

Title	アメリカ雇用契約における労働者の競業避止義務と約因法理
Sub Title	A consideration of post-employment non-competition covenants in contracts of employment in the U.S.A.
Author	内藤, 恵(Naito, Megumi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1992
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.65, No.12 (1992. 12) ,p.111- 151
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	川口實教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19921228-0111">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19921228-0111</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# アメリカ雇用契約における労働者の 競業禁止義務と約因法理

内藤 恵

- 一、序 論
- 二、交換的取引理論 (Bargain Principle)
  - (一) 交換的取引理論の形成と根拠
  - (二) 交換的取引理論への批判
- 三、使用者のなす at-will 下の雇用継続の約束
  - (一) 相互性 (mutuality)
  - (二) 雇用継続の約束の実効性
- 四、使用者のなす解雇権不行使の約束
  - (一) 交換の要請
  - (二) Employment at-will ルールの崩壊と解雇権不行使
- 五、判例にみる「過去の約因」論の克服
- 六、結 語

一、序 論

アメリカの契約法理論においては、一九世紀に確立したとされる古典的契約法理が今日では大幅に修補され、様々な形で社会化がなされてきている。<sup>(2)</sup> この古典的契約法理の中核をなした約因（consideration）法理は、ギルモア教授によれば、一方では準契約（quasi-contract）と不当利得（unjust enrichment）の觀念の發達により破綻をきたし、他方では、約束的禁反言（promissory estoppel）の觀念の創設により、変容を余儀なくされたとされる。<sup>(4)</sup> しかし、約因を基礎とする交換的取引（bargain）の概念は、長期にわたり英米法のコントラクト体系の中で契約上の責任の枠を定める手段として用いられた。<sup>(5)</sup> 本来約因とは、コモン・ローにおいて、約束の法的拘束力を認め得る範圍の確定に際して、その判断基準として用いられる法理であった。<sup>(6)</sup> つまり、約束者と被約束者との間に何等かの交換的取引があったか否かが重視されたことにより、生み出された理論であるという。<sup>(7)</sup> たとえば、捺印証書（deed）等によらない、通常の單純契約（simple contract）<sup>(9)</sup> に法的拘束力を認めるためには、その契約当事者間に、約束に対する約因が存すること、すなわち被約束者が約束に対する誘因として約束者に対して利益を供与するか、あるいは自ら不利益を受けるかのどちらかが存することが、必要とされたのである。<sup>(10)</sup> この約因法理は、その成立時にあつては、契約の法的拘束力を厳格な要式から導く従来の仕方に対して、その要式性を緩和し約束の持つ法的拘束力を拡大するための柔軟な理論であつた。<sup>(11)</sup> しかしそれにもかかわらず、約因法理は一旦確立すると次第にそれ自身が形式的厳格さを有するようになり、結果としては一九世紀後半より、經濟的拡大と社会構造の変化に対応しきれなくなり、かえって障害となる場面が出現した。<sup>(14)</sup> これを是正するために、アメリカにおける契約法は約束的禁反言・準契約<sup>(15)</sup>・不当利得といった新しい修正法理を創出し、その結果現在では、約因に代表される従来の契約法理とは異なるアプローチが容認されてきているのである。<sup>(16)</sup> さて、これらの契約法理の現代の変容は、雇用契約の領域においても顯著である。現在のアメリカ雇用契約にお

る労働者の義務の一つとして、雇用契約終了後に労働者が負う競業禁止義務の問題がクローズ・アップされてきていることは、すでに論じた<sup>(17)</sup>。しかしながら、この労使間の競業禁止契約の締結に当たっては、アメリカ雇用契約の重要な要素である *Employment at-will* の法理<sup>(18)</sup>との関係で、多くの議論が為されている。*Employment at-will* の下で使用者は、本来的には、何等の解雇事由が無かるうとも、あるいは不当な解雇事由によってさえも労働者を解雇することができるとされていた。契約を双務的に解する伝統的法理の下、労働者に雇用関係からの離脱の自由を認める限りは、使用者に解雇の自由を認めざるを得なかったのである<sup>(19)</sup>。その結果、労働者は不安定な雇用関係の下に置かれることとなる。例えば、既にこのような雇用関係に入っている労働者に対して、使用者が雇用契約終了後の競業禁止契約の締結を求めた場合、当該労働者がこの義務を自ら設定する約束の見返りとなる、使用者の作為あるいは不作為は何であろうか。多くの場合、使用者は、当人が持つ強大な解雇権に自己規制をかけること、すなわち一定期間の雇用継続を約して、労働者の競業禁止義務を取り付けようとする。しかし、既に雇用関係にある労働者の側から見ると、この競業禁止契約の設定を拒絶した場合には、当該使用者によって解雇される恐怖にさらされることとなり、両当事者間の対等な契約締結には程遠い。しかも、場合によっては、使用者の為す雇用継続の期間に定めがないとすれば、その結果としての労働者の雇用契約終了後の競業禁止契約は、大いに相当性を欠く危険が生ずるのである<sup>(20)</sup>。

このように、使用者の提供する雇用継続の約束が、*Employment at-will* の法理の下では幻影に過ぎないとすれば、これに対する労働者の競業禁止義務は、何をその成立に係る約因とするのであろうか。伝統的な契約観の下では、労働者は競業禁止義務を負うと解するのが妥当であったとしても、そこに社会的妥当性が存すると解し得るのであろうか。ところで、現代の判例法のなかでは、この労働者の競業禁止義務には様々な合理性の基準が設けられ、社会的な視点から、労働者の保護が図られている。この判例法上容認される労働者の競業禁止義務の法理論的根拠は、何であると考えらるべきであろうか。これらを考え合わせ、雇用契約終了後の労働者の競業禁止義務における約因の問題を研

究することは、まさに雇用契約における約因法理の変容の軌跡を論ずることに他ならない。本稿は、労働者の負う雇用契約終了後の競争避止義務の法的構造とその理論的背景を考究することを通じて、アメリカ雇用契約の現代的修正の側面について考察するものである。

(1) P. S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 764-79 (1979). Fuller & Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages: 1 & 2*, 46 *Yale L. J.* 52 & 375 (1936).

(2) 今日の英米契約法理にならうて、強調される概念の一つである「誠意及び公正取扱」(good faith and fair dealing)に關して、筆者は「雇用契約関係における労使双方の誠意義務を手がかりとして、すでに論じた。拙稿「アメリカ雇用契約における労働者の誠意義務」法研六三巻一二号(平二)を参照されたい。その他、契約の自由とその修正原理としての誠意に關して論じたものとして、Kessler & Fine, *Coopa in Contractendo. Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*, 77 *HARV. L. REV.* 401 (1964).

(3) 法は、すべての約束に対して法的拘束力を認めるわけではないことは当然である。基本的には、約束者が社会的に有用と思われる約束をなした場合を除いて、国家の強制力をもって、その約束の不履行に対して制裁を加えることはできない。約因とは、当事者双方を契約に縛り付ける膠のようなものであると説明される。See, Cohen, *The Basis of Contract*, 46 *HARV. L. REV.* 553, 571-74 (1933).

(4) G. GILMORE, *The Death of Contract* 87-88 (1974).

(5) *Id.* at 47-48, 50-51. J. のキルヒン教授の著作に關するワキ・キレン教授の書評を参照。von Mehren, *Book Review: The Death of Contract by Grant Gilmore*, 75 *COLUM. L. REV.* 1404, 1408-09 (1975).

(6) 判例上、約因に關して約束が支持される前提として、以下の三つの条件が満たされていることが必要である。①被約束者が、彼が法的には成すべき義務を負っていないことを為したかあるいは為す約束をしたため、または、彼が為すべき特権を持っていることを我慢したかあるいは我慢することを約束したために、そのために法的な損害を被らなければならない場合。②損害が約束を誘発する場合。言い換えれば、約束者が被約束者が被る損害の少なくとも一部を交換したいと望む故に、約束をすべきであった場合。③約束が損害を誘発する場合。いうまでもなく、被約束者は申込を知らなければならず、その受諾を意図しなければならず。J. D. CALAMARI & J. M. PERILLO, *The Law of Contracts* 187-88 (3rd ed. 1987).

ファンズワース教授によれば、約因とは約束者の責任の根拠となるものであり、被約束者が契約違反に際して訴訟上の救済を求める手段として論じられるものである。一般的には、その賠償の裁定額は、約束者の期待利益あるいは「交換された利益 (the benefit of the bargain)」に相当する。See, E. A. FARNSWORTH, *CONTRACTS* § 2.1 (2nd ed. 1990).

(7) C. FIREOFT, *HISTORY AND SOURCES OF THE COMMON LAW: TORT AND CONTRACT* 395-406 (1949). 歴史的には、認められる形式に従って成されるには「つまり方式契約 (formal contract) でなければならず、無報酬の約束は強制力を持たない」となっていた。See, Hazeltine, *The Formal Contract of Early English Law*, 10 *COLUM. L. REV.* 608 (1910).

(8) 捺印証書は、本来は紙または羊皮紙の上に捺印し作成者が相手方に交付するものとなれ、当事者の意思を立証するものとなれた。

(9) 本来的なロモン・ローにおいては、「印章による約束 (a promise under seal)」が法的拘束力を有するとなれた。つまり、当初拘束力を有する契約とは、捺印契約 (contract under seal) を意味し、逆に捺印証書に記載されている約束は、よしんば約因が存在しない場合であっても、法的拘束力を有した。See, von Mehren, *Civil Law Analogues to Consideration: An Exercise in Comparative Analysis*, 72 *HARV. L. REV.* 1009, 1011-12 (1959).

単純契約とは、「この捺印契約」あるいは裁判所の記録に記入するところによって効力を有する契約である記録契約 (contract of record) 「これは本来的な契約ではなく、例えば判決 (judgment) による給付義務をいう」以外の、単なる口頭または捺印証書ではない書面で作成した契約をいう。

(10) O. W. HOLMES, *THE COMMON LAW* 199-200 ([1881] *Howes* ed. 1967). を参照。この点につき、第二次契約法リステイメント第七九条は、「約因の要件が充足されるならば、それ以外の (a) 約束者に対する利益もしくは被約束者に対する損失、または (b) 交換される価値の等価値性という要件は必要としない。」としている。つまり、一般的原则としては、相対する約因は、等価的価値を持つてゐる必要はなからなければならない。但し、同条コメント e はこの点、約因の極端な不相当性は、他の準則の適用との間で関連性を有するとしている。

RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACT § 79, comment e (1981).

(11) 木下毅『英米契約法の理論』(第二版、昭六〇) 八二〇頁。その他約因の歴史的発展に関しては以下の文献を参照。  
 Holdsworth, *Debt, Assumpsit and Consideration*, 11 *MICH. L. REV.* 347 (1913). Farnsworth, *The Past of Promise: An Historical Introduction to Contract*, 69 *COLUM. L. REV.* 576 (1969). A. W. B. SIMPSON, *A HISTORY OF THE COMMON LAW OF CONTRACT* (1975).

