

営業秘密の保護の国際的側面に関する覚書

Reflections on International Aspects of the Protection of Trade Secrets

鈴木 将文*
SUZUKI Masabumi

〔抄録〕

営業秘密の保護は、世界的に益々重要性を増している。そのような中、近年、外国の行為との関係が問題となる事例が多く発生している。我が国の不正競争防止法は、数回にわたる改正により、営業秘密に係る不正行為に対する刑事罰に関し国外犯の規定の導入及び強化が行われるとともに、場所の国内外を問わず、営業秘密の不正使用行為によって生産された物品の輸入等も不正競争とする規定（2条1項10号）も導入された。

また、米国とEUにおいても、近年、営業秘密保護に関する法制度が大きく変更された。すなわち、米国では、従来、連邦法上、刑事法（経済スパイ法）が設けられる一方、民事救済措置については州法に委ねられていたところ、2016年、連邦法として営業秘密保護法が制定された。外国の行為との関係では、経済スパイ法には国外犯規定が置かれているが、連邦法上、民事事件において外国の行為がどう扱われるべきかについては、研究者や実務家の間で意見が分かれている。また、営業秘密侵害品に関しては、国際貿易委員会（ITC）による水際措置が一定の役割を果たしている。

EUでは、従来、営業秘密の保護については加盟国の国内法に任せられていたところ、2016年に営業秘密保護に係るEU指令が制定され、域内での制度のハーモナイゼーションが進められている。EU指令の特徴の一つとして、違法に取得等された営業秘密から著しい利益を受けた物品（“infringing goods”）の生産、譲渡、輸入等を不正行為と認める制度の採用が義務付けられている。この制度は、当該物品の輸入も対象としていることから、外国における営業秘密に係る行為が関係する。

本稿は、以上のような、我が国の不正競争防止法並びに米国とEUの制度を素材として、最近の営業秘密保護制度につき、国際的な側面を中心として検討する。結論として、特に、営業秘密侵害品に関する規整については、対象行為の要件に不明確な点が多くみられ、その制度・運用については慎重な検討を要すると考えられる。

1. はじめに

我が国では、2000年代初頭以降、不正競争防止法による営業秘密の保護の制度が、対象行為の拡大や罰則の導入・厳格化により、拡充されてきている。これは、知的財産全般について見られる、経済・社会におけるその重要性の高まり、デジタ

ル化・ネットワーク化の進展による侵害の深刻化、国際的な経済活動の活発化等を背景としたものといえる。近年では、さらにビッグデータや人工知能（AI）を活用した産業の発展に関連して、データの保護のために、営業秘密の保護制度が一定の役割を果たすことも期待されている¹⁾。

* 名古屋大学大学院法学研究科 教授
Professor, Graduate School of Law, Nagoya University

営業秘密の保護が益々重要となっていることは、我が国にとどまらない。例えば、米国では、2016年に連邦法として営業秘密の民事的保護を図る法律（the Defend Trade Secrets Act. 以下「DTSA」という）が初めて導入された。また、EUでも、同じく2016年に、営業秘密の保護に関する指令（以下、「EU 営業秘密保護指令」又は単に「EU 指令」という）²⁾が制定された。

このように、営業秘密の保護の強化が国際的に進む一方、経済活動の国際化や人の越境移動も一層活発化する中、国境を超える行為（海外で完結する行為を含むこととし、以下「越境的行為」という）と営業秘密の保護が問題となる事例が増え、いくと予想される。そして、我が国の不正競争防止法は、すでにそのような国際的な事例に対応する規定を設けている。また、不正競争行為一般あるいは営業秘密に係る不正行為について、国際裁判管轄や準拠法に関する議論もある程度行われてきている。しかし、これまでの議論では、越境的行為と営業秘密保護の関係について、具体的な規定内容に即した検討が十分行われていないように思われる。特に、我が国の不正競争防止法の2015年改正で導入され、またEU指令にも盛り込まれた、営業秘密侵害品の流通規整は、営業秘密保護の制度として従来の不正行為類型とは性質が異なるものであり、越境的な行為との関係でも検討すべき点を持つと思われる。そこで、本稿では、営業秘密保護制度と越境的行為の関係につき、我が国の不正競争防止法における国外犯や営業秘密侵害品の流通規整に関する規定等につき、米国及びEUの動向も参照しつつ、検討を加えることとしたい。

