

営業秘密保護と退職後の競業規制（一）

——アメリカにおける不可避的開示論の形成と展開を踏まえて——

石 田 信 平

問題の所在

第一章 営業秘密の経済的性質——営業秘密の使用・開示の差止と競業差止——

第二章 日本における退職後の競業差止の問題状況

第一節 競業差止の法的根拠——東京リーガルマインド事件決定——

第二節 不正競争防止法による営業秘密保護

第三節 契約による秘密保持義務の設定

第四節 契約による競業避止義務の設定

第五節 小括

第三章 アメリカの営業秘密保護

第一節 営業秘密法（以上本号）

第二節 秘密保持特約

第三節 競業禁止特約

第四章 不可避の開示論

第一節 競業禁止特約の正当化としての不可避の開示論

第二節 競業禁止特約がない場合の不可避の開示論

第三節 各州における不可避の開示論

第五章 日本型不可避の開示論の可能性

第一節 秘密保持特約の要件

第二節 競業禁止特約の位置づけ

第三節 不正競争防止法上の不可避の開示論

結語

問題の所在

営業秘密保護をめぐる問題状況は、一方で、営業秘密が財産的重要性において高い位置づけを与えられているのに対し、他方で、それが非常に壊れやすい財産的性質を帯びている、という点に集約される。前者の財産的重要性は、社会経済の変化に伴う知的財産価値の増大を受けたものであり、後者の財産的性質は、企業外に一旦漏洩すれば経済的価値が滅失する¹⁾という、営業秘密の性質に基づくものである。こうした営業秘密を保護するためには、その情報漏洩を防止する必要があるところ、営業秘密の財産的重要性にかんがみて、多くの企業が秘密保持特約あるいは不正競争防止法を活用して、情報自体の使用・開示を差し止めるといふ救済手段を得ているのである。

しかし、退職した労働者が新たな企業において営業秘密を不可避に開示してしまう場合には、秘密保持特約や不正競争防止法による当該情報の使用・開示の差止という救済では不十分で、当該労働者の競業自体を差し止めることが必要不可欠な救済手段として要請される。このような帰結が生まれるのは、退職労働者が一旦「記憶した情報を消すことは不可能^③」であることに加え、「もし労働者が情報を分割するという特異な能力を持つていなければ、元使用者の営業秘密に不可避に依拠しつつ、新たな使用者のもとで販売戦略を決定する^④」ためである。たとえば、ある企業Aの販売戦略についての営業秘密を有するマーケティング部長が、同種の事業を営む企業Bのマーケティング部長に転職すれば、即座に企業Aの営業秘密が使用・開示されてしまうことになる。

もちろん、使用者は、労働者と退職後の競業避止特約を締結することによって競業差止という救済手段を得ることができる。しかし、特約を締結していない限り、元使用者は営業秘密を利用した労働者の不正な競業を排除することができないであろうか。退職の際に競業の意図を持つ労働者との間で競業避止特約を締結することは、使用者にとつて容易ではないという側面もある。これに加えて、競業避止特約の法的根拠・有効要件・効果について錯綜した議論が学説・裁判例において展開されているために、使用者は有効な特約を締結することが難しい状況に置かれている^⑤。こうして、競業避止特約が存在しない場合であっても、不法行為構成によつて使用者に競業差止という救済手段を認めるべきではないか、という疑問が生じるのである。もとより使用者は営業秘密を保護する権利を有しているのであつて、この権利は契約の有無に依存しないはずである。

もつとも、契約構成であろうと不法行為構成であろうと、競業差止は職業選択の自由との抵触をもたらすため、そこに一定の制約が必然的に要請されることは言うまでもない。「職業」は人の生計の維持にかかわる社会・経済活動にして、個人が人格の展開をはかる主要な場であつて、このような職業選択の自由^⑥に対する保障は憲法上の権利（憲法第二二条）

にまで高められているものである。ここに、「営業秘密保護」と「職業選択の自由」の絶妙な調和を希求するという理念にそくして、競争禁止特約と不正競争防止法を整合化するという問題意識が成立する。

本稿は、こうした観点から競争禁止特約のみによる競争差止の限界を明らかにしつつ、どのように不法行為（不正競争防止法）構成によって競争差止を導くことができるのか、さらには、どのような場合に、秘密保持義務による救済では不十分であつて競争差止義務が要求されるのか、というところに焦点を当てて検討することを目的とする。たしかに、一部の裁判例は、不法行為構成によって競争差止という法的効果を導出するけれども、そのような裁判例の蓄積が少ないのみならず、理論的正当性・基準の不明確性という両側面において不十分である。これらを発展させることが本稿の目指すところである。

さて、このような観点からみた場合に注目されるのは、わが国の不正競争防止法と類似する統一営業秘密法（Uniform Trade Secrets Act）や不法行為法リストイットメント（第一版）から競争差止という効果を導く不可避的開示論（Inevitable Disclosure Doctrine）がアメリカで存在することである。ここで不可避的開示論とは、情報の使用・開示の差止と競争差止の違いに着目することによって、どのような場合であれば情報の使用・開示の差止では不十分で、競争差止という法的救済が必要とされるのかを問うものであり、ある時は、競争差止特約における使用者利益の限界を設定する機能を果たし、ある時は、統一営業秘密法や不法行為法リストイットメント（第一版）を根拠として元労働者の競争差止を許容する機能を果たす法理論である。

ただし、このようなアメリカにおける議論を参考にする際には、それぞれの国における制度はそれらの国の持つ特徴に応じて異なるという点に留意しなければならない。というのも、ある制度には必ず他の制度の存在が前提となっているために、一つの制度のみを部分的に取り出して比較しても、そこから有益な示唆を得ることはできないからである。

各国の制度は、その多様な歴史的初期条件を起点として既存の制度と相互補完的に発展する、という帰結が近年の比較制度分析⁽⁸⁾から導かれているところでもある。

かかる視点からみると、一方において、アメリカとわが国は対照的な雇用システムを採用するものの、他方において、営業秘密保護に関わる法システムに目を移せば、両国の間には高い構造的類似性が存在する。また不可避の開示論は、わが国に先行して知的財産法制を整備し、雇用の流動性も高いといわれているアメリカにおける営業秘密保護と雇用流動性の調整法理として発展したものであって、そこにはわが国との問題状況の共通性と解決方策の新規性が見られるのである。ここにわれわれは、上記課題に取り組むために比較法を行うという意義を見出すことができる⁽⁹⁾。

以上のような視座に立つて、本稿は次のようなつながりを持つ諸章によって展開される。第一章では、情報財としての営業秘密の性質と競争差止という救済手段の関係をみる。ここでは、競争差止が営業秘密保護に必要とされる必要不可欠な救済手段であることを示したい。次に、第二章では、不正競争防止法、秘密保持特約、競争差止特約の整合化という観点から、わが国の退職労働者に対する競争差止の問題状況を俯瞰し、これを受けて、第三章では、アメリカの統一営業秘密法、秘密保持特約、競争差止特約を概観する。続いて、第四章において不可避の開示論の内容および展開されている議論、裁判例を考察することとする。最後に、以上の検討から得られるわが国への示唆を敷衍しよう。

第一章 営業秘密の経済的性質——営業秘密の使用・開示の差止と競争差止——

営業秘密保護における競争差止を検討するに際して、まず最初に問う必要があるのは、営業秘密の定義、性質である。これについては、営業秘密の法的定義と経済的性質という二つの側面からその内容を画定する必要があるが、こ

ではさしあたり、営業秘密とは、ノウハウ、販売戦略、営業マニュアル、顧客名簿等の財産的価値のある情報であり、秘密性を維持することによって他企業に対して競争優位を保持得る財産的情報である、と定義した上で、その経済的性質を検討することから始めることとした¹¹⁾。

まず営業秘密の性質として第一に指摘することができるのは、一般財が、一人が使用すれば他人には使えないという性質を持つのに対して、営業秘密は同時に何人でも利用でき共有できる、という性質を帯びている点である。情報財である営業秘密はゼロに近い費用で複製が可能であり（複製容易性）、また、一つの情報を二人で共有しても一人が消費する情報量が減ることはない（共同消費性¹²⁾）。したがって消費の側面からは、営業秘密が全体に共有されることが望ましいことになろう。しかし生産の側面からみれば、このような営業秘密の性質は情報生産のインセンティブを低下させることになる。情報生産のインセンティブを確保し、望ましい水準（パレート最適）の情報を生産するために、一定の排除性を付与する社会的対応が必要とされることになろう。

かかる社会的対応として、一方で公示を前提に物権を割り当てて排除性を付与する特許制度がある。他方で、公示に馴染まない営業秘密の場合には、情報の秘密性を法的に支援することによって排除性が担保される。平成二年不正競争防止法改正によって営業秘密保護に関わる法システムが整備されたのは、こうした秘密性を支援するゆえに他ならない。営業秘密として企業内に情報を留めるのか、特許権を取得するのかが当該企業の経営戦略によるが、たとえば、家伝の売薬、調味料の「味の素」、清涼飲料の「コカコーラ」の原液等の調査方法、「ケンタッキー・フライドチキン」のスパイスの秘密のブレンド等は、特許制度を利用せず、製造方法を秘密にしておくことで、保護期間に限定されることなく長期にわたり、莫大な利益をあげていることはよく知られているところである¹³⁾。

営業秘密の第二の特徴として不可逆性を挙げることができる。通常の一般財であれば、違法な行為によってその財が

奪われても、事後的に財を回収することで元の状態に戻すことが可能である。仮に違法行為ではない売買によって財が引き渡されたとしても、事後的に取引が行われなかった状態に戻すことができよう。これに対して営業秘密は、一度その情報が伝達されてしまうと、元の状態に引き戻すことは不可能である。この不可逆性のために、営業秘密が一旦企業外部に流出すればその秘密性が永遠に破られ、その経済的価値が滅失するという結果を招来する。

以上に加えて、ここで思いをいたすべきは、このような情報漏洩は、外部からの侵奪よりもむしろ在職中あるいは退職後の労働者によって行われるケースが多いという点である。¹⁵これは、使用者が労働者に営業秘密を開示して経営の効率性を高めようとする一方で、当該営業秘密の漏洩を管理することが事実上困難であるという事情によるものと思われる。使用者は可能な限り在職中および退職する労働者との間で秘密保持特約あるいは競業禁止特約を締結し、情報漏洩を事前に防止するのである。

しかしながら、このうち退職後の競業禁止特約には、職業選択の自由の観点から厳格かつ不明確な要件が課されているために、使用者は必ずしも有効な契約を締結することができるとは限らない。それにもかかわらず、退職する労働者の競業行為こそが、営業秘密漏洩の場面として最も頻繁に想起されるのである。ここに、不正競争防止法に基づく競業差止を容認すべきである、という帰結が得られることを強調したい。営業秘密を不正に利用し、自由競争の範囲を逸脱する競業はもとより禁止されるべきであると解する。

第三に、営業秘密は特定困難性を有している。この特定困難性とは、情報財である営業秘密は、そもそも他の情報から区別することが難しい、という性質を指す。¹⁶このような性質から、営業秘密を記憶している労働者の退職後の競業行為と、記憶された情報の使用・開示とを区別することには、そもそも困難が伴う。つまり、かかる場合において情報の漏洩を防ぐには、競業そのものを差し止める他ないが、これは一方で労働者の職業選択の自由と抵触することになる。

営業秘密保護と労働者の競争をどのように調整するのが、問われるところである。

第四に、営業秘密は確認不能という性質を帯びている。確認不能とは、ある情報が許可なしに使用された場合、いかに費用をかけてもその事実を探知することが不可能であることをいい、逆に、ある情報が保有者の許可なしに使用された場合に、その事実がゼロの費用で探知できるなら、その情報は確認可能な情報であるという¹⁶⁾。このうち営業秘密は確認不能な傾向を有している。なぜなら、営業秘密は具体的な製品の製造には直接結びつかない生産、在庫等の管理技術、経営戦略の策定技術や、特定の技術を用いるノウハウであるために、その使用・開示が外部に表面化しないケースが多いからである。このことは、許可なしに営業秘密が使用・開示されても、その事実を探知することが非常に難しいことを意味し、営業秘密保護のあり方について、次の二つの点を示唆する。

一つは、営業秘密の不正利用行為が行われたことを外部から確認することが困難であるために、不正利用行為の存在は一定の状況証拠から推認せざるを得ないという点である。一定の競争によって、不可避に営業秘密の使用・開示を伴う場合には、当該競争が営業秘密の不正利用行為の実質的危険を提起すると解されよう。もう一つは、営業秘密の使用・開示を禁止するだけでは、営業秘密保護の実効性が担保されないという点である。確認不能な行為を禁止しても営業秘密が保護され得ないのである。この二点から、ここでも営業秘密の使用・開示を不可能な状態にする競争規制が要請されることになる。

以上で見てきたように、営業秘密は四つの特質を内包している。その特質をここで改めて要約すれば、①情報生産のインセンティブ低下を防止するために、営業秘密の秘密管理体制が法的に保護されなければならない、②営業秘密が伝達されてしまうと、元の状態に戻すことが不可能であるから、伝達そのものを差し止めること、つまり情報の使用・開示を差し止めることが求められる、③一旦営業秘密が労働者に記憶されてしまえば、当該営業秘密の使用・開示と競争

行為を区別することできない場合があることに加えて、④情報の使用・開示の禁止を外から客観的に認識することが極めて困難であることにかんがみれば、競業自体を規制が必要がある、という点に収斂される。

第二章 日本における退職後の競業差止の問題状況

上述のとおり、営業秘密を保護する趣旨は、主として使用者による情報生産のインセンティブを確保するところにある。使用者の情報生産のインセンティブを確保するためには、営業秘密の機密性を支援する必要があるが、そのためには情報の使用・開示や競業を差し止めることが一方で求められる。とりわけ営業秘密の不可避的開示事例においては、退職する労働者の競業を差し止めることが必要不可欠な救済手段として要求されることになる。

しかし他方で、退職後の競業差止は憲法上の権利である職業選択の自由を制約する意味を持ち、労働者の転職の自由を著しく阻害する。労働契約終了後については、職業選択の自由の行使として競業行為であってもこれを行うことができるのが原則であり、労働契約終了後まで競業差止義務を当然に一般的に負うものではないのである¹⁷。かくして、どのような場合に労働者が退職後の競業差止義務に基づく差止請求に服するのかについて、さまざまな議論が展開されている。そこで以下では、退職後の競業差止がどのような法的根拠および要件で発生するのかについて、整理することにした¹⁸。

第一節 競業差止の法的根拠

一 概説

競業差止の法的根拠については、それを限定的に理解するのか（以下、限定説）、二分的に理解するのか（以下、二分説）がまず問題となる。ここで限定説とは、その法的根拠を競業差止特約の履行請求に限定して捉えようとする立場であるのに対して、二分説とは、不法行為の特別法である不正競争防止法にもその根拠を求めようとする立場である。一方には、不正競争防止法は営業秘密の使用・開示を差し止めるものであり、競業差止という効果を予定していないという前提があり、¹⁹他方にはそれとは逆、つまり不正競争防止法が競業差止という法的効果を予定しているという前提がある。

ただし、限定説は、あくまで不正競争防止法上の競業差止を否定しようとする考え方であって、競業差止義務違反に基づく不法行為上の損害賠償請求を否定するものではない。たしかに、不法行為によれば競業差止という強力な救済手段を認めることはできないが、使用者はもとより競業差止特約を労働者との間で締結できるのであって、特約を締結していない使用者に競業差止という救済を認める必要はない、と限定説は主張する。職業選択の自由と抵触する競業差止は可能な限り限定的に認めるべきであり、このように解しても、不正競争防止法と秘密保持特約をして営業秘密の使用・開示を差し止めることによって、職業選択の自由と営業秘密保護の調整を図ることができるという点が強調される。²⁰

一方、二分説は損害賠償請求という救済では不十分であることを考慮する。つまり二分説は、営業秘密を保護するためには営業秘密の使用・開示を差し止めるだけでは不十分で、競業差止という救済手段が要求される場合が存在するという立場に立脚し、不法行為の特別法である不正競争防止法から競業差止を導こうとするものである。たしかに、使用者は労働者との間で競業差止特約を締結することができるが、これに対して二分説は、労働者に「図利加害目的」が存

在する場合に、特約がないからといって使用者利益の保護を認めないのは公平に反することを強調する。

以上のように、不正競争防止法上の競業差止については概ね二つの考え方があがるが、その違いは、第一に職業選択の自由と営業秘密保護の観点から、不正競争防止法、秘密保持義務、競業差止義務をどのように整合化するのか、第二に不正競争防止法から競業差止という効果を導くことが解釈論上正当化されるのか、というところにある。以下では、これらの問題に検討を加えることを試みるが、その前に、二分説を説示する東京リーガルマインド事件決定（東京地決平成七年一〇月一六日労働判例六九〇号七五頁）を詳しく紹介することとしよう。

二 東京リーガルマインド事件決定

(a) 事案の概要

本件は、司法試験等の受験指導を業とするXの専任講師であったYらが、退職と同時に司法試験塾である訴外Zを開設したことから、Xが競業差止義務違反を理由としてYらにZの営業差止の仮処分を求めた事案である。

Xは初学者が学習しやすく、司法試験に効率よく合格できるようにするという観点から「レック体系」と呼ばれる学習方法を採用し、司法試験対策上必要不可欠な論点を選択し、各論点を「レック体系」および法的三段論法の方法論で構成して表現したレックテキストを作成し、独自の研修プログラムの下に専任講師に「レック体系」をマスターさせるべく養成してきた。Xにおいては、「レック体系」を表現したテキストと、これを講義する専任講師とが車の両輪として位置づけられていた。

Xの就業規則には、当初は在職中の競業差止義務が存在していたが、Xの労働者が同業他社に引き抜かれたこと等から、就業規則を改定してこれに加え、「労働者は、会社と競業関係に立つ企業に就職、出向、役員就任、その他形態の

いかんを問わず退職後二年間は関与してはならない。労働者は会社と競合関係に立つ事業を退職後二年以内に自ら開業してはならない」という内容の退職後の競業禁止義務規定を新設した。また、この就業規則改定に先立ち、Xは労働者、取締役および監査役に就業規則と同一内容の誓約書を提出させ、Yも誓約書を提出した。

YはXの専任講師として、指導の中心的役割を担っていた。YはXの定めるスケジュールに則り、Xの定めた講義の仕方に従って講義を行うほか、毎日朝から出社し、専用机において講義準備や試験問題のチェックを行う等の職務を遂行してきたが、平成七年五月に退職し、司法試験受験指導を目的とする訴外Zを設立した。そこで、Xは退職後の競業禁止義務違反を根拠として、Yらに対してZの営業等の差止を求めた。

(b) 決定要旨

(ア) 労働契約終了後の秘密保持義務と競業禁止義務

「労働者は、労働契約に付随する義務として使用者の事業目的に反しその利益を損なう競業行為を行ってはならない義務（競業禁止義務）を負うが、労働契約終了後は、職業選択の自由の行使として競業行為であってもこれを行うことができるのが原則であり、労働契約終了後まで右競業禁止義務を当然に一般的に負うものではない。しかし、一定の限定された範囲では、実定法上労働契約終了後の競業禁止義務を肯定すべき場合がある。

そのような場合としては、労働者の職務内容が使用者の営業秘密に直接関わるため、労働契約終了後の一定範囲での営業秘密保持義務の存続を前提としない限り使用者が労働者に自己の営業秘密を示して職務を遂行させることができる場合を挙げることができる。……そして、このような営業秘密の保持の必要性は、退職後の労働者が営業秘密を開示する場合のみならず、それを使用する場合にも存するのであるから、退職後の労働者が元の使用者の業務と競合す

る行為を行う場合には、当該競業行為が不可避免的に営業秘密の使用を伴うものである限り、営業秘密保持義務を担保するものとして競業避止義務を肯定せざるを得ない。」

「不正競争防止法は……労働者が信義則上営業秘密保持義務を負う場合において、不正の競業その他の不正の利益を得る目的で、又はその保有者に損害を加える目的で、その営業秘密を使用し、又は開示する行為を不正競争とし、損害賠償請求および差止請求をすることができるとしてあるものと理解することができよう。すなわち、同法は、労働者が信義則上営業秘密保持義務を負うため労働契約終了後の競業避止義務を肯定すべき場合につきその要件および効果を明らかにしているものであり、当事者間の契約なくして実定法上労働契約終了後の競業避止義務を肯定し得るのは同法の右規定が定めている場合に限られるものと解するのが相当である。」

「競業避止義務を定める特約が約定されたのが、もともと当事者間の契約なくして実定法上労働契約終了後の競業避止義務を肯定し得る場合についてであり、競業禁止期間、禁止される競業行為の範囲、場所につき約定し、競業避止義務の内容を具体化したという意味を有するときには、当該約定は、競業行為の禁止の内容が不当なものでない限り原則として有効と考えられる。これに対し、そのような場合ではなく競業避止義務を合意により創出する場合には、労働者は、もともとそのような義務がないにもかかわらず、専ら使用者の利益確保のために特約により退職後の競業避止義務を負担するのであるから、使用者が確保しようとする利益に照らし、競業行為の禁止の内容が必要最小限度にとどまっております。かつ、十分な代償措置を執っていることを要するものと考えられる。」

(イ) 競業避止義務を定める特約に基づく競業行為の差止請求の可否、要件

「退職した役員又は労働者が特約に基づき競業避止義務を負う場合には、使用者は、退職した役員又は労働者に対し、

当該特約に違反してされた競業行為によって被った損害の賠償を請求することができるほか、当該特約に基づき、現に行われている競業行為を排除し、又は将来当該特約に違反する競業行為が行われることを予防するため、競業行為の差止を請求することができるものと解するのが相当である。しかし、競業行為の差止請求は、職業選択の自由を直接制限するものであり、退職した役員又は労働者に与える不利益が大きいいことに加え、損害賠償請求のように現実の損害の発生、義務違反と損害との間の因果関係を要しないため濫用の虞があることにかんがみると、差止請求をするに当たっては、実体上の要件として当該競業行為により使用者が営業上の利益を現に侵害され、又は侵害される具体的なおそれがあることを要し、右の要件を備えているときに限り、競業行為の差止を請求することができるものと解するのが相当である。不正競争防止法は、不正競争によって営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者は、その営業上の利益を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる旨定めており、侵害するおそれがある者という要件を定めたのは、不正競争により利益を侵害されるおそれがないときにまで差止請求権を認めることは不当であるとの判断に基づくものであると解される。不正競争防止法は、契約上の義務の履行請求としての特約に基づく差止請求権の要件を定めているものではないが、同項の右趣旨は特約に基づく差止請求権の要件を考える上でも参考になるのであり、この点からいっても前記のように解するのが相当である。

したがって、競業行為の差止請求の可否を判断するに当たっては、競業行為によって使用者のいかなる利益が侵害されることになるのが特に問題になり、単なる事実上の不利益が生ずるとどまる場合には、競業行為の差止を請求することはできないものというべきである」

