

日本法學

第九十卷 第一号 2024年6月

論
説

営業秘密侵害の性質決定

——EUの契約外債務の準拠法に関する抵触規則をめぐる学説を参考に——

...

セレナ・フランコ

翻
訳

デジタル製品に関する契約

.....

フォルガー・ミヤ元・イェー

デニゼ・パウアー

蓮田 哲也 訳

日本法学 第八十九卷第三号 目次

論 說

窃盗罪における実行の着手時期について …… 南部 篤

論 說

国連憲章下における軍事的強制措置の枠組み
——「国連軍」と「授權方式」をめぐって—— …… 本 吉 祐 樹

日本法学 第八十九卷第四号 目次

論 說

原状回復における減価償還と使用利益返還
——消極的契約利益の回復と解除による原状回復の関係—— …… 野 中 貴 弘

判例研究

輸送安全を担う企業トップの過失犯
——軽井沢バス転落事件—— …… 船 山 泰 範

研究ノート

民事執行における第三者からの債務者
財産に関する情報取得制度について …… 吉 田 純 平

雑 報

日本法学 第八十九卷 索引

営業秘密侵害の性質決定

——EUの契約外債務の準拠法に関する抵触規則をめぐる学説を参考に——

セレナ・フランコ

第一章 問題の所在

営業秘密侵害とは、企業の営業秘密の不当な開示・窃取・使用のことである⁽¹⁾。営業秘密侵害に渉外的要素が含まれる場合、侵害行為であるか否かを決定するには、その準拠法を求める必要がある。国際私法上、営業秘密侵害行為は不正競争行為に包含されると一般的に解されるが、その準拠法については日本においては長年に及ぶ議論が見受けられ、判例と学説は対立している⁽²⁾。

それゆえ、この営業秘密侵害行為の解釈への示唆を求めるためには、欧州連合（European Union、以下、「EU」とい

う。）の抵触規則を見ることがとする。特に、日本の国際私法の主な法源に当たる法の適用に関する通則法（以下、「通則法」という。）との接続性と、同法の後に成立したことに鑑み、「契約外債務の準拠法に関する欧州議会及び理事会規則二〇〇七年八六四号^④（ローマⅡ規則）（以下、「ローマⅡ規則」という。）^④という統一抵触規則を取り上げたい。ローマⅡ規則は二〇〇七年七月十一日に成立し、一般不法行為の準拠法について4条に規定を置いたうえで、6条において不正競争行為の準拠法について規定を置いている。6条は競争制限から生じる契約外債務について定める3項を除いて^⑤、不正競争行為を二つの単位法律関係に分け、同条1項においては市場に向けた不正競争行為の準拠法、同条2項においては特定の相手に向けた不正競争行為の準拠法を定めている。

筆者は以前の拙稿においては、ローマⅡ規則を比較対象とし、営業秘密侵害の準拠法に着目し自説を展開している^⑥。もっとも、同稿においては4条と6条に関する議論の綿密な紹介と、営業秘密侵害の性質決定を、紙幅の都合上、検討することができなかった。そこで、本稿においては、ローマⅡ規則の4条と6条の構造及びそれに関する詳細な議論を紹介したうえで、営業秘密侵害の準拠法の決定問題における、その侵害行為の性質決定に関するEU域内の学説における議論について検討する。これにより筆者がすでに述べた見解にはより説得力のある根拠を考えることができよう。

第二章 ローマⅡ規則

1 4条と6条

渉外的私的生活関係に関しEUの構成国は従来、各々独自の抵触規則を定め、規律していた^⑦。従って、EU構成国

のある国において渉外的要素を含む紛争が起きた場合、同紛争を扱う法廷地たる構成国の抵触規則が適用されることとなるが、その抵触規則の内容が構成国により異なるため、同じ内容の紛争に対し同様の準拠法を指定する保障はなく、当事者の予見可能性が害される可能性がある。この不都合を避けるべく、EUは抵触規則の統一に注力し、その一環として契約外債務の準拠法を定めるローマⅡ規則という統一抵触規則を制定した。同規則は一般不法行為の準拠法を4条に置いて以下のように定めている。

「1. 本規則に別段の定めがある場合を除き、不法行為から生じる契約外債務は、損害の原因となる事実が発生した国及びその事実の間接的結果が発生した国にかかわりなく損害が発生した国の法による。

2. 第1項の規定にかかわらず責任を問われている者と損害を被った者とが、損害の発生時に同一の国に常居所を有したときには、その国の法による。

3. 事件のすべての事情から、明らかに第1項及び第2項の規定により適用すべき国よりも不法行為に密接な関係がある他の国があるときには、当該他の国の法による。他の国との明らかにより密接な関係は、とくに、当該不法行為と密接な関係がある契約のように、当事者間に既に存在する関係に基づき認められる。⁸⁾」

