

## 営業秘密保護要件の再考察

須川 賢洋<sup>†1</sup>

営業秘密たる大量の個人情報の持ち出し事件が起り、営業秘密保護に関する関心が高まっている。そこで本稿では、その為の法律である「不正競争防止法」を歴史的推移や他法とのバランスと言った様々な方面から見直し、営業秘密が成立するための三要件である「秘密管理性」「非公知性」「有用性」について改めて考察する。そして、本来は技術情報を保護するためのものであった同法にて顧客名簿なども同一に保護することに対するメリット・デメリットについても検討する。

### Reconsideration of trade secret protection conditions.

Masahiro SUGAWA<sup>†1</sup>

Interest on trade secret protection is growing, because a large amount of personal information(trade secret) was stolen. Therefore, in this paper, the Unfair Competition Prevention act was reviewed from various point include of the balance with the other law and history. And it will be reconsidered about 3 conditions for trade secret--"controlled as a secret", "non-public domain" and "useful information on business perspective or technological perspective". And it will be considered about a trade secret practical management. And furthermore, it is also considered the merits and demerits for ,that the law for the protection of technical information originally ware using for protection of Client roster.

#### 1. はじめに

自組織の持つ情報が営業秘密(トレード・シークレット)として保護されるためには、不正競争防止法2条6項に定める「秘密管理性」「非公知性」「有用性」三要件を満たさなければならないことは言うまでもない。同項の条文を見る限り、この三要件は特に優先順位や重要性が異なるものではない。しかしながら、現実には秘密管理性に関する議論に重点がおかれ、判例や研究も秘密管理性に関するものが多い。本項では、三要件のバランスを改めて考察することとする。その過程において、営業秘密保護のためのガイドラインとされている「営業秘密管理指針」も共に分析する。そして、パッチワークのごとく変化をつづけてきた不正競争防止法の歴史的経緯なども考慮しつつ、これからの時代において営業秘密保護がどうあるべきかを改めて考察する。また、本来は技術情報の保護などに主眼をおいていたはずの営業秘密において顧客名簿などの個人情報保護にも頻繁に使用されることのメリット・デメリットについて考察する。

#### 2. 不競法改正の歴史とその特徴

不正競争防止法は、平成5(1993)年に全面改正され現在の構成になって以来、ほぼ1.2年毎に改正がなされている。営業秘密保護の為の規定が設けられたのはその一つ前の平

成2(1990)年改正であり、それ以前の改正が昭和50(1975)年まで遡ることからも、現在ある形の原形はこの平成2年改正法にあると言っても良い。もともとは商品等表示の誤認混同惹起や産地偽造などに対処するための法律が、今では企業の広義の意味での知的財産を守るための中心的な法律になったと言ってもよい。それ故に、同法は様々な特徴を持つ。役割としては、同じ経済産業省所管の特許法・商標法と言ったいわゆる産業財産権に近いものであると言える。しかし、その構造や現在の度重なる改正、というよりむしろ追記、の結果できあがった様(さま)は、むしろ著作権法に通じるところがある。著作権法も時代と技術の変遷に伴う頻繁な改正の結果、パッチワーク(継ぎ接ぎ)のような形で修正されている感があることは否定できない。しかしながら、例えるならば洋服においても2.3個の継ぎ接ぎ(パッチ)を充てられているものは少々見窄らしく感じるが、それが多くなるとファッションとして成立し、また綻びのある箇所が無くなり堅固なものになると同様、現在の著作権法は相当にしっかりした様になったと言って良いであろう。不競法は同様に例えれば、ちょうど、ある程度のパッチの数が揃ってきようやく見栄えがする段階にあると筆者は考える。

そしてその新たに貼り付けられたパッチの中でもっとも存在感を放っているものが営業秘密に関連する事項だと言えよう。特に平成15(2003)年に、それまでは民事的救済、すなわち差止請求権や損害賠償といった手段しかなかった営業秘密保護において、その侵害への刑事罰が導入されたことは非常に大きな転換点であり、それ以降は、不競法

