

論
説

イギリス法における営業制限法理の法的構造 (1)

—雇用契約上の競業避止特約を中心に—

石橋 洋

- 一 はじめに
- 二 雇用契約上の誠実義務と競業避止特約
- 三 営業制限法理と競業避止特約
 - (一) 競業避止特約と合理性原則
 - (二) 使用者の正当な利益
 - (1) 営業秘密
 - (2) 取引関係
 - (3) その他の保護法益（被用者の安定的維持・確保）
 - (三) グループ企業と使用者の正当な利益
 - (四) 当事者間の合理性

(五) 公共の利益

(六) 合理性と約因

四 競争禁止特約の解釈原則

五 救済方法

一 はじめに

イギリス法において、いかなる人もその欲するところにしたがい、また欲する場所で適法な営業又は職業に従事する権利、いわゆる営業の自由 (freedom of trade) を有するものとされており、これを制限する約定は、営業制限特約 (covenants in restraint of trade or restrictive covenants) と呼ばれる。営業制限特約の典型的類型として、伝統的には、(1)雇用契約終了後の被用者の競争行為を制限ないし禁止する使用者と被用者との間で締結される特約、(2)使用者が雇用していた被用者を他の使用者が雇用しないことを目的とする使用者間の特約、(3)使用者に対して被用者が統一的行為を採ることを目的とする被用者間の特約、のように被用者の営業の自由を制限するもの他、(4)営業譲渡に関連して譲渡人の競争行為を制限ないし禁止する特約、(5)独立した事業者又は事業者グループ間での価格協定等のようなカルテル、(6)パートナー間でパートナー契約終了後の競争行為を制限ないし禁止する特約、等が挙げられる。こうした営業制限特約の効力如何は、公序 (public policy) に関わる問題として全て営業制限法理 (doctrine of restraint of trade) を通じて判断されてきた。営業制限法理とは、コモン・ロー上の

基本的な二つの法原則とされる営業の自由と契約の自由とが交錯・抵触したときに、双方の自由を調整し、営業の自由を制限するいかなる契約もそれを合理的とする特別の事情が存在しない限り公序に反するものとして一応無効と推定する (*prima facie void*) 法理論と理解されている。今日のイギリスでは、(3)は一九九二年労働組合及び労働関係(統合)法 (*Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992*) が適用され、(5)は一九九八年競争法 (*Competition Act 1998*) の適用下におかれるというように、コモン・ロー上の営業制限法理の適用を離れ、立法的規制に委ねられている²⁷⁾。また、かつてコモン・ロー上有効とされてきた排他的取引協定 (*exclusive dealing agreements*) 等の競争制限的行為は、一九九八年競争法の適用下におかれることになったが、同時に営業制限法理の法理の適用下にもおかれており、その適用範囲は拡大化傾向にある²⁸⁾。それに伴って、営業制限法理の射程が不透明になっているともいえるが、本稿の対象とする(1)及び(2)は、歴史的にのみならず今日でも一九九八年競争法の適用外におかれ、コモン・ロー上の営業制限法理の射程内にあることは疑う余地のないところである。

営業制限特約を締結する目的は、通常、競争行為を制限するところにある。そして、公序はこうした営業制限特約の目的の実現を阻止するものである。ところが、わが国ではイギリス法のように、営業の自由を制限する契約の効力問題一般を取り扱う営業制限法理といった理論は形成されてこなかったし、さして馴染みのある法理論ということとはできない。しかし、わが国の民法においても、明治時代以来、退職後の労働者が一定の営業を行わない旨の労働者の競争禁止特約²⁹⁾、前使用者の承諾のない労働者の再就職に対する違約金請求³⁰⁾、使用者間の労働者の引抜禁止協定³¹⁾に関連する判例・裁判例において、労働者の営業の自由の直接又は間接的な侵害の問題が、契約の自由の限界を見定める公序論の一環として取り扱われてきた。とはいえ、戦前の判例・裁判例では、こうした営業の自由を制

限する契約の効力は、地域又は期間のいずれかの制限がなされていれば、営業の自由を不当に侵害するものではないと判断される傾向にあった。¹⁰ その意味では、労働者の営業の自由に対して契約の自由は規範的に優越的な位置づけを与えられていたということができよう。¹¹

このように、戦前のわが国において労働者の営業の自由を制限する契約に比較的寛容な姿勢が採られた背景としては、雇傭契約における営業の自由の制限も商法上の営業譲渡等と同様に考えられていたという事情が窺われる。

この点、近年、民法学の論者から、営業の自由が争われた戦前の判例・裁判例において、営業の自由が保護されてこなかったのは、民法学における競争の確保や市場の維持についての関心が希薄であったことと無縁でない旨の指摘がなされている。¹⁰ 仮にそうだとすると、十九世紀のイギリスにおいても、わが国の判例・裁判例とほぼ同様の判例理論が示されており、それにもかかわらず、イギリスでは競争の価値や市場経済に対する確信・信頼があったからこそ営業制限特約が有効と判断される傾向にあったことは背景事情が好対照をなしており、興味深い。しかし、戦前のわが国も十九世紀のイギリスも、営業の自由を制限する契約の効力を判断するための営業の自由と契約の自由との調整の基軸は、いずれにせよ契約の自由にウエイトが置かれていたことは疑問の余地のないところといえよう。¹¹

ところで、イギリス法における営業制限法理の起源は、十五世紀初頭にまでも逆上ることができる。¹² しかし、営業制限特約の効力をめぐって契約の自由が営業の自由を制限してしまふジレンマに裁判所が陥り、コモン・ロー上の二つの法原則の調整問題として営業制限特約に内在する法的问题構造が明確されるのは、契約の自由がレッセ・フェール思想を背景として時代思潮を担うに至る十九世紀、特に一八三〇年前後に至ってのことである。十九世紀における営業制限特約の有効性判断における調整の基軸が契約の自由にあったことは既に指摘したが、十九世紀後

半から二十世紀初頭にかけて、雇用契約上の営業制限特約や営業譲渡等のその有効性の判断枠組みにおける調整の基軸は契約の自由から営業の自由に移り、そうした調整の基軸を共通のものとしながらも、その具体的適用に関して雇用契約における営業制限特約は固有の法理を發展させていくこととなる。その主要な理論的契機は、後述するように、雇用契約における当事者間の交渉力の不均衡 (inequality of bargaining power) に求められ、雇用契約上の営業制限特約は被用者の営業の自由 (＝労働の自由) の最大限尊重の観点から裁判所による厳格なコントロールに服することになったのである。

こうして、雇用契約上の営業制限特約の有効性の判断枠組みである合理性原則は、二十世紀における理論的発展の基礎が築かれることになったのである。そこで、本稿は、この一世紀にわたり、雇用契約上の営業制限特約における合理性原則の解釈・適用、そして営業制限特約が有効とされた場合の救済方法をめぐり、いかなる判例法理が形成されてきたのかを概観し、その分析を通じて雇用契約における営業制限法理の法的構造を明らかにすることを目的とする。

(1) *Halsbury's Laws of England* §14 at 21 (Vol.47: Trade and Labour, Butterworths, 4th ed. 1984).

(2) G.H.Treitel, *The Law of Contract* at 429-30, 437-439 (Sweet & Maxwell, 10th ed. 1999). また、横川和博「英国における営業の自由の展開と独占規制法制の性格」(『現代経済と法構造の変革』(三省堂、一九九七年)所収)一八七頁以下参照。

(3) Treitel, *supra* note (2) at 438.

(4) 営業制限法理の拡大化傾向については、Treitel, *The Law of Contract* at 427-31 (Sweet & Maxwell, 9th ed.

1995): S.M.Smith, *Reconstructing of Restraint of Trade*, 15 O.J.L.S. 565, 567 (1995); John Hull, *Commercial Secrecy Law and Practice* 88.05 at 237 (Sweet & Maxwell, 1998) 等を参照された。

(5) 大判昭七・一〇・二九民集一巻下一九号一九四七頁、大阪控判明治四〇・七・九法律新聞四四八号五頁。

(6) 東京控判・年月日不詳法律新聞三号六頁。

(7) 大判明三四・一一・一六民録七輯一〇巻四一丁。

(8) 後藤清「退職者の競争禁止—競争会社への移動防止のための法的手段」日本労働協会雑誌一三六号二六頁（一九六〇年）、織田博子「戦前判例における公序良俗」法律時報六四巻一〇号六一頁以下（一九九二年）

(9) 同旨、山本敏三「公序良俗論の再構成」(有斐閣、二〇〇〇年)一三三二頁。

(10) 大村敦志「取引と公序—法令違反行為効力論(上)」ジュリスト一〇三号六八頁（一九九三年）。

(11) イギリスにおける営業制限法理は、Michael Jefferson, *Restraint of Trade* at 15 (Wiley, 1996) によれば、「前被用者が前使用者に対する競争に従事することは、それが営業の自由の行使であると同時に、顧客は別の新たな契約の相手方を見出しうるという意味において、契約の自由をサポートしているとも考えられる」と述べるが、興味深い指摘である。

