

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——

田 村 善 之*

抄 録 前編である(その1)では不正競争防止法2条6項に係る秘密管理性の要件の充足について、情報に接する者が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よいとする裁判例と客観的に秘密管理がされていると認識される程度の管理が必要とする裁判例のせめぎ合いを俯瞰した。後編の(その2)ではいずれの判断が適当であるか検討を行う。

目 次

1. はじめに
 2. 営業秘密管理指針(2003年)
 3. 裁判例の実像
 3. 1 緩和期
 3. 2 厳格期
 3. 3 揺り戻し期(以上, 前号)
 4. 営業秘密管理指針の改訂(2010年)
 5. 学 説
 6. 検 討
 6. 1 保護されるべき情報を明示させる機能
 6. 2 保護が必要な場合を見極める機能
 6. 3 紛争予防機能
 6. 4 その他
 6. 5 小 括
 7. おわりに
- (以上, 本号)

4. 営業秘密管理指針の改訂(2010年)

裁判例が揺り戻しを見せる間、経済産業省『営業秘密管理指針』(以下、本指針)も2010年に改訂されている。その改訂の趣旨は、次のように記されている³⁴⁾。

「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」(10頁)、「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、通常の実業活動を行う者を萎縮させ、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」(12頁)、「高度の管理方法等は、これを講じていない限り営業秘密としての法的保護を受けられないものではなく、また場合によってはセキュリティコストが増加し、事業者にとって過度な負担となる場合があることに留意すべきである」(26頁)。

業務の効率性に配慮するとともに、指針が提示する水準を充足せずとも不正競争防止法(以下、不競法)上の営業秘密の保護を享受しえなくなるわけではないことを強調するようになった点は大きな進歩といえる。

もっとも、具体的な裁判例の紹介のところでは、相変わらず、秘密管理肯定例において肯定する方向に斟酌された事情と、秘密管理否定例

* 北海道大学法学研究科 教授
Yoshiyuki TAMURA

において否定する方向に斟酌された事情を挙げ連ねる方式をとっているために³⁵⁾、裁判例が要件充足と認める秘密管理の程度の具体的な相場は不明なままであり、ゆえに裁判例が二極に分かれて対立しているという認識も示されていない³⁶⁾、という問題点は解決されていない。

5. 学 説

学説に目を転じると、文言のうえでは、「客観的な認識可能性」と「アクセス制限」の二つが要件となると説く文献が少なくない³⁷⁾。もっとも、「客観的な」という修飾語が付されている場合にも殆どの文献がその具体的な意味を明らかにするわけではなく、何故「客観的な」という修飾語を付加しているのか、具体的にどのような事例において秘密管理を肯定し、どのような事例において秘密管理を否定するのかということを詳らかにしないものが大半を占めている。

そのような中、営業秘密の保護法制を導入した1990年不競法改正の当初から、秘密管理性の要件が営業秘密に接する者次第で変わりうる相対的なものであるという理解も提唱されていた³⁸⁾。起草者もこの理解に与している³⁹⁾。

そして、最近では、3章で俯瞰した裁判例の動向を正確に踏まえたうえで、緩和期ないし揺り戻し期の裁判例の基準、すなわち、営業秘密に接する者の認識可能性に焦点を当てる学説も現れ始めている⁴⁰⁾。

6. 検 討

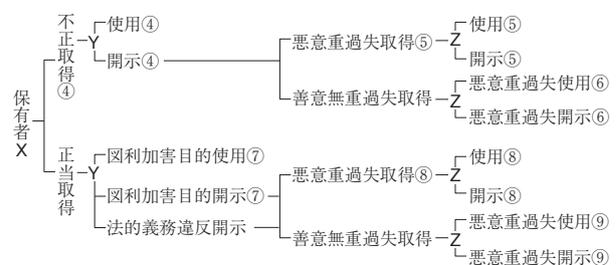
それでは、如何に考えるべきか。この問題に関しては、法が秘密管理性要件を課している趣旨に遡って、その趣旨に即した解釈論の落としどころを探る作業が必要であろう。不競法上、営業秘密として保護されるために秘密管理が要求されている趣旨、換言すれば秘密管理性の要件に期待されている機能は幾つかありうるの

