

Title	アメリカ・雇用法リステイメントにおける労働者の忠実義務と在職中の競業・兼業に対する制限 (一)
Sub Title	Employees' duty of loyalty and the restriction on competition during employment & second-job in the restatement of employment law in the United States (1)
Author	植田, 達(Ueda, Tōru)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2020
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.93, No.2 (2020. 2) ,p.55- 102
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20200228-0055

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・雇用法リステイトメントにおける労働者の 忠実義務と在職中の競業・兼業に対する制限 (一)

植 田 達

- 一 序 論
- 二 雇用法リステイトメントとは
- 三 雇用法リステイトメントにおける労働者の忠実義務と競業・兼業制限
(以上、本号)
- 四 雇用法リステイトメントにおける労働者の忠実義務違反の効果
- 五 考 察

(以上、九十三卷三号)

一 序 論

(一) 本稿の背景

近年、日本では、創業や新規事業創出を通じた雇用創出・日本経済の活性化や、「働き方改革」の一環として

の柔軟な働き方の実現、労働者の主体的なキャリア形成や所得の増加、企業の競争力向上や事業機会の拡大などを目的として、労働者の在職中の兼業・副業（起業・転職準備としてのものも含む。）を促進しようとしている。⁽¹⁾ その具体的な施策として、平成三〇（二〇一八）年一月、従来厚生労働省「モデル就業規則」に労働者の遵守事項として置かれていた「許可なく他の会社等の業務に従事しないこと。」という無許可兼業禁止規定を撤廃するとともに、それに伴う副業・兼業の容認（モデル就業規則六八条一項）、事前届出制（同二項）および同一項の例外としての禁止・制限事由（同三項）を新設した。⁽²⁾ このように、労働者の兼業・副業を（捉え方によっては競業準備までも）促進する政策が推進されている。ただ、そのような政策を実行するには、それらが既存の法制度や法解釈と矛盾するものではないのか、という検討が必要不可欠である。

労働者の兼業や競業を制限する日本の法制度としては、労働者は、商法および会社法上の「支配人」に該当する場合、使用者（「商人」または「会社」）の許可なしの営業行為や競業、兼業が禁止されており、精力分散防止義務ないし競業避止義務を負う（商法三三条一項各号、会社法一二条一項各号）。特に支配人の競業禁止違反については、使用者が支配人に対して損害賠償を請求するにあたり、その競業行為によって得られた利益が使用者の損害と推定される（商法三三条二項、会社法一二条二項）。

兼業や競業の問題に関し、労働法の法解釈の問題としてより重要視されていることが、支配人に該当しなくても、一般的に労働者は、信義則（民法一条二項、労働契約法三条四項）に基づき、使用者に対してその利益を害する行為をしてはならないという誠実義務を負い、その一環として在職中の競業避止義務を負っていると理解されていることである。そのため、多くの企業が就業規則に労働者はその在職中に競業避止義務を負う旨を定めているところ、退職後の労働者を拘束する特約⁽⁴⁾とは異なり、使用者に対する誠実義務を負っている在職中の労働者に競業避止義務を課す条項は基本的に効力を有すると判断されるだろう（労働契約法七条本文など）。労働者がこの

在職中の競業禁止義務に違反した場合、使用者は当該労働者に対して債務不履行の責任追及として損害賠償（民法四一五条一項本文）を求めることができる。⁽⁵⁾ ただ、労働者の誠実義務違反は構成するものの、使用者の損害額についての立証がないことを理由として賠償責任を否定する事例もある。⁽⁶⁾

さらに、退職後の競業を予定している労働者が在職中に競業準備行為としてほかの従業員を引き抜いたり顧客を勧誘・収奪したりするという行動に出る場合がある。このような場合にも使用者は労働者に対して誠実義務違反の債務不履行または不法行為（同七〇九条）に基づいて損害賠償を請求する事例がある。ただし、競業準備は、退職後の職業活動の存在を前提としているため、労働者の職業選択の自由（憲法二二条一項）の一環としての転職の自由に対する一定の配慮が求められるという見方ができる。この点をふまえ、裁判例は、従業員の引抜きにつき、個人の転職の自由保障と企業の利益保護との要請を調和し、「その引抜きが単なる転職の勧誘の域を越え、社会的相当性を逸脱し極めて背信的方法で行われた場合には、それを実行した会社の幹部従業員は雇用契約上の誠実義務に違反したものととして、債務不履行あるいは不法行為を負う」という判断基準を示した。⁽⁷⁾ また、在職中の顧客の勧誘・収奪も、同様に自由競争の範囲を逸脱するなどして使用者に対する背信行為にあたる場合には労働者の雇用契約上の付随義務違反を構成しうる。⁽⁸⁾ なお、退職後の顧客勧誘は、正に競業行為として競業禁止特約の一類型である顧客勧誘禁止特約によって禁止されている。⁽⁹⁾ 退職後の従業員引抜きも、競業禁止特約によって禁止される場合や、不法行為責任を構成する場合があるといえる。⁽¹⁰⁾

使用者における企業秩序維持の問題として、在職中の競業にかぎらず兼業（二重就職）している労働者に対して使用者が懲戒処分（労働契約法一五条）を行い、その効力が争われる場合も多い。少なくともこれまでは、従来の「モデル就業規則」のように就業規則に包括的な無許可兼業の禁止を定め、これを懲戒事由としていることが一般的だった。この点について裁判例は、使用者に対して誠実に労働する義務を負う労働者の労務提供が不

能・不完全になる事態や、使用者がもつ企業秘密の漏洩・使用者の信用の毀損などによって企業秩序が乱される事態を防止する観点から、無許可兼業禁止規定も合理的で有効であると解しつつ、労働時間外における労働者の私生活上における自由を尊重する見地から、同規定の下で許可が必要な兼業とは、労働者の労務提供に格別の支障を来すか、使用者の企業秩序に影響が生じる態様・程度のことをいう、といった当該規定の限定解釈が行われてきた⁽¹²⁾。このような限定解釈の下で禁止された無許可兼業に該当するのは、典型的には、労務提供に支障が生じるような長時間労働を伴う兼業⁽¹³⁾や同業他社への二重就職⁽¹⁴⁾などである。ただ、同業他社への二重就職を含む競業行為については、前記のような限定解釈を行うことなく、禁止された兼業に該当すると判断されたものが多い⁽¹⁵⁾。従業員引抜きなどの競業準備についても、限定解釈なしに懲戒事由に該当すると判断されることがある⁽¹⁶⁾。

退職後に競業した労働者に対しては、使用者が（競業禁止義務違反そのものの効果としてではなく）退職金規程に定められた支給条件に基づき、退職金の全部または一部を支給しないことにする（または、支給後に不支給事由が判明するなどして支給済みのものについて不当利得（民法七〇三条）の返還を求める）という対抗手段をとる場合が少なくない。労働者が在職中に競業行為そのものや競業準備を行った場合にも、当該労働者を懲戒解雇したうえで、または懲戒解雇事由に相当するとして、退職後の競業と同様にその退職金の不支給という手段がとられる場合がある。退職金を不支給にすることができるといえるかどうかにつき、裁判例は、多くの退職金について賃金後払的性格とともに功労報償的性格をも併有することを指摘し、在職中と退職後とのいずれかにかかわらず、労働者の行為がその過去の勤続の功労を抹消ないし減殺してしまうほどの著しく信義に反する行為（背信行為）があった場合に過ぎ、当該退職金の全部または一部を不支給にできる、と不支給事由を限定解釈している⁽¹⁷⁾。

前記の「モデル就業規則」改定自体は、何ら法的な拘束力をもつものではないが、兼業・副業の原則的容認と例外的な禁止・制限事由は、これまでの裁判例の解釈を前提とするものである⁽¹⁸⁾。したがって、裁判例や「モデル

就業規則」ではなお未解決となっている競業差止め（改正前民法四一四条三項、改正民事執行法一七一条一項二号参照）の可否や競業などによる損害の立証と認定のほか、裁判例が行ってきた限定解釈や「モデル就業規則」の禁止・制限事由による兼業・副業に対する制限の限界などが今後の課題となりうる。

一方のアメリカでは、日本で副業が推進されようとしている前記のような背景とは異なり、困窮する労働者層が生計を維持する手段として副業・兼業を行っているという実態があつてそれが広く認識されている。¹⁹⁾ これを受け、労働者の競業行為や競業準備行為、兼業・副業に関し、より活発に議論されており、各州の判例法でもそのルールが形成されている。²⁰⁾ このルールは、主として労働者の忠実義務（duty of loyalty）から導かれており、労働者が使用者に対して負う広く一般的な義務ないし第一次的な役務提供そのものではない義務という点において、前記の誠実義務に近似する概念といえそうである。²¹⁾ そのため、アメリカの忠実義務の解釈は、日本における労働者の誠実労働義務に対して一定の示唆を与えうるだろう。アメリカでは、これらに関するルールは州によって異なるが、そのルールの違いをふまえて雇用法リステイメント（RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW）²²⁾ も労働者の忠実義務や労働者の競業・競業準備、兼業・副業に関するルールを述べている。

（二）本稿の検討対象と構成

本稿では、二〇一四年に策定され、翌二〇一五年に刊行されたアメリカの雇用法リステイメントを素材に、²³⁾ アメリカにおける信託（fiduciary）および黙示的な契約（implied contractual）に基づく忠実義務を根拠とする在職中の労働者による競業行為・競業準備行為や兼業・副業の制限とそれに対する規制について検討する。²⁴⁾ 具体的には、アメリカ労働法における雇用法リステイメントそのものの位置づけをふまえつつ、労働者の忠実義務と在職中の競業・競業準備および兼業・副業に関連する条項の試訳を行うとともに、アメリカでの一般的（とされ

ている) 理解を考察する。

本稿の検討対象となる「競業」や「兼業」などの概念に関しては、在職中の労働者による業務外における活動態様としてさまざまなものがありうるが、大まかに次のように分類できよう。すなわち、在職中の労働者による、①使用者の同業他社において役務を提供する(自ら営業するか、役員任用・委任、雇用などの契約に基づき当該同業他社に対して役務を提供するなど)。「競業行為」、②近い将来における使用者との同種事業・競合事業の独立開業または使用者の同業他社への移籍・転職に向けた、顧客勧誘・労働者引抜きなどの「競業準備行為」、③使用者の同業他社ではない会社において役務を提供する(前記①同様、自ら営業するか、契約に基づいて当該会社に対して役務を提供するなど)。「兼業」・「副業」(second job / moonlighting) に分類することができる。本稿ではこの分類を前提に検討を進める。

本稿では、まず、アメリカにおけるリステイトメントがどのような性格や機能を有する文献なのか、そのなかでも雇用法リステイトメントは、労働法分野のうち、どのような事柄を記述しているのかを確認する(本稿第二章)。次に、雇用法リステイトメントでは、労働者の忠実義務がどのような根拠から発生し、それが労働者のどのような行為を制限しているのか(本稿第三章)、さらに、それに違反した場合にどのような法的効果が生じるのか(本稿第四章)を順次検討する。そして、それらをふまえて日本法との比較を試みたい(本稿第五章)。

二 雇用法リステイトメントとは

(一) アメリカにおけるリステイトメントとは

そもそもアメリカにおける「リステイトメント」とは何か。リステイトメント(法の再述 RESTATEMENTS OF THE

「Law」とは、アメリカにおける判例法を、条文の形で、正に「再び記述する (restate)」文献であり、アメリカ法律協会 (ALI: America Law Institute 以下「ALI」という。⁽²⁵⁾) が、その最も伝統的な事業としてその策定事業を行っている。アメリカはコモンローの法体系の下で判例法主義を採用し、多くの事項が州法によって規律されているが、その州ごとの判例法の違いから混乱が生まれている。判例法を明確に定式化することでこれを解消するために作られたのがリステイメントである。⁽²⁶⁾ リステイメントは、判例法が法源として重要になっていく分野について、各法分野の第一人者 (裁判官・弁護士・研究者) が、各州の判例を整理し、多数の州法で採用されている判例法準則 (または、時としてあるべき法) を「ブラックレター (Black Letter)」と呼ばれる条文の形式で記述している。さらに、その記述には、当該記述の内容や理由を説明する「注釈 (Comments)」、具体的事例においてどのように当該記述が適用されるのかを説明する「設例 (Illustrations)」、当該記述の歴史を示したり当該記述を導いた判例を引用したりする「起草者注記 (Reporters' Notes)」なども付されている。そして、各リステイメントはほかの法分野のものとの一貫性が保たれるように策定される。⁽²⁷⁾

