

営業秘密の不正利用行為の規律に 関する課題と展望

田 村 善 之

I 序

最近日本では、海外、特に韓国の企業との関係で、新日鉄 対 ポスコ、東芝 対 ハイニクスのように、請求額で1千億円規模という非常に大型の営業秘密関連訴訟が勃発しています。このような大型訴訟の例を引くまでもなく、トレードシークレットに関する実証研究は、特許の保護と並んで、あるいはそれ以上に営業秘密の保護がイノベーション達成に必要とされていることを示しています。

たとえば、Yale Survey¹という、アメリカで1980年代に研究開発部門の担当者に対して「あなたが開発にかけた費用をどのような手段で回収することを期待していますか」ということを聞いたアンケート調査がありました。そこでは、たとえば、特許、市場先行の利益、秘密管理のいずれに期待しているのかということが問われました。

さらにその10年後には、Carnegie Mellon Survey²、あるいはNISTEP Survey³

¹ Richard C. Levin, Alvin K. Klevorick, Richard R. Nelson and Sidney G. Winter, *Appropriating the Returns from Industrial Research and Development*, 3 BROOKINGS PAPERS ON ECONOMIC ACTIVITY 783 (1987).

² Wesley M. Cohen, Richard R. Nelson and John P. Walsh, *Protecting Their Intellectual Assets: Appropriability Conditions and Why U.S. Manufacturing Firms Patent (or Not)*, NBER Working Paper No. 7552 (2002), available at <http://www.nber.org/papers/w7552>.

³ Wesley M. Cohen, Akira Goto, Akiya Nagata, Richard R. Nelson and John P. Walsh, *R&D Information Flows and Patenting in Japan and the United States*, in ECONOMICS,

というものが行われています。これは先ほどのYale Surveyと同じ手法で行われましたが、特に大事なことは、日本企業に対するアンケート調査もあったということです。

さらには、さらにその10年近く後に「全国イノベーション調査」⁴というものが行われています。この「イノベーション調査」は非常に規模の大きいことが特徴的で、9,257社からの回答を得ています。

これらの実証研究では、ほぼ同じ結果が出ています⁵。たとえば、NISTEP Surveyでは、製品のイノベーションに関しては「市場先行の利益」、「特許」、「秘密管理」の順で企業の研究開発部門は利益回収手段を期待しているとされています。他方、方法のイノベーションでは、「市場先行の利益」、次に「秘密管理」、その次が「特許」となります。しかも、特許の重要性、あるいは秘密管理の重要性というものは産業分野ごとに異なるということが明らかになっています⁶。

II 秘密管理性の要件

1 旧「営業秘密管理指針」における裁判例の分析の陥穽⁷

このように重要な営業秘密に関して、特にこれまで裁判例で問題とされてきたのが、不正競争防止法2条6項にいうところの秘密管理性の要件の

LAW AND INTELLECTUAL PROPERTY, 123-52 (O. Grandstrand ed., Kluwer Academic Publishers 2004); 後藤晃＝永田晃也「イノベーションの専有可能性と技術機会：サーベイデータによる日米比較研究」(概要) <http://www.nistep.go.jp/archiv/abs/jpn/rep048j/rep048aj.html>。

⁴ 伊地知寛博＝小田切宏之ほか『全国イノベーション調査統計報告』(調査資料-110・2004年・文部科学省科学技術政策研究所) 26・38頁<http://www.nistep.go.jp/achiev/fix/jpn/mat110j/pdf/mat110j.pdf>。

⁵ 詳細は、参照、田村善之「プロ・イノベーションのための特許制度のmuddling through (1)」知的財産法政策学研究35号33～38頁(2011年)。

⁶ 後藤＝永田/前掲注3。

⁷ 詳細は、参照、田村善之「営業秘密の秘密管理性要件に関する裁判例の変遷とその当否(その1)－主観的認識 vs. 『客観的』管理－」知財管理64巻5号621～622頁(2014年)。

高さの程度です。この点に関しては、経済産業省の「営業秘密管理指針」が公にされており、何度か改訂が施されています。

その「営業秘密管理指針」の初期の版⁸では、「秘密管理性」が認められるためには、その情報を客観的に秘密として管理していると認識できる状態にあることが必要である、とされていました。具体的には、①情報にアクセスできる者を特定すること、②情報にアクセスした者が、それを秘密であると認識できることが要件となるということです。さらに、—「望ましい水準」という注釈つきではありますが、やや厳しい水準も示されています。たとえば、情報を媒体に記録した場合は、施錠可能な保管庫に施錠して保管する必要がある。また、持出し制限を行うとともに、媒体の廃棄の際には、焼却やシュレッダーによる処理、溶解、破壊等の措置を講ずることが重要である、という趣旨の記述が見られます⁹。

