

第 2 部  
逐 条 解 説

Chapter 4  
民事上の措置  
(第 3 条～第 15 条関係)

## 第1節 差止請求権

### (第3条関係)

#### (差止請求権)

**第三条** 不正競争によって営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者は、その営業上の利益を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。

2 不正競争によって営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者は、前項の規定による請求をするに際し、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。第五条第一項において同じ。）の廃棄、侵害の行為に供した設備の除却その他の侵害の停止又は予防に必要な行為を請求することができる。

#### 1 趣 旨

本条は、「不正競争」によって営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者は、その営業上の利益を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求すること及び侵害の行為を組成した物の廃棄等を請求することを認めるものである。

平成5年改正前不正競争防止法（旧法）では、営業秘密に係る不正行為を除いては、将来の違法行為の禁止を求める予防請求権及び違法状態又は違法行為組成物の廃棄・除却を求める廃棄・除却請求権についての明文の規定を欠いていた。しかしながら、不正競争の防止という目的を達成するためには、現在の侵害行為の停止を求めるだけでは不十分であり、旧法下の判例上でも、本法の差止請求権として予防請求権及び廃棄・除却請求権が認められてきていた<sup>162</sup>。

このような判例法理を明確化する趣旨からも、平成5年改正時において、予

<sup>162</sup> フットボール・シンボルマーク事件（後掲脚注177事件の控訴審。大阪高判昭56.7.28無体集13巻2号560頁）、スコッチウィスキー事件（大阪地判昭57.2.26無体集14巻1号58頁）、八番ラーメン事件（金沢地小松支判昭48.10.30無体集5巻2号416頁）、ダイワ釣具事件（東京地判昭55.4.18無体集13巻2号536頁、東京高判昭56.7.20無体集13巻2号529頁）などがある。

防請求権及び廃棄・除却請求権が明文化された。

## 2 要件

### 1 営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者

差止請求権を行使するには、不正競争によって営業上の利益が侵害され、又は侵害されるおそれがあることが必要である。

「営業」とは、商法上は、「営利目的のために同種の行為を反復継続する意図をもって行うこと」と解されており、一般的には利潤を得る目的の営利事業が中心となる。しかしながら、利潤獲得を図らないまでも収支相償を目的とした事業を反復継続して行っている事業であれば、同様に不正行為からの保護の必要性が認められることから広く経済上その収支計算の上に立って行われるべき事業を含む。

「利益」とは、事業者が営業上得られる経済的価値をいう。収支計算上の利益が中心となるが、事業活動における信用・名声・ブランド価値等の事実上の利益を含む。「利益」は、現存していることを必要とする。

「おそれ」とは、現実に利益を侵害されることまでは必要でなく、不正行為により自己の営業上の利益が侵害される相当の可能性があれば足りる<sup>163,164</sup>。

### 2 請求権者

「不正競争」に対し差止め等を請求することができるのは、当該「不正競争」によって「営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者」である。

判例<sup>165</sup>上、ライセンシー<sup>166</sup>、公益法人、病院、特定非営利活動法人等の公

<sup>163</sup> 前掲脚注 146 及び 153 ライナービヤ事件（東京高判昭 38.5.29 判時 342 号 17 頁）では、「虞」について、「将来利益を侵害される確定的関係乃至は利益侵害の発生につき相当の可能性があれば足りる」と判示している。

<sup>164</sup> マックバーガー事件（最判昭 56.10.13 民集 35 卷 7 号 1129 頁）では、現不正競争防止法第 2 条第 1 項第 1 号にいう商品の混同の事実が認められる場合には、特段の事情がない限り営業上の利益を害されるおそれがあるものとした。

<sup>165</sup> 前掲脚注 41 フットボール・シンボルマーク事件（最判昭 59.5.29 民集 38 卷 7 号 920 頁）では、商品化事業グループの一員についても営業上の利益を害されるおそれが認められる場合があるとした。

<sup>166</sup> ライセンシーに請求権を認めたものに、龍村織事件（東京地判昭 51.9.29 無体集 8 卷 2 号 4

益事業や非営利事業を目的とする者にも認められている<sup>167</sup>。もっとも、一般消費者には原則として請求主体性が認められない。

### 3 侵害行為組成物等

「侵害の行為を組成した物」とは、他人の商品等表示の付された看板、営業秘密が記録された物件媒体等をいう。

「侵害の行為により生じた物」とは、営業秘密を用いて製造された製品等をいう。なお、「侵害の行為を組成した物」には「侵害の行為により生じた物」も含まれる。

「侵害の行為に供した設備」とは、他人の商品形態を模倣するための製造機械や営業秘密を使用するための装置等をいう。

「その他の侵害の停止又は予防に必要な行為」とは、将来、侵害行為を行わない保証として担保を提供させること等をいう。

## 第2節 損害賠償請求権

### (第4条関係)

#### (損害賠償)

**第四条** 故意又は過失により不正競争を行って他人の営業上の利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責めに任ずる。ただし、第十五条の規定により同条に規定する権利が消滅した後にその営業秘密

00頁)、ボルト商標事件(東京地判昭58.8.31判タ514号257頁)、前掲脚注162八番ラーメン事件、札幌ラーメンどさん子事件(東京地判昭47.11.27無体集4巻2号635頁)、ポルシェ・サングラス事件(福井地判昭60.1.25無体集19巻3号551頁)がある。

<sup>167</sup> 特殊法人又は病院等の公益事業であっても収支相償を目的とする場合には、差止請求権者となり得ることを認めており、判例は、公益法人、病院等の事業も「営業上ノ利益ヲ害セラルル虞アル者」としている。すなわち、前掲脚注45京橋中央病院事件(「京橋病院」という個人病院を経営する医師の「京橋中央病院」に対する名称使用の差止めを認めた事例。東京地判昭37.11.28下民集13巻11号2395頁)、及び、前掲脚注45都山流尺八協会事件(財団法人都山流尺八楽会の「都山流尺八協会」なる名称を使用する事業者に対する名称使用の差止めを認めた事例。大阪高決昭54.8.29判タ396号138頁)がある。また、前掲脚注120アークエンジェルス事件(大阪地判平21.4.23最高裁HP)では、ある特定非営利活動法人の略称である「アーク」等と類似する「アークエンジェルズ」なる名称を使用する事業者に対する名称使用の差止めを認めた。

を使用する行為によって生じた損害については、この限りでない。

## 1 趣 旨

民法第 709 条は、「故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う」としているところ<sup>168</sup>、不正競争防止法第 4 条は、「不正競争」による営業上の利益の侵害がこの要件を充足することを確認的に規定したものである。

## 2 営業秘密に係る不正行為に対する損害賠償請求権

営業秘密に係る不正使用行為に対する差止請求権については、社会関係又は法律関係の早期確定の必要性等から、第 15 条において 3 年間の短期消滅時効と 20 年間の除斥期間を規定している。

損害賠償請求権についても、この趣旨を踏まえ、当該期間を経過した不正使用行為について差止請求は認められないものの損害賠償請求については使用が継続するかぎり請求されることにならないように、ただし書において、損害賠償請求権の対象となる損害の範囲を差止請求権が時効又は除斥期間により消滅するまでの使用による損害に限定したものである。

本条の規定は、民法第 709 条の請求を排除するものではないため、同一の社会的事実該当する行為であっても、当事者は、民法第 709 条の要件事実該当する事実を主張して民法上の損害賠償請求を行うことも、不正競争防止法第 4 条の要件事実該当する事実を主張して本条の損害賠償請求を行うことも可能である。

したがって、同条に基づく損害賠償請求権が消滅しても、不正使用状況が民法第 709 条の要件に該当する場合には民法に基づく請求ができることとなる。

---

<sup>168</sup> 平成 16 年改正前の民法第 709 条は、法文上、「権利侵害」を要件としていた。

### 第3節 損害の額の推定等

#### (第5条関係)

##### (損害の額の推定等)

- 第五条** 第二条第一項第一号から第十号まで又は第十六号に掲げる不正競争（同項第四号から第九号までに掲げるものにあつては、技術上の秘密に関するものに限る。）によって営業上の利益を侵害された者（以下この項において「被侵害者」という。）が故意又は過失により自己の営業上の利益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、被侵害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、被侵害者の当該物に係る販売その他の行為を行う能力に応じた額を超えない限度において、被侵害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被侵害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。
- 2 不正競争によって営業上の利益を侵害された者が故意又は過失により自己の営業上の利益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により利益を受けているときは、その利益の額は、その営業上の利益を侵害された者が受けた損害の額と推定する。
- 3 第二条第一項第一号から第九号まで、第十三号又は第十六号に掲げる不正競争によって営業上の利益を侵害された者は、故意又は過失により自己の営業上の利益を侵害した者に対し、次の各号に掲げる不正競争の区分に応じて当該各号に定める行為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。
- 一 第二条第一項第一号又は第二号に掲げる不正競争 当該侵害に係る