もともと、ALI自体は民間団体であり、リステイメントは立法府によって策定されるものではないため、制定法のように法源としての拘束力を有するものではなく、二次資料 (secondary source) に過ぎない。もともと、不法行為法 (Torts) や契約法 (Contracts) を中心に、実際の訴訟において裁判所の意見のなかでリステイメントが引用されていることは多々あり、裁判所の判断に対して事実上の影響を与えているとともに、アメリカ法の統一および発展にも一定の役割を担っている。⁽²⁸⁾

第一次リステイメント策定は、ALI設立とともに一九二三年に開始されて一九四四年まで行われ、第二次リステイメントは一九五二年から一九八六年まで、第三次リステイメントは一九八七年以降に、それぞれ策定されている。⁽²⁹⁾ さらに、二〇一八年には第四次アメリカ外国関係法 (Foreign Relations Law of the United States)

リステイトメントが発刊されている⁽³⁰⁾。そして、「雇用法 (Employment Law) のリステイトメントは、第三次リステイトメントにて初めて策定されたものである。しかし、雇用法リステイトメントが「第三次雇用法リステイトメント」という名称を与えられていたのは草稿段階までである⁽³¹⁾。その後 ALI でこの付番の方針が改められた⁽³²⁾ため、最終的に「第三次 (Third)」という部分は削除された。

(二) 雇用法リステイトメントの目的と内容

雇用法リステイトメントはそれがきのなかでその策定の契機に触れている。それによれば、二〇〇〇年三月にニューヨーク大学の Samuel Estreicher 教授が、雇用法リステイトメントについての初期の提案を行った時に、代理法 (Agency)、不法行為法、契約法、不正競争法 (Unfair Competition) など、ほかの法分野のリステイトメントにおける雇用問題の取扱いだけではもはや不十分となっていると述べた。その主な要因として、民間企業における団体交渉の衰退、随意雇用 (at-will employment) の例外の拡大、雇用関係の性質の変化、労働者のプライバシー権および雇用終了後の競争制限に対する長期的な注目が高まっていることを指摘した。そして、はしがきには、雇用法リステイトメントは、弁護士と裁判所向けの必要不可欠な手引きを提供するための権威のある文書として刊行されたものだ⁽³³⁾と述べられている。この雇用法リステイトメントは、二〇一四年五月の年次会議で最終承認を経た。

また、起草者でもあった同教授らは、雇用法リステイトメント策定事業の「目標は、法を記述し、明確化し、調和し、現代化することであり、特定の方向に実質的に修正することではなかった。それは『すべきはない』活動だった。我々は立法過程の補佐官でも立法府のメンバーでもなかった。我々は、雇用法がこうあるべきだと考えたものに個人的な刻印を押しそうとしたのではなく、可能なかぎり、統一的で一貫した法を記述しようとした。

もちろん、起草者は単なる代書人でもない。五〇州の法を記述し、要約し、明確化するには、選択を行わなければならない。我々は、より良く、より賢明な選択をしようと努めた。主要な目標は、五〇州における雇用法の決定版に共通の用語と枠組みを与えるとともに、全国の裁判官や弁護士にとって機能し、アクセスできる、判決から解明された原則の公式を提示することだった」と述べている。⁽³⁴⁾

これに対し、アメリカのレーバー・ロー・グループ (Labor Law Group)⁽³⁵⁾ は、A L I の雇用法リステイトメント策定事業に反対していた。その理由として、他分野にはない雇用関係の特性としてしばしば労使間に交渉力格差がある上、現在の経済構造の変容に伴ってその関係も変化していることから、雇用法のリステイトメントは、望ましくない形で法を「凍結させる」に至り、法の発展を萎縮させるなどの悪影響を及ぼすという懸念があったこと、⁽³⁷⁾ 雇用法と労働法は一貫した構造や理論的基盤に欠けているので、雇用法および労働法 (Labor Law) については、A L I の事業として、「リステイトメント」ではなく、まずは、雇用法・労働法、連邦法・州法、集団法・個別法、憲法・制定法・コモンローについて法の原理と目的を發展させる「法の原理 (Principles of the Law)」を策定するべきであることなどが挙げられた。⁽³⁸⁾

法の「凍結」になるという前記批判に対し、一九七〇年代、一九八〇年代の後は、労働法分野における州のコモンローは、有意義なリステイトメントが策定できるほどに十分に安定しており、一二年以上にわたる雇用法リステイトメントの策定過程のなかで、各章の草案には大幅な変更が加えられたが、それらの変更には判例法の新しい展開があったことを理由とするものはなかった、と説明されている。⁽³⁹⁾

雇用法は制定法とコモンローとが混在する法体系であるところ、雇用法リステイトメント策定プロジェクトの対象とされたのは雇用法のコモンローのみで、制定法は対象となっていない。⁽⁴⁰⁾ 雇用法リステイトメントは、次の内容を記述しており、その全体の規定数は六〇である（カッコ内は各章における規定数）。

- 一章 雇用関係の存在 (四)
- 二章 雇用契約・終了 (七)
- 三章 雇用契約・報酬および給付 (五)
- 四章 労働者に対する不法行為による損害に関する使用者の責任の原則 (六)
- 五章 パブリックポリシーに違反する違法な解雇による不法行為 (三)
- 六章 名誉毀損、不法な妨害および不実表示 (六)
- 七章 労働者のプライバシーおよび自主性 (八)
- 八章 労働者の義務および競業禁止特約 (一一)
- 九章 救済 (一〇)

本稿では、以上のうち労働者の忠実義務に基づく競業または兼業・副業の制限について記述している規定について検討を加える。まず、労働者の忠実義務の内容を記述した雇用法リステイトメント八章の八・〇一条および在職中の労働者による現使用者に対する競業について記述した同章の八・〇四条について検討する(本稿三章)。次に、労働者に忠実義務違反があった場合の使用上の法的手段について記述した同九章の九・〇七条ないし九・一〇条について検討する(本稿四章)。

三 雇用法リステイトメントにおける労働者の忠実義務と競業・兼業制限

(一) 忠実義務の根拠(八・〇一条a項)

雇用法リステイトメント八章は、労働者の忠実義務、競業禁止特約 (Restrictive Covenants)、営業秘密 (Trade

Secrets)、職務発明 (Employee Inventions) について記述している。⁽⁴¹⁾ そして、同章の冒頭に忠実義務についての記述を置くこと⁽⁴²⁾ によって特に忠実義務を重要視しており、⁽⁴³⁾ その冒頭の規定である八・〇一条は、a 項において、次のとおり、労働者の忠実義務についての基本的な内容を記述している。

八・〇一条（使用者に対する労働者の忠実義務）

(a) 使用者との信用 (Trust) および信頼 (confidence) に基づく地位にある労働者は、その雇用に関連する問題について、信認忠実義務 (fiduciary duty of loyalty) を使用者に対して負う。使用者の営業秘密を保有するに至ったその他の労働者は、当該営業秘密に関し、限定的な信認忠実義務を負う。さらに、労働者は、当該雇用上の地位の性質に応じ、その雇用に関連する問題について、黙示的な契約上の忠実義務 (implied contractual duty of loyalty) を使用者に対して負うことがある。

(b) (略)

(c) 労働者の忠実義務は、五章に定められ、雇用法そのほかの法に基づく労働者の権利および責任、ならびに、規制当局と協同する法に定められるあらゆる権利および特権と一致する方法で解釈されなければならない。⁽⁴⁴⁾

この a 項によれば、使用者に対する忠実義務を負う労働者には、①使用者との信用および信頼に基づく地位にある労働者、②使用者の営業秘密を保有するに至った労働者、⁽⁴⁵⁾ ③その雇用上の地位の性質に応じて黙示的な契約上の忠実義務を負いうる労働者の三類型がある。そして、それぞれ、①雇用に関連して信認忠実義務、⁽⁴⁶⁾ ②当該営業秘密に関して限定的な信認忠実義務、③雇用に関連して（信認性のない）忠実義務を負う。

これまで労働者の忠実義務については、第三次代理法リステイトメント (RESTATEMENT (THIRD) OF AGENCY) において、全ての労働者を代理人 (agent) とみなし、それゆえその全てに使用者に対する忠実義務を負わせる（そ

のうえで、労働者の地位や、労働者に利用権限がある使用者の財産の性質、労働者の業務に要求される裁量の度合いなどによってその具体的な内容は変わる）、という立場がとられていた。⁽⁴⁷⁾これに対し、雇用法リステイメントでは、代理法などの理解は、当該労働者が前記①ないし③のいずれに該当するかを判断するための事実関係の分析に代わりうるものではない、と理解している。⁽⁴⁸⁾この点について、従来は雇用関係において忠実義務を定義する最小限の法しかなかったところ、雇用法リステイメントによって、全ての労働者が代理人として使用者に対する忠実義務を負うという一般的な代理法理から重要な新発展がもたらされた、という指摘がある。⁽⁴⁹⁾雇用法リステイメントは、前記①ないし③の分類のように、労働実態のより細かく、より常識的な分析の下で、忠実義務の一般論のみに終始せず、労働者の地位などに応じた個別的な忠実義務論を展開した、という趣旨であると解される。⁽⁵¹⁾

アメリカにおいては、会社で労働者 (employee) として活動する者は、最高執行責任者 (chief operating officer) からルーチンワークに従事する低所得従業員までおり、⁽⁵²⁾それらは、裁量に伴う責任・業務や、会社・営業に関する知識の保有、使用者に損害を与えうる地位などの点でさまざまである。八・〇一条 a 項に記述されている忠実義務は、厳格な管理・監督に服する労働者や、業務上の責任を果たすなかで重要な決定権限が与えられていない労働者など、一般従業員 (rank-and-file employee) にはほとんど適用がない。⁽⁵³⁾①「使用者との信用および信頼に基づく地位にある労働者」とは、実質的な決定権限を行使するとともに、管理・監督・専門そのほか高度に熟練された職責を実行するにあたって厳格な監督に服していない労働者である。⁽⁵⁴⁾その典型としては、公開会社の上席執行役員 (senior executive officers of public companies) や使用者を代表して取引の交渉を行う役員でない労働者、投資銀行家や有価証券仲買人として働く労働者などがある、と考えられている。⁽⁵⁵⁾そして、信認忠実義務を負う前記①および②の労働者に該当しなくても、もし当該雇用上の地位により使用者の財産を不正使用したり自己契約に携わったりする機会が与えられるようであれば、③黙示的な契約上の忠実義務を負うことがある。⁽⁵⁶⁾

③ 黙示的な契約上の忠実義務を負う労働者としては、たとえば、信認義務に従う信用および信頼に基づく地位になく、使用者の営業秘密へのアクセス権限も付与されていないが、従業員割引の利用につきある程度の裁量権をもつ労働者は、使用者の財産の不正使用によって、自己の利益を凶るために当該従業員割引を使用しないという黙示的な契約上の義務を負う、という理解が設例として挙げられている⁽⁵⁷⁾。

労働者の忠実義務の正確な外延は、労働者の義務の範囲そのほか雇用の状況によって決せられるものである⁽⁵⁸⁾。また、労働者の忠実義務は、絶対的なものではなく、c項で述べられているとおり、忠実義務は、労働者が職業人の一員として、また、一般国民の一員として、もっている権利や特権、負っている義務と一致する方法で解釈されなければならない⁽⁵⁹⁾。その権利のなかには、会社内でまたは公的機関に対して使用者の不正を適切に通報した場合に使用者による報復的解雇から守られるという五章に基づく権利が含まれる⁽⁶⁰⁾。すなわち、労働者による適切な内部通報は使用者に対する忠実義務に違反するものではない。

労働者が忠実義務に違反した場合、使用者は、当該労働者に対して解雇を含む懲戒を行うことができるほか、信認忠実義務に違反した者（前記①および②⁽⁶¹⁾）に対しては、不法行為法上または信認上の救済（九・〇九条および九・一〇条）を、黙示的な契約上の忠実義務に違反した者（前記③）に対しては、契約上の救済（九・〇七条および九・〇八条）を、それぞれ得られる⁽⁶²⁾。

雇用法リスティメントでいう「忠実義務」は、信認関係（fiduciary relationship）からだけでなく、広く契約関係からも生じうる付随的義務と解されており、信認性を前提としない忠実義務というものも観念されている⁽⁶³⁾。ここでの信認性は忠実義務の発生根拠を特定し、その義務内容を画定する機能を営んでいる。さらに、信認性は、後記の利益の吐出し（九・〇九条d項）などの特別の救済を認めるという形で、救済を強化する意義もある。このような信認性に関連し、雇用法リスティメントの忠実義務をめぐって次のような議論がある。労働者に信認

