

平成15年(ネ)第3073号 損害賠償等請求控訴事件
平成15年(ネ)第4455号 同附帯控訴事件
(原審・さいたま地方裁判所平成7年(ワ)第1274号(損害賠償等請求事件))
平成15年10月28日口頭弁論終結
判 決

控訴人・附帯被控訴人
控訴人・附帯被控訴人
両名訴訟代理人弁護士
同
同
同

A
株式会社タカノ
白石道泰
児玉隆晴
高橋信行
山崎純一郎
株式会社関東ライティング
西村健三

被控訴人・附帯控訴人
訴訟代理人弁護士
(以下、控訴人・附帯被控訴人らを、それぞれ、「控訴人A」、「控訴人タカノ」といい、併せて「控訴人ら」という。また、被控訴人・附帯控訴人を「被控訴人」という。)

主 文

本件控訴及び本件附帯控訴をいずれも棄却する。
当審における訴訟費用は、控訴費用及び附帯控訴費用を通じて10分し、その7を控訴人らの負担とし、その余を被控訴人の負担とする。
事実及び理由

第1 当事者の求めた裁判

1 控訴人ら

- (1) 原判決中、控訴人ら敗訴部分を取り消す。
- (2) 上記控訴人ら敗訴部分に係る被控訴人の請求を棄却する。
- (3) 本件附帯控訴を棄却する。
- (4) 訴訟費用は、第1, 2審を通じて、被控訴人の負担とする。

2 被控訴人

- (1) 原判決主文第2項中控訴人らに係る部分を次のとおりに変更する。
控訴人らは、被控訴人に対し、連帯して、185万7500円及びこれに対する平成8年3月末日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。
- (2) 本件控訴をいずれも棄却する。
- (3) 訴訟費用は、第1, 2審を通じて、控訴人らの負担とする。

第2 事案の概要等

1 控訴人タカノ及び被控訴人は、いずれも、商店街等に設置する街路灯等の販売等を業とする会社である。控訴人Aは、元被控訴人の従業員であり、退職した後、控訴人タカノに入社した。

被控訴人は、控訴人タカノが、控訴人A等、被控訴人の従業員を引き抜き、既に成立するか、あるいは成立がほぼ確定するかしていた、被控訴人と商店会(複数)との間の街路灯の設置販売契約を、破棄させたり、成立を妨げさせたりした上で、被控訴人の商品に類似した街路灯をそれら商店会に販売した、として、控訴人らに対し、不正競争防止法、合意に基づく競業避止義務違反等を理由に、損害賠償等の支払を請求した。商店会に対しては、売買契約の債務不履行に基づく損害賠償を請求した。

なお、当初の被告には、控訴人A以外の被控訴人の元従業員も含まれており、また、当初の訴えでは、損害賠償のほか、被控訴人を誹謗中傷する行為の中止も請求されていた。しかし、控訴人A以外の元従業員に対する訴え、控訴人らに対する損害賠償以外の請求に係る訴えは、いずれも、原審の段階で取り下げられた。

原判決は、控訴人らに対する請求を一部認め、その余を棄却した。

2 被控訴人がした請求及びその原因の概要は、以下のとおりである。

(1) 控訴人タカノ及び同Aが、被控訴人の商品である街路灯(その形態は別紙1(昭和タイプ)及び同2(サッカーボールタイプ)のとおりである。以下、それぞれ、「被控訴人商品1」、「被控訴人商品2」という。)のうち、被控訴人商品1と形態が類似する街路灯(その形態は別紙3のとおりである。以下「控訴人商品」という。)を販売したことによる、商品主体混同行為(平成11年法律第33号による改正前の不正競争防止法(以下、単に「不正競争防止法」という。)2条1項1号、同法4条)に基づく損害賠償請求