(12) 詳しくは、石橋洋「イギリス法における営業制限法理の形成過程」常業謙二他編「国際社会の近代と現代」(九州大学出版会、一九九七年)四三頁以下参照。

二 雇用契約上の誠実義務と競争禁止特約¹⁾

被用者の競争は、大別して次のように分類されよう。

第一に、在職中の競争である。その例として、使用者の顧客の勧誘、使用者の従業員の引抜、就業時間外の競争的兼職、機密情報の漏洩等が考えられる。

第二に、第一と関連するが、自己の企業の設立又は将来の他企業への転職を計画又は企図して転職のための準備活動として行われる在職中の競争である。

第三に、退職後の競争である。その例として、前使用者の顧客の勧誘、前使用者の従業員の引抜、営業秘密等の機密情報の漏洩等が考えられる。

このような態様で在職中又は退職後の被用者によって行われる競争に対して、イギリス法では、被用者は、在職中又は退職後に同業他社等に勤務することによって競争行為に従事しない特約、あるいは営業秘密等を使用又は開示しない旨の特約が存在しない場合にも、雇用関係が継続的債権関係であり、被用者と使用者の信頼関係を基礎として形成されていることから、雇用契約上黙示的に推定される誠実義務 (implied duty of fidelity or good faith) を通じて使用者の正当な利益を侵害する行為をなしえないとされている。すなわち、在職中の被用者は、就業時間中において誠実に労務を提供し、使用者に不利益となる行為をなしえないことはもちろん、使用者の意思に反する機密情報の使用又は開示をしない秘密保持義務 (duty of confidentiality) を負い、そして就業時間外の自由時間においても使用者に重大な損害をもたらす競争行為、使用者の顧客の勧誘、従業員の引抜等の幅広い競争行為が禁止されている。こうした雇用契約上の誠実義務は原則として雇用契約の終了に伴って消滅し、被用者は在職中に習得した能力や技術であつてもそれを使用して競争に従事しうることになるとはいえず、秘密保持義務については営業秘密及びそれと同等の保護に値する高度の機密性を備えた情報を第三者のために使用又は開示してはならない営業秘密保持義務の範囲において退職後においてもその義務が残存することは、既に別稿において検討した

ところである。¹⁴⁾

しかし、被用者がこうした雇用契約上の誠実義務の内容及として競業禁止義務又は秘密保持義務を負うとしても、使用者は就業規則ないし個別の特約を通じて在職中又は退職後の被用者の競業を制限し、あるいは被用者が在職中に取得又は習得した営業秘密等の機密情報の使用又は開示を防止するために、さまざまな競業禁止特約を締結するのが一般である。もちろん、こうした競業禁止特約の締結は、雇用契約上の誠実義務を排除することが意図されているとは考えられず、むしろそれを一般的又は個別的に確認し、誠実義務の存在を被用者に明示することによってその義務違反に対する訴求を容易にするところにあるといえよう。それにも増して、退職後の被用者は、営業秘密及びそれと同等の保護に値する機密情報を使用又は開示しないかぎり、被用者は自由に使用者との競業に従事しうることになるため、将来そのことによって使用者に損害を及ぼすことがないよう競業禁止特約の必要性が一層強まることは容易に推測がつく。こうした競業禁止特約として、次のような内容の特約が締結されることになる。

第一に、被用者が一定の期間中一定の地域で一定類型の仕事（例えば、同業他社での就労）に従事しないことを約定する競業禁止特約 (non-competition covenants) である。これは地域特約 (area covenants) とも呼ばれ、その他の営業制限特約と比較して、被用者の営業の自由に対する制限の程度が強いものである。

第二に、被用者が使用者の顧客（又は取引先）を勧誘しないことを約定する勧誘禁止特約 (non-solicitation covenants) である。

第三に、被用者が使用者の顧客（又は取引先）と取引をしないことを約定する取引禁止特約 (non-dealing covenants) である。

第四に、被用者が使用者の営業秘密及びその他の機密情報を使用又は開示しないことを約定する機密情報開示禁

止特約 (confidentiality covenants or non-disclosure agreements) である。

第五に、被用者が退職後の特定期間の発明を前使用者に譲渡することを約定する発明譲渡特約 (invention assignments) である。

第六に、被用者が退職後の競争に従事したときには、退職金又は退職年金を没収・喪失することを約定する退職金又は退職年金喪失特約 (forfeiture covenants) である。

第七に、使用者の従業員を引き抜かないことを約定する (non-poaching covenants or non-enticement covenants) である。

第八に、被用者が一定期間以内に退職した場合、被用者の教育・訓練に要した費用の返還を求める約定 (re-payment agreements) である。

以上のように、さまざまな内容で締結される特約には、直接に被用者の競争を禁止するものにとどまらず、間接に被用者の競争を抑止するものも含まれている (例えば、退職金又は退職年金喪失特約、教育・訓練費用返還特約)。これらの特約を使用者の事業活動上の利益からみるならば、営業秘密、機密情報、発明、使用者の顧客・取引先、使用者が雇用している従業員、労働者の教育・訓練費用というように、実にさまざまな利益が含まれていることがわかる。まさに、雇用契約に基づき被用者に効率的な労務の提供させるために、オン・ザ・ジョブ・トレーニングないしオフ・ザ・ジョブ・トレーニングを通じて被用者を教育・訓練し、そのために金銭、時間、労力を投資している以上、そうしたコストをかけた被用者を同業他社に転職させず、また仕事を通じて得た技術、知識、情報、人間関係を使用させないようにすることは、使用者の利益からみるならば、余りにも当然であるといえよう。そして、こうした使用者の事業活動上の利益の保護を目的とする特約は、少なくとも、その有効性を契約自由の側面か

ら考えるかぎり、被用者がこれらの特約に拘束されることは疑問の余地のないところである。しかし、こうした特約を被用者の利益からみるならば、自己の技術、知識、情報等を財産として働き、そして自由に転職する機会を奪われることになると同時に、その財産をもって使用者からより良い労働条件等を獲得できなくなるという交渉力の不均衡を引き起こしかねない。このことは、社会的にみても、技術、知識、情報等が流布しないこと又は競争が行われないことによつて生産性の向上を妨げられ、またその技術、知識、情報等の恩恵に浴することができないう意味で国民生活上の利益ないし公共の利益も損なわれることにもなりかねない。

こうして、契約の自由を通じて保護される使用者の事業活動上の利益と営業の自由を通じて保護される被用者の労働ないし転職の自由、そしてそうした被用者の自由を通じて確保される国民生活上の利益ないし公共の利益とのバランスをどのようにとるのかという法政策の問題は、営業制限法理を通じて調整されることとなる。その際、前述した様々な競業禁止特約に営業制限法理が適用されるかどうかは、当該特約の「規定形式ではなく、……その現実的効果 (its effect in practice) によつて判断される」⁽¹⁹⁾ことになる。

(13) 一で述べたように、わが国では営業制限法理という法理論が馴染みのある法理論でないのと同様に、営業制限特約という用語法も馴染みのあるものではない。そこで、本稿では、主に退職後の被用者の雇用契約における営業制限特約 (covenant in restraint of trade in contract of employment) に対象を限定して、その効力、解釈原則、そして救済方法を取り扱うことから、営業制限特約を競業禁止特約と呼ぶことにする。その理由は、イギリス法において「雇用契約における制限特約は、使用者が退職後の被用者による一定の競業行為 (certain competitive activities) をさせないようにする」ことを意図する明示的約定」(Jefferson, *supra* note (11) at 7) と理解されており、これはわが国でいう競業

禁止特約だからである。

(14) 石橋洋「労働契約上の競業禁止義務」季刊労働法一六五号一四〇頁以下(一九九二年)。また、*J A Mom(UK) Ltd. v. Mill* [1993] I.R.L.R. 173,177参照。

(15) 在職中の競業禁止特約が誠実義務によって補充されることを示した判例として、*Thomas Marshall (Exports) Ltd. v. Guinle* [1978] I.C.R. 905, がある。

(16) *Stenhouse Australia Ltd. v. Phillips* [1974] 1 All E.R. 117, 124; *Chiny on Contracts*, §17-101 at 888 (Vol.1: General Principles, Sweet & Maxwell, 28th ed. 1999).

三 営業制限法理と競業禁止特約

(一) 競業禁止特約と合理性原則

二十世紀初頭の貴族院判決によって確立された雇用契約上の営業制限特約の有効性の判断枠組みである合理性の原則は、被用者の退職後の営業の自由を制限・禁止する競業禁止特約の効力の存否をめぐって形成されることとなる。²⁰ 合理性原則とは、被用者の退職後の営業に競業の自由を制限する競業禁止特約は、公序に反して一応無効と推定されるが、使用者が特約を合理的とする特別の事情を立証する場合に、その無効推定は覆されるというものである。特別の事情とは、特約当事者の利益と公共の利益に照らして合理的とされねばならず、次の三つの判断基準に

よつて評価されることになる。

第一は、使用者（被約束者）が特約によつて保護される正当な利益（以下「保護法益」ともいう）を有するかどうかである。

第二は、特約による地域的、時間的及び仕事の制限が、使用者（被約束者）の正当な利益を保護するために必要な合理的範囲内にあるかどうかである。

第三は、特約による制限が公共の利益に照らして合理的かどうかである。

この雇用契約上の競争禁止特約についての合理性の判断基準は、営業譲渡等の商契約上の営業制限特約と共通のものであるが、その具体的な適用に関しては営業譲渡等の商契約上の営業制限特約と異なるアプローチの方法が採用されることになった。¹⁴ いずれの特約も契約による営業の自由の制限という法的問題化の契機を共有するにもかかわらず、雇用契約上の競争禁止特約が固有のアプローチを必要とされるのは、次の三つの理由からである。¹⁵ すなわち、第一は、雇用契約上の営業制限特約が、多くの場合、使用者によつて一方的に作成され、その内容を交渉する余地はほとんど存在しておらず、職を得るためにはその特約を受け入れるしかないという使用者の交渉力の欠如である。この点、*M & S Drapers v. Reynolds* 事件控訴院判決¹⁶において、*Dennings* 卿は次のように述べている。

