

不正競争防止法の見直しの方向性について

平成 1 5 年 2 月

産業構造審議会

知的財産政策部会

不正競争防止小委員会

目次

はじめに.....	1
第1章 民事的保護の強化.....	2
【1】現状と課題.....	2
(1)現状.....	2
政府の認識と取組.....	2
企業における実態等.....	2
(2)課題.....	3
【2】検討.....	4
(1)逸失利益の立証容易化規定の導入.....	4
現行法制等.....	4
具体的検討.....	5
(2)使用料相当額の認定規定における「通常」の文言の削除.....	7
現行法制等.....	7
具体的検討.....	7
(3)具体的態様の明示義務規定の導入.....	7
現行法制等.....	8
具体的検討.....	8
(4)侵害行為の立証のための文書提出命令の拡充及びインカメラ手続の導入.....	9
現行法制等.....	9
具体的検討.....	11
(5)計算鑑定人制度の導入.....	12
現行法制等.....	12
具体的検討.....	13
(6)立証が極めて困難な場合の相当な損害額の認定規定の導入.....	13
現行法制等.....	13
具体的検討.....	14

第2章 営業秘密の刑事的保護	15
【1】現状と課題	15
(1)現状	15
政府の認識と取組	15
企業における実態等	15
(2)課題	16
【2】検討	18
(1)刑事罰導入の視点	18
処罰の間隙	18
留意事項	18
(2)具体的検討	19
一般的な問題	19
不正取得	23
不正使用・不正開示	25
二次的関与者	26
第3章 ネットワーク化への対応	28
【1】現状と課題	28
(1)現状	28
政府の認識と取組	28
企業における実態等	28
(2)課題	29
【2】検討	30
(1)「商品」「物」の概念	30
現行法制等	30
具体的検討	32
(2)「使用」の概念	32
現行法制	32
具体的検討	33
(3)「譲渡」「引き渡し」の概念	34
現行法制	34
具体的検討	35

第4章 訴訟上の営業秘密の保護強化	36
【1】現状と課題	36
(1)現状	36
政府の認識と取組	36
企業における実態等	36
(2)課題	36
【2】検討	36
(1)現行法制等	37
日本国憲法	37
民事訴訟	37
刑事訴訟	39
(2)具体的検討	39

はじめに

アジアをはじめとする途上国が低廉な労働力と生産技術の向上を背景に競争力を伸ばし、社会の情報化が進展する中で、我が国産業の競争力低下が強く懸念されている。我が国の進むべき道は、過去の成功を支えた従来型の生産システムから脱却して、優れた発明等の知的財産を戦略的に創造、保護、活用し、付加価値の高い経済・社会システムを構築していくことである。

こうした状況認識の下、平成13年10月には、経済産業省において「産業競争力と知的財産を考える研究会」が設置され、知的財産の創造、保護、活用を促進するための制度整備について広範な検討が加えられ、平成14年6月に具体的な政策提言がとりまとめられた。また、平成14年3月には小泉総理大臣主催の「知的財産戦略会議」が設置され、同年7月に100余の具体的行動計画を盛り込んだ「知的財産戦略大綱」が策定されたところである。

上記においては、不正競争防止法に関連する課題として、訴訟における原告の民事的保護の強化、営業秘密の刑事的保護、ネットワーク化への対応及び訴訟上の営業秘密の保護強化が掲げられている。当小委員会においては、それぞれの論点ごとに検討を加え、望ましい政策の方向性について本報告書を取りまとめた。

今回の検討内容を受け、政府部内における今通常国会への不正競争防止法改正法案の提出も含めた検討を要請する。

(備考)「知的財産(権)」「産業財産(権)」について

「知的財産戦略大綱」において、従来の「知的所有権」という用語を可能な限り「知的財産」、「知的財産権」に統一すること、また「工業所有権」という用語に替えて「産業財産」、「産業財産権」を使用することとされていることから、本報告書においては、この方針を踏まえ、新しい用語に統一した。

第1章 民事的保護の強化

【1】現状と課題

(1)現状

政府の認識と取組

我が国の知的財産権侵害訴訟については、平成10年及び11年に産業財産権4法、平成12年には著作権法が改正され、救済措置の強化が図られた。知的財産法の一つである不正競争防止法については、民事上の救済措置の強化を検討し、平成15年の通常国会に不正競争防止法改正法案を提出することが必要である旨、「知的財産戦略大綱」において決定されたところである。

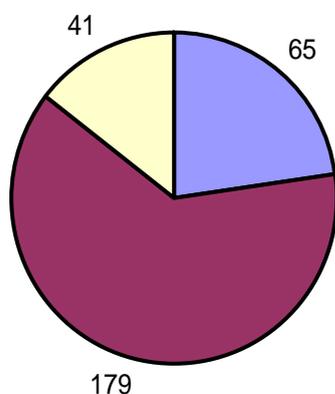
企業における実態等

() 6割以上の企業は、現行不正競争防止法上の民事的保護は不十分であると回答。

問 .現行不正競争防止法による民事救済は、十分であるといえるか。

十分である。

不十分である。



「その他」の主な内容

- ・やり得感」が強い。
- ・不正競争防止法だけでなく、民事の紛争解決制度全体の中で考えるべき。
- ・規定は満足しているが、運用に困難がある。
- ・よくわからない。

- 十分
- 不十分
- その他

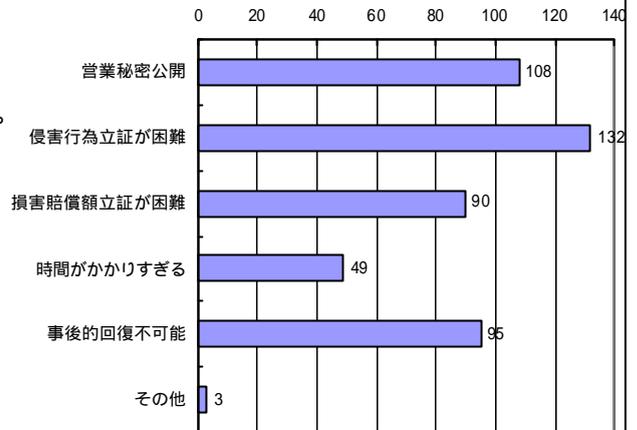
(日本知的財産協会及び経営法友会所属企業へのアンケート調査。数字は延べ回答数。)

経済産業省集計。平成13年11月実施)

() 立証の困難性が最大の問題点と認識。

問.(前問で を選択された場合)、具体的には、どのような点に問題があるか(複数回答可)。

訴訟を提起する場合、裁判公開原則との関係で
 自社の営業秘密を公開しなければならなくなる。
 相手方の侵害行為を立証することが困難である。
 損害賠償額を立証することが困難であり、納得
 のいく賠償金が取れない。
 解決までに時間がかかりすぎる。
 一度営業秘密が漏洩してしまった以上、事後的
 に回復を図ることは不可能である。



「その他」: 弁護士費用が高い。
 ・営業秘密の要件である「管理性」が厳しい。

(日本知的財産協会及び経営法友会所属企業へのアンケート調査。数字は延べ回答数。)

経済産業省集計。平成13年11月実施)

(2)課題

我が国の知的財産権侵害訴訟については、審理期間が長く、許容される損害賠償額も低額であるため、権利者の保護が不十分であるとの指摘があったため、以下の表の から までについて、平成10年及び11年の産業財産権4法、平成12年の著作権法の改正により、知的財産権侵害に対する救済措置の強化が図られた。

不正競争防止法に関する訴訟事件においても、同様の指摘がなされていることから、基本的に同趣旨の規定を導入することが望ましいと思われる。

もっとも、不正競争防止法は様々な行為類型を含むことから、その特徴に十分に留意しつつ、検討を行うことが必要である。

< 近時の知的財産権法改正について >

	特許法	実用新案法	意匠法	商標法	著作権法
逸失利益の立証容易化規定	第102条第1項	第29条第1項	第39条第1項	第38条第1項	
使用料相当額の認定規定	第102条第3項	第29条第3項	第39条第3項	第38条第3項	第114条第2項
具体的態様の明示義務規定	第104条の2	第30条	第41条	第39条	

文書提出命令 規定等	第105条	第30条	第41条	第39条	第114条の2
計算鑑定人規 定	第105条の2	第30条	第41条	第39条	第114条の3
立証が極めて 困難な場合の損 害額の認定規定	第105条の3	第30条	第41条	第39条	第114条の4

【2】検討

民事的保護の強化については、以下のとおりとする。

- (1)特許法第102条第1項等と同様の逸失利益の立証容易化規定を導入する方向で考える。
- (2)特許法第102条第3項等と同様の使用料相当額の認定規定における「通常」の文言を削除する方向で考える。
- (3)特許法第104条の2と同様の具体的態様の明示義務規定を導入する方向で考える。
- (4)特許法第105条と同様の侵害行為の立証のための文書提出命令及びインカメラ手続規定を導入する方向で考える。
- (5)特許法第105条の2と同様の計算鑑定人規定を導入する方向で考える。
- (6)特許法第105条の3と同様の立証が極めて困難な場合の相当な損害額の認定規定を導入する方向で考える。

(1)逸失利益の立証容易化規定の導入

論点

損害額の算定方法の一つである逸失利益(侵害行為がなければ得られたであろう利益)の立証の容易化を図るため、特許法第102条第1項等と同様に「被告の譲渡数量×原告の単位数量当たりの利益額」を算定方法とする規定を導入するか。

対応

特許法第102条第1項等と同様に「被告の譲渡数量×原告の単位数量当たりの利益額」を算定方法とする逸失利益の立証容易化規定を導入する(具体的には、不正競争防止法第2条第1項第1号～3号、4号～9号(技術上の秘密に限る。)及び第15号の不正競争行為を対象とする)方向で考える。

