

秘密管理性判断における法運用形成過程の 検討および問題提起

A Study and Opinion about the Formation Process of Application of Law in a Judgment of Management of Secrecy

川上 正隆*

要約

営業秘密の保護は、平成2年に不正競争防止法により初めて規定された。営業秘密保護法は営業秘密に対し絶対的な権利を付与するのではなく、営業秘密侵害行為という類型化した不正競争行為に対する行為規制による保護を図っている。平成24年の現在に至るまで不正競争防止法は行為規制の強化のため、数回の改正が行われているが、営業秘密の定義すなわち「秘密管理性（秘密として管理されていること）」、「有用性（事業活動に有用な技術上又は営業上の情報であること）」、「非公知性（公然と知られていないこと）」の3要件は改正されていない。

しかし、3要件の中で特に「秘密管理性」については、要件判断についての立法者側の解釈および司法判断（裁判）は、20年程の時間軸の中で幾度かの変異を遂げている。平成2年以降、立法側の解釈は、「合理的な判断」から「相当厳格な程度の判断」そして「総合考慮した総合的な判断」と変異している。それに応じて裁判においても秘密管理について「主観重視管理判断」から「管理指針型判断」と移り、現在は「管理漸要件緩衝型判断」と「管理指針型判断」が併存している。特に平成15年改正により営業秘密侵害罪（刑事罰）が導入され、あるいは、同年の経済産業省による「営業秘密管理指針秘密」の公表の頃より、秘密管理性の判断は厳しくなる傾向にあった。

立法者により法が規律され、それが司法により判断されるという法の運用において、どのような要因によりこのような法運用の変異が生ずるのか、本論では秘密管理性について、①立法者側の解釈、②裁判での判断、の変異の分析を行い法運用の形成過程の沿革の検討結果から、変異による不安定な法の相互運用が原因であるとの結論に達した。そのうえで、法の安定した運用のために秘密管理性判断の提起、すなわち両時判断による「後発的分泌管理性認定による差止請求の認容」および過失相殺による「要件不備内在時の損害賠償請求」の提起を行い、営業秘密の保有者保護の運用の安定を試みるものである。

【目次】

1. 営業秘密の要件
 - (1) 営業秘密保護規定の概括
 - (2) 営業秘密三要件の再確認
2. 「秘密管理性」解釈の変異
 - (1) 立法側解釈

* ビジネス法務博士後期課程院生。

- (2) 営業秘密管理指針
- (3) 解釈変異の理由
- 3. 秘密管理性に係る判例分析
 - (1) 営業秘密保護規定以前
 - (2) 営業秘密保護規定以後
 - (3) 不安定を招いた法の相互運用性
- 4. 法の安定運用に係る私案の提起
 - (1) 衡平判断の要請
 - (2) 後発的秘密管理性認定による差止請求の認容
 - (3) 要件不備事由内在時の損害賠償

1. 営業秘密の要件

(1) 営業秘密保護規定の概括

営業秘密の保護が不正競争防止法により規定される前より、営業秘密的な情報¹⁾に対する侵害行為は存在しており、侵害に対する対応は民法あるいは刑法によりは試みられていた。特許権や著作権などのように法で規定された権利ではないとしても、営業秘密的な情報について法的保護に値する「財産的価値」は認められるのである²⁾。一方、営業秘密保護法制度がないため、法が保護する情報という客体、あるいは侵害たる行為の態様、などについては個々の事案で判断せざるを得ず、保護の安定性には欠けていたと言える。

その後、営業秘密的な情報に対する侵害の増加という国内的事情あるいはGATT ウルグアイ・ラウンドのTRIPS交渉において営業秘密保護が交渉項目となる国際的事情を背景として³⁾、平成2年(1990年)、不正競争防止法(旧法)により営業秘密の保護が初めて規定されたのである。しかし、法により客体たる営業秘密の要件は定義されて明確となったものの、保護の方法としては客体に対する6類型の侵害行為を不正競争行為として定義

1) 「ノウハウ」や「企業秘密」などと称せられていた。

2) 保有者の仮処分は認められなかったものの、自社のノウハウに基づいた製品の製作販売の仮差止めを求めた「ワウケシャ社ノウハウ権利主張事件」(東京高決昭和41年9月5日判例時報464号34頁)では、「ノウ・ハウが法律上如何に理解さるべきかは兎もあれ、財産的価値の存することは明であり、しかも未だ法律的には権利とは認められないものであると云わざるを得ない」とし財産的価値を認めている。一方、退職者が設立した会社での自社情報による製品の製造販売の停止を求めた「フォセコ・ジャパン事件」(奈良地判昭和45年10月23日判例時報624号78頁)では「このような営業上の秘密としては、顧客等の人的関係、製品製造上の材料、製法等に関する技術的秘密が考えられ、企業の性質により重点の置かれ方が異なるが、現代社会のように高度に工業化した社会においては、技術的秘密の財産的価値は極めて大きいものがあり従って保護の必要性も大きいと考えられる。」として請求を認めている。

3) この点について、立法時にも「ノウハウの重要性の高まり等に応じた国内的な要請と、経済活動のグローバル化を受けた法制度のハーモナイゼーションという国際的な要請」(通商産業省知的財産政策室監修『営業秘密 逐条解説改正不正競争防止法』(有斐閣、1990年)8頁)と説明されている。

して、それに対する損害賠償請求（および信用回復措置請求）および差止請求を認めることで、不正競争行為の抑制を図る行為規制による保護を図ったのである。したがって、客体に権利を付与する絶対権とは異なり、営業秘密自体からは直接に排他性が求められるものではなく、行為規制を行うことによる間接的な排他性が生ずることが知的財産権と異なる点である。そのため営業秘密の保護には行為規制の実効性が必要であり、平成2年以降の保護法制は不正競争行為に対する措置の強化を図る改正が中心である。

平成5年（1993年）改正により「ひらがな」表記の現行法となったが、損害賠償の推定規定および文書提出命令の導入、罰金額の引き上げがなされた。その後、平成15年改正では刑事罰規定の導入、平成16年改正では①秘密保持命令の導入、②インカメラ審理手続きの整備、③当事者訊問等の公開停止等が、平成17年改正では刑事的保護の強化、平成18年改正では営業秘密侵害および秘密保持命令違反の罰則の強化、平成21年改正では刑事罰である営業秘密侵害罪の対象範囲拡大、そして平成23年では刑事訴訟手続における営業秘密の適切な保護を目的とした刑事訴訟手続の特例措置が定められた。このように、特に平成15年改正で営業秘密に係る刑事罰規定を導入した以降は行為規制という抑止力を強化するための法改正を頻繁に行っている。

一方、「営業秘密」という言葉の定義、要件は旧法から現行法制定時、あるいは現在に至るまで改正はされていない。条文上の文言や要件についても変わっていない。しかし、営業秘密の要件、すなわち「秘密管理性」、「有用性」、「非公知性」のうち、秘密管理性の解釈は変異を遂げている。そのため、営業秘密保護の安定性を図るために法制度化を行い、行為規制による保護の強化を進めているにも関わらず、要件の解釈に変化があるため、営業秘密という客体そのものの存在が安定せず、法の運用が不安定な状態であると言える。

ではどのような変異を遂げているのか、以下に検討を行う。

（2）営業秘密三要件の再確認

不正競争防止法による営業秘密の保護は、営業秘密に対する不正競争行為を規制する構成のため、まず、客体が営業秘密であるという必要があり、その定義が法で規定されている。すなわち不正競争防止法2条6項では「この法律において「営業秘密」とは、秘密として管理されている生産方法、販売方法その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報であつて、公然と知られていないものをいう。」と規定しており、営業秘密は「①秘密として管理されていること（秘密管理性） ②事業活動に有用な技術又は営業上の情報であること（有用性） ③公然と知られていないこと（非公知性）」⁴⁾の3要件から成る⁵⁾。

4) 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21年改正版』（有斐閣、2010年）37頁。

5) 旧法1条3項「秘密トシテ管理セラルル生産方法、販売方法其ノ他ノ事業活動ニ有用ナル技術上又ハ営業上ノ情報ニシテ公然知ラザルモノ（以下営業秘密ト称ス）」とあり、要件は同じである。

①秘密管理性

立法側の逐条解説は、秘密管理性を、(i) 主観的要件、すなわち「当該営業秘密に関して、その保有者が主観的に秘密にしておくという意思」⁶⁾ および、(ii) 客観的要件、すなわち「客観的に秘密として管理されている状態にあること」⁷⁾ と解説している。

(i) 主観的要件とは、当該営業秘密について第三者には公開させないように秘密として管理するという保有者の秘密保持の意思である。仮に多大の努力をはらい営業秘密を創りだし保有しているのであれば、特に不正競争防止法が対象とする事業者であれば、事業活動の優位性を保つために、その営業秘密を簡単に公開したり第三者が容易に知り得る状態になることを良しとはしない。その意味では秘密保持の意思とは当然とも言える主観的要件であるが、行為規制という法構成のため「財産的情報に関する不正な行為は、「秘密として管理」している他人の情報を不正な手段により取得し、競争上有利な立場に立とうとする行為であるが、このような不正な手段が必要となるのは、「秘密として管理」されているからにはほかならない」⁸⁾ として、保有者の意思に反する行為が不正競争行為となるのである。しかし、意思という内心は外部から認識ができないため、秘密として管理するという意思を示すことが求められ、それが客観的要件となる。

(ii) 客観的要件とは、保有者が営業秘密を管理しているということを第三者が認識できる状態にあることで内容は、「①当該情報にアクセスできる者が制限されていること(アクセス制限の存在)、②当該情報にアクセスした者に当該情報が営業秘密であることが認識できるようにされていること(客観的認識可能性の存在)」⁹⁾と解説されている¹⁰⁾。つまり、保有者の意思を表示(客観的に可視できる状態)¹¹⁾ することを求めている。

このように秘密管理性の要件は意思と表示の2要件により構成されている。この両者のどちらに重きを置くか、すなわち「意思主義」か「表示主義」か、秘密管理性はいずれで判断されるのが論点である。それについては、「書類に、極秘、秘、部外秘などと記載してあれば、秘密保持の意思があることはわかる。これだけでは形式的秘密の条件は充たすのであるが、秘密保持の意思がなければ、秘密であるとはいえない」¹²⁾ ために、「保護価値のある営業秘密としては、さらに、保有者の管理努力までもが必要とされている」¹³⁾ と