「これまでの四十年間、この種の特約を強行することに裁判所は消極的であつた。被用者がほとんど選択の自由を有していないことを知っているからである。被用者が職に就き、あるいは雇用を維持するためには、使用者が差し出した文書の内容を十分に検討せずにサインしなければならぬ。さらに、こうした特約が有効とされるならば、被用者は、賃上げ要求によつて条件の改善を求める自由すらも失いかねないこととなる。けだし、被用者が別のところで職に就くことを許容されない場合には、使用者のなすがままの状況に置かれることとなる。こ

うした特約の強行に消極的な裁判所の姿勢は妥当であるとはいえ、その合理性が立証された場合には強行されることとなる……」²¹

しかし、被用者の職務と地位いかんによっては使用者と対等に交渉しうることもありうるし、特に労働組合が交渉する場合には交渉力が不均衡だとはいえないことになる。そこで、第二は、被用者の将来の営業の自由の制限が、雇用契約の内容として、あるいはそれに付随して約定されようとも、その制限に相応しい補償を受けないのが一般であるということである。すなわち、使用者は、被用者に賃金を支払っているとしても、それは被用者の労務の提供に対する対価であつて、被用者の退職後の競争を制限することの対価を支払っているわけではない。この点、譲渡人の競争禁止義務への対価を支払っている営業譲渡とは決定的に異なるのである。とするならば、退職後の被用者の職業活動が同業他社に雇用され、あるいは競争会社を起業することであるとしても、それは競争の自由の問題であり、元従業員であつたことを理由として被用者は営業の自由を制限・禁止されるいわれはないことになる。第三は、第二の理由とも関わる最も重要な点であると思われるが、競争禁止特約は退職後の被用者が生活をしていくための収入を得る手段を奪つてしまうことである。²²

こうして、雇用契約上の競争禁止特約は、営業譲渡等の商契約上の営業制限特約とは異なり、合理性原則の下で裁判所による厳しい法的コントロールに服することとなる。

(二) 使用者の保護される正当な利益

雇用契約上の競争禁止特約の一応の無効推定を覆すために、使用者はまず何よりも競争禁止特約によって保護される正当な利益の存在を主張立証する必要がある。たしかに在職中であるならば、被用者がその技術や能力の質を

高めることと、使用者の利益のために事業活動を発展させ、そして改善する義務とは表裏一体の関係にある。⁹²⁾しかし、退職後にあつては、被用者が持ち去ることができる財産と、たとえ被用者が開発に貢献した技術や得意先であつたとしても、使用者のところに残していかなければならない財産とは明確に区別される必要がある。問題は、その境界線をどこで画定するかである。この点を最初に明確にしたのが、一九一六年の *Herbert Morris* 事件貴族院判決であり、そのなかで *Parker* 卿は次のように述べている。

「(競争禁止) 特約が肯定されてきたのは、被用者又は徒弟が、雇用又は訓練によつて営業上の競争者となりうる準備をするための必要な技術や知識を習得しうるところにあるのではなく、使用者の顧客に関する個人的知識や影響力をもち、あるいは使用者の営業秘密 (*Trade secrets*) に熟知することによつて、競争が許容されるならば、使用者の取引上の人的関係 (*trade connection*) 又は取得した機密情報 (*information confidentially obtained*) の利用が被用者を利することになるからであつた。……被用者へのこのような制限が肯定される唯一の理由は、取引関係の性質又は営業秘密の性質如何にかかわらず、使用者が何らかの財産上の権利 (*proprietary right*) を有しており、その保護のためには——被用者の義務に留意しながらも——そうした制限が合理的に必要とされるからである。こうした制限は、私の知る限り、競争の抑止又は被用者が在職中に習得した個人的技術及び知識の使用の禁止することだけに向けられる場合には、肯定されることはなかつた」⁹³⁾

この貴族院判決によつて、競争禁止特約によつて前被用者の営業の自由を制限してまでも、その利用から保護される使用者の正当な利益が、財産上の利益 (*proprietary interest*)⁹⁴⁾ であること、その内容は取引上の人的関係と営業秘密であることが明らかにされた。⁹⁵⁾ それと同時に、公共の利益の要請から、被用者の競争それ自体、あるいは被用者が在職中に取得したものであつたとしても、被用者の個人的技術や知識の使用が競争禁止特約によつて禁止

しえないとされたことも看過しえない。こうして、被用者がその能力や才能を發展させ、それを十分に使用すること由と、被用者が使用者の財産の形成・創設に寄与しているとしても、被用者が自己の目的のために使用することが不公正 (unjust) とされる使用者の財産との境界線が画定されることになったのである。²⁷⁾

(17) 雇用契約上の営業制限法理の有効性の判断枠組みである合理性の原則が形成されるに至る経緯についての詳細は、注(12) 参照。

(18) W.L.Anson, *Principles of the English Law of Contract* (Oxford U.P., 21th ed. 1959) at 306.

近年、株式や営業の譲渡契約と雇用契約とが不可分に結びついたパッケージ・ディールにおいて競争禁止特約の有効性が争われた事案がみられる。こうした事案における雇用契約上の競争禁止特約の合理性は、対等に交渉された包括的商取引の一部として雇用契約よりも緩やかな判断基準によって評価されている。その理由は、競争禁止特約の合理性の問題は、当該契約が商契約か雇用契約かという形式の問題ではなく、当該事案の事実関係に即して、「被約束者が正当な利益を有し、その特約がその利益を保護するのに必要な範囲を越えなことを」と「特約は強行されるべきである」という二つの判断に「*Dunham, Day & Co.Ltd. v. De Blunconier Dalphen* [1997] L.R.L.R. 442, 446 (C.A.)」から導き出されることが「*Dunham, Day & Co.Ltd. v. De Blunconier Dalphen* (Frank Weisinger) v. Weisinger [1988] L.R.L.R. 60 (H.C.); *System Reliability Holdings plc. v. Smith* [1990] L.R.L.R. 377 (H.C.); *TSC Europe (UK) Ltd. v. Massey* [1999] L.R.L.R. 22 (Ch.D.)」等がある。文獻として、*Treitel, supra note (2)* at 420; *Kate Brantley & Schwyn, Employment Covenants and Confidential Information: Law, Practice and Technique* §§9.30-9.32 at 151-152 (Buttersworths, 1999) を参照する。

(19) *Treitel, supra note (2)* at 419; A.Coleman, *The Legal Protection of Trade Secrets* §3.5.4 at 42 (Sweet & Maxwell, 1992) では、本文中で述べる三つの理由の「第一」の理由が指摘されている。筆者は「これらの理

由に加えて第二の理由も重要であると考へる。

- (20) [1956] All E.R.814 (C.A.) .
- (21) *Id.* at 820-821.
- (22) *Dawman, Day & Co.Ltd. v. De Blaconier Dalphen* [1997] I.R.L.R. 285, 290 (H.C.).
- (23) *Stenhouse Australia Ltd. v. Phillips* [1974] 1 All E.R. 117, 122 (P.C.).
- (24) *per Lord Parker in Herbert Morris v. Sarraby* [1916] A.C.688, 709, 710 (H.L.).
- (25) 最近の判例として *Scully (UK) Ltd. v. Lee* [1998] I.R.L.R. 259 参照。
- (26) 最近の改められた点を確認した判例として *Facenda Chicken Ltd. v. Fowler* [1986] 1 All E.R. 617, 627 (C.A.). を参照。
- (27) *Stenhouse Australia Ltd. v. Phillips* [1974] 1 All E.R. 117, 122 (P.C.).