で、以下、順次検討していこう。

6. 1 保護されるべき情報を明示させる機能

第一に、秘密管理性の要件は、情報は管理がない場合には自由に流通する性質を有し、その出所源が不明となる場合が少なくないところ、保護されるべき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ために要求されたと考えることができる⁴¹⁾。もともと1990年改正で不競法に営業秘密の保護を導入する際に、秘密管理の要件を入れることに反対があり、客観的に秘密であれば足り、秘密管理は不要であるという意見も存在した中、起草者がこの要件を入れた趣旨はここにあったようである⁴²⁾。

もしこのような趣旨で秘密管理が要求されているのであれば、秘密管理性の要件は、情報に接する者にとって秘密にしなければならないと認識できる程度に管理されているか否かを基準とすれば足りることになるはずである⁴³⁾。より具体的にいえば、秘密を取得する者（不競法2条1項4号）、あるいは秘密を示された者（2条1項7号、2条1項8号括弧書きの義務違反者）という直接型不正利用行為者のところで秘密として認識しうるものであれば足りる、と解される。不正取得行為や不正開示行為が介在した後に関与する間接型不正利用行為者（2条1項5・6・8・9号）に関しては、別途、不正利用行為の介在に対する悪意重過失という主観的要件が用意されているから、秘密管理の



(○内の数字は不正競争防止法2条1項各号を示す。数字がないものは規律なし)

図1 営業秘密の不正利用行為類型

要件をもって屋上屋を架す意味に乏しいからである（営業秘密の不正利用行為類型については図1を参照。）

結論として、やはり緩和期ないし揺り戻し期の裁判例の基準をもって是とされることになる。

6. 2 保護が必要な場合を見極める機能

第二に、秘密管理されていることが要件とされている趣旨としては、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ことになり、保護したところで企業の優位性は失われるのだから、保護のコストをかけるのは無駄であって裁判所がわざわざ応援する必要はない、ということ想定することができよう⁴⁴⁾。

そもそも営業秘密を保護する趣旨というものが、秘密として管理でき、他者に対して守られるということが、知的財産を創出するインセンティブになるので、それを法的に支援してあげようというところにある、と理解すると⁴⁵⁾、秘密管理されていないものは、要するに漏洩しても構わないと思われるわけであるから、秘密管理は期待されていなかった、つまり、成果開発のインセンティブとして機能していなかったことを意味するので、あえて法が保護する必要がないといえそうである。

こうした趣旨から考えると、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。かえって、厳格期の裁判例のように、高度な秘密管理を要求してしまうと、企業活動に対する硬直的な効果をもたらし、秘密管理による成果開発のインセンティブを過度に減じかねないように思われる。

例えば、ハンドハンズ事件やノックスエンタテインメント事件のような小規模企業であると、従業員全員が様々な業務のことを理解しており、あうんの呼吸で協力し合いながら迅速に活動することができる場所に、大規模企業に

はない小規模企業なりのメリットがある。その場合、特に物理的に厳格な管理をなさずとも、従業員は全員が何が秘密として守らなければならない情報であるかを知悉しており、また相互に監視が効いているために、それほど厳格な管理をなさずとも、厳格な管理をなしたのと同程度の漏洩を防止する体制を敷くことも可能であろう。それを、あうんの呼吸を期待できない大規模企業にとって必要とされる程度の厳格な情報の管理を要求していたのでは、従業員間の情報のやりとりが煩雑となり、小規模企業のメリットを十分に活かすことができなくなってしまうかねない⁴⁶⁾。

同じことは、大規模企業の中でも、共同開発研究など、相対的に小さなチームを組んで濃密な協力関係の下に作業を行う場合にも当てはまる。フッ素樹脂シートの溶接技術判決、プライスリスト判決、ポリカーボネート樹脂製造装置判決に代表されるように、企業が自ら研究開発をなした技術上の情報は当然に企業の重要な財産となっていることは内部の人間にとっては容易にわかりうるものである。それにもかかわらず日常の業務で逐一厳格な管理をくり抜けば互いに情報のやりとりができないというのでは、共同作業の実が上がらなくなりかねない。

したがって、この趣旨に即して考えると、対内関係と対外関係とで物理的な管理の水準を違えることを許容し、重要な情報であり秘密であることがわかっている内部の者に対してはそれ以上に格別の物理的な管理が果たされていることを要求しない緩和期ないし揺り戻し期の裁判例が支持されることになるろう。

