
新時代の商標・意匠・不正競争防止法Q&A（第16回）



弁護士 犬飼 一博
(大阪弁護士会 知的財産委員会 委員)

Q 当社（X社）は、従来品と比べて極めて優れた消臭能力がある消臭剤を開発し、発売に向けて準備を進めていました。この消臭剤のレシピについては、CD-ROMに保存してロッカーに保管していました。

ところが、当社の従業員であったAがこのレシピのデータをCD-ROMからコピーして、持ち出してしまったようです。Aは競合他社Bに就職し、B社からレシピどおりに作られた消臭剤が発売されました。

AやB社に対し、法的に何かできないのでしょうか。もし、何もできない場合、当社はどのようにおけば法的な保護を受けることができたのでしょうか。

A 1 はじめに

企業において、自社製品の製造方法、顧客名簿、仕入先リスト、売上げデータなどの情報は、当該企業にとって他社との差別化を図り、競争を勝ち抜く上で必要不可欠なものといえます。これら情報の重要性については近年強く謳われているところであり、ビジネス戦略において情報をいかに保護し、かつ、いかに活用するかということが企業の競争力を高めるポイントの一つにもなります。

上記設問における問題点は、「消臭剤のレシピ」が企業にとっての営業秘密として保護の対象となり得るのかという点にあります。

営業秘密の管理については、経済産業省「営業秘密管理指針」（以下「管理指針」といいます。）があります。同指針は、「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」として平成15年1月に策定されたものですが、この度、平成27年1月28日に全面改訂となりました。なお、改訂後の同指針は、不正競争防止法によって差止め等の法的保護を受けるために必要となる最低限の水準の対策¹を示すものですので（管理指針1頁）、大企業等においては、同指針において示される措置以上の措置を要求されるケースが多いと考えられます。

2 営業秘密の保護

(1) 特許法での保護との違い

ところで、上記設問のような「消臭剤のレシピ」や生産機械の製造方法などは、営業秘密とし

1 漏洩防止ないし漏洩時に推奨される（高度なものを含めた）包括的対策は、別途策定する「営業秘密保護マニュアル」（仮称）によって対応する予定であるとされています（管理指針1頁）。

て保護の対象となり得るほか、特許法によっても保護される可能性があります²。

特許法における保護の対象となるものは発明であり、この発明とは、自然法則を利用した技術的思想の創作のうち高度のものをいいます（特許法2条1項）。このような特許法における発明に該当した場合、発明者としては特許登録を行うことによって、特許法による保護を受けることが可能となります。しかしながら、特許出願における出願書類は、基本的には特許出願の日から1年6ヶ月以内に公開されることが予定されており（特許法64条1項）、当該出願書類は特許情報プラットフォーム等で検索することによって誰でも閲覧が可能となります。また、特許権は、原則特許出願の日から20年の経過をもって終了しますので（特許法67条1項）、特許権存続期間経過後は誰でも自由に当該特許技術を利用することが可能となります。他方で、営業秘密として保護すれば、企業は期間制限なく永続的に当該情報を独占することが可能となり得ます。そうすると、企業にとっては、特許法としての保護を受けるのか、もしくは特許出願等行わずに企業の営業秘密として秘匿して保護すべきなのかという問題に直面することになります。なお、世界的に有名な営業秘密の例としては、コカ・コーラの原液成分であり、これについてはコカ・コーラ社の中でも一部の者しか知らない同社の重要な資産となっています。

例えば物の発明に該当するような場合は、一度その物自体が世に出回ると分解・解析等行われ結果的に技術が奪われる可能性がありますので、特許出願を行うほうが得策なケースが多々あると思われれます。他方で、方法の発明に該当するような場合は、競合他社の技術レベルや侵害行為確認の容易・困難性等を考慮して、特許法での保護を受けるのか、或いは営業秘密として保護すべきなのかを検討する必要があります。

(2) 営業秘密とは？

「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って、公然と知られていないもの」として、不正競争防止法2条6項に定義されています。

