

民事訴訟における情報財の保全と審理公開原則

——ノウハウ侵害訴訟における審理方式に関する試論——

原 竹 裕

一 はじめに

1 裁判所の位置付けと情報フローの問題

民事訴訟手続に持ち込まれる法的紛争の基盤には、事実の存否に関する当事者間の見解の対立が存するのが通例である。事実の存否に関する争点は、裁判所の判断に

委ねられるが、これは、原則として証拠方法から得られた情報(証拠資料)の吟味に基づいた事実認定を基礎としなければならない。この意味において、民事訴訟手続は、社会における制度的な情報処理過程であるということができよう。とくに、当該事件における争点が公共的なインパクトを有するものである場合には、より一層、⁽¹⁾ 広範囲かつ徹底した事実の収集が要請されることになる。

このような裁判過程における情報フロー(Information Flow)について、関係人及び外部の第三者によるチェックの機会を与えることは、裁判上の情報処理の過程の適正さの確保に資するであろう。ここから、当事者公開及び一般公開の必要が生ずるのである(憲法八二条)。

しかし、このような徹底した情報収集が、しかも、公法上の証人出頭義務・証言義務などのサンクションを背景として行われるということは、裁判における情報の開示が、社会において、特異な位置を占めることをも意味する。すなわち、そこでは、社会生活や事業活動において、通常はプライヴァシーや営業秘密(Trade Secret)として保護される情報までもが、法廷に顕出されること

になるおそれを生ずる。とくに、情報の流通速度が増大し、また、産業構造のソフト化の進行を背景として、情報財の占める役割が増大する現在にあっては、法廷における大量の情報顯出が、いわば逆手にとられることによって、関係人に重大な損害が生ずる場合が出てくる。このような現象の発生は、審理公開原則によってかえって裁判上の救済の実効性が奪われることを意味し、また、憲法上保障された傍聴・記録閲覧の権利の逆用というべき側面をも有することになる。民事訴訟における情報フローの適切な統御が必要となるゆえんである。

2 情報財侵害訴訟と審理の公開原則

右にみたように、民事訴訟と情報フローとは、本来、不可分の関係にある。しかし、近時は、主として事実解明のための情報（証明主題及び証拠）が問題となる通常の類型の訴訟だけではなく、情報そのものを係争対象とする訴訟が登場するに至っている。その典型例が、本稿で取り上げる営業秘密（ノウハウ等）侵害訴訟（差止訴訟・損害賠償請求訴訟）である。訴訟審理一般については、証拠の収集や評価を通じて、高純度の情報フローをいかに確保するかが問題となるのに対し、これらの類型

の訴訟においては、むしろ情報の価値を保全しつつ、その実効的救済をいかに図るかが課題となるのである。

係争物たりうる情報財には、権利化された情報財（知的財産権）と、権利化されていない情報財とがある。本稿では、問題が最も純粹な形で現れる後者、とくに営業秘密を取り上げることにする。というのは、権利化された知的財産権の場合には、公開を要件として保護が与えられるのが通例であるため、情報それ自体の保護が必要となる局面が、後者に比して狭くなるからである。同様の類型（権利化されていない情報財）に属するものとしては、ノウハウのほかに、未出願発明及び純粹なデータ（著作権法二二条の二によりデータベース著作権が成立するものを除く）があり、本稿での検討にほぼ準じて考えることができると思われる。

さて、営業秘密は、現行法上は、特許権・実用新案権・著作権・商標権・意匠権・半導体回路配置利用権などとは異なり、排他的権利として保障されたものではなく、不正な侵害があった場合に、不正競争防止法に基づく差止め・損害賠償によって保護されるにとどまる。このような、公開の有無による制度的取扱いの差異は、技

術情報の法的保護は原則としてマクロ的な技術水準の向上に資するものに限定されるという、競争法的な考慮に基づくものであろう。⁽³⁾しかし、現在では、産業構造の變化及び雇用の流動化等を背景として、マイクロレベルにおける情報財それ自体の保護の途を探ることが急務となっている。⁽⁴⁾平成二年の不正競争防止法改正によって、営業秘密の保護規定が設けられるに至ったのはその現れである。本稿は、営業秘密侵害訴訟における情報財の保全と審理公開原則との調和を、審理のカプセル化という観点から考えようとするものである。

二 訴訟における情報開示のジレンマ

不正競争法に基づく営業秘密の保護は、同法二条一項四号ないし九号に基づくものであって、司法上の救済として損害賠償請求(同法四条)のほか、差止請求によることも可能とされている(同法三条)。このうち、損害賠償請求は、侵害行為が終了した後においても可能であるが、それでは時機を逸し、営業秘密の盗用による被害の拡大を防止しえない場合がある。そこで、営業秘密の使用自体の差止請求の登場する余地が増大することにな

