HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	抵触法における不正競争行為の取扱い : サンゴ砂事件判決を契機として
Author(s)	横溝, 大
Citation	知的財産法政策学研究, 12, 185-240
Issue Date	2006-08
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43490
Type	departmental bulletin paper
File Information	12_185-240.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

抵触法における不正競争行為の取扱い
―サンゴ砂事件判決を契機として

横　溝　　大

一　問題の所在
二　我が国おける議論
(1) はじめに
(2) 裁判例
(3) 学説
(4) 小括
三　各国における議論
(1) はじめに
(2)「不正競争」固有の抵触規則の必要性について
(3) 不正競争に関する類型化の必要性について
(4) 共通本国法・共通常居所地等の例外
(5) 不正競争行為と強行的適用法規
(6) 小括
四　検討
(1) はじめに
(2) 不正競争法の特殊性について
(3) 不法行為地の決定について
五　結語

一　問題の所在

本稿の目的は、国際的に行われる所謂不正競争行為の抵触法上の取扱いについて考察することにある。

不正競争行為とは、一般に、工業上又は商業上の公正な慣習に反する競

争行為を指すが[1]、従来我が国においては、国際的な不正競争行為が問題となった事例として、日本企業から米国企業に対してなされた、ノウハウ侵害に基づく差止請求権及び損害賠償債務の不存在確認に関する東京地裁平成３年９月24日判決（所謂宮越対グールド事件判決）があるのみであった[2]。だが近時、日本法人から日本法人に対してなされた国際的な営業誹謗行為を理由とする損害賠償及び差止請求に関する東京地裁平成15年10月16日判決（所謂サンゴ砂事件判決）が登場し注目を集め[3]、その後も次々と不正競争行為に関連する判決が下されている[4]。今後の国際取引の一層の進展や、現実に諸外国では国際的な不正競争行為に関する事件が頻発している現状を考慮すれば、営業誹謗行為や商品主体等混同行為に限らず他の様々な不正競争行為についても、今後我が国でも国際民事紛争が増加することが予想される。

この問題については、以下に確認するように、我が国では、土井輝生教授の先駆的研究[5]を始めとして議論が積み重ねられて来た。だが、これまで具体的紛争事例が少なかったせいか、この問題を中心に据えた議論は、相澤吉晴教授の一連の研究等の例外を除き[6]、未だそれ程多くはないように見受けられる。また、インターネット等の近時の急激な技術革新や[7]、今回の法例改正[8]における不法行為の準拠法に関する法例11条の大幅な変更に鑑みれば、現時点で不正競争行為を巡る国際的な法適用関係について検討することには、実務的な観点からもまた理論的な観点からも一定の意義があると言えよう。

不正競争行為に関する国際的な法適用関係を規律する抵触規則を含んだ国際条約は現在存在しないと言われている[9]。そこで、この問題の処理は各国抵触法に委ねられることになる。

この問題に関する諸外国の動向を見ると、「不正競争行為」という独自の単位法律関係固有の抵触規則を有する国々と、「不法行為」と性質決定した上で、不正競争行為の特殊性を不法行為の準拠法（具体的には原因事実発生地）の解釈において考慮するという方法を採っている国々[10]が存在

[1] 例えば、工業所有権の保護に関する1883年３月20日のパリ条約10条の２は、「工業上又は商業上の公正な慣習に反する全ての競争行為」が不正競争行為を構成するとし（２項）、特に禁止されるべき行為、主張及び表示として、①如何なる方法に依るかを問わず、競争者の営業所、産品又は工業上若しくは商業上の活動との混同を生じさせるような全ての行為、②競争者の営業所、産品又は工業上若しくは商業上の活動に関する信用を害するような取引上の虚偽の主張、③産品の性質、製造方法、特徴、用途又は数量について公衆を誤らせるような取引上の表示及び主張、を挙げている（３項）。以下では、同条約に依拠し、不正競争行為の語を用いる際、一応、工業上又は商業上の公正な慣習に反する全ての競争行為を念頭に置くものとし、具体的内容決定の困難さに関しては後述することとする。また、不正競争行為を規律する法を「不正競争法」とする。

[2] 判例時報1429号80頁、判例タイムズ769号280頁。

[3] 判例時報1874号23頁、判例タイムズ1151号109頁。

[4] 日本法人である被告による製品の販売、韓国からの輸入、アメリカやドイツ等への輸出を通じた商品主体等混同行為が問題となった大阪地判平成16年11月19日判例時報1897号103頁、中国における製品販売に関する販売妨害行為に対する差止めの可否が問題となった知財高判平成17年12月27日（判決集未登載・最高裁判所ウェップサイトで入手可能）。いずれも後述。

[5] 土井輝生「国際不正競争における法律の抵触」企業法研究105号（1957年）22頁、同「工業所有権」国際法学会『国際私法講座第3巻』（1964年）828頁以下、同『国際私法』（1970年）179頁以下。

[6] 相澤吉晴「フランスにおける国際不正競業の法規制」富大経済論集28巻３号（1983年）175頁、同「西ドイツ国際不正競業法の一考察」富大経済論集29巻２号（1983年）１頁、同「オーストリア国際不正競業法の一考察」富大経済論集37巻１号（1991年）141頁、同「不正競業」山田鐐一＝早田芳郎編『演習国際私法新版』（1992年）134頁以下、同「EC 国際不正競業法（一）～（三・完）」広島法学28巻１号43頁、28巻２号49頁（2004年）、28巻３号19頁（2005年）、同「インターネットにおける国際不正競業法」広島法学29巻１号（2005年）１頁。

[7] 実際、サンゴ砂事件判決や前掲知財高裁判平成17年12月27日では、日本から送信された電子メールによる営業誹謗行為が問題となっている。電子メール以外にも、ウェッブサイトを通じた広告による国際的な不正競争行為も容易に考えられる。

[8] 「法の適用に関する通則法」（以下「通則法」と略称する）。

[9] パリ条約に不正競争行為に関する抵触規則が含まれていないことにつき、Münchener Kommentar, *BGB Internationales Privtrecht* (3. Aufl. 1998), at 2106 (Kreuzer); Staudinger/Fetzer, *BGB*, [2000], IntWirtschR, at 161; Staudinger/v. Hoffmann, *BGB,* [2001] Art. 40, at 539-540. 但し、WTO 等による自由な世界市場秩序に関する共通合意が各国に一定の抵触規則を有する義務を課す可能性が問題となり得る。後述。

[10] このような国においても、学説上「不正競争行為」固有の準拠法選択規則を提唱

していることが見て取れる。そこで、「不正競争行為」の準拠法について固有の抵触規則が必要であるか否かがまずもって問題となる。この問題は、各国での議論を通じて見出せるように不正競争法の市場法としての特殊性を抵触法上如何に評価するかという点と深く結びついた問題であると言えるが、また、不法行為の「原因事実発生地」に関する解釈の可能性にも関係している。不正競争行為について妥当と思われる連結素が原因事実発生地の解釈から導かれ得るのであれば、不法行為と切り離した独立の単位法律関係を考慮する必要が減ずるからである。また、不正競争行為の多様性も問題となる。特に、ドイツでの議論において提唱されているように、問題となる不正競争行為を規律する法規範の保護法益が一般的か具体的かで、「市場に関連する不正競争」と「営業に関連する不正競争」とを区別し、両者について異なる取扱いをすることにつき、その必要性があるか否かという点について考える必要があるだろう。さらに、当事者が共通本国法乃至共通常居所地を有している場合の例外を考慮すべきか、という点についても考察しなければならないだろう。

ところで、不正競争行為を規律する法規範の中には、競業者の利益だけではなく、消費者その他の一般的利益の保護を念頭においた法規範、換言すれば、自国の競争秩序保護という国家の経済政策を体現するような法規範も含まれている。典型的なものとしては、数倍額賠償に関する法規が挙げられるが[11]、不正競争法の特殊性とこれらの公権力性の高い法規（以下便宜上「強行的適用法規」とする[12]）とがどのような関係にあるのか、またもし不正競争法のある法規が強行的適用法規とされた場合、我が国の抵触法上どのような取扱いをすべきか、という点についても考える必要がある。

以上のような問題点を念頭に置きながら、以下ではまず、この問題に関する我が国における議論状況につき確認する（二）。次に、それぞれの問題点につき諸外国での議論動向を確認する（三）。以上を踏まえた上で、我が国抵触法における国際的な不正競争行為の取扱いについて検討を加えることとしたい（四）。最後に、当事者適格等残された問題について若干触れて結語とする（五）。

二　我が国における議論

(1) はじめに

我が国においては、裁判例としては下級審判決が4つあるのみであり、問題となっている不正競争行為類型も様々な上にその判断内容にも統一がなく、何らかの準則が先例として確立しているとは言い難い状況にある。また、学説においては、不正競争行為全体を対象とした議論と、これを二つの類型に分けて論じるものが見出せるが、議論は未だ一般的なレヴェルに止まっている。尚、今回の法例改正においては、不正競争及び競争制限に基づく不法行為の準拠法についても検討が行われたが、結局特段の規定を設けず、解釈に委ねることとされた[13]。

する立場も勿論存在する。

[11] “The conflict-of-laws rules on unfair competition (twenty-second commision)”, *Institute of International Law, Yearbook*, vol. 60, Part 1, 107 (1983), at 132 (Reese).

[12] 近時「絶対的強行法規」という名称が定着しつつある。この用語は石黒一憲教授が提唱したが、この用語を用いる裁判例も登場し（東京地判平成16年２月24日判例時報1853号38頁）、また、今回の法例改正においても、法務省民事局参事官室『国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明』等においてこの用語が使用された。それにも拘らず筆者が「強行的適用法規」という名称を用いる理由については、例えば、拙稿「知的財産法における属地主義の原則－抵触法上の位置づけを中心に」知的財産法政策学研究２号（2004年）33頁注16。尚、強行的適用法規が国家に関する法という伝統的な意味での公法を意味するものではないことは言うを俟たない。詳論は別稿に譲るが、差し当たり、国が担当する社会の構成に関するものとしてloi de police（ここで言う強行的適用法規）を公法と区別し、私法に属するとするものとする、B. Ancel/Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé (4e éd. 2001), at 510を参照せよ。

[13] 法務省民事局参事官室『国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明』（2005年３月）90頁では、次のように説明されている。「不正競争又は競争制限に基づく不法行為は、それによって競争が阻害又は制限される市場秩序との関係が密接であり、公序法的色彩が強い点にかんがみ、当事者利益を考慮した連結政策である附従連結や当事者自治といった準拠法決定の一般原則の適用を排除し、行為によって公正な競争が阻害又は制限された市場の所在する地の法律を準拠法とする旨の督促規定を設けることも考えられる。しかし、審議会においては、競争制限に関する法律は、公法的性質を有するものであり、我が国の裁判所においてその種の外国法の適用が

(2) 裁判例

まず、東京地裁平成３年９月24日判決は[14]、日本企業からアメリカ企業に対してなされたノウハウ侵害に基づく差止請求権及び損害賠償債務等の不存在確認請求が問題となった事例であるが、裁判所は、準拠法選択につき特に理由を示すことなく、「その法律的性質は法例11条にいう不法行為及び不当利得に基づくものに該当する」として、法例11条を適用し、契約締結や連絡交渉の場所、技術会議の開催地等事案の具体的諸事情を勘案し、原因事実発生地を日本であると決定した。ノウハウ侵害を同判決が不法行為と性質決定していることは明らかであるが[15]、後述のように、評釈においてはこの点につき賛否が分かれている。

次に、近時下された東京地裁平成15年10月16日判決[16]を若干詳しく紹介しよう。事案は以下の通りである。原告Ｘは、沖縄市に本店を置き、日本国内で造礁サンゴ化石を粉砕したサンゴ化石微粉末を製造し、これを健康食品として販売し、米国にも同製品を輸出、販売している株式会社である。被告Ｙは東京都に本店を置く日本法人で、沖縄地方の海底から採取したサンゴ砂を原料とする健康食品及び水質浄化剤の製造販売を主たる目的とする株式会社であり、サンゴ砂を利用した健康増進のための組成物等の発明について米国特許権を有している。Ｘの米国取引先である米国企業訴外Ａは、Ａが取り扱う製品がＹの米国特許権を侵害するものであるとの警告を、2000年３月日本からの電子メールで、また2001年11月日本からの書簡で受けた。そこでＸは、上記のＸ製品はＹの米国特許権の技術的範囲に属さず、同特許権には無効事由があるから、米国内において上記Ｘ製品を販売することは上記米国特許権を侵害しないと主張して、Ｘによる米国内における上記Ｘ製品の販売につきＹが上記米国特許権に基づく差止請求権を有しないこと等の確認を求めつつ、Ｙが、米国におけるＸの取引先に対して上記のＸ製品がＹの米国特許権を侵害するなどと記載した警告書等を送付したことにつき、Ｙの上記警告は不正競争防止法２条１項14号所定の虚偽事実の告知・流布に当たり、Ｘの営業上の信用を毀損するものである等として、同法３条１項に基づき、Ｘによる米国内におけるＸ製品の販売がＹの米国特許権を侵害する旨の告知・流布の差止め等及び同法４条に基づく損害賠償を求めた[17]。

営業誹謗行為を理由とした差止及び損害賠償請求に関する準拠法につき、裁判所は、次のように述べた。「上記の請求のうち、請求の趣旨第２項、第４項の差止請求権は、営業誹謗行為の発生を原因として競業者間に法律上当然に発生する法定債権であり、請求の趣旨第５項の損害賠償請求権は不法行為により生ずる債権であるが、これらの適用関係については、いずれも法例11条１項により規律されているものであって、請求権の原因事実の発生地の法が準拠法となる。本件については、Ｘは、Ｙがその本店所在地である東京都から、Ｘの米国における取引先に対して、電子メール及び郵便書簡により警告を行ったなどと主張して、Ｙが日本国内からＸの米国内の取引先に対して行う告知・流布行為の差止め及び損害賠償を求めているものであるから、原因事実の発生地は、Ｙが電子メール及び郵便書簡を発信ないし発送した地である我が国の法が準拠法となる。したがって、Ｙの行為が不正競争防止法２条１項14号所定の不正競争行為に該当するかどうかを判断することとなる」。

このように、裁判所は、差止請求権及び損害賠償請求権のいずれについても、特に理由を挙げることなく[18]法例11条１項により規律されるとし、

想定されず、国際私法中に外国法の適用を前提とする規定を設けることは問題であり、諸外国においてもそのような立法例はないとの指摘や、不正競争に関する不法行為については、様々な結点とすることは妥当でないとの指摘がされた。したがって、この点については特段の規定を設けず、解釈にゆだねることとされた。」

[14] 前掲注(2)。

[15] 但し、三井哲夫・判例評釈・判例時報1445号206頁、209頁(判例評論410号34頁、31頁)は、ノウハウ侵害を不正競争と性質決定する場合の中で判旨を位置づけており、同判決がノウハウ侵害を不正競争と性質決定したと解しているようにも読める。

[16] 前掲注(3)。

[17] このように、この判決は、外国特許権に基づく我が国での請求という問題について、所謂カードリーダー事件に関する最高裁平成14年９月26日判決(同判決については、拙稿・判例評釈・法学協会雑誌120巻11号(2003年)2299頁及びそこに挙げられた文献参照)以降下された最初の下級審判決としても興味深い事例であるが、不正競争以外の論点についての言及は別稿に委ねる。

[18] 同判決が理由を示さなかったことにつき、出口耕自・判例評釈・私法判例リマー

その上で、「Yが電子メール及び郵便書簡を発信ないし発送した地」が原因事実発生地であるとして日本法を適用している[19]。この判決に関する評釈において[20]、裁判所がこの問題を法例11条に依らしめた点に異を唱えるものは見られない[21]。

但し、同判決が、その具体的判断において準拠法を日本法とした理由は明らかではない。周知のように、隔地間不法行為に関する原因事実発生地の解釈については、従来、行動地説、結果発生地説等が対立するが、所謂カードリーダー事件に関する最高裁平成14年９月26日判決[22]は、結果発生地を原因事実発生地とするという立場を明確に採用した[23]。これに対し、この判決は、我が国不正競争防止法の判断において、被告の行為が「原告の取引先に対する信用を毀損し、当該取引先との取引ないし米国市場での競争において優位に立つことを目的」としてなされたとして、結果が米国市場で生じていると認識していたとも解される認定をしているにも拘らず、米国法を適用せず、メール及び郵便書簡を発信乃至発送した地の法である日本法を選択しており、これらの点からは、寧ろ行為地を原因事実発生地と考慮したものと解される[24]。このように、この判決が上記最高裁判決の判断に依拠しなかったことの背景には、両当事者が日本に本拠を有する日本法人であった本件の具体的事情の下では、日本法を適用することが妥当なのだという裁判所の価値判断があったようにも思われる[25]。