現行法制等

()平成10年改正特許法第102条第1項等の趣旨

平成10年改正前においても、民法第709条に基づき、侵害行為がなけれ

ば得られたであろう利益（逸失利益）の賠償を請求することが可能であった。

しかしながら、こうした請求に対する判例を見てみると、因果関係（すなわち「（侵害行為がなければ）侵害品の数量すべてを権利者が販売し得たこと」）を原告が十分に立証ができた場合にしか逸失利益の賠償が認められておらず、それ以外の場合には、損害賠償は全く認められていない（つまりオール・オア・ナッシング的認定）現状であった。

したがって、こうした問題を解決するため、平成10年改正において、特許法第102条第1項を新設し、侵害者の営業努力や代替品の存在等の事情が存在し、侵害品の譲渡数量すべてを権利者が販売し得たとはいえない場合であっても、それらの事情を考慮した妥当な逸失利益の賠償を可能とする損害額の算定方法を規定した。

なお、実用新案権、意匠権、商標権の侵害があった場合にも、同様の立証の困難性の問題があるため、特許法第102条第1項と同様の規定を置く改正を行った。

[参照条文 - 特許法]

第102条 特許権者又は専用実施権者が故意又は過失により自己の特許権又は専用実施権を侵害した者に対しその侵害により自己が受けた損害の賠償を請求する場合において、その者がその侵害の行為を組成した物を譲渡したときは、その譲渡した物の数量（以下この項において「譲渡数量」という。）に、特許権者又は専用実施権者がその侵害の行為がなければ販売することができた物の単位数量当たりの利益の額を乗じて得た額を、特許権者又は専用実施権者の実施の能力に応じた額を超えない限度において、特許権者又は専用実施権者が受けた損害の額とすることができる。ただし、譲渡数量の全部又は一部に相当する数量を特許権者又は専用実施権者が販売することができないとする事情があるときは、当該事情に相当する数量に応じた額を控除するものとする。

具体的検討

（ ）全体的検討

不正競争防止法の損害賠償額は一般的に低額となることが多く、いわゆる「侵害し得」の状況が存在しているとの指摘がある中、特許法第102条第1項等と同様の逸失利益の立証容易化規定を不正競争防止法にも導入することにより、かかる現状が改善されることが期待される。

この点、不正競争防止法における侵害行為においても、商品の譲渡数量を基礎として逸失利益を算定することができるものが存在することから（（ ）個別的検討を参照）特許法第102条第1項等と同様の逸失利益の立証容易化規定を活用できると考えられる。

また、特許法第102条第1項等の適用範囲については、立法者意思として、「譲渡」以外の場合（「貸渡し」等）についても、本規定の算定方法が妥当する場合には、この考え方を参考にした損害賠償額の算定が可能」と解されていることから、不正競争防止法においても、行為態様に応じて適宜柔軟に適用することが可能と考えられる。

もっとも、不正競争防止法は行為規制法であり、権利付与法である特許権のように排他的独占権に基づいて、直ちに侵害品と権利者商品が市場において補完関係に立つと解することはできないため、裁判所においては、不正競争防止法の特徴に配慮した運用が行われる必要がある。例えば、(a)「侵害の行為がなければ販売することができた」(＝市場の競合)という要件により本規定を適用すべき場面を適切に画するとともに、(b)「(原告の)行為能力に応じた額を超えない限度において」及び「販売することができないとする事情」について個別具体的に認定を行うことにより、柔軟に損害額の調整を図ることが必要と考える。

() 個別的検討

他人の商品等表示を使用した商品の譲渡(第1号、第2号、第15号)については、営業上の信用が化体した標識の冒用行為であり、かかる冒用行為により冒用者の商品を購入することによって被冒用者の売上が減少するという関係が成り立ち得るため、(競合関係が認められる場合であれば)逸失利益の立証容易化規定を適用することが商標法と同様に可能であると考えられる。

他人の商品の形態を模倣した商品の譲渡(第3号)については、市場における先行者が、他者が独自に商品化するまでの期間は、他者と競合することなく、事実上独占的に商品の販売を行うことができたはずであるから、市場先行の利益が奪われる点において、意匠法と同様に逸失利益の立証容易化規定が妥当すると考えられる。

営業秘密を使用した商品の譲渡(第4号から第9号まで)については、不正使用の対象となった営業秘密の成果物を他者が市場で営業に用いることによって、営業秘密の保有者が当該市場において有する利益が減少するという競合関係が存在する場合に、逸失利益の立証容易化規定を適用する余地がある。具体的には、技術上の秘密については、不正に取得した技術上の秘密を使用した商品を市場で譲渡することによって、被侵害者がその商品を販売することができないという関係が成り立つことが特許法と同様に考えられる。他方、顧客名簿等の営業上の秘密については、営業上の秘密が化体した商品を譲渡したわけではないため、必ずしも経験則上算定方法が妥当とはいえないと考えられる。

その他(第10号から第14号まで)については、必ずしも他人の成果を冒用して製品を販売していることにより権利者のシェアを奪っているものとは言えないほか、その逸失利益が一定の算定方法により典型的に観念することは困難であると考えられることから、否定的に考えられる。

(2)使用料相当額の認定規定における「通常」の文言の削除

論点

不正競争防止法第5条第2項の使用料相当額の認定規定において、訴訟当事者間の具体的事情を考慮した妥当な使用料相当額を認定できるよう「通常」の文言を削除するか。

対応

特許法第102条第3項等と同様に「通常」の文言を削除する方向で考える。

現行法制等

平成10年改正特許法第102条第3項等の趣旨

改正前特許法第102条第2項は、使用料相当額を損害額として賠償請求することが可能であったが、この場合、誠実に使用を受けたものと同じ実施料を支払えば良い結果となり、「侵害し得」の状況が指摘されていた。

また、業界相場や国有特許の実施料を使用料相当額とする判決が多いと言われ、当該事件の個別事情が考慮されていなかった。

このため、使用料相当額の認定規定における「通常」の文言を削除することにより、諸般の事情を考慮して適切な水準の賠償額を算定できることとした。

なお、実用新案権、意匠権、商標権の侵害の場合の使用料相当額の賠償に関する規定についても、特許法と同様「通常」の文言を削除する改正を行った。

[参照条文 - 特許法]
第102条

3 特許権者又は専用実施権者は、故意又は過失により自己の特許権又は専用実施権を侵害した者に対し、その特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額に相当する額の金銭を、自己が受けた損害の額としてその賠償を請求することができる。

具体的検討

上記の趣旨が不正競争防止法事案についても妥当すると解され、特許法第102条第3項等と同様に「通常」の文言を削除する方向で考える。

(3)具体的態様の明示義務規定の導入

論点

相手方（原告）の主張を否認するときは、自己（被告）の行為を説明しなければならないとする「具体的態様の明示義務」規定を導入するか。

対応

特許法第104条の2と同様の規定を置く方向で考える。

現行法制等

() 民事訴訟規則第79条第3項の趣旨

当事者が相手方の主張事実を否認する場合、これと両立し得ない事実の存在などを明らかにすることで争点が明確になり、迅速かつ充実した審理が可能になること、旧民事訴訟法の実務においても「積極否認」(相手方の主張を否認する場合には、単に否認するだけではなく、理由付きの否認をしなければならない。)が審理の充実化に役立っていたこと等から、積極否認を励行する訴訟慣行の確立を目的として規定された。

[参照条文 - 民事訴訟規則]

第79条

3 準備書面において相手方の主張する事実を否認する場合には、その理由を記載しなければならない

() 平成11年改正特許法第104条の2等の趣旨

特許権侵害訴訟を提起する場合、権利者は、相手方による実施行為(いわゆるイ号)を特定して、侵害の行為があった旨立証しなければならないが、権利者によるイ号特定は困難である。このため、権利者のみならず、相手方もイ号特定に積極的に関与させ、イ号特定を迅速化する必要から、民事訴訟規則第79条第3項の特則として、本規定が設けられた。

ただし、その内容に営業秘密が含まれている場合や主張すべき内容が何もない場合等、自己の具体的態様を明らかにすることができない「相当の理由」があるときは、拒むことができるものとした。(もっとも、「相当の理由」があるとは認められないにもかかわらず、相手方が本規定に従った対応をしない場合についての制裁措置は設けられていない。)

なお、実用新案権、意匠権、商標権の侵害があった場合にも、侵害行為の立証について特許権と同様の問題があるため、特許法の規定を準用することとした。

[参照条文 - 特許法]

第104条の2 特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟において、特許権者又は専用実施権者が侵害の行為を組成したのものとして主張する物又は方法の具体的態様を否認するときは、相手方は、自己の行為の具体的態様を明らかにしなければならない。ただし、相手方において明らかにすることができない相当の理由があるときは、この限りでない。

具体的検討

具体的態様の明示義務規定により、実務上、裁判官による争点の明確化・訴訟運営の迅速化が図られていることから、不正競争防止法においても同様に争点の明確化・訴訟運営の迅速化を図ることができるのであれば、導入することが望ましいと考える。

この点、周知・著名表示や商品形態模倣に係る訴訟（第1号から第3号まで）等については、原則、市場において侵害品等を入手することが容易であるので、本規定の活用場面は少ないとも考えられるが、未だ市場に侵害品が出回っていない段階においては、本規定の活用により原告の立証容易化が図られるものと期待される。

また、営業秘密に係る訴訟（第4号から第9号まで）については、営業秘密それ自体は、ただし書の例外事由としての「相当の理由」に該当し、被告に具体的態様の明示義務は課されないが、営業秘密に該当しないような技術上の情報等については、具体的態様を明示する義務が生じること、また、実務上は必ずしも営業秘密の中核となる部分を常に開示することを求めなくとも、周辺部分の有用情報を開示することによって特定が可能となる場合があること等から、立証の容易化に資すると考えられる。

もっとも、不正競争防止法上の訴訟は、産業財産権を有していない者も提起できることから、原告となる主体及び保護される客体が必ずしも明確ではなく、被告に一方的に明示義務を課することのないよう適切に運用されることが必要と考えられる。

(4) 侵害行為の立証のための文書提出命令の拡充及びインカメラ手続の導入

論点

相手方の侵害行為を立証するため、必要な書類の提出等を命じることができ「文書提出命令」を拡充するとともに、営業秘密を含む文書が不必要に開示されることを避けるため「インカメラ手続」を導入するか。