6) 経産・前掲注(4) 37頁。

7) 経産・前掲注(4) 37頁。

8) 通産・前掲注(3) 177頁。

9) 経産・前掲注(4) 37頁。

10) これに加え、「第3にそのための組織的な管理が行われていること」(山本庸幸『要説不正競争防止法第4版』(発明協会、2006年) 138頁) すなわち、組織としての規則やルールが明確に運用されている、という考え方もあるが、これは後述する「営業秘密管理指針」の影響にすぎず、立法時の趣旨としては本文にある二つの内容である。

11) 例えば「その書類中に機密、社外秘、公開禁止等の記載があるもの、当該情報にアクセスできる者が社内規則によって限定されているもの、会社の金庫中の機密書類、雇用契約にその守秘義務が明示されている情報など」(山本・前掲注(10) 138頁) などのことである。

12) 小野昌延編著『新・注解不正競争防止法第3版下巻』(青林書院、2012年) 831頁。

13) 小野昌延・松村信夫『新・不正競争防止法概説』(青林書院、2011年) 297～298頁。

して表示だけでなく意思も重要視する説¹⁴⁾、あるいは「管理されていることが客観的に認識し得るものであれば、通常はその保有者の主観的意図が推定できるので、権利行使を受ける者の側に保有者側に主観的意図がなかったことの立証を残すという意味での消極的要因にすぎ」¹⁵⁾す「当該営業秘密について対外的に漏出させないための客観的に認識できる程度の管理がされているかどうかを基準として判断すべき」¹⁶⁾として表示からの判断で十分であるという説がある。

しかし、これについては講学上の議論であり、裁判では後述のとおり客観的要件による表示主義説である。これは裁判という衡平判断の場では、客観的に可視化できる証拠をもって判断をせざるを得ないからである^{17) 18)}。

②有用性

第2の要件は有用性である。逐条解説は「ここでいうところの「有用な」とは、財やサービスの生産、販売、研究開発に役立つなど事業活動にとって有用であること」¹⁹⁾と解説されている。秘密には私人の秘密や反社会的な秘密など様々な秘密があるが、法が保護の対象としているのは「営業秘密」であり、「秘密」ではない。不正競争防止法は事業者間の公正な競争を法目的としているため、私人の秘密ではなく事業者が保有する秘密に限定される。そして法的保護に値するには社会にとって「有用な」情報であることが必要となるのである。そのため、事業活動に係る情報であっても、会社の脱税などの違法行為、工場での有害物質の垂れ流しなど、公序良俗に反する反社会的な内容の情報については「法文上明示されてはいないが、法が保護すべき「正当な事業活動」とは考えず、事業活動に有用な情報であるとはいえない」²⁰⁾として、有用性は認められないと説明され、裁判でも同じ立場である²¹⁾。一方、直接事業活動に利用されない情報であっても、例えば過去

14) 意思主義を貫くと「外部に認識されうるものであれば勿論十分であるが、必ずしも明示的に表示されていることを要しない。」(小野・前掲注(12) 830頁)となり得る。

15) 山本・前掲注(10) 138頁。

16) 山本・前掲注(10) 138頁。

17) もっとも、「どのような管理をしていれば「秘密として管理している」と認められるかについて、法律の要求する「管理」と現場における実態認識とが必ずしも一致していないことが多く、裁判事例においてもこの点が争点となった例が非常に多い」(加藤幸江『営業秘密(不競法による保護と不法行為)』村林隆一先生傘寿記念『知的財産権侵害訴訟の今日的課題』(青林書院、2011年) 311頁)ものの、現実的には「判例でも多くの秘密管理性が否定されている」(石田正泰『企業活動における営業秘密の保護について』日本弁理士会中央研究所編『不正競争防止法研究』(雄松堂出版、2007年) 261頁)のである。

18) 一方、この点をもって「何が不正利用行為に該当するかを判断する際には、秘密管理性が極めて重要な役割を果たす」(田村善之『不正競争法概説第2版』(有斐閣、2003年) 329頁)とすることは失当である。秘密管理性を否定すれば他の要件を判断する必要がないために裁判で秘密管理性が判断されることが多いために重要な役割の如くみえているに過ぎない。また、秘密管理性は営業秘密の判断要件であり、不正行為の成立要件ではない。

19) 経産・前掲注(4) 38頁。

20) 経産・前掲注(4) 38頁。

21) 東京地判平成14年2月14日裁判所HP判例検索システム「土木工事設計単価表事件」では「犯罪

に失敗した研究開発や実験の失敗データなどの「ネガティブ・インフォメーション／negative information」²²⁾については、「当該情報自身を利用して不必要な研究開発費用の投資を回避・節約できる等の意味で有用性が認められる場合」²³⁾には要件が認められるとも解説されている。このことから講学上、「現在ただちに事業活動に寄与するものでなくとも、将来あるいは潜在的に役立つ可能性が客観的に認められるものであれば、差し支えない」²⁴⁾との説明のとおり、直接の使用あるいは現実の収益を前提とはしていないと解される。

有用性の判断は逐条解説上、「保有者の主観によって決められるものではなく、客観的に判断される」²⁵⁾と解説されており、意思主義の立場ではないが、客観的にみて事業者が正当な事業活動に使用していれば有用性を否定されることはない。したがって裁判においても「有用性について、実質的に争われた裁判例は、多くない」²⁶⁾のである。

③非公知性

第3の要件は非公知性であるが、公然と知られた情報であれば秘密ではないため、「公然と知られていない」という要件は「秘密」という本質的要件であると言える。逐条解説では「当該情報が刊行物に記載されていない等、保有者の管理下以外では一般的に入手することができない状態にある」²⁷⁾と解説されており、「公然と知られていない」状態そのものを規定するのではなく、秘密として管理しているから第三者が容易に知ることはできないために秘密である、という状態をもって非公知としているのである。状態をもって法的保護の対象としているのは、誰でもが入手可能な情報はやがては公知となり得る可能性が高く、そのような不安定な状態である情報に対してまで法的保護を認める必要はないのである。講学上も「秘密情報の保有者が、どのように秘密管理に努力しても、不正競争行為によらないで、当該情報が不特定多数の者に知られる状態になれば、もはや、営業秘密としての保護が及ばない」²⁸⁾と説明されている。

の手口や脱税の方法等を教示し、あるいは麻薬・覚せい剤等の禁制品の製造方法や入手方法を示す情報のような公序良俗に反する内容の情報は、法的な保護の対象に値しないものとして、営業秘密としての保護を受けないものと解すべきである。」と判示している。

22) 例えば「医薬品の開発にあたっては、何万にも及ぶ膨大な数の化学物質のひとつひとつについて、その品質、有効性及び安全性を確認するための臨床試験等を継続反復して行い、その結果ようやくわずかの数の新薬が誕生するという経過をたどるのが通例である。その過程において、安全性に疑問ありとか、薬効がない等の理由で振り落とされる化学物質の数とその試験データの数も膨大なものとなる。このような情報でも、企業間の競争の過程で無駄な研究開発投資を節約できるという意味において、経済的に価値があるといえる。」(山本・前掲注(10)144頁)とのように失敗データの蓄積に有用性が存在するとの説明がある。

23) 経産・前掲注(4)38頁。

24) 山本・前掲注(10)143頁。

25) 経産・前掲注(4)38頁。

26) 小野・前掲注(12)850頁

27) 経産・前掲注(4)38頁。

28) 松村信夫『不正競争訴訟の法理と実務第4版』(民事法研究会、2004年)416～417頁。

一方、逐条解説では保有者以外の者が当該営業秘密を保有していても非公知性を喪失しない二つの状態を説明している。一つは「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せられていれば、保有者の管理下にあることから、「公然と知られていない」状態にある」²⁹⁾とし、もう一つは「保有者と無関係の第三者が、偶然同じ情報を開発し、保有していた場合であっても当該第三者がその情報を秘密として管理している場合には、一般的に入手することは不可能であるから、依然「公然と知られていない」状態にある」³⁰⁾として、両者とも元の保有者の非公知性を認めている。前者は秘密保持の管理下という状態、後者は当該営業秘密の保有者もまた秘密として管理しているために第三者が容易に知ることはできない状態、といういずれも状態をもって非公知としている。講学上も前者については、「当該情報にアクセスできる者がいかに多数いようとそのアクセスできる資格が限定されて特定の者に限定されるのであれば法的保護に値するし、逆にたった1人であっても不特定人たる部外者に知られてしまえば、外部に流出してしまったことになるので、もはや保護するまでもない」³¹⁾であり、後者については、「秘密は、同一秘密対象について、A社ないしB社などが独自に、同時に複数の秘密（状態）が成立しうる。それは、秘密が法律上「相対的秘密」で足りるものであるから招来される。」³²⁾としてそれぞれに別個独立に営業秘密が存在しうると説明されている。しかし秘密保持義務を課す場合は、当該営業秘密を知り得る立場の者（アクセス可能な者）を限定するが、限定とはできるだけ人数を絞り込むことであり、現実的には「多数に限定」ということは考えにくい。また、相対的秘密については、例えば裁判の場で、保有者および侵害者という当事者以外の第三者が保有する営業秘密が関与することは考えにくく、これについては解釈上はあり得るが現実的に問題となり得るとは考えにくい。

むしろ第三者が当該営業秘密を保有する場合として、当該情報を利用して製造販売された製品を購入して分析して情報を取得（リバース・エンジニアリング）した場合に当該営業秘密の非公知性が問題となる³³⁾。これについては、逐条解説では説明されていないが、講学上、「リバース・エンジニアリングによって営業秘密を取得することができるといっても特殊な技術をもって相当な期間が必要であり、誰でも容易に当該情報を知ることができない場合には、製品を市販したことをもって営業秘密が公知化することにはならない」³⁴⁾として、リバース・エンジニアリングの容易性、非容易性により判断されるとの説明が妥当である。しかし、仮にリバース・エンジニアリングにより第三者が当該営業秘密

29) 経産・前掲注(4) 38頁。

30) 経産・前掲注(4) 39頁。

31) 山本・前掲注(10) 145頁。

32) 小野・前掲注(12) 853頁。

33) もちろん「何人かが現実にはリバース・エンジニアリングをして営業秘密を知り、これを公表してしまえば非公知性は失われる」(小野ほか・前掲注(13) 317頁) ために営業秘密ではなくなるため、問題となるのは公表せずに保有している場合である。

