HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	国際的な不正競争行為を巡る法の適用関係について ： 抵触法上の通常連結と特別連結を巡って
Author(s)	嶋, 拓哉
Citation	知的財産法政策学研究, 37, 253-302
Issue Date	2012-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/49035
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ37_009.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

国際的な不正競争行為を巡る法の適用関係について

―抵触法上の通常連結と特別連結を巡って―

嶋　　拓哉

１．はじめに

国際的な不正競争行為を巡っては、如何なる抵触法上のプロセスを経て適用すべき実質法を決すべきかという問題があり、わが国においても、平成入り後、次々と下級審裁判例が示されるとともに、学説上も相対立する見解が示され、議論の蓄積が見受けられる。もっとも、それらにおいて展開されている議論は必ずしも収斂に向かっているわけではなく、むしろ、議論は拡散的な傾向にあるようにも思われる。第一に、双方的な抵触規定に拠り国際的な不正競争行為の準拠法を決定するという基本的な方針については了解ができていても、具体的な性質決定を巡っては、不法行為として処理する立場もあれば、独自の単位法律関係を想定する立場も示されるなど、必ずしも見解が統一されているわけではない。また、従前の裁判例の中には、不正競争行為を巡る差止請求と損害賠償請求とで性質決定を異にする判旨を展開するものも存在する。第二には、わが国不正競争防止法の中には、絶対的強行法規として特別連結に拠る適用が想定され得る規定も存在するとの見解が唱えられているが、そのメルクマールを巡っても必ずしも見解が一致を見ているとは言い難い。従前の裁判例の中には、適用根拠を示すことなくわが国不正競争防止法を適用した事案も存在するが、これら裁判例が不正競争防止法の絶対的強行法規性を前提とした議論に基づくものであるかどうかも定かではない。

本稿では、新たな媒体を通じて経済活動のクロスボーダー化が一層進展

する過程で、今後も国際的な不正競争行為がより深刻な問題を惹起しかねないという視点に立って、国際的な不正競争行為を巡る法の適用関係について、わが国の裁判例および学説を概観したうえで、その法適用ルールについてあるべき適切な選択肢を提示することを目的とする。

なお、国際不正競争法は、伝統的には、国際独占禁止法、国際知的財産法と並んで、国際経済法（internationales Wirtschaftsrecht）の一領域を構成するとの考え方がある[1]。しかしながら、支配的な見解に拠れば、統一的な法領域として、国際経済法という領域概念を観念しても、その機能的な意義は実質法上も抵触法上も殆どないと考えられている[2]。こうした見解では、かかる統一的な概念の下に整理・統合を行ったからといって、実質法上、これら三つの法領域が類型的にも分離され得るものであり、また機能的にも異なることは疑いがないとされており、加えてこれら三つの法領域の相違は抵触法上の位置付けに関しても同様に妥当すると考えられている。抵触法の領域に議論を限定すれば、独占禁止法はその公法的性格を反映して、市場地を連結点とする一方的抵触規定に拠ると考えられているほか、知的財産法は属地主義的な連結に拠り保護国法が適用されるとする見解が支配的であるのに対して、不正競争法は不法行為特別法として双方

[1] J. von Staudinger BGB, Internationales Wirtschaftsrecht (de Gruyter, 2010), IntWirtschR Rdn.394 [K-H. Fezer/S. Koos].

[2] E. Deutsch, Wettbewerbstatbestände mit Auslandsbeziehung (Stuttgart Enke, 1962), 46f; J. von Staudinger BGB, EGBGB Art.38-42 (de Gruyter, 2001), EGBGB Art.40 Rdn.308ff [B. von. Hoffmann]; Münchener Kommentar BGB, Band 11, 5.Aufl. (C.H. Beck, 2010), IntUnlWettbR Rdn.15 [J. Drexl]; K-H. Fezer, UWG, 2.Aufl. (C.H. Beck, 2010), Einleitung I, Rdn.18ff und Rdn.223ff [R. Hausmann/E. Obergfell]. 但し、他方において、これら三つの法領域を国際経済法として統一的に把握し抵触規則を一元化する見解も存在する（S. Habermeier, Neue Wege zum Wirtschaftskollisionsrecht (Nomos, 1997), 158; E. Lichtenstein, Der gewebliche Rechtsschutz im internationalen Privatrecht, NJW 1964, 1208, 1213; O. Sandrock, Das Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs zwischen dem internationalen Immaterialgüterrecht und dem internationalen Kartelrecht, GRUR Int. 1985, 507, 507, 512 und 522; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2.Aufl. (C.H. Beck, 2009), Einleitung C, Rdn.102 [J. Glöckner]）。

的な抵触規定に拠ると、伝統的には考えられてきた[3]。その限りで、隣接する独占禁止法や知的財産法の抵触法上の議論を参照することは、不正競争行為を巡る法の適用関係を論ずるに当たって、さほど有用な視点を提示し得ないと考えるべきであろう[4]。

２．裁判例

(1) 各裁判例の概要

不正競争行為に基づく請求訴訟であって、渉外的な要素を有する従前の裁判例としては、①東京地判平成３年９月24日判時1429号80頁、②東京地判平成15年10月16日判時1874号23頁、③大阪地判平成16年11月９日判時1897号103頁、④知財高決平成17年12月27日LEX/DB28110187、⑤東京地判平成19年12月26日判タ1282号326頁、⑥東京地判平成20年７月４日LEX/DB28141650、⑦知財高決平成21年12月15日LEX/DB25441588、⑧東京地判平成22年11月18日LEX/DB25442859、⑨東京地判平成23年３月２日LEX/DB25443536がある。

以下では、これら裁判例の事実および判旨を簡単に纏めておく（なお、

[3] J. von Staudinger BGB, a.a.O. (Fn.1), IntWirtschR Rdn.393 [K-H. Fezer/S. Koos].

[4] もっとも、不正競争法が独占禁止法や知的財産法と近接していることに間違いはない。そのため、互いに重複する限界的な領域に関しては、抵触法上もその近接性を踏まえた特別な考慮が必要になる場合もあろう。例えば、実務上、インターネットを経由して取引を行う場合に、どの国の商標法や表示の保護に関する不正競争法上の要件を充足しておく必要があるかという点が問題となっている。世界知的所有権機関（WIPO）による2001年の共同勧告（「インターネット上の商標およびその他の標識に係る工業所有権保護に関する共同勧告」）では、標識の侵害行為を巡る準拠法に関連して、商業的効果の発生地を抵触法上の連結点としつつも、ディスクレイマーによる準拠法の排除を認めることに拠り実務的な課題に応えようとしている。この勧告に基づくルールは、商標法に拠りカバーされる商標権侵害行為のみならず、不正競争法に拠りカバーされる表示に関する不正競争行為にも妥当すると解さない限り実効性を有しないことになると思われる。従って、インターネット上の標識の問題に関する限り、少なくとも表示に関する不正競争行為については、抵触法上は商標権侵害行為と同様に考える余地があるのではないかと思われる。

以下本稿において、「通則法」とは法の適用に関する通則法のことを指す)。

①　東京地判平成３年９月24日判時1429号80頁[5]

被告Ｙ（米国法人）は、原告Ｘ（日本法人）がＹの銅箔製造に関する秘密情報を入手すべく、訴外Ａ（日本法人）と共謀し、訴外Ｂ（米国人）および同人が取締役社長を務める米国法人Ｄから当該秘密情報を入手した旨の主張を行っていた。こうしたＹの主張に対抗して、ＸはＹを相手取り、ノウハウ侵害に基づく損害賠償債務および差止債務の不存在の確認を求めたのが本件事案である。東京地裁は、「本件で、Ｘが不存在の確認を求める債権及び請求権は、請求の趣旨に従えば不当利得返還請求権並びに不法行為による損害賠償請求権及び差止請求権であるし、また、Ｙがアメリカ合衆国内における訴訟で求めている、不正競争、企業秘密の盗用、不当利得などに関する請求権についても、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考えられる。したがって、本件の準拠法は、法例11条の解釈に従って決められるべきであるといえるから、同条１項にいう『原因たる事実の発生したる国の法律』が準拠法となる」「ＹがＸの侵害行為として捉えているのは、ＸとＤとの技術援助契約の締結及びこれに基づく情報の入手であるところ、これらはいずれも東京で行われ、右契約締結のための連絡交渉や、昭和59年11月中旬ころのＸとＤの技術会議も東京で開催されたことは当事者間に争いがないから、Ｙ主張にかかるＸの違法行為の極めて重要な部分が日本国内で行われたことになる。したがって、日本において不当利得又は不法行為の原因たる事実が発生したということができるから、日本法が準拠法になるというべきである」と判示した。そのうえで、同地裁は、Ｙが侵害されたノウハウについて具体的な特定を行っておらず、立証責任を十分に果たしていないとして、Ｘの請求を認容した。

[5] 本判決の評釈として、三井哲夫「判批」判時1445号206頁（1993年）、村崎修＝奥宮京子＝田路至弘「判批」商事法務1273号附録［新商事判例便覧393］（1992年）、野村美明「判批」私法判例リマークス1993［下］156頁（1993年）、岡本善八「判批」特許管理44巻２号159頁（1994年）、国友明彦「判批」ジュリスト1002号［平成３年度重要判例解説］260頁（1992年）、高桑昭「判批」ジュリスト1006号148頁（1992年）、不破茂「判批」愛媛法学会雑誌19巻２号85頁（1992年）、櫻田嘉章＝道垣内正人編『国際私法判例百選〔新法対応補正版〕』（有斐閣、2007年）70頁［齋藤彰執筆］等がある。

②　東京地判平成15年10月16日判時1874号23頁[6]

「健康増進のための組成物」に関する米国特許権を有する被告Ｙ（日本法人）が、サンゴ化石微粉末を健康食品として販売し米国にも輸出販売している原告Ｘ（日本法人）の米国内取引先に対して、Ｘ製品がＹの米国特許権を侵害する旨記載した警告書を送付したところ、ＸはＹを相手取り、このＹによる警告書の送付が不正競争防止法２条１項14条の虚偽事実の告知・流布行為に当たるとし、同法３条１項に基づきその送付行為の差止めと、同法４条に基づき損害賠償を請求した事案である。東京地裁は、これらの請求のうち、後段のＹによる警告書送付行為の差止請求と損害賠償請求について、「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」と判示した。そのうえで、同地裁は、Ｙの警告書送付行為は不正競争行為に該当するとして、その行為の差止請求および損害賠償請求を一部認容した。

[6] 本判決の評釈として、藤澤尚江「判批」ジュリスト1287号143頁（2005年）、阿部隆徳「判批」知財管理54巻10号1485頁（2004年）、熊倉禎男「判批」判タ1184号［平成16年度主要民事判例解説］168頁（2005年）等がある。

③　大阪地判平成16年11月９日判時1897号103頁[7]

被告Ｙ（日本法人）が原告Ｘ（韓国法人）から製品を輸入したうえで、米国やドイツの取引先にこれを販売していたが、Ｘの主張によれば、Ｙはこの Ｘ製品と類似する自社製品を販売していた。そこで、ＸはＹを相手取り、Ｙの当該販売行為等が不正競争防止法２条１項１号に基づき不正競争行為に該当するとし、当該販売行為等の差止め及び損害賠償を求めるとともに、Ｙの営業活動が全体としてＸに対する不法行為を構成するとして損害賠償を求めたのが本件事案である。大阪地裁は、後段の不法行為に基づく損害賠償請求については、「Ｙの輸出入に関連する行為やＹの国外関連会社の行為の結果、Ｘに、輸出機会喪失、国外への調査費用の拠出及び信用毀損という損害が発生したことを理由とする、不法行為に基づく損害賠償請求でもあるから、渉外的要素を含む法律関係ということができ、準拠法の決定が必要となる。この点、不法行為に関する準拠法は法例11条１項により規律されているものであって、原因事実の発生地によることとなっている。本件では、国内に所在するＹの輸出入行為や海外法人に対する指示行為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Ｘ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、Ｙの行為地でありかつＸに損害の発生した地でもある我が国であり、我が国の法が準拠法となるというべきである」とする一方で、前段の不正競争行為の差止めおよび損害賠償請求については、準拠法に関する判断を示すことなく、直接的にわが国の不正競争防止法を適用した。なお、同地裁は後段の不法行為に基づく損害賠償請求を一部認容している。

④　知財高決平成17年12月27日LEX/DB28110187[8]

抗告人Ｘ（日本法人）は、相手方Ｙ（日本法人）との製品共同開発契約を合意解除した後、Ｙとの間で当該契約に基づき共同開発した製品を中国内で販売していた。Ｘの主張によれば、ＹはＸによる当該製品の販売がＹの中国特許権を侵害している旨を通知するなど、不正競争防止法２条１項14号に該当する販売妨害行為を行ったものとされる。そこで、ＸはＹに対して、同法３条に基づき販売妨害行為の差止めを求めたのが本件事案である（原審はＸの請求を却下）。知財高裁は、法例11条１項にいう「原因タル事実ノ発生シタル地」は中国であり本件差止請求の準拠法は中国法であると判断した原審の判断とは異なり、「ＸとＹのいずれもが、日本法に基づき設立されかつ日本に本店所在地を有する法人であるが、本件差止請求の対象とされたＹの販売妨害行為の主要部分は中国国内で行われたというのであるから、その限度で本件は渉外的要素を含み、準拠法を決定する必要があることになる。そして、準拠法を決定するための我が国の法規範は法例（明治31年６月21日法律第10号）であるが、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（Ｙ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、Ｘ及びＹはいずれも日本に本店所在地及び常居所を有すること、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又はその合意解除（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、準拠法になると解するのが相当である」と判示した。

⑤　東京地判平成19年12月26日判タ1282号326頁

世界的規模で事業を展開する原告Ｘ（オーストリア所在法人）は、被告Ｙ（日本人）との間で、ＹがＸのプロジェクトの実施を受託する契約（契約準拠法をオーストリア法とする指定条項がある）を締結し、その中には本件契約の終了後２年間、ＹはＸの競合会社のための活動に直接か間接かを問わず従事してはならないとする競業禁止合意も含まれていた。Ｘは、Ｙが代表取締役を務める日本法人が上記契約終了後に、Ｘと競業関係にあるロシア法人に本件各情報を送信したと主張して、Ｙに対して、不正競争防止法２条６項の営業秘密である本件各情報について不正目的使用開示行

[7] 本判決の評釈として、国友明彦「判批」ジュリスト1313号［平成17年度重要判例解説］306頁（2006年）、中山信弘＝大渕哲也＝茶園成樹＝田村善之編『商標・意匠・不正競争判例百選』（有斐閣、2007年）224頁［宮坂昌利執筆］、櫻田＝道垣内編・前掲注(5)72頁［小出邦夫執筆］等がある。

