. 2005).
- 96) *United States v. Krumrei*, 258 F.3d 535, 539 (6th Cir. 2001). 経済スパイ法について「漠然性ゆえに無効」の主張が行われた嚆矢となるケースでもある。
- 97) *United States v. Howley (Roberts)*, 707 F.3d 575, 581 (6th Cir. 2013). 原判決が有罪としたのは妥当だが, 量刑が軽きに失するとして破棄差戻。
- 98) わが国でもよく知られている通り, この法理の根拠は, 自己の行為が禁止されていることが合理的に了解できなかった被告人に刑事罰を科すことはできない, ということにある (*United States v. National Dairy Products Corp.*, 372 U.S. 29, 32-33 (1963))。憲法第一修正による表現の自由を制約するため当該事件の被告人の所為とは関係なく法律が「文面上無効」となるとした判例は, 先例とならない (id. at 36)。今日では, その意味で, 「漠然性ゆえに法律が無効となるか否かは, 第一修正に基づく〔表現の〕自由に影響が及ぶのでない限り, 個々の事件の具体的な事実に即して判断すべきである」というのが, 確定した判例である。 *United States v. Mazurie*, 419 U.S. 544, 550 (1975); *United States v. Powell*, 423 U.S. 87, 92 (1975); followed by *Maynard v. Cartwright*, 486 U.S. 356, 361 (1982); *Chapman v. United States*, 500 U.S. 453, 467 (1991). したがって, 営業秘密の漏洩が表現の自由の射程に入るのでない限り, 当該事件において罪となるべき事実が明確であれば, この法理の適用はないわけである。 *Yang*, 281 F.3d at 544 n.2; *Hsu*, 40 F. Supp. 2d at 626-28; *Genovese*, 409 F. Supp. 2d. at 256-57.
- 99) 他の否定例として, *United States v. Case*, 2008 U.S. Dist. LEXIS 34367, *21-23 (S.D. Miss. Apr. 25, 2008), reversed on other grounds, 309 Fed. Appx. 883 (5th Cir. 2009).
- 100) 【実例2】の第一審判決によく整理されている。 *Jin*, 833 F. Supp. 2d at 1012-14.
- 101) *Chung*, 1145; *Jin*, 833 F. Supp. 2d at 1012. 検察側の判例解釈を否定。
- 102) *United States v. Nosal*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 31423, *10 (N.D. Cal. Apr. 13, 2009), rev'd on other grounds, 642 F.3d 781 (9th Cir. 2011); *United States v. Roberts*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 121988, *21 (E.D. Tenn. Nov.17, 2009); *Chung*, 1145; *Jin*, 833 F. Supp. 2d at 1013-14.
- 103) *Jin*, 833 F. Supp. 2d at 1014. See, *Chung*, 1146.
- 104) アメリカ刑事法において, 準備 (attempt) とは, 一般に, 主たる犯罪の実現に向けて重要な段階 (substantial step) を踏むような外形的行為をな

すことをいう。See, *United States v. Resendiz-Ponce*, 549 U.S. 102, 106-07 (2007) ; Model Penal Code § 5.01 (1) (c). この観点から「未遂」と訳されることが多いが、本文に示す通り、主たる犯罪が法律上または事実上不能であっても成立する点で、わが国の未遂とは異なっている。