34) 通産・前掲注(3) 155頁。

を保有したとしても、公表せずに秘密として管理していれば相対的秘密となり、非公知性は喪失しない³⁵⁾。

裁判では秘密管理性との関係で非公知性が判断されている。すなわち、秘密として管理していれば、容易に第三者が知るところにはならず、非公知性の状態であるという推測³⁶⁾がはたらくからである³⁷⁾。

2. 「秘密管理性」解釈の変異

(1) 立法側解釈

前述のとおり、法による営業秘密の定義は平成2年(1990年)不正競争防止法(旧法)にて規定され、平成5年(1993年)改正現行法に引き継がれており、現在にいたるまで内容は変わっていない。そして、3要件の定義のうち、「有用性」および「非公知性」については、平成2年当時の立法側の解釈が表現の違いはあるものの、変異はしていない。しかし、「秘密管理性」における具体的な管理方法についての立法側の解釈は安定せず、解説自体が変異を遂げている。

すなわち、平成2年(1990年)、不正競争防止法で営業秘密の救済・保護が初めて規定された旧法時の通商産業省の逐条解説では「秘密管理の程度は、当該状況下で客観的に秘密であることが認識できる程度に合理的なものとなっていれば足りるのであり、必要以上に管理を行うことは要しない」³⁸⁾とされており、秘密管理性の判断として「必要な程度での合理性」を求めている。

平成5年(1993年)改正現行法の逐条解説では「秘密として管理されるべき程度については、当該状況下で客観的に秘密であることが認識できる程度に合理的なものとなっていれば足りるものである」³⁹⁾として同旨ではあるが、「必要以上に管理を行うことは要しない」が省かれ、「合理性」による判断を求めている。

「技術的制限手段に対する不正行為」(現2条1項10号、11号)が規定された平成11

35) むしろこの問題は営業秘密の保有者はリバース・エンジニアリングが積極的に行われることを望まないためである。しかし一方では「多くの技術は、先行技術の成果を土台として、その上に独自の新たな要素を付け加えることによって、発展をしてきている。したがって、リバースエンジニアリングは技術の発展上必要なことであり、他人の知的財産権を侵害しない限り認められてよい」(松村・前掲注(28)417頁)との考え方もあり、法もリバース・エンジニアリングを禁止していない以上(契約の特約を除き)、法的な問題ではない。

36) 東京地判平23年2月3日裁判所 HP 判例検索システム「ブラインド式雨戸事件」では「本件スラット等図面及び本件部品詳細資料は、秘密として管理されており、それ自体は公にされていないものである。」と判示している。

37) 秘密管理者の他の競業者に対する優位性が失われていない場合には、非公知性の要件が満足される」(田村・前掲注(18)333頁)という説もあるが、公知となった情報でも他の競業者に対して優位性を保持する場合があります(先行者の優位性)、競業関係の問題は非公知性の判断とは異なる。

38) 通産・前掲注(3)56頁。

39) 通商産業省知的財産政策室監修『逐条解説不正競争防止法』(有斐閣、1994年)46～47頁。

年の逐条解説では改正された当該行為に係る説明のみで、営業秘密についての解説はない。

平成 13 年（2001 年）改正の経済産業省の逐条解説では「秘密として管理されるべき程度については、当該状況下で客観的に秘密であることが認識できる程度に合理的なものになっていれば足りるものである。」として、平成 5 年時とまったく同じである。

ところが平成 15 年（2003 年）改正の逐条解説では「過去の判例においては、この要件が認められるためには、その個別事情に応じて相当程度厳格な秘密管理性が要求されているおり、本法による保護を受けるためには、事業者による秘密情報の管理の充実が望まれるところである」⁴⁰⁾として、秘密管理の程度について「合理性」ではなく「相当程度厳格性」が求められる判断へと基準が厳しくなっている。

この相当厳格性判断は平成 16・17 年（2004・2005 年）改正逐条解説、あるいは平成 18 年（2006 年）改正の逐条解説でも同様の内容として続く。

しかし平成 21 年（2009 年）改正の逐条解説においては「過去の裁判例においては、実際に講じられていた具体的な秘密管理方法とともに、当該情報の性質、保有形態、情報を保有する企業等の規模等の諸般の事情を総合考慮し、合理性のある秘密管理方法がとられていたか否かという観点から、秘密管理性について判断を行っているものと考えられる」⁴¹⁾として相当厳格性判断から「総合考慮を基とした合理性」を求める判断へと解説が変更されている。

このように、平成 2 年（1990 年）法制度化から平成 13 年（2001 年）までは「合理的な判断」としていたが、平成 15 年（2003 年）から平成 18 年（2006 年）までは「相当厳格な程度」で判断されると解されており、そして平成 21 年（2009 年）では「総合考慮した合理的な判断」と変わっている。営業秘密保護の安定のための法を運用する判断解釈が短期間に変異することは、法の運用を不安定とする、すなわち営業秘密の保有者にとっては営業秘密の認定可能性が不安定となることで、現実的にも裁判における秘密管理性の判断に影響を与え、司法の運用も不安定なものとなっている。

（2）営業秘密管理指針

①秘密管理と営業秘密管理指針

ところで、秘密管理性についての法および法解釈において、具体的な管理方法についての詳しい説明はされていない。

平成 2 年（1999 年）解説では、秘密管理の具体的な内容として「書類に「部外秘」と記載されているとか、特定の場所に保管しているものは営業秘密であるということが明確にされていること」⁴²⁾あるいは「社員以外の者はアクセスできないような措置や当該情報

40) 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 15 年改正版』（有斐閣、2003 年）30 頁。

41) 経産・前掲注（4）37 頁。

42) 通産・前掲注（3）55 頁。

にアクセスした者に権限なしに使用・開示してはならない旨の義務を課す等の措置が講じられていること」⁴³⁾ という簡単な説明がなされている。

平成5年（1993年）解説では、「当該情報にアクセスできる者が制限されていたり、あるいは当該情報にアクセスした者に当該情報が営業秘密であることが認識できるようにされている」⁴⁴⁾ と平成3年解説より曖昧な説明になっており、それは平成13年（2001年）解説⁴⁵⁾ でもまったく同じである。

ところが平成15年（2003年）解説では、前述の相当厳格性管理のために、「本法による保護を受けるためには、事業者による秘密情報の管理の充実が望まれるところである。このため、経済産業省は、平成15年1月に事業者が営業秘密の管理強化のための戦略的プログラムを策定する上での参考となるべき指針（「営業秘密管理指針」）を策定したので適宜参照されたい」⁴⁶⁾ として、秘密管理の具体的な参考として「営業秘密管理指針」を掲げている。

平成16・17年（2004・2005年）解説も平成15年解説と同様で、営業秘密管理指針については「（平成17年10月に改訂の予定）」⁴⁷⁾ としている。

平成18年（2006年）解説も同様であり、改訂予定については「（平成17（2005）年10月12日改訂）」⁴⁸⁾ としている。

平成21年（2009年）解説では、「秘密情報の管理の充実が望まれるところである。」という説明がないものの、ほぼ同様の内容で「経済産業省においては、事業者が保有する情報につき、「営業秘密」として保護を受けるために参考となる具体的な秘密管理方法等について記載した指針（「営業秘密管理指針」）を平成15（2003）年1月に策定し、平成17（2005）年10月及び平成22（2010）年4月に改訂を行ったところであるので適宜参照されたい」⁴⁹⁾ としている。

このように、「営業秘密管理指針」が平成15年に策定された以降、秘密管理についての具体的な内容は、専ら営業秘密指針を参照するという点で変更はない。立法者側は具体的な指針に基づく管理をすることで、秘密管理の客観的要件の具備すなわち表示主義を意図したのであろう。しかし、なぜ平成15年という時期に指針が策定されたのか、それには社会的背景に伴う政策的意図がある。

②営業秘密管理指針の内容

43) 通産・前掲注(3) 55頁。

44) 通産・前掲注(39) 46頁。

45) 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13年改正版』（有斐閣、2002年）43頁。

46) 経産・前掲注(40) 30頁。

47) 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16・17年改正版』（有斐閣、2005年）35頁。

48) 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18年改正版』（有斐閣、2005年）35頁。

49) 経産・前掲注(4) 37頁。

平成 15 年公表「営業秘密管理指針」が求めている秘密管理の水準として、「(1) 不正競争防止法上の判例の分析を基礎として、営業秘密の管理に関し法律上の保護を受けるために必要と解される「ミニマムの水準」が提示されている。これと併せて、(2) 紛争の未然防止のために、国際的な秘密管理の動向等も踏まえて「望ましい水準」も提示されている」⁵⁰⁾ ように、法の要求すなわち国内的水準と、国際的水準という二段階の水準となっており、法の要件を具備するには少なくとも「ミニマムの水準」を満たす必要がある。そして管理方法として、【1】具体的管理：(1) 物的・技術的管理 (ア) 他の一般情報との区別、(イ) 秘密である旨の表示、(ウ) 情報の秘密性、(エ) 保管場所、(オ) 施錠の有無、(カ) コンピュータ・ネットワークのパスワードの設定 (2) 人的・法的管理 秘密保持契約等の存在、【2】組織的管理：(ア) 管理者の存在の有無、(イ) 教育の有無、などを掲げて営業秘密の管理を求めている。

さらに平成 17 年改訂版では、不正競争防止法の刑事罰規定の強化および個人情報保護法⁵¹⁾の施行に伴う事業者の管理にあわせ、「平成 15 年に策定した営業秘密管理指針を改訂し、企業の営業秘密の管理強化を促すこととした」とのように、より厳格な管理を求めた。

ところが平成 22 年改訂では、「不正競争防止法上の営業秘密としての法的保護を享受するためには、事業規模や情報の性質等に応じた合理性のある秘密管理を行うことで足りることを明確にするとともに、①営業秘密と認められ得るための管理方法と、②漏えいリスクを最小化するための高度な管理方法」⁵²⁾として、従来のような国内的、国際的な分け方ではなく、二重の水準を示している。

もっとも、この指針は「あくまで行政庁が企業実務において望ましい営業秘密管理のあり方を示したガイドラインであるので、これが直ちに裁判規範となるものではない」⁵³⁾ため法的拘束力を伴うものではないとされている。しかし、指針を遵守していない場合には、「裁判所が、これまでのような営業秘密の保有主体にとっての重要性と、不正取得、使用行為の違法性の程度の比較考量といった現実に応じた柔軟な判断を行ない難くなり、指針がいうところの、判例が認めてきたミニマムの管理のレベルを底上げしてしまう」⁵⁴⁾との懸念が指摘されており⁵⁵⁾、現実的に営業秘密管理指針により、秘密管理性の認定水準があがっており、事実上の裁判規範となっているのである。

