HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	再現された情報に営業秘密と一致していない部分がある場合と営業秘密不正使用行為該当性 ： プラスチック木型事件
Author(s)	孫, 夢潔
Citation	知的財産法政策学研究, 55, 327-379
Issue Date	2020-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/78753
Type	departmental bulletin paper
File Information	55_08-Sun.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

判例研究

再現された情報に営業秘密と一致していない部分がある場合と営業秘密不正使用行為該当性
－プラスチック木型事件－

東京地判平成29・2・9 平26(ワ)1397等［プラスチック木型事件］
知財高判平成30・1・24平29(ネ)10031［同２審］

孫　　夢　潔

第１　総説

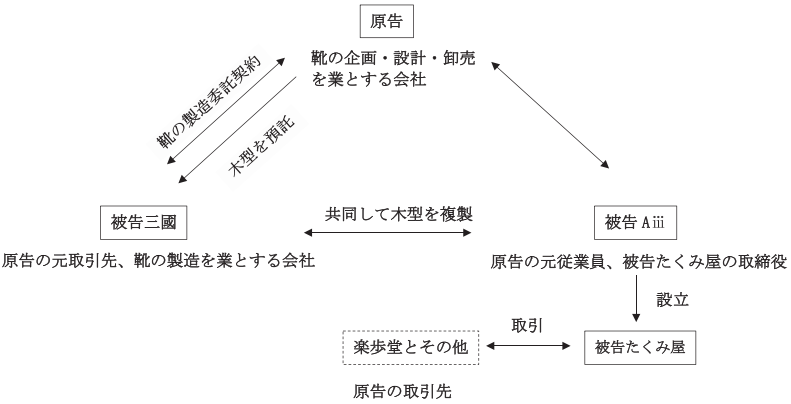
本件は、営業秘密と認定された靴の設計情報（形状・寸法）を化体した複数の木型に対する一連の行為につき不正競争防止法２条１項４号・７号・８号（営業秘密の不正利用行為）の該当性が争われた事案である。本件では、被告に使用された情報と原告のオリジナル木型の情報の一致・不一致が営業秘密の不正使用行為該当性の判断の分かれ目とされたという点に特徴がある。営業秘密の使用という概念についての理解に一石を投じるものとして、注目に値する。

第２　事案

１　当事者

原告は、高級婦人革靴の企画・設計・卸売を業とする特例有限会社である。自社の設計する高級婦人革靴である800番台・500番台の品番の靴のマスター木型に基づいて作成された靴製造受託業者のプラスチック製の生産用木型であるオリジナル木型（以下、「本件オリジナル木型」という）を、製造委託のために、被告三國に預けた。

当事者の関係図



被告三國は、高級婦人革靴の製造を業とする特例有限会社である。原告と被告三國は、継続的な婦人靴の製造委託契約（以下、「本件製造委託契約」という）を締結し、以後、本件製造委託契約に基づいて継続的に、被告三國が原告から委託された婦人靴の製造を行い委託報酬の支払いを受ける取引を繰り返していた。

被告Ａiiiは、原告の営業担当の元従業員であったが、被告たくみ屋を設立し、原告を自己都合で退職した後、現在に至るまで被告たくみ屋の代表取締役に就任している。

被告たくみ屋は、被告Ａiiiにより設立された、靴の企画・開発・卸売を業とする株式会社であり、自社の靴（以下、「本件たくみ屋靴」という）を原告の取引先であった楽歩堂などに販売していた。

２　概要

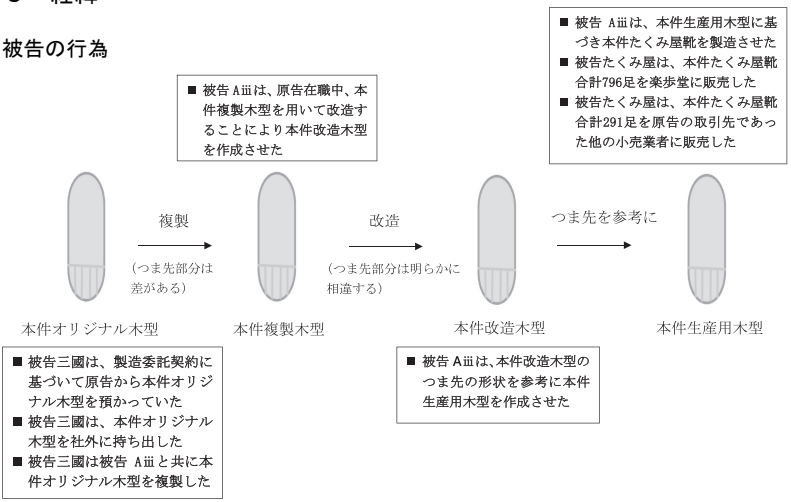
原告は、被告らに対して、本件オリジナル木型を不正に開示した上、同木型を不正に複製することにより得られた木型をさらに改造した木型に基づいて靴の試作品を製作し、それを小売業者に開示し、原告の取引先と商売を行ったこと等が、靴の設計情報（形状・寸法）（以下、「本件設計情報」という）に係る営業秘密の不正取得・開示・使用に該当すると主張した。それに対して、被告らは、使用された木型が、本件オリジナル木型と

は形状・寸法に相違があり、本件設計情報を使用していないと主張した。

本件では、以上に略述した第1事件の他に第2事件があるが、本稿で検討する争点には関わらないので、本稿では紹介を割愛する。

3　経緯

被告の行為



■　**平成21年7月頃――**

被告Aiiiは、遅くともこの頃から、原告の営業担当の従業員であった。

■　**平成23年2月ないし4月――**

被告三國は、原告から、本件製造委託契約に基づき、原告の設計する高級婦人革靴である800番台・500番台の品番の靴のマスター木型に基づいて作成された靴製造受託業者のプラスチック製の生産用木型である本件オリジナル木型を預かっていた。

■　**平成23年4月頃――**

被告三國は、被告Aiiiの要望に応じて、被告三國が原告から預かっていた本件オリジナル木型を同被告の社外に持ち出し、被告たくみ屋及び被告Aiiiに対して不正に開示した上、同木型を共に木型製造業者である「ハマノ木型」に持ち込んで不正に複製することにより、本件複製木型を作成した（本件オリジナル木型の「複製」ないし「コピー」が行われたことについては当事者間に争いがないが、認定事実に照らすと、つま先部分につい

ては、必ずしも厳密な意味での「複製」ではない）（以下、被告三國が本件製造委託契約に基づき預かっていた本件オリジナル木型を社外に持ち出し、被告Ａiiiとともにこれをハマノ木型に複製させ、もって本件製造委託契約に基づく原告との取引以外の目的で本件オリジナル木型を使用したことを、「本件目的外使用」という）。

さらに、被告Ａiiiは、ハマノ木型に本件複製木型を改造させることにより、本件改造木型を作成した。

■ **平成23年７月４日――**

被告たくみ屋が、被告Ａiiiによって設立された。

■ **平成23年７月23日――**

被告Ａiiiは、自己都合を理由として原告を退職した。

■ **平成23年８月頃――**

原告は、取引先からの通報を基に調査したところ、本件目的外使用を覚知するに至った。

■ **平成23年８月４日――**

被告たくみ屋と被告三國は、靴の製造委託契約を締結した。

■ **平成23年11月９日――**

原告は、被告三國から、秘密保持誓約書を徴した。

■ **平成23年12月22日――**

被告Ａiiiは、原告に対し、以上の各事実を認めた上でこれらの行為により多大なる迷惑を掛けることを深くお詫びする旨記載した謝罪文及び誓約書を差し入れ、原告との間で誓約書の内容について合意した。

■ **平成24年１月又は２月――**

被告Ａiiiは、被告たくみ屋の代表者として、靴の製造業者である株式会社名進に、本件改造木型を持ち込んで預け、本件改造木型のつま先の形状を参考とし、本件生産用木型を作成させ、本件生産用木型に基づき婦人靴を製造させた。

■ **平成24年10月２日から平成25年１月31日まで――**

被告たくみ屋は、本件たくみ屋靴を楽歩堂及び他の小売業者に販売した。当時、楽歩堂は、もともと取引をしていた原告の営業担当従業員であった被告Ａiiiの働き掛けであったことを踏まえて、被告たくみ屋に発注したものであり、その結果、原告に発注する本件原告婦人靴の足数が減少した。

第３　争点（一審・二審共通）

本件における主な争点は、営業秘密である靴の設計情報をめぐる被告らの行為の不競法２条１項７号、８号該当性である。より具体的には、被告らが、自らの作成した本件複製木型、改造木型及び生産用木型を利用する行為が、営業秘密と認定された本件設計情報の使用行為に該当するか否かという問題である。

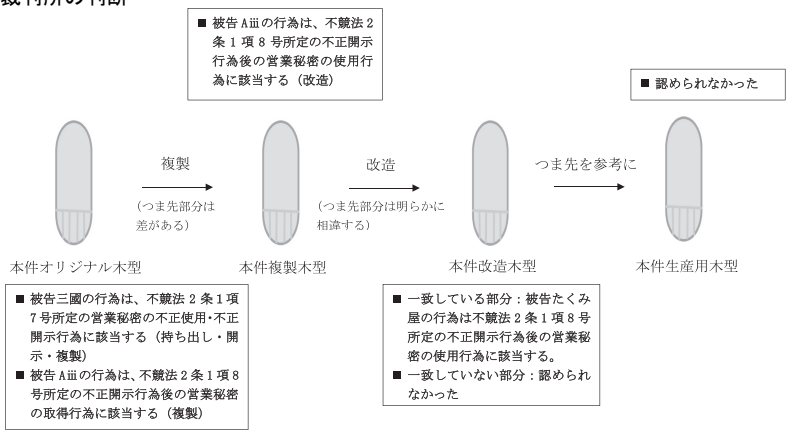
第４　判旨

１　第一審

裁判所は、原告の本件複製木型及び本件改造木型の使用及び開示の差止請求と当該二つの木型に対する引渡請求を認容した。

そして、被告Ａiiiに対する債務不履行[1]に基づく損害賠償請求を一部認容した。

裁判所の判断



[1] 被告Ａiiiの在職中かつ退職後の行為は、競業避止義務に違反し、原告に対する債務不履行を構成する、と認定された。

(1) 本件各木型についての事実認定

まず、裁判所は、本件オリジナル木型、本件複製木型、本件改造木型を比較して（つまり、本件生産用木型を除いた他の木型の比較に関して)、以下のように認定した。

「同年12月 5 日頃に中田靴木型においてコンピュータを用いた木型の比較をして検証したところ、①本件オリジナル木型（T-110）と本件複製木型（1T-E）とは、甲部のライン、接地位置、かかとの高さ、かかとの丸み及び峰（上面）の部分が一致し、②本件オリジナル木型（T-0001）と本件複製木型（TA-E）についても、甲部のライン、接地位置、かかとの高さ、かかとの丸み及び峰（上面）の部分が一致し、③本件複製木型（TA-E）と本件改造木型（TA2）とは、接地位置、かかとの高さ、かかとの丸み、親指の付け根が当たる部分、小指の付け根が当たる部分及び峰（上面）の部分が一致した。」

このように、本件生産用木型を除く本件の各木型は高度に一致している部分が多いものではあったが、つま先部分に限っては、以下のように明らかな相違があると判断された。この点は、後述する不正競争該当性の成否に関して重要な検討事項となる。

「上記①ないし③のいずれの比較においても、つま先部分の形状・寸法は明らかに相違しており、他にも(程度の差はあれ)相違する部分がある。また、本件オリジナル木型（T-0001）のつま先部分の形状・寸法と本件改造木型（TA2）のつま先部分の形状・寸法とを比較してみても、明らかに相違している。」

他方、本件オリジナル木型と本件生産用木型の比較に関しては、原告は両者の一致部分を示す客観的な立証を何らしておらず、そのため、裁判所は、「被告Ａiiiが持ち込んだ木型におけるつま先の形状を参考に…『本件生産用木型』…を作成させ」たという事実を認めたが、それ以上にどこがどのように似ているかという判断はなしていない。

上記の事実認定を前提に、裁判所は各争点について、以下のように判示した。

(2) 本件オリジナル木型をめぐる不正競争行為該当性について

前述した本件の経緯を踏まえ、裁判所は、以下のように、被告三國が本件複製木型を作成させた、という事実を確認した。

「本件設計情報を保有する事業者である原告から、本件製造委託契約に基づいて本件オリジナル木型を預けられることにより、本件設計情報を示されたところ、自らが企業として存続等するために、被告Ａiiiと取引することとし、その一環として、許されないことと認識しつつも、本件設計情報が化体した本件オリジナル木型を社外に持ち出して、被告Ａiii及びハマノ木型に対して開示した。」

その上で、裁判所は、以下のように述べて、被告三國の上記行為は、不競法2条1項7号所定の営業秘密の不正使用・開示行為に該当すると判示した。

「長年にわたり本件製造委託契約に基づく取引をしてきた相手方である原告の信頼を著しく裏切る上記行為をして、原告の従業員でありながら原告の競業者となろうとしている被告Ａiiiと取引をすることにより、自己の利益を図る目的を有していたものと認められるから、不正の利益を得る目的で上記行為を行ったものということができる。」

また、裁判所は、以下のように述べて、被告Ａiiiの行為は不競法2条1項8号所定の不正開示行為後の営業秘密の取得行為に該当すると判示した。

「被告三國が原告から本件製造委託契約に基づいて預かっていた本件設計情報が化体した本件オリジナル木型を社外に持ち出して被告Ａiiiに開示しこれを複製することが被告三國の原告に対する同契約上の義務に違

