

# 営業秘密の不正利用行為をめぐる 裁判例の動向と法的な課題



北海道大学情報法政策学研究センター長 田村 善之

## 要 約

営業秘密の不正利用行為については、秘密管理性の要求水準に関して、問題の不正利用者にとって認識可能であれば足りると解する裁判例と、それだけでは足りないとする裁判例が対立している。さらに近時は、手続的な課題として、営業秘密の特定、立証の程度、差止めの範囲の問題が、大きな課題として意識されるようになりつつある。しかし、代替手段として活用されることがある競業避止契約に関しては、労働市場の流動化に伴い、次第にその有効性を厳しく吟味する判決が増えてきており、また、一般不法行為に関しては、一斉引抜きなどの例外的な事情がない限りは不法行為該当性が否定されるのが現状である。したがって、適切な保護を実現するには、営業秘密の不正利用行為に対する規律の枠内での解決を図っていく必要がある。本稿はそのための幾つかの解釈論的な提言を行う。

## 目次

- 1 営業秘密の不正利用行為規制の課題
  1. 1 秘密管理の程度
    1. 1. 1 問題の所在
    1. 1. 2 裁判例の実像
    1. 1. 3 学説
    1. 1. 4 検討
    1. 1. 5 裁判例の揺り戻し
    1. 1. 6 営業秘密管理指針の改訂
  1. 2 手続上の課題
    1. 2. 1 不正利用行為の立証
    1. 2. 2 営業秘密の特定・立証
    1. 2. 3 営業の差止め
  1. 3 その他の法律構成
    1. 3. 1 債務不履行
    1. 3. 2 所有権侵害
- 2 (退職後の) 競業避止契約の有効性
  2. 1 有効性に関する一般論
  2. 2 裁判例を分析するための視点
  2. 3 具体的な適用例
    2. 3. 1 営業秘密を守る目的の退職後競業避止契約に関する裁判例
    2. 3. 2 顧客確保を目的とする退職後競業避止契約に関する裁判例
- 3 従業員の引抜きの不法行為該当性
  3. 1 基本的な考え方
  3. 2 裁判例
  3. 3 新たな学説
- 4 結びに代えて

本日は「営業秘密の不正利用行為」というテーマで、周辺論点も含め、一つの訴訟で提起されることが多い三つの関連する問題についてお話しします。具体的には、1. 営業秘密の不正利用行為規制の課題、2. (退職後の) 競業避止契約の有効性、3. 従業員の引抜きの不法行為該当性、の三つです。これら三つには、それぞれ課題があるのですが、どの方策を推進すべきなのか、私の感覚のようなものをお話ししようと思います。

## 1 営業秘密の不正利用行為規制の課題

### 1. 1 秘密管理の程度<sup>(1)</sup>

最初に、裁判例もいろいろと動いている「秘密管理の程度」です。「営業秘密」に当たるためには、不正競争防止法2条6項の定義上、当然、秘密管理性の要件を満たさなければいけないわけです。

#### 1. 1. 1 問題の所在

営業秘密の管理の程度を語るときによく言及されるのが、経済産業省の出した『営業秘密管理指針』(<http://www.meti.go.jp/policy/competition/downloadfiles/ip/051012guideline.pdf>, 2003年公表2005年改訂)です。そこでは、秘密管理の「望ましい水準」というものが提示されています。それは、「情報を媒体に記録した場合は、施錠可能な保管庫に、施錠して保管する

必要がある」、また、「持ち出し制限を行うとともに、媒体の廃棄の際には、焼却やシュレッダーによる処理、溶解、破壊等の措置を講ずることが重要である」、「秘密管理性を継続させるために、秘密管理の重要性や管理組織の概要、具体的な秘密管理のルールについて教育を実施することが重要である。・・・教育の実施に当たっては組織体制の中に教育責任者を設置する等により組織内における教育責任を明確化し、定期的教育を実質的に確保することが望ましい。」と、大変厳しい基準でした。

営業秘密管理指針はたくさんの裁判例を引いていますが、傍論と判決理由の間にもう少し気を配った方がよいと思われるところがあります。たとえば、不正利用行為の存在が否定されている判決で、多々、「こんなに瑕疵があるではないか」ということで言及されている秘密管理の瑕疵に関する説示や、あるいは、逆に秘密管理を肯定する判決で、多々、「これだけ頑張っているではないか」ということで、いろいろな肯定すべき事情が認定されているその部分がよく引用されています。しかし、そのような同一方向に斟酌されるべき多数の事情が挙げ連ねられている場合、それらのうちの一つが欠けていたからといって、秘密管理性が否定されるのか、逆に、秘密管理性が肯定されるということにはなりません。それよりはむしろ、「これこれこういうものが足りなかったのに秘密管理が認められた」とか、「これだけ頑張っていたのに秘密管理が認められなかった」ということのほうが重要でしょう。つまり、秘密管理を肯定する判決における、秘密管理を否定する方向に働きうる要素の取扱いや、逆に、秘密管理を否定する判決における、秘密管理を肯定する方向に働きうる要素の取扱いのほうが、判決理由と目すべきものなのです。そして、秘密管理の度合いがいろいろと甘い点があったにもかかわらず、秘密管理性が認められたとすれば、要求されるべき秘密管理の程度はそれより下であることを意味することになりますし、他方で、それにもかかわらず秘密管理が否定されたとすれば、要求されるべき秘密管理の程度はそれより上であることを意味することになります。しかし、営業秘密管理指針は、秘密管理を肯定する判決における、秘密管理を肯定する方向に働きうる要素や、不正利用行為の存在が否定される事案における、秘密管理を否定する方向に働きうる要素の方にむしろ着目してしまっているところがあります。

## 1. 1. 2 裁判例の実像

それでは裁判例の真実の姿はどうだったのでしょうか。じつのところ、営業秘密の管理指針の直前ぐらいまでは割と緩やかだった時代が非常に長く続きました。つまり、さきほどの話にも関係しますが、情報の管理を一部欠いていたにもかかわらず、秘密管理性が肯定された例というものが多々あったのです。たとえば、顧客名簿の収納に施錠がなかったけれども秘密管理を認めた、男性用かつら事件の例（小規模事業の事案であった大阪地判平8・4・16知裁集28巻2号300頁〔男性用かつら〕）、あるいは、当該技術を用いた作業を納品先社員や工場見学者に見せていたような、およそ施錠にはほど遠い例で秘密管理を肯定した例（大阪地判平10・12・22知裁集30巻4号1000頁〔フッ素樹脂シートの溶接技術〕）。それから、講師の退職時に生徒の住所、連絡先の欄がある生徒一覧表を記した教務手帳の返還を求めているなどのような例があります（大阪地決平7・6・27判不競1250ノ231頁〔開成教育セミナー〕）。これらの裁判例では、すべて秘密管理性が肯定されているわけです。

さらに、パスワード等によるアクセス制限、秘密であることの表示等がなかったにもかかわらず、全従業員数が10名であり、その情報の性質上、少人数の会社で日々使うものであって、情報への日常的なアクセスを制限できないことなど、事業上の必要性を理由に秘密管理性を肯定した判決があります（大阪地判平15・2・27平13(ワ)10308等〔セラミックコンデンサー〕）。

次に、非常に典型例なので、後で詳しく紹介しますが、秘密表示もなく情報の一時持ち出しが認められていたにもかかわらず秘密管理性を認めた判決もあります（東京地判平14・12・26平12(ワ)22457〔ハンドハンズ（中間判決）〕）。

これらの事件では、情報を持ち出した者自身が情報の管理者というケースであったり、誓約書等の就業規則で必ずしも手帳の返還等は求めていませんが、秘密保持義務を課していたりするなど、いずれも情報の取得者にとって秘密であることが認識できる事案であったことが決め手になっているのではないかと思います。判例を総合的に見てみると、その辺りが分岐点かと思えます。

さきほど紹介しましたが、後にほぼ同じ事案で相反する裁判例が出ていることもあって、この時代の典型例として、ハンドハンズ事件を詳しく紹介しておきま

しょう。これは、人材派遣業を営む会社の従業員が派遣労働者の雇用契約に関する情報を、あるいは派遣先の事業所に関する情報を持ち出した事例です。もちろん、人材派遣業で、派遣労働者、働いてくださる方の名簿というものは非常に貴重な情報ですし、また、顧客の派遣先のほうで、どのような部門についてどのような人材を派遣に頼っているのかという情報も非常に重要ですが、ただ少しずさんでありまして、スタッフカードは机の引き出しか、机のそばにある施錠されていないキャビネットにしまわれていました。そして、営業会議はスタッフカードのコピーを使用していて、不要となったコピーを自分でファイルしている者もあり、原告会社では、コピーの枚数を記録したり、コピーしたものを返還させたりすることはありませんでした。さらにはスタッフカードにもキャビネットやファイルにも「部外秘」「持ち出し禁止」などの記載や貼紙がされていないという事情があったケースです。

しかし、裁判所は、原告会社では、該当部署にある従業員に誓約書を書かせて、顧客情報、派遣スタッフ情報、営業政策上の情報の在職中及び退職後の秘密保持、並びに、退職後2年間、競業避止を誓約させていたので、一応、当該ファイルではマル秘マークはないのですが、これで何が秘密とすべきかを認識できるだろう、特定できるだろうと判断しています。

そしてさらに、最近はときどきこのような判決があるのですが、原告会社では、営業秘密と無関係に個人情報保護の観点から派遣スタッフの個人情報の管理について一般的に注意喚起をしていた、ということも考慮しています。

裁判所は、これらの事情を斟酌して、「営業課員がこれらのコピーを保有し続けることは予定されていなかったものであって、業務の必要上やむを得ない利用形態と認めることができる」等と論じて、秘密管理性を肯定しています。

ということで、営業秘密管理指針の理解と異なり、従前の裁判例にあつては、ちょうど営業秘密管理指針ができた直前ぐらいまでは、不正利用者が営業秘密として管理されていることを認識しうる程度の管理、要するに何が秘密として管理されているのか、秘密管理することが予定されているのかが分かる程度の管理があれば、秘密管理性の要件を満足するものと取り扱っていたと理解するのが相当であろうと思っております。

ところが、ちょうどこの営業秘密管理指針の発表と前後する辺りから、従前の秘密管理性を肯定した事件と同等かそれ以上の秘密管理がされているにもかかわらず、極めて厳格な管理を要求して、秘密管理性を結論としても否定する裁判例が登場し、その後、一時期、主流を占めることになります。その背景には、もしかすると、営業秘密の不正利用行為に対して刑事罰がこの頃に導入されましたので、刑事罰も科されるような重大な構成要件なので、むしろ厳格な管理が要求されて然るべきなのだ、ということが、論評する一部の方からは指摘されることもあるところです。

その嚆矢となったのは、京都地判平13・11・1判不競1250ノ174ノ22頁[人工歯]<sup>(2)</sup>ではないかと思えます。これは新型の人工歯の原型について、被告商品が細部にいたるまで本件原型と合致していることをもって被告(元従業員・現在被告会社に勤務)が本件原型を持ち出し被告会社に開示した可能性が高いと推認されたケースなので、不正利用行為、不正取得行為の証明はあったという事案です。しかしながら、原告における原型の保管場所は各担当者に任意に委ねられ、収納する入れ物に部外秘の表示もなく、外部の専門家に預ける際にも秘密保持契約が締結されていないことを斟酌して、客観的に認識しうる秘密管理がなされていたとは言えないと判断されました。判決では、「当該情報の保有者が秘密に管理する意思を有しているのみではなく、これが外部者及び従業員にとって客観的に認識できる程度に管理が行われている必要があるというべきである」と説かれています。この「客観的に」ということがマジックワードになっていまして、特定の誰かに認識しうるのかということではなくて、とにかく客観的に認識しうる秘密管理がなされていたとは言えない、情報に接する者の主観では足りない、という含意がある用語ではないかと思えます。そのような次第で、この裁判所は、不正利用行為の存在を認めつつ、秘密管理性要件の充足を否定して、営業秘密の保護を否定しました。

