

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 (二・完)
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 (2. end)
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.3 (2020. 3) ,p.75- 114
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20200328-0075">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20200328-0075</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（二・完）

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、九十三卷二号）
- 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、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

### （一）解雇や懲戒処分

雇用法リステイトメントの注釈によれば、労働者の使用者に対する忠実義務の違反に対して使用者がとりうる

典型的な措置は、解雇を含む適法な懲戒である。<sup>(162)</sup> ただ、使用者がこの措置をとることができることは、厳密には労働者の忠実義務違反から導かれるというよりも、随意雇用の原則からの帰結であると理解される。そのため、低い業務遂行能力は直ちに忠実義務違反を構成するものではないが、<sup>(163)</sup> 使用者は労働者の能力不足に対しても、通常、解雇やそのほかの懲戒の手段がとられる。<sup>(164)</sup>

労働者の忠実義務違反を要件とする使用者の救済について、雇用法リステイメントでは、九章の九・〇七条ないし九・一〇条に記述している。同章全体は、雇用法リステイメントの八章までに述べられているルールの下で賠償などを求める訴訟において実現可能な救済について述べている。そして、同章は、「使用者に対する請求」について述べた一節（九・〇一条ないし九・〇六条）と「労働者に対する請求」について述べた二節（九・〇七条ないし九・一〇条）とに分かれており、さらにそれぞれ損害賠償 (damages) などと差止め (injunctive relief) とに分かれている。<sup>(165)</sup> そこで以下では、在職中の競業による労働者の忠実義務違反に関する記述を中心に、九章二節を取り上げる。

## (二) 忠実義務違反の効果

三(一)で検討したとおり、雇用法リステイメントでは、使用者に対して忠実義務を負う労働者には三つの類型が存在し、労働者はその類型に応じて信認忠実義務や黙示的な契約上の忠実義務を負う。そして、労働者が負っている忠実義務の性格により、異なる救済ルールが適用されることが示されている。

1 労働者がその地位に応じて黙示的な契約上の義務を負うこと（八・〇一条a項第三文）を根拠とする場合の使用者の救済

契約上の義務（法による黙示的な契約に基づくものも含む。）違反については、救済の基本的な形態である損害賠償と差止めについて、それぞれ九・〇七条と九・〇八条に記述している。

(1) 損害賠償（九・〇七条）

九・〇七条（損害賠償—労働者の契約違反）

(a) 損害賠償責任の根拠として雇用契約が明白に述べる義務に違反する労働者は、その契約違反について責任を負う。使用者は、合理的に予見可能な間接損害<sup>(167)</sup>および損害を軽減させる合理的な努力のための費用を含めた、使用者が合理的に回避することができなかった予見可能な経済的な損失による損害を回復することができる。

(b) a項の下での経済的な損失には、労働者の違反によって生じた逸失利益は含まない。ただし、雇用契約が逸失利益の回復を明確に定めている場合、または、労働者が、労働者の違反によって生じた逸失利益について労働者が責任を負うであろうことを知り、もしくは、知るべきであった場合はこのかぎりでない。（使用者に対する不法行為法に基づく義務または信認義務に違反した労働者については、九・〇九条b項参照<sup>(168)</sup>。）

九・〇九条a項のルールでは、労働者の能力不足だけでは、使用者の労働者に対する契約違反に基づく損害賠償請求は認められず、「請求を基礎づけるに足りる義務（actionable obligation）」を明示する合意が必要である<sup>(169)</sup>。このように労働者の損害賠償責任を導きうる労働者の契約上の義務は、一方的な使用者のポリシーステイトメントそのほかの通達においてではなく、使用者・労働者間の合意において、その旨を明示的に述べられていなければならないと考えられている<sup>(170)</sup>。ただし、この記述にかかわらず、八・〇一条a項に定められている場合のように、

労働者は法によって課される默示的な契約上の義務を負うことがある<sup>(17)</sup>。この場合は前記のような個別的合意は不要となる<sup>(17)</sup>。

九・〇九条のルールの下では、契約違反の回復は労働者の違反によって生じた使用者の予見可能な経済的損失の場合に限定されている<sup>(17)</sup>。たとえば、管理職労働者がその在職中に競業者に対して役務を提供したことによって生じた経済的損失および合理的な損害緩和措置の費用や、退職による労働者の契約違反で使用者に生じる一般損害 (General damages) であるところの代替要員採用の余分な費用などである<sup>(17)</sup>。ただし、代替要員の費用については、通常の取引と同じように、代替労働者が直ちに確保できる場合、ほとんどの予見可能な経済的損失は回避できるので、使用者の損害賠償は制限される<sup>(17)</sup>。

労働者の契約上の義務違反によって生じた経済的損失に対する労働者の責任は、通常は、使用者の逸失利益にまで拡大されるものではない<sup>(17)</sup>。それは、大多数の労働者は、使用者の事業に逸失利益を生じさせるほど重大な影響力を有しないと考えられるからである。九・〇七条b項は、①労働者の義務違反によって生じた逸失利益について責任を課すという雇用契約中の明示的な条項もなく、②当該労働者がその義務違反によって生じた逸失利益について責任を負うであろうことを知り、または、知るべきであったという状況もなければ、使用者は逸失利益の回復を求めることができない<sup>(17)</sup>、と記述している。そして、①で述べた明示的条項がある場合として、労働者が明示的な競業禁止特約に違反したときに、裁判所が使用者の逸失利益の回復を認めることが考えられる<sup>(18)</sup>。②で述べた責任を負うことを知り、または、知るべきであった状況としては、信認義務違反があるようなときを挙げている<sup>(18)</sup>。労働者が使用者の逸失利益について賠償責任を負うかどうかは、労働者が信認義務や明示的な契約条項に違反したか否かに加え、契約締結時点において当事者が逸失利益に対する当該労働者の責任を考慮していたか、という労働者の責任の性質をも評価して決せられる<sup>(18)</sup>。労働者が在職中に競業した場合には、使用者に対し

て逸失利益についても賠償責任を負う可能性がある<sup>(183)</sup>。もし逸失利益が回復可能なものである場合であっても、使用者は、その損失が労働者の義務違反によって生じたものであることを証明しなければならない<sup>(184)</sup>。

(2) 差止命令（九・〇八条）

日本において、使用者が労働者の競業行為など（理論上は在職中・退職後を問わないが、実務上主として退職後の場合が問題となっている。）を差止めようとする場合には、その法的手段としてまずは、仮の地位を定めるための仮処分（民事保全法二三条二項）を行うことが考えられる<sup>(185)</sup>。その場合、被保全権利（雇用契約上の誠実義務違反や退職後の競業避止特約といった競業禁止を法的に基礎づける事情）および保全の必要性（競業などによる著しい損害または急迫の危険を避けるため仮処分命令を必要とする事情）の各疎明（同法一三条二項、二三条二項）が必要となる<sup>(186)</sup>。そのうえで、本案訴訟においても、競業行為などの差止め（改正前民法四一四条三項、改正民事執行法一七一条一項一号参照）を請求することになる。

アメリカの契約法においては、契約上の救済に、コモンロー上の救済として金銭賠償を、エクイティ（衡平法）上の救済として契約違反行為の差止命令を認めている<sup>(187)</sup>。雇用法リスティメントでは、契約を根拠とする労働者に対する差止めについて次のように記述している。

九・〇八条（差止めによる救済—労働者の契約違反）

- (a) 使用者は、労働者の労働する旨の約束（promise）に基づく特定履行（specific performance）を得ることはできない<sup>(188)</sup>。
- (b) 使用者は、エクイティ上の救済を得るための伝統的な要件を充足する場合、雇用契約に明確に述べられているその他のほかの義務を強制する差止めによる救済を得ることができる<sup>(189)</sup>。

労働する（役務を提供する）ことや雇用を与えることを内容とする契約の特定履行を裁判所が認めないことは、長年続いているエクイティ上のルールである。<sup>(189)</sup> このルールの根拠は、裁判所にとって役務提供を命じる判決や命令の遵守を監視することが困難であることに加え、意思に反して役務提供を強制されることがないという労働者の利益を広く保護することが、より根幹にある。<sup>(190)</sup>

これに対し、黙示的な契約上の忠実義務を負う労働者（八・〇一条 a 項第三文）や合理的な競業禁止特約を締結した労働者（八・〇六条ないし八・〇八条）による義務違反がある場合、労働者が明示または黙示の契約上の義務に違反することを抑制するため、競業を禁止するなどの差止めの救済を認めることができる。これは、相手方の不作為を強制する消極的差止め（negative injunction）であるため、前記の契約の特定履行とは異なり、広く認められている。<sup>(191)</sup> 差止めの請求が認容されるためには、エクイティ上の救済の伝統的な要件が充足されなければならない。そのような要件の充足を約束する契約書前文は、裁判所が差止命令を発するべきであるか否かの判断において、重視はされるが、決定的な要素ではない。<sup>(192)</sup> そして、雇用法リステイトメントが挙げる暫定的差止命令（preliminary injunctive relief または preliminary injunction）の要件は、次のとおりである。<sup>(193)</sup>

- ① 本案における原告の勝訴の見込み
- ② 当該訴訟の終局判決によつては防止することができない回復不能な損害の危険
- ③ 当事者間の困難の均衡<sup>(194)</sup>
- ④ 公共の利益<sup>(195)</sup>

また、雇用法リステイトメントの記述する終局的差止命令（final injunctive relief または final injunction）の要件は、次のとおりである。ただし、これは、連邦法が適用される事件との関係で先例性がある（雇用に関する連邦制定法に基づく請求を含むが、別段の定めがある制定法は除く。）ものであり、各州法における要件はさまざまであ