(2) 控訴人Aが、被控訴人の取引先情報等の営業秘密を漏洩し、控訴人らがそ

れを用いて営業活動を行ったことに基づく損害賠償請求（不正競争防止法2条1項7号，同法4条）

(3) 控訴人らが，被控訴人を誹謗中傷する内容の虚偽の事実を告知し，その信用を毀損したことに基づく損害賠償請求（不正競争防止法2条1項11号，同法4条）

(4) 控訴人タカノが，被控訴人の取引先を奪うことを目的として，その従業員を引き抜き，街路灯のデザインを盗用し（不法行為），控訴人Aが，被控訴人との間で取り交わした誓約書（以下「本件誓約書」という。）に定められた競業避止等の義務（以下，原判決と同様に，その内容を，「本件競業避止義務」という。）に違反して，被控訴人在職中に獲得した取引先情報を利用して（不法行為ないし債務不履行），控訴人らが，被控訴人の取引先への営業活動等を行ったことによる，違法競業行為に基づく損害賠償請求

(5) 被控訴人の取引先（商店会）に対する，売買契約の債務不履行ないし商品主体混同行為（不正競争防止法2条1項1号に基づく損害賠償請求（本件では，控訴及び附帯控訴のいずれの対象にもなっていない。）

3 原判決は，

(1)の請求を，被控訴人の街路灯の商品の形態には，特別顕著性がなく，不正競争防止法2条1項1号の「商品等表示」に該当しない，とし，また，出所の具体的混同の危険もなかった，として排斥した。

(2)の請求を，被控訴人の主張する「営業秘密」には，その具体的な内容について明らかでないものがあり，また，その秘密管理性，有用性及び非公知性の主張・立証もない，として排斥した。

(3)の請求を，被控訴人が主張する，控訴人らのなした誹謗中傷は，そのような誹謗中傷自体が認められないか，事実に反したと認めるに足りないか，損害との因果関係が明らかでないか，いずれかである，として排斥した。

(4)の請求を，街路灯の販売が，商店会の役員等に対する多数回にわたる訪問説明，彼らとの良好な人間関係の形成等，長期間の地道な営業活動を要するものであること，本件誓約書における競業禁止期間が6か月と比較的短期間であること，代償措置（説明会等，業務進捗の節目毎の奨励金の支給）があることを理由に，控訴人Aが本件競業避止義務を負うことを認めた上で，原審被告土手町商工会（以下「土手町会」という。），同原市大通り商店会（以下「原市会」という。）との契約について，同控訴人の違法な競業行為の存在を認めて（控訴人タカノについては，故意による債権侵害の不法行為がある，とした。），部分的に認容した。

西上尾商友会の関係では，器具注文書等の作成にすら至っておらず，成約を遂げ相応の営業利益を得る高度の蓋然性があつたものとは認められないとして，損害の発生を認めなかった。

(5)の請求は，被控訴人商品1及び2の形態は，「商品等表示」に該当せず，また，土手町会及び原市会との間に確定的な契約が成立したとはいえないとして，排斥した。

4 当事者双方の主張は，次のとおり付加するほか，原判決の「事実及び理由」の「第2 事案の概要」記載のとおりであるから，これを引用する。

第3 当審における控訴人らの主張の要点

1 土手町会及び原市会との工事請負契約の成立の蓋然性について

(1) 被控訴人と土手町会及び原市会との間で工事請負契約が締結されることが予定されていた，という事実はない。

この事実の存在を前提に，控訴人らの違法競業行為の成立を認めたのは，原判決の誤りである。

(2) 原判決は，被控訴人と土手町会との間の，平成5年10月13日付けで作成された器具注文書及び工事注文書による合意（以下，原判決と同じく「本件合意1」という。），原市会との間の，平成5年3月17日付けで作成された器具注文書及び工事注文書による合意（以下，原判決と同じく「本件合意2」という。）について，「原告は，前記のとおり，被告土手町会及び同原市会との間で，それぞれ器具注文書等による合意（本件合意1，2）に至っていたところ，前記認定事実及び弁論の全趣旨に照らすと，これらの合意は，これに対応した補助金の交付が確定した後，被告土手町及び同原市会が原告に対し街路灯設置工事（街路灯購入及び設置工事）を発注する旨を意味するものと認めることができるから，原告は，この街路灯設置工事を請け負うことによって，相応の営業利益を得る高度の蓋然性があつたものと認められる・・・」（判決書38頁18行目～25行目），としている。

