

# 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

**What Kinds of Conducts by the Retired Employee Would be Regarded as  
the Unfair Competition under the Japanese Unfair Competition Prevention Act,  
Art. 2(1)(iv) and 2(1)(vii) ?**

山 根 崇 邦\*  
Takakuni YAMANE

**抄録** 本稿は、不正競争防止法2条6項の「営業秘密」の概念の構造を明らかにし、それを基点として2条1項4号および7号の規律の構造を再考することを目的とするものである。

## 1. 序

不正競争防止法（以下、「不競法」という）は、2条1項4号から9号（以下、「○号」という）において営業秘密の不正利用行為を規律している。営業秘密の不正利用行為が問題となるケースを眺めてみると、産業スパイと呼ばれるような、外部の事業者がライバル企業の保有する営業秘密を盗みだそうとして問題となるケースはそれほど多くはない。むしろ近時の裁判例において問題となることが多いのは、営業秘密を保有すると主張する事業者の内部の事案、すなわち、使用者－従業員間の紛争である。

具体的には、従業員が在職中に取得した使用者の営業情報や技術情報を、その退職時に使用者に無断で持ち出したり、退職後に競業行為に使用したり、転職先の企業や新設した企業に開示する行為に対して、4号や7号が主張されることが多いのである。

## (1) 退職従業員の競業行為の類型

こうした使用者－従業員間の紛争事例を、問題となる情報の種類とその情報に従業員が最初に接する経路に着目して類型化すると、次の4つのケースに分けることができる。すなわち、①使用者が現に保有する営業情報を従業員に開示する場合、②従業員が自らの営業活動により新規の顧客を開拓しその情報を取得する場合、③使用者が現に保有する技術情報を従業員に開示する場合、④従業員が自ら新規技術を開発しその情報を取得する場合である。これらのケースにおいて行われる退職従業員の競業行為には、実にさまざまなものがあるところ、実際の裁判例をモデルとして、そうした競業行為の典型例と思われる行為を掲げたものが、次の〈表〉である。

\* 同志社大学法学部 准教授  
Associate Professor of Law, Doshisha University

〈表〉退職従業員の競業行為の類型

	情報の種類 情報取得経路	競業行為の例
①	営業情報 使用者開示型	人材派遣業を営む X 会社の取締役営業部長の要職にあった Y は、X 会社に登録されている派遣スタッフのうち、自らが営業を担当するスタッフに関しては、その資料として、スタッフカードのコピーを X 会社から交付されていた。Y は、このコピーを基に、日常の業務で利用するための手控えとして、X 会社の登録派遣スタッフおよび派遣先事業所に関する情報（本件情報）を、自己の手帳にメモ書きしていた。Y は、退職時に、X 会社から当該手帳のメモを廃棄するよう求められたが、これを拒否し、保持した。そして、X 会社を辞めて競合他社の Y 会社に移る前後の時期に、この手帳に記載された本件情報をもとに X 会社の顧客に連絡をとり、Y 会社に登録先を変更するよう勧誘した。
②	営業情報 従業者開拓・収集型	投資用マンションの賃貸・管理業を営む X 会社の営業部従業員であった Y は、在職中、1 日数百件の電話をかけて見込み客を探し出し、継続的な営業活動により新規の契約を数多く獲得した。Y は、連絡の便宜上、担当した顧客からその携帯電話の番号（本件情報）を教えてもらって自己の所有する携帯電話に登録していた。Y は退職時に、X 会社から自己の携帯電話内の本件情報を抹消するよう求められ、機密情報の返還と不保持を誓約する旨の書面も提出したが、本件情報の抹消を懈怠し、これを保持した。Y は、退職後、競合会社の Y 会社を設立し、その設立直後の時期に本件情報をもとにいわば X 会社の顧客を狙い打ちして営業活動を行い、賃貸管理の委託先を Y 会社に変更するよう勧誘した。
③	技術情報 使用者開示型	産業用ロボットシステムの製造販売を業とする X 会社の機械設計部主任であった Y は、在職中、X システムの設計図や設計データ（本件情報）の開示を受けた。Y は、退社後、1 ヶ月の契約で競合他社の Y 会社に常駐し、X 会社と同種の産業用ロボットシステムである Y システムの設計を担当し、その際に本件情報を使用するとともに、これを Y 会社に開示した。
④	技術情報 従業者開発型	産業機器の耐食加工事業を営む X 会社の製造課長であった Y は、職務上、フッ素樹脂シートの溶接技術に関するノウハウ（本件情報）を自ら習得・開発した。Y は、退職後、競合他社の Y 会社においてタンクコンテナの内面にフッ素樹脂シートライニングを施す作業を担当し、その際、本件情報を Y 会社に開示した。

## (2) 本稿の検討課題

では、〈表〉の各ケースにおいて、かりに本件情報がそれぞれ使用者（X 会社）の営業秘密に該当するとした場合、退職従業員（Y）による競業行為は営業秘密の不正利用行為に該当するだろうか。

従業員には職業選択の自由（憲法 22 条 1 項）が保障されていることに鑑みれば、使用者の営業秘密を利用する行為がすべて不正競争行為とみなされるわけではないだろう。実際、4 号の規定によれば、4 号の規律が及ぶのは、従業員が「窃取、詐欺、強迫その他の不正の手段」によって使用者の営業秘密を取得する場合、およびそうした不正取得行為により取得した営業秘密を使用・開示する場合である。一方、7 号の規定によれば、従業員が営業秘密を保有する使用者から「その営業秘密を示された場合」において、「不正の利益を得る目的で、又はその保有者に損害を加える目的」（以下、図利加害目的）で、その営業秘密を使用・開示する場合に、7 号の規律が及ぶとされる。

では、例えば、Y が、X 会社から廃棄を求められたにもかかわらず、自己の手帳に手控えとしてメモした本件情報を保持して持ち出す行為（①類型の事案）や、X 会社から登録の抹消を求められ、X 会社に対し機密情報の返還・不保持を誓約したにもかかわらず、自己の携帯電話から本件情報を抹消せず、保持して持ち出す行為（②類型の事案）は、4 号に該当するだろうか。あるいは、こうした行為は 4 号の問題ではなく、7 号の問題として考えるべきであろうか。以下、このような問題を 〈問 1〉 と呼ぶ。

また、Y が X 会社の保有する本件情報の開示を受けた場合（①③類型の事案）はまだしも、Y が自らの営業努力で新規顧客を開拓し本件情報を取得した場合（②類型の事案）や、度重なる試行錯誤によって本件情報を習得・開発した場合（④類

型の事案）について、7 号の成立は認められるだろうか。こうした事案において Y の行為を不正競争行為と認める場合には、従業員の転職の自由を過度に阻害するおそれがあるといえるだろうか。以下、このような問題を 〈問 2〉 と呼ぶ。

従来、〈問 1〉は 4 号の「不正の手段」要件の解釈の問題として議論されてきた。また、〈問 2〉は 7 号の「示された」要件の解釈の問題として議論されてきた。そして、上記各ケースの事案の処理をめぐって、見解が対立してきた。しかし、「不正の手段」は「営業秘密を取得する行為」にかかる要件であり、「示された」は「営業秘密」を客体とする要件である。それゆえ、まずは「営業秘密」の概念の構造を明らかにすることが、従来の議論に承接する上でも、また上記各ケースの事案解決の方向性を考える上でも、重要となってくるのではないか。そして実のところ、従来の議論においては、4 号と 7 号の各規律の基点となる 2 条 6 項の「営業秘密」の概念に必ずしも十分な注意と関心が払われてこなかったのではないか。

以上のような問題意識をもとに、2 条 6 項の「営業秘密」の概念の構造を明らかにし、それを基点として 4 号と 7 号の規律の構造を再考することが、本稿の目的である<sup>1</sup>。そこで以下では、まず、〈問 1〉〈問 2〉をめぐり従来の議論状況を俯瞰することからはじめよう。

## 2. 従来の議論状況と 2 条 6 項の「営業秘密」概念に照らした問題提起

### (1) 4 号の「不正の手段」要件の解釈をめぐる論争

(i) 従業員が自ら管理する媒体において使用者の許可なく情報を保持する行為は「不正の手段」に当たらないとする見解——A 説

〈問 1〉に関して、上記〈表〉①②類型の事案

のように、従業者が個人で管理し所有する媒体(手帳や携帯電話)において使用者の許可なく本件情報を保持するとどまる場合には、窃取、詐欺、強迫に類した「不正の手段」によるものとは評価できないとする見解がある。この見解は、4号の「不正の手段」の範囲を厳格に解釈する立場といえる。すなわち、「不正の手段」とは、条文に例示された「窃取、詐欺、強迫」に該当する場合かそれと同等の違法性を有する行為の場合に限られるというわけである。

例えば、知財高判平成24.7.4平成23(ネ)10084等「投資用マンション2審」は、②類型の事案において、X<sub>1</sub>会社の従業員Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>が退職時に「X<sub>1</sub>会社に提出した本件誓約書……において機密情報の返還と不保持を誓約していたにもかかわらず、X<sub>1</sub>会社を退職する際に携帯電話に登録していた顧客の携帯電話番号を抹消していない」と認めた上で、「上記携帯電話は、Y<sub>1</sub>又はY<sub>2</sub>の個人所有物であって、自由に管理し得るものであることを考慮すると、上記の事実をもって、窃取、詐欺又は強迫に類した不正の手段によるものとはいえない」と判示している(以下、「A説」と呼ぶ)。

(ii) 使用者に帰属する情報を使用者の許可なく保持し持ち出す行為は「不正の手段」に当たるとする見解——B説

これに対し、近時は、「従業員が使用者の業務を行うについて取得した一次情報(自己の担当する顧客に関する顧客情報や自己が担当する技術開発における実験データ)を退職時に使用者の承諾なく持ち出す行為が営業秘密の侵害といえるか」と

いう問題については、使用者に帰属する情報か否かで判断すべきだとする見解も有力に提示されている。すなわち、上記〈表〉でいえば、①類型の事案のように最初から使用者が保有している情報の場合はもちろん、②類型の事案のように従業員が在職中に自ら取得した情報であっても、当該情報が「契約によって使用者に帰属する場合」や「法律上または慣習上、従業員が使用者の業務に関してその職務上取得した使用者の営業秘密に該当する情報は使用者に帰属すると認められる場合」には、従業員がその退職後に「これを手元に留保する権限はないのであるから、これを使用者の承諾なく持ち出す行為は本号[4号]の『不正の手段』による取得にあたる应考虑すべきである」というわけである(以下、「B説」と呼ぶ)<sup>2</sup>。

