

### Ⅲ 研究ノートⅢ

## 知的財産権と労働法の交錯：守秘義務と競業避止義務

—永野・砂田・播磨著『営業秘密と競業避止義務の法務』

(2008年6月, ぎょうせい) の書評にかえて—

柳 澤 旭

#### I はじめに

本書は、知的財産権を専門家とする二人の弁護士（永野周志，播磨洋平）と研究者（砂田太士・福岡大学法学部教授）の共著である。著者の一人である永野弁護士は、本書の前に『職務発明と相当の対価』（2004年，ぎょうせい）を出版しており，著作の他に多くの論文においても知的財産権と労働法の交錯領域に関する問題の研究を数多く公表している。さらに知的財産権に関する実際の訴訟を数多く手がけておられ，その結果は判例集にも掲載されているところである。

評者は，永野弁護士とは個人的に研究の場等において，多くの知的刺激（知的財産）を受けていることをまず感謝しておかなくてはならない。もう20年近くになるが，評者は，偶然に列車の中で永野弁護士に会ってアカデミックな話になった。「今何してるの?」,「企業の特許部門の専門家を対象とした研究会を1991年から行っている。」(当時の九州山口経済団体連合会が事務局となって「知的所有権研究会」が毎月開催されていた)。「へ～，それは面白そうだね，参加させてもらえますか」,「どうぞ」ということで参加させてもらった。

何故，知的財産権の研究者でなく労働法の研究をしている評者がこの研究会に参加しようと思ったのか，当時の研究会のメンバーも不思議そうであったが，当時，評者の問題関心として，「従業員，労働者の頭の中の知識，情

報は誰のもの？それを自由に使っては何故いけないのか？」という点にあった。

その研究会において、評者も労働法と知的財産権との交錯領域（職務発明と相当の対価，競業避止義務違反と退職金不支給等）について報告をした。その時の議論の中で、「雇っている研究開発を専門とする従業員が、煙草吸いながらコーヒーを飲みながらボーっとしていても給料は払っている。その成果が会社のものであるのは当然じゃないのかい？」。「うーん？でも特許法35条は、相当の対価を発明した従業員に支払えとなっている。問題は相当の対価はいくらにあるのでは。」と。

当時は、労働者等からの相当の対価を支払えという訴訟と裁判例は数少ない状況であり、また法理論的にも重要な問題意識としては上がっていなかったようである。その後、多くの事例が裁判例として登場することになるとは、当時の研究会のメンバーは必ずしも想像していなかった。また労働法からのアプローチも本格的な研究は一部の業績を除いて少ない状況であった。

1980年代後半に時期には、既に日本的雇用関係は変容しつつあったが、大企業、中堅企業においては、日本的雇用慣行は未だ健在であった。それが変化するのは、近年のIT技術を中心とした企業社会の変化、労働者の転職、移動の増加・常態化、日本的雇用関係の激変、経済社会のグローバル化等、その背景は複雑多様であるが、21世紀に至る社会経済構造の変化を物語るものである。

## II 本書の視点

前置きが長くなったが以下、本書の紹介を評者の関心にそっておこないたい。とくに競業避止義務の法的性格、その義務違反に対する法的効果、その一つである退職金不支給の問題に重点をおいて紹介することにしたい。

本書の特徴、その内容についての著者達の視点、本書に込める意図は、本書の「まえがき」に示されている。本書のテーマである「営業秘密と競業避止義務」の法的な問題とは何か。このテーマでどのように「実務」を論じる

のか。またその実務を論じる「視点」とは何か。

本書の扱う問題は、「典型的」には「営業秘密」を利用した、あるいは営業秘密を利用しない「競業行為」の法的問題点と法的対応を論じる。本書における主たる登場人物、主体は、「元従業員・労働者」(X)と「元使用者」(Y)であり、法的視野に入る「行為」は、「XがYの事業と競合する事業を行う」ことである。本書は、この登場人物、主体と行為についての「法的対応」についての実務であるが、いわゆるマニュアル型の実務書ではなく「原理的な実務書」である。

「原理的」な実務書であるとする著者たちの問題意識とは何か。それは「知的財産権」が権利として保障されること存在の根拠とその性格についてのとらえ方にある。すなわち、知的財産権保障の「目的」と権利の保障「手段」とをはっきりさせることにある。知的財産権は、「競業行為」の禁止を可能とする手段であるが、そのことを自己目的とするものではない。事業者間の「競争」は、経済社会秩序にとっては好ましいものであり、競争は本来、自由であるべきで禁止されるべきものではない。知的財産権を保障する法の目的は、「不公正な競争」を阻止・禁止して、本来の「公正な競争」を促進することにある。

