

不正競争防止法改正に関する検討

フェアトレード委員会
第 1 小委員会*

抄 録 IoTやAIの普及、ビジネスの枠組みの変化を背景にデータの価値が増す中、多種多様なデータがつながることで新たな価値が創出される産業社会「Connected Industries」の実現に向け、「未来投資戦略2017」および「知的財産推進計画2017」において、安心してデータを取引できる環境整備のため、不正競争防止法の改正を視野に入れた検討が求められた。それを受けて、経済産業省 産業構造審議会知的財産分科会「不正競争防止小委員会」では、2017年7月から不正競争防止法の改正に向け、(1) データ利活用促進に向けた制度、(2) 技術的な制限手段による保護、(3) 技術的な営業秘密の保護、の検討を行い、2018年1月に「データ利活用促進に向けた検討 中間報告¹⁾」を公表して不正競争防止法改正の方向性を示した。本稿では、同中間報告の内容とこれまでの議論の整理を行った上で、立法に向けた課題や企業実務における留意点等の検討を行った。

目 次

1. はじめに
2. データ利活用促進に向けた制度
 2. 1 導入・改正の経緯
 2. 2 改正の方向性
 2. 3 考 察
3. 技術的な制限手段による保護
 3. 1 導入・改正の経緯
 3. 2 改正の方向性
 3. 3 関係する他の知的財産法との比較
 3. 4 考 察
 3. 5 関連する外国法制度
4. 技術的な営業秘密の保護
 4. 1 導入・改正の経緯
 4. 2 改正の方向性
 4. 3 考 察
 4. 4 関連する外国法制度
5. おわりに

1. はじめに

IoTやAIの普及に伴い、データ、特にビッグデータを有効に利活用することで新たなイノベ

ーションの創出に繋げることが期待されており、ものづくりや医療、金融といった様々な分野で既にその利活用が進められている。また、複数の企業がつながるビジネスエコシステムでは、データが業界や業種を超えてやり取りされている。

こういったIoTやAIの普及、ビジネスの枠組みの変化を背景にデータの価値が増す中、2017年3月、日本政府は我が国の産業が目指すべき姿として、人、モノ、技術、組織等が様々につながることにより新たな価値創出を図る「Connected Industries」を提唱した。そして、「未来投資戦略2017」(2017年6月閣議決定)および「知的財産推進計画2017」(2017年5月知的財産戦略本部決定)において、安心してデータを取引できる環境整備のため、不正競争防止法(以下、「不競法」という。)の改正を視野に入れた検討が求められた。

* 2017年度 The First Subcommittee, Fair Trade Committee

また、同年10月、経済産業省は「Connected Industries」の実現に向けた「Connected Industries 東京イニシアティブ2017」を発表し、「Connected Industries」の実現のための横断的な政策の一つとして、日本の強みであるリアルデータ（ネット空間から生じるバーチャルなデータとは違い、実世界から生じる個人や企業の活動情報や製品の稼働状況等のデータ）の共有・利活用を掲げた。

そのような状況の下、産業構造審議会 知的財産分科会「不正競争防止小委員会」では、同分科会「営業秘密の保護・活用に関する小委員会」がとりまとめた「中間とりまとめ²⁾」（2017年5月）に沿って、2017年7月から不競法の改正に向け、(1) データ利活用促進に向けた制度、(2) 技術的な制限手段による保護、(3) 技術的な営業秘密の保護、について検討を行い、不正競争防止小委員会にてまとめられた「データ利活用促進に向けた検討 中間報告」（以下、「中間報告」という。）を公表して不競法改正の方向性を示した。

本稿では、この中間報告の内容とこれまでの議論の整理を行った上で、立法に向けた課題や企業実務における留意点等の検討を行った。

なお、本稿は2017年度フェアトレード委員会第1小委員会WG2の構成員である、広瀬育男（SUBARU）、秋沢陽子（武田薬品工業）、有田慎介（トヨタ自動車）、梶山正浩（スズキ）、添田雅人（日立製作所）、朴昭蓮（富士ゼロックス）、松浦大樹（日本たばこ産業）、矢島崇史（東日本旅客鉄道）の執筆によるものである。

2. データ利活用促進に向けた制度

2.1 導入・改正の経緯

流通や利活用が期待されているデータは、社外に広く共有・提供されることを前提としているため、営業秘密の要件である秘密管理性や非

公知性を通常は満たさず、現行の不競法では保護されない。また、データベースのようなデータの集合物であっても、創作性を有していなければ著作権法での保護もなされない。

また、民法の不法行為では原則として差止請求は認められないし、当事者間の契約があったとしても当事者以外の不正取得者や転得者には効果は及ばない。

このような現状の法制度の下では、安全、安心なデータの流通が妨げられ、データの利活用が促進されないという懸念から、データの不正取得、使用、提供の行為のうち悪質な行為を不正競争行為として新たに位置づけ、救済制度の創設が検討された。なお、過度な規制はかえってデータ利活用を委縮させるおそれがあるとの懸念から、必要最低限の規律を設けることが基本方針とされている。

2.2 改正の方向性

(1) 保護客体となるデータの要件

中間報告において、保護客体となるデータは、電子データの集合物の全部又は一部であって、次の3つの要件を満たすものとされている。

- (i) 技術的管理性
- (ii) 限定的な外部提供性
- (iii) 有用性

上記3つの要件は、具体的には以下のように説明されている。

(i) 技術的管理性

データを取得しようとする者がデータ提供者との契約で想定される者以外の第三者による使用・提供を制限する旨の管理意思を明確に認識できる、特定の者に限定して提供するための適切な電磁的アクセス制御手段（ID・パスワード管理、専用回線の使用、データ暗号化、スクランブル化等）により管理されているデータであること。

