

不正競争防止法の見直しの方向性について

平成 1 7 年 1 月

産業構造審議会知的財産政策部会

不正競争防止小委員会

【目次】

はじめに	4
< 営業秘密の保護強化について >	
I . 検討の背景	7
II . 一般的な問題	8
1 . 「営業秘密」の定義について	8
2 . 目的（主観的構成要件）について	10
III . 日本国外における営業秘密の不正使用・開示について	12
1 . 問題の所在	12
2 . 検討	13
3 . 諸外国の例	15
4 . 統計・世論調査	17
IV . 退職者による営業秘密の不正使用・開示について	18
1 . 問題の所在	18
2 . 検討	20
3 . 諸外国の例	26
4 . 統計・世論調査	27
V . 営業秘密侵害罪に対する法人処罰の導入等について	29
1 . 問題の所在	29
2 . 検討	30
3 . 諸外国の例	34
4 . 統計・世論調査	35
VI . 検討の背景	37
< 模倣品・海賊版対策について >	
VII . 著名な商品等表示の冒用に対する刑事罰の導入	38
1 . 問題の所在	38
2 . 検討	39
3 . 想定事例	42
4 . 諸外国の例	42
5 . 参考判例（第2号導入前の第1号が適用された事例を含む。）	43
6 . 統計・世論調査	43

VIII . 商品形態模倣行為に対する刑事罰の導入及び民事規定の明確化について	45
1 . 問題の所在	45
2 . 検討	47
3 . 想定事例	53
4 . 参考判例	54
5 . 統計・世論調査	54
IX . データベースのデッドコピーについて	56
1 . 問題の所在	56
2 . 検討	57
3 . 改正の方向性	61
4 . 諸外国の例	66
5 . 参考判例	67
X . 不正競争防止法違反物品に対する水際措置の導入について	69
1 . 問題の所在	69
2 . 検討	69
3 . 想定事例	72
4 . 諸外国の例	73
5 . 統計・世論調査	74
 < 罰則の強化について >	
XI . 罰則の見直しの必要性	77
1 . 現行法制上の考え方	77
2 . 罰則水準の経緯	77
3 . 改正の必要性	78
4 . 改正の方向性	79
XII . 懲役刑と罰金刑の併科について	80
1 . 現行法制上の考え方	80
2 . 懲役刑と罰金刑の併科について	80
3 . 改正の必要性・方向性	80
XIII . 現在の刑事罰規定（参考）	82
1 . 知的財産関係諸法	82
2 . 刑法	83
3 . 商法	83

はじめに

我が国経済は、ようやく長い構造的な停滞から脱してきているが、一方でグローバルな競争は一層激化しており、企業を取り巻く競争環境は、依然として厳しいものになっている。一方で我が国の少子高齢化が引き続き進展しており、我が国企業にとっては、国内経済のパイの拡大に期待するのではなく、グローバルな厳しい競争環境の中で生き抜いていくことがますます重要になってきている。

こうした厳しい環境の中で我が国が中期的にその競争力を維持していくためには、企業がそれぞれにもつ強みを維持・強化し、弱みを克服しつつ、経営・開発・生産・販売力等さまざまな側面で他者の追従を許さないような状況を実現することが重要になる。

そのためには、企業は、まず自らの強みを明確に認識して経営者の明確な経営哲学とリーダーシップの下でさらなる選択と集中を行い、戦略的な投資を行うことが必要となる。同時に、そうした強みの源泉となる技術やノウハウが意図せず流出することを防いだり、自社の投資の成果に不当にただ乗りして利益を得ようとする行為を防いだりするために自衛策を講ずることが重要である。

政府においても、こうした企業の取り組みを促進する方向であり、ここ数年の間においても「知的財産立国」を目指して、様々な形での制度の整備等が行われてきている。知的財産基本法の策定、特許法等の改正、知的財産高等裁判所の設置、模倣品・海賊版対策の政府窓口の設置、営業秘密の不正使用・開示等に対する刑事罰の導入等が行われてきたところである。

しかし、東アジア諸国の急速な経済発展をも背景とした競争の激化の中で、特許や実用新案のみでなく営業秘密をめぐる企業間の競争はさらに熾烈になってきており、さらなる保護を求める声も高まってきている。この点は、今後我が国がアジア諸国とF T AやE P A（経済連携協定）を締結し、東アジア全体に自由な経済圏を築いてゆく上で、ますます重要になる。したがって、仮に現在の国内法制のまま東アジア諸国との経済連携が進むことになれば、中小企業を含め、我が国企業の技術的な優位が損なわれ、企業の存続自体が危うくなったり、国内における雇用が損なわれることになりかねない。

また、模倣品・海賊版によって企業が築き上げたブランド等への信頼の毀損も深刻になり、消費者被害に至ったり、反社会的勢力を利する結果になってい

るとの指摘も強まってきている。この点についても、適切な制度的対応を早期に行うことによって東アジアワイドのＦＴＡ時代の到来に先手を打って対応する必要がある。

こうした状況を踏まえ、産業構造審議会知的財産政策部会不正競争小委員会は、２００４年１０月以降集中的な検討を行い、営業秘密の保護、模倣品・海賊版対策のための実効的な手段を早急に講ずるべきであるとの結論に至り、具体的な対応の方向性について取りまとめを行った。これらの対策を通じて営業秘密やブランド価値といった企業の有する無形の知的資産を守るとは、我が国企業ひいては我が国経済全体にとって待ったなしの課題である。また、来たるべき東アジアにおける経済連携の時代の中で我が国経済がより発展していくための重要な条件でもある。政府におかれては、本報告書の内容を踏まえ、早急に必要な制度の整備を行われることを強く期待するものである。

< 営業秘密の保護強化について >

Ⅰ. 検討の背景

平成 15 年の通常国会において、不正競争防止法の一部を改正し、営業秘密の刑事的保護を導入したところであるが、東アジア諸国の急速な経済発展の中で、国際競争力の更なる維持・強化の観点から、営業秘密のより一層の保護について検討を求める意見が強まっている。

例えば、営業秘密を国外で不正に使用・開示した場合の処罰規定がないこと、元役員・元従業員が在職中に示された営業秘密を退職後に不正に使用・開示した場合は営業秘密記録媒体の横領又は複製が伴わない限り処罰されないこと、営業秘密侵害罪に法人処罰規定が設けられていないこと等に関し、さらなる保護を求める声があり、諸外国の規定と比較してもこれらについて検討の余地がある。とりわけ、中国、韓国との関係では、これらを含む東アジアにおける経済連携協定の検討の中での制度の調和を視野に、少なくとも中国、韓国並みの制度を設けるべきとの指摘も強い。

一方、刑事罰の範囲の拡大に関しては、職業選択の自由等との関係から、慎重に考えるべきとの意見もあり、それらをも踏まえて、公正な競争環境を確保するために、営業秘密の保護を強化するための実効的な方策を検討する。

II. 一般的な問題

1. 「営業秘密」の定義について

(1) 現行法の規定

営業秘密については、不正競争防止法第2条第4項で「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」と定義されている。この定義は、諸外国においても概ね同じである¹。

(a) 秘密管理性

「秘密として管理されている」という要件について、判例上は、一般的には、当該情報にアクセスできる者が制限されていること（アクセス制限）及び当該情報にアクセスした者にそれが秘密であることが認識できるようにされていること（客観的認識可能性）が必要であるとされており（東京地判平成12.9.28）厳格に判断されている²。

(b) 有用性

「有用な」とは、当該情報が現に事業活動に利用されていることを必要とするものではないが、当該情報自身が事業活動に使用・利用され、又は使用・利用されることによって費用の節約、経営効率の改善等に役立つことを意味し、例えば、「財やサービスの生産、販売、研究開発に役立つ事業活動にとって有用なもの」であることが必要とされる（東京地判平成14.2.14）。

なお、特許とは異なり、営業秘密は技術上の情報のみならず、営業上の情報も対象となっている。

過去に失敗した実験データ等についても、当該情報を利用して不必

¹ T R I P s 第39条（抄）

² 自然人又は法人は、合法的に自己の管理する情報が次の(a)から(c)までの規定に該当する場合には、公正な商慣習に反する方法により自己の承諾を得ないで他の者が当該情報を開示し、取得し、又は使用することを防止することができるものとする。

(a) 当該情報が一体として又はその構成要素の正確な配列及び組立てとして、当該情報に類する情報を通常扱う集団に属する者に一般的に知られておらず又は容易に知ることができないという意味において秘密であること。

(b) 秘密であることにより商業的価値があること。

(c) 当該情報を合法的に管理する者により、当該情報を秘密として保持するための、状況に応じた合理的な措置がとられていること。

² 秘密管理性に関する判例については、経済産業省『営業秘密管理指針』（平成15年1月）を参照

要な研究開発投資を回避し、費用を節約できる等の意味で有用性が認められるため、ここでいう「有用性」に該当すると考えられる。

一方、企業の不祥事等の「公序良俗に反する内容の情報は、法的な保護の対象に値しないものとして、営業秘密としての保護を受けないもの」とされている（同判決）。

（c）非公知性

「公然と知られていない」状態とは、当該情報が刊行物に記載されていない等、保有者の管理下以外では一般的に入手することができない状態にあることである。保有者以外の者が当該情報を知っていたとしても、人数の多少にかかわらず当該情報を知っている者に守秘義務が課されていれば、保有者の管理下にあることから、「公然と知られていない」状態にあるといえる。

また、保有者と無関係の第三者が、偶然に同じ情報を開発し、保有していた場合であっても、当該第三者がその情報を秘密として管理している場合には、一般的に入手することは不可能であるから、「非公知性」は保たれており、それぞれ別の営業秘密として存在し得る。

（２）営業秘密の要件のあり方について

事業活動の安定的な遂行及び制度の国際的な整合性の観点から、営業秘密の要件については、今後も上記３要件を維持するべきである。

まず、秘密管理性については、企業の管理する情報の中には、現在の厳格な秘密管理性の要件の下では営業秘密として認められないようなものも数多くある³。このため、こうした厳格な秘密管理性の緩和を求める意見が一部にはある。

しかし、数ある情報の中でも、営業秘密については、特別に刑事罰あるいは民事上の差止め等の措置が設けられていることから、安易な要件緩和は正常な経済活動を阻害するおそれがある。

特に刑事罰に関しては、平成 15 年の法律改正の際には、「管理性の要件も厳格に解されており、範囲も限定的⁴」であることを前提に、特別の要件を付加しなかったことを踏まえると、現行の秘密管理性の要件を維持するべきである。

³ 平成 16 年 10 月実施「経営法友会所属企業に対する『営業秘密の刑事的保護のあり方に関するアンケート調査』」では、76%の企業が「秘密と考えている重要情報の中には、営業秘密の要件を満たすようなものもあるが、そうでないものも数多くある。」と回答している。

⁴ 産業構造審議会知的財産政策部会不正競争防止小委員会『不正競争防止法の見直しの方向性について』（平成 15 年 2 月）

次に有用性については、第一に、企業の不祥事等の公序良俗に反する内容の情報の問題がある。営業秘密の民事上の措置が設けられた平成 2 年の法律改正の際にも、こうした情報については、「反社会的な情報」として営業秘密の対象からは除外されており、この考え方は判例でも確立されているものである。

特に、昨年の通常国会において「公益通報者保護法」が成立し、同法の対象に「...公正な競争の確保その他の国民の生命、身体、財産その他の利益の保護にかかわる法律として政令で定めるもの」が含まれていることから、不正競争防止法違反に関する内部通報は保護対象となることが予定されている。このように、内部通報者の保護が一層重要になっており、内部通報は営業秘密から除外されることを明確にする観点からも、「有用性」の要件はこうした動きとも整合するものであり、維持するべきである。

第二に、営業上の情報に関する問題がある。今後営業秘密侵害罪の対象範囲の拡大を検討するに当たっては、技術上の情報と営業上の情報を分離し、技術上の情報である営業秘密についてのみ範囲を拡大するべきではないかとの考え方もある。

この点については、営業秘密の刑事的保護を導入する平成 15 年の法律改正時にも検討された点である。しかし、その際にも「本来、営業上の情報も、技術的情報と同様の有用性・財産的価値を備えたものであり、実際上も、営業上の情報への対応が問題となる。また、現在の経済社会における営業上の秘密の重要性にかんがみると、営業上の秘密を刑事罰の対象から除外する合理的な理由はないと考えられる。」と整理されているように、営業上の情報と技術上の情報については、引き続き同等に扱われるべきである。

最後に非公知性については、そもそも公然と知られている情報を「営業秘密」として特別に保護する理由はないことから、非公知性の要件を引き続き維持するべきである。

2 . 目的（主観的構成要件）について

（1）現行法の規定

現行の営業秘密に関する刑事罰については、全て「不正の競争の目的」という主観的な構成要件が設けられている。

これは、目的を規定することにより、違法性を基礎付けるとともに、不正な競争行為を目的とする場合に限定することにより、内部告発や

取材・報道が処罰対象から除外されることを明確にするために設けられたものである。

また、「不正の競争の目的」という構成要件を付加することにより、公正な競争秩序の維持という不正競争防止法の趣旨に合致することになる。

(2) 主観的構成要件のあり方について

今回、営業秘密侵害罪の対象範囲を見直すに当たって、「不正の競争の目的」という主観的要件を維持するか否かについては、改めて「内部告発の自由」と「報道の自由」の問題を考慮する必要がある。

かつて、昭和40年代から50年代にかけて「改正刑法草案」において「企業秘密漏示罪」が検討された際には、消費者運動、公害反対運動等に対する重大な抑制となるとの批判や、報道機関の取材・報道の自由が不当な拘束を受けるとの批判がなされた。

平成15年の不正競争防止法改正の際には、この経緯に十分留意して「不正の競争の目的」という要件を付加したものであるが、2つの自由については依然として非常に重要性が高いものである。

このため、処罰の対象範囲を拡大する場合であっても、現行法により規定されている犯罪類型と同様に、「不正の競争の目的」という要件を付加すべきである。

III．日本国外における営業秘密の不正使用・開示について

1．問題の所在

(1) 現行法の規定

現行不正競争防止法では、営業秘密侵害罪については国外犯に関する特別な処罰規定は設けられていない。

このため、「構成要件の一部をなす行為が日本国内で行われ、又は構成要件の一部である結果が日本国内で発生した場合には、これを国内犯とする」⁵という刑法の属地主義（国内犯の処罰）の原則に従い、処罰対象範囲が決まることとなる。

この原則に沿って、営業秘密侵害罪の「行為」に着目して考えれば、現在の第14条第1項第3号、第5号及び第6号は、それぞれ営業秘密の「使用」及び「開示」が構成要件に該当する行為である。したがって、日本国内で取得した営業秘密を日本国外で使用・開示した場合には、構成要件該当行為が全て日本国外で行われているとみなされるから、処罰されない可能性がある。

また、第14条第1項第4号については、「取得」が構成要件に該当する行為である。しかし、「第3号の目的で」という要件があるため、第3号が不可罰であれば、日本国外で使用又は開示する目的での日本国内における営業秘密の取得は、処罰されない可能性がある。

更に、平成16年に不正競争防止法等の改正により、民事訴訟における営業秘密の秘密保持命令が新設され、これに違反した者については刑事罰が科されることとなった（不正競争防止法第14条第1項第6号の2ほか⁶）が、秘密保持命令違反についても国外犯を処罰する規定が設けられていないため、秘密保持命令に違反して、日本国外で営業秘密を使用又は開示することは不可罰となる。

(2) 現状及び保護の必要性

営業秘密の保護法益は「営業秘密の財産的価値」と「公正な競争秩序の維持」であるが、日本国外で使用・開示されることによる営業秘密の財産的価値の損失は、日本国内で使用・開示された場合と同等に

⁵ 古田佑紀、渡辺咲子、田寺さおり『大コンメンタール刑法 p 第2版第1巻』大塚仁ほか編 p78

⁶ 秘密保持命令に関する規定は、不正競争防止法の他に、特許法、実用新案法、意匠法、商標法及び著作権法に設けられている。

発生するものである。

一方、実務的な観点からは、経済のグローバル化の進展及びアジア諸国の経済発展に伴い、とりわけアジア諸国との間を中心に物的・人的な海外との往来が増加するとともに、知的財産に関する国境を越えた紛争が増加していることから、国境を越えた知的財産の流出への対応がますます重要になってきている。

諸外国においては、営業秘密侵害罪を導入している主要国（米・独・仏・韓・中）では、全て国外犯が処罰されており、国によっては海外に関連する場合には重罰化している国もある。国際競争力の維持・強化という面から考えれば、少なくとも諸外国並みの法整備が必要である。

こうした状況を踏まえれば、営業秘密が日本国外で使用・開示される場合であっても、適切に処罰の対象とするべきである。

（３）「知的財産推進計画 2004」の要請

営業秘密の日本国外での不正使用・開示行為については、昨年 5 月 27 日に小泉総理大臣を本部長とする知的財産戦略本部が策定した「知的財産推進計画 2004」においても、「ノウハウ等が技術者等を通じて海外に流出することを防止するため、国外への営業秘密の漏洩などについても、2004 年度において、被害の実態を踏まえ検討を行い、必要な対策の強化を行う。」との決定がなされている。

２．検討

（１）検討の方向性

上記のとおり、営業秘密の日本国外での不正使用・開示については、現行法では処罰されない可能性がある。

しかし、営業秘密を日本国外で不正使用・開示することは、たまたま使用・開示の場所が国外であるというだけであって、日本国内で不正使用・開示することと同様の悪性があり、また、同程度に損害も発生することから、不正使用・開示を国外で行うことにより刑罰を逃れることを許すべきではなく、営業秘密の日本国内での不正使用・開示行為と同様に処罰されることを明示する必要がある。

一方、何の限定も付さずに国外犯規定を設けた場合、日本国内に全く関係ない事例（例：A 国の企業が A 国内で管理する営業秘密を、A 国内で不正使用・開示する行為）も処罰の対象となってしまう。