忠実義務を課そうとする個別労働契約や一方的な規則 (statement) の効力という問題は、雇用法リステイトメントでは言及されていないところ、個別労働契約の条項により伝統的な信認義務を排除することに対しては慎重論がある⁽⁶⁵⁾。また、一般的な信認義務の内容として、受認者は受益者に対して情報開示義務も負うと解されているが、情報開示も雇用法リステイトメントでは記述されていない⁽⁶⁶⁾。この点につき、多くの労働者は使用者に提供するべき重要な利益に関する情報をもち合わせていないため、信認忠実義務を負わない労働者は、使用者にとって影響力のある情報の提供も含めて情報開示義務を使用者に対して負わないであろうことが指摘されている⁽⁶⁸⁾。

(二) 忠実義務違反の態様 (八・〇一条 b 項)

次の八・〇一条 b 項に記述されているとおり、労働者の忠実義務違反には以下の 1 ないし 3 の三つの態様があることが示されている。前記の同条 a 項のルールに従って忠実義務を負う労働者はこれらの行為が禁止される。

八・〇一条 (使用者に対する労働者の忠実義務)

- (b) 次の行為があった場合、労働者はその忠実義務に違反する。
 - (1) 雇用関係の終了後も含めて、使用者の利益に反するあらゆる目的のための、使用者の営業秘密 (八・〇二条において定義される。) の開示または使用 (八・〇三条)
 - (2) 使用者によって雇用されている間の使用者との競業 (八・〇四条)
 - (3) 使用者における当該労働者の地位の利用による使用者の有形無形の財産の不正使用 (misappropriating) またはそのほかの自己取引 (self-dealing) への従事⁽⁶⁹⁾

1 使用者の利益に反する目的での営業秘密の開示・使用（退職後も含む）（八・〇三条a項）

雇用法リストイトメントでは、使用者の営業秘密（「秘密情報（confidential information）」は含まれない。⁽⁷⁰⁾）の保持も忠実義務（信認忠実義務）の内容となっているが、アメリカで営業秘密保護のために重要な役割を果たしてきたのが統一営業秘密法（UTSA：Uniform Trade Secrets Act）⁽⁷¹⁾である。同法は、統一州法委員会全国会議（NCCUSL：National Conference of Commissioners on Uniform State Laws）が、かつて各州法で不統一や判断の不確実さによる混乱がみられた営業秘密に関するルールを統一することを目指し、統一州法案（全ての州に提案される模範法であり、各州の州議会で採択されることではじめて州制定法として法律となる。）として一九七九年に策定した（その後、一九八五年に改正された）⁽⁷²⁾ものである。現在、アメリカのほとんどの州が同法を州制定法として採択している⁽⁷³⁾。同法は、コモンロー上の使用者の営業秘密保護の基本原理を成文化するとともに、労働者または労働者であった者（退職労働者）による営業秘密の不正使用に対するコモンロー上の不法行為の訴訟原因に専占するものである⁽⁷⁴⁾。そのため、同法を採択している法域では、労働者による営業秘密の不正使用または不適切な開示を主張する使用者は、通常、当該不正開示または使用による忠実義務違反に基づくコモンロー上の訴えによってではなく、当該法域の営業秘密法に基づく訴えを提起する⁽⁷⁵⁾。これに対し、専占ルールを定める統一営業秘密法を採択していない法域では、使用者は、八・〇三条に述べられている労働者の忠実義務の違反によって損害を受けたものとして、不法行為または信認義務違反を根拠に、差止めを含む、適切な法的救済を求めて訴えを提起する⁽⁷⁶⁾（九・〇九条または九・一〇条）ことになる。

統一営業秘密法に加え、雇用法リストイトメント策定・発刊後の二〇一六年に営業秘密防衛法（DTSA：Defend Trade Secrets Act of 2016）⁽⁷⁷⁾が成立し、同時に施行された。それまでの連邦レベルの営業秘密法としては一九九六年の経済スパイ法（Economic Espionage Act of 1996）⁽⁷⁸⁾があったが、これは刑事制裁を定めたのみ

で民事上の救済を定めていなかったため、国際的・州際的に行われうる営業秘密の窃取などに対応するための立法としては不十分だった。このような状況を受け、営業秘密防衛法はこの経済スパイ法を改正する形で民事上の救済を新設した制定法である。⁸⁰⁾ 営業秘密防衛法は連邦法だが州法に専占するものではないため、⁸¹⁾ 州法上の営業秘密法が今後も存続し、民事救済は営業秘密防衛法に基づくものと併存することになる。

雇用法リステイトメントでは、その関係規定(八・〇二条〔使用者の営業秘密の定義〕および八・〇三条〔労働者または退職労働者による使用者の営業秘密の開示もしくは使用〕)ならびにそれらの注釈により、八・〇一条b項一号を具体化する形で、営業秘密の定義や開示・使用禁止の範囲などについても記述されている。また、雇用法リステイトメントとは別に営業秘密保護を規律する第三次不正競争法リステイトメントも存在する。⁸²⁾ そのため、「営業秘密」の定義など、営業秘密の開示・使用による忠実義務違反の詳細については、本稿では割愛する。⁸³⁾

もっとも、本稿では次の点だけは指摘しておく必要がある。雇用法リステイトメントでは、使用者の営業秘密の不正な開示・使用を忠実義務違反として位置づけているため、退職後の労働者にも、営業秘密の保持の点にかぎって使用者であった者に対する忠実義務が残存する、という立場をとっている。⁸⁴⁾

2 在職中の競業(八・〇四条)

(1) 原則

在職中の労働者は、その労働時間中に競業者のために労働することはできない。⁸⁵⁾ その理由は、そのような競業は、合意に基づく報酬および給付と引換えに労働者が労働時間中に使用者の指揮命令に服するという、雇用関係における中核的な義務を否定するものであるからである。⁸⁶⁾ 八・〇四条a項は、この原則を記述したものである。

八・〇四条（在職中の労働者による現使用者との競業）

- (a) b項およびc項に別段の定めがある場合を除き、使用者の明示または黙示の同意なく、労働者が、使用者に雇用されている間に、競業者のために労働し、またはそのほかの方法で使用者と競業した場合、労働者は使用者に対する忠実義務に違反する。⁽⁸⁷⁾

以上の原則に対して、以下に検討するように、b項では、労働者の忠実義務違反を構成する競業行為および競業準備行為の範囲を、c項では、在職中の労働者において競業および兼業・副業が許容される要件を、それぞれ記述している。

八・〇四条において議論の前提となる概念の整理について、本稿冒頭で区別することとした競業や競業準備、兼業・副業が、雇用法リステイトメントではcompetitionの概念に集約されており、あまり明確に記述されていないように思われる。以下に検討する同条a項、b項およびc項ならびにそれらの注釈をみると、合理的な開業・転職の準備行為とは区別される競業準備行為は競業行為(competition with the employer)の一類型とされている(同条b項)。また、兼業・副業(moonlighting)も競業(competition)の一類型であることを前提に解説している(同条c項の注釈)。そのうえで、純然たる競業行為であろうと、競業準備行為であろうと、兼業・副業であろうと、同条の該当する項の記述に沿って、「競業(works for a competitor / competes with the employer)」(同条a項)の違法性、すなわち忠実義務違反性の有無が判定されることになるのだろう。したがって、同条の見出しには、「在職労働者による現使用者との競業(Competition by Current Employee with Current Employer)」と述べられているが、その記述内容は競業準備行為や兼業・副業も合わせて想定した(むしろそれらを中心として想定した)ものになっている。

本稿では、以下、可能なかぎり、雇用法リステイトメントにいう「競業」は、①純然たる競業行為、②競業準備行為、③兼業・副業に分類して論じることにした。

(2) 競業・副業が許される場合と副業に対する制限

八・〇四条（在職中の労働者による現使用者との競業）

(c) 第一の使用者 (First employer) との反対の合意がなければ、八・〇一条 a 項に基づき第一の使用者との信用お

よび信頼に基づく地位にある労働者以外の労働者は、その労働が、第一の使用者での労働時間中に行われず、第一の使用者の営業秘密の使用または開示を伴わず、その競業者のために働いているほかの者が与えるであろう損害よりも大きな損害を使用者に与えないかぎり、第一の使用者の競業者のために、または第一の使用者と競業して、労働することができる。⁸⁸⁾

八・〇四条 c 項によれば、競業（兼業・副業も含むと解される。）⁸⁹⁾が許されるのは、①当該労働者が第一の使用者との信用および信頼に基づく地位（八・〇一条 a 項第一文）になく、②使用者との反対の（すなわち競業を禁止、制限する旨の）合意がなく、③使用者の下における労働時間外に行われており、④使用者の営業秘密の使用や開示を伴わず、⑤競業者の下で働くほかの者との比較において当該労働者が使用者に対してより大きな損害を与えるものでない場合である。⁹⁰⁾

前記⑤の「使用者に対するより大きな損害」としては、競争上の損害 (competitive harm) が想定されている⁹¹⁾ので、当該競業行為によって競業者の生産性・競争力が不当に高まった場合や使用者の生産性・競争力が不合理に低下した場合などが、使用者に対してより大きな損害を与える場合に該当する、と考えられる。そして、競争上の損害を与える典型的な行為である営業秘密の不正な開示・使用は要件④に挙げられているので、要件⑤はそ

れ以外の態様に起因する競争上の損害を想定していることになる。ただ、雇用法リステイメントはどのような兼業・副業がそのような競争上の損害を生じさせるかについて記述、例示していない。

この点、雇用法リステイメントからアメリカの理解をみると、起草者注記で例示されている判例は、「労働者が、単に二つの職をもつことや副業を十分に遂行できていないことだけでは不法行為を犯したとはいえない。たとえば、第二の使用者は、その労働者が疲労しているために副業（夜勤）に対して十分な注意と努力を傾けることができない場合に、忠実義務違反を理由とする不法行為の訴訟原因を有するものではない。その理由は、不十分な業務遂行は、単に二つの仕事で働こうとしていることの付随的事象に過ぎないからである。第一の使用者の利益のために第二の使用者の利益に反するように行動する意図はない。」と判示している。⁽⁹²⁾この判示から、複数の仕事を行っている労働者が、別の仕事（前記の判例では本業的な仕事）による疲労が原因で労務提供に支障が生じていたとしても、その事実から直ちに忠実義務違反を構成するものではないことが窺える。もともと、このような事態に対して、使用者が、忠実義務違反を理由とする損害賠償の請求（九・〇七条、九・〇九条）などが必要ないだけで、アメリカ雇用法における随意雇用の原則（雇用法リステイメントは、二章の二・〇一条にて随意雇用の原則を記述している。⁽⁹³⁾）の下で解雇そのほかの懲戒を行うことはなお可能であろう。⁽⁹⁴⁾なお、本稿冒頭でみたとおり、懲戒が制限されている日本においても、兼業・副業が長時間に及ぶなどして労務提供に支障を来す態様・程度に至れば、無許可兼業禁止規定に違反するものとして懲戒処分は行いうる。

雇用法リステイメントでは、営業秘密に該当しない秘密情報は信認忠実義務（八・〇一条a項第二文）による保護の対象にはなっていないが、⁽⁹⁵⁾重要な企業秘密情報が同業他社の手に渡ることによって競業者の生産性・競争力が不当に高まることは十分にありうる。したがって、八・〇四条c項で想定されている競争上の損害は、一つには秘密情報の漏洩によるものがあると思われる。

八・〇四条c項では「第一の使用者 (first employer)」が労働者の競業（および兼業・副業）からの保護対象であるものとして記述されている。この記述の意味合いや趣旨については雇用法リストatementに解説が見当たらなかったが、労働者の忠実義務違反を主張する使用者が、当該労働者にとって何らかの意味で「第一の使用者」であること（複数の使用者がある場合にたとえば、時間的に先に雇用された、もしくは、先に兼業規制が設けられたこと、または、業務の中核性や労働時間などの観点からより本業的であることなど）までは要求されたいものと思われる。⁽⁹⁶⁾ そうだとすれば、「第一の使用者」は原告となる使用者など労働者の忠実義務違反を主張する者という意味しかもっていないと考えられる。

使用者が労働者の副業を制限しようとする場合には、八・〇六条（雇用契約における競業禁止特約の有効性）および八・〇七条（競業禁止特約のために保護に値する利益）に基づいて有効な合意を得るか、副業に対するポリシーを公表し、知らせなければならない。⁽⁹⁸⁾ これは、使用者との反対の合意がないことという前記②の要件と関連するものと理解される。

本稿冒頭で述べたように、日本では就業規則に無許可兼業禁止規定が定められていることが多いが、雇用法リストatementによれば、アメリカにおいても、労働者が信用および信頼に基づく地位にあるか、労働者の兼業・副業が契約上禁止されている場合に、兼業・副業が使用者に対する義務と衝突しそうなときには、労働者は、使用者に対して通知をするべきである、と解されている。⁽⁹⁹⁾ そして、八・〇四条c項に述べられるルールにかかわらず、労働協約に、兼業・副業に対する制限が追加される場合があり、それは通常、労働者が兼業・副業を行うのに先立って労働者が報告することと使用者が許可を出すことについて定めている。⁽¹⁰⁰⁾