反することを知り、又は重大な過失により知らないで、被告三國から営業秘密たる本件設計情報を取得したものと認められる。」

(3) 本件複製木型をめぐる不正競争行為該当性について

被告Ａiiiは、本件複製木型を用いて、デッサンの作成や修正、そのデッサンに基づいた木型の削りやパテ盛り等を繰り返して、自ら作る新ブランドの靴の開発のための作業をしたが、その改造過程で、本件改造木型を作成させた。

上記事実に照らして、裁判所は、「被告Ａiiiが、本件複製木型を改造することにより本件改造木型を作成した行為は、前記ａのとおり取得した営業秘密を使用した行為として、不競法２条１項８号所定の不正開示行為後の営業秘密の使用行為に該当する」と判示した。

(4) 本件改造木型をめぐる不正競争行為該当性について

本件改造木型に関わる不正競争行為に関して、裁判所は、本件改造木型が本件オリジナル木型と「一致している部分」と「一致していない部分」に分けて判断した。

前者の「一致している部分」について、裁判所は、当該行為は不競法２条１項８号所定の不正開示行為後の営業秘密の使用行為に該当すると判示した。

「被告たくみ屋が、名進に本件改造木型を持ち込んで預けた行為については、本件オリジナル木型と本件改造木型とで形状・寸法が一致している部分に係る設計情報を名進に開示したものということができ、かつ、被告たくみ屋は、前記ア(イ)ａ（被告三國が原告から本件製造委託契約に基づいて預かっていた本件設計情報が化体した本件オリジナル木型を社外に持ち出してＡiiiに開示した）のとおり不正開示行為が介在したことを知って、又は重大な過失により知らないで、取得した当該営業秘密（本件設計情報の一部）を開示したものということができるから、不競法２条１項８号所定の不正開示行為後の営業秘密の使用行為に該当するというべきで

ある」

その理由について、裁判所は、以下のように述べている（下線は筆者が付した。以下、同じ)。

「本件改造木型は、本件オリジナル木型とは形状・寸法に相違があり、本件設計情報がそのまま化体したものではないから、本件改造木型に化体した靴の設計情報の取得・使用・開示は、それ自体は、当然には本件設計情報の取得・使用・開示であるということはできない。仮に、そのように形状・寸法が多少相違しても靴の設計情報としての同一性を認めるのだとすれば、市販された靴から再現した木型の形状・寸法が元の設計情報と多少の誤差を生じてもそれには同一性が認められることになり、前記(1)イ[2]に反して非公知性が否定されることになってしまうから、上記相違が、市販された靴から木型を再現した場合に生じる誤差より狭い範囲に収まっていると認められなければ、営業秘密として保護される設計情報とはいい難い。」

他方、後者の「一致していない部分」については、裁判所は、「(本件オリジナル木型と本件改造木型との同一性が争われているにもかかわらず)そのような立証はないから、本件オリジナル木型と本件改造木型とで形状・寸法が一致していない部分については、本件設計情報を開示したと認めることはできない」[3]と判示した。

---

[2] 前記(1)イでは、「靴の皮革は柔軟性を有するため、市場に出回っている革靴から、その靴の製造に用いた木型と全く同一の形状・寸法の木型を再現しその設計情報を取得することができない」ものと認められ、「特段の労力等をかけずに本件設計情報を取得することができるとの事情はうかがわれないから、本件設計情報は、公然と知られていない」ものと判示され、本件情報の非公知性が認められていた。

[3] 本件改造木型の「一致していない部分」について、「本件オリジナル木型と本件改造木型とで形状・寸法が一致していない部分については、本件設計情報を開示したと認めることはできない」とする判文だけに鑑みる場合には、裁判所は「開示」のみを否定しており、「使用」については肯定しているように読めるかもしれない。また、判決の主文も「別紙物品目録２記載１の木型を使用し、又は第三者に開示し

(5) 本件生産用木型をめぐる不正競争行為該当性について

前述したように、本件生産用木型と本件オリジナル木型との比較について、原告は客観的な立証を行っていなかった。裁判所は、この点について、以下のように評価した。

「本件改造木型のつま先の形状を参考に本件生産用木型が作成された事実は認められるとしても、本件改造木型のそれ以外の部分の形状・寸法の

てはならない。」(「別紙物品目録2記載1の木型」は「本件改造木型」のことを指す)となっているから、これもその文言上、「一致している部分」ばかりでなく「一致していない部分」全体を含めて、「使用」に該当すると判断しているように読めるかもしれない。

しかし、裁判所の理屈を辿ると、上記の判文は、「本件オリジナル木型と本件改造木型とで形状・寸法が一致している部分に係る設計情報（すなわち本件設計情報の一部。なお、この設計情報については、前記(1)アのとおり秘密として管理されていたものといえる上、本件オリジナル木型と本件改造木型とで形状・寸法が一致している部分は、前記1(4)ウのとおり靴の幾つかの箇所にわたっており、これらが公然と知られていたものとはいえないし、その箇所や木型の利用経過等に照らし、靴の一部に係るものであっても有用性は否定し難いから、営業秘密に該当することに消長を来すものではない。）を名進に開示したものということができ、かつ、被告たくみ屋は、前記ア(イ)aのとおり不正開示行為が介在したことを知って、又は重大な過失により知らないで、取得した当該営業秘密（本件設計情報の一部）を開示したものということができるから、不競法2条1項8号所定の不正開示行為後の営業秘密の使用行為に該当するというべきである。」という判文に続けて展開されたものである。そこでは、明らかに「一致している部分」のみが営業秘密を「開示」したということができるから、その部分のみが「使用」に該当するという論理となっている。そうだとすると、その直後の判文は、「一致していない部分」について駄目押し的に「開示」のみに言及し、これを否定しているのであって、「使用」については「開示」に該当しない以上、さらに駄目を押すまでもなく「使用」に該当しないという判断を前提としているように読むべきであるように思われる。主文に関しても、本件改造木型という物質的な存在について、物理的に一体不可分である以上、全体として「使用」「開示」を禁止しているに止まり、その改造木型が具現する情報について「一致していない部分」までを含めて営業秘密の「使用」「開示」が行われていると評価しているわけではないと読むべきであろう。

情報が本件生産用木型の作成に使用されたとの事実を認めるに足りる証拠はない…（なお、証拠（被告Ａｉ本人〔23頁〕）及び弁論の全趣旨によれば、木型業者は、多数のサンプル木型を保有しているものと認められるところ、ハマノ木型も原告代表者Ａivに対し『ベースは、原告のもの（木型）を使わなくても、被告Ａiiiと被告Ａｉが注文しているもの（木型）を作れる』旨述べていること（甲６）に照らすと、つま先以外の部分について、本件改造木型を用いなくても、結果的に、同一ではないが近似した形状・寸法の生産用木型が作成される可能性はあるものとみられる）」。「そして、本件改造木型のつま先部分の形状・寸法は、前記検証のとおり、本件オリジナル木型（T-0001）のつま先部分の形状・寸法とは明らかに相違している。なお、この点に関しては、被告Ａiiiが、本人尋問（15、16、18、20頁）及び陳述書（乙Ｂ8）において、ハマノ木型に木型を作成させた際、つま先部分については、何度も修正をして製作しており、つま先部分の形状は被告たくみ屋らの全く独自のものである旨供述等していることとも符合する」。

結論として、裁判所は、当該行為が不競法２条１項８号所定の不正開示行為後の営業秘密の使用・開示行為に該当する旨の原告の主張は採用することができない、と判示した。

「以上を総合すれば、本件生産用木型には、本件オリジナル木型の形状・寸法の情報すなわち本件設計情報が残存していない蓋然性が高い。それにもかかわらず、原告は、本件オリジナル木型と本件複製木型及び本件改造木型との一致部分に関する比較検証結果の報告書を証拠（甲１）として提出する一方で、本件オリジナル木型と本件生産用木型との一致部分を示す客観的な立証を何らしていない

……

被告たくみ屋らが、本件生産用木型の作成に当たり、本件設計情報を使用したとは認められず、また、本件生産用木型に基づいて製造された本件たくみ屋婦人靴を取引先小売業者に販売した行為についても、本件設計情報の使用・開示行為とは認められない。」

２　第二審

控訴審で、控訴人（原審原告）は、営業秘密の保護に関して形態の「同一性」を要件とするのは不当である旨を主張したが、知財高裁は、ほぼ原判決を引用しつつ、以下のように付言して、控訴を棄却している。

「本件生産用木型と本件オリジナル木型との異同を問題にすることは、営業秘密の保護の要件に形態の同一性という要件を付加したものではなく、本件設計情報が形態に関する情報であることから、営業秘密とされる情報が残存しているか否かを判断するためのものである」

第５　評釈

本件は、複数の異なる木型の開示・使用行為をめぐって、不競法２条１項７号、８号の営業秘密の不正使用行為の該当性を検討した判決である。本件は、営業秘密の不正使用行為の成否の判断基準として、被告らに利用された情報と原告の所有する営業秘密とが「一致」するか否か（以下、このように両者が一致することをもって「同一性」という）を掲げているが、控訴審で控訴人が主張しているように、本判決のような形で同一性が要求されてしまうと、その運用次第では、事実上、営業秘密の保護に同一性要件が付加されたと等しい事態に陥りかねない。営業秘密の使用行為の成否の判断において、同一性がどのような役割を果たすべきなのかということに関して、根本的な検討が必要といえるだろう。

１　学説

(1) 営業秘密の使用の定義について

営業秘密の使用の成否に関する具体的な判断基準が提示されることはほとんどないが、抽象論として、その使用が定義されることはあり、そのなかでは、大別して、「本来の使用目的説」と名付けることができるものと、「経済的価値説」とでも称すべきものの二つの見解に分かれている。

前者の「本来の使用目的説」では、「営業秘密の『使用』とは、営業秘密の本来の使用目的に沿って行われ、当該秘密に基づいて行われる行為として具体的に特定できる行為を意味する」と定義し、その上で、その使用をさらに「直接使用する」タイプと「参考とする」タイプに分けて検討する[4]。しかし、この見解は、「本来の使用目的」をいかに解釈すべきかということや、「参考」に対する言及がどこまで「営業秘密の使用」の範囲を拡張する意図の下でなされているのか等について詳細な説明を欠いており、その具体的な事案に対する適用については、まだ不明確な点が残る。

他方、「経済的価値説」は、「当該営業秘密の経済的価値を享受している」[5]行為、あるいは「営業秘密の価値を具体化する一切の利用行為」[6]が、営業秘密の使用に該当すると解する立場である。この学説は、「本来の使用目的説」に比して、営業秘密の使用に関し、相対的に広範かつ柔軟な定義を提供するものであるように見受けられる。実際、この見解は、「営業秘密の使用となるのは、当該情報と同一の情報を使用することに限らないであろう。他人が保有する営業秘密を取得した者が当該営業秘密に改変を施した情報を使用する行為も、当該営業秘密の経済的価値を享受していると認められる場合には、当該営業秘密の使用に当たるものと解される」[7]と

---

[4] 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) 75-76頁、経済産業省知的財産政策室編『逐条解説・不正競争防止法』(商事法務・2016年) 83頁は、「営業秘密の『使用』とは、営業秘密の本来の使用目的に沿って行われ、当該営業秘密に基づいて行われる行為として具体的に特定できる行為を意味する。具体的には、自社製品の製造や研究開発等の実施のために、他社製品の製造方法に関する技術情報である営業秘密を直接使用する行為や、事業活動等の実施のために、他社が行った市場調査データである営業秘密を参考とする行為等が考えられる」という立場を示している。ほぼ同旨、山本庸幸『不正競争防止法:要説』(第4版・発明協会・2006年) 171頁、青山紘一『不正競争防止法』(第4版・法学書院・2010年) 87頁。

[5] 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(2004年) 42頁。

[6] 千野直邦『営業秘密保護法』(中央経済社・2007年) 176-177頁を参照。

[7] 茶園・前掲注5・42頁は、営業秘密の使用について、「同一性」という問題に着目した上で、同一的な情報を使用することだけではなく、改変をした情報の使用が当

か、「その利用行為は、本来の用法に従って利用行為に限らず、本来の用法から予想される利用も禁止されると考える」[8]と明言する。この学説に与する場合には、営業秘密の使用の意味はさらに拡大し、営業秘密に対する改良・変更行為や、本来の用法から予想される利用行為もその使用の範囲に含まれることになる。

(2) 改良・変更された営業秘密の使用行為について

本件では、改良・変更行為の営業秘密該当性が争点となっている。管見の限り、この問題に対して、学説上、本格的な検討はいまだこれからという段階にあるようだが、議論の蓄積が皆無というわけでもない。

「逐条解説」は、改良・変更された情報の使用行為といえども営業秘密の使用行為に該当する場合はあるが、それらの改良・変更の幅が大きすぎる場合にはもはや営業秘密の使用とはいえないという見解を示している。いわく、「改良された製造技術、変更された設計図、追加・編集された顧客名簿・仕入先リスト、改良された販売マニュアル等、改良行為により作成された情報の使用行為については、①当該営業秘密が、もとの営業秘密と全く別のものであり、もとの営業秘密が原型をとどめないような場合には、当該営業秘密の使用は、もとの営業秘密の使用行為に該当しないものであると考えられるが、②当該営業秘密が、物の営業秘密をベースとして作成されており、実質的にもとの営業秘密を使用するに等しいと考えられる場合には、もとの営業秘密の使用行為に該当するものであると考えられる」[9]。