<sup>†1</sup> 新潟大学  
Niigata University

は営業秘密保護の為の法規としての比重がいつそう増している。

## 2.1 平成 21(2009)年改正の特異な特徴と、考察

不競法の営業秘密保護関連の法改正でもっとも特徴的かつ異色な改正は平成 21(2009)年のものと言える。

同年の改正では、営業秘密取得の目的要件(2条1項7号)を「不正の競争その他の不正の利益を得る目的で…」から「不正の利益を得る目的で…」に改めた。そして営業秘密侵害罪の成立も、図利加害目的での取得段階で適用可能となっている。多くの解説書や経産省の解説資料(\*1)にも、この改正に関しては変更点をそのまま記載するだけで、詳細な理由や経緯の説明がない。筆者もこの改正には賛成の立場であるが、法律論の観点からはあまり議論されることなく、あるいは議論の経緯があまり表に出されることなく、この改正がなされたことには多少なりとも違和感を覚える。つまりは、本法はあくまで不正な競争を行うことを抑止するための法律 = (イコール) "Unfair Competition Prevention Act"なのであって、両者が競合関係にあることが当然の前提になっている。そこから「不正の競合」を成立要件から外してしまうことは、これは不正競争防止法の精神を根本から覆すことになってしまったとも言える。

もっとも、このようなことは立法政策上は前例がないわけではなく、この点も前述の著作権法の改正と極めて類似していると言える。

著作権法においても平成 4(1992)年に 30 条に第 2 項として私的録音録画補償金制度が追加されている。本来の著作権法の法理に従えば、著作物に対する対価の支払いは、Pay/Copy (ペイ・パー・コピー) つまりは、複製毎の課金であらねばならないはずであった。しかしながら同項の新規導入は、たとえ複製がなくても機器や媒体に対して一律に課金をなすというものであり、知的財産の排他的独占権の精神からはかけ離れるものである。それ故、今日でもこの制度の継続/廃止について議論されているわけであるが、それまでとは異なり音質劣化のほとんどないデジタル録音技術というものが登場したという社会的背景に照らし合わせれば許容できないものではなかった。それと同様のことが不競法の平成 21(2009)年改正においても言えよう。

平成 21(2009)年改正は、この時期に日本の先端企業の技術情報が他国に流出する被害が多発したことに起因する。特に直接の動機となったのが、平成 19(2007)年 2 月に発覚した愛知県にある大手自動車部品メーカーでの事件である(\*2)。システムの保守中にログを調べていたところ、その前年に一つの ID から 13 万件もの技術情報がダウンロードされていることが判明した。この ID の所有者は正規に雇傭された情報へのアクセス権を有する外国人の技術者である。会社側は被害届を提出し、愛知県警がこの技術者を拘

束したが、結局は不起訴処分とせざるをえず、外国人技術者はそのまま帰国している。

この技術者を起訴できなかった理由であるが、これこそが前述の旧法の規定と技術者の供述との関係にある。(1)に被疑者は、会社の同僚が住居を訪れた際に彼らを部屋に入れる寸前に、ハードディスクや外部メモリといった記憶媒体を破潰しており、営業秘密を第三者に提供したかどうかの証拠を入手することが不可能であった。(2)に被疑者は大量の技術データのダウンロードの理由を「自らの研究開発のため」と主張した。この(1)(2)の行動および言動と前述の改正以前の旧法との文言を照合すると、旧法の規定下では営業秘密取得罪や侵害罪に問うことができないことが問題視されたわけである。

このような経緯があるため、筆者も前述のごとく本改正には賛成の立場をとるものであるが、将来的にはこのような案件に対処するための法整備は経済法の観点からではなく、国家安全保障の観点から別法規で行うべきであると考ええる。

本稿執筆の為にこの件について改めて調べてみたが、驚いたことに、ネット上などにはこの事件に関する報道記事などが、もはやほとんど見いだすことができなかった。その最大の理由は刑事審判として裁判が行われることがなかったが故であると考えられる。通常、刑罰を伴う多くの法の改正は、有罪として判決言い渡しが行われたものの現行法では量刑が少なく世論の同意が得られない場合、または、犯罪の抑止効果が少ない場合に行われる。そういった場合は判例が残り、それに対する学術的な研究も多くなされる。それ故、多くの文献や研究成果が残るわけであるが、本件のように不起訴処分になったが故に行政庁が危機感を持って性急に法改正を行った事例は非常に希有であり、また研究者が関心を持たないので研究論文もない。これが本節表題に「特異な特徴」と題した理由である。結果として、調査・研究を行おうとしても、そのための資料が少なく、法の制定経緯などを後々に追跡することを難しくしている。

