



# HOKKAIDO UNIVERSITY

|                  |                                                                                   |
|------------------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| Title            | 労働者の引き抜きをめぐる裁判例の分析：法的介入の正当化根拠の観点から                                                |
| Author(s)        | 平澤, 卓人                                                                            |
| Citation         | 新世代法政策学研究, 14, 307-385                                                            |
| Issue Date       | 2012-02                                                                           |
| Doc URL          | <a href="https://hdl.handle.net/2115/48435">https://hdl.handle.net/2115/48435</a> |
| Type             | departmental bulletin paper                                                       |
| File Information | HJNGLP014_012.pdf                                                                 |



## 労働者の引き抜きをめぐる裁判例の分析 —法的介入の正当化根拠の観点から

平 澤 卓 人

### 第 1 序

雇用の流動化とともに、労働者の引き抜きをめぐる裁判例が蓄積されている。その中には、労働者の多数が移籍していたり、その移籍が内密であったにもかかわらず、懲戒解雇を無効としたり、損害賠償責任を否定したりするものも現われている。そのため、いかなる場合に勧誘行為の責任を負うのか判然としない点が残っている。また、代表取締役自らが引き抜きを行うなど、紛争の形態も多様なものになっている。取締役が退任する場合において、いかなる時点まで忠実義務を負うかについても、裁判例は一致を見ていない。

そこで、本稿では、現在に至るまでの裁判例を整理したうえで、若干の分析を試みたいと考えている。まず、忠実義務違反が問題となる取締役を除き、代表的な学説を検討したうえで、裁判例を整理する。そのうえで、取締役の忠実義務違反の裁判例と学説を整理し、最後に責任が肯定された場合の損害の算定方法を検討することとしたい。そして、分析にあたっては、労働者の転職の自由を基調としつつ、いかなる場合には法的介入が正当化されるのかという観点から検討したいと考えている。

### 第 2 労働者の引き抜きをめぐる学説の展開

#### 1 債権侵害論からのアプローチ

労働者の引き抜きは、労働契約上の債権の侵害を構成するとし、いわゆ

る債権侵害の一事例として論じられてきた。

ところで、債権侵害について、従前の見解は、(1) 債権の帰属の侵害については、給付自体を破壊するわけではないが、債権者の債権を失わせるものであるから不法行為が成立する、(2) 債権の給付の侵害のうち債権が消滅するものも、債務者が債務を免れることになり不法行為が成立する、(3) 債権の給付の侵害のうち債権が消滅しないものについては、債権者は債務者の信義を第一のよりどころとしてなすべきであるから第三者の行為の違法性が特に問題となとした。その主観的要件としては、単に債権の存在と侵害される事実を知るという意味での故意のみならず、債務者を教唆するか少なくとも債務者との通謀が必要であるとする。そして、他人と労働契約を締結した労働者と重ねて労働契約を締結する場合等には、他人の債権を侵害することになっても、債権の取得が詐欺強迫によって行われる場合や不正競争として排斥される場合のみ違法性を帯びるとされてきた<sup>1</sup>。

これに対し、吉田邦彦教授は、以下のような問題提起を行った。すなわち、従来の学説が、物権債権の峻別を強調するドイツの学説の影響が強いことを指摘したうえで、実際に問題となっているほとんどの実例が債権の給付の侵害であり、債権の帰属の侵害として挙げられるものの多くが準占有者に対する弁済の場合であるとする<sup>2</sup>。また、ドイツ法においても、実質的には債権にも不法行為法上の保護が及んでいることを指摘する<sup>3</sup>。また、従来の債権侵害論の根拠とされた「自由競争論」、「債権に排他性がない」、「債権者平等の原則」、「債権が弱い権利」の各テーゼは、いずれも根拠が不十分であるとする<sup>4</sup>。そのうえで、契約（債権）の対外的効果ないし対第三者保護のファクターが帰責に際し自立的な意味を有するかとい

う点において、意図的不法行為と過失不法行為の帰責構造と判断構造を異にするとし、前者は生じた損害の全てを賠償すべきであるが、後者は賠償範囲の確定が主要な問題となとする<sup>5</sup>。さらに、損害の性質や被侵害債権の性質を考慮したうえで、(1) 契約保護の要請を中核に据えたうえで、(2) 第三者の自由な取引活動の確保に注意しながら、(3) 類型ごとの特殊性を考慮して判断する、とされる<sup>6</sup>。そのうえで、二重譲渡型、条件付取引違反誘致型、引抜き型、労働争議型、間接損害型、特殊取引義務違反型に分類して考察する必要性を指摘する<sup>7</sup>。そのうえで、引抜き型を独立した類型として、主観的態様としては害意もしくはその他の特別の事情（計画的行為等）を必要とし、競業避止義務・守秘義務違反の場合はその認識で足りるとしている<sup>8</sup>。

このような吉田教授の指摘を受けて、学説もより個別的な類型に応じた解釈を探求するものが主流となっていく。逆に言えば、債権侵害の一般論から、いかなる場合に不法行為責任を認められるのかを直ちに確定することはできないというのが、このような学説の帰結であると考えられる<sup>9 10</sup>。

---

<sup>5</sup> 吉田・再考（前掲注1）668頁。「意思」的不法行為と「過失」不法行為の二分論に基づく保護範囲の画定という発想につき、平井宜雄『損害賠償法の理論』（1971、東京大学出版会）457頁。

<sup>6</sup> 吉田・再考（前掲注1）672頁。

<sup>7</sup> 吉田・再考（前掲注1）674頁。

<sup>8</sup> 吉田・再考（前掲注1）674頁、各類型についてより詳述したものとして、同・争点（前掲注2）188頁。

<sup>9</sup> 引き抜きについて、雇用契約関係の解消が、第三者と新たに契約を契約関係に入るという目的でもたらされており、これが契約関係への不当な干渉にならないのが問題となるため、給付の侵害であったとしても一般の債権侵害とは異質であり、債権侵害に認定には慎重であるべきとするものとして、内田貴『民法Ⅲ 債権総論・担保物権』（第3版、2005、東京大学出版会）186頁。

<sup>10</sup> 学説においては、取引先奪取が不公正な取引方法の一般指定15項に該当するか否かの判断において、民法上の債権侵害に該当すれば、競争手段が不公正だとする見解がある（根岸哲編『注釈独占禁止法』（2009、有斐閣）514頁（泉水文雄執筆部分）。しかし、前述のとおり、不正な競争行為について民法の債権侵害論では直ちに答えの出ない問題が多い。所有権の侵害といった絶対的な権利に対する侵害の場合とはともかく、そのような各人への権利の明確な帰属を観念し難い場合には、帰結主義的

---

<sup>1</sup> 我妻栄『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（1964）77頁。学説の展開については吉田邦彦『債権侵害論再考』（1991、有斐閣、以下「吉田・再考」と略記する。）12頁以下を参照。

<sup>2</sup> 吉田・再考（前掲注1）565頁、同「債権侵害と不法行為」内田＝大村編『民法の争点』（2007、有斐閣、以下「吉田・争点」と略記する。）188頁。

<sup>3</sup> 吉田・再考（前掲注1）564頁。

<sup>4</sup> 吉田・争点（前掲注2）187頁。

## 2 基本権衡量の手法を用いる学説とその限界

ある学説は、債権侵害において、「契約関係を第三者からの侵害からいかにして保護するか」との判断が重要であるとしたうえで、債権侵害のいずれの類型でも憲法レベルの基本権相互の衝突が全面に出てくるとし、引抜きの事例では、被害当事者の営業の自由の保障及び財産権の保障と、第三者の職業選択の自由・営業の自由の保障との衝突及び調整が問題となるとする<sup>11</sup>。そのうえで、同学説は、引抜きの場合について、被害者側の営業上の利益として、一時的に被害者の営業活動が阻害されたことによる営業活動の停止・縮小に伴う損失、顧客奪取による営業利益の損失、営業秘密の不当利用による営業利益の喪失が問題となること、引抜かれた旧使用者の事業規模・業種、元労働者らの地位、これらの者がした侵害行為の目的・態様を考慮して、上記の諸利益を減少ないし喪失させることが不法行為と評価される場合があるとした<sup>12</sup>。

労働者の職業選択の自由と企業の営業上の利益を考慮すべきという同学説の指摘は重要である。

もっとも、この労働者の職業選択の自由とそれに対する企業の営業の自由の保障及び財産権の保障との衡量のみによって、いかなる場合に責任を

---

に抑制すべき行為を明らかにしていくほかないと考えられる（民法解釈において競争という視点を導入し、引き抜きについてもそのような文脈で論じるものとして、田村善之「競争政策と『民法』」NBL863号（2007）89頁）。

<sup>11</sup> 潮見佳男「債権侵害（契約侵害）」山田卓生編集代表・藤岡康宏編『新・現代損害賠償法講座 第2巻 権利侵害と被侵害利益』（1998、日本評論社）274頁。吉田・争点189頁も「企業秘密ないし人的資本への投下コストの保護」の要請と被用者の転職の自由の慎重な衡量が求められているとする。窪田充見『不法行為法』（2007、有斐閣）105頁も、雇用主の営業の自由と労働者の職業選択の自由が問題となるとしつつ、単に、従前の雇用主の債権等の利益を害するという認識があるだけでは足りず、当該行為が客観的に見て、一定の不当性を帯びていることが必要だとする。

なお、公序良俗や不法行為の解釈において、基本権の衡量を行う発想については山本敬三『公序良俗論の再構成』（2000、有斐閣）、同「基本権の保護と不法行為法の役割」民法研究5号（2008）77頁を参照。

<sup>12</sup> 潮見佳男『不法行為法Ⅰ』（第2版、2009、信山社）98頁。

認めるかの結論が直ちに導かれるわけではない<sup>13</sup>。財産権といっても、労働者自身を企業の所有する財産と見ることができないことはもとより、当該労働者の知っている企業秘密やノウハウについては不正競争防止法の保護を受けるほか、個別に秘密保持義務を課すこともできるのであるから、これらの流出防止は、転職の自由を制限する理由になるのか疑わしい。そして、個別の知的財産法で保護を受けない情報については、それが経済活動に有用であったとしても直ちに法的保護に結びつくわけではない<sup>14</sup>。確かに、雇用の流動化によって、企業の情報の流出をおそれ、そのことで企業が共有すべき情報を秘匿したり細分化したりする行動を誘発するという危険性もあるが<sup>15</sup>、そのことをもって労働者の転職の自由を奪ってよい

---

<sup>13</sup> 東京地判平成3.2.25判時1399号69頁〔ラクソン〕について、同判決が労働者の転職の自由と対置した企業の利益の意味内容が不明であり、より明確化すべきとするものとして、石橋洋「従業員引抜と損害賠償責任—ラクソン事件・東京地裁判決を契機として」労働法律旬報1311号（1993）11頁。

<sup>14</sup> 裁判例の中には、著作権法、不正競争防止法、商標法等の個別の法律についての侵害を否定しつつ不法行為による保護を認めるものがある。裁判例は、個別の法律により保護が認められない領域の成果冒用行為であり、侵害を認めないと成果開発のインセンティブが不足する事案（データベースの複製販売につき東京地中間判平成13.5.25判時1774号132頁〔スーパーフロントマン中間判決〕、傍論ながら書体につき大阪地判平成元.3.8無体集21巻1号93頁〔写植機用文字書体〕、インターネットのニュース記事見出しについて知財高判平成17.10.6平成17（ネ）10049〔ライントピックス控訴審〕）、著作物の成果冒用行為であるが著作権侵害の成立が困難な事案（結論に疑問がないわけではないが知財高判平成18.3.15平成17（ネ）10095等〔通勤大学法律コース控訴審〕、知財高判平成20.12.24平成20（ネ）10011・10012〔北朝鮮映画控訴審〕）、標識法で規律しにくい商品等主体混同行為（大阪地判平成16.11.9判時1897号103頁〔ミーリングチャック〕）等に分類できる。裁判例を検討するものとして、山根崇邦〔判批〕知的財産法政策学研究18号（2007）。この問題を、市場、立法、司法の役割分担の観点から論じるものとして田村善之「知的財産権と不法行為—プロセス志向の知的財産法政策学の一様相」同編著『新世代知的財産法政策学の創成』（2008、有斐閣）3頁。

<sup>15</sup> 現在の企業が、情報漏洩の防止のため、技術情報を細分化し、全容を従業員に理解させない傾向が表れており、一種のアンチコモنز化が進んでいることを指摘するものとして、西川雅史＝金正勲「コモنزとアンチコモنز：財産権の経済学」

ことにはならないと思われる。

また、営業の自由といっても、有体物の財産権のように侵害が禁止される一定の排他的な保護対象があるわけではない<sup>16</sup>。営業の自由の概念自体が歴史的に相対的なものであるとの指摘もあり<sup>17</sup>、営業の自由の基準点（ベースライン）を一義的に確定することは困難である<sup>18</sup>。さらに、営業の自

---

会計検査研究30号（2004）168頁。

<sup>16</sup> 広中俊雄『民法綱要第1巻総論上』（1989、創文社）10頁は、競争秩序を「財貨秩序」の周辺の「外郭秩序」に位置付けたうえで、『競争秩序』においては、『財貨帰属秩序』で問題となるような帰属は問題とならないのであり、『財貨帰属秩序』における帰属主体の地位（たとえば所有権者たる地位）のようなものについて語る余地はない」とする。吉田克己『現代市民社会と民法学』（1999、日本評論社）179頁は、広中説を引用しながら、この競争秩序が市民的公共性を有し、この公共性は国家ではなく市民社会の側に繫留されているとし、競争秩序に関して市民やその団体に訴権を与える方向が志向されるべきとする。これに対し、潮見・不法行為法31頁は、権利を、個人への排他的帰属が認められ、あるいは割当内容の明確なものに限る必要はないとする。

<sup>17</sup> 岡田与好『経済的自由主義』（1987、東京大学出版会）は、営業の自由が、経済史上、国王大権に支えられた初期独占に対抗して、市民革命期に選択された公序（public policy）であったことを強調したうえで、高度化した資本主義経済においては自由放任主義が独占やカルテルを形成させるとともに、労働者の団結権の承認が求められる状況となっており、あらためて公序としての営業の自由を政策的に選択し、社会に強制すべきか問題となる段階が到来しているとして、営業の自由の歴史的相対性を強調している。石川健治「営業の自由とその規制」高橋和之＝大石眞編『憲法の争点』（第3版、1999、有斐閣）128頁は、この議論を援用しつつ、日本国憲法が経済政策的中立性を保っているとしつつ（同129頁）、営業の自由が、憲法上においては営業に基づく既得の財産的権利に対する保障を除くと、職業選択の自由に対する一般の保障を介した間接的な保障のみが問題となるとする（同130頁）。

<sup>18</sup> 何を契約の自由の範囲内にするか、何を適法な財産処分とするのかは、決して自然状態によって決せられるのではなく、公益の観点抜きに決し得ない公共的決定であるとし、取引制限の法理が取引秩序内在的なものであることを説くものとして、川瀨昇「取引の自由と契約の自由 ―営業の自由論争再訪」田中成明編『現代法の展望 自己決定の諸相』（2004、有斐閣）89頁。

ベースライン問題については、長谷部恭男「それでも基準は二重である！」同『比較不能な価値の迷路―リベラル・デモクラシーの憲法理論』所収（2000、東京大学

由が、個人の自律や人格の発展を根拠にしているとすれば、使用者である法人に同列の権利を肯定する必要があるのかという問題もないわけではない<sup>19</sup>。

そうすると、労働者の職業選択の自由と企業の財産権・営業の自由は、引き抜きの責任を考えるうえで、考慮すべきことであることは疑い得ないとしても、それらの概念から、いかなる場合に責任を肯定すべきかが一義的に導くことはできないと思われる<sup>20</sup>。

### 3 小括

以上のとおり、債権侵害の一般論や基本権の衡量は、従業員に対する勧誘行為の責任を考えるうえで、理論的なベースとなるものの、それのみによっていかなる場合に責任を肯定すべきかを一義的に確定できるわけではない<sup>21</sup>。

そこで、次に、裁判例の具体的な判断に着目し、どのような場合に責任が肯定されているのかをより具体的に検討しながら、その正当化根拠を探っていくこととする。

---

出版会)、得津晶「負け犬の遠吠え―多元的法政策学の必要性またはその不要性」新世代法政策学研究創刊号（2009）359頁も参照。

<sup>19</sup> 表現の自由について論じる文脈であるが、長谷部恭男『テレビの憲法理論 多メディア・多チャンネル時代の放送法制』（1992、弘文堂）32頁。

<sup>20</sup> 基本権衡量の手法が、競争法的な領域において一義的に解を出すことが困難であると指摘するものとして、田村善之「知的財産法政策学の成果と課題 ―多元分散型統御を目指す新世代法政策学への展望―」新世代法政策学研究1号1頁。

<sup>21</sup> より一般的に、競争的行為による債権・取引関係の侵害の事案において、裁判例が、加害行為の態様に着目して、侵害の意図や不正な手段等を総合的に判断しており、主観的態様は故意・過失では考慮せず、違法性において総合的に考慮していることを指摘するものとして、瀬川信久「民法709条」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅲ』（1998、有斐閣）612頁。

## 第2 取締役以外の主体による勧誘行為の裁判例<sup>22</sup>

### 1 労働者の在籍中における引き抜きと外部者による引き抜きとの異同

#### (1) 総論

まず、企業の労働者による引き抜きについて検討してみよう。企業の内部にいる労働者は、他の労働者を勧誘しやすい立場にあり、後述するとおり、引き抜きの責任を肯定した裁判例の多くは、在職中の労働者の引き抜きによるものである。そして、労働者の在職中の勧誘行為は、労働契約上の誠実義務（労働契約法3条4項）に違反する可能性があり、外部者とは異なった問題がありうる。

そこで、勧誘行為の責任の法的構成を含めて、企業に在職中の労働者による勧誘行為について、外部者による勧誘行為とどのように異なるのか、裁判例を概観しながら検討していくこととする。

#### (2) 裁判例の分類

取締役が関与している事案を除くと、勧誘行為の違法性が肯定された事案のほとんどは、在職中の労働者の勧誘行為が認定されている。

例を挙げると、東京地判平成2.4.17労判581号70頁〔東京学習協力会〕（被告Aは、昭和61年4月30日、被告Bは同年5月30日に同年6月15日をもって退職する旨の退職願を提出したところ、同年5月初旬から勧誘行為を行っていた）、前掲東京地判〔ラクソン〕（被告個人が昭和61年2月24日に辞表を提出しているところ、昭和61年1月には勧誘行為を開始している）、東京地判平成8.12.27判時1619号85頁〔シー・アイ・シー〕（被告個人が昭和63年1月20日に退職しているが、昭和62年12月13日には勧誘行為を開始している）、大阪地判平成14.9.11労判840号62頁〔フレックスジャパン〕（被告個人4名が平成12年4月25日付けで退職しているところ、平

成12年3月ころから同年4月ころにかけて勧誘行為を行っている）、東京地判平成17.9.27労判909号56頁〔アイメックス〕（被告両名が平成15年9月16日にそれぞれ退社しているところ、遅くとも同年8月には勧誘行為を開始し、平成15年9月13日から16日ころまでには20人程度の集団に勧誘行為を行っている）、東京地判平成22.3.4平成20(ワ)15238〔MVP総合研究所〕（被告Aが平成20年2月8日に、被告Bが平成20年1月31日、被告Cが平成20年2月15日それぞれ退職しているが、具体的な勧誘行為を行ったFは、平成20年5月7日に懲戒解雇になっているところ、勧誘行為は平成20年2月上旬から同年4月とされている）。

他方で、外部者又は退職した労働者しか関与していない引き抜きについての事案は数少ない（松山地判平成7.1.10判時1557号119頁〔南海通信工業〕、東京地判平成20.2.29平成17(ワ)11433〔木下工務店〕、東京地判平成20.12.10判時2035号70頁〔USEN対キャンシシステム〕）。

このように、取締役の関与する事案を除くと、引き抜きの責任を肯定した裁判例のほとんどが、在職中に勧誘行為を行った事案についてのものであることが分かる。

#### (3) 引き抜きによる誠実義務違反について

それでは、裁判例においては、外部者の勧誘行為と比較して、在職中の従業員の勧誘行為の方がその責任が肯定されやすいのであろうか。

在職中の勧誘行為が認定されている裁判例においては、労働契約上の誠実義務違反に基づく損害賠償を認めているもの（前掲東京地判〔ラクソン〕、大阪地判平成8.12.25判時1686号132頁〔日本コンベンションサービス審〕、前掲東京地判〔シー・アイ・シー〕）と、債権侵害に基づく不法行為による損害賠償を認めているもの（前掲大阪地判〔フレックスジャパン〕、前掲東京地判〔MVP総合研究所〕）が存在する。

もともと、誠実義務違反を肯定する裁判例も、債務不履行責任とするわけではなく、不法行為責任を肯定しているものが多い（前掲東京地判〔ラクソン〕は、誠実義務違反が成立するとしつつ、労働者につき不法行為責

<sup>22</sup> 労働者による引き抜きの裁判例を整理するものとして、土田道夫〔判批〕平成3年度重要判例解説（1993）199頁、升田純「現代型取引をめぐる裁判例（42）」判時1720号15頁、田村善之『不正競争法概説』（第2版、2003、有斐閣）479頁、道幸哲也「競争禁止義務制約の法理」田村善之編『新世代知的財産法政策学の創成』（2008、有斐閣）328頁、山下昇〔判批〕『労働判例百選』（第8版、2009、有斐閣）168頁

任を肯定している<sup>23</sup>。前掲東京地判〔シー・アイ・シー〕は、雇用契約上の誠実義務違反としつつ、その責任が不法行為責任か債務不履行責任としているのか判然としない（表題は「雇傭契約上の債務不履行ないし不法行為について」としている）。

そして、誠実義務違反を肯定している裁判例も、勧誘行為の態様を問うことなく責任を肯定しているわけではない。例えば、前掲東京地判〔ラクソン〕は、「右転職の勧誘が引き抜かれる側の会社の幹部従業員によって行われたとしても、右行為を直ちに雇用契約上の誠実義務に違反した行為と評価することはできない」としつつ「その引抜きが単なる転職の勧誘の域を越え、社会的相当性を逸脱し極めて背信的方法で行われた場合には、それを実行した会社の幹部従業員は雇用契約上の誠実義務に違反したものとして、債務不履行あるいは不法行為責任を負うというべきである」（下線筆者）として、悪質な態様の勧誘行為のみ違法とするの一般論を示している<sup>24</sup>。

同様に、前掲東京地判〔シー・アイ・シー〕も「従業員の引抜行為が単なる転職の勧誘にとどまるなど、その手段・方法・態様等が社会的に相当であると認められる限りは、自由で公平な活動の範囲内として違法性を欠き、それがたとえ引き抜かれる会社の幹部従業員によって行われたとしても、直ちに雇傭契約上の誠実義務に違反した行為ということとはできない」と判示している。

