

Title	従業者が自ら作出した情報を利用する行為の営業秘密侵害該当性：オープン・クローズ戦略時代の職務発明の取り扱いに焦点を当てて
Sub Title	Misappropriation of trade secrets conceived or developed by employees
Author	西川, 喜裕(Nishikawa, Yoshihiro)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2016
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.35 (2016. 8) ,p.119- 171
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	特集：法曹リカレント教育
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20160825-0119

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

従業者が自ら作出した情報を利用する行為の 営業秘密侵害該当性

——オープン・クローズ戦略時代の職務発明の取り扱いに焦点を当てて——

西 川 喜 裕

- 一 はじめに
 - 1 問題意識の端緒
 - 2 問題の所在と検討の手順
- 二 関連する法律の規定
 - 1 不正競争防止法
 - 2 特許法
- 三 従来議論
 - 1 他の知的財産法の考え方を参考にする見解
 - 2 他の知的財産法の考え方を参考にしない見解
- 四 裁判例の検討
 - 1 法第2条第1項第7号を適用したもの
 - 2 法第2条第1項第7号の「示された」を否定した例
 - 3 小括
- 五 検討
 - 1 検討の視点
 - 2 職務発明に関する特許制度とのバランス
 - 3 従業者が開発、創作した情報と職業選択の自由
 - 4 契約違反による対応の可能性について
 - 5 刑事罰規制との関係
 - 6 図利加害目的による調整の可能性
 - 7 「示された」要件において考慮すべき事項の再整理
 - 8 B-2説に残された課題
- 六 おわりに

一 はじめに

1 問題意識の端緒

昨年、職務発明について特許を受ける権利の帰属に関する考え方を大きく変更する特許法の改正法¹⁾（以下、「平成 27 年特許法改正」と言う。）が成立し、その同時期に営業秘密の保護を強化するために不正競争防止法（以下、「法」と言う。）が改正²⁾されるなど、知的財産である職務発明や営業秘密が注目を集めている。

本稿は、そのようにして注目を集める職務発明と営業秘密の交錯点、具体的には、従業者自身が創作した情報の典型である職務発明が営業秘密として管理された場合の取り扱いについて考察するものである。この問題は、営業秘密の保護が不正競争防止法に規定された 1990 年より議論が重ねられてきているものであり、決して新しい問題ではない。しかしながら、昨今のビジネスやイノベーションをめぐる状況の変化によって、問題の重要性が増しているように思われる。

従来、職務発明を企業が保護するに当たっては特許権を取得し、当該発明に関して排他的な独占権を取得することが重要と言われてきた。しかし、進歩性などの特許要件（特許法第 29 条）を満たし特許権を取得し得る発明であっても、技術内容や事業戦略によっては特許出願をするのではなく、発明の内容である技術情報を秘匿し、ブラックボックス化することによって営業秘密として保護する方が事業戦略上有利な場合も存在することが広く認識されるようになって

1) 特許法等の一部を改正する法律（平成 27 年法律第 55 号）

2) 不正競争防止法の一部を改正する法律（平成 27 年法律第 54 号）。主な改正項目は、①営業秘密の転得者処罰の範囲の拡大（平成 27 年改正不正競争防止法第 21 条第 1 項第 8 号）、②未遂罪の導入（同法第 21 条第 4 項）、③営業秘密侵害品の譲渡・輸出入等の流通規制の導入（同法第 2 条第 1 項第 10 号、同法第 21 条第 1 項第 9 号）、④国外犯の処罰範囲の拡大（同法第 21 条第 6 項）、⑤罰金刑の上限引き上げ（同法第 21 条第 1 項及び第 22 条等）、⑥任意的没収規定の導入（同法第 21 条第 10 項等）、⑦不正使用の推定規定の導入（同法第 5 条の 2）、⑧除斥期間の延長（同法第 15 条）である。

きた³⁾。特に、経済のグローバル化が進展し、企業間の国際的な競争が激化する中、知的財産の公開、秘匿、権利化を一体的な戦略のもと使い分けて効果的に活用する、オープン・クローズ戦略⁴⁾の重要性が増しており、このような権利化（特許）と秘匿化（営業秘密）の使い分けは当然のこととなりつつある。結果、職務発明が営業秘密として取り扱われる場面が増えているのである。

そのような視点から、改めて考えると、職務発明の保護にとって、特許権と営業秘密はいわば車の両輪であり、それぞれ適切に保護され、企業がこれらを戦略的に使い分けることによって、研究開発に対する投資を十分に回収できる環境を整備することが、社会的にも重要である。

2 問題の所在と検討の手順

問題が生じる状況を具体的に想定してみよう。

企業P社の元従業者Qが、Pに在職中に開発した職務発明に該当する技術情報について、Pは特許出願せず、営業秘密として管理しているとする。QがPを退職後に当該職務発明をQの転職先企業R社に開示、又は、Q自身の事業のために使用した、という状況である。

上記のような状況において、職務発明規定等の定めがなく、特許を受ける権利が従業者に帰属している場合を「想定事例1」、職務発明規定において、特許を受ける権利を従業者から使用者が承継すると定められている場合を「想定事例2」、職務発明規定において、特許を受ける権利を原始的に使用者に帰属

3) 権利化（特許）と秘匿化（営業秘密）をどのように選択するかは、事業戦略、ビジネスを実際に行う国の範囲や法制度等によって異なるため一概には言えないが、最終製品のリバースエンジニアリング等によって特許権の侵害の有無を発見・確認ができる場合に特許権として保護することに問題はないが、最終製品を分析しても特許権の侵害を発見できない性質の技術の場合には営業秘密として保護する方が適しているケースがある。権利化と秘匿化の選択については、拙稿「知的財産戦略における権利化と秘匿化の選択」特許研究59号56頁以下（2015年）。

4) オープン・クローズ戦略の詳細については、小川紘一『オープン＆クローズ戦略—日本企業再興の条件—』6頁以下（翔泳社、2014年）が参考となる。

させる旨の定めがある場合を「想定事例3」とする。

それぞれの場合に、従業者Qの行為が、営業秘密の不正利用に該当するか否かを検討するのが本稿の目的である。

検討の手順は、以下のとおりである。まず、関連する法律の規定、具体的には不正競争防止法の関連規定と特許法の職務発明に関する規定を概観した後に、この問題に関する従来の議論（学説）を紹介する。その後、各学説によった場合、上記想定事例についてどのような結論が導かれるのかを検討する。次に関連する裁判例を確認し、実務における取り扱いを概観する。最後に、以上を踏まえて、特許権と営業秘密による保護のバランスという観点から各学説を分析し、これまで各学説が重視してきた利益や考慮要素をどのように検討すべきかを考察する。

二 関連する法律の規定

1 不正競争防止法

不正競争防止法において、企業が保有する秘密情報のすべてが営業秘密に該当するわけではない。同法は3つの要件を満たし、一定の状態におかれている情報のみを、営業秘密として保護の対象としている。すなわち、法第2条第6項は、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をいう」と定義しており、①秘密管理性、②有用性、③非公知性の3要件を満たす情報を営業秘密として保護している。

不正競争防止法は、営業秘密に関する一定の行為を規制しており、それらの規制される行為に関しては、民事的には、不正競争防止法上の差止請求（法第3条）や損害賠償（法第4条）等を請求でき、刑事罰の規定に違反すると、自然人に対する懲役刑や罰金刑（法第21条）、法人に対する両罰の罰金刑（法第22条）等が科されることになる。

規制される行為は、①「不正に取得」した営業秘密に関する行為類型（法第

2条第1項第4号、同第21条第1項第1号)と②「正当に取得」した営業秘密に関する行為類型(法第2条第1項第7号、同第21条第1項第3号ないし第6号)の2類型と③各類型におけるその後の転得者による行為類型(法第2条第1項第5号、第6号、第8号ないし第10号、同第21条第1項第2号、第7号ないし第9号)に分けることができる。

前記3類型のうち、先にあげた想定事例1～3と関連する(従業員Qがなした職務発明について、Qとの関係で営業秘密侵害の成否が問題となり得る)のは、正当に取得した営業秘密に関する第2類型である。

第2類型に関連する規定をあげると、民事では、「営業秘密を保有する事業者(以下「保有者」という。)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」を「不正競争」行為とする(法第2条第1項第7号)規定がある。「不正競争」行為に該当する場合、損害賠償(法第4条)や差止め(法第3条)の対象となる。

刑事では、営業秘密を記録した媒体を横領する等の方法により営業秘密を領得した者に対する刑事罰(法第21条第1項第3号⁵⁾、第4号⁶⁾)、現職従業員の

5) 不正競争防止法第21条第1項第3号

営業秘密を保有者から示された者であって、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、その営業秘密の管理に係る任務に背き、次のいずれかに掲げる方法でその営業秘密を領得した者

イ 営業秘密記録媒体等(営業秘密が記載され、又は記録された文書、図画又は記録媒体を言う。以下この号において同じ。)又は営業秘密が化体された物件を横領すること。

ロ 営業秘密記録媒体等の記載若しくは記録について、又は営業秘密が化体された物件について、その複製を作成すること。

ハ 営業秘密記録媒体等の記載又は記録であって、消去すべきものを消去せず、かつ、当該記載又は記録を消去したように仮装すること。

6) 不正競争防止法第21条第1項第4号

営業秘密を保有者から示された者であって、その営業秘密の管理に係る任務に背いて前号イからハまでに掲げる方法により領得した営業秘密を、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、その営業秘密の管理に係る任務に背き、使用し、又は開示した者

行為に関する刑事罰（法第21条第1項第5号⁷⁾）及び退職従業者の行為に関する刑事罰（法第21条第1項第6号⁸⁾）と分けて規定されており、刑事罰に該当すると、10年以下の懲役又は2000万円以下の罰金となる（法第21条第1項柱書）。なお、日本国外で使用する目的での取得、日本国外で使用する目的のある者への開示、日本国外での使用をした場合には重課され、10年以下の懲役又は3000万円以下の罰金となる（法第21条第3項）。

第2類型は、結局、保有者から示された営業秘密を、保有者との信頼関係に著しく反して当該営業秘密を使用、開示する行為を規制するものであり、信義則違反類型と言える⁹⁾。第2類型は、営業秘密が保有者から示されたことを前提としたものであるため、いずれの規定においても、営業秘密を保有者から「示された」ことが要件とされている¹⁰⁾。また、保有者から示された営業秘密の使用、開示行為のすべてが不正行為となるわけではなく、保有者との間で著しい信義則違反がある場合に限り不正競争となるため、すべての場合において「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」（以下、「図

7) 不正競争防止法第21条第1項第5号

営業秘密を保有者から示されたその役員（理事、取締役、執行役、業務を執行する社員、監事若しくは監査役又はこれらに準ずる者をいう。次号において同じ。）又は従業員であって、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、その営業秘密の管理に係る任務に背き、その営業秘密を使用し、又は開示した者（前号に掲げる者を除く。）

8) 不正競争防止法第21条第1項第6号

営業秘密を保有者から示されたその役員又は従業員であつた者であつて、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、その在職中に、その営業秘密の管理に係る任務に背いてその営業秘密の開示の申込みをし、又はその営業秘密の使用若しくは開示について請託を受けて、その営業秘密をその職を退いた後に使用し、又は開示した者（第四号に掲げる者を除く。）

9) 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』86頁〔横田俊之〕（有斐閣、1990年）

10) 民事規定では「営業秘密を示された場合」（法第2条第1項第7号）と規定されており、刑事規定では「営業秘密を保有者から示された」（法第21条第1項第3号ないし第6号）ことが要件とされている。

利加害目的」という。)という主観的要件により民事規制及び刑事罰の対象となる範囲が限定されるという構造になっている¹¹⁾。

2 特許法

平成 27 年特許法改正前の職務発明制度では、従業者がなした職務発明に関する特許を受ける権利は発明をした従業者に原始的に帰属し、使用者等が事前に定めた契約、勤務規則等により従業者から特許を受ける権利を承継することができるとされていた(平成 27 年改正前特許法第 35 条第 2 項)。

しかしながら、職務発明制度に関する従来の考え方を大きく変更した平成 27 年特許法改正の結果、従来従業員に原始的に帰属するとされていた特許を受ける権利が就業規則等の定めがある場合には使用者に原始的に帰属するという使用者帰属の制度を選択できるようになった(特許法第 35 条第 2 項、第 3 項)。

平成 27 年特許法改正の提案理由は次のように述べる。グローバル競争が激化する中、我が国のイノベーションを促進するためには、研究者の研究開発活動に対するインセンティブの確保と、企業の競争力強化をともに実現するための環境整備が重要である。そのため、発明の奨励とあわせて、企業の知的財産戦略の迅速かつ確実な実施を図ることが必要であることに鑑み、知的財産権の適切な保護及び活用を実現するための制度を整備し、もって我が国のイノベーションを促進することを目的として提案したものである¹²⁾。

このように企業が組織として行う研究開発活動は我が国のイノベーションの源泉であることに鑑み、職務発明制度が見直され、具体的には、権利帰属の不安定性を解消するため¹³⁾、職務発明に関する特許を受ける権利について、権