さらに、大阪地裁平成16年11月９日判決[26]は、韓国所在の会社からミーリングチャックを輸入した上で、自ら取引先に輸出し、或いは米国及びドイツ等の取引業者に輸出する被告（日本法人）に対し、日本法人である原告が、これらの行為が我が国不正競争防止法２条１項１号の定める不正競争に該当するとして、販売等の差止めと損害賠償を請求し、また、被告の営業活動が全体として原告に対する不法行為を構成するとして損害賠償を請求した事例である。裁判所は、前者の不正競争防止法に基づく請求については、何ら準拠法を選択することなく、直截に不正競争防止法２条１項１号を適用解釈した[27]。他方、後者の不法行為に基づく損害賠償請求については、「渉外的要素を含む法律関係」であるから「準拠法の決定が必要である」とし、法例11条１項の解釈を問題とした上で、裁判所は、「本件では、国内に所在する被告会社の輸出入行為や海外法人に対する指示行為

クス32号(2006年〈上〉)136頁、139頁は、「先例もなく、議論の蓄積も少ないからではないかと思われる」とする。

19 因みに、本判決は具体的判断において、不正競争防止法２条１項14号の立法趣旨につき、「営業者にとって重要な資産である営業上の信用を虚偽の事実を挙げて害することにより競業者を不利な立場に置くことを通じて、自ら競争上不利な地位に立とうとする行為は、不公正な競争行為の典型というべきであることから、これを不正競争行為と定めて禁止したものである」と述べて、同号の競争政策的側面についても言及する。だが、準拠法選択の段階では法例11条適用に際し何ら特別な考慮をしておらず、この点からは、同判決が、我が国の営業誹謗行為に関する法規を強行的適用法規と看做すことなく、準拠法選択により日本法が適用された場合のみ適用される法規であると考えているものと位置づけられる。

20 同判決の評釈としては、以下に掲げるものの他、阿部隆徳「外国特許権侵害事件の国際裁判管轄・準拠法・文言侵害・均等侵害・不正競争防止法違反－フェスト最高裁判決を適用した東京地裁判決の意義及び今後の展望」知財管理54巻10号(2004年)1485頁、「判例詳報」L&T23号(2004年)97頁がある。

21 樋爪誠・判例研究・L&T24号(2004年)77頁、84頁、藤澤尚江・判例評釈・ジュリスト1287号(2005年)143頁、146頁。

22 民集56巻７号1551頁。

23 以上、拙稿・前掲注(17)2312頁以下。

24 「本判決は加害者の意思活動を重視する行動地説により、かつ結果発生地でもあるとした」と、同判決を最高裁判決と整合させて善意に解するのは、熊倉禎男・判例解説・判例タイムズ1184号(2005年)168頁、171頁。これに対し、「本件判決がカードリーダー事件最高裁判決とは、準拠法選択に関して、異なる立場を採用した理由は定かではない」とするのは、大野聖二「実務的観点からの検討と課題－米国特許権に基づく差止請求権不存在確認訴訟判決を中心として」国際私法上の知的財産権をめぐる諸問題に関する調査研究報告書(知的財産研究所、2002年)119頁、127頁。

25 尚、日本法を選択した本判決の結論を妥当とするものとして、樋爪・前掲注(21)84頁(但し、理由は示されていない)、藤澤・前掲注(21)146頁(不法行為地を被害者の営業所所在地＝日本とする)。これに対し、「不正競争防止法違反と特許権侵害を区別して扱う理由がなく、結果発生地説に従って」米国法にすべきであったとするものとして、大野・前掲注(24)127頁。

26 前掲注(4)。尚、同判決の解説として、国友明彦・判例解説・ジュリスト1313号(平成17年度重要判例解説)（2006年)306頁。

27 前掲注(4)118頁。

が主な対象行為となっており、その損害は我が国に住所を置く原告に生じているものというべきであるから、原因事実の発生地は、被告会社の行為地でありかつ原告に損害の発生した地でもある我が国であり、わが国の法が準拠法となるというべきである」と述べ、行為地も結果発生地も我が国であるとして日本法を選択した[28]。このように、いずれの場合も裁判所は結果として日本法を適用したのであるが、不正競争行為と不法行為とを区別し、前者については法例11条を介在させずに我が国不正競争防止法を適用したこの判決が、不正競争防止法と不法行為法との関係をどのように考えていたかが問題となる。この点に関し、判決は次のように述べている。「不正競争防止法は、公正かつ自由な営業活動を中心とした競業秩序を破壊する不正ないし不公正な行為のうちから一定の類型を『不正競争』として、その防止及び損害賠償の措置等について規定している（同法１条参照）。しかし、競業秩序を破壊する不正ないし不公正な行為は、必ずしも不正競争防止法の規定する各類型の不正競争行為に限られるわけではない。同法の規定する不正競争行為に該当しなくても、業者の行う一連の営業活動行為の態様が、全体として、公正な競争秩序を破壊する著しく不公正な方法で行われ、行為者に害意が存在するような場合には、かかる営業活動行為が全体として違法と評価され、民法上の不法行為を構成することもあり得るものと解するのが相当である」[29]。判旨のように、不法行為法も競争秩序を維持する役割を担うものとして不正競争防止法と連続的に理解されるのであれば[30]、不正競争防止法を不法行為法の特別法と看做し、法例11条

[28] 前掲注(4)120頁。

[29] 前掲注(4)126頁以下。具体的判断において、裁判所は、「被告会社の行為は、形態の酷似した製品の製造、コード番号の混同使用、原告製品であるかのごときカタログの作成及び使用、原告製品と被告製品の混交等により、品質及び性能において一定の評価を得ていた原告製品の評価を低下させるものであったということができ、このような行為は、全体としてみたときに、公正な競業秩序を破壊する著しく不公正な行為であると評価できるから、民法上の不法行為を構成するものと認めるのが相当である」として、不法行為の成立を認めた。

[30] 尚、競争秩序の実現において独占禁止法・不正競争防止法・民法の役割を補完的なものとして捉えようとする我が国実質法における近時の議論動向につき、例えば、「シンポジウム　競争秩序への多元的アプローチ(一)－実定法学のクロスロードー」

により同法も不法行為法の一部として適用する方が自然であろう。にも拘らず、敢えて我が国の不正競争防止法２条１項１号を直截的に適用した同判決の意図は、必ずしも明らかではない。独占禁止法等と同様に、我が国不正競争防止法２条１項１号を我が国と一定以上の密接関連性があれば準拠法如何に拘らず適用される強行的適用法規であると同判決が考えていたと解する余地もないわけではない[30-a]。

最後に、知財高裁平成17年12月27日判決[31]は、申立人・抗告人と被申立人・相手方（いずれも日本法人）との間で締結された製品共同開発契約が合意解除された後、抗告人が共同開発された製品を中国内で販売していたことにつき、相手方が抗告人に対し、前記販売が相手方が中国において有する特許権を侵害する旨の通知をする等して販売妨害行為を行ったので、抗告人が、相手方による前記販売妨害行為が不正競争防止法２条１項14号に該当するとして、同法３条に基づき、民事保全法に基づく仮処分として販売妨害行為の差止めを求めた事例である。原審が、不正競争行為の差止請求権の準拠法を法例11条１項により中国法としたのに対し、裁判所は、「本件のように事業者間の公正な競争を確保するための差止請求権の準拠法に関しては、法例等に直接の定めがないから、条理により決するのが相当と解する（相手方及び原決定は、法定債権の成立及び効力に関する法例11条を適用すべきものとするが、本件請求は差止請求であって損害賠償請求でないから、当裁判所はこの見解を採用しない。）が、本件においては、抗告人及び相手方はいずれも日本に本店所在地及び常居所地を有すること、本件差止請求は日本国内で締結された両者間の共同開発契約またはその合意解除(約)に付随する法律関係であること等の事情に照らすと、日本法が本件差止請求に関して最も密接な関係を有する法域の法として、準拠

北大法学論集56巻１号(2005年)197頁以下での諸議論参照。

[30-a] 国友・前掲注(26)308頁も、可能性の一つとして、「不正競争防止法が公法（ないし絶対的強行法規）であるので国際私法の適用はなく、直接に適用されるとの考え方が採られたことも考えられる」とする。

[31] 前掲注(4)。尚、本判決の評釈として、渡辺惺之・判例評釈・Lexis 判例速報2006年６月号(2006年)82頁がある(草稿段階で原稿を御送付下さった渡辺教授に御礼申し上げる)。

法になると解するのが相当である」とし、日本法を選択し、法2条1項14号に定める虚偽の事実の告知に該当することについての疏明がないとして抗告を棄却した。

差止請求権についても法例11条に依らしめた前掲東京地判平成15年10月16日と異なり、同判決は、差止請求につき、条理により事案の諸事情から最密接関連法を探求している。判旨では、「事業者間の公正な競争を確保するための差止請求権」の準拠法が問題となっており、不正競争行為に基づく損害賠償請求については、矢張り法例11条に依ることを念頭においているように思われる[32]。このような、準拠法選択において差止めにつき損害賠償と異なる処理をする同判決の判断には、外国特許権に基づく差止請求につき損害賠償請求と区別し条理による準拠法選択規則を提示した前掲最判平成14年9月26日の影響も或いは考えられよう[33]。

(3) 学説

学説においては、不正競争行為全体を対象とした議論と、これを二つの類型に分けて論じるものが見出せる。

前者の立場として、土井輝生教授は、不正競争の法理が不法行為理論から発展したものであること、また、不正競争に関する特別法のない国においては、不正競争に基づく訴えは不法行為に関する一般規定に依ること、

[32] 同判決が、法例11条を適用しない根拠を、本件請求が差止請求であって損害賠償請求でない点に求めていることからこのように解される。尚、この判決が、広く差止請求一般につき条理に依らしめるべきだと考えているか否かは、一応「事情車間の公正な競争を確保するための」という限定もある以上明らかではない。

[33] 但し、カードリーダー事件において問題となったのは、外国特許権という排他的権利であり、この点を重視して最高裁は、差止請求について、「特許権の効力」と性質決定したのであった。これに対し、この事件で問題となったのは、そのような排他的権利の侵害を(営業権侵害という構成もかつてはあったが)現在では問題とすることのない不正競争行為であり、この点が最高裁判決とは大きく異なっている筈である。尚、この点につき、渡辺・前掲注(31)85頁以下は、国際的な調和を欠き、また、損害賠償と差止請求とで準拠法が異なる可能性を生じ、解決に調和と妥当性も欠くことになり得る点から、差止請求についても不法行為準拠法に依らしめるべきであるとし、判旨が説得的であるとは言い難いとする。

さらに、不正競争防止に関し特別法を有する国においても、この特別法に基づく訴えを不法行為と性質決定して不法行為に基づく請求権の事項規定を適用することがあること、を理由とし、これを不法行為と性質決定する[34]。そして、不法行為地の決定については、不正競争防止法が独占禁止法と共に、市場の規制を目的とする法律であるという事実をも考慮し、行為のなされた場所ではなく、「他の競業者の販売に影響を及ぼす市場」、一般的には、「被告の不正競争行為によつて、原告の商品販売量の減少が生じた場所」を行為地とすべきであるとする[35] [36]。このように、同教授は、不正競争行為の類型を特に顧慮することなく、他の競業者の販売に影響を及ぼす市場を不法行為地とするのである。

これに対し、後者の立場として相澤吉晴教授は、不正競業の多様性に着目する。すなわち、「不正競業は依然として競業者間の関係に留まっているものから、さらには公衆の利益に関わるものまで多種多様であり、それに伴い不正競業防止法の性格・機能も一様ではなく法的規制の仕方も多面的である。そうであるとすれば、不正競業の準拠法決定に当たっても、不正競業の多様性、および、それに伴う不正競業防止法の多面性を考慮した

[34] 土井・前掲注(5)講座829頁以下。

[35] 土井・前掲注(5)講座831頁、同・前掲注(5)国際私法180頁。尚、後者では、「損害賠償請求と差止請求とは、取扱いをことにすべき場合もでてくる」ことが示唆されている。すなわち、「名誉毀損、公害、ノウ・ハウの盗用などの継続しておこなわれる不法行為」については、「このような行為を差し止めることができるのは、通常、行為地にかぎられるから、その他の場所でこのような救済がもとめられるときは、その法廷地においては差止命令をあたえる管轄権がないといえよう」とされるのである。同上・136頁。

[36] この見解については、これを「『特別連結理論』を適用する見解」と位置づけた上で、「『特別連結理論』を法例11条の解釈論として展開すること自体に無理があるとおもわれる」という批判がある。相澤・前掲注(6)演習136頁以下。確かに土井教授の見解には、不正競争に関する後述の Wengler 論文を参考にしている点も少なからず見受けられるが、同教授は法例11条の行為地の解釈論として市場地を挙げているに止まり、そこには所謂特別連結理論への言及は全く見られない。また、後述のように、諸外国での議論においても、不法行為地の解釈として特に特別連結理論を採用することなく市場地を提唱する裁判例・学説も多くある以上、同教授の見解を「『特別連結理論』を適用する見解」と位置づけることには問題がある。

上で、不正競業を類型化してそれぞれの類型にふさわしい準拠法を探求すべきではないかと思われる」とし、その類型化を試みるのである[37]。同教授は、不正競業を不法行為と性質決定し法例11条1項を適用することは否定しないが、不法行為地の決定につき、諸外国の支配的傾向に従い[38]、不正広告のように「市場に関連する不正競業」と営業誹謗のように「営業に関連する不正競業」とに区別し、前者は典型的な不正競業であり公衆の利益を保護するという観点から市場地が不法行為地、後者は一般の不正行為に近く、被害者たる競業者の利益を保護するという観点から、被害者たる競業者の営業所所在地を不法行為地とすべきであるとしている[39]。このように、同教授は、法例11条１項の不法行為地の解釈につき、「市場に関連する不正競業」と「営業に関連する不正競業」の２つに類型化することを提唱する[40]。

尚、法例11条２項が適用され日本法が累積適用されると保護範囲が狭められて良くないという価値判断等から、不正競争行為につき条理により不法行為とは別に固有の準拠法選択規則を設定し、市場地法を適用する立場も見受けられるが、そこでも、不正競争一般を対象とするか[41]、二類型に

[37] 相澤・前掲注(6)演習137頁。

[38] このように言い得るかどうかは、後述のように微妙である。

[39] 尚、同教授は、「この場合には、当事者双方が属人法を共通にする場合に限り、当事者の共通属人法の適用が考えられるが、一般の不法行為の場合と同様に、法例の解釈論として主張できるか否かが問題となろう」と述べる。相澤・前掲注(6)演習138頁。

[40] この見解を支持するものとして、藤澤・前掲注(21)146頁。

[41] 例えば、丹宗昭信＝山手治之＝小原喜雄編『国際経済法』(1987年)395頁以下(木棚照一執筆)は、法例11条２項が適用されることで保護範囲が狭められることを懸念し、「生産物責任などと同様に、法例11条が適用されない特殊な不法行為とみて、条理によることも考えられる」とする。但し、そこでは「より細かな類型化」の可能性が否定されているわけではない(だが、例として挙げられているのは、「市場地が外国であっても、その不正競争行為が、特定の内国の事業者の保護されるべき利益に向けられているとき」に例外的に内国法による場合に止まる)。また、三井・前掲注(15)209頁も同旨と解される(但し、市場地法が準拠法とされるべきなのはノウハウ侵害のみか不正競争一般なのか、必ずしも判然としない)。