(iii) 業務上取得した情報の抹消を懈怠して保持する行為は営業秘密の不正「取得」に該当しないと見る見解——C説

他方、第3の立場として、営業秘密の「取得」と「保持」「保有」を区別し、4号は「営業秘密の取得の態様が不正である場合を規定したものであるから、4号が適用される前提として、「不正取得行為を行おうとする者は、その時点において当該営業秘密を保有していないことが必要である」とする見解も提示されてきた<sup>3</sup>。すなわち、〈問1〉の①②類型の事案のように、従業者が業務上取得した本件情報を自己の管理する媒体から抹消するよう求められ、これを懈怠した場合、従業者はその懈怠した行為の時点において、既に使用者の営業秘密に係る本件情報を「保持」ないし「保有」しており、使用者の営業秘密を新たに「取得」したわけではない。それゆえ、かりに本件情報の「保持」「保有」の態様が不正であるとしても、そうした従業者の行為には4号は適用されない(それは

7号の問題) というわけである(以下、「C説」と呼ぶ)。

C説は、起草者の見解である。本稿はこの見解が4号の条文構造に即した解釈であるように思われる。その理由を敷衍する前に、先に〈問2〉に関する7号の議論を俯瞰しておこう。

## (2) 7号の「示された」要件の解釈をめぐる論争

〈問2〉すなわち上記〈表〉②④類型の事案において7号の成立が認められるのかという問題は、従来、「示された」要件の解釈の問題として議論されてきた。いわゆる営業秘密の「帰属」をめぐる論争がそれである<sup>4</sup>。

### (i) 営業秘密の帰属先により判断する見解 ——α説

論争の発端となったのは起草者の見解である。起草者によれば、7号は「本源的保有者から営業秘密を示された者の不正行為を規定したものであり、本源的保有者自身の行為は本号の対象とはならない」ため、上記〈表〉の4つのケースを考える場合、まず決定すべきは営業秘密の本源的保有者つまりは帰属先であるとする<sup>5</sup>。すなわち、従業者が使用する営業秘密が使用者に「帰属」するものである場合には、7号にいう「示された」営業秘密の使用に当たるけれども、従業者が使用する営業秘密が自身に「帰属」するものである場合には、「示された」営業秘密の使用には当たらず、7号の対象外となるというわけである(以下、「α説」と呼ぶ)。

そうすると、使用者に現に帰属している①③類型の事案はともかく、②④類型のような事案についてはどのような観点から営業秘密の帰属先を決定するのかということが問題となる。この点につ

いて起草者は、「各知的財産権法の考え方等が参考になる」とし、それらの法律の帰属関連規定の理念を分析して、「営業秘密の帰属については、①企画、発案したのは誰か、②営業秘密作成の際の資金、資材の提供者は誰か、③営業秘密作成の際の当該従業者の貢献度等の要因を勘案しながら、判断することが適切である」と結論づけている<sup>6</sup>。

もっとも、②④類型の事案において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は、α説の内部でコンセンサスが得られていない。のみならず、各論者の提示する基準が真っ向から対立し、どの基準を選択するかによって営業秘密の帰属先が全く異なる状況にある<sup>7</sup>。

こうしたこともあり、α説は学説から強く批判されてきた。7号の規定に「帰属」を問題とする文言がないこと<sup>8</sup>、帰属先の判断基準が曖昧で、従業員は上記各ケースのいずれの場合に当該情報の利用が可能となるかの判断に苦しみ、職業選択の自由を過度に害しかねないこと<sup>9</sup>、かりに使用者に帰属するとした場合、従業員が職務上調査、聴取、見聞、体験等によって原始的に取得した情報について使用者から「示された」というのは違和感があること<sup>10</sup>などが、その主な内容である<sup>11</sup>。

### (ii) 開示されて取得した情報か否かで判断する見解——β説

これに対し、学説上、最も有力なのは、「示された」要件を事実の問題として解釈し、従業者が営業秘密に係る情報を使用者から開示されて取得したかどうかによって判断するという見解である<sup>12</sup>。上記〈表〉でいえば、①③類型の事案と②④類型の事案を区別し、前者の「企業が従業者に開示した技術上の秘密や顧客情報に関しては、7号の保護が及ぶ」が、後者の「従業者が在職中に開発したノウハウや自ら収集した顧客情報は、それらの

情報が企業の下で秘密管理されている場合であっても、企業が示した情報ではない」ので、それらを「従業員が利用する行為に関しては、少なくとも7号違背は問えない」というわけである(以下、「β説」と呼ぶ)<sup>13</sup>。

### (iii) 営業秘密としての管理の有無で判断する 見解——γ説

他方、第3の立場として、上記〈表〉について、①③類型の事案と②④類型の事案とで区別せず、後者のように「営業秘密情報の情報源が当該従業員であったとしても、事業者が当該従業員の得た情報を事業者の営業秘密として管理している以上、当該従業員は事業者からその営業秘密を示されたといつてよい」という見解も提示されてきた(以下、「γ説」と呼ぶ)<sup>14</sup>。

このγ説は、2000年代に入ったあたりから実務家を中心に支持を広げつつある見解であるが<sup>15</sup>、このγ説の口火を切ったのは、実は起草者であった。α説を提唱した起草者は、早くもその翌年に、②類型の事案に関してはγ説をとる立場へと転向したのである<sup>16</sup>。

具体的には、ある会社で外回りの営業を担当し、相当の程度自らの力で得意先を開拓してきた従業員が転職したケース(②類型の事案)について、起草者は次のように解説している。「もしあなた〔従業員〕の顧客開拓が前の会社の具体的な指示で、担当範囲を決めて行われたようなものならば、その顧客のリストは、会社のものとなり、会社から『示された』営業秘密になる」可能性があるし、さらにこの場合、「そのリストを会社が秘密として管理していれば、本法〔特に7号〕の対象になる」可能性がある<sup>17</sup>。一方、「あなたの顧客が、全くあなたの個人的な人脈で開拓したものであり、会社が全く関与しておらず、会社の顧客リストとして

管理されていないような場合は、これは会社から『示された』ものとはいえない」というわけである<sup>18</sup>。

本稿は、このγ説が7号の条文構造に即した解釈であると考えている。その理由について、先ほどの4号の議論と併せて、敷衍することにしよう。

### (3) 2条6項の「営業秘密」概念に照らした問題提起

4号は「不正の手段」を用いて「営業秘密を取得する行為」を規律している。そして、4号の条文の文言上、「営業秘密を取得する行為」が規律対象とされており、「技術上又は営業上の情報を取得する行為」は規律対象とされていない。つまり、4号の「取得」行為の客体は「営業秘密」であることが要件となっている。

同様に、7号の条文の文言は、「その営業秘密を示された場合」と規定しており、「技術上又は営業上の情報を示された場合」とは書かれていない。つまり、7号にいう「示された」の客体は「営業秘密」であることが要件となっている。

そして、ここでいう「営業秘密」の概念は2条6項によって規定されるものである。つまり、「営業秘密」とは、「秘密として管理されている……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」をいうのである(圈点筆者)。

ここから窺えるのは、「営業秘密」という概念が、一定の状態、つまり技術情報ないし営業情報が特定の主体によって秘密として管理されている状態を指し示す概念であるということである。それゆえ、ある者が技術開発や営業活動を通じて新たな技術情報や営業情報を生成したとしても、それらが直ちにその者の「営業秘密」となるわけではない。その情報が「営業秘密」となるためには、誰

であれ、その営業秘密としての保護を欲する者が当該情報を自己のもとに蓄積し、秘密として管理することが必要となると解されるからである。

このように、技術情報や営業情報を取り巻く状況は《生成》→《蓄積》→《秘密管理》と経時的に変化するところ、「営業秘密」の概念は、最終的な《秘密管理》の状態とその管理の主体のみを問題としている。逆にいえば、2条6項は、それ以前の状況、すなわち「営業秘密」の状態に移り変わった情報をもととは誰が生成して原始取得したのか、どのようにして特定の管理主体に蓄積されるに至ったのか、といった情報の《生成》《蓄積》過程は問わない構造になっているのである。

#### (i) 4号の規律における時間軸の構造

そして、4号の規定も、ある技術情報ないし営業情報が、最終的な「営業秘密」の状態に移り変わった後で、つまり特定の主体の《秘密管理》下に置かれるに至った後の時点において、その「営業秘密」を「不正の手段」により「取得」したかどうかだけを問題としている。

それゆえ、ある情報が特定の主体の《秘密管理》下に置かれるよりも前の時点で、当該情報を「取得」したとしても、そうした行為には4号の規律は及ばない。そしてまた、そのようにして《秘密管理》下に置かれるよりも前に「取得」した情報を、特定の主体の《秘密管理》下に置かれるに至った後も（つまり他人の「営業秘密」に転化した後も）、継続して保持・保有する行為は、かりに他人の「営業秘密」に転化した後の保持・保有行為の態様が不正と評価しうるとしても（②類型の事案）、他人の「営業秘密」に転化した情報を新たに「取得」したわけではないので、4号の規律は及ばない構造になっているのである<sup>19</sup>。

同様に、ある情報が他人の「営業秘密」に転化

した後の時点で、当該情報の「取得」が行われたとしても、その「取得」の態様が「不正の手段」を用いたものとは評価できない場合には、4号の規律は及ばない。そしてまた、そのようにして「不正の手段」に拠らずに「取得」された他人の「営業秘密」状態にある情報を、その後不正と評価しうる態様で保持・保有したとしても（①類型の事案）、営業秘密の「不正取得行為」が行われたわけではないので、やはり4号の規律は及ばない構造になっていると解される。

このように、4号の規律には時間軸の構造が埋め込まれているのである。C説は、まさにこうした時間軸の構造を踏まえた見解である点で、妥当なものと評価することができる。

#### (ア) A説の問題点

以上のような観点からみた場合、A説には次のような問題があるように思われる。それは、A説が、②類型の事案において、Yの行為につき、本件情報の抹消を懈怠することで「営業秘密である本件顧客情報を取得した」と評価している点である。前述のとおり、Yは、X会社とその《秘密管理》下に置く以前から、本件情報を保持・保有しており、Yは本件情報の抹消を懈怠することで、そうした保持・保有状態を継続したと評価する方が自然であるように思われる。

#### (イ) B説の問題点

これに対し、B説は、Yの行為が本件情報の保持・保有状態の継続にあたることを前提とした上で、そうした「手元に留保する」行為が正当な権限なく行われるものである場合には、法的・規範的な観点から「取得にあたる」と評価すべきだとする。もっとも、B説が、そうした法的・規範的評価の基準を《使用者に帰属する情報か否か》

に求めている点は問題があるように思われる。なぜなら、先ほど7号の営業秘密の「帰属」をめぐる論争で見たとおり、「帰属先」の判断基準は曖昧かつ多様であり、どの基準をとるかによって「取得にあたる」か否かの評価が変わってくるからである。こうした帰結は、行為者の予見可能性や法的安定性の面で問題があるように思われる。

#### (ウ) 小括

以上のとおり、4号の規律における時間軸の構造に照らせば、〈問1〉のケースにおいて、Yによる本件情報の保持・保有状態の継続行為をもって営業秘密の「取得」と評価することは自然ではなく、また、営業秘密の帰属の観点から法的・規範的に「取得」と評価することも行為者の予見可能性や経済活動の安定性の面で問題があるように思われる。

