



「営業秘密」について

令和5年3月9日

弁護士 江藤 寿美怜

E-mail/eto_s@clo.gr.jp

第1 はじめに

「企業の有する財産」と言われて、皆様はどのようなものが思い浮かぶでしょうか。自社ビルや工場等の不動産、機械類や材料・製品等の動産のような典型的な財産のほか、従業員の人的資源を思い浮かべる方もいらっしゃると思います。

しかし、忘れてはならない財産として、「情報」があります。企業は、自社が持つ様々な営業情報や技術情報を用いて、他社との差別化を図り、自社の競争力を向上させています。そのため、営業秘密をはじめとする秘密情報は、価値ある財産の一つとなっており、近年では秘密情報の不正な持ち出し等の事案が、報道を賑わせています。

例えば、ソフトバンク元社員の男がソフトバンクの高速通信技術「5G」などに関する営業秘密を転職先の楽天モバイルへ不正に持ち出したとして、不正競争防止法違反（営業秘密領得）の罪で懲役2年、執行猶予4年、罰金100万円の有罪判決を受けました。この件については、ソフトバンクは、楽天モバイルと当該従業員に対し、1000億円の損害を被ったと主張し、10億円の損害賠償を求める民事裁判を起こしていると報道されています。また、回転ずしチェーン「はま寿司」の営業秘密を不正に取得したなどとして、「かっぱ寿司」運営会社元社長と運営会社等が、それぞれ不正競争防止法違反罪（営業秘密侵害）に問われています。裁判において、元社長は罪を認めています。先日運営会社等は無罪を主張し、これから全面的に争う姿勢を明らかにしました。

そこで今回は、そもそも「営業秘密」とはどのようなものなのか、そして仮に営業秘密の持ち出し等が生じた場合、どのような措置を取り得るのかについて、経済産業省が公表している「営業秘密管理指針（平成15年1月30日（最終改訂平成31年1月23日）」¹に基づき、法的な観点からご説明させていただきます。

第2 営業秘密とは

不正競争防止法（以下「不競法」といいます。）第2条第6項は、「この法律において「営業秘密」とは、秘密として管理されている生産方法、販売方法その他の事

¹ (<https://www.meti.go.jp/policy/economy/chizai/chiteki/guideline/h31ts.pdf>)

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。」と定めています。このように、情報が「営業秘密」に該当するためには、①秘密管理性、②有用性、③非公知性の三要件を満たす必要があります。

そして、営業秘密に該当すると、不競法に基づく差止めをはじめとする民事上、刑事上の措置の対象になりうることとなります。もっとも、秘密管理性等の三要件が認められ、営業秘密に該当したとしても差止め等や刑事措置の対象となるためには、法に定められる「不正競争」や「営業秘密侵害罪」としての要件をすべて充足しなければなりません（不競法第2条第1項第4号～第10号、第21条第1項各号等）。

営業秘密に該当しない情報については、不競法による保護を受けることはできませんが、当該情報の取扱いについて私人間の契約において別途の規律を設けた場合には、当該契約に基づく差止め等の措置を請求することが可能で、その際、法における営業秘密に該当するか否かは基本的には関係がないと考えられています。

第3 ①秘密管理性について

1 趣旨

営業秘密は、そもそも情報自体が無形で、その保有・管理形態も様々であること、また、特許権等のように公示を前提とできないことから、営業秘密たる情報の取得、使用又は開示を行おうとする従業員や取引相手先（以下「従業員等」といいます。）にとって、当該情報が法により保護される営業秘密であることを容易に知り得ない状況が想定されます。

秘密管理性要件の趣旨は、このような営業秘密の性質を踏まえ、企業が秘密として管理しようとする対象が明確化されることによって、当該営業秘密に接した者が事後に不測の嫌疑を受けることを防止し、従業員等の予見可能性、ひいては経済活動の安定性を確保することにあります。