しかし、このような事例の背景にある改正趣旨や、法の精神または保護法益こそが、今後の更なる法改正の際に重要視されるべきものであり、こういった情報を正確にアーカイブしておく仕組みの構築もまた必須であると、筆者は強く主張する。

なおこの法改正によって、平成 24(2012)年に起きた「ヤマザキマザック」でのほぼ同様の事件においては有罪判決を成すことができ、有効であったことは周知の件である。

## 2.2 不正競争防止法ならではの特徴

2.および 2.1 で述べたように、現在の不競法は広義での知的財産保護法規としての機能を有し、産業財産権保護の法理の特徴も著作権保護の法理の特徴も併せ持つ。しかしながら特許権や著作権では対応できない不正競争防止法な

らではの知財保護機能も持つ。特に、失敗情報の保護(\*3)の為の機能を有することは同法ならではの非常に重要な特徴であると言える。同時にこのことが、営業秘密保護の為には、技術情報や顧客名簿も一様に高いレベルでの保護を可能にしているとも言える。この詳細に関しては次章にて述べる。

### 2.3 刑事罰の量刑の他法とのバランス

平成 26 (2014)年 7 月に起きたベネッセの営業秘密たる顧客名簿の大量持出事件を契機に、現在、営業秘密漏洩罪の罰則強化が検討されており、速ければ 2015(平成 27)年にも改正される予定である(\*4)。

筆者は、政府が進める知財立国政策や国内の先端技術保護の立場からも、このような事案に関する罰則の強化には原則、賛成の立場に立つ。しかるにこの場合、他の知的財産法との間で量刑のバランスを取る必要があると思われる。現在、特許権侵害または商標権・意匠権侵害、および著作権侵害に対する主たる侵害事例の量刑は、不正競争防止法の罰則と同じく一律に「十年以下の懲役若しくは千万円以下の罰金に処し、又はこれを併科」と非常にバランス良く横並びになっている。不競法の量刑を引き上げるのであれば、併せて産業財産権法、著作権法の量刑を引き上げることも必要であると考えられる。

## 3. 営業秘密の三要件の検討

前章で述べているように、筆者は営業秘密保護の強化には積極的な立場に立つ。しかしながら、ここにて「同じ営業秘密であっても、製造工程におけるノウ・ハウなどの技術情報と、顧客名簿などの個人情報情報を同一に扱うことは問題ないのか」という点において検討の余地があると考えられるに至った。しかしながら、至った結論は、高度な技術情報を営業秘密として保護するためには、現在の不正競争防止法の法理に基づく限りこの両者は同様に扱わざるをえないというものである。以下にそこに至った経緯を述べる。

### 3.1 秘密管理性

#### 3.1.1 判例の蓄積と秘密管理指針の肥大化・複雑化

1.で述べたとおり、営業秘密成立の三要件は条文に書かれている条件を箇条書きにただけのものであり、著作権の引用に関する権利制限規定のように具体的な要件が判例によって蓄積されたものとは異なる。しかしながら、秘密管理性があつたと認められる個々の条件は判例によって蓄積されたものであり、この判断基準も時代と共に変化している。田村善之は雑誌座談会の中でこの傾向を以下のように分析している。『2002 年くらいまでは緩和期とでも言うべき時代で、(中略) 象徴する判決が (略) ハンドハンズ事件 (東

京地判平成 14.12.26 裁判所 HP[平成 12 年(ワ)第 22457 号] … (中略) …2002 年あたりからいわば厳格期が到来し、より厳格な秘密管理体制を要求する裁判例が一時期、主流を占めた (中略) その典型例が (略) ノックスエンタテインメント事件 (東京地判平成 16.4.13 判時 1862 号 168 頁) … (中略) …2007~2008 年あたりから (略) 揺り戻しが始まり、緩和期に戻ったような取り扱いが再び示されました。』(\*5)とある。

