

2015年1月15日

明治大学知的財産法政策研究所(IPLPI)シンポジウム

営業秘密保護のこれまでとこれから

文部科学省私立大学戦略的研究基盤形成支援事業（平成23~27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

「パネルディスカッション」

木尾修文（経済産業省経済産業局知的財産政策室室長）

熊谷健一（明治大学法科大学院教授）

林いづみ（弁護士）

山根崇邦（同志社大学准教授）

横山久芳（学習院大学教授）

（司会）金子敏哉（明治大学准教授）

目次

1	はじめに	1
2	不競法2条1項4号・7号の各要件	7
	(1) 営業秘密管理指針の改訂について	7
	(2) 認識可能性の基準となる主体	10
	(3) 秘密の管理がされた時点	12
	(4) 図利加害目的	15
	(5) 秘密管理性と情報の特定	19
	(6) 刑事における秘密管理性	19
3	法改正について	20
	(1) 刑事罰	20
	(2) 推定規定と文書提出命令	22
4	フロアとの質疑応答	26
5	おわりに	29

1 はじめに

金子：それでは、これから第1部の基調講演および第2部のお二人のご報告を踏まえて、

営業秘密の保護の法政策等のあり方について、これまでの法改正、裁判例、学説の蓄積、また、今後の法改正、解釈論のあり方も含めて、議論をしていきたいと思えます。

パネラーの先生としては、第 1 部にご登壇いただいた木尾室長、また、第 2 部でご報告いただいた林先生、山根先生に加えて、平成 2 年の法改正当時、通商産業省にて改正にも関わられた、明治大学法科大学院の熊谷健一先生、また、学習院大学の横山久芳先生にもご登壇いただいております。横山先生は、林先生とともに、現在の営業秘密の小委員会の委員もされているということです。今日、午前中、12 時まで小委員会の議論があつて、そこから駆けつけていただきまして、雨の中、本当にご足労を、また、今日ご参加いただいている先生方も、雨の中、わざわざ来ていただいて、ありがたく思います。

それでは最初に、熊谷先生は平成 2 年の改正の時に不競争法の改正に関わられたということでしたが、実際にどのような形で関わられたのでしょうか。

熊谷：ありがとうございます。私自身、不正競争防止法の改正のお手伝いをさせていただいたということございまして、中山先生のご挨拶や、棚橋先生のご講演の中で、当時の状況についてはご説明がございましたので、若干重複するところもあるかと思いますが、当時の状況について簡単にご説明して、現在の不正競争防止法の位置づけ等についても若干お話をしたいと思います。

実は、木尾さんが室長を務めておられます知的財産政策室が平成 2 年の不正競争防止法の改正を行ったわけですが、知的財産政策室ができたのが昭和 63 年、1988 年の秋でございまして、不正競争防止法の改正が 1990 年ということございまして、知的財産政策室の最初の仕事が不正競争防止法の改正ということになるわけです。

中山先生のご挨拶や棚橋先生のご講演でもございましたように、当時の GATT のウルグアイラウンドにおきまして、知的財産の保護についての交渉が行われておりましたが、特に途上国が GATT で知的財産について交渉することについては、マנדート論を含めて、非常に強硬に反対をしていたということもありまして、先進国は少なくとも足並みをそろえる必要が生じておりました。

当時、日本においては、特許・著作権の分野においても、若干、制度改正が必要なものもございましたが、何といたっても一番制度的に対応できなかったものがトレードシークレット、営業秘密の保護でございまして、特に条約案との関係で申し上げますと、第三者の転得行為以降の行為についての差止請求が、わが国として対応できないということございました。山根先生のお話にもありましたように、現行法の 4 号・7 号の会社と従業員間の関係でございまして、そちらは、中山先生のお話にもございましたように、契約等である程度対応することは可能でしたが、制度改正は、第三者の転得行為後の差止請求権の付与が主眼であったと記憶してございます。

もう 1 つ、国内事情も当時と今とは、若干というか、相当変わっているところがございます。中山先生や棚橋先生のお話にもございましたように、労働界とか法曹が反対して

おられただけではなくて、産業界でも若干、温度差があったかと思います。

特に、棚橋先生のお話にもございましたように、情報産業を中心に、大量の情報を扱っている業界においては、情報の自由な流通の阻害になることを危惧する声が少なからずございまして、産業界も現在と比べれば、林先生のお話ではございませんが、加害者になる危険性というか、可能性も現在よりは非常に大きかったということがございました。

それともう 1 つ、これは本質的な問題ではないと思いますが、1988 年から 89 年頃の社会情勢というか、政治情勢も今と違っておりまして、1989 年 4 月に日本で初めて消費税が導入され、その後、リクルート事件その他ありまして、政治不信があったこともありまして、1989 年 7 月に参議院選挙が行われ、保革逆転が生じていたという状況でした。したがって、国会、特に参議院で野党の賛成が得られない法案については法案の成立が非常に困難であるという状況も、当時の一つの状況としてはございました。

その後、翌年の、たぶん今頃だったと思いますが、衆議院が解散されまして、当時は中選挙区制が導入されていたこともございまして、衆議院の選挙では自民党が勝利し、衆議院では、自民党が過半数を占めました。俗にいうねじれ現象が起きていたということで、法律を成立させるためにも、野党側のご賛同を得ることが絶対条件であったということもございました。

そのようなこともございまして、要件その他については非常に厳格な要件を課すことで、危惧を取り除くということが一つの大きなポイントになっていたかと思います。

それと同時に、当時の法案におきましても、国会の附帯決議等で、施行に向けてガイドラインの制定等が求められておりまして、そのガイドラインについては、私が特許庁に戻った後に制定されましたので、直接、作業には加わっておりませんでした。当時の諸外国の裁判例等を参考にしながら、どこまで秘密管理性なり、故意について、不正競争防止法の対象になるかをガイドラインとして制定はしてはしておりますが、これは木尾室長の方からお話もございました営業秘密の管理指針と比べますと非常に制限的なものでありまして、あまり参考にもならなかった面も多かったと思います。営業秘密の管理指針が改訂されまして、予測可能性が高くなったことに加えまして、林先生のお話にもございましたように、予防法務的に、紛争の未然の解決という観点からも、今回、営業秘密の管理指針が改訂されたことは非常に大きな意味を持つのではないかと考えております。

もう 1 つ、今回の特徴は、民事的な救済措置につきましても、紛争が起きた場合の営業秘密の実効的な保護という観点からご議論がされて、いくつかの規定が盛り込まれようとしていたということだと思います。中山先生や棚橋先生のお話にもございましたように、平成 15～16 年の改正で、民事的な救済措置の充実が一応図られておりますが、ご案内のとおり、これらにつきましても、特許法をはじめとする他の知的財産法で導入されていた規定が横並び的に不正競争防止法にも導入されたにすぎなかったわけですが、今回は営業秘密の特性に応じた規定が盛り込まれることも非常に時宜を得たものではないかと思っております。

刑事罰につきましても、平成 2 年当時は、導入することについては時期尚早であったと

思うんですが、ここ 10 年ほど、不正競争防止法の中で刑事罰に関する規定が充実しておりますし、今回の改正の方向性というものも、抑止力をより高めていくと。結果として、営業秘密の保護の実効性を高めるということでは、非常に意義の深いものではないかと思っております。

簡単ではございますが、ご説明させていただきました。

金子：ありがとうございました。このシンポジウムを開いた一つの趣旨としては、25 年前の不競法への導入時では、営業秘密の刑事罰なんてとんでもないと。そういう意見がすごく強かったものから、今や、営業秘密に刑事罰を科さないなんてとんでもないと。もっと処罰すべきものを処罰すべきだということが強く主張される声も大きくなったと。この変化をどう受け止めるのか、また 25 年後はどうなるのかなということも考えながら、今、すごく興味深くお話を伺いました。

それでは次に、横山先生に、現在、審議会の委員としても関わられていて、また、それ以外の点でも、不競法による営業秘密の保護について、また、審議会での議論や、林先生、山根先生のご報告について、コメントをいただければと思います。

横山：横山です。冒頭、中山先生、それから棚橋先生からもお話がありましたように、営業秘密保護をめぐる環境の変化というのは著しいものがありまして、先ほど金子先生もおっしゃいましたけれども、刑事罰導入を取っても、当時とはとても導入できるような状況ではなかったのが、今や刑事罰をどんどん加重していくべきだという方向での議論が進んでいるわけです。

私が知財の勉強を始めた頃は、どちらかという、営業秘密というのは、基本的には特許を取れないような情報の保護を図るといった側面が強いというような感じだったわけですが、現在では、木尾先生のお話にもありましたように、特許の保護だけでは十分ではないことが明らかになり、企業も、特許が取れるようなものについても積極的に技術を秘匿化する方向で戦略を組んでいるということですから、営業秘密の保護の重要性というのは非常に高まっているんだなと感じております。

しかし、その一方で、技術が発達して、営業秘密の侵害が容易になり、また、外部の業者との営業秘密の共有も進んでおりますので、営業秘密の流出の危険性が高まってきております。こうした中で、営業秘密を実効的に保護するための環境整備を進めていかなければいけないということについては、おそらくコンセンサスが得られるところだろうと思えます。そういう観点から、今回、営業秘密の管理指針の見直し、それから民事、刑事における制度的な手当てがなされたというのは非常に意義のあることだと思えます。