2 必要な秘密管理措置の程度

(1) 総論

秘密管理性要件が満たされるためには、自社が当該情報を秘密であると単に主観的に認識しているだけでは不十分であり、自社の秘密管理意思（特定の情報を秘密として管理しようとする意思）が、具体的状況に応じた経済合理的な秘密管理措置によって、従業員に明確に示され、結果として、従業員が当該秘密管理意思を容易に認識できる（換言すれば、認識可能性が確保される）必要があります。これは、取引相手先に対する秘密管理意思の明示に

についても、基本的には同様です。

秘密管理措置は、対象情報（営業秘密）の一般情報（営業秘密ではない情報）からの合理的区分と、当該対象情報について営業秘密であることを明らかにする措置とで構成されます。

（２） 秘密管理措置の対象者

まず、秘密管理措置の対象者は、当該情報に合法的に、かつ、現実接することができる従業員等になります。つまり、職務上、営業秘密たる情報に接することができる者が基本となりますが、当該情報に接することが業務の範囲内か否かが明確ではなくとも当該情報に合法的に接することができる者、例えば、部署間で情報の配達を行う従業員、いわゆる大部屋勤務において無施錠の書庫を閲覧できる場合における他部署の従業員なども、対象者に含まれます。

（３） 秘密管理措置の内容

ア 合理的区分

次に、秘密管理措置における「合理的区分」とは、企業の秘密管理意思の対象（従業員にとっての認識の対象）を従業員に対して相当程度明確にする観点から、営業秘密が、情報の性質、選択された媒体、機密性の高低、情報量等に応じて、一般情報と合理的に区分されることをいいます。

この合理的区分とは、情報が化体した媒体について、企業における、その規模、業態等に即した媒体の通常管理方法に即して、営業秘密である情報を含むのか、一般情報のみで構成されるものであるか否かを従業員が判別できればよいと解されています。

イ 営業秘密であることを明らかにする措置

そして、「当該対象情報について営業秘密であることを明らかにする措置」としては、主として、媒体の選択や当該媒体への表示、当該媒体に接触する者の限定、ないし、営業秘密たる情報の種類・類型のリスト化、秘密保持契約（あるいは誓約書）などにおいて守秘義務を明らかにする等が想定されます。要するに、秘密管理措置の対象者たる従業員において当該情報が秘密であって、一般情報とは取扱いが異なるべきという規範意識が生じる程度の取組であることがポイントとなります。

秘密管理措置の具体的な内容・程度は、当該営業秘密に接する従業員の多寡、業態、従業員の職務、情報の性質、執務室の状況その他の事情によって当然に異なるものであり、例えば、営業秘密に合法的かつ現実的に接

しうる従業員が少数である場合において、状況によっては当該従業員間で口頭により「秘密情報であること」の確認をしている等の措置で足りる場合もあり得ます。

(4) 秘密管理措置の具体例

秘密管理措置の具体例としては、情報の化体している媒体毎に区分して列挙すると、以下のようになります。

なお、複数の媒体で同一の営業秘密を管理する場合（例えば、同一の情報を紙及び電子媒体で管理する場合）には、原則としてそれぞれについて秘密管理措置が講じられる必要がありますが、従業員等が同一の情報につき複数の媒体に接する可能性がある場合には、いずれかの媒体への秘密管理措置によって、当該情報についての秘密管理意思の認識可能性が認められる場合には、仮にそれ以外の媒体のみでは秘密管理意思を認識しがたいと考えられる場合であっても、秘密管理性は維持されることが通常であると解されています。

ア 紙媒体の場合

- ・ ファイルの利用等により一般情報からの合理的な区分を行ったうえで、基本的には、当該文書に「マル秘」など秘密であることを表示する
- ・ 個別の文書やファイルに秘密表示をする代わりに、施錠可能なキャビネットや金庫等に保管する