- (12) 契約法における二〇世紀初頭の裁判所の対応の変化は、概して、一九世紀に見受けられた厳格な形式主義に対する反動であらう。See, M. WHITE, *SOCIAL THOUGHT IN AMERICA: THE REVOLT AGAINST FORMALISM* (1949), M. HORWITZ, *THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW, 1780-1860* (1977).
- (13) この形式主義 (formalism) に関する通説的見解に対しては、むしろ、その経済構造の変化が先行したことを重視する立場も有力である。ギルモア教授は、厳格な形式での約因論の修正・緩和は、一九世紀的な自由放任型の経済構造の崩壊と平行して進んだことを、指摘する。契約の成立を客観的な形式に俾らしめる傾向の強い英米契約法理は、国家が私人間の約束に立ち入らないことを前提とする。一九世紀的社会思潮とマッチした。しかし今世紀に入り、経済社会がより複雑化し、国家の果たす役割が拡大すると共に、契約法理においても、当事者間の自由意思のみならず社会的要請が私人間にも影響を与えるようになる。G. GILMORE, *supra* note 4, at 94-5. Gilmore, *Formalism and the Law of Negotiable Instruments*, 13 *CHEIGHTON L. REV.* 441 (1979). Comment, *Instrumentalism v. Formalism: Dissolving the Dichotomy*, 1978 *WIS. L. REV.* 997 (1978).
- (14) 英米契約法理は、各時代により変化しながらも、その特色として客観主義に立脚してゐるとされる。そのため、契約に關しても両当事者の意思よりも、むしろ客観的に当事者間に形式的な相互誘因の關係が存するかどうか、重視された。この法理は、方式を具備しないかぎり契約の存在は認められずその契約責任も問えないことを意味するが、逆に、極論すれば形式に則るかぎり、社会的妥当性の無い契約も有効とされ得る危険性が存することを意味する。前掲注(10)で述べたように、約因は、原則的には、等価値性を要しない。Holmes, *supra* note 10, at 215-230. Williston, *Freedom of Contract*, 51 *CORNELL L. REV.* 365, 368 (1921).
- 他、S. WILLISTON, *A TREATISE ON THE LAW OF CONTRACT* (3d ed. 1957). C. FRIDE, *CONTRACT AS PROMISE: A THEORY OF CONTRACTUAL OBLIGATION* (1981). を参照。
- (15) イギリスにおける準契約の発達については、小林規威『英国準契約法』(昭三五)を参照。
- (16) 現在のアメリカ契約法理の変容一般については、本稿の主題でなく、詳しくは、Pratt, Jr., *American Contract Law at the Turn of the Century*, 39 *S. C. L. REV.* 415 (1988). Speziale, *The Turn of the Twentieth Century as the Dawn of Contract "Interpretation": Reflections in Theories of Impossibility*, 17 *DUC. L. REV.* 555 (1978). その他、前掲注(2) 拙稿第一節注(5)に掲げた著作等参照。
- (17) 筆者は雇用契約における競争禁止義務の歴史的発展と、現代アメリカ判例理論における合理性の基準について、すでに論じた。拙稿「アメリカ雇用契約理論における雇用契約終了後の労働者の競争禁止義務と合理性 (reasonableness) の基準」慶應

義塾大学法学部法律学科開設百年記念論集・法律学科篇(平二)を参照された。

- (18) アメリカ雇用契約における Employment at-will の問題は、特に不当解雇をめくり多くの判例の集積と著作・論文を生み出した。参見ジョージ・H. A. SECTER & M. W. FINKIN, *INDIVIDUAL EMPLOYMENT LAW AND LITIGATION* Ch. 10 (1989) W. FREEDMAN, *THE EMPLOYMENT CONTRACT: RIGHTS AND DUTIES OF EMPLOYERS AND EMPLOYEES*, 13-15 (1989). L. LARSON, *UNJUST DISMISSAL* (1985). Hogler, *Employment At Will and Scientific Management: The Ideology of Workplace Control*, 3 *HOSPITAL LAB. L. J.* 27 (1985). Note, *Wrongful Termination of Employees at Will: The California Trend*, 78 *Nw. U.L. Rev.* 259 (1983). Note, *Public Policy Limitations to the Employment At-will Doctrine Since Geary v. United States Steel Corporation*, 44 *U. Pitt. L. Rev.* 1115 (1983). Decker, *At-will Employment: A Proposal For Its Statutory Regulation*, 1 *HOSPITAL LAB. L. F.* 187 (1983). Notes, *Defining Public Policy Torts in At-Will Dismissals*, 34 *STAN. L. Rev.* 153 (1981). Note, *Protecting At Will Employees Against Wrongful Discharge: The Duty to Terminate Only In Good Faith*, 93 *HARV. L. Rev.* 1816 (1980). Summers, *Individual Protection Against Unjust Dismissal: Time For a Statute*, 62 *VA. L. Rev.* 480 (1976). Feinman, *The Development of the Employment at Will Rule*, 20 *Am. J. Legal Hist.* 118 (1976). Notes, *Implied Contract Rights to Job Security*, 26 *STAN. L. Rev.* 335 (1974). Blades, *Employment At Will vs. Individual Freedom: On Limiting the Abusive Exercise of Employer Power*, 67 *COLUM. L. Rev.* 1404 (1967).
- (19) 現在ではアメリカにおいても、使用者の解雇権には社会的視点から種々の制限が加えられている。前掲注(18)の各論稿を参照。邦文献としては、小宮文人教授の『英米解雇法制の研究』(平四)を参照。拙稿としては、『アメリカにおける解雇法理の基本構造』慶應義塾大学院法研論集二五号(昭六二)。同『アメリカにおける雇用契約理論と解雇法理におけるメンリック・ボリシー』季券一四六号(昭六三)。
- (20) Leibman & Nathan, *The Enforceability of Postemployment Noncompetition Agreements Formed after At-Will Employment Has Commenced: The "Afterthought" Agreement*, 60 *S. CAL. L. Rev.* 1465, 1501-02 (1987). Note, *Consideration for Employee Noncompetition Covenants in Employments At Will*, 54 *FORDHAM L. Rev.* 1123, 1123-27 (1986).
- (21) 拙稿、前掲注(17)参照。



## 二、交換的取引理論 (Bargain Principle)

序論で触れたように、契約責任の根拠は、多面的で多大の議論を呼ぶところである。英米法の古典的な理論によれば、契約を実行するための唯一の基礎は約束にある。つまり約束者の意思そのものは陰に隠れてしまうのである。<sup>(22)</sup>この考え方は、任意に為された約束に道徳的義務を認める伝統的な道徳観に、その根拠をおいていとされる。<sup>(23)</sup>この約束法理の一環として伝統的学説は、約束者の意思の実効のために排他的なテストを導き出した。つまり交換的取引理論とは、見返りとなる代償を約束する約束に強制力を持たせるための理論であった。<sup>(24)</sup>例えば、ライト教授はこの点につき、交換理論は、他のいかなる契約意思に関する表現をも阻む狭隘なものであったことを指摘している。<sup>(25)</sup>

近年交換理論は、契約当事者が負うべき契約上の責任に関する他の様々な解釈理論によって、種々の批判を浴びせられている。それらの新しい解釈理論としては、例えば、関係理論 (reliance principle)、<sup>(26)</sup> 賠償理論 (restitutionary principle)、<sup>(27)</sup> 公平理論 (fairness principle)、<sup>(28)</sup> そして行政理論 (administrative principle) <sup>(29)</sup> 等がある。この他、交換理論に対しては、ある種の功利主義の立場に立つ契約責任に基づいた批判<sup>(30)</sup>、あるいは、交換を通じて福利を最大化することを強調する政治哲学の主張により、<sup>(31)</sup> 批判が為されているという。<sup>(32)</sup>

単一の原理に基づく契約責任の統一的理論を探索することは、きわめて困難である。<sup>(33)</sup> 判決が、単一の理論に基づいて合意を強制しようとする、結果としてその原理を超える約因を、かえって曖昧にしてしまうことがある。そこでまず、今日の約因とは何を意味するのかを探索する前提として、約因を支えた交換的取引理論について、その歴史的発展と根拠、あるいは、この交換理論に対する批判について考えたい。

## (一) 交換的取引理論の形成と根拠

交換理論の根本は、その約束に関して約束者によって要求されるかあるいは受領される代価または取引が存する場合にのみ、約束は強制力を持つという点にある。カラマリとペリロ両教授によれば、交換理論の歴史は非常に混乱しており論争のなかに覆い隠されているという<sup>(34)</sup>。しかし、これに対して、かつてウィリントン教授は歴史的發展を通じて交換理論の進歩を強調した<sup>(35)</sup>。後に、これに対してギルモア教授は、このウィリントン流の進化論は、ホームズ裁判官からウィリントン教授に続く学説を突き詰め正当化したものにすぎないと批判する<sup>(36)</sup>。ギルモア教授の批判はともかく、このウィリントン教授の学説は、一九三二年第一次契約法リステイトメントの制定の際に、契約の基本的考え方としてその第七五条に取り入れられた<sup>(37)</sup>。第七五条のコメントは、約束が十分な約因によって支持されていない限りは、ある者の為した非要式契約は一般的に履行する義務を認めない、としている<sup>(38)</sup>。つまり約因は、この第一次リステイトメントの下で、非要式契約の強制に欠かすことのできない要素となり、かつまた、その約因の主要な要素の一つが交換の要請であるとされたのである<sup>(40)</sup>。

では、交換理論の根拠は何であろうか。この点、学説は実に様々な理由を挙げるが、パターンソン教授はこれを二点に絞っている。まず、第一には、契約自由の促進であり、第二には、契約からの自由の増進であったとする<sup>(41)</sup>。第一の点に関して、第二次リステイトメントも、第一次リステイトメントの持っていた契約当事者の個人的自主性の強調という観点を保持した。これは、第二次リステイトメント第七二条のコメントにも現れている。コメントは、「交換は、個人的行為の自由及び判決の執行に関する機会を規定することによって、共同社会にとり有益であると広く信じられており、経済において生産力を有するエネルギーと産出物がそれによって配分されるところの手段である」という<sup>(42)</sup>。この経済的分配を通じてはたらく個人的自主性は、同様に、不均衡な価値の交換に関する議論中でも強調されている<sup>(43)</sup>。第二の点は、交換の要請は、結局のところ事物は書かれた内容から外れるに違いないことを要求しているとす

る視点である。印章（*Seal*）による要式契約が顧みられなくなったとき、人は約束によって作られた結果を期待した。つまり交換理論とは、約束者に対して、不注意な約束をしないよう何等かの警告を規定するものであると解するのである。

この交換理論の根拠について、アイゼンバーク教授は以下のように主張する。交換される約束は、利他主義よりもむしろ典型的な自己の利益追求にその根源を置いている。契約の実行には二つの要素がある。第一は、交換的約束は、余剰を生み出すことである。この余剰が、自由経済における企業体を増強する。第二には、被約束者が被る損害は、彼が抱いた信頼にとって当然支払われるべき実体を有するということである。このようにして多くの約束は、被約束者の信頼利益保護の独自の基盤として強制力を持つ。

交換理論の歴史的発展及びその社会的あるいは理論的根拠については、論者により様々な主張が為され、単純には論じられない。しかし、ここで言えることは、交換理論は、三世紀以上の長きにわたり複雑かつ多面的に用いられた約因論が、歪められ混乱していた状態を、何とか修復するための理論であったということである。そこには、勃興する新たな経済社会の影響も大きかったであろう。交換的取引理論は、その理論史的側面においては、約因法理を単純化するための理論であったと言えよう。<sup>(45)</sup>

## (二) 交換的取引理論への批判

右で述べたように法が強制力を認める約束とは、交換の上にある約束である。しかし、この交換理論に対して過度の信頼を抱くことは、特に本論文が取り上げる競争禁止義務に関しては、時として望ましくない状況を生じさせる。本項では、交換理論に対する批判についてまとめてみたい。