る。

- ① 回復不能の損害を被ったこと
  - ② 金銭的な損害賠償のような法で実現できる救済ではその損害を十分に補償することができないこと
  - ③ 原被告間の困難の均衡を考慮すると、エクイティにおける救済が正当化されること
  - ④ 公共の利益が永続的な差止め命令によって害されないこと<sup>(196)</sup>
- エクイティ上の救済要件は、使用者の営業秘密を開示・使用する（八・〇三条）などの労働者の信認義務違反や、在職中の競業（八・〇四条）、有効な競業禁止特約の違反（八・〇六条ないし八・〇八条）などの事例で充足されるだろうと理解されている。その理由として、その損害額を算定することが困難であること、労働者から十分な損害賠償を得ることは不可能であることが多いこと、損害賠償では、情報の秘密性を回復することはできず、また、当該情報が営業秘密に該当しない場合は、既にその開示を受けた第三者による使用を防ぐこともできないことが挙げられている<sup>(198)</sup>。

## 2 信認忠実義務（労働者が使用者との信用および信頼に基づく地位にあること（八・〇一条a項第一文）および労働者が営業秘密の保有に至ったこと（八・〇一条a項第二文）を根拠とする場合の使用者の救済

雇用法リステイトメントでは、労働者の不法行為や信認義務に基づく責任は、使用者に対する労働者の契約上の義務に基づく責任からは独立したものとして位置づけられている。そして、九・〇九条は、信認忠実義務に服する労働者（八・〇一条a項第一文および第二文）にのみ適用され、默示的な契約上の忠実義務にのみ従う労働者（同項第三文）には適用されない<sup>(199)</sup>。信認忠実義務違反に対しては、損害賠償や差止めに加え、報酬の没収や利益の吐出しなど、特別の救済手段が使用者に与えられている。この報酬の没収と利益の吐出しとを合わせて「不誠実

使用人」の法理 (“faithless servant” rule / doctrine) と呼ぶことがある<sup>(200)</sup>。これは、代理法や信託法に由来する同法理が主に高職位の労働者に適用されてきたところ、雇用法リステイトメントが雇用関係における同法理の適用範囲を明示的に限定しようとしたものであると解されている<sup>(201)</sup>。

(1) 信認義務違反についての金銭的回復・損害賠償、報酬の没収、利益の吐出し(九・〇九条)

(i) 不法行為労働者および信認義務違反労働者による損害賠償(九・〇九条 a 項)

九・〇九条(損害賠償と原状回復—労働者の不法行為法に基づく義務または信認義務の違反)

(a) 使用者に対して負う不法行為法に基づく義務または何らかの信認義務に違反した労働者(八章)は、使用者が合理的に回避することができた損害を差し引き、損害を軽減させる合理的な努力のための費用を含めた、当該違反によって使用者に生じた予見可能な損害について責任を負う。

(b) a 項の下で得られうる損害賠償には、過去の経済的損失、合理的な一定の将来の経済的損失、非経済的損失、懲罰的損害賠償、合理的に予見可能な逸失利益および合理的に予見可能な間接損害を含む。

(c) (略)

(d) (略)

(e) 法によって別段の定めがないかぎり、使用者に対して負う不法行為法に基づく義務または信認義務に違反した労働者(八章)は、主張を維持するために使用者が負担した弁護士報酬について責任を負わない<sup>(202)</sup>。

不法行為法では、被害者は不法行為によって被った「全損害」について損害賠償を求めることができる、という一般原則がある<sup>(203)</sup>。この一般原則の下で、九・〇九条 a 項および b 項によって認められうる損害賠償の項目は、損害を軽減させる合理的な努力のための費用(不法行為後に合理的な努力や支出を行うことによって回避することができたはずの損害は控除される<sup>(204)</sup>)、裁判の時点までの経済的損失、合理的な一定の将来の損失、非経済的損失<sup>(205)</sup>、懲

罰的損害賠償<sup>(206)</sup>、逸失利益、実損害が立証できなかった場合の名目的損害賠償（九・〇五条b項）<sup>(207)</sup>である。他方、弁護士費用の損害賠償は原則として認められない（同条c項）<sup>(208)</sup>。

(ii) 信認義務違反労働者に対する報酬の没収（九・〇九条c項）

信認義務違反によって生じた損害の回復が損害賠償請求（九・〇九条a項）によって完全に実現できない場合に、使用者は、九・〇九条c項に記述された報酬の没収による法的手段をとることもできる。

九・〇九条（損害賠償と原状回復—労働者の不法行為法に基づく義務または信認義務の違反）

(c) 使用者が同一の損失について二重の回復を得る場合を除き、そして、準拠法となる（applicable）賃金支払いに関する州法そのほかの法に従って、次の場合に、使用者は、使用者に対して負う信認忠実義務に違反した労働者（八・〇一条）に対し、支払うべき報酬<sup>(210)</sup>を拒否し、既に支払った報酬を回復することができる。

(1) 労働者の報酬を、労働者の不忠実な役務提供（disloyal services）と労働者の忠実な役務提供との間で、分配する（apportion）ことができない場合

(2) 労働者の不忠実な行為（disloyalty）の性質上、労働者の不忠実な役務提供によって使用者に生じた損害の合理的な計算を行うための実用的な方法が存在しない場合

労働者の報酬を、労働者の忠実な役務提供と不忠実な役務提供との間で、合理的に分配することができるのであれば、使用者は、不忠実な役務提供について、支払うべき報酬を拒否し、既に支払った報酬を回収することができる<sup>(211)</sup>。

労働者の信認忠実義務（八・〇一条a項第一文および第二文）違反によって損害を受けた使用者は、賃金支払いに関する州法そのほかの法と一致する範囲で、労働者に対し、不忠実な行為があった期間につき、支払うべき報酬の全てを控除し、既に支払われた報酬全ての返還を求めることができる（九・〇九条c項前段）が、全報酬の

没収が認められるのは、同条項一号また二号のいずれかの場合のみである。使用者は労働者に対して損害賠償を請求できる(同条 a 項)が、使用者にとって損害額や義務違反と損害との因果関係を立証することはしばしば困難を伴う。そこで、報酬の没収という救済はこのような立証の困難性から設けられていると説明できる<sup>(212)</sup>。

この報酬の没収という救済については、州によって異なる立場があり、雇用法リステイトメントではそれら次の四つに大別している。すなわち、①労働者の不忠実な役務提供と忠実な役務提供とで分配することができない場合に不忠実な労働者に対する全ての報酬を拒否する考え方(「不忠実による没収」アプローチ (“forfeiture for disloyalty” approach))、②使用者が、労働者の義務違反によって生じた損害が労働者の役務提供によって生み出された価値よりも明白に重大であることを証明することを要求する考え方、③どのような場合に分配することができるかについて狭い見方をとる考え方(「柔軟な分配」アプローチ (“flexible apportionment” approach))、④提供された役務に対する報酬を控除することを一切排斥する考え方(「没収禁止」アプローチ (“no forfeiture” approach))である<sup>(213)</sup>。

①「不忠実による没収」の立場は、代理法の一般的な立場を反映したものであるとされており、第二次代理法リステイトメント四六九条でも、「代理人は、不従順な (disobedient) 行動や忠実義務違反となる行動に対して報酬を得る権利が与えられない。そのような行動が、同人の役務提供契約の故意による違反を構成する場合、同人は、報酬が分配されていないが適切に行われた役務に対しても、報酬を得る権利が与えられない。」と述べられている<sup>(215)</sup>。第三次代理法リステイトメント八・〇一条の注釈が同様の見方を示している<sup>(216)</sup>。

これに対し、雇用法リステイトメント九・〇九条 c 項では、完全な「不忠実による没収」アプローチを排斥する州に近い立場をとっている<sup>(217)</sup>。報酬全部の没収は、同項前段の下で、労働者が不忠実だった特定の仕事や時間に対して労働者の報酬を適切に分配することができないか(一号)、労働者の不忠実な行為の性質上、使用者の損

害を合理的に確定することができない（二号）場合にかぎり、正当化される。<sup>(218)</sup> 他方、労働者の不忠実な行為から生じた損害額がはっきりしているときのように、忠実な役務提供と不忠実な役務提供とで労働者の報酬を分配できる場合は、不忠実な部分にかぎって報酬を没収できるだけである（同項後段）。雇用法リステイメントがこのような解釈を採用した理由は、大多数の労働者はその役務全体が厳格に信認的な性格を有してはいない役務の提供に従事しているので、九・〇九条c項のような考え方が雇用関係により適的な解釈であると考えられたからである。<sup>(219)</sup> すなわち、使用者が被った損害を考慮しても、労働者の役務提供の全てが使用者にとって無価値になるとは考えられないのである。<sup>(220)</sup> このようにして代理関係と雇用関係との相違がそれぞれの解釈に反映されているといえる。また、雇用法リステイメントのこの立場は、使用者の不当利得を防ぐために労働者がその役務提供の合理的な価値を受領するべきであるという提供役務相当金額（quantum meruit）の原則ともより合致するものである。<sup>(221)</sup>

支払期間による労働者の報酬の分配について、判例は「〔労働者〕は、同人が忠実義務に違反する活動に従事していた月について何らの給料報酬の権利を与えられず、また、同人が忠実義務に違反する活動に従事していた四半期について何らのボーナスの権利を与えられない。」と判示している。<sup>(222)</sup>

九・〇九条c項二号に関し、設例において、大手製薬会社の使用者に化学研究者として一〇年間雇用された労働者が、自身が管理職に昇進できない不満から、主要な競業者と接触し、使用者の営業秘密（販売計画を含む製品情報）を競業者の科学者や製品管理者と共有し始めたところ、労働者のこの不忠実な行動を知った使用者が、労働者を解雇し、営業秘密の開示を開始した時点以降に労働者に支払った全報酬の返還を求める訴訟提起とともに、同期間に関する未払いの報酬の一切を支払う必要がないことの確認を求めた、という事例を挙げている。この場合、労働者の不正が雇用関係全体に広がり、当該不正による現実の損失の計算を不可能にするものである

から、使用者は、準拠法となる賃金支払いに関する州法と一致する範囲で、不忠実な行為があった期間中の役務提供に対して支払うべき報酬を与えなくてもよく、既払いの報酬を取り戻すことができる、という理解を示している。<sup>(223)</sup>