2. 不正競争防止法の営業秘密保護関係規定について

(1) 越境的行為に対する不正競争防止法の適用

越境的行為に関する不正競争防止法の適用可能性について、まず刑事規定については、我が国裁判所に提起された刑事事件において当然に不正競争防止法が適用され、その規定の対象に対して同法が適用されることになる。

これに対し、民事事件はやや複雑である。本稿の直接的な検討対象ではないことから、ごく簡単に説明する。我が国の裁判所が裁判管轄を有する事件であることを前提とすると³⁾、裁判例及び通説は準拠法選択の問題となるとする（不正競争防止法を絶対的強行法規ととらえる立場からは、同法を当然に適用することになるが、これは少数説にとどまる）。そして、多数の裁判例及び多数説は、営業秘密に係る不正行為を含む不正競争行為に対する差止め、損害賠償等の事件の法律関係の性質は不法行為であるとし、法の適用に関する通則法17条に基づき、原則として結果発生地の法、例外として加害行為地の法を適用すると解している⁴⁾。しかし、営業秘密に係る不正行為について、どこを結果発生地・加害行為地ととらえるかについては、説が分かれている⁵⁾。

なお、民事事件で我が国の不正競争防止法が適用される場合、対象行為が国外で行われたものであっても同法が適用されると解されている⁶⁾。営業秘密についても、属地的性格を持たず、「世界中で保護を受けるような普遍的な権利と同様にとらえられている」との評価がある⁷⁾。

営業秘密の保護法制は、多数国間条約で大枠が定められているものの⁸⁾、各国の法制度は差異がある⁹⁾。しかし、営業秘密に係る不正行為は、そもそも契約又は物理的な管理によって法的又は事実上の保護がなされている情報を不正な手段で取

得する行為及びそれと連続性を持つ行為であって、一般的な契約法又は不法行為法上も違法性を認めることができる。営業秘密保護に関する特別の制度は、一般法による保護のみによるよりも一層効果的かつ効率的に保護を実現し、ひいては公益的な目的に資するためのものといえる¹⁰⁾。このように、営業秘密保護の必要性及びその法的根拠は、一般的な民事法の中に見出すことができることから、属地的な性質を認める必要はないであろう。

(2) 具体的規定

(a) 不正競争行為類型

上記のように、不正競争防止法 2 条 1 項 4 号ないし 10 号の営業秘密に係る不正競争行為は、我が国の裁判所において、事件について裁判管轄が肯定され、準拠法として同法が選択された場合に、外国の行為に対しても適用があり得る。ここでは、2015 年法改正によって導入された同項 10 号に焦点を当てて検討する。

同項 10 号は、営業秘密侵害品の流通に関する規定であり、同項 4 号ないし 9 号が営業秘密それ自体を対象とする行為（取得、使用又は開示の行為）について定めているのと異なり、営業秘密（技術上の秘密に限る）を使用する行為により生じた物を対象とする行為について定めている¹¹⁾。この規定については、次のような問題がある。

第一に、営業秘密「により生じた物」の範囲が非常に広くなり、かつ、これに該当するか否かの判断が極めて困難となる可能性がある。

例えば、特許法では、特許発明を実施した製品について、そもそも特許発明に関しクレーム（特許請求の範囲）の制度を設け、これに基づいて発明の技術的範囲を定めることにしているところ（特許法 70 条 1 項・2 項）、クレーム解釈について精緻な理論が発達していることは周知のとおり

である。それでも、実際に被疑侵害物件が特許発明の技術的範囲に含まれるか否かの認定は困難を極めることが少なくない。また、特許発明が単純方法の発明である場合、当該方法を使用して生産された物を対象とする行為に特許権は及ばない（特許法 2 条 3 項 2 号・3 号、68 条参照）。

ところが、営業秘密「により生じた物」については、具体的な営業秘密の内容自体が（そもそも秘密であることもあって）不分明であることが多く、ましてそれから「生じた物」の認定は容易でないことが多いであろう。さらに、営業秘密が方法の発明に当たる場合（たとえば、生産過程の一部に係る秘密の場合）、これを使用して生産された物も文言上は秘密「により生じた物」に当たり得ると思われ、特許の場合よりも侵害品の範囲は広いことになる¹²⁾。不正競争防止法 2 条 1 項 10 号が、譲受人について主観的要件（故意又は重過失）を求めていることは、行為者が予期せずに不正競争行為の責めを負わされる可能性を軽減するであろうが、それでも行為者と裁判所の判断が食い違う可能性は否定できず、予見可能性・法的安定性について問題があるといわざるを得ない。

