

早稲田大学大学院法学研究科

2015年2月

博士学位申請論文審査報告書

論文題目 営業秘密の管理と保護の在り方及びこれにおける秘密保  
持契約の活用－米国の制度と実務を参考にした考察－

申請者氏名 結城哲彦

主査 早稲田大学教授  
副査 早稲田大学教授  
早稲田大学教授  
早稲田大学客員教授

高林 龍  
江泉芳信  
上野達弘  
三村量一

早稲田大学大学院法学研究科博士後期学生結城哲彦氏は、早稲田大学大学院学則第7条に基づき、2014年10月14日、その論文「営業秘密の管理と保護の在り方及びこれにおける秘密保持契約の活用—米国の制度と実務を参考にした考察—」を早稲田大学大学院法学研究科長に提出し、博士（法学）（早稲田大学）の学位を申請した。後記の委員は、上記研究科の委嘱を受け、この論文を審査してきたが、2015年2月6日、審査を終了したので、ここにその結果を報告する。

## 1 本論文の構成と内容

### (1) 本論文の目的と構成

#### 1) 本論文の目的

営業秘密に関する現行の制度（1994年5月1日施行）は、1993年（平成5年）に行われた不正競争防止法の全面改正に基づくものであり、内容的には、1990年（平成2年）に導入された営業秘密に関する規定をほぼそのまま引き継ぎ、制度が施行されて以来、数次にわたって必要な改正が行われて今日に至っている。制度が導入された当時に比べて、わが国の営業秘密（企業秘密の中核を構成する情報）を取り巻く客観情勢は大きく変わり、また、営業秘密が国内外の競業他社（ライバル会社）に流出する事例も増加していることは、周知のとおりである。

本論文は、このような制度を支える時代の枠組みの変化を踏まえて、営業秘密の管理と保護の高度化を図ることは喫緊の課題であるとの認識に基づき、現行の営業秘密制度に内在する問題点と民事上の救済にかかる課題について考察し、それを解釈論でカバーできるものと立法（法改正）によらなければ解決できないものを仕分けし、わが国における営業秘密の今後の管理と保護の在り方及びそのための手段の一つである秘密保持契約の活用について、幅広く論じるものである。

#### 2) 本論文の構成

本論文は、営業秘密を含む企業秘密の安全をトータルで確保するという視点を基本的なスタンスにしている。すなわち、情報の漏洩が発生した際の事後処理対策を主たる役割にしている営業秘密という法定の制度の概念にとどまらず、日常的な情報管理や危機管理などの予防対策を含めた形で、幅広く議論を展開している。また、同様の視点から、秘密保持契約の活用による保護と法定の制度である営業秘密による保護との「相互一体的な体制」の確保も視野に入れた考察を行っている。

上記を基本にして、本論文は、以下のように10章で構成されている。序論として、法定制度である営業秘密の概念、その存在意義、問題の所在、営業秘密の管理の実態、営業秘密を保護するための手段・方法などについて検討し、それを踏まえて保護手段・方法の一つである契約構成が、法定制度である営業秘密に対してどのような形で交錯し、どのような機能を果たしているかを明らかにしている。次に、契約構成のなかでは、特に情報

漏洩の予防とその事後処理の両面において重要な役割を果たしている秘密保持契約に考察の重点を移し、これに関連する主要な問題について検討し、これら二つの検討過程で浮かび上がった問題点を集約して総括的な考察を行い、終章にて結論を述べている。なお、随所で、必要に応じて、米国の制度及び実務との比較を行っている。

## (2) 本論文の内容

第1章では、序論として、最初に営業秘密と企業秘密の関係を明確にし、営業秘密が、ライバル会社との競争や差別化のために欠かせない経営資源であり、競争力の源泉であると述べている。

次に、営業秘密については、1966年(昭和41年)のワウケシャ事件以来、久しくマスコミを騒がすような事件は発生しなかったが、2012年(平成24年)4月に起きた新日本製鐵(新日鐵住金)によるポスコ社(韓国製鉄の大手)に対する損害賠償請求事件、2014年(平成26年)3月に提起された東芝による韓国SKハイニックス社に対する損害賠償請求事件、2014年7月に起きたベネッセ・コーポレーションによる3504万件に達する個人情報流出事件などの報道によって、営業秘密の漏洩・外部流出をどのようにして防ぐかについての関心が、このところにわかに高まりを見せ、これが契機となって、営業秘密の漏洩に対する罰則強化などの法改正が検討されていると現状を説明している。しかし、立法論や政策論を展開する前に、現状における諸問題を正確に把握し、現行の枠組みのなかで出来ることと出来ないことを明確にすることが喫緊の重要課題であり、現行法の解釈、運用及び実務の視点から、営業秘密の「管理と保護」の在り方を再考することは決して無意味ではないと述べ、本論文の基本的な立場を明確にしている。

さらに、本論文は、研究の対象が、①完全な第三者との関係における営業秘密、②取引関係又は契約関係のある当事者間における営業秘密、③外国に流出した営業秘密、の三つにあることを明示し、同時に、予防対策と事後処理対策、法定制度と契約というように、営業秘密の安全確保をトータルで考察する立場から、企業が自衛的・自発的に実施すべきものに、「基礎的・日常的な情報管理」、「秘密情報の外部流出の防止を目的にした危機管理」及び「秘密保持契約の締結を含む契約法的管理」の三つが必要であることを指摘し、これらも本論文の議論の対象であると述べている。

なお、以下の各章における考察のなかでは、米国の営業秘密制度やこれに関連する実務(契約、訴訟上の扱いなど)を参考にしながら考察を進めている。米国を選んだ理由については、わが国の営業秘密制度が、米国法に倣って法制化されている沿革的な背景のほか、米国法(連邦統一営業秘密モデル法及びこれに基づいて制定されている各州の営業秘密法)と内容・形式の両面で類似している点が多いからだと説明している。