そうすると、在職中の勧誘行為についても、裁判例は当然に労働者の誠実義務違反を肯定するわけではなく、悪質な態様の勧誘行為のみを誠実義務違反又は不法行為としている。他方で、引き抜きについて不法行為の成立を認めた裁判例は、取締役が関与する場合を除いては、勧誘行為があったことのみをもって責任を肯定しているものではなく、いずれも勧誘行為の態様が悪質であることを認定したうえで、不法行為責任を認めている。

<sup>23</sup> 同判決が、誠実義務違反を肯定しながら、債務不履行責任ではなく不法行為責任を肯定したことに疑問を呈するものとして、土田/前掲注22・200頁、竹地潔〔判批〕『労働判例百選』（第7版、有斐閣）183頁。

<sup>24</sup> 同判決が、誠実義務違反の成立範囲を限定したことを評価するものとして、竹地/前掲注23・183頁

学説においても、労働者が使用者の何らかの利益を侵害した場合に当然に債務不履行責任を発生させる包括的な義務が存在するわけではないことを説くものがある<sup>25</sup>。

なお、労働者の誠実義務は、従来は信義則を根拠に認められるものに過ぎなかった<sup>26</sup>。これに対し、平成20年3月1日に施行された労働契約法は、その3条4項において「労働者及び使用者は、労働契約を遵守するとともに、信義に従い誠実に、権利を行使し、及び義務を履行しなければならない」と規定し、これが誠実義務の実定法上の根拠となった<sup>27</sup>。

ところで、同法の立法にあたって作成された「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会報告書」（平成17年9月15日、労働契約法制研究会最終報告）においては「(3) 総則規定の必要性」において「また、労使当事者は信義誠実の原則に従って、権利を行使し、義務を履行しなければならないことや、雇用関係の特質にかんがみ労働契約上の権利を濫用してはならないことについても定めることが適当である」と記載されているのみでその理由は示されていない。他方で、「(3) 労働者の付随的義務」の箇所においては、「労働関係においては、その基本的な義務である労働提供義務・賃金支払義務以外にも、様々な権利義務関係があると考えられ、これらは一般に『付随的義務』といわれている。このような付随的義務や、上記(1)の就労請求権について議論するためには、付随的義務の根源として誠実義務があるか等そもそも労働契約における権利義務の全体構造をどう考えるかを議論する必要があるとの意見があった」としたうえで、兼業禁止義務についてはやむを得ない事由がある場合を除き無効とす

<sup>25</sup> 有田謙司「労働契約の付随義務」角田＝毛塚＝浅倉編『労働法の争点』（第3版、2004、有斐閣）138頁

<sup>26</sup> 菅野和夫『労働法』（第8版、2008、弘文堂）73頁は、労働契約における人的・継続的な性格に由来して信頼関係が要請されるためこのような義務があるとする。土田道夫『労働契約法』（2008、有斐閣）102頁も、労働契約は継続的契約の典型であり、労使間の人的信頼関係の要請を内在するため、労働者は信義則上使用者の利益を不当に侵害してはならない義務を負うとし、このような誠実義務は、労働契約の締結によって当然に負う義務であり、その内容は就業規則に明示されることが多いが、それらの規定がなくとも一定の範囲で発生するとする。

<sup>27</sup> 荒木尚志＝菅野和夫＝山川隆一『詳説 労働契約法』（2008、弘文堂）76頁を参照。

る案を提示している。他方で、在職中の競業避止義務は、信義則により当然に導かれるものとしながら、退職後の競業避止義務については、「競業が使用者の正当な利益を侵害すること」及び「侵害される労働者の利益と競業避止義務を課す必要性との間の均衡が図られていること」を要件とすべきと提案していた。秘密保持義務については、在職中は当然に認められるとしながら、退職後については就業規則や個別の合意といった根拠を必要とし、さらに秘密保持義務の内容及び期間を書面により明示することが必要とすることが適当であるとの提案をしていた。いずれの内容も、労働者の付随的義務の内容を加重させるというよりは、軽減させ、もしくは義務を課すための手続的要件を課すというものであった。逆に言えば、労働者に新たな義務を課す趣旨で誠実義務を明記することが伺わせるものではなかった。

このような点からすれば、誠実義務が、労働契約法上にその根拠を有することになったとしても、これにより労働者が誠実義務違反を負う範囲が拡大するものではないと考えられる。

#### （4）外部者による勧誘行為の裁判例

次に、純粋な外部者による引き抜きの裁判例を検討し、内部の労働者による引き抜きの裁判例との違いがあるのか比較してみよう。

純粋な外部者による引き抜きの事案としては、前掲松山地判〔南海通信工業〕がある。この事案は労働者2人の会社の従業員2人を勧誘したうえに、労働者に対し内部資料の持ち出しを指示し、原告会社の特約店に解除を迫ったり、取引先に取引妨害の電話を掛けたりしていたというもので、判決は不法行為による損害賠償を認めている。

また、前掲東京地判〔USEN 対キャンシステム〕<sup>28</sup>は、業界1位のUSENが、キャンシステムの元労働者と共謀し、1か月という短期間でキャンシステムの労働者の3割である496名を退職させたうえ、キャンシステムの顧客をUSENに切り替えさせ約4万8841件の顧客の減少を招いたことについて、競業会社に不法行為の成立を認めている。

この他、前掲東京地判〔木下工務店〕も、被告個人が平成17年1月20日

<sup>28</sup> ただし、同事案においては、退職した従業員が引き抜きに関与している。

に退職しているところ、明確にこれ以前の勧誘行為が認定されておらず、被告の不正アクセスがあったと認められる平成17年8月以降に移籍した労働者についてのみ不法行為を肯定している。

このように見ていくと、外部者による引き抜きの裁判例においては、勧誘行為があれば直ちに責任を認めるわけではなく、勧誘態様を認定したうえで、これが悪質であるとみられる事案について責任が肯定されていることが分かる<sup>29</sup>。在職中の労働者の勧誘行為の事案についても、後述するとおり悪質な勧誘行為の事案においてのみ責任を肯定していることからすると、裁判例においては、外部者による勧誘行為の裁判例と在職中の従業員の勧誘行為について、扱いを大きく違えているわけではないと考えられる。

#### （5）小括と若干の考察

以上のとおり、裁判例を概観すると、責任の根拠を誠実義務違反とする場合も、不法行為責任を肯定する場合と同様に、勧誘の態様が悪質とみられる事案についてのみその責任を肯定している<sup>30</sup>。他方で、法的構成は無視して、裁判例の具体的な結論に着目しても、外部者の勧誘行為と在職中の従業員の勧誘行為とで有意な差異を見つけることはできなかった。

裁判例のこのような扱いは、以下のような説明が可能かもしれない。

労働者の転職にとって、同僚の勧誘行為は極めて大きな重要性を有しており、この可能性を奪うことは、労働者の転職の自由の大きな制約となる。

なぜならば、当該労働者の真の能力や利点といったものは、外部の企業が観察し、正確な情報を得ることは困難である一方、同僚がこのような情報を把握している可能性は高いものである。そうすると、外部の企業は、当該労働者を引き抜く場合に、当該労働者の真の能力に見合った条件を提

<sup>29</sup> なお、退職後の労働者の勧誘行為については、在職中の労働者に比して、特に違法性の高い態様のもののみ不法行為となるとするものとして、山下/前掲注22・169頁

<sup>30</sup> 前掲東京地判〔ラクソン〕につき、雇用契約上の誠実義務違反の判断枠組みと不法行為法上の違法性の判断枠組みが同一視されていることを問題とするものとして、石橋/前掲注13・9頁。

示できず、労働者も現の企業にとどまる可能性が高くなる<sup>31</sup>。そのため、当該労働者の能力に見合うだけの転職勧誘行為がなされないという可能性がある。同僚による勧誘行為は、この点を補うものと位置付けることができる。

そして、労働者においては、他の特定の従業員が退職し、同従業員とともに転職又は事業を開始することを条件として、自らも退職すると考える者がいておかしくない。これは、これらの労働者の間で、強力な意思疎通や信頼関係を有していたり、互いに補完し合う知識や技能を有している場合が想定される。このようなものは、一種の人的資本に位置付けられる<sup>32</sup>。ところで、人的資本においては、当該企業に特殊的で別の会社に転職すると埋没する企業特殊的人的資本がある<sup>33</sup>。労働者は、転職を行う場合には、

---

<sup>31</sup> 麻生良文「人的資本投資における政府の役割」会計検査研究30号（2004）101頁によれば、一般的に、直近で雇用していた企業の方が移籍する企業よりも当該労働者についての情報を有していない。そうすると、移籍する側の企業は、当該労働者に対し優れた労働者とそうでない労働者との加重平均した賃金しか出せず、優れた労働者にとっては、限界生産性以下の賃金しか受領できない。そうすると優秀な労働者は雇用されている会社に残ろうとするので、労働市場に出るのは優秀でない労働者が多くなる。そのため企業は安い賃金で自社に引き留めておくことが可能となる。個々の労働者の能力を外から把握することが困難な点については、樋口美雄『労働経済学』（1996、東洋経済新報社）160頁も参照。

<sup>32</sup> 企業特殊的人的資本については、岩井克人「株式会社の本質」伊丹敬之＝藤本隆宏＝岡崎哲二＝伊藤秀史＝沼上幹編『リーディングス 日本の企業システム 第Ⅱ期 第2巻 企業とガバナンス』31頁を参照（企業特殊的人的資本とは、個々の組織の内部でのみ価値を持つ知識や能力、ノウハウや熟練を指し、より具体的には、特定の道具や機械に関する慣れ、他の労働者とのチームワーク、生産工程間の調整の仕方、取引ネットワークに関する詳細な情報、職場内の人間関係の把握、技術者の知的信頼関係および経営トップの経営手法への理解が含まれるとする。「この問題であればこの人に聞けば解決できる」といった人間関係や人事に関する知識も含まれることについて、久保克行「企業組織再編と従業員：経済学の視点から」毛塚勝利・財団法人連合総合生活開発研究所編『企業組織再編における労働者保護』（2010、中央経済社）28頁も参照。

<sup>33</sup> 例えば、日本の自動車産業や電子機器産業は、多様な範囲の製品を大規模に生産するところ、このラインにおいては、頻繁な製品の変更を可能とする広範囲な課業

この企業特殊的人的資本を失うことを覚悟しなければならない<sup>34</sup>。もっとも、そのような人的資本のうち、勧誘する労働者との関係において成立する信頼関係や協力関係といった人的資本は、当該従業員と一緒に転職した場合には埋没しないことになる<sup>35</sup>。そうすると、労働者としては、より人的資本が埋没することが少ない転職の方法が、同僚の労働者と一緒に転職することであると考えられることができる<sup>36</sup>。つまり、他の労働者と一緒に退

---

を遂行できる労働者に依存し、このような知識水準は企業特殊であるとされる（遠山弘徳『資本主義の多様性』論と労働市場の成果 ―その理論的概要と実証的検討― 静岡大学経済研究 8巻4号（2004）50頁）。

ただし、労働市場における取引費用特にサーチコストが存在するために、一般的人的資本であっても企業特殊化することについて、中馬宏之「技能蓄積・伝承システムの経済分析」日本労働研究雑誌468号（1999）46頁。

<sup>34</sup> 企業における特殊訓練は離職により資本投下がサンクするため、労働者は特殊訓練によって外部的な労働市場から切り離され、結果的に労働契約の長期性が実現することにつき、森田修「ウィリアムソンの契約理解について 一法と市場の制度分析のために（その1）―」社会科学研究48巻1号（1996）202頁、企業特殊の投資と労働者の情報の少なさにより労働者がホールド・アップの状況に置かれることについて、樋口美雄「経済学から見た労働市場の二極化と政府の役割」日本労働研究雑誌571号（2008）8頁

<sup>35</sup> 技術的知識といった企業特殊的人的資本が現在には有用性が低下しつつあり、むしろ、労働者が複雑な仕事あるいは他の労働者との相互依存性の高い仕事をする場合に、労働者間の信頼や協力といった種類の企業特殊的人的資本が重要になり、これが終身雇用制の理論的根拠となりうることを指摘するものとして、荒井一博『雇用制度の経済学』（1996、中央経済社）100頁、同『文化・組織・雇用制度 ―日本的システムの経済分析―』（2001、有斐閣）84頁。

また、日本の自動車産業・工作機械産業・精密機械産業や一部の電子部品産業等の産業においては、労働者同士が情報を暗黙の形で共有していて当事者間でのフェイス・トゥ・フェイスのファインチューニングが必要であるため、内部昇進制と組み合わせさせた年功賃金や退職金・企業年金等の後払い賃金システムが依然として有効であると論じるものとして、小佐野広＝小林磨美「コーポレート・ガバナンスと労働システム」フィナンシャル・レビュー2003年12月号139頁。

<sup>36</sup> 他の労働者と情報が共有されてはじめて仕事を円滑に遂行できる場合に、1人の労働者だけが他の企業に転職しても能力が低下することにつき、樋口/前掲注31・161頁。

職することを認めないと、結果として転職の自由に対する大きな制約となってしまうのである<sup>37</sup>。

これに対し、労働者は、退職後に勧誘行為を行えばよく、労働契約存続中においては勧誘行為を控えるべきという議論もありうるところである。しかし、労働契約終了後には、当該労働者との接触を行うことが困難になるうえ、退職してしまうと後戻りがきかず、勧誘を行ったが当該労働者がこれに応じない場合もありうる。在職中の勧誘を許容しないと、労働者に一か八かの判断を強いることになる危険性がある。

これらの点からすれば、在職中の勧誘行為を直ちに違法とせず、外部者の勧誘行為と同様に扱うことは、一定の合理性があると考えられる。

## 2 就業規則の禁止条項の有無

引抜きについて、就業規則の競業禁止条項等の違反が問題となることもある。裁判例には、その場合であっても在職中の誠実義務違反と同様の枠組みで判断されると判示したものがある（退職後の競業禁止義務が問われた事案において、在職中の誠実義務違反の判断枠組みで相当性を判断している事案として、前掲東京地判「アイメックス」<sup>38</sup>）。

他方で、就業規則において該当する禁止条項を有しない場合であっても、

---

なお、ロック・イン後に需要者が選択し得る狭い市場で市場確定する可能性を論じるものとして、白石忠志「独禁法上の市場画定に関するおぼえがきーロックイン現象の視角から」NBL509号（1992）15頁、田村善之「市場と組織と法をめぐる一考察」同『市場・自由・知的財産』（2003、有斐閣、初出2000）30頁も参照。

<sup>37</sup> 労働市場の流動化を妨げるものとして、情報の非対称性とサーチコストの問題が指摘される一方、企業特殊的人的資本の存在も無視できないとしつつ、日本において企業特殊的人的資本の役割が低下していることを指摘するものとして、畑農鋭矢「労働市場の変化と公共政策のあり方」会計検査研究34号（2006）105頁。

<sup>38</sup> 倉見智亮＝土田道夫「判批」同志社法学58巻7号（2007）583頁は、退職後の競業禁止義務を根拠とした引抜き行為の相当性判断において、在職中の誠実義務を根拠とする事案において示された相当性の判断枠組み・判断要素を組み込んだ初めての裁判例と評している。そして、退職後の競業禁止義務は在職中における誠実義務の延長線上の義務と解することができるので両義務は密接な関連性を有するとし、このような構成を支持している（同592頁）。

勧誘行為の責任が認められる場合があり（就業規則に禁止条項がないことは責任を負わない根拠とならないことを明示したものとして、大阪地判平成10.3.25判労739号126頁〔厚生会共立クリニック〕）、就業規則の禁止条項の有無は、責任の有無を判断するうえで決定的な要素とはなっていない。

引き抜き禁止特約についても、この有無によって損害賠償を認めるか否かを決することは適切ではない。上述のとおり、信頼関係のある従業員と一緒に転職する場合でなければ転職できない場合も想定しうることからすれば、労働者との間での引き抜き禁止特約は、勧誘される労働者の転職の自由を制約するのみならず、そのことが特約を締結した労働者自身の転職の自由を妨げる危険性がある<sup>39</sup>。そうであるとすれば、このような引き抜き禁止特約は原則として公序良俗違反として無効と解すべきであろう<sup>40</sup>。

裁判例に目を転じると、東京地判平成22.10.15平成20(ワ)37960〔株式会社X〕は、クラブの女性従業員の引き抜き禁止規定について、「女性従業員の引き抜き行為の禁止規定は、クラブの経営において、女性従業員が顧客に飲食と接客を提供することで利益が上げられており、その売上げは女性従業員の接客能力及び集客力に影響される面があり、そのようなクラブの経営における女性従業員の重要性にかんがみれば、相応の合理性を有しており、法的効力を有するものと認められる」としつつ、女性従業員の退職と売上の減少との因果関係が不明であり、女性従業員がその職場にとどまっていたかについても不明であるとして損害賠償請求を棄却している。

---

<sup>39</sup> 従業員引き抜き禁止特約の合理性は使用者の財産的情報とのかかわりでは保護法益が存せず、元労働者に転職勧誘の自由があり、転職を勧誘された労働者にも退職の自由等があることに鑑みて、合理性が認められないとするものとして石橋洋「企業の財産的情報の保護と労働契約」日本労働法学会誌105号（2005）33頁。

<sup>40</sup> より一般的に、国家が契約を無効とすることを正当化する根拠として、契約当事者以外の第三者に有害な外部性が発生し、第三者の被る損害が契約当事者の得る利益を上回る必要がある場合を挙げるものとして、スティープン・シャベル著（田中＝飯田訳）『法と経済学』（2010、日本経済新聞社）367頁。

### 3 勧誘行為を規制する正当化根拠に着目した分類

#### (1) 総論

上記のとおり、裁判例においては、法的構成が不法行為であるか誠実義務違反であるか、退職前であるか退職後であるか、就業規則に禁止規定があるか否かは、いずれも決定的な要素となっておらず、むしろ、勧誘行為の態様に着目しているといえることができる。

そこで、本稿では、労働者の転職の自由の観点から、勧誘行為が原則として自由であることを前提にしたうえで、いかなる場合であれば、当該転職行為を違法と評価し、抑止すべきなのかという、法的介入の正当化の理由を考えながら、裁判例を分析してみたい。

#### (2) 予告期間と退職の自由

まず、そもそも、他の企業と既に労働契約を締結している労働者に対し、退職して当該労働契約を終了させることを勧誘することは、正当な競争行為なのかという疑問がないわけではない。

これは、労働者の引き抜きの場合と同様に債権侵害が問題となる不動産の二重売買について論じられた問題である。不動産の売買契約における「自由競争」が何かを巡って重大な対立があったことは周知のとおりである<sup>41</sup>。

この議論においては、取引後行者による侵害から取引先行者の権利・利益を保護する static な競争秩序を前提とするか、取引先行者による侵害から取引後行者の権利・利益を保護する dynamic な競争秩序を前提にするかという競争秩序観の差異も無視することができない<sup>42</sup>。不動産の売買契約

後の第三者に対する転売を「自由競争」の範囲内とする学説はより dynamic な競争秩序観を前提にしているのに対し、「自由競争」の範囲外とする学説はより static な競争秩序観を採用している可能性がある。

もっとも、ここで注目すべきは、不動産の取引のような一回的・非継続的な取引についてでさえ、単純に契約の成立の時点点を「競争の終了」として確定できるわけではないということである。いかなる時点点を「競争の終了」とするかは、前記の競争秩序観に加えて、どのような市場設計をすることが社会全体にとって望ましいか等によって帰結されるべき問題であって<sup>43</sup>、契約の成立の時点が絶対的であるわけではない。

加えて、労働契約は、一種の継続的契約であり、いったんある雇用主と契約を締結しても、それを継続し続ける必要性はない。とりわけ、労働者の転職の自由という重大な利益にかかわるものであることからすれば、契約成立時を「競争の終了」とする考え方を採用できないのは明らかである。

ひるがえって、労働者がいかなる場合に退職できるのかという観点から考えてみよう。

民法627条1項は「当事者が雇用の期間を定めなかったときは、各当事者は、いつでも解約の申入れをすることができる。この場合において、雇用は、解約の申入れの日から2週間を経過することによって終了する」と定めている。このように、民法は労働者に2週間の予告期間を置いた自由な退職を許容していることからすれば、このような予告期間を置いたうえで退職させるような勧誘行為も、民法上正当な競争行為として許容される余地があると考えられる。

---

99頁も参照。

<sup>43</sup> 不動産の二重取引について損害賠償を否定する裁判例について、登記という公示制度によって広範な人々が市場に参加できることを可能にする意義があると論じるものとして、瀬川信久「競争秩序と損害賠償論」NBL863号(2007)49頁。また、「契約を破る自由」論の基礎に、当該取引の当事者からなる社会全体の厚生改善という功利主義的な思考があることを指摘するものとして、山本顕治「競争秩序と契約法 —『厚生対権利』の一局画」神戸法学雑誌56巻3号(2006)189頁。契約が履行されない場合の責任についての経済的分析として、藤田友敬「契約法の経済学：契約関係への最適投資のためのインセンティブ・メカニズム」ソフトロー研究第11号(2008)141頁も参照。

---

<sup>41</sup> 従来は、不動産の二重売買の際に、対抗要件たる登記を備えた側が対抗要件を得てその所有者となることについて、自由競争の範囲内である旨の説明がなされていた。これに対し、もはや譲渡先を見つけて売買契約を行った以上、売主がそれ以降に第三者にこれを譲渡する行為はもはや自由競争の範囲内ではないという批判がなされた(磯村保「二重譲渡と債権侵害——『自由競争論』論の神話(1)～(3・完)」神戸法学雑誌35巻2号385頁、36巻1号25頁、3号289頁(1985～1986))。

<sup>42</sup> この2つの競争秩序観を析出するものとして、吉田邦彦「不正な競争に関する一管見」同『民法解釈と揺れ動く所有権論』(2000、有斐閣)498頁、潮見/前掲注12・

逆に言えば、期間の定めのない雇用契約の場合には、2週間の予告期間を置かない退職は民法上許容されておらず、この期間を置かずに退職を促す勧誘行為は違法と判断されるべきことになる。例えば、予告せずに従業員が出勤しなくなり、そのまま別の企業において就労するような勧誘行為は違法となる可能性が高い。

もちろん、引き抜きの違法性の判断において、労働者の職業選択の自由と企業の財産権・営業の自由との、憲法上の基本権の衡量により決せられるべきという前記学説の枠組みに従えば、民法627条1項の規律を所与のものとしてよいのか疑問がないわけではない。民法627条1項の規定が、これらの基本権の衡量として適切ではないのであれば、同規定を無効とし、適用範囲を限定する必要があるからである<sup>44</sup>。

しかし、民法627条1項の規定は、労働者と企業の両者の利益を考慮してもなお合理性を肯定できると考えられる。

まず、企業の側からすれば、予告期間を置かない退職を許容すれば、従業員が従前担当していた職務について引き継ぎがなされず、業務に大きな支障をきたすことが予想される。他方で、労働者の側からしても、2週間の予告期間を置くことが直ちに転職の自由を妨げるとは言い難い。

さらに、民法627条1項の規定は、当該労働者に対する再交渉の可能性を確保することにも役立ち得る。すなわち、予告期間を置くことで、引き抜く側が一定の労働条件等を提示して引き抜きを行おうとした場合に、引き抜かれる側が当該労働者を説得したり、労働条件の引き上げを提案するといった機会を確保する余地が生まれることになる<sup>45</sup>。これによって、引き抜く側の企業と引き抜かれる側の企業が、当該労働者をめぐる競争を行うことが可能になる。