イ 電子媒体の場合

- ・ 記録媒体へのマル秘表示の貼付、電子ファイル名・フォルダ名へのマル秘の付記、営業秘密たる電子ファイルを開いた場合に端末画面上にマル秘である旨が表示されるように、当該電子ファイルの電子データ上にマル秘の付記
- ・ 記録媒体そのものに表示を付すことができない場合には、記録媒体を保管するケースや箱に、マル秘表示の貼付

ウ 物件に営業秘密が化体している場合

(例：製造機械や金型、高機能微生物、新製品の試作品など)

- ・ 扉に「関係者以外立入禁止」の張り紙を貼る
- ・ 警備員を置いたり、入館 ID カードが必要なゲートを設置したりして、工場内への部外者の立ち入りを制限する
- ・ 写真撮影禁止の貼り紙をする

- ・ 営業秘密に該当する物件を営業秘密リストとして列挙し、当該リストを営業秘密物件に接触しうる従業員内で閲覧・共有化する

エ 媒体が利用されない場合

技能・設計に関するものなど従業員が体得した無形のノウハウ、従業員が職務として記憶した顧客情報等は、従業員の予見可能性を確保し、職業選択の自由にも配慮する観点から、原則として可視化することが必要となります。

可視化の方法としては、例えば

- ・ 営業秘密のカテゴリーをリスト化する
- ・ 営業秘密を具体的に文書等に記載する等の方法が考えられます。

(5) 営業秘密を企業内外で共有する場合の秘密管理性の考え方

また、企業内（支店、営業所等）、企業外（子会社、関連会社、取引先、業務委託先、フランチャイジー等）と営業秘密を共有する場合の秘密管理性については、ケース毎に、以下のように整理されています。

ア 社内の複数箇所で同じ情報を保有しているケース

秘密管理性の有無は、法人全体で判断されるわけではなく、営業秘密たる情報を管理している管理単位（規模、物理的環境、業務内容も勘案しつつ、秘密管理措置の要否や内容の決定及びその遵守状況の監督（違反者の処分等）に関する自律的決定権限の有無その他の事情の有無から判断して、営業秘密の管理について一定の独立性を有すると考えられる単位。典型的には、「支店」「事業本部」など。）ごとに、当該企業の秘密管理意思に対する認識可能性があればよいと整理されています。

例えば、十分な秘密管理措置が行われているA支店から情報が漏えいした場合、B支店における秘密管理措置が不十分であったことをもって、A支店の秘密管理性は、通常否定されません。ただし、B支店における秘密管理措置の不存在の事実が、継続的で、社内で公然の事実であるといった状況の結果、A支店の従業員の認識可能性が損なわれている場合には、その後、A支店から情報が漏えいした場合に、A支店における秘密管理性は否定される可能性があります。

イ 複数の法人間で同一の情報を保有しているケース

複数の法人に跨がって、同一の情報を保有している場合、当該情報の秘密

管理性の有無は、法人（管理単位）ごとに判断され、別法人内部での情報の具体的な管理状況は、自社における秘密管理性には影響しないことが原則です。例えば、C社とD社とで同一の情報を保有している場合、十分な秘密管理措置が行われているC社から情報が漏えいした場合、D社における秘密管理措置が不十分であったことをもって、C社の秘密管理性は、通常否定されません。

このようなケースで問題となりうるのは、自社の営業秘密について、子会社等の別法人が不正な利用を行っている場合に、自社が当該別法人に対して差止請求等を行うことができるかということです。このような場合、自社からの差止請求を行うためには、当該別法人（具体的には自社から当該営業秘密を共有した担当者）に対して、自社従業員に対するのと同様に、自社の秘密管理意思が明確に示されている必要があります。具体的には、営業秘密を特定した秘密保持契約の締結により自社の秘密管理意思を明らかにする方法が典型的ですが、取引先との力関係上それが困難な場合には、自社では営業秘密として管理されているという事実の口頭による伝達や、開示する文書へのマル秘表示によっても、自社の秘密管理意思を示すことが可能となります。

