

退職後の競業避止義務と引き抜き規制 —人材獲得競争における効率性の確保—

高橋 良裕

《要約》

本稿は、退職後の競業避止義務と引き抜き規制について、それぞれの要件を検討・整理するものである。その際、政府の働き方改革実行計画の意義も踏まえつつ、これらの問題の競争法的性格を自覚的に意識して立論している。つまり、フリーライド阻止と人材獲得競争の調整による経済社会の効率化を一方の課題として、これらと、前職での成果を利用しつつ転職する労働者等の自由との衡量または整合を試みるものである。そして、このような観点から、それぞれの要件ないしこれを基礎づける要素について、現時点で可能な具体論を展開しつつ、その相互関係の整合的な理解を意識しながら、議論の精密化のための判断枠組みを検討・整理するものである。

1 はじめに

政府は、2017年（平成29年）3月28日、働き方改革実行計画を公表した。同計画は、少子高齢化社会における、労働生産性の向上及びワークライフバランスの確保と日本経済の潜在成長力の底上げを狙いとするものである。その計画内容は多岐にわたっているが、その一つとして、「雇用吸収力、付加価値の高い産業への転職・再就職支援」があげられている。この政策課題は、他の法的要請との調整を図りつつ、労働市場の流動性をいかにして高めるかという問題であり、労働市場固有の制度のほか、労働条件や雇用維持に関する規制の在り方にも係わり、総合的な検討を要する。そして、本稿のテーマである退職後の競業避止義務と引き抜き規制も、「転職が不

利にならない柔軟な労働市場や企業慣行」の確立に係わるものとして、その一部となりうる問題である。

退職後の競業避止義務¹⁾と引き抜き規制は、いずれも労働者に係わる問題ではあるが、労働関係に特有の事象ではなく、これらの問題の基本的な性格は、労働法に特徴的なものであるとは必ずしも言えない。そして、退職後の競業行為と引き抜きは、必ずしも相互に必要な関係があるわけではないが、一つの事象の異なる側面の問題として、密接に関連しうるものである。本来的には、競業行為とは、同種の商品役務について顧客をめぐり競争関係に立って取引を行うことであるが、広い意味では、営業秘密の漏えいや顧客奪取と並んで、従業員の引き抜きも競業行為に含めうるのである²⁾。それゆえ、両者の基本的な性格は、大枠で共通しており、これらに関する規律は、それぞれが妥当なものであるだけでなく、その相互関係が整合的に理解されなければならない。

そこで、本稿では、上記のような政策課題との関連を意識しつつ、退職後の競業避止義務と引き抜き規制の法的性格を検討した上で、それらの相互関係を意識しつつ、それぞれの要件を検討・整理したい。

2 退職後の競業避止義務と引き抜き規制の法的性格付け

退職後の競業避止義務は、労働関係に特有の問題ではない。アメリカン・ライフ・インシュアランス・カンパニー事件は執行役員の競業避止義務違反が問題とされた事案であったが、東京地判³⁾が当該執行役員の労働者性の認定を行ったのに対し、控訴審である東京高判⁴⁾は、労働者であるか否か自体は重要ではないとして、「被控訴人と控訴人との間の契約関係が委任契約であるか雇用契約であるか、役職名が執行役員であるかどうかという形式的な事項ではなく、控訴人における執行役員の職務の実態及び被控訴人の職務の実態を考慮して判断を行うことが相当である。」とした。執行役員以外でも、例えば芸能員について、契約関係が請負や委任であり、

労働者性が認められないとしても、注文者や委任者から契約終了後の競業禁止義務が主張されることはありうる上、当該執行役員や芸能員についても職業選択の自由との調整が問題になる。もちろん、労働関係には使用従属性が認められるため、たとえ、競業禁止義務が任意に設定されたものであるとしても、労働者の職業選択の自由に対する制限は強度であり、その分競業禁止義務の有効性が厳格に判断されうる。しかし、注文者または委任者についても、請負人や受任者に対する関係で優越性が認められうるものであり、労働者との違いは程度問題に過ぎないのである⁵⁾。

ところで、使用者、注文者、委任者（以下「使用者等」という。）が、労働者、請負人、受任者（以下「労働者等」という。）に対し競業禁止義務違反を主張するのは、当該労働者等が競業者に転職する等によって、当該労働者等に係わる企業活動の成果が競業者によって冒用されること（フリーライド）を阻止するためである。このようなフリーライドの阻止は、企業成果独占のインセンティブによって、むしろ競争を促進させ、社会厚生を最大化に資する面がある。他方、このようなフリーライドに当たらない限り、競業者が有用な人材を引き抜くことは、競争促進により社会厚生を最大化させるものとして保護されるべきであり、競業禁止義務がこの妨げとなってはならない。このことからわかるように、退職後の競業禁止義務は、本質的には、知的財産法と同様、個別事業者間の競い合いの規律に係る競争法としての性格を有している。知的財産法の内、特許法等の知的財産権法は、物権的構成によって競争秩序を規律している。これにより権利移転を可能にし、成果に対する投下資本の回収を容易にすることによって成果創出のインセンティブを増大させているのである。このような物権的構成のためには出願、登録制度が必要になる。これに対し、不正競争防止法は、出願や登録に要するコストを嫌いつつも創出される成果もありうる。このような成果の創出に向けたインセンティブを増大させるため行為規制を行っている⁶⁾。競業禁止義務も、これと同様の趣旨による行

為規制である。不正競争防止法は、「営業秘密」の不正利用行為を規制しているが、「営業秘密」に該当しないものでも成果の冒用を阻止すべきものがありうるだけでなく、「営業秘密」についても、その使用等を禁止するだけでは規制の実効性が乏しく、競業行為自体を禁止する実益があることから、退職後の競業避止義務が問題とされるのである⁷⁾。この意味で、競業避止義務は、知的財産法、特に不正競争防止法と共通する性格のものであるといえる。

ただし、競業避止義務においては、不正競争防止法と異なり、労働者等の従属性の程度に応じ、職業選択の自由との調整も必要になる。

したがって、競業避止義務は、個別事業者間の競い合いの規律に係る競争法としての性格を有するものといえるが、労働者の使用従属性に係るものを含め、取引上の優越性からの労働者等の職業選択の自由の保護にも係わる。ただし、競業避止義務が成果の冒用を阻止するためのものであることから、この義務の有効無効の境界場面では、職業選択の自由は、当該成果に係わった労働者等が、これを利用しつつ転職する自由、として問題になる。それゆえ、労働者等を含めた、企業成果の帰属（ないし成果への貢献）と成果に対するインセンティブの醸成に係わる問題として、やはり競争法的性格の問題である。

他方、引き抜き規制については、それが人材調達に係わる個別事業者間の競い合いの規律に係る競争法的性格の問題であることは明らかであるが、事象として労働者等の競業行為と一体的に行われうることから、競業避止義務の問題と関連付けた整合的理解をしておくことが有意義であると考えられる。ただし、引き抜き規制は、労働者等の職業選択の自由と直接衝突する関係にはなく、競業避止義務に比し、競業者の活発な事業活動への配慮がより直接的に問題になる。競業避止義務と引き抜き規制には考慮要素にズレがあり、労働者等の競業行為と引き抜きの適法・違法の評価が一致するというような単純な関係にはならないと考えられる。

