慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	アメリカ・ニューヨーク州法における競業避止特約に基づく権利救済論
Sub Title	Remedies based on restrictive covenants under New York State law in the United States
Author	植田, 達(Ueda, Toru)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2022
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.95, No.7 (2022. 7) ,p.1- 81
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20220728-0001

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・ニューヨーク州法における競業避止特約に基づく権利救済論

植田　達

一　本稿の目的と検討対象
㈠　問題の所在
㈡　アメリカにおけるニューヨーク州法の位置づけ
二　競業避止特約の部分的有効性
㈠　競業避止特約の有効性判断ルールとしての合理性ルール
㈡　特約の可分性・部分的有効性
1　特約の可分性・部分的有効性の要件
2　特約の可分性・部分的有効性の効果
㈢　小括
三　競業避止特約に基づく損害賠償と差止め
㈠　金銭的損害賠償
1　損害の算定・立証
2　損害賠償額の予定条項
㈡　差止め
1　差止め一般の要件
2　競業避止特約の執行における回復不能な損害
3　差止めの効力が及ぶ範囲
四　考察と総括
㈠　日本法との比較と考察
1　競業避止特約の部分的有効性
2　金銭的損害賠償
3　差止め
㈡　まとめ

一　本稿の目的と検討対象

㈠　問題の所在

在職中の労働者が、労働契約上の信義則（民法一条二項、労働契約法三条四項）に基づいて使用者に対する競業避止義務を負うのに対し、退職後の労働者は競業避止義務を負わないため、退職後には競業避止特約が締結されることが少なくない。この競業避止特約については、労働者の職業選択の自由（憲法二二条一項）を制約するため、その有効性が問題となるところ、裁判実務として、①競業制限の正当性（使用者の正当な利益および当該労働者が在職中に当該正当利益に触れる地位にあった否か）、②競業制限の期間・地域・対象業種および職種・行為、③代償措置等を考慮し、競業避止特約が合理的な内容でなければ公序（民法九〇条）違反になる、という枠組みが採用されることが多い。[1] もっとも、締結された競業避止特約を合理的な内容になるように裁判所が限定解釈や修正を行う枠組みが採用されることもある。[2]

以上のような枠組みの下で、競業避止特約が有効である場合、競業避止義務違反の効果として、使用者は、損害賠償（民法四一五条一項本文）のほか、不作為債務の履行請求としての競業行為の差止め[3]（民事執行法一七一条一項二号参照。仮処分[4]については民事保全法二三条二項）を求めることができる。[5] これらの効果についても、たとえば、差止請求について営業上の利益が現に侵害され、またはその具体的なおそれがあることが必要だと述べる裁判例もあることから[6]、競業避止特約に基づく差止請求に特有の要件があるかどうかを含め、どのような場合に競業避止特約違反に基づく差止めが認められるべきであるかが問題になる。競業避止特約をめぐる法的問題は、その有効性を中心に議論が展開されているが[7]、このように特約の効果の面でも未解明の問題があるといえる。[8]

(二) アメリカにおけるニューヨーク州法の位置づけ

アメリカにおいては、競業避止特約に関するルールは、州によって異なっている。特約の締結や執行を全面的に禁止することや、一定の賃金額を特約の有効要件とすることを規定し、特約を規制する立法を行っている州もある。一方で、そのような立法による規制を選択せずに、判例によって特約の効力を制限する法理を確立している州もあり、ニューヨーク州もその一つである。同州法においては、退職後の労働者は、営業秘密（trade secrets）[10]侵害や不正な方法がないかぎり、使用者と競業する自由があることから、競業避止義務が発生するためには、競業避止特約を別途締結する必要があるが、これも無制限に有効ではなく、特約の定める競業制限が合理的でなければならない、というルールを判例法として採用している[11]。ただし、このようなルールの下で合理的でないと判断された特約であっても、直ちに無効とはせずに、合理的な範囲で特約を有効にするルールが存在する。また、特約違反の効果としては、損害賠償や差止めが認められうる。

合理的な範囲で特約を有効にするような契約の部分的な有効性を認めることや、損害賠償、差止めは、アメリカ法では権利救済論（remedies）という分野のなかで議論されている。この権利救済論の本質は、違法行為がなければ原告が得たであろう正当な地位に原告を復せしめるという原状回復（*restitutio in integrum*）にある[12]。権利救済論についても、州によって異なるルールや解釈論が展開されている。

そこで本稿では、アメリカのなかでも、競業避止特約の有効性判断に関するルールについて前記(一)で述べた日本法に近いものを採用するニューヨーク州法を素材として、競業避止特約を根拠とする権利救済論について、比較法的な分析を試み、競業避止特約の効果・実現手段の面でどのような課題があるかを模索する。

二　競業避止特約の部分的有効性

㈠　競業避止特約の有効性判断ルールとしての合理性ルール

前記一・㈡でも述べたように、ニューヨーク州法では、競業避止特約は、その定める競業制限が合理的でなければ無効である。ニューヨーク州の最上級裁判所であるニューヨーク州上訴裁判所（Court of Appeals of New York）の判例によれば、競業制限が合理的であるためには、①使用者の正当な利益（legitimate interest）の保護に必要な範囲を超えないこと、②労働者に過度の困難（undue hardship）を強いるものでないこと、③一般市民（public）にとって損害になる（injurious）ものでないこと、という三要件をすべて充足しなければならない。[13] これらの要件の立証責任は、特約の効力を主張する使用者側にある。[14] このルールの背景として、ニューヨーク州上訴裁判所は、人の生計手段を奪うことを阻止する公序（public policy）の強い要請を挙げるとともに、[15] 労働者の競業避止特約を正当化する根拠は、「不公正な競争（unfair competition）を未然に防止すること」にあると述べた。[16][17] 競業制限の期間や地域的範囲が合理的であるかどうかが、主として前記①の要件で判断される。[18]

なお、競業避止特約に特有のルールとしてではなく、契約一般に関するルールとしてであるが、契約としての競業避止特約が拘束力をもつためには、契約の対価たる約因（consideration）も必要である。この点、ニューヨーク州法においては、競業避止特約の約因としては、雇用の継続で足り、別途の給付などの新たな対価は必要ないと解されている。[19][20]

(二) 特約の可分性・部分的有効性

1 特約の可分性・部分的有効性の要件

もっとも、ニューヨーク州法は、競業避止特約の締結にあたって使用者による強制（coercion）や不誠実さ（bad faith）がない場合には、特約を完全には無効にせず、特約の可分性（severance）または部分的有効性（partial enforcement）を認めている（以下では、主にまとめて「部分的有効性」という。）。このことを詳細に述べた判例として、ニューヨーク州上訴裁判所のBDO Seidman v. Hirshberg事件判決がある。[21]

(1) BDO Seidman v. Hirshberg事件判決

ニューヨーク州上訴裁判所は、一九九九年のBDO Seidman v. Hirshberg事件判決において、「部分的有効性または可分性の方法によって広範にわたる労働者の競業避止特約の不合理な部分を治癒する」裁判所の権限については、「裁判所が合意全体を無効にすることで労働者を制限から解放するというリスクに妨げられることなく、使用者が優越的地位（superior bargaining position または dominant bargaining power）[22]を利用して不合理な反競争的制限を課すおそれ」を考慮しなければならない、と指摘した。[23]続けて、「広範にわたる労働者の競業避止特約を完全に無効にするという当然無効ルール（per se rule）を否定する」見解が現在の通説である、という理解を示したうえで、第二次契約法リステイトメント一八四条を参照し、「不合理な部分が合意された交換（agreed exchange）の本質的部分ではない場合、裁判所は、合意の条件を課す際の使用者の行為に焦点を当て、事案に即して分析すべきであ」り、「このアプローチの下では、使用者が、不当利得獲得（overreaching）、優越的地位の威圧的な行使その他の反競争的違法行為（anti-competitive misconduct）がないことを証明し、誠実に（in good faith）、公正取引の合理的基準（reasonable standards of fair dealing）に従って正当な事業利益を保護しようとした場合、部分的有効性が正当化されうる」と述べた。[24]このルールに関し、この判決は、第二次契約法リステイト

メントが契約の厳密な分割可能性（divisibility）を部分的有効性の要件として求めていない[25]ことに触れ、無効な部分が機械的に分離できるほどに分割可能でないかぎり、競業避止特約の全体を無効にしなければならないという見解を現在では信じられていない（now-discredited）ものとして否定した[26]。なお、BDO Seidman v. Hirshberg 事件判決より前の州上訴裁判所の判例によれば、このような救済方法は、衡平法・エクイティ上の（equitable）救済[27]という性格をもつものである[28]。

このBDO Seidman v. Hirshberg 事件判決が参照した第二次契約法リステイトメント一八四条は、「合意の残部が有効となる場合」に関する記述として、一項が「第一七八条[29]に述べられているルールに基づいて合意の一部が無効である場合であっても、裁判所は、合意として無効になった履行（performance）が合意された交換の本質的部分でないとき、重大な違法行為を行わなかった当事者の利益になるように、合意の残部を有効にすることができる。」、二項が「裁判所は、契約条件の執行を求める当事者が誠実に、かつ、公正取引の合理的基準に従って当該条件を得た場合、第一項で述べられているルールに基づいてその契約条件の一部のみを無効とすることができる。」と記述している[30]。このうち[31]、一八四条二項が記述するルールは、契約条件が（より狭ければ有効であるが）広すぎるために公序を理由として無効になるという場合に、裁判所が、契約条件の一部のみを無効とし、残部については有効にすることができる、というものである[32]。そして、裁判所のこの権限は、契約を再構成（reformation）する権限ではなく、契約条件を追加することもできない、というのが第二次契約法リステイトメントの立場である[33]。同項のいう「誠実に、かつ、公正取引の合理的基準に従って」が否定される例として、優越的地位を利用して明らかに公序を害する約束をさせた場合が挙げられており、当該契約条件が優越的地位にある当事者が提供したひな形に含まれるという事実は、裁判所の前記権限の行使を否定する事情であると位置づけられている[34][35]。

また、BDO Seidman v. Hirshberg 事件判決が引用した、Harlan M. Blake ミネソタ大学教授（当時）の論文では、「可分性（Severance）」と題する項目のなかで以下のように論じられている。すなわち、「裁判所に提出される特約一つ一つには、契約上の義務を遵守する労働者や、誓約者〔すなわち、競業避止特約を締結した退職労働者〕を雇用した場合の法的問題を懸念したり、または同業他社との紳士的関係を維持しようとしたりしている競合他社に対し、強迫的効果を行使するものが数千と存在する。このように、無数の労働者の移動が、裁判所も認容しないような厳しい競業制限による威嚇の下に制限される。もし可分性が広く一般に適用されれば、使用者は、具体的な事案の事実関係において不合理でない場合には削減されて執行されるという確信をもって、真に不吉な特約を策定することができる。……この議論は優れているが、一定の限界がある。〔①〕まず、全ての雇用契約が交渉力において労働者が劣るためにその負担全てが労働者に降りかかる附従契約である、と仮定していることである。確かに、そのような場合はよくあることかもしれないが、労働者の競業制限の再検討において現在関心を集めているのは、獲得困難で優秀な技術者やセールスマンが、将来の移動に対する広範囲な競業制限に同意することを望まないことの帰結である。例えば、少なくとも労働市場における競争が激しい場合、使用者は、優秀でない人材のコスト増加という形で、競業制限による負担の多くを間接的に自ら抱える可能性がある。したがって、賢明な使用者は裁判所が分離しよう（sever）とする意欲を見苦しく利用しようとすることが必然である、と想定すべきではない。〔②〕もう一つの大きな限界は、零細な企業を除き、労働者の責任が変更される度に特約を改訂することはもとより、労働者個人について特定の要件に各特約を適合させることは、管理上不可能である、ということと関係する。比較的少数の書式で、全く異なる状況にある多数の労働者に対応しなければならない。……使用者が完全に誠実に行動している場合であっても、裁判になる状況では、当該競業制限が、特約に違反した当事者の場合に必要とされるよりも、いくらか負担が重すぎるということも起こりうる。一方、差止めが適切

であることが明白である可能性もある」（〔　〕内は筆者による。以下も同様。）。このように、①優秀な人材の獲得という観点からは、使用者に、裁判所による可分性・部分的有効性が認められることを見越した広範囲な競業制限を伴う特約を締結させるインセンティブが必ずしもないことと、②競業避止特約の策定においては、その一定程度の画一性は避けられないことを指摘する。

そして、問題解決のためのアプローチとして、続けて次のように述べた。すなわち、「労働者の競業制限に関する使用者の方針と慣行が一般的に公正であり、正当な利益を保護するためにのみ設計されている、と裁判所が確信する場合、裁判所は、労働者への最小限の負担でそのような保護が与えられるように特約を調整するべきである。使用者が、労働者の移動や交渉力を制限することで得られる何らかの優位性のために競業制限を課していると思われる場合や、競業制限を策定して管理するうえで労働者の利益を十分に考慮していないと思われる場合には、可分性は否定されるべきである。裁判所は、不合理な競業避止特約を再構成することにより、欲深いまたは過失ある使用者を教唆・幇助する（aid and abet）べきではない。競業制限を執行するには可分性が必要だと思われる場合、使用者は、特約の条件が労働者個人との間で実際に交渉されたこと、または、そのような競業制限に関する使用者の方針と慣行が、一般的に労働者への過度の負担を回避することを合理的に考慮して策定されたことを証明する責任を負うべきである。この点については、使用者の方が労働者よりも事実を証明することに適した立場にある」[36]。この考え方が、BDO Seidman v. Hirshberg 事件判決がいう、使用者が「反競争的違法行為がないことを証明し、誠実に、公正取引の合理的基準に従って正当な事業利益を保護しようとした場合、部分的有効性が正当化されうる」というルールにも反映されている。

前記のように述べた BDO Seidman v. Hirshberg 事件では、被告 Hirshberg は、一九八四年に、ニューヨーク州の四つのオフィスを含め、アメリカに四〇のオフィスをおく全国的な会計士事務所である原告 BDO Seidman

に雇用され、一九八九年にパートナー就任の一つ手前の職位であるマネージャー職に昇進した。この昇任の条件として、Hirshbergは、次の内容の競業避止条項を含む「マネージャー契約」を締結した。すなわち、退職後一八か月間は、BDO Seidmanの特定のオフィスの顧客に労務を提供した場合、同社が被った損害として、直近年度に同社が当該顧客に請求した料金の一・五倍に相当する金額を賠償する、という条項である（この条項については後記三(1)2(2)も参照）。この事案につき、ニューヨーク州高位裁判所控訴部（Supreme Court, Appellate Division）は原判決で特約の部分的有効性を否定して特約全体が無効であると判断した[37]のに対し、ニューヨーク州上訴裁判所は、一八か月間という禁止対象期間および禁止対象オフィスは合理的であるが、顧客収奪禁止特約が顧客の範囲を限定せずに、労働者がその雇用中に関わったことのない顧客や、使用者の費用などの負担によらずに労働者自身の努力のみによって獲得された顧客を特約の対象とすることは、必要な範囲を超える制限であり、不合理であるということを前提に、当該特約が、雇用開始や雇用継続の条件としてではなく、パートナーシップへの参画の一歩手前の責任（responsibility）および信用（trust）に基づく地位への昇進に関連し、締結されたという事情に着目し、「強制の証拠もなく、マネージャー契約が競争を妨げよう（forestall）とする何らかの全体的な計画の一部であったという証拠もない。さらに、BDO社が、当該特約が過度に広範囲であることを認識したうえでこの特約締結を不誠実に強いたという証拠もない」と述べて部分的有効性を認めた[38]。

加えて、ニューヨーク州上訴裁判所は、競業避止特約を有効にするために、当事者の合意の書き直し（rewrite）は必要でなく、追加すべき実体的な契約条件もない、と述べた[39]。これは、前記の第二次契約法リステイトメントが採用している、裁判所には、契約を再構成する権限はなく、契約条件を追加することができないという立場を前提に、同事件では、裁判所が部分的有効性を認める権限が及ぶ、と判断したものといえる。

以上のように、ニューヨーク州法においては、競業避止特約は、合理性ルール（前記(1)）の下で広範にわたる

ことから不合理と判断されても、直ちに無効とはならず、使用者が、競業制限の正当な利益に加えて、[40] 反競争的違法行為がなかったことを証明すれば、合理的な範囲で有効になる。[41]

(2) その他の州上訴裁判所判例

BDO Seidman v. Hirshberg 事件判決によれば、このような立場は一九七一年の Karpinski v. Ingrasci 事件[42]においても採用されている。[43] Karpinski v. Ingrasci 事件において、被告 Ingrasci は、口腔外科医としての研修を終え、口腔外科医である原告 Karpinski に雇用された。この雇用契約には次の内容の競業避止条項が定められていた。すなわち、Ingrasci は、Karpinski が事業を行っている特定の郡において、在職中および退職後永久に歯科および口腔外科に従事しないことを誓約するというものである。また、Ingrasci は、退職後にこれらの郡で歯科または口腔外科に従事した場合には四〇〇〇〇ドルの約束手形によって賠償することに同意した（この同意についても後記三(1)2(2)参照）。Ingrasci が退職の一週間後に競業避止条項で定めた郡のなかで口腔外科を開業したため、Karpinski は、競業避止特約に基づく差止命令および約束手形による賠償を求めた。ニューヨーク州上訴裁判所は、競業避止特約のうち有効な部分から許容されない部分を「分離」し、合理的な範囲で有効とする裁判所の権限如何の問題につき、それについて直接に判断した例がなかったものの、有力な学説[44]で支持されているほかの州判例法（デラウェア州[45]、マサチューセッツ州[46]、ミシシッピ州[47]、ノースカロライナ州[48]、当時のノースダコタ州[49]、ワシントン州[50]、ウェストヴァージニア州[51]、当時のウィスコンシン州[52]）もそのような権限を明確に認めている、と述べた。[53] そして、この事案については、「当事者の一方によって詐欺や威圧が用いられることなく、慎重に交渉された契約の一部である、特約は、合理的かつ有効な範囲で、その条件に従って執行されなければならない」と述べた。[54]

二〇一五年の Brown & Brown v. Johnson 事件[55]では、被告 Johnson は、フロリダ州に本社を置く保険仲介人である原告 Brown & Brown, Inc 社ニューヨーク支社に雇用された初日に、競業避止特約を含む雇用契約を同社

から提示され、締結した。この競業避止特約は、退職後二年間は、雇用契約期間中に顧客および特定の潜在的顧客に対して直接または間接的に勧誘したり、労務を提供したりすることを禁止する顧客勧誘禁止条項という内容であり、これが雇用開始の条件とされていたが、雇用契約締結前の交渉では提示されず、最初の労働日まで提示されることはなかった。Johnsonは、Brown & Brown社に数年間勤務し、退職後一か月も経たないうちに、同社の競合他社での勤務を開始したため、同社は、Johnsonに対し、損害賠償を求めた。この事案につき、ニューヨーク州上訴裁判所は、まず、前記(1)のBDO Seidman v. Hirshberg事件判決などを参照し、Johnsonが知らず、会ったこともなく、仕事をしたこともなかった顧客をも含む、Brown & Brown社のニューヨークにおけるあらゆる顧客と仕事をすることをJohnsonに禁止する競業避止特約は、ニューヨーク州法の下で、過度に広範囲である、と述べた。次に、裁判所は、同事件判決が示したルールの下で、労働者が契約を理解したかどうか、契約についての使用者側からの説明・協議の有無・内容、労働者がその日に契約を締結することが求められていたか、労働者が弁護士に助言を求めることができたか、労働者が契約条件を交渉できたか、などが争点になっていると判断した。加えて、Johnsonが既に前職を退職していたという事実は、同人が失業するリスクを冒すことができずに、雇用契約を締結せざるを得なくなったものとして、Brown & Brown社が不当利得獲得や、優越的地位の威圧的な行使によって競業避止特約を獲得したか、という論点を提起した、と述べた。以上から、ニューヨーク州上訴裁判所は、被告Johnsonが申し立てたサマリージャッジメント（summary judgment）[56]を却下した。[57]すなわち、この判決で争点として挙げられた事情や事実が、「反競争的違法行為がなかったこと」（の証明）の判断要素と位置づけられている。

(3) 下級審裁判例

以上の判例、特に前記(1)のBDO Seidman v. Hirshberg事件判決をふまえ、部分的有効性を否定する要素とし

て、①特約締結の雇用開始または雇用継続との関連性（これとは逆に、責任および信用に基づく地位への昇進と関連する場合は部分的有効性が肯定されやすくなる。）、②競争を妨げようとする使用者の強制または全体的な計画の存在、③当該特約が過度に広範であることの使用者の認識を、BDO Seidman v. Hirshberg 事件判決から抽出した下級審の裁判例がある。[58] それらの裁判例の具体的な判断として、Scott, Stackrow & Co., C.P.A.'s, P.C. v. Skavina 事件は、会計士事務所である使用者が、会計士である労働者が一九九四年に雇用された時に雇用開始の条件として、また、二〇〇一年に退職するまで毎年の雇用継続の条件として、退職後の顧客勧誘禁止特約（退職後二年間、労働者が使用者の顧客に対し、会計士業務について勧誘または労務提供を行わないという内容）の締結を要求していたところ、これは優越的地位から要求されたものであり、労働者がこの特約を締結することと引換えに、労働者の信認関係（fiduciary relationship）や企業内における責任の大きい立場への昇進など単なる雇用継続を超えた重要な利益の使用者からの提供はなかったこと（前記①にかかわると解される。）、前記 BDO Seidman v. Hirshberg 事件判決が出されて（すなわち、会計士事務所の顧客勧誘禁止特約が不合理と判断され、原告と被告とが締結した同様の合意も広範囲に過ぎることが原告に向けて警告されていた。）からも特約の締結を要求していたこと（前記③にかかわると解される。）を理由に、部分的有効性を否定した。[59] Long Is. Minimally Invasive Surgery, P.C. v. St. John's Episcopal Hosp. 事件は、使用者が肥満外科手術に特化した医療行為を行っている（一般的な外科手術も行っていた。）ところ、使用者の七つの事業所および提携病院から一〇マイル以内の場所で退職後二年間、あらゆる種類の手術を行うことを禁止する競業避止特約が広範囲に過ぎることの明白さから、使用者の誠実さが疑問視される（前記②で述べた Brown & Brown v. Johnson 事件を参照した。前記③にかかわると解される。）とともに、使用者が労働者を雇用する前提条件として（前記①にかかわると解される。）競業避止条項を含む雇用契約の締結を要求してその交渉も拒否したこと（前記②にかかわると解される。）は、優越的地位を利用したものであると判断されたた