区別して論じるか[42]について、同様の対立が見られる。だが、これら条理による立場においては、不正競争行為が一般の不法行為に比し如何なる点で抵触法上別ルールを作らねばならない程特殊であるのか、必ずしも明確に示されているわけではない[43]。但しその中で、この点につき岡本善八教授が、「各国の不正競争法の保護目的は必ずしも競争者の私益保護のみを念頭に置くのみではなく、立法国の市場の公正維持あるいは消費者保護などの公益的考慮を包含する点で、法例11条が前提としている不法行為とは異質のものである」とし、公益的考慮を包含している点に「不正競争」の特殊性を見出している点が注目されよう[44]。また、これらの立場においては、連結素としても、不法行為と性質決定する立場の場合と特に異なる要素が考慮されているわけではない[45]。

尚、具体的行為としてこれまで議論の対象とされたのは専らノウハウ侵

[42] 例えば、木棚照一＝松岡博編『基本法コンメンタール国際私法』(1994年)74頁(中野俊一郎執筆)は、矢張り「日本法の重畳適用を排除しうる点で、独自の類型と法性決定すべき」であるとし、不正競争の多様性から、「『市場に関連する不正競争』と『営業に関連する不正競争』とを区別し、前者について市場地法、後者については11条を介して不法行為地法を適用するのが妥当である」とする。同様の立場として樋爪・前掲注(21)84頁(但し、根拠は示されていない)。直接的には前掲東京地判平成３年９月24日で問題となったノウハウ侵害を対象としているが、不正競争一般にも射程が及ぶ言及をするものとして、岡本善八・判例研究・特許管理44巻2号(1994年)159頁、160頁以下がある。そこでは、「理由のない無体財産権侵害の警告のごとく、特定企業のみに向けられた利益侵害の場合においては被害企業の営業所所在地によるが、…特定市場における公正競争の侵害に関連をもつ場合は、市場法としての日本法が適用せられると理論構成すべき」であるとして、「法例11条とは別個に構成」された市場法準拠法説が示されている(但し、判例評釈という性格からか、そこでは明確に二類型に区別されているわけではない)。

[43] 法例11条２項を排除したいという理由だけでは、何故一般的な不法行為では同項が排除されるべきではないのに、不正競争については排除されるべきなのかを明確にしない限り、根拠づけとして不十分であろう。

[44] 岡本・前掲注(42)160頁以下。

[45] 「条理によった場合にも法例11条を適用した場合と同様、不正競業の準拠法は市場地法になることを考えると、あえて不正競業を特殊な不法行為とするまでもあるまい」とこの点を明言するのは、藤澤・前掲注(21)146頁。

害であるが、ノウハウ侵害については不法行為と性質決定すべきであるという論者が比較的多い[46]。

ところで、我が国の不正競争防止法の規定の全部又は一部が強行的適用法規であるか否かという点についての議論状況はどうだろうか。この点について述べたものは未だそれ程多くはないが、その中で、土井教授は、「外国の不正競争防止法が市場規制であるとされ、かつ、立法者が、この市場規制をつうじてその国の経済政策を実現するものであるときは、このような外国不正競争防止法の適用は、外国公法の強行であるとかんがえ、その適用を拒否すべきではないか、という疑問が生ずる」とし、「わが国の不正競争防止法のように、刑罰規定…と並行して、被害を受けた競業者に民事上の救済…を定めるばあいにも、民事上の救済は完全に公法的色彩を脱したものではな」く、外国不正競争防止法を我が国が適用することにより原告が我が国において「国家の経済政策を実現する方便としてもちいられることになる」ことにつき懸念を表明している[47]。

また、石黒一憲教授は、我が国の不正競争防止法が、「基本的には我が国の絶対的強行法規たる独禁法等の競争秩序維持に向けられた法規との内在的連関を有することに注意する必要がある」とし、不正競争防止法の

[46] 高桑昭・判例評釈・ジュリスト1006号(1992年)148頁、150頁、国友明彦・判例解説・1002号(1992年)260頁、261頁、野村美明・判例評釈・私法判例リマークス1993〈下〉156頁、159頁。これに対し、岡本・前掲注(42)161頁は、「特定市場における公正競争の侵害に関連をもつ場合」であるとして、市場地法の適用を主張する。尚、不破茂・判例研究・愛媛法学会雑誌19巻2号(1992年)85頁、93頁は、ノウハウの特許権や著作権との親近性を指摘し、「特に、各国の法的保護の不均衡を原因として、国家的な利害衝突の焦眉ともなっている現状においては、ノウハウの侵害についても通常の不法行為とは別個の枠組を設ける必然性があるように思われる」と述べているが、結論は留保している。

[47] 土井・前掲注(5)講座831頁。そこでは、「裁判所が国際私法によって決定される準拠法として外国の私法規定を適用するべきことは当然であるが、外国の不正競争防止法を準拠法として適用するときは、原告に民事上の救済をあたえるばかりでなく、外国の公法を強行することになるから、その適用を拒否すべきではないか、というジレンマ」が指摘されている。土井・前掲注(5)企業法25頁も同様。但し、明確な結論が特に示されているわけではない。尚、ここでの言及は、後述するWenglerの記述に少なからず依拠していることが見て取れる。

法規がここでいう強行的適用法規であるか否かという問題が存在することについて留意しつつも、我が国の不正競争防止法上の民事的救済規定の抵触法上の位置づけにつき、契約準拠法に関する「伝統的な主観的選択を放任するならばともかく、そこで言う当事者意思の客観化をはかり、法例11条の客観的連結の規定と一体的に考える限り、これを絶対的強行法規と言うまでの必要はないであろう」と述べ、これらの法規が強行的適用法規であることを一応否定している[48][49]。

(4) 小括

以上、我が国の裁判例・学説を確認した。

現在のところ、国際的な不正競争行為に関する裁判例は4件のみで、事件類型もノウハウ侵害、営業誹謗行為、商品等混同行為に限られており、その上、営業誹謗行為に基づく差止請求の性質決定について不法行為と条理に判断が分かれたり、我が国不正競争防止法2条1項1号を強行的適用法規と解しているように思われたりする等、理論上も一貫したところが見られず、先例として確立した準則を見出すことが未だ困難な状況にある[50]。

学説においては、この問題を条理により独自の準拠法選択規則に委ねようとする立場と不法行為と性質決定する立場があった。だが、条理による立場の主眼は法例11条2項を回避したいという点にあり、市場の公正維持或いは消費者保護等の公益的考慮が包含されている点に不正競争法の特

[48] 石黒一憲「トレードシークレットと国境」小野昌延先生還暦記念『判例不正競業法』(1992年)855頁、867頁。尚、この点に関しては、契約準拠法に関し原則として客観連結を貫く同教授の見解にも注意する必要がある。同『金融取引と国際訴訟』(有斐閣・1983年)59頁参照。

[49] 但し、同教授が意識する独禁法との連関という点と、今回の法例改正において当事者自治の原則が契約に関しても、さらにはまた不法行為に関してさえも、第三者を害さない限りでとの制約はあるものの事後的な当事者合意が認められたという点(通則法9条及び21条)を考え合わせると、改正後の同教授の立場が前述のものであり続けるかは極めて微妙であると思われる。

[50] 尚、うち3件が日本人乃至日本法人間の紛争であることを考慮しても、現在まで我が国裁判所が全て日本法を適用し、外国の不正競争防止法を適用していないという点には留意しておいて良いだろう。

殊性を見出す言及も一応あるが、不正競争行為乃至それを規律する法の抵触法的観点からの特殊性という点については、未だ議論が不十分であることが確認された。また、一部乃至全ての不正競争行為につき、妥当な連結素として提唱されているのは市場地であるが、不法行為の原因事実発生地の解釈においても市場地を適用することが可能であることに異を唱える学説はなく、この点からも、不正競争固有の準拠法選択ルールを設定することに疑問が示されていた。さらに、不正競争一般について議論する立場と、不正競争の多様性を理由に二類型に区別する立場との対立が見られた。尚、差止めか損害賠償かという請求方法に着目した議論は、不正競争の局面においては殆ど示唆に止まる[51]。また、共通本国法乃至常居所地法の例外に関しては、影響を受けたと看做し得る裁判例もあるが[52]、学説上はこれも矢張り殆ど示唆に止まっている[53]。最後に、強行的適用法規との関係においては、土井教授は問題点の指摘に止まり、石黒教授は不正競争防止法をここで言う強行的適用法規と看做す必要はないとするが、法例改正後も同様の立場を維持するのか微妙である。

このように、この問題に関する我が国の議論状況は未だ十分とは言い難い。このような状況においては、我が国の学説も従来影響を受けて来た諸外国の動向を確認することが必要だろう。そこで以下では、論点毎に各国の議論を概観する。

三　各国における議論

(1) はじめに

以下、「不正競争」固有の抵触規則の必要性、不正競争に関する類型化の必要性、共通本国法乃至共通常居所地法等の例外の適否、不正競争関連法規と強行的適用法規との関係という各点につき、主として国際法学会における不正競争の抵触規則に関する決議における議論、またドイツ・フランスにおける議論を中心に、各国における議論を概観する。

[51] 前掲注(35)。但し、知財高裁平成17年12月27日判決(前掲注(4))。

[52] 東京地裁平成15年10月16日判決(前掲注(3))及び知財高裁平成17年12月27日判決(前掲注(4))。

[53] 前掲注(39)。

(2)「不正競争」固有の抵触規則の必要性について

まず、「不正競争」の準拠法については、不正競争固有の抵触規則を採用する国々と、不正競争行為を不法行為と性質決定した上で、不正競争行為乃至これを規律する法規範の特殊性に配慮した原因事実発生地の解釈を採用する国々に大別出来る。

前者の例としては、例えば、オーストリアとスイスが挙げられる。オーストリア国際私法48条2項は、「不正競争から生ずる損害賠償及び他の請求は、競争がその市場に効果を及ぼす国の法により判断される」と規定する[54]。従来、オーストリアにおいて判例は、構成要件該当行為の一部でも国内でなされたならば自国法の適用を肯定するという所謂遍在理論に基づく自国法の広範な適用を認め、例えばイタリアでの販売する新聞をオーストリアで印刷するような準備行為のみを根拠に自国法を適用していたが、1971年に判例変更がなされ、不正競争行為を不法行為と性質決定した上で、不法行為地を競争上の利益が衝突する地とし、準備行為のみを基準とした自国法適用を放棄した。また、例外的にオーストリア法が適用される場合として、競争行為が自国民間のみにおいてなされ、専ら外国納入業者に対し相手方を誹謗するためになされる場合が挙げられていた[55]。このようにオーストリアの判例が後述のドイツにおける判例と平仄を合わせた形で展開される中で1979年に施行された上記規定は、従来の判例におけ

[54] 尚、桑田三郎＝山内惟介編著『ドイツ・オーストリア国際私法立法資料』(2000年・中央大学出版部)537頁では、「競争がその市場に対して影響を及ぼしている国の法」と訳されている。原文は以下の通り。“Schadenersatz- und andere Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, auf dessen Markt sich der Wettbewerb auswirkt.”

[55] オーストリアにおける国際的な不正競争に関する判例の展開については、Wiltscheck, “Die Beurteilung grenzüberschreitender Werbe- und Absatztätigkeit nach österreichischem Wettbewerbsrecht”, *GRUR Int.* 1988, 299, 299-300; “The conflict-of-laws rules on unfair competition (twenty-second commision), Annex, observations de M. Fritz Schwind”, supra note (11), at 146-148. 尚、邦語文献として、相澤吉晴「オーストリア国際不正競業法の一考察」富大経済論集37巻1号(1991年)141頁。

る不明確さ[56]を排除する役割に止まるものではなく、更に進歩したより現代的な規定であると評価されている[57]。すなわち、この規定は、不正競争法を不法行為的観点からではなく市場地法的観点から捉え、不正競争法が今日では最早単に競業者の保護のみではなく、市場の相手方（Marktgegenseite）とりわけ消費者の保護にも供するものであるという点を考慮した上で、競争上の利益衝突地を準拠法とする場合には後者の保護が不十分になるという認識の下、国際カルテル法における「効果原則（Auswirkungsprinzip）」を採用するものなのである[58]。従って、ここでは競争制限に関する法と不正競争に関する法とが相互補完的機能を有することがより強調される形となっているのである[59]。尚、同規定は、あらゆる形でなされる国境を越えた広告販売活動を対象とし、また、公正な市場維持を目的とするあらゆる規範を不正競争に関する規範と看做すものとされる[60]。また、同規定を自国法の国際的適用範囲を定めた一方的抵触規則と見るか、外国法の適用も定めた双方的抵触規則と見るかには争いがある[61]。

また、スイスにおいても、従来の裁判例は不正競争行為を不法行為と性質決定して来たが[62]、1987年12月18日の国際私法に関する連邦法136条は、

[56] Schwind, supra note (55), at 147. 単なる準備行為と不正競争行為との区別の困難、準拠法に関する不明確さが指摘されている。

[57] Wiltschek, supra note (55), at 299, 300.

[58] Wiltschek, supra note (55), at 300-301. See also, Fetzer, supra note (9), at 183. 同様に、同規定が「不正競争特有の性質を認めた」ものと解するのは、Dyer, "Unfair Competition in Private International Law", *Recueil des Cours (Colletcted Courses of the Hague Academy of International Law)*, Tome 211 (1988) 373, at 432.

[59] Wiltschek, supra note (55), at 301; Fetzer, supra note (9), at 183.

[60] Wiltschek, supra note (55), at 301.

[61] Fetzer, supra note (9), at 185. 裁判例は明確に一方主義的思考方法を採用するが、これに対し学説は双方主義的規定として理解する。例えば、Wiltschek, supra note (55), at 308.

[62] Baudenbacher, "Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung grenzüberschreitender Werbe- und Absatztätigkeit nach schweizerischem Recht", *GRUR Int.* 1988, 310, at 315. そのような性質決定により遍在理論を採用した結果、内国法の常時適用がなされることとなったとされる。

当事者の共通常居所地があればその国の法によるという留保の下[63]、その1項で、「不正競争行為に基づく請求は、その市場に結果が生じた国の法により規律される」、2項で、「行為が専ら特定の競業者の営業上の利益に悪影響を及ぼす場合、準拠法は被害を受けた事業者の本拠地法とする」とする[64]。文言上効果という概念は見られないが、ここでも同規定は効果原則を立法的に承認したものと位置づけられている[65]。

さらに、国内法ではないが考慮すべきものとして、1983年に国際法学会（Institut de Droit International）[66]が採択した不正競争の抵触規則に関する決議がある[67]。その第2条1項は、「当該効果が合理的に予見され得たであろう行為により特定の市場において競業者の事業に対し損害（injury）が生じた場合には、当該市場が存在する国の国内法が当事者の権利及び責任、当該行為が当該国又は他国で行われているかを決定すべきである」[68]と規定する。また、複数国の市場での損害が生じた場合にはそれぞれの市場

[63] 136条3項。但し、共通本国法の適用は裁判例により排除されている。Fezter, supra note (9), at 182.

[64] 原文は次の通り。

"1. Les prétentions fondées sur un acte de concurrence déloyale sont régies par le droit de l'Etat sur le marché duquel le résultat s'est produit.

2. Si l'acte affecte exclusivement les intérêts d'entreprise d'un concurrent déterminé, le droit applicable sera celui du siège de l'établissement lésé.

3. L'article 133, 3e alinéa, est réservé."

[65] Fetzer, supra note (9), at 182; Baudenbacher, supra note (62), at 317.

[66] 万国国際法学会とも云うが、ここでは国際法学会編『国際関係法辞典（第2版）』（2005年・三省堂）に従った。国際法学会の諸決議が持つ影響力の大きさについては、同上314頁以下の国際法学会の項目参照（小田滋執筆）。

[67] "The conflict-of-laws rules on unfair competition", Institute of International Law, *Yearbook*, vol. 60, Part 2 (1983), 293.

[68] 原文は以下の通り。"Where injury is caused to a competitor's business in a particular market by conduct which could reasonably have been expected to have that effect, the internal law of the State in which that market is situated should apply to determine the rights and liabilities of the parties, whether such conduct occurs in that State or in some other State or States."