結果として、企業が営業秘密を保護する際の最大の拠り所となる経産省公表の「営業秘密管理指針」(\*6)は、その内容が複雑かつ難解なものとなっている。

例えば、指針では、営業秘密であることを認識させるために「マル秘」印などを押すことを随所で勧めているが、その一方では、『いたずらに「秘」のスタンプを押印したような場合においては、実質的にアクセス制限が行われていないという理由で、あるいは客観的に (本当に何が重要な秘密であるかについての) 認識可能性がないという理由で、営業秘密の要件としての秘密管理性が認められないものと解される可能性が高い。』との記述もあり (同 15 頁)、非常に分かりづらいものとなっている。そして、同様に「合理性をもって総合的に判断する」との記載も随所に見られる。

#### 3.1.2 クラウド時代の秘密管理性とは

秘密管理性の認定基準が時代と共に変遷しているとしても、「プロスタカス治験データ事件」(\*7)で示された二つの基準、(1)当該情報にアクセスできる者が制限されていること、(2)アクセスした者にそれが秘密であることが認識できるようにされていること、が必要最低条件として要求されることには異論がないであろう。

しかしながら、昨今のサーバ上での情報管理、とりわけクラウドシステムを使った場合に、特に(2)においては「客観的に機密として認識できるかどうかに関しては、新技術にあわせた考察が必要である」と考える。社内のファイルサーバ、それも部内のサーバか、全社的なサーバかにも依っても状況は異なるであろうし、国際企業におけるクラウドサーバに関してはなおさら複雑である。情報セキュリティの観点からは 100%完璧な防御はありえないのであり、そういう意味ではことクラウドサーバにおいておいては、秘密管理性の認定にあまり厳格な管理を要求すべきではないと筆者は考える。しかしその一方で、(1)のアクセス権の存在を明確にするためには、パスワード認証を一度くぐればよしとする程度では足りず、IC カードやキーなどによるデバイス認証を追加するくらいの必要はあると言えよう。

#### 3.2 有用性と失敗情報の保護

条文が定める有用性は「事業活動に有用な技術上または営業上の情報」であり、この営業上の情報という言葉から技術情報だけでなく、顧客名簿や販売マニュアルのような

情報も営業秘密の対象となると言える。しかしながら、この併記がまた技術情報と顧客名簿に対して同一レベルの保護を与えているとも言えよう。「事業活動に有用」との要件は特許法 29 条が発明に要求する「産業上利用することができる」という条件よりも数段低いものであると筆者は考える。それ故、顧客名簿においても営業秘密としての有用性を否定する理由はなく、これが否定されるのは、公共土木工事の単価に関する判例(\*8)にあるとおり、不正や違法行為を働く手段などの反社会的な情報などに限られると言える。

2.2 で示した、いわゆる失敗情報の保護もこの有用性が根拠となる。当たり前であるが、特許は完成した発明でなければ保護の対象にならず、膨大な数の実験データ（この場合は失敗したデータであるが）は単なる事実すぎないので、著作権の保護対象にもならない。よってこれを保護するには不正競争防止法をもって行うしかなく、失敗情報の保護は同法の持つもっとも重要な役割の一つであると考えられる。すなわち、仮に、とある成分や温度・湿度などによって実験を繰り返したが、それらがことごとく失敗したとする数千件の結果情報が保護されるためには、当然にその有用性の成立条件の垣根を低いところに位置づける必要がある。繰り返すが、筆者はこの失敗情報の保護こそが不正競争防止法のもっとも重要かつ本来の役割であると考えており、その重要な役割を果たすためにはこのことに対して異論を唱えることは困難となる。そうであれば、次の段階の論理として、実験の失敗データの集まりが保護されるのであれば、きちんとリストアップされて営業に即時利用可能な人に関する情報の集合体が保護されないはずはないということになり、このことから営業秘密において顧客名簿の扱いだけを特別扱いすることはふさわしくないとの帰結となる。

### 3.3 非公開性の要件とは

前述のベネッセ事件では、一説には漏洩した個人情報数が 3000 万件とも 4000 万件とも言われる。また TUTAYA 書店が中心となって展開する CCC の T ポイントカードの会員数も 5000 万件を超えたと言われている。そうすると人口の半分近い数のリストというものに果たして非公開性があるのかという疑問がここで当然に生ずる。しかしながら、不正競争防止法の本質に基づけば、これを受容せざるを得ないとの結論に落ち着く。以下にその点について考察する。