- 105) *Hsu*, 155 F.3d at 200-01.
- 106) *Hsu*, 155 F.3d at 198-200.
- 107) *Hsu*, 155 F.3d at 202 fn.18.
- 108) *United States v. Yang*, 281 F.3d 534, 544 (6th Cir. 2002)
- 109) *United States v. Martin*, 228 F.3d 1, 13 (1st Cir. 2000) ; *United States v. Wen Chyu Liu*, 716 F.3d 159, 170 (5th Cir. 2013), cert. den'd, 134 S.Ct. 1011 (2014) ; *United States v. Roberts*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 121988, *17-18 (E.D. Tenn. Nov. 17, 2009) ; *United States v. Liew*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 82619, *16 (N.D. Cal. June 11, 2013) ; *United States v. Nosal*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 115825, *38-40 (N.D. Cal. Aug. 15, 2013).
- 110) *United States v. Lange*, 312 F.3d 263, 269 (7th Cir. 2002).
- 111) *Hsu*, 155 F.3d at 200 ; *Yang*, 281 F.3d at 543.
- 112) いま一つ、児童の性的虐待についても、同様な趣旨で不能犯の成立が認められないことがある。該当する連邦法が経済スパイ法と同様に「包括的」であるとし、14歳の少女を装った覆面捜査官に対してネット上のチャット機能で性交渉を持ちかけた被告人について抗弁の成立を認めなかった例として、*United States v. Tykarsky*, 446 F.3d 458, 467 (3d Cir. 2006).
- 113) *United States v. Yang*, 281 F.3d 534, 542-43 (6th Cir. 2002).
- 114) 「抽象的危険説」「主観説」などと呼ばれる。もっとも、国際的には何ら特異ではなく、ドイツ刑法もこれに近いという。西田典之『刑法総論』(2006年) 287頁、林幹人『刑法総論第2版』(2008年) 357頁。
- 115) なぜ既遂の結果が生じなかったかを事後的・客観的に確定した上、一般人を判断基準として「既遂に到達したことがありえた」場合のみ未遂犯の成立を認める「修正された客観的危険説」と呼ばれる立場である。山口厚『危険犯の研究』(1982年) 166-169頁、同『刑法総論』第二版(2007年) 275頁。西田・前掲注114) 289頁、佐伯仁志

「不能犯」西田等編『刑法の争点』(2007年) 91頁、林幹人・前掲注114) 362-363頁、西田等編『注釈刑法第1巻』(2010年) 656頁〔和田俊憲執筆〕、佐藤拓磨「不能犯」川端等編『理論刑法学の探究4』(2011年) 33頁、66頁、林陽一「不能犯について」松尾浩也先生古稀祝賀論文集上(1998年) 377頁、394頁も、客体の不能についての扱いは異なるが、基本的立場は同じだといってよい。

- 116) 基本的には行為時の一般人の認識を基礎とし、行為者のみが知り得た特別な事情についての行為者の認識をそれに加えて判断する、という。「具体的危険説」と呼ばれる。団藤重光『刑法綱要総論』第三版(1990年) 171頁、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(1975年) 325-326頁、香川達夫『刑法講義総論』第三版(1995年) 326頁、大塚直『刑法概説総論』第四版(2008年) 270-271頁、大谷實『刑法講義総論』新版第2版(2007年) 379-380頁。
- 117) 参照、野村稔「不能犯」西原等編『判例刑法研究4』(1981年) 73頁、112頁、大谷・前掲注116)。ただし、前掲注115) 注釈刑法第1巻660頁は、この見方に反対。
- 118) この点は、司法修習生有本祥子氏のご教示に負う。
- 119) 不能犯に関する刑法学説は、多くは殺人罪を想定して形成されてきた。林・前掲394頁、405頁は、基本的には「修正された客観的危険説」の立場に拠りつつ、犯罪類型ごとに検討すべきだとする。
- 120) 参照、小早川義則『共謀罪とコンスピラシー』(2008年) 47-50頁。
- 121) *Salinas v. United States*, 522 U.S. 52, 65 (1997). 組織犯罪対策法 (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act ; RICO Act) によれば2回以上の収賄が処罰対象であったところ、被告人は1回の収賄にしか関与しておらず、本罪について無罪となったが、部下の多数回の収賄を容認していたことについて共謀罪に問われ、有罪となった。参照、小早川・前掲注120) 520頁以下。
- 122) *United States v. Jimenez Recio*, 537 U.S. 270, 274-75 (2003), quoting *Salinas*, 522 U.S. at 65. 不能犯 (impossibility) を無罪とする第9巡回区の判例 (*United States v. Cruz*, 127 F. 3d 791 (9th Cir. 1997)) が独自の見解であって誤りだとし、