6. 3 紛争予防機能

第三に、かりに厳格期の裁判例の基準を支持しうる理由として、嚴重に秘密が管理されていればいるほど、秘密の漏洩の数が減少し、裁判

所を煩わせることがなくなるのではないかという理屈が主張されるかもしれない。秘密管理の要件には、そのような事前の紛争予防機能を発揮することが期待されており、ゆえに厳格な基準を設けていると理解しなければならないという考え方が主張されるかもしれない。

しかし、3章で紹介した事例の全てがそうであったように、不競法における営業秘密の保護が求められて裁判に至る事件のほとんどが内部の者による裏切りの事案である。秘密を管理する当事者、場合によっては責任者の不正取得が問題になっているものすら少なくなく、いくら厳格に管理しても紛争が起こることを防ぎえない。この面で厳格な基準を採用することでもたらされるメリットはほとんどないといえよう⁴⁷⁾。

6.4 その他

(1) 自助努力を強調する見解

かつてプライスリスト事件の控訴審において、原告（控訴人）の側に立った意見書を提出した筆者は、相手方から提出された意見書において、秘密管理の要件を厳格化することで徒に法による保護を与えることをあえて拒否し、もって、営業秘密の保護は自助努力なしには達成しえないという状況を作出することが、「真の」意味での営業秘密の保護につながる、という類の論法に接したことがある。

しかし、これは本末転倒の議論である。この種の議論の陥穽を炙り出す格好の素材を、1990年の不競法改正で営業秘密の保護法制度を導入する際に秘密管理等の要件を設けるに当たって参酌された⁴⁸⁾ アメリカ合衆国法の裁判例に求めよう。それは、市場と法の間を示す好例として著名な1970年の第5巡回控訴裁判所のE.I. du Pont de Nemours & Co. v. Christopher事件である⁴⁹⁾。

この事件の被告は、原告DuPont社の工場の上空に飛行機を飛ばし、建設中のプラントの航

空写真を撮影した。DuPontの主張によれば、その航空写真を当業者が見れば、DuPontが開発したメタノールの製造方法に関する営業秘密に係る情報を推測することができるものであった。プラントが完成した場合には覆いがかけられるので、航空写真という手段によって営業秘密が漏知することはない。問題は被告の行為時点で、プラントは未だ建設中であり、上空から観察することができたということなのである⁵⁰⁾。

被告は、営業秘密の利用行為が違法となるためには、トレスパス（不動産や動産に対する侵害）その他の違法行為、あるいは信頼関係の違反がなければならないと主張したが、裁判所は採用しなかった。裁判所は、DuPontが秘密を保持する合理的な努力をなしていたところ、故意にこれを奪う行為に対して、DuPontは不正に営業秘密が取得され、第三者に利用されることを禁止することを請求することができると判示した。建設中のプラントに屋根を設置してその秘密を守るよう要求することは、子供の悪戯に過ぎないものを防ぐために、巨額の費用を課すことになりかねないというのである。

この事件は、営業秘密の不正利用行為規制が、営業秘密の保護法制とは無関係にひたすら自助努力で秘密管理を要求する制度ではなく、物理的な保護のために必要とされる費用の支出は相当な範囲のもので足り、それ以上の保護に関しては、営業秘密保護法制に頼ることを認めていることを窺わせるものである。つまり、本件では、建設中のプラントに覆いをかけることは、やってできなくはないが、そこまでは必要ない、というのが裁判所の意見である。そして、上空からの撮影に対して秘密を守ることが困難となることに対しては、法の規制によってそのような行為を禁じることで秘密管理を支援してあげようというのである。比喩的にいえば、事実として覆いがかかっていないところに、法の覆いをかけてあげようとしていることになる。

この判決は、秘密管理につき、どこまで自助努力が必要で、どこから法に頼ることができるのかという分岐点を確定する基準については述べていないが、この点に関しては、これまた著名な判決であるRockwell Graphic Systems, Inc. v. Dev Industries, Inc. (7th Cir. 1991)⁵¹⁾におけるPosner判事の説示が参考となる。

原告Rockwellが下請けに製造を依頼する場合に再発注の際の便宜を考えて図面の返却を要求していなかったことが問題となった事案で、Posner判事は、例えば、原告のRockwellが図面のコピーを一切許さなかった場合には、エンジニアのチームは一つの図面を見せ合い回覧することになるが、そのような作業や生産のやり方の再編をなすことは費用がかかるものとなる。ゆえに、完全な秘密管理体制なるものは最適な秘密管理体制とはなりえない、と論じる。そして、結論として、Rockwellはさらに秘密管理を強化することはできたかもしれないが、それはコストがかかるものであり、問題とすべきことは、そのような追加的な秘密管理体制の強化によってもたらされる追加的な便益がそのコストを上回るのかということなのであると判示し、秘密管理が十分ではないとした事実審である原判決を覆し、事件を原審に差し戻している。