[8] 本判決の評釈として、樋爪誠「判批」ジュリスト1332号［平成17年度重要判例解説］295頁（2007年）がある。

為の差止めを求めた事案である。東京地裁は、理由を付すことなく、わが国の不正競争防止法の適用を認めたうえで、Xが管理していた本件各情報は不正競争防止法2条6項の「営業秘密」に当たらないとし、Xの請求を棄却した。

⑥　東京地判平成20年７月４日 LEX/DB28141650[9]

原告X1（韓国法人）およびX2（X1の日本における関連会社）は、被告Y（日本法人）の販売商品が、X1が製造しX2が販売する原告商品の形態を模倣したものであると主張し、不正競争防止法2条1項3号に基づき、Yに対して、不正競争行為に基づく損害賠償及び謝罪広告を請求した事案である。東京地裁は「本件は、X1が大韓民国において設立された法人であるという点で渉外的要素を含むものであるから、X1との関係で準拠法を決定する必要がある。不正競争行為及び著作権侵害に基づく損害賠償請求の準拠法に関しては、法の適用に関する通則法等に直接の定めがないため、条理により決するのが相当である。上記法律関係の性質は不法行為であるから、法の適用に関する通則法の施行期日（平成19年1月1日）後の行為については、同法17条により、また、同法の施行期日前の行為については、法例11条1項（法の適用に関する通則法附則3条4項により、なお従前の例によるとして、法例の規定が適用される。）により、準拠法を決すべきであり、本件の損害賠償請求については、原告らに対する権利侵害という結果が生じたと主張される我が国の法である民法709条が適用される。また、不正競争防止法に基づく謝罪広告の請求に関しても、法の適用に関する通則法等に直接の定めがないため、条理により決するのが相当である。本件では、謝罪広告の請求の対象とされた行為が日本国内で行われ、営業上の利益の侵害も日本国内で生じたというのであるから、我が国の不正競争防止法が最も密接な関係を有する地の法として準拠法になると解される。」と判示した。そのうえで、同地裁は「原告商品の形態は、不正競争防止法2条1項3号の『商品の機能を確保するために不可欠な形態』であるとは認められない」として、X1等の請求を棄却した。

[9] 本判決の評釈として、板倉集一「判批」知財管理59巻9号1169頁（2009年）、泉克幸「判批」速報判例解説4号201頁（2009年）がある。

⑦　知財高決平成21年12月15日 LEX/DB25441588[10]

本件著作物（ウルトラマン）の日本以外の国における本件独占的利用権を訴外A（タイ王国人）から譲り受けた抗告人X（日本法人）は、相手方Y（日本法人）が、Aが無権利者であるとしXの本件独占的利用権を否定する虚偽の事実を国内の映像事業関係者に告知し、流布する行為を行ったとして、Yに対し、本件独占利用権の利用妨害行為の差止請求権を被保全権利として、Xが本件著作物について独占利用権を有しない旨の告知又は流布の差止めを求めたのが本件事案である（原審ではXの申立を却下）。知財高裁は、「Xは、Yの国内の映像事業関係者に対するY書面の送付が不正競争防止法2条1項14号所定の『虚偽の事実を告知し、又は流布する行為』に該当することを前提に、Yに対し、本件対象行為の差止めを求めているが、本件対象行為は、日本国内において行われる国内告知・流布、日本国内から行われる国外告知・流布を除き、日本国外における行為の差止めを求めるものであるから、不正競争防止法の適否の以前の問題として、通則法に基づいて、その差止めの準拠法を定めなければならない」との見解を示した。さらに続けて「Xの主張に係る差止請求権については、通則法に明文の規定がないが、本件対象行為がXに対する関係で違法であることを原因としてその差止めを求めることができるというものであって、通則法17条にいう『不法行為』を原因として法の適用が問題となる場合であると解するのが相当であるから、同条所定の『不法行為によって生ずる債権の成立及び効力』として、『加害行為の結果が発生した地の法』によるべきことになる。そうすると、日本国外における本件対象行為の差止めが認められるか否かについては、『加害行為の結果が発生した地』として、本件対象行為の結果が発生する当該外国となる。しかしながら、X及びYとも我が国に本店所在地を有する日本法人であること、日本国外における本件対象行為についても、Yが日本国内においてその意思決定を行うものと考えられること、国外における本件対象行為によって当該外国において結果が発生したとしても、その結果は日本国内のXに対して影響を及ぼすものであることなどの事情に照らすと、明らかに当該外国よりも我が国が

[10] 本判決の評釈として、金彦叙「判批」ジュリスト1408号183頁（2010年）がある。

密接な関係がある他の地ということができるから、通則法20条により、その準拠法は日本国法と解するべきものである。したがって、日本国内における本件対象行為については、もとより不正競争防止法が適用されるほか、日本国外における本件対象行為についても同法がその準拠法として適用されることになる」と判示した。そのうえで、同高裁は、X主張の被保全権利の疎明があるということはできないとして、Xの抗告を棄却した。

⑧　東京地判平成22年11月18日 LEX/DB25442859

原告X（ノルウェー法人）が被告Y（日本法人）に対して、Y製品が周知な商品等表示であるX製品の形態を使用しておりその日本における製造・販売行為が不正競争行為に該当するとして、不正競争防止法2条1項1号、3条1項、2項に基づきY製品の製造、販売等の差止め及び廃棄並びに同法4条に基づく損害賠償を求めるとともに、同法14条に基づき謝罪文の掲載を求めた事案である。東京地裁は、理由を付すことなく、わが国の不正競争防止法の適用を認め、Xは、Yに対し、不正競争防止法3条1、2項に基づき、Y製品の製造及び販売の差止め並びに同製品の廃棄を求めることができ、また、Yには前記不正競争行為について少なくとも過失が認められるから、不正競争防止法4条に基づき損害賠償と訴状送達の日の翌日から支払済みまで年5分の割合による遅延損害金の支払を求めることができると判示した。他方、不正競争防止法14条に基づく謝罪広告掲載の請求については、Y製品の製造、販売によってXにおいて上記損害の賠償によっては回復し難い営業上の信用の低下があったことを認めるに足りる証拠はないから、YにXに対し謝罪広告の掲載を命ずる必要性はないとし、請求を棄却した。

⑨　東京地判平成23年３月２日 LEX/DB25443536

電子・電気機械器具の製造・販売を目的とするY（日本法人）は、平成17年3月以降、A（台湾法人）等との間で、USBフラッシュメモリの製造委託について協議を行い、その過程でフラッシュメモリの規格寸法や仕様につき電子メール等によるやり取りがなされたが、結局同年7月にはその協議は打ち切られた。そこで、Yは平成18年12月以降、同様のUSBフラッシュメモリの製造を別の台湾法人Bに委託して、その製造商品を日本に輸

入して販売した（以下、Yが輸入・販売する当該商品を「Y商品」という）。電子機器等の製造・販売を業務とするX（台湾法人）は、AがXの商号変更前の商号であり、AとXは同一法人であることに加えて、Xが製造販売しているUSBフラッシュメモリ（以下、「X商品」という）はYとの上記協議が開始された平成17年3月以前に既に開発されていたこと等を主張したうえで、①Y商品は、X商品の形態を模倣したものであって、Yによるその輸入・販売は、不正競争防止法2条1項3号の不正競争行為に該当すること、②Y商品は、YがXから示された営業秘密を不正に使用して製造されたものであり、不正競争防止法2条1項7号の不正競争行為に該当すること等を理由として、Yに対して損害賠償および遅延損害金の支払を求めたのが本件事案である。東京地裁は、不正競争防止法に基づくXの損害賠償請求について、特に準拠法に関する判断を行うことなく、直接的にわが国の不正競争防止法2条1項3号および7号の適用を認めたうえで、「本件協議前にX商品が開発済みであったとしてXが主張する根拠は、いずれも理由がなく、かえって、本件協議が開始されるに当たって、YからXに対し小型USBフラッシュメモリの形態及び寸法を記載したインベンテック設計図が送付されていたと認められるから、本件協議前に、X商品が、その回路構成等を含めて開発済みであったと認めることはできない。したがって、不正競争防止法2条1項3号の『他人の商品』の要件を満たさないから、その余の点を判断するまでもなく、Y各商品の販売が同号に該当することを理由とするXの損害賠償請求は理由がない」「本件技術情報はXが保有する営業秘密であるとは認められず、また、Yがこれを使用し、又は製造委託先に開示していたとしても、Yが『不正の競業その他の不正の利益を得る目的』又は『保有者に損害を加える目的』でこれを使用又は開示したとは認められないから、Yの行為が不正競争防止法2条1項7号の不正競争行為に該当することに基づくXの損害賠償請求は理由がない」と判示し、Xの請求を棄却した。

(2) 裁判例の類型化

従前の裁判例を見ると、一概に不正競争行為を巡る渉外事案といっても、具体的に問題となっている請求権の内容は様々であり、また、その準拠法を巡る判断も一様ではない。もっとも仔細に検証すると、概ね以下の三つ

の類型に分類できるように思われる。

類型Ａ：請求内容の如何にかかわらず不法行為と性質決定する見解

不正競争行為については、具体的にその行為の損害賠償請求が問題になっているか、差止等その他請求が問題になっているかを問わず、一律不法行為と性質決定する立場に依拠する裁判例がある。上記裁判例のうち、①および②は明らかにそうした見解に立脚している。また⑦は差止請求権のみが問題となり、それを不法行為と性質決定した事案であるが、この⑦の裁判例の見解に拠れば、差止請求権の準拠法についてすら不法行為と性質決定する以上、ましてや損害賠償請求権の準拠法についても同様に不法行為と性質決定するとの結論に至る可能性が高いように思われる。

企業間における公正な競争を阻害する行為が仮令わが国の不正競争防止法のような特別法の適用を受けないとしても、それが、一般不法行為の要件を満たす限りは不法行為を構成することも十分想定し得るし、実際上記の裁判例の中には、単に不正競争防止法に基づく損害賠償や差止請求等に止まらず、一般不法行為法に基づく損害賠償等の請求が併せて原告からなされているものも少なくない。こうしたことを踏まえると、これら裁判例は、一般不法行為法と不正競争行為にかかる特別法をともに、市場における競争阻害行為を排除し競争の確保を図る一連の法体系として、連続的に理解する視点に立っていると解することも可能であろう。

類型Ｂ：準拠法にかかる判断を示すことなく直接的に日本法を適用する見解

不正競争行為については、法の適用関係にかかる判断を示すことなく、直ちに日本の不正競争防止法の適用を認めた裁判例（上記裁判例のうち、③、⑤、⑧および⑨）がある。

これら裁判例が如何なる根拠に基づき日本の不正競争防止法を適用したのかが問題となる。この点に関して、国友明彦教授は上記③の裁判例に即して、以下の二つの可能性を論じる[11]。第一に、裁判所は不正競争行為を原因とする請求訴訟を取扱うに当たって、渉外的特許権侵害事案のリーディングケースである最高裁平成14年９月26日判決（民集56巻７号1551頁）

[11] 国友・前掲注(7)307-308頁。

を参照しつつも、不正競争法が行為規制構成、特許法が権利付与構成と各々異なる法的構成を有しているが為に、最終的に不正競争行為の準拠法について、平成14年最高裁判決と整合する国際私法的判断を下せず、最終的に準拠法の判断を省略したのではないかとする推測である。また、同教授は第二の可能性として、わが国不正競争防止法が公法ないしは絶対的強行法規であるので、国際私法の適用の必要はなく、直接に適用されるとの見解に立脚したのではないかとの推測を行っている。

類型Ｃ：不正競争行為の差止請求の準拠法は条理に拠り、損害賠償請求は不法行為と性質決定して、各々準拠法を決する見解

上記④の裁判例は不正競争行為の差止請求のみが問題となった事案であるが、判旨の中で、「Ｙ（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」として、同じ不正競争行為を原因とする請求であっても、損害賠償請求は不法行為として準拠法を決するが、差止請求の準拠法は条理に拠るとの見解を明確に打ち出している。また、裁判例⑥は不正競争行為を巡り損害賠償と謝罪請求が問題となった事案であるが、いずれも「法の適用に関する通則法等に直接の定めがないため、条理により決するのが相当である」としつつも、このうち損害賠償請求に関しては、結局のところ、その性質は不法行為であるから、通則法17条（従前は法例11条１項）に基づき準拠法を決すべきであるとの見解を示している。従って、裁判例⑥の判旨に拠れば、最終的な結論として、損害賠償請求とそれ以外の請求では準拠法の実質的な決定根拠が異なることになるであろう。

このように、損害賠償請求と差止等それ以外の請求との間で異なる準拠法処理を行う見解については、横溝大教授が、外国特許権に基づく損害賠償請求と差止請求を区別し、前者を不法行為と性質決定のうえ法例11条に基づきその準拠法を決する一方で、後者の準拠法を条理に拠り決した、前掲の平成14年最高裁判決が影響を及ぼした可能性を指摘している[12]。

[12] 横溝大「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」知的財産法政策学研究12号196頁（2006年）。

３．学説の動向

(1) 学説の類型化

従来より、不正競争行為の準拠法を巡って、学説上も様々な見解が提示されてきたが、大別すると、それら学説上の見解は以下の四つの類型に集約可能である。

D説：不法行為と性質決定する見解

まず、上記の類型Aの裁判例と同様に、不正競争行為を不法行為として性質決定する見解がある。土井輝生教授は、不正競争法が不法行為理論から発展した経緯、および不正競争特別法のない国[13]では不正競争にかかる訴えを不法行為に関する一般規定に拠り処理したり、特別法がある国においてもこれを不法行為として性質決定し不法行為に基づく請求権の時効規定を適用する等の比較法的考察を踏まえて、不正競争行為を不法行為として性質決定し、その成立および効力については法例11条1項（通則法17条）を適用すべきであると論ずるほか、法例11条2項および3項（通則法22条）の適用があることも認めている[14]。

