

ドイツ刑法典における国家秘密侵害の罪に関する 序論的検討

久保田 隆¹

<目次>

- I はじめに
- II ドイツ刑法典93条における「国家秘密」の概念
 - 1 (真正) 国家秘密 (93条1項)
 - 2 非合法秘密 (93条2項)
- III ドイツ刑法典における国家秘密侵害の罪に関する諸規定
 - 1 ドイツ刑法典各則第2章「反逆及び対外的安全の危殆化」
 - 2 反逆罪 (94条)
 - 3 国家秘密公表罪 (95条)
- IV おわりに

I はじめに

現在わが国では、安全保障上重要な技術情報の海外流出を防止することを目的として、秘密特許制度の導入が政策課題として議論されている。その論点の1つが、「秘密」とすべき技術情報の範囲である。諸外国の立法例をみると、米国特許法では、国家安全保障に有害である (detrimental to the national security) と関連行政庁の長が認めるときは、特許局長が秘密保持命令を発することができる²と定められている (35 U.S.C. § 181)²。このように、米国では、秘密特許制度の対象が「特許法固有の概念によって画されて

¹ 東京大学先端科学技術研究センター知的財産法分野 (玉井研究室) 特任助教。本稿は、当初、信州大学経法学部・玉井克哉教授との共著論文として投稿を予定していたものであるが、事情が変わり、玉井教授の参画が困難となったことから、筆者の単独名義での投稿をお許しいただいたものである。ここに記して感謝申し上げます。

² 玉井克哉「米国の秘密特許制度について」AIPPI 63巻11号 (2018年) 964頁参照。

いる³⁾のである。それに対して、ドイツの秘密特許制度⁴⁾では、「秘密」の範囲につき、刑法典93条の「国家秘密」(Staatsgeheimnis)の定義規定が参照されている(ドイツ特許法50条1項⁵⁾)。換言すれば、ドイツは、秘密特許制度を刑法による国家秘密の保護と連動させているのである。米国とドイツの制度の比較を通じて明らかとなるのは、秘密特許制度を設計するうえでは、「秘密」とすべき技術情報の範囲に関して、一般的な(国家)秘密保護法制と連動させるか否かを検討する必要がある、ということである。

そこで、本稿では、一般的な国家秘密保護法制との連動を図るドイツの秘密特許制度に関する詳細な調査・検討の準備段階として、ドイツ刑法典における国家秘密侵害の罪に関する諸規定を概観し、今後の議論の基盤となる情報を提供する。具体的には、まず、「国家秘密」概念の定義規定であるドイツ刑法典93条の内容を確認したうえで(Ⅱ)、国家秘密侵害の罪に関する諸規定を概観する(Ⅲ)。

Ⅱ ドイツ刑法典93条における「国家秘密」の概念

ドイツ刑法典93条では、94条以下の国家秘密侵害の罪の対象となるべき「国家秘密」の概念が定義されている。同条には、「国家秘密」の定義規定である1項にくわえ、「国家秘密」からは除外される事実に関する規定であ

³⁾ 玉井(前掲注2)973頁。

⁴⁾ ドイツの秘密特許制度の概要を紹介するものとして、八木雅浩「特許制度に基づく技術情報の公開による大量破壊兵器の拡散リスク」CISTEC ジャーナル154号(2014年)12-14頁を参照。

⁵⁾ ドイツ特許法50条は、次のとおり定める(訳文は、特許庁ホームページ掲載の訳文[<https://www.jpo.go.jp/system/laws/gaikoku/document/mokuji/germany-tokkyo.pdf>]に筆者が適宜手を加えたもの)。

第50条

①国家秘密(刑法典第93条)である発明について特許が求められる場合、審査課は、公表を行ってはならない旨を職権に基づいて命令する。命令に先立って、最上級の所轄連邦当局の意見が聴取される。最上級の所轄連邦当局は、命令の発出を請求することができる。

②～④ [省略]