このような視点に立つと、(1) 競業行為の「禁止が是認されることの理由」と、(2) その理由から導きだされる「禁止が是認される競業行為の範囲」とはどこまでか。この両者の法的理由（根拠）と具体的な範囲（限界）を明確にすることが法理論的な解明、課題となる。この両者を一体として判例理論を分析した実務理論を提示することに本書の意図がある。これが本書における「原理的な理論書」という意味であり、本書の基本的視点、検討視角となる。

### Ⅲ 本書の内容

本書は8章から構成（判例・事項索引を含めて355頁）されている。

第1章・営業秘密制度の概要 第2章・営業秘密保護の特徴 第3章・営業

秘密制度の内容 第4章・秘密保持契約締結の実務 第5章・知的財産権の保護を受けない情報の法的保護 第6章・取締役の忠実義務 第7章・営業秘密と競争禁止義務 第8章・秘密保持義務および競争禁止義務の実効性の確保。

第1章から第3章は、本書における総論的な内容、知的財産権とは何か、自由な競争を制限してでも、なぜ保護されなければならないのかについて、知的財産である「情報」というものの持つ特質から説き明かす内容であり、知的財産権一般についての基礎理論、いわば入門としても読むことができる内容である。分量からして本書の半分以上のものとなっている（総頁数で149頁）。しかし読者にとって、その内容は必ずしも易しくはなく、かなりの論理的な思考を要する内容である。それは「情報についての経済理論」を基軸に展開されていることからくるものであろう。

第4章から第8章までは、この基礎理論にもとづいて、裁判例を主な素材としながら具体的な事例をもとに理論展開がなされており、本書における応用編あるいは各論とも言える内容となっている。評者の労働法立場からして、総論における秘密保持義務と競争禁止義務との関係、そして各論である第5章、第7章、第8章におけるこの二つの義務についての理論的分析にとくに関心のあるところである。以下の紹介も、この評者の関心のあるところを中心に紹介することにしたい。

ここで指摘しておきたいことは、本書においては、総論、各論部分を問わず主要な問題について必ず具体的な事例、とくに判例を用いて説明がなされていることである。これは実務の立場からあるいは実務に資することを目的としたことによるものである。それだけに各判例の読み方は、本書のいう知的財産権の基礎理論に立脚したものとなっており、判例についても厳しい見方、批判が随所でなされている。ここにも、本書が単なる実務解説書ではない「原理的な理論書」たる特徴が現れているとすることができる。

#### Ⅳ 本書の特徴的な内容について

以下、内容について総論部分（第1章から第3章）を中心に各論部分（第7

章から第8章）についても先の評者の問題関心にそって紹介したい。

### （一）「情報」としての営業秘密

営業秘密とは何か。なぜ保護されるのか、されなければならないのか。まず、「営業秘密」とは不正競争防止法（2条8項）の要件を充足する法的に保護される情報であり、知的財産権として民事上、刑事上も保護されることが、情報の経済理論をもとに説明される（第1章）。次に、「情報の種類」からみた営業秘密保護制度の特徴を「公然情報」と「秘密情報」とに分けて、「創作性がある情報」と「創作性がない情報」との関連で法的保護の対象を確定する（10頁[表1]）。このことにより、知的財産権には「公然情報保護型」と「営業秘密保護型」とがあることが明確になる（第2章）。

はたして、知的財産権をこのような視角でとらえる理論がこれまでにあったのか、専門外の評者には不明であるが、このように営業秘密の特性を知的財産権一般の中に位置づけるこの理論視角は、営業秘密に関する具体的問題の解決にとって重要な視点（基本的視点）である。

この論理的区分の説明で分かることは、「営業秘密」は公然情報ではなく、また創作性がある情報ではない場合にも法的保護を受ける情報となり得る、ということである。具体例としての「顧客情報」をみるように、特許法や著作権法とは異なって公然情報保護型を受けない「情報」は、創作性はない情報であるが、しかし営業秘密として保護の対象となるという理由が理解できる。そして知的財産権の本質は、この二つの型に共通して、「知的財産制度の基本的メルクマールは、差止め請求権に裏打ちされた排他権を知的財産に認めることにある」（稗貫）とする（18頁）。