もっとも、具体的な不法行為地の確定を巡っては、類型Aの裁判例と土井教授の見解が必ずしも一致しているわけではない。土井教授によれば、法例11条1項における不法行為地の確定問題については、不正競争行為およびその結果が時間的にも場所的にも一般不法行為のように限定されたものではなく、関与する当事者も単独とは限らないことから、一般的な不法行為について議論される行動地、結果発生地のいずれかに一律拠らしめるのは適当ではないとする。重要なのは他の競業者の販売に影響を及ぼす市場であり、一般には被告の不正競争行為によって、原告の商品販売量の減少が生じた市場の存在場所を以って不法行為地とするのが合理的であるとの見解を展開する[15]。他方で、類型Aの裁判例①では、被告主張にかかる原告の違法行為の極めて重要な部分が日本国内で行われたことを重視し、日本を不法行為地と認定しているほか、裁判例②では、被告が原告の米国内取引先に対して虚偽事実を掲載した電子メール及び郵便書簡を発信ないし発送した地こそが原因事実発生地であるとし、やはり日本を不法行為地と認定している。これら裁判例はいずれも、法例11条1項の下で、不法行為について行動地連結を図る見解に立脚するものと考えられる。また通則法の下で争われた裁判例⑦においても、通則法17条にいう「加害行為の結果が発生した地」は本件対象行為の結果が発生する当該外国であるとする判断が下されているが、これについては、通則法17条の「結果」を損害が直接的に発生した地を意味するものと解する、不法行為連結にかかる一般的見解に従ったものであるとの評釈が加えられている[16]。こうしたことを踏まえると、従前の類型Aの裁判例では、具体的な不法行為地の確定に当たっては、土井教授のような見解は採用せず、むしろ不法行為地連結にかかる一般的な解釈論に忠実に従って具体的な準拠法を指定していると理解すべきであろう[17]。

E説：条理に拠り不正競争行為の準拠法を決する見解

不正競争行為の準拠法は、不法行為にかかる抵触法上の一般準則に拠る

[13] 実質法体系において不正競争特別法の存在しない国の代表例として、英国が挙げられる（C.M.V. Clarkson/J. Hill, The Conflict of Laws, 4th. ed. (Oxford Univ. Pr., 2011), 274; J.J. Fawcett/P. Torremans, Intellectual Property and Private International Law 2nd. ed. (Oxford Univ. Pr., 2011), §16.108）。

[14] 土井輝生「工業所有権」国際法学会編『国際私法講座第3巻』（有斐閣、1964年）829-830頁。なお、同『国際私法』（成文堂、1970年）179-182頁も参照。

[15] 土井・前掲注(14)「工業所有権」830-831頁、同・前掲注(14)『国際私法』180頁。不法行為地の確定に関する土井教授の見解によれば、結局のところ、市場地を以って不法行為地を決することになるため、条理に拠り市場地法を準拠法とする木棚照一教授の見解（E説）と然程の差異は生じないことになる。後は、土井教授は飽く迄日本法の重畳適用を肯定する一方で、木棚教授の見解によれば日本法の重畳適用を排除し得る点等に相違点を見出すことができるのみである。

[16] 金・前掲注(10)185-186頁。

[17] 神前禎教授は、「適用通則法においては、不正競争行為、競争制限行為、知的財産権の侵害といった不法行為についても、準拠法選択をなすべきものとされる場合には、不法行為一般についての準拠法選択規則に従うこととなる」（神前禎『解説法の適用に関する通則法－新しい国際私法』(弘文堂、2006年) 123頁）としており、類型Aの裁判例と同じ立場に拠っていると思われる。

のではなく、条理に拠り決せられるべきとする見解が存在する。木棚照一教授は、この見解を採用する理由として、①不法行為にかかる抵触規則に拠る場合には、日本法を重畳適用せねばならず（法例11条2項、3項。通則法22条）保護範囲が狭くなるが、条理に拠らしめた場合にはこうした日本法の重畳適用を回避し得ること、②細やかな類型化が可能となり、個別具体的事案に即して市場地法に拘らず柔軟な準拠法決定が可能になること、の2点を挙げている[18]。また、通則法の下では、不法行為については事後的に当事者の合意に拠り準拠法を変更することが許容されている（同21条）が、不正競争行為の準拠法を条理に拠らしめた場合には、一般不法行為とは異なり、不正競争行為について同条項の適用が排除されるとの帰結に至る可能性もなくはない。一般に不正競争行為は一般不法行為よりも相対的に公益性が強い問題と考えられているが、こうした観点からすれば、一般不法行為について限定的に認められた当事者自治を、不正競争行為に関する限りで排除することには一定の合理性があると言うべきであろう。

F説：類型化を志向する見解

学説の中には、不正競争行為の準拠法は一般不法行為にかかる抵触規則に拠るとの基本的な立場を維持しつつも、不正競争行為には競業者間の関係に止まるものから公衆の利益に関わるものまで多種多様であり、それに伴って不正競争行為の準拠法決定に当たっても、その多様性を考慮した上で適宜類型化を行い各類型にふさわしい準拠法を探求すべきとの見解が示されるに至っている[19]。この見解の代表的な提唱者である相澤吉晴教授は、より具体的に、「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』とに不正競業を区別するのが妥当であろう。前者の場合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とされるべきであろう。これに対して、後者の場合は一般の不法行為に近い場合であり、被害者たる競業者の利益を保護するという観点からすれば、被害者たる競業者の営業所所在地が不法行為地とされるべきであろう」との説明を加えている[20]。

また、不正競争行為を「市場に関連する不正競争行為」と「営業に関する不正競争行為」に分類するとの立場から出発し、前者については条理に拠り市場地法を準拠法とする一方で、後者については不法行為にかかる抵触規則に拠り準拠法を決するとの見解も存在する[21]。この見解によれば、市場に関連する不正競争行為については、不法行為にかかる抵触規則が適用されないことになり、相澤教授の見解と異なり、日本法が重畳適用されないとの帰結になるであろう。

通則法制定の検討段階当初において、こうした類型化を志向する見解を反映して、不正競争行為を不法行為と別個の単位法律関係として設け、これを市場地法に拠らしめる旨の抵触規則を新設する案（乙案）の採用が模索された経緯がある[22]。検討過程では、「この種の不法行為（特定の者に対

[18] 丹宗暁信＝山手治之＝小原善雄編『新版国際経済法』（青林書院、1993年）360頁［木棚照一執筆］。なお、三井哲夫教授もこうした見解を支持しているように思われる（三井・前掲注(5)209頁）。

[19] 相澤吉晴「不正競業」山田鐐一＝早田芳郎編『演習国際私法〔新版〕』（有斐閣、1992年）137頁。

[20] 相澤・前掲注(19)138頁。藤澤尚江准教授は、こうした相澤教授の見解を支持している（藤澤・前掲注(6)146頁）。なお中西康教授も、「不正競争または競争制限行為については…17条の一般則が適用され、その際に特定企業のみに向けられた行為か市場一般に関係する行為かを考慮しながら結果発生地を解釈することでの処理が考えられる」（中西康「法適用通則法における不法行為－解釈論上の若干の問題について－」『国際私法年報9号』（信山社、2008年）71頁）としており、F説に立脚しているものと思われる。

[21] 木棚照一＝松岡博編『基本法コンメンタール国際私法』（日本評論社、1994年）74頁［中野俊一郎執筆］、櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法〔第1巻〕』（有斐閣、2011年）451-452頁［西谷祐子執筆］。樋爪誠教授もこの見解を支持している（樋爪・前掲注(8)297頁）。なお、野村美明教授も、東京地裁平成3年9月24日判決の評釈において、「それら（不正競争行為）を一括して市場地国法に結び付けるのは無理がある。本件のような特定競業者の営業秘密の保護にかかわる場合は、不法行為として、不法行為一般の国際私法準則によらせるのが合理的である」（野村・前掲注(5)159頁、括弧内は執筆者による）としており、どうやら同様に類型化を志向した見解に与しているようである。

[22] 法例研究会『法例の見直しに関する諸問題(2)－不法行為・物権等の準拠法について』（商事法務、2003年）86頁以下［西谷祐子執筆］。なお、宗田貴行「不正競争行為及び競争制限行為の準拠法〔下〕」国際商事法務38巻2号217-219頁（2010年）で

して損害を与える不正競争行為）においては、直接に市場と結び付いた行為が問題となるのではなく、当事者間の相互的な関係が問題となるに過ぎないため、乙案の対象とする不正競争行為に特有の性質が備わっていないと考えてよい」[23]（括弧内は執筆者による）という見解が示されており、この乙案にいう「不正競争行為」としては、相澤教授の見解における「市場に関する不正競業」とほぼ同内容のものが念頭に置かれていたと思われる[24]。

G説：絶対的強行法規として性格付ける見解

石黒一憲教授は、通則法制定過程において新設が検討された上記の乙案を批判するに当たり、不正競争法が対象としている事象には、市場秩序維持を目的とする国家の非民事的規制と、私人間の請求にかかる民事的規制とが存在しているとしたうえで、抵触法の一般準則に拠り準拠法を決すべきは後者の事項に限られるとする。その一方で、前者の部分、つまり市場秩序維持を目的とする規定は、非民事的規制であって、絶対的強行法規に属するものであるとの見解を示している[25]。また、横溝大教授も同様の見解を提示している。同教授は、「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

も、立法論として、ローマⅡ規則6条を参考にして、一般不法行為の抵触規定とは別個に、乙案類似の不正競争行為に関する特別の抵触規定を設けることが提唱されている。

[23] 法例研究会・前掲注(22)88頁［西谷祐子執筆］。

[24] 最終的には、審議会において、「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、様々な種類の法益が被侵害法益となると考えられ、それらについて一律に『市場の存在する地』を連結点とすることは妥当でないとの指摘がされた」ことを理由として、不正競争行為に関する特別の抵触規定を設けず、解釈に委ねることで決着した（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」90頁（2005年））。

[25] 石黒一憲『国際私法の危機』（信山社、2004年）142-146頁。なお、金・前掲注(10)185頁も、こうした見解に賛意を示している。

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の法規を適用するという処理を行うべきである」との考えを示している[26]。さらに、同教授は、「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」としたうえで、「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」と結論付けるのである[27]。

もっとも、石黒教授と横溝教授はともに、わが国不正競争防止法の絶対的強行法規性に着目する点で軌を一にするが、仔細に見ると、両者の見解では、絶対的強行法規性のメルクマールを巡って差異があるかのように見受けられる。すなわち、石黒教授は、絶対的強行法規の適用が予定される非民事の領域と抵触規則に拠るべき民事の領域の区別に当たっては、罰則による制裁の存在等に代表される国家的介入の程度、公的政策目的の強度が基準とされるべきと考えている[28]が、横溝教授は、問題とされる個別の実質法規定の保護法益が競業者や被侵害者の個別具体的なものに止まっているか、それとも消費者も含めた市場の構成員一般の利益を対象とするものかの別に拠り、各規定の絶対的強行法規性を判断すべきであると考えているようである[29]。こうした両教授の見解の差異が具体的な結論において大きな相違を齎すか否かも含めて詳細は後述に委ねたい。

ただ、一つ誤解が生じないように留意しておくべきであるが、石黒教授も横溝教授も、すべての不正競争行為に関する問題を絶対的強行法規の適用によって処理し得ると考えているわけではない。不正競争法のすべてが絶対的強行法規としての性格を有するとすれば、わが国裁判所に係属した

[26] 横溝・前掲注(12)230頁。

[27] 横溝・前掲注(12)233頁。

[28] 石黒一憲『金融取引と国際訴訟』（有斐閣、1983年）36-41頁、同『国際私法〔第2版〕』（新世社、2007年）60頁。

[29] 横溝・前掲注(12)231-232頁。

事案については常に、わが国の不正競争防止法が属地的に連結し適用されることになるが、両教授の見解はそうした立場を採ってはいない。不正競争法のうち公益性の強い一定の範囲に属する規定に限り、絶対的強行法規として属地的に連結することを認め、それ以外については、通常連結に拠り準拠法を決すべしとの立場に拠っていることは明らかである[30]。

(2) 小括

以上、従前の裁判例と主要な学説を整理したが、いずれの見解においても、不正競争法が市場法としての特殊性を有していることを認めつつも、如何なる形で抵触法上その特殊性を考慮するかという点において見解の相違があることが判明したであろう。特に学説においては、市場法としてのわが国不正競争防止法の規定を絶対的強行法規として位置付ける見解（G説）もあれば、通常連結の一般準則として、不正競争行為という独自の性質決定を認める見解（E説）、不法行為準拠法に拠らしめるとしつつも連結点の特定の段階で「市場地」を観念する見解（D説）、および不正競争行為の類型化を図り各類型に対応する連結点を区々設定する見解（F説）などがある。いずれも不正競争法が自国市場における競争の公正確保を目的とする市場規制としての側面を有していることを抵触法上何らかの形で考慮すべきとしている点では問題意識を共有しているが、その特殊性を抵触法上具体的にどの程度考慮し、如何に取扱うかという点において相違が見受けられる。

不正競争行為を巡る法の適用関係を巡っては、これを通常連結に拠って処理すべきとする見解（D～F説）に拠ったとしても、わが国不正競争防止法の一部の規定が絶対的強行法規としての性格を有することを必ずしも否定しているわけではなく、他方で、市場法としてのわが国不正競争防止法を絶対的強行法規として位置付ける見解（G説）に拠ったとしても、同法のすべての規定についてその絶対的強行法規性を肯定しているわけではない。すなわち、少なくとも前者三つの見解と後者一つの見解の間では、必ずしも互いに背反する内容の主張を行っているわけではないという点には留意が必要である。裁判例のうち類型Bは、抵触法上の根拠を示すことなく、直ちにわが国不正競争防止法を適用した事案であるが、こうした判決が、不正競争法が一律公法的性格を有し属地的に連結されるべきものとの前提で下されたとすれば、大いに問題である。不正競争法は、不正競争行為に対する差止および損害賠償請求権を私人に付与する民事規制をその根幹とし[31]、実質法のみならず抵触法上も不法行為特別法として位置付けられていることから[32]、原則として、双方的な抵触規定に基づき通常連結が図られるべきである。そのうえで、例外的に一部の規定についてのみ、その公益的性格を反映して、絶対的強行法規性が付与されると考えるのが妥当であると思われる。

このような理解に立ちつつ、以下では、通常連結と特別連結とに分けて検討を行うこととする。通常連結に関しては、①不正競争行為について、一般的不法行為とは別個の単位法律関係を観念する必要があるか、②不正競争行為の特色を踏まえて抵触法上柔軟な処理が必要か、あるいは必要であるとして、現行の通則法でそうした対応は可能か、③関連条文との適用関係を如何に整理すべきか、等の論点を中心に検討する必要がある。他方で、特別連結に関しては、絶対的強行法規性を付与すべき範囲を巡って、学説上見解に相違があるかのように見受けられるが、この点を如何に考えるべきかが問題となろう。