旧「営業秘密管理指針」は、これらの基準が裁判例から抽出されたものと主張していますが、残念ながら、その裁判例分析には方法論的な誤りがあり、レイシオ・デシデンダイ（判決理由）と、オビタ・ディクタム（「傍論」）の区別ができていないように思われます。旧「営業秘密管理指針」は、秘密管理性を肯定する裁判例において秘密管理性を肯定する方向に斟酌された事情を抽出して、それを列挙する、という手法をとっています。しかし、ある肯定裁判例において、複数の事情が考慮に入れられたからといって、それは全ての事情が秘密管理性を肯定するために必要な事情となるわけではありません。仮にそのうちの1つが欠けたとしても、なお裁判例は秘密管理性を肯定する可能性があるからです。したがって、これら全ての事情が秘密管理性を肯定するために必要と解することはできません。

他方、秘密管理性を肯定する事件において、秘密管理性を肯定する事情ばかりではなくて、これを否定する方向に働く事情があり、たとえば、パスワードが設定されていなかったとか、「マル秘」マークが付されていない

⁸ 経済産業省『営業秘密管理指針』（2003年公表、2005年改訂）（経済産業省知的財産政策室編『企業における適切な営業秘密管理～平成17年不正競争防止法改正・営業秘密管理指針改訂～』（2006年・経済産業調査会）1～78頁に転載されている）。

⁹ 経産省・前掲注8・24頁。

かったというような事情があり、しかし、それでもなお秘密管理性を肯定した場合には、これらの事情は秘密管理性を肯定するために必要でなかったことを示しています。しかしながら、「営業秘密管理指針」はこうした秘密管理性の肯定裁判例において否定方向に働く可能性のある事情があったことに全く目を向けていません。つまり、傍論と目すべきものとしては、たとえば、秘密管理性を肯定する判決において秘密管理性を肯定する方向に働きうる要素が複数あった場合の、その要素の取扱いがあります。他方、判決理由、レイシオ・デシデンダイと目すべきものとしては、秘密管理性を肯定する判決における秘密管理を否定する方向に働きうる要素の取扱いがあります。

ところが、「営業秘密管理指針」は、秘密管理性を肯定する判決における秘密管理性を肯定する方向を列举事情として挙げていくので、どうしても非常にたくさんの要素が裁判で要求されているという印象を喚起させます。

他方で、肯定例において、このような否定事情があったのだけれど、救われたということがあった場合の、その肯定例における否定事情には一切言及しないので、緩い判決があるということが気付かれないうちに裁判例の分析を終えている、そういう方法論的な瑕疵があるといわざるをえません。

2 裁判例の実像¹⁰

2.1 概観

判決理由と傍論の区別に注意して裁判例を分析するとともに、あるいは、

¹⁰ 参照、田村/前掲注7・623～636頁。裁判例を網羅的に分析するものとして、近藤岳「秘密管理性要件に関する裁判例研究－裁判例の『揺り戻し』について－」知的財産法政策学研究25号167～189・203～234頁（2009年）、楊健君「営業秘密保護の日中比較－秘密管理性要件に関する両国の学説と裁判例の状況を中心として－」AIPPI 59巻8号604～611頁（2014年）。揺戻し前の時期までの裁判例に関するものであるが、津幡笑「営業秘密における秘密管理性要件」知的財産法政策学研究14号194～208頁（2007年）、小嶋崇弘[判批]知的財産法政策学研究14号223～229頁（2007年）も参考になる。

そもそも不正使用行為が認定されていない場合における秘密管理性を否定するような判決を省いて考えますと、秘密管理性に関する裁判例には、以下の3つの時代区分を認めることができるように思います。

2.2 緩和期—2000年代初頭まで—

最初に、草創期から2000年代初頭までの「緩和期」とでもいうべき時代です。

この時代には、情報の管理を一部欠いていたにもかかわらず秘密管理性が肯定された例が頻出しています。たとえば、顧客名簿の収納に施錠がなかったが秘密管理性を認めた例があります（大阪地判平成8・4・16知裁集28巻2号300頁〔男性用かつら〕）。あるいは講師の退職時に生徒の住所・連絡先の欄がある生徒一覧表を記した教務手帳の返還を求めなかった例でも秘密管理性が肯定されています（大阪地決平成7・6・27判不競1250ノ231頁〔開成教育セミナー〕）。あるいは、パスワード等によるアクセス制限や秘密であることの表示がなかったにもかかわらず、全従業員数が10名であり、性質上情報への日常的なアクセスを制限できないことを理由に秘密管理性を肯定した判決もありました（大阪地判平成15・2・27平成13(ワ)10308等〔セラミックコンデンサー〕）。