しかし、日本国憲法が採用する国際協調主義の趣旨に照らし合わせると、必要以上に処罰の対象を広げるべきではないと考えられる。

このため、我が国の法律で処罰すべき範囲を検討し、妥当性のある場合に限定して処罰の対象とすることが適当である。

(2) 主な論点

我が国の法律で処罰すべき対象範囲を限定するにあたっては、営業秘密の性格、保護法益及び法益侵害の発生要因を踏まえる必要がある。

(a) 営業秘密の性格について

ある情報が営業秘密であるためには、秘密管理性、有用性、非公知性の3要件を満たしている必要がある。

このうち、有用性、非公知性は、特許法でも必要とされる要件であり⁷、秘密管理性が「営業秘密」に固有の要件であることを考慮すれば、日本において秘密管理性がある営業秘密については、他の財産犯と同様に、日本の法律において保護することが必要である。

(b) 営業秘密の保護法益及びその侵害の発生について

営業秘密の保護法益は、「営業秘密の財産的価値」及び「公正な競争秩序の維持」である。そこで、これらの法益侵害が発生する要因について、不正使用・開示される営業秘密が不正に取得された場合と正当に取得された場合とに分けて検討する。

まず、不正に取得された営業秘密の不正な使用・開示については、法益侵害は、当該営業秘密の保有者自身が秘密管理を行っていたにもかかわらず、他者が、詐欺等行為又は管理侵害行為によりその秘密管理を強制的に破壊し、当該営業秘密を使用・開示することにより発生する。

一方、正当に取得された営業秘密の不正な使用・開示については、法益侵害は、当該営業秘密の保有者自身が秘密管理を行い、また、業務の必要上、秘密管理の任務を課した上で特定の者に利用させたにも関わらず、その者が秘密管理の任務に違背して営業秘密を使用・開示することにより発生する。

以上の点を踏まえれば、不正取得の場合には、詐欺等行為又は管理侵害行為があった際に維持していた秘密管理性の破壊が、その後の行為による法益侵害の蓋然性を飛躍的に高めることになるから、詐欺等行為又は管理侵害行為があった段階で日本国内において管理されてい

⁷ 特許法第29条第1項参照

た営業秘密については、当該詐欺等行為又は管理侵害行為がなされた場所を問わず、日本の法律により保護することが適当である。

一方、正当取得の場合には、保有者から当該営業秘密を示された際には秘密管理性が維持されていたが、その後それが破壊されて法益侵害が発生することが看取される。保有者から示された者が悪意となる以上、その示された段階で法益侵害が発生する蓋然性が飛躍的に高まることになるから、営業秘密が保有者から示された段階で日本国内において管理されていた営業秘密については、日本の法律により保護することが適当である。

(c) 日本国外での使用・開示行為の重罰化

諸外国の法制の中では、自国の国外で営業秘密を不正使用・開示した場合には、自国の国内で営業秘密を不正使用・開示した場合より重い罰を科するものがある（例：ドイツ・韓国。なお、米国については、外国政府関係者が関与した場合に限り重罰化）。

この点に関し、まず、営業秘密の保護法益は、「営業秘密の財産的価値」及び「公正な競争秩序の維持」であるが、保護法益に照らして考えると、国外で使用・開示することによる法益侵害の発生は、国内で使用・開示することと同程度である。

また、海外関連の営業秘密の漏洩が、特に重大であるとの考えも一部にはあるが、経済活動のグローバル化の中で、外国企業への漏洩が問題なのか、それが国内の外資系企業への漏洩も含むのか、国外での漏洩が問題なのか、といった点について、必ずしも共通の認識があるという状況にもない。

さらに、産業界からの要望は、まずは日本国外での使用・開示行為そのものを処罰することが第一であり、国外使用・開示を重罰化する声は少ない。（約 10%）

このため、日本国外での使用・開示行為については重罰化することはせずに、今後法律の実施状況を踏まえて検討していくことが適当である。

3. 諸外国の例

(1) アメリカ

米国法は属地主義が原則であるが、米国経済スパイ法第 1837 条では、「違反を助長する行為」が米国国内で行われた場合には、実行地が海外であったとしても、処罰の対象となるとされている。

また、米国経済スパイ法では、「外国政府、外国の関連団体、あるいは外国の代理人を利用することを目的としつつ、もしくは知りつつ」営業秘密の漏洩を行った場合は、それ以外の場合に比べて重い罰則が科されている。

外国政府等が関与した場合には、15年以下の懲役（法人は1000万ドル以下の罰金）に処されるが、それ以外の場合には、10年以下の懲役（法人は500万ドル以下の罰金）に処されるものとされている。

（２）ドイツ

ドイツでは、刑法典において、内国企業を被害者とする場合に国外犯を処罰することが規定されており、不正競争防止法がこれを準用している。

また、ドイツ不正競争防止法では、営業秘密の使用・開示については3年以下の自由刑とされているが、「特に重大な事例」として、その秘密が外国で利用されるであろうことを知っていた場合及び自らが外国で使用する場合は掲げられており、特に重大な事例については、5年以下の懲役とされている。

（３）フランス

フランスでは、刑法の一般原則として、属地主義に加え積極的属人主義及び消極的属人主義を採用しているため、自国民及び外国人の国外犯の処罰が広く認められている。

（４）韓国

韓国では、刑法の一般原則として、属地主義に加え積極的属人主義及び消極的属人主義を採用しているため、自国民及び外国人の国外犯の処罰が広く認められている。

また、韓国の不正競争防止及び営業秘密の保護に関する法律では、営業秘密を国外で使用・開示する場合には、国内で使用・開示する場合よりも重い罰則が科されている（国内使用・開示は5年、国外使用・開示は7年）。

（５）中国

中国では、刑法の一般原則として、属地主義に加え積極的属人主義及び消極的属人主義を採用しているため、自国民及び外国人の国外犯の処罰が広く認められている。

4 . 統計・世論調査

(1) 「営業秘密の刑事的保護に関するアンケート調査」経済産業省(平成 16 年 10 月)

営業秘密を日本国外で使用・開示する行為の処罰については、80%以上の企業が、「日本国外で使用又は開示する場合であっても、日本国内で管理されていた営業秘密を持ち出している場合には、日本国内における使用又は開示行為と同様に処罰すべきである。」と回答した。

一方、諸外国で多く立法されているような、国外での使用・開示行為を重罰化するような立法を求めた企業は約 10%にとどまった。

IV．退職者による営業秘密の不正使用・開示について

1．問題の所在

(1) 現行法の規定

営業秘密をいったん正当取得した者が不正に使用・開示する行為の取扱いについては、第14条第1項第5号に規定される場合（営業秘密が記録された媒体を領得し、またはその複製を作成して営業秘密を取得した場合）に限っては、何人も処罰の対象となる。

しかし、これ以外のケースについては、役員及び従業員についてのみ、第6号において処罰の対象となり、退職者や取引先については処罰の対象とされない。

一方、営業秘密の民事的保護においては、主体に関係なく、図利加害目的又は秘密を守る法律上の義務に違反して営業秘密を使用・開示する行為は「不正競争」とされている。このため、元役員・元従業員等の退職者による営業秘密の不正使用・開示行為も、民事的保護の対象とされる。

(2) 現状及び保護の必要性

(a) 悪質な事例の存在

退職者が、海外競合事業に転職して、元の企業で取得した営業秘密を使用して技術指導を行っている事例が多く指摘されている。また、最近では、競業他社の教唆を受け、あらかじめ営業秘密の持ち出しを約束した上で退職し、営業秘密を開示する目的で競合他社に転職するという悪性の高い事例も発生している。

また、これまでの民事訴訟を見ても、実際に訴訟になった営業秘密に関する訴訟の半数以上が退職者の関係する事例である。これは、現職の従業員による不正使用・開示が懲戒免職等の内部処分で済まされることが多いため、現職の従業員の場合には訴訟になりにくいという実状を勘案しても、少ないものではない。

(b) 自主的な対応の状況

こうした状況の中で、企業自らも退職時に秘密保持契約を締結して自衛策を講じるケースが多くなっており、(経済産業省が実施したアンケート調査によると、約6割の企業が退職者との間で秘密保持契約を結んでいる。) その中でも対象となる秘密を特定しているケースも存

在している。こうした取り組みにもかかわらず、なお実効性を確保するためには刑事罰の導入が必要との声が産業界からは上がっている。

さらに、一部からは、退職時に秘密保持契約を締結できないような従業員の場合に特に深刻な問題が生じるため、そうしたケースを刑事罰の対象とすべきとの意見もある。

一方で、労働界などを中心として、現時点で刑事罰を導入するのは時期尚早との意見もある。これは、営業秘密の管理に関する企業側の努力が不十分であり、営業秘密侵害に対する刑事罰を拡大する以前に、企業と役員・従業員との間で、現行制度の下でできる範囲で営業秘密の保持に関するベスト・プラクティスを積み重ねることが先決であるとの考えによるものである。

こうした考えに対しては、今や企業と役員・従業員との関係を対立構造として捉えるべきではなく、企業の競争力の強化のために、企業と役員・従業員とが一体となって退職者の扱いについて考えていくべきであり、特に、営業秘密の適切な保護が行われなければ、結果的に我が国企業が競争力を失い、産業の空洞化を招いて国内における雇用機会が失われる結果になるという点を出発点とすべきとの意見があった。

(c) 自主的な対応が困難なケース

一方、営業秘密の厳重な管理の努力や秘密保持契約の締結といった企業の自主的な対応だけでは、解決が困難なケースも発生している。

例えば、在職中に、転職先の企業に営業秘密の不正開示を申し出たり、転職先の企業からの営業秘密の不正開示の要求に応諾した上で、退職後に営業秘密を不正使用・開示するような場合には、非常に悪質である。

この場合は、そうした不正使用・開示を退職前に行えば刑事罰の対象となるにもかかわらず、退職後にそれを行うことによって、刑事罰の対象となることを逃れているとも解される。

しかし、在職中に不正開示の意思がある場合には、退職時において秘密保持契約を締結する可能性はほとんどないと考えられるため、秘密保持契約による対応ではカバーすることができない。

また、このような悪質な場合を刑事罰の対象とすることについては、産業界のみならず、労働界からも一致して支持するとの考えが表明されている。

(d) 法益侵害の発生

営業秘密の保護法益である「財産的価値」及び「公正な競争秩序の維持」の侵害という点からは、加害者の属性にかかわらず、営業秘密の不正使用・開示によって営業秘密の財産的価値が奪われるとともに、公正な競争秩序が乱されることには違いはない。

(e) 諸外国の動向

営業秘密侵害罪がある諸外国では、ドイツのように、その対象を原則として従業員に限定している国がある。もっとも、ドイツの場合は、業務上示された見本又は技術法則の商業的利用については、役員・従業員に限らず、何人も処罰の対象となる。また、在職中に営業秘密の開示の約束や準備した場合には、その約束自体が処罰の対象となる。

フランスでは、法文上は従業員に限定しているが、判例法では、開示を行った被用者が営業秘密の開示を行うより数年前にその企業を離れていたとしても、その者がそれを知った時点でその企業に雇用されていたのであれば、責任は生じるとされている。

一方、我が国との経済的な結びつきが強い米国・韓国・中国では、役員・従業員と元役員・従業員とを区別することなく、一律に処罰の対象としている。

2. 検討

(1) 検討の方向性

退職者であっても営業秘密の漏洩に関わることがあってはならないという点については、幅広いコンセンサスが得られていることから、退職者による営業秘密侵害についても、「職業選択の自由」(憲法第22条第1項)に十分に配慮した上で、処罰の対象に含めることにつき検討する。

現職の役員・従業員は、労働契約存続中は包括的な守秘義務を負っているが、退職者については、信義則により守秘義務が認められる場合があるものの、必ずしも従業者と同様の包括的な守秘義務を負っているわけではない。

このため、退職者が営業秘密を使用・開示しても、それが直ちに守秘義務違反といえるとは限らず、それにもかかわらず退職者による営業秘密の使用・開示行為をすべて刑事罰の対象にすることになれば、退職者が違法性の認識のないまま罰せられることになりかねない。このため、少なくとも退職者であったとしても守秘義務違反であることが明確であり、かつ退職者の違法性の認識が高いケースに限定して処

罰の対象とする必要がある。このような観点からは、退職者処罰については、次に掲げる２つのケースが考えられる。

(a) 在職中に不正開示の約束がある場合

在職中にあらかじめ営業秘密の持ち出しを約束した上で退職し、競合他社に営業秘密を開示するケースが考えられる。このような場合については、現職の役員・従業員の場合と同様に処罰の対象とすることを検討する。

退職者による営業秘密の不正使用・開示のうち、最も悪質と考えられるのが、在職中に、第三者に対し営業秘密を不正開示する申し出をした上で退職し、あるいは第三者から営業秘密を不正開示する請託を受けて（受諾した上で）退職し、退職後に営業秘密を不正に使用・開示した場合である。

この場合、現職の役員・従業員は、労働契約存続中は包括的な守秘義務を負っていることから、第三者との間で営業秘密を不正開示する申込みをすること及び請託を受けることは、明らかに守秘義務に違反する行為である。

また、在職中に営業秘密の不正開示の準備をした上で、その後退職してその営業秘密を第三者に使用・開示していることが考えられ、こうした行為は違法性の認識が高い行為と考えられる。

したがって、このような場合については、現職の役員・従業員と同様に処罰の対象とするべきであり、これを罰することによって、転職の自由を阻害することにはならない。

(b) 退職後も引き続き秘密保持契約による守秘義務が課されている場合

退職者が引き続き守秘義務を課されている場合に、その義務に違反して競合他社に営業秘密を開示するケースが考えられる。

ただし、退職者には包括的な守秘義務が課せられているわけではないことから、秘密保持契約等により特別に守秘義務が課せられた場合について、処罰の対象とすることを検討する。

この場合、秘密保持契約の対象の明確性や、企業と従業員、元従業員との立場の違い、当事者が納得して、すなわち自由意志で契約を結んだものであるのか等についても留意する必要がある。

こうした場合において例えば秘密保持契約違反による差止め・損害賠償等の民事的な手段の適用は可能であるが、民事的手段による抑止効果が期待できない場合については、刑事罰の導入が実質的に大きな抑止効果を持つものと考えられる。

(2) 秘密保持契約に関する主な論点

(a) 秘密保持義務による限定

前述のとおり、退職者は、必ずしも現職の役員・従業員と同様の包括的な守秘義務を負っているわけではない。この点を考慮して、退職者を処罰の対象とするケースについては、退職者の自由意志で行った企業との約束に基づき、対象の明確な秘密保持義務を負った者に限定する方向で検討すべきである。

改正刑法草案では、退職者については「秘密を守るべき法律上の義務に違反し」営業秘密を使用・開示した場合には、現職の役員・従業員と同様に処罰の対象とされる。ただし、「秘密を守るべき法律上の義務」については、営業秘密の民事的措置についても同様の条文があるが(第2条第1項第8号)、法律上の義務については、信義則も含まれるとの見解もある。

そこで、明確性の観点からは、少なくとも信義則は除外し、双方が合意の上で締結した「契約」が存在する場合に限定する方向で考えるべきである。

(b) 期間による限定

秘密保持契約や競業禁止契約については、その有効性について争われる事例が多く、競業禁止契約については、その契約期間の長さから、契約自体を無効とされた判例も多い。

このため、転職の自由に配慮する観点から、退職後一定の期間に限定して営業秘密の使用・開示を限定することが考えられる。

しかしながら、違法性の観点から考えれば、期間を限定して処罰することの合理性・妥当性が必ずしも明らかではなく、慎重な議論が必要である。

また、実務上も、秘密保持のために必要な保護期間については、事業分野や個別の秘密の性質により大きく異なるため、法律による一律の限定にはなじまないと考えられる。

むしろ、秘密保持義務の期間の限定については、個別の秘密の性質等に応じ、合理性・妥当性の認められる範囲で、秘密保持契約に盛り込むことにより考慮すべきである。逆に、正当な理由なしに長期にわたる期間を設定した契約は、その有効性が問われることとなる。

(c) 秘密保持義務に関する契約における対象となる営業秘密の明確性

上述のとおり、秘密保持義務に関する双方が納得した契約があることが、処罰対象を限定する一つの合理性・妥当性のある方法であり、

さらに退職者が予期せず罰せられることを避けるために、その中で対象となる営業秘密が明確になっている必要がある。

秘密保持義務に関する契約の種類には、入社時の雇用契約、個別のプロジェクト毎に企業と従業員との間で締結する秘密保持契約、退職の際に締結する秘密保持契約・競業避止契約がある。

入社時の雇用契約

役員・従業員は、入社の際に、一般的には雇用契約や就業規則において、一律に秘密保持義務を課されている。

このような契約では、「社内の全ての営業秘密について、在職中・退職後を問わず、社内外の秘密を知る権限のない者に対してこれを漏らさない」というような、一般的・包括的な形で秘密保持義務が課されている。

しかし、このような一般的・包括的な契約では、「秘密は秘密にしなければならない」という同義反復であり、秘密保持義務の対象を明確化することにはならない。

また、対象となる営業秘密が何であるのかが、入社段階では不明であり、明確性に欠けるとともに、契約の締結から実際の使用までに相当の期間があることから、違法性の認識に欠けるとも考えられる。

就業中に特別に締結する秘密保持契約

企業のコアとなるような研究開発や、他社との共同開発を行う場合、競業他社からライセンス契約を受けた営業秘密を取り扱う場合には、対象となる社員を限定した上で、プロジェクトの実施前後に、個別のプロジェクト毎の秘密保持契約を締結することがある。

このケースにおいて、対象となる者と営業秘密を限定した上で、特別に秘密保持契約を締結した場合にはそれに反して不正に使用・開示することは、違法性が高いと考えられる。

ただし、この場合にも、「本プロジェクトに係る営業秘密は全て秘密にしなければならない」等の同義反復的な表現では対象は不明確であり、「新技術Aに関する研究グループのラボノートBに記載された検査データ」、「C製造のD工程で使用する添加剤Eの調合手順」、「F信販（他社）が管理し当社への業務委託に際し提供したファイルGの中に記載された多重債務者リスト」のように、秘密として保持すべき営業秘密の内容を、可能な限り明確