4．国際不正競争行為を巡る特別連結の検討

わが国不正競争防止法が、権利侵害理論の許に、不法行為の特殊類型として損害賠償責任を生ずる不正競争の行為類型を規定したことは立法過程において明らかであり、その意味で不法行為特別法としての性格を有する[33]が、同法は単に当事者間における競争の公正を目的とするのではなく、市場における競争秩序の維持・発展を通じて公益に資することをも展望す

[30] 石黒・前掲注(25)143頁、横溝・前掲注(12)233-235頁。

[31] 田村善之『不正競争法概説〔第2版〕』（有斐閣、2003年）7頁。

[32] 例えばドイツについては、E. Deutsch, a.a.O. (Fn.2), 24 und 27; J. von Staudinger BGB, a.a.O. (Fn.1), IntWirtschR Rdn.394 [K-H. Fezer/S. Koos]; K-H. Fezer, a.a.O. (Fn.2), Einleitung I, Rdn.36ff [R. Hausmann/E. Obergfell] を参照。

[33] 小野昌延＝松村信夫『新・不正競争防止法概説』（青林書院、2011年）40頁。

るものである[34]。そのため、同法の原則的な規制手法が不正競争行為に対する差止および損害賠償請求権を私人に付与する民事規制である[35]としても、同法の中には、わが国が法廷地である場合には、通常連結に拠り決定される準拠法の如何に拘らず適用が予定される絶対的強行法規[36]が含まれている可能性がある[37]。

絶対的強行法規の範囲を画定するに当たっては、明確で具体的な基準はなく、各規定毎に政策目的や公権性を精査しつつ個別具体的に特定していかざるを得ないのが現状である[38]。そうした中で、わが国不正競争防止法の絶対的強行法規性を検討するに当たって、具体的な基準を示しているのが横溝大教授である。同教授は、個別規定の絶対的強行法規性を判断するに当たって、諸外国に見られるような「営業関連の不正競争」と「市場関連の不正競争」の類型化論が参考になるとしたうえで、前者のように保護法益が個別的なものについては通常連結に拠り一般不法行為準拠法を適用する一方で、後者のように保護法益が一般的なものについては特別連結に拠りわが国不正競争防止法の規定を絶対的強行法規として適用することを提唱する[39]。争点が市場に関連する不正競争行為である場合には、単に競業者間のバイラテラルな問題に止まらず、広くその市場に参加している潜在的な競業者や消費者一般の利害、さらには公益にも関係する性質を有することから、当該事象を対象とするわが国不正競争防止法の規定は、渉外的な法律関係に国家的介入を行い得るに足るだけの強い政策目的を

[34] 田村・前掲注(31)10頁。

[35] 田村・前掲注(31)７頁。

[36] 絶対的強行法規に関する一般的な説明については、嶋拓哉「わが国抵触法体系における利息制限法の位置付けに関する一考察(3)、(4)」国際商事法務38巻３号345頁以下、同４号489頁以下(2010年)、および同論稿で引用している諸文献を参照されたい。

[37] なお本稿では、特段の言及がない限り、専ら法廷地の絶対的強行法規の適用に焦点を当てて議論を展開することとし、法廷地以外の第三国の絶対的強行法規の適用問題は射程に含めない扱いとする。

[38] 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293-295頁［横溝大執筆］(2003年)。

[39] 横溝・前掲注(12)230-232頁。

有するとの判断に基づく主張と思われる。

これに対して、石黒一憲教授は、不正競争の領域においても非民事の規制と私人による民事請求とを明確に区別することが重要であると指摘している[40]が、より具体的に、同教授は非民事と民事を区分するに当たって、刑事罰による制裁の有無を一応のメルクマールとして位置付けているようである[41]。こうした石黒教授の見解に立脚しつつ、同教授と上記横溝教授の見解とを対比すべきであるとの指摘もなされており[42]、両者の関係をどのように整理すべきかが一応の問題とはなるが、執筆者自身は両者の見解に然程の相違があるとは考えていない。論理的には、保護法益が一般的であるということは、保護法益が公の性格（公益性）を有することを意味しており、その究極的な法的担保手段が刑事罰であると考えれば、両者の間に大きな見解の相違はないことになろう[43]。

もっとも、ここで問題とすべきは、わが国不正競争防止法における刑事罰の強化・拡大が逐年図られてきたことである。近時の具体的な刑事罰強化の流れを見ても、①営業秘密の不正取得・開示・使用等の営業秘密侵害

[40] 石黒・前掲注(25)145頁。

[41] 石黒・前掲注(28)『金融取引と国際訴訟』39-40頁。但し、同教授も「もとより、罰則（刑事罰）による制裁の有無のみが、特別連結（Sonderanknüpfung）の対象たる（絶対的な）強行法規か否かを決するメルクマールではない」（同書40頁）と指摘しており、刑罰による制裁の有無は飽く迄非民事と民事とを区分する一応の基準に止まると捉えるべきであろう。

[42] 金・前掲注(10)185頁。

[43] もっとも、横溝教授は、原産地・質量等誤認惹起行為に関する規定（不正競争防止法２条１項13号）について絶対的強行法規性を認定するに止まる（横溝・前掲注(12)232頁）が、他方で、刑事罰による制裁を基準とした場合には、当時の不正競争防止法の規定を前提とする限りは、商品等主体混同行為に関する規定（同法２条１項１号）、営業秘密の不正取得・開示・使用に関する規定（同法２条１号４～９号［但し、刑事罰の対象となるのはこれら条項に規定する行為の一部である］）、外国国旗および国際機関等の商業上の使用に関する規定（同法９、10条）、外国公務員等への不正利益供与に関する規定（同法11条）にも絶対的強行法規性が認められたはずである。横溝教授の見解自体は根源的には、ドイツの通説的見解を引き継ぐ石黒教授の見解と同一であると考えられるが、他方で、その具体的当てはめにおいて、絶対的強行法規性の認定がやや狭かったのではないかと思われる。

行為（現行法2条1項4～9号）について、刑事罰の対象とされる行為について要件の拡張および精緻化が図られるとともに、懲役期間・罰金額の上限を引き上げたこと（同21条1項を参照）、②商品等主体混同行為（同2条1項1号）および原産地・質量等混同行為（同2条1項13号）について懲役期間・罰金額の上限を引き上げた（同21条2項1号）ほか、原産地・質量等虚偽表示行為を刑事罰の対象に含めたこと（同21条2項5号）、③著名商品等表示冒用行為（同2条1項2号）を刑事罰の対象に含めたこと（同21条1項2号）、④商品形態等模倣行為（同2条1項3号）を刑事罰の対象に含めたこと（同21条2項3号）、⑤デジタルコンテンツへのアクセス・複写制限機能を無効化する機能を有する装置の譲渡行為等（同法2条1項10、11号）を刑事罰の対象に含めたこと（同法21条2項4号）、⑥外国国旗および国際機関等の商業上の使用行為（同16、17条）、外国公務員等への不正利益供与行為（同18条1項）の懲役期間・罰金額の上限を引き上げたこと（同21条2項7号）、等が挙げられる。こうした刑事罰による制裁が予定される行為類型についてわが国不正競争防止法の規定を絶対的強行法規として適用すべきとの立場に拠れば、同法に限定列挙される不正競争行為類型の多くについては、それらが法廷地たるわが国と密接な関連性を有する事案である限りにおいて、わが国不正競争防止法の規定が適用されることになる。つまりは、わが国不正競争防止法の規定の多くは、民事規制としての衣を纏いながらも、その実、刑事罰による制裁を伴う公益的な色彩を帯びており、その結果として通常連結に拠り決定される準拠法の如何に拘りなく、属地的な連結を通じた適用が予定されているということになろう。過去の裁判例は必ずしも現行法の許で審理されたものではないが、敢えて現行の不正競争防止法を前提としてこれらの事案を再考してみると、根拠を示すことなく日本法を直接的に適用した類型Ｂの事案（③、⑤、⑧および⑨）に止まらず、類型Ｃに属する事案⑥についても、わが国不正競争防止法の規定が絶対的強行法規として適用されるべき事案であったとの結論に至るであろう。

もっとも、このことは、わが国不正競争防止法が数度の法改正を経て、次第に絶対的強行法規としての性格を有する規定を増加させる傾向にあることを意味しているが、それは、不正競争行為に関して抵触法上の通常連結の問題を一切捨象してよいとの結論に繋がるものではない。わが国不正競争防止法では、不正競争行為を規律する一般条項が設けられておらず、行為類型が限定列挙されるに止まっていること[44]を踏まえると、同法において、不正競争行為の総てが規定され尽くされているわけではなく、従って、わが国不正競争防止法上は不正競争行為に該当しない事案であっても、抵触法上は不正競争行為と観念し、通常連結に拠り準拠法を決するのが適切な場合があると考えるべきであろう[45]。抵触法における不正競争行為の範囲を、わが国不正競争防止法に規定する行為類型に限定するとすれば、それは、法廷地実質法に引きずられた形で抵触法上の性質決定を行っていることに他ならず、性質決定のあり方としては適当ではない[46]。また、従前の複数の裁判例（②、④および⑦）において虚偽事実の告知等信用毀損行為が争点とされているが、当該行為を規律する不正競争防止法2条1項14号は刑事罰による制裁が予定されておらず、その絶対的強行法規性が否定され得ることから、少なくともかかる営業上の信用毀損行為については、通常連結に拠り決定された準拠法に基づき事案の規律が図られるべきと考えられる。例えば、競業者Ｙが競業他社Ｘの虚偽情報を外国市場において流布し当該外国市場におけるＸの売上げが減少したことから、Ｘが虚偽の情報を流布したＹに対して損害賠償請求を行うような事案は、まさに不

[44] 田村・前掲注(31)７頁。

[45] 例えば、裁判例①に代表されるように、競業者Ｙが競業他者Ｘのノウハウ等を侵害し、市場におけるＸの売上減少という結果を惹起した事案については、絶対的強行法規としてのわが国不正競争防止法の規定が適用される余地はない。そして、この場合の法適用関係は、わが国の絶対的強行法規が適用されない以上、通常連結に拠る準拠法決定に委ねられるものと思われる。

[46] 横溝教授は、市場関連の不正競争行為を、絶対的強行法規としてのわが国不正競争防止法の適用問題として処理したうえで、その他の不正競争行為については、それらを一律に個別型の営業関連の不正競争行為として位置付け、一般不法行為として通常連結に拠らしめるのが適当との議論を展開しており、わが国不正競争防止法の中の絶対的強行法規に拠り、市場関連の不正競争行為の総てがカバーされるかのように議論を展開している（横溝・前掲注(12)233頁）。しかしながら、わが国不正競争防止法が規制対象たる行為類型を限定列挙するに止まる以上は、わが国不正競争防止法において規定されてはいないものの、抵触法上、市場関連の不正競争行為として観念したうえで通常連結に拠らしめるべき行為類型が存在し得ると考えるべきである。

正競争行為の一態様として位置付け得るが、わが国不正競争防止法2条1項14号が絶対的強行法規として直ちに適用されるわけではなく、抵触法上の通常連結に拠り決せられる準拠法に基づいて事案処理がなされると考えるのが適当である。

5．国際不正競争行為を巡る通常連結の検討

(1) 独自の単位法律関係設定の要否

学説のうちE説およびF説の一部は、不正競争行為については、条理等に沿って一般的な不法行為とは別に性質決定を行うことの必要性を説く。E説は条理に拠り、不正競争行為の準拠法を決定すべきとの見解であり、またF説の中には、不正競争行為を市場に関連するものと営業に関連するものに分類し、前者について、一般的不法行為に関する抵触規則ではなく、条理に拠るべきことを主張する見解も見受けられること[47]は既述のとおりである。確かに、不正競争法は不法行為法一般とは異なり、その実質的な立法目的において、単に競争相手たる個人の利害を保護するに止まらず、広く消費者の利害や競争維持にかかる公益の保護をも射程に含めており[48]、こうした不正競争法の拡張的な性格は、抵触法の領域においても不法行為一般との間で異なる取扱いを肯定する根拠になり得るものと一応は考えられる[49]。立法例を見ても、契約外債務の準拠法に関する欧州議会および

[47] 但し、相澤吉晴教授等の見解は同じくF説に分類されるものの、不正競争行為の準拠法決定に当たり条理に依拠する本文中の見解とは立場を異にする。即ち、相澤教授等の見解は、飽く迄不正競争行為全般が一般的不法行為という単位法律関係に包含されるとの前提に立ちつつ、その枠内で不正競争行為の類型化に向けた議論に与していることについては既に述べたとおりである（相澤・前掲注(19)138頁）。

[48] P. Ulmer, Der Begriff "Leistungswettbewerb" und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB und UWG-Tatbeständen, GRUR 1977, 565, 565ff; K-H. Fezer, Der wettbewerbsrechtliche Schutz der unternehmerischen Leistung, in F-K. Beier, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift, Band II (VCH, 1991), 939, 959f.

[49] E. Deutsch, Anmerkung zu BGH Urteil vom 23.10.1970-I ZR 86/69, JZ1971, 732, 733; J. von Staudinger BGB, a.a.O. (Fn.1), IntWirtschR Rdn.394 [K-H. Fezer/S. Koos].

同理事会規則（以下、「ローマII規則」という）[50]6条[51]に止まらず、スイス国際私法136条[52]等においても、不正競争行為に関する特別の抵触規則が設

[50] Verordnung (EG) Nr.864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates über das außervertagliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, vom 11. Juli 2007, ABl. EU 2007 Nr. L199, 40. なお、ローマII規則施行後における同規則とEGBGB 38条以下との適用関係については、T. Rauscher, Internationales Privatrecht, 3.Aufl. (C.F. Müller, 2009), §10 Rdn.1242ff を参照。

[51] ローマII規則6条は次のとおり。

(1) Auf außervertragliche Schuldverhältnisse aus unlauterem Wettbewerbsverhalten ist das Recht des Staates anzuwenden, in dessen Gebiet die Wettbewerbsbeziehungen oder die kollektiven Interessen der Verbraucher beeinträchtigt worden sind oder wahrscheinlich beeinträchtigt werden.

(2) Beeinträchtigt ein unlauteres Wettbewerbsverhalten ausschließlich die Interessen eines bestimmten Wettbewerbers, ist Artikel 4 anwendbar.

