

営業秘密侵害と損害賠償

Damages for Trade Secret Infringement

山根 崇邦*
YAMANE Takakuni

〔抄録〕

本稿は、わが国における営業秘密侵害に係る損害賠償制度について検討を行うものである。わが国の営業秘密訴訟では、差止よりも損害賠償が請求される事件のほうが多く、認容率も差止請求よりも損害賠償請求のほうが高い状況にある。このようにわが国では損害賠償が主たる救済として機能しているが、営業秘密侵害に係る損害賠償の実態についてはこれまで検討が手薄であった。そこで本稿では、こうした従来の研究の間隙を埋めるべく、営業秘密侵害に係る損害賠償請求を認容した裁判例を詳細に調査し、わが国の制度の運用実態とその特徴を明らかにすることを目的とする。

具体的には、まず、裁判例における営業秘密侵害に係る損害賠償の類型について、①売上減少による逸失利益に基づく賠償、②侵害者利益額に基づく賠償、③使用料相当額に基づく賠償、④無形損害、積極的損害の賠償の4つに整理した上で、各類型において損害額の推定規定等がどのように解釈・適用されているのか、また、これらの特則の適用がない事例では損害額がどのように算定されているのかを検討する。次に、営業秘密侵害に係る損害賠償請求を認容した現行法下の裁判例（1991～2019年）の実証分析を行い、営業/技術情報事案の比率、不正利用の種類、損害賠償額の平均値、損害の種類等について明らかにする。最後に、以上の検討から浮き彫りとなるわが国の営業秘密侵害に係る損害賠償制度の特徴をまとめて、本稿の結びとする。

なお、米国における営業秘密侵害に係る損害賠償制度について、別稿（「米国における営業秘密侵害に係る損害賠償制度」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦Ⅱ』（弘文堂、2020年）326頁）で詳しく論じているので、併せてご参照いただければ幸いである。

1. 序

(1) 日本の営業秘密訴訟の特徴

2006年から2015年までの10年間に公開された営業秘密の民事事件（94件の訴訟、118件の判決・決定）を調査した研究によれば、わが国では、差止よりも損害賠償が請求される事件のほうが多く、認容率も差止請求よりも損害賠償請求のほうが高い¹⁾。具体的には、損害賠償の請求率は87%（82/94）

なのに対し、差止の請求率は55%（52/94）にとどまっている（仮処分の活用率も管見の限り約5%にすぎない²⁾）。また、認容率に関しても、損害賠償請求の認容率は17%（14/82）なのに対し、差止請求の認容率は13%（7/52）にとどまっている。こうしてみると、わが国の営業秘密訴訟では損害賠償が主たる救済として機能しているということが出来る³⁾。

* 同志社大学法学部 教授
Professor, Faculty of Law, Doshisha University

(2) 営業秘密侵害に係る損害賠償に関する研究の不足

しかしこれまで、こうした営業秘密侵害に係る損害賠償が議論されることは稀であった。損害賠償に関する従来の研究は、特許権や著作権など知的財産権の分野に集中しており⁴⁾、営業秘密侵害と損害賠償をテーマとするものはほとんどみられない⁵⁾。また、不正競争防止法に関する体系書やコンメンタール等においても、営業秘密侵害に係る損害賠償についてはあまり立ち入った検討がなされてこなかったように思われる⁶⁾。

(3) 本稿の検討課題

そこで、本稿では、こうした従来の研究の間隙を埋めるべく、営業秘密侵害に係る損害賠償請求を認容した裁判例を詳細に調査し、わが国の制度の運用実態とその特徴を明らかにすること試みる。

具体的にはまず、裁判例における営業秘密侵害に係る損害賠償の類型について、①売上減少による逸失利益に基づく賠償、②侵害者利益額に基づく賠償、③使用料相当額に基づく賠償、④無形損害、積極的損害（信用毀損、弁護士費用等）の賠償の4つに整理した上で、各類型において損害額の推定規定等がどのように解釈・適用されているのか、これらの特則の適用がない事例では損害額がどのように算定されているのかを検討する。

次に、営業秘密侵害に係る損害賠償請求を認容した現行法下の裁判例（1991～2019年）の実証分析を行い、営業/技術情報事案の比率、不正利用の種類、損害賠償額の平均値、損害の種類等について明らかにする。

最後に、以上をまとめて本稿の結びとしたい。

2. 営業秘密侵害に係る損害賠償の類型 (1) 概観

営業秘密の不正利用行為によってその営業上の利益を侵害された者（以下、被侵害者）は、故意または過失により当該侵害を行った者に対し、自己の受けた損害の賠償を請求することができる（不正競争防止法4条。以下、同法の条文に関しては「○条」と略記する）。

この場合、被侵害者は、①2条1項4号ないし10号の不正利用行為が行われたこと、②当該行為者に故意または過失があること、③自己に損害が発生したことおよびその額、④当該損害と不正利用行為との因果関係を主張立証する必要があるが、とりわけ③④の不正利用行為と因果関係のある損害額の証明には困難が伴う。

そこで、不正競争防止法は、かかる立証責任の負担の軽減を目的として、逸失利益の推定（5条1項〔ただし、技術上の秘密に限定〕）、侵害者利益額の推定（5条2項）、使用料相当額の賠償（5条3項3号）、相当な損害額の認定（9条）等の特則を設けている⁷⁾。以下、順にみていこう。

(2) 売上減少による逸失利益に基づく賠償

(i) 序 —— 5条1項とその適用範囲

第1に、売上減少による逸失利益に基づく賠償についてである。被侵害者は、不正利用行為により自己が失った得べかりし利益（逸失利益）が明らかかな場合には、4条に基づいてその賠償を請求することができる。

4条は民法709条の特別法であり、原状回復の理念を基礎としているから⁸⁾、不正利用行為がなかったならば被侵害者が得られたであろう利益が証明された場合に、その賠償が認められることに異論はない⁹⁾。もっとも、不正利用行為と因果関係のある損害額の証明は必ずしも容易ではない。

そこで、被侵害者の立証責任の負担を軽減するために 2003 年改正で導入されたのが、技術上の秘密が不正利用された場合の逸失利益の推定規定（5 条 1 項）である。

5 条 1 項は、技術上の秘密を不正利用した者がその不正利用行為により生じた物（侵害の行為を組成した物）を譲渡したときは、当該譲渡された侵害品の数量に、被侵害者がその侵害行為がなければ販売することができた製品の単位数量当たりの利益額を乗じた額を、被侵害者の販売能力等を超えない限度において、被侵害者が受けた損害額と推定している。ただし、侵害品の譲渡数量の全部または一部を被侵害者が販売することができなとする事情があることを侵害者が立証したときは、その限度で推定が覆滅され、当該事情の数量に応じた額が控除される（5 条 1 項但書き）。

5 条 1 項の趣旨は、侵害行為と因果関係のある販売減少数量の立証責任の転換を図ることにより、従前オールオアナッシング的な認定にならざるを得なかった販売数量減少について、より柔軟な認定を行うことを可能とする点にあるとされる（知財高判平成 30.3.26 平成 29(ネ)10007「PC ソフト」）。

もっとも、5 条 1 項の適用範囲は必ずしも広いものではない。条文上、対象が「技術上の秘密」に限定されているからである（5 条 1 項括弧書き。なお、行為態様も侵害者が侵害組成物を譲渡したときに限定されているように読めるが、損害額の立証の容易化という趣旨に照らせば、譲渡は代表的な例示にすぎず、貸渡し等の譲渡以外の場合を除外する趣旨ではないと解すべきであろう）。

したがって、5 条 1 項の適用を受けうるのは、技術上の秘密に係る 2 条 1 項 4 号～9 号の侵害行為の組成物や、技術上の秘密を不正使用する行為により生産された物が譲渡等された場合に限られよう¹⁰⁾。その結果、営業情報の事案では、5 条 1

項の適用がなく、原則どおり被侵害者が侵害行為と因果関係のある逸失利益の損害額の立証責任を負うことになる。

このように 5 条 1 項の適用範囲が限定されているのは、経験則上、侵害行為と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、推定規定の適用を及ぼすことは適当ではないと判断されたためである¹¹⁾。

確かに、技術上の秘密を不正使用することにより侵害品が製造され販売された場合には、当該侵害品に技術上の秘密の価値が化体しており、それゆえに侵害品と被侵害者の商品とが市場において競合するという定型的な関係を想定しうるので、侵害品の譲渡数量の分だけ被侵害者が販売機会を喪失したという因果関係が成り立ちうる¹²⁾。

これに対し、営業上の秘密の場合には、必ずしも営業上の秘密を化体した商品が市場に出回るわけではない。顧客名簿のような顧客情報が化体した物を考えたとしても、顧客名簿が通常取引の対象として譲渡されるものではない以上、侵害者が不正取得した顧客情報に係る顧客名簿を譲渡した数量分だけ被侵害者がその販売機会を喪失したと想定することもできない。ゆえに、営業上の秘密については 5 条 1 項の適用対象外とされているものと解される¹³⁾。

(ii) 5 条 1 項により売上減少による逸失利益を算定した裁判例

現在のところ、営業秘密の侵害事例で、5 条 1 項により損害額を算定した裁判例は 2 件しかない。

ア) 1 件目が、前掲知財高判「PC ソフト」である。事案は、X が専用の PC ソフトを搭載した内蔵パソコンによって各種設定・信号切換動作を行う X 製品 1・2 と、専用の PC ソフトを搭載した外付けパソコンに接続して各種設定・操作を行う X