る。しかし、公開法廷における審理は、次のような実際上の問題を生ずる。

1 原告側のジレンマ—請求の特定と主張・立証—
 営業秘密侵害訴訟の典型的な類型として挙げられるのが、原告側が積極的に差止めや損害賠償を求める場合である。不正競争防止法上定められた営業秘密の侵害類型は、(1)当初からの不正取得にかかる類型(不正取得型—四号系列)と、(2)正当(任意)に提供を受けた秘密が、不当に他者に開示される類型(正当取得・不正開示型—七号系列)とに大きく分かれる。前者は、(1 a) 窃取・詐取などの不正取得行為等(同法二条一項四号)を基本類型とし、それに加えて、(1 b) 四号該当者からの悪意による転得等(五号)及び(1 c) 四号該当行為にかかる事後的悪意による統用等(六号)が派生的類型として定められている。後者は、(2 a) 任意提供を受けた者による不正開示等(七号)を基本類型とし、(2 b) 七号該当者からの悪意による転得等(八号)及び(2 c) 七号該当行為にかかる事後的悪意による統用等(九号)が派生的類型となっている。これらの場合、原告としては、請求原因事実として、侵害対象たる営業

秘密を主張・立証する必要があると解されている。また、請求の特定のためにも、同様の具体的表示が必要であるとされる。⁽⁶⁾

しかし、これらの事実を特定した上で、主張・立証しなければならなかった場合、原告が直面するのは、審理の公開原則との相克という問題である。これは二つの側面に分けることができる。第一は、一般公開との関係における側面である。一般公開は、法廷傍聴によるリアルタイムの公開と、記録の閲覧による事後的な公開の側面に分かれる。第二は、相手方当事者に対する当事者公開の側面である。

前者の一般公開のうち、傍聴との関係に関しては、公序良俗の観点からする一定の制限が許容されているが（憲法八二条二項）、これが営業秘密を含むかどうかについては、従来、多大な疑問が呈されている。⁽⁷⁾ 他方、記録閲覧との関係では手当てが不十分であったところ、平成八年の新民事訴訟法制定により、若干の対処がなされるに至ったが、後述するとおり、いくつかの問題が残された。また、相手方当事者に対する公開は、双方審尋主義とも関わるが、この点の制限規定の創設は見送られた。

従って、営業秘密に対する侵害からの救済を求める原告は、少なくとも相手方当事者に対しては、主張・立証を通じて技術上の細目が知られてしまうことを覚悟しなければならぬことになる。ときには、被告がすでに侵害している以上の技術的ノウハウ等を公開法廷で開示してしまう結果になることもありうるであろう。これを恐れる被害者は、提訴を断念する場合もあるという。⁽⁸⁾ このようなジレンマは、わが国においてのみならず、アメリカにおいても指摘されている。⁽⁹⁾

2 被告側のジレンマ—消極的確認訴訟の場合—

公開審理との関係で、営業秘密開示のジレンマに陥るのは、通常は、原告である。しかし、逆に被告側が営業秘密開示の局面に引きずり込まれる場合が出てくる。これは、まず、営業秘密を侵害されたと主張する原告が、被告の保有する情報を文書提出命令等の形によって取得しようとする局面において現れるが（後述五4）、近時、新たに問題が自覚されるに至っているのは、消極的確認訴訟（債務不存在確認訴訟）の場合である。たとえば、東京地裁の平成三年九月二四日の判決に現れた事例をみてみよう。⁽¹⁰⁾ ここでは、原告は、被告からノウハウ侵害に基

づく差止等の提訴をオハイオ州において受けたが、それは事実無根であるとして、日本において債務不存在確認訴訟を提起した。債務不存在確認訴訟においては、原告が「存在しない」旨主張する債務について、被告側がその存在を積極的に主張し、立証しなければならぬ。これが功を奏さない場合には、原告の請求が認容され、被告は後に自己の債権を積極的に主張することができなくなる。消極的確認訴訟が、給付訴訟の裏返しといわれるゆえんである⁽¹⁾。同事件の場合も、被告側による具体的な主張・立証の必要が生じた。しかし、ここで被告側は、ノウハウの法廷での開示の必要というジレンマに突き当たってしまった。被告は、詳細な開示を行わなかったため、同事件では被告による積極的な主張・立証が不十分であるとして、原告側の請求が認容された。原告が少なくとも有利に訴訟を進行できたであろうことは疑いがない。

これについては、消極的確認訴訟の特質にかんがみ、被告に要求される債権の主張は、通常の訴訟における被告側の抗弁とは性質を異にし、いわば給付訴訟における原告側の請求の特定に準ずるものであるから、この場面における請求の不特定は、むしろ訴えの却下に準ずるも

のと解すべきであるとの見解がある⁽¹²⁾。この見解によれば、これによって請求が認容されても、被告は再度本案判決を求める余地があることになる。傾聴すべきであろう。しかし、これを手続法上解決するためには、この種の請求認容判決を暫定的な認容判決と解する必要があるが、これは特殊な判決類型の創設に等しい。むしろ、少なくとも被告の側に要求される事実特定の程度の緩和策によることのほうが妥当であろう。しかし、この立場によつたとしても、後続の積極的給付訴訟における請求の特定及び主張・立証の問題が依然として残る。

三 新民訴訟法における記録公開制限の導入

平成二年の不正競争防止法改正に際し、すでに、実体法の整備だけでは、営業秘密の法的保護としては不十分であり、それに応じた手続法の整備が不可欠であることが自覚され、将来の課題として残されていた。これは、新民訴訟法(平成八年法)の制定作業における検討課題に盛り込まれ、当初は、非公開審理を可能とするとの案が含まれていた⁽¹³⁾。

