

9 知的財産保護強化に向けた不正競争防止の 在り方に関する調査研究

「知的財産戦略大綱」では、不正競争防止法による民事・刑事両面にわたる営業秘密の保護強化が求められている。

本調査研究では、これらの課題に対し、不正競争防止法の訴訟における侵害行為及び損害額の立証容易化に関する規定の在り方、ネットワーク社会における概念規定のあり方について検討した。

また、営業秘密の保護強化を図るための刑事罰規定を不正競争防止法に設けるとした場合の課題及び訴訟上の営業秘密保護に関する課題についても検討した。

さらに、企業が営業秘密に関する管理強化のための戦略的なプログラムを策定できるよう、参考となるべき営業秘密管理指針についても検討した。

平成14年度の不正競争防止法に関する調査研究においては、「民事的救済措置の強化及び概念規定の見直しに関する調査研究」委員会、「営業秘密の適正保護に関する調査研究」委員会、及び「企業における営業秘密の管理の指針に関する調査研究」委員会を発足させ、原告の民事的保護の強化、ネットワーク化への対応及び営業秘密の刑事的保護に関する課題について検討を行った。

「民事的救済措置の強化及び概念規定の見直しに関する調査研究」委員会

「民事的救済措置の強化及び概念規定の見直しに関する調査研究」委員会では、不正競争防止法に係る原告の民事的保護の強化に関する課題として、具体的態様の明示義務規定の創設、文書提出命令の拡充、インカメラ手続の導入、について検討を行い、併せて、逸失利益の立証容易化規定の導入を含め、原告の民事的保護の強化に関する産業界の意見について検討を行った。また、ネットワーク化への対応に関する課題として、IT時代に対応した不正競争防止法の概念規定の見直し、について検討を行った。

1 具体的態様の明示義務規定の創設

具体的態様の明示義務規定の創設については、以下の理由から2つの意見が出されたが、当該規定により、裁判官による争点の明確化・訴訟運営の迅速化が図られることが期待されるため、導入することが望ましいと考える。

導入すべきである：不正競争による営業上の利益の侵害に係る訴訟の中でも、特に営業秘密に関する事案では相手方の侵害態様を特定することが極めて困難な場合が多いため、具体的態様の明示義務規定を設けて、原告の主張、立証の容易化を図っていく実益が認められる。不正競争防止法は、知的財産法の一般法とも言うべき地位にあるとも考

えられるため、特許法等の産業財産権四法との平仄を図る観点からも、同様の特則を設けることが望ましい。

導入すべきではない：不正競争防止法の場合、営業秘密に関する事案を除けば、一般に侵害品が市場に流出することが多く、原告が被告の侵害態様を把握することが容易であるため、同規定を創設する必要性に乏しい。一般に被告の侵害態様の特定は訴訟の序盤で行われるため、専ら被告の営業秘密を探索するために同規定が濫用的に利用される危険性がある。民事訴訟規則第79条第3項からも、具体的態様の明示義務を導くことは可能であるため、あえて規定を置く必要はなく、規定を置く場合は、民事訴訟規則の確認規定としての意味を有するにすぎない。

2 文書提出命令の拡充

営業秘密に関する事案においては、侵害行為が被告の支配領域内で行われることが多く、また侵害行為に関する資料も通常被告側にあるために原告がそれらの資料を入手することは困難と考えられる。したがって、被告に「侵害行為の立証に必要な文書」の提出義務を認めることは、原告の主張、立証の負担を軽減し、適正かつ迅速な審理の実現に資することとなるため、文書提出命令の拡充については、産業財産権四法ならびに著作権法と同様に、改正を行うべきであると考えられる。

一方で、民事訴訟法第220条において、文書提出義務が一般義務として規定されているため、不正競争防止法に規定を置く意義は、それほど大きくないという意見も出された。

文書提出を拒む「正当な理由」について、民事訴訟法第197条にある「技術または職業上の秘密に関する事項」については「正当な理由」とされ文書提出義務が免除される。このため、この「正当な理由」の有無について、営業秘密該当性の判断のみならず、文書所持者側の営業秘密保護の必要性と申立人の訴訟追行の必要性との比較衡量的な判断が行われるとすれば、不正競争防止法において規定を設ける意味