以上のことをふまえて、知的財産権として保護される「情報」とは何か。何故に情報としての「営業秘密」は法的保護に値するのか。営業秘密保護制度の法的意味について、1. 営業秘密の成立要件、2. 営業秘密に係る権利の帰属（正当な保有者は誰か）、3. 営業秘密に係る不正行為の成否、4. 営業秘密に係る不正競争行為と損害賠償についての法的問題が多く判例を

用いながら説明される(第3章)。

なお本書において使われる言葉、用語について特に留意を要することは、「利用」と「使用」との区別である。不正競争防止法は「営業秘密を利用する行為」を「使用」と表現していることから、本書においては、「情報を利用する行為」を「利用」といい、「営業秘密を利用する行為」を「使用」とする使い方の区別をしている(35頁)。

ある「情報」が「営業秘密」であることの成立要件は、(1)人格から独立した情報すなわち「形式知」(暗黙知ではない)であって、(2)自ら生産した情報であること、(3)それが有用性(経済的利用性、公序良俗性)をもつこと、(4)非公知(秘密性を有する)であること、(5)管理可能(管理性)である、ことを要件とする。以上の一般的考察をもとに、(5)営業秘密の管理性要件について、「外部者」に対するアクセス制限と「内部者」に対する「機密保持義務と秘密保持契約」との関係が説かれる。

## (二) 秘密保持義務と秘密保持契約—法規・信義則・合意—

秘密保持義務が発生するのは、法令によるもの、開示者に一方的義務付ける場合、当事者の合意・契約によるものと多様であり、非開示者の存在も取締役、従業員とは異なる(53頁)。評者にとっての関心事、問題は従業員である労働者がいかなる秘密保持義務を負い、それが法的にも是認される根拠は何かである。特に義務付けが「就業規則」等で一方的に行われる場合と「合意」との関係、「退職後」にもその義務は効力を有するののか、効力が及ぶとしたら何故かについてである。この点について本書では次のように説明がされている。

労働者は雇用契約上の「付随義務」として、使用者の「情報利用の専有状態」を保持する目的のために秘密保持義務を負い、それは使用者が一方的に課すことができ「就業規則」で定めることもできる。この義務は当該秘密が営業秘密としての成立要件を充足していることを前提に、退職後にも及ぶことは当然である(57頁)。その理由は、実体法の保護する(利用を禁止する)

秘密であるかぎり、秘密保持義務は退職後にも及びそれが「競業禁止義務」として締結されても、競業禁止義務一般に求められる有効性要件の判断は不要である。それは「秘密保持義務としての競業禁止義務」としての性質を有するからである。判例の中には、この二つの義務を混同するものがあり批判されるべきである（58頁、265頁）。

その一方で、「実体法が利用を禁じていない情報の利用を禁止する契約」としての「競業禁止義務」については同一に論じることができない。競業禁止義務といわれるものには、①守秘義務それ自体を目的とする実体法で保護される営業秘密保持義務と、そうではなく②実体法が情報の利用を禁止していない情報を保護する目的で、当事者（X、Y）契約によって競業を制限・禁止するものがある。現実の競業禁止義務はこの両者が混在して締結されることがあるが、理論的には明確に区別し、それぞれの適法性、有効性について判断しなければならない。

本書における以上のような二つの義務の理論的位置づけについて、評者は全く異論はない。本来の競業禁止義務は、②の場合に限定して用いられるべきであろう。しかしながら現実には両義務の混在するような契約内容の判断は、当該契約の解釈によるほかないであろう。本書は両義務を明確に区別し、競業禁止義務について、その内容と有効性についての判断基準を明確に述べていることから理論的にも実務上も有益である。

## V 競業禁止義務の有効性と実効性

（一）第6章において取締役が負う競業禁止義務の内容を「忠実義務義務」という観点から検討、考察がなされている。この問題は競業禁止義務における会社法上の問題である。これまで労働法、社会保障法（社会法）の観点から検討されてきたのは、取締役兼従業員の性格を有する役員の退職金請求権の有無、社会保険（健康保険、厚生年金）における被保険者資格という問題である。取締役の忠実義務に基づく競業禁止義務の問題は、労働法の視野にはなかったものと言ってよい。