3 競業避止義務 - 特約がない場合

退職後の競業避止義務については、これが認められるために就業規則や個別の合意などの特約を要するかが従来から問題にされている。この点、特約不要説⁸⁾もあるが、裁判例のほとんどと通説は、就業規則での定めや個別の合意が必要であるとする。労働者に職業選択の自由が保障されていること、付随義務である競業避止義務は労働契約の終了により消滅するのが原則であることなどが理由とされているが、職業選択の自由との調整は、競業避止義務特約がある場合でも問題になり、労働契約の解釈として、付随義務である競業避止義務が、労働契約終了後も一定期間存続しているとの理解も不可能ではない。しかし、結論的には、多数の裁判例及び通説に従い、退職後の競業避止義務が認められるには、競業避止義務特約があることを要すると考える。競業避止義務特約がある場合でも、使用従属性の下では、労働者による職業選択の自由の放棄は完全にはなされえないが、相当程度の要保護性の低下は認められる。これに対し、特約がない場合は職業選択の自由について何らの処分もないので、企業利益に対し職業選択の自由が原則的に優先する。このため、特約がない限り競業避止義務を認めることはできず、労働契約の解釈としても、契約終了後に競業避止義務が存続していると考えべきではないのである。

もっとも、通説及び裁判例の多数の立場でも、別途不法行為が成立する余地は認められている。その成立が退職後一般的に認められると、競業避止義務を認めるのと大差ないことになってしまうが、不法行為が成立するのは、背信性が強い行為に限られている⁹⁾。特約がなく、労働者による職業選択の自由の何の処分もない以上、原則として不法行為の成立も認めるべきではないが、当該事案における労働者の行為態様の背信性が強い場合には、労働者が企業利益に対し職業選択の自由を主張するのは信義に反するから、例外的に不法行為責任を認める余地があるのである。

4 競業避止義務 - 特約がある場合

(1) 概要

競業避止義務特約がある場合、退職後の競業行為の規律にあたっては、この特約の有効性が問題となる¹⁰⁾。判例上、競業避止義務特約の有効性は、(i) 守るべき企業利益があるかどうか、(i) の点を踏まえつつ、競業避止義務特約の内容が目的に照らして合理的な範囲に止まっているかという観点から、(ii) 従業員の地位、(iii) 地域的な範囲、(iv) 競業避止義務の存続期間や (v) 禁止される競業行為の範囲について必要な制限がかけられているか、(vi) 代償措置が講じられているか、といった要素を総合考慮して判断されているように思われる¹¹⁾。

このような判例の判断枠組みは、個別事業者間でのフリーライド阻止と人材獲得競争、労働者の職業選択の自由との調整を図るものであり、結論的に妥当なものであるが、これらの要素について、それ自体の内容や比重、相互関係を分析することを通じて、「総合考慮」をできるだけ安定化させることが課題となる。

(2) 企業側の守るべき利益

①前記 (i) に要素に係る、競業避止義務特約において保護に値する使用者の正当な利益としては、「顧客確保」¹²⁾と「営業上の秘密保護」があげられるが¹³⁾、問題はその具体的な中身である。

第1に、これらと労働者の足止めによる利益とは区別されなければならない。労働者の退職により企業は不利益を被ることはあるが、期間の定めなく雇用されている労働者は予告期間をおけば適法に退職することができる上（民法627条）、一定期間経過前に退職した場合における、労働者に対する経済的負担の定めは、強制労働禁止（労基法5条）の趣旨に鑑み許されない。使用従属性の下、労働者に過大な不利益を課すものだからである。

それゆえ、労働者の足止めに係る使用者の利益は原則的に保護されておらず、退職後の競業避止義務において、労働者の足止めに係る使用者の利益は「守るべき企業の利益」にはあたらない¹⁴⁾。よって、「顧客確保」や「営業上の秘密保護」は、当該労働者が退職した穴を配転や人員の補充により埋めることができたとしても、同人が競業他社に移転したことによって不利益が生じる、という関係がなければ問題とならない。

第2に、競業避止義務は、個別事業者間の競い合いの規律として、公正な競争秩序を確保する観点から、成果冒用（フリーライド）規制が正当化される限りで認められるものである。それゆえ、「顧客確保」、「営業上の秘密保護」は、競業行為により不公正な成果の冒用が生じる関係がなければ問題にならない。

②以下、上記の考え方により、もう少し具体的に検討する。

ア 事業者Xが、その取り扱う商品役務につき購入傾向がある多数の消費者を顧客としている場合、退職者Yの抜けた穴を埋めることができるとしても、顧客名簿のデータが持ち出され、これがYの転職先である競業者Aの営業に供されれば顧客が奪われうる。よって、Xの顧客名簿につき「営業上の秘密保護」の利益が認められ、これを確保することによって「顧客確保」の利益が保護されて然るべきである。

これに対し、Xが特定の取引先との間で事業者間取引を行っている場合、Yが、Aに転職後、取引先への営業活動を行ったとしても、その取引先情報が、一般的で、Xに特有なものでない限り、成果を冒用する関係はなく「営業上の秘密保護」の利益は認められない¹⁵⁾。Yが、X在職当時、当該取引先との営業上の信頼関係を築き取引関係の形成に貢献をしていたとしても、この営業上の信頼関係は原則としてXと当該取引先との間に形成されるものである以上、Yの転職によってAに移転することはないから、この点でも成果を冒用する関係はなく、Xにおいて「顧客確保」を図るため

に競争避止義務によって営業上の信頼の移転を阻止すべき状況はない。仮に、Yが、転職後営業活動によって取引先を奪ったとすれば、それは転職後の営業活動のたまものであるから、むしろこれを尊重するのが公正な競争秩序に沿うものといえる¹⁶⁾。

これに対し、Yが、X在職当時、当該取引先に足繁く通ったなどの努力により、当該取引先のYへの信頼を介してXがその信頼を勝ち得た場合などには、YのAへの転職と転職後の営業活動によって、この信頼関係はYを介してAへ移転することになることが考えられるが、この信頼はYがXの従業員として獲得したものでありXに帰属すべきものである。よって、この場合には、Xは競争避止義務によって、取引先との信頼関係がAに移転することを阻止することにより「顧客確保」を図る正当な利益を有するといえる¹⁷⁾。

ただし、この場合でも、競争避止義務における「顧客確保」の利益は、Yの転職先により取引先を奪われるおそれ一般とは区別されなければならない。Aが、Xの下でYが醸成した当該取引先との信頼関係を利用することなく、独自の営業活動によって当該取引先を奪うことは是認される。それゆえ、「顧客確保の利益」があるといえるには、Aにおいて、YがXの下で醸成した当該取引先との信頼関係が利用されうる状況があることが必要である。

また、当該取引先からの信頼がYを介したものである以上、Yの退職によってXはYの転職先如何にかかわりなく、当該取引先からの信頼を失うことがありうる。そのため、Xとしては、Yの後任者への引継ぎによって信頼関係を維持する努力をする必要があるが、その甲斐なく信頼を失ったとしても、これはXを足止めできなかったことによる不利益であるから保護されない¹⁸⁾。

このように考えると、競争避止義務における「顧客確保」の利益は、取引先との信頼関係がXに帰属すべき企業成果と評価すべきであるにもかか

ならず、これが、Yの転職によりAに移転しうるものであり、かつYの転職後、転職先Aによりこれが利用されうる関係がある場合に認められるが、Yの退職自体による、当該取引先との間での信頼関係の毀損とは区別されなければならない。この意味で、Xにとって、「顧客確保」の利益は、当該取引先との取引関係をYの転職前と同様に維持できる利益ではなく、Y転職後、Aと同等以上の条件で取引先獲得競争ができる利益に止まる¹⁹⁾。