しかしながら、上記の考えから見れば、改良・変更された営業秘密の使用行為の範囲をいかなる観点から判断すべきかということについて具体的な議論をなすことなく、やや循環論法的に、結論として「実質的に営業秘密を使用するに等しい」と述べているに止まり、判断基準としてはいま

該情報の経済的価値を享受している場合にも、営業秘密の使用と認められるべきであると論じた。

[8] 千野・前掲注6・177頁を参照。

[9] 通商産業省知的財産政策室監修・前掲注4・75-76頁を参照。

だ曖昧に過ぎるといわざるをえない。どのような利用行為が「実質的に」使用するといえるか否かということを明らかにする必要があろう。

一方、茶園教授は、この問題について、まず、営業秘密に改変が加えられ、使用される情報がもとの営業秘密と同じものとはいえないようになった場合には、競争を過度に阻害しないように、営業秘密の使用ではないとしている。そして、技術の改良において時間や費用を節約することができた場合には、営業秘密の保有者は、当該営業秘密を使って改良技術を開発する者に対し、その節約分について損害賠償を請求することができる、という観点を示す[10]。

「営業秘密の使用」の範囲が過剰に広範なものとならないように、競争を過度に阻害するかどうかを基準として制限することは、具体的な事案に適用しうる特定の観点を示すものとして有用といえよう。また、時間や費用を節約するように単に間接的に価値を利用する場合にも、不正使用を肯定し、ただ、その場合の救済を差止めではなく、損害賠償に限定するという提言は柔軟な解決策を図りうるものと評価できるように思われる。

---

[10] 茶園・前掲注5・42頁を参照。具体的には次のように述べられている(下線は本稿の筆者が付した)。

「営業秘密には特許のクレーム制度のようなものがないため、その保護範囲を明確に画することは困難であるが、営業秘密に改変が加えられ続け、使用される情報がもはや技術的に営業秘密と同じものとは言えないようになった場合には、営業秘密の使用ではないとすべきであろう。そうでないと、他人の営業秘密を一旦取得した者は、当該営業秘密と同一分野の技術を利用すること自体が制限されることになりかねず、競争が過度に阻害されるおそれがあるからである。ただし、営業秘密を技術改良の出発点にしたことによって、改良技術の開発において時間や費用を節約することができた場合には、営業秘密の保有者は、改良技術を開発し使用する者に対し、差止め請求ができないとしても、その節約分について、改良技術の過程において行われたであろう営業秘密の不正使用を理由として、あるいは営業秘密の不正取得を理由として、損害賠償を請求することができると解されよう」

(3) 小括

以上の検討に鑑みると、営業秘密の使用の定義については、定説とでもいうべき学説はいまだに存在しないものの、「使用」を柔軟に広く解釈しうるという方向性は一致しているといえるだろう。そこでは、①同一の情報が使用される場合に限らず、営業秘密が使用されていると肯定しうること、②改良・変更された使用行為も営業秘密の使用行為に含まれうること、③ただし、改良・変更が一定の限度を超えると、その営業秘密の使用に該当しなくなることについても、共通の認識が存在しているように見える。

とはいうものの、どの程度まで改良、変更が進むともはや営業秘密の使用といえなくなるのかという点に関しては、具体的な議論に乏しい。営業秘密を参考にする場合も含むとされることはあるものの、そのような抽象的な規範の提示に止まる限り、具体的な事件への当てはめについて予測可能性のある運用をなすことは困難であろう。そのようななかで、競争に対する過度の制約という考え方を取り入れたり、時間や費用の節約も使用に該当しうるとしつつ、救済方法において調整を図る見解が提唱されていることは注目に値する。

2 裁判例

(1) 裁判例の分類の仕方について

従前の裁判例においても、営業秘密の不正使用行為該当性について判断する際に、本稿のいう意味での「同一性」を重要な検討事項とした判決は相当数存在する。しかし、それらを具体的な事案に照らして考察すると、同一性に関する説示が各判決において実際に果たしている機能は、その相違を裁判所が意識しているか否かはともかくとして、二つに大別することができるように思われる。以下では、本稿が抽出したこの同一性の説示の機能の違いに着目して、裁判例を分類してみよう。

第一に、事案次第では原告の営業秘密が取得され使用されたわけではない可能性があり、それを排除しない限りは、営業秘密の不正利用行為を認定しえないという場合がある。そのような事件では、裁判所は同一性を営

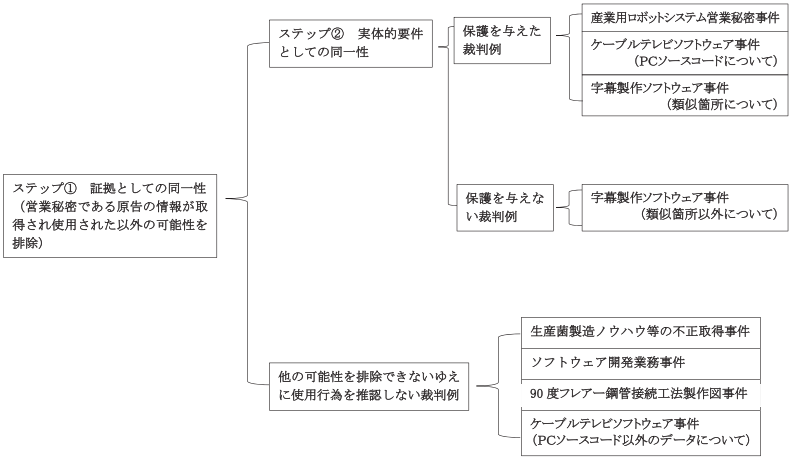
業秘密の不正利用行為を推認するいわば証拠として検討することがある。例えば、被告らが原告の営業秘密を取得した事実は認められたが、その後の使用の段階で、同一性が証明できない、あるいは一致している部分は単なる「一般化された情報」と認定し、それが故に営業秘密が使用されたわけではないという可能性を排除できないため、営業秘密の使用行為があったとはいえないとした判決として、東京地判平成22・4・28平18(ワ)29160［生産菌製造ノウハウ等の不正取得事件］、大阪地判平成25・7・16平23(ワ)8221［ソフトウェア開発業務事件］がある。同様に、その意味での証拠としての同一性が証明されなかった結果、営業秘密の取得及び使用行為のいずれもが否定された裁判例として、東京地判平成 8・1・31平 4(ワ)6627［90度フレアー鋼管接続工法製作図事件］、知財高判平成30・3・26平29(ネ)10007［ケーブルテレビソフトウェア事件］（PC ソースコード以外のデータについて）がある。

第二に、原告の営業秘密以外の情報が利用されている可能性が争点となっていない場合、または、それが争点となってはいるものの不正取得についてより直接的な裏付けがある等の状況に照らし他の可能性が排除された場合でも、同一性をいわば保護範囲に関する実体的要件として検討することによって、営業秘密に関する被告の行為に対して原告に保護を与えるか否かを判断しようとする一連の裁判例が存在する。そのような判断を（も）なしていると評価しうるものとして[11]、ある程度の同一性が証明され

[11] ところで、名古屋地判平成20・3・13平17(ワ)3846［産業用ロボットシステム営業秘密事件］、前掲知財高判［ケーブルテレビソフトウェア事件］（PC ソースコードについて）では、同一性以外の様々な間接証拠、例えば、誤記や不自然な一致点等も、有力な証拠とされている点が特徴的である。具体の裁判の場面では、同一性が、本文にいう証拠と実体的要件という二つの機能を同時に果たしている場合もあると推察される。すなわち、同一性に関する一つの説示が、営業秘密が使用されたわけではないという可能性を排除するとともに、どの範囲まで営業秘密の使用として保護するべきかという論点に関する判断として、同時に機能している場合があるのではないかということである。従前の裁判例において、同一性が実体的要件事実として検討された場合に、重ねて他の可能性を排除するための証拠としての同一性を検討するものがほとんどない原因をここに求めることが許されるかもしれない。前掲名古屋地判［産業用ロボットシステム営業秘密事件］、前掲知財高判［ケーブルテレ

たとして、営業秘密の使用行為が推認され保護を与えた裁判例として、前掲知財高判［ケーブルテレビソフトウェア事件］（PCソースコードについて）、名古屋地判平成20・3・13平17(ワ)3846［産業用ロボットシステム営業秘密事件］、東京地判平成30・11・29平27(ワ)16423［字幕製作ソフトウェア事件］（類似箇所について）がある。

なお、裁判例のなかには、両者の要素を併せ持つものもある。同一性の証明がない故に、営業秘密について使用されたわけではないという可能性を排除できず、しかも、営業秘密に関する使用行為を推認することもできないという両方の論理を含むと理解しうる裁判例として、前掲東京地判［字幕製作ソフトウェア事件］（類似箇所以外について）等がある。



ビソフトウェア事件］(PCソースコードについて)、前掲東京地判［字幕製作ソフトウェア事件］(類似箇所について)は、その例といえようか。

以下では、より具体的に各判決を分析する。

(2) 証拠としての同一性を検討した裁判例

東京地判平成22・4・28平18(ワ)29160［生産菌製造ノウハウ等の不正取得事件］

この事件では、元従業員であった被告が原告の営業秘密である生産菌を不正取得してから利用されたか否かが争点とされた。問題となった営業秘密は、原告の保有するコエンザイムQ10の生産菌診断薬用酵素の生産菌及びコエンザイムQ10の製造ノウハウ等に関する情報（以下、「生産菌等」という）である。原告は、原告の元従業員であった被告Cが、原告の在職中に、原告が保有する営業秘密である生産菌等を不正の手段により取得し、被告Cが代表取締役を務める被告会社が、上記営業秘密が不正に取得されたことを知りながら、これを被告Cから取得し不正利用されたと主張した。ここで問題となったのは、被告Cの営業秘密を取得する行為、及び被告会社の営業秘密の利用行為の有無である。

裁判所は、原告の生産菌A、Bを営業秘密であると認めた上で、それらの営業秘密をめぐって、①被告Cの不正取得行為、②被告会社の不正取得行為、③被告会社による新昌製薬（訴外第三者）への本件生産菌Aの提供行為等の有無について個別的に判断を下した。

まず、①被告Cの不正取得行為について、裁判所は、「被告Cが平成16年10月31日に原告を退職する前に原告の社内から持ち出した物品を冷凍庫に保管していた」こと、及び「平成18年2月9日に冷凍庫及びその庫内の内容物の状況等を確認する公証人による事実実験が行われて」おり、その内容物が原告の生産菌Aの種菌・生産菌B及びコエンザイムQ10の生産菌の培養液等であることを理由に、被告Cの行為は、原告の営業秘密に当たる生産菌A、Bを原告の意に反する不正の手段により原告社内から持ち出して取得するものであり、不正競争防止法2条1項4号の不正競争行為に該当すると判示した。

次に、②被告会社の不正取得行為に対して、裁判所は、被告Cが、無断で持ち出した物品を冷凍庫に入れ、被告会社の事務所内でその冷凍庫を保管したという事実によって、被告会社は、「原告の営業秘密について不正

取得行為が介在したことを知ってこれを取得した」ものと推認されうるので、この行為も不正競争行為に該当すると判示した。

他方、③被告会社の新昌製薬への本件生産菌Ａの提供行為については、裁判所は被告製品に用いられた生産菌と原告製品に用いられた生産菌の同一性に焦点を当てた。原告は証拠として生産菌そのものではなく、生産菌を使って作成された製品を提出するに止まっていた。裁判所は、この原告製品と被疑侵害製品とを比較しつつ、以下のように論じて、精製方法の同一性を推認できないことを理由に、使用された生産菌の同一性を否定した。

「原告製品と被告製品の各精製方法が同一のものであると認められるためには、それぞれに使用される有機溶媒の種類が同一であるということのみならず、それらが使用される手順や使用に当たっての条件などをも含んだ一連の精製工程全体の同一性が確認される必要がある…

……

…しかるところ、甲35の報告書[12]においては、上記のとおり、主として5社製品に含まれる不純物（類縁物質や有機溶媒）のプロファイルの比較が行われているにすぎず、これによって確認し得るのは、せいぜい使用された有機溶媒の種類の同一性にとどまるのであって、それらが使用された手順や使用に当たっての条件などの同一性についてまで確認することはできないものといえる…

……

原告製品と被告製品の各精製方法の同一性が認められない以上、甲35の報告書における上記の立論は、その前提において成り立たないものというべきである。これらのコエンザイムＱ10の類縁物質の含有割合を比較して

[12] 甲35の報告書とは、原告は、原告製品、被告製品、カネカ製のコエンザイムＱ10製品、三菱ガス化学製のコエンザイムＱ10製品を対象とし、高速液体クロマトグラフィー法（HPLC法）、マススペクトル検出器付きガスクロマトグラフィー法（GC-MS法）等による各製品中のコエンザイムＱ10の含量、類縁物質プロファイル、残留溶媒の比較、各製品の結晶形顕微鏡写真及び粒度分布の比較を行い、その実験結果をまとめた資料である。