その後の裁判例でも、部屋の入口に「関係者以外立入禁止」等の記載があり、キャビネットには「持ち出しはダメ」等の貼紙があったにもかかわらず、秘密管理性を否定した判決(大阪高判平17・6・21平16(ネ)3846[高周波電源装置])や、同じように顧客リスト及び登録アルバイト員の情報のリストが「持ち出し厳禁」、「社外秘」の表示のある引き出しに収められてい

たにもかかわらず秘密管理性を否定した判決（東京地判平16・4・13平15(ワ)10721〔ノックスエンタテインメント〕<sup>(3)</sup>）等があります。そのほかにも「客観的」な秘密管理性を要求する判決が続きました（名古屋地判平11・11・17平10(ワ)3311〔コンベヤーライン〕、大阪地判平12・7・25平11(ワ)933〔人材派遣業社員名簿〕、東京地判平20・7・30平19(ワ)28949〔馬券予想顧客名簿〕）。

代表例として、さきほどのハンドハンズ事件とほぼ同様の事件で秘密管理性を否定したノックスエンタテインメント事件を紹介します。イベント企画会社の事案なのですが、顧客リスト、アルバイト員リスト、登録表及び見積書がパソコンに保存されていたほか、プリントアウトが鍵のかからない引き出しに入れられていたということで、この辺りはほとんどハンドハンズ事件と同じような事情です。

次も同じで、被告らは在職中これらの情報を私物のパソコンにコピーして所持していたほか、プリントアウトを持ち出すことが許されており、また携帯電話のメール機能を利用してアルバイト員に連絡を取っていました。

判旨は、まず、一般論として、「情報が営業秘密として管理されているか否かは、具体的事情に即して判断されるものであり、例えば、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を認識できるようにしていること及び当該情報にアクセスできる者が制限されていることなどといった事情や、パソコン内の情報を開示した場合はこれを消去させ、又は印刷物であればこれを回収し、当該情報を第三者に漏洩することを厳格に禁止するなどの措置を執ることなどといった事情がある場合には、当該情報が客観的に秘密として管理されているということが出来る」と述べました。これを本件事案に当てはめ、「ファイルの背表紙には、赤文字で『社外秘』と記載されている。しかしながら、当該ファイルが保管されている書棚には扉がなく、当該ファイルにアクセスする者を一定の者に制限するといった措置も執られておらず、従業員が自由に閲覧できるものであった。」、 「原告事務所には、原告代表者及び従業員を併せて4名という極めて少人数の社員が勤務しているため、業務時間中書棚に鍵をかけたり、上記ファイルにアクセスする者を一定の者に制限することは業務の円滑な遂行の観点から困難であるとしても、かかる状況下において、例えば、就業規則

で定めたり、又は誓約書を提出させる等の方法により従業員との間で厳格な秘密保持の約定を定めるなどの措置や、例えば、コピーを取る場合に配布部数を確認したり、使用後そのコピーを回収する等の方法により用途を厳格に制限するなどの措置を執ることは十分可能であるにもかかわらず、原告がそのような措置を執っていなかった」ということで、「原告が履歴書及び登録表に記載された本件情報……を客観的に秘密として管理していたということはできない。」と判示しています。

従前の裁判例と対比すると、従業員の手元にあった情報を回収していないケースについて、過去のハンドハンズ事件は秘密管理性を否定しませんでしたし、施錠せず情報を保管していたケースについても、男性用かつら事件は秘密管理性を否定していませんでした。また、従業員が少数の小さな会社のときに業務上の必要性を斟酌して、パスワードやマル秘マークがなかったとしても、むしろ小規模企業の利点を生かして皆があうんの呼吸で、何が秘密か分かっていると推察されるという事件で、セラミックコンデンサー事件は秘密管理性を肯定しているわけです。

しかも、本件では社外秘の印があり、その意味では、ハンドハンズ事件のように何も書いていなかった場合よりもよほど明示的な秘密管理がなされていたと言えるかと思います。したがって、従前の裁判例の基準に従えば、退職後の情報の持ち出しは、たとえばハンドハンズ事件の言葉を使えば、業務上予定されていないということで、秘密管理性が肯定されたと思われる事案であるにもかかわらず、未だ「客観的に」秘密管理が不十分であるとして保護を否定した点に、この判決の特徴があります。この時期はこのような判決が続きました。

### 1. 1. 3 学説

最近の裁判例をご紹介する前にどう考えるべきかというお話なのですが、以前から学説では、「客観的な認識可能性」と「アクセス制限」の二つが要件とされることがあります<sup>(4)</sup>。ただ、あまり具体的に書かれていないので、「客観的な」というものは何か、どういうことを考えて「客観的」という言葉が使われたのかは定かではありません。

そのような中、当初から、秘密管理性の要件が利用者次第で変わりうる相対的なものであるという理解も

提唱されていました<sup>(6)</sup>。このような理解の下では、たとえば、窓から入ってくる侵入者に対しては、情報を記載した書類を机の引き出しに入れておくだけで十分と言うべきであるが、逆に、通常書類を自由に閲覧しうる社内の従業員に対しては、書類にマル秘マークを付しておいたり、ロッカーに施錠して保管したりするなどのようなことが必要になる場合もあるということ、相手方に応じて、相手方が通常どこまで関与できるのかに応じて、これは秘密で持ち出してはいけないと認識する手段が変わってくるだろうという、相対的な理解になります<sup>(6)</sup>。

#### 1. 1. 4 検討

以上を踏まえて、最近の裁判例の転換をどう考えるかということですが、「秘密管理」という言葉を見ても分からないので、秘密管理性要件が要求されている趣旨というものはどのようなものだろうということ、を踏まえながら、どこが落としどころかということを考えてみる必要があります。

秘密管理が要求されている趣旨その1ですが、秘密として管理されていない情報というものは、遅かれ早かれどうせ他に知られることになるから、つまり、保護したところで企業の優位性は失われるのだから、保護のコストをかけるのは無駄で、裁判所がわざわざ応援する必要はない、というものがあえます。そもそも営業秘密の保護をする趣旨というものが、秘密として管理でき、他者に対して守られるということが、知的財産を創出するインセンティブになるので、それを法的に支援してあげようというところにあるとしましょう。そのように理解しますと、ご本人が全然管理していないのは、要するにどうでもよいと思っているわけですから、秘密管理は期待されていなかった、つまり、成果開発のインセンティブとして機能していなかったことを意味するので、あえて法が保護する必要がないということも言えそうです。

こうした趣旨から考えると、一定程度の管理が行われているのであれば、秘密管理がインセンティブとして機能していると言えます。かえって、ノックスエンタテインメント事件のように、高度な秘密管理を要求してしまうと、企業活動に対する硬直的な効果をもたらし、秘密管理による成果開発のインセンティブを過度に減じかねないように思います。さきほども少し申しましたが、特にあのような小規模企業ですと、あ

んの呼吸で皆がいろいろな業務を理解しながら、スピーディーに活動しているわけです。大規模企業の場合はいろいろな方々がいて、あうんの呼吸もないですから、そのような厳しい管理が必要になってくる場合もあるのではないかと思います。小規模企業がそのようなことをやる必要はない、かえって大規模企業と同じコストをかけさせるのは無駄ではないかと思えます。

趣旨その2ですが、情報は管理がない場合には自由に流通する性質を有し、その出所源が不明となる場合が少なくありません。したがって、保護されるべき情報を他の情報と区別して法的保護を欲していることを明示させる必要があるように思います。もともと1989年の法改正の際に、秘密管理の要件を入れることに反対があり、客観的に秘密であればよいではないか、秘密管理はいらぬのではないかという意見も強かった中、起草者がこの要件を入れた趣旨はここにあったようです<sup>(7)</sup>。

もしこのような趣旨で秘密管理が要求されているのであれば、要するにフラッグを立てさせるということにつきますから、秘密管理性というものは、情報の利用者にとって秘密であると認識できる程度に管理されているか否かを基準とすれば足りることになるはずで

す。趣旨その3ですが、近時の裁判例に見られる厳格な基準を応援できる理由として、嚴重に秘密が管理されていけばいるほど、秘密の漏知行為の数も減り、裁判所を煩わせることもなくなるのではないかという理屈が主張されるかもしれません。そのような事前紛争予防機能が秘密管理の要件に期待されているとすれば、もっときちんと管理すればこのような事件は起きなかったと言えることができるかもしれません。これが趣旨だとすると近時の厳格な裁判の立場を支持しうるかもしれません。

ただ、これも限界があります。すでに紹介した事例のすべてがそうですが、過去に裁判になった事件は、ほとんどが内部者による裏切りの事案ばかりなのです。秘密を管理する当事者、場合によっては責任者の不正取得が問題になっているものであり、幾ら厳格にやっても、紛争が起ることを防ぎえないわけです。幾ら施錠したところで、盗んでいる人が鍵を持っていますから意味がないという場合があるわけです。ということで、近時の厳格な裁判例によってもたらされる

メリットはほとんどないと言えるのではないのでしょうか。

### 1. 1. 5 裁判例の揺り戻し

私や私の周囲の方々でいろいろと裁判例を批判する文章を發表しておりましたところ、声が届いたかどうかよく分かりませんが、裁判例の揺り戻しがありました。代表的なものを紹介します<sup>⑧</sup>。

たとえば、大阪のイープランニング事件（大阪地判平20・6・12平18(ワ)5172 [イープランニング]）では、情報の入ったパソコンのIDとパスワードを複数の従業員で共有しており、さらにIDとパスワードを紙に書いて貼ってあり、入力担当者に退職者が出てIDとパスワードが変更されることはありませんでした。そうした事案において、この判決は、非常に重要な説示だと思いますが、「IDやパスワードの趣旨が有名無実化していたというような事情があればともかく、そのような事情が認められない限り、なお秘密管理性を認めるに妨げはない」と論じて、秘密管理性を否定していません。

この「有名無実化」の意味なのですが、結局この場合、IDとパスワードは恐らくほとんど本来のIDでパスワードが果たすべき、つまり鍵としての機能は失っていると思います。しかし、わざわざ「有名無実化」しているわけではないと判決が言う理由は、鍵としての機能がなくなったとしても、文字のマル秘マークと同じ機能がまだ残っているということに裁判所が着目しているからでしょう。つまり、物理的には自由に使えるのですが、一応ID、パスワードの存在がマル秘に扱うべきことを予定している、それが分かる程度にはまだ機能している、と言えるということなのです。

名古屋のプライスリスト事件（名古屋地判平20・3・13判時2030号107頁 [プライスリスト]）でも、さきほどの事案と同じで、パスワードが変更されたことはなく、パソコンにパスワードを記載した付せんを貼っている者がおり、また、プライスリストが業務上の秘密事項に該当することを定めた文書や、その管理方法を定めたマニュアルもなく、プライスリストを印刷したものに「社外秘」等の押印をする取決めはありませんでした。また、営業部門の従業員の中には、プライスリストを印刷したものを廃棄しないでそのまま保管している者もいた、というケースでした。さきほどのノックスエンタテインメント事件の基準ですと秘密管理

性が否定されるケースですが、しかし裁判所は、プライスリストは機械製造業者にとって一般的に重要であることが明らかな仕入原価等の情報が記載されていること等を斟酌し、「プライスリストの外部への提示や持ち出しが許されていたという事情は認められない」と論じて、秘密管理該当性を否定しませんでした。これはさきほどの、予定されていないというハンドハンズ事件を思い起こさせるような説示でして、要するに、持ち出しが許されていないことぐらい分かるだろうということですから、認識を基準としていると理解してよい判決であると思います。