(3) 競業行為の態様

アメリカの雇用法リストatementは、競業行為ないし競業準備行為の態様に関し、次のように、使用者の顧

客の勧誘や労働者の引抜きを記述している。

八・〇四条（在職中の労働者による現使用者との競業）

- (b) a項に基づく使用者との競業は、顧客の業務を競業者に流出させるための使用者の顧客の勧誘（solicitation）および競業者のために労働するほかの労働者の引抜き（recruitment）を含むが、使用者と競業する労働者または労働者集団による合理的な準備は含まれない。⁽¹⁰⁾

在職中の労働者は、その雇用関係の終了後に競業するために合理的な準備を行うことができる。⁽¹⁰²⁾このことを雇用法リステイメントは、労働者には使用者の重要労働者を引き抜き、顧客を勧誘するなど、競業の合理的準備を行うコモンロー上の権利がある、と説明している。⁽¹⁰³⁾このような理解をふまえ、八・〇四条b項は、同条a項の競業行為（競業準備行為を含むと解される。）には、顧客勧誘や労働者引抜きも含まれるが、労働者個人または労働者集団による合理的な準備は含まれない、と記述している。そして、雇用法リステイメントでは、退職を予定している在職中の労働者が行う、合理的な準備と許されない競業準備行為とを次のように整理している。

使用者での労働時間や使用者の資源を使って行われるのでないかぎり、競合する新事業のために事務所や生産設備を設置し、出資を得ることは合理的な準備に含まれる。⁽¹⁰⁴⁾顧客やほかの労働者に対し、まもなく退職・転職する予定である旨の通知、報告することなども、顧客勧誘や労働者引抜きに該当せず、合理的な準備である、と解される。⁽¹⁰⁵⁾他方、使用者に退職・転職の予定を通知しないことは直ちに労働者の信認義務に違反するものではない。⁽¹⁰⁷⁾労働者の集団は、競合事業を開始または参加することを合意することができるが、あまりに多数の労働者の退職を引き起こすことで使用者の事業が大きく害されるような合意は許されない。⁽¹⁰⁸⁾また、在職中に競業するための合理的な手順をとるといふ労働者のコモンロー上の特権に、使用者から重要な労働者や顧客を引き抜く行為

は含まれない。⁽¹⁰⁹⁾

以上のように大まかに整理されているが、在職中の合理的な準備活動と忠実義務違反となる労働者引抜き行為との境界は、結局は事実関係によって決まり、その判断のためには次の事情が考慮される⁽¹¹⁰⁾。なお、顧客の勧誘と合理的な準備活動との区別についても、基本的には同じような要素が考慮されると思われる。

- ・ 労働者引抜きを行う者が、事業運営に影響する管理責任や裁量的な権限を有する、高い職位の労働者であるかどうか。⁽¹¹¹⁾
- ・ 引抜きが、重要労働者の退職もしくは使用者がもつ労働力の相当な部分の退職を引き起こすことで、使用者の事業が大きく害され、または、脅かされていないか。⁽¹¹²⁾
- ・ 引抜きを行っている労働者が正式な雇用の申出を同僚に対して行ったかどうか。⁽¹¹³⁾
- ・ 退職する労働者が、使用者からの退職につき、引抜きとは無関係な別の理由（たとえば、個人的な理由）をもっていかどうか。⁽¹¹⁴⁾

これに対して退職後の競業行為は、八・〇四条の忠実義務の問題ではなく、有効な顧客勧誘禁止契約や労働者引抜き禁止契約に違反していないか（八・〇五条 a 項）、勧誘や引抜きの過程で使用者の営業秘密を開示、使用していないか（八・〇五条 b 項）が問題になる。⁽¹¹⁵⁾

3 労働者の地位を利用した使用者財産の不正使用または自己契約

雇用法リステイトメントは、労働者が営業秘密の不正開示・使用や在職中の競業を行うことのほか、自らの地位を利用して使用者財産を不正に使用したり、自己契約したりすることも、忠実義務違反になる行為として禁止している。雇用法リステイトメントによれば、次のような事例が、労働者がその地位を利用して使用者財産の不

正使用または自己契約をしてはならない義務（八・〇一条b項三号）に違反するものである。

すなわち、労働者自身による競合事業のために、使用者から解体し廃棄するように指示された設備を、廃品回収業者との架空のやり取りによって、秘密裏に購入したことが労働者の忠実義務に違反するとされた事例⁽¹¹⁶⁾、複数回にわたって、労働者が、自身の購入のために商品クレジットを不正に使用していた退職労働者に対して商品販売した際に、架空の顧客名を入力したことが、非従業員のための従業員割引の使用に関する使用者のポリシーに違反するとされた事例⁽¹¹⁷⁾、使用者がコモロー上商号 (trade name) の排他的な使用权を有しているところ、使用者の事業のマネージャーである労働者が使用者と同一の名称（当該労働者の姓が使用者の姓と同じ）を登録することが労働者の忠実義務に違反するとされた事例⁽¹¹⁸⁾、労働者が現金を「手数料」などと称して秘密裏に同人自身が着用するなどのために多くの者との間で取引を行った場合に忠実義務違反があるとされた事例⁽¹¹⁹⁾、販売会社からのキックバックを受領するなどのような私利私欲を追求する秘密裏の行動をとって使用者における地位を利用することが忠実義務違反の例として挙げられた事例⁽¹²⁰⁾などである。雇用法リストイトメント策定後に実際に現われた判例としては、法曹倫理分野の事案であるが、弁護士が、その所属事務所の報酬規程に従って売上を事務所口座に納めるべき（その後、その五〇%が弁護士に支払われる）ところ、これを相当期間にわたって一部納めなかったことと、そして、これを隠蔽するため事務所に対して虚偽の申告を行ったことが、弁護士としての懲戒事由に当たるか、当たるとしてどのような処分が適切であるかが問題となったものがあつた。この事案において、同弁護士の無期限の業務停止（四か月以上の期間は復職の可能性なし）を相当とする処分決定に対し、その反対意見は、雇用法リストイトメント八・〇一条b項三号などを引用して「所属する法律事務所から資金を着服した弁護士は、法律事務所労働者として、法律事務所がパートナーシップもしくは有限責任会社の場合にはパートナーもしくは社員として、または、法人化されている場合は取締役か多数株主として、その信託義務に違反する」ことなどを指

摘し、資格を剝奪する欠格処分が相当である、と述べた。⁽¹²¹⁾

一般的に忠実義務は、代理人についていえば、代理人自身の地位を利用して第三者から利益を得ることや、自ら相手方となったり（自己契約）、相手方の代理人となったり（双方代理）すること⁽¹²⁴⁾、在任中に自ら本人と競業したり、本人の競業者を代理し、そのほかこれを支援したりすること⁽¹²⁵⁾、代理人自身または第三者のために本人の財産や秘密情報を使用することなどを禁止することを内容にしている。前記の八・〇一条b項三号違反の例をみると、同号は、一号の使用者の営業秘密の不正使用や二号の在職中の競業には該当しないものの、労働者のそのほかの不忠実な行為が使用者に対する忠実義務違反を構成しうることを明らかにした記述と考えられる。実際に雇用法リステイトメントも、在職中にその使用者と競業してはならない義務（八・〇四条）および労働者個人もしくは第三者の利益のために使用者の営業秘密を開示しまたは使用してはならない義務（八・〇三条）を労働者の使用者に対する信認義務（八・〇一条）の主要な例として位置づけており、八・〇一条b項三号には、一号に対する八・〇三条、二号に対する八・〇四条のように対応する個別記述も置かれていない。これらのことから、八・〇一条b項三号は、従来の忠実義務の事例を前提に、労働者が使用者に対して負う忠実義務を一般化・包括化することを意図した記述であるといえるだろう。

4 「会社の機会」の法理

「会社の機会 (corporate opportunities)」の法理とは、会社役員 (officers)⁽¹²⁶⁾ およびそのほかの重要幹部 (key executives) は、使用者において特別な地位にあるために、自己または第三者の利益のために、使用者が携わりまたは携わることが合理的に期待される事業に関連する事業の機会を奪取してはならないという信認義務を負う、という法理である。⁽¹²⁹⁾ これは日本でも会社法の問題としてよく知られている議論だが、アメリカにおいて裁判所は、

会社役員およびそのほかの重要幹部が、使用者との信認関係のため、その使用者に対してより大きい忠実義務を負っていることを認めている⁽¹³⁰⁾。なお、会社の取締役（director）⁽¹³¹⁾は、通常は会社の労働者ではないため、雇用法リステイトメントの範囲外である⁽¹³²⁾。

この強化された義務が、自己の具体的な利益のために、その使用者が活用しうる、いかなる事業の機会をも流用してはならないという役員および重要幹部の義務を含んでいる、と理解するものである。具体的には、使用者との信用および信頼に基づく地位にある労働者（八・〇一条a項第一文）に会社の機会が適用されうる、と考えられる⁽¹³⁴⁾。そのような地位にある役員や幹部は、使用者にそのような機会を開示しなければならず、使用者が機会を放棄した後にのみ、それが八・〇四条に違反する使用者との競業にあたらない場合にかぎり、その機会を追求することができる⁽¹³⁵⁾。なお、役員や労働者による会社の機会の奪取に該当する行為は、その態様により、競業行為にも、競業準備行為にも、使用者財産の不正使用や自己契約にも該当しうるだろう⁽¹³⁷⁾。

（三） アメリカにおける評価・批判

前記二（二）にて、既に雇用法リステイトメントの策定事業全体に対する批判をみたが、個別の記述に対しても、既存の判例法と合致していない、あるいは、判例法とは合致しているかもしれないが、雇用法の解釈として妥当でないなどの批判がなされている⁽¹³⁸⁾。

1 忠実義務概念に対する批判

草案段階の八・〇一条a項は、忠実義務の発生根拠を峻別することなく「労働者は、その雇用関係に関連する問題について、忠実義務を使用者に対して負う」とだけ記述していた⁽¹³⁹⁾。これに対しては、同条は抽象的で広範に

過ぎるなどといった批判がなされ、最終的に忠実義務の発生根拠に三つの類型を設けた現状の記述内容になった。⁽¹⁴⁰⁾しかし、雇用法リステイトメント八章の記述内容にはなお多くの批判が向けられており、その主たる対象はやはり忠実義務概念の理解である。

まず、八章は使用者に対する広い黙示的な義務を忠実義務として労働者に課している。これに対し、雇用法リステイトメント二章は、使用者が随意雇用の原則の下で解雇に関して労働者に対する黙示的な義務を負う場合を限定しており、随意雇用ではない関係であることについて高度な立証責任を労働者側に負わせている。この二章と八章が記述している使用者・労働者の義務の非対称性が指摘されている。⁽¹⁴¹⁾

次に、雇用法リステイトメントが判例法に基づくもの、あるいはこれを反映したものではないという指摘がある。その内容は、①これまで別のものとして理解されていた義務（在職中の競業、会社の法理やそのほかの信認義務、制定法上の営業秘密保持義務、契約に基づく競業禁止義務）を忠実義務という不明瞭な概念を用いて強引に包括しようとしている、というものである。⁽¹⁴²⁾これに関連し、特に八・〇一条b項三号は、商号、詐欺、信認義務違反、契約違反、会社の機会の法理について判断した各種の判例から抽出したルールであるから、あえて労働者の忠実義務違反の問題とするまでもなく、それぞれの既存の法理によって解決すべきである、という指摘もなされている。⁽¹⁴³⁾

また、②次の営業秘密の問題とも関連するが、前記(二)1のとおり、労働者の忠実義務は使用者の営業秘密を保持せよという点にかぎって雇用終了後も残存するというのが雇用法リステイトメントの立場である。伝統的な代理法の下で忠実義務は雇用終了によって消滅すると解されていることから、雇用法リステイトメントの理解は、忠実義務の本来の解釈から乖離したものである、という批判もある。⁽¹⁴⁴⁾この批判の根拠として引用されている第三次代理法リステイトメントによれば、確かに、代理人の競業禁止義務は在任中のみ課され、特約がな

いかぎり退任後には消滅するが、営業秘密およびそのほかの秘密情報の使用禁止（秘密保持義務）は代理関係終了後にも存続すると理解されている。⁽¹⁴⁵⁾したがって、②の点は必ずしも的確な批判であるとはいえない。

前記①および②のように、雇用法リステイトメントでは判例法に基づかず創設的に労働者の義務が記述されたと捉えられているようである。こうして忠実義務の概念が広範化したという見方をする論者は、それについて特に理由や根拠などは説明されていないと指摘する。⁽¹⁴⁷⁾