にしておくことが必要である。秘密保持契約における営業秘密の明確性については、民事でも比較的厳格に判断されている。

なお、このような契約を締結した場合であっても、その後の時間の経過等により、使用・開示までの間に当該営業秘密が秘密としての要件を満たさなくなった場合には、営業秘密侵害とはならないのは言うまでもない。

一方、従業員の観点からは、在職中については、企業と従業員との関係が対等ではなく、従業員の側がこのような契約を拒否することが困難となるおそれがある。また、秘密保持契約を締結してから退職及び営業秘密の使用・開示までに時間がある場合には、違法性の認識が不十分な場合も想定される。

退職時に締結する秘密保持契約及び競業避止契約

企業は、従業員の退職に際し、退職者との間で別途退職後の秘密保持契約や競業避止契約を締結する場合がある。(ただし、当日より使用・開示の意思のある者の場合、このような契約を結ばずに退職する場合がある。)

このうち、秘密保持契約については、退職する際に双方が合意した上で、その合意事項に違反した場合には、契約締結から違反までの期間も比較的短いことから、違法性は高いと考えられる。

ただし、その他の契約の場合と同様に、「職務上知り得た営業秘密は全て秘密にしなければならない」等の同義反復的な表現では、対象は不明確であることから、秘密として保持すべき営業秘密の内容を、上記の場合と同様に明確にしておくことが必要である。

一方、競業避止契約は、営業秘密の保護を外形的に担保するために締結されることがある。しかし、競業避止契約は秘密保持契約とは異なり、直接的に退職者の転職を制限するものであり、競争制限的效果もあることから、判例でも、競業避止契約の有効性は、秘密保持契約の有効性以上に厳格に解されている⁸。

以上のような観点から、競業避止契約に違反したことをもって

⁸ 判例でも、競業避止契約の有効性については、秘密保持契約の有効性よりも厳しく判断されている。具体的には、秘密保持契約の場合、「その秘密の性質・範囲、価値、当事者（労働者）の退職前の地位に照らし、合理性が認められるときは、公序良俗に反せず無効とはいえない」とされているのに対し、競業避止契約については、「期間、区域、職種、使用者の利益の程度、労働者の不利益の程度、労働者への代償の有無等の諸般の事情を総合して合理的な制限の範囲にとどまっていると認められるときは、その限りで、公序良俗に反せず無効とはいえない。」とされている。（東京地判平成 14.8.30：ダイオーズサービーズ事件）

直接的に刑事罰の対象とすることは、不正競争防止法の期待する公正な競争環境に反するおそれがあるだけでなく、日本国憲法の保障する職業選択の自由（転職の自由）との関係で問題がある。

このため、営業秘密侵害罪の対象となるような退職者にかかる契約については、競業避止契約ではなく、あくまでも、競業避止契約とは峻別された「秘密保持契約」に限定する必要がある。

しかし、退職時の秘密保持契約に限定にするとしても、そのことが、企業が秘密保持契約を締結しない退職者の退職金を減額するという対応を誘発することになり、実質的に従業者の自由意志による契約とならない可能性があるとの懸念が従業者側にはある。

逆に企業側にしてみれば、そもそも営業秘密の不正開示を意図するような者は、退職時に秘密保持契約を締結することは想像し難いことから、退職時の契約に限定してしまうと、そうした真に悪性の高いケースを処罰できない可能性が高いという問題もある。

（d）秘密保持契約の実態

退職者との間で秘密保持契約を実際に結んでいる企業は、約 6 割にのぼる。しかし、秘密保持契約の中で対象となる秘密を限定している例は約 3 割強にとどまっており、対象となる秘密を明示した形での秘密保持契約の慣行が十分に根付いている状況にはない。

（e）民事的救済との関係

退職者との間で秘密保持契約を締結するケースは増加しつつあるものの、その大半は秘密の特定がされていない包括的・一般的なものになっている。

このような状況で、秘密保持契約の存在を前提とした刑事罰を導入することとすれば、企業側は現在の契約慣行を一挙に変更すべく、幅広く網をかけようとすることも考えられ、この点は労働界が強く懸念しているところである。また、企業の側からみても、特に多数の従業員を抱えている企業では、改めて全従業員の保持している営業秘密を把握し、その営業秘密の重要度を精査するとともに、短期間のうちに再度従業員・退職者との間で秘密保持契約を締結しなければならない点や、契約に明示しきれなかった営業秘密の使用・開示を却って促すことになってしまいかねない点などに懸念を有している。

したがって、秘密保持契約違反について処罰の前提として、まず、企業と退職者との間で締結する秘密保持契約の対象者、内容、あるいは契約締結のための手続きについて、企業と役員・従業員、退職者と

の間にある程度共通の認識が形成された上で、在職中あるいは退職時に、適切な秘密保持契約を締結することが定着することが重要である。

一方で、競業避止契約と峻別され、かつ、営業秘密が特定された秘密保持契約に違反して不正に使用・開示した場合、刑事罰の対象とすることへの刑事罰の必要性、理論的な根拠は、上述のとおり十分に存在する。このため、まずは契約の慣行の定着を促し、契約及び不正競争防止法違反により民事的救済によっても保護が不十分であるようであれば、刑事罰を科す方向で早急に検討を行うことが必要である。

(3) 企業と退職者との間の秘密保持契約に関する検討

今後、企業には、退職者との間で営業秘密を管理していくための努力を自ら講じていくことがまず期待されるが、上述のような方向性で将来的に秘密保持契約に違反した退職者への刑事罰を検討していく上で、当面は具体的な秘密保持契約の内容が極めて重要な意味をもつこととなる。企業においては退職者との間でいかなる契約を締結すべきか、契約締結に関しいかなる手続きを踏むことが望ましいかが不明確なままでは、退職者が不本意に秘密保持契約に締結させられたり、事後に契約の有効性や民事的な救済措置を巡って紛争が頻発し、制度全体として予測可能性が低くなり、混乱を生じるおそれもある。

このため、契約自由の原則を重視しつつ、企業と退職者との間で締結される秘密保持契約に関し、将来的な刑事罰の適用可能性も考慮して、何らかの指針を政府が検討し、企業及び退職者に対して情報提供することにより、企業における契約を通じた適正な営業秘密管理が進むよう、また、企業内においても、企業と役員・従業員とが「営業秘密管理の不徹底は、企業の競争力の減退を招き、双方に多大な損失を与える」との共通認識を持って、適切な秘密保持契約のあり方を双方一体となって早急に検討するよう促すことが望ましい。

3. 諸外国の例

(a) アメリカ

米国経済スパイ法第 1832 条の罪については、主体による限定はなく、トレード・シークレットを無許可占有した者及び横領されたことを知りつつトレード・シークレットを受領した者は、処罰の対象となっている。

(b) ドイツ

ドイツ不正競争防止法では、正当に取得した営業秘密の不正使用・

開示行為については、現職の役員及び従業員に限定されている（ドイツ不正競争防止法第 17 条）が、業務上の取引で示された見本や技術法則の商業的利用については、役員・従業員に限らず、何人も処罰の対象となる（同法第 18 条）。

また、在職中に営業秘密の開示の約束や準備をした場合には、開示がなくてもその約束自体が処罰の対象となる。（同法第 19 条）

（c）フランス

フランス労働法典では、企業の役員及び従業員が不正使用・開示した場合には処罰されることとなっているが、退職者に関しては、特段の規定は設けられていない。

ただし、労働法典による営業秘密侵害罪の設置により廃止された旧刑法第 418 条に基づく判例によると、開示を行った被用者が営業秘密の開示を行うより数年前にその企業を離れていたとしても、その者がそれを知った時点でその企業に雇用されていたのであれば、同条に基づく責任は生じるとされている。この判例法は新たな規定にも適用可能であると考えられる。

（d）韓国

韓国の不正競争及び営業秘密に関する法律第 18 条では、退職者に関しては、当初は、契約関係等により秘密に維持すべき義務に違反して第三者に開示した場合に限って、処罰の対象とされていた。

しかし、2004 年 1 月の改正では処罰の対象が大幅に拡大し、「何人も」となるとともに、「契約関係等により秘密に維持すべき義務に違反して」の要件も撤廃され、秘密に維持すべき義務違反の有無にかかわらず、処罰の対象となった。

（e）中国

中国刑法第 219 条では、正当に取得した営業秘密の不正使用・開示については、主体の限定なく、「約定に違反し、又は商業秘密の保持に関する権利者の要求に違反し」て使用・開示した場合には、処罰の対象となっている。

4 . 統計・世論調査

（１）「営業秘密の刑事的保護に関するアンケート調査」経済産業省（平成 16 年 10 月）

退職者による営業秘密記録媒体の取得・複製を伴わない不正使用・

開示行為については、約半数（48％）の企業が、「秘密保持契約等が存在する一定期間に限り、退職者であっても営業秘密の使用又は開示行為を処罰するべきである。」と回答し、「営業秘密取得（漏洩）目的の転職等の悪性の強い事案に限り、転職をそそのかしたものを含めて処罰する規定を設けるべきである。」と回答した企業（30％）と合わせて8割近くの企業が、何らかの限定を付した上で、退職者による営業秘密記録媒体の取得・複製を伴わない不正使用・開示行為を対象にすべきとの意見であった。

- （２） 「日本知的財産協会及び経営法友会所属企業へのアンケート調査」経済産業省（平成13年11月）

秘密保持契約については、約6割（60％）の企業が、「退職者との間で秘密保持契約を結んでいる。」と回答している。

- （３） 「日本企業におけるコア人材引き抜き防止策及び転職ルールに関する実態調査」経済産業省（平成16年9月）

約6割強（65％）の企業が、退職者と何らかの形で秘密保持契約を締結しており、全従業員と締結しているのは回答企業の29％、正社員のみと締結しているのは23％、コア従業員とのみ締結しているのは13％である。

そのうち、秘密保持契約において保持すべき秘密の内容を限定している企業は約3割強（35％）にとどまっている。

V. 営業秘密侵害罪に対する法人処罰の導入等について

1. 問題の所在

(1) 現行法の規定

現行不正競争防止法に規定されている犯罪については、営業秘密侵害罪を除き、両罰規定による法人処罰が導入されている。

一方、平成 16 年に導入された裁判所からの秘密保持命令（第 14 条第 1 項第 6 号の 2）に違反して営業秘密を開示した場合については、両罰規定が設けられた。

(2) 保護の必要性

(a) 両罰規定による法人処罰の意義

経済犯罪と呼ばれる経済主体である企業の財産的・経済的利益を侵害する行為や、経済秩序を乱す行為を規制する法律には、両罰規定による法人処罰が導入されていることがある。

両罰規定による法人処罰の意義としては、

- ・ 経済犯罪の実質的行為者としての法益侵害への制裁
- ・ 刑罰の感銘力による従業員への選任監督責任の遂行
- ・ 正義あるいは社会的公正の観念（従業員への罪の転嫁を防止）
- ・ 実質的意義としての不法利益の没収

等が考えられる。

(b) 法人処罰が想定される犯罪類型

法人処罰については、主に法人が主体となることが想定される犯罪類型営業秘密侵害罪は、窃盗等の一般的な刑法犯罪とは異なり、「不正な競争の目的」という事業者間の競争を想定した犯罪類型である。このような犯罪類型には、通常は法人処罰が導入されており、不正競争防止法に限らず、特許法、著作権法をはじめとする他の知的財産法にも、原則として両罰規定が導入されている⁹。

(c) 従業員の保護

従業員の観点からは、法人処罰を導入することにより、転職者に対する中途採用を萎縮させる効果が生じる可能性があると言われる。しかしながら、本来、営業秘密侵害罪は、典型的には、個人の利得より

⁹ 知的財産法では、特許法第 201 条、実用新案法第 61 条、意匠法第 74 条、商標法第 82 条、著作権法第 124 条、半導体集積回路配置法第 56 条、種苗法第 60 条等。

も法人の業務を利する意図で犯されるものであるにもかかわらず、かかる違反行為が行われた場合に、専ら行為者たる従業員のみが処罰の対象となり、首謀者たる法人に対し処罰が及ばずに従業員が切り捨てられることは、むしろ社会的な公正に反するおそれがある。また、諸外国において、法人処罰の存在が雇用の流動化を阻害しているという実体は観察されない。

2. 検討

(1) 検討の方向性

営業秘密侵害罪への法人処罰の導入にあたっては、選任監督に対する過失推定という原則及び後述の留意点等がある。

そこで、不正取得類型と正当取得類型とでは、基本的に法人の置かれる立場が大きく異なることから、これらを分けて法人処罰の導入が妥当な範囲を検討する。

また、この関連で、現行法においても不正使用・開示した者の共犯として処罰の対象となる営業秘密不正開示の相手方について、独立に処罰することが適当であるケースを検討するべきである。

(2) 主な論点

(a) 両罰規定の法的性格について

現在の法人処罰規定としては、業務に関し違反行為を実際に行った自然人的行為者と共にその業務主を処罰する「両罰規定」の形式をとるのが原則であり、一般的には「法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が、その法人又は人の業務に関し、…の違反行為をしたときは、行為者を罰するほか、その法人又は人に対しても、…の罰金刑を科する。」という形で規定されている。

「業務に関し」

事業主が処罰されるのは、従業員の違反行為が事業主の業務に関し行われた場合に限られ、業務と無関係に個人的に行われた場合は含まない。従業員の違反行為が業務主の「業務に関し」なされることが必要であり、「業務に関する行為」というのは、法人の業務に関連して具体的に行われ、その経済上の影響が当然法人に及ぶものを指す（東京高判昭 25.4.21）。

選任監督上の過失

両罰規定による法人処罰の規定について、判例では、法人の行為者

たる従業員の選任・監督その他違反行為を防止するために必要な注意を尽くさなかった過失の存在を推定し、その注意を尽くしたことが証明された場合には、事業主は刑事責任を免責されるという過失推定説を採用している（最判昭 40.3.26）。

この両罰規定の無過失免責が認められるためには、「単に一般的、抽象的に違反防止の注意、警告をただけで足りるものではなく、違反行為の発生を有効に防止するに足りる相当にして具体的な措置を実施することを要すると解するべきである」とする判例（高松高判昭 46.11.9）がある。

これは労働法に関する判例であって、営業秘密侵害罪に関する法人の過失規定については、これを単純に適用すべきでないとの意見があるが、他の両罰規定とは異なり、特別な要件を営業秘密侵害罪の両罰規定においてのみ規定することは、刑事法体系全体のバランスを大きく失することとなるので、適切でない。

（b）法人処罰に関する留意点

営業秘密の特性を鑑みれば、単純に両罰規定を適用した場合に以下のような不都合が生じる点について留意する必要がある。

保有者の保護

法人等が営業秘密の保有者である場合において、その従業員等が、当該法人等の営業秘密について、営業秘密の不正取得及び使用・開示行為を行った場合、両罰規定により処罰対象となるのは、法律の一義的な文言によれば、その被害者（すなわち営業秘密の保有者）である法人等となる。

転職者の保護

従業員等による営業秘密の不正使用・開示は、不正取得等を行った法人等に在職中に行われる場合の他、不正又は正當に取得した営業秘密を転職先の企業においても行われる可能性がある。転職先の企業にとっては、必ずしも不正競争行為が認識できないケースがあり得る（転職者に確認した場合であっても、転職者が虚偽の報告をしたような場合）ことから、このような転職先の企業を処罰してしまうと、中途採用に萎縮効果が生じ、不正競争を行っている転職者のみならず、適法な転職者についても、転職の自由・雇用の流動性を阻害してしまうおそれがある。

取引先の保護

上記の他、取引関係については、取引関係への萎縮効果・下請いじめを避ける見地から、原則的に正当取得型の処罰対象から除外した趣旨に鑑み、不正競争行為に直接的に加担していない取引先の処罰を回避する必要がある。

(c) 不正取得類型について

現在の第14条第1項第3号は、詐欺等行為又は管理侵害行為によって取得した営業秘密を使用・開示する行為が処罰の対象となっている。また、同項第4号は、第3号の予備的行為として、営業秘密が記録された媒体の取得又は複製をする行為が処罰の対象となっている。

これらの行為には、当該営業秘密にアクセスする権限のない者による詐欺、脅迫、窃盗、不正アクセス等の犯罪該当行為を通じた取得があることから、非常に悪性が高い。

一方、第4号については直接的な法益侵害行為が行われておらず、第3号と比べても企業が選任監督義務を果たしうる余地に差があることから、第4号に対する法人処罰の導入を疑問視する意見もある。

しかし、第4号の「取得」は営業秘密記録媒体の取得又は複製に限定されること、また、第4号の趣旨は、第3号の予備的行為として、すぐに使用・開示が可能であるという法益侵害の危険性が高い行為のみを処罰することであり、第3号と比して違法性に欠けるものではない。まして、第3号の目的が立証されている場合において企業が不知であることが、役員・従業員への選任監督責任として無過失とは言えないから、第4号についても、第3号とともに法人処罰の対象とする方向で考えるべきである。

なお、理論的には「業務に関し」自社の営業秘密を不正取得した上で開示することも考えられる(例：X社のA事業部の顧客名簿をB事業部の従業員が盗用する)が、このような場合については、「被害者は処罰されない」という条理に従えば、被害者たる法人が処罰されることはないと考えられる。

(d) 正当取得類型について

現在の第14条第1項第5号は、いったん正当に取得した営業秘密について、横領等の行為によって領得した上で、不正に使用・開示する行為が処罰の対象となっている。

第5号については、当該営業秘密にアクセスする権限のある者によって行われる犯罪であることから、加害者の主体は、役員・従業員、元役員・従業員及び取引先である。

まず、加害者の分類毎に考えるとまず、役員・従業者については保有者の保護の観点から、両罰規定による法人処罰の対象から除外する必要がある（この点については、同項第6号の罪にも共通する）。