損害賠償請求(九・〇九条 a 項)との関係で、報酬の没収(同条 c 項)に、損害賠償請求が奏功しない場合にのみ活用できるなどの限界(補充性)があるのかという問題も生じうる。この点につき、雇用法リステイトメントは、労働者の不正が、使用者に対する損害の合理的に実用的な算定を妨げる場合、九・〇九条 c 項は、不忠実な行為があった期間中の、全ての支払うべき報酬の控除および不忠実な労働者に支払い済みの報酬の取戻しによって、使用者が追加的な(supplemental)回復手段をもつことを認める、と述べているので、損害賠償請求が奏功しない場合に限定されるものではないと解していると思われる。<sup>(225)</sup> 実際には、同条 c 項も、報酬の没収ができない場合として、「使用者が同一の損失について二重の回復を得る場合」を挙げているが、損害賠償請求が奏功しない場合に限定しているわけではない。

(iii) 信認義務違反による利益の吐出し(九・〇九条 d 項)

九・〇九条(損害賠償と原状回復—労働者の不法行為法に基づく義務または信認義務の違反)

(d) 労働者が信認義務の違反から個人的な利益を得た場合、使用者は、労働者からそれらの利益を回復することができる。<sup>(226)</sup>

雇用法リステイトメント九・〇九条 d 項は、労働者が信認義務違反となる行為によって個人的に利得した場合の利益の吐出し(disbursement)を認めることを記述しており、使用者は、労働者に対してその不正流用(defalcation)から損失を回復することができる。<sup>(227)</sup> 起草者注記で引用された判例の一つは、次のように判示してい

る。すなわち、「被告ら」のいずれも、「原告」は既に支払いまたは支払うことを合意したものに對する価値の全てを受け取っているのであるから、「原告」には損害はないと主張することは当を得ない。受認者は、信認関係にある者に対し、……受認者の不正行為によって何らの損失も被つてはないから、何らの権利救済もない、と主張することができない。何らかの積極的な損失が立証されないかぎり、他人に對する信認関係に違反した者は、その違反によつて獲得しうる秘密の利益を保持する可能性がある、というのは当裁判所にとつて危険な先例である。法は、そのような場合に受認者が情報を完全に開示することなく、その義務に違反して贈与や謝礼、利益を得たり、本人 (principal) に不利な利益を獲得したりするときには、それは当該受認者による信頼の裏切り、信用違反であり、当該受認者は受け取った全てについてその本人に對し、責任を負わなければならない、としてい<sup>(228)</sup>る。この判例にも含意されているように、この利益の吐出しによる救済も前記の報酬の没収と同様に立証の困難性から設けられていると説明できる<sup>(229)</sup>。

九・〇九条 d 項は、第三次原状回復および不当利得法リスティメント (RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT) の四三条および五一条を受けたものである<sup>(231)</sup>。第三次原状回復および不当利得法リスティメントでは、まず「違法に得られた利益 (Wrongful Gain)」と題する三条が「自らの違法行為によつて利益を受けることはできない。」<sup>(232)</sup>という利益の吐出しに関する一般原則を記述している。利益の吐出しという救済手段の目的の一つは、違法行為によつて利得するインセンティブの除去にある<sup>(233)</sup>。そのため、利益の吐出し責任を負うのは原則として「悪意の不法行為 (conscious wrongdoing)」の場合にかぎられるが、たとえ故意でなくとも (unintentional) 受認者 (fiduciary) が信認義務に違反した場合も同様の責任を負う<sup>(234)</sup>。これもやはり信認義務違反の抑止機能を果たしている<sup>(235)</sup>。

そして、四三条は、「信認関係または信頼関係 (Fiduciary or Confidential Relation)」と題し、「次の場合に利得

した者は、その義務を負っている者に対して原状回復の責任がある。(a) 信認義務の違反 (b) 信用および信頼の關係によって課されている同等の義務の違反 (c) 他人のそのような義務の違反の結果」と記述する。<sup>(236)</sup>したがって、雇用法リステイトメントにおける信認忠実義務違反により利得した労働者は前記四三条に基づく原状回復責任を負うものと理解できる。そして、第三次原状回復および不当利得法リステイトメント三編七章一節「金銭支払判決を介した原状回復 (Restitution Via Money Judgment)」の五一条は、「違法行為による利得 (Enrichment by Misconduct)、利益の吐出しおよび清算 (Accounting)」と題し、次のように述べている。<sup>(237)</sup>すなわち、一項において「違法行為 (misconduct)」とは一三条ないし一五条、二九条ないし四六条に記述された利益侵害行為である旨を、二項において、過失の有無にかかわらず、違法行為によって得られた原状回復すべき価値は市場価格相当地分以上である旨を、それぞれ記述する。次に、三項は「悪意の違法行為者 (conscious wrongdoer)」を定義し、四項は、「二項の規定がより大きな損害賠償を課す場合を除き、悪意の違法行為者または悪意か過失かにかかわらず信認義務に反した受認者の不当利得は、前提となる違法行為による純利益である。このような場合における原状回復の目的は、可能なかぎり懲罰を課すことを回避する一方で、違法行為からの利益を取り除くことである。この目的を追求する原状回復救済は、しばしば『吐出し』もしくは『清算』と呼ばれる。」と記述する。そして、五項において被告の純利益の確定に関して生じうる問題 (過度に疎遠な (induly remote) 利得についての違法行為との因果關係の否定、被告の正当な活動の成果と原告に対する違法行為の成果との分配、費用の控除、立証責任の分配) について記述する。

被告の違法行為による原状回復の場面において、不法行為と不当利得の二つの責任原因が併存しうるため、アメリカの不当利得法上、この利益の吐出しによる救済は、不法行為 (九・〇九条 a 項および c 項) とは別個の責任原因による救済であると理解される。<sup>(238)</sup>

(2) 差止命令（九・一〇条）

日本においては、契約を根拠として仮処分申立てや本案訴訟の提起によって履行請求としての差止めを求めることができるのは前記1(2)で述べたとおりであるが、不法行為（民法七〇九条）に対する救済は金銭賠償が原則とされ、不法行為を根拠とする差止請求は基本的に認められていない。なお、その例外の一つが、不正競争防止法が法律上認めた、営業秘密の侵害を含む不正競争行為に対する被侵害者の差止請求である（三条）。

これに対し、アメリカにおいては、前記の契約上の救済と同じく、不法行為法の救済にも、コモンロー上の救済として金銭賠償が認められている一方で、回復不能な損害がある場合に、エクイティ上の救済として不法行為に対する差止命令も認められている。<sup>(20)</sup> 使用者の労働者に対する、不法行為を根拠とする差止めについての雇用法リステイトメントの記述は、次のとおりである。

九・一〇条（差止めによる救済—労働者の不法行為法に基づく義務または信認義務の違反）

(a) 労働者の不法行為法に基づく義務または信認義務（八章参照）を強制する差止めによる救済は、不法行為または忠実義務の違反が継続している場合にのみ可能であり、エクイティ上の救済を得るための伝統的な要件を充足しなければならない。

(b) 裁判所は、労働者に対し、職場に復帰することや使用者への役務提供を命じることはない。<sup>(21)</sup>

雇用法リステイトメントによれば、契約上の救済としての差止命令と大きな違いはみられないが、不法行為および信認義務違反の場合には、本条に基づいて差止めに基づく救済を得るためには、使用者は、労働者の義務違反に対して八章に基づいて強制できることを証明しなければならず、エクイティ上の救済のための伝統的な要件を充足しなければならない。<sup>(22)</sup>

## (三) アメリカにおける評価・批判

雇用法リステイメントに対しては、使用者にとって有利な解釈が採用されているという批判がなされていることは前記三(三)のとおりであるが、忠実義務違反の効果についても、使用者にとって非常に有利である、と指摘する見解がある。これによれば、労使ともに特定履行が認められていないことは共通しているが、使用者にとっては競業禁止特約を執行するための禁止的差止命令 (prohibitory injunction) が特定履行禁止から本質的に認められやすいのに対し、労働者にとっては特定履行が禁止されているなかでどのような差止命令が得られるのかが明確にされておらず、使用者の違法行為に対する差止命令をほとんど認容されないといい、不均衡がある。<sup>(243)</sup> ただしこの見解も、そもそも現在の法 (判例法) も同様に使用者にとって有利なものであると分析しており、<sup>(244)</sup> その意味で雇用法リステイメントは現在の法を反映したものであると評価している。

他方、雇用法リステイメントは、使用者の労働者に対する契約違反の損害賠償について (本稿の検討対象である在職中の競業、兼業・副業と直接には関係しないが) その責任を「損害賠償責任の根拠として雇用契約が明白に述べる義務」に限定するとともに、その「雇用契約」が「一方的な使用者のポリシーステイメントそのほかの通達」でなく、使用者・労働者間の「合意」であることを要求することにより、労働者にとって有利に展開した、と分析されている。<sup>(245)</sup> しかし、逸失利益については、労働者が同意する時点で当事者がどれほど予見不可能であるかに関係なく、その同意をもって使用者の逸失利益の回復を認めることには問題がある、とも指摘されている。<sup>(246)</sup> なお、契約に違反した労働者の代替要員採用の追加費用を使用者の経済的損失とみているという点では、雇用法リステイメントの使用者の救済に関する記述は第二次契約法リステイメントとも整合しているとも評価されている。<sup>(247)</sup> 信認義務違反および不法行為の金銭的救済では、「不誠実使用人」の法理に関し、受認者 (fiduciaries) たる労働者と分配が可能な範囲に限定しているので、現在の法と比較して労働者にとって有利なものになっては

いるが、なお労働者にとっては厳しい救済手段である、という評価がある。<sup>(246)</sup>  
しかし、差止めによらず、金銭的救済によらず、これら救済制度が使用者にとって有利に設計されている（ようにみえる）のは、労働者の資力の限界や金銭賠償による損害回復の困難性、あるいは信認関係に起因するものであると認識されている。<sup>(246)</sup>