第二に、不正競争防止法 2 条 1 項 10 号の定める行為は、行為時において営業秘密が同条 6 項の定める要件を充たすものであることを求めている。これは、2 条 6 項の規定する要件を充たす営業秘密に対する行為のみを不正競争行為とする 2 条 1 項 4 号ないし 9 号と大きく異なる点である。すなわち、10 号では、物の生産時に、営業秘密を使用していたことは必要であるが、その後、この物を譲渡等する時点では、当該営業秘密だった情報は 2 条 6 項の要件を充たしている必要はない（例えば、秘密性を失っていてもかまわない）。この点は、物の流通に関する行為類型としてやむを得ない面があるが（物が流通すれば、必然的に

秘密ではなくなることが多いと思われるため)、秘密でなくなった情報を利用した物の流通を無制限に規整する必要があるかは疑問である(なお、2条4号ないし9号については、15条の消滅時効の規定があるが、2条1項10号は15条の対象とされていない)。また、行為者にとって、主観的要件が設けられているとはいえ、予見可能性を欠くおそれも否定できない。

以上の問題は、国内で完結する行為についても認められるが、越境的行為の場合、例えば、営業秘密を使用した物の生産が海外でなされ、これを輸入する行為が問題とされる場合、行為者にとって予見可能性が低いという問題は一層深刻になると思われる。したがって、(越境的行為に限らず一般的に)主観的要件の認定は厳格に行うべきと考えられる。

(b) 刑事罰

刑事罰に関しては、国外犯規定と海外重罰規定が設けられている。

すなわち、不正競争防止法21条6項は、営業秘密侵害罪(営業秘密侵害品の譲渡等に係る罪を除く)に関し、「日本国内において事業を行う営業秘密保有者の営業秘密」に係る行為については国外で実行された場合も処罰の対象とする旨を定めている。

また、同条3項は、国外で使用する目的での不正取得・領得(同項1号)、及び国外で使用する目的を持つ者に対する開示(同項2号)について、海外重罰を定めている。さらに「日本国内において事業を行う営業秘密保有者の営業秘密」についての国外における不正使用行為を処罰する旨を定め(国外犯規定)、かつ国内で実行される不正使用行為よりも刑を重くしている(同項3号)。

なお、不正競争防止法21条1項9号は、2015

年法改正において2条1項10号が導入されたことに伴い、図利加害目的で営業秘密侵害品の譲渡等を行う行為(譲受時に営業秘密侵害品であることについて故意である場合に限る)につき、罰則を設けている。上記21条3項3号に該当する行為(国外における営業秘密使用行為)により生産された物を、我が国に輸入する行為も、21条1項9号により罰則の対象となる。

これらの罰則規定については、「日本国内において事業を行う営業秘密保有者の営業秘密」に係る国外の行為が罰せられる点に議論の余地がある。すなわち、文言上、当該営業秘密とその保有者の我が国における事業との間の関係は求められておらず、例えば、A国に主たる営業所を置く事業者Xが、我が国でも事業を行っており、A国で実施する事業に関連して同国内で作出した技術上の秘密を、A国に存在するサーバに保管していたところ、YがA国において、当該秘密を不正取得し、これを使用して製品を製造し、Zが、Yの不正使用行為を知りつつ、当該製品を日本に輸入しているという事例を想定すると、Yは21条3項3号により、またZは21条1項9号により、それぞれ罰則の対象となり得ると読める。このように我が国との関係が希薄な場合についてまで、罰則を適用する必要があるかについては、疑問がある¹³⁾。

(c) 水際措置

不正競争防止法2条1項10号に掲げる行為を組成する物品については、輸出(関税法69条の2第1項4号)及び輸入(69条の11第1項9号)がともに禁止される¹⁴⁾。我が国の水際措置については、専ら行政府の判断に委ねられる点において、客観的かつ公正な手続保障の観点から大きな問題を抱えているが¹⁵⁾、営業秘密侵害品の輸出入については、侵害品該当性の判断の難しさや、秘密の

保持手続の不完全性により、一層深刻な問題を惹起していると思われる。

3. 米国とEUの最近の立法等について

(1) 米国

(a) DTSAの制定

米国では、営業秘密の保護に関する民事救済については、従来、州法¹⁶⁾が法的根拠とされていた。連邦法としては、1996年に制定された経済スパイ法 (the Economic Espionage Act) が、営業秘密の不正取得等 (外国政府に利する「経済スパイ」と保有者以外の経済的利益のための営業秘密の「窃盗」(theft)) について罰則を科していた。