取引先についても、取引先の保護の観点に配慮する必要があることに加え、ライセンス契約等により他社から正当に取得した営業秘密を社員の一人が開示したことに対し、ライセンシーたる事業者が刑事罰を受けることになるという問題が考えられる。これについては、通常取引によって営業秘密を正当に取得したライセンシーたる事業者も、当該営業秘密の秘密管理により「保有者」と言えるため、保有者の保護と同様の取り扱いにするべきである。

一方、元役員・元従業員の取扱いについては、転職者の保護の観点に留意する必要がある。これは、正当取得類型に両罰規定による法人処罰を導入した場合、例えば中途採用者 a が転職前企業 A の営業秘密を使用することに対し、転職者を受け入れた企業 B に a に対する選任監督上の過失が推定されて法人が処罰されることから、転職の受け入れに対する阻害要因となる可能性があることによる（この点については、前述の元従業員による不正使用・開示にも共通する）。

以上を踏まえ、今回の改正では、正当取得の場合については法人処罰は導入しない方向で検討すべきと考えられる。

（e）不正開示の相手方となって営業秘密の開示を受けた者について

現行法では、不正の競争の目的で、営業秘密の不正開示の相手方となった場合、営業秘密侵害罪の共犯として処罰されることとなる。

不正開示の相手方については、不正取得の場合と同様に、当該営業秘密にアクセスする権限のない者が、営業秘密侵害罪（の共犯）という犯罪該当行為を通じて営業秘密を取得している。

このため、非常に悪性が高いことから、可能な限り法人処罰の対象とする方向で考えるべきである。

なお、転職の自由との関係では、退職者（第5号及び新たな退職者類型）から営業秘密を取得した場合の影響を検討する必要がある。

例えば、退職者からの二次的関与者について両罰規定による法人処罰を導入する場合、中途採用者 a が、転職前の企業 A の営業秘密を、転職先企業 B に以前より在職している b に唆されて開示する場合、その b による営業秘密の不正（取得・）使用・開示行為が処罰され、企業 B に b に対する選任監督上の過失が推定されて法人が処罰されることとなる。

しかし、この場合の選任監督義務は、営業秘密を持ち込んだ中途採

用者に対するものではなく、あくまでも営業秘密不正開示者を通じて営業秘密を不正取得し、これを使用・開示した者に対するものである。法人処罰の対象としても、転職の自由は阻害しないと考えられる。

(3) 法人の選任監督義務に関する情報の提供

以上のとおり、営業秘密侵害罪については、悪性の特に強い行為に限って法人処罰を導入することが適当である。

しかし、企業が法人処罰の免責を受ける上で、いかなる選任監督義務を尽くすべきかについては、判例の蓄積がないため、企業にとってあらかじめ予想することが難しい。逆に、何らかの指針や標準があれば、これに従った管理を進めることで、我が国企業全体の営業秘密管理が適正化されることが期待される。

そこで、役員・従業員に対していかなる秘密管理の義務を課すべきか、転入者との間でいかなる契約を締結すべきか、他社情報の混入を防止するためにいかなる措置を講じるべきか等、法人の選任監督義務の内容については、政府は、企業活動の自由の原則を重視しつつ、営業秘密コンプライアンスに関する指針を作成し、公表することを検討すべきである。

3. 諸外国の例

(a) アメリカ

米国経済スパイ法第 1832 条の罪については、法人が罪を犯した場合には 500 万ドル以下の罰金が科される。処罰対象の主体による限定はなく、トレード・シークレットを許可なく入手した者及びそれを知りつつトレード・シークレットを受領した者は、処罰の対象となっている。

(b) ドイツ

ドイツは諸外国と異なり、一般的に法人処罰の制度はないが、行為者が属する法人に対して行政罰が科されることになり、これが実質的には法人に対する制裁となっている。この行政罰は、不正競争防止法に違反した場合にも適用される。

(c) 韓国

韓国の不正競争及び営業秘密に関する法律第 19 条¹⁰では、当初、営

¹⁰第 18 条(罰則) 誰でも不正した利益を得たり企業に損害を加える目的でその企業に有

業秘密侵害罪には法人処罰は導入されていなかった。

しかし、2004 年 1 月に改正された法律では法人処罰の対象に、第 18 条第 1 項及び第 2 項（営業秘密侵害罪）が加えられた。

（d）中国

中国刑法第 220 条では、営業秘密侵害罪を行った法人に対しては、その法人が処罰されるとともに、その直接責任者が処罰される。

4 . 統計・世論調査

（１）「営業秘密の刑事的保護に関するアンケート調査」経済産業省（２００４年１０月）

営業秘密侵害罪に対する両罰規定の導入については、約 7 割の企業が、「営業秘密の使用・開示行為においては、雇用者が被害者となることが多いので両罰規定は基本的には不要であるが、営業秘密の漏洩をそそのかす行為類型を導入する場合、かかる類型については、競業事業者が組織的に他社の営業秘密の取得を行うことを抑制するため、両罰規定を導入してもよい。」と回答した。

この結果を見る限り、内部者による不正使用・開示に対する過失責任としての法人処罰に対しては、反対意見が多かったと考えられる。

一方、他社の営業秘密を組織的に奪取するような外部者については、一定の範囲で法人処罰の導入が是認されるような結果であった。

用な営業秘密を外国で使用したり外国で使用されることがわかり第 3 者に漏泄した者は 7 年以下の懲役またはその財産上利益額の 2 倍以上 10 倍以下に相当する罰金に処する。

誰でも不正した利益を得たり企業に損害を加える目的でその企業に有用な営業秘密を取得・使用したり第 3 者に漏泄した者は 5 年以下の懲役またはその財産上利益額の 2 倍以上 10 倍以下に相当する罰金に処する。

第 19 条(両罰規定) 法人の代表者または法人や個人の代理人・使用人その他の従業員がその法人または個人の業務に関して、第 18 条第 1 項ないし第 3 項に該当する違反行為を行った時には、行為者を罰する他にその法人または個人に対しても同じ条各該当項の規定による罰金刑を科する。

< 模倣品・海賊版対策について >

VI . 検討の背景

近隣アジア諸国の技術力の向上により、模倣品・海賊版の品質の向上が図られており、この結果、日本国内への模倣品・海賊版の流入被害が大幅に増加している。

これにより、企業が築き上げたブランドへの信用・信頼が毀損されるだけでなく、模倣品を真正品と誤認した消費者の被害も無視できないものとなってきている。また、このような模倣品・海賊版が反社会的勢力の資金源となっているという指摘もある。

我が国における模倣品・海賊版被害の防止については、政府一元相談窓口の設置、国内における取り締まりの強化、水際差止め制度の拡充、近隣諸国への取り締まり要請といった、政府を挙げた取り組みが強力に進められているところである。しかし、模倣者の手口も巧妙化しており、現行の規定では取り締まることができない新たな模倣類型が出現している。

特に、法的保護が弱いもの、保護の限界が不明確なものを狙った模倣が増加する傾向にある。例えば、競業者間の相対的な保護に過ぎず、登録した者に対して排他的で絶対的な権利に基づく救済を与える仕組みをとらない不正競争防止法に関連する行為は、模倣者から法の間隙を狙われやすいことが従来から指摘されている。

中でも、不正競争防止法第2条第1項第1号から第3号までの規定のうち、第2号及び第3号該当行為については刑事的な措置が定められていない。また、第1号から第3号までのすべてにつき、税関における水際措置の対象とはされていない。このため、これらの不正競争行為に対して十分な対応がなされず、この点につき、関係当事者から改善を求める意見がある。

更に、データベースについては、著作権法の保護が及ばないデータベースについて、法制度の間隙を狙って複製・有償譲渡し、他人の投資の成果にただ乗りする態様の競争行為が見られる。

こうした課題に対応し、事業者間の公正な競争を確保するため、不正競争防止法等を改正し、模倣品・海賊版等に対する適切な措置を講ずることにつき検討する。

VII．著名な商品等表示の冒用に対する刑事罰の導入

1．問題の所在

(1) 現行法の規定

現行の不正競争防止法では、周知な商品等表示の混同惹起行為（同法第2条第1項第1号）については刑事罰が定められているが、著名な商品等表示の冒用行為（同項第2号）については、差止め及び損害賠償請求権という民事的な救済にとどまり（同法第3条、第4条）刑事罰の対象とされていない。

(2) 現状

これまで、他人の商品等表示の著名性にただ乗りする行為（三菱ホーム事件¹¹等）や、権利者が実際に商品・サービスを提供しておらず、商標登録していない分野において著名な商品等表示を冒用する行為（マクセルコーポレーション事件¹²等）においては不正競争防止法第2条第1項第1号を活用した民事的な救済が図られてきた。

しかし、我が国では、未だに著名表示を冒用した商品が露店、バッタ屋等でゲリラ的に販売される事案が多発している。また、外国の著名ブランドが風俗営業等に用いられることが多いのも特徴である。

我が国でも、「知的財産立国」を目指し、他人の知的財産を尊重する風潮が以前よりは高まってきているとはいえ、こうした状況が放置されていることは、日本が産業競争力のひとつとして「ブランド」を尊重し、「日本ブランド」の価値を世界に発信していく存在となることの障害となっていると考えられる。また、外国の著名ブランド事業者からも現状への批判が多くなされている。

こうした事案は、既存の法令に基づく刑事罰の規定の間隙を狙って、後述する想定事例のように抜け道的に行われている。こうした事案についても、もちろん民事的な救済の対象となる。しかし、前述の露天商や風俗営業の場合に見られるように、民間の一事業者では相手方の行為者の特定さえ困難であり、また、背後に反社会的勢力が介入していることも希ではないため、民事訴訟による問題の解決は困難であるのみならず、危険が伴う可能性もある。そのため、このような場合には警察を通じた調査能力、執行能力に問題の解決を期待せざるを得な

¹¹ 東京地判平 14.7.18

¹² 大阪地判平 16.7.15

いところがある。

(3) 既存の法令に基づく刑事罰規定の限界

不正競争防止法第2条第1項第1号の限界

著名な商品等表示も周知な商品等表示に含まれるとすれば、既に刑事罰が定められている不正競争防止法第2条第1項第1号の混同惹起行為の規定の適用も考えられるが、風俗営業と児童向けキャラクターなど、需要者における混同惹起を認めにくく、同号の適用に無理がある場合がある。

また、最近では、同号の適用を回避するために、混同防止措置として「権利者とは無関係である」旨を明示している商品が登場しており、同号の適用をより困難にしている。

商標法（登録商標）の限界

商標法では、著名な登録商標等であっても、これを当該登録商標の指定商品又は指定役務と類似していない商品又は役務に無断使用する行為に対しては、適用がない。

また、継続して3年以上日本国内において使用されていない商標権は取消しの対象となるから、商標を使用しない指定商品又は指定役務について通常の商標登録を維持することは制度上保証されていない。

商標法（登録防護標章）の限界

我が国の防護標章登録制度は、保護対象が明確で、権利者にとって安心感があるというメリットはあるものの、事前の費用と審査が必要のため、権利者が想定していなかった商品又は役務に著名商標が利用された場合に即座に対応できない。

2. 検討

(1) 検討の方向性

著名な商品等表示の冒用行為の中には、民事訴訟によって紛争を解決することが困難な事例があり、これについては刑事的な手当てを講じる必要性が高い。そこで、現在問題とされている事案への対策という観点から、第2条第1項第2号該当行為の中でも、著名な商品等表示の名声を利用して不正の利益を得る行為やその信用を毀損する行為については、著名性を獲得するに至った他人の労力にただ乗りし、又はその信用を毀損して無価値にするという、商標権侵害行為とは性

質が異なるものの、競争態様として同程度以上の法益侵害が生じており、行為の悪性が高いという点に着目し、一定の行為に限って刑事罰を導入する方向で検討すべきである。

さらに、刑事罰を導入することとした場合、想定される事例を踏まえ、迅速・的確な刑事罰の適用を図るとの観点から、同項第1号において例示的に規定されている「商品等表示」の内容についての明確化の要否についても検討すべきである。

(2) 主な論点

(a) 対象行為の限定の視点

不正競争防止法第2条第1項第2号該当行為に刑事罰を導入するについては、同項第1号該当行為についての刑事罰と同様に「不正の目的」等の主観的要件を付加して限定する方式、既に刑事罰が適用されている同項第1号の範囲を出ない限度（著名表示の冒用によって需要者に誤認混同が生じている場合）で刑事罰を科す方式、同項第2号の趣旨に照らして、名声の利用、信用の毀損などの同号の中核部分についての結果発生を要求する方式が考えられる。

この点について検討すると、まず、案では、既に不正競争防止法第2条第1項第1号において処罰されている部分しか刑事罰の対象とならず、実質的に重複した規定となる。

次に案は、案と異なり、同項第2号の趣旨を適切に反映したものとなる可能性があるが、信用毀損や名声の利用などの抽象的な結果の発生を構成要件として要求すると、立証が困難となり、実際の規定の運用に支障を来すおそれがある。

そこで、不正競争防止法第2条第1項第2号該当行為に刑事罰を導入するには、その主観的要件について限定を付した上で刑事罰の対象とする、案を基本とすべきである。

(b) 主観的要件の限定

著名表示冒用行為に対する刑事罰の主観的要件として、単に「不正な目的」を要求すれば足るという見解もある。

しかし、著名性を要件とする第2条第1項第2号の不正競争行為は、周知性を要件とする第2条第1項第1号の不正競争行為に近似し、周知性よりも高度の著名性を要求してはいるものの、第1号のような需要者における混同を要求していない。

このような需要者における混同が要求されている第1号事案では、

「不正な目的」(第14条第1項第1号)とは、需要者に自己の商品表示と周知な商品等表示との混同を惹起させて、不正の利益を得る目的であることが比較的明確である。しかし、需要者における混同が要求されていない第2号事案では、「不正の目的」という主観的要件を課されても、その「不正の目的」とは何かが明確ではなく、刑事罰の構成要件としては不明確なものとなるおそれがある。

そこで、第2号該当行為について刑事罰を課する場合には、行為者の主観的要件に限定を付することによって、第2号の刑事罰が及ぶ範囲を明確化する必要がある。

この点に関し、付加すべき主観的要件としては、特に悪性の高い行為に限定する趣旨から、諸外国の同様の立法例を参考に、「著名な商品等表示に係る信用若しくは名声を害し、又はその信用若しくは名声を利用して不正の利益を得る目的」を、その主観的要件として要求すべきである。

(c) 商品等表示の明確化

不正競争防止法第2条第1項第1号及び同項第2号において保護される「商品等表示」については、同項第1号において「人の業務に係る氏名、商号、商標、標章、商品の容器若しくは包装その他の商品又は営業を表示するもの」と規定されている。

近年、芸能人の氏名・肖像等を商品等表示として使用した海賊版商品が市場に流通し、正規に氏名・肖像等の使用許諾を受けた事業者が海賊業者に市場のシェアを抜かれる事態も生じており、このような状況を放置することは、公正な競争秩序の維持の観点から問題がある。

これらの行為については、既に不法行為に基づく損害賠償請求が認められているところではあるが、更に、不正競争防止法第2条第1項第2号の適用の可能性も検討されている。

そこで、上記の商品等表示の列挙事項の中に「肖像」を明記すべきではないかとの指摘がなされている。

しかし、想定事例(3)のような事例における有名人の肖像については、上記の「商品又は営業を表示するもの」に該当しうる概念であり、現在の規定のままであっても同項第2号の適用の対象となり得るので、これを明示する改正を行わないと常に適用が排除されるなどの事情も想定されないことから、当面、商品等表示の内容に「肖像」を明示的に盛り込む改正は行わず、将来の適用状況や判例の推移を見て、改めて検討すれば良いと考える。

(これ以外に、新たに肖像権を保護するための独自立法を行うべき

であるとの見解もあるが、本小委員会における今次の検討の対象にかんがみれば、別途の場での検討を要するものと考えられる。)

3. 想定事例

(1) 著名ブランドの登録商標の、指定商品以外の商品における冒用

露天商 A は、新橋駅の駅前広場で「偽ブランド品あるよ」といって、海外有名ブランド品のマークを付した、携帯電話ストラップや車のハンドルカバーを販売した。警察の取り調べに対して、A は「ニセモノとして販売したから消費者に誤認混同は生じていないし、そもそも携帯電話ストラップ(第9類:電気通信機械器具)やハンドルカバー(第12類:自動車の付属品)には商標登録がないのだから、商標権も侵害していない」と主張した。

(2) ポルノショップなどにおける著名表示の冒用

風俗営業を営む B は、ラブホテルを歌舞伎町に開業するに際して、高級な雰囲気を出して他と差別化するため、有名ブランド C 社の商号及びマークを店名に用いることとした。C 社は娯楽施設の提供(第41類)や宿泊施設の提供(第42類)については、当該商号及びマークの商標登録及び防護標章登録をしていなかった。

(3) 著名な商品等表示となっている肖像を冒用した商品

原宿でアイドルショップを経営する D は、プロゴルファー E がプロデュースしたスポーツ用品が世界中で人気を呼び、E の肖像を商品等表示として貼付しているのを知り、E の許諾なしに、E の肖像を貼付したゴルフボールを販売した。E からの抗議に対して、D は「アイコラに使うなど名誉を毀損しているならともかく、有名人なのだから有名税として甘受すべき」と反論した。

4. 諸外国の例¹³

(1) フランス

フランスの商標法では、商取引において、著名な登録商標等(パリ条約第6条の2にいう「周知商標」を含む。)と同一又は類似の商標を、指定されているものと類似していない商品及びサービスに使用す

¹³ 「平成15年度先進国における模倣品流通対策法制の実態調査報告書」特許庁(平成16年3月)

ることにより、商標の識別性又は名声に基づく不当な利益を獲得し、又はこれらに害を及ぼす場合につき、刑事罰を規定している（拘禁 2 年及び罰金 100 万フラン）。

（２）ドイツ

ドイツのマーク法では、「商取引において、ドイツにおいて著名な取引表示と同一又は類似の標識を使用することにより取引表示の識別性又は名声に基づく不当な利益を獲得し、又はこれらに害を及ぼす場合」について刑事罰を定めている（取引表示侵害の場合、3 年以下の拘禁又は罰金、ただし侵害が取引上の行為の場合は 5 年以下の拘禁又は罰金）。