最近ですと、投資用マンション事件（東京地判平23・11・8平21(ワ)24860 [投資用マンション]、知財高判平24・7・4平23(ネ)10084ほか [同]）があります。一審、二審ともにいずれも秘密管理性を認めていますが、ここでは知財高裁のほうの判決文を見ていきます。「本件顧客情報は、・・・営業部所属の従業員によって契約内容報告書の写しとして保管されてはいるものの、これは、顧客からの問い合わせに迅速に対応したり買増し営業が見込める顧客を絞り込んだりするという営業上の必要性に基づくものである上、1審原告らは、・・・各部内に常備された本件就業規則で秘密保持義務を規定するとともに退職時に秘密保持に関する誓約書を提出させたり、各種の情報セキュリティを実施してISMS認証やISO/IEC27001認証を取得し、毎年行われる審査に合格したり、従業員に対する『ISO27001ハンドブック』の配布やこれに基づく研修・試験といった周知・教育のための措置を実施したりしていたのであるから、1審原告らは、従業員に対して、本件顧客情報が秘密であると容易に認識し得るようにはしていたものといえる。」これだけの積極的な印象を見るとなかなか頑張っているように見えるかもしれません。

次が大事で、「以上を総合すれば、1審原告らは、本件顧客情報に接し得る者を制限し、本件顧客情報に接した者に本件顧客情報が秘密であると認識し得るようにはしていたといえるから、本件顧客情報は、1審原告らの秘密として管理されていたことができる。」

ここでは、「客観的に秘密管理」や「客観的認識」という言葉を使わないで、認識できる人を列挙して、その人にとって認識をしていたというような言い方しているのです。しかもかなり不利な事情もありまして、「以上に対して、1審被告らは、本件顧客情報につ

いて、・・・写しが上司等に配布されたり、上司の指導で休日等における営業のために自宅に持ち帰られたり、手帳等で管理されて成約後も破棄されなかったり、本件就業規則が周知されていなかったりするなど、ずさんな方法で管理されていたことから、本件顧客情報は秘密管理性を欠く旨主張する。」このように別途不利と目される主張も被告のほうからなされていましたが、裁判所は、「しかしながら、上記関係書類が上司等に配布されたり自宅に持ち帰られたり手帳等で管理されて成約後も破棄されなかったりしていたとしても、それは営業上の必要性に基づくものである上、1審原告らの営業関係部署に所属する従業員以外の者が上記関係書類や手帳等に接し得たことを窺わせる事情も見当たらず、1審原告らがその従業員に本件顧客情報を秘密であると容易に認識し得るようにしていたことは・・・認定のとおりである。」と判示しました。裁判所は、認識を基準とするとともに、営業上の必要性を理由に、緩やかな管理を許容していて、これは明らかに揺り戻しと言いますか、緩和説に立っていると理解できます。

似たようなことを言っている判決としては、知財高判平23・9・27平22(ネ)10039[ポリカーボネート樹脂製造装置]があります。裁判所は、「本件情報は世界的にも稀少な情報であって」と述べていて、情報の性質に着目して判断を行っているという意味で、重要な判決です。ポリカーボネート樹脂を製造できるノウハウというものは、日本だと数社ぐらいしか理解できていない貴重なノウハウなのだそうです。したがって、「そのことを千葉工場のPS・PC樹脂の製造に係る従業員が認識していたことは当然であるから、PS・PC樹脂の製造に係る従業員においても、PC樹脂の製造技術に係る情報が秘密であることは認識されていたといえるし、このことは、当業界の外部の者にとっても同様であることは明らかである」として、秘密管理性を肯定しています。ロッカーは施錠されているのですから、厳格説でも十分な管理が認められるケースではないかと思うのですが、説示として、今のように情報の特殊性に配慮しながら従業員認識を基準としているところが、事案の関係はともかくとして、緩和説的な考えを採用していると理解できます。

とはいえ、すべての裁判例が揺り戻したわけではありません。今後も少し動揺が続くかと思えます。たとえば、同じような投資用マンションの事件で、大阪の

ほうで、ややもすると少し厳しく見えるような判決も出ています(大阪地判平22・10・21平20(ワ)8763[投資用マンション])。この事件で裁判所は次のように説きました。「見込み客との営業活動では、営業部従業員が、自己の判断で自由にコピーを取って営業の場に持参していたのであるから、そもそも見込みノート段階で、そこに含まれる顧客情報を原告が営業秘密として管理しようとしていた様子はいかがえない。

そして、新規開拓の営業により契約締結に至った場合には、当該顧客情報は契約者台帳の形でまとめられて原告に提供されることになるが、営業部従業員の手もとにはそのコピーが一部残され、その扱いは、前に検討した前任者から引き継いだ契約者台帳ファイルのそれと同じであるから、営業部従業員との秘密保持契約が徹底されていなかったことを考えると、営業部従業員にとっては、もともと自らの営業努力で取得した顧客情報であることもあって、それが原告が管理する営業秘密であるとの認識を十分持ちえないとしても無理はない」。

「営業秘密目録2記載の営業情報をすべて包含する契約者台帳の形で原告が保有するに至った本件顧客情報は、原告においては、ローン課で保存されるほか、ASデータの形で管理されて、ASデータについてのアクセス方法が制限されるなど、営業秘密としての体裁を整えて管理されていたことができる。」「しかしながら、・・・、原告においては、上記の形で蓄積保存されるとは別途に、当該顧客情報は、営業部従業員に示され、あるいは営業部従業員がその営業活動の中で自ら取得するとともに、契約者台帳ファイルという形で個人で管理しているから、その段階において営業秘密としての管理がされているとは認められず、したがって・・・顧客情報が営業秘密として管理されていたということはできない。」

しかし、事案はなかなか特殊なもので、営業成績があがらない者に対し上司から暴力が振るわれていたなど、退職がやむをえないという事情が背景にありましたので、事件のスジの問題として、そもそも保護すべきではないという心証を抱かせるような事件ではありません。たしかに、前掲東京地判・知財高判[投資用マンション]に比すると、情報セキュリティマネジメントシステムを導入していない分、見劣りするところがあり、にわかには厳格説とまでは言いきれません。自分で取得した情報について、特に何が秘密という明示

がないので、マル秘マークすらない、ゆえに認識もないかもしれないと見ることができるかもしれないケースではありました。ともあれ、事案との関係は別として、説示としては若干厳格説的な説示がなされている判決があるということを指摘するために紹介いたしました。

### 1. 1. 6 営業秘密管理指針の改訂

営業秘密管理指針は2010年に改訂されています<sup>(9)</sup>。現場のほうからいろいろな批判が届いたのかもしれませんが。次のような一般論が展開されています。

「大量の情報をやみくもに営業秘密として管理しようとすることは、管理コストを高めるのみならず、管理の実効性や業務効率を低下させることとなり」(10頁)、「いたずらに厳格に管理するような管理方法を用いた場合、通常の実業活動を行う者を萎縮させ、情報の共有による生産性向上や円滑な事業活動の促進を妨げるだけでなく、かえって管理が非効率になることがある」(12頁)、「高度の管理方法等は、これを講じていない限り営業秘密としての法的保護を受けられないものではなく、また場合によってはセキュリティコストが増加し、事業者にとって過度な負担となる場合があることに留意すべきである」(26頁)。

具体的な基準に関しても、これがなかったから営業秘密が保護されなくなるというわけではありませんとということが明確になった点では進歩だと思います。

ただ、具体的な基準の解説のところでは、相変わらず、裁判例が対立していることを踏まえた議論がなされていれば、より話が分かりやすくなったと思います。秘密管理を肯定する裁判例で、管理をなしていると斟酌された要素や、秘密管理を否定する裁判例で、管理に瑕疵があるとされた要素の紹介よりはむしろ、私が最も重要だと思っている、秘密管理を肯定する裁判例で、管理にその程度の瑕疵があったとしても、秘密管理が否定されることはないとした要素(従前の裁判例や揺り戻しの裁判例などの緩和説を具現する要素)や、秘密管理を否定する裁判例で、その程度の管理をなしていたとしても、秘密管理が肯定されることはないとした要素(近時の裁判例の厳格説を具現する要素)についての分析をもっと重視すべきです。そうしないと、裁判例が対立しているという認識がなかなか出てきづらいことになります。

## 1. 2 手続上の課題

次に、手続上の幾つかの課題についてお話ししたいと思います。ただ手続上の課題といっても、立法で解決しているような秘密保持命令や公開しなくてよい秘匿決定などのような話はいたしません。解決がまだついていない、どう考えるか難しいところを重点的にお話ししていこうと思います。

### 1. 2. 1 不正利用行為の立証<sup>(10)</sup>

不正利用行為の存在が直接証明されることは、多くはありません。私が鑑定意見書の提出という形で関わった経験に照らしても、たしかに裏切った従業員を籠絡して証言が取れるということはないわけではないのですが、裁判例全体の中ではその数は決して多いとは言えません。あるいは、本人以外の目撃証言が取れることも全くないわけではありません。営業資料を複製し搬出したことに対する目撃証言があったという事例もあります(東京地判平12・11・13判時1736号118頁[来山者名簿])。ただ、一般的には、やはり直接の証拠はなかったり、また証言だけでは不安ですから、さまざまな間接的な事実から不正利用行為の存在が推認されるのが通例です。

よくあるパターンは、顧客が不自然なまでに重複している場合です。たとえば、住所、電話番号を原告にしか教えていないにもかかわらず、被告から電話でのセールスを受けたという顧客からの苦情があったということをもって、本件顧客名簿が使用されたものと認められた判決があります(東京地判平11・7・23判時1694号138頁[美術工芸品])。逆に言えば、重複の程度が不自然でない場合には、営業秘密が取得されたり使用されたりしたとは推認できないことになります。たとえば、全顧問先579名中のわずか10名に被告から会社案内が送付されたからといって、偶然の可能性は全く否定できない以上、本件顧客先名簿を使用したと認めることはできないとした判決があります(大阪地判平11・9・14判不競1250ノ186ノ22頁[顧問先名簿])。それから、本件顧客ファイルは、地域を自動車、徒歩等によって回り、給湯設備機器が設置された家屋を発見して住宅地図に印を付け、表札等から電話番号を調べて電話でメンテナンスの要否を質問し、得た情報をファイル化して成されたものであり、被控訴人はその作業に習熟していたことにくわえて、被控訴人会社の顧客管理カードに記載された顧客の住所、氏名



等の情報は本件顧客ファイルと必ずしも一致しておらず、前者にのみ記載されているものもあることを理由に、被控訴人が本件顧客ファイルに記載された顧客情報を不正取得したと推認することは困難であるとした判決もあります（東京高判平 17・3・22 平 16(ネ) 4185 [給湯設備機器の点検保守作業]）。

今のは顧客情報でしたが、技術的なノウハウでも、結局はノウハウを具現した製品が不自然に酷似している場合には、不正に取得され使用されたと推認されることとなります。たとえば、部品の形状・寸法・取付位置について技術上の必要性がなく設計者が自由に決めることができる部分についても多くの箇所でも一致していたという前掲東京地判 [美術工芸品] がその典型です。

逆に、製品がそこまで酷似していない場合には営業秘密が取得され使用されたと推認されません。たとえば、原告の機械と被告の機械の構造に重要部分において顕著な差異があるという事案で、本件製作図が使用されたと認められないとされた事例（東京地判平 8・1・31 判不競 1250 ノ 204 ノ 3 頁 [90 度フレアー銅管接続工法]）や、原告製品と被告製品の各生産菌及び精製方法の同一性が認められないことを理由に、営業秘密に係る本件生産菌 A が被告製品の製造に使用されたとまでは認められないとされた事例（東京地判平 22・4・28 平 18(ワ)29160 [コエンザイム Q10]）があります。

さきほども紹介したポリカーボネート樹脂製造装置事件では、次のように技術の特殊性を勘案して、営業秘密が取得され使用されたものと推認しています。

「PC 樹脂の製造技術は、高い技術水準を持つ企業が、長い時間をかけて研究・技術開発を行うことにより初めて開発することができるものであり、その根幹となる技術資料である P & ID、PFD や機器図についても、そのような研究・技術開発の結果である各企業固有の技術が記載されたものである」という事情を背景にしつつ、「シンボルリストに記載された機器・部品の種類、それらの区分の仕方、記載の順序がほぼ同一であること、各工程における主要な機器等の種類・構成、図面上の配置場所がおおむね一致していること、CAD 化された後に追加された機器についてもおおむね一致していること、甲 16 の図面 1 ないし 7 に記載された内容は、限られた企業グループしか保有しておらず、しかも、個々の企業が独自に開発した PC 樹脂