第2章では、営業秘密の概念を全般的に述べている。すなわち、営業秘密は、法定の制度としてどのように定められているか、その基本的な役割は何か、何が問題点かなどにつ

いて、判例分析も踏まえて詳細に論じている。具体的には、企業が保有している秘密情報が営業秘密として認定を受けるには、法定の要件を具備する必要があるが、その要件が厳しく、営業秘密である旨の認定を得ることは必ずしも容易でないことを最初に指摘している。また、営業秘密の漏洩・外部流出の多くは、従業員、元従業員、受入派遣社員などの様々なバックグラウンドや特性を有する「人」が介在することによって意図的に引き起こされる、いわば「人災」であること、しかも、労働市場における「人」の移動が流動性を強める傾向を示し、具体的には、定年退職者やリストラにあった者を含む元従業員が外国企業に雇用され、在職中に知り得た知識を不正に提供するケースがわが国でも現実になりつつあることなどを勘案し、遅まきながら、今後の営業秘密の内部管理は、「人」を中心に置いた仕組みに重点を移す「発想の転換」が必要であることなどについて、その重要性を強調している。

次に、営業秘密による保護が必ずしも十分にその機能を発揮できていない一因として、営業秘密の定義の不十分性を指摘しているが、この点に関しては、①そもそも「秘密」の定義が存在しない、②「秘密としての管理(秘密管理性)」の判断基準が明示されていない、③判断基準と具体的な管理の程度との関係が明確でない、④秘密管理の方法・手段については何も定められていない、⑤秘密管理の実施主体と従業員が自ら開発・知得した営業秘密との関係が明確でない、⑥秘密管理性の要件が、営業秘密の定義全体を左右する「第一要件」となっており、立証責任の合理的な配分の妨げになっている、などの問題点について具体的に論じている。特に、上記②の秘密管理性に関する判断基準については、相対的認識説(緩和説又は一基準説)と絶対的認識説(厳格説又は二基準説)の二つが存在しているが、秘密の管理である以上、最小限のアクセス制限は必要であるとして、絶対的認識説の立場に立つ学説と判例が妥当であると述べている。

さらに、営業秘密制度は、情報の漏洩・外部流出に対する予防対策を直接の目的にしたものではないので、情報漏洩の安全対策(予防対策)としては不十分であり、営業秘密のトータルとしての安全確保のためには、「基礎的・日常的な情報管理」、「危機管理」及び「契約法的管理」などの予防対策が別に必要であると論じている。

米国との比較では、営業秘密の最も重要な法定要件である「秘密としての管理」の位置づけや訴訟上の取扱いが大きく異なっていることを指摘し、米国の制度設計には見習うべきものがあると論じている。また、わが国では、不法行為法による営業秘密の侵害行為の差止めが出来ないことを補完するために営業秘密制度が誕生したのに対して、米国では、不法行為法に基づく差止請求が認められており(衡平法)、州際取引の円滑化を進めるために全米統一的な営業秘密の制定法が登場するに至ったことを明らかにし、両国の営業秘密制度の背景の違いについても説明している。

第3章では、営業秘密の侵害を救済するための民事上の措置、すなわち、特別法(不正競争防止法)による差止請求、不法行為法(民法)による損害賠償請求及び契約法による

履行請求と損害賠償請求の三つについて論じ、それぞれについての問題点を明らかにしている。

最初に、法的救済について述べている。不正競争防止法で定めている営業秘密制度の活用は、営業秘密に対する侵害の救済を可能とする最も基本的な手段・方法であると述べている。しかし、不正競争防止法による救済を受けるには、争いの対象となっている情報が営業秘密の法定要件を満たしていること、及び不正競争防止法が定めている六つの不正競争行為類型のいずれかに該当すること、の二段階の立証ハードルをクリアする必要があり、その負担は重いと論じている。この視点から、他の適切な救済方法の併用・組み合わせが重要であること、及び、状況によっては営業秘密制度以外の立証負担の軽い方法を選択する柔軟な対応が必要であることを強調している。また、営業秘密による救済に差止請求権が認められている根拠については、民法 709 条又は 710 条に由来する不法行為的構成が妥当だと述べている。さらに、他の方法の併用に関しては、営業秘密の侵害（不正競争防止法違反）を主位的請求とし、これに一般不法行為（民法 709 条）を予備的請求として組み合わせる形態が多く用いられていることを指摘する一方、不法行為に基づく予備的請求は、主位的請求が認容されない場合に自動的に認められるものではなく、相手方に損害を与えることのみを目的とするがごとき「特段の事情」がない限り適用されないと解する立場（原則不適用説）が妥当であると論じている。なお、米国では差止めの期間には期限を設けるのが一般的であることを踏まえて、わが国でも、期限を定めた差止判決も有効であると論じている。

次に、契約による救済の有効性について論じている。この方法による救済を可能にするためには、相手方との間で契約を交わす必要があるが、契約が存在する場合は、不法行為のように「特段の事情」という要件が加重されていないので、これを積極的に活用すべことを強調している。また、契約には、競業避止契約と秘密保持契約の二つが存在するが、競業避止契約の対象は退職者に限られること及び転職の自由を物理的に制限することなどの関係から、必ずしも汎用的でないと述べている。これに対して、秘密保持契約には、経営者の意思決定で活用するかしないかを定めることができること、対象者は退職者に限定されないこと、公序良俗や信義則に反しない限り幅広く認められることなどの柔軟性・汎用性があるという理由で、可能な状況にある場合には、これを積極的に活用すべきだと強調している。

さらに、外国に流出した営業秘密の民事上の救済については、裁判管轄や立証責任の配分など、解釈論では解決困難な多くの問題があるので、その多くを今後の立法措置に依存せざるを得ないと指摘している。

米国では、不法行為による救済の場合でも差止請求が認められていること（衡平法）、営業秘密の分野には懲罰的賠償（2倍まで）の制度が存在すること、秘密保持契約による救済がむしろ当然とされ、訴訟においても秘密保持契約による保護措置の有無が先に審理されることなど、わが国には見られない制度や慣行が存在することを明らかにしている。

なお、刑事上の救済については、本研究の目的ではないとの理由で、参考程度の記述にとどめたと付言している。

第4章では、営業秘密管理の現状について考察している。誰から誰に対して情報が漏れているか、漏洩を惹起しないための安全管理はどのような手段・方法で行われているか、営業秘密制度を活用した救済がどのように行われているかなどについて、公表されているわが国と米国の資料に基づき、現状の把握と解析を行い、その結果を次のようにまとめている。