(3) a) Auf außervertragliche Schuldverhältnisse aus einem den Wettbewerb einschränkenden Verhalten ist das Recht des Staates anzuwenden, dessen Markt beeinträchtigt ist oder wahrscheinlich beeinträchtigt wird.

b) Wird der Markt in mehr als einem Staat beeinträchtigt oder wahrscheinlich beeinträchtigt, so kann ein Geschädigter, der vor einem Gericht im Mitgliedstaat des Wohnsitzes des Beklagten klagt, seinen Anspruch auf das Recht des Mitgliedstaats des angerufenen Gerichts stützen, sofern der Markt in diesem Mitgliedstaat zu den Märkten gehört, die unmittelbar und wesentlich durch das den Wettbewerb einschränkende Verhalten beeinträchtigt sind, das das außervertragliche Schuldverhältnis begründet, auf welches sich der Anspruch stützt; klagt der Kläger gemäß den geltenden Regeln über die gerichtliche Zuständigkeit vor diesem Gericht gegen mehr als einen Beklagten, so kann er seinen Anspruch nur dann auf das Recht dieses Gerichts stützen, wenn das den Wettbewerb einschränkende Verhalten, auf das sich der Anspruch gegen jeden dieser Beklagten stützt, auch den Markt im Mitgliedstaat dieses Gerichts unmittelbar und wesentlich beeinträchtigt.

(4) Von dem nach diesem Artikel anzuwendenden Recht kann nicht durch eine Vereinbarung gemäß Artikel 14 abgewichen werden.

[52] スイス国際私法136条は次のとおり。

(1) Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb unterstehen dem Recht des Staates, auf dessen Markt die unlautere Handlung ihre Wirkung entfaltet.

けられている[53]。

しかしながら、このことは、わが国通則法の解釈論のレベルにおいて、不正競争行為を一般的な不法行為とは別の単位法律関係として構成するという結論に必然的に繋がるものではないと思われる。まず、指摘しておきたいのは、これら海外の立法例にはそれぞれの特殊事情が存在しており、不正競争行為を独立の単位法律関係として明文で規定した理由が必ずしも統一的・普遍的なものではないということである。例えば、ローマⅡ規則6条は同規則4条[54]の単なる明確化に過ぎず、後者によっても前者と同様に、市場地への連結を実現することは可能と考えられている[55]。すなわち、

(2) Richtet sich die Rechtsverletzung ausschliesslich gegen betriebliche Interessen des Geschädigten, so ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem sich die betroffene Niederlassung befindet.

(3) Artikel 133 Absatz 3 ist vorbehalten.

[53] なお、ローマⅡ規則が発効する以前の段階では、オーストリア国際私法48条2項にも不正競争行為に関する特別の抵触規則が設けられていた。同条項は次のとおり。

Schadenersatz- und andere Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, auf dessen Markt sich der Wettbewerb auswirkt.

[54] ローマⅡ規則4条は次のとおり。

(1) Soweit in dieser Verordnung nichts anderes vorgesehen ist, ist auf ein außervertragliches Schuldverhältnis aus unerlaubter Handlung das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Schaden eintritt, unabhängig davon, in welchem Staat das schadensbegründende Ereignis oder indirekte Schadensfolgen eingetreten sind.

(2) Haben jedoch die Person, deren Haftung geltend gemacht wird, und die Person, die geschädigt wurde, zum Zeitpunkt des Schadenseintritts ihren gewöhnlichen Aufenthalt in demselben Staat, so unterliegt die unerlaubte Handlung dem Recht dieses Staates.

(3) Ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände, dass die unerlaubte Handlung eine offensichtlich engere Verbindung mit einem anderen als dem in den Absätzen 1 oder 2 bezeichneten Staat aufweist, so ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden. Eine offensichtlich engere Verbindung mit einem anderen Staat könnte sich insbesondere aus einem bereits bestehenden Rechtsverhältnis zwischen den Parteien — wie einem Vertrag — ergeben, das mit der betreffenden unerlaubten Handlung in enger Verbindung steht.

[55] P. Huber, Rome II Regulation (Sellier European Law Publishers, 2011), Art.6 Rdn.36 [M. Illmer]; J. von Staudinger BGB, a.a.O. (Fn.1), IntWirtschR Rdn.638 [K-H. Fezer/S. Koos]; a.a.O. (Fn.50), Erwägungsgrund (21).

ローマⅡ規則4条は一般不法行為について結果発生地への連結を図る抵触規則であるが、同規則6条1項では不正競争行為について市場地連結を原則としつつ、同2項では不正競争行為が専ら特定の競業者の利益を侵害する場合には同規則4条に拠ると規定している。結局のところ、ローマⅡ規則6条1項は市場に関連する不正競争行為を規律対象とするが、その不正競争行為についてローマⅡ規則4条を適用しても、侵害結果が発生する市場の所在地に連結するわけで、同規則6条は不正競争行為についての単なる確認規定に過ぎないということになる[56]。ローマⅡ規則において不正競争行為の抵触規則を別個に設けた意義を敢えて見出すとすると、不正競争行為については、一般不法行為とは異なり、同規則4条2項および同条3項に規定するいわゆる回避条項（Ausweichklausel）の適用が排除されるという点に求められるであろう[57]。他方、スイス国際私法において不正競争行為の抵触法上の連結を一般不法行為の抵触規則に拠らしめた場合には、ローマⅡ規則と異なり、必ずしも市場地への連結が保障されるわけではなく、不正競争行為について市場地への連結を確保するためには、明文で特別の規定を設けねばならないといった事情が存在している。すなわち、スイス国際私法133条2項[58]では、一般不法行為の準拠法は原則として行動地法で

[56] J. von Staudinger BGB, a.a.O. (Fn.1), IntWirtschR Rdn.638 [K-H. Fezer/S. Koos]によれば、"Die Sonderregel des Art 6 Abs1 Rom II-VO wird nicht als *lex specialis* zur allgemeinen Kollisionsregel des Art 4 Rom II-VO verstanden sondern als Präzisierung des Ortes des Schadenseintritt nach Art 4 Abs 1 Rom II-VO."との説明がなされている。

[57] A. Dickinson, The Rome II Regulation (Oxford Univ. Pr., 2006), para.6.12; Dicey/Morris & Collins, The Conflict of Laws 2nd. Supplement to the 14th. ed. (Sweet & Maxwell, 2008), S35-217; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, a.a.O. (fn.2), Einleitung C, Rdn.125 [J. Glöckner].

[58] スイス国際私法133条2項は次のとおり。

Haben Schädiger und Geschädigter ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht im gleichen Staat, so ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem die unerlaubte Handlung begangen worden ist. Tritt der Erfolg nicht in dem Staat ein, in dem die unerlaubte Handlung begangen worden ist, so ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Erfolg

あるとしつつも、加害者がある国での結果発生を予見し得た場合にのみ例外的に結果発生地法に拠ると規定している。この規定に拠って不正競争行為の抵触法上の処理を図れば、行動地への連結が原則となるため、市場地への連結は例外的な場合に限定されることになる。こうした結論を回避するために、不正競争行為について特別な抵触規定を設ける必要があったのではないかと推察されるのである。

では、わが国通則法の規定に照らして、不正競争行為について特別の単位法律関係を観念する必要があると考えるべきであろうか。通則法17条では、結果発生地への連結を原則としたうえで、その地での結果発生が予見できない場合に限り、例外的に行動地への連結を認めている。つまり、同条に拠り、市場関連の不正競争行為について抵触法上の処理を図った場合には、原則として、当該不正競争行為に基づく侵害結果が生じる市場地[59]への連結が果たされることになると考えられる。もちろん、ローマⅡ規則のように、不正競争行為について、回避条項に該当する通則法20条等の適用を排除する等の別途の目的で、それ特別の単位法律関係を観念するという選択肢は解釈論上あり得るが、少なくとも、市場地への連結確保という目的を達成するためには、E説やF説の一部が唱えたように、一般不法行為とは切り離した形で不正競争行為という単位法律関係を観念し、別個の準拠法決定ルールに拠らしめる必然性に乏しいと言うべきであろう。

(2) 通則法17条に拠り不正競争行為の連結を行う場合の留意点

上記のとおり、通則法17条の規定に沿って、市場に関連する不正競争行為の抵触法上の処理を図るとすれば、侵害結果が生じた市場の所在地への連結が確保されることになる。例えば、被告企業Yが原告企業Xの製品を

eintritt, wenn der Schädiger mit dem Eintritt des Erfolges in diesem Staat rechnen musste.

59 ここでいう市場地（Marktort）とは、不正競争行為者と競業者との間で利害が衝突する地のことであり、その不正競争行為に拠り競業者に影響を及ぶ市場の所在地を指し示している。従って、市場地とは、正確には「市場影響地（Markteinwirkungsort）」として理解すべきものである（A. Baumbach/W. Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 23.Aufl. (C.H. Beck, 2004), Einleitung Rdn.5.7 [H. Köhler]）。

不当に模倣してS国で販売しているような事案において、S国市場でXの売上げが減少した場合には、通則法17条の結果発生地はまさにその市場が所在するS国ということになるであろう。また、市場に関連しない不正競争行為としては、例えば従業員の不当な引抜き、産業スパイ行為等が観念されるが、これについては一般不法行為として通則法17条に拠らしめることで問題はないはずである[60]。従って、少なくとも通則法の解釈論としては、不正競争行為も一般の不法行為と全く同じに扱えばよいのであって、土井輝生教授のように、不正競争行為を一般不法行為の単位法律関係に含めつつも、解釈に当たっては、不正競争行為についてその特殊性を意識して市場地への連結を殊更主張する必然性に乏しいであろう。

そもそも土井教授がこうした見解を展開するに至った背景には、当時の法定債権の抵触規則たる法例11条1項の「其原因タル事実ノ発生シタル地」という文言を巡る解釈論の対立が影響していたのではないかと推察される。この文言を巡っては、①行動地と解する説[61]、②結果発生地と解する説[62]、③過失責任が妥当する類型は行動地に、無過失責任が妥当する類型は結果発生地に、それぞれ連結するとする説[63]、④事案の具体的な事情を

60 そもそも、こうした特定の者にのみ損害を生ぜしめる不正競争行為を、抵触法上、「一般不法行為」とは別個に「不正競争行為」として観念し得るか疑問である。こうした行為は一般的な不法行為と限りなく連続性を有するものであり、抵触法上、「不正競争行為」として認識することは困難であるし、またわざわざそうした認識を行う必要もない。

61 江川英文『国際私法〔改訂増補〕』（有斐閣、1970年）233頁。

62 久保岩太郎『国際私法』（有信堂、1954年）175頁、實方正雄『國際私法概論〔改訂版〕』（有斐閣、1950年）233頁、齋藤武生「事務管理・不當利得・不法行爲」国際法学会編『国際私法講座第2巻』（有斐閣、1955年）476頁。

63 折茂豊『国際私法各論〔新版〕』（有斐閣、1972年）180頁、池原季雄「国際私法」石井照久＝有泉亨＝金沢良雄編『経営法学全集20巻　国際取引』（ダイヤモンド社、1967年）376-377頁、山田鐐一『国際私法〔第3版〕』（有斐閣、2004年）366頁、澤木敬郎＝秌場準一編『国際私法の争点〔新版〕』（有斐閣、1996年）136-137頁［丸岡松雄執筆］、木棚照一＝松岡博＝渡辺惺之『国際私法概論〔第4版〕』（有斐閣、2005年）152頁［松岡博執筆］。

踏まえて最密接関係地への連結を肯定する説[64]等が対立しており、その中でも③の学説が有力な見解として位置付けられていた[65]。このように通則法17条と異なり、法例11条1項の下では、解釈論の対立や有力説における連結政策等を理由として結果発生地への連結が必ずしも保障されないという事情が存在していたのであって、土井教授としては、通則法11条1項の解釈を巡るこうした議論状況を踏まえたうえで、市場関連の不正競争行為について常に市場地への連結を達成するためには、不正競争行為を不法行為の単位法律関係に含めつつも、一般不法行為とは一線を画し、不正競争行為については侵害結果が生じた市場の所在地に連結させるとの解釈論を展開するほか途がなかったのではないかと考えられるのである。

また、ローマⅡ規則施行前のドイツにおいては、抵触法上、不正競争行為を不法行為として性質決定したうえで、EGBGB40条1項[66]の目的論的解釈に拠り、不正競争行為に関連する当事者の利害が衝突する市場地に連結させるとの見解が裁判実務において展開され、学説においてもこれが概ね支持されていた[67][68]。しかしながら、この背景にはドイツの特殊事情が潜

[64] 川上太郎『新版判例国際私法』(千倉書房、1970年) 68頁、西賢「不法行為のプロパー・ローについて」神戸法学雑誌15巻4号720-729頁 (1966年)、石黒一憲『国際私法〔新版〕』(有斐閣、1990年) 321頁。

[65] こうした学説の流れについては、森田博志「不法行為の準拠法の決定における『原因事実発生地』の解釈」千葉法学論集17巻3号85頁以下 (2002年) を参照。なお、起草趣旨は結果発生地への連結であったことについては、石黒・前掲注(28)『金融取引と国際訴訟』注釈120、および同・前掲注(28)『国際私法〔第2版〕』349-350頁を参照。

[66] EGBGB 40条1項は次のとおり。

Ansprüche aus unerlaubter Handlung unterliegen dem Recht des Staates, in dem der Ersatzpflichtige gehandelt hat. Der Verletzte kann verlangen, daß anstelle dieses Rechts das Recht des Staates angewandt wird, in dem der Erfolg eingetreten ist. Das Bestimmungsrecht kann nur im ersten Rechtszug bis zum Ende des frühen ersten Termins oder dem Ende des schriftlichen Vorverfahrens ausgeübt werden.