(c) 検討

以上のように、同決定は、「一定の限定された範囲では、実定法上労働契約終了後の競業禁止義務を肯定すべき場合がある」として、実定法上の競業禁止義務について言及したうえで、そのような場合として、使用者の営業秘密に直接関わる「職務については、労働契約終了後も一定の範囲で営業秘密保持義務が存続することが、労働契約関係を成立させ、維持させる上で不可欠の前提となるといえる」が、「退職後の労働者が元の使用者の業務と競合する行為を行う場合には、当該競業行為が不可避免的に営業秘密の使用を伴うものである限り、営業秘密保持義務を担保するものとして競業禁止義務を肯定せざるを得ない」として、営業秘密を保護する不正競争防止法から退職後の競業禁止義務を導き、差止請求を規定する同法から競業差止を帰結する。

また、不正競争防止法上の競業差止の要件について同決定は、不正競争防止法は労働者が信義則上営業秘密保持義務を負う場合に、図利加害目的で営業秘密を使用・開示する行為を不正競争としているのであるから、特約がない場合の労働契約終了後の競業禁止義務についてもそのような要件の下で認められると説示する。

さらに同決定は、こうした不正競争防止法上の競業禁止義務と契約上の競業禁止義務の要件について次のような視角を提示する。すなわち、約定された競業禁止特約が不正競争防止法上の営業秘密保護を具体化する意味を有するとき、当該約定は、競業行為の禁止の内容が不当なものでない限り原則として有効と考えられるが、これに対して、競業禁止義務を合意により創出する場合には、労働者は専ら使用者の利益確保のために特約により退職後の競業禁止義務を負担するのであるから、使用者利益に照らして、競業禁止の内容が必要最小限度で、十分な代償措置を執っていることを要すると判示する。

こうして同決定は、不正競争防止法が競業を差止対象に含むことを前提にして、競業禁止義務の法的根拠・要件を不

正競争防止法と競業避止特約によるものと二分する。前者は、営業秘密の不可避的使用を伴う場合に秘密保持義務を担保するものとして、不正競争防止法の定める要件に沿って導かれる。後者は、特約によって創出される義務であるから「使用者が確保しようとする利益に照らし、競業行為の禁止の内容が必要最小限度にとどまっており、かつ、十分な代償措置を執っていることを要する」とするのである。

これに対して、限定説は前述のように、以上の前提が同法の立法趣旨と異なるとしてこうした二分説を批判する。同法の立案者によれば、「差止の対象は、職業選択の自由を阻害しないように、……不当に自己又は第三者の利益を図り、若しくは営業秘密の保有者に対して損害を加える目的のような一定の主観的要件の下に営業秘密を使用又は開示する行為について、差止請求権の対象となり得る不正な行為とすることが適切である」とされて⁽²¹⁾いるからである。換言すれば、不正競争防止法は、その立法趣旨においては、職業選択の自由を阻害しないように営業秘密を使用又は開示する行為を差止対象とし、競業を差止対象に含まないのである。さらに限定説は、前述のとおり、競業差止は職業選択の自由と抵触するものであるために、可能な限り限定的に認めるべきであつて、このように解しても、不正競争防止法上の営業秘密の使用・開示の差止と秘密保持特約によつて、職業選択の自由と営業秘密保護の調整を図ることができるのである。⁽²²⁾

したがつて、東京リーガルマインド事件決定が説示する二分的理解の妥当性は、既にふれたように、第一に職業選択の自由と営業秘密保護の観点から、不正競争防止法、秘密保持義務、競業避止義務をどのように整合化すべきか、第二に不正競争防止法から競業差止という効果を導くことが解釈論上正当化されるのか、という点に依存することになる。そこで以下では、これらの問題に取り組むために、不正競争防止法の仕組み（第二節）、契約による秘密保持義務の設定（第三節）、契約による競業避止義務の設定（第四節）について考察を加えることとしたい。

第二節 不正競争防止法による営業秘密保護

営業秘密の重要性や雇用流動性の高まりを受けて、平成二年の不正競争防止法改正は営業秘密保護に関する規定を同法に盛り込む。これは、不法行為による差止請求が一般的に否定されてきたという事情によるところが大きい。営業秘密の保護に差止請求が必要不可欠であることは先にみたとおりであるが、このような差止請求は従来においては契約上の競争避止義務あるいは秘密保持義務の履行請求によって実現されてきたために、直接的な契約関係に立たない者に対する保護が不十分であったのである。こうした事情を背景に、平成二年改正は不正競争に営業秘密に係る不正行為を加えるとともに、不法行為の特別法としての差止請求を規定して営業秘密保護の措置を講じることとなる。

平成一五年同法改正はさらに、営業秘密の不正利用によって侵害された損害額の立証を容易にすると同時に、国内外の競争会社に営業秘密が流出する事例が増加していることを考慮して、違法性が高いと認められる不正競争に限定して刑事的保護を導入する。その後、一七年改正はさらに営業秘密の保護強化を一步進め、限定された刑事的保護の対象を拡大する。すなわち同年改正は、雇用流動化への影響から刑事罰の対象とされていなかった退職労働者について、在職中に競争会社から営業秘密漏洩の請託を受けた場合あるいは使用・開示の申し込みをした場合に限り、刑事罰の対象に含めることとするものである。これは、退職後の労働者による営業秘密の漏洩が深刻化する現状を捉えて行われた施策であるといえる。

このように平成二年以来の一連の改正によって、営業秘密の保護は民事的側面および刑事的側面の両面にわたって強化されてきた。他方、営業秘密の不正利用行為に対して差止請求あるいは損害賠償請求という救済手段を与える、という民事的保護に関する同法の基本的スキームは変更されていない。ここでは、第一に保護されるべき営業秘密の範囲、第二に不正利用行為の種類、第三に差止請求の要件が問題とされる。以下では、先に掲げた不正競争防止法が競争差止

という救済手段を含意するものであるか否かという課題に取り組むために、(一)営業秘密の定義および(二)不正利用行為の仕組みを概観し、その後(三)不正競争防止法上の救済手段について議論することとしよう。

一 営業秘密の定義

不正競争防止法によって保護される営業秘密とは、(a)秘密として管理されている(秘密管理性)(b)生産方法、販売方法その他事業活動に有用な技術上又は営業上の情報であつて(有用性)、(c)公然と知られていないもの(非公知性)である(不正競争防止法第二条六項)。

(a) 秘密管理性

秘密管理とは、客観的に秘密として管理されていると認められる状態をいい、当該営業秘密について、労働者、部外者から認識可能な程度に客観的に秘密の管理状態を維持していることを要する。⁽²⁵⁾ 秘密管理性が要件とされているのは、このような秘密管理がなければ、当該営業秘密の使用・開示を行おうとする者にとつて、当該行為の対象である情報が営業秘密であることを容易に知り得ず、自らの行為が差止の対象となり得るか否かについての予見可能性が損なわれ、結果として、経済活動の安定性が阻害される恐れがあるためである。⁽²⁶⁾

同法の立案者は、秘密管理の措置として、当該情報にアクセス出来る者が制限されていたり(アクセス制限の存在)、あるいは当該情報にアクセスした者に当該情報が営業秘密であることが認識できるようにされている(客観的認識可能性の存在)ことが必要であるとしている。⁽²⁷⁾ 裁判例の多くも同様の枠組みを示しているが、平成一七年一〇月に改訂された経済産業省の営業秘密管理指針は、実質的な観点から秘密管理の措置を①物理的管理、②人的管理、③組織的管理に

分類していっそう具体化している。²⁹⁾

まず①物理的管理とは、⑦マル秘の印を押すなど、秘密として管理する情報とその他の情報との区分を明確にした上で媒体に秘密である旨を表示し（「情報の区分と表示」）、④その媒体にアクセスできる者を限定した（「アクセス制限」）上で、⑧媒体を施錠可能な場所で管理し、廃棄の際には復元不可能な形にして（「媒体の保管と廃棄」）、⑤さらに保管場所がある施設について、施錠や入退出の制限を行う（「施設等の管理」）ことをいう。³⁰⁾ 裁判例では、たとえば、⑦「情報の区分と表示」について、顧客名簿が記録されている大学ノートの表紙にマル秘の印を押捺しているとして秘密管理性を肯定した例³¹⁾があり、また④「アクセス制限」については、販売担当役員及び情報管理室担当役員の押印を得た上で、情報管理室の操作担当者に作業依頼するようにしているとともに、出力の操作手続を知る者は三名のみであるとして秘密管理性を認めた例³²⁾がある。さらに、⑧「媒体の保管と廃棄」については、治験データ及び輸入申請書等の紙媒体が、原告の施錠可能な引出し式のキャビネットの中に保管されていたが、勤務時間中は施錠されていなかったとして秘密管理性を否定した例³³⁾、⑤「施設の管理」に関しては、顧客情報を記した台帳が施錠できる事務所に置かれ、第三者が事務所に侵入できないようになっていたが、事務所内では机の上に置かれていたとして秘密管理性を否定した例³⁴⁾がある。

次に、②人的管理とは、情報にアクセスできる者が当該情報を秘密として扱うことについての意識を持ち、実際に責務を果たすような状況になっていること、及びアクセスできない者であっても自社の秘密保護に関する認識を持ち、営業秘密侵害や漏洩を防止するような意識を持っていることが重要であるとの観点から、営業秘密の取扱いに関するルール等を明確にすることを求めるものであり、裁判例では⑦「教育・研修の実施」や④「就業規則・秘密保持特約の存在」が問題となっている。

たとえば⑦「教育・研修の実施」については、新規採用社員に対して、原告が保管する営業資料について、営業活動以外への使用の禁止を徹底指導していたとして秘密管理性を認めたとある。また、①「就業規則・秘密保持特約の存在」については、就業規則に社員は会社が指示した秘密事項を自己の担当たる与否とを問わず、一切外部に漏らしてはならず、秘密事項を公表しなければならないときは、会社の許可を受けなければならない旨の規定があるとして秘密管理性を認めたとある³⁶。ただし、これに対して、就業規則に秘密保持義務の規定があっても、当該規定はその対象となる秘密を具体的に定めない、同義反復的な内容にすぎないとして、秘密管理性を否定した例がある³⁷。保護されるべき営業秘密の明確化という観点から、秘密保持特約においては対象となる情報の範囲や秘密保持期間ができる限り特定される必要がある³⁸。特に退職後の労働者については、職業選択の自由の観点から、対象となる情報の範囲や秘密保持期間を特定することが要請されるべきである。

最後に③組織的管理とは、以上で見た物理的管理、人的管理を実効的に実施し、問題が発生した場合に的確に対応していくための措置であって、たとえば営業秘密管理方針の整備、責任者の存在とその権限の明確化、日常的なモニタリングの実施などがある。組織的管理について言及した裁判例としては、印字された顧客名簿を外部へ持ち出す場合には、顧客名簿社外持出許可書の用紙に必要事項を記入し、社長の決裁を受けることとしており、かつ印字された顧客名簿については、使用後シュレッダー等で処分することを原則とするが、保存する場合には、施錠されている保管室に保管し、七年経過後に、原告従業員立会いの下に、専門業者に焼却を依頼するようにしているとして秘密管理性を認めたとある³⁹。

このように①物理的管理、②人的管理、③組織的管理という基準から裁判例を類別することが可能であるが、ここで留意する必要があるのは、「要求される情報管理の程度や特徴は、秘密として管理される情報の性質、保有形態、企業

の規模等に応じて決せられる⁴⁰⁾ものであるし、情報の利用者が誰であるかによっても異なりうるという点であろう。たとえば、「外部からの侵入者に対しては、その営業秘密を記載した文書等が置いてある部屋に鍵がかかっていることで秘密管理の要件を満たす場合もあり得る一方で、当該情報に日々接しながら仕事をしている内部の労働者に対しては、単に部屋に鍵をかけているだけでは足りず、当該情報が営業秘密であることが認識できるようにマル秘の判を押し、持ち出しを禁ずる等の措置を講じておくことが必要と考えられる場合もある⁴¹⁾」。このような意味で秘密管理性は相対的な概念である。

なお、当該情報が使用者によって秘密として管理されていれば、非常に記憶力が良い人がその情報を持ち出した場合においても、当該記憶されて、持ち出された情報は営業秘密に該当するとされている⁴²⁾。

(b) 有用性

次に「生産方法、販売方法その他事業活動に有用な技術上又は営業上の情報」とは、当該情報自身が事業活動に使用・利用されていたり、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有用な情報であって、現に使用・利用されているだけではなく、将来的に使用・利用が可能であるものを含む⁴³⁾。このような「有用性」は、あくまで客観的に判断されなければならないものの、「有用性」が要件とされているのは、経営者のスキヤンダラス情報等の新たな経済的価値を生み出さない一過性の情報を営業秘密から除外するためであるから、過度に高い程度が要求されるべきでない。したがって、典型的な営業秘密として想定される製品の設計図、製法、研究データ、顧客名簿、販売マニュアル等は、以上の要件を充たすことになろう。

また、過去における研究・開発の失敗等のネガティブ情報であっても有用性があるとされる⁴⁴⁾。ネガティブ情報は直接

利用できないけれども、当該情報を利用した研究開発費の節約等の有用性が認められるからである。

さて、ここで問題となるのは、退職後の労働者が記憶するネガティブ情報を保護するには、当該労働者の競争を差し止めることが要求されるというものである。ある研究開発についてネガティブ情報を持つ退職労働者が新たな企業で類似の研究に従事すれば、必然的に当該企業においてネガティブ情報を使用することになる。つまりここで問われるのは、ネガティブ情報を保護するためには退職労働者の競争を差し止めることが求められるが、このような競争差止は当該労働者の職業選択の自由を侵害する結果になるという点である。後に再論するが、ネガティブ情報を営業秘密に含めることと不可避の開示論に基づく競争差止が密接な接点を有することは、アメリカにおける議論の中で既に指摘されているものである。⁽⁴⁵⁾

(c) 非公知性

前述のように、営業秘密の経済的価値は機密性が無くなれば消滅する。逆説的に言えば、既に公知化した機密性のない情報は保護される必要がないのである。のみならず、公知化した情報について排他的な権利を認めれば社会的にも著しい混乱を招く恐れがある。⁽⁴⁶⁾「公然と知られていないもの」という非公知性の要件は、このような趣旨にそくして設けられたものであり、内容的には、保有者の管理以外では一般的に入手できない状態にあることを言う。⁽⁴⁷⁾なお、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秘密保持義務が課されていれば、秘密管理性とともに非公知性の要件も充たすとされる。⁽⁴⁸⁾

二 不正利用行為

さて、次に問題となるのは、どのような行為が営業秘密の不正利用行為とされるのか、というものである。この不正利用行為の規定方法に関しては、一般条項による規定方法と対象行為を個別的に列挙する規定方法があるとされており、前者の一般条項によれば、多様な不正利用行為に柔軟に対応できることになる。しかしながら、不正競争防止法が規定する差止請求は損害賠償といった事後的救済と異なり、私人間の自由な情報取引活動の事前の禁止を認める点において極めて強力な介入手段であるために、その対象を明確にしなければ経済活動に萎縮効果を与える⁵⁰。こうした萎縮効果を考慮して、現行不正競争防止法は後者に立脚して不正利用行為を個別に規定するのである。

かくして、同法による保護を受けるためには、そこで規定されている不正利用行為の存在が要件となるのであって、この不正利用行為は「不正競争」行為として、次のように定義されている。第一に、窃取、詐欺、強迫その他の不正な手段によって営業秘密を取得する行為およびその取得にかかる営業秘密を使用又は開示する行為（不正競争防止法第二条一項四号）である。第二に、保有者から営業秘密の開示を受けた者が、不正の利益を得る目的又は保有者に損害を加える目的をもって当該営業秘密を使用又は開示する行為（同法第二条一項七号）である。第三に、上記二つの類型に該当する不正行為又は秘密を守るべき法的義務に違反して営業秘密を開示する行為が介在したことを知り又は知らないことに重大な過失があつて、当該営業秘密を取得、使用又は開示する行為（同法第二条一項五号、八号）である。第四に、営業秘密を取得した時点では不正取得行為又は不正開示行為が介在していることにつき善意無任過失であつた者が、悪意又は重過失に転じた後に、当該営業秘密を使用又は開示する行為（同法第二条一項六号、九号）である。⁵¹

以上の類型をさらに単純化するために営業秘密の取得経緯に着目すると、第一、第二の類型はそれぞれ不正取得型、正当取得型と換言することができる。他方、第三と第四の類型は、第一、第二の類型と異なり営業秘密取得の経緯に第

三者が介在している場合である。退職労働者との関係で特に問題となるのは、営業秘密の取得経緯に第三者が介在していない第一と第二の類型であるので、以下では本稿の課題にそくして、第一および第二の類型について、その内容を具体的に示すこととする。

(a) 不正取得者の不正利用行為

不正競争防止法第二条一項四号は、「窃取、詐欺、強迫その他の不正手段により営業秘密を取得する行為（以下、「不正取得行為」という）、又は不正取得行為により取得した営業秘密を使用し、若しくは開示する行為（秘密を保持しつつ特定の者に示すことを含む）」を不正競争行為とする。以下においては、これを①「窃取、詐欺、強迫その他の不正手段により営業秘密を取得する行為（不正取得行為）」、②「不正取得行為により取得した営業秘密を使用する行為」、③「不正取得行為により取得した営業秘密を開示する行為」の三つに分けて、その内容を明らかにする。

まず①「窃取、詐欺、強迫その他の不正手段により営業秘密を取得する行為」とは、「窃取、詐欺、強迫」による取得がその典型的手段であって、いっそう一般的には、信義則に反する手段によって営業秘密を取得する行為が、これに該当する。たとえば、金銭による労働者の買収、および地位的提供による雇用契約破棄の誘引を伴うような、他人の営業秘密を開示させるために、競業会社が競争相手の労働者を、彼の経験のゆえでなく、その知っている営業秘密入手のために誘引行為をなすことも、「窃取、詐欺、強迫その他の不正手段」に入る⁵²。また、営業秘密の取得には、営業秘密が固定されている媒体を介して、営業秘密を手に入れる行為だけでなく、営業秘密自体を記憶する等、固定されている媒体の移動を伴わないで営業秘密を自分のものとする行為も含む⁵³。したがって、たとえば、競業者が、営業秘密保有者の労働者を買収し又は雇用し、秘密保持義務に違反せしめて営業秘密を入手したときには、労働者の同法二条一項七号

の不正開示行為と、競業者の四号の不正取得行為が並存することになる⁽⁵⁴⁾。裁判例では、商品企画部特別開発担当次長という立場を利用して、正規の手続を踏むことなく、虚偽の事実を述べて顧客情報をプリントアウトして社外に持ち出した行為を不正取得行為とした例がある⁽⁵⁵⁾。

さらに、不正競争防止法第二条一項四号によれば、不正取得行為により取得した「営業秘密を使用する行為」や、「営業秘密を開示する行為」も不正競争に該当する。

②「営業秘密を使用する行為」とは、形式的に言えば、「営業秘密の本来の使用目的に沿って行われ、当該営業秘密に基づいて行われる行為として具体的に特定できる」行為であり、内容的に言えば、製造技術等の各種技術、設計図等の使用による製品の製造行為や顧客名簿、仕入先リスト、販売マニュアル等の使用、研究開発における実験データを参考とすることによる研究開発投資の削減や、自社の生産・販売計画等の策定における他社の生産コスト・販売データ・在庫管理情報を参考にすることである⁽⁵⁶⁾。裁判例では、顧客情報を不正に取得し、これを利用してダイレクトメールの送付先を選定し二六〇〇か所の事業所に送付した行為⁽⁵⁷⁾、男性用かつらの顧客名簿を不正取得し、これを使用した営業行為⁽⁵⁸⁾等が「不正取得行為により取得した営業秘密を使用する行為」とされた。

③「営業秘密を開示する行為」については、営業秘密を公知化する開示と、営業秘密を非公知性を失わない状態で特定の者に通知する開示が区別される。開示の手段としては、口頭、書面という形態のほかに、図面や模型を与えることも含まれる。また、第三者が知ることを妨げないという秘密管理の不作為形式によってもなされうる。

以上のように定義される営業秘密の使用・開示について特に問題となるのは、営業秘密の使用・開示は、通常、秘密裏に行われるところ、どのようにその存在を立証するのか、ということである。裁判例では、営業秘密を用いなければ二ヶ月という短期間で当該製品を製造することは困難であるとして、営業秘密の使用を推認した例や、設計者が自由に

決めることができる部分についての原告製品と被告製品の類似性や設計期間の短さ等から被告による営業秘密の不正取得、使用を推認する例がある。

このように、営業秘密の不正使用・開示を特定し、その存在を直接立証することは困難であるから、一定の状況証拠にそくして不正使用・開示を推認せざるを得ない。後述するように、不可避的開示論とは一定の職種、職務への就職をして営業秘密の使用・開示を推認するものであり、その背景には使用・開示の立証困難性という事情が存在するのである。

(b) 正当取得型の不正利用行為

以上の不正取得型に対して、不正競争防止法第二条一項七号は営業秘密の取得に不正が介在しない不正利用行為を規定する。本号によれば、「営業秘密を保有する事業者（以下、「保有者」という）からその営業秘密を示された場合において、不正の競業その他の不正の利益を得る目的で、又はその保有者に損害を加える目的で、その営業秘密を使用し、又は開示する行為」が不正競争行為となる。これは、秘密領域において業務に従事した結果として保有者より営業秘密を示された者による当該営業秘密の侵害行為である。

ただしここでは、営業秘密の保有者は秘密保持特約を締結することによって営業秘密を保護しうるために、本号の存在する意義は少ないのではないかという根源的な疑問が生じる。たしかに、営業秘密を保護したい使用者は秘密保持特約を締結すれば足りるところ、そのような契約さえ締結していない使用者を保護する必要はないという見解もありえよう。しかしながら、①一方的に退職した労働者の場合のように、秘密保持特約を締結することが困難な場合があり、②そうした場合に、信義則を用いて付随義務としての秘密保持義務の存在を認定したとしても、付随義務論は主として損

害賠償責任を根拠付けるために展開されたものであり、その履行を強制しうるか否かについては疑問の余地があり、③ 秘密保持義務の存在が認定された場合でも、秘密保持義務の範囲を特定することが困難な場合も少なくないために、行為態様が著しく社会的相当性を欠くと認められるような場合につき、契約上の請求権とは別に不正競争法上の差止請求権を認めることには一定の意義がある。⁶²⁾

それでは、どのような場合が「保有者から営業秘密を示された場合」、「不正の競業その他不正の利益を得る目的、又はその保有者に損害を加える目的」に当たるのであるだろうか。