## 五 考 察

### (一) アメリカと日本の比較

#### 1 雇用法リステイトメントに現れるアメリカ法の整理

以上が雇用法リステイトメントにおける労働者の忠実義務および在職中の競業・競業準備、兼業・副業に関する理解である。この理解からは、次のように整理できるだろう。

まず、全ての労働者が使用者に対する忠実義務を負うのではなく、労働者のなかでも、①使用者における重要な権限および高度の職責を有している厳格な監督に服しない重要労働者や、②使用者の営業秘密を委ねられるなどして保有するに至った労働者は、その権限や裁量（または営業秘密を保有する地位）が使用者との信認関係を基礎づけ、その関係を根拠とする信認忠実義務を負うことになる（ただし、②につき、営業秘密の不正開示・使用には、ほとんどの州において州の営業秘密法が適用される）。加えて、③そのほかの労働者も、（営業秘密以外の）使用者財産の不正使用や自己契約の機会が与えられた者は、その地位に応じ、黙示的な契約関係を根拠とする忠実義務を負うことがある。

次に、忠実義務違反として列挙されている行為類型をみると、競業行為（競業準備行為や兼業・副業を含む）

や、使用者の営業秘密・財産の不正使用、自己契約などを禁止していることから、アメリカにおける労働者の使用者に対する忠実義務の本質は、労働者による利益相反行為の禁止にあると考えてよいだろう。<sup>(250)</sup>そして、前記の忠実義務の発生根拠の違い（主に信託性の有無や範囲）により、どの程度の忠実義務が課されるのか、どの範囲の利益相反行為が禁止されるのかが異なっている。前記③の労働者は、一定の場合に競業や兼業・副業が制限される程度であるが、前記①の重要労働者は、在職中の競業や兼業を労働時間外も含めて控えなければならず、兼業まで広く禁止されている。そのような労働者のなかでも、会社役員や重要幹部にあたる者は、使用者の「会社の機会」を（事前の報告・承認などを経ずに）奪取してはならない義務まで負う。また、合理的な準備行為を超える、顧客勧誘や労働者引拔きの禁止も、主として①重要労働者に向けられた規律であると解してよいだろう。

そのようにして、信認関係に基づく忠実義務に違反した場合、より強力な救済手段が使用者に付与される。具体的には、信認忠実義務違反の場合でなければ、原則として損害賠償の範囲に逸失利益の回復は含まれない。そして、より大きな違いとして、信認忠実義務違反の場合、一定の要件の下で、損害賠償請求を超える救済として（既払いまたは未払いの）報酬の没収および忠実義務違反行為によって獲得された利益の吐出しの請求まで認められている。

アメリカでは、会社法における役員の義務にも影響を及ぼしている信託法や代理法概念である信認義務や忠実義務を、従来は、使用者の代理人としての労働者、特に職位の高い労働者や使用者の営業秘密情報に触れる労働者にも課してきた。これに対して雇用法リステイトメントは、本稿でみたように、代理法の法理から労働者を切り離し、抽象的な概念である忠実義務が、その八章および九章二節の関係規定によって、労働者に対してその権限および責任や地位に応じて適切に適用されるように具体化することを目指したものである、といえるだろう。

## 2 日本法との比較

これに対し、日本では、本稿冒頭で述べたとおり、商法・会社法上の支配人が精力分散防止義務および競業禁止義務を負う。そのほか一般労働者も、その雇用契約上の誠実義務の一環として在職中の競業禁止義務を負うとともに、従業員引抜きや顧客勧誘などの競業準備行為も誠実義務に基づいて制限されることがある。さらに、労働者の労務提供に支障を来し、使用者の企業秩序に影響が生じるような兼業、競業、競業準備は、懲戒処分の対象となり、特に後二者は場合によっては退職金不支給の対象になりうる行為でもある。以下にこれらの日本法と雇用法リステイトメントに現れているアメリカ法の理解とを比較法的に考察する。

### (1) 労働者の義務内容に関する比較

#### (i) 兼業・副業の制限

雇用法リステイトメントは、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）以外の労働者は、営業秘密の開示・使用もそのほかの競争上の損害もなければ、労働時間外の兼業・副業が許容されており、忠実義務違反にはならない（八・〇四条c項）。日本でも精力分散義務を負う支配人以外の労働者については、裁判例をみても、兼業・副業が懲戒事由に該当する例は散見されるものの、同業他社に於かない会社での兼業が誠実義務違反であると判断した例は見当たらなかった。また、支配人であっても、損害推定は競業禁止義務違反に限定されている（商法二三条二項、会社法一二条二項）。

アメリカの忠実義務も日本の誠実義務も、雇用契約上の責任としては、使用者の利益に反する蓋然性が高い競業を禁止するにとどまり、広く兼業・副業を禁止する趣旨は含まれていないようである。<sup>(2)</sup>したがって、一般労働者が同業他社での競業にあたらない兼業・副業を行ったに過ぎない場合、誠実義務違反を理由とする損害賠償や差止めの対象にすることは想定されていない、と考えるべきであろう。

(ii) 競業・競業準備行為の制限

従業員引抜きや顧客勧誘についても、アメリカでは合理的な競業準備を行うことが労働者に権利として認められ(前記三(二)2③)、日本でも労働者の転職の自由への配慮が求められている(本稿冒頭)<sup>(253)</sup>。そして、忠実義務または誠実義務からそれらの権利や自由が制約される。雇用法リステイトメントは、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の行為とを区別するにあたって考慮すべき事情を列挙している。日本でも、「転職する従業員のその会社に占める地位、会社内部における待遇及び人数、従業員の転職が会社に及ぼす影響、転職の勧誘に用いた方法(退職時期の予告の有無、秘密性、計画性等)等諸般の事情を総合考慮して判断すべき」であると述べている<sup>(254)</sup>。両国のルールおよびその考慮要素、そしてその背景にある利益調整を比較すると、非常に類似していることがわかる。

雇用法リステイトメントは、在職中の競業の制限(八・〇四条a項)について注釈や起草者注記でその解釈を示していない。ただこのことは、競業行為が、兼業・副業や競業準備行為と比べると、使用者に対する不忠実性が明白な行為であり、議論するまでもなく忠実義務違反であるため詳述するまでもなかったものと思われる<sup>(255)</sup>。それを前提に、競業行為は原則として忠実義務に違反し(同項)、競業に至らない競業準備(同条b項)や兼業・副業(同条c項)は許容されるという規定構造にしていると考えられる。日本の裁判例においても、競業行為にあたる事実が認定されれば、労働者がその誠実義務に明らかに違反すると解されていると思われる。また、(債務不履行責任を問うための誠実義務違反性の問題ではなく)懲戒処分効力の問題であるが、同業他社への二重就職の事例の多くは、懲戒事由を限定解釈するまでもなく当該事由に該当すると判断されているのも、競業という行為の明白な背信性(≠誠実義務違反性)を表しているといえよう。

忠実義務と誠実義務とは、いずれも雇用契約に伴い、またはそれに付随する義務であり、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内容をもっているという点で共通している。

(iii) 使用者との信用・信頼に基づく地位にある労働者と支配人との法的地位の類似性

前記(i)のとおり、日本でもアメリカでも、労働者は労働時間外の兼業・副業について雇用契約上は大きな制限を受けないが、両国では、一定の雇用上の地位にある者がこのルールから除外される点も共通する。そのような地位にある者とは、アメリカで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（雇用法リステイメント八・〇一条a項第一文）であり、日本では支配人である。これらの者はその法的規律にも類似点が見られる。

アメリカ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は、競業にあたらぬ兼業・副業も広く禁止されている（同条c項）。一方、本稿冒頭で述べたとおり、日本の支配人も、精力分散防止義務や競業禁止義務を負う。支配人にこれらの義務が課せられている根拠は、アメリカの信認忠実義務が課される根拠と近いものがある。すなわち、営業行為や兼業を禁止する精力分散防止義務の趣旨は、支配人が包括的な代理権を有する（商法二一条一項、会社法二一条一項）ことに鑑み、支配人に使用者のために忠実に職務を遂行させることにある。<sup>(256)</sup>加えて、競業が禁止されている趣旨は、支配人は使用者から信頼を寄せられており、営業の機密にも通じる地位にあるため、その支配人が競業行為を自由に行いようと使用者の利益が大きく損なわれる結果となることから、これを防止することにある。<sup>(257)</sup>

(2) 救済手段に関する比較

日本では、使用者が在職中に競業した労働者に対してとりうる法的手段は、企業秩序維持の手段たる懲戒処分を除けば、競業禁止義務違反によって侵害された権利の回復手段としての雇用契約上の債務不履行または不法行為を根拠とする損害賠償請求と、退職金の不支給にほぼ限定されている。理論上は雇用契約に基づいて競業の差止めも行いうるが、実例に乏しい。

一方のアメリカでは、随意雇用の原則の下で解雇や懲戒処分が広く認められる。加えて、金銭的な権利回復手段として、損害賠償にとどまらず、利益の吐出しや報酬の没収という手段まで認められている(ただし、後二者は、使用者との信認関係の存在が前提となる)。差止めについても、契約違反だけでなく、不法行為を根拠に求めることができる。アメリカの救済法(remedies)では、「原告を、違法行為がなかったのであれば置かれていたであろう、正当な地位に回復させること」が本質的目的である。<sup>(288)</sup>そして、上記の豊富な救済手段は、沿革的にエキテイによって導かれているアメリカ法の特色でもあり、日本法との法体系の違いが現われる点であるが、アメリカ法がそれらの救済手段を肯定する趣旨の観点から日本法と対比することはできないだろうか。