11) 不正取得行為を規定した法第 2 条第 1 項第 4 号等の他の民事規制では図利加害目的は要件とされていない。なお、刑事罰については、すべての類型において図利加害目的が要件となっているが、これは刑事罰の謙抑性の観点からの制限だと考えられる。

12) 宮沢洋一経済産業大臣発言「第 189 回国会衆議院経済産業委員会議録第 16 号」22 頁(平成 27 年 5 月 22 日)

利が発生したときから企業などの使用者に帰属させることを可能としたのである。

改正法の検討過程では、職務発明は会社のものか、当該職務発明をなした従業員のものかといった二項対立の議論がよくみられたが、平成 27 年特許法改正後の制度では、使用者と従業員との間の契約や勤務規則等に定めることによって特許を受ける権利の帰属先を自由に選ぶことができる選択制が採用され、初めから従業員に帰属させることも、会社に帰属させることもでき、更には従来通り従業員に帰属させた特許を受ける権利を後から使用者に承継させることも可能となっている。

三 従来の議論

職務発明が営業秘密として管理されている場合に、職務発明をなした従業員が当該職務発明を自ら使用し、又は、第三者に開示することができるのかという問題について、明確な判断を示した裁判所の判断はこれまで存在せず、また学説上もいまだ定説をみないところである。

学説ではこの問題を法第 2 条第 1 項第 7 号（以下、「7 号」と言う。）の「保有者」や「示された」の解釈の問題として議論してきたが、どの説によるかで、不正競争防止法上の取り扱いが大きく異なることになる。種々の学説が提唱されているが、ここでは、「示された」等の解釈に当たって、不正競争防止法以外の他の知的財産法の考え方を参考にするか否かを基準に、分類してみたい¹⁴⁾。

13) 平成 27 年の特許法改正前の制度では、企業間の共同研究により職務発明がなされ、企業が、自社の従業員（共同発明者 a）から特許を受ける権利を承継する場合、他社の従業員（共同発明者 b）の同意も得る必要があるため（特許法第 33 条第 3 項）、権利の承継に係る手続負担が課題であったこと、また、発明者たる従業員が、自分の職務発明を自社に報告せずに、第三者にその特許を受ける権利を譲渡した場合において、当該第三者が使用者より先に特許出願をしたときは、第三者が権利者となる（二重譲渡問題）という問題があり、権利帰属が不安定であったことから、特許を受ける権利を初めから使用者等に帰属させることを可能とするよう改正がなされた。

1 他の知的財産法の考え方を参考にする見解

(1) 本源的保有者を検討する立法担当者の見解（A-1 説）

7号の「保有者」を正当な権原に基づいて情報を取得して保持している者と解釈し、例えば、自ら情報を作り出した者（以下、「本源的保有者」と言う。）やライセンス契約等によって法的に有効な取引行為の結果として情報を取得した者が含まれる¹⁵⁾ということを前提に、本源的保有者自身の行為は7号の対象とはならない（本源的保有者自身の行為は、「保有者」から「示された」との7号の文言に該当しない。）というのが、営業秘密の保護規定を不正競争防止法に導入した平成2年当時¹⁶⁾の立法担当者の見解（A-1 説）である。

そして、企業に所属する従業者が職務上開発、創作した情報が営業秘密となる場合に、当該情報の本源的保有者が企業と従業者のいずれになるのか、すなわち営業秘密がいずれに帰属するのかについて不正競争防止法は規定を置いていないため、それぞれの営業秘密ごとに、各知的財産権法の規定を参考に、帰属が判断されることになる。すなわち、職務発明は発明を行った従業員に帰属し（平成27年特許法改正前の特許法第35条の考え方である。さしあたり、議論を簡単にするために、改正前の考え方で、各説を概観したい。平成27年特許法改正を踏まえた場合にどのように考えるかは、(5)でまとめて検討する。）、職務著作については法人の発意により作成され法人名で公表することが予定されているものについては法人に帰属する（著作権法第15条）と言うように、実体法の理念に照らして個々の営業秘密の性格、当該営業秘密の作成に際しての発案者や従業

14) 山根論文（山根崇邦「不正競争防止法2条1項4号・7号の規律における時間軸と行為者の認識の構造」特許研究57号47頁～48頁（2014年）、山根崇邦「不正競争防止法2条1項7号の『その営業秘密を示された場合』の再構成」L&T61号56頁～57頁（2013年））の分類法を踏まえつつ、大寄論文（大寄麻代「営業秘密をめぐる差止請求権の帰属主体について—従業員が自ら開発・取得した営業秘密の利用・開示を企業が差し止めることはできるか—」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第3巻「商標法・不正競争防止法」』349頁～351頁（新日本法規、2007年））の見解も加味した。

15) 通商産業省・前掲注9) 63頁

16) A-1 説を提唱した立法担当者は、提唱した翌年にB-3 説に立場を転向したと評価するものとして、山根・前掲注14) 特許研究48頁。

員の貢献度等、作成がなされる状況に応じてその帰属が判断されることになる¹⁷⁾。

A-1 説がこのような立場をとるのは、職務発明や職務著作に該当する情報であっても、不正競争防止法上の営業秘密に該当し得ることを踏まえて、営業秘密と他の知的財産権法の帰属の考え方に齟齬が生じ、他の知的財産権と帰属先が異なることになった結果、相互に矛盾することを避けるためではないかと思われる¹⁸⁾。また、営業秘密には帰属先に関する法律上の定めがおかれていないものの、保護の対象とする情報の同一性からすると各知的財産権法の帰属に関する規定の背景にある理念が同じく営業秘密にも該当する。例えば、「①特許法においては、発明をなすという行為は個人の発想に基づくところ大であり、属人的性格が強いこと、②著作権法においては、著作物は会社が著作物を出版する場合には、社会的にも当該著作物について責任を負うこと」といった事情を踏まえた各知的財産権法の帰属の規定は、営業秘密の場合も同じく妥当すると考えられているようである¹⁹⁾。

A-1 説に対しては、営業秘密は特許権のようにすべての者に排他的に侵害の差止めを求めることができる物権又はこれに準じる権利ではないのであり、「帰属」という言葉は不適切ではないかとの批判が考えられるが、これに対しては、特定の者に営業秘密が「帰属」とするといっても、当該情報に関して特許権のような排他的な権利が発生することを意味するものではなく、法の要件を満たす場合に不正行為に対する法的救済を請求できるという意味で「帰属」との文言を用いていると説明されている²⁰⁾。

想定事例について検討しよう。A-1 説は、「発明に該当するような営業秘密に関しては多くの場合には企業内に職務発明規定が存在し、従業員が開発した発明は一定の対価の下に企業に帰属させることとしていると考えられるため、

17) 通商産業省・前掲注 9) 87 頁

18) 大寄・前掲注 14) 357 頁、牧野利秋監修『座談会不正競争防止法をめぐる実務的課題と理論』182 頁～183 頁〔松尾発言〕（青林書院、2005 年）

19) 通商産業省・前掲注 9) 93 頁

20) 通商産業省・前掲注 9) 92 頁

契約によって B（従業員）から A（企業）に帰属を移した営業秘密を B が転職して競業企業 C において使用し、又は、開示する行為は、本号（現行不正競争防止法第 2 条第 1 項第 7 号）の適用を受けないとしても債務不履行責任を負うことは当然である」²¹⁾と説明しているが、これは、使用者たる企業が本源的保有者に該当しないことを前提とした記述である。つまり、従業者から使用者への特許を受ける権利の承継は考慮せずに、特許を受ける権利がまずは従業者に原始的に帰属することを重視し、職務発明の場合にはもっぱら従業者が営業秘密の本源的保有者になると考えているようである。

したがって、想定事例 1 及び 2 の場合においては、就業規則の定めの有無にかかわらず、職務発明に該当する営業秘密は従業者に帰属するものと考えられる（想定事例 3 は、平成 27 年特許法改正を踏まえた事例であり、(5) において検討する。）。よって、従業者 Q の行為は 7 号の対象となり得ないことになる。（なお、A-1 説は、職務発明のように、知的財産権法の帰属の考え方が存しない情報（例：顧客名簿などの営業情報等）については、企画、発案したのは誰か、営業秘密作成の際の資金、資材の提供者は誰か、営業秘密作成の際の当該従業員の貢献度等の要因を勘案して決めるとしている。しかし、具体的にこれらの要因をどの程度考慮するのかについては明らかでなく、その具体的な基準は示されていない。）

(2) 特許法第 35 条の適用ないし類推適用をする見解（A-2 説）

営業秘密の帰属は、当事者間の合意の内容のほか、当該営業秘密の性質、開発の際の事情等を総合的に勘案して判断するが、性質上、各種の知的財産法の趣旨を考慮に入れることが必要であり、「解釈論的には、営業秘密の内容が『発明』としての実質を備えるものであるときは、特許法 35 条の適用ないし類推適用があるものと解さざるをえない」とする見解が A-2 説である²²⁾。

A-2 説では、原始的に従業者に帰属した営業秘密が、契約や勤務規則等に

21) 通商産業省・前掲注 9) 87 頁～88 頁

22) 鎌田薫「『財産的情報』の保護と差止請求権（5）—不正競争防止法の一部改正と民法理論—」L & T11 号 44 頁（1990 年）

より使用者たる法人等に承継されたものと解されるため、保有者より営業秘密を「示された」との条文言文と矛盾するのではないかとの疑問があるが、当事者間の合意によって営業秘密が使用者に承継された以上は、事実上はともかく法的観点からは、発明者たる従業者も、その職務を遂行するうえで必要な範囲内において使用者から秘密の開示を受けているものと評価すべきであるとしている²³⁾。

A-2 説は、A-1 説に類似する見解であり、発明や著作物のように知的財産権の対象となるものも営業秘密に含まれ得るため、各種の知的財産法の趣旨を考慮に入れることが必要であるとしているものと思われる。しかし、特許法第35条の規定をそのまま適用ないし類推適用する結果、事案によってはA-1 説とでは帰属先の結論を異にする²⁴⁾。例えば、想定事例2では、職務発明規定において、特許を受ける権利に従業者から使用者に承継させる旨の規定が定められているので、A-2 説の場合、特許法第35条が適用ないし類推適用される結果、法的観点から営業秘密は使用者に帰属し、使用者から情報を開発した従業者に対して「示された」として7号の対象となり、7号の適用を否定するA-1 説とは異なる結果となるのである（なお、想定事例1についてはA-1 説同様に7号の適用は否定される。）。

(3) 正当な権原に基づく保有者を検討する見解（A-3 説）

7号の保有者とは、「営業秘密を正当な権原に基づいて保有する者」を意味する。正当な権原を判断する一つの基準として、「特許法の職務発明及び著作権法の職務著作の規定を参考として、その営業秘密の生成が、当該従業者の発意に係るものであり、かつ、その事業の範囲内であって、しかも当該従業員の職務の範囲に属しているものであれば、その事業者には正当な権原があるとの推定が働くものとする」と考える見解（A-3 説）である²⁵⁾。

23) 鎌田・前掲注22) 45頁

24) 山根・前掲注14) 特許研究47頁は、営業秘密の帰属先をどのように決定するのかという点について、A説の内部でコンセンサスが得られていないと指摘している。

「営業秘密を正当な権原に基づいて保有する者」という保有者の解釈は A-1 説と同一であるが、職務発明等の規定を参考として独自に定めた要件を満たす場合には正当な権原があると推定するという点で、A-1 説や A-2 説とは異なる。なお、推定ということは覆滅が可能であることを含意するが、実際にどのような場合に推定の覆滅が可能なのかは明らかでない。

A-3 説が、「営業秘密が仮にその者が元の会社に勤務していたときにその職務上、これを開発・作成して会社がその営業に使用していたものであれば、もとの会社が保有者であることは明白である」²⁶⁾ と説明していることからすると、推定であり諸要素の考慮が必要であるものの、特許を受ける権利が従業者に帰属している想定事例 1 においても、使用者が「営業秘密を正当な権原に基づいて保有する者」と解される余地はあり、7 号が適用されるように思われる。そうだとすると、想定事例 1 について 7 号の「示された」には当たらないとする A-1 説や A-2 説と結論が異なることになる（なお、A-3 説は想定事例 2 についても 7 号の適用を肯定するものと思われる。）。

(4) 使用避止義務又は不開示義務を基準とする見解（A-4 説）

7 号の「保有者」は、営業秘密の使用権原又は開示権原を有する事業者をいうとして、従業者の創作した職務発明につき特許を受ける権利を承継した雇用主は、保有者に該当すると解釈するのが A-4 説である²⁷⁾。そして、営業秘密を「示された者」には、営業秘密となる情報を保有者に提供（開示）したが、契約などにより、保有者に対して当該情報につき使用避止義務又は不開示義務を負う者を含むと解釈している。具体的には、職務発明につき特許を受ける権利が雇用主などに承継され（特許法第 35 条第 2 項）、契約により発明の使用避止義務又は不開示義務を負うことになった従業者、職務上作成した顧客名簿につき、契約により雇用主に対して使用避止義務又は不開示義務を負っている従