まず、「保有者から営業秘密を示された場合」とは、企業が労働者に対して示した営業秘密が保護の対象となるという意味であって、労働者が職務に関して営業秘密を得る場合がその典型例である。しかし、労働者が職務上営業秘密を開発した場合、あるいは顧客情報等を自ら入手した場合についても、「保有者から示された」という要件を充たすのだろうか。これについては、一方で労働者が在職中に自ら開発したノウハウや、自ら収集した顧客情報は、企業が示した情報でないために、本号の保護が及ばないとする見解がある。⁶³⁾ 他方で、各知的財産法の規定を参考にして営業秘密の帰属を決定し、労働者が職務上営業秘密を開発した場合、あるいは顧客情報等を自ら入手した場合についても、それが企業に帰属するときには「保有者から示された」という要件を充たすという考え方もある。⁶⁴⁾ 困難な問題であるが、各知的財産法ごとに帰属の扱いが異なることに加えて、企業は労働者との間で秘密保持特約を締結することによって営業秘密を保護することができるのであるから、本稿では労働者が職務上営業秘密を開発した場合、あるいは顧客情報等を自ら入手した場合には本号による保護は及ばないと解する。⁶⁵⁾

次に、「不正の競業その他不正の利益を得る目的、又は保有者に損害を加える目的」の内容が問題となる。「不正」とは、営業秘密を示した保有者との間で当該営業秘密をみだりに使用・開示してはならない信義則上の義務が存在する場

合に、この義務に反することを意味するが、ここではさらに、どのような場合にこのような信義則上が生じるのかが問われなければならない。同法の立法者によれば、この信義則上の義務は、①当事者間の信頼関係の程度、②営業秘密の保有者の利益、③営業秘密を示された者の利益、④営業秘密の態様等によって画定される、とされている。これを退職労働者との関係で具体的に敷衍すると、①については退職労働者が在職中に受けていた報酬の多寡、地位、機密保持のための手当てが関係し、②については退職後の労働者が営業秘密を使用する場合であっても、企業の営業に支障を来さないような地域で限定的に使用する場合等が考慮される。また③については、特定の営業秘密に関する仕事に長年従事し、転職先として当該営業秘密と関連した分野しか考えられないような状況にあるか否か、転職先で元の企業から示された営業秘密を仕事の参考とせざるを得ない状況にあるか否か、元の企業の営業秘密の秘密保持に関する代償措置が講じられ一定の保障がなされているか否か等が、④については営業秘密が一般的知識と渾然一体となっており、これを区別して使用しないことが著しく困難な場合等が斟酌される。

三 救済手段

(a) 差止請求

以上のように画定される営業秘密の不正利用行為によって「営業上の利益を侵害される恐れ」のある者は、その差止を請求することができる（不正競争防止法第三条一項）。ここで問題となるのは、営業上の利益を侵害される「恐れ」の程度と、差止請求の対象である。特に後者の差止対象については、前掲東京リーガルマインド事件で示された二分説の妥当性を左右するものである。

まず「恐れ」の程度は、利益侵害が生ずる蓋然性の程度によって判断されるべきであり、不正利用行為への実行の着

手は必ずしも必要ではない。これは、営業秘密は不可逆性を有しているために、漏洩の危険が切迫している場合には、事前の差止を行うことが求められるゆえである。裁判例でも、不正利用行為をなすことが推認される場合や不正競争の生ずる危険が切迫している場合にも、差止請求権が認められている。

次に差止の対象については、不正利用行為が対象となるのであって、競業自体は差止の対象とはならない、と解するのが同法の立法趣旨である。たしかに、不正利用行為の差止を超えた競業の差止を認めることは職業選択の自由との抵触を招来しよう。また、競業を差止対象としないという立法趣旨は、平成一七年改正により刑事罰の対象が退職後の労働者にも拡大されたことよってさらに強化されたとも解される。しかし、ここでは「競業行為が不可避的に営業秘密の使用を伴うもの」であり、かつ「労働者に不正取得や図利加害目的等の背信性」が見られる場合については、同法が競業差止を営業秘密の救済手段として認めるものと解したい。その理由は次のようになる。

第一に、ネガティブ情報を営業秘密に含める同法の趣旨に沿う限り、同法による競業差止を容認することが解釈論的に整合的である。一定の研究開発に関してネガティブ情報を有している労働者が、転職によって同様の研究開発に従事すれば、不可避に営業秘密を使用することになる。

第二に、ネガティブ情報でなくても、営業秘密の不正利用行為と競業行為を区別することが困難であるために、営業秘密の不正利用行為のみを取り出して差止めることが不可能な場合が存在する。一旦知ってしまった情報を記憶から消去することはできないため、競業を認めたくて営業秘密を利用しないことを求めることは困難であろう。

第三に、たとえ競業行為と営業秘密の不正利用行為の区別が可能であったとしても、前述のとおり営業秘密の不正利用行為を特定し、その存在を立証することには大きな困難が伴う。競業を禁止しなければ、営業秘密を実質的に保護することは難しい。

第四に、労働者の不正競業を差し止めることは職業選択の自由を侵害するものではない。労働者の職業選択の自由は、もとより公正な競争の枠内で認められるべきであろう。不正競争防止法の趣旨は、労働者の不正競業を抑制し、使用者の情報生産のインセンティブを促進するところにあると解されるのであって、不正な競業を排除するコストを使用者に負担させることは妥当ではない。労働者に背信性があり、かつ営業秘密の不可避的開示を伴うところでは、特約なくして競業が禁止されるべきである。

たとえば、男性用かつらの販売業者を退職した元労働者が顧客名簿をコピーして競業に利用したという事件^⑦では、競業禁止特約がないにもかかわらず、顧客名簿を用いた勧誘行為を超えた営業の差止が認められた。同事件では、顧客名簿の廃除請求の他、(ア)別紙顧客目録記載の者に対し、面会を求め、電話をし、又は郵便物を送付する等して、男性用かつらの請負若しくは売買契約の締結、締結方の勧誘又は理髪等同契約に付随する営業行為をしてはならない、(イ)男性用かつらの請負もしくは売買契約の締結をしようにし又は理髪等同契約に付随するサービスの提供を求めて被告宛来店あるいは電話連絡をしてくれる別紙顧客目録記載の者に対し、男性用かつらの請負もしくは売買契約の締結、締結方の勧誘又は理髪等同契約に付随する営業行為をしてはならない、という請求が認容され、その理由として次のような点があげられている。すなわち、「別紙顧客目録記載の者は、特段の反証のない限り、被告が一度は原告の営業秘密である原告顧客名簿を使用して勧誘を行った顧客であると推認することができる、これらの者に対し、被告が…営業行為をすることは、先に行った原告顧客名簿を使用しての…勧誘によってもたらされる必然的な結果を利用する行為であるということができ…右勧誘と一体をなすものとして営業秘密の使用にあたる」というのである。

たしかに、一般論としては特約がない場合には競業差止を認めるべきではない。しかし、上記裁判例のように営業行為と顧客名簿の使用を切り離すことが困難で、かつ労働者に営業秘密の不正取得等の背信性が見られる場合に、職業選

扱の自由を強調して競業や営業の差止を認めないことは、使用者利益をあまりにも軽視した結果をもたらすことになる。⁷²⁾

もちろん、使用者は、労働者と退職後の競業避止特約を締結することによって競業差止という救済手段を得ることができるのであって、そうした特約を締結しなかつた使用者を保護する必要はないという議論がありうる。しかし、退職の際に競業の意図を持つ労働者との間で競業避止特約を締結することは使用者にとつて容易ではないという側面があり、これに加えて、競業避止特約の法的根拠・有効要件については一致した議論がないために、使用者は有効な特約を締結することが難しい状況に置かれているという点も考慮する必要がある(問題の所在参照)。上述のとおり、そもそも不正競争防止法の趣旨は、労働者の不正競業を抑制し、使用者の情報生産のインセンティブを促進するところにあると解されるのであって、不正な競業を排除するコストを使用者に負担させることはできない。かくして、使用者は、⑦労働者に不正取得等の背信性が存在し、かつ④営業秘密不正利用の不可避性があると評価できるときは、「営業上の利益を侵害される恐れ」のある者として、競業行為の差止を請求することができる、と解すべきである。

ただし、競業差止は職業選択の自由と抵触するために、どのような場合に競業差止が認められるのか、換言すると「背信性」、「不可避性」をどのような基準で判断するのかが問題となる。これらについては、アメリカ法を概観した後さらに検討を加えることとしたい。

(b) 損害賠償

不正競争防止法は、営業秘密の不正利用行為に対する救済手段として、損害賠償請求についても規定している。つまり、故意又は過失により営業秘密不正利用行為によって営業上の利益を侵害された者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる(不正競争防止法第四条)。

ここで問題となるのは、不正利用行為によって営業上の利益を侵害された者が、その損害額を立証することは必ずしも容易ではないというものであり、同法はこうした点に鑑みて、損害の算定方法として、侵害品の譲渡数量に単位当たりの利益額を乗じた額を損害額として請求する方法（同法第五条一項）、侵害者が侵害行為によって受けた利益を損害の額と推定する方法（同法第五条二項）、営業秘密の使用に際して通常受け取るべき使用料相当額の賠償を求める方法（同法第五条三項）を規定している。さらに、損害の計算を容易にするために、同法は、当該侵害の行為による損害の計算をするための必要な書類の提出命令（同法第七条一項）、当事者の申立てにより当該侵害の行為による損害の計算をするために必要な事項について裁判所が鑑定を命じたときにおける鑑定人に対する説明義務（同法第八条）を設けている。

ただし、以上のうち、侵害品の譲渡数量に単位当たりの利益額を乗じた額を損害額とする方法は、顧客名簿等の技術的でない営業秘密侵害のケースには適用されない。また、通常受け取るべき使用料相当額はあくまで最小限を示すものであって、営業秘密を侵害された者がそれ以上の損害額を立証して賠償を請求することを妨げるものではない（同法第五条四項）。さらに、書類提出命令に対しては、その所持者に提出を拒むことについて「正当な理由」があるときは、提出を拒むことができる（同法第七条一項）。この「正当な理由」の判断は裁判所が行うが、その際、書類中に記載されている営業秘密が不必要に開示されることを避けるため、裁判官のみによるインカメラ審理により行うこととされている。⁷³

第三節 契約による秘密保持義務の設定

このように不正競争防止法は、同法上の要件を充たす営業秘密の不正利用行為に対して、損害賠償請求と差止請求を

規定するものである。しかし逆に言えば、不正競争防止法は、①秘密管理性、有用性、非公知性を充たす財産的情報について、②それを不正に利用する行為、という二つの前提条件の下での救済手段を定めているに過ぎない。

これに対して、就業規則あるいは特約によって秘密保持義務を設定すれば、不正競争防止法上の営業秘密の要件を充たさない財産的情報を保護することが可能となり、かつ、退職労働者の不正利用行為の存在も必要とされない。つまり、秘密管理性を欠く財産的情報や、使用者から示されたものではない財産的情報、あるいは労働者に図利加害目的がない財産的情報の使用も秘密保持特約によって保護することができる。ここに、就業規則や特約によって秘密保持義務を課す意義がある。

しかし他方で、このような秘密保持義務の設定が無制限に認められれば、退職後の労働者の職業選択の自由と抵触する結果を招来することになる。たしかに、後述する競争禁止義務と異なり、秘密保持義務は就業そのものを禁止するものではないが、産業社会における知的財産価値の重要性が高まれば高まるほど、競争を禁止すること、情報の使用を禁止することとの差異が相対化し相互に接近することになる。つまり、秘密保持特約は、第一に、情報の自由な流通を妨げることによって競争を制限し、第二に、退職した労働者が身に付けた技術や知識の使用を制限するものであり、その意味で、職業選択の自由を制限するというべきである。⁷⁴ 裁判例でも「退職後の秘密保持義務を広く容認するときは、労働者の職業選択又は営業の自由を不当に制限することになる」と⁷⁵とされている。こうして、退職後の秘密保持特約は、その対象となっている情報を保護するために合理的な範囲にとどまっていることが要請される。

ただし、秘密保持特約の合理的範囲の具体的内容は、競争禁止特約とは異なる。たとえば、競争禁止特約は競争を直接規制するために、地域的限定が重要な地位を占める場合があるが、秘密保持特約ではこのような地域的限定が問題となる余地は少ない。さらに、期間の限定についても、競争禁止特約とは異なった取扱いが求められよう。このように秘

密保持特約の合理的範囲については、競業禁止特約とは一定の差異がある。そこで、この問題については、わが国の競業禁止特約の取扱いに加えて、アメリカの秘密保持特約と競業禁止特約の合理的範囲の内容を概観した後に、さらに考察を加えることとしたい。

第四節 契約による競業禁止義務の設定

一 概説

こうして秘密保持特約によれば、不正利用行為が存在しない場合であっても、あるいは不正競争防止法によっては保護されない場合であっても、当該財産的情報を保護することが可能となる。しかし、秘密保持義務には、その義務違反をモニタリングすることに困難が伴うことが指摘されている。営業秘密等の財産的情報は具体的な製品の製造には直接結びつかない生産、在庫等の管理技術、経営戦略の策定技術や、特定の技術を用いるノウハウであるケースが多いため、その使用・開示が外部に表面化せず、秘密保持義務を履行しているか否かの判断が難しいのである。

これと対照的に、特約で退職後の競業禁止義務を設定すれば、義務違反があれば直ちに差止請求（履行請求）を実現することが可能となり、さらに、不正競争防止法上の営業秘密以外の財産的情報を保護することもできよう。特約によって競業禁止義務を設定すれば秘密保持義務違反の困難なモニタリングを行う必要はないのであって、これにより当該秘密保持義務を実質的に担保することができる。さらに先述のように、不正競争防止法上から競業差止を導くためには、少なくとも同法上の要件を充たす営業秘密の存在ならびに不正利用行為の不可避性を立証する必要があるが、これに対して、特約で退職後の競業禁止義務を設定すれば、義務違反があれば直ちに差止請求（履行請求）を実現することが可能となる。このように特約による競業禁止義務の設定は、財産的情報の保護について、不正競争防止法や秘密保持特約

よりも遙かに強力な法的手段となるのである。²⁶⁾

ところが、退職後の競業禁止特約は一方で以上のような意義を持ちながら、他方で契約による職業選択の自由の制限という機能を持つことから、裁判例による厳格な司法審査に服してきた。このため、退職後の競業禁止特約について検討する際には、それらの裁判例を踏まえることがまずもって重要である。そこで本稿では、退職後の競業禁止義務に関する⑦から⑩の裁判例を取り上げて検討することとする。