製品 3・4 を製造販売していたところ、X の従業員 D が X の営業秘密である本件 PC ソースコードを Y に不正開示し、Y がこれを使用して被告 PC ソフトを作成し、当該被告 PC ソフトを搭載したパソコン内蔵型の Y 製品 1・2 と、外付けパソコンに被告 PC ソフトを搭載した外部接続型の Y 製品 3・4 を製造販売したというものである。

知財高裁はまず、5 条 1 項に基づき逸失利益を算定するにあたり、各要件について次のような一般論を示している。「不競法 5 条 1 項の文言及び……趣旨に照らせば、被侵害者が『侵害の行為がなければ販売することができた物』とは、侵害行為によってその販売数量に影響を受ける被侵害者の製品、すなわち、侵害品と市場において競合関係に立つ被侵害者の製品であれば足りると解すべきである……。また、『単位数量当たりの利益額』は、被侵害者の製品の販売価格から製造原価及び製品の販売数量に応じて増加する変動経費を控除した額（限界利益の額）であり、その主張立証責任は、被侵害者の販売能力を含め被侵害者側にあるものと解すべきである。」

一方、「5 条 1 項ただし書の規定する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』については、侵害者が立証責任を負い、かかる事情の存在が立証されたときに、当該事情に相当する数量に応じた額を控除するものであるが、『販売することができないとする事情』は、侵害行為と被侵害者の製品の販売減少との相当因果関係を阻害する事情を対象とし、例えば、市場における競合品の存在、侵害者の営業努力（ブランド力、宣伝広告）、侵害品の性能（機能、デザイン等）、市場の非同一性（価格、販売形態）などの事情がこれに該当するというべきである。」

知財高裁は、以上の一般論をもとに、Y 各製品

の販売に係る X の逸失利益の損害額を算定したが、その際問題になったのは、Y の不正使用の対象が X 各製品のうちの本件 PC ソースコードにとどまる点である。知財高裁は、「[X 各製品の] 販売価格から費用を控除した額の全額が Y の受ける利益に相当する」という X の主張を否定し、X 各製品における本件 PC ソースコードに相当する部分の利益額を算定した。

具体的には、X 製品 1・2 に関しては、製品自体に組み込まれた PC ソフトが製品の動作を制御する重要な機能を果たしている点を重視して、本件 PC ソースコードに相当する部分の利益額を X 製品 1・2 の限界利益額の 50% と判断した。一方、X 製品 3・4 に関しては、外付けパソコンに搭載された PC ソフト自体は各種設定の入力や製品の遠隔操作を行う機能しか与えられておらず、製品を制御する機能を果たしていない点を重視して、本件 PC ソースコードに相当する部分の利益額を X 製品 3・4 の限界利益額の 10% と判断した。

知財高裁は寄与率という言葉を用いていないが、事実上、X 各製品における営業秘密の寄与率を考慮するものといえよう。このように営業秘密の寄与率を考慮して減額することは妥当と解されるが、こうした事情を「[被侵害者製品の] 単位数量当たりの利益の額」の問題と捉えて、その立証責任を被侵害者に負担させることについては異論もあり得よう。確かに、X 各製品に関する事情であるので X 側に立証責任を課しても酷とはいえないのかもしれないが、X 各製品の限界利益額の全額を X の損害とは観念し得ないことが減額の理由であるとすれば、むしろ但書きの推定の覆滅の問題と捉えて、侵害者側に立証責任を負担させるほうが 5 条 1 項の立法趣旨に合致するように思われる（ただし、特許法 102 条 1 項につき知財高特判令和 2.2.28 平成 31（ネ）10003「美容器」）。

イ) こうした点を意識してか、不正使用された営業秘密が侵害品においてどの程度寄与しているのかという事情を5条1項但書きの推定覆滅事由として捉える裁判例がみられる。それが、東京地判平成30.11.29平成27(ワ)16423「字幕制作ソフトウェア」である。

具体的には、東京地裁は、YソフトウェアにおいてYがXの営業秘密である本件ソースコードを不正に使用したと認められるのは類似箇所1ないし3であると認定した上で、(a)類似箇所1ないし3はいずれも変数定義部分等であり、ソフトウェアの動作に不可欠な有用な部分ではあるが、ソフトウェアの画面表示、インターフェイスや動作といったソフトウェアの利用者に関する機能等の制御に直接関係する部分ではないこと、(b)これらの類似箇所はYソフトウェアに対して他のソフトウェアでは一般的とはいえない特別の動作をもたらすものではないことを考慮して、Yソフトウェアの売上げは、基本的には、不正競争以外の行為により作成された機能に基づく商品価値やYの営業努力等によって実現されていたとするのが相当であると判断した。そして、こうした事情を、5条1項但書きの推定の覆滅事由として考慮し、Yソフトウェアの譲渡数量のうちの相当程度の数量のXソフトウェアについてXが販売することができなかつた事情があると認められるとして、95%の限度で推定の覆滅を認めた。

本件の控訴審では、Yソフトウェアにおける本件ソースコードの使用が否定されたため、Xの損害賠償請求が棄却されたが(知財高判令和元.8.21金商1580号24頁「字幕制作ソフトウェア2審」)、侵害品における営業秘密の寄与度を5条1項但書きの「被侵害者が販売することができないとする事情」の問題として位置づけ、推定覆滅事情として考慮した1審判決の手法は、実務的に参考にな

るように思われる。

ウ) 以上が5条1項により販売数量減少の逸失利益を算定した裁判例である¹⁴⁾。2003年改正における5条1項の導入から15年余りが経つが、適用範囲が技術情報の事案に限定されていることもあって、同項を適用した裁判例の数は2件にとどまっている。むしろ裁判例の多数を占めているのは、4条のみに基づいて売上減少による逸失利益を算定するケースである。そこで次に、こうした事例について概観することによる。

(iii) 4条のみによって売上減少による逸失利益を算定した裁判例

①技術情報に関する事例

ア) 技術上の秘密が不正使用されて侵害品が製造販売された事例のうち、2003年改正前の事件については、4条のみに基づいて逸失利益が算定されている¹⁵⁾。

その1つが、大阪地判平成10.12.22知的裁集30巻4号1000頁「フッ素樹脂シート」である。事案は、Xが取引先の訴外A社からXタンクの製造の発注を受けていたところ、Xの専務取締役のY₁がその製造を途中で中止させて翌日退職し、Y会社を設立した上で、2ヶ月後にY社がA社に対し、Xの営業秘密である本件ノウハウを使用して製造したYタンクを納入したというものである。

大阪地裁は、Y社が本件ノウハウを使用してYタンクを製造しA社に販売しなければ、XはXタンクを製造してA社に納入することによって利益を得ることができたとして、Xタンクの販売価格にその粗利益率30%を乗じた額をYの不正競争行為と因果関係のあるXの逸失利益として認めた。

イ) 同じく2003年改正前の事件で、技術上の秘密を不正使用した侵害品が製造販売された事例として、福岡地判平成14.12.24判タ1156号225頁

「半導体全自動封止機械装置」がある。

Xの半導体設備事業部の最高責任者兼常務取締役であったYが平成9年7月にXを退職し、その2日後にY会社を設立し、①Y会社においてXの従来からの発注先を不正に奪い、②Xの従業員を不正に引き抜き、③Xの営業秘密である半導体全自動封止機械装置・コンバージョン・封止用金型の生産方法に関する設計・製造技術情報を不正に取得・使用してY装置等を製造販売したという事案である。

福岡地裁は、Xの事業について、(a)平成7年から9年まで少なくとも毎年14%以上の市場占有率を獲得していたこと、(b)平成10年、国内の金型生産能力を増強する新工場を完成させ、台湾・バンコクに直営サービス拠点を設立したこと、(c)平成12年、国内工場の面積を約2倍に拡張する工事を行ったこと、(d)平成10年から12年までXの市場占有率は8~9%とほぼ一定していることを認定し、Yの前記①~③の行為がなければ、Xは、平成10年から12年まで、モールドイング装置市場において少なくとも14%の市場占有率を獲得できたものと推認できるから、Yは、Xのモールドイング装置市場における市場占有率の低下分に係る損害を賠償する責任があると判示した。

その上で、Xの低下した市場占有率6%のうちYが奪った市場占有率はYが現に得ている市場占有率3%を下回らないとしつつ、これは前記①~③の行為が競合して生じた損害であるから、本件営業秘密の不正取得・不正使用を原因とする損害は、このうちの3分の1すなわちXの低下した市場占有率の1%であると判断した。そして、かかるXの市場占有率低下分相当額から経費として直接費、間接費、販売費および一部の管理費を控除した純利益額をXの損害額として認めた。

②営業情報に関する事例

次に、4条のみに基づいて売上減少の逸失利益を算定した営業情報の事案の裁判例をみてみよう。

ア) 例えば、知財高判平成24.7.4平成23(ネ)10084等「投資用マンション顧客情報」では、投資用マンションの販売業を営むX₁の従業員のY₁らが、その販売する投資用マンションの賃貸管理委託契約の締結(X₁の完全子会社であるX₂の業務)にも従事していたところ、X₁退職後にX₂と競合するY会社を設立し、その設立直後(一部直前)の時期にX₂の営業秘密である本件顧客情報を集中的に使用し、X₂の顧客をいわば狙い撃ちして営業活動を行い、X₂の顧客を奪取した行為が問題となった。