の製造技術に関するものであって、出光石化と無関係に作成された図面がそのように酷似することは考えにくいことからすると、甲 16 の図面 8 ないし 14 は同図面 1 ないし 7 を基に作成されたものと認めるのが相当である。」としました。

この事件では、一部の図面については元従業員の持ち出しを自認する証言がありました。ただ、東京地裁では、その証言のあったところだけ不正取得、不正使用を推認したのですが、高裁ではより広く不正取得と使用を推認しています。さきほどの給湯設備の事件とは全く逆で、なかなか簡単にアクセスできるような、あるいは自分で取得できるような情報ではないということ前提にして、また、技術の特性に鑑みて、もし独自に作成した場合にはだいぶ違ってくるはずだという事情を前提にして、さきほど高裁では、それにもかかわらず図面が酷似したものとなっている以上、それは営業秘密に係る図面に基づき作成されたのだろうと推認したのです。

このほかの推認の仕方としては、ノウハウの使用時期が不自然に近接している場合があります。たとえば、被告が原告在職中にその指示で発注を受けたタンクの製造を中止し、その後、1~2 か月で同一の取引先に原告を退職した被告らが同仕様のタンクを納入しているという事件で、このような短期間で同程度の品質のタンクを製造できる技術レベルに到達するのは困難であるという事情を斟酌して、原告の営業秘密が使用されたと推認する判決が出ています（前掲大阪地判 [フッ素樹脂シートの溶接技術]）。

総合型と言いますか、これらのさまざまな事情を使って不正取得を認定した事例として、さきほど紹介したセラミックコンデンサー事件があります。この事件で裁判所は、セラミックコンデンサー積層機の設計には少なくとも 3 か月、電気関係の設計については少なくとも 1 か月半の期間がかかる一方で、被告等が原告を退社してから見積もりを依頼するまでの期間は約 40 日にすぎなかったという事実、あるいは、原告のセラミックコンデンサー積層機と被告会社のセラミックコンデンサー積層機は、設計者が自由に決めることができる部分を含めて、多くの点で一致又は酷似すること、あるいは、被告の図面と原告図面を比較すると、情報内容が同一であるにもかかわらず文字のフォント等だけが異なっていることなどを総合すると、「被告 A 及び被告 B は、原告を退社する際に、本件電子デー

タを原告に無断で複製して取得し、これを自ら使用し、又は被告会社に開示し、被告会社は、遅くとも平成11年10月初めごろには、被告A及び被告Bから、原告の営業秘密である本件電子データを取得し、同被告らを雇用し、本件電子データを使用してセラミックコンデンサー積層機及び印刷機の設計を開始し……しているものと推認することができる。」としています。

## 1. 2. 2 営業秘密の特定・立証

古くは、営業秘密の主張・立証がないことを理由に、債務不存在確認請求を認容した判決があります（東京地判平元・5・30判時1348号91頁〔グールド・インク〕）。外国法人の営業秘密の保護が問題となったケースで、日本法人が原告となって債務不存在確認請求を提起しました。すると、被告外国法人は営業秘密に関する改正法成立前の事件で、公開法廷である日本の裁判所で審査されることを嫌って、アメリカの裁判所に訴えを提起しました。そのうえで日本の事件では、公開法廷でノウハウの特定を拒んだら、被告が負けてしまったというケースがありました。これはかなり古い判決で、有名ではありますが、今ではあまり参考にならないかもしれません。ともあれ、やはり抽象的な主張では足りないとした裁判例はこれだけではなく、「本件各装置に関する設計・製作の技術的ノウハウ、顧客リスト等の営業上の情報」と主張するだけでは2条4項の営業秘密に該当するか否か判断しえないとした判決があります（大阪地判平10・9・10判時1656号137頁〔水処理設備装置〕）。

他方で、抽象的な特定を許容する判決もあります（東京高決平13・11・8判不競1250ノ174ノ31頁〔レスキュラ営業秘密〕）。この事件では、「訴訟に関する訴訟準備ないし訴訟対策上の情報一切」が別件の訴訟から漏れているといった主張がされました。これに対し、裁判所は、「訴訟に関する訴訟準備ないし訴訟対策上の情報一切」という特定は認めませんでした。が、文書名、作成者、作成日付、記載内容の概要、あるいは会議の日付、場所、会議の種類、会議で説明ないし討議された内容の概要で特定したものや、別件訴訟の「訴訟準備ないし訴訟対策の過程で相手方……に提供されたレスキュラの開発、製造、販売に関するノウハウ、テスト及びそのデータ、その他の情報で非公知のもの」という特定につき、営業秘密の要件の成否を判断しうる程度に特定しているとして、これを許容しま

した（ただし、結局、営業上の利益を害されるおそれの疎明がないとしました）。

ただ、注意してほしいのですが、立証と特定はまた違いますので、この判決は、特定を許容しただけで、営業秘密の要件の存在を証明したとは言っていません。成否を判断、つまり攻撃防御方法の対象が明確になるぐらいには特定されているとされただけで、結局は、別途、営業上の利益を害されるおそれの疎明がないとして請求が否定されていますので、特定のみ許したというだけの話です。しかし、これだけ許してもらっただけでも訴訟が先に進みますので、さきほどの入口で蹴ってしまう裁判例に比べると望ましい処理の仕方であると思います。

さらには、訴訟提起段階においては、抽象的な特定を許容して入口で却下することなく許して、訴訟の進行過程で詳細に相手方の出方を見ながら営業秘密をより具体的に特定していくときに、進行過程の後ろのほうでの特定を時機に後れる攻撃防御方法として却下することはなかったという判決もあります（前掲大阪地判〔フッ素樹脂シートの溶接技術〕）。これは、原告が、訴状添付の目録では「フッ素樹脂シートの溶接技術に関して、左記の技術のすべて又は一部を使用すること。一 ホットガンの先端に加工口金を取り付けること。二 三井デュポンフロロケミカル株式会社製のディスプレイジョン（溶接用の触媒）を使用してロッド溶接及びテープ溶接をすること。」と特定するとどめ、その後、訴訟が相当進行した後でより詳細に営業秘密を特定していったという事件で、被告の応訴態度を見ながら具体的に営業秘密を特定することもやむをえないとして、特定の主張を時機に後れた主張として却下することはしませんでした。

以上が特定に関する判決でしたが、営業秘密の立証の程度に関しても、比較的柔軟に解釈している裁判例もあります。その一つが、前掲大阪地判〔セラミックコンデンサー〕です。

「不正競争防止法2条1項4号、5号所定の営業秘密の不正取得等による不正競争の成否を判断するに当たって、営業秘密が特定されているというためには、そのすべてを開示する必要はなく、有用性、秘密管理性、非公知性という同法2条4項所定の要件の充足の有無を判断することができ、かつ、同法2条1項4号、5号所定の不正取得等の有無を判断する前提として、その不正取得行為等の対象として客観的に把握するこ

とができる程度に、具体的に特定されていれば足りるものというべきである。],「本件電子データは、合計約6000枚に上るセラミックコンデンサー積層機及び印刷機の設計図の電子データであるが、別紙営業秘密目録記載のとおり特定されることにより、その範囲は客観的に画され、不正競争防止法2条4項所定の要件の充足の有無を判断することができ、同法2条1項4号、5号所定の不正取得行為等の対象として客観的に把握することができるものと認められる。」この判決は、特定ばかりでなく営業秘密の立証まで認めているところが特徴的です。

この特定、立証という問題は営業秘密の問題の中でも一番難しいところだと思います。特に、原告のところで長年にわたって研究開発に従事し高度な技術を開発した従業員が退職後、ライバル企業である被告に転職したというような事件で、ノウハウがたくさんありすぎて、どれがどのように使われているのか、具体化することが困難だというような事例もありえます。

解決策は、すでにこれまでの判決でも示唆されています。

まず、特定の問題と立証の問題は分けるべきです。

訴えの却下を防ぐために必要となる営業秘密の特定の段階における具体化の程度と、請求棄却を防ぐために、営業秘密の立証に成功するための具体化の程度は異なると考えるべきです。そして、前者については、要するに被告の手續保障の観点から、攻撃防御目標が明らかになる程度に特定されていれば、とりあえずよしとして、あとはいろいろな訴訟で出てくる主張や証拠で、より差止めに向けての特定を具体化するのもよし、あるいは損害賠償を含めて立証を具体化するのもよしという形で、入口では少なくとも却下しない扱いをなすべきでしょう（参照、前掲大阪地判〔フッ素樹脂シートの溶接技術〕）。

そのうえで、特定の場面では、製品番号・型番による現物の特定を許容すべきです。これは特許侵害訴訟のほうで現物の特定を許すという流れが、今世紀に入る辺りから定着してきており、営業秘密でも同様に扱うことになります。

他方で、立証の場面では、差止請求を認容するに足りる具体化の程度と、損害賠償請求を認容するに足りる立証の程度を分けて考えるほうがよいのではないかと思います。たとえば、さきほどの例で、何を盗まれたか分からない、しかし、開発時期の近接性など、前

述した不正利用行為の推認手法によると、盗まれたものを明確に特定することはできないけれども、どれかは使われているに違いない、という場合を想定してみましょう。このような場合、厳格に特定できない以上、差止めという形で請求認容はできないかもしれない、そこは相手方の利益が関わっており、何を使ってよいのか何を使ってはいけないのか分からないというのでは、相手方の行動の自由を過度に制約することになりますから、差止めは無理かもしれない。けれども、何かは使っただろうということは推認されているのですから、損害賠償を認容するに足りる立証の程度は果たしているというように取り扱うことができるのではないかと思います。

### 1. 2. 3 営業の差止め

今の特定の問題に関わりますが、次に営業の差止めという問題に移ろうと思います。

たとえば顧客情報などになりますと、営業秘密と不可分なところがありますので、営業秘密不正使用行為だけ取り出すというわけにはいかない場合があります。その場合、営業自体の差止めを認めるのは、営業秘密の保護として過大であり過度に競争を阻害することになりはしまいかということが問題になります。

解決策としては、不正に取得された顧客情報に含まれている顧客と取引をしないように求める差止めというものを認めれば足りるという意見があるかもしれません。しかし厳しく言ってしまうと、営業秘密を利用することなくたまたま同じ顧客と取引を開始することはありうるので、そのような行為を、少なくとも未来永劫差止めることは過大ではないかという気がします。たとえば保険会社の団体保険担当の従業員が転職して自己の経験を活用して同じ業界の団体保険を担当しようなどということになりますと、結構取引先というものは限られてきます。そこに差止めが入ってしまうと全く営業できなくなるというケースすらあります。したがって、そのようなことを考えると、営業秘密の開示行為の差止めと、関係資料等の廃棄の限度で差止請求を認め、ライセンス料相当額の損害賠償で処理するということが現実的ではないか、というようにも思えてきます。

実際、営業の差止めを否定した裁判例もあります。それが、東京地判平16・9・30平15(ワ)16407〔ペットサロンムーお客様カード〕です（別途、秘密管理性も

否定)。

「原告は、請求の趣旨第2項として『被告らは、別紙顧客名簿目録記載の者らから、来店を受け、または電話を受けるなどして、被告らとの間で、ペットトリミング等の美容を行う旨の契約及び同契約に付随する営業行為を行ってはいならない。』旨の判決を求めているが、このような請求は、被告ら店舗の営業を何らかの方法により知った顧客が自発的に被告ら店舗に来店し、あるいは電話をしたような場合においても、被告らがこれに対応することを禁ずることを求めるものであり、不正競争防止法上の請求権を超える保護を裁判所に対して求めるものといわざるを得ず、請求原因事実の存否にかかわらず、許されない」

このように厳しい判決も出ています。

それでは、このような場合にはどのような手があるかという、それが、顧客に対する勧誘の禁止等の限度で差止めを認めるというものです。要するに、「おまえはファイルを持っているから、それを使うな、向こうから来るのは受けてよいけれども、使うな」ということは言えるのではないかということです。たとえば、東京地判平12・10・31判時1768号107頁[放射線測定機械器具]、東京高判平13・6・20平12(ネ)5926[同]は、「被告らは、別紙顧客目録記載の者に対し、面会を求め、電話をし、郵便物を送付するなどして放射線量の測定契約を締結したり、締結方の勧誘又は同契約に付随する営業行為をしてはいならない。」という形の主文の判決を出しました。この辺が一つの落としどころかもしれません。