(3) しかしながら、上記器具注文書等が、原判決認定のとおり合意（本件合意1, 2）の成立を意味するものであったとしても、原判決の上記の認定からも明らかなとおり、上記器具注文書等は、停止条件付き売買契約書でも停止条件付き請負契約書でもない。しかも、当時、被控訴人と土手町会、原市会との間には、上記器具注文書等のおりの工事請負契約が締結される状況は存在しなかったのである。

原判決が認定しているとおり、街路灯設置の補助金交付の手続は、

i 市町村は、事業予定年度の前年9月に、商店会に対し、街路灯設置事業実施の有無についてアンケート調査を実施し、商店会は、実施計画がある場合には、その年の10月頃までに、参考見積書等を提出する。

ii 市町村は、その年の11月頃までに、県に対し、県の各市町村に対する予算の参考資料として、商店会から提出された上記参考資料等を提出する。

iii 県は、各市町村に対する予算を決定する審査中で、上記補助金助成の対象とすべき商店会を選別した上で予算組を行い、翌年（実施計画年）3月頃に、県議会へ予算案を上程し、議会において審議の上、これを可決承認する。

iv 市町村及び県は、当年4月頃ないし5月頃にかけて、補助金の額等について協議を行い、当年5月頃には、対象商店会に対してヒヤリングが実施され、県は、当年8月頃に、各商店会に対し補助金交付の内定通知をする。

v 内定通知を受けた商店会は、当年9月頃に、正式な補助金交付申請書類一式を作成し、申請手続をする。

これに要する書類の内容等は、県が指定しており、街路灯設置計画図、見積書、道路占有許可証、会員名簿等が必要とされる。これらの書類の現実の作成に当たり、申請事務を代行するのは、原告（判決注・被控訴人を指す。）のような当該商店会に対する営業活動を行ってきた業者である。

県は、当年10月頃に、対象商店会に対し、補助金交付の正式決定を通知し、商店会は、その後、業者との間で街路灯設置のための工事請負契約を締結する。

そして、一般的には、正式決定通知受領後45日以内に、街路灯設置工事が着工される。」（判決書26頁20行目～27頁19行目）

というものである。これによると、器具注文書を作成してから工事請負契約の締結までに1年以上かかることが明らかである。

埼玉県及び同県所在の市町村は、「街路灯設置に要する費用のうち、各3分の1相当の補助金を支出するものとされて」おり（判決書26頁15行目～16行目）、商店会の中には、この取扱いを悪用して、設置費用を水増しした見積書を作成し、商店会等が本来負担すべき3分の1の費用の支出を免れるところもあった。この事実は、平成5年11月ころ、表面化し、埼玉県は、事実調査が完了するまでの間、平成6年度以降に実施を予定していた街路灯設置のための補助金制度の実施を見合わせることにした。これにより、土手町会及び原市会は、平成6年度において、自己負担なしには街路灯設置工事を発注することができなくなった。

このような状況の下では、器具注文書が作成されていたからといって、被控訴人との間の工事請負契約が締結されることが予定されていたとすることはできない。

2 違法競業行為について

控訴人Aが、本件競業避止義務を負うのは、平成7年7月25日までである。同日以降の行為については、他人に指示して競業行為をなさしめたとしても、控訴人Aが本件競業避止義務違反に基づく債務不履行責任を負うことはない。

しかるに、原判決は、平成7年7月25日までの間に、控訴人Aが、B（以下「B」という。）、C（以下「C」という。）、D（以下「D」という。）に指示して、営業活動をさせた回数すら特定していない。もっとも、Bについては同年4月に1回、Cについては同年6月に1回営業を行ったことは認定しているものの、1回程度では、競業避止義務違反とはいえないはずである。