まず最初に、これらの裁判例を競業禁止義務に基づく訴えの内容にそくしてここで簡単に整理すると、差止請求（履行請求）の可否が争われた事案⑦⑧⑨⑩⑪⑫⑬⑭⑮⑯⑰⑱⑲⑳㉑㉒㉓㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿㏀㏁㏂㏃㏄㏅㏆㏇㏈㏉㏊㏋㏌㏍㏎㏏㏐㏑㏒㏓㏔㏕㏖㏗㏘㏙㏚㏛㏜㏝㏞㏟㏠㏡㏢㏣㏤㏥㏦㏧㏨㏩㏪㏫㏬㏭㏮㏯㏰㏱㏲㏳㏴㏵㏶㏷㏸㏹㏺㏻㏼㏽㏾㏿㐀㐁㐂㐃㐄㐅㐆㐇㐈㐉㐊㐋㐌㐍㐎㐏㐐㐑㐒㐓㐔㐕㐖㐗㐘㐙㐚㐛㐜㐝㐞㐟㐠㐡㐢㐣㐤㐥㐦㐧㐨㐩㐪㐫㐬㐭㐮㐯㐰㐱㐲㐳㐴㐵㐶㐷㐸㐹㐺㐻㐼㐽㐾㐿㑀㑁㑂㑃㑄㑅㑆㑇㑈㑉㑊㑋㑌㑍㑎㑏㑐㑑㑒㑓㑔㑕㑖㑗㑘㑙㑚㑛㑜㑝㑞㑟㑠㑡㑢㑣㑤㑥㑦㑧㑨㑩㑪㑫㑬㑭㑮㑯㑰㑱㑲㑳㑴㑵㑶㑷㑸㑹㑺㑻㑼㑽㑾㑿㒀㒁㒂㒃㒄㒅㒆㒇㒈㒉㒊㒋㒌㒍㒎㒏㒐㒑㒒㒓㒔㒕㒖㒗㒘㒙㒚㒛㒜㒝㒞㒟㒠㒡㒢㒣㒤㒥㒦㒧㒨㒩㒪㒫㒬㒭㒮㒯㒰㒱㒲㒳㒴㒵㒶㒷㒸㒹㒺㒻㒼㒽㒾㒿㓀㓁㓂㓃㓄㓅㓆㓇㓈㓉㓊㓋㓌㓍㓎㓏㓐㓑㓒㓓㓔㓕㓖㓗㓘㓙㓚㓛㓜㓝㓞㓟㓠㓡㓢㓣㓤㓥㓦㓧㓨㓩㓪㓫㓬㓭㓮㓯㓰㓱㓲㓳㓴㓵㓶㓷㓸㓹㓺㓻㓼㓽㓾㓿㔀㔁㔂㔃㔄㔅㔆㔇㔈㔉㔊㔋㔌㔍㔎㔏㔐㔑㔒㔓㔔㔕㔖㔗㔘㔙㔚㔛㔜㔝㔞㔟㔠㔡㔢㔣㔤㔥㔦㔧㔨㔩㔪㔫㔬㔭㔮㔯㔰㔱㔲㔳㔴㔵㔶㔷㔸㔹㔺㔻㔼㔽㔾㔿㕀㕁㕂㕃㕄㕅㕆㕇㕈㕉㕊㕋㕌㕍㕎㕏㕐㕑㕒㕓㕔㕕㕖㕗㕘㕙㕚㕛㕜㕝㕞㕟㕠㕡㕢㕣㕤㕥㕦㕧㕨㕩㕪㕫㕬㕭㕮㕯㕰㕱㕲㕳㕴㕵㕶㕷㕸㕹㕺㕻㕼㕽㕾㕿㖀㖁㖂㖃㖄㖅㖆㖇㖈㖉㖊㖋㖌㖍㖎㖏㖐㖑㖒㖓㖔㖕㖖㖗㖘㖙㖚㖛㖜㖝㖞㖟㖠㖡㖢㖣㖤㖥㖦㖧㖨㖩㖪㖫㖬㖭㖮㖯㖰㖱㖲㖳㖴㖵㖶㖷㖸㖹㖺㖻㖼㖽㖾㖿㗀㗁㗂㗃㗄㗅㗆㗇㗈㗉㗊㗋㗌㗍㗎㗏㗐㗑㗒㗓㗔㗕㗖㗗㗘㗙㗚㗛㗜㗝㗞㗟㗠㗡㗢㗣㗤㗥㗦㗧㗨㗩㗪㗫㗬㗭㗮㗯㗰㗱㗲㗳㗴㗵㗶㗷㗸㗹㗺㗻㗼㗽㗾㗿㘀㘁㘂㘃㘄㘅㘆㘇㘈㘉㘊㘋㘌㘍㘎㘏㘐㘑㘒㘓㘔㘕㘖㘗㘘㘙㘚㘛㘜㘝㘞㘟㘠㘡㘢㘣㘤㘥㘦㘧㘨㘩㘪㘫㘬㘭㘮㘯㘰㘱㘲㘳㘴㘵㘶㘷㘸㘹㘺㘻㘼㘽㘾㘿㙀㙁㙂㙃㙄㙅㙆㙇㙈㙉㙊㙋㙌㙍㙎㙏㙐㙑㙒㙓㙔㙕㙖㙗㙘㙙㙚㙛㙜㙝㙞㙟㙠㙡㙢㙣㙤㙥㙦㙧㙨㙩㙪㙫㙬㙭㙮㙯㙰㙱㙲㙳㙴㙵㙶㙷㙸㙹㙺㙻㙼㙽㙾㙿㚀㚁㚂㚃㚄㚅㚆㚇㚈㚉㚊㚋㚌㚍㚎㚏㚐㚑㚒㚓㚔㚕㚖㚗㚘㚙㚚㚛㚜㚝㚞㚟㚠㚡㚢㚣㚤㚥㚦㚧㚨㚩㚪㚫㚬㚭㚮㚯㚰㚱㚲㚳㚴㚵㚶㚷㚸㚹㚺㚻㚼㚽㚾㚿㜀㜁㜂㜃㜄㜅㜆㜇㜈㜉㜊㜋㜌㜍㜎㜏㜐㜑㜒㜓㜔㜕㜖㜗㜘㜙㜚㜛㜜㜝㜞㜟㜠㜡㜢㜣㜤㜥㜦㜧㜨㜩㜪㜫㜬㜭㜮㜯㜰㜱㜲㜳㜴㜵㜶㜷㜸㜹㜺㜻㜼㜽㜾㜿㝀㝁㝂㝃㝄㝅㝆㝇㝈㝉㝊㝋㝌㝍㝎㝏㝐㝑㝒㝓㝔㝕㝖㝗㝘㝙㝚㝛㝜㝝㝞㝟㝠㝡㝢㝣㝤㝥㝦㝧㝨㝩㝪㝫㝬㝭㝮㝯㝰㝱㝲㝳㝴㝵㝶㝷㝸㝹㝺㝻㝼㝽㝾㝿㞀㞁㞂㞃㞄㞅㞆㞇㞈㞉㞊㞋㞌㞍㞎㞏㞐㞑㞒㞓㞔㞕㞖㞗㞘㞙㞚㞛㞜㞝㞞㞟㞠㞡㞢㞣㞤㞥㞦㞧㞨㞩㞪㞫㞬㞭㞮㞯㞰㞱㞲㞳㞴㞵㞶㞷㞸㞹㞺㞻㞼㞽㞾㞿㟀㟁㟂㟃㟄㟅㟆㟇㟈㟉㟊㟋㟌㟍㟎㟏㟐㟑㟒㟓㟔㟕㟖㟗㟘㟙㟚㟛㟜㟝㟞㟟㟠㟡㟢㟣㟤㟥㟦㟧㟨㟩㟪㟫㟬㟭㟮㟯㟰㟱㟲㟳㟴㟵㟶㟷㟸㟹㟺㟻㟼㟽㟾㟿㠀㠁㠂㠃㠄㠅㠆㠇㠈㠉㠊㠋㠌㠍㠎㠏㠐㠑㠒㠓㠔㠕㠖㠗㠘㠙㠚㠛㠜㠝㠞㠟㠠㠡㠢㠣㠤㠥㠦㠧㠨㠩㠪㠫㠬㠭㠮㠯㠰㠱㠲㠳㠴㠵㠶㠷㠸㠹㠺㠻㠼㠽㠾㠿㡀㡁㡂㡃㡄㡅㡆㡇㡈㡉㡊㡋㡌㡍㡎㡏㡐㡑㡒㡓㡔㡕㡖㡗㡘㡙㡚㡛㡜㡝㡞㡟㡠㡡㡢㡣㡤㡥㡦㡧㡨㡩㡪㡫㡬㡭㡮㡯㡰㡱㡲㡳㡴㡵㡶㡷㡸㡹㡺㡻㡼㡽㡾㡿㢀㢁㢂㢃㢄㢅㢆㢇㢈㢉㢊㢋㢌㢍㢎㢏㢐㢑㢒㢓㢔㢕㢖㢗㢘㢙㢚㢛㢜㢝㢞㢟㢠㢡㢢㢣㢤㢥㢦㢧㢨㢩㢪㢫㢬㢭㢮㢯㢰㢱㢲㢳㢴㢵㢶㢷㢸㢹㢺㢻㢼㢽㢾㢿㣀㣁㣂㣃㣄㣅㣆㣇㣈㣉㣊㣋㣌㣍㣎㣏㣐㣑㣒㣓㣔㣕㣖㣗㣘㣙㣚㣛㣜㣝㣞㣟㣠㣡㣢㣣㣤㣥㣦㣧㣨㣩㣪㣫㣬㣭㣮㣯㣰㣱㣲㣳㣴㣵㣶㣷㣸㣹㣺㣻㣼㣽㣾㣿㤀㤁㤂㤃㤄㤅㤆㤇㤈㤉㤊㤋㤌㤍㤎㤏㤐㤑㤒㤓㤔㤕㤖㤗㤘㤙㤚㤛㤜㤝㤞㤟㤠㤡㤢㤣㤤㤥㤦㤧㤨㤩㤪㤫㤬㤭㤮㤯㤰㤱㤲㤳㤴㤵㤶㤷㤸㤹㤺㤻㤼㤽㤾㤿㥀㥁㥂㥃㥄㥅㥆㥇㥈㥉㥊㥋㥌㥍㥎㥏㥐㥑㥒㥓㥔㥕㥖㥗㥘㥙㥚㥛㥜㥝㥞㥟㥠㥡㥢㥣㥤㥥㥦㥧㥨㥩㥪㥫㥬㥭㥮㥯㥰㥱㥲㥳㥴㥵㥶㥷㥸㥹㥺㥻㥼㥽㥾㥿㦀㦁㦂㦃㦄㦅㦆㦇㦈㦉㦊㦋㦌㦍㦎㦏㦐㦑㦒㦓㦔㦕㦖㦗㦘㦙㦚㦛㦜㦝㦞㦟㦠㦡㦢㦣㦤㦥㦦㦧㦨㦩㦪㦫㦬㦭㦮㦯㦰㦱㦲㦳㦴㦵㦶㦷㦸㦹㦺㦻㦼㦽㦾㦿㧀㧁㧂㧃㧄㧅㧆㧇㧈㧉㧊㧋㧌㧍㧎㧏㧐㧑㧒㧓㧔㧕㧖㧗㧘㧙㧚㧛㧜㧝㧞㧟㧠㧡㧢㧣㧤㧥㧦㧧㧨㧩㧪㧫㧬㧭㧮㧯㧰㧱㧲㧳㧴㧵㧶㧷㧸㧹㧺㧻㧼㧽㧾㧿㨀㨁㨂㨃㨄㨅㨆㨇㨈㨉㨊㨋㨌㨍㨎㨏㨐㨑㨒㨓㨔㨕㨖㨗㨘㨙㨚㨛㨜㨝㨞㨟㨠㨡㨢㨣㨤㨥㨦㨧㨨㨩㨪㨫㨬㨭㨮㨯㨰㨱㨲㨳㨴㨵㨶㨷㨸㨹㨺㨻㨼㨽㨾㨿㩀㩁㩂㩃㩄㩅㩆㩇㩈㩉㩊㩋㩌㩍㩎㩏㩐㩑㩒㩓㩔㩕㩖㩗㩘㩙㩚㩛㩜㩝㩞㩟㩠㩡㩢㩣㩤㩥㩦㩧㩨㩩㩪㩫㩬㩭㩮㩯㩰㩱㩲㩳㩴㩵㩶㩷㩸㩹㩺㩻㩼㩽㩾㩿㪀㪁㪂㪃㪄㪅㪆㪇㪈㪉㪊㪋㪌㪍㪎㪏㪐㪑㪒㪓㪔㪕㪖㪗㪘㪙㪚㪛㪜㪝㪞㪟㪠㪡㪢㪣㪤㪥㪦㪧㪨㪩㪪㪫㪬㪭㪮㪯㪰㪱㪲㪳㪴㪵㪶㪷㪸㪹㪺㪻㪼㪽㪾㪿㫀㫁㫂㫃㫄㫅㫆㫇㫈㫉㫊㫋㫌㫍㫎㫏㫐㫑㫒㫓㫔㫕㫖㫗㫘㫙㫚㫛㫜㫝㫞㫟㫠㫡㫢㫣㫤㫥㫦㫧㫨㫩㫪㫫㫬㫭㫮㫯㫰㫱㫲㫳㫴㫵㫶㫷㫸㫹㫺㫻㫼㫽㫾㫿㬀㬁㬂㬃㬄㬅㬆㬇㬈㬉㬊㬋㬌㬍㬎㬏㬐㬑㬒㬓㬔㬕㬖㬗㬘㬙㬚㬛㬜㬝㬞㬟㬠㬡㬢㬣㬤㬥㬦㬧㬨㬩㬪㬫㬬㬭㬮㬯㬰㬱㬲㬳㬴㬵㬶㬷㬸㬹㬺㬻㬼㬽㬾㬿㭀㭁㭂㭃㭄㭅㭆㭇㭈㭉㭊㭋㭌㭍㭎㭏㭐㭑㭒㭓㭔㭕㭖㭗㭘㭙㭚㭛㭜㭝㭞㭟㭠㭡㭢㭣㭤㭥㭦㭧㭨㭩㭪㭫㭬㭭㭮㭯㭰㭱㭲㭳㭴㭵㭶㭷㭸㭹㭺㭻㭼㭽㭾㭿㮀㮁㮂㮃㮄㮅㮆㮇㮈㮉㮊㮋㮌㮍㮎㮏㮐㮑㮒㮓㮔㮕㮖㮗㮘㮙㮚㮛㮜㮝㮞㮟㮠㮡㮢㮣㮤㮥㮦㮧㮨㮩㮪㮫㮬㮭㮮㮯㮰㮱㮲㮳㮴㮵㮶㮷㮸㮹㮺㮻㮼㮽㮾㮿㯀㯁㯂㯃㯄㯅㯆㯇㯈㯉㯊㯋㯌㯍㯎㯏㯐㯑㯒㯓㯔㯕㯖㯗㯘㯙㯚㯛㯜㯝㯞㯟㯠㯡㯢㯣㯤㯥㯦㯧㯨㯩㯪㯫㯬㯭㯮㯯㯰㯱㯲㯳㯴㯵㯶㯷㯸㯹㯺㯻㯼㯽㯾㯿㰀㰁㰂㰃㰄㰅㰆㰇㰈㰉㰊㰋㰌㰍㰎㰏㰐㰑㰒㰓㰔㰕㰖㰗㰘㰙㰚㰛㰜㰝㰞㰟㰠㰡㰢㰣㰤㰥㰦㰧㰨㰩㰪㰫㰬㰭㰮㰯㰰㰱㰲㰳㰴㰵㰶㰷㰸㰹㰺㰻㰼㰽㰾㰿㱀㱁㱂㱃㱄㱅㱆㱇㱈㱉㱊㱋㱌㱍㱎㱏㱐㱑㱒㱓㱔㱕㱖㱗㱘㱙㱚㱛㱜㱝㱞㱟㱠㱡㱢㱣㱤㱥㱦㱧㱨㱩㱪㱫㱬㱭㱮㱯㱰㱱㱲㱳㱴㱵㱶㱷㱸㱹㱺㱻㱼㱽㱾㱿㲀㲁㲂㲃㲄㲅㲆㲇㲈㲉㲊㲋㲌㲍㲎㲏㲐㲑㲒㲓㲔㲕㲖㲗㲘㲙㲚㲛㲜㲝㲞㲟㲠㲡㲢㲣㲤㲥㲦㲧㲨㲩㲪㲫㲬㲭㲮㲯㲰㲱㲲㲳㲴㲵㲶㲷㲸㲹㲺㲻㲼㲽㲾㲿㳀㳁㳂㳃㳄㳅㳆㳇㳈㳉㳊㳋㳌㳍㳎㳏㳐㳑㳒㳓㳔㳕㳖㳗㳘㳙㳚㳛㳜㳝㳞㳟㳠㳡㳢㳣㳤㳥㳦㳧㳨㳩㳪㳫㳬㳭㳮㳯㳰㳱㳲㳳㳴㳵㳶㳷㳸㳹㳺㳻㳼㳽㳾㳿㴀㴁㴂㴃㴄㴅㴆㴇㴈㴉㴊㴋㴌㴍㴎㴏㴐㴑㴒㴓㴔㴕㴖㴗㴘㴙㴚㴛㴜㴝㴞㴟㴠㴡㴢㴣㴤㴥㴦㴧㴨㴩㴪㴫㴬㴭㴮㴯㴰㴱㴲㴳㴴㴵㴶㴷㴸㴹㴺㴻㴼㴽㴾㴿㵀㵁㵂㵃㵄㵅㵆㵇㵈㵉㵊㵋㵌㵍㵎㵏㵐㵑㵒㵓㵔㵕㵖㵗㵘㵙㵚㵛㵜㵝㵞㵟㵠㵡㵢㵣㵤㵥㵦㵧㵨㵩㵪㵫㵬㵭㵮㵯㵰㵱㵲㵳㵴㵵㵶㵷㵸㵹㵺㵻㵼㵽㵾㵿㶀㶁㶂㶃㶄㶅㶆㶇㶈㶉㶊㶋㶌㶍㶎㶏㶐㶑㶒㶓㶔㶕㶖㶗㶘㶙㶚㶛㶜㶝㶞㶟㶠㶡㶢㶣㶤㶥㶦㶧㶨㶩㶪㶫㶬㶭㶮㶯㶰㶱㶲㶳㶴㶵㶶㶷㶸㶹㶺㶻㶼㶽㶾㶿㷀㷁㷂㷃㷄㷅㷆㷇㷈㷉㷊㷋㷌㷍㷎㷏㷐㷑㷒㷓㷔㷕㷖㷗㷘㷙㷚㷛㷜㷝㷞㷟㷠㷡㷢㷣㷤㷥㷦㷧㷨㷩㷪㷫㷬㷭㷮㷯㷰㷱㷲㷳㷴㷵㷶㷷㷸㷹㷺㷻㷼㷽㷾㷿㸀㸁㸂㸃㸄㸅㸆㸇㸈㸉㸊㸋㸌㸍㸎㸏㸐㸑㸒㸓㸔㸕㸖㸗㸘㸙㸚㸛㸜㸝㸞㸟㸠㸡㸢㸣㸤㸥㸦㸧㸨㸩㸪㸫㸬㸭㸮㸯㸰㸱㸲㸳㸴㸵㸶㸷㸸㸹㸺㸻㸼㸽㸾㸿㹀㹁㹂㹃㹄㹅㹆㹇㹈㹉㹊㹋㹌㹍㹎㹏㹐㹑㹒㹓㹔㹕㹖㹗㹘㹙㹚㹛㹜㹝㹞㹟㹠㹡㹢㹣㹤㹥㹦㹧㹨㹩㹪㹫㹬㹭㹮㹯㹰㹱㹲㹳㹴㹵㹶㹷㹸㹹㹺㹻㹼㹽㹾㹿㺀㺁㺂㺃㺄㺅㺆㺇㺈㺉㺊㺋㺌㺍㺎㺏㺐㺑㺒㺓㺔㺕㺖㺗㺘㺙㺚㺛㺜㺝㺞㺟㺠㺡㺢㺣㺤㺥㺦㺧㺨㺩㺪㺫㺬㺭㺮㺯㺰㺱㺲㺳㺴㺵㺶㺷㺸㺹㺺㺻㺼㺽㺾㺿㻀㻁㻂㻃㻄㻅㻆㻇㻈㻉㻊㻋㻌㻍㻎㻏㻐㻑㻒㻓㻔㻕㻖㻗㻘㻙㻚㻛㻜㻝㻞㻟㻠㻡㻢㻣㻤㻥㻦㻧㻨㻩㻪㻫㻬㻭㻮㻯㻰㻱㻲㻳㻴㻵㻶㻷㻸㻹㻺㻻㻼㻽㻾㻿㼀㼁㼂㼃㼄㼅㼆㼇㼈㼉㼊㼋㼌㼍㼎㼏㼐㼑㼒㼓㼔㼕㼖㼗㼘㼙㼚㼛㼜㼝㼞㼟㼠㼡㼢㼣㼤㼥㼦㼧㼨㼩㼪㼫㼬㼭㼮㼯㼰㼱㼲㼳㼴㼵㼶㼷㼸㼹㼺㼻㼼㼽㼾㼿㽀㽁㽂㽃㽄㽅㽆㽇㽈㽉㽊㽋㽌㽍㽎㽏㽐㽑㽒㽓㽔㽕㽖㽗㽘㽙㽚㽛㽜㽝㽞㽟㽠㽡㽢㽣㽤㽥㽦㽧㽨㽩㽪㽫㽬㽭㽮㽯㽰㽱㽲㽳㽴㽵㽶㽷㽸㽹㽺㽻㽼㽽㽾㽿㿀㿁㿂㿃㿄㿅㿆㿇㿈㿉㿊㿋㿌㿍㿎㿏㿐㿑㿒㿓㿔㿕㿖㿗㿘㿙㿚㿛㿜㿝㿞㿟㿠㿡㿢㿣㿤㿥㿦㿧㿨㿩㿪㿫㿬㿭㿮㿯㿰㿱㿲㿳㿴㿵㿶㿷㿸㿹㿺㿻㿼㿽㿾㿿

さらに、以下の裁判例を分析する視点として留意すべき点をここで指摘すれば、それは競業禁止特約、秘密保持特約、顧客勧誘禁止特約の三つを区別するというものである。この三つは、実際には区別がしばしば困難になるが、まず秘密保持特約はノウハウや機密情報の使用・開示を禁止する契約であって、労働者に対する制限の度合いが最も小さい。次に、顧客勧誘禁止特約は旧使用者の顧客に対して労働者の側から働きかけることを禁止する契約であり、秘密保持特約よりは労働者に対する制限が強い。最後に、競業禁止特約は競業そのものを禁止するものであり、三つの中で労働者に対する制限の度合いが最も強い。したがって、労働者保護の観点から課せられる有効要件については、競業禁止特約が最も厳格であることが要請され、一方、秘密保持特約は最も緩やかなものであることが要請される。かかる観点から

みた場合に、一見競争禁止特約が問題となつていように見える事案であるが、顧客勧誘禁止を制限するものである裁判例としては⑧と⑨があり、これらの裁判例を分析するときには、上に述べた違いに留意する必要がある。

- ⑦ 原田商店事件（広島高判昭和三二年八月二八日判例時報一三二号一六頁）
- ⑧ 日本警報装置事件（東京地判昭和四二年一月二五日判例時報五二〇号六一頁）
- ⑨ 中部機械製作所事件（金沢地判昭和四三年三月二七日判例時報五二二号八三頁）
- ⑩ フォセコ・ジャパン・リミテッド事件（奈良地判昭和四五年一〇月二三日判例時報六二四号七八頁）
- ⑪ 久田製作所事件（東京地判昭和四七年一月一日労働判例一六五号六一頁）
- ⑫ 東日本自動車用品事件（東京地判昭和五一年一月二二日判例タイムズ三五四号二九〇頁）
- ⑬ 三晃社事件（最判昭和五二年八月九日労働経済判例速報九五八号二五頁）
- ⑭ 高蔵工業事件（名古屋地判昭和五九年六月八日労働判例四四七号七一頁）
- ⑮ 福井新聞社事件（福井地判昭和六二年六月一九日労働判例五〇三号八三頁）
- ⑯ 東京学習協力会事件（東京地判平成二年四月一七日労働判例五八一七〇頁）
- ⑰ 中部日本広告社事件（名古屋高判平成二年八月三一日労働判例五六九号三二頁）
- ⑱ 新大阪貿易事件（大阪地判平成三年一〇月一五日労働判例五九六号二二頁）
- ⑲ チェスコム秘書センター事件（東京地判平成五年一月二八日労働判例六五一号一六一頁）
- ⑳ 中央総合教育研究所事件（東京地判平成五年八月二五日判例時報一四六九号九三頁）
- ㉑ フレンチ・エフ・アンド・ビー・ジャパン事件（東京地決平成五年一〇月四日金融・商事判例九二九号一一頁）

- ㊤ 西部商事事件（福岡地小倉支判平成六年四月一九日労働法律旬報一三六〇号四八頁）
- ㊦ ケプナー・トリゴー日本事件（東京地判平成六年九月二九日判例時報一五四三号一三四頁）
- ㊧ フリーラン事件（東京地判平成六年一月二五日判例時報一五二四号六二頁）
- ㊨ 東京リーガルマインド事件（東京地決平成七年一〇月一六日労働判例六九〇号七五頁）
- ㊩ 日本コンベンションサービス事件（大阪地判平成八年二月二五日労働判例七一一号三〇頁）
- ㊪ ニッシンコーポレーション事件（大阪地判平成一〇年二月二二日知的裁集三〇巻四号一〇〇〇頁）
- ㊫ キヨウシステム事件（大阪地判平成一二年六月一九日労働判例七九一号八頁）
- ㊬ 東京貨物社事件（東京地判平成一二年二月一八日労働判例八〇七号三二頁）
- ㊭ ソフトウェアほか事件（東京地判平成一三年二月二三日労働経済判例速報一七六八号一六頁）
- ㊮ ダイオーズサービシズ事件（東京地判平成一四年八月三〇日労働判例八三八号三二頁）
- ㊯ 新日本科学事件（大阪地判平成一五年一月二二日労働判例八四六号三九頁）
- ㊰ トーレラザールコミュニケーションズ事件（東京地決平成一六年九月二二日労働判例八八二号一九頁）
- ㊱ アートネイチャー事件（東京地判平成一七年二月二三日労働判例九〇二号一〇六頁）
- ㊲ アイメックス事件（東京地判平成一七年九月二七日労働判例九〇九号五六頁）
- ㊳ A特許事務所事件（大阪地決平成一七年一〇月二七日労働判例九〇八号五七頁）

二 法的根拠

まず、退職後の競業禁止義務の法的根拠について裁判例を整理すると、「労働者は労働契約が終了すれば、職業選択

の自由として競業行為を行うことができるのであるから、労働契約が終了した後まで競業禁止義務を当然に負うものではない」(又㊸㊹㊺) ことを前提に、「当事者間の格別の合意があるような場合」には競業禁止義務が認められるとの枠組みを示すものが多い。ここで、「当事者間の格別の合意」とは、使用者の一方的作成にかかる就業規則上の規定ではなく、退職時の合意(㊻㊼㊽㊾)、在職中の誓約書(㊿㊽㊾㊿)、採用時の誓約書(㊿㊽㊾㊿㊽㊾㊿)等を指す。

もつとも、不正競争防止法上の営業秘密やこれに該当しない機密情報や顧客情報等の使用者財産の保護を目的とする場合には、必ずしも当事者間の格別の合意が要求されるわけではなく、就業規則が退職後の競業禁止義務の法的根拠になるとする裁判例もある(㊿㊽㊾)。これについては、「労働契約終了後の競業禁止義務の有無は、労働契約関係存続中の権利義務に関するものではないので、本来の労働条件には当たらず、したがって「労働契約終了後の競業禁止義務を課することは、労働条件を定めるべき就業規則の対象に含まれず、実際に就業規則でその旨を定めても当該条項には就業規則の拘束力が働かないのではないか」(㊿)、あるいは、労働関係の終了後は、契約存続中の誠実義務ないし競業禁止義務は解消されるのが原則であるとすれば、就業規則によって退職後の競業禁止義務を一方的に設定することが許されるかは極めて疑問であり、個別的な合意(特約)の成立が要求される、とする批判がある。しかし、いくつかの裁判例は、「労働者が使用者の営業秘密に関わっていた場合、自己の営業秘密を守るため、退職後も労働者に競業禁止義務を課す必要がある」(㊿㊽㊾)るのであるから、「労働者が労働契約においてその職務遂行に関し労働契約終了後の競業禁止義務を負担するかどうかは、労働条件に付随し、これに準ずるものととらえるのが相当であ」(㊿)、就業規則上の規定が退職後の競業禁止義務の法的根拠になると解している。

さらに、使用者財産を違法、不当に奪取する競業を防ぐ場合には、当事者間の格別の合意や就業規則の規定がなくとも労働契約の付随義務に基づく競業禁止義務に反する行為であるとすると裁判例もある(㊿)。学説においても、このよ

うな付随義務としての競業禁止義務を支持する見解があり、信義則上合理的範囲内で存続するとされる。⁷⁸⁾ただし、ここで留意すべきは、競業禁止義務と顧客勧誘禁止義務の区別であろう。顧客勧誘禁止義務は、使用者が獲得した顧客について、労働者が雇用期間中の地位を利用して積極的に働きかけて、当該顧客を奪うことを禁止するものであり、顧客からの働きかけによる競業を禁止する義務ではない。これに対して、競業禁止義務は顧客からの勧誘による競業をも禁止する義務である。このような観点からみると、裁判例⑧は「労働契約継続中に獲得した取引の相手方に関する知識を利用して、使用者が取引継続中のものに働きかけをして競業を行うことは許されない」としており、競業禁止義務ではなく、付随義務としての顧客勧誘禁止義務を認めた事例と理解すべきであろう。

かくして裁判例は、競業禁止義務の法的根拠として就業規則、当事者の格別の合意等の明示の根拠を要求する。裁判例⑨は一見付随義務としての競業禁止義務を認めたように思われるが、上述のとおり、そのような理解は妥当ではない。したがってここで問題となるのは、旧使用者の財産権を目的とする場合の競業禁止義務の根拠として就業規則の規定を含めることができるのか、というものである。⁷⁹⁾これについてはアメリカ法を概観した後、さらに検討することとしたい。

三 合理性判断

前述のように、契約上の競業禁止義務は就業規則あるいは特約の存在によって初めて認められる義務であるが、さらに裁判例は職業選択の自由に配慮して、保護される使用者利益と労働者が被る不利益性を比較衡量することによって、競業禁止特約の効力を限定する。あくまで相対的な違いであるものの、具体的には、次の二つの手法で競業禁止義務の効力を判断してきている。⁸⁰⁾

第一の手法は、競業の内容や労働者の背信性に着目して競業禁止特約の合理性を認めようとするものであり、たとえ

ば、営業部長として営業活動を統括する地位にあった者が、会社に対して顧客情報を残さず、それを独占的に利用するという形での競業は、期間が三年という長期期間であり代償措置がなくても合理性が認められる(⑤)。この合理性判断は労働者の競業の態様に着目した枠組みであるので、競業態様型の合理性判断と呼ぶ。