みたところで、原告製品と被告製品の各生産菌の同一性を導き出すことはできないというべきである」

注意を要するのは、この事件のように同一性が証拠としての同一性として機能している場合には、同一性自体は要証事実ではないということである。そのため、この事件においても、本来の要証事実である原告の営業秘密が被疑侵害製品に用いられているか否かということについて、その有無を推認するいくつかの事情が合わせ考慮されている。例えば、「中国においては、1998年（平成10年）から合成法によるコエンザイムQ10製造が行われるようになり、また、同年ころから光合成細菌を用いた発酵法によるコエンザイムQ10製造の研究が開始されていること」、また、「新昌製薬は、1954年（昭和29年）に設立された、所有資産約220億円、社員数約2500名余り、平成16年の売上実績が約255億円にのぼる企業であり、ビタミン類、抗生物質類の原料及び製剤を製造・販売するほか、新薬開発のために７つの研究所を保有し、120名余りの研究者が研究に当たっている」こと、さらに、「被告Cが本件生産菌Aを原告社内から持ち出したものと認められる時期（平成16年10月ころ）と新昌製薬がコエンザイムQ10の製造を開始した時期（平成16年秋ころ）との関係」が斟酌されている。こうした事情を合わせ考慮する場合には、たしかに被告Cが持ち出した原告の生産菌が被告製品の製造に用いられた可能性はかなり低いと見ることが許されよう。

［生産菌製造ノウハウ等の不正取得事件］と本件を比較してみると、一見すると両者は、被告らの不正取得が存在したと認定されている点、及び裁判所が問題となった営業秘密と被告らに使用された情報が比較検討されている点において、類似しているといえる。さらに、その判断の結果から見ても、ともに同一性が証明されていないことを理由として、営業秘密の使用行為を否定している。しかし、この二つの判決の事案は大きく異なっているところがあり、同一性が果たした機能も完全に一致しているわけではないように思われる。前述したように、生産菌の事件では原告は生産菌を用いてコエンザイムQ10を工業的に製造する唯一の会社ではなく、被告会社は原告の営業秘密が被告Cに取得されるより以前からコエンザイムQ10の研究開発を行っている。このような事情が存する以上、裁判所と

しては、原告が他のなにものでもなく自分の生産菌こそが被告らに使用されたということを確証できない限り、原告の営業秘密が使用されたと推認することは困難であったといえるだろう。生産菌の事件における原告の営業秘密と被告らに使用された情報の同一性の確認作業が、営業秘密である生産菌がどの程度使用されたのかという実体要件としてのそれを判断するというよりは、むしろ、その前の、まずは原告の営業秘密が使用されたわけではないという他の可能性が排除されるのかという証拠としての同一性に向けられたのも、以上に紹介した事案の特徴に鑑みれば、自然な成り行きであったように思われてくる。

大阪地判平成25・7・16平23(ワ)8221［ソフトウェア開発業務事件］

この事件でも［生産菌製造ノウハウ等の不正取得事件］と同様に、問題となった営業秘密が使用されたわけではないという可能性を排除する必要性があったにもかかわらず、同一性が認められなかったために営業秘密の使用行為が否定されている。

同事件で営業秘密と認められたのは、原告の企業業務のシステム化を目的とするソフトウェアのソースコードである。原告は、元従業員であった被告らが不正の利益を得る目的で営業秘密のソースコードを被告会社に対し開示したなどを理由に、被告らのソフトウェアの製造等行為に対して、損害賠償に加え、差止め、廃棄等を求めた。

営業秘密の使用行為について、原告は、「本件ソースコードそのものを『使用』したものではなく、ソースコードに表現されるロジック（データベース上の情報の選択、処理、出力の各手順）を、被告らにおいて解釈し、被告ソフトウェアの開発にあたって参照したことをもって、『使用』に当たるとし、このような使用行為を可能ならしめるものとして、被告Ｐ1及び被告Ｐ2による、『ロジック』の開示があったもの」と主張した。

裁判所は以下のように述べて、原告の主張を退けた。

「本件において営業秘密として保護されるのは、本件ソースコードそれ自体であるから、例えば、これをそのまま複製した場合や、異なる環境に移植する場合に逐一翻訳したような場合などが『使用』に該当するものというべきである。原告が主張する使用とは、ソースコードの記述そのもの

とは異なる抽象化、一般化された情報の使用をいうものにすぎず、不正競争防止法２条１項７号にいう『使用』には該当しないと言わざるを得ない」。

すなわち、裁判所は、当該事件における営業秘密であるソースコードの内在的なロジックが参考にされたという原告の主張に対して、「一般化された情報」の使用に過ぎない以上、営業秘密の使用行為に該当しないと判断したのである。

また、原告は、「原告ソフトウェアがdbMagic、被告ソフトウェアがVB 2008と、全く異なる開発環境で開発されていることから、本件ソースコード自体の複製や機械的翻訳については主張せず、本件仕様書（乙1）に、本件ソースコードの内容と一致する部分が多いことから、被告Ｐ2らにおいて、本件ソースコード自体を参照し、原告ソフトウェアにおけるプログラムの処理方法等を読み取って、これに基づいて被告ソフトウェアを開発した」とも主張していた。しかし、裁判所は、同じ業務用ソフトウェアにおいて、機能や処理手順に共通する面が多いと考えられるとしつつ、被告らの長年の経験等も考慮して、原告の主張を認めなかった。

この判決は、営業秘密の使用行為と認めるべき例として、「本件ソースコード…をそのまま複製した場合や、異なる環境に移植する場合に逐一翻訳したような場合」などを掲げている。いずれも、前述した「直接使用する」タイプの使用行為に該当すると見られる。この例示から察するところ、明言されているわけではないが、裁判所は恐らく、前述した改良、変更を典型例とする「参考とする」タイプの使用行為を念頭に置いているわけではなさそうである。しかし、仮に「参考とする」タイプの利用行為が営業秘密の使用行為に該当することは一切ないのだという判断をとってしまうと、他人の営業秘密を利用しようと企図する者は、営業秘密を改造・変更しさえすれば、簡単に不正競争防止法の規制を迂回して使用することができるようになることを意味する。そのような帰結は、営業秘密に対する実効的な保護の実現にとって大きな支障を形成することになりかねない。他人の営業秘密を改造・変更して使用すること、あるいは、参考として利用することによって、使用者がその時間、費用、労力を相当程度節約でき

る場合がある以上、還元すれば、使用者にとってそのような利用により経済的な利益を取得しうる以上、営業秘密の価値が利用されているといえるのであり、保有者に対する保護が必要になると思われる。改良・変更に代表される「参考とする」タイプの使用行為が不正競争防止法にいう営業秘密の使用から排除されているかのような口吻を示す本判決の説示は穏当なものとはいい難い。

また、同事件で、裁判所は、「抽象化、一般化された情報の使用をいうものにすぎず、不正競争防止法2条1項7号にいう『使用』には該当しない」と述べている。判旨にいう「一般化された情報」の使用は営業秘密の使用ではないという説示は、その文言を額面どおりに受け取る場合には、保護範囲の問題として、そのような情報の使用は絶対的に営業秘密の使用に該当しないと説いているようにも読める。しかし、この事件で問題となったソースコードに関していえば、たしかに一般化された情報をソースコードとしたものであったのかもしれないとしても、ソースコードとして表現するには相応の労力費用が投入されているはずである。そして、繰り返しになるが、営業秘密に具現された価値の収受の仕方として「参考とする」タイプの利用がありうる以上、一般的な情報を自らソースコードに具体化するのではなく、原告が秘密として管理しているソースコードに依拠する行為は、営業秘密の不正使用行為として規律する必要があるように思われる。そうだとすると、判旨の文言からはやや離れるが、使用されているものが一般的な情報であるということは、原告の営業秘密を用いなくても、他の情報から、あるいは、被告ら自身の知識により、同じようなものを作成する可能性が残されていることを意味していることに着目し、証拠の問題として、当該事件の事実や証拠に鑑みれば、いまだ原告の営業秘密が使用されたとまでは推認できないと理由付けていたほうが望ましかったのではないかと思われる。そのような論理のほうが、「参考とする」タイプの使用が一般的に不正競争防止法の使用に該当しないとも読まれかねない説示よりも、穏当なものといえるだろう。

東京地判平成8・1・31平4(ワ)6627［90度フレアー鋼管接続工法製作図事件］

次に、証拠としての同一性が証明されていないことを理由に、営業秘密

の使用行為が成立しないと判示した事件を見てみよう。

同事件では、営業秘密とされたのは、「90度フレアー鋼管接続工法」を実施するための機械に関する製作図（以下、「フレアマシン製作図」という）である。原告は、被告らがフレアマシン製作図を窃取した上で、これを第三者に開示した行為に対し、損害賠償請求を求めた。

裁判所は、以下の三つのことを理由に、原告の請求を棄却した。

第一に、裁判所は、「被告のフラップジョイント及び試作機は、パイプ鍔部成形機における最も重要な部分であるコーンの構造、回転容量等の面で原告のフレアマシンとは顕著な差異を有するものであって、機械の製作図面上も顕著な差異を有することはこの点から容易に推認される」ことを理由に、被告らが原告のフレアマシン製作図を利用する必要性は少なかった、と認定した。

第二に、被告門倉がもともと原告において船舶の甲板機械の設計に関する技術スタッフとして働き、「ドイツのゲーエス社から供給されたGSタイプのフレアマシンの国産化のための設計図の手直し等の業務を担当してきた」という経験を有することを斟酌し、被告門倉が「原告において培ってきた経験と知識を利用すれば、フレアマシンの設計図が手元になくとも、原告を退職した後約二か月位の期間があればフラップジョイントの試作機の設計図を製図することは十分に可能」である、と認定した。

第三に、原告は被告らが製作図を窃取したとも主張していたが、これを直接的に裏付ける証拠が一切提出されなかった。

この事件で、裁判所は原告機械と被告機械とは「顕著な差異」を有すると評価している。換言すれば、両者の同一性がないという事案である。裁判所が営業秘密の不正使用行為該当性を否定する際に掲げた事情はいくつかあるが、この顕著な差異があるということこそが、判断の決め手になったようにも思われる。しかし、裁判所の事実認定の字面を追う限りでは、被告の試作機は原告の機械を改良した上で作成されたという可能性は完全に払拭しえないようにも見受けられる[13]。この事件で、裁判所がそのよ

[13] 被告のフラップジョイントは、原告のフレアマシンと比べ、「コーンの回転容量を試作機よりもさらに増量させている。そのため、設計図上もコーンの回転容量、油圧等に関係する部品の構造、大きさ等が異なってくるものであり、また、パイプ

うな可能性を吟味していない理由は、もちろん原告が主張していないということに尽きるのかもしれないが、他方で、裁判所自身が実体的要件の問題として「参考とする」利用が営業秘密使用行為に該当する可能性を視野に入れていないことにあるかもしれない。

前述した［生産菌製造ノウハウ等の不正取得事件］と異なり、この事件では、被告らの営業秘密の取得行為に関する直接的な証拠が存在しない。営業秘密が被告に取得された事実が明らかではない以上、原告にとっては、他の情報ではなく、自分の営業秘密こそが被告に利用されたという心証を抱いてもらうハードルはより高いものとなるだろう。多くの営業秘密に関する事件では、被疑侵害者は元従業員か、それと関わる者である。そのような場合には、上述した事件のように、元従業員として身に付けた経験や知識などが、営業秘密の使用行為の成立を否定する有力な証左になるというべきである。その上で、被告製品と原告製品に相応の差異があるのであれば、使用行為があるとは判断されない可能性が相当に高まるように思われる。このように考えてくると、被告が不正に営業秘密を手に入れたということが、営業秘密の使用行為に関する証明に対して重要な意味を持ってくるのではないか。特に営業秘密が改良、変更または参考等のような形で使用された場合では、被告の製品と原告製品が完全に一致しているわけではなく、同一性の判断基準だけで営業秘密の使用行為があったと推認できないことが少なくないのではなかろうか。そのような場合でも、仮に被告の不正取得行為が証明されたとすれば、相当程度、他人の営業秘密を製品

の加工精度も従来のものと比べ改良されているため、パイプの接合に使用するフランジについても、原告のフレアマシンで成形したパイプの鍔部については特殊なフランジを使用する必要があったが、フラップジョイントで成形したパイプの鍔部については、コストの安いJISの汎用型フランジを使用することが可能になっている」と認定されている。こうした比較だけでは、両者の間で「顕著な差異」があるとしても、被告の製品が原告製品を参考にした上で作成された可能性が必然的に排除できるというものではないように思われる。そもそも、営業秘密が改良・変更されて使用されたとすれば、それに基づいて作成された製品が元の製品と比べて相違点があることは当然の理ということができる。そのような場合には、むしろ実体的要件の問題としてどのような範囲内の変更までを営業秘密の使用行為と認めるのかということが問題となるだろう。

に使用しようという企図が存在することが証明されたと取り扱うことができる場合もあるだろう[14]。そして、そのような推認が働く事案においては、被告に対して自身が原告の営業秘密を取得したが利用していないと立証することを求めることとすれば、原告の立証責任を相当程度に軽減しつつ、裁判所のより合理的な判断を期待できるようになるのではなかろうか。

また、［90度フレアー鋼管接続工法製作図事件］では、被告らの元従業員として身に付けた知識や経験等が不正使用行為の有無の判断に影響する要素とされた。そのような取扱いの背後には、従業員たちの転職の自由を過度に制限しないために、一定の範囲内の類似性や同一性であれば、営業秘密の使用行為を推認しないとする必要性があり、そのために一定の限度が設定されなければならない。この限度としては、従業員としての知識や経験はもちろん、前述した［ソフトウェア開発業務事件］における「一般化された情報」も活用することができるだろう。

知財高判平成30・3・26平29(ネ)10007［ケーブルテレビソフトウェア事件］(PCソースコード以外のデータについて)