知財高裁は、(a)Yらの図利加害目的による本件顧客情報の使用により、X₂が27名の顧客から賃貸管理委託契約を解約され、当該顧客から得ていた管理委託料を失ったこと、(b)Yらが図利加害目的による本件顧客情報の使用をしなければ、X₂はこれらの顧客から相当期間賃貸管理を受託して管理委託料を得ることができたものと認められることを認定し、2年分の逸失委託料に限界利益率を乗じた額をYらの行為と相当因果関係のある損害額と判断した。ただし、27名の顧客がX₂との賃貸管理委託契約を解約した背景には、Xらのサービスに対する一定程度の不満やYのサービスの仲介手数料の安さもある程度影響していたことが認められるとして、前記損害額から10%を控除した額を最終的な逸失委託料としての損害額として認めた。

この判決の特徴は、本件顧客情報が通常のマンション購入者ではなく投資用マンションの購入者に関する情報であった点を重視し、X₂が失った賃貸管理委託料額の90%について、2年分の限度で、本件顧客情報の不正使用と因果関係のある損害と

認めた点にある。確かに、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（投資用マンション購入者）を探し出すことに最も時間・労力・費用がかかるといえる。それゆえ、Yらが本件顧客情報を使用しなければ、新たな顧客の獲得に2年程度は要したと考えられるということなのだろう。

イ) 同様に、東京高判平成12.4.27平成11(ネ)5064等「オフィスコーヒー顧客名簿」では、オフィスコーヒーサービス事業を営むXの従業員であったY₁らが、X退職直後に競合するY会社を設立し、Y会社の販路獲得のためにXの営業秘密である本件顧客情報を集中的に使用してXの顧客を奪取した行為が問題となった。

東京高裁は、Yらが本件顧客情報を集中的に使用してそれらの事務所に赴き、営業活動を行わなければ、Y会社の設立直後の短期間にXの顧客がY会社の顧客へと大量に切り替わる（コーヒーサーバー316台分¹⁶⁾）ことはなかったとして、前年実績額に基づいて算出された切替後の1年分の推定売上減少額に限界利益率を乗じた額をYらの行為と因果関係のある損害として認めた。

しかし他方で、東京高裁は、(a) YらがXを退職しY会社において本件顧客情報を使用するに至った背景にはXおよびXの親会社にも相当程度の落ち度があること、(b) 本件顧客情報は時間をかければ自ずと入手できる情報であり、時間の経過とともに権利性が希薄となるものであること、

(c) 本件顧客情報は顧客となる事業所を効率的に捜すことができる情報であるにとどまり、その不正使用に加えて、営業活動による顧客の切替えがあつて初めて損害が発生すること等の事情を考慮して、5割の過失相殺を認めた¹⁷⁾。

(b)(c)の事情は、Xの過失を示す事情というよりも、Xの主張する推定売上減少額に係る限界

利益の全額をYらの不正使用行為と因果関係のあるXの損害とは観念し得ないことを示す事情であるから、端的にそのような観点から減額を行えば足りたように思われる。

ウ) 大阪地判平成28.6.23平成25(ワ)12149「臨床検査顧客情報」では、臨床検査会社Xの従業員であったY₁らが、競合するY会社に転職し、Xの営業秘密である本件顧客情報（顧客別の売上情報および平均販売価率情報）を不正に開示・使用して臨床検査の受託先となる医療機関に対して営業活動を行い、Xの顧客を奪取した行為が問題となった。裁判所の認定事実によれば、Y₁らの営業によって新たにY会社に臨床検査を委託するようになった医療機関のうち、約9割はXの顧客であった医療機関であり、それ以外の臨床検査会社に委託していた医療機関は数件程度であった。

大阪地裁は、こうしたYらの不正競争に係るXの逸失利益の損害について次のように判示した。

「確かに、Y₁ら転職者においてした本件情報を使用した営業活動は不正競争であるし、またX主張に係る……売上減少は、Yらの営業活動がなければ生じなかったはずのものといえる。」「しかし、臨床検査会社間の競争によって医療機関が委託臨床検査会社を変更することは、日常的に一定割合で起きているのであるから、……本件情報の使用如何にかかわらず、XはY会社との競業により売上減少は避けられなかったといえるはずである。」

「そうすると、そのような競業の中で本件情報を使用できることによりY会社が効率のよい営業をすることでXに損害を与えたとするのなら、それは、競業の結果、いずれXからY会社に委託先を変更する顧客に対し、Y会社が速やかに営業活動を開始することで、その変更が本来起き得る時期よりも早く実現し、もって、その時期的な差の期間分、Xの売上げが減少させたことで現れる限

度というべきである。そして、そのように営業開始着手時期を優先すべき有利な顧客に対する営業は順次実行されていったはずであるから、本件情報の価値は、経時的に減少していくことも考慮する必要があるといえる。」

「以上のような事情を総合考慮すると、Yらが不正競争を理由としてXに負うべき損害賠償責任は、本件情報の価値が経時的に減少していくことを踏まえて不正競争開始後1年の期間に限って認定するのが相当であり、……Yらが負うべき損害賠償の額は、委託関係を喪失した医療機関との関係では、前年実績額から算定される損害額を基礎にY会社の競業開始当初の4か月間についてその3割、次の4か月に2割、さらに次の4か月に1割の限度で算出したもののうち、Xの利益率0.28……を乗じて認定するのが相当である。」

この判決の特徴は、第1に、臨床検査会社間の競争が激しく、医療機関による委託先の変更が日常的に一定割合で起きていることを考慮して、Yらが負うべき損害賠償責任の範囲を、本件顧客情報を使用することでそうした委託先の変更を本来よりも早く実現できた期間——不正競争開始後の1年——に限定した点、第2に、本件顧客情報の利用価値が次第に減少していくことを考慮して、委託先がY会社に変更されたことでXが失った毎月の委託料のうちYらの不正競争との因果関係が認められる割合を、不正競争開始後4ヶ月ごとに3割、2割、1割と低減させた点にある。営業秘密の侵害と損害との因果関係を具体的に検証して逸失利益を算定するものといえよう。

エ) 一方、必ずしも具体的な因果関係が認められない場合でも、一部の顧客に対するXの売上高の減少の推移等を総合的に考慮して、営業秘密の侵害に係る逸失利益を概括的に算定する裁判例もみられる。東京地判平成17.6.27 平成16(ワ)24950

「中国野菜仕入先・顧客情報」である。

この事件では、中国野菜の輸入販売会社Xの従業員であったYが、平成14年9月の退職時にXの営業秘密である仕入先関連情報や顧客関連情報が記載された資料を不正取得し、競合するY会社においてこれを使用して営業活動を行った行為が問題となった。

東京地判は、「Xの売上高は、全体としては、平成14年以降も増加しているものの、各顧客毎の売上高に着目すると、平成14年ころから売上高の減少した顧客も見られ、これにY会社がXの顧客を中心として中国野菜の販売活動を繰り返していたことを併せると、Yらによる不正競争行為により、Xが得られていたであろう利益を失ったと認められる」とした上で、「Xの売上高合計額の推移等、本件に現れた諸事情を総合考慮すれば、Yの不正競争行為によりXが被った損害額は、少なくとも金1000万円を下らないと認められる」とした。次に述べる9条に基づき逸失利益を認定した裁判例の手法に近いものといえよう。

③小括

以上のとおり、4条のみに基づいて売上減少による逸失利益を算定する裁判例においては、逸失利益の推定規定の恩恵を受けることができない分、営業秘密の侵害と損害との因果関係を厳密に検証するものが多くみられた。とりわけ顧客情報などの事案では、当該情報を不正に使用したとしても効率的な営業活動が可能となるにとどまり、必ずしも直ちに顧客の確保や売上増に結びつくわけではないことを考慮して、売上減少の損害に対する当該情報の不正使用の寄与の程度を慎重に見極めようとする傾向が強いように思われる¹⁸⁾。

(iv) 9 条により売上減少による逸失利益を認定した裁判例

ア) このように営業秘密の不正利用と因果関係のある売上減少の逸失利益の立証が容易ではないこともあって、裁判例では、営業情報の事案を中心に、9 条に基づいて逸失利益に係る相当な損害額を認定するケースも散見される。

9 条は、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、「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」旨規定している（下線筆者）。この 9 条は、2003 年改正で不正競争防止法に導入された¹⁹⁾。

この点、民事訴訟法 248 条には、「損害が生じたことが認められる場合において、損害の性質上その額を立証することが極めて困難であるとき」は、裁判所は、「相当の損害額」を認定することができる旨の規定があり（下線筆者）、2003 年改正前においても、この民事訴訟法の規定を通じて原告の立証負担の軽減が図られていた。もっとも、例えば被侵害者の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が困難な場合に、「損害の性質上」その額の立証が極めて困難とまでは一義的にいえない場合等が想定される。そこで、営業秘密をはじめ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、民事訴訟法とは別に 9 条の規定を設けることにしたとされる²⁰⁾。