(1) 営業秘密

営業秘密が、退職した被用者の不公正な競争から競業避止特約によって保護される使用者の正当な財産上の利益であることは判例法上確立しているところである。また、競業避止特約が存在しない場合にも、営業秘密及びそれと同等の保護に値する高度の機密性を備えた情報についての秘密保持義務は雇用契約の終了後も残存し、これを使用又は開示しない黙示的義務を被用者が負担することは既に述べたところである。とすると、このことから競業避止特約と秘密保持義務との関連をめぐって、少なくとも二つの疑問が生ずることになる。すなわち、第一は、被用者が退職後も営業秘密についての秘密保持義務を負っているとすれば、合理性審査の対象となる競業避止特約を使用者が締結する意味はどこにあるのかである。第二は、第一点とも関連するが、競業避止特約の保護法益

である営業秘密と秘密保持義務のそれとの広狭についてである。そもそも被用者の営業の自由や競争の自由と抵触してはならず、しかも時間的にも地域的にも制約のない秘密保持義務の保護法益の範囲よりも合理的制限に服する競争禁止特約のそれが狭いとは考えにくい。競争禁止特約の保護法益が秘密保持義務のそれよりも広いと考えられるのかどうかである。傍論とはいえ、これらの問題についてのリーディングケースと考えられるのが *Faccenda* 事件判決²⁸⁾である。そこで、*Faccenda* 事件判決は別稿でも紹介したところであるが、改めて第二の論点に関連してここで取り上げることにする。

*Faccenda*事件の事案は概ね次のとおりである。

原告会社（控訴人）は鶏肉の販売等を業とし、冷凍車で一定地域の得意先まわりをしながら鶏肉を販売していた。被告（被控訴人）は、セールスマネージャーとして原告会社に雇用されていたが、退職後に同業の会社を設立し、原告会社を退職した元同僚の冷凍車運転手ら（被告・被控訴人）を雇用し、同一地域で同じ得意先に同一の販売活動を行った。被告らは、いずれも退職後の競争禁止特約を締結していなかった。そこで、原告会社は前被用者らを相手方として、(1) ①顧客の名前と住所、②運転ルート、③鶏肉の量や質についての顧客の要望、④配達時間、⑤割引を含む販売価格、という売買情報（以下「本件売買情報」という）を原告会社に不利益又は損害をもたらす方法で使用したことが雇用契約上の黙示的義務に違反することを理由とする損害賠償、そして(2) 在職中に取得した機密情報又は営業秘密を濫用することによって原告会社の暖簾を共謀して侵害したことを理由とする損害賠償、を請求したのが本件である。

審判決において、*Goulding* 判事は、本件売買情報は競争禁止特約が存在しない本件では保護されないとして請求を棄却している。その前提として判断された在職中の被用者が取得した情報の類型と黙示的義務及び競争禁止

特約による法的保護との関係について、Goulding 判事は次のように述べている。³⁰⁾

「第一は、情報の些細さや公の情報源から簡単に入手しうることから、合理人又は法によって全く機密とはみなされない情報である。それを被用者は在職中又は退職後を問わず使用者の競争者をも含む誰にでも自由に伝えることができる。例えば、関連産業の誰にでもよく知られている公刊された特許の内容がその一例である。……」

第二は、明示的に情報が機密であることを告げられ、あるいはその性質上機密であることが明白であるかのいずれかの理由から、いったん覚えたとすれば、被用者の記憶に残り、自分の技術及び知識の一部となつて使用者の事業活動を行ううえで使用される情報であり、そうした情報につき被用者は機密のものとして取り扱わなければならない。在職中そうした情報を使用又は開示するならば誠実義務に違反し、契約違反となる。しかし、退職したときには、法は被用者に前使用者と競争して自らの利益のためにその最高の技術と知識 (full skill and knowledge) を使用することを認める。……使用者がこうした性質の情報を保護しようとする場合には、被用者が退職後に (合理的な期間と地域の制限の範囲内で) 使用者との競争に従事しない旨を定める明示の規定によつて情報の保護ができることになる。……」

とはいえ、第三に、被用者が記憶でき、そして退職したとしても、使用者以外の者の利益のために適法に使用できない程度の機密性を備える営業秘密が存在する。」

以上の Goulding 判事の分類によれば、本件で争われた売買情報は、第二類型に属しており、被用者が競争禁止特約によって制限されていない限り、自由に使用又は開示しうることになるわけである。

Facienda 事件控訴院判決は、控訴人会社の控訴を棄却する点では、Goulding 判事の結論を肯定している。この結論を導くに際して、No.2 判事は本件売買情報が黙示的義務によって保護される情報であるかどうかの判断基

準として次の四つの指標を示している。¹⁰¹ すなわち、

①被用者が日常的に機密情報を取り扱う地位にあるかどうかという雇用の性質である。
②当該情報が営業秘密及びそれと同等の保護に値する程度の機密性を具備しているかどうかという情報それ自体の性質である。

③使用者が当該情報の機密性をどの程度被用者に印象づけてきたかという情報に対する使用者の姿勢である。
④当該情報が使用又は開示を許容されている他の情報から容易に識別しうるかどうかである。

以上の判断基準に照らして、本件売買情報は黙示的義務によって保護される情報ではないとされている。このでの行論にとって重要なのは、黙示的義務の保護法益が「営業秘密及びそれと同一の保護を必要とする高度の機密性を備えた情報」¹⁰²とされたことであり、さらに Neil 判事は、競争禁止特約に関連して、「情報が営業秘密又はそれと同等の価値をもつものではないとしても、使用者は制限特約の手段によってその第二類型に属する情報の使用から保護される」とする Goulding 判事の判断とは敬意を表しつつも見解の異なる点 (respectful disagreement) を表明しなければならぬ¹⁰³と述べている点である。Neil 判事は、Goulding 判事の情報の分類の仕方について特に異論を差し挟んでいるわけではないが、第二類型の情報を競争禁止特約の保護法益とすることに賛成していないことは明らかである。もともと、Neil 判事は自らの見解の正当性の論拠を Herbert Morris 事件貴族院判決において、競争禁止特約の保護法益が営業秘密（及び取引関係）とされていることに求めており、黙示的義務の保護法益もその範囲に限定したものと考えられよう。

こうした Neil 判事と Goulding 判事との見解の相違を基軸として、論争的状况が生み出されているのであるが、両判事の見解の相違点を確認しておくこととする。

まず、No. 3 判事の見解では、競業禁止特約と秘密保持義務によって退職後の被用者の競業から保護される情報は、営業秘密及びこれと同一の保護を必要とする高度の機密性を備えた情報（以下単に「高度の機密情報」ともいう）となり、同一ということになる。これに対して、Goulding 判事の見解では、競業禁止特約によって退職後の被用者の競業から保護される使用者の情報範囲は、被用者の記憶としてその技術や知識の一部となった情報（いわゆるノウハウ（第二類型）をも含むものであるから、秘密保持義務によって保護される情報（＝営業秘密及び高度の機密情報）よりも幅広いものとなる。そこで、問題は、Neil 判事のいう高度の機密情報は、Goulding 判事のいう第二類型の情報と交錯する余地はないのか、換言すれば競業禁止特約の保護法益とされる余地は存在しないのかどうかである。その点、Facenda 事件判決以降の控訴院判決のなかには、「黙示的条項によって保護されない機密情報が適切に制限された明示の特約によって保護されない旨を判断していると Facenda 事件控訴院判決を讀むことはできない¹⁴⁾」とする判例もみられるが、論者の多くはそのように理解せず、むしろ Neil 判事に批判的である。その理由は論者によって異なるとはいえ、ノウハウが売買の対象とされる今日の状況におけるその保護の重要性であり、ノウハウが一定の質の機密性を備えて被用者の技術、知識、経験と区分しうる場合には、被用者によるその使用又は開示から合理的に制限された期間と地域において競業禁止特約によって使用者を保護することは、実際の解決方法ではないかというところにある¹⁵⁾。しかし、こうした Neil 判事に対する批判が正鵠を得ているとしても、ノウハウと被用者の技術、知識、経験とをどのように画定するのかという難問に行き当たることになる。

こうして、Facenda 事件判決における Neil 判事と Goulding 判事の見解の相違に端を発し、その後の争点となってきた問題は、被用者が在職中に記憶して持ち去ることのできるその一般的技術、知識、経験と競業禁止特約によって保護される使用者の正当な利益をなす営業秘密とをどのように画定するのかに帰着し、そのなかでノウ

ハウをどのように位置づけるかにある。何よりも注目されるのは、その問題をめぐる *Faccenda* 控訴院判決以降の控訴院判決の動向であるが、*Neill* 判事の判旨を肯定する判例と軌道修正を試みる判例とに分かれている。

前者の判例として、*Robert* 事件控訴院判決³⁶⁾を挙げることができる。この判決は、顧客カード目録は営業秘密なしい高度の機密情報に該当せず、被用者が記憶して持ち去ることができる範囲で自己又は第三者のために使用しうる情報であるとする。しかし、本件では、被用者が退職後に使用する目的で顧客カード目録を持ち去ったことから黙示的誠実義務違反であるとして、差止め命令を認容している³⁷⁾。本判決は、*Neill* 判事の見解を肯定する場合、被用者が記憶して持ち去った情報が法的に保護される余地があるとするならば、本判決のように誠実義務違反が成立する場合ということになる。

後者の判例としては、次の二判決が重要である。

まず、*Lausling* 事件控訴院判決³⁸⁾である。*Lausling* 事件は、フォークリフト・トラックを製造・販売する多国籍企業の英国会社の北部支部取締役として雇用されていた被用者が、会社（又はグループ会社）との十二カ月の競争禁止、機密情報の漏洩禁止、顧客の勧誘禁止を内容とする競争禁止特約を締結しているにもかかわらず、退職し、同業他社の専務取締役に就いたことを理由として、同業他社での勤務の仮差止め命令、営業秘密・機密情報の漏洩禁止、顧客の勧誘禁止を訴求したところ、原審はこれを棄却したので、会社が控訴したという事案である。

Staughton 判事は、控訴院が *Faccenda* 事件判決において被用者の記憶に残ってその技術や経験となった情報を競争禁止特約によって保護しえないとしながらも、営業秘密又は機密情報と被用者の一般的技術、知識、経験との画定が営業秘密の定義に帰着するとし、営業秘密の判断基準として次の三つの指標を挙げる³⁹⁾。すなわち、