<sup>44</sup> なお、就業規則において、2週間以上の予告期間を定めた場合には、この定めは無効であると解する見解が有力である。水町勇一郎『労働法』（第3版、2010、有斐閣）190頁参照。

<sup>45</sup> なお、優秀な労働者の流出を防ぐ方法として、当該従業員にストック・オプションを与えるという選択肢を検討しつつ、その方法では問題の解決にならないと結論付けるものとして、エドワード・P・ラジャー著（樋口＝清家訳）『人事と組織の経済学』（1998、日本経済新聞出版社）400頁。

仮に、労働者が、賃金の額のみによって雇用主を選択すると仮定すれば、ここでの競争は単なる価格の競争となるため、再交渉の余地を確保するに大きな意味はないことになるかもしれない。しかし、労働者の転職の動機は、賃金その他の労働条件よりも別のところにあることが多いため、ここでの競争は、単に競争相手よりも魅力的な労働条件を提示することにとどまらない<sup>46</sup>。そして、企業は当該労働者に対し、訓練等多くの費用を支出している一方、当該労働者も企業特殊な人的資本を蓄積させていることからすれば、再交渉の可能性は重要であると考えられる<sup>47</sup>。

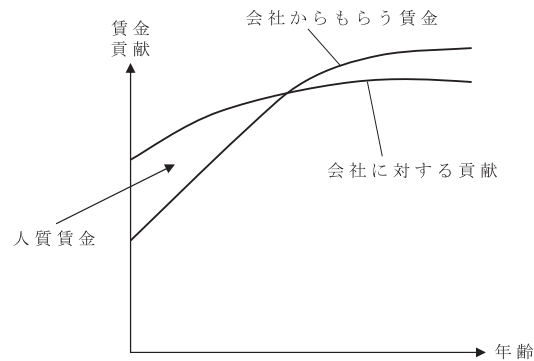
また、労働者にとっても、この予告期間において、元の会社に残るか移籍するかについて熟慮する機会が与えられ、そのことは労働者の職業選択の自由にとってマイナスではないと考えることもできる。労働者がその会社を退職した場合には、その会社に勤められなくなるのみならず、その企業でしか利用できない企業特殊な人的資本が埋没し、年功序列賃金においては現在の賃金が低く抑えられている分（いわゆる人質賃金、図①参照）や賃金の後払い的性格を有する退職金も失うことになる<sup>48</sup>。このように労働者が退職すると多くのものを失うことからすれば、元の会社と再び労働契約を締結する余地を残しておくことは重要であると考えられる。

<sup>46</sup> 労働者が非金銭的で主観的な価値を重視するため、企業が外部からのオファーに対し適切な対抗策を取ることは一定の困難が伴うことにつき、ポール・ミルグロム＝ジョン・ロバーツ著（奥野＝伊藤＝今井＝西村＝八木訳）『組織の経済学』（1997、NTT出版）384頁。

<sup>47</sup> 解除における催告について、交渉拒絶型の催告と再交渉型の催告の2類型に分類し、後者は、「特異化市場」において、特定の当事者との間に特殊な投資を行うことで取引費用効率性を高めるための複雑な管制構造としての契約関係を形成する被不履行者の行動態様であるとするものとして、森田修「解除の行使方法 一紛争解決交渉における信頼維持義務と履行請求権」同『契約責任の法学的構造』（2006、有斐閣（初出1999））442頁。

<sup>48</sup> 中途退職のリスクとして、企業特殊な人的資本を失うことと年功賃金における将来の賃金の上乗せ分を失うことについて、伊藤秀史「インセンティブ理論の見地からみた日本企業の人的資源のマネジメント」青木昌彦＝ロナルド・ドーア編『国際・学際研究 システムとしての日本企業』（1995、NTT出版株式会社）158頁。

図1 年功賃金カーブのモデル（水町/前掲注44・37頁の図をもとに作成）



裁判例においても、民法627条1項の予告期間の有無を考慮しているものが一定数見受けられる<sup>49</sup>。

例えば、前掲東京地判〔ラクソン〕は、「退職時期を考慮し、あるいは事前の予告を行う等、会社の正当な利益を侵害しないよう配慮すべきであり（従業員は、一般的に2週間前に退職の予告をすべきである。民法627条1項参照）…」と判示したうえで、事情を知らないセールスマンらをまとめて連れ出し、本件ホテル内の一室で移籍の説得を行い、その翌日には打合せどおり本件ホテルに来ていた被告会社の役員に会社の説明をもらい、その翌日から早速被告会社の営業所で営業を始め、その後に原告への退職届けを郵送させた事案につき、誠実義務違反を認めている。このように、連れ出した労働者をそのまま退職させ、新会社で勤務させる場合には、元の会社は、当該労働者を説得することは困難であり、労働力獲得のための正当な競争の範囲を逸脱したものといえることができる。

この他、責任が肯定された裁判例においては、退職の際に予告期間を置いていないものが多い。

<sup>49</sup> 学説において賛成するものとして、田村善之〔判批〕知財管理46巻10号（1996）1617頁、土田/前掲注22・199頁。予告期間から2週間経過する前に就業活動を行っていた事案について、他の競業者との共同不法行為を肯定した大阪地判昭和63.9.9判時1314号103頁〔芦屋学院〕も参照。

例えば、東京地判昭和51.12.22判タ354号290頁〔東日本自動車用品〕は、被告らが、未だ原告東日本の役員若しくは従業員であった時点から、原告と類似の商品をも取扱い、類似の形態で営業する被告会社の設立を企図し、その開業準備行為として設立後に販売する商品を訴外東宝化学株式会社に発注するなどして着々その準備を進め、一斉退職により同社の営業が一時頓挫するであろうことを十分承知しながら、昭和46年3月25日に突然一斉に退職申し出をし、営業担当員としては当然必要とされる得意先との事務引継ぎも行わずそのまま退職したと認定し、不法行為責任を認めている<sup>50</sup>。

また、福岡地久留米支判昭和56.2.23労判369号74頁〔福岡県魚市場〕は、原告らが退職を決意し、被告会社にはもはや出勤できないとして、翌日にはそろって出勤せず、そのため主要なせり人を欠いたので、氷室市場長はせりの資格を有する他の従業員にせり業務を代行させはしたものの、当日の被告会社久留米魚市場のせりはせり人の経験不足のため順調に進行せず、せり業務に支障を来して混乱したため、仲買組員から厳しい抗議を受けた事案につき勧誘行為の首謀者について懲戒解雇が適法であるとしている。

他方で、責任を否定した裁判例の中には、その理由として予告期間を置いていたことを挙げるものがある。例えば、東京地判平成21.3.18平成18(ワ)21569〔エー・アイ・ティ・エス〕も、派遣先での業務が続いた雇用IT社員の原告らに対する不満・不信感が募り、原告らを退職して新会社を設立する気運が生まれたことによる移籍と認定されている事案であるが、退職につき相当の予告期間があることを、不法行為責任を負わない根拠の1つとしている。

<sup>50</sup> もっとも、同事案における被告の1人は原告の取締役であり忠実義務を負う立場にあり、被告が、原告の製品名と類似する製品名で販売を行っていたとの認定もなされていた。製品名の類似は、不正競争防止法2条1項1号で規律すべきであるが、他の手段もあわせて商品の混同を図る場合には、不法行為も成立し得る（製品のコード番号を混在させたり、原告製品の発注の際に被告製品を混ぜて出荷させていた事案について、不正競争防止法違反を否定しつつ不法行為に基づく損害賠償を認めたものとして、大阪地判平成16.11.9判時1897号103頁〔ミーリングチャック〕）。

もっとも、労働者が使用者との話し合いによって時期を決定して退職するのであれば、合意退職として即時にその効力が生じるので、必ずしも2週間の予告期間が必要なわけではない。大阪地判平成17.5.24平成15(ワ)7411〔石橋精鋼〕は、「雇用契約を締結した従業員はいつでも同契約を解約して退職することができ（民法627条1項等）」としつつ、「本件においては、原告福岡営業所の営業担当者全員（被告D、被告A、被告B、被告C）が原告に対し退職の意向を表明したところ、原告は、退職自体には反対せず、営業上の配慮からその時期をずらすよう要請し、同被告らはこの要請に応じて、退職時期をずらしたものである。また、原告は、上記退職の意向表明を受けて即座に2名の取締役を原告福岡営業所に派遣したり、新規の従業員や事務員を採用するなどの措置を執り、被告元従業員らの退職までの間に引継ぎ等をさせているのである」として、退職等の行為が不法行為に該当しない旨説示している。

また、会社が困窮を極め退職せざるを得ない逼迫した状況にあるなど、労働者が即座に退職を希望する合理的な理由のある場合には、予告期間がなくとも責任を問われない可能性もある。

例えば、東京高判平成7.12.6平成6(ネ)5250〔フリーラン控訴審〕は、数名が退職した発端となったのは原告代表者が労働者の意見を十分に聴取せず原告責任者を降格させたことと等に発端した退職について、「控訴人の従業員ではないその余の被控訴人については退職予告期間は必要ではなく（業務委託契約については準委任、ライダー契約については請負あるいは準委任の法理が適用されると解される。……）、被控訴人Aは、前記のとおり、控訴人の内勤業務に支障のないように退職の時期を当初の予定より一月遅らせている。被控訴人Bと同Cは、まだ控訴人の従業員であった同Aに退職する意思を告げた翌日から出勤しなくなったものであるが、前記のとおり退職に至る経緯に照らせば、雇用契約上の誠実義務に反するものとはいえない」としてその責任を否定している（最判平成9.2.14平成8(オ)721〔同上告審〕で上告棄却）。

加えて、東京地判平成17.6.27平成13(ワ)18708〔エクシヴ〕は、会社が経営が危機に瀕していることを認識した上、部下の従業員に対して売上げを伸ばすよう指示していたこと、労働者らとの契約を販売委託契約に切り替え、また、宿舍の寮費を値上げするなど経費の削減を図っていた中で、

従業員の移籍が発生した事案について、「事前予告なく大量の従業員が一斉に移籍し、原告にも多大な影響が生じたと認められるものの、上記のとおり、原告従業員の大量退職の主たる要因が従業員の原告に対する不満や不安が募ったことによるものであると認められる」として、債務不履行及び不法行為に基づく請求を棄却している。

なお、期間の定めのある労働契約の場合には「やむを得ない事由」（民法628条）がなければ退職できないが、平成15年の労働基準法改正により、暫定的に労働契約の期間の初日から1年以降は、申出により、いつでも退職できるとしている（137条）<sup>51</sup>。そうであれば、労働契約の初日から1年以上経過している場合には予告期間ない退職も許されると解するほかないと考えられる。

### （3）労働者の自由な意思決定の確保

このように、労働者の転職を勧誘する行為は、それが直ちに許容すべきではない行為とは言えず、期間の定めない労働契約においては2週間の予告期間を置くのであれば、正当な競争行為として民法上許容される余地がある。

もっとも、予告期間を置いて退職することを勧誘する場合であれば、常に適法であるわけではなく、勧誘行為について損害賠償責任を負うべき場合はあると考えられる。

まず考えられるは、勧誘の態様が、労働者の自由な意思決定を害すると考えられる場合である。

労働者には職業選択の自由があり、よりよい職場において勤務したいと

---

<sup>51</sup> ただし、この措置は、政府が、改正労働基準法の施行後3年を経過した後に、その施行の状況を勘案しつつ検討を行い、その結果に基づいて必要な措置を講ずるまでの間の暫定措置とされている。厚生労働省作成「改正労働基準法の概要」<http://www.mhlw.go.jp/topics/2003/11/dl/tp1111-1a.pdf>（平成23年8月28日確認）参照。また、労働契約第14条に掲げられた場合（専門的な知識、技術又は経験であつて高度のものとして厚生労働大臣が定める基準に該当する専門的知識等を有する労働者との間に締結される労働契約、満60歳以上の労働者との間に締結される労働契約）には適用されない。この点についての批判として、宮里邦雄「労働基準法改正についての評価と問題点」日本労働研究雑誌523号（2004）46頁参照。

の希望は尊重されなければならない（職業選択の自由に言及するものとして、前掲東京地判〔ラクソン〕）。株主や債権者は複数の企業に投資できるのに対し、労働力という人的資本の拠出は原則として1つの企業に対してしかできないため、離脱の自由に対しては特別の配慮を行う必要がある<sup>52</sup>。

そして、労働者の自由な意思決定によりより良い職場に移ることで在職していた会社に損害が発生するとしても、それは自由な競争の結果として甘受すべきである。このような外部的労働市場における競争が行われることは、労働者の労働条件の改善にも結び付き得る<sup>53</sup>。退職という選択肢があることによって、より高い賃金を得ることも考えられる<sup>54</sup>。

加えて、他の会社の情報を入手することが困難であるなど<sup>55</sup>、外部的労働市場が不完全であることを考慮すれば、このような勧誘行為が、被勧誘者の労働者の職業選択の自由を実質化するものともいえる<sup>56</sup>。労働者が、

<sup>52</sup> 労働者の拠出する人的資本について、労働サービスがヒトに一体化された、個人から分離不可能なものであるため、株主は同時に複数の企業に投資できるが、従業員は同時には一つの企業ないしはごく少数の企業にしか参加できず、その参加の限界は1日24時間の時間と自分が持っている1つの身体という限界に制約されていることにつき、伊丹敬之「株式会社と従業員『主権』」伊丹＝加護野＝伊藤編『日本の企業システムⅠ 企業とは何か』（1993、有斐閣）197頁。

<sup>53</sup> 外部労働市場における労使の非対称性から、労働者が労働条件に不満があっても解雇をおそれて企業と対等に交渉することが困難になることにつき、土田道夫「解雇権濫用法理の正当性 ―『解雇には合理的理由が必要』に合理的理由はあるか?」大竹＝大内＝山川編『解雇法制を考える―法学と経済学の視点』（増補版、2004、勁草書房）109頁。転職のコストの低下により、内部労働市場と外部労働市場との流動性が高まることによって、個人の生活利益を無視した配転等が困難になると予測するものとして、島田陽一「企業組織の変容と労働法学の課題」鶴＝樋口＝水町編『労働市場制度改革』（2009、日本評論社）277頁。

<sup>54</sup> 企業がその労働者から大きな利益を得ている場合、辞職をちらつかせて雇用主を脅せば労働者が余剰を取り戻すことができることを指摘するものとして、エドワード・P・ラジャー/前掲注45・230頁。

<sup>55</sup> 労働者にとって、現在雇用関係にある企業に比べて、転職しようとする企業について情報を持たず、退職してから情報を得ようとすると所得の低下という機会費用が発生してしまうことについて、樋口/前掲注31・202頁。

<sup>56</sup> 労働市場において、労働者側も使用者側も既存の社会ネットワークの網の目に従

いったん退職してから、求職活動をすることもできるが、この場合には労働者が収入を得られないという状況が発生し、労働の売り急ぎが発生し、労働能力に見合わない条件での就職を余儀なくされてしまう可能性もある<sup>57</sup>。

もっとも、労働者が自由な意思決定をなし得ない勧誘行為については、労働者の職業選択の自由を実質化させることにならず、より非効率的な企業や長期的な利益を無視した企業に転職してしまうおそれもあり、かえって当該労働者を害することにつながりかねない。

もちろん、労働者の選択が賃金の多寡によってのみ決するのであれば、受け取る賃金の額について事実と異なることを告げる勧誘行為のみ問題となるのであり、それ以外にはいかなる勧誘行為も問題とならないとの結論に達し得る。しかし、労働者の転職の動機は、賃金以外の様々な要素やその職場に得られない主観的な満足にあることが多い<sup>58</sup>。さらに、人の選

---

って行動していると指摘するものとして飯田高「社会ネットワーク分析の『法と経済学』への示唆」新世代法政策学研究6号（2010）341頁。やや古いが、同様の結論を示すものとして井上詔三「人的資本理論と労働市場の二重構造論」石田英夫＝井関利明＝佐野陽子編『労働移動の研究―就業選択の行動科学』（1978、総合労働研究書）113頁。

より一般的に、労働市場における不完全情報の問題について、ジョセフ・E・スティグリッツ＝カール・E・ウォルシュ著（藪下＝秋山＝蟻川＝大阿久＝木立＝清野＝宮田訳）『スティグリッツ ミクロ経済学』（第3版、2006、東洋経済新報社）504頁。

<sup>57</sup> 失業保険が求職コストの一部を援助することになることも含めて、樋口/前掲注31・127頁

<sup>58</sup> エドワード・P・ラジャー/前掲注45・229頁は、労働者の移籍の要因として、賃金以外に、現在の雇用主には観察不可能な精神的欠乏感を満足させることや、労働環境、地位、柔軟性、特定のロケーションといったものがあることを指摘する。逆に、労働者が同じ職場に留まる理由として現在の会社や自分が置かれた状況を“どう見ているか・どう感じているか”が重要な要素であることを指摘するものとして、小倉一哉「会社を辞めないのはどんな人か?」日本労働研究雑誌603号（2010）38頁。

なお、日本におけるアンケート調査において、女性の転職の条件として「賃金・給料が希望にあう仕事が見つかったから」を選択したのは2.38%に過ぎず、勤務時間や休暇を選択した人が65.47%、自宅の近くの職場であったことを理由とした人

択は、認知能力の限界による限定合理性や、長期的な利益に反する行動を取ってしまうという限定意思力の問題もあるため、転職を決するにあたって、多様な選択肢が提示されたなかで意思決定が自律的に行われ得る状況を作り出す必要がある<sup>59</sup>。

そして、労働者が自由な意思決定をなし得ないとすれば、労働者を獲得するという市場において、適切な競争が行われず、市場における適切な淘汰のプロセスが機能しないおそれがある。このような意味で、労働者の意思決定の自由を害する引き抜きは、引き抜かれる会社に対する不適切な労働者獲得のための競争行為として位置づけることができる。

そうすると、勧誘される労働者の意思決定の自由が確保されるような勧誘態様であるか否かは、誠実義務違反又は不法行為の成立を判断する1つの要素になりうる<sup>60</sup>。

典型例としては、労働者の意思決定の自由が害される勧誘態様として、在籍している会社について虚偽の情報を伝えられる場合がある。

例えば、前掲大阪地判〔フレックスジャパン〕は、派遣事業を営む原告会社の金沢営業所の責任者が、原告の派遣スタッフに対し原告の営業所が閉鎖されるとの虚偽の情報を伝え、金銭供与を行うなどして転職を勧誘した行為を認定し、不法行為責任を肯定している。同様に、前掲東京地判〔MVP総合研究所〕は、企業の派遣エンジニアの相談に応じる立場で派遣先企業との契約更新に関する交渉を担当する者が、派遣エンジニアに対し、原告と派遣先企業の契約が更新されない可能性があり、同じ派遣先で働き続けたければ派遣元を変わる方法があると伝え、被告会社を紹介し20人の移籍を実現させた事案において不法行為責任を肯定している。

また、取締役の忠実義務を認めた裁判例ではあるが、東京地判平成11.2.22判時1685号121頁〔ゼンケントップ〕は、会社と競合する事業を営

むBグループに会社の営業内容を開示し、その後、転職に難色を示す営業マンに対し胸ぐらをつかんで暴言を浴びせ退職を強要するなどして労働者らを勧誘し、労働者らとともにBグループへ移籍した事案について忠実義務違反を認めている。

ところで、裁判例においては、労働者を一つの場所に集めて一斉に勧誘した場合に、損害賠償を認めるものが多い（会社のマネージャーらに移籍を決意させたうえで、このマネージャーらとともにセールスマンらの移籍を計画し、セールスマンの後の営業場所を確保したうえで、あらかじめ備品を運搬しておいて、事情を知らないセールスマンをまとめて連れ出し、ホテルの一室で説得を行い、翌日から新会社の営業所で一斉に移働させた前掲東京地判〔ラクソン〕等）。このように事情を知らない労働者らを一室に集めて説得を行う場合には、勧誘を受ける労働者が熟慮しないまま新会社への移籍を選択してしまう危険性がある。そうすると、労働者の自由な意思決定が奪われかねない態様の勧誘行為といえることができる（同様に、従業員に一斉に勧誘した事案について誠実義務違反を肯定したものとして前掲東京地判〔東京コンピューターサービスⅡ〕）。

逆に、勧誘された従業員が任意で退職したと認められるのであれば、不法行為責任が否定される。

例えば、東京地判平成20.2.4平成17(ワ)14549〔日本アクロス〕は、従業員に対する勧誘は1回だけであり、元の会社に残る旨伝えた労働者に対しては再度の勧誘行為をしておらず、利益供与や従業員を1か所に集めて勧誘したことがなかった事案について、不法行為責任を否定している。

また、他に退職の原因があり、勧誘行為がなくともほぼ同時期に退職したとみられる事情が存在する場合には、勧誘行為と労働者の退職との間に「あればこれなし」という条件関係が切断されるため、その責任が否定される。

例えば、東京地判平成6.11.25判時1524号62頁〔フリーランナー審〕は、バイク便のライダー20名中10数名が退職し競業会社を設立した事案について、「被告らライダー及び被告Y4ら3名……が相次いで原告を辞める発端となったのは、被告Y2が退職したことであるところ、その原因は、原告代表者が、当時の原告の内勤の従業員やライダーらに十分相談することもなく、突如Cをライダーとして復帰させるとともに、被告Y2を原告の

---

が23.80%を占めたことにつき大井方子＝松浦克己「女性の就業形態選択に影響するものとしえないもの」会計検査研究27号(2003)225頁。

<sup>59</sup> 限定合理性と限定意思力の問題については、若松良樹「合理性、自由、パターンリズム：合理的選択理論をめぐる」成城法学74号(2005)40頁参照。

<sup>60</sup> 平井宜雄『債権総論』（第2版、1997、弘文堂）119頁も、債務者の生命・身体・自由等の人格的利益を害する場合には債権侵害をより広く認めてよいとする。

責任者という立場から内勤とライダーの兼務という立場に降格させるという措置をとったことにある」としながら、「当時原告の業績は、被告Y2が責任者となる前に比べて順調であり、殊更、被告Y2を事実上降格するような理由がないと思われることからすると、そのような措置自体の合理性が疑われるところであり、原告代表者が右措置の合理性を被告らライダーや被告Y4ら3名に十分説明できなかったことが右被告らの退職を招いた大きな原因であったものと認められる」として不法行為の成立を否定している<sup>61</sup>。

同事案では、多くの労働者やライダーが原告のもとで勤務を継続するのが困難な状態になっていたものであり、従業員が自由な意思に基づき退職という判断をしたと判断できる事案であった。

さらに、同事案は、バイク便のライダーの活動によって成立している事業に関するものあり、企業における他の資産や他の部署の従業員の活動の重要性は低かったものと推測される。そうであるとする、他の企業に比較して、労働者の移籍によって元の企業で埋没する物的資本及び人的資本は大きくはなかったと推測される。他方で、不合理な体制の下で就労していた労働者らが、新会社において働くことでよりその能力を生かすことができた可能性がある。そうすると、事後的な資源の配分としても、引き抜きを許容して新会社で勤務させる方が効率的であったと考えることもできよう<sup>62</sup>。