があるという意見が出された。具体的には、「正当な理由」の判断をインカメラ審理により行うことが対策として考えられる。

3 インカメラ手続の導入

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文書提出命令の可否の判断においても、裁判所は、実際に文書を閲覧しないことには「正当な理由」の有無の判断をなし得ない場合が多い。しかしながら、その審理を公開の法廷で行った場合には、文書の記載内容の秘密が外部に漏洩することになるため、文書所持者の利益を著しく阻害する。そこで、不正競争防止法にも、インカメラ審理を導入する必要性があると考えられる。

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「手続保証に対する危惧」、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」、が指摘される。しかし、現状の訴訟運営や、民事訴訟法および特許法等における当該制度導入に係る趣旨を鑑みれば、これらの事項は、許容され得るものと考えられる。

4 原告の民事的保護の強化に関する産業界の意見

(1) 具体的態様の明示義務規定の創設

不正競争防止法上の不正競争行為については、一般に、侵害行為の特定は容易であり、導入の必要性は必ずしも高くないと考えられるが、仮に導入されたとしても、審理の迅速化や当事者の公平の観点から、一定の実益がある場合が想定されるため、導入にあえて反対するものではない。

営業秘密の不正取得・使用・開示行為(法第2条第1項第4号から第9号まで)のうち、特に「使用」については、特許権侵害訴訟と同様に「侵害」態様を觀念することができ、特許法に導入された趣旨と同様に、審理の迅速化や当事者間の公平の観点から、同様の制度を導入する実益があると考えられる。しかしながら、営業秘密の侵害訴訟においては、原告が自ら有するとする営業秘密の特定が十分でない状況の下で、被告に具体的態様の明示義務を課すことになる可能性があり、被告が開示すべき営業秘密の範囲が相対的に大きくなるのが懸念される。そのため、被告に過度の負担を強いることになるばかりでなく、相手方当事者の営業秘密の探索目的での訴訟提起といった制度の濫用を誘発する弊害が考えられる。

したがって、具体的態様を明示する際に、営業秘密が含まれる場合には、適用除外規定を置く必要があると考える。

(2) 文書提出命令の対象の拡充及びそれに伴う文書提出者の営業秘密の保護

侵害行為の立証についても文書提出命令の対象とするこ

とは、訴訟における真実発見に資すると考えられることから、支持できる。ただし、その場合には、実効的な秘密保護措置の導入が不可欠である。なぜなら、文書提出命令の対象を拡充した場合には、営業秘密が相手方当事者から第三者に開示されるおそれが生じるほか、営業秘密であっても「正当な理由」がないとされ、本案審理の証拠調べにおいて、営業秘密の提出を要求された場合、現行法制度の下では、公開の法廷において、公知となるリスクを回避することができないからである。したがって、営業秘密の所有者が不利益を受けないよう適切な秘密保護措置が必要であると考えられる。具体的には、米国のProtective Orderのように、営業秘密に接するものを社外弁護士等に限定するとともに不正な開示に対しては罰則を適用するといった制度の導入が、不可欠であると考えられる。

(3) 逸失利益の立証容易化規定の創設

特許法と同様に、現行不正競争防止法第5条第1項等の規定では、原告に十分な損害額が認定されないことが考えられるため、特許法第102条第1項と同様の規定を導入することを積極的に検討すべきであると考えられる。ただし、不正競争防止法上の行為類型は多岐にわたり、特許法と同様の規定を導入することが必ずしも適切ではないと考えられる事例もあることから、導入の検討にあたっては慎重な配慮が必要であると考えられる。具体的には、不正競争防止法第2条第1項第1号から第9号まで、第13号及び第15号について、特許法と同様(被告が譲渡した侵害品の数量に、原告製品の単位数量当たりの利益額を乗じた額の算定方式)の逸失利益の立証容易化規定を導入することが考えられる。

5 IT時代に対応した不正競争防止法の概念規定の見直し

不正競争防止法の「商品」、「使用」、「譲渡」、「引き渡し」の各概念について、インターネット上のプログラム等の無体物の取引行為にも適用可能かどうかを検討し、現行法の改正の是非について検討した。

まず、「商品」の概念については、現在の情報化社会においては、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、不正競争防止法上は「商品」概念の定義規定はなく、「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いと考える。したがって、改正の必要はないと考える。

次に、「使用」の概念については、不正競争防止法では、商標法とは異なり、「使用」の定義規定がなく、その使用態様について特に限定を付していないため、表示の「使用」を有体物への使用に限定して解釈する必要はない。また、不正競

争防止法上の「使用」の意義については、判例学説によって緩やかに解釈されてきており、近年もネット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る判決が出されている。したがって、改正の必要はないと考える。