50) 経産・前掲注 (40) 206 頁。

51) 「個人情報の保護に関する法律」平成 15 年 (2003 年) 成立、平成 17 年 (2005 年) 全面施行。「個人情報の保護に関する法律についての経済産業分野を対象とするガイドライン」では、個人情報の安全管理措置について、「組織的安全管理措置」、「人的安全管理措置」、「物理的安全管理措置」、「技術的安全管理措置」の四措置を求めており、営業秘密指針の「物的・技術的管理」、「人的・法的管理」、「組織的管理」に相当する。

52) 経済産業省「営業秘密管理指針平成 22 年改訂」8 頁。

53) 小野ほか・前掲注 (13) 307 頁。

54) 小野・前掲注 (12) 767 頁。

55) 「知的財産戦略本部「知的財産推進計画 2007」知的財産戦略本部 (2007 年)」では「営業秘密等の保護を強化する」の中で「不正競争防止法や営業秘密管理指針等の周知・普及を通じて、企業に適切な営業秘密管理を促す (46 頁)」として指針を重要な位置付けとしている。

(3) 解釈変異の理由

① 刑事罰規定の導入

秘密管理についての具体的な内容がない時期においては、個別の事情に応じて合理的な判断を行うことは当然の解釈であろう。大きな変化を遂げたのは、平成 15 年である。これは、「営業秘密管理指針」の影響が大きい。営業秘密管理指針の内容は「営業秘密に関する不正競争防止法の規定の解説のほか、営業秘密の要件に関する従来の判例⁵⁶⁾、学説の概略を踏まえて具体的な「営業秘密の管理」の方法について、「物的・技術的管理」および人的・法的管理たる「具体的管理」、そして「組織的管理」を求めている。平成 15 年(2003 年)に策定され、平成 17 年(2005 年)、平成 22 年(2010 年)に改訂されている。

ではなぜ平成 15 年に営業秘密管理指針が策定されたのか。もちろん、営業秘密を保有する事業者たる産業界の要請はあったものの、立法に伴う理由としては平成 15 年不正競争防止法改正により、営業秘密の刑事罰規定が導入されたことである。平成 2 年に規定された営業秘密保護は民事上の規定であり、損害賠償請求や差止請求のように民間同士の当事者対立構造であるのに対し、刑事罰は国家が国民を処罰し場合により身体的自由を拘束するという公法の領域であり、その適用には当然のことながら厳格な運用が求められるのである⁵⁷⁾。

刑事罰規定導入の背景には営業秘密に対する国の意思があり、平成 14 年の「知的財産戦略大綱」の中で営業秘密の保護強化として「企業が営業秘密に関する管理強化のための戦略的なプログラムを策定できるよう、参考となるべき指針を 2002 年度中に作成する。併せて、不正競争防止法改正による民事・刑事両面にわたる営業秘密の保護強化について、人材流動化に対する抑止効果等、それらに伴って生じうる問題点にも配慮しながら、2003 年の通常国会に改正法案を提出する。なお、この際、大学の研究者の自由についても配慮する。」⁵⁸⁾とされ、平成 15 年改正による刑事罰規定の導入および営業秘密管理指針の作成は並行して予定されていたのである。そのため、刑事罰の判断にも適合できる営業秘密の管理体制として厳格な判断が求められるようになったのである。

さらに、刑事罰規定を含めた平成 15 年不正競争防止法改正の検討を行った産業構造審

56) 東京地判平成 11 年 7 月 23 日判例時報 1694 号 138 頁「美術工芸品顧客名簿事件」では営業秘密管理指針と同様に、コンピュータシステム関係の「技術的管理」、印刷物の取り扱いの「物理的管理」、秘密保持義務や誓約書の「人的・法的管理」、管理責任者の存在という「組織的管理」により秘密管理性の判断を行っている。

57) 例えば判例でも「『営業秘密』は、『秘密として管理されている』ことを要するところ(不正競争防止法 2 条 6 項)、事業者の事業経営上の秘密一般が営業秘密に該当するとすれば、従業員の職業選択・転職の自由を過度に制限することになりかねず、また、不正競争防止法の規定する刑事罰の処罰対象の外延が不明確となることに照らし、当該情報にアクセスした者に当該情報が営業秘密であることを認識できるようにしていること、及び、当該情報にアクセスできる者が制限されていることを要するものと解するのが相当である。」(東京地判平成 18 年 7 月 25 日裁判所 HP 判例検索システム「訪問看護名簿事件」)のように刑事罰も射程とした秘密管理性の判断を判示している。

58) 知的財産戦略会議「知的財産戦略大綱」(2002 年)。

議会知的財産政策部会不正競争防止小委員会の委員には、当時の東京地方裁判所・三村量一判事がある。また、平成15年公表営業秘密管理指針において、前述のとおり「不正競争防止法上の判例の分析を基礎として」ともあるように、法運用の形成過程に立法と司法が係わっており、そのため営業秘密管理指針が裁判規範ともなったのである。

② ISMS 適合性評価制度の導入

営業秘密管理指針の策定の背景にはもう一つ、立法者側（経済産業省）の意図がある。それは平成14年（2002年）、JIPDEC／一般財団法人日本情報経済社会推進協会（平成23年4月「財団法人日本情報処理開発協会」より名称変更）が導入したISMS（Information Security Management System）適合評価制度である。ISMSとは、JIPDECの解説では「ISMSとは、個別の問題毎の技術対策の他に、組織のマネジメントとして、自らのリスクアセスメントにより 必要なセキュリティレベルを決め、プランを持ち、資源配分して、システムを運用することである。組織が保護すべき情報資産について、機密性、完全性、可用性をバランス良く維持し改善することが情報セキュリティマネジメントシステム（ISMS）の基本コンセプトである。」⁵⁹⁾としており、営業秘密に限定していないが、事業者にとって重要な情報資産のマネジメントシステムである。そしてJIPDECは、事業者の適切な情報マネジメントについての認証制度であるISMS適合評価制度を平成14年4月より運用の開始をしたのである。

ところで、JIPDECは総務省および経済産業省共管で設立された法人である。営業秘密管理指針は事業者における秘密情報のマネジメントシステムであるが、それはISMSと同様のものであり、営業秘密管理指針に沿った秘密（情報）管理を行っていれば、ISMS認証の取得も容易となる。つまり、経済産業省は営業秘密管理指針を事業者に求めることにより、外郭団体によるISMS認証運用の効果を意図したのである⁶⁰⁾。

3. 秘密管理性に係る判例分析

（1）営業秘密保護規定以前

平成2年（1990）年に不正競争防止法で営業秘密保護が規定される以前にも、事業者の保有する秘密情報に対する侵害は行われており、民法、刑法など既存の法（特に不法行為）による対応は行われていた。そしてそれらの事案でも、保有者が当該情報をどのように管理したのかについては判断されている。しかし、営業秘密の要件あるいは営業秘密管理指針のような具体的な判断材料がないため、各々の事案において個々に判断せざるを得ない状況ではあったものの、一定の考え方による判断を行っていた。

59) <http://www.isms.jipdec.or.jp/isms/index.html>

60) 2012年7月13日時点のISMS認証取得組織数は4102である。

「日経マグロウヒル事件」⁶¹⁾では、購読者の情報を記録した磁気テープについて「貴重な情報として利用価値の高いものであること、したがって、コンピュータを取扱う業者間では、この種のコンピュータ用磁気テープの機密保持につき十分注意すべきものであることは常識となっている」と判示している。また、委託会社には「右テープを嚴重に管理し」と指示しているが、その管理性は「引渡しをなすまで善良なる管理者の注意をなすべき義務」すなわち当事者である事業者間の善管注意義務の程度としているが、管理程度の具体的な検討は行っていない。

「ロボット製造技術者新会社設立ノウハウ摂取事件」⁶²⁾では対象情報について、「これと同一のものを右図面に依らず独自に製造するのには多くの困難が予想されることからすれば、右図面は実質的な機密性を有しているというべきであり、これを引き写す等して作成されている右取扱説明書も実質的な機密性を有している」と、管理方法については言及していないものの、同業者が入手できないように管理しているのだから機密性を保持していると判断している。

刑事事件ではあるが、「早稲田大学商学部入試問題事件」⁶³⁾では「本件入試問題用紙は、そのものの性質上、入学試験時までの秘密保持が絶対的に必要とされるもので、その印刷過程においても、終始大学側の担当教職員が立ち会うなど、極めて嚴重な管理体制のもとで印刷されるという機密性の高い重要な文書であつて」として、大学入試問題はそれを取扱い者として当然に嚴重な管理のもとにあると判示している。

「新薬秘密資料持出し事件」⁶⁴⁾では「本件各資料に含まれているデータや論文のうち公表されているものもかなりあることは弁護人指摘のとおりであるが、例えば「日抗基以外の規格及び試験方法並びに設定理由」とか「概要」などのように公表されていない部分もあり、製薬会社の中ではこれらの資料を秘文書扱いにしている例が多い」として同業者での取り扱い方を判断の基準している。

平成2年の規定制定直前の事案として、「ポリエチレン製造ノウハウ事件」⁶⁵⁾では「本件技術は、控訴人の開発にかかり、我が国では控訴人以外にはこれを有しない、控訴人の営業に不可欠の有用な技術であり、かつ、控訴人は、それに相応しい秘密管理をしてきたものであって、これに対する不正行為から正当な保護を受けるに値する営業秘密ないし秘密ノウハウと認められる」として不正競争防止法の3要件と同様の検討を行っている。一方で「ロールベニヤ事件」⁶⁶⁾では「その重要部分が他に漏洩されるならば、競業者が容易に同種製品を製造販売することが可能となり、あるいは、競業者がそれを資料としてより優

61) 東京地判昭和48年2月19日判例時報713号83頁「日経マグロウヒル事件」。

62) 東京地判昭和62年3月10日判例時報1265号103頁「ロボット製造技術者新会社設立ノウハウ摂取事件」。

63) 東京高判昭和56年8月25日判例時報1032号139頁「早稲田大学商学部入試問題事件」。

64) 東京地判昭和59年6月15日判例タイムズ533号255頁「新薬秘密資料持出し事件」。

65) 大阪高判平成6年12月26日判例時報1553号133頁「ポリエチレン製造ノウハウ事件」。

66) 名古屋地判平成7年6月14日特許庁審決取消訴訟判決集56巻348頁「ロールベニヤ事件」。

れた競合製品を製造販売することが可能となる性質のものといえる。しかも、平成元年には、日本国内においては、原告以外に天然木を利用したロールベニヤの製造販売をしていた業者はなかったのであるから、本件製造方法に関する情報は、原告にとって、極めて重要な営業上の秘密であったというべきである。」という、やはり同業者が入手できないように管理しているのだから秘密であったとの判断を行っている。