4条はローマ規則Ⅱの前文において次のように説明されている。すなわち、EUの構成国は不法行為について不法行為が行われた地の法 (*lex loci delicti commissi*) を準拠法とすることを原則としている。もつとも、この原則が隔地的不法行為について適用される場合に、どの地を不法行為地とするかについて構成国により解釈が異なり、準拠法に

対する予測可能性が害され得る⁹。従って、不法行為の準拠法に関する統一規則は裁判所による判断の予見可能性を確保しつつ、被害者と加害者の利益を考慮すべきであると考えられ、その結果、ローマ規則Ⅱにおいては一般不法行為の連結点は直接的な損害が生じた地（*lex loci damni*）となった¹⁰。例えば、傷害、あるいは所有物の損害の場合には、傷害を受けた地の法あるいは所有物が損害を受けた地の法がそれぞれ適用される¹¹。なお、4条1項を適用するにあたり、異なる地において生じた間接的な結果は考慮されない¹²。次に、4条2項は4条1項の特則であり、これによれば当事者が同一の常居所地を有する場合にその地の法が適用される。最後に4条3条は4条1項と2項に対する例外条項であり、第三国がより密接な関係を有する地である場合は、その地の法が準拠法となると説明されている¹³。

これに加え、ローマⅡ規則は6条において不法行為の枠組みで不正競争行為の準拠法について定めている。この6条は二〇〇三年に欧州委員会が提案した法案の *Explanatory Memorandum*（以下、「EM」という。）において5条として入っており、その当時は以下のように定めていた。

- 「1. 不正競争から生じる契約外債務の準拠法は、競争関係または消費者の集団的利益が直接的かつ実質的に影響を与え、または、そのおそれのある国家の法による。
2. 不正競争が特定の競争者の利益にのみ影響を与える場合には第3条2項及び3項¹⁴が適用される¹⁵。」

EMによると、不正競争に関する法律は公平な競争を維持するために、競争し合っている者、消費者や一般の人々など経済活動の参加者のすべてに対し同じルールを遵守させることを目的としている。この目的を抵触規則にも反映

させるべく、⁽¹⁶⁾ 5条1項は不正競争から生じる契約外債務の連結点として競争者が顧客の好意を獲得しようとしている市場地を選択する。市場地は一般的に被害者が行っている経済活動の範囲内にあるため、それを連結点とすることは被害者の期待にも適うと考えられる。同条は同時に、同じ市場地において競争している企業の公平な扱いも保障している。つまり、このような不正競争行為の準拠法は不正競争に関する諸法が市場の保護というマクロ経済学的な目的を有していることに鑑みて、市場全体の稼働を考慮したうえで選定されることとなり、その結果として損害賠償はその枠組みで副次的に判断される。⁽¹⁷⁾ 5条1項における市場への影響を判断するにあたり、不正競争行為が複数の市場に影響を与える場合は、それにより数多くの準拠法が適用される可能性があるが、市場地は市場への直接的な、かつ、実質的な影響のみを考慮し決定されるべきである。なお、この連結点はEMの3条1項（現行法の4条）と同じであることが多いが、異なる場合もある。例えば、両当事者がA国で活動していると同時にB国でも活動している場合、4条による損害が発生した地の法と6条1項における準拠法が異なり得るとされている。⁽¹⁸⁾

他方、5条2項は、人材の引き抜き、賄賂、産業スパイ、営業秘密の開示あるいは契約違反への誘引などのような特定の競争者に向けた不正競争行為を対象とし、このような行為は市場にも影響を及ぼすこともあり得るが、当事者間で行われたものとみなされるべきであり、不法行為の一般原則が適用されると説明されている。⁽¹⁹⁾

EMの5条は、競争制限もその対象にいれるべきか否か、その適用の画定などを巡って議論を巻き起こし、欧州議会により削除されたこともあったが、⁽²⁰⁾ ローマII規則では6条として以下のように不正競争行為について準拠法を定めることとなった。

「1. 不正競争から生じる契約外債務は、競争関係または消費者の集合的利益が影響を受け、または、影響を受ける恐れのある国の法による。

2. 不正競争が専ら特定の競争者の利益に影響を及ぼす場合には第4条が適用される。

3. (省略)