25) 山本庸幸『要説不正競争防止法』162 頁～163 頁（発明協会、第 4 版、2006 年）

26) 山本・前掲注 25) 162 頁

27) 渋谷達紀『知的財産法講義Ⅲ』153 頁（有斐閣、第 2 版、2008 年）

業者、職務著作をした従業者などが、保有者から「示された」者に該当する。なお、職務著作をした従業者の場合は、著作物の開示権原と広く重なり合う公表権が著作者である雇用主などに帰属するため（著作権法第15条）、従業者は職務著作につき法律上の不開示義務を負うことになる²⁸⁾と解している。

A-4説は、営業秘密の使用避止義務や不開示義務には受任者の注意義務（民法第644条）等の法律上の義務を含むため、従業者に前記使用避止義務などをあえて課さなくても、特許を受ける権利を使用者が従業者から承継すれば、「保有者」から「示された」営業秘密として7号の対象とする。一方、退職者の行為を不正競争防止法に基づいて禁止するには、退職者に営業秘密の使用避止義務又は不開示義務を負わせる契約を締結しておく必要があり、特許を受ける権利の承継だけでなく、プラス α として使用避止義務等の契約を締結することによって従業者は「示された」に該当すると解釈する点が特徴的である²⁹⁾。

このように退職従業者との関係においてプラス α として契約の締結を条件とする点で、他のA説と異なるが、そのような契約を締結していた場合には、特許を受ける権利を使用者が承継している想定事例2は7号に該当することになり、A-2説と同じ結論となるように思われる（なお、想定事例1は7号に該当しない。）。

(5) 平成27年特許法改正を踏まえた修正説（A-1説からA-4説の修正）

A-1説からA-4説（以下、総称して単に「A説」と言う。）は、他の知的財産権法の理念又は考え方を取り入れて営業秘密の帰属を検討するものであると考えられる。とすると、平成27年特許法改正により職務発明の帰属について法改正がなされており、参考にする実体法そのもののルールに変更が加えられたことをどのように考えるかが問題となってくる。

28) 渋谷・前掲注27) 155頁

29) 石井美緒「従業者開発、創作の営業秘密と不正競争防止法2条1項7号の『示された』要件」中山信弘先生古稀記念論文集『はばたき—21世紀の知的財産法—』896頁（弘文堂、2015年）

理論的には、特許法の改正後においても、例えば、A-1 説では改正前の職務発明制度の考え方や理念に照らして本源的保有者を検討するという見解もあり得るであろう。しかし、A 説のベースにある、各知的財産権法の実体法の理念を踏まえるという考え方は、法制度間の調和を図ることもその目的としているものと考えられるところ、特許法の改正を踏まえてもなお A 説が従来の特許制度をもとに帰属を検討するというのはやはり考え難く、改正法の施行後は、改正後の特許法の理念に従って帰属を判断すると考えるのが素直である³⁰⁾。

仮に、改正後の特許法の考え方を参考に A-1 説を修正すると、平成 27 年特許法改正では、就業規則等に定めることによって、特許を受ける権利を使用者に原始的に帰属させることが選択可能となったのであるから、特許法は職務発明の帰属について、使用者か従業者のどちらかに一義的には決めていないといえる。つまり、営業秘密の性質が発明であるということだけでは従業者に帰属するのか、使用者に帰属するのかは明らかにならず、特許を受ける権利の帰属を就業規則等にどのように定めているかも考慮することが必要になると思われる。結果、就業規則等に何らの定めがない場合には、特許を受ける権利と同様に営業秘密の本源的保有者は従業者となり、一方、使用者に原始的に帰属させる旨の規定がある場合には、営業秘密の本源的保有者も使用者になるのを原則に、貢献度や作成状況等のその他の事情も加味して判断されるものと考えられる。想定事例では、従業者に特許を受ける権利が帰属する想定事例 1 と想定事例 2 は営業秘密の本源的保有者は従業者であり、従業者は「示された」者には該当しないことからその行為は 7 号の対象とはならず、想定事例 3 のみ営業秘密が使用者に帰属し、従業者は「示された」者に該当することになる³¹⁾。

A-2 説は、特許法の適用ないし類推適用をするものであるので、平成 27 年改正特許法が適用ないし類推適用され、職務発明規定に何らの定めがない想定事例 1 は従業者に帰属し、7 号の対象とはならないが、使用者に承継されると

30) なお、実体法の帰属のルール変更を、営業秘密の帰属の問題に、いつから適用するのか、例えば、平成 27 年特許法改正の対象となる発明とそれ以外の発明で、分けて考えるのかという問題も存在することは、念のため指摘しておきたい。

定める想定事例2及び使用者に原始的に帰属するとする想定事例3においては、従業者は、「保有者」から「示された」者に該当することとなる。

A-3説は、職務発明規定を参考として独自の要件を設定するものであるため、平成27年特許法改正を踏まえどのように変更されるのか不明と言わざるを得ない。

A-4説は、退職従業者に対して契約上の義務を要求するものであり、契約上の義務が認められるのであれば、基本的にA-2説と同様に考えられ、想定事例3においても、従業者は「保有者」から「示された」者に該当するものと考えられる。

このように、実体法の帰属のルールの変更は（減多にあることではないが）、当然A説に少なからぬ影響を与えるはずであり、今後種々の議論を生じさせるのではないと思われる³²⁾。

31) 特許法改正で、特許を受ける権利が使用者に原始帰属することとなったが、それはあくまで特許を受ける権利の話であって、本源的保有者の話とは異なるという、批判があり得るかもしれないが、特許を受ける権利の帰属先と営業秘密の本源的保有者が異なると、両制度間に齟齬が生じることになり、A-1説の趣旨に反することになるから、そのような批判は失当である。本稿では、特許を受ける権利が使用者に原始帰属する場合、本源的保有者も使用者になると考える。

32) 赤松耕治「技術情報の「帰属」と「保有」について」関東学院第25巻第3・4号22頁（2016年）は、平成27年特許法改正の趣旨が営業秘密の「帰属」の議論にも同じく妥当するとして、開発者たる従業者との間で無用の紛争を避けたいと、取引の円滑化ないし効率化のための「帰属」主体を検討する。また、経済産業省知的財産政策室編『逐条解説不正競争防止法—平成27年改正版—』80頁では、「『保有する事業者からその営業秘密を示された』とは、その営業秘密を不正取得以外の態様で保有者から取得する場合であることを意味している。具体的には、保有者から営業秘密を口頭で開示された場合や手交された場合、営業秘密へのアクセス権限を与えられた場合、営業秘密を職務上使用している場合などをいう」との説明がなされているのみで、職務発明等の取り扱いについての言及はない。

2 他の知的財産法の考え方を参考にしない見解

(1) 示されたかどうかを事実の問題として捉える見解（B-1 説）

営業秘密を「示された」かどうかを事実の問題として捉え、従業者が自ら開発したノウハウや自ら収集した情報は保有者から示された情報ではなく、たとえ営業秘密として管理していたとしても7号の対象とはならないとする。すなわち、7号の対象となるのは、使用者が従業者に開示した営業秘密のみという見解（B-1 説）である³³⁾。

そして、従業者自身が開発、収集した営業秘密は、7号の保護を否定したとしても、使用者と従業者間の契約によって従業者の当該営業秘密の利用行為を制限することは可能であることを前提に、仮に、従業者が契約に違反して当該営業秘密を使用、開示する場合には、契約の債務の履行として使用行為等の差止めを求めることが可能であり、契約違反を理由に債務不履行に基づく損害賠償請求をすることもできるのであるから、A 説のように解釈上の無理をしてまで、従業者自身が開発、創作した営業秘密に7号を適用する必要はないとする³⁴⁾。

B-1 説は従業者がなした発明や創作にかかる情報をすべて7号の対象外とする点で明確な見解と言える。その発想としては、発明や著作物も営業秘密の対象とはなり得ることを前提としても、不正競争防止法における営業秘密の保

33) 石井・前掲注29) 898 頁、小野編『新・注解不正競争防止法（上巻）』548 頁〔小野昌延＝平野恵稔〕（青林書院、第3 版、2012 年）、石田晃士「不正競争防止法上保護される秘密情報—『秘密管理性』要件と『示された』要件の検討—」判タ1356 号48 頁（2014 年）、竹田稔『知的財産権侵害要論〔不正競争編〕』184 頁（発明協会、2009 年）、林いづみ「営業秘密の保有をめぐる従業者・会社間の法律関係」日本弁理士会中央知的財産研究所編『不正競争防止法における営業秘密の保護について』93 頁（日本弁理士会中央知的財産研究所、2006 年）、帖佐隆「営業秘密保護法制と従業者自身がなした情報」知的財産法研究47 卷1 号12 頁（2006 年）、田村善之『不正競争防止法概説』342 頁（有斐閣、第2 版、2004 年）、原則としてB-1 説を支持するものの、特許法上の「発明」に該当する場合には特許法第35 条を類推するものとして、松村信夫『新・不正競争訴訟の法理と実務』521 頁（民事法研究会、2014 年）、松村信夫「『営業秘密』における秘密情報の管理と帰属」L & T26 号126 頁（2005 年）

34) 田村・前掲注33) 344 頁

護の問題と法的な価値判断から資金関係等の諸事情を考慮して権利の帰属関係の原則を定める特許法第 35 条や著作権法第 15 条とは無縁のものであるとするのである³⁵⁾。B-1 説は、従業者自身が開発、収集した情報について A 説のように他の知的財産法を参考に営業秘密が使用者に「帰属」するとして 7 号違反を問うことを許容すると、従業者にとって何が利用可能な情報であるのか判断としないこととなり、転職の際などに情報の自由な利用、流通に支障が生じることになりかねないことを大きな根拠としている³⁶⁾。また、特許法第 35 条が原則として従業者が特許を受ける権利を取得し、契約等により使用者が特許を受ける権利を承継することができることとされているのに対し、著作権法第 15 条第 1 項は、従業者が職務上創作した著作物は、使用者の名義の下に公表するものであれば、原則として使用者が著作者となり、特許法と著作権法で帰属の考え方が異なり、発明と著作物の双方の性質を有する営業秘密も少なくないことからすると（例えば、機械の構造に関する設計図やプログラムは発明と著作物の双方の性質を有することがある。）、営業秘密の「帰属」をどのように考えるのか、判断に窮することになる点も指摘している³⁷⁾。

想定事例について、B-1 説では、従業者 Q がなした職務発明（営業秘密）は事実としては従業者に「示され」ていないから、すべて 7 号の対象とはならないことになる。そうすると、Q との間で秘密保持契約等を締結していない企業 P の救済が図れないということになってしまう。この点、B-1 説は営業秘密の保護の重要性について広く知られるようになった今日において、契約を締結していない事業者は不注意と言うほかになく、不正競争防止法や契約による保護を受けられない不利益を受けてもやむを得ないとする³⁸⁾。

35) 田村・前掲注 33) 344 頁

36) 田村・前掲注 33) 345 頁、石井・前掲注 29) 899 頁

37) 田村・前掲注 33) 343 頁

38) 松村・前掲注 33) 『新・不正競争訴訟の法理と実務』522 頁～523 頁

(2) 営業秘密として管理されている情報であることを示したことを基準とする見解（B-2 説）

営業秘密を保有者から「示された」とは、「従業員が使用・開示する情報につき、使用者が秘密管理するに至った、あるいは使用者において現に秘密管理している情報であるということを、利用行為時に、使用者から明確に認識可能な形で使用者から示された場合をいう」と解する見解（B-2 説）である³⁹⁾。従業員自身が開発、創作した情報であっても、当該情報が秘密として管理され、営業秘密として管理されていることを当該従業員に示した場合には、営業秘密を「示された」に該当することになる。

B-2 説の考え方は次のようなものである、すなわち、7号は、文言上「営業秘密を示された場合」と規定されており、「技術上又は営業上の情報」（法第2条第6項）ではなく、あえて「営業秘密」と規定されているのであるから、「示された」の客体は営業秘密である。そして、営業秘密は、「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をいう」（法第2条第6項）と定義され、①秘密管理性、②有用性、③非公知性の3要件を満たす、一定の状態におかれた情報を意味し、秘密として管理されて初めて営業秘密となるものである⁴⁰⁾。例えば、従業員がある情報を開発又は創作した場合に、当該情報が直ちに営業秘密となるわけではなく、使用者によって当該情報が秘密として管理されて初めて営業秘密となるのであり、営業秘密として（特に、秘密として）管理していることを当該従業員に示すことによって、「営業秘密を示された」に該当することになる。また、従業員自身が開発、創作した情報ではなく、使用者が従業員に開示した情報についても、営業秘密として（特に、秘密として）管理される前は「営業秘密を示された」には該当せず、使用者が当該情報を営業秘密としての管理を開始し、営業秘密としての管理の事実を当該従業員に示した時点で「営業秘密を示された」に該当することになる。このように、7号

39) 山根・前掲注14) L & T63 頁、同旨の見解として、牧野・前掲注18) 181 頁 [尾崎発言]

40) 山根・前掲注14) 特許研究 48 頁

は営業秘密として管理される前の事情である行為者自身が開発、創作した情報かどうかは問わない構造になっているのである⁴¹⁾。

B-1 説は事実として使用者から従業者に「示された」ことが必要であるため、従業者自身が開発、創作した情報は使用者から「示された」ものとは言えず、7号の対象とはならないが、B-2 説では、従業者がなした職務発明をはじめとする従業者が開発、創作した情報であっても、使用者が秘密として管理している情報であることを示すことによって営業秘密を「示された」ということになるので、想定事例はすべて「示された」に該当する。