(ii) 限定的な外部提供性

保有者内での利用又は例外的に秘密保持契約を結んだ限定的な者に開示される「営業秘密」とは異なり、データ提供者が、外部の者からの要求に応じて特定の者に対して選択的に提供することを予定しているデータであること。

(iii) 有用性

違法又は公序良俗に反する内容のデータを保護客体から除外した上で、集合することにより商業的価値が認められること。

ただし、秘密管理や技術的管理がなされることなく、かつ、「提供相手を特定・限定することなく広く提供されているデータ」(表1参照。以下、本稿においては「オープンデータ」という。)と同一のデータは保護客体から除かれるとしている。

また、営業秘密との関係については、表1に示すように、新たな保護客体は営業秘密と異なり、「非公知ではない」、「外部提供を想定し、技術的に管理されている」、「外部者からの求めに応じて特定の者に対して選択的に提供する」という対比がなされ、秘密として管理される非公知なデータは引き続き営業秘密として保護されるとしている。

(2) データに係る不正競争行為

中間報告では、データに係る不正競争行為を3つの類型からなる以下の行為とし、救済措置を設けるべきとしている。

1) 不正取得類型 (図1の①②③)

①：権原のない外部者が、管理侵害行為(データ提供者の管理を害する行為(不正アクセス、建造物侵入等)、又はデータ提供者に技術的管理を外させて提供させる詐欺等に相当する行為(詐欺・暴行・強迫))によって、データを取得する行為、②：①によって取得したデータを使用する行為、③：①によって取得したデータを第三者に提供する行為、を不正競争行為とするとされている。

2) 著しい信義則違反類型 (図1の④⑤)

第三者提供禁止の条件下で、データ提供者から取得したデータを、不正の利益を図る目的又は提供者に損害を与える目的(図利加害目的)を持って、④：横領・背任に相当すると評価される行為態様(委託契約等に基づく当事者間の高度な信頼関係を裏切る態様)で使用する行為、又は⑤：第三者に提供する行為、を不正競争行為とするとされている。

本類型は、正当に取得したデータについて、データ提供者の意に反してデータが使用、提供されることを規制するか否かを発端として議論されてきた。当初は、契約で定められた範囲を超える「権原外」でのデータの使用・提供行為

表1 新たな保護客体、営業秘密およびオープンデータの比較³⁾

営業秘密	新たに保護客体となるデータ	提供する相手を特定・限定することなく広く提供されているデータ
非公知であるもの	非公知ではないもの	(公開)
秘密として管理される	外部提供を想定し 技術的に管理される	左二欄の管理が なされていない
保有者内で利用 例外的に、 <u>秘密保持契約を結んだ限定的な者に開示</u>	外部の者からの求めに応じて、 <u>特定の者に対し選択的に提供</u>	限定なし

を対象に議論されていたが、契約当事者間で権原の範囲の解釈にずれが生じることもあるところ、契約違反がただちに不競法違反になるとするとデータ取得者のデータの利用が委縮されるとの懸念から、図利加害目的という主観要件を付して悪質性の高い行為を規制することとされ、加えて使用行為については、横領・背任相当での行為態様というさらなる限定が付されるようになった。

3) 転得類型 (図1の⑥⑦⑧⑧')

取得するデータについて、不正行為 (①の不正取得, 又は⑤の不正提供) が介在したことを知って (すなわち, 悪意をもって), ⑥: 当該不正行為に係るデータを取得する行為, 又は⑦: ⑥によって取得したデータを使用する行為, 又は⑧: ⑥によって取得したデータを第三者に提供する行為, ならびに, 取得時に不正行為が介在したことを知らなかった者が, その後, 不正行為の介在を知り (悪意に転じ), その上で, ⑧': 第三者に当該データを提供する行為, を不正競争行為とするとされている。なお, ⑧'

において, 悪意に転じる前の取引で定められた権原の範囲内での提供は適用除外とされている。

本類型では, 当初, 悪意に加えて, 重過失である場合についても規制対象とする議論がなされていた。もっとも, 重過失まで規制対象とすることには慎重な意見もあり, 悪意のみを対象とすることとされた。

なお, 上記の不正取得類型に属する行為をはじめ, 不正競争行為の範囲を定めるにあたっては, 正当な目的で行われる行為, 例えばホワイトハッカーによるセキュリティー対策, リバース・エンジニアリング, 修理・検査, 相互互換のための研究, 教育, 公共機関におけるアーカイブ目的での行為, 障害者支援等の社会的課題へ対応する目的で行われる行為など, が妨げられないよう留意すべきとされている。