#### (ii) 7号の規律における時間軸の構造

同様に、7号の規定も、「営業秘密」の保有者つまり特定の営業情報または技術情報を《秘密管理》している事業者が、その「営業秘密」を図利加害目的で使用・開示する行為者に対して、その行為時前に、事業者の「営業秘密」であること、すなわち事業者の《秘密管理》している情報である旨を示したかどうかだけを問題としている。行為者に示された客体が事業者の「営業秘密」として管理された情報である限り、そうした「営業秘密を示された」時点よりも以前の行為者の事情——例えば、行為者が当該情報を生成して原始取得したかどうか——については問わない構造になっているのである。

このように、7号は、行為者がどのような状況でその情報を「取得」したかを問うことなく、事業者の《秘密管理》下に置かれるに至った情報を、

事業者からその旨を示されたにもかかわらず、図利加害目的で「使用」「開示」する行為を不正競争行為として規律しているのである。その意味で、7号の規律にも4号と同様に時間軸の構造が埋め込まれているといえることができる。

#### (ア) α説の問題点

以上のような観点から検討した場合、α説には次のような問題があるように思われる。

それは、α説が《営業秘密の本源的保有者》という概念を用いている点である。上述のとおり、2条6項の構造に照らせば、秘密管理抜きに従業者または使用者が「営業秘密」を本源的に保有することはないというべきである。実際、起草者が用いる《営業秘密の本源的保有者》という概念は、秘密管理性要件の立法趣旨に関する起草者自身の見解と整合しない。起草者は、秘密管理性の要件を、営業秘密としての保護を欲する技術上または営業上の情報につき、誰がその情報の管轄者ないし保有者なのかということ当該情報の利用を行おうとする者に対して明確にするための要件として位置づけているからである<sup>20</sup>。それゆえ、当該情報を秘密管理している主体が営業秘密の保有者となるのであって、秘密管理主体と独立に《営業秘密の本源的保有者》を決定することはできないと解される<sup>21</sup>。

#### (イ) β説の問題点

一方、β説にも次のような問題があるように思われる。

それは、β説が7号の「その営業秘密を示された」という文言を、従業者が使用者からその技術情報や顧客情報を開示されて取得したのか、それとも従業者がその情報を自ら開発・収集して取得したのかを問う要件として解釈し、後者の場合に

は、かりに使用者がその情報を自らの営業秘密として管理し、その旨を従業者に明示したとしても、典型的に7号該当性を否定する点である。かかる解釈は、「示された」の客体を「営業秘密」と規定する7号の条文構造および7号に埋め込まれた時間軸の構造に整合するものではない。前述のとおり、7号は、行為者がどのような状況でその情報を「取得」したかを問うことなく、事業者の《秘密管理》下に置かれるに至った情報を、事業者からその旨（つまり事業者の「営業秘密」である旨）を示されたにもかかわらず、図利加害目的で「使用」「開示」する行為を不正競争として規律する構造になっているからである。

あるいはβ説は、《従業者が開発・収集し、従業者自身が秘密管理する技術情報や顧客情報》という趣旨の見解として理解すべきなのかもしれない。しかし、これは企業内部の実態にそぐわないように思われる。従業者が業務上取得した技術情報や営業情報を使用者に提示する際、当該従業者が使用者や他の従業者に対して、当該情報は自己の秘密管理する情報であると明確に認識できるような形の措置を講じるという状況は想像しにくいからである。

#### (ウ) 小括

以上のとおり、2条6項を基点とした7号の条文構造およびその時間軸の構造に照らせば、上記〈表〉の各ケースにおいて、従業者が使用者から「その営業秘密を示された」かどうかを判断するうえで、各情報の秘密管理主体とは独立に営業秘密の帰属先を論じることは妥当でなく、また、②④類型の事案であることを理由に「示された」要件を典型的に否定することも適切でないように思われる。

#### (iii) 4号・7号の規律における行為者の認識の構造

ここまで述べてきたように、2条6項の「営業秘密」の概念は、技術情報や営業情報を取り巻く状況が《生成》→《蓄積》→《秘密管理》と経時的に変化しうることを前提とし、それとともに、それぞれの段階における主体（当該情報の生成主体、蓄積主体、秘密管理主体）が同一であるとは限らないことも前提としている。そのうえで、2条6項の秘密管理性の要件は、ある情報の利用を行おうとする者が、その行為の時点において、当該情報が他人の《秘密管理》下に置かれているということや、そうした管理を行っている主体が誰であるのかということ、明確に認識できない場合には、行為者の予測可能性に配慮して、4号から9号の規律は及ばない旨を明らかにしている。逆にいえば、秘密管理性の要件は、ある情報が特定の主体によって秘密として管理されていることが、その情報の利用を行おうとする者にとって明確に認識可能である場合には、4号から9号の規律対象となることを明らかにしているのである。

その意味では、4号から9号の規律には、「営業秘密」の概念を基点として、時間軸の構造のみならず、行為者の認識の構造も組み込まれていると考えることができるように思われる。

そして、こうした観点からみた場合、例えば4号の規律は、ある情報が他人の《秘密管理》下に置かれるに至った後の時点において、行為者がそうした状態を認識しながら、当該情報を不正の手段により取得する行為を「不正競争」とみなす規律であると捉えることができる。

同様に、7号の規律は、ある情報が事業者の《秘密管理》下に置かれるに至った後に、そうした《秘密管理》を行う事業者が、行為者に対して、当該情報は事業者の「営業秘密」である旨を示した場

合において、行為者がその旨を認識しながら、当該情報を図利加害目的で使用・開示する行為を「不正競争」とみなす規律であると捉えることができるように思われる。

そこで以下では、こうした4号および7号の規律に埋め込まれた時間軸と行為者の認識の構造を、各規律の要件の構造に即して考えてみることにしたい。

### 3. 情報の取得時における他人の秘密管理体制の認識と自己に取得権限がない旨の明確な認識(4号)

#### (1) 4号の規律における時間軸と行為者の認識の構造

4号は、「営業秘密を取得する」行為のうち、「不正の手段により」「取得する」行為を規律している。では、この規律を、時間軸の構造を踏まえつつ、行為者の認識という観点から再構成するとどうなるであろうか。

#### (i) 情報の取得時における他人の秘密管理体制の認識

まず、「営業秘密を取得する」という要件は、前述した「営業秘密」概念の意義（とくに秘密管理性要件の趣旨）に照らせば、行為者が情報を取得する時点において、その情報が他人の「営業秘密」として認識されていることを求める要件であると解される。つまり、4号が成立するためには、行為者が情報を取得する時点において、他人がその情報につき《秘密管理》体制を構築しているという認識を形成していることが必要となると思われるのである。

従来、秘密管理性要件の解釈をめぐっては、《秘密管理》の程度が議論され、行為者において他人の《秘密管理》体制の存在を認識することができ

る程度で足りるのか、それともそれ以上に、一定水準以上の厳格かつ客観的な《秘密管理》体制が構築されていることまで必要か、ということが議論されてきた<sup>22</sup>。本稿の枠組のもとでは、秘密管理性は上記のような機能を果たす要件と解されるから、そのような行為者の認識ないし予測可能性を基礎づけることができる程度の管理の状況があれば足り、それ以上に高度な水準の管理を事業者に対して求めることは妥当でないと解される。

#### (ii) 情報の取得時における自己に取得権限がない旨の明確な認識

4号においては、営業秘密に係る情報を「不正の手段により」「取得する」ことも要件とされている。前述のとおり、従来、「不正の手段」の要件をめぐっては、条文に例示された「窃取、詐欺、強迫」などの刑罰法規違反の行為またはそれと同等の違法性を有する行為（公序良俗違反行為）であることが必要か、それとも正当な権限に基づかない保有者の意思に反する行為であれば十分と考えるべきか、ということが議論されてきた<sup>23</sup>。

この問題も、突き詰めれば、情報の取得時点における行為者の認識という観点から捉え直すことができるのではないだろうか。すなわち、行為者がある情報を取得しようとする際に、自らに取得権限がないことをどの程度明確に認識しているかを問う要件と考えることができるように思われるのである。

4号の規律は、行為者がいったん営業秘密に係る情報を「不正取得」した後は、その情報をどのような態様で使用・開示するかにかかわらず（例えば、不正な使用・開示態様でなくても）、そうした使用・開示行為を「不正競争」とみなす構造になっている。それゆえ、「不正取得」の成立要件を緩やかに設定しすぎると、行為者に不測の不利益

をもたらすおそれがある。

まさにこのような行為者の予測可能性を担保するために、4号は、「不正の手段」の例示として「窃取、詐欺、強迫」を挙げているのではないだろうか。すなわち、ある情報を取得しようとする者が、その行為の時点において、そうした違法性の高い行為に頼らないといけないほど自己に取得権限がない旨を明確に認識していることを要求したものと解されるのである<sup>24</sup>。そして、それにもかかわらず取得行為に及んだ点に行為者の高い帰責性を見だし、4号の規律の構造を正当化しようとしているのではないかと考えられる。

従来の議論において、「窃取、詐欺、強迫その他の不正の手段」という概念はあくまで不正競争防止法上の概念であるから、本号〔4号〕の趣旨に従って解釈すべきであり、刑法上の諸概念にとらわれる必要はない」と説かれてきたのも<sup>25</sup>、刑法上の「財物」概念に縛られる必要はないということに加えて<sup>26</sup>、上記のような趣旨をいうものとして理解することもできるように思われる。

### (iii) 小括

以上をまとめよう。本稿の理解によれば、4号の規律は、行為者が情報を取得する時点において、次の2つの認識を形成していることを要件としている。1つは、その取得しようとしている情報について、他人が《秘密管理》体制を構築している旨の認識である。もう1つは、そうした情報について、自らには取得権限がないことの明確な認識である。そして、行為者が当該情報の取得時点において、これら2つの認識のいずれか一方または双方を欠く場合には、その取得行為に対して4号の規律は及ばないものと解される。

## (2) 〈問1〉の検討

以上の枠組に基づいて〈問1〉を考えてみよう。

例えば、②類型の事案において、Yは、本件情報を自ら開拓・収集し、原始的に取得している。そして、自己の管理・所有する媒体において不正な態様で保持・保有している。この場合、Yが、本件情報を取得する時点において、本件情報についてX会社が《秘密管理》体制を構築している旨を明確に認識するケースは稀であろう<sup>27</sup>。のみならず、Yが自ら原始取得する情報について、自らに取得権限がない旨を明確に認識するということとはあり得ないように思われる。それゆえ、②類型の事案においては、4号の規律は及ばないものと解される。

一方、①類型の事案のように、YがX会社から開示を受けて本件情報を取得する場合には、その取得の時点において、X会社が本件情報を「営業秘密」として管理しているとする、Yは、本件情報につき、X会社が《秘密管理》体制を構築している旨を認識するものと考えられる。しかしながら、この場合、YはX会社の側から開示を受けて本件情報を取得している以上、その取得の時点において、自らに取得権限がないことを認識するということは考えられないだろう。それゆえ、①類型の事案においても、4号の規律は及ばないものと解される。