3 当審における被控訴人の主張に対する認否

当審における被控訴人の主張のうち、判決の引用部分は認め、その余はすべて争う。

第4 当審における被控訴人の主張

1 被控訴人商品1の形態の特別顕著性等について

(1) 埼玉県地方の商店会において、被控訴人商品1は、著名な商品表示であった。

被控訴人は、多数のデザイナー、営業部員等を擁して、独自性のある街路

灯を開発し、少なくとも埼玉県地方においては、多額の人件費をかけて、ローラー作戦ともいべき営業展開をしてきた。その結果、平成3年から6年ころにかけては、同地方において、60%から70%のシェア（市場占有率）を保持していた。

したがって、被控訴人商品1の形態を冒用する行為は、本来自ら行うべき商品開発努力、営業上の努力や宣伝活動を省き、費用や時間の節約を図った、アンフェア（不公正）な行為であって、仮にそれによって混同が生じないとしても、著名表示のグッドウィル（顧客吸引力）にフリーライド（ただ乗り）するものであることが明らかである。このような控訴人らの行為は、不正競争防止法2条1項2号に該当する。

(2) 特別顕著性についていえば、本件における商店会等の役員は、常日ごろ街路灯に興味を持ち、注目しているから、他の街路灯と比較的差異が少ない形態であっても、特別に顕著であると認識するものである。

2 違法競業行為について

(1) 原判決は、西上尾商友会について、「同会との間では、器具注文書の作成は勿論、未だ説明会の開催にすら至っておらず、かえって、平成5年6月3日、同商店会から同業他社（賛光）と仮契約締結済である旨申し述べられていたことは、前記認定のとおりであるから、原告が、西上尾商友会について、成約を遂げ相応の営業利益を得る高度の蓋然性があったものと認めることはできない・・・」（判決書40頁4行目～9行目）、と判断した。

(2) しかし、被控訴人は、平成3年6月以降、多額の営業経費を投じて、西上尾商友会に対し営業活動をしてきた。

控訴人Aも、平成4年2月以降数回にわたり、同会に対し営業活動をした。Bも、平成6年5月以降、営業活動をしている。さらに、控訴人Aは、東関東営業統括課長として、西上尾商友会に対する営業状況を把握していた。

控訴人Aは、被控訴人退職後も、D、Bに指示して、被控訴人の営業活動を探らせ、把握していた。

(3) 控訴人タカノは、被控訴人の取引先を横取りする意図で、控訴人Aら被控訴人の従業員を引き抜いている。そして、控訴人Aは、前記のとおり、被控訴人の営業活動を把握し、自身が退職した後も、Dらをしてスパイ活動をさせ、被控訴人の契約を横取りしたものである。

控訴人らの営業活動は、被控訴人が多額の営業経費を投じるなどして行った営業努力の成果、例えば営業情報等を利用している。このような営業情報等が、競業避止義務の関係で保護されるのは当然である。取引先情報を利用した元従業員の競業行為が、不法行為に該当するとした事例もある（東京地判平成7年5月9日）。営業の職務として、営業員が回った得意先の情報を、営業員が個人として自由に利用できるとするのは、極めて不当である。

控訴人Aの営業回数などとは無関係に、違法競業行為の成立が認められるべきである。

3 損害額について

(1) 原判決の損害額の認定について

原判決は、損害額の認定において、被控訴人商品の原価を基に、水増し請求の不法性が除去され、確実に補助金交付が行われる程度の代金額を、粗利益率40%として算定し、これに利益率20%を乗じて、被控訴人の損害額を認定している。

しかし、20%の利益率では、商品の開発、通常の営業活動に係る経費を考慮すると、経営が成り立たない。20%の利益率は、低廉すぎるので、被控訴人は、原審においては、40%の利益率で損害額を算定して請求したものである。控訴人タカノがしたように、他社の営業成果にただ乗りした場合でなければ、20%の利益率では、利益が出ない。採用すべき利益率が20%を下るなどということとは、およそあり得ないことである。