イ) 裁判例に目を向けると、2003 年改正前の事件で、民事訴訟法 248 条を活用して逸失利益に係る相当な損害額を認定した判決として、東京地判平成 12.10.31 判時 1768 号 107 頁「放射線測定器

顧客情報」がある。

Y らが本件顧客情報を不正に使用して、X の顧客に対し契約締結の勧誘およびこれに基づく放射線量測定契約の受注を行ったところ、X が、再契約の拒否または単価の値引きにより、従前の契約内容で契約更新された場合と比べて合計 380 万 8923 円の減収となったとして、この減収額を 4 条にいう損害として主張したという事案である。

東京地裁は、Y らの不正競争により X が営業上の利益を侵害されたことは明らかであるとしつつも、X の顧客が再契約を拒否したり、値引きを要求した理由は必ずしも明らかでなく、例えば放射線部門を廃止したために契約が不要になったとか、Y 会社のダイレクトメールが送付される前から X に対し単価の値引きを求める方針であった顧客も含まれている可能性があるから、前記減収分の全額を Y らの不正競争と因果関係のある損害と評価するのは相当でないとした。そして、民事訴訟法 248 条に基づき、X の損害としては 250 万円と認めるのが相当であると判示した²¹⁾。

X の売上減少に対する本件顧客情報の不正使用の寄与度の立証が困難な場合に、民事訴訟法 248 条を活用した事例といえよう。

ウ) 一方、2003 年改正後の事件で、9 条により逸失利益に係る相当な損害額を認定した裁判例として、大阪地判平成 20.6.12 平成 18 (ワ) 5172「出会い系サイト顧客情報Ⅱ」がある。

Y らサイトが開設される 2 ヶ月前から X らサイトの売上げが急激に減少をはじめ、Y らが Y らサイトを開設して本件顧客データを不正使用した後もそうした急減傾向に変わりはなかったという事案である。

大阪地裁は、X らサイトの売上減少額が Y らサイトの売上げを大きく上回っており、Y らサイトの開設が X らサイトの売上げの減少に大きな影響

を与えたとは考え難いが、Yらサイトにおいて本件顧客データが不正使用されたことが認められる以上、その使用がXらサイトの売上げに全く影響を与えなかったと考えることも不自然であるとする。そこで、9条を活用し、本件に現れた一切の事情を考慮して、Yらサイトで本件顧客データが使用されたことによってXらサイトに生じた損害は、Yらサイトの売上げの10%（各Xにつき5%ずつ）と認めるのが相当であると判示した。

本件は、不正競争開始前からXの売上げが急減していたため、Yらの不正競争と因果関係のある売上減少額の範囲を立証することが極めて困難な事案であり、まさに9条の活用が期待される事例であったといえる。

(3) 侵害者利益額に基づく賠償

(i) 序

第2に、侵害者利益額に基づく賠償についてである。営業秘密の不正利用行為者が当該不正利用行為により利益を得ているときは、被侵害者は、5条2項に基づいて、その利益の額を自己の受けた損害の額として請求することができる²²⁾。

5条2項は、不正競争行為者がその不正競争行為により得た利益を被侵害者の損害の額と推定している。この推定規定の趣旨について、裁判例では、「侵害者が侵害行為により利益を受けているときは、被侵害者も同額の利益を得られたはずであるという一応の経験則に基づき、逸失利益を推定するものである」²³⁾、「被害者と競争関係にある不正競争行為者が、不正競争行為によって現実に、ある侵害品を製造販売した場合、被害者にも同製造販売実績を上げうる蓋然性があることを前提としている」²⁴⁾と説かれている。

このように裁判例では、5条2項の推定規定は、被侵害者に売上減少による逸失利益という損害が

あることを前提として、被侵害者と侵害者の商品ないし営業が市場において競合する限り、侵害行為がなければ被侵害者も侵害者が侵害行為によって得た利益と同程度の利益を得られたはずであるから、この利益の額を被侵害者の逸失利益の額と推定するものと解されている²⁵⁾。それゆえ、営業秘密の保有者（被侵害者）が営業販売活動を停止している場合には、侵害者が本件顧客情報を不正に使用して営業販売活動を行わなければ保有者は自己の営業販売活動により利益を得られたはずであるとはいえないから、5条2項の適用の前提を欠くとされる（知財高判平成27.2.19平成25（ネ）10095「東和レジスター顧客情報」）。

5条2項は、あくまで推定規定であるので、上記のような経験則が妥当しない場合には、推定によって不利益を受ける者（侵害者）が当該事実を反証して推定を覆滅することができる。この点、とりわけ顧客情報などの営業情報の場合には、当該情報を不正利用したとしても必ずしも直ちに顧客の確保や売上増に結びつくわけではないため、推定が覆滅される場合が多いのではないかと指摘されている²⁶⁾。

(ii) 5条2項により侵害者利益額に基づく損害額を算定した裁判例

① 技術情報に関する事例

ア) 2003年改正前（5条1項導入前）の技術情報の事例で、5条2項により損害額を算定したものとして、大阪地判平成15.2.27平成13（ワ）10308等「セラミックコンデンサー設計図」がある。

Xの従業員であったYが、X退職時にXの営業秘密である本件設計図の電子データを不正に取得し、Y会社にこれを開示し、Y会社がこれを使用してYセラミックコンデンサー積層機4台および印刷機2台（以下、Y積層機等）を設計・製造・

販売したという事案である。

大阪地裁は、Y 積層機等の売上が 1 億 4800 万円であり、その利益率が 25%であることを Y が自認して争わなかったことを受けて、5 条 2 項に基づき、両者を乗じて算定される Y 会社の利益額を X が受けた損害の額と推定した。

イ) 一方、2003 年改正後の技術情報の事例で、5 条 2 項を適用したものとして、名古屋地判平成 20.3.13 判時 2030 号 107 頁「産業用ロボット設計図」がある。

X の従業員の Y₁らが、X の営業秘密である本件設計図の一部および本件 CAD データを持ち出し、Y 会社にこれを開示し、Y 会社がこれを不正に使用してバリ取りロボット (Y システム) 2 台を設計・製造・販売したという事案である。

名古屋地裁は、Y が不正競争により少なくとも 650 万円の利益を得たという X の主張を退け、Y が主張した Y システム 2 台の販売に係る粗利益の額 325 万 4809 円の限度でこれを認め、5 条 2 項により同額を X の損害額と推定した²⁷⁾。

ウ) 同様に、2003 年改正後の技術情報の事例で、5 条 2 項を適用したものに、東京地判平成 25.2.13 平成 21 (ワ) 32104「DVD コピーガード」がある。

DVD のコピーガード技術を開発した X から同技術の実施に関する仮覚書に基づいて X の営業秘密である本件技術内容 2 の開示を受けた Y 会社が、本件仮覚書の解除後も本件技術内容 2 を不正使用して、①コピーガード搭載複製サービスを継続し、②コピーガード専用ディスクを製造販売し、③コピーガード専用ソフトのライセンスを行ったという事案である。

東京地裁はまず、「不正競争防止法 5 条 2 項の侵害者が受けた利益とは、限界利益をいい、侵害者の売上から変動費を控除した額であると解され、原則として設備投資や一般管理費は控除されない」

とした。その上で、Y が前記①～③の行為によって得た限界利益に対する本件技術内容 2 の寄与率の判断に移り、(a) 本件技術内容 2-1 の大半 (5) 後半部分以外) の技術の使用を伴うコピーガードサービスでは 10 分の 9、同様の専用ディスクでは 7 分の 6、本件技術内容 2-2 の全体を具現化したソフトウェアのライセンスでは 4 分の 4 (100%) の寄与があると認められ、(b) 本件技術内容 2-2 の前半の技術の使用のみを伴うコピーガードサービスでは 10 分の 2、同様の技術を具現化したソフトウェアのライセンスでは 3 分の 2 の寄与があると認められるとした。そして、5 条 2 項に基づき、Y の受けた限界利益額にこれらの寄与率を乗じた額を X の損害額と推定した。

営業秘密の事例で、侵害者の売上げから変動費のみの控除を認める裁判例はほかにもみられるが、本判決のように一般論として 5 条 2 項の侵害者利益とは限界利益をいうと明言したものはみあたらず、注目される (特許法 102 条 2 項につき同様の一般論として、知財高特判令和元.6.7 判時 2430 号 34 頁「二酸化炭素含有粘性組成物」)^{28), 29)}。

②営業情報に関する事例

次に、5 条 2 項に基づいて損害額を算定した営業情報の事案の裁判例をみてみよう。

ア) 例えば、東京地判平成 26.4.17 平成 24 (ワ) 35742「登録モデル情報」では、モデル事務所 X の従業員であった Y が、X 退職後に X の営業秘密である本件登録モデル情報を新設の Y 会社に開示し、Y 会社がこれを不正に使用して X の登録モデルを勧誘し、Y 会社の専属または登録モデルとして契約を締結した行為が問題となった。

東京地裁は、X が顧客から TVCM 出演者募集の申入れを受けて受注等していた 6 件の案件に関し、Y 会社がその専属または登録モデルを出演させた

ことを認定し、「Y らの不正競争がなければ、X は、自己の登録モデルを出演させ、これにより利益を得ることができたと認められる」として、5 条 2 項により Y 会社が得た出演料に係る利益の額を X の損害額と推定した。