まず、第一に、交換とは契約責任を支える基礎の一つにすぎない。そして約束は、当事者の意思によって為され、

自己の利益に基づくがゆえに、その結果、交換理論が想定するように「交換的」ではあり得ないとの批判がある。いふならば、契約の存在によって修正をかけられた約束は、約束者の提供するいかなる相互の誘因にも関係しないことがあるということである。<sup>(46)</sup> 具体例を挙げるならば、労働者が使用者との間に *at-will* に基づく雇用契約を締結した後、一週間経過したところで使用者から競業禁止契約に署名するよう求められた<sup>(47)</sup>。この際使用者は、労働者に対して明示黙示を問わず何等見返りとなる約束を提示しなかった。そのかわり使用者は、逆に労働者に対して脅しとなるような態度も示さなかった。労働者はこの契約に署名したが、その理由は、採用されたばかりの会社に対する一種の忠誠心を測られているように感じたためであった。後になって、当該労働者が、本件使用者の下を退職し、そこで培った知識をもって、同業他社により良い条件で採用された。ところがその時、前使用者が当該労働者を競業禁止義務違反の故をもって訴えた。裁判所はこれに対し、当該労働者の為した契約は、労働者の負う競業禁止の約束と引き替えになる同時発生的な (*contemporaneous*) 交換物が存しない故に、強制力を持たないとした。この判決の結果は、労働者が当該契約から何らかの利益を受けていようとも、あるいは、使用者が当該署名から、労働者が本件競業禁止義務を遂行することを当てにしていようとも、それら当事者の意思からは契約の結果が影響を受けないとされたことになろう。<sup>(48)</sup> したがって、交換理論による「交換」要請の存否は、当該事件に対してほとんど影響を及ぼさないこととなる。<sup>(49)</sup>

第二の批判は、交換の存否を探索することは、契約が決定される際の真の根拠を覆い隠してしまい、かえってその法的在り方を判りづらくしてしまうという点である。現代における契約法においては、従来の契約法理とは異質のアプローチによって決せられる部分が拡大していることは、既に触れた。例えば、公平 (*fairness*) とか公正 (*justice*) といった概念に対しては、そこから生ずる義務に関する約因は何であるか、明示的であるとはいい難い。つまり、交換理論に固執する限りは、このような新しい契約修正法理に対して、理論的に破綻せざるを得ないのである。<sup>(50)</sup> この点に関して裁判所は、交換された約因が不十分あるいは有名無実であると考えた場合には、交換的取引は存しないと判

断する<sup>(51)</sup>。交換理論と等価的交換という二つの概念は哲学的には対峙するとされる<sup>(52)</sup>。雇用関係や商業的な領域において、裁判所が形成してきた公正等の新しい概念が契約において第一義的に議論されるようになる<sup>(53)</sup>と、交換理論は、それに對し副次的理論とならざるを得ないのである。

最後に、契約責任の適切かつ明白な根拠を示し得なかった点が批判されている。労働者の競争禁止義務の実行を争った多くの裁判例においては、裁判所は、一方当事者が非良心性 (unconscionability) あるいは不誠意 (bad faith) に基づく行為をなしていると認定する場合がある<sup>(54)</sup>。その当事者が労使どちらの側であったとしても、競争禁止義務に関する約束は交換的とは認められず、それ故この場合は、約因の欠如をもって強制できないとするのが、裁判所の立場である<sup>(54)</sup>。さらに、裁判所が当該事案が交換理論以外の論拠に立脚すると決定した場合は、単に当該約束が不公平あるいは不誠意に基づくという理由により、当該競争禁止契約の実行は否定される。このような裁判所の視点は、合法性 (legitimacy) という要素に対する、社会的支持を促進するものであると解されている<sup>(55)</sup>。

(22) 大陸法系の意思理論は、英美法系内にも影響を与えている。契約の存立を当事者の意思におき、これに法的保護を与える意思理論も数々の文献から見受けられる。例えば、Wright, *Ought the Doctrine of Consideration to be Abolished From the Common Law?* 49 HARV. L. REV. 1225 (1986). を参照。

この英米法における古典的な意思理論の持つ問題点、特に意思表示と、衡平 (equity) の原則との関係について、大陸的な意思表示論もまた、一つの擬制にすぎないとの批判がある。興味深い論点であるが、本稿の主題から外れるので詳論しない。

参考として、Cohen, *The Basis of Contract*, 46 HARV. L. REV. 553 (1933).

(23) 例えば、C. Fried, *supra* note 14, at 16 等を参照。フリード教授は、この著作において、契約法の道義的基礎をなす「約束法理 (promise principle)」とは、それによって人々が、以前何も存在していなかったところへ、債権債務関係を自らに課すことのできる法理であるという。*Id.* at 1. フリード教授の学説は、一九世紀的な古典的意思理論と異なり、現代的な種々の要素を取り込みつつ、伝統的に現実主義に立つといわれてきたアメリカ契約法の中で、新しい形での意思理論を構築しようとするものであると評価されている。非常に興味深い学説である。この立場は、旧くはヒュームにより主張された。See, D.

HUME, A TREATISE OF HUMAN NATURE (London 1739-1740).

この契約を成立せしめる要素と道徳との問題については、近年、フタヤマ教授によって批判されている。フタヤマ教授は、現代的な複数の視点に対して要約・検討を加えつつある。このことは詳論しない。P. S. ATIYAH, PROMISES, MORALS, AND LAW (1981). P. S. ATIYAH, *supra* note 1, 41-60, 649-59. を参照。

(24) See, e.g., Wright, *supra* note 22.

(25) *Id.* at 1250-53.

(26) 被約束者の行為または自制によって、約束と関連する損害が生じた場合、その損害はこの関係理論によって保護される。第二次契約法リステイメントの九〇条「コメントa」に、そうした関係は歴史的には引受訴訟(action of assumpsit)にならざる非要式契約(informal contract)に強制力を認める根拠とされてきたと云う。Restatement (Second) of Contract § 90 comment a. (1981).

以上の論稿を参照。Fuller & Perdue, *supra* note 1. Hudec, *Restating the Reliance Interest*, 67 CONNELL L. REV. 704 (1982). Seaver, *Reliance on Gratuitous Promises, or Other Conduct*, 64 HARV. L. REV. 913 (1951). Shattuck, *Gratuitous Promises—A New Writ?* 35 MICH. L. REV. 908 (1937).

(27) 賠償理論とは、もし違約者が商品またはサービスを受領したならば、彼は、それらの公正な代価を支払わねばならぬという概念である。C. Fuld, *supra* note 14, at 17. Levmore, *Explaining Restitution*, 71 VA. L. REV. 65 (1985). Dawson, *Restitution or Damages?* 20 OHIO ST. L. J. 175 (1959).

第二次契約法リステイメントは、契約の履行についての基本的な制限としてこの理論を取り込むと云う。THE RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACT (1981) § 72 comment b.

(28) 「公平」とは、近年重視される倫理的基準の基礎の上に、契約の履行または不履行に關係して用いられる概念である。フリードマン教授によれば、「二〇世紀半ばから、契約をめぐる紛争に際しその確定基準として、ウイモンシン州の判例法理に依って用いられるようになったと云う」。L. FRIEDMAN, CONTRACT LAW IN AMERICA 201-2 (1965).

もちろん、エカイティ裁判所は、伝統的に「公平」の概念を用いて契約を吟味してきた。参考として、R. NEWMAN, EQUITY AND LAW: A COMPARATIVE STUDY 261-63 (1961).

(29) 行政理論とは、ある種のタイプの約束の履行が立証上の難しい問題を包含する場合や、平和の維持と云った国家の利益に關連した事項について用いられると云う。Eisenberg, *The Bargain Principle and its Limits*, 95 HARV. L. REV. 741. 743

- (1982).
- (30) 功利主義とは、可能な限り最良の結果を得ることを企図する立場である。See, e. g., D. REGAN, UTILITARIANISM AND CO-OPERATION (1980).
- これが、契約法に適用される場合の理論については、前掲注(一)及び(3)の「フレイヤ教授のそれぞれの著作を参照」。
- (31) 契約責任の基礎についての「ホクナーの一連の研究を参照」R. POSNER, THE ECONOMICS OF JUSTICE (1981). KRONMAN & R. POSNER, THE ECONOMICS OF CONTRACT LAW (1979). R. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 29-78 (1977).
- (32) Leibman & Nathan, *supra* note 20, at 1503-04.
- (33) *Id.*
- (34) J. CALAMARI & J. PERILLO, *supra* note 6, §§ 4-4, 4-5 at 192-97.
- (35) S. WILLISTON, *supra* note 14, § 99.
- (36) G. GILMORE, *supra* note 4, at 14-17. 但しこのギルモア教授による約因法理の再構成は、更なる批判を晒されてゐる。
- (37) J. DAWSON, GIFTS AND PROMISES 203 (1980). 約因論の起源に関する歴史的研究は非常に興味深いサーティンであるが、本稿の主題から離れるので取り上げない。参考となる論文は「Ames, *The History of Assumpsit*, 2 HARV. L. REV. 1 (1888). Ames, *Two Theories of Consideration*, 12 HARV. L. REV. 515 (1899). 比較的新しい論文は「Horwitz, *The Historical Foundation of Modern Contract Law*, 87 HARV. L. REV. 917 (1974).
- (37) RESTATEMENT OF CONTRACT § 75 (1932). 第七五条は約因について、a 約束以外の行為、b 自制、c 法的関係の創設・修正・破壊、d 約束を引を替へまたは交換として与えられる見返りの約束を意味すると定義している。
- (38) *Id.* § 75, comment a.
- (39) Leibman & Nathan, *supra* note 20, 1506.
- (40) この交換の要請は第二次リステイナメントにも受け継がれている。See, RESTATEMENT (SECOND) § 71 (1).
- (41) Patterson, *An Apology for Consideration*, 58 COLUM. L. REV. 929, 948-49 (1958).
- (42) RESTATEMENT (SECOND) § 72 comment b.
- (43) See, *Id.* § 79 comment c. コメントは「経済において、生産力を有するエネルギーと産出物の分配が個人的行為に託されるべきならば、彼ら自身の評価の決定は自由であり、評価が個人的行為に託されるのは、当事者はその特定の取引の状況を他者よりもより良く査定するに比べて、よりよく考へられているためであるという」。

- (44) Eisenberg, *The Principles of Consideration*, 67 CORNELL L. REV. 640, at 643 (1982).
- (45) J. DAWSON, *supra* note 36, at 198.
- (46) Eisenberg, *supra* note 44, at 644-49, 653-55.
- (47) E. g., Freeman v. Duluth Clinic, Ltd., 334 N. W. 2d 626 (Minn. 1983).
- (48) Leibman & Nathan, *supra* note 20, at 1508.
- (49) Nathan, *Grappling with the pre-Existing Duty Rule: A Proposal for a Statutory Amendment*, 23 Am. Bus. L. J. 509, 515 (1986).
- (50) Leibman & Nathan, *supra* note 20, at 1509.
- (51) E. g., Iowa Glass Depot, Inc. v. Jindrich, 338 N. W. 2d 376 (Iowa 1983). イオワ州最高裁は「交換理論に基づき議論」し、*E. g.*, Mail-Well Envelope Co. v. Saley, 497 P. 2d 364 (Ore. 1972)。オレゴン州最高裁は「約因が「必ずしも十分な」雇用契約締結後の競業禁止契約について強制力を認めなかった。*E. g.*, Central Adjustment Bureau, Inc. v. Ingram, 678 S. W. 2d 28 (Tenn. 1984)。テネシー州最高裁は「交換理論に対し明らかな支持を寄せたにも関わらず、約因が極小である場合には、雇用契約締結後に結ばれた競業禁止契約は支持すべきなごうなことを認めつつも、これら約因の不十分や故に、裁判所が競業禁止契約の強制を認めなかった比較的旧し判例に基づき、*See*, Note, *Employee Covenants Not to Compete After Termination of the Employment*, 26 CORNELL L. REV. 707, 713 n. 24 (1941)。
- (52) *See*, C. FRENZ, *supra* note 14, at 35。その意味するところは「約因による交換理論は、個人的自主性を蹂躪する集団的判断と個人的自主性との間に衝突を生み出すといふことである。
- (53) 契約の自由を阻む新しい理論「例えここに挙げた「非良心性 (unconscionability)」等の問題については、伝統的な契約法理の修正として現れてきた、契約法と不法行為法の交錯ともいえる現象の一つと解し得よう。この現象については、競業禁止義務をめぐる裁判所の対応を手がかりとして、続稿で論ずる予定である。
- なお、参考までに、非良心性を扱った論文を参照。以下の論文は「契約自由を阻む裁判所の立場に対して反対している」  
 Epstein, *Unconscionability: A Critical Reappraisal*, 18 J. L. & Econ. 293 (1975). Left, *Unconscionability and the Crowd*  
 — *Consumers and the Common Law Tradition*, 115 U. PITT. L. REV. 485 (1967). Left, *Unconscionability and the Crowd*  
 — *The Emperor's New Clause*, 31 U. PA. L. REV. 349 (1969). Schwartz & Wilde, *Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis*, 127 U. PA. L. REV. 630 (1979).