(2) 附帯控訴で請求する損害額

西上尾商友会関係の損害について、原判決の採用する利益率を採用して算定する。

昭和タイプ類似の街路灯51基（甲第39号証の2）

18万5000円×20%×51基＝188万7000円

このうち、185万7500円を請求する。

(3) 以上のとおり、被控訴人は、控訴人らに対し、連帯して、西上尾商友会関係の損害賠償金185万7500円及びこれに対する平成右7

年3月1日から支払済みまでの民法所定年5分の割合による遅延損害金を支払うよう求める。

4 当審における控訴人らの主張に対する認否

補助金受給の手の流れはおおむね認める。街路灯設置費用についての、県、各市町村の分担割合はおおむね認める。補助金の不正受給について、控訴人Aの営業活動の中に、不正なものがあつたことは後日判明した。平成5年11月ころ、補助金の不正受給の事実が表面化したこと、これにより、県が平成6年度の補助金制度の実施を見送つたことは知らない。

その余の控訴人らの主張は争う。

第5 当裁判所の判断

当裁判所も、控訴人らに対する被控訴人の請求は、原判決の認容した限度で理由があり、その余は理由がない、と判断する。その理由は、次のとおり付加するほか、原判決の「第3 当裁判所の判断」のとおりであるから、これを引用する。

1 当審における控訴人らの主張1（土手町会及び原市会との工事請負契約の成立の蓋然性）について

(1) 控訴人らの主張は、要するに、県や各市町村の補助金の支給が受けられなくなった、あるいは商店会の負担が実質的に零になるような額の支給が受けられなくなったという状況の下では、器具注文書等が作成されていたとしても、街路灯の工事請負契約の締結に至る高度の蓋然性があるとは認められない、とするものである。

(2) 本件合意1（平成5年10月13日）及び同2（平成5年3月17日）の成立に至るまでには、被控訴人の担当営業員が、断続的ではあるものの、いずれも昭和63年ころから、まず商店会の役員等の主立つた構成員を訪問し、街路灯設置の必要性・設置した場合の利点等を説明し、その気運を、商店会の構成員全体に広げるなどしており、また、本件合意1及び2の成立後、街路灯設置に対する補助金の受給のための申請手続も、上記担当営業員が補助していた（甲第5号証ないし第12号証）。

一方で、上記各商店会の中で街路灯設置の気運が醸成され、設置自体についてはある程度確定的な意思決定がなされ、他方で、被控訴人がその気運の醸成に大きく寄与し、街路灯設置の本契約に係るものではないにせよ、これに至る過程のものとして、器具注文書等が、被控訴人と上記各商店会との間で作成されて、本件合意1及び2が成立し、さらに、被控訴人は、その後も、街路灯設置を実現すべく、補助金の申請手続を手伝うなどしていたものである。また、この間、被控訴人の担当営業員、ひいてはその雇主である被控訴人自体と、上記各商店会ないしその主立つた構成員との間には、一定程度以上の良好な関係が形成されてきた、と認めることができる。

このような状況の下では、被控訴人が、上記各商店会から、街路灯設置を請負う高度の蓋然性があつた、と優に認めることができる。

(3) 被控訴人と上記各商店会との間の器具注文書には、「2. 助成金が確定するまで着工致しません。」（土手町会関係・甲第6号証の1）、「2. 助成金が確定するまでは着工はいたしません。」（原市会関係・甲第10号証の1）、との内容の文言がある。たとい、上記各商店会が、現実には、補助金を多く受給して自己負担を零にすることを意図していたとしても、上記文言から、そうならない場合に街路灯の設置を白紙撤回することを考えていた、とまでは認めることができない。このことは、土手町会については、被控訴人が、平成6年以降も、補助金受給のための手続の補助をし、工事請負契約の成約に向けて打合せを続けて、商店会の担当者からも工事の予定があることを告げられていること（甲第5号証）、原市会についても、同様に、成約に向けて見積書の提出を続けていたことから、裏付けられることである。埼玉県も、街路灯設置のための補助金制度そのものを廃止したわけではなく、単に、その支給を当面凍結したにすぎないから、平成6年度中の設置が困難となったとしても、契約の成立の高度の蓋然性がなくなったとすることはできない（なお、被控訴人は、平成7年度の年度末、すなわち平成7年3月末日からの遅延損害金を請求しているものではない。）。