#### 商品等表示の使用

二 第二条第一項第三号に掲げる不正競争 当該侵害に係る商品の形態の使用

三 第二条第一項第四号から第九号までに掲げる不正競争 当該侵害に係る営業秘密の使用

四 第二条第一項第十三号に掲げる不正競争 当該侵害に係るドメイン名の使用

五 第二条第一項第十六号に掲げる不正競争 当該侵害に係る商標の使用

4 前項の規定は、同項に規定する金額を超える損害の賠償の請求を妨げない。この場合において、その営業上の利益を侵害した者に故意又は重大な過失がなかったときは、裁判所は、損害の賠償の額を定めるについて、これを参酌することができる。

## 1 趣 旨

損害額の立証責任はその請求を行う被害者の側にあるのが原則である。

この点、「不正競争」による営業上の利益の侵害による損害は、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ることに鑑み、本条は、被害者の立証の負担を軽減するため、一定の「不正競争」行為類型については侵害者が譲渡した物の数量に、被侵害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当たりの利益の額を乗じた額を被侵害者の損害の額とすることができる（第5条第1項）とする算定方式を導入するとともに、侵害者が侵害の行為により受けた利益の額を損害の額と推定する（同条第2項）他、一定の「不正競争」行為類型については使用許諾料相当額を損害の額として請求できる（同条第3項）こととした。いずれも被害者の救済手続の充実を図るため、特許法等の産業財産権四法にない平成5年改正及び平成15年改正時に設けられた規定である。

## 2 逸失利益の立証容易化（第5条第1項）

## 1 第5条第1項の趣旨

侵害品が販売されると、原告製品の販売が減少し営業上の利益が損なわれる。こうした原告製品の販売減少による損害は、侵害行為により原告が喪失した販売数量に基づき算定され、この喪失販売数量は、一般に侵害品の販売数量のうちどれだけを原告が販売し得たかにより計算されるものである。しかしながら、この損害は、侵害者の営業努力や代替品の存在等、種々の事情によって影響を受けるため、原告は、その因果関係の立証が非常に困難であり、実務上は損害賠償請求を断念するケースが多くなるものと想定される。

このため、特許法第102条第1項等と同様の規定を新設し、侵害者の営業努力や代替品の存在等の事情が存在するなど、侵害品の譲渡数量すべて又は一部を原告が販売することができないとする事情があることを侵害者に立証させることにより、結果的に合理的な損害額の認定がされるようにしたものである。

### ※第5条第2項との相違

不正競争防止法第5条第2項は、侵害者が受けている利益を、被侵害者が受けた損害の額と推定する規定である。同項に基づくと、侵害者が利益を上げていない場合や侵害者の利益額が小さい場合には、逸失利益に見合った賠償がなされず、十分に救済されない可能性がある。また、立証の際に、被侵害者は侵害者の利益額を証明しなければならないため、依然として立証が困難であるとの指摘がある。したがって、第5条第1項はこのようなケースの際に適しているものと考えられる。

## 2 対象となる類型

本算定方式については、経験則上、侵害行為とそれによる損害との間に直接的な因果関係が成立しているとは言い難い「不正競争」行為についてまで、規定の適用を及ぼすことは適当ではないため、不正競争防止法においては、産業財産権四法と同様に解することができ、一義的に因果関係が成立し得ると考えられる行為類型のみ限定して対象とすることとした。

具体的には、以下に示す、第2条第1項第1号～第3号、第4号～第9号のうち技術上の秘密に関するもの、第10号、そして第16号である。



### **(1) 対象とする「不正競争」行為**

- ① 第2条第1項第1号、第2号、第16号については、商標類似と考えられ、他人の商品等表示等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（当該他人）がその商品を販売することができないという因果関係が成り立つことが商標法第38条第1項と同様に考えられるため対象とする。
  
- ② 第2条第1項第3号については、意匠類似と考えられ、他人の商品の形態を模倣した商品を市場で譲渡することによって、被侵害者（当該他人）がその商品を販売することができないという因果関係が成り立つことが意匠法第39条第1項と同様に考えられるため対象とする。
  
- ③ 第2条第1項第4号～第9号のうち技術上の秘密に関するもの及び同項第10号については、特許類似と考えられ、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因果関係が成り立つことが特許法第102条第1項と同様に考えられるため対象とする。

### **(2) 対象としない「不正競争」行為**

- ① 第2条第1項第4号～第9号のうち顧客名簿等の営業上の秘密に関するものについては、営業上の秘密が化体された商品を譲渡したわけではなく、顧客名簿の情報をを使用することにより本来成立するはずであった契約の受注を逸失したものであることから、必ずしも経験則上、本算定方式が妥当するとはいえず、他の産業財産権四法と同様に考えることは困難であるため対象としない。
  
- ② 第2条第1項第11号～第15号については、産業財産権四法と類似の他人の成果冒用行為ではなく、他人の成果を冒用して商品を販売していることにより被侵害者のシェアを奪っている類型とは必ずしもいえないため対

象としない。

### 3 要 件

#### (1) その侵害の行為を組成した物を譲渡したとき

平成 10 年改正による特許法第 102 条第 1 項等も「譲渡」のみ規定しているところ、この趣旨については「『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」と説明されている<sup>169</sup>。

また、平成 14 年特許法等改正の際にも同様に「全ての侵害行為を列挙することは困難なため、代表的なケースとして、『譲渡』の場合を規定したものである。引渡数量、サービス提供回数等の譲渡数量以外の場合についても、本規定の算定ルールが妥当する場合には、この考え方を参考にした算定を可能」と説明し、平成 10 年改正の趣旨を確認している<sup>170</sup>。

このように、本規定は、行為態様に応じた柔軟な解釈が可能な規定であり、仮に厳格に行為類型を追加するとすれば、かえって規定の適用を狭めるおそれがあるため、不正競争防止法の規定についても特許法等と同様に「譲渡」のみ規定することとした。

なお、「侵害の行為を組成した物」の意義、「侵害の行為により生じた物」との関係は、第 3 条第 2 項と同じである（前述第 1 節 **2** **3** 参照）。

#### (2) 被侵害者の当該物に係る販売その他の行為を行う能力に応じた額を超えない限度において

特許法第 102 条第 1 項は、「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」と規定されているが、これは、権利者の実施能力を超える譲渡数量を権利者の損害と考えることは不適當であるとの趣旨であり、この趣旨は不正競争防止法にも妥当する。

この特許法の趣旨を踏まえれば、被侵害者が商品等表示や営業秘密を使用し

---

<sup>169</sup> 『平成 10 年改正工業所有権法の解説』特許庁総務部総務課工業所有権制度改正審議室編 18 頁（社団法人発明協会、1998 年）参照。

<sup>170</sup> 『平成 14 年改正工業所有権法の解説』特許庁総務部総務課制度改正審議室編 61 頁（社団法人発明協会、2002 年）参照。

た商品を生産する能力や販売する(譲渡)能力等を意味するものと解されるが、これら一連の行為の結果は「販売」である。したがって、販売する能力を代表例として「販売その他の行為を行う能力」と規定することにした。

**(3) ただし、譲渡数量の全部又は一部に相当する数量を被侵害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**

被侵害者の販売減少という損害は、市場において生じる損害であるため、侵害者の営業努力、市場における代替品の存在等の事情によっては、そもそも、侵害者の譲渡した侵害品の数量すべてを被侵害者が販売することができたとはいえない場合がある。

こうした場合まで、本条第1項本文の規定により、算定される額全額を損害額とすることは適当ではないため、同項ただし書の規定により、こうした事情があるときは、当該事情に相当する数量に応じた額を控除することとしたものである<sup>171</sup>。