このように、不競法以前では営業秘密に相当する情報の判断につき、要件定義が明確ではないために保有者あるいは同業者が事業で当該情報をどのように取り扱っているのかという点すなわち「同業者間管理水準判断」を基準としていた。

（２）営業秘密保護規定以後

①第１期：（平成２年～平成１１年）

平成２年の不正競争防止法による営業秘密保護規定以降の事案であるが、当初は秘密管理性について、客観的要件である「秘密として管理されている状態」についてあまり厳格な判断はしておらず、「秘密にしておくという意思」たる主観的要件があるために何らかの管理を行っている、として秘密管理性が認められていた。

「男性用髪顧客名簿事件」⁶⁷⁾では「原告は、原告顧客名簿の表紙にマル秘の印を押捺し、これを原告心斎橋店のカウンター内側の顧客からは見えない場所に保管していた」という簡単な物理的管理だけで秘密管理性を認めている。マル秘を押印するという行為は保有者として秘密として管理するという秘密保持の意思である。前提として「男性用かつらの販売業は、頭髮が薄くなった男性を対象とするものであり、自らがかつらを必要とすることは恥ずかしくて他人に知られたくないと考えるのが通常である」という業界常識があり、したがって秘密として管理することは常識であると判断をしている。後の事案で検討されるような従業員への教育や秘密保持契約などは論じられていない。これは「少人数の従業員（従業員は、本店及び三支店合わせて全部で七名。心斎橋店は店長一人）」は当然であるとしているのであるが、本件は従業員が顧客名簿を持ち出したという事案であり、最近の事案であれば、従業員への管理の徹底、教育や秘密保持契約の締結の有無など人的管理についての検討がされるところである。

「晋和営業秘密事件」⁶⁸⁾では「本件各文書はいずれも広島支店内において、本件取引開始申請書については支店長席近くの書庫（ロッカー）に入れて保管し、本件得意先台帳及び本件包装別支店ネット表については売上伝票発行の際に必要であることから当該業務に携わっている事務員（甲）に保管させていたものであるが、原告は、広島支店長である被告乙に対し、本件各文書が社内の重要機密書類である旨認識させるべく指示、指導するとともに、他の同支店従業員に対しても、被告乙を通じて複写及び社外持出しを禁止する旨口

67) 大阪地判平成８年４月１６日判例時報１５８８号１３９頁「男性用髪顧客名簿事件」。

68) 大阪地判平成９年８月２８日特許庁審決取消訴訟判決集７２巻４５５頁「晋和営業秘密事件」。

頭で指示、指導をしていた」として対象営業秘密をロッカーに保管し口頭注意による管理であったが、少人数の従業員（支店長を含めて四名）にはこれで充分なものであるとして秘密管理性を認めている。口頭とはいえ従業員に指示、指導した点は秘密保持の意思を認めることができるが、ロッカーは施錠式なのか、その場合、鍵の管理はどうなっているのかなどの物理的管理については詳細な検討は行っていない。

「フッ素樹脂ライニング営業秘密事件」⁶⁹⁾では「原告においては、役員、従業員から誓約書を徴して営業秘密の保持義務を課し、在庫管理を製造課長が行い、製造課の部室のロッカーにノズル等の治工具やディスパージョンを保管し、右の技術を管理していた。」として秘密管理性の判断において、誓約書による秘密保持義務という人的管理がみられる。

一方、この時期の秘密管理性は管理に不備があるというよりも、管理を行っていない場合に否定される傾向にあった。例えば「カッター機器販売業者顧客名簿事件」⁷⁰⁾では「原告代表者は、同代表者尋問において、本件顧客名簿及び本件売上高順位表を、秘密書類として取り扱うよう、営業会議の席などにおいて注意していたと供述する。しかし、これらの記載及び供述は、きわめて抽象的なものである上、これらに反する被告吉本の本人尋問における供述に照らすと、到底信用できない。」として秘密の指示が抽象的あるいは行っていないという点をもって秘密管理性を否定している。

「運送業者顧客名簿事件」⁷¹⁾では「本件全証拠によるも、右五名以外の原告社員は本件名簿を見ることができなかったとか、営業会議の際などに、本件名簿の重要性を原告代表者が話していたという点を裏付ける事実を認めることはできない。」と、秘密として管理していたことが認められないとしている。

この時期は、保有者が当該営業秘密に対して秘密としておくという意思のもと、ある程度の管理を行っており、それを否定する事情がなければ、管理程度についてはそれほど詳細な検討を行わずとも秘密管理について認める判断、すなわち「主観重視管理判断」を行っていると言える⁷²⁾。

②第2期（平成11年～平成19年）

ところが「美術工芸品顧客情報事件」⁷³⁾では秘密管理性について従前より詳細に検討をしている。すなわち「原告は、本件顧客情報を同社の専用コンピューター内にデータベース化して格納し（筆者略）ディスプレイで表示する際には、各部門が必要とする最少限度

69) 大阪地判平成10年12月22日知的財産権関係民事・行政裁判例集30巻4号1000頁「フッ素樹脂ライニング事件」。

70) 東京地判平成10年11月30日LEX/DB判例検索「カッター機器販売業者顧客名簿事件」。

71) 大阪地判平成11年1月28日LEX/DB判例検索「運送業者顧客名簿事件」。

72) もっともこの点については不正競争防止法の運用が緩いというのではなく、「晋和営業秘密事件」では営業秘密の要件は認められたが、不正競争行為は認められないとして原告の請求を棄却している。また、「フッ素樹脂ライニング営業秘密事件」および「運送業者顧客名簿事件」の裁判長裁判官は同一（小松一雄判事）であり、何れかに偏った判断をしているものでもない。

73) 東京地判平成11年7月23日判例時報1694号138頁「美術工芸品顧客名簿事件」。

の顧客情報を表示するようなシステムを採用している。」としてまずコンピュータ管理のデータベースについての技術的管理の検討を行い、次に「本件顧客情報を出力し、紙に印字する場合には（筆者略）他の者が右役員の了解なしに本件顧客情報を出力することはできないように工夫している。」としてデータベースを印刷する場合の管理について、そして「印字された顧客名簿については、使用后シュレッダー等で処分することを原則とするが（筆者略）印字された顧客名簿を外部へ持ち出す場合には、顧客名簿社外持出許可書の用紙に必要事項を記入し、社長の決裁を受けることとしている。」として印刷物の取り扱い管理（物的、組織的管理）についても検討をしている。また、「就業規則第五八条（会社利益の擁護）において、社員は、会社が指示した秘密事項を自己の担当たと否とを問わず、一切外部に漏らしてはならず（筆者略）原告を退職するに際しても、平成九年一〇月二八日付け書面で、改めて退職後も本件顧客情報を第三者に漏らさないこと等を内容とする誓約書を提出している。」のように、従業員の秘密保持義務や誓約書（人的・法的管理）の検討を行っている。そしてこれらの詳細な検討をもとに秘密管理性について認めているが、これは主観を重視する従前の事案の考え方とは大きく異なり客観要件を重視したものである。

これ以後の事案では本件で示された三類型管理による判断、すなわち（1）物的・技術的管理（データベースなどのシステムや印刷物等の管理）、（2）人的・法的管理（秘密保持義務、誓約書等）、（3）組織的管理（管理責任者の設置や従業者への指示等）が判断基準として重視される傾向となる。この点でみると、「美術工芸品顧客情報事件」による秘密管理性の判断方法が営業秘密管理指針に言う「従来の判例」の基点となったと言える。つまりこの事案は秘密管理性の判断を営業秘密管理指針に委ねることとなる分岐点でもあった。その意味において、「管理指針型判断」と言うことができる。

同様に秘密管理性が認められた事案として、「オフィスコーヒー事件（一審）」⁷⁴⁾では「原告においては、顧客ごとに管理カードが作成され、これが販売ルートごとにファイル化されて保管されるとともに（筆者略）99 ルートと呼ばれる販売ルートについてのみ、被告甲がこの入出力を行っていた事実が認められる。」として物的・技術的管理を認め、従業員が6名と少ないものの「湘南ベンディングの就業規則が準用」され秘密保持義務が課されという人的・法的管理、さらに「注意指導を朝礼において訓戒」という組織的管理による判断をみることができる。

「放射線特定機械器具事件」⁷⁵⁾では秘密管理の判断にかなりの分量を割いており、「原告会社では、平成八年当時、秘密の保持に関し次のような規則ないし仕事の基準が設けられていた」という人的・法的管理、「『モニタ別単価別測定件数リストの取扱いについて』と題する仕事の基準によると、営業所ではグループリーダーがこのリストを保管管理し、グ

74) 横浜地判平成 11 年 8 月 30 日 LEX/DB 判例検索「オフィスコーヒー事件」。

75) 東京地判平成 12 年 10 月 31 日判例時報 1768 号 107 頁「放射線測定機械器具事件」。

ループリーダーのみ閲覧可とするものとされていた。」という組織的管理、「コンピュータを用いた作業には」あるいは「右の作業により出力された顧客に関する情報について」として物的・技術的管理について個々に詳細な検討を行ったうえで「原告会社における秘密管理の態勢、本件顧客情報の性質等を総合して考慮すれば、本件顧客情報は秘密として管理されていたと認めることができる」として三類型管理について詳細な検討を行っている。もっとも同時期には「墓石販売業者顧客名簿事件」⁷⁶⁾のように「平成八年一月ころ、原告においては、原告東京本社の事務所が新宿区西新宿に移転した後、テレボ専用の部屋が設けられたが、同室は被告甲が責任者として管理し、同室内には施錠可能なロッカーが設置され、「暫定顧客名簿（電話帳抜粋）」及び「お客様情報」は、右ロッカー内に保管されていた。「(予約) 聖地使用契約書」及び「来山者名簿」は、社員が日常業務を行っていた事務室内の乙営業課長の机の引出しに保管されていた。「加工図・パース」は、右事務室内の書棚にファイルして保管されていた。「墓石原価表」は、右事務室内の、原告東京本社の責任者でもある丙又は乙営業課長の机の中に保管されていた。なお、原告においては、新規採用社員に対して、原告が保管する営業資料について、営業活動以外への使用の禁止を徹底指導していた。」のように、システムに係る技術的管理の検討がまったくない事案もあるが、本件はそもそもコンピュータ管理を行っておらず技術的管理を検討の必要がないためであり、例外的な事案である。