- 有罪とするには麻薬の押収前に共謀に加わっていた証拠が必要だとした同巡回区の原判決を破棄した。同事件でひとり捜査の手法に問題があるとしても、それは別個の問題であるとする。
- 123) United States v. Jin, 733 F.3d 718, 722 (7th Cir. 2013) (Posner, J.).
- 124) Agrawal, 726 F.3d at 242. これは、量刑基準に照らして著しく軽い刑である。後掲注140) 参照。
- 125) United States v. Lange, 312 F.3d 263, 269-71 (7th Cir. 2002).
- 126) United States v. Wen Chyu Liu, 716 F.3d 159, 161 (5th Cir. 2013).
- 127) 陪審審理を経て有罪が認定されたにもかかわらず個人に拘禁刑を科さず、逆に会社に500万ドルの罰金刑を科した第一審判決の量刑判断を破棄した例としてUnited States v. Yang, 281 F.3d 534, 544-47 (6th Cir. 2002), 同様、被告人に実刑を科さず4ヶ月の自宅拘禁 (home confinement) と150時間の公共奉仕 (community service) 及び4年間の保護観察 (probation) に留めた第一審判決の量刑判断の根拠が不明だとして破棄した例として, United States v. Howley (Roberts), 707 F.3d 575, 582-83 (6th Cir. 2013) がある。
- 128) See, Lange, 312 F.3d at 270 ; Jin, 733 F.3d at 722.
- 129) UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, 2013 USSC GUIDELINES MANUAL, § 1A1.4 (C). Available at http://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2013/manual-pdf/2013_Guidelines_Manual_Full.pdf (Last visited July. 1, 2014)
- 130) 米国での有罪答弁に関して一般的には、参照、鈴木一義「司法取引に関する考察—「有罪答弁」を巡る議論情況」法学新報〔中央大学〕118巻1=2号171頁, 220-230頁 (2011)。
- 131) Toren, *supra*, note 30 at 9によれば、2012年秋までに集結した事件で、保護観察又は自宅拘禁31件に対し、実際の収監を伴う拘禁刑が51件であった。
- 132) United States v. Williams, 526 F.3d 1312, 1320-24 (11th Cir. 2008). 有罪答弁を行った被告人がWの訴追に協力して証人となったことなども、情状要素だとする。
- 133) Department of Justice, *supra*, note 36 at 58.
- 134) Id. at 89.
- 135) United States v. Genovese, 311 Fed. Appx. 465, 466-67 (2d Cir. 2009). 他に付随的条件がついているが、それについては後述する。
- 136) The Federal Bureau of Investigation, *Chinese National Sentenced to 87 Months in Prison for Economic Espionage and Theft of Trade Secrets First Prosecution in Indiana for Foreign Economic Espionage*, U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, OFFICE OF PUBLIC AFFAIRS, <http://www.FBI.gov/indianapolis/press-releases/2011/chinese-national-sentenced-to-87-months-in-prison-for-economic-espionage-and-theft-of-trade-secrets-first-prosecution-in-indiana-for-foreign-economic-espionage> (Last visited July. 1, 2014)
- 137) 18 U.S.C. §3553 (a). 考慮事情は、(1) 犯罪の性質と周囲の状況、及び被告人の犯歴と性格、(2) 犯罪の深刻さ、同種犯罪の予防の必要など、(3) 課されるべき刑罰の種類、そして(4) 量刑基準によって定まる量刑の範囲である。
- 138) 28 U.S.C. §994 (a) (1).
- 139) 量刑基準は拘束的 (mandatory) ではありえないが、量刑判断を行う裁判所にはそれを考慮することが要求されるというのが、合衆国最高裁の判例である。United States v. Booker, 543 U.S. 220, 245, 259 (2005) (陪審の認定した事実を照らして量刑基準を適用すれば210-262ヶ月の拘禁刑となるべきところ他の証拠に依拠して360ヶ月の拘禁刑を言い渡した判決が陪審審理を保障した憲法に反して違法だとする一方、量刑基準の下限を下回る刑を言い渡した別の判決を破棄)。
- 140) Gall v. United States, 552 U.S. 38, 49, 51 (2007). Agrawal, 726 F.3d at 242 は、量刑基準に照らせば63-78ヶ月の拘禁刑であるべきところ、事実審裁判官の裁量で30ヶ月に減輕した判断を是認した。ほぼ同一事案のAleynikov の第一審判決が97ヶ月の拘禁刑だったこととの間で均衡を失っているが、Aleynikov が前述の通り第二審で無罪となっていたため、その不均衡が問題とならなかったものと思われる。
- Yang, 281 F.3d 534, 544-47#
- 141) 実際面の解説としては、森本哲也『概説 アメリカ連邦刑事手続—日本企業に対する刑事訴追への法的対応』(2005年) 154-172頁が詳しい。