4. 本条による準拠法は、第14条⁽²¹⁾「当事者自治」による合意により排斥されない。」⁽²²⁾

ローマ規則IIはその前文において、6条は一般不法行為に関する4条の特則ではなく、むしろ4条の明確化であり、競争者、消費者及び一般大衆の保護と市場経済の円滑化を目的としている⁽²³⁾。なお、同条における「消費者」は消費者法における消費者のみならず、販売網において活動している商人や販売店なども含むと一般に認められている⁽²⁴⁾。6条はEU法の独占禁止法に違反する競争制限行為⁽²⁵⁾（3項）も定めているものの、EM5条と同様に不正競争行為を市場に向けた行為（1項）と特定の相手に向けた行為（2項⁽²⁶⁾）に区別し、それぞれについて準拠法を定めている。次に、不正競争行為に関する議論を紹介することとする。

2 6条1項と2項に関する議論

不正競争から生じる契約外債務の準拠法を定めるにあたり、まず、不正競争行為には6条の1項が適用されるかまたは2項かの性質決定について議論がみられる⁽²⁷⁾。すなわち、6条2項はEMにおいて示された類型に限り適用される⁽²⁸⁾との見解がある。これに対しては、EMにおける類型化は加害者の意図を重点的に考慮しているが、2項が加害者の

意図ではなく、同行為の結果を重視していることからEMは性質決定の根拠としては脆弱である。加えて、EMにおいて2項の対象として列挙されている不正競争行為の中では産業スパイや契約違反への誘引などのような、第三者の存在を必要とするものもあり、その結果、同行為の影響は当事者の他にも及び得る。それゆえ、不正競争行為は市場全体の競争には実質的な変化がない場合に限り6条2項が適用されるべきであるとの見解がある⁽²⁹⁾。あるいは、2項は他の競業者、消費者及び一般大衆に対し客観的で直接的な影響を与えない不正競争行為を対象としているとの立場もある⁽³⁰⁾。

準拠法については、市場に向けた不正競争行為は市場地の法によると一般的に認められているが、この連結点を特定するにあたり、議論が見受けられる⁽³²⁾。すなわち、第一に、不正競争行為が実施された地の法を市場地の法とする見解がある⁽³³⁾。これによると、6条1項はあえて市場という不明確な概念を用いていないものの、競争関係にある者とそれ以外の者も対象にしていることに鑑み、準拠法を市場地の法と定めていると解する⁽³⁴⁾。これに関しては、EMにおける条文は現行法とは異なり、影響の直接性と実質性を要件としていたが⁽³⁵⁾、その要件は解釈の余地が広く、現行法においては削除されたため、用いることができない。この見解によれば、欧州司法裁判所が一九八八年のA. Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission of the European Communities 事件において示された先決裁定に基づき市場地の法を特定すべきであるとされている。この事件では、異なる国に営業所を有する複数の企業が木材パルプの価格を共同で取り決めたという競争制限行為を理由に罰金を科せられたが、先決裁定は準拠法を定めるにあたり競争制限行為が実施された地を連結点としている⁽³⁶⁾。この立場にたち、不正競争行為についてもこの連結点を採用すれば、客観的に予見可能性を高めることができるとされている。また、6条が4条を明確化したものであることから4条の説明に基

づき、他の地に生じた間接的な損害は考慮されないこととなる。更に、不正競争行為が複数の国家に広がる場合、いずれの国の法を適用すべきかという更なる問題がある。これについては、6条1項は特定の相手方に対し行われた不正競争行為の損害が生じた地を連結点としていないということ、各国の裁判所が他の国家法の適用を除外することを可能とする例外条項がないことに鑑み、準拠法が複数適用される可能性を排除することができないと説明されている。³⁷⁾

第二に、不正競争行為の準拠法は同行為が認知された地の法と、取引が行われている地の法の双方による見解がある。³⁸⁾ すなわち、6条1項は上述したように4条の明確化した規定であるが、4条2項における同一の常居所地の法や例外条項を適用しないことと、14条に基づき法選択合意を可能としないことから、4条より遥かに厳格な抵触規則を定めている。特に、6条1項は市場という文言を用いていないものの、競争関係にある者とそれ以外の者を対象にしているため、市場に不正競争行為の影響が与えられた地として市場地の法を準拠法とし、市場効果原理(Market Effects Principle)を採用していると解される。この準拠法は競争関係にある者の利益が衝突し、その影響が他の競争者と消費者に直接及ぶ地の法を指しており、これにより、特定の国で行われている競争は同じ基準で行われることとなるとともに、国際私法の大原則である最密接関係地の法の適用が実現される。なお、この市場地の法を特定するにあたり、不正競争行為の準備行為が行われている地と、不正競争行為の間接的な影響は考慮されない。³⁹⁾ この6条1項による市場地の法は二つの段階に分けて考えられる。まず、不正競争行為が広告キャンペーンなどのときに行われた場合には、市場地の法はキャンペーンが顧客に認識された地の法となる。なお、テレビ、ラジオおよびインターネットなどによる広告の場合には広告が受信できる地の法が適用されるが、広告の対象になるものはその地で販