わが国における営業秘密の管理の実態については、情報管理の原点である区分管理と格付管理は、日常的・基礎的なものとして、まずまずの水準で実施されていること、営業秘密の漏洩・外部流出を防ぐための危機対策の実態は明らかでないこと、情報漏洩・外部流出の90%以上が取引先や従業員・元従業員などの関係者に起因しており、外部者による情報の窃取はわずか4%にすぎないこと、企業内部の従業員・退職者等の秘密保持義務については秘密保持契約も活用されているが、その契約締結率は総じて低いこと、営業秘密を主位的請求とした訴訟の件数は年間に10件程度であり、また、原告の勝訴率は20～25%であること、情報の漏洩先の58%が内外のライバル会社であり、これとの関連で競業避止契約の活用も視野に入れる必要があること、などの諸点に留意が必要だと解析している。

以上の実態調査の解析を踏まえて、企業における営業秘密の「管理」と「保護」の今後の在り方を導き出すための方程式は、上記留意点をカバーし、かつ、経済産業省が定めている「営業秘密管理指針」の趣旨と軌を一にするものでなければならず、消去法的に見ても、営業秘密の救済方法のなかでは、「契約法的管理」の中核である秘密保持契約の活用しかないと主張し、秘密保持契約の機能・効用を次のように述べている。

- ① 企業関係者、特に従業員と退職者、取引先に対して効力を及ぼし得るものであること
- ② 本来的には、情報漏洩という事態が現実には起きた際の事後処理対策としての機能を果たすものであるが、同時に、危機管理・予防対策としての効用も有していること
- ③ 営業秘密制度を補完できる存在であること
- ④ わが国の活動法人約253万社の85%を占める資本金1000万円以下の企業215万社(56%を占める資本金500万円以下の企業142万社)が活用できる使い勝手のよい手段・方法であること
- ⑤ グローバル化の進展というパラダイムシフトに呼応したものであること

次に、米国における営業秘密の管理の実態については、日常的な情報管理はわが国ほどきめ細かくないこと、米国の訴訟件数はわが国に比べて桁違いに多く、また、勝訴率は40～45%でわが国のほぼ倍であること、米国の場合、秘密保持契約の活用による保護が、営業秘密制度と並ぶ独立した存在として、訴訟上も有効に機能していること、などの諸点を明らかにしている。

なお、米国で営業秘密に関する裁判件数が多い理由について、次のように述べている。

第一に、企業数全体の 15%程度を占める 100 万社前後の企業では、秘密保持契約の締結も、内部管理である区分管理や格付管理も実施しておらず、事実上、管理の空白領域に置かれていると推測される。このため、営業秘密について紛争が発生した場合の選択肢は、営業秘密の侵害を理由にした訴訟による救済しかない。

第二に、米国特有の社会的背景と、次のような要素が複合的に絡み合った結果、それが訴訟によって問題を解決するという社会的慣行の定着へと発展した。

- ①世界中の各地から固有の文化や価値観を持って渡ってきた民族によって形成されている多民族国家であり、ビジネスにおける人々の価値観もさまざまである。ほぼ単一民族のわが国とは、この点が根本的に異なる。したがって、話し合いによる解決には多くの困難を伴い、“sue first, and talk later”の方が早い解決が望める、という考え方が支配的である。
- ②州によって法制度が異なるため、州をまたがる問題の解決には、裁判所の手助けが必要不可欠である。
- ③判例法主義の国家であるため、独力では事件の結果を予見できず、裁判所の助けを借りなければ、解決への道筋を見出すことが困難である。
- ④国土の面積が広大（わが国の約 25 倍）であり、同一国でありながら、東海岸（ニューヨーク）と西海岸（ロサンゼルス）の間には 3 時間、東海岸（ニューヨーク）とハワイの間には 6 時間、それぞれ時差もある。私人間の話し合いで紛争を解決するには、おのずから限界がある。
- ⑤悪質な行為の抑制につながる法制度（懲罰的損害賠償、クラスアクション等）の存在が、訴訟促進的な役割を果たしている。

第 5 章では、営業秘密と秘密保持契約の交錯について考察している。最初に、現実の取引面において、営業秘密の管理及び保護と秘密保持契約がどのように交錯しているかについての考察を行っている。秘密保持契約が営業秘密と交錯する理由については、業種や企業規模に関係なく利用できるという経済的なメリットがあること、法的には、①立証責任の重い営業秘密でわざわざ争う必要がないこと（立証責任の負担軽減）、②故意・過失に関する立証責任の転換が可能であること、③保護対象を拡張できること、④履行強制（民法 414 条）の一環として、差止請求権も確保できること、⑤不正競争行為類型とは無関係に請求権の行使ができること、⑥営業秘密の要件である「秘密管理性」を補強する材料として機能すること、などを挙げて論じている。

上記の顕著な具体的事例として、雇用契約と秘密保持契約の場合における交錯を挙げている。すなわち、この交錯における特徴は、当該情報が、技術上又は営業上の秘密情報でなくても、また、不正競争行為類型への該当性とは無関係に、秘密保持契約による保護の対象にできる点にあると述べている。たとえば、退職時に退職者と秘密保持契約が交わし

であれば、当該退職者（転職者）に対しては、営業秘密に基づく責任だけではなく、秘密保持契約違反に基づく責任も選択的に追求できる。しかし、秘密保持契約が交わされていない場合は、契約違反に基づく責任追及はできず、退職者に対しては、営業秘密に基づく請求によるほかないことになる。ライセンス契約や継続的取引基本契約の当事者間においても、同様のことがあてはまる。このように論じて、情報を開示する場合、相手との間では秘密保持契約を結ぶべく可能な限りの努力をし、万一、情報の漏洩という事態が発生しても、営業秘密と秘密保持契約の併用で情報漏洩者の責任の追及ができるように準備しておく必要があると強調している。