「半導体全自動封止機械装置事件」⁷⁷⁾では、「上記ネットワークは、外部とは接続されておらず、外部からネットワーク内に侵入することはできなかった。上記ネットワークへアクセスするためには、パスワード代わりのユーザーIDを入力する必要があった。」および「CADデータは、ストリーマテープに保管されていたが、同テープは、責任者によって保管されていた。ハードコピーも設計部門の従業員が執務している場所の近くの図面庫及び本棚に保管されていたが、図面庫は施錠可能な構造になっていた。上記CADデータ及び上記ハードコピーは、関係者以外は立ち寄らないような部屋に保管されていた。」あるいは「原告××は、■■■との間で、平成6年1月8日、■■■向け製品における原告××作成図面に関し、■■■は、管理者の役職にある者が保管又は管理すること、直接その仕事に必要である少数の者にのみ閲覧させること、■■■の敷地内から持ち出さないこと、■■■で働く者以外に閲覧させないこと、■■■の従業員で職務遂行上必要でない者に見せないこと及び図面をコピーしない旨の秘密保持契約を締結した。」から管理指針型判断すなわち、物的・技術的管理、人的・法的管理、組織的管理による詳細な検討と判断を行っている。この管理指針型判断については他にも、「人材派遣名簿事件（中間判決）」⁷⁸⁾、「三井企画顧

76) 東京地判平成12年11月13日判例時報1736号118頁「墓石販売業者顧客名簿事件」。

77) 岡地判平成14年12月24日判例タイムズ1156号225頁「半導体全自動封止機械装置事件」。

78) 東京地判平成14年12月26日裁判所HP判例検索システム「人材派遣名簿事件（中間判決）」。

客情報事件」⁷⁹⁾、「中国野菜事件」⁸⁰⁾においても判断のために詳細に検討され、秘密管理性が認められている。

一方でこの時期、「セラミックコンデンサー事件」⁸¹⁾では、物的・技術的管理、組織的管理については詳細に検討し判断したものの、人的・法的管理については「原告の従業員は全部で10名であったから、これらの本件電子データの取扱いの態様は、従業員の全員に認識されていたものと推認される」として少人数の会社であるため秘密保持契約等を締結しておらずとも秘密の管理については自明の理であったとして、第1期のような比較的緩やかな判断を行っている。

また「食肉包装用ネット事件（一審）」⁸²⁾での「本件情報4は販売管理用コンピュータソフトにより作成され、同ソフトには専用のパスワードがあり、これを知る者は限定されていた、また、これをプリントアウトした原本は営業本部長が保管していたというのであるから、本件情報4にアクセスできる者は制限されていたといえることができる。」のように。主として物的・技術的管理をもって秘密管理性の認めている事案もある。しかし、「セラミックコンデンサー事件」、「食肉包装用ネット事件（一審）」は共に営業秘密管理指針公表直後の判示であり、事案自体は公表前であるため、三類型管理を必ずしもあてはめる必要はなかったと言える。

秘密管理性の否定も三類型管理について検討しており、事案としては、「美術工芸品顧客情報事件」の後の事案である「人材派遣会社営業秘密事件」⁸³⁾では「本件情報は、原告事務所内のコンピュータに入力されており」あるいは「それらの書類はファイリングされた上で、事務所内のキャビネットに保管されていた。」として物的・技術的管理について、そして「原告に入社する際に誓約書を提出しており（甲3）、それにより、「貴社及び取引先の機密は一切他に漏らさぬ事」を厳守する旨誓約している。」として人的・法的管理について、そして組織的管理は「原告の就業規則（甲22）には、「服務心得として」、従業員は、「在職中は勿論のこと、退職または解雇された者も、自己の担当であるなしにかかわらず、会社の業務上の機密事項及び会社の不利益となる事項を他に漏らさないこと」との定めが置かれている」のとして三類型管理について検討したうえで、「原告の就業規則には、原告の機密を漏らしてはならない旨の記載がある。しかし、原告が、これらにいう「機密」の中に本件情報が含まれると明示していたと認めるに足る証拠はなく、その他原告が「機密」の中に本件情報が含まれると客観的に認識できるようにしていたことを窺わせるに足る証拠はない以上、これらの記載をもって本件情報が秘密として管理されていたということとはできない。」と、書類の取り扱いの不備により秘密管理性を否定してい

79) 東京地判平成16年5月14日裁判所 HP 判例検索システム「三井企画顧客情報事件」。

80) 東京地判平成17年6月27日裁判所 HP 判例検索システム「中国野菜事件」。

81) 大阪地判平成15年2月27日裁判所 HP 判例検索システム「セラミックコンデンサー事件」。

82) 東京地判平成15年3月6日裁判所 HP 判例検索システム「食肉包装用ネット事件」控訴審（東京高判平15年9月29日裁判所 HP 判例検索システム）でも同旨。

83) 大阪地判平成12年7月25日裁判所 HP 判例検索システム「人材派遣会社営業秘密事件」。

る。

「健康食品顧客データ事件」⁸⁴⁾では「顧客データを他のデータと一応識別できる形で保管してあったものと認められるが、これにアクセスできる者は特に制限されておらず、コピーも禁じられておらず、パスワード等による保護もされていなかったため、事務所にいる者であれば誰でも見ることができ、また、これらの者との間に秘密保持契約も締結されていなかった」としてデータ管理の不十分という物的・技術的管理、さらに秘密保持契約がないという人的・法的管理の不備から秘密管理性が否定されている。

「音楽会社顧客情報事件」⁸⁵⁾では三類型管理の判断を行い、各々の要素について管理の不備を指摘している。

「薬品リスト事件」⁸⁶⁾では「アクセスに際してのパスワードの設定はなく、データのコピーや印刷が禁じられていたという事情も認められない。また、原告の就業規則には上記認定のような規定が置かれているが、当該規定はその対象となる秘密を具体的に定めない、同義反復的な内容にすぎず」としてパスワードの未設定や秘密保持義務の抽象性を不備として秘密管理性を否定している。

「訪問看護名簿事件」⁸⁷⁾では「パスワードも広く社員に知られている。また、紙媒体は、施錠することなくキャビネットに保管」など物的・技術的管理の不備を指摘し、人的・法的管理も「かかる雇用契約上の秘密保持義務や指導教育は、利用者のプライバシー保護を念頭におくものと解するのが相当であって、これによって不正競争防止法上の営業秘密性が直ちに導かれるものではなく」とした上で、「本件利用者名簿に記載された情報の内容や従業員らが秘密保持義務を負担していることを考慮しても、本件利用者名簿の実際の管理状況やアクセスできる者に照らせば」として秘密管理性が否定されている。

「水門開閉器用減速機事件」⁸⁸⁾では「技術部設計課の職員は同サーバーに自由にアクセスしてこれを閲覧することができ」あるいは「組立図については、営業秘密である旨の表示はなく」として物的・技術的管理の不備を、「顧客との間で秘密保持契約を締結したり、組立図が営業秘密である旨の注意を促すことはなかった」として人的・法的管理の不備を指摘して秘密管理性を否定している。

このように、「美術工芸品顧客情報事件」で示された客観要件重視である管理指針型判断については、秘密管理性の判断基準としてその後、定着していたことは判例の流れから明らかである。一方その判断については個々の状態について詳細に検討を行うように推移しており、第1期の秘密管理性の判断と比較すると高い管理水準を求めている。管理指針型判断では、秘密管理性が認められた「男性用髪顧客名簿事件」や「晋和営業秘密事件」

84) 東京地判平成14年4月23日裁判所HP判例検索システム「健康食品顧客データ事件」。

85) 東京地判平成16年4月13日判例時報1862号168頁「音楽会社顧客情報事件」。

86) 東京地判平成17年2月25日判例時報1897号98頁「薬品リスト事件」。

87) 東京地判平成18年7月25日裁判所HP判例検索システム「訪問看護名簿事件」。

88) 大阪地判平成19年5月24日判例時報1999号129頁「水門開閉器用減速機事件」。

は管理が不十分であるとして秘密管理性が否定される可能性が高い。しかし判断基準の厳格化は営業秘密の保有者たる被侵害者（原告）にとって不利なものであり、営業秘密に係る事案では「中国野菜事件」以後しばらくの間、秘密管理性が認められにくい傾向にあった。つまり管理指針型判断では各々の要素に不備があるとそれを根拠として秘密管理性が否定され営業秘密の要件が具備しないこととなるが、非侵害者である営業秘密の保有者は、少なくとも何らかの管理をしていたという事実はあるものの⁸⁹⁾、被告側の反論・抗弁により何らかの不備が指摘されれば管理が不十分であるとされる厳しい、厳格な判断の傾向が続いていたのである。

③第3期：平成20年以降

ところがその後、秘密管理性の判断について三類型管理を詳細に検討しつつも、秘密管理性の不備について被侵害者に有利に判断するという事案が登場するのである。

初出は「ロボットシステム事件」⁹⁰⁾であり、判示では「パスワードが変更されたことはなく、営業部の従業員の中には、パソコンに当該パスワードを記載した付せんを貼っている者もいた」あるいは「プライスリストが業務上の秘密事項に該当することを定めた文書や、その管理方法を定めたマニュアルもなく、プライスリストを印刷したものに「社外秘」等の押印をする取決めはなかった」として物的・技術的管理の不備を指摘しており、管理指針型判断の厳格な判断基準であれば秘密管理性は否定される事案である。ところが本件ではそのような不備があったとしても「プライスリストは機械製造メーカーにとって一般的に重要である」ためにある程度の管理を行っていれば従業員は当該情報が営業秘密であると認識していると判断し秘密管理性を容認している。

「出会い系サイト営業秘密事件」⁹¹⁾では「〔1〕複数のアルバイト従業員で1つのID及びパスワードを共有していたこと、〔2〕ID及びパスワードを記載した紙を入力用のパソコンのところに貼って使用していたこと、〔3〕入力担当のアルバイト従業員で退職者が出たにもかかわらず、その際にID及びパスワードが変更されることがなかった」という物的・技術的管理に対する被告の指摘に対して〔1〕は「そのことをもってパスワードの管理が杜撰であったとはいえない」とし、〔2〕および〔3〕については仮にそのようなことがあったとしても常態化してID・パスワードが有名無実化していないのならば秘密管理性は否定できないと判断して秘密管理性を認めている。