め、部分的有効性を否定した。[60] Aqualife Inc. v. Leibzon 事件判決も、競業避止特約の締結が雇用開始の条件とされていたことから、部分的有効性を否定した。[61]

また、ニューヨーク州を管轄する連邦裁判所の判決として、Veramark Techs., Inc. v. Bouk 事件では、雇用契約に退職後一二か月間の競業禁止条項、顧客勧誘禁止条項および従業員引抜禁止条項が定められており、原告 Veramark らが被告 Bouk の競業差止めを求めたところ、判決は、前記 Brown & Brown v. Johnson 事件および Scott, Stackrow & Co., C.P.A.'s, P.C. v. Skavina 事件を参照し、「裁判所は、BDO Seidman 判決以降、使用者が顧客基盤全体の勧誘を禁止しようとした場合、部分的有効性は不適切であると判断してきた。……換言すれば、使用者は、BDO Seidman の理由付けにより、労働者が雇用中に関係を形成した顧客の勧誘を対象としない場合、競業避止特約は過度に広範囲となることを警告されている」と指摘した。そのうえで、この判決は、競業避止特約が、BDO Seidman v. Hirshberg 事件判決のほぼ九年後に締結されたこと、「責任および信用に基づく地位への昇進との関連」はなく、雇用の条件として締結されたことから、反競争的違法行為がなかったことの証明はないと判断された。また、正当な利益の保護のためには顧客勧誘禁止条項が置かれていることから、原告 Veramark 社が競業禁止条項をも定めたことは「誠実に……正当な事業利益を保護しようとした」とはいえない、と指摘した。すなわち、顧客関係を正当な利益として保護しようとする場合に、顧客勧誘禁止条項があるにもかかわらず、競業そのものを制限することは広範囲にすぎる制限となる。さらに、この判決は、「裁判所は、瑕疵（infirmities）が非常に多いために競業避止条項全体を書き直す必要がある場合には、当該条項を部分的に有効にしようとすべきでない。……本件の場合、本件合意は、Bouk 氏が、全世界の Veramark またはその系列会社と競合する企業に直接的または間接的に労務を提供することを禁止している。この条項の部分的有効性を認めることは、必然的に『ブルーペンシリング（blue penciling）』を超え、大規模な改訂となる。」と述べた。[62] これは、特

約が過度に広範であることに対する使用者の認識（前記③）とは別に、部分的有効性を認める対象にできる合意の限界についても触れ、合理的な範囲との乖離が大きい特約については部分的有効性を認める裁判所の権限が及ばないと解したものと思われ、裁判所に契約の書き直しや再構成の権限までは認めないという BDO Seidman v. Hirshberg 事件判決や第二次契約法リステイトメントが採用している立場に沿うものである。

Elexco Land Services, Inc. v. Hennig 事件判決は、特約を修正せずに文言どおりに読むと、競業制限の内容は、地域的限定もなく、労働者が雇用中に従事していた労務への限定や、使用者に雇用されている間に形成した顧客関係への限定もなかったのであって、使用者と競合するあらゆる事業への従事を制限すること、すなわち、労働者が使用者での雇用期間中に提供しなかった労務についても制限することを目的とするものであったことから、使用者の「正当な事業利益の範囲を大きく逸脱していた」と評価された。そして、使用者は「不当利得獲得がなかったこと」や、「誠実に正当な事業利益を保護しようとした」ことを証明できなかったと判断された。また、仮に原告がその証明をできたとしても、当該競業避止特約を完全に書き直すことが必要になるため、裁判所が特約を有効にするように文言を修正することはできない、と述べた。[63] この判決でも、裁判所は合意の部分的有効性を肯定しうる場合の限界に直面したといえる。

他方、Marsh USA Inc. v. Schuhriemen 事件で、連邦地方裁判所は、競業避止特約（顧客勧誘禁止特約）の締結が雇用継続の条件になっていたが、特約には、使用者による特定のボーナス制度への加入資格ならびに秘密情報および営業秘密へのアクセス権限が付与される旨も定められていた事実を指摘した。このことは、前記①で触れた「責任および信用に基づく地位への昇進と関連する場合」に類するものであるといえる。[64] 加えて、連邦地方裁判所は、特約が労働者の個人的な顧客や使用者の潜在的顧客を含んでいることは、BDO Seidman v. Hirshberg 事件判決のいう「合意された交換の本質的部分」を形成するから特約の本質的変更を経ずに個人的顧

客や潜在的顧客の部分を削除できない、というものではないと述べた。すなわち、部分的有効性を認める権限は及びうる、と判断した。そして、当該顧客勧誘禁止特約は、労働者の個人的顧客および使用者の潜在的顧客を除外するように修正されれば、合理性ルールの三要件（前記㈠の①ないし③）を充足することから、「誠実に、公正取引の合理的基準に従って正当な事業利益を保護しようとした」場合にあたると判断した。ここでは制限期間が一年間にとどまっていることが特に重視されており[65]、やはり合理的な範囲からの逸脱や乖離がないことが部分的有効性を認めることの前提になっているとみられる。

部分的有効性の是非とは別に、競業避止特約も契約であることから、特約の文言の解釈が問題になることがある。Battenkill Veterinary Equine P.C. v. Cangelosi 事件では、次の内容の競業避止特約が締結されていた。すなわち、「当事者は、使用者の事業は地域に密着するものであること、および、本契約〔雇用契約〕の終了後、労働者が使用者の現在の顧客のために獣医療サービスを提供することで使用者と競業した場合、使用者は重大な損害およびグッドウィル（goodwill）[66]の喪失を被るであろうことを合意する。したがって、労働者は、雇用終了後三年間、使用者の現在の所在地から三五マイル圏内において、使用者が行う馬の獣医療に類似するあらゆる業務と、いかなる形であっても、関係をもたないことに同意する。」というものである。同事件判決は、特約の解釈の点について、まず、「競争を制限する特約は、厳密に解釈されなければならず、その文言の文字どおりの意味を超えて拡げられるべきではない。」、「曖昧な文言は、契約の作成者にとって不利に解決される」と述べた。そして、当該特約が労働者による競業を許した場合の潜在的な損害に言及していることを指摘し、「原告は、その元顧客の所在に関係なく、すべての元顧客に被告がサービスを提供することを阻止することを意図していたとみえる」としつつ、「条項の文言を明示的に記述されているとおりに解釈すれば、原告の元顧客に対してであっても、被告が三五マイル圏外でサービスを提供することが禁止されない」ことから、「被告が原告の診療所から三

五マイル圏内で馬の獣医療を行うこと、場所を問わずに原告の元顧客に対してサービスを提供すること」を禁止する暫定的差止命令を修正し、三五マイル圏外で原告の顧客にサービスを提供することを禁止する部分、すなわち「場所を問わずに」の部分を命令から削除した。[67]

2　特約の可分性・部分的有効性の効果

特約の部分的有効性が認められることの帰結として当該特約がどの範囲で有効になるかは、前記(1)で述べた合理性ルールの下で合理的な競業制限の期間や地域、活動・行為など[68]によって決せられるところが大きいと思われる。そこで、競業制限の期間、地域、活動・行為の縮減という観点から、裁判例を検討する。

(1)　競業制限の期間

競業制限期間について特約の修正を行った例として、Estee Lauder Cos. v. Batra 事件は、化粧品等の製造・販売を行う原告 Estee Lauder 社と同社商品のグローバルジェネラルブランドマネージャーとして雇用されていた被告 Batra との間で締結された雇用契約に含まれる、退職後一二か月間、雇用されていた最後の一二か月間に職務上の責任を負っていた地域および秘密情報の使用・開示が競合他社の事業に利益をもたらす可能性のある地域で、競業（競合他社のために、働くなど積極的に事業に関与すること）を禁止した特約を、五か月の範囲で有効とした。同事件判決は、「ニューヨーク州法の下では、競業禁止特約の期間の合理性は、使用者の秘密情報が競争上の価値を有する期間の長さによって判断される」と述べ、原告 Estee Lauder 社のほかの労働者との関係で同様の特約が一二か月から四か月ないし五か月に短縮されており、被告 Batra がそれらの労働者が保有するよりも長い期間の保護を要する営業秘密を保有していなかったことや、Batra が Estee Lauder 社から競業避止義務を四か月に短縮することを提案されたことがあることから、競業避止特約に関する同社の一般的な取扱いをふまえ、

「五か月という期間が、Batra の自由の喪失を最小限に抑えつつ、Estee Lauder 社が特定した今後の製品に関する営業秘密を保護するのに適切である」と判断した。(69)

Misys Int'l Banking Sys., Inc. v. TwoFour Sys., LLC 事件は、独自の国際的な銀行取引ソフトウェアを販売・提供している原告 Misys 社が開発マネージャーなどとして雇用された労働者らとの間で締結した、退職後一八か月間の競業（使用者と競合し、または競合が予定される事業に従事すること）を禁止した特約を、一二か月の範囲で有効とした。同事件判決は、移り変わりが激しいコンピュータ産業では一八か月は過度に長いといわれることがあることを指摘しつつ、BDO Seidman v. Hirshberg 事件判決があることから一八か月の競業避止特約は必ずしも不合理とはいえず、「競業制限期間は、それが執行されようとしている具体的な事実関係のなかで判断されなければならない」と述べた。そのうえで、使用者が提供しているソフトウェアが現在も広く活用されていることから、一八か月の競業制限は、それ自体としては不合理ではないが、Misys 社のＣＥＯが締結する雇用契約に含まれる競業避止特約が一二か月間であり、Misys 社としては、ＣＥＯの競業避止特約を一二か月とすることがふさわしいと考えていたこと、そして、被告となっている労働者について一二か月よりも長い競業制限に服する理由がなかったことから、競業制限期間を一二か月に限定した（blue penciled）。(70)

Compsolve v. Neighbor 事件では、労働安全衛生に関するコンサルティングなどを行っている原告 Compsolve 社と独立契約者（independent contractor）で外務員（sales representative）であった被告 Neighbor との間で締結された、契約終了後二年間の各顧客の所在地から二〇マイル圏内での競業を禁止する特約を、一年間の範囲で有効とした。競業避止特約が保護しようとしていた情報が、契約終了時点での被告 Neighbor の商圏における原告 Compsolve 社の既存顧客の契約更新日および契約率に関する情報であり、被告 Neighbor は、顧客と原告 Compsolve と間の一年契約が満了し、当該顧客が再締結を求めると予想される時期に、顧客を収奪した。同事

件判決は、BDO Seidman v. Hirshberg 事件判決などの労働契約における競業避止特約に関する判例法を前提に、こうした一年契約が多かったことから、競業避止特約も一年間に限定した。[71]

(2) 競業制限の地域

競業制限地域について修正した例として、Deborah Hope Doelker, Inc. v. Kestly 事件判決は、「ほかの点で有効な競業避止特約に地域的な限定がない場合、裁判所は、本件のようにエクイティによって正当化される場合、当事者の意思（intent）に従って条項を解釈することができる。」と述べ、原告の事業がニューヨーク市の大都市圏に集中していたことから、地域的な限定なしに退職後一年間、原告と競業する事業に関与することを被告 Kestly に禁止する競業避止特約（被告 Kestly には、原告 Deborah の事業に関連する秘密情報および営業秘密へのアクセス権が与えられていた。）は、同一地域内において使用者が行っているバルーンブーケ事業に被告 Kestly が従事しないことを意図していたと結論づけた。[72]

Unisource Worldwide Inc. v. Valenti 事件判決は、エグゼクティブバイスプレジデントとして雇用されていた労働者が締結した「ニューヨーク市、ニューヨーク市の半径一〇〇マイル、当社が現在サービスを提供しているその他の商圏」などを含む地域において使用者と類似・競合する製品の販売に従事することを退職後二年間禁止する競業避止特約について、紙製品や梱包材製品を販売している「Unisource 社は大企業であり、この国の多くの地域で顧客にサービスを提供している。したがって、競業制限地域は、非常に広い地域に及んでいる」ことから、不合理であると判断した。もっとも、BDO Seidman v. Hirshberg 事件を参照し、裁判所は、「ブルーペンシル」により、「契約条件を合理的な地域的制限に限定し、過度に広範囲な競業避止特約の部分的有効性を認めることができる」と述べた。そのうえで、合理的解釈（reasonable interpretation）の下で、被告 Valenti は、原告 Unisource において就労していた地域で競合事業を開始することが禁止されているのであるから、裁判所と

しては、正確にどの地域的範囲が合理的であるかを決定する必要はなく、競業避止特約は合理的である、と判断した。[73]

Yoon-Schwartz v. Keller 事件では、医療機関から患者の紹介を受けている形成外科医の使用者が、同じく形成外科医の労働者との間で締結した雇用契約に、退職後三年間、使用者のオフィスから半径一〇マイル圏内で、医師として開業したり雇用されたりすることを禁止する競業避止特約が含まれていた。この雇用契約は、将来的なパートナーシップの可能性を見越して締結されたものだった。同事件判決は、田舎の地域では一〇マイル圏内の制限も合理的であるが、原告の専門分野の狭さから、大病院を含む郡の人口密集地域において半径一〇マイル圏内の制限は不合理であるとした。そのうえで、BDO Seidman v. Hirshberg 事件を引用し、使用者は、正当な事業上の利益（ほぼ二〇年をかけて形成した人的関係）を守ろうとしていたことから、使用者が患者の紹介を受けていた機関についてのみ、競業避止特約は有効であると判断した。[74]

(3) 競業制限対象の活動・行為

まず、BDO Seidman v. Hirshberg 事件では、前記**1**(1)でも検討したように、実体的な要件の追加や競業制限の期間や地域の修正はないと述べつつ、特約の適用対象となる顧客の範囲を限定し、労働者がその雇用中に関わったことのない顧客や、使用者の費用などの負担によらずに労働者自身の努力のみによって獲得された顧客を除外した。[75] 下級審でも、顧客勧誘禁止特約の制限対象となる顧客の範囲については、前記の BDO Seidman v. Hirshberg 事件判決を踏襲して判断した例が多い。[76] Greystone Staffing, Inc. v. Goehringer 事件では、人材派遣事業を行っている原告 Greystone 社とアカウントマネージャーとして雇用された被告 Goehringer との間で、Greystone 社のオフィスから半径五〇マイル圏内での退職後一年間の競業を禁止すること、Greystone 社の顧客および労働者の収奪を退職後一年間禁止することを定めた競業避止特約が締結されていた。同事件判決は、

Greystone 社は、何年もかけて形成してきたと主張する既存顧客との関係を守ることに主たる関心があることを指摘したうえ、BDO Seidman v. Hirshberg 事件を引用し、退職後一年間の制限は合理的であるが、五〇マイル圏内の制限は不合理であると判断した。そして、被告 Goehringer が原告 Greystone 社との雇用期間中に関わった同社の顧客を収奪することを被告 Goehringer らに禁止すれば、同社の営業秘密および秘密情報を保護するのには十分であると述べた[77]。

また、前記1(2)で述べた Karpinski v. Ingrasci 事件においては、狭い地域内において歯科医師からの紹介により患者を獲得している口腔外科医である使用者が、退職労働者に対し、歯科および口腔外科の業務を行うことを制限する特約が問題となった。競業制限地域については、原告 Karpinski が患者を獲得していて被告 Ingrasci が直接に競合するであろう地域は、五つの小さな田舎の郡であったところ、問題となっている郡の田舎にあるという性質とその規模から、特約の範囲が原告の事業が及ぶ領域と一致していたため、競業制限地域の合理性は明らかである、と判断された。また、競業制限期間については、限定がなかったものの、次の二点を指摘し、直ちには無効としなかった。すなわち、被告 Ingrasci が退職後わずか一週間で競合する地域で開業した点と、被告 Ingrasci の専門的業務のほぼすべてがその原告 Karpinski との関係により培われたものである点である。そして、この事件で最も問題となった、競業制限の対象となっていた活動（「歯科および口腔外科」の業務）に関しては、原告 Karpinski が口腔外科にのみ従事していたため、退職労働者が「従事したとしても前使用者と競合しない場合、その熟練した職業から排除されることは合理的でない」こと、競業制限が口腔外科への従事に限定されれば原告 Karpinski は必要な保護を受けるであろうことを指摘し、口腔外科に関する制限のみ合理的と述べた[78]。これに基づき、所定の五つの郡で口腔外科手術を行うことを禁止する差止命令を発出した[79]。

㈢ 小括

アメリカ法ではエクイティ上の権限として裁判所は契約の部分的有効性を認めることができるところ、[80] ニューヨーク州法においても、エクイティ上の救済として契約の部分的有効性を認める裁判所の権限を肯定している。ニューヨーク州法は、競業制限が広範囲にわたる競業避止特約を直ちに無効にするでもなく、無効な部分を機械的に分離できる場合でなければ部分的有効性を認めないという厳格な分割可能性を求めるでもなく、競業避止特約に関する使用者の正当な利益の存在、および、（この正当な利益を誠実に守ろうとしたものとして）不当利得獲得や優越的地位の威圧的な行使などの反競争的違法行為の不存在（この二点について、使用者側が立証責任を負う。）をもって部分的有効性を認めるというルールを採用しており、部分的有効性を認めるかどうかについては、合意内容の実体的な側面よりも合意プロセスという手続的な側面に着目しているようにみえる。そして、このルールは、第二次契約法リステイトメントの記述に沿って形成されたものであるから、アメリカ各州の判例法の全体的な傾向として、要件などに差はあるとしても、部分的有効性を認めているのだろう。[81]

優越的地位の利用などの反競争的違法行為がなかったかどうかは、労働者の情報不足や誤解に乗じて広範囲にわたる競業避止特約を策定して締結させるインセンティブを使用者に与えないよう、裁判所の権限を慎重に行使させる観点から、特約締結の雇用開始または雇用継続との関連性、競争を妨げようとする使用者の強制または全体的な計画の存在、当該特約が過度に広範であることの使用者の認識（BDO Seidman v. Hirshberg 事件判決から下級審が抽出した要素）のほか、労働者の契約に対する理解、契約についての使用者側からの説明・協議の有無・内容、労働者の弁護士に助言を求めることの可否、労働者からの契約条件の交渉の可否、前職からの退職の事実（すなわち、雇用契約を締結せざるをえない状況）の有無（Brown & Brown v. Johnson 事件判決が挙げた事情）などが考慮されて判断されている。

そして、州上訴裁判所の判例および下級審の裁判例[82]をみていくと、部分的有効性が認められるための要件である、反競争的違法行為がないこと（の証明）は、主に使用者が労働者に対して競業避止特約の締結を雇用開始の条件とする（競業避止条項を含む雇用契約を締結する）場合に否定されていることが窺える。すなわち、雇用開始または雇用継続と特約締結との関連性が部分的有効性を認めるかどうかにおいて重視されているといえそうである。なお、前記(1)のとおり、競業避止特約が有効になるためには、競業制限の合理性に加え、契約としての性質から、約因も必要であり、その約因としては、雇用の継続で足り、別途の給付などの新たな対価は必要ないと解されているため、雇用開始および一定期間の雇用をもって競業避止特約の約因は構成するが、当該特約が不合理である場合に部分的有効性を肯定するには、特約が雇用開始と関連しているだけでは足りないことが多い、と整理できよう。

特約が過度に広範であることの使用者の認識も、しばしば指摘されている。ここでは、先行する判例（特にBDO Seidman v. Hirshberg 事件判決が挙げられている。）における合理性判断が既に公に示されていたことが重視されており、判例と類似した事案に対する判決では、使用者に対して判例法による警告があったものとして、部分的有効性を否定している。また、競業避止特約の内容と合理的な競業制限の範囲との乖離が大きい場合、特約による競業制限が広範囲に過ぎることが明白になるため、使用者は特約が過度に広範囲であることを認識していると評価されていると思われる。

さらに、前記のとおり、ニューヨーク州法は、主として合意プロセスに着目しており、厳格な分割可能性を要求するルールではないが、特約の内容が合理的な範囲から大きく逸脱する場合には、特約を合理的なものにするのにその内容を大幅に書き直しや再構成が必要になるため、前記の使用者の認識（すなわち、「反競争的違法行為がなかったかどうか」）が問題になるだけでなく、部分的有効性を認める裁判所の権限がそもそも及ばない、とい

う権限に内在する限界があることも示唆されている。

なお、前記Ⅰ2で述べた裁判例には、BDO Seidman v. Hirshberg事件判決（およびそれを受けた前記Ⅰ1(3)の①ないし③）などに沿って特約の部分的有効性が認められるかどうかについて、特段の検討を行わなかったものもあるが、それらのいずれも、企業内における高いポジションに就く者として雇用されていたと思われ、判例の理解や傾向には沿ったものだと考えられる。

前記Ⅰ1(3)で触れた特約文言の解釈をめぐる問題（Battenkill Veterinary Equine P.C. v. Cangelosi事件判決）は、部分的有効性を認めるかどうかの議論とは似て非なるものであるといえる。もっとも、具体的な制限内容が明記される競業制限の期間のような場合には特約を修正して縮減したことが比較的わかりやすいが、競業制限の対象となる地域的範囲や活動の範囲の縮減については、一定程度、概括的・抽象的に定められる場合もあるため、特約の修正による縮減なのか、それとも特約の限定解釈なのか、という違いが微妙なものになると思われる。たとえば、Karpinski v. Ingrasci事件判決は、「歯科および口腔外科」のうち「歯科」の部分を削除しているので、特約を縮減的に修正したことは明確である一方、BDO Seidman v. Hirshberg事件判決は、競業避止特約が定める競業制限につき、合理的なものにするのに必要な「唯一の変更（change）は、特約が適用されるＢＤＯ社の顧客の部類を絞り込む（narrow）ことである」と述べており[83]、「顧客（clients）」の限定解釈とみることもできる。もしそうであるとすれば、同事件判決が述べる裁判所の権限も広いものであるとは限らないということになる。また、特約の文言解釈において、当事者の意思は考慮されるが、特約の修正においても、「エクイティによって正当化される場合、当事者の意思に従って条項を解釈する」（前記Ⅰ2(2)で触れたDeborah Hope Doelker, Inc. v. Kestly事件判決）とも述べられており、正当な利益の性質や内容から自ずと画定される範囲（前記Ⅰ2(1)で述べたEstee Lauder Cos. v. Batra事件判決は「競業禁止特約の期間の合理性は、使用者の秘密情報が競争上の価値を有する期