また、［90度フレアー鋼管接続工法製作図事件］とほぼ同様の論法を採用したと目される判決として、［ケーブルテレビソフトウェア事件］を紹介したい。

同事件では、裁判所は、原告所有のPCソースコード、マイコンソースコード、及び回路図データ、部品リストデータ、基板データが営業秘密に該当すると認定した上で、それぞれについて、不正競争行為の成否を判断した。以下では、そのうち、後者の回路図データ、部品リストデータ、基板データ（以下、「PCソースコード以外のデータ」という）に係る判旨を紹介する。

控訴人（原審被告）は、控訴審において、回路図データ、部品リストデ

[14] しかしながら、裁判例を整理すれば、裁判所は、実際にはあまり不正取得という事実を重視していないということが見られる。例えば、本件のように、被告らが不正取得行為を自認したが、結果的には、裁判所の判断を左右したとはいえないと思われる。結局、裁判所は、使用行為を認定する際に、被告らの木型と原告の木型を比較しその一致性を主な理由として判断を下した。

ータ、基板データ部分について、以下のように論じて、問題の部分は被告が独自に製作したものである、ということを理由に、不正使用に該当しないと主張した。

「ア　被控訴人は、ビースケ（Bshc）というアプリケーションを用いて回路図データを作成しているが、控訴人は、オートキャド（Auto CAD）というアプリケーションを用いているため、原告製品1ないし4の回路図と、被告製品1ないし4の回路図とは全く形式が異なっている。

……

イ　Cは、電子機器設計者として40年以上のキャリアを有し、原告製品の回路図、基板データの全てを把握しており、回路構成も熟知していたのであるから、被控訴人のデータを持ち出す必要がない。」

これに対して、被控訴人（原審原告）は、以下のように論じて、被告の回路図データ、部品リストデータ、基板データ部分に関係がある行為が不正使用に該当する、と反論した。

「（ア）回路図データについて

控訴人が、被告製品1ないし4の回路図として提出する各図面（以下『被告回路図』という）は、いずれも各製品の納品後、事後的に作成された図面であり、被告回路図は、各製品の製造に使用されたものではない。

……

被告回路図は、原告製品1ないし4の内容をレイアウト変更しただけのものであり、その内容は、一部を除き全く同一である。

……

（イ）部品リストデータについて

…原告製品1ないし4の部品リストと被告製品1ないし4の部品リストは、それぞれ、対応するリストに挙げられた品名項目の多くが一致している。

……

（エ）控訴人は、設立後、直ちに被告製品1の営業活動を開始し、わずか6か月後に、正式発注を受けている上、受注から納品までの期間も2～

3か月しかなく、受注した時点ではいずれの製品も完成していなかったというのであるから、ゼロから商品を開発していたのでは間に合わないはずであり、控訴人が、回路図データ、部品リストデータ、基板データを独自に開発していないことがうかがわれる。」

すなわち、被控訴人は、他のデータについて、①被告製品と比較すれば、一致または同一のところが多いこと、②被告の自分の製品を作成する期間が不自然に短いこと[15]を理由として、控訴人の主張を否認した。

以上の主張に対して、裁判所は、営業秘密と認められた回路図データ、部品リストデータ、基板データについて、いずれも不正使用行為に該当しないと判示した。①提出された原告製品と被告製品とは、それぞれ、「一見して異なるもの」であり、②控訴人が被控訴人からUSBメモリにコピーして社外に持ち出したという主張について、直接確認できる証拠はなく、③元従業員であった被告が原告製品情報を熟知していたことを考慮すると、同等の機能を有する被告製品の回路図を作成した場合に原告の回路図と類似するのはむしろ自然である、というのである。

この事件においても、前述した[90度フレアー鋼管接続工法製作図事件]と同様、控訴人の営業秘密の取得行為を直接証明することはできず、当事者の製品には差異があり、元従業員であった控訴人の経験等が利用行為の成否を判断するに際して大きな役割を果たしている。この二つの事件を合わせてみれば、被告製品と原告製品に類似しているところがあるとしても、他に異なるところがあり、また、元従業員の経験等が参酌される場合には、営業秘密の使用行為が裁判所に推認されない可能性も小さくはないということである。これまで紹介した他の裁判例を俯瞰してみても、営業秘密の利用行為について同一性までを要求するかなり厳しい基準が採用され

[15] ここで控訴人が主張した製品作成期間が不自然に短いという事情も、相当程度、営業秘密の使用行為を推認するための間接証拠となりうると考えられる。なぜならば、業界の実情や当業者の経験などにより、被疑侵害者の製品作成期間が通常より明らかに短いという場合、問題となった営業秘密が使用されたことが原因であるとの推測が成り立つであろう。その場合、被疑侵害者のほうで、何故、短期間で製品を作成できたのか、合理的な理由を示す必要があろう。

るとともに、従業員の転職の自由等の利益を守ることを重視する傾向を観察することができる。

ところで、当該事件において、被控訴人は、「被告回路図は原告回路図データを変更したに過ぎない」と主張していたが、裁判所は、元従業員の経験と知識を理由として、その主張を採用しなかった。営業秘密が変更して利用される場合に、使用行為の立証がより困難となるように思われる。被告の製品が経験により自力で作ったものであるか、あるいは他人の営業秘密を参考にして変更を加えて作成されたものであるかということを客観的に判断することは容易ではない。

(3) 実体的要件としての同一性を検討した裁判例について

(a) 類似する部分に限定して営業秘密の使用行為に該当すると認めた裁判例

東京地判平成30・11・29平27(ワ)16423［字幕製作ソフトウェア事件］(類似箇所について)

この事件で、営業秘密と主張されたのは、原告の字幕ソフトウェア「SSTG1」を構成するソースコードプログラム及びそのファイル「Template.mdb」である。被告らが販売しているソフトウェア（以下、「被告ソフトウェア」という）は、少なくとも原告ソフトウェアが具備している機能の一部を有している。争点とされたのは、原告の営業秘密に関して、被告らによる使用等行為の有無とそれらの行為の不正競争該当性である。裁判所は、まず以下の事実を認定する。

「ア　本件鑑定においては、原告の意見等も踏まえ、本件ソースコードのうち114種類のソースファイルが鑑定対象とされ、本件ソースコードのうち一つまたは複数のソースコードに対して被告ソフトウェアの複数のソースコードを比較すべき場合があることから、300組のソースコードのペアについて、一致点の有無等が判断された。

…

…鑑定人が300組全てのソースコードのペアについて目視確認を行い、共通性や類似性が疑われるソースコードのペアを選んだ。その結果、...

共通性や類似性が疑われる箇所が発見された（類似箇所１ないし５）。

オ（ア）類似箇所１について

…被告ソフトウェアのソースコードで宣言されている変数30個のうち、20個の宣言については型、コメント、インデント（型名と変数名の間の空白文字列、変数名と注釈の間の空白文字列）を含めて本件ソースコードの類似箇所１と完全に一致し、５個の宣言については少なくとも変数名が本件ソースコードの類似箇所１と一致していた。

（イ）類似箇所２について

…被告ソフトウェアのソースコードのSourceDefault.cppが実装するCsourceDefaultクラスの代入演算子のオーバーロードで参照されている変数30個のうち21個の変数について、本件ソースコードの類似箇所２のGlobalSettings.cppが実装するCGlobalSettingsクラスの代入演算値のオーバーロードで参照される変数と変数名及び注釈が一致していた。

（ウ）類似箇所３について

…被告ソフトウェアのソースコードのSourceDefault.cppが実装するCsourceDefaultクラスの比較演算子のオーバーロードで参照されている変数29個のうち20個の変数について、本件ソースコードの類似箇所３のGlobalSettings.cppが実装するCGlobalSettingsクラスの比較演算値のオーバーロードで参照される変数と変数名及び注釈が一致していた。

（エ）類似箇所４について

…原告ソフトウェアと被告ソフトウェアは、字幕データの標準値をmdb形式のデータベースに保管するために、ActiveX Date Objects（ADO）を利用しており、ADOでデータの読み書きをする場合にはRecordsetと呼ばれるオブジェクトを経由する。Recordsetはレコード（行）とフィールド（列）で構成され、フィールド名を指定してレコードの読み書きを行う。

被告ソフトウェアのデータベース（Mdb.cpp）で用いられている52件のフィールド名は、全て原告ソフトウェアのデータベース（SSTDB.cpp）で用いられているフィールド名（類似箇所４）と同じものであった。

（オ）類似箇所５について

…クリティカルセクションに関するユーティリティクラスを実装する部分についての共通性が見られた。

カ　鑑定人は、類似箇所1ないし4について原告と被告のソースコードが不自然に類似・共通する箇所が存在すると判断し、類似箇所5については原告と被告のソースコードに類似性や共通性が見られるがその理由が不自然であるとまではいえないと判断した。」

これらの事実に基づき、裁判所は、類似箇所1ないし4について、被告らによる使用行為の存在を認めたが、他方で、類似箇所5と本件ソースコード「全体」については、使用等があったと推認するまでには足りないとした。

こうした事実認定に基づいて、裁判所は、営業秘密該当性及び不正競争行為該当性についての判断に移行する。そして、営業秘密該当性については、「類似箇所1ないし3はいずれも本件ソースコードの一部を構成するものである。そして、原告が開発、制作し販売している原告ソフトウェアに係る本件ソースコードの全体は原告の営業秘密であると認められるところ、ソースコードはそれぞれの構成部分が相互に関連したり作用したりしながら一定の動作を実現するものであることに照らせば、特段の事情がない限り、本件ソースコードの構成部分である類似箇所1ないし3も原告の営業秘密であると認めることが相当である」と論じて、類似箇所1ないし3は、「いずれも原告の営業秘密である」と判断した。その結果、裁判所は、被告らによる類似箇所1ないし3[16]に対する使用等の不正競争該当性を肯定した。

この事件では、営業秘密該当性のところでは、原告ソースコード「全体」と、類似箇所1ないし3のそれぞれが営業秘密であると認められている。しかし、不正競争行為該当性に関しては、ソースコード「全体」ではなく、使用の事実があると推認された類似箇所1ないし3に限って不正競争行為に当たると判断されている。また、判文上は使用の事実が存在する類似箇所については、「完全に一致」する、あるいは「○○が一致していた」というような文言が使われている。鑑定では、さらに原告ソフトウェアと被告ソフトウェアの全体について、「同様な不具合」が存在していたこと

[16] 類似箇所4は原告が営業秘密であると主張していなかったため、営業秘密該当性や不正競争行為該当性の判断はなされていない。

と、「無意味なコメント」や「誤記」などが一致していたことも指摘されているが、これらのことを根拠として「被告らが原告ソフトウェアを参照ないし複製したと主張するのは無理である」との意見が付されていた。そして、裁判所の判断は、結果的に、原告ソースコード全体について被告らによる使用等があると推認するには足りないというものであったから、不具合や誤記などの一致は裁判所の最終的な結論を左右していないと見られる。

本件ではソースコード「全体」について営業秘密該当性が肯定されており、また、5つの類似箇所に加えて、その他の部分も含めて不具合や誤記が一致しているという事実が認められている以上、むしろソースコード「全体」について被告らは原告ソフトウェアを少なくとも（本稿にいうところの）「参考にしている」と理解しうる事案であったように思われる。それにもかかわらず、本件の鑑定は、「不具合」や「誤記」があるとしても、被告らが原告ソフトウェアを「参照ないし複製」したと主張することには無理があるという言葉遣いを用いており、また、判決文も本件ソースコード「全体」について被告らによる「使用等があったと推認するには足りない」という表現となっている。これらの「参照」「使用等があった」という用語は、事実として原告ソフトウェアが参考にされたか否かということに言及しているのではなく、むしろ事実として参考にされたかもしれないが、その結果としてできあがったものは、保護の問題として、もはや営業秘密の使用と評価できるようなものではないということを意味するものなのであろう。このような判断は、本稿でいう実体的な要件としての同一性を論じていることに他ならない。その意味で、この事件の裁判所の判断手法は、本件改造木型についての判断手法、つまり、同一性がない限り営業秘密の使用行為が成立しないという考え方と共通しているといえよう。

ところで、この事件で裁判所は、原告ソフトウェアのTemplate.mdbについて使用等の事実があるか否かを判断する際に、「Template.mdbに具体的な字幕データ等を上書きしたファイルであるmdbファイルは字幕製作者等の間で字幕データのファイルの一つとして一般的に使われているものである。そして、mdbファイルを市販されているMicrosoft Accessで開くと、フィールド名に分かりやすい名前が付されている場合には、その名前から

内容を容易に把握することができる」と説示した上で、「そうすると、mdbファイルのフィールド名から内容を把握できなくても、Microsoft Accessという市販されているソフトウェアによって、そのフィールドにおける字幕データの入力内容を変化させ、その変化に対して前記の数字や文字列がどのように変化するかを確認することができ、この確認に基づいて字幕データとmdbファイルで各フィールドに表示される数字や文字列の関係を把握することが可能であると認められる。…上記のような開発は、本件で営業秘密と主張されているソースコード等を使用したものとはいえない」と判示している。ここで、裁判所は、市販されているソフトウェアによって同じような互換性を有するソフトウェアを作成する可能性が十分あることを理由に、原告のソフトウェアが使用されたということを推認できないと判断している。したがって、こちらの場面では、本稿でいう証拠としての同一性という考え方の下での同一性が問題とされているといえよう。たしかに、判決で指摘されているように一般的に使用されているファイルが似通っているに過ぎない場合には、原告の営業秘密が使用されたわけではないという可能性が排除されない限り、使用等を推認することは困難と思われる。