イ 事業者Xが、特有の技術的ノウハウによって商品を提供している場合、退職者Yが競争の転職先Aにこれを開示すると、XにおいてYが抜けた穴を埋めることができたとしても、取引先を奪われるおそれがある。よって、この場合、この技術的ノウハウにつき「営業上の秘密保護」の利益が認められ、これを確保することによって「顧客の確保」の利益が保護されて然るべきである。

これに対し、当該技術的ノウハウが、たとえ専門性が高いものであったとしても、一般的でありX特有のものとはいえない場合、YがAへの転職後これを用いたとしても成果を冒用する関係はなく、「営業上の秘密保護」の利益は認められない²⁰⁾。

もっとも、一般的とはいえず専門性が高く当該技術的ノウハウの習得が容易ではないため、Xが、コストをかけてYにこれを習得させた場合は、YがAに転職をすることは、Yに当該技術を習得させたXの成果をAが冒用することになる。

しかし、当該技術的ノウハウが一般的なものであるだけでなく、既に、このようなノウハウを有する労働者の引き抜き競争が労働市場において常態化している場合には、逆にXが同様の技術的ノウハウを有するAの退職者を採用することもありうるものであり、XとAとは対等な条件で労働市場において当該技術的ノウハウを有する労働者の獲得競争をしているといえることができる。よって、このような場合、Yの転職のみを捉えれば当該技

術を習得させたXの成果をAが冒用しているが、労働市場における競争状況に鑑みると、不公正な競争がなされているとは言えず、競業避止義務により守られるべき「営業上の秘密保護」の利益とこれを通じた「顧客確保」の利益を認めることはできない。

ただし、この場合でも、当該一般的な技術的ノウハウを習得させる方法についてX特有のノウハウがある場合には、より効率的な習得ノウハウによってYに技術を習得させたXの成果がAに奪われることになり、この成果についてはX・A間において対等な条件で労働市場において獲得競争をする関係にはない。よって、このような成果の冒用を許すことは公正な競争を害するといえるから、競業避止義務により守られるべき「営業上の秘密保護」の利益とこれを通じた「顧客確保」の利益を認めることができる²¹⁾。

(3) 従業員の地位、地域的限定、競業避止義務期間、禁止行為の範囲

前記(ii)ないし(v)の要素である、従業員の地位、地域的限定、競業避止義務期間、禁止行為の範囲については、正当と認められた当該企業側の守られる利益を確保するための必要性と整合性が認められる範囲内において、労働者が被る不利益の程度も考慮しつつ判断されている²²⁾。企業側の守られる利益を確保するための必要性と整合性が認められれば、個別事業者間におけるフリーライド阻止と人材獲得を巡る競い合いの規律の観点からは、退職後の競業避止義務の要件として十分なはずであるが、労働関係における使用従属性の下で、労働者が職業選択の自由の制限を受けることになるから、労働者が被る不利益の程度も考慮する必要があるのである²³⁾。もっとも、企業側の守られる利益を確保するための必要性と整合性は、比較的安定的な判断に馴染むように思われるが、労働者の利益との衡量にあたり、いずれをどの程度重視するかについてはかなり判断に幅があり得る。このため、使用従属性下で労働者が被る不利益に対し十分な配慮

がなされているかを判断するにあたっては、前記 (vi) の判断要素である代償措置を重視することが有用である。

(4) 代償措置

① 一般論

ア 代償措置の意味と他の判断要素との関係

退職後の競業避止義務は、企業成果に対するフリーライド阻止に資する一方、個別事業者間の人材獲得競争及び使用従属性下での職業選択の自由との調整を必要とするが、十分な代償措置が講じられていれば、使用従属性下で労働者が被る不利益は解消されうる。しかし、十分な代償措置によっても、事業者間での人材獲得競争との調整問題が除去・軽減される関係はない。

よって、十分な代償措置が講じられていれば、後は他の判断要素（前記 (i) ないし (v)）をもっぱら個別事業者間における人材獲得競争との調整の観点から吟味すれば足りるという意味で、有効性が緩く認められる傾向があるといってよいが²⁴⁾、このような観点による他の判断要素の吟味さえせずに有効性を認めることはできない（つまり、代償措置は有効性の十分条件足りえない。）²⁵⁾。

他方、競業避止義務によって守られるべき企業の利益が、もっぱら当該事業者が投下したコストによって獲得されたものだと評価でき、転職先に移転する成果に当該労働者の貢献が何ら含まれていないといえる場合には、そもそも当該労働者には保護に値する利益が存在しない。競業避止義務により労働者は職業選択の自由を制限されうる。しかし、競業避止義務は成果の冒用を阻止するためのものであるから、ここで問題とされる職業選択の自由の具体的内容は、当該成果に係わった労働者が、これを利用しつつ転職する自由であるところ、この場合には、労働者のこのような自由の要保護性は認められない。したがって、企業成果に対し労働者の貢献が全く

認められない場合には、当該労働者の被る不利益を補填するための代償措置はおよそ必要がない。この場合には、前記 (i) ないし (v) の判断要素について、もっぱら個別事業者間の人材獲得競争との調整の観点から、吟味する必要があるだけである（つまり、代償措置が常に有効性の必要条件であるというわけではない。）²⁶⁾。

イ 代償措置の十分性判断と不十分な場合の有効性判断への影響

上記のとおり、代償措置は、使用従属性下における労働者の職業選択の自由との調整を図るための要素であるから、その十分性は、競業避止義務により労働者が被る不利益に見合うか否かという観点から吟味されるべきである。そして、ここで労働者が被る不利益の具体的内容は、企業の守られるべき成果に対し当該労働者が貢献したにもかかわらず、これを利用しつつ転職できない不利益であるから、企業の守られるべき成果に対する当該労働者の貢献度を測定することが重要である。もっとも、この測定は通常、困難である。そこで、労働者が退職後いつでも受け取った代償を返還して競業避止義務を免れることができる設計をすることが有用である。このような設計がなされていれば、労働者は任意に競業避止義務を免れることができるので、代償措置自体が不十分であったとしても、それが十分である場合と同様に扱って構わないと思われるからである²⁷⁾。

もっとも、当該代償措置が不十分であり、かつ任意に免れることができない労働者の不利益があるとしても、このことから直ちに競業避止義務特約の有効性が否定されるわけではない。このような労働者の不利益がわずかでもあれば、これがフリーライド阻止に係る企業利益に常に優先するということはできないからである。ただし、労働者が不利益を被っている以上、競業避止義務が有効であるといえるには、フリーライド阻止のためのやむを得ない必要性を要するというべきであり、代償措置以外の、他の判断要素（前記 (i) ないし (v)）についての吟味が、より厳格になされな

ければならない²⁸⁾。

② 代償措置としての退職金

ア 代償措置としての充分性に係わる問題

前記のとおり、代償措置自体が労働者の被る不利益に見合う十分なものとはいえないとしても、労働者が転職に当たり代償を返還して競業禁止義務を免れられるように設計されていれば、労働者の不利益に対して十分な手当てがなされているとあってよい。退職金については、賃金の後払い的性格を有するものが多く、功労報償的性格が認められても、そもそも、それを代償と見うるかが必ずしも明確ではないが、功労報償的部分の支給をもって代償措置とされている場合もある²⁹⁾。しかし、その場合でも、退職金については、当然には、上記設計によって労働者の不利益が解消されているとはいえない。

通常、退職金規定においては賃金の後払い部分と功労報償部分は明確に区別されていない³⁰⁾。このため、労働者は、競業禁止義務を免れるにあたり、過不足が生じるリスクを感じることなく安心して功労報償的部分を返還することができず、代償が、被っている不利益に見合っていないと感じているにもかかわらず、返還を躊躇するということになりかねない。そうすると、退職金の功労報償的部分が代償になっている場合、たとえ労働者がこれを返還して競業禁止義務を免れうる設計になっていたとしても、このような設計によって労働者の不利益が解消されているとはいえない。したがって、この場合は、代償措置とされた退職金の功労報償的部分自体が労働者の被る不利益に見合っているかどうかを重視せざるを得ない。