（３）韓国

韓国の不正競争防止法では、国内に広く認識された氏名・商標等、他人の商品であることを表示する標識を使用して他人の商品と混同を起こさせる行為に加え、そのような混同を惹起しない場合であっても、正当な理由なしに国内に広く認識された他人の氏名・商標等と同一又は類似のものを使用して、他人の標識の識別力や名声を損傷させる行為を刑事罰の対象としている（3 年以下の懲役又は 3,000 万ウォン以下の罰金）。

5 . 参考判例（第 2 号導入前の第 1 号が適用された事例を含む。）

（１）スナックシャネル事件（最判平成 10 年 9 月 10 日）

（２）シャネルホテル事件（神戸地判昭和 62 年 3 月 25 日）

（３）ヨドバシポルノ事件（東京地判昭和 56 年 10 月 26 日）

（４）ポルノランドディズニー事件（東京地判昭和 59 年 1 月 18 日）

6 . 統計・世論調査

（１）「平成 16 年度上半期における主な生活経済事犯の検挙状況について」
警察庁生活安全局生活環境課生活経済対策室（2004 年 8 月）

知的財産権侵害事犯の検挙件数は年々増加傾向にある。2000 年から 2004 年の 5 年間の上半期の検挙事件数と検挙人員数の推移は以下のとおりであり、2004 年上半期には事件数・人員数ともに統計開始以降最多を記録している。

	2000	2001	2002	2003	2004
検挙事件数	76	94	118	141	187
検挙人員数	151	172	213	220	302

(2) 「知的財産に関する特別世論調査」内閣府政府広報室(2004 年 8 月)

当該世論調査においては、偽ブランド品や海賊版などの「ニセモノ」対策に有効な手段として、「『ニセモノ』を製造・販売する者に対する罰則強化」と回答した者が 58 % (複数回答) と、半数を超す第一位の回答となっており、模倣品対策としての刑事罰の重要性が国民にも広く認識されていると言える。

VIII．商品形態模倣行為に対する刑事罰の導入及び民事規定の明確化について

1．問題の所在

(1) 現行法の規定

現行不正競争防止法では、商品形態模倣行為（同法第2条第1項第3号）については刑事罰の対象とされておらず、損害賠償及び差止請求権という民事的な手当てしかなされていない（同法第3条及び第4条）。

また、同法の規定については、文言が多義的で不明確であるとの指摘がなされている。模倣禁止期間の終期についても、発売から3年間では短すぎるとの指摘がなされている。

(2) 現状

不正競争防止法第2条第1項第3号の商品形態模倣行為については、平成5年の同法改正によって導入され、その施行（平成6年5月1日）から10年が経過している。この間、現在まで、商品形態のデッドコピー事案においてこの規定が活用され、判例も蓄積されてきている（小型ショルダーバッグ事件¹⁴、ファッション腕時計事件¹⁵等）。

これらの判例においては、規定の明確化の努力が続けられている。

しかし、未だ現行の規定は難解であって、同法の保護の範囲が不明確であるとの指摘がなされており、規定の明確化が求められている。

また、最近では、三次元の商品であっても、コピー機のように立体の形状を瞬時に電子データ化できる「三次元デジタイザー（三次元スキャナー）」が模倣に使われる事案や、海外ブランド商品の模倣品のブランドの部分だけを外して別途通関させる、いわゆる「マーク外し」事案など、模倣の手口が高度化している。これらの行為は第2条第1項第3号の模倣品として、民事的な救済の対象にはなり得るものの、刑事罰の対象とはされていない。

これらの侵害行為を行う側は、日本国内で電子データを作成して、そのデータを使って海外で製造させるなど、国際的なネットワークを有していることがある。また、反社会的な勢力との関係があることもまれではないから、一事業者では手に負えず、民事訴訟による問題の

¹⁴ 東京地判平 13.12.27

¹⁵ 東京地判平 11.6.29

解決は困難であるばかりでなく、危険を伴うこともありうる。

そのため、このような場合には警察を通じた調査能力、執行能力に問題の解決を期待せざるを得ない。

（３）既存の法令による刑事的救済の限界

商標法の限界

形態に特徴のあるブランド品の場合でも、その商標部分を取り除いても商品としての魅力が高いものがある。これは、ブランド力が高いかどうかにかかわらず、すなわち、著名なブランドでなくても同様である。このような商品について、商標部分だけを自社ブランドに変更したり、又は単にブランド部分を切除したりした同一形態の商品が売られている。これらについては、商標法の規定が適用できない。

このような「マーク外し商品」は他の商標権侵害摘発時に同時に発見されることが多いが、これらは商標権を侵害していない以上、刑事罰の対象とすることはできない。

また、通関時に商標法違反として捕捉されないように、商標を表示したタグを付けずに商品が輸入されている。このような商品に事後的に国内で別途製造した偽造タグを貼付してアウトレット品として流通させた場合は商標権侵害に当たるため、商品形態模倣品の輸入行為が商標権侵害の準備的な性格を有することも多い。

意匠法の限界

ファッション業界の製品に見られるように、商品分野によっては流行り廃りが激しく、意匠権の取得が間に合わない¹⁶ことも多いが、意匠登録がなされなかったデザインについて、展覧会等を通じて模倣者に冒用され、国内外で商品化されることも考えられる。また、ライフサイクルが短く、単価が安く、商品数も多い商品の形態¹⁷について、事前に意匠権を取得することは困難な場合が多く、これらについて意匠権法の保護に期待することは困難である。

著作権法の限界

三次元デジタイザー（三次元スキャナー）等の機械的複製手段が格段に進歩して、他人のデザインの横取りが容易になっているにもかかわらず、工業製品に利用されるデザインであるという理由のみで著作権法の保護が受けられない。

¹⁶ 商品にもよるが、意匠権の出願から登録には、半年から１年程度を要する。

¹⁷ 例えば、大手玩具メーカーの場合、年間 2,000 点から 3,000 点の新商品を発売するという。

不正競争防止法第2条第1項第1号の限界

模倣の技術は進歩しており、真正品の発表から模倣品の登場までの期間は格段に短くなってきているが、発売開始直後の商品や、人気が出始めたがまだ周知性を獲得しているとまではいえない商品と全く同一の形態の商品を作成して販売する行為については、第2条第1項第1号該当行為とすることができない。

2. 検討

(1) 検討の方向性

上述のとおり、商品形態模倣行為の中には、民事訴訟によって紛争を解決することが困難な事例があり、これについては刑事的な手当てを講じる必要性が高い。

また、民事的保護においても、現行の規定の対象範囲を明確化すべきとの意見があり、この点についても検討が必要である。

そこで、これらの刑事罰の導入についての課題を踏まえ、現在問題とされている事案に対する対策という観点から、現行第3号の規定の明確化を図るとともに、一定の悪質な行為に限定して刑事罰の対象とする方向で検討すべきである。

(2) 主な論点

(a) 規定の明確化

不正競争防止法第2条第1項第3号の「通常有する形態」、「模倣」等の用語については、その定義が不明確であるとの指摘がある。

このため、第3号の規定に定義規定を設けること等によって、今まで積み重ねられてきた判例の趣旨に沿った明確化を図り、規定の内容、ひいては刑事罰の構成要件の内容を明確にして、予測可能性を高めることが必要である。

「通常有する形態」の定義

本号の「通常有する形態」として保護が及ばない形態としては、立法時¹⁸より、「ありふれた形態」、「標準的な形態」、「既存の形態」、「互

¹⁸ 不正競争防止法の見直しの方向 産業構造審議会知的財産政策部会報告（1992年12月14日）「商品の形態と商品の機能とが不可分一体となっている場合、互換性保持のため必要な場合、商品の形態が市場で事実上の標準となっている場合などその形態をとらない限り、商品として成立しえず、市場に参入することができないような場合には、知的財産権を侵害する場合は格別、これを競争上不正と観念することはできず、このような場合にまで、デッドコピーを規制することは、むしろ自由な競争を阻害することになりかねない。このため、これらの場合は、デッドコピーの規制対象とはならないと解すべきである。ただ

換性を確保するための形態」又は「当該商品の機能を確保するために不可欠の形態」が該当すると解されている。

しかし、これらが「通常有する形態」の一義的解釈として、すべて包含されるかについては必ずしも明らかではないため、より具体的に明確にすることが望ましい。

そこで、上記の要素につき検討すると、まず、「標準的な形態」については、抽象化された商品形態としての「標準的な形態」の再製は、もとより個別の「他人の商品の形態」の「模倣」には該当しないと考えられる。

また、「既存の形態」については、本号の保護期間が限定されていることから、保護期間を経過した形態は保護されないという形で適用が除かれている。保護期間が経過していない形態であっても、先行者の商品形態を模倣した者について、本号の請求主体性を否定された判例がある¹⁹。

更に、「互換性を確保するための形態」は、「当該商品の機能を確保するために不可欠の形態」に包含されと考えられる。

従って、結局のところ「通常有する形態」とする必要がある形態は、「ありふれた形態」及び「当該商品の機能を確保するために不可欠の形態」である。そうであれば、この点を条文上明記し、「通常有する形態」に代えて「当該商品の機能を確保するために不可欠の形態及びありふれた形態」と規定するべきである。

なお、この部分の規定は、単にこれに該当する形態の模倣を一般的かつ包括的に許容したものではなく、商品形態の模倣の判断において原告商品と被告商品を比較する際に、そのような商品として「当該商品の機能を確保するために不可欠の形態及びありふれた形態」と言える部分については、比較検討の際に重視するべきでなく、特徴的な部分をこそ重視して比べるべきであるという、比較の際の指針を示す機能をも有するものである²⁰。

「模倣」の定義

模倣とみなす範囲については、それを実質的同一の場合を超えて類似にまで拡大することによって商品デザインの独創性を称揚することが創作活動を促し、商品の差別化等による利益を実現する上で重要で

し、商品の一部分の形態のみが不可避で、その他の部分では別の形態をとる余地がある場合には、デッドコピーの規制の適用を除外する必要はない。」

¹⁹ 東京地判平成 13 年 8 月 31 日（エルメスパーキン事件）

²⁰ 東京地判平成 9 年 3 月 7 日（ピラス孔保護具事件）は、この趣旨を述べている。

あるとの考えがある。

しかし、民事判例（ドラゴンソードキーホルダー事件²¹等）では、模倣とは「他人の商品形態を真似て」「同一又は実質的同一」の形態を作り出すことと解されており、このような解釈が定着している。

また、立法時の資料においても、模倣の意義に関連して「規制の対象となる「デッドコピー」は先行者の成果を、完全に模倣して、なんらの改変を加えることもなく、市場に参入し先行者と競争する行為としてとらえることが適切である。」²²と説明されており、不正競争防止法による商品形態の保護は同一又は実質的同一の範囲とすべきとの判例の解釈は妥当である。

ただし、「模倣」という語の一義的な解釈からは必ずしも「同一又は実質的同一」の範囲として限定的に解されとは限らない。

そこで、第3号中の「模倣」に定義規定を設けることによって、今まで積み重ねられてきた判例の趣旨に沿った明確化を図り、規定の内容、ひいては刑事罰の構成要件の内容を明確にして行為者の予想可能性を高める必要がある。

保護期間の開始時期

現行規定では、保護の終期の起算点のみを記載するが、発売前の模倣から保護されるのか否か等、保護期間の開始時期は明確には規定されていない。

しかし、未だ現に発売していない場合、「営業上の利益」の存在が明らかではないので、不正競争防止法による保護を一律に認めるのは困難である。しかし、個別の事案によっては、発売前であっても、発売に向けて客観的に十分な準備を進めていたような場合には、営業上の利益の侵害が認められるとして訴訟上の保護を与えることは当然であるし、刑事罰の対象ともなり得ると考えられる。

よって、この点については事案によるものであり、条文上一律に規定するのは相当ではない。

保護期間の終期の起算点

現行規定では、保護の終期の起算点となる販売は、日本国内における発売を指すのか、国外市場での発売も含むか、明確には規定されていない。

情報通信手段の発達により、国外市場における販売であっても、日

²¹ 東京高判平成10年2月26日

²² 不正競争防止法の見直しの方向 産業構造審議会知的財産政策部会報告（1992年12月14日）

本国内からこれにアクセスして模倣することは可能になっている。投資の回収という点について見ても、保護期間の終期の起算点としての発売場所は、日本国内に限定する必要はないようにも思われる。

しかし、商品形態模倣の保護期間は、3年間という極めて短期間のものであるから、国外市場での販売期間が算入されるのは、母国での販売を先行させるのが通常である外国企業にとって酷である。特に、本号の保護を不正競争防止法第2条第1項第1号による周知性獲得までの暫定的な保護の確保という観点から見れば、3年間よりも短い期間で日本国内での周知性獲得を要求することは、無理を強いるものであるとの指摘もある。

また、国外市場での販売を起算点とすることとすれば、その保護期間の終期を調べるためには世界中でいつ販売されたのかを調査せざるを得ず、その負担は国内企業にとって酷であるし、刑事罰規定としても不明確となるとの批判を入れざるを得ない。

更に、実際に本号の規定を運用する捜査当局や税関員としても、保護の終期については日本国内でいつ販売されたかということのみを調べればよいとした方が、その立証が容易になり、簡明である。

従って、保護期間の終期の判定につき、日本国内の販売開始時期の調査のみで済み、保護の終期が客観的に把握しやすくなること、国内企業・国外企業を問わず、我が国の需要者における周知性の獲得につき公平に扱われるようになること、及び刑事罰規定の明確化とその実務上の運用の簡明化が図られることに鑑み、日本国内での販売開始をもって本号の保護期間の終期の起算点とするのが適切である。

なお、インターネットによる販売については、仕向地が日本国内であること等を勘案して実質的に判断することになると考えられる。

この点については、例えば経済産業省として解釈を示すなど、税関長の判断に資するような情報提供を行っていくことも考えられる。

保護期間の伸張

不正競争防止法第2条第1項第3号の保護期間（発売より3年間）については、模倣品が登場してから模倣者を探し出し、裁判所に訴訟を提起して終局判決を得るまでに必要な期間を考慮すると、ほとんど残された期間がなく、民法上の不法行為に基づく損害賠償請求権はともかく、不正競争防止法固有の差止請求権には実質的意味がなくなってしまうとの意見がある。

また、3年間の模倣禁止という規制は、その反対解釈として、3年間経過後の模倣自由との認識を招来しており、自らは何らの努力もし

ない者が、先行者の開拓した市場を狙い、あるいは先行者の商品の形態を型取りして、3年経過前後に一齐に模倣品を発売するという結果を招いているから、機械的複製手段を使うような特に悪質なものによって無期限に禁止すべきとの意見がある。

一方、立法時においては²³「デッドコピー規制の期間は、先行開発者が投下した費用、労力を回収し、通常期待しうる利益を得る期間を確保する趣旨で3年～5年間とするのが適当である」と考えられていた。

また、諸外国の保護制度をみると、共同体意匠法（EU Community Design Regulation）では、非登録意匠権と登録意匠権の二段階による意匠の保護を定めており、相対的権利である非登録デザイン権の保護期間はEUにおいて最初に公衆に利用可能となった日から3年間という設定をしている。韓国の「不正競争防止及び営業秘密保護に関する法律」では、「商品の試製品製作など商品の形態が備えられた日から3年間が経過した商品」については、商品形態の模倣規制の適用が除外されている。

こうした立法時の経緯及び上記の諸外国の制度との均衡を踏まえると、現時点において、本号の保護期間を改める必要がある特別の事情変化はみられない。

また、商品の形態について意匠登録が認められれば意匠法の保護が受けられることとなるが、近年、意匠権の出願から登録までの期間が短縮されつつあることは評価すべきである。現在、意匠制度の見直しが検討されているが、将来意匠制度が変更された場合には、これと連携して、改めて本号の保護期間の伸張の可否を検討すればよいと考える。

これに加えて、民事訴訟においても平成8年の民事訴訟法の改正後は計画審理が進展しており、審理期間の短縮が見られる点にも留意する必要がある。

なお、商品の形態が「商品等表示」として需要者の間に広く認識されるようになれば、第2条第1項第1号の対象となるものであるから、不正競争防止法による商品の形態の保護は、第3号のみでなく、第1号を含めて把握すべきである。以上より、保護期間については、3年を維持すべきである。

ただし、保護期間が短すぎるため、期間を無期限にすべき、10年程度に伸張すべき、及び5年程度とすべきとの意見もあることを踏まえ、

²³ 不正競争防止法の見直しの方向 産業構造審議会知的財産政策部会報告（1992年12月14日）

保護期間の伸張の要否については、将来の意匠制度の変更等を見据えながら、継続的に検討すべきである。

「商品の形態」の定義

不正競争防止法 2 条 1 項 3 号については、「商品の形態」の意義が不明確であるとの指摘がある。

この点につき、判例では、商品の外観だけでなく需要者に容易に認識され得る商品の内部の構造まで「商品の形態」に含めて解釈しているが、この点については現在の条文からは必ずしも明らかではない。

そこで、構成要件の明確化の観点から、この点についても判例の解釈に従って明示的に規定することとする。

また、平成 5 年改正時においては、「実質的な同一性は、実際に市場に出された商品が有する形状、模様、色彩、光沢、質感²⁴等を総合的に判断することが必要であり、「形態」の語を用いることとしたのは、これらの要素を包括的に示すためである。」と考えられており、「『形態』の語は、銃砲刀剣類所持等取締法でも用いられており、同法上、『形態』には、形状、色彩、光沢、重量感、等の要素が含まれるとされている。」と説明されていた。

そこで、これらの形状、模様、色彩、光沢、質感等の要素が商品の形態の概念に含まれることも定義規定において明示することが適当である。

(b) 刑事罰の対象行為の限定

不正競争防止法第 2 条第 1 項第 3 号該当行為に刑事罰を導入するに当たっては、同項第 1 号該当行為についての刑事罰と同様に「不正の目的」等の主観的要件を付加して限定する方式、単に模倣品の流通に携わっているのではなく模倣品を製造販売している首謀者に限定して刑事罰を科す方式が考えられる。