<sup>61</sup> 賛成するものとして、田村/前掲注49・1617頁。

<sup>62</sup> 田村/前掲注22・481頁は、企業の経営者の経営方針に不満をもった労働者らが一斉に退職して新会社を設立する行為は結果的により合理的な経営を行う企業へと生まれ変わる過程で生じた内紛と認められる場合があり、そのような行為を一律に違法としていたのでは、不合理な経営体制を敷いている企業の現状を固定化させ、競争を停滞させてしまうおそれなしとししないとする。ただし、同書は、取締役が自身の退職とその際に部下を勧誘しえなくなるというルールが適用されることを事前に予想しえない場合には、投資を躊躇うこともないから、事前のルールが当事者の行動に影響することを前提とした効率性の議論は通用せず、むしろ、事後的な効率性、すなわち取締役と会社のどちらに従業員を残しておいたほうが生産力等が高まるかという観点が効率性分析にとって重要となるとし、事後的な効率性を重視した規範設定を重視する（同書486頁脚注11）。

この他、前掲東京地判〔エー・アイ・ティ・エス〕も、労働者らの退職の原因は勧誘行為ではなく、雇用されるにあたり期待していたスキルアップが実現できず、会社と当該従業員との間の信頼関係のもとに業務を続けていくことが困難になり退職したとして不法行為の成立を否定した。これも、引き抜きとは別の要因によって同時期での退職が予測された事案であるということができる。

東京地判平成21.2.26平成18(ワ)23376〔プレミアライン〕は、被告らが、労働者派遣事業を営む原告の一関第三事業所の労働者を対象に会社説明会を開催し、その従業員のほとんどを雇い入れたものと認定しながら、原告が労働者派遣法違反に基づく業務停止命令等の行政処分を受けており、被告個人は違法行為の是正を具申ししていた事情があった事案について、一関第三事業所の労働者の多くは、当該派遣会社から他社へ転職をせざるを得ない状況にあるものと考えていたと推認することができるとして、不法行為の成立を否定している。

以上のように、勧誘態様が、当該労働者の自由な意思決定を妨げ得るのであれば、違法性を認める可能性が高い一方、当該労働者の離職につき別に合理的な理由が存在する場合には、違法性を否定することになると考えられる。

#### （4）反競争的行為としての引き抜き

##### ① 総論

近時の裁判例には、引き抜きに伴う顧客収奪が、私的独占や差別対価に該当するとしたものがある（前掲東京地判〔USEN 対キャンシステム〕）。ここでは、引き抜きが反競争的な性格を有することが、責任を肯定する1つの要素となることが示唆されている。

そこで、以下では、引き抜きが、いかなる意味で反競争的效果を持ち得るのかを論じながら、反競争的效果ゆえに抑制すべき勧誘行為の態様を明らかにしていきたい。

##### ② 引き抜きによる成果冒用

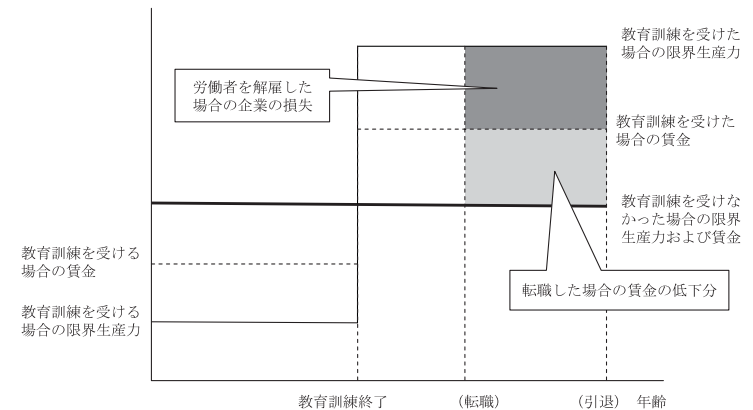
労働経済学においては、「引き抜きの外部性」（poaching externality）を指摘するものがある。いわく、熟練労働者の転職や引き抜きが横行した場

合に、経営者が費用をかけて訓練を行うことができなくなり、訓練や教育に対する投資が過小になるという可能性である<sup>63</sup>。これは、フリーライドによる外部性の問題と考えられる。

しかし、引き抜きを行った場合、引き抜きを行った会社が引き抜かれた会社にフリーライドしていると単純に結論付けることはできない。引き抜かれた会社は、当該従業員に対する賃金の支払を免れる一方、引き抜いた会社は、当該従業員に対する賃金を支払わなければならない。しかも、労働者が完全な情報に基づき、賃金額に応じて就職先を選択するとの仮定に立てば、引き抜いた会社は引き抜かれた会社よりも高額な賃金を支払う必要が生じる。ところが、当該労働者の企業特殊的人的資本は、引き抜いた会社においては使用できなくなる場合がある（いわゆる埋没費用（サンク・コスト））。そうすると、引き抜いた会社は、より高い賃金を支払いながら、当該労働者が引き抜かれた会社において生み出す価値よりも低い価値しか得られないことが十分考えられる（図②を参照）<sup>64</sup>。さらに、年功序列賃金の場合には、引き抜かれた側の会社は、当該労働者が実際に生み出している仕事の内容に比して低い賃金しか支払っておらず、当該従業員が長期間当該企業において勤務し、賃金が上昇することではじめて同人の仕

事に見合った賃金が支払われることになる（いわゆる人質賃金）。そうすると、勤務を開始して短期間のうちに労働者が引き抜かれた場合には、引き抜かれた会社は、将来支払うべき人質賃金の支払いを免れることになる。

図2 企業特殊的能力における訓練の費用と便益  
(樋口/前掲注31・172頁の図をもとに作成)



これらの点からすれば、引き抜きが、引き抜かれる会社に対するフリーライドであるから、これを一般的に抑止する方が効率性の改善につながる  
と断じることはできない。

ただし、企業特殊ではない一般的技能について、研修期間の途中や研修を終えた直後の労働者を引き抜く場合など、企業が労働者に教育費用を投資し、その投資を人質賃金等によって回収していない場合においては、引き抜きがフリーライドとなり、誰も労働者に教育費用を投資しなくなるという外部性を発生させるおそれがある<sup>65</sup>。もちろん、企業はその後、仕

<sup>63</sup> 引き抜きの外部的な問題については、脇田成『『協調の失敗』と雇用慣行—近年の失業のモデルをめぐって』日本労働研究雑誌447号(1997)26頁、中馬/前掲注33・46頁。

なお、職業紹介事業を公的独占とする職業紹介法の成立以前においては、農商務省商工局では、技能蓄積後に他に転職するため技術者の育成に問題が生じることが議論されており、この引き抜きの外部性が公的職業紹介の立法の背景になっていたことを指摘するものとして、神林龍「国営化までの職業紹介制度 一制度史的沿革」日本労働研究雑誌482号(2000) 12頁。

64 特殊な人的資本への投資のため、労働者は外部者よりも現在の雇用主にとって高い価値があることが多いことを指摘するものとして、エドワード・P・ラジャー/前掲注45・前掲書222頁。なお、同書では、労働者が現在の雇用主よりも外部者にとって価値が高い場合として、①最近何らかの学校教育プログラムを修了したばかりの労働者、②衰退産業に属する企業に雇われている労働者、③急激な技術変化を経験しつつある業界で働いている労働者を挙げる。もっとも、同書は、外部者は、当該労働者について現在の雇用主よりも情報を持っておらず、労働者を判断するうえで不利な立場にあることも指摘する。

65 技能労働者が不足すると、他社が訓練した労働者を横取りしたいというインセンティブが生まれ、企業が移転可能な技能の形成に投資しなくなるというフリーライド問題が発生することについて、デヴィッド・マースデン著（宮本光晴＝久保克行訳）『雇用システムの理論－社会的多様性の比較制度分析』（2007、NTT出版）280頁。

事能力よりも安い賃金で労働者に就労させることで教育費用を回収するが、それ以前の段階での引き抜かれた場合には、投下した教育費用を回収できなくなる<sup>66</sup>。この他、就業開始時に一定の金銭を労働者に対し支払う場合においても、引き抜きによる外部性が発生すると考えられる<sup>67</sup>。このような場合には、市場に委ねて法が介入を控えると、企業の人的資本への投資が過少になる可能性があり、反競争の効果から引き抜きを違法とする可能性がある<sup>68</sup>。この点について、東京地判平成11.2.22判時1685号121頁〔ゼンケントップ〕（取締役の引き抜きの事案）は、研修中の労働者の引き抜きについて、研修期間中に支払われた固定給を教育費用と認め損害として認めており、このような成果冒用の観点から正当化できるかもしれない。学説においても、労働者の大量引抜きを独占禁止法違反とすることは職業選択の自由との緊張関係を持つとしながら、引き抜かれた側が労働者を長期的計画のもとに多大な投資をして育成していた等の場合においてのみ独占禁止法の一般指定15項の対象になるとするものがある<sup>69</sup>。

---

なお、フリーライドについて、それが実在するゆえに有益な活動をする行為者のインセンティブを害する場合のみ、法的介入を必要とする社会的害悪とみなすべきとするものとして、マリナ・ラオ「ただ乗り理論 ―過剰で説得力のない再販売価格維持の擁護―」ロバート・ビトフスキー編（石原＝宮田訳）『アメリカ反トラスト政策論 ―シカゴ学派をめぐる論争』（2010、晃洋書房）124頁。

<sup>66</sup> 企業の教育訓練について、この費用は企業が負担するが、その労働者に教育・訓練によって高まった仕事能力よりも安い賃金を支払うことで投資を回収することについて、清家篤「年功賃金はどうなるのか」日本労働研究雑誌525号（2004）27頁。どの国を念頭に置いているのか不明であるが、実際に訓練期間の最後に低い賃金で働くことで訓練費用を返還することがしばしば行われてきたことを論じるものとして、デヴィッド・マースデン/前掲注65・242頁。

<sup>67</sup> 明治期諏訪地方において、工場が農村から労働者を雇い入れるに際し給付を前払いしていたため、引き抜きが横行し、製糸同盟が登録制度を利用した補償制度による解決を行ったことについて、神林龍「労働者の引き抜き問題とルールの確立：明治期諏訪地方の事例」澤田康幸＝園部哲史『市場と経済発展』（2006、東洋経済新報社）237頁。

<sup>68</sup> アメリカ型労働市場のように移動頻度が高い経済では、企業の人的資本投資が過少になる可能性を指摘するものとして、麻生/前掲注31・101頁。

<sup>69</sup> 白石忠志『独占禁止法』（第2版、2009、有斐閣）284頁。

もっとも、企業特殊的不是な一般的技能については、労働者が転職した場合に当該企業に負担以外が残らないため、企業はこれを負担する動機が弱いため、純粋に一般的技能を付与するための研修は実際には少ないと考えられる<sup>70</sup>。

### ③ 引き抜きによる社会的な効率性の改善

前述した前掲東京地判〔フリーランナー審〕のように、労働者が移籍しなかった場合と移籍した場合を比較して効率性が增大するか否かという観点から、結論を正当化しうる裁判例もないわけではない。しかし、より一般的に、社会的な効率性を増大させる引き抜きであるか否かを損害賠償責任の判断基準とすることは困難であると思われる。

まず、引き抜きが、一般的に社会的な効率性を改善させるものなのか考えてみよう。前述したように、労働者が当該企業において蓄積させる人的資本には、一般的人的資本と企業特殊的人的資本がある。このうち、企業特殊的人的資本は、別の企業に転職すると埋没する可能性が高い<sup>71</sup>。とりわけ、日本においては、製品やサービスの供給のプロセスに合わせて労働者が訓練される傾向が強いとされるため、技能の企業特殊性は強い可能性が高い<sup>72</sup>。

---

<sup>70</sup> 企業は一般的技能の教育訓練費用を負担する動機がなく、労働者は学校教育等のように、一般的技能を習得する費用を本人が負担し、その利益も本人が受け取ることについて、樋口/前掲注31・170頁。

<sup>71</sup> 特殊な人的資本への投資のため、労働者は外部者よりも現在の雇用主にとって高い価値があることが多いことを指摘するものとして、エドワード・P・ラジャー/前掲注45・222頁。なお、同書では、労働者が現在の雇用主よりも外部者にとって価値が高い場合として、①最近何らかの学校教育プログラムを修了したばかりの労働者、②衰退産業に属する企業に雇われている労働者、③急激な技術変化を経験しつつある業界で働いている労働者を挙げる。もっとも、同書は、外部者は、当該労働者について現在の雇用主よりも情報を持っておらず、労働者を判断するうえで不利な立場にあることも指摘する。

<sup>72</sup> 業務を職務にまとめ、職務を労働者の能力と一致させる2つのアプローチとして、生産の側から始め、生産システムにおける業務の補完性を求める「生産アプローチ」と、労働者の技能の補完性に従って業務をグループ化する「訓練アプローチ」を対

また、労働者が様々な職務を体験してキャリアを形成していく場合、別の企業ではキャリア形成の態様も異なり費用が増大するため、企業内部での移動が効率的であるとの指摘もある<sup>73</sup>。

これに対し、当該労働者の転職により、転職先の企業にどのようなメリットがあるだろうか。もちろん、転職先の企業においても、企業特殊的人的資本が重要であるとすれば、これを蓄積していない労働者は当該企業の既存の労働者よりも大きな活躍は期待できないかもしれない。

他方で、他企業からの人材の流入によって知識のスピルオーバー効果がある可能性がある。優秀な人材が外部企業に転職することで、価格競争が行われ、消費者余剰が増大するということもありうる<sup>74</sup>。また、社内内部の人材で意思決定を行い続けると、その企業戦略が内向きとなり、非合理的な決定を続ける可能性があるところ、外部の人材はこれを打開する可能性がある。もっとも、日本においては、知識のスピルオーバー効果については懐疑的な実証研究もあり<sup>75</sup>、外部人材による意思決定への影響力行使も限定的にとどまる可能性がある<sup>76</sup>。

より重要なのは、得られる情報の不完全性である。一般的に、引き抜く

置し、日本を前者に位置付けるものとして、デヴィッド・マースデン/前掲注65・46頁。

<sup>73</sup> 小池和男『仕事の経済学』（第3版、2005、東洋経済新報社）159頁。もっとも、この指摘は、キャリア戦略を企業が主導する日本的なキャリア観を前提にしているのかもしれない。個人主導の米国におけるキャリア形成との比較について、諏訪康雄「キャリア権の構想をめぐる一試論」日本労働研究雑誌468号（1999）54頁を参照。

<sup>74</sup> 優秀な人材が企業外に出ることで、競争が激化し、製品価格が低下し、より多くの消費者がその物を購入できるようになる可能性を示唆するものとして、エドワード・P・ラジャー/前掲注45・398頁。

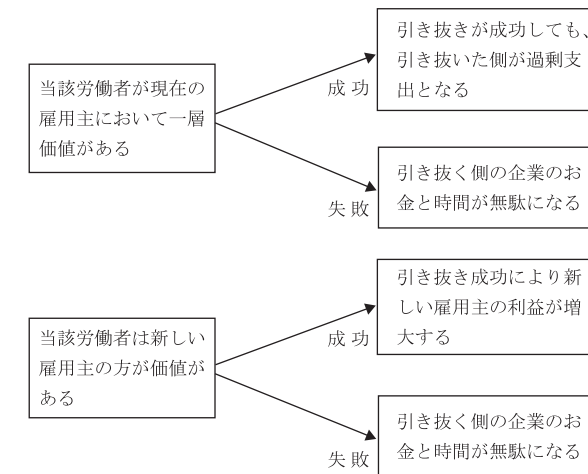
<sup>75</sup> 日本企業の半導体技術者に対する統計調査により、少なくとも技術者個人のレベルで見ると、組織間移動は必ずしも高い技術成果につながらないばかりか、むしろ成果に負の影響をもたらす可能性を示唆し、それが内部の人的ネットワークへの統合の不全等に原因があるとの分析を示すものとして、青島矢一「R&D 人材の移動と技術成果」日本労働研究雑誌541号（2005）34頁。

<sup>76</sup> 日本の現状は、労働市場の流動性が確保されていないため、コア人材を外部から獲得することは困難であり、内部育成の方法によらざるを得ないと指摘するものとして、沼上幹『組織デザイン』（2004、日本経済新聞社）298頁。

側の企業は、引き抜かれる側の企業よりも当該労働者についての情報を有していない。それゆえ、引き抜く側の企業にとっては失敗する可能性が高いことが容易に推測される。他方で、労働者から見ても、引き抜かれる側の企業に関する情報を十分に有しているとは限らず、引き抜かれた後の他の労働者とのマッチングについて正確に予測することは不可能である。

そうすると、効率性が改善する場合は実際には少ないのかもしれない（以下の図3を参照）。

図3 いかなる場合に引き抜きが成功し企業が利益を得るか  
（エドワード・P・ラジャー/前掲注45・221頁の図をもとに作成）



なお、このように考えて行くと、引き抜きは個人の企業特殊的人的資本を失わせ、労働者も転職後により高い賃金その他の労働条件を期待することができないのであるから、引き抜きをむしろ規制し、不法行為責任を課していくという議論にもつながりうる。

しかし、引き抜きを一切許容しない場合の弊害も大きい。勧誘行為は、転職の重大な契機となりうるものである。不完全ながらも、勧誘行為の際に引き抜く側の企業の情報が伝えられたうえで、当該企業が当該労働者を獲得したいという意思を伝達することが、何もない場合と比較して当該企

業に移籍するとの結論に達しうる可能性は格段に高くなる。その意味では、勧誘行為も、転職の自由を実質化させる要素といえることができる。

そして、転職の自由が実質化されなければ、当該企業において継続して勤務せざるを得なくなるため、労働者がその労働に見合っただけの賃金その他労働条件を企業から得ることが困難になるかもしれない。逆に言えば、引き抜きが許容されることで競争圧力が生じ、低く抑えられていた労働者の賃金が上がるということも考えられる<sup>77</sup>。

また、労働者の側からすると、賃金の増額は転職の一動機に過ぎず、元の職場で得られない様々な要素を得ることが転職の目的となりうる以上、これを一般的に抑止すべきことにはならないと考えられる<sup>78</sup>。

以上のとおり、当該労働者と引き抜く側の企業と引き抜かれる企業との関係のみに着目すると、引き抜きによって直ちに効率性が改善するとまでは言いにくいものの、引き抜きを完全に抑止した場合の社会的な弊害も無視できないであろう。これらの議論からでは、引き抜き行為を一般的に抑止すべきであるべきであるとか、引き抜き行為を一律に許容すべきであるとの結論に達しうるわけではない。

また、各事案において、当該勧誘行為が、効率性を増大させたか否かのみによって、損害賠償責任を負わせるかを判断することも妥当ではない。これを測定するには、当該労働者の失われた企業特殊的人的資本や得られるプラスの影響、社会一般に対する影響等も全て勘案しなければならない、これを正確に測定することは不可能である。また、勧誘行為の結果がプラスかマイナスかを引き抜く側の企業は正確に予測できない以上、結果的に効率的でなかった勧誘行為を違法と解することは、勧誘行為を過度に抑制してしまうことになりかねない。むしろ、違法な勧誘行為の態様を決めておくことが、当事者の規範の順守可能性という観点からも望ましいと考えられる<sup>79</sup>。

<sup>77</sup> エドワード・P・ラジャー/前掲注45・230頁。

<sup>78</sup> エドワード・P・ラジャー/前掲注45・229頁。

<sup>79</sup> 独占禁止法について、当事者の規範遵守が可能なルールであるかを考慮するものとして、川濱昇「市場秩序法としての独占禁止法（3・完）」民商法雑誌139巻6号（2009）24頁。

そうすると、引き抜きの違法性を判断するうえで、当該引き抜きにより効率性が増大したかどうかの基準のみを用いて決することは困難である。むしろ、一般的に許容すべきでない引き抜きの行為態様を個別に明らかにしながら、事案によっては効率性の増減も考慮しながら結論を導いていくほかないと考えられる。

#### ④ 労働力獲得に向けられた引き抜きか否か

これまで、論じてきたとおり、引き抜きには労働者の職業選択の自由を実質化させるという側面があり、これを許容することが直ちに効率性を損なうともいいがたい。また、企業として、より役立つ人材を獲得して、企業の収益を増大させていくことは、正当な競争活動の一環であると考えられる。もっとも、同等の能力のある人間を外部的労働市場から獲得できるにもかかわらず当該会社から勧誘を行うなど、当該引き抜きが、引き抜きを行う主体の労働力の獲得よりも、当該競業他社の競争力を減殺させること<sup>80</sup>、当該競業他社の顧客を奪取することにある場合には、もはや能率競争（competition on the merits）<sup>81</sup>の範囲を超え、違法となると考えられる<sup>82</sup>。

<sup>80</sup> 特定の企業の従業員のみを狙い打ちして、意図的に一斉に引き抜く行為は違法となる余地があると説くものとして、田村/前掲注49・1617頁

<sup>81</sup> 独占禁止法の私的独占の要件である「排除」の解釈について、「能率競争」（competition on the merits）以外の手段で排除を行ったか否かを基本的な出発点としつつ、より具体的には、欧米で提案されている複数の基準、経済的意味基準（問題となる慣行が市場支配力の形成・維持・強化によって利益を得ることがない限り、行為者の利益にならないかどうか）、同等の効率性のある競争者基準（当該状況において、被告の属する市場から同等もしくはそれ以上に効率的な競争者を排除しそうな行為か否か）、ライバル費用引上げ基準（RRC）等の基準を複合して用いることが提案されている（川濱昇「私的独占解釈論の現状と課題」日本経済法学会編『私的独占規制の現代的課題』（2007、有斐閣）28頁、同「競争者排除型行為規制の理論的根拠 ―不公正な取引方法を中心に―」公正取引671号（2006）9頁、根岸編/前掲注19・40頁（川濱昇執筆部分）。

<sup>82</sup> 「排除」の解釈について、排除効果が、自己の効率性の達成のプロセスに随伴して生じたに過ぎないのであれば、直ちには違法とせず、当該行為が正当な事業目的に必要なものであったか否かを吟味する必要があるとするものとして、根岸編/前掲注19・42頁（川濱昇執筆部分）。

裁判例においても、「雇傭者に損害を加える目的で一斉に退職し会社の組織的活動等が機能しなくなるようにした場合等も、不法行為を構成することがあると解すべきである」と説示したものがある（前掲東京地判〔フリーランナー審〕）。