そのような中で1件ですが、営業差止めまで認めた判決もあります。それが、前掲大阪地判[男性用かつら]です。

事案は、男性用かつらの販売業者である原告を退職した元従業員(原告の心斎橋店店長、直営店統括本部大阪店店長等)が顧客名簿(約400名分)をコピーして競業(原告心斎橋店から徒歩20分のところで開業)に利用したというものでしたが、裁判所は、顧客名簿の廃棄請求のほか、「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などして、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いならない」、「男性用かつらの請負若しくは売買契約の締結をしようと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

くる別紙顧客目録記載の者に対し、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いならない」という主文の差止めを認容しました。

その理由は、「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、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する……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、……右の勧誘と一体をなすものとして営業秘密の使用に当たる」というのです。

訴訟の時点では、すべて電話をかけ終わっていると推認されるようなケースですから、さきほどのように、「今から勧誘してはだめだ」と言っても、無駄なケースなのです。

さらにこのケースは、「男性用かつらの販売業というのは、その性質上、宣伝広告に依存する営業である」という事情がありました。つまり町を歩いている人に直接、「かつらを必要としていらっしゃいますよね」とか、あるいは「かつらを着用しているとおみうけしました」などと声をかけにくい業態です。したがってそれにもかかわらず、被告は「ほとんど宣伝広告を被告は行っていない」、しかも、「地下1階の店舗に降りる階段の入口に看板等も一切出していない」という状況です。そこでは、要するに、原告顧客名簿を用いた勧誘行為とは無関係に被告店舗に来訪したり、電話連絡をしてくる顧客は減多にいないと考えられ、原告顧客名簿登載の約400名の顧客と取引することを禁止しても、現時点では被告にとっては原告顧客名簿を使えないということ以上の不利益を意味しないでしょう。

さらに言いますと、問題をすべて判決の主文の段階で解決しようと無理するのではなく、執行段階で調整するという選択肢もありえると思います。たとえば、判決の後、被告のほうもしっかり真面目に広告するなどということになって、ある程度被告の信用が蓄積されて、その結果、前記約400名の中にも仮に最初の勧誘がなくても、結局は被告と取引したであろうと推認される者が相当数出始めたことと認定できるような段階になれば、強制金の金額の決定を変更したり、場合によっては請求異議により債務を否定するということもありえるでしょう。ですから、適正な差止めの範囲を

確定するという作業を全部、判決の言い渡しの段階で片づける必要はなくて、事案によっては、本件のように例外的に、一見すると過剰に見える差止めを認めて、あとは執行段階に調整を委ねてよい場合があるのではないかと思います<sup>(11)</sup>。

以上が顧客情報の話でしたが、営業秘密の不正使用行為が技術上のノウハウの場合には、当該営業秘密を特定してその使用を差し止めることになります。

裁判例でも、原則として、営業秘密を使用したという限定が付された形で製品の差止めが認められています。たとえば、「被告サンフロロシステム株式会社は、別紙目録一記載の技術を使用して、フッ素樹脂ライニングを施した容器を製造、販売してはならない。」（前掲大阪地判〔フッ素樹脂シートの溶接技術〕）や、「被告らは、別紙目録1ないし3記載の各図面及び図表をポリカーボネート製造装置の建設、改造、増設、補修、運転管理に使用してはならない。」（東京地判平23・4・26判タ1360号220頁〔ポリカーボネート樹脂〕）などがあります。

ただし、裁判例の中には、例外的に、営業秘密を使用したものという限定を付すことなく、一般的に製品の差止めを認めて、「被告らは、別紙物品目録記載の雨戸を製造し、販売してはならない。」という主文を掲げる差止請求を認容した判決があります（東京地判平23・2・3平20(ワ)34931〔光通風雨戸〕）。もっとも、差止めの範囲は争点とはされていませんし、事案としては、細部の寸法までもが記された図面が営業秘密とされた例であり、「営業秘密の使用」＝「製品の構造そのもの」であったという特殊な事案です。ちなみに、控訴審判決は、原判決とは営業秘密の把握を異にし、細かな寸法はともかく、さまざまな性能上の工夫がなされている部材や部品は、問題の市販されている製品（光通風雨戸）を解析すれば、再製することが可能であるとされ、非公知性が否定された結果、営業秘密該当性自体が否定されています（知財高判平23・7・21判時2132号118頁）〔光通風雨戸〕。

さて、検討ですが、営業秘密の保護を超えた過大な保護を原告に与え、被告の自由を過度に制約することを防ぐためには、原則として、営業秘密を使用した製品という形の限定が必要でしょう。

しかし、例外的に、営業秘密なしには当該製品を製造できないような場合には、製品で特定された主文の差止めを認容してよいと思います。これもま

た、男性用かつら事件と同様、許されるべき過剰差止めということになります。先に紹介した光通風雨戸事件は、控訴審判決が指摘したように、当該事案との関係では原審の営業秘密の把握の仕方に問題はあると思いますが、仮に原審の営業秘密に対する理解を前提とすると、たしかに例外的に製品自体の差止めを認容してもよかったような事件であったと言えそうです。その場合、将来、他の技術により当該製品を製造することができるようになった場合には、やはり請求異議事由として処理すれば足りるでしょう。

### 1. 3 その他の法律構成

営業秘密もそろそろおしまいに近づきましたので、その他の法律構成として、不正競争防止法以外の道筋を少し考えてみたいと思います。

#### 1. 3. 1 債務不履行

従来、裁判に出てきたものをご紹介しますと、一つは債務不履行で処理したケースがありました。営業秘密の不正利用行為規制が立法される前の、契約構成に依拠することが別の意味で求められていた時代の事件ですが、雑誌の購読者名簿が入力されている磁気テープのプリントアウトの下請業者が、契約上、機密保持に万全の措置を講ずべき義務を負っていたところ、必要な注意義務を怠ったために、テープ内の情報が外部に漏れたという場合に、債務不履行責任を認めた判決があります（東京地判昭48・2・19判時713号83頁〔日経ビジネス〕）。営業秘密の不正利用行為規制が不正競争防止法内に立法化された現時点でも、こうした契約構成には、いわゆる「帰属」問題<sup>(12)</sup>に悩まされずに済むという点と、図利加害目的が不要で、それどころか過失であっても責任を問うことができるという点が大きなメリットとなります。

なお、勘違いされることがときとしてあるので、注意を喚起しておきますが、契約構成に依拠したところで、債務の履行として差止めまで求めることができますので、その点で不足が生ずる、又は保護が劣ることはありません。

#### 1. 3. 2 所有権侵害

最後に「所有権侵害」というものを活用できるということも、最後の切り札というか、このような法律構成もあるということをお知らせしておきます。たとえ

ば、何が消防試験業務の用に供する物品かということは、当たり前で公示されていますので営業秘密になりやうがないのですが、これを自宅に持ち帰り、競業に使用した行為について、これらの物品を自ら作成するのに必要な数か月を節約して、早期に競業を開始したということを理由に、所有権侵害を請求原因として、因果関係、すなわちこれを持ち出さなければこれほど早く競業できなかったらうということ、逸失利益という形で損害賠償を認めた判決があります（東京地判平13・8・27判不競1250ノ186ノ50頁〔業務用各種書式〕）。秘密管理などで営業秘密の保護に訴える手段がうまくいきそうにないときで、しかし、何か物品を持ち出されているときにはこの構成を使うという手があるかと思えます。

## 2 (退職後の) 競業禁止契約の有効性

営業秘密に関連する法律論ということで、今度は競業禁止契約、特に難しい論点が多い退職後の競業禁止契約の有効性についてお話ししようと思えます<sup>(13)</sup>。

### 2. 1 有効性に関する一般論

在職中の競業禁止義務の場合は、職務に専念してもらわなければならない（もっとも、賃金が払われていない時間に何をするかということまで拘束される謂われはないという見解も十分に成り立ちうるので一筋縄ではいきませんが）、あるいは利益衝突する場合もあったりするために、相対的に言えば、競業禁止契約の有効性を認めやすいと言えるのに対し、退職後は、元従業員等の生計確保のために、あるいは、働くことによる自己充足、自己実現の必要性があるので、特に退職後の競業禁止義務を有効とするためには、それを課してまで守られるべき具体的な利益が使用者にあることが示される必要があり、それと、労働者の職業選択の自由が比較衡量されることとなります。したがって、元従業員の転職の自由を過度に制約することのないように、使用者のほうに競業禁止契約によって守られるべき正当な利益があり、その目的の関係で競業を禁止させる期間、場所などの制限が合理的な範囲にとどまっているものでない限りは、民法90条により無効となることがある、という枠組みになります。裁判例においても、正当な利益があるか、その範囲が限定的なものであるか、必要な範囲にとどまっているか、そして代償措置があるかどうかを総合衡量したうえで、

その有効性を決するという一般論は、その嚆矢となったフォセコ・ジャパン事件以来、いろいろな判決で踏襲されているところです（奈良地判昭45・10・23下民21巻10号1369頁〔フォセコ・ジャパン〕、大阪地判平8・12・25労判711号30頁〔日本コンベンションサービス〕、東京地決平16・9・22判時1887号149頁〔トーレザールコミュニケーション〕、東京地判平18・5・24判時1956号160頁〔ピーエムコンセプト〕、東京地判平19・4・24労判942号39頁〔ヤマダ電機〕、大阪地決平21・10・23労判1000号50頁〔モリクロ〕、東京地決平22・9・30労判1024号86頁〔アフラック〕、大阪地判平23・3・4労判1030号46頁〔モリクロ〕）。その中で、最近の判決の説示を引用しておきましょう（東京高判平24・6・13平24(ネ)920〔アメリカン・ライフ・インシュアランス・カンパニー〕）。「何人にも職業選択の自由が保障されていること（憲法22条1項）からすれば、雇用契約上の使用者と被用者との関係において、また、委任契約上の委任者と受任者との間においても、雇用契約ないし委任契約終了後の被用者ないし受任者（以下『被用者等』という。）の競業について、被用者等にこれを避すべき義務を定める合意については、雇用者ないし委任者（以下『雇用者等』という。）の正当な利益の保護を目的とすること、被用者等の契約期間中の地位、競業が禁止される業務、期間、地域の範囲、雇用者等による代償措置の有無等の諸事情を考慮し、その合意が合理性を欠き、被用者等の上記自由を不当に害するものであると判断される場合には、公序良俗に反するものとして無効となると解することが相当である。」特に、この判決で目を惹くのが、従業員だけではなく、形式的には委任契約である元取締役に対しても同じ枠組みで臨むことが説示されている点です。

### 2. 2 裁判例を分析するための視点

以上のような抽象論の下、より具体的な適用例を見ていこうと思いますが、その前に、どのような視点で考えたらよいのかということについて、私が『不正競争法概説』で説いた枠組みを紹介し、その視点にそって裁判例を分析していこうと思います<sup>(14)</sup>。同書では、退職後の競業禁止契約を二つの類型に分けたほうがよいということを提唱しました。第一の類型が、営業秘密を守る目的の退職後の競業禁止契約です。