現に、控訴人タカノは、土手町会との間では平成8年2月21日付けで、原市会との間では同月23日付けで、それぞれ街路灯設置の工事請負契約を締結しているのである（甲第57号証ないし第62号証、乙第1号証、第6号証、第14号証、第15号証、弁論の全趣旨）。

2 当審における控訴人らの主張2（違法競業行為）について

(1) 原審におけるBの証人尋問において、Bは、次のように証言している。

「原告代理人・・・

それで、あなたと、Dさん、Cさん、又はAさんが関東ライティング時代に営業を担当していた地区以外で、あなたがタカノに在社中に、どのくらい契約が取れたんでしょうか。EさんとFさんを除いておっしゃってください。

私の場合だと、一件か二件くらいです。

あとは、関東ライティング在社中に回っていたところということですね。

そうです。

Aさんという方は、あなたが上司として仕えるようになって、非常によく動かれる方でしょうか、そうでない方でしょうか。

タカノに移ってからは、そんなに動かなかったと思います。

そうすると、あなたたちを指揮されていたと、そういうことですか。

そうです。

あなたたちが努力して取れた契約については、だれの手柄になったんでしょうか。

一応、上司であるAさんですね。」

この供述から、控訴人Aは、控訴人タカノにおいて、Bらの上司として、同人を指揮する立場にあったものと認めることができる。

(2) 原判決は、

「Bは、被告タカノの従業員として、被告土手町会に対し、平成7年4月4日を始めとして、原告を退職した後6か月が経過する同7年9月15日までに、合計20回ほど（内勤1回を含む。）の営業活動を行ったほか、同日後も多数回にわたる営業活動を行い、また、同様に、被告原市会に対しても、平成7年4月6日から同年9月15日までの間に合計20回ほど（内勤2回も含む。）の営業活動を行ったほか、同日以降も複数回にわたる営業活動を行った。

Cは、被告タカノの従業員として、被告土手町会に対し、平成7年6月2日を始めとして、原告を退職した後6か月が経過する平成7年9月17日まで、合計3回ほどの営業活動を行ったほか、同日後も多数回にわたる営業活動を行った（被告原市会に対しては、平成7年9月17日までの間にCが営業活動を行ったことを認めるに足る証拠はない。）。

Dは、被告タカノの従業員として、被告土手町会に対し、平成7年11月20日を始めとして、多数回にわたって営業活動を行い（ただし、原告を退職した後6か月を経過する同年9月14日までに営業活動をしたことを認めるに足る証拠はない。）、被告原市会に対しては、同年9月14日までの間に1回（5月19日）営業活動を行ったほか、その後、多数回にわたって営業活動を行った。」

（判決書33頁12行目～34頁4行目）

「被告Aは、被告タカノにおいても、B、D及びCの上司の立場にあり、その上司であるG部長の指示に基づいて、Bらに指示をして、上記の被告土手町会、同原市会に対する街路灯設置に関する営業活動を行わせていた。」（判決書34頁10行目～13行目）

と認定している。

要するに、原判決は、控訴人Aが、B、C及びDの営業活動を指揮する立場にあり、同人らの行った営業活動は、控訴人A自身が行ったものと同視できることを前提として認定しつつ、B、C及びDの営業回りの回数を認定しているものである。控訴人A自身の営業行為の有無を認定する必要はない。また、B、C及びDのいずれかが、控訴人Aが本件競業避止義務を負う期間内において、土手町会及び原市会に対し、控訴人Aの指示に基づき一定以上営業行為をしたこと自体が認定できれば十分であり、その間の回数まで正確に特定することまでは必要ではない。そして、弁論の全趣旨（平成12年6月9日付原審被告ら準備書面添付別紙三及び同四）によれば、控訴人Aが本件競業避止義務を負う平成7年7月25日までの間に、土手町会について、Bは14回程度、Cは4回程度、原市会について、Bは18回程度、Dは1回程度、営業に赴いていることが認められる。