競業他社の競争力を減殺させる典型例として、引き抜かれる側の会社の存立を危うくする引き抜きの場合が挙げられる。

前掲東京地判〔USEN 対キャンシステム〕は、業界 1 位の USEN が、キャンシステムの元従業員と共謀し、1 か月という短期間でキャンシステムの従業員の 3 割である 496 名を退職させたうえ、キャンシステムの顧客を USEN に切り替えさせ約 6 万人の顧客の減少を招いた事案において不法行為の成立を認めている。同事案においては、原告作成のメモに「被告の内部混乱をチャンスととらえ、被告顧客の獲得を中心に営業活動を強化し、原告顧客増を図る」、「被告従業員を大量に引き抜く」、「被告の正常化阻止」、「最終的には被告を原告に統合する」旨の記載があり、「原告及びネットワークヴィジョンが被告の正常化を阻止し最終的には被告を原告に統合することを目的として被告従業員を大量に引き抜くことを共謀の上、被告従業員を大量かつ一斉に引き抜いたものと推認することができる」と認定されていた。これは、引き抜きが、労働力の獲得による自己の利潤の増加のみならず、引き抜かれる会社の競争力を弱め、顧客を奪取するためのものであったということが明確であった事案であるといえる。

ところで、同判決の事案のように、引き抜かれる側の会社を統合してしまふような引き抜きを許容すべき場合はあり得るのであろうか。企業の合併の場合、学習効果や資源の補完、生産プロセスや販売網の統合等によるシナジー効果による効率性増大の可能性はある<sup>83</sup>。また、このような場合

<sup>83</sup> 小田切宏之「企業結合に対する規制」後藤＝鈴木編『日本の競争政策』（1999、東京大学出版会）259頁。

もっとも、企業の合併による効率性の改善に懐疑的な実証研究として、岩崎晃「合併・再編成」小宮＝奥野＝鈴木編『日本の産業政策』（1984、東京大学出版会）、橋本俊詔＝羽根田明博「都市銀行の合併効果」フィナンシャルレビュー52号（1999）1頁（都市銀行の合併事案について、資金調達コストではマイナスに働くケースが多く、株価にも特に合併効果が反映された様子はなく、収益性にも一部を除き、顕著

には、引き抜かれる側の事業ごと引き抜く側の企業に移転し、関与する従業員も同時に移籍するため、労働者の企業特殊的人的資本のうち、当該事業に特殊的なものは埋没しないことになる。

しかし、このような引き抜きがなされると、引き抜かれる側の会社の資産は、当該企業に特殊なものであれば埋没する<sup>84</sup>。また、同社に対する株主や債権者の投資も回収困難になる。のみならず、引き抜かれなかった労働者の人的資本も、それが企業特殊であれば埋没することになる。会社の吸収合併の場合にも、同様の問題が生じ得るが、この場合は吸収される会社との合併契約の締結が必要であり（会社法748条、749条）、株主総会の特別決議による承認（会社法783条、784条）や債権者異議手続（会社法789条）が要求され、反対株主に株式買取請求権が認められるなど（会社法758条）<sup>85</sup>、物的資本の抛出者に対する保護が図られている。また、株式の敵対的買収の場合と比較すると、敵対的買収の場合には、株主は通常よりも高価で株式を売却して利益を得る可能性がある。株式を売却しなかった株主も、従前のおりの影響力を行使できない可能性はあるものの、直ちにその地位を失うわけではない<sup>86</sup>。また、敵対的買収の場合には、従前の経営陣と信頼関係を有していた労働者が解雇されるなどして、労働者の人的資本が破壊される可能性が指摘されているが<sup>87</sup>、法制度上は経営者

---

な合併のプラス効果はなかったことに加え、労働の生産性は合併直後には明らかに低下しているとした）。ジョナサン・ペーカー＝カール・シャピロ「水平合併に対する政策施行の再活性化」ロバート・ピトフスキー編/前掲注65・187頁も参照。

<sup>84</sup> 埋没するか否かは、その資産が企業にどの程度特殊であり、他の企業において役立たないかという「資産の特殊性」（asset specificity）と、中古資産等の市場がどの程度発達しているかに依存することについて、小田切/前掲注83・261頁

<sup>85</sup> この株式買取請求の額について、旧商法では「其ノ有スベカリシ公正ナル価格」と規定していたが、現行法は単に「公正な価格」と定め（会社法785条1項）、合併シナジーを織り込んで価格を算定できるようにしている（江頭憲治郎『株式会社法』（第3版、2010、有斐閣、以下「江頭・株式会社法」と略記する。）798頁

<sup>86</sup> なお、当該買収が長期的に見れば株主全体の利益を害する場合に、防衛策である新株予約権の発行が許容される旨説くものとして、落合誠一『会社法要説』（2010、有斐閣）210頁。

<sup>87</sup> 田中亘「敵対的買収に対する防衛策についての覚書（2・完）」民商法雑誌131巻6

の交代により解雇は容易になるわけではないのであり、壊滅させる引き抜きの場合に比べれば人的資本の埋没の度合いは低いとも言える。結局、敵対的買収と比較しても、引き抜きを手段とする事業の統合は、物的資本・人的資本の埋没する度合いが格段に大きいのであり、引き抜き後の資源配分の効率性の観点からはもちろんのこと、事前（ex-ante）の視点からしても、物的資本に対する投資のインセンティブを損なう危険性があると考えられる。また、競業会社の活動が停止することにより、引き抜いた側の会社がより高い価格で商品やサービスを提供する可能性があり、これにより消費者余剰が減少する可能性もある<sup>88</sup>。

類似する例として、前掲東京地判〔フラッグスファイブ・プロモーション〕が挙げられる。多数の原告モデル等に対し、原告会社のモデル資料から得たモデルに関する情報を利用し、原告会社や原告X1に対する批判を交えて、一定期間に集中し、また退職後かなりの長期間にわたって、原告会社との契約解消及び被告会社との契約締結を勧誘し、結果としてモデル72名が移籍した事案について共同不法行為責任を肯定している<sup>89</sup>。

---

号（2005）67頁。

<sup>88</sup> 合併によって社会的総余剰が増加する場合であっても、消費者余剰が減少することは許容されていない旨説くものとして、柳川隆＝川濱昇編『競争の戦略と政策』（2006、有斐閣）149頁（中野桂＝川濱昇執筆部分）。

<sup>89</sup> ただし、同判決が明確に認定しているわけではないが、モデルと原告との契約はマネージメント契約と主張されており（クライアントから支払われる報酬の2割相当額がマネージメント収入になると認定されている）、モデルとの契約は労働契約ではないと考えられ、顧客の引き抜きに近いとも考えられる。ただし、そうであったとしても、モデルが単一の事務所にしか所属できず、実質的には労働契約と大差がないとみられるのであれば、かかる勧誘行為は、職業選択の自由と密接に関係するため、これを直ちに違法とするのは問題があると考えられる。そうであるとすれば、同事案のような大規模な引き抜きやモデルの意思決定の自由を制約するような態様の勧誘行為に限って責任を肯定すべきであろう。

なお、元従業員による顧客奪取については、最判平成22.3.25民集64巻2号562頁〔三佳テック上告審〕が、退職のあいさつの際などに本件取引先の一部に対して独立後の受注希望を伝える程度のことにはしているものの、本件取引先の営業担当であったことに基づく人的関係等を利用することを超えて、被上告人の営業秘密に係る情報をういたり、被上告人の信用をおとしめたりするなどの不当な方法で営業活動を

また、裁判例においては、引き抜かれる側の企業の存立を危うくするとまでは言えないが、引き抜きに連動して意図的な顧客奪取が行われた場合に、その責任を肯定する傾向にある。

例えば、前掲東京地判〔東京学習協力会〕も、原告の進学塾において12名の講師が勤務していたところ、被告の働きかけにより年度の途中で5名が次々と退職し、原告に大きな混乱を生じさせたうえ、原告の従業員として職務を行っていた際に職務上入手したカード等に基づき、生徒220名に対し、その住所に書面を送付してアーク進学研究会への入会を勧誘し、結果として生徒176名が辞め、125名が被告の進学塾に入会した事案についても、就業規則上の競業避止義務違反を認め、損害賠償請求を認容している。これも、引き抜きが、単なる労働力の獲得を超えて顧客奪取のために行われたものと評価できる事案であった。

微妙なのは、前掲大阪地判〔厚生会共立クリニック〕である。これは、病院の理事でもあった院長が別のクリニックを開業し、退職した看護婦13名のうち12名、事務職員1名及び2名の透析技師がNクリニックに採用された事案につき信義則違反による損害賠償請求を認めているが、勧誘の態様を詳細に論じてはいない。また、引き抜かれた側の法人は、病院とクリニックを経営していたところ、クリニックのほとんどの従業員がNクリニックに移籍することになったが、病院の従業員を引き抜いたわけではなく、法人全体の存続を危うくする引き抜きとまでは断じたいところがある。

もっとも、同事案は、患者の住所録や看護サマリーを持ち出したうえ、人工透析を受けている患者全員に新たなクリニックへの転院を勧誘していたものであり、引き抜きを含めた一連の行為が顧客奪取に向けられていたと評価されてもおかしくない事案であった<sup>90</sup>。ただし、同判決が顧客減

---

行ったことは認められないとして責任を否定しており、顧客奪取により直ちに不法行為となるわけではないことを明らかにしている。

<sup>90</sup> さらに、同事案は、病院の院長兼理事であった者の勧誘行為であり、現行法では、一般社団法人及び一般財団法人に関する法律83条によって、法人の理事者には忠实義務が課せられている。旧法下においても同様の議論があったことからすれば、同事案は、取締役による勧誘行為の事案に近いとも考えられる（改正前の民法57条の利益相反事項について代理権がない旨の規定から、理事にももっぱら法人のために

少の点から損害額を算定していることからすれば、引き抜きの事案ではなく違法な顧客奪取の事案と位置付ける方が正確かもしれない。

このように、競争相手の競争能力の減殺や顧客奪取を目的とし、当該労働者の労働能力に注目しない勧誘行為は、当該労働者の他の従業員とのマッチング、仕事の適性を考慮しないため、当該労働者にとっても好ましくない。そのため、引き抜かれる労働者の利益の観点からも、規制が正当化されるであろう。

他方で、顧客の移動が認められるとしても、労働者が移籍にあたって、新会社との契約を勧誘するという行為がなく、労働者の移籍により顧客が自然に新会社と契約したのであれば、それは自由競争の結果であり、その責任を問うことはできない。例えば、東京地判平成5.8.25判時1497号86頁〔TAP〕は、移籍する講師が最後の授業において、生徒らに自分が退任する旨を話していたが、新たに開設する学習塾の宣伝を行ったことや、生徒名簿を利用して積極的に勧誘行為を行ったとは認められないとして、引き抜きの責任を否定している<sup>91</sup>。

ところで、過去の裁判例は、大規模な引き抜きであるか否かが、損害賠償請求を認める際の重要な考慮要素であるとしてきた。他方で、後述するとおり、大規模な労働者の移籍を伴う場合であっても、それが引き抜かれる側の企業の労働者から内発的に生まれた動きであるとみられるのであ

---

のみ行動する忠実義務があると論じるものとして、四宮和夫＝能見善久『民法総則』（第7版、2005、弘文堂）110頁。ただし、このような義務が理事固有のものではなく、他人から信任を受けて事務処理を委託された者一般に課される義務であるとするものとして、大村敦志『民法読解 総則編』（2009、有斐閣）194頁）。

<sup>91</sup> 従業員2名が退職の際に、担当する利用者の一部に対し、原告を退社することになった旨挨拶した事案について、継続的に関係を有していた利用者に対する行為として社会通念上も許容されるとして、顧客の移籍につき不法行為による損害賠償を認めなかった東京地判平成18.7.25平成16(ワ)25672〔トマト〕、被告らが開業に際して作成したチラシは、特別、原告を誹謗し、中傷する内容を含むものではないし、一般的な開業の挨拶と料金の掲載程度に止まるものであり、そのチラシの投函の過程で原告の従業員であった際に回っていた顧客に開業の挨拶をしたに止まるものとして信義則違反の主張を退けた仙台地判平成7.12.22判時1589号103頁〔バイクハイ〕を参照。

れば、その責任が否定される傾向にあった。これは、外部者による大規模な引き抜きの場合には、当該労働者の人的属性には着目せずに行われる勧誘行為が少なからず含まれているのに対し、内発的に生まれる移籍の場合には、これまでの職場での信頼関係等に基づき、当該労働者の個性に着目した勧誘行為である可能性が高いためであると説明できる。

東京地判平成14.10.9平成13(ワ)9672〔ウィンテック〕は、支店長を勧誘した勧誘行為について、支店長という地位に着目して勧誘したのではなく、同期入社で普段から個人的に親しい間柄であった者を誘ったともいえるとして、社会的相当性を逸脱する違法な勧誘行為ではなかったとしているが、これは人的個性に着目した勧誘行為の場合には損害賠償責任を負わないことを示唆するものである。

典型例として、平成20.10.28労判971号27頁〔モルガン・スタンレー証券〕を挙げることができる。同事案は、日本国債取引チームの統括者である原告が、ヘッドハンターからの勧誘を受けて移籍を決意し、その後日本国債取引チームのメンバーを順次勧誘し、アムロ証券への集団移籍を実現させた事案である。同判決は、退職の告知が秘密裏に計画的に準備されたうえ、予告なく集団で行われたことを認定しつつも、集団移籍者に対しアムロ証券への勧誘を強要したこと、アムロ証券に対し集団移籍者以外の国債取引チームの構成員の氏名や地位、収入及び本件会社の顧客名と顧客の資産内容、国債取引のノウハウなどを開示したことを認めるに足りる証拠はない等の理由から懲戒解雇を無効とした。

この事案では、しかも、同事件の原告が、ヘッドハンターに送ったメールにおいて「私は、すでにほぼ全メンバーとこの件を話し合いました。我々チームのメンバーは、お互いに尊敬と信頼によって固く結ばれています。ご存じのように、ビジネスを管理するための最重要事項は、相互の信用を維持することです。貴方がメンバーの内の数人だけを雇用するのであれば、私はこのチームを管理することができません……日本の顧客は、信用や親交を重視しています。私は、自分の便宜だけを理由に動くことはできません。ですから、このチームメンバーの変更は受け入れられません」などと記載されていた。

これは、原告の勧誘した日本国債取引チームのメンバーの間に、強固な信頼関係があり、その集団においてより機能を果たすことが伺われる<sup>92</sup>。そうであるとすれば、原告のチームのメンバーに対する勧誘は、まさに従業員の人的な個性に着目してなされたものとみることができる。

また、同事案においては、元の会社が平成16年の組織変更で日本国債取引チームの営業活動では従前のような大量引受ができなくなり、かつ組織変更で日本国債の取引の経験がない従業員らが上司となり落札を控えたという事情があった。そのため、この日本国債取引チームが他の会社に移籍する方が、事後的な資源配分の効率性にも資すると考えられる事案であった<sup>93</sup>。

この他、会社の内紛により、内発的に別会社設立の動きが起き、他の労働者を勧誘して退職した事案においては、損害賠償責任を否定したもののが

---

<sup>92</sup> 柳川範之『法と企業行動の経済分析』（2008、日本経済新聞出版社、以下「柳川・企業行動」と略記する。）98頁は、人的資本の投資において重要なのは、実際に生産活動や営業活動を行う中での相互依存関係の強い少人数のグループであり、人的資本はそのグループ活動に関係特殊であり、ばらばらにすると大きく生産性を落とすことを指摘する。O・E・ウィリアムソン著（浅沼＝岩崎訳）『市場と企業組織』（1980、日本評論社）107頁も、業務の特異性の1つとして、非公式的なチームの中の応化を挙げ、これはメンバーが変わるとくつがえり、集団が成果をあげるのを損なうおそれがあるとしている。

なお、日本の建設業について、各技能労働者の持っている技能は十分に通用するが、現実においては、専門工事会社と現場で基幹的な役割を果たす熟練技能労働者（職長などと呼ばれている）との関係はかなり長期継続的であり、これは建設工事の質を高く保ちつつ安全かつ迅速に進めていくためには、工事に参加するメンバー間である程度まで「あうんの呼吸」が通じるようになっていくことが必要であり、そのためには長期の信頼関係が成立していることが好都合であることを指摘するものとして、中馬宏之「建設労働の構造と特徴」金本良嗣編『日本の建設産業一知られざる巨大業界の謎を解く一』（1999、日本経済新聞社）161頁。

<sup>93</sup> このような証券会社の従業員については、業界特殊ではあるが企業特殊ではない人的資本が多く、従業員の移籍による sunk cost が少ない可能性が高いと考えられる。大手証券会社の倒産後の再就職において、年齢に関係なく市場で通用する技能を有している場合に再就職しやすいことの実証的な分析として、松繁寿和「大手証券倒産後の再就職」日本労働研究雑誌511号（2003）17頁。

多い（被告Aが学習塾の有名講師であったところ、同社のオーナーが経営状況を明らかにしなかったため、公正な会社運営をするよう再三申し入れたにもかかわらずこれに応じなかったため、いったん辞表を提出した。その後、オーナーが実質的な持株比率を50パーセントまで引き下げる提案をして復職を求めたため被告Aがこれに応じたものの、オーナーはこの合意を撤回して全面的に対立したため、被告Aを中心に新たな学習塾を設立し、専任講師10名ないし数十名及びアルバイト10名が退職し、新たな学習塾に入社した前掲東京地判 [TAP]、原告代表者が、当時の原告の内勤の労働者やライダーらに十分相談することもなく、突如Cをライダーとして復帰させるとともに、被告Y2を原告の責任者という立場から内勤とライダーの兼務という立場に降格させるという措置をとったためバイク便のライダー20名中10数名が退職し競業会社を設立した前掲東京地判 [フリーランナー審]）

これらの事案のように、会社の体制に問題が生じたため、労働者が他の労働者を誘って新会社を設立させるような場合には、勧誘される労働者の個性に着目した勧誘である場合が多いと推測される。その場合には、新会社において、勧誘される労働者の能力を活かすことができる可能性が高い。そうすると、このような勧誘行為を、反競争的であるとして損害賠償責任を課すのは適切ではないと考えられる。

以上のとおり、勧誘行為が労働力の獲得に向けられたものであるか、競争会社の競争力の減殺に向けられたものであるかは、引き抜きの違法性を判断するうえで、1つの基準となると思われる。そして、その判断にあたっては、①引き抜かれる労働者の個性（チームとしての機能を含む）に着目しているか、②引き抜きと連動した顧客奪取活動が行われているか等から決していくことになると考えられる。

## ⑤ 小括

以上のように、本稿では、勧誘行為について損害賠償責任を負わせるメルクマールとして、①退職までの予告期間が確保されているか、②労働者の自由な意思決定が確保されているか否か、③労働力の獲得に向けられた勧誘行為か、競業会社の競争力減殺に向けられた勧誘行為であるかを挙げた。さらに、裁判例においては実例が少ないものの、④当該労働者に研修

費用等の資本投下をしており、その資本投下を当該労働者の労務提供等により回収していない時点における勧誘行為も違法となる可能性がある。

①～③の基準は、正当な競争活動か否かという観点から正当化できる一方、勧誘される労働者の実質的な選択の自由の確保という観点からも正当化できると考えられる。

ただし、これらの基準は、規制の正当化根拠から考えられるメルクマールを列挙したものに過ぎず、他の規制の正当化根拠から損害賠償責任を負わせるべき場合がありうることを否定する趣旨ではない。

## 第4 会社役員による引き抜き<sup>94</sup>

### 1 裁判例の動向

#### (1) 勧誘態様が悪質である事案についての裁判例

次に、会社の役員による引き抜きの場合を見てみよう。

株式会社の取締役はその会社に対する忠実義務を負っているところ（会社法355条）、裁判例においては忠実義務違反そのものを根拠として損害賠償を肯定するものと（前掲東京地判〔ゼンケントップ〕、東京高判平成16.6.24判時1875号139頁〔積水樹脂キャップアイシステム控訴審〕）、忠実義務違反を認定したうえで不法行為責任を認めるものが存在する（東京地判昭和63.3.30判時1272号23頁〔日本設備一審〕、東京高判平成元.10.26金商835号23頁〔同控訴審〕）。この他、忠実義務違反だけでなく善管注意義務違反をも認めているもの（大阪高判平成10.5.29労判745号42頁〔日本コンベンションサービス控訴審〕、東京地判平成22.7.7平成20(ワ)16382〔ネクストジェン〕<sup>95</sup>、忠実義務違反と競業避止義務違反を認めたものが存在

する（前掲東京地判平成7.3.14判時1532号135頁〔宮子清掃警備緑化工業〕）。

忠実義務違反が争われている事案において、引抜きの態様が労働者の自由な意思決定を妨げる態様のものであったり、労働力の獲得を超えて引き抜かれる側の会社の競争力を減殺し、顧客奪取に向けられた態様であったりする場合には、不法行為責任が認められる。

前掲東京地判〔ゼンケントップ〕は、会社と競合する事業を営むBグループに会社の営業内容を開示し、その後、転職に難色を示す営業マンに対し胸ぐらをつかんで暴言を浴びせ退職を強要するなどして労働者らを勧誘し、従業員らとともにBグループへ移籍した事案について忠実義務違反を認めている<sup>96</sup>。これは、労働者の自由な意思決定を妨げる勧誘行為の典型であろう。

また、前掲東京地判〔ネクストジェン〕も、引き抜かれる側の会社の取締役本件事業部を被告ネクストジェンに対して譲渡する方針が決定していたわけではないにもかかわらず、本件事業部の労働者に対し、本件事業部の被告ネクストジェンへの移転が確実であり、被告ネクストジェンへ移籍しなければ現在の仕事を継続できないかのような印象を与えるものであって、虚偽を含む事実を告げて不安を助長する面があったものと評する

---

と関係する。最高裁判決は、忠実義務の条項が善管注意義務を敷衍し、いっそう明確にしたにとどまるものであって、通常の委任関係に伴う善管注意義務とは別個の高度な義務を規定したものではないとする（最大判昭和45.6.24民集24巻6号625頁〔八幡製鉄政治献金上告審〕）。この議論の詳細については、浜田道代「取締役の忠実義務」上柳＝鴻＝竹内編『新版 注釈会社法(6) 株式会社の機関(2)』（1987、有斐閣）27頁を参照。また、前掲東京高判〔日本設備控訴審〕の事案について、会社にとって有能な人材を故なく解雇し、退職を勧告すること自体、取締役の善管注意義務に違反するとしつつも、忠実義務違反の観点を持ち込む方が損害算定において肌理細かくなるとするものとして、大塚龍児「株主権の強化・株主代表訴訟」落合誠一他編『現代企業立法の軌跡と展望』（1995、商事法務）65頁。

<sup>96</sup> 同判決につき、取締役が在任中に引き抜き行為を行えば当然に違法となるとする立場から、忠実義務違反を認めた結論に賛成するものとして笹久保徹〔判批〕法学志林105巻1号145（2007）162頁がある。他方で、同判決は、取締役が勧誘行為を行えば当然に忠実義務違反を構成するとの立場を採用していないことを指摘するものとして、蔡/前掲注94・132頁（同判決の結論には賛成する）。

---

<sup>94</sup> 引き抜き行為についての忠実義務違反の裁判例を検討するものとして、青竹正一「取締役の従業員引き抜きによる責任」『現代企業・金融法の課題(上)』（2001、信山社）1頁、蔡英欣〔判批〕ジュリスト1233号（2002）130頁、田村詩子〔判批〕『会社法判例百選』（2006、有斐閣）126頁、落合誠一編『会社法コンメンタール8－機関(2)』（2009、商事法務）57頁（近藤光男執筆部分）、北村雅史「従業員の引き抜きと取締役の忠実義務」法学論叢164巻1～4号（2009）269頁。