第4 ②有用性について

1 趣旨

「有用性」の要件は、公序良俗に反する内容の情報（脱税や有害物質の垂れ流し等の反社会的な情報）など、秘密として法律上保護されることに正当な利益が乏しい情報を営業秘密の範囲から除外した上で、広い意味で商業的価値が認められる情報を保護することに主眼があります。したがって、秘密管理性、非公知性要件を満たす情報は、有用性が認められることが通常です。

2 具体例

上記のような趣旨から、情報に有用性が認められるためには、当該情報が現に事業活動に使用・利用されていることまでは要しないと整理されています。そのため、直接ビジネスに活用されている情報に限らず、間接的な（潜在的な）価値がある情報にも、有用性は認められる可能性があります。

例えば、過去に失敗した研究データ（当該情報を利用して研究開発費用を節約できる場合）や、製品の欠陥情報（欠陥製品を検知するための精度の高いAI技術を利用したソフトウェアの開発には重要な情報）等のいわゆるネガティブ・インフォメーションにも、有用性は認められる可能性があります。

す。

さらに、当業者であれば、公知の情報を組み合わせることによって容易に当該営業秘密を作出することができる場合であっても、その情報についての有用性が失われることはないと解されています。

第5 ③非公知性について

1 趣旨

「非公知性」が認められるためには、一般的には知られておらず、又は容易に知ることができないことが必要です。具体的には、当該情報が合理的な努力の範囲内で入手可能な刊行物に記載されていない、公開情報や一般に入手可能な商品等から容易に推測・分析されない等、保有者の管理下以外では入手できない状態である場合には、非公知性が認められると整理されています。

「営業秘密」とは様々な知見を組み合わせる一つの情報を構成していることが通常ですが、その情報の断片が様々な刊行物に掲載されており、その断片を集めてきた場合、当該営業秘密たる情報に近い情報が再構成され得るという場合が考えられます。しかし、このような場合においてからとって、そのことをもって直ちに非公知性が否定されるわけではなく、組み合わせの容易性、取得に要する時間や資金等のコスト等を考慮し、保有者の管理下以外で一般的に入手できるかどうかによって、非公知性が判断されることとなります。

2 具体例

例えば、リバースエンジニアリング（機械を分解したり、製品の動作を観察したり、ソフトウェアの動作を解析するなどして、製品の構造を分析し、そこから製造方法や動作原理、設計図などの仕様やソースコードなどを調査すること）によって、ある企業の営業秘密である技術情報に近い情報を得る場合について、裁判例では、専門家により、多額の費用をかけ、長時間にわたって分析することが必要であると推認されることを理由に、非公知性が肯定されました（大阪地判平成15年2月27日・知財管理54巻1号69頁）。

一方で、一般的に利用可能な技術手段であって、その費用も過大ではない成分分析を用いて、市場で流通しているある企業の製品に用いられている合金の種類や配合比率を調べた場合について、裁判例では、そのような手法が容易であることを理由に、非公知性が否定されました（大阪地判平成28年7月21日・知的財産法政策学研究52号279頁）。

第6 営業秘密の持ち出し等があった場合の対抗策

1 対抗策の概要

仮に営業秘密の持ち出し等があったことが発覚した場合、企業として取り得る方法には、大きく分けると、民事的措置と刑事的措置の2つがあります。

2 民事的措置

まず、民事的措置としては、以下の3つの方法が考えられます。

(1) 漏洩行為の差止請求（不競法3条）

営業秘密が持ち出し等された場合、企業としては何よりも先に、当該情報が使用されることを防止し、または既に使用されている場合には、一刻も早くその使用を禁止したいと考えることが一般的です。そのような対応策としては、営業秘密の漏洩等によって営業上の利益を侵害され、または侵害されるおそれがあることを理由として、侵害行為をする者に対するその行為の停止請求、侵害の恐れのある行為をする者に対する侵害の予防請求、営業秘密の廃棄等の請求を行うことが考えられます。