非公開性とは「公然と人に知られていないこと」であるが、この要件も特許法が要求する非公開性と比べ、かなり低いと言える。以下、なぜ非公開性の成立要件が低いものになるかを検討してみた。

まず言えることは、非公開であることを証明することは秘密管理されていることを証明することに比べて格段に難しいと言える。前述のジュリスト誌上での座談会記述にも

非公開性の証明に関しては「悪魔の証明」ということで識者の見解が一致している(\*9)。日本の訴訟制度では当然に訴えた側に立証責任があるのであり、そうすると、営業秘密侵害で訴えた側が「この情報は非公開であったはずだ」と直接に証明する必要がある。言うまでも無くこれは著しい困難を要する。

非公開性については、「当該情報が刊行物に記載されていないなど、保有者の管理下以外では一般に入手できない状態にあること」とされており(\*10)、同時に、「保有者以外のもので当該情報を知っていたとしても、人数の多少にかかわらず、当該情報を知っている者に守秘義務が課されていれば」非公開であり、さらに、「偶然同じ情報を開発し、保有していた場合」でも非公開とされる(\*11)。このように偶然同じ情報を保有していても非公開とされることから、非公開であることの証明は難しい。またこの条件記載にあるとおり、守秘義務がまず課されていることを要件とするのであれば、秘密管理性の立証を行うことがまず優先されるわけであり、その結果として非公開性が生じることによって、非公開の立証を行えばよいという実務上の配慮があるものと思われる。

さらに前節 3.2 で繰り返し述べているように、不競争法には失敗情報を保護するという重要な役割があり、非公開性や有用性の成立要件を厳格化すると、この種の情報の保護が難しくなることとなり、これもまた著しい不都合が生じると言える。

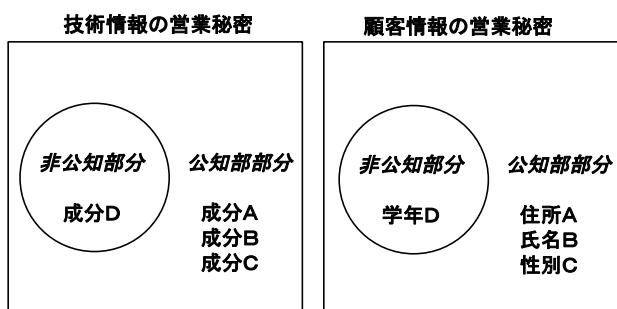
#### 3.3.1 非公開性の要件とは

最後に、この非公開性の観点から技術情報と顧客名簿などの営業情報の保護に差異が生じるのかについて考察したい。

まず山口三恵子によれば、大阪地判 平.9.8.28 より「個別の情報が公開であっても、それに基づき編集したデータベースが秘密として管理されているときは、このデータベースは非公開であるといえる」とされている(\*12)。このことから、例えば地区住民のほぼ全数と言えるような顧客名簿を所有していたとしても、そのデータベースを秘密管理していた場合に、これは非公開の営業秘密であることになる。

さらに、地区住民のほぼ全数の住所・氏名・性別を記した名簿があると仮定し、さらに自社ではそれに年齢（進級年度）だけを追記した場合を想定する。この場合に、これと同様の技術情報と比較してみる。（次頁 図 1）

## (図1)非公知性のある営業秘密の概念図



この図のように、技術情報の場合、成分A～Cまでは業界では公知のものであっても、最後にたった一つの成分Dを混合することによって、その会社でしか作り出せないものが作られる場合、この製法や成分比が丸ごと営業秘密として保護される。そうであれば、これと同様の構成の名簿情報においても、学年という一つの情報だけが秘匿されていれば営業秘密として保護することになって然るべきである。

## 4. おわりに

### 4.1 営業秘密の保護は如何にあるべきか

本稿起稿のきっかけはここまで述べてきたように、もともとは人口の半数とも言えるような大量のしかも大勢の人々にとってなじみ深い情報が大部分を占めるような名簿情報において非公知性が成立することに疑問をもったことにある。しかしながら、営業秘密の法理念や歴史的経緯、さらには三要件の成立条件について詳細に調べていくほど、このような情報に対しても営業秘密として認定しないことは、不競法の本来の目的である技術情報の保護すら危うくすることが判明してくる。