具体的には、侵害者の努力により多数の商品を販売したような場合には、被侵害者の損害賠償額の調整については、ただし書の「被侵害者が販売することができないとする事情」の要件について、個別具体的に認定を行うことにより、妥当な損害額の調整が行われると解される。

#### **4 不正競争防止法の特質に応じた運用**

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法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製品が市場において補完関係に立つと擬制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て、適切に運用がなされるべきである。

すなわち「侵害の行為がなければ販売することができた」等の規定の運用においては侵害品と権利者製品の市場における補完関係にも配慮し、個別具体的に

---

<sup>171</sup> なお、前掲脚注 59 楽らく針事件(東京地判平 19.12.26 最高裁 HP)は、不正競争防止法第5条第1項で請求されたもののうち、同項ただし書により推定の覆滅が認められた部分について、同条第3項が補充的に適用されるとしている。

な事情を勘案して適切に認定されることが必要である。

例えば、いわゆる偽ブランド商品については、購買力の乏しい若年層を対象として、極めて低廉な価格で販売されているような場合には、侵害品と真正品との間で需要者層が大きく異なっており、侵害品と真正品との完全な補完関係を認めることは困難である<sup>172</sup>。

### **3 損害額の推定（第5条第2項）**

#### **1 第5条第2項の趣旨**

本項は、「不正競争」によって営業上の利益を侵害された者が、侵害者に損害賠償の請求を行う場合、侵害者が侵害行為によって受けた利益を損害の額と推定することを規定したものである。侵害を受けた者は、侵害行為による侵害者の利益の額を立証すれば、その利益の額が損害の額と推定され、推定を覆す特段の事情や侵害者の反証がないかぎり、その利益の額の賠償を受けることができる。

本項は、「不正競争」によって営業上の利益を侵害された者が、その損害の額を立証することは必ずしも容易ではなく、実務上は損害賠償請求を断念するなど、十分な賠償を受けられないことに鑑み、特許法、商標法（現特許法第102条第2項、現商標法第38条第2項）等にならい、立証の負担を軽減するために平成5年改正時に設けられたものである。

判例は、従来から特許法、商標法等の規定を類推適用することにより、被害の実効的救済を図る努力をしてきており、本規定は、このような判例法理を明文化し、救済手続面での充実を図ることとしたものである。

#### **2 対象となる類型**

---

<sup>172</sup> なお、市場の競合に関する事件としては、商標権侵害訴訟において、「商標法38条1項所定の『商標権者がその侵害行為がなければ販売することができた』か否かについては、商標権者が侵害品と同一の商品を販売しているか否か、販売している場合、その販売の態様はどのようなものであったか、当該商標と商品の出所たる企業の営業上の信用等とどの程度結びついていたか等を総合的に勘案して判断すべきである」と判示した裁判例がある（東京地判平13.10.31判時1776号101頁）。

本項の規定は、「不正競争」によって営業上の利益を侵害された者が、侵害者が得た利益の額を立証すれば、その利益の額が被害者の損害の額と推定するものである。したがって、侵害者の利益が被害者の逸失利益と観念され得る場合にのみその適用が図られるべきであるが、本項においては第2条第1項に規定する「不正競争」の類型すべてを対象としている<sup>173</sup>。

### 3 利益の額

本項にいう「利益の額」の意義について、粗利益の額（販売価格から製造原価を差し引いたもの）を指すとする立場や、純利益の額（粗利益の額からさらに管理費、広告宣伝費等の諸経費を差し引いたもの）を指すとする立場がある。判例には粗利益の額としたものと純利益の額としたものがある<sup>174,175,176</sup>。

## 4 使用許諾料（ライセンス料）相当額の請求（第5条第3項）

### 1 第5条第3項の趣旨

本項は、「不正競争」によって営業上の利益を侵害された者が、侵害者に損害賠償の請求を行う場合、使用許諾料に相当する額を損害額として請求できることを規定したものである。本条第1項と同様、平成5年改正時に、特許法、商標法（現行特許法第102条第3項、現行商標法第38条第3項）等の規定になり、被害者に対する実効的な救済を図るために設けられた規定である（なお、

<sup>173</sup> 産業構造審議会知的財産政策部会中間答申「不正競争防止法の見直しの方向」（平成4年12月）においては、誤認惹起行為（現行第2条第1項第14号）、信用毀損行為（同項第15号）を行った者の得た利益の額を被害者の損害の額とみなし得る場合が必ずしも多くないと考えられることから、かかる行為に対する推定規定の適用を認めることは適当ではないとされていたが、立法にあたっては、本項の規定が推定規定にとどまるものであることを考慮し、不正競争の類型すべてを対象とし、具体的な適用の可否については具体的事案における裁判所の判断に委ねることとした。

<sup>174</sup> 粗利益の額としたものとして、前掲脚注54ナイロール眼鏡枠事件（東京地判昭48.3.9無体集5巻1号42頁）。

<sup>175</sup> 純利益の額としたものとして、投げ釣り用天秤事件（東京地判昭53.10.30無体集10巻2号509頁）。

<sup>176</sup> 「利益」は侵害者の売上げから、被侵害者がn個の製品を販売した後に、侵害行為がなければさらにα個の販売が可能であると仮定した場合に、このn個からn+α個までの製品の製造に要する費用（限界費用）のみを控除すべきであるとするいわゆる限界利益説が主張されており、かかる考え方をとったとも考えられる裁判例も出ている（シャベルカー玩具形態事件（東京地判平9.2.21判時1617号120頁）等）。

本項第4号は平成13年改正により追加された。また、平成15年改正により第3項柱書から「通常」の文言が削除された。

判例は、従前から特許法等の規定を類推適用して、使用許諾料相当額を被害者の損害額として請求することを認めていた<sup>177</sup>。本項は、このような判例法理を明文化し、救済手続面での充実を図ったものである。

## **2 対象となる類型**

### **(1) 第5条第3項第1号**

本号は、混同惹起行為（第2条第1項第1号）及び著名表示冒用行為（同項第2号）について、商品等表示の使用に関する使用許諾料が請求できることとしている。

商品等表示の中には、商標権の登録されているものも登録されていないものも存在するが、現実の取引では、商標権の登録されていないものについても、周知又は著名な商品等表示に関する使用許諾契約が締結されている。

### **(2) 第5項第3項第2号**

本号は、他人の商品の形態を模倣した商品を譲渡等する行為（第2条第1項第3号）について、商品の形態の使用に関する使用許諾料を請求できることとしている。

商品の形態の中には、意匠権の登録されているものも登録されていないものも存在するが、現実の取引では、意匠権の登録されていないものについても、例えば、玩具、文具、日用雑貨品、陶磁器などについてその形態に関する使用許諾契約が締結されている。

### **(3) 第5条第3項第3号**

本号は、営業秘密に係る不正行為（第2条第1項第4号～第9号）について、営業秘密の使用に関する使用許諾料を請求できることとしている。いわゆるノ

---

<sup>177</sup> フットボール・シンボルマーク事件（大阪地判昭55.7.15無体集12巻2号321頁）、浮子規格表示事件（大阪地判昭56.3.27無体集13巻1号336頁）、前掲脚注162スコッチウイスキー事件（大阪地判昭57.2.26無体集14巻1号58頁）、スペース・インベーダー事件（東京地判昭57.9.27無体集14巻3号593頁）。

ウハウ等について使用許諾契約が締結されている。

営業秘密の中には、企業の人事情報やネガティブ情報など、一般に使用許諾契約が想定されないものもあり、営業秘密について包括的に本項の適用対象とすることについて議論のあるところであるが、具体的な適用の可否については、具体的事案における裁判所の判断に委ねることとした。

#### **(4) 第5条第3項第4号**

本号は、ドメイン名に係る不正行為（第2条第1項第13号）について、ドメイン名の使用に関する使用許諾料を請求できることとしている。

#### **(5) 第5条第3項第5号**

本号は、代理人等の商標冒用行為（第2条第1項第16号）について、商標の使用に関する使用許諾料を請求できることとしている。国内登録商標又は商品等表示と同様に現実の取引で、使用許諾契約が締結されている。

### **3 受けるべき金銭の額**

「受けるべき金銭の額」については、他に許諾例がある場合にはその例を参考とすることができ<sup>178</sup>、また、他に許諾例が存在しない場合は、それぞれの分野での料率の一般的な相場（周知表示、著名表示については商標権、商品形態については意匠権等）を参考にすることができる<sup>179</sup>。