営業秘密については、まずは、企業が自助努力できちんと秘密を管理するということが重要になってくるわけですが、他方で、自助努力には限界がありますから、法的なバックアップも当然に必要となってきます。そういう意味で、まず企業は何をしなれば

いけないのかという自助努力の範囲を秘密管理指針という形で明確に示した上で、企業の自助努力ではフォローできなかった部分について、必要な法整備を行うということはとても重要なことだと思います。

今回の審議会においても、いろいろな検討がなされたわけですが、その中でも、私自身は、営業秘密の管理指針の改訂に大きな意義があると考えてございます。従来の裁判例では、秘密管理性の要件を非常に厳格に解釈しているものがありましたし、また、従来の管理指針も、既存の裁判例をもとに作成されたものですから、非常に重厚な秘密管理を要求しているところがあったわけですけれども、あまりに厳格な秘密管理を要求してしまうと、企業の効率的な事業展開が阻害されたり、あるいは中小企業の場合、それだけの管理を行うことが物理的に困難であるため、営業秘密が十分に保護されないという問題があるため、秘密管理のあり方をもう少し柔軟に見直すことができないかということで、今回の管理指針の改訂がなされたんだろうというふうに思います。

秘密管理性の要件については、後でも議論になることと思いますが、私自身は、秘密管理性をどう解釈するかは、秘密管理性要件の趣旨をどう捉えるかということとリンクしていると思います。一方では、特許等で保護されない情報については、企業がきちんと秘密管理をしていて初めて法的保護に値するものといえるというような考え方がありえます。このように考えるならば、できる限り秘密管理は厳格に行うべきだということになるのだと思います。しかし、私自身は、秘密管理性の要件は、別に企業に秘密管理をさせること自体を目的としているのではなく、企業が保有している多様な情報の中で、どれが不競法上保護される情報かを明確にするためのものだと考えています。企業が保有している情報の中には一般情報もあれば、秘匿したい情報もありますから、企業が保護を欲する情報を秘密管理して従業者にどれが保護される情報かを明確に示しておかないと、従業者が一体どの情報を利用するとまずいのが判断できず、従業者の予測可能性が害されるおそれがあります。その意味で、秘密管理性の要件は、行為者の予測可能性を担保するためのものであると思っています。

このように考えますと、行為者に認識可能な程度に秘密管理されていればよいということになりますから、今回の管理指針の改訂において、情報に接する者の認識を基準として秘密管理性要件が整理されたというのは、意義のあることだろうと思います。このような考え方は、過剰な秘密管理を要求しない点で企業の利益に資するものであり、同時に、従業者の認識を基準とし、従業者の予測可能性に配慮している点で従業者の利益にも資するものであると思います。

それから、林先生と山根先生の報告についての感想をざっと述べさせていただきますと、林先生のご報告では、営業秘密侵害事件において原告の立証負担の軽減の観点から文書提出命令の積極的な活用が示唆されましたが、私も、証拠の偏在の問題を解消するために、そういう方向での検討が必要になるだろうというふうに思います。

一方、今回新たに導入が検討されている推定規定をどう評価するかということですから

ども、私自身は、推定の対象を適切に限定することができるのであれば、推定規定を導入することも支持できると思います。例えば、特許法では、物を生産する方法の発明については推定規定がありますが、これと同じように物を生産する方法の発明に相当するような営業秘密について推定規定を設けることは全く問題がないと思っております。ただ、営業秘密の場合には、物を生産する方法の発明のような情報よりも、むしろその周辺技術といえますか、例えば、物の生産性を高めるための温度・条件等の周辺情報が問題になることが多いと思われれます。

今回導入が検討されている推定規定では、そういったものを含めて広く推定の対象と捉えているわけですが、そこまで推定の対象を広げてしまってよいかについては、若干、疑問を感じております。といいますのも、推定規定というものは、前提事実と推定事実との間の一定の経験則が存在することを前提とするものですし、訴訟当事者の立証負担の公平を図るためのものですから、原告の立証負担を軽減する必要性に加えて、立証責任の転換に伴う被告側に不利益にも配慮して、推定の内容を定めることが必要となってきます。このことからしますと、営業秘密が周辺情報にすぎない場合、不正取得の事実はあるにしても、営業秘密を使って製品を製造しているという経験則がそれほど強く妥当するわけではない、その一方で、被告側が不正使用の事実を否定するためには、自らの使用態様を積極的に主張立証しなければならないため、被告側の不利益は少なくないということで、推定を認めることが適切かについて多少の疑問を感じます。

しかも、推定の対象が政令で指定されるということになりますと、最初は非常に厳格な形で推定の対象が限定されていたとしても、その後、対象が広がっていきやすいので、政令指定という形で推定の範囲を定めることについても、慎重な検討が必要ではないかというふうに思っています。

また、今回の改正で導入される推定規定に関しては、不正使用行為の推定だけでなく、損害額の推定規定ともリンクさせるということになっておりますが、これも、物を生産する方法の発明のような営業秘密であれば、損害額の推定規定をそのまま適用するということもあり得ると思いますけれども、周辺情報に関する営業秘密の場合に、損害額の推定規定をそのまま適用してもいいのかということについては疑問の残るところではあります。

いずれにいたしましても、原告側の立証負担を軽減するという観点から推定規定を導入すること自体はあり得る選択肢と考えておりますけれども、推定の範囲についてはさらなる検討の余地があると思っております。

それから、次に山根先生の報告に関してでございますけれども、山根先生の報告は、秘密管理性要件については行為者の認識可能性を基準として相対的に緩やかに解釈しつつ、しかし、その反面、不正開示や不正使用等の行為要件については比較的厳格な解釈をすることにより、全体としてバランスの取れた解釈論を目指すものといえます。

山根先生の報告で非常に面白いなと思ったのは、時間軸で不競法の営業秘密の規律を考

えていくというところでありまして、企業内で情報が生成されて、それが蓄積されて、秘密管理されていくわけですけれども、不競法の営業秘密の規律の対象はあくまで営業秘密として管理されて以降であり、企業が秘密管理する前の情報については、何かあったとしても、それは不競法の規律の対象ではないということを明確に示されたという点です。

従業者の不正開示が問題となる事件では、従業者が自主的に開発した情報については、企業が従業者にその情報を示したわけではないため、そもそも従業者に対して不競法を適用することができるかということが議論されるわけですけれども、山根先生の考え方によれば、従業者が自主開発した情報であっても、企業がその秘密管理下に置けば、それによって従業者に営業秘密であることを示したことになるため、それ以降の行為については、従業者に対しても不競法を適用することができるということになります。結論的にも妥当だと思われま

す。私自身は、山根先生のように、営業秘密のもとになる情報と営業秘密とを切り分けるとい

う視点は非常に重要であると思っております。従来、企業の下で生み出される情報は誰に帰属するのかというような形の議論がよくなされたわけですけれども、原始的に情報が誰に帰属するか、従業者に帰属するのか、法人に帰属するのかというのは、あくまで立法政策的に決められるべき問題であって、原理的に決まる問題ではないというふうに思っております。例えば発明であれば、現行特許法によると従業者に帰属するというようになっておりますし、著作物であれば企業に帰属するというようになっております。また、営業秘密については、企業が情報を秘密管理するという条件の下で企業に帰属することを認めているわけです。したがって、不競法を離れて、企業が秘密管理する前の生の情報について、従業者と法人のどちらに情報が帰属するのかというような議論をすることはあまり意味がないことであると思っております。

2 不競法2条1項4号・7号の各要件

(1) 営業秘密管理指針の改訂について

金子：横山先生、ありがとうございます。それでは、以下の議論では、今のコメントの中にもいくつか現れたことでありますけれども、秘密管理性や「示された」、図利加害目的、不正取得行為、こういった現行法であり、また今後の解釈論としても重要な行為類型の要件論について議論した後で、法改正として議論されている刑事罰に関する拡張、また、推定規定等についての議論という形で話を進めていきたいと思

います。まず、現行法の4号や7号の解釈について、山根先生のご報告をベースとして議論を進めていきたいと思

います。その上で、山根先生から見て、今回の秘密管理指針の改訂についてはどのように評価されるかということ

をまず伺えればと思

います。山根：ありがとうございます。私自身は、今回の営業秘密管理指針の改訂の方向性には非

常に賛同しております。今日の木尾室長のお話にもありましたように、従来、秘密管理性要件を満たすためには、アクセス制限と客観的な認識可能性という、2つの要件といえますか、2つの要素を同時に満たさないといけないというふうに考えられてきたように思います。そして、アクセス制限が必ずしも十分になされていないけれども、行為者としては秘密として管理されているものと認識可能であるという場合に、営業秘密該当性あるいは秘密管理性要件を否定するということが、一般に、厳格な判断だというふうに言われてきたのだと思います。

そうした中で、今回の営業秘密管理指針の改訂においては、アクセス制限を独立の要件としてみるのではなく、認識可能性を基礎づける手段として捉え直すということになったわけであります。私は、これはそのとおりではないかというふうに思っています。