対応

特許法第105条と同様の規定を置く方向で考える。

現行法制等

() 民事訴訟法第223条における趣旨

平成8年民事訴訟法改正により、文書提出義務が一般義務とされ、証拠の偏在等による原告の立証の困難性が軽減し、より充実した適正な審理の実現が可能となった。

ただし、民事訴訟法第220条第4号八の除外事由である「技術又は職業の秘密」に関する事項等については、義務を免除することにより、文書所持者の利益の保護を図っているが、当該除外事由の存否については、文書を読読しないと判断できない場合があること、他方で当事者に開示すると除外事由を設けた趣旨が失われることからインカメラ手続を導入した。

[参照条文 - 民事訴訟法]

(文書提出命令等)

第223条 裁判所は、文書提出命令の申立てを理由があると認めるときは、決定で、文書の所持者に対し、その提出を命ずる。この場合において、文書に取り調べる必要がないと認める部分又は提出の義務があると認められない部分があるときは、その部分を除いて、提出を命ずることができる。

6 裁判所は、文書提出命令の申立てに係る文書が第二百二十条第四号イからニまでに掲げる文書のいずれかに該当するかどうかの判断をするため必要があると認めるときは、文書の所持者にその提示をさせることができる。この場合においては、何人も、その提示された文書の開示を求めることができない。

(文書提出義務)

第220条 次に掲げる場合には、文書の所持者は、その提出を拒むことができない。

四 前三号に掲げる場合のほか、文書が次に掲げるもののいずれにも該当しないとき。

ハ 第百九十七条第一項第二号に規定する事実又は同項第三号に規定する事項で、黙秘の義務が免除されていないものが記載されている文書

(証言拒絶権)

第197条 次に掲げる場合には、証人は、証言を拒むことができる。

三 技術又は職業の秘密に関する事項について尋問を受ける場合

() 平成11年改正特許法第105条等の趣旨

・第1項及び第2項について

相手方の行為を立証するために必要な文書は、営業秘密と密接に関連していることが多いが、民事訴訟法第220条の規定によれば、「技術又は職業の秘密」に関する文書については、提出義務がないこととされている。

このため、民事訴訟法では文書提出義務がないとされた営業秘密等が記載されている文書であっても、訴訟上必要な証拠が提出される必要から、提出を拒む「正当な理由」がなければ提出を命ずることができるようにした。

同時に、文書中に記載されている営業秘密が不必要に開示されることを避けるため、営業秘密を含む文書の提出を拒む「正当な理由」の有無の判断は、裁判所のみによるインカメラ審理により行うこととした。

・第3項について

物の発明に係る特許権侵害が争われているようなときには、相手方の行為について立証するため、対象となる物を裁判所に直接持ち込んで調べたり、相手方の工場内において製造装置を調べたりすること(検証)が必要な場合もある。

このため、検証物の提示についても、第1項及び第2項の規定を準用し、検証物の提示義務について「正当な理由」の観点から判断できるようにした。

なお、実用新案権、意匠権、商標権の侵害があった場合にも、侵害行為の立証について特許権と同様の問題があるため、特許法の規定を準用することとした。

[参照条文 - 特許法]

第105条 裁判所は、特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟においては、当事者の申立てにより、当事者に対し、当該侵害行為について立証するため、又は当該侵害の行為による損害の計算をするため必要な書類の提出を命ずることができる。ただし、その書類の所持者においてその提出を拒むことについて正当な理由があるときは、この限りでない。

2 裁判所は、前項ただし書に規定する正当な理由があるかどうかの判断をするため必要があると

- 認めるときは、書類の所持者にその提示をさせることができる。この場合においては、何人も、その提示された書類の開示を求めることができない。
- 3 前2項の規定は、特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟における当該侵害行為について立証するため必要な検証の目的の提示について準用する。

具体的検討

営業秘密を含む文書（又は検証物）であっても、訴訟追行上の必要性の観点から証拠として提出されることが、原告の立証容易化、充実した適正な審理のために必要な場合があると考えられる。その際、営業秘密を含む文書について、その保護に十分留意しつつ、文書提出命令の発令を適正に行うためには、インカメラ手続を導入する必要があると考えられる。

この点、インカメラ手続については、（ ）当事者の関与が認められていないという「手続保障に対する危惧」、（ ）証拠採否の手続であるにもかかわらず、裁判官によって本案に対する心証が形成されてしまうという「心証形成に対する影響」が指摘されているものの、以下のように現状の訴訟運営や制度導入に係る趣旨にかんがみれば、許容され得るものとする。

- （ ）「手続保障に対する危惧」については、原告側に関しては、裁判所の訴訟指揮により、原告側と被告側（文書所持者）の合意があれば、原告側の代理人等の立会を認めることができる。他方、被告側（文書所持者）に関しては、文書を提出する際に、自己の証拠説明をすることが可能である点で、当該手続に関与することができる。

また、仮に原告側の文書提出命令が却下された場合には、民事訴訟法第223条第7項には、高等裁判所に即時抗告を可能とする規定が置かれている。いずれにしても、インカメラ手続に至るまでに、周辺的な事情等の主張立証がされていることから、これらの点も考慮して判断することで一定の手続保障が図られるものとする。

- （ ）「心証形成に対する影響」については、そもそもインカメラ手続での証拠提出の段階と本案審理での証拠調べの段階は異なるもので、裁判官は各々の段階で心証を明確に分けているため、本案審理における心証を形成することはないと考えることができる。

結局、平成8年の民事訴訟法改正の際に、秘密性の判断を裁判所に委ねて可能な限り証拠の提出を図るといった実務的な解決が行われ、平成11年の産業財産権4法改正においてもこれを踏襲した経緯もあることから、不正競争防止法においても、特許法第105条と同様の規定を導入することが適当と考えられる。

(5)計算鑑定人制度の導入

論点

侵害者の協力義務の下に、損害の計算に必要な書類を中立的な第三者（公認会計士等）に見せて、損害の計算に必要な事項を裁判所に報告させるとする「計算鑑定人制度」を導入するか。

対応

特許法第105条の2と同様の規定を置く方向で考える。

現行法制等

() 民事訴訟法第163条等の趣旨

・当事者照会制度

訴訟の係属中に、当事者が主張又は立証するために必要な事項について当事者が相手方から直接に書面で情報を入手することができるようにした。

・鑑定人の発問等

鑑定のため必要があるときは、鑑定人の審理への立会権並びに証人又は当事者本人の尋問における裁判長に対する求問権及び直接の発問権を認めることとした。

[参照条文 - 民事訴訟法]

(当事者照会)

第163条 当事者は、訴訟の係属中、相手方に対し、主張又は立証を準備するために必要な事項について、相当の期間を定めて、書面で回答するよう、書面で照会をすることができる。ただし、その照会が次の各号のいずれかに該当するときは、この限りでない。

(鑑定人の発問等)

民事訴訟規則第133条 鑑定人は、鑑定のために必要があるときは、審理に立ち会い、裁判長に証人若しくは当事者本人に対する尋問を求め、又は裁判長の許可を得て、これらの者に対し直接に問いを発することができる。

() 平成11年改正特許法第105条の2等の趣旨

特許法第105条では、損害の計算に必要な書類の提出を求めることができるが、

(ア) 提出される文書の量が膨大であり、経理・会計の専門家でない裁判官、

弁護士にとっては、文書を正確かつ迅速に理解することが困難である、

(イ) 提出された文書が、略語等で表記されている場合、その内容について説明を受けることなしに理解できない、

(ウ) 提出された文書に対し、民事訴訟法の当事者照会制度や民事訴訟規則の鑑定人の発問等の制度を活用しても、相手方が説明に応じない場合、理解できない場合がある、

こと等から、損害の立証の迅速化及び効率化を図るためには、侵害者の協力義

務の下に、損害の計算に必要な書類を中立的な第三者（公認会計士等）に見せて、損害の計算に必要な事項を裁判所に報告させる制度を設けることとした。

なお、実用新案権、意匠権、商標権の侵害があった場合にも、損害額の立証について特許権と同様の問題があるため、特許法の規定を準用することとした。

[参照条文 - 特許法]
(損害計算のための鑑定)

第 105 条の 2 特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟において、当事者の申立てにより、裁判所が当該侵害の行為による損害の計算をするため必要な事項について鑑定を命じたときは、当事者は、鑑定人に対し、当該鑑定をするため必要な事項について説明しなければならない。

具体的検討

上記 の趣旨が不正競争防止法事案についても妥当すると解され、特許法第 105 条の 2 と同様の規定を置く方向で考える。

(6)立証が極めて困難な場合の相当な損害額の認定規定の導入

論点

確信を得るに足る立証がされた事実だけでなく、裁判所の判断により、相当程度の蓋然性がある事実まで考慮して、実質的な規模の損害賠償の実現を図る「立証が極めて困難な場合の相当な損害額の認定規定」を導入するか。

対応

特許法第 105 条の 3 と同様の規定を置く方向で考える。

現行法制等

() 民事訴訟法第 248 条の趣旨

裁判所が、自由心証により、損害発生自体を認めることができた場合は、たとえ、具体的・個別的な損害額がいくらかを明確に認めることができない場合であっても、裁判所の判断により、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づいて損害額を算出・認定することができるとして、被害者の救済を図ったものである。

[参照条文 - 民事訴訟法]
(損害額の認定)

第 248 条 損害が生じたことが認められる場合において、損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるときは、裁判所は、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき、相当な損害額を認定することができる。

() 平成 11 年改正特許法第 105 条の 3 の趣旨

特許権侵害による損害は、経済活動を通じて発生するため、損害額を立証することが困難であり、特許法第 102 条の規定等により権利者による損害額の

立証困難性を軽減している。

しかしながら、特許法第102条第1項による算定方法が困難な場合や、同項の算定にあたり、被告の販売数量を立証することに極めて高いコストがかかる場合等が想定できるため、裁判所の判断により、実質的な損害額を認定できるようにした。