これらの事件では、情報を持ち出した者自身が情報の管理者であったとか、誓約書や就業規則で秘密保持義務が課されていたといった事情がありました。いずれも情報の取得者にとって秘密であることが認識できる事案であったことが決め手になっているといえるように思います。

ここで緩和期の典型例として、ハンドハンズ事件を紹介しようと思います（東京地判平成14・12・26平成12(ワ)21051〔ハンドハンズ〕）。人材派遣業を営む会社の従業員が派遣労働者の雇用契約に関する情報、派遣先の事業所に関する情報を持ち出した事例です。スタッフカードは、コーディネーターの机の引出しか、机のそばにある施錠されていないキャビネットにしまわれていました。あるいは、営業課員は、スタッフカードのコピーを使用しており、不要となったコピーを自分でファイルしている者もあり、原告会社ではコピーの枚数を記録したり、コピーしたものを返還させるなどはしていませんでした。スタッフカードにもキャビネットやファイルにも「部外秘」「持出禁止」などの記載・貼紙がされていなかったというケ

ースです。しかし、裁判所は、原告会社では該当部署の従業員に誓約書を書かせて、顧客情報、派遣スタッフ情報、営業政策上の情報について在職中および退職後の秘密保持並びに退職後2年間の競業避止を誓約させていたことや、個人情報の保護の観点から派遣スタッフの個人情報の管理について一般的に注意を喚起していたことなどの事情を斟酌して、「営業課員がこれらのコピーを保有し続けることは予定されていなかったものであって、業務の必要上やむを得ない利用形態と認めることができる」と論じて秘密管理性を肯定しています。

まとめますと、旧「営業秘密管理指針」の理解と異なり、この時代の裁判例にあっては、不正利用者が営業秘密として管理されていることを認識しうる程度の管理があれば、秘密管理性の要件を満足するものと取り扱っていたと理解できます。

2.3 裁判例の転換—2000年代初頭～2000年代中盤における厳格期（客観説）の到来—

ところが皮肉なことに、ちょうどこの「営業秘密管理指針」が公開された頃から裁判例が厳格な方向に転換します。

この時期には、それ以前であれば秘密管理性を肯定した事件と同等かそれ以上の秘密管理がされていたにもかかわらず、厳格な管理を要求し、結論として秘密管理性を否定する裁判例が登場して、主流を占めました。その嚆矢となった裁判例として、人工歯事件があります（京都地判平成13・11・1判不競1250ノ174ノ22頁〔人工歯〕）¹¹。不正使用の事実が認められたにもかかわらず、秘密管理性が否定されたという意味でエポックメイキングな判決でした。この裁判例では「客観的に認識しうる」秘密管理がなされていたとはいえないというマジックワードが使われています。この時期の裁判例では、その後も、このように「客観的な」という言葉を使う判決が頻出し（名古屋地判平成11・11・17平成10(ワ)3311〔コンベヤーライン〕、大阪地判平成12・7・25平成11(ワ)933〔人材派遣業社員名簿〕、東京地判平成20・7・30平成19(ワ)28949〔馬券予想顧客名簿〕）、具体的にも厳格な運用がなされていました。

¹¹ 参照、小嶋/前掲注10・215～240頁。

この時期の典型的な裁判例として、ノックスエンタテインメント事件を紹介します(東京地判平成16・4・13平成15(ワ)10721〔ノックスエンタテインメント〕)¹²。

この事件では、顧客リストやアルバイト員リスト、登録表および見積書がパソコンに保存されていたほか、プリントアウトが鍵のかからない引出しに入れられていました。被告らは在職中これらの情報を私物のパソコンにコピーして所持していたほか、プリントアウトを持ち出すことが許されており、また、携帯電話のメール機能を利用してアルバイト員に連絡を取っていました。このような事情の下、裁判所は以下のように述べて、秘密管理性を否定しています。

「ファイルの背表紙には、赤字で『社外秘』と記載されている。しかしながら、当該ファイルが保管されている書棚には扉がなく、当該ファイルにアクセスする者を一定の者に制限するといった措置も執られておらず、従業員が自由に閲覧できるものであった」。「原告事務所には、原告代表者及び従業員を併せて4名という極めて小人数の社員が勤務しているため、業務時間中書棚に鍵をかけたり、上記ファイルにアクセスする者を一定の者に制限することは業務の円滑な遂行の観点から困難であるとしても、かかる状況下において、例えば、就業規則で定めたり、又は誓約書を提出させる等の方法により従業員との間で厳格な秘密保持の約定を定めるなどの措置や、例えば、コピーを取る場合に配布部数を確認したり、使用後そのコピーを回収する等の方法により用途を厳格に制限するなどの措置を執ることは十分可能であるにもかかわらず、原告がそのような措置を執っていなかった」。「原告が履歴書および登録表に記載された本件情報を……客観的に秘密として管理していたということはできない」