2 営業秘密の性格・位置づけに関する批判

雇用法リステイトメントが前提とする忠実義務概念に対する批判のなかでも特に多くの指摘がみられるのが、労働者には使用者の営業秘密を不正に開示・使用してならないという義務が、忠実義務の内容として課せられている（八・〇一条b項一号）点についてである。

同号も草稿段階から現在までで記述が修正されており、草稿では営業秘密ではなく秘密情報を保護する内容になっていた。⁽¹⁴⁸⁾しかし、やはりこの草稿も、忠実義務として営業秘密に至らない秘密情報を保持する義務を雇用終了後にも負わせることが契約法理論や判例法に反するなどの批判を受けた。⁽¹⁴⁹⁾ただし、もともとの「秘密情報」も定義そのものは、伝統的な「営業秘密」の定義を採用しており、現在の記述と同一の内容だった。もっとも、そうすると、当然それらもまた従来の判例法からすれば不自然な定義あるいは用語法だといえるだろう。こうして現在の記述のとおり、雇用法リステイトメントは忠実義務によって営業秘密保護を図るという解釈を示したのである。

雇用法リステイトメントに対する批判をみる前に、営業秘密と忠実義務に関するこれまでの理解を確認したい。日本では、平成二（一九九〇）年に営業秘密の保護を導入した不正競争防止法の下、営業秘密の民事的な侵害は

不法行為の性格を有すると解されているところ、アメリカにおいても、伝統的に営業秘密保護は不法行為法の問題として捉えられている⁽¹⁵¹⁾。そして、忠実義務と営業秘密とは、次のように、別個の法領域に属していると理解されてきた。まず、雇用法リステイトメントの基礎になったとも思われる第三次代理法リステイトメントでは、代理人の忠実義務には、本人の秘密情報の不正な開示・使用の禁止も含まれており(八・〇五条二項)⁽¹⁵²⁾、この禁止には、いうまでもなく営業秘密も含まれる⁽¹⁵³⁾。他方、統一営業秘密法や第三次不正競争法リステイトメントなどの営業秘密法では、忠実義務を根拠とする訴訟では適用されないという解釈が示されている⁽¹⁵⁴⁾。

これに対し、雇用法リステイトメントは、前記の忠実義務の広範化とも重複するが、明確に営業秘密保護をも忠実義務によって図っている点特徴的である。初期の法理からの発展を反映しようとしたものだと思われるが、やはりこの点に批判が向けられている。その批判内容は、営業秘密の不正使用について独立の訴訟原因が既に存在しており、忠実義務を根拠とする更なる訴訟原因を創出する論理的な理由がないことが挙げられる⁽¹⁵⁵⁾。この批判については、雇用法リステイトメントが、第三次代理法リステイトメントと違い、労働者の忠実義務の内容を、秘密情報の不正開示・使用よりも狭い、営業秘密の不正開示・使用に限定した結果として、営業秘密法の領域との境界線が不明確になったことが背景にあると思われる。

雇用法リステイトメントにおいては、「営業秘密」と「秘密情報」との関係が不明瞭であるという批判もある⁽¹⁵⁷⁾が、これも労働者の忠実義務の内容が前記のように代理法よりも限定されたことが一因であると思われる。これに対しては、「営業秘密」の定義(八・〇二条)に該当しない情報の不正な開示・使用は、営業秘密侵害の忠実義務違反(八・〇一条b項一号、八・〇三条a項)にはあたらないものの、使用者の無形財産の不正使用として忠実義務違反になる(八・〇一条b項三号)という形で、要件も効果も区別されていると考えることもできる。しかし、同号の注釈や起草者注記にも秘密情報の不正使用は言及されていないので、営業秘密に至らない秘密情報の

不正開示・使用がおおよそ忠実義務の内容から排除されているとは考えにくい⁽¹⁵⁾が、同条の射程と使用者の秘密情報の取扱いにはなお不明確さが残る。

雇用法リストイメント自体も認めるとおり、アメリカのほとんどの州が統一営業秘密法を採択しているという状況にある。このように営業秘密の規律は既にコモンローとしての体系を失っていることから、雇用法リストイメントも、この問題については消極的であるべきであり、営業秘密の難解な概念を定義することにほとんど有用性がないだろう、と指摘されている⁽¹⁶⁾。この点については、雇用法リストイメントに次の注釈が加えられている。すなわち、統一営業秘密法はコモンロー上の保護を実質的に具体化したものであるから、制定法上の救済が異なるものであっても、結論は、コモンロー上の訴訟と制定法上の訴訟とで実質的に同様のものになる⁽¹⁶⁾。これは、雇用法リストイメントが営業秘密保護を取って記述したことには意味があることを暗に示している⁽¹⁶⁾。

(1) 中小企業庁経営支援部創業・新事業促進課・経済産業政策局産業人材政策室「兼業・副業を通じた創業・新事業創出に関する調査事業 研究会提言「パラレルキャリア・ジャパンを目指して」(平成二九年三月)」一一二頁、厚生労働省「副業・兼業の促進に関するガイドライン」一一二頁。

(2) 厚生労働省労働基準局監督課「モデル就業規則(平成三一年三月版)」。

(3) 支配人に該当するかどうかは、商人や会社からその営業に関する一切の裁判上または裁判外の行為をする権限(「包括的代理権」または「支配権」と呼ばれる。)が与えられているかによって決せられると解するのが通説の見解である。鴻常夫『商法総則(新訂第五版)』(弘文堂、一九九九年)一六四頁、近藤光男『商法総則・商行為(第七版)』(有斐閣、二〇一八年)八三頁。

(4) 退職後の労働者に競業禁止義務を課す特約が有効となるためには、その定めている競業制限が使用者が有する法的保護に値する利益を保護するために合理的なものでなければならぬと解されている。フォセコ・ジャパン・リミテッド事件・奈良地判昭四五年一〇月二三日判時六二四号七八頁、ダイオースサービシズ事件・東京地判平成一

四年八月三〇日労判八三八号三二頁など。

(5) 使用者が損害賠償を請求し、認容された事例として、協立物産事件・東京地判平成一年五月二八日判時一七二七号一〇八頁、エープライ(損害賠償)事件・東京地判平成一五年四月二五日判八五三三二頁、カナッツコミニティほか事件・東京地判平成二三年六月一五日判一〇三四号二九頁。

(6) ライドウエーブコンサルティング事件・東京高判平成二二年一月二二日判九九五号三九頁。芦屋学院事件・大阪地判昭和六三年九月九日判タ六八一号一九〇頁も参照。

(7) ラクソン事件・東京地判平成三年二月二五日判五五八七四頁。コンピュータサービス事件・東京地判平成八年一月二七日判時一六一九号八五頁や、フレックスジャパン・アドバンテック事件・大阪地判平成一四年九月一日判八四〇号六二頁、U社ほか事件・東京地判平成二六年三月五日判経速二二二二二号三頁も同様の一般論を示している。

(8) チェスコム秘書センター事件・東京地判平成五年一月二八日判六五一号一六一頁、十字屋広告社事件・東京高判平成八年一月二六日金判一〇二一号三四頁、前掲注(7)U社ほか事件。

(9) 前掲注(4)ダイオーズサービーズ事件など。

(10) 東京学習協力会事件・東京地判平成二年四月一七日判五八一七〇頁を参照。ただし同事件は、従業員引抜きが、使用者の経営に打撃を与える態様のもので、使用者に対する背信性ないし悪質性を基礎づけているという側面があり、また、当該引抜き行為そのものではなく、それを含めた一連の競業行為を捉えて(特約による競業制限の合理性(前掲注(4)参照)を問うことなく)退職後の競業禁止条項の違反と認めた点に留意すべきである。

(11) 前掲注(7)フレックスジャパン・アドバンテック事件。

(12) 永大産業事件・大阪地判昭和三二年一月一三日判民集八巻六号八〇七頁、小川建設事件・東京地決昭和五七年一月一九日判三九七号三〇頁、学校法人上智学院事件・東京地判平成二〇年一月二五判タ一三〇三号一五八頁、マンナ運輸事件・京都地判平成二四年七月一三日判一〇五八号二二頁など。

(13) 前掲注(12)永大産業事件、前掲注(12)小川建設事件、日通名古屋製鉄作業事件・名古屋地判平成三年七月二二日判六〇八号五九頁。前掲注(12)マンナ運輸事件も参照。

- (14) 橋元運輸事件・名古屋地判昭和四七年四月二八日判時六八〇号八八頁。
- (15) ナショナルシューズ事件・東京地判平成二年三月二三日判五五九号一五頁、東京貨物社(解雇)事件・東京地判平成二年一月一〇日判八〇七号六九頁、ピアス事件・大阪地判平成二年三月三〇日判九八七号六〇頁、イライフ事件・東京地判平成二五年二月二八日判一〇七四号四七頁。
- (16) 福岡県魚市場事件・福岡地判昭和五六年二月二三日判三六九号七四頁、日本教育事業団事件・名古屋地判昭和六三年三月四月判五二七号四頁、日音(退職金)事件・東京地判平成一八年一月二五日判九一二号六三頁、ソフトウエア興業(蒲田ソフトウエア)事件・東京地判平成二三年五月二日判一〇三二五号五頁。他方、雇用の流動性が高い外資系証券会社である使用者にとって従業員引抜行為は懲戒解雇を正当化するほど悪質なのではないと判断したモルガン・スタンレー証券(退職金等)事件・東京地判平成二〇年一〇月二八日判九七一号二七頁もある。
- (17) 在職中の競業・競業準備については、前掲注(14)橋元運輸事件、前掲注(16)福岡県魚市場事件、吉野事件・東京地判平成七年六月二日判六七六号一五頁、東京貨物社(解雇・退職金)事件・東京地判平成一五年五月六日判八五七号六四頁、前掲注(16)日音(退職金)事件、前掲注(15)ピアス事件、前掲注(16)ソフトウエア興業(蒲田ソフトウエア)事件、前掲注(15)イライフ事件など。退職後の競業については、三晃社事件・最二小判昭和五二年八月九日判経速九五八号二五頁、中部日本広告社事件・名古屋高判平成二年八月三一日判五五六九号三七頁、NTT東日本(退職金請求)事件・東京高判平成二四年九月二八日判一〇六三号二〇頁など。
- (18) 厚生労働省労働基準局監督課・前掲注(2)八八—九〇頁。
- (19) たこえは、Cameco, Inc. v. Gedlicke, 724 A.2d 783, 789 (N.J.1999) は、「現代生活の現実」として、「一部の労働者、特に低所得者にとっては、第二の収入源が経済的に必要である。同人らにとって、副業は生計を立てる唯一の方法である」と指摘した。Deborah A. DeMott, *Relationships of Trust and Confidence in the Workplace*, 100 CORNELL L. REV. 1255, 1277 (2015) も多くの労働者にとって兼業・副業の経済的必要性があることを指摘する。独立行政法人労働政策研究・研修機構「諸外国における副業・兼業の実態調査」四二頁(二〇一八年)によれば、アメリカでは二〇〇四年当時は、副業・兼業を行う目的は「副収入のため」が三八・一%と最も多かった。

- (20) 各州法に「*supra*」 *see generally* BRIAN M. MAISBERGER, EMPLOYEE DUTY OF LOYALTY: A STATE-BY-STATE SURVEY (David J. Carr, Arnold H. Pedowitz, & Eric Akira Tate eds., 7th ed. 2018).
- (21) 日本における「忠実義務」は、主として取締役が主体となるもの(会社法三五五条)が議論の対象となっており、労働者のような一般的な義務を「忠実義務」と称して論じるという例はあまりみられない。たとえば、前掲注(5) エープライ(損害賠償)事件は労働者の「忠実義務」と表現しているが、その実体は前記の誠実義務と異なるものではない。
- (22) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW (Am. Law Inst. 2015).
- (23) 邦語文献において雇用法リストイメントを取り上げたものは、アメリカにおけるその検討状況を紹介した柳澤武「雇用関係法リストイメントと対案」日本労働研究雑誌六二二号一〇〇頁(二〇二二年)のみにとどまる。
- (24) アメリカにおける労働者(被用者)の競業や兼業の制限について検討した先行研究として、神作裕之「商法における競業禁止の法理(四)」法学協会雑誌一〇八巻一号九四頁、一一六―一三四頁(一九九一年)、田中亘「取締役の社外活動に関する規制の構造(八)」法学協会雑誌一一九巻二二号一四六頁、一五九―一六八頁(二〇〇三年)。
- (25) AMERICAN LAW INSTITUTE, <https://www.ali.org/> (last visited Sept. 20, 2019).
- (26) AMERICAN LAW INSTITUTE, CAPTURING THE VOICE OF THE AMERICAN LAW INSTITUTE: A HANDBOOK FOR ALI REPORTERS AND THOSE WHO REVIEW THEIR WORK Foreword (2015) [*hereinafter* HANDBOOK], https://www.ali.org/media/filer_public/08/f2/08f2f7c7-29c7-4de1-8c02-d66f5b05a6bb/ali-style-manual.pdf, 一九二三年の ALI の規約には、個別の事業や協会そのものの目的は、教育のためであり、法の明確化・平易化・社会的必要性への適合の促進、よりよい司法の安定、学術的かつ科学的な法務の奨励と継続のためである」と定められている。AMERICAN LAW INSTITUTE, CERTIFICATE OF INCORPORATION 1 (1923), https://www.ali.org/media/filer_public/10/62/106284da-ddfe-4ff4-a698-0a47f268ee4c/certificate-of-incorporation.pdf.
- (27) HANDBOOK, *supra* note 26, at 2.
- (28) *See generally* Catherine Biondo, *Secondary Sources: ALRs, Encyclopedias, Law Reviews, Restatements, & Treatises*, HARVARD LAW SCHOOL LIBRARY (Feb. 4, 2019), <https://guides.library.harvard.edu/c>.