このような状況に対し、連邦法として営業秘密保護に係る民事救済措置を定めるDTSAが、2016年5月に施行されるに至った¹⁷⁾。連邦法が導入された理由としては、営業秘密の重要性が高まり、州による法・規整 (コンプライアンス・プログラム等) の食い違いや州際取引への対応が不十分などの問題があったとされる¹⁸⁾。また、提案者は、外国政府・企業による営業秘密不正取得への危惧を強調していたことも注目される¹⁹⁾。

経済スパイ法及びDTSAの対象となる営業秘密は、州際通商又は国際通商向けの商品・役務に係る営業秘密とされている²⁰⁾。また、産業スパイ法及びDTSAは、我が国の不正競争防止法2条1項10号の定める営業秘密侵害品の流通に係る規定を設けていない (ただし、後述するように、営業秘密侵害品の輸入については水際措置を講じることが可能とされている)²¹⁾。

(b) 越境的行為の扱い

米国では、DTSA施行後に、同法が外国の行為に適用されるかが活発に議論されている²²⁾。特に、経済スパイ法には国外犯規定があり²³⁾、同規定が

民事事件にも適用されるかが問題となる。経済スパイ法の同規定は、外国でなされた行為についても、行為者が米国市民である場合又は当該行為を促進する行為 (an act in furtherance of the offense) が米国内で行われた場合につき、「本章 (18 U.S.C. §1831 以下)」が適用される旨を定めている。DTSAによる規定も、連邦法典上、経済スパイ法による規定と同一の章に位置付けられており、また、上記国外犯規定はDTSA制定時に改正されていないことから、一見、上記国外犯規定が民事事件にも適用されるように読めるが、同規定の文言は刑事規定の適用を前提としているようでもあり、その趣旨は不明確である。

この点について、まだ裁判所の判断は出ていないようであり、学説は大きく分かれている。すなわち、上記規定が、DTSAにより導入された民事措置についても適用されることを肯定する説、これを否定しつつ民事措置については同規定の定める要件 (制限) なしに外国行為も対象とする説、これを否定しつつ民事措置について外国行為は対象とならないとする説などが唱えられている²⁴⁾。

(c) 水際措置

米国における水際措置については、関税法337条に基づく国際貿易委員会 (ITC) による排除命令 (exclusion order) が問題となる。関税法337条は、物品の輸入行為 (the “importation of articles”) が不公正な競争方法又は不公正な行為 (“[u]nfair methods of competition [or] unfair acts”) に当たり、米国産業に損害を与える恐れがある場合につき、国際貿易委員会 (ITC) に排除命令 (輸入差止命令) の権限を認める規定である。

そして、米国企業の営業秘密を外国で不正に利用して製造された物品が、米国に輸入されようと

する場合、同規定に基づき ITC が差止めを命じることを肯定する次のような裁判例がある。

(i) TianRui Grp. Co. v. Int'l Trade Comm'n (Fed. Cir. 2011)²⁵⁾

米国の鋳鋼製の鉄道用車輪メーカー Amsted Industries 社が、製造技術に係る営業秘密を中国企業にライセンスしたところ、別の中国企業 (TianRui 社) が、中国国内で、ライセンシー企業の従業員を引き抜いて当該営業秘密を入手しこれを用いて製品を製造し、米国に輸出していた。そこで、Amsted 社が関税法 337 条に基づき ITC に輸入排除命令を求めた。ITC がこれを認容したため、TianRui 社は、ITC の命令は外国の行為に関税法 337 条を適用した点などにおいて違法であるとして、連邦巡回区控訴裁判所 (CAFC) に提訴した。

CAFC は、337 条の判断基準は州法でなく連邦法であるとしつつ、営業秘密保護については不正競争法リステイトメント及び統一営業秘密法に沿って州法が制定されており、州法間の差異は少ないことなどから、一般的に営業秘密保護法と理解されている内容を基準とすればよいとした。その上で、判例法により形成された「米国法は原則として米国外の行為に適用されない」という考え方 (the presumption against extraterritoriality) は本件には当てはまらないとした。その理由につき、第一に、関税法 337 条は物品の輸入に係る不公正行為を対象とする規定であり、国際取引である輸入に焦点を当てるものである (丁度、外国で不正な行為をした者等の入国を止める入国管理法と類似すること、第二に、本件は、純粋に外国で行われた行為のみに制裁を与えるのではなく、外国での行為につき、国内産業に与える害を主張し、かつ、国内における救済措置を求める請求の根拠として利用しているにとどまること、第三に、337 条