ここでこのノックスエンタテインメント事件を、先に紹介した緩和期の裁判例の事案と対比してみようと思います。たとえば、従業員の手元にあった情報を回収していないという事案で、ハンドハンズ事件は秘密管理性を

¹² 参照、田村善之＝津幡笑〔判批〕中山信弘＝大淵哲也＝茶園成樹＝田村善之編『商標・意匠・不正競争判例百選』(2007年・有斐閣)192～193頁。

否定していませんでした。施錠せず情報を保管していたという事案で、男性用かつら事件は秘密管理性を否定していませんでした。従業員が4人という小さな会社であるということは、秘密管理性を肯定した男性用かつら事件、セラミックコンデンサー事件と共通です。しかも、「社外秘」の印があるということは、ハンドハンズよりも明示的な秘密管理がとられていました。したがって、従前の裁判例、特にハンドハンズの基準に従えば、退職後の情報の持出しは「業務上予定されていない」として、秘密管理性が肯定されたと思われる事案であるにもかかわらず、未だ「秘密管理が不十分である」として保護を否定した点に、ノックスエンタテイメント事件の特徴があります。

2.4 裁判例の揺戻しー2000年代終盤～現在における主観説(認識可能性説)の台頭ー

続いて、第3期、現在に至るものですが、裁判例の揺戻期を紹介します。

この時代は「客観」という言葉が使われることは少なくなり、むしろ、秘密として管理していることが「認識可能」であったという言葉が使われることが多くなります。たとえば、その嚆矢となった時期の代表例として、イーブランニング事件というものがあります(大阪地判平成20・6・12平成18(ワ)5172 [イーブランニング])。この事件は、情報の入ったパソコンのIDとパスワードを複数の従業員で共有してしまして、IDやパスワードを紙に書いて貼ってあったり、入力担当者に退職者が出てもIDとパスワードに変更がありませんでした。しかしながら、裁判所は「IDやパスワードの趣旨が有名無実化していたというような事情があればともかく、そのような事情が認められない限り、なお秘密管理性を認めるに妨げはない」と論じて秘密管理性を否定しませんでした。

この事件では、IDやパスワードは物理的なアクセス制限としては機能していません。しかし、この事件のIDやパスワードは、それによって囲われている情報が秘密とされるべきものであることを示す機能は果たしています。つまり、誰もが入力できるわけですが、しかし、「マル秘」マークがついている以上の手間はかかっていますから、「これは『マル秘』として管理したがっているのだな」ということは分かるわけです。こうした機能に着目して秘密管理性を肯定する判決は、緩和期の判決と同じ発想

に基づいている、すなわち揺戻しが始まったというように理解することができます。

時間の関係でその他の近時の裁判例の状況を逐一紹介することはできませんが、その代わりに、ここではこの揺戻期を特徴づける説示として、秘密管理性を肯定した事件で知財高裁が用いた次のような説示を紹介しておきましょう（知財高判平成23・9・27平成22(ネ)10039 [ポリカーボネート樹脂製造装置]）。

「本件情報は世界的にも希少な情報であって、そのことを千葉工場のPS・PC樹脂の製造に関係する従業員が認識していたことは当然であるから、PS・PC樹脂の製造に関係する従業員においても、PC樹脂の製造技術に係る情報が秘密であることは認識されていたといえるし、このことは、当業界の外部の者にとっても同様であることは明らかである」

つまり、説示として従業員の認識を基準とすることが明言されているのです。

3 営業秘密管理指針の改訂

そのような中、2010年に旧「営業秘密管理指針」が改訂されています¹³。そこでは「大量の情報をやみくもに営業秘密として管理しようとすることは、管理コストを高めるのみならず、管理の実効性や業務効率を低下させることとなり」、「いたずらに厳格に管理するような管理方法を用いた場合、通常の事業活動を行う者を委縮させ、情報の共有による生産性向上や円滑な事業活動の促進を妨げるだけでなく、かえって管理が非効率になることがある」といわれています。もっとも、具体的な水準の解説のところでは、裁判例が対立したことを踏まえた議論はまだなされていませんでした。

この点の理解を全面的に改めたのが、2015年に発表された「営業秘密管理指針」¹⁴です¹⁵。今回の改訂では、旧指針に対する筆者等の批判を受け入

¹³ 営業秘密管理指針(改訂版)2010年4月9日(<http://www.meti.go.jp/press/20100409006/20100409006.html>)。