以上の選択肢について検討するに、案では、単なる流通業者を補足できなくなることから、露店商やバツ屋のような事案が捕捉できなくなり、その適用範囲が必要以上に狭くなる。また、日本国内にいる首謀者を捜し出すことができず、海外で模倣品の製造がされた場合には適用できないから、実質的に模倣品の登場は抑止されない。

案は、対応が必要な事案を適切に捕捉することができるが、従来

²⁴ 質感については用例は無いが、広辞苑では、「材料の性質の違いから受ける感じ。その材料が本来もっている感じ。」と記載されている。

から同号の規定については不明確な点が多いとの指摘がなされているところである。従って、この点について定義規定を設けるなどの明確化を図った上で、案を採用することが適切である。

(c) 刑事罰の対象における主観的要件

不正競争防止法における主観的要件としては、「不正の目的」、これに包含される「不正の利益を得る目的」と「他人に損害を加える目的」、及び不正の利益を得る目的に内包される「不正の競業の目的」があり、さらに、不正の競業の目的と他人に損害を加えることによって競争上優位に立とうとする目的を併せた「不正の競争の目的」が規定されている。

同法第2条第1項第3号の刑事罰における主観的要件としては、一般的な「不正の目的」のうち、「他人に損害を加える目的」は商品形態の模倣事案においては観念しがたいことから、これを除外し、「不正の利益を得る目的」に限定することが必要である。

他方、同号は譲渡等の流通行為を対象としており、必ずしも競業関係がある場合には限られないので、更に「不正の競業の目的」にまで限定することは相当ではない。

以上から、同号の刑事罰規定における主観的要件としては「不正の利益を得る目的」と規定すべきである。これにより、他人の商品形態を模倣した商品を販売することによって、他人の先行投資や知的営為を冒用し、不正な利益を得る目的を有する者のみを規制の対象とすることができるから、限定として必要かつ十分である。

3. 想定事例

(1) 形態に特徴のあるブランド品から当該ブランドの商標部分を除いたコピー商品

暴力団員Fは、商標ラベルがなければ商標権侵害に当たらず、違法とならないことを知って、商標をつければ素人には外観上は有名ブランド品と判別できない精巧な模造品を韓国で作らせて日本に輸入した。Fは、別途偽造した商標ラベルを日本国内で貼付して、アウトレット商品として流通させることを企てている。

(2) パッケージだけを変更した商品形態の完全なコピー商品

G社の新製品の玩具（組み立て前のプラモデル）が子供達に売れていることを知った玩具卸売商Hは、三次元デジタイザーや古典的なボン抜きによって型取りして中国で作らせた模造品を日本に輸入し、自

社ブランドで販売した。玩具はライフサイクルが短く、多品種少量生産であり、1点当たりの収益も少ないので、G社では原則として意匠権は取得していない。

4 . 参考判例

(1) ドラゴンソードキーホルダー事件 (東京高判平成 10 年 2 月 26 日)

「不正競争防止法二条一項三号にいう「模倣」とは、既に存在する他人の商品の形態をまねてこれと同一または実質的に同一の形態の商品を作り出すことをいい、客観的には、他人の商品と作り出された商品を対比して観察した場合に、形態が同一であるか実質的に同一といえる程に酷似していることを要し、主観的には、当該他人の商品形態を知り、これを形態が同一であるか実質的に同一といえる程に酷似した形態の商品と客観的に評価される形態の商品を作り出すことを認識していることを要するものである。」

(2) 小型ショルダーバック事件 (東京高判平成 13 年 9 月 26 日)

「控訴人らは、上記の 4 層の収納ケースは外部から観察し得ないから不正競争防止法の商品「形態」としての保護を受けない旨主張するが、この種の実用的な小型ショルダーバッグにおいては、需要者は、その内部構造も観察、確認するなどした上で購入するかどうかを決定するのが通常であると考えられるところ、被控訴人商品についても同様であることは、原判決の判示 (42 頁 4 行目 ~ 8 行目) するとおりである。現に、被控訴人商品の広告等において、その内部構造がむしろ重要なセールスポイントとして示されていることは、証拠 (甲第 12 号証、乙第 3、第 52 号証) によって認められるところであり、控訴人らの上記主張は採用することができない。」

5 . 統計・世論調査

(1) 「平成 16 年度上半期における主な生活経済事犯の検挙状況について」 警察庁生活安全局生活環境課生活経済対策室 (2004 年 8 月)

(前記 6 . 参照)

(2) 「知的財産に関する特別世論調査」内閣府政府広報室 (2004 年 8 月) (前記 6 . 参照)

(3) 「平成 11 年度 デザイン、商標又は技術的創作等に関する模倣実態調査 結果報告書」発明協会 (2000 年 3 月)

本報告書における真正品の発表から模倣品発見までの期間の統計によれば、真正品の発表から３年以上経過した後に発見されるケースは53.8%であり、前年の調査時の21.5%よりも大幅に増加している。この点について報告書は、「不正競争防止法２条１項３号の、いわゆるデッドコピー規定の適用期間である真正品の販売から３年を模倣業者側が意識していることが要因の一つと考えられる。」と分析しており、不正競争防止法の保護期間の短さが模倣品の出現時期のシフトを招いていることがうかがえる。

IX. データベースのデッドコピーについて

1. 問題の所在

(1) 現行法の規定

データベースについては、著作権法第2条第1項第10号の3に「データベース 論文、数値、図形その他の情報の集合物であって、それらの情報を電子計算機を用いて検索することができるように体系的に構成したものをいう。」との定義規定が設けられている。

著作権法は、データベースであって「その情報の選択又は体系的な構成によって創作性を有するもの」(著作権法第12条の2)に限って「データベースの著作物」として保護の対象とし、著作権者に複製権、公衆送信権、譲渡権といった権利を与えている。

一方、現行不正競争防止法では、データベースについては特段の規定がない。

(2) 現状

著作物として保護されないデータベースに関して、「人が費用や労力をかけて情報を収集、整理することで、データベースを作成し、そのデータベースを製造販売することで営業活動を行っている場合において、その者の販売地域と競合する地域において、そのデータベースのデータを複製して作成したデータベースを販売する行為」について民法上の不法行為として損害賠償請求を認めた判例(後述参考判例参照)があり、このような事例においてのデータベースの保護の必要性が認められている。

また、諸外国では、EUや韓国においてデータベースの保護法制が新たに整えられており、その他の国においても必要に応じた立法が検討されつつある。

さらに、判例データベース、遺伝子情報データベース、個人情報データベース等、その情報の選択と体系的な構成についてはあまり工夫の余地がなく、データ自体についても著作物性が認められないが、その作成と更新には投資と労力が必要なデータベースの保護を求めるニーズも高まってきている。

(3) 既存の法令による保護の限界

著作権法上の保護対象は、その情報の選択又は体系的な構成によって創作性を有するデータベースに限って「データベースの著作物」と

して保護しており、このような創作性の要件を満たさない場合は保護されない。

ところが、データベースの多くは、その作成については多大な投資と労力が使われているものであっても、膨大な事実情報を単純に網羅的に収集・集積しているものが多数を占めている。このため、情報の選択又は体系的な構成について創作性のないデータベースについては、たとえ多くの投資と労力を払って作成し、更新しているものであっても、著作権法では、そのデッドコピーの出現を止めることはできない。

不正競争防止法においても、同法第 2 条第 1 項第 3 号の「商品の形態」にデータベースの内容までを含むものと解しうるかが問題となるも、立法時の経緯等を前提にすれば、そのような解釈は困難である。仮に、データベースのデッドコピーが「商品の形態」の模倣行為に該当すると解したとしても、最初に販売された日から 3 年間という期間に限って模倣行為を規制することでは、データベースの保護として実益は少ない。

民法上は、同法第 709 条に基づいて不法行為として損害賠償請求が認められ得るが、同条には販売等の行為の差止めをおこなうことはできず、保護の実効性が小さいとの指摘もある。

2 . 検討

(1) 検討の方向性

上記のとおり、情報の選択又は体系的な構成について創作性を有しないデータベースについては、たとえ莫大な投資と労力を投じた成果物であったとしても、現行法上は保護されていない。しかし、それでは他人の作成したデータベースについては模倣し放題となり、投資と労力によって新たなデータベースを作成し、更新しようとするインセンティブを削ぐこととなり、経済活動を阻害する懸念がある。

一方で保護対象が拡大されれば、データベースの利用が不当に制限されたり、データベースを活用した事業が差止められる危険性が増加するといった点が、逆に経済活動を萎縮させる懸念もある。

このため、データベースの作成と提供を事業として行う者が、その投資の回収を安全に行うとの観点から必要な環境を整備する場合の適当な手法について検討する。

(2) 主な論点

(a) 立法形式

データベースの保護制度については、データベースの抽出・利用について一定期間の独占権を与える sui generis 型の保護制度と、費用や労力をかけて作成したデータベースを、複製して業として提供する行為を規制する misappropriation 型の保護制度が考えられている。

この点、EU 指令及び韓国の著作権法が採用している sui generis 型のデータベースの保護制度については、利用者との関係においてライセンス許諾の根拠づけとなること、第三者との関係において譲渡、相続、質入等の権利関係が明確化されることや、この結果、当該知的財産にかかる管理・資金調達手段の一手法 としても活用できるといったメリットがある。

他方、このような一種の独占権を与える制度は、学術利用を含めたデータベースの活発な利用が妨げられるおそれがあり、かえってデータベースを含めた公共知の総和を減じる作用を生じると指摘されている。

権利を与える sui generis 型の保護ではなく、事業者間の競争行為の規制としての misappropriation 型の制度は、専ら競業者との関係において、他人が費用と労力を投じて作成して業として提供しているデータベースについて、自らは何らの投資をせずしてこれを複製し、自らの商品として第三者に提供する行為を不正な競争行為であるとするものである。このような行為については、我が国の判例において民法上の不法行為として損害賠償が認められてきたところであり、制度が受け入れられやすいというメリットがある。他方で、このような制度では保護として不十分であって、日本のデータベースが EU 指令又は韓国の著作権法に基づく相互主義の要件を満たさないとされる可能性もあるとされる。

いずれにしても、現時点で立法を行う場合には、最低限 misappropriation 形の保護として、既に判例で損害賠償が認められている範囲に限って差止制度を導入することが妥当ではないか。²⁵

(b) 保護期間

データベースのデッドコピーの禁止を不正競争防止法に盛り込む場合、これに保護期間を定めることの可否が問題となる。

²⁵ 日本弁護士連合会は「EUディレクティブの sui generis 保護は、施行後 8 年を経て、今後のデータベース保護の正しい方向を示していると思われる。米国の動向を見つつも、導入の方向で積極的に考えるべきである。」としている。misappropriation 型の保護を導入することは、sui generis 型の制度と矛盾するものではない。

諸外国におけるデータベースの権利をみると、EU 指令では 15 年、韓国著作権法では 5 年としている。

初期投資が行われ、又は最後に更新されてから一定期間を経過したデータベースについては、作成又は更新に要した投資が回収されていて、営業上の利益（第 3 条）が失われている場合があるが、保護期間を定めることは、かかる営業上の利益の存在を推定する機能が働くので、この点についての原告側の立証負担が軽減される。

一方で、仮に不正競争防止法においてデータベースの保護期間を制限したとしても、その期間終了後の著作権法上の保護又は民法上の不法行為に基づく損害賠償請求権までが失われるわけではない。

データベースには様々な種類があり、デジタルフォントや地図情報、遺伝子情報のデータベースのように、蓄積の労力に意味があり、100 年たっても経済的価値のあるものがある。また、常時最新内容に更新する労力に意味があるものもあり、データベースとして一律な期間制限にはなじまない。

更に、データベースには他のデータベースを原型に作成されたものや、常時更新されるものがあるから、保護の起算時を定めることは、法技術上も立証上も困難である。

従って、保護期間を定めず、原告側に「営業上の利益」の存在の立証責任を負わせて、裁判所が事案に即して個別具体的に判断することが適切であると考えられる。

（c）複製からの保護範囲

データベースの経済的価値は、データ自体ではなく、電子計算機により処理できる体系的構成においてデータが蓄積されているところにある。このようなデータベースに係る営業上の利益の侵害は、複製されたデータベースが市場で企業間の競合物となって生じるから、禁止行為には、複製がなされることが前提となる。その場合、どの程度の複製がなされた場合に侵害の前提行為とされるか、すなわち複製からの保護範囲が問題となる。

データベースの複製からの保護範囲を定める場合、定量的な規定を置くことは困難であり、諸外国の立法例を見ても、この点については定性的・規範的なものとならざるを得ない。

この点、不正競争防止法は、産業財産権法のように知的営為の成果物に客観的な範囲の物権的権利を付与するものではなく、他人の知的営為の成果物を競争上不正に利用した行為を規制するものであるから、かかる複製からの保護範囲は、被告の行為態様と、これによる営業上

の利益の侵害の観点から判断されることで足りると考えられる。

以上から、他人に譲渡しても元のデータベースの競合物となり得ない程度のデータ自体の抽出・固定物には規制が及ばず、他人のデータベースを利用して、機械的手段により同一又は実質的に同一の競合データベースを作成して譲渡等を行う「データベースのデッドコピー」的な行為が対象となると考えられる。

そこで、保護の範囲については、その複製物を自己の商品として譲渡等する行為態様と、これによる「営業上の利益」の侵害につき原告に立証責任を負わせ、裁判所が個別事案に即して判断することとすべきであると考えられる²⁶。

(d) 情報独占

データベースの通常の用法によりデータを抽出・固定化することは、たとえその行為が無断利用であっても、「データの複製」に過ぎないから、現在検討されている複製・譲渡の差止めの対象とはならない。このことから、不競法により行為規制型のデータベース保護制度を採用する限り、通常は「情報独占」の問題は生じにくいと考えられる。

しかし、国や地方公共団体のような公共機関、大学・研究機関がその所管する業務を遂行するため、無償で提供しているデータベースについて、その複製・譲渡が禁止されることになると、実質的に情報流通を阻害することが考えられる。確かにこうしたものは、もともと「営業上の利益」を觀念することが困難であるが、いかなるデータベースに「営業上の利益」があるのか利用者には判別困難であるから、経済活動を萎縮させることが考えられる。

また、データの性質によっては、データベースの体系的構成が必然的に特定の構成を取らざるを得ない性質を持つものも想定される。このようなデータの場合であって、その特殊なデータの出所が特定企業に限られている場合において、データベースの複製及び譲渡が禁止されるのであれば、実質的には特定企業の提供するデータについて「情報独占」が生じる可能性があるとの意見がある。

そこで、公共機関や大学・研究機関が、営業上の目的でなく提供しているデータベースについては、保護対象から除外することが適切である。民間企業が提供するものであっても、相手先を限定せずに提供

²⁶ 翼システム事件では、原告データベースのデータ件数 12 万 2,260 件のうち、被告データベースの 10 万件以上が一致し、ダミーデータ 9 件のうち 8 件が一致した。また、判決は、翼システムの開発に要した労力を 72,000 時間、開発費用を 5 億円以上、維持管理に年間 4,000 万円を認定し、競合データベースの登場により逸失利益による損害等 5,613 万円が生じたとした。

されているものは、いわば「パブリックドメイン」として、保護の対象から除外すべきである。また、データベースの体系的構成が必然的に特定の構成を取らざるを得ない特性を有するデータからなるデータベースについては、当事者間の契約や信義則、譲渡等の態様をも総合的に勘案すべきではあるが、被告に「不正の競業の目的」がない場合には、原則として被告の行為には「不正競争」性を見出しにくいというべきである。

更に、不正競争防止法の目的は「事業者間の公正な競争環境」を確保しようとするものであるから、原告の主張がデータベースの複製の回避可能性のないデータからなるデータベースの市場を独占しようとするものであれば、同法の立法趣旨に反する。同法の立法趣旨及び民事法における私権行使の一般原則 からして、このような裁判上の請求には、正当な「営業上の利益」があるとは認められないと判断されるべきである

以上より、データベースの保護の対象は、企業等が営業上の目的で特定の者に限って提供しているデータベースに限定し、公共機関や大学・研究機関が所管の業務を達成するために無償で提供しているデータベースを保護の対象から除外すべきである。このため、行為者の主観的要件として「不正の競業の目的」を要求することが考えられる。

この結果、学術研究目的であったり、無償で譲渡等するなど、行為者において不正の利益を得る意図がなければ、契約上又は著作権法上の問題は別として、不正競争防止法の対象とはならないから、情報流通を阻害することはないと考えられる。

また、原告において「情報独占」の意図がなく、正当な「営業上の利益」を有するか否かについては、不競法の立法趣旨及び私権行使の一般原則に照らして、個別具体的に裁判所が判断することとすべきと考えられる。

3. 改正の方向性

以上のような、現に営業上の目的で特定の者に限って提供されているような、経済活動において保護の必要性が高いデータベースに限り、これを複製して、不正の競業の目的で、自己の商品として譲渡等する行為に限定して、あらたな不正競争行為類型とし、そのような差し止めを可能する改正の提案に対して、パブリックコメント等において多数の意見が寄せられた。

その多数は、従来の著作権法による「データベースの著作物」の創

作保護に加えて、投資保護の観点から、不正の譲渡等を禁止して保護の仕組みを導入することに賛成するものなど、本件に対する国民世論の成熟が伺われるものである²⁷。

しかし、とりわけ、今回検討した不正競争防止法による misappropriation 型の保護については、様々な意見があった。

(1) データベースの保護自体の問題点

今回のパブリックコメントにおける意見の多数は、データベースの保護に賛成するものであったが、データベースの保護自体について考えられる問題点を挙げるとすれば、おおむね次の三つがある。

(a) 濫訴の懸念

第一に、濫訴による経済活動の萎縮の懸念である。すなわち、データベースに含まれるデータには、創作性がなく、一般性・普遍性を有するものがあり、このような一般的・普遍的なデータからなるデータベースの体系的構成は、似通ったものとなる可能性がある。このため、ひとたびデータベースの保護の仕組みができると、善意のデータベース製作者が他の製作者から権利侵害をもって裁判を提起されるおそれが生じるから、製作者としては、真実はいずれ証明されとしても、望まない訴訟に巻き込まれることを警戒して、他人の製作したデータベースの利用に対して抑制的になり、結果的に経済活動が「萎縮」するおそれがある。