雇用契約終了後の元従業員に対して、単なる秘密保

持義務やノウハウの使用禁止にとどまらず、さらに競業避止義務も課す契約が有効となるのはどのような場合か、ということが問題となります。なぜならば、不正競争防止法による営業秘密の不正利用行為に対する規律で、本体のところは止めることができるのです。したがって、そこからはみ出して競業まで止めることができるのはどのような場合なのかという枠組みで考えることになります。それは、当該ノウハウが問題の競業行為と不即不離の関係にある場合と言えるでしょう。たとえば、営業秘密として顧客名簿の保護を求めたいときに、さきほどから議論したように、その使用行為が営業と不即不離なときがある。したがって、前述したように、営業秘密のほうでいくと勧誘に対する差止めだけはできるが、顧客に対する営業そのものの差止めまで認めることができる場合は例外的な場合でしかないかもしれないという問題がありました。企業にとっては、そのようなときに競業避止契約に基づいて差止めを認めてもらうという方策が考えられます。このような場合は営業秘密の保護の必要性が背景にあるので、正当な利益があると認めてよいでしょう。ただその場合も、はみ出し部分がある以上、原則として代償が必要となるべきです。もちろん、さきほど紹介した男性用かつら事件のように、例外的にそもそも不正競争防止法に基づいても差止めが許容されるべき場合には、代償など必要はないと考えることができます。つまり、はみ出し部分があるときには代償の支払いが必要になりますが、ただ、はみ出し部分が無視できる程度であれば、それは本来止めるべきところを止めているだけなので、代償はいらないだろう、このような枠組みで臨むべきと思っています。

第二の類型が、(営業秘密とは無関係に)単に顧客の確保を目的とする退職後競業避止契約です。

顧客名簿等の営業秘密が背後にあるものは第一類型に行きますので、この類型は、単に顧客を守りたいというために課される競業避止契約を対象としています。顧客と親しい従業員が抜けると顧客が流れていく。それを防ぐために、競業避止義務を課するというパターンの契約です。これをどう考えるかということは大きな論点だと思います。

従業員が在職中に職務上開拓した顧客との関係は、たしかに企業にとっても極めて重要な財産です。しかし、顧客を奪われることは競争の必然的な結果なので、これを制限するという事は競争阻害効果を有し

ます。たとえば、さきほど紹介したような客の数が限られている分野で、しかも営業マンの移転が激しいような業界では、もし皆が退職後の競業避止契約をしたら、誰も営業できなくなってしまうということすらありえるのです。こうした顧客確保のための競業避止義務は、利益衝突防止型として競争行為までも禁止できる在職中の従業員に対して課しうると考えることはよいでしょう。しかし、退職後にまで就業規則等の一方的な措置によりこれを要求することはできないとすべきではないでしょうか。

以上のように、営業秘密として中核部分は不正競争防止法で禁止できるものを禁止する類型と、そうでないものを分けて考えるべきだろうというのが、私の分析の枠組みです。裁判例は一枚岩ではありませんが、最近では、このような考え方に与しているのではないかと思われる裁判例も現れています。

## 2. 3 具体的な適用例

以下、類型ごとに具体的な適用例について見ていきます。

### 2. 3. 1 営業秘密を守る目的の退職後競業避止契約に関する裁判例

まず、営業秘密を守る目的の退職後競業避止契約に関する裁判例ですが、営業秘密を守る目的で課される競業避止義務は、いずれにせよ不正競争防止法により禁止することができる行為を禁止することを中核としている以上、正当な利益があると認めるとした判決があります(東京地決平7・10・16判時1556号83頁[司法試験予備校])。

もっとも、秘密保持契約等のより制限的でない手段、たとえば顧客が持っている特許情報などに関しては、別に競業避止せずとも、それを使ってはだめだという形の秘密保持契約で十分担保できるはずなので、その場合には秘密保護の目的で競業避止義務を課することはできません(大阪地決平17・10・27労判908号57頁[特許事務所])。さきほどの枠組みで、不正競争防止法で禁止されていることを中核として、はみ出し部分があるかどうかで判断し、そのはみ出しがいたしかたない場合とそうではない場合で分けていくという考え方に則っているように思われます。

したがって、背後に正当な利益があるために競業の差止めを認める場合であっても、その範囲は必要な範

囲に限定されることとなります。たとえば、競業避止義務を課す目的が正当であるとしても、禁止される競業の時間的範囲、また、場所的範囲は制限的でないといけないということで、5年間を無効としたものもあります（大阪地判平10・12・22知裁集30巻4号1000頁〔ニッシンコーポレーション〕）。この期間はもちろん、秘密の性質や業界の人材流動性で変わってしまうでしょうけれども、最近はかなり短くなっており、2年や1年という裁判例が増えてきているように思います。

さらに、労働市場の流動化を背景としてのことだと思いますが、20世紀後半あるいは21世紀になってから、裁判例の数が飛躍的に増えてきています。また、そのような中で、より転職の自由に配慮するような判決が増えてきています。たとえば、一般的な知識や技能の保護を目的とする競業避止義務は無効、あるいはそのような知識の利用には競業避止義務が及ばない、とする判決が登場しています。ですから、ノウハウはあると言えるかもしれないけれども、営業秘密とまでは言えないようなものというのは、皆自由に使えるのではないかということです。

たとえば、被告らがワンズクラブで行っている業務の内容は、すでに購入したかつらの使用者を対象として、営業担当者数名及び技術担当者1名によって行うかつらのメンテナンスや美容業などであって、被告らが原告就業中の日常業務から得た知識・経験・技能を利用した業務と言えるとして、競業避止義務の対象とならないとした判決（東京地判平17・2・23労判902号106頁〔アートネーチャー〕）があります。この判決のポイントは、原告が就業中に得た知識であっても、営業秘密にならないような日常的なものならば、これを理由にして競業避止義務を認めてはいけないということです。これを理由としてみると、結局誰でも使えるものを、そのような意味では労働者だけが使えなくなります。これがもし禁止できるとすると「この業界で働くな」ということを意味しますから、それは転職の自由に対して著しい阻害と言えます。違う労働人生をやり直さなければいけなくなりますから、「一般的な知識は使えるのだ。それは原告で得た場合でも使えるのだ」というところは重要で、私はこの判決には賛成です。

このような裁判例はほかにもあり、被告がエンハンストマテリアル社の代表取締役として行っている活動

は、いずれも被告が本件契約前の東ソー時代から蓄積してきた知識、経験等や、原告との本件契約中に日常業務から得た知識、経験等を用いて実施した業務の範囲にとどまるから、被告の上記行為が本件競業禁止合意により禁止される行為ということではできないとした判決（東京地判平19・12・26判タ1282号326頁〔ブランゼー・エス・イー〕）等があります。このほか、三田エンジニアリングの事件（東京地判平21・11・9労判1005号25頁〔三田エンジニアリング〕）では、競業禁止等条項によって原告が保護しようとする「営業機密」と一応言っているのですが、しかし、それは原告会社にとってもそれほど要保護性の高いものではなく、競業禁止の期間こそ比較的短いものの、対象行為も競業他社への就職を広範に禁じており顧客奪取行為等に限定するものではなく、区域の限定もない、さらに代償措置も講じられていないことを理由に、無効と判断されました。

さらに、一般的な知識や技能の保護を目的とする秘密保持義務を端的に無効とする裁判例もあります。たとえば、デントリペア技術及びインテリアリペア技術は、被控訴人以外の者からも容易に得られるような知識又は情報にすぎないと言えるから、秘密保持契約の対象となる上記機密事項に該当しないとする判決（東京高判平21・5・27平21(ネ)356〔トータルサービス〕）や、原告の眉のトリートメント技術のうち3点決め作業、描く作業及び仕上げ作業に関する部分を個々に又はその全部の不使用を誓約させる部分については、眉のワックス脱毛に関する技術は眉に関する美容施術者であれば容易に取得ないし習得することができたとして、公序良俗に違反し無効としたうえで、眉山の位置決め仕方及びワックス脱毛作業を含む全体としての原告技術の不使用を誓約させる部分については、公序良俗に違反するものではなく有効とした判決（大阪地判平21・4・14平18(ワ)7097・平19(ワ)9122〔眉のトリートメント方法〕<sup>(15)</sup>）などがあります。

次に、営業秘密の確保を目的とする場合の代償措置の可否に移りたいと思います。

裁判例としては、単なる秘密保持義務を超えて、競業避止義務まで課す場合には、基本的には代償措置が講じられる必要があるとする判決があります。たとえば、秘密保持の必要性がないことにくわえて、退職金が競業避止義務を課すことに比して十分なものとは言えないとして、競業避止条項には合理性がないとする



判決（前掲大阪地判〔モリクロ〕）や、特許情報の流出等の対策としては秘密保持義務を課せば足りるところ、2年間の競合特許事務所の就職禁止措置は過大と言えるということにくわえて、代償措置が講じられていないことを理由に、当該就職禁止条項を無効とする判決（前掲大阪地決〔特許事務所〕）などがあります。ですから、基本としては、絶対必要ないところまで禁じたら、そもそも無効ですが、他方で、グレーのとき、つまり不即不離とも言えないが、全く保護に不要なところまで禁止しているわけでもなく、何かグレーのところが残るようなときには、代償が効いてくる。そして、不即不離の場合には例外的に代償が不要というイメージで受け止めておけばよいのではないかと思います。

一方、秘密保持のために競業まで禁止する必要性があるのなら、代償が不要になる場合があることを否定しないという判決（東京地判平14・8・30 労判838号32頁〔ダイオーズサービシーズ〕）もありますが、その種の裁判例では、在職中、相応に高額給与が支給されていたことに言及されることが通例でして（前掲東京地決〔トーレラザールコミュニケーション〕、前掲東京地判〔ピーエムコンセプツ〕、前掲大阪地決〔モリクロ〕）、注意が必要です。ですから、この辺りのグレーのところと代償との関係に関しては、裁判例はまだまだ揺れるのではないかと思います。

### 2. 3. 2 顧客確保を目的とする退職後競業禁止契約に関する裁判例

続いて、単に顧客確保を目的とする退職後競業禁止契約に関する裁判例を見ていきたいと思います。

#### ① 原則として無効とする裁判例

一つは、決して多数とは言えませんが、最近の裁判例の中には、単に顧客確保を目的とする退職後競業禁止契約に関しては原則として無効とする裁判例が現れています。たとえば、営業秘密に該当しない利益を保護することを目的とする競業禁止条項とそれに基づく退職金不支給条項を無効とし、元従業員からの退職金の請求を認容した判決（東京地判平24・1・13 労判1041号82頁〔アメリカン・ライフ・インシュアランス・カンパニー〕）があります。その説示は以下のとおりでした。

「被告の主張によれば、ここでいうノウハウとは、不正競争防止法上の営業秘密に限らず、原告が被告業務

を遂行する過程において得た人脈、交渉術、業務上の視点、手法等であるとされているところ、これらは、原告がその能力と努力によって獲得したものであり、一般的に、労働者が転職する場合には、多かれ少なかれ転職先でも使用されるノウハウであって、かかる程度のノウハウの流出を禁止しようとすることは、正当な目的であるとはいえない。」

前述したように、日本の法制上、転職の自由は認められているわけです。それで、事実上「おまえがやってきたことを使ってはだめ」あるいは「転職はできるけど違う業務に行け」とすることは、いきすぎだという理解があるだろうと思います。

このような裁判例はほかにもあり、たとえば退職後の競業禁止特約について「単に原告の取引先を確保するという営業利益のために従業員の移動そのものを禁止した」と評価して無効と帰結した判決（大阪地判平12・6・19 労判791号8頁〔キョウシステムI〕）もあります。元従業員の保護のほかに、競争阻害効果に着目する競争法的な観点が入ってきているように思います。このほかに、「従業員が、雇用期間中、…取得した知識や技能…が、従業員が自ら又は他の使用者のもとで取得できるような一般的なものとどまる場合には、退職後、それを活用して営業等することは許される」ことを理由に、「会社との間で取引関係のあった顧客を従業員に奪われることを防止するということのみでは、…、競業禁止条項に合理性を付与する理由に乏しい。顧客を奪われることを主として問題とする場合でも、会社が保有していた顧客に関する情報の秘密性の程度、会社側において顧客との取引の開始又は維持のために出捐（金銭的負担等）した内容等の要素を慎重に検討して、原告に競業禁止条項を設ける利益があるのか確定する必要がある」と論じ、顧客情報の秘密性に乏しい反面、禁止範囲や期間が広範であり、代償措置がないことを理由に競業禁止条項を無効と解した判決（福岡地判平19・10・5 判タ1269号197頁〔アサヒプリテック〕）もあります。