¹⁴ 経済産業省「営業秘密管理指針」(全部改訂：平成27年1月28日)<http://www.meti.go.jp/press/20150128001/20150128001.html>。

れ¹⁶、裁判例の分析を改めるとともに、主観説を全面的に採り入れたところに特徴があります。そこでは、秘密管理性要件の趣旨が関係者の予見可能性を確保することに求められるとともに¹⁷、「秘密管理性要件については、企業が、ある情報について、相当高度な秘密管理を網羅的に行った場合にはじめて法的保護が与えられるべきものであると考えることは、…適切ではない」ことが強調されています¹⁸。そのうえで、具体的な程度に関しては、次のように、(言葉づかいは若干異なるところがあるものの)秘密として管理されていることに対する取得者の認識可能性に焦点が当てられています。

「秘密管理性要件が満たされるためには、営業秘密保有企業の秘密管理意思が秘密管理措置によって従業員等に対して明確に示され、当該秘密管理意思に対する従業員等の認識可能性が確保される必要がある。」¹⁹

そして、参考裁判例として掲げられているものは、前述したように、これまでの指針で一顧だにされていなかった裁判例、つまり、管理に一定の瑕疵があったにもかかわらず秘密管理性を肯定する裁判例が集中的に取

go.jp/policy/economy/chizai/chiteki/pdf/20150128hontai.pdf。

¹⁵ 本改訂が成立したのは、本講演録のもととなった講演よりも後のことであり、講演では改訂の見込みであることのみを指摘するに止めていたが、本講演録では改訂を踏まえた解説を追加することにした。

¹⁶ 筆者は、今回の改訂に際して、かなり早い時期から、経済産業省経済産業政策局知的財産政策室の訪問を何度か受けたほか、2014年10月31日に開催された「産業構造審議会 知的財産分科会 営業秘密の保護・活用に関する小委員会(第2回)」において、筆者の考え方を提示している(http://www.meti.go.jp/committee/sankoushin/chitekizaisan/eigyohimitsu/002_haifu.html)。

¹⁷ 「秘密管理性要件の趣旨は、企業が秘密として管理しようとする対象(情報の範囲)が従業員等に対して明確化されることによって、従業員等の予見可能性、ひいては、経済活動の安定性を確保することにある。」経産省・前掲注14・3頁。

¹⁸ 経産省・前掲注14・4頁。

¹⁹ 経産省・前掲注14・5頁。

り上げられています²⁰。しかも、それらは、全て緩和期ないし揺戻期に属する裁判例であり、本稿にいうところの主観説(＝認識可能性説)をとったうえで、揺戻期の裁判例の法理を推進しようとする新指針の強い意向を窺うことができます。

4 検討²¹

この問題については、秘密管理性要件が設定されている趣旨から考えるべきではないかと思います。

秘密管理性の要件の趣旨その1は、秘密として管理されていない情報は遅かれ早かれ他に知られるところとなり、企業の優位性は失われる、したがって、秘密として管理していないものはインセンティブとして機能していない可能性があるので、そのようなものについてはあえて法が保護する必要はないという考え方があります。しかし、このような考え方で秘密管理性が設けられていて、一定程度の管理が行われているのであれば、秘密管理がインセンティブとして機能しているといえると思います。かえって、高度な秘密管理を要求しますと、企業活動に対する硬直的な効果をもたらし、たとえば、小規模企業における「あ・うんの呼吸」を無意義にする恐れがあると思いますので、秘密管理という成果開発のインセンティブを過度に減じかねないと思います。

小さな企業、あるいは大企業の中でも相対的に独立した小規模の研究開発チームのような小さな部署でも同じことだと思いますが、そのような小さな企業や小さな部署の内では、特に「あれが秘密だ、これが秘密だ」と指示しなくとも皆、何が秘密とされるべきかということをつかっており、そして、そのように皆が分かっていることを前提として、物理的な秘密管理を一傍から見ると一緩めている場合があると思います。そのようにすることで、大企業や大きな部署ではとれないような素早い書類のやりとりや

²⁰ 経産省・前掲注14・8・9・10～11頁。

²¹ 参照、田村善之「営業秘密の秘密管理性要件に関する裁判例の変遷とその当否(その2)(完)―主観的認識 vs.『客観的』管理―」知財管理64巻6号788～792頁(2014年)。