(54) 契約自由を司法的に阻む裁判所の立場を擁護する論文も多し。E.g., Calamari, *Duty to Read—A Changing Concept*, 43 *FORHAM L. REV.* 341 (1974). Ellinghaus, *In Defense of Unconscionability*, 78 *YALE L.J.* 757 (1969). Spangole, Jr., *Analyzing Unconscionability Problems*, 117 *U. PA. L. REV.* 931 (1969). Speidel, *Unconscionability, Assent and Consumer Protection*, 31 *U. PITT. L. REV.* 359 (1969).

(55) 本論で述べたとおり、個人の自主性は時として、他の約因、すなわち公正等に劣後する。この点につき、以下の論文を参照。Kronman, *Paternalism and the Law of Contracts*, 92 *YALE L.J.* 763, at 765 (1983)。ロンドン教授は、「契約の自由におけるある種の干渉主義的な制限は、法が認めるのみならず道徳的にも要求されると信じる立場の者は、特殊な事案について干渉主義的な論拠を査定するための基準あるいは原理を供給しなければならぬ。この仕方によってのみ、干渉主義の合法性は確立され、その限界が規定される。」と主張する。

### 三、使用者のなす at-will 下の雇用継続の約束

前節で取り上げたように、雇用契約終了後の労働者の競業禁止義務を設定する契約においては、労働者の約束に対する約因は、当該労働者の雇用を継続することを約する使用者の黙示の約束であると考えられる。しかしながら、序論で述べたように、使用者が絶対的な解雇権を保有するかぎりは、その約束は一種の幻影にすぎない。この種の約束は、将来にわたって、当人が購入したいと考えているある物を不定期に購入するという、古典的な売買契約の事案に類似していると考えられる。<sup>(56)</sup> この場合、約束の幻影こそあれ、明確な実体ある約束があるとは言い得ない。<sup>(57)</sup> 第一次契約法リストイメントは、第七九条において、行為を選択し得る権利を約束者の条件として留保した明白な約束は、不十分な約因であるとしている。<sup>(58)</sup> 第二次契約法リストイメントも、同様の理解を踏襲した。<sup>(59)</sup> では、すでに雇用契約関係にある労使間で締結された労働者の雇用契約終了後の競業禁止契約における約因はどのように解釈されるのであろうか。

一九四四年、ノース・キャロライナ州最高裁判決、カデイス対ブリット事件<sup>(60)</sup>において、被告は原告の洋服店の集金担当者であった。数年間雇用関係を継続した後、原告は被告に競業禁止契約の締結を求め、被告はこれに署名した。その後、二年後に原告が被告を解雇するまで被告は原告に雇用され続けた。原告は被告に対し同市内で他の洋服店に勤めないことを求め、被告は約因の欠如を理由としてこれに難色を示した事案である。最高裁は、「約因は、同時に与え、または得られる何物かから構成される必要はない。雇用は労働者がなした署名のインクが乾く間さえも存続しなければならぬものではない。しかしその約束の実行は、解雇の明確な畏れの下にある。」<sup>(61)</sup>として、本件契約の強制を認めなかった。

(一) 相互性 (mutuality)

次に問題となるのは、この労使間の合意は「相互性」<sup>(62)</sup>を欠いている可能性がある点である。双方向的契約になり得ないならば、相互性は欠如していることは当然である。いうまでもなく、学説によって相互性の概念はその定義が一致しているとは言い難く、しかもこの概念は、すでに約因主義の一部としては外れているとの指摘<sup>(63)</sup>もある。しかしながら、この概念は用語的に曖昧であるにも関わらず、今でも多くの裁判所にとって、アピールする力がある。もし、使用者が自己設定した雇用継続の義務が、実体の無いものであるとすると、この義務は、労働者が負わされる義務と釣り合うとは言い難い。よしんば、使用者の義務が幻影であると言わずとも、使用者の約束は労働者の約束と同一の適用範囲を持つとは言い難いため、相互性はないと言えるのではなからうか。しかしこれに対し、使用者は、よしんば労働者の雇用を継続するという約束が競業禁止契約の締結時において実体の無いものであったとしても、契約後の使用者の行為によって、その契約は強制力を具備すると主張する。つまり、多くの場合、競業禁止契約締結後数年の雇用期間を経て、労働者が退職あるいは解雇された後にこの競業禁止義務は問題となるため、その数年間の雇

用継続はすでに実行されているというのが、使用者の主張である。

この点につき、こうした使用者の主張を認めた、一九八二年のフロリダ州控訴審の裁判例を挙げる。ライト&シントン有限会社対プレスコット事件<sup>(65)</sup>は、典型的な労働者の就業禁止義務をめぐる事案であった。本件において裁判所は、附随意見のなかで、その発端において実体が無い約束はそれ故に約因とは認められないとした<sup>(66)</sup>。しかしそれにも関わらず、判決は以下のように言う。「契約がその発端において相互性を欠いていたとしても、そのような欠陥は当事者のその後の行為によって修復できる。相互性の欠如は契約の履行をめぐる事案においては抗弁とはならない。その発端において相互性を欠く約束は被約束者による実行の後には、約束者に対し拘束力を持つ<sup>(67)</sup>」。この考え方は、フロリダ州以外でも、ニュー・ハンブシャー<sup>(68)</sup>、アイオワ<sup>(69)</sup>、ミシシッピ<sup>(70)</sup>の各州最高裁、及びアリゾナ、アーカンソー<sup>(72)</sup>の各州下級審でも認められた。

参考までに、事案は就業禁止契約に関するものではないが、雇用関係における約束の相互性が論点となった事案に、同フロリダ州最高裁判決のシティ・オヴ・サウス・マイアミ対デビンスキー事件<sup>(71)</sup>があるので取り上げる。本件では、デビンスキーは市警察との間に、もしも彼が雇用開始後二年を経ないうちに警察を退職した場合には、そのトレーニングに係る費用を市に対し弁済するとの契約を締結していた<sup>(74)</sup>。本件事案は、二年に満たない内に普通解雇されたケースで、当初の争点は、市の未払い貸金支払義務の有無であったが、最高裁は、ライト&シントン社事件と同様に、デビンスキーが雇用継続の保障を受けていたのか否か、その事実が客観的には彼の負う償還義務の約因となりうることを指摘した。そこで、本件事実審はその点事実認定を行っていないため、破棄差戻しと判示した。

さてそれでは、債務の相互性 (mutuality of obligation) とは何であろうか。就業禁止契約の双方向的契約としての性質に疑問があるとするならば、使用者は、この就業禁止契約を一方的契約として構成することを主張する。例えば、一九七六年ケンタッキー州最高裁判決、ルイスビル・サイクル&サプライ社対バーチ事件<sup>(76)</sup>では、裁判所は、使用者の

負う義務を緩やかに解している。

本件労働者は、一八カ月の雇用保障のある雇用契約を、その終了後、同期間の競業禁止義務を負う合意と共に、締結した。ところがその期間経過後も雇用関係は継続し、その約六年後、バーチが同社を退職し自ら競業関係の仕事を始めたため、ルイスウィル社がこの差止めを請求、当該労働者の負っていた競業禁止義務の効力が争われた。判決は、特に定めた雇用契約期間経過後の雇用契約は、期間中の雇用保障のある契約の効力が固定的に持続するのではなく、通常の *at-will* による契約に変化するとした。つまり、使用者はそれにより解雇の自由を取り戻す。しかしそれにも関わらず、雇用契約終了後の前労働者が負う競業禁止義務を設定する合意は、当該雇用契約が期間経過後 *at-will* の契約に転化し雇用保障の効力を失った後も、労働者に対して強制力を持つとした。この最高裁の立場によると、雇用の継続の約束は、競業禁止義務に関する約束とは同一の適用範囲を要求されていないこととなる。<sup>(77)</sup> ここで見受けられるのは、使用者が既になした一定期間の雇用保障という行為が、その後の労働者の負う競業禁止義務と対置されていることである。

しかしながら本件判決の理論構成は少数例であり、多数の裁判例は、カデイス事件においてノース・キャロライナ州最高裁が示した立場を踏襲している。<sup>(78)</sup> すなわち、*at-will* 下の労働者の負う競業禁止義務と対置される使用者の雇用保障は幻影であるとされることが多く、そのため競業禁止義務に関する合意は約因を欠くと認定される場合が多い。最後に、使用者のなした約束が実体のあるものであった場合の事案について触れておく。一九八三年、インディアナ州最高裁判決、レザーマン対マネジメント・アドヴァイザー社事件では、<sup>(79)</sup> 使用者は雇用保障をなす旨の契約に署名していた。この契約中にはその見返りとして労働者の競業禁止義務も規定されていた。契約条項によれば当該労働者は本件使用者との間に締結した雇用契約終了後、三年間は同業の保険会社に勤務しないことになっていた。事実認定からも、本件使用者の雇用保障の約束は幻影ではなかった。裁判所は、本件事実にみられる約束について、ウィリス

トン、コービン両教授の著作を引用している。ウィリストン教授は、雇用継続の約束は、労働の約束または競業を控える約束によって支持されるといふ<sup>(81)</sup>。しかし、ウィリストン教授の指摘は、複数の相對時する約束によって支えられる一つの約束についての記述であり、例えば、*at-will*に基づく雇用契約下の雇用保障の約束のような幻の約束が、約因として適當であるとは指摘していない<sup>(82)</sup>。本件判決が、一般化しようとした、雇用保障の約束と労働者の負う競業禁止義務の関係が、通常の *at-will* の下の雇用にまで適用可能であるか否かについては、疑問がないとはいえない<sup>(83)</sup>。

## (二) 雇用継続の約束の実効性

それでは、契約法理の下で、使用者のなす雇用継続の約束が実体のある有効な約因であると解されるのは、どのような場合であろうか。伝統的な交換理論の下で、労働者の負う競業禁止義務の対価となる程度に実体のある雇用保障であると認められる方法の第一は、使用者が解雇をなす際に解雇予告の期間を設ける規定を置く場合である。旧い判例では、明らかに、解雇予告期間を設定することが、他に制限されていない約束を強制力のあるものに転化することはなかった<sup>(84)</sup>。最近でも、労働者が競業禁止義務に違反した事案である一九七四年ペンシルヴァニア州最高裁判決、*メンナンス・スペシャルティー社対ゴッタス事件*<sup>(85)</sup>では、一五日間の予告期間をおいたことは、営業制限の契約の交換と見るに十分ではないとされた<sup>(86)</sup>。しかしながら、この点につき、学説からは、多大の批判がなされた<sup>(87)</sup>。何故ならば、第二次契約法リストイトメントのコメント中にも明記されているように、この種の予告期間を設定した契約は、有効と解されるからである。AがBとの間にBの代理人を三年間勤める旨の明示の契約を締結した場合、BはAの行為に同意したものの、その合意を三〇日間の予告期間を持って終了させ得る権限を保持したとする。この時Bは、少なくとも三〇日間Aを代理人の地位に継続して置くことを約したが故に、Bの合意は約因を形成する<sup>(88)</sup>。伝統的契約法理は、相對時する約因同士が相當であることを必要としない。したがって一見、均衡を失するような約束であっても、それ