こうした発想に対して、自助努力を過度に強調する者は、自ら秘密管理体制を厳重にすることによってしか実現されえないものであるから、秘密管理体制の絶対的な水準が低い者が保護を求めてきたとしても、営業秘密の法的な保護は否定すべきだというのである。そこには、既に指摘したような市場と法の役割分担という視点はみじんもない。事業者は、営業秘密の保護を受けるためには、社会全体から見ても非効率な投資、例えば（上空に飛行機を飛ばさない限り建設中のプラントの配置を知ることができなかった1970年代において）建設中のプラントに覆いをかけなければならないことになりかね

ない。それによって何が得られるのだろうか。ひたすらコストをかけて自助努力を貫徹することにより、ようやく営業秘密の保護を受けることができるようになるとしても、そのような「真の意味での」営業秘密の保護は、秘密管理のためにこれから投下しなければならないコストに鑑みれば、事業者にとって無用の長物にしかならないことになりかねない。そこでいう「真の意味での」営業秘密保護とはいったい何を意味するのか、疑問を覚えざるをえない。換言すれば、この立場に与する場合の営業秘密の保護法制の趣旨はいったいどのようなものとして考えることができるのかということが、よくわからないのである。あくまでも自助努力を促すというのであれば、特に法でもって、営業秘密の不正利用行為を規制する趣旨に乏しい。あえて、法によって営業秘密の保護を図るのであれば、そこになにがしかの意義が認められてしるべきであろう。

(2) 刑事罰との関係

2003年に不競法における営業秘密の不正利用行為に対しては刑事罰が科されるようになっていく。厳格期に属する裁判例の中には、秘密管理の要件を厳格化することで処罰範囲の外延を明確化させることを期する旨を説くものがある（東京地判平成18・7・25平成16(ワ)25672 [在宅介護]、大阪地判平成19・2・1平成17(ワ)4418 [スタンドオフ]、東京地判平成19・5・31平成17(ワ)27477 [得意先情報]）。

しかし、この議論もまた本末を転倒するものでしかない。不競法21条の定める刑事罰は、民事上の不正競争行為（2条1項4～9号）よりも限定された行為を対象としているばかりでなく、頻繁に活用されているわけでもない⁵²⁾。営業秘密の保護の主力はあくまでも民事責任であって、刑事罰は特に悪質な事例の抑止のために補完的な役割を期待されているに止まる⁵³⁾。刑

事罰が新設され強化されるに伴って、民事上の保護の要件のハードルが高くなっていくとすれば、刑事罰によって営業秘密の保護をより十全なものとしようとした趣旨に反する事態を招来してしまうことになる。加えて、行為者の予測可能性の確保に関しては、民事上の保護に影響を与えることなく、刑事罰独自の要件によって果たすべきである。まさにそのためにこそ、21条各号には、民事上の規律とは異なり、図利加害目的（「不正の利益を得る目的で、又はその保有者に損害を加える目的」）が全ての行為類型に課せられているのであるから、同要件の活用により所期の目的を達成すれば足りよう。

6.5 小 括

以上の検討をまとめると、秘密管理性の要件は、秘密を取得する者（不競法2条1項4号）、あるいは秘密を示される者（2条1項7号、2条1項8号括弧書きの義務違反者）にとって秘密にしなければならないと認識しうる程度に管理されていれば足りる、と解される。その意味するところは、より具体的には以下のとおりとなる。

(1) 情報の性質について

企業が事業に活用している情報は多種多様であり、その重要性にも千差万別なものがある。そのような中で、認識可能性に焦点を当てるといことは、こうした情報の性質に応じて、取扱いを違ってよいことを意味している。企業にとって重要な情報であり、当然に秘密として管理しなければならないことが従業員等のあらゆる関係者にとって明らかである場合には、そうした従業員の主観を活用した管理が許されて然るべきであり、事情に応じて（その種の情報は頻繁に業務に利用される必要性が高いことも少なくない）、㊟マークやパスワードにより秘密とすべき情報であることをあえて特定すること