(i) 利益の吐出しという救済手段の可能性

使用者との信用・信頼に基づく地位にある労働者と支配人の規律には、前記(1)(iii)の義務内容だけでなく、救済手段の面でも重要と思われる類似点が見られる。アメリカにおける使用者との信用および信頼に基づく地位にある労働者がその信認忠実義務に違反すれば、損害賠償(雇用法リストテイメント九・〇九条a項)とは別に、使用者には労働者が信認義務違反から獲得した個人的利益の吐出しという権利回復手段が認められる(同条d項)。一方の支配人では、その競業行為について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(商法二三条二項、会社法一二条二項)<sup>(289)</sup>。この推定規定は、会社などにとって競業という行為によって被った損害額を立証することは困難であることが一般的であることから、その立証の困難性を緩和する趣旨で定められたものである。<sup>(290)</sup>損害賠償の枠組みのなかにある制度である点で、個別の独立した訴訟原因を形成するアメリカ法と異なっていることは当然であるが、比較法的には、このような商法上の競業規制は、利益の吐出しを救済手段として認める忠実義務に機能的に近い規律を与えるものである、と評価されることがある。<sup>(291)</sup>

そうだとすれば、利用実態はともかく法律制度としては、支配人はアメリカにおける信用および信頼に基づく地位にある労働者に近似する地位にある者であるといえるかもしれない。<sup>(263)</sup>しかしその反面、利益の吐出し、または少なくとも部分的にはこれと軌を一にする損害額の推定などの法律制度を支配人に該当しない一般労働者にまで適用することは、日本法の解釈として直ちには結びつかない、<sup>(264)</sup>ともいえよう。

さらに、雇用法リステイトメント八・〇一条a項第二文によれば、「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」ので、この類型の労働者が営業秘密を不正に開示・使用した場合（同条b項一号）にも同様に、当該行為から労働者が得た利益の吐出しが認められる。日本法でも、営業秘密の不正使用などの不正競争行為の被害者が損害賠償を請求するにあたって不正競争行為者が当該行為によって利益を得ている場合は、その利益が損害額と推定される（不正競争防止法五条二項）。この推定規定も、損害の立証の困難性を受けたものであるところ、<sup>(265)</sup>やはり比較法的には利益の吐出しに実質的に近い性格のものであると分析されている。<sup>(266)</sup>

以上より、取締役（会社法四二三条二項参照）などと同様、労働者が競業した場合もそれによって生じた損害を立証することは困難であることが少なくないが、当該労働者が、たとえ執行役員のような高い職位にあっても、支配人に該当しない（そして、営業秘密の侵害を行っていない）かぎり、競業によって得た利益は損害と推定されない、というのが現行法の理解である。使用者は損害の立証に向けた本来的な訴訟活動が求められ、それを尽くしてもなお損害額の立証まで至らなかつた場合に、裁判所に相当な損害額を認定する権限ないし責任を与える民事訴訟法二四八条の適用可能性が問題となるだけである。

(ii) 報酬の没収と退職金不支給との共通性・類似性

アメリカでは、信認忠実義務に違反した労働者に対しては、一定の要件の下で未払い・既払いの全報酬の没収

という非常に強力な救済手段が使用者に与えられている（雇用法リステイトメント九・〇九条c項前段）。しかし、日本では、賃金全額払原則がある（労働基準法二四条一項本文）ため、「賃金」（同一一条）を没収することはできない。

もともと、退職金は、退職時まで具体的な債権として発生していないことを理由に、不支給にしても賃金全額払原則には違反しないと解されている<sup>(27)</sup>。日本の退職金不支給という手段は、本稿冒頭でも述べたとおり、懲戒解雇に伴い、または懲戒解雇事由相当行為（在職中の競業のみならず、退職後の場合も含まれる。）を理由にとられることが多いが、雇用契約上の誠実義務から導かれる競業避止義務に違反したことによる効果ではない。ただ、多くの企業において退職金は、①賃金後払的性格と②功労報償的性格とを併有しており、労働者の行為がその功労を抹消・減殺するほどの背信行為がある場合にかぎり、全部または一部を不支給にすることはできる。この背信行為の考え方は、アメリカにおける労働者の在職中の競業を含む信認忠実義務違反や不忠実な役務提供（disloyal services）に近く、対応するもののようにもみえないだろうか。現に雇用法リステイトメントでは、前記四(二)2(ii)のとおり、①提供役務相当金額（quantum meruit）の原則と②雇用関係における信認性の程度との調和を図り、労働者が不忠実だった特定の仕事や時間に対して労働者の報酬を適切に分配することができない場合か、労働者の不忠実な行為の性質上、使用者の損害を合理的に確定することができない場合にかぎり、全報酬の没収を認める立場をとっているのである（②信認性が雇用法領域よりも高い代理法領域では、より広く報酬拒否を認める「不忠実による没収」アプローチがとられている。他方、「没収禁止」アプローチは日本における賃金全額払原則に近い考え方といえよう。）。

確かに、日本の背信行為の考え方はアメリカにおける報酬の没収と共通する発想を見出す余地がありそうであるが、雇用法リステイトメントを素材とする本稿では考察に限界がある。報酬を没収できる範囲に関するアメリカ

カの考え方を日本の退職金不支給の場合に適用する可能性を考えるには、雇用法リステイトメントに整理されている解釈だけでなく、実際の判例法が拠り所としている具体的な理論を検討の対象とする必要があるだろう。また、日本では没収が想定されているのは法的権利としては未発生の退職金のみであるのに対し、アメリカでは退職金よりもむしろ給与や賞与が没収の対象になっているため、前記のとおり、報酬に対応する役務を現に提供した労働者の①提供役務相当金額に相応に配慮しなければならぬはずである。すなわち、給付の勞務対償性が同質的ではない。比較にあたってはこうした違いが生じうる点にも留意しなければならないだろう。

(iii) 競業差止めの要件

日本において、競業行為の差止めは、競業を禁止する特約や条項に基づく不作為債務の履行請求（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）として、使用者が労働者に対して求めうる。また、本案訴訟による競業行為の差止請求のみならず、まずは仮の地位を定めるための仮処分（民事保全法二三条二項）を行うことが考えられる。しかし、使用者が労働者に競業差止めを求めた裁判例は、退職後の競業に関するものしかみられないため、在職中に競業することを差し止めるための要件などは明らかにない。

これに対し、アメリカの雇用法リステイトメントには、差止めについて一応の記述はある（九・〇八条および九・一〇条）。しかし、ほかの章や同章の金銭的回復と比較すると差止めに関する判例の引用や設例が乏しいため、差止めの要件判断に関して解釈上の指針が十分に示されているとは言いがたい。<sup>(20)</sup>したがって、在職中の競業差止義務違反に対する差止請求の要件については、雇用法リステイトメントの検討だけでは足りず、各州法（または連邦法）の判例分析も必要となる。

## (二) 残された課題

本稿では、労働者の忠実義務を根拠とする在職中の競業および兼業・副業の制限について検討したが、労働者の競業や兼業・副業をめぐる問題は、忠実義務の内容や忠実義務違反の効果などにとどまるものではない。兼業という状態、すなわち単一の労働者に対して複数の使用者があるという現象のなかで、どのような法律関係が形成されるのかという問題点も浮上する。たとえば、労働時間規制<sup>(27)</sup>の下で、当該単一労働者の複数使用者における労働時間が通算されるのか、労働者災害補償制度<sup>(27)</sup>の下で、給付額を決定するにあたって労働災害となる事故を引き起こした使用者以外の使用者（兼業先）から得ている賃金も考慮されるのかなどの問題である。この点に関連し、雇用法リステイトメントは、一・〇四条において「複数使用者の労働者 (Employees of Two or More Employers)」の記述を設け<sup>(28)</sup>、同条の注釈「複数のコモロー上の使用者の一に義務を限定する一部の制定法」では、賃金からの社会保障税や所得税の控除の主体などについて記述されている<sup>(29)</sup>。しかし、雇用法リステイトメントはあくまでコモロー上の使用者を記述しているにとどまるものであるから、これらの記述は各関係法令（制定法）の適用関係を紹介したものに過ぎない。例に挙げた雇用関係法令の適用関係の問題も、最終的に、アメリカにおける個々の制定法上の規定やその趣旨の解釈を要する問題であると思われる。ただ、これが重要な問題であり、その解釈のなかに日本に対して示唆的な内容も含まれうると考えられるので、それらの検討は他日を期したい<sup>(28)</sup>。

## (三) 雇用法リステイトメントの限界

前記(二)のとおり、ALIによる雇用法リステイトメント策定については、レーバー・ロー・グループにより反対の意見が表明されていた。そして発刊後も、雇用法リステイトメントに対して同様の批判が続いている<sup>(26)</sup>。ま

た、個別の記述に対する指摘や批判は、前記三(三)および四(三)で述べたとおりであるが、そのなかで既に指摘されていることのほかにも、一見するかぎり、矛盾するまたは整合しないと思われる記載もみられた。<sup>(27)</sup>さらに、雇用法リステイトメントには、八章および九章にかぎっても雇用法のコモンローに関する指針 (guidance) として十分であるとの指摘もよくみられる。<sup>(28)</sup>そのような批判から、(少なくとも当該記述については) 雇用法リステイトメントのルールを実務で適用することの慎重論がみられることは事実である。<sup>(29)</sup>

実際、雇用法リステイトメントを引用している判例も、ほかのリステイトメントと比べるとごく少数にとどまっているようである。<sup>(30)(31)</sup>そのため、雇用法リステイトメントが各州の判例法理論の形成、発展に影響するとか、その記述が活用されることによってその内容や射程が明確になる機会に恵まれるといった状況にはないのが実情である。したがって、雇用法リステイトメントをもって、直ちにアメリカ雇用法の一般的な理解が明確になった、あるいは、アメリカ雇用法のコモンローそのものである、と考えることは難しいだろう。