る2項が存在する。講学上、前者は「真正国家秘密」(echte Staatsgeheimnisse)、後者は「非合法秘密」(illegale Staatsgeheimnisse)とも称されている。以下では、1項・2項それぞれについて概観する。

1 (真正) 国家秘密 (93条1項)

ドイツ刑法典93条1項は、次のとおり定める⁶。

第93条 国家秘密の概念

① 国家秘密とは、限定された範囲の者にのみ入手可能で、ドイツ連邦共和国の対外的安全に対して重大な不利益を及ぼす危険を回避するため、外国の勢力に対して秘密にしておかなければならない事実、物又は知識をいう。

ある事実、物または知識（以下、事実等とする）が国家秘密として刑法上保護されるには、第1に、限定入手可能性 (begrenzte Zugänglichkeit) の要件を満たす必要がある。これは、93条1項の「限定された範囲の者にのみ入手可能」という文言から導かれる要件である。この要件を満たしているか否かは、(秘密保全措置がなされているか否かといった) 形式的な基準ではなく、あくまでも、限定された範囲の者にのみアクセス可能であるか否かという実質的な観点から判断される (いわゆる「実質的秘密概念」)。したがって、これまで未発見ないし未解明であったがゆえに保全措置をとりえなかった事実等にくわえ、保全措置はとられていないものの、その内容の性質または取扱いの方法に照らせば一定の者だけが知りうる事実等も、国家秘密として保護される⁷。この点は特許の発明者にとって重要である。なぜなら、次

⁶ 訳文は、法務省大臣官房司法法制部司法法制課『ドイツ刑法典』法務資料461号(2007年)における邦訳に筆者が適宜手を加えたものである(以下同様)。

⁷ *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. (2019) (im Folgenden: Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*), § 93 Rn. 5.

に述べる要秘密保持性の要件が満たされる限り、発明者といえども「国家秘密」に該当する事実等を公表すれば処罰の対象となりうるからである⁸。

第2に、要秘密保持性（Geheimhaltungsbedürftigkeit）の要件が充足されなければならない。93条1項によれば、「ドイツ連邦共和国の対外的安全に対して重大な不利益を及ぼす危険を回避するため、外国の勢力に対して秘密にしておかなければならない」事実等でなければ、国家秘密には該当しないのである。「外国の勢力」には、外国政府のみならず、国家機能を奪取しようとしている反政府組織なども含まれる一方、マフィアなどの組織はこれにあたらないとされる⁹。さらに、「ドイツ連邦共和国の対外的安全に対して重大な不利益を及ぼす危険」のあるものでさえあれば、（政治、軍事、諜報または経済といった）秘密の種類は問わないとされる¹⁰。裏を返せば、そのような危険を伴わない外交上の秘密などは、当該国との関係においていかに重要なものであろうとも、国家秘密として保護されることはない。また、ここにいう「危険」の発生源は外国の勢力でなければならないため、外国政府ではなく外国企業のために活動する純然たる産業スパイ（経済スパイ）による秘密侵害行為は、「国家秘密」の侵害にはあたらない¹¹。

2 非合法秘密（93条2項）

ドイツ刑法典93条1項にいう（真正）国家秘密の要件を満たす事実であっても、93条2項に規定されている「非合法秘密」に該当するものについては、国家秘密から除外される。93条2項は、次のとおり定める。

第93条 国家秘密の概念

② 自由で民主的な基本秩序に反する事実、又は、国家間で合意した軍

⁸ Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, § 93 Rn. 8.

⁹ Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, § 93 Rn. 15.

¹⁰ BGH Urt. v. 28.03.1963 – 9 StE 1/63, BGHSt 18 336 (338); vgl. auch Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, § 93 Rn. 17.

¹¹ Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, § 93 Rn. 21.