また、平成15年改正により、改正前不正競争防止法第5条第2項（現行法における第5条第3項に相当）柱書の「通常」の文言が削除されたが、これは、当該規定に「通常」の文言があることにより、認定される使用料相当額が、業界相場等を参考にして認定されるおそれや、訴訟当事者間の間に生じている諸般の事情（競業関係、取引関係等）を考慮できないことなど、被告が侵害行為

---

<sup>178</sup> 前掲脚注177スペース・インベーター事件では、原告が原告商品の類似品の製造に関して、1台あたり2万5000円の許諾料を得ていることから、その額に製造台数を乗じた額を通常受けるべき額とする判示がなされた。

<sup>179</sup> 前掲脚注177浮子規格表示事件では、一般の商標権の使用料が3ないし5パーセントであることが裁判所に顕著であること、及び当該表示の特殊性（主商標としてではなく、副次的な規格表示として案出されたもので、当初から顧客吸引力を念頭に置いてのものでないこと）を考慮して、売上高の1パーセントの額を認定した。

を行って裁判で敗訴しても、誠実にライセンスを受けていた者と同じ使用料を支払えばよく、結果的に「侵害し得」であるとの指摘があった。したがって、特許法等と同様に、使用料相当額の認定規定における「通常」の文言を削除した。

## **5 使用許諾料相当額を超える請求等（第5条第4項）**

本項前段は、第5条第3項の使用許諾料相当額を超える損害の請求を妨げないことを、本項後段は、侵害者に故意又は重大な過失がなかったときは裁判所がこれを参酌することができることを規定したものである。

### **第4節 技術上の秘密を取得した者の当該技術上の秘密を使用する行為等の推定 （第5条の2関係）**

#### **（技術上の秘密を取得した者の当該技術上の秘密を使用する行為等の推定）**

**第五条の二** 技術上の秘密（生産方法その他政令で定める情報に係るものに限る。以下この条において同じ。）について第二条第一項第四号，第五号又は第八号に規定する行為（営業秘密を取得する行為に限る。）があった場合において，その行為をした者が当該技術上の秘密を使用する行為により生ずる物の生産その他技術上の秘密を使用したことが明らかな行為として政令で定める行為（以下この条において「生産等」という。）をしたときは，その者は，それぞれ当該各号に規定する行為（営業秘密を使用する行為に限る。）として生産等をしたものと推定する。

## **1 趣 旨**

営業秘密の使用行為の立証責任は，当該営業秘密の被侵害者の側にあるのが原則である。しかしながら，そのような使用行為は侵害者の内部領域（工場，



研究所等)で行われることが多いため、被侵害者がその立証に関する証拠を収集することは極めて困難な場合も多い。

また、技術上の営業秘密を不正に取得した者については、当該営業秘密を使用することが通常であるとの経験則が存在する。

これらを踏まえ、平成 27 年改正時に本条が設けられた。

## **2 当事者の立証事項**

立証責任の公平な分配と適正な真実発見の観点から、侵害者（被告）による営業秘密の不正使用行為が推定されるためには、

- ① 対象となる情報が被侵害者（原告）の営業秘密であり、生産方法等の技術上の情報であること
- ② 侵害者（被告）による第 2 条第 1 項第 4 号、第 5 号又は第 8 号に該当する不正取得行為があったこと
- ③ 侵害者（被告）が被侵害者（原告）の営業秘密を用いて生産することのできる物を生産等していること

を被侵害者（原告）が立証する必要がある。

被侵害者（原告）が上記前提事実（①から③）の立証に成功した場合は、侵害者（被告）による営業秘密の不正使用行為が推定される。

これに対し、営業秘密を不正に取得したものの、それを使用していなかった侵害者（被告）としては、自己の不使用の事実を積極的に立証することによって、推定を覆していくこととなる。例えば、侵害者（被告）は、被侵害者（原告）の提訴に係る自社の製品の具体的製造工程を明らかにする、被侵害者（原告）から営業秘密を取得した後には当該製品を製造していないことを立証する、といった防御を行うことが想定される。

## **3 要件**

### **1 技術上の秘密**

営業秘密には、技術上の情報と営業上の情報が含まれる（第 2 条第 6 項）が、

本条の推定規定が適用され得るのは、技術上の情報であり、本条では「技術上の秘密」という。なお、この文言は第2条第1項第10号における「技術上の秘密」と同義であり、営業秘密のうち、技術上の情報であるものをいう<sup>180</sup>。

さらに、本条においては、技術上の情報のうち以下の①生産方法及び②その他政令で定める情報に限られている。これは、推定規定の対象を特に立証が困難と考えられる情報に限定することによって、侵害者側の応訴負担に配慮したことによる。

① 生産方法

物の生産に直接寄与する技術(自動車の組立技術,化学物質の生成技術等)のみならず、その生産工程におけるエネルギー、原材料の投入量等の効率化を図る技術、コストカット技術等も含まれる。

② その他政令で定める情報

今後の技術進歩に応じ、将来的に別の技術情報を推定の対象とすべきニーズが生じた場合に備え、政令で定める情報については推定規定の対象となり得ることとしている。なお、平成27年改正法施行(平成28年1月1日)時点でこの政令はまだ制定されていない。

**2 第二条第一項第四号、第五号又は第八号に規定する行為(営業秘密を取得する行為に限る。)**

第2条第1項第4号、第5号及び第8号に掲げる不正競争行為は、営業秘密の取得時点で、それが営業秘密であることについて悪意又は重過失があるケースである。そのようなケースでは、当該営業秘密を不正使用する蓋然性が高い。したがって、これらの類型は本条の対象となっている。

他方で、第2条第1項第6号、第7号及び第9号に掲げる不正競争行為は、営業秘密の取得時点で、それが営業秘密であることについて悪意又は重過失がないケースであるため、そうではないケースに比べて営業秘密を不正使用する蓋然性が相対的に低いと考えられるため本条の対象外とした。

---

<sup>180</sup> 前掲脚注102参照。

**3 その行為をした者が当該技術上の秘密を使用する行為により生ずる物の生産その他技術上の秘密を使用したことが明らかな行為として政令で定める行為（以下この条において「生産等」という。）をしたとき**

推定規定が適用されるためには、被侵害者の営業秘密と侵害者の行為との間に一定の関連性があることが必要である。

例えば、生産方法についていえば、侵害者（被告）が、被侵害者（原告）の営業秘密を用いて生産することのできる物を生産していること、すなわち、被侵害者（原告）の営業秘密に属する技術を用いて製造される製品の機能、品質、コスト等、競合他社との差別化要因となり得る点において共通する物を侵害者（被告）が生産していることを意味する。

これは、不正に取得された技術と全く関係のない製品の生産等についてまで営業秘密を不正に使用する行為が推定されることは不当であると考えられる一方で、被侵害者が生産する物と全く同一の製品を生産する行為にのみ推定の効果を及ぼすとすると、逆に推定規定が適用される場面が著しく限定されてしまうことに配慮した要件である。本条では、現に被侵害者が営業秘密を用いて生産している物のみならず、その営業秘密を転用して実際に生産できる物であれば、推定規定の対象となることとした。

なお、「その他政令で定める情報」が政令で定められた場合は、被侵害者は、当該秘密を使用したことが明らかな行為として政令で定める行為を侵害者が行っていることの立証が必要となる。

**第5節 具体的態様の明示義務  
（第6条関係）**

**（具体的態様の明示義務）**

**第六条** 不正競争による営業上の利益の侵害に係る訴訟において、不正競争によって営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがあると主張する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。

## 1 趣 旨

「不正競争」に係る侵害訴訟を提起する場合、原告は、相手方の「不正競争」行為を特定して、侵害があった旨を主張しなければならない。その侵害行為の中核は、特許法と同様に相手方の「物又は方法」の特定であるため、例えば、ある物を生産する方法の営業秘密が相手方の工場内で実施されているような場合については、原告が訴状において相手方の侵害行為を特定することが困難であり、結果的に原告が敗訴となるといったケースが想定される。

したがって、不正競争防止法においても、特許法第 104 条の 2 と同様の規定を設けることにより、原告のみならず、相手方にも侵害行為の特定に積極的に関与させ、訴訟審理の促進・争点の明確化を図るものである。