しかし、他人の知的財産を尊重することは、自己の知的財産が保護される以上、当然の前提である。知的成果の偶然の一致は、データベースの著作物、特許²⁸、営業秘密等においても生じ得るものであり、しかも、特許権等の産業財産権においては、先願者による後願者に対する絶対的効力すら規定している。このため、企業の実務上においては、他社の営業秘密の混入回避のための注意義務を尽くしたこと、発明が独自のものであること、発明が先使用されていること等が立証可能となるよう、他社情報混入の防止、ラボノート作成、先行研究の

²⁷ 先進国ではデータベース保護の重要性に共通の認識が見られるが、インド、ブラジルといった開発途上国は、データベースの保護自体に反対しており、WIPO における議論は進んでいない。

²⁸ 「特許・実用新案審査基準」において、プログラムの定義に含まれない、いわゆる「構造を有するデータ」は、従来から特許発明の対象となっている。従って、偶然の一致であっても、データベースを使用等することが他人の特許権侵害となる可能性は、既に存在する。

調査等のコンプライアンス体制を整備している。

法律上も、相対的な効力をもつ知的財産では、もともと「偶然の一致」者は、禁止権行使の対象とならない。例えば、不競法第2条第1項第1号では、他人の商品等表示が需要者に広く認識される前からその商品等表示を不正の目的でなく使用する者は、適用が除外されている（第12条第1項第3号）。また、第3号では、「模倣」として、他人の商品の形態へのアクセスが前提となっている。著作権法でも同様である。これらの「不正の目的」やアクセスの挙証責任は、原告が負うものである。

このように、濫訴については、他の知的財産権と同様に、実務上又は法律上、ある程度回避可能であるから、必ずしも濫訴の可能性自体がデータベースの保護を否定するものとはならない。特に、データベースのデッドコピーによる被害が生じていて、一部データベース事業者において「泣き寝入り」が起きているとされる現状においては、データベースの保護に向けての検討が望まれる。

（b）権利濫用の問題

第二に、データベースの保護の仕組みを導入すると、不可欠データの保有者による権利濫用が生じて、「情報独占」が生じるなど、情報の流通を阻害するおそれがある。

著作権法では、著作物の通常の用法による使用（読書、視聴等）は、規制の対象となっていない。一方で、著作権者に専有させている権利については、私的使用のための複製（第30条）引用による利用（第32条）プログラムの著作物の複製物の所有者による複製（第47条の2）等の、様々な権利制限規定が設けられている。

そこで、著作権法を参考に、適切な適用除外やフェアユース規定を設けることにより、権利濫用は回避できると考えられる。

また、仮に sui generis 型の保護をとった場合には、欧州や韓国の法制を参考に、権利の行使に期限を設けたり²⁹、著作権法を参考に、利用権の許諾や裁定・あっせんの仕組みを位置づけたりする³⁰ことも考えられる（不正競争防止法において、データベースの複製・譲渡等に

²⁹ 公認会計士の個人からは、原告は、タイムスタンプ等の方法により起算時を証明することは技術的に可能であるから、長期間に特定の事業者情報を独占させることを回避するために、sui generis 型の保護をとった上で、保護期間を明記すべきとの意見があった。

³⁰ 日本弁護士連合会からは、表現の自由ないし情報の自由流通（知る権利）の観点から、情報自体の不当な独占は制限されなければならない、この点は、保護期間や公平な許諾制度の導入で解決可能であると考えられるから、sui generis 型の保護を積極的に検討すべきであるとの意見があった。

対する行為規制型の仕組みをとる場合には、こうした裁定・あっせんの仕組みを取り入れることは困難である。

(c) 情報流通の阻害の問題

第三に、データベースを構成するデータには、現行法でも、著作権法や特許法等による排他的保護が及んでいるデータもあり、そうでないものもある。このため、データベースの保護を導入した場合、データベースをデータと切り分けるのは実際には困難であるから、現行の知的財産法と重疊的に保護が適用されたり、現行法で手当されていないデータ自体の保護をももたらし、この結果、権利濫用が生じなくても、実質的に情報流通を阻害する可能性もある。

したがって、データベースの保護を検討するに当たっては、データベース構築に係る投資の保護を図りつつ、いかにデータそのものの保護との関係を調整しつつ、情報流通を円滑化していくかが重要となる。

(2) 不正競争防止法による保護の問題点

一方で、不正競争防止法により misappropriation 型の保護をとることに伴う制約もある。

(a) 新たな misappropriation の問題

第一に、データベースの misappropriation の中でも、今回の検討対象となっているデッドコピーの譲渡等の禁止の観点からの行為規制を定めた場合、例えば「デッドコピー品」でないデータベースの譲渡等は禁止対象とならないから、データベースの体系的構成を改変するなどして、データベースの同一性を毀損した場合には、十分に保護がなされない。

特に近年は、情報技術の進展により、大量データを瞬時に処理することができるから、行為規制が「デッドコピー品」の譲渡等に限られると、保護範囲として著しく狭いことになる。

このように、misappropriation 型の保護は、「利用権」を専有させる sui generis 型の保護と異なって、基本となる物権的権利が設定されないから、新たな misappropriation が問題となった場合に、新たにその行為を misappropriation として規定しなければならないという限界がある。

もっとも、著作権法では、判例の蓄積により、「複製」の解釈が著作物毎に異なっているから、データベースについても、例えば「複製」の語を使用することにより、将来的には派生的行為に対する保護範囲が広がっていくことも考えられる。しかし、判例蓄積に待つことは事

業活動の予測可能性の点で問題があるから、できる限り明確なものとすべきである³¹。

(b) 行為者の属性及び主観的要件による制約

第二に、不正競争防止法での保護をとる限り、規制される行為は、「事業者間」の不正な競争行為である必要があり、個人は対象とならないという問題がある。

また、misappropriation 型の保護では、侵害行為を客観的に構成することはできず、原則的には、「不正の競争（競業）の目的で」といった、企業間競争としての規範的・主観的な要素を導入せざるを得ない。そのようにしないと、社内利用目的、学術研究目的、電子計算機システム上不可避のデータの読み込み等の正当行為が適切に除外されないからである。

しかし、この結果、例えば、企業間競争と関係なく行われる行為や、営利の目的でなく行われる行為、個人による愉快犯といった、商道德とは関係のない行為を捕捉することができないことになる。そうになると、例えば個人情報データベースが流出して、ブローカー間で無料によりファイル交換されているような場合や、流出元企業への加害の目的で、背信的従業員が企業の内部資料を有償譲渡しているような場合に、差し止めを請求することができないという問題が生じる。

(c) 大量データ集積の保護の必要性

第三に、データベースを電子計算機で検索の用に供することができるよう体系的に構成したところの投資を保護するとしても、これはデータベースの体系的構成の保護であって「データの集合自体の保護」ではないと解すれば、必ずしも、データの集積・更新自体への投資を保護するものではないことになる。

ところが、データベースの価値は、データを体系的に構成したことにあるだけでなく、大量のデータを集積して更新するという努力にあるから、あえて両者を切り分ける必要はないと言える。むしろ、データベースの抽象的な体系的構成自体は、既に著作権や特許権で保護されていると考えられるから、データの量的概念なしに体系的構成のみ

³¹ そこで「複製」の代わりに、新たに定義規定が設けられる第2条第1項第3号の「模倣」の語を用いることも考えられるが、主として有体物に用いられている語をデータベースのような無体物に流用する場合、データと無関係な、データベースの抽象的な体系的構成が保護されるとの誤解を与える可能性がある。

に限定して保護する必要性こそ乏しいと考えられる。

したがって、新たな保護制度においては、データベースの体系的構成構築にかかる投資保護を図りつつも、例えば、大量データ集積にかかる投資保護が図られる仕組みを検討する必要があると考えられる。

(3) 結論

産業構造審議会知的財産部会においては、商品形態のデッドコピーを導入した平成 5 年の不正競争防止法改正に向けた平成 4 年の中間答申で「データベースの模倣行為の規制のあり方については、情報処理技術の進展、諸外国における規制の方向について見極めつつ、今後更に検討していくことが必要である」としたところである。

今回、改めて検討した結果、以上のとおり、不正競争防止法による保護については、様々な意見と制約があることがわかった³²。

このため、本小委員会においては、今回の不正競争防止法改正においてはその保護の仕組みを導入しないこととし、パブリックコメントで意見のあった sui generis 型の保護の導入も含め、検討を進めることが適切であると判断した。

よって、今後は、上記に指摘された問題点を踏まえ、関係者において導入に向けた具体的な検討を開始するべきである。この旨は、知的財産戦略推進本部にも報告し、来年の「知的財産推進計画」改訂に反映させることとする。

今回の検討を踏まえると、データベースの保護の仕組みとして、従来からの E U 及び韓国の保護制度との整合性や、米国の立法動向の観点に加え、量的概念を取り入れることや、派生的行為の捕捉の観点、現行の著作権法にはない「利用権」の創設の可能性なども踏まえつつ、今回の不正競争防止法改正では対応できなかった要請に対応できる法的枠組みも含め、検討を行うことが適切であると考えられる。

4 . 諸外国の例

(1) E U³³

全てのデータベースを対象に、データベースの作成者に対して、データベースの素材の全体又は実質的な部分を抽出・再利用する行為を妨げる新たな権利を与えており、権利付与型の立法と考えることができる。

³² パブリックコメントにおける取りまとめ参照。

³³ データベースの法的保護に関するディレクティブ：O.J.of the European Communities, L77 (1996)

なお、EUにおいて不正競争防止法等による行為規制型のデータベース保護制度が採用されなかったのは、加盟各国において不正競争防止法制の状況が異なり、データベースという特定分野を対象とするディレクティブによって各国の不正競争防止法を統一的に規制することは困難であったということも一因であったとされている。

(2) アメリカ

データベース保護について、連邦法レベルでは、何度か法案³⁴が提出されているものの、未だ法案成立には至っていない。州法レベルでは、コモンロー上の法理である misappropriation (種蒔かざる者刈り取るべからずの法理) によって保護される可能性がある。

(3) 韓国³⁵

2003年の著作権法の改正によりデータベース製作者の権利の保護が導入されており、保護の形式としては権利付与型であると考えられる(韓国著作権法第73条の4)。データベースの全部または相当部分を複製・配布・放送または伝送する権利につき、製作の完了の翌年から起算して5年間の独占を認めている。

5. 参考判例

(1) NTTタウンページ事件(東京地判平成12年3月17日)

職業別電話帳タウンページデータベースについて、データベースの著作物該当性を肯定した事例。

(2) 読売新聞記事見出し事件(東京地判平成16年3月24日)

被告が、被告サイトにおいて、ヤフー株式会社の開設するウェブサイト「Yahoo!Japan」上のニュース記事のウェブページへのリンクを張り、そのリンクボタンの多くを読売新聞社が運営する「Yomiuri On-Line」記事の「見出し」語句と同一の語句を使用したことに対し、読売新聞社が著作権侵害及び不法行為による差止等及び損害賠償を請求した事例。

この点につき裁判所は、当該見出しは、原告自身がインターネット上で無償で公開した情報であり、著作権法等によって原告に排他的な権利が認められない以上、第三者がこれらを利用することは、本来自由であるとした。また、被告の行為には、不正な利益を図ったり損害

³⁴ 参考：H.R. 3261, the “Database and Collections of Information Misappropriations Act”

³⁵ 韓国著作権法第4章の2(第73条の2～第73条の9)

を加えたりする目的で行われたと評価される特段の事情が存在するとは認められないため、被告の行為は不法行為を構成せず、原告の請求はいずれも理由がないとされた。

(3) 車両データベース (翼システム) 事件 (東京地裁中間判決平成 13 年 5 月 25 日、終局判決平成 14 年 3 月 28 日)

著作物性が否定された自動車諸元データベースを複製したデータベースの製造販売等の行為について、「人が費用や労力をかけて情報を収集、整理することで、データベースを作成し、そのデータベースを製造販売することで営業活動を行っている場合において、その者の販地域と競合する地域において、そのデータベースのデータを複製して作成したデータベースを販売する行為は、公正かつ自由な競争原理によって成り立つ取引社会において、著しく不公正な手段を用いて他人の法的保護に値する営業活動上の利益を侵害するものとして、不法行為を構成する場合があるというべきである。」として、不法行為の成立を認めた事例。

X. 不正競争防止法違反物品に対する水際措置の導入について

1. 問題の所在

(1) 現行法の規定

現行関税定率法第21条は、「次に掲げる貨物は、輸入してはならない」とし、同条第1項第5号はかかる貨物として「特許権、実用新案権、意匠権、商標権、著作権、著作隣接権、回路配置利用権又は育成者権を侵害する物品」を掲げているが、不正競争防止法違反物品については規定しておらず、不正競争防止法違反物品は水際差止制度の対象とはされていない。

(2) 現状

近隣アジア諸国の基礎的な技術力の向上、情報通信技術の発達による瞬時の情報の流通、形態模倣を容易にする技術（三次元デジタイザー等）の発達により、商品形態の模倣の被害が深刻化し、さらに模倣品の取引の手口も、インターネット等を通じた小口化により、特定が難しくなっている。

また、このような模倣品・海賊版の販売には犯罪組織が関与していることが多く、犯罪組織の国際的展開とともに犯罪自体も国際化している。

更に、反社会的勢力が模倣品を購入して売却することによって資金洗浄を行うマネーロンダリングの一環としての模倣品・海賊版事件も増加している。

産業界においては、アジア諸国の技術の進歩等を背景として、模倣品・海賊版対策の重要性への認識が高まっている。とりわけ、水際措置は、国内販売等の差止めと違い、一件一件訴訟を提起して対応していくのではなく、税関の水際段階で一気に全国一斉に捕捉できるので、その模倣品・海賊版対策としての実効性が高い。

また、意匠法、商標法違反物品は現在でも水際措置の対象となるのに、それと極めて類似したケースでも不正競争防止法違反には水際差止措置が設けられていないため、水際措置の実効性が上がらないとの意見もある。

2. 検討

(1) 検討の方向性

模倣品対策の実効性を高めるとの観点から、不正競争防止法違反の模倣品等についても水際措置を導入することが極めて有効である。

一方で、水際措置は申立者側に著しく有利な状況を生み出すものである³⁶。この点を踏まえ、さらに、国際的なルールにも整合的な制度とするとの観点を加味して、対象行為を限定し、手続きを明確にする方向で具体的な水際措置を検討する必要がある。

(2) 主要な論点

(a) 他の知的財産権との関係

不正競争防止法違反物品については、パリ条約第1条が「工業所有権の保護は、(中略)不正競争の防止に関するものとする。」と定義していること、知的財産基本法においても不正競争防止法によって保護される利益に係る権利を「知的財産権」として認めていること、さらに、不正競争防止法が事実上商標法や意匠法等を相互補完する役割を果たしていること等に鑑み、不正競争防止法は「知的財産権」を保護する機能を有する法律であって、他の「知的財産権侵害物品」同様に、関税定率法第21条第1項第5号に不正競争防止法違反物品を追加するのが相当である。

また、不正競争防止法違反物品に対する水際差止の実効性をより高めるためには、単に関税定率法第21条第1項の輸入禁制品とするのみならず、同法第21条の2の輸入禁制品に係る申立て手続の対象とされることが望ましい。

(b) 対象の明確性

第1号(周知な商品等表示)について

第1号において保護の対象となるのは、周知な商品等表示である。同号の保護を受けるためには、その周知性の範囲は必ずしも全国的である必要はなく、地域的な周知性で足りる。

しかし、水際措置は当該地域での取引ではなく、国内市場への流入であるから、水際措置の対象となる商品等表示は、全国的に周知の商品等表示に限定すべきである。地域的にのみ周知な商品については、

³⁶ 日本弁護士連合会からは、水際措置の導入について「水際での輸入差止は一時的であっても、権利者側に市場において決定的に有利な立場を与える(裁判で言えば、差止めがはじめからなされている状態からスタートできる。)一方、相手方には回復困難な影響を与える場合があるなど、社会的・経済的影響は極めて重要である(商品の寿命が極めて短い商品も多く、時機を逸すると壊滅的影響を受ける。)したがって、水際での差止めは、輸入禁止の対象とする物品の範囲、差止めの条件、認定手続きその他差止めの手続きに係る法的制度を明確に整備して設定することなく、安易に実施されるべきものではない。」との意見が出されている。

当該地域において流通した時点で通常の民事訴訟にゆだねれば足りる。

以上から、水際措置の第 1 号事案への適用においては「全国周知」を要件とするべきである。

その上で、第 1 号における商品等表示については、商標法と異なり登録が要件とされていないことに配慮し、同号の周知性の該当に関して、あらかじめ輸入者の参考となり、かつ、税関長の判断の一助とするための情報提供体制を整備することとする。例えば、周知な商品等表示と認められる商品等表示について、経済産業大臣が確認等を行うことが考えられる。

これにより、かかる確認の事実の公表があれば、商標登録と同様に保護対象が明確になると考えられる。

第 2 号（著名な商品等表示）について

第 2 号では第 1 号の周知性よりも基準の高い著名性が要求されており、かかる著名性については全国的に著名であることを要件とする見解と地域的な著名で足るとする見解がある。しかし、いずれの見解をとるにしても、1 号と同様に、水際措置の対象となる商品等表示は全国的に著名な商品等表示に限定すべきである。

また、第 1 号と同様に、第 2 号についても、商標法と異なり登録が要件とされていないことに配慮し、同号の著名性の該当に関して、あらかじめ輸入者の参考となり、かつ、税関長の判断の一助とするための情報提供体制を整備することとする。例えば、著名な商品等表示と認められる商品等表示について、経済産業大臣が確認等を行うことが考えられる。