また, データの不正使用により生じた物 (AI学習済モデル, データベース等) の譲渡等の行為は対象とすべきでないとされている。

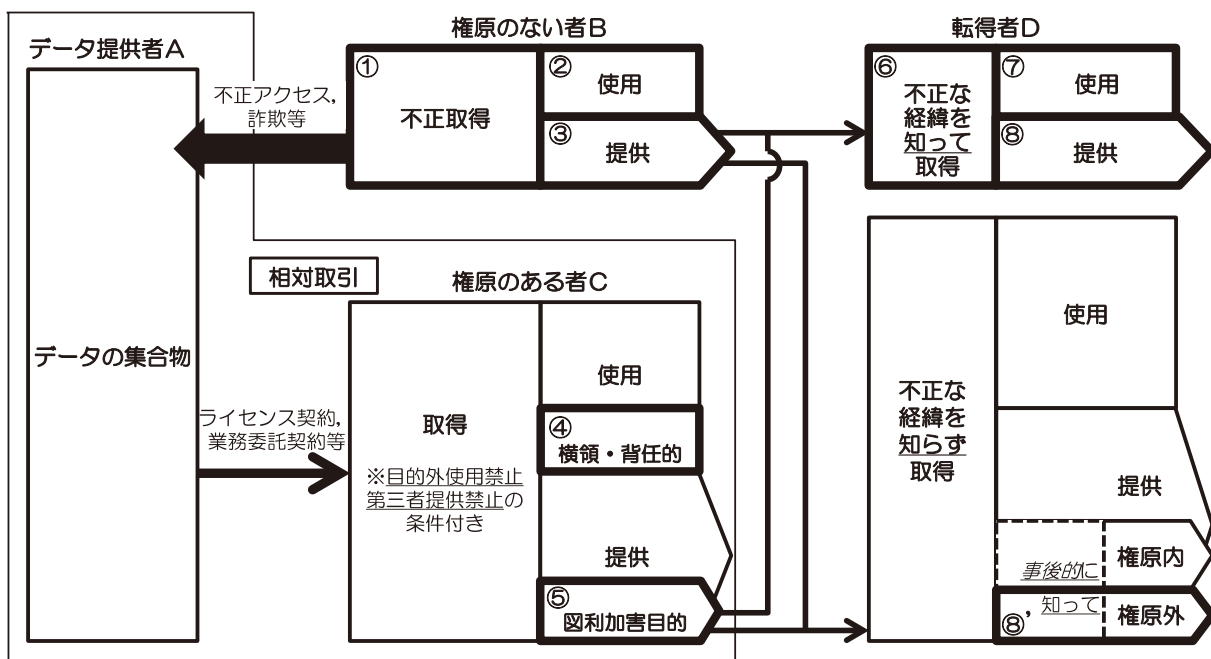


図1 データに係る不正競争行為⁴⁾

(3) 救済措置

上記不正競争行為について、民事措置（差止請求、損害賠償請求、信用回復措置）を導入すべきとされている。

刑事措置の導入については、過去の法改正でもまずは私権保護を図るべく民事措置が導入された上で、その後の状況の変化に応じて刑事措置が導入されることが一般的である等の意見から、今後の状況の変化を踏まえて引き続き検討すべきとされている。

2.3 考察

データ利活用の促進に向けては、安心してデータを提供できる環境が必要であり、万が一データの不正流通が発生した場合には適宜差止等ができることが必要である。その意味で今般の法改正に向けた検討は環境整備の第一歩として評価される。

一方で、中間報告では、ガイドライン等の策定を通じた予見可能性を高める努力として、ガイドライン素案策定WGにおいて検討を行い、技術的管理等の客体要件の考え方やその具体例、著しい信義則違反類型における図利加害目的に該当する行為・該当しない行為の例などを示す、分かりやすいガイドライン等を速やかに策定すべきである、としている。しかしながら、客体要件や主体要件といった法規制上重要な部分を裁判規範ではないガイドライン等に委ねることは、安心してデータをやり取りできる環境整備としては不十分にも感じられる。

また、ガイドライン等が大部で複雑なものになれば、中小企業等、法務部門や知的財産部門が必ずしも充実していない企業にとって、それらに基づいて予見可能性を高めることを求められるのは負担が大きいとも考えられる。

本稿の執筆時点（2018年1月）ではどのような条文となるか不明であるが、法的安定性が広く担保されるよう、客体要件や主体要件はでき

るかぎり条文化され、ガイドライン等は細部の判断基準を示す端的なものとなることが望まれる。この点を最初に言及した上で、以下、改正の方向性について考察する。

(1) 保護客体となるデータの要件

ひとくちにデータといっても、産業用データからプライバシー情報、個人情報等を含むデータまで、データの発現・利用シーン等、想像されるものが人によって異なることから、営業秘密のように要件を設けてその意義を特定しようとする趣旨であると思われる。

しかしながら、今般の改正で新たな保護客体とされるデータと従前より保護対象である営業秘密との関係性については必ずしも明確に区別されておらず、また、「非公知ではないもの」という二重否定による表現がされ、「（公開）」とも表現されているオープンデータ（表1参照）との区別も具体的に明らかでない。

もっとも、仮に営業秘密と明確に区別しようとするのであれば、条文上は「不競法2条6項の営業秘密を除く」というようにすれば足りるようにも思われる。そうすると、オープンデータとの区別をどのように図るかという課題が残るが、オープンデータとの区別について中間報告ではガイドライン等で明確化を図るとしているのみでほとんど言及しておらず、結果として保護客体が何であるのかその外縁を測り知ることができない。

オープンデータとの区別は技術的管理性や限定的な外部提供性によって図られるものと考えられるが、例えばインターネット上で申請すれば誰にでも無償でパスワード等が発行されて入手が可能となるデータは、管理意思を明確に認識できるだけの技術的管理性が認められるのか、また、「限定的」な提供に該当するのか、といった疑義も生じ得るであろう。

オープンデータについては現状、広く一般に

共通した概念で認識されているとは必ずしも言えないであろうし、今後の技術の発展等によってもその捉えられ方は変化していく可能性もあることから、立法に向けては保護客体をどのように定義するか慎重な検討が必要と考える。

また、個別の要件について見てみると、技術的管理性とは、第三者による使用・提供を制限する旨の管理意思を明確に認識できる電磁的アクセス制御手段が必要とするものであり、この点、不正取得類型に対する保護客体として本要件を付すことは理解できる。一方、著しい信義則違反類型についてはそもそも目的外使用禁止や第三者提供禁止の条件付きであることを想定しているため、電磁的アクセス制御手段が施されていないなかったとしても、データ取得者はデータ提供者の管理意思を認識し得るとも考えられる。したがって、本要件が管理意思の認識可能性を求めることを目的とするものだとしたら、その判断を一律に技術的管理（物理的措置）の有無に委ねることが妥当か疑問も残る。

