

誤った「常識」から脱却!

海外の先進的企業から学ぶ NDAの戦略的活用

アンダーソン・毛利・友常法律事務所
弁護士 中町昭人

Akihito Nakamachi

91年京都大学法学部卒業。93年弁護士登録。97年ニューヨーク大学ロースクール修了(LL.M.)。98年カリフォルニア州およびニューヨーク州弁護士登録。99-03年Wilson Sonsini Goodrich & Rosati (Palo Alto, CA)、03-09年Kirkland & Ellis LLP (Los Angeles, San Francisco, Palo Alto, CA)勤務。05年Kirkland & Ellis LLPパートナー就任。09年7月現事務所に入所、パートナー就任。知的財産に関わる契約交渉戦略の立案・遂行および契約書作成、訴訟、M&A、独禁法等に関する各種アドバイスをを行っている。

筆者は昨年(09年)の夏まで10年以上にわたり、米国の大手ローファームで日米間の多様なクロスボーダー契約取引に関与してきたが、その経験上、NDAは、日本企業のビジネスにとって最も基本的な契約の一つでありながら、その目的が誤解され、不適切な使い方が頻繁に行われている契約はないように感じてきた。このような日本企業によるNDAに関する誤解や不適切な使用は、日本国内と国外の双方でよく頻繁に起こっていると考えられるが、それによって生じる実際上の法的リスクや弊害は、逆にNDAの目的と適切な使用方法をよく理解し、場面に応じて異なったNDAのフォーム

(ひな形)を正しく使い分けている海外の先進的な企業を相手方にした場合に、最も大きく深刻となる。日本国内の市場が今後確実に縮小していく中で、日本企業は以前にも増して、会社の成長のチャンスも海外市場に求めざるを得ない状況であり、今後は海外での新たなbusiness opportunityの発掘のため、海外のpotentialなビジネスパートナー等とNDAを交渉して締結する機会もさらに増えるものと予想される。したがって、海外企業を相手方として適切にNDAを交渉し締結できるスキルの向上が日本企業にいつそう求められていると考えられる。

本稿では、このような問題意識をベースに、まずは日本企業にありがちな、NDAに関する誤った「常識」、誤解、不適切な使用方法などについて具体的に指摘を行い、その上で、海外の先進的な企業が行っているNDAの戦略的な活用方法やプラクティスについて概説することとする。本稿が読者の皆様の日常の実務に少しでも役立てば幸いである。

NDAに関する誤った「常識」

次のようなケースがしばしば見受けられる。

- とにかく「NDA」と名の付く契約にまずサインをしなければ、相手方と何も話ができないと考えているケース
- NDAはごく定型的な契約であり、どのNDAも内容的に大差はないと考えている(したがって、個別のNDAを慎重にレビューしていない)ケース
- NDAはいわば相手方との儀礼的な「ご挨拶」のようなものでビジネスのルーティンの一環に過ぎないので、ビジネスの話を早く前に進めるために、営

業や事業開発の現場の担当者
の判断で相手方から提示されたNDAにその場でサインをして差し支えないと考えているケース

●NDAを締結したから、どのような機密情報を開示しても安全だと考えて、自社の重要な機密情報を安易に一度に相手方に開示してしまうケース

●NDAを締結したから、相手方からどのような機密情報の開示を受けても構わないのだと考えて、相手方の重要な機密情報の開示を安易に一度に受けてしまうケース

●自社のほうから相手方にNDAの締結を求める場合に、自社と相手方の立場(どちらがより多くの情報を開示するか)や開示される情報の性質や機密の程度などを考慮せずに、常に同じフォーム(ひな形)を繰り返して使用しているケース

誤った「常識」が生む法的リスク

しかし、このようなNDAに関す

る誤った「常識」、誤解、不適切な使用方法等によって、日本企業は気付かないうちに大きな法的リスクを抱え込んでいく可能性を否定できない。具体的には、次のような不幸なシナリオや法的リスクが大いに懸念される。

●日本企業が重要な機密情報を開示する立場にある場合、NDAによって自社の機密情報が十分保護されると信じて開示を行ったが、実際にはNDAの条項の内容が甚だ不十分であったために、結果的に適切な保護が得られないリスク

●日本企業が相手方から重要な機密情報の開示を受ける立場にある場合、自社でも独自に類似の技術の開発を行っているにもかかわらず、安易に相手方から自社開発の技術と競合する内容を含む機密情報の開示を受けてしまったことから、後に相手方の機密情報を自社の開発に不正利用したという疑いをかけられ訴訟に発展してしまうリスク(いわゆる汚染(contamination)リスク)

●本来、もっと交渉が煮詰まっ

てくるまで安易に相手方に開示すべきでない機密情報を交渉の初期に開示してしまったため、相手方に手の内を読まれ、交渉の主導権を相手方に握られてしまい、不利な条件での取引を飲まざるを得なくなってしまうリスク