地法により判断すべきこと[69]、また、より密接に関連する国の法の例外的な適用[70]、不正競争行為の準備につき準備行為が行われている国の法の下での差止めが認められ得る[71]こと等が定められている。同決議が対象とする分野は、工業所有権の保護に関するパリ条約10条の２同様、「工業上又は商業上の公正な慣習に反する全ての競争行為」として広く定義され得るとされており、特に対象とされるものとして、①詐称通用（passing off）、②虚偽の製造元表示の下での競争相手の製品の販売や、営業秘密の不当入手や開示を含めた競争者の努力の不当な流用、③不適切な広告、④製品や事業に関する競争者の信用毀損、⑤不正価格競争、⑥従業者への辞職勧告や競争相手の契約破棄を促したり、また競業者の納入業者や顧客関係への干渉等、競業者の事業への不適切な干渉、が列挙されている[72]。他方、域外的効果を有しないという理由で商標権、特許権及び著作権侵害がその対象から外されると共に、カルテルや独占等の制限的乃至独占的慣行が、特別な問題を生じさせるものとして、対象から外されている[73]。後者が除外されたのは、これらの問題に対しては不正競争法とは異なる法規が適用されるという点と共に、とりわけ不正競争の分野と違い、これらの問題が国際的な立法管轄権や裁判管轄権の問題を生じさせる点が根拠とされている[74]。だが、不正競争固有のルール設定との関係で注目されるべきは、委員会が、反トラスト法上の問題を定義する基準を見出すことが出来なかった点である。すなわち、反トラスト法の分野においては公的利益が主要であるが、この要素は、市場規制の要素という形で不正競争分野にも見出せるという点、また、反トラスト法上の制裁は主として刑法乃至行政法上のものであるが、少なくとも米国においては私人も損害賠償が利用可能であるという点を考慮して、委員会は結局、排除されるべき制限的乃至独占的

[69] Article 2 (2).

[70] Article 3.

[71] Article 5.

[72] Article 1.

[73] Supra note (67), at 294.

[74] Supra note (67), at 163 (Vischer).

慣行の正確な範囲を定義する試みを放棄したとされているのである[75]。

このように、一方で「不正競争」固有の準拠法選択規則を有する国々やこれを支持する国際的な決議がある[76]。そこでは、不法行為とは異なった不正競争法独自の役割、とりわけ競争法との機能的補完性が念頭に置かれている。但し、競争法と不正競争法とを区別する際の困難さが見て取れる。

他方、不正競争行為につきこのような固有の規則を特別規則又は判例により設定することを敢えて否定した国々もある。そのような例として、ここではドイツとフランスを見てみよう[77]。

ドイツにおいては、1984年のドイツ国際私法（契約外債務関係）の補充のための法律草案40条２項において、「不正競争から生ずる請求については、競争手段がその市場に影響を及ぼした国の法」が、ある特定の競業者の事業上の利益のみが問題となっている場合も含め準拠法となるという案が示されていたが[78]、このような特別規則は結局放棄された。その理由としては、同様の解決が、指定される法よりもより密接な関連を有する法があれば同法の適用を認める41条の例外条項により特別規則なしに達成することが出来ること、また、不正競争の範囲やとりわけ不法行為に関する40

[75] Supra note (67), at 164-5 (Vischer).

[76] その他、1991年の不正競争に関するスペイン法が、スペイン市場に重大な効果を齎すか齎し得る行為につきスペイン法が適用されるという一方的抵触規則を有することにつき、Tebbens, “Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l’épreuve du droit communautaire”, *Rev. crit. dr. intern. privé*, 83(3) juillet-septembre 1994, 451, at 455-456.

[77] 尚、イギリスに一般的な不正競争概念がなかった点につき、Dyer, supra note (58), at 383; 小野昌延『不正競争防止法概説』（1994年・有斐閣）21頁、松本恒雄「イギリスの不正競争法制と消費者保護－自主規制と刑事規制のはざま」一橋論叢107巻１号（1992年）20頁、22頁。

[78] 尚、石黒一憲『国際私法』（1994年・新世社）285頁では、「競争手段が効力を生じた市場の属する国の法」とされている。原文は以下の通り。
“An die Stelle des nach Abs 1 maßgebenden Rechts tritt
...
2. bei Ansprüchen aus unlauterem Wettbewerb das Recht des Staates, auf dessen Markt die Wettbewerbmaßnahme einwirkt, es sei denn, daß allein oder überwiegend die Geschäftsinteressen eines bestimmten Wettbewerbers betroffen sind.”

条1項の原則に戻るべき場合を確定することの困難さが立法資料において挙げられている[79]。尚、後述のようにドイツ判例は、この問題を一貫して不法行為の問題として性質決定して来ている。

また、フランスにおいては、学説においては不正競争固有の準拠法選択規則の採用を提唱する立場もないわけではなかったが[80]、フランスにおける科学雑誌の頒布による信用毀損がアメリカ編集者間で問題となった、この問題に関する初めての最上級審判決である1997年1月14日破毀院判決は、通常の不法行為についてのルールに基づき、原因事実発生地法により判断することを明らかにした[81]。この判決は、今日不法行為について特徴的な不法行為の細分化の動向に従うことを拒絶したものと位置づけられ、特別抵触規則の増加が個々の規則の内容の空疎化を伴うことで抵触法全体の一貫性を破壊してしまうという観点から、一定の賛同を受けている[82]。尚、靴に関する類似製品のフランス市場での販売が誤認惹起行為に当たる点が問題となったグルノーブル控訴院1999年10月21日判決[83]においても、不正競争行為を不法行為と性質決定するこの枠組が踏襲され、矢張り不正競争固有の抵触規則の採用を退けたものと位置づけられている[84]。

[79] *BT-Drucks* 14/343, 10.

[80] Bischoff, "La concurrence déloyale en droit international privé", *Trav. Comité fr. dr. int.* pr., 1969-71, p. 53, at 66. 不正競争訴訟においては、過去についての原状回復よりも寧ろ規則に従わない慣行を将来に向かって止めさせることにその本質があるとする。邦語による紹介として、相澤吉晴「フランスにおける国際不正競業の法規制」富大経済論集28巻3号(1983年)175頁がある。

[81] Cour de cassasion (1re Ch. civ.), 14 janvier 1997, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 86 (3) juillet-septembre 1997, 504, note Bischoff, *Recueil Dalloz* 1997, 177, note Santa-Croce, *La semaine Juridique[JCP]*, Éd, G, no 37, 22903, note Muir Watt. 尚、適用されたのはフランス法である。

[82] Bischoff, supra note (81), at 507.

[83] Cour d'appel de Grenoble, chambre commerciale, 21 octobre 1999, *J.D.I*, 4, 2000, 1016, note C. Witz.

[84] Witz, supra note (83), at 1027. また、1997年破毀院判決の差戻審判決であるパリ控訴院2000年1月21日判決は、破毀院の判旨を踏襲しつつ、「雑誌の頒布により構成される原因たる事実も、当該訴訟において主張されている損害が現実化した地もフランスにある」という文言を追加し、破毀院の判断を明確化している。Cour d'appel de Paris, 1re ch. G, 21 janv. 2000, *Le Dalloz*, 2002, no. 17, obs. B. Audit.

これらの国々において学説上、不正競争固有の抵触規則を提唱する立場がないわけでは勿論ない。特にドイツでは、不正競争法が持つ市場秩序的要素を重視し、知的財産権等の取り扱いと整合的な処理を提唱したり、国際カルテル法同様効果原則の導入を図ろうとする立場が見られ興味深い[85]。代表的な例として、ここではSandrockとFetzerの学説を紹介しよう。

まず、Sandrockは、知的財産権、商号権保護や競争制限禁止法の規定が不正競争関連の規定と密接に結びついており、企業間の競争における取引活動規制のための統一的な規範複合体を形成していることから、これら全ての領域について抵触法上の統一的な連結原理が行われる必要があるのではないかと考える[86]。そして、知的財産権の抵触法、商号権の抵触法、及び国際カルテル法が同一の連結原則、すなわち属地主義に従っていることを理由に[87]、不正競争防止法においてもまた、属地主義の原則に従った

[85] これらの学説につき、see, v. Hoffmann, supra note (9), at 552-558; Fetzer, supra note (9), at 172-186. 邦語による紹介として、相澤吉晴「西ドイツ国際不正競業法の一考察」富大経済論集29巻2号(1983年)1頁。これらの体系書における学説の分類はまちまちである。例えば、v. Hoffmannは、不正競争行為を不法行為と性質決定する立場以外のものとして、①実質規範目的に関連する連結、②保護主義原則及び③効果原則を挙げ、Fetzerは、①古典的連結原則以外の立場、②実質規範目的に関連する連結、③属地主義原則(保護主義原則)、④競争固有の連結及び⑤効果原則を挙げる。論者の背後にある基本的発想の違い迄精査出来たわけではないが、これらの立場は、大別すれば不正競争法と知的財産法との連続性を重視する立場(属地主義乃至保護主義)と、競争法との連続性を重視する立場(効果原則)に分けられるように思われる。そこで、ここでは、双方の代表的な立場を紹介することにした次第である。

[86] Sandrock, "Das Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs zwischen dem internationalen Immaterial-Güterrecht und dem internationalen Kartellrecht", *GRUR Int.* 1985, 507, at 518. 尚、略同様の論文の邦訳として、オットー・ザンドロック「国際無体財産法及び国際カルテル法間における不正競争抵触法」法学新報90巻11・12号(1984年)135頁(山内惟介訳)があり、ここでの翻訳の参考とした。

[87] 但し、Sandrockの知的財産法における属地主義の原則に関する理解が公法的なものであることには注意を喚起したい。すなわち、Sandrockの属地主義とは、例えば著作権について言えば、「著作権侵害及びその効果は保護国法に従って定められる。

一方主義的な処理を提唱する。すなわち、「不正競争に対する保護は、原則として、その領域について被侵害者がかかる不正競争に対する保護を主張している国の法に従う。この保護が当該保護国の領域を越えてどの程度まで主張されることが出来るかは、それに基づいて請求者がかかる領域外に及ぶ保護を求めている規定の実体的目的に従って定められる」という処理を唱えるのである[88]。この立場に対しては、排他的権利である知的財産権の場合と、そのような権利を想定していない不正競争の場合とを抵触法上同視することに対し批判がなされている[89]。

次に、Fetzer は、後述するドイツ判例による不正競争行為を不法行為と性質決定する処理につき、禁止行為だけを一方的に考慮し、具体的な損害発生や市場地の消費者保護を十分に考慮しておらず、不正競争行為も不法行為であるという教条主義的なその前提自体に問題があるとする[90]。そし

保護国とされる国は、その領域について被侵害者がその都度権利保護を求めている国とする」というものであり、その国際的適用範囲は実体規定の解釈により「法則学派的に」定められ、「双方的抵触規定において定義されることが出来るような統一的な不法行為地概念は存在しない」。その結果、「同一の行為がA国の保護規定及びB国の保護規定に違反する可能性があ」り、これらの保護規定の「オーバーラップ」が生じ得るとされているのである。Sandrock, supra note (86), at 512-515. 尚、そこで比較に挙げられているのは、公法、国籍、刑法の場合である。知的財産法における属地主義の原則については別稿に委ねるが(簡単には拙稿「知的財産法における属地主義の原則抵触法上の位置づけを中心に」知的財産法政策学研究(2004年)17頁)、我が国における議論においても看過出来ない言及であろう。

[88] Sandrock, supra note (86), at 522. 略同様の立場に立つ者として、Troller, "Unfair Competition", in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume 3 (1980), Chapter 34, at 7 (但し、パリ条約2条の内国民待遇から属地主義の原則を導くところが若干異なる).

[89] Kreuzer, supra note (9), at 2111; v Hoffmann, supra note (9), at 554 (競争法が絶対権に圧縮されない多数参加者の利益保護を目指していることを理由に、保護国を観念出来ないとする); Fetzer, supra note (9), at 187-188 (属地主義は、知的財産権がその高権的刻印のため属地的に限定されるべきであるという考えに依拠しているが、不正競争に関する実質法はそのような発想を採っていないとする).

[90] Fetzer, supra note (9), at 188-189. なお、そこでは、共通本国法が存在する場合にドイツ法を一方主義的に適用する判例の態度にも説得力がないという批判がなさ

て、不正競争法は、その出発点は不法行為法であったが、現在では機能上は包括的な競争保護法の一要素であって不法行為法から切り離されているのであり、カルテル法との目的の並列を抵触法上も考慮すべきであるとして、対象行為が効果を及ぼす市場の法を適用するべきであると主張する[91]。対象行為が複数の市場に効果を及ぼす場合には、各国の不正競争法が同一行為に対し累積適用される可能性が生じるが、その場合には有利原則(Günstigkeitsprinzip)により原告に有利な法を優先すべきであるとする[92]。このような Fetzer の立場に対しては、不正競争法の市場秩序的要素を一方的に強調し、個別法的側面を意識的に無視しているという点や、自国法の広範な適用に繋がるという点が批判されるが[93]、これに対し、Fetzer は、不正競争法においては今や個別的要素が後退しており、また、実効的競争保護という要請により、「効果」「効果市場」という概念を具体化することによって自国法の広範な適用には限定がかけられると反論している[94]。

これらの立場に共通するのは、不正競争法が競争法秩序の一端を構成しており、市場法としての機能を果たすという理解である。前述したように、1999年の改正において不正競争固有の準拠法選択規則が排除されたことや、不正競争行為を不法行為と性質決定する判例の一貫した態度もあり、これらの立場は少数説に止まっているが、この点をどのように考えるかは、

れている。

[91] Fetzer, supra note (9), at 191-192. 不正競争法の特殊性は、アプローチではなく効果の内容において見出されるべきであるとする。また、そこでは利点として、カルテル法と不正競争法との規範構造上の区別という困難な問題も克服出来る点が指摘されている。

[92] Fetzer, supra note (9), at 198.

[93] v. Hoffmann, supra note (9), at 554-555.

[94] Fetzer, supra note (9), at 192-193. 尚、Fetzer は、不法行為という性質決定の下で不正競争の問題を処理したとしても、具体的事案の処理は自説と殆ど異ならない点を認めるが、①国際的に互換性のある競争法の更なる発展には自説の方が資する、②ドイツ判例の採用する共通本国法による自国法の一方的な適用には効果原則からの説明の方が説得的である、③市場関連不正競争行為と企業関連不正競争行為との区別は最早時代遅れであるという点から、自説の方が優れているとする。Fetzer, supra note (9), at 200-201.

我が国抵触法における処理を考える際にも考慮せねばならない点であろう。

ところで、このように市場法としての観点から不正競争法を位置づけるとき、外国不正競争法の適用は如何にして正当化されるのだろうか。この点につき、Fetzer は、世界経済秩序の変化によりグローバル市場が成長したことが自国法の一方的適用を時代遅れなものとするとし、外国市場における競争の歪みが国内市場空間での競争に反作用を齎すのであり、WTO 等の自由な世界市場秩序に関する共通合意が、世界的な競争保護システムに対する全体的責任と外国市場秩序法の適用を促す、と述べている[95]。このように、国際競争の緊密化や市場のグローバル化、国際合意の形成等の根拠が各国抵触法に如何なる要請を行うかという点は一考に値しよう。

最後に、現在 EU において進行している、契約外債務の準拠法に関する規則案、所謂ローマⅡの現況について若干触れておく[96]。当初のヨーロッパ委員会提案では、その５条において不正競争についての固有の準拠法選択規則が設けられていた。それによれば、「不正競争行為から生じる契約外債務の準拠法は、競争関係又は消費者の集団的利益が直接且つ実質的に悪影響を受ける又は受けるであろう国の法とする。不正競争行為が専ら特定の競業者の利益に悪影響を及ぼす場合には、３条２項及び３項[共通常居所及び最密接関連法についての例外条項－筆者注]が適用される」となっていた[97]。だが、この規定は、2005年７月のヨーロッパ議会による第一読会で一旦削除された。その理由としては、不法行為一般に関する３条により同様の処理が可能であること、及び、不正競争行為が対象とする範囲が不明確であることが指摘されていた[98]。これに対し、2006年２月21日に出された委員会修正提案では[99]、不正取引慣行に関する規定が第７条として若干の文言の修正の下で復活している[100]。この点については、実質において一般的不法行為の場合と異なる抵触規則を導入しようとするのではなく、いつも簡単であるとは限らない損害発生地のより正確な確定という点に委員会の趣旨があるのであり、この目的を明確にするために若干の用語の変更を行ったのだと説明されている[101]。このように、不正競争固有の準

[95] Fetzer, supra note (9), at 197, 201-202. これに対し、競争政策概念に関する国際法上の合意が存在することを否定し、カルテル法の双方的な適用に反対するのは、Sonnenberger, “Eingriffsrecht-Das trojanische Pferd im IPR order notwendige Ergänzung?”. *IPRax* 2003, 104, at 115.