が具体的である限りは、有効であると主張されたのである。<sup>(90)</sup>

しかし、このような伝統的約因論をそのままに雇用関係に適用することは、かえって弊害を生ずる。本稿で問題としている継続的雇用関係において、労働者および使用者にとって競業禁止契約を締結する利益は何であろうか。さらに、競業禁止義務に関する合意が、予告期間の無い雇用保障しか与えられなかった場合に、強制力を持たないとされたのは何故であろうか。雇用契約関係に交換理論をそのままに適用すると、非常に怠惰な、法律万能主義に墮した結果になる危険性がある。その意味でゴッタス事件判決は妥当性を持つ<sup>(91)</sup>と解すべきでなからうか。

使用者のなす雇用保障が有効な約因であると、判例上認められる第二の方法は、具体的な履行が行われることである。多くの裁判所は、使用者が実際に雇用を果たしたことをもって、労働者の負う競業禁止義務に強制力を認める<sup>(92)</sup>。しかしこの点につき、何故実体の無い約束であったものが、契約内容を強制し得る約因に変化するのかについては、どの裁判所も分析していない。<sup>(93)</sup>この問題は、契約における相互性の問題である。多くの裁判所はこの点については、ウィリントン教授の学説を、検討しないままに引用し、踏襲してしまっている。<sup>(94)</sup>ウィリントン教授は、厳格な交換関係においては、両当事者が負う約束に欠陥があるために無効となってしまう双方向的契約を、有効な一方的契約に転化するプロセスであると説明する。<sup>(95)</sup>例を挙げるならば、労働者が競業禁止契約を締結後、七年間の雇用関係が経過し、その後使用者が解雇した事案を考えると、この七年間の雇用の履行をもって競業禁止義務を強制する根拠とするわけである。このウィリントン教授の説は多くの裁判所に受け入れられたが、学説のなかでは、批判も多い。<sup>(96)</sup>何故ならば、このような理解は当事者の真の意思に適合しようとするか否とにかかわらず、裁判所が、当事者の意思を黙示の意思として一方的契約にアレンジし、形成してしまうものであるからである。本来、アメリカ契約法の伝統的な考え方からすれば、この「意思」認定の持つ曖昧さ故に、より客観的な事実から契約を構成する約因法理が主流を占め、そこから交換的取引理論が生み出されたはずである。当事者が最も良く自己のなす契約の結果を知るが故に、約因の相当性は必

要とされないとするのが、理論的帰結であつたはずである。ところが、ここに挙げた裁判例のように、当事者意思の性質を裁判所が変更してしまうことになっては、交換理論の学理的根拠である契約自由の原則が害されるのではなからうか。<sup>(97)</sup> もちろん、この点、様々な現代的な契約法修正法理が、各々の必要性から生み出されたために、それらを包括的に統合する一般理論を欠き、理論的困難や矛盾を生ぜしめていることは、言うまでもないことではある。

おそらく、交換理論の下で期間の定めのある約束が持つとされる強制力は、その根拠となる使用者側の約因の目的によって説明される。<sup>(98)</sup> 約因は、被約束者の意思の証拠となる。<sup>(99)</sup> つまり、使用者が当該労働者を解雇する無制限な選択権を行使したか、あるいはそのまま約束を守り労働者を雇用し続けたかという、使用者の行為に拠つて、使用者が競争禁止契約締結時に有していた意思が、使用者がその発端から雇用を継続する約束を守る意図であつたか否か、かつこのようにして労働者の競争禁止の約束に対する約因を提供しようとしたか否かが証明されたとみるわけである。<sup>(100)</sup>

(56) Leibman & Nathan, *supra* note 20, at 1511.

(57) コービン教授はこの種の実体無き約束について、「約束として現われたものが幻影である場合には、約束は存在しない。それは、砂漠で人を死にいたらしめる逃げ水の幻影を追うようなものであり、そこには何も存在しない。」と述べている。

A. COBBIN, COBBIN ON CONTRACTS §145, at 627 (1963).

(58) RESTATEMENT OF CONTRACTS § 79 (1932).

(59) RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 77 (1979).

(60) Kadis v. Britt, 29 S. E. 2d 543 (N. C. 1944).

(61) *Id.* at 548.

(62) 債権債務関係の相互性とは、契約の一方当事者が履行する義務を負わないときは、他方当事者も法的に拘束されないとする法理をいう。ファンズワース教授の著書によれば、義務の相互性の原理は、市場の必要性にかなうものであるという。需要と供給の間で価格が変動する市場では、一方当事者が、他方当事者を犠牲にして、何らかの変化を見越して思惑を持ち得る可能性を除去する為に、この原理が用いられるという。Farnsworth, *supra* note 6, § 3. 2 at 113.

(63) 相互性の概念は、当事者双方が当該契約に拘束されようとするいは双方が拘束されなからうと、一方の約束が欠如しうる

- 双方的契約、あるいは一方的契約の存在によって否定されているとされる。See, *Patterson supra* note 36, at 939-41. 債務の相互性については、前述のマンズワース教授の他に以下の著作を参照。See, J. CALAMARI & J. PERILLO, *supra* note 6, at 225-26. See, A. CORAN, *supra* note 57, at §§ 152-154.
- (64) *Patterson, id.* at 939. ウ・キルヒマンによれば、債務の相互性の理論は、既に論破されているところ。See, G. Glimore, *supra* note 4, at 77.
- (65) *Wright & Seaton, Inc. v. Prescott*, 420 So. 2d 623 (Fla. Dist. Ct. App. 1982). 本件は、バーム・ビーチ郡において保険代理業を営む控訴人との間に、雇用契約開始の一年後に競業禁止契約を締結した労働者が、雇用契約終了後三年間は、いかなる競争関係に立つ他社にも就職しないことを約した事案である。しかしながら被控訴人は、同社で以前に勤めていた者が新たに起こした保険代理店に職替えをしたため、控訴人は、その一時差止めを求めた。これに対して、第一審は、損害を被った旨の、原告（控訴人）の申立てを棄却した。
- (66) *Id.* at 626.
- (67) *Id.* at 627.
- (68) *Smith, Batchelder & Rugg v. Foster*, 406 A. 2d 1310 (N. H. 1979). 競業禁止契約に署名した後も雇用関係が継続したことが、約因と認められた。但し、競業禁止契約の合意そのものは、合理性を欠くとして認められなかった。
- (69) *Iowa Glass Depot, Inc. v. Jindrich*, 338 N. W. 2d 376 (Iowa 1983). 雇用継続は競業禁止義務の約束を支持するのに十分な約因になると、裁判所は判断した。但し、それにも関わらず具体的約因の適切さについて考慮を加えている。
- (70) *Frierson v. Sheppard Bldg. Supply Co.*, 154 So. 2d 151 (Miss. 1963). 雇用継続が、競業禁止義務の約束をサポートするほど十分な約因であると見られるならば、競業禁止契約は支持される。
- (71) *American Credit Bureau v. Carter*, 462 P. 2d 838 (Ariz. App. 1969).
- (72) *Ohl Water Services v. Midland Research Laboratories, Inc.*, 596 F. Supp. 412 (E. D. Ark. 1984), *appeal dismissed*, 774 F. 2d 303 (1985).
- (73) *City of S. Miami v. Dembinski*, 423 So. 2d 988 (Fla. Dist. Ct. App. 1982). 本件原告たるデビンスキーは、警察での訓練修了後、見習い警官の身分のまま、六ヶ月後に *at-will* の下で解雇された。彼は、未払賃金の支払を求めたところ、市当局は、警察学校の訓練に掛かった費用の償還を求め反訴した。第一審は、この原告がなした費用償還契約は、約因を欠くかゆえに無効であると判断した。



- (74) *Id.*, at 989.
- (75) こゝでは、一方的契約 (unilateral contract) と訳すが、この語は二つの意味を持つ。第一には、片務契約、すなわち契約当事者双方が対価的な意味を持つ債務を互いに負担するわけではない契約、例えば贈与などを意味するが、第二には、一方当事者のなす約束と他方当事者の約束以外の行為 (もしくはその履行) が相対する契約のことを言う。こゝで用いるのは、後者の場合であり、約束と約束とが相対する双方向的契約に対置する概念である。どちらにせよ、契約上の義務の相互主義に対する例外であるところである。
- See*, J. CALAMARI & J. PERILLO, *supra* note 6, § 4-12, at 225-27. A. CORBIN, *supra* note 53, §§ 152-154, at 2-26.
- (76) Louisville Cycle & Supply Co. v. Beach, 535 S. W. 2d 230 (Ky. 1976).
- (77) *Id.* at 231-34.
- (78) その他同様の裁判例としては、*ミネッタ・オハイオ・ペンシルヴァニアの各州のものが挙げられる。*  
*E. g.*, Freeman v. Duluth Clinic, 334 N. W. 2d 626 (Minn. 1983).  
*E. g.*, Morgan Lumber Sales Co. v. Tptn, 321 N. E. 2d 907 (Ohio 1974).  
*E. g.*, George W. Kistler, Inc. v. O'Brien, 347 A. 2d 311 (Pa. 1975).
- (79) Leatherman v. Management Advisors, Inc., 448 N. E. 2d 1048 (Ind. 1983).
- (80) *Id.* at 1050.
- (81) S. Williston, *supra* note 14, § 137A, at 595.
- (82) ちよび、ハリスマン教授は、その著作の中で、*自由の初期の論文を批判している。* *See*, S. Williston, *id.* § 104, at 399-400.
- (83) 本件判決は、*ちよび*教授の「約束は見返りとなる約束によって十分な約因となる」という主張をも引用する。 *See*, A. Corbin, *supra* note 52, § 142, at 205. しかしながら、*コービン*教授は、*実体のない約束までもが見返りとなる約束によつて約因となることは述べづなう。* *Id.* § 163, at 237.
- (84) J. Calamari & J. Perillo, *supra* note 6, at 161.
- (85) Maintenance Specialties, Inc. v. Gottus, 314 A. 2d 279 (Pa. 1974).

自動車修理部品の配給業を営む上訴人会社は、雇用していたコッタスとの間に雇用開始後一年して、雇用契約終了後の競争禁止義務を含む契約を締結した。その後三年して、同人は契約に違反して同業に従事したため、会社はこの差止めを求めた事案。

- (86) *Id.* at 281, n. 1.
- (87) Leibman & Nathan, *supra* note 20, at 1516.
- (88) *See*, RESTATEMENT (SECOND), § 77 comment b, illustration 5 (1981). 第一次契約法リステイメントも同様に解する。  
*See*, RESTATEMENT, § 79 comment b, illustration 1 (1932).
- (89) RESTATEMENT (SECOND), *id.*
- (90) *See*, *e.g.*, Note, *The Peppercorn Theory of Consideration and the Doctrine of Fair Exchange in Contract Law*, 35 *Colum. L. Rev.* 1090 (1935).
- (91) チャタム事件と同様に予告期間を定めたケースは多い。但し、その結論は異なる。*e.g.*, *Advanced Copy Prods v. Cool* 363 N.E.2d 1070 (Ind. 1977). 解雇の前日三〇日間の予告期間を設定したが、競業禁止契約を支える約因として認められた事案。*E.g.*, *Smith, Batchelder & Rugg v. Foster, supra* note 88. 本件も右のインディアナ州のケース同様、三〇日の予告期間の設定が約因を有効とした。
- (92) *See, e.g.*, *Olin Water Servs. v. Midland Research Labs.*, *supra* note 72. (E. D. Ark. 1984). *Central Adjustment Bureau, Inc. v. Ingram*, 678 S.W. 2d 28 (Tenn. 1984).
- (93) 前述のライト&シーマン事件判決をめぐって、この問題は契約の相互性についての徹底した分析を要するとしたのみであり、実際の分析はなされていなく、*See*, *Wright & Seaton supra* note 65, at 628.
- (94) ウェリントン教授は、欠陥のある双方向的契約もその履行によって一方的契約に転化するを提唱する。*E.g.*, *Hoyt v. Hoyt*, 327 S.W. 2d 300, 305 (1963). 他の裁判例でも、何故履行が約因となるのかの根拠をめぐっては示してはいる。*E.g.*, *Olin Water Servs. v. Midland Research Labs, Inc.*, *supra* note 72, at 415 (E. D. Ark. 1984).
- (95) ウェリントン教授はいう。「双方向的契約における各々の約束は相対する約束に対して十分な約因でなければならぬ。さもなければ双方とも強制できない。しかし、もしも履行が対置する約束から生じ、その履行が約束者にとって何等かの損害となり、被約束者にとって何等かの利益となるならば、それ自体は十分な約因をもたない約束も、強制力をもつようになる。」  
*See*, *S. Wiliston, supra* note 14, § 106, at 427-28.
- (96) *See*, *Llewellyn, What Price Contract?*, 40 *Yale L.J.* 704, 732 (1931). *L. Friedman, supra* note 28, at 106.
- (97) 伝統的な契約の自由に対し、修正がかけられる現代社会は、法理論的には様々な困難や矛盾を生み出す。その検討が本稿の主題であるが、一般的な契約法理形成については、以下の著作を参照することとする。*B. Carozo, THE NATURE OF THE*

Judicial Process (1921).