加えて、データは国境を越えて流通することが容易に想定される中、諸外国における保護レベルとの整合性を図らないとかえってデータの利活用を妨げるおそれが懸念される。例えば、欧州においては、1996年のデータベース指令により、データ収集へ費やしたコスト、すなわち投資を保護する目的でデータベースを保護している（EU Directive 96/9 Article 1 2 “For the purposes of this Directive, ‘database’ shall mean a collection of independent works, data or other materials arranged in a systematic or methodical way and individually accessible by electronic or other means.”、それを受けて例えばドイツ著作権法87条 a (1)でも投資を保護する趣旨が現れている）。確かに、日本においてもデータベースが著作物として保護されることもあるが、その趣旨はドイツのそれとは異なる。今般の改正において保護対象が一見では把

握しづらいことの根底には、いかなる理由からデータを保護する必要があるのかといった検討が不十分、ないしは保護対象の要件定義に検討結果が十分に現れていないことが一因として存在するとも思われ、保護対象の把握の一助となるよう、法改正の趣旨と保護対象の要件がどのように繋がるのか、ガイドライン等でわかりやすく示されることが望まれる。

(2) データに係る不正競争行為

1) 不正取得類型

本類型は、不正アクセスや詐欺等により、一定の技術的管理性を突破してデータを取得する行為と、当該行為によって取得したデータを使用あるいは第三者に提供する行為を規制するものであることから、その射程は、保護客体の要件が明らかになれば比較的把握しやすいのではないと思われる。

2) 著しい信義則違反類型

一方、著しい信義則違反類型にあっては、図利加害目的やそれを超える行為としての位置づけであろう横領・背任といった主体要件が付されている。しかし、これら重要な要件が条文上どのように定義されるか不明であり、ガイドライン等の案も示されていないところ、どのような行為が図利加害目的に該当し、どのような行為がそれを超えて横領・背任に該当し得るのか具体的に明らかでない。よって本類型については、要件をできるかぎり条文で定義するとともに、ガイドライン等によってわかりやすい判断基準が示されることが特に望まれる。

もっとも、実務上は、ガイドライン等によって示された基準と契約における権原の範囲に狭間が生じれば不要な争いが生じかねないことから、第一には、当事者間の契約において権原の範囲をできるかぎり明確に定めるべきであろう。

また、「目的外使用禁止、第三者提供禁止の条件付き」との要件は、データの提供者と取得

者の間にライセンス契約や業務委託契約等が取り交わされていることを想定しているものであるが、この想定の下において本類型に係る不正競争行為が存在する場合には、不競法違反に基づく損害賠償等の請求権と同時に、当事者間の契約違反に基づく損害賠償等の請求権が生じることが考えられる。

図利加害目的を要件としている現行の不競法2条1項7号に関し、「明示の約定が存在する場合には、保有者（営業秘密を保有する事業者）は図利加害目的という主観的要件を証明しなければならない本号の請求よりも、契約上の義務の履行として差止めを請求したり（民法414条）、債務不履行として損害賠償請求をしたり（民法415条）するほうが簡便である⁵⁾」との考えがあり、その点は本類型においても同じであろう。

この点においても実務上は、データの提供者としては第一に、データ取得者の権原の範囲を明確にするとともに、データ取得者が目的外使用や権原を超えた第三者提供等を行った場合にその行為を差止ることができるような契約の締結を検討することが有効と考えられる。データ取得者にとっても、その権原の範囲を明確にすることは、後の不要な争いを防ぐという意味で有効であろう。

もっとも、本類型は当事者間にライセンス契約や業務委託契約等が存在することを前提にするものであるが、現状、データの取引やそれに係る契約について確立された商慣習はない。本来は、データの取引やそれに係る契約について一定の商慣習が確立された後、あるいはそれについて十分な検討がなされた後に、どのような行為を著しい信義則違反として規制する必要があるのか検討すべきであろう。この点、本類型の要件についてはデータに係る契約の高度化も見据えた官民一体となった検討が必要であり、また、ガイドライン等の策定後であっても今後の状況の変化に応じた条文、ガイドライン等の適

時適切な見直しを行っていくことが肝要である。

3) 転得類型

転得類型については、現行の不競法2条1項5号、6号、8号、9号にあるような「重過失」は要件から除かれている。その趣旨は、データの利活用を促進する上で、データ取得者に入手経路への過剰な注意義務を課さないためであり、「重過失」が要件から除かれたことはデータ取得者の委縮を回避する点で評価できる。

⑧'の事後的な悪意の提供行為については、悪意に転じる基準や権原の範囲の考え方がガイドライン等で十分に明確化されることが必要であり、また、それらの考え方は転得者の取引の安全への配慮とデータ保有者の立証責任の負担等のバランスを取ったものとされることが望まれる。

(3) 救済措置

今般の中間報告では、差止等の民事措置を導入する一方、刑事措置の導入は見送る方向である。刑事措置の導入については、罪刑法定主義の観点から違法行為の類型が明確であるとは言えないと思われるので、今後の状況の変化に応じ、導入の可否を引き続き検討していくべきと考える。

その他、実務上は準拠法や国際民訴管轄等の検討、整理をしていくことも今後の課題であろう。

3. 技術的な制限手段による保護

3.1 導入・改正の経緯

技術的な制限手段の保護について、現行不競法では、産業界への影響等を鑑み必要最小限の内容に留めるという考え方のもと、音楽や映像等のコンテンツに限定した内容となっている。しかし、現在の実際のビジネスにおいてはコンテンツ提供の態様の多様化が進み、コンテンツ以外の情報についても保護の必要性があること

や、現行法では不正競争行為とならないが規制すべき行為が存在しており、現行不競法におけるコンテンツ保護が実態に即したものとなっていないという課題があり、改正についての議論がなされている。