イ) 大阪地判平成 8.4.16 知的裁集 28 卷 2 号 300 頁「男性用かつら顧客名簿」では、男性用かつらの販売業を営む X の従業員の Y が、X の営業秘密である本件顧客名簿を不正に取得し、退職後にこれを使用して X の顧客を勧誘し、かつらの受注や理髪を行った行為が問題となった。

大阪地裁は、X の店舗でかつらを取り付けた 75 名の者は定期的な調髪のために、特段の事情のない限り、X の店舗に来店するのが通常であると考えられるという X の供述を是認し、当該 75 名の者が X の店舗に来店しなくなったのは、Y が本件顧客名簿を使用して勧誘およびこれに基づく営業行為をしたことによるものであると推認され、2 回程度カットをしに Y の店舗に来店したものと推認されるとして、当該カット代金を Y が得た収入として認めた。その上で、Y の利益率を 50% と見積もり、Y が不正競争行為により得た収入の 50% に相当する額を X の損害額と推定した。

一般に男性用かつらの販売業では理容業等の業種に比べて顧客の獲得が困難であること、多額の宣伝広告費用を支出して獲得した顧客については将来にわたって定期的な調髪等の需要が見込まれることを重視した判決といえよう。

ウ) 東京地判平成 12.11.13 判時 1736 号 118 頁「墓石顧客情報」では、X の従業員 Y が退職時に X の営業秘密である本件顧客情報を不正に取得し、新設した Y 会社においてこれを使用して、X の顧客 5 名と契約を成立させた行為が問題となった。

東京地裁は、5 条 2 項により Y 会社がこれらの者と契約したことにより得た利益の額を算定する

際、Y 会社が設立直後の特殊な事情の下で出費した販管費等の経費をすべて控除するのは適当でなく、売上に伴って変動する経費のみ控除を認めるのが相当であるとして、石碑工事代金売上高から製造原価のほかに売上の 10% を経費として控除した額を X の損害額として推定した。

侵害者利益の意味について、いわゆる限界利益の立場を採用するものといえよう。

エ) 大阪地判平成 25.4.11 判時 2210 号 94 頁「中古車顧客情報」では、国内中古車オークションで購入した中古車を海外顧客に輸出する事業を営む X の従業員であった Y が、X の営業秘密である本件顧客情報を不正に取得し、Y 会社に開示し、Y 会社がこれを使用して営業活動を行った行為が問題となった。Y らは Y 会社の粗利益率が低く (4.6%)、不正競争行為の期間における Y 会社の純利益は赤字であると主張した。

大阪地裁は、(a) Y 会社の売上げが急増する一方、本件顧客情報に含まれる顧客らに対する X の売上げは激減しており、(b) 本件顧客情報を使用しない限り、Y 会社が本件の規模で販売を行うことは極めて困難であったと推認される以上、Y 会社の利益が僅少であることを理由に、5 条 2 項の適用にあたって僅少な損害額しか算定できないことは不合理であるとした。そして、「Y 会社の販売数量に相当する X の車両販売減少数に基づく損害額について、相当程度の割合で、Y らの不正競争との間に相当因果関係を認めるべきである (そうでなければ、……9 条の適用が考慮されるべきである。)」として、Y 会社の不正競争に係る売上高に X の限界利益率 13% を乗じた利益額を算定し、これに本件顧客情報の寄与度 3 割を乗じた額を Y 会社の利益額と認め、同額を X の損害額と推定した。

事実上、営業情報の事案につき 5 条 1 項の推定

規定を類推適用するものといえようか。9条の活用可能性を示唆している点も示唆に富む。

オ) 東京地判平成 15.11.13 平成 12 (ワ) 22457 「ハンドハンズ」では、労働者派遣業を営む X の従業員 Y が、X を辞めて新設の Y 会社に移る前後の時期に、X の登録派遣スタッフおよび派遣先事業所に関する情報(本件営業秘密)を Y 会社に開示し、Y 会社がこれを使用して X の登録派遣スタッフに移籍の勧誘等を行った行為が問題となった。

東京地裁はまず、5条2項により X の損害と推定されるべき Y 会社の利益について、Y 会社が本件営業秘密に基づいて X と同一の派遣先との間で派遣契約を締結して得た利益が対象となると解するのが相当であるとした。次に、Y 会社の利益を算定する上で控除すべき費用の範囲については、労働者派遣業では人件費のほか事務管理费用等を要するものであるから、派遣料収入から派遣スタッフに関して直接生ずる費用(スタッフ給与、法定福利費、通勤手当)のほか、販管費を控除すべきであるとした。その上で、5条2項の推定対象とすべき期間および割合について検討を行い、一般に派遣契約の期間は1ヶ月ないし数ヶ月が多く、1年を超える契約期間が定められることは基本的になく、期間満了後に他の派遣会社に契約が変更されることも少なくないこと等を考慮して、(a) Y 会社が自ら積極的に営業活動を始めまでの、専ら本件営業秘密に基づいて派遣スタッフや派遣先企業の獲得を行っていた期間については、Y 会社の派遣料収入に係る利益全額(前記費用を控除した額)を X の損害額と推定し、(b) 次の6ヶ月については50%の限度で、(c) その次の6ヶ月については30%の限度で推定するのが相当であると判示した。

この判決の特徴は、労働者派遣業の特性に鑑み、①侵害者利益の算定において、売上高から人件費

のほか販管費についても売上の7%の範囲で控除を認めた点、②Y 会社が X と同一の派遣先から得た派遣料収入に係る利益額のうち、X の損害と推定すべき割合を、Y が専ら本件営業秘密に依拠していた期間については100%、Y が独自の営業活動を開始した後6ヶ月は50%、次の6ヶ月は30%と段階的に低減させた点にある。判決は、後者②の点に関する証明責任の所在を明らかにしていないが、推定の覆滅を認めたものと捉えることができよう。

カ) 大阪高判平成 20.7.18 平成 20 (ネ) 245 「バック販売情報」では、X の従業員であった Y が、X の営業秘密である X 商品の販売先業者およびそこへの販売価格情報を Y 会社に開示し、Y 会社がこれを使用して X の販売先の訴外 A 社に Y 商品を X 商品よりも10円だけ安い価格で販売した行為が問題となった。

大阪高裁は、不正競争行為の期間(平成18年4月～平成19年3月)に Y 会社が A 社への Y 商品の販売によって得た利益額を5条2項により推定しつつ(540万9710円)、他方で、不正競争行為の期間とその前年度の期間に X が A 社への X 商品の販売によって得た利益額についても算定し、前年度との差額(543万308円〔前年度〕-150万62260円=392万4048円)が Y らの不正競争行為によって X が受けた現実の損害(逸失利益)であるとして、当該現実の損害を超える部分について5条2項の推定の覆滅を認めた。

5条2項はあくまで X の現実の損害(逸失利益)を推定する規定であり、現実の損害を超える侵害者利益の吐き出しを認める規定ではないということなのだろう。

キ)カ)と同様のアプローチをとるものとして、大阪地判平成 30.3.15 平成 27 (ワ) 11753 「採尿器具顧客情報」がある。

採尿器具の販売を営むXの代表取締役であったYが、退任後、競合するY会社においてXの営業秘密である本件顧客情報を不正に使用してXの得意先（X商品の販売先）に営業活動を行い、Y商品の受注を取りつけたという事案である。

大阪地裁は、Y会社がXの得意先へのY商品の販売によって得た利益額を5条2項により推定しつつ（Y商品1本当たりの販売利益15円×販売数量 α 本）、他方で、Yらの不正競争行為がなければ、Xは当該得意先にY会社が販売した数量と同じだけのX商品を販売することができたと推認され、その販売能力もあると認められるとして、Xが当該得意先にX商品を同じ数量販売した場合のXの利益額についても算定し（X商品1本当たりの販売利益A円× α 本）、当該Xの利益額を超える形でXに損害が生じるはずがないとのYの主張を認め、当該Xの利益額を超える部分について5条2項の推定の覆滅を認めた。

ク）このほか、やや毛色の異なる判決として、東京地判平成16.5.14平成15（ワ）5711「作務衣顧客情報」がある。

破産宣告を受けた訴外A社の代表取締役であったYが、破産宣告直前にA社から持ち出した本件顧客情報のデータを別の記録媒体にコピーし、Y会社に持ち込んで、Y会社においてこれを使用して同データ上の顧客に作務衣の通信販売を行ったという事案である。A社が破産宣告を受けた後、本件顧客情報を含むデータベースは破産管財人を通じてXに移転され、Xが本件顧客情報をもとに作務衣等の販売活動を行っていた。

東京地裁は、「Xは、A社の破産財団のうち本件顧客情報を含むデータベースに価値があるものと考え、およそ換価することが困難であった売掛金債権、在庫商品と一括での任意売却の形で、A社破産管財人から同データベースを815万円で譲

り受けたものである。」「このような事情に照らせば、本件顧客情報は、それを営業秘密として独占して利用するならば、少なくともXの購入価格である815万円の価値を有するものと認められるところ、……Yらは、不正競争行為により本件顧客情報を取得し、利用しているものでありYらの得た利益は少なくとも815万円を下回ることはない」と判示した。