その理由は、情報の性質にあるものと思います。今日の報告でも申し上げましたけれども、情報には物理的な境界がありません。したがって、先ほどの横山先生のお話にありましたように、情報それ自体では、それが誰のものであるか、誰に帰属しているのかということを実感的に把握することが困難です。外形的に認識することが難しいわけです。この点が、情報の性質の大きな特徴であり、また、有形の財物との一番の違いであると思います。

そうした意味で、不正競争防止法は、情報それ自体を保護しているようにも見えるんですけども、営業秘密という法概念を媒介として、外形的に何が規律の対象になるのかということを実管理という要件によって明確化している。その意味で、まさに行為者にとっての認識可能性、予測可能性を確保するために秘密管理性の要件が設けられているんだろうというふうに思います。したがって、今回の営業秘密管理指針の改訂の方向性に賛同しております。

金子：ありがとうございます。司会がしゃべり過ぎると良くないんですが、しゃべり過ぎますけれども、私も横山先生と同じく、秘密管理ということを軸に営業秘密というものの客体を捉えるという山根先生のアプローチをすごく面白く思っています。知的財産法というのはある種の情報を財として囲う法律なわけですけども、著作権法や特許法は情報の性質や開示の記載などを使って情報を特定するんですが、不正競争防止法の営業秘密というのは秘密管理というものに着目して、ある意味では、従業員と使用者との関係、また、林先生のお話にあった取引先との関係とかも含めれば、その取引の対象となる情報の範囲を画すと。取引の対象を画するという効果もあると。そういった視点につながるようなご分析であり、また、今回の秘密管理指針の改訂もそういったものにもつながる話なのかなという印象も抱いております。

林先生は、今回の秘密管理指針の改訂については、どのようにお考えになりますでしょうか。

林：ありがとうございます。私は元々、今までの裁判事例においても、必ずしもそんなにおかしい判断は出てないのではないかという認識を持っておりまして、ただ、管理指針に秘密管理の方法が羅列してあると、その解釈が分かりにくい。あるケースで秘密管理のためにここまで必要と言われたファクターと、別のケースで要求されているファクターが並べて書いてあると、ファクターAとB、つまりA+B、全部やらなきゃいけないように見えてしまった、誤解を招く恐れがあったというのが今までの問題点だったと思います。それを今回、分かりやすく整理したという意味で、この審議会の初めから、こういった方向性については賛同しております。

金子：ありがとうございます。熊谷先生、先ほどコメントをいただきましたが。

熊谷：先ほどお話ししたとおりで、平成2年の状況からしますと、情報を明確に峻別するとともに、営業秘密として保護されるものを特定するということが秘密管理性の要件になっていたわけですが、先ほど申しましたように、当時の諸外国の事例等を調べて、完全に白であると言ったらおかしいかもしれませんが、秘密管理性が認められる事例が少し強調されたきらいがあるかと思えます。平成16年以降の営業秘密の管理指針では、ミニマムの管理と高度な管理という形で一応分けられて、整理はされていたと思いますが、若干混乱があったということであれば、それが今回の営業秘密の管理指針でより混乱も少なくなるというか、生ずることがなくなるということで、非常に価値があるものではないかと思っております。

金子：ありがとうございます。木尾室長からもし何かコメントがあれば、お願いいたします。

木尾：事務局なので、言いづらい面もあるんですけども、今、先生方からのお話に付け加えて、産業界の方から、実際に実務をされている方から聞く話としてご紹介すると、林先生のおっしゃるとおり、個別の裁判の判例の判断はおそらく妥当だと思っているんです。そうする方がたぶん多いんだと思います。ただ、その判断の理由づけとして、「この原告を勝たせちゃいけないんだ」というような。そのための、一種、調整弁として、民法90条的なファクターとして、秘密管理性のところがブラックボックスになっているのではないかというようなご指摘もあったのかなと。

今回、そういう意味では、ある程度、明確な方向になったと思いますので、先ほどの山根先生の議論ともたぶん相当重なってくるんですけども、まさに4号とか7号とか、あの辺りの解釈というものも、今後、重要性が従来よりもさらに増していくんだろうなというふうに思っております。

金子：ありがとうございます。山根先生のご報告にもありましたが、おそらく秘密管理性の話だけではなくて、ほかの要件との関係もどう考えるのかということが非常に重要だと思うんですが、今回の営業秘密の管理指針では、例えば図利加害目的をどう考えるかとか、そういったことについては特に書かれはしないということですか。

木尾：もちろん将来的な課題としては当然あり得るんだと思いますけれども、今回は、基本的には 3 要件、非公知性、有用性、秘密管理性のところについて、特に秘密管理性のところが、実務的に産業界の悩みも大きいと思いますし、判例も多いので、そこについて焦点を絞ってございますけれども、今後、世の中のニーズの状況に応じて、もしそういう状況があれば、いろいろお知恵をいただきながら、そちらについても検討していくということはあり得るだろうと思っております。

金子：確かに、営業秘密管理指針という基準であれば、基本的に営業秘密の概念、秘密管理が中心になり、他方で、どういう情報をどこまで使っていかまでをガイドラインで示すべきとなれば、ほかの要件についてもガイドラインとして示していく必要があるのかもしれない。

(2) 認識可能性の基準となる主体

金子：その上で問題となるのが、秘密管理の認識可能性といっても、どういう認識可能性なのかということが問題となり得ると思います。一つには、認識可能性の基準となる主体について、同じ企業の、例えば特に同じ部署の人について、秘密として管理されているということの認識可能性が必要なのか、あるいは、同じ部署の人は一般的には持っていないけれども、当該行為の主体や被告は、例えば秘密管理の責任者であるとか、あるいは情報の特質をよく知っているの、秘密管理をしなければいけないということを気付けるような場合に秘密管理性が認められるのかということが論点となり得ると思うんですが、山根先生は今の点についてどのようにお考えになるのでしょうか。

山根：この点につきましては、私自身の報告との関係で言えば、報告資料のスライド番号 22 番、それから 23 番の図が、少し関係するのかなというふうに思っています。今のお話は、例えばスライド 22 番で言えば、行為者の Y 自身は、情報 α が X の営業秘密の状態に置かれているということを認識していた。それに対して、Y と同じ部署に所属する他の従業員は、スライド 23 番のように、情報 α が X の秘密管理下に置かれているということを一般的に認識可能ではなかった、つまり情報 α は非営業秘密の状態に置かれていた。そういう状況だと思います。

こういった問題をどう考えるべきかについては、いろいろなご意見があるかと思います。

Xにおいて客観的にみて秘密管理されているとは言いがたいという見方が一般的かもしれませんが。私自身は、今日の中山先生や棚橋先生のお話にもありましたが、営業秘密保護法を不法行為法の特則として捉える、そういった視点から考えてみるのも一つではないかというふうに思っています。そうしますと、営業秘密として保護を受ける上で、情報 α がどの程度 X において秘密管理されていることが必要かという点は、いわゆる被侵害利益の要保護性の問題として考えることができるように思います。

ここで問題となるのは、Y は X が秘密管理していることを認識しているけれども、同じ部署の他の従業員は必ずしも一般的に認識可能でないということ、被侵害利益の要保護性の問題として独立に切り出して、それだけを議論するのがいいのか、それとも、不法行為法の特則ということであれば、Y の行為態様との相関関係で考えるほうがいいのか、という点であります。議論は分かれるかもしれませんが、私自身は、後者のように考えることもあり得るように思います。

例えば、先の事例で、Y が X の営業秘密であると認識しながら、窃取、詐欺、強迫等の不正の手段を用いて、つまり違法性が非常に高い手段を用いて情報 α の取得行為を行ったような場合に、X において客観的にみて秘密管理されているとは言いがたい、つまり被侵害利益の要保護性が欠けるということを理由に、4号該当性を一律に否定することが妥当なのかどうか。X の被侵害利益と Y の行為態様との相関関係に照らして考えれば、こうした場合に、4号該当性に当たる余地を認めてもいいのではないかと。

いろいろなご意見があるかと思うのですが、私自身は、こうした不正取得が問題となるような事例においては、情報 α が X 社内の部署単位で一般的に認識可能な程度に秘密管理が行われているかどうかという議論に尽きるのではなくて、不正取得を行う行為者の行為態様との相関関係で考えるという視点もあっていいのかな、というふうに思っています。

金子：ありがとうございます。今の点について、ほかの先生方はいかがお考えでしょうか。横山先生、ご意見を伺えますか。

横山：山根先生がおっしゃるように、不正競争防止法は不法行為法の特則的なところがあって、確かに行為者が、事業者が秘密として保有しておきたいという情報であることを知りながら、不正な手段でそれを窃取するという行為は悪質性が高いので、民法上は不法行為の成立を認めていいような感じもするんですけども、他方で、不競法は、営業秘密の定義として、秘密として管理されているということを客観的に要求していますので、特定の行為者だけが秘密として認識でき、ほかの人は全然秘密として認識できないという状況では、客観的に見て、およそ秘密として管理されているとはいえず、営業秘密に該当しないと言わざるを得ない感じがします。