#### ② 慎重な態度を示しつつ、代償措置等を総合考慮する裁判例

他方で、もう少し慎重な態度を示しながら総合的に考慮する、つまり、目的の正当性がそれほど強くないことと代償がないことを総合的に考慮するというタイプの裁判例もあります。たとえば、営業秘密に該当しない「各地域を統括する営業担当の執行役員と各保険

代理店の経営層との人的関係」について、「保護に値する利益の一つ」と認めつつも、「営業上の秘密とは異なり、上記のとおり、属人的要素が強いから、これのみを過大評価することには慎重でなければならず、他の要素を考慮の上で、競業避止の合意の有効性を判断する必要がある」と慎重に取り扱うべきと論じ、具体的には、ほかに営業秘密の保護が必要であったことにくわえて、十分な代償措置が講じられていると評価しうることを理由に競業避止条項を無効であると帰結しなかった判決（前掲東京地決 [アフラック]）があります。

ほかに、「既存顧客の維持という利益」があること、「債務者が債権者での勤務時間中に知り得た顧客は、いわば債権者の正当な『財産』である」ことを、競業避止義務を無効とはしない方向に斟酌しつつ、あわせて、より具体的な顧客名簿や取引内容、あるいは、教材、ノウハウなどに関する秘密保持の必要性があり、それゆえ競業を禁止する必要性もあるとした判決（前掲東京地判 [ダイオーズサービシーズ]、前掲東京地判 [ピーエムコンセプト]）があります。これも総合的衡量型の裁判例ということができると思います。

### ③ 特に問題視しない裁判例

最後に、これはかなり例外的なのですが、単に顧客確保を目的とする退職後競業避止契約について特に問題視しない、このような契約は有効であるとする裁判例もあります。そのような保護されるべきノウハウを特定することなく競業避止条項の有効性を認めた例外的な判決として、前掲東京地判 [ヤマダ電機] があります。ただ、退職金の半額に該当する違約金の支払いを認容した裁判例であって、直接、競業の禁止を認めた判決であるとまでは言えないのですが、最近の裁判例の流れからすると、かなり例外的なものとして位置づけられるように思います。

たとえば、総合衡量する立場ですと、この種の契約等をただちに無効と解しないとしても、その有効性を判断する際には、代償措置が講じられているか否かということが決定的な事情として重視されることとなります。ですから代償がない場合には、この種の契約等はやはり無効となります（前掲大阪地判 [キョウシステムⅠ]、東京地判平 12・12・18 労判 807 号 32 頁 [東京貨物社]、前掲福岡地判 [アサヒプリテック]、禁止範囲が広範に過ぎるということとともに、大阪地判平 24・3・15 平 22(ワ)6708 [キョウシステムⅡ]）。逆に

十分な代償があると評価されれば、さきほど紹介したアフラックの事件のように、有効にする場合もあるということになるわけです（秘密が関わっていることも斟酌しつつ、前掲東京地決 [アフラック]）。

ところで、ヤマダ電機事件は、この種の競業避止条項の有効性を認めるうえで代償がなくてもよいとする点で、例外的な判決だったかと思いますが、ただそれは、違約金の支払いを認容する際に損害額の算定において代償がないことを斟酌すれば足りるからと理由づけられており、実質的な解決としては代償が支払われたのと同等の財産的解決を目論むものと理解することができる判決でした。

この関係で、昔の判決で少し今の状況と合わなくなっているかもしれないのが、最高裁のリーディングケースである最判昭 52・8・9 労旬 939 号 51 頁 [三晃社] です。競業避止条項を退職金に絡めたときに、一挙に代償不要と同じ効果を持つことができるような論法になっています。

少し詳しく紹介すると、最高裁は、退職後に競業をなした場合に退職金を減額ないし不支給とする就業規則等の条項につき、広告代理業である同業他社に就職した退職社員の退職金を半額とする条項に関し、退職金が功労報償的な性格を併せ有することに鑑みれば、当該条項は、制限違反により勤務中の功労に対する評価が減殺されて、退職金の権利そのものが一般の自己都合退職の半額しか発生しないとする趣旨と解されるから、退職金が労働基準法上の賃金に当たるとしても、同法 3 条、16 条、24 条、民法 90 条等に違反しないと判示しました。これが非常に大きな影響力を持っているのです。

しかし、もともと退職金というものは賃金の後払いのような性格があるとすると、なぜ退職によって減るのだという疑問を禁じえないこととなります。普通の人への退職金よりも上積みされているのであればよいのですが、競業避止義務を負わない退職者に比べて特に退職金の上積みがないにもかかわらず、退職後の競業をもって退職金の不支給を認めてしまうのはおかしいだろう、これを認めてしまうと、代償の要件が潜脱されてしまうので、かかる退職金不支給の定めは、競業避止義務を遵守したことの代償として支払うべき部分の不支給に関するものを除けば、原則として無効とすべきであるように思います<sup>(16)</sup>。

ここまで述べてきたことを簡単にまとめますと、顧

客確保目的の退職後競業禁止契約に関しては、最近では特にその有効性が厳しく判断される傾向にあり、代償の有無に入ることなく無効とする判決が出てきたり、もう少し慎重な態度を示しつつ、代償措置等を総合考慮する判決が出てきたりしています。他方で、退職金不支給条項に関するかつての最高裁判決を忠実に守っているヤマダ電機判決もありますが、今では少数派と言えるかもしれないというような状況になっています。

### 3 従業員の引抜きのお法行為該当性

最後に、従業員の引抜きのお法行為該当性についてお話ししようと思ひます<sup>(17)</sup>。

#### 3. 1 基本的な考え方

まず、基本的な考え方からお話しします。競業禁止契約があったときは今までの枠組みで、さらに債権侵害に加担するという法律構成の下で考えることになるのですが、ここで問題としたいのは、競業禁止契約がなかったときに、引き抜くことがお法行為に該当するかという論点です。法的な枠組み抜きに引抜きがなされる理由を考えていくと、幾つか挙げることができます。

一つは、当該事業の遂行に必要な知識やノウハウを取得済みの従業員の確保を目的とする場合です。この場合はどちらかという、営業秘密が関わってきますから、そちらで不正な開示、そして不正取得が行われたかどうかという観点から見ていく、あるいは不正取得とまでは言えないけれども、不正な開示を受けた人の重過失使用などのような問題で普通は処理します。

それから、顧客や取引先の奪取を目的とする場合です。

そして、場合によっては、会社の事実上の組織の経営の奪取を目的とする場合も考えられます。

このように、幾つか考えられるわけです。引き抜かれる企業は、もちろん営業秘密や知的財産というものは関係ありますし、私はあまり認める気はありませんが<sup>(18)</sup>、広く言えば、営業権ということを主張されることもあります。他方、労働者には原則として転職の自由があるので、衡量が必要になってくるということなんです。

基本的な考え方ですが、より具体的に考えていくためには、会社の被る損害というものを場合分けして考

えていく必要があると思ひます。

一つは、従業員を失ったことにより会社の業務の遂行に支障をきたす場合があります。「おまえがいなくなって困ったよ」ということは始終あるわけですが、それはやはり法の枠組みから考えると、期間を定めずに雇用されている従業員は民法所定の予告期間を置けばいつでも退職しうるのだから(民法627条1項)、個別の従業員が手続に則って退職する限り、企業に損害が生じたとしても、原則として法的な保護を受けうるものではないでしょう。また、期間の定め(原則最長3年)のある労働契約の場合には、やむをえない事由があることが必要ですが(民法628条)、労働基準法附則137条により1年以降は申し出によりいつでも退職可能(専門的知識等を有する労働者と満60歳以上の労働を除く)になっています。基本的には、辞める自由があるので、このような個別的な退職により生じる不利益は甘受しなさいというものが法の立場だろうと言えると思ひます。

もう一つは、従業員移籍によりノウハウが漏知されたり顧客を失ったりするという不利益も発生します。しかし、さきほどの話と関係しますが、このような不利益は、退職後の従業員の営む競業行為が適法になしうる性質のものであれば、競争の性質上、当然に発生する不利益として甘受しなければならない筋合いにあるということで、原則は自由と言うことができると思ひます。

それでは、どのような場合に違法になりうるかというと、一つは、当たり前ですが、営業秘密の不正利用行為などの法令違反が認められる等の場合です。あるいは、就業規則や契約により競業禁止義務が課されている場合において、法令違反や契約違反がある場合であることが原則です。

逆に言うと、そうでない場合に違法性が認められるのは、次のような場合に限られるでしょう。つまり、個別の従業員の退職の自由を利用して一斉かつ大量に引抜きが行われるなどの例外的な場合です。あるいはこれに、「かつ秘密裡に」と入れてもよいかもしれませんが、そのような、引抜きが行われるなどの例外的な場合に限られます。

つまり、競業禁止を課す等の自衛手段を講じていない以上、引抜きに遭うことは企業として勘案しておかなければならないリスクなので、競業行為は原則として不法に当たりません。これが基本となります。ただ

し、競争による不利益でなく、つまり競争で顧客を失うなどのような不利益ではだめで、従業員の退職により実際に業務に支障が生じるような不利益に着目した場合には、特定の企業の従業員を狙い打ちして、意図的に一斉に引き抜く行為は違法となる余地があります。

つまり、これは競争法的な観点で、競争上、淘汰される必然性のない企業の存立を脅かすおそれがあり、逆にこちらのほうがいたずらに競争を減殺する行為になるのではないかという気がするわけです。これを「悪質だから」、「社会通念上相当性を欠く」、あるいは「競争秩序に反する」というような言葉を使って説明することもできるのかもしれませんが、これだけだとやや循環論法的なところがありますので、私としてはもう少し具体的に考えたいということなのです。そして、私の枠組みだと、従業員に対して雇用契約を締結する競争市場、つまりお互いの会社が従業員という取引相手に対して、「うちの雇用条件はこれこれだよ」と提示しあうようなきちんとした競争の機会が与えられずに、一斉に、特に秘密裡に引き抜かれるのは、市場による競争を促進するという観点から望ましくないと思います。説示は全然違いますが、事案と結論との関係を見ていくと、結局、裁判例の分岐点もこの辺りかなと言えるように思っています。

### 3. 2 裁判例

続いて、裁判例を見ていきたいと思えます。

まず、最判平 22・3・25 平 21(受)1168 [三佳テック]<sup>(19)</sup>を紹介しましょう。事案は、退職者が2名の事件で一斉引抜きではないにもかかわらず、違法性を認めた原審の高裁判決を、最高裁は以下のように述べて覆しています。

「上告人 Y1 は、退職のあいさつの際などに本件取引先の一部に対して独立後の受注希望を伝える程度のことにはしているものの、本件取引先の営業担当であったことに基づく人的関係等を利用することを超えて、被上告人の営業秘密に係る情報を用いたり、被上告人の信用をおとしめたりするなどの不当な方法で営業活動を行ったことは認められない。・・・上告人らが、他に不正な手段を講じたとまで評価し得るような事情があるともうかがわれない。」「以上の諸事情を総合すれば、本件競争行為は、社会通念上自由競争の範囲を逸脱した違法なものということとはできず、被上告人

に対する不法行為に当たらないというべきである。なお、前記事実関係等の下では、上告人らに信義則上の競争避止義務違反があるともいえない。」

この一般論は、要するに、営業秘密に係る情報を用いたり、虚偽の信用毀損を働くなどの事情がある場合にはそれを理由に違法となる場合があるが（そのような場合にはそもそも不正競争防止法でアウトになるでしょう）、本件ではそのような事情もなく、またほかに不正な手段を講じたとまで認めることはできないとしています。この「不正な手段」あるいは「社会通念上自由競争の範囲を逸脱した違法」というものが何を指すのかということについて、最高裁は何も説示を示していませんが、退職者2名という事案との関係で見れば、そこにさきほどの従来の下級審で認められている一斉引抜きが入ってくるのであろうという枠組みになっています。