Xが本件顧客情報の購入に支出した費用の全額をYらが本件顧客情報の不正利用によって得た利益の額と認めた背景には、破産宣告時にA社の代表取締役であったYの破産財団の価値を毀損する行為に対する非難の意味合いがあるのだろう。

③小括

以上が5条2項により損害額を算定した裁判例である。5条2項の推定規定の恩恵を受けることができる場合でも、営業秘密の侵害と損害との因果関係を分析し、営業秘密の寄与度や推定の覆滅割合などを慎重に見極めようとする傾向が強いように思われる。

(iii) 9条により侵害者利益額に基づく損害額を認定した裁判例

このほか、9条により侵害者利益額に基づく損害額を認定した裁判例として、東京地判平成23.4.26平成20（ワ）28364「ポリカーボネート樹脂製造装置II」がある。

出光石油化学（後にXが吸収合併）がポリカーボネート（PC）樹脂の製造技術のライセンス事業を営んでいたところ、Y会社がXの営業秘密であるPCプラント設計図書（本件基本設計図書）に係る情報を中国企業に不正に開示・提供し、技術供与契約の対価3億5618万4508円を受け取ったという事案である。Xは、当該対価額から人件費

のみを控除した額を5条2項により出光石油化学の損害額と推定すべきであると主張した。

東京地裁は、Y会社が技術供与に際し中国企業の建設計画に合わせて本件基本設計図書の修正作業を行い、更に中国に滞在して詳細設計の作業を行ったことを認定し、前記対価額にはこのような修正作業及び詳細設計等に伴う費用が含まれているというべきであるとした。しかし他方で、このような事情はXの与り知るところではなく、Xにおいて前記対価額からY会社の修正作業および詳細設計等に伴う費用を差し引いて本件情報の開示の対価の額を立証することはその事実の性質上極めて困難であるとした。そこで、9条により、Yらが不正競争行為を行うことによって受けた利益（本件営業秘密の開示の対価）は、前記対価額のうち2億7200万円と認めるのが相当であるとし、5条2項により、同額をXの損害額と推定した。

本判決は、本件技術供与契約の対価から修正作業や詳細設計等の費用を控除して本件営業秘密の開示の対価を算定するにあたり、控除すべき費用の立証責任をXに課した上で9条を活用したが、損害額の立証の容易化という5条2項の推定規定の趣旨に鑑みれば、Yが本件技術供与契約により受けた対価をXの損害額と推定した上で、修正作業等の費用の控除については推定の覆滅の問題として侵害者側に立証責任を課すことも考えられたように思われる³⁰⁾。

(4) 使用料相当額に基づく賠償

(i) 序

第3に、使用料相当額に基づく賠償についてである。被侵害者は、不正利用行為者に対し、5条3項3号に基づいて、当該侵害に係る営業秘密の使用に対し受けるべき金銭の額に相当する額を、自己が受けた損害の額として請求することができる。

裁判例によれば、5条3項3号の損害額は、「営業秘密の使用に対して受けるべき対価の額に相当する額」であって、「営業秘密の価値に相当する額」ではなく、「営業秘密の重要性、不正競争行為の態様、侵害者が不正競争行為によって得た利益、被侵害者と侵害者との営業関係や被侵害者の営業政策等を総合考慮して、算定されるべきである」とされる（前掲知財高判「東和レジスター顧客情報」。特許法102条3項につき、前掲知財高特判「二酸化炭素含有粘性組成物」参照）。

なお、5条3項3号は、営業秘密の「使用」がなされた場合に対象を限定しているかのようにも読めるが、一般に開示と使用がセットでライセンスされることに鑑み、「使用」と規定しているにすぎず、特に「取得」や「開示」を除外する趣旨ではないと解すべきであろう³¹⁾。

(ii) 5条3項3号により使用料相当額に基づく損害額を算定した裁判例

① 技術情報に関する事例

5条3項3号により損害額を算定した技術情報の事例には、以下のものがある。

ア) 例えば、大阪地判平成20.6.12平成18(ワ)5172「出会い系サイト技術情報Ⅱ」は、XがXの営業秘密である本件プログラムについて4社との間で使用許諾契約を締結し、その使用料を、2社については売上高の10%、1社については10～15%、1社については20%と定めていたことを認定した上で、使用許諾先によって使用料率のバラツキが出やすい出会い系サイトの特殊性を考慮して、本件における使用料相当額につき、売上高の15%とするのが相当であるとした。

実際の約定例をもとに使用料相当額を算定するものといえよう。

イ) 知財高判平成23.9.27平成22(ネ)10039「ポ

リカーボネート樹脂製造装置 I」は、不正競争行為の対象となった年産 1 万トンの PC プラントに係る営業秘密のライセンス料相当額について、出光石化が過去に台湾企業に提供した年産 15 万トン（5 万トン×3）の PC プラントのライセンス料を認定した上で、当該ライセンス料の約 15 分の 1 の金額をもって 5 条 3 項 3 号の損害額と認めた。

プラントの年間生産量やその他諸条件に差異があるとしても、世界的に稀少な PC 樹脂の製造技術が開示されるという点に変わりはないから、本件営業秘密に係るライセンス料相当額は、過去の実際のライセンス料を基準に生産量に比例して算定するのが合理的ということなのだろう。

ウ) このほか、鉄鋼・非鉄金属業界のライセンス料率の平均値は、イニシャル・ペイメントがある場合が 3.5%、イニシャル・ペイメントがない場合が 3.3%、件数としてはライセンス料率を 3%とするものが最も多いことを斟酌しつつ、本件技術情報のライセンス料率をこれよりも若干低めに 2%と見積もって 5 条 3 項 3 号の損害額を算定した判決もある（東京地判平成 31.4.24 平成 29（ワ）29604「新日鐵住金電磁鋼板」、知財高判令和 2.1.31 令和元（ネ）10044「同 2 審」も原審支持）。

②営業情報に関する事例

一方、営業情報の事例としては、前掲知財高判「東和レジスター顧客情報」がある。X の営業秘密である本件顧客情報が Y の営業販売活動に不正に使用されたという事案である。

知財高裁は、X 自身が営業販売活動を行っていないとしても、Y の営業販売活動に本件顧客情報が使用されることにより、X は本件顧客情報の使用料相当額の損害を被ったものと認められるとし、Y が不正競争行為の期間において本件顧客情報に基づく営業販売活動により獲得した売上高の 3%

を、5 条 3 項 3 号に基づく X の損害額と認めた。

前述のとおり、本件では、X が営業販売活動を停止していたことを理由に 5 条 2 項の適用が否定されたが、そのような事案における 5 条 3 項 3 号に基づく損害額の算定手法として示唆に富む。

(5)無形損害、積極的損害の賠償

第 4 に、無形損害、積極的損害の賠償についてである³²⁾。

ア) 裁判例では、Y から X の営業秘密である顧客名簿を入手した他社がこれを用いて電話やダイレクトメールによる営業活動をしたことにより、X が外部に顧客情報を横流ししたのではないかとの疑いをかけられ、苦情を受けたことを理由に、信用毀損による 90 万円の無形損害を認めたものがある（東京地判平成 11.7.23 判時 1694 号 138 頁「美術工芸品」）。

イ) 弁護士費用の賠償に関しては、営業秘密侵害に係る損害賠償請求が認容された事例のうち、約 7 割弱のケースで認められている（後掲 3. (3) (iv) 参照）。しかも多くの場合、一般の不法行為と同じく、他の認容額の 1 割程度の額が形式的に弁護士費用として認められている³³⁾。それゆえ、弁護士費用の賠償は、事実上賠償額の 1 割増額機能を果たしている面があるように思われる³⁴⁾。

ウ) その他、営業秘密の侵害に係る調査費用や顧客対応費用の賠償が認められることがある。例えば、大阪地判平成 20.6.12 平成 18（ワ）5172「出会い系サイト顧客・技術情報Ⅱ」は、侵害調査費用として 30 万円の賠償を認めた。また、東京地判平成 30.3.28 平成 28（ワ）40092「プロバイダー顧客情報」は、Y が X の顧客情報等の営業秘密を開示したことにより、X は顧客対応のための支出を余儀なくされたとして、5471 万 3160 円を損害として認めた。

3. 営業秘密侵害に係る損害賠償に関する実証分析

(1) データセット

1991～2019年に現行法に基づき営業秘密侵害に係る損害賠償請求がなされた裁判例のうち、営業秘密の不正利用が認定された36件の事例を調査した。裁判例の抽出には、青山紘一『企業秘密事件 判決の総括』（経済産業調査会，2016年）のほか、Westlaw JapanとLEX/DBの2つのDBを使用した。第一審と控訴審が出ている場合は控訴審の判断を採用し、1件とカウントした。第一審で営業秘密の不正利用が認定された（損害賠償も認容）が、控訴審で営業秘密該当性や不正使用が否定された事例³⁵⁾は、上記の36件に含めていない。

(2) 不正利用認定事例における損害賠償請求の認容率

これら36件のうち損害賠償請求が認容された事例の割合は、86%（31/36）であった。つまり、1割強の事例では、不正利用が認定されながらも損害賠償請求が否定されていることになる³⁶⁾。