だから、もし不正競争防止法という法律がなければ、不法行為法だけで考えれば、行為者の行為態様の悪性が強い場合には不法行為の成立を認めていいのかもしれませんが

も、不正競争防止法の解釈としては、なかなか行為者だけが秘密として認識できたという場合に適用を認めるのは難しいかなと思っています。

金子：今の点について、ほかの先生方はいかがでしょうか。

林：ありがとうございます。同じことを言うことになるのかもしれませんが、問題設定として、例えば就業規則なり、従業員との秘密保持契約の中で、ある工程やフォーミュラに関する情報は営業秘密であって、厳に秘密として管理しなければいけないということが枠として、秘密保持の対象として決められている場合、そのときに、開発をしている中で個々に出てくる新しい情報、これは当該開発した本人しか知らなくても、当然ながら、枠としては、その部署一般の人にも秘密保持の対象であることについての認識可能性はあるわけですよ。

なので、当該行為者の認識可能性と、その部署の方に対する一般の認識可能性という区別の議論をする実際の意義がどこにあるのか、私、実はあまりよく分かってないところがあります。

金子：ありがとうございます。基準主体の論点は、確かに議論の整理のための理論的なもので、実際上の違いというのはあまりないのではないかというご指摘ですね。

(3) 秘密の管理がされた時点

金子：他方で林先生のご指摘の問題は、おそらく山根先生のもう1つの、秘密の保有なり、使用者による秘密の管理がされた時点というものとの関係で、基準主体の問題とは別の問題をはらんでいるようにも思います。

つまり、ある従業員が取得した情報の取り扱いについて、何か発明しなさいという研究の課題を与えられて、研究をしていったと。発明を従業員は完成させたと。でも、その完成させたとすることを報告しないで退職して、あるいは報告をしないでその情報を他人に譲り渡した。職務発明の特許を受ける権利の帰属は別の問題として、技術情報についてということの例ですけれども、今のような事例について、特定の従業員や当該行為者との関係でも、秘密に発明をしなさいということは言われていたけれども、発明を完成したという情報はまだ使用者には伝えられていないと。その時点で、従業員が開示したという行為について、山根先生は、今の場合について、不正競争防止法2条1項7号の該当性は認められませんか。

もう少し別の例で言いますと、X社の従業員Yが上司から、ある候補物質、200ぐらいある候補物質から有効な物質を絞り込む研究をしろと。その成果は秘密にしろという指示を受けている状態で研究を進めていって、ある1つの物質に絞らんだけれども、そのこ

とは言わず、また、途中のことも一切報告せずに退職して、その物質をライバル企業に対して図利加害目的で開示したというような事案について、山根先生のアプローチですと、不正競争行為は成立するでしょうか。

山根：まず、確認ですが、今の事例ですと、最終的に絞り込まれたある特定の 1 つの物質について、Y がそれをライバル企業に不正開示した時点では、X は 200 の候補物質のうちどれがその物質なのかを全く認識していなかったということですよね。しかも、Y は 200 から絞り込んでいく作業の途中経過を X に一切報告していなかった。ということは、Y の開示行為の時点において、X は、本研究に関して、指示を出した当初の情報以外には何も把握していなかったわけですね。

おそらくはその後、ライバル企業がその特定の有効物質を自社の製品に使用しはじめ、その相手方の製品を手にした X が、どうも相手方企業は自社が従来絞り込もうとしていた特定の有効物質の情報を使用しているんじゃないかということで、訴訟に至ったということなんだろうと思います。

そうすると、不正競争行為の成否が問題となる Y の開示行為の時点では、X は、200 の物質のうちどれがその特定の物質なのかということを全く認識しておらず、ただ 200 のうちのどれかという漠然とした認識しか持っていなかったわけですから、最終的に絞り込まれた「ある特定の物質が有効である」という情報に対して X が秘密管理をしていたといえるのか、ということが問題となります。

もちろん、200 から絞り込んでその成果を秘密にしろ、という概括的な秘密保持の指示であっても、有効な秘密管理の措置と認められる場合はあると思うのですが、今回のように、X が具体的な成果の内容を全く把握していないというような事例では、そうした事前の概括的な指示だけで最終的に絞り込まれた物質情報に対する有効な秘密管理措置と認めることには、少し躊躇いを覚えます。なので、私自身は、Y の開示行為について不正競争の成立を認めることに慎重な立場です。

金子：おそらく山根先生のお考えでは、秘密として認識できる、管理されているというのは、かなり特定された情報との関係を、秘密として管理しているんだということを使用者側が伝えていないと、秘密として認識される状態になっていないと。そういう理解に立っていて、何か研究しなさい、その成果を秘密にしろというだけでは、まだ秘密管理としての認識可能性はないと。例えば、実際にできあがった、ある特定の物質が有効であるという情報について、秘密にしろという指示が使用者から示されるまでは、秘密管理はされていないと。

山根：基本的にはそういうふうには思っています。ただ、今回の事例でも、Y の行為について一般不法行為の成立が認められる可能性はあると思います。この点、不法行為法の特則と

いう観点から営業秘密保護法制を捉える場合には、Yの開示行為の態様、つまりYの図利加害目的との相関関係でXの秘密管理措置の有効性を考えることとなりますから、特定性をそこまで厳格にしなくてもいいという話になりえます。確かにそこは相関関係のバランスで判断されることになるかと思うのですが、今回のように、不正開示の対象となった「ある特定の物質が有効である」という情報について、Xが全く把握していなかったような場合に、事前になした概括的な秘密保持の指示をもってどこまでX自身は未把握の成果情報に対する秘密管理性を認めることができるのかという点については、少し慎重に考える必要があるのかなというふうに思っています。

金子：今の点については、林先生の見解は全く異なるということになりますよね。

林：ふと思いついたんですけど、被告の立場の代理人にもなるということがあるので、あまりはっきり言うと、いつか自分の首を絞めることになると思うんですけども。営業秘密の管理とは、一般的知識と区別できる形で、事業者の秘密管理の対象範囲として、枠として管理するものだとは私は思っています。雇用の中で従業員が職務上、開発をしている作業の中で出てきた発明を、それを職務発明として出願するのか、営業秘密にするのかは会社の経営方針で決めることですが、そこで生まれたものについて、従業員としては、会社に対して報告するのは雇用上の信義誠実義務として本来あるわけですよね。それを報告しないで隠したまま会社を辞めて、起業して、そこで出願したら、冒認特許の話になりますよね。なりませんか。

金子：勤務規則等に特許を受ける権利の承継のことが規定されていれば。

林：発明に値するような情報を出願するか、クローズするかというのは、まさに企業の選択の問題だとすれば、今のような状況において、それを報告しなかったから、これは会社の営業秘密ではないというのは、ちょっと私は抵抗があります。バランス論としても。

金子：横山先生は、どのようにお考えになるのでしょうか。

横山：私も基本的には林先生と同じで、企業から200200の候補物質を挙げられて、その中から有用な物質を選びなさいと言われて、選んだ情報というのは、おそらく同様の立場に置かれた従業員であれば、企業にとって秘密として管理したい情報だろうということは、一般的に認識できることですから、営業秘密として保護していいんじゃないかと思います。つまり、別に、企業が問題となる情報を認識していない場合でも、従業員がこれは企業が秘密として保有したい情報であるということが分かるのであれば、それを営業秘密として保護していいのではないかと思います。

(4) 図利加害目的

山根：その場合、お話自体はすごく分かるんですけども、7号の成立範囲がかなり広がるようなイメージをもつのですが。今のお話ですと、図利加害目的はどのように判断されることになるのでしょうか。従業員が転職先でその情報を自ら使用するというだけでも、図利加害目的が認められて、7号が成立するというのでしょうか。

金子：今の例も念頭に置きつつ、図利加害目的というものをどのように考えるかということで、今の例で、単純に転職をして、競合企業において、発明にも該当し得るような技術情報を競合企業に開示して使わせたという事案で図利加害目的が認められるかどうかという点についてということによろしいですか。

山根：競合企業において従業員が自ら使用だけをしている。

金子：使用だけをしていると。林先生、もしよろしければお答えいただけますか。

林：はい。平成15年に、営業秘密についての刑事的救済を不正競争防止法に入れる時に、日弁連は当初から、背任罪と同様の図利加害要件が主観的要件としては適切だろうという意見書を出していました。図利加害の要件の判断については、背任罪としての判例の蓄積がありますので、それ相応の図利加害、今までの判例の蓄積に応じた要件の認定が可能だろうと思っています。

したがって、単に使うという行為というよりは、むしろ主観的要件なわけですから、それが利益を得る目的または損害を与える目的であるかどうかということケースバイケースで認定していくということになると思います。使っただけだからいいということにはならないと思います。使うことが、利益を得るため、または加害目的になるかどうかという判断を、プラスアルファの主観的要件を加えているわけですから、そこで見るということになると。

金子：今の仮想設例の事実関係だけが明らかになっている場合において、図利加害目的は認められるのでしょうか。つまり、在職中の企業で開発した情報を、退職後に起業なり何なりして、使用したという事案において、それで図利加害目的は認められますか。

林：この事案で、特段の事情がなければ、従前の企業において、具体的に開発目的も特定されて、お給料をいただいて、会社の設備を使って開発してきた成果ですから、それを競合社において使えば、当然ながら、元の会社に多大な損害を与えるということは明らかで