## 2 具体的態様の明示を拒否できる場合

主張すべき内容が何もない場合や自己の具体的態様の内容に営業秘密が含まれている場合<sup>181</sup>等には「相当の理由」があるとして、相手方（被告）の判断により具体的態様の明示を拒むことができる場合がある。ただし、仮に自己の具体的態様の内容に営業秘密が含まれる場合であっても、営業秘密の中核となる部分ではなく、その周辺部分の有用情報については具体的態様の明示義務を免れることができないことがあり得る。

「相当の理由」があるとは認められないにもかかわらず、相手方が規定に従った対応をしないときについての制裁措置は設けていないものの、こうした不

---

<sup>181</sup> この点、平成 16 年改正により秘密保持命令制度が導入されたことを踏まえると、自己の具体的態様の内容に営業秘密が含まれていることで、ただちに「相当の理由」があると解すべきではない（産業構造審議会知的財産分科会営業秘密の保護・活用に関する小委員会「中間とりまとめ」（平成 27 年 2 月）20 頁参照、[http://www.meti.go.jp/committee/sankoushin/chitekizaisan/eigyohimitsu/pdf/report02\\_01.pdf](http://www.meti.go.jp/committee/sankoushin/chitekizaisan/eigyohimitsu/pdf/report02_01.pdf)）。

誠実な訴訟対応については、最終的には裁判官の心証に影響を与えることもあ  
ると考えられる。

### **3 不正競争防止法における意義**

不正競争防止法においては、混同惹起行為、著名表示冒用行為、及び商品形  
態模倣行為（第2条第1項第1号～第3号）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、第6条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での差止請求をする場合、  
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考えられる。

## **第6節 書類の提出等**

### **(第7条関係)**

#### **(書類の提出等)**

**第七条** 裁判所は、不正競争による営業上の利益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** 裁判所は、前項の場合において、第一項ただし書に規定する正当な理  
由があるかどうかについて前項後段の書類を開示してその意見を聴くこ  
とが必要であると認めるときは、当事者等（当事者（法人である場合に  
あっては、その代表者）又は当事者の代理人（訴訟代理人及び補佐人を  
除く。）、使用人その他の従業者をいう。以下同じ。）、訴訟代理人又は補

佐人に対し、当該書類を開示することができる。

- 4 前三項の規定は、不正競争による営業上の利益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。

## 1 趣 旨

平成8年全面改正前の旧民事訴訟法第312条は、文書提出義務を当事者が訴訟において引用した文書など三つの場合のみに認めていた。しかしながら、知的財産侵害訴訟において損害の額を立証するための相手方所持文書が必ずしも常に同条各号に該当するとは限らないことから、特許法等の産業財産権四法においては、当事者の申立てにより、裁判所は当事者に対し、損害の計算をするために必要な書類の提出を命ずることができることを規定していた。

「不正競争」による損害についても、相手方所持書類を提出させることによって、その計算を容易にする必要性は、特許権侵害等の場合と異なることはないため、平成5年改正により、損害の計算をするために必要な書類の提出を命ずる規定を設けることとした（第7条第1項）。

また、平成15年改正では、従来の、損害の計算をするための書類提出命令に加えて、不正競争防止法に係る訴訟においても、原告による侵害行為の立証が困難であることに鑑み、平成11年に提出の対象として「侵害行為について立証するため……必要な書類」を追加した特許法第105条と同様に、書類提出命令の対象とした。その際、書類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、裁判官のみによるインカメラ審理手続により行うこととした（第2項）<sup>182</sup>。

さらに、平成16年改正では、インカメラ審理手続の際に、裁判所が書類の

<sup>182</sup> どの程度の侵害の疑いがあれば書類提出命令が認められるのかについて、営業秘密侵害が争われた裁判例では、「当事者間の衡平の観点から模索的な文書提出命令の申立ては許されるべきではないことや、当事者が文書提出命令に従わない場合の制裁の存在（民事訴訟法224条）等を考慮すると、そこにおける証拠調べの必要性があるというためには、その前提として、侵害行為があったことについての合理的疑いが一応認められることが必要であると解すべきである」と判示したものがある（東京地決定27.7.27判タ1419号367頁）。

提出を拒む正当な理由があるかどうかについて意見を聴くことが必要であると認める場合は、当事者等に対して当該書類を開示することができることとした（第3項）。

## **2** インカメラ審理手続

裁判所の書類提出命令に対しては、その所持者に提出を拒む「正当な理由」があるときは、提出を拒むことができる。その書類提出を拒む「正当な理由」としては、相手方が書類を保存していることを期待できない場合や相手方の書類に営業秘密が含まれる場合等が考えられる。しかしながら、それが営業秘密を含む書類（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。

このため、「不正競争」による営業上の利益の侵害に係る訴訟においても、特許法第105条と同様に、営業秘密を含む書類についても書類提出命令の対象とした。その際、書類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、裁判官のみによるインカメラ審理手続により行うこととした。

提出を拒む「正当な理由」の存否については、民事訴訟法第223条のインカメラ審理手続とは異なり、営業秘密であれば直ちに提出義務が生じなくなるわけではなく、営業秘密を開示することにより書類所持者が受ける不利益と、書類が提出されないことにより訴訟当事者が受ける不利益とを比較衡量して判断を行うこととなる<sup>183</sup>。この判断については、インカメラ審理手続により行うこととされている。

また、この「正当な理由」の有無を判断するためにインカメラ審理に提示された書類については、何人も開示を求めることができない（第7条第2項）と

---

<sup>183</sup> 不正競争防止法第7条第1項ただし書の「正当な理由」について、営業秘密侵害が争われた裁判例では、「営業秘密の保護に関しては、民事訴訟法及び不正競争防止法上の手当がされていること……からすれば、本件文書に相手方の営業秘密を含むものがあってもそれだけでは原則として上記正当な理由には当たらないと解すべきであり、……証拠調べの必要性に照らして、単に本件文書が相手方の営業秘密を含むと抽象的に主張するのみでは、相手方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は到底認められない」と判示したものがある（前掲脚注182 東京地決定平27.7.27判タ1419号367頁）。

されているが、侵害行為の立証の容易化と営業秘密の保護とのバランスを図る観点から、正当な理由があるかどうかについて、提示された書類を開示して意見を聴くことが必要であると認める場合には、裁判所の裁量により、当事者等、訴訟代理人又は補佐人に対し当該書類を開示することができることとされている（第3項）。

なお、この際に提示された書類の内容に当事者の保有する営業秘密が含まれ、当該営業秘密が開示されることにより、当該営業秘密に基づく当事者の事業活動に支障を生ずるおそれがある場合には、当事者の申立てにより裁判所が当事者等に対し、秘密保持命令（第10条。詳細は、後述**第9節**（145～148頁）参照）を発することとなる。

### **3 検 証**

物を生産する方法に係る営業秘密侵害の場合、対象となる製造装置等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ため、検証物の提示についても書類提示の場合の規定を準用し、「正当な理由」の観点から、提示義務の有無を判断することとした。

## **第7節 損害計算のための鑑定 （第8条関係）**

### **（損害計算のための鑑定）**

**第八条** 不正競争による営業上の利益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。



## □ 趣 旨

不正競争防止法に係る訴訟においては、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（第7条第1項）、

- ① 提出される書類の量が膨大であり、経理・会計の専門家でない裁判官、弁護士にとっては、書類を正確かつ迅速に理解することが困難、
  - ② 提出された書類が、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することが困難、
  - ③ 提出された書類に対し、民事訴訟法の当事者照会制度（第163条）や民事訴訟規則の鑑定人の発問（第133条）等の制度を活用しても、相手方が説明に応じない場合、それらの書類を解読して計算することは困難、
- といった場合が想定される。また、被告製品の販売数、売上額、利益率について、原告・被告両当事者間の主張に大きな相違が見られる場合、損害額の認定を迅速かつ適正に行うことが困難な場合も想定される。

このため、特許法第105条の2と同様に、損害額の立証の容易化・迅速化を図る観点から、当事者の申立てにより、裁判所が公認会計士等の計算鑑定人を選任し、当該鑑定人に対する説明義務を当事者に課し、損害の計算に必要な事項を裁判所に報告させる規定を設けた。