[67] 帝国最高裁 (Reichsgericht) 時代には、外国市場においてドイツ内国企業の利益が侵害された不正競争行為の事案についてドイツ法の適用がなされていたが、これは利益を侵害された企業の国内所在地こそが一般不法行為における結果発生地 (Erfolgsort) であるとの見解に立脚したものであった。また、ドイツ不正競争法の

んでいたと考えられることから、通則法17条の解釈に当たって、かかるドイツの個別事情を考慮することなく、EGBGB40条1項の解釈論をそのまま

適用に当たって、独占禁止法同様の効果理論に拠る制約が課されることはなく、いわばドイツ不正競争法が普遍主義に基づいて適用されるに等しい運用がなされていた。こうした帝国最高裁の立場は、第二次世界大戦後も連邦最高裁 (Bundesgerichtshof) に引き継がれたものの、学説からの批判を受け、ドイツ内国企業が関係する外国市場における不正競争行為についてドイツ法を適用するとの見解を徐々に修正する方向に転じ、最終的には、こうした従来の見解を放棄するに至った。ドイツ連邦最高裁の許でも、不正競争行為の準拠法の問題を飽く迄不法行為一般の枠組みの中で処理するという基本的な立場に変更は生じなかったが、行動地 (Handlungsort) と結果発生地をともに包含する概念として「行為地 (Begehungsort oder Tatort)」概念を導入し、その行為地を確定するに当たって、不正競争行為の特殊性を抵触法上評価し考慮に含めるという姿勢を示した。すなわち、不正競争法は特定の主体に独占権を付与するのではなく、不正手段を用いて公正な競争を阻害する行為を抑止することを目的とするのであって、不正競争行為の防止に関心が寄せられるのは、まさに複数の競争者の利害が対立・競合する市場においてということになる。従って、抵触法上の連結に当たっては、競合する利害が抵触する地、つまりは競争者の製品やサービスが競合する市場こそが重要視されるべきであると考えるに至ったのである。こうした裁判実務の新たな見解はその後ローマⅡ規則施行に至るまで維持され、発展することになった。

[68] 当時のドイツ学説においても、裁判実務同様に、競争者間における利害抵触の場として、市場地法への連結を主張する見解が支配的であった。その中にあっても、市場地への連結の根拠をEGBGB 40条1項に求める見解と同41条1項に求める見解の間で対立があったが、①目的論的解釈の立場から、市場地法への連結をEGBGB 40条1項に拠り根拠付けることは可能であり、それは、単に競争主体個人の利害保護に止まらず、総ての市場参加者の利害 (＝公益) の保護を目的とする不正競争法の特殊性に拠り正当化され得ること、②同41条の目的はある法領域全体について特別な連結点を設定することではなく、個別事案における連結結果の修正を可能にすることに求められるべきこと等の理由から、前者の見解が有力であると位置付けられていた。学説では、その他にも、①知的財産法と不正競争法との近似性を強調して、不正競争行為の法適用関係についても、抵触法上の属地主義に基づき保護国法を適用すべきとする見解、②独占禁止法の国際的な法適用理論を参照しつつ、不正競争行為の法適用関係についても、市場地への一方的連結を行いつつ、市場地法の適用に当たっては効果理論を導入する見解等が提唱されたが、いずれも広範な支持を得るには至らなかった。

導入するのは適当ではない。すなわち、EGBGB40条1項では、被害者が不法行為準拠法として行動地（Handlungsort）または結果発生地（Erfolgsort）のいずれかを選択的に主張し得るとする偏在主義（Uniquitätlehre）[69]を採用していた経緯があり[70]、同条項に基づき不正競争行為の連結を行った場合には、被害者の選択如何によっては、結果発生地たる市場地への連結が果たされない可能性があった。こうした事態を回避するために、ドイツでは、EGBGB40条1項の解釈に当たって、行動地（Handlungsort）と結果発生地（Erfolgsort）を包括する「行為地（Begehungsort oder Tatort）」概念を観念し、不正競争行為の連結点を探求するに際して、この「行為地」概念を市場地と結び付け、偏在主義に基づく被害者の上記選択権を事実上排除していたのである。これに対して、わが国通則法17条の解釈論として偏在主義は採用されておらず、結果発生地への連結を原則とする以上、EGBGB40条1項を巡るドイツ国際私法の解釈論を参照する必要性に乏しいと考えるべきであろう。

(3) 事案に即した柔軟な処理

通則法17条では、結果発生地法の適用を原則としつつも、その適用に当たっては加害者の予見可能性という要件を課すことで、加害者の利益にも一定の配慮を払っている[71]。いわば予見可能性の要件を通じて、十分な損害填補に対する被害者の期待と不測の賠償から加害者を保護すべき要請との均衡を図る構造になっている。既述のとおり、不正競争行為については、通則法17条の不法行為一般準則に拠ることで市場地への原則的な連結が確保されているが、不法行為の連結について一般に指摘されているとおり、画一的で硬直的な処理に陥ってはならないことは言うまでもない[72]。詰まるところ、通則法17条の規定が備えている上記の法的構造を活用して、事案の個別事情を斟酌し不正競争行為毎に結果発生地（Erfolgsort）または行動地（Handlungsort）、場合によってはその他法域のいずれがその事案に密接に関係する地であるかを探求していくことで、事案処理の個別妥当性を確保することが重要であると考えられる[73]。

ドイツの裁判実務では、事案に応じて連結点たる「行為地（Begehungsort oder Tatort）」の所在を目的論的に解釈する基本的な立場が繰返し示されてきた。不正競争行為に関する限り、「行為地」が観念的には当事者の利害が衝突する市場を指すにしても、その具体的な認定に当たっては、被侵害者たる競争相手の保護に止まらず、その他の市場参加者、消費者の利害および一般公益をも考慮することが求められ[74]、結果として、総合的な判断が要請されてきたように思われる。すなわち、市場地への連結と言っても、それは事案に応じて、不正競争行為により関係者の利害がどの市場で影響を受け、かつ当該市場で競争相手の製品につき置換圧力（潜在的な圧力も含む）が加わったかを実質的に判断していく手法を採用しており[75]、それ自体形式的な基準に拠る画一的な処理を志向するものではない。むしろ、具体的な事案に即して最も密接な関連を有する市場地がいずれであるかを実質的な視点から探求してきたと考えるのが妥当であろう。実際にも、

[69]「優遇原則（Günstigkeitsprinzip）」と呼ばれることもある（溜池良夫『国際私法講義〔第3版〕』（有斐閣、2005年）396頁）。

[70] G. Kegel/K. Schurig, Internationales Privatrecht, 9.Aufl. (C.H. Beck, 2004), 723ff; B. von Hoffmann/K. Thorn, Internationales Privatrecht, 9.Aufl. (C.H. Beck, 2007), §11 Rdn.23ff; T. Rauscher, a.a.O. (Fn.50), §10 Rdn.1254; Münchener Kommentar BGB, Band 10, 4.Aufl. (C.H. Beck, 2006), EGBGB Art. 40 Rdn.153 [A. Junker].

[71] 森田博志「法適用通則法17条（不法行為の一般則）における『結果』の解釈」千葉大学法学論集24巻3・4号144頁（2010年）。

[72] 木棚＝松岡編・前掲注(21)70頁［中野俊一郎執筆］、小出邦夫編著『逐条解説　法の適用に関する通則法』（商事法務、2009年）192-193頁［和波宏典執筆］、西谷祐子「不法行為」ジュリスト1292号35-36頁（2005年）、同「新国際私法における不法行為の準拠法決定ルールについて」NBL813号36頁（2005年）、石黒・前掲注(28)『金融取引と国際訴訟』147-148頁、同・前掲注(28)『国際私法〔第2版〕』350頁等を参照。

[73] 例えば、石黒一憲教授は、「法例11条1項の主義の改革を支持していた側の者も、『裁判所は、行動地か結果発生地かというよりも、むしろ個々の事案に応じて柔軟に不法行為地を決定して』来たことを、実は認めている。同様の正当な営為は、通則法17条の下でも、十分に維持可能、と言うべきである」（石黒・前掲注(28)『国際私法〔第2版〕』352頁）と指摘しているが、これも本文と同旨の立場と捉えて差し支えないであろう。また、石黒・前掲注(25)98頁も参照。

[74] A. Baumbach/W. Hefermehl, a.a.O. (Fn.59), Einleitung Rdn.5.7 [H. Köhler].

[75] A. Baumbach/W. Hefermehl, a.a.O. (Fn.59), Einleitung Rdn.5.7 [H. Köhler].

米国企業の製造する哺乳瓶をドイツ企業がドイツ国内で模倣生産し輸出した事案において、国内における単なる準備行為や模倣生産行為がドイツ法を準拠法とする根拠足り得ないとした裁判例[76]、外国市場において競争関係にあるドイツ企業間の紛争において、一方当事者がドイツ国内から海外への勧誘書面を発送した事実を以ってドイツ法への連結を根拠付けないとした裁判例[77]、ドイツ企業がドイツワイン協会類似のエチケットを貼付し英国にワインを輸出していた事案で、ドイツ国内において当該エチケットを貼付していた事実がドイツ法への連結を根拠付けないとした裁判例[78]等があり、具体的な事案に即して、抵触法上実質的な連結点を探求する姿勢が示されてきた。

もちろん、上記のような通則法17条の構造が、偏在理論に立脚したEGBGB40条1項のそれと異質な側面を有すること[79]は疑いないが、こうしたドイツ裁判実務における目的論的解釈の手法は通則法17条の実際的な適用に当たってもある程度参考になるものと考えられる。すなわち、通則法17条の適用に当たり、事案の個別妥当な処理を目的として最密接関係地への連結を図るためには、その事案で問題となっている不正競争行為を巡る被侵害者たる競争相手、その他の市場参加者、消費者の利害および一般公益を総合的に考慮するとの姿勢を示していくことが重要であると思われる。

(4) 複数の市場地国に跨がる不正競争行為の抵触法上の処理

被告企業の不正競争行為によって、法域が異なる複数の市場において原告企業の売上げの減少に繋がっている場合に、抵触法上の処理において特別な考慮を払う必要性があるであろうか。例えば、被告企業Yが日本で原告企業Xの商品を模倣・製造し、日本の流通業者に販売したところ、その流通業者を経由して、Yによる模倣品がA、B、C…の複数国の市場に流通し、Xの製品の売上げがこれら各市場において減少するようなケースである。

通則法17条に拠りこの問題にかかる抵触法上の処理を行うとすれば、被告企業Yが各市場地国での損害発生を予見し得た場合には、A国の市場で生じた損害の賠償請求はその市場が所在するA国に連結し、B国の市場で生じた損害の賠償請求はB国に連結するといった帰結、すなわち、各市場において原告企業Xに生じた損害の賠償請求は、各市場が所在する国それぞれに別個に連結するとの結論に至ると考えられる[80]。こうした見解はモザイク理論（Mosaiktheorie）と呼ばれ、ドイツ[81]やスイス[82]でも一般に受入れられ、ローマⅡ規則6条の解釈論としても提唱されている[83]。

ローマⅡ規則施行前のドイツでは、オンライン取引を通じた不正競争行為（例えば、競業他社の模倣品を製造しウェブサイトを通じて販売する行為）では、その不正競争行為を行った企業の所在地国（Herkunftsland）の

[76] BGH GRUR 1962, 243.

[77] BGH NJW 1964, 969.

[78] BGH GRUR 1982, 495.

[79] 森田・前掲注(71)144頁。

[80] 但し、各市場における損害を個々独立したものとして評価するよりも、これらを一体として評価した方が抵触法上の処理として適切なケースも存在するであろう。抵触法の基本は飽く迄最密接関係地法の適用であり、こうした事案については、通則法17条の「予見可能性」の要件を通じて、加害者と被害者の利害調整を図ったり、場合によっては通則法20条の回避条項を適用することで、抵触法上事案の一体的処理に努めるのが適当と考えられる。

[81] O. Palandt BGB, 66 Aufl. (C.H. Beck, 2007), EGBGB Art.40 Rdn.4 und 12 [A. Heldrich]; Münchener Kommentar BGB, a.a.O. (Fn.70), EGBGB Art.40 Rdn.33 [A. Junker]; K-H. Fezer, UWG (C.H. Beck, 2005), Einleitung I, Rdn.183 [R. Hausmann/E. Obergfell]; G. Bamberger/H. Roth, BGB, Band 3, 2.Aufl. (C.H. Beck, 2008), EGBGB Art.40 Rdn.24 [A. Spickhoff]; G. Kegel/K. Schurig, a.a.O. (Fn.70), 731-732; B. von Hoffmann/K. Thorn, a.a.O. (Fn.70), §11 Rdn.32; H. Dehnert, Der deliktische Erfolgsort bei reinen Vermögensschäden und Persönlichkeitsrechtsverletzungen (P. Lang, 2010), 237ff.

[82] D. Girsberger et. al., Zürcher Kommentar zum IPRG, 2.Aufl. (Schulthess, 2004), Art.136 N.14 [F. Vischer]. なお、相澤吉晴「スイス国際私法における不正競業」広島法学19巻1号61-62頁（1995年）も参照。

[83] P. Huber, a.a.O. (Fn.55), Art.6 Rdn.55ff [M. Illmer]; H. Köhler/J. Bornkamm, Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb, 29.Aufl. (C.H. Beck, 2011), UWG Einleitung, Rdn.5.38 [H. Köhler]; T. Rauscher, a.a.O. (Fn.50), §10 Rdn.1265ff. なお、わが国法例の解釈論としてモザイク理論を提唱したものとして、道垣内正人『ポイント国際私法〔各論〕』（有斐閣、2000年）247-250頁がある。

みならず、その他の複数国の市場で影響が生じることになるが、かかる事案については市場地法主義に基づき影響が及んだ各市場の所在地国に連結するのではなく、不正競争行為を行った当該企業の所在地国に一括して連結すべきであるとの見解（以下、「起源国主義（Herkunftslandprinzip）」という）も提唱されていた[84]。しかしながら、こうした議論は、飽く迄実質法体系につき国家間での調整が進展している欧州連合域内に限った議論であれば兎も角、国際的なレベルにおいて実質法上の保護水準の調整等が図られていない現状を前提とする限りは、一般的な抵触準則として起源国主義を採用することには問題があると思われる[85][86]。

（5）関連条文の適用問題

①　回避条項（通則法20条）

通則法20条では、付従連結（akzessorische Anknüpfung）を例示しつつ、一般不法行為の抵触規則に拠る連結地よりもより密接な関係を有する他の地がある場合には、当該他の地の法に拠るべきとする、一般的な回避条項（Ausweichklausel）が設けられている[87]。こうした条項の主眼は、そもそも一般不法行為の抵触規則だけでは連結の硬直化・画一化に繋がりかね

[84] N. Dethloff, Europäisches Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs, JZ 2000, 179; dies, Europäisierung des Wettbewerbsrechts (Tübingen, 2001), 285.

[85] S. Koos, Grundsätze des Lauterkeitskollionsrechts im Lichte der Schutzzwecke des UWG, WRP 2006, 499, 503; J. von Staudinger BGB, a.a.O. (Fn.1), IntWirtschR Rdn.496 [K-H. Fezer/S. Koos].