しかし、これに対しては、訴訟審理の密室化を招くと

する反対の声が寄せられた⁽¹⁴⁾。この結果、非公開方式の導入は見送られ、かろうじて、記録公開制限の制度のみが導入されることになった。

新民事訴訟法における記録閲覧制限手続の概要は次のようなものである。まず、保護の対象としては、①当事者の私生活上の重大な秘密で、第三者の閲覧により生活上の著しい支障を生ずるもの(同法九二条一項一号)と並んで、②不正競争防止法二条四項に規定する営業秘密で当事者が保有するもの(同二号)が挙げられている。これらについては、当事者の申立てによって、裁判所が①または②の要件を満たすかどうかを判断した上で、訴訟記録中の該当部分の閲覧を当事者のみに制限することとした(同条一項。不服申立(即時抗告)につき同条四項)。その上で、判断結果(閲覧制限決定・申立却下)の確定までの暫定的な開示制限措置も定められている(同条二項)。そして、閲覧制限要件の不存在・消滅による取消申立ての余地も認められた(同条三項)⁽¹⁵⁾。

四 残された問題

このように、新民事訴訟法は、事後的な一般公開(記録

閲覧)による情報財の毀損のおそれに対して、最小限の手当てをなしたものととして評価されるが、依然として、不十分さが指摘されている⁽¹⁶⁾。なかでも、記録閲覧の制限にとどめたこととの関連で、相手方当事者を通じた情報の流出のおそれが指摘されている⁽¹⁷⁾。たとえ、記録について事後的な閲覧制限を行ったとしても、訴訟過程で提出された準備書面、書証などに関しては、相手方が副本を所持することになるためである。これに対しては、目下、発覚した段階で不法行為責任(民法七〇九条。なお、違法性の根拠づけは民訴法二条の実体法への反映によることになろうか)、あるいは開示行為それ自体をとらえて不正競争防止法違反による責任(同法二条一項七号)を追及する方法しか存しないのが現状である⁽¹⁸⁾。また、公開法廷における審理を通じて、技術情報の価値が毀損されることに関しては、何らの立法的対処も行われなかったことは、前述のとおりである。

しかし、このような不十分さを克服するためには、公開主義との調和の必要性の論証について、さらに理論的な深化が求められている。これは、裁判の公開原則の適用範囲の再検討の必要性を示唆するものである⁽¹⁹⁾。

また、他方で進行する実際上の問題として、技術内容の複雑・困難性と司法機関のリソース面での限界の顕在化を挙げることができる。技術革新が絶え間なく進行する現在、知的財産関係訴訟において審理の対象とされる事実は、ますます複雑さを増している。技術の多様化と専門化が進行する反面、専門裁判所などの整備が不十分な現状にあっては、情報の供給源としては、主として当事者及びその関係者(従業員など)に頼るはかはない現状にある。これは、最も容易に利用できる情報源である反面、裁判官の一方当事者への過度の依存と情報の歪み(Distortion)を生む原因ともなる。この傾向は、侵害の有無を判断するにつき、技術内容の細目の審理を不可欠とする実体法・手続法ルールの現状、及び技術のライフサイクルの短期化に基づく審理の迅速化の要請とを前提とする限り、今後も強まるであろう。この観点からも、審理方式自体の見直しと再構築が求められているのではなからうか。⁽²⁰⁾

五 審理のカプセル化構想

— 解釈・運用上の工夫 —

1 基本的視点

では、司法府は、情報財に関する訴訟において、どの程度踏み込んだ事実審理を行うのが適切なのであろうか。そこで、非公開審理が、裁判の公正を疑わせるおそれがないのは、どのような場合かを、次のような比喻を用いて考えてみよう。

鞆の中に入った書類は自分のものであるとして、書類の返還を求められた場合、鞆の中を調べもせずにその請求を認めるのは、事実審理として不十分であろう。しかし、鞆自体の返還請求がなされた場合には、審理において、鞆をいちいち開けるまでの必要はない。これと同様、訴訟において係争対象となった物が、一定の容器に格納され、その容器だけを調べれば、誰のものであるかが分かる場合には、容器を一度も開けることなく、誰にそれを渡すべきかの審理を終えることができ、容器の中身の鮮度を損なうこともないであろう。情報財に関わる訴訟審理はいわばこのようなカプセル化指向によって再構築すべきことが考えられる。

そのためには、訴訟審理において、どこから先を非公開にしても、司法に対する信頼を害しないかという観点

から、容器とその中身の区別を進めなければならぬであろう。その際には、裁判の公開原則が、権利保障と制度的保障との双方の側面を有しており、私的な財に係争対象とする民事訴訟においては、刑事訴訟とは異なり、前者の側面を重視して権利相互間（法廷アクセス権と情報財の間）における利益衡量を図ることが可能であると認識を出発点とすべきであろう。⁽²¹⁾

2 請求の特定段階—外形的特定の法理—

具体的には、まず、この種の情報財に関する侵害訴訟においては、その対象技術の外形的機能・特徴の特定をもって、請求の特定としては十分であると解すべきであろう。これによって、侵害から守られるべき対象物の容器の特定としては十分だからである。これは現行法においても成り立ちうる解釈であると思われる。⁽²²⁾ このような外形的特定の法理は、できれば、実体法の再構成とあいまって、主張・立証の対象にまで押し及ぼされることが望ましい。すなわち、侵害態様の記述に際しては、模倣等の対象となった技術の細目への言及を要せず、対象技術の機能的特徴を、適用対象（素材等）と適用結果（処理結果等）の側面から特定した上で、侵害者側にお