不競法における、技術的な制限手段による保護に関する規定の導入・改正の経緯を以下に記載する。

(1) 平成11年改正

当時、音楽や映像、ゲームソフトなどのコンテンツをデジタル化しインターネットやDVDなどを用いて提供するコンテンツ提供事業が著しく発展し、これらコンテンツの無断視聴や無断コピーを制限するための、技術的制限手段の重要性が増加していた。しかし、これらの制限手段を無効化する装置やプログラムが出回ることによって、コンテンツ提供事業者が正当な事業収益を得られないという課題が生じていた。具体的な例としては、家庭用ゲームソフト（CD）をCD-ROMに複製した場合に、複製物がゲーム機で動作しない設定を無効化するチップや、有料の衛星放送（暗号化）を、正当な対価を払わずに視聴可能とする復号装置などの販売が挙げられる。

これら技術的な制限手段を無効化する装置等の提供について、コンテンツ管理技術の開発に悪影響を与えず、かつコンテンツ流通の提供の多様性を確保するために必要最小限の規制に留めるよう配慮した結果、以下のような改正となった。

1) 保護対象：映像・音・プログラム

2) 技術的制限手段：コンテンツの視聴（プログラムについては、実行）または記録を一律に制限する方法（現行法2条1項11号）、特定の者に限りコンテンツの視聴又は記録を可能とする方法（現行法2条1項12号）

3) 規制対象とする行為：技術的制限手段を無効化する機器等の提供を不正競争行為とす

る。ただし、無効化行為そのものや無効化に係る情報提供は不正競争行為とは位置づけない。

4) 刑事罰は導入しない（経済活動への過度な萎縮効果を回避）

なお当時の産業構造審議会の議論において、「急速な技術の変化等に伴い（中略）弾力的に制度改善の在り方を適切に検討していく必要がある」との意見があり、技術的制限手段の発達に応じた法改正が必要であることが示唆されている⁶⁾。

(2) 平成23年改正

当時、ソフトウェア業界、特にゲーム産業では、ゲームソフトメーカーに無断でインターネット上にアップロードされたゲームソフトをダウンロードして正規の記録媒体以外でも利用できるようにする、アクセスコントロール機能を回避する装置（「マジコン」と呼ばれる装置等）の提供による被害が拡大していた。当時の不競法では、技術的制限手段を無効化する「機能のみ」を有する機器・プログラムを提供等する行為が技術的制限手段と定義されていたため（2条7項）、アクセスコントロールの回避（無効化）以外の機能も併有する装置は規制対象外だったが、本改正により無効化以外の機能を併有する機器等も規制対象となった。

また平成11年改正時に見送られていた刑事罰の適用について、不正の利益を得る目的等で技術的制限手段にかかる不正行為を行った者に対する刑事罰を導入した。

3. 2 改正の方向性

コンテンツ以外の情報についても保護の必要性があることや、現行法では不正競争行為とならないが規制すべき行為が存在しているという現行不競法の課題を踏まえ、産業構造審議会において、主な改正の方向性が以下のように議論されている。

(1) 保護対象の追加

技術的制限手段の保護対象に、電子計算機による処理に供するためのデータを追加する。

また、データに係る技術的制限手段として「電子計算機による処理を制限するために施される技術的な制限手段」を追加する。

(2) 技術的制限手段の対象の明確化

技術的制限手段に「アクティベーション方式」が含まれることを明確化する。

現行法では、条文解釈上、技術的制限手段に「アクティベーション方式」が含まれるか不明確であり、立件の可否判断に影響を与えていた。

なお、アクティベーション方式とは、ソフトウェア等のダウンロード販売において、ユーザーが体験版ソフトウェア等をダウンロードする際に、当該ソフトウェアが未認証の状態であれば、使用期間や機能にロックがかかり、その後ユーザーが課金の支払い等を行い、正規のユーザーとして認証された後に、電子メール等で送信されてくるシリアル番号等を決まった方式で入力することで、製品版として認証がなされ、ソフトウェアの使用が可能となる方式と説明されている。

(3) 新たに不正競争行為と位置づける行為

現行の不競法で不正競争行為となっている「技術的制限手段を無効化する装置等の提供」に加え、以下に示す行為を不正競争行為と位置づける。

1) 技術的制限手段を無効化する「サービス」の提供行為（環境の提供、請負）

2) 技術的制限手段を無効化する「情報」（シリアルコード等）の提供行為

3. 3 関係する他の知的財産法との比較

表2に、コンテンツ保護法制に関する不競法と著作権法の比較を示す。

表2 コンテンツ保護法制の比較

	不正競争防止法	著作権法
保護対象	技術的制限手段が施された音・映像・プログラム、 <u>電子計算機による処理に供するデータ</u>	著作物、実演、レコード若しくは放送若しくは有線放送に係る音若しくは映像
対象技術	技術的制限手段（2条7項） （アクセス・コピー管理方式、 <u>アクティベーション方式</u> ）	技術的保護手段（2条1項20号） （著作物等の利用に際し、これに用いられる機器が特定の反応をする信号を著作物等とともに記録し送信する方式や映像を変換する方式）
規制対象	技術的制限手段の効果を無効化する ①機能を有する装置・プログラムの提供（2条1項11号・12号） ② <u>サービスの提供</u> ③ <u>情報の提供</u>	技術的保護手段の回避（30条1項2号）
民事救済	差止請求（3条1項）／損害賠償（4条）	差止請求（112条）／損害賠償（114条、民法709条）
刑事罰	自然人：5年以下の懲役・500万円以下の罰金／法人：3億円以下の罰金（21条2項4号）	3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金（120条の2）

表2中の下線部は、今般の不競法改正により追加される事項を示す。

著作権法30条1項2号で定義される「技術的保護手段」はコンテンツの複製などを規制しており、コンテンツの視聴や実行を制限するものではない。また、著作権法で保護されるのは著作権者などに限られ、著作権者等でないコンテンツ提供事業者を保護するものではない。よって、不競法によりコンテンツ提供事業者を保護する必要性は高いと考える。