B-2 説は、7号の「保有者」をどのように考えるのか明らかではないが、二通りの見解が考えられる。

まず、7号の条文通り「営業秘密を保有する事業者」として、事業者という要件以外に保有者を限定しない見解である⁴²⁾。この見解では、窃盗等の不正行為によって営業秘密を取得した者等のように正当な権原に基づかないで保有している者も「保有者」に該当することになる。

他方、7号の「保有者」を限定し、A-1 説のように「営業秘密を正当な権原に基づいて保持している者」（A-1 説と同様に考えると、「正当な権原」の解釈をめぐる営業秘密の帰属を検討する方向にながれてしまうということであれば、「営業秘密を正当に保持している者」と解することも考えられる。）と解する見解も考えられるところである。このように解することによって、先の見解とは異なり、窃盗等の不正行為によって営業秘密を取得した者等のように正当な権原に基づかないで保有している者は「保有者」に含まれないことになる。

もっとも、いずれの見解に立っても、「従業者が業務とは関係なく元々保有していた情報」や「職務発明には該当しない自由発明」について「保有者」の要件で除外するのは困難で、これらの情報についても使用者が営業秘密として管理しさえすれば「営業秘密を示された」ことになってしまい、従業者の転職

41) 山根・前掲注 14) 特許研究 50 頁

42) 赤松・前掲注 32) 25 頁は、「保有者は、不正利用行為の対象となる営業秘密の管理をしている者」と解している。

の自由を害するのではないかとの疑問が生じる。

しかし、後述のとおり、営業秘密を「示された」要件だけで7号の成否が決まるのではなく、ほかに図利加害目的要件もあるので、業務とは関係なくとも従業者が保有していた情報であり、当該情報の使用に正当な権原を有しているといった事情や自由発明で使用者が独占する理由はないといった事情は図利加害目的の要件で考慮するということも考えられる。

(3) 使用者との間の信頼関係に基づいて開発、創作された情報か否かを基準にする見解（B-3 説）

「保有者」とは、「正当な権原に基づいて取得して保持している」者という意味であり⁴³⁾、事実行為として当該情報を「持っている」状態で、使用する権利を有する場合を含むという前提で⁴⁴⁾、従業者が自ら開発、創作した情報であっても、当該開発、創作行為が使用者との間の信頼関係に基づいてされたと評価できる場合には、「示された」要件に該当すると考えるのがB-3 説である。信頼関係に基づく創作、開発と言えるかの判断は、A 説のように実体法上の権利帰属規定等によることなく、営業秘密が具体的に形成・取得された一連の経緯及び目的、使用者による情報の収集及び管理状況、使用者・従業者間の規約・合意等の具体的状況によって判断される。具体的には、特定の情報の取得に向けた使用者の具体的指示に基づいて、従業者が取得、開発した情報など当該情報が使用者から従業者に対して直接現実に関示された場合と同視し得る場合には、両者の信頼関係に基づくと言え、「示された」に該当することになる⁴⁵⁾。

B-3 説は、不正競争防止法の差止請求権は、排他的権利ではなく、差止請求権を行使し得る立場になる者と、開示又は使用行為を行う者との間で、当該開示又は使用行為が「不正」な競争行為と評価できる場合に認められる相対的

43) 通商産業省・前掲注9) 63 頁

44) 大寄・前掲注14) 360 頁

45) 大寄・前掲注14) 358 頁

な権利であり、特許法等の実体法とは、その制度趣旨が異なるものであるから、実体法上の権利主体と、差止請求権の行使主体とが一致する必要はなく、他の知的財産法の帰属の考え方を考慮する必要はないという立場である⁴⁶⁾。そして、「示された」要件を事実の問題と考える B-1 説が配慮する職業選択の自由については、情報の利用・開示が「不正」（信義則違反）に当たるかの要件⁴⁷⁾の判断の際に考慮されるべきものであるとし、かつ、「示された」と評価できる場合を、従業者が、自らが当該情報を自由に利用・開示することができないものであることを明確に認識し得る場合に限定して解釈すれば、職業選択の自由を不当に阻害することもないという⁴⁸⁾。

B-3 説は、使用者側の具体的指示に基づいて従業者が営業情報を収集してきた場合に、直接開示を受けた場合と同視できるとするが、想定事例のように従業者の開発による発明行為の場合、使用者の具体的な指示があったとしても、開発した従業者の創意工夫によるところも大であり、特許を受ける権利の帰属に関する使用者と従業者間の契約をどの程度考慮するのか等不明な点が多い。そのため、想定事例がどのような結論となるのか明らかではない。

四 裁判例の検討

1 法第2条第1項第7号を適用したもの

(1) 従業者が創作した技術情報について

従業者が創作した技術情報について7号を適用した裁判例として、大阪地判平成10年12月22日知財集30巻4号1000頁（フッ素樹脂シートライニング溶接技術事件）がある。

同事件は、フッ素樹脂ライニングを施したタンクの製造について、被告Cが、誓約書に基づき秘密保持義務を原告に対して負っていたにもかかわらず、

46) 大寄・前掲注14) 357頁

47) 図利加害目的における「不正」の判断のことを意味すると思われる。

48) 大寄・前掲注14) 356頁

当該製造に関する営業秘密に該当する技術情報を、不正の競業の目的ないし原告に損害を加える目的で、被告 C を含む原告を退職した元従業員らが設立した会社である被告 Y₁ に対して開示したことにつき、7 号の不正競争に、被告 Y₁ が当該営業秘密を用いたタンクを製造したことにつき、法第 2 条第 1 項第 8 号の不正競争にそれぞれ該当するとされた事件である。

フッ素樹脂シートライニングにおいては、シートとシートとの繋ぎ目を溶接する必要があるところ、この溶接が不完全な場合、薬品がタンクの缶体内面に浸潤して危険であることから、完全、確実に溶接することが求められる。そして、完全、確実な溶接のためには、溶接に使用する材質や器具が重要であるため、原告は、長年にわたる試行錯誤、改善を重ね、ホットガンの先端に取り付けられる口金ノズルについて、熱のバランスが良く使いやすいように独自に改良する技術を使用しており、この技術が本件で問題とされた営業秘密（本件ノウハウ）である。

裁判所は、原告において、役員、従業員から誓約書を徴して営業秘密の秘密保持義務を課し、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等を保管し、本件ノウハウを管理していたことをもって、秘密として管理されていたとし、有用性、非公知性を認めて営業秘密に該当すると判断している。

これに対して、被告らは、本件ノウハウは、当時原告の製造課長兼工場長であった被告 C が一人で考案し、実用化したものであり、本件ノウハウに法的保護に値する秘密性があったとしても、それを考案したのは被告 C 自身であるから、その権利は被告 C に帰属するのであって、被告 C が使用を認めている以上、被告 Y₁ らが本件ノウハウを使用することに何の問題もないと主張した。

裁判所は、「被告【C】が原告を退職するまで溶接用ノズルの加工等をしており（証人【G】）、本件ノウハウの確立等に当たって被告【C】の役割が大きかったとしても、それは原告における業務の一環としてなされたものであり、しかも、同被告が一人で考案したものとまで認めるに足りる証拠はないから、

本件ノウハウ自体は原告に帰属するものというべきであり、被告【C】個人に帰属するものとは認められない」と判断し、被告らの主張は採用できないとして、裁判所は被告Cに同項第7号を、被告Yに同項第8号の違反を認めている。

従来、この判決は、7号の裁判例において営業秘密の「帰属」を論じた数少ない判決として位置づけられてきたが、本件は被告Cが本件ノウハウはCが一人で考案し、実用化したものであるから、その権利はCに帰属すると主張したことに対して念のため応答した結果「帰属」との文言を用いたのであり、一般的な規範を述べたものではないとの指摘がある⁴⁹⁾。たしかに、前記指摘の言うように、本判決は、被告らが「帰属」との言葉を用いて主張したことに対して応答したものであり、「帰属」という言葉が使われているからといって、この判決がA説のどれかを採用したと評価することはできないと思われる。

一人で考案したものではないにしても、被告Cの役割が大きく、被告Cの考案部分もあったのであるから、B-1説からすると、被告Cの考案部分については「示された」に該当せず、被告Cの責任は否定されるべきである。それにもかかわらず、裁判所は当該事案において被告Cの責任を否定していないことからすると、B-1説よりもA説やB-2説に親和的な裁判例ではないかと考える⁵⁰⁾。

(2) 従業者が創作した営業情報について

職務発明ではないが、従業者がその業務において創作した顧客名簿に関する情報について7号を適用した裁判例として知財高判平成24年7月4日裁判所

49) 山根・前掲注14) 特許研究59頁

50) B-2説の山根・前掲注14) 特許研究59頁では、フッ素樹脂シートライニング溶接技術事件の判示について、従業者が自ら開発に関与した本件ノウハウについて、従業者が誓約書に基づき使用者に対して秘密保持義務を負っていることを明確に認識し得たことを理由に使用者から「その営業秘密を示された場合」に当たると判断した点に特徴があるとして、B-1説に親和的な裁判例として整理している。なお、反対の見解として、石井・前掲注29) 900頁。

ホームページ（投資用マンション顧客名簿事件）がある。

事案は、投資用マンションを中心とした不動産の売買等を業とする 1 審原告ネクストとその完全子会社で 1 審原告ネクストが販売した不動産の管理及び賃貸等を業としていた 1 審原告コミュニティらが保有する営業秘密に関して、1 審原告ネクストの元営業社員（従業員）であった 1 審被告 Y₁ と 1 審被告 Y₂ が、1 審原告ネクストを退職後、本件顧客情報を使用して、顧客らに連絡し、1 審原告コミュニティとの賃貸管理委託契約を 1 審被告 Y₁ によって設立された 1 審被告レントレックスに変更したことにつき、7 号の不正競争に該当するとされた事件である。

本件で問題となった営業秘密は、1 審原告ネクストから投資用マンションを購入して 1 審原告コミュニティに賃貸管理を委託した顧客の氏名、年齢、住所、電話番号、勤務先名、所在地、年収、所有物件、借入状況、賃貸状況等から構成される顧客情報である。

裁判所は、まず本件顧客情報の帰属先を検討し、本件顧客情報は、「1 審原告らの従業員が業務上取得した情報であるから、これを従業員が自己の所有する携帯電話や記憶に残したか否かにかかわらず、勤務先の 1 審原告らに当然に帰属するというべきである」と判示した。

本件における秘密管理性については、本件顧客情報は、「1 審原告ネクストの営業部を統括する営業本部により、顧客ファイルや顧客管理システムに保存された電子データとして一元管理されており、顧客ファイルや顧客管理システムは、いずれも入室が制限された施錠付きの部屋に保管されている上、その利用も前者は営業本部所属の従業員と所定の申請手続を経た営業部所属の従業員に限定され、後者も所定のログイン操作を経た営業本部所属の従業員に限定されている。」そして、「各部内に常備された本件就業規則で秘密保持義務を規定するとともに退職時に秘密保持に関する誓約書を提出させたり、各種の情報セキュリティを実施して ISMS 認証や ISO/IEC27001 認証を取得し、毎年行われる審査に合格したり、従業員に対する『ISO27001 ハンドブック』の配布やこれに基づく研修・試験といった周知・教育のための措置を実施したりしていた

のであるから、1 審原告らは、従業員に対して、本件顧客情報が秘密であると容易に認識し得るようにしていたものといえる」として、本件顧客情報の秘密管理性を肯定し、有用性、非公知性についても認め、営業秘密に該当するとしている。更に、「1 審原告ネクスト営業部所属の従業員は、1 審原告コミュニティからも本件顧客情報を開示されて所得しているものといえる。したがって、1 審被告 Y₁ 及び同 Y₂ が 1 審原告コミュニティの営業秘密である本件顧客情報を取得したのは、1 審原告コミュニティから示されたことによるといふべきである」と判示した。

また、図利加害目的について、「① 1 審被告レントレックスが賃貸管理委託契約の解約を代理した人数は、1 審原告コミュニティと賃貸管理委託契約を締結していた者以外の者が数名であるのに対し、1 審原告コミュニティと賃貸管理委託契約を締結していた者が 38 名に上ること、②……1 審被告 Y₁ 及び同 Y₂ は、平成 20 年 11 月頃から平成 21 年 1 月頃までの間、1 審原告らの顧客 9 名……に対し、1 審原告ネクストに倒産のおそれがあるという 1 審原告ネクストの営業上の信用を害する事実を記載した本件書面を送付したり、1 審原告ネクストが、大量の在庫を抱えて中古の買取りもできなくなっている上、債務超過で倒産のおそれがあり、1 審原告コミュニティも、敷金に手を着けたり家賃の送金も遅れたりしており、1 審原告ネクストが倒産すれば、連鎖倒産するなどと 1 審原告らの営業上の信用を害する事実を電話で告知したりしたこと、③ 1 審原告コミュニティと 1 審被告レントレックスとは、投資用マンションの賃貸管理業において競争関係にあり、両者の各サービス内容は、いずれも、賃借人から家賃を集金して顧客に送金するだけの家賃保証がない集金代行方式と、顧客から賃借して賃借人に転貸することで家賃保証があるサブリース方式とに分類され、集金代行方式の管理委託料が最低で 1 か月 3500 円、サブリース方式の家賃保証が最高で家賃の 95% 相当額と類似していることが認められる。