次に、訴訟において営業秘密の管理と保護に秘密保持契約がどのように交錯しているかについて、判決例に基づいて考察している。すなわち、営業秘密による保護・救済を補完する方法・手段としては、不法行為による予備的請求が多く用いられている実態を紹介している。また、秘密保持契約による予備的請求については、せつかくの秘密保持契約が有効に作動していない事例を紹介し、今後、営業秘密などの秘密情報の管理と保護の高度化を図るには、好むと好まざるとにかかわらず、秘密保持契約そのものについて、さらなる研究と秘密保持契約の積極的な活用に向けた検討や啓蒙が必要であると強調している。

さらに、秘密保持契約の積極的な活用に関連して、わが国の先行研究の現状についても細かく検討を行っている。その結果を踏まえて、秘密保持契約は、単に雇用契約に付随するものとしてではなく、企業の対外活動に伴う営業秘密の保護にも必要な横断的な存在としてとらえられるべきものであり、契約体系の中に明確に位置づけられるべきだと強調している。また、米国の営業秘密に関する体系書が、ほぼ例外なく秘密保持契約についての説明に相当な紙数を当てていることを踏まえて、わが国の今後の「営業秘密論」は、秘密保持契約についての論述を伴ったものであるべきだと論じている。

米国の場合、営業秘密と秘密保持契約の交錯は当然のこととされ、取引関係だけではなく、訴訟においても完全に交錯していると説明している。たとえば、契約責任は、基本的には「厳格責任」すなわち「無過失責任」であること、秘密保持契約が存在する場合、当事者間では、秘密保持契約違反（債務不履行）の有無（契約法）が、営業秘密に関するコモン・ロー（不法行為法）や制定法に優先して適用されること、したがって、営業秘密にかかる訴訟においては、当事者間の信頼関係の有無が最初に審理の対象になることなどの点で、わが国の法制及び実務慣行との間に大きな違いがあると論じている。さらに、このように秘密保持契約の扱いについて日米間に違いが生じる理由は、契約観・契約理論に由来していると述べている。すなわち、米国では、契約を当事者間の「関係」や「相互的な権利義務」としてとらえ、「信頼関係理論」的な法的構成のなかに契約の拘束力の源泉（発生根拠）を求め考え方が支配的であるのに対して、わが国では、「信頼関係破壊の法理」（判例法理）のように、契約の前提に信頼関係が存在するという考え方は存在するものの、「契約とは、対立する2個以上の意思表示によって成立するものである」という当事者の意思＝合意のなかに拘束力の発生根拠を置く考え方（意思主義）が、依然として基本的な契約



法理であると結論づけている。

第6章では、秘密保持契約についての概括的考察を行っている。営業秘密の「管理」と「保護」の有効な手段として秘密保持契約が現実には活用されている事実を踏まえ、秘密保持契約についての重要な事項を述べている。その内容を箇条書きで要約すれば、おおむね、下記のとおりである。

第一に、秘密保持契約は、原則として、片務の非典型契約であると説明し、内容的には、秘密保持義務（不作為債務）を課すものであり、債権者は、債務の強制履行（間接強制を含む）の一環として差止請求ができる。

第二に、契約の当事者を基準にして区分すると、秘密保持契約は、企業間で締結されるものと、企業とその従業員等との間で締結されるものに分けられる。

第三に、事業活動との関係で見た場合、秘密保持義務の役割は、情報という経営資源をめぐる利益調整のための法的手段を提供するものである。

第四に、企業間の場合、秘密保持契約の契約条項のうち、秘密情報の定義、秘密保持義務の対象となる情報の範囲、及び秘密保持義務の残存期間の三つが特に重要である。また、企業と従業員等との間の契約の場合には、これら三つとは別に、入社時の秘密保持契約（誓約）を随時更新してゆくことが重要である。

第五に、秘密保持義務の対象となる情報を特定するためには、「どの情報」を「何時まで」の二つの要素を、契約（書）上で、具体的に（場合によってはピンポイントで）、かつ明確に示すことが必要不可欠である。

第六に、秘密保持契約が終了した後の秘密保持義務の残存期間については、「期限の設定には慎重な対応が求められる」という抽象論・消極論を脱却して、合理性・納得性のある期間を具体的・積極的に明示すべきである。秘密性のある情報であっても、時間の経過とともに陳腐化（経年劣化）は避けられない以上、その期間が明確でないことは本来許されるべきではない。

第七に、契約（書）で秘密保持義務の対象となる情報を特定するだけでは不十分であり、当該情報が営業秘密であることを関係者に随時告知・注意喚起するなどの「最小限度の秘密管理」を行うことが必須である。

また、この章では、秘密保持契約の対象にできる情報の必要な要件についても考察検討し、ボーダラインに位置しているため、過去に争点となったいくつかの例を取り上げて、個別的な検討も行っている。

さらに、米国の制度や実務との比較に基づき、常に営業秘密による保護を優先しなければならない必然性はないと述べ、秘密保持契約の役割を再認識し、秘密保持契約を活用することは、決して誤った選択ではないと強調している。また、秘密保持契約の締結が当然とされている米国の場合、秘密保持義務の残存期間を無制限であるとする考え方はほとん

ど存在せず、退職者予定者との秘密保持契約には、「退職時面接 (exit interview)」という手続きが確立していることなどに言及し、米国の実務に学ぶ点が多いと述べている。

第7章では、秘密保持契約の契約条項のなかの「秘密保持義務の残存期間」に特化して、今後の在り方について考察している。

すなわち、秘密保持契約終了後、秘密保持義務を残存させる必要があることは自明であるとする一方で、自由競争が原則である以上、秘密保持義務を残存させる場合でも、その残存期間は合理的なものでなければならないとしている。しかし、秘密保持義務の残存期間をどのように定めるかについては定説がなく、「自社の企業秘密の性質を踏まえて期間設定を行うべきである」というような抽象的な基準では、実務の指針になり得ず、依拠できる実証的な資料・文献も存在していないことを指摘し、現実に関わされている秘密保持契約において秘密保持義務の残存期間が実際にどのように扱われているかについて筆者なりに独自の実態調査を行い、その結果と米国の状況も踏まえて、秘密保持義務の残存期間の在り方について独自の具体的な提言を行っている。