●相手方が信頼に足る相手であるかどうかを十分見極めないうちに、NDAにのみ頼って自社の重要な機密情報を開示してしまったために、結局、取引の交渉がまとまらなかったのみならず、その後、相手方に自社の機密情報を不正使用されている疑いがかなり強いが、不正使用の確実な証拠までは入手できず、また訴訟費用の負担も考慮すると、結局のところ泣き寝入りになってしまふリスク

NDAの正しい理解と使用方法

以上を踏まえ、日本企業は、日本国内・国外に限らず、NDAを使用するにあたって、次の点を改めてしっかりと認識すべきである。

1 締結のタイミング
「NDAはできるだけ早い時期に締結するほうがよい」という考えが大きな誤りであることを知ることが、NDAに関する正しい理解への最初の一步である。NDAを締結するということは、当事者双方に契約上の関係(権利・義務)を発生させ、それが将来の紛争の種にもなるのであるから、NDAを締結する必要性がまだないのに、形式的なルールにとらわれて拙速にNDAにサインするのは得策でない。まずは、NDAを締結していない状態で、つまりnon-confidentialのベースで、相手方に対して自社としての程度の情報を開示ができ、どの程度の議論ができそうかを見極めるのが出発点である。

そういう観点で見ると、多くのケースでは、本来の意味での機密情報を除いたnon-confidentialな情報のベースでも、新たなbusiness opportunityに関して相手方と実のある入口段階の議論を行うことは十分に可能であることが分かるはずである。そのような入口段階の議論によって、NDAを締結し機密情報を相互に開示してさらに突っ込んだ議論を行うだけの価値がある

business opportunityであることが確認できた場合に初めて、NDAを締結する必要性が生ずるのである。

このように考えると、これまで自社でNDAを締結していたケースのうちのかなりの部分が、実際にはNDAの締結の必要はなかったことが判明するかもしれない。

2 定型的な契約？

次に、「NDAは定型的なひな形にすぎず、どれも大差はない」という誤解を改める必要がある。NDAも個別の条項を見ていけば千差万別である。むしろ、「自社の利益を保護するために適切な内容となっていないNDAであれば、締結しないほうがましである」という程度に厳しく考えるほうが正しい。

したがって、出向いた交渉先で提示されたNDAに、営業や事業開発の担当者が法務部や弁護士をチェックを受けずにそのままサインすることはできる限り避けなければならない。

交渉相手が海外の会社である場合には、現地に出向く前に、法務部の関与の下でNDAのドラフトのレビューを済ませ、問題点があれば事前に

前に相手方と交渉を済ませておくべきである。

3 効果・役割を見極める

そして、一見これまで述べてきたことと矛盾するようであるが、「NDAはつまるところは一種の『お守り』のようなものであり、NDAによる実際のプロテクションには明らかな限界がある」というように、NDAの効果・役割について現実的な認識を持つことが極めて重要である。

つまり、どれだけNDAの内容を吟味して精緻にしたところで、仮に相手方が自社の機密情報を故意に不正使用し、それを第三者を利用するなどして巧妙な手口で行った場合には、特にディスカバリー（証拠開示）のない日本の裁判制度においては、現実にはNDA上の権利を行使して仮処分や本訴を起して相手方の行為を差し止めたり十分な額の損害賠償を勝ち取るのは相当に困難なことである。

また、リソースの乏しいベンチャー企業や中小企業には、このような訴訟の経済的および実際上の負担にそもそも耐えられない会社も多く、さらに相手方が海外の企業であれば負担はもっと大きくなる

ため、多くのNDA結みの紛争において訴訟は現実的な紛争解決のオプションではない。

だからこそ、NDAをまだ締結していない場合はもちろんだが、既にNDAを締結している場合であつても、それで安心して安易に重要な機密情報を一度に相手方に開示しては決してならず、あくまで機密情報は、相手方の素性と交渉の流れ・進み具合を確認しながら、できるだけ「小出し」にしていくべきものである。

4 機密情報の開示に対する考え方の見直し

以上から明らかとなり、NDAが締結されている場合でも、いったん開示した機密情報は相手方に不正利用されるおそれは常に避けられないのであるから、仮に相手方に故意に不正利用されると自社に決定的なダメージが及ぶような重要な機密情報は、NDAのベースでは決して開示してはならない、ということを経営に銘じなければならない。

筆者の知る限り、大企業も含め、日本企業の中で、NDAベースの自社の機密情報の開示について、こまめでの厳しい考え方を持っており、こまめではあるところはまだごく一部では