<sup>95</sup> この点は、善管注意義務と忠実義務違反が同一のものか異質のものかという議論

ことができるとして、善管注意義務違反及び忠実義務違反を認めている。

さらに、引き抜きを含む一連の行為が顧客奪取に向けられたとみられる事案として前掲前橋地判〔宮子清掃警備緑化工業〕がある。同事案は、原告会社の警備員を一齐にホテルに集め別会社に入社させることを決意させたうえ、原告会社の廃業届まで提出して、原告が受注するはずの警備清掃業務の受注を不可能ならしめて、その業務のほとんどを奪取した事案について忠実義務違反及び競業避止義務違反を認めている。

また、東京地判平成18.12.12判時1981号53頁〔イハシプロパン〕は、被告Y3 原告会社の代表取締役在任中、被告Y1 産業株式会社と意を通じて、退職届を予め用意したうえで、複数名の協力者とともに原告会社の従業員に対し退職及び被告Y2 への移籍を一齐に勧誘し、大多数の従業員の退職届を預かりまとめて原告本社に提出したうえで、従業員らに従前担当していた原告顧客を訪ねさせ、被告Y2 へのガス供給契約の切り替えを勧誘した事案において不法行為責任を肯定している<sup>97</sup>。

## （2）勧誘行為の態様を問わずに責任を肯定しているとみられる裁判例

さらに、単なる労働者の場合とは異なり、取締役の場合には、単なる新会社への勧誘のみをもって忠実義務違反が肯定される場合がある。

例えば、前掲東京地判〔日本設備一審〕は、「原告のコンピューター事業部のように主にプログラマーあるいはシステムエンジニア等の人材を派遣する業務にあっては人材こそが会社の唯一の資産ともいえるべきものであり、人材の確保、教育訓練等が会社の維持、発展のための主な課題となるものである。したがって、…原告の取締役であるYが原告のコンピューター事業部の従業員に対し原告を退社して自己が設立しようとする同種の会社への参加を勧誘することは、それだけで取締役としての忠実義務に違反するものというべきである」として忠実義務違反に基づく損害賠償請求を認容している。同判決は、取締役在職中の労働者に対する勧誘行為は、その態様を問わず忠実義務違反を構成するものと読むのが自然である<sup>98</sup>。

<sup>97</sup> 同判決の結論に賛成するものとして、尾崎悠一〔判批〕ジュリスト1377号（2009）152頁がある。

<sup>98</sup> 北村/前掲注94・280頁

また、前掲東京高判〔同控訴審〕は、取締役在任中である控訴人の勧誘により2名が退職し、その他3名の労働者も控訴人が勧誘した直接の証拠はないが、その時期が一致するとして控訴人の勧誘で退職したと認定し、忠実義務の違反を認めている。さらに、同訴訟においては、引抜かれる側の会社が福居のワンマン経営で取締役会が形骸化しており、控訴人は命令に従うだけの形式的な取締役であった旨主張がなされたが、判決は「仮に、Aの命ずるところが不当であるとするなら、取締役会の招集を求めるなどして代表取締役の行動を監視すべきものであり、あるいはこれが効を奏しないのであれば、取締役を辞任するのが通常の方策であると認められるのであって、被控訴人がワンマン経営であったことをもって、取締役である控訴人の忠実義務違反を不問にすることはできないものというべきであるから、控訴人の右主張は採用できない」として、この点を考慮しないことを明らかにしている。

さらに、前掲大阪高判〔日本コンベンションサービス控訴審〕は、上司の地位を利用したり、強要するといった勧誘はなされておらず、移転勧誘、引抜きが全員になされたとは認められないとしつつも忠実義務違反を認めている<sup>99</sup>。

また、前掲東京高判〔積水樹脂キャップアイシステム控訴審〕も、結論としては「相当強力かつ執拗な」勧誘が行われたと認定しつつも、この認定の根拠は、退職した従業員の中には、辞職する理由につき、泣きながらやむを得なかった旨を訴えた者がいたこと等の間接事実にとどまっていた事案につき善管注意義務違反及び忠実義務違反を肯定している。この判決も、具体的な引き抜きの態様を明らかにせずに義務違反を認めたものと位置付けることが可能であろう。

東京地判平成19.4.27判940号25頁〔リアルゲート〕は、代表取締役らによる勧誘行為が行われた事案であるところ、従業員に対する勧誘の態様は、何日かに分けて、a グループの現状の経営方針では、原告の自主的な経営ができず、不満を感じていること、この方針が変わらない以上、新会

<sup>99</sup> 忠実義務違反を認めた点について賛成するものとして、細谷越史〔判批〕民商法雑誌121巻1号（1999）119頁。同判決が、取締役の勧誘行為は当然に忠実義務違反になるとする厳格説を採用していると評するものとして、北村/前掲注94・283頁。

社を設立して独立することを考えていること、その場合は、原告における以上の待遇とするので新会社に来てもらいたいことなどを伝えたことが認定されているにもかかわらず忠実義務違反が肯定されている。同事案においては、勧誘行為の主体が代表取締役であることを除けば、労働者の自由な意思決定を困難にする事情は認定されておらず、勧誘行為があれば直ちに違法とする立場に近いと考えられる。

### （3）勧誘行為自体が認められず責任が否定される場合

ただし、取締役が関与する場合であっても、移籍や新会社の設立の事実を伝えるなど新会社への移籍をあくまで労働者の自由意思に委ねており、勧誘行為自体が認められない事案においては、不法行為の成立は否定される。

例えば、大阪地判平成8.2.26労判699号84頁〔池本自動車商会〕は、取締役の一人が退職を決意した後、他の取締役4名も同調し、従業員も一斉に退職した事案について取締役の忠実義務違反を否定している。

また、大阪地判平成14.7.18平成13(ワ)6368〔メイテック〕も、退職時の年度において約5000万円の経常損失を生じるほど経営状態が悪化していた会社において、「原告の従業員としては、原告の将来に対する不安や、自己の処遇に対する不満を次第に募らせていた中で、給与の不払の可能性を知らされ、原告倒産の現実的な可能性まで認識したことにより、自らの意思により、原告を退職することを決意したものと推認される」として、不当な退職勧奨ではないとして忠実義務違反を否定している。同判決は、原告の売上が更に悪化し、解散するに至ったとしても、それは自由競争の結果にすぎないと断じている点も興味深い。

前掲東京地判〔エクシヴ〕も、原告の取締役である被告が、被告らの移籍の話聞いた労働者らが退職の意向を固めていたため、自分の部下を呼び出し、自分はある会社に一旦籍を移し、その後自分の会社を作ろうと考えているが、各人、原告に残っても良いし、被告と一緒に移るのも自由である旨述べていた事案について、「従業員が自らの意思で退職した場合にまで忠実義務違反の責任を負うと解するのは相当ではな」との一般論を説示したうえで、原告労働者の大量退職は、原告会社の勤務条件が劣悪であり、これに対する不満と将来への不安が蓄積していたところに、被告

らの退職がきっかけとなってこれが顕在化し、自らの退職を決意したものとして忠実義務違反及び不法行為責任を否定している。これも、勧誘行為を行ったとまではいえず、従業員の自由意思に任せていた事案であったと評価できる。

この他、東京地判平成21.2.16平成19(ワ)22318〔スペースインターナショナル〕も、被告Y1は、他の労働者らから原告を退職したい旨相談を受けたが慰留していたこと等の事実から他の従業員らは、被告Y1の取締役辞任とは別個に自らの意思で原告を退職する決断をしたことは明らかであるとして引抜きの事実を認めていない。

## 2 学説の対立<sup>100</sup>

学説においては、取締役の引抜き行為の責任をより制限的に解するものもある。いわく、組織で仕事が行われるわが国の会社では、仕事上のノウハウの個人的な伝授等、会社に対する義務として本来要求される以上のものを取締役が個人に対しつぎこんでいる場合等もあり、そのような取締役がその子飼いの部下に対し退職勧奨・自己が計画中の事業への参加勧誘を行えば当然に違法となるというのは、取締役に酷に過ぎるのではないかとする<sup>101</sup>。そして、とりわけ閉鎖型のタイプの会社の場合、会社と取締役との利害対立の形をとっていても、実態は共同経営者間の争いの結果会社に残る側と追い出される側の人材分捕り合戦であることが少ないとする。そして、部下への当該勧誘が忠実義務違反となるか否かは、取締役の退任の事情、退職従業員と取締役の関係（自ら教育した部下か否か）、人数等会社に与える影響力の度合い等を総合し、不当な態様のもののみが忠実義務違反になると解すべきとするものがある<sup>102</sup>。また、自分が教育した労働者

<sup>100</sup> 忠実義務違反をめぐる学説の対立について、蔡/前掲注94・131頁、尾崎/前掲注97・154頁参照。

<sup>101</sup> 江頭憲治郎 [判批] ジュリスト1081号(1995) 124頁。

<sup>102</sup> 江頭・株式会社法(前掲注85) 408頁。なお、同書は、自ら教育した子飼いの部下等に退職し自己の計画中の事業に参加するよう勧誘することが当然に忠実義務違反となると解することは、労働者を会社の財産としか見ない見解であり、適当でないとい論じている。

に対する引抜きを適法とすることで、ノウハウ伝授の効率的な投資を促すことができるとする見解もある<sup>103</sup>。

しかし、学説上においては、忠実義務を負う取締役がその在職時において従業員らに対し勧誘行為を行えば、当然に損害賠償責任を負うという考え方がより強いように思える<sup>104</sup>。確かに、労働者に対する効率的なノウハ

---

<sup>103</sup> 田中亘「取締役の社外活動に関する規制の構造(4)」法学協会雑誌117巻12号(2000) 56頁は、江頭教授の見解と関連付けて、契約当事者が物的資産を保有しており、関係継続中に、当該資産の価値を高めるような(人的)投資を行う場合であって、その投資の内容や水準に関して具体的な約定をすることが不可能な場合には、いずれの当事者が物的資産の所有権を有するかが、効率的な関係の形成にとって重要な要素となるとする。O. Hartらの不完備契約と所有権に関する経済分析に示唆を得ながら、もし仮に従業員の技能形成においては上司による個人的なノウハウの伝授等が重要な貢献を果たしており、しかしそれにもかかわらず明示の契約でそうした伝授等を約定できないとすれば——ノウハウの伝授はインフォーマルな態様で行われることが多く、事前に契約で特定することも、履行の有無を裁判所で立証することも容易でないことから、この想定は十分に現実的だと思われる——、取締役に子飼いの部下に対する「所有権」を認めることにより、効率的な投資(ノウハウ伝授)を促すことが可能になるとの論を展開している。

さらに、田中亘「忠実義務に関する一考察 一機能に応じた義務の設計方針」小塚＝高橋編『落合誠一先生還暦記念 商事法への提言』(2004、商事法務) 265頁も、少なくとも閉鎖会社においては、従業員の養成や人的組織の構築において取締役個人の果たす役割(人的投資の貢献度)は大きいと思われるので、退任に際して子飼いの部下を勧誘することが全く許されないとするのは妥当ではないとし、取締役と従業員との従前の関係のほか、紛争の非がいずれの側にあったか等も考慮して、不当な勧誘のみを違法と解すべきとする。

<sup>104</sup> 青竹/前掲注94・1頁は、取締役はその在任中において会社の利益を優先させる義務を負い、子飼いの部下であっても会社のために活用させることが期待されるとし、江頭説に対し疑問を呈する。また、笹久保/前掲注96・160頁も、取締役は株主から会社経営を任された立場にあり、ましてや通常は会社から報酬を得ている以上、退任するまでは会社や株主を犠牲にして自己の利益を追求する行為は厳しく禁じられるべきであるとし、勧誘を行えば当然に忠実義務違反を構成するとする。細谷/前掲注99・118頁も同様の立場と思われる。

これに対し、北村雅史『取締役の競業避止義務』(2000、有斐閣) 163頁も、子飼いの部下といえども法的には取締役と部下の関係よりも会社と当該従業員の関係

ウ伝授のインセンティブを取締役に与えることが重要だとしても、それを認めれば、当該会社の株主の利益や会社債権者の期待を害することは明らかである。

そうすると、ここでは、取締役や従業員といった当該会社に労務を提供する人的資本の抛出者と、株主や債権者といった物的資本の抛出者の間に対立構造があることになる。それでは、この利害対立をいかに考えるべきか。

まず、会社法の目的を株主利益最大化に求めるとすれば、取締役の忠実義務は、それが株主利益最大化のための行為かによって決せられることになり、物的資本の抛出者である株主の利益を害するであろう取締役の勧誘行為は一切禁止すべきということに繋がりやすいと考えられる<sup>105</sup>。このような考え方は、プリンシパルである株主がエージェントである会社役員に仕事をさせるという関係において、エージェントが指摘利益を追求するために生じる損失であるエージェンシー・コストをいかに削減するかが重要となるエージェンシー・モデルによって会社構造を理解する考え方と親和的であろう<sup>106</sup>。

---

を重視せざるを得ないこと、部下に対する退職勧奨は取締役退任後に行えば問題がないこと等から取締役在任中の部下に対する退職勧奨はそれ自体忠実義務違反を構成するとしつつ、会社に残る者と追い出される者の争いに関して非のある側が退任取締役に対して忠実義務違反を主張することは信義則違反・権利濫用とする可能性を認めている。

<sup>105</sup> 江頭・株式会社法(前掲注85) 20頁は、「株主の利益最大化」が会社を取り巻く関係者の利害調整の原則になるとし、その具体的な法効果として①株主の利益最大化に反する総会決議は無効であり、②取締役・執行役の善管注意義務・忠実義務とは、株主の利益最大化を図る義務を意味する、ということが導かれるとする。もつとも、同原則は、他の利害調整原則を排除してどこまでも貫かれるべき性質のものではないとする。

<sup>106</sup> エージェンシー・モデルの考え方につき柳川範之＝藤田友敬「会社法の経済分析：基本的な視点と道具立て」三輪＝神田＝柳川編『会社法の経済学』(1998、東京大学出版会) 10頁。会社の株主と取締役との関係においてエージェンシー・コストが生じるのは、事前に全てのことを契約で明記しておくことができないという契約の不完備性や、取締役の方が経営に直接関与していることから生じる情報の非対称性、株主が多数となり交渉が困難であるうえに株主総会という場でしかそのよう

これに対し、このようなエージェンシー・モデルは一つのモデル設定に過ぎず、ここから「株主がプリンシパルであるべきだ」という命題を導くわけではないことが指摘されている<sup>107</sup>。経済学によれば、株主利益最大化原則は、残余請求権者である株主にコントロール権を与えることが会社の価値の最大化に結びつくとされるが、他方において、役員や労働者も当該会社の存続や発展に大きな関心を有しており、これらの者にコントロール権を与える方が会社価値の最大化に結びつくとの考え方も成り立ちうる場所である<sup>108</sup>。さらに、株主よりも役員及び労働者が、当該会社の内部事情を詳しく知っているのであるから、情報効率という観点からも、役員や従業員にそのコントロール権を与える方が合理的であるとの指摘もある<sup>109</sup>。

また、残余請求権者という概念は、債権者や労働者等のその他の請求権者の受け取る金額が契約によって確定している場合に意味を有する概念であるが、実際にはこれらの者の取り分も事後的に変動することが指摘されている<sup>110</sup>。さらに、株主にコントロール権を委ねた場合、会社にとって

---

な機会がないという意味決定のコスト等が原因となりうることにについて、柳川範之「株主総会と取締役会 一権限配分規定について」三輪＝神田＝柳川編/前掲注106・43頁。

<sup>107</sup> 柳川・企業行動（前掲注92）49頁。同書56頁は、実際には、経営者の側が資金提供をしてくれる人を探す場合も少なくとも（新株発行の場合等）、このような状況を想定すると経営者をプリンシパル、株主をエージェントとしてモデル設定した方が整合的であるとしたうえで、そのようなモデルを設定したとしても、プリンシパルである経営者は資金提供者であるエージェントにできるだけ多くの将来利得を保証することで現在の契約をまとめようとするとして、問題は事前段階の交渉力にあることを指摘する。

<sup>108</sup> 伊藤秀史「現代の経済学における株主利益最大化の原則 一契約の不完備性と人的資本の見地から」商事法務1535号（1999）5頁、伊丹/前掲注52・201頁。企業における人的資本の重要性が強まるほど、人的資本の提供者である従業員がコントロール権を握る方がよいかもしれないことを指摘するものとして、久保/前掲注32・27頁。

<sup>109</sup> 従業員主権論が、インセンティブ効率と情報効率の両者の点から合理的である可能性があるとするものとして、伊丹敬之『日本型コーポレートガバナンス』（2000、日本経済新聞社）107頁。

<sup>110</sup> 柳川・企業行動（前掲注92）33頁

短期的には利益になるが長期的には損失となる行動に走ったり、その有限責任ゆえに過度のリスク・テイキングを行ったりする可能性があるなど<sup>111</sup>、当該会社の価値の最大化に結びつくのか疑問がないわけではない<sup>112</sup>。

このように、少なくとも経済学によれば、株主利益最大化原則の貫徹のみによって会社の価値の最大化を達成できるのか疑問の余地がある。また、近時においては、株主だけでなく従業員ら当該会社に関係する様々な関係者の利益を考慮すべきというステークホルダー論がある<sup>113</sup>。この考え方は、株主以外の会社関係者の利益を考慮することで会社の価値を最大化できることを示唆する。

会社の経営にとって、人的資本と物的資本の両方が不可欠であるとすれば、どちらかのみを優先させるのではなく、両者の投資が適切になされるためのインセンティブを与える制度設計が不可欠となると考えられる<sup>114</sup>。

---

<sup>111</sup> 成功確率が低く失敗すれば多額の負債を負う起死回生の事業の実施について、株主は有限責任でありその損失が債権者が負担するため、そのような事業の実施に踏み切る可能性があることについて、金本良嗣＝藤田友敬「株主の有限責任と債権者保護」三輪＝神田＝柳川編/前掲注106・197頁。もっとも、同書は、会社に人的資本を投入している経営者がリスク回避的であることや、会社の評判効果等が、過剰なリスク・テイキングの抑止になる得ることを示唆する。

<sup>112</sup> 他方で、従業員にコントロール権を与えると、仕事の場を維持しながら資本設備の増強で業務の拡大を図ろうとしてしまい、過大な投資要求となる可能性があることを指摘するものとして、伊丹/前掲注52・202頁。

<sup>113</sup> ステークホルダー論について、所有関係のステークホルダー（株主、投資家）、契約関係のステークホルダー（経営者、労働者、取引先）、社会関係のステークホルダー（市民、国）に分類し、従業員を含めたステークホルダー民主主義による企業統治のあり方を検討するものとして毛塚勝利「企業統治と労使関係システム」石田＝大塚編『労働と環境』（早稲田大学21世紀 COE 叢書 企業社会の変容と法創造、2008、日本評論社）47頁。同じく、株主利益最大化だけではなくステークホルダーの利益を重要視しながら労使関係のあり方を再検討するものとして島田陽一「労働法と企業」同書44頁。

<sup>114</sup> 企業活動を物的資本の拠出者と人的資本の拠出者間の動機付け交渉として描き出すものとして、宍戸善一『動機付けの仕組みとしての企業：インセンティブ・システムの法制度論』（2006、有斐閣）。同様に、企業特殊的人的資本の投資のインセンティブを重視するものとして、伊藤秀史「現代の経済学における株主利益最大化の

株主利益最大化原則を貫徹するなど、物的資本の拠出者に全ての権限を付与すると、経営者のオートノミーが失われ、人的資本の拠出者のインセンティブが低下し<sup>115</sup>、ひいては上記学説の危惧する人的資本の過少投資という事態を招きかねないし<sup>116 117</sup>、逆に会社の役員や労働者に対するコントロールが全くできないとすれば、株主や債権者が投資を差し控える事態が想定される。

もちろん、人的資本の拠出者と物的資本の拠出者との間の交渉を行い、合意によって両者にとって望ましい解決に達する可能性がないわけではない。これが完全に可能であれば法的規制を行う必要性は乏しい。しかし、株式会社においては、細分化された株式を保有する株主にとって会社経営を改善する費用が改善した場合の便益を上回ることが多いため、あえて取締役や従業員と交渉するインセンティブは小さく、このような努力がなされにくいとの問題があるうえ（いわゆる合理的無関心）<sup>118</sup>、あらかじめ会社におけるあらゆる事態を想定して契約を締結することは困難という問題もある（いわゆる不完備契約）。株主・債権者・役員・労働者が会社の

---

原則 一契約の不完備性と人的資本の見地から」商事法務1535号(1999)5頁。

<sup>115</sup> 会社の動機付けの交渉において、オートノミーとモニタリングがトレードオフの関係にあり、そのバランスの調整が重要であることを指摘するものとして、宍戸善一「コーポレート・ガバナンスにおける取締役会の意義」フィナンシャル・レビュー2003年12月号75頁。

<sup>116</sup> 株主利益最大化原則が、会社法の用意する経営者のための利害調整の指針となるべき行為規範であり、株主以外の従業員等の利益を等しく考慮すべきとするステークホルダー論は経営決定における経営者の恣意を助長する恐れがあるとするものとして、落合誠一「会社法目的」浜田＝岩原編『新・法律学の争点シリーズ5 会社法の争点』（2009）4頁。

<sup>117</sup> 企業特殊的人的資本の投資を促すためには、企業特殊的人資本に応じた賃金となる雇用契約は、その投資レベルが裁判所にとって観察可能（verifiable）ではないため実現困難であり、将来における企業の賃金の支払いを確保するためのセカンド・ベストの労働契約締結を容易にする手段の一つとして解雇権濫用法理を位置づける見解として、中馬宏之『「解雇権濫用法理」の経済分析 一雇用契約理論の視点から』三輪＝神田＝柳川編/前掲注106・447頁。

<sup>118</sup> 倉澤資成「株主総会の決定プロセス」三輪＝神田＝柳川/前掲注106・120頁、落合/前掲注96・138頁

経営に関して交渉を行い、合意に至ることは実際上も想定し難い。

加えて、物的資本の拠出者である株主や債権者は、当該会社の役員らに比べると、引き抜かれる労働者の情報を十分に有しておらず、当該労働者が退職する場合の影響を認識できない可能性がある。

近時においては、会社役員の忠実義務の根拠として、上記のような物的資本の拠出者の会社経営に対しコントロールの不完全性が挙げられることが多い<sup>119</sup>。そもそも、多くの株式会社においては、多数の株主が存在し、上場会社においてはそれが常に変動しうる以上、集団で意思決定をすることは、株主総会を除いては困難である<sup>120</sup>。他方で、法制度上においては、取締役設置会社において株主総会の権限は限定されている（会社法295条）。取締役の解任及び社外取締役の選任によるコントロールの可能性があるが、社外取締役は会社の内部の情報を十分に有していないこともあり、現実には実際上の経営者の意向が反映された取締役が多く選任される。