「袋物製造卸会社事件」⁹²⁾では物的・技術的管理についての詳細な検討は行わず、「控訴人は、本件誓約書を作成したころに、同様の書面を上記秘密事項を知りうる立場にあると

89) もっとも、「原告らの社内における具体的な秘密管理の手段、内容、実施状況等についての主張、立証を行わない」（東京地判平18年4月26日裁判所HP判例検索システム「日本髪かつら事件」）のように原告が秘密管理性について明らかにしない事案もある。

90) 名古屋地判平成20年3月13日判例時報2030号107頁「ロボットシステム事件」。

91) 大阪地判平成20年6月12日裁判所HP判例検索システム「出会い系サイト営業秘密事件」。

92) 大阪高判平成20年7月18日裁判所HP判例検索システム「袋物製造卸会社事件」。

判断された営業関係の従業員全員に作成させて秘密保持義務を課すなどしたものであるから、控訴人が同情報を知りうる立場にある従業員全員に本件誓約書と同じ体裁の書面を作成させて秘密保持義務を課したことにより、従業員との関係で客観的に認識できる程度に対外的に漏出しないように、上記情報（控訴人商品の販売先業者名、当該業者への販売価格、仕入価格）が秘密として管理されていたものと認めるのが相当である。」として専ら人的・法的管理のみにより秘密管理性を容認している。

同様の判示として「リペア事業事件」⁹³⁾でも機密保持特約や機密保持誓約書による秘密保持義務という人的・法的管理から「原告の前記技術は、営業秘密として管理されていると認められる」としている。

「ブラインド式雨戸事件」⁹⁴⁾では従業員が入室を許可されない社長室の施錠可能な金庫に保管していたこと、および秘密保持義務の規則の存在（本件では秘密保持の対象を具体的に特定していないが）があることにより、他の管理については厳格な検討を行わずに秘密管理性を認めている。

「投資用マンション営業秘密事件」⁹⁵⁾では、秘密管理性を認めただけで、被告の「本件顧客情報について、関係書類が机上に放置されていたり、写しが上司等に配布されたり、上司の指導で休日等における営業のために自宅に持ち帰られたり、手帳等で管理されて成約後も破棄されなかったり、就業規則が周知されていなかったりするなど、ずさんな方法で管理されていたことから、本件顧客情報は秘密管理性を欠く」という主張に対して「上記関係書類が上司等に配布されたり自宅に持ち帰られたり手帳等で管理されて成約後も破棄されなかったりしていたとしても、それは営業上の必要性に基づくものである上、原告らの営業関係部署に所属する社員以外の者が上記関係書類や手帳等に接し得たことをうかがわせる事情も見当たらず、原告らがその従業員に本件顧客情報を秘密であると容易に認識し得るようにしていたことは前示のとおりである」として、仮に管理にずさんなところがあったとしても、業務上止むなしとの判示をしている。

このように管理指針型判断では厳格化が進んでいた秘密管理性であるが、秘密保持という主観的要素を判断基準にする、あるいは要件不備事由があったとしてもある程度の管理レベルであれば容認されるといった判断、「管理性要件緩衝型判断」が登場したのである。しかしそれは全体的に秘密管理性の判断が甘くなったというものではない。

すなわち、その後の事案である「派遣エンジニア名簿事件」⁹⁶⁾では秘密管理性について、「データベース内の本件情報の管理」については、アクセス制限やデータ持ち出し防止装置など技術的管理について、「書類の保管」では物的管理について、そして「原告は、その就業規則の第45条1項14号及び15号において、業務上知り得た個人情報や原告及び

93) 東京地判平成20年11月18日判例タイムズ1299号216頁「リペア事業事件」。

94) 東京地判平成23年2月3日裁判所HP判例検索システム「ブラインド式雨戸事件」。

95) 東京地判平成23年11月8日裁判所HP判例検索システム「投資用マンション営業秘密事件」。

96) 東京地判平成22年3月4日裁判所HP判例検索システム「派遣エンジニア名簿事件」。

関係取引先の重大な秘密及びその他の情報の漏洩等をしたときは懲戒解雇とすると定めていた。また、秘密情報の保持に関する誓約書を従業員に提出させ、研修などで個人情報保護テキスト等（個人情報、営業秘密の保護の重要性、どのような情報が秘密情報に当たるのか、秘密管理のルール等について具体的な記載がされていた。）を使用して講義を行っていた」として、人的・法的管理および組織的管理について、第2期同様に三類型管理について厳格な検討を行い、秘密管理性を認めている。

「酵素製品製造ノウハウ事件」⁹⁷⁾でも秘密管理性について三類型管理を中心に詳細に検討を行っている。

つまり、第3期は、秘密管理性判断について各々の個別案件での検討とはいえ、厳格な判断を行う「管理指針型判断」と厳格性を徹底はしない「管理性要件緩衝型判断」というという二つの基準が併存しているのである。

（3）不安定を招いた法の相互運用性

本来、秘密管理の程度については絶対的な判断基準があるものではなく、客体となる営業秘密の内容や保有者である事業者の態様などの状況で個別に判断される相対的なものである。そのため、「必要条件が充たされているか否かの基準は、情報の内容・種類、会社の規模等によって異なってくるので、裁判所は個々の具体的事例に応じた判断をしている」⁹⁸⁾との説明もあるが、しかしそのために事案毎に裁判所の判断基準が個々に異なるとすると司法の予測可能性が困難になると共に、法運用の安定性に欠ける。そこで個々の具体的事例に応じる判断をするとしても、何らかの基準に基づくものが必要であり、秘密管理性の判断では立法、司法両者間の相互運用性（インターオペラビリティ）により法運用が形成される沿革を経ている。既に述べてきたとおり、秘密管理性についての逐条解説、営業秘密管理指針、判例は、各々が独立しているのではなく、相互に作用しながら運用が行われている。

不正競争防止法による営業秘密保護規定がない時期には、司法が「同業者間管理水準判断」による既存法の運用を行っていた。

そして平成2年に不正競争防止法にて営業秘密の保護が規定され、秘密管理性の逐条解説が「客観的に秘密であることが認識できる程度に合理的なもの」とされた時期、司法は保有者の秘密管理意思を主として秘密管理には厳格性を求めない「主観重視管理判断」として法の運用を行った。

ところが司法で平成11年「美術工芸品顧客情報事件」により客観的な秘密管理を重視した「管理指針型判断」が生じ、平成13年の逐条解説は変異しないものの、平成15年には「営業秘密管理指針」が公表され、法の逐条解説も「個別事情に応じて相当厳格な秘密

97) 東京地判平成22年4月28日裁判所HP判例検索システム「酵素製品製造ノウハウ事件」。

98) 金井重彦・山口三恵子・小倉秀夫『不正競争防止法コンメンタール』（雄松堂出版、2004年）166頁。

管理性が要求」と変異するに至り、司法も「管理指針型判断」による法の運用を続け、秘密管理判断の厳格化をたどった。

しかし平成 20 年、行き過ぎた厳格化への歯止めの傾向が生じ、逐条解説は「総合考慮し、合理性のある秘密管理方法が実施」と変異し、司法もまた「ロボットシステム事件」で厳格を求めない「管理性要件緩衡型判断」を行った。しかし平成 22 年の改訂営業秘密管理指針は二重の管理水準を示し、司法もまた同年の「派遣エンジニア名簿事件」で三類型管理による厳格な判断を行い、管理性要件緩衡型判断および管理指針型判断が併存しているのが現状である。

このように、相互運用の結果として、法運用の形成過程とはいえ短期間に秘密管理性の判断が変異する、あるいは二重の判断基準が存在するという、法運用の不安定を招いたことも事実である。したがって今後求められることは、新しい判断基準を策定とそれに伴う新たな法運用を行うことではなく、蓄積された判断基準を基とした、安定した法運用である。

4. 法の安定運用に係る私案の提起

(1) 衡平判断の要請

裁判所は厳格化しすぎた秘密管理性の判断について、営業秘密の保有者に有利な判断とも言える「管理性要件緩衡型判断」により保有者の保護を図っている。しかし、保有者の保護のために判断が緩くなりすぎると、秘密管理性の要件は形骸化する。

ところが、秘密管理性の判断について保有者保護のための過剰な緩衡と思われる事案が現れた。「ポリカーボネート事件」⁹⁹⁾では、一審、二審ともに物的・技術的管理について検討して、人的・法的管理については「従業員であれば、一般的に認識していたものと推認される」として厳しい検討は行わない管理性要件緩衡型判断であるが、平成 18 年、19 年頃には秘密管理性があると認めたうえで、さらに管理状況に変更があったと特段の事情がないために、当該秘密管理性を、営業秘密の侵害行為が平成 15 年ないし 16 年に遡り推認している。すなわち「認定した原告千葉工場における本件情報の管理状況は、平成 18 年ないし平成 19 年時点のものであるが、それ以前に管理状況が変更されたことを窺わせる証拠はないから、不正競争行為があったとされる平成 15 年ないし平成 16 年当時の管理状況も同様であったと推認される。」(知財高判示)としたうえで営業秘密あるいは不正競争行為を認め、損害賠償請求および差止請求を認容している。

しかしながら、本事案は営業秘密保有者のために管理判断を「過剰に調整した調整」ものである。なぜならば、仮に侵害行為(不正競争行為)により営業秘密が持ち出されたの

99) 東京地判平成 23 年 4 月 26 日判例タイムズ 1360 号 220 頁、知財高判平成 23 年 9 月 27 日裁判所 HP 判例検索システム「ポリカーボネート事件」。

であれば、事業者としては侵害後の管理は侵害前よりも厳しくなるのが通常であり、であれば保有者が主張した平成 18 年、19 年時点の秘密管理は平成 15 年、16 年当時よりも高い水準のはずである。さらに保有者は「平成 16 年 8 月 1 日に出光石油化学を吸収合併し、以後、千葉工場の各 P C プラントにおいて、P C 樹脂の製造を行っている」（一審判示）という場所で当該営業秘密を管理しており、買収前は別会社の工場である。であるならば、買収前の平成 15 年と買収後の平成 16 年では、管理主体が異なっているために、そもそも保有者の平成 18 年、19 年の秘密管理をもって、他社の平成 15 年の管理状況まで推定することは失当である。