もっとも、以上のことは、①②類型の事案において、Yの行為が「不正競争」に該当しないということの意味しない。なぜなら、行為者がどのような状況で情報を取得したかを問うことなく、他人の「営業秘密」状態に置かれるに至った情報を、そうした状態を認識しながら、図利加害目的で使用・開示する行為を「不正競争」とみなす規律が存在するからである。それが7号の規律である。

そこで次に、7号の規律の構造をみることにし

よう。

#### 4. 情報の使用・開示時における事業者の営業秘密である旨・自己が秘密保持義務を負う旨の認識と図利加害目的(7号)

##### (1) 7号の規律における時間軸と行為者の認識の構造

7号は、行為者が、「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」行為を規律している。では、この規律を、時間軸の構造を踏まえつつ、行為者の認識という観点から再構成するとどうなるであろうか。

##### (i) 情報の使用・開示時における事業者の営業秘密である旨・自己が秘密保持義務を負う旨の認識

まず、4号の場合と同様、「営業秘密」概念の意義（とくに秘密管理性要件の趣旨）に照らせば、「営業秘密を使用し、又は開示する」という要件は、行為者が情報を使用・開示する時点において、その情報が事業者の「営業秘密」であると認識していることを求める要件であると解される。つまり、7号が成立するためには、行為者が情報を使用・開示する時点において、事業者がその情報につき秘密として管理している旨の認識を形成していることが必要となるのである。

もともと、7号の場合、4号の場合とは異なり、自己に取得権限があるという認識のもとに取得された情報の利用行為についても規律対象となる。それだけに、そうした情報の使用・開示行為を「不正競争」として規律する場合には、行為者に不測

の不利益をもたらすおそれがある。とりわけ、上記〈表〉②④類型のような事案では、従業員の転職の自由に配慮する必要もあるだろう。

そこで7号は、「営業秘密を使用し、又は開示する」という要件とは別に、行為者が事業者から「その営業秘密を示された場合」という要件を設けたものと考えられる。すなわち、行為者は、その使用・開示しようとする情報について、その行為時前に、当該情報は事業者が秘密として管理しているものであって、行為者においてもそれを秘密として保持しなければならない旨を、事業者から明確に示されたかどうかを問うことにしたのである。事業者がそのような積極的な措置を怠った場合には、行為者は（②④類型の事案ではとくに）その手元にある情報が事業者の「営業秘密」であると明確に認識することができないだろう。それゆえ、かかる場合には、行為者の予見可能性に配慮して、7号の規律の対象外としたものと解される。

では、事業者は、具体的にどのような措置を講ずる必要があるのだろうか。例えば、使用者が従業員のそうした認識を形成するためにとりえる手段としては、従業員の在職中または退職時に、使用者が秘密として管理している情報につき当該従業員に秘密保持義務を課すことが考えられる（この点に関しては、単に概括的、抽象的な秘密保持義務を課すだけでは営業秘密であるとの従業員の認識を形成するには不十分であり、従業員が秘密保持を要する情報を特定する必要があるとする裁判例の見解が参考になると思われる<sup>28)</sup>）。

##### (ii) 情報の使用・開示時における図利加害目的

7号はまた、行為者がその情報を使用・開示する際に、図利加害目的を有していることを要件としている。では、行為者がどのような行為をなすと「不正の利益を得る目的」や「その保有者に損

害を加える目的」があると認定されるのであろうか。起草者は、前者の「不正の利益」の解釈のなかで職業選択の自由の利益を衡量する必要性を説いている<sup>29</sup>。裁判例においても、従業者が退職後に競合他社において前使用者の営業秘密を単に使用するというだけでは図利加害目的を必ずしも肯定しておらず<sup>30</sup>、プラスαの要素を認定しているものが多いようにみえる。

例えば、退職後に競業会社を設立した従業者が、その設立直後の時期に集中的に前使用者の顧客情報（営業秘密）を使用し、前使用者の顧客をいわば狙い撃ちしたという点を重視したり、従業者が前使用者の顧客情報（営業秘密）を使用した営業活動において前使用者の信用を貶めるような事実を告知したという点を重視したりしている<sup>31</sup>。

こうした背信性の高い競業行為であれば、7号の規律を及ぼしたとしても、従業者の予見可能性や職業選択の自由の不測の不利益をもたらすことにはならないと解される。

### (iii) 小括

以上のように、本稿の理解のもとでは、7号の規律は、行為者が情報を使用・開示する時点において、次のような認識や主観的意図を形成していることをその要件としている。1つが、その情報が事業者の営業秘密であり、自己もまたその秘密を保持しなければならないことの認識である。もう1つが、その情報を図利加害目的で使用・開示しようとする主観的意図である。そして、行為者が当該情報の使用・開示時点において、これらの認識または主観的意図のいずれか一方でも欠くような場合には、その使用・開示行為に対して7号の規律は及ばないものと解される。かくして7号の規律は、これらの認識および主観的意図を要件とすることで、職業選択の自由との衝突という問

題を解決しようとしているものと解されるのである。

## (2) 〈問2〉の検討

以上の枠組に基づいて〈問2〉を考えてみよう。ところで、上記〈表〉の①～④類型の事案は、それぞれ実際の裁判例をモデルとして、その事案を簡略化したものである。実際の裁判例では、より詳細な認定事実に基づいて、上記4つのケースのいずれについても、7号の成立を認めている。

そこで以下では、これらの裁判例を使用者開示型の事案（①③類型）と従業者開拓・収集・開発型の事案（②④型）とに整理した上で、各裁判例が、秘密管理性要件、「示された」要件、図利加害目的要件をそれぞれどのように判断しているのかをみていくことにしよう。それとともに、これらの判断を、時間軸と行為者の認識の構造に即して整理することにしたい。

### (i) 使用者開示型の事例の検討

#### (ア) 営業情報をめぐる事例（①類型）

まず、使用者開示型の実例に関する裁判例からみていこう。①類型の実例のモデルとなった裁判例は、東京地判平成14.2.26平成12(ワ)22457最高裁HP「ハンドハンズ」である。

事案は、人材派遣業を営むX会社の取締役営業部長、同営業副部長の要職にあったY<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>が、自己の担当するスタッフの資料として交付されたスタッフカードのコピーに基づき、日常の業務で利用するための手控えとして自己の手帳にメモ書きしていたX会社の登録派遣スタッフおよび派遣先事業所に関する情報（本件情報）を、X会社を辞めて同業他社のY会社に移る前後の時期に、競業行為に使用・開示したというものである。

裁判所は、X会社における本件情報の秘密管理

体制について、スタッフカードのコピーの作成・利用および個人の手帳への手控えに触れ、これらが営業課員の業務の必要上やむを得ない利用形態と認められるとした。そのうえで、「X 会社では、派遣スタッフや派遣先事業所の情報の重要性やこれらを漏洩してはならないことを研修等を通じて従業員に周知させていたうえ、該当部署の従業員一般との間に秘密保持契約を締結して秘密の保持に留意していた」こと、その当時、Y1、Y2 は既に取り締役であったため当該秘密保持誓約書を差入れていないが、「上記情報の重要さについては一般の従業員以上に知悉していたというべき」ことを指摘して、秘密管理性要件を肯定した。そして、Y1、Y2 が「上記情報をその職務上知ったものであるから、営業秘密を保有する事業者である X 会社から示されたものである」として、「示された」要件も肯定した。

一方、凶利加害目的については、「Y1 及び Y2 は、X 会社を辞めて Y 会社に移る前後の時期に、主として上記の手控えに基づいて X 会社の登録派遣スタッフに連絡を取ったり移籍を勧誘したものと認められる」から「X 会社の派遣スタッフ及び派遣先企業を Y 会社において獲得するため、すなわち不正の競業をし、保有者たる X 会社に損害を与える目的で、これらの情報を使用して派遣スタッフに連絡するなどし、また、これらの情報を Y 会社に開示したものである」と判断した。

この判決は、「示された」要件につき、Y らが本件情報を「その職務上知った」ことを指摘するにとどまり、それ以上具体的に判断していない。けれども、事案を子細にみると、Y1 の退職時に、X 会社が Y1 に対してその手許にある X 会社の資料等の返還を求めたことが認定されており、X 会社が Y1 の手控えについても秘密管理する意図を示していたことが窺える事案であった。また、Y1・

Y2 は X 会社の元取締役であった者であり、本件情報を使用・開示する時点において、本件情報に係る秘密保持の必要性も十分に認識していたものと推測される事案であった。一方、凶利加害目的については、Y1・Y2 が競業会社に転職する前後の時期に、主として X 会社の顧客を獲得する意図で本件情報を使用・開示した点を重視していることが注目される<sup>32</sup>。

### (イ) 技術情報をめぐる事例 (③類型)

次に、③類型の事例のモデルとなった裁判例は、名古屋地判平成 20.3.13 判時 2030 号 107 頁「産業用ロボットシステム」である。

事案は、産業用ロボットシステムの製造販売等を業とする X 会社の機械設計部主任を務めていた Y4 が、退社後、1 ヶ月の契約で競合他社の Y2 会社に常駐し、X 会社と同種の産業用ロボットシステムである Y システムの設計を担当し、その際に X 会社のバリ取りツール図面（本件設計図）および CAD システムで作成した X システムの設計データ（CAD データ等）を使用・開示したというものである。

裁判所は、X 会社における本件設計図および CAD データ等の秘密管理性につき、本件設計図は設計室内のキャビネットに保管され、設計部門の従業員が設計室内で持ち出すことは自由に認められていたが、営業部門など設計部門以外の従業員が本件設計図のコピーを設計室外に持ち出す場合には管理台帳への記入が求められ、平成 12 年以降はそれが徹底されたこと、一部の外注先・仕入先との間では本件設計図のコピーを交付する際に「秘密保持に関する念書」を取り交わしていたこと、CAD データ等に関してはアクセス可能な者が技術部門の従業員に限定されていたこと、本件設計図や CAD データ等に記載されている技術情報

が機械製造業者にとって重要な情報であることが明らかなことを認定し、本件設計図や CAD データ等にアクセスした従業者にとって当該情報が使用者の営業秘密であることが客観的に認識可能であるとして、秘密管理性要件を充足すると判断した。

一方、図利加害目的については、Y<sub>4</sub>らが、「コンピューター内のフォルダにまとめて管理されていた本件 CAD データ等を取得した上これを使用して Y システムを設計したものと認められ、その目的は、Y 会社らにおいて不正の競業その他の不正の利益を得る目的で、又は原告に損害を加える目的であったと認められる」と判断した。