間の長さによって判断される」と述べた。）だけでなく、使用者における特約の取扱いなどにあらわれる使用者の意思や認識をも考慮し、特約内容を縮減したものがある（Estee Lauder Cos. v. Batra 事件判決や、Misys Int'l Banking Sys., Inc. v. TwoFour Sys., LLC 事件判決（前記二2(1)））。このように、判断方法の面からみても、特約の修正か特約の解釈かの区別は、必ずしも明確ではない。ニューヨーク州法における特約の部分的有効性が、特約文言の明確に縮減する修正と、特約内容を限定する解釈との双方を含む概念である、と整理するべきなのかもしれない。

三　競業避止特約に基づく損害賠償と差止め

(一)　金銭的損害賠償

1　損害の算定・立証

(1)　逸失利益

退職労働者が競業避止特約に違反した場合に使用者がとりうる法的手段（権利救済）としては、まずコモンロー上の救済として損害賠償請求が挙げられる。[84] この場合の損害の中心は、逸失利益（lost profits）である。この点につき、「競業避止特約に違反した競業やグッドウィルの収奪に対する損害賠償の基準は、被告の行為によって奪われた純利益（net profit）など、違反行為を理由に被った損失である」という理解が裁判実務として確立している。[85] これは、権利救済論の本質（前記一(二)）でもある、「原告を〔被告による〕違反行為がなかった場合と同じ〔経済的〕地位に置くよう裁定」[86] しようとすることに由来する。一方、利益の吐出し（disgorgement）という権利救済が認められている忠実義務違反行為（在職中の競業など）や営業秘密の侵害[87] とは異なり、競業避止特約違反を理由とする損害賠償を求める場合、原告（使用者）の損害はあくまでその逸失利益であることから、

使用者は、被告（労働者）の得た利益ではなく、使用者自身が失った利益の証明をしなければならない。[88]

もっとも、このような原則論に対し、「契約違反によって損害が発生したことが確実であって、その金額のみが争点である場合、そのことから違反についていかなる損害賠償も認めなくていい理由があることは稀である。契約に違反した者が、自身が発生させた損害の額が不明確であることを理由に一切の責任を免れることは許されるべきではない。……そのような場合、事実認定者は、その事件で考えうる最良の証拠に基づき、証明された事実に経験と常識を適用し、被告の違反行為の結果であるとして合理的に計算できるような損害を決定し、裁定することができる」という考え方もあり、[89]これによれば、「原告が被告の競業による純利益の喪失を証明する責任（burden of proving）を果たした場合、〔被告〕は、経済不況その他の競合事業以外の原因によって原告の純利益が減少したであろうことを示す証拠を提出することができる。……被告がそのような証拠を提出した場合、原告は、反証に成功するか、または、相当の確実性（reasonable certainty）をもって、逸失利益のうち、ほかの原因による部分とは異なり、被告の違法行為に起因して損害賠償として回復可能な部分を証明し、証明の優越（preponderance of proof）を示されなければならない」として、立証責任を分配している。[90]同様の考え方として、使用者は、退職労働者の違反行為が使用者の損失に実質的に寄与したことを証明する責任（burden of showing）を負うが、これが証明されれば、退職労働者が何らかの事情が介在して損失に寄与したと証明する責任を負うよう立証責任が転換する（shift）、と述べて、退職労働者が雇用されていた地区における人件費請求額の退職前年との差額について、この損失が発生した期間に退職労働者が使用者の顧客にサービスを提供していたことや、この損失が経済動向や人事異動（personnel changes）で説明できないものであったこと、当該地区においてその年の損益分岐点を超えたため人件費請求額の減少全体は純利益の損失を構成することから、その差額は退職労働者の違反行為と因果関係のある使用者の損害である、と認めた裁判例がある。[91]

(2) 名目的損害賠償

前記(1)のとおり、競業避止特約違反を理由とする損害賠償請求では逸失利益の立証が必要になり、立証責任の転換なども行われているが、その立証は容易でないことも多い。ニューヨーク州法においては、前記(1)の立証責任の分配の下で、「違法な競業が証明されたものの、利益のうちその競業によって失われた部分が証明できない場合、原告は名目的損害賠償（nominal damages）を受ける権利のみを有する」と述べた裁判例がある[92]。名目的損害賠償は、アメリカ法において、違法行為に対する法の不服従を反映したものであり、原告の証拠が証明責任を果たすのに不十分であるために、原告の損害立証ができない可能性があることから認められるものであるとか[93]、「名目上の勝利を意味するものではな」く、「名目的損害賠償の認容は、現実の損害が証明されなくても、権利を支持するという意味での勝利を意味することがある。」[94]といわれている。ニューヨーク州法では、違反行為による何らかの損害があったことの立証がなければ、名目的損害賠償も認められないという裁判例[95]もあれば、競業避止特約違反はあったが、原告が純利益の減少は被告の特約違反によるものであることが証明できなかった場合につき、六セントの名目的損害賠償を認容したという裁判例[96]もある。名目的損害賠償としては、このような極めて僅少な金額の賠償が認められるにとどまることから[97]、日本の民事訴訟法二四八条に基づく損害額の立証が困難な場合における相当な損害額の認定[98]とは性質や機能が異なる裁判所の権限であるといえる。

2 損害賠償額の予定条項

(1) 損害賠償額予定条項の意義・機能

前記1(1)で述べた逸失利益の立証の困難性は契約当事者にも認識されているところであり、アメリカの実務では、損害賠償額を予定する条項を競業避止特約に定めることがよく行われている。日本でも、損害賠償額の予定

は、競業避止特約の場面にかぎらず（むしろ労働者の競業避止特約に付帯する損害賠償額の予定に関する裁判例は、賠償予定の禁止を定める労働基準法一六条の存在もあるためか、少数にとどまり、[99]それに代えて退職金不支給条項で対応する実務的対応が確立していると思われる。[100]）、行われうる（民法四二〇条一項）ところ、ニューヨーク州法における損害賠償額の予定（liquidated damages）条項とは、「契約違反の結果として被るであろう損害の程度を、当事者が当該契約を締結する時に、見積もったもの」と定義されている。[101]損害賠償額の予定の内容には、後記(2)の裁判例でもみられるように、金額自体を予め定めるだけでなく、金額の計算方法を定めるものも含まれる。また、損害賠償額予定条項は、契約について、現実に発生した損害の回復が妨げられるという意味での排他的な権利救済を定めるものであるから、[102]現実の損害に加えて違約罰（penalty）をも課されるということはなく契約違反があった後になって、現実の損害による賠償請求か、予定された賠償額による賠償請求かを選択するという権利もない。[103]このような損害賠償額予定条項の重要性については、「損害賠償額の予定条項は、実際には不可能でないとしても、現実の損害額を計算することが困難な状況で意義がある。このような場合、契約当事者は、違反時に支払われる損害賠償額を、裁判所または陪審員の計算に委ねるのではなく、合意することができる」[104]と説明されている。すなわち、損害賠償額予定条項には、損害額を確実なものにしてそれを訴訟などにおける争点にしない、という機能が期待されている。

その一方で、損害賠償額予定条項については次のような指摘もある。すなわち、「公序は、法的な根拠（authority）のない違約罰や没収（forfeitures）を課すことに強く反対している」[105]ことや、「損害賠償額の予定条項は、損害に対する公正な（just）補償の原則を基礎としている。……現実の損害に対して明らかに不均衡な金額を定める条項は、公正な補償を定めることを意図したものではなく、多大な不均衡の強制によって履行を確保することを意図するものである。約束者（promisor）は、〔不均衡な損害賠償の脅威による〕経済的惨状を恐れ、

履行の継続を余儀なくされるとともに、不履行の場合には、受約者（promisee）は、現実に被った損害を遙かに超える望外の利益を得ることになる」[106]ということである。

(2) 損害賠償額予定条項の有効性

日本法において賠償額の予定に関する合意の有効性が問題になる場合があるが[107]、ニューヨーク州法の下でも、前記のような指摘があることから、損害賠償額予定条項の効力が問題になることがある。その効力については、「契約当事者は、条項が『非良心的（unconscionable）でもなく、公序に違反するものでもない』かぎり、自由にそのような合意を行うことができる……。しかし、『定められた金額がありうる（probable）損害に対し、明らかにまたは著しく不均衡である場合、当該条項は、違約罰を求めるものであり、無効である』……。他方、〔②〕予定された金額がありうる損害との間で合理的に均衡がとれており、かつ、〔①〕現実の損害額を正確に見積もることが不可能または困難である場合、当該条項は有効である」[108]と解されており、条項の呼称が「損害賠償額の予定」とされているのか、違約罰とされているのかは重視されない[109]。条項の効力に関する前記の判断基準のうち、①はいわば条項の必要性、②は条項の相当性、と整理することができよう。また、その判断の基準時となるのは、ニューヨーク州法では、前記(1)の定義にも対応し、契約違反の時点ではなく、条項を作成して合意した時点であると解されている[110]。

前記二(1)1(1)で検討したBDO Seidman v. Hirshberg 事件では、競業避止条項に違反した場合の損害として、直近年度に同社が当該顧客に請求した料金の一・五倍に相当する金額を賠償することも定められていた。州上訴裁判所は、このような規定も損害賠償額予定条項であると認めた[111]。まず、前記①の条項の必要性に相当する点については、「被告が会計サービスの代替的な供給源とならなかった場合、ある顧客がどの程度の期間にわたってBDO社にとどまっていたかを予測することは不可能であるため、被告の特約違反によるBDO社の現実の逸失

利益を正確に算定することは不可能である」と述べて、これを肯定した。次に、前記②の条項の相当性にあたる点につき、「ＢＤＯ社の損害賠償額予定条項における計算方式の理論的根拠は、ＢＤＯ社が喪失した顧客の価値を、事業譲渡において独立した当事者である譲受人が会社資産として支払ったであろう金額に準えるものであり、「買収に関して会計事業を評価するための顧客への総請求額を使用することが一般的であることに基づく損害賠償額予定条項における計算方式」は合理的である、と述べた。ただし、この事件では証拠が十分でなく、「当裁判所の意見では、損害賠償額予定条項の計算方式の根拠に関する主張は、決して著しい不均衡がないことを示すものではない」として、記録の精査のために差し戻した[112]。

このBDO Seidman v. Hirshberg事件をふまえ、元顧客への被告によるサービスについて一年間で二〇万ドルを超える請求になると見積もられ、そのうちの約五万ドルが原告のシェアに相当するところ、被告が九か月で一五万ドルを請求していたことから、五万ドルの損害賠償額予定条項は、「著しく不均衡」ではなく、有効だと判断した裁判例[113]がある。

また、被告が特約に違反して原告の顧客にサービスを提供していた場合に、被告が得た総報酬（gross fees）の二五％を上限とし、違反前の最後の一年間に原告が顧客から支払われた総報酬の七五％を下限とする損害賠償額予定条項につき、この下限の金額は、被告が競業しなかったとして、顧客が原告からサービスを受け続けていたであろう期間を確定することが困難であることを考慮すれば、明らかに過剰であったり現実の損害と無関係であったりして非良心的であるとはいえないことや、特定の顧客の需要は時間とともに増減する可能性があるため、被告が顧客から得た報酬は、違反行為がなかったとして原告が得たであろう報酬の最良の指標になると考えられること、総請求額に対する比較的小さい割合というものは、間接費や経費その他現実の利益を減少させる要因を考慮したものとして、純所得（net earnings）や純利益でなく、総収入（gross earnings）の割合で損害賠償額予定

を計算することも必ずしも不当ではないことから、有効にした裁判例もある。[114]

他方、原告の逸失利益は、被告の違反がなければ被告の顧客から得られた収益と被告の後任者が被告に完全に置き換わるまでに生み出すことができる収益との差額であるところ、その算出は、違反行為に起因して失われる顧客数、失われた取引に後任者が置き換わるのにかかる期間、違反行為がなければ当該顧客がその期間にもたらしたであろう収益、後任者がその期間に生み出すことができるであろう収益、という未知の将来の事情が必要であり、困難であることから、前記①の条項の必要性を認める一方、損害賠償額予定条項の内容については、当該条項が現実の損害を過大に見積もっていた（overestimate）ことだけでは無効にならず、その過大な見積もりによって現実の損害に対して「明らかに不均衡な」規定になっていなければ条項は無効にならないと述べたが、原告は当該条項が現実の損害に対して「明らかに不均衡」でないと証明できなかった（②不充足）と判断した裁判例もある。[115]

(二) 差止め

1 差止め一般の要件

競業避止特約を実現するための法的手段としては、差止めが重視されている。差止めのなかでも、暫定的差止命令（preliminary injunction）の申立てがしばしば行われる。これは、本案的差止命令ないし終局的差止命令（permanent injunction）[116]とは異なり、本案での最終判断が示される前に、回復不能な損害が生じないよう暫定的に権利関係を保全するための手続である。[117]その手続として、事実審（trial）の前またはその最中に行われるが、被申立人に対する告知と聴聞の機会が付与されてから発出される。

競業避止特約の執行を求める場合にかぎらず、本案勝訴可能性や回復不能な（irreparable）損害、困難

(hardship) の均衡 (balance) などの要件が充足されなければ暫定的差止命令は発出されない。より具体的には、連邦裁判所での手続と州裁判所での手続とで、暫定的差止命令の要件が類似してはいるが、やや異なる。まず、第二巡回区控訴裁判所などニューヨーク州法を管轄する連邦裁判所においては、申立人は、①差止めが認められない場合に回復不能な損害があること、ならびに、②(a)本案での勝訴可能性、または、(b)(a)が認められなくても) 訴訟における公正な理由とするために本案に移るのに十分に重大な争点があること、および、困難の均衡が申立人に傾くことが明らかであること、を証明しなければならない[118]（さらに、連邦最高裁判所の差止めの要件に関する判断[119]の影響を受け、③公益が差止命令の認容にとって有利に作用することを挙げる判決もある[120]）。その証明につき、暫定的差止命令は「例外的 (extraordinary) かつ抜本的な (drastic) 救済手段」であるから、申立人は、明確な証明によって説得責任 (burden of persuasion) を果たさなければならない[121]。他方、州裁判所では、申立人は、❶本案での勝訴可能性、❷差止命令が認められない場合の回復不能な損害の危険、❸申立人に有利な衡平 (equities) の均衡、の三点を証明[122]しなければならない[123]。

これらの要件のうち、本案勝訴可能性 (②(a)、❶) は、競業避止特約の執行を求める場合、特約の有効性（および特約違反の事実の有無）の問題に収斂される[124][125]。また、本案に移るのに十分に重大な争点があること (②(b)) とは、申立人が本案で勝訴する可能性が高いかどうかを確実性をもって判断することができず、かつ、費用が差止命令を認めないことの利益を上回らない場合をいう[126]。困難の均衡 (②(b)) につき、新規に比較的小さい事業を行う被告が、当該訴訟を追行するのに必要な数か月間、事業運営を差し止められた場合に受ける損害と、国際的に大規模な事業を行う原告が、被告の事業継続が許された場合に受ける損害とを比較し、前者がはるかに大きくなるであろうことを理由に、使用者にとって不利に考慮した裁判例がある[127]。また、衡平の均衡 (❸) については、原告の被る回復不能な損害が、差止命令の発出によって被告に生じる損害よりも、大きいことを示さなければな

らない[128]ところ、使用者が破産保護申請を行い、その小切手が不渡りとなって、拠出建て退職金制度（401（k））の支払いが一方的に停止されたうえ、社長も逮捕されたことや[129]、労働者が正当な理由なく（without cause）、非自発的に（involuntary）解雇されたことを使用者にとって不利な事情として考慮した裁判例がある[130]。

また、差止命令の申立てが遅れた場合、その遅滞に合理的な理由がなければ、暫定的差止命令の発出が認められない[131]。これを不当遅滞（laches）と呼ぶことがある。合理的理由を欠く申立ての遅滞が許されない理由は、「暫定的差止命令は、一般的に、原告の権利を守るための迅速な措置が緊急に必要であるという理論に基づいて認められているが、それらの権利の行使を求めることが遅れるということは、少なくともそのような強力で迅速な措置の必要性が減少することを示していることが多い」ためである[132]。この点、差止命令の申立てが一〇か月遅れたことにつき、原告が和解交渉も事実の調査も行っていなかったことは、申立ての棄却理由になると述べた裁判例（回復不能な損害の要件充足も否定した。）[133]や、申立てが三か月遅れたことが回復不能な損害を証明するために必要な情報を収集するための期間であることを理由に、不当遅滞はなかったと判断した裁判例[134]がある。このように必要な情報を収集するための期間の合理性は、事件の複雑さに左右されうることを示唆する裁判例もある[135]。

前記の要件のなかでも、連邦法においても、州法においても、回復不能な損害（①、❷）が暫定的差止命令の中核的な要件であると理解されている[136]ため、回復不能な損害要件を中心に以下に考察する。

2　競業避止特約の執行における回復不能な損害

(1)　回復不能な損害の意義

回復不能な損害とは、金銭賠償が充分な補償にならないような損失のことをいう[137]。この点につき、差止めは、前記二の特約の部分的有効性と同様、エクイティ上の救済であるところ[138]、「差止命令は、ほかの方法で回復不能

な（irremediable）損害から当事者の財産権を保護するためにエクイティの裁判所の介入が不可欠である場合に認められるべきである。……差止めによる救済を得る基本的な要件は、常に、回復不能な損害とコモンロー上の（legal または at law）救済の不十分さにある」と述べる判決[139]がある。すなわち、金銭的損害賠償のようなコモンロー上の適切な権利救済がある場合には、差止命令は、例外的な場合を除き、発出されない[140]（エクイティ上の救済としての補充性[141]）。したがって、使用者に生じる売上げの損失のような損害は、金銭的損害賠償による適切な救済が与えられうるため、回復不能な損害は否定される。回復不能な損害の要件を充足するために、申立人は、「回復不能な損害の単なる『可能性』（mere possibility）だけでなく、回復不能な損害が発生する『可能性が高い（likely）』ことを証明しなければならない」[142]であるとか、暫定的差止命令が認められなければ被るであろう損害が、現実的（actual）かつ差し迫った（imminent）ものであること、および、裁判所が損害を解決するために事実審の終結まで待っていると回復できないものであることを証明しなければならない[143]と解されている。以上を総合すると、回復不能な損害の要件は、①金銭的損害賠償による回復の不適切性と②損害発生の切迫性から構成されていることが窺える[144]。①は差止めの救済手段としての相当性、②は差止めの救済手段としての必要性ともいいうるか。

競業避止特約の執行を求める場面での回復不能な損害のおそれは、その正当な利益（前記二(1)の①）との関係が重要である。ニューヨーク州法において、使用者の正当な利益としては、顧客関係・グッドウィル[145]や、営業秘密・秘密情報などがある[146]。

(2) 顧客関係の喪失

まず、顧客関係の喪失は、回復不能な損害のおそれをも構成する[147]。「事業のグッドウィルは、エクイティに基づく保護が及ぶ重要な権利である」と述べる判決もある[148]。また、顧客関係の喪失や、当該顧客からの収益の永続

的な喪失に加え、顧客から通常獲得できる紹介による取引の喪失も回復不能な損害を構成する。[149] 具体的には、長年にわたって築き上げられた顧客関係の喪失は、数年先の不確定な金額の取引を生む顧客関係の喪失を回復する金銭賠償を算定することが困難であることを理由に、回復不能な損害を構成しうる。[150] 前記のとおり、退職労働者の違法な行為によって生じた売上げの喪失が計算できれば、金銭的損害賠償による権利回復が可能であるものとして回復不能な損害が否定されうるというのが原則であるが、ニューヨーク州法[151]は、「いくぶん緩和された見解（somewhat relaxed approach）」とも称される、[152] このような立場をとっている。

回復不能な損害を認定するにあたり、競業避止特約の目的が退職労働者によって維持されている顧客関係を後任者に引き継がせるための期間を確保することにあることや、[153] 労働者（当該退職労働者にかぎられない。）と顧客との強固な関係を構築するのに要する期間[154]が考慮されている。このような事情は、競業避止特約の期間の合理性に関連するものでもあるが、[155] 回復不能な損害との関係では、金銭的損害賠償による救済の困難性というよりも、顧客喪失の蓋然性という、損害発生の切迫性（前記(1)の②）の問題として考慮されているといえる。退職後に顧客を勧誘し、競合するサービスを提供している事実を退職労働者自身も認めたことも理由に挙げた裁判例もある[156]が、これもそのような損害発生の切迫性を示すものといえよう（後記(4)(ii)も参照）。

一方、退職労働者の違法な行為によって生じた売上げの喪失を計算することができるなど、使用者に生じる損失が定量化できる場合は、回復不能な損害のおそれは否定される[157]（前記(1)の①不充足）。原告が八億ドルの収益から三万六五〇〇ドルに相当する取引を失ったことは回復不能な損害を生じさせるとはいえない、と判断した裁判例がある。[158] また、労働者の競合他社への就職によって前使用者に生じた損失が転職先に移った手数料損失と前使用者が投じた労働者の訓練費用のみであり、これらはいずれも定量化することが可能であることから、回復不能な損害を否定した裁判例もある。[159] また、顧客の流失が少ないか、退職者の競業行為によるものではなくて顧客自

身の使用者に対する不満が理由である場合も、回復不能な損害のおそれが否定される。[160] これは競業避止特約に違反する行為と回復不能な損害との間の因果関係がないためだと思われる。

なお、事業譲渡に際して締結される競業避止特約の場合、回復不能な損害を証明するために、実際の顧客の喪失を証明する必要がないと解されており、[161] 特約に基づく権利救済を求める当事者（事業譲受人）による立証が、労働者が締結する特約の場合よりも緩和されているものとみられる。