を要しない場合がある。

他方で、ごく限られた者しかその重要性がわからないとか、そもそもそれほど重要なものまでとはいえない場合には、従業員等の認識可能性に応じて、より具体的に秘密として管理すべき情報であることを示す手段や、そもそもアクセス制限により認識可能性を得るに至るに乏しい従業員等が情報に接することを遮断する必要がある場合もありえよう。

(2) 判断主体について

秘密にすることが必要であるということが認識しうるようにならなければならない者は、上記直接型の不正利用行為をなしうる者であり、間接型の不正利用行為者（2条1項5・6・8・9号）となりうる者に対してまで認識可能な程度に管理することは要しない、というべきである。後者にとっての予測可能性は別途、課されている主観的要件で担保されている反面、情報の転得者であるがゆえに秘密管理者が管理を及ぼすことが困難な場合が多いと思料されるからである。

そして、直接型の不正利用行為者にも様々なタイプがいるところ、秘密であることを認識しにくい者に対しては㊟マークの押印や施錠された場所への保管、パスワードによる厳重な管理が必要となる場合があるが、他方で秘密として認識することが容易な者に対しては、秘密情報を継続的に業務に利用する必要性の有無にも配慮しつつ、これらの者の主観的な認識を喚起するという形でのより柔軟な手段により秘密管理がなされることを許容すべきものとする。その場合には、情報に接する者のタイプ毎に、継続的な利用の有無や認識可能性の程度に応じて典型的に管理の水準を設定することが許されるべきである。

ちなみに、秘密管理体制は特定の者に対してだけなされていれば足りるというものではない

(裁判例では、被告自身の利用態様に加えて、原告の従業員、原告が管理業務等を委託した関連会社の従業員に分けて、それぞれについて問題となる顧客情報へのアクセスの制限の態様を認定し、秘密管理を肯定した判決として、大阪地判平成25・4・11平成22(ワ)7025 [オークション購入中古車海外販売]がある)。一部の従業員に対して秘密管理が全くなされていないか、認識可能な程度にまで至らない管理がなされているに止まるとすると、早晚、そのような企業の秘密は外部に漏洩することになると考えられるから、あえて裁判制度をもって保護する必要性に乏しいからである⁵⁴⁾。ただし、例えば日頃から情報に接する機会が乏しい従業員に対して厳重なアクセス管理がなされているということが、日頃から情報に接する者であってその種の厳重なアクセス制限がなされていない者にとっても、自らが日常的に接する情報を秘密として管理しなければならないと認識する一助となることがありうることに注意しなければならない。

(3) 判断基準時について

秘密管理性要件の充足の有無は、当該訴訟において争点となっている直接型不正利用行為がなされた時点において認識可能であるか否かということによって判断される。その時点で認識可能であったならば、直接の不正利用行為者を含めて一般に予測可能性は担保されており、また企業が法的な保護を必要としていた情報といえるからである。当該時点でいったん漏洩してしまった情報の伝播に対する予測可能性に関しては、不競法は、前述したように、転得者である間接型不正利用行為者に対する主観的要件で対応しているということも勘案すべきであろう。逆に、それ以降も常に秘密管理体制を維持しておかなければならないという解釈は、漏洩してしまった当該情報に関してはもはや企業

の手許の秘密管理体制をいくら強化したところで、その転々流通を食い止めることは困難となっていることがほとんどであると考えられる以上、無闇に管理コストを浪費することを促進する解釈であり、採用すべきではない⁵⁵⁾。

7. おわりに

長らく日本企業の伝統であった終身雇用制に綻びが見られ、職務発明に基づく補償金請求訴訟が頻発していることに代表されるように、特に手に職を有している技術者の転職が飛躍的に増大する中、営業秘密に関する紛争も日に日にその数を増しているように思われる。

