

秘密保持契約、ストラクチャー etc. 初期的交渉段階での留意ポイント

秘密保持契約の締結

内部検討を経たうえで、M&Aを進めることを決めた場合、売主と買主の間で通常最初に締結されるのが秘密保持契約である。

M&Aの検討にあたり、企業は、自己の保有する重要な秘密情報を相手方に対して開示する必要がある。しかし、企業の技術・ノウハウ・個人情報等を含む秘密情報は、相手方がM&Aの検討以外の目的で使用した場合には、開示当事者の競争力の低下につながるおそれがある。また、相手方が、秘密情報を第三者に流出させてしまった場合には、当該情報の開示当事者の競争力のみならず、社会的信用力の低下にもつながるおそれがある。

この点に関し、取締役は、会社法

上、情報保存管理体制の整備義務を負っているため(会348③四・④、362

④六・⑤、会施規98①一、100①一)、これらの競争力・社会的信用力の低下により会社の事業価値が毀損した場合には、前記義務の違反を理由に、株主から代表訴訟により責任を追及されるリスクもある(会847、423①)。また、情報漏洩によって第三者が損害を被った場合には、開示当事者が当該第三者より不法行為に基づく損害賠償責任を追及されるリスクもある(民709)。

さらには、秘密保持を約束することなく第三者に秘密情報を開示した場合、開示当事者は、当該情報について、不正競争防止法による「営業秘密」の保護の恩恵(具体的には、明文での差止請求(同法3)、損害額の推定(同法5)、信用回復措置(同法14)を受けられなくなる点にも留意が必要である。すなわち、不正競

争防止法上の「営業秘密」として保護されるためには、①秘密管理性、②有用性、③非公知性の3要件を満たすことが必要であるところ(同法2

⑥)、秘密保持契約を締結せずに第三者に秘密情報を開示した場合に、前記の①および③の要件が認められなくなり、当該秘密情報が「営業秘密」に該当しなくなるおそれがあるからである。

以上のようなリスクがあることから、M&Aを検討する企業は、その検討に先立って相手方と秘密保持契約を締結し、自らが開示する秘密情報について契約による法的な保護を図った状態で秘密情報の開示を行う必要がある。

なお、秘密保持契約の交渉の際には、①秘密情報の範囲、②秘密情報の使用目的の制限、③秘密情報の第三者に対する開示の制限、④秘密情

報の例外などがある(詳細については、拙編著『秘密保持契約の実務―作成・交渉から平成27年改正不競争法まで』(中央経済社)参照)。M&Aの場合、自社が秘密情報を開示する側なのか、開示を受ける側なのか、あるいはお互いに開示をすることが想定されているのかによって、前記①ないし④の各要素につき、どのような形で規定をすることが自社の権利のプロテクションに資するかが変わってくる。

提供すべき情報の選別

秘密保持契約も万能ではなく、相手方が秘密保持契約上の義務に違反して秘密情報を開示したとしても、そもそもかかる開示した事実を把握できるのか、また、把握できたとしても当該義務違反により生じた損害の立証のハードルは高く、責任追及は必ずしも容易ではない。そのため、開示当事者としては、開示すべき情報を選別すべきである。

売主としては、買主において案件を検討するのに必要十分な情報を開示していくことになるが、基本合意書締結後に本格的なデューデリジェンスの実施が予定されているような