商法、会社法の世界で「名ばかり取締役」という問題があるのかどうか知らないが、労働者で有るか否かが労働法の関心であり、労働者であると認められると労働法の視野に入って検討がなされることとなる。以下、第7章、8章を中心に従業員労働者についての競業避止義務についての本書の内容を紹介する。

(二) 第7章において秘密保持義務及び競業避止義務の有効性を判例の分析により検討し、第8章では、営業秘密と競業避止義務の実効性確保について論じられている。ここでは特に秘密保持義務、競業避止義務の実効性を確保する方法として用いられている退職金不支給条項や返還条項についてとりあげてみたい。

「退職後」の競業「行為」が退職金の支給を左右する（不支給、半額支給、返還請求）ことは、どのように法的に是認されるのか否か。この問題について少なからぬ判例があり、労働法理論も判例に触発されて理論構成を行ってきた。しかしこの問題について、明快な納得できる理論構成を行うことは困難なものがあり最高裁判例はあるものの、未だ定説が無いともいえる。本書はこの点について、どのような見解を示しているのであろうか。

在職中の行為と退職後の行為の違いは、その評価について当然に異なるものがある。懲戒解雇に値する事由があれば懲戒解雇の有効性を前提に退職金不支給が認められるであろうし、それが退職後に判明した場合も同様であろう。これは懲戒事由が判明した「時期」の問題であり、法的に不当利得返還請求で対応することも可能である。

しかし退職後の行為を退職金の不支給に関わらせるという法論理は直ちに肯定できるものではない。これが認められるとすれば就業規則とは別個の特約、個別的合意に求めるか不当利得構成しかないであろう。その場合に当然、その特約、合意の合理性が問題となる。

先にみたように本書においては、①営業秘密の開示行為やそれを利用する行為についての競業行為と、②営業秘密を利用しない競業行為を区別する。この両者の区別により退職後の競業行為についての法的問題を検討する、と

というのが本書の基本的視点であったし、この第7、8章においてもこの視点は堅持されている（325-326頁）。その上で、退職金返還条項の有効性を判断する。

（三）退職金の不支給・減額条項や返還条項について、退職金の性質、その原資等を考慮し、これまでの判例を分析検討したうえで、本書における見解として次のように述べる。秘密保持義務に違反する競業行為は在職中であれ退職後であれ存続する。このことから退職金の返還条項は有効であるとする（326頁）。しかし競業避止義務は退職後に及ばないからその有効性は、「自由競争として許される範囲」を逸脱した競業行為か、実定法の禁止する競業行為に限定する限定解釈をとるべきであるとする（338頁）。ここには競業行為における先にみた①、②とを区別する本書の立場に立脚した論理が展開され、判例の考え方について再検討がなされている。

本書のいう競業行為についての二分法とその「限定解釈」の方法については、基本的に支持できるところである。しかし評者からすれば退職金返還義務の有効性が、営業秘密の実定法上の保護（具体的には不正競争防止法）から直接導き出されるとすることに疑問をもつ。

実定法によって不正な競業についてその行為が禁止され、その効果として損害賠償、差止め請求、製造した製品の破棄、さらに刑事罰が科されることは、不正競争防止法という実定法の存在による。実定法は、禁止される不正・違法な競業行為そのものについて、その違反についてのあらゆる法的効果を用意して規制しているのであって、損害賠償義務と退職金返還義務とを同一視しているのではない。それゆえ本書においても、退職金返還請求は損害賠償の予定あるいは違約金の定めという性格を有することを指摘したうえで、損害額と違約金との均衡が論じられているものと思われる（339,342頁）。

また退職金の性質について、賃金後払説と功勞褒賞説があるが、どちらでも説明可能であるが故に複合的な性格を持つといえる。判例の半額までは認めるという判断は、複合的であるから半額まではという論拠らしきものによるとみるしかない。また退職金の原資が労使の拠出か使用者のみの拠出かに

よってその把握も異なるであろう。

また近年、退職金制度を見直し再設計することによって、例えば、毎年度の成果によって賞与に累積算定する制度、退職金前払制度による場合には、そもそも在職中の功労を退職後の行為に関わらせて不支給・減額あるいは返還させることなど困難なことでおよそ考えられないこととなろう。

(四) 以下において競業避止義務についての評者の基本的なとらえかたを述べて、本書における基本的原理としての論理と整合するものかどうか、評者自身の今後の検討課題としたい。