売されなければならない。次に、商品の売買またはサービスの取引の最中に不正競争行為が行われた場合には、その取引が行われている地の法が適用され、商品の引渡地、サービスが行われる地、商品が製造された地の法は考慮されない。6条1項は法案とは異なり、効果の程度に関しては基準を定めていないため、効果に対する判断は準拠実質法に任せられることとなる⁽⁴⁰⁾。また、不正競争行為が複数の国家に影響を及ぼす場合は、複数の準拠法が適用され得る。これに関しては、同じ内容を有する複数の行為が同時に行われ、複数の国に影響を及ぼす場合、その影響が及んでい
る各国の準拠法が適用され、その結果、国により行為の不法性、損害賠償、差止めに対する解釈が異なり得る。例えば、電子メールによる広告が異なる複数の国に居住している顧客に送られる場合が挙げられる。他方、単一の行為が複数の国に影響を及ぼす場合には、差止めと損害賠償の対応を区別すべきである。損害賠償についてはそれぞれの国の法律を適用すべきであるが、6条では不正競争行為の実質性が要件になっていないことから、被害者は最も厳格な不正競争行為に関する法に基づき差止めを請求し、それが認められた場合にすべての国においてその行為が差止められるとされている⁽⁴¹⁾。

第三に、消費者が購入の決断を行った地と取引が行われた地の法の双方を準拠法と考えるべきとする見解がある⁽⁴²⁾。これによると、6条1項の準拠法を特定するにあたり、同項の文言からは準備行為しか行われていない地が排除され、かつ、消費者の住所地は消費者が不正競争行為の影響を受けた地と異なった場合には考慮されるべきではない。更に、6条は4条を明確化したにすぎないので、6条1項の準拠法を特定するにあたり間接的な効果を考慮すべきではないと解され得るが、4条は被害者が一つの国で直接的な損害を受けるとともに別の国では間接的な損害を受けるという場合を対象にしている一方、一つの不正競争行為が同時に複数の国に居住する消費者にも及んでいる場合もあるため、

6条については4条に関するローマⅡ規則前文の説明を重視すべきではないとされている。また、6条1項にはEMにおける法案5条1項において設けられた直接性と実質性という要件が削除された一方で、6条3項⁴³には同様の要件が維持されたことから、その要件を6条1項について用いることができず、準拠法を適用するにあたり不正競争行為の影響の全体を対象とすべきであることが理解できるとされている。具体的には、広告などのように取引が成立する前に行われる不正競争行為の場合には、準拠法は不正競争行為の影響が購入するか否かという消費者の決断に影響を与えた地の法である。不正競争行為の影響が及んだ地と購入が行われた地が異なる場合、前者の地の法が適用される。また、ある商品の広告がインターネットなどにより複数の国に及んだ場合、契約締結地あるいは購入地は重要ではなく、消費者の常居所地の法が適用される。更に、不正競争行為が商取引の中で行われている場合、保護されるべき利益は取引が行われている地にあるため、その地の法が適用される。なお、6条1項における影響を特定するにあたっては、法案における直接性と実質性の要件が削除されたことから、保護すべき利益に関するあらゆるものを考慮すべきである。このようなアプローチは法的安全性を害するため、現行法の6条1項の文言にもかかわらず、実質的な影響のみを対象にすべきであると批判が起り得るが、同1項の文言はさておき、実質的な影響のみを対象にすれば市場や競争関係にある他の者に対する影響は対象から排除されることになり、それこそ法的安全性を害するため、このアプローチは妥当であると説明されている⁴⁴。また、インターネット、テレビやラジオなどの広告により不正競争行為が複数の国々に影響を与えたときは複数の準拠法が適用される可能性があり、その場合には準拠実質法の内容によつては不正競争行為の結果が異なる可能性はある。しかし、単一の不正競争行為の影響が複数の国々に及んだ場合には救済の方法が準拠法により異なることになる。特に、差止請求の場合、単一の不正競争行為は適用される準拠法

の一つによると不法となるとされたとき、他の国家でも不法となることから、最も厳格な準拠法が適用されることとなる。他方、損害賠償請求についてはそれぞれの準拠法が適用されると説明されている。⁽⁴⁵⁾