### 第8節 相当な損害額の認定 (第9条関係)

#### (相当な損害額の認定)

**第九条** 不正競争による営業上の利益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。

## □ 趣 旨

「不正競争」による営業上の利益の侵害による損害は、経済活動を通じて発生するため、損害額を立証することは極めて困難である。

この点、民事訴訟法第 248 条には「損害の性質上その額を立証することが極めて困難」な場合に裁判所が相当な損害額の認定を可能とする規定があり、この規定が適用されれば原告の立証負担は軽減される。

しかしながら、例えば、不正競争防止法第 5 条第 1 項の逸失利益の立証容易化規定を適用して、被侵害者の利益額を算出する際に、侵害行為以外の要因（例えば景気の変動等）で、被侵害者の商品等表示を使用した商品の値下げがあった場合には、その要素を正確に把握して計算すれば正しい被侵害者の利益額が得られるため、計算不可能とはいえ、民事訴訟法第 248 条の「損害の性質上」極めて困難とは一義的にはいえない場合がある。

その他にも、

- ① 被侵害者の商品等表示や営業秘密の寄与度がどの程度のものであるかについて立証するのは困難であるが、計算不可能とはいえ、民事訴訟法第 248 条の「損害の性質上」極めて困難とは一義的にはいえない場合、
- ② 被侵害者の商品等表示を使用した商品を侵害者が販売している際に、その販売数量を立証することに極めて高いコストがかかり、一定の努力を払ってもなお、全てを証明することが極めて困難である場合

等が想定される。

このため、特許法第 105 条の 3 と同様に、不正競争防止法に係る訴訟においても、損害額の立証が困難な場合における証明度の軽減が図られるよう、民事訴訟法とは別途の規定を置き、その趣旨が確実に及ぶようにした。

## 第9節 秘密保持命令

### (第10条関係)

#### (秘密保持命令)

**第十条** 裁判所は、不正競争による営業上の利益の侵害に係る訴訟において、その当事者が保有する営業秘密について、次に掲げる事由のいずれにも該当することにつき疎明があった場合には、当事者の申立てにより、決定で、当事者等、訴訟代理人又は補佐人に対し、当該営業秘密を当該訴訟の追行の目的以外の目的で使用し、又は当該営業秘密に係るこの項の規定による命令を受けた者以外の者に開示してはならない旨を命ずることができる。ただし、その申立ての時までに当事者等、訴訟代理人又は補佐人が第一号に規定する準備書面の閲読又は同号に規定する証拠の取調べ若しくは開示以外の方法により当該営業秘密を取得し、又は保有していた場合は、この限りでない。

- 一 既に提出され若しくは提出されるべき準備書面に当事者の保有する営業秘密が記載され、又は既に取り調べられ若しくは取り調べられるべき証拠（第七条第三項の規定により開示された書類又は第十三条第四項の規定により開示された書面を含む。）の内容に当事者の保有する営業秘密が含まれること。
  - 二 前号の営業秘密が当該訴訟の追行の目的以外の目的で使用され、又は当該営業秘密が開示されることにより、当該営業秘密に基づく当事者の事業活動に支障を生ずるおそれがあり、これを防止するため当該営業秘密の使用又は開示を制限する必要があること。
- 2** 前項の規定による命令（以下「秘密保持命令」という。）の申立ては、次に掲げる事項を記載した書面でしなければならない。
- 一 秘密保持命令を受けべき者
  - 二 秘密保持命令の対象となるべき営業秘密を特定するに足る事実
  - 三 前項各号に掲げる事由に該当する事実
- 3** 秘密保持命令が発せられた場合には、その決定書を秘密保持命令を受

けた者に送達しなければならない。

- 4 秘密保持命令は、秘密保持命令を受けた者に対する決定書の送達が行われた時から、効力を生ずる。
- 5 秘密保持命令の申立てを却下した裁判に対しては、即時抗告をすることが出来る。

## 1 趣 旨

不正競争行為に関する訴訟では、提出された証拠に営業秘密が含まれる場合がある。この場合、証拠に含まれる営業秘密の漏えいを防止するための手段としては、民事訴訟法第 92 条の閲覧等の制限の手續や、不正競争防止法による差止請求・損害賠償請求等が存在していた。

しかし、このような手段では不十分であり、諸外国の立法例を参考にしつつ、営業秘密であっても証拠として提出させ、その上で当該営業秘密を保護する制度が必要である旨の指摘がなされていた。このため、平成 16 (2004) 年の「裁判所法等の一部を改正する法律」<sup>184</sup>による改正により、証拠等に営業秘密が含まれる場合に、裁判所の命令によって当該営業秘密の使用及び開示を禁止する、「秘密保持命令」制度が導入され、平成 17 年 4 月 1 日より施行された（これと同様の制度が、特許法・実用新案法（平成 5 年改正前旧実用新案法を含む）・意匠法・商標法・著作権法に導入された。）。なお、本規定は民事訴訟にのみ設けられた措置であり、営業秘密に関する刑事訴訟（不正競争防止法第 21 条第 1 項第 1 号～第 9 号、第 3 項、第 4 項）には適用されない。

## 2 秘密保持命令による禁止行為

秘密保持命令は、①当該営業秘密を当該訴訟の追行の目的以外の目的で使用

<sup>184</sup> 秘密保持命令の導入、インカメラ審理手續の整備、営業秘密が問題となる訴訟における公開停止の要件・手續規定の整備を盛り込んだ「裁判所法等の一部を改正する法律」については、立案業務を担当した司法制度改革推進事務局員の執筆による近藤昌昭=齊藤友嘉「司法制度改革概説第 2 巻 知的財産関係二法／労働審判法」（商事法務、平成 16 年 10 月）において詳細な解説を行っている。

すること、②当該営業秘密に係る第10条第1項の規定による命令を受けた者以外の者に開示することの2点を禁止している。

当該訴訟追行目的での当該営業秘密の使用については、秘密保持命令の対象からは除外されている。これは、訴訟当事者の防御権を確保するためにはこのような使用を認める必要があるとともに、訴訟手続の中で営業秘密を保護する制度が整備されることにより、訴訟追行目的への使用により営業秘密が公知になる可能性は極めて低いことによるものである。

一方、訴訟追行目的での当該営業秘密の開示については、秘密保持命令の対象であり、禁止されている（秘密保持命令を受けた者への開示を除く）。これは、訴訟追行目的のためでも当該営業秘密が開示されたならば、営業秘密の要件の一つである非公知性を欠くことになり、その価値が著しく損なわれるからである。

なお、秘密保持命令に違反して当該営業秘密を使用又は開示した場合には、刑事罰の対象となる（第21条第2項第6号）。刑事罰の詳細についての記述は、後述の **Chapter 7** **102**（234頁）に譲ることとする。

### **3** 秘密保持命令の要件及び手続

秘密保持命令が発令される可能性があるのは、①準備書面の記載又は証拠<sup>185</sup>に営業秘密が含まれていること（第10条第1項第1号）、②当該営業秘密が当該訴訟の追行の目的以外の目的で使用され、又は開示されることにより、当該営業秘密に基づく事業活動に支障を生ずるおそれがあり、これを防止するため当該営業秘密の使用又は開示を制限する必要があること（第10条第1項第2号）の2点について、いずれにも該当する旨の疎明がなされた場合である。ただし、秘密保持命令の申立ての時までに秘密保持命令の名宛人が当該準備書面又は証拠以外の方法で当該営業秘密を取得し、又は保有していたものである場合は、発令の対象とはならない（第10条第1項柱書ただし書）。

秘密保持命令については、当事者による申立てがあった場合に発令される。申立ての際には、

---

<sup>185</sup> 準備書面については、既に提出されているか今後提出されるかを問わない。また、証拠についても、既に取り調べられているか今後取り調べられるかを問わない。

- ① 秘密保持命令を受けるべき者
- ② 秘密保持命令の対象となるべき営業秘密を特定するに足りる事実
- ③ 「準備書面の記載又は証拠に営業秘密が含まれていること」、「当該営業秘密が当該訴訟の追行の目的以外の目的で使用され、又は開示されることにより、当該営業秘密に基づく事業活動に支障を生ずるおそれがあり、これを防止するため当該営業秘密の使用又は開示を制限する必要があること」に該当する事実