評者の基本的立場は、営業秘密を利用する行為ではない競業（本来の競業避止義務）については、合意の時期（契約締結時、在職時か退職時か）を考慮したうえで、その合意の合理的性・有効性（労働契約の意思解釈）が認められるとするものであり、そもそも退職金の支給・剥奪（減額）を退職後の行為である競業避止義務に関わらして不支給・減額することは自体認められないとの立場をとるものであり、むしろ競業避止義務については、「代償措置」こそ必要不可欠であると考えている（拙稿・労働判例研究「退職後の守秘義務・競業避止義務と差止請求」法律時報1997年3月号117頁）。

この点について、本書において「営業秘密」と「競業避止義務」とを明確に区別したうえで、その実効性確保について論じる基本的視点を評者は支持したい。この二つの義務は、その法的根拠、成立要件を異にし、機能、守備範囲も異なる。両義務が「混同」されるのは、現実に「競業」という側面で重なるという現象が生じることによる。競業を含む競争は、本書において「基本原理」として説かれているように、原則として自由に行えるものであり、法が禁止するのは実定法の存在と法的保護に値する法益（不法行為上の保護）がある場合に限定される。

秘密保持義務と異なり競業避止義務は、秘密保持義務の実効性を担保・確実なものにするために（目的）、本来自由に行える職業活動、労働の自由を制限するもの（手段）である。在職中及び退職後を問わず、また特約、合意の有無にかかわらず、営業秘密の不当な使用、利用は禁止され損害賠償や差

止の法的効果が生じる。しかし法的保護の及ぶ秘密保持義務・守秘義務は退職後の労働者の競業行為を禁止するものではない。その目的が秘密保持にあるにせよ退職後の競業行為を制限・禁止する義務の設定は特約、個別合意を基本とする。そして、その合意の「時期」は労働者の意思決定が自由に行える状況にある「退職時」に求めるべきである（労働契約における意思解釈）。

このことは、競業避止義務を「就業規則」による合意によって義務付けることはできないことを意味するものである。労働契約法の施行（2008年3月）による就業規則についての法的効力付与の法状況（労働契約法第7条以下参照。）を考慮するならば、競業避止義務を就業規則に規定し、その規定の内容が合理的であっても、合意に代えることはできず、退職時の個別合意のみが有効なものと評者は考える。

そのうえで合意の内容については、これまでの判例・学説の判断基準が適用されるべきである（退職後の守秘義務・競業避止義務について、労働法の立場から最も詳しく論じた最近の著作として、土田道夫『労働契約法』2008年・有斐閣、615頁以下参照。）。このことは、先に述べたように退職金の不支給・減額を競業避止義務に関わらすことも認められないとの評者の立場を前提とする。

## VI おわりに

本書は共著となっているが、それぞれの理論的視点と理論的な内容は統一されており法的論理は一貫している。その点で「法原理的」な視点で営業秘密の保護されるべきことを検討するという本書の問題意識とその具体的説明は成功していると言えよう。

ただ本書は、その読者対象を誰に向けているのかについてやや気になるところである。というのは本書は、内容的にはかなり難しいものであることは確かである。知的財産権について法原理的な視点から営業秘密の保護内容を検討したものであり、判例の在り方にも多くの疑問を提起している。決して「裁判になれば、判例によれば」という判例解説ではない。この点では知的

財産権を担当する実務担当者である、企業の法務部、弁護士、裁判官に向けての法理論の提示としての性格が濃厚であるといえよう。

労働法を専門とする立場から読むとき、本書における判例の読み方、とらえ方に「そういう読み方もできるのか」ということを教えてくれるところが大きい。この点に関しては、労働法から判例を中心に「競業避止義務・秘密保持義務」を分析した著作（石橋洋『競業避止義務・秘密保持義務』（信山社）＜労働判例総合解説シリーズ12＞近刊予定。）との比較において、あらためて判例のとらえ方を比較検討することから、また新たな検討課題が生まれてくるものと思われる。

さらに、本書における秘密保持義務、競業避止義務の法的把握は、知的財産権の存在構造という基本的、全体的な知的財産権の法理をふまえての展開であり、労働法からの労働者の権利・法益（生存権、労働権、職業的人格価値など）に基本的視点を置く労働法からの検討に際して、両法からするアプローチに有益な示唆を与えてくれるものである。本書の内容は、労働法と知的財産権との交錯についての新たな課題を検討するうえでも多くの示唆をあたえてくれるものである。