(86) See, e. g., Fuller, *Consideration and Form*, 41 *COLUM. L. REV.* 799, 800 (1941).

(99) 何人かの論者は、約因とは他のすべての可能性に取って替わる契約上の意思のテストであるとしている。See, W. ANSON, *LAW OF CONTRACTS* 130 (16th ed. 1923). 但し、第二次契約法リステイメントは、法的形式手続の証拠となる機能は、その多くが詐欺 (fraud) 法に託せられたものである。See, *RESTATEMENT (SECOND)*, § 75 comment a.

(100) 強制力をもたない、実体のない約束の歴史的發展については、契約の「意思理論 (Will theory)」と密接な関係がある。この点、契約法史的には、大変興味深い。本稿の主題から外れるので論じない。以下の論文を参照。See, Patterson, "Illusory" Promises and Promisors' Options, 6 *IOWA L. BULL.* 129 131-33 (1921).

#### 四、使用者のなす解雇権不行使の約束

これまで、使用者が期間を定めて雇用継続の約束をなした場合の問題を取り上げたが、使用者が自己の有する解雇権に自己規制をかける場合は、理論上どのように解されるであろうか。ATWELLと通称されるアメリカ雇用関係のルールの下では、使用者は強大な解雇権を持つことは既に論じた。(101) 使用者が為す、一定期間の雇用継続という交換された約束が約因を構成するならば、交換された解雇の自制という不作為もまた約因を構成する。(102) 不作為の古典的定義が提示されたケースは、一八九一年のニューヨーク州最高裁判決、ヘイマー対シドウェイ事件である。(103) 本判決内において裁判所は、「約因とは、一方当事者が利益を得ることを意味するのではなく、むしろ、他方当事者が現存する何らかの法的権利を捨て去るか、または将来における彼の法的な行為の自由を制限すること、あるいは最初の約束の誘因を意味する。」(104) としている。

労働者が雇用契約存続中に為す雇用契約終了後の競業禁止契約に対置する使用者の約束については、雇用継続の約

束が幻影にすぎないと見られることは前節で論じた。これに対し、使用者が自己の強大な解雇権を背景として競業禁止契約の締結を労働者に対して迫ることは、有効な約因を形成するのだろうか。一九八三年デラウェア控訴審判決、リサーチ&トレイディング会社対パウエル事件<sup>(10)</sup>において、それが見受けられる。本件は、雇用契約締結中に契約終了後の競業禁止義務に関する契約にサインした労働者が、六年後退職し即座に同業他社に就職、前使用者たる会社の顧客及び取引先とコンタクトをとったため、前使用者がこの前労働者及び現在の彼の雇用者を訴えた事案である。パウエルは、リサーチ社が彼に競業禁止契約の締結を迫り、もしサインしないと職を失うことになると圧力をかけ、その上約束された昇進は期待外れであったと抗弁した。これに対し裁判所は、このようなタイプの契約は、有効な雇用状況のもとで使用者によって要求され得るとしてパウエルの主張を認めなかった。判決は、これにサインすれば昇進させるという「餌」と、これにサインしないなら降格させるという「鞭」とは、法的には重要な差異はないとした<sup>(10)</sup>。解雇するという脅しをちらつかせることが、有効な約因を形成すると言うのは、結果の妥当性の面から考えるならば、少々疑問の無いところではない。しかし、本項で取り上げる論点は、古典的な契約論の構造からみた場合に問題とされる点である。古典的理論は、社会の変化に従い次第にその硬直性を明らかにし、新たな法理によって修正されざるを得ない。典型的な約因論の立場をとることにより、どのような矛盾が生じ、また判例法理上それがどのように解決されるのか。順次検討する。

解雇の脅威と引換になされた競業禁止契約の実効性を認めるためには、以下の二点について考えなければならない。第一は、実際上労働者は、自己が競業禁止契約を実行すれば、使用者に労働者を解雇しない義務が生ずるのは当然のことであると考えられる点である。第二は、使用者は、単に労働者が競業禁止契約締結を拒否しただけで、彼を解雇する権限を持っているとされることである<sup>(10)</sup>。第一の点については、この競業禁止契約が約因の欠如により無効であるとの抗弁が労働者側から為されたとき、契約締結時に真実解雇の意思を持っていなかった使用者は、この契約の約因をどのよ

うに論証するのかもしれないという理論上の問題が生ずる。もしも使用者が確固とした解雇の意思を契約締結時に持っていなかったならば、解雇しないというこの約束は全く無益であることになる。厳格な交換理論の下では、この約束が使用者をして意思を変えないよう拘束しておりそれ故この約束は無害であるという主張は、論外である。<sup>(10)</sup>もしも当事者の為した約束が、彼が為す意図を持っていない何事かをしなないことを約束するものであるならば、裁判所は、これについて法的権利を認めるためには、さらに他の証拠を要求する。<sup>(11)</sup>第二の問題は、使用者の持つ解雇権を保証する理論とされた at-will の法理が、最近の解雇に関する判例の集積の中で様々な規制を加えられ、今や使用者の持つ解雇権はかつてほど強大なものとは考えられなくなっている点である。<sup>(12)</sup>この二つの問題を判例はどのように解するのであるのか。

### （一） 交換の要請

約因として有効であるためには、使用者の為す解雇権の自制が、交換的でなければならぬ。解雇権不行使が、労働者の負う競業禁止義務の合意と交換的であるかどうかのテストとして、裁判例から、三つのタイプを見出すことができる。第一は、使用者が労働者に対して実際に、「この競業禁止契約にサインしないならば、出て行って貰う。」といった、口頭の最後通牒を突きつけた場合である。第二には、口には出さなかったが使用者の態度または使用者が競業禁止契約を締結することを強要することから、解雇の脅威が推認される場合である。そして第三には、競業禁止契約に労働者が署名することが、明示黙示を問わず何の労働条件を形成しなかったにもかかわらず、使用者はこの契約に労働者がサインすることを期待し実際に解雇は為されなかった場合に、これを約因として認めたごく少数の事案がある。

一九八三年、メリーランド州最高裁判決、シムコ社対グレイマー社事件は、公然と解雇の脅威が示された典型的な事案である。グレイマー社のセールスマンだったスマスは、使用者によってこれにサインしないならば解雇すると

告げられて、雇用契約終了後の競業禁止契約を締結せざるを得なかった。この契約について、最高裁は、グレイマー社の解雇権不行使は、競業禁止義務の約因となると判断した。<sup>(11)</sup>判決は原審を支持したものの、同契約は、非良心性(unconscionability)または不誠意(bad faith)によって拘束されたものであるとの指摘を傍論でしている。この点、もしも解雇が非良心的に短期間で為されたり、あるいは、使用者の交渉が不誠意で為されたものである場合には、この競業禁止義務を使用者は強制できない可能性を示唆するものである。<sup>(12)</sup>

次に、使用者が解雇する旨の脅しを実際に口頭ではなさなかった場合には、どのように解されるであろうか。一九七七年ニュージャージー州控訴審判決、ホーガン対バーゲン・ブランドウィック社事件<sup>(13)</sup>では、労働者は、使用者から口頭で競業禁止契約に署名しないならば即時解雇する旨を申し渡されなかった。ただ、使用者は、競業禁止契約の締結を労働者に求めた際、もし署名すればその後三年間は雇用を継続するということを強調した。裁判所は、通常の労働者ならば、そのような使用者の強調から解雇される畏れが少なくとも存することを推測するとした。<sup>(14)</sup>

更に、一九八〇年テキサス州控訴審判決、ガルシア対ラレド・コレクション社事件<sup>(15)</sup>では、五年にわたって被控訴人会社のマネージャーを勤めた控訴人が締結した競業禁止契約の効力につき、裁判所は約因の存在を認めた。本件では、使用者は当該労働者に競業禁止契約に同意するよう求めた際に、契約の実行が雇用継続の条件であるとはしなかった。しかし労働者は、全ての管理職はこの契約に署名することを期待されていると告げられた。<sup>(16)</sup>本件においては、使用者が解雇の意思を持ちそれと引換に為された競業禁止契約の存立を支える約因と認めるに足る解雇権不行使の約束が存在するとみるのは、今まで述べてきた一般的な判断基準からすれば、少々難しいと思われる。<sup>(17)</sup>本件は、このような理論構成をとる事案の中では、希な事件といえよう。

このように労働者を解雇することを使用者が自制したことが、現実解雇をほめかした場合のみならず、その畏れが具体的に全く全く話題とならなかつた場合にさえも約因として認められるということは、交換理論の境界が、裁

判所にとって不明瞭になってきていることを意味すると考えられる。<sup>(10)</sup> 少なくとも雇用契約関係継続中に締結された労働者の競争禁止義務の問題については、従来の約因論で判断することが非常に困難になっていると推測される。もしも一方的な署名への期待が、相互の定型的な「誘因」に相当すると裁判所が主張し続けるならば、これは有益な議論とはいいい難からう。

## (二) Employment at-will ルールの崩壊と解雇権不行使

使用者が解雇を自制したことが、契約の効力を支える約因足り得るといふことは、使用者に対し強大な解雇権行使の自由を認めていたことと表裏一体の関係にある。この使用者の解雇権の根拠となった、at-willの法理が、近年の判例法理の中で様々に制約され、今や使用者の持つ解雇権はかなりの範囲で制限されるようになってきている。またそれ故に、使用者が雇用契約関係にある労働者に対して、競争禁止契約の締結を求める場合が増加しつつあるともいえる<sup>(11)</sup>。しかしながら、at-willルールは、このような雇用契約に基づいて生起する法律問題を考える際に、すでに過去のものとして無視できるのであろうか。その効果がかつてほど強力でないことは認め得るにしても、現在の雇用契約の理論構成の中で、どのように解され、どのように位置づけるべきかは、難しい問題である。交換理論の下では、使用者はこのルールに基づく解雇権を行使し得ることは、無視できる要素ではない。

労働市場の流動性が存する場合、労働者は、ある使用者との間の雇用関係継続中に得られた情報・重要な人間関係などを手にして、次の職に変わっていく。労働者の負う競争禁止義務はまさに、いかに短期の雇用関係であろうと労働者が得られるかもしれない、このような利益との引換なのである。競争禁止契約が近年、とみに論じられるようになったのは、まさにこのような雇用関係の要素の変容が、使用者をして、労働者側からの誠意を取り付け、労使間の新たなポリシーを築こうとさせたためと解せよう。こう考えるならば、雇用契約締結時における使用者から労働者へ