備の制限に、ドイツ連邦共和国の条約相手国に対して秘密にしながら違反する事実は、国家秘密ではない。

ここでは、国家秘密から除外されるものとして、①自由で民主的な基本秩序に反する事実、および、②条約上の軍備の制限（1968年のいわゆる核不拡散条約など¹²⁾）に違反する事実が（限定）列挙されている。したがって、①または②に該当する事実に関しては、これを暴露しても「国家秘密」侵害の罪で処罰されることはない。

本規定は、1968年の第8次刑法改正法によって導入されたものであるが、その目的は、外交政策上の秘密保持の必要性和、国家内部における非合法な事象を暴露することによる法治国家的利益との相克を顧慮するところにあるとされる¹³⁾。本改正以前は、このような利益衝突状況においては、概念上国家秘密にはあらず構成要件該当性が否定されるのか、それとも正当化緊急避難（ドイツ刑法典34条）によって違法性が阻却されるにとどまるのかが明らかでなかったため、この点につき立法による解決が図られることとなり、①・②にあたる事実は構成要件段階で国家秘密としての保護対象からは除外されることが明文化されたのである¹⁴⁾。ただし、次にみるように、非合法秘密を侵害する行為の一部については、国家秘密の侵害とは別に処罰規定が設けられている点には注意が必要である（ドイツ刑法典97条a、97条b）。

Ⅲ ドイツ刑法典における国家秘密侵害の罪に関する諸規定

ドイツ刑法典上、（真正）国家秘密および非合法秘密は、94条以下の処罰規定によって保護されている。以下では、それらの規定の全体像を示したうえで(1)、特に重要と思われる94条の反逆罪(2)および95条の国家秘密公表罪(3)

¹²⁾ *Lampe/Hegmann*, in: Joecks/Miebach, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 3. Aufl. (2017) (im Folgenden: *MüKoStGB/Lampe/Hegmann*), § 93 Rn. 31.

¹³⁾ Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 93 Rn. 25.

¹⁴⁾ *MüKoStGB/Lampe/Hegmann*, § 93 Rn. 29.

について簡単に述べる。

1 ドイツ刑法典各則第2章「反逆及び対外的安全の危殆化」

ドイツ刑法典93条の「国家秘密」概念の定義規定および94条以下の各処罰規定は、各則第2章「反逆及び対外的安全の危殆化」に置かれている。同章に規定されている各条文の見出しは以下のとおりである。

93条	国家秘密の概念	98条	反逆のための秘密情報員活動
94条	反逆	99条	諜報機関の秘密情報員活動
95条	国家秘密の公表	100条	平和を危殆化する関係
96条	国家秘密漏示のための探知、国家秘密の探索	100条 a	国家反逆的な偽造
97条	国家秘密の漏洩	101条	付随効果
97条 a	非合法的な秘密の漏示	101条 a	没収
97条 b	非合法的な秘密と誤認しての漏示		

これらのうち、94条から100条 a までの規定が犯罪の構成要件を定めたものである。各則第2章の見出しにもあるとおり、これらはいずれも、対外的な関係において国家（ドイツ連邦共和国）を危殆化する行為を犯罪として規定したものである。したがって、これらの犯罪の保護法益は、ドイツ連邦共和国の対外的な権力的地位（äußere Machtstellung）であるとされている¹⁵。この点において、国家秘密侵害の罪は、国家の内部的安定の保護に主眼を置く刑法典81条以下の内乱の罪や民主的法治国家の危殆化の罪とは性質を異にするものである¹⁶。

2 反逆罪（94条）

ドイツ刑法典94条には、国家秘密侵害の罪の基本類型として、反逆罪（Landesverrat）が規定されている。94条は以下のとおり定める。

¹⁵ Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, Vor § 93 Rn. 1.

¹⁶ Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, Vor § 93 Rn. 2.