① 営業又は事業において使用される情報でなければならぬ。

② 情報の所有者がその拡散を制限していなければならぬし、あるいは少なくとも広く公開されることを推奨又は許可していないということでなければならぬ。

③ 営業秘密は、競業者に開示されるならば、当該秘密の所有者に現実又は重大な損害を惹き起すおそれのある情報である。

Staughton 判事は、慎重にこの営業秘密を判断する指標が「本件の文脈における好ましいと考える私の見解」であると断つた後、これに該当する営業秘密の例として、「製品を製造するための秘密の製法のみならず、適切な事例における顧客名や顧客が購入した商品」⁽⁴⁶⁾を挙げている。また、本件に具体的に適用して、被用者の日常業務に関連しては、顧客関連の情報に営業秘密又は保護に値する機密情報に該当するとされ、またシニア・エグゼクティブの会議での議題となる新製品の開発計画又は現製品の生産中止もそうした情報に該当するとする。このように、Staughton 判事の営業秘密の範囲は、工業的なもののみならず、商業的なものにも及んでおり、その射程距離を Neil 判事のそれよりも拡げているようにもみえる。しかし、Neil 判事も営業秘密の例として化学的製法のような秘密の製造工程、デザイン、特別の建設方法を挙げ、そして「営業秘密に相当する十分に機密性の程度の高い情報」⁽⁴⁷⁾をも含めていることからすれば、これには工業的な情報のみが含まれ、商業的な情報は含まれないと解する理由はどこにもない。その意味では、Lansing 事件判決において、営業秘密は「技術的又は化学的な性質をもたない情報の機密性の高さの観点から解釈されねばならない」とする Butler-Stoss 判事の見解と異なるところはないと思われる。とはいえ、Lansing 事件判決が、営業秘密の射程内にある情報のなかに商業的・営業的性質をもつ情報をも含めたことは、Neil 判事の営業秘密（及び高度の機密情報）概念を多少なりとも緩和し、その保護の可

能性に道を開くものであったといえよう。⁹⁵⁾

次に、ECS 事件控訴院判決⁹⁶⁾である。ECS 事件は、旅行業のためのコンピュータ予約システムに関するソフトの開発という創造的要素をもつ業務に従事していた被用者が同業他社に転職し、同様の業務に従事したことにつき、コンピュータ予約システムのプログラムが商業上の価値をもつものとして競業禁止特約によって保護される正当な利益にあたるかどうか争われた事案である。

Mummery 卿は、営業秘密が競業禁止特約の保護法益であるかどうかを判断する際の決定的問題は、「被用者が自己の利益又は同業他社での勤務において制約なく使用することのできる財産と明らかに考えられる技術、経験、ノウハウ、そして一般的知識とは区別され、使用者の財産として明らかに考えられる営業秘密を有しているかどうかである」とする。そのいずれに該当するかを判断するために、「雇用の性質、情報の性質、その拡散に課された制限、公共領域における使用の範囲、そして使用者との競争において使用又は開示されることよって惹き起こされるおそれのある損害に関連する全ての証拠」が検討される必要があるとする。こうした事情を考慮したうえで、本件では、営業秘密としての保護をうけるに値する独立した客観的知識であることの証明がなされておらず、コンピュータ化されたシステムに伴う問題やその解決方法を知っており、「何かがなされる」知識をもっているというだけでは、競業禁止特約によって保護される営業秘密たりえない、として、ECS 社が求めた差止命令を棄却した。

Mummery 卿の判示では、Facienda 事件控訴院判決についての言及も引用も全くなされず、Lansing 事件判決において Staughton 判事が述べた営業秘密の判断基準にしたがった判断がなされている。たしかに、競業禁止特約によって保護される営業秘密（及び高度の機密情報）と被用者の技術や知識との区別について述べられた Facienda 事件控訴院判決における Neil 判事の判断は傍論にすぎないことからすれば、Mummery 卿の判示は

適切である。

以上みてきたように、営業秘密及びこれと同等の保護に値する高度の機密性を備える情報が競業避止特約によって保護される正当な利益とされることは疑いない。問題は、在職中の被用者は秘密保持義務を通じて使用又は開示してはならないとされているが、被用者が記憶して持ち去ることのできる機密情報が、競業避止特約の保護法益とされるのかどうかである。実務上、こうした機密情報も競業避止特約の保護法益であると一般に考えられてきただけに、Faccenda 事件控訴院判決における *Net* 判事の傍論に対して学説は批判的であり、控訴院判決も対立する不透明な状況にある。判例が今後どのような展開をするのか予断を許さないが、いずれにせよ、競業避止特約の保護法益とされる営業秘密が雇用契約上黙示的に推定される秘密保持義務に範囲に限定されるのかどうかは、退職後の被用者が自由に使用することのできるとされる技術・知識、ノウハウの画定という *Herbert Morris* 事件貴族院判決にまで遡る問題に関わるだけに、貴族院による決着しかないものと思われる。

かくして、競業避止特約によって保護される正当な利益が秘密保持義務の範囲に限定されるかどうかによって競業避止特約の意義は自ずから異なったものとなる。すなわち、競業避止特約の保護法益と秘密保持義務のそれとが同一である場合には、競業避止特約は秘密保持義務の確認的意義を有し、被用者の義務違反に対する警告となる。⁵⁴これに対して、競業避止特約の保護法益の範囲は秘密保持義務とオーバーラップしながらも、それよりも広くなる⁵⁵と考える場合には、そのこと自体が使用者にとつてのメリットであることはいうまでもないが、当該情報が営業秘密であることの立証の必要がないこと、被用者が使用又は開示しえない営業秘密の明確性から、使用者が差止め命令を得ることを容易にする点等を挙げることができる。⁵⁶

- (88) *Faccenda Chicken Ltd. v. Fowler* [1986] 1 All E.R. 617(C.A.); *Faccenda Chicken Ltd. v. Fowler* [1985] 1 All E.R. 724 (H.C.).
- (89) 口實・推察型(ア) 検査
- (90) *Faccenda Chicken Ltd. v. Fowler* [1985] 1 All E.R. 724, 731-732 (H.C.).
- (91) *Faccenda Chicken Ltd. v. Fowler* [1986] 1 All E.R. 617, 626-627 (C.A.).
- (92) *Id.* at 626.
- (93) *Ibid.*
- (94) *Balston Ltd. v. Headline Filers Ltd.* [1987] F.S.R. 330, 347 (Ch.D.).
- (95) J. Beatson, *Anson's Law of Contract* at 367-368 (Oxford U.P., 27th ed. 1998); Treitel, *supra* note (4) at 416; Jefferson, *supra* note (11) at 236; John Hull, *supra* note (4) §§7.18, 8.77 at 210, 263; Terrence F. Maclauren, *Trade Secret Law* at 32-34 (CBC, 1997).
- (96) *Roger Bullivant Ltd. v. Ellis* [1987] I.R.L.R. 491 (C.A.).
- (97) ソウダ 口實・推察型(ア) 1 国風検査?
- (98) *Lansing Linde Ltd. v. Kerr* [1991] 1 All E.R. 418 (C.A.).
- (99) at 425-426.
- (40) *Ibid.*
- (41) *Id.* at 625.
- (42) *Lansing Linde Ltd. v. Kerr* [1991] 1 All E.R. 418, 435 (C.A.).
- (43) John Hull, *supra* note (4) §§7.23, 8.84 at 212, 266.
- (44) *Fss Travel and leisure Systems Ltd. v. Johnson* [1998] I.R.L.R. 382 (C.A.).

(45) Robert Upex & Vivien Shrubbsal, *Contract of Employment: Law and Practice* (FT Law & Tax, 1997) at 154.
(46) *Chitty on Contracts*, supra note (16) §17-105 at 891.

(2) 取引関係

使用者との取引関係にある顧客又は依頼人等（以下「顧客等」ともいう）であったとしても、現実の人間関係は実際に顧客や依頼人と取引上応対する被用者との間に形成されることになることは容易に想像されることである。こうした場合、被用者と顧客等との人間関係が親密になればなるほど、被用者が他の会社に転職・移動すると、顧客等が被用者とともに移動する可能性は高まるといえようし、被用者が顧客等に取引先の鞍替えをうながすならば、なお一層その可能性が高まることは疑いない。たしかに、被用者と顧客又は依頼人との間に親密な人間関係が形成されることになるのは、被用者の人柄やその技術及び能力に負うことは無視しえないといえよう。しかし、被用者の生来の人柄はともかく、被用者が使用者の事業活動の一環である取引についての技術や能力を高め、顧客等との間に親密な人的関係を形成しえたのも、そのためのコストを使用者が負担しているからであることも見過ごされてはならないところである。だからこそ、使用者はこうした被用者の移動に伴う客離れを防止するために競争禁止特約を締結することとなる。とはいえ、使用者の顧客等との取引関係のすべてが競争禁止特約の保護法益となるわけではなく、Herbert Morris 事件貴族院判決にいう「使用者の顧客に関する個人的知識や影響力をもつ」²⁷範囲に限定されることになる。そこで、使用者と顧客又は依頼人との取引関係は、どのような場合に被用者が「使用者の顧客に関する個人的知識や影響力をもつ」にいたると考えられることになるのかが問題となる。この点、これまでの判例法は、これを事業の性質 (nature of the business) と雇用の性質 (nature of the employment) に照ら

して個々の事案ごとに判断する立場を採ってきている⁽⁴⁸⁾。両者は、取引関係の成立のための要件というよりも、被用者が「使用者の顧客に関する個人的知識や影響力をもつ」かどうかを判断するための重要な要素であり、それらの要素を相補的に考慮して判断されることとなる。