3. 4 考 察

(1) 改正の方向性について

1) 「電子計算機による処理に供するためのデータ」という保護対象が、客体要件としては広範でありすぎる点が懸念される。通常、データは電子計算機による処理を前提とするものであるからである。本改正により、電磁的なデー

タはすべて保護対象と捉えられるおそれがある。

2) 本稿の執筆時点では技術的制限手段を無効化するサービスや情報の提供行為の主体的要件や主観的要件が明確になっていないため、悪意のない行為等でも規制対象に該当するおそれがある。

(2) 事業者としての留意点

コンテンツやデータの提供を行う事業者においては、今般の改正によりデータやアクティベーション方式が保護対象となった点を踏まえ、自社商品・サービス保護のため、法的手段に訴える場合には不競法も選択肢のひとつとすることを検討すべきである。具体的には、シリアルナンバーの販売を行うネットオークションサイトや技術的制限手段の無効化に関する情報提供ウェブサイトのウォッチング、訴訟対応等が想定される。

また、第三者による技術的制限手段の無効化等の行為が行われたことにより、技術的制限手段の提供を行う事業者（セキュリティ関連事業者等）に損害が生じた場合には、当該事業者においても当該第三者に対し不競法による法的措置が取り得ると考えられるところ、技術的制限手段の提供を行う事業者においても、今後策定されるガイドライン等にもとづき、①データの客体要件を確認する、②不正競争行為に該当する行為／該当しない行為の類型や主体的要件を確認する、といった対応を採ることが望ましいのではない。

また、今後、技術の進歩により新たな技術的制限手段が普及する等、コンテンツ提供の様相が変化し新たな法的保護の必要性が高まった場合には、産業界から働きかけて法改正の機運を高めていくことが重要となる。

3. 5 関連する外国法制度

関連する外国法制度として、例えば米国のデ

ジタルミレニアム著作権法、ドイツの著作権法、中国の情報ネットワーク伝達権保護条例がある。それらはいずれも著作物保護の観点から技術的な制限手段の回避等を禁止するものである。

(1) 米国（デジタルミレニアム著作権法）

米国では1998年に制定されたデジタルミレニアム著作権法において、著作物へのアクセスコントロールを回避する行為等に関する規定が設けられた⁷⁾。

具体的には1201条(a)において、著作物に対する不正アクセスを制御する技術的手段（アクセスコントロール）を回避する行為自体やアクセスコントロールを回避する装置やサービス等の製造、輸入、公衆への提供等が禁じられている。また、1201条(b)において、著作権によって与えられる権利の違法複製（コピーコントロールの回避）等、「著作者の権利を効果的に保護する」技術的手段を回避する装置等の製造、輸入、公衆への提供等が禁止されている。

(2) ドイツ（著作権法）

ドイツではEU情報社会指令6条（技術的制限手段の法的保護）を、著作権法95条にて国内法化した⁸⁾。具体的には、95条(a)において著作物へのアクセス制御、暗号化、歪み加工その他の変更のような保護機構、又は複製行為の制御のための機構などの「技術的手段」の回避を禁じている。

(3) 中国（情報ネットワーク伝達権保護条例）

中国では、インターネット上の著作物の保護のため、中華人民共和国著作権法に基づき2006年に公布された情報ネットワーク伝達権保護条例4条において、故意による技術措置の回避や破壊が禁じられている⁹⁾。なお、同条例26条において技術措置とは、「情報ネットワークを通

じて公衆に向けて作品や実演内容、録音・録画製品を提供することを有効的に防止、制限することのできる技術、装置または部品」と定義されている。

4. 技術的な営業秘密の保護

4. 1 導入・改正の経緯

営業秘密の保護・強化を背景に、平成27年に不競法が改正され、不競法5条の2が新設された。不競法5条の2は営業秘密侵害が生じた場合に、証拠偏在に関して民事救済の実効性の向上を図るため、一定の場合に、生産技術等の不正使用の事実について民事訴訟上の立証責任を転換し、損害賠償請求等を容易化するものである。これにより、原告は、営業秘密の技術情報を被告が使用したことの立証までは不要となり、逆に、被告に当該技術の不使用（当該技術とは異なる自社開発技術を使用しても同等の効果を達成できること）の立証が求められるようになった。

もっとも、当該推定規定が適用されるのは、被告の不正取得（不競法2条1項4号）、または取得時に不正取得や不正開示の介在について悪意重過失（同5号、8号）があった場合である。また、原告の営業秘密が①生産方法及び②その他政令で定める情報に係るものに限定された（不競法5条の2）。これは、特に物の生産方法などの技術上の営業秘密の使用に関する証拠が被告の工場や事務所内部に偏在することが多いためである。そして、「その他政令で定める情報」については、今後の技術進歩等に応じ、将来的に別の技術情報を推定の対象とすべきニーズが生じた場合に、原告の営業秘密侵害の立証困難性、被告の反証容易性を考慮し、検討することとされていた。

さらに、推定規定の濫用防止のため、原告の営業秘密と被告の行為との間に一定の関連性が

必要とされている。「生産方法」に関しては「当該技術上の秘密を使用する行為により生ずる物の生産」が求められ、これは①被告が、原告の営業秘密を用いて生産することのできる物を生産していること、すなわち、原告の営業秘密に属する技術を用いて製造される製品の機能、品質、コスト等、競合他社との差別化要因となりうる点において共通する物を被告が生産する行為が必要であり、②原告が生産する物と全く同一の製品を生産する行為のみならず、当該営業秘密を転用して実際に生産できる物を生産する行為が該当するとされている¹⁰。なお、②は原告の生産する物と全く同一の製品を生産する行為にのみ推定の効果を及ぼすとすると推定の規定が適用される場面が著しく限定されてしまうことに配慮したものとされている。