営業秘密の類型としては、経営戦略に関する情報資産（経営計画、戦略等）、顧客に関する情報資産（顧客個人情報等）、営業に関する情報資産（販売先情報、仕入先情報等）、技術に関する情報資産（製造技術情報、素材情報等）、管理に関する情報資産（社内システム情報、従業員個人情報等）などが挙げられます。

そして、営業秘密として不正競争防止法上の保護に該当するためには、①秘密として管理されている（秘密管理性）、②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（有用性）、③公然と知られていない（非公知性）、の三要件を満たす必要があります。

2 営業秘密と特許等の関係について、「技術的進歩、改革の一つには特許権・実用新案権等の無体財産権として保護されるが、これらの権利の周辺には特許権等の権利の内容にまではとり入れられない様々の技術的秘密－ノウハウなど－が存在し、現実には両者相俟って活用されているというのが実情である。従ってこのような技術的秘密の開発・改良にも企業は大きな努力を払っているものであって、右のような技術的秘密は当該企業の重要な財産を構成するのである。従って右のような技術的秘密を保護するために当該使用者の営業の秘密を知り得る立場にある者、たとえば技術の中枢部にタッチする職員に秘密保持義務を負わせ、又右秘密保持義務を実質的に担保するために退職後における一定期間、競業避止義務を負わせることは適法・有効と解するのを相当とする。」（奈良地判昭45・10・23/フォセコ・ジャパン事件判時624号78頁）

(3) 営業秘密の要件

① 秘密管理性

(ア) 秘密管理性が要求される趣旨

営業秘密は、そもそも情報自体が無形で、その保有・管理形態も様々であること、また、特許権等のように公示を前提とできないことから、営業秘密たる情報の取得、使用又は開示を行おうとする従業員や取引相手先にとって、当該情報が法により保護される営業秘密であることを容易に知り得ない状況が想定されます。そのような営業秘密の性質を踏まえて、企業が秘密として管理しようとする対象が明確化されることによって、当該営業秘密に接した者が事後に不測の嫌疑を受けることを防止し、従業員等の予見可能性、ひいては経済活動の安定性を確保する趣旨から、秘密管理性が要件とされています（管理指針3頁）。

(イ) 要求される秘密管理措置の程度

管理指針5頁によれば、「秘密管理性要件が満たされるためには、営業秘密保有企業が当該情報を秘密であると単に主観的に認識しているだけでは不十分であり、営業秘密保有企業の秘密管理意思（特定の情報を秘密として管理しようとする意思）が、具体的状況に応じた経済合理的な秘密管理措置によって、従業員に明確に示され、結果として、従業員が当該秘密管理意思を容易に認識できる（換言すれば、認識可能性が確保される）必要がある」と示されています³。

そして、秘密管理措置の対象者は、当該情報に合法的に、かつ、現実接することができる従業員であり、不正取得者を基準として秘密管理措置を講ずる必要はないと説明されています。

次に、秘密管理措置においては、「対象情報（営業秘密）の一般情報（営業秘密ではない情報）からの合理的区分と当該対象情報について営業秘密であることを明らかにする措置」が求められると説明されています（管理指針6頁）。

まず、「合理的区分」については、一般情報と営業秘密となるべき対象情報との区分が明確となっていなければ、当該対象者にとってどの範囲が営業秘密に該当するのかが不明確になることから要求されるものです。これについては、当該企業における、その規模、業態等に即した媒体の通常管理方法に即して、営業秘密である情報を含む（一般情報と混在することもあり得ます。）のか、一般情報のみで構成されるものであるか否かを従業員が判別できればよいとされています。

次に、「営業秘密であることを明らかにする措置」としては、「主として、媒体の選択や当該媒体への表示、当該媒体に接触する者の限定、ないし、営業秘密たる情報の種類・類型のリスト化等が想定される」と示されています（管理指針7頁）⁴。