イ 退職金の減額・没収規定

競業禁止義務違反を理由とする退職金の不支給や減額については、判例上、退職者の「背信性」が要求されているとの整理がなされている³¹⁾。背

信性の内容としては、労働者の加害意思、使用者の当該競業行為に対する予測可能性と発生する損害の有無と程度が判断要素とされている³²⁾。

退職金の功労報償的部分が代償であるとしても、競業避止義務違反を理由とする退職金の不支給・減額がなされると、翻って、代償がないことになり、不支給・減額の根拠となった競業避止義務自体が否定されてしまう³³⁾。つまり、法律要件該当性を否定する法律効果を認めることによる、パラドックスが惹き起こされてしまう。それゆえ、代償は競業避止義務の有効要件を基礎づけるのであって、義務違反の効果として代償のはく奪を定めることは許されない（代償として高給を与えられていれば競業避止義務が有効になるかも知れないが、その違反により既払い給与を返さなければならないことになったりしない）。よって、退職金を代償とする競業避止義務が有効となれば、その違反に対する差止請求や損害賠償請求は可能であるが、退職金の不支給や減額は本来認められない。それにもかかわらず、退職金の不支給・減額をなし得る場合があるとすれば、単に競業避止義務違反があったというのではなく、それが当該労働者の功労を抹消し退職金の不支給・減額を相当とする懲戒事由を構成するような場合であることを要するということになる。このため、判例は、退職金の不支給・減額要件として、「背信性」を要求しているものと考えられる。

(5) 効果論との関係

競業避止義務違反の効果として、（履行請求としての）差止請求と損害賠償請求が問題となり得るが、損害賠償請求が認められる場合に、常に差止請求も認められるかは問題である。差止請求の方がより重い効果だから、過剰規制とならないよう差止請求の許容範囲を限定すべきであるとされるのである³⁴⁾。問題は、差止請求が、どのような意味で効果が重く、要件にどのような違いが生じるのかである。この点についても、人材獲得競争における効率性の確保という観点から検討してみたい。

退職者Y及びその転職先競業者Aが得る利益が事業者Xの失う利益を超過する場合（ケース1）、XのYに対する差止請求が認容されると、社会全体としては、効用が損なわれるようにも思われる。もっとも、この場合でも、X・Y間での「取引費用」（交渉上の摩擦など和解に至るまでの諸々の障害）がかからないことを前提にすると、結局は、Y・AがXに対し、当該競業行為による見込み利益の一部を和解金として支払い、Xが被る不利益を填補することによって、当該競業行為の差止めを免れることになるから、差止請求により社会全体の効用が毀損されることはない。他方、Xが失う利益がY・Aの得る利益を超過する場合（ケース2）に、差止請求が認められない（損害賠償請求のみが認められる）とすると、社会全体の効用が毀損されるように思われる。もっとも、この場合も、「取引費用」がかからないことを前提にすると、YとXの間で、Yが当該競業行為を取りやめる和解が成立するから、差止請求が認められないとしても社会全体の効用が損なわれることはない。そうだとすると、いずれのケースでも、社会全体の効用の増進にとって、損害賠償請求のほかに、差止請求が認められるかどうかはいずれでも構わないということになる。

しかし、いずれのケースとの関係でも、実際には、一般的に、訴訟コスト、見込み利益の判断の困難性その他の事情によりかなりの「取引費用」を要することが少なくない。加えて、後記のとおり³⁵⁾、Yに競業避止義務違反が認められる場合でも、Aの引き抜き行為の違法性は原則的に否定される。このため、ケース1において、差止請求が認められるとすると、Aは上記のような和解を申し入れるかもしれないが、このこととAの人材獲得競争における利益が原則的に保護されることは整合しない。他方、ケース2において、差止請求が認められない状況で、Aが上記のような和解の申し入れをすることは期待し難い。

そうだとすると、やはり、ケース1では、差止請求を否定し、ケース2ではこれを肯定すべきように思われるが、ケース2においても、差止請求

を認めると、Aの人材獲得競争上の利益が原則的に保護されることとの整合が問題になり、人材獲得競争による中長期的な社会厚生が増進が損なわれないようにする必要がある。また、そもそも、いずれのケースに該当するか判然としない場合も少なくないと思われるが、社会厚生が増進は基本的に市場に委ねられているのであるから、このような場合、法規制は謙抑的であるべきである。

したがって、競業避止義務違反に基づく差止請求については、競業行為によって失われるXの利益が、Y及びAが得る利益を上回ることが明らかである場合において、Aによる競業避止義務違反の誘致状況をも考慮することによって判断される必要がある。

(6) 広汎な特約の効力

競業避止義務特約の規制範囲が広汎である場合、労働者に萎縮的效果を与え、使用従属性下における労働者の職業選択の自由に対する過剰な制限となる。したがって、このような場合、当該特約自体が公序良俗に反し無効になると解すべきである。

しかし、その中に実質的に規制されるべき成果冒用行為が含まれている以上、却ってこれが許容されてしまうというのも不当である。そこで、当該事案が不法行為を構成するような背信性が強いものである場合³⁶⁾や不正競争防止法の規制対象となりうる場合³⁷⁾には、その限りで当該競業避止義務特約は有効であるものとして、事業者は当該特約に基づき競業避止を目的とする請求をなしうる³⁸⁾。

(7) 小括

競業避止義務については、使用者のフリーライド阻止の利益が競業者の人材獲得に係る競争上の利益との関係でどこまで保護されるのかという観点のほか、従属的地位にある者の職業選択の自由との調整の観点から、特

約の有無や効果毎に、要件ないしこれを基礎づける要素を分析するとともに、それらの相互関係を明らかにすることができる。このような分析は大掴みな議論かもしれないが、個別事案の事後的な分析や検証が的外れなものにならないようにするとともに、大局的な処理を安定化させるためにも不可欠であるように思われる。もちろん、予測可能性を高めるためには、多数の事案の積み重ねと、これらに対する、より細かい具体的な検討が必要になるが、議論が些末になり過ぎて、却って予測可能性を損なってしまうようでは本末転倒である。したがって、常に大きな枠組み的な議論に立ち返りつつ、細かな問題にアプローチしていく必要があり、そのことは競業避止義務の問題を検討する場合も同様である。

5 引き抜き行為の違法要件

(1) 競業避止義務違反が認められない場合の引き抜き

労働者の引き抜きは、人材獲得競争を促進させる上で、十分に尊重されなければならないから、原則として、法的規制の対象とならない³⁹⁾。

このことは、労働者に競業避止義務違反が認められない場合、適法行為への関与として当然のこのように思える⁴⁰⁾。もっとも、クーリングオフ制度の適用がある消費者取引の事案ではあるが、判例は、クーリングオフ制度による解約が適法だとしても、事業者がこれに便乗して消費者にクーリングオフを積極的に働きかけ自己との取引に誘致するのは違法であるとし、第三者の関与につき債権侵害の場合と同様の基準に依拠して違法性判断を行った⁴¹⁾。クーリングオフ制度は消費者を保護する制度であるから、解約へ関与した第三者の行為は、この制度により適法化されることはなく、違法な債権侵害たりうるのである。そして、競業避止義務が、フリーライド阻止の観点からはこれを認める必要性を否定できないものの、もっぱら労働者の職業選択の自由との調整上無効とされる場合も、職業選択の自由が保護されるのは労働者であるから、競業者の引き抜き行為まで職業選択