企業の自己防衛手段としては退職後競業禁止義務に訴えるという手段があるが、労働者の転職の自由を過度に害することのないよう、その目的、期間、地域的範囲、代償措置の有無などを総合衡量してその有効性が決定されることになる⁵⁶⁾。近時の裁判例の言葉を借りれば、「何人にも職業選択の自由が保障されていること(憲法22条1項)からすれば、雇用契約上の使用者と被用者との関係において、また、委任契約上の委任者と受任者との間においても、雇用契約ないし委任契約終了後の被用者ないし受任者(以下『被用者等』という。)の競業について、被用者等にこれを避すべき義務を定める合意については、雇用者ないし委任者(以下『雇用者等』という。)の正当な利益の保護を目的とすること、被用者等の契約期間中の地位、競業が禁止される業務、期間、地域の範囲、雇用者等による代償措置の有無等の諸事情を考慮し、その合意が合理性を欠き、被用者等の上記自由を不当に害するものであると判断される場合には、公序良俗に反するものとして無効となると解することが相当である」(東京高判平成24・6・13平成24(ネ)920 [アメリカン・ライフ・インシュアランス・カンパニー])。特に近時の裁判例は、労働市場の流動化に呼応して、とみ

に退職後の競業避止契約の有効性を厳しく吟味する傾向にある⁵⁷⁾。競業避止契約は競業自体を差し止めるものである以上、転職の自由や競争を阻害する効果が大いことに鑑みれば、こうした裁判例の傾向は支持すべきものといえよう。

これに対して、不競法による営業秘密の保護は、まさに正当に保護すべき利益に焦点を当て、それに必要な限度での保護を認めようとするものであり、転職が盛んになっており、企業の利益を保護する必要性が高まる中で、その規律の実効性を確保することが求められている。営業秘密の不正利用行為に関しては、本稿で縷々論じたように秘密管理性の高低が華々しく争われており、さらには、特定、立証の問題、差止めの範囲の問題が議論の俎上に載せられるようになっていくことが喫緊の課題となっているといえる。本稿の展開した秘密管理性の要件に関する解釈論は、その実現のための一つの橋頭堡を構築しようとするものに他ならない。

注 記

- 34) 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>)。長内健『企業秘密保護の理論と実務』(第4版・2010年)に転載されている。その後、2011年に、営業秘密侵害罪に係る刑事訴訟手続において営業秘密の内容を秘匿する措置を導入する不競法改正が成立したことを受けて、当該手続に関する改訂がなされており (<http://www.meti.go.jp/press/2011/12/20111201003/20111201003.html>)、また、2013年には競業避止契約に関する分析が付け加えられているが (<http://www.meti.go.jp/policy/economy/chizai/chiteki/trade-secret.html#kuwashiku>)、本稿に関わる部分には変更がない。
- 35) 前掲注34) 営業秘密管理指針(改訂版)27~28・32・35~36・38~40・43~45・48・55~56頁。