まず、事業の性質に関連して使用者が証明しなければならぬ事実関係は、使用者の取り扱う商品やサービスについての取引（売買又は使用等）が顧客等との間に存在していることである。特に、使用者と顧客等との間の取引の反復ないし反復可能性は、ロイヤルティ (loyalty) と呼ばれ、使用者の保護法益としての暖簾 (goodwill) の一部をなしているといわれている⁽⁴⁹⁾。このロイヤルティの濃淡は、使用者の保護法益の存否を判断するうえで重要な要素となる。すなわち、使用者に対する顧客等のロイヤルティが高くなるに伴って、使用者の取引関係の保護に値する利益の程度は高くなり、その逆についても同様である。例えば、これまでの判例をみると、美容業⁽⁵⁰⁾、牛乳配達業⁽⁵¹⁾、弁護士事務所⁽⁵²⁾、不動産業⁽⁵³⁾、医師⁽⁵⁴⁾、国債・為替仲買業等のように、被用者と顧客との間に人的関係が形成され、被用者が転職・移動すると顧客も被用者とともに移動してしまうというような事情が存在するときには、被用者が使用者の顧客等に関する知識や影響力をもつことになる典型な場合であると考えられている。

また、最近の判例では、ユーロ国債の仲買人と投資家である顧客との人的関係が保護法益たりうるかについて、仲買人と投資家との取引関係は「個人の人格と性格 (the personality and character of the individual) によるものすぎない」として否定した判例⁽⁵⁵⁾を誤りであるとし、「被用者がその技術をみがき、顧客との人的関係を形成し、発展させる機会を提供したのは使用者である。使用者こそが、人的関係を確固たるものにするための魅力的な場と施設を提供する費用を負担している」⁽⁵⁶⁾点を強調して、暖簾の一部をなす使用者の正当な利益であるとすると。さらに、職業紹介会社の派遣コンサルタントと登録派遣労働者との人的関係が保護法益たりうるかについて、職業

紹介会社にとって「登録派遣労働者は、依頼人会社にスタッフとして供給すると手数料収入をもたらすという意味において、重要な収入源である」ことを理由とし、使用者の正当な利益であるとすると判例も出されている。このように、使用者の出費や収入の観点から顧客との人的関係の保護法益性を肯定する最近の判例の動向は、顧客との人的関係の新たな判断要素として注目される。

次に、雇用関係の性質に関連して証明されなければならない事実関係は、被用者が使用者の顧客等との取引関係を利用する可能性が存在すること、あるいは利用しうる立場にあることである。Allwood 事件控訴院判決の Younger 判事よれば「履行された労働の性質 (nature of the work done)」、Roult 事件控訴院判決の Greene 記録長官によれば「事業又は職業活動 (business or professional activity)」と云うことになる。ここで問題となるのは、被用者と顧客等との間の接触関係がどのような質と程度にあったならば、被用者が取引関係を利用する可能性があると判断されることになるのかである。まず、事業の性質に関連して述べた使用者と顧客等との間のロイヤルティは、実際には被用者と顧客等との間で形成されるものであり、ここでも仕事の性質上被用者が転職・移動すれば顧客も移動するという程度の接触関係が認められる場合には、「使用者の顧客に関する個人的知識や影響力をもつ」と考えられることは疑問の余地のないところであろう。ただこのような場合にも、従来の判例をみると、事業の性質と雇用の性質との関係から次の三つに分類することが可能である。

第一は、使用者の事業の性質によって被用者の仕事の性質が規定されており、顧客等との人的接触を通じて親密な人的関係を形成し、被用者が転職・移動するならば、顧客等は被用者を探し出しても移動するロイヤルティを生ずる美容師⁽⁴⁾、牛乳配達人⁽⁵⁾、医師等⁽⁶⁾である。例えば、Steiner 事件控訴院判決において Hoffman 判事が述べているように、「ヘアドレッサーは、事柄の性質上、彼らが他の美容室に移動すると彼女についてくるような顧客に関

する影響力を取得する。……共通認識となつてゐることは、人々がヘアドレッサーにロイヤルティをもつということであり、そのロイヤルティは、法律上、使用者の暖簾の一部をなし、顧客の店離れの誘因となり、それによつて使用者の暖簾に損害を発生させる原因になる」⁸¹ような場合である。

第二は、被用者が一定の営業所等を任されてそこでの取引のすべてを取り扱い、顧客がその取引相手を使用者よりもむしろ被用者と考へている、あるいは被用者を使用者と同一視するような事情のある場合である。こうした場合について、Scorer 事件控訴院判決において、Salmon 判事は、不動産代理店員 (estate agents' clerk) である「被用者がキングスブリッジの事務所にいる時、彼が事実上キングスブリッジの事務所であつた。彼は顧客に関する知識と顧客に関する影響力のあらゆる機会をもちうる地位にあつた。……我々が思い起こすことは、本件において、使用者の大部分の取引関係である反復的な取引がなされる顧客が存在しているならば、雇用契約に本件のような特約が存在していない場合、彼の雇用（の性質）から、人が使用者の取引関係を利用することを可能にする顧客に関する個人的知識と影響力を取得することになる典型例である」と述べている。⁸²

第三は、使用者の事業の性質から被用者の仕事の性質は、顧客との直接の面談ではなく、電話等による情報提供、取引にすぎないが、顧客との取引関係を保持するために使用者による多額の出費がなされている場合である。⁸³ *Eaststone* 事件高等法院判決において、被告仲買人の仕事は、原告会社の基幹的業務である外国為替のオプション取引において投資家の取引を電話で仲介するところにあるが、「そうした関係は、電話のダイレクト・ラインの方法でもつて意思疎通できるようにされ、そして相互の良好な人的関係を形成するために原告会社による相当額の金銭的支出によつて裏打ちされた二人の個人—投資家と仲買人—間の信頼関係 (trust and empathy) に基づいてゐる」ことを踏まえて、「有能な仲買人とその投資家によつて形成された良好な関係は原告会社に相当な

利益をもたらさしうる」ものであり、被告仲買人がライバル社に移動すると、「彼は原告会社の投資とそこでの雇用を通じて形成された原告会社の顧客関係から生ずる利益を新しい使用者にもたらしうることを可能にする」との Holland 判事の説示がそれである。⁶⁷⁾

問題は、以上のような被用者と顧客等との間に接触関係の質（ロイヤルティ）が認められない場合である。こうした場合、被用者がどのような能力で顧客等に影響を及ぼしたかを判断するために、被用者の雇用の性質、仕事上の地位・立場と事業の性質・規模を総合的に考慮して判断されることになる。顧客等と頻りに接触しているとしても、受付や電話交換のような仕事はもとより、被用者の職務遂行のための教育訓練にさして費用を要せず、仕事の遂行がもつばら被用者の生来の人柄、技術、能力に依存しているような場合には、顧客関係は使用者の保護法益とは認められないこととなる。⁶⁸⁾これに対して、被用者が実際に顧客と接したことがないとしても、使用者の保護法益とされることがある。例えば、被用者が全ての顧客についての知識を知りうる地位にあるような場合⁶⁹⁾、あるいは被用者の採用時に顧客であったが、現在顧客ではなく、被用者が接したことがない者も、使用者の暖簾の一部をなしているとはいえないが、再び顧客となりうるという意味で使用者の財産的利益であるとされている。⁶⁹⁾

(47) 注(24)参照。

(48) *Mason v. Provident Clothing & Supply Co. Ltd.* [1913] A.C. 724, 742 (H.L.); *Gilford Motor Co. Ltd. v. Home* [1933] All E.R.109, 120 (C.A.)参照。

(49) *Fitch v. Deanes* [1921] 2 A.C. 158, 164 (H.L.); *Marion White Ltd. v. Francis* [1972] 3 All E.R. 857, 863 (C.A.); *Dunmug Day & Co. Ltd. v. De Brancorner D'Alphen* [1997] I.R.L.R. 285 (C.A.).