しかしその一方で、コモンロー上の歴史が存在する概念を用いて制定された連邦法は議会がそのコモンローにおける意義を前提にしていると考えられるなど、コモンローの現れたる雇用法リステイトメントの解釈が既存の連邦・州の制定法の解釈に影響を及ぼす可能性がある、と指摘する肯定的な評価があることも見逃すことはできない。<sup>(32)</sup>またたとえば、州の制定法や判例法において労働者と独立業務請負人 (independent contractors) との区別 (「労働者」性) という伝統的な議論がある。この問題に関し、判例による具体化が十分でない要素も少なくなく、判断に不確実性を伴う場合がある。労働者のプライバシー権という議論自体が比較的新しい問題もある。雇用法リステイトメントは、そのような場合に関するほかの州法を調査、理解するための出発点となり、判断の方向性を定めうるものもある。<sup>(34)</sup>このように、雇用法リステイトメントには法の指針や法の統一または発展の支えなどとしての役割が期待されている。実際に、忠実義務を独立した訴訟原因として認めつつも、判例の蓄積が乏しく、

忠実義務の正確な実体が完全には明らかにされていない州において、解釈指針として雇用法リステイトメント八・〇四条を引用した判例がある。<sup>(285)</sup>

本稿では、雇用法リステイトメントの内容について関係する規定の試訳を行いつつ、その検討を行ってきた。雇用法リステイトメントには批判的な見解も多いが、ほかの法分野のリステイトメント策定事業と同じく、雇用法リステイトメントもアメリカの雇用法の専門家が、その労を惜しむことなく、これまでのリステイトメントの理解を前提としながらも雇用関係の特性をふまえ、裁判官や弁護士などに向けて策定したものであり、参照されるべき文献であることには間違いがないだろう。今後は、雇用法リステイトメントも一つの資料として参照しつつ、(主として各州の)より具体的な制定法や判例法、そしてそれらの歴史的背景と趣旨に着目し、アメリカにおける労働者の競業、兼業・副業をめぐる法律問題についての研究をより深めることとしたい。

〔付記〕 本稿は、植田達「アメリカにおける忠実義務と労働者の競業・競業準備または兼業・副業の制限」公益財団法人労働問題リサーチセンター『格差社会と労働法の役割』(平成二八年度(比較労働法研究会)荒木尚志主査)第一章一六四—一九九頁(二〇一七年)に加筆・修正したものである。

(162) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 801 cmt. e (Am. Law Inst. 2015). また、労働者は概して無資力であるから、損害賠償の救済は、現実的なものではなく理論的なものに過ぎない。多くの場合において解雇が最も意味のある現実的な「救済」である。Charles A. Sullivan, *Restating Employment Remedies*, 100 CORNELL L. REV. 1391, 1410 (2015).

(163) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 801 reporters' notes cmt. a-b (4) (Am. Law Inst. 2015).

(164) *Id.* § 907 cmt. b.

(165) *Id.* ch. 9, intro. note.

(166) 雇用法リステイトメント九章において「労働者 (employee)」とは、別段の記述がないかぎり、応募者 (job

applicant)、「在職労働者 (current employee)」、退職労働者 (former employee) を含む。 *Id.*

(167) 雇用法リステイトメント九章のいう「合理的に予見可能な間接損害 (reasonably foreseeable consequential damages)」は、別段の記述がないかぎり、九・〇一条の注釈 k (間接損害) で解説されている理解を前提としている。 *Id.* 同注釈が引用する第二次契約法リステイトメント三五一条一項は、「契約違反をした当事者が、契約締結時点において、その違反から生ずる蓋然性のある結果として予見可能でなかった損失に対して、損害賠償を認めることはできない」と記述し (同条項の訳は、樋口範雄『アメリカ契約法 (第二版)』(弘文堂、二〇〇八年) 三二二頁による)、同条二項 a 号は、「損失は、契約違反から事象の通常の過程で生じる場合は、違反から生ずる蓋然性のある結果として予見可能である」と記述する。 RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS §§ 351 (1) and (2) (a) (Am. Law Inst. 1981), *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 901 cmt. k (Am. Law Inst. 2015). これらの記述を前提とする雇用法リステイトメントの理解をふまえると、労働者が使用者との雇用契約締結前からこのような潜在的な損失を知っていたれば、使用者に生じた損失は、予見可能となり、したがって回復を求めることができるものとなりうる。 See RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 901 cmt. k (Am. Law Inst. 2015).

(168) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 907 (Am. Law Inst. 2015).

(169) *Id.* § 907 cmt. b.

(170) *Id.* § 907 cmt. c.

(171) *Id.* § 907 cmt. b.

(172) *Id.* § 907 cmt. c.

(173) *Id.* § 907 cmt. d.

(174) *Id.* § 907 cmt. d.

(175) Sullivan, *supra* note 162, at 1401. また、雇用法リステイトメントの設例によれば、労働者が、使用者との間で合理性のある一年間の競業禁止特約を締結した後に、使用者を退職し、その主要な競業者に移籍したことにより、契約に違反した場合において、当該労働者は、契約上の責任として、要件が充足されれば契約に定めた期間は競業者で働いてはならないという差止命令に従わなければならない (九・〇八条参照)。当該労働者の代替要員確保のために使用

- 者が負担した合理的費用の損害賠償責任を負う（本文で次にみるように、使用者が当該労働者の労働力を失い、競業者がその労働力を獲得したことに伴う使用者の逸失利益については責任を負わない。）。RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 907 cmt. d, illus. 5 (Am. Law INST. 2015).
- (176) Sullivan, *supra* note 162, at 1401.
- (177) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 907 cmt. d (Am. Law INST. 2015).
- (178) *Id.* § 907 reporters' notes cmt. d.
- (179) 予見可能性は、間接損害の回復を求めるための前提要件であると解されている。Sullivan, *supra* note 162, at 1402. この点は日本の民法四一六条二項と類似している。
- (180) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 907 reporters' notes cmt. d. (Am. Law INST. 2015).
- (181) *Id.* § 907 cmt. d. ただし、労働者の信義義務違反を根拠に損害賠償請求を行う場合は、使用者は、後記2の九・〇九条に記述されているルールに基づき、権利を行使するものになる。*Id.* § 907 cmt. d, illus. 6.
- (182) *Id.* § 907 reporters' notes cmt. d.
- (183) Equity Insurance Managers of Illinois, LLC v. McNichols, 324 Ill. App. 3d 830, 838 (2001), *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 907 reporters' notes cmt. d (Am. Law INST. 2015).
- (184) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 907 cmt. d. (Am. Law INST. 2015). 労働者の逸失利益についての賠償責任に關し、「使用人や労働者に事業の失敗に対して責任があると判断されるためにはかなり強い証明を要し、さらに、不履行が証明されても、裁判所はその全ての結果について労働者に責任を認めることに消極的である」。Weymer v. Belle Plaine Broom Co., 151 Iowa 541, 132 N.W. 27, 30 (1911), *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 907 reporters' notes cmt. d (Am. Law INST. 2015).
- (185) 退職後における競業行為差止め等の仮の地位を定めるための仮処分に関する裁判例に、前掲注(4)フオセコ・ジャパン・リミテッド事件、東京リーガルマインド事件・東京地決平成七年一〇月一六日労判六九〇号七五頁や、A特許事務所事件・大阪高決平成一八年一〇月五日労判九二七号二三頁など。
- (186) 加えて、通常は保全命令の発令にあたり担保の提供（同法一四条一項）が必要となる。

- (187) 樋口・前掲注(167)五〇頁。
- (188) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 908 (AM. LAW INST. 2015).
- (189) *Id.* § 908 cmt a (quoting RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 367 (1) (AM. LAW INST. 1981)).
- (190) *Id.* また、使用者の側の契約違反に関して「差止めによる救済—使用者の違反」を記述する九・〇四条の注釈において、特定履行の不認容は、①役務提供を強制されることから労働者を保護すること、②好ましくない労働者を組織に戻さなければならぬことから使用者を保護すること、③訴訟およびその契機となった紛争によって既に非常に悪化している関係を継続するにあたって、積極的な義務の履行の執行および監督の負担から裁判所を保護することを目的としている」という理解が示されている。*Id.* § 904 cmt b.
- (191) *Id.* § 904 reporters' notes cmt. b.
- (192) *Id.* § 908 cmt. b.
- (193) その要件に加えて、暫定的差止め命令が発出される前に保証金を提出することを求める州もある。*Id.* § 904 cmt d.
- (194) 困難の均衡は、当事者の勝訴の相対的な可能性を考慮して評価される。*Id.*
- (195) *Id.*
- (196) *Id.* (quoting *EBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*, 547 U.S. 388, 391).
- (197) 前掲注(162)のとおり、労働者は、概して無資力であることが指摘される。
- (198) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 910 cmt. b (AM. LAW INST. 2015).
- (199) *Id.* § 909 cmt. a.
- (200) Charles A. Sullivan, *Mastering the Faithless Servant?: Reconciling Employment Law, Contract Law, and Fiduciary Duty*, 2011 WIS. L. REV. 777, 779 (2011); Sullivan, *supra* note 162, at 1419.
- (201) 雇用法リステイトメントが、八・〇一条a項にて忠実義務を、使用者との信用および信頼に基づく地位にある労働者のものと当該地位の性質に応じて黙示的な契約に基づいて負う労働者のものとの峻別していることも、そのためである<sup>105</sup>と指摘されている。Sullivan, *supra* note 162, at 1419-1420.