[86] なお、起源国主義を欧州連合域内に限定した抵触規則と位置付けたとしても、欧州の学説ではこれに対する批判が強い。その理由は、①欧州連合域内に限り起源国主義を採用したとしても、不正競争行為の影響が欧州連合域内に止まる場合とそうでない場合では、適用されるべき抵触法上の準則が異なり、延いてはそれら準則に拠り指定される準拠法も相違する可能性があること、②欧州連合域内に限ってみても、ウェブサイト等のメディアを利用した不正競争行為とそれ以外の不正競争行為との間で、やはり適用されるべき抵触法上の準則が異なること、の2点が挙げられている（J. von Staudinger BGB, a.a.O. (Fn.1), IntWirtschR Rdn.496 [K-H. Fezer/S. Koos]; P. Mankowski, Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, GRUR Int. 1999, 909, 910ff）。

[87] 澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門〔第6版〕』（有斐閣、2006年）248頁。

ないことから、連結政策の柔軟化を図ることで、個別具体的な事情に応じた適切な準拠法の選択・適用を可能とすることに置かれていた[88]。元来こうした条項は、個別具体的な事案処理の妥当性を確保する手段足り得るものの、他方で当事者の予見可能性を損なうものとして、その発動には抑制的であるべきとの見解も示されている[89]。そこで、果たして不正競争行為についても、通則法20条の適用を肯定すべきか否かが問題となる。

この点、参考になるのが、ローマⅡ規則施行前のドイツである。当時ドイツでは、不正競争行為の抵触法上の処理は一般不法行為の抵触規定であるEGBGB 40条1項を通じて行われていたが、同41条1項[90]の回避条項や同41条2項1号[91]の付従連結条項の適用を巡り、学説上争いがあった。学説の中には、市場地への連結をEGBGB 41条1項に拠り基礎付ける少数見解が示されていたが、この見解に拠れば、EGBGB 41条1項に基づき市場地への連結を根拠付ける以上、それに加えて再び同条項を適用して市場地以外への連結を認める必要性はないと考えられていた[92]。他方において、不正競争行為の抵触法上の処理をEGBGB 40条1項に委ねる多数学説においては、EGBGB 40条1項に拠り定まる市場地以外の地に本質的に密接な結合がある場合には例外的に、EGBGB 41条1項に基づき、その地の法に拠るべきで

[88] 小出編著・前掲注（72）233頁［和波宏典執筆］。

[89] 法例研究会・前掲注（22）39-40頁［西谷祐子執筆］、澤木＝道垣内・前掲注（87）248-249頁および251頁、木棚照一編『演習ノート　国際関係法［私法系］』（法学書院、2010年）141頁［伊藤敬也執筆］。なお、森田・前掲注（71）144頁以下では、通則法17条にいう「結果」の中に派生的・二次的損害を含めることで、回避条項たる通則法20条の過度な使用を回避すべきとの問題意識が示されている。

[90] EGBGB 41条1項は次のとおり。

Besteht mit dem Recht eines Staates eine wesentlich engere Verbindung als mit dem Recht, das nach den Artikeln 38 bis 40 Abs. 2 maßgebend wäre, so ist jenes Recht anzuwenden.

[91] EGBGB 41条2項1号は次のとおり。

Eine wesentlich engere Verbindung kann sich insbesondere ergeben

1. aus einer besonderen rechtlichen oder tatsächlichen Beziehung zwischen den Beteiligten im Zusammenhang mit dem Schuldverhältnis

[92] J. von Staudinger BGB, a.a.O. (Fn.1), IntWirtschR Rdn.630 [K-H. Fezer/S. Koos]; K-H. Fezer, a.a.O. (Fn.2), Einleitung I, Rdn.253ff [R. Hausmann/E. Obergfell].

あるとの見解が示されていた[93]。本来的にはEGBGB 40条1項の適用に当たって、その事案の実情に即して最も密接な結合関係がある市場地を探求したうえで、当該市場地への連結が果たされる以上、論理的には回避条項を適用する余地はないように思えるが、実際には、外国市場における競争を巡り、ドイツ企業から当該外国市場に参加している別のドイツ企業に対して不当な中傷等がなされている事案[94]等においては、回避条項に基づくドイツ法の適用が検討されている[95]。また、外国においてドイツ人を特段の標的にする不当勧誘の事例についても、回避条項に基づきドイツ法を適用すべきとの見解が有力に主張されている[96]。またEGBGB 41条2項1号についても、抑制的ではあるが、不正競争行為への適用の余地を認める見解が提唱されてきた。例えば、ある者による不正競争行為がその競争相手との間の既存の契約関係を毀損するものと見做し得る場合には、付従連結条項の適用を肯定し得るとする見解が存在していた[97]ほか、既存の契約関係に基づく債務不履行等が不正競争行為を根拠付けるような場合にも、契約準拠法への付従連結が認められる余地があると考えられていた[98]。

通則法17条の不法行為地の確定作業の中で関係者の利害を総合して最

[93] Münchener Kommentar BGB, Band 10, 3.Aufl. (C.H. Beck, 1998), EGBGB Art.38 Rdn.253 [K. Kreuzer].

[94] BGHZ 40, 391.

[95] J. von Staudinger BGB, a.a.O. (Fn.1), IntWirtschR Rdn.631 [K-H. Fezer/S. Koos]; K-H. Fezer, a.a.O. (Fn.2), Einleitung I, Rdn.254 [R. Hausmann/E. Obergfell].

[96] Münchener Kommentar BGB, a.a.O. (Fn.93), EGBGB Art.38 Rdn.253 [K. Kreuzer]; P. Bernhard, Insel-Recht auf Gran-Canaria, Zum internationalen Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs, GRUR Int. 1992, 366, 372f; R. Sack, Marktortprinzip und allgemeine Ausweichklausel im internationalen Wettbewerbsrecht, am Beispiel der sog. Gran-Canaria-Fälle, IPRax 1992, 24, 27. いわゆるグラン・カナリアの事案である。同事案の詳細については、西谷祐子「ドイツ国際消費者契約法上の諸問題－『強行法規の特別連結』に関する一考察」法学63巻5号1頁以下（1999年）、嶋拓哉「ドイツ抵触法上の消費者保護規定と介入規範に関する一考察－連邦最高裁判決を足掛かりとして」北大法学論集60巻6号473-477頁（2010年）等を参照。

[97] Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, a.a.O. (Fn.2), Einleitung C, Rdn.128 [J. Glöckner].

[98] J. von Staudinger BGB, a.a.O. (Fn.1), IntWirtschR Rdn.632 [K-H. Fezer/S. Koos].

密接関係地への連結を図るとしても、限定的であれ通則法20条の適用を予定することで、各事案の個別事情を勘案した準拠法を決定する機会を確保し得ることから、結論としては、不正競争行為についても通則法20条の適用はあると言うべきであろう。もっとも、通則法20条に対しては、個別妥当性を追求する余り当事者の予見可能性や法的安定性を害する惧れがあるとの懸念が示されていること既述のとおりであり、また、同条に規定される同一常居所地への連結や付従連結が一般的ルールとして独り歩きし、それ自体が連結政策の画一化・硬直化に繋がりかねないとの懸念も存在する[99]。一般論ではあるが、その適用に当たっては抑制的な姿勢が望まれることは言うまでもないであろう[100]。

②　当事者による準拠法の事後的変更（通則法21条）

通則法21条は、不法行為の当事者（加害者と被害者）は、不法行為時以降、合意に拠り不法行為準拠法を変更することができる旨規定しており、当該規定は、不法行為について限定的であるが、抵触法上の当事者自治を許容したものである。不法行為に基づく債権も金銭債権であり、実質法上は他の債権と同様に当事者による任意処分が認められることが一般的であること等を踏まえ、不法行為当事者の公平確保等の観点にも配慮しつつ

[99] 石黒・前掲注(25)110-118頁。

[100] なお、高杉直教授は、「法適用通則法の下では、例外条項によって最密接関係地への連結が明文で認められており、法的確実性を犠牲にしてまで、あえて『加害行為の結果』を柔軟に解釈する必要はない」としている（櫻田＝道垣内編・前掲注(5)77頁［高杉直執筆］）。これに対して、執筆者自身は、ローマⅡ規則施行前のドイツと同様に、まず一義的には、通則法17条の下で最密接関係地への連結を達成するため、柔軟な解釈論の展開・発展に向けた努力が積み重ねられるべきものと考えている。通則法20条への過度な依存は当事者の予見可能性および法的安定性を損う側面があることは事実であり、同条の適用には抑制的な態度で臨むべきではないだろうか。通則法17条の適用に際して、当事者の予見可能性等と事案処理の妥当性との均衡に考慮し、より適切な解釈論を探求すべく絶え間ない努力を払うべきであり、そうした解釈論に拠っても妥当な解決を図ることができない個別事案に限り、限定的に通則法20条を適用するのが至当と考える次第である。

導入された規定である[101]。比較法的に見ても、従前のEGBGB 42条[102]、スイス国際私法132条[103]、オーストリア国際私法48条1項[104]、ローマⅡ規則14条1項[105]等において、当事者の合意による不法行為準拠法の事後的変更が認められている。

さて、E説のメリットの一つは、不正競争行為を通則法17条の単位法律関係に含めるとすれば、通則法21条の適用があることが明らかなのに対し、不正競争行為の準拠法決定を条理に拠らしめれば、同条項の適用を回避し得るのではないかという点にある[106]。もっとも、仮にE説のように不正競

[101] 小出邦夫他「『国際私法の現代化に関する要綱』の概要」別冊NBL編集部編『別冊NBL/No.110法の適用に関する通則法関係資料と解説』59頁、小出編著・前掲注(72)246-248頁［和波宏典執筆］。他方で、不法行為等契約外債務の準拠法決定に当事者自治の原則を導入することに対し批判的な見解を示すものとして、石黒・前掲注(25)104頁以下。

[102] EGBGB 42条は次のとおり。

Nach Eintritt des Ereignisses, durch das ein außervertragliches Schuldverhältnis entstanden ist, können die Parteien das Recht wählen, dem es unterliegen soll. Rechte Dritter bleiben unberührt.

[103] スイス国際私法132条は次のとおり。

Die Parteien können nach Eintritt des schädigenden Ereignisses stets vereinbaren, dass das Recht am Gerichtsort anzuwenden ist.

[104] オーストリア国際私法48条1項は次のとおり。

Außervertragliche Schadenersatzansprüche, die nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 864/2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), ABl. Nr. L 199 vom 31. Juli 2007, S. 40, fallen, sind nach dem Recht zu beurteilen, das die Parteien ausdrücklich oder schlüssig bestimmen (§ 11).

[105] ローマⅡ規則14条1項は次のとおり。

Die Parteien können das Recht wählen, dem das außervertragliche Schuldverhältnis unterliegen soll:

a) durch eine Vereinbarung nach Eintritt des schadensbegründenden Ereignisses; oder

b) wenn alle Parteien einer kommerziellen Tätigkeit nachgehen, auch durch eine vor Eintritt des schadensbegründenden Ereignisses frei ausgehandelte Vereinbarung.

[106] 西谷祐子教授は、営業関連の不正競争行為は通則法17条に拠り準拠法を決するとし、市場関連の不正競争行為の準拠法は条理に拠り市場地法とするとの見解（F説の一類型［脚注21を参照］）に立脚する。そのうえで、営業関連の不正競争行為に

争行為を一般不法行為とは別の単位法律関係として構成したとしても、それが生産物責任（通則法18条）や名誉・信用毀損（同19条）と同様に不法行為の特殊類型であることには変わりなく、通則法21条の適用を回避し得るとの結論に直ちに帰着するとは限らないという点に、まずもって言及しておくこととしたい。そのうえで、不正競争行為を通則法17条の単位法律関係に含めて考えた場合であっても、直ちに通則法21条の適用があると即断するのが適当かについては大いに疑問である。ローマⅡ規則施行前のドイツ[107]では、EGBGB 42条に拠り不法行為準拠法について当事者の合意による事後的変更が許容される一方で、不正競争行為を一般不法行為の単位法律関係に含めたうえで抵触法の解釈論が構築されていたことから、まさにここでの問題設定と状況が近似している。当時のドイツでは、不正競争行為についてEGBGB 42条の適用が排除される旨が明文で規定されていたわけではないが、解釈論のレベルにおいて、不正競争行為の準拠法は客観的連結に拠るのが適当であり、当事者の合意による準拠法の事後的変更を認めたEGBGB 42条の適用は目的論的解釈に拠り排除されるべきであるとの見解が提唱されていた経緯がある[108]。かかる解釈論は、不正競争行為の当事者間の当事者自治よりも、市場所在地国やその他市場参加者の利害、総ての競争者を公正に取扱うべきとの要請を優先させた結果であり、学説

は通則法21条の適用があるとする一方で、市場関連の不正競争行為については、通則法21条に基づく準拠法合意変更の可能性を排除する（櫻田＝道垣内編・前掲注(21)451-452頁［西谷祐子執筆］）。

[107] ローマⅡ規則6条4項では、不正競争行為について当事者の合意による準拠法の事後的変更を否定する旨が明示的に規定されている。同条項の規定は脚注51を参照。

[108] K-H. Fezer, a.a.O. (Fn.2), Einleitung I, Rdn.13f [R. Hausmann/E. Obergfell]; J. von Staudinger BGB, a.a.O. (Fn.1), IntWirtschR Rdn.629 [K-H. Fezer/S. Koos]; A. Baumbach/W. Hefermehl, a.a.O. (Fn.59), Einleitung Rdn.5.19 [H. Köhler]; R. Sack, Das internationale Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht nach der EGBGB-Novelle, WRP 2000, 269, 285. 他方で、EGBGB42条の不正競争行為への適用を肯定する見解として、B. von Hoffmann/K. Thorn, a.a.O. (Fn.70), §11 Rdn.53がある。この見解によれば、EGBGB 42条では、明文で第三者の権利保護について留保がなされており、準拠法の事後的変更は当事者間でしか効力を有しない以上、不正競争行為についてのみ当事者の合意による準拠法変更を認めない合理的な理由はないと主張する。

における支配的な見解として位置付けられていた[109]。従前のドイツにおいて、裁判例こそ存在しないものの、学説における解釈論のレベルにおいてこうした見解が強力に提唱されていたことに鑑みれば、不正競争行為を通則法17条の単位法律関係に含めるとしても、そのことが、不正競争行為に対して当事者の合意による準拠法の事後的変更を規定した通則法21条の適用があるとの結論に直ちに繋がるわけではないと考えるべきであろう。なお、仮に不正競争行為について、一般不法行為とは異なり通則法21条の適用を排除するとすれば、その限りにおいて、通則法17条の中で、一般不法行為の一態様として、不正競争行為という特別類型を認識する必要が生じることを付言しておきたい。

③　特別留保条項（通則法22条）

Ｅ説に拠れば、不正競争行為を一般不法行為の抵触規則に拠らしめた場合には、日本法を重畳適用せねばならず保護範囲が狭くなるが、別個の単位法律関係と整理し条理に拠らしめた場合には、こうした日本法の重畳適用を排除し得ると主張する[110]。通則法22条はいわゆる「特別留保条項」と呼ばれるもの[111]で、不法行為の準拠法が外国法となる場合であっても、不法行為の成立および効力に関する事項については内国法たる日本法を重畳的に適用することを規定している。法例の立法者は、法定債権の中でも不法行為は公の秩序に関する規定であり、その成立については日本法の要件が充足されていなければならず、その効力についても日本法が認める範囲に限定されなければならないと考えていたようである[112]。

従来より、学説は立法論として、特別留保条項には批判的であり、内国法の過度な優遇であるとか、外国法の異常な適用結果は公序則で対応可能

[109] A. Baumbach/W. Hefermehl, a.a.O. (Fn.59), Einleitung Rdn.5.19 [H. Köhler]; J. von Staudinger BGB, a.a.O. (Fn.1), IntWirtschR Rdn.629 [K-H. Fezer/S. Koos]; K-H. Fezer, a.a.O. (Fn.81), Einleitung I, Rdn.12 und 58 [R. Hausmann/E. Obergfell].