データのやりとりができることによって小規模のまとまりならではの効率性を追求することができます。そのような効率性を大切にしなければならぬと思うわけです。

私がこのような考え方に到達するにあたって参考にしたのは、アメリカ合衆国の著名なデュポンのケースであります（Cf. *E.I. du Pont de Nemours & Co. v. Christopher*. 431 F.2d 1012 (5th Cir. 1970)）²²。デュポンの工場で建設中のプラントの工場の配置が営業秘密であると主張されたケースです。まだ建設中ですが、塙に囲まれているために周囲からその工場の配置を見ることはできません。いまでこそインターネットで上空からの高解像度の衛星画像にアクセスすることは容易ですが、もちろん当時はそのようなものはありません。そこで、被告は何をしたかというと、航空機を上空に飛ばして、工場を空撮したというケースです。

ここで裁判所は「このような空撮を防ぐために、デュボンに対して建設中の工場を屋根で覆うことを要求することは、巨大な費用を投下して子供の悪戯を防ぐようなものでしかない」、ゆえに不相当である旨を説いています。物理的には屋根でカバーしようと思えばできなくはないかもしれないけれども、費用的に見て非常に非効率的になる。そのときに、ある程度のところまでは自分で守ってもらう必要があるとしても、ある一定段階を超えたところはむしろ法に頼る、つまり、法がカバーの代わりをしてあげる、という発想を見て取ることができます。こういう合理的な管理の水準の判断というアプローチが、この問題を考えるうえで大事ではないかと思った次第です。秘密管理性要件の趣旨その2は、情報は管理がない場合には自由に流通する性質を有しており、その出所源が不明となる場合が少なくないということに関わります。いまそこで、保護される情報を他の情報と区別して法的保護を欲していることを明示させることを促すために、秘密管理が要求されているのだということになります。しかし、こういう趣旨でしたら、秘密管理性は情報の利用者にとって秘密とすることが求められていると認識できる程度に管理されているか否かを基準にすれば足り

²² 参照、小島立「アメリカにおける営業秘密保護について」日本弁理士会中央知的財産研究所編『不正競争防止法研究－「権利侵害警告」と「営業秘密の保護」について』（2007年・レクシスネクシス・ジャパン）304～305頁。

るのではないかと思います。

これらの理由づけからは、厳格期の裁判例を肯定する理屈を見出すことはできないように思いますが、もう1つ、厳しい秘密管理の水準の要求を肯定する理屈があるかもしれません。それは、秘密管理が要件とされている趣旨を、厳重に秘密が管理されていなければならないほど、秘密の漏洩行為、漏知行為の数も減り、裁判所を煩わせることもなくなるというところに求めるものです。しかしながら、過去の裁判例のほとんどが内部者による不正取得が問題になったものであり、そもそも秘密を管理している当事者の手になるものも少なくありません。こうした状況では、厳格に秘密管理をしても紛争が起ることを防ぎえないと思います。したがって、近時、厳格な裁判例によってもたらされるメリットはあまりないように思います。

Ⅲ 不正利用行為の立証²³

続いて、不正利用行為の立証についてのお話をしようと思います。不正利用行為の存在が直接証明されることはほとんどありません²⁴。たいていの場合には間接事実から不正利用行為の存在が推認されることになります。たとえば、顧客が不自然なまでに重複しているケースがあります(前掲大阪地判[セラミックコンデンサー])。逆にいえば、重複の程度が不自然ではない場合には、営業秘密が取得され使用されたとは推認されません(大阪地判平成11・9・14判不競1250/186ノ22頁[顧問先名簿])。

技術的な営業秘密に関する例としては、たとえば、ノウハウを具現した製品が不自然に酷似している場合も、営業秘密の不正使用行為や不正取得行為が推認されます(前掲知財高判[ポリカーボネート樹脂製造装置])。逆にいえば、製品が類似していない場合には、営業秘密が取得され使用されたとは推認されません(東京地判平成8・1・31判不競1250/204ノ3頁[90度フレアー鋼管接続工法])。そのほかに、ノウハウの使用時期が不自

²³ 参照、田村善之「営業秘密の不正利用行為をめぐる裁判例の動向と法的な課題」パテント66巻6号86～88頁(2013年)。

²⁴ 例外的に直接の証明に成功した事例として、東京地判平成12・11・13判時1736号118頁[来山者名簿]。

然に近接している場合にも、つまり、この期間では被告は開発できなかったのではないかと思われる事情があるときにも、営業秘密の不正使用行為を推認した判決があります（大阪地判平成10・12・22知裁集30巻4号1000頁〔フッ素樹脂シートの溶接技術〕）。