- php?g=309942&p=2070280. Suzanne Ehrenberg and Susan Valentine. *Lecture Notes for Restatements of the Law*, CHICAGO-KENT COLLEGE OF LAW, ILLINOIS INSTITUTE OF TECHNOLOGY (1999). <http://www.kentlaw.edu/academics/rw/tutorials/restate.htm>. その一方で、リステイトメントは、判例を忠実に「再述する」ものではなく、A.L.I.とこれを組織する法律家によって、実質的な法の創造が行われたものである、という点には留意する必要がある。すなわちリステイトメントそれ自体は判例法としての法源性を有していないため、裁判所がリステイトメントを引用してこれと同じ立場をとることにより、間接的に判例としての法源性をもちうるに過ぎない。また、初期のリステイトメントが、ほとんどの弁護士が容易には入手できない、方向性が異なるさまざまな判例法を収集した論文として機能するとともに、法の前進を目指して判例法の解釈を行ってきたのに対し、現在は、電子化と多様化した判例法によってリステイトメント自体が果たす役割が相対的に小さくなっていることを指摘すべきである。See Michael Selmi, *Trending and the Restatement of Employment Law's Provisions on Employee Mobility*, 100 CORNELL L. REV. 1369, 1371 (2015).
- (28) AMERICAN LAW INSTITUTE, PAST AND PRESENT ALL PROJECTS (2019), https://www.ali.org/media/finder_public/c5/38/c5387be9-980a-4d69-af6d-ad44a067606/past-present-3-19.pdf.
- (30) RESTATEMENT (FOURTH) OF FOREIGN RELATIONS LAW (AM. LAW INST. 2018).
- (31) RESTATEMENT (THIRD) OF EMPLOYMENT LAW (AM. LAW INST. FINAL DRAFT, 2014).
- (32) Judge Marsha S. Berzon, Justice Christine M. Durham & Judge Lee H. Rosenthal, *A Judicial Assessment of the Restatement of Employment Law*, 100 CORNELL L. REV. 1453, 1463 (2015).
- (33) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW Foreword (AM. LAW INST. 2015).
- (34) 雇用法リステイトメントを題材としたミンホジウムについてのように述べた。Samuel Estreicher, Matthew T. Bodie, Michael C. Harper & Stewart J. Schwab, *Foreword: The Restatement of Employment Law Project*, 100 CORNELL L. REV. 1245, 1247 (2015).
- (35) Labor Law Group, <https://laborlawgroup.org/> (last visited Sept. 20, 2019). レーバー・ロー・グループは、一九四六年に Willard Wirtz 教授が労働法を学ぶ学生向けの教材のさまざまな発展を要請したことを契機に、一九五三年に、最初の書籍の出版とともに、約四〇名の法学教授および実務家によって創設された非営利の組織である。

(36) 既にリステイトメントが策定されているほかの法分野と雇用法とを比較したときに雇用法の特徴として指摘されることは、コモンローと制定法(こちらに、コモンローによって補充され、裁判官に相当の裁量があるものと、適用すべき基準と原理が定められた、詳細で規定的な構造をもつもの)とに分かれる。)とが混在していること(正に本稿の検討がそうであるように)分野横断的であること、関係する主体が高職位の労働者から低職位の労働者までさまざまであることである。Berzon, Durham & Rosenthal, *supra* note 32, at 1456-1457.

(37) Kenneth G. Dau-Schmidt, *A Conference on the American Law Institute's Proposed Restatement of Employment Law*, 13 EMP. RTS. & EMP. POL'Y J. 1, 10-11 (2009); Charles A. Sullivan, *Restating Employment Remedies*, 100 CORNELL L. REV. 1391, 1391 (2015). ALIに対するレーバー・ロー・グループの請願のなかで、プロジェクトの目的は見当違いである、雇用関係の法的な変化の速さと方向はリステイトメントによって記述されることに適していない、リステイトメントのやり方が(ALIが願うように)影響力をもつてしまえば、法律の実験と成長は台無しになるだろう、とこうした強い批判がなされた。Kenneth G. Dau-Schmidt, *A Conference on the American Law Institute's Proposed Restatement of Employment Law*, 13 EMP. RTS. & EMP. POL'Y J. 1, Appendix 2, Text of the Petition by the Labor Law Group to the ALI Council on the Proposed Restatement (Third) of Employment Law, 33 (2009). さらに後に、Kenneth G. Dau-Schmidt 教授は「工業生産に基づく経済から急速に変化している情報技術を使用した新しい方法や関係性に移行するにつれ、現在は雇用関係も根本的な変化を迎えていることから、既存の雇用法を「再述し」、新たな発展を凍結させるには適切な時期ではなかった」という批判を付け足している。Kenneth G. Dau-Schmidt, *Introduction: The American Law Institute's Restatement of Employment Law: Comments and Critiques*, 21 EMP. RTS. & EMP. POL'Y J. 245, 250 (2017) [hereinafter *Comments and Critiques*].

(38) Michael J. Zimmer, *The Restatement of Employment Law is the Wrong Project*, 13 EMP. RTS. & EMP. POL'Y J. 205, 206 (2009).

(39) Estreicher, Bodie, Harper & Schwab, *supra* note 34, at 1251. また、ALI評議会メンバーの Lee H. Rosenthal テキサス州南部地区連邦地方裁判所裁判官(現・同裁判長)は、「我々は法を「凍結させる」ほど優れているわけでもない、法があるわけでもない」と述べている。Berzon, Durham & Rosenthal, *supra* note 32, at 1455.

- 雇用法リステイメント策定事業アドバイザーの Christine M. Durham 前ユタ州最高裁判官も、コモンロー上の法理の背後には広大な歴史があることを理由にリステイメントが法を凍結させるという見解に反対する。 *Id.* at 1460.
- (40) コモンローのみを対象とする方針がとられた理由は、制定法と違ってコモンローでは、全国的な統一性が一定程度奨励されることと、裁判所が（少なくともその法体系における未解決の問題について）ほかの州の経験に影響を受けうることにある。 *Estreicher, Bode, Harper & Schwab, supra* note 34, at 1249.
- (41) 同章の法理は、いずれも人的資源の利用および支配を規制するものである。 *Catherine Fisk & Adam Barry, Contingent Loyalty and Restricted Exit: Commentary on the Restatement of Employment Law*, 16 *Emp. Rs. & Emp. Pol'y* J. 413, 417 (2012).
- (42) 雇用法リステイメントの章の多くではその冒頭に「導入 (Introductory Note)」が置かれているが、八章にはそれが置かれていない。
- (43) *Selmi, supra* note 28, at 1371.
- (44) *RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW* § 801 (Am. Law Inst. 2015).
- (45) 使用者から営業秘密管理の権限および責任を委ねられることなく、偶然に使用者の営業秘密に該当する情報を保有するに至った場合にも、労働者が当該情報を使用者の営業秘密であることを知ったうえで保有するに至ったときには、当該営業秘密に関して信認忠実義務（当該情報の秘密性を維持し、使用者にとって不利な目的で当該情報を使用しない信認上の義務）を負うことになる。 *Id.* § 801 cmt. b. illus. 2.
- (46) 信認関係 (fiduciary relationship) は、定義づけが困難な概念だと認識されているが、「受認者 (fiduciary) がもつばら principal の利益のために働く」ことを本質とする関係である（藤田友敬「忠実義務の機能」法学協会雑誌 一一七巻二号一三七頁、一三九頁（二〇〇〇年））とか、「ある者（受認者）が他者（受益者）の「利益の」ために行動することを引き受けることによって成立する関係」である（田中亘「取締役の社外活動に関する規制の構造（一）」法学協会雑誌 一一七巻一〇号五七頁、六九頁（二〇〇〇年））」とされた説明がなされている。後掲注(63)参照。
- (47) *RESTATEMENT (THIRD) OF AGENCY*, § 1.01 cmt. g (Am. Law Inst. 2006), *quoted in* *RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW*

- § 8.01 reporters' notes cmt. a-b (Am. Law Inst. 2015).
- (48) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 8.01 cmt. b (Am. Law Inst. 2015).
- (49) Joseph Garrison, *The New Restatement of Employment Law: An Analytical Synopsis*, 100 JUDICATURE 30, 33 (2016).
- (50) *Id.*
- (51) もとより信認義務は、一般的・抽象的な義務であるため、そこから受認者の具体的な義務の内容が一義的に決定されるものではなく、受認者に付与された権限が大きいほど信認義務の範囲も広がる、と理解されている。神作・前掲注(24)九九一〇〇頁、田中亘「取締役の社外活動に関する規制の構造(一)」法学協会雑誌一一七巻三号二八頁、五九頁(二〇〇〇年)。
- (52) DeMott, *supra* note 19, at 1255. 会社の役員などの労働者性に関し、雇用法における労働者概念を記述した雇用法リステイトメント一章一・〇三条の注釈によれば、一般的に、取締役会設置の公開会社における、最高経営責任者(chief executive)や最高執行責任者(chief operating officer)を含む会社の役員(officer)は、雇用法の下では労働者である。他方、全てまたは支配可能な議決権株式を保有する最高経営責任者は、雇用法上の労働者ではない。RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 1.03 cmt. b (Am. Law Inst. 2015). また、取締役(director)も通常は労働者ではない(本章「4」も参照)。
- (53) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 8.01 cmt. a (Am. Law Inst. 2015).
- (54) *Id.*
- (55) DeMott, *supra* note 19, at 1272.
- (56) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 8.01 cmt. a (Am. Law Inst. 2015).
- (57) *Id.* § 8.01 cmt. b, illus. 3.
- (58) *Id.* § 8.01 reporters' notes cmt. a-b.
- (59) *Id.* § 8.01 cmt. d.
- (60) *Id.*

- (61) ただし、後記本章(二)1のとおり、労働者の忠実義務違反行為が使用者の営業秘密の開示または使用のみの場合、使用者は、大多数の州において州の営業秘密法に基づく救済を求めることになる。*Id.* § 801 cmt. e.
- (62) *Id.*
- (63) アメリカ法における信認関係・信認義務と忠実義務との関係にはさまざまな理解があり、いずれも一義的な概念ではないと思われるが、受認者は信認関係に基づいて忠実義務や注意義務 (duty of care) を負う、または、信認義務は忠実義務と同義である、という理解がみられる。DeMott, *supra* note 19, at 1265-1266. 邦語文献として、藤田・前掲注(46)一四〇頁、田中・前掲注(46)七五頁・注(1)、神作・前掲注(24)一一九頁など。
- (64) DeMott, *supra* note 19, at 1275-1276.
- (65) *Id.* at 1277. 信認義務の強行法規性ともいえるこの問題は、信認義務を、契約上の義務ではなくエクイティ(衡平法)によって強行法規的に課される義務と捉えるか、デフォルトルールとして契約的に捉えるか、という信認関係の法的性質論にも関わる問題である(ただし、どちらの見解もその内容は論者により多様であるため、いずれを採用するかによって論理必然的に決定されるほど単純なものでもない)。藤田・前掲注(46)一四一一一四二頁、田中・前掲注(46)七〇頁、七四頁。信認義務の強行法規性については、田中亘「取締役の社外活動に関する規制の構造(三)」法学協会雑誌一一七巻一―号五八頁、八一―一三二頁(二〇〇〇年)を参照。
- (66) DeMott, *supra* note 19, at 1271.
- (67) *Id.* at 1278.
- (68) *Id.* at 1277. 他方、信認忠実義務を負う労働者(特に「使用者との信用および信頼に基づく地位にある労働者」)は、代理法の原則に従って情報開示義務を負うと考えられる。
- (69) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 801 (Am. Law Inst. 2015).
- (70) 雇用法リステイメント八・〇二条が述べる営業秘密保護は「営業秘密には該当しない「秘密情報」などは保護しないという立場である。*Id.* § 802 cmt. a. 労働者に「営業秘密」の開示・使用を禁止する義務は、より定義が広い「秘密情報」を対象としていない点で、代理人の義務よりも狭いことが指摘されている。DeMott, *supra* note 19, at 1269 (quoting RESTATEMENT (THIRD) OF AGENCY, § 805 (2) (Am. Law Inst. 2006)). ただし一方で、雇用法リステイ

メント八・〇三条の注釈では、同条の趣旨が、使用者が、その事業遂行のために、競争上の損害のおそれを過度に抱くことなくその労働者と営業秘密そのほかの秘密情報を共有できるようにすることと説明されている。RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 803 cmt. a (Am. Law INST. 2015).