[110] 丹宗＝山手＝小原編・前掲注(18)360頁［木棚照一執筆］。

[111] 江川英文「國際私法に於ける不法行爲」法学協会雑誌57巻５号８頁（1939年）、久保岩太郎『國際私法論』（三省堂、1935年）442-443頁。

[112]『法例修正案理由書』30頁、法例研究会・前掲注(22)50頁［西谷祐子執筆］。

である等の主張を展開してきた[113]ほか、嘗ての特別留保条項たる法例11条２項及び３項の射程を限定的に解する見解[114]も提唱されていた。しかしながら、立法論としては兎も角、解釈論として、不正競争行為に限り、特別留保条項の適用を排除することは困難であろう。同条項の根拠が、不法行為が公の秩序に関する法領域であるという点にあったことに鑑みれば、一般不法行為のみならず、その特別類型であっても、凡そ不法行為の成立または効果が問題となる限りは、常に日本法の重畳適用を認めることが同条項の趣旨に合致すると考えられる[115]。不正競争行為も不法行為の範疇に含める以上、その例外とはなし得ないであろう。また更に言えば、岡本善八教授のように、不正競争法が市場公正の維持や消費者保護といった公益的考慮を包含している点に特殊性を見出し[116]、一般不法行為より不正競争行為の方が一層公益性に関わる領域であると考えるのであれば、Ｅ説の主張する如く、わが国不正競争防止法の累積適用を排除すべきではなく、むしろわが国公益性要件を課すべく、累積適用を積極的に行っていくべき類型として位置付けるのが自然ではないかと考えられる。すなわち、仮に一般不法行為よりも不正競争行為の方がより公益性が高いと考えるのであれば、前者について通則法22条の特別留保条項を適用する一方、後者についてのみその適用を排除する理由に乏しいと言うべきである[117]。

[113] 溜池・前掲注(69)400-401頁、山田・前掲注(63)365-366頁。

[114] 法例11条２項については、同条項が「不法ナラサルトキハ」と規定しており、「不法行為ナラサルトキハ」との文言を用いていないことを根拠に、主観的違法性の問題に限り日本法が累積的に適用されるとの見解が示されていた（久保・前掲注(111)438-439頁）。また法例11条３項については、被害者は日本法が認める「損害賠償其他ノ処分ニ非サレハ」請求できないとされていることから、損害賠償の方法についてのみ日本法が重畳的に適用されるに過ぎないとする見解が提唱されていた（久保・前掲注(111)444頁、實方・前掲注(62)235頁、折茂・前掲注(63)186頁等）。

[115] 小出編著・前掲注(72)257-258頁［和波宏典執筆］。

[116] 岡本・前掲注(5)160-161頁。

[117] 法例研究会・前掲注(22)89頁［西谷祐子執筆］では、「一般ルールとしては、このような特別留保条款を設けないとしても、不正競争・競争制限に関する特則としてこの種の規定を置くかどうかは、別途検討の対象となりうる」としている。こうした見解も、不正競争行為の方が不法行為よりも公益性が一段高いことを前提とし

④　名誉・信用毀損にかかる抵触規則（通則法19条）

ある企業が競業関係にある他企業の営業上の信用を害する虚偽情報を第三者に告知・流布する行為を行った場合[118]には、一般不法行為の抵触規則である通則法17条を適用すべきか、それとも名誉・信用毀損に関する特別の抵触規則である同法19条を適用すべきかが問題となる。こうした行為を通則法17条の単位法律関係に含めるとすれば、侵害結果が発生した市場地に連結することになるが、同法19条に拠るとすれば、被害企業の主たる事業所の所在地（本拠地）に連結することから、いずれに性質決定するかによって準拠法、延いては実質法上の結論が異なる可能性がある。

通則法19条類似の立法例としてはスイス国際私法139条[119][120]が挙げられるが、同国の学説においては、人格権一般の侵害は139条に拠るものの、経済的人格権（wirtschaftliches Persönlichkeitsrecht）の侵害については不正競争行為の抵触規則である同136条が優先的に適用されるとするのが通説である[121]。他には、スイス国際私法136条と同139条の適用の選択権を被害者に認める少数説もある[122]が、不正競争行為との関連で経済的な人格権侵害が生じた場合には、スイス国際私法136条で規定される市場地法主義を優先的に適用するのを正当とする立場が同国学説では支配的である。こうしたスイスにおける学説の状況を踏まえて、通則法19条の解釈として、同条にいう「信用」には、「競争関係にある他人の営業上の信用」（不正競争防止法２条１項14号）のようなものは含まれないとする見解も示されている[123]。

しかしながら、通則法19条にいう「信用」を抵触法上このように制限的に解することが実際に可能であろうか。スイス国際私法のように、不正競争行為と人格権侵害との優先関係を、それぞれを規律する明文の特別規定間の優先関係の問題として処理するのであればまだしも、通則法19条が一般不法行為の抵触規則である同17条に優先して適用される特別規定であることを前提としたうえで、同19条の「信用」にかかる解釈論として、そ

たものと捉えて差し支えないであろう。

118　こうした事案は、わが国不正競争防止法２条１項14号が規定する行為類型に該当する。

119　スイス国際私法139条は次のとおり。

(1) Ansprüche aus Verletzung der Persönlichkeit durch Medien, insbesondere durch Presse, Radio, Fernsehen oder durch andere Informationsmittel in der Öffentlichkeit unterstehen nach Wahl des Geschädigten:
  a. dem Recht des Staates, in dem der Geschädigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, sofern der Schädiger mit dem Eintritt des Erfolges in diesem Staat rechnen musste;
  b. dem Recht des Staates, in dem der Urheber der Verletzung seine Niederlassung oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder
  c. dem Recht des Staates, in dem der Erfolg der verletzenden Handlung eintritt, sofern der Schädiger mit dem Eintritt des Erfolges in diesem Staat rechnen musste.
(2) Das Gegendarstellungsrecht gegenüber periodisch erscheinenden Medien richtet sich ausschliesslich nach dem Recht des Staates, in dem das Druckerzeugnis erschienen ist oder von dem aus die Radio- oder Fernsehsendung verbreitet wurde
(3) Absatz 1 ist auch anwendbar auf Ansprüche aus Verletzung der Persönlichkeit durch das Bearbeiten von Personendaten sowie aus Beeinträchtigung des Rechts auf Auskunft über Personendaten.

120　スイス139条は通則法19条に類似する規定であるが、その単位法律関係を「公共情報手段を通じた」人格権侵害に限定しており、この点で通則法19条とは規定振りが異なっている。なお、2003年７月22日付の特別起草委員会によるローマⅡ規則原提案６条には、プライバシーおよび名誉等の毀損を単位法律関係とする抵触規定が設けられていたが、その後の修正過程でこれが削除され、最終的に成立したローマⅡ規則では、プライバシーおよび名誉毀損に関する特別の抵触規定は設けられていない（こうしたローマⅡ規則の修正の経緯については、ベネディクト・ブフナー（渡辺惺之訳）「国際不法行為法における人格権侵害－EUローマⅡ規則制定の動向」立命館法学311号159頁以下（2007年）、出口耕自「ローマⅡおよび通則法における名誉毀損」上智法学論集54巻２号１頁以下（2010年）を参照）。

121　D. Girsberger et. al., a.a.O. (Fn.82), Art.139 N.2 [F. Vischer]; R. Bär, Internationales Kartellrecht und Unlauterer Wettbewerb, in Beiträge zum neuen IPR des Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrechts: Festschrift für Prof. Rudolf Moser (Schulthess, 1987), 143, 152; T. Stäheli, Persönlichkeitsverletzungen im IPR (Helbing & Lichtenhahn, 1990), 41ff; A. Heldrich, Persönlichkeitsverletzungen im Internationalen Privatrecht, in Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Privatrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse, 361, 367.

122　L. David, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 3.Aufl. (Stämpfli, 1997), N.25.

123　出口・前掲注(120)38-39頁。

こには不正競争行為に関連するものは含まれないとする議論は、その合理的根拠を抵触法独自の観点に求めるのは難しく、如何せん実質法に引きずられている側面があるように思われる。むしろ、通則法17条と同法19条の適用関係の問題として処理を行った方が抵触法上の説明としては簡便で説得的ではないだろうか。すなわち、通則法19条にいう「名誉または信用」は人格権の一部を構成するものと認識されており[124]、その侵害については、一般不法行為の抵触規則である通則法17条に優先して同法19条が適用される構造になっている。しかしながら、不正競争行為としての虚偽情報の告知・流布は単に、個人や企業の人格権の侵害という側面だけに止まらず、市場占有の不当な奪取という側面をも有している、あるいは虚偽情報の告知・流布は手段であり、その行為の本質は競業他社から市場占有を不当に奪い取ることにあると考えるべきであろう[125]。従って、このような競業者による虚偽情報の告知・流布という行為は通則法19条という特別規定ではカバーしきれない側面・性質を有しており、またその本質は市場占有の不当な奪取にあることから、人格権侵害のみを対象とする特別の抵触規則に拠るのではなく、むしろ一般不法行為の抵触規則たる通則法17条に拠らしめるのが、通則法の構造に鑑みると適切ではないかと考える次第である[126]。

６．結び

本稿では、不正競争行為を巡る法適用関係を検討してきたが、結論としては、第一に、わが国不正競争防止法は総じて見れば、不法行為法特別法としての性格を有しており、その規定の大半が私人に対して損害賠償および差止請求権を付与する民事規定としての性格を有するものの、そこで規定される行為類型には刑事罰を伴うものが多いことから、国家的介入を伴

[124] 小出編著・前掲注(72)224頁［和波宏典執筆］。

[125] パブリシティ権の侵害について同様の見解を唱えるものとして、澤木＝道垣内・前掲注(87)246頁がある。

[126] これに対して、櫻田＝道垣内編・前掲注(21)452頁［西谷祐子執筆］は、競業者による虚偽情報の告知・流布等の営業誹謗行為による信用毀損についても、通則法19条に拠り準拠法を決すべきとの見解を提示する。

う公権的性格を帯びる絶対的強行法規として位置付けることが可能である。また、わが国不正競争防止法の改正の経緯を見るに、順次刑事罰の対象範囲を拡大するに伴い、市場における公正競争の確保を図る公益性重視の姿勢が色濃くなってきており、絶対的強行法規としての性格を有する規定の範囲が拡大してきているように思われる。従って、従前の裁判例でも既に看取し得ることであるが、わが国で訴訟が係属した場合には、特別連結に基づきわが国不正競争防止法の規定が適用される局面が比較的多くなるものと思われる。しかしながら、第二に、このことを以って、不正競争行為を巡る法適用関係については、独占禁止法等と同様に、抵触法上の通常連結に拠る準拠法決定を一切許容しない、あるいは通常連結を想定する必要が一切生じないと考えるべきではない。すなわち、わが国不正競争防止法が規定する行為類型が限定列挙であることや、同法における行為類型に関する規定総てが刑事罰を伴っているわけではないこと等を踏まえると、不法行為特別法としての性格を考慮したうえで、通常連結に拠る準拠法決定の余地があると考えるのが適当である。そのうえで、第三に、通常連結に拠る場合には、不正競争行為を不法行為として性質決定し通則法17条の規定に基づき準拠法決定に至るプロセスを踏むこととなるが、具体的な連結に当たっては、関係者の利害が衝突する市場地を原則的な連結点としつつも、目的論的解釈に基づいて、個別事案における具体的な事情を考慮しつつ最密接関係地への連結を追求していくのが、あり得べき解釈論ではないかと思われる。なお、第四に、通則法17条に抵触法上の処理を拠らしめた場合には、不正競争法一般が持つ公益的側面を重視すれば、日本法の累積的適用を規定した同22条の適用を排除する必要性はなく、その適用はむしろ自然であるが、他方で、当事者自治に基づく事後的な準拠法変更を規定する通則法21条が自動的に適用されるとの結論には必ずしも至らないという点を付言しておきたい。不正競争に関する法領域は市場法として一段強い公益性を有しているとすれば、主観的法選択による当事者の予見可能性の確保よりも、市場所在地国やその他市場参加者の利害、総ての競争者を公正に取扱うべきとの要請を優先させることに一定の説得性があると認め得るであろう（但し、こうした結論を認めるとすると、その限りにおいて、通則法17条の解釈論において、一般不法行為の一態様として、不正競争行為という特別な類型を観念せねばならないことになる）。

この点については、ローマⅡ規則施行前のドイツの学説状況が示唆的であると考えられる。第五に、特に競業者に関する虚偽情報の告知・流布という不正競争の行為類型について通則法19条の適用との優先関係が問題となるが、こうした行為類型の本質は市場占有の不当奪取にあるのであって、人格権侵害を規定対象とする通則法19条のみではカバーしきれない側面・性質を孕む行為である。従って、人格権侵害に特化した抵触規則である通則法19条ではなく、不法行為の一般的抵触規則である通則法17条に基づき、抵触法上の連結処理を図るのが適当と考えられる。

（追記）
本稿は、平成22年度科学研究費補助金（基盤研究(C)）「わが国抵触法体系における絶対的強行法規の機能的・動態的分析（研究代表者：嶋拓哉）」、財団法人全国銀行学術研究振興財団（2009年度学術研究助成）「金融経済活動のクロスボーダー化と国家的経済秩序との交錯（研究代表者：嶋拓哉）」および平成21年度科学研究費補助金（基盤研究(B)）「金融システムの変動と消費者・投資者保護法制（研究代表者：瀬川信久教授）」の成果の一部である。
また、本稿は平成23年12月２日に開催された北海道大学民事法研究会、同金融法研究会および知的財産法研究会の合同研究会での報告内容を基に作成した。研究会席上および原稿作成の段階で、田村善之教授から有益で貴重なご意見を頂いた。紙幅をお借りして、これら関係者の皆様に謝辞を申し上げる。