第94条 反逆

① 国家秘密を、

1 外国の勢力若しくはその仲介者の一人に知らせ、又は

2 その他、ドイツ連邦共和国に不利益を与え、若しくは外国の勢力に利益を与えるために、無権限の者に得させ、若しくは公表し、これにより、ドイツ連邦共和国の対外的安全に対して重大な不利益を及ぼす危険を生じさせた者は、1年以上の自由刑に処する。

② 〔犯情の特に重い事案＝省略〕

ドイツ刑法典94条にいう反逆罪は、日本語の「反逆」という語の意味内容よりも狭く、あくまでも国家秘密侵害の罪の一類型として、対外的な関係において国家を危殆化する行為として規定されているものである。

具体的な行為態様としては、外国の勢力またはその仲介者に対して国家秘密を（直接的に）告知する行為（1項1号）、ならびに、国家秘密を無権限の者に得させる行為および公表する行為（1項2号）が規定されている。2号の類型に関しては、通常故意（15条）に加え、ドイツ連邦共和国に不利益を与える目的、または外国の勢力に利益を与える目的が必要である（いわゆる加害目的〔Schädigungsabsicht〕）¹⁷。

本罪が成立するには、さらに、「ドイツ連邦共和国の対外的安全に対して重大な不利益を及ぼす危険」の発生が必要である。ここにいう危険は、具体的な危険、すなわち、国家の対外的安全に対する重大な不利益の発生が遠からぬところにある状態を意味する¹⁸、などと説明されている。1号の行為が行われれば、通常この要件は充足されるが、2号の類型に関しては、国家秘密を得た「無権限の者」によって危険が発生しないよう保証されることもありうるとされており¹⁹、国家秘密を「得させ」ることによってただちに具体

¹⁷ MüKoStGB/Lampe/Hegmann, § 94 Rn. 12.

¹⁸ Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, § 94 Rn. 13.

¹⁹ MüKoStGB/Lampe/Hegmann, § 94 Rn. 14.

的な危険が発生するとはいえないことに注意する必要がある。

なお、97条 a 所定の非合法秘密漏示罪は、94条 1 項 1 号と同様の（直接的）告知行為につき、反逆罪と「同一の刑に処する」と定めている。

3 国家秘密公表罪（95条）

ドイツ刑法典95条には、94条の反逆罪の減輕類型として、国家秘密公表罪（Offenbaren von Staatsgeheimnissen）が規定されている。95条の規定は以下のとおりである。

第95条 国家秘密公表罪

- ① ある官庁により、又はその指示により秘密にされている国家秘密を、無権限の者に得させ、又は公表し、これによってドイツ連邦共和国の対外的安全に対して重大な不利益を及ぼす危険を生じさせた者は、この行為が、第94条で処罰の対象となっていないときは、6月以上5年以下の自由刑に処する。
- ② 〔未遂＝省略〕
- ③ 〔犯情の特に重い事案＝省略〕

本罪は、94条の反逆罪の受け皿構成要件として、主として、加害目的を伴わない報道や言論による反逆（publizistischer Landesverrat）を反逆罪よりも軽く処罰するものである²⁰。

行為態様としては、94条 1 項 2 号と同様、無権限の者に得させる行為および公表する行為が規定されているが、反逆罪とは異なり、特別な主観的要件（加害目的）は不要である²¹。また、犯罪の客体に関しても、反逆罪とは異なり、秘密保全措置がなされている（真正）国家秘密に限定されている²²。

²⁰ Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, § 95 Rn. 1.

²¹ Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, § 95 Rn. 13.

²² Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, § 95 Rn. 4.

Ⅳ おわりに

本稿では、秘密特許制度に関するドイツ特許法50条1項で参照されているドイツ刑法典上の「国家秘密」概念の内実を迫るための予備的検討として、ドイツ刑法典各則第2章における「国家秘密」概念の定義規定である93条、および、94条以下の国家秘密侵害の罪の諸規定を概観した。ドイツの秘密特許制度の全容を明らかにするためには、各犯罪類型の適用事例を参照し、刑法典93条の「国家秘密」概念をより具体的に把握することにくわえ、特許法の観点からも、秘密特許制度の具体的事例を検討することで、刑法上の「国家秘密」概念と特許法上の秘密特許制度の対象としての秘密とがどのように連動しているのかを明らかにする必要がある。これらについては、今後の課題としたい。