第二の手法は、(ア)使用者の正当な利益の保護、(イ)労働者の退職前の地位、競業が禁止される業務、期間、地域の範囲、(ウ)使用者による代償措置の有無等から特約の効力を判断しようとするものである。この合理性判断は、代償措置や当事者の合意に着目する枠組みであるので、取引重視型の合理性判断と呼ぶ。なお、この合理性判断は、特約の文面に着目して合理性の有無を判断する裁判例(④)と、特約の有効性を前提にしてその効力を合理的範囲に限定しようとする裁判例(⑦)とに分類される。両者の違いは相対的であるものの、前者によれば、たとえば広範囲な地域、長期にわたる期間を設定した特約は無効となるが、後者によれば、特約の内容が包括的であつても合理的範囲内における特約の効力が認められ易くなる。

(a) 取引重視型

取引重視型の合理性判断は、上記のとおり(ア)使用者の正当な利益の保護、(イ)労働者の退職前の地位、競業が禁止される業務、期間、地域の範囲、(ウ)使用者による代償措置の有無という観点から、特約あるいは就業規則の内容を判断しようとするものである。以下では、裁判例からその具体的内容を抽出してみたい。

(ア) 使用者の正当な利益

まず、当該競業避止特約によって保護されるべき正当な使用者利益の存在が要求される。多くの裁判例は、ノウハウ

や営業秘密等の財産的情報の保護を正当利益とするが、ここでの財産的情報は、当該使用者のみが有する特殊な知識であつて、労働者が他の使用者のもとにあつても同様に習得できる一般的知識・技能は含まれない(④)(⑤)(⑥)とされている。たとえば、「顧客の名簿及び取引内容に関わる事項」、「製品の製造過程、価格等に関わる事項」は経営の根幹に関わる重要情報であり(⑦)、「顧客との進行中の企画・製作案件はもとより、過去の取引状況や個別取引の価格情報を含む価格体系、使用する下請業者やその取引条件及び協力関係を有する専門医とのコネクション等は…重要な営業秘密であるとともにノウハウを構成するもの」(⑧)であるが、単に取引先を確保するという営業利益のために労働者の移動を禁止することはできない(⑨)。これは、労働者が在職中に獲得した知識を自らのキャリア展開に用いることは、職業選択の自由に基づいて本来的に許容されるゆえに他ならない。しかし、当該使用者のみが有する特殊な知識とそうでない一般的知識を区別することはしばしば困難であつて、一般的知識でないことの証明を使用者に課すことは競業禁止特約の有用性を減殺しよう。したがつて、ここでいう使用者のみが有する特殊な知識とは、不正競争防止法の営業禁止特約の有用性を減殺しよう。したがつて、ここでいう使用者のみが有する特殊な知識とは、不正競争防止法の営業秘密より広範なものであつて、労働者の一般的知識であることが明らかなるものを除外を包含するというべきである。ただし、このような競業禁止義務による財産的情報の保護が正当化されるためには、合理的な秘密保持義務の存在(⑩)に加えて、競業禁止義務を課さなければ情報漏洩の危険性が高いというような事情が求められる(⑪)(⑫)。

以上の財産的情報に加えて、退職した労働者による顧客の獲得を規制することが、ここでの使用者利益に含まれるか否かが問題となる。裁判例では、マット・モップ類のレンタル事業について、「特殊技術こそ要しないが契約獲得・継続のための労力・資本投下が不可欠であり…新規開拓には相応の費用を要する」のであるから、既存顧客の維持は正当利益であるとした例(⑬)がある。これに対して、「従業員と取引先との信頼関係は、従業員が業務を遂行する中で形成されていくもので、従業員が個人として獲得したものである」(⑭)として、否定的な立場に立つ裁判例もある。また

学説では、退職した労働者による顧客の獲得が競争の必然的な結果である点を重視して正当な保護利益を否定する見解がある。⁽⁸⁾

ただし裁判例では、使用者の正当な利益が希薄な場合、たとえば、単に労働者を引き止めるための手段としての競業禁止義務（㊦）、会社独自のノウハウの漏洩防止ではなく、単に営業利益のために労働者の移動そのものを禁止する競業禁止義務（㊧）、合理的理由がないところの特定の職業につくことを禁止する競業禁止義務（㊨）であっても、当事者間に格別の合意があり、かつ後述する代償措置が十分に講じられていれば合理性が認められるとする例がある。

(イ) 労働者の退職前の地位、競業が禁止される業務、期間、地域の範囲

財産的情報の保護を目的とする競業禁止特約については、当該労働者の職務内容が営業秘密等の財産的情報に関わる点が重要な要素となる（㊦㊧㊨）。禁止される業務については、退職前の労働者の地位、職種に照らして当該財産的情報の使用・開示の不可避性が推認される業種、職種に限定され、期間についても当該財産的情報の保護に必要不可欠な範囲に限定されている。（期間二年を有効とした例として㊩㊪）。地域の範囲については、技術的な情報を保護する場合には、たとえ無制限であっても許容されるもの（㊫㊬）、地域性のある顧客情報等が問題となっている場合は地域的限定が必要になると解される。

(ウ) 代償措置の有無

代償措置を合理性判断の中でどのように位置付けるのか、という問題については最も議論の多い点である。学説では、大別すると、代償措置の存在を競業禁止特約の有効要件とする見解と、重要な要素であるが必ずしも必要ではないとす

る考え方が対立している。

代償措置を有効要件に位置づける前者の見解は、その根拠として①退職後の競業禁止義務が労働者に職業活動の一部を放棄させるといふ強力な効果を持つ義務であり、それを補正するための適正な対価（代償）を要する⁸⁴、②当事者間の合意とその反対給付は、労働者の競業禁止義務とその職業活動の自由という要請との調和を図り、同義務の限界を画するため⁸⁵の前提といふべきであり、それらの存在を競業禁止義務成立のための一般的根拠とみるべきである、③代償を不可欠の要件とすることで使用者に当該労働者が代償を支払ってまで競業を制限する必要がある労働者かという再考を促し、また代償の受け取りがあつたことで労働者の意思を確認できる⁸⁶、④労働者の一般的知識と企業固有の特殊的知識が区別困難で明確に区分することができない状況が増加する傾向にあつては、企業利益と労働者利益を適正に調和するものとして代償措置が不可避に要請される⁸⁷、と主張する。

これに対して、必ずしも代償措置を要しないとする後者の見解は、①代償は労使関係における交渉力格差を是正するために求められるものであつて、労働者の交渉力の程度に応じて代償の要否は異なる⁸⁸、②正当な競争行為の範囲を逸脱した競業行為による損害を回復する使用者の利益は、代償を要せずとも保護に値する⁸⁹、③労働者の基本的権利を私人間の合意を介して制約する場合、制約から生じる不利益を償うため、代償措置を必要とすることが一般的な法原理として認められているとはいふ⁹⁰、と主張する⁹¹。また、代償措置を競業禁止特約の有効要件としてではなく、差止請求の要件として構成する考え方もありえよう。

一方、裁判例における代償措置の位置づけは、事案にそくして多様な展開が見受けられる。たとえば、月額四〇〇〇円の秘密保持手当が十分な代償措置ではないとして競業禁止特約を無効とした例^(八)があるが、逆に在職中の秘密保持手当を重視して差止請求を認容した例^(五)も見受けられる。また、使用者利益と代償措置を相関的に判断すると

いう観点から、競業避止特約を営業秘密保護を目的とする場合とそうでない場合に二分し、後者の場合については、十分な代償措置を要求する例(テト)⁹²もある。一方で、使用者に正当な保護利益が認められない場合については、「一般的に合理的理由がないのに特定の職業につくことを禁ずる契約は公序良俗に反するものと考えられるけれども、その禁止がある代償を受ける代わりに課せられる場合は、それが相手方の窮迫に乗じたとか、差別待遇になるとかこれにより著しく独占的傾向を生じ、公正な取引が阻害される結果を来すとか、特別の事由がない限り、これを以って必ずしも公序良俗に反するものとは認めがたし」とする例(イ)も見られる。あるいは営業秘密保護に言及せず、合意による競業避止義務の創出については十分な代償措置が必要であるとする例(エ)や、代償措置が講じられていないが、会社の顧客に対する営業のみを禁止するものであって職業選択の自由、営業業の自由を制限する程度は小さいとして合理性を認めた例(ウ)がある。ただし裁判例②については、前述のとおり競業避止特約ではなく顧客勧誘禁止特約が問題となっていたことに留意すべきである。

他方、代償措置の形態については、上述のように在職中月額四〇〇〇円の秘密保持手当ては代償措置となり得ないとする例(ハ)がある他、「退職金規定に基づく退職金は勤務中の労働の対価としての意味を有するものであって、そもそも退職後の競業避止義務に対する代償措置としての性質を有するものとはいえない」とする例(ホ)、固有かつ独立した代償措置はないものの、在職時における厚遇に着目して競業避止特約の合理性を認める例(ヒ)、在職中における多額の株式の対価ならびに報酬を得ていることを考慮して合理性を認める例(フ)等がある。なお、在職中の高い給与水準が代償措置に該当するか否かは議論が分かれるところであろう。

このように裁判例では、代償要件の必要性、形態について、使用者利益の重要性やその他の事実関係に応じて柔軟な判断を示してきている。また先述のように、学説においても代償措置を特約の有効要件とするのか否かについては対立

が見られたところである。

しかしここでは、代償措置を特約の有効要件として位置づける見解に賛成したい。なぜなら、第一に、代償措置は労働者の不利益に対する補償だけでなく、同時に、使用者利益が当該競業避止特約によって保護されるに値するかどうかの限界を画する機能を持つ。すなわち、一方で代償措置は使用者の財産的情報の保護に対する合理的努力を形成するが、他方で代償措置が講じられていなければ保護に値する財産的情報と見ることはできない、と評価することができる。第二に、財産的情報は特定困難性を有しており、企業特殊の知識と労働者の一般的知識とを区別することがもともとより困難であるから、それらを調整するものとして代償措置が不可避に要請される。第三に、不正競争防止法上の営業秘密保護については、特約がなくとも同法上の競業差止が可能であると解するところ、実定法を超えた義務については、使用者にそれに応じた負担を課す必要がある。第四に、代償措置の有無を使用者利益や事実関係にそくして柔軟に判断するという基準は、事後的に妥当な帰結を導きやすいが、一方で事前の予測可能性を軽視するものであるからである。ただし、以上の主張の前提として、どのような代償措置が講じられれば特約が有効となるのかを明確にすることが要求される。そうでなければ、契約規範としての予測可能性が失われるからである。この問題については、アメリカ法を参考にして再論することとしたい。

(五) 合理的限定解釈

上述のように、取引重視型の合理性判断は、特約の文面に着目して合理性の有無を判断する裁判例と、文面上は包括的であっても①使用者の正当な利益の保護、②労働者の退職前の地位、競業が禁止される業務、期間、地域の範囲、③使用者による代償措置の有無から特約の効力を合理的範囲に限定しようとする裁判例とに分類される。前者を全部無効

アプローチ、後者を合理的修正アプローチと呼ぶ。全部無効アプローチの典型例である裁判例④は、会社を退職した後五年間は、会社の営業の部類に属する事業を営む他企業への勤務又は自家営業を行わない旨の競業禁止特約について、対象が非常に広範で、場所的限定がないこと、期間が長すぎること等から公序良俗に反して無効であると判断する。

これに対して、合理的修正アプローチの典型例である裁判例⑤⑦は、「競業禁止義務については、従業員の競業行為を制約する合理性を基礎づける必要最小限の内容に限定して効力を認めるのが相当である」と判示する。これは、特約の文面を審査して有効無効を判断するというよりは、むしろ特約の有効性を前提として、その義務の範囲を合理的に限定しようとするものである。裁判例⑥は、「競業する業務」を営む会社への就職を禁止した特約について、元使用者の顧客に対する医療用医薬品の衆知・販売に向けられた五業務に限定して効力を認める。さらに、裁判例⑧は「本件事務所を退職後、二年間は、本件事務所の顧客にとつて競合関係を構成する特許事務所・法律事務所に債務者は就職することはない」という地域的に無限定である競業禁止特約について、「競合関係を構成する特許事務所等とは、債権者の依頼者が債権者に依頼している同一分野において、その当業者から依頼を受けている結果、債権者の依頼者が依頼をしたとすればコンフリクトを生じ、弁理士法三一条によりその依頼を受けることができない特許事務所等という」と限定的に解釈するのが相当であるとした。

このようにわが国の一部の裁判例は、とりわけ業務の限定について、競業禁止特約の記載内容が広範囲であっても、これを直ちに公序良俗に反して無効とするのではなく、その内容を限定的に解釈する手法をとっており、裁判例⑦は、その正当化根拠を「退職後の競業禁止に関する合意は、その性質上、十分な協議がされずに締結される場合が少なくな」というところに求めている。

たしかに、労働契約の不完備性および労働者保護の観点から、裁判例は就業規則上の配転条項や退職金規定等につい

て合理的限定解釈を施してきており、競業禁止特約についてもこのような合理的な限定解釈が要請されるともいえず。しかしながら、退職後の競業禁止特約は在職中の労働条件とは一線を画するものであって、前述のとおり、就業規則に法的根拠を求めることにはもとより疑問が提起されている。したがって、就業規則の限定解釈という手法が端的に退職後の競業禁止特約にも要求されるとはいえない。逆に、競業禁止特約についての合理的限定解釈は、使用者に広範な競業禁止特約の締結を促すことになり、裁判所に訴えを提起しない労働者に対して大きな不利益を課す結果を生み出すのである。このような観点から見ると、職業選択の自由と抵触関係にある退職後の競業禁止特約については、包括的な条件を設定する特約を全部無効とすることによって、明確な条件の事前設定を促すことが要求されるといえよう。

(b) 競業態様型

以上に対して、競業態様型の合理性判断は労働者の背信性に着目した合理的限定解釈であり、たとえば、営業部長として営業活動を統括する地位にあった者が、会社に対して顧客情報を残さず、それを独占的に利用するという形での競業(㉔)、他の労働者を引き連れて学習塾を退職し、その近くに新たな学習塾を開校し、講師の大半を引き抜くとともに、生徒の多くを入会させた行為(㉕)は、競業禁止義務が文面上包括的なものであったとしても、競業禁止特約に違反するとされる⁸³。また、代償措置等が特になく場所的には無制限で、期間も三年という長期の制約を課す競業禁止特約に合理性が乏しい場合であっても、原告の営業秘密を不正に利用したり、原告の営業に重大な影響を及ぼすような「背信性の強い」競業を禁止することには合理性が認められる(㉖)。ここで背信性とは、「退職に至る経緯、目的、競業関係に就職することによって原告の被る影響の程度等諸般の事情を総合考慮して判断」(㉗)されるものである。

さらに最近の裁判例(㉘)は、退職後六ヶ月間、同業他社に就職できないという競業禁止条項について、「同業他社への

移籍が直ちにこれらの競業禁止条項に反し、移籍者が原告に対して債務不履行責任を負うことは相当でなく、退職後、退職者が競業行為を行うことにより、意図的に原告の業務を妨害する等、従業員の同業他社への移籍が相当性を欠く等の特段の事情がある場合に、これらの競業禁止条項に反し、退職者が原告に対して債務不履行責任を負う等と限定的に解釈する限度において、これら競業禁止条項は公序良俗に反することなく有効であると解すべき」と説示し、本件では競業禁止義務違反があると結論付けた。

このように裁判例では、特約や就業規則の規定内容が包括的であっても、労働者の競業の態様や背信性に着目し、義務の範囲を限定して特約の効力を認める傾向にある。しかしこのような判断を行うことには、次の二つの点で疑問がある。

第一に、競業禁止特約は契約規範であるから、労働者の背信性を考慮要素に加えることは妥当ではない。学説の中には、退職労働者の競業が公正であれば、代償を支払っても特約は正当化されず、逆に競業が不正であれば代償を支払わずとも特約が正当化されるとする見解があるが、労働者の背信性というような事後的な要素を考慮して競業禁止義務を導く思考様式は不法行為法の領域に属するものであり、契約規範としての特約の解釈から導出することは適切ではないと思われる。営業秘密を不正に使用する競業であり、不可避的な開示を伴うものであれば、不正競争防止法の競業禁止義務によって対応することができるし、不正競争防止法上の不正利用行為を伴わない競業行為であっても、特に背信性の強い態様のものは不法行為に基づく損害賠償請求の対象となろう。⁹⁵⁾

第二に、競業態様型の合理性判断は、競業の態様に着目した合理的限定解釈であり、上述した批判がここにも当てはまる。つまり、包括的な特約であっても必要な範囲で競業禁止義務が認められる結果になり、使用者に対して包括的な競業禁止特約の締結を促すことになるのである。職業選択の自由の要請から、退職後の競業禁止義務については、事前

の明確な条件設定が求められるというべきである。

労働者の背信性に着目して特約を限定解釈するという手法には、以上のような二つの問題点がある。これをどのように評価すべきかについては、アメリカ法を概観した後さらに検討する。

四 効果

競業禁止特約に合理性がある場合には、履行請求としての差止請求、違反の効果としての損害賠償請求という効果が生まれるほか、退職金の減額を行う余地が生じる。このうち、退職金と差止請求については、退職金が賃金の後払いの性質との関係で問題となり、差止請求が職業選択の自由との関係で問題となる。

まず、差止請求（履行請求）については、これが他の効果と異なつて直接就労を禁止するものであるから、裁判例は、当該競業行為によつて「営業上の利益が現に侵害され、また具体的に侵害させる恐れ」が生じることという要件を課している（㉑㉒）。このように差止請求を限定的に認める考え方は、不正競争防止法において見られるものであり、職業選択の自由をできるだけ阻害しないという考慮から要請される。

次に、退職金については、一般的に退職金規則において、同業他社に就職した退職社員に支給すべき支給額を一般の自己都合による退職の場合の半額と定めることも、退職金が功労報償的な性格を併せ有することにかんがみれば、合理性のない措置であるとはでき（㉓）ず、退職金規則に以上のような規定がある限り、退職金の不支給・減額を行うことはもとより可能である。しかし、退職金の賃金の後払い的性質が近年強まっていることを考慮すると、単なる競業禁止義務違反の効果から導くことは難しく、退職労働者に顕著な背信性がある場合に限って、退職金の不支給・減額を行うことができると解すべきであろう（㉔㉕）。もつとも、このような退職金の減額・不支給は退職金規定の解釈

をめぐる問題であつて、競業避止義務とは切り離されるべきであると解される。

このように競業避止義務の効果としては、「営業上の利益が現に侵害され、また具体的に侵害させる恐れ」があれば差止請求が、そうでない場合は損害賠償請求が認められる。また、労働者に顕著な背信性がある場合には、退職金規定に従つて、退職金の減額・不支給を行うことが可能にならう。

第五節 小括

以上において、不正競争防止法、秘密保持特約、競業避止特約を整合化するという観点から、わが国の退職後の競業差止に関する裁判例、学説、法制度を概観した。

まず、不正競争防止法は本来的には競業避止義務という効果を予定していないところ、営業秘密の「不可避の開示」に基づいて同法上の競業差止を展開する東京リーガルマインド事件決定を参考に、同法においてそのような解釈論が認められる余地があることを示した。しかし同時に、この「不可避性」をどのような基準で判断すべきか、という課題が浮上した。

次に、退職後の秘密保持特約は、秘密保持特約の対象となつている情報を保護するために合理的な範囲にとどまつていることが必要であるが、その合理的範囲の具体的内容は競業避止特約とは一定の差異があり、競業避止特約の取扱いに加えて、アメリカの秘密保持特約と競業避止特約の合理的範囲の内容を踏まえた上での検討が要請された。

最後に、競業避止特約については、その法的根拠、合理性判断について様々な裁判例、学説が展開されていることを概観した。まず、法的根拠については個別合意に限定すべきか、就業規則を法的根拠として是認すべきか、という点が特に問題となつた。次に、合理性判断については、①代償要件をどのように位置づけるべきか、②特約が有効とされる

ためには競争禁止義務を課さなければ情報漏洩の危険性が高いという事情が一部の裁判例で求められているが、これと上記の不可避性はどのような関係に立つのか、③裁判例で見られる取引重視型の合理性判断と競争態様型の合理性判断をどのように考えるべきか、すなわち、労働者の背信性をどのように評価すべきか、さらには合意の有効性を前提とした義務範囲の限定という合理的限定解釈の手法をどのように評価すべきか、という課題が浮き彫りとなった。

かくして、わが国における競争禁止義務の課題は、第一に、法的根拠をどのように求めるべきか、第二に、契約規範と不法行為規範の中で「不可避性」、「代償措置」、「背信性」という概念をどのように整合化すべきか、第三に、競争態様型の合理性判断あるいは特約の合理的限定解釈をどのように評価すべきか、第四に、秘密保持義務との限界をどのように画すべきか、というものである。以下では、不可避的開示論を中心としたアメリカにおける競争差止と営業秘密保護の交錯を概観することによって、上記課題に取り組むことを試みる。ここでアメリカ法を比較の対象とするのは、知的財産の法的保護制度がいち早く整備され、かつ雇用の流動性が高いために、競争禁止義務に関する議論が豊富に蓄積されているためである。これらの議論を展望した後、わが国の競争差止について示唆を得ることとしたい。

第三章 アメリカの営業秘密保護

知的財産価値の向上と雇用流動化の進展を背景として、アメリカにおいても営業秘密の保護と雇用の流動性をどのように調整していくのか、という問題関心が高まってきている。一方で、情報は競争力の源泉であるから、これに法的保護を与え情報生産のインセンティブを守る必要がある。そのような法的保護がなければ、営業秘密のライフエンスに過大なコストを要することにもなる。しかし他方で、営業秘密の保護を強調しすぎるとは、労働者の自己選択による

キャリア発展を損なう恐れがある。つまり、営業秘密を保護するためには、労働者の競争を差し止めるといふ救済手段が要求される場合があるが、かかる競争差止をどのような根拠、要件のもとで導くべきか、ということが問題となる。逆に、営業秘密の保護は秘密保持特約によっても達成される場合があるところ、この秘密保持特約と競争差止特約の限界をどのように画するのが問われているのである。

以上を法的概念に転換すれば、アメリカにおける営業秘密保護には、主として①秘密保持特約、②競争差止特約、③統一営業秘密法があるが、この三つを不可避的開示論を軸として、どのように整合化するのが問題となっている。ここで不可避的開示論とは、営業秘密を有する労働者が、新たな雇用先で不可避に営業秘密を開示する恐れがある場合に、情報が流出し、営業秘密の経済的価値が滅失することを防ぐことを目的として、労働者の競争を差し止めることによつて営業秘密を保護しようとする法理論であり、ある時は秘密保持特約の限界に着目することによつて競争差止特約を正當化する役割を果たし、ある時は統一営業秘密法上の競争差止義務を正當化する役割を果たす。この不可避的開示論はとりわけ新しい概念ではないが、契約法である競争差止特約と不法行為法である営業秘密法という法領域から発展した法理論であつて、雇用の流動性と営業秘密保護の調整という観点から近年注目を集めている考え方である。⁹⁷