こうした取扱い、もちろん、自由心証の枠内の問題ではありますが、便法として推奨されてしかるべきでしょう。

IV 営業秘密の特定・立証²⁵

続いて、営業秘密の特定や立証についてのお話に移りたいと思います。裁判例では抽象的な主張では特定として足りないといった判決もありますが（大阪地判平成10・9・10判時1656号137頁〔水処理設備装置〕）、柔軟な態度を示す判決もあります（東京高決平成13・11・8判不競1250ノ174ノ31頁〔レスキュラ営業秘密〕）。さらには、訴訟の提起段階においては抽象的な特定を許容した判決があります（前掲大阪地判〔フッ素樹脂シートの溶接技術〕）。この事件は、原告が訴訟が相当進行した後でより詳細に営業秘密を特定していったという事件で、裁判所は被告の応訴態度を見ながら具体的に営業秘密を特定することもやむをえないと論じて、この特定の主張を時機に後れた主張として却下しませんでした（参照、前掲大阪地判〔セラミックコンデンサー〕）。

それではいかに考えるべきでしょうか。これらの裁判例が示しており、入口の問題と出口の問題を分けるべきであると思います。つまり、訴えの却下を防ぐために必要となる営業秘密の特定の段階における具体化の程度と、請求棄却を防ぐために営業秘密の立証に成功するための具体化の程度は異なると考えるべきだと思います。入口の場面では攻撃防御目標が明らかになる程度に特定されていれば足りると思います（参照、前掲大阪地判〔フッ素樹脂シートの溶接技術〕、前掲大阪地判〔セラミックコンデンサー〕）。

他方、出口の場面では、差止請求と損害賠償請求とで取扱いをたがえてよいのではないかと思います。たとえば、被告に転職した従業員が関わっ

²⁵ 田村/前掲注23・88～89頁。

ていた技術的なノウハウが多数あり、そのうちどのノウハウが被告によって使われているかを完全に特定することはできない。しかし、従前の被告の技術水準に鑑みると、問題の転職後間もない内にその時間的な間隔では開発が不可能と考えられる新製品の開発に成功している、という事例を想定します。この場合、厳格に「どれ」と特定できない以上、差止めという形で請求認容はできないかもしれません。何を使ってよいのか、何を使ってはいけないのか分からないというのでは、相手方の行動の自由を過度に制約することになります。しかし、「どれ」とは分からないが原告の営業秘密のどれかは使ったということは推認できるわけですから、損害賠償を認容するに足る程度の立証は果たしていると取り扱うべきであるように思います。

V 営業の差止め²⁶

続いて、差止めについての話をしようと思います。

営業秘密の保護を理由として営業に対する差止めを認めることについてはたいへん難しい問題があります。つまり、営業秘密の不正使用行為と通常の適法な営業行為を区別することが困難であるために、営業秘密の不正使用行為のみを取り出して差し止めることは不可能な場合があります。この場合、営業自体の差止めを認める場合には、営業秘密の保護として過大であり、過度に競争を阻害するのではないかということが問題になります。

裁判例でも同様の趣旨を説くものがあります（東京地判平成16・9・30 平成15（ワ）16407 [ペットサロンムーお客様カード]）。引用しますと、

「このような請求は、被告ら店舗の営業を何らかの方法により知った顧客が自発的に被告ら店舗に来店し、あるいは電話をしたような場合においても、被告らがこれに対応することを禁ずることを求めるものであり、不正競争防止法上の請求権を超える保護を裁判所に対して求めるものといわざるを得ず、請求原因事実の存否にかかわらず、許されない」（別途、

²⁶ 田村/前掲注23・89～91頁。

秘密管理性も否定)。

他方で、顧客に対する勧誘の禁止の限度で差止めを認める判決というものもあります。たとえば「被告らは、別紙顧客目録記載の者に対し、面会を求め、電話をし、郵便物を送付するなどして放射線量の測定契約を締結したり、締結方の勧誘又は同契約に付随する営業行為をしてはならない」という主文による差止めを認めた判決があります（東京地判平成12・10・31判時1768号107頁〔放射線測定機械器具〕、東京高判平成13・6・20平成12(ネ)5926〔同〕）。

さらには極めて例外的ながら、このような制限を設けることなく、営業自体の差止めを認めた判決もあります（前掲大阪地判〔男性用かつら〕）。

この事件では、男性用かつらの販売業者で、原告を退職した元従業員が顧客名簿をコピーして競業に利用したという事件で、顧客名簿の廃棄請求のほか、顧客名簿に記載された者が自発的に被告との契約の締結等を求める場合にも、その者との契約の締結等をしてはならないという差止めが認容されました。

「別紙顧客目録記載の者は、特段の反証のない限り、被告が一度は原告の営業秘密である原告顧客名簿を使用して勧誘を行った顧客であると推認することができ、これらの者に対し、被告が……営業行為をすることは、先に行った原告顧客名簿を使用しての……勧誘によってもたらされる必然的な結果を利用する行為であるということができ、……右の勧誘と一体をなすものとして営業秘密の使用に当たる」