(71) UNIFORM TRADE SECRETS ACT § 7 (UNIF. LAW COMM'N amended 1985).

(72) *Id.* Prefatory Note.

(73) 雇用法リステイトメント策定後の二〇一八年一〇月にマサチューセッツ州も統一営業秘密法を採択した (Mass. GEN. LAWS ch. 93, §§ 42-42G (2018)) ことにより、営業秘密保護を現在もお判例法によって規律しようとしているニューヨーク州のみを除く四九州 (ノースカロライナ州法は独自の制定法と分類されることもあるが、規律内容的には統一営業秘密法と同様のルールである。N.C. GEN. STAT. §§ 66-152-66-162 (1981))、コロンビア特別区、プエルトリコ自治連邦区およびアメリカ領ヴァージン諸島において統一営業秘密法が採択されている (法域ごとに多少の修正は行われている)。

(74) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 803 cmt. b (Am. Law INST. 2015) (quoting *id.* § 801 cmt. c). 「ほかの法への影響」と題する統一営業秘密法七条によれば、契約に基づく救済 (営業秘密の不正使用に基づくか否かを問わない)、『営業秘密の不正使用に基づくものではないそのほかの民事上の救済、刑事上の救済 (営業秘密の不正使用に基づくか否かを問わない)』を除き、同法は、同法と矛盾する、営業秘密の不正使用に対する民事上の救済を定めるこの州の不法行為法、原状回復法そのほかの法律に置き換わる、と定められている。UNIFORM TRADE SECRETS ACT § 7 (UNIF. LAW COMM'N amended 1985).

(75) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 803 cmt. b (Am. Law INST. 2015). 統一営業秘密法七条に付された注釈によれば、営業秘密を保護するためであっても、競業避止特約や秘密保持特約に基づく救済は同法の適用を受けず、別の法によりその有効性は判断される。また、代理人の忠実義務など、営業秘密などの存在を前提としない法によって課せられる義務にも同法は適用されない。UNIFORM TRADE SECRETS ACT § 7 cmt. (UNIF. LAW COMM'N amended 1985).

(76) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 803 cmt. b (Am. Law INST. 2015).

(77) Pub. L. No. 114-153, 130 Stat. 376 (2016).

- (78) 営業秘密防衛法を含むアメリカの営業秘密法の概説書として、*see generally* SHARON K. SANDEEN & ELIZABETH A. ROWE, *TRADE SECRET LAW INCLUDING THE DEFEND TRADE SECRETS ACT OF 2016* (2d ed. 2018). 営業秘密防衛法を紹介した邦語文献として、浅井敏雄「二〇一六年米国連邦民事トレードシークレット保護法の概要」*パテント六九巻一五号九八頁*(二〇一六年)、山根崇邦「米国連邦営業秘密防衛法(DTSA)の研究(一)」*同志社法学六九巻七号二六四九頁*(二〇一八年)。
- (79) Pub. L. 104-294, 110 Stat. 3488 (1996) (codified as amended at 18 U.S.C. §§ 1831-1839 (2012)).
- (80) 18 U.S.C. §§ 1831-1839.
- (81) *Id.* § 1838.
- (82) RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION (Am. Law Inst. 1995).
- (83) 雇用法リステイメント策定以前のアメリカにおける営業秘密保護法制に関する邦語文献として、石田信平「営業秘密保護と退職後の競業規制(一)」*同法五八巻五号一九四一頁*(二〇〇六年)、同(二)*同法五八巻六号二二二七頁*(二〇〇七年)、同(三・完)*同法五八巻七号二五五一頁*(二〇〇七年)など。
- (84) 営業秘密を開示してはならないという義務は、雇用関係の終了後も、当該情報が八・〇二条に従って営業秘密に該当するかぎり残存する。RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 803 cmt. c (Am. Law Inst. 2015).
- (85) *Id.* § 804 cmt. a.
- (86) *Id.*
- (87) *Id.* § 804.
- (88) *Id.*
- (89) 第一の使用量との信用および信頼の継続的な関係がある労働者が負っている信認忠実義務には、労働者であるかぎり、労働時間中であるかにかかわらず、その使用者と競業してはならないという義務(八・〇一条b項二号)が含まれる、と解されている。*Id.* § 804 cmt. a.
- (90) 労働者が競業者において第一の使用量におけるものと類似の業務に従事していたとしても、そのことから直ちに兼業・副業が許されなくなるものではない。*See id.* § 804 cmt. b, illus. 1. すなわち、第一の使用量における業務と競

業者における業務との非類似性は、競業が許されるための要件にはなっていない。

(91) *See id.*

(92) Food Lion, Inc. v. Capital Cities/ABC, Inc., F.3d 505, 516 (4th Cir. 1999), *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 8.04 reporters' notes cmt. b (Am. Law Inst. 2015).

(93) 「随意雇用の関係のデフォルトルール」に関する二・〇一条は、「両当事者は、制定法そのほかの法もしくはパブリックポリシーまたは両当事者間の合意、使用者を拘束する約束もしくは使用者を拘束するポリシーステイトメント(二・〇二条)によって権利が制限されていないかぎり、正当な事由の有無にかかわらず、雇用関係を終了させることが許される。」と記述している。RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 2.01 (Am. Law Inst. 2015).

(94) *Id.* § 9.07 cmt. b.

(95) 前掲注(70)参照。

(96) Food Lion, Inc. v. Capital Cities/ABC, Inc., 194 F.3d 505 (4th Cir. 1999), *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 8.04 reporters' notes cmt. b (Am. Law Inst. 2015).⁴⁴ Food Lion 社が不衛生な食品管理をしているという情報提供を受けたABC社の記者二名が、同社の上司の承認を得たうえで職歴などを偽ってFood Lion社に採用申込みをし、一名は一週間、もう一名は二週間のみFood Lion社で就労したが、その間に、小型カメラで業務や事業場を隠し撮りし、さらに、不衛生な食品管理の様子を含むその映像をABC社の報道番組で使用した、という事案である。*Id.* at 510-511. Food Lion社はABC社、報道番組のプロデューサー、Food Lion社の労働者でもあった記者二名に対し、記者二名の賃金などの返還と報道による損害の賠償などを求めた。*Id.* at 511. 裁判所は、記者二名の忠実義務違反の成否の点について、「記者らは、ABCという一の使用者の利益を促進する一方でFood Lion社という第二の使用者に損害を与え、Food Lion社に対する不忠実の不法行為を行った」と判断し、記者二名がFood Lion社に対する同人らの忠実義務に違反したことを認定した。*Id.* at 516. この判例を起草者注記に引用している雇用法リステイトメントでも、兼業・副業による忠実義務違反が成立するためには、原告が何らかの意味で労働者である被告の「第一の使用者」であることが必要でないと理解されていると考えてよいものと思われる。

(97) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 8.04 cmt. b (Am. Law Inst. 2015).

- (98) *Id.* 設例によれば、使用者が、全ての労働者の副業を禁止する旨のポリシーを予め公表しており、労働者が、当該ポリシーを知ったうえで副業の地位を得たのであれば、労働者は、懲戒処分に服するとともに、契約に違反して九・〇七条に述べられた責任を負う可能性がある。 *Id.* § 804 cmt. b, illus. 2.
- (99) *Cameco, Inc. v. Gedicke*, 724 A.2d 783, 789 (N.J. 1999) (「もう一方の職業が労働者の使用者に対する義務と相対立する可能性が大きいほど、労働者が使用者に対しその可能性を警告する必要性は大きくなる」と判示)。 *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 804 reporters' notes cmt. b (Am. Law Inst. 2015). 他方、*DeMott, supra* note 19, at 1277-1278 は、副業の制限を課すためには明示的な合意によることを要件とすることは、使用者が許容しない特定の行為を（当該雇用関係が信用および信頼の関係にあたることみなす一方向的な規則よりも効果的に）労働者に知らせるもので、望ましい、と述べ、副業を制限するような明示的な合意がなければ、信用および信頼の関係になり労働者は、副業について使用者に報告する義務を負わないと解している。
- (100) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 804 reporters' notes cmt. b (Am. Law Inst. 2015)
- (101) *Id.* § 804.
- (102) *Id.* § 804 cmt. c.
- (103) *Id.* § 804 cmt. d.
- (104) *Md. Metals, Inc. v. Metzner*, 382 A.2d 564, 569-571 (Md. 1978) (退職労働者が在職中にその新規事業のため設備や土地を購入したりローンによる資金調達をしたりしたが退職後九か月は競合事業を開始しなかった場合には退職労働者の行動は「本質的には準備のあることは明らか」と判示)。 *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 804 reporters' notes cmt. a (Am. Law Inst. 2015).
- (105) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 804 cmt. c (Am. Law Inst. 2015).
- (106) *Id.* § 804 cmt. c のような行為が単なる退職の通知を超えて忠実義務違反となる顧客勧誘や労働者引抜きに該当するのことは事実関係によつて決せられる。 *Id.* § 804 reporters' notes cmt. a.
- (107) *Md. Metals, Inc. v. Metzner*, 382 A.2d 564, 568 (Md. 1978) (使用者の競業を開始するための準備を開示しなかったらば労働者の信認義務に違反するものと見なす」と判示)。 *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW §

- 801 reporters' notes cmt 2b (2) (Am. Law Inst. 2015).
- (101) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 804 cmt c (Am. Law Inst. 2015).
- (102) *Id.*
- (110) *Id.*; see also *Jet Courier Serv. Inc. v. Mulei*, 771 P.2d 486, 497 (Colo.1989) (「裁判所は、雇用関係の性質、労働者の行為による使用者の営業に対する影響・潜在的な影響、新しい競合会社のための同僚の役務提供を獲得するために行った同僚に対する給付約束や利益誘導の一切の程度を考慮しなければならない。単一の要素が方向を決定することではなく、裁判所は、許されない勧誘に至っていたかどうかを決するために、労働者の競業準備行為の性質を精査しなければならぬ。」と判示。), *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 804 reporters' notes cmt. d (Am. Law Inst. 2015).
- (111) 会社幹部の行動は、特別の精査を受けることが多い。また、会社役員はより強化された信認忠実義務を負うと解する裁判所もある。RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 804 reporters' notes cmt d (Am. Law Inst. 2015). *Veco Corp. v. Babcock*, 611 N.E.2d 1054, 1059 (Ill. App. Ct. 1993) (「会社役員は、異なる立場にならざる。会社役員は、使用者に対し、(1)自己の個人的な利益のために会社での彼らの地位を積極的に利用してはならない、(2)開発された事業を継続する会社の能力を損なってはならない」という信認忠実義務を負っている」と判示。), *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 804 reporters' notes cmt. d (Am. Law Inst. 2015); *but cf.* *Fish v. Adams*, 401 So.2d 843, 845 (Fla. Dist. Ct. App. 1981) (労働者が、顧客や労働者を勧誘する」ことを控えるべきであると認め、義務を負うには、管理職にある」は必要ではない」と判示。), *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 804 reporters' notes cmt. d (Am. Law Inst. 2015).
- (112) 裁判所は、労働者引抜きによって退職した労働者の人数および地位を重要な要素として精査し、前使用者に生じた損害を重視する。RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 804 reporters' notes cmt. d (Am. Law Inst. 2015). *Veco Corp. v. Babcock*, 611 N.E.2d 1054, 1061-1062 (Ill. App. Ct. 1993) (役員が在任中に、唯一の株主一名と労働者四名を残して三名の重要労働者を競合事業に参加するよう秘密裡に勧誘したため、使用者が重要顧客へ役務を提供する」とが不可能になった場合に、その忠実義務に違反したと判断。), *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 804