そこで以下では、わが国における課題にそくしてアメリカにおける営業秘密法、秘密保持特約、競争差止特約に関する裁判例の動向を確認し、その後に不可避的開示論に関する裁判例、学説を詳しく紹介することとしたい。

第一節 営業秘密法

アメリカにおける営業秘密法のあり方はもとより各州に委ねられており、初期の段階においてはコモンローによつて保護されていた。しかし、二〇世紀に入ると、諸州の間の営業秘密法の発達の不均衡と混乱を取り除くために、州の営

業秘密法の統一運動が行われ始めることとなる。この統一の動きは、一九三九年のアメリカ法律協会 (American Law Institute) の不法行為法リステイメント (第一版) の発行に始まり、一九七九年の統一州法委員全国会議 (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws) による統一営業秘密法 (Uniform Trade Secrets Act) 、不正競争法リステイメント (第三版) の編纂という経緯を経るものであるが、なかでも、統一営業秘密法は全米の模範法としての役割を担っており、一九八五年の改正を経て、四四の州とワシントン地区において、部分的あるいは全面的に採択されるに至っている。また、統一営業秘密法を採択していないニューヨーク州、ニュージャージー州、テネシー州、テキサス州、ワイオミング州の五つの州は、一九九五年に編纂された不正競争法リステイメント (第三版) 又は不法行為法リステイメント (第一版) に依拠して営業秘密紛争が処理されることになる。⁹⁸⁾

このように、アメリカの営業秘密法には統一営業秘密法、不正競争法リステイメント (第三版)、不法行為法リステイメント (第一版) という三つの法規範が主として存在するが、それぞれにおける営業秘密保護の基本的構造は同様であつて、使用者による情報生産のインセンティブ確保と営業秘密の不正利用を排除することによって商業道徳を維持するという趣旨を実現するために、営業秘密に排他的な権利を認めるのではなく、営業秘密の不正利用行為 (misappropriate) に対する差止請求あるいは損害賠償請求を規定するという不法行為構成を採用するものである。また、不法行為法リステイメント (第一版) および不正競争法リステイメント (第三版) は統一営業秘密法と類似しており、州が採用する営業秘密法は、微妙な差異を残しつつも、次第に統一化されてきている。⁹⁹⁾ そこで以下ではまず、これら法規範の基礎的な仕組みを見るために、(一) 営業秘密の定義、(二) 営業秘密の不正利用行為、(三) 救済手段の順に横断的に俯瞰し、次章以降における不可避の開示論検討の橋渡しとしたい。¹⁰⁰⁾

一 営業秘密の定義

営業秘密の定義は、以上のような三つの法規範に依じて三種のものがあるが、不正競争法リストイメント⁽¹⁰⁾（第三版）の定義は統一営業秘密法のそれに類似することから、ここでは不法行為法リストイメント（第一版）と統一営業秘密法の定義を取り上げる。

(a) 不法行為法リストイメント（第一版）の定義

まず、不法行為法リストイメント（第一版）第七五七条のコメントbは次のように規定する。

「営業秘密は、ある者が事業に使用するあらゆる製法 (formula)、雛形 (pattern)、装置 (device) 又は情報の編集物 (compilation of information) から成り、これを知らない又は使用していない競業者に対して、その者が優位に立つ機会を与えるものである。それは、化合物の処方、物の製造、処理若しくは保存の工程 (process)、機械もしくは他の装置の雛形、又は顧客のリストであつてもよい。それは、たとえば、契約の秘密の入札額又はその他の条件、一定人数の労働者の給料、履行もしくは計画された証券投資、新政策の発表又は新型の発売日等のように、事業活動における単独又は一時的出来事についての単純な情報ではない点において、事業上の他の情報とは異なる（第七五九条参照）。営業秘密は、事業活動において継続的に使用するための工程又は装置である。一般的に、営業秘密は、ある物を生産するための機械又は製法であるように、物品の生産に関連するものである。しかしながら、営業秘密は、割引、リベート又はその他の譲歩を決定する符合であつて価格リスト又はカタログに化体されているもの、特別の顧客リスト、又は簿記やその他の事務所の管理の方法のように、物品の販売又はその他の営業活動に関するものであつてもよい。」⁽¹¹⁾

さらに、コメントbは、複雑で変化する営業秘密の領域に対する具体的に包含的な定義をすることの難しさから、「…

営業秘密の正確な定義は、不可能である。特定の情報がある者の営業秘密であるかを決定するために考慮すべき若干の要素は次のとおりである。」として、次の六つの判断要素を示す。

- ① 情報が、その者の営業の外部において知られている程度
- ② その者の営業に係る使用人およびその他の者に知らされている程度
- ③ その者が、当該情報の秘密を防止するためにとっている措置の程度
- ④ その者および競業者に対する当該情報の価値
- ⑤ その者が当該情報を開発するために費やした努力又は金銭の量
- ⑥ 他人が当該情報を適法に取得し又は複製することの難易

以上の不法行為法リストイメント（第一版）は営業秘密をはじめ定義したものであり、一九三九年から一九七九年にかけて営業秘密の支配的な定義を規定してきた。また、上に示した六つの基準は、統一営業秘密法が採択された州においても今なお適用されている⁽¹⁴⁾。

(b) 統一営業秘密法の定義

このように不法行為法リストイメント（第一版）は営業秘密を定義したが、一九七九年に発行された不法行為法リストイメント（第二版）は第一版で規定されていた営業秘密の定義を削除した。このような削除が行われたのは、営業秘密の取り扱いを他の法分野に委ねるべきとの考慮によるものであり、このような考慮を受けて統一営業秘密法が発行されることになる⁽¹⁵⁾。

統一営業秘密法は、諸州における営業秘密の取り扱いの差異を取り除き、また企業の技術に対する投資を実質的に保護することを目的として発行され、同法第一条において、「営業秘密とは、製法（formula）、雛形、編集物、プログラム、装置、方法、処理方法、および工程のような情報であつて、次のような性格を有するものである。①その開示又は使用によつて経済的価値を得ることができ他の者に、一般的に知られておらず、かつ適法な手段によつて直ちに探知可能ではないことから独立した経済的価値（実際の又は潜在的なもの）をもたらしうるもの。②その秘密性を維持するため当該状況において合理的な努力の対象となつてゐるもの。」と定義された。

(c) 検討

不法行為法リストイメント（第一版）および統一営業秘密法は、以上のように営業秘密を規定しているが、その意味するところは概ね共通しており、営業秘密に十分な秘密性と経済的価値、すなわち、第一に秘密管理性、第二に非公知性、第三に有用性を要求する¹⁰⁶。

まず、秘密管理性とは、その秘密性を維持するために合理的な努力を行つてゐること（統一営業秘密法第一条）、あるいは「当該情報の秘密を防止するためにとつてゐる措置」（不法行為法リストイメント（第一版）第七七七条コメントb）を求めるものであり、このような秘密管理性がなければ営業秘密とはなりえない。ここで秘密性を維持するための合理的な努力には多くの形があり、「無許諾のアクセスを防止するよう設計された物理的防衛手段、知る必要性に基づいた開示制限の手続き、および不開示特約、表示、制限的文言のよう受け手に当該情報の秘密性を強調するよう手段を含む¹⁰⁷」。この秘密管理性の判断は、企業規模、当該産業の状況、当該情報の性質によつてケースバイケースで判断せざるを得ないが、大枠としては、①情報に対する制限（コピーできない紙の使用や秘密としてのラベリング等）、

②契約や通知による制限（秘密保持特約等）、③物理的施設に対する制限（鍵を掛けていたり、当該情報のある場所へのアクセス制限等）、がその基準となる。¹⁸⁾ いっそう具体的には、①営業秘密としての分類とラベリング、②営業秘密へのアクセス制限、③職務遂行上において必要な労働者のみへの営業秘密の開示、④バッジや他の電子モニタリングシステムの実施、⑤営業秘密についての労働者への説明と秘密保持特約の締結、⑥コンサルタント、顧客等との秘密保持特約、⑦発明、雑誌、経営戦略情報、企業統治情報に関する定期的な監視手続き、⑧コンピューター、コピー、ファックス等へのアクセス制限、⑨営業秘密にアクセスする労働者や訪問者へのセキュリティチェック、⑩訴訟において営業秘密を開示する場合の開示制限命令によって判断されることになろう。

次に、非公知性とは、当該情報が一般に知られておらず、また、それが適法な手段によって簡単に知られないものでなければならぬ、という要件である。たとえば、ある会社が、競争会社の販売製品を見るだけで、当該競争会社が保護したい情報が探知されてしまうような場合、その情報は営業秘密とはいえない。¹⁹⁾ したがって、金属を鋳造する方法は、一般公衆に知られていなくても、鋳造業界において知られていれば営業秘密ではない。²⁰⁾ もつとも、ここで求められる非公知性は、当該営業秘密の所有者しか知らないというような絶対的なものである必要はない。たとえば、保有者は保護を失うことなく、労働者等に営業秘密を開示することができる。この点について不法行為法リスティメント（第一版）第七七七条のコメントbは、「営業秘密であるためには、当該営業の保有者しか知らないという状態でなければならぬことまでは要求されない。彼は、営業秘密の使用に携わる労働者に当該営業秘密を開示することができるし、このような開示があったからといって彼が保護されなくなるといふことはない」としている。²¹⁾ 裁判例の多くも、以上のような相対的な非公知性で足りるとする。²²⁾

最後に、営業秘密であるためには、所有者にとっての十分な経済的価値（有用性）がなければならぬ。この有用性

とは、当該営業秘密が競争会社および保有者にとつて価値があり、競争会社が時間と費用をかけなければ複製できない、ということの意味する。ただし、ここで求められている有用性とは、大きな経済的価値ではなく、ささいな価値以上のもの、という意味に過ぎない。むしろ、ここで留意する必要があるのは、上記の秘密管理性、非公知性の要件に対して、この有用性の要件については、統一営業秘密法と不法行為法リスティメント（第一版）との間に二つの大きな差異が見られるという点であろう。¹⁵⁾

それはまず第一に、不法行為法リスティメント（第一版）では「継続的使用」が求められるのに対して、統一営業秘密法ではこのような「継続的使用」が必要とされないという点である。不法行為法リスティメント（第一版）では、「事業活動において継続的に使用するための工程又は装置である」と定義されており、「継続的使用」が営業秘密の要件とされているが、統一営業秘密法ではこのような「継続的使用」の要件が削除されているのである。これにより、不法行為法リスティメント（第一版）では保護されえないネガティブ情報が、統一営業秘密法によれば保護されるという違いが生まれる。¹⁶⁾ 第二に、不法行為法リスティメント（第一版）上の営業秘密は「競争上の優位」をもたらしものでなければならぬのに対して、統一営業秘密法の営業秘密は、「潜在的な」経済的価値を有するもので足りる。この二つの点で、統一営業秘密法が保護する営業秘密の範囲は、不法行為法リスティメント（第一版）のそれよりも広くなっているのである。

このように統一営業秘密法においては、不法行為法リスティメント（第一版）では営業秘密に含まれない経営戦略やマーケティング情報等の多くの範囲の機密情報が営業秘密に含まれることになるために、雇用契約終了後との関係においては、営業秘密の保護対象となる職域が拡大されると同時に、一人の労働者が負うべき秘密保持義務の範囲が広がる結果となった。¹⁶⁾ つまり、不法行為法リスティメント（第一版）のもとでの営業秘密には、「継続的に使用」、その

「価値が顕在化」しているという限定が加えられていたことから、一定の生産プロセスに関わるような職種 of 労働者のみが雇用終了後において秘密保持義務を負っており、かつその秘密保持義務の範囲も限定的な営業秘密を対象とするものであった。これに対して、統一営業秘密法のもとでは、多くの機密情報が営業秘密に包含される結果、秘密保持義務を負う対象職種および当該秘密保持義務の範囲が著しく拡大することになったのである。不可避的開示論による救済が広がっている背景の一つには、以上のような統一営業秘密法による営業秘密の保護範囲拡大という事情が存在するのである。

二 営業秘密の不正利用行為

もともと統一営業秘密法であれ、不法行為法リステイトメント（第一版）であれ、以上の要件を充たす営業秘密の利用行為が全て禁止されているわけではない。一般的に、営業秘密は不法行為構成によって保護されるのであって、利用行為のうち不正なものが救済の対象とされている。このような構成によって、使用者による情報生産を促進するとともに、公平な競争秩序を形成するところに、アメリカの営業秘密法の目的があるとされる。^⑩

(a) 不法行為法リステイトメント（第一版）の定義

まず、不法行為法リステイトメント（第一版）第七五七条は、次のように営業秘密の不正利用行為を定義する。

- 「他人の営業秘密を、特権なくして開示し又は使用する者は、次のような場合、当該他人に対して責任を負う
(i) 不適切な手段によって秘密を知ったとき

- (ii) その者の開示又は使用が、その者に秘密を開示するにあたって、当該他人がその者に課した信頼義務に違反するとき
- (iii) その者が、第三者から、その秘密を、それが秘密であり、かつ、その第三者が不正な手段によってそれを発見した、又は、その第三者による開示がその第三者の当該他人に対する義務の違反となる事実の認識をもって知得したとき
- (iv) その者が、その秘密を、それが秘密であり、かつ、その者に対する開示が錯誤によつてなされたという事実の認識をもって知得したとき」

(b) 統一営業秘密法の定義

また、統一営業秘密法第一条は不正利用行為を営業秘密の濫用 (misappropriation) として以下のように規定する。

「濫用 (misappropriation) とは次のことをいう

- (i) 不正な手段 (improper means) で他人の営業秘密を取得することを知っている、又はそのことを知るべき理由をもつた者による当該他人の営業秘密の取得
 - (ii) 次の者による、明示又は黙示の同意を得ないでなす他人の営業秘密の開示又は使用
 - (A) その営業秘密を知得するため不正な手段を用いた者
 - (B) 開示又は使用のとき、その営業秘密に関する自分の知識が次のいずれであることを知っていたか、又は、そのことを知るべき理由をもつていた者
- (1) それを取得するために不正な手段を用いた者から、又はその者をつうじて得たこと

(II) その秘密を保持する、又はその使用を制限する義務を生じさせるような事情のもとで取得したこと

(III) 救済を求める者に対してその秘密を保持し、又はその使用を制限する義務を負う者から、又はその者をつうじて得たこと

(C) 自分の地位の実質的な変更の前にそれが営業秘密であつこと、および、偶然にまた錯誤によつてその知識を得たことを知っていたか、又は知るべき理由をもっていたこと」

(c) 不正競争法リステイトメント（第三版）の定義

不正競争法リステイトメント（第三版）第四〇条の規律は、統一営業秘密法のそれと調和しており、他人の営業秘密の利用（appropriation）についての責任は、次の場合に認められる。なお、以下でいうところの第四一条および第四三条の準則とは、秘密保持義務を負う場合、不正取得の態様をそれぞれ規定するものである。

「(a) 行為者が、他人の営業秘密であることを知り又は知りうべき情報を、第四三条に定める準則により不正となる手段によつて取得する場合、又は

(b) 行為者が他人の営業秘密を当該他人の同意なしに使用し又は開示し、使用又は開示の時に、

(1) 行為者が、その情報が、第四一条に定める準則により当該他人に対する行為者の秘密保持義務を発生させる状況において行為者が取得した営業秘密であることを知り又は知りうべき場合、又は

(2) 行為者が、その情報が、第四三条に定める準則により不正となる手段によつて行為者が取得した営業秘密であることを知り又は知りうべき場合、又は

(3) 行為者が、その情報が、第四三条に定める準則により不正となる手段によつてそれを獲得した者若しくは営

業秘密を開示することが第四一条に定める準則により当該他人に対して負う秘密保持義務の違反となる者から、若しくはその者を通じて行為者が取得した営業秘密であることを知り又は知りうべき場合、又は

- (4) 行為者が、その情報が、偶然若しくは間違いによって行為者が取得した営業秘密であることを知り又は知りうべき場合。ただし、その取得が当該他人がその情報の秘密性を維持するための相当な予防措置をとらなかつたことから生じた場合は除く」

(d) 不正取得者の不正利用行為

以上のように、営業秘密の不正利用行為に関する規定の仕方は複雑なものとなっているが、これらを単純化すれば、①不正手段によって営業秘密を取得したのか（不正取得型）、②正当な手段によって取得したのか（正当取得型）、さらには③営業秘密取得の過程に第三者が介在するのか否かによって分類することが可能である。ここでは後者の第三者が介在する場合を捨象して、不可避の開示論の検討に必要とされる第三者が介在しない不正取得型と正当取得型に限定して検討することとする。

第一に不正取得型とは、「不正な手段（improper means）」によって営業秘密を取得した場合に、当該営業秘密を「使用」又は「開示」する不正利用行為である。ここで問われるのは、「不正な手段」、「使用」、「開示」がどのようなことを意味するのか、というものである。

まず「不正な手段」について、統一営業秘密法第一条は、「不正な手段には、窃取、贈賄、不実表示、秘密保持義務の違反又はその勧誘、および電子又はその他の手段によるスパイ行為が含まれる」と規定する。また、不正競争法リステイトメント（第三版）第四三条は、「窃取、詐取、無許諾による通信傍受、秘密保持義務違反の教唆若しくは故意に

よる秘密保持義務違反への参加、又はその他の手段でそれ自体違法であるもの若しくは事件の状況によって違法であるものを含む。独自の発見および公に入手可能な製品や情報の解析は、不正手段に当たらない」旨を定める。ただし、不正な手段を全て網羅的に列挙することは不可能であるから、上に掲げられた不正手段はその一部を列挙したものにすぎず、一般に認められた商業道徳および適正な行動の基準以下の手段は全て「不正な手段」に包含される。¹⁸⁾

次に問題となるのは、「使用」の意味である。不正競争法リステイトメント（第三版）によれば、「使用」とは、一般的にいつて、営業秘密保有者を侵害し又は被告に利得をもたらす恐れのある営業秘密のいかなる実施をも含み、したがって、営業秘密を化体する商品を取引すること、製造ないし生産に営業秘密を用いること、研究開発を助長し促進するために営業秘密に頼ること、営業秘密である情報を用いて顧客を勧誘することは全て「使用」となる。¹⁹⁾さらに、ここで「使用」は営業秘密の実質的部分についてが認められればよく、当該営業秘密のあらゆる側面に及ぶことを要求するものではない。

最後に「開示」とは、明示的なもののみならず、営業秘密を抽出することのできる商品その他の有体物の販売ないし移転等の、他人が営業秘密を知得することを可能とする行為者によるいかなる行為をも含む、とされている。また開示には、ただちに非公知性を失う開示と、そうでないものがあるが、いずれもここでいう「開示」に該当する。²⁰⁾

なお、統一営業秘密法および不正競争法リステイトメント（第三版）では、以上のような不正な手段による営業秘密の取得およびその使用・開示が不正利用行為とされる。これに対して、不法行為法リステイトメント（第一版）では、不正な手段による取得そのものは不正利用行為とはならず、不正な手段によって取得した営業秘密の使用と開示が禁止の対象とされている。不法行為法リステイトメント（第一版）では不正取得の存在が、その後の不正使用・開示について実質的な危険があるとされて、当該使用・開示が行われる前の救済が認められてきたのである。²¹⁾

(e) 正当取得者の不正利用行為

不正利用行為の第二の類型は、たとえば使用者が労働者に営業秘密を示す場合のように、当該営業秘密の取得に不正手段が介在しないケースにおいて、当該労働者が秘密保持義務等に違反して、当該営業秘密を使用・開示する行為である。この類型は、「当該他人がその者に課した信頼義務に違反するとき」（不法行為法リステイメント（第一版）第七五七条）、「その秘密を保持する、又はその使用を制限する義務を生じさせるような事情」（統一営業秘密法第一条）、「行為者が、その情報が、第四一条に定める準則により当該他人に対する行為者の秘密保持義務を発生させる状況において行為者が取得した営業秘密であることを知り又は知りうべき場合」（不正競争法リステイメント（第三版）第四〇条）というようにそれぞれに規定されているが、ここで問題となるのは、明確な秘密保持特約がないときにおいても、「秘密保持義務」や「信頼義務」が生じるのか、生じるとすればそれはどのような場合か、というものである。

労働者が秘密保持義務を負うのは、不正競争法リステイメント（第三版）第四一条によれば、①当該営業秘密の開示前に秘密保持の明示の約束をなしたとき、又は②使用者と労働者の関係又は開示に伴う他の事実が、開示の時点において⑦労働者が当該開示は秘密裡を意図したものであることを知り又は知りうべきであり、かつ④使用者が、労働者の秘密保持に同意していると推認するのが合理的であるという場合である。

以上のうち、黙示の秘密保持義務を定めた②をさらに敷衍すると、まず、雇用関係存続中については、労働者は雇用の範囲に含まれるあらゆる行為に及ぶ忠実義務を負っている（代理法リステイメント第三八七条参照）ために、明確な秘密保持特約が存在しなくても、労働者は雇用を通じて取得した機密情報を雇用者との競争において使用することを避止すべき義務を負う（同リステイメント第三九五条¹²⁾）。問題は雇用関係終了後であるが、この場合にも、雇用関係の性質から一般的に、元労働者は雇用期間中に得た機密情報を保持することに同意していると推認されよう¹³⁾。したがっ

て、雇用関係終了後においても、通常の場合には、元労働者は元の使用者の機密情報を使用・開示しない義務を負うことになる。⁽¹²⁾ただし、一般的技能、知識、修練及び経験については、たとえそれが雇用期間中に獲得されたものであっても、元労働者は自由に活用することができる。この趣旨は、たとえば、「雇用期間中に、使用者によって発展させられた特別の技術や製法について、労働者はたとえ明確な契約がなくとも、元の使用者を害する態様で新たな仕事等で用いてはならない義務があるが、当該労働者が特定の取引で用いる一般的な製法を使用することは妨げられない」と判示されている。

三 救済手段

(a) 差止命令

(ア) 概説

以上に素描した営業秘密の不正利用行為に対する救済には、損害賠償と差止命令が用意されている。この損害賠償と差止命令は通常の不法行為訴訟においても認められるが、その場合の一般的な救済は損害賠償の付与であり、損害賠償救済で十分である場合には、衡平法上の救済である差止命令は出されない。⁽¹³⁾差止命令は、一定の基準を充たした上で裁判所の裁量によって付与されるのであって、営業秘密訴訟における差止命令については、不正競争法リステイトメント(第三版)第四四条二項によって次のような基準が示されている。それは、①保護される利益の性質、②利用の性質と程度、③原告にとつての差止と他の救済の充分性の比較、④差止が認められる場合に被告の正当な利益に及ぼされる恐れのある損害と差止が否定される場合に原告の正当な利益に及ぼされる恐れのある損害との比較、⑤第三者および公衆の利益、⑥原告の側の関連する不正行為、⑦差止の画定および執行の現実性、というものである。