あると思いますので、そこは主観的要件が認められるケースがあるのではないかと思います。

金子：今の点については、山根先生はどのようにお考えになりますでしょうか。

山根：もしかすると私自身は極端な立場で、賛同者が得られないのかもしれませんが、やはり従業者の職業選択の自由との関係が気になります。先ほどの例を少し用いますと、200の候補物質から有効なものを絞り込め、その成果は秘密にしろ、というのが会社の命令ですよね。どこまで絞り込んだか、会社側は全く把握していない。そのときに、200の物質から絞り込め、その成果は秘密にしろ、という指示で画される範囲が会社側の秘密管理の対象になる、しかもその範囲に含まれる情報を従業者が転職先で使用する場合には図利加害目的が認められる、としてしまいますと、従業者の職業選択の自由への影響を無視しえないように思います。

この例において会社側の秘密保持の指示で画される情報の範囲というのは、概括的で抽象的です。情報には物理的な境界がないために、利用を禁止される情報の範囲が不明確ですと、従業者の予測可能性が害されやすいように思います。また、従業者は同じようなフィールドでしか転職ができない場合が多いことも考えますと、従業者が転職先においてそのように概括的に画された範囲内の情報を使用せざるを得ない場合もあるのではないのでしょうか。こうした場合に図利加害目的を緩やかに認めてしまいますと、従業者の職業選択の自由との関係で問題が生じる場合もあるように思います。

金子：特定の問題とは別に、図利加害目的をどう捉えるかというときに、ある技術、ある特定の物質の測定方法を開発した人に、もうそれを使うなという秘密保持義務を課して、その後、その従業員が退職して、転職先でそれを使用したという場合に、山根先生のアプローチですと、この事実関係だけを前提として、図利加害目的は認められますか。

山根：私自身は平成2年の立法時の議論に影響を受けています。そこでは、スライド38でご紹介しましたように、7号の「不正の利益」という要件の中で職業選択の自由との調整を図るということが説かれています。具体的には、元の会社で特定の営業秘密に関する仕事に長年従事していたために、転職先としても当該営業秘密と関連した分野を選ばざるを得ないといった事情や、転職先の業務において元の会社の秘密を参考にせざるを得ないといった事情等を、「不正」か否かの判断のなかで考慮するというわけです。そして、主に転職先での営業秘密の使用行為を念頭に置きながら、従業者の生活権を阻害してまで差止を請求することは認められないという説明がなされております。私は、立法時にはこうした従業者の職業選択の自由への配慮から7号の図利加害目的要件が設けられたというふうに思っていましたので、今の設例を立法者の見解に立って考えるならば、やはり図利加害目的

が一律に肯定されるとまでは言えないのではないかというふうに思います。

金子：林先生のお立場ですと、今の例でも十分、図利加害目的は肯定されるということになると。

林：何分、そういう事例で一律にということは、弁護士は言わないものだと思うのですが。

金子：特段の事情が。

林：この事例だと、図利加害目的、主観的要件は一律に認められないとは言えないと思います。

金子：熊谷先生は、どのようにお考えになりますでしょうか。

熊谷：先ほどお話ししましたように、平成 2 年の改正時においても、山根先生からもご紹介ありましたように、職業選択の自由は最大限尊重すべきであるというのが当時の立法のベースにあったということと、今の議論も 4 号の議論から 7 号に移っていると思いますけれども、今のようなケースで、200 か何かは別として、それを絞り込んだという情報については、当然、企業と従業員との間では、本来なら秘密保持義務を課しておいて、その秘密保持義務に違反するものについては、本来、そちらの保護があるのであれば、不正競争防止法であえてそこを重畳的に保護する必要はないのではないかという議論も当然あったわけですね。

ただ、問題になるのは、その後、第三者が転得した場合の行為をいかに差し止めるかということになりますと、単なる秘密保持義務違反ということであれば当事者間しか縛れないということで、図利加害の意図という要件を設け、第三者の転得行為というものに対して一定の範囲で不正競争行為とするということでした。山根先生がおっしゃったように、当時の考え方は非常に謙抑的な考え方であり、転職した事実だけをもって図利加害目的の意図があった、不正の利益を図る目的があったということには必ずしもならないと思いますが、一方で、林先生がおっしゃったように、絶対にならないかということになると、使い方によってはなる場合も想定されると思います。お答えになってないと思いますが、当時の状況は、そのようであったかと思います。

金子：横山先生は、どのようにお考えになるでしょうか。

横山：私も基本的には、従業者が転職をして、転職先企業に、元の企業の秘密情報を使わせるというのは、元の企業にとっては競争力を低下させる行為であって、基本的には図利

加害目的があるというふうに言えるんじゃないかなというふうに思います。

審議会でも、図利加害目的に関して議論があって、刑事法の先生が、最近、背任罪の図利加害目的は比較的緩やかに解釈されているということをおっしゃっていて、そういう考え方を踏まえても、従業員が転職先企業に競争上の優位性を獲得させる目的で元の企業の営業秘密を使わせるというのは、図利加害目的があるんじゃないのかなというふうに思います。

金子：山根先生、もし何かコメントがあればお願いします。

山根：これ以上は特にないんですけども、先ほど私自身は、平成 2 年の立法解説に影響を受けたという話をしました。もう 1 つ、従業員が転職後にどういう競業活動を行うと不法行為が成立するのか、あるいは成立しないのかという議論も、7 号の図利加害目的要件を考える際に、参考になるところがあるのかなというふうに思っています。

例えば、従業員が独立をした場合に、手元に残っていた元の会社の顧客の名刺を頼りに、その顧客に対して開業の挨拶に伺うということがあります。これも元の会社の顧客情報を使用する行為なわけですが、裁判所は、こうした開業の挨拶の際に、元の会社を誹謗・中傷したり、元の会社の顧客だけを対象に低廉な価格を提示してその顧客を奪取したりするような場合には、不法行為の成立可能性を肯定する一方で、一般的な開業の挨拶をするにとどまる場合には、不法行為の成立を否定しています（仙台地判平成 7.12.22 判時 1589 号 103 頁「バイク便」、東京地判平成 20.12.10 平成 20(ワ)2725「サビンサ・ジャパン・コーポレーション」等）。

ここでは、不法行為の成否の判断のなかで、元の会社の顧客情報を使用する従業員の行為態様や従業員の転職の自由の利益が考慮されているわけですが、こうした考慮要素は、7 号の図利加害目的要件の判断の際にも、参考になるところがあるように思います。

金子：ありがとうございます。林先生。

林：営業秘密の議論をするときに、競業行為とか競業避止義務との関係をどう整理するかというのが時々出てくるんですけども、私は、これは区別して議論すべきではないかと思っています。例えば、企業が退職後 2 年間の競業避止義務を課していたとして、2 年たったら、その競業避止義務はなくなるわけですけども、しかしながら、2 年後といえども、退職前の会社の営業秘密を使っていいわけではないと。ここははっきりさせておかなければいけませんので、競業行為として許されるかどうかという問題と、営業秘密の侵害になるかどうかというのは、実際の事案でも注意して議論していくべき点ではないかと思っています。

(5) 秘密管理性と情報の特定

金子：ありがとうございます。おそらく、秘密として管理されているときの秘密をどれぐらい特定されたものとして従業員が認識できれば秘密として管理されていると言えるかというのは難しい問題で、さっきのように具体的な場合ではなく、抽象的に、在職中に得た秘密は全部守らなければいけないというような義務だけであれば、そのような場合には、たぶん林先生も、当然には秘密管理が及んでいるとは認められないわけですね。

林：はい。それが秘密管理性の要点になると思います。企業で営業秘密管理体制を導入しましょうというときには、まず第一歩として、情報の棚卸しをやっていただいて、一般的情報と区別してランク分けをして、それに応じた管理体制を作ると。これが出発点です。これができていなかったら、秘密管理していますとは言えないわけですので、それができているということが前提の意見でございます。

金子：そういった意味では、どれぐらいまで特定されていれば、どれぐらいまでランク分けがしっかりしていればということについての見解の対立ということなのかもしれません。

(6) 刑事における秘密管理性

金子：山根先生にもう 1 点お伺いしたいんですが、あるいはほかの先生も含めて、秘密管理性については、刑事罰の適用の解釈においても同じ解釈になるとお考えでしょうか。まず、山根先生に伺いたいと思います。

山根：秘密管理性要件ということで宜しいでしょうか。

金子：ほかの営業秘密の概念や、構成要件が民事と刑事で同じものについてということでお答えいただいてもかまいませんが。

山根：現行法の規定ぶりとして、民事と刑事とで同じ言葉を用いて要件が書かれているときに、それをあえて区別して解釈すべきだということを積極的に打ち出すのは少し難しいのではないかというふうに思っています。

金子：そうすると、實際上、故意が認められる事案においては、ほぼ営業秘密の秘密管理性も認められるということになると。ルールとしては、先に秘密管理性があって、それについての認識可能性ということですけども、實際上、秘密として管理されているということ認識しているという行為の要件ともある程度重なる判断ということになりますでし

ようか。

山根：ほぼ認められるかどうかは別として、金子先生がおっしゃったように、ある程度判断が重なるところはあると思います。

金子：ほかの先生方も、基本的には刑事においても同じ構成要件については同じような解釈になるというお考えということですか。分かりました。林先生。

林：民事の秘密管理性の要件の考え方と刑事とは同じだと思っています。ですので、今回の秘密管理性の概念についての整理というのは極めて大事なポイントであると思っています。