以上の……認定の事実を総合すれば、1 審被告 Y₁ 及び同 Y₂ は、1 審原告コミュニティの顧客に対する営業活動を行っていた際、1 審原告コミュニティを狙った競争を行う目的を有していたものと優に推認することができ、この認定

を左右するに足りる証拠はない。」そして、「1 審原告ネクストでは、本件就業規則や退職者が提出する誓約書で機密保持義務や競業避止義務が規定されるとともに、情報セキュリティに関する周知・教育のための措置が実施されていたものである。それにもかかわらず、1 審被告 Y₁ 及び同 Y₂ は、1 審原告コミュニティを狙った競業を行う目的で、1 審原告コミュニティの顧客に対する営業活動を行っていることに加えて、1 審被告 Y₁ 及び同 Y₂ による本件顧客情報の使用は、顧客番号 64 を除き、1 審被告レントレックスの設立直前ないし直後であって確たる顧客を有していない平成 20 年 10 月頃から平成 21 年 2 月頃に集中して行われていることに照らすと、1 審被告 Y₁ 及び同 Y₂ が 1 審原告ネクストを退職した後に 1 審原告コミュニティの本件顧客情報を使用して 1 審原告コミュニティの顧客に連絡し、営業活動を行ったことは、不正競争防止法 2 条 1 項 7 号所定の不正の利益を得る目的又は本件顧客情報の帰属主体である 1 審原告コミュニティに損害を加える目的（図利加害目的）によるものであるというべきである」として 7 号違反を認めている。

この裁判例は、まず本件顧客情報の「帰属」先を検討しており、A 説に親和的な裁判例と言える。また、自ら情報を創作した従業者を除くことなく、従業者が業務上取得した情報は使用者に当然に帰属すると判示していることからすると、B-1 説は採用していないと思われる。

2 法第 2 条第 1 項第 7 号の「示された」を否定した例

従業者が創作、開発した情報が問題となった裁判例ではないが、「示された」要件を否定した裁判例として、東京地判平成 14 年 2 月 5 日判タ 114 号 279 頁（原価セール事件）がある。

原告は大手製薬会社で、ドラッグストアである被告ダイコクに対して、原告発売に係る医薬品等の商品を卸売している。被告ダイコクは、原告からの仕入価格を明示してその価格による安売りセールを行ったところ、原告が、原告からの仕入価格は営業秘密であり、被告ダイコクがこれを開示して安売りセールを行うことは、不正競争防止法に違反すると主張した事件である。

裁判所は、次のとおり判示した。「売買価格は、民法上の典型契約たる売買の主要な要素であり、契約当事者たる売主と買主との間での折衝を通じて形成されるものであるから、両当事者にとっては、それぞれ契約締結ないし価格の合意を通じて原始的に取得される情報というべきであり、各自が自己の固有の情報として保有するものというべきである」。「そうすると、本件において、原告から被告ダイコクへの原告商品の卸売価格（仕入価格）は、被告ダイコクが上記原価セールにおいて開示するまでは公然と知られていないものであったから、原告がこれを秘密として管理していたのであれば、不正競争防止法上の『営業秘密』に該当し、原告からこれを示された第三者が原告に損害を与える目的でこれを開示したときには、同法2条1項7号所定の不正競争行為に該当することがあり得るものということができる。しかし、被告ダイコクは原告と共に原告商品の売買の当事者となっている者であり、原告商品の仕入価格（卸売価格）は、被告ダイコクが売買契約の当事者たる買主としての地位に基づき、売主との間の売買契約締結行為ないし売買価格の合意を通じて原始的に取得し、同被告自身の固有の情報として保有していたものであって、原告が保有し管理していた情報を取得し、あるいは原告から開示を受けたものではない。したがって、被告ダイコクとの関係においては、原告商品の仕入価格（卸売価格）は、その保有者から示されたもの（不正競争防止法2条1項7号）ではなく、また、不正な手段により取得され（同項4号）、あるいは取得に際して不正取得行為（同項5号、6号）若しくは不正開示行為（同項8号、9号）が介在等したものに該当する余地もないから、被告ダイコクが、原告商品の仕入価格（卸売価格）を上記原価セールにおいて広く消費者に開示したとしても、当該開示行為は、不正競争防止法上の不正競争行為に該当しないと解するのが相当である」。

本件では、従業者自身がなした創作、開発に関する情報が問題となったわけではないが、情報の原始的保有者は7号における「示された」者には当たらないと判示しており、A説やB-1説に近い考え方を採用しているように思われる。

この点、営業秘密として管理される前の事情である誰が原始的に取得したかという事情を考慮しないB-2説からすると、契約締結ないし価格の合意を通じて原始的に取得される情報であったとしても、原告が当該情報を営業秘密として管理していることを被告ダイコクに示すことによって、被告ダイコクは、「保有者」から「示された」者に該当する可能性があるように思われる。

原価情報は被告だけでなく、他のドラッグストアに対する卸売価格にも影響する情報であり、むやみに開示されると卸先によって原価が異なることが明らかになってしまう。例えば、もっぱら卸業者を害する目的でその原価情報を公に公開してしまう行為やその原価情報リストを競業他社に開示した見返りとして金銭を受け取るといった行為を不正競争防止法の規制の対象とできないなどの問題点があるように思われる。

3 小括

従業者自らが開発、創作した営業秘密に関する裁判例を中心に7号に関する代表的なものについて検討したが、いずれも、従業者自らが開発、創作した情報について、「保有者」から「示された」に該当するのかどうかを中心的な争点として争い、裁判所がそれに対する明確な判断を示したものではなかった⁵¹⁾。裁判例によっては、「帰属」との文言を用いるものも散見されるが、「帰属」に関する具体的な判断基準や認定は示していないことから、当該裁判例をしてA説を採用したとまで評価することはできないように思われる。

一方、裁判例にはB-1説に親和的な考え方を採用し、情報の原始的保有者について7号の対象とはならないと判示したものも存在するが、従業者自身が開発、創作した情報が問題となったのではなく、契約の当事者が契約の締結ないし価格の合意を通じて取得する原価情報に関するものである。また、他の裁判例では、少なくとも情報の一部は従業者自身が開発、創作したと考えられる事案において7号の適用を否定しておらず、裁判例がB-1説を採用してい

51) 大寄・前掲注14) 359頁、石田・前掲注33)

るとまでは言えない。

B-2 説については、従業者自身が開発、創作した情報について7号を適用しているという点で結論において同説に親和的な裁判例は存在するが、B-2 説とは矛盾すると思われる裁判例も存在する。契約の当事者が契約の締結ないし価格の合意を通じて取得する原価情報について、裁判所は情報の原始的所有者であることを根拠に7号の成立を否定しているが、B-2 説は情報の原始的保有者であっても営業秘密侵害となる可能性があるため、この7号の適用を否定した裁判例をどのように説明するのが問題である。

B-3 説については、具体的な結論が明らかでなく、裁判例との関係は不明と言わざるを得ない。

五 検討

1 検討の視点

想定事例のような場合、すなわち、使用者が営業秘密として管理している職務発明について、当該職務発明をなした従業者が転職後に第三者に対して開示し、又は、自ら使用する行為が、元の使用人との関係で営業秘密侵害となり得るか否かを検討するに当たっては、次の相対立する価値の調整が必要となる。

一つは、他の知的財産権法と営業秘密の保護のバランスを図ることである。先にみたように、オープン・クローズ戦略のもとでは、職務発明を保護するに当たって、特許権と営業秘密は車の両輪である。よって、特許権による保護と営業秘密による保護が、バランスを欠く状態であることは望ましくない。なぜなら、職務発明を営業秘密では十分に保護できないとなると、オープン・クローズ戦略の前提が崩れ、職務発明についてはもっぱら特許権による保護に頼らざるを得なくなるためである。例えば、職務発明が製造方法に関する技術情報で当該技術の実施が外部からは判明しないものである場合には、特許権よりも営業秘密によって保護する方が適切なこともあるにもかかわらず、営業秘密の保護が不十分な故に特許権によって保護せざるを得ないといった事態が生じ

てしまうのである。

他方で、職務発明や従業者自身の開発、創作した情報を営業秘密として保護することは、従業者の職業選択の自由に影響を与える可能性があるから、従業者の正当な転職を阻害し、職業選択の自由を不当に害さないことが求められる。

更に、法でしか対応できないのか、言葉を換えれば当事者間の契約での対応は不可能かという視点、刑事罰規制を伴うことをどのように考えるかという視点からの検討も行いたい。

2 職務発明に関する特許制度とのバランス

(1) 使用者が特許を受ける権利を保有する場合

先に検討した想定事例では、特許を受ける権利に従業者から使用者が承継すると職務発明規定に定めている想定事例 2 と特許を受ける権利を原始的に使用者に帰属させる旨を職務発明規定に定めている想定事例 3 において、使用者が選択するならば、職務発明について特許権を取得し、特許制度による保護を受けられる。では、使用者が特許制度ではなくて、営業秘密とすることを選んだ場合、使用者は保護を享受できるであろうか。

想定事例 2 と想定事例 3 の双方において営業秘密の保護を否定する A-1 説、B-1 説、想定事例 2 について営業秘密の保護を否定する修正 A-1 説は、職務発明を使用者の営業秘密として保護することができず、特許制度との保護バランスを欠くと言わざるを得ない。なお、営業秘密による保護を否定したとしても、使用者と従業者の契約によって一定の保護は可能であるとの指摘がなされているが⁵²⁾、本稿 4 の「契約違反による対応の可能性について」で後述するとおり、契約での対応では不十分である。

想定事例 2 及び想定事例 3 を使用者の営業秘密として保護するのは、A-2 説（修正 A-2 説）、A-3 説（なお、修正 A-3 説の結論は不明である。）、A-4 説（修正 A-4 説。なお、A-4 説は、退職従業者との関係では、当該営業秘密の使用避

52) 田村・前掲注 33) 344 頁

止義務又は不開示義務を契約によって合意しておく必要がある。）、B-2 説であり、特許権による保護とのバランスという観点では、これらの説が優れていると言える。

なお、B-3 説は、想定事例においてどのような結論となるのか明らかではないが、他の知的財産権法の考えを考慮せず、独自の要件で判断するものであり、想定事例 2 及び想定事例 3 を営業秘密として保護し得るのか不明確であることから、特許権による保護とのバランスという意味では問題がある。

(2) 従業者が特許を受ける権利を保有する場合

想定事例 1 の場合、特許法の規定に従い、従業者に特許を受ける権利が帰属しているにもかかわらず、特許を受ける権利を権利行使して出願などをしようとする、それが 7 号に該当する営業秘密侵害として差止められるなどといった事態は、営業秘密による保護が特許制度と齟齬をきたす可能性があり、避けるべきである。

想定事例 1 について、7 号の適用を肯定する可能性のある A-3 説と B-2 説は、特許権による保護に比して営業秘密による保護が広範になり、特許制度との齟齬の可能性がある。もちろん、営業秘密侵害の成否は、「保有者」要件や「示された」要件だけで判断されるものではなく、他の要件の該当性も問題となるが、想定事例 1 について最終的に営業秘密侵害を肯定するのであれば、これらの説は特許制度との間で齟齬が生じることになる。なお、特許制度との調整を図利加害目的で行う可能性について、後ほど検討する。

なお、B-3 説は想定事例 1 をどのように考えるか明らかでなく、特許制度と抵触するか否かは不明である。その他の説は 7 号の適用を否定し、特許制度との齟齬は生じない。

3 従業者が開発、創作した情報と職業選択の自由

7 号は、従業者や転職者の行為が規制の対象となり得る類型であるため、B-1 説が重視したように従業者の職業選択の自由（憲法第 22 条第 1 項）を害す

ることのないよう配慮が必要な類型である。職業選択の自由との関係では、2つの観点から検討が必要となる。すなわち、(1) 著しく信義則に違反する行為に規制対象を限定し、正当な転職を阻害しないこと、及び、(2) 情報に接する従業者の予見可能性を担保するため、7号の規制の対象となる情報とそれ以外の自由に利用できる情報を明確に区別することの双方が重要となる⁵³⁾。

(1) 信義則に違反する行為と正当な権利行使等について

従業者の職業選択の自由との関係において、著しく信義則に違反する行為に規制対象を限定し、正当な転職を阻害しないことが重要である⁵⁴⁾。何をもって正当な転職及びその阻害と評価するか議論が有り得るところであるが、ここでは、7号との関係以外では法的に問題のない転職を正当な転職と捉え、そのような正当な転職をした者の(7号との関係以外で)正当な権利行使を7号が阻むとき、正当な転職の阻害と捉えることとしたい。