このように差止命令は衡平法上の救済であり、上に示したような基準にそくして、その付与が判断されることになる。ただ、営業秘密訴訟の場合には、①営業秘密がいったん企業外に流出し競争会社に利用されれば、営業秘密の経済的価値が滅失する、②不正利用行為者による生産・販売等の営業活動が行われる場合には、継続的に損害が生じる、③営業秘密の不正利用行為によって生じる損害の額、又は被告の不正利用行為と原告の損害との因果関係の証明が困難である、という営業秘密の性質にかんがみて、差止命令がより重要な救済手段となり、通例は認められるとされる¹⁷⁾。もとより営業秘密訴訟における差止命令の目的は、営業秘密の秘密性の保護することによって使用者の情報生産を促進するとともに、不正な利用によつて得られた競争優位を排除し、もつて商業道徳という公共利益の強化を図るところにあり、そのため統一営業秘密法第二条(a)は「現実の、又は行われる恐れのある濫用 (actual or threatened misappropriation) は差し止めることができる」旨を規定し、また不法行為法リステイトメント(第一版)第七七七条コメントは、営業秘密の使用・開示による将来的な損害に対する差止命令は適切であるとして、差止命令が営業秘密の救済手段として予定されているのである。

(イ) 差止命令の範囲

かくして差止命令は、営業秘密保護という観点から見た場合、必要不可欠な救済手段に位置づけられるが、過剰な差止は競争の促進を阻害する側面を持つために、その範囲と期間は救済に必要な合理的なものでなければならぬ¹⁸⁾。

まず差止命令の範囲については、「通常の場合、営業秘密および実質的に営業秘密に依拠する情報の使用又は開示のみを禁止する¹⁹⁾」と解すべきである。しかし、次のような場合には「実際上の配慮から、より広い救済が正当化される場合がある」²⁰⁾。

第一に、営業秘密の使用・開示の差止だけで原告を救済することができない場合は、生産の差止が認められる¹³¹。このような生産の差止が正当化されるのは、被告の生産と当該営業秘密の使用とを切り離すことができないときに、被告が当該営業秘密を使用しないことを期待することは合理的でないためである。ここで「営業秘密と生産を切り離すことができない」(an inextricable connection) とは、「包括的な生産プロセスや技術の中で当該営業秘密が不可欠かつ実質的な部分を形成しているために、被告が当該営業秘密から独立して類似の製品を生産することができない」¹³² い場合を指す。

第二に、差止命令が競争禁止に及ぶ場合もある。このような競争差止が認められる理由の一つは、退職した労働者による営業秘密の不正利用行為の立証が難しいというところであり、不正競争法リステイトメント(第三版)でも、「営業秘密のより以上の不正な使用又は開示を独立の発見から区別するのが困難であるために、営業秘密およびそれから派生する情報に限った差止が執行できないことがあり」、「その場合には、特定のプロジェクトや事業への参加に対する差止が適切となるかもしれない」として、競争自体の差止が是認されている。この競争差止は、本稿の主たる検討課題である不可避的開示論に基づく競争差止であつて競争差止特約が存在しない場合にも認められるものである。もとより、営業秘密の保有者がこのような競争差止という救済手段を得るためには、少なくとも当該労働者の競争が不可避に営業秘密の使用・開示に繋がることを立証しなければならない。もつとも、一部の裁判例では、雇用の流動性を尊重して、このような不可避的開示 (Inevitable Disclosure Doctrine) を根拠とした競争差止を否定する例が散見される。この問題は、雇用の流動性と営業秘密保護の調整を検討する上で、最重要の議論であるから、第四章において詳しく展望することとする。

(ウ) 差止命令の期間

次に、差止期間の画定については、以下の三つのアプローチが存在する。

第一のアプローチは、シェルマールール (Shelmar rule) と呼ばれ、永続的な差止命令を認めようとするものである。これによれば、営業秘密が公知化したり、原告の競争会社に使用される状態に置かれた後でも、差止命令を出すべきであるとされる。第二のアプローチは、コンマールール (Connar rule) と呼ばれ、差止命令は、特許権の成立によって営業秘密が公衆に開示されたときに消滅する、という基準である。同アプローチによれば、営業秘密が存在する限りにおいて差止命令が存続すべきであり、営業秘密が公知化すれば、たとえその前に不正利用行為があったとしても、差止命令が終了することになる。そして、第三のアプローチは、営業秘密の存在によって生み出される競争優位に着目するものであって、「適切な差止期間は、リバースエンジニアリング又は独立の開発によって当該営業秘密を使用しないで、適法に当該製品を開発するのに要する期間」⁽¹³⁾であるとされる。これは、ヘッドスタートルール (Head start rule) と呼ばれる。

第一のアプローチを採用する裁判例 (シェルマー事件)⁽¹⁴⁾ は、信頼義務に違反して営業秘密を使用した者に対する差止命令について、当該営業秘密について特許権が成立したとして差止命令の取消を求めた事案につき、「営業秘密が公知化したことは事実であるが、…控訴人は最初に不法な方法でこの開示をしたために、控訴人は、公衆のメンバーであることを主張することはできない」し、「そうでなければ、控訴人に自らの不正によって利得を得ることを許容する結果となる」と説示する。このアプローチは、差止命令はあくまで信頼義務違反に基づくのであって、特許権の成立によって営業秘密が公知化したとしても、当該差止命令が消滅することにはならない、と解釈する。

これに対して第二のアプローチを採用するコンマー事件⁽¹⁵⁾は、「使用者は、特許権が成立した後についても、秘密保持

特約を締結することができるが、そのような契約にどのような価値があるかは疑わしい」ために、労働者の秘密保持義務は特許の発行によって消滅すると説示する。これは、「衡平法上の救済は、製品に具体化された秘密が公衆に利用可能となったことで原告が被る損害と合理的な関連を有すべきであって、差止命令は原告に不正利用行為が行われる前には保持していなかった競争会社を市場から排除する権利を与えない」という観点からも正当化される。

第三のアプローチは、以上のような永続的な差止を認めるシエルマールと公知化するまでの差止を認めるコンマールを折衷する基準である。このルールによれば、一方でシエルマールには営業秘密が公知化しても、不正利用行為者の情報使用は一切認めないという欠点があり、他方でコンマールには、他の競争者が合法的に当該情報にアクセスできるときに至れば差止命令は認められないが、情報開示の間に残存する不正行為利用者の優位性に対する考慮が存在しない、とされる⁽¹⁷⁾。そこでこのアプローチは、一旦営業秘密が公知化しても競争会社が当該情報の利用方法を学習するまでの合理的な期間については差止命令を継続すべき、との基準を採用する。すなわち、同アプローチのリーディングケース（ウイストン事件⁽¹⁸⁾）は、「永続的な差止命令は、労働者が自らの知識と技術を用いることを許容し、研究開発を促進するという公共の利益を損ない、一方で、差止命令の否定は、損害が生じないところでは背信的な労働者を罰し得ないことになり、公開されるまで営業秘密にアクセスできない正当な競争会社に対する競争優位を獲得する結果となるが、当該営業秘密が公開されてから、正当な競争会社が当該製品を發展させる適切な期間について営業秘密の使用を差し止めれば、労働者が背信的行為から獲得する利益を否定し、秘密保持義務違反が公開前に生じていない場合の正当な地位を営業秘密保有者に保証することができ、このような制限は、これらの目的を実現するために労働者の知識の利用に対して課される最小限のもの」とするのである。

このヘッドスタートルールは、不正利用行為者を架空の競争会社として取扱う利益を容認するために、不正利用行為

者に対する懲罰的機能が働かないという側面を有するが、差止命令はあくまで損害賠償では救済が不十分な場合に認められる衡平法上の救済であって、差止に懲罰的機能を期待することは、裁判所が持つ権限を逸脱するものである。⁽¹³⁾ また、同ルールは、極端な基準を採用する他の二つのルールに対して、差止に柔軟性がある点において優れている。そのため、同ルールは統一営業秘密法によって採用され、「営業秘密が存在しなくなったときは、裁判所への申立によって、差止を停止しなければならないが、差止は、濫用によって競争優位をえられないようにするため、合理的な期間について延長することができる」と規定されることとなった。さらに同ルールは、訴訟終了時において営業秘密が公知化していない場合であっても、「正当な競争会社が当該製品を進展させる適切な期間」という観点から、「リバースエンジニアリング又は独立の開発によって当該営業秘密を使用しないで、適法に当該製品を開発するのに要する期間」について差止を付与するという基準に拡張され、同様の趣旨は不正競争法リステイトメント（第三版）第四四條(三)においても、「営業秘密訴訟における差止救済の存続期間は、原告を不正利用に起因する損害から保護し、被告から利用に起因する経済的利益を除去するのに必要な期間に制限されなければならない」として規定された。また、この基準は裁判例の多くでも採用されるに至っている。⁽¹⁴⁾ かくして、以上の三つのアプローチのいずれが妥当であるのかという点については長年にわたって議論があったところ、現在では、ヘッドスタートルールが支配的な基準として定着しているとされる。⁽¹⁵⁾

もっとも、営業秘密が非公知であり、かつ当該情報をリバースエンジニアリングによっても発見できないという場合については、「独立に発見しうる」期間が延長されることになろう。逆に、不正利用行為者が既に競争優位を失っている場合、あるいは訴訟の終了時点において正当な競争会社が不正利用行為者の技術に迫いつている場合には、差止命令を付与することは適切ではない。⁽¹⁶⁾ また、競争を差し止める場合には、雇用の流動性との衝突という大きな課題が浮上することになり、そこでは差止期間の限定がさらに要請されることになる。

(b) 暫定的差止命令 (Preliminary Injunction Relief)

以上のように、差止命令はその範囲と期間が合理的でなければならぬが、営業秘密訴訟においては、当該営業秘密の使用・開示をどの時点で差し止めるのかという点も重要となる。もとより差止命令は、本案についての完全な事実審理の後で出され、それによって訴訟の最終的解決を意図する本案的差止命令 (Permanent Injunction Relief) と、本案の審理を行って最終的な判決が出るまで、現状維持のため、仮の処分として命じられる暫定的差止命令 (Preliminary Injunction Relief) に大別され¹¹⁶⁾、営業秘密訴訟、特に不可避的開示の事案においては、後者の暫定的差止命令の可否についてまず争われることになる。これは、事前の使用・開示を差止なければ、営業秘密の価値が失われてしまうという事情に基づくものと思われる。なお、上述の差止期間の問題は本案的差止命令の際に問題となるのであって、暫定的差止命令の場合は、本案審理が終了するまでの差止が認められることになろう。

ところで、暫定的差止命令は、現状維持のための仮の処分であることから、本案的差止命令とは区別された独自の要件が課されており、概ねその付与には⑦本案において勝訴の見込みがあること、⑧差止命令がなければ回復不能な損害が生じることを疎明することが要求される。また、州によって異なるものの、⑨差止命令を認めた場合と認めなかった場合の不利益性のバランスが原告に傾いていることが考慮されることもある¹¹⁷⁾。ここでは、後で詳しく検討する不可避的開示の事案において⑦から⑨がどのように考慮されているのかを簡単に敷衍しよう¹¹⁸⁾。

まず、暫定的差止命令は⑦本案において勝訴の見込みがなければならぬ。不可避的開示論の事案についていえば、当該情報が営業秘密であること、労働者の競業によって当該営業秘密が不可避に使用される可能性を示さなければならぬ。ただし、後述するように、不可避性を示すためには、少なくとも、元の使用者での労働者の仕事と転職先での仕事類似していたり、営業秘密とそうでない情報を区別することが困難で、労働者の競業と営業秘密の使用・開示を区

別できないという状況証拠を示す必要がある。ただし、たとえ一定の状況証拠のみをもって不可避性が認められるとしても、暫定的差止命令においては時間の制限があることから、営業秘密としての保護を受けうる予防措置を講じていたことを示すのは難しく、簡単に不可避的開示に基づく差止命令が認められるわけではない⁽¹⁸⁾、との指摘がある。さらに以上のような状況証拠に加えて、不正利用行為等の一定の背信性が要求されるという議論がある⁽¹⁹⁾。

次に、①回復不能な損害については、一方で「営業秘密の喪失は金銭では計ることができない⁽²⁰⁾」という観点から、暫定的差止命令を広く認める立場があり、他方で「回復不能な損害とは暫定的差止命令の発行において最も重要な要素となり、それは単に損害の可能性だけでは不十分で、それが差し迫ったものであることが証明されなければならない」との立場がある。後者の損害が差し迫っていることを示すには、たとえば、秘密保持義務と整合しない行動等の営業秘密の不正な使用・開示を示唆する言動の存在を証明しなければならない。ただし、営業秘密であるという理由で回復不能の損害の発生を広く認める前者の立場にたつても、本案における勝訴の見込みがなければ差止命令は付与されない。したがって、不可避的開示論における⑦と①の判断は、結局、不可避的開示論に基づく差止命令をどのような要件で認めるのかという問題が大きく関わることになる。

最後に、不可避的開示の事案における⑨の不利益性のバランスについては、営業秘密を保護するという使用者の正当性 (the right of employer to protect its trade secrets) と生計を立てる労働者の権利 (the right of the employee to earn a living) が比較衡量されることになる。たとえば、ニューヨーク州では、本案における勝訴の可能性が高くなくとも、⑨の不利益のバランスが原告に偏っている場合には、暫定的差止命令が認められうるが、その際には、労働者の転職先が原告と激しい競争関係にあるために営業秘密に高い価値が認められること、あるいは労働者が他の転職先を見つけられること、転職先において営業秘密の使用を伴わない他の職種の可能性があること、労働者が賃金等の補償を受

けているために、差止を付与することによる労働者の不利益性が小さいこと等が考慮されることになる。その結果、労働者の受ける不利益が小さく、使用者の受ける不利益が大きいと判断されれば差止命令が出されることになる。¹⁵⁾

(c) 損害賠償

営業秘密の不正利用行為に対する救済手段としては、以上の差止に代えて、あるいは差止に加えて損害賠償請求が認められている(統一営業秘密法第三条(a))。差止命令と損害賠償請求を同時に求めることは可能であるが、双方が認められた場合には、差止命令の期間に応じて金銭的賠償が排除されることになる¹⁶⁾。また、故意あるいは悪意の濫用に対しては、裁判所によって、統一営業秘密法第三条(a)に基づいて決定された損害賠償額の二倍を超えない範囲での懲罰的賠償が付与されることがある。

ところで、統一営業秘密法は損害賠償額の算定方法として次の三つのものを規定する¹⁵⁾。第一の方法は伝統的な損害賠償であり、不正利用行為から生じる原告に対する損失によって算定するものである。ただし、この方法には、営業秘密の不正利用行為と損害の因果関係の不明確性に加えて、営業秘密の不当利用に帰すべき売上げその他の損失の証明が難しいという点がある。そこで、第二の方法として、営業秘密の不正利用行為によって被告が不当に取得した利得を原告に付与する方法が認められている。第一の方法が原告の損失に着目して、それを補填するものであるのに対して、第二の方法は、被告が受けた不当利得を返還させて、原状を回復することに主眼を置く衡平上の救済手段である。

統一営業秘密法第三条はこの二つの方法について、「損害賠償には、濫用によって受けた現実の損失、および現実の損失の算定において考慮されなかった濫用による不当利得の両者を含む」と規定しており、重複計算がない限り、原告の損失と被告の利得を返還することを認めている。これに対して、不正競争法リステイトメント(第三版)第四五条は、

「営業秘密の不正利用行為によって責任を負う者は、不当利用によって自らが得た金銭的利得のうち額の大きなものについて責任を負う」とする。これは、原告が双方の手段によって損害賠償を求めた場合に、当該原告が二つの手段のうち額の大きいほうを付与されれば、通常は損害賠償の目的は達成される、という事情に基づく⁽¹⁵⁾。一方で、原状回復的な救済であっても、原告の損失を補填する効果を有するのであり、他方で損失補填的な救済であっても、原状回復的な効果を有するのであるから、二つの救済のうち額の大きい方を認めることが、二つの救済の目的を果たし、かつ重複計算をもっともよく防止しうるのである⁽¹⁶⁾。

しかし他方で、原告の損失あるいは被告の利得を算定することが困難である場合には、以上の二つの方法に依拠することはできないし、また、被告が原告による権利主張の通知を受ける前に既に営業秘密について誠実に投資を行っていたときに、その通知以降において被告により獲得された全利益の譲り渡しを求めることが衡平に反する場合がある⁽¹⁷⁾。このため、統一営業秘密法は、上述の二つの方法に代えて、被告による営業秘密の使用に対する合理的なロイヤルティ額を原告に付与するという第三の方法を認める。この方法は、まさに営業秘密使用の価値について、公正な市場価値の評価に依拠するものであり、すなわち、ここで合理的ロイヤルティとは被告の営業秘密の使用に対して、自発的な売り手と買い手の間で合意されることになると思われる額を指す⁽¹⁸⁾。このようにアメリカでは、本来的に困難な営業秘密の不正利用行為による損害の画定について、合理的ロイヤルティの付与、原告の損失および被告の利得による計算という三つの方法による工夫が制度化されるに至っているのである。

(一) “A trade secret, once lost is, of course, lost forever and, as a result, such a loss cannot be measured in money damages.” See *eg.*, *FMC v. Taiwan Tannan Grant Indus. Co.*, 730 F.2d 61 (2d Cir. 1984); *EarthWeb, Inc. v. Schlack*, 71 F. Supp. 2d 299 (S.D.N.Y. 1999). ¹⁵ “公開前の特許情報はいったん他者に知られたならば、その損害を回復することが困難である”旨を説示するA特許事務所事件（大阪地決平成一七年一〇月二七

- 日労働判例九〇八号五七頁)も参照。
- (2) 財産的情報に関する救済制度のあり方については、産業構造審議会財産的情報部会「財産的情報に関する不正競争行為についての救済制度のあり方について」(通商産業省知的財産政策室「営業秘密 逐条解説不正競争防止法」有斐閣・一九九〇年所収一五九頁以下)、鎌田薫「財産的情報の保護と差止請求権」(一)～(六)(Law & Technology 七・二二号)参照。
 - (3) *See e.g.*, *Imnex, Inc. v. Highsmith*, 919 F. Supp. 624 (E.D.N.Y. 1996); *Novell Inc. v. Thimpanagos Research Group Inc.*, 46 U.S.P.Q.2d 1197 (Utah D. Ct. 1998).
 - (4) *PepsiCo, Inc. v. Redmond*, 54 F.3d 1262 (7th Cir. 1995).
 - (5) 競争避止特約の内容を合理的な内容に改変する権限を裁判所に認めれば、こうした状況は生じない。しかし、かかる改変を認めない全部無効アプローチをとるべきである。後述するが、これは限定された競争避止特約の締結を促すという観点から正当化される。
 - (6) 佐藤幸治「憲法新版」(青林書院・一九九二年)四八八頁。
 - (7) 東京リーガルマインド事件(東京地決平成七年一〇月二六日労働判例六九〇号七五頁)、男性用から顧客名簿事件(大阪地判平成八年四月一六日知的裁集二八卷二号三〇〇頁)。
 - (8) 青木昌彦『経済システムの進化と多元性』(東洋経済新報社・一九九五年)、同『比較制度分析に向けて』(NTT出版・二〇〇一年)、青木昌彦・奥野正寛編『経済システムの比較制度分析』(東京大学出版会・一九九六年)等参照。
 - (9) 比較法の意義・方法等については、大木雅夫『比較法講義』(東京大学出版・一九九二年)参照。
 - (10) 青山紘一『不正競争防止法』(法学書院・二〇〇四年)七四頁。
 - (11) 情報財の特質については、松村良之「財としての情報とその法的保護」(田村善之「情報・秩序・ネットワーク」北海道大学図書刊行会・一九九九年)四頁、野口悠紀雄「情報の経済理論」(東洋経済新報社・一九七四年)、宮沢健一「制度と情報の経済学」(有斐閣・一九八八年)、廣松毅・大平号声「情報経済のマクロ分析」(東洋経済新報社・一九九〇年)、ロバート・クーター・トーマス・ユーレン、太田勝造訳「新版法と経済学」(商事法務研究会・一九九七年)、永谷敬三「入門 情報の経済学」(東洋経済新報社・二〇〇三年)等を参照。なお、営業秘密の情報財としての性質を強調して、競争避止義務を議論する論稿として、金春陽「営業秘密の法的保護」(同志社大学院博士論文・二〇〇三年)、石橋洋「企業の財産的情報の保護と労働契約」(日本労働法学会誌一〇五号(二〇〇五年)一六頁等)がある。
 - (12) こうした意味で、情報財は公共財としての性質を備えているとも言われる。ただし、ここでは情報が共有されれば、価値の減少が起こり

うることに注意すべきである。

- (13) 千野直邦『営業秘密の法的保護』(中央経済社・二〇〇二年)一一五頁。
- (14) 市川裕之「企業における営業秘密保護をめぐる法律実務」労働判例七九三号(二〇〇一年)五頁は、営業秘密の漏洩は外部からの侵害によるものはむしろ稀で、多くは会社の労働者や退職者が内部情報を持ち出すことにより発生しているとす。また、茶園茂樹「営業秘密の民事上の保護」日本工業所有権法学会年報二八号(二〇〇四年)三七頁においても、営業秘密に関する不正競争が争われた裁判例の多くは、元労働者や元役員が当該企業の保有する営業秘密を不正に利用したと主張されたものであるとされている。
- (15) 通商産業省知的財産政策室「営業秘密 逐条解説不正競争防止法」(有斐閣・一九九〇年)五九頁。
- (16) 野口・前掲注(11)五〇頁。
- (17) 在職中の労働者が競業避止義務を負うことについては広く認められている。労働契約関係存続中は労働契約に内在する誠実・配慮の要請から使用者の利益に著しく反する競業行為を差し控える義務があるとされる。菅野和夫『労働法第七版』(弘文堂・二〇〇五年)六八頁参照。在職中の競業避止義務に関する裁判例については、根本涉「労働者の競業避止義務」判例タイムズ七一九号(一九九〇年)四頁参照。
- (18) 前掲注(7)東京リーガルマインド事件。
- (19) 土田道夫「営業秘密の保護と職業選択の自由」ビジネス法務二〇〇五年七月号一一頁以下は、不正競争防止法は営業秘密の使用・開示に対する救済手段を認めることにより、雇用の流動性と営業秘密保護との調整を図っているとす。
- (20) 限定説については、土田道夫「競業避止義務と秘密保持義務の関係について——労働法と知的財産法の交錯——」(中島士元也先生還暦記念論集「労働関係法の現代的展開」信山社・二〇〇四年)一八九頁以下参照。
- (21) 通商産業省・前掲注(15)四三頁参照。
- (22) 限定説については、土田・前掲注(20)参照。なお、和田肇「退職後の競業避止義務と差止請求の可否」労働法律旬報一四〇八号(一九九七年)五〇頁、内藤恵「退職後の競業避止義務と差止請求」ジュリスト一一一三三号臨増(平成八年度重要判例解説)二二九頁も競業差止について限定な立場を示す。
- (23) 現時点において雇用の流動性が高まっているわけではない。この点を指摘する文献は多いが、さしあたり佐藤博樹・佐藤厚編『仕事の社会学』(有斐閣・二〇〇四年)七七頁以下、樋口美雄『人事経済学』(生産性出版・二〇〇一年)三六頁以下参照。
- (24) 経済産業省知的財産政策室編「逐条解説 不正競争防止法」(有斐閣・二〇〇三年)一六頁。