3 秘密管理性要件は、従来、①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）、②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（認識可能性）の2つが判断の要素になると説明されてきましたが、両者は秘密管理性の有無を判断する重要なファクターであるものの、それぞれ別個独立した要件ではなく、「アクセス制限」は、「認識可能性」を担保する一つ的手段であると考えられています（管理指針5頁）。

4 秘密管理性が問題となった裁判例として、パスワード等によるアクセス制限等がなかったが、全従業員数が10名という企業規模等を考慮したもの（大阪地判平15・2・27／セラミックコンデンサー事件裁判所ウェブサイト掲載判例）、営業上の必要性を考慮したもの（知財高判平24・7・4／裁判所ウェブサイト掲載判例）、物理的な管理体制を問題にすることなく秘密管理性を肯定したもの（大阪高判平20・7・18／裁判所ウェブサイト掲載判例）等があります。

ウ) 秘密管理措置の具体例

管理指針 8 頁乃至12頁では、一例として媒体に対する典型的な秘密管理措置を示しています。以下は、管理指針に示されている具体的な秘密管理措置について挙げます。

・紙媒体の場合

ファイルの利用等により一般情報からの合理的な区分を行ったうえで、基本的には、当該文書に「マル秘」など秘密であることを表示したり、施錠可能なキャビネットや金庫等に保管する方法などを講じることが考えられます。

・電子媒体の場合

記録媒体へのマル秘表示の貼付、電子ファイル名・フォルダ名へのマル秘の付記、営業秘密たる電子ファイルを開いた場合に端末画面上にマル秘である旨が表示されるように、当該電子ファイルの電子データ上にマル秘を付記（ドキュメントファイルのヘッダーにマル秘を付記等）、営業秘密たる電子ファイルそのもの又は当該電子ファイルを含むフォルダの閲覧に要するパスワードの設定、記録媒体を保管するケース（CDケース等）や箱（部品等の収納ダンボール箱）に、マル秘表示の貼付等が考えられます。

・物件に営業秘密が化体している場合

物件自体に営業秘密情報が化体しており、物理的にマル秘表示の貼付や金庫等への保管に適さないものについては、例えば、当該物件が保管されている部屋の扉に「関係者以外立入禁止」の張り紙を貼ること、警備員の配置・入館IDカードが必要なゲートの設置等により工場内への部外者の立ち入りを制限すること、写真撮影禁止の貼り紙をすること等が考えられます。

・媒体が利用されない場合

例えば、技能・設計に関するものなど従業員が体得した無形のノウハウや従業員が職務として記憶した顧客情報等については、原則として、営業秘密のカテゴリーのリスト化、文章化等を行いその内容を可視化した上で、前述のような管理を行うことが考えられます。また、従業員との間で秘密保持誓約書等を取り交わし、その中で営業秘密の範囲の特定を行っていくのが一般的に望ましいと考えられます。

・複数の媒体で同一の営業秘密を管理する場合

複数の媒体で同一の営業秘密を管理する場合には、それぞれについて秘密管理措置が講じられることが原則となります。もっとも、従業員が同一の情報につき複数の媒体に接する可能性がある場合において、いずれかの媒体への秘密管理措置（マル秘表示等）によって当該情報についての秘密管理意思の認識可能性が認められる場合には、仮にそれ以外の媒体のみでは秘密管理意思を認識しがたいと考えられる場合であっても、秘密管理性は維持されることとなります。

② 有用性

有用性の要件は、公序良俗に反する内容の情報（脱税や有害物質の垂れ流し等の反社会的な情報）など、秘密として法律上保護されることに正当な利益が乏しい情報を営業秘密の範囲から除外した上で、広い意味で商業的価値が認められる情報を保護することに主眼があります。

有用性が認められる情報とは、当該情報により財・サービスの生産・販売、研究開発、費用の節約、経営効率の改善等の現在又は将来の経済活動に役立てることができるものをいいます⁵。具体的には、製品の設計図、製法、基礎的な研究データ等のような技術情報や、顧客名簿、販売マニュアルのような営業上の情報が該当しますが、それらに限らず、ネガティブ・インフォーマー