このような枠組みの下では、企業としては個別の従業員の退職による不利益は甘受しなければならないので、引き抜かれた従業員の数が大量な場合には、そもそも全く違法になりません。また、仮に大量であっても、労働市場が流動化している、要するに大量に抜けるのが普通だという、たとえば掛け持ちが多い学習塾のアルバイト講師の引抜き（大阪地判平元・12・5 判時 1363 号 104 頁 [港ゼミナール]）、あるいは定着率が低く、逆に仕事をしながら一月もあれば一人前のライダーになるバイク便（東京地判平 6・11・25 判時 1524 号 62 頁 [フリーラン]）等のときは、大量であっても違法性が否定されることになります。同様に、引き抜かれた従業員の職務に特殊性がなく、誰でも補充が効くという場合は、不法行為が成立しません（参照、前掲大阪地判 [キョウシステム I]）。

他方で、一斉かつ大量（かつ秘密裡）に引抜きが行われた場合には、原則として不法行為が成立します。たとえば、営業担当員6名中、取締役兼営業部長を含む4名が得意先との事務の引継ぎも行わず突如として一斉退職し、競業会社を設立したという事件（東京地判昭 51・12・22 判タ 354 号 290 頁 [東日本自動車用品]）では、不法行為が認められていますし、原告の2部門ある事業部の一つの第二事業部（最高責任者（＝被告）1名、部課係長4名、セールスマン24名）のうち、最高責任者と部課係長の全員、セールスマン17名を一斉に退職させ、そのほとんどを被告会社に内密に計画的に集団移籍させたという事案（東京地判平 3・

2・25判時1399号69頁[ラクソン])についても、違法性が認められています。

ただ、一斉かつ大量(かつ秘密裡に)引抜きが行われた場合でも、例外的に不法行為該当性が否定される場合があります。具体的には、企業の経営者の経営方針に不満を持った従業員らが一斉に退職して新会社を設立する行為が、結果的に(法人格の同一性はともかく)より合理的な経営を行う企業へと生まれ変わる過程で生じた内紛に端を発するものであるということが、裁判所にとって明らかな場合です。そのような行為を一律に違法としていたのでは、要するに、不合理な経営体制を敷いている企業の現状を固定化させ、競争を停滞させてしまうおそれがあります。そして、よりよい職場環境で働きたいと考える労働者の労働の自由も尊重する必要もあります。ですから、内紛に端を発する引抜きの違法性を判断する際には、内紛だと必ずだめということではないのです。裁判所はビジネスマンではないので分からないことが多いかもしれませんが、しかし、内紛の原因が、見ただけで、これは絶対おかしい経営というものもあり、その場合は例外的にセーフになるわけです。

その具体例が、前掲東京地判[フリーラン]<sup>(20)</sup>です。これは、約20名程度のライダーを有するバイク便の会社から、実際の指揮管理をなしていた者のほか、ライダー9名、内勤従業員3名が退職し、退職の時期も近接しておりほぼ一斉退職に近いという事案で、被告らの一斉退職が、会社の内情に精通していない原告の代表者が何の理由もなく責任者である被告を降格させたことに端を発しており、会社の混乱と責任は原告代表者によって生じたものであるという事情を斟酌して、不法行為該当性を否定した判決です。このようなケースだと、裁判所から見ても、経営にタッチしていない原告代表者が、実際の指揮監督をしていた者を理由もなく降格させたという手続的な経緯に鑑みて、このような場合の一斉退職を違法行為として断じようと、非合理的な経営を残しておいて合理的な会社はつぶすことになるという、そういう判断をなしうる事案であったと思われます。

### 3.3 新たな学説

今までの裁判例の違法性の判断構造は、基本的に次のようになっていきます。個別の転職は自由ですから、その勧誘引抜きも自由です。しかし大量・計画的ある

いは秘密裡、虚偽情報などの場合だと違法になります。ただ、原因が引き抜かれた企業にあることが明らかかな場合には、例外的に適法になります。

裁判例の枠組みは以上のようなものかと思うのですが、最近、より労働者の味方になりそうな、組織に関する経済学の視点を導入する論文が出ています<sup>(21)</sup>。

どのような話かという、レモン市場という経済学でよく知られている市場の失敗の理論を引合いに出します。ここでいう「レモン」とは、中古車のことです。中古車というものは外から見ても、本当によい車かどうか分かりません。ここで仮に最終的に買うときにも分からないとすると、買う人は平均的な価格しかつけることができなくなります。よい中古車が100万円、悪い中古車が50万円だとすると、たとえば買手が五分五分と考えれば75万円ぐらいの価格しかつきません。そうすると、逆によい中古車を持っている人は25万円分損をしてしまうので、市場に出さなくなります。それが分かると、買うほうも「みんな悪い物ばかりだ」となり、75万円もつけることができなくなります。そんなことが積み重なると、結局、均衡点としては50万円の価格となり、悪い車しか出回りません。このように、よい車が出てこなくなることで、より一般化すれば品質に関する情報の非対称性があるときに、悪貨が良貨を駆逐するという形で失敗する構造にある市場のことをレモン市場と言います。

近時の新しい見解は、転職市場の課題をレモン市場の問題として捉え、従業者の能力に対する現在の勤め先と外部の企業の情報の非対称性に注目しています。従業者の能力というものは、現在の勤め先は分かっていますが、外部の企業にはよく分かりません。優秀な従業員を外部から正当に把握しづらいために、市場価格は低く算定されます。その結果、さきほどの話ですが、そういう低い価格でも喜んで市場に出る水準の低い労働者しか転職市場に現れないという問題が生じる、というのです。

それから、従業員が長年同じ職場内で、共同で仕事をし続けていると、チームのようになっていくから、お互いあうんの呼吸で、とても効率性が高い、つまりシナジー効果が得られるわけです。しかし、そのうち一部が抜けてしまうと、シナジー効果によりもたらされる効率性が転職により解体されることで、やはり生産性が低くなるというわけです。このような観点から考えると、在職中の従業員の引抜きというものは非常

に効率的だということです。労働者の転職の実質化に資するからです。なぜなら、在職中の従業者は誰が優秀か分かっているのです。自分が抜けたときに「あいつを連れてくるといいです」といえるから、情報の非対称性を解消することができます。さらに、同僚同士がパッケージとして一緒に移ったほうが、シナジー効果を保持できるから、解体するより社会全体にとってよいのではないかとということで、在職中の勧誘、引抜きをむやみに抑止すべきではないのです。また、転職先の情報も信頼に足る（元）同僚からもたらされることにより、従業員にとって外部の企業のことが分かりにくいという情報の非対称性も解消される、とも言います。

この論文が指摘するところは、転職市場の課題に着目し、内部者の引抜き、一斉引抜きに効率性を改善させる契機があることを指摘した点で極めて秀逸だと思われれます。同僚間での一般的な転職の挨拶・勧誘はできるというのが三佳テック最判の説示でもありますが、新しい見解によって明瞭に基礎づけることができるように思えます。

#### 4 結びに代えて

最後に、本日、このように営業秘密の不正利用行為規制と、(退職後の)競業避止契約と、一般不法行為の成否という関連する三つの規律を紹介したのは、理由があります。労働市場の流動化に伴い、それぞれの領域では、課題が山積しています。

たとえば、営業秘密の不正利用行為については秘密管理性の高低が華々しく争われていますし、これからは、特定、立証の問題、差止めの範囲の問題が喫緊の課題として意識されることになるように思われます。競業避止契約に関しても、次第にその有効性を厳しく吟味する判決が増えてきており、正当な利益として認められるのは何か、その範囲をどう画するのか、代償の要否はかがかといったことが争われています。また、引抜きに関しても、裁判例は安定しているように思いますが、近時の新しい学説の議論は、裁判実務に影響を与えうるか否かはともかく、少なくとも理論的には法的責任をより緩和することを求めるものとして働きうる余地を残しています。

このような中で、この三つの選択肢のうちのどれを伸ばしていき、どれを謙抑的に取り扱うべきなのでしょう。私の考えをここで明らかにしておきます

と、やはり営業秘密の不正利用行為に対する規律に期待すべきであると思うのです。正当な利益が営業秘密の背後にあるのは確実である反面、退職後の競業避止義務はどうしてもはみ出す部分があるし、引抜きというものも、基本的には転職は自由のはずですから、労働市場の流動化という現状を背景にして後二者の拡充によって企業の利益を守ろうとすると、不必要に転職の自由を抑止することになりかねません。したがって、やはり謙抑的にそういうところを拡充して保護を目指すというよりは、むしろきちんと保護すべき利益が背後にある営業秘密の不正利用行為をいかに拡充し、保護を万全のものにしていくかという観点から、より使い勝手のよい法理としていく努力が必要ではないかと思っています。そういう観点から、大きな視点から秘密管理や特定立証、営業差止めを柔軟に考えていくべきではないかと思っている次第です。

[付記] 本稿は、東京弁護士会知的財産権法部定例部会における筆者の講演の速記録に手を入れたものである。文章化に際しては、北海道大学法学研究科元研究生の蘭蘭さんの手を煩わせた。また、裁判例の収集に関しては、弁護士の増田英次先生、木村康紀先生、平澤卓人先生からご教示を受けた。記して感謝申し上げる。

#### 注

- (1) 参照、津幡笑「営業秘密における秘密管理性要件」知的財産法政策学研究 14 号 (2007 年)、近藤岳「秘密管理性要件に関する裁判例研究—裁判例の『揺り戻し』について—」知的財産法政策学研究 25 号 (2009 年)。
- (2) 小嶋崇弘 [判批] 知的財産法政策学研究 14 号 (2007 年)。
- (3) 田村善之 = 津幡笑 [判批] 『商標・意匠・不正競争判例百選』 (2007 年・有斐閣)。
- (4) 小野昌延編『新・注解不正競争防止法』(青林書院・2000 年) 513 頁、千野直邦『営業秘密の法的保護』(中央経済社・2002 年) 154 頁。
- (5) 鎌田薫「財産的情報の保護と差止請求権 (4)」Law & Technology 10 号 25 頁 (1990 年)。
- (6) 田村善之『不正競争法概説』(第 2 版・2003 年・有斐閣) 329~330 頁。
- (7) 参照、鎌田/前掲 24~25 頁、中村稔/通商産業書知的財産制作室監修『営業秘密』(1990 年・有斐閣) 54 頁。
- (8) 詳しくは、近藤/前掲を参照。
- (9) 営業秘密管理指針 (改訂版) 2010 年 4 月 9 日 <http://www.meti.go.jp/press/20100409006/20100409006.html>。  
その後、2011 年に、営業秘密侵害罪に係る刑事訴訟手続に

において営業秘密の内容を秘匿する措置を導入する不正競争防止法改正が成立したことを受けて、当該手続に関する改訂がなされている。http://www.meti.go.jp/press/2011/12/20111201003/20111201003.html。

- (10) 参照, 小嶋/前掲 219~223 頁。
- (11) 参照, 田村善之「知的財産権侵害訴訟における過剰差止めと抽象的差止め」同『競争法の思考形式』(1999 年・有斐閣)。
- (12) 田村・前掲不正競争法概説 342~345 頁。
- (13) 参照, 田村・前掲不正競争法概説 465~475 頁。
- (14) 参照, 田村・前掲不正競争法概説 466~469 頁。
- (15) 平澤卓人 [判批] 知的財産法政策学研究 31 号 (2010 年)。
- (16) 参照, 土田道夫「労働市場の流動化をめぐる法律問題」

ジュリ 1040 号 58 頁 (1994 年)。

- (17) 参照, 田村・前掲不正競争法概説 458~489 頁, 同「労働者の転職・引抜きと企業の利益」同『競争法の思考形式』(1999 年・有斐閣), 平澤卓人「労働者の引き抜きをめぐる裁判例の分析—法的介入の正当化根拠の観点から」新世代法政策学研究 14 号 (2012 年)。
- (18) 田村・前掲不正競争法概説 9~12・449 頁。
- (19) 平澤卓人 [判批] 新世代法政策学研究 19 号 (2013 年)。
- (20) 田村善之 [判批] 知財管理 46 卷 10 号 (1996 年)。
- (21) 平澤/前掲新世代法政策学研究 14 号 319~322 頁。  
(原稿受領 2013. 3. 5)