当裁判所が引用した原判決の、控訴人Aの本件競業避止義務違反の認定に欠けるところはない。

3 当審における被控訴人の主張1（被控訴人商品1の形態の特別顕著性等）について

(1) 被控訴人は、商品主体混同行為（不正競争防止法2条1項1号）の主張に加え、同法同条同項2号に係る主張をしている。

(2) 本件証拠上、被控訴人商品1の形態が、商品等表示として「著名」であったと認めるに足る証拠はない。

かえって、原判決が認定した、埼玉、千葉、東京及び栃木に所在する、極めて多数に上ると推認される商店会において、平成3年度から平成7年度までの間に、被控訴人商品1を購入した商店会は34にとどまることの実態は、被控訴人商品1の形態の著名性を否定する方向に働くものである。

(3) 被控訴人は、被控訴人商品の開発にかけた費用が多額であること、また、その販売のため、強力な営業活動を行ってきたことを主張する。しかし、開発にかけた費用の額の多寡と、被控訴人商品の商品等表示としての著名性との間に、直接の関連性はない。また、営業活動の程度・範囲は、確かに商品等表示の著名性と関連する要素ではあるものの、結果としてどの程度流通（本件の場合設置）されているかの方が、より重要な要素である。

また、被控訴人は、商店会の役員等は、この種街路灯に興味を持っており、これらの者の間では、特別に顕著な形態であった、と主張する。しかし、そのような者たちが、一般的に、街路灯に特に興味を持ち、注目し、微細な差異についてまでこれを顕著と認識できる、と認めるに足る証拠はない。

4 当審における被控訴人の主張2（違法競業行為）について

(1) 被控訴人の主張は、要するに、控訴人タカノが、当初から、被控訴人の取引先（商店会）を横取りする意図で、控訴人Aら被控訴人の従業員を引き抜き、控訴人Aとともに、被控訴人が多大な費用と労力を費やしてなした営業努力の結果（営業情報等）を不当に獲得し（B、Dらによる情報窃取活動等）、これを利用しつつ、被控訴人の取引先を横取りしたものであり、控訴人Aらが、取引先を訪問した回数などとは無関係に、違法な競業行為と認められるべきである、とするものである。

(2) 被控訴人のこの主張は、控訴人らは、当初から被控訴人の取引先を奪うことだけを目的としていて動機の悪性が高く、控訴人Aの、被控訴人在職当時の怠業行為も含めて、行為態様も悪質であり、これにより、被控訴人が多大な費用と時間をかけて構築した有形無形の営業努力の成果が奪われ、代表者の死亡・被控訴人の倒産という深刻な結果を生じたこと等を列挙し、これらを総合して、控訴人らの競業行為の違法性を強調するものでもある、と理解することができる。そして、この主張の中には、控訴人Aが、Bらに働きかけ、被控訴人の文書の写しをとらせた、り、控訴人タカノへの移籍を勧誘するなど、事実であると認めることのできるものもある。

しかし、西上尾商友会との関係では、器具注文書はおろか、説明会の開催にすら至っておらず、逆に、平成5年6月ころ、同商店会は同業他社と仮契約済みであったことに照らせば、同商店会と契約し、利益を得る高度の蓋然性があつたとは認められない、との原判決の判断は相当であり、そうすると、被控訴人主張のような種々の事情をもってしても、控訴人Aに、損害賠償義務を認めることはできない。

被控訴人の上記主張が、部分的にせよ、仮に認められるとしても、少なくとも違法競業行為という法律構成によっては、控訴人らに、損害賠償義務を認めることはできないのである。

5 結論

以上検討したところによれば、その余の点について判断するまでもなく、原判決は相当であって、本件控訴及び本件附帯控訴はいずれも理由がないことが明らかである。そこで、これらをいずれも棄却することとし、当審における訴訟費用の負担について民事訴訟法67条、61条を適用して、主文のとおり判決する。

東京高等裁判所第6民事部

裁判長裁判官 山下 和 明

裁判官 阿部 正 幸

裁判官 高瀬 順 久

(別紙)
別紙 1 別紙 2 口号図面