この判決の特徴は、産業用ロボットシステムの設計図面・データ等という本件技術情報の性質を重視し、ロボットメーカーの従業者が高度の秘密保持義務を負うことを前提に判断している点にある。例えば、判決は、X 会社が仕入先や得意先に対して秘密保持義務を課すことなく本件設計図のコピーや CAD データを提供していた（一部の外注先・仕入先を除く）としても、X 会社の従業者において、本件技術情報が X 会社の「営業秘密であって自己又は第三者のために流用することが許されないという認識又は認識可能性」が失われるものではないと説いている。同様に、図利加害目的的判断においても、産業用ロボットシステムの CAD データ等の経済的重要性を Y らが明確に認識しながら、それを数少ない競業会社において使用・開示した点を重視している。

## (ii) 従業者開拓・収集・開発型の事例の検討 (ア) 営業情報をめぐる事例 (②類型)

続いて、従業者開拓・収集・開発型の事案に関する裁判例をみてみよう。②類型の事例のモデルとなった裁判例が、知財高判平成 24.7.4 平成 23

(ネ) 10084 号等最高裁 HP「投資用マンション」である(原審の東京地判平成 23・11・8 平成 21(ワ) 24860 最高裁も同旨)。

事案は、投資用マンションの販売等を業とする X<sub>1</sub> 会社の営業部課長、営業部員を務めていた Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub> が、自らが営業を担当する顧客との間で、投資用マンションの売買契約を締結させた後、X<sub>1</sub> 会社の完全子会社である X<sub>2</sub> 会社 (X<sub>1</sub> 会社が販売する投資用マンションの管理・賃貸等を業とする会社) から授権された代理人または使者として、賃貸管理委託契約の締結にも当たっていたところ、そうした X<sub>2</sub> 会社との賃貸管理委託契約の締結を担当した顧客の情報で、自己の所有する携帯電話や記憶に残っていた情報 (本件顧客情報) を、X<sub>1</sub> 会社退職後に、X<sub>2</sub> 会社の競合会社において使用・開示したというものである。

裁判所は、まず、X<sub>2</sub> 会社の顧客情報の帰属先を判断し、従業者が業務上取得した情報は当然に勤務先に帰属するとしうえで、X<sub>1</sub> 会社と X<sub>2</sub> 会社の関係や業態に鑑みれば、X<sub>1</sub> 会社の従業者がその業務に関連して取得した X<sub>2</sub> 会社の顧客情報は、Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub> の記憶や携帯電話に残っていたものも含め、勤務先の X<sub>1</sub> 会社に帰属するとともに、X<sub>2</sub> 会社にも帰属するとした。そのうえで、X<sub>2</sub> 会社における本件顧客情報の管理体制につき、X<sub>2</sub> 会社が X<sub>1</sub> 会社らと共同で関連会社の全従業者に対して各種の情報セキュリティに関する研修や試験を毎年実施していること、情報セキュリティマネジメントシステムの国際規格認証を取得し、関連会社の全従業者に対して国際規格認証のハンドブックを配布していること、それを基にした試験を全従業者に実施していること等を認定して、秘密管理性を肯定した。そして、かかる管理体制の下、X<sub>1</sub> 会社営業部所属の従業者は、X<sub>2</sub> 会社の代理人または使者としての善管注意義務にも起因して、「X<sub>2</sub> 会社に

対しても本件顧客情報の秘密保持義務を負っていることを認識していたものと優に推認することができる」とし、これらの点に鑑みれば、「X<sub>1</sub> 会社営業部所属の従業者は、X<sub>2</sub> 会社からも本件顧客情報を開示されて取得しているものといえる」ので、Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub> が「X<sub>2</sub> 会社の営業秘密である本件顧客情報を取得したのは、X<sub>2</sub> 会社から示されたことによるというべきである」として、「示された」要件も肯定した。

一方、図利加害目的については、a) 本件顧客情報（X<sub>2</sub> 会社の営業秘密）を使用した Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub> の顧客奪取行為が X<sub>2</sub> 会社の顧客を狙い撃ちしたものであること、b) Y らが X<sub>2</sub> 会社らの信用を傷つけるような誹謗中傷を行ったこと、c) Y らが設立した競業会社と X<sub>2</sub> 会社とのサービス内容が類似していること、d) Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub> による本件顧客情報の使用時期が競業会社の設立直前・直後の、確たる顧客を有していない時期に集中して行われていることを挙げて、Y らの本件顧客情報の使用行為につき図利加害目的を肯定している。

この判決が、本件顧客情報の帰属先を論じている趣旨は定かでない。《営業秘密の本源的所有者》を決定しようとしたようにも読めるが、もしそうだとすれば、秘密管理主体とは独立に本源的所有者を決定することは妥当でないというべきである

(2)(3)(ii)(ア)参照)。むしろこの判決の特徴は、②類型の事案において、Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub> が自ら開拓した顧客の情報であっても、その情報の管理状況から、X<sub>2</sub> 会社に対して秘密保持義務を負っている情報であることを Y らが明確に認識していた場合には、X<sub>2</sub> 会社から「その営業秘密を示された場合」に当たると判断した点にある。ここでは、秘密管理性要件の判断と「示された」要件の判断が Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub> の認識を基点として連続的に把握されている点が注目される<sup>33</sup>。

一方、判決が図利加害目的を肯定する際に重視した事情は、どう評価しうるだろうか。X<sub>2</sub> 会社の顧客を狙い撃ちした顧客奪取行為、X<sub>2</sub> 会社に対する誹謗中傷行為、競業会社独自の営業活動による顧客獲得がままならない時期における本件顧客情報の集中的使用行為の各事情は、従業者の退職後の競業活動について信義則違反や不法行為が成立するかどうか争われた裁判例に照らしても、背信性の高い行為と評価しうるものである<sup>34</sup>。また、本件顧客情報が投資用マンションの購入者に関する情報であった点も重要と思われる。投資用マンションの賃貸管理業においては、そうした賃貸管理の委託を必要とする顧客（投資用マンションの購入者）を探し出すことが最も時間・労力・費用のかかる部分だからである。Y らの行為は、そうした X らの顧客探索活動に著しくフリーライドする行為であって、その意味でも不正の競業行為と評価しうる事案であったといえる<sup>35, 36</sup>。

#### (イ) 技術情報をめぐる事例（④類型）

最後に、④類型の事例のモデルとなった裁判例が、大阪地判平成 10.12.22 知裁集 30 巻 4 号 1000 頁「フッ素樹脂シートの溶接技術」である。

事案は、フッ素樹脂シートライニングを主な事業とする X 会社の製造課長であった Y<sub>1</sub> が、退職後に、競合他社の Y 会社においてタンクコンテナの内面にフッ素樹脂シートライニングを施す作業を担当し、その際、シートとシートの継ぎ目を溶接する技術に関する X 会社のノウハウ（本件ノウハウ）を Y 会社等に開示したというものである。

本件ノウハウは、フッ素樹脂シートの溶接技術の中でも、溶接用ノズルの口金加工技術に関するもの（以下、「本件ノウハウ α」という）と、訴外 A 社製のディスパージョン（PTFE の溶接前処理剤）の使用に係る技術に関するもの（以下、「本件

ノウハウβ」という)の2タイプがあった。Y<sub>1</sub>はX会社在职中、本件ノウハウαの開発に直接関与するとともに、本件ノウハウβについては訴外A社の研究所に出向きその技術指導を受けて当該技術を習得していた。

裁判所は、X会社における本件ノウハウα、βの秘密管理性につき、X会社が「役員、従業者から誓約書を徴して営業秘密の保持義務を課し、在庫管理を製造課長が行い、製造課のロッカーにノズル等の治工具やディスパージョンを保管し、右の技術を管理していた」として、これを肯定した。

そのうえで、本件ノウハウαにつき、X会社独自の改良技術であるとして有用性、非公知性を肯定し、営業秘密と認めた。そして、Y<sub>1</sub>が、上記誓約書に基づきX会社に対して秘密保持義務を負っているにもかかわらず、X会社から開示された営業秘密にあたる本件ノウハウαをY会社等に開示したとして、7号該当性を認めた(図利加害目的については、特に具体的に説示することなく、これを肯定している)。

一方、本件ノウハウβについては、訴外A社製品が市販品であることや同業他社も使用していること等を認定して、非公知性ないし有用性を否定し、X会社の営業秘密とは認めなかった。

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。確かに、判決はY<sub>1</sub>が自ら習得し開発に関与した本件ノウハウα、βの帰属先を検討し、「本件ノウハウの確立等にあたってY<sub>1</sub>の役割が大きかったとしても、それはX会社における業務の一環としてなされたもの」であるから、「本件ノウハウ自体はX会社に帰属するものというべき」と判示している。しかし、この説示は本件ノウハウの帰属先を論じるYらの主張に念のため応答したものであって、一般的な規範を述べ

たものではない。むしろ本判決の特徴は、④類型の事案において、Y<sub>1</sub>が自ら開発に関与した本件ノウハウαについて、Y<sub>1</sub>が上記誓約書に基づきX会社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えたことを理由に、X会社から「その営業秘密を示された場合」に当たると判断した点にあると思われる。

## 5. 結びに代えて

以上の本稿の検討内容をまとめると次のようになる。

2条6項の「営業秘密」の概念は、技術情報や営業情報を取り巻く状況が《生成》→《蓄積》→《秘密管理》と経時的に変化しうることを前提とするとともに、それぞれの段階における主体(当該情報の生成主体、蓄積主体、秘密管理主体)が同一であるとは限らないことも前提としている。そのうえで、2条6項の秘密管理性の要件は、ある情報の利用を行おうとする者が、その行為の時点において、当該情報が他人の《秘密管理》下に置かれているということや、そうした管理を行っている主体が誰であるのかということ、明確に認識できない場合には、行為者の予測可能性に配慮して、4号から9号の規律が及ばない旨を明らかにしている。逆にいえば、秘密管理性の要件は、ある情報が特定の主体によって秘密として管理されていることが、その情報の利用を行おうとする者にとって明確に認識可能である場合には、4号から9号の規律対象となることを明らかにしているのである。

その意味では、4号から9号の規律には、「営業秘密」の概念を基点として、時間軸の構造とともに行為者の認識の構造が組み込まれていると考えることができるように思われる。

そして、こうした観点からみた場合、例えば4

号の規律は、ある情報が他人の《秘密管理》下に置かれるに至った後の時点において、行為者がそうした状態を認識しながら、当該情報を不正の手段により取得する行為を「不正競争」とみなす規律であると捉えることができる。

一方、7号の規律は、行為者がどのような状況で情報を取得したかを問うことなく、他人の「営業秘密」状態に置かれるに至った情報を、そうした状態を認識しながら、図利加害目的で使用・開示する行為を「不正競争」とみなす規律であると捉えることができる。換言すれば、ある情報が事業者の《秘密管理》下に置かれるに至った後に、そうした《秘密管理》を行う事業者が、行為者に対して、当該情報は事業者の「営業秘密」である旨を示した場合において、行為者がその旨を認識しながら、当該情報を図利加害目的で使用・開示する行為を規律するのが、7号なのである。