3 法改正について

(1) 刑事罰

金子：ありがとうございました。では、今の話で1つの区切りといたしまして、次に、現在、審議会でも議論されている法改正の中でも、刑事手続、刑事罰に関する点について議論をしたいと思います。法改正の刑事罰に関する点について、登壇されている先生方の中で、何かもしコメントがあればお願いいたします。熊谷先生、お願いします。

熊谷：木尾室長のお話の中でございました非親告罪化ということでございますが、ご承知のとおり、平成10年、1998年でしょうか。特許侵害についても非親告罪化されておりましたが、その時もいろいろな議論はあって、私権の保護ではないかという議論もありましたが、特許権侵害による被害が甚大であることや刑事訴訟法上、告訴期間の制約があったりするので、親告罪を非親告罪化したというようなこともございまして、木尾室長のお話にありましたように、当時はまだ刑事訴訟手続の方が整備されていなかったもので、同時に営業秘密について非親告罪化することというのはかえって弊害が大きかったと思いますが、今は、ご承知のとおり、不正競争防止法では刑事訴訟手続上の特則も含めて手続的な整備がされていますので、現在において、非親告罪化するということは時宜を得たものではないかと思います。

金子：ありがとうございます。著作権の非親告罪化については非常に議論もあり、著作権法の場合には構成要件があまりに広すぎるという問題があるのに対して、不正競争防止法の営業秘密に関する刑事罰は、特に不正取得類型についてはかなり行為類型を、実際、ほかの犯罪も成立するようなものに限っていますので、そういった意味では、非親告罪化しても、また、取引先を告訴できないという実情を考えると、あり得るのかなと思う一方で、

ただ、他方で、まだ営業秘密の保有者にとって、実際には確認されてから公訴が提起されると。そうしなければ、實際上、動かないとは思う一方で、とはいえ、何らかの運用上で、勝手に公訴が提起されてしまうということが若干危惧はされるんですが、ただ、著作権の非親告罪化ほど深刻な問題ではないかなと思っております。

もう1つ、没収の件について私から伺いたいんですが、現行刑法の19条の解釈としても、一応、特に自然人が不競法の刑事罰の対象となる犯罪行為を行った場合には、その犯罪行為によって得た収益は没収刑の対象とでき、また、法人重課についても没収刑を科すことができる解釈論としても解することができるようにも思うんですけども、その点は何か審議会での議論等ではありましたでしょうか。木尾室長、お願いします。

木尾：刑法19条との関係では、少なくとも個人については、収益ということではなくて、犯罪行為組成物件については当然、没収することはできるはずという理解ですけれども、實際上、没収された事例というものは、私どもとしては認識しておりません。

逆に、法人について申し上げますと、基本的には今の刑事法の、震ヶ関としての基本的な考え方は、法人から没収するというのは、少なくとも明示的な立法例は一例もない。過去、すごく古い、昭和33年の判例で一例だけ法人から没収している。それも犯罪行為組成物件でございますけれども、一例だけあると。逆に、いわゆる犯罪収益について没収している事例は、当然のことながら、一例も全くないというのが現状だと思います。

親告罪の話も若干付言させていただくと、著作権の話であるとか、あるいは同じ経産省の話で言うと、輸出管理の世界でよく議論になるんですけども、少なくとも不正競争防止法の営業秘密については、捜査実務上も、秘密管理性の有無が最大の焦点になる、ハードルになるということだと私は理解してございますので、人によっては、警察がある日突然みたいなことをおっしゃる方もいらっしゃいますけれども、基本的には、私の理解としては、ほとんどそういう可能性は少ないんじゃないかというふうに思っております。企業側の協力が無い限りは、秘密管理性の立証というのは、実際の裁判において難しいのではないかと考えております。

金子：ありがとうございました。立証の点は、私も、おっしゃるとおりだろうと思います。没収については、一応、刑法19条1項4号の、たぶん有体物あるいは金銭に限られますけれども、営業秘密が特定の有体物などの持ち出しなどによって行われた場合については、その対価として受け取った金銭などは、たぶん現行法の解釈としても19条1項の3号もしくは4号によって没収の対象とできるのではないかと思います。もちろん、その点を明示することは意味があることだと思いますし、ただ、大問題は、何を営業秘密によって得た利益と考えるか、また、民事の損害賠償との関係をどう考えるかということだろうと思います。

(2) 推定規定と文書提出命令

金子：では、特に刑事の点についてなければ、民事の立証をめぐる問題に移りたいと思います。この点について、先ほど林先生から、現在、審議会で進められている推定の導入についての言及がありました。木尾室長に伺いたいと思いますが、講演の中でも触れていただきましたが、実際、今のところ、具体的にはどのようなものについての推定規定の導入を予定されているのでしょうか。

木尾：今まで審議会の中でも、林先生を含めて、ご議論いただきましたし、今後、パブリックコメントの中で出てくる意見によっても、当然、変わってくるんですけども、一つのアイデアとして、審議会でご議論いただいた案をご紹介しますと、まず不正取得をした行為者本人、あるいは行為者が不正取得をしたことについて悪意・重過失である、あるいは不正開示をされたことについて悪意・重過失である第三者については、推定の対象になるという理解をしています。

そういう限定の下であれば、もちろん、もう少し絞り込みをする、あるいはもうちょっと広げるという議論、両方向に議論があるので、もう少し調整をしていかなければいけないんですけども、基本的には、林先生のお言葉をお借りさせていただきますと、産業スパイ的な類型を基本的には念頭に置いていまして、逆にスピニアウト型みたいな、転職の自由に悪影響を与えるような、そういう形のもは、今回の推定の対象にするというよりも、むしろより本格的な法制の整備として、文書提出命令みたいなところ、あるいはアメリカで言うディスカバリーみたいなものについて、日本で限定的に導入できるのかどうかみたいな議論の中で考えていくということだと思っています。

金子：ありがとうございます。主体の点については、不正取得者自身と悪意・重過失で開示を受けた者ということだったんですが、横山先生が指摘されていた範囲の点ですけども、実際には取得した人がどういう行為を行うと何が推定されるということになるのでしょうか。すみません、ちょっと聞き方が不正確かもしれませんが、横山先生お願いします。

横山：私がちょっと気になったのは、推定を受ける営業秘密の範囲をどう特定するかということで、物を生産する方法の発明に当たるような営業秘密であれば推定しやすいんだろうと思うんですけども、生産効率を上げるためのノウハウのような周辺情報についてまで推定を及ぼすことが適切かということです。

木尾：物の生産方法といったときの営業秘密の種類というのは、生産効率を上げる、具体的には省エネ効率を上げるとか、より安く経済的に物事を作れる方法みたいなものとか、あるいは機能そのものを向上させるような、物自体に痕跡が残るようなものとか、いろいろ

ろなものがあると思っておりますけれども、今、事案として進行中のものがどういう技術を盗まれたかという、まさに経済的に作る技術、あるいは効率性を上げる技術みたいなものがまさに狙われて、実際、経済上の価値があるものもおそらくそういうものなので、そういう意味で言うと、効率性を上げる技術みたいなものについても基本的には推定の対象にしていくという議論が、あるいは産業界のニーズとしてはすごく強いんだろうというふうに私どもとしては考えてございます。

さらに申し上げますと、物の生産方法的なものの中に効率的に作る技術みたいなものも含むということが今のご説明ですけれども、さらに加えて、物の生産方法以外であっても、物と関連すれば、例えば、審議会の中で議論があった項目として申し上げますと、血液の診断サービス、血液の診断に関する営業秘密みたいなものについて、物の生産ではないけれども、物に関連する生産以外の、例えば分析とか、そういうものについても対象にするべきではないかと。「日本は物の生産だけではなくて、これから物関連の役務みたいなところでも国富を稼いでいくんでしょ」みたいなご議論はございました。

それについては、先ほどの横山先生のご懸念というのもありますけれども、私ども、特にサービスのところについて、世の中にどういう営業秘密があるのか、あるいはサービス全般について、物と関連していればすべて推定の対象にするということについて、どういう副作用があるのかということについて、各種いろいろな業界がありますけれども、いろいろな業界の意見を聞いたという状況には到底及ばない状況なので、そういう意味で、白紙委任ということにはなりませんけれども、政令で委任をさせていただいた上で、政令を作る段階で改めて、私どもだけということではなくて、むしろいろいろな関係者の方々からいろいろなご意見をいただきながら、政令で広げる余地は一応残しておくということだと思っております。

いずれにせよ、林先生からもご指摘ありましたけれども、それだけ強力な規定になってしまうので、対象の設定の仕方については、かなりよくよく慎重に、広く「法曹」も含めた関係者から聞いた上で、公平に手続を進めていきたいというふうに思っております。

金子：では、1点確認ですが、基本的には、ある物の生産などに関する営業秘密の場合に、当該物を販売している被告の行為については、その被告が不正取得者自身である場合、または不正取得者から悪意・重過失で開示を受けたものの場合については、同じものを作っていれば、その営業秘密を使用しているものと推定すると。そういう規定を設けると。