さらに、既に不正競争行為による営業上の利益侵害が現実化しており、これを放置しては著しい損害が生じる可能性がある場合など緊急性があるときには、侵害行為の停止を内容とする仮処分を申し立てることもできます。

(2) 情報漏洩に関する損害賠償請求（不競法4条・5条）

また、営業秘密が侵害されることにより被った損害については、漏洩者又は漏洩先企業に対し、損害賠償を請求することができます。

もっとも、このような場合において、民法上の不法行為に基づく損害賠償請求を行うとすると、侵害を被った被害者側企業において、営業秘密の侵害により生じた損害がいくらであったのかを主張立証する必要がありますが、本来自社が得られるべきであった利益が得られなかったことを主張立証しなければならないという困難が生じます。そこで不競法では、このような立証負担の緩和のために損害額の推定規定が置かれており、通常の損害賠償請求に比べると損害額の立証が容易になっています。

(3) 信用回復措置請求（不正競争防止法14条）

さらに、営業秘密の漏洩等によって営業上の信用を害された場合、情報漏洩された企業としては、その漏洩者に対して、謝罪広告等の信用回復措置をとらせることもできます。

3 刑事的措置（不競法 21 条 1 項 1 号～9 号）

（1） 9 類型の営業秘密侵害罪

次に、不競法では、以下の 9 類型の行為を営業秘密侵害罪と定め、刑事罰の対象としています。不競法では、不正に営業秘密を直接取得し、または使用・開示をした者だけではなく、そのような者から、不正に取得された営業秘密であることを知りながら情報を取得し、使用・開示した者も罪に問うこととなっており、広範に営業秘密侵害罪を成立させることで、営業秘密の保護を図っています。

① 不正取得罪（不競法 21 条 1 項 1 号）

不正の利益を得る目的（以下「図利加害目的」といいます。）で、又はその営業秘密保有者に損害を加える目的で、詐欺等行為（人を欺き、人に暴行を加え、又は人を脅迫する行為）又は管理侵害行為（財物の窃取、施設への侵入、不正アクセス行為、その他の営業秘密保有者の管理を害する行為）により、営業秘密を取得した場合。

② 不正取得後不正使用・開示罪（不競法 21 条 1 項 2 号）

詐欺等行為又は管理侵害行為により取得した営業秘密を、不正の利益を得る目的で、又はその営業秘密保有者に損害を加える目的で、使用し、又は開示した場合。

③ 領得罪（不競法 21 条 1 項 3 号）

営業秘密を営業秘密保有者から示された者であって、不正の利益を得る目的で、又はその営業秘密保有者に損害を加える目的で、その営業秘密の管理に係る任務に背き、次のいずれかに掲げる方法でその営業秘密を領得した場合。

- ・ 営業秘密記録媒体等（営業秘密が記載され、又は記録された文書、図画又は記録媒体）又は営業秘密が化体された物件を横領すること
- ・ 営業秘密記録媒体等の記載若しくは記録について、又は営業秘密が化体された物件について、その複製を作成すること
- ・ 営業秘密記録媒体等の記載又は記録であって、消去すべきものを消去せず、かつ、当該記載又は記録を消去したように仮装すること