ション（ある方法を試みてその方法が役立たないという失敗の知識・情報）にも有用性は認められます。

なお、営業秘密の要件である有用性は、必ずしも当業者が公知の情報を組み合わせることによって容易に当該営業秘密を作出することができる場合であっても失われないことから、特許制度における進歩性概念とは無関係と考えられています。

③ 非公知性

経済的な価値があり、秘密として管理されている情報であったとしても、公然と知られている情報については、保護の対象とすべきではないと考えられています。

そして、「公然と知られていない」状態とは、当該営業秘密が一般的に知られた状態になっていない状態、又は容易に知ることができない状態であることをいいます。具体的には、当該情報が合理的な努力の範囲内で入手可能な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できない状態である場合を指します。

仮に、当該情報が複数の者に知られている状態であったとしても、例えば情報を知っているそれぞれの者に対して秘密保持義務が課されているような場合には、非公知といえます。

なお、営業秘密とは、様々な知見を組み合わせる一つの情報を構成していることが通常であるところ、ある情報の断片が様々な刊行物に掲載されており、その断片を集めてきた場合、当該営業秘密たる情報に近い情報が再構成され得る場合であったとしても、どの情報をどのように組み合わせるかという点自体に有用性が認められ得ることから、営業秘密に該当する可能性はあります。

また、リバースエンジニアリングによって情報を探知できるような場合、裁判所は、リバースエンジニアリングによる情報の取得の容易性等を加味しながら個別の事案に応じて結論を導いているものと考えられます⁶。

3 営業秘密の法的保護

(1) 営業秘密に係る不正行為の種類（不正取得・不正使用・不正開示）

不正競争防止法は、営業秘密を不正に取得し、これを使用する行為のほか、不正に取得された

5 小野昌延編「新・注解 不正競争防止法 [第3版] (下巻)」850頁 [小野・大瀬戸・苗村]

6 光通風雨戸事件（知財高判平23・7・21／判時2132号118頁）では、市場で流通している製品から容易に取得できる情報は、不正競争防止法2条6項所定の「公然と知られていないもの」ということができないところ、一般的な技術的手段を用いれば当該雨戸の製品自体から再製することが容易なものであるから、被告が原告から交付された当該部品に関する情報等は、「公然と知られていないもの」ということはできないと判示されています。また、前記セラミックコンデンサー事件では、原告が保有していたセラミックコンデンサー積層機及び印刷機の設計図の電子データは、合計約6000枚に上り、当該電子データに係る設計図は、1機種当たり数百から千数百点に及ぶ各部品について、形状、寸法、選定及び加工に関する情報などが記載され、そこには、精緻で高性能のセラミックコンデンサー積層機及び印刷機を製造するための技術的なノウハウが示されており、当該電子データは、CADソフトによって活用し得ることにより、高い有用性を有しているものであり、このような当該電子データの量、内容及び態様に照らすと、原告のセラミックコンデンサー積層機及び印刷機のリバースエンジニアリングによって、本件電子データと同じ情報を得るのは困難であり、また、仮にリバースエンジニアリングによって本件電子データに近い情報を得ようとすれば、専門家により、多額の費用をかけ、長期間にわたって分析することが必要であることから、非公知性はなお失われていないと判示されています。