木尾：条文としてはもうちょっと複雑になるとは思いますけれども、基本的な骨格としてはそんな感じになるんだと思います。

金子：そこでは、ある物の生産する方法だけではなくて、ある物を効率的に生産する方法とかも入り得るものとなっていると。

木尾：一応、念のためですけれども、特許法 104 条にも推定の規定があつて、物の生産方法みたいな表現も使われていますけれども、それとは基本的に、全然拘束されていない、全く別の考え方で、物の生産方法という言葉を使っています。

金子：場合によっては、物の、例えば最終製品の検査をより効率的に行う方法とかも入り得るようなものになるかもしれないのですか。

木尾：あまり汎用的なものであれば、物との関連性が薄れてくるので、ちょっと違いますということも十分可能性としてはあると思います。少なくとも当該物に特有の検査技術のようなものについては、対象にはなり得るとというのが、少なくとも産業界からのニーズだと理解しています。

金子：その上で、横山先生はどのように、今のような改正の方向についてお考えになりますでしょうか。

横山：実務的なニーズとしては、推定の対象を物を生産する方法の発明に相当するような営業秘密に限るのでは狭すぎるというのは分かるんですけども、他方で、物を生産する方法の発明であれば、物と直結するものですから、被告が物を作っていた時にその方法を使っているだろうという経験則が当てはまると思うんですけど、物と関連のある情報ということになってくると、物の生産にその情報を用いる必然性が弱まってくるため、不正取得の事実があったとしても、その使用があったと推定してよいものかどうか、特に、立証責任の転換に伴う被告の不利益が大きいことを考えますと、疑問を感じるどころです。また、先ほど、汎用的な技術については推定の対象とならないという話もございましたが、汎用的な技術とそうでない技術とを線引きするのもなかなか難しいのかなと思いますので、推定規定を導入するとしても、その範囲については、慎重な議論が必要になってくるところです。

金子：林先生は、どのようにお考えになりますでしょうか。

林：私の発表の方でも申し上げさせていただきましたが、私の本音としては、推定規定よりも、証拠の偏在問題は文書提出命令の活用などの方、そちらの道で解決するのが本筋じゃないかという思いを今も持っております。ただ、産業界のニーズというのが、ご自身は訴えられることはないというような思いでのお考えだとすると、それは本当ですかということをお願いしたいところでありまして、逆の立場になったときに、この推定規定がどういうふうに跳ね返ってくるかというのはよくよく考えて作らなきゃいけないと思います。

特に、今日の木尾室長のご発表の中でも、スライドの 11 に各国比較というのがあります。が、こういう立証責任や証拠収集の問題について、各国を見ても、推定規定で解決している国はないんですね。ディスカバリーや査察命令などの方策で解決しているわけですし、これが日本だけこういうものを入れたときに、外国企業と日本企業との関係で、日本企業が被告になる場面にもっぱら使われるようになることがないとは言えないんじゃないかというのが 1 つ。

それから、推定効が強力であるがゆえに、対象を限定せざるを得ないということから考えると、問題状況への課題解決として、これでは足りないだろうと。結局、問題はまだ残っていますねということもあります。今回、時間がないということで、まず近々、皆さまから要望されているところについて手当てをしましたというのがこの推定規定だとすれば、その中身については十分吟味していかなければいけないんじゃないかと思っております。

金子：ありがとうございます。

林：すみません。1 点だけ申し忘れました。特許法の 104 条は、今となってはそんなに使われていないものでありますし、104 条ですらと言ったら何ですけれども、104 条の推定規定はあくまでも新規なものと同様のものという限定が加わっており、それはコンメンタールなどでも、その範囲であれば経験則として推定を認めることの合理性があるという説明が可能なわけですが、今回、新規なものという枠が 1 つ外れていますので、その意味では、出発点から 104 条とは切り離れた議論になっていると思います。

ジュリストの昨年 7 月号で、「営業秘密をめぐる現状と課題」というタイトルで座談会が行われている段階で、そのメンバーの方々が念頭に置いておられたのは、せいぜい 104 条のレベルの話だったのかなと私は思っていました、それが今回の新しい推定規定の中でもし広がるのであれば、それなりに、どこか絞り込む要件を、条文を作る上で書き込んでいく必要があるんじゃないかと思っております。

金子：ありがとうございます。木尾室長に 1 点確認したいんですが、悪意・重過失については、取得時点での、開示を受けた時点での悪意・重過失ということですね。

木尾：今のところ、そういうことです。今日のご議論なんかも踏まえて、またこれから条文の議論もしていかなければいけないんですけれども、現段階ではそういうふうに思っております。

あと、一応、各国の話なんかも議論になりましたので、ディスカバリーはよく議論になるわけですけれども、私どもとして、基本的には何らかの形でできないかということは模索していきたいと思っています。現段階で認識している論点として言うと、少なくともアメリカのディスカバリーは訴訟費用の半分以上、多いときは訴訟費用の 3 分の 2 がディス

カバリーの関連の費用であるというふうに聞いています。単純にそのまま導入して同じ運用でやるとすると、日本の訴訟費用はたぶん2倍、3倍になってしまうということだと思っ
ていまして、そういう意味で言うと、なかなかどういう形で効率化できるかという余地は
考えないと、そちらでも大変なことになるだろうなという意味で、もう少し模索する必要
はあるんだろうと思っています。

逆に、現行の日本の民訴法の文書提出命令については、結局、特定性のところをどうや
ってクリアするかということで、特定性をきれいさっぱりとなくしちゃいますということ
になると、どうしてもディスカバリーに非常に似た形になる可能性はあるので、その中間
的な解を探していくということだと思っています。くどいですが、別に現段階で、そう
いう文書提出命令の拡充、証拠収集手続について、推定で終わりですということでは全く
ございません。

金子：ありがとうございます。林先生は、文書提出命令については、どういった制度が望
ましいとお考えでしょうか。あるべき最終的な姿として。

林：まず1つは、現在、申し立てに対して、なかなか命令まで行ってないという運用の問
題があると思いますので、その運用の改善でも、ある程度、特定性の認定の問題かもしれ
ないんですけども、そこで改善できる点もあるのではないかと考えています。

それと、文書提出命令まで行かないとしても、6条の具体的態様の開示、ここも何か手当
てしてということも考えられるのではないかと考えています。あとは、文書提出命令の申し立
てに対して、それに対する対応が不適切な場合には、条文上も、相手方の主張を真実と認
めることができるという条文になっておりますので、ここの効果のあり方をもうちょっと
制裁的なものにするという手当てもあるかもしれないと考えております。

金子：分かりました。重要な問題であり、難しい問題であろうかと思えます。継続して議
論をするということが大事なのかと思えます。

4 フロアとの質疑応答

金子：それでは、ここでフロアの皆さまから質問を受け付けたいと思います。時間の都合
上、お一人かお二人ということになってしまうかもしれませんが、係の者がマイクを運び
ますので、もし質問のある方がいれば挙手をお願いいたします。棚橋先生。

棚橋：時間が迫っておりますので、一言だけ申し上げます。木尾室長さんのお話だと、刑
事事件ですが、未遂を罰する方向で検討されているということですね。私は、未遂を罰す
るのは、各国ともそれを規定しておりますので賛成ですが、影響するところが大きいと思

います。

このあいだ、世界を代表する工作機械メーカーの刑事事件について、昨年の秋、判決が出ました。私のお配りした資料にあります。この事件は、刑事事件のパターンとしては21条1項3号に該当するので、社員が複製して競業企業に売り込んだということです。実際売り込んだかどうかは必ずしも立証されていませんが、複製物を作ったということが有罪判決の理由の中心になっていると私は理解しております。企業側にも営業秘密の管理体制に若干問題があったというので、執行猶予2年付きの懲役刑の有罪判決になりました。

私は、未遂を罰するのは賛成ですが、冒頭に申し上げたアメリカの経済スパイ法は法体系の思想が違いますから、構成要件も日本のそれと比べて大雑把です。アメリカではおとり捜査がかなり広く認められており、真正ではない書類を相手方に示して、引っかかったものを逮捕するというようなこともやっております。その点で、未遂を罰するとなると、構成要件を定める場合に、慎重な配慮が必要であると思います。その点は今日の議題ではないので、実体法と手続法の双方で十分な議論をしていただきたいと思います。

構成要件としては、単に未遂を罰すると定めるだけではなくて、どういう場合に未遂を罰するのか慎重に考えていただきたいと思います。営業秘密管理性の問題と直接関係ありませんが、前向きに考えておられるのに敬意を表しながら、私見を述べさせていただきます。ありがとうございました。

金子：今のご指摘に関連して、現時点では未遂犯処罰は、あらゆる営業秘密に関する要件について設けるんですか。それとも、特定のものに限ってでしょうか。

木尾：今後の検討になると思いますけれども、基本的な問題意識として言うと、21条で言うと、1号類型、2号類型なので、逆に媒体横領的な、3号、4号については、たぶん概念自体が非常に狭い、限界的な事例しか未遂行為というものをそもそも観念できないだろうと思っております。

金子：ありがとうございます。ほかにご質問のある方はいらっしゃいますでしょうか。

植村：弁理士の植村と申します。今日は大変いろいろ活発なプレゼンテーション、議論をありがとうございました。1つ質問ですが、林先生ほか、立証責任についていろいろご見解を伺ったんですが、まさに特許法と営業秘密の交錯する非常に重要な点だと思うんです。特許法は、今、議論になりましたように、104条があるんですが、もう1つ上のと申しますか、国際ルールから言うと、TRIPSの34条というのがありますよね。34条の、確か1項のb号だと思いますが、要するに、a号は日本と同じ法律ですね。要するに、新規物質について、b号の方は確か、相当の可能性と妥当な努力をしたか。この要件で、挙証責任を転換するもの。この2つのアプローチのどちらか1つが義務づけられているのですが、日本は