なお、実用新案権、意匠権、商標権の侵害があった場合にも、損害額の立証について特許権と同様の問題があるため、特許法の規定を準用することとした。

[参照条文 - 特許法]
(相当な損害額の認定)

第105条の3 特許権又は専用実施権の侵害に係る訴訟において、損害が生じたことが認められる場合において、損害額を立証するために必要な事実を立証することが当該事実の性質上極めて困難であるときは、裁判所は、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づき、相当な損害額を認定することができる。

具体的検討

上記の趣旨が不正競争防止法事案についても妥当すると解され、特許法第105条の3と同様の規定を置く方向で考える。

第2章 営業秘密の刑事的保護

【1】現状と課題

(1)現状

政府の認識と取組

我が国企業の営業秘密が競合他社に流出する事例が増加して企業の競争力が損なわれている現状に対し、不正競争防止法に営業秘密の不正取得等に対する罰則規定を導入すべく、罰則規定が人材の流動化にもたらす抑止効果等の問題点にも配慮しながら検討を進め、平成15年の通常国会に改正法案を提出する旨、「知的財産戦略大綱」において決定されたところである。

企業における実態等

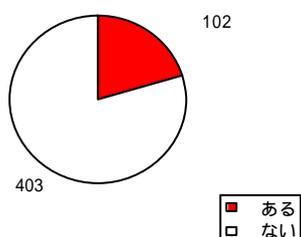
経済・産業構造が大きく変化しようとしつつある中、経済活動における営業秘密の重要性は、今日一層高まっている。しかも、昨今の情報のデジタル化や社会のネットワーク化、人材の流動化等に伴い、企業の営業秘密が国内外の競合他社に流出し、企業の競争力を損なう等、営業秘密をめぐるトラブルが増大している。

このように営業秘密の侵害のおそれが増大している今日においては、営業秘密の刑事的保護を求める意見が増えている。

() 企業の約2割が自社の営業秘密に関し、トラブルを経験。

Q. 貴社において、貴社の保有する企業情報に関して、貴社従業員その他との間でトラブルとなったケースはあるか。

ある。 ない。



(日本知的財産協会及び経営法友会所属企業へのアンケート調査。数字は延べ回答数。)

経済産業省集計。平成13年11月実施)

() 条件付きも含め企業の約 8 割が、営業秘密の刑事的保護に賛成。

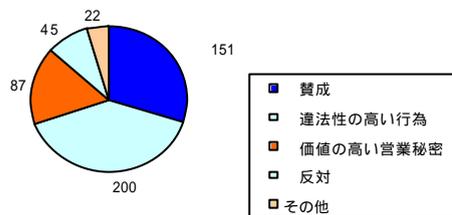
Q. 営業秘密の不正な取得、利用行為を刑事罰をもって規制すべきであるという考え方があがるが、かかる考え方に賛成か、反対か。

賛成

現行不正競争防止法の民事規制が及ぶ行為類型（不正競争防止法 2 条 1 項 4 号～ 9 号）全てについて刑事罰を設けることは反対だが、違法性の高い行為については刑事罰の対象とすることには賛成

現行不正競争防止法の保護対象である営業秘密全てを刑事罰による保護対象とすることには反対だが、一定の価値の高い営業秘密のみを刑事罰による保護対象とすることには賛成

反対



「その他」の主な内容

- ・議論が固まっておらず、現行法で対応すべき
- ・基本的に賛成ながら、善意、悪意のみの判断に基づくべき。

(日本知的財産協会及び経営法友会所属企業へのアンケート調査。数字は延べ回答数。)

経済産業省集計。平成 13 年 1 1 月実施)

() 企業内の情報化が進展。

「平成 13 年情報処理実態調査」によれば、「ネットワーク及びインターネットの利用状況」については、「LAN の導入率も、毎年増え続けており、本年度は、94% に達しており、インターネットに接続している企業は 91% となっている。」旨の報告がされている。

(2) 課題

平成 2 年の不正競争防止法の改正により、営業秘密の不正取得等の行為が不正競争行為として規定され、差止請求・損害賠償請求といった民事救済が可能となったが、刑事罰は導入されなかった。

この点、以下の表のとおり、営業秘密に係る有体物（財物）の不正取得等については、刑法において窃盗罪や横領罪等が成立するものの、無体物（情報）である営業秘密自体については、現在は、一定の範囲においてのみ（不正アクセス禁止法や刑法上の背任罪等の規定により）刑事的保護が図られている状況である。一方、アメリカ、ドイツ、フランス、韓国、中国等の諸外国においては無体物である営業秘密自体を客体とする刑事罰が存在している。

社会のネットワーク化、雇用の流動化等が進展する状況にかんがみれば、侵害のおそれが増大することが予想されるため、現行の民事的救済措置に加えて、刑事罰の導入に向けた検討が必要である。

ただし、営業秘密に係る刑事罰の導入には、人材の流動化等に対する萎縮的效果等、営業秘密の保護強化に伴って生じる弊害のおそれに十分に留意しつつ、検討を行うことが必要である。

＜営業秘密に係る不正行為についての民事・刑事現行規定対照表＞

行為態様		民 事		刑 事		
		不正な手段による取得	正当に示された場合	財物	情報	
一次的 関与	不正取得	不競法 2 条 1 項 4 号	正当に示された場合	窃盗罪（刑法 2 3 5 条） 強盗罪（刑法 2 3 6 条） 詐欺罪（同法 2 4 6 条） 恐喝罪（同法 2 4 9 条）	×（注 1）	
	不正使用			横領罪（刑法 2 5 2 条）		
	不正開示		不競法 2 条 1 項 7 号	背任罪（刑法 2 4 7 条） 秘密漏示罪（刑法 1 3 4 条）	（注 2） 背任罪 秘密漏示罪	
一次的 関与	取得時 悪意 重過失	取得	不競法 2 条 1 項 5 号	不競法 2 条 1 項 8 号	盗品等に関する罪 （刑法 2 5 6 条）	×（注 3）
	取得後 悪意 重過失	使用	不競法 2 条 1 項 6 号	不競法 2 条 1 項 9 号		
					開示	

（注 1）ただし、建造物侵入罪（刑法 1 3 0 条）、暴行罪（刑法 2 0 8 条）、脅迫罪（刑法 2 2 2 条）、強要罪（刑法 2 2 3 条）、不正アクセス禁止法違反等が成立する余地あり。

（注 2）背任罪の主体は「他人の事務を処理する者」に限定されており、また秘密漏示罪の主体も限定的である。

（注 3）ただし、共犯処罰の余地あり。

【2】検討

今日、営業秘密が特許権と並んで産業競争力の源泉となっていることにかんがみ、営業秘密の侵害の重大性と、労働者の転職の自由や内部告発など他者の利益との調和の見地から、(1)不正取得及び(2)不正使用・開示について、違法性の高い行為に絞り込んで処罰を行う方向で検討を行う。

(1) 刑事罰導入の視点

処罰の間隙

刑罰規定を設けるに際し、不正競争防止法上の（民事の）営業秘密に係る不正競争行為と比較の上、現行刑法で不可罰とされる違法性の高い行為を検討する必要がある（前頁の「営業秘密に係る不正行為についての民事・刑事現行規定対照表」参照）。

この点、現行刑法においては、主として財物（有体物）のみを対象として処罰規定が設けられている。しかしながら、昨今の情報のデジタル化や人材の流動化により、現行刑法の制定当時では想定されなかった情報（無体物）である営業秘密自体の不正取得等の紛争が増大しており、また、営業秘密の価値の増加により、これらの行為による被害も甚大化しているといえる。具体的には、第三者が情報を写真に撮って不正に取得する事案（不正競争防止法第2条第1項第4号に該当する事案）や、非管理職が職務上取得した情報を不正に開示する事案（同項7号に該当する例／東洋レーヨン事件判決参照）等が不可罰となっている。

このような処罰の間隙が存在していることにかんがみれば、無体物（情報）としての営業秘密自体の不正取得・使用・開示について、違法性の高い行為について処罰を検討する必要があると考えられる。

留意事項

違法性の高い行為を構成要件として定めるに当たり、昭和40年代から50年代にかけての改正刑法草案検討時に提起された以下の点等に留意する必要があると考えられる。

ただし、現在においては「知的財産戦略大綱」の記述にもあるように、経済活動における営業秘密の重要性が高まっていることから、当時からの状況の変化を前提に検討を加える必要がある。

< 「改正刑法草案」に対する反対意見 >

- () 特許と異なり、公開という代償を払わない企業に独占同様の過剰の利益を与えようとするに等しい。
- () 労働者の退職・転職の自由を束縛する結果となる。
- () 「秘密」の概念が不明確であり、かつ裁判上その認定をいかにすべきかについて問題がある。
- () 背任罪と重複する場合が多く、必要性に乏しい。
- () 消費者運動・公害反対運動等に対する重大な抑制となる。
- () 報道機関の取材・報道の自由が不当な拘束を受ける。

(考え方)

()について

営業秘密の重要性の高まりとともに、平成2年の不正競争防止法改正により、営業秘密について民事的な保護が図られた。さらに、「知的財産戦略大綱」等においても、営業秘密の一層の保護強化が望まれているところである。

()について

平成2年の不正競争防止法改正により、同法において、営業秘密に係る不正競争行為が規定され、営業秘密の定義も 非公知性 有用性 管理性を要件とする旨定められた。その後、営業秘密の概念に関する判例も蓄積している。

()について

東洋レーヨン事件判決のように、背任罪では処罰できない事例が考えられる。また、情報のデジタル化や社会のネットワーク化等に応じて発生する犯罪にも対処する必要性が生じている。

() () ()について

上記に配慮して構成要件を定める必要があると思われる。

(2) 具体的検討

営業秘密に係る不正競争行為に刑罰規定を設けるに際し、以下の論点について検討を行う必要がある。その際、特に、処罰の必要性と刑事処罰の謙抑性のバランスの見地から、明確かつ適切な構成要件を規定することに留意する必要があると考えられる。