の自由によって適法化されることはないともいいうる。しかし、転職に転職先競業者の関与が必要である以上、競業者の引き抜き行為が違法だとすると、労働者の当該競業者への転職に支障が生じることになるので、これを違法視するのは不整合である。したがって、上記クーリングオフ事案の判例の射程は、労働者に競業避止義務違反が認められない場合の競業者の引き抜き行為には及ばず、競業避止義務違反が認められない転職に係る、競業者の引き抜き行為は、適法行為への関与として適法である。

(2) 競業避止義務違反と引き抜き

競業避止義務が有効であれば、この義務違反に関与する競業者の行為は、フリーライド阻止の観点からは規制の必要性がある。このような行為は、客観的には債権侵害であり、債権は物権のような排他性はないが不可侵性がある以上、その侵害は違法となりうる。しかし、企業成果が知的財産権として物権化されている場合と異なり、債権については、その有無と内容が第三者からはわからないため、債権侵害に関与した第三者の過失行為を違法とすることは、第三者に不測の損害を与え、競争を委縮させかねない。債権侵害の認識がある場合でも、当該債務者からの働きかけに応じて取引を行うときは同様である⁴²⁾。それゆえ、債権侵害への関与が違法になるのは、故意をもって積極的な働きかけをした場合に限るといふべきである⁴³⁾。独禁法違反事件ではあるが、東京重機工業事件勧告審決⁴⁴⁾が、競争者と顧客とのミシンの予約販売契約締結後、既に払い込んだ掛け金相当額の値引きを申し入れて、競争者との契約を解消させ自己と契約させる行為について、競争手段の不正さに依拠して、競争者に対する不当な取引妨害にあたるとしたのは、このような考え方に整合するものである。また、いわゆる背信的悪意者論が、対抗要件を具備した第二譲受人が、譲渡人と第一譲受人間の取引につき悪意であったとしても背信性がない限り、物権変動を第一譲受人に対抗できるとするものも同様である⁴⁵⁾。

したがって、引き抜き行為についても、人材獲得競争を委縮させ、労働市場における競争の促進を妨げないよう、当該労働者に競業避止義務違反があったとしても、競業者が故意をもって積極的に誘致したものでない限り、当該競業者の引き抜き行為は違法とはならない。

(3) 一斉引き抜きなど

引き抜かれる労働者が競業避止義務違反になるかどうかはともかく、労働者の引き抜きは原則として適法である。上記のとおり、当該労働者に競業避止義務違反が認められ、競業者が、故意をもってこれを積極的に誘致した場合は例外であるが、以下の場合にも、例外的に、引き抜き行為が違法となりうる。この場合は、競業避止義務違反が認められるか否かは問わない。

ア 結果の重大性

引き抜きが多数の労働者つき一斉になされた場合、引き抜き人数・割合、職務の特殊性⁴⁶⁾や労働市場の流動性⁴⁷⁾の程度に応じ、引き抜き行為は違法となりうる。使用者は、個々の労働者について足止めの利益を有しないとしても、事業活動を支障なく遂行する利益は有する。そして、一斉引き抜きがなされ、多数の退職者の抜けた穴を配転や人員調達によって速やかに埋めることができない場合、個々の労働者の足止めができないことに止まらず、事業活動に重大な支障を来すことになる。したがって、事業者は、このような一斉引き抜きをされないことについて正当な利益を有すると考えられ、このような事態を誘致する行為は事業活動に対する破壊的な性格を持っており違法たりうる⁴⁸⁾。

イ 行為主体の地位、行為態様

(ア) 行為主体の地位

取締役が、在任中から勧誘を行って引き抜きを行った場合、忠実義務違反を構成しうる⁴⁹⁾。従業員についても、使用者の利益を毀損しないようにする付随義務を負っているから、在職中の引き抜き行為は、兼業禁止ないし（在職中の）競業禁止違反と一体的に不公正な態様の行為と評価されうる。

ただし、取締役と従業員とでは、また従業員の内でも幹部従業員とそれ以外では、職務及び義務の内容・程度が異なる。相当強力かつ執拗な働きかけを行った取締役に責任があるのは当然であるが、積極的な役割を演じたり、加担したとまでは言えない取締役も、多数の従業員に対する引き抜きを知り、これに同調していた場合、この計画を阻止し、損害の発生を未然に防止すべき善管注意義務、忠実義務に違反する⁵⁰⁾。従業員については、幹部従業員は、その地位に応じて高度の義務を負わされているが⁵¹⁾、勧誘行為をしていたとしても責任が認められるとは限らない⁵²⁾。単なる一従業員に過ぎない者に至っては、競業会社の設立へ関与したり、同僚に対する働きかけをしても、それだけでは責任は認められない⁵³⁾。

したがって、当該引き抜き行為の違法性については、当該取締役ないし従業員の職務や義務の内容・程度と当該行為の態様を相関的・総合的に評価する必要がある^{54) 55)}。

他方、転職先事業者については、在任・在職中の取締役・従業員の違法な引き抜き行為に関与すれば、同事業者の行為も違法となる⁵⁶⁾。

(イ) 行為態様

先行行為として、当該事業者の継続的事業活動を尊重すべき行動をとったにもかかわらず⁵⁷⁾、あるいは当該事業者の事業を混乱させた上これに乗じて、労働者を引き抜く行為は信義に反する。当該事業者による防御や損害拡大の未然防止の機会を理由なく奪うやり方もアンフェアである⁵⁸⁾。

欺罔⁵⁹⁾や信用毀損的発言⁶⁰⁾、脅迫的言辞や甘言によって労働者を引き抜く行為は、正しい情報の把握を損なったり、理性的な判断力を奪うものであり、自由競争の前提を毀損する不公正なものである⁶¹⁾。

(ウ) 事業者の利益

事業者は、労働者を足止めする利益を有しない。これが当該労働者との関係で保護されないのは当然であるが、労働者の転職に転職先の行為が必要的である以上、転職先の引き抜き行為との関係では保護されるとすると転職に支障をきたすことになり、不整合が生じうる。したがって、事業者は、転職先事業者の引き抜き行為との関係でも、原則として、労働者を足止めする利益を保護されない。フリーライド阻止の必要性はあるが、労働者の職業選択の自由との調整上競業避止義務が否定される場合において、競業者との関係でも、これが保護されないのも同様である⁶²⁾。しかし、不公正な態様による人為的な引き抜き行為は規制されるべきものであるから、このような行為によっては退職されない、またはこのような行為によってはフリーライドされることはないという限りで、事業者は、労働者に退職されない利益や競業避止義務によって保護されない企業成果を正当に享受しうる⁶³⁾。

したがって、上記のような行為態様による引き抜き行為は、事業者の正当な利益を害する違法なものである。

ウ 相関的な総合評価

行為者の地位は様々であり、事業活動に対する支障や行為態様の不公正さにも程度がある。したがって、当該引き抜き行為が、労働者の競業避止義務違反如何にかかわりなく、例外的に不法行為を構成する違法な引き抜きとなるか否かは、行為者の地位に鑑みつつ、事業活動に対する支障と行為態様の不公正さの程度の相関的な総合考慮により判断されるべきである⁶⁴⁾。

(3) 労働者を引き抜かれる事業者に関する事情

① 立証上の意味

当該事業者に大量の退職者が出うる状況がないにもかかわらず、多数の労働者が一斉に退職して特定の競業者に移動した場合には、その競業者ないしその協力者による一斉引き抜き行為があり、しかもその行為態様が不公正であったことが推認されうる⁶⁵⁾。