- 142) 2013 USSC GUIDELINES MANUAL, *supra*.
- 143) Id. §5A.
- 144) Id. §5B1.1 (a).
- 145) Id. §2B1.1 (a)(2); (b)(1). 営業秘密漏洩にかかる被害額の算定は困難なことが多いが、被告人の刑責を定めるための被害額算定は格別に正確である必要はなく、説明のつく (reasonable) ものであればよい (Id. Application Note 3 (C))。しかし刑期の相当部分が事実上その算定によって決まることとなるので、実務的な問題は多い。Christopher S. Merriam, *Addressing Sentencing Issues in Trade Secret and Economic Espionage Cases*, 57 UNITED STATES ATTORNEYS' BULLETIN 62, 63-67. 何らの説明もなく不明確ゆえにゼロと算定した場合は、違法とされる。Roberts, 707 F.3d at 582-83.
- 146) 2013 USSC GUIDELINES MANUAL, §3 B 1.3. この二つの加重事由は選択的であり、両者が同時に加算されることはない。
- 147) Merriam, *supra*, n.143, 67.
- 148) Lange, 312 F.3d at 270. 「一般大衆 (general public)」の有しない技能は特殊技能である、とする。
- 149) 2013 USSC GUIDELINES MANUAL, §3 B 1.1 (c); (a)(b). それ以下の人数の場合の首魁も2ポイント加算である。
- 150) 逆に、役割が軽微 (minor) であれば、2ポイントの減算である。Id. §3 B 1.2 (b). また、有罪答弁などによって刑責を自覚していることを明確に示した場合は、起訴された訴因についても、一般的には2ポイント減となる。Id. §3 E 1.1 (a). もともとの犯罪レベルが16以上だった場合は、さらに1ポイント減となりうる。Id. (b). さらに、捜査に積極的に協力するなどして当局を援助した場合は、裁量的な減輕の自由となりうる。Id. §5K1.1.
- 151) これらについては、*see*, Shiffman, et. al, *supra*, note 29, at 938-45.
- 152) Id. §3D1.1; §3D1.3 (a), (b). 複数のグループが成立する場合は、たとえば2グループならば2ポイントを加えるというように、加重が行われる。§3D1.4.
- 153) 18 U.S.C. § 2314.
- 154) 2013 USSC GUIDELINES MANUAL, §2B1.1. 基礎犯罪レベルも被害額によって定まる加算も同じである。
- 155) 18 U.S.C. § 1030.
- 156) 2013 USSC GUIDELINES MANUAL, §2B1.1.
- 157) 18 U.S.C. §1341.
- 158) 18 U.S.C. §1343. その例として、United States v. Roberts, 2009 U.S. Dist. LEXIS 121988, *36-39 (E.D. Tenn., Nov. 17, 2009), affirmed, 707 F.3d 575, 581-82 (6th Cir. 2013).
- 159) 両者が成立するとされた例として、United States v. Martin, 228 F.3d at 15-19.
- 160) 2013 USSC GUIDELINES MANUAL, §2B1.1. ただし、欺罔の相手方が公務員であるなど特別な事情があるときは基礎犯罪レベルは12となるので、(Id. §2C1.1), 後出の司法妨害などと近い状況となる。
- 161) 18 U.S.C. § 1512.
- 162) 18 U.S.C. § 1623. その例として、United States v. Liu, *supra*, n.109, 716 F.3d at 173-74.
- 163) 2013 USSC GUIDELINES MANUAL, §2J1.2(a); §2J1.3 (a). それに対応する刑期は、15-21ヶ月である。§5A.
- 164) Arms Export Control Act, 22 U.S.C. §§ 2778, 2780.
- 165) 2013 GUIDELINES MANUAL, §2M5.2 (a)(1). その例として、United States v. Meng, *supra*, note 93.
- 166) Acting as an unregistered foreign agent, 18 U.S.C. § 951 (a).
- 167) 2013 USSC GUIDELINES MANUAL §2X5.1, §2M3.2 (a)(2). See, Chung, 659 F.3d at 834-35.
- 168) この場合の言渡刑は、経済スパイ罪の最高刑である15年を超える。量刑基準によって定まる刑期がいずれかの罪の最高刑の範囲に収まる場合は、観念的に複数の罪に対して並行的に (concurrently) 刑が執行されるが、このように最高刑を超える場合には、他の罪に対する刑罰の執行が継続的に (consecutively) なされる (2013 USSC GUIDELINES MANUAL, §5G1.2(b)-(d), cmt. 1)。法定の最高刑の定めは、このような場合にのみ意味がある。

(原稿受領日 2014年5月12日)