(3) 損害賠償認容事例31件の分析

続いて、営業秘密侵害に係る損害賠償請求が認容された事例31件についてみていこう。

(i) 営業／技術情報事案の比率

営業/技術情報の事案の比率に関しては、営業情報の事案が全体の65%（20/31）、技術情報の事案が全体の42%（13/31）を占めている。営業情報の事案のほうが2割ほど多い。

(ii) 不正利用の種類

営業秘密の不正取得のみが認定されたケースは存在しない。すべての事例で、営業秘密の不正使

用または不正開示のいずれかの介在が認定されている。不正開示のみが認定されたケースは13%（4/31）であった。

(iii) 損害賠償額の平均値・情報種別・トップ5

営業秘密侵害に基づく損害賠償額の全体平均値は7742万9597円であった（中央値709万233円）。これを情報の種類ごとに整理すれば、営業情報の事案（18件）における損害賠償額の平均値は1876万3022円（中央値607万5689円）、技術情報の事案（14件）における損害賠償額の平均値は1億5285万8050円（中央値1014万1777円）となる。なお、営業/技術情報の事案における損害賠償額のトップ5は、以下のとおりである。

	営業情報	技術情報
1	1億3923万5088円(5条2項) 大阪地判平成 25・4・11 「中古車顧客情報」	10億2300万円(5条3項3号) 知財高判令和 2・1・31 「新日鐵住金電磁鋼板」
2	6269万円(5条2項) 東京地判平成 15・11・13 「ハンドハンズ」	4億925万1596円(4条) 福岡地判平成 14・12・24 「半導体全自動封止機械装置」
3	5471万3160円(4条) 東京地判平成 30・3・28 「プロバイダー顧客情報」	3億1900万円(5条3項3号) 知財高判平成 23・9・27 「ポリカーボネート樹脂製造装置I」
4	1433万4860円(4条) 東京高判平成 12・4・27 「オフィスコーヒー顧客名簿」	2億8700万円(5条2項・9条) 東京地判平成 23・4・26 「ポリカーボネート樹脂製造装置II」
5	1000万円(4条) 東京地判平成 17・6・27 「中国野菜営業情報」	4100万円(5条2項) 大阪地判平成 15・2・27 「セラミックコンデンサー」

(iv) 損害の種類

逸失利益	5条1項 6% (2/31)	39% (12/31)
	4条 23% (7/31)	
	4条・9条 10% (3/31)	
侵害者利益	5条2項 39% (12/31)	42% (13/31)
	5条2項・9条 3% (1/31)	
使用料相当額	5条3項3号 13% (4/31)	13% (4/31)
弁護士費用		68% (21/31)
その他		10% (3/31)

営業秘密侵害に係る損害賠償請求において認められることが多いのは、侵害者利益に基づく賠償（42%）と売上減少による逸失利益の賠償（39%）である。両者は使用料相当額の賠償が占める割合（13%）を大きく上回る。この点は日米で共通しており、営業秘密訴訟の一つの特徴といえる。

このほか、弁護士費用の賠償が68%（21/31）のケースで認められている。弁護士費用の賠償は、全体の損害額の多寡にかかわらず形式的に約1割の額が認容されており、事実上賠償額の1割増額機能を果たしている面がある。この点は、わが国の営業秘密訴訟の一つの特徴と思われる。

以上でわが国の営業秘密侵害に係る損害賠償制度に関する検討を終える。本稿が今後の議論の一つの叩き台となれば望外の幸せである。

注)

- 1) 山根崇邦「アメリカにおける営業秘密の保護（3）——連邦営業秘密防衛法（DTSA）の運用実態と日本の営業秘密訴訟との比較」知的財産法政策学研究 58号（2021年3月刊行予定）。
- 2) 仮処分決定が非公開のものについては、本案訴訟の判決文に記載された事実関係から仮処分の申立の有無を判断した。もっとも、非公開の仮処分事件の中には、本案前に和解するケースも少なくないと考えられるため、5%という数値は厳密なものではない。
- 3) わが国では、侵害発生後の迅速な被害拡大防止措置として差止ではなく刑事罰（特に不正競争防止法21条1項3号口の営業秘密領得罪）が重要な機能を果たしていることにつき、山根崇邦「従業者によるデータの持出しと営業秘密領得罪」L&T85号3頁（2019年）。
- 4) 例えば、田村善之『知的財産権と損害賠償（新版）』（弘文堂、2004年）、高林龍編『知的財産権侵害と損害賠償』（成文堂、2011年）、シンポジウム「特許権侵害に基づく損害賠償」日本工業所有権法学会年報41号（2018年）参照。
- 5) 貴重な例外として、三村量一「不正競争防止法違反による損害賠償」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『不正競争防止法の新論点』（商事法務、2006年）139頁、藪口康夫「営業秘密侵害訴訟における損害額の算定と証明」東北学院法学71号564頁（2011年）。
- 6) 貴重な例外として、田村善之『不正競争法概説（第2版）』（有斐閣、2003年）362-366頁、小松一雄編『不正競争訴訟の実務』（新日本法規出版、2005年）351-353頁〔大濱寿美執筆〕、小野昌延編『新・注解不正競争防止法（第3版）下巻』（青林書院、2012年）1009-1011・1019・1026-1027・1044-1045・1054-1056・1061頁〔松村信夫執筆〕。山本庸幸『要説 不正競争防止法（第4版）』（発明協会、2006年）267頁以下も参照。

- 7) このほかにも、不正競争防止法は、損害賠償請求に関連して、計算書類の提出（7条）、損害計算のための鑑定（8条）、信用回復措置（14条）に関する特則を定めている。
- 8) 不法行為法が原状回復の理念を基礎としていることにつき、森田宏樹「損害論からみた特許権侵害に基づく損害賠償」別冊パテント18号39頁（2017年）。
- 9) 田村・前掲注6）362頁。福岡地判平成14.12.24判タ1156号225頁「半導体全自動封止機械装置」も、「不正競争行為の被害者が、不正競争行為による損害賠償を求めようとする場合、損害の中心となる逸失利益の範囲の認定及び損害額の算定については、不正競争行為者の不正競争行為がなかったならば被害者が得られたであろう利益が損害となる」、「被害者が得られたであろう利益を証明できるならば、これを損害と認めるべきであることはいうまでもない」とする。
- 10) 経済産業省知的財産政策室編『逐条解説 不正競争防止法（第2版）』（商事法務、2019年）170頁。なお、2条1項10号との関係では、自ら営業秘密を不正使用して侵害組成物を生産した者が譲渡する場合にとどまらず、他者から営業秘密侵害品を譲り受けてこれを他に譲渡等する行為に関しても、5条1項の適用対象となりうる。同書101-102頁参照。
- 11) 経産省編・前掲注10）169-170頁によれば、特許法102条1項と同様に、侵害品の譲渡数量の分だけ被侵害者

が市場において販売機会を喪失したという因果関係が成立しうると考えられる行為類型に適用範囲を限定したとする。

- 12) 田村・前掲注6) 363頁。
- 13) 小野編・前掲注6) 1019頁〔松村信夫執筆〕。
- 14) このほか、5条1項の適用が否定された裁判例として、東京地判平成29.2.9平成26(ワ)1397他「プラスチック木型1審」がある。Xが、Y婦人靴がXの営業秘密である本件設計情報を不正に使用して生産された物に該当することを前提に、5条1項に基づき、Y婦人靴の販売によるX婦人靴の販売機会の喪失に係る損害の賠償を求めたという事案である。東京地裁は、Y婦人靴はY生産用木型の使用により製造された物であるところ、Y生産用木型にはXの営業秘密である本件設計情報が残存しているとは認められず、Y生産用木型の使用は不正競争行為には該当しないと、Y婦人靴の販売に対する5条1項の適用を否定した(知財高判平成30.1.24平成29(ネ)10031「同2審」もこれを支持)。
- 15) なお、2003年改正後の技術情報の事例の中にも4条のみに基づいて逸失利益の算定を行ったものがみられるが(大阪地判平成28.11.22平成25(ワ)11642「交通規制管理システム開発ソフト」)、判決文の一部が黒塗りとなっており、損害額の具体的な算定プロセスが判然としないため、本文での紹介は割愛する。
- 16) Xの顧客のうちY会社の設立直後にY会社の顧客に切り替わったコーヒーサーバーの台数は合計405台にのぼるが、その後、Y会社からXに再切替契約がなされたものが合計89台あり、切替分から再切替分を控除すると合計316台となる。
- 17) この2審判決は、「争点に対する判断は、次のとおり付加・訂正するほか、原判決の理由……と同じであるから、これを引用する」というスタイルで書かれているため、判決の全体像を把握することが容易ではないが、引用されている箇所について原判決(横浜地判平成11.8.30平成7(ワ)2513等「オフィスコーヒー顧客名簿1審」)の説示を参照しながらまとめると、本文のような判断内容になると解される。
- 18) 顧客情報の不正使用に伴う顧客の奪取行為について、不法行為と損害との因果関係をどこまで個別に分析して立証することが必要か、という問題をめぐる議論につき、「令和元年度裁判所と日弁連知的財産センターとの意見交換会」別冊L&T6号22-24頁(2020年)を参照。
- 19) 9条について詳しくは、小野編・前掲注6) 1098-1102頁〔平野和宏執筆〕参照。
- 20) 経産省編・前掲注10) 193-194頁。
- 21) 東京高判平成13.6.20平成12(ネ)5926「放射線測定器顧客情報2審」も原審支持。
- 22) 裁判例では、XがYに対し営業秘密侵害に係る損害賠償(4条・5条2項)と競業避止義務違反による損害賠償の両方を請求した場合に、両請求の関係をどのように解すべきかという問題も議論されている(大阪地判平成30.3.5平成28(ワ)648「明星薬品顧客情報」)。
事案は、Xの従業員Yが退職後の競業避止義務および違約金を定めた誓約書に署名押印し、Xに提出して退職したが、退職時にXの顧客名簿を不正に持ち出し、退職後にこれを使用して競業活動を行ったというものである。