しかし、逆に言えば、当該事業者に大量の退職者が出うる状況があれば、一斉引き抜きや、単なる勧誘の域を超える行為態様の引き抜き行為があったとの推認は働かない。

② 実体要件上の意味

結果の重大性や行為態様の観点の相関的な総合考慮により不法行為の成立が認められたとしても、当該事業者に元々大量の退職者が出てもおかしくないような状況があれば過失相殺が問題になる。さらに、この状況の影響力がより大きければ、当該引き抜き行為それ自体について、自由競争の前提となる、在職中の注意義務や先行行為に係わる信義、正しい情報把握などとの関係で多少問題があったとしても、競争上不公正な行為とまでは言えないケースが出てくるとされる⁶⁶⁾。また、一斉引き抜きが成功するような場合には、元々当該事業者の事業状況が芳しくないケースも多いと思われるので、一斉引き抜きがあろうがなかろうが売り上げにほとんど影響がなく、損害を認めがたい、または認められても僅かなことも多いのではないかと思われる⁶⁷⁾。

(4) 責任主体

① 競業避止義務違反が成立する場合

競業避止義務特約の当事者は退職者であり、競業避止義務違反が成立する場合、転職先事業者に対するフリーライド規制の必要があるが、前記の

とおり、人材獲得競争への萎縮的効果の回避と競争促進の観点から、原則として、退職者のみが責任主体となり、転職先事業者には債権侵害の不法行為の成否が問題となるに止まる⁶⁸⁾。

② 一斉引き抜きなどの場合

行為態様と結果の重大性との相関的な総合考慮によって、引き抜き行為が違法とされる場合、当該行為者である、取締役や（幹部）従業員及び転職先事業者は（共同）不法行為の責任主体となりうる。この場合、引き抜きの対象となったに過ぎない労働者自身は、競業避止義務違反とならない限り、原則として責任は生じない。引き抜きには、引き抜かれる労働者の行為が必要的ではあるが、引き抜き行為の違法性にかかわらず、労働者には転職の自由が保障されていると考えられるからである。

労働者が他の労働者の引き抜きに係わるということもあり得るが、在職中にその地位に応じて課せられた高度の注意義務に違反するものでなければ、他の労働者の引き抜きに対し相当の因果的影響力のある行為を行っていない限り、違法要素への有意な関わりがなく責任は負わないというべきである。例えば、取締役が、転職先の関与の下、転職先のために在職中に一斉大量引き抜きを行った場合、たとえ労働者がこのことを知っていたとしても、当該労働者自身には、忠実義務違反がない上、転職先事業者のような結果に対する影響力もないから、取締役の忠実義務違反に係る違法性は及ばないのである⁶⁹⁾。

(5) 小括

競業避止義務においては、事業者の義務設定等の行為について、事業者の企業利益が、競業者の人材獲得に係る競争上の利益との関係でどこまで保護されるのかが問題になったのに対し、引き抜きにおいては、競業者などの行為について、これが問題にされている。問題になっている対象行為

の違いから、異なった内容の議論が展開されることになるが、問題の本質は競業避止義務の場合と変わらない。そして、ここでも、大掴みの議論が、要件論や事案分析との関係で重要であり、予測可能性を確保していくためには、このような議論に立ち返りつつ、細かな問題について精度の高い議論をする必要があることを指摘しておきたい。

6 おわりに

退職後の競業避止義務の有効性と引き拔きの規制範囲は、いずれも、必ずしも明確なものではない。本稿の狙いは、退職後の競業避止義務違反と引き拔き規制の法的性格を明らかにした上で、それぞれの有効性と規制範囲を、整合的に関連付けながら理解することで、可能な限り、これを明確にするための考え方の整理を行うことにあった。

ところで、本稿の冒頭で述べたように、このような競業避止義務と引き拔きの問題は、労働関係に特有なものではない。したがって、このような考え方の整理は、労働関係以外の役務提供関係においても、取引上の従属状況に応じて妥当するものと思われる。また、政府の働き方改革実行計画は、少子高齢化社会における、生産性の向上、ワークライフバランスの確保、そして経済成長の実現を図ろうとするものであり、労働契約によらない働き方も射程に含まれている。この点、最近、公正取引委員会は、長期雇用システムが崩れつつあるとともに、インターネット上での企業と人材のマッチングが容易になったことを背景としつつ、フリーランスや副業など就労形態が多様化し、雇用契約以外の契約形態が増加していることを踏まえ、国民が自由に就労し働きがいを得るとともに正当な報酬を受け、他方で、使用者が有為な人材を適切に獲得するためには、使用者による人材獲得競争が適切に行われることが重要になりうるとして、有識者による「人材と競争政策に関する検討会」を設置した⁷⁰⁾。そして、ここでは、純然たる労働関係への独禁法の適用の可否、引き拔き規制における反競争効

果の要否、民事規制との整合性や役割分担も問題にされうるように思われる⁷¹⁾。したがって、今後は、労働関係以外の役務提供関係にも射程を広げた検討をしつつ、独禁法との関係も含めて整合的理解をしていく必要がある。この点については別の機会に検討したい。

注

- 1) 在職中も競業禁止義務は問題になり、これが労働契約の付随義務として認められることに争いはないが、實際上問題になるのは退職後の競業禁止義務である（菅野和夫『労働法』153頁〔弘文堂、第11版補正版、2017〕参照）。本稿でも、特に断らない限り、退職後の競業禁止義務のみを問題にする。ただし、働き方改革実行計画においては、副業・兼業の推進の方向性が打ち出されており、今後は在職中の競業禁止義務についても議論を深めていく必要がある。
- 2) 川田琢之「競業禁止義務」野田進ほか編『講座21世紀の労働法第4巻労働契約』133-134頁。もっとも、以下、本稿では、「競業行為」の語を本来的な競業行為を指すものとして用いる。
- 3) 東京地判2012年（平成24）年1月13日労経速2136号3頁。
- 4) 東京高判2012年（平成24）年6月13日裁判所ウェブサイト。
- 5) 判例や学説による具体的な判断や議論の積み重ねは、労働者に関してなされてきた。したがって、競業禁止義務や引き抜き規制に関する要件や効果を検討するにあたり、本稿でも、主として労働者を念頭におく。ただし、ここでの検討内容は、請負人や受任者との関係でも、その従属性の程度に応じて妥当する。前掲アメリカン・ライフ・インシュアランス・カンパニー事件東京高判も、当該執行役員の労働者性自体は重要ではないとして職務実態を検討した上で、原審の判断枠組みに沿いつつ、結論を維持している。
- 6) 田村善之「機能的知的財産法の理念」『機能的知的財産法の理論』4-7頁（信山社、1996）、田村善之『不正競争防止法概説』29-34頁（有斐閣、第2版、2003）。
- 7) 経済産業省経済産業政策局知的財産政策室編『営業秘密保護のための競業禁止義務の締結の方法』4頁（経済産業調査会、2013）。
- 8) 東京地決1995年（平成7年）10月6日判時1556号83頁（東京リーガルマインド事件）。学説として、森岡一夫「ノウ・ハウの防衛」日本工業所有権法学会年報5号36頁（1982）、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編『知的財産の法的保護』206-

207頁（関西大学法学研究所、1997）。もっとも、特約不要説でも、退職後の競争行為が違反とされるのは、不法行為や不正競争防止法違反が成立するような場合に限定されている。他方、必要説も後記のとおり、別途不法行為が成立する余地があり、不正競争防止法違反も問題になる。したがって、両見解の実際の差異は、法的構成と責任範囲の若干の広狭、差止請求の余地の有無といったところである。