- (202) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 909 (AM. LAW INST. 2015).
- (203) *Id.* § 905 cmt. b (quoting RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 910 (AM. LAW INST. 1979)).
- (204) *Id.* § 905 cmt. c (quoting RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 918 (1) (AM. LAW INST. 1979)). つわゆる損害軽減義務があるためである。
- (205) 使用者が企業である場合、精神的苦痛の非経済的損失は損害賠償が認められなく。Sullivan, *supra* note 162, at 1419.
- (206) 懲罰的損害賠償 (punitive damages) は、違法行為を罰し、具体的な原告に対して補償を与えることよりも将来の違法行為を抑制するためのものであり、不法行為者の悪質な行為について認められることがあるだけである。RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 905 cmt. g (AM. LAW INST. 2015) (quoting RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 908 (2) (AM. LAW INST. 1979)).
- (207) 第二次不法行為法リステイトメントによれば、「名目的損害賠償 (nominal damages) は、訴訟原因は立証できなが、損害填補賠償 (compensatory damages) の権利があることを立証できなかった訴訟当事者に対して認められるべく少額の金銭賠償である」。RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 907 (AM. LAW INST. 1979), *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 905 cmt. h (AM. LAW INST. 2015).
- (208) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 905 cmt. b-h (AM. LAW INST. 2015), *quoted in id.* § 909 cmt. b.
- (209) 雇用に関する制定法上の請求に関する事件において、制定法は、通常、弁護士費用を敗訴当事者に負担させる権限を与えるが、雇用法リステイトメントが扱っているコモンロー上の請求にはそのような制定法は適用されない。*Id.* § 905 cmt. i, *quoted in id.* § 909 cmt. b.
- (210) 雇用法リステイトメント九章において「報酬 (compensation)」とは、給与 (salary)・賃金 (wages) (賞与 (bonuses) を含む) のみならず年金 (pension) や保険給付 (insurance benefit) を含む。*Id.* ch. 9, intro. note.
- (211) *Id.* § 909.
- (212) Sullivan, *supra* note 162, at 1419.
- (213) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 909 cmt. c (AM. LAW INST. 2015).

- (214) *Id.*
- (215) RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY § 469 (Am. Law Inst. 1958), *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 9.09 cmt. c (Am. Law Inst. 2015).
- (216) RESTATEMENT (THIRD) OF AGENCY § 8.01 cmt. d (2) (Am. Law Inst. 2006), *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 9.09 cmt. c (Am. Law Inst. 2015).
- (217) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 9.09 cmt. c (Am. Law Inst. 2015).
- (218) *Id.*
- (219) *Id.* (quoting RESTATEMENT (THIRD) OF AGENCY § 8.01 cmt. c (Am. Law Inst. 2006)).
- (220) *Id.*
- (221) *Id.* (quoting *id.* § 9.01 cmt. m).
- (222) Jet Courier Service. v. Mulei, 771 P.2d 486, 500-501 (Colo. 1989), *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 9.09 reporters' notes cmt. c (Am. Law Inst. 2015).
- (223) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 9.09 cmt. c, illus. 1 (Am. Law Inst. 2015).
- (224) *Id.* § 9.09 cmt. c.
- (225) 「本人が」損害賠償によって完全に補償を受けることができない場合に、「ほかの救済の十分性 (adequacy-of-other-remedies) という要素は、没収を排除するものではない。……もともと、当裁判所は、本人がもつほかの救済の十分性は、報酬没収の分析において重要なエンクイテーション上の要素であるという立場に賛成である」と判示した判例もある。Rash v. J.V. Intermediate, Ltd., 498 F.3d 1201, 1213 (10th Cir. 2007), *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 9.09 reporters' notes cmt. c (Am. Law Inst. 2015).
- (226) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 9.09 (Am. Law Inst. 2015).
- (227) *Id.* § 9.09 cmt. d.
- (228) Daniel v. Falcon Interest Realty Corp., 190 S.W.3d 177, 187 (Tex. App. 2005), quoting Kinzbach Tool Co. v. Corbett-Wallace Corp., 138 Tex. 565, 160 S.W.2d 509, 514 (1942), *quoted in* RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 9.09

- reporters' notes cmt. d (Am. Law Inst. 2015).
- (229) Sullivan, *supra* note 162, at 1419. また、田中・前掲注(46)六〇頁によれば、利益の吐出しという救済手段も、損害発生とその因果関係の立証の負担から原告を解放することが一つの理由であると考えられている。
- (230) RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT (Am. Law Inst. 2011). 第三次原状回復および不当利得法リステイメントを中心的な題材に、アメリカにおける利益の吐出し責任について検討した文献として、笹川明道「米国での『第三次原状回復・不当利得法リステイメント』の刊行について」(神院四二巻三・四号三五〇頁以下(二〇一三年))、櫻井博子「アメリカ法における違法に取得した利益に対する責任―第三次原状回復・不当利得法リステイメントを中心に―」(法学会雑誌五六巻一七三七頁以下(二〇一五年))。
- (231) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 909 cmt. d (Am. Law Inst. 2015).
- (232) RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 3 (Am. Law Inst. 2011). 笹川・前掲注(230)三四二頁の試訳による。
- (233) RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 3 cmt. c (Am. Law Inst. 2011). また、第三次原状回復および不当利得法リステイメントも、不法行為ではなく利益の吐出しの手段をとる利点として、原告が算出可能でない損害を被った場合、被告の違法行為による被告の利得を証明するほうが容易であることを指摘しており、不法行為訴訟などにおける損害立証の困難性を緩和する機能を見出している。 *Id.* § 3 cmt. b.
- (234) *Id.* § 1 cmt. a.
- (235) *Id.* 忠実義務違反の効果として利益の吐出しという救済手段を特別に付与している理由としては、受認者が受益者との間で効率的な再契約を締結する誘因を与えることで予防的規制の実効性を高めることも指摘されている。田中・前掲注(46)六〇頁、六三頁・注(15)(quoting Frank H. Easterbrook & Daniel R. Fischel, *Contract and Fiduciary Duty*, 36 J. L. & Econ. 425, 441-446 (1993)).
- (236) RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 43 (Am. Law Inst. 2011).
- (237) *Id.* § 51.
- (238) 櫻井・前掲注(230)七七四―七七五頁の試訳も参照。

- (239) RESTATEMENT (THIRD) OF RESTITUTION AND UNJUST ENRICHMENT § 1 cmt. e (Am. Law Inst. 2011). 原告は、損害填補賠償と原状回復との二つの救済が選択可能であるところ、救済の範囲や立証の容易さなどにおいて原状回復の方が原告にとって有利な場合が多いとされる。櫻井・前掲注(230)七四〇頁 (quoting Doug Rendleman, *Measurement of Restitution: Coordinating Restitution with Compensatory Damages and Punitive Damages*, 68 WASH. & LEE L. REV. 973, 985 (2011))。
- (240) 樋口範雄『アメリカ不法行為法(第二版)』三四八頁(二〇一四年)。
- (241) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 910 (Am. Law Inst. 2015).
- (242) *Id.* § 910 cmt. a.
- (243) Sullivan, *supra* note 162, at 1394-1396, 1398.
- (244) *Id.* at 1396-1398.
- (245) *Id.* at 1400-1401.
- (246) *Id.* at 1402 n 64.
- (247) *Id.* at 1403.
- (248) *Id.* at 1420.
- (249) *Id.*
- (250) 労働者の能力不足は忠実義務の違反にならない(前記四(一))ことも、このことを示しているといえる。
- (251) 退職後の競業に向けた合理的な準備行為と忠実義務違反を構成する行為とを区別する要素として、当該行為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などの高い職位の労働者であるかどうかが重要な要素であると思われるためである。See also Fisk & Barry, *supra* note 41, at 430 (職位の低い労働者は、労働者を引き抜くのは自由だが、高職位の労働者はそれが自由ではない、と述べる)。
- (252) アメリカ法の分析について、神作・前掲注(24)一二二—一二三頁も参照。
- (253) 日本のように憲法による職業の自由の保障があるわけではないが、雇用法リステイトメントの記述によれば、アメリカにおいても、退職後の競業禁止特約の効力を制限する(八・〇六条)根拠として、労働者には退職してより生

- 産的な雇用に転職する自由がある。RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 8.06 cmt. a (Am. Law Inst. 2015).
- (254) 前掲注(7)ラクソン事件。前掲注(7)コンピューターサービス事件および前掲注(7)フレックスジャパン・アドバンテック事件も参照。
- (255) もっとも、「競業」という概念がどのように定義されるのかは必ずしも自明ではない。雇用法リステイトメントでは、労働者が使用者における業務と類似の業務に従事するために競業者で労働していたとしても、直ちに違法な兼業・副業にあたらぬ(前掲注(90))など「競業」の意義を狭く解釈しようとする姿勢もみられる。
- (256) 近藤・前掲注(3)八七頁。
- (257) 近藤・前掲注(3)八七頁。
- (258) JAMES M. FISCHER, UNDERSTANDING REMEDIES 2 (3d ed. 2014).
- (259) 推定規定であるから、実際に発生した損害が、得られた利益より少ないことを支配人が立証した場合や、得られた利益よりも多いことを商人や会社が立証すれば、この推定は覆る。
- (260) 前掲注(6)も参照。
- (261) 近藤・前掲注(3)八八頁。
- (262) 藤田・前掲注(46)二五一頁、一五九頁、一六〇頁・注(53)は、次のように説明する。Property rulesとしての忠実義務は、受認者が principal の承諾を得ることなく principal の包括的「財産権」(単なる機会や情報などの保護を含む。)を用いて得た利益は全て返還させる方法で principal を保護するものである、という考え方の下、取締役の競業行為規制は、不完全ながらその property rules 的な規律を与えるものである。ただ、特に不完全なのは、取締役による競業行為に関する旧商法二六六条四項(現在の会社法四二三条二項に相当する。)は、立証困難性の緩和と趣旨としており、損害額の推定にとどまっている点で、property rules 的な性格付けはされていないことである。もっとも、前記のとおり、利益の吐出しという救済手段も、日本の損害推定と同様、損害立証の困難性が一つの理由である。また、その損害の推定そのものには支配人に利益の吐出しを要求する趣旨も含まれると説明する見解もある。森本滋編『商法総則講義(第三版)』(成文堂、二〇〇七年)〔北村雅史〕一〇〇頁、江頭憲治郎編『会社法コンメンタール——総則・設立(1)』(商事法務、二〇〇八年)〔北村雅史〕一七一頁。旧商法二六六条四項に関し、北村雅史

『取締役の競業禁止義務』(有斐閣、二〇〇〇年)一四三―一四四頁も参照。

(263) 保有する権限や責任、企業秘密などの実態からみれば、支配人よりも(会社法上の制度ではないが)執行役員たる労働者の方がアメリカにおける信用および信頼に基づく地位にある労働者に近似する地位にあるかもしれない。