(b) 類似する部分に限定することではなく、全体的に営業秘密の使用行為を肯定した裁判例

以下に紹介する裁判例は、いずれも同一性に加えて、他の証拠を総合的に考慮し、最終的に営業秘密の不正使用行為があると推認した判決である。同一性以外の間接証拠の証明力が重視されていること及び完全に一致していない部分についても使用行為が推認されているところが注目に値する。

知財高判平成30・3・26平29(ネ)10007［ケーブルテレビソフトウェア事件］(PCソースコードについて)

さきほど紹介した事件であるが、同事件では、前述したものとは別に、パソコンソフトウェアのソースコード（以下、「PCソースコード」という）が営業秘密であると認められている。このPCソースコードをめぐる不正競争行為の成否について、裁判所は、①提出された当事者たちのPCソースコードと対比すれば、一致する表現が多数認められ、②被告製品のPCソ

ースコードにおいて、いくつか被告の製品に対して意味を持たない記載がある一方、原告製品のPCソースコードには全く同一の記載があり、③原審証人は、「被控訴人のパソコンから原告PCソースコードをUSBメモリにコピーして持ち出し、これを用いて被告PCソースコードを作成した」と供述したということに基づいて、被告らの行為は不正競争行為に該当すると判示した。

この事件において不正競争行為該当性が否定された他の営業秘密と比べれば、PCソースコードの場合では、真逆な結論が下されている。このような差異が導かれた理由は、判決で指摘されていた①と②の事情があるためといえよう。PCソースコード以外のデータにあっては、被告製品と原告製品との「差異」が強調される一方で、原告から他の証拠が提出されることもなかった。それに対して、PCソースコードの場合では、「一致する」部分と不自然な一致点の両方の事実が証明されているので、不正競争行為を推認することが合理的であるといえよう。この［ケーブルテレビソフトウェア事件］の裁判所は、営業秘密の使用行為について判断する際に、同一性を重要な要素として考慮の対象に入れるとともに、誤記等も証拠として軽視していない。その意味で、［ケーブルテレビソフトウェア事件］の判決は、前述した［字幕製作ソフトウェア事件］と異なる立場を採用していると評価することができる。

しかも、［ケーブルテレビソフトウェア事件］の判旨は、①と②の認定に基づいて、被告は被告製品を作成するに当たって原告製品に「依拠した」ことを推認した。この言葉遣いは、裁判所が、そのまま利用するという形の使用行為ばかりでなく、他の利用方法、例えば、改良、変更または参考のようなものも使用に該当すると考えていることの証左であるようにも見受けられる。

名古屋地判平成20・3・13平17(ワ)3846［産業用ロボットシステム営業秘密事件］

次に、産業用ロボットシステムの製造販売等を目的とする原告X社の管理する設計図面、設計CADデータ等が営業秘密に当たるとされた事件で、原告X社と同種の産業用ロボットを取り扱う被告会社においてX社を退社した被告Y3、Y4の設計等に係る産業用ロボットを製造、販売した行

為が不正競争行為に当たるか否かが争点となった事件を見てみよう。

この事件で、裁判所は、営業秘密とされたCADデータの不正使用の有無について、以下のように判示した。

「ｃ　被告システムは、原告システムとほぼ同様のフローティング機構を備えており、エアシリンダー及びロックプレートが付加されている点を除けば、ほぼ同様の構造を有している。

ｄ　原告システムと被告システムの部品構成は、別紙部品構成比較表のとおりであり、平行キーが原告システムでは『5×5×Ｌ15』サイズのJIS規格品であるのに対し、被告システムでは『5×5×Ｌ25』サイズのミスミ製品となっていること、ベアリングの品番がLLU（原告システム）とZZ（被告システム）の相違があること、バネの個数が被告システム（６個）が原告システム（３個）の２倍であること、被告システムにのみエアシリンダーがあること以外は、品番・個数・メーカーの同じ部品が使用されている。

ｆ　被告システムのホルダーの図面の正面断面図には、その断面の取り方に従えば全く存在しないはずのボルト孔が、原告システムのベアリングケースの図面のそれと同様に記載され、しかも、原告システムの上記図面上に誤って記載された右端上部のボルト孔まで記載されており、不自然な一致状況が認められる。

…

しかし、被告Ｙ４が原告在職中に原告システムを設計した経験を有するとしても、原告システムの各部品に酷似した部品を設計できるような詳細な形状までを記憶していたとは考え難いし、図面上の表記において不自然な一致状況が認められることを併せ考慮すれば、被告Ｙ４が本件CADデータ等を使用することなく被告システムを設計したとの被告Ｙ３らの主張は採用することが困難である。被告Ｙ３らが主張する図面の表記上の差異点（組図に記載すべきカバーが記載されていない、『オリエンタモーター』との誤記、モーターの中心線の位置の違い）は、被告システムを設計するに当たって本件CADデータ等に変更を加えた際に生じたものと推認することができるから、こうした差異点の存在は、被告Ｙ４が被告システムを設計する際に本件CADデータ等を使用したとの事実と何ら矛盾するものではない。」

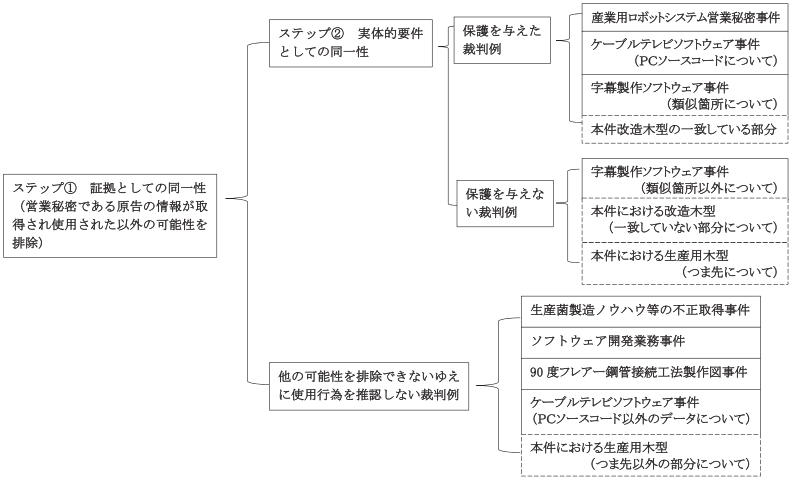
ここで裁判所は、当該判決における被告のデータと原告のデータとを比較し、①両社のシステムや図面等には相違があること、②構造や形状が酷似していること、及び③図面上の表記において誤記のような不自然な一致状況があることを認めるとともに、④被告らが原告在職中にシステムを設計した経験を有することを含めて、営業秘密の使用行為についての推認に影響しうる要素を総合的に斟酌して、本件営業秘密であるCADデータが被告らに不正使用されたと判断している。

この事件の裁判所の判断は［ケーブルテレビソフトウェア事件］のPCソースコードに関する裁判所の判断と同様に、そのまま使用するという直接使用だけではなく、参考等の抽象的かつ間接的な使用も不正使用行為に該当するという立場をとっているといえよう。これら二つの事件と本件、または生産菌事件を比較すると、判旨のなかでの同一性の位置付けが対照的である。本件及び生産菌事件は、使用行為該当性の判断の際に、同一性のみを斟酌しているのに対し、［産業用ロボットシステム営業秘密事件］と［ケーブルテレビソフトウェア事件］は、いずれも、同一性以外の証拠、例えば、「誤記」や「不自然な一致状況」等も考慮対象としている。つまり、後二者の事件では、同一性がただ使用行為を推認するための手掛りの一つでしかないのである。さらにいえば、この二つの事件では、原告の製品（あるいは再現された情報）と被告の製品（あるいは再現された情報）が完全に一致しているとはいえないが、ただ「一致する表現が多数認められた」、あるいは「酷似している」程度の同一性であった。それにもかかわらず、裁判所が営業秘密の使用行為を推認したということは、他の証拠が存在する場合には、同一性を特に厳格に要求する必要性がないことが示されているといえよう。

３　本件の位置付け

ここで、過去の裁判例と本件を比較しておきたい。

本件において、裁判所は、本件改造木型及び本件生産用木型の各部分に対して、いずれについても同一性を根拠に判断を下しているが、厳密にいえば、各部分について同一性が果たした機能が微妙に異なり、それが実際の説示に影響しているように見受けられる。



まず、本件改造木型について、裁判所は、本件オリジナル木型と比較した上で、「一致している」部分と「一致していない」部分に分けて、「一致している」部分に限り、同一性を有するとして使用行為に該当すると判示した。過去の裁判例では、［字幕製作ソフトウェア事件］もほぼ同様の判断手法を採用していると見ることができることは前述した[17]。また、本件生産用木型のつま先以外の部分について、裁判所は、「本件改造木型のつま先の形状を参考に本件生産用木型が作成された事実は認められるとしても、本件改造木型のそれ以外の部分の形状・寸法の情報が本件生産用木型の作成に使用されたとの事実を認めるに足りる証拠はない」としつつ、「本件改造木型のつま先部分の形状・寸法は、前記検証のとおり、本件オリジナル木型（T-0001）のつま先部分の形状・寸法とは明らかに相違している」ということを理由として、本件営業秘密を使用したと認められないと判断した。ここでは、同一性が実体的要件として検討されており、原告木型と被告木型との相違が明らかである以上、保護を与えることができないという考え方が採用されている。これらの裁判例では、同一性を有す

[17] ［字幕製作ソフトウェア事件］では、裁判所に営業秘密と認定されたものは複数あったが、被告らによる使用等の事実が存在すると推認されたのは、結局、完全に一致しているか、多くが一致している営業秘密に限られている。

る部分のみに保護を与え、そのまま使用するわけではない使用行為、例えば、改良、変更または参照のような行為は使用行為とは評価しないとするアプローチがとられていると分析することが許されよう。

次に、本件生産用木型のつま先以外の部分について、裁判所は、その部分が本件改造木型を参考にした上で作成されたことに関する証拠がないと認定しながら、「本件改造木型を用いなくても、結果的に、同一ではないが近似した形状・寸法の生産用木型が作成される可能性はある」と判断し、使用行為を否定した。この理由は、まさに［ソフトウェア開発業務事件］における「一般化された情報」に関する処理と一致している。「一般化された情報」にせよ、他の情報からの可能性にせよ、いずれも、特に営業秘密である情報を用いなくても作成できるものであるから、保護しなくても営業秘密の所有者に対する影響は少ない。このような情報については、原告は、被告の製品や情報等が他から手に入れた情報によって作成されたものではなく、自分の情報を用いた結果であると証明する必要性がある。この場合、同一性は他の可能性を排除するための証拠として用いられる。［ソフトウェア開発業務事件］に加えて、［生産菌製造ノウハウ等の不正取得事件］、［90度フレアー鋼管接続工法製作図事件］及び［ケーブルテレビソフトウェア事件］（PCソースコード以外のデータについて）も、同一性が証明できない以上、その他の可能性を排除することができないとされ、不正取得と不正使用のいずれもが認められなかった。一般に手に入る情報によって簡単に類似するものを作ることができるから、裁判所を説得するために、より高度な同一性が必要とされるかもしれない。

また、本件と異なり、同一性のみに着目するのではなく、同一性以外の他の証明力がある証拠も視野に入れて総合的に判断する裁判例として、［ケーブルテレビソフトウェア事件］（PCソースコードについて）、［産業用ロボットシステム営業秘密事件］等がある。これらの事件において、特徴的なのは、誤記や不自然な一致点等も使用行為に対して証明力がある証拠として用いられており、裁判所が同一性を本件または生産菌事件のように強調していないということである。さらに、両事件ともに、営業秘密の使用行為について判断する際に、同一性がある部分しか使用行為に該当すると認められないとするのではなく、営業秘密全体に対して使用行為を肯定した。裁判所は、恐らくそのまま使用すること以外に、改良、変更また

は参考のような形も使用行為として認めうることを前提としているのであろう。これらの裁判例を俯瞰すると、考慮されている事情は、「使用行為を肯定する」方向に導く要素と「使用行為を否定する」方向に導く要素という二種類に分けることができる。そして、同一性や就業経験等よく持ち出される要素以外に、「使用された情報が一般化された情報である」ということ、及び他の個別的な事情も、ある程度、裁判所の判断を左右しているように見受けられる。また、裁判所は、一つの要素だけを根拠として判断を下すというわけではなくて、むしろ複数の要素を総合して判断することが多い。同一性だけで、使用行為が判断されることはむしろ稀であるといえる。

4　検討

ここまでの議論から見れば、営業秘密の使用行為について、学説にせよ、裁判例にせよ、いずれも、明晰な判断基準が提供されたとはいい難い状態である。営業秘密の使用に正確かつ曖昧ではない定義を与え、裁判所が相関事件を判断する際にそれに基づいて適用できる判断基準を検討することが望まれる。

(1) 営業秘密の「使用」の定義について

学説では、前述のように、営業秘密の「使用」について、「本来の使用目的説」と「経済的価値説」が提示されている。そして、具体的な使用行為は、「直接使用する」タイプと「参考とする」タイプの二種類に大別されて検討されることが多い。しかし、裁判実務において営業秘密の使用の定義が争点になる際には、営業秘密の直接使用があまり争点とならなかったり[18]、参考にするというタイプの使用行為が営業秘密の使用行為とは認