の競業禁止契約締結の要求は、全面的に否定できるものではない。

だがしかし、すでに雇用関係にある労働者に対して現使用者が要求する競業禁止契約の締結に関しては、裁判所はその実効性を容認するにあたり消極的である。使用者の持つ解雇権が、多少抑制的になっているにせよ存在する以上は、その力を背景に締結される競業禁止契約に対して、消極的に解する方がより良い結果を生むと考えられるためである。このような雇用契約関係における *at-will* ルールの解釈は、いまや、場合により解雇権は行使できないという、使用者の義務を生み出す結果となっている<sup>(81)</sup>といえるのではなからうか。

(10) 前掲注(18)参照。

(102) *See, e.g., RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACT § 71.*

(103) *Hammer v. Sidway, 27 N.E. 256 (N.Y. 1891).*

事案そのものは、かつて伯父が言った、「二歳の誕生日まで酒、タバコ、カード・ビリヤードに賭けること、罰あたりな口をきくことをしなかつたならば、五千ドルを与える」という約束に対して、この条件を充たした甥が、その後の伯父の死にあたり遺産執行人に対してその支払を請求したケースである。

(104) *Leibman & Nathan, supra note 20, at 1523.*

(105) *Hammer v. Sidway, supra note 103, at 257.*

(106) *Research & Trading Corp. v. Powell, 468 A. 2d. 1301 (Del. Ch. 1983).*

(107) *Id. at 1305.*

(108) このような能力 (power) について、ホフフェルドは、法的な能力をいい、権利義務に関する無能力の対置概念で、法的関係を変更する能力を包含すると説明している。

*Hoffeld, Some Fundamental Legal Conceptions As Applied In Judicial Reasoning, 23 YALE L.J. 16, 44-52 (1913).*

(109) 第二次契約法リステイトメントは、第七条コメントd、イラストレーション9で、「喫煙の自制は、もしそれを交換するならば、反対約束として約因であるとしてゐる。See, RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACT § 71 comment d, illustration 9. しかしながら同第七五条は、約束の交換は、ただ約束された履行が約因となる場合たのみ約因たる」といふ。See, *Id.*, § 75.



(110) 例として、ホーガン対バーゲン・ブランズウィック社事件では、裁判所は、万一労働者が提示された競業禁止契約にサインしなかった場合には、即時解雇の恐れがあると口頭で告げられることは、雇用契約終了後の契約を有効とするに必要な約因ではないとした。しかしながら、同時に裁判所は、労働者が競業禁止契約にサインするという結果は、使用者の行為を推認させ得るとも言う。

*See Hogan v. Bergen Brunswick Corp., 378 A. 2d 1164, 1167 (N.J. Super. 1977).*

但し本件においては、それにもかかわらず、交換理論の下で右のような推定は決定的な要因とは考えられず、労働者は、解雇が差し迫っていなかったこと及び、それ故彼の為した競業禁止契約は、法技術的には無償であると論証することができた。

(111) 前掲注 (18) 及び (19) を参照。

(112) *Sinko Inc. v. Graymar Co., 464 A. 2d 1104 (Md. 1983)*. ヌミスは契約締結時、妻が出産間際でも解雇されてやっつけられる状態ではなかった。契約は、雇用関係終了後一年間、ホルティモア市の周囲五〇マイル以内での競業を禁ずるものであった。その後、十年して、彼はグレーマー社の同僚と共に独立、シムコ社を設立した。これに対し、グレーマー社がその営業差止めと、損害賠償を求め、第一審で勝訴した。本件は、その上告審である。

(113) *Id.* at 1107.

(114) *Id.*

(115) 前掲注 (11)。

(116) *Id.* at 1167.

(117) *Garcia v. Laredo Collections, Inc., 601 S.W. 2d 97 (Tex. Civ. App. 1980)*.

(118) *Id.* at 99.

(119) *Leibman & Nathan, supra note 20, at 1524*.

(120) *Id.* at 1526.

(121) *Id.* at 1527.

(122) *Id.*

## 五、判例にみる「過去の約因」論の克服

前二節において、判例上問題とされた典型的な事案と、そこで論じられた契約理論上の問題点について検討を加えてきたが、最後に、この二つの視点に関連するもう一つの、理論上の問題点について検討する。

使用者は、雇用継続の約束であれ、解雇権の不行使であれ、当初の雇用契約において、労働者が契約終了後の競業禁止義務を設定するに充分な利益を提供したと主張する。これに対し、労働者側から問題とされた、理論上の論点は、「過去の約因 (past consideration)」であった。典型的な英米契約法によれば、約因は、契約成立時における履行行為すなわち現行の約因であるか、または将来履行するという約束つまり将来の約因であることを要し、過去の事柄であってはならないとしていた。つまり、過去の約因は約因を構成しないと考えられてきた。<sup>(123)</sup> この理論をそのままに追求するならば、雇用契約終了後の労使間の競業禁止契約については、既に同契約締結前に使用者から提供された利益は、過去の約因として扱われ、当該労働者の負う競業禁止義務は見返りとなる報酬が無いことになってしまう。つまり理論上は、雇用契約締結一年後に競業禁止契約にかかる合意を取り付けた使用者は、そこに存在すると主張する雇用継続あるいは解雇権不行使ではない、新たな実体のある約因を示さなければならないと解されるのである。<sup>(124)</sup> 古典的契約理論では、交換は同時発生的でなければならない。約束やその約束のための約因は、相互に典型的な誘因として提供されなければならないとされる。<sup>(125)</sup>

もちろん、アメリカにおける契約法は過去の約因については、既にいくつかの法的例外を認めてきた。<sup>(127)</sup> 過去の利益を受領したことに基づく約束しか存在しない場合でも、様々な法理により、例外的にそれを約因として認めるルールが形成されている。<sup>(128)</sup> 例えば、従前の金銭支払債務 (antecedent debt)、<sup>(129)</sup> 道徳的約因 (moral consideration)、<sup>(130)</sup> さらに約束者の要求前に為された何らかの行為たる約因<sup>(131)</sup> などである。しかし、本稿で考察する雇用契約終了後の労働者の競業禁止

義務に関して、そこで見受けられる過去の約因が、これらの法理にそのまま当てはまるとはいい難い。このような労働者の競争禁止義務をめぐる裁判例の中で、この問題はどのように論じられているのか以下考察する。

ペンシルヴァニア州最高裁一九七四年判決のゴッタス事件<sup>(13)</sup>では、労働者は、雇用契約関係に入って一年後に競争禁止契約の締結を求められ、これに署名した。しかし、彼の *at-will* 契約の労働者の地位には変わりがなかった。裁判所はこの点につき、実効性を認めるには新しい約因が必要であるとされた。これに対し、マンデリノ判事は、もしも最初の雇用契約が、雇用と、競争禁止という二つの約束の双方で支えられるならば、なぜ雇用契約後の競争禁止契約は、雇用継続または解雇権不行使の約束をさらに要するのかという疑問を提起した。つまり彼が疑問としたのは、雇用契約の締結時にそれと引換に競争禁止契約の締結を求めた使用者は、その雇用契約を約因として認められるのにもかかわらず、雇用関係に入った後に競争禁止契約の締結を求めた使用者は、現存する雇用関係の他に新たな約因を要求されるのでは、理論上の統一が図られていないと見られる点であった。一般的に裁判所が、このような現存の契約を修正するため新たな約因を要求することに積極的なのは、おそらく、契約の修正を強制することを安易に許すことへの恐れから来るものと解されている<sup>(13)</sup>。第二次契約法リステイメントにおいても同様に、第七三条コメント a は、約因である現存の義務の履行を否定することに対して、疑念を提示している。

このような *at-will* による雇用関係下で締結された契約終了後の競争禁止契約における、新たな約因の要請に関しては、以下の三点を問題としなければならない。第一には、単なる *at-will* の雇用継続は約因足り得ないこと。第二には、書面による契約の変更すなわち競争禁止契約の新設は、強制あるいは非良心的と解されること。最後に、そのような強制または非良心性は、交換理論を通じて取り扱われることである。

第一の点について、ウィリントン教授は継続された雇用が約因になり得るのは、双方的契約としては有効と解されなかった契約が、有効な一方的契約として創造される過程を通してであると主張する<sup>(14)</sup>。多くの裁判所は、このウィリ

ストン教授を引用して、双方的契約に欠陥があった場合には、それを一方的契約に転化させてしまう<sup>(18)</sup>。この点について、このように幻影と見える契約の解決方法として、一方的契約の理論を用いることを支持する学者もある<sup>(19)</sup>。この論文は、交換理論に固執する限り大きな不均衡を抱えざるを得ない点を指摘し、さらに近年の雇用契約終了後の競業禁止契約をめぐる裁判例の動揺を指摘する。だが、本論文に対しては、反対意見も提起されている。その理由は、①労働者の競業禁止契約は、使用者の雇用継続を提供する行為と交換して、示されると擬制されること。しかしながら、この擬制は、約束は拘束力がありまた本人の行為はそれに応じて左右されると、信じている典型的な労働者の意思に合致しない。②この擬制は、競業禁止義務の合意を設定するにあたり、使用者の威圧に優越している、確立した地位のある労働者を保護するには役立たないこと。③一方的契約のアプローチは、結局のところ、分離して同時に存在する交換を要求する交換理論の分析を残存させている。④徐々に一方的契約として生成されると見ると、双方的契約モデルが規定するよりもさらに不明瞭な経緯をたどるといふ四点である<sup>(20)</sup>。

ゴッタス事件においてマンデリノ判事が、競業禁止契約締結の時期が先後することによって、約因の成否に異なる結果が生ずる点を批判するのは、まさにこのようなウィリストン教授の考えを、安易に拡大する裁判例への批判に他ならない。この点につき、フリード教授は、*Parsons* の雇用契約の初めにおいて得られるものは、チャンスであるという<sup>(21)</sup>。つまり、雇用契約関係が継続した後には、そのチャンスは、理論的解釈としては消滅してしまう。このような事案における労働者には、リスクを負う動機や、彼の長期に亙る雇用を保障されたことはほとんどない。契約当事者は、同一期の約束に強制力をもたせることはすんでしても、その時期が既に過ぎ去った場合には、その約束に強制力を持たせようとはしない。このようにマンデリノ判事が指摘した問題は、雇用契約の始期か雇用関係中かという相違ではなく、むしろ強制できる約束と、強制できない約束との間に存する相違なのであるという<sup>(22)</sup>。この点コービン教授は、当事者の意識としては、約因のない約束を強制されることよりも、新しい約束を強制することを拒否さ

れる方が、よりショックが大きいと考えているようである。<sup>(16)</sup> 第二点については、一般的に使用者が、書面による競業  
 禁止義務契約の締結することに合理的な理由があっても、変更が強制とされる畏れは、多くの裁判例において見受  
 けられる。

それでは、雇用関係に入った後の労働者の雇用契約終了後の競業禁止契約が、「過去の約因」論を越えて、有効と  
 解されるために、裁判所はどのような理論構成を用いるのであろうか。

裁判例上見受けられる第一の類型は、裁判所が実際の競業禁止契約締結日ではなく、雇用契約開始日にその競業  
 禁止契約も締結されたものとして、併合して考える方法である。この「併合 (Merge)」理論が用いられた例として、一  
 九八四年のセントラル・アジャストメント・ビューロー対イングラム事件を挙げる。<sup>(17)</sup> 被告は雇用された数日後に競業  
 禁止契約を締結した。しかし、彼らは既にその開始日より前からこれについて協議し、合意に達していたことが  
 事実関係からうかがえた。<sup>(18)</sup> 下級審は、このような合意は約因を欠くと判断したが、テネシー州最高裁は、この下級審  
 判決を破棄し、このような合意については、同時または、ほんの短期間の違いでなされた約束であるから、本来の雇  
 用契約の一部分をなしており、有効な約因として認められるとした。<sup>(19)</sup>