営業秘密を不正に開示する行為を不正競争行為として、以下に挙げるものを規定しています。

- ① 窃取、詐欺、強迫その他の不正の手段により営業秘密を取得する行為（不正取得行為）又は不正取得行為により取得した営業秘密を使用し、若しくは開示する行為（法2条1項4号）
- ② その営業秘密について不正取得行為が介在したことを知って、若しくは重大な過失により知らないで営業秘密を取得し、又はその取得した営業秘密を使用し、若しくは開示する行為（同5号）
- ③ その取得した後にその営業秘密について不正取得行為が介在したことを知って、又は重大な過失により知らないでその取得した営業秘密を使用し、又は開示する行為（同6号）
- ④ 保有者からその営業秘密を示された場合において、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で、その営業秘密を使用し、又は開示する行為（同7号）
- ⑤ その営業秘密について不正開示行為であること若しくはその営業秘密について不正開示行為が介在したことを知って、若しくは重大な過失により知らないで営業秘密を取得し、又はその取得した営業秘密を使用し、若しくは開示する行為（同8号）
- ⑥ その取得した後にその営業秘密について不正開示行為があったこと若しくはその営業秘密について不正開示行為が介在したことを知って、又は重大な過失により知らないでその取得した営業秘密を使用し、又は開示する行為（同9号）

(2) 民事上の措置

営業秘密の不正取得・使用・開示行為に対しては、以下のような民事上の措置をとることができます。

① 差止請求（法3条）

営業秘密への侵害の停止、予防、そのために必要な措置をとることができます（侵害される「おそれ」がある場合も含みます。）。例えば、営業秘密であるデータの使用禁止、営業秘密を用いた製品の廃棄、製造装置の破却等が挙げられます。

② 損害賠償請求（法4条）

故意又は過失により営業秘密の不正取得・使用・開示行為が行われ、営業上の利益を侵害された場合には、損害賠償請求をすることができます。なお、この場合、損害額の推定規定があることから（法5条）、立証負担の軽減等が考慮されていることとなります。

③ 信用回復措置請求（法14条）

故意又は過失により営業上の信用が害された場合、損害賠償に代え、又は損害賠償とともに、営業上の信用を回復するのに必要な措置を請求することができます。具体的には、侵害者に対して新聞、雑誌、その他の媒体を通じて一定内容の訂正広告、謝罪広告を行うよう命じることが挙げられます。

(3) 刑事上の措置

「不正の利益を得る目的」又は「営業秘密の保有者に損害を与える目的」で行った営業秘密の不正取得・領得・不正使用・不正開示のうちの一定の行為については、営業秘密侵害罪として、10年以下の懲役又は1000万円以下の罰金（又はその両方）の刑事罰が科されます（法21条1項1号乃至7号）。また、一部の営業秘密侵害罪については、法人の業務として行われた場合、行為者が処罰されるほか、法人も3億円以下の罰金となります（法22条1項）。

なお、平成27年7月3日に不正競争防止法の改正法案が参議院にて可決・成立し、同月10日に公布されています。同改正法では、営業秘密の国内外への流出事案が相次いだことを受けて、罰

金額の上限が、個人は2000万円、法人は5億円に引き上げられ、また、営業秘密侵害罪が非親告罪となるなど営業秘密侵害行為に対する抑止力の向上等が図られています（改正法は、公布の日から起算して6月を超えない範囲内において政令で定める日から施行されることとなります。）。

4 設問に対する回答

冒頭の設問について、消臭剤のレシピが上記三要件を充足し営業秘密に該当する場合には、A及びB社における営業秘密の不正取得行為・不正使用行為に係る不正行為に対し、B社が製造・販売している消臭剤の差し止めや、又は営業上の利益・信用が侵害されていれば損害賠償請求及び信用回復措置請求をすることが可能となります。さらに、A及びB社に対する刑事告訴も考えられます。

上記のとおり、営業秘密として保護を受けられるか否かは、上記三要件を充足する必要がある、また、不正使用等については立証の観点からも困難を伴うことが予想されます。X社としては、消臭剤のレシピ自体を特許出願・登録しておけば、特許法に基づく保護を受けられたといえますが、特許出願に伴うリスクは前記のとおりです。

企業における営業秘密の重要性は極めて高く、かつ、一度情報が流出してしまった場合における企業の損害は計り知れず、企業にとって致命的となりかねません。したがって、今一度、各企業における営業秘密の管理体制について見直す必要があるかと存じます。