- (90) *Marion White Ltd. v. Francis* [1972] 3 All E.R. 857 (C.A.); *Supercuts Limited v. Woods* Lexis Court of Appeal, 23 Apr.1986 unreported; *Steiner (UK) v. Spray* Lexis, 1 Dec.1993 unreported (C.A.).
- (91) *Home Counties Dairies Ltd. v. Skilton* [1970] 1 All E.R.1227 (C.A.).
- (92) *Fitch v. Dewes* [1921] 2 A.C.158 (H.L.).
- (93) *Scorer v. Seymour-Jones* [1966] 3 All E.R. 347 (C.A.).
- (94) *Routh v. Jones* [1947] 1 All E.R. 758 (C.A.).
- (95) *GFI Group Inc. v. Eaglestone* [1994] I.R.L.R. 119 (H.C.); *Euro Broker Ltd.v. Rabey* [1995] I.R.L.R. 206 (H.C.); *Daunay,Day & Co. Ltd. v. De Brancorier D'Alphen* [1997] I.R.L.R. 285 (H.C.).
- (96) *Cantor Fitzgerald (UK) Ltd. v. Wallace & Others* [1992] I.R.L.R. 215 (H.C.).
- (97) *Daunay,Day & Co. Ltd. v. De Brancorier D'Alphen* [1997] I.R.L.R. 285, 290 (H.C.). *44' GFI Group Inc. v. Eaglestone [1994] I.R.L.R. 119 (H.C.); *Euro Broker Ltd. v. Rabey* [1995] I.R.L.R. 206, 208 (H.C.) → 競争法
- (98) *Office Angels Ltd. v.Rainer-Thomus & O'Connor* [1991] I.R.L.R. 214, 219 (C.A.).
- (99) *Attwood v. Lamont* [1920] All E.R.Rep. 55, 66 (C.A.).
- (100) *Routh v. Jones* [1947] 1 All E. R. 758, 761 (C.A.).
- (101) *Marion White Ltd. v. Francis* [1972] 3 All E.R. 857 (C.A.); *Supercuts Limited v. Woods* Lexis Court of Appeal, 23 Apr. 1986; *Steiner(UK) v. Spray* Lexis Courtof Appeal, 1 Dec. 1993.
- (102) *Home Counties Dairies Ltd. v. Skilton* [1970] 1 All E.R. 1227 (C.A.).
- (103) *Routh v. Jones* [1947] 1 All E.R. 758 (C.A.).
- (104) *Steiner(UK) v. Spray* Lexis, 1 Dec. 1993 unreported (C.A.).
- (105) *Scorer v. Seymour -Jones* [1966] 3 All E.R. 347,351-52 (C.A.); *Dentmaster (UK) Ltd. v. Kent* [1997] I.R.L.R.

636 (C.A.).

(9) *Dannay Day & Co. Ltd. v. De Brancorner D'Alphen* [1997] I.R.L.R. 285, 290(H.C.); *GFI Group Inc. v. Eaglesstone*

[1994] I.R.L.R. 119 (H.C.); *Euro Broker Ltd. v. Raby* [1995] I.R.L.R. 206, 208 (H.C.).

(19) *GFI Group Inc. v. Eaglesstone* [1994] I.R.L.R. 119 (H.C.).

(68) *Mason v. Provident Clothing & Supply Co. Ltd.* [1913] A.C. 724, 743 (H.L.); *Attwood v. Lamont* [1920] All E.R.Rep.55,67 (C.A.); *S.W. Sprunge, Ltd. v. Mann* [1965] 1 All E.R. 1069, 1079 (Ch.D.); *Cantor Fitzgerald (UK) Ltd. v. Wallace* [1992] I.R.L.R. 215 (H.C.).

(89) *Gilford Motor Co. v. Horne* [1933] All E.R. 109 (C.A.).

(70) *G.W. Plowman & Son, Ltd. v. Ash* [1964] 2 All E.R. 10 (C.A.).

(3) その他の保護法益(被用者の安定的維持・確保)

営業秘密及び取引上の人的関係が判例法上確立した使用者の保護法益であることは疑いないが、近年、これら保護法益をめぐる新たな判例の理論展開がみられることは既に述べた通りである。さらに、最近、使用者の雇用している被用者を元被用者によって勧誘ないし引き抜かれる利益が被用者勧誘・引抜禁止協定の保護法益とされるのかをめぐる判例の対立的状況がみられ、*Herbert Morris* 事件貴族院判決によって示された雇用契約上の競争禁止特約の保護法益の射程に関連する重要な判例の理論展開として注目される。⁷²⁾

使用者にとって雇用している被用者を引き抜かれない事業活動上の利益は存在するのであろうか。被用者を引き抜く企業が同業他社であれ何であれ、引き抜かれる被用者が企業にとって代替のきかない有能な基幹従業員である場合に、使用者にとって計り知れない損失をもたらすことは想像に難くないであろう。そうした基幹従業員でない

としても、使用者が被用者を企業にとって有用な人材に育成していくためには、教育・訓練費用、時間、そして労力を必要とすることは疑いない。その意味では、被用者を元被用者や同業他社によって引き抜かれることは、そうした被用者の教育・訓練費用等が失われ、被用者の教育・訓練のためのインセンティブを萎縮させることになる。ともに、被用者を安定的に維持・確保しておくという利益が損なわれることとなろう。また、使用者が被用者に営業秘密を示している場合、あるいは被用者と顧客との間に生み出される人間関係との関連では、営業秘密の開発や顧客との人間関係の形成に要した金銭的支出が無駄になることも予想される。しかし、後者に關しては、被用者が同業他社に移動したとしても、退職被用者の退職後の誠実義務または退職被用者との合理的な営業秘密開示禁止特約や顧客勧誘禁止特約等の競業避止特約の締結を通じて使用者の事業活動上の利益が保護されることは、既に二及び三(一)で述べてきたところである。ここでの問題は、前者に關連して、使用者が有能な被用者や教育・訓練費用をかけた被用者等が引抜かれなければならないための従業員勧誘・引抜禁止特約を元被用者と締結した場合に、使用者はそうした特約によって保護される正当な利益を有しているのかどうかである。

この点を最初に取り扱ったのは、元被用者による元同僚の引抜とは事案が異なるが、同業二社間で相互に「過去五年間、貴社の被用者であった者を採用しない」という相互採用禁止協定の効力(宣言判決と差止命令)が争われた *Kores* 事件¹⁷³であった。*Kores* 事件控訴院判決において、*Jenkins* 判事は、本件協定が、営業秘密を保有する者とそうでない者とを区別せずに全ての被用者を対象として制限を課している点に着目しながら、「適切な人員の安定的確保」が本件協定の保護法益たりうるのかについて次のように判示している。

「使用者は、あらゆる適法な手段、すなわち高い賃金を支払い、雇用を魅力的にすることによって適切な人員の被用者の安定的確保を図ることがその利益であることは疑問の余地がない。また、被用者が高賃金又は労働条件

の良さに誘われて一方の会社を何らの妨害を受けずに退職し、他方の会社に採用される利益は、それを脅かす危険から保護される必要のある利益であることも既に述べた通りである。しかし、被用者の新しい使用者が競争関係にある同業他社であるという理由だけでは、退職後の被用者が同業他社に雇われることを禁止するにたる使用者の正当な利益ということとはできない。被用者の退職そして同業他社との雇用契約の締結を通じて適切な人員の被用者の安定的確保が損なわれる危険は、被用者が退職後に何らかの競争的関心をもって仕事に就かないようにする個別の制限特約によって使用者が保護される権利を損なわれることと同じではない。本件において、仮に原告が、原告を退職後の五年間被告に雇用されないとの特約を個々の被用者と締結したとしても、また同様の条件で被告が被用者と原告に雇用されないとの特約を締結したとしても、(営業秘密や機密情報、それと同様のものに関連する例外的場合を除いて)このような特約の全ては、外観から判断して、当事者間において不合理とされる営業制限として好ましくならざるものと考えられねばならない。⁷⁵

このように、同業他社間の相互採用禁止協定の有効性という文脈においてであるが、被用者の安定的確保は営業制限特約によって保護される使用者の正当な利益とはいえないとされたのである。そして、同業他社への転職禁止についての使用者と被用者との間で締結される個別の競業避止特約は、相互採用禁止協定を当事者間において無効と類推するための資料とされている。しかし、いずれについても、こうした営業制限特約が無効とされる論拠は、被用者の求職活動及び雇用選択の自由が損なわれる虞のあるところにあったことは疑いない。⁷⁶

その後、従業員の安定的確保が使用者の正当な利益といえるのが争われるのは、一九九三年まで待たねばならなかったが、この年に相前後して、全く正反対の見解に立つ控訴院判決が出されることとなった。一つは、被用者の安定的確保は使用者の正当な利益とはいえないとした Hanover 事件控訴院判決⁷⁶であった。Hanover 事件控

訴院判決は、保険会社のチェアマン等が締結した従業員引抜禁止特約⁽⁷⁷⁾を次の三つの理由から無効であるとす⁽⁷⁸⁾す。第一は、Kores 事件控訴院判決で述べられたように、被用者は勤務したい使用者のところで働く権利を有している。第二は、保険ブローカーの業務はそのスタッフいかににかかっていることはその通りであるが、スタッフは取引上のリングヤナシ、あるいはその他の取引の対象物と同様に使用者の財産とは考えられない。最後に、いかなる被用者をも引き抜いてはならないという本件制限は、退職被用者が転職した後顧客となった者に対しても発注してはならないという特約と同様に、競争禁止の特約として無効である、と。

もう一つは、Hanover 事件控訴院判決の直後に同じ控訴院から出された Ingham 事件控訴院判決⁽⁷⁹⁾である。本件控訴院判決では、職業紹介会社の支店長 (branch manager) が締結した従業員引抜禁止特約⁽⁸⁰⁾に関して、使用者は「競争が激しいと認められている事業において安定し、訓練された労働力の維持することにつき正当な利益」を有しているとされ、特約の一部を削除して、勧誘及び引抜を制限する範囲でのみ有効とされている。

Ingham 事件控訴院判決後に、被用者の安定的維持・確保の保護法益性に関連して Dawmay, Day 事件控訴院判決をはじめとする四件の判決⁽⁸¹⁾が出されたが、いずれも Ingham 事件控訴院判決を肯定的に引用し、被用者の安定的維持・確保の保護法益性が認められている。しかし、いずれの事案も、いわゆる伝統的な雇用契約上の被用者に関わる事案というよりも、むしろジョイント・ヴェンチャー⁽⁸²⁾や株式譲渡⁽⁸³⁾に関わっており、商契約と雇用契約とがパッケージになった包括的商取引の一部として雇用契約上の被用者勧誘・引抜禁止特約が締結され、対等当事者間の約定として把握されている点に特徴がある⁽⁸⁴⁾。その意味では、Ingham 事件控訴院判決以降の判例は、交渉力の不均衡が認められる雇用契約における事案とは異なるが、そのアプローチの視角は雇用契約上の事案にも十分に参考になるものである。例えば、Dawmay, Day 事件控訴院判決において、Evans 卿は、「安定し、訓練された労働