だが、主観的な立場からものを申せば、技術情報と名簿情報を同列に扱うことにはやはり疑問が残る。そもそも、個人情報の場合、漏洩した場合に不利益を被るのは一般消費者である。不競法の場合、法律の精神から言っても、保護の対象はあくまで企業体であって市民ではない。そのようなところまで不競法を使うことには、やはり何らかの違和感を覚えざるをえない。可能であれば同法による営業秘密の保護は、本来目的の技術情報の保護等を重視するものに戻るべきであり、個人情報（顧客名簿）の不正入手などは他の法制による保護に移換すべきである。しかし現時点ではこれを推し進めるだけの理論を見いだすことはできず、この点においては今後も引き続き研究を続けたい。

### 4.2 その他の営業秘密保護に関する課題

更に今後の課題として、営業秘密に関して調査研究すべき点を列挙しておく。

まず第一に、万が一に営業秘密が漏洩した場合や持ち出された場合に備えた証拠保全手法の確立や、訴訟時にその立証をどのように行うかを検討する必要がある。本事案に関しては、デジタル・フォレンジックと営業秘密保護、すなわち情報管理のログとの親和性の高さや有効性について簡単な提唱を行ったことがあるが(\*13)、詳細な検討はまだこれからである。特に過去の営業秘密管理に関する判例は、ファイルのような有体物をキャビネットで管理していた場合の積み重ねであり、ネットワーク、とりわけクラウド時代にすべてが当てはまるとは限らない。例えばビッグデータやオープンデータを基にオリジナルデータベースを構築していく機会が今後は一層多発すると思われるが、現行法解釈のままでは、それらがすべてそのまま営業秘密となりかねず、バランスを欠いていく可能性もある。

さらに、営業秘密もグローバル企業においては当然にボーダレスな情報となり、ここでは他のサイバー法領域の同様の問題が生じる。

企業における営業秘密の保護だけでなく、大学のような研究機関での秘密保護に関しても多くの課題が存在すると言える。

最後に、平成 32(2020)年に東京オリンピックを控えているわけであるが、このオリンピックは間違いなく歴史上最もITを駆使したものなるはずであり、これは同時に様々な技術情報、個人情報が集約蓄積されることを意味する。これらの活用の観点からも、防御の観点からも情報管理のあり方を早急に再検討する必要があると言える。

### <脚注>

- 1 経済産業省では特に中小企業への啓発のためにも、不正競争防止法の改正に関しては Web サイトに専用のページを設けており、そこにて改正の概要を見ることができる。  
<http://www.meti.go.jp/policy/economy/chizai/chiteki/unfair-competition.html>
- 2 本事件に関してはそのメーカーの具体名まで多くの者が知るところであるが、法律改正時の国会での審議資料にも大手自動車部品メーカーと記載してあるため、本稿でもそれに倣うこととする。
- 3 失敗情報の保護に関する詳細に関しては、拙稿「不正競争防止法による営業秘密の保護」『改訂版 デジタル・フォレンジック事典』デジタル・フォレンジック研究会 編（日科技連、2014）、6.3.8章(pp.247-253) 参照
- 4 2014年10月14日 各紙報道による
- 5 「座談会 営業秘密をめぐる現状と課題」『ジュリ. No.1469』

pp.17-18

6 本講執筆時の最新版は2013(平成25)年8月版。経産省 Web サイトより DL 可

7 東京地判 平 12.9.28, 判時 No.1766, p.104

8 東京地判 平 14.2.14

9 ジュリ. 前掲 5 pp.26-27

10 経済産業省知的財産政策室 編著『逐条解説 不正競争防止法 (平成 23.24 年改正版)』p.42 (有斐閣, 2012)

11 同上 pp42-43。  
また、『営業秘密管理指針』p.16 にも同様の記述がある

12 金井重彦, 山口三恵子, 小倉秀夫 編著 『不正競争防止法コメント<改訂版>』p.266 (レクシスネクシス・ジャパン, 2014)

13 拙稿『知的財産分野へのデジタル・フォレンジックの利用可能性に関する一考察』, 「電子情報通信学会技術研究報告」信学技報(IEICE Technical Report) Vol.112, No.489, SITE2012-67, pp.207-211

※本研究は科研費-課題番号 23530123 の助成の成果の一部である