の立法経緯に照らしても、このような解釈が適切であることが挙げられている。また、TianRui 社が、米国の営業秘密法を中国国内の行為に適用することは、中国法に対する不適切な干渉となると主張したのに対して、ITI の権限の発動は米国に輸入される商品のみを対象とするものであり、純粋な国外行為を規整するわけではないとした。さらに、本件で前提とされる営業秘密法と、中国の営業秘密法との間に有意な差異があるとは認められないとも述べている。

なお、本判決の多数意見に対し、Moore 判事は、外国でなされた営業秘密不正利用行為によって製造された物品につき、337 条を適用することはできない旨の反対意見を述べている。

(ii) Sino Legend v. Int'l Trade Commission (Fed. Cir. 2015)²⁶⁾

(i) と同様、中国企業が米国企業の営業秘密を中国で入手し、これに基づく製品を米国に輸出しようとしたところ、関税法 337 条の輸入排除命令を受けた事案である。ITC は排除命令を認め、CAFC もこれを支持した (略式判決)。ただし、本件事案は (1) と異なり、営業秘密保有米国企業が中国において訴訟を起こしたものの敗訴していた。

このように、米国では、外国で営業秘密を使用され、生産された物品の輸入を関税法 337 条に基づき差し止めることとなっているが、同条の要件は非常に抽象的であり、排除命令の対象となるかどうかの予見可能性に欠ける面があると思われる。

(2) EU

EU は、加盟国の関係法令の調和を図るため、2016 年に EU 営業秘密保護指令を制定した²⁷⁾。ここでは、紙幅の関係から、営業秘密侵害品の流通

に関する規定に焦点を当てて検討する。

EU 指令 4 条 5 項は、営業秘密侵害品(“*infringing goods*”)に関する制度の導入を求めている。具体的には、同規定は、営業秘密侵害品の生産、提供若しくは拡布、又はそれらを目的とする輸入、輸出若しくは保管につき、行為者が営業秘密が不正に使用されたことを知り、又は知るべきであった場合、当該行為を営業秘密の不正使用と認めるべき旨を定めている。これは、我が国の不正競争防止法 2 条 1 項 10 号に類似しているが、主に以下の点において異なっている。

第一に、営業秘密侵害品の範囲につき、EU 指令の方が広く定義されている。我が国では技術上の秘密を使用した物に限定されているが、EU 指令ではそのような限定はなく、しかも、「そのデザイン、特徴、機能、生産方法又はマーケティングが、違法に取得、使用又は開示された営業秘密によって著しく利益を受けている商品」とされている(EU 指令 2 条(4))。なお、営業秘密侵害品の定義に照らすと、その提供、拡布、輸入等の行為の時点で、営業秘密の要件が充たされている必要がないように解される点は、我が国の不正競争防止法 2 条 1 項 10 号の場合と同様である。

第二に、EU 指令における主観的要件は実質上、故意又は過失といえるところ、これは我が国の場合(故意又は重過失)よりも緩やかである。

第三に、EU 指令は、刑事罰や水際措置については特段の規定を置いていない²⁸⁾。

このように EU 指令 4 条 5 項は、全体として我が国不正競争防止法 2 条 1 項 10 号よりも緩やかな要件のもと、営業秘密侵害品の流通に係る行為を違法としており、不正競争防止法の同規定について指摘した懸念が、EU 指令の規定については一層強く妥当すると思われる²⁹⁾。

4. 結語

本稿では、断片的ではあるが、我が国、米国及び EU の営業秘密保護制度に関し、特に国際的な側面を念頭に置きつつ検討した。同制度は、いずれの国・地域でも拡張されつつあり、とりわけ、営業秘密自体を対象とする行為から、営業秘密を使用した物に係る行為まで規整対象が広がっている。しかし、営業秘密という情報(無体物)に係る行為に関しては、規整対象の外延が明確となるよう、慎重に要件が定められていた一方、物に係る行為については、規整対象の外延が不明確で曖昧になってしまっている。我が国の制度についてそのような問題を指摘できるが、米国や EU の制度は一層大きな問題を抱えているように思われる。今後、同様の制度が他の国々にも普及していく可能性がある中、我が国企業を含む事業者が、意図しない不正行為の責めを負わされることのないよう、主要国の制度の批判的検討を行い、必要に応じて制度の改善を図っていく必要があると考える。

注)

¹⁾ ビッグデータの保護を目的として、2018 年の不正競争防止法の一部改正で導入された限定提供データの保護の制度も、営業秘密保護制度と連携して利用されることが期待されているといえる(同法 2 条 7 項の「限定提供データ」の定義において、秘密として管理されているものが除外されていることを参照)。

²⁾ Directive (EU) 2016/943 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against

their unlawful acquisition, use and disclosure.