そうすると、株主の会社に対するコントロールは不完全なものにとどまっている。債権者については社債権者集会（会社法715条）<sup>121</sup>等を除けば、倒産前のコントロールは債権者代位権、詐害行為取消権に限られる。そうすると、物的資本の拠出者に対する投資のインセンティブを失わせないためにも忠実義務による会社役員に対する統制は不可欠である。

この点に加えて、会社の取締役が自ら勧誘行為を行う場合には、当該会

---

<sup>119</sup> 藤田友敬「忠実義務の機能」法学協会雑誌117巻2号(2000、以下「藤田・忠実義務」と略記する。) 137頁

<sup>120</sup> 宮島英昭＝新田敬祐「株式所有構造の多様化とその帰結」宮島編『日本の企業統治』（2011、東洋経済）105頁によると、1970年～1990年までの期間においては、その会社と長期的な取引関係にある都銀・地銀等、生損保、その他の金融機関といったインサイダーの株式保有比率が高かったが、1990年以降海外投資家が増加し始め、1997年の銀行危機により株式持ち合いの解消が進み、結果としてアウトサイダー（外国人、個人、投資信託、年金信託）の比率が高まったとのことである（もっとも、2005年以降若干の反転傾向もある）。このような、状況下においては、上場会社の株主が契約的な手法等によって会社をコントロールするための交渉費用は増大しているものと考えられる。

<sup>121</sup> 社債権者集会の決議事項として法定されているものは、社債の期限の利益喪失、資本減少・法定準備金の減少・合併又は分割に対する異議等しかない。

社の意思決定のプロセスに問題が生じている点を無視できない。代表取締役が勧誘行為を行う場合はもちろん、平取締役も取締役会を通じて会社の意思決定に参加している以上は、この取締役が敵となることで、会社の自律的な意思決定が害されるおそれがある。

これらの点からすれば、取締役の在職中においては、従業員の退職を勧誘する行為はその態様を問わず忠実義務違反を構成すると解すべきと考えられる。

### 3 分社化事案における子会社の役員による引き抜き

前掲東京地判「リアルゲート」は、代表取締役が引き抜きを行ったという特殊な事案であった。すなわち、原告は、a 社が統括する a グループという企業グループに所属しており、被告 Y1 は a 社の代表取締役という立場にありながら、a 社の代表取締役である B から不当な扱いを受けていたという特殊事情がある。確かに、本件紛争に至る経緯に鑑みれば、本件での Y1 の代表取締役としての地位は形式的なものに過ぎず、分社化していなければ単なる一支店長のような立場であったことが推測される。そうであれば、たまたま a グループが分社化しただけで、分社化しなければ許されていた勧誘行為が許されなくなるのは不当であるようにも思える。

しかし、a 社と原告が別法人である以上、原告には固有の株主がおり、固有の債権者がいるはずである。代表取締役が労働者を連れて別会社に集団で移籍することは、これらの株主や債権者の利益を害することになるだろう。仮に、親会社が株式の大部分を保有していたとしても、少数株主保護の問題がある。そして、仮に原告の全ての株式を保有していたとしても、原告の債権者の利益が害される危険性がある。原告の債権者が a 社やその役員に対し何らかの責任を追及できるのはごく限られた場合のみである<sup>122</sup>。少なくとも少数株主や会社債権者保護のために、取締役にその法

<sup>122</sup> 考えられる親会社に対する責任追及の方法の第一は法人格否認の法理である。この法理が適用可能なのは、法人格の濫用又は法人格の形骸化の事案において適用の可能性がある（最判昭和44.2.27民集23巻2号511頁）。法人格の濫用事案としては①会社法人格の利用による法律規定の潜脱又は契約義務の回避と②会社法人格の利用による債権者許害に分類され、後者はさらに債務免脱のための会社設立と過小

的責任を認めるべきであろう<sup>123</sup>。

### 4 退職後の勧誘行為とその責任

取締役を退任した場合には原則として忠実義務は消滅するはずである<sup>124</sup>。

資本に分かれるとされる（森本滋「判批」会社法判例百選（2006、有斐閣）11頁）。確かに、子会社から親会社からの継続的な利益移転については詐害行為取消権（民法424条）での対処が困難であり、裁判例にはそのような事案について法人格否認の法理で対応しているものがある（子会社搾取事案について法人格否認の法理の適用を認めた仙台地判昭和45.3.26判時588号38頁）。しかし、より一般的に法人格否認の法理を用いた子会社債権者保護は困難であり（江頭憲治郎『会社法人格否認の法理』（1980、東京大学出版会）、子会社債権者保護については有限責任制度の趣旨を基礎に検討されるべきとされる（森本・前掲論文11頁）。

第二に考えられるのは、親会社自身や親会社取締役を、子会社の事実上の取締役としてその責任規定の適用を認めるという方法である。この点について、親会社自身を事実上の取締役とするのは、法人を取締役とするという無理を伴うとして批判される（江頭/前掲注122・410頁）。他方で、自然人が当該会社の実質的な代表者である場合には、取締役の選任がなされていない場合であっても、事実上の取締役として対第三者責任（会社法429条）を負う場合がある。例えば、A会社が無資格者によるX線診療を行っていたため関係者が行政処分を受け営業を継続できなくなり倒産した事案において、A会社を全額出資していたYにつき、債権者の旧商法266条の3の類推適用を認めた東京地判平成2.9.3判時1367号110頁、A会社のホステスが未払賃料相当額を、A会社が事実上倒産状態にあったため、「オーナー」を自称し原告らが代表者と信じていた人物に対し旧商法266条の3に基づき請求した事案で、同条の類推適用を認めた大阪地判平成4.1.27判611号82頁、A会社株式100%を所有するほか、A会社に対する資金援助や物上保証もしているB会社の代表取締役Yが、自身もA会社に対する資金援助をしており、同人の言動とA社の経営状況には密接な対応関係があった事案において、Yに対する旧商法266条の3の適用を認めた京都地判平成4.2.5判時1436号115頁がある（裁判例を紹介したうえで賛成するものとして、北村/前掲注104・171頁）。

<sup>123</sup> 第三者割当等の手続により子会社のファイナンシャル・トンネリングが行われる危険性があり、子会社の少数株主の利益が害され、結果として子会社への投資が減少する可能性を指摘するものとして、宮島英昭＝新田敬祐＝戸善一「親子会社の経済分析」宮島編『日本の企業統治』（2011、東洋経済）332頁。

<sup>124</sup> 吉原和志「判批」ジュリスト920号（1988）38頁は、取締役が辞任した後は、顧客

裁判例も、引抜き行為が取締役を辞任した後であるから忠実義務違反は認められないとしたもの（前掲東京地判〔ラクソン〕）、従前取締役であった者が会社の退職後に訴外会社の取締役となり元従業員らを入社させた事案について忠実義務違反を否定したもの（東京地判平成3.8.30判時1426号125頁〔データイースト〕）がある。

なお、忠実義務が消滅するのは、取締役辞任の意思表示をしたときか、会社が解任の意思表示をしたときか、はたまた退任の登記手続をしたときかという問題がある。この点について、前掲大阪地判〔メイテック〕は、「取締役と会社との間の関係は委任に関する規定に従うものであり、委任契約においては、各当事者はいつでもこれを解除することができる（商法254条3項、民法651条1項）ところ、本件において、被告Aによる取締役辞任の意思表示には、同被告自ら設定した期限以外に、特段の制限が付されているわけではないから、被告藤井は、2月26日をもって原告の取締役の地位を失ったというべきである」とし、後任の取締役が選任されるまで取締役としての義務を負担するという商法258条1項（現行法では会社351条1項）の規定との関係については、「退任取締役としては、後任の取締役が新たに選任されるまで、個人として本来有する経済活動の自由（営業の自由）が制限されることになるのであるから、会社としても、そのよう

---

の獲得に関しても自由競争に委ね、元部下の引抜きも会社法上は自由とすべきとし、その理由として、会社の営業上の秘密や会社の機会は取締役が一方的に奪うことができるのに対して、会社の従業員は、辞任後に勧誘が行われるかぎり、会社と辞任後の取締役との競争が行われる中でいずれの側につくかを自らの意思に基づいて選択するものとする。

神作裕之〔判批〕会社法判例百選（第5版、1992）121頁も、取締役が退任後に競業を行うことは競業禁止契約が締結されていない限り原則として自由であり、引き抜きについても適法になしうとする（なお、神作裕之「取締役・執行役の競業禁止義務に違反する場合」浜田・岩原編『新・法律学の争点シリーズ5 会社法の争点』（2009、有斐閣）141頁は、取締役等が在任中に知得した会社の内部情報や取引先との関係は、退任したからといって一瞬のうちに消滅する性質のものではなく、財産性の強い機会等が奪取されたような場合には、アメリカ法の「会社の機会」のアプローチには一定の合理性があると論じる）。藤原俊雄「退任取締役による従業員の引抜き」民事法情報255号（2007）46頁、笹久保/前掲注96・161頁も同旨。

な状態が発生することをそもそも防止すべきであり、仮にそのような状態が発生した場合には、速やかにこれを解消すべき義務を負担しているというべきである」として、商法258条1項を根拠に、退任取締役に對し、忠実義務違反や競業禁止義務違反を主張することは信義則に反し許されないとした<sup>125</sup>。

また、高知地判平成2.1.23金商844号22頁〔中央物産〕は、商法258条1項が形式的には適用され、後任の取締役に就任する昭和59年7月23日までは取締役としての義務を負担しているとしつつ、退職の意を表明した同年1月8日以降、会社は後任取締役に速やかに選任する義務を尽くしていたならば速やかに選任できたにもかかわらずこれを放置し、もって被告の職業選択の自由を妨害したものであるから、商法258条の趣旨に鑑み、忠実義務違反の主張は権利の濫用として許されないとしている。

このように、退任後の取締役の忠実義務違反について、厳格に解する裁判例が存在している。

他方において、取締役の辞任の時期をあまり考慮しない裁判例もある。例えば、前掲東京地判〔シー・アイ・シー〕は、勧誘行為を行った被告Aは昭和62年12月31日に取締役を辞任しているところ、勧誘行為を開始したのは同年の11月であるが、勧誘行為は昭和63年1月下旬まで行っていた事案について、辞任の前後を問うことなく、忠実義務違反を肯定している。さらに、千葉地松戸支決平成20.7.16金法1863号35頁〔株式会社X〕は、債務者らの行為の目的と態様、行為による債権者会社に対する影響の度合いに照らすと、債務者の行為は、そのほとんどが取締役辞任後のものであるが、信義則上、取締役の善管注意義務、忠実義務に違反するとともに、取締役の競業禁止義務にも違反するものというべきであるとしている。また、前掲大阪地判〔フレックスジャパン〕についても、退職前と退職後の引抜き行為を明確に区別していないと評するものがある<sup>126</sup>。

---

<sup>125</sup> もっとも、同事案は、一人会社という臨時株主総会をいつでも開催できる事案であり（一人会社においてその株主が出席すれば招集手続を要せず株主総会を開催できることについて最判昭和46.6.24民集25巻4号596頁）、かつ同年3月30日に実際に臨時株主総会を開いている事案であった。

<sup>126</sup> 山下昇〔判批〕法政研究70巻2号（2003）479頁。

さらに、前掲東京地判〔リアルゲート〕は、「退職後の勧誘行為についても、これは在職時の勧誘と不可分一体の行為と解されるから、退職直後においてした原告の従業員に対する勧誘行為を含めて、原告の権利を侵害する不法行為を構成するものといわざるを得ない」としている。同判決に対しては、在職中の勧誘行為と取締役退任後の勧誘行為を明確に区別していないとの批判がある。もっとも、同事案は、Y1 が代表取締役を解任されたのは平成16年12月18日であり、それ以前における労働者に対する具体的な勧誘行為は認定されていないが、これらの労働者に対する勧誘行為は、遅くとも代表取締役解任の直後のようである。代表取締役が解任され、後任が決まらない状態においては、対外的な代理権を持つ人がいなくなるため、その会社は労働者との間で新たに労働契約を締結したり、労働契約の内容を変更することができなくなる。このような会社の状態においては、当該会社はより有利な労働契約の締結を行う等引き抜きに対する適切な対抗手段を採るということはおよそ困難というべきであろう。そうすると、Y1 がこれらの者に対する勧誘行為を行った時点においては、会社の意思決定のプロセスに機能不全が生じており、外部的労働市場との間で競争を行うことが困難な状態であったといえる<sup>127</sup>。そして、会社がこのような機能不全に陥っている状態を作出したのは他ならぬY2 自身によるものである。この点からすれば、同判決の結論は妥当であるといえる。

学説上は、上司が特殊な関係を有する部下を引き連れて退職することの合理性を指摘するものがあることは前述のとおりである。この点に加えて、忠実義務を負う時点を明確化することを考えると、在任中に当該労働者に対し勧誘行為を行っていた場合にのみ忠実義務違反が成立すると解すべきであろう。在任中に勧誘行為を行っていたら、取締役退職後に当該労働者が退職したとしても、在任中の忠実義務違反と当該労働者の退職との相当因果関係は認められるであろう。そのうえで、前掲東京地判〔リアルゲート〕のような、代表取締役不在による会社側の意思決定のプロセスが害されているとの特殊事情があれば、これは不法行為を基礎付ける事情とし

<sup>127</sup> 会社の内部者取引の禁止の根拠について、日常的な集権的意思決定が取引機会の追求のための汚染されないことを確保する機能があることを論じるものとして、戸田暁「内部者取引禁止の一機能(1)」法学論叢163巻5号(2008)7頁。

て勘案すべきと考えられる。

## 第5 共同して勧誘行為を行った場合の責任

### 1 共同不法行為の責任

外部者が、労働者の引き抜き行為に関与し、共同被告として訴えられている場合には、直接の勧誘行為を行った労働者との共謀が認められる限りで、広く責任が肯定され、当該労働者との共同不法行為が成立するとしている（単に共謀が認められるとして被告会社の責任を肯定した前掲東京地判〔東京コンピューターサービスⅡ〕、労働者について入社以前から被告会社の名刺が作成されていたことや、勧誘した労働者が勧誘の際に被告会社におけるベースアップについて言及していたこと等から被告会社との共謀を認定した前掲大阪地判〔フレックスジャパン〕、勧誘行為を行った主体が退職直後に就職したY2 について、引き抜き後に共同で顧客の切り替えを行ったとして不法行為を認め、そのY2 を設立し、全面的な支援を行ったY1 についても、退職した労働者の説明会にY1 の従業員が立ち会い、切り替え交渉にも従業員を付き添わせていたとして共同不法行為を肯定した前掲東京地判〔イハシプロパン〕）。

### 2 法人の責任

また、勧誘行為を行った主体が、競業する法人の代表者である場合には、会社の場合には会社法350条、一般社団法人・一般財団法人の場合には一般社団法人及び一般財団法人に関する法律78条、宗教法人であれば宗教法人法11条1項により当該法人に損害賠償責任が認められる（被控訴人Bが勧誘行為を行った事案について、被控訴人Bが代表取締役を務める被控訴人会社について、労働者の募集行為は業務の範囲に含むとして民法44条1項に基づき被控訴人会社の責任を肯定した前掲東京高判〔積水樹脂キャップアイシステム控訴審〕、被告会社の代表取締役であった被告Aが勧誘行為に直接関与していたことから被告会社について会社法350条に基づいて責任を肯定した前掲東京地判〔MVP 総合研究所〕）。

さらに、勧誘行為を行った主体との使用関係及び職務執行性が認められれば、民法715条により使用者も責任を負う（勧誘行為を行ったY3 及びY4

と雇用関係にあった被告会社について民法715条により使用者責任を肯定した東京地判平成17. 10. 28判時1936号87頁〔フラッグスファイブ・プロモーション〕〕。この他、役員等が、その職務を行うにつき悪意又は重過失がある場合には、会社であれば会社法429条1項、一般社団法人・一般財団法人の場合には一般社団法人及び一般財団法人に関する法律117条による責任が肯定される可能性がある<sup>128</sup>。

### 3 引き抜かれる側の会社の取締役働き掛けをした外部者の責任

前掲東京地判〔ネクストジェン〕は、競業会社が、引き抜かれる会社の取締役と労働者の移籍について協議しながらも、具体的な勧誘行為は同取締役任に任せていた事案について、被告Y1らの移籍が原告に重大な影響を与えることを認識していたことは明らかであるとしつつも、被告ネクストジェンが、原告の従業員を移籍させることによって、原告から事業の譲渡を受けたり、原告の顧客を奪ったりすることを意図して被告Y1との協議を開始したとまでは認められないなどとして、競業会社の責任を否定している。同判決は、外部者の引き抜きの場合も、直ちに違法となるのではなく、その態様が悪質な場合に初めて不法行為が成立することを前提にしていると思われる。もっとも、競業会社の取締役と意を通じて労働者を移籍させる行為は、正当な競争行為であるとはいえない。この場合は、不公正な取引方法の一般指定15項の「自己又は自己が株主若しくは役員である会社と国内において競争関係にある会社の株主又は役員に対し、株主権の行使、株式の譲渡、秘密の漏えいその他いかなる方法をもつてするかを問わず、その会社の不利益となるような行為をするように、不当に誘引し、そのかし、又は強制すること」に該当する可能性が高いと考えられる<sup>129</sup>。このような点からすれば、当該会社の取締役に働き掛けて労働者の引き抜きを行う場合には、その態様を問わず、当該外部者に不法行為が成立する

<sup>128</sup> 改正前商法266条ノ3第1項（現在会社法429条1項）が直接損害・間接損害を問わず適用されることについて、最大判昭和44. 11. 26民集23巻11号2150頁を参照。

<sup>129</sup> もっとも、同項は適用の例がない（金井＝川瀨＝泉水編『独占禁止法』（第3版、2010、弘文堂）371頁（金井貴嗣執筆部分）、根岸哲編/前掲注10・524頁（泉水文雄執筆部分））。

と考えるべきであろう。

### 4 勧誘された労働者の責任

労働者の職業選択の自由を考慮すれば、仮に勧誘主体に責任が肯定されとしても、勧誘された労働者については責任を否定すべきであろう。裁判例においても、前掲福岡地久留米支判〔福岡県魚市場〕は、予告期間なくせり人を多数引き抜いた事案について、勧誘主体について懲戒解雇を適法としつつ、せり人について懲戒解雇理由はないとして退職金請求を認容している。

他方で、前掲東京地判〔リアルゲート〕は、代表取締役とともに勧誘行為を行った従業員について責任を肯定している。しかし、同事案においては、前述のとおり、勧誘行為の態様がほとんど論じられないまま責任が肯定されている。忠実義務を負う役員であればそれでも構わないとしても、従業員については責任を緩やかに肯定してしまっているとの疑問を禁じ得ない。代表取締役が勧誘行為を主導した場合には、労働者が協力を求められたらこれを拒みがたい立場にあることからすれば、労働者については、悪質な態様の勧誘行為に加担した場合にのみ責任を肯定すべきであろう。

## 第6 損害の認定について<sup>130</sup>

### 1 総論

最後に、勧誘行為の責任を肯定した場合に、いかなる範囲で損害賠償を認めるべきかについて、裁判例を整理しておきたい。

### 2 引き抜かれた労働者が上げる利益額の喪失分を損害と認めたもの

まず、多くの裁判例においては、引き抜かれた労働者が上げる数か月分の利益額を損害額として認めている。この場合は、年間あたりの営業利益から人件費等の諸経費を引いたうえで、在籍する労働者の人数で除して1

<sup>130</sup> 過去の裁判例につき、青竹正一「取締役の従業員引抜きによる責任と会社の損害」法学新報107巻11・12号（2001、以下、青竹・損害と略記する）1頁、田村/前掲注22・487頁。

人当たりの利益額を算定したうえで、補充に要した期間を認定し、同期間あたりの利益額を損害とする（前掲東京高判〔日本設備控訴審〕、前掲東京地判〔MVP 総合研究所〕）。ただし、勧誘行為を行った主体が退職したことによる売上の減少は考慮しない（前掲東京地判〔ラクソン〕）。なお、労働者 1 人の利益額が不明の場合には、このような損害も認められない場合がある（営業を担当する人員数の増減と手数料収入の増減が関連しているとは言い難いとして損害の発生を認めなかった前掲・東京地判〔アイメックス〕<sup>131)</sup>。

ところで、このような性質の損害を認めた裁判例の多くが、人材派遣業や営業職等、当該労働者その他の労働者との協同関係を肯定しにくい事案であることに注意すべきである。かかる事案では、労働者 1 人の利益額を算出しやすい一方、他の労働者との協同関係によって初めて発揮される効用は認めにくいからである。

ここで、労働者の何か月分の利益額が損害になるかは、その職業の流動性の高さによる。すなわち、流動性が低く人員の補充が容易な職種においては、短い期間の利益額に限られる<sup>132)</sup>。

短い期間の利益額しか損害を認めなかったものとして、前掲東京地判〔ラクソン〕がある。同判決は、原告の英語教材販売業界について、必要とするマネージャー、セールスマンは特別な技能が要求されるものではなく、代替人材の補充、従前の営業体制の回復にさほどの期間を要しないこと、英語教材販売業界はセールスマンの定着率が高くないことを考慮し、推認される粗利益2000万円と現実の粗利益260万円の差額である1740万円のうち、引抜きを行った被告個人の寄与部分2分の1を引いた870万円を損害として認めている。

また、前掲東京高判〔日本設備控訴審〕は、プログラマーの従業員について代替性がないわけではなく、引き抜かれた会社も他社から8名を引き抜き同年度の利益が減少していないこと、新人教育には最低3か月を要す

ることから、3か月あれば体制を元に戻せるとして3か月分の粗収入536万3213円から給与保険料等を控除した191万7458円の逸失利益を認めた。

前掲東京地判〔シー・アイ・シー〕は、原告会社らのようなコンピュータ要員の人材派遣業は定着性のある業種とはいいい難く、就職しても短期間で転職したり、独立したりする傾向が強い業界であり、現に、原告の昭和59年度入社133名中99名が5年以内に退社し、また昭和60年度入社126人のうち53名が5年以内に退社しているなど、原告グループの従業員の定着性がかなり低いことが認められ、仮に本件引抜行為がなかったとしても、引き抜かれた原告等の労働者全員が3年間継続して原告等に在籍していた可能性は極めて少ないものといわざるを得ず、その補充に長期間を要するものとは考えることはできないとして、期間として2か月分の逸失利益に限るのが相当であるとしている。

専門的な業種においては、より長期の利益額を損害として認めるものもある。例えば、前掲東京地判〔リアルゲート〕は、コンピュータプログラマ及びシステム操作要員について、労働者の養成が5か月程度をかけて行われていることからすると、補充には相応の期間を要するとも考えられるとしつつ、他からエンジニアを得て補充することも可能と考えられること、原告の主張する売上の減少についても、本件により原告の幹部の多くが退職したことで原告の営業力も相当に低下したものと考えられ、これがすべてエンジニアの減少による影響であるとまではみられないことなどの事情も考慮して、退職した労働者に係る利益につき、4か月分の限度において認めるのが相当であるとしている。