(3) 営業秘密の喪失

(i) 営業秘密の喪失による推定

次に、営業秘密も、競業避止特約の有効性を基礎づける正当な利益を構成するとともに、その喪失が差止めに必要な回復不能な損害のおそれも構成する。[162] 特に連邦裁判所においては、その漏洩のおそれは、回復不能な損害のおそれを推定する、と解する立場がある。[163] このように解される理由として、営業秘密は、①その損失は金銭的損害賠償において測定することができないことと、②ひとたび失われれば永遠に失われることが指摘されている。[164] このうち、①は金銭的損害賠償による回復の不適切性（前記(1)の①）と、②は損害発生の切迫性（前記(1)の②）と、それぞれ強く関連するものといえる。

営業秘密を構成しうる情報は、[165] ❶技術的な情報[166]や、❷事業に密接に関連する情報、[167] ❸顧客に関する情報[168]が挙げられるところ、前記の推定は、高度の技術に関わる情報（❶）や少数の専門的な事業に関する情報（❷）の場合には特に適切であることが指摘される。[169] 他方、Geritrex Corp. v. DermaRite Indus, LLC 事件判決によれば、営業秘密が、開示されるのではなく、顧客収奪のために使用される（❸）ことによって使用者に生じうる損害が売上げの喪失であれば、金銭的損害賠償によって回復可能であるから、回復不能な損害のおそれが否定される。[170]（前記(2)も参照）。同事件判決は、このような場合、本案的差止命令が後に発出されるとしてそれまでに原告（前使用

者）に生じた損害は、前使用者と新使用者のそれぞれの顧客リストと販売情報とを比較することにより判断し、金銭的損害賠償によって完全に賠償される、と述べた。[171] このように、営業秘密の性質（技術情報や事業情報なのか、顧客情報なのか）やその侵害態様（開示か、使用か）により、その権利救済のあり方も変わりうることが窺える。さらに、同事件判決は、金銭的損害賠償により回復可能であるためには、被申立人が無資力でないことも必要である、と述べている。[172]

(ii) 営業秘密の不可避的開示

営業秘密の開示・使用による回復不能な損害があるといえるために、申立人は、営業秘密が現実に開示・使用された事実を証明することまでは必要なく、前記(1)のとおり、営業秘密の開示・使用による回復不能な損害が発生する「可能性が高い」こと（前記(1)の②損害発生の切迫性）を証明することが求められる。[173] たとえば、前使用者から営業秘密情報を開示されてその内容も理解していた退職労働者が、前使用者の知的財産を使用して前使用者を競争で打ち負かすなどの発言を会社外でしており、現に前使用者の一部の知的財産を不正に使用していた場合には、回復不能な損害が認められる。[174] 営業秘密の開示のおそれがどの程度あれば回復不能な損害発生の「可能性が高い」といえるかという問題に関連して、営業秘密の不可避的開示（inevitable disclosure）という概念が重要となる。この概念は、イリノイ州を管轄する第七巡回区連邦控訴裁判所の裁判例に由来するものである。

イリノイ州営業秘密法（Illinois Trade Secrets Act）は、営業秘密の現実の侵害（actual misappropriation）またはその侵害のおそれ（threatened misappropriation）のある行為を禁止しており、[175] 差止めを求める当事者は、営業秘密の存在およびその侵害の二点を証明しなければならない。同法の下で、Pepsico, Inc. v. Redmond 事件判決は、「原告は、被告の新しい雇用が、不可避的に、同人を原告の営業秘密に依存するであろうことを証明することにより、営業秘密の不正利用の請求を証明することができる」（意識的に依存する場合だけでなく、無意識に依存

する場合も含まれる。[176]）と述べた。同事件は、前使用者の営業秘密に該当する、ある年の同社の戦略目標について広範囲かつ詳細な知識をもっていた退職労働者が、転職先での業務遂行過程においてその営業秘密情報の知識に依存せざるをえないであろう、という開示の不可避性があるという場合であった。第七巡回区連邦控訴裁判所は、これは特別な技術や知識をもった退職労働者が競業者にそれらの情報をもたらすことによって不公正な優位性を競業者に与えるという、伝統的な営業秘密訴訟ではないことを指摘し[177]、州営業秘密法が定める営業秘密侵害に基づく請求を認めた[178]。ここでは簡潔に述べるにとどめるが、これが不可避的開示法理（inevitable disclosure doctrine）と呼ばれるものである[179]。

しかし、以上のようなイリノイ州法でいうところの不可避的開示法理を支持する州法は、アメリカにおいて少数であると分析されており[180]、ニューヨーク州法（およびこれを管轄する第二巡回区連邦控訴裁判所）においても否定的に理解されている[181]。第七巡回区連邦控訴裁判所がイリノイ州法として述べた不可避的開示法理は、営業秘密の侵害を理由とする権利行使に関し、侵害要件を、法律上明確に求められる現実の侵害またはそのおそれよりも緩和したものである。それゆえ、この法理を認めて差止命令を発出すると、黙示の競業避止特約を認めることと同じことになる、という指摘がある[182]。特にニューヨーク州においては、この法理は、実質的に黙示の競業避止特約を認めるものとして、競業避止特約に対するニューヨーク州の強い公序（前記二㈠）に反することが指摘されている[183]。

そこで、ニューヨーク州法では、この不可避的開示法理の内容を限定する形で応用している。ニューヨーク州における不可避的開示は、事業計画や新製品の情報など前使用者が保有する営業秘密のなかでも事業の中核に関わる重要情報に精通している高職位にあった退職労働者が、競合他社である新使用者の下でも同様に高い地位に就いて新使用者の経営企画や製品開発に従事することなどにより、前使用者の営業秘密を開示することが不可避

的であれば、営業秘密の開示そのものの証明がなくても、回復不能な損害が認められる、というものである。[184] ここでは、有効な競業避止特約（本案勝訴可能性）の存在が前提となる。[185] 一方で、不可避的開示の危険は、差止めの要件充足ではなく、競業避止特約の正当な利益の存在を肯定する要素と位置づける判例もある。[186]

このように不可避的とは、退職労働者が、新使用者の下で製品開発などにおいて変革をもたらすために最善を尽くすことにより、前使用者での雇用の過程で獲得した営業秘密や秘密情報を使用することを避けられない、ということを意味しており、故意による開示のおそれも必要ないという趣旨をも含んでいる。[187] 不可避的であるかどうかは、①新使用者が前使用者と競合する程度、②労働者が、前使用者の営業秘密を使用せずに新しい職務の遂行を合理的に期待できないほどに、新使用者での地位が前使用者でのものと類似するかどうか、③当該営業秘密が新使用者にとってどの程度価値があるか、④当該産業および営業秘密の性質という要素を考慮する。[188] もっとも、不可避的開示という概念は、ニューヨーク州法の下では、前記のとおり、回復不能な損害発生の「可能性が高い」といえるかどうかを判断するための方法論にすぎないため、開示が「不可避的」であるかどうかを直接には問題とせずに、前記①ないし④の要素から営業秘密の開示・使用の可能性が高いと判断した裁判例もある。[189]

(4) 当事者の合意と回復不能な損害との関係

当事者間で合意された内容が回復不能な損害の認定に影響するかどうかが問題となる場面がある。それが、損害賠償額予定条項（前記㈠2）が定められていた場合と、当事者間で労働者による特約違反は回復不能な損害を構成する旨を事前に合意していた場合である。

(i) 損害賠償額予定条項との関係

前記(1)のとおり、回復不能な損害とは、金銭賠償が充分な補償にならないような損失のことをいうが、損害賠償額予定条項があったとしても、その事実から直ちに差止命令が妨げられるものではない。前記二㈡1(2)で検討

したKarpinski v. Ingrasci事件では、損害賠償額予定条項が定められていたが、判決は、損害賠償額予定条項の存在が差止命令を妨げるかどうかは、契約書などの文書と事実関係を総合して推測される意思の問題であり、「特約違反の際に、損害賠償だけでなく、特約の履行が意図されていたとみられる場合には、特約が執行される」[190]、すなわち差止めが行われるところ、同事件の特約は、損害賠償額予定条項が唯一の権利救済を与えると解釈することは合理的でない、と判断した[191]。そのうえで、差止命令は、それ以上の違反行為を阻止するものであるから、差止命令に加えて当事者が全面的契約違反（total breach of the covenant）[192]に対して想定していたと思われる全額の損害賠償（四〇〇〇〇ドル）を原告に認めることは、著しく不公平（grossly unfair）であると述べ、申し立てられた差止命令を認容するとともに、損害賠償については、損害賠償額予定条項に定められた賠償額の損害賠償を認めるのではなく、契約違反の期間中に現実に被った損害を決定するために、原審に差し戻した[193]。この判決によれば、損害賠償額予定条項が差止命令による救済を排斥するかどうかは、当事者の意思解釈の問題であって、それによっては排斥されないとしても、差止命令と損害賠償による救済が併存する場合、公平性の観点から、損害賠償額予定条項の適用は否定される。前記Ⅰ2(1)で述べたとおり、損害賠償額予定条項は、「損害に対する公正な補償の原則を基礎として」おり、この観点から、予定された金額のありうる損害との合理的均衡（前記Ⅰ2(2)）が求められている。差止命令も併存的に認められる場合には、このような均衡が認められないことが考慮されたものと思われる。

労働者（医師）が、三年間特定の地域において医師として専門にする業務を行うことを禁止する本案的差止命令が発出されたことを考慮し、一年間の医療報酬の総額という損害賠償額の予定条項は、使用者の現実の損害に対して不均衡であり、無効な違約罰であると判断して、賠償額を現実の損害に限定した裁判例がある[194]。

（ii）特約違反が回復不能な損害を構成することを確認する合意との関係

競業避止特約のなかに、差止めによる権利救済を図ることを想定し、使用者が、特約違反は回復不能な損害を生じさせることや、特約違反について金銭的損害賠償が十分な補償にならないことなどを定める場合がある。第二巡回区連邦控訴裁判所には、こうした定めを理由に回復不能な損害を認めたNorth Atl. Instruments, Inc. v. Haber 事件[195]や、前記のように顧客関係の喪失が金銭的損害賠償の算定困難な場合であることに加えて、競業避止条項に違反した場合の損害が算定困難であることを雇用契約が定めている場合には、その違反により原告が回復不能な損害を被ることを被告が自白（admission）したとみなされうると述べ、回復不能な損害を肯定したTicor Title Ins. Co. v. Cohen 事件[196]がある。なお、事業譲渡の交渉時に締結した、事業譲渡契約の締結に至らなかった場合の競業避止特約に、金銭的損害賠償は、譲渡人の秘密情報の開示を受けた譲受人の違反に対する十分な権利救済にならないこと、および、違反があった場合、譲渡人は、差止命令その他のエクイティ上の権利救済を得る権利があることが定められていた事案について、その特約の締結は譲渡人が回復不能な損害を立証したという結論を導く要素の一つを構成する、と述べた裁判例もある[197]。この判決は、譲受人は、（前記 Ticor Title Ins. Co. v. Cohen 事件のような個人である労働者との対比として）知識のある（sophisticated）事業体であって、弁護士に相談した後に特約を締結したことを指摘していることから、回復不能な損害を構成することを確認する合意の効果は、事業者間契約のように当事者間の交渉力の格差が小さいことが前提であるように読むこともできる。もっとも、労働者が特約を締結した前記二つの判決についても、North Atl. Instruments, Inc. v. Haber 事件では、被告 Haber は原告 North Atlantic 社が買収した企業の三分の一の株式をもつ社長であったし、Ticor Title Ins. Co. v. Cohen 事件では、被告 Cohen は原告 Ticor 社の重要な顧客について職責を担うシニア・バイス・プレジデントであり、かつ、弁護士が代理して競業避止条項を含む雇用契約を締結していたのであるから、いずれも労

働者としては使用者に対する相当の交渉力をもっていた事案であるといえる。

連邦地方裁判所の判決として、前記の控訴裁判所の判決にも触れつつ、「暫定的差止命令は、申立人が金銭的損害賠償によって適切に補償されうるのであれば成立しない」という原則を確認し、①競業避止特約に、原告に生じる損害が金銭的に確定することができないであろうことと、原告はコモンロー上は適切な権利救済をもたないであろうことが定められていることだけでなく、②被告らが、原告の顧客リストや潜在的顧客リスト、販売戦略、価格情報、非公開の財務データなどへの事実上無制限のアクセス権限を有していたこと、③被告らが原告と同様の方法で、原告の既存顧客に対して原告と競合するサービスを提供したことも理由に挙げて、回復不能な損害を認めたものがある。[198] この事案における被告らは、外務員の独立契約者としてまたは下請契約（subcontractor agreement）に基づいて、労務を提供する立場にあったため、使用者との交渉力が弱かった事案であるともいえそうであり、この点で前記の各裁判例とは異なり、回復不能な損害を構成することを確認する合意を主たる理由にして解決することができなかったとみることもできる。また、雇用契約に特約違反が使用者に回復不能な損害をもたらすことを労働者が認めたことが定められているという事実は、「決定的ではないものの、その承認は、回復不能な損害の認定をさらに支えることは確かである」と述べ、使用者が既存顧客を喪失した事実もあいまって、回復不能な損害を認めた判決もある。[199] なお、この事案における被告である労働者は、シニア・ディレクターに昇進しており、原告の医療給付事業を監督する地位にあった。[200] 州裁判所の裁判例にも、回復不能な損害を認めるにあたり、このような合意（条項）を考慮したものがある。

3　差止めの効力が及ぶ範囲

以上で検討した差止めの各要件を充足すれば、差止命令が発出されるが、裁判所が差止めの効力を限定しよう

とする場合がある。Eastern Bus. Sys. v. Specialty Bus. Sols. 事件では、原判決が認めた、労働者が前使用者に雇用されていた期間中に前使用者の顧客であった、もしくは同社から取得した情報を使用して得た、過去または現在の顧客に対し、勧誘、取引、サービス提供を禁止する、という内容の暫定的差止命令について、衡平の均衡（前記1の❸）のため、暫定的差止命令の範囲に、(a)労働者の血縁者、(b)もっぱら労働者自身の努力によって持ち込まれた前使用者の元顧客、および(c)勧誘を経ずに労働者に接触し、サービス提供を求める個人または団体は、含まれないと判断し、命令を修正した[201]（McLaughlin, Piven, Vogel v. Nolan & Co. 事件も同様の判断をした[202]）。もっとも、これらの事件は、営業秘密の不正使用を根拠とする差止めだったために差止めの効力範囲が制限されたものである。競業避止特約の執行の場面では、差止めと損害賠償との間で救済範囲を調整する必要もある（前記2(4)(i)）ことから、通常は、前記二で検討したように、特約の部分的有効性（または限定解釈）によって救済範囲の合理的な縮減が行われるものとも思われる。

既に述べたように、差止めと特約の部分的有効性は、いずれもエクイティ上の救済である。そのこともあってか、差止めによる救済範囲を画定するにあたっては、特約の適用対象となる顧客の範囲を、使用者の正当な利益を構成する顧客関係を保護するように限定し、労働者がその雇用中に関わったことのない顧客や使用者の費用などの負担によらずに労働者自身の努力のみによって獲得された顧客は除外した、BDO Seidman v. Hirshberg 事件判決をはじめとする裁判例（前記二(二)2(3)）と同様に、回復不能な損害の発生を回避するために必要な範囲を超える差止めは均衡を欠くものとして、その範囲を超えないように救済範囲を限定しているといえる。

しかし、競業避止特約の執行としての差止めの効力範囲を限定したと思われる例もある。Alside Div. of Associated Materials v. Leclair 事件では、「回復不能な損害に関し、……〔原告〕は、重要な継続的取引を展開するため、顧客関係を形成するよう努力しており、被告が原告の秘密とされている財産的な価格情報を使用して

安値をつけることで不公正に競争することが許されれば、原告は取引を失うだけでなく、顧客との間で形成してきたグッドウィルの希薄化という損害をも被ることとなる。このような顧客のグッドウィルの喪失は、暫定的差止命令との関係で回復不能な損害を構成しうる。……しかし、原告の損害に関する主張が既存の顧客関係への影響に限定されていること、契約における競業避止条項は不公正な競争から原告を保護するために必要な範囲でのみ有効となる〔Columbia Ribbon & Carbon Mfg. Co. v. A-1-A Corp. 事件参照〕ことから、当裁判所は、暫定的差止命令の範囲は、原告の既存顧客に限定される、と結論づける。このように限定されるため、衡平の均衡が暫定的差止命令を認めようとしない、という被告の主張には実体はない。この暫定的差止命令は被告の事業を過度に制限することなく現状を維持するものである」と述べられている。[203] この判決からは、競業避止特約の執行の場面において、同じエクイティ上の救済である差止めと特約の部分的有効性のうち、なぜ特約の部分的有効性によらずに差止めの効力を制限するのかは明確ではないが、判決では、州上訴裁判所判例の競業避止特約の合理性に関する判断部分[204]が参照されているため、差止めの効力制限よりも特約の部分的有効性の場面が想定されているように思われる。加えて、前記で引用したように、差止めの要件である衡平の均衡に関する被告の主張への応答としてこのように判断したとも考えられる。

四　考察と総括

㈠　日本法との比較と考察

本稿では、権利救済論（換言すれば、権利の実現手段）という観点から、ニューヨーク州の競業避止特約をめぐるルールを検討してきたが、日本法と比較して考察すると、以下のようなことが指摘できよう。

1　競業避止特約の部分的有効性

コモンローを補完するエクイティに基づく権利救済の一形態として、特約の部分的有効性を認める裁判所の権限については、アメリカ全体でみればこれを否定する州[205]や厳格に制限する州もある[206]なかで、ニューヨーク州法は、これを広く認め、合意プロセスに着目して反競争的違法行為がなければ、競業制限として合理的な範囲で特約を有効にする。このアメリカ法およびニューヨーク州法のような裁判官による契約内容改訂の可否は、日本法においても法律行為の一部無効[207]という議論で現出しうる[208]。この問題は、民法学における一大論点でもあるため、本稿では詳述しないが、おおまかにいえば、裁判所の契約改訂権限が及ぶことを前提に、法律行為の無効を導く規範の背景にある目的・原理・価値と、契約当事者の意図とを調和的に考慮し、全部無効とすべきか、一部無効にとどめるべきかが決せられることになろう[209]。この点に関連して競業避止特約を考えるにあたっては、競業避止特約は、前記一(一)のとおり、労働者の職業選択の自由を制約する側面があることに加え、その債務者（退職労働者）が競業しないという（多くの場合、債務者のみに負担のある[210]片務的な）不作為債務であって、特約に定められている制限の期間や地域などは、まさにその禁止の具体的内容として、契約のいわば重要部分であることから、公序違反となる部分のみが削減されて有効な部分が残存することを当事者（特に債務者）が意図していたかどうかが一つの要点となるだろう。

なお、合意プロセスにおける発注者（使用者）による反競争的違法行為の存在は、日本法の下では、競業避止特約の本来的な有効性に関わると整理する見解がある[211]。また、部分的有効性を認めるかどうかにあたって、ニューヨーク州法の下で裁判所は、労働者との交渉力の格差に乗じて広範囲にわたる競業避止特約を締結させるインセンティブを使用者に与えないように慎重に行使すべきと解されているところ、日本法では同様の問題点がより強く指摘されている[212]。

前記のような法律行為の一部無効をめぐる理論的背景もあってか、日本法では、競業避止特約が明確に定める競業制限の期間などを縮減する解釈手法[213]が一般的ではないため、当該事案で問題となっている正当な利益（顧客情報や技術情報、事業情報など）を保護するために必要な合理的範囲が具体的にどの程度であるかが示されずに、単に範囲が広すぎるかどうかだけが判断されることが多い。一方のニューヨーク州法においては、前記二でみてきたように、特約の部分的有効性が肯定されることが少なくないため、特約による競業制限が広範囲にすぎるかどうかのみならず、その正当な利益を保護するために必要な合理的範囲の測定が（前記二〔二〕2(2)の Unisource Worldwide Inc. v. Valenti 事件判決はこれを行わないと明言したが）しばしば行われている。このようなことから、ニューヨーク州法は、日本法よりも、判例法を通じ、競業制限の合理的範囲が解明しやすいといえそうではある。ただし、前記二〔二〕2で検討したとおり、州上訴裁判所の判断としては、現時点で、競業避止特約の期間や地域的範囲に関する部分的有効性を認めるかどうかを判断した例は、管見の限りでは見当たらず、いずれも競業制限の期間や地域的範囲は正当な利益を保護することとの関係で合理的であり、競業制限対象の活動内容についてのみ検討し、その権限を行使している。また、それらの州上訴裁判所は、正当な利益の性質や内容から、その利益を守るために必要な範囲に限定して特約の部分的有効性を認めたものであるとみられるが、連邦および州の下級審裁判例によれば、正当な利益の性質や内容だけでなく、特約をめぐる交渉の経緯、競業制限に関する使用者での一般的な取扱いなどから推断される使用者の意図（前記二〔二〕2(1)・(2)参照）をも加味し、部分的有効性が認められる範囲を画定しているため、正当な利益の性質や内容から自ずと画定される合理的範囲とは齟齬が生じることもあるようである。

こうした部分的有効性による特約の縮減とは別に、Battenkill Veterinary Equine P.C. v. Cangelosi 事件判決（前記二〔二〕1(3)）は、特約を合理的に限定して解釈するという手法も用いている。日本法においても、「競合する

事業」や「同種または類似の事業」、「顧客」など、ある程度概括的に定められた文言を限定解釈する、ということはしばしば行われている。[214] BDO Seidman v. Hirshberg 事件についても、特約の修正ではなく、限定解釈と評価する余地もあることは前記二㈢のとおりであるところ、同事件と同様に、特約による勧誘禁止の対象である「顧客」の範囲から、労働者の個人的な既存顧客を除外する限定解釈を行った日本の裁判例もある。[215] ニューヨーク州法・日本法のいずれにおいても、このような限定解釈をするにあたっては、正当な利益を侵害する高い危険を通常伴う行為を除外するように限定されていると考えられる。労働者が一企業内に多数存在し、その職責も変動しうることから競業避止特約は一定の画一性が避けられない、という日本の実務にも（アメリカ以上に）あてはまると思われる Blake 教授の指摘（前記二㈠1⑴の②）に加え、競業避止特約は営業秘密などの秘密情報と密接に関わる合意であることからも、対象などを明確に記載することには限界があるといえる。とすれば、特約の部分的有効性または一部無効という裁判所による契約改訂まで認めるかどうかは別にしても、ある程度概括的・抽象的に定められた条項に限定解釈を認めることは妥当である。