さらに、「譲渡」・「引き渡し」の概念については、平成14年改正特許法及び商標法において、特許権の「実施」ないし商標権の「使用」の一態様として、「電気通信回線を通じて（無体物）を提供する行為」が加えられた。これは、特許法上の「物」ないし商標法上の「商品」にプログラム等の無体物が含まれることを前提に、ネットワークを介したプログラム等の無体物の送信行為にも当該権利が及ぶことを明確化したものである。他方、不正競争防止法における「譲渡」・「引き渡し」の概念については、無体物たる商品を電気通信回路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いえない。したがって、平成14年改正特許法及び商標法と同様に、不正競争防止法上の「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路を通じて提供する行為が含まれることを明確化する必要があると考える。

6 「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」報告書

本委員会及び「営業秘密の適正保護に関する調査研究」委員会の議論を基礎として、平成14年6月から15年2月まで、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において、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、について検討が行われ、報告書「不正競争防止法の見直しの方向性について」が取りまとめられたので、参考資料として資料編に掲載する。

「営業秘密の適正保護に関する調査研究」委員会

「営業秘密の適正保護に関する調査研究」委員会では、営業秘密の保護を強化するための刑事罰の導入に関する課題について検討を行った。具体的には、不正競争防止法における営業秘密が不正に開示、使用等された場合の刑事的規制のうち、2項犯罪の成否、刑罰の軽重、罪数、国外犯・刑法の適用範囲、未遂、共犯、親族相盗例、公訴時効、について検討した。又、訴訟において営業秘密が適切に保護されるための、刑事手続上の問題点について併せて検討し、各国の営業秘密保護に係わる刑事罰規定についての海外調査も行った。

1 2項犯罪の成否

従来、情報そのものを財産として保護する刑事罰規定は存在せず、裁判例においては、「物」に化体した情報の財産的価値が認められてきた。しかし、これらの裁判例は、あくまで客体である「財物」に情報が化体した場合の価値に言及したものであって、情報を物から切り離してその財産的利益性を論じたわけではない。従来、財産犯が保護の対象としてきた利益は、被害者から加害者に「移転」という性質を有する。しかし、情報としての営業秘密の場合にはこれとは異なり、「取ってもなくなる」という「非移転性」が特徴である。情報の「非移転性」という性格を持つ営業秘密は、特定利益の移転を観念しにくいこと、又、対価を観念しうような情報であったとしても、営業秘密については取得や開示自体が損害発生に直結するわけではないため、営業秘密の侵害を従来の2項犯罪（2項詐欺罪（刑法第246条第2項）、2項恐喝罪（刑法第259条第2項））でカバーすることのできる範囲は限られている。

2 刑罰の軽重

従来から存在する犯罪類型の法定刑は、財産犯については程度が高いものになっているが、知的財産権を侵害する犯罪ではそれより低い水準で規定されている。例えば、不正取得類型である窃盗罪及び電子計算機使用詐欺罪が懲役10年以下の刑罰であるのに対し、特許権・商標権の侵害の罪は5年以下の懲役又は500万円以下の罰金となっている。

3 罪数

従来、財産犯を構成していた行為について、新たに営業秘密侵害罪の規定の適用を考える場合は、新規立法はこれまで存在した保護を弱める趣旨ではないため、財産犯の罪と営業秘密侵害罪は観念的競合になると考えられる。保護法益として新たに競争秩序をも含める場合には、財産犯と営業秘密侵害罪の間に実体法上数罪の関係を認めるべきである。

情報の不正取得と使用のように、1個1個が競争秩序に対する侵害であるが、目的・手段の関係にあると考えられる複数の行為は、責任が1つであると評価できるため、牽連犯になると考える。

窃盗によって情報を不正に取得し、さらに情報を使用して不正に競争を行うような営業秘密侵害罪の場合には、複数の行為で複数の法益を侵害しており、違法性も責任も複数であるため、併合罪を構成する。

4 国外犯・刑法の適用範囲

日本の場合、すべての者の国外犯が処罰されるのは、国家または社会法益に対する重大な犯罪の場合に限られ、そ

の範囲は極めて狭いものである。日本は比較法的に見ても国外犯処罰について一般に慎重な態度をとってきたということができ、これまでの他の犯罪との均衡を重視するならば、新たに営業秘密侵害を犯罪化する場合に国外犯処罰規定を設けることは、難しいものと考えられる。しかし、人と物の移動が自由化・高速化している今日、国際的趨勢としては、国外犯処罰は拡大する傾向にある。