第四に、4条を考慮した上で市場地を連結点とする見解がある。⁽⁴⁶⁾ 6条は上記したように4条の明確化にすぎないと説明されているが、6条は4条とは異なり、同一常居所地の法や例外条項を排除しているため、4条からみて矛盾を孕んでいる。同時に、EMは4条(当時の3条)における損害発生地と競争関係または消費者の集合的利益が影響を受けた地は同一であることが多いとしつつも、それが必ずしも同じではない場合があることも述べているが、その論拠については言及していない。しかし、例えば、A国に営業所を有するX企業がB国においてY企業が作る商品の模造品を売買している場合は、競争関係が影響を受ける国家はB国であり、そして損害が発生するのもB国である。従って、ほとんどの場合、競争関係および消費者の集合的利益を受けた地と損害発生地が同じであると指摘されている。⁽⁴⁷⁾ しかし、6条1項は市場を対象としているため、不正競争行為が複数の国々を含む市場に影響を与えた場合、それぞれの準拠法を適用する必要がある。このような場合において4条を適用すれば、それぞれの損害が発生した地の法を適用することになるが、6条は市場地を連結点としており、実際の損害発生がなかったとしても、市場占有率が奪われたことなどの影響さえあればその影響のあった地の法が適用されると解される。⁽⁴⁹⁾

6条2項の準拠法については以下の見解が述べられている。すなわち、特定の相手に向けた不正競争行為には不法行為の一般原則が適用され、ひとまず4条1項に基づき損害発生地の法によるが、その法は被害者の競争優位性が低下した地の法として考えられ、⁽⁵⁰⁾ それは特定の競業者の利益に損害を最初に与えた地の法であると説明されている。⁽⁵¹⁾

このように、性質決定の相違により準拠法が異なる可能性が高いのみならず、問題となる不正競争行為が6条1項

の対象になった場合、複数の準拠法が適用されることが想定され得る。また、6条2項については具体的な準拠法が問題になる。そこで、次章において、6条を適用した場合、営業秘密侵害はどのように性質決定されるかという問題を見ることとする。

第三章 営業秘密侵害の性質決定に関する学説

ローマII規則6条の営業秘密侵害の準拠法に関する欧州司法裁判所の先決裁定はないが、⁵²いくつかの学説が提唱されている。これらの学説は営業秘密侵害の性質決定について次のように述べている。

一方では、営業秘密侵害が通常6条2項の対象になるとともに、同侵害の準拠法が同条1項で定められる可能性も示している学説がある。⁵³すなわち、第一に、EMにおける説明に鑑み、営業秘密侵害については6条2項の枠組みで捉えられることを原則とし、同侵害は市場に明確かつ直接的な損害を及ぼす場合に限り1項の対象となると解する学説がある。⁵⁴第二に、営業秘密侵害に対しては6条1項を適用すると2項の役割が極端に縮小されること、EM5条の内容および営業秘密侵害は不正商品の製造などの準備行為に該当し得ることなどに鑑み、営業秘密侵害の準拠法は通常6条2項に基づき4条によることとする学説がある。⁵⁵

他方では、もっぱら営業秘密侵害を特定の相手に向けた行為と性質決定する見解も示されている。⁵⁶第一に、EMの説明に基づき、営業秘密侵害は特定の相手に向けた不正競争行為として性質決定され、6条2項の対象となると解する見解がある。⁵⁷

第二には、第一の立場と同様に、営業秘密侵害は市場に影響を与えることはないとし、それを特定の相手に向けた

不正競争行為と性質決定したうえで、その準拠法を6条2項に基づき、4条により決定すべきとする学説がある⁽⁵⁸⁾。この学説では、まず、ヨーロッパにおいて不正競争行為の準拠法について採用されてきたアプローチの分析が行われる。これによると、裁判所と研究者は不正競争行為を市場に向けたものと、特定の相手に向けたものに分け、前者の準拠法については利益の衝突を基準とする市場効果原理を採用する一方、後者の準拠法については不法行為の原理が採用されている。ローマII規則においてもこの立場を採用し、6条1項はその文言とその前文に掲げられている目的、EMの説明、そして6条2項により特定の相手に向けている不正競争行為が不法行為の原則に服することに鑑み、市場への影響という経済的な現象を法的概念に持ち込むために、細かく市場効果を画定しようとする⁽⁵⁹⁾。しかし、市場に向けた不正競争行為はインターネットなどにより国境を越えることが多く、その結果、市場の範囲に含まれる国家や地域が数多く存在し、同行為には複数の準拠法が適用される状態が起り得る。このような状態においては、複数の準拠法の適用を制限するためにどのような基準により市場効果の有無を判断すべきかが問題となる。これに関しては不法行為の原理の下で考える見解が多く、例えば加害者の意思に鑑み、不正競争行為が最終的にどの市場を対象としていたかが重視されることがあるが、その場合に市場占有率や市場動向などの市場効果は考慮されない。その代わりとして、市場に対する影響の予測可能性を基準に考えることもできるが、情報はインターネットを介する場合などにおいては流通しやすく、予測可能性は適切な基準にならない。その他に、不正競争行為の影響がどの程度に達すると当該国の法と抵触するかを基準にすべきであるとの見解もあり得る。例えば、6条1項は法案の段階においては、直接性と実質性という基準を設けていたが、最終的にはその基準は削除された。この削除にもかかわらず、6条1項は不正競争行為の程度を考慮して解釈されるべきと考えることも可能であるが、その場合、効果の程度は国際私法の