を記載した書面で行わなければならないものとしている（第10条第2項）。

秘密保持命令が発せられた場合には、名宛人の手続保障の観点から、その決定書を名宛人に送達すべきものとされ、秘密保持命令は決定書が送達された時から効力を生ずるものとされている（第10条第3項、第4項）。

秘密保持命令を却下した裁判に対しては、即時抗告をすることができる（第10条第5項）が、秘密保持命令を発令した決定は直ちに確定する。他方、秘密保持命令が発令された場合には即時抗告はできず、通常秘密保持命令の取消しの手続（次節参照）により対処することとなる。

## 第10節 秘密保持命令の取消し

### （第11条関係）

#### （秘密保持命令の取消し）

**第十一条** 秘密保持命令の申立てをした者又は秘密保持命令を受けた者は、訴訟記録の存する裁判所（訴訟記録の存する裁判所がない場合には、秘密保持命令を発した裁判所）に対し、前条第一項に規定する要件を欠くこと又はこれを欠くに至ったことを理由として、秘密保持命令の取消しの申立てをすることができる。

**2** 秘密保持命令の取消しの申立てについての裁判があった場合には、その決定書をその申立てをした者及び相手方に送達しなければならない。

**3** 秘密保持命令の取消しの申立てについての裁判に対しては、即時抗告をすることができる。

- 4 秘密保持命令を取り消す裁判は、確定しなければその効力を生じない。
- 5 裁判所は、秘密保持命令を取り消す裁判をした場合において、秘密保持命令の取消しの申立てをした者又は相手方以外に当該秘密保持命令が発せられた訴訟において当該営業秘密に係る秘密保持命令を受けている者がいるときは、その者に対し、直ちに、秘密保持命令を取り消す裁判をした旨を通知しなければならない。

## 1 趣 旨

裁判所が発した秘密保持命令の取消しについては、秘密保持命令の申立者又は秘密保持命令を受けた者が、訴訟記録が存在する裁判所（訴訟記録が存在する裁判所がない場合には秘密保持命令を発した裁判所）に対して申立てを行うことにより、取り消されることとなる。

取消しの事由としては、発令のいずれかの要件（①準備書面の記載又は証拠に営業秘密が含まれていること、②当該営業秘密が当該訴訟の追行の目的以外の目的で使用され、又は開示されることにより、当該営業秘密に基づく事業活動に支障を生ずるおそれがあり、これを防止するため当該営業秘密の使用又は開示を制限する必要があること）を欠くこと又は欠くに至ったことである。具体的には、証拠に含まれている営業秘密の内容が既に特許出願されており、その後公開されたため営業秘密としての要件を満たさなくなった場合等が挙げられる。

## 2 取消しの手続

秘密保持命令の取消しの申立てについての裁判があった場合には、裁判所がその決定書を申立てをした者及び相手方に送達しなければならない（第 11 条第 2 項）。

取消しの申立ての裁判については、即時抗告をすることができるが、秘密保持命令を取り消す裁判は確定しなければ効力を生じない（第 11 条第 3 項、第 4 項）。

秘密保持命令が複数人に発令され、その後一部の名宛人に対する秘密保持命令が取り消された場合には、裁判所は、その秘密保持命令を取り消す裁判があった旨を直ちに当該者以外の秘密保持命令の名宛人に通知しなければならないこととされている（第 11 条第 5 項）。

これは、秘密保持命令を取り消されていない他の名宛人にとっては、秘密保持命令を受けている者に対する開示行為は適法である一方、取り消された者に対する開示行為は違法になるとともに、秘密保持命令を取り消された者への開示により、その者から営業秘密が漏えいするおそれが発生するためである。

### **3 秘密保持命令の有効期間**

秘密保持命令の効力は、秘密保持命令を受けた者に決定書が送達された時から発生する。また、秘密保持命令は、取消しが確定するまでその効力を有する。このため、営業秘密の要件を満たさなくなった場合であっても、秘密保持命令の取消しの手続を経てはじめて、秘密保持命令が取り消されることとなる<sup>186</sup>。

#### **第 11 節 訴訟記録の閲覧等の請求の通知等 (第 12 条関係)**

##### **(訴訟記録の閲覧等の請求の通知等)**

**第十二条** 秘密保持命令が発せられた訴訟（すべての秘密保持命令が取り消された訴訟を除く。）に係る訴訟記録につき、民事訴訟法（平成八年法律第百九号）第九十二条第一項の決定があった場合において、当事者から同項に規定する秘密記載部分の閲覧等の請求があり、かつ、その請求の行った者が当該訴訟において秘密保持命令を受けていない者であるときは、裁判所書記官は、同項の申立てをした当事者（その請求をした者を除く。第三項において同じ。）に対し、その請求後直ちに、その請求があった旨を通知しなければならない。

<sup>186</sup> これは、民事訴訟法第 92 条第 3 項と同様の考え方である。



- 2 前項の場合において、裁判所書記官は、同項の請求があった日から二週間を経過する日までの間（その請求の手続を行った者に対する秘密保持命令の申立てがその日までにされた場合にあっては、その申立てについての裁判が確定するまでの間）、その請求の手続を行った者に同項の秘密記載部分の閲覧等をさせてはならない。
- 3 前二項の規定は、第一項の請求をした者に同項の秘密記載部分の閲覧等をさせることについて民事訴訟法第九十二条第一項の申立てをした当事者のすべての同意があるときは、適用しない。

## □ 趣 旨

訴訟記録からの営業秘密の漏えいの防止に関しては、民事訴訟法第92条の規定による第三者の閲覧等の制限があるが、同条では当事者による閲覧等は禁止されていない<sup>187</sup>。このため、例えば法人が当事者等である場合、秘密保持命令を受けていない従業者などが法人から委任を受け、事実上自由に訴訟記録の閲覧等の請求手続を通じて営業秘密を知ることが可能になるおそれがある。

このため、秘密保持命令が発せられた訴訟（すべての秘密保持命令が取り消された訴訟を除く）に係る訴訟記録については、民事訴訟法第92条第1項の決定（営業秘密が記載された部分の閲覧等の請求を当事者に限定する決定）がされている場合において、①当事者から民事訴訟法第92条第1項の秘密記載部分の閲覧等の請求がされ、かつ②その請求の手続を行った者が秘密保持命令を受けた者ではないときは、裁判所書記官は、民事訴訟法第92条第1項の申立てをした当事者に対し、その請求後直ちにその請求があった旨を通知しなければならないこととしている。

これにより、通知を受けた当事者は、請求手続を行った者に対する秘密保持命令の申立てができることとなる。そして、秘密保持命令の発令を得るのに必

<sup>187</sup> 原則として、訴訟記録の閲覧は何人も請求することができ（民事訴訟法第91条第1項）、また利害関係を疎明した場合には、第三者であっても、訴訟記録の謄写等の請求ができる（同条第3項）ところ、同法第92条第1項は、秘密記載部分の閲覧等の請求をすることができる者を当事者に制限する決定である（「条解 民事訴訟法〔第2版〕」379頁、弘文堂、平成26年3月）。

要な期間（閲覧等の請求があった日から2週間。その期間内にその者に対する秘密保持命令の申立てがあったときは、その申立てについての裁判の確定までの間）は、その手続を行った者の閲覧等は制限される。ただし、営業秘密の保有者である申立てをした当事者すべての同意があるときは、これらの規定を適用されず、閲覧が可能となる。

## 第12節 当事者尋問等の公開停止 (第13条関係)

### (当事者尋問等の公開停止)

**第十三条** 不正競争による営業上の利益の侵害に係る訴訟における当事者等が、その侵害の有無についての判断の基礎となる事項であって当事者の保有する営業秘密に該当するものについて、当事者本人若しくは法定代理人又は証人として尋問を受ける場合においては、裁判所は、裁判官の全員一致により、その当事者等が公開の法廷で当該事項について陳述をすることにより当該営業秘密に基づく当事者の事業活動に著しい支障を生ずることが明らかであることから当該事項について十分な陳述をすることができず、かつ、当該陳述を欠くことにより他の証拠のみによっては当該事項を判断の基礎とすべき不正競争による営業上の利益の侵害の有無についての適正な裁判をすることができないと認めるときは、決定で、当該事項の尋問を公開しないで行うことができる。