以上のような4号および7号の規律に埋め込まれた時間軸と行為者の認識の構造を、各規律の要件の構造に即して整理すれば、次のようになる。

4号の規律は、行為者が情報を取得する時点において、次の2つの認識を形成していることを要件としている。1つは、その取得しようとしている情報について、他人が《秘密管理》体制を構築している旨の認識である。もう1つは、そうした情報について、自らには取得権限が認められていないことの明確な認識である。そして、行為者が当該情報の取得時点において、これら2つの認識のいずれか一方でも欠く場合には、その取得行為に対して4号の規律は及ばないものと解される。

一方、7号の規律は、行為者が情報を使用・開示する時点において、次のような認識や主観的意図を形成していることをその要件としている。1つが、その情報が事業者の営業秘密であり、自己もまたその秘密を保持しなければならないことの

認識である。もう1つが、その情報を図利加害目的で使用・開示しようとする主観的意図である。そして、行為者が当該情報の使用・開示時点において、これらの認識または主観的意図のいずれか一方でも欠く場合には、その使用・開示行為に対して7号の規律は及ばないものと解される。このようにして7号の規律は、こうした認識および主観的意図を要件とすることで、職業選択の自由との衝突という問題を解決しようとしているものと解されるのである。

#### 注)

- <sup>1</sup> 本稿は、前稿「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&T 61号55-65頁(2013年)で提示した考え方を発展させて、4号と7号の規律の構造を明らかにしようとするものである。そのため、本稿の内容は、前稿と一部重複する箇所がある。
- <sup>2</sup> 松村信夫『新・不正競争訴訟の法理と実務』（民事法研究会，2014年）513頁。
- <sup>3</sup> 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』（有斐閣，1990年）79頁。
- <sup>4</sup> 論争の俯瞰として、例えば、小野昌延編『新・注解不正競争防止法〔第3版〕上巻』（青林書院，2012年）545-553頁〔小野昌延＝平野恵稔執筆〕、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44-49頁(2011年)、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」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〕』（新日本法規，2007年）346-360頁、林いづみ「営業秘密の保有をめぐる従業員・会社間の法律関係」日本弁理士会中央知的財産研究所編『不正競争防止法研究—「権利侵害警告」と「営業秘密の保護」について—』（レクシスネクシス・ジャパン株式会社，2007年）361-381頁などを参照。
- <sup>5</sup> 通産省・前掲注3）『営業秘密』87頁。
- <sup>6</sup> 通産省・前掲注3）『営業秘密』93頁注4）。
- <sup>7</sup> 例えば、渋谷達紀「営業秘密の保護」法曹時報45巻2号22-23頁・28頁は、秘密の創作者が営業秘密の保有者（正当な使用収益権を有する者）の典型として秘密の創作者を挙げたうえで、秘密の内容が発明や著作物の場合には特許法35条や著作権法15条が定める原始的帰属のルールを適用ないし類推して保有者を決定すべきだとする。そして、例えば④類型の事案において従業員が秘密の本源的保有者となる場合には、従業員が当該秘密の使用収益権を使用者に移転した後に当該秘密を（不正に）使用・開示しても、秘密の内容から「示された」わけではないので、類型的に7号の規

律は及ばないとする（「自ら秘密を創作した従業員」のように「秘密のいわば本源的保有者であった者は、秘密の内容をすでに知っているわけであるから、秘密を他人〔法人や使用者〕に移転した後も、その他人から秘密を示される地位にはなく、……不正競争防止法は……秘密を創作した従業員を本号〔7号〕の行為主体から除いたものと解すべき」である。同28頁）。

これに対し、鎌田薫『「財産的情報」の保護と差止請求権（5）」L&T 11号43-44頁（1990年）は、「営業秘密の帰属に関する一般的な規定は存しないので、当事者間の合意の内容」をまずは考慮すべきであるとする。例えば、特許法35条でいえば、発明をなした従業員への権利の原始帰属ルール（1項）を定めつつも、職務発明に関しては、契約・勤務規則等によりその権利を使用者が予約承継することを認めるルール（2項反対解釈）を定めている点に着目すべきだとする。そして、従業員に原始帰属する営業秘密の発明を使用者が契約・勤務規則等により承継した場合には、「当事者問題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、条明者たる従業員も、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り、したがって、秘密保持義務に違反して（正当な権限の範囲を超えて）、当該営業秘密を使用するときには、本号〔7号〕……の対象となりうる」というわけである（同45頁）。

<sup>8</sup> 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11-12頁（1991年）。

<sup>9</sup> 田村善之『不正競争法概説（第2版）』（有斐閣、2003年）345頁。

<sup>10</sup> この点は、野一色勲教授のご教示に負う。

<sup>11</sup> 営業秘密の「帰属」をめぐる議論の最も包括的な検討として、帖佐隆「情報は『帰属』するのか—投資用マンション顧客情報事件を題材として—」久留米大学法学69号71-121頁（2013年）。

<sup>12</sup> 田村・前掲注9）342-345頁、田村善之「判批」判タ1173号70頁（2005年）、小野編・前掲注4）〔小野昌延＝平野惠稔〕、石田・前掲注4）、林・前掲注4）、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巻1号1-15頁（2006年）、帖佐・前掲注11）195・189・178-177・165-154・152-150頁、竹田稔『知的財産権侵害要論〔不正競争編改訂版〕』（発明協会、2003年）162頁。①②類型のような営業情報の事案についてはβ説に立脚しつつ、③④類型のような技術情報の事案についてはα説に立つ見解として、松村・前掲注2）516-526頁、松村信夫「退職従業者に対する競争行為の制限」日本工業所有権法学会年報30号195頁-201頁（2007年）、松村信夫「『営業秘密』における秘密情報の管理と帰属」L&T 26号124-127頁（2005年）。

<sup>13</sup> 田村・前掲注9）342、344頁。使用者としては、従業者と秘密保持契約を締結すれば契約責任を問えるので、保護に悖ることはないとする。

<sup>14</sup> 牧野利秋監修＝飯村敏明編『座談会 不正競争防止法をめぐる実務的課題と理論』（青林書院、2005年）181頁〔尾崎英男発言〕。

<sup>15</sup> 実務界においてγ説を先駆的に提唱したのは、飯塚卓也＝三好豊＝末吉互『知的財産法実務シリーズ5 不正競争防止法』（中央経済社、2002年）141-142頁〔三好〕である。現在では、労働法学者もγ説を支持している（土田道夫『労働契約法』（有斐閣、2008年）107頁注64））。この他、γ説に立つと読める見解として、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（下）」NBL471号29-31頁（1991年）、茶園成樹「営業秘密の民事上の保護」日本工業所有権法学会年報28号43-44頁（2004年）。

<sup>16</sup> 通商産業省知的財産政策室監修『営業秘密ガイドライン』（（財）知的財産研究所、1991年）27-28頁。こうした起草者の見解は、その後、不競法の平成17年改正担当者をはじめ経産省知的財産政策室の考え方に影響を与えているようにみえる。経済産業省経済産業政策局知的財産政策室編『一問一答 不正競争防止法（平成17年改正版）』（商事法務、2005年）41-42頁、住田孝之「営業秘密管理指針の改訂について」NBL 821号15頁（2005年）、奈須野太『不正競争防止法による知財防衛戦略』（日本経済新聞社、2005年）173頁など参照。

<sup>17</sup> 通産省・前掲注16）『営業秘密ガイドライン』27頁。

<sup>18</sup> 通産省・前掲注16）『営業秘密ガイドライン』27頁。

<sup>19</sup> この点に関連した問題を提起する裁判例として、大阪地判平成9.8.28判不競1250ノ204ノ29頁〔中小工務店〕がある。事案は、住宅設備機器等の製造販売業を営むX会社の広島支店の支店長を務めていたYが、同支店の閉鎖に伴って、それまで同支店で保管していた本件得意先管理台帳および本件包装別支店ネット表の本件各文書（X会社の営業秘密）を同支店から搬出し、これを自らが実質的に経営する訴外A会社（Y会社の前身）の事務所に搬入して、営業活動を行っていた。そうしたところ、これが発覚してX会社から解雇されたというものである。

本件では、Yが本件各文書を訴外A会社に持ち出した行為につき4号の成否が、Yが本件各文書を訴外A会社（その後Y会社）において使用して営業活動をなす行為につき7号の成否が、それぞれ問題となった。

裁判所は、4号の成否につき、次のように述べてこれを否定した。「Yは、X会社に在職中広島支店の支店長として、営業秘密である本件情報が記載された本件各文書を自ら保管してきたものであり、その記載内容たる別紙顧客目録記載の95軒の顧客は、Yが同支店を統括する責任者として営業のために日常的に接している顧客であって、Y自身が開拓した顧客も相当数含まれているというのであり、また、本件情報のうちX会社が特に重要であるとする本件取引開始申請書及び本件得意先管理台帳に記載されている掛け率は、X会社本社においてその最低ラインを指示しているが、支店長たるYの責任において決定していたというのであるから、本件各文書に記載されている本件情報自体は、YがX会社に在職中に広島支店の支店長としての職務上正当に取得したものであるべきであって、窃取、詐欺、強迫その他の不正の手段により取得したということではない。」

これに対し、X会社は、反論として、「Yは、自ら経営する訴外A会社の営業に使用するために、X会社の

事前・事後の承諾を得ることなく本件各文書をX会社広島支店から搬出し、訴外A会社の事務所に搬入し、X会社からの返還要求にも応じずその占有を継続していたから、本件情報を窃取ないし詐取したというべきである」と主張した。しかし、裁判所は、「Yによる取得が問題となる営業秘密とは、それが記載されている有体物としての本件各文書ではなく、その記載内容である本件情報であるところ（不正競争防止法2条4項〔現2条6項〕）、……本件情報自体はYがX会社に在職中に広島支店の支店長としての職務上正当に取得したといえることができる」と述べて、X会社の主張を斥けた。

この判決の特徴は、Yが、本件営業秘密が固定された媒体である本件各文書（原物）をX会社広島支店から外部の訴外A会社に持ち出した行為について、Yが本件営業秘密を再「取得」したとは評価しなかった点にある。つまり、Yは、本件各文書を持ち出した行為の時点において、既に本件営業秘密に係る情報を保持・保有しており、本件営業秘密が固定された媒体の占有を自己または第三者に移転したとしても、そうした行為は「営業秘密を取得する行為」とは見なせない（4号の問題とはならない）というわけである。

しかし、このようなYの行為を、従業員が自己の管理・所有する手帳や携帯電話内から使用者の営業秘密に係る情報を抹消せずに持ち出す行為（本文〈表〉①②類型の事案）と同視することは適切なのだろうか。こうした観点から上記の判決を眺めてみると、実は判決が、「Yは、X会社に在職中広島支店の支店長として、営業秘密である本件情報が記載された本件各文書を自ら保管してきた」（下線筆者）という点を強調していることに気がつく。つまり判決はここで、Yが本件各文書を（自己の手帳や携帯電話と同じように）個人的に管理・所有しているという理解を前提としているように読める。しかし、もしそうだとすれば、そのような理解は妥当でないと思われる。なぜなら、Yは本件各文書を《X会社の広島支店の支店長として》保管しているのだからである。換言すれば、本件各文書の保管主体はX会社なのであって、Y個人ではないと解されるからである。