結論として、企業間の秘密保持契約における秘密保持義務の残存期間は、原則として5年を標準的な目安とし、情報の内容・種類、秘密の程度、ウィンストン事件法則（米国の一般的な基準）、経験則、業界慣行等を総合的に勘案・考量のうえ個別に調整して、その期間を当事者の合意によって具体的に決定すべきだと論じている。また、5年の根拠は、経験則と米国の例を参考にしたものだと述べるとともに、残存期間の明示が困難な場合は、無期限とはせずに自動延長条項によるべきだと提言している。なお、企業と従業員等の場合の残存期間については、次の第8章で論じている。

米国の場合、秘密保持義務の合理性の要件を、①情報開示者の利益、②情報被開示者の利益、及び③公衆（公共）の利益のバランスに求める考え方が判例で明確に定着しており、企業間における秘密保持義務の残存期間の目安は、一般に5年とされている旨を述べている。また、米国においても、秘密保持契約に基づく秘密保持義務を無期限（perpetuity）とすることは避けるべきであり、無期限よりは自動延長条項（automatic extension or renewal clause）が望ましい（advisable）とする見解が存在していることを紹介している。

さらに、独自に実態調査したデータで見ると、秘密保持義務のような「本来の残存条項」を損害賠償債務などの余後効についての「確認条項」と混同して取り扱う契約実務が行われているが、これも改める必要があると指摘している。

第8章では、企業と従業員等との間で交わされる秘密保持契約に特化して論じている。

第一に、企業と従業員等との秘密保持契約は、企業間で交わされる秘密保持契約との連係性が保たれ、相互補完の関係が確保されることによって、初めて営業秘密の管理と保護にとって有効な手段・方法になるものであることを強調している。たとえば、A社が、営

業秘密の開示に際して B 社と秘密保持契約を交わす場合、B 社に対して、B 社内における当該情報の取扱担当従業員と秘密保持契約を交わすよう義務づける必要があると述べている。その理由は、B 社が B 社の担当従業員と秘密保持契約を交わさないうちに、当該従業員が C 社に転職し、退職の際に当該従業員が A 社から B 社に渡った営業秘密を持ち出した場合、B 社は、C 社に対して営業秘密の不正取得を理由とした差止請求ができない可能性が大となり、結果として、その影響は A 社にも及ぶと説明している。

第二に、特に企業と従業員等との秘密保持契約は、民法（契約法）、民法（不法行為法）、労働契約法、及び不正競争防止法（営業秘密）と交錯する領域の「ど真ん中」に位置している存在であり、単に労働契約法上の問題としてとらえるのではなく、これら四つの領域との相互関連のなかでとらえてゆく視点が今後の研究にとって重要であると指摘している。

第三に、退職者に対する秘密保持義務の存続期間については、転職の自由（民法 626～628 条）との関係や競争禁止契約との兼ね合いなどを考慮すれば、企業間の秘密保持契約の場合に許されている 10 年間又は 20 年間という長期の秘密保持義務を退職者に課すことは許容されず、最長でも 5 年、通常 1～3 年が合理的なところであると論じている。また、企業と従業員等との間には、業務従事期間中に体得した一般的知識、経験、熟練、コツ等の無形な情報、すなわち「残留情報」という特有の問題が存在し、営業秘密との線引きが困難を極めるという問題を現実的・実務的に解決するために、その手段・方法として秘密保持義務の残存期間が契約で設けられていると述べている。

第四に、米国との比較では、退職者に対する秘密保持義務を無期限と定めた秘密保持契約を有効とした第一審判決が、控訴審で否定されて差し戻された事例を紹介している。この事例は、わが国において、合理的な秘密保持義務の残存期間を考える上で留意すべき判決であると注意を喚起している。また、競争禁止契約には営業秘密の漏洩を防ぐ効果はあるが、転職の自由と直接的に抵触するためいろいろな制約があること、また、州（たとえばカリフォルニア）によっては、競争禁止契約を原則として認めていない場合があることを指摘している。

第 9 章では、本研究の重要な課題の再認識と今後の対応についてまとめており、2 章から 8 章までの考察で浮かび上がった計 13 の問題点を四つのジャンルに整理し、それぞれの問題の所在と今後の在り方について総括している。その概要は、下記のとおりである。

第一のジャンルとして、「営業秘密にかかる制度上及び解釈論上の課題と今後の対応」の表題のもとで、次の三つの問題を挙げている。すなわち、「営業秘密の定義に内在する問題への対応」については、現行の規定を弾力的に解釈・運用することが当面可能であっても、抜本的には営業秘密の「秘密管理性」の位置づけを法改正する必要がある、と論じている。また、「先行研究の問題点と今後の研究課題」については、相対的認識説（緩和説）か絶対的認識説（厳格説）かの議論をこれ以上続けても無意味であると指摘したうえで、今後の営業秘密論は、手続法的な視点からの議論や営業秘密の管理方法を包摂した総合的・体系

的な解釈論の展開が必要であり、実務にも示唆を与えるような実践的な論述が望まれる、と述べている。さらに、「従業員が在職中に自ら開発した情報の取扱い」については、保護対象が、情報の帰属か、情報保有者の「秘密としての管理状況」か、それとも情報の開発者の秘密保持義務に対する認識の程度か、などの見極めが重要であると指摘し、米国の信頼関係理論の考え方も参考にすると論じている。