- 36) わずかに「実際の裁判例においては、現実にとられていた管理体制は必ずしも厳重なものではなかったものの、侵害態様や情報の性質等の事情も考慮して、秘密管理性を肯定したと考えられるものが複数存在している(大阪地裁平成19年5月24日判決、名古屋地裁平成20年3月13日判決)」という形で揺り戻しの判決に触れる箇所があるが(前掲注34) 営業秘密管理指針(改訂版)28頁)、具体的にどのような判断がなされているのかということに関する言及はない。
- 37) 古河謙一「営業秘密の各要件の認定・判断について」牧野利秋他編『知的財産法の理論と実務3商標法・不正競争防止法』(2007年・新日本法規)334頁、末吉互[判批]中山信弘他編『商標・意匠・不正競争判例百選』(2007年・有斐閣)191頁、千野直邦『営業秘密保護法』(2007年・中央経済社)166頁、竹田稔『知的財産権侵害要論(不正競争編)』(第3版・2009年・発明協会)167頁、土肥一史『知的財産法入門』(第14版・2013年・中央経済社)19頁。
- 38) 鎌田薫「財産的情報の保護と差止請求権(4)」Law & Technology 10号25頁(1990年)、苗村博子「技術ノウハウ(営業秘密)の秘密管理性を認めなかった高裁決定」知財管理52巻9号1354頁(2002年)、田村善之『不正競争法概説』(第2版・2003年・有斐閣)330頁、茶園成樹「営業秘密の民事上の保護」日本工業所有権法学会年報28号40~41頁(2005年)、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ』(第2版・2008年・有斐閣)131頁、川合弘造/相澤英孝=西村あさひ法律事務所編『知的財産法概説』(第4版・2010年)351~352頁、小野昌延=大瀬戸豪志=苗村博子/小野昌延編『新・注解不正競争防止法(下巻)』(第3版・2012年・青林書院)834~835頁。
- 39) 中村稔/通商産業省知的財産政策室監修『営業秘密 逐条解説不正競争防止法』(1990年・有斐閣)55頁。
- 40) 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208~213頁(2007年)、小嶋崇弘[判批]知的財産法政策学研究14号236~240頁(2007年)、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)193頁、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190～202頁（2009年）。
- 41) 鎌田／前掲注38) 24～25頁，中村／前掲注39) 54頁，田村・前掲注38) 328～329頁。東京地判平成20・11・26判時2040号126頁〔ダンス・ミュージック・レコード〕の説示も参照。
- 42) 参照，鎌田／前掲注38) 24～25頁，中村／前掲注39) 54頁。
- 43) 津幡／前掲注40) 210頁，小嶋／前掲注40) 236頁，田村＝津幡／前掲注40) 193頁，近藤／前掲注40) 199頁。
- 44) 田村・前掲注38) 328頁。
- 45) 田村・前掲注38) 324～326頁。吉原省三『知的財産権入門』（改訂版・1994年・金融財政事情研究会）128頁も参照。
- 46) 津幡／前掲注40) 212頁，小嶋／前掲注40) 237～238頁，田村＝津幡／前掲注40) 193頁，近藤／前掲注40) 191頁。
- 47) 津幡／前掲注40) 211～212頁，小嶋／前掲注40) 237～238頁，田村＝津幡／前掲注40) 193頁，近藤／前掲注40) 190～191頁。
- 48) 参照，通産省・前掲注39) 62頁。
- 49) E.I. du Pont de Nemours & Co. v. Christopher, 431 F.2d 1012 (5th Cir. 1970). 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「営業秘密保護について」』（2007年・レクシスネクシス・ジャパン）304～305頁に簡便な紹介がなされている。
- 50) もっとも，事件当時と異なり，現在では，解像度の高い衛星写真や航空写真がインターネットにあふれている時代であるから，そもそもDuPontの本件営業秘密は公知であるとされてしまうことであろう。
- 51) Rockwell Graphic Systems, Inc. v. Dev Industries, Inc., 925 F.2d 174 (7th Cir. 1991). 小嶋／前掲注49) 301～304頁に紹介がある。
- 52) 土肥一史「営業秘密侵害罪に関する不正競争防止法の改正について」ジュリスト1385号83頁（2009年），一原亜貴子「営業秘密侵害罪に係る不正競争防止法の平成二一年改正について」岡山大学法学会雑誌 60巻3号489頁（2011年），同「営業秘密侵害罪の保護法益」小樽商科大学商学討究59巻4号166頁（2009年）。公判裁判例としては，以前勤務していた会社のメールアドレスとパスワードを悪用して不正アクセスを行った結果，取得したパチンコ店の割数（客への還元率）や売上金額等を競合する他のパチンコ店へ開示した行為につき，不正取得後営業秘密開示罪の成立を認めた，仙台地判平成21・7・16特許ニュース12621号1頁〔パチンコ店〕が知られている（参照，一原／前掲岡山大学法学会雑誌）。
- 53) 島田聡一郎「不正競争防止法における営業秘密侵害罪の意義，機能，課題」Law & Technology 30号16～17頁（2006年）。
- 54) もっとも，実際の訴訟においては，秘密管理の要件に対する両当事者の主張が，当該訴訟で不正取得行為，不正開示行為をなしたと主張されている者に対する秘密管理の体制に集中する結果，その者にとっての認識可能性が致命的な争点となるということが少なくないと推察される。しかし，それは具体の訟における主張，立証という運用の問題であって実体法上の要件としては，当該訴訟における不正利用行為者に限らず，情報に接する者一般に対して，それぞれが認識可能な程度に管理がなされていることを要するというべきである。
- 55) 他方，同じ2条5項の「営業秘密」の要件の中でも，非公知性の要件に関しては，もはや公知となった情報の利用行為を止めてしまうことはいたずらに競争を阻害するという観点から設けられている要件であるために（田村・前掲注38) 332～333頁），直接型不正取得，開示行為に限らず問題となる不正利用行為の時点毎に，その充足が吟味されるべき要件であると考えられるべきであろう。換言すれば，損害賠償請求に関しては賠償請求の対象となっている各行為時点に，差止請求に関しては裁判時点（原則として事実審の口頭弁論終結時点）において公知でないことが要求されていると理解すべきである。
- 56) 田村・前掲注38) 465～475頁。
- 57) 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79～101頁（2013年）。
- HP参照日はすべて2014年1月31日
- （原稿受領日 2013年11月23日）