ける同様の機能を有する技術の使用を主張・立証すれば、侵害行為の主張・立証として十分であると解することができるかが検討されるべきであろう。

このような外形的特定の可能性は、前提となる問題状況は異なるが、すでに、製造物責任訴訟などとの関係においても論じられている。ここにおける外形的特定の理論は、当事者間における情報の偏在現象を背景とした上で、当事者の期待可能性の見地から、一定の事案解明責任の分担を情報豊富な当事者の側に負わせるという発想から主張されているものであるが、⁽²³⁾ 情報財に関する侵害訴訟の場合には、情報財の毀損防止の見地からする別の意味での期待可能性の法理が働くことにより、外形的特定の許容が導かれることになる。⁽²⁴⁾

3 争点整理段階での書証取調べ

新民事訴訟法によって導入された弁論準備手続においては、原則非公開のもとで、書証の取調べを行うことが可能とされている（民訴法一六九条、一七〇条⁽²⁵⁾）。したがって、少なくとも、書証に関しては、営業秘密を開示するおそれを避けつつ、裁判官がそれを閲覧することが可能となった。ただし、争点整理終了後の弁論上程との

関連で、一定の配慮を要するであろう。すなわち、弁論準備手続終了後の弁論上程(民訴一七三条)の方式については、どの程度の陳述をなすべきかが問題となるのである。⁽²⁶⁾もし、旧来の慣行に見られるように、「準備書面の記載のとおり」との陳述で足りるとすれば、確かに、事実上第三者への流出は防止しうることになる。しかし、このような上程方式については、新法の理念の一つでもあるところの、弁論の充実(口頭主義の形骸化防止)に逆行するおそれもある。⁽²⁷⁾従って、少なくとも、技術情報の外形的機能の側面―前述の容器に相当する部分―に関しては、これを明確にした上で、弁論に上程することと考える。

なお、争点整理段階において、相手方への過剰な情報開示を防ぐためには、訴訟代理人(弁護士)だけを出席させるといことが考えられる。ただし、この場合、訴訟代理人を通じて漏洩の防止策としては、現行法上、不法行為責任及び法曹の職業倫理規範に期待しうるとどまる。

4 文書提出命令における裁判所の訴訟指揮

前述のとおり、この種の訴訟におけるジレンマは、営業秘密を侵害されたと主張する当事者が、相手方の保有する情報を、文書提出命令等の手段によって開示させようという場面においても現れる。新民事訴訟法においては文書提出義務の一般化が図られ(二二〇条四号)、他方、当該事件に無関係の者のプライバシー等の侵害を防止するため、文書の一部のみの提出(不要部分をマスクの上コピーするなどの方法による)も許容された(二二三条一項)が、情報に対する過剰な毀損の防止策は審理方式の工夫に委ねられることになった。

この点で、近時東京地裁において、特許訴訟において営業秘密の過剰な流出を防ぐため、損害額算定のため、文書提出命令によって提出された文書(帳簿群)の閲覧・謄写の方法を訴訟指揮権(旧法一二六条―新法一四八条に相当)によって定めた例が現れたことが注目される。⁽²⁸⁾ここでは、①無関係の事項の閲覧を避けるため、閲覧は申立側訴訟代理人に限るとともに、②提出側当事者の代理人・従業員の立会いが必要とされ、③謄写によって作成された写しの第三者への交付及び申立側当事者への伝達が禁止され、④照合の結果として数額につき争

いがなくなつた場合には、書証の口頭弁論への提出をしないこととされ、⑤仮に提出する場合でも秘匿希望部分を尊重すべき旨が定められた。

これは、アメリカにおいて証拠開示（ディスカヴァリー）手続段階において行われるプロテクティブ・オーダーに類似する取扱いであり、実務上の工夫として高く評価されるとともに、裁判所の訴訟指揮権によって守秘義務を定めた点は、新法の不十分さを補う工夫として適切であると思われる。⁽²⁹⁾

5 証人尋問―書面尋問・法廷外尋問の活用と記録媒体の取調べ

(一) 問題の所在

一般公開との関連で問題が残るのは、証人尋問についてである。少なくとも主尋問に関しては、いわゆる陳述書（証言録取書）の活用によって、これに代置する可能性⁽³⁰⁾がある。しかし、反対尋問まで書面化することは難しい。むしろ、反対尋問における弾劾証拠の効果的使用によって主尋問の信用性を崩すことが法廷技術の精華であるともいえるであろう。⁽³¹⁾

こうした証人尋問段階における情報財の保全のために

は、すでに、技術・職業上の秘密に基づく証言拒絶が認められている（民訴法一九七条一項三号⁽³²⁾）。しかし、証言拒絶という消極的対処方法では、むしろ当事者の敗訴を招くおそれが増大するのみであり、また判断に必要な情報量が乏しくなることによる弊害のほうが大きい。むしろ、積極的な主張・立証を行いつつ、技術情報の保全と審理公開原則の実質を調和しようような方策が検討されるべきことになる。