第 3 号（商品形態模倣）について

第 3 号については、その規定文言について不明確な点があるとの指摘があることから、前述のとおり定義規定等を設け、また施行後 10 年間積み重ねられてきた判例の内容を条文に取り込むこと等によってその規定内容の明確化を図り、保護対象を明確にする。

また、第 3 号事案については第 1 号や第 2 号のような事前の確認制度を設けることは困難であることから、例えば、関税定率法第 21 条の 2 の輸入差止申立制度の対象とし、その申立ての受理に際しての経済産業大臣への照会制度を設けることや、事実上の経済産業大臣への相談制度のような対応を行うことが考えられる。

(c) 適正手続の保障

上述のとおり、水際での輸入差止制度は、訴訟手続きを経ずして事

実上仮処分と同等以上の効果を与えるものであって、申立人側に著しく有利な立場を与えるものである。

そこで、そのような効果を与える以上は、その実際の認定手続きについても差し止められる側にとって納得のいくような、専門知識を有する担当者による、信頼性が高い制度でなくてはならない。

このため、例えば、第 1 号、第 2 号及び第 3 号該当事案については、実際の疑義物品の認定手続きにおいて、権利者の商品等表示と類似するか否か、又は権利者の商品形態と同一又は実質的同一性の範囲にあるか否か等につき、経済産業大臣への照会制度を設けることが考えられる。

経済産業大臣への照会制度等を設けるに当たっては、照会への回答につき法律及び技術専門家や当事者の意見を聴取することのできる仕組みを整えることが必要との意見もあり、その運用を適切に行う必要がある。

なお、この点に関しては、関税定率法第 21 条第 1 項第 5 号に定める知的財産権侵害物品並びに不正競争防止法第 1 号、第 2 号及び第 3 号該当物品は、麻薬・拳銃等の関税定率法第 21 条第 1 項の他の輸入禁制品に比べて該否の判断が困難であることから、将来的には、適正な手続きの保障の観点から、諸外国の例を参考としつつ現行制度を発展させ、当事者の納得のいく制度を整備することについて今後とも検討を行うべきであるとの意見もあった。

3. 想定事例

(1) 不正競争防止法第 2 条第 1 項第 1 号事案

- (a) 発売直後短期間に人気が出て話題となり、周知な商品等表示として認められるようになった商品の模倣品が海外から大量に流入した。
- (b) 日本製の菓子、加工食品、飲料等のパッケージデザインの中には、長年使われることによって周知な商品等表示となっているものがあるが、アジア諸国にはこのような日本製の商品のパッケージデザインを模倣した商品があふれており、これらが日本に輸入された。

(2) 不正競争防止法第 2 条第 1 項第 2 号事案

- (a) 靴会社の著名なブランドの登録商標を、携帯電話、自動車用品、ペット用品等の当該登録商標の指定商品以外の商品に用いた模倣品が日本に輸入された。

(3) 不正競争防止法第 2 条第 1 項第 3 号事案

- (a) ブランド品の中には、商品の一部分のみにしか登録商標が付されておらず、むしろその形態に特徴のある商品があるが、このような商品から当該商標部分を除いたコピー商品が日本に輸入された。
- (b) 上記 (a) の事例で、輸入されたコピー商品と別途輸入された登録商標部分とを組み合わせるアウトレット商品として日本国内で販売された。
- (c) 組み立て前のプラモデル等の型抜きによる完全なコピー商品について、商標権侵害や著作権侵害を避けるために商標及びパッケージデザインを変更して日本に輸入された。

4 . 諸外国の例³⁷

(1) EU

EU 税関規則に基づく知的財産侵害品として、「模造品」・「海賊版」があげられており、これには「著作権者、著作隣接権者、又は意匠権者（加盟国において登録されているかどうかを問わない）又は製造国における権利者から授権された者（共同体意匠又は税関が所在する加盟国の法令に基づき当該複製が違法の場合）の同意なく作成された複製又はこれを含む物品」が含まれている。

(2) ドイツ

ドイツでは、登録商標等侵害物品に加えて、取引表示侵害物品として「商取引において取引表示（会社の名称、略称、営業施設又は事業の特別な名称等の会社の象徴及び著作物の標題をいう。）と混同を生じさせるおそれのある方法で、その取引表示又は類似の標識を使用する場合」及び「商取引において、ドイツにおいて著名な取引表示と同一又は類似の標識を使用することにより取引表示の識別性又は名声に基づく不当な利益を獲得し、又はこれらに害を及ぼす場合」についても税関による差止めを認めている。

また、ドイツでは、著作権法において「建築及び応用美術を含む美術品作品及びこれらの企画」が著作権の対象として明記されており、かつ、意匠法（正式名称は「工業意匠の著作権に関する法律」）では方式審査のみで意匠権の登録が認められている。これらの著作権及び意匠権侵害物品については税関における差止めが可能である。

³⁷ 「平成 15 年度先進国における模倣品流通対策法制の実態調査報告書」特許庁（平成 16 年 3 月）

(3) フランス

フランスでは、著作権法において「応用美術」並びに「服飾及び装飾の季節産業の創作物」が著作権の対象として明記されており、かつ、意匠法では方式審査のみで意匠権の登録が認められている。これらの著作権及び意匠権侵害物品については税関における差止めが可能である。

(4) アメリカ

アメリカの国際貿易委員会 (ITC) では、職権で又は関係者の申立に基づいて調査を行い、調査の結果、違法行為が存在する場合には、その現在又は将来の輸入を禁止する決定を下し、その決定は原則として税関において実行される。

1930 年関税法 1337 条³⁸によれば、輸入又は販売における不公正な競争方法及び不公正な行為で、次の効果又はその虞を有するものとして、アメリカの一定の産業を破壊し又は甚大な被害を与えるもの、

当該一定の産業の成立を妨げるもの、及び アメリカにおける通商を抑制し又は独占するものの輸入を違法とし、取締りの対象としている。

このため、特許権、著作権、登録商標権の侵害の他、非登録商標権の侵害、原産地の不実表示、偽ラベル等についても、「不公正な競争方法及び不公正な行為」として、上記の要件を満たせば税関における差止めの対象となりうる。

5 . 統計・世論調査

(1) 「平成 16 年度上半期における主な生活経済事犯の検挙状況について」 警察庁生活安全局生活環境課生活経済対策室 (2004 年 8 月)

当該統計によれば知的財産権侵害事犯の検挙件数は年々増加傾向にある。検挙事件の内容からみた知的財産権侵害事犯の特徴としては、偽ブランド品は全て韓国・中国等のアジア諸国から流入しており、街頭販売事犯では来日外国人による事犯が約 6 割を占めている等、事案の国際化が顕著であることがうかがえる。また、インターネット利用者の増加も模倣品の国際的な流通 (主に日本人による購入) 特に海外からの発送と知らずに購入する事案の増加に拍車をかけている。実際、商標法違反検挙事件のうちインターネットによる販売の事案は全体の約 19% を占めるに至っている。

³⁸ 19 U.S.C. § 1337

- (2) 「知的財産に関する特別世論調査」内閣府政府広報室(2004 年 8 月)
- 当該世論調査においても、「ニセモノ」対策として、「『ニセモノ』を製造・販売する者に対する罰則強化」に次いで、32.1%の回答者が「税関の取組など、『ニセモノ』の輸入防止体制の強化」が有効であると回答しており、模倣品対策としての水際対策の重要性が一般にも広く認識されている。

< 罰則の強化について >

XI . 罰則の見直しの必要性

1 . 現行法制上の考え方

現行の不正競争防止法では、不正競争の中でも公益の侵害の程度が著しく、当事者間の民事的請求にのみ委ねられることが妥当でない行為に対し、及び国際条約の規定を実施するために必要な行為に対し、罰則が設けられている。

罰則の水準は、一律 3 年以下の懲役又は 300 万円以下の罰金であり、営業秘密侵害罪を除き、両罰規定により 3 億円以下の罰金が法人に対して科されている。

現在罰則が設けられている行為は以下のとおりである。

(1) 公益の侵害の程度が著しい不正競争

- (a) 周知表示混同惹起行為 (第 14 条第 1 項第 1 号)
- (b) 原産地等誤認惹起行為 (第 14 条第 1 項第 1 号)
- (c) 原産地等を誤認させるような虚偽表示行為 (第 14 条第 1 項第 2 号)
- (d) 営業秘密侵害行為及び秘密保持命令違反行為 (第 14 条第 1 項第 3 号 ~ 第 6 号の 2)

(2) 国際条約の実施

- (a) 外国国旗の商業上使用行為 (第 14 条第 1 項第 7 号)
- (b) 国際機関の標章の商業上使用行為 (第 14 条第 1 項第 7 号)
- (c) 外国公務員贈賄 (第 14 条第 1 項第 7 号)

この他、本報告書では以下の行為について刑事罰の導入を提言している。

- ・ 著名表示冒用行為
- ・ 商品形態模倣品の譲渡行為

2 . 罰則水準の経緯

不正競争防止法に対する罰則は、昭和 9 年の不正競争防止法制定時より既に設けられていた。(1,000 円以下の罰金)

その後、昭和 25 年改正により刑事罰が強化され、罰則も引き上げられた。(3 年以下の懲役又は 20 万円以下の罰金)

平成 2 年改正時には、罰金額の上限を 50 万円に引き上げた。

また、平成 5 年の全面改正時には、罰金額の上限を 300 万円以下に引き上げるとともに、法人に対する罰金額を個人に対する金額とは分離し、上限を 1 億円へと引き上げた。

平成 10 年改正時には、外国公務員贈賄防止条約の適切な実施³⁹の観点から、法人に対する罰則の上限を 3 億円に引き上げ、現在に至っている。

3 . 改正の必要性

(1) 知的財産権侵害に対する罰則強化の必要性

グローバルな競争が激化する中で、企業が中期的にその競争力を維持していくためには、知的財産の果たす役割が非常に大きくなっている。

一方、東アジア諸国の急速な経済発展の中で、国内外を問わず、知的財産権侵害に脅かされる事例は増加している。(平成 16 年の知的財産権侵害事犯の検挙件数は 187 件であり、平成 12 年(78 件)の 2 倍以上である。)

こうした状況を踏まえ、知的財産権侵害に対する抑止効果を高めることによる保護強化が必要である。

この点については、知的財産推進計画 2004 の中でも「知的財産権侵害に対する抑止効果を高めるため、各知的財産法相互間や他の経済法との均衡を踏まえ、刑事罰の引き上げの要否について検討を行い、2004 年度末までに結論を得る。」との要請がなされている。

(2) 他の犯罪との均衡

商品等表示に類似する商標の保護を規定する商標法においては、不正競争防止法よりも高い 5 年以下の懲役又は 500 万円以下の罰金が定められている。

この点について、商標権は絶対権であるので、不正競争防止法に比べて罰則水準が高くて当然であるとの意見がある。しかし、不正競争防止法が保護する周知表示や著名表示については、商標法において要求されている「類似性」に加えて、周知表示については「誤認混同の結果」が、著名表示については高い「著名性」が求められている。

また、外国国旗等及び国際機関の標章等の商業的利用行為、外国国旗や国際機関の標章はパリ条約により商標権の取得が禁止されていることの代替措置として設けられたものである。

こうしたことから、商標権と同様の水準まで罰則を引き上げるべきであるとの意見も強い。

一方、営業秘密については、本来は特許権等と同様の有用性・非公知性をもった情報であるにも関わらず、公開に馴染まないこと、営業上の情報

³⁹外国公務員贈賄防止条約第 3 条第 3 項では、「締約国は、賄賂及び外国公務員に対する贈賄を通じて得た収益(又は収益に相当する価値を有する財産)を押収し若しくは没収し又は同等な効果を有する金銭的制裁を適用するために必要な措置をとる。」と規定されている。

であること等の理由により特許権化されない情報が保護の対象となっている。

この点についても、特許権は絶対権であるので、不正競争防止法に比べて罰則水準が高くて当然であるとの意見がある。しかし、最近では戦略上特許権の取得ではなく、相応の努力による秘密管理（ブラックボックス化）により保護を図るケースも増大していることから、罰則水準を特許法と同程度までに引き上げるべきであるとの意見も強い。

経済産業省が実施したアンケートにおいても、約 7 割の企業が何らかの形で罰則の引き上げを求めている。

（３）その他

平成 15 年度に不正競争防止法違反により起訴されたのは 54 件（検察統計）であり、年々増加の一途をたどっている。（平成 11 年は 5 件、平成 12 年は 16 件、平成 13 年は 20 件、平成 14 年 37 件）

これらの多くは、原産地誤認惹起行為であるが、食の安全など消費者保護の観点からも、こうした行為に対する処罰の必要性は極めて高いと考えられる。

4 . 改正の方向性

これらの状況を踏まえて、不正競争防止法違反については、罰則水準を 5 年以下の懲役又は 500 万円以下の罰金にすることを検討すべきである。

なお、商品形態模倣譲渡行為については、類似する法律（主に意匠法）との均衡や、保護期間が 3 年間に限定されていることから、その他の犯罪類型よりは低い水準（例えば 3 年以下の懲役又は 300 万円以下の罰金など）での保護を図るべきである。

XII . 懲役刑と罰金刑の併科について

1 . 現行法制上の考え方

不正競争防止法に関する刑事罰については、いずれも 3 年以下の懲役又は 300 万円以下の罰金であり、懲役刑若しくは罰金刑のどちらかのみが科されている。

2 . 懲役刑と罰金刑の併科について

罰金刑を併科する趣旨については、判例では、「犯人からの相応の金額を剥奪することにより、不法利益の取得を目的とする犯罪行為が経済的に引き合わないことを強く感銘させる点にあるものと解されて」いる（東京高判平成 6.3.4）。

このような趣旨を反映して、刑法典上懲役刑と罰金刑の併科が定められているのは、利欲犯的性格が強く、営業化しやすい贓物故買罪（刑法第 256 条第 2 項）に限定されている。

その他、税法や業法等において併科規定が設けられていることが多いが、知的財産法についても、今年の通常国会において著作権法が改正され、懲役刑と罰金刑の併科規定が導入されたところである。

なお、著作権法改正の際には、「懲役刑と罰金刑の併科については、特許法等他の知的財産関係法には例がないが、その他の法律については多数の例があり、諸外国においても、著作権侵害について併科を認める例が複数あるところである。悪質なケースに執行猶予付きの懲役のみで、制裁が十分でないことがある現状において、抑止効果を期待する観点からも併科を認める意義は大きいものと考えられることから、導入すべきである。」⁴⁰ との理由から、導入されたものと考えられる。

3 . 改正の必要性・方向性

不正競争防止法は、そもそも「事業者間の公正な競争の確保」を目的とする法律であり、利得を得る目的で行われることが多い犯罪類型が規定されている。

個別の犯罪を見ても、例えば不正競争防止法で規定される個別の犯罪について検討すると、周知表示混同惹起行為、外国国旗等及び国際機関の標章等の商業的利用行為、並びに原産地等誤認惹起行為等は、営業上不正に利益を得ようとする破廉恥犯の類型に属する。

また、営業秘密侵害は、「不正の競争の目的」という当該秘密の使用又は

⁴⁰ 文化審議会著作権分科会報告書（平成 16 年 1 月）より

開示によって利得を得ることを目的とする犯罪である。

いずれの犯罪であっても、営業的色彩の強い犯罪であるため、その誘惑を断ち切り、抑止的效果を高めるためには、罰金刑と懲役刑の併科とし、その利得を奪うとともに、コストとして読み込みにくい懲役刑をも手当てすることが必要である。

XIII．現在の刑事罰規定（参考）

1．知的財産関係諸法

	個人に対する罰則		法人に対する罰則
	懲役	罰金	罰金
特許権侵害	5年以下 (196条)	500万円以下 (196条)	1億5千万円以下 (201条1項1号)
実用新案権侵害	3年以下 (56条)	300万円以下 (56条)	1億円以下 (61条1項1号)
意匠権侵害	3年以下 (69条)	300万円以下 (69条)	1億円以下 (74条1項1号)
商標権侵害	5年以下 (78条)	500万円以下 (78条)	1億5千万円以下 (82条1項1号)
著作権・著作隣接権・出版権侵害	5年以下 (119条) 併科	500万円以下 (119条) 併科	1億5千万円以下 (124条1項1号)
不正競争防止法違反	3年以下 (14条1項)	300万円以下 (14条1項)	3億円以下 (営業秘密に係る違反行為を除く) (15条1項1号)
不正競争防止法違反 (秘密保持命令違反)	3年以下 (14条1項)	300万円以下 (14条1項)	1億円以下 (15条1項2号)
特許法(秘密保持命令違反)	3年以下 (200条の2)	300万円以下 (200条の2)	1億円以下 (201条1項2号)
実用新案法(秘密保持命令違反)	3年以下 (60条の2)	300万円以下 (60条の2)	1億円以下 (61条1項1号)
意匠法(秘密保持命令違反)	3年以下 (73条の2)	300万円以下 (73条の2)	1億円以下 (74条1項1号)
商標法(秘密保持命令違反)	3年以下 (81条の2)	300万円以下 (81条の2)	1億円以下 (82条1項2号)
著作権法(秘密保持命令違反)	3年以下 (122条の2)	300万円以下 (122条の2)	1億円以下 (124条1項2号)

2 . 刑法

	個人に対する罰則		法人に対する罰則
	懲役	罰金	罰金
窃盗	10年以下 (235条)	-	-
業務上横領	10年以下 (253条)	-	-
背任	5年以下 (247条)	50万円以下 (247条)	-
詐欺	10年以下 (246条)	500万円以下 (246条)	-
贈賄	3年以下 (198条)	250万円以下 (198条)	-

3 . 商法

	個人に対する罰則		法人に対する罰則
	懲役	罰金	罰金
特別背任 (発起人、取締役等)	10年以下 (486条)	1,000万円以下 (486条)	-
特別背任 (社債権者集会の代表 者等)	5年以下 (487条)	500万円以下 (487条)	-
贈賄 (発起人、取締役等)	3年以下 (493条)	300万円以下 (493条)	-
贈賄 (会社荒らしに関する もの)	5年以下 (494条)	500万円以下 (494条)	-