- 9) 正当な競争の範囲を逸脱する行為として、大量一斉引き抜き事案に関する裁判例（大阪地判1989年（平成元年）12月5日判時1363号104頁〔港ゼミナール事件〕、東京地裁1994年（平成6年）11月25日判時1524号62頁〔フリーラン事件・第一審〕）が不法行為の成立が認められる例として挙げられることがあるが（川田前掲注2・150頁）、本来の意味での競争行為に関する例ではない。
- 10) この問題は、厳密には、特約自体が有効かどうか（公序良俗違反かどうか）という問題と、当該競争行為が特約違反に該当するかどうかという問題に区別される。

この関係で、労働者の職業選択の自由と使用者の利益との調整をいずれの段階で行うべきか、ということが問題にされ、憲法が職業選択の自由を保障している趣旨に鑑み、前者の段階で行うべきだとの見解がある（小畑史子「退職した労働者の競争規制」ジュリ1066号120頁）。しかし、当該競争行為の特約違反該当性も、事案に応じて、労働者の職業選択の自由と使用者の利益の調整という観点から判断せざるを得ず、さもないと、却って労働者の職業選択の自由が不当に制限されることになりかねないのではないだろうか。とはいえ、前者の段階で処理すべき場合があることを否定するものではない（後記4（6））。二者択一の問題ではなく、各段階で相応しい節がけがなされるべきなのである。
- 11) 経産省編前掲注7・13頁、小西康之「判批」菅野和夫ほか編『労働判例百選（第7版）』185頁（2002）、石井信平「判批」村中孝史ほか編『労働判例百選（第8版）』171頁（2009）、川田琢之「判批」村中孝史ほか編『労働判例百選（第9版）』55頁（2016）。学説上は、これらは単なる有効性の判断要素ではなく、有効要件であるとの議論がある。(i) ないし (vi) は、すべて検討されなければならないが、(i) の存在は不可欠であるが、その内容は多様であり、(ii) ないし (v) の制限の要否と程度が、(i) に係る使用者の利益との相関関係において、労働者の不利益との調整を図り、(vi) についても、後記のとおり、労働者の不利益との調整要素とみるべきであるから、有効要件ではなく有効性の判断要素と考えるべきであるように思われる。
- 12) 「顧客確保」は、当該顧客との取引が完全になくなる場合でなくても、部分的に奪われる場合、さらには新規顧客との取引機会を奪われる場合にも問題になる。

- 13) 小西前掲注11・185頁、田村善之「労働者の転職・引き抜きと企業の利益」前掲『競争法の思考形式』75頁、76頁。ただし、「顧客確保」と「営業上の秘密保護」は並列的に議論されているように見えるが、正確には、別々に観念できるものの並列しうる利益ではない。「営業上の秘密保護」が侵されることによって「顧客確保」が損なわれるのであり、手段的利益と結果的利益の関係にあり、結局において問題なのは「顧客確保」である。もっとも、「顧客確保」の手段的利益が常に「営業上の秘密保護」であるわけではなく、「営業上の秘密保護」とは言えない営業上の信頼が奪われることによって「顧客確保」は損なわれうる。
- 14) 田村前掲注13・56頁。
- 15) 福岡地小倉支判1994年（平成6年）4月19日労旬1360号48頁（西部商事事件）。
- 16) 田村前掲注13・76頁。
- 17) 東京高判2000年（平成12年）7月12日D1-Law.com、東京地判1999年（平成11年）10月29日裁判所ウェブサイト。前掲西部商事事件福岡地小倉支判傍論。なお、当該取引先との関係が当該退職者に元々由来していた場合につき、東京地判2012年（平成24）年1月23日ウエストロー・ジャパン。
- 18) したがって、この場合、競業禁止義務特約が有効であるとしても、当該取引先を失ったことによる損害額の賠償は認められないというべきである。
- 19) 川田前掲注2・145頁は、顧客の確保に関して保護に値する使用者の利益は「退職労働者との間で公正な競争を行う機会」であり、使用者が他の労働者を後任に充てるなどして顧客吸引力を回復し、退職労働者との間で公正な競争を行う条件を整えるために必要と認められる合理的期間内において、労働者にかつての職務範囲内の顧客獲得活動を制限することが認められるとする。
- 20) 東京地判2005年（平成17年）2月23日労判902号106頁（アートネイチャー事件）。
- 21) 福岡地判2007年（平成19年）10月5日判タ1269号197頁（アサヒブリテック事件）。なお、当該技術的ノウハウがX特有のものであれ、一般的なものでもあれ、専門性が高いためにYの抜けた穴を配転や労働市場からの人員調達によってカバーしえない事態があり得るが、Yが有効な競業禁止義務特約に違反したといえる場合であっても、Yが欠けたことによりXが被った損害額の賠償は認められない。
- 22) 経産省編前掲注7・21-28頁参照。なお、競業禁止義務期間について、従来は2年でも有効とするものが多かったが、最近では、1年以内であれば有効とされているが、2年とするものについて効力を否定している例があるといわれる。
- 23) 従業員の地位、地域的限定、競業禁止義務期間、禁止行為の範囲の要素の

吟味が、労働者の被る不利益との関係で厳格化する場面があるということは、代償措置が不十分でも競業避止義務特約の有効性が認められる余地があることを前提にしている（4（4）①イ）。

- 24) 石井前掲注11・171頁。
- 25) 田村前掲注13・85-86頁。
- 26) 田村前掲注13・76-77、85-86頁、石井前掲注11・171頁。これに対し、代償措置を不可欠の要件とするものとして、山口俊夫「労働者の競業避止義務」東京大学労働法研究会編『労働法の諸問題』417、428頁（勁草書房、1974）、土田道夫「労働市場の流動化をめぐる法律問題（上）」ジュリ1040号57頁（1994）、小畑前掲注10・121頁。
- 27) 田村前掲注13・76、84頁。
- 28) 代償措置を不十分としつつ有効性を認めたものとして、東京地判2008年（平成20年）11月18日労判980号56頁（トータルサービス事件）、東京地判2007年（平成19年）4月24日労判942号39頁（ヤマダ電機事件）、東京高判2003年（平成15年）12月25日裁判所ウェブサイト、東京地判2002年（平成14年）8月30日労判838号32頁（ダイオーズサービスズ事件）。不十分であるとして有効性を否定したものとして、東京地判2012年（平成24年）1月13日労判1041号82頁、東京高判2012年（平成24年）6月13日ウエストロー・ジャパン。なお、代償措置がないとして有効性を否定したものとして、東京地判2012年（平成24年）3月13日労経速2144号23頁、東京地判2012年（平成24年）1月23日ウエストロー・ジャパン、大阪地判2011年（平成23年）3月4日労判1030号46頁（モリクロ事件）、大阪地決2009年（平成21年）10月23日労判1000号50頁、東京地判2009年（平成21年）11月9日労判1005号25頁（三田エンジニアリング事件・第一審）、東京高判2010年（平成22年）4月27日労判1005号21頁（三田エンジニアリング事件・控訴審）、大阪地判1996年（平成8年）12月25日労判711号30頁（日本コンベンションサービス事件）。
- 29) 反対、岩村正彦「競業避止義務」角田邦重ほか編『労働法の争点（第3版）』148頁（有斐閣、2004）。功労報償的部分があるか否かの判断につき、経産省編前掲注7・37頁。当該退職金の功労報償的性格が否定されたものとして、名古屋地判1994年（平成6年）6月3日判タ879号198頁。
- 30) 筆者の実務経験の中では、これが区別された規定を見たことがない。
- 31) 経産省編前掲注7・41-47頁。反対、小畑前掲注10・120頁（不支給・減額規定自体の合理性がないにもかかわらず無効とせず、適用段階で背信性を考慮するのは、労働者の正当な競業を委縮させ憲法の趣旨に反する、逆に、当該規定が審査の結果有効とされたならば、労働者は背信性の有無にかかわらず不支給・減額を甘受しなければならないとする。）。
- 32) 前掲アメリカン・ライフ・インシュアランス・カンパニー事件東京地判。
- 33) この結果、労働者が自由に競業できる状態になると考えるのであれば、背