[96] “Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-contractual Obligations (“Rome Ⅱ”), *COM* (2003) 427 (01). 尚、ローマⅡに関する議論動向は以下のウェッブサイトで確認出来る。http://europa.eu.int/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=en&DosId=184392（最終確認日2006年４月29日〔以下同様〕）。尚、同規則案に関する邦語文献として、高杉直「ヨーロッパ共同体の契約外債務の準拠法に関する規則（ローマⅡ）案について－不法行為の準拠法に関する立法論的検討－」国際法外交雑誌103巻３号（2004年）１頁、佐野寛「契約外債務の準拠法に関する欧州議会及び理事会規則(ローマⅡ)案について」岡山大学法学会雑誌54巻２号(2004年)320頁、シュテファン・ライブレ（西谷祐子訳）「契約外債務の準拠法に関する欧州共同体規則［ローマⅡ］の構想」国際商事法務34巻５号594頁がある。

[97] 原文は以下の通り。

“1. The law applicable to a non-contractual obligation arising out of an act of unfair competition shall be the law of the country where competitive relations or the collective interests of consumers are or are likely to be directly and substantially affected.

2. Where an act of unfair competition affects exclusively the interests of a specific competitor, Article 3(2) and (3) shall apply.”

尚、同条の解説として、Münchener Kommentar, *BGB Internationales Privtrecht* (4.Aufl. 2005), at 2505-2506 (Junker)

[98] A6-0211/2005 (http://www.europarl.eu.int/omk/sipade3?PUBREF=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2005-0211+0+NOT+XML+V0//EN において入手可能).

[99] “Amended Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-contractual Obligations (“Rome Ⅱ”), *COM* (2006) 83 final (http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/en/com/2006/com2006_0083en01.pdf で入手可能).

[100] 原文は以下の通り（太字は修正箇所）。

“**Article 7 – Unfair commercial practices**

1. The law applicable to a non-contractual obligation arising out of an **unfair commercial practice** shall be **designated by Article 5(1). The country where the damage occurs or threatens to occur shall be** the country where competitive relations or the collective interests of consumers are or are likely to be directly and substantially affected.

2. Where an act of unfair competition affects exclusively the interests of a specificcompetitor, Article **5**(2) and (3) shall **also** apply.”

[101] supra note (99), at 6.

拠法選択規則を置くか否かを巡っては、流動的な状況にあると言える。

(3) 不正競争に関する類型化の必要性について

次に、不正競争行為の多様性に鑑み類型化して規律する必要があるか否かについて見る。先ず、立法例では、スイスが、「専ら特定の競業者の営業上の利益に悪影響を及ぼす」行為につき、被害を受けた事業者の本拠地という別の連結政策を採用している[102]。但し、専門家の草案段階においては所謂営業に関連する不正競争を被害を受けた企業の営業所が所在する国の法に依らしめていたところ、自動的に営業所所在地法を適用するための説得的根拠が欠けているという批判がなされた結果、「専ら」という限定がなされたということ、また、同項は例外条項の一つとして理解されており、15条のより一般的な例外条項と一体的に考慮され、国際私法上の利益衡量を行うべき場として理解されていること[103]等を考えると、同項を理由にスイス法が「市場に関連する不正競争」と「営業に関連する不正競争」という類型的区別を行っていると位置づけることには躊躇を覚える。オーストリアは、条文上は特に類型的な区別をしていないが、共通本国法としてオーストリア法の適用を考慮する際、営業に関連する不正競争については効果が企業の営業上の本拠で発生することを理由にその適用が導けるとする主張があり[104]、少なくとも学説においては営業に関連する不正競争と市場に関連する不正競争との区別が立法後も猶意識されているように思われる。また、国際法学会の決議においては、最初の段階では不正競争の多様性に応じて類型化すべきか否かが問題とされていたが[105]、質問状の回答において、両者の線引という微妙な問題を避けるべきだという指摘がなされたこともあって[106]、結局類型化をしていない。

一方、この問題を不法行為と性質決定する国については、まずフランスにはこの点を判断した裁判例が存在しないが、学説上は、保護法益が具体

[102] 136条2項、前掲注(64)。

[103] Baudenbacher, supra note (62), at 317-318.

[104] Wiltschek, supra note (55), at 306.

[105] Supra note (11), at 114 (Reese).

[106] Supra note (11), at 114 (v. Overbeck).

的な営業に関連する不正競争であっても、被害者又は加害者が市場地法と異なる準拠法が適用されることで他の競業者よりも不利な競争条件に置かれる可能性を認めるべきではないという考慮から、矢張り市場地法を適用すべきであるとされている[107]。

次に、ドイツでは、従来偏在説に立った国際的な不正競争事案に関するドイツ法の広範な適用が行われて来たが[108]、その後の裁判例に決定的影響を与えた1961年6月30日連邦通常裁判所判決が[109]、そのような遍在主義を排除した。すなわち、国際的に哺乳瓶を販売していた米国及びオランダ企業が模造品をシンガポール等に輸出していたドイツ企業に対し、公衆が混同する危険を理由に製品の販売差止めを求め且つ損害賠償債務の確認を請求した事例において、裁判所は、問題となった行為を不法行為と性質決定した上で、不正競争法に対する規定には排他的権利が存在せず、また競争における濫用の防止に貢献するという不正競争行為の特殊性を考慮しつつ、「不正競争が通常生じ得るのは、競業者の競争上の利益が衝突する地においてのみである。何故ならば、競争上の利益が衝突する場所においてのみ不正競争行為の防止が関心事となるからである」とし、そのような衝突が起こるのは、準備行為がなされた地ではなく、寧ろ通常は市場地である、と判示したのである[110]。その後の裁判例は、基本的にはこの競業者の利益が衝突する地＝市場地という枠組を遵守しており[111]、原因事実発生

[107] Bischoff, supra note (80), at 62. 同様の立場として、Y. Loussouarn / P. Bourel, *Droit international privé,* (8e éd. 2004), at 546.

[108] 判例の展開につき、Fetzer, supra note (9), at 164-172; v. Hoffmann, supra note (9), at 550-552.

[109] 35 *BGH* 329 [Kindersaugflaschen].

[110] supra note (109), at 333-334.

[111] BGH, Urt. v. 20. 12. 1963, 40 *BGH* 391 [Stahlexport]; BGH, Urt. v. 27. 3. 1968, *IPRspr.* 1968-1969, Nr. 170 [Bierexport](ローマ在住のドイツ人とドイツ醸造事業者間でイタリアへのビール輸出のためにドイツ不正競争法に反して締結されたビールの供給契約の有効性); BGH, Urt. v. 23. 10. 1970, *IPRspr.* 1970, Nr. 97(使用中も水泳可能という生理用品の広告をスイスのドイツ語雑誌に掲載したイギリス法人に対し、ドイツ企業が通常の流通経路でドイツに流通して来るとしてドイツ不正競争法に基づき差止め及び損害賠償義務の確認を請求した事例。利益衝突地としてドイ

地の解釈に不正競争行為の特殊性を考慮すべきであることに言及するものはあっても[112]、特に営業に関連する不正競争につき異なる扱いをしようとするものは見受けられない。例えば、我が国のサンゴ砂事件判決同様、顧客に対する回覧状による信用毀損が内国企業間で問題となった1963年12月20日連邦通常裁判所判決においても[113]、裁判所は、競業者や全体の利益について区別することなく論じ、原因事実発生地を競争行為が行われる地＝市場地としている[114]。尚、コンメンタールにおいても、裁判例は、特に類型化することなく不正競争行為に関する不法行為地につき「競業者の競争上の利益が衝突する地＝市場地」という解釈をするものとして位置づけられている[115]。結局、ドイツにおいても、裁判例においては、不正競争

ツ法を適用); BGH, Urt. v. 11. 3. 1982, *IPRspr.* 1982, Nr. 121b [Domgarten-Brand](ドイツワイン組合がイギリスにワインを輸出するドイツワインセラーに対して国内での詰込及び輸出の禁止を請求した事例。競業者の競争上の利益衝突地としてイギリス法を選択); BGH, Urt. v. 4. 6. 1987, *NJW* 1988, 644　[Champagner](フランスシャンパン組合がドイツ輸入業者に対し、ミネラルウォーターの広告・販売にシャンパンの名称を使用することの禁止を求めた事例。広告の場所を基準に不法行為地としてドイツ法を適用); BGH, Urt. v. 15. 11. 1990, 113 *BGH* 11 [Kauf im Ausland](ドイツの消費者保護団体がスペイン企業に対し消費者に不利な契約条項の使用禁止を求めた事例。競業者の競争上の利益が衝突する地として、市場地であるスペイン法を選択); BGH, Urt. v. 26. 11. 1997, *NJW* 1988, 1227 [Gewinnspiel im Ausland](フランスの顧客に対するチェコからのくじ勧誘に関し、ドイツの消費者保護団体が差止めを求めた事例。市場地としてフランス法を選択); 近時の事例として、BGH, Urt. v. 13. 5. 2004 (BGH のウェッブサイト http://www.bundesgerichtshof.de/で入手可能)(トリアの小売業連盟が、ドイツの地方紙に広告を出したルクセンブルクのスポーツ用品店に対し、誇張的勧誘による景品条例違反として、ドイツ国内での広告差止めと損害賠償を請求。競業者の競争上の利益がある場所として、ドイツ法を適用).

[112] BGH, Urt. v. 15. 11. 1990, supra note (111) [Kauf im Ausland], at 15; BGH, Urt. v. 26. 11. 1997, supra note (111) [Gewinnspiel im Ausland], at 420.

[113] BGH, Urt. v. 20. 12. 1963, supra note (111) [Stahlexport].

[114] Ibid., at 395-396.

[115] Plandt/Helderich, *BGB,* [2004] Art. 40 Rn. 11; Bamberger/Roth/Spickhoff, *BGB,* [2003] Art. 40, Rn 43-46; Fetzer, supra note (9), at 164-172; v. Hoffmann, supra note (9), at 559 (但し、その様なメルクマールを明確に示していないとしつつも、共通営業所

行為を二つに類型化せず、市場地を原因事実発生地と看做しているということが出来るものと思われる。

これに対し、支配的学説は、保護法益が一般的か具体的かで市場に関連する不正競争か営業に関連する不正競争かを区別し、前者については市場地法を適用しまたドイツ国際私法において不法行為につき認められている共通常居所地の例外や事後の当事者合意を認めず、一方後者については直接個別の競業者に対する侵害として、競争上の違反が生じた場所を行為地、侵害を受けた企業の本拠地を結果発生地として、通常の不法行為同様原告にその選択を委ねるものとし、また、当事者の共通常居所地がある場合の例外も考慮され、当事者の事後的合意も認められる、として、二つの類型に分けた規律を提唱している[116]。例えば、類型化の重要性を説く von Hoffmann は、市場に対してではなく、競業者の営業に対して直接的に向けられており全体的な及び買い手の利益には序でに関るのみであるような不正競争行為を営業に関する競争とし、市場参加者全員の利益と競争秩序保護についての全体的利益の下で追求される市場コントロールが前面に出るような不正競争行為を市場に関連する競争とする[117]。両者を区別するメルクマールが問題となるが、von Hoffmann は、ドイツ不正競争法において団体訴訟が可能かどうかを基準とすべきであるとする[118]。具体的な例として、営業に関連する不正競争行為として挙げられているのは、営業秘密、商品形態模倣行為（Verwertung von Vorlagen)、営業秘密開示についての教唆・申出(Verleiten und Erbieten zum Geheimnisverrat)、外国労働者の引き抜き（Abwerbung fremder Arbeitnehmer)、保護権についての根拠のない警告である[119]。注意せねばならないのは、中傷や営業上の信用毀損、従業員買

地法の適用条件により、同様のメルクマールを採用していると言い得るとする); Kreuzer, supra note (9), at 2110-2111.

[116] Dirk Looschelders, *Internationales Privatrecht* (2005), at 610-612.

[117] v. Hoffmann, supra note (9), at 558.

[118] v. Hoffmann, supra note (9), at 560. 同様の立場として、Lindacher, “Die internationale Verbandsklage in Wettbewerbssachen”, in: *Festschrift für Lüke zum 70. Geburtstag* (1997), 377, at 384.

[119] v. Hoffmann, supra note (9), at 560.

収は、直接市場に向いているため市場に関連する不正競争行為に分類されている点である[120]。これらの営業に関する不正競争については、一般の不法行為法と同様に通常の解釈がなされ、業務行為地（生産地乃至販売地）の法が適用されることになる[121]。他方、市場に関連する不正競争の具体例としては、競業者保護に関する行為（商品の無料交付、従業員買収等法乃至契約違反に因る優位、原産地虚偽等。これらの市場地は違法行為を利用する競争行為が行われる場所である）、消費者保護に関する行為（虚偽・誇大広告、混同の利用、購入の強制及びそれらによる顧客の獲得等。これらの市場地は買い手の市場である）、及び、全体的利益に関する行為（割引法や景品表示法が対象とする行為。市場地は、市場の相手方に効果が及んだ市場の法）であり、これらについては、市場地法が適用されることになる[122]。尚、1999年のドイツ国際私法改正後は、市場地法の適用を40条の不法行為に関する原則的連結により不法行為地として導くか、より密接な関連を有する国の法として41条の例外条項により導くかについて争いがあるが[123]、von Hoffmann は、少数説ながら41条の解釈として市場地法を提唱する[124]。このような支配的学説に対しては、市場プロセスが相互依存している状況で、競争分野において個別的な侵害というものが殆ど考えられないのではないかという批判がなされている[125]。

[120] v. Hoffmann, supra note (9), at 560-561. 但し、保護権についての根拠のない警告と営業上の信用毀損との区別が筆者には十分に理解出来ない。

[121] v. Hoffmann, supra note (9), at 561-562.

[122] v. Hoffmann, supra note (9), at 565-568.

[123] v. Hoffmann, supra note (9), at 562-563.

[124] v. Hoffmann, supra note (9), at 563. 通常の用語法において、行為地とは侵害者の行為がコントロールされる地よりも、保護法益が侵害される地であって、市場地は行為地よりも結果発生地に近いこと、40条が主として二当事者間の不法行為を対象とするのに対し、不正競争法で問題となるのは競業者・消費者及び競争機能の保護が問題となっていることが主たる理由である。41条が個別具体的例外を定めた規定であるという批判に対しては、41条を特別不法行為類型に対しても利用することが法的安定性に資すると反論する。

[125] “Stellungsnahme des Max-Plank-Institus für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbrecht zum Entwurf eines Gesetes zur Ergänzung des

(4) 共通本国法・共通常居所地等の例外

第三に、共通本国法乃至共通常居所地法等の例外については、そのような例外を判例が認めているドイツから見てみよう。1963年12月20日連邦通常裁判所判決は、問題となっている外国市場での競争が専ら内国企業間で行われている場合、或いは競争行為が特別に内国企業に対してなされた場合に、特別の内国牽連性により例外的に共通本国法が適用されると判示している[126]。但し、注意しなければならないのは、ドイツにおいては、従来遍在理論に基づいたドイツ不正競争法の広範な国際的適用がなされ、同判決がそのような国際的適用への限定として下されたという経緯であり[127]、また、この準則が、ドイツ法の適用についてのみ定める一方的抵触規則であり、ドイツ市場において専ら外国企業間で行われる場合に当該外国法の適用を促すものではないという点である[128]。この判例準則については、このような一方的抵触規則に対応する明文規定をドイツ国際私法が有していない現状で解釈論上どう正当化するのかという問題が指摘されると共に[129]、内国競業者に限定された外国競争など殆ど考えられず、厳格なドイツ法を適用することでドイツ企業を競争上不利な立場に置き競争に歪みを齎すものとして批判されている[130]。

不法行為に関する規定が改正され、共通常居所地法の例外的適用が導入された[131]後の近時の支配的学説の中で、von Hoffmann は、競争法により追求される目的を考慮した場合にのみ共通常居所地法の適用が正当化されるとして、専ら国内企業間での競争か、あるいは国内競業者のみを対象にしてなされた場合にのみその適用を認め、他の場合には市場地の方がより

internationalen Privatrechts (außervertragliche Schuldverhältnisse und Sachen)”, *GRUR Int.* 1985, 104, 107. 特に模倣という観点の下では、個人を超える関係が問題となるとする。

[126] BGH, Urt. v. 20. 12. 1963, supra note (111) [Stahlexport], at 397-399.