(二) 書面尋問

まず、新民事訴訟法で地裁レベルにも導入された尋問に代わる書面提出（二〇五条）の活用が考えられる。これは、ドイツにおける書面尋問（schriftliche Zeugen-aussagen）（ドイツ民訴法（ZPO）三七七条三項）に範をとつたものであり、回答希望事項（質問）を記載した書面を裁判所経由で証人に交付し、証人が回答を記載の上、署名押印して裁判所に提出するというものである（民訴規則一二四条⁽³³⁾）。しかし、書面尋問については、反対尋問権の保障が不完全となるという問題がある。当事者に異議なきことが要件とされているのも、このような配慮に基づく（民訴二〇五条）。従って、この方法の利

用が認められるのは、反対尋問の必要性が乏しい場合などに限られることになろう。

(三) 証言録取方式

書面尋問に比して、反対尋問権の保障を重視した方策としては、双方代理人立ち会いのもと、法廷外での証言録取を行った上で、これを録画機器などによって忠実に記録し、ビデオテープなどの媒体の形で法廷に提出する手法が考えられる。これは、アメリカにおけるディスカヴァリー段階における証言録取 (deposition) に類似する面も有する。尋問の収録段階においては、双方の訴訟代理人が立ち会うことになるため、反対尋問も行うことが可能である。この場合、新法の下では媒体については記録閲覧制限決定の申立てができることは前述のとおりである。⁽³⁴⁾ また、媒体の取調べに関しては、従来、録音テープやビデオテープの証拠調べに関して論じられてきたところを援用することができよう(民訴法二二一条は準書証としての取扱いを定める⁽³⁵⁾)。ただし、このような証言録取の実施は、現行法では両当事者の合意がなければ不可能である。証人の出頭も任意の協力によるほかはない。当面は、民訴法上の書面尋問に比した事実認定上の長所

を両当事者が積極的に評価した場合のみ実施されることになろう。また、裁判官の面前で行われるものではないため、あくまで、書証(準書証)を通じた証拠調べの一種にとどまる。⁽³⁶⁾

(四) 裁判所外での証人尋問

現行法の枠内で、非公開審理を可能とする方法として、裁判所外での証拠調べ(民訴法一八五条)として、受命・受託裁判官により証人尋問を行う可能性が指摘されているが、証人尋問の性質を有するものを非公開で行うことについては、かねてから疑問の声がある。⁽³⁷⁾ しかし、新法下において、便法としてこの方法が用いられるであろうことは十分に予想される。その場合でも、前述の容器と内容の区別に従い、非公開で行われるのは、技術的外形的・機能的側面を超えて、技術内容の詳細にまでわたる事項についての尋問が必要になった場合に限局されるべきであると考ええる。

6 記録閲覧制限の運用—時差公開制度への脱皮

新たに導入された記録閲覧制限に関しても、今後、取扱いの基準の明確化を図ることが必要であろう。運用の指針としては、いわば時差公開とでもいべき考え方を

採り入れ、定型的に、一定期間の猶予を経た上で、記録媒体を公開するということも考えられる。一定期間後とはいえ、公開の可能性が保障されていれば、裁判の適正を確保するという審理公開原則の実質的な目的は果たされることになるのではなからうか。この場合の期間は、他の公開型の知的財産権の保護期間なども勘案して定められるべきであろう。記録閲覧制限の期間の運用の定型化により、予測可能性を高めることが可能となるとともに、公開審理原則の目指すところを実質上確保することが可能となるであろう。⁽³⁸⁾

六 結びに代えて

―実体法ルールの再構成の必要性

なお、以上のところからも分かるように、このようなカプセル化による審理は、既存の手続規定の解釈及び運用上の工夫によるものであるが、この種の事案に対する司法機能の拡充については、手続法上の方策のみでは限界があることもわきまえておく必要があるであろう。手続法上の考察と並行して、侵害からの救済要件を定める実体法自体の再構成が進行することが期待される。審理のカプ

セル化は、技術情報の内部的構造・組成よりも、むしろ外部からみた機能・動作やインターフェイスの保護に重点を置いた実体法ルールの再構成と、密接に結びついていることを強調しておかなければならない。⁽³⁹⁾

(1) 事実審理過程に情報フローの観点からアプローチする試みとして、Miller & Barron, *The Supreme Court, the Adversary System, and the Flow of Information to the Justices: A Preliminary Inquiry*, 61 *Va. L. Rev.* 1187 (1976)。わが国の文献としては太田勝造『裁判における証明論の基礎』(一九八二年)など。なお、拙稿「弁論主義の限界と第三者情報」一橋論叢一一七巻一七九頁以下(一九九七年)も参照。

(2) 本稿では、法律用語としての「営業秘密」のほかに、事案説明などに際して、「ノウハウ」の語も用いる。「ノウハウ」は、通常、製造工程上の技術情報を指称するものとして用いられており、契約条項などにも頻繁に現れるが、法律用語としての「営業秘密」とは異なり、事実上の慣用法であることに注意する必要がある。

(3) 知的財産法制と技術革新との関係については、かねてから多方面からの議論がなされている。経済学の分野からの検討として、伊藤元重ほか『産業政策の経済分析』二五三頁以下(一九八八年)の記述は簡潔であるが示唆深い。