実際、この点に関連して、判決は、本件各文書の秘密管理性について次のように判断をしているのである。すなわち、「X会社は、広島支店長であるYに対し、本件各文書が社内の重要機密書類である旨認識させるべく指示、指導するとともに、他の同支店従業員に対しても、Yを通じて複写及び社外持出しを禁止する旨口頭で指示、指導をしていた」「従業員が支店長を含めて4名という同支店の規模も考慮すれば、本件各文書に記載された本件情報はすべて〔X会社の〕秘密として管理されていたといえることができる。」

以上に照らせば、本件において、Yが本件各文書に記載された顧客情報を原始的に取得したとしても、Yは別途、X会社の営業秘密に係る本件各文書の占有を、正当な権限なく、X会社広島支店から自己の経営する訴外A会社へと移転したのであるから、当該Yの行為は、当該営業秘密の不正「取得」にあたりと評価しうるように思われる。

<sup>20</sup> 「営業秘密として保護される情報は、それがどの保有者の営業秘密であるのかがわかるようになっていなければならないことを要件としなければ、当該営業秘密の取得、使用又は開示を行おうとする者にとって、当該行為の対象である情報が営業秘密である……ことを容易に知り得ず、自らの行為が差止めの対象となり得るか否かについての予見可能性が損われ、経済活動の安定性が阻害される虞がある。」「こうした観点から、……営業秘密の客観的要件として、第1に、当該情報が秘密として管理されていることにより、当該情報が営業秘密であることを客観的に認識できることを要件としたものである。」「秘密として管理されている状態とは、管轄を明らかにしつつ秘密である状態が保たれつつ、保存・利用・改良されている状態を意味する。」通産省・前掲注3）『営業秘密』54頁、62頁注2）。

<sup>21</sup> なお、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16・17年改正版）』（有斐閣、2005年）以降の逐条解説では、2条6項の箇所において、「事業者が秘密として管理しているわけではなく、単に従業者個人の頭の中だけに記憶されているような情報については営業秘密には該当しないが、従業者の頭の中に記憶されている情報であっても、事業者が秘密として適切に管理していれば『営業秘密』に該当しうる。」という記述が挿入されるに至った（同書34頁）。この挿入された記述に照らせば、改正担当者は、秘密管理なき《営業秘密の本源的所有者》という概念を放棄したと解することも可能であろう。

<sup>22</sup> 秘密管理性要件の判断をめぐる裁判例の動向として、事業者の一定水準以上の絶対的管理を要求する一時期の厳格化傾向と、利用行為者の認識を重視するその後の揺り戻しが指摘されている。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191-213頁（2007年）、小嶋崇弘〔判批〕知的財産法政策学研究14号215-240頁（2007年）、田村善之＝津幡笑〔判批〕中山信弘ほか編『商標・意匠・不正競争判例百選』（有斐閣、2007年）192-193頁、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159-234頁（2009年）、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79-101頁（2013年）。

<sup>23</sup> 議論の俯瞰として、例えば、小野編・前掲注4）531-534頁〔小野昌延＝苗村博子〕、586-587頁〔小野昌延＝平野恵稔〕、山本庸幸『要説不正競争防止法（第4版）』（発明協会、2006年）150-152頁、竹田・前掲注12）154-156頁、金井重彦＝山口三恵子＝小倉秀夫編『不正競争防止法コンメンタール』（レクシスネクシス・ジャパン株式会社、2004年）84-85頁〔山口三恵子〕参照。

<sup>24</sup> この点に関連して、富岡英次「営業秘密の保護」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系4 知的財産関係訴訟法（追補版）』（青林書院、2004年）490頁が、原告が被告の不正取得行為を主張、立証するためには、「被告が原告の瑕疵のない意思に基づいて秘密情報を取得する可能性がないこと、被告が営業秘密にアクセスした可能性があること、被告がその後営業秘密を使用しなければ不可能な営業活動等をしたこと」（下線

筆者)を立証しなければならないと論じている点が示唆に富む。また、裁判例では、塾講師(Y)が退職時に塾(X)の個人別成績記録カード(営業秘密)を何らかの形で複写して持ち出す行為につき、「Xにおいて、講師が個人別成績記録カードを業務上の必要がある場合に閲覧することが禁止されていたわけではない」ことを理由に、4号の成立を否定した(7号の成立は認めた)決定が目される(大阪地決平成7.6.27判不競1250ノ231頁「開成教育セミナー」)。

<sup>25</sup> 田村・前掲注9) 339頁。

<sup>26</sup> 金井＝山口＝小倉編・前掲注23) 84頁[山口三恵子]。

<sup>27</sup> これに対し、X会社において、あらかじめ勤務規則や個別の合意等の形で、従業員がその職務上開拓・収集する顧客情報については全て会社に帰属する旨定められており、かつ、従業員に対して周知徹底が図られていれば、Yが本件情報の取得時点でX会社の《秘密管理》体制を認識するということも考えられるかもしれない。

<sup>28</sup> 大阪地判平成19.2.1平成17(ワ)4418最高裁HP「スタンドオフ1審」、大阪高判平成19.2.20平成19(ネ)733最高裁HP「同2審」。

<sup>29</sup> 通産省・前掲注3)『営業秘密』140頁は次のように説明している。従業員が使用者から営業秘密が示された場合、当該従業員には信義則上の義務が生じる。それは、雇用関係にある使用者と従業員とが営業秘密を示される関係を形成したことによって、相互に不当に不利益を被ることのないように配慮すべき信義則上の義務である。では、具体的にどの程度の不利益を相手方に与えると、そうした義務に違反する「不正」な行為とみなされるのか。起草者によれば、それは、①使用者と従業員の信頼関係の程度、②使用者の利益、③従業員の利益、④営業秘密の態様等を考慮して判断されることになる。このように、「『不正』の判断に際しては労働者の権利を含め総合的な考慮が払われることになることから、職業選択の自由を阻害するような場合に差止めが認められることはない」というわけである。

例えば、転職した従業員が元の使用者から持ち出した営業秘密を報酬を得るために競業企業に開示することは、そうした信義則上の義務に違反する不正な行為とみなされる。他方で、使用者の側も、雇用関係にあった従業員が自己の下で営業秘密に関する業務に従事していたことによって不当に不利益を被らないように配慮すべき義務を負うため、転職する従業員の生活権を阻害してまで営業秘密の使用・開示の差止めを請求することは許されないものとしている(同頁)。

<sup>30</sup> 例えば、大阪地判平成9.8.28判不競1250ノ204ノ29頁[中小工務店]は、X会社の広島支店長の地位にあったYが、在職中から秘密裏に競業会社の設立・営業開始の準備をし、退職後、顧客名簿記載の一部の顧客に対し取引の勧誘をしたという事案において、次のように説示して、本件顧客名簿の使用および図利加害目的を否定している。

「Yは、[X会社の]幹部社員であったとはいえX会社の一従業員にすぎなかったものであるから、X会社を退職した後において法律上当然に競業禁止義務を負うものではなく、他にX会社との間で競業禁止義務を

負う旨の合意をしたと認めるに足りる証拠もないから、YがX会社退職後に広島地域においてX会社と同種の商品を取り扱う営業を行うこと自体は許されないものではない。」確かに、本件においてYは、X会社の営業秘密である本件各文書に記載された顧客のうちいくつかの業者に対し、自らが実質的に経営する訴外A会社の取り扱う商品の購入方を勧誘したことがあると認められる。しかしながら、「広島地域においてどの工務店等がX会社広島支店の顧客であるかは、本件取引開始申請書や本件得意先管理台帳によるまでもなくYの記憶しているところであるから、本件情報を使用しているとはいえず、かかる顧客に対する営業活動を一切禁止することはYの営業活動に対する重大な支障となり、憲法上保障された職業選択の自由を不当に制限することになるというべきである。」

<sup>31</sup> 7号の図利加害目的に関する裁判例の俯瞰として、小野編・前掲注4) 553-557頁[小野昌延＝平野恵稔]。例えば、東京高判平成12.4.27平成11(ネ)5064等「オフィス・コーヒー・サービス(OCS)事業2審」は、顧客の奪取(OCS事業者の切替)は、「Y<sub>3</sub>会社設立後比較的短期間内にかつ大量にされており、X会社の営業秘密である顧客情報(以下「本件顧客情報」という。)をY<sub>3</sub>会社の者が利用してそれらの事業所に赴き、セールス活動をしなればできないことである」「そうすると、これらの行為は、それぞれの者のX会社退社後半年も経たない間のことであるから、営業秘密の保持期間内の秘密使用行為に該当するといわなければならない。」「しかも、Y<sub>3</sub>会社の事業がOCSを含むものであるから、本件顧客情報の使用は、設立直後のY<sub>3</sub>会社の販路獲得のためであることにあつたのは明らかである。」それゆえ、「本件顧客情報を用いて、Y<sub>1</sub>及びY<sub>2</sub>が自らあるいは従業員を指示してした……顧客の切替行為は、不正の競業その他の不正の利益を得る目的で、その営業秘密を使用する行為であり、不正競争防止法2条1項7号の『不正競争』に該当するというべきである。」と判示している。

また、知財高判平成24.7.4平成23(ネ)10084号等最高裁HP「投資用マンション」は、a) 営業秘密を使用したY<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>の顧客奪取行為が当該営業秘密の保有者の顧客を狙い撃ちしたものであること、b) Yらが営業秘密保有者らの信用を傷つけるような誹謗中傷を行ったこと、c) Yらが設立した競業会社と営業秘密保有者とのサービス内容が類似していること、d) Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>による営業秘密の使用時期が競業会社の設立直前・直後の、確たる顧客を有していない時期に集中して行われていることを挙げて、Yらの営業秘密の使用行為につき図利加害目的を認めている。

<sup>32</sup> この他、①類型の事案で7号該当性を肯定した事例として、大阪高判平成20.7.18平成20(ネ)245最高裁HP「サンモト」がある。事案は、袋物製造卸業を営むX会社の大阪営業所長の地位にあったYが、X会社を退職して同業他社のY会社に入社し、訴外A会社をはじめとするX商品の販売先とそこへのX会社の販売価格を、Y会社に開示したというものである。なお、X会社はX商品の製造を自社では行わず、訴外J会社に発注していた。

裁判所は、YがX会社在职中に秘密保持誓約書に署名押印しており、X会社の営業情報のうち、「少なくとも売れ筋商品であったX商品の販売先業者名と当該業者への販売価格及び仕入価格については、……秘密保持義務が課された情報であることを当然に認識ないし認識しうる」ことを理由に、X商品の販売先業者、当該業者への販売価格、仕入価格、の3つが秘密として管理されたX会社の営業秘密に該当するとした。そのうえで、Yはその立場上これらの情報をX会社から示されていたと推認されることを理由に、「示された」要件も肯定した。