以下、一般的な問題、不正取得、不正使用・開示、二次的関与者の順に検討を行う。

一般的な問題

() 保護法益

論点

営業秘密に係る不正競争行為の刑事罰の保護法益は何か。

対応

個人的法益（営業秘密の財産的価値）及び社会的法益（公正な競争秩序）を保護法益とする方向で考える。

（考え方）

不正競争防止法も知的財産法の一部を占めるものであるから、知的財産としての営業秘密の保護が問題となるため、個人的法益としての側面を有すると考えられる。

他方、不正競争防止法は、公正な競争の確保を目的としており（第1条）、本来自分で開発したり、正規の取引によって入手したりしなければならぬはずの情報を、何らかの不正な手段により獲得ないし使用する（させる）行為を抑止することは、当該目的に適合することから、社会的法益としての側面をも併せ持つと考えられる。

（ ）目的

論点

一定の目的を構成要件として規定するか。仮に規定する場合、どのような目的を記載するか。

対応

規定する方向で考える。具体的には、不正な競争行為を目的とする場合を対象として規定することが考えられる。

（考え方）

目的を規定することにより処罰範囲の限定が可能であり、違法性を基礎付けることが可能となることから、規定する方向で考える。

なお、不正な競争行為を目的とする場合を対象として規定することが考えられるが、これにより、内部告発等が処罰対象から排除されることが明確になるとともに、公正な競争秩序の維持という不正競争防止法の趣旨に合致することになると考えられる。

（ ）違法性

論点

「正当な理由がないこと」等の違法性阻却事由を、構成要件として規定するか。

対応

規定しない方向で考える。

（考え方）

「正当な理由がないこと」等の規定を設けなくとも、目的要件で絞りをかければ十分であると考えられる。

() 客体

論点

刑事罰の対象となる不正行為の客体を、「営業秘密」全般ではなく、「技術上の情報」等の一定の情報のみ限定するか。

対応

「営業秘密」一般を対象とする方向で考える。

(考え方)

本来、営業上の情報も、技術的情報と同様の有用性・財産的価値を備えたものであり、実際上も、営業上の情報の侵害への対応が問題となる。また、現在の経済社会における営業上の秘密の重要性にかんがみるとき、営業上の秘密を刑事罰の対象から除外する合理的な理由はないと考えられる。

論点

「営業秘密」全般を客体とする不正行為を処罰対象とする場合、「営業秘密」の秘密管理性について、民事上の要件とは異なった特別の要件を付加するか。

対応

民事上の要件と同様とする方向で考える。

(考え方)

「営業秘密」の秘密管理性の要件については、判例の蓄積があるため比較的明確といえる。また、民事上の管理性の要件も厳格に解されており、範囲も限定的といえる。したがって、民事上の要件と異なる特別の要件を付加することはせず、民事上の要件と同様とする方向で考える。

() 結果

論点

「損害の発生」等の結果発生を構成要件として規定するか。

対応

規定しない方向で考える。

(考え方)

営業秘密が不正に取得され、あるいは開示された場合において、その更なる使用・開示が当面予定されていないとしても、保有者の管理外にある営業秘密が存在すること自体が、いつでも使用・開示し得るという意味において、営業上の利益を侵害するおそれを基礎付けているといえることができる。また、損害がなくても、「不正取得」や「不正開示」といった行為態様のみによって違法性が認められるとも考えられる。

() 未遂

論点

未遂処罰規定を設けるか。

対応

規定しない方向で考える。

(考え方)

まず、不正取得に関しては、情報が不正に使用・開示されることによって始めて財産上の価値が低下することにかんがみ、その前段階の不正取得行為については、その未遂まで処罰する必要はないと考えられる。他方、不正使用・開示は、背任の未遂に相当すると解することのできる行為も含まれており、その未遂まで処罰する必要はないと考えられる。

() 刑罰

論点

どのような刑罰を科すか。

対応

懲役刑については3年以下、罰金刑については300万円以下とする方向で考える。

(考え方)

懲役刑に関しては、不正競争防止法第14条及び著作権法第119条と同様に解し、3年以下とすることが考えられる。これは、改正刑法草案作成時の懲役刑とも同じである。

罰金刑についても、不正競争防止法第14条及び著作権法第119条と同様に解し、300万円以下とすることが考えられる。

論点

国外への流出については処罰を厳しくするか。

対応

国内と同様とする方向で考える。

(考え方)

営業秘密の財産的価値を害する点では、国内において流出する場合も国外に流出する場合も同様であると考えられる。したがって、国外への流出についても国内と同様の方向で考える。

() 親告罪

論点

親告罪とするか。

対応

親告罪とする方向で考える。

(考え方)

親告罪とした場合、国家の刑事訴追権の発動自体を被害者たる営業秘密の主体の意思に係らせることにより、公開審理に伴い予測される更なる秘密侵害の可能性・侵害の程度・これに伴う損失と、犯人に対する特別予防・刑事制裁の必要性・処罰感情とを、究極的には国家ではなく当の被害者の利益衡量的決断に委ねることができる。それに対して、親告罪としないと、被害者が刑事裁判を望まなくても、検察官が起訴すれば公判手続が開始され、それによって刑事罰による保護を図ろうとしている営業秘密が、刑事手続の過程で更に開示されてしまう可能性が生じかねない。したがって、親告罪とする方向性で考えることが望ましい。

不正取得

() 処罰の要否

論点

不正競争防止法第2条第1項第4号に相当する不正「取得」を処罰するか。

[参照条文 - 不正競争防止法]

第2条 この法律において「不正競争」とは、次に掲げるものをいう。

四 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（以下「不正取得行為」という。）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（秘密を保持しつつ特定の者に示すことを含む。以下同じ。）

対応

処罰する方向で検討する。

(考え方)

営業秘密の財産的価値という個人的法益に着目すると、不正取得行為によって、営業秘密の財産的価値が減少する可能性が高まること、また、対象が有体物であれば刑法上の財産犯が成立することとの均衡にかんがみ、取得行為を処罰することが考えられる。また、公正な競争秩序の維持という不正競争防止法の趣旨から、不正取得行為は公正な競争秩序を破る行為であると考えられる。

() 処罰の対象

論点

() の不正取得後の「使用」「開示」を処罰対象とするか。

対応

「使用」「開示」を処罰対象とする方向で考える。

(考え方)

営業秘密の使用・開示行為は法益を直接的に侵害する行為であり、違法性が高い。特に、使用行為は不正競争それ自体であり、処罰しないのは妥当でないと考えられる。また、不正取得がなされた後に、使用・開示についてのみ関与した者についても、共犯の成立を肯定することができる。したがって、不正取得後の使用・開示行為を処罰対象とする方向で考えることが望ましい。

なお、本罪を親告罪とした場合には、犯罪行為は、6ヶ月間という短い告訴期間（刑事訴訟法第235条）の起算点としての意味を有することから、告訴可能な期間が長くなり、被害者の救済に資するという利点もある。

() 行為態様

論点

上記の不正「取得」（（ア）不正取得後の使用・開示、及び（イ）取得行為自体）を処罰する場合、一般的に「不正の手段により取得」と規定するか、不正取得の行為態様を明確化して規定するか。

対応

不正取得の行為態様を明確化して規定する方向で考える。具体的には、まず（ア）不正取得後の使用・開示については、人に対して詐欺等を行うこと（刑法の詐欺・強盗・恐喝に相当するもの）や、無断で営業秘密媒体等を窃取すること（刑法の窃盗に相当するもの）等により営業秘密を取得する行為を対象とする方向で考える。ただし、（イ）取得行為自体については、営業秘密媒体等を取得したり、その複製を作成するような場合に限定を行う方向で考える。

なお、不正取得に準ずるものとして、いったん正当に示された営業秘密媒体等を不法領得（刑法の横領に相当するもの）した後の使用・開示についても、処罰の対象とする方向で考える。

(考え方)

「不正取得」の概念を絞り込み、不正取得の行為態様を明確化するため、刑法の財産犯に相当するものに限定することが考えられる。

したがって、詐欺・強盗・恐喝等の人を介する行為、及び窃盗等の人を介さない行為に相当する営業秘密取得行為を対象とする方向で考える。

ただし、（ア）不正取得後の使用・開示行為と異なり、（イ）不正取得行為自体は、使用・開示といった直接的な法益侵害行為が行われていないことから、

営業秘密媒体等を取得したり、その複製を不正に作成したりするような法益侵害の危険性が高い行為に限定して処罰を行う方向で考える。

なお、横領に相当する行為は、いったん正当に示された後これを不法に領得しており、正当取得と不正取得の交錯領域に位置するところ、かかる行為についても営業秘密媒体等を不法に領得したり、その複製を不正に作成したりするような違法性の高い場合に限り、その後の使用・開示行為につき処罰対象とする方向で考える。

不正使用・不正開示

() 処罰の要否

論点

不正競争防止法第2条第1項第7号に相当する正当取得者の不正「開示」を処罰するか。

[参照条文 - 不正競争防止法]

第2条 この法律において「不正競争」とは、次に掲げるものをいう。

七 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、不正の競争その他の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

対応

処罰する方向で考える。

(考え方)

営業秘密を開示する行為は法益を直接的に侵害する行為であり、違法性が高いと考えられる。また、現在、刑事処罰の間隙が生じている、背任罪の主体たり得ない者等による不正開示行為を捕捉する必要がある。したがって、正当取得者の不正開示行為を処罰する方向で考えることが望ましい。

() 処罰の対象

論点

() の不正「開示」のみならず、正当取得後の不正「使用」も処罰対象とするか。

対応

「使用」も処罰対象とする方向で考える。

(考え方)

使用行為は不正競争行為それ自体であり、処罰対象とすることが望ましいと考えられる。

() 処罰の主体

論点

上記の不正「開示」等を処罰する場合、誰の行為を処罰対象とするか。

対応

現職の役員及び従業員等については、営業秘密の不正使用・開示行為を処罰対象とする方向で検討する。

なお、前述のように、不正取得行為や横領に相当する営業秘密媒体等の不法領得行為が存在するような場合には、その後の使用・開示行為も処罰対象とする方向で考える。

(考え方)