2　金銭的損害賠償

逸失利益の損害賠償につき、原告はその損害額の立証責任を負うものであるが、その認定や算定が困難であることは裁判所も理解していることから、原告（使用者）の立証責任を一定程度緩和し、原告が証明した被告（労働者）の競業行為による原告の損失につき、経済動向などの介在事情があったことの立証責任は被告の方に負わせる、というアプローチが採用されている。これは、損害自体は発生しているにもかかわらず、損害額の不明確さを理由に損害を発生させた契約違反者が一切の責任を免れることの不当性を理由とするものである。日本法においても、同様の趣旨から民事訴訟法二四八条が置かれている。すなわち、損害の発生自体は証明されたものの、

その損害額の立証が証明度に達していない場合に請求棄却判決をなすことは当事者間の公平に合致しないことから、同条は、「損害が生じたことが認められる」ことおよび「損害の性質上その額を立証することが極めて困難である」ことを要件に、裁判所が「相当な損害額」を認定できることを定めている。同条は、自由心証主義（同法二四七条）の例外として、要証事実について（証明度に達しなくとも）一定程度の心証が形成されることを前提に、損害額の証明が困難な場合に証明度を軽減する証明度軽減法理を認めることに加え、損害額についての一定程度の心証が形成されない場合であっても、裁判所の裁量評価による相当な損害額の認定を認めるものである。[216][217]逸失利益のように性質上立証が困難な損害に直面した裁判所に与えられる裁判規範は、ニューヨーク州法と日本法とでは異なるが、[218]日本の民事訴訟法二四八条の下では、逸失利益などの予測型の損害額算定は、損害額の立証が困難であるとして同条が適用されるべき場合であるといえ、競業避止義務違反と因果関係のある損害の発生が証明されたが、その損害額についての一定程度の心証形成に至らない場合に同条を適用することは妥当といえる。[219]ただし、同条はあくまで例外的な規定であるから、安易に適用すべきでないことは当然である。[220]

逸失利益の立証が困難であることを当事者も正面から認め、競業避止特約違反の逸失利益の賠償請求よりも、同特約に付帯する損害賠償額予定条項の活用とそれによる紛争解決が、ニューヨーク州では普及している。この損害賠償額予定条項につき、ニューヨーク州には日本の労働基準法一六条のようなルールがないこともあり、競業避止義務違反と因果関係のある損害額を争点化させない（金銭的損害賠償は陪審手続によることとなるコモンロー上の救済であるところ、裁判官による算定以上に賠償額の予測が困難となる陪審員による算定を回避する実務上の要請が強いためだと思われる。[221]）ために同条項が頻繁に活用されているが、合意の時点での、損害額の正確な予測の不可能または困難性、および、予定された損害額と現実に生じうる損害額との合理的均衡（予定された金額が単に過大である（overestimate）ことをもって直ちに不均衡とはいえない。）が欠ければ、当該条項は公序に違反して無効にな

る。これは、債務者が不均衡な損害賠償の脅威の下で履行の継続を強制されたり、その不履行の場合に債権者が現実に被った損害を遙かに超える利益を得たりすることを規制するためである。一方の日本では、もともと民法四二〇条一項が損害賠償額の予定を認めていることから、損害額の見積もりの困難性などはその有効要件にならないが、現実の損害額と比較して著しく過大な損害賠償額の予定が合意されたような場合、当該合意は、債権者によるいわゆる暴利行為に該当すれば、公序違反として無効になる（民法九〇条）という解釈が確立している。[223] このように、損害賠償額の予定の規制根拠および要件については、ニューヨーク州法と日本法との間で共通性がみられることから、予測困難な競業避止義務違反による逸失利益が関わる場合（ニューヨーク州法の下でも損害額の正確な予測の困難性は通常肯定される。）における損害の合理的均衡の判断（前記三(一)2(2)）や、差止めによる権利救済との調整（前記三(一)2(4)(i)）については、さらなる検討を通じて一定の示唆が得られることが期待できる。[224]

もっとも、このような合理的均衡を欠く場合の効果については、両法域の間で異なる帰結がありうる。ニューヨーク州法では損害賠償額予定条項が無効である場合、違法な違約罰を禁止する公序の強い要請（前記三(一)2(1)）から、当該条項は全部無効となり、[225] 原告が現実に被った損害を立証しなければならなくなるのに対し、[226] 日本法では、裁判所が合理的な金額まで縮減することは裁判所による契約改訂を認めることになること、賠償額予定条項を作成する側の当事者の機会主義的行動を容認しうることから、損害賠償額予定条項の一部無効構成を否定するべきという見解もあるが、[227] 条項の一部無効を通じて予定された金額から賠償額を減額するという構成がとられることが多い。[228] ニューヨーク州法は、一方でその公序から競業避止特約の効力を制限しつつも、部分的有効性を一定程度認めており、他方で要件を充足しない損害賠償額予定条項はその公序により直ちに無効としているが、日本法は、一方でその公序から競業避止特約の効力を制限して、一部無効を認めることにはかなり慎重な姿勢をとっており、他方で損害賠償額予定条項については、公序により無効としつつも、一部無効にとどめることに

よって予定された賠償額の減額を（債権法改正前民法四二〇条一項後段があったにもかかわらず）事実上容認してきた。ニューヨーク州法と日本法とでは、一見すると競業避止特約規制について類似のルールを展開していると思われる（前記一㈡）が、各法域のルールを支えるとともに、合意の無効を導く公序は、その内容において似ていても、その強度においては場面ごとに大きく異なることが窺える。また、問題となっている損害賠償額予定条項が要件を充足するかどうかを判断する基準時点は、ニューヨーク州法では合意時点である一方、日本では、原則として債務不履行時または裁判時とする見解があるなど[229]、この点でも両法域の間に違いがみられる。

3　差止め

権利救済の原則的な形態は、金銭的損害賠償であるが、競業避止特約に違反する行為は、営業秘密の漏洩や、顧客関係の永続的喪失などをもたらし、逸失利益の金銭的損害賠償をもってしても原状回復に至らない損失を被る可能性がある。そのため、暫定的差止命令による救済が重要視されている。

一方の日本法においても、使用者が仮の地位を定めるための仮処分（民事保全法二三条二項）によって競業差止めの申立てを行う場合がある。その要件は、①被保全権利と②保全の必要性の疎明である（同法一三条一項・二項）。競業避止義務違反に基づく競業差止めであれば、①被保全権利では、競業避止特約の有効性および特約違反の有無が問題となる。②保全の必要性については、企画・製作業務に従事していた退職労働者が使用者との競業行為を継続する意向であり、使用者のノウハウ（正当な利益として、企画・制作情報や価格体系、取引条件・人的協力関係などがあった。）が使用されれば使用者の企業としての特徴・独自性・優位性・他社との差別化が希薄化されるため、本案判決確定まで放置すれば、使用者がさらに取引先を喪失するなど回復し難い損害を被るおそれがあることから、退職労働者の経歴・能力なども考慮し、保全の必要性を肯定した裁判例[230]、退職労働者が、そ

の退職前後の言動などから、競業避止条項に違反する行為が十分に予想されることから、保全の必要性を肯定した裁判例[231]、使用者（正当な利益として、技術やノウハウがあった。）において製造職にあった退職労働者が、使用者と同様の事業を現に行う競合他社に就職したことから、製造業務への従事について保全の必要性を肯定した（営業職への従事については否定した）裁判例[232]、使用者の執行役員であったが、その競合他社に就職予定の退職労働者が、その経歴から、同社での経営や営業に関する要職に就く可能性が高かったことから、使用者（正当な利益として、経営計画、営業ノウハウ、代理店との人的関係などがあった。）に「生じる損害の程度も著しい」と判断して保全の必要性を肯定した裁判例[233]がある。

裁判例のなかには、競業差止めが職業選択の自由を直接制限するものであることを理由に、「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「実体上の要件」とするものもあるが[234]、この要件は、①被保全権利のなかで考慮されていると考えられる[235]。この要件の判断について、裁判例には、「債権者の営業秘密を使用し、又は使用する具体的なおそれがあるなど、同債務者が秘密保持義務に違反する行為を行い、又は違反する行為を行う具体的なおそれがあることを意味する」と述べたもの[236]、退職労働者が使用者との競業行為を継続する意向であることに加え、使用者のノウハウを使用して既存顧客に対する営業活動を行っていたことから、肯定したもの[237]、退職労働者が競合他社での経営や営業に関する要職に就く可能性が高かったことに加え、退職労働者の保有する人的関係を同社が新規開発や既存商品の展開に利用してシェアを奪取した場合に、同社が使用者に対して優位な地位に立つことから、肯定したもの[238]がある。このように、この要件充足性の判断は、そのかなりの部分が前記の②保全の必要性と重複していることは否定できない。

暫定的差止命令と仮の地位を定める仮処分との間では、本案勝訴可能性と①被保全権利のように内容において類似する要件もある。一方、②保全の必要性については、前記のように、競業行為などによる損害発生ないし被

保全権利侵害の切迫性を判断していると思われ、この点は、「回復不能な損害」の要件と共通するが、「回復不能な損害」の要件のように金銭的損害賠償による回復の不適切性という点は、考慮されていないものとみられる。ニューヨーク州法を含むアメリカ法（さらにいえば、英米法）において、差止めは、エクイティ上の救済としての補充性の性質を有するが、日本の民事保全法上の保全手続には、迅速性（緊急性）の性質は有する[239]ものの、補充性の性質まではもたないと考えられる。

ニューヨーク州では、金銭的損害賠償による回復の不適切性（補充性）に関し、競業避止特約が顧客関係・グッドウィルという利益を守るものである場合、それが営業秘密を構成するものであっても、退職労働者の違法な競業行為によって生じた売上げの喪失が計算・定量化が可能であるときには、回復不能な損害が否定される。もっとも、前記2の損害の立証構造および損害賠償額予定条項の有効性とも関わるが、顧客関係の喪失も含め、競業行為による逸失利益は、定量化が困難なものとして理解されており、金銭的損害賠償による回復の不適切性という点は認められやすいことが窺える。

損害発生の切迫性に関しては、前記のように保全の必要性と共通する側面があることから、保全の必要性の判断をより精緻化するために、ニューヨーク州から何らかの示唆を得ることが期待できる。例えば、差止めを認めるか否か、認めるとして期間をいつまでにするかを判断するにあたって、退職労働者が維持していた使用者の顧客との関係を後任者が再構築する期間から検討することは有益だと思われる[240]。また、競業避止特約に基づく差止めを求めている場面において、特約が守ろうとしている営業秘密の侵害のおそれが大きい場合には、営業秘密がひとたび失われれば永遠に失われるという性質をもっていることから、保全の必要性が肯定されやすくなる、という考え方もありえよう[241]。ニューヨーク州法における営業秘密の不可避的開示の概念については、日本の前記裁判例からも類似の考え方があることがみてとることができよう[242]。

㈡ まとめ

本稿の検討により、競業避止特約の有効性判断に関するルールという点で、日本法と類似していると思われるニューヨーク州といえども、有効な特約に基づく権利救済となると、権利救済論（日本法では、契約法を中心とする民法や、民事訴訟法や民事保全法などの民事手続法）に関するルールや解釈のちがいにより、その救済の方法や範囲が異なる場合があることが明らかとなった。特に、競業避止義務違反と因果関係のある逸失利益の立証や算定が類型的に困難であることを前提とするルールや議論が展開されている点は重要だといえる。

本稿は、ニューヨーク州法を素材として、競業避止特約違反に基づく権利救済の各手段について概観したものにとどまるが、各手段のより詳細な検討を通じて、日本における競業避止義務違反を理由とする権利義務の実現手段に関する議論を深めることができるだろう。加えて、今後は、競業避止特約の有効性判断ルールのみならず、権利救済に関し、アメリカのほかの州法も併せて検討を進めることが有益であると考えている。

〔付記〕本稿は、植田達「アメリカ・ニューヨーク州法における競業避止特約に基づく権利救済論」荒木尚志主査『雇用・就業をめぐる諸政策の重層化と労働法の役割』公益財団法人労働問題リサーチセンター令和三年度研究会報告書（二〇二二年）に加筆・修正したものである。

* 本稿は、日本学術振興会科学研究費助成事業・基盤研究（C）「雇用終了後の競業避止義務の実現手段に関する比較法的展開」（課題番号：22K01197）による成果の一部である。

（1） フォセコ・ジャパン・リミティッド事件・奈良地判昭和四五年一〇月二三日判時六二四号七八頁、ダイオーズ

サービシーズ事件・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。

(2) アフラック事件・東京地決平成二二年九月三〇日労判一〇二四号八六頁、レジェンド元従業員事件・福岡高判令和二年一一月一一日労判一二四一号七〇頁など。なお、フランチャイズ契約終了後の競業避止特約に関する裁判例であるが、東京地判令和三年一月二五日判例集未登載（LEX/DB 文献番号 25587643）。

(3) 競業差止めを求めた裁判例として、トータルサービス事件・東京地判平成二〇年一一月一八日労判九八〇号五六頁、パワフルヴォイス事件・東京地判平成二二年一〇月二七日判時二一〇五号一三六頁、リーフラス事件・東京地判平成二四年一月一七日判例集未登載（LEX/DB 文献番号 25491225）、成学社事件・大阪地判平成二七年三月一二日裁判所ウェブサイトなど。

(4) 競業差止めの仮処分を求めた裁判例として、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、トーレラザールコミュニケーションズ（業務禁止仮処分）事件・東京地決平成一六年九月二二日労判八八二号一九頁、ピーエム・コンセプツ事件・東京地決平成一八年五月二四日判タ一二二九号二五六頁、モリクロ（競業避止義務・仮処分）事件・大阪地決平成二一年一〇月二三日労判一〇〇〇号五〇頁、アフラック事件・前掲注(2)など。

(5) 競業行為に対しては、退職金の全部または一部の不支給という対抗手段がとられることも多い。退職金債権は、一般的には、在職時ではなく、退職時点またはその一定期間経過時点に発生する（したがって、この場合の退職金不支給は、賃金全額払原則を定める労働基準法二四条一項本文にも違反しない）ところ、競業避止義務違反それ自体は、退職金債権の発生障害事由にならない（通常は消滅事由にならないことは前記のとおりである。）が、競業行為が退職金の不支給事由として定められ、当該事由に該当するかどうかが問題になることがある（三晃社事件・最二小判昭和五二年八月九日労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労判五六九号三七頁、アメリカン・ライフ・インシュアランス・カンパニー事件・東京地判平成二四年一月一三日労判一〇四一号八二頁など）。

(6) 仮処分についてこの要件を挙げた裁判例として、東京リーガルマインド事件・前掲注(4)、トーレラザールコミュニケーションズ（業務禁止仮処分）事件・前掲注(4)、アフラック事件・前掲注(2)。他方、このような要件に

触れない裁判例として、ピーエム・コンセプツ事件・前掲注(4)、モリクロ（競業避止義務・仮処分）事件・前掲注(4)。本案訴訟での差止めについて、トータルサービス事件・前掲注(3)は、競業避止特約が有効であることを理由に差止請求を認容した。パワフルヴォイス事件・前掲注(3)およびリーフラス事件・前掲注(3)は、競業避止義務違反の競業行為が行われ、競業行為を差し止める必要がある場合において、当該競業「行為を放置しておくと回復し難い損害が生ずるという事情」の原告による主張立証は必要でないと述べた。成学社事件・前掲注(3)も、競業避止義務違反を理由に履行請求としての差止請求を認容した。

(7) 川田琢之「競業避止義務」日本労働法学会編『講座二一世紀の労働法(4) 労働契約』一三三頁以下（二〇〇〇年）、土田道夫「競業避止義務と守秘義務の関係について」中嶋士元也先生還暦記念『労働関係法の現代的展開』一八九頁以下（二〇〇四年）、石橋洋『労働法判例総合解説一二 競業避止義務・秘密保持義務』（二〇〇九年）など参照。

(8) 競業避止特約の有効性の問題に加え、競業避止義務違反に対する実現手段についても検討したものとして、横地大輔「従業員等の競業避止義務等に関する諸論点について（上）」判タ一三八七号五頁以下、同「（下）」判タ一三八八号一八頁以下（二〇一三年）。

(9) 特約の「効力の制限」は、本稿でみるように、その有効性を完全に否定することにかぎられるものではない。

(10) ニューヨーク州の判例法によれば、営業秘密とは、事業で使用される一切の方式（formula）、様式（pattern）、発明（device）または情報の編集（compilation）から構成され、これを知らず、もしくは使用しない競争者よりも優位に立つ機会を与えるもののことをいう。Ashland Mgmt. Inc. v. Janien, 82 N.Y.2d 395, 407 (1993) (quoting Restatement of Torts § 757 cmt. b (Am. Law Inst. 1939)). なお、アメリカにおいては、その法域（五〇州に加え、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）のほぼすべてが、統一州法委員全国会議（NCCUSL：National Conference of Commissioners on Uniform State Laws）が模範法としてすべての法域に対して提案した、統一営業秘密法（UTSA：Uniform Trade Secrets Act. Unif. Trade Secrets Act (Unif. Law commn amended 1985).）を実質的に採択しているが、ニューヨーク州は、これまでに唯一、同法を採択せずに、営業秘密の保護とその侵害に対する規律を専ら判例法によって行っている法域である、という点に一種の独自性がある。

また、連邦法である営業秘密防衛法（DTSA：Defend Trade Secrets Act of 2016）は、州法に専占しない（すなわち併存する）形で、営業秘密の侵害に対する民事救済を規律している。18 U.S.C. §§ 1831–1839.

(11) ニューヨーク州法に関する考察として、小川美和子「アメリカにおける雇用関係終了後の競業行為の規制：日本法への示唆をもとめて」本郷法政紀要五号六三頁以下（一九九六年）、植田達「アメリカ・ニューヨーク州法における競業避止特約の正当な利益」日本労働研究雑誌七三九号六〇頁以下（二〇二一年）。

(12) James M. Fischer, Understanding Remedies 2 (3d ed. 2014).

(13) BDO Seidman v. Hirshberg, 93 N.Y.2d 382, 388–389 (1999).

(14) Brown & Brown v. Johnson, 25 N.Y.3d 364, 369–370 (2015).

(15) *Id.* at 370; Columbia Ribbon & Carbon Mfg. Co. v. A-1-A Corp., 42 N.Y.2d 496, 499 (1977).

(16) ここでいう「不公正な競争」とは、営業秘密や秘密にされている顧客情報の使用や開示によるものが想定されている。Columbia Ribbon & Carbon Mfg. Co. v. A-1-A Corp., 42 N.Y.2d 496, 499 (1977) (quoting Reed, Roberts Associates, Inc. v. Strauman, 40 N.Y.2d 303, 308 (1976)).

(17) BDO Seidman v. Hirshberg, 93 N.Y.2d 382, 391 (1999).

(18) *Id.* at 389 (1999) (quoting Reed, Roberts Assocs. v. Strauman, 40 N.Y.2d 303, 307 (1976)).

(19) Zellner v. Stephen D. Conrad, M.D., P.C., 183 A.D.2d 250, 256 (2d Dep't 1992).

(20) 以上について、植田・前掲注(11)六一頁参照。

(21) 93 N.Y.2d 382, 394 (1999). この事件は、前記(1)の合理性ルールについても詳細に判示しており、ニューヨーク州の競業避止特約に関する判例として、最も重要な判決として位置づけることができるだろう。この判決の重要性と影響力は、後記(3)の③にもあるように、特約が広範囲にすぎることに対する使用者の認識にも作用していることからも窺える。

(22) アメリカにおいて、優越的地位の濫用（abuse of superior bargaining position）は、日本法などとの比較を通じた比較法的検討により、ある当事者が継続的な取引関係をもつ相手方に対して優越した交渉上の地位（superior bargaining position）を利用して、通常の商慣習に照らし、不当に相手方に金銭、役務その他の経済的利益を提供さ

せるなどの何らかの行為を行うことなどをいうと理解されている。Albert A. Foer, *Abuse of Superior Bargaining Position (ASBP): What Can We Learn from Our Trading Partners?* 7 n.12 (Am. Antitrust Inst., Working Paper No. 16-02, 2016). https://www.antitrustinstitute.org/work-product/working-paper-no-16-02-abuse-of-superior-bargaining-position-asbp-what-can-we-learn-from-our-trading-partners/. ただ、アメリカ法では、日本法などのように、優越的地位の濫用が、競争法・経済法の分野において法規制の対象にはなっておらず、相手方からこれを受けた当事者は、契約法一般の下での救済として、強迫（duress）、約因の欠如、非良心性（unconscionability）によって契約を無効にする（abrogate）ことができるにとどまるが、これは受注者側が求めうる救済手段としては十分でないことが指摘されている。*Id.* at 14. もっとも、不当な競業避止義務の設定は、優越的地位の濫用の観点から問題になりうるものである（公正取引委員会競争政策研究センター「人材と競争政策に関する検討会報告書」二八―三一頁（二〇一八年二月一五日））から、その意味では、優越的地位の濫用などの反競争的違法行為を使用者が行った場合に、不合理な競業制限を課す特約の部分的有効性が否定され、その結果として特約の有効性が完全に否定されることは、限定的ではあるが、アメリカにおける数少ない優越的地位の濫用の一場面であると整理することもできよう。

(23) 93 N.Y.2d 382, 394 (1999) (quoting Harlan M. Blake, Employee Agreements Not to Compete, 73 Harv. L. Rev. 625, 682-683 (1960)).

(24) *Id.*

(25) Restatement (Second) of Contracts § 184 reporters' notes (Am. Law Inst. 1981).

(26) 93 N.Y.2d 382, 395 (1999).