[127] 前掲注(108)及びその本文参照。

[128] BGH, Urt. v. 4. 6. 1987, supra note (111) [Champagner], at 645; Fetzer, supra note (9), at 168-169.

[129] Fetzer, supra note (9), at 201.

[130] v. Hoffmann, supra note (9), at 559.

[131] Art. 40 (2).

密接な関連を有するとして41条の例外条項による市場地法の適用を認める[132]。40条1項と41条のいずれにより市場地法を導くかという対立はあるが、市場に関連する不正競争に関し共通常居所地法の適用を認めない立場が一般的であることは既に述べた[133]。

また、フランスにおいては、それが潜在的である場合にせよ当事者以外の競業者よりも当事者が不利な条件に置かれる可能性を認めないという観点から、共通本国法の適用を批判する学説が矢張り有力であり[134]、実際、前述の1997年1月14日の破毀院判決においても、両当事者とも米国国籍を有していたにも拘らず、これを全く顧慮することなくフランス法が適用されている[135]。但し、Bischoff は、両当事者の他に競業者がおらず輸出に関して争っている場合、例外的に共通本国を輸出の内国市場と見ることが出来るのではないかと主張しており、サンゴ砂事件判決のような場合を考える上で、若干注目される[136]。

さらに、国際法学会における議論においても、競争の目的が限定的なものであるにせよ、両当事者が地域的共同体から切り離された社会的単位を構成するものでないのは明らかであるという指摘がなされ[137]、また、委員会が、不正競争を規制する法規の目的が市場規制にあるという見解を採用したことが決定的となって[138]、共通本国乃至常居所地法の導入は排除されている[139]。

[132] v. Hoffmann, supra note (9), at 559.

[133] 前掲注(116)及びその本文参照。

[134] Bischoff, supra note (80), at 63.

[135] Cour de cassasion (1re Ch. civ.), 14 janvier 1997, supra note (81).

[136] Bischoff, supra note (80), at 66. 共通本国法を適用すべきもう一つの例外的場合として、世界市場(marché mondial)において競争が生じている場合が挙げられている。

[137] Supra note (11), at 144 (De Nova).

[138] Supra note (67), at 164 (Vischer).

[139] 尚、スイスが共通本国法を排除していること、及び共通常居所地法の適用が例外条項の適用と一体的になされる点については既に述べた。前掲注(103)及びその本文参照。また、判例が共通本国法による自国法の適用を認めていたオーストリアにおいては、この点が明確に排除され(Wiltschek, supra note (55), at 300)、裁判例によってもこの点が確認されている(östOGH Urt. v. 14.1.1986 *GRUR Int* 1986, 735 [Hotel Sacher], at 737)。さらに、契約外債務の準拠法に関する規則案が当初スイス法と略同様の文言になっていた点につき、前掲注(96)以下の本文参照。

(5) 不正競争行為と強行的適用法規

第四に、不正競争に関連する法規の中で如何なるものを強行的適用法規と考えるかについては、恐らくは他の学説が市場法的観点を不法行為の原因事実発生地の解釈に反映させることで考慮したり[140]、或いはこの点を考慮し効果原則を採用しつつもこれを双方的抵触規則に発展させたりしているせいか[141]、この点を明確に意識した議論はそれ程多くないように見受けられる。その中で、Wengler の国際的な不正競争に関する先駆的論文[142]と国際法学会における議論が注目される。

まず、Wengler は、不正競争に関する外国法がそれ自体明らかに市場規制であり、立法者が当該規制を通じて特定の経済目標の市場における実現に影響を与えようと思っている場合、当該外国法の適用は外国の政治的な法の執行と看做し得るとする。そして、多くの国では不正競争行為は刑罰として罰されるのであり、競業者が訴えを提起出来る場合であっても、その場合原告は立法者の経済政策実現の道具なのであって、この点に大きな違いはないとし、この点で、私人の権利実現のために外国法を適用すべきか、外国国家の政治的手段の執行を拒絶するかのディレンマに立たされると述べている[143]。そのような法規の例としては、ドイツの価格割引法や製薬会社の広告に関するドイツの刑事規制、外国反トラスト法が挙げられている[144]。但し、Wengler は、この点については問題点の示唆に留まっており、具体的処理についてはここでは特に言及していない。このような言及については、不正競争法の市場秩序的側面のみを前面に出し過ぎており、

[140] 前掲注(116)以下の本文で示した von Hoffmann の立場。

[141] 前掲注(90)以下の本文で示した Fetzer の立場。筆者の視点からは、この立場は、不正競争法を市場法として強行的適用法規として認めた上で、更にそれを双方化しようとした立場として位置づけられる。

[142] W. Wengler, "Laws Concerning Unfair Competition and the Conflict of Laws", *The American Journal of Comparative Law*, 1955, vol. 4, 167.

[143] Wengler, supra note (142), at 184.

[144] Wengler, supra note (142), at 184, note 49.

個別法的側面が意識的に無視されていると批判される[145]。次に、国際法学会においても、この問題について議論がなされている。そこでは、Wenglerの挙げた価格割引及び薬事法的な規制の他、営業時間に関する規制、数倍額賠償が刑事的なものとして挙げられており、これらの規定の民事訴訟における適用が疑問視されている[146]。

(6) 小括

以上、この問題に関する諸外国の議論を概観した。この問題に関する諸外国の支配的傾向としては、市場地法の適用という点が見出されるのみであり、個々の問題点については各国の態度が様々である点が示されたのではないかと考える。

まず、「不正競争」固有の抵触規則の要否という点については、固有の規則を必要とする立場が不正競争法に見出す特殊性とは、同法が市場の相手方や消費者保護の機能も有し、競争法との機能的補完性を持った市場法であるという点であった。この立場の問題点としては、他の競争法との区別が困難である点、また、一般的な不法行為との区別も困難である点、抵触法全体の一貫性を破壊してしまう点が挙げられ、さらに、市場法としての性格を前面に出した場合の外国法の適用の理論的根拠という問題が指摘出来た。また、必要性の問題として、不法行為一般についての規則により原因事実発生地を市場地とすることで同様の結果を導くことが可能である点も指摘されていた。

次に、不正競争に関する類型化の必要性に関しては、類型化を唱えるドイツの支配的学説の主眼が、矢張り不正競争法の市場法としての機能を重視し、市場参加者や競争秩序保護等の全体的利益に関る不正競争行為について、一般の不法行為の場合に認められている共通常居所地の例外や事後的な当事者合意を認めずに、市場地の不正競争法の適用を導くことにあった点が確認された。また、これに対する批判も、営業に関する不正競争というものを観念せず、全ての不正競争行為に対し市場地の法を適用すべきだという方向でなされており、その意味では、双方の立場の違いは市場法

[145] v. Hoffmann, supra note (9), at 554.

[146] Supra note (11), at 123-124 (Reese), 143 (Goldman), .

としての不正競争法の特殊性が問題になる範囲の違いに過ぎず、不正競争法の特殊性を考慮して市場地の法を適用することが妥当であると考えている点では共通していると言い得る。また、そのような特殊性に対する考慮が、共通常居所地法や共通本国法の適用に否定的に作用することも見て取れた。

最後に、不正競争法を市場法すなわち強行的適用法規として把握することで、外国の不正競争法の適用が民事訴訟を通じた外国の経済政策の実現に繋がるというWengler及び国際法学会の懸念は、その後殆ど支持を得ていないことも確認出来た。その理由は、グローバル市場の成長による各国市場間の密接な関係と、国際的な自由市場の形成についての国際合意が各国に外国市場秩序法の適用を促すと主張する Fetzer の言及の中に見出せるだろう。

四　検討

(1) はじめに

以上の議論を踏まえた上で、以下では、不正競争法の特殊性を抵触法においてどのように評価するべきかという問題を中心に、不正競争行為の抵触法上の取扱いについて検討する。

(2) 不正競争法の特殊性について

各国での議論を通じて、この問題の中心には、不正競争法の市場法としての特殊性を抵触法上どのように評価するかという点があることが理解出来た。不正競争法の特殊性を前面に出すならば、(それを一方的に自国法の適用のみに限定して考えるか双方的に外国法の適用についても考えるかは別として)競争法等他の市場法との連続性を考慮して、効果原則等に基づいた独自の抵触規則を定立する方向が促されることになるし[147]、不正競争行為を不法行為と性質決定した場合でも、通常の不法行為のように当事者間の密接関連性に限定した視点ではなく利害関係者全員に配慮す

[147] とりわけ三(2)におけるオーストリアやドイツにおける Fetzer の議論参照。

る視点に立った準拠法選択（市場地法）を行う[148]方向が促されるのである[149]。この点をどう考えるべきなのだろうか。

不正競争防止法の基本理念としては、①競業における信義誠実の原則、②自由競争上の権利の濫用の禁止、③公正競業秩序という公共福祉の維持、④競業秩序における利益衡量が挙げられており[150]、その法律的地位は、競業秩序の維持を図る支柱として、独占禁止法と並んで、広義の競業法を形成するものとされる[151]。我が国においては、消費者・消費者団体・同業者団体の原告適格が認められていないこともあって[152]、「なお私法的色彩を色濃く有している」[153]とされるが、国際的な動向として、「経済法的性格の方向に動いていくであろうことは否定できない」とされている[154]。現状において、全部ではないにせよ少なくとも各国の不正競争法が市場法として各国の社会経済政策を体現する強行的適用法規を含んでいることには異論はないであろう。従って、我が国不正競争防止法内の強行的適用法規は、準拠法如何に拘らず当該行為が我が国と一定の密接関連性（例えば我が国の市場に対する実質的な影響等）があればこれを適用すべきであるということになろう。

148 その際には、共通常居所地法の例外や事後的な当事者合意等は退けられることになる。

149 三(3)におけるドイツの von Hoffmann の議論参照。

150 小野・前掲注(77)32頁以下。

151 同上・36頁。また、経済産業省知的財産制作室編著『逐条解説不正競争防止法平成13年度改正版』(2002年・有斐閣)21頁も、不正競争防止法の「保護法益は事業者の営業上の利益という私益と、公正な競争秩序という公益である」とする。

152 小野昌延＝山上和則編『不正競争の法律相談』(1997年・青林書院)26頁(満田重昭執筆)では、消費者が自ら利用出来る救済方法が不正競争防止法に用意されていない理由につき、表示段階で消費者の被害が現実化せず、購買後その欠陥により損害を被ったときに初めて切実に救済が個々の消費者にとって必要になるからではないかと推測している。

153 小野・同上29頁。

154 小野・同上。また、田村善之『不正競争法概説[第二版]』(2003年・有斐閣)402頁は、「不正競争防止法と独占禁止法は同じく競争秩序の維持、発展…という観点から、一定の競争行為を規律するものであり、その意味で両者に本質的な差異が存するわけではない」とする。

ところで、従来抵触法は、外国競争法の我が国での適用につき如何なる扱いを認めて来たのだろうか。我が国においては、競争法に関してはこれまで我が国独占禁止法の国際的適用という観点から議論がなされて来たのであり[155]、民事訴訟における外国競争法の適用という問題については、米国独禁法に基づき私人が得た数倍額賠償を命じる外国判決の我が国での執行の可否[156]が論じられる程度に止まっている[157]。また、競争法に限ら

155 従来の議論を整理したものとして、白石忠志「自国の独禁法に違反する国際事件の範囲(上)(下)」ジュリスト1102号68頁、1103号116頁(1996年)。また、石黒一憲教授の一連の研究につき、石黒一憲『国際民事手続法』(1996年・新世社)13頁以下及び72頁注23に挙げられた文献参照。その他、拙稿・判例評釈・ジュリスト1177号(2000年)208頁及びそこに挙げた文献参照。

156 この問題については、例えば、石黒一憲『現代国際私法[上]』(1986年・東大出版会)497頁以下参照。

157 但し、独占禁止法の各法規の抵触法上の性質という問題につき、石黒一憲『金融取引と国際訴訟』(1983年・有斐閣)41頁には、「わが独禁法25条・26条が被害者に認めた無過失責任という恩典つきの、事業者に対する損害賠償請求権などのように、審決確定時点が右の権利行使についての基準とされつつも基本的には公取委による同法運用上の一般の規制と切り離して[原文強調]考えることが出来る民事的介入については、別途の考察を要し得る。他の独禁法規定とは別に、これらの規定が適用されるのは、事業者・被害者間の契約間ないし不法行為的法律関係の準拠法が日本法の場合に限る(そうでない場合には準拠法上の民事的救済手段が用いられ得るにとどまる)、と考えることも出来るように、筆者には思われる」との重要な言及があり、注目される。尚、道垣内正人「法適用関係理論における域外適用の位置づけ」松井芳郎＝木棚照一＝加藤雅信編『国際取引と法』(1988年)213頁以下では、準拠法選択の手法を独占禁止法等の域外適用の問題にダイレクトに当てはめ、外国競争法などを我が国で適用することが提唱されているが、これに対しては、石黒・前掲注(155)74頁注29の批判参照。尤も、道垣内正人『ポイント国際私法総論』(1999年・有斐閣)81頁においては、「私法と公法とを画然と区別して異なる適用関係理論を維持することは現実的ではなく、事実『強行適用法規の特別連結理論』という法規分類説の事実上の復活を容認せざるを得なくなっている」現状において、今後の2つの方向として、「公法についてもサヴィニー型の法適用関係理論を当てはめること」と、「サヴィニー型国際私法を捨てて法規分類説ですべてを理論化し直すこと」が挙げられており、前掲論文は前者の方向を模索したものであるが、「いまだにはっきりとした方向は見出せていない」との言及がなされている。

ず一般的に外国強行的適用法規の我が国での適用という問題についても、一応第三国の強行的適用法規の「特別連結」を主張する見解と、そのような特別連結を認めず契約等の準拠法の解釈においてその事実的影響を考慮する見解との対立を見出し得るが、未だ議論が充実しているとは言い難い状況にある[158]。

ヨーロッパにおいては、民事訴訟における外国競争法の適用について、その適用が具体的執行命令や証拠収集といった外国当局の干渉を認めることになる場合を除いて、これを認めるべきであることが早くから主張されて来た[159]。例えば、Goldmanは、契約債務不履行に基づく請求の場合に他方当事者が抗弁として外国競争法による契約無効を主張する場合、或いは協定乃至制限的慣行から生じる不法行為責任が追求される場合に、当該外国法が自ら定めた国際的適用範囲に従って外国競争法の適用を認めるべきであるとする[160]。その根拠としては、純粋私法にも社会経済的側面が含まれているという競争法と私法との連続性、また、外国競争法の適用を拒絶する積極的理由がない点が挙げられている[161]。Goldmanは、例えば当事者自治の原則に従い選択された契約準拠法に含まれている競争法を適用すれば、対象となる契約に全く関心を持たない国の競争法が選択されることになりかねないが、そのような競争法の適用は不可能で馬鹿げているし、だからと言って単純に契約準拠法国の競争法を適用せずに契約を有効とするのはあまりにも酷である（choquant）として、契約準拠法以外の第三国の競争法の適用を認めるのである[162]。効果原則に従った外国不正競争法の適用を唱える立場や立法例も、このような競争法における議論の流れを踏まえた立論であると位置づけられる[163]。

この問題は、外国強行的適用法規の我が国での適用一般に関る問題であり、容易に答えを出すことが出来ないが[164]、国際社会におけるアクターの一部である外国国家及びその法秩序の存在を認める限り、当該外国による私人間の国際的法律関係への介入を我が国抵触法においても一定限度で評価すべきであり、また、その方が国際社会の現実により合致するという点で、国際的に活動する当事者にとっても資すると考えられる[165]。また、契約や不法行為等の各単位法律関係の連結素が定められた際に考慮された利益と、外国強行的適用法規の適用において考慮されるべき利益とは異なる[166]。例えば、契約が問題となった場合に、外国強行的適用法規の適用を通常連結素となっている当事者の意思に依らしめることには問題があ

158 拙稿「第三国の輸入管理法の考慮」櫻田嘉章＝道垣内正人編『国際私法判例百選』（別冊ジュリスト172号・2005年）30頁参照。

159 例えば、Goldman, “Les champs d’application territoriale des lois sur la concurrence”, *Recueil des cours de l’académie de droit international*, Tome 128 (1969-Ⅲ), 633, at 718-727. また、諸外国の動向につき、Basedow, “Souveraineté territoriale et globalisation des marchés: le domaine d’application des lois contre les restrictions de la concurrence”, *Recueil des cours de l’académie de droit international*, Tome 264 (1997), 9も参照。

160 Goldman, supra note (159), at 722-723.

161 Goldman, supra note (159), at 722-723.

162 Goldman, supra note (159), at 722-723. このような処理においては複数国競争法の競合の可能性があるが、法廷地競争法との競合の場合には法廷地法を最優先とし、外国競争法間の競合の場合には、客観的により密接に関連する国の法を優先するべきであるとする。また、不法行為については、不法行為地が結果発生地の場合には、それが市場地であることが多いので第三国競争法の適用という問題が生じる余地は少ないが、そのような問題が生じた場合には、契約の場合と同様の処理をすべきであるとする。尚、Goldmanは、外国人を含む私人が請求出来ることを理由に米国法の数倍額賠償を刑事的制裁と看做すことに反対している。Goldman, supra note (159), at 642. 同様に、私人に対する支払いがなされることから同制度を刑事的と看做すべきではないとするものとして、Briggs, *The Conflict of Laws* (2002, Oxford), at 39.