背任罪等の主体に該当しない者の不正競争行為を捕捉するため、営業秘密をその保有者(ライセンサー等の使用権限や開示権限を有する者を含む。)から正当に示された役員及び従業員を処罰対象とすることが必要である。なお、派遣社員についても、派遣先企業の指揮命令に従って業務を行う点にかんがみ、従業員と同様に処罰対象とすることが考えられる。

ただし、元従業員等を処罰することは、労働移動に対する一種の抑止効果をもたらすおそれがあると考えられるため、不正取得等を伴わない営業秘密の不正使用・開示行為を処罰対象から除外する方向で考える。

また、取引先については、契約の有効範囲が必ずしも明確でないため、一般の取引関係に萎縮的効果を与えるおそれも考えられることから、不正取得等を伴わない営業秘密の不正使用・開示行為を処罰対象から除外することが考えられる。

もっとも、前述()(24頁)のように、不正取得行為後の使用・開示に該当すれば処罰対象とする方向で考える。また、横領に相当する行為も、いったん正当に示された後これを不法に領得しており、正当取得と不正取得の交錯領域に位置するため、営業秘密媒体等を不法に領得したような違法性の高い場合に限り、その後の使用・開示行為につき処罰対象とする方向で考える。

二次的関与者

() 処罰の要否

論点

営業秘密の不正取得・使用・開示に第一次的に関与する者のみならず、二次的な関与者を処罰するか。

対応

処罰する方向で考える。

(考え方)

営業秘密の不正な取得・使用・開示という違法行為に加担した二次的関与

者についても、一定限度で処罰する必要性があると考えられる。

() 処罰規定の要否

論点

() の二次的関与者を処罰する規定を設けるか。

対応

規定を設けず、一般の共犯理論に委ねる方向で検討する。

(考え方)

二次的関与者を処罰する規定を設けると、処罰範囲が拡大するおそれもあることから、規定を設けず、一般の共犯理論に委ねることが考えられる。

第3章 ネットワーク化への対応

【1】現状と課題

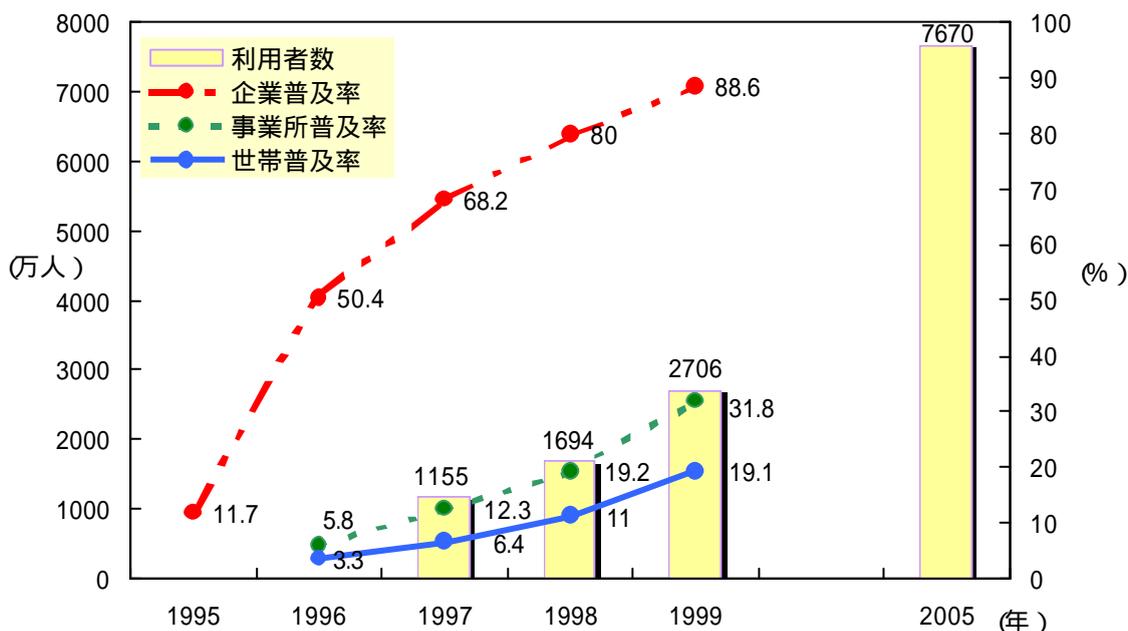
(1)現状

政府の認識と取組

経済社会のデジタル化、ネットワーク化に対応して、知的財産法による保護の強化が進んでいる。これに関し、平成13年6月には不正競争防止法が改正され、ドメイン名に係る不正競争行為が規制された。また、平成14年4月には特許法及び商標法等が改正され、ネットワーク上を流通するコンピュータ・プログラム等の無体物について保護が強化されるとともに、インターネット上で行われる事業活動において使用される商標が保護された（同年9月1日から施行）。

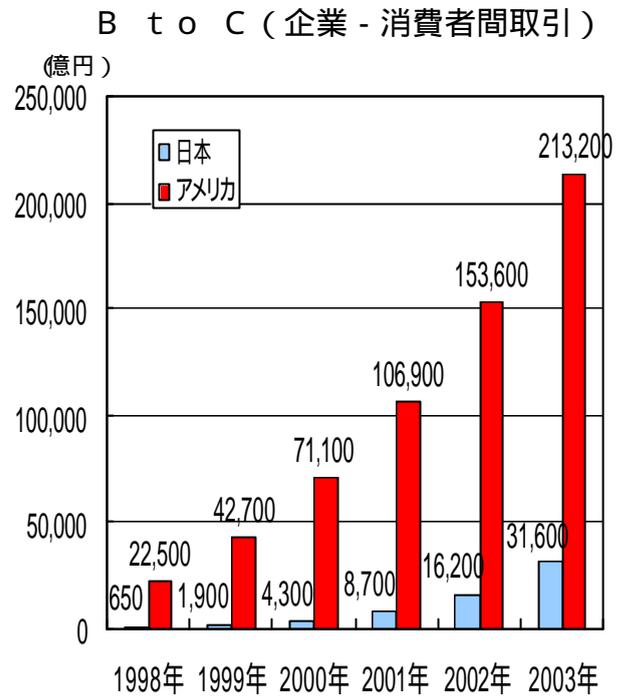
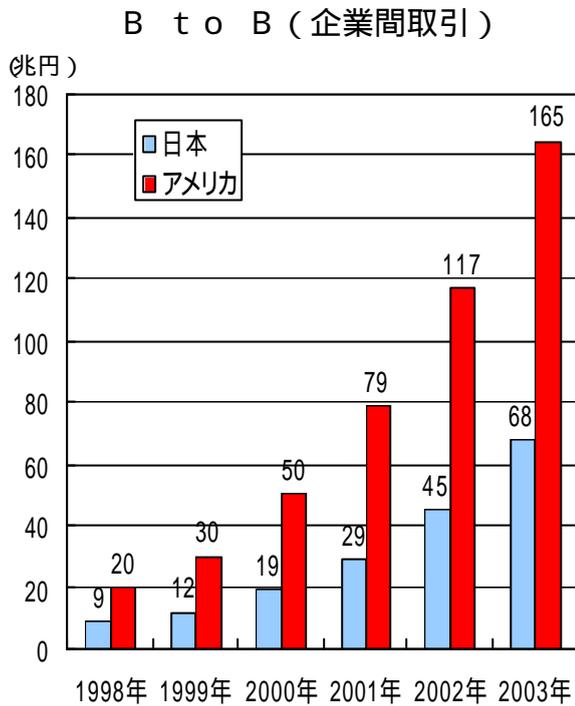
企業における実態等

() インターネットは、企業を中心に急速に普及。



出典：平成12年版通信白書

() ネット上の企業間取引も急速に拡大。



出典 : アンダーセン・コンサルティングと通商産業省の共同調査 (1999年3月。数値は、当時の推測値。)

(2) 課題

情報技術の発展に伴い、インターネットを利用した電子商取引が急速に拡大し、ネットワークを利用した新たな商品流通や広告等が登場している。

かかる観点から、平成14年の特許法及び商標法等改正においては、「物」、「使用」及び「譲渡」等の定義規定(以下「概念規定」という。)を社会のネットワーク化の進展に対応できるよう、明確化する措置がなされた。

そこで、不正競争防止法についても、ネットワークを利用した無体物(コンピュータ・プログラム、電子出版物等)の取引行為等に対応するため、(1)「商品」、「物」、(2)「使用」、(3)「譲渡」「引き渡し」の概念規定について、改正の是非を検討する必要がある。

【2】検討

ネットワーク化への対応については、平成14年産業財産権4法改正を踏まえ、不正競争防止法について、

- (1) 「商品」の概念規定については改正を行わず、「物」の概念規定については明確化の観点から改正し、
- (2) 「使用」の概念規定については改正を行わず、
- (3) 「譲渡」「引き渡し」の概念規定については明確化の観点から改正する方向で考える。

(1) 「商品」「物」の概念

論点

不正競争防止法上の「商品」「物」概念に、プログラムが含まれることを明確化するか。

対応

「商品」概念については、法改正を行わない方向で考える。「物」概念については、プログラムも含まれるよう明確化する方向で考える。

現行法制等

() 平成14年改正特許法等の趣旨

特許法上の「物」の規定については、民法上「物トハ有体物ヲ謂フ」という規定（民法第85条）が存在するため、特許法上の「物」にプログラムが含まれることを明確化する観点から改正を行った。

他方、商標法上の「商品」については、国際的に商品には無体物が含まれるという解釈もされていること等から、「商品」に「プログラム等を含む。」とする旨の改正はされていない。

[参照条文 - 特許法]