さらに、前掲東京地判〔MVP 総合研究所〕は、原告の事業は機械・電気等の専門分野を持ついわゆる技術系の人材派遣であって、退職した派遣エンジニアも専門的技術を有する者であるとしながら、派遣エンジニアがおおむね1年の派遣契約に基づいて派遣されていたこと、労働者派遣市場は流動的であり原告においても中途採用も盛んに行われていること、原告従業員の平均勤続年数が2.4年、平均年齢が28.3歳であったことも考慮して、補充するのに必要な期間は6か月として、20人の6か月分の利益額<sup>133)</sup>に

<sup>131)</sup> 損害が発生していないとする結論に賛成するものとして倉見＝土田/前掲注38・594頁。

<sup>132)</sup> 補充が容易に効く場合であるか否か、現実には立ち直りが認められるといった事情は、損害額を低減する方向に斟酌されることについて、田村/前掲注49・1617頁。

<sup>133)</sup> 派遣エンジニア1人当たりの利益額は、1年間における原告の売上高178億0944万6000円から労務費経費118億4680万3000円を引いて、派遣エンジニアの人数2246

弁護士費用300万円を加えた2954万7720円を損害として認めている。

また、前掲東京地判〔ゼンケントップ〕は、訪問販売業の営業マンの定着率が非常に低く、新人営業マンの8割は1年以内に退職することが多いとしつつ、退職した25名が6カ月稼働した場合に会社にもたらしたであろう3074万6765円の損害を認定している。同事案は、定着率が低く専門性も不明であった業種について6カ月の利益を損害としており、他の裁判例に比して長期に過ぎるともいえる<sup>134</sup>。同事案は、取締役が従業員58名中38名を引き抜いたものであり、引き抜きからの回復に時間を要する特殊性があったと考えられる。

### 3 営業利益の減少又は顧客減少を損害として認めたもの

過去の裁判例を見ると、引き抜かれた側の会社が業務の遂行が不可能となった場合、その会社における利益額自体が損害として認定される場合がある。

例えば、前掲前橋地判〔宮子清掃警備緑化工業〕は、被告らの違法行為が存在しなければ、原告会社は、伊勢崎オートレース場警備清掃業務などの受注により、少なくともその主張の期間である2年間は、訴外会社に前記業務を奪われる前の5年間の1年間の平均利益である2360万3187円をそれぞれ得られたはずであり、また、昭和62年4月1日から昭和63年3月31日の1年間に3250万5321円の欠損、昭和63年4月1日から平成元年3月31日の1年間に2393万8451円の欠損をそれぞれ計上することはなかったはずであるから、右金額を合計した1億365万146円が、被告らの行為によって被った原告会社の損害と認められるとしている。

また、前掲東京地判〔USEN 対キャンシステム〕も、労働者の大量引抜き行為と顧客奪取行為が連動していた事案において、売上高から人件費及び諸経費を控除した営業利益の喪失を損害としたうえで、不法行為開始前2年の営業利益合計が11億6781万4906円であったのに対し、不法行為開始後2年の営業利益合計がマイナス8億8408万2175円であり、2年間に失っ

---

人で除して計算している。

<sup>134</sup> 同判決が6カ月全額の逸失利益を認めたのは原告に甘過ぎると評するものとして、蔡/前掲注94・133頁。

た営業利益は20億5189万7081円であり、受信契約の契約期間が2年であることから、この2年分の営業利益20億5189万7081円の損害賠償を認めている。

この他、原告が被告に保守業務を業務委託をしていたという特殊な事案について、引き抜きにより保守業務ができなくなったとして、業務委託契約の代金2520万円と経費を合わせた額から、労働者の給与額を引いた1344万6288円を損害と認めたほか、システム開発案件を受注する予定が引き抜きによりできなくなったとして、その利益分である3643万4000円の損害も認め、弁護士費用も含め5486万8288円及び遅延損害金の賠償を認めた前掲東京地判〔ネクストジェン〕もある。

もっとも、このような会社の売上げそのものの減少について損害と認定できるのは会社の業務遂行がほとんど不可能となるような特殊な場合に限られる。

前掲東京地判〔東日本自動車用品〕も、昭和45年4月ないし6月における売上げを金1575万0877円であり、同社の右売上高に対する利益率は7.5パーセントであるとしてこれに乗じた118万1315円及び弁護士費用30万円を認めたが、同事案は、他会社設立のみならず、原告の商品名と類似する商品名の商品を販売し顧客を奪取したという特殊性がある。

他方で、名古屋地判昭和63.3.4判時1282号156頁〔日本教育事業団〕は、「一般に雇用関係において、労働者が労務提供義務に附随する忠実義務を怠ったような場合に、右義務違反と使用者に生じた営業不振等による損害との間に定型的な因果関係を認めることは困難である」としつつ、被告と取引先は右教材に関する専属販売契約を締結していたところ、被告は、右専属販売契約を破棄して漸次取引先の影響力から離脱しようとしていたものであり、取引先教材の売上及び取引先教材関係の学習塾生徒数が従前の実績をそのまま維持していたであろうと推認することはできないとして損害との相当因果関係を否定している。

また、前掲東京高判〔積水樹脂キャップアイシステム控訴審〕も、引き抜き行為と控訴人会社の売上げの上記の減少額との対応関係を具体的に明確にする的確な証拠がないばかりでなく、労働者の退職や顧客による取引停止には、程度の差はあるものの、労働者、顧客の意思が介在していることは否定できないことなどの事情から売上減少を損害と認めなかつ

た。

次に、労働者の引き抜きが顧客奪取と連動する場合には、顧客の喪失による営業利益の損失を損害と認定することができる。前掲東京地判〔東京学習協力会〕は「原告に対し昭和61年6月ないし8月に退塾届けを提出した合計117名について、《証拠省略》に記載されているうち、昭和61年度の夏期講習及び9月ないし11月の期間中の授業料に相当する金額の限度で収入を金1255万6000円と試算し、これから必要経費を控除することにより得られる利益率が30パーセントであるとして原告の逸失利益を算定すると、その金額は金376万6800円となる」としている。

前掲東京地判〔イハシプロパン〕も、一斉引抜きの影響を脱したとみられる平成13年12月1日までの間に、ガス供給契約を原告から被告Y2に切り替えた1336戸について、1戸あたりの年間営業利益<sup>135</sup>の6か月分である1万3686円を乗じた1828万4496円としている。

これに対し、顧客の転換の可能性が低い業種については、より長期の期間についての顧客喪失が損害と認定される場合がある。前掲東京地判〔厚生会協立クリニック〕は、転院した患者46名の保険請求額から薬品、材料費及び消費税を控除した1556万6280円が1か月あたりの損害と主張されているが、人件費も控除すべきであるとともに、勧誘行為により転院した患者数はより少なかった可能性があるとして1か月あたりの損害額を300万円として、この2年分の7200万円の賠償を認めている。同判決は、別の文脈であるが、慢性腎不全患者は死亡か転居以外の転院が希であると認定しており、このことが2年分の顧客の利益を認める根拠となっていると考えられる。

以上のとおり、営業利益の減少や顧客の減少による損失を損害と認めた裁判例は、単なる引き抜きの場合ではなく、いずれも引き抜かれた企業に壊滅的な打撃を与え得るような大規模な引き抜きであることが分かる。前

述のとおり、引き抜かれる側の企業を壊滅させる引き抜きは、引き抜かれる側の企業の物的資本や人的資本のほとんどを埋没させる可能性が高く、社会全体の効率性を害するものである。そうであるとすれば、吸収合併やせいぜい敵対的買収といった、より物的資本及び人的資本を埋没させない方法に誘導させるよう方が望ましいと考えられる。

#### 4 研修費用の損害を認めるもの

裁判例においては、研修期間終了後について研修費用の賠償を否定した裁判例があるすなわち、前掲東京地判〔日本設備一審〕は、新人として採用した労働者は、新人教育の期間中といえども、収益こそもたらさないが原告の指揮のもと労務を提供しており、給与等はその対価ないし必要経費とみるべきものであるとして損害を認めなかった<sup>136</sup>。

他方で、研修期間中の従業員が引き抜かれた場合には、その教育費用について損害として認めた裁判例として前掲東京地判〔ゼンケントップ〕がある（研修期間中に支払われた固定給を教育費用と認め損害とした）。

前述のとおり、通常の労働者の引き抜きの場合には、引き抜いた側が労働の対価に見合った賃金を支給しなければならない一方、引き抜かれた側は賃金の支払義務を免れるため、単純にフリーライドと結論付けることはできない。しかし、研修中や研修直後の従業員の引き抜きの場合、企業の当該労働者に対する投資が見返りを上回る状態となっているため、フリーライドによる外部性の問題が生じる。そうすると、研修中又は研修直後の労働者に対する引き抜きには一定の賠償を認めた方がよさそうである。

もっとも、研修費用が、引き抜きによって被った損害であることは自明の理ではない。なぜならば、研修費用は既に支出されているものであり、引き抜きの有無にかかわらず、費用としては支出されたままであるからである<sup>137</sup>。学説においては、この点を考慮して、将来の労働者の補充に同等

<sup>135</sup> 1戸あたりの年間営業利益は、平成12年度の営業利益（粗利益から固定経費を除く販売管理費を差し引いた後の利益）の合計が2億3612万3524円であり、同年度における顧客数が8626戸なので、これを除した2万7373円としている。なお、同判決においては、人件費の減少が損益相殺の対象となる旨の主張がなされたが、営業利益の算定において既に人件費を控除しているとして損益相殺を認めなかった。

<sup>136</sup> 賛成するものとして、吉原/前掲注124・40頁。

<sup>137</sup> 笹久保/前掲注96・164頁は、同判決が研修期間中の従業員の教育費用の賠償を認めたことに賛成する一方、教育と売上実績、逸失利益には一定のつながりがあり、会社は教育費用の見返りを得ているとして、研修期間終了後の従業員の教育費用を損害と認めるべきではないとしている。蔡/前掲注94・133頁も、教育費用は会社の

の費用を要することを根拠として賠償を認めるものもある<sup>138</sup>。

近時、学説において、被害者が不法行為前に一定の支出を行ったところ、その支出によって企図していたことが、当該不法行為によって実現できなくなった場合に、そのような支出を損害ととらえる、いわゆる支出賠償の可能性を論じるものがある<sup>139</sup>。同学説の発想に従うならば、労働者の退職という事実を損害として把握したうえで、民事訴訟法248条を適用しつつ、当該労働者が研修費用を支出するのに値することを根拠として、研修費用を賠償額として考えることは可能かもしれない。ただし、研修期間終了後、低賃金で就労させている場合には、研修費用をこれにより回収している可能性があるので、この点を考慮して金銭的評価を低く見積もるべきである。

## 5 民事訴訟法248条を適用するものその他

他方で、民事訴訟法248条を適用して無形損害として400万円の賠償を命じる判決もある（引抜かれた会社の社会的、経済的信用が減少したことが認められるとしてその他の根拠なく400万円の賠償を命じた前掲大阪高判〔日本コンベンションサービス控訴審〕、最判平成12.6.16判労784号16頁〔同上告審〕により上告棄却<sup>140</sup>）。しかし、この判決はどのような性質の損

---

一般的必要経費であり、研修中の従業員の教育費用についてもこれを認めるべきではないとする（前掲東京地判〔ゼンケントップ〕の結論に反対）。

<sup>138</sup> 青竹・損害（前掲注130）19頁は、逸失利益と引抜きにより無駄になった教育費用は損害項目を異にし、また、研修を終了していた従業員の退職後に従業員を補充し、元の体制に復帰するために再度、教育費用を要することになるのが通常であるとして、教育・研修期間中に支給した明らかに労務の対価といえない給与や特別の研修費用は損害として認めるべきであるとする。

<sup>139</sup> 金丸義衡「不法行為法における支出賠償の構造（1）～（2・完）」法学論叢156巻1号（2004）59頁、2号（2005）85頁。かかる支出賠償について、賠償額算定不能の場合に、民事訴訟法248条の適用による不確実性を回避することを可能とする実体法上の基準を訴訟法に対して提示する役割があるとする。ただし、同論文は、引き抜きの事案について支出賠償の可能性を認めるような記載はなく、第三者による契約侵害との関係を明らかにすべきという記載があるのみである（同・構造（2）102頁）。

<sup>140</sup> なお、原審（大阪地判平成8.12.25判時1686号132頁）は、忠実義務違反を肯定しながらも、損害の立証がないとして損害賠償請求を棄却していた。

害かについても論じておらず、このような損害を認定することについて疑問を呈する学説もある<sup>141</sup>。

さらに、前掲東京高判〔積水樹脂キャップアイシステム〕も、売上高の減少10億0513万円に利益率28.3パーセントを乗じた2億8445万円を損害として主張していたところ、売り上げの減少には従業員、顧客の意思が介在しており全てを損失として認めることは困難であるとしたうえで、一切の事情を考慮し民事訴訟法248条により4000万円の損害を認めている（この他にアンサーキット1800個分の価格合計に利益率を乗じた254万7000円の損害賠償を認めている）。

その後、前掲東京地判〔イハシプロパン〕は、①被告らによる労働者の一斉引抜きにより、原告会社の存亡の危機から脱却するために、多大な時間と費用を要したという損害、②被告らによる原告顧客の奪取により、顧客を取り戻すために費やさざるを得なかった作業に要した時間と労力という損害について同条に基づいて請求した事案について、同条は、損害の発生については、その賠償を請求する者において立証を尽くしていることを前提としていると解されるところ、原告の主張する各損害は、果たしていかなる形で原告に生じたというのか明らかとはいえず、損害の発生について立証が尽くされたとはいえないとして、248条の適用を認めなかった<sup>142</sup>。

ところで、民事訴訟法248条については、いかなる場面に適用すべきものであるのか学説上の対立がある。学説においては、同条の適用対象とし

---

<sup>141</sup> 森戸英幸〔判批〕ジュリスト1171号（2000）106頁は、民事訴訟法248条はどのような性質の損害であるかの認定もしなくてよいわけではないとし、400万円の損害が売上減少分であるとすれば、そのような売上減少が立証できなかった以上、損害を認めない結論でもよかったと論じている。

これに対し、青竹・損害（前掲注130）23頁は、同判決について退職した人数、会社の規模・営業状態など、損害額について一応の心証を得るに至った基準・事情を明らかにする必要があるとしつつ、一般論としてはこのような会社の社会的経済的信用の低下について248条の適用を認めるべきとする。

<sup>142</sup> 尾崎/前掲注97・155頁は、同判決に対し、3か月分の顧客の逸失利益を認めることは、奪取された顧客の再奪取に成功した認定をしている以上、二重取りが生じているとしつつも、再交渉のための費用は生じている以上この点を考慮し民事訴訟法248条を適用してもよいとする。

て、①慰謝料の算定、②幼児の逸失利益、③焼失家財道具の算定が主として議論されているところ、③の家財道具の算定を含むかは大きな議論のあるところである<sup>143</sup>。もっとも、③の焼失家財道具の算定の事案においても、そこに一定程度の家具があったことの蓋然性があることを前提にしている。裁判例においても、そこに動産があったことの蓋然性が認められる場合において民事訴訟法248条を適用している例が多い<sup>144</sup>。

これに対し、前掲大阪高判〔日本コンベンションサービス控訴審〕の事案は、損害が何かすら不明である。このような場合に、民事訴訟法248条を適用することは、焼失家財道具の事案よりもより抽象的な損害を認めることになりかねず、同条の適用範囲を無限定にすることになってしまう。

確かに、学説上においては、経済的損失について損害事実と損害額を明確に区別することが困難であり、損害事実の発生を含めて民事訴訟法248

---

<sup>143</sup> 立法担当者は、幼児の逸失利益と慰謝料の算定に同条の適用があるとしていた（法務省民事局参事官室編『一問一答 新民事訴訟法』（1996、商事法務研究会）288頁）。これに対し、学説においては焼失家財道具の算定についても同条の適用を肯定するものがある（伊藤眞『民事訴訟法』（第3版再訂版、2006、有斐閣）324頁、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法 下』（2004、有斐閣）55頁）。これに対し、同条は、損害額の評価という本来裁判官の自由な裁量に委ねられたものに、一定の「枠」をはめた実体法上の規定と理解するものとして、平井宜雄「民事訴訟法248条に関する実体法学的考察」同『不法行為法理論の諸相』（2011、有斐閣、初出2001）259頁。

<sup>144</sup> 建物内にストーブ、桐だんす2卓、茶だんす、シングルベッド2台、寝具、洋服だんす、整理だんす、三面鏡（ドレッサー）、神棚（お宮）、仏壇、学習机・イス、本箱、スチール棚等の多数の家財道具及びガムテープで梱包された多数の段ボール箱等の大量の動産類があったところ、これを違法に廃棄した事案について、本件残置動産類の品目等を総合考慮して損害額を民事訴訟法248条により100万円と認定した東京地判平成14. 4. 22判時1801号97頁〔レイنز・コーポレーション〕、火災保険の保険金請求訴訟において、①商品については、商品の8割に不良返品票が添付されていたため、会社の主張する損害額から被告会社の所有物ではない委託保管在庫分を控除した額の2割を相当な損害と認め、②什器備品については、減価償却を終了した資産についても一応の価格が残存することに鑑み、被告会社が主張する什器備品の購入価格の合計の約10パーセント相当額である200万円をもって相当な損害と認定した大阪地判平成15. 10. 3判タ1153号254頁〔富士火災海上保険・火災保険金請求権不存在確認〕がある。

条でカバーされているとする見解がある<sup>145</sup>。

しかし、過度の損害を認めれば、労働者の転職の自由という前提と両立せず、勧誘行為を過度に委縮させることになりかねない。前掲大阪高判〔日本コンベンションサービス控訴審〕のような損害の内容すら不明である場合には、同条は適用せず、せいぜい前掲東京高判〔積水樹脂キャップアイシステム控訴審〕のように、一定の営業利益の減少を認定したうえで、顧客の自由意思による損害減少を考慮して損害額を調整する段階において248条を適用することが許されると解すべきであろう。また、前述したように当該労働者の就労できなくなったという損害の算定を研修費用とする際に248条を適用することもあり得てよいであろう。

なお、多くの裁判例は、引抜き行為により会社の社会的・経済的信用が失墜したことを根拠とする損害賠償は認められていない（前掲東京地裁〔日本設備一審〕、前掲東京高判〔同控訴審〕）。もっとも、被告会社が複数回の電波法違反の告発を行った事案について、告発が原告を窮地に追い込む目的で行われたものであり、告発のかかる案件が全て電波法違反に該当する確かな証拠もないとして、社会的評価の低下による無形損害を50万円とし、さらに、勧誘された側の代表取締役の精神的苦痛を加えて100万円及び弁護士費用10万円の賠償を認めたものもある（逸失利益として496万1425円と遅延損害金の支払も認容した裁判例であるが、前掲松山地判〔南海通信工業〕）。

---

<sup>145</sup> 取引的不法行為の事案についてであるが、潮見佳男『不法行為法』（2005、信山社）237頁。ただし、同説も、相当額認定の基礎とした事情とそれをどのように考慮したかについて判決理由中に記載するのが望ましいとしている。

公共入札についての談合等の場合の損害については民事訴訟法248条が適用される場合が多い。例えば、請負代金額の1割を相当な損害とした鳥取地判平成12. 3. 28平成8（行ウ）1〔日本下水道事業団発注電気設備工事入札談合〕、公取委の審査が開始された後には、落札額が4. 69%下落しているとして、価格の4. 69%に消費税分を乗じた額の損害を認めた東京地判平成21. 5. 28判時2060号65頁〔立川市工事談合控訴審〕、価格の5%の損害を認めた佐賀地判平成23. 1. 21平成20（行ウ）4〔伊万里市随意契約住民訴訟〕等がある。

## 6 損害についての小括

以上のとおり、引き抜きについて責任を認めた判決は、損害が生じたものと認定できる限度において、損害を認定している。

ところで、取締役が競業避止義務に違反する行為を行った場合、旧商法においては当該取引を会社のためにしたとみなす介入権の規定があり（旧商法264条3項）、会社法においても取締役の得た利益を会社の損害と推定する規定がある（423条2項）<sup>146</sup>。このような競業者が得た利益を損害とする利益吐き出し型の賠償について、引き抜きの裁判例において認めたものは見当たらない。

引き抜きによるシナジー効果が観念できるのであれば、引き抜きにより引き抜かれる側の企業に生じた損害が、引き抜く側の得た利益を下回る場合も考えられなくはない。そのような場合、引き抜きを実効的に抑止するには、利益吐き出しの賠償を認める必要があるとの結論にも至り得る。このような利益吐き出しの賠償は、結果として、当事者の任意の交渉を促進するという機能があるとされる<sup>147</sup>。

しかし、利益吐き出しの損害賠償を肯定することになれば、引き抜きを行うことが経済的に無意味となることから、過度に委縮効果が働くという

<sup>146</sup> 会社法423条2項の立法経緯について、相澤哲編『一問一答 新・会社法』（2005、商事法務）127頁を参照。

<sup>147</sup> 学説においては、property rules と liability rules の議論がある（グイド・カラブレizzi＝A・ダグラス・メラムド（松浦以津子訳）「所有権法ルール、損害賠償法ルール、不可譲な権限ルール：大聖堂の一考察」松浦好治編訳『不法行為法の新世界』（1994、木鐸社）115頁、藤田・忠実義務（前掲注119）150頁）。property rules は、ある者に財産についての排他的な権限を与え、その者の承諾のない限り当該財産に対して第三者は侵害・処分することが許されず、被侵害者は無条件でそれを排除することが許されるルールであり、具体的には侵害の場合に利益吐き出し、差止め、懲罰的損害賠償を認めるべきとされる。他方で、liability rules は、第三者はその者の承諾を得ることなく自由に侵害することが許されるが、それによって生じた損害を賠償しなくてはならないとするルールである。そして、前者は、当事者の現実の交渉を強制するため、裁判所に侵害者が侵害行為を行わないことに要するコストがどれだけかかるかという困難な判断を強いることがないため、事前交渉のコストが低く、裁判所の事後的な判断の困難がある場合には property rules が望ましいとされる。

懸念がないわけではない。また、利益吐き出し型の賠償を認めることが、当事者の任意の交渉を促進するとしても、引き抜きの場合には特に引き抜く側の企業が当該労働者の十分な情報を有していないことからすれば、当事者の合意による従業員の移籍の可能性は低いと考えられる。従業員の移籍について企業間の任意の交渉に任せることは、従業員の移籍の可能性を大きく奪ってしまう可能性がある。

そうすると、原則として当該従業員の補充に要する期間において得られる利益額の限度でのみ損害賠償を認める裁判例の態度は、労働者の転職の自由が過度に制約されないよう配慮したものといえることができる。また、この点からすれば、損害の内実を明らかにしないまま民事訴訟法248条の適用を認めることも問題であり、あくまで損害の発生が認定できる場合において、損害額の算定を行う際にのみ同条を用いるべきであろう。

### 【付記】

本稿は、平成22年2月27日労働判例研究会で、平成22年5月8日知的財産法研究会で報告した内容を基にして、作成したものです。それぞれの研究会で報告の機会を与えて頂いた道幸哲也先生、田村善之先生及び貴重なご意見を頂いた参加者の皆様にこの場を借りてお礼申し上げます。また、報告後にも、田村善之先生から丁寧な指導を頂きました。重ねてお礼申し上げます。