第二のジャンルとして、「営業秘密の管理と保護にかかる課題と今後の在り方」の表題のもとで、次の四つの問題を挙げている。すなわち、「秘密保持契約の位置づけと活用」については、秘密保持契約が有する機能や利点が十分理解されていないこと、契約体系における秘密保持契約の位置づけが明確でないことなどの問題点を指摘したうえで、営業秘密の管理と保護において、秘密保持契約の積極的な活用を否定すべき合理的理由がないと述べている。また、「残留情報の扱いと秘密保持義務の残存期間の関係」については、人の記憶に残った情報（残留情報）には、自由に利用できるものとできないものが混在しており、その線引きがむずかしいこと、残留情報を消去できる決め手がないことなどの問題点を指摘したうえで、次善の策として、残留情報のクールダウン（経年劣化）を図ることが行われ、このための方策として秘密保持義務に残存期間を設ける方法が採られていると論じている。さらに、「契約法的な人材管理の整備・拡充」については、秘密情報を取り扱う「人（個人・法人）」への対応が十分でないこと、契約法的な人材管理の視点が欠けていることなどの問題点を指摘したうえで、秘密保持契約の締結の推進を図る、きめ細かい日常的・基礎的な情報管理を並行して励行する、代償措置を伴った競業禁止契約の活用する必要があると論じている。残るもう一つの課題である「情報の漏洩・外部流出の緊急事態に備えた危機対策」については、総じて、危機管理の視点が欠けている、大量の情報を取り扱う大企業でも危機対策が不足しているなどの問題点を指摘したうえで、人災は起きるという発想の転換と危機対策のための技術的な措置の強化が必要であると述べている。

第三のジャンルとして、「訴訟手続き上の課題と今後の在り方」の表題のもとで、次の三つの問題を挙げている。すなわち、「営業秘密の要件を審理する順序の見直し」については、営業秘密の要件である「有用性」や「非公知性」の要件から審理に入り、その結果を踏まえて秘密管理性の有無（保護の要否）を審理するのが本来の在り方である、と論じている。その理由については、秘密管理性の要件の具備を最初に審理した場合、実質的に営業秘密としての価値を有する情報を入口段階で排除する危険性があるためだと説明している。また、「秘密管理性に関する立証責任の取扱い」については、秘密管理性にかかる立証責任はすべて原告にあり、被告への配分や一部転嫁ができない、という現行法上の問題点を指摘したうえで、現行法の枠内における運用にも限界があるので、早期の法改正が望ましいと述べている。さらに、「紛争解決の手段の選択と今後の在り方」については、勝訴率や費用対効果の点から、営業秘密による保護だけを当てにはできない、秘密保持契約が存在する

にもかかわらず、営業秘密を常に主位的請求とする訴訟方針には再考の余地があるなどの問題点を指摘したうえで、秘密保持契約違反（債務不履行）を訴訟における請求原因として積極的に活用すべきである、と強調している。

第四のジャンルとして、「営業秘密にかかる今後の立法上の課題」の表題のもとで、次の三つの問題を挙げている。すなわち、「立証責任の合理的な配分を可能にする法改正」については、①営業秘密であること（特定論）の立証、②それが不正に取得されたこと（侵害論）の立証、さらに、③それが使用され損害が発生していること（損害論）の立証、という重い責任が原告に課せられている、特に、③は至難の業であり、結果として、立証における困難性が原告の救済に必要以上に不利に作用しているという現状の問題点を指摘したうえで、立証責任の緩和や立証責任の一部を被告に転嫁するなど、原告の負担軽減を可能にする推定規定の新設などの法改正を真剣に検討すべきであると論じている。また、「証拠収集手続をさらに容易にするための法改正」については、最近発生した大型の事件が示唆しているように、高度の技術情報の漏洩など大型の本格的な民事事件になれば、捜査機関との連携が必要になると指摘し、被害企業が刑事記録を閲覧・謄写ができる制度をさらに容易に活用できるよう法改正を進めるべきだと論じている。さらに、「外国に流出した営業秘密への立法対策」については、外国の相手との国際裁判管轄、準拠法（行為地か結果発生地か）、訴訟で勝訴した場合の外国における強制執行実現の可能性、外国に存在している証拠の確保など、外国に流出した営業秘密については、原告の自助努力だけでは乗り越えられないさまざまな問題が存在していることを指摘したうえで、営業秘密の不正取得にかかる原告の立証負担を合理性のあるものに改める、たとえば、わが国に裁判管轄があるかどうかの決定は、わが国で営業活動が行われているかどうかの実質基準で判断する（恒久的施設の有無による形式基準で決めない）、証拠の収集手続については、米国の「ディスカバリー（証拠開示請求制度）」（米国民事訴訟規則 26 条）を参考にした証拠収集手続を導入する、などの必要性について論じている。

第 10 章は本研究の終章であるが、第 9 章での総括を踏まえて、結論（要旨）を以下のよう  
に述べて本論文を結んでいる。

第一に、営業秘密のような企業の生殺を左右するような重大な企業秘密にかかる情報の安全を確保するためには、予防対策と事後処理対策とのバランスが重要である。営業秘密制度のみをもって、企業が保有しているすべての秘密情報の安全をカバーすることは、そもそも不可能である。

第二に、営業秘密などの秘密情報の安全確保のための予防対策として、危機管理が必要である。しかし、たとえば、従業員 10 人以下の企業と 1000 人以上の企業が同じ危機対策を必要としないことは自明である。したがって、危機対策は、保有している情報の量・質

と費用対効果を見極め、自分の「身の丈」にあったものにすることが重要である。

第三に、事後処理対策の一環として、可能な場合には秘密保持契約を積極活用し、法定の制度（営業秘密や不法行為）でカバーできない部分の補完を考慮する必要がある。営業秘密が秘密情報の安全確保に有用かつ必要な法定の制度であることは言うまでもないが、反面、法定の制度であるため、要求される要件（たとえば秘密管理性）が厳しく、この制度による保護から漏れる事案が避けられない。一方、秘密保持契約には、当事者自治が認められており、弾力性があり小回りも利くほか、業種や企業規模に関係なく利用できるなどの利点があるので、法定制度の及ばざるを補完することが可能である。

第四に、情報の漏洩・外部流出は、内部の「人」によって引き起こされる「人災」である。したがって、情報の安全確保には、「人」、すなわち、従業員、退職者などの内部関係者に対する管理を欠くことはできない。具体的には、契約法的管理、すなわち秘密保持契約や競業禁止契約の締結管理の充実・促進を図る必要がある。また、活動法人約 253 万社の 85%が資本金 1000 万円以下の小規模企業で占められているわが国の現実を考慮すれば、業種や企業規模とは無関係に活用できる秘密保持契約は、営業秘密の管理と保護にとって実施可能にして実効性のある手段・方法であり、結果として、「法と契約の相互一体的な体制」による営業秘密の安全確保に資するものである。