第2条

3 この法律で発明について「実施」とは、次に掲げる行為をいう。

一 物（プログラム等を含む。以下同じ。）の発明にあつては、その物の生産、使用、譲渡等（譲渡及び貸渡しをいい、その物がプログラム等である場合には、電気通信回線を通じた提供を含む。以下同じ。）若しくは輸入又は譲渡等の申出（譲渡等のための展示を含む。以下同じ。）をする行為

4 この法律で「プログラム等」とは、プログラム（電子計算機に対する指令であつて、一の結果を得ることができるよう組み合わされたものをいう。以下この項において同じ。）その他電子計算機による処理の用に供する情報であつてプログラムに準ずるものをいう。

() 不正競争防止法に関するこれまでの議論

(ア)「商品」概念について

「商品」の解釈については、これを有体物に限るとする立場と、有体物に限定されず無体物まで含むとする立場がある。

- ・ 有体物に限るとする立場

「商品」とは、取引市場における流通に置かれるべきものとして生産、加工され、それ自身経済的価値を有すべき有体の動産ないし物件をいうものと解され、したがって、少なくとも有体物であることを必要とし、無体物はこれに含まれないと解されるから、特定の創作書体（タイポス45）は商品に該当しない。」（昭和57年4月28日東京高裁判決 タイポス書体事件）

- ・ 有体物に限定されず無体物まで含むとする立場

「不正競争防止法は、公正な取引秩序の維持、確立を目的とするものであるから、取引の実情を踏まえ、その実情の中において、公正な取引秩序の維持、確立の観点に立ち、同法が規定する前記の不正競争行為の類型に該当するか否かを検討すべきものというべきである。（略）この意味で、無体物であっても、その経済的価値が社会的に承認され、独立して取引の対象とされている場合には、それが、不正競争防止法1条1項の規定する各不正競争行為のいずれかに該当するものである以上、これを前記の「商品」に該当しないとして、同法の適用を否定することは、同法の目的及び右「商品」の意義を没却するものである。」（平成5年12月24日東京高裁決定 モリサワタイプフェース事件）

(イ)「物」概念について

不正競争防止法上「物」という文言は第3条第2項で用いられているが、「物」概念については、従前、特に議論されていなかったようである。これは、同項が「侵害の行為を組成した物（侵害の行為により生じた物を含む。）の廃棄」を「侵害の停止又は予防に必要な行為を請求する」差止請求権の内容として規定しているものの、差止請求権の一例を列挙したものに過ぎないため、実際上の支障も生じることもなく、問題とされなかったものと考えられる。

具体的検討

「商品」を有体物に限るとしている上記（ ）(ア)のタイポス書体事件は、ネットワーク技術が発達する以前の流通形態を念頭に置いたものであり、現在の情報社会においては、無体物も有体物と同様、独立した取引の対象として認知されていることから、「商品」に無体物を含めて解釈することが適当である。また、不正競争防止法には「商品」の定義規定がなく、「商品」に該当するか否かは、同法の目的たる公正な取引秩序の維持確立の観点に立って検討すべきであることから、有体物と無体物とで解釈を異にする必要はなく、商標法と同様に法改正を行わない方向で考えることが適当である。

他方、「物」概念については、今回の改正で、不正競争防止法第3条第2項の規定のみならず、逸失利益の立証容易化規定や具体的態様の明示義務規定においても「侵害の行為を組成した物」という文言が規定されることが想定される。したがって、今日のネットワーク化社会にかんがみれば、営業秘密に係るプログラムもこれらの規定の対象となることが十分に予想されることから、これらの「物」概念にプログラムが含まれるよう法改正を行うことが適当であると考えられる。

(2) 「使用」の概念

論点

不正競争防止法上の「使用」概念に、パソコンや携帯電話等の画面上での他人の商品等表示の使用が含まれることを明確化するか。

対応

法改正を行わない方向で考える。

現行法制

() 平成14年改正商標法の趣旨

商標法には、商標権の効力を明確化するため、標章の「使用」についての定義規定（第2条第3項各号）が置かれている。

商品商標の使用の定義規定（第1号及び第2号）については、商品が無体物の場合、商標を物理的に付着させることはできないが、無体物の場合の「付する」とは、顧客が商標として視認できるよう商標の電磁的な情報を組み込む行為をいう。したがって、この意味において「(無体物)商品に標章を付する行為」は既に保護されていると解されるため、改正は行われていない。

他方、役務商標の使用の定義規定（第3号から第6号まで）については、そもそもサービスマークは「物」という有体物を介して使用されるという考え方に基づいて設けられていることから、ネットワークを通じたサービス提供行為

の保護が明確ではなかったため、第7号を新設し、この点の明確化が図られている。

[参照条文 - 商標法]

第2条

3 この法律で標章について「使用」とは、次に掲げる行為をいう。

一 商品又は商品の包装に標章を付する行為

七 電磁的方法（電子的方法、磁気的方法その他の人の知覚によつて認識することができない方法をいう。次号において同じ。）により行う映像面を介した役務の提供に当たりその映像面に標章を表示して役務を提供する行為

（ ）不正競争防止法に関するこれまでの議論

不正競争防止法における「使用」概念については、以下のドメイン名に係る各判決において、電子画面上での商品等表示の使用が不正競争防止法上の「使用」に該当することを正面から認めている。

・「被告が本件ウェブサイト上に表示した本件表示は「J-PHONE」、「ジェイフォン」、「J-フォン」を横書きにしたものであって、本件ウェブサイト上の前記「J-PHONE」と同一ないし類似するものであるから、被告がこれらの表示を使用する行為も、不正競争防止法第2条第1項第1号、第2号にいう「商品等表示」の使用に該当するものである。」（平成13年4月24日東京地裁判決 ジェイフォン事件）

・ホームページ上の営業活動に「JACCS」の表示を使用することが「商品等表示」の「使用」に当たることは明らかであるから、被告が右ホームページ上で「JACCS」の表示を使用した行為は、不正競争防止法第2条第1項第2号の不正競争行為に該当する。」

「（主文として）被告は、そのホームページによる営業活動に、「JACCS」の表示を使用してはならない。」（平成12年12月6日富山地裁判決 JACCS事件）

具体的検討

不正競争防止法の「使用」については、商標法と異なり、（ ）「使用」の定義規定がない、（ ）使用態様及び性質についても特に限定を付していない、こと等から学説等によっても広く解釈されている。

また、最近のドメイン名に係る各判決は、電子画面上での商品等表示の使用が不正競争防止法上の「使用」に該当することを正面から認めている。

(3) 「譲渡」「引き渡し」の概念

課題

不正競争防止法上の「商品」の「譲渡」「引き渡し」概念に、プログラム等の無体物を電気通信回線を通じて提供する行為が含まれることを明確化するか。

対応

平成14年の商標法改正にならい、無体物たる商品を電気通信回線を通じて提供する行為を「譲渡」とは別に規定することにより明確化する方向で考える。

現行法制

() 平成14年改正特許法及び商標法の趣旨

特許法及び商標法については、ネットワークを介したプログラム等の送信行為が特許発明の「実施」及び登録商標の「使用」に該当することを明確化するため、特許発明の「実施」及び登録商標の「使用」の一態様として、「電気通信回線を通じた提供」(特許法第2条第3項第1号)及び「電気通信回線を通じて提供」(商標法第2条第3項第2号)する行為を加え、立法上の明確化を図った。

[参照条文1 - 特許法]

第2条

3 この法律で発明について「実施」とは、次に掲げる行為をいう。

- 一 物(プログラム等を含む。以下同じ。)の発明にあつては、その物の生産、使用、譲渡等(譲渡及び貸渡しをいい、その物がプログラム等である場合には、電気通信回線を通じた提供を含む。以下同じ。)若しくは輸入又は譲渡等の申出(譲渡等のための展示を含む。以下同じ。)をする行為

[参照条文2 - 商標法]

第2条

3 この法律で標章について「使用」とは、次に掲げる行為をいう。

- 二 商品又は商品の包装に標章を付したものを譲渡し、引き渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸入し、又は電気通信回線を通じて提供する行為

() 不正競争防止法に関するこれまでの議論

不正競争防止法における「譲渡」「引き渡し」の意義については、以下のように考えられているが、かかる概念に、無体物たる商品を電気通信回線を通じて提供する行為が含まれ得るのか、必ずしも文言上は明確とはいえない。

(ア) 「譲渡」について

- ・「譲渡とは、所有権を移転することである。譲渡の典型が販売であるが、有償であると無償であるを問わないので、たとえば商品見本を無償で譲渡することも含まれる。」

- ・「商品の譲渡、引き渡しについては、有償、無償を問わず、一切の取引行為に加え、見本品の配布をも含み、また、委託販売のように所有権の移転を伴わない占有の移転の他、倉庫業者への寄託行為や、運送業者への引渡行為、博覧会への出品など、現実に占有が移転する行為の一切を含むと解すべきであろう。いずれも、新たな混同を引き起こす可能性がある行為であるからである。」

(イ)「引き渡し」について

- ・「引き渡しとは、占有を移転することである。」
- ・「引き渡しとは、物に対する支配の現実的な移転をいい…」

具体的検討

平成14年の特許法及び商標法等改正と同様に、不正競争防止法における「譲渡」「引き渡し」の概念について、無体物たる商品を電気通信回線を通じて提供する行為が含まれことを明確化することが適当である。

具体的には、不正競争防止法は、標識法としての側面があること、これまでも商標法の規定を踏まえた改正を行ってきたこと等から、平成14年の商標法改正にならい、無体物たる商品を電気通信回線を通じて提供する行為を「譲渡」とは別に規定することが適当と考えられる。

また、不正競争防止法第2条第1項第10号及び第11号は、「譲渡」「引き渡し」の客体を装置及び機器等の有体物に限定し、プログラムについては、「電気通信回線を通じて提供」する行為として別に規定していることから、不正競争防止法の中での整合性が図られることが望ましいと考えられる。