④ 領得後不正使用・開示罪（不競法 21 条 1 項 4 号）

上記の領得罪に該当する行為により領得した営業秘密を、図利加害目的で、その営業秘密の管理にかかる任務に背いて、使用・開示した場合。

- ⑤ 在職者不正使用・開示罪（不競法 21 条 1 項 5 号）
営業秘密を保有者から示された現職の役員または従業員が、図利加害目的で、その営業秘密の管理にかかる任務に背いて、その営業秘密を使用・開示した場合。
なお、上記の領得後不正使用・開示罪に該当する者を除きます。
- ⑥ 退職者不正使用・開示罪（不競法 21 条 1 項 6 号）
営業秘密を保有者から示された役員または従業員であった者が、図利加害目的で、在職中に、その営業秘密にかかる任務に背いて、その営業秘密の開示の申込みをし、またはその営業秘密の使用もしくは開示について請託を受けて、退職後にその営業秘密を使用・開示した場合。
なお、在職者不正使用・開示罪と同じく、領得後不正使用・開示罪に該当する者を除きます。
- ⑦ 二次取得者不正使用・開示罪（不競法 21 条 1 項 7 号）
不正取得後不正開示罪、領得後不正開示罪、在職者不正開示罪、退職者不正開示罪のいずれかの開示により営業秘密を取得した者が、図利加害目的でその営業秘密を使用・開示した場合。
- ⑧ 三次取得者不正使用・開示罪（不競法 21 条 1 項 8 号）
不正取得後不正開示罪、領得後不正開示罪、在職者不正開示罪、退職者不正開示罪、二次取得者不正開示罪のいずれかの行為が介在したことを知って営業秘密を取得した者が、図利加害目的でその営業秘密を使用・開示した場合。
- ⑨ 営業秘密侵害品譲渡等罪（不競法 21 条 1 項 9 号）
不正取得後不正使用罪、領得後不正使用罪、在職者不正使用罪、退職者不正使用罪、二次取得者不正使用罪、三次取得者不正使用罪のいずれかの使用行為のうち、技術上の秘密を使用する行為（違法使用行為）によって生産された物であることを知って取得した者が、図利加害目的で、その物を譲渡する行為、引き渡す行為、譲渡もしくは引渡しのために展示、輸出、輸入、または電気通信回線を通じて提供した場合。

（2） 罰則の内容

営業秘密侵害罪に該当する行為に対しては、5 年以下の懲役若しくは 500 万円以下の罰金又はこれの併科が課せられる場合（不競法 21 条 2 項）と、10 年

以下の懲役若しくは 3000 万円以下の罰金又はこれを併科が課される場合（不競法 21 条 3 項）があります。

また、法人の業務に関して営業秘密侵害罪が行われた場合には、行為者のみならず、法人についても、5 億円（第 21 条 3 項の罪については 10 億円）以下の罰金が科されることがある。

第 7 終わりに

本稿では、上記のとおり、秘密管理性を中心して、自社の情報が「営業秘密」として認められるための要件と、仮に営業秘密の持ち出し等が生じた場合の措置について、ご説明させていただきました。

なお、漏えい防止ないし漏えい時に推奨される（高度なものを含めた）包括的対策については、別途経産省知的財産政策室が公表しております「秘密情報の保護ハンドブック～企業価値向上に向けて～（令和 4 年 5 月）」²に掲載されているので、ご興味のある方は、是非ご参照下さい。

以上

当事務所では、主として名刺交換をさせていただいた方を対象とし、有用な法律情報等をお知らせすべく定期的にメールマガジンを発行させていただいております。また、バックナンバーは[こちら](#)に掲載しておりますので、あわせてご覧ください。

本稿は一般的な情報を提供するもので、リーガルアドバイスを目的とするものではありません。本稿記載の見解は執筆担当者の個人的見解であり、当事務所の見解ではありません。個別の案件については当該案件の個別の状況に応じ、弁護士の適切なアドバイスを求めていただく必要がございます。お問い合わせ等ございましたら、執筆担当者までご遠慮なくご連絡くださいますよう、お願いいたします。

【配信停止・お問い合わせについて】

今後、本メールマガジンの配信又は配信停止をご希望の方、メールアドレスの変更その他お問い合わせがございましたら、大変お手数ではございますが、下記メールアドレスまでご連絡ください。

clo_mlstop@clo.gr.jp

² (<https://www.meti.go.jp/policy/economy/chizai/chiteki/pdf/1706blueppt.pdf>)