想定事例1の場合、職務発明に関する特許を受ける権利は従業者Qに帰属しており、Qは特許権を取得し、当該職務発明について独占権を取得することができるのであるから、Qが転職先企業R社に当該職務発明を開示、又は、自ら使用する行為は、特許制度による認められた自己の権利を実現するために付随する行為であり、正当な権利行使の一環と言え、これが規制対象となるのはおかしい。これに対して、想定事例2や想定事例3の場合は、特許を受ける権利は使用者Pに帰属しており、Qは特許を受ける権利をPに承継した、又は、原始的にPに帰属させたことの対価として相当の利益を得ているのであるから、Pが特許権を取得した後は特許権の独占権の範囲において、QはPの許諾なく当該職務発明を使用することはできない。よって、職務発明に関する情報を転職先企業R社に開示、又は、自ら使用する行為は著しく信義に反するものと言え、このような行為を規制してもQの正当な転職を阻害することはないと考えられる。

53) 田村・前掲注33) 345頁、石井・前掲注29) 899頁

54) 渋谷・前掲注27) 156頁

以上を前提に、A-1 説から B-3 説までをみると、A-3 説と B-2 説は、想定事例 1 についても使用者 P の営業秘密として保護される可能性があり、正当な転職を阻害する可能性があるという点で問題がある。もっとも、両説においても、図利加害目的要件を満たさず、営業秘密侵害は成立しないと考えることができるが、その点は、後ほど検討したい。

ところで、本稿の立場とは異なり、7 号の規制対象を「ただ乗り」の場合に限定すべきとの主張がある⁵⁵⁾。この主張の論者は、営業秘密の保護の根拠は、労力をかけていない第三者が秘密情報へのただ乗りを禁止することにあるとする。すなわち、「秘密情報を創出するのに多大な労力や投資等が必要であるため、労力等をかけていない者が当該秘密情報への『ただ乗り』を果たすことができるならば、なんら労力等をかけずに苦勞をしない者が競争上同じ地位又は優位にたてばかりか、これを自由に認めると、実際にその秘密情報を創出した者のほうが労力等をかけているぶん競争上不利となることにもなり、妥当ではない」ことを営業秘密保護の根拠とするのである⁵⁶⁾。そして、職務発明を行った従業者は、何の創作行為も行わずに秘密情報を示されただけの者とは異なり、正当な受益者であって、「ただ乗り」ではないため、当該従業者の行為を規制対象とする必要はないと言うのである。

たしかに「ただ乗り」行為は、不正競争防止法が禁止する営業秘密侵害行為の典型であり、規制することに異論はない。しかし、不正競争防止法が禁止するのは、上記の純粋な「ただ乗り」に限られるべきであろうか。実際には「ただ乗り」でなくても、著しく信義則に違反するケースは存在し、それらについても不正競争として規制すべきであろう。この点は、従業者自身の開発、創作した情報についても当てはまり、当該情報の開発、創作の経緯や利用行為の態様によっては、著しく信義則に違反すると評価できるのである。

「ただ乗り」以外の信義則違反の典型が、想定事例 2 及び 3 である。この場合、従業者が、転職後に、職務発明を自ら利用したり、又は第三者に開示した

55) 帖佐・前掲注 33) 4 頁

56) 帖佐・前掲注 33) 4 頁

りしても、「ただ乗り」ではない。しかし、両事例の場合、従業者は、特許を受ける権利を使用者に承継又は原始的に帰属させたことに関して、相当の対価又は経済上の利益を受けているはずである⁵⁷⁾。それにもかかわらず、退職後に第三者に開示することによって二重に発明の対価を取得する行為は、使用者との間の信義則に著しく反すると評価できる。

また、従業員が開発、創作した情報で、営業秘密侵害として著しく信義則に反する行為と捉えるべきは、本来、職務発明のような技術情報に関する行為だけではない。例えば、使用者の指示により一定の地域の営業を担当し、顧客や顧客候補の氏名、住所、電話番号、契約状況等をまとめた顧客名簿を作成していたところ、当該顧客名簿を使用者が営業秘密として管理していたケースも考えられる。この場合も、従業者が転職後等に当該顧客情報を第三者に開示したり、自ら使用したりしても、「ただ乗り」とまで断じることができるとは議論があろう。しかしながら、当該顧客名簿が使用者の指示により単純作業で集め

57) 職務発明に該当するような発明を行った際に、特許を受ける権利を承継するとともに、これを特許出願するかあるいは出願せずに営業秘密として保護するかは使用者の判断に委ねられており、使用者が特許出願を行えば、従業者に相当の対価の支払請求権が発生し、営業秘密として保護した場合には相当の対価の支払請求権が認められないのはアンバランスであるとして、営業秘密として管理した場合にも特許法第35条第3項の類推適用を認め、創作者である従業者に相当の対価の支払いを受ける権利を認めるべきであるとの指摘がなされている（松村・前掲注33）『新・不正競争訴訟の法理と実務』522頁）。

この点、特許を受ける権利が使用者が承継し、又は、原始的に使用者に帰属させ、当該職務発明について特許出願せずに営業秘密として管理した場合であっても、当該技術情報が発明でありさえすれば、相当の対価請求権は成立すると考える。東京地判昭和58年12月23日判時1104号120頁では、特許法第35条の職務発明は、特許発明に限定されていないから、発明でありさえすれば、特許されたものであろうとなかろうと、同条の適用があり、ノウハウについても、その内容が発明の実質を備えるものであれば、職務発明となると判示している。そして、「従業者のした発明を、使用者の営業上の利益を守るため、ノウハウとして秘匿して、使用者においてのみ独占的に実施する旨の使用者と従業者間の合意は、いわば、当該発明についての特許を受ける権利を使用者の支配下におき、これを使用者の意思によってあえて特許出願をしないものとするのであるから、通常の場合には、右合意のときに特許を受ける権利の承継があるもの又はこれと同視してよいものというべきである」として相当の対価請求権を認めている。

られた情報であり、使用者が資本を投じ、従業者に労働の対価である給与を支払ったからこそ得られた情報であるような場合に、たまたまその収集を担当した従業者が当該顧客名簿を第三者に売却し、労働の対価以上の利益を得ることは、「ただ乗り」ではないとしても）著しく信義に反すると言えるだろう。

「ただ乗り」論からすると、情報の開発、創作者が、転職後に自ら開発、創作した情報を使用するのは正当な行為であり、想定事例2及び想定事例3についても営業秘密侵害は否定されるべきということになるが、上述のとおり、想定事例2及び想定事例3は信義則に著しく違反する行為であり、これらの事例を7号の対象から除外するべきではない。7号を「ただ乗り」の事例だけに限定するのは過剰な限定であり、「ただ乗り」論は採用することはできない。

（2）情報に接する従業者の予見可能性の確保

正当な転職後に、従業者が情報を利用、流通させることを委縮させないためには、7号の規制の対象となる情報とそれ以外の自由に利用できる情報を明確に区別できるように、情報に接する従業者の予見可能性を確保することが求められる。

A-1説は、営業秘密の帰属という概念を用いることにより、営業秘密に該当したとしても、本源的保有者が従業者自身となり、営業秘密が従業者に帰属する場合には7号の対象とならないと整理することでこの予見可能性を担保しようとする。しかしながら、皮肉なことに本源的保有者の判断が困難なこともあって、「従業者としてはいったいどの情報が利用可能な情報で、どの情報が利用できない情報なのかの判断に苦しむことになり、転職の際などに情報の自由な利用、流通に支障が生ずることにもなりかねない」⁵⁸⁾と批判されてきたところである。その他のA説も、A-1説同様に特許法における職務発明の規定や著作権法における職務著作の考え方を取り込む見解であるが、営業秘密が発明と著作物の双方の性格を兼有する場合もあり、この場合にどのように考え

58) 田村・前掲注33) 345頁

るのか判断に窮することになり⁵⁹⁾、やはり、従業員の予見可能性を欠くと言わざるを得ない。

では、B説はどうか。まず、B-1説は、情報に接する従業員の予見可能性を担保し、転職の際などに情報の自由な利用、流通に支障が生ずることのないようにする観点から7号の文言を解釈し、法律上あえて「示された」という言葉を使用し、「保有者から一定目的の下使用を許諾された」等の文言を使用していない以上、使用者から従業員に対し事実行為としての開示が行われていることが必要であると解している⁶⁰⁾。結果、少なくとも従業員が単独で創作、開発した情報について7号は適用されない⁶¹⁾、秘密保持契約等の他の手段により制限されない限り、従業員は自ら創作した情報をすべて転職先で使用可能となり、従業員の予見可能性を害することはない。

次に、B-2説は、従業員自身が開発、創作した情報であっても、使用者が営業秘密として管理していることを当該従業員に示すことによって「保有者」から「示された」に該当し、すべて7号の対象となり得る。すなわち、従業員が使用者の営業秘密であると認識したものについては自ら開発、創作した情報であってもすべて「保有者」から「示された」に該当することになる。B-2説は、B-1説とは真逆に、7号の対象となる情報の範囲を広げることで、予見可能性を担保しているようにみえる。そのため、このような形での予見可能性の担保については、従業員の犠牲のうえに成り立つ（つまり、転職後ほとんどの情報を利用などできない）ものではないかとの批判も予想される。

しかしながら、「示された」要件と秘密管理性が一部重複すると考えるB-2説の立場からは、そのような批判は当たらないことになる。すなわち、B-2説では、「示された」要件は、「従業員が使用・開示する情報につき、使用者が秘密管理するに至った、あるいは使用者において現に秘密管理している情報であるということを利用行為時前に、使用者から明確に認識可能な形で使用者か

59) 田村・前掲注33) 343頁

60) 石井・前掲注29) 899頁

61) 石井・前掲注29) 900頁

ら示された場合をいう」と解するので、「示された」要件と、営業秘密の3要件のうち、特に秘密管理性要件とが、一部重複することになる⁶²⁾。

秘密管理性の要件については、その取り扱いをめぐって裁判例に対立がみられ、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得る程度の管理があれば秘密管理性を肯定する裁判例がある一方で、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得るだけでは足りず、プラスαの措置を求め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がある⁶³⁾。

この問題について、田村教授は、「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得る程度に管理されていれば足りる」と整理され⁶⁴⁾、不正競争防止法を所管する経済産業省知的財産政策室が公表している「営業秘密管理指針」（平成27年1月28日全部改訂版）では、田村教授の分析を受け、「秘密管理性要件の趣旨は、このような営業秘密の性質を踏まえ、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ことにある」⁶⁵⁾として、「秘密管理性要件が満たされるためには、営業秘密

62) 山根・前掲注14) L & T64頁では、「7号における「営業秘密」の秘密管理性要件と「示された」要件の機能が利用行為者の認識を基点として連続的に把握されることになる」と説明されている。

63) 田村善之「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1）」知財管理 64巻5号621頁以下（2014年）、田村善之「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）」知財管理 64巻6号787頁以下、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頁以下（2013年）、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159頁以下（2009年）、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191頁以下（2007年）

64) 田村・前掲注63)「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）」792頁

保有企業の秘密管理意思が秘密管理措置によって従業員等に対して明確に示され、当該秘密管理意思に対する従業員等の認識可能性が確保される必要がある」⁶⁶⁾としている。

つまり、情報に接する従業者が当該情報を営業秘密かどうか判別できない場合には秘密管理性を否定することになる。当然、そのような場合に、7号該当のおそれもない。いわば、予見可能性の問題は、営業秘密性（秘密管理性要件）の問題として解決されることになる。

最後に、B-3 説においては、使用者から従業者に対して直接開示された場合と同視できる場合には「示された」に該当するとして、諸事情の総合考慮を行う結果、どのような事情が認められる場合に「示された」に該当するのかわ明らかなではなく、結果、従業者が利用できない営業秘密とそれ以外の自由に利用できる情報を明確に区別することが困難となり、予見可能性を欠いてしまう。

以上より、A-1 説から A-4 説及び B-3 説は、7 号の規制の対象となる情報と自由に利用できる情報の区別が困難で、従業者の予見可能性を欠くという問題がある。

4 契約違反による対応の可能性について

ところで、従業者自身が開発した情報について7号の該当を否定するB-1 説からは、7号の違反を問えない場合であっても、契約により秘密保持義務を課すことは可能であるから、想定事例のような場合について、そもそも7号該当性を議論する必要性はないとの指摘がなされている。すなわち、当該情報を開発、創作した従業者との関係では秘密保持義務の債務の履行として差止めを請求することができ、また債務不履行責任として損害賠償を請求できるというのである。更に、従業者が開示した営業秘密を利用する対第三者との関係でも、転得者の類型である法第2条第1項第8号に該当し、同項第8号に基づいて差止めを請求することができるとする⁶⁷⁾。

65) 経済産業省『営業秘密管理指針』（平成27年1月28日全部改訂版）3頁～4頁

66) 経済産業省・前掲注65）5頁

しかしながら、上記の指摘は民事的な面のみに着目したものであり、現行不正競争防止法が、刑事罰による抑止力も重視していることと整合しない。7号における「示された」要件や「保有者」要件と、刑事罰規定のそれらとを同様に解釈する限り（なお、従来の議論は、主として民事規制との関係で論じられてきているため、刑事罰についてもそのまま当てはまるのか議論の余地があるが、同一法令で用いられる同一の言葉には同一の意味をもたせることが望ましいから、本稿では、刑事罰についても民事規制の場合同様の解釈をすることを前提とする。）、B-1 説に基づけば、想定事例のような場合に、従業者について営業秘密侵害罪が成立することはない。また、転得者の不正行為に関する刑事罰を規定した法第 21 条第 1 項第 8 号及び同項第 9 号は、営業秘密侵害罪に該当する開示が介在したことを転得者処罰の要件としているので、従業者の行為が営業秘密侵害罪に該当しない場合、対第三者との関係でも営業秘密侵害罪は成立しないことになる。