³⁾ 渉外的要素を持つ民事事件に係る我が国の国際裁判管轄については、差し当たり、中西康ほか『国際私法〔第 2 版〕』146 頁以下(2018 年)参照。営業秘密不正行為に係る事件については、川合弘造＝根本拓「営業秘密侵害と不法行為地管轄」ジュリスト 1495 号 85 頁(2016 年)参照。

⁴⁾ 道垣内正人「不正競争をめぐる国際民事訴訟事件の国際裁判管轄と準拠法」小野昌延ほか編『不正競争の法律

- 相談1』38頁(2016年)参照。
- 5) 営業秘密の保護体制の所在地とする説、営業秘密の取得、使用、開示が行われた地とする説、被害企業にとっての市場地とする説、損害が発生した営業所等の所在地とする説、被害企業の主たる営業所在地とする説などがある。飯塚卓也「営業秘密の国際的侵害行為に関する適用準拠法」高林龍ほか編者代表『現代知的財産法講座II 知的財産法の実務的発展』387頁(2012年)、出口耕自「国際不正競争の準拠法」日本国際経済法学会年報23号106頁(2014年)、道垣内・前掲44頁以下、山内貴博＝井上聡「営業秘密侵害に関する訴えの準拠法についての一考察」NBL1148号58頁(2019年)等参照。
- 6) 飯塚・前掲394頁は、知財高決平成21年12月15日平成21(ラ)10006号(信用毀損行為に関する事例)について「日本法を準拠法と指定した場合には国外の行為についても我が国不正競争防止法が適用されることを認めた点に実務上重要な意義を持つ」と評価している。ただし、このような適用手法は、準拠法として選択した以上、当然といえるかもしれない。契約準拠法についての議論であるが、櫻田嘉章「判批」ジュリスト1332号294頁(2007年)、横溝大「判批」別冊ジュリスト210号(国際私法判例百選〔第2版〕)106頁(2012年)参照。
- 7) 知財高判平成30年1月15日平成29(ネ)10076号に関する判タ1452号82頁(2018年)のコメントは、最判平成26年4月24日民集66巻4号329頁において執行判決の対象となった米国カリフォルニア州の営業秘密保護法に係る米国判決が、営業秘密の日本国内における使用等の差止めをも命じていることに触れつつ、「営業秘密については、属地的性格を有しないとされている」、「営業秘密について、生命・身体・名誉・信用等、世界中で保護を受けるような普遍的な権利と同様にとらえられているようにも思われる」と述べている。
- 8) TRIPS協定39条2項参照。
- 9) 米国のDTSAやEUの営業秘密保護指令が制定されたのは、各州間又は各国間で、営業秘密法の内容に差異があることが、理由の一つであった。
- 10) 営業秘密保護の目的は、我が国の不正競争防止法の解釈としては、公正な競争の確保(同法1条)と事業者の営業上の利益の保護(同法3条4条参照)と説明することになるが、理論的には異なる見解がある。特に欧米では、営業秘密の保護につき、不正競争防止と知的財産保護のいずれを目的と解すべきかについて議論がなされている(我が国では、不正競争防止を知的財産制度の一部と理解するのが通例であるが、欧米では両者を異質なものととらえる傾向が強い)。See, e.g., Mark Lemley, *The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights*, 61 *Stan. L. Rev.* 311 (2008) (営業秘密保護は知的財産制度の目的を実現することから、営業秘密を知的財産と位置付けることが適切であると主張する)。
- 11) 2条1項10号の適用が問題となった裁判例として、知財高判平成29年4月27日(平成28年(ネ)10107号)(営業秘密該当性を否定し、請求棄却)、知財高判平成30年3月26日(平成29年(ネ)10007号)(控訴人(一審被告)による2条1項8号及び10号の行為を認定し、損害賠償を認容)がある。いずれも、被疑行為者側が、不正取得や不正使用等の行為をしたうえで侵害品を譲渡して旨の主張がなされており、侵害品の譲渡のみが問題となった事例ではない。
- 12) 小倉秀夫『不正競争防止法：平成27年改正の全容』9頁(2015年)は、製造ライン外での技術や他社との差別的要因ではない汎用的な検査技術・測定技術が不正取得され、これらを製品の生産活動に活かしたとしても「使用する行為により生じた」とはいえないと述べる。妥当な解釈と思われるが、それでは製造ライン内の技術、汎用的でない検査・測定技術が使用された場合につきどう解するかは、やはり困難な問題である。