(27) アメリカ法の権利救済論においては、コモンロー（common law）とエクイティ（equity）との間の区別が重要である。まず、この二者の沿革として、アメリカに継受される以前のイングランドにおいてもともと異なる機関が規律、運用していた。すなわち、コモンロー裁判所としては、王座裁判所（King's Bench）、人民間訴訟裁判所（Court of Common Pleas）、財務府裁判所（Court of Exchequer）という三つの国王裁判所があり、不動産法、契約法、不法行為法、刑事法を規律していた。もっとも、コモンローによる救済は、紛争類型ごとに異なる訴訟方式（forms of action）制度による拘束を受けることなどから、硬直的なものとして当事者が真に求める救済が得られない場合も

あった。このため、国王に対する請願の事例が増え、請願を委ねられた大法官（Lord Chancellor）は、コモンローの下では十分な救済が得られない場合に、正義・衡平に適った救済を与えるようになり、これが裁判所のように機能するに至った。このエクイティは、信託法などの分野を発展させてきた。現在では、この二つの融合が進んでおり、アメリカの一部の州は独立したエクイティ裁判所を設置しているが、かつてほど大きな制度上の隔たりはない。ただ、以上の沿革から、救済手段としての特性はなお残っている。すなわち、エクイティ上の救済には、コモンロー上の救済を補完するものとしての補充性という性質がある。また、エクイティ上の救済を認めるかどうか、どのような救済を付与するかについて裁判所の裁量や弾力性があるという特徴もある。コモンロー上の（legalまたはat law）権利救済の手段としては、後記三(一)の金銭的損害賠償があり、アメリカ法の下ではこれが権利救済の原則的な形態であると位置づけられている。これに加え、エクイティ上の権利救済の手段として、典型的には特定履行（specific performance）や差止命令（injunction）がある。後記三(二)で述べるように、差止命令の要件として回復不能な損害が求められるのもこの補充性の現れである。そのほか、裁判所が詐欺や共通錯誤を訂正するなどのために、当事者の実際の意思を反映するように契約書を修正する「文書訂正（reformation）」なども認められている。この特約の部分的有効性もこの文書訂正の一環として行われるものである。権利救済の実現手続にも違いがあるところ、特に重要な相違点は、コモンロー上の救済が陪審手続で行われるのに対し、エクイティ上の救済は陪審手続ではないことである。コモンローとエクイティとの関係に関する邦語文献として、田中英夫『英米法総論（上）』（東京大学出版会、一九八〇年）、樋口範雄『はじめてのアメリカ法（補訂版）』一四〇―一六三頁（有斐閣、二〇一〇年）、田島裕『エクイティの法理　英米の土地法・信託法・家族法』三―五頁（信山社、二〇一三年）、浅香吉幹『アメリカ民事手続法（第三版）』一〇―一五頁（弘文堂、二〇一六年）、中田裕子「『エクイティ上の救済』の現代的意義―ERISA法§502(a)(3)を中心に」南山法学四二巻三・四号七三頁以下（二〇一九年）など。

(28) Columbia Ribbon and Carbon Manufacturing, Inc. v. A-I-A Corp., 42 N.Y.2d 496, 500 (1977); Karpinski v. Ingrasci, 28 NY2d 45, 52 (1971) (quoting Wood v. May, 73 Wash.2d 307, 314 (1968)).

(29) 第二次契約法リステイトメント一七八条は「公序を理由として契約条件が無効である場合」に関する記述であり、一項が「約束その他の合意条件は、立法がそれは無効であると規定している場合、または、その状況において当該条

件の執行に反対する公序がその執行の利益よりも明らかに重要である場合、公序を理由として無効となる。」、二項が「契約条件の執行の利益を評価する際には、次のことが考慮される。(a)両当事者の正当な期待、(b)執行が否定された場合に生じうる一切の権利の喪失（forfeiture）および(c)特定の条件の執行における一切の特別な公益」、三項が「契約条件の執行に反対する公序を評価する際には、次のことが考慮される。(a)立法や判決によって明らかにされた当該公序の強度、(b)当該条件の執行の否定によって当該公序が促進される可能性、(c)関係する一切の違法行為の重大性およびその計画性の程度ならびに(d)当該違法行為と当該条件との間の関係の直接性」と記述している。Restatement (Second) of Contracts § 178 (Am. Law Inst. 1981).

(30) *Id.* § 184.

(31) 一八四条一項が記述するルールが想定しているのは、たとえば、雇用契約に含まれる、退職後の競業避止条項が公序に違反して無効であっても、雇用契約のほかの規定は有効である、という場面であり、別個の契約条件（一項の問題）か、単一の契約条件（二項の問題）かは、契約の内容や文言から決定される。*Id.* § 184 cmt. a, cmt. b.

(32) *Id.* § 184 cmt. b.

(33) *Id.*

(34) *Id.*

(35) 契約のなかでも雇用契約に特化した雇用法リステイトメント（二〇一五年公刊）では、不合理な競業避止特約の修正に関する八・〇八条が、「裁判所は、雇用契約上の広範囲にわたる競業避止特約における条項を削除し（delete）または修正した（modify）うえで、修正されたとおりに当該特約を有効にすることができる。ただし、当該契約が修正を許容（allow）しない場合、または、使用者が、当該特約が有効であると信じることにつき、合理的かつ誠実な根拠を欠く場合はこのかぎりでない。特約が有効であると信じることにつき合理的かつ誠実な根拠を欠くことは、当該特約の全体的な広範性のみにより、または、使用者がその正当な利益を保護することを超えたことをしようとしたというほかの証拠との結合による広範性により、明らかになりうる。」と記述する。Restatement of Employment Law § 8.08 (Am. Law Inst. 2015). 同条の注釈によれば、このような修正は、「ブルーペンシリング（blue penciling）」と呼ばれることがあり、裁判所の正当な裁量の範囲内にあるが、その裁量は、労働者が文字どおりの内

容で有効なものととらえる（誤解する）可能性がある広範囲にわたる競業避止特約を使用者が策定するインセンティブを創出しないように、慎重に行使されなければならない。他方、裁判所による修正を禁止し、裁判所は無効とするか（修正せずに）有効とするかの二者択一のみのルールも、労働者が有効とみなす過度に広範な特約を策定するインセンティブを使用者に与える可能性があることも指摘する。その例として、裁判所は、七か月という期間の競業制限について六か月の制限が合理的であると判断した場合に、特約を完全に無効にせず、より大きな競業制限を認め、そうした先例が創出される可能性があることを挙げる。以上のことを考慮し、雇用法リステイトメントでは、同条のようなルールが示された。同条のルールの下では、競業避止特約の広範性が証明された場合、使用者は、修正を正当化するために誠実さを証明する責任を負う。*Id.* § 8.08 cmt. a. 雇用法リステイトメント策定の経緯については、植田達「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）」法学研究九三巻二号六二頁（二〇二〇年）参照。

(36) Harlan M. Blake, *Employee Agreements Not to Compete*, 73 HARV. L. REV. 625, 682–683 (1960).

(37) 247 A.D.2d 923, 923 (4th Dep't 1998).

(38) 93 N.Y.2d 382, 395 (1999).

(39) *Id.*

(40) 正当な利益を否定して、部分的有効性を認めずに、競業避止特約を無効とした例として、Columbia Ribbon & Carbon Mfg. Co. v. A-1-A Corp. 事件は、秘密情報が退職労働者に開示されていなかったこと、雇用期間中に平凡な労務を超える労務は提供されていないこと（退職労働者の独自（unique）または非凡な（extraordinary）労務（service）は、使用者の正当な利益を構成しうる。）、取引や顧客の喪失もその他の損害もなかったことから、競業避止特約のうち「有効な部分から許容されない部分を『分離すること』」を否定した。42 N.Y.2d 496, 499–500 (1977). *See also* AM Medica Commc'ns Grp. v. Kilgallen, 261 F. Supp. 2d 258 (S.D.N.Y. 2003), aff'd, 90 F. App'x 10 (2d Cir. 2003). さらに、グッドウィル（goodwill）、すなわち、「経済的価値のある事実関係」としての「得意先関係」（最大判昭和四〇・九・二二民集一九巻六号一六〇〇頁参照）は、競業制限の正当な利益となりうるところ、使用者の正当な利益を構成するグッドウィルと、労働者が使用者に雇用される前に形成した（使用者の正当な利益を構成しない）

グッドウィルとを区別することができない場合には、部分的有効性は不可能であるとして否定される。Marsh USA Inc. v. Doerfler, 46 Misc. 3d 1208（A）（N.Y. Sup. Ct. 2015）.

(41) *See* Long Is. Minimally Invasive Surgery, P.C. v. St. John's Episcopal Hosp., 164 A.D.3d 575, 578（2d Dep't 2018）.

(42) 28 N.Y.2d 45（1971）.

(43) BDO Seidman v. Hirshberg, 93 N.Y.2d 382, 394（1999）.

(44) ここでの学説の一つとしてHarlan M. Blake 教授の論文（前掲注(36)）が挙げられている。

(45) John Roane, Inc. v. Tweed, 33 Del. Ch. 4, 17（1952）.

(46) New England Tree Expert Co. v. Russell, 306 Mass. 504, 509（1940）.

(47) Redd Pest Control Co. v. Heatherly, 248 Miss. 34, 42（1963）.

(48) Welcome Wagon v. Pender, 255 N.C. 244, 255–267（1961）. ただし、ノースカロライナ州法は、このような裁判所の権限の行使につき、前記(1)のBDO Seidman v. Hirshberg事件判決が否定したと思われる、特約のうち明確に分離可能な部分（distinctly separable part）にかぎって無効にすることができるにとどまる、という立場をとり、その権限行使を厳格に制限している。Hartman v. W.H. Odell and Associates, Inc., 450 S.E.2d 912, 920（N.C. App. 1994）.

(49) Igoe v. Atlas Ready-Mix, 134 N.W.2d 511, 517（1965）. ただし、現在のノースダコタ州は、事業譲渡に関する場合などの例外を除き、競業避止特約そのものを全面的に禁止している（N.D. Cent. Code § 9-08-06）。

(50) Wood v. May, 73 Wash.2d 307, 313（1968）.

(51) Hommel Co. v. Fink, 115 W.Va. 686, 690（1934）.

(52) General Bronze Corp. v. Schmeling, 208 Wis. 565, 572（1932）. ただし、現在のウィスコンシン州法は、競業避止特約の有効性に関する合理性ルールが立法化された（Wis. Stat. § 103.465）ことにより、全体として不合理な競業避止特約を、合理的とみなされる範囲で有効にする裁判所の権限は否定された、と解釈されている。General Med. Corp. v. Kobs, 507 N.W.2d 381, 385（1993）（quoting Streiff v. American Family Mutual Ins. Co., 348 N.W.2d 505, 509（1984））.

(53) Karpinski v. Ingrasci, 28 N.Y.2d 45, 51–52 (1971).
(54) *Id.* at 53.
(55) 25 N.Y.3d 364 (2015).
(56) 重要な事実問題に関する真正の争点がなく、法的問題のみが実質的な争点となっている場合に、当事者の申立てに基づき、陪審審理を経ずに略式で判決を出すこと。
(57) 25 N.Y.3d 364, 371–372 (2015).
(58) Long Is. Minimally Invasive Surgery, P.C. v. St. John's Episcopal Hosp., 83 N.Y.S.3d 514, 517 (2d Dep't 2018) (quoting Scott, Stackrow & Co., C.P.A.'s, P.C. v. Skavina, 780 N.Y.S.2d 675, 677–678 (3d Dep't 2004)); Aqualife Inc. v. Leibzon, 50 Misc. 3d 1206 (A), 28 N.Y.S.3d 647 (Kings Cnty 2016) (quoting Scott, Stackrow & Co., C.P.A.'s, P.C. v. Skavina, 780 N.Y.S.2d 675, 677–678 (3d Dep't 2004)).
(59) 780 N.Y.S.2d 675, 678 (3d Dep't 2004).
(60) 83 N.Y.S.3d 514, 517 (2d Dep't 2018).
(61) 50 Misc. 3d 1206 (A), 28 N.Y.S.3d 647 (Kings Cnty 2016).
(62) 10 F. Supp. 3d 395, 407 (W.D.N.Y. 2014) (quoting Leon M. Reimer & Co. v. Cipolla, 929 F. Supp. 154, 160 (S.D.N.Y. 1996)).
(63) No. 11-CV-214, 2012 BL 278805, 2012 WL 5288760 (W.D.N.Y. Oct. 23, 2012).
(64) 雇用法リステイトメントにおいては、その八・〇一条a項に「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。（後略）」と記述されており、営業秘密を保有する労働者も、使用者との間で一種の信認関係に置かれる、というルールが述べられている。Restatement of Employment Law § 8.01 (Am. Law Inst. 2015).
(65) 183 F. Supp. 3d 529, 535 (S.D.N.Y. 2016).
(66) 前掲注(40)も参照。

(67) 1 A.D.3d 856, 858 (3d Dep't 2003) (quoting DeCapua v. Dine-A-Mate, Inc., 292 A.D.2d 489, 492 (2d Dep't 2002)).

(68) 競業制限の合理的な範囲は主として使用者の正当な利益との関係で画定されると考えられることについては、植田・前掲注(11)六三頁参照。

(69) 430 F. Supp. 2d 158, 180–181 (S.D.N.Y. 2006).

(70) 6 Misc. 3d 1004 (A), 2004 WL 3058144 (Sup. Ct. N.Y. Cnty 2004).

(71) 18 Misc. 3d 1104A, 856 N.Y.S.2d 23 (Sup. Ct. N.Y. Cnty 2007).

(72) 449 N.Y.S.2d 52, 53 (1st Dep't 1982).

(73) 196 F. Supp. 2d 269, 277 (E.D.N.Y. 2002).

(74) 2010 BL 229233, 2010 N.Y. Misc. LEXIS 4677, 2010 WL 3843692 (N.Y. Sup.Ct. Nassau Cnty. Sept. 20, 2010).

(75) 93 N.Y.2d 382, 392–393 (1999).

(76) Marsh USA Inc. v. Schuhriemen, 183 F. Supp. 3d 529, 535 (S.D.N.Y. 2016); Poller v. Bioscrip, 974 F. Supp. 2d 204, 221–222 (S.D.N.Y. 2013); Marshall & Sterling, Inc. v. Southard, 148 A.D.3d 1009, 1011 (2d Dept. 2017).

(77) 14 Misc. 3d 1209 (A), 836 N.Y.S.2d 485 (Sup. Ct. Nassau Cnty 2006).

(78) 28 N.Y.2d 45, 49–51 (1971).

(79) *Id.* at 53.

(80) Restatement of Employment Law § 8.08 reporters' notes cmt. b (Am. Law Inst. 2015). 前掲注(27)も参照。

(81) このことは、近時に策定・公刊された雇用法リステイトメントにおいても同様のルールが維持され、記述されていることからも窺える。前掲注(35)も参照。

(82) 前記[I]1で検討した裁判例のほかに、*see also* Marsh USA, Inc. v. Alliant Ins. Servs., Inc., 49 Misc. 3d 1210 (A) (N.Y. Sup. Ct. 2015); Marsh USA Inc. v. Doerfler, 46 Misc. 3d 1208 (A) (N.Y. Sup. Ct. 2015).

(83) 93 N.Y.2d 382, 395 (1999).

(84) 前掲注(27)参照。

(85) Barone v. Marcisak, 465 N.Y.S.2d 561, 562 (2d Dep't 1983) (quoting Borne Chem. Co. v. Dictrow, 85 A.D.2d 646, 650 (2d Dep't 1981)); Earth Alterations, LLC v. Farrell, 800 N.Y.S.2d 744, 745 (2d Dep't 2005) (quoting Pencom Sys., Inc. v. Shapiro, 598 N.Y.S.2d 212, 212 (1st Dep't. 1993)).

(86) Transaero v. Chappell, 2016 BL 43423, 2016 WL 916630 (E.D.N.Y. Feb. 12, 2016); Int'l Minerals & Res., S.A. v. Pappas, 96 F.3d 586, 597 (2d Cir. 1996).

(87) Pencom Sys., Inc. v. Shapiro, 598 N.Y.S.2d 212, 212 (1st Dept. 1993). 信認忠実義務を負う労働者による在職中の競業や営業秘密の侵害などの忠実義務違反行為につき、利益の吐出しによる権利救済が認められることにつき、雇用法リステイトメント九・〇九条d項の記述を検討したものとして、植田達「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）」法学研究九三巻三号八六頁。

(88) Gomez v. Bicknell, 302 A.D.2d 107, 114 (2d Dep't 2002).

(89) Borne Chem. Co. v. Dictrow, 85 A.D.2d 646, 651 (2d Dep't 1981) (quoting Wakeman v. Wheeler & Wilson Mfg. Co., 101 N.Y. 205, 209 (1886); Randall-Smith, Inc. v. 43rd St. Estates Corp., 17 N.Y.2d 99, 106 (1966); Rubin v. Siegel, 188 App Div 636, 640 (1st Dep't. 1919); 13 NY Jur, Damages, § 18). なお、日本法においても、最三小判昭和三九年六月二四日民集一八巻五号八七四頁が、交通事故によって死亡した幼児の逸失利益の算定に際し、「一般の場合に比し不正確さが伴うにしても、裁判所は被害者側が提出するあらゆる証拠資料に基づき、経験則とその良識を十分に活用して、できうるかぎり蓋然性のある額を算出するよう努め、ことに右蓋然性に疑がもたれるときは、被害者側にとつて控え目な算定方法……を採用することにすれば、慰藉料制度に依存する場合に比較してより客観性のある額を算出することができ、被害者側の救済に資する反面、不法行為者に過当な責任を負わせることともならず、損失の公平な分担を窮極の目的とする損害賠償制度の理念にも副う」と述べている。

(90) Borne Chem. Co. v. Dictrow, 85 A.D.2d 646, 651 (2d Dep't 1981) (quoting 1 Sedgwick, Damages, § 182 (9th ed. 1912)). 同判決は、続けて、原告は被告らが競業を開始した後に取引を失ったこと、その一方でその顧客喪失の一部は原告の新しい与信方針が原因である可能性もあったことから、原告の損害の評価に関する適切なルールが認識され、遵守される新たな事実審では、原告は、その逸失利益のうち、新しい与信方針ではなく、被告の競業に起因する部分

を証明し、それにより、相当な損害額を証明することができる可能性がある、と述べて、差し戻した。*Id.*

(91) Special Prods. Mfg. v. Douglass, 564 N.Y.S.2d 615, 616–617 (3d Dep't 1991).

(92) Borne Chem. Co. v. Dictrow, 85 A.D.2d 646, 651 (2d Dep't 1981) (quoting 13 NY Jur, Damages, § 6; Weinrauch v. Kashkin, 78 A.D.2d 852 (2d Dep't 1980)).

(93) Fischer, *supra* note 12, at 8.

(94) Farrar v. Hobby, 506 U.S. 103, 121 (1992).

(95) Clifford v. Clifford Rental Mgmt., Inc., 604 N.Y.S.2d 380, 380 (4th Dep't 1993).

(96) Meteor Indus. v. Metalloy Indus., 539 N.Y.S.2d 972, 975 (2d Dep't 1989).

(97) 一ドルの名目的損害賠償を認めたものとして、Atlantic Mutual Ins. Co. v. Noble Van & Storage Co., App. Div. 537 N.Y.S.2d 213 (2d Dep't 1989)。

(98) 日本コンベンションサービス事件・大阪高判平成一〇年五月二九日労判七四五号四二頁や、損害認定にあたって民事訴訟法二四八条の「精神も考慮し」たトータルサービス事件・前掲注(3)など。

(99) 競業避止特約に関連して損害賠償額の予定を行うことが労働基準法一六条の趣旨に照らして無効であるとする例として、総合行政調査会地方人事調査書事件・東京地判昭和五九年一一月二八日労判四五九号七五頁、同条には違反しないとする例として、トータルサービス事件・前掲注(3)、富士薬品・八光薬品事件・大阪地判平成三〇年三月五日裁判所ウェブサイト、違約金条項（民法四二〇条三項参照）について特に労働基準法一六条との関係を問題にしなかったヤマダ電機（競業避止条項違反）事件・東京地判平成一九年四月二四日労判九四二号三九頁、リーフラス事件・前掲注(3)がある。

(100) 前掲注(5)参照。

(101) Crown It Services, Inc. v. Koval-Olsen, 11 A.D.3d 263, 265–266 (1st Dep't 2004) (quoting Truck Rent-A-Center, Inc. v. Puritan Farms 2nd, Inc., 41 N.Y.2d 420, 424 (1977)).

(102) 差止めによる救済が排斥されるかどうかについては、後記Ⅱ2(4)(i)参照。

(103) GFI Brokers, LLC v. Santana, 2009 U.S. Dist. LEXIS 71550 (S.D.N.Y. Aug. 13, 2009) (quoting Federal Realty

Ltd. Partnership v. Choices Women's Medical Center, Inc., 735 N.Y.S.2d 159, 161 (2d Dep't 2001); X.L.O. Concrete Corp. v. John T. Brady and Co., 482 N.Y.S.2d 476, 479 (1st Dep't 1984)).

(104) Truck Rent-A-Center, Inc. v. Puritan Farms 2nd, Inc., 41 N.Y.2d 420, 424 (1977) (quoting 14 NY JUR, DAMAGES, § 155).

(105) *Id.* (quoting Rye v. Public Service Mut. Ins. Co., 34 N.Y.2d 470, 472–473 (1974)).

(106) *Id.* (quoting Ward v. Hudson Riv. Bldg. Co., 125 N.Y. 230, 234–235 (1890)).

(107) 前掲注(99)では労働基準法一六条との関係について触れたが、同条との関係が問題にならないとしても、損害賠償額の予定は公序に違反するほど不当に高額でないか（いわゆる暴利行為）の問題が生じうる。富士薬品・八光薬品事件・前掲注(99)、リーフラス事件・前掲注(3)および後掲注(223)も参照。

(108) Crown It Services, Inc. v. Koval-Olsen, 11 A.D.3d 263, 266 (1st Dep't 2004) (quoting Truck Rent-A-Center, Inc. v. Puritan Farms 2nd, Inc., 41 N.Y.2d 420, 425 (1977)). *See also* GFI Brokers, LLC v. Santana, 2009 U.S. Dist. LEXIS 71550 (S.D.N.Y. Aug. 13, 2009)（損害賠償予定条項が有効になるためには、①現実の損害を決定することが難しく、かつ、②定められた金額が起こりうる損害に対して明らかに不均衡ではないことを要する、と判示した。）.