ないかと思われるので、今後のこの面のプラクティスの改善を大いに期待したいところである。

海外の先進的企業によるNDAの戦略的活用の実例

IBM、Intel、Microsoft、Google、Ciscoなど、他の大手企業やベンチャー企業と常に頻繁に戦略的提携、M&A、共同開発、ライセンスなどの契約取引を行っている米国の大手IT企業は、NDAを専門に管理する社内弁護士を擁し、さまざまなパターンのNDAのフォーム（ひな形）や特殊な契約条項のサンプルを多数あらかじめ準備して持っており、個別の状況に応じて速やかに自社の権利確保のために最適な内容のNDAを迅速にドラフトできる体制を整えている。このような相手方とNDAを締結する際には、日本企業は、まず相手方がNDA一つについても、こういう社内体制を整えてビジネスの重要なプロセスの一部として真剣に取り組んでいるということをよく認識すべきである。具体的には、海外の先進的な企業においては、

- 1 契約を双方方向（mutual）にするか、片面的（one-way）にするか
- 2 Confidential Information（CI）の定義をどの程度具体的に規定するか
- 3 その定義から除外される事項（Exceptions）に何を盛り込むか
- 4 開示が許される従業員の範囲を特定部署・特定人などに制限するか（クリーン・ルームの設置の有無）
- 5 関連会社（Affiliates）へのCIの開示を認めるか否か
- 6 許されるCIの使用の目的や方法をどの程度具体的に制限するか
- 7 善管注意義務の内容・レベルを具体的に定義して設定するか否か
- 8 CIが記録された媒体の複製行為について禁止・制限するか否か
- 9 CIのリバース・エンジニアリングを禁止するか否か
- 10 CIが記録された媒体の返還義務をどの程度具体的に定めるか
- 11 契約期間とその終了後の機密保持義務の存続期間をどう設定するか
- 12 仮に契約違反があった場合の救済方法（Remedies）やペナルティ（例：損害賠償の予定）を明らかに

め具体的に規定するか否か

⑬ 準拠法およびNDAに関連した紛争解決の方法（裁判か仲裁か）・管轄等

などのNDA上のさまざまな論点について、重要な機密情報が絡む案件については特に、社内や社外の弁護士が当該プロジェクトの性質や状況をよく把握した上で、NDAの内容を自社の利益をできる限り適切に保護するものにするべく調整してカスタマイズしているのである。

このような米国の大企業がNDAを重視する理由は、米国の訴訟社会であるという一般的な事実に加え、NDAの処理を疎かにした場合の法的リスクが極めて重大になり得ることをよく認識しているからである。とりわけ、かかる大企業に対しては、多くのベンチャー企業や発明家から技術の売込みが引きも切らないわけであるが、そのような相手方から技術的な機密情報の開示を受けた後に、いわゆる“deep pocket”である大企業が類似の技術を独自に開発した場合には、ベンチャー企業や発明家から機密情報の不正利用のクレームを受ける可能性が相対にある。このようないわゆる汚染

（contamination）リスクをできる限り低減するために、米国の大手企業はさまざまな知恵を絞っている。

以下は、そのような「知恵」の一部の例である。日本企業にも是非参考にしていただきたい。

不要なNDAを締結しないこと

前述のとおり、non-confidentialベースでの入口の議論をまず行い、NDAを締結して法的義務を負うだけの価値があると認められるbusiness opportunityについてのみNDAを締結するということを徹底すること、そして重要でもない情報の開示を受けた相手方から、将来にNDA違反のクレームを受けられるリスクを排除できる。

NDAの中「Confidential Information」(定義)をできる限り具体的に示すこと

NDA（特に単純な雛形をベースにしたもの）の中には、機密情報の定義がごく包括的な記載になっているものも多いが、これでは後に実際に何が開示され、そのうち何が機密情報であったのかについて争いの余地を残すことになる。特に汚染リスクの高いプロジェクトの場合には、

相手方から開示される機密情報は自社の側で厳密に管理して特定し、これをNDAの契約書上でも明確にすることを検討する必要がある。

Residuals条項の活用

「Residuals」とは「残余物（情報）」という意味であるが、機密情報の開示を受けた大会社の各従業員が、将来にわたって当該機密情報とそれ以外の同一分野に関する知識・情報とを自己の頭・記憶の中で明確に区別し続けることは実際上極めて困難である。

そこで、米国の大手ハイテク企業の多くは、「〇〇社の各従業員が、機密情報を記載した文書などを参照することなく、自己の記憶に留められた範囲で無意識的に当該機密情報を利用することは許される」旨の規定をNDAに追加することを強く求めるのが通常である。

このような条項がNDAに追加された場合、その相手方が大企業による機密情報の不正使用を主張・立証することは極めて困難になるため、相手方は開示する機密情報の内容をできる限り絞り込む形で事実上対応するしかない。