第五に、営業秘密に対する物理的管理と技術的管理を強化することは、営業秘密の最も重要な必須要件である「秘密としての管理」にプラスをもたらすものである。したがって、営業秘密の管理と保護の充実を図り、その高度化のためにも、今後、この二つの整備・強化をさらに進める必要がある。

第六に、今後の課題として、外国に流出した営業秘密にどのように対処するかを課題を避けて通ることはできない。しかし、これは、一企業の自助努力や現行法の解釈論で解決できる限界を超えており、新しい立法措置を待つほかない。したがって、今後の動向を注意して見守る必要がある。

## 2 本論文の評価

### (1) 章ごとの評価

第1章では本論文の目的を明らかにし、競業他社との競争、あるいは自社製品の差別化の点で重大な意味を持つ営業秘密の保護を実現するための措置を、取引・契約関係のある相手方との関係、このような関係にない相手方との関係、および外国に流出した場合の措置について検討することが示されている。近年、わが国を代表する企業の営業秘密が流出するという事態が話題となっているなかで、本論文はまさに今日的なテーマを取り上げている。現状では、不正競争防止法を強化して重い刑罰を課し、未遂罪も設け、さらに流出した情報に基づいて生産された製品の輸入を差し止める制度の導入などが提案されている。本論文の検討対象にはこれらのテーマが当然に含まれている。加えて、筆者は、予防法学的観点から、秘密保持契約について章を設け、詳細に検討しようとしており、これも本論

文の特徴のひとつとなっている。

第2章は、営業秘密の概念について、日本法と米国法を比較して、明確化を試みる。日本法についての論究にあたっては、不正競争防止法をまず取り上げる。多くの文献、裁判例を引用しながら、同法において保護を受けるための要件を詳細に検討する。特に筆者が重要視するのは、「秘密としての管理」という点であり、これを日本法と米国法の先例を中心に検討・分析し、両法の間には、「管理要件」の点で相違があると指摘する。その上で、「秘密としての管理」の解釈・運用にあたって米国法に倣った弾力的運用が望ましいとする。米国法の検討にあたり、裁判例を詳細に検討し、統一モデル法等にまで言及しており、十分な時間をかけて検討していることがうかがわれる。

第3章は、営業秘密の侵害に対する救済を検討する。営業秘密の侵害に対しては、不正競争防止法による差止請求、不法行為に基づく損害賠償請求、さらに契約法による履行請求と損害賠償請求とがあるとし、日本法と米国法のそれぞれがどのように対応するかを明らかにする。両国の法の間には基本的な相違がないと結論する。検討にあたって、筆者は日米の判例比較、論文の検討を入念に行っていることがうかがわれ、時には教科書的な表現も見られるが、丁寧な検証作業を行ったこと見てとれる。

第4章では、営業秘密が実際にどのように管理されているかという点について、経済産業省の調査に基づいて現状の把握と分析が行われると共に、米国を素材とした比較法的な観点からの考察が行われている。その結果、営業秘密の漏洩が、実際には元従業員によって行われることが多く、そのような意味で、情報の漏洩は内部関係者による「人災」だとも指摘されている。こうしたわが国および米国の現状の分析は、次章における秘密保持契約の検討の基礎となっている。本章におけるこうした分析視角と考察は、筆者の長年にわたる実務上の経験と知識に根ざしたものであり、それ自体独創的を有するだけでなく、研究成果として大きな意義を有するものといえる。そして、本章は、単に実務経験の詳細な紹介というにとどまらず、本論文全体における基本的な理論的スタンスを基礎づけるものとなっており、実務を踏まえた上での論理的な考察が十分に行われている点で評価に値するものといえよう。

第5章では、秘密保持契約がどのように活用されているか、そして、それが営業秘密に関する法制度上の保護とどのように交錯しているのか、といった点について検討が行われている。その中で、従来の裁判例においては、秘密保持契約と営業秘密との関係に関する問題点や、わが国においては、米国と比較すると、秘密保持契約を活用すること自体が進んでいないことなどが指摘されている。その上で、秘密保持契約が果たしている大きな役割に着目し、その積極的な活用を強く主張している。本論文におけるこうした検討は、従

来の議論や実務に対する綿密な考察に基づくものとして、それ自体評価に値するものである。そして、本論文においても指摘されているように、わが国の先行研究においては、秘密保持義務や秘密保持契約に関する検討が不十分であるといわざるを得なかった中で、筆者は、米国における学説および裁判例を含む膨大な議論を広く参照して、その不足を補っている点で、この分野の学術研究における貢献は大きいものと評価できる。また、日米比較の結果、訴訟における秘密保持契約の扱いに相違がある背景には契約観や契約理論の違いがあるのではないか等の踏み込んだ指摘は独創性を有するものであると共に、単なる外国法や実務を日本に紹介し、導入を主張するというにとどまらない論理的思考として、その発展性も含めた積極的な評価に値するといえよう。

第6章では、秘密保持契約について、概括的な考察を行っている。相手方別、目的別、書式別による分類や、契約条項の検討が行われているが、企業間の秘密保持契約の場合と、企業と従業員間の秘密保持契約の場合に分け、米国の例との比較も行いながら、論じられている。この章では特に秘密保持契約の対象について論じており、包括的抽象的な表現ではなく、できるだけ具体的に特定すべきことを、取引継続中の契約の場合と、取引終了後の契約の場合に分けて論じている。殊に、取引継続中の秘密保持契約の条項の内容や、取引終了時を想定しての相手方への対応方針を提案している点は、実務的な観点からの指摘であり、類書に見られないところである。秘密保持契約の対象となる情報の範囲について、『情報自体の特定』と『当該情報を秘密として保持すべき期間の特定』の二つの軸（要素）の掛け算によって決定される『面積』の概念である。」と述べている点は、新しい視点からの発想ということができる。また、秘密保持契約の対象となる情報を、裁判例を引いて具体的な例を挙げて紹介した上で、秘密保持契約の対象とすることができない情報が存在することを指摘し、企業の違法行為の情報などがこれに該当すると述べている点も、興味深い。