163 これらの立場は双方規則であると表現されてはいるが、複数国の不正競争法が累積的に適用される可能性を認めているところ（例えば、Fetzer, supra note (9), at 198）に、通常の準拠法選択規則との違いが見出せる。

164 外国強行的適用法規一般の抵触法上の取扱いについては、別稿に委ねざるを得ない。尚、強行的適用法規に関するこれまでの各国の議論の概観として、Schurig, *Kollisionsnorm und Sachrecht* (1981), at 34-41.

165 尚、外国法適用の意義につき、cf. Schurig, supra note (164), at 51-53.

166 Shurigは、ここでいう強行的適用法規の適用は、単に密接関連性があれば良いというわけではなく、抵触法上の利益という観点から「正当な」関連性が必要であり、強行的適用法規にとって準拠法として選択された国が「正当な」連結であったとしても、それは単に偶然の一致に過ぎないとする。Schurig, “Zwingendes Recht, >Eingriffsnormen< und neues IPR”, *RabelsZ*, 54 (1990), 217, at 245.

る[167]。そこで、外国強行的適用法規に基づいた我が国裁判所における直接的な請求は排除しつつ[168]、他方、例えば契約の債務不履行に基づく請求や不当利得返還請求において、その前提として契約の有効性が争われる場合には、契約準拠法や不当利得の準拠法とは切り離して[169]、管轄や公序等一定の要件の下に外国不正競争法における強行的適用法規の適用を認めるべきであると考える[170]。

その際の要件についても、今後更に検討しなければならないが、従来挙げられている「外国法規の適用意図」、対象となる法律関係と「外国との空間的関連性」、及び「外国公法の目的・内容の受容可能性」については[171]、「外国法規の適用意図」は、第三国強行的適用法規の法廷地での適用が法廷地の法政策的観点から行われる以上問題にはならない筈であるし[172]、また、「外国公法の目的・内容の受容可能性」を法廷地の裁判所が判断することが権力分立の観点から問題を生じさせないか、検討の必要があろう。寧ろ、外国国家行為承認制度と外国強行的適用法規の適用との連続性を顧慮し[173]、同制度の承認要件を参照し、①国際管轄、②関係当事者に関する手続保障、③公序を機軸とした要件を課すべきであると思われる[174]。特に問題となるのは、外国強行的適用法規の国際（立法）管轄だが、外国判決承認の場合と同様、対応する自国の強行的適用法規があれば、基本的にはそれに従って判断すべきであろう[175]。不正競争法に関しては、独禁法にお

[167] 横山潤「外国公法の適用」池原季雄＝早田芳郎『渉外判例百選［第三版］』（1995年）40頁、41頁は、「契約当事者間の私法的権利義務関係を規律すべき法と当該関係に介入する外国公法とでは、その適用理由が異なると考えられる…。すなわち、契約準拠法を決定するについては、取引の促進、当事者の便宜といった観点が決定的と言ってよい。…他方で、外国公法の適用されるべき理由は、外国がその公法的措置によって契約関係に実効的に介入し、当事者としても遵守せざるを得ない点に求められる。当事者にとって中立の法であるとか特定の業界において慣行的に準拠法とされている法を当事者が選択したからといって、その法秩序の公法を適用する理由はないであろう」とする。また、Sonnenberger, supra note (95), at 107は、契約準拠法国の介入規範（ここでいう強行的適用法規）の適用を認めつつ内国介入規範の適用を当然視する少数説（具体的にはF. A. Mann）の立場に対し、内国介入規範が適用される基準についての理論的説明が欠如している点、及び、準拠法適用の根拠となる私的な法適用利益と何の関係も有しない規範の適用を生じさせ、当該規範を適用することがそもそも正当化され得るかを審査することなく外国全体的利益の貫徹を生じさせるという不適切な結果に繋がるという点を挙げ、これを批判している。

[168] このような請求を認めることは、自らが属していない（従って当該外国の社会経済政策の成立過程に関与する手段を有していない）外国の公権力行使により私人の法的地位が影響を被ることになり、当事者に対する手続保障といった憲法上の観点から問題がある。基本的に同様の立場として、石黒・前掲注(156)471頁以下。また、この問題については、石黒一憲『ボーダーレス・エコノミーへの法的視座』（1992年・中央経済社）131頁以下（第二部「『国境を越えた執行』の諸相」）を参照。尚、直接請求には、外国競争法に基づく救済請求（典型的には数倍額賠償・域外的差止命令等）の他、外国競争法に直接基づいた団体訴訟等も含まれ得ることにつき、結語参照。

[169] 尚、準拠法の送致範囲につき、選択された準拠法の関連法規範が総体として適用されるというのが国際的には現在でも猶通説であるが、上記の観点からは、準拠法国の強行的適用法規は送致範囲から常に除外されるべきである。Schurig, supra note (166), at 245; Sonnenberger, supra note (95), at 107.

[170] この場合、原告が外国の不正競争法のある特定の強行的適用法規に基づいた直接請求をして来る場合と異なり、債務不履行や不当利得、及び不法行為に基づく請求がなされることになる。従って、特定国の不正競争に関する強行的適用法規が適用されるか否かとは別に、契約・不当利得乃至不法行為の準拠法は法例（改正後は通則法）の規定に基いて選択される。尚、不正競争に関する差止めが問題となる場合、不法行為準拠法の中に救済方法として（強行的適用法規ではない）差止めがあれば、法例11条２項の留保の下に（我が国の不正競争防止法において差止めが認められている以上、抵触法的観点からは我が国不法行為法において一概に差止めが排除されているとは言えないだろう）、請求が認められることになる。尚、知的財産法における差止めの問題に関する拙稿・前掲注(12)29頁も参照。

[171] 横山・前掲注(167)41頁。

[172] Schurig, supra note (166), at 234-238.

[173] 外国強行的適用法規の適用と外国国家行為の承認との連続性につき、簡単には拙稿「国際倒産法の再検討⑥　否認・双務契約・相殺（下）」NBL666号（1999年）37頁、38頁以下。

[174] 拙稿「国際預金取引への国家干渉に関する抵触法的考察」金沢法学40巻２号（1998年）212頁以下。尚、手続保障の要件の意義につき、同上・224頁注107。

[175] 拙稿・同上210頁以下では、外国資産凍結措置の我が国での効果につき同様の観点から考察している。

ける議論も参考にしながら[176]、基本的には効果原則と同様の発想に基づいて、対象行為が当該外国における競争市場に実質的な影響を及ぼしている場合に当該外国の不正競争関連の強行的適用法規を適用するということになろう[177]。

以上より、不正競争法の特殊性という問題の抵触法的取扱いについては、市場法としての性格が前面に出ている法規を強行的適用法規と看做した上で、契約、不当利得、不法行為等に指定される準拠法とは別に、競争市場に実質的な影響が及んでいる国[178]の法規を適用するという処理を行うべきであるということになる。

残されるのは、各国不正競争法の中で如何なる法規が強行的適用法規であるかという問題である。実質法規が強行的適用法規に該当するか否かを判断する基準が当該規定の性格と趣旨に示される強行性（公権力性）の程度であるという点については、現在の学説上も特に異論がないように思われるが[179]、実際にはそのメルクマールが極めて抽象的であるため、各規定にどの程度の政策目的や公権力性があれば強行的適用法規と言えるのか、客観的には定まらないという問題があり、当面は、問題となる実質法規毎に、個別具体的に議論せざるを得ないのが各国の現状である[180]。これまで諸外国で強行的適用法規と看做されて来たものとしては、①弱者保護規定（労働者・消費者保護法）の他、②全体的利益の保護（著作者人格権・競

[176] 例えば、我が国における競争を実質的に制限していたとして外国事業者の私的独占行為に独禁法３条を適用した、公取委平成10年９月３日審決審決集未登載（拙稿・前掲注(155)）参照。

[177] その際には、市場地の決定についてではあるが注119以下の本文で示した von Hoffmann による不正競争行為の分類も、実質的な影響を受けている市場を探求する際に参考になろう。

[178] それが複数の場合もあり得る。その場合には、国際的訴訟競合の場合の処理同様、より密接な関連を有する国の法規を優先すべきであろう。Goldman, supra note (159), at 723.

[179] ・場準一「渉外実質法・直接適用法」沢木敬郎＝・場準一編『国際私法の争点（新版）』（1996年）20頁、石黒・前掲注(78)301頁、同・前掲注(157)37頁。

[180] 浅野有紀＝横溝大「抵触法におけるリアリズム法学の意義と限界」金沢法学45巻２号（2003年）293頁以下参照（横溝執筆）。

争法・公的機関の介入による教育上の補助）等があり[181]、これらを参考に、不正競争法の中で、競争秩序保護や消費者保護の側面が前面に出ている法規を強行的適用法規と看做すことになろう。諸外国に見られる「営業関連の不正競争」と「市場関連の不正競争」との類型化を巡る議論も[182]、対象となる行為ではなく対象となる法規に焦点を据えれば、個別法規の強行的適用法規該当性を判断する際の参考になるだろう[183]。私見でも、保護法益が一般的か具体的かによる区別が有益であるように思われる。というのも、特定の者の利益が問題となっている場合には、自らの利益を侵害された者に請求権が認められるべきであることは殆ど自明であるのに対し、一般的利益が問題となっている場合には、理論的には当該市場の構成員全てが利益侵害に基づく請求権者となることについて同一の資格を有している筈であり、それを競業者のみに限るのかそれとも消費者団体などの機関に委ねるのか、そういった請求権者の決定といった問題に国家の経済政策が介入してくる要素が大きいように思われるからである[184]。

一例として我が国不正競争防止法の抵触法上の性質について考えてみたい。同法においては、２条に違法となる行為類型が列挙され、３条及び４条にそれぞれ損害賠償及び差止という救済についての規定が置かれているが、２条に挙げられている違法行為類型は多様であるので、それぞれの

[181] 簡単には、Courbe, *Droit international privé* (2e éd. 2003), at 127-129. また、Münchener Kommentar, *BGB Internationales Privtrecht* (3.Aufl. 1998), at 24 (Sonnenberger) も参照。

[182] 三(3)における von Hoffmann の議論を参照。

[183] 尚、各国における議論において挙げられていた価格割引及び薬事法的な規制、営業時間に関する規制を、強行的適用法規とすることに特に異論はないように思われる。数倍額賠償については、実損部分を除いてこれも強行的適用法規であると考えるが、懲罰的損害賠償に基づく外国判決の我が国での執行が問題となった最高裁平成９年７月11日判決民集51巻６号2573頁が当該外国判決を当然承認執行の対象となるという前提を採っていた（拙稿・判例評釈・判例時報1643号（1998年）231頁、234頁（判例評論475号37頁、40頁）ことを考えると、今後これを強行的適用法規と認めない裁判例が登場する可能性も否定出来ない。

[184] 団体訴訟が自国市場での競争という公的利益に絡むものであることにつき、Lindacher, supra note (118), at 379.

行為類型毎に損害賠償乃至差止請求権を認める３条４条の性質を個別的に論じる必要がある。上述の観点から考えれば、例えばこれまで我が国で問題となってきた営業秘密乃至営業誹謗行為に関する損害賠償及び差止請求権に関する２条１項４から９号及び14号、また、商品等主体混同行為に関する１号、さらに著名表示の冒用に関する２号及び商品形態模倣行為に関する３号との関連での３条・４条は、保護法益が個別的である点で特に強行的適用法規と考える必要はないように思われる[185] [186]。これに対し、特定の営業者利益ではなく、営業者一般乃至消費者の利益が問題となる原産地・質量等誤認惹起行為に関する法規範については、これらを強行的適用法規と看做し、我が国の市場に実質的な影響が及んでいる行為を巡る紛争が我が国裁判所で問題となった場合には、不法行為の準拠法がどの国になるにせよ、自国市場保護の観点からこれらの自国法規範を裁判所が職権で[187]適用すべきなのではないだろうか[188] [189]。

[185] すなわち、日本法が不法行為の準拠法となった場合にのみ適用される。尚、著名表示に関する２号の趣旨が混同の排除ではなくある獲得された地位を侵害から保護することにあること、また、商品形態模倣行為に関する３号の趣旨が商品の模倣により模倣された相手と競争することの禁止にあり混同を問題としていないことにつき、それぞれ小野・前掲注(77)143頁以下、166頁以下参照。

[186] １号の混同行為については、ドイツにおける von Hoffman の提唱するように(前掲注(121)の本文参照)、これを消費者保護という一般的利益に関する規定とする余地もあるが、我が国では同規定が一般に特定同業者の利益を保護する規定と位置付けられており(小野・前掲注(77)76頁)、また、差止請求権を行使しないというライセンス契約の締結も認められている(田村・前掲注(154)199頁以下)ことから、現段階では同号を一応このように解したい。従って、同規定を強行的適用法規として捉えたようにも解される大阪地判平成16年11月９日(前掲注(4))の判断には疑問がある。

[187] 自国の強行的適用法規の適用が職権でなされるべきであることを明言するものとして、Courbe, supra note (181), at 127.