次に裁判所が用いる理論は、「失効 (Rescission)」理論である。これは、最初の契約が後の契約締結によって失効し  
 たものと解し、当初の契約上の義務の拘束から当事者を逃れさせ、新たな契約関係に入ったものと解するものである。  
 この理論は実際のところ、ほとんどの学説によって否定されている。なぜならば、この理論は、前置される義務に関  
 するルール<sup>(20)</sup>に対する潜脱理論であると解されるからである。しかしながら、ケンタッキー州のみは、この判例理論を  
 用いる。ハイドン・フード・サービ社対ウォーターカー事件<sup>(21)</sup>では、雇用されてから四年後に、書面による競業禁止契約  
 を締結した事案であった。最高裁は、以前に労使間にどのような雇用が存在していたにせよ、この競業禁止契約の締  
 結により、前の契約は取って代われ、雇用関係継続中の競業禁止契約は、この意味で、新たな雇用契約を締結する

のと同様であるとした。<sup>(147)</sup> しかし、このようなケンタッキー方式の理論構成は、無益ではなからうか。本件では、雇用関係に入って既に四年も経過した労働者が、新たに雇用された者と変わらないというのは、擬制にすぎない。ここまで、虚構を用いて交換理論を成立させようとすることは、かえって法的な信頼性を損なう。

第三は、書面を代用する方法である。書面は、少なくとも何らかの要素を代弁するものと言えるのではなからうか。例えば、統一商法典は、有効な商人間の約束は、書面として提示された場合のみ、その効力が生ずるとしている。<sup>(148)</sup> ヘイズリアルビオン社対クベルスキー事件<sup>(149)</sup>では、*at-will*下の労働者が、雇用開始後一週間して、トレード・シークレットについて明示されないまま、契約に署名した。<sup>(150)</sup> ミシガン州では、現存する契約も、書面により修正される限りは、有効かつ自由に契約内容が修正できた。<sup>(151)</sup> 本件でも、競業禁止契約は有効と解された。<sup>(152)</sup>

このように、裁判例は法理論上「過去の約因」論を克服するために様々な努力をするようである。だがしかし、これらの法理論上の擬制は、現実の雇用契約関係を捉え、整理する理論として有用なものであろうか。理論のための理論に終わってしまう危険性はないのであろうか。雇用契約締結後に結ばれる雇用終了後の競業禁止契約の効力をどのように解釈すべきかという、当初の問題に対しては、この「過去の約因」論は、その分析あるいは、理論形成に有用とは言い難いではなからうか。ここにも、現代的問題に、かつての精緻な理論を当てはめようとするのが、時としてかえって現実から遊離させる結果を招く状況が窺えないだろうか。

(123) See, J. CALAMARI & PERILLO, *supra* note 6, §§ 5.1-5.2 at 247-49. See, E. A. FARNSWORTH, *supra* note 6, § 2.7 at 52-54.

(124) Leibman & Nathan, *supra* note 20, at 1528.

(125) 例えば、キルモア教授の著書を参照。G. GILMORE, *supra* note 4, at 20.

(126) ポズナー流に言えば、交換を通じて余剰を創出し、自由な企業体系を促進する為の機能を提供する約因という観点からは、<sup>(127)</sup> 同時に同時発生的であることが、重要であるところ。A. KRONMAN & R. POSNER, *THE ECONOMICS OF CONTRACT LAW* (1979).

120) Leiman & Nathan, *supra* note 20, at 1529. 参照。

(121) S. WILLISTON, *supra* note 14, §142.

(122) このような約因論の変遷と不当利得の理論の発展との関係については、Goetz & Scott, *Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract*, 89 YALE L.J. 1261 (1980). を参照。

(123) *Id.*, §§ 82, 83. 従前の金銭支払債務とは、契約の成立以前から存在している金銭債務を意味する。つまり本来の約因論からすれば、契約成立時に既に存在していた他の金銭債務は過去の約因にすぎず、この債務を支払う旨の約束は効力を生じない。しかし、アメリカ契約法においては、契約上あるいは準契約上の法理として、従前の支払債務の全部または一部を履行する新たな約束は、その債務の履行が請求可能な場合か、あるいは出訴期限法の適用を受けない場合には、有効と解される。

(130) 道徳的約因とは、エッセイテラ上の約因とも呼ばれ、例えば、好意に対する感謝のように道徳的義務に基づく約因であると説明される。イギリスでは約因として認められないが、アメリカでは、一定の場合、これを約因として認める。See, E. A. FARNSWORTH, *supra* note 6, §2.8, at 54-61.

なお、第二次契約法リステイメント第八六条コメントaにも、道徳的債務の用語は否定するが、ただしその概念は支持される。

(131) S. WILLISTON, *supra* note 14, §144.

(132) 前掲註(8) 参照。

(133) See, Brody, *Performance of a Pre-Existing Contractual Duty as Consideration: The Actual Criteria for the Efficacy of an Agreement Altering Contractual Obligation*, 52 DENVER L.J. 433, 456 (1975).

(134) S. WILLISTON, *supra* note 14, §106, at 427-28.

(135) *E.g.* Hoyt v. Hoyt, 372 S. W. 2d 300, 305 (Tenn. 1963).

「よかへん」約因たるおむつな履行を認めない裁判例あり。

*E.g.* Olin Water Servs. v. Midland Research Labs, Inc., 596 F. Supp. 412, 415 (E. D. Ark. 1984).

(136) Note, *supra* note 20, at 1137-40.

(137) Leiman & Nathan, *supra* note 20 at 1518, n. 218.

(138) C. Fured, *supra* note 14, at 31.

(139) Leiman & Nathan, *supra* note 20 at 1536.

- (81) A. Cornin, *supra* note 57 at 373-74 (1963).
- (11) Central Adjustment Bureau v. Ingram, 687 S. W. 2d 28 (Tenn. 1984).
- (12) *Id.* at 31.
- (13) *Id.* at 33.
- (14) 同様の裁判例として、*「マサチューセッツ州最高裁判決」*、PENCOR Corp. v. Rase, 257 S. E.2d 885 (W. Va. 1979) を参照。
- (15) See Corbin, *Does a Pre-Existing Duty Defeat Consideration? -Recent Noteworthy Decisions*, 27 Yale L. J. 362. (1917).
- (16) Higdon Food Service, Inc. v. Walker, 641 S. W. 2d 750 (Ky. 1982).
- (17) *Id.* at 751.
- (18) See, U. C. C. § 2-205 (1977).
- (19) Hayes-Albion Corp. v. Kuberski 311 N. W. 2d 122 (Mich. 1981).
- (20) *Id.* at 124.
- (21) Mich. Comp. Laws § 566.1 (1970).
- (22) Hayes-Albion Corp. *supra* note 149, at 126.

## 六、結 語

以上、労働者が負う雇用契約終了後の競争禁止義務を通じて、アメリカ雇用契約の中心的要素であった約因理論がどのように解され、また修正されるのかを検討した。約因に関する一九世紀的な形式的厳格さが次第に薄れ、今日の契約法のなかで、ある場合には、その相互性の欠如を理由として、ある場合には、約因理論自体の持つ厳格さ故に自縄自縛となつて、変化せざるを得なくなつてきた状況が窺える。序論でも述べたように、当初厳格な形式主義から契約の解釈をとき放つための理論であつたはずの、約因を中心に据える交換的取引理論が、今日の社会状況の中で、次



第に硬直性をあらわにし、ある場合には、結果を考慮すると理論的に破綻せざるを得なくなる様子が理解できる。現在でも、契約法理は、その伝統的体系を捨ててはいない。したがって、契約の解釈にあたっては、その伝統的法理に則ったうえで、何等かの現代的修正を加えてゆかなければならないのである。現代アメリカ契約法理論における、約因論の根拠はどこにあるのか、あるいは、その定義はどのように解されるべきであるのかについては、非常に複雑かつ混乱した状況が提示されており、一概には論じ得ない。<sup>(133)</sup>

しかも、雇用契約に関しては、何度も述べたように、*Employment at-will*の法理が大きな影響力をもっている。つまり、使用者と労働者を同等の立場に立つ契約の両当事者であるとする前提が、幻影でしかないとするならば、その間に存在する契約の性質についても、その解釈に当たってその点が考慮されていかなければならないのである。第四節で考察したように、このような雇用慣行を、雇用契約の解釈の中にかにして取り込んでゆくかは、アメリカ雇用契約法を理解する上で必要不可欠の要素である。このような雇用契約の特殊性が、一般的契約理論の現代的修正法理とどのように絡み合い、かつ進展するのにかについては、なお様々に検討すべき問題が多い。

本稿で取り上げた競業禁止契約における約因の問題についても、学説は固まっているとは言いがたい。ある学説に拠れば、労働者の負う競業禁止契約は一方的契約<sup>(134)</sup>として構成され、その前提の下に、他の法理に拠って修正が加えられるべきであると主張されていることは、前節で述べた<sup>(135)</sup>。しかし、この主張に対しては、批判が多い<sup>(136)</sup>。契約における相互性の問題は、複雑かつ論ずるに困難な問題である。一般的契約法における契約上の義務の相互性は、雇用契約の分野においては同一の視点からパラレルに論じ得る問題なのであるか。契約のもつ相互性と、雇用契約のもつ特殊性が、どのように交錯し、どのように解決されるべきであるかについては、更に検討を加えたい。雇用契約において、一方当事者である労働者の持つ交渉力が、他方当事者たる使用者と、同等でないならば、そのバランスのとり方は、契約の解釈の中で理論的に解決されるのであろうか。それとも、契約理論を超えたところで修正されるものであろう

か。現代アメリカにおける契約法体系は、一九世紀から二〇世紀初頭にかけて作り上げられた体系に対して、様々な修正法理が生まれ複雑なものになっている。この契約法の理論的修正を検討することから、現代の雇用関係が内包する問題点が浮かび上がってくる。労働関係が、極めて現代的な契約関係であるとするならば、そこに見受けられる解積上の問題を通じて、現代社会の法構造を分析する視点を形成し得るであろう。このことは、単にアメリカ法理論における特有の課題であるだけではない。

労働者の負う競業禁止義務をめぐる紛争に関しては、契約理論上異色の抗弁の仕方が様々に提起されている。その解積をめぐるには、どのように理論づけるか問題も多い。例えば、経済的強迫 (economic duress)<sup>(153)</sup>、非良心性、不誠意、不当表示 (misrepresentation)、アンクリン・ハンズ等の種々の形態を分析しなければならない。これら、契約法上、比較的近年になって取り上げられてきた法理及び日本法の諸問題については、続稿で論ずる<sup>(154)</sup>。

(153) 雇用契約における、約因論の現代的変容については、なお続稿で検討を加える。一般的議論については、前掲注(36)に挙げた論稿を参照。

(154) 前掲注(94)及び(95)を参照。

(155) Note, *supra* note 20, at 1137-40.

(156) Leibman & Nathan, *supra* note 20, at 1518, n. 218.

(157) 前掲注(82)(83)(84)を参照。

(158) E. g., Beatson, *Duress as a Vitiating Factor in Contract*, 33 *CAMBRIDGE L. J.* 97 (1974).

(159) 前掲注(53)を参照。

(160) 雇用契約上労働者が負う義務の問題は、なお続稿でも検討を加える。日本法及び比較法としての最近の問題については、石橋洋「労働契約上の競業禁止義務」季労一六五号(平四)を参照。