問題か、または実体法の問題であるかで見解が分かれる可能性がある⁽⁶⁰⁾。

加えて、不正競争行為に関する統一法あるいは調和が行われない限り、各国が個別に不正競争行為に関する法政策を講じることができるとして、不正競争行為の性質決定と準拠法に対する普遍的な基準を提供することができないという問題がある。例えば、ローマⅡ規則6条は不正競争行為を二つの単位法律関係に分けるが、その性質決定を不法行為原理の下で行うことが多いため、上述したように見解が分かれる結果となっている。

このように、不正競争行為に関する抵触規則の根本的な問題は、市場に向けた不正競争行為に関し、その抵触規則を市場効果原理の下で競争している者の利益と市場の状況を考慮し決定しようとする一方で、いまだに不法行為原理により不正競争行為の性質決定を決定しようとするところにある⁽⁶¹⁾。他方、後者の不法行為原理の立場からは、市場効果原理は個人の権利を保護できず、不正競争行為が影響を与える地という連結点は幅広い概念であるため、複数の準拠法が同時に適用する可能性が生じるといった批判が生じ得る⁽⁶²⁾。

従って、不正競争行為に関して適切な性質決定を行い、準拠法を特定するためには、市場効果を異なる観点から分析する必要があるとされている。すなわち、市場経済においては個人の自由が競争の中心をなしており、その自由が保障されているなかで不正競争行為に関する法政策は市場の参加者とその取引に焦点を当てながら競争がどのように発展するかを考慮している⁽⁶³⁾。ここでいう競争とは絶えず続く発見を内容とする過程のことであり、そのなかではそれぞれの参加者が試行錯誤をしながら過去の経験に鑑み、自らの行為を調整しつつ、社会の発展を進めている。このような競争においては消費者との間の取引を獲得するために自由に競争している者の間で行われている自由な活動に加え、消費者が取引を行うか否かという自由な決定過程をも内容とする⁽⁶⁴⁾。つまり、競争は競争関係にある者の営業の自

由などに関わるものに限らず、営業の自由の下で消費者が取引を決めるための基盤を提供し、その中で消費者が市場に関する情報を獲得できる状態で取引を行うか否かを自由に決定できることにも関係している。従って、不正競争行為は国際私法上では、二つの単位法律関係に分けるべきであると解される。すなわち、一方では、競争関係にある者の間で行われている競争を対象とする単位法律関係があり、このような競争は外部から制限されずに自由であることから、消費者の決定過程には直接的な影響を及ぼさない。このような競争における不正競争行為の典型例としては、営業秘密侵害が挙げられる。他方では、競争関係にある者と消費者との間の単位法律関係があり、ここでは競争者が消費者を取引に承諾させるように仕向けた場合には、その競争者は消費者の営業の自由に影響を与えると同時に、間接的に他の競争者の営業の自由も制限する可能性がある⁶⁵。このような競争における不正競争行為に関しては、消費者が取引を承諾するまでの決定過程は三段階に分けられ、消費者はいずれの段階でも不正競争行為により影響を受ける可能性がある。すなわち、第一に、消費者が情報を集めている段階がある。第二に、様々な情報を分析した上で取引に関する選択肢の範囲を狭める段階がある。第三に、消費者は分析してきた情報に基づき市場において取引の決定を行う段階がある。この見解では、競争者と消費者と関係を適切に稼働させるためにはこの消費者の決定過程が最も重要な要素であるとされている⁶⁶。

このように、不正競争行為につき二つの単位法律関係を考える立場においては、前者の不正競争行為は競争者以外の者を指す消費者に影響を与えることなく行われ、もっぱら特定の相手に向けたものであるため、その準拠法を不法行為の枠組みで求めるべきであるとされている⁶⁷。他方、競争関係にある者と消費者との間の単位法律関係の連結点を考えるにあたり、消費者の決定過程に焦点を当てべきであるとされ、特にその決め手となるのは上記最後の段階で