(109) Truck Rent-A-Center, Inc. v. Puritan Farms 2nd, Inc., 41 N.Y.2d 420, 425 (1977) (quoting Wirth & Hamid Fair Booking v. Wirth, 265 N.Y. 214, 225 (1934); Ward v. Hudson Riv. Bldg. Co., 125 N.Y. 230, 234 (1891)).

(110) *Id.* (quoting Seidlitz v. Auerbach, 230 N.Y. 167, 172 (1920)).

(111) その有効性の判断については、「当裁判所の判例の下では、損害賠償額予定条項は、『〔①〕違反から生じる損害を確定することが困難であり、〔かつ〕〔②〕事前に損害額を定める条項〔の下で〕当該金額が予想されうる損害の合理的な評価基準である』場合には有効である。……他方、『定められた金額がありうる損害に対し、明らかにまたは著しく不均衡である場合、当該条項は、違約罰を求めるものであり、無効である』」と判示した。93 N.Y.2d 382, 396 (1999) (quoting Rye v. Public Service Mut. Ins. Co., 34 N.Y.2d 470, 473 (1974); Truck Rent-A-Center, Inc. v. Puritan Farms 2nd, Inc., 41 N.Y.2d 420, 425 (1977)).

(112) *Id.* at 396–397.

(113) Crown It Services, Inc. v. Koval-Olsen, 11 A.D.3d 263, 266 (1st Dep't 2004).

(114) Piaker & Lyons, P.C. v. Johnson, 7 Misc. 3d 1030A, 801 N.Y.S.2d 241 (Sup. Ct. Broome Cnty 2005).

(115) GFI Brokers, LLC v. Santana, 2009 U.S. Dist. LEXIS 71550 (S.D.N.Y. Aug. 13, 2009).

(116) 原告が損害賠償で救済される可能性がある場合、本案的差止命令を発出する必要はないと解されている（エクイティ上の救済としての補充性。前掲注(27)参照。）。Pencom Sys., Inc. v. Shapiro, 193 A.D.2d 561, 561–562 (1st Dep't 1993). 連邦最高裁判所による本案的差止命令一般の要件は、①原告が回復不能な（irreparable）損害を被ったこと、②金銭的損害賠償のようなコモンローで実現できる救済ではその損害を補償するには不十分であること、③原被告間の困難（hardship）の均衡（balance）を考慮すると、エクイティ上の救済が正当であること、④公共の利益が本案的差止命令によって害されないこと、を原告が証明することである。eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C., 547 U.S. 388, 391. この要件の考察につき、中田・前掲注(27)八四―八六頁参照。

(117) 暫定的差止命令の申立てが棄却されても、その後に本案的差止命令が発出される可能性まで否定されるものではない。Bender Ins. Agency v. Treiber Ins. Agency, Inc., 283, 729 N.Y.S.2d 142, 144 (2d Dep't 2001). 同事件では、郡裁判所が、競業避止特約は広範囲にわたっており、被申立人に過度の困難（undue hardship）を強いるものであったことから、暫定的差止命令を認めなかったが、同特約が無効であるとも、部分的に有効になる余地がないとも、判断せず、申立人は本案的差止命令を得る権利を証明しうると明示的に述べていた。

(118) Citigroup Global Mkts., Inc. v. VCG Special Opportunities Master Fund Ltd., 598 F.3d 30, 35 (2d Cir. 2010). 「本案に移るのに十分に重大な争点があること、および、困難の均衡が申立人に傾くことが明らかであること」（②ⓑ）を証明することは、「本案での勝訴可能性」（②ⓐ）の基準よりも軽減されるものではない。*Id.*

(119) 連邦最高裁判所の判例によれば、本案勝訴可能性、暫定的差止命令が認められない場合の回復不能な損害を被る可能性、衡平の均衡が申立人に有利に傾くこと、差止命令が公益に適うこと、の四点の証明が申立人には求められる。Winter v. Natural Res. Inc., 555 U.S. 7, 20, 129 S. Ct. 365 (2008).

(120) Singas Famous Pizza Brands Corp. v. New York Adver. LLC, 468 F. App'x 43, 45 (2d Cir. 2012) (quoting Metro. Taxicab Bd. of Trade v. City of N.Y., 615 F.3d 152, 156 (2d Cir. 2010)).

(121) Mazurek v. Armstrong, 520 U.S. 968, 972 (1997) (quoting 11A C. Wright, A. Miller, & M. Kane, Federal Practice and Procedure § 2948 (2d ed. 1995).

(122) 州裁判所においても、暫定的差止命令は「常に認められるものではない、抜本的な救済手段」であると解され、「明白で説得的な証拠による」証明が求められているという点で、連邦裁判所と類似している。Eastman Kodak Co. v. Carmosino, 909 N.Y.S.2d 247, 249 (4th Dep't 2010) (quoting Sutherland Global Servs., Inc. v. Stuewe, 73 A.D.3d 1473, 1474 (2010)); Family-Friendly Media Inc. Recorder Television Network, 74 A.D.3d 738, 739 (2d Dep't 2010).

(123) Nobu Next Door, LLC v. Fine Arts Hous., Inc., 4 N.Y.3d 839, 840 (2005); Emerald Enters. v. Chili Plaza Assoc., 656 N.Y.S.2d 1011, 1011 (1997). ニューヨーク州の民事手続法にあたる、民事訴訟手続法および規則（Civil Practice Law and Rules）の六三章（差止命令）六三〇一条（暫定的差止命令および一時的命令（temporary restraining order）の理由）は「暫定的差止命令は、被告が当該訴訟の対象に関する原告の権利を侵害する行為を、行うおそれがあるか、行おうとしているか、もしくは、行われることを招来するか、行わせられるとみられ、かつ、判決を無意味なものにしようとしている場合、または、当該訴訟の係属中に行われるか継続されれば原告に損害をもたらす行為の被告による実行または継続を禁止する判決を、原告が要求し、もしくは、それを得る権利を有する場合において、認められる。」と定めている。N.Y. C.P.L.R. § 6301.

(124) 連邦裁判所につき、Lumex, Inc. v. Highsmith, 919 F. Supp. 624, 628 (E.D.N.Y. 1996); Boston Laser, Inc. v. Zu, 2007 WL 2973663 (N.D.N.Y. Sept. 21, 2007); Natsource LLC v. Paribello, 151 F. Supp. 2d 465, 470 (S.D.N.Y. 2001); Johnson Controls, Inc. v. A.P.T. Critical Sys., Inc., 323 F. Supp. 2d 525, 533 (S.D.N.Y. 2004)。また、州裁判所につき、Hay Grp. v. Nadel, 566 N.Y.S.2d 616, 617 (1st Dep't 1991).

(125) 前記二で検討した部分的有効性との関係では、定められているとおりに適用するとすれば、競業避止特約が過度に広範であることを理由に暫定的差止めに必要な本案勝訴可能性（②ⓐ）を否定したが、部分的有効性の可能性はあると述べたものとして、Barton Mines Co. v. Miller, No. 1:14-CV-1003 (MAD/CFH), 2014 BL 249690, 2014 WL 4437558 (N.D.N.Y Sept. 9, 2014)。他方、本案勝訴可能性（❶）の問題として特約の有効性を肯定しつつ、衡平の均衡（❸）の判断において特約の内容を限定したものとして、Greystone Staffing, Inc. v. Goehringer, 14 Misc. 3d 1209

(A), 836 N.Y.S.2d 485 (Sup. Ct. Nassau Cnty 2006)（前記11(1)(2)(3)参照）。

(126) Citigroup Global Mkts., Inc. v. VCG Special Opportunities Master Fund Ltd., 598 F.3d 30, 35 (2d Cir. 2010).

(127) Shred-It USA, Inc. v. Mobile Data Shred, Inc., 202 F. Supp. 2d 228, 234 (S.D.N.Y. 2002).

(128) McLaughlin, Piven, Vogel v. Nolan & Co., 114 A.D.2d 165, 174-175 (2d Dep't 1986)（quoting Nassau Roofing & Sheet Metal Co. v. Facilities Dev. Corp., 70 A.D.2d 1021, 1022 (3d Dep't 1979)).

(129) Greystone Staffing, Inc. v. Warner, 965 N.Y.S.2d 599, 601 (2d Dep't 2013).

(130) Eastman Kodak Co. v. Carmosino, 909 N.Y.S.2d 247, 250 (4th Dep't 2010).

(131) Ivy Mar Co. v. C.R. Seasons Ltd., 907 F. Supp. 547, 563 (E.D.N.Y. 1995)（quoting Citibank, N.A. v. Citytrust, 756 F.2d 273, 276 (2d Cir. 1985)).

(132) *Id.*（quoting Citibank, N.A. v. Citytrust, 756 F.2d 273, 276 (2d Cir. 1985)); Computer Assocs. Int'l v. Bryan, 784 F. Supp. 982, 987 (E.D.N.Y. 1992)（quoting Gillette Co. v. Ed Pinaud, Inc., 178 F. Supp. 618, 622 (S.D.N.Y. 1959)). *See also* Inflight Newspapers Inc. v. Magazines In Flight, 990 F. Supp. 119, 124 (E.D.N.Y. 1997)（quoting Museum Boutique Intercontinental, Ltd. v. Picasso, 880 F. Supp. 153, 164 (S.D.N.Y. 1995)).

(133) Ivy Mar Co. v. C.R. Seasons Ltd., 907 F. Supp. 547, 564 (E.D.N.Y. 1995).

(134) Inflight Newspapers Inc. v. Magazines In Flight, 990 F. Supp. 119, 124 (E.D.N.Y. 1997).

(135) Computer Assocs. Int'l v. Bryan, 784 F. Supp. 982, 987 (E.D.N.Y. 1992).

(136) 回復不能な損害を、暫定的差止命令を発するかどうかの「最重要要件」と述べる連邦裁判所の裁判例として、Lumex, Inc. v. Highsmith, 919 F. Supp. 624, 627 (E.D.N.Y. 1996); EarthWeb Inc. v. Schlack, 71 F. Supp. 2d 299, 308 (S.D.N.Y. 1999); Singas Famous Pizza Brands Corp. v. New York Adver. LLC, 468 F. App'x 43, 45 (2d Cir. 2012) (quoting Faiveley Transp. Malmo AB v. Wabtec Corp., 559 F.3d 110, 118 (2d Cir. 2009))。「前提要件（threshold requirement）」と述べる州裁判所の裁判例として、Spinal Dimensions v. Chepenuk, 16 Misc. 3d 1121 (A), 847 N.Y.S.2d 905 (Sup. Ct. Albany Cnty 2007)。

(137) 連邦裁判所の裁判例として、Lumex, Inc. v. Highsmith, 919 F. Supp. 624, 627 (E.D.N.Y. 1996)。州裁判所の裁判

例として、Greystone Staffing, Inc. v. Goehringer, 14 Misc. 3d 1209（A）（Sup. Ct. Nassau Cnty. 2006）; Spinal Dimensions, Inc. v. Chepenuk, 16 Misc. 3d 1121（A）（Sup. Ct. Albany Cnty. 2007）。

(138) 連邦裁判所の裁判例として、Ticor Title Ins. Co. v. Cohen, 173 F.3d 63, 68（2d Cir. 1999）。また、州裁判所の判例として、Nobu Next Door, LLC v. Fine Arts Hous, Inc., 4 N.Y.3d 839, 840（2005）。

(139) Ticor Title Ins. Co. v. Cohen, 173 F.3d 63, 68（2d Cir. 1999）. Weinberger v. Romero-Barcelo, 456 U.S. 305, 312,（1982）は、「連邦裁判所における差止めによる救済の根拠は、常に、回復不能な損害とコモンローに基づく救済の不十分さにある」と述べた。

(140) Bisnews AFE（Thailand）Ltd. v. Aspen Research Grp. Ltd., 437 F. App'x 57, 58（2d Cir. 2011）（quoting Faiveley Transport Malmo AB v. Wabtec Corp., 559 F.3d 110, 118（2d Cir. 2009））.

(141) 前掲注(27)参照。

(142) International Paper Co. Suwyn, 966 F. Supp. 246, 256（S.D.N.Y. 1997）（quoting Lumex, Inc. v. Highsmith, 919 F. Supp. 624, 628（E.D.N.Y. 1996））. *See also* Naden v. Numerex Corp., 593 F. Supp. 2d 675, 680（S.D.N.Y. 2009）.

(143) Singas Famous Pizza Brands Corp. v. New York Adver. LLC, 468 F. App'x 43, 45（2d Cir. 2012）（quoting Grand River Enter. Six Nations, Ltd. v. Pryor, 481 F.3d 60, 66（2d Cir. 2007））.

(144) *See* IDG USA LLC v. Schupp, 416 F. App'x 86, 88（2d Cir. 2011）（quoting Grand River Enter. Six Nations, Ltd. v. Pryor, 481 F.3d 60, 66（2d Cir. 2007）; Moore v. Consol. Edison Co., 409 F.3d 506, 510（2d Cir. 2005））.

(145) 前掲注(40)も参照。

(146) 植田・前掲注(11)六二頁。

(147) 顧客関係の喪失とは別に、退職労働者の「独自または非凡な労務」も、競業避止特約の正当な利益および暫定的差止命令の要件である回復不能な損害を構成しうる（前掲注(40)参照）が、その判断の実態は、退職労働者と顧客との関係が「独自な」関係であるかどうかを、その関係の形成により大きく寄与したのが使用者と労働者のいずれかという観点を中心に判断しており、顧客関係の判断と概ね同様である（植田・前掲注(11)六三頁）ことから、ここでは両者を一括して検討する。

(148) Nobu Next Door, LLC v. Fine Arts Hous., Inc., 3 A.D.3d 335, 335 (1st Dep't, 2004).

(149) Battenkill Veterinary Equine P.C. v. Cangelosi, 1 A.D.3d 856, 859 (3d Dep't 2003).

(150) Johnson Controls, Inc. v. A.P.T. Critical Sys., Inc., 323 F. Supp. 2d 525, 532 (S.D.N.Y. 2004)（quoting Ticor Title Ins. Co. v. Cohen, 173 F.3d 63, 69–70 (2d Cir. 1999); Greystone Staffing, Inc. v. Goehringer, 14 Misc. 3d 1209 (A), 836 N.Y.S.2d 485 (Sup. Ct. Nassau Cnty 2006).これとは逆に、原告が、保護に値する重要かつ長期的な顧客関係やそれに関連するグッドウィルを証明しなかったことから、回復不能な損害を否定した例もある。International Creative Management v. Abate, 2007 WL 950092 (S.D.N.Y. Mar. 28, 2007).

(151) 厳密には、主として同州を管轄する第二巡回区控訴裁判所の立場ということになるが、同州法も、「事業に関するグッドウィルは、定量化が困難であるため、差止めに加えて金銭的損害賠償も請求されている場合であっても、回復不能な損害を構成しうる」という立場をとっている。Battenkill Veterinary Equine P.C. v. Cangelosi, 1 A.D.3d 856, 859 (3d Dep't 2003).

(152) Devos, Ltd. v. Record, 2015 BL 430387, 2015 WL 9593616 (E.D.N.Y. Dec. 24, 2015).

(153) Johnson Controls, Inc. v. A.P.T. Critical Sys., Inc., 323 F. Supp. 2d 525, 532 (S.D.N.Y. 2004).使用者が退職労働者の採用と訓練に投資したにもかかわらず顧客や収入を奪われることに加え、退職労働者に代わる者を採用することの困難さを指摘した Albany Med. Coll. v. Lobel, 296 A.D.2d 701, 703 (3d Dep't 2002).

(154) Natsource LLC v. Paribello, 151 F. Supp. 2d 465, 469 (S.D.N.Y. 2001).この事件では、従業員引抜きについても、従業員は、顧客との関係を形成・強化するために多くの資源を投じられているとともに、使用者の既存顧客の紹介を受けているため、退職労働者がそれらの従業員を引き抜いた場合に生じる訓練や既存顧客との関係の喪失は、定量化できない資産である、と述べた。*Id.*

(155) 植田・前掲注(11)六三頁。

(156) Johnson Controls, Inc. v. A.P.T. Critical Sys., Inc., 323 F. Supp. 2d 525, 532 (S.D.N.Y. 2004).

(157) Eastman Kodak Co. v. Carmosino, 909 N.Y.S.2d 247, 250 (4th Dep't 2010)（quoting D & W Diesel v. McIntosh, 307 A.D.2d 750, 751 (2003)).

(158) Arthur Young & Co. v. Black, 97 A.D.2d 369, 370 (1st Dep't 1983).

(159) Prudential Secs., Inc. v. Plunkett, 8 F. Supp. 2d 514, 519 (E.D. Va. 1998).

(160) Arnold K. Davis & Co. v. Ludemann, 160 A.D.2d 614, 616 (1st Dep't 1990); Walter Karl, Inc. v. Wood, 137 A.D.2d 22, 29 (2d Dep't 1988).

(161) Hay Grp. v. Nadel, 170 A.D.2d 398, 566 N.Y.S.2d 616, 617 (1st Dep't 1991).

(162) 以下につき、植田・前掲注(11)六二頁も参照。

(163) Secured Worldwide LLC v. Kinney, 2015 WL 1514738 (S.D.N.Y. Apr. 1, 2015) (quoting IDG USA LLC v. Schupp, 416 F. App'x 86, 88 (2d Cir. 2011). *See also* Lumex, Inc. v. Highsmith, 919 F. Supp. 624, 628 (E.D.N.Y. 1996); EarthWeb Inc. v. Schlack, 71 F. Supp. 2d 299, 308 (S.D.N.Y. 1999).

(164) Geritrex Corp. v. DermaRite Indus., LLC, 910 F. Supp. 955, 965 (S.D.N.Y. 1996); Lumex, Inc. v. Highsmith, 919 F. Supp. 624, 628 (E.D.N.Y. 1996) (quoting FMC Corp. v. Taiwan Tainan Giant Indus. Co., 730 F.2d 61, 63 (2d Cir. 1984); Computer Assocs. Int'l v. Bryan, 784 F. Supp. 982, 986 (E.D.N.Y. 1992)); Secured Worldwide LLC v. Kinney, 2015 WL 1514738 (S.D.N.Y Apr. 1, 2015) (quoting North Atl. Instruments, Inc. v. Haber, 188 F.3d 38, 49 (2d Cir. 1999)).

(165) 営業秘密の定義について前掲注(10)。営業秘密に該当するかどうかは、①当該情報が保有者の事業外で知られている程度、②当該情報が事業に関係する労働者などに知られている程度、③情報の秘密性を守るために講じられた措置の程度、④保有者とその競業者にとっての当該情報の価値、⑤当該情報を開発するために保有者が投下した労力や費用、⑥当該情報が他社によって適切に取得または複製されることの難易という要素を考慮する。Ashland Mgmt. Inc. v. Janien, 82 N.Y.2d 395, 407 (1993) (quoting Restatement of Torts § 757 cmt. b (Am. Law Inst. 1939)).

(166) Bus. Intelligence Servs., Inc. v. Hudson, 580 F. Supp. 1068, 1072 (S.D.N.Y. 1984); Lumex, Inc. v. Highsmith, 919 F. Supp. 624, 630 (E.D.N.Y. 1996); Estee Lauder Cos. v. Batra, 430 F. Supp. 2d 158, 175–176 (S.D.N.Y. 2006).

(167) Lumex, Inc. v. Highsmith, 919 F. Supp. 624, 630 (E.D.N.Y. 1996); IBM v. Papermaster, 2008 U.S. Dist. LEXIS 95516 (S.D.N.Y. Nov. 21, 2008); Webcraft Tech., Inc. v. McCaw, 674 F. Supp. 1039, 1046–1047 (S.D.N.Y. 1987);

Lumex, Inc. v. Highsmith, 919 F. Supp. 624, 630 (E.D.N.Y. 1996); Unisource Worldwide, Inc. v. Valenti, 196 F. Supp. 2d 269, 278–79 (E.D.N.Y. 2002).

(168) Bus. Intelligence Servs., Inc. v. Hudson, 580 F. Supp. 1068, 1072 (S.D.N.Y. 1984); Webcraft Tech., Inc. v. McCaw, 674 F. Supp. 1039, 1045 (S.D.N.Y. 1987); Ivy Mar Co. v. C.R. Seasons Ltd., 907 F. Supp. 547, 556–57 (E.D.N.Y. 1995) (quoting Leo Silfen, Inc. v. Cream, 29 N.Y.2d 387, 393 (1972)); Unisource Worldwide, Inc. v. Valenti, 196 F. Supp. 2d 269, 278–79 (E.D.N.Y. 2002); Poller v. Bioscrip, 974 F. Supp. 2d 204, 217–219 (S.D.N.Y. 2013).

(169) Secured Worldwide LLC v. Kinney, 2015 WL 1514738 (S.D.N.Y Apr. 1, 2015).

(170) 910 F. Supp. 955, 966 (S.D.N.Y. 1996).

(171) *Id.*

(172) *Id.*

(173) Inflight Newspapers Inc. v. Magazines In Flight, 990 F. Supp. 119, 125 (E.D.N.Y. 1997).

(174) Secured Worldwide LLC v. Kinney, 2015 WL 1514738 (S.D.N.Y Apr. 1, 2015).

(175) 765 ILL. COMP. STAT. 1065/3 (a) (1988).

(176) 54 F.3d 1262, 1269 (7th Cir. 1995).

(177) *Id.* at 1270.

(178) *Id.* at 1271.

(179) 不可避的開示法理に関する論考として、石田信平「営業秘密保護と退職後の競業規制—アメリカにおける不可避的開示論の形成と展開を踏まえて⑴」同志社法学五八巻五号一九四一頁、同「⑵」同志社法学五八巻六号二二二七頁、同「⑶・完」同志社法学五八巻七号二五五一頁。

(180) RESTATEMENT OF EMPLOYMENT LAW § 8.05 reporters' notes cmt. b (AM. LAW INST. 2015).