男性かつらの販売業というのは、その性質上、宣伝広告に依存する営業です。ほとんど宣伝広告を行っていないという被告の現状では、原告顧客名簿を用いた勧誘行為とは無関係に被告店舗に来店したり電話連絡してくる顧客は減多にいないと考えられます。したがって、原告顧客名簿登載の約400名の顧客と取引すること自体を禁止しても、現時点では被告にとって原告顧客名簿を使えないということ以上の不利益を意味しないように思います。その後、被告が宣伝広告活動や営業活動を継続した結果、ある程度被告にも信用が蓄積され、その結果、この原告顧客名簿の400名の

中にも、原告顧客名簿を利用せずとも結局は被告と取引したであろうと推認される者が相当数出始めたという段になれば、被告の申立てに基づいて強制金の金額の決定を変更しておけばよいように思います²⁷。

ノウハウの使用の差止めについても同じような問題があります。裁判例でも原則として営業秘密を使用したという限定が付された形で製品の差止めが認められています(前掲大阪地判[フッ素樹脂シートの溶接技術]、東京地判平成23・4・26判タ1360号220頁[ポリカーボネート樹脂])。中には、例外的に営業秘密を使用したという限定を付すことなく、一般的に製品の差止めを認める判決もありますが(東京地判平成23・2・3 平成20(ワ)34931[光通風雨戸])²⁸、事案としては、細部の寸法までが記された図面が営業秘密とされた例であり、営業秘密の使用＝製品の構造そのものであったという、特殊なものでありました。

私の考えは、先ほどの顧客名簿について述べたところと同じものとなります。営業秘密の保護を超えた過大な保護を原告に与え、被告の自由を過度に制約することを防ぐためには、原則として、営業秘密を使用した製品という形の限定が必要でしょう。しかし、例外的に、営業秘密なしには当該製品を製造できないというような場合には、製品で特定された主文の差止めを認容してよいと思われます。光通風雨戸事件は、仮に原審の営業秘密に対する理解を前提とすると(それ自体は大いに疑問ですが)、たしかに例外的に製品自体の差止めを認容してもよかったといえる事件であったと思います。その場合、将来、他の技術により当該製品を製造することができるようになった場合には、請求異議事由として処理すれば足りるでしょう。

VI 結びに代えて²⁹

営業秘密の不正利用行為に対する規律に関しては、その隣接領域として、

²⁷ 参照、田村善之「知的財産侵害訴訟における過剰差止めと抽象的差止め」同『競争法の思考形式』(1999年・有斐閣)152～156頁。

²⁸ 控訴審の知財高判平成23・7・21判時2132号118頁[光通風雨戸]により、営業秘密の把握が異なるとされ、原判決取り消し。

²⁹ 参照、田村/前掲注23・99～100頁。

退職後の競業禁止契約を活用した保護、あるいは従業員引抜きに対する不法行為による救済という主として3つの法領域が関わります。

このうち、退職後の競業禁止契約については、近時の裁判例はその有効性に対してますます厳格な要件を課していくものが主流を占めつつあるように思います³⁰。そして、従業員引抜きに関して不法行為とすることは極めて稀で、一斉かつ大量(かつ秘密裡)に計画的な引抜きが行われた場合に限って違法とされるに止まるというのが裁判例の趨勢です³¹。

私は、この3つの選択肢のうち、やはり営業秘密の不正利用行為に対する規律に期待すべきであると思います。なぜかという、正当な利益が営業秘密の背後にあるのは確実である反面、退職後の競業禁止義務はどうしてもはみ出す部分があるし、引抜きというものも、基本的には転職自由なはずですから、労働市場の流動化という現状を背景にして後二者の拡充によって企業の利益を守ろうとすると、不必要に転職の自由を抑止することになりかねません。したがって、やはり謙抑的にそういうところを拡充して保護を目指すというよりは、むしろきちんと保護すべき利益が背後にある営業秘密の不正利用行為をいかに拡充し、保護を万全のものにしていくかという観点から、より使い勝手のよい法理としていく努力が必要ではないかと思っています。そういう観点から、大きな視点から秘密管理や特定立証、営業差止を柔軟に考えていくべきではないかと思っている次第です。

【付記】

本講演録の作成に際しては、北海道大学大学院法学研究科博士後期課程の橘雄介さんの助力を得た。記して感謝申し上げます。

本講演録は、文部科学省私立大学戦略的研究基盤形成支援事業（平成23年～平成27年度）「情報財の多元的価値と、創作・利用主体の役割を考慮した知的財産法体系の再構築」による研究成果の一部である。

³⁰ 参照、田村/前掲注23・92～97頁。

³¹ 参照、田村/前掲注23・92～97頁。