働力の維持」を商業上の利益 (commercial interest) としながらも、商業上の利益であるということは法的な利益でないことを意味せず、「財産又は準財産上の利益」⁸⁶としての性格づけを与え、「合理性の範囲内で正当に保護することのできる……利益」⁸⁷であると述べている。その上で、被用者勧誘・引抜禁止特約の合理性判断における利益調整の視点について、Evans 判事は次のように述べている。

「〔被用者勧誘・引抜禁止〕特約に対する反論が成り立ちうるのは、前被用者が新規事業のためにスタッフを採用する権利のみならず、元の会社の被用者が自身の将来の雇用の可能性について知る機会をも制限されるからである。しかしながら、前被用者や元の会社の被用者が自らの調査、広告、通常のコミュニケーションを通じてそうしうることやそうする権利は、何ら制限されていない。使用者の保護が必要とされるのは、前被用者が元同僚の仕事能力や資質、賃金率等々について得た知識を利用しようとするからである。」⁸⁸

こうして、勧誘・引抜禁止の対象となる被用者の範囲が「取締役と上級被用者」に制限されている雇用契約における被用者勧誘・引抜禁止特約は合理的であると対して、株主協定におけるそれは被用者の範囲に限定がないとして合理性を逸脱しているとの結論を導いている。

また、TSC Europe 事件高等法院判決では、Inglis 事件控訴院判決と同様に、「安定し、訓練された労働力の維持」は「競争の激しい産業における」商業上の利益として被用者勧誘・引抜禁止特約によって保護される使用者の正当な利益であるとする一方、特約の次の二つの欠陥の相乗効果によって保護法益が合理的に必要な範囲を逸脱しているとする。⁸⁹すなわち、第一は、被用者の事業にとつての重要度、技術的な知識や経験を問わない内容となっていることであり、第二は、退職後に入社した被用者も勧誘禁止の対象とされていることである。こうした観点からみると、Hanover 事件控訴院判決と Dawmay, Day 事件控訴院判決において被用者勧誘・引抜禁止特約が不

合理的な営業制限とされた理由は、本件のそれと実質的に異なるものではないとしている。

以上のように、「安定し、訓練された労働力の維持・確保」が被用者勧誘・引抜禁止特約の保護法益たりうるかをめぐっての控訴院判決は対立しており、学説上は保護法益性を肯定するものが有力であるとはいえず、賛否両論に分かれている状況にある。⁷⁰⁾ いずれにしても、被用者勧誘・引抜禁止特約が被用者の求職活動の自由及び雇用選択の自由を制限・禁止する虞があるならば、その合理性は否定されることとなろう。その意味では、被用者の採用されること自体を制限・禁止する特約が有効とされる余地はありえないこととなる。したがって、被用者勧誘・引抜禁止特約が有効とされる余地があるとするならば、そうした被用者の採用される自由を制限・禁止する虞のない元被用者の勧誘を制限・禁止する場合であり、そして元被用者が勧誘を制限・禁止される元同僚や部下等の範囲が実質的な接触関係にあった者、あるいは影響力の及ぶ者というように適切な限定がなされている場合ということになる。こうした場合にまで、被用者勧誘・引抜禁止特約の合理性を否定する必要はないものと思われる。

(71) 一九九〇年代における判例の発展に先立って、Philip Sales, *Concarnis Restricting Recruitment of Employees and the Doctrine of Restraint of Trade*, L.Q.R. 600 (1998)において、被用者勧誘・引抜禁止特約は、①そもそも営業制限法理の射程内にあるのか、②そうであるとするならば、特約はよって保護される使用者の正当な利益が存在すると考えられるのか、③そうであるとするならば、こうした性質の特約が合理的かつ強行されるものと判断されるために考慮されるべき事柄は何か、に関する問題提起がなされていた。

(72) この他にも、元被用者や同業他社等によって被用者を引き抜かれなため使用者の採りうる手段として、次のような方策が考えられよう。例えば、①元従業員が元同僚を雇用しない特約を締結すること、②引き抜かれた従業員に教育・

訓練費用を返還する特約を締結すること、③同業使用者間で従業員を引き抜かない協定を締結すること、④従業員と長期の契約を締結することともに、労働条件をより良いものとすること、等である。

(73) *Kores Manufacturing Co. Ltd. v. Kolok Manufacturing Co. Ltd.* [1958] 2 All. E.R. 65 (C.A.).

(74) *Id.* at 17.

(75) とするならば、個別の競争禁止特約のみならず、本件の相互採用禁止協定も「当事者間において不合理」とされているのは奇妙である。というのは、同業他社の使用者が相互に採用しないという自由の制限は、使用者の観点からするならば、十分に理由のあるところであったはずだからである。その意味では、「Jenkins判事によって述べられていないが、相互採用禁止協定は、被用者の求職活動の自由及び雇用選択の自由を間接的に侵害する虞のある協定として公共の利益に反するものと考えられるべきであつたと見えよう。」 *Esso Petroleum Co Ltd. v. Harper's Garage (Stourport) Ltd.* [1960] A.C. 269, 300 (H.L.)参照。

(76) *Hamner Insurance Brokers Ltd. v. Schapiro* [1994] I.R.L.R. 82 (C.A.).

(77) 特約は次のように定められていた。「貴君は、雇用契約の終了後の十二カ月間、直接又は間接たるとを問わず、自己の計算によると、他社と共同して又は他社のために次のことをしてはならない。……(b)当該会社の被用者を退職させるために、あるいはそうした意図をもって勧誘し又は引き抜いてはならない。」

(78) *Hamner Insurance Brokers Ltd. v. Schapiro* [1994] I.R.L.R. 82, 84 (C.A.).

(79) *Ingham v. ABC Contract Service Ltd.* Lexis, 12 Nov. 1993, unreported (C.A.).

(80) Ingham氏はABC Contract Service Ltd. 社との間で締結された本件に関連する部分は、経営幹部(executive)が、退職後の十二カ月間、「会社及び関連会社(associated company)の取締役、部長(manager)、従業員のいかなる者をも勧誘又は引抜、あるいはそうした試みをしないこと」と定めている。そして、経営幹部には、支店長も含まれるものとされていた。

- (81) 本来従業員引拔禁止特約において勧誘又は引拔の禁止対象とされる従業員に關連会社の被用者が含まれることになる。Ingham 氏が、「退職した会社の被用者に退職を促すため、その知識の濫用の虞を防止するのに必要な範囲を超える」ことを「関連会社」は削除される必要があるとする。
- (82) *Alliance Paper Group plc v. Prestwich* [1996] I.R.L.R. 25 (Ch.D.); *Daumay, Day & Co. Ltd. v. De Brancorier D'Alphen* [1997] I.R.L.R. 285 (H.C.); *affirmed* [1997] I.R.L.R. 442 (C.A.); *TSC Europe (Uk) Ltd. Massey* [1999] I.R.L.R. 22 (Ch.D.).
- (83) *Daumay, Day & Co. Ltd. v. De Brancorier D'Alphen* [1997] I.R.L.R. 285 (H.C.); *affirmed* [1997] I.R.L.R. 442 (C.A.).
- (84) *Alliance Paper Group plc v. Prestwich* [1996] I.R.L.R. 25 (Ch.D.); *TSC Europe (Uk) Ltd. Massey* [1999] I.R.L.R. 22 (Ch.D.).
- (85) 例外は、*Daumay, Day & Co. Ltd. v. De Brancorier D'Alphen* [1997] I.R.L.R. 285 (H.C.)であり、株主協定のなかで約定された被用者勧誘・引拔禁止協定は、対等当事者間の約定として、何が約定内容として合理的であるのかについては当事者自身が最良の判事とされているのに対して、雇用契約上のそれは、株主協定とは切り離して、いわゆる使用者と被用者のそれとして取り扱われる。 *Id.* at 295.)
- (86) *Daumay, Day & Co. Ltd. v. De Brancorier D'Alphen* [1997] I.R.L.R. 442, 447 (C.A.).
- (87) *Id.* at 447, 448.
- (88) *Id.* at 448.
- (89) *TSC Europe (Uk) Ltd. Massey* [1999] I.R.L.R. 22, 29 (Ch.D.).
- (90) 被用者勧誘・引拔禁止特約の効力を肯定する論者は、勧誘と採用とを区別し、勧誘については制限であることを。次の学説がなされている。 *J. Beatson, supra note (35) at 367; Treitel, supra note (2) at 420, 428; Brearley & Bloch,*

supra note (18) §§10.70-10.71 and 175. 乃れに對して、否定的等説として、Simon Mehigan & David Griffith, *Restraint of Trade and Business Secrets* §8.4.3 at 127-128 (FT Law & Tax, 1996) がある。

付記 本稿は、平成十年度、十一年度文部省科学研究費助成金基盤研究(C)(2)による研究成果の一部である。