- 13) このような事例については、実際上は、起訴に至らず、特段の問題は生じないかもしれない。しかし、外国が我が国と同様の規定を設け、我が国企業が処罰対象となる可能性を考えると、刑罰規定は合理性のある範囲内にとどめておくべきであると考えられる。なお、営業秘密関係の刑罰規定につき批判的に検討するものとして、帖佐隆「刑事罰による営業秘密の保護」小野昌延ほか編『不正競争の法律相談II』363頁(2016年)。
- 14) 輸出又は輸入が禁止される貨物に係る認定手続きにつき、関税法69条の3及び69条の12、経済産業大臣の意見聴取等の手続きにつき、同法69条の7及び69条の17参照。
- 15) 鈴木将文「模倣品・海賊版対策」ジュリスト1326号114頁、118頁(2007年)(不正競争防止法上の不正競争行為についても、輸入差止申立制度の対象とされ、さらには、輸出についても取締制度が拡大されることにより、税関に権利侵害についての専門的判断を期待することの困難性、輸入者等の手続保障の不十分性が一層深刻な問題となっている、と指摘する)参照。
- 16) 州法の多くは、統一州法委員会(the Uniform Law Commission)が1979年に策定し1985年に改訂したモデル法である統一営業秘密法(the Uniform Trade Secrets Act)に沿って、定められたものである。
- 17) DTSAは、経済スパイ法に基づく規定が並ぶ合衆国法典18編90章に、1831条以下の規定を追加する形で、条文化されている。なお、DTSAの施行は、営業秘密保護に係る州法の効力に影響しない。DTSAを紹介する日本語文献として、浅井敏雄「2016年米国連邦民事トレードシークレット保護法の概要」パテント69巻15号98頁(2016年)。
- 18) DTSAの立法過程につき John Cannan, A (Mostly) Legislative History of the Defend Trade Secrets Act of 2016, 109 *Law Library J.* 363 (2017); Sharon K. Sandeen & Christopher B. Seaman, *Toward a Federal Jurisprudence of Trade Secret Law*, 32 *Berkeley Tech. L. J.* 829 (2017) 参照。なお、研究者からは、連邦法制定に否定的な意見も出されていた。Professors' Letter in Opposition to the "Defend Trade Secrets Act of 2014" (S. 226) and the "Trade Secrets Protection Act of 2014" (H.R. 5233) (Aug. 26, 2014); Professors' Letter in Opposition to the "Defend Trade Secrets Act of 2015" (S. 1890, H.R. 3326) (Nov. 7, 2015); Statement of Professor Sharon K. Sandeen Before The United States Senate Committee on The Judiciary (Dec. 2, 2015)。
- 19) 上院司法委員会委員のCoons上院議員のプレスリリース("Senate, House leaders introduce bipartisan, bicameral bill to protect trade secrets," 2015年7月31日付け)参照。
- 20) DTSAの施行後の動向については以下を参照。David S. Levine & Christopher B. Seaman, *The DTSA at One: An Empirical Study of the First Year of Litigation under the Defend Trade Secrets Act*, 53 *Wake Forest L. Rev.* 105 (2018); Elizabeth A. Rowe, *Snapshot of Trade Secret Developments*, 60