4. 2 改正の方向性

今般、推定の対象とすべきニーズとして「疾患の可能性等を評価（予測）する方法」、「機器の稼動状況を評価（予測）する方法」、「気象を予測する方法」、「需要を予測する方法」、「混雑状況を予測する方法」、「人車、物等の行動等を評価（予測）する方法」、「データを可視化・構造化する方法」が挙げられた。中間報告はこれらの技術はいずれも、原告の立証困難性、被告の反証容易性等の観点から推定の対象となり得るとして、これらの技術を「分析方法」、「評価方法（予測方法を含む）」に分類のうえ、推定規定の対象の政令事項に追加するとしている。具体的には、「血液、生体組織等を化学的に分析し、疾患の可能性等を評価（予測）する方法」や「カメラ画像やセンサ、GPSデータ等を分析し、交通、エリア等の混雑状況を評価、予測する方法」が例示されている。

また、これら「分析方法」、「評価方法（予測方法を含む）」についても原告の営業秘密と被告の行為との間の一定の関連性があることが必

要とされ、「技術上の秘密を使用する行為により生ずる情報の提供」行為が求められている。すなわち、①分析や評価（予測）の精度、感度又はコスト等において、競合他社との差別化要因となり得る点において共通する分析等の結果の提供行為が必要であり、②技術上の秘密を使用したことについて全く同一の情報を提供する行為に限らず、当該技術上の秘密を転用して実際に実施できる分析等の結果の提供行為が該当するとされている¹¹⁾。

4.3 考 察

本改正によって推定規定の対象が「分析方法」,「評価方法」にも拡大されることとなる。これにより、従前の規定の「生産方法」,「技術上の秘密を使用する行為により生ずる物の生産」に該当しない行為についても推定が及び技術上の秘密の保護に、より一層資することが期待される。政令に規定される「分析方法」,「評価方法」が具体的に何を含まのか、については今後策定予定のガイドラインを待たなければならないが、既定の「生産方法」においても、生産工程の一部であったり、一体不可分または同等といった方法も含めて対象とされているところ、新設の「分析方法」,「評価方法」についても、直接寄与部分のみならず、精度や効率を高める技術なども含むと解釈されるものと思われる。なお、技術的な営業秘密として保持される方法は、「分析方法」,「評価方法」以外にも、機械や装置の「操作方法」,「運用方法」,「作業方法」,「処理方法」など様々な方法が存在し、これらも将来的に推定規定対象追加の検討余地があろう。

このように推定規定の対象が拡大することは営業秘密保護に資すると考えられる一方で、立証責任の転換は民事訴訟法上の重大事項であり慎重を期すべきでもある。濫訴のリスク等を考慮すると立証責任の転換は一定の場合に特定さ

れることが望ましいともいえる。新設の「分析方法」,「評価方法」についても、濫訴防止のため、「技術上の秘密を使用する行為により生ずる情報の提供」が必要であるとされている。しかしながら、当該「技術上の秘密を使用する行為により生ずる情報の提供」とは具体的にどのような行為を示すのか、今のところ具体的に明らかではない。「生産方法」の場合との比較や、産業構造審議会における議論から、分析や評価（予測）の精度、感度、又はコスト等において競合他社との差別化要因となりうる点において共通する分析等の結果の提供行為を意味すると解されるのみである。また、「生産方法」の場合と比較して、「分析方法」や「評価方法」の場合には「技術上の秘密を使用したことについて全く同一の情報を提供する行為に限らず、当該技術上の秘密を転用して実際に実施できる分析等の結果の提供行為」がより一層広く解釈し得るように思われる。原告としては、「分析方法」,「評価方法」に推定規定を適用する場合には具体的に何を立証すべきであるかを吟味すべきことになると思われる。

他方、被告としては、「分析方法」,「評価方法」について具体的に何を含まのかが明確でなく、また営業秘密は範囲が明確になっているものではないことが多いことからすれば、立証責任が転換された場合の営業秘密技術の不使用（当該技術とは異なる自社開発技術を使用しても同等の効果を達成できること）の立証の範囲が特定されないおそれがある。日常的な企業間取引や従業員採用の結果、意図しないまま他社の秘密情報が混在するリスクも以前より増している今日、自社開発技術であることの証拠保持を含めて、広く社内の営業秘密保護体制を充実させておくことが本件に関しても重要と思われる。

なお、「分析方法等確立するために使用されるデータそのもの（AI学習用データ等）」は開発された物（AIプログラム）に不可欠なも

のであれば「生産方法」を構成するものに該当し、また「評価や分析を実現する装置の製造販売」行為は「技術上の秘密を使用する行為により生ずる物の生産」に該当しうることである¹²⁾。今後、データの利活用が促進される中で、これらのデータや行為が増加すると思われるところ、法律や政令上明確でなくとも、推定規定の対象になり得ることに留意しておきたい。

4. 4 関連する外国法制度

他国では日本の不競法5条の2のような民事訴訟上の立証責任を転換する措置はみられないが、米国、ドイツ、中国の訴訟における立証責任と証拠収集にて同条の立法趣旨と同様、被侵害者がその立証に関する証拠を収集することが極めて困難である点を考慮した制度がある。

日本では、民事訴訟法における証拠収集手続として文書提出命令制度(223条)が存在するがその運用は謙抑的であり、不競法7条による書類の提出等の命令も、正当な理由があるときは提出を拒むことができるとされていることから明らかにおり、模索的・探索的な証拠収集を許す趣旨のものではない¹³⁾ため、実質的には証拠の提出に関する主導権が当事者に委ねられる。これに対し、海外では行政機関による介入があるため、諸外国との比較においては日本の証拠収集手続が弱いとも考えられる。