- (25) 通商産業省・前掲注(15) 五五頁。
- (26) 通商産業省・前掲注(15) 五四頁。
- (27) 通商産業省・前掲注(15) 五五頁。
- (28) プロスタカス事件(東京地判平成二年九月二八日判例時報一七六四号一〇四頁)、車両運行管理業務事件(東京地判平成二年二月七日判例時報一七七一号一一頁)、セラミックコンデンサー事件(大阪地判平成十五年二月一日特許ニュース一〇五二号一頁・一〇五三号一頁)、ペットサロン顧客名簿事件(東京高判平成十七年二月二四日)等。
- (29) 経済産業省「営業秘密管理指針 改訂版」(二〇〇五年) 二二頁以下参照。なお、以下で示す裁判例の分類は同指針に依拠した。
- (30) コンピューター機器類において管理されている情報については、情報の取扱いに関するマニュアルの設定、アクセス権者の限定、外部からの侵入に対する防御などが重要になるとされている(経済産業省・前掲注(29) 二六頁)。
- (31) 前掲注(7) 男性用かつら顧客名簿事件。
- (32) 美術工芸品販売業顧客名簿事件(東京地判平成一年七月二三日判例時報一六九四号一三八頁)。
- (33) アコマ医科工業事件(東京地判平成二年九月二八日判例時報一七六四号一〇四頁)。
- (34) クマリフト事件(大阪地判平成一六年五月二〇日)。
- (35) 墓石販売業顧客名簿不正持出事件(東京地判平成二年一月一三日判例時報一七三六号一一八頁)。
- (36) 前掲注(32) 美術工芸品販売業顧客名簿事件。
- (37) わかば事件(東京地判平成一七年二月二五日判例時報一八九七号九八頁)。
- (38) 経済産業省・前掲注(24) 三八頁。
- (39) 前掲注(32) 美術工芸品販売業顧客名簿事件。
- (40) 前掲注(28) セラミックコンデンサー事件。
- (41) 通商産業省・前掲注(15) 五五頁。
- (42) 経済産業省・前掲注(29) 七頁参照。
- (43) 通商産業省・前掲注(15) 五八頁、田村善之『不正競争防止法概説第二版』(有斐閣・二〇〇三年) 三三七頁。
- (44) 通商産業省・前掲注(15) 五八頁。

- (45) Nathan Hanler, *The Impeding Merger of The Inevitable Disclosure Doctrine And Negative Trade Secret Is Trade Secrets Law Healed in The Right Direction?*, 25 J. Corp. L. 383 (2000). See also *Novell Inc. v. Timpanogos Research Group Inc.*, 46 U.S.P.Q.2d 1197 (Utah D. Ct. 1998).
- (46) 通商産業省・前掲注(15) 五九頁。
- (47) 通商産業省・前掲注(15) 六〇頁。
- (48) 田村・前掲注(43) 三三三頁。
- (49) 千野・前掲注(13) 一六一頁、通商産業省・前掲注(15) 七一頁。
- (50) 通商産業省・前掲注(15) 七一頁。
- (51) 以上の類型については、鎌田薫「営業秘密の保護と民法」ジュリスト九六二号(一九九〇年)三二頁、田村・前掲注(43) 三三九頁参照。
- (52) 小野昌延『不正競争防止法概説』(有斐閣・一九九四年)二〇九頁参照。
- (53) 通商産業省・前掲注(15) 七四頁。
- (54) 小野・前掲注(52) 二一〇頁。
- (55) 前掲注(32) 美術工芸品販売業顧客名簿事件。
- (56) 通商産業省・前掲注(15) 七五頁。
- (57) 放射線測定機械器具事件(東京地判平成二二年一〇月三二日判例時報一七六八号一〇七頁)。
- (58) 前掲注(7) 男性用かつら顧客名簿事件。
- (59) ニッシンコーポレーション事件(大阪地判平成一〇年二月二二日知的裁集三〇巻四号一〇〇〇頁)。
- (60) 前掲注(28) セラミックコンデンサー事件。
- (61) ただし不正競争防止法第六条は、このような立証困難性を考慮して、「不正競争によって営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある」と主張する者が侵害の行為を組成してものとして主張する物又は方法の具体的態様を否認するときは、相手方は、自己の行為の具体的態様を明らかにしなければならない」と規定している。
- (62) 鎌田薫「財産的情報の保護と差止請求権(五)」*Law & Technology* 一一号(一九九〇年) 四二頁。
- (63) 田村・前掲注(43) 三四二頁。

- (64) 通商産業省・前掲注(15) 七五頁。
- (65) 田村・前掲注(43) 三四三頁。
- (66) 通商産業省・前掲注(15) 八八頁。
- (67) 通商産業省・前掲注(15) 九〇頁。
- (68) 通商産業省・前掲注(15) 六七頁。
- (69) 八幡ラーメン事件(金沢地小松支判昭和四八年一〇月三〇日無体集五卷二号四一六頁)。
- (70) ライナービヤー事件(東京地判昭和三六年六月三〇日下級民集一二卷六号一五〇八頁)。
- (71) 前掲注(7) 男性用かつら顧客名簿事件。
- (72) 田村善之『競争法の思考形式』(有斐閣・一九九九年)一五六頁では、「一般論をいえば、競争を不必要に抑止することを回避するために、営業秘密の不正利用行為以外の部分を含んだ競争行為を差し止めることには慎重であってしかるべきであり、過剰な差し止めを回避するためには、被害者の救済を損害賠償にとどめなければならぬ。しかし、個別の事例においては、男性用かつら事件が端的に示しているように、営業秘密の不正利用行為と競争行為の重複度合いが高い反面、侵害行為が繰り返される危険性が高いために、侵害抑止の必要性が高く、しかも、不正取得型である等のために、その侵害態様に鑑みて被害者との利益衡量の下で過剰に差し止められる部分があってもやむをえない」と思料される場合には、例外的に過剰差止めを認めてもよい、と思料される」とされている。
- (73) 経済産業省『逐条解説 不正競争防止法 平成一六・一七年改正版』(有斐閣・二〇〇六年)一一一頁。
- (74) Jodi L. Short, *Killing the Messenger: The Use of Non-disclosure Agreements to Silence Whistleblowers*, 60 U. Pitt. L. Rev. 1207, 1220-1221 (1999)。
- (75) ダイオーズサービシズ事件(東京地判平成一四年八月三〇日労働判例八三八号三三二頁)。
- (76) 特約による競業禁止義務の設定は、必ずしも営業秘密等の財産的情報の保護を目的とするものだけでなく、顧客の確保や労働者の確保等が含まれうる。
- (77) 片岡昇「企業秘密と労働者の責任」(北川善太郎編『知的財産法制——二二世紀への展望 東京布井出版・一九九六年)二二一頁。なお、西谷敏「日本における企業秘密の労働法的保護」(松本博之・西谷敏・守矢健一編『インターネット・情報社会と法』信山社・二〇〇二年)一九二頁は、就業規則にもとづいて労働者に個別に説明し、労働者がそれに同意したとみなされる場合に限り、就業規則規定を特約と同一

視することができる。

- (78) 盛岡一夫「営業秘密と従業員退職後の秘密保持義務・競業禁止義務」紋谷暢男教授還暦記念論文集刊行会編『知的財産権法の現代的課題 紋谷暢男教授還暦記念』発明協会・一九九八年) 四五六頁。早川徹「営業秘密の保護と役員・従業員の守秘義務・競業禁止義務」(関西大学法学研究所研究叢書第一五冊『知的財産の法的保護』関西大学法学研究所・一九九七年) 一九二頁以下も参照。
- (79) 土田・前掲注(20)は、就業規則と個別特約に共通する要件を確立することがむしろ問題であると指摘する。
- (80) 小畑史子「退職した労働者の競業規制」ジュリスト一〇六六号(一九九五年) 一二〇頁は、退職した労働者の競業の自由と元の使用者の被る不利益との調整を、競業禁止義務を負わせる特約の効力の有無の判断で行うべきか、それとも当該労働者の義務違反の成否の判断で行うべきか、という点を問題とする。
- (81) 土田・前掲注(20) 二〇〇頁参照。
- (82) 田村・前掲注(43) 四六六頁は、ノウハウと競業行為が不即不離の関係にある場合に限って競業禁止特約が有効になるとする。裁判例^⑤は、情報漏えいの危険性を判断する際に、一定の背信性を考慮する。不可避の開示論の議論はまさに、このような情報漏えいの危険性や、どのような場合であれば不即不離となるのかを明らかにしようとするものである。
- (83) 田村・前掲注(43) 四六七頁参照。ただし、代償を返還して義務を免れるという趣旨が明確ならば、代償と引き換えに競業を禁止しうる場合があると指摘する。
- (84) 土田・前掲注(20) 二〇八頁参照。
- (85) 野田進「労働力移動と競業禁止義務」季刊労働法一六〇号(一九九二年) 五五頁以下参照。
- (86) 小畑・前掲注(80) 二二二頁参照。
- (87) 山口俊夫「労働者の競業禁止義務——とくに労働契約終了後の法律関係について——」(東京大学労働法研究会編『労働法の諸問題』勁草書房・一九七四年) 四二八頁参照。
- (88) 小川美和子「アメリカにおける雇用関係終了後の競業行為の規制——日本法への示唆をもとめて」本郷法政紀要第五号(一九九九年) 八七頁以下参照。
- (89) 早川・前掲注(78) 一九二頁以下、川田琢之「競業禁止義務」(日本労働法学会『講座二一世紀の労働法第四巻』有斐閣・二〇〇〇年) 一四七頁。

- (90) 長瀧満男「秘密保持・競業禁止義務」(西谷敏・中島正雄・奥田香子編『転換期労働法の課題』旬報社・二〇〇三年)二四二頁。
- (91) その他、田村・前掲注(43)四六七頁は百貨店内の同一フロアー内の服生地売場の他店舗への就業を禁止する特約のように、当初から雇い主が有していた顧客がその禁止区域内で他に流出することを防ぐために必要不可欠であった、しかも、禁止区域が狭小であり労働者の転職の自由に与える影響が微小である場合には、特に代償がなくとも有効とすべき場合があることを否めないとする。そして、裁判例⑦は、以上とは同様の事案であり、まったくの手伝人に対するものであること等を理由に特約を無効としているが、従業員他店舗への移動ともにも顧客も流れていくという事情があつて、しかも特約に期間限定が付されていたならば、結論を逆にすべきであつたとする。
- (92) 村中孝史「競業禁止義務と労働者の職業選択の自由」法律時報六八巻七号(一九九六年)九〇頁は、不正競争防止法上の営業秘密保護を目的する競業禁止特約には原則として対価不要とする。西谷・前掲注(77)は、競業禁止特約を秘密保持のためのものと、そうでないものに二分して、後者について厳格な代償要件を課す。
- (93) なお、⑧は就業規則違反に基づく損害賠償請求事案であり、⑨は期間を三年と定めた特約に基づく差止請求の事案である
- (94) 早川・前掲注(78)一九二頁以下。
- (95) 裁判例⑩について土田道夫「労働者の競業禁止義務違反と損害賠償責任の有無」ジュリスト九九五号(一九九二年)一一四頁は、不法行為に基づいた解決の可能性を示す。
- (96) 信頼義務(Fiduciary duty)違反・債権侵害(Interference with contractual relationships)に基づく競業禁止義務も認められる。See e.g., DONALD J. ASPELUND & STEPHEN L. LUNDWAL, EMPLOYEE NONCOMPETITION LAW §8:1 (2005).
- (97) See e.g., Jennifer L. Saulino, *Locating Inevitable Disclosure's Place in Trade Secret Analysis*, 100 Mich. L. Rev. 1184 (2002); Elizabeth A. Rowe, *When Trade Secrets Become Shackles: Fairness and the Inevitable Disclosure Doctrine*, 7 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 167, 194 n.180 (2005).
- (98) ニューヨーク州、マサチューセッツ州では統一営業秘密法の採択が現在議論されている。最近では、ペンシルバニア州が二〇〇三年に採択した。See e.g., Rowe, *supra* note 97, at 194 n.180.
- (99) マサチューセッツ州では、統一営業秘密法に依拠しない独自の営業秘密法が制定されている。See Martha Lao, *Federalizing Trade Secrets Law in an Information Economy*, 59 Ohio St. L.J. 1633, 1649-1650 n.99 (1998).
- (100) See generally JERRY COHEN & ALAN S. GUTTERMAN, TRADE SECRETS PROTECTION AND EXPLOITATION 69-70 (1998).

- (101) アメリカの営業秘密法に関する概説書として、ROGER M. MILGRAM, MILGRAM ON TRADE SECRETS (2000); JAMES POOLEY, TRADE SECRETS (2005); COHEN & GUTTERMAN *supra* note 100等があり、邦文献としては、金・前掲注(11)三三頁以下、土井輝生『トレード・シークレット法』(同文館出版・一九八九年)等がある。以下の叙述はこれらを参考にした。
- (102) 営業秘密の定義は、そのほかに経済スパイ法 (Economic Espionage Act of 1996) や連邦情報公開法 (Federal Freedom of Information Act) にみられる。See e.g., COHEN & GUTTERMAN *supra* note 100, at 76-77.
- (103) 不法行為法リステイメント(第五版)の邦訳については、土井・前掲注(10)一三三頁以下、金・前掲注(11)三四頁以下参照。
- (104) See MILGRAM *supra* note 100, at §1.01.
- (105) See, e.g., COHEN & GUTTERMAN *supra* note 100, at 8; POOLEY *supra* note 101, at § 2.02.
- (106) ただし、統一営業秘密法あるいは不法行為法リステイメント(第一版)の定義に該当しない機密情報についても、秘密保持特約、黙示の契約、信頼義務等の多様な法理によって保護される。See Robert Unikel, *Bridging the "Trade Secret" Gap: Protecting Confidential Information: Not Rising to the Level of Trade Secrets*, 29 Loy. U. Chi. L.J. 841, 854-867 (1998)。もともと、統一営業秘密法の定義を充たさない情報を保護する秘密保持特約については、一部の州(たとえばジョージア州やウインスコンシン州)で合理性の要件が課されている。See Linda K. Stevens, *Trade Secrets And Inevitable Disclosure*, 36 Tort & Ins. L.J. 917, 925 (2001).
- (107) RESTATEMENT (THIRD) OF UNLAWFUL COMPETITION §39 cmt. g. (1995)。邦訳は茶園成樹・小泉直樹「不正競争法リステイメント試訳」『民商法雑誌』一一二巻二号)三三三頁以下参照。
- (108) Stevens, *supra* note 106, at 920-921.
- (109) COHEN & GUTTERMAN, *supra* note 100, at 89-90.
- (110) See John H. Matheson, *Employee Beware: the Irreparable Damage of the Inevitable Disclosure Doctrine*, 10 Loy. Consumer L. Rev. 145, 148 (1998).
- (111) 土井・前掲注(10)二〇頁参照。
- (112) 金・前掲注(11)三九頁参照。
- (113) See, e.g., *Metallurgical Indus., Inc v. Fourtek, Inc.*, 790 F.2d 1195 (5th Cir.1986).
- (114) See COHEN & GUTTERMAN, *supra* note 100, at 72-73. なお、COHEN & GUTTERMANによれば、次の三つの点でも統一営業秘密法と不法行為法リ

- ステイトメント(第一版)の定義は異なっているとされる。第一に、統一営業秘密では営業秘密が明確に情報として定義されていること、第二に、ノウハウという概念をカバーするために、方法(methods)、処理方法(pattern)、工程(program)という用語が統一営業秘密法で加えられたこと、第三に統一営業秘密法では秘密管理性が要件に高められていることである。
- (115) UNIFORM TRADE SECRETS ACT §1. Comment.
- (116) Edmund Kirch, *The Expansion of Trade Secrecy Protection and the Mobility of Management Employees: A New Problem for the Law*, 47 S. C. L. Rev. 659, 664-665 (1996).
- (117) *See, e.g.*, *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp.*, 416 U.S. 470 (U.S. Ohio 1974); *Brunswick Corp. v. Outboard Marine Corp.*, 404 N.E.2d 205 (Ill.1980).
- (118) RESTATEMENT (FIRST) OF TORT §757 cmt.f. (1939).
- (119) RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION §40 cmt.c. (1995).
- (120) RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION §40 cmt.c. (1995).
- (121) RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION §40 cmt.b. (1995).
- (122) RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION §42 cmt.b. (1995).
- (123) RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION §42 cmt.b. (1995).
- (124) RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION §42 cmt.b. (1995).
- (125) *Lee v. Cerco, Inc.*, 433 So. 2d 1 (Fla.App. 4 Dist.1983).
- (126) RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION §44 cmt.b. (1995).
- (127) 金・前掲注(11)五二頁参照。
- (128) RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION §44 cmt.d. (1995) によれば営業秘密訴訟において差止命令の範囲を地理的に限定することは通常、不適切である。
- (129) RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION §44 cmt.d. (1995).
- (130) RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION §44 cmt.d. (1995).
- (131) *See, e.g.*, *General Electric Co. v. Sung*, 843 F. Supp. 776 (D. Mass. 1994); *Viscofan, S.A. v. U.S. Int'l Trade Comm'n*, 787 F.2d 544 (C. A. Fed.

- 1986) ; *Aerosonic Corp. v. Trodyne Corp.*, 402 F.2d 223 (5th Cir. 1968) ; *Head Ski Co. v. Kann Ski Co.*, 158 F.Supp. 919 (D. Md. 1958) ; *Eastern Marble Products Corp. v. Roman Marble, Inc.*, 364 N.E.2d 799 (Mass. 1977).
- (132) *See, e.g.*, *General Electric Co. v. Stung*, 843 F. Supp. 776 (D. Mass. 1994).
- (133) *K2 Ski Co. v. Head Ski Co.*, 506 F.2d 471 (9th Cir. 1974) ; *Surgidev Corp. v. Eye Technology, Inc.*, 828 F.2d 452 (8th Cir. 1987).
- (134) *Shellmar Products Co. v. Allen-Qualley Co.*, 87 F.2d 104 (7th Cir. 1937).
- (135) *Conmar Production Corporation v. Universal Slide Fastener Co., Inc.*, et al., 172 F.2d 150 (2nd Cir. 1949).
- (136) *Kubik, Inc. v. Hull*, 224 N.W.2d 80 (Mich Ct. App. 1974).
- (137) *D. Kirk Jamieson, Just Deserts: A Model To Harmonize Trade Secret Injunctions*, 72 NEB. L. REV. 515 (1993).
- (138) *Whinston Research Corp. v. Minnesota Mining & Manufacturing Co.*, 350 F.2d 134 (9th Cir. 1965).
- (139) *Jamieson, supra* note 137.
- (140) *Thomas L. Casagrande, Permanent Injunctions in Trade Secret Actions: Is a Proper Understanding of the Role of the Inadequate Remedy at Law/Preparable Harm Requirement the Key to Consistent Decisions?*, 28 AIPLA Q.J. 113 (2000).
- (141) *See, e.g.*, *Lamb-Weston, Inc. v. McCain Foods, Ltd.*, 941 F.2d 970 (9th Cir.1991) ; *K2 Ski Co. v. Head Ski Co.*, 506 F.2d 471 (9th Cir.1974) ; *Surgidev Corp. v. Eye Technology, Inc.*, 828 F.2d 452 (8th Cir.1987).
- (142) *COHEN & GUTTERMAN supra* note 100, at 218.
- (143) *Jamieson, supra* note 137; *Mlegrin, supra* note 100, at \$15.02.
- (144) *Uniform Trade Secrets Act §3, Commissioners' Comment.*
- (145) 田中英夫『英米法辞典』(東京大学出版・一九九一年)四四八頁、六三四頁、六五七頁。
- (146) 公共の利益や損害賠償救済の不十分性が考慮されるべきである。
- (147) *See Rowe, supra* note 97, at 202.
- (148) *Id.* at 202-203.
- (149) *See, e.g.*, *Rowe, supra* note 97; *Matthew K. Miller, Note, Inevitable Disclosure Where No Non-Competition Agreement Exists: Additional Guidance Needed*, 6 B.U. J. Sci. & Tech. L. 9 (2000) ; *Jessica Lee, The Inevitable Disclosure Doctrine: Safeguarding the Privacy of Trade*

Secrets, 33 Colo. Law. 17 (2004).

- (150) *See, e.g.*, *PMC v. Taiwan Tainan Giant Indus. Co.*, 730 F.2d 61, 63 (2d Cir. 1984) (“A trade secret, once lost is, of course, lost forever.”).
- (151) *See, e.g.*, *Lumex, Inc. v. Highsmith*, 919 F. Supp. 624 (E.D.N.Y. 1996); *Tough Traveler, Ltd. v. Outbound Products*, 60 F.3d 964 (2d Cir. 1995); *Chemical Bank v. Haseotes*, 13 F.3d 569 (2d Cir. 1994); *ION Pharmaceuticals, Inc. v. Khan*, 2 F.3d 484 (2d Cir. 1993); *Jackson Dairy Inc. v. H.P. Hood & Sons, Inc.*, 596 F.2d 70 (2d Cir. 1979).
- (152) *James J. Mulcahy & Joy M. Tassin, Is PepsiCo the Choice of the Next Generation: The Inevitable Disclosure Doctrine and Its Place in New York Jurisprudence*, 21 *Hofstra Lab. & Emp. L.J.* 233 (2003).
- (153) UNIFORM TRADE SECRETS ACT, §3, Commissioners’ Comment.
- (154) RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION §45, cmt. d. (1995) は、*ネの他の方法として、特許事件に由来する比較基準の方法に言及する。この方法は、営業秘密の使用によつて節約した額を算出するものであり、同様の節約を達成するための当該営業秘密の不正使用による場合とよらない場合を比較し差額を原告に付与する。*
- (155) *See, e.g.*, RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION §45, cmt. c. (1995); *Sperry Rand Corp. v. A-T-0, Inc.*, 447 F.2d 1387 (4th Cir. 1971).
- (156) RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION §45, cmt. c. (1995).
- (157) RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION §45, cmt. g. (1995).
- (158) RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION §45, cmt. d. (1995).