知的財産法分野において、成果冒用禁止ルールを開発インセンティブの観点から把握するものとして、田村善之『機能的知的財産法の理論』(一九九六年)がある。なお、公開を条件としない情報財を保護することの立法論的妥当否に關しては、かねてから議論があった。染野義信『染野啓子「情報社会におけるノウハウ規制の理論」』ジュリスト四二八号頁四四頁以下(一九九九年)ほか参照。

(4) 情報財の取引の進展は、これまでの契約法において支配的であった財貨移転型パラダイムの限界を自覚させ、使用許諾型パラダイムの導入を促していることが指摘されている。現在アメリカにおいて進行中の統一商法典(Uniform Commercial Code=UCC)の改正作業は、このような使用許諾型パラダイムに基づく取引の一般ルールの策定を目指す試みである。

(5) ノウハウ等が、営業秘密として不正競争防止法上の保護を受けるためには、同法二条四項の要件を満たすことが必要である。①非公知性、②秘密としての管理体制、及び③経済的価値(有用性)がそれにあたる。なお、通商産業省知的財産政策室『営業秘密―逐条解説改正不正競争防止法』五三頁以下(一九九〇年)参照。

(6) 不正競争防止法における差止請求の類型に關しては、横浜弁護士会編『差止訴訟の法理と実務』四八七頁以下(一九九四年)。主張・立証責任に關しては、川村明『志知俊秀「営業秘密の保護と主張・立証責任」』北川善太郎編『知的財産法制』二二五頁以下所収(一九九六年)。

(7) 従來の議論の状況に關しては、伊藤眞『営業秘密の保護と審理の公開原則(上)(下)』ジュリスト一〇三〇号七八頁以下、一〇三一号七七頁以下(一九九三年)。

(8) 営業秘密の保護と公開主義との相克に關しては、楠賢二『ノウハウをめぐる諸問題』鈴木忠一『三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座』(第五卷)三二九頁以下(一九六九年)、小橋馨『営業秘密の保護と裁判公開の原則』ジュリスト九六二号三八頁以下(一九九〇年)、田邊誠『民事訴訟における企業秘密の保護(上)(下)』判例タイムズ七七五号二五頁以下、七七七号三〇頁以下(一九九二年)、梅本吉彦『営業秘密の法的保護と民事訴訟手続』法とコンピュータ一〇号七七頁以下(一九九二年)、松井茂記『裁判の公開と『秘密』の保護(一)〜(三・完)』民商法雑誌一〇六巻四号四二五頁以下、五号五六九頁以下、六号七三五頁以下(一九九二年)、柴田純子『民事訴訟法における企業の秘密保護』早稲田法学七三巻一号二二九頁以下(一九九七年)ほか参照。なお、ごく簡略な概説ではあるが、拙稿『公開主義』林屋『宮脇編集代表『民事手続法事典』(上)』三四〇頁以下(上原教授と共同執筆)(一九九五年)。

(9) *Electro-Craft Corp. v. Controlled Motion, Inc.*, et al., 332 N. W. 2d 890 (1983); *Liton Systems, Inc. v. Sundstrand Corp.*, 750 F. 2d 952 (956) (1984); *AMP, Inc. v. Fleischhacker, et al.*, 823 F. 2d 1199 (1203) (1987); *Composite Marine Propellers, Inc. v. Van Der Woude, et al.*, 962 F. 2d 1263 (1265-1266) (1992); *Roton Barrier, Inc.*,

et al. v. The Stanley Works, 79 F. 3d 1112 (1117) (1996). なお、事案を通観すると、ノウハウ等の保護が雇用流動化と密接な関係を有することに気づく。なお、近時のアメリカにおける実務の状況に関しては、日本弁護士連合会情報問題対策委員会『アメリカ合衆国における裁判の公開と秘密保護』(一九九七年)が現地調査を踏まえた詳細な報告として注目される。

(10) 東京地判平成三年九月二四日判例時報一四二九号八〇頁。なお、国際裁判管轄及び国際的二重起訴をめぐる本案前の争いにつき、東京地(中間)判平成三年五月三〇日判例時報一三四八号九一頁。

(11) 消極的確認訴訟一般に関しては、浅生重機「債務不存在確認訴訟」鈴木忠一 三ヶ月章監修『新実務民事訴訟講座』(第一巻)三六三頁以下(一九八一年)、西理「債務不存在確認訴訟について(上)(下)」判例時報一四〇四号七頁以下、一四〇五号三頁以下(一九九二年)参照。

(12) 三井哲夫「判例批評」判例評論四一〇号二〇六頁以下、二二一頁(一九九三年)。

(13) 法務省民事局参事官室「民事訴訟手続に関する検討事項」第四・七(一九九一年)。なお、改正要綱試案の段階で、記録閲覧制限に重点が移行した。同「民事訴訟手続に関する改正要綱試案」第四・七(一九九三年)

(14) 例えば、杉井巖「民事裁判を根底から変質させる秘密保護手続」自由と正義四三巻一二号五一頁(一九九二年)。なお、日本弁護士連合会「民事訴訟に関する検討事項」