第7章は、いよいよ、本論文の中心的なテーマである秘密保持義務の残存期間についての検討である。残存期間の重要性について、本論文は、『釣りは鮎に始まり、鮎で終わる』と言われるが、『秘密保持義務は残存期間で始まり、残存期間で終わる』と述べている。本論文は、残存期間について、企業間の場合と企業と従業員の場合とに分け、米国の場合との比較を交えて論じているが、残存期間として具体的な期間を定めない契約の法的リスクを指摘した上で、秘密保持契約の対象となる情報の内容に見合った具体的な残存期間を契約に規定することを推奨している。本論文の出色の点は、筆者自身が契約書審査の業務を通じて実際に触れた企業間の契約150件を対象として、秘密保持義務の残存期間についての規定の内容を実態調査している点である。この実態調査は、正に筆者でなければなし得なかったことであり、調査結果は、大変貴重な情報ということができる。また、裁判例の紹介に加えて、実務書における記述について批判的な観点からの検討も行われており、



この点も本論文独自の特徴といえることができる。

第8章では、企業と従業員間での秘密保持契約締結の重要性と特に退職従業員に対する秘密保持義務の適切な残存期間の約定について論じている。その過程では、従業員との間で秘密保持契約締結を当然のこととしている米国の例を参照している。その検討対象は、残留情報の扱いなどをも含んだ、企業にとって留意すべき事柄を網羅したものといえるばかりか、特に退職従業員の秘密保持義務の残存期間の約定については、競業禁止義務との関連や、米国における裁判例等をも参照しつつ、長期の約定を安易に是認している現状を批判し、保持すべき秘密情報の特定と1年から3年といった短期の約定とすべきとの提言に至っている点は、文献や実務の運用等を比較法的視点を交えて丁寧に渉猟した結果による合理的な結論として、説得的である。

第9章では、第2章から第8章までの考察を総括して、問題点を四つに分類して、検討を深めるとともに、対応策を網羅的に指摘している。検討は微に入り細に入るともいえるものであるが、特に力点が置かれているのは営業秘密の定義規定をめぐる解釈論と立法論、従業員が在職中に自ら開発した情報や残留情報の取り扱い、訴訟手続における留意事項やそれのみではカバーできない主張立証責任の分配や証拠収集手続における法改正の提言である。そこに一貫しているのは、営業秘密の漏洩は対人の問題であって、これを財産の管理の観点のみから把握すべきではないということであり、事後処理法ともいえるべき不正競争防止法等の法律の活用にとまらずに、これと秘密保持契約や競業禁止契約などの契約とを協働させることによる事前予防措置の重要性の強調である。これらの立場に至ったのは、筆者の長年におよぶ企業人としての経験と、意思の合致の一点で契約の成立とその効力を認めるわが国の法制の研究にとまらず、当事者の関係性や信頼関係の中に契約の拘束力の基礎を求める米国流の思考をも加味した丹念な研究の賜物といえることができ、その努力とその成果は大いに評価することができる。

## (2) 評価の総括

本論文は、まずは、不正競争防止法に規定する営業秘密の保護法制と運用にとまらず、これと協働すべき秘密保持契約をも活用した営業秘密の保護の在り方を総合的に考察した点において大きな特色を有している。筆者のこのスタンスは長年にわたり企業内において契約処理を担当してきたとの経験を原点としているが、その経験を踏まえたうえで、さらにわが国ばかりでなく米国の裁判例や実態調査、実務における実際の運用に至るまで、あるいは米国に直接調査のために赴くまでして丹念に調査した結果であり、本論文はいわば企業における営業秘密漏洩に対する事前の対応策集であり、紛争が起こった場合の事後の対応策集であるといえる。また、それだけであればいわゆるマニュアル本の類に止まってしまうが、本論文は以下に指摘する二点のほかにも、各章の評価の項で指摘した多くの点

で、理論的な側面からも高く評価することができる。

一つ目は、不正競争防止法における営業秘密の定義をめぐる解釈や運用に関する検討であり、その過程ではわが国の裁判例・学説ばかりでなく米国のそれが常に比較対照され、わが国で同法に基づく訴訟が少ないだけでなく勝訴率が低い原因のひとつとして営業秘密の定義規定の不具合が指摘されている。最終的には解釈論でカバーできない部分があるとして法改正の提言に至っているが、この部分だけでも十分にひとつの論文としてのボリュームと内容に満ちており、高く評価することができる。

二つ目は、秘密保持契約の重要性の検証と、あるべき契約内容、契約条項の検討である。ここにおいても秘密保持契約を活用しむしろ訴訟においては第一義的役割を果たしている米国の例が参照されている。その結果を踏まえて、実務書での指摘や実際の実務における運用を批判的に検討して、職業選択の自由等の対抗利益をも視野に入れて、残存期間の約定を含む合理的な契約内容の提言に至っている。その過程では、各章の評価でも指摘したが、日米の契約観の相違を指摘し、秘密管理は単に点として意思の合致による契約処理をすれば済むのではなく、継続的な関係から構築される信頼関係の中に契約の拘束力の基礎が求められるべきであり、人の管理との視点が重要であることが指摘されており、自らの経験と比較法的検討を踏まえた結果、誰もが納得できる結論に至っているものとして、大いに評価することができる。

もともと本論文は200頁を超えるボリュームがあり、教科書的、指南書的な記述も散見され、やや冗長との感も残るが、その間には随所に高度な理論的検討を加えられているのであって、本論文の総合的評価は何ら損なわれてはいないといえる。豊富な実務経験に丹念な学説や裁判例を含む実務の検討を加えた結果の本論文は、法律と契約を協働させることによる営業秘密の保護の在り方を総合的に説くものとして、高く評価することができる。

### 3 結論

以上の審査の結果、後記の審査員は、全員一致をもって、本論文の提出者が課程による博士（法学）（早稲田大学）の学位を受けるに値するものと認める。

2015年2月6日

#### 審査員

主査	早稲田大学教授	高林 龍（知的財産法）
副査	早稲田大学教授	江泉芳信（国際私法）
	早稲田大学教授	上野達弘（知的財産法）
	早稲田大学客員教授	三村量一（知的財産法）