第4章 訴訟上の営業秘密の保護強化

【1】現状と課題

(1)現状

政府の認識と取組

裁判の公開原則が強く意識される我が国においては、裁判において営業秘密が公開されてしまうことから営業秘密に関する訴訟が少ない現実に対して、知的財産関連訴訟における侵害行為の立証の容易化を図るために、平成17年度までに知的財産関連訴訟の特性を踏まえた証拠収集手続の更なる機能強化について総合的な観点から検討を行い、所要の措置を講ずる旨、「知的財産戦略大綱」において決定されたところである。

企業における実態等

知的財産権侵害訴訟における証拠収集手続の拡充について、営業秘密を含む文書であっても原則提出し、提出された営業秘密を含む文書については、保護強化を図るべき旨の要望が寄せられているところである。

(2)課題

営業秘密に係る訴訟においては、実体法上秘密が保護されても、訴訟手続上営業秘密が開示されてしまうおそれがあることから、権利者の保護が十分に図られないとの指摘があるところ、これについて検討することが必要である。

【2】検討

訴訟上の営業秘密の保護については、現在のところ司法制度改革推進本部事務局知的財産訴訟検討会における議論に委ねられているが、当委員会において、訴訟手続における営業秘密の実効的な保護が図られるよう強い意見が寄せられたことから、かかる意見が十分に反映されるよう、検討会の議論を注視するとともに、必要に応じて関係省庁等への働きかけを行っていくことが適当と考える。

論点

訴訟手続における営業秘密の実効的な保護を図るために、非公開審理を含む秘密保護措置等を導入するか。

対応

司法制度改革推進本部事務局知的財産訴訟検討会における議論に委ねるが、訴訟手続における営業秘密の実効的な保護が図られるよう、検討会の議論を注視するとともに、必要に応じて関係省庁等への働きかけを行っていく。

(1)現行法制等

日本国憲法

憲法第82条第1項には、「裁判の対審及び判決は、公開法廷でこれを行ふ。」と定められている。ただし、同条第2項には、公開原則に対する例外として、「裁判所が、裁判官の全員一致で、公の秩序又は善良の風俗を害する虞があると決した場合」には、対審に限り公開しないことが認められている。

公開制限の範囲については、「公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがあると決した場合」とのみ定められていることから、この要件を文言通りに解釈してそれ以外の公開制限は認められないとする見解もあるが、営業秘密等を考慮し、この原則をより弾力的に解する見解も有力に主張されている。

[参照条文1 - 憲法]
(裁判を受ける権利)

第32条 何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない。

(裁判の公開)

第82条 裁判の対審及び判決は、公開法廷でこれを行ふ。

2 裁判所が、裁判官の全員一致で、公の秩序又は善良の風俗を害する虞があると決した場合には、対審は、公開しないでこれを行ふことができる。但し、政治犯罪、出版に関する犯罪又はこの憲法第3章で保障する国民の権利が問題となつている事件の対審は、常にこれを公開しなければならない。

[参照条文2 - 裁判所法]
(公開停止の手續)

第70条 裁判所は、日本国憲法第82条第2項の規定により対審を公開しないで行うには、公衆を退廷させる前に、その旨を理由とともに言い渡さなければならない。判決を言い渡すときは、再び公衆を入廷させなければならない。

民事訴訟

(平成8年改正)

平成8年の民事訴訟法改正時の議論の際には、プライバシー、営業秘密等の秘密が訴訟審理を介して漏洩することを防止しつつ、充実した審理を行うために改正すべき点があるかとの問題意識のもと、以下の3つの検討事項について議論された。結果的には、訴訟記録の閲覧等の制限規定(民事訴訟法第92条)が設けられたが、他の2つの事項については改正が見送られた。

() 裁判の非公開

憲法第82条の定める裁判公開の原則の下において秘密を保護するために訴訟審理を非公開とすることができる場合を法律で明確にするものとするのが検討されたが、改正は見送られた。

() 刑事罰を含む秘密保持命令

秘密を保護するために訴訟審理を非公開とする場合において、更に必要があると認めるときは、裁判所は、当事者及び証人その他の関係人に対し、その期日において知った秘密の保持を命ずることができるものとするとともに、違反に対する刑事罰を含む制裁規定を設けることが検討されたが、改正は見送られた。

() 訴訟記録の閲覧等の制限

訴訟記録の閲覧・謄写に関し、秘密を保護するために必要があると認めるときは、裁判所は、その必要性の程度に応じ、閲覧・謄写の請求をすることができる者を当事者に限ること、閲覧・謄写をする者に対し、それによって知った秘密の保持を命ずることができるものとするとともに、秘密保持の命令の違反に対する刑事罰を含む制裁規定を設けることが検討され、民事訴訟法第92条が規定された。

[参照条文 - 民事訴訟法]

(秘密保護のための閲覧等の制限)

第92条 次に掲げる事由につき疎明があった場合には、裁判所は、当該当事者の申立てにより、決定で、当該訴訟記録中当該秘密が記載され、又は記録された部分の閲覧若しくは謄写、その正本、謄本若しくは抄本の交付又はその複製の請求をすることができる者を当事者に限ることができる。

二 訴訟記録中に当事者が保有する営業秘密（不正競争防止法第2条第4項に規定する営業秘密をいう。）が記載され、又は記録されていること。

(運用)

現在は、非公開審理に係る改正は見送られたものの、以下の運用により、実務上の対応がなされている。

- () 訴訟当事者以外の第三者に対する、訴訟記録の閲覧等の制限（民事訴訟法第92条）
- () 弁論準備手続（民事訴訟法第168条以下）の活用
- () 裁判所外尋問による証人尋問手続（民事訴訟法第185条）
- () 営業秘密を含む文書の不必要な開示を避けるための、その他の裁判所の訴訟指揮による柔軟な運用

[参考 裁判所の訴訟指揮による運用等]

例えば、(ア)陳述書を活用した証拠調べ手続、(イ)裁判所による当事者への閲覧制限の申立の示唆、(ウ)提出された文書の閲覧を事実上訴訟代理人等に限定する方法等が考えられる。なお、(ウ)について、訴訟合意に基づき当該訴訟代理人等が受領した秘密を漏洩した場合については、(a)その秘密を無断で使用した場合には、民法上の不法行為、(b)その営業秘密を用いて、その提供者と競争関係にある事業を行うような行為は、不正競争防止法上の不正競争行為、(c)弁護士に関しては、刑法第134条の秘密漏洩罪、弁護士法第56条の懲戒に該当する可能性が考えられる。

刑事訴訟

刑事訴訟においては、憲法上、他の訴訟手続より裁判公開の要請が強く求められている。

[参照条文 - 憲法]

(刑事被告人の権利)

第37条 すべて刑事事件においては、被告人は、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利を有する。

(2) 具体的検討

知的財産戦略大綱において、営業秘密の訴訟上の保護の必要性が指摘され、これを受けて、現在、司法制度改革推進本部事務局知的財産訴訟検討会において議論が行われているところである。

当小委員会においても、不正競争防止法において営業秘密の保護規定があることから、活発な議論が行われた。その中で、営業秘密は一旦公開されるとその価値を失ってしまうため、民事の訴訟手続においては営業秘密が開示されない手続の整備が必要であり、また刑事の訴訟手続においても営業秘密に配慮した手続の導入を検討すべきとして、産業競争力強化の観点から、上記検討会において前向きな議論を行い積極的に推進すべきとの強い意見が寄せられた。

そこで、上記意見が十分に反映されるよう、検討会の議論を注視するとともに、必要に応じて関係省庁等へ働きかけを行っていくことが適当であると考えられる。

以 上

産業構造審議会 知的財産政策部会 不正競争防止小委員会の開催経緯

産業構造審議会知的財産政策部会不正競争防止小委員会は、不正競争防止法における、民事的保護の強化、営業秘密の刑事的保護、ネットワーク化への対応、訴訟上の営業秘密の保護について検討を加えるべく設置された。

不正競争防止小委員会の開催経緯は、以下のとおり。

第1回 平成14年6月26日

議事・不正競争防止法を取り巻く状況

- ・これまでの政策的対応
- ・不正競争防止法における課題

第2回 平成14年7月22日

議事・民事的救済措置の強化及びネットワーク化への対応について(1)

第3回 平成14年9月4日

議事・営業秘密の刑事的保護について(1)

第4回 平成14年9月27日

議事・営業秘密の刑事的保護について(2)

第5回 平成14年10月17日

議事・民事的救済措置の強化及びネットワーク化への対応について(2)

第6回 平成14年11月21日

議事・不正競争防止小委員会報告書案の検討

(平成14年12月20日から平成15年1月24日までの間、パブリックコメントの募集を実施)

第7回 平成15年2月7日

議事・不正競争防止小委員会報告書とりまとめ

産業構造審議会 知的財産政策部会
不正競争防止小委員会
委員名簿

【委員長】

土肥 一史 一橋大学大学院国際企業戦略研究科教授

【委員】

一色 秀夫 社団法人電子情報技術産業協会不正競争防止法委員会委員長

伊藤 眞 東京大学大学院法学政治学研究科教授

内田 貴 東京大学大学院法学政治学研究科教授

梅本 吉彦 専修大学法学部教授

押本 泰彦 押本特許商標事務所弁理士

久慈 直登 日本知的財産協会常務理事

小原 雄治 国立遺伝学研究所副所長・教授

齋藤 憲道 経営法友会副代表幹事

酒巻 匡 上智大学法学部教授

篠原 徹 日本商工会議所常務理事

須賀 恭孝 日本労働組合総連合会経済政策局長

高山佳奈子 京都大学法学部助教授

竹田 稔 竹田稔法律事務所弁護士・弁理士

永岡 文庸 日本経済新聞社論説委員

中山 信弘 東京大学大学院法学政治学研究科教授

舩山 邦彦 日本知的財産協会フェアトレード委員会委員長

松尾 和子 中村合同特許法律事務所弁護士・弁理士

丸島 儀一 社団法人日本経済団体連合会産業技術委員会知的財産部会部会長

三村 量一 東京地方裁判所判事

森田 宏樹 東京大学大学院法学政治学研究科教授

山口 厚 東京大学大学院法学政治学研究科教授

(全22名)