- Wm. & Mary L. Rev. Online 45 (2018-2019).
- ²¹⁾ Sharon K. Sandeen, *Implementing The EU Trade Secret Directive: A View From The United States*, 39 EIPR 4, 6 (2017) (EU 指令の侵害品の流通に関する規定は、米国の統一営業秘密法及び DTSA に見られない規定と述べる)。
- ²²⁾ *See, e.g.,* Rochelle Dreyfuss & Linda Silberman, *Misappropriation on a Global Scale: Extraterritoriality and Applicable Law in Transborder Trade Secrecy Cases*, 8 Cybaris® 265 (2017); Jeffrey A. Pade & Thomas A. Counts, *Trade Secrets Litigation Concerning Foreign Acts*, 85 Def. Counsel J. 1 (2018); Elizabeth A. Rowe & Giulia C. Farrior, *Revisiting Trade Secret Extraterritoriality*, 25 B.U. J. Sci. & Tech. L. 431 (2019); John Dustin Hawkins, *The Defend Trade Secrets Act and Foreign Theft: The Application of the Act to Extraterritorial Misappropriation*, 26 J. Intell. Prop. L. 289 (2019). なお、我が国の国際私法におけるアプローチと異なり、米国における準拠法選択では法（日本でいう実質法）の内容を考慮して法選択がなされることから（樋口範雄『アメリカ涉外裁判法』（2015年）参照）、DTSAの地理的適用範囲が検討されている点に留意する必要がある。
- ²³⁾ 18 U.S.C. §1837 (Applicability to conduct outside the United States).
- ²⁴⁾ 諸説については注 22 に挙げた文献を参照。SHARON K. SANDEEN & ELIZABETH A. ROWE, *TRADE SECRET LAW IN A NUTSHELL* 362 (2018) は、DTSA の域外適用可能性に関わらず、不正行為が生じた国で訴訟を提起することが望ましいであろうと述べる。
- ²⁵⁾ *TianRui Grp. Co. v. Int'l Trade Comm'n* 661 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2011). 本判決については、Dreyfuss & Silberman, *supra* note 22, at 298-310 の分析を参照。同文献は、関税法 337 条の適用事案は営業秘密不正行為に対する民事事件ではないし、米国市場のみを守るものであるから、排除命令の発動は問題ないとする。ただし、CAFC の本判決につき、関税法 337 条(a)(1)(A)が米国産業への損害の恐れを問題にしていることをもっと強調すべきであったとし (*id.* at 307-308), さらに、「米国内で、米国又は外国の企業により開発された営業秘密」を「米国営業秘密」とよんで、米国営業秘密を利用した物品の輸入を止めることは関税法 337 条の国内における適用であるとする (*id.* at 308)。
- ²⁶⁾ *Sino Legend v. Int'l Trade Commission*, 623 Fed. Appx. 1016 (Fed. Cir. 2015), cert. denied sub nom. *Sino Legend (Zhangjiagang) Chem. Co. v. Int'l Trade Comm'n* (9 Jan. 2017).
- ²⁷⁾ EU 指令の日本語による解説として、Gert Würtenberger (事務局訳)「欧州連合における営業秘密及びノウハウの保護：EU 営業秘密指令 (EU) 2016/943」AIPPI-Japan 65 巻 1 号 7 頁 (2020 年)。See also, Rembeert Niebel et al., *The EU Trade Secrets Directive: All Change for Trade Secret Protection in Europe?*, 13 J. of Intellectual Prop. L. & Practice 445 (2018).
- ²⁸⁾ EU 指令は、メンバー国に対し、表現の自由や公益目的の情報提供などを阻害しないことを条件として、指令が定めるよりも高水準の保護を定めることを許容しており (EU 指令 1 条参照), 罰則や水際措置を講じることも可能であろう。
- ²⁹⁾ EU 指令 4 条 5 項又はその原案段階の規定につき批判を述べるものとして、Tanya Aplin, *A Critical Evaluation of the Proposed EU Trade Secrets Directive*, Kings College London Legal Studies Research Paper Series, paper no. 2014-25, 22 (2014) (故意の対象, 「著しく利益を受けている」との要件の曖昧さ等を批判); Richard Arnold, Lionel Bently, Estelle Derclaye & Graeme Dinwoodie, *The Legal Consequences of Brexit Through the Lens of IP Law*, 101 *Judicature* 65 (2017) (「著しく利益を受けている」との要件の認定の困難さ, 「違法に」取得等されたとの要件に係る準拠法の不明確さを指摘); Nari Lee, *Hedging (into) Property? - Invisible Trade Secrets and International Trade of Goods*, in *CONSTITUTIONAL HEDGES OF IP* (Tuomas Mylly & Jonathan Griffiths eds., forthcoming) (包括的に批判。Nari Lee 教授に、草稿段階の本論文を見せていただいたことに謝意を表す)を参照。
(補注) 本稿は、第 4 回国際知財制度研究会 (2020 年 1 月 29 日, 経済産業省)における筆者の報告に基づいている。また、JSPS 科研費 17H00963, 18H05216 の助成を受けた研究の成果を用いている。