大阪地裁はまず、本件誓約書における違約金の定めについて賠償額の予定と推定した上で(民法420条3項)、その違反に対して賠償されるべき損害と不正競争行為に係る損害賠償請求に係る損害とは販売減少による逸失利益である点で重複しているとした。その上で、「本件誓約書による競業避止合意は、Xの顧客情報を不正競争防止法よりも強固に保護するための特別合意であると認められるから、同一顧客に対する医薬品の販売行為については本件誓約書による競業避止義務違反が優先的に適用され、不正競争防止法違反による損害はそれに吸収されると解するのが相当である」と判示した。約定の競業避止義務の違反者との間では、不正競争防止法の規律の適用よりも、契約上のリスク配分の定め方を優先させるということなのであろう。

この点に関連して、田村・前掲注6) 365頁注1)は、秘密保持義務違反による損害賠償と営業秘密侵害に係る損害賠償の関係について、約定の秘密保持義務違反者との間では、契約上のリスク配分の定め方を優先させるために、一般の債務不履行の損害賠償の範囲の問題として処理すべきであろうとする。5条2項の推定規定に、当事者に対して事前の現実の交渉を促すproperty ruleとしての機能を見いだしうることを示唆する文献として、藤田友敬「忠実義務の機能」法学協会雑誌117巻2号305頁、306頁注54)(2000年)。

- 23) 知財高判平成27.2.19平成25(ネ)10095「東和レジスター顧客情報」。
- 24) 福岡地判平成14.12.24判タ1156号225頁「半導体全自動封止機械装置」。
- 25) 松村信夫「不正競争防止法5条1項、2項について」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』(新日本法規出版、2007年)323頁、小野編・前掲注6) 1026-1027頁〔松村信夫執筆〕も参照。
- 26) 例えば、三村・前掲注5) 175-176頁、小野編・前掲注6) 126頁〔松村信夫執筆〕参照。
- 27) 本件では、5条1項に基づいて損害額の立証を行うことも一つの選択肢であったように思われるが、Xとしては、Xシステムの単位数量当たりの利益額を明らかにすることに抵抗があったのかもしれない。
- 28) 一般論を述べるものではないが、限界利益率という言葉を用いて5条2項の利益額を算定した裁判例として、大阪地判平成25.4.11判時2210号94頁「中古車顧客情報」がある。このほか、5条2項の利益額の算定にあたって売上に伴って変動する経費のみの控除を認めた東京地判平成12.11.13判時1736号118頁「墓石顧客情報」も参照。
- 29) このほか、本件では、Xが5条1項に基づく損害額についても主張していた点が目をひく。もっとも、この点に関して本判決は、「[Xは]5条1項による損害額の推定を主張するが、その取引の一部を示す証拠……を提出するにとどまり、Xの利益(限界利益)を立証しようとしないうちに、本件全証拠によっても、これを認めるに足りる証拠はないから、当該主張は理由がない」として一蹴している。
- 30) 田村・前掲注6) 363-364頁参照。
- 31) 田村・前掲注6) 364頁。5条3項3号は、2条1項4号～9号に掲げる不正競争がなされた場合に、「当該侵害に係る」営業秘密の使用に対し受けるべき金銭の額

に相当する額を損害額として請求できると規定しており、使用料相当額の請求根拠となる侵害態様を「使用」に限定しているわけではない。また、不正競争行為を定義する 2 条 1 項各号の「使用」という概念と、不正競争行為に対する損害賠償に関する規定である 5 条 3 項各号の「使用」という概念には厳密な対応関係がないことにつき、同 365 頁注 2)。

- 32) 詳しくは、田村・前掲注 6) 365 頁。
 33) 例えば、①前掲東京地判「新日鐵住金電磁鋼板」：使用料相当額 9 億 3000 万円、弁護士費用 9300 万円、②前掲福岡地判「半導体全自動封止機械装置」：逸失利益額 3 億 7225 万 1596 円、弁護士費用 3700 万円、③前掲大阪地判「中古車顧客情報」：侵害者利益額 1 億 2823 万 5088 円、弁護士費用 1100 万円など。
 34) このほか、損害賠償請求としては弁護士費用だけが請求された事案で、500 万円の弁護士費用を認めた判決もある（大阪地判平成 29・10・19 平 27 (ワ) 4169「アルミナ繊維 1 審」。大阪高判平成 30・5・11 平 29 (ネ) 2772「同 2 審」も原審支持）。
 35) 光通風雨戸函面事件（東京地判平成 23・2・3 平成 20 (ワ) 34931〔侵害肯定〕、知財高判平成 23・7・21 平成 23 (ネ) 10023〔侵害否定〕）、字幕制作ソフトウェア事件（東京地判平成 30・11・29 平成 27 (ワ) 16423〔侵害肯定〕、知財高判令和元・8・21 金商 1580 号 24 頁〔侵害否定〕）。
 36) 例えば、東京地判平成 22・3・4 平成 20 (ワ) 15238「派遣エンジニア情報」は、不正開示行為と X が主張する損害 (X 所属の派遣エンジニアの退職) との因果関係を否定した。

同様に、知財高判平成 30・1・24 平成 29 (ネ) 10031「プラスチック木型」は、本件設計情報の不正使用・開示行為と X が主張する損害 (本件設計情報が残存していない Y 婦人靴の販売による X 婦人靴の販売機会の喪失) との因果関係を否定した。

東京地判平成 22・4・28 判タ 1396 号 331 頁「コエンザイム Q10」は、まず、次のように述べて、不正利用に基づく逸失利益損害 (不競法 5 条 2 項の侵害者利益含む) の発生を否定した。「本件において、被告会社による不正競争行為として認めることができるのは、被告 C が原告に無断で原告社内から本件生産菌 A を無断で持ち出したことを知りながら、被告 C から提供を受けてこれを取得したこと (不正競争防止法 2 条 1 項 5 号) に限られるものといえる。」「しかるに、原告が主張する被告会社の不正競争行為によって受けた原告の損害は、被告会社が本件生産菌 A と同一の生産菌を用いた被告製品を製造、販売し、又は新昌製薬に本件生産菌 A を提供して開示したことによって生じた営業上の逸失利益を指すものと解されるところ、このような損害は、

被告会社が行った上記不正競争行為によって発生する損害とはいえない。」「また、被告会社が新昌製薬に本件生産菌 A を提供して開示した事実及び被告製品に本件生産菌 A が使用されている事実がいずれも認められない。」「このように原告主張の損害の発生自体が認められない以上、不正競争行為による損害の発生を前提として、その損害額を推定する規定である不正競争防止法 5 条 2 項が適用される余地もない。」

また、不法行為に基づくライセンス料相当額の損害 (民法 709・719 条) の発生についても、次のように述べてこれを否定した。「被告らが行った不法行為として認めることができるのは、……被告 C において、自己の利益を図るために利用する目的を持って、原告社内から本件生産菌 A、B を原告に無断で持ち出してこれを被告会社に提供し、被告会社において、本件生産菌 A、B を、被告 C が原告に無断で原告社内から持ち出したものであることを知りながら、被告 C から提供を受けてこれを取得したことに限られるものといえる。」「しかるに、原告が主張する被告らの共同不法行為によって受けた原告の損害は、被告会社が新昌製薬に本件生産菌 A を提供してこれと同一の生産菌を用いた被告製品を製造させ、その製品である被告製品を輸入し、販売したことによって得た売上高に対する本件生産菌 A 及び本件情報 A のライセンス料相当額の損害であるところ、被告会社が新昌製薬に本件生産菌 A を提供して開示した事実及び被告製品に本件生産菌 A が使用されている事実がいずれも認められない……から、原告主張の上記損害は、被告らが行った上記不法行為によって発生する損害とはいえない。」

東京地判平成 28・4・27 平成 25 (ワ) 30447「オートフォーカス顕微鏡組立図」は、営業秘密の不正取得を理由とする退職金の返還請求 (不当利得返還請求) について否定した。

このほか、知財高判平成 28・4・27 判時 2321 号 85 頁「接触角計算 (液滴法) プログラム 2 審」は、プログラムの複製・翻案行為につき著作権侵害による損害額を 304 万 9890 円と認定した上で、営業秘密侵害 (ソースコードの不正使用) に基づく損害額がこれを上回るとは認められないとして、後者については判断しなかった。

※本稿執筆に際し、東京大学の田村善之先生から未公開の『不正競争法概説 (第3版)』 (未定稿) をお見せいただく機会を得た。記して感謝申し上げる。なお、本研究は JSPS 科研費 JP20K01435, JP18H05216, 公益財団法人全国銀行学術研究振興財団の助成を受けたものである。