この点、不競法5条の2の対象を拡大することは、アプローチは異なるものの、被侵害者の立証負担を少なくするという点で諸外国との差を埋めるものになるのではないか。

なお、諸外国に拠点を有する日本企業や、拠点を有さずとも海外に商品またはサービスを提供している企業も諸外国規制の対象となりうることから、訴訟実務においては訴訟地の証拠収集に関する法制度が立証責任に影響する点を留意すべきであることは従前通りである。

(1) 米国のディスカバリ(経済スパイ法)

連邦民事訴訟規則(FRCP)第5章(証言録取及びディスカバリ)26条~37条においてディスカバリ(証拠開示手続)について規定しており、営業秘密の不正流用に関する訴訟においても、米国の他の訴訟と同様に行われ、広範囲に及ぶ証拠開示、申立て手続、トライアルが含まれるのが一般的である。証拠開示手続によって原告または被告が証拠として相手方に求められる証拠資料の範囲はきわめて広範であり、当事者の請求や抗弁に関連するものであれば、すべて対象となる。

(2) ドイツの査察命令

ドイツ民法(BGB)では、809条を根拠に、物の保有者に対して物の提出を求め、査察を許容するように求めることができる。原告(申立人)は、査察を求める対象物を明確に特定することが必要であり、裁判所による査察権を正当化する十分な蓋然性が認められる場合には査察権の行使が認められ、裁判所よりドイツ民事訴訟法(ZPO)485条によって定められている証拠令状が発行される¹⁴⁾。

(3) 中国の国家工商行政管理総局による調査

中国では反不正当竞争法上の紛争当事者間における民事的な措置(反不正当竞争法20条)とは別途、国家工商行政管理総局(以下、単に「総局」という。)の営業秘密侵害禁止に関する規定(行政命令)があり、総局に調査申請をする場合(反不正当竞争法25条、詳細は総局の営業秘密侵害禁止に関する規定にて規定)には総局が調査を行い中止命令または罰金を科す。両者は原告の証明責任にも相違があり、反不正当竞争法による救済を求める(人民法院に訴訟を提起する)場合、原告は被告が情報を盗み出したことについて証明責任を負い、工商行政管理機関に取り締まりを要求する場合には被告が情報

を入手したことについて証明責任を負う。

5. おわりに

今般の法改正の大きな論点の一つとしてデータ利活用促進に向けた新たな制度の策定がある。この点、データ保護に係る諸外国の独自立法に目を向けると、上記した欧州のデータベース指令が知られている。過去、このような欧州の動向に追従すべきかについて日米においても議論がなされたが、独自立法は見送られた。しかし、だからといって、日米におけるデータベース産業が欧州のそれに比して遅れをとっているといった指摘はない¹⁵⁾。

今般の法改正についても、それによってただちにデータの利活用が促進されることはないのではという見方がある。また、今般の法改正に対しては、立法事実乏しいとの意見や、実際のビジネスにおいては当事者間の契約で対応できているとの意見もある。

しかし、データの価値が増す中、これまでの知的財産権では保護されないデータについてその取引の安全性を確保するための配慮や仕組み作りは必要であろう。また、「Connected Industries東京イニシアティブ2017」で経済産業省が掲げた横断的な政策には、データ共有事業者の認定制度といった新しい制度の創設等も含まれており、今般の法改正によってデータ保護法制の枠組みを広げることは、そういったデータ利活用に係る新たな政策や事業を推し進める上で一定の安心感を与えることにも繋がる可能性がある。そのためにも、「Connected Industries」の実現に向けた今後の我が国の政策や、国内外のビジネスの進化・変化の実態に合わせ、条文やガイドライン等の適時適切な見直しを官民一体となって継続することが肝要である。

注 記

1) 産業構造審議会 知的財産分科会 不正競争防

止小委員会、「データ利活用に向けた検討 中間報告」(2018)

- 2) 産業構造審議会 知的財産分科会 営業秘密の保護・活用に関する小委員会、「第四次産業革命を視野に入れた不正競争防止法に関する検討 中間とりまとめ」(2017)
- 3) 前掲注1), p.7
- 4) 前掲注1), p.8
- 5) 田村善之,不正競争法概説[第2版], p.341 (2003), 有斐閣
- 6) 産業構造審議会知的財産政策部会デジタルコンテンツ小委員会, 情報産業部会基本問題小委員会デジタルコンテンツ分科会,「コンテンツ取引の安定化・活性化に向けた取り組みについて(産業構造審議会知的財産政策部会デジタルコンテンツ小委員会及び情報産業部会基本問題小委員会デジタルコンテンツ分科会合同会議報告書)」(1999)
- 7) 一般財団法人デジタルコンテンツ協会,「平成27年度産業経済研究委託事業 コンテンツ保護の技術的手段に係る法制度および技術動向等に関する調査研究」(2016年3月)
- 8) 前掲注7)
- 9) 独立行政法人日本貿易振興機構 北京事務所 知識産権部編,「中国におけるインターネット上の知的財産権保護に関する調査」(2016年8月)
- 10) 経済産業省 知的財産政策室, 逐条解説不正競争防止法, pp.150~151 (2016), 商事法務
- 11) 産業構造審議会 知的財産分科会 不正競争防止小委員会,「技術的な営業秘密の保護(不正使用の推定規定)」(2017年10月3日 産業構造審議会知的財産分科会 不正競争防止小委員会 資料3)
- 12) 前掲注11)
- 13) 高部 眞規子,「裁判実務シリーズ8 著作権・商標・不競法関係訴訟の実務」, p.437 (2015年7月3日)
- 14) 株式会社三菱総合研究所,「諸外国における営業秘密保護制度に関する調査研究報告書」(2014年3月)
- 15) 田村善之,「ビッグ・データの保護 ~客体に着目するアプローチと行為に着目するアプローチの優劣という観点から~」(2017年7月27日 産業構造審議会 知的財産分科会 不正競争防止小委員会 資料8)

(原稿受領日 2018年1月25日)