(264) たとえば、支配人の規定を他の商業使用人に類推適用することも直ちには肯定できない。他の商業使用人への類推適用を否定する見解として、竹田省『商法総則』(弘文堂、一九三二年(合冊復刻版、新青出版、一九九七年)二―二頁。他方、ある程度の類推適用は認めるべきであると主張する見解として、酒巻俊雄・龍田節編『逐条解説会社法第一巻 総則・設立』(中央経済社、二〇〇八年)一六五頁(大塚龍児)。なお、営業や事業に関する「ある種類又は特定の事項の委任を受けた使用人」(商法二五条、会社法一四条)への類推適用を否定する見解として、森本・前掲注(262)(北村雅史)一〇六頁・注(26)、青竹正一『改正商法総則・商行為法(第三版補訂版)』(成文堂、二〇一四年)八七頁、その類推適用を肯定する見解として、鴻・前掲注(3)一八〇頁、大隅健一郎『商法総則(新版)』(有斐閣、一九七八年)一六三頁、近藤・前掲注(3)九五頁など。

(265) 経済産業省知的財産政策室・前掲注(150)一四八頁。

(266) 藤田・前掲注(46)一五九頁、一六〇頁・注(54)は、営業秘密の不正使用・開示規制としての損害推定規定も、同様不完全ながら property rules 的規律であると説明する。

(267) 菅野和夫『労働法(第二版)』四四〇頁(弘文堂、二〇一九年)。

(268) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 9.09 cmt. c. illus. 1 (前掲注(223)) and illus. 2 (Am. Law Inst. 2015)。むしろアメリカにおいて企業年金などの退職給付の受給権は、連邦法である一九七四年の従業員退職所得保障法(ERISA: Employee Retirement Income Security Act of 1974)によって強力に保護されている。29 U. S. C. §§1001-1461。アメリカにおける企業年金の不支給の問題については、植田達「退職後の労働者の競業を理由とする退職金・企業年金の不支給―アメリカ・ERISA(エリサ法)のバッドボーイ条項禁止とトップハットプラン」法学政治学論究一二〇号一頁(二〇一九年)を参照。

(269) その退職後の競業に対する差止請求に関する理解も同様ではない。前掲注(185)東京リーガルマインド事件などは、差止めの一実体上の要件として当該競業行為により使用者が営業上の利益を現に侵害され、又は侵害される具体的な

おそれがあることを要し、右の要件を備えているときに限り、競業行為の差止めを請求することができる」と判示した。しかし一方で、このような要件の充足を求めていないとみられる裁判例として、トータルサービス事件・東京地判平成二〇年一月一八日労判九八〇号五六頁などがある。

(270) そもそも救済論に関する記述が、第二次契約法リステイトメント(規定数：四一)と比較して雇用法リステイトメントはかなり少ない(規定数：一〇)ことが指摘されている。Sullivan, *supra* note 162, at 1393.

(271) 一九三八年の公正労働基準法(FLSA: the Fair Labor Standards Act of 1938)七条(a)(1)は、一週間で四〇時間を超える労働について使用者は労働者の通常の賃金率に対して一・五倍以上の率で賃金を支払わなければならない、と定めている。29 U.S.C. § 207 (a) (1).

(272) 労働者災害補償法(workers' compensation)は、連邦法ではなく各州法で規律される。

(273) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 1.04 (Am. Law Inst. 2015).

(274) *Id.* § 1.04 cmt. d.

(275) この点につき、若干の考察を行ったのが植田達「アメリカにおける兼業・副業ないし複数使用者の場合における法律関係」公益財団法人労働問題リサーチセンター『役務提供の多様性と法システムの課題』(平成三〇年度(比較労働法研究会)小西康之主査)第六章一三一—一五七頁(二〇一九年)である。

(276) 批判の内容は、策定過程時にあったものと概ね同様で、①当該雇用関係の大部分が連邦や州の制定法によって規律される領域の場合(たとえば、労働安全衛生法(OSHA: Occupational Safety and Health Act)や、労働者災害補償法、差別禁止法)には、雇用関係におけるコモンスローのリステイトメントを策定することの意義が問われるということ、②リステイトメントでは、労使間の交渉力の非対称性が十分に説明されていないこと、③情報技術の台頭によって雇用関係の変革が継続しており、それが雇用法リステイトメントの妥当性に疑問を投げかけていることなどである。Comments and Critiques, *supra* note 37, at 252-254.

(277) 前掲注(70)で指摘したように、雇用法リステイトメント八・〇三条の注釈が、同条の文言と異なり、同条の趣旨には営業秘密のほかにそれ以外の秘密情報も保護しようとしていると述べていることのほか、次の点も指摘できる。雇用法リステイトメントは、在職中の競業(兼業)に関する八・〇四条c項に関し、使用者が労働者の副業を制限し

ようにする場合には、使用者は八・〇六条および八・〇七条に基づく有効な合意を得ることなどが必要であると指針を示している。See *supra* note 97 and accompanying text. しかし、競業禁止特約が有効となるためにはその内容が合理的に限定されていることを要求する八・〇六条は、使用者と退職労働者との間における退職労働者の活動を制限する旨の特約を対象としている。RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW, § 806 (Am. Law Inst. 2015). また、同条を受け、競業禁止特約が有効となるために必要な正当利益について記述した八・〇七条も同様と解される。Id. § 807. すなわち、八・〇六条および八・〇七条は、少なくとも文言上は、在職労働者との競業禁止特約について記述したのではない。さらにその趣旨についてもみると、日本法と同様に、在職中と退職後では労働者の競業に対する考え方も異なる。退職後は、公正な競争の促進や労働者の流動性などの利益があるため、競業禁止特約の効力を制限するべきだと考えられている。Id. § 805 cmt a and § 806 cmt. a. 八・〇六条および八・〇七条はこのような趣旨を反映した記述である。他方でこれまで検討してきたとおり、在職中は、労働者は、使用者に対して負っている忠実義務により、広く使用者の利益に反する行為（利益相反行為）が禁止されていると考えられている。このため、在職中の副業を制限する合意の有効性が八・〇六条および八・〇七条に沿って判断されるのか、もしそうだとすると、合理性（八・〇六条参照）などの要件が同様に判断されるのかは不明確である。いずれにしても、八・〇四条c項の注釈のなかでこれらの二つの記述に触れた理由は不明である。

(278) See, e.g., DeMott, *supra* note 19, at 1278-1279 (当該契約の性質を決定づける内容の個別雇用契約または使用者の一方的規則の効力という問題を解決しておらず、裁判所に対してほとんど指針を示していない、と述べる。); Selmi, *supra* note 28, at 1375 (競業禁止特約に関する記述は、多くの指針を提供したり将来の発展に影響を与えたりするには限定的すぎる、と述べる。); Sullivan, *supra* note 162, at 1414-1418 (労働者の不法行為に基づく損害賠償請求について、懲罰的損害賠償、裁判時点での経済的損失・一定の将来の経済的損失、非経済的な損失などの種々の損害賠償が何であるかについてはほとんど指針を示していない、と述べる。).

(279) Hyde, *supra* note 141, at 626-627; see also *Supersized Duty of Loyalty Provision*, *supra* note 142, at 1375.

(280) Lexis Advance の詳細検索より“RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW”および“RESTATEMENT THIRD OF EMPLOYMENT LAW”をこの exact phrase 欄に入力して検索したところ、その件数は、合計五四件

(二〇一九年九月二〇日時点)であった(検索対象期間は限定しておらず、草稿を引用した判例も含まれている)。これに対し、本稿でも引用した各リステイトメントも同様に検索したところ、例えば、第二次代理法リステイトメント(一九五八年発刊)の件数は九九三一件(二〇一五年七月一日以降の件数は、一〇二九件。以下の「」内も同様である)、第二次不法行為法リステイトメント(一九七九年発刊)の件数は一〇〇〇〇件を超える(「七九五八件」、第二次契約法リステイトメント(一九八一年発刊)の件数は一〇〇〇〇件を超える(「三三三三件」、第三次不正競争法リステイトメント(一九九五年発刊)の件数は一一〇二件(「二一九件」、第三次代理法リステイトメント(二〇〇六年発刊)の件数は二三九七件(「八三五件」、第三次原状回復および不当利得法リステイトメント(二〇一一年発刊)の件数は六一九件(「三〇八件)であった(いずれも、同日時点)。規定数は各リステイトメントによって異なるため、単純に比較することができないことはもちろんであるが、現時点では雇用法リステイトメントの引用数は多くはなく、その活用状況はほかのリステイトメントと比べて大きな差があるといえよう。

(281) 裁判官の間で雇用法リステイトメントの存在が十分に浸透していない可能性も指摘できる。See Kenneth G. Dau-Schmidt, David F. Hamilton, Terry A. Crone, Michael W. Padgett & Jeffrey A. Macey, *The Restatement of Employment Law: Perspectives on the Bench and Bar*, 21 *Emp. Rts. & Emp. Pol'y J.* 645, 659 (2017).

(282) Berzon, Durham & Rosenthal, *supra* note 32, at 1466.

(283) See generally *id.* at 1463-1467. 前掲注(91)も参照。

(284) Berzon, Durham & Rosenthal, *supra* note 32, at 1470-1471.

(285) CSS, Inc. v. Herrington, 306 F. Supp. 3d 857, 882-883 (S.D. W.Va. 2018) (quoting RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 8.04 (a) and (b) (Am. Law Inst. 2015)). そのほか、労働者引抜き等の忠実義務の根拠として、雇用法リステイトメント八・〇四条b項を挙げた判例として、Hearing Assocs. v. Downs, No. A16-1317 2017 Minn. App. Unpub. LEXIS 499, at \*26 (Minn. Ct. App. Jun. 5, 2017) がある。

(286) 雇用法リステイトメントの起草者らはこれを目標に策定作業を行ってきた。Estreicher, Bodie, Harper & Schwab, *supra* note 34, at 1249.