[188] 尚、さらに損害賠償請求権と差止請求権とでその公権力性を区別して考えるか否かという問題がある。この点尚検討を要するが、差止請求権の付与が一般に損害賠償請求権の付与に比し、社会経済政策性の度合いが高いとまでは言えないようにも思われる。尚、何れの請求権であっても、数倍額賠償或いは域外的な差止めといった各国経済政策の徴憑がある場合には、それらを強行的適用法規と看做し得る。

[189] 尚、今回の法例改正においては、消費者契約に関する規定が新設され、消費者契約の成立及び効力について適用すべき法が消費者の常居所地法以外の法である場合であっても、消費者がその常居所地法中の特定の強行規定を適用すべき旨の意思を事業者に対し表示したときは、当該消費者契約の成立及び効力に関しその強行規定の定める事項については、その強行規定をも適用する」(11条１項)とされた。ここでの「強行規定」には、「絶対的強行法規もこれに含まれる」とされる(法務省民事局参事官室『国際私法の現代化に関する要綱中間試案補足説明』(2005年３月29日)42頁。これらの規定は法廷地の絶対的強行法規の適用に関する「従来の解釈に変更を加えるものではない」とされるが(小出邦夫「『国際私法の現代化に関する要綱』の採択について」NBL819号(2005年)49頁、53頁)、消費者が契約の無効を争う際に、外国不正競争法中の消費者保護を主たる目的とした法規に関し、当該市場に実質的な影響が及んでいるにも拘らず消費者が主張しなかった場合、当該規定により裁判所が当該外国の不正競争法規の適用を妨げられる可能性がある。尤も、そもそも外国の強行的適用法規の適用はそもそも職権でなされるべきかそれとも当事者の主張に委ねられるべきかという問題がある。

(3) 不法行為地の決定について

前述のように、不正競争法の市場法としての特殊性を抵触法上強行的適用法規という観点から評価する場合、通常準拠法選択規則の枠内において特殊性への配慮から「不正競争」固有の規則を設定する必要は最早生じないことになる[190]。すなわち、請求に応じて不法行為等の準拠法を選択しつつ、強行的適用法規の適用は実質的に影響を受けた市場という観点から別途適用することとなるのである。また、不正競争行為を不法行為と性質決定した場合の類型化という問題も、不正競争の特殊性を不法行為の準拠法選択と切り離して考慮する以上は、矢張り最早不要ということになる[191]。残されるのは、特に各国の強行的適用法規が適用されない場合の不正競争行為に関する準拠法選択についてである。

不正競争行為に基づく紛争において、基本的に被告の行為により原告の私的利益が侵害されていることが問題となっていることからすれば、これを不法行為と性質決定することに抵触法上特に問題はないだろう[192]。そし

[190] 従って、独占禁止法や商標法等の隣接分野との関係で「不正競争」という抵触法上の概念を明確に定義するという困難は回避される。

[191] 従って、「営業に関する不正競争」と「市場に関する不正競争」という微妙な線引の問題も回避される。

[192] そのような性質決定が各国の議論における主流であることも既に見た。

て、準拠法選択の局面では、市場法としての不正競争法の特殊性は最早考慮しないのであるから、純粋二当事者に関する不法行為の準拠法の規律と同様に準拠法を選択すべきことになる。すなわち、現行法では、原則として「結果発生地」を原因事実発生地とするカードリーダー事件の最高裁判決の立場から[193]、被害者の利益侵害という結果乃至その危険性が生じた地[194]が選択され、また結果発生地が連結素となることを正面から認めた通則法施行後も、同様の処理がなされることになろう[195] [196]。

勿論、個々の解釈においては微妙な事例が残される。競争における企業

[193] 拙稿・前掲注(17)2312頁以下参照。

[194] 通常は市場地となることが多いであろう。Goldman, supra note (159), at 722-723も、不法行為の準拠法が結果発生地である場合には、市場地法が適用されることが多いと述べる。

[195] 通則法17条。「不法行為によって生ずる債権の成立及び効力は、加害行為の結果が発生した地の法による。ただし、その地における結果の発生が通常予見することのできないものであったときは、加害行為が行われた地の法による。」

[196] 尚、以上述べた結果発生地を連結素とした準拠法選択という点は、インターネット等の新技術の進展で何ら影響を受けるものではない。インターネット上のウェッブページにおける広告等が問題となった場合、それにより被害者が被害を受けた国の法が個別に適用されることになる。勿論、ウェッブページ上の使用言語や、特定国の消費者とは取引しない旨のディスクレイマー等により(尚、法的拘束力はないが、世界知的所有権機関(WIPO)が2001年に採択した「インターネット上の商標及びその他の標識に係る工業所有権の保護に関する共同勧告(Recommendation Concerning The Protection Of Marks, and Other Industrial Property Rights In Signs, On The Internet)」が参考になる。同勧告は、http://www.wipo.int/documents/en/document/govbody/wo_gb_ab/pdf/a36_8.pdfで入手可能。また、以下に邦訳もある。http://www.jpo.go.jp/torikumi/kokusai/kokusai2/pdf/kyoudoukannkoku.pdf)、当該ウェッブページが対象としている市場を予測可能性という観点から限定することは、加害者の予見可能性が要件に加わった通則法施行後は尚更、ある程度可能だろう。国際法学会の決議においては、例外条項により最密接関連法が適用される例として、多数の市場地法が適用されることになりその適用が実行不可能である場合が挙げられていたが(Supra note (67), at 298)、そのような点は、裁判所の機能不全という問題として、手続法上別途議論すべきなのではないだろうか。尚、インターネット上での国際的な不正競争行為に関する議論を紹介したものとして、相澤吉晴「インターネットにおける国際不正競業法」前掲注(6)がある。

の損害が結局は経済的なものであり市場と切り離すことが出来ないとすれば[197]、サンゴ砂事件においては、取引先が所在するアメリカが結果発生地であると解する余地もあったように思われるからである[198]。いずれにせよ、通則法が名誉又は信用毀損の特例と[199]、明らかにより密接な関係を有する地が存在する場合の例外を導入した[200]現在、同事件のような一取引先を巡る日本企業間の輸出に関する事件には、日本法が適用されることになろう[201]。

尚、今回の改正では、当事者による事後的な合意が認められることとなったが[202]、不正競争行為も不法行為と性質決定する以上他の不法行為と同様の解釈基準に依拠させるべきであるという点、また、一般的利益に関する我が国の不正競争防止法の法規範が強行的適用法規として準拠法如何に拘らずその適用が担保されているという点からすれば、不正競争行為が問題となる場合であっても、解釈論としては当事者の合意による事後的な準拠法の変更を認めるべきであろう[203]。

[197] Muir-Watt, supra note (81), at 388.

[198] 同旨、大野・前掲注(24)127頁。

[199] 通則法19条。「第17条の規定にかかわらず、他人の名誉又は信用を毀損する不法行為によって生ずる債権の成立及び効力は、被害者の常居所地法(被害者が法人その他の社団又は財団である場合にあっては、その主たる事業所の所在地の法)による。」

[200] 通則法第20条。「前3条の規定にかかわらず、不法行為によって生ずる債権の成立及び効力は、不法行為の当時において当事者が法を同じくする地に常居所を有していたこと、当事者間の契約に基づく義務に違反して不法行為が行われたことその他の事情に照らして、明らかに前3条の規定により適用すべき法の属する地よりも密接な関係がある他の地があるときは、当該他の地の法による。」

[201] 渡辺・前掲注(31)87頁も同旨。

[202] 通則法21条。「不法行為の当事者は、不法行為の後において、不法行為によって生ずる債権の成立及び効力について適用すべき法を変更することができる。ただし、第三者の権利を害することとなるときは、その変更をその第三者に対抗することができない。」

[203] 立法論として、不正競争法の特殊性を考慮し「不正競争」固有の準拠法選択規則を置くべきだろうか。これを肯定する見解もあるが(高杉・前掲注(96)27頁)、不正競争法の特殊性が市場法であるという点にある以上、そのような双方的抵触規則

五　結語

以上、抵触法における不正競争行為の取扱いについて検討した。市場の相手方や消費者保護の機能も有し、競争法との機能的補完性を持った市場法であるという不正競争法の特殊性を抵触法上評価するには、個別法規毎に趣旨・目的を判断し、一般的利益を保護法益とする法規を強行的適用法規と看做し、自国法規は勿論のこと外国の法規もその市場に実質的な影響が及んでいるか否かを中心的な基準としてその適用を行うべきであること、また、その他の具体的利益を保護法益とする法規は不法行為法の特別法と看做し、我が国の準拠法選択規則が不法行為の準拠法として選択した場合に一般の不法行為法と合わせてそれらの法規を適用すべきであること、さらに、不正競争法の特殊性を通常の準拠法選択規則の内部でではなく強行的適用法規の適用の問題として処理する以上、不正競争行為が問題となった場合の不法行為の準拠法は、特別の考慮をすることなく一般の不法行為の場合同様に結果発生地を基準に判断すべきであること、以上が今回の検討の結論である。

最後に、残された問題として、不正競争に関する訴訟の当事者適格の問題と差止請求の問題について言及する。

我が国においては未だに認められていないが、不正競争防止法に関する各国の立法例の中には、一般的な利益の保護を実現するため、消費者団体

の導入は、外国強行的適用法規の直接的適用の肯定を意味するため、慎重な対応が必要であろう。少なくとも、外国不正競争法の適用が我が国の法政策に合致するか否か(Fetzer のいう各国市場間の密接な関係と、国際的な自由市場の形成についての国際合意の存在は、筆者にはそれほど説得的であるとは思われない。尚、前掲注(95)参照)、また、その適用が当事者に対する手続保障という観点から問題がないかが(前掲注(168)参照)検討されねばならないだろう。さらに、検討されるべき点として、そもそも抵触法の目的を根本的に捉え直し、例えば法秩序間競争の促進といった国家政策的観点を前面に出すという方向の議論もあり得よう(知的財産法に関してではあるが、法秩序間競争の促進という観点から保護主義による外国法の適用を説明するものとして、Münchener Kommentar, *BGB Internationales Wirtschaftrecht* (Bd. 11, 4. Aufl. 2006), at 822 (Drexl))。

や同業者団体等に請求権を与えている国がある[204]。これらの団体が我が国で不正競争に関する訴えを提起した場合、当事者適格をどのように判断すべきなのだろうか。この点につき、国際法学会における議論では、実体準拠法と法廷地手続法とで議論が対立していた[205]。この問題についての論稿を発表している Lindacher は、団体訴訟の根拠は消費者という弱者の保護と競争機能の維持を通じて保障される消費者の自由にあり[206]、そこで保護されるべきは、自国市場での競争という公的利益であって、外国市場での公的利益は、礼譲の観点（comitas-Gesichtspunkt）からのみ説明されるとしている[207]。そのような礼譲の観点からは、外国市場が問題になる場合には、当該外国で同種の訴訟が遂行可能な場合にのみドイツにおいても団体訴訟が認められ得る（darf）として、外国市場が問題となった場合に原則としてドイツ法と当該市場地法との累積適用により判断することを Lindacher は提唱する[208]。

団体訴訟の根拠が弱者保護や競争機能の維持という公的利益にある以上、この問題は、国際的法律関係における当事者適格一般の問題を超えて[209]、外国強行的適用法規による直接請求の様相を帯びるように思われる。何故なら、直接請求とは外国の社会経済政策が我が国民事裁判手続の利用を通じて実現されることであって、例えば外国強行的適用法規に基づく域外的差止命令や数倍額賠償といった従来議論されて来た救済方法の側面だけではなく、如何なる者に裁判制度の利用を認めるかといった問題をも

[204] ドイツの例につき、Lindacher, supra note (118), at 378-380.

[205] Supra note (11), at 131-134 (Reese). 法廷地法が最終的に手続の利用を決定するため、実体準拠法だけではなく法廷地法も考慮すべきだとするのは、supra note (67), at 169 (van Hecke).

[206] Lindacher, supra note (118), at 379.

[207] Lindacher, supra note (118), at 381.

[208] Lindacher, supra note (118), at 384-387. 尚、外国団体が内国市場に関連する行為を問題とする場合、内国企業が外国市場に関連する行為を問題とする場合、さらに外国企業が外国市場に関連する行為を問題にする場合で適用されるべき法が異なるが、ここでは割愛する。

[209] 当事者適格一般につき、石黒一憲『国際私法〔新版〕』(1990年・有斐閣)90頁以下参照。

含むからである[210]。

別稿に述べたように、そのような直接請求を認めるか否かという問題は、国際法によりア・プリオリに決定される問題ではなく、寧ろ我が国憲法秩序における私人の基本的権利の保護といった観点や、外国公権力行使に我が国がどの程度協力すべきかといった観点から、政策的に決定される必要があると思われる[211]。Lindacher の comitas による説明や、国際的な自由市場の形成についての国際合意等を根拠に効果原則により外国不正競争法の適用を肯定する Fetzer の立場は[212]、後者の観点から直接請求をも認めるものとして理解出来よう。

この点をどう考えるべきだろうか[213]。ヨーロッパにおいて、実際に外国の不正競争法を適用した事例が僅かであること[214]、また、ヨーロッパにおける EU 統合による各国法のハーモナイゼーションの進展という特殊状況、さらに、特に外国法の適用に積極的なドイツやオーストリアは、自国の不正競争法が他国より厳しいと認識しており、外国市場で活動する自国企業に対する自国法の適用が自国企業に競争における不利を齎す懸念を有し

[210] 比喩的に表現すれば、外国の社会的経済的政策を体現するために訴権を特別に与えられた団体は、外国当局の代理人と看做し得るということである。尚、数倍額賠償や懲罰的損害賠償に対する対抗立法に基づく私人からの請求につき、「当該私人はたしかに切実な私的利害を有しているが、所詮は国家(政府)によって操縦されるある種の[原文強調]藁人形的存在でしかない」という石黒・前掲注(156)507頁の指摘は、ここでの問題関心と軌を一にしている。

[211] 拙稿・前掲注(12)31頁以下。

[212] 三(2)参照。

[213] 尚、この問題は、当事者適格の問題を法廷地法の問題であるとし、前提として実体法を参照しつつも最終的には法廷地法が決定するという立場に立てば、直接請求ではなく前提的問題に過ぎないと説明することも或いは可能なのかも知れない。今後さらに検討したい。

[214] Tebbens, supra note (76), at 458-459. 尚、確かに BGH, Urt. v. 23. 10. 1970, supra note (111)ではイギリス法が、BGH, Urt. v. 15. 11. 1990, supra note (111) [Kauf im Ausland]ではスペイン法が、BGH, Urt. v. 26. 11. 1997, supra note (111) [Gewinnspiel im Ausland]ではフランス法が選択されているが、これらはいずれも原告であるドイツの同業者団体又は消費者保護団体が準拠法の内容を証明していないことを理由に請求を退けた事例であり、実際に外国法を適用して実体判断を下した事例ではない。

ていることが窺えること[215]、以上の点から筆者としては現段階において外国不正競争法を根拠にした団体訴訟を我が国で受け入れることには躊躇を覚えるが、この点尚検討したい。

次に、損害賠償請求と差止請求とで異なる準拠法を選択すべきか、という問題がある。これは、我が国では専ら外国知的財産権に基づく差止及び損害賠償請求という問題を巡り議論されているが[216]、国際法学会においては、差止めは裁判所が自らの決定を尊重させるために有する手段の問題であるという点から法廷地法に依らしめるべきであるという主張がなされ[217]、結局、その5条で、不正競争行為の準備は準備がなされている国の法の下で差止めにより制限し得るということになった[218]。

この点は、そもそも差止めの抵触法上の性質とは何かという非常に困難な問題であり、矢張り現段階では未だ明確な私見を述べることが出来ない。但し、裁判所が命じ得る救済方法という観点からは、損害賠償等の金銭賠償も差止めと同様であると言える[219]。そこで、実は差止めばかりではなく、損害賠償の場合も含め、如何なる請求権が当事者に与えられるかという実体準拠法により決定されるべき問題の他に（或いは前提として)、そもそも法廷地裁判所が如何なる救済方法を命じることが出来るかといった法

[215] BGH, Urt. v. 20. 12. 1963, supra note (111) [Stahlexport], at 394; v. Hoffmann, supra note (9), at 559; Supra note (11), at 148 (Schwind).

[216] 拙稿・前掲注(12)26頁以下。但し、国際裁判管轄についてではあるが、不正競争行為の差止めについて個別に論じているものとして、野村秀敏「不正競争行為差止請求訴訟の土地管轄と国際裁判管轄」判例タイムズ1062号(2001年)110頁がある。

[217] Supra note (11), at 132 (Reese).

[218] 原文は以下の通り。"Notwithstanding Article II, III and IV, preparations for an act of unfair competition may be restrained by injunction under the law of the State where those preparations are made." 尚、不正に限らず差止めの準拠法一般に関するドイツの議論状況につき、Fricke, *Der Unterlassungsanspruch gegen Presseunternehmen zum Schutze des Persönlichkeitsrechts im IPR* (2003), at 143-147; Sonnenberger, "Der Persönlichkeitsrechtsschutz nach den Art. 40-42 EGBGB", in: *Festschrift für Henrich zum 70. Geburtstag* (2000), 575, at 586-588.

[219] Goldman は、国際的な不正競争において外国法に基づき自国裁判官が与える救済において問題になり得るものの例として、数倍額賠償の他、間接強制的な救済も指摘している。Supra note (11), at 143 (Goldman).

廷地手続法により決定されるべき問題があるのではないかと考えるが、この点も今後の課題とせざるを得ない。

（2006年５月１日脱稿）

【付記】本稿は、2005年12月16日に北海道大学民事法・COE・知的財産法合同研究会で筆者が行ったサンゴ砂事件判決に関する判例評釈と、2006年１月28日に関西国際私法研究会で筆者が行った報告「抵触法における不正競争行為の取扱い―サンゴ砂事件判決を契機として」を基としている。ご議論ご教示頂いた諸先生方に御礼申し上げる。また、北海道大学大学院法学研究科田村善之教授は、原稿を御一読下さり、丁寧で有益なコメントを下さった。この場を借りて謝意を表したい。