そのうちの、今の 104 条のアプローチの方をそのまま使ったということですが、それを緩めるとすれば、もう 1 つの b 号アプローチというのがあるので、そこら辺の議論も、制度改正の議論でクリアしているのかどうかというのが質問です。

それから、2 つ目は、これは希望ですが、TRIPS では、いわゆる営業秘密の 3 要件が国際的に調和されたということと、エンフォースメントでの効果、それが成果だったわけですが、それ以上の調和と申しますか、国際的な調和については、そのための場がないと申しますか。ただ、先ほど木尾先生のプレゼンにもありましたように、TPP でアメリカがいろいろやっているという話がありますが、こういった現在の各国バラバラの運用と申しますか、そういった状況をわが国としてどう見るのか。日本の議論を今はやっていますが、これからグローバルな経済の中で、トレードシークレット保護を国際的にどういうふうを持っていくべきなのか、アジア、それからヨーロッパ、アメリカ、いろいろ相手が違うわけで、その中でどうすべきかということですね。そこら辺の議論もぜひ起こしていただきたい。

林：推定規定については、使用行為の点については、原告営業秘密と被告生産物との間の「相当の関連性」を要求するというので、今、文言の作り込みがなされていると理解されておりますので、今、先生がおっしゃられた点が考慮されていくように、そうでないといけないと思いますので、ウォッチしたいと思っております。

また、TRIPS との関係については、審議会で秘密管理性の要件の議論を始めるスタート地点として、TRIPS で言っている合理的な措置の程度が出発点ではないかということで、私どもも議論した記憶がございますので、そこの整合性は取っていると思います。

また、TPP をはじめ、国際関係では、要は抑止力としてわが国がどれだけ守る体制を整えているか、整えて初めて被害を受けないようになるということなので、国として防御態勢をしっかり作っていかねばいけないと思っております。

金子：ありがとうございました。木尾室長、お願いします。

木尾：私からも、期待されていると思いますので、コメントさせていただきますと、林先生からお話ありましたとおり、基本的には TRIPS 加盟国の最低限の水準を定めるということだと思いますけれども、産業界の方の意見の中には、現行の判例の中には TRIPS よりも厳しくなっているんじゃないかというような意見も相当数あるということも踏まえて、今回の指針の改訂に当たっては、TRIPS を意識しながら行ったつもりでございます。

あと、国際的な制度のハーモナイゼーションみたいなところについて、ご案内のとおり、釈迦に説法になってしまいますが、特許とか意匠とか商標とか、その世界が中心で、どちらかといえば、営業秘密の世界、トレードシークレットの世界というのはだいぶ遅れて、2 周か 3 周ぐらい遅れている感じだと思いますけれども、私の認識では、つい先週もアメリ

かの USPTO でトレードシークレットについてのセミナーが行われていましたが、国際的な営業秘密についての制度運用をもう少し調和していく、あるいは先進国などと調和していく、またそのエンフォースメントについてもお互いに協力していこうという気運は生まれつつあるんだろうと思っていますし、私どもとしても、うまくリードできる部分についてはリードしていきたいなというふうに希望してございます。

5 おわりに

金子：ありがとうございました。それでは、時間も若干超過しておりますので、最後にお一人ずつ、「営業秘密の保護のこれまでとこれから」ということで、簡単なコメントをいただきたいと思います。では、近いところからということで、横山先生からお願いいたします。

横山：営業秘密の保護制度の整備、拡充を図っていくことは、今後、我が国の経済力、産業競争力を強化していく上で重要なことであり、今回、そのために必要な改正が行われたことは、大変意義のあることだと思います。しかし、他方で、営業秘密保護法制発足時から指摘されていたように、営業秘密の保護の強化に伴って従業者の転職の自由や競業他社の事業活動が不当に制約されるようなことがあってはならないわけで、営業秘密保有者と従業者・競業他社の利益のバランスがうまく実現されるような制度設計を目指していくことが重要であると思います。

また、産業界からは、営業秘密の保護を強化する改正をしてほしいという要望が強く出されるわけですが、林先生からもご指摘あったとおり、日本企業が常に原告になるとは限りませんので、被告の立場に置かれることもあるということを念頭において、望ましい制度のあり方を論じていくことが重要だろうと思います。

それから、最後に、従来の営業秘密の侵害事件を見ておきますと、日本ではまだまだ産業スパイ型の事案というのは少なく、従業者が不正開示をするというケースが多いと聞いておりますけれども、このようなケースでは、企業の処遇に不満を持った従業者が不正開示を行っていることが多いようです。

もちろん、処遇に不満があるからといって、営業秘密を侵害していいということではありませんけれども、しかし、従業者に対して適切な処遇が行われていないと、そもそも良い営業秘密が生まれないということもありますので、今後は、営業秘密保護制度の整備、拡充を図っていくと同時に、よい営業秘密がたくさん生まれるように、企業内における従業者の処遇のあり方についても検討されるべきだと思います。

現在、職務発明制度の改正に向けた議論が行われていますけれども、林先生もおっしゃいましたように、営業秘密も職務発明と根っこは一緒ですから、職務発明の報酬の問題に限らず、企業内における研究開発のモチベーションを全体的に向上させるためには、技術

者・研究者の処遇をどのように図っていくべきかを総合的に検討することが重要なことだと思っています。

金子：ありがとうございました。では、山根先生、お願いいたします。

山根：私自身、営業秘密は最近、勉強を始めたばかりでございまして、営業秘密の保護のあり方について多くを語れるわけではありません。ただ、従来の議論を勉強して思いましたのは、営業秘密保護法制においては、営業秘密の概念、あるいは秘密管理性の要件というものが非常に大きな役割を果たしているということでもあります。そうした意味で、今回、営業秘密管理指針が全面的に改訂されるということは、まさに画期的なことであるというふうに思います。

しかし、それとともに、勉強をするにつれて思いましたのは、営業秘密保護法制においては、取得、使用、開示という行為の概念、あるいは不正の手段や図利加害目的といった行為態様の要件が、営業秘密の概念や秘密管理性の要件と同じくらい、重要な役割を果たしているのではないかとということでもあります。この点、従来の研究では、行為の概念や行為態様の要件については必ずしも十分に議論がされてこなかったように思います。したがって、今後の研究においては、こうした行為に着目した議論や、行為規制法という視点から営業秘密保護法制を捉え直す議論なども必要になってくるのではないのでしょうか。これは私自身の課題でもありますが、今後、多様な議論が蓄積されていくことを願っております。

本日は貴重な機会をいただきまして、どうもありがとうございました。ありがと

金子：ありがとうございました。林先生、お願いします。

林：はい。本日は、実務家としての立場ということで、好き勝手に意見を申し上げてしまいました。これがいつか自分に跳ね返ってこないことを祈っております。

また、本日のテーマは「営業秘密保護のこれまでとこれから」ですが、まさに今後、全国の中小企業に対して、営業秘密保護についての支援を行っていく必要があります。弁護士知財ネットでは、全国的に支援活動をしておりますので、また皆さまのご指導をよろしくお願いしたいと思います。ありがとうございました。

金子：熊谷先生、お願いします。

熊谷：もうあえて付け加えることは特段ありませんが、先ほどもお話しましたように、不正競争防止法で営業秘密を保護することで競争秩序を維持し、林先生がおっしゃる予防法務的な色彩が今回の管理指針の改訂等でより高まっていくことが期待されているかと思

ます。林先生がおっしゃるように、日本企業が被告になることも当然あるかと思いますが、従来の営業秘密に関する訴訟において、あまりにも原告側の勝訴が困難であったという事実が、今回の民事的な救済措置の改定等におきまして、営業秘密の実効性がより高まっていくことが期待されるのではないのでしょうか。また、刑事罰についても、厳罰に処するのではなくて、抑止力が高まることにより、営業秘密保護の実効性が高まることが期待されていると思います。

金子：ありがとうございます。では、木尾室長、お願いいたします。

木尾：行政の立場なので、特に法改正のところについてはクリアカットに私の方からは言えず、貢献できませんでしたが、いずれにしても、制度の部分については、短期的な話、中期的な話、今日の朝に引き続きですが、いろいろな宿題をいただきましたので、がんばってこなしていきたいというふうに思っております。本日はどうもありがとうございました。

金子：ありがとうございました。以上をもちまして、本日のシンポジウム「営業秘密保護のこれまでとこれから」を終了させていただきたいと思います。なお、シンポジウム終了後、皆さまに本日のシンポジウムの感想などについてのアンケートを、申し込みいただいたメールに送付させていただきます。ご協力いただければ幸いです。

本日は皆さま、午前中に審議会があるなど、また、ご参集いただいた皆さまもお忙しい中お越しいただき、ありがとうございました。登壇いただいた先生方に改めて拍手をいただければと思います。ありがとうございます。

以上をもちまして、本日のシンポジウムを終了いたしました。忘れ物のないよう、お気を付けてお帰りください。