本件で、営業秘密の保有者が積極的に主張をしていない（あるいは積極的に主張ができない）平成 15 年、16 年当時の秘密管理性を遡って推認した理由は、保有者の保護である。平成 15 年、16 年当時の秘密管理性が否定されると、営業秘密の要件を喪失し、不正競争防止法による保護が受けられなくなる。したがって、立証可能な平成 18 年、19 年の秘密管理性をもって推認したのであるが、この論理展開を認めるならば、営業秘密の保有者は侵害を受けた後に秘密管理を高度な水準に変更して、裁判では高度になった時期をもって秘密管理性の主張を行い、裁判では管理状況を変更したことにつき侵害者側が反論・抗弁できなければ秘密管理性が認められることとなる。これは保有者の保護としては行き過ぎた保護であり、主張・立証していない（できない）時点の秘密管理性までを認めることは法的安定性を欠き、その必要はないのである。

秘密管理性の判断について厳格になり過ぎて秘密管理性が認められにくいと営業秘密の保有者の保護を果たすことが困難となるが、一方、判断を緩くし過ぎると本来保護の対象ではない保有者を過剰に保護するとなる。求められるのは衡平な判断である。そのため、判断について「時間軸」および「過失相殺」の観点からの私見を以下に述べる。

（２）後発的秘密管理性認定による差止請求の認容

営業秘密の要件判断の基準日は「損害賠償については、不正行為が行われた日、差止請求については事実審の口頭弁論終結の日」¹⁰⁰⁾ という両時判断であり、これについては営業秘密侵害訴訟だけでなく、特許権侵害訴訟、著作権侵害訴訟などでも同様である。

ところで、「ポリカーボネート事件」が時間軸を遡及してまで秘密管理性を認めたのは、両時判断の効果による。要件判断の基準日のうち、損害賠償は不正行為が行われた日つまり過去であり、差止請求は口頭弁論終結時つまり現在である。この場合、両時判断の類型としては、①過去の要件を認容、現在の要件を認容、②過去の要件を認容、現在の要件を否定、③過去の要件を否定、現在の要件を認容、④過去の要件を否定、現在の要件を否定、の 4 種類の判断となる。このうち、①は営業秘密として認定され、損害賠償および差止請求が認められる類型である。④は当該情報がそもそも営業秘密ではないとして損害賠償お

100) 竹田稔『知的財産侵害要論不正競争編改訂版』発明協会（2009 年）175 頁。

よび差止請求が認められない類型である。②は例えば侵害時には営業秘密であったが、侵害者が公開したことにより営業秘密ではなくなったというような場合であり、損害賠償は認められるが、差止請求は認められない類型である。③は過去においては営業秘密として否定されたものの、その後に営業秘密として認容されたため、損害賠償は認められないが差止請求は認められる類型である。①と④は判例に多く、②も「人材派遣名簿事件（終局判決）」¹⁰¹⁾で「これらの情報は、原告の現在における派遣スタッフや派遣先企業の内容とは相当程度異なり、被告会社の現在における派遣スタッフや派遣先企業の内容とも相当程度異なるものと容易に推認される。上記によれば、現時点においては、被告らに対し「日本人材サービス株式会社登録派遣スタッフ名簿」記載の者に対する面会、勧誘行為等の差止め及び保有する原告の登録派遣スタッフ管理名簿等の廃棄を求める原告の請求については、差止めの利益を認めることが困難というほかはない。」との判例がある。しかし③についての裁判所の判断は一貫して過去に営業秘密の要件が否定された場合、現在の時点で要件の再検討を行うことはなく、したがって現在でも営業秘密ではなく損害賠償も差止請求も認めない、という判断を行っており、③の事案は存在せずすべて④の類型となる¹⁰²⁾。

しかし、秘密管理をまったく行っていなかったのならばともかく、何らかの管理を行っていたにもかかわらず管理に少々落ち度があったため、営業秘密を否定することは、営業秘密の保有者にとって酷である。なぜならば、仮に何らかの落ち度があった不十分な管理だったとしても、営業秘密の侵害を受ければ管理について見直しを行い、より厳しい、高度な管理になっているはずであり、そのような努力する保有者を一律否定することは、法が営業秘密の保護あるいは被害者の救済として機能しないということである。

管理指針型判断がなされていた時期、「半導体全自動封止機械装置事件」¹⁰³⁾で福岡地判は「かつて営業秘密の管理として不十分であったとしても、その後十分な管理がなされるようになれば、その間に公知となるとか有用性を失うなどの事情がない限り、同時期から営業秘密として保護されるべきである。」と秘密管理性の判断について先駆的な判示をしている。この考え方であてはめるならば、侵害時には秘密管理性が否定されたとしても、非公知性、有用性を保持したまま、秘密管理性を相当の程度に引き上げれば、口頭弁論終結時には秘密管理性を有して営業秘密として保護され得るということになる。つまり、損害賠償は認められずとも差止請求は認められる③の類型となるのである。

保有者が営業秘密を創りだし保有を始めた時点の秘密管理すなわち侵害事前管理に対して、侵害後に管理性を高めた後発的の秘密管理、両者の管理水準は異なるものであり、別途独立した個別判断を行うことで、秘密管理性が認められない場合に対して損害賠償を認める必要はなく、「ポリカーボネート事件」のような訴求判断という完成判断の過剰な緩衝

101) 東京地判平成 15 年 11 月 13 日裁判所 HP 判例検索システム「人材派遣名簿事件（終局判決）」。

102) もっとも、仙台地判平成 20 年 1 月 31 日判例タイムズ 1299 号 283 頁「つつみ人形事件」のように、損害賠償は請求せず差止めのみを請求したため、差止請求のみが認められた事案はある。

103) 福岡地判平成 14 年 12 月 24 日判例タイムズ 1156 号 225 頁「半導体全自動封止機械装置事件」。

は生ずることはない。そして、「主観重視管理判断」、「管理指針型判断」、「管理性要件緩衝型判断」いずれの判断であっても、保有者が後発的に管理水準を高めていれば、差止請求は認められる可能性が高くなり、保有者の保護に資するものとなる。

（３）要件不備事由内在時の損害賠償

不正競争防止法は民法（不法行為法）の特別法であり、条文にない規定は民法 709 条以下が適用される。その民法 722 条 2 項には「被害者に過失があったときは、裁判所は、これを考慮して、損害賠償の額を定めることができる。」とする過失相殺の規定がある。これは、「被害者の過失が損害の発生について存する場合、および、損害の拡大について過失のある場合」¹⁰⁴⁾ に、加害者が賠償する損害額を減額することにより、損失負担の公平を図る規定である。

民法 722 条は知的財産法にも適用され、営業秘密に係る不正競争行為でも適用される。例えば「オフィスコーヒー事件」¹⁰⁵⁾ では、「本件顧客情報を利用された原告及び原告側に属するということができるその親会社の湘南ベンディングにも、相当程度の落ち度があるというべきである。そして、本件顧客情報は時間の経過と共に権利性が希薄となるものであり、その不正使用に加え、セールスによる顧客の切替えがあつて初めて損害が発生するというものであるから、その不正使用による損害への寄与がやや少ないことになる。そこで、公平の観点をも加味し、過失相殺五割とするのを相当と解する。」として 50% の相殺をしている。本件は原告側の経営方針や行為が被告側に不信感を与え、不正競争行為に至らした点をもって原告の落ち度としている。秘密管理性に落ち度があつたとしているものではないが、秘密管理性の判断においても過失相殺を適用することは可能である。しかるに、前述の「人材派遣会社営業秘密事件」¹⁰⁶⁾ で裁判所はそもそも「本件情報」の秘密管理について管理指針型判断で、物的・技術的管理、人的・法的管理、組織的管理について原告の管理は認めたとうえで、しかし本件情報についての「機密」の客観的認識性（従業員に対する指示や表示）という点の不備を持って秘密管理性そのものを否定している。

営業秘密侵害時の秘密管理性の判断は不正行為時という過去、すなわち損害賠償の判断時である。であるならば、営業秘密の保有者が意図的（故意）に秘密管理を行っていない場合を除き、秘密として管理するという意思を持って何らかの管理を行っているのであれば、要件不備事由があつたとしても、秘密管理性を認めたとうえで過失相殺による損害賠償の調整とすべきである。なぜならば前項の両時判断がない限り、侵害時点の判断で秘密管理性が否定されると、その後の時間軸すべてにおいて営業秘密であることが否定され、保有者は一切の保護が受けられないからである。

104) 我妻榮・有泉亨・清水誠・田山輝明『コンメンタール民法補訂版』（日本評論社、2006 年）1351 頁。

105) 横浜地判平成 11 年 8 月 30 日 LEX/DB 判例検索「オフィスコーヒー事件」、東京高判平成 12 年 4 月 27 日裁判所 HP 判例検索システムにて同旨。

106) 大阪地判平成 12 年 7 月 25 日裁判所 HP 判例検索システム「人材派遣会社営業秘密事件」。

もっとも、すべての要件不備事由において過失相殺を認めるものではなく、故意に管理を行っていない場合は対象ではない。故意の不備はそもそも秘密管理性の「主観的要件（秘密として管理するという所有者の意思）」が欠落しているからである。過失相殺の対象となるのは「客観的要件（客観的に秘密として管理されている状態にある）」の不備の場合であるが、何らの管理を行っていなければ客観的要件自体が存在せず過失相殺による調整はできない。「ある程度」の秘密管理を行っていた場合に、侵害時の管理水準や不備が生じた理由などから相当の事情を考慮し、過失相殺を行うものである。その「ある程度」の度合いであるが、求めている判断基準（現在では「管理指針型判断」、「管理性要件緩衝型判断」）に対する不備が、同業者と比した場合に重要な不備となり得るか、その点について営業秘密保護法規定前の時期の基準（「同業者間管理水準判断」）との比較での調整を試みる。つまり不法行為法による判断で認められた基準の範囲の秘密管理性であれば、不法行為法の規定である過失相殺が可能だからである。

このように、一定の場合に侵害時の要件不備事由を過失相殺により調整すれば、有用性あるいは非公知性の喪失という事情がないかぎり、差止請求も認められる（前項①の類型）。また、「主観重視管理判断」、「管理指針型判断」、「管理性要件緩衝型判断」あるいは新しい判断基準が適用されたとしても、判断結果から過失相殺による調整を行うことで、どのような判断基準であっても、害賠償は減額されても差止請求は認められるという、所有者の保護に資するのである。

本項で検討したように、営業秘密の裁判において両時判断、過失相殺を積極的に適用することで、判断基準の変異にとらわれない安定した法の運用が可能となり、営業秘密の保護が果されるものとする。

以上