5 未遂

不正競争防止法第2条第1項第4号、第5号、第7号、第8号のいずれの犯罪類型においても、未遂処罰規定は設けるべきではない。この結論は、他法例との整合性の観点からも裏付けられる。現在、無形的財産を保護法益とする犯罪類型として、例えば、特許法第196条、商標法第78条が存在するが、いずれも未遂処罰規定は存在しない。このように公開され、権利の範囲が明確になっている無形的財産を保護法益とする犯罪においてすら未遂処罰規定が存在しない以上、そのような制度的裏付けを欠く営業秘密を保護法益とする犯罪に未遂処罰規定を設けることは、処罰範囲の均衡を欠くように思われる。

6 共犯

共犯に関しては、刑法に一般的な処罰規定が存在するため、新たな処罰規定を設けなくとも、刑法典で予定されている範囲の関与行為は処罰されることになる。ただし、不正競争防止法第2条第1項第4号類型、第7号類型に対し実質共犯に類似する行為である第5号類型、第8号類型を正犯としてさらに処罰すべきかが問題となる。結論として、第5号類型、第8号類型に処罰規定を設けるべきではないと考える。第5号類型、第8号類型に処罰規定を設けると、処罰範囲が拡張し問題があること、他方、あえてそのような規定を設けるメリットもさほど大きくないと考えられるためである。

7 親族相盗例

刑法典の財産犯の大部分、具体的には、窃盗罪、不動産侵奪罪、詐欺罪、電算機詐欺罪、背任罪、恐喝罪、横領(業務上も含む)罪、占有離脱物横領罪には、犯罪が親族間で犯された場合の特例が設けられている。これらの犯罪においては、「配偶者、直系血族又は同居の親族との間で」犯された場合には、刑が必要的に免除され、それ以外の親族との間で犯された場合には報告罪となるとされている。

親族間の特例は、不正競争防止法第2条第1項における第7号類型の場合には、行為者と営業秘密を保有する事業者との間に、第4号類型の場合にはさらに営業秘密を管理する者との間にも親族関係がある場合に限り適用される。しかし、営業秘密を保有する事業者はほとんどが法人であり、法人と

の間の親族関係はありえないため、営業秘密侵害罪において、實際上、親族間の特例はほとんど適用されないと考えられる。

8 公訴時効

刑事訴訟法で規定されている公訴時効の期間は、法定刑の範囲により自動的に決まる。この期間を特別に短縮または延長する規定は、刑法はもちろん、他法令においても存在しないため、営業秘密侵害罪についても、そのような特別規定を設けるべきではなく、この規定に従うことになると考えられる。

9 刑事手続上の問題

憲法第82条では、公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある場合を除き、裁判の公開原則が規定されている。

このような状況の下で、営業秘密侵害行為を犯罪化した場合、刑事罰による保護を図ろうとしている当の営業秘密が、刑事手続の過程で公開されることにより更に侵害されてしまう可能性が生じる。この難点を回避しつつ、裁判公開原則との合理的原則を図る適切な制度設計があり得るかが問題となる。

現行刑事司法制度の大規模な改変を伴わずに、営業秘密の将来に向けた保護の要請と、公判手続に伴う「公開」問題との調整を図る途としては、営業秘密侵害罪を報告罪化する方策が考えられる。これは、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(告訴の有無)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考量的決断に委ねるやり方である。

本報告では、営業秘密侵害罪を報告罪化した場合における「告訴権」をめぐる問題点及び、裁判公開原則の例外についても合わせて検討した。

10 海外調査

営業秘密の保護を強化するための刑事罰を導入する場合、日本における立法の参考とするために、各国の営業秘密保護に係わる刑事罰規定について海外調査を行った。具体的には、米国、ドイツ、イギリス、フランス、イタリア、カナダ、韓国、中国における、営業秘密を保護する各刑罰条項が規定された立法理由、営業秘密に係る各刑事罰条項の現実の運用状況、営業秘密に係る各刑事罰条項についての現状の評価・問題点、について調査した。結果を本報告書の資料編に掲載する。

「企業における営業秘密の管理の指針に関する調査研究」委員会

「企業における営業秘密の管理の指針に関する調査研究」委員会では、「知的財産戦略大綱」で策定が求められている企業における営業秘密の保護強化に伴い、企業が営業秘密に関する管理強化のために戦略的なプログラムを策定できるよう、参考となるべき指針の策定に係る基礎的な検討を行った。本委員会における議論を踏まえ当該指針は、平成15年1月30日に、経済産業省より公開された。

(担当:主任研究員 川崎信夫)