に関する意見書」七七頁以下(一九九二年)は両論併記であった。なお、このような反対意見の高まりは、争点の特質に応じた情報フロー制御の観点が十分ではなかったことにも起因していよう。反対意見の背景には、官庁情報をはじめとする公共的情報の開示を促進しないままで、営業秘密についてのみ保護を進めることに対する抵抗の念も含まれていたのではなからうか。争点の性質により、攻守をわきまえて、きめ細やかなフロー制御を行うことが訴訟制度の設計に際しては不可欠であろう。

(15) 記録閲覧制限の手続の流れに関しては、加藤新太郎「民事訴訟における秘密保護の手続」塚原朋一 柳田幸三 二 園尾隆司 加藤新太郎編『新民事訴訟法の理論と実務(上)』三六七頁以下(一九九七年)、森脇純夫「秘密保護のための訴訟記録の閲覧等の制限」三宅省三 塩崎勲 小林秀之編集代表『新民事訴訟法大系』(第一巻)二五三頁以下(一九九七年)参照。

(16) なお、規定にも不明確さが残された。例えば、事後的に要保護性が消滅した場合には、非公開措置の取消を求めることができるかとされているが、要保護性の消滅事由が具体的に何であるかについては解釈に委ねられることとなった。これについては、とくに、時の経過それ自体をどのように評価するかが問題となるであろう。知的財産権の保護期間がおそらくは有力な判断基準となるであろうが、事実上の陳腐化なども含めるかどうかという問題がある。

(17) 不法行為の前提としての実体法上の違法性の基礎づけ

に関して、例えば、研究会「新民事訴訟法をめぐって(7)」ジュリスト一一〇号一三二頁以下、一三九頁以下〔田原睦夫ほか発言〕(一九九七年)。事後的な不法行為責任の追及に際して、過失の推定が働くとする見解として、出口雅久「訴訟における秘密保護」ジュリスト一〇九八号六八頁以下、七二頁(一九九六年)。なお、訴訟代理人(弁護士)を通じた漏洩に対しては弁護士倫理による懲戒処分のサンクションがありうる。加藤・前掲(注15)三八五頁。

(18) ドイツでは、相手方当事者にも守秘義務を課し(ドイツ裁判所構成法(GVG)一七四条三項)、罰則によるサンクションを導入した。ドイツ法の状況に関しては、田邊・前掲(注8)、出口雅久「ドイツ訴訟法における秘密手続の動向」木川博士古稀祝賀『民事裁判の充実と促進』(下)五八頁以下(一九九四年)、二羽和彦「民事訴訟における営業秘密の取扱いについて」同書(下)八〇頁以下、安達栄司「ドイツにおける証拠秘密手続と訴訟原則」山形大学法政論叢三号一五一頁以下、一五九頁(一九九五年)など参照。

(19) 立法の沿革をたどった上で、公開原則の主たる適用範囲を刑事訴訟に求めるべきであるとするものとして、鈴木重勝「わが国における裁判公開原則の成立過程」早稲田法学五七巻三号八三頁以下所収(一九八二年)、現行法上の公序概念の考究を通じ、非公開審理の可能性を探るものとして、伊藤・前掲(注7)がある。また、松井・前掲(注

8)(とくに(三)七五六頁以下)は、憲法学の角度からの詳細な検討であり、アメリカにおける法廷アクセス権の把握をもとに非公開措置の限定的拡張の余地を認めるが、これに対しては、長谷部由起子「変革の中の民事裁判」二五頁以下(一九九八年)による批判がある。

(20) 専門的情報の収集制度に関しては、拙稿・前掲(注1)参照。なお、特許訴訟を中心とした裁判所実務については、清永利亮ほか『工業所有権関係民事事件の処理に関する諸問題』(司法研究報告書四一輯一号)(一九九五年)参照。

(21) 裁判の公開原則の二面性に関しては、いわゆる法廷メモ訴訟を契機として論じられるようになった。内野正幸「法廷メモ訴訟最高裁判決」ジュリスト九三六号三三頁以下(一九八九年)。なお、長谷部・前掲(注19)は、裁判における争点の公共的性格を重視し、公開原則をより徹底すべきことを主張される。私も、拙稿・前掲(注1)において、公共的争点(public issue)についての司法府の証拠収集機能の一層の拡充の必要性を強調した。しかし、係争情報それ自体の保護が問題となる場合には、多少異なった考慮が必要となるように思われる。

(22) 訴状における請求原因の特定における工夫は、すでに、楠・前掲(注8)三三一頁において実務上の方策として提唱されていた。アメリカにおいても、これに類似した工夫がなされていることにつき、日弁連・前掲報告書(注9)八八頁参照。近時のわが国の実務の状況に関しては、座談

会「トレイド・シークレット保護の現状と課題(下)」NL B14四二号三二頁以下、三五頁(内田晴康発言)(一九九〇年)、及び長谷部・前掲(注19)一三六頁参照。また、出口雅久「民事訴訟における秘密保護」ジュリスト一〇二八号九二頁以下、九三頁以下(一九九三年)は、抽象的記載のほか、周辺のな間接事実の主張による推認の方法をも挙げる。

(23) 製造物責任の領域における原告側の主張・立証の負担軽減に関しては、ミニ・シンポジウム「製造物責任訴訟における主張・立証問題」民事訴訟雑誌四〇号一〇九頁以下(一九九四年)など参照。近時の論稿としては、例えば、内田義厚「欠陥判断に関する一考察」判例タイムズ八七三号二五頁(一九九五年)などがある。