信性は不要だということになる（山口浩一郎「判批」ジュリ991号137頁）。

- 34) 川田前掲注2・148頁。
- 35) 5(2)。
- 36) 前掲西部商事事件福岡地小倉支判、大阪地判1991年（平成3年）10月15日労判596号21頁（新大阪貿易事件）。
- 37) 前掲東京リーガルマインド事件東京地決参照。
- 38) このように解することには、不正競争防止法が本来的な意味での競争行為の不作为義務までは認めておらず、不法行為法も差止請求を認めていないので、これらの義務や効果が得られるというメリットがある。しかし、無効とすることによって明確な規定を定めるべき使用者のインセンティブを高めた方がよいとの指摘もある（田村前掲注13・75、82-83頁）。さらに、そもそも、不正競争防止法違反や不法行為の成立が認められても、これらの義務や効果が認められないのであれば、逆に、これだけの理由では、限定的とはいえ競争禁止義務特約の有効性を認めることはできないのではないかと考える（川田前掲注2・142頁参照）。
- 39) 東京地判2003年（平成15年）10月28日労経速1856号19頁（ジャパンフィルムセンター・ウィズワークス事件）。
- 40) 吉田克己「競争秩序と民法」厚谷襄児先生古稀記念論集『競争法の現代的諸相（上）』34頁（信山社、2005）。
- 41) 名古屋地判昭和55年11月22日判時1014号92頁。反対、吉田克己（編）『競争秩序と公私協働』37-39頁〔田村善之コメント〕〔北海道大学出版会、2011〕、田村善之「競争法における民事規制と行政規制」『競争法の思考形式』19頁（有斐閣、1999）（クーリングオフを働きかけた行為も、原則として適法であるとする。）。
- 42) 詳しくは、田村前掲注41「競争法における民事規制と行政規制」・17頁、吉田前掲注40・33-36頁、吉田克己「競争秩序と民法」『競争秩序と公私協働』51-53頁（北海道大学出版会、2011）参照。
- 43) これに対し、吉田克己は、契約により先行者が確立した法律上の地位が取得している場合には、後行者が故意に債権侵害をすれば違法であり、積極的誘致まで必要ではないとする（吉田前掲注40・34頁）。
- 44) 公取委勧告審決昭和38年1月9日審決集11巻41頁。
- 45) 吉田前掲注40・35頁（第一譲受人が対抗要件を具備していない場合は、後行者に競争の余地が残されており、確立した法律上の地位を取得している場合に比し、先行者の要保護性は小さい、とする。）。
- 46) 育成の容易性を、責任を否定する方向で考慮したものとして、前掲フリーラン事件東京地判。
- 47) 当該職種の一つの職場への定着率が低いことを、責任を否定する方向で考慮したものとして、前掲港ゼミナール事件大阪地判、前掲フリーラン事件東

- 京地判。
- 48) 田村前掲注12・94頁。ほぼすべての従業員を対象とし、大量ないしほとんどの従業員を退職させた事案として、前橋地判1995年（平成7年）3月14日判時1532号135頁（宮子清掃警備緑化工業事件）、東京高判2004年（平成16年）6月24日判時1875号139頁（積水樹脂キャップアイシステム事件）東京地判平成18年12月12日判時1981号53頁（埼玉マルキガス事件）。
 - 49) 前掲宮子清掃警備緑化工業事件前橋地判。
 - 50) 前掲積水樹脂キャップアイシステム事件東京高判。
 - 51) 東京地判1991年（平成3年）2月25日労判588号74頁（ラクソン事件）、前掲宮子清掃警備緑化工業事件前橋地判、東京地判1996年（平成8年）12月27日判時1619号85頁（東京コンピュータサービス事件）。
 - 52) 単なる勧誘がなされたに過ぎなければ責任は否定される（東京地判1995年（平成7年）11月21日労判687号36頁〔東京コンピュータサービス事件〕、大阪地判1996年（平成8年）2月26日労判699号84頁〔池本自動車商会事件〕、東京地判2014年（平成26年）3月5日労経速2212号3頁）。
 - 53) 前掲ジャパンフィルムセンター・ウィズワークス事件東京地判。
 - 54) 前掲ジャパンフィルムセンター・ウィズワークス事件東京地判。
 - 55) なお、引き抜きによる従業員の退職が当該取締役の退任後であっても、勧誘行為の主要な部分が在任中になされている限り、引き抜きによる退職との相当因果関係がある（前掲積水樹脂キャップアイシステム事件東京高判）。
 - 56) 前掲埼玉マルキガス事件東京地判。
 - 57) 大阪地判昭和63年9月9日判時1314号103頁（芦屋予備校事件）。
 - 58) 予告の有無、秘密性、計画性等が考慮される（前掲ラクソン事件東京地判、前掲宮子清掃警備緑化工業事件前橋地判、前掲埼玉マルキガス事件東京地判）。
 - 59) しかし、違法性を根拠づけるのに十分な事実主張がなければ、もちろん主張自体失当である（前掲ジャパンフィルムセンター・ウィズワークス事件東京地判）。
 - 60) 前掲東京コンピュータサービス事件東京地判1996年（平成8年）12月27日。
 - 61) 田村前掲注12・97頁。
 - 62) 前記5（1）。
 - 63) 田村前掲注12・93頁。
 - 64) 前掲宮子清掃警備緑化工業事件前橋地判でも、両方の事情が相関的に認定、評価されている。
 - 65) 前掲積水樹脂キャップアイシステム事件東京高判。
 - 66) 前掲フリーラン事件東京地判、東京高判1995年（平成7年）12月6日D1-Law.com（フリーラン事件・控訴審）、東京地判1993年（平成5年）8月25日判時1497号86頁（TAP事件）、前掲港ゼミナール事件大阪地判、前掲池本自

動車商会事件大阪地判、前掲東京地判2014年（平成26年）3月5日労経速2212号3頁。

これに対し、当該事業者には元からこのような状況があっても、在職中、自ら当該事業者の事業を混乱させて大量の退職者が出てもおかしくない状況を作り出した場合や欺罔や脅迫的言辞を用いた場合はさすがに公正な競争秩序を害していないとは言えない。

- 67) 田村前掲注12・100頁。
- 68) 田村前掲注12・90-91頁。
- 69) 田村前掲注12・98頁。
- 70) 公取委事務総局、競争政策研究センター「『人材と競争政策に関する検討会』の開催について」（平成29年7月12日付）。いわゆる芸能界やプロスポーツ界の規制も念頭に置かれており、世間の耳目を集めたところであるが、個別の業界の摘発を想定したものとはされていない。
- 71) 田村善之は、例えば、成果冒用行為の規制について、もっぱら民事規制に馴染むとする（田村前掲注41・1-15頁。しかし、反競争効果が生じている場合には、行政的規制の必要が生じるように思われる。もっとも、労働者等には代替性が認められることが少なくないだけでなく、代替性が乏しいとしても、反競争効果が発生するとは限らない（この点は、競業避止義務の設定行為に対する規制との関係でも同様である）。