2 裁判所は、前項の決定をするに当たっては、あらかじめ、当事者等の意見を聴かなければならない。

3 裁判所は、前項の場合において、必要があると認めるときは、当事者等にその陳述すべき事項の要領を記載した書面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、その提示された書面の開示を求めることができない。

4 裁判所は、前項後段の書面を開示してその意見を聴くことが必要であると認めるときは、当事者等、訴訟代理人又は補佐人に対し、当該書面

を開示することができる。

5 裁判所は、第一項の規定により当該事項の尋問を公開しないで行うときは、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。当該事項の尋問が終了したときは、再び公衆を入廷させなければならない。

## 1 趣 旨

憲法第 82 条は裁判公開の原則を定めており、一般公衆が裁判を傍聴することが可能であることから、特許権等の侵害に関する訴訟や営業秘密に係る不正競争に関する訴訟には困難な点があるとされてきた。つまり、裁判において営業秘密が公開されることにより、かえって権利者の不利益を生じる可能性があるという懸念があった。

しかし、憲法第 82 条の定める裁判の公開原則の趣旨は、裁判を一般に公開して裁判が公正に行われることを制度として保障し、ひいては裁判に対する国民の信頼を確保しようとするところにあると解されているものの、営業秘密との関係で裁判の公開を困難とする真にやむを得ない事情があり、なおかつ裁判の公開によりかえって適正な裁判を行うことができない場合にまで、憲法が裁判の公開を求めていると解するのは困難である。

このため、平成 16（2004）年の「裁判所法等の一部を改正する法律」による改正により、これらの訴訟において公開停止を行う場合の要件と手続を明確に定めることとした。

これと同様の規定は、不正競争防止法その他、特許法及び実用新案法に設けられている（意匠法、商標法、著作権法については、従前どおり憲法第 82 条及び裁判所法第 70 条の一般規定に基づき判断することとなる）。

## 2 公開停止を行う場合の要件

当事者尋問等の公開停止は、①当事者等が公開の法廷で当該事項について陳述をすることにより当該営業秘密に基づく事業活動に著しい支障を生ずること

が明らかであることから当該事項について十分な陳述ができないこと、②当該陳述を欠くことにより他の証拠のみによっては当該事項を判断の基礎とすべき不正競争による営業上の利益の侵害の有無についての適正な裁判をすることができないこと、という二つの要件をともに満たさなければならない。

二つの要件を満たしている場合には、裁判官の全員一致により、決定で、当該事項の尋問を公開しないで行うことができる。

### **3 公開停止を行う場合の手続**

裁判所は、公開停止の決定をするにあたっては、あらかじめ当事者等の意見を聴かなければならないものとしている（第13条第2項）。これは、公開停止の決定がされるか否かは、営業秘密の保有者である当事者等及びその相手方に重大な影響を与える事柄であり、公開の法廷で十分な陳述をできない事項の有無は陳述をする当事者等の意見を直接聴かなければ適切な判断が難しいためである。

また、裁判所は当事者等からその陳述すべき事項の要領を記載した書面の提出をさせることができ、その提出された書類については、インカメラ審理（詳細は前述**第6節**を参照）を行うことができる（第13条第3項）。この書面については、相手側に開示される可能性はある（第13条第4項）が、この書面の開示の際には、当事者は秘密保持命令を申し立てることができる。

また、裁判所法第70条の特則として、①尋問を公開しない場合には、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ず、②当該事項の尋問が終了したときは、再び公衆を入廷させなければならないことを定めている（第13条第5項）。

### 第13節 信用回復の措置

#### (第14条関係)

##### (信用回復の措置)

**第十四条** 故意又は過失により不正競争を行って他人の営業上の信用を害した者に対しては、裁判所は、その営業上の信用を害された者の請求により、損害の賠償に代え、又は損害の賠償とともに、その者の営業上の信用を回復するのに必要な措置を命ずることができる。

本条は、「不正競争」により、営業上の信用を害された者が、金銭賠償に代え、又は金銭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を認めたものである。

例えば、「不正競争」が行われた結果、粗悪品が出回る等により営業上の信用が害されるような場合を想定したものである。

平成5年改正前不正競争防止法(旧法)は、混同惹起行為(現第2条第1項第1号)、営業秘密に係る不正行為(同項第4号～第10号)、信用毀損行為(同項第15号)、代理人等の商標冒用行為(同項第16号)についてのみ、特にこれらの行為によって営業上の信用が害される場合が多いことに鑑み、信用回復措置請求権を規定していたが、他の「不正競争」の類型についても、当該「不正競争」によって営業上の信用を害されるケースを排除することはできないので、平成5年改正時に、全ての類型を対象とし、被害者の救済の充実を図ることとした。

判例は、営業上の信用回復の措置として、新聞等への謝罪広告を認めている。

### 第14節 営業秘密に係る不正行為に対する差止請求権の消滅時効

#### (第15条関係)

##### (消滅時効)

**第十五条** 第二条第一項第四号から第九号までに掲げる不正競争のうち、

営業秘密を使用する行為に対する第三条第一項の規定による侵害の停止又は予防を請求する権利は、その行為を行う者がその行為を継続する場合において、その行為により営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある保有者がその事実及びその行為を行う者を知った時から三年間行わないときは、時効によって消滅する。その行為の開始の時から二十年を経過したときも、同様とする。

## 1 趣 旨

営業秘密を使用した生産、販売、研究開発活動等が長期間継続している場合には、その使用行為を基盤とした事業活動が活発に展開されることとなり、その段階での差止請求権の行使を認めることは、事業活動の停止を通じて雇用、金融、取引関係に著しい影響を与えることになる。このため、営業秘密の使用行為をめぐる社会関係、法律関係の早期安定に対する社会的ニーズは極めて強い。

また、営業秘密は、保有者が常時、秘密管理の努力を払っていなければ、その保護要件を失うという特殊性を有しており、本法もそのような保有者の努力に対するバックアップとして不正行為から保護するという目的を有しており、このような観点からは、長期にわたる不正行為の継続を放置しているような保有者に対しては法的保護を与える必要性が減少してくることになる。

したがって、営業秘密に係る差止請求権の行使については、一定期間の経過に伴いその行使を制限する必要性が高いものの、他方、民法の消滅時効規定（民法第167条）を解釈論上当然に適用ありと考えることが困難なため、平成2年改正において、消滅時効等を明定することとしたものである。

本法において営業秘密に関して「不正競争」と位置付けられた類型は、営業秘密の不正取得行為、不正使用行為、不正開示行為の三つの態様に分類されるが、第15条によって消滅時効等が適用される行為は、継続的な不正使用行為に対する停止請求権のみである。これは、取得・開示行為においては、行為自体の継続性がないため停止を考える余地がないからである。

## 2 消滅時効（3年間）

消滅時効の期間については、不法行為による損害賠償請求権につき「損害及び加害者を知った時」を始期として3年間の消滅時効が規定されていることから（民法第724条）、不法行為法の延長線上に位置づけられる営業秘密に係る不正行為に対する差止請求権についても、同様の観点から3年間としたものである。

「継続する場合」を要件としたのは、使用を停止している状態では保有者も差止請求権を行使する可能性が乏しく、この期間を消滅時効に入れることは適当ではないからである。

## 3 除斥期間（20年間）

除斥期間<sup>188</sup>は、規定が置かれた平成2年改正当時は、契約上の守秘義務の履行請求権の消滅時効（民法第167条第1項において、10年間）とのバランスを考慮し、10年とされていたが、侵害発生時点から長期間が経過している場合であっても、被害者救済を図る必要がある事例が生じていることや、10年を超えてもなお、ある営業秘密が企業の事業活動の基幹であり続けるようなケースも見受けられることから、平成27年改正により、除斥期間を20年へと延長した。

なお、本期間は除斥期間であるため、時効と異なり、中断事由がなく、また、裁判所は当事者の援用がなくても権利が消滅したものとして扱うことができる。

---

<sup>188</sup> 民法第724条をはじめ、短期と長期の消滅原因を定めた規定の法的性格については、学説上議論のあるところであるが、営業秘密に係る不正行為に対する差止請求権を導入した平成2年改正当時から、立案担当者は、長期の消滅原因については除斥期間であるという理解に立っている（通商産業省知的財産政策室監修『営業秘密 一逐条解説 改正不正競争防止法』124頁、有斐閣、平成2年12月）。