(24) 事案解明義務の理論が、事実の具体化要求の程度に反映すること、及び同理論が期待可能性を重視することに關しては、春日偉知郎『民事証拠法研究』二二三頁以下、二四七頁以下(一九九一年)参照。

(25) 弁論準備手続における書証閲読は、いわば心証関連の争点整理の手段に相当する。争点整理段階での心証の形成に關しては、拙稿「裁判官の法的観点の指摘と心証の披露」ジュリスト増刊『民事訴訟法の争点(第三版)』所収(近刊予定)参照。なお、旧法下における弁論兼和解方式との關係については、伊藤・前掲(注7)(上)八五頁参照。

(26) 弁論準備手続終了後の弁論への上程方式に關しては、

加藤新太郎「争点整理手続の整備」塚原ほか編・前掲書(注15)(上)二〇七頁以下、山田敏「弁論準備手続⑤」弁論準備手続後の結果の陳述「三宅ほか編集代表・前掲大系(注15)(第二卷)三三三頁以下参照。

(27) 加藤・上掲二九頁、山田・上掲三四一頁。

(28) 東京地決平成九年七月二二日判例時報一六二七号一四一頁。

(29) アメリカにおけるプロテクティブ・オーダーは、ディスクヴァリー手続における相手方の保護のために発達したものである。審理カプセル化との関連では、封印命令(sealing order)が注目される。この発想をわが国でも多少変容させた上で応用することが可能であろう。ディスクヴァリー段階における秘密保護の概要については、以下の文献を参照。Miller, A. R. Confidentiality, Protective Orders, and Public Access to the Court, 105 Harv. L. Rev. 427 (1991). わが国の文献としては、小橋・前掲(注8)、田邊・前掲(注8)、柴田純子「証拠収集手続における秘密保護の範囲」早稲田法学七二巻一三三頁以下(一九九六年)、出口雅久「民事訴訟における秘密保護手続の動向」民事訴訟雑誌四三号一九一頁以下(一九九七年)、日弁連・前掲報告書(注9)などがある。

(30) 陳述書に關しては、これにどの程度の証拠価値を認めるべきかをめぐり争いがある。もっとも、味方証人に対する証人尋問のリハーサルがしばしば行われる現状を前提にすると、主尋問段階においては、陳述書と異なる証言が得

られる可能性は皆無に近いといえるのではないだろうか。私としては公開廷延での審理の力点は反対尋問段階に置かれるべきであると考える。陳述書に関しては、高橋宏志「陳述書」『新民事訴訟法論考』一〇七頁以下(一九九八年)などを参照。

(31) 英米民事訴訟における反対尋問に関しては、戒能通孝「法廷技術」(一九五二年)参照。

(32) 企業秘密に基づく証言拒絶に関しては、柏木邦良「企業秘密と証言拒絶」鈴木三ヶ月監修・前掲講座(注11)(第二巻)一一三頁以下参照。

(33) 書面尋問に関しては、高田昌宏「民事訴訟における証人尋問の書面化の限界」(一)「早稲田法学七二巻四号二〇三頁以下(一九九七年)、中野哲弘「証人尋問②—書面尋問」三宅ほか編集代表・前掲大系(注15)(第三巻)三七頁以下参照。

(34) 記録閲覧制限の申立ては、書証等の提出と同時に行うことが可能である。森脇・前掲(注15)二二六頁。

(35) 旧法下においては、録音テープ・ビデオテープの証拠調べ方法に関して、争いが存したが、新法は二二三条で、書証に準じた扱いをすることを明らかにした。林道晴「新しい民事訴訟規則の概要」塚原ほか編・前掲書(注15)(上)八五頁以下、一〇一頁以下参照。旧法下の議論に関しては、春日・前掲書(注24)一五九頁以下など参照。また、新規則のもとでは、証人尋問調書に代えて録音テープを保管する方式も認められた(民訴規則六八条)。録音テ

ープから反訳によって従来と同様の調書が再製できることに基づく。

(36) この意味で、弁護士のみ在廷型の手続へ向けての過渡的なあり方ともいえるであろう。なお、弁護士のみ在廷型の手続に関しては、出口・前掲(注29)参照。

(37) 伊藤・前掲(注7)(上)八三頁以下。

(38) とくに弁護士のみ在廷型の手続を構築した場合、忠実記録方式と結びついた時差公開方式は、事後的な公開確保の上で有用であろう。

(39) インターフェイスの法的保護については、ソフトウェア著作権の分野を中心として論じられているが、許される模倣の範囲如何という、現代の知的財産法制全般に通ずる問題を内包しており、アメリカでも盛んな議論がある。Samuelson P. & Glushko, R. J., Comparing the Views of Lawyers and User Interface Designers On the Software Copyright "Look and Feel", 30 Jurimetrics Journal 121 (1989); Hennes, T. M. S., Three Common Fallacies In the User Interface Copyright Debate, The Computer Lawyer Vol. 7, Num. 2, 14 (1990)。ちなみに、審理のデジタル化の実現は、情報財を生み出し、保有する主体における努力とも関わっている。そのためには、例えば、侵害からの法的保護に適した開発手法・仕様記述方法も含めてが普及することも必要であろう。

(一橋大学専任講師)