- reporters' notes cmt. d (Am. Law Inst. 2015); ABC Trans Nat'l Transp. Inc. v. Aeronautics Forwarders, Inc., 413 N.E.2d 1299, 1302-1307 (Ill. App. Ct. 1980) (役員であった者が、労働力の半分を超えた「三〇名を超える元労働者を引き抜いたことにより、複数州にわたる退職を引き起こし、その忠実義務に違反したと判断。'), *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 8.04 reporters' notes cmt. d (Am. Law Inst. 2015); Duane Jones Co. v. Burke, 117 N.E.2d 237, 245 (N.Y. 1954) (数名の役員および重要労働者は、雇用終了前に共謀して使用者の労働力の五〇%を超える大規模な退職を勧誘したことにより、その忠実義務に違反したと判断。'), *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 8.04 reporters' notes cmt. d (Am. Law Inst. 2015).
- (113) 競合事業を開始する計画を同僚の労働者に明かすことだけでは、忠実義務に違反するものではない。RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 8.04 cmt. d, illus. 5 (Am. Law Inst. 2015).
- (114) 設例では、使用者を退職し、競合会社を設立した労働者の集団が学生時代の友人であった場合は、労働者らは忠実義務に違反するものではないと述べられている。 *Id.* § 8.04 cmt. d, illus. 6. *See also* Cudaby Co. v. Am. Lab. Inc., 313 F. Supp. 1339, 1347 (D. Neb. 1970) (退職した同僚が使用者ではこれ以上の昇進が見込まれないから退職した場合に、その同僚らは「被告である労働者に勧誘されたとはいえない」と判断。'), *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 8.04 reporters' notes cmt. d (Am. Law Inst. 2015).
- (115) 「退職労働者による使用者であった者との競業」を記述する八・〇五条は、「退職労働者は、顧客を勧誘することや労働者を引き抜くことによるものも含め、使用者であった者と競業し、またはその者の競業者のために働くことができる。ただし、次の場合はこのかぎりでない。(a)退職労働者が、八・〇六条および八・〇七条の下で有効な競業禁止(または顧客勧誘禁止もしくは労働者引抜禁止)契約に拘束されている場合 (b)競業するにあたって、退職労働者が、八・〇三条に違反して、使用者であった者の具体的に識別できる営業秘密を開示もしくは使用したか、または、言動や行動によって開示もしくは使用のおそれがある場合」と述べている。RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 8.05 (Am. Law Inst. 2015).
- (116) FryeTech, Inc. v. Harris, 46 F. Supp. 2d 1144, 1152 (D. Kan. 1999), *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 8.01 reporters' notes cmt. a-b (3) (Am. Law Inst. 2015).

- (117) *Otsuka v. Polo Ralph Lauren Corp.*, No. C 07-02780 SI, 2007 WL 3342721, *3 (N.D. Cal. Nov. 9, 2007), *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 8.01 reporters' notes cmt. a-b (3) (Am. Law Inst. 2015).
- (118) *Stout v. Laws*, 37 Haw. 382, 392 (Haw. 1946), *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 8.01 reporters' notes cmt. a-b (3) (Am. Law Inst. 2015).
- (119) *Bessman v. Bessman*, 520 P.2d 1210, 1217 (Kan. 1974), *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 8.01 reporters' notes cmt. a-b (3) (Am. Law Inst. 2015).
- (120) *Cameco, Inc. v. Gedicke*, 724 A.2d 783, 791 (N.J.1999), *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 8.01 reporters' notes cmt. a-b (3) (Am. Law Inst. 2015).
- (121) *Iowa Supreme Court Atty. Disciplinary Bd. v. Den Beste*, No. 19-0360, 2019 Iowa Sup. LEXIS 92, at * 18 (Iowa Sept. 13, 2019) (Wiggins, J. dissenting).
- (122) *Id.* at *14.
- (123) RESTATEMENT (THIRD) OF AGENCY, § 8.02 (Am. Law Inst. 2006).
- (124) *Id.* § 8.03.
- (125) 在任中も、代理関係が終了した後の競業に向けた準備をすることは、違法なものでないかぎり、できる。*Id.* § 8.04.
- (126) *Id.* § 8.05.
- (127) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 9.09 cmt. a (Am. Law Inst. 2015).
- (128) ALIが『コーポレート・ガバナンスの原理：分析と勧告』のなかで定義する「会社役員」とは、「(a)会社の最高執行役員、最高運営役員、最高財務役員、最高法務役員および最高会計役員、(b)前記に含まれないかぎりで、取締役会議長（ただし、議長が取締役として以外に方針決定の職務を遂行せず、かつ、取締役の報酬を超えて相当な金額の報酬を受けていない場合は、このかぎりでない）、社長、会計役員および総務担当重役ならびに主要な事業ユニット、部門、もしくは職務（たとえば、販売、管理、財務）の主担当であり、または会社のために主たる方針決定の職務を遂行する副社長または副議長、ならびに(c)そのほか、会社が役員として指定する個人」をいう（一・二七条）。

- PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS § 1.27 (Am. Law Inst. 1994).
- (129) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 8.01 cmt. b (Am. Law Inst. 2015): *id.* § 8.04 cmt. e.
- (130) その適用範囲は重要な労働者に限定されており、従業員には通常は適用されない。神作・前掲注(24)一四五—一四六頁、田中・前掲注(51)六二頁、六七頁・注(22)、田中・前掲注(24)一六一頁。
- (131) ALIが『コーポレート・ガバナンスの原理：分析と勧告』のなかで定義する「取締役」とは、「会社により取締役として選任された個人または準拠法もしくは会社の基準に基づいて取締役を代行する個人」をいう(一・一三条)。
- PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS § 1.13 (Am. Law Inst. 1994).
- (132) 前掲注(52)も参照。
- (133) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 8.04 cmt. e (Am. Law Inst. 2015).
- (134) *White v. Ransmeier & Spellman*, 950 F. Supp. 39, 43 (D.N.H. 1996) (監督者 (supervisor) や支配人 (manager) 取締役、役員のような信用および信頼に基づく地位にある労働者は使用者に対して信認忠実義務を負っており、その労働者が、「当該労働者による競合事業のために、使用者の事業の機会を不正使用し、秘密情報を使用し、会社の顧客を勧誘する」と)は、その義務に違反するものである」と判示。), *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 8.01 reporters' notes cmt. a-b (Am. Law Inst. 2015)。この判示は、八・〇一条a項第一文の労働者について会社の機会が法理が適用される、という理解を示していると考えられる。
- (135) 役員や幹部の個人的な能力で発見された機会であっても、会社に対して当該機会の開示をしなければならぬ。*Ne. Harbor Golf Club, Inc. v. Harris*, 725 A.2d 1018, 1021-1022 (Me. 1999), *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 8.04 cmt. e (Am. Law Inst. 2015).
- (136) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 8.04 cmt. e (Am. Law Inst. 2015).
- (137) *See Davis v. Dorsey*, 495 F. Supp. 2d 1162, 1173 (M.D. Ala. 2007) (「役員または取締役が自己のために機会を獲得して利用するために会社の資源を使用した場合、同人は会社の機会の法理に基づき忠実義務に違反するものである」と判示。), *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 8.01 cmt. a-b (4) (Am. Law Inst. 2015).
- (138) 以下に述べる法理論からの批判のほか、実証分析をふまえた批判もある。Fisk & Barry, *supra* note 41, at 445-

- (139) RESTATEMENT (THIRD) OF EMPLOYMENT LAW § 801 (a) (AM. LAW INST., Tentative Draft No. 4, 2011).
- (140) Fisk & Barry, *supra* note 41, at 424.
- (141) *Id.* at 417-421; Alan Hyde, *A Brief User's Guide to Restatement of Employment Law Chapter 1, Employee Obligations and Restrictive Covenants*, 21 EMP. RTS. & EMP. POL'Y J. 623, 624-625, 628 (2017). Alan Hyde 教授は、使用者側は、明示的な契約をするために定型的条項が利用できるなかで黙示的義務が課されにくいのに対し、労働者側は、団体交渉や市場競争、法律に依拠しなければならぬなかで黙示的義務が課されやすい、という非対称性が存在する、と指摘する。Hyde, at 625 n.8.
- (142) Fisk & Barry, *supra* note 41, at 419; Hyde, *supra* note 141, at 625; see also Michael Selmi, *The Restatement's Supersized Duty of Loyalty Provision*, 16 EMP. RTS. & EMP. POL'Y J. 395, 400-404 (2012) [hereinafter *Supersized Duty of Loyalty Provision*].
- (143) Fisk & Barry, *supra* note 41, at 426-428.
- (144) Hyde, *supra* note 141, at 628-629 (quoting RESTATEMENT (THIRD) OF AGENCY § 804 (AM. LAW INST. 2006)). Hyde は、忠実義務を退職後の労働者にのみ拡大して課すには、伝統的な忠実義務では捕捉されない義務が含まれるよう、忠実義務を再定義する必要がある、と指摘する。 *Id.* at 629.
- (145) RESTATEMENT (THIRD) OF AGENCY § 804 cmt. c (AM. LAW INST. 2006).
- (146) *Id.* § 805 cmt. c. 競業禁止義務も秘密保持義務も、第二次代理法リステイトメントから同様に理解されていた。RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY § 396 (a), (b) and (c) (AM. LAW INST. 1958).
- (147) Hyde, *supra* note 141, at 625. 雇用法リステイトメントの起草者が忠実義務を広範化させた理由を考察したものに、*Supersized Duty of Loyalty Provision, supra* note 142, at 409-411.
- (148) RESTATEMENT (THIRD) OF EMPLOYMENT LAW § 801 (a) (AM. LAW INST., Tentative Draft No. 4, 2011).
- (149) *Supersized Duty of Loyalty Provision, supra* note 142, at 405-406.
- (150) 経済産業省知的財産政策室編『逐条解説不正競争防止法(平成三〇年十一月二十九日施行版)』二五頁、一七九—

一八〇頁。

- (151) アメリカにおいても不正競争行為としての営業秘密侵害の起源は不法行為法にある。Sharon K. Sandeen, *The Evolution of Trade Secret Law and Why Courts Commit Error When They Do Not Follow the Uniform Trade Secrets Act*, 33 *HAMLINE L. REV.* 493, 495 (2010). また、連邦全体における営業秘密法統一に向けた最初の動きも、一九三九年に発刊された第一次不法行為法リストイトメントの七五七条、七五八条および七五九条として各州の判例法を整理することであった。RESTATEMENT (FIRST) OF TORT, §§ 757-759 (AM. LAW INST. 1939). その後、日本と同じように営業秘密侵害は不正競争法で規制されるものとして、第三次不正競争法リストイトメントの三八条ないし四五条に整理されている。RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION, §§ 38-45 (AM. LAW INST. 1995). 営業秘密を不正に開示・使用した者の責任を定めた四〇条の注釈によれば、同条に記述されたルールは他人の営業秘密の窃取に関する不法行為や原状回復におけるコモロー上の訴訟に適用される。Id. § 40 cmt. a.
- (152) See *supra* note 126 and accompanying text.
- (153) RESTATEMENT (THIRD) OF AGENCY, § 8.05 cmt. c (AM. LAW INST. 2006).
- (154) 前掲注(75)でも述べたとおり、統一営業秘密法の注釈によれば、営業秘密などの存在を前提としない、代理人の忠実義務に同法は適用されない。UNIFORM TRADE SECRETS ACT § 7 cmt. (UNIF. LAW COMM. amended 1985). また、第三次不正競争法リストイトメント四〇条のルールも、労働者そのほかの代理人が負う忠実義務違反には適用されない。RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION, § 40 cmt. a (AM. LAW INST. 1995). See also SANDEEN & ROWE, *supra* note 78, at 139 (忠実義務などのほかの義務の存在は、営業秘密法を包摂するものではない)。
- (155) Selmi, *supra* note 28, at 1373. また、Michael Selmi 教授によれば、忠実義務を訴訟原因として営業秘密を保護しようとした判例法は見当たらないと云う。Id.
- (156) 前掲注(70)も参照。
- (157) Fisk & Barry, *supra* note 41, at 421-422; Hyde, *supra* note 141, at 625.
- (158) DeMott, *supra* note 19, at 1270 は、なぜ使用者の営業秘密の使用・開示とは違って、使用者財産の不正使用が限定的な信認義務の違反にならないのかを説明されていないと指摘する。

- (159) Selmi, *supra* note 28, at 1372.
- (160) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 8.01 cmt. c (Am. Law Inst. 2015).
- (161) Alan Hyde 教授は、雇用法リステイトメントが統一営業秘密法や営業秘密防衛法の解釈に影響を及ぼす可能性はあると指摘している(ただし、Alan Hyde 教授自身はその可能性は低いだらうとみている)。Hyde, *supra* note 141, at 632. したがって、雇用法リステイトメントに営業秘密の記述が存在することは必ずしも無意味なことではな
らざるべし。