一方、図利加害目的については、「YがY会社に入社した後、遅くとも2、3か月以内に、Y会社は、訴外J会社に発注製造させたX商品と酷似するY商品を、他のY会社の従前の販売先には単価450円で販売する一方で、X会社がX商品を販売していた訴外A会社には当時のX会社の販売単価より10円だけ安い420円での販売を開始するなどした」事実を認定した。そして、かかる事実を鑑みれば、「Yは、Y会社に対し、X会社から示された同営業秘密のうち、少なくともX商品の販売先業者〔の1つが〕訴外A会社〔であること〕とそこへのX会社の販売価格を、Yの不正の利益を図る目的で、したがってまたX会社に損害を加える目的でY会社に開示したものと推認される」と説示して、Yの図利加害目的を肯定している。

<sup>33</sup> ①②類型の双方が関係する事案で7号該当性を否定した事例に、東京地判平成22.10.21平成20（ワ）8763最高裁HP「投資用マンション（大阪）」がある。

事案は、投資用マンションの販売業を営むX会社の営業部課長、営業部次長等を務めていたYらが、個々人で管理していた契約者台帳ファイルをもとにメモ書きしていた顧客の情報等を、退職後に同業他社に開示したというものである。

裁判所は、営業部従業員が個々で管理する契約者台帳ファイルには、退職従業員等の契約者台帳を引き継いだ部分（①類型）と、自らの営業活動により開拓した新規顧客に関する契約者台帳のコピー部分（②類型）とがあるとしたうえで、その各々について「営業秘密を示された」要件を充足するかどうかを判断している。まず前者につき、当該ファイルに含まれる顧客情報がX会社から各営業部従業員に示される際、「秘密保持義務を従業員に十分徹底することなく、……契約者台帳ファイルの管理を個々の営業部従業員に任せていた」のであるから、X会社の秘密管理性は認められないとした。一方、後者につき、営業部従業員が「新規開拓の営業により契約締結に至った場合には、当該顧客情報は契約者台帳の形でまとめられてX会社に提供されることになる」けれども、「営業部従業員との秘密保持契約が徹底されていなかったことを考えると、営業部従業員にとっては、もともと自らの営業努力で取得した顧客情報であることもあって、それがX会社が管理する営業秘密であるとの認識を十分持ちえないとしても無理はない……、他方、X会社においても、X会社の管理する営業秘密であることを明らかにして、その旨の認識を営業部従業員に与えようとする態勢が十分ではなかったといわなければならない」として、X会社

の秘密管理性を否定した。

この判決の特徴は、①②類型のいずれについても、当該顧客情報がX会社の営業秘密であることを営業部従業員に明確に認識させるのに十分な措置がとられていなかったことを理由に、秘密管理性要件を否定している点にある。特に、判決が②類型について、「示された」要件をカテゴリー的に否定するのではなく、X会社において、「X会社の管理する営業秘密である……旨の認識を営業部従業員に与えようとする態勢が十分ではなかった」ことを理由に7号該当性を否定した点が示唆的である。

この他、②類型の事案で7号該当性を否定した事例として、東京地判平成24.6.11平成22（ワ）23557最高裁HP「印刷受発注情報」がある。

事案は、印刷物やHPのデザイン、企画、編集等を業とするX会社の営業担当者であったYが、退職後に、自己の記憶や個人的な手控えを頼りにX会社の顧客情報を競合他社において使用、開示したというものである。

裁判所は、Y個人の記憶や個人的な手控えに残る顧客情報はYとX会社の双方に帰属するとしてうえで、当該顧客情報がX会社の就業規則所定の秘密保持義務の対象となるためには、Y個人に帰属する部分も含めて開示等が禁止される営業秘密であることが、Yにとって明確に認識することができるような形で管理されている必要があるとした。そして、X会社における顧客情報の管理体制につき、営業担当者に対して顧客の連絡先等の情報を手許に残さないよう指導しておらず、Yの退職時にも顧客の連絡先等の手控えの有無を確認し、その廃棄を求めた事実も認められないとして、秘密管理性を否定した。

<sup>34</sup> 従業員が退職後に競業活動を行うだけでは、直ちには不法行為とはならないというのが裁判例の立場である。例えば、最判平成22.3.25民集64巻2号562頁〔三佳テック上告審〕は、退職後の競業避止義務に関する特約等が定められていない事案において、退職した営業担当の従業員（Y<sub>1</sub>）が元の勤務先（X会社）と競合する事業を立ち上げてその顧客を奪取したとしても直ちには不法行為とならないと判示している。

元の顧客に対して開業の挨拶を行ったとしても、同様である。例えば、退職従業員（Yら）が開業に際し、元の顧客に対してチラシを配布し、元勤務先（X会社）の取引先の複数Yらとの取引を開始した事案において、このチラシは、X会社を誹謗・中傷する内容を含むものではなく、一般的な開業の挨拶と料金の掲載程度にとどまるものであり、Yらの開業の際の宣伝活動は右チラシの電話帳を利用したダイレクトメールの送付と無作為のポスティングが中心になっており、そのチラシの投函過程で顧客に開業の挨拶をしたにとどまるから、誠実義務違反にはならないとした判決がある（仙台地判平成7.12.22判時1589号103頁〔バイク便〕）。

一方、退職した従業員が元の会社の信用を貶めるような態様で競合活動を行う場合や、営業秘密を使用して競合活動を行う場合には、不法行為が成立する可能性がある。例えば、上記最判〔三佳テック上告審〕が、不法行為の成立を否定する理由の一つとして、「Y<sub>1</sub>は、

退職のあいさつの際などに本件取引先の一部に対して独立後の受注希望を伝える程度のことにはしているものの、本件取引先の営業担当であったことに基づく人的関係等を利用することを超えて、X会社の営業秘密に係る情報を用いたり、X会社の信用をおとしめたりするなどの不当な方法で営業活動を行ったことは認められない」と説示している部分は、そのように読める。

また、元の勤務先の顧客を狙い撃ちして低廉な価格を提示するような場合には、不法行為が成立する可能性がある。例えば、東京地判平成20.12.10平成20（ワ）2725 [サビンサ・ジャパン・コーポレーション] が、「取引会社は、X会社の取引先に対してだけに営業をしていたわけではないことからすれば、被告Y<sub>1</sub>が原告在職時に得た取引先の情報を利用して、殊更X会社の取引先だけを対象に、低廉な価格を提示して原告の取引先を奪うことを企図してY会社を設立し、実際にそれを実行したような高度の背信性までは認め難い」と説示している部分は、そのように読める。これに関連して、退職後別会社で同種の営業を行うことを秘して入社し、退社後、競業会社独自の営業活動での顧客獲得がままならない状態であったところ、原告の顧客で既に転送機を購入済みの者に対し、より低廉な価格を提示して顧客奪取を行った行為につき、不法行為の成立を認めた判決として、東京地判平成5.1.28判時1469号93頁 [チェスコム秘書センター] がある。

網羅的な裁判例の検討として、平澤卓人「労働者の競業活動と不法行為—三佳テック最高裁判決と下級審判決の総合的研究—」新世代法政策学研究19号269-331頁（2013年）を参照。

<sup>35</sup> 例えば、先行者の顧客開拓の努力にフリーライドして必要以上に先行者の意欲を削ぐ行為の違法性を説く、田村善之「競争法における民事規制と行政規制」同『競争法の思考形式』（1999年・有斐閣）17頁・19頁注34）を参照。

<sup>36</sup> この他、①②類型の双方が関係する事案で7号該当性を肯定した事例として、札幌地決平成6・7・8判不競1250ノ228ノ16頁「エアーアンドネイチャー」がある。事案は、カツラその他毛髪製品の製造販売業を営むX会社（債権者）の本店営業主任等を務めていたYら（債務者）が、X統括部長から手渡された非来店顧客一覧表のプリントアウト（①類型）や自ら勧誘した相談客の情報が記録された個人管理の顧客ノート（②類型）等を、退職後に、同業他社のY会社において使用、開示したというものである。

裁判所は、まず、カツラその他毛髪製品の顧客に関する情報という本件情報の特殊性に言及し、X会社において顧客情報を秘密として保持することが営業活動を行ううえでの大前提ないし従業員間の当然の認識となっていたことを強調した。そのうえで、X会社のデータベースにつき厳格に管理されていること、非来店顧客一覧表につきYらに事務室内の自分用の机の引出に入れて保管するよう指示していたこと、各従業員の顧客ノートについても無断複製や業務外使用を固く禁止し、退職時には顧客ノートの返還を求めていること、X会社の就業規則において従業員の秘密保持義務を規定し、店長会議でもその旨強調していること等を認定

して、X会社における顧客情報の秘密管理性を肯定した。そして、「示された」要件につき、「従業員の集客活動により得られた顧客情報は、右従業員を通して、顧客情報として会社に蓄積されるものであり、一端そのように秘密情報として会社において管理された以上、右顧客情報は、当該従業員に対し、『開示』されたものと解すべきである」と述べて、これを肯定した。

一方、図利加害目的要件に関し、「退職者の競業行為については、私法上の紛争解決方法が既に存在していることもあり、不正競争防止法による差止めが認められるのは、退職者側に『著しい』信義則違反があった場合に限定すべきである」との一般論を提示している。そして、a) Y会社とX会社の商業登記簿上の営業目的がその順序まで同一であること、b) 両社の営業所所在地が同一であること、c) 両社の使用標章が類似していること、d) YらがX会社職中に競業活動を行い懲戒解雇されたこと、その際には退職後の秘密保持誓約書を提出していること、e) Yらは、X会社の保有する営業秘密である顧客情報が記録されている顧客ノート、非来店顧客一覧表、カルテを持ち出し、この顧客情報を利用して、約2000名の顧客に対し、ダイレクトメールを送付したこと、f) Yらは、Y会社の開店にあたり、X会社の新店舗・支店が開設されたかのような言動を行っているほか、X製品の品質につき中傷していること、g) Yらは、X会社が顧客から預かり保管中のカツラやX会社所有の製品および道具箱を持ち出したこと、の各事実を認定し、もってYらの営業活動につき図利加害目的（著しい信義則違反）を肯定している。

この判決は、営業職員の集客活動から得られた顧客情報であっても（②類型）、直ちに「示された」要件を否定することはせず、当該情報がX会社において秘密管理されていることを従業員が明確に認識しえることを捉えて、「示された」要件を肯定している点が注目される。

他方で、図利加害目的の要件については、これを厳格に解釈し、著しい信義則違反があった場合に限定する姿勢を示している点に特徴がある。もっとも、本件で認定された退職従業員の競業活動の態様（前記a）～g）は、それぞれ単独でも不正競争行為とみなしうるものであり（例えば、c）は1号違反が認定されており、f）も14号違反が成立する可能性がある）、図利加害目的を異論なく認められる事案であった。それゆえ、どのような事情が欠けると著しい信義則違反が否定される可能性があるのかという点については、今後の裁判例の判断に委ねられているものと解される。