あると考える。ここでの連結点は取引が行われた地と解し得るが、この地はただ不正競争行為により消費者が不当な取引関係に着手した地であるのみならず、他の取引の選択肢を排除した地でもある。この代替的な取引の選択肢のある地は市場地の延長線上にあり、競争が行われている地であるため、取引が行われた地というのは、取引の代替的な選択肢があつた地に該当する⁽⁶⁸⁾。この地を特定するには、当事者の客観的な予見可能性をみるべきであるが、この基準は市場に向けた不正競争行為が市場の全体にかかわることから、不正競争行為に対する規制の効果を予測できるかが問題となる。これを確認するには、加害者が対象としている市場の範囲とそのマーケティング方法を見るべきであるとされている。更にはこの基準とともに、準拠法を指定するにあたり、もう一つの要素を考慮すべきである。すなわち、不正競争行為に関する法律は国により異なるものの、一般的には市場における情報を適切に整備することを目的とする。そのため、個人のそれぞれの利益とともに、国家の利益をも考慮する必要がある。これに関しては、外国法の過剰な適用が生じた場合、更なる取引が躊躇される可能性があるため、裁判官はそれぞれの当事者の売り上げ、市場の範囲、販売網上にいる消費者の知識などを考慮した上で、加害者の行為に起因する結果に合わせて差止めなどの救済を調整しなければならぬと解されている⁽⁶⁹⁾。

この見解に基づけば、ローマⅡ規則6条は営業秘密侵害について次のように性質決定することが可能である。すなわち、6条1項は4条1項の明確化であるため、競争関係または消費者の集合的利益が影響を受け、または、影響を受ける恐れのある地の法は直接的な損害が発生した地の法に該当するが、上述した議論に基づき、4条1項における損害発生地は不正競争行為により消費者の決定過程の最後の段階に影響を与えられた地であり、それは取引の代替的な選択肢のある地に該当する⁽⁷⁰⁾。他方、競争関係者の間で行われている不正競争行為は消費者の決定過程に直接影響を

与えることがないため、6条2項に基づき通常の方法と性質決定され、4条に基づき準拠法が定められる。⁽⁷¹⁾ この解釈によれば、営業秘密侵害の加害者は同営業秘密を取得・使用することにより市場において競争者と比べて優位に立つこととなり、そのような利点は時間が経つにつれて市場にも影響を与え得るが、その影響は直接生じるものでもなければ、消費者の決定過程にも及ばず、侵害行為も市場が関係してくる前に発生していることから、その準拠法は6条1項ではなく、同条2項により決定され、一般不法行為の抵触規則に基づきその準拠法を決定すべきであると解される。⁽⁷²⁾

営業秘密侵害の性質決定に関する上記学説のなかでは、市場に向けた不正競争行為は競争者以外の者である消費者の決定過程に影響を及ぼすものと解され、その結果、営業秘密侵害は実際に市場の決定過程には直接的な影響を与えないものであるため、同侵害を特定の相手に向けた不正競争行為とする学説の立場を支持したい。このように考えることにより営業秘密侵害の準拠法を特定するための市場効果原理の適用の可能性が完全に排除され、一般不法行為によることとなり、当事者の予見可能性が高まることが期待されると考えられよう。

結び

本稿においてはローマⅡ規則における営業秘密侵害の性質決定について学説における議論を紹介し、検討した。上述したように営業秘密侵害を特定の相手に向けた不正競争行為とする学説を採用すれば、ローマⅡ規則では営業秘密侵害の準拠法は不法行為として性質決定され、その準拠法は通常の方法により決定されることになる。日本の議論においても営業秘密侵害を特定の相手に向けた行為と性質決定する判例⁽⁷³⁾と学説⁽⁷⁴⁾が見受けられ、筆者が支持する

性質決定に関する学説は通則法十七条に關しても採用できることが考えられよう。⁽⁷⁵⁾ 他方、準拠法以前の問題として国際裁判管轄の問題がある。営業秘密侵害の国際裁判管轄について日本においては議論⁽⁷⁶⁾が見られるが、EU法からならかの示唆を得られるのか否かを今後に究明すべき課題としたい。

(1) 茶園成樹『不正競争防止法 第2版』（有斐閣・二〇一九年）七四―七五頁。

(2) 西谷祐子「通則法第17条 不法行為」櫻田嘉章Ⅱ道垣内正人編『注釈国際私法第1巻 法の適用に関する通則法』§§1-23（有斐閣・二〇二一年）四五〇頁。

(3) 営業秘密侵害の準拠法に關する判例は次の通りである。法例については、東京地判平成三年九月二十四日日判タ七六九号二八〇頁・判時一四二九号八〇頁・金商九〇一号三六頁・Japanese Annual of International Law 二五号一七五頁を参照。法の適用に關する通則法については、東京地判平成十九年十二月二十六日判タ一二八二号三二六頁・ウエストロー・ジャパン・知財高判平成二三年十一月二十八日裁判所ウェブサイト・知財高判平成三十年一月十五日判タ一四五二号八〇頁・裁判所ウェブサイト・知財高判令和元年九月二十日裁判所ウェブサイトを参照。