先にみたように、オープン・クローズ戦略のもとでは、職務発明を保護するに当たって、特許権による保護と営業秘密による保護が、バランスを欠く状態であることは望ましくない。この点、職務発明を特許権として保護した場合には、特許権侵害罪として 10 年以下の懲役若しくは 1000 万円以下の罰金、又はこれらの併科が科されるにもかかわらず、職務発明を営業秘密として管理すると営業秘密侵害罪は成立せず、契約による保護のみというのでは、特許権による保護と営業秘密による保護のバランスを欠くと言わざるを得ない。また、独占権が付与される特許権とは異なり、営業秘密は、秘密であるからこそ価値があり、一度漏えいしてしまうとその価値が大きく損なわれてしまう。営業秘密のこのような性質に鑑みれば、漏えいを事前に予防する必要がある、刑事罰による抑止力が極めて重要となる。

更に、刑事罰の抑止力がないと、例えば、他者からの引き抜きに対抗するには、給与等の面で厚遇する、秘密情報の開示範囲を可能な限り限定し、一人の

67) 田村・前掲注 33) 344 頁

従業者に情報が集中しないようにするなどといった措置を講じる必要が生じる。これらの措置を講じることは、当然使用者にコストを発生させるが、使用者としては、既に職務発明をなした従業者に対して相当の対価又は相当の利益を提供していることに鑑みれば、追加の負担と位置づけざるを得ない。

また、営業秘密は必要な範囲で広く共有することによって有効に活用でき、新たなイノベーションに結びつく可能性が高まるものである。営業秘密の保護を否定した場合、使用者である企業は、転職されてしまう可能性を考慮して営業秘密に接する従業者を必要以上に限定することも考えられ、企業の事業活動や研究開発にとってもマイナスの影響を与えかねない。

以上を踏まえると、B-1 説の指摘は妥当ではないということになろう。

5 刑事罰規制との関係

ところで、営業秘密侵害の刑事罰は、構成要件の明確化かつ厳格化の観点から、法第 21 条第 1 項第 3 号から第 6 号に別途書き起こされ、民事に比べて更に詰められており、より厳格に書かれていることから、「示された」の文言を文理解釈以外で解釈する余地はないので、B-1 説以外の各説は、刑事罰規定を拡大解釈するものであるとの指摘がある。そして、刑事罰規定は、「国民に不測の不利益を及ぼさぬよう、その構成要件は明確かつ厳格に規定し、またその適用も厳格に行わなければならない」から、その拡大解釈はあり得ず、従業者自身が開発、創作した情報を従業者自身が開示、使用する行為に刑事罰を適用することはあり得ないと指摘される⁶⁸⁾。

たしかに、刑事罰である営業秘密侵害罪においても、他法の刑事罰と同様に、規定の解釈に当たって類推解釈は禁止される。しかし同時に、これも他の刑事罰の場合同様に、拡張解釈は許されるはずであり、その意味で、拡大解釈が一切許されないわけではない。このことを前提に各説について検討してみたい。

まず、A-1 説は、7 号の「保有者」は本源的保有者を意味するとし、本源

68) 帖佐・前掲注 33) 7 頁

的保有者自身の行為は7号に該当しないとするものであり、この点、法第21条第1項第3号ないし同項第6号の「保有者」も同様に考えるものすると、「保有者」の概念を一般的な意味から限定するものであるから、拡張解釈ではなく、限定解釈であり、当然、禁止される類推解釈にも該当しない。

次に、A-2説は、法的観点を理由に特許法第35条を適用ないし類推適用するというものであるが、刑事罰に関する解釈において法的観点を理由に規定を拡大解釈することはあり得ないと批判されている⁶⁹⁾。A-2説は、A-1説と異なり、想定事例2についても7号に該当することを認め、原始的に従業者に帰属した営業秘密が、法的観点から法人に承継されるものと解釈するというものであり、類推適用に該当する可能性が高く、刑事罰の解釈としては採り得ないように思われる。

A-3説は、A-1説同様に、「保有者」の概念を正当な権原に基づいて保有する者に限定するものではあるが、特許法の職務発明規定を参考に一定の場合に正当な権原を推定するとしており、そのような推定は刑事罰における保有者の解釈としては無理がある。

A-4説は、「示された者」に、保有者に対して当該情報につき使用禁止義務又は不開示義務を負う者を含むと解釈しており、「示された者」の通常の意味からすると、拡張解釈ではなく、類推解釈として刑事罰では許されない解釈である。

B-1説は、営業秘密とされている技術上又は営業上の情報そのものが事実として保有者から示されたことが必要とする見解で、従業員が開発、創作した情報は「示された」には該当しない。そうすると、「示された」の客体は、「技術上又は営業上の情報」とは規定されておらず、「営業秘密」と規定されているのと整合しないことにある。もっとも、同説を「示された」とは、保有者が秘密管理している情報であるということを示していることに加え、事実としても、営業秘密として管理されている情報そのものを開示していることが必要で

69) 帖佐・前掲注33) 8頁

あるとして、「示された」を文理上よりも更に限定して考える見解と捉えれば、刑事罰においても限定解釈として許されるものと思われる。

B-2 説は、営業秘密として示されたかどうかを求めるものであり、B-1 説のように営業秘密としての管理の対象となっている技術上又は営業上の情報そのものが事実として示されていることまでは不要であるとする見解であるが、B-1 説に比較すると、「示された」を広く解釈しており、「示された」との文言の拡大解釈との批判が考えられる。B-1 説は、営業秘密としての管理を示すだけではなく、営業秘密とされる元の技術上又は営業上の情報を事実として伝えることが必要とするが、B-2 説は、前者の営業秘密としての管理を示すだけで足りるとする見解で、営業秘密を示されたという文理上、元となった情報を伝えることが必要と解さなければならないわけではないことからすると、B-2 説が条文に整合しないということはない。

最後に、B-3 説は、使用者から直接開示を受けたのと同視できる場合には「示された」に該当すると解釈するのであるから、拡大解釈又は類推適用と評価されてしまう可能性は否定できない。

刑事罰について、民事と同様の解釈を採用するのか否か議論の余地があるところであるが、A-2 説、A-3 説、A-4 説、B-3 説は、刑事罰の解釈としては問題がある。

6 図利加害目的による調整の可能性

先にみたとおり、A-3 説と B-2 説の解するところでは「保有者」要件や「示された」要件では想定事例 1 の営業秘密侵害該当性は否定されない。しかし、想定事例 1 について営業秘密侵害を肯定すると、特許制度と営業秘密保護制度の間に齟齬が生じるだけではなく、正当な権利行使を否定し、正当な転職を阻害する可能性があるが、このような特許制度との調和や正当な転職への配慮は無理に「示された」要件で考慮せずとも、図利加害目的の主観要件で考慮することが可能である。そして、図利加害目的は、まさに、正当な権利行使や転職の自由に対する不当な制約とならないようにするために設けられた要件で

あるともいえる⁷⁰⁾。

7号等の信義則違反類型では、民事規制と刑事罰の双方において「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」が要件とされている。ここで「不正の利益を得る目的」とは、広く公序良俗又は信義則に反する形で不当な利益を図る目的のことを言い、「保有者に損害を加える目的」とは、営業秘密の保有者に対し、財産上の損害、信用の失墜その他の有形無形の不当な損害を加える目的のことを言う⁷¹⁾。そして、「不正」とは、①当事者間の信頼関係の程度、②営業秘密の保有者の利益、③営業秘密を示された者の利益、④営業秘密の態様等を勘案して判断される⁷²⁾。なお、加害目的についての言及はなされていないが、図利目的において上記の4要素が考慮されるのと同様に、加害目的における「不当」な損害の解釈として同様の要素が考慮されると解すべきである⁷³⁾。

以上を前提に、想定事例について検討すると、想定事例1のように、職務発明規定等に特段の定めがなく、特許を受ける権利が従業者に帰属している場合には、たとえ当該職務発明に該当する技術が営業秘密として管理されていたものであったとしても、従業者が転職先で特許出願する行為は、特許を受ける権利の正当な行使であって、使用者も当該職務発明をあえて取得しなかったのであるから、従業者は不正な利益を得ているとは言えず、使用者に不当な損害を

70) 鎌田・前掲注22) 42頁

71) 経済産業省知的財産政策室『逐条解説不正競争防止法平成23・24年改正版』73頁（有斐閣、2012年）

72) 通商産業省・前掲注9) 90頁、渋谷達紀「営業秘密の保護—不正競争防止法の解釈を中心として—」曹時45巻第2号26頁、渋谷・前掲注27) 156頁では、「行為者が置かれている状況、営業秘密の保有者との関係、営業秘密の財産的価値、その管理の態様など、客観的な事実も加味して、営業秘密の使用又は開示を禁止することが行為者の職業選択の自由を過度に制限することにならないかどうかを基準として判断すべきである」と説明されている。

73) 松村・前掲注33)『新・不正競争訴訟の法理と実務』524頁は、開示された営業秘密の保持に関する保有者と使用者との間の信頼関係の強弱に応じて図利加害目的が判断されるとしている。

加える目的があったとも認められないので、図利加害目的が否定され、営業秘密侵害とはならないと考える。

これに対して、想定事例2のように特許を受ける権利を使用者が承継している、又は、想定事例3のように特許を受ける権利が原始的に使用者に帰属され、従業者に対して正当な対価（利益）を与えたうえで、当該職務発明を営業秘密として管理している場合には、従業者は既に職務発明の対価を取得しており、更にこれを第三者に開示したり、自ら使用したりする行為については、行為の態様にもよるが、正当な権利行使とは言えず、図利加害目的に該当し得ると考える。

以上より、想定事例1は図利加害目的が否定されることから、A-3説とB-2説においても、営業秘密侵害は成立しない。つまり、図利加害目的を適切に判断することで、両説を採用しても、特許制度との齟齬や正当な転職を阻害することは避けられるのである。

7 「示された」要件において考慮すべき事項の再整理

従業者自身が開発、創作した情報について、7号の営業秘密侵害が成立するかどうかは、平成2年に営業秘密の保護が不正競争防止法に導入された時から議論がなされているものであるが、これまで蓄積された裁判例をみても、この論点に対する裁判所の考えは明らかにはなっていない。

これまでは「営業秘密を保有する事業者からその営業秘密を示された」との文言（不競法第2条第1項第7号）を中心に議論がなされてきた。

そして、その際に留意されてきたのは、①正当な権利行使を阻害しないように著しく信義則に違反する行為に処罰範囲を限定すること、②情報に接する従業者の予見可能性を確保し、転職の際に情報の自由な利用、流通に支障を生じさせないこと、③特許法などの他の知的財産法と整合することの3点であり、そのためには「保有者」要件や「示された」要件をどのように解釈すべきかが議論されてきた。

たしかに、前記3点はいずれも7号等において斟酌されるべき事項と言える

が、それを「保有者」要件や「示された」要件の解釈を通じて行うとした結果、次のような問題点が生じている。まず、③を特に重視したと考えられる A 説はいずれも、営業秘密が発明と著作物の双方の性格を兼有する場合にいったい当該営業秘密はいずれに帰属するのか判断に窮する⁷⁴⁾。結果、情報に接する者にとって予測可能性を欠き、従業者等の職業選択の自由を害するおそれがある。加えて、A-1 説及び A-2 説は 7 号に帰属を問題とする文言がなく、営業秘密は権利ではなく、不法行為の延長であるから「帰属」を問題にする必要がないこと⁷⁵⁾、7 号の条文上は、示した者と示された者という相対的な関係のみが問題なのであって、本源的保有者であるとか帰属であるといった媒介項は問題とされていないといった問題点がある。A-3 説と A-4 説は、刑事罰の規定をどのように解釈するのか、類推解釈として許されないのではないかという問題がある。また、①と②を重視した B-1 説は、従業者が開発、創作した情報をすべて 7 号の対象外と整理した結果、特許権との保護レベルのバランスを著しく欠いている⁷⁷⁾。そして、B-3 説は、諸事情の総合考慮により「示さ

74) 田村・前掲注 33) 343 頁

75) 中山信弘「営業秘密の保護に関する不正競争防止法改正の経緯と将来の課題（上）」NBL470 号 11 頁～12 頁（1991 年）

76) 田村・前掲注 33) 343 頁

77) ほかに B-1 説には問題点がある。

例えば、チームで共同研究している情報を持ち出した場合に、従業者自身の開発した情報については事実として「示された」情報には該当しないのであるから、営業秘密侵害と主張されている情報の中から従業者自身が創作した情報を除く必要があるが、共同研究の場合、誰がどの情報を創作したのか、後から検証困難なことが多く、実際の裁判実務では判断できない事例が容易に想定される。（なお、B-1 説を支持する石井・前掲注 29) 904 頁では、従業者の共同創作の場合に、単独創作と異なり、事業者その他の第三者から情報を全く開示されていないとは事情が異なり、7 号適用に関する予測可能性を害しないとして「示された」に該当することもあり得ると説明されている。他方、7 号の趣旨があくまで漏洩するリスクがありつつも、事業者が業務の必要上、その保有する営業秘密を開示することにより、事業者と従業者との間には高度な信頼関係が生じたということであることを重視すれば、これらの場合も 7 号の適用を否定する方向に向かうであろうことも示唆されている。）