[18] もっとも、本件を含めた従前の裁判例では、裁判所が「経済的価値説」を前提に、営業秘密の使用行為該当性の判断を下しているのではないかと推察される事例が散見される。例えば、本件において生産用木型のつま先以外の部分についての判断、あるいは［ソフトウェア開発業務事件］で原告が主張した「参考」に対する判断は、

められないことが多い。

しかし、まず「本来の使用目的」説についていうと、この見解のような曖昧な基準では、どのような利用行為が営業秘密の使用行為に該当すると判断するかということに対して予測可能性をもたらすことは困難であり、とりわけ、参考とするタイプの使用行為がどこまで営業秘密の使用行為といえるのかということに関して、明確な線引きをなすことは困難であるように思われる。

他方、「経済的価値説」は、「本来の使用目的説」と異なり、営業秘密の使用行為の形式に着目するのではなく、営業秘密の価値を重視する。その点で柔軟であるために、実務に対して、より使いやすい判断基準となるかもしれない。「経済的価値説」でいう「価値」には、「直接価値」と「間接価値」という二つのものを含めることができると考えられる。すなわち、顧客情報や技術情報等の営業秘密をそのまま生産や経営の過程に用いることによって、使用者が直接的に利益を得る場合と、他人が作成した設計図等の情報を改良・変更または参考にした上で自分の製品を製造したり、他人から得たネガティブな情報を利用して開発を進めたりすること等によって、使用者が時間、労力、費用を節約して間接的に利益を得る場合、いずれも、経済的価値を享受しているとして、営業秘密の使用行為に該当すると認めるべきだろう。なぜならば、営業秘密該当性要件の一つである有用性については、この要件を厳格に運用すべきではなく、「情報を入手した者が労力、時間、費用を節約できることは明らかである」場合には、有用性の要件を満足する[19]、という解釈が一般的な理解であるといえよう。

いずれも普通に手に入る情報または「一般化された情報」であるとされ、保護を否定されている。そこには、ある領域の従業員であれば、誰でも簡単に入手でき、特に他人の営業秘密を使用しなくても取得しうる情報であり、つまり、価値のない情報に等しいという判断が背後にあると見ることができるかもしれない。

[19] 田村善之『知的財産法』(第5版・有斐閣・2010年) 45頁を参照。他には、千野・前掲注6・167-169頁、茶園成樹『不正競争防止法』(有斐閣・2015年) 67-68頁、渋谷達紀『不正競争防止法』(発明推進協会・2014年) 157頁、松村信夫『新・不正競業訴訟の法理と実務－最新の判例・学説に基づく実務解説－』(民事法研究会・2014年) 458-462頁、金井重彦＝山口三惠子＝小倉秀夫編著『不正競争防止法コンメンタール』(改訂版・レクシスネクシスジャパン・2014年) 265頁等も同じ立場を採用し

このような通説的な理解を前提に考えるのであれば、営業秘密の価値には、時間、費用、労力を節約するような間接価値も含まれているはずである。もっとも、直接価値や間接価値等といっても、営業秘密の種類または性質によって判断しようとしても、例えば一般的な知識と境を接していたりするために、事業者ではない裁判官としては判断が困難な場合もあるだろう。しかし、営業秘密の内容からその価値を判断することが難しい場合であっても、被疑侵害者が自己の事業のために他人の営業秘密を利用しているのだとすれば、少なくとも被疑侵害者はそこになにがしかの価値を見いだしているはずである。例えば、他人の営業秘密にそのままフリーライドする行為に限られず、営業秘密を改良、変更または参考にして、自身の経営の時間、費用、労力等を節約する行為がなされる場合にも、営業秘密のなにがしかの価値が被疑侵害者に収受されているはずである。以上を要するに、有用性の要件は営業秘密の保有者（多くの場合、原告）にとっての営業秘密を吟味するものであるが、そこでは有用性要件は相当に緩やかに運用され、他者に比して何らかの節約を可能とする情報も経済的価値を有するものとして理解されている。そうであるならば、被疑侵害者（多くの場合、被告）において営業秘密の使用行為と評価すべき行為がなされているか否かを判断する際にも、そのような節約タイプの使用行為を不正競争防止法の規律の対象とすることが、平仄が合った法解釈となるといえるだろう。だが、問題として残されているのは、具体的な事案を検討する際に、どのような基準により被疑侵害者が他人の営業秘密から利益を得られたか否かを判別すべきかということである。「経済的価値説」は、営業秘密の使用行為に対する法の規範的な価値判断がどのようなものであるのかということを示すものではあるが、個別の事件において裁判所がそれに依拠して被疑侵害者が営業秘密を使用しているか、換言すれば、他人の営業秘密から不正の利益を得ているかという問題についての解答を得る基準としてはいまだ抽象的に過ぎ、さらなる具体化を必要とするように思わる。

従来の裁判例では、「時間、費用、労力等を節約する」というような営業秘密の間接価値を正面から認める判決は少ない。逆に、［ソフトウェア開発業務事件］と本件では、いずれも同一の情報を使用することのみを念

ている。

頭に置いており、間接価値を利用するタイプの営業秘密の使用行為の可能性を完全に視野の外に置いており、そのまま使用するという「直接使用する」タイプの使用行為だけが不競法上の営業秘密不正使用行為に該当するという立場を前提としているように読める。しかし、そのような前提の下では、被疑侵害者は他人の営業秘密を利用することにより間接価値を享受したとしても、規制を受けることなく、他人の営業秘密にフリーライドをすることができることになり、営業秘密の保護制度が潜脱されることになると考えられる。したがって、そのまま使用する行為以外の使用形態を一切認めないとする厳格な立場は妥当とは思われない。間接価値が利用されるタイプの行為も営業秘密の使用行為に該当することがありうると考えるべきであろう。問題はその判別基準である。

(2) 使用行為該当性を判断する具体的な基準について

使用行為を判断する具体的な基準については、単なる机上の空論となることを避けるため、従前の営業秘密に関する事件における裁判官の判断過程を分析するところから着手したい。既に紹介してきたように、従前の裁判例では、使用行為該当性の判断において営業秘密の同一性が、各判決で使用行為の判断に対して重要な検討事項とされているが、それとともに、誤記等の妙な一致点、従業員としての知識と経験、不正取得の事実等も、裁判官の心証形成に影響しているように見受けられる。以下では、これらの要素に関して、それぞれの役割と位置付けを検討しておきたい。

(a) 同一性の位置付け

本件で、裁判所は、被告木型と原告木型とが一致していないことを重視し、同一性の有無によって営業秘密不正使用行為該当性の有無を分ける判断を示した。ここでは、まさに同一性を営業秘密の不正使用行為に関する実体的な要件とする考え方が採用されているといえよう。

他の裁判例を見ても、同様に同一性が判断の決め手となっている判決が一定数、存在する。例えば、同一性があるということだけから、営業秘密

が使用されたという結論に到達した裁判例として、京都地判平成13・11・1 平11(ワ)903［人工歯原型営業秘密事件］[20]がある。この事件において、裁判所は、被告商品と原告の原型を比較し、「両者は相当高度に一致することが認められ、原型の流用以外に想定することが困難な事態である」と判断し、営業秘密の不正利用行為を推認した[21]。逆に、本件と同じように、同一性が存在しない以上、営業秘密の使用行為を推認しない裁判例も少なくない。前述した［90度フレアー鋼管接続工法製作図事件］と［字幕製作ソフトウェア事件］がその典型例である。

同一性は営業秘密の使用行為の有無について、証拠として高い証明力を持ちうるものであることは否めないが、前述したように、そのことと、同一性を実体的な要件として検討することとは区別しなければならない。上に掲げた同一性を否定的に用いる裁判例のなかには、前者の判断と後者の判断が未分化のままに議論しているのか、あるいは、後者の判断として保護を否定しているのか定かではないものがあるが、いずれにせよ、後者の同一性を実体的な要件とする取扱いには、やはり疑問を抱かざるをえない。前述した「経済的価値説」によれば、営業秘密の不正使用行為について判断の決め手になるのは、被疑侵害者が営業秘密の価値を享受しているか否かということだからである。同一性は、被疑侵害者が営業秘密に依拠したのではないかということを証明するための有力な証拠となりうるものではあるが、だからといって必ず証明しなければならない実体的な要件に昇華させるべきものではない。なぜならば、被疑侵害者が利益を得られる方

[20] この事件の評釈として、小嶋崇弘「営業秘密の保護と秘密管理性－人工歯事件－」知的財産法政策学研究14号(2007年)がある。同論文は、営業秘密の不正利用行為の証明問題について、「一般的にみても、目撃証言などの直接的な証拠が存在しない以上、間接的な事実(原告の営業秘密と被告が同情報を使用することにより得られた成果との間の共通点など)をもって被告の不正利用行為を推認する他ない」と分析し、具体的には、「原告製品と被告製品がその重要部分において不自然なまでに酷似している場合」、製品の製造期間が通常より短い場合、「偶然とは言えないほど顧客との市場競合が一致している場合」などには、不正利用行為を推認してよいと論じる。

[21] ただし、［人工歯原型営業秘密事件］において、不正利用行為が認められたにもかかわらず、秘密管理性が否定されたため、結局、原告の請求がいずれも棄却された。

式は、そのまま使用するような「直接使用する」タイプに限らず、改良、変更に代表される「参考とする」タイプの使用行為もありうる。後者の場合は、被疑侵害者の製品が原告の営業秘密と比較して差異を有するほうがむしろ自然であり、同一性を証明できないとしても、営業秘密の価値が享受される可能性が残っている。同一性を有しないということと、原告の営業秘密が使用されなかったこととは同義ではないのである。

過去の裁判例のなかには、同一性を有していないとしても、他の間接証拠が存在する場合に、営業秘密が使用されたという結論を出しているものもある。例えば、前掲［産業用ロボットシステム営業秘密事件］において、営業秘密であったCADデータが使用されたかどうかを判断するに当たって、裁判所は、被告のデータと原告のデータには相違があるが、誤記という不自然な一致状況があるということに着目して、営業秘密の使用行為があると認めている。この事件のように、被告のデータや製品等に化体された情報が原告の情報と同一とはいえなかったとしても、他の証明力のある間接証拠、例えば、誤記や不自然な一致点があれば、問題となった営業秘密が被告に参考にされたという事実を推認することがありうるのである。

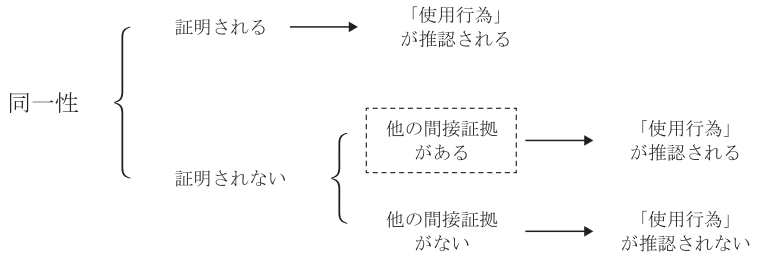
結論として、営業秘密の使用行為を検討する際に、同一性は、たしかに有用かつ重要な間接証拠として使われうるが、他方、同一性が存在しない場合であっても、それが故をもって直ちに使用行為の存在を否定するべきではなく、他の間接証拠をも斟酌して総合的に判断する必要がある。

本件のプラスチック木型事件に立ち戻り、その結論を見ると、裁判所は、同一性を有しない部分に関して営業秘密の不正使用行為該当性を一切否定した。実体的要件としての同一性を肯定する立場の下では、「形状・寸法を変更すれば、元の設計情報はその部分において失われると言える」という木型の性質上の特殊性を考慮に入れて、裁判所がその不正競争行為該当性を判断する際に、同一性を重視する理由は十二分に理解できる。そのような事情の下では、木型の形状・寸法が変更されれば、裁判所が説いているように、元の木型の情報はもはや残存していないので、元の営業秘密に係る情報は直接に被告の木型に反映されていないといいうるからである。しかし、こうした考え方は、やはり、「直接使用する」タイプ以外の使用行為が全く視野に入れられていないという問題がある。木型の形状・寸法が変更されたとしても、被告らが原告の木型を参考とすることにより

時間・費用・労力を節約していたのだとすれば、不正な利益を得ているのだから、不正競争行為に該当すると認めなければならない。そして、いかに同一性の重要性を強調しても、同一性は使用を推認するための一つの間接事実に過ぎないと考える本稿の立場の下では、使用を推認するに足る他の間接事実が存在していたとすれば、同一性を証明できなくても、使用行為を認めるべきなのである。仮に本件において同じく営業秘密の使用行為該当性を否定するにしても、裁判所のような「一致していないから、使用を推認できない」という理由付けではなく、「一致していない、そして他の間接証拠も示されていないから、使用を推認できない」という論拠が持ち出されていたのであれば、より説得力のある説示となっていたであろう。

本件では、被告らによる原告の営業秘密に関する不正取得行為の存在が被告らに自認されていから、証拠としての同一性として完全に一致するという程度にいたるまでのものを要求しなくても、その取得や改造の経緯及び一部の同一性によって、木型の全体について営業秘密の不正使用行為を認めることも無理とはいえないだろう。そして、本件改造木型にも本件オリジナル木型と一致している部分がある以上、一旦は少なくとも参考という形では営業秘密が使用されていると推認し、それを否定する責任は、原告ではなく、被告に課し、営業秘密の使用行為該当性を否定するためには、被告のほうで自社の木型が自力または原告の木型以外のものによって作成されたものであることを証明する必要があるというべきであろう。このような取扱いのほうが、営業秘密の使用行為に関する証明の分担の仕方としてより合理的なものであると考えられる。