(181) 連邦裁判所については、EarthWeb Inc. v. Schlack, 71 F. Supp. 2d 299, 310–311 (S.D.N.Y. 1999)。州裁判所については、Marietta Corp. v. Fairhurst, 301 A.D.2d 734, 737 (3d Dep't 2003).

(182) Restatement of Employment Law § 8.05 cmt. b (Am. Law Inst. 2015). 東京リーガルマインド事件・前掲注(4)の「労働契約終了後の一定範囲での営業秘密〔不正競争防止法二条六項〕保持義務の存続を認めざるを得ない。そして、このような営業秘密の保持の必要性は、退職後の労働者が営業秘密を開示する場合のみならず、それを使用する場合にも存するのであるから、退職後の労働者が元の使用者の業務と競合する行為を行う場合には、当該競業行為が不可避的に営業秘密の使用を伴うものであるかぎり、営業秘密保持義務を担保するものとして競業避止義務を肯定せざるを得ない。」という判示は、契約ではなく法律に基づく競業避止義務を肯定するものであり、その要件において不可避的開示法理の影響を受けているようにもみえるが、この判示に対しても、営業秘密の使用・開示を規制対象とする不正競争防止法の規定から、競業行為そのものの不作為義務（禁止）は根拠づけられない（川田・前掲注(7)一四二頁）、不正競争防止法三条一項に基づく差止めによる禁止は、営業秘密の使用・開示に当たる行為の禁止の反射的効果としての競業制限に過ぎない（土田・前掲注(7)二一六頁。同旨、横地・前掲注(8)(上)八頁）という批判がある。

(183) Marietta Corp. v. Fairhurst, 301 A.D.2d 734, 737 (3d Dep't 2003) (quoting EarthWeb Inc. v. Schlack, 71 F. Supp. 2d 299, 310 (S.D.N.Y. 1999)).

(184) 連邦裁判所については、EarthWeb Inc. v. Schlack, 71 F. Supp. 2d 299, 309 (S.D.N.Y. 1999); Payment Alliance v. Ferreira, 530 F. Supp. 2d 477, 480 (S.D.N.Y. 2007) (quoting Estee Lauder Cos. v. Batra, 430 F. Supp. 2d 158 (S.D.N.Y. 2006)); IBM v. Papermaster, 2008 U.S. Dist. LEXIS 95516 (S.D.N.Y. Nov. 21, 2008); IBM Corp. v. Visentin, 2011 U.S. Dist. LEXIS 15342 (S.D.N.Y. Feb. 16, 2011)。州裁判所については、Marietta Corp. v. Fairhurst, 301 A.D.2d 734, 737–738 (3d Dep't 2003); Willis of New York v. De Felice, 299 A.D.2d 240, 242–243 (1st Dep't 2002)。

(185) Payment Alliance v. Ferreira, 530 F. Supp. 2d 477, 481 (S.D.N.Y. 2007).

(186) 連邦裁判所については、Lumex, Inc. v. Highsmith, 919 F. Supp. 624, 630–631 (E.D.N.Y. 1996)。州裁判所については、Spinal Dimensions v. Chepenuk, 16 Misc. 3d 1121 (A), 847 N.Y.S.2d 905 (Sup. Ct. Albany Cnty. 2007); IKON Office Solutions v. Usherwood Office Tech., Inc., 21 Misc. 3d 1144A (Sup. Ct. Albany Cnty. 2008)。

(187) Lumex, Inc. v. Highsmith, 919 F. Supp. 624, 631 (E.D.N.Y. 1996).

(188) Payment Alliance v. Ferreira, 530 F. Supp. 2d 477, 482 (S.D.N.Y. 2007) (quoting Spinal Dimensions, Inc. v. Chepenuk, 16 Misc. 3d 1121 (A) (Sup. Ct. Albany Cnty 2007)); Marietta Corp. v. Fairhurst, 301 A.D.2d 734, 737 (3d Dep't 2003) (quoting EarthWeb Inc. v. Schlack, 71 F. Supp. 2d 299, 310 (S.D.N.Y. 1999)).

(189) Inflight Newspapers Inc. v. Magazines In Flight, 990 F. Supp. 119, 125 (E.D.N.Y. 1997).

(190) 28 N.Y.2d 45, 52 (1971) (quoting Diamond Match Co. v. Roeber, 106 N. Y. 473, 486 (1887)).

(191) *Id.* (quoting Rubinstein v. Rubinstein, 23 N.Y.2d 293, 298 (1968)).

(192) 既存の契約の履行請求権を損害賠償請求権に切り替える、重大な契約違反のこと。

(193) 28 N.Y.2d 45, 52–53 (1971). *See also* Zellner v. Stephen D. Conrad, M.D., P.C., 183 A.D.2d 250, 254 (2d Dep't 1992).

(194) Novendstern v. Mt. Kisco Med. Group, 177 A.D.2d 623, 625, 576 N.Y.S.2d 329, 331 (2d Dep't 1991). *See also* Gismondi, Paglia, Sherling, M.D., P.C. v. Franco, 104 F. Supp. 2d 223, 236 (S.D.N.Y. 2000).

(195) 188 F.3d 38, 49 (2d Cir. 1999).

(196) 173 F.3d 63, 69 (2d Cir. 1999).

(197) National Elevator Cab & Door Corp. v. H & B Inc., 282 F. App'x 885, 887 (2d Cir. 2008).

(198) Devos, Ltd. v. Record, 2015 BL 430387, 2015 WL 9593616 (E.D.N.Y. 2015).

(199) Solomon Agency Corp. v. Choi, 2016 BL 185782, 2016 WL 3257006 (E.D.N.Y. May 16, 2016).

(200) Greystone Staffing, Inc. v. Goehringer, 14 Misc. 3d 1209 (A), 836 N.Y.S.2d 485 (Sup. Ct. Nassau Cnty 2006).

(201) 292 A.D.2d 336, 338, 739 N.Y.S.2d 177, 179 (2d Dep't 2002).

(202) 114 A.D.2d 165, 174–175 (2d Dep't 1986).

(203) 743 N.Y.S.2d 898, 899 (3d Dep't 2002).

(204) Columbia Ribbon & Carbon Mfg. Co. v. A-1-A Corp., 42 N.Y.2d 496, 499 (1977).

(205) そのような州としては、合理性ルールに関する判例法を明文化したという背景もあるが、ウィスコンシン州が挙げられる。前掲注(52)。また、判例法による合理性ルールを採用する州であって、この権限の存在を否定する州とし

ては、ネブラスカ州がある。Gaver v. Schneider's O.K. Tire Co., 856 N.W.2d 121, 134 (2014) (quoting Moore v. Eggers Co., 562 N.W.2d 534 (1997)).

(206) そのような州としては、ノースカロライナ州が挙げられる。前掲注(48)。

(207) 法律行為における「一部無効」は多義的な概念であり、想定される場面も多種多様であるが、競業避止特約では、その条項の内容が、量的に公序などが許容する範囲を超えている場合に、当該条項は一部無効か全部無効か、ということが問題になる。山本敬三「一部無効の判断構造—契約における法律効果確定過程の構造化に向けて(1)」法学論叢一二七巻四号二頁（一九九〇年）参照。

(208) 山本豊「附随的契約条項の全部無効、一部無効または合法解釈について」『不当条項規制と自己責任・契約正義』一三九頁（有斐閣、一九九七年）。

(209) 山本・前掲注(207)三—五頁。

(210) 代償措置の有無や内容も、競業避止特約が合理的かどうかの判断要素ではある（前記一(一)の③）が、代償措置の競業制限との間の対価性は希薄であると考えられる。フランチャイズによる独立支援を代償措置と捉えたトータルサービス事件・前掲注(3)や、早期退職制度に基づく割増退職金を代償措置と捉えた第一紙業事件・東京地判平成二八年一月一五日労経速二二七六号一二頁および京都地判平成二九年五月二九日判タ一四六四号六二頁など参照。なお、対価性の点に関していえば、約因法理が存在するニューヨーク州法との間で前提が完全に異なるとは必ずしも思われない。なぜなら、約因といっても、競業避止特約については、雇用の継続で足り、別途の給付などの新たな対価は必要ない（前記二(一)）ためである。

(211) 公正取引委員会競争政策研究センター・前掲注(22)三一頁。合意プロセスを競業避止特約の本来的有効性の判断で考慮するものとして、（前記一(一)の①ないし③に加えて）「対等な交渉力に基づいた従業員の真摯な合意が存在するか」を考慮要素に挙げたプラーナー事件・東京地判平成二四年一月二三日判例集未登載（LEX/DB 文献番号25490870）、競業避止条項の内容に関する説明義務が使用者にあると述べるA特許事務所事件・大阪地判平成一七年一〇月二七日労判九〇八号五七頁および土田道夫『労働契約法（第二版）』七一七頁（有斐閣、二〇一六年）。また、BDO Seidman v. Hirshberg 事件判決が参照した第二次契約法リステイトメント一八四条二項が記述するルールでは、

優越的地位にある当事者がひな形を活用したことは、部分的有効性を否定する事情であるところ、就業規則の規定による競業避止義務の設定を認める立場（東京リーガルマインド事件・前掲注(4)、モリクロ（競業避止義務・仮処分）事件・前掲注(4)、成学社事件・前掲注(3)。設定を認めつつ、合理性判断を厳格に行うべきとする荒木尚志『労働法（第三版）』四〇二頁（有斐閣、二〇二〇年）、土田・前掲一六六頁）と、これを認めない立場（西谷敏『労働法（第三版）』二一七頁（日本評論社、二〇一三年）、細谷越史「労働者の秘密保持義務と競業避止義務の要件・効果に関する一考察」日本労働研究雑誌六六三号六一―六二頁（二〇一五年））がある。

(212) 土田・前掲注(211)七一四頁は、前記一(一)の①ないし③の要素により競業避止特約の有効性を厳密に判定することなく、正当な利益の保護という観点から特約に基づく競業避止義務の違反があったかどうかで実質的な審査を行う枠組み（アートネイチャー事件・東京地判平成一七年二月二三日労判九〇二号一〇六頁、ダンス・ミュージックレコード・レコード事件・東京地判平成二〇年一一月二六日判時二〇四〇号一二六頁、三田エンジニアリング事件・東京高判平成二二年四月二七日労判一〇〇五号二一頁など）について、司法による特約の事後的修正を容認することになるため、「使用者がそれを見越して著しく不合理な競業避止義務を設定し、その結果、退職労働者の競業行為を萎縮させ、職業選択の自由を不当に制約する可能性がある」と指摘する。小畑史子「退職した労働者の競業規制」ジュリスト一〇六六号一二〇頁（一九九五年）も同旨。

(213) 前掲注(2)で挙げた裁判例を参照。

(214) ピーエム・コンセプツ事件・前掲注(4)、ヤマダ電機（競業避止条項違反）事件・前掲注(99)など。

(215) レジェンド元従業員事件・前掲注(2)。同事件では、「退職後、同業他社に就職した場合、又は同業他社を起業した場合に、原告の顧客に対して営業活動をしたり、原告の取引を代替したりしないことを約束します。但し、個人情報、機密保持とも期限を定めないものとします。」という「退職後の機密保持」条項につき、退職労働者が個人事業として経営していた時期に獲得した後に使用者の顧客となった、退職労働者の既存顧客に対する営業活動を行うことをも禁止したと解することは公序違反となる、と述べた。さらに、判決は、特約の内容を、「〔退職労働者〕が〔退職労働者の〕既存顧客に対して行う営業活動のうち、当該顧客から引き合いを受けて行った営業活動であって、〔退職労働者〕から〔退職労働者の〕既存顧客に連絡を取って勧誘をしたとは認められないものについては、本件競業避

止特約に基づく競業避止義務の対象に含まれない」と限定した。この判決については、①競業避止義務（顧客収奪禁止義務を含む。）は、秘密保持義務の債権者（使用者）による監視・立証や裁判所の認定が困難であることから課されている、包括的であることに意味のある不作為義務であって、退職労働者による顧客との接触態様を問題にすることになじまない義務だと思われること、②判決自身も述べるように、「顧客の獲得や維持について費用や労力をかけている」ことを理由に「顧客を維持する利益」が使用者の正当な利益（前記一㈠の①）と認められるところ、「顧客」の範囲から退職労働者が費用や労力をかけたその既存顧客が除外されたとしても、使用者の正当な利益は保護され、限定としてはそれで足りる（前記二㈡2③参照）ことから、「顧客」から退職労働者への接触は禁止しないが、退職労働者から「顧客」への接触は禁止する、という限定解釈が適切であるかどうかは大いに議論の余地がある。当然のことであるが、限定解釈を行うにも限界があるためである。アサヒプリテック事件・福岡地判平成一九年一〇月五日労判九五六号九一頁。

(216) もっとも、判例は、損害が発生したと認められる場合につき、「損害額の立証が極めて困難であったとしても、民事訴訟法二四八条により、口頭弁論の全趣旨及び証拠調べの結果に基づいて、相当な損害額が認定されなければならない」と述べている（最三小判平成一八年一月二四日判時一九二六号六五頁、最三小判平成二〇年六月一〇日判時二〇四二号五頁）ことから、同条は、裁判所に相当な損害額の認定を義務づけていると解されている。伊藤眞『民事訴訟法（第七版）』三七九頁注二四五（有斐閣、二〇二〇年）、加藤新太郎「民事訴訟法二四八条の構造と実務」田原睦夫古稀『現代民事法の実務と理論（下）』一〇四七頁（金融財政事情研究会、二〇一三年）。

(217) 伊藤・前掲注(216)三七七頁。加藤・前掲注(216)一〇四三頁も参照。これに対し、証明度軽減法理のみを定めたという見解として、山本克己「自由心証主義と損害額の認定」松本博之＝宮崎公男編『講座新民事訴訟法Ⅱ』三一八頁（弘文堂、一九九九年）、中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕編『新民事訴訟法講義（第三版）』三九二頁（有斐閣、二〇一八年）〔青山善充〕など、裁判所の裁量評価を認めたことのみを定めたという見解として、三木浩一「民事訴訟法二四八条の意義と機能」井上治典追悼『民事紛争と手続理論の現在』四一六頁（法律文化社、二〇〇八年）、春日偉知郎「民事訴訟法第二四八条の『相当な損害額』の認定」『民事証拠法論』（商事法務、二〇〇九年）二五九頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）（第二版補訂版）』五九頁（有斐閣、二〇一四年）など。

(218) もっとも、逸失利益の損害賠償について、ニューヨーク州法は、逸失利益の立証困難性から、立証責任を転換していると述べている（前記三(一)1(1)）が、日本法の下でも、立証責任の転換によらずとも、同様の立証構造になりうる。すなわち、競業避止義務違反と因果関係のある損害額が原告の提示する証拠から認定できれば、（損害の全体にせよ、その一部にせよ）その因果関係を否定する介在事情がないかぎり、因果関係は肯定されるべきであるから、原告に介在事情の不存在を証明させるのではなく、被告にその存在を証明させるべきであるといえよう。ただし、ニューヨーク州法も、「立証責任の転換」と述べてはいるが、事実認定者の経験則（「経験と常識」）に基づく認定を根拠としているため、実際上は、日本法でいうところの立証責任の転換というよりも事実上の推定に近い考え方とも思われる。

(219) 前掲注(98)参照。日本の不正競争防止法上の営業秘密（二条六項）は競業避止特約の正当な利益（前記一(一)の①）をも構成する（土田・前掲注(7)二一四頁）ところ、同法九条も、民事訴訟法二四八条（平成八年新設）と同様の内容を規定している（平成一五年新設）。このことから、営業秘密のような事業活動に関わる重要な情報の侵害行為によって生じる損害を含む、営業上の逸失利益に関する損害額の立証は、類型的に困難である場合が多いと理解されていることがわかる。なお、不正競争防止法九条は、営業上の逸失利益の立証困難性から損害立証を容易にすることを図った同法五条によっても、損害立証がなお困難な場合に機能するため、民事訴訟法二四八条とは文言が少々異なる（経済産業省知的財産政策室編『逐条解説　不正競争防止法（令和元年七月一日施行版）』一八九頁。不正競争防止法五条二項に基づく損害額推定の性質が、比較法的には、利益の吐出しに実質的に近いという分析があることについては、植田・前掲注(87)九七頁）。

(220) 横地・前掲注(8)(下) 三二頁。

(221) 損害賠償額の予定条項がある場合において、その有効性は法律問題であるため、事実認定の問題ではなくなり、陪審審理であっても、事実認定者たる陪審員は判断に関与しないことになる。Vernitron Corp. v. Cf 48 Assocs., 104 A.D.2d 409, 409 (2d Dep't 1984). 前掲注(27)も参照。

(222) 日本法においても、損害賠償額の予定には、損害発生の有無やその金額についての紛争を回避する機能があると解されている。これに加えて、債務者による履行の促進や、債務者の賠償リスクの予測可能性の確保といった機能も

ある、と考えられている。我妻栄『新訂　債権総論』一三一―一三二頁（岩波書店、一九六四年）、能見善久「違約金・損害賠償額の予定とその規制(5)・完」法学協会雑誌一〇三巻六号一〇四頁、一〇八―一〇九頁（一九八六年）、潮見佳男『新債権総論Ⅰ』五三八頁（信山社、二〇一七年）、中田裕康『債権総論（第四版）』二二一頁（岩波書店、二〇二〇年）。

(223) 大判昭和七年四月八日民集一一巻五八二頁、大判昭和一九年三月一四日民集二三巻一四七頁、我妻・前掲注(222)一三三頁、潮見・前掲注(222)五四三頁、中田・前掲注(222)二二二頁など。前掲注(107)も参照。債権法改正後の民法四二〇条一項では、「この場合において、裁判所は、その額を増減することができない。」という改正前にはあった後段が削除されているが、その趣旨は、公序違反を理由とする一部無効による減額が認められていたことと矛盾するようにもみえる部分を削除したにすぎず、裁判官の裁量による増減額が可能になったという趣旨ではない。潮見佳男ほか編著『Before／After　民法改正（第二版）』一二九頁〔長野史寛〕（弘文堂、二〇二一年）。

(224) 損害賠償額の予定について、アメリカ法との比較法的検討を（特定の州・法域ではなく、統一商事法典（Uniform Commercial Code）や、第一次契約法リステイトメント、第二次契約法リステイトメントを主たる素材にして）行った先行業績として、木南敦「損害賠償額の予定と違約罰について―アメリカ法を中心にして(1)」法学論叢一一三巻六号一頁以下（一九八三年）、同「(2)・完」法学論叢一一四巻四号一頁以下（一九八四年）、木原浩之「『損害賠償額の予定』ルールと非良心性の法理」山田卓生古稀『損害賠償法の軌跡と展望』四四一頁以下（日本評論社、二〇〇八年）。

(225) Rye v. Public Service Mut. Ins. Co., 34 N.Y.2d 470, 473–474 (1974).

(226) *See* Karpinski v. Ingrasci, 28 N.Y.2d 45, 52–53 (1971).

(227) 潮見・前掲注(222)五四四頁。この見解が挙げる二点の理由は、日本法において競業避止特約の一部無効が認められないと解する理由としてもあてはまる。前掲注(212)も参照。

(228) トータルサービス事件・前掲注(3)、ヤマダ電機（競業避止条項違反）事件・前掲注(99)は、直接に損害賠償額予定条項の一部無効とは述べなかったが、原告が現実に被った損害（民法四一六条参照）を認定するのではなく、予定された損害賠償額の存在を前提にそこから減額した。

(229) 能見・前掲注(222)一一二頁。合意後に均衡を欠くに至る可能性および合意後に均衡を備えるに至る可能性を論拠としていることから、「裁判時」とは口頭弁論終結時を指すものと思われる。ただし、これは、賠償額を合理的な金額に減額するために合意を一部無効にする場合を想定したもので、この見解も、暴利行為として全部無効になるような場合には、合意の時点で公序違反性が判断されると解している。後者の強度の公序違反の点で部分的には、損害賠償額予定条項に対して設定された強力な公序に違反した場合のニューヨーク州法との共通性があるといえる。

(230) トーレラザールコミュニケーションズ（業務禁止仮処分）事件・前掲注(4)。

(231) ピーエム・コンセプツ事件・前掲注(4)。

(232) モリクロ（競業避止義務・仮処分）事件・前掲注(4)。

(233) アフラック事件・前掲注(2)。

(234) 前掲注(6)参照。

(235) 東京リーガルマインド事件・前掲注(4)、トーレラザールコミュニケーションズ（業務禁止仮処分）事件・前掲注(4)。ただし、②保全の必要性のなかでも併せて考慮しているものがある。アフラック事件・前掲注(2)。

(236) 東京リーガルマインド事件・前掲注(4)。

(237) トーレラザールコミュニケーションズ（業務禁止仮処分）事件・前掲注(4)。

(238) アフラック事件・前掲注(2)。

(239) 民事保全手続の性格としてしばしば挙げられるものが、暫定性（仮定性）、付随性（従属性）、迅速性（緊急性）、密行性である。瀬木比呂志『民事保全法（新訂第二版）』五八―六五頁（日本評論社、二〇二〇年）など。

(240) 差止めが命じられる範囲は、必ずしも競業避止特約によって定められた競業禁止の範囲のとおりではなく、競業禁止の目的である技術上の情報の陳腐化や独占可能性の欠如等を理由に、競業禁止の期間よりも短い期間の差止めが命じられることがある（本案訴訟における差止めにつき、トータルサービス事件・前掲注(3)）。なお、仮処分命令の内容につき、民事保全法二四条は、裁判所の裁量を認めている。日本法では、競業避止特約の一部無効を肯定することに消極的であるため、特約の効力範囲を限定する方法としては、このように差止めの範囲を縮減することが考えられる。

(241) 営業秘密そのものの侵害またはそのおそれは、不正競争防止法三条一項に基づいて被侵害者の差止請求権を基礎づける。また、営業秘密そのものの侵害などに基づく損害賠償の場面では、同法五条に基づいて損害額の推定などが認められる（前掲注(219)も参照）。

(242) モリクロ（競業避止義務・仮処分）事件・前掲注(4)、アフラック事件・前掲注(2)。