れた」要件を考える結果、どのような事情が認められる場合に「示された」に該当するのか明らかでなく、結果、A 説同様に従業者が利用できない営業秘密とそれ以外の自由に利用できる情報の区別が困難で、従業者の予見可能性を欠くことに加え、類推解釈として刑事罰の解釈としては許されないのではないかという問題がある。

しかしながら、そもそも、前記 3 点は「保有者」要件や「示された」要件で考慮すべき事項であろうか。先にみたとおり、図利加害目的においては、正当な権利行使か否かが考慮要素となっており、著しく信義則に違反する行為に処罰範囲を限定するために定められている要件であり、①と③は図利加害目的でも既に考慮されている。そして、②の情報に接する従業者の予見可能性を確保することは、秘密管理性要件の趣旨そのものであり、従業者の予見可能性を欠く場合にはそもそも秘密管理性要件が否定されることになる。このように上述の目的は 7 号等において斟酌されるべきものではあるものの、これらの目的は他の要件で検討されており、「保有者」要件や「示された」要件で改めて検討する必要のないものである。

以上より、本稿では、「保有者」要件や「示された」要件において、A-1 説から A-4 説、B-1 説及び B-3 説が採用するような特別の解釈（限定）は不要であると考え。そして、「示された」の解釈については、「従業者が使用・開示する情報につき、使用者が秘密管理するに至った、あるいは使用者において現に秘密管理している情報であるということを、利用行為時前に、使用者から明確に認識可能な形で使用者から示されていた場合をいう」と解釈する B-2 説を支持したい。

なお、B-2 説においては、秘密管理性要件と「示された」要件は重複することになるので、「示された」要件独自の意義はあまりないように思う⁷⁸⁾。逆に言うと、B-2 説の意義は、他の要件で考慮すべき事項を「保有者」要件や「示された」要件で検討した A 説や「示された」要件を過度に限定した B-1 説の問題点を指摘したことにある。従業者自身が開発、創作した情報についての営業秘密侵害の成否は、本来「示された」要件を中心に検討されるべき問題

ではなく、秘密管理性要件や図利加害目的において考慮されるべき問題である
と考える。

8 B-2 説に残された課題

本稿はB-2説を支持するが、同説にも残された課題がある。ここでは、そのうち代表的なものを3つと、それぞれについての差し当たりの解決策を示しておきたい。

まず、問題となるのは、使用者と従業者間以外の場面について、B-2説が十分に機能するかである。7号が対象とするのは、本稿で検討したような使用者と従業者間のみではない。例えば、ライセンサーがライセンシーにある営業秘密を開示した際に、ライセンシーが、図利加害目的で、当該営業秘密を自ら使用したり、第三者に開示したりすることは、同じく7号の規制対象となる。この場合に、B-2説が適用できるだろうかという問題である。というのも、営業秘密として管理しているとは、秘密として管理している情報が非公知であり、かつ、有用な場合を意味するが、秘密として管理しているかどうかはライセンサーの内部の事情であり、外部者であるライセンシーはライセンサーの秘密管理状況を明確に認識することはできないのではないかという疑問が生じるからである。

秘密管理性要件の趣旨は、保有者が秘密として管理しようとする対象（情報の範囲）が情報に接する者に対して明確化されることによって、情報に接する者の予見可能性を確保することにあるから、法第2条第6項の「秘密として管理されている」とは、ある情報を秘密として認識可能な措置が講じられていることを言う。

78) B-2説で、唯一、営業秘密を保有者から示された要件が問題となる事例として考えられるのは、想定事例の場合、情報を秘密管理しているPではなく、他の関係のないZから従業者Qが営業秘密侵害で訴えられた場合に、Qが使用したのはPの営業秘密であり、Zではないという意味で、Zは営業秘密の保有者ではなく、QはZから示されていないと判断される事例ぐらいである。

この点、従業員等の内部者との関係で、社内において実施される、「マル秘」など秘密であることを表示する措置や施錠可能なキャビネットや金庫等への保管は、外部者であるライセンサーが知る由もないから、外部者との関係で、秘密管理性要件がこのような措置を求めるわけではない。外部者との関係では、社内における「マル秘」表示に対応する措置として、外部者たるライセンサーとの間の秘密保持契約を締結し、当該秘密保持契約の中で営業秘密に該当する情報を具体的に特定する、又は、秘密保持契約で営業秘密に該当する情報の特定方法を規定し、別途情報提供時に営業秘密であることを特定して伝えることが考えられる。なぜなら、それによって、ライセンサーは営業秘密であることを認識できるので、このような措置をもって「秘密として管理されている」と評価されるからである。このように解するならば、B-2 説に立っても、ライセンサーは営業秘密を「保有者」から「示された」ことになる⁷⁹⁾。

次の課題として、従業員が使用者との関係で業務として開発、創作した情報以外の情報も「示された」に該当し、7号の適用対象が広がりすぎないかという問題である。例えば、従業員が就職前から保有していた情報や業務とは関係なく開発した自由発明などが考えられる。特に自由発明は、特許法においても、使用者への予約承継（特許法第35条第2項、平成27年改正特許法第35条第2項）や使用者の原始的取得の対象（平成27年改正特許法第35条第3項）とされ

79) 営業秘密の保有者と外部者の関係において、7号の成否が問題となるのは、ライセンス契約に基づく営業秘密の開示だけではない。例えば、製造販売業者Xと小売業者Yの間の仕入価格に関する営業秘密（東京地判平成14年2月5日判タ114号279頁：原価セール事件）、XとYの業務委託契約に係る業務の履行手順マニュアルに関する営業秘密（東京地判平成19年6月29日裁判所ホームページ：業務履行手順マニュアル事件）について、Yが原始的に取得、保有する情報で、Xから「示された」情報ではないとして7号に該当しないとした裁判例がある。この点、山根・前掲注14）L&T 64頁～65頁は、「いずれの事案においても、Yが当該営業秘密の原始的な取得者・保有者であるかどうかは重要ではない。あくまでも、Yの認識を基準として、Xの情報管理体制から、それらの営業情報がXの秘密管理する情報である、あるいは本件ノウハウがXの秘密管理するノウハウであるということを、Yが明確に予測し得たかどうかによって、7号の成否を判断すべきである」とする。

ていないにもかかわらず、使用者の営業秘密として、自由発明をした従業者の行為が営業秘密侵害となるのであれば、特許法に比して営業秘密の保護が過剰ともなりかねない。

このような情報については、使用者が秘密として管理し、非公知性と有用性を満たす情報であれば「営業秘密」に該当し、使用者が営業秘密として管理する情報であることを従業者に示した場合には、営業秘密を「保有者」から「示された」に該当するものの、原則として図利加害目的が否定され、営業秘密侵害は成立しないと考える。もともと保有していた情報や自由発明に従業者自身が第三者に開示し、又は、自ら使用する行為は不正な利益を得る目的があるとは言えず、また、保有者に不当な損害を与えるものでもないからである。なお、このような情報であっても、第三者が不正に取得した場合には使用者保有の営業秘密として法第2条第1項第4号や法第21条第1項第1号が成立すると考えるべきで、又は、情報をもともと保有していた者や自由発明の開発者以外の他の従業者が第三者に不正に開示し、又は、転職後に自ら不正に使用した場合には、使用者の営業秘密として7号の違反が成立すると考えるべきである。

そして、最後の残された課題としては、情報を開発、創作した従業者自身が当該情報を自ら営業秘密として管理した後に、保有者に当該情報を報告した場合に、B-2説がどのように考えるかである。営業秘密であるためには公知になってはいけないのであるから、情報を開発、創作した従業者が当該情報を生成した時から営業秘密としての管理を開始する場合が考えられ、この場合、当該従業者から使用者に営業秘密が報告される時点で、従業者から使用者に営業秘密が「示された」として、従業者が「保有者」となるのではないかとの疑問が生じるのである。

この点、2つの考えがあり得よう。まず、従業者の秘密管理行為は使用者の業務の一環として行われているものであり、従業者はいわば使用者の手足であって、従業者の秘密管理行為を使用者による秘密管理と評価するのが一つの考え方である。ただ、実際には、使用者の業務の一環としてではなく、従業者が自己のために秘密管理行為を行うことも考えられる。その場合は、次のよう

に考えるべきであろう。

営業秘密の保有者は単独であることは求められておらず、複数の者が保有者となる場合（もともとの情報の保有者やライセンサー）が予定されていることから、同じ情報であっても使用者の保有する「営業秘密」と従業者保有の「営業秘密」の双方が成り立ち得る。そして、従業者が開発、創作した情報を自ら秘密管理し、営業秘密として管理した後に、使用者に当該情報を自己が営業秘密として管理している情報として示した場合には、営業秘密を「保有者」から「示された」に該当し、使用者の第三者への開示行為や使用行為は7号の対象となり得る。しかしながら、従業者が自己の営業秘密として管理している情報が、使用者の職務として開発、創作されたものである場合には、使用者は当該情報を正当に使用、開示する権原を有しており、使用者の行為は不正なものとは言えず、図利加害目的が否定される。他方で、使用者は、従業者の営業秘密として示された情報を、使用者の営業秘密として管理し、その管理の事実を従業者に示すことによって、従業者の行為も7号の対象となり得ると考える。この場合、従業者自身が開発、創作した情報について7号が成立するかは本稿で検討したとおりであり、図利加害目的に関する事実の評価によるところとなる。このような理解は、不正競争行為に対して差止請求権を行使し得る立場にある者と、開示又は使用行為を行う者との間で、当該開示又は使用行為が「不正」な競争と評価できる場合に認められる相対的なものであるという基本的な考え⁸⁰⁾とも整合するものである。

六 おわりに

本稿では、従業者自身が開発、創作する情報の7号の該当性を判断するに当たって、他の知的財産権法を参照するA説と、参照しないB説について、細かなバリエーションを含めて、全部で7つの説を比較検討し、それぞれの説が

80) 大寄・前掲注14) 357頁

重視する目的を検討すべき要件を再整理した結果、B-2説を採用すべきことを明らかにした。立法担当者による解説以来、有力であったA説については、営業秘密が発明と著作物の双方の性格を兼有する場合に営業秘密の帰属先の判断に窮するという問題があり、転職の際などに情報の自由な利用や流通に支障が生じるという点で望ましくないことをみてきた。また、近時の特許法の改正の結果を踏まえてもこれらの問題点が解消しているとは言えない。

一方、学説上有力であるB-1説については、明確な見解である一方で、従業者による発明等をすべて7号の対象から除外してしまうことから、職業選択の自由を過度に配慮し、投資によって得られた成果を営業秘密として守ろうとする使用者の保護に欠けるところがあるように思われることを指摘した。従業者が開発、創作した情報について不正競争防止法での保護を否定した場合、企業としては不正競争防止法に頼るのではなく、他の手段を講じることになるが、その措置としては転職を一定期間禁じるといった競業避止義務契約が考えられ、営業秘密とされる場合に比して従業者にとってより不利益の大きい結果となってしまう可能性がある。また、情報は必要な範囲で広く共有し、活用することによって新たなイノベーションに結びつく可能性が高まるものである。営業秘密としての保護を否定した場合、企業としては、転職されてしまう可能性を考慮して情報に接する従業者を必要以上に限定することも考えられ、企業の研究開発にとってマイナスの影響も与えかねない。

また、行為の違法性の程度が高い場合には、情報の創作主体自らの行為であっても、営業秘密侵害となり得るケースは存在する。例えば、発明をなした従業員が転職後、同種の研究を続けている場合に、秘密とされていた大量の研究データを持ち出していた場合には営業秘密侵害となり得ると考えるが、そうではなく、紙や電子データとして保管されていた資料を持ち出さずに、自己の頭の中にある情報のみを使って研究活動をして新しい研究を行っていくことは当該研究者の職業選択の自由を考慮すれば、営業秘密侵害とはならないといったように、同じ主体の行為でも行為の態様によって法的評価は異なるべきである。このような行為態様を加味できるように、B-1説のように「示された」

要件で一律に対象外としてしまうのではなく、B-2 説を採用し、図利加害目的要件において諸要素を考慮して判断するべきと考える。

もっとも、B-2 説に課題がないわけではない。具体的には、従業者以外のライセンシーなどの第三者との関係において B-2 説が機能するのかという問題、従業者の自由発明等も 7 号の対象となり、B-2 説によると 7 号の適用対象範囲が拡がりすぎないかという問題、及び、従業者自身が秘密管理行為を行い、営業秘密として管理した場合の 7 号の取り扱いに関する問題である。これらについては、差し当たりの解決策を示したが、更なる検討が必要なのも事実である。これら残された課題については、更に研究を進めていきたい。