同一性の位置付け



(b) 一般化された情報

［ソフトウェア開発業務事件］と本件の裁判所は、使用行為と推認できる部分が「一般化された情報」であることを理由に（前者)、あるいは「本件木型を用いなくても、結果的に、同一ではないが近似した木型が作成される可能性はある」ことを理由に（後者)、不正競争行為の該当性を否定した。しかし、これらの判決が、営業秘密のなかで、利用価値のない部分や営業秘密ではない部分が存在すると考えているのだとすれば、そのような発想は正鵠を射ているとはいえないだろう。もちろん、極めてありふれた情報が利用された場合にまで侵害が認められてしまうと、他人の競争の自由を過度に阻害することになりかねないから、裁判所としては、営業秘密の保有者と情報の利用者の間の利益を衡量しなければならない。しかし、もともと営業秘密として保護を受けるための有用性要件のハードルは、特許の進歩性と比べれば、かなり低いものだというのが一般的な理解である[22]。そもそも、秘密管理される情報は千差万別であり、その価値を評価することが困難である。特に顧客情報や製品見積書等、営業秘密の典型例とされている情報も、部分を取り出してしまえば、全て「一般化された情報」になりかねない。営業秘密の有用性要件を厳格に課してしまうと、「法的な保護の有無に関する予測可能性を奪うことになろう」[23]。しかし、こうした通説的見解に従って有用性要件の充足を緩やかに運用したとしても、それによって営業秘密に該当することを認めた情報について、被疑侵害者の使用行為該当性を判断する際に、「一般化された情報」であるということを理由に保護を否定してしまうとすると、何のために営業秘密の有用性要件を柔軟に取り扱ったのか、その趣旨に反しかねない。

もちろん、公然と知られている情報は営業秘密たりえない（不正競争防止法２条５項)。しかし、これらの判決で問題とされた情報は、いずれも営業秘密としては認められているのである。そして、そのなかの一部を抽出すると「一般化された情報」に見える場合にも、他の部分と絡み合いながら秘密として管理するに値するほどの価値を有しているものもある。例

[22] 諸説については、陳珂羽「営業秘密の有用性と非公知性について－錫合金組成事件－」知的財産法政策学研究52号(2018年) 289-290頁を参照。

[23] 田村・前掲注19・45頁を参照。

えば、本件でも一部の木型のつま先以外の部分の寸法等は、一般に市販されている木型から採寸可能という意味では「一般化された情報」といえるかもしれない。しかし、そのような情報を取得するためには市販品を分析するという一定の作業を要するのだから、それらの情報はいまだ公知の情報そのものというわけではない。要するに、本件で保護すべき営業秘密は、個別の寸法その他の情報ではなく、木型自身に具現された総体的な情報なのであって、その部分、部分を取り出して個別的に評価すべきものではないのである。そして、営業秘密の保護の趣旨は、「相応の努力が払われている秘密管理体制を突破しようという行為」であるのだから[24]、自ら市販品を解析することなく、秘密管理されている木型を用いて労力、費用、時間を節約する行為は、営業秘密の使用行為に該当すると判断すべきであるように思われる。

むしろ、「一般化された情報」が共通しているに過ぎないということは、営業秘密のその部分が保護に値しないということを意味しているのではなく、単に被疑侵害者が問題となった営業秘密を使用したという事実を推認することを妨げる事情として斟酌されると理解するほうが、営業秘密の保護制度の趣旨に則した運用を可能とすることになろう。容易に入手しうる情報であるからこそ、他のルートから得た情報を利用した可能性があるため、問題となった営業秘密が使用されたとは推認できないという論法が用いられるべきである[25]。そして、「一般化された情報」が斟酌される理由

---

[24] 田村・前掲注19・46頁を参照。

[25] 例えば、大阪地判平成27・11・26平26(ワ)9099［医薬品卸売事業顧客名簿事件］では、原告の保有する顧客名簿がインターネット上に公開された情報から取得されたものであるので、被告会社の顧客情報がそれと一致する点があるとしても、「被告会社の保有する顧客名簿が本件顧客名簿に由来するものと推認することはやはり困難で」あると判示された。原告の顧客名簿は、「公知情報の集積物にすぎないといえるから、この点では、秘密として管理されていたとしても、営業秘密の要件である非公知性を欠くとの問題も指摘できる」とも指摘されている。他にも、大阪地判平成28・11・1平28(ワ)803［学習塾競業事件］では、被告らが原告の顧客情報である塾生の氏名及び住所にアクセスし、これを使用したことが推認される旨を原告が主張していたのに対し、裁判所は、「そもそも本教室に通塾していたのは小中高生というのであり、その生徒らが、本教室の通塾可能範囲に居住していることは容易

が、このような推認のための証拠に止まるのだとすれば、仮に被疑侵害者の不正取得行為等について直接な裏付けが存する場合であれば、そのような行為が奨励されるべき行為ではないのであるから、それが「一般化された情報」であったということは、もはや不正使用行為があったことの推認を妨げないものとして運用すべきである。本件はまさにこのケースに該当するように思われる。

(c) 元従業員としての知識や経験等

「参考とする」タイプの使用行為を営業秘密の不正使用行為に該当すると認める場合、残る問題は、その使用の範囲をどこまで拡張するのかということである。そもそも参考といっても、原告の営業秘密に依拠すること以外に、他の関係する情報や被疑侵害者自身の知識・経験等を参考とすることも十分に可能である。そして、ときとしてそれらは被疑侵害者の知識、経験のなかに渾然一体化して不可分であるか、あるいは可分であったとしても、それが営業秘密を参考にしたのではなく、被疑侵害者自身の知識に基づいているということを示すことが困難な場合も少なくないであろう[26]。

営業秘密に関わる不正競争事件は、被告が原告の元従業員や同業者・競業者であるという状況で生起することが少なくない。そこで営業秘密の使用行為の内包をあまりにも広く解してしまうと、他人の営業秘密を一旦取

に想像できることであるし、塾講師としての日常業務の塾生との会話の中から、塾生の通学する学校や、その居住する地域の情報は十分得られたはずのものである」としつつ、「そのことから、被告らが原告の顧客情報である生徒の氏名及び住所にアクセスし、これを使用したと推認できない」と判示した。

[26] 企業間で取引する際、秘密情報を受領した当事者(受領当事者)の円滑な事業継続を可能にしたり、訴訟対応の負担を軽減したりするために、秘密保持契約には残留情報条項(residuals clause)を規定する場合がある。その残留情報の定義は、契約により異なるが、一般的には、(営業秘密の)「受領当事者の従業員等の記憶に残る、開示当事者の秘密情報」を指すものと理解されているようである。南部朋子「いわゆる残留情報条項(Residuals Clause)についての考察」知財管理67巻3号(2017年)を参照。本稿で検討される元従業員としての知識や経験等は、残留情報の内包に含まれるように理解でき、残留情報に関する範囲や制限などの考察が、本稿の参考になりうると考えられる。

得した者は、当該営業秘密と同一分野の技術を利用すること自体が制限されることになりかねない。一度、そのような情報に接触してしまうと、それに関連する知識や考えを一般的に利用できなくなるとすれば、競争や転職の自由を過度に妨げることになろう。したがって、参考とするタイプの営業秘密の使用行為該当性を肯定するとしても、そこには一定の限度を設ける必要がある。たとえその営業秘密の経済的な価値が利用されたといえるとしても、ある範囲内で違法性がないとされるほうがよいと考える。

この範囲または限度を検討する際には、以下の要素を考慮すべきであろう。被告が元従業員や同業者の場合、同じ分野で働くことにより、ある程度の経験や知識や人脈等を有するに至るのは自然な成り行きといえる。営業秘密が使用されたか否かを判断する場合には、こうした事情を踏まえ、被告が身に付けた経験や知識や人脈を用いた結果に過ぎないという可能性を考慮に入れる必要があると思われる。

例えば、前述した［ソフトウェア開発業務事件］において、裁判所は、「原告が主張する使用とは、ソースコードの記述そのものとは異なる抽象化、一般化された情報の使用をいうものにすぎず」[27]と評価したことは前述したが、さらに、それに加えて、「被告は、長年原告ソフトウェアの開発に従事しており、その過程で得られた企業の販売等を管理するソフトウェアの内部構造に関する知識や経験自体を、被告ソフトウェアの開発に利用することが禁じられていると解すべき理由は、本件では認められない」と判示している。ここでは、被告のソフトウェアと原告のソフトウェアが比較され、共通している部分が元従業員である被告が通常有しうる知識に含

[27] 参考といっても、一定の限度を設けないと、同業者または経験者である被疑侵害者は、一度営業秘密に接触すれば、後に同じ領域の仕事に従事すると、当該営業秘密を参考にしたといわれる可能性が高いと考えられる。したがって、本件における裁判所が判示したとおり、営業秘密を過度に抽象化し、参考にしたのはただの一般化された情報であれば、当該営業秘密以外の情報が使用された可能性を否定できない一方、被疑侵害者が、その参考にした行為により得られる利益は極めて少ないと考えられる。そのような行為が営業秘密の使用行為に該当すると判断し、保護を与える必要性があるか否かについて、事案により検討する余地が残される。ただ、参考という形の使用行為を無限に拡大することを避けるべきであるのは明らかであろう。

まれる以上、違法と断ずるわけにはいかないと判断されていると理解できる。また、大阪地判平成28・6・23平25(ワ)12149［臨床検査顧客情報事件］[28]は、原告から被告会社に臨床検査の委託先を変更した顧客がいることに基づいて顧客情報の使用行為該当性とそれによる原告の損害額を判断するに際し、転職者であった被告の個人的な人間関係も貢献していることを斟酌する必要があると判示している。

学説でも、「従業者の一般の知識・経験・技能というべき情報と使用者の営業秘密を区別する」というような観点から検討を試みるものがある[29]。また、「営業秘密の保護の基本原理として、一般的知識・経験・記憶・熟練を用いることは被用者の自由であるという原理がある…従業員がその地位において習得した一般的知識や技能は、当該従業員の人格と不可分であり、このような一般的知識の利用を禁じるような競業合意の効力は認められない」[30]と論じるものもある。

さらに、この問題に対処するためには、営業秘密の使用行為該当性に一定の限度を設けるという方策ばかりでなく、救済手段となる差止め、損害賠償請求の場面で、営業秘密が使用されている程度や被疑侵害者自身の知識・経験を考慮した調整をなすこともありえよう。例えば、被疑侵害者が他人の営業秘密を参考にはしたが、その上で、多くの時間や労力や費用をかけて、自身に特有の製品を作成するに至った場合など、被疑侵害者の努力を全て否定することになる差止請求は、過剰な救済としてこれを認める

---

[28] 臨床検査会社である原告が、原告を退職した幹部従業員であった被告Ｐ１が不正の利益を得る目的または原告に損害を加える目的で原告から開示を受けた営業秘密の本件情報を就職した競業会社である被告会社に開示し、使用した行為、並びに被告会社が被告Ｐ１の不正開示行為を知りながら本件情報を取得し、使用した行為が不正競争行為に該当するなどと主張したという事件である。証拠として、原告から被告会社に臨床検査の委託先を変更した顧客がいるという事実が提出されている。

[29] 林いづみ「営業秘密の保有をめぐる従業者・会社間の法律関係」『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・2007年) 361頁を参照。

[30] 小野昌延＝松村信夫『新・不正競争防止法概説』(第２版・青林書院・2011年) 350頁を参照。

べきではないであろう。また、金銭的な救済であるために相対的に柔軟な調整が可能な損害賠償請求の場面では、被疑侵害者がどの程度、不正な利益を享受しているのか、あるいは原告が他人に営業秘密を使用されたことによりどの程度、損失を被っているのかという事実を見積もる必要がある。それらの評価に基づいて損害賠償の額を算定することで、被疑侵害者に対して不正行為に相応する賠償額を支払わせることが可能となり、より合理的な救済を実現することができよう[31]。

５　まとめ

営業秘密の使用行為は、そのまま利用するという「直接使用する」タイプと、参考のような時間、費用等を節約できる「参考とする」タイプという二つの類型に分けることができるが、いずれについても、被疑侵害者が他人の営業秘密により不正な利益を得た限り、使用行為に該当すると考えるべきである。

これに対して、裁判実務では、むしろ「直接使用する」タイプのみを使用行為として肯定する傾向が見られる。そこでは、営業秘密と実際に使用された情報の「同一性」という要素が、営業秘密が使用されていないという可能性を排除する機能（「証拠としての同一性」）ばかりでなく、使用行為に関する保護範囲を確認する機能（「実体的要件としての同一性」）を果たすものとして運用されている。

しかし、「参考とする」タイプで営業秘密が使用される場合には、情報が同一のものではなくなるということが通常の成り行きということができ、「実体的要件としての同一性」を基準として使用行為を決する考え方には無理があるといわざるをえない。むしろ、同一性は、あくまでも「証拠としての同一性」として、ただ営業秘密の不正使用行為を推認するための間接証拠として考慮されうるものと把握しつつ、その他、誤記や不自然な一致点等の証拠を合わせ判断するという取扱いのほうが、より柔軟な判断を下しうるものとして推奨されて然るべきであろう。他方、従業員の転

[31] この場面では、使用された営業秘密の同一性や、短期の開発期間などの事情を斟酌することも許されよう。

職自由または他人の競争の自由を過度に制限しないようにするために、従業者としての知識、経験、人脈等を、営業秘密の不正使用行為の範囲を画定し、また救済手段を調整する際の衡量要素とする必要があるだろう。