法例の学説については、土井輝生『工業所有権・著作権と国際取引』（成文堂・一九六七年）六五一―六九頁・相澤吉晴『演習国際私法（新版）』山田録一Ⅱ早田芳郎編（有斐閣・一九九二年）一三六―一三八頁・三井哲夫「判例評釈」判例時報一四四五号（一九九三年）二〇八―二〇九頁・木棚照一「工業所有権の国際的諸問題」『新版 国際経済法』舟宗暁信編ほか（青林書院・一九九三年）三六〇頁・中野俊一郎「基本法コンメンタール」別冊法学セミナー一三〇号（一九九四年）七四頁・藤澤尚江「涉外判例研究」ジュリスト一二八七号（二〇〇五年）一四六頁・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一二号（二〇〇六年）二三―三三五頁を参照。

法の適用に關する通則法の学説については、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―」国際私法年報七号（二〇〇七年）七一頁・金彦叔「知的財産権の国際的保護と法の抵触(4)」法学協会雑誌一二六卷一一号

- (二〇〇九年) 二二一六―二二一九頁・金彦叔『国際知的財産権保護と法の抵触』(信山社・二〇一〇年) 二二六頁・西谷・前掲注(2)四五〇―四五二頁・嶋拓哉「国際的な不正競争行為を巡る法の適用関係について」知的財産法政策学研究三七号(二〇一二年) 二七六―二七七、二八二―二八三頁・出口耕自「国際不正競争の準拠法」日本国際経済法学会年報二二三号(二〇一四年) 一一七―一九頁・道垣内正人「不正競争をめぐる国際民事訴訟事件の国際裁判管轄と準拠法」小野昌延ほか編『不正競争の法律相談Ⅰ』(青林書院・二〇一六年) 四四―四六頁・佐野寛「国際取引から生じる不法行為の準拠法」日本国際経済法学会編『国際経済法講座Ⅱ』(法律文化社・二〇一二年) 七九頁・河野俊行「判例評釈」ジュリスト一四四〇号(二〇一二年) 三二五―三二六頁・飯塚卓也「営業秘密の国際的侵害行為に関する適用準拠法」高林龍ほか編『知的財産法の実務的發展』(日本評論社・二〇一二年) 四〇―四〇八頁・小野木尚「涉外判例研究」ジュリスト一四六一号(二〇一三年) 一三三頁・相澤吉晴『国際不正競争法の研究』(大学教育出版・二〇一六年) 四六四―四六五頁・奥田安弘『国際財産法』(明石書店・二〇一九年) 一一三―一二五頁・嶋拓哉「判例評釈」私法判例リマックス五九号(二〇一九年) 一四四―一四五頁・嶋拓哉「涉外判例研究」ジュリスト一五三四号(二〇一九年) 一三一―一三三頁・山内貴博・井上聡「知財判例研究会」NBL一一四八号(二〇一九年) 六〇―六五頁・駒田泰土「不正競争の準拠法に関する一考察」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦Ⅱ』三五五頁(弘文堂・二〇二〇年) ・駒田泰土「判例評釈」ジュリスト一五四四号(二〇二〇年) 二九五頁・中川浄宗「営業秘密を不正に取得する行為に係る涉外的法律関係についての準拠法の決定」パテント七三巻三号(二〇二〇年) 四九―五一頁・望月孝洋・渡邊遼太郎・黒木麻里「涉外的な営業秘密侵害事案における準拠法・国際裁判管轄の考え方」NBL一二七六号(二〇二〇年) 三九―四〇頁・嶋拓哉「国境を越える営業秘密侵害に関する抵触法的考察」ジュリスト一五六〇号(二〇二一年) 三〇―三二頁・横溝大「国境を越える営業秘密侵害に関する抵触法的考察」知的財産法政策学研究六〇号(二〇二一年) 六〇―六二頁・飯塚卓也「営業秘密侵害紛争の国際裁判管轄・準拠法」ジュリスト一五七五号(二〇二二年) 三六―三七頁を参照。
- (4) Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II).

- (5) ローマⅡ規則前文22項。
- (6) セレナ・フランコ「営業秘密侵害の準拠法…EUの契約外債務の準拠法に関するローマⅡ規則をめぐる議論を参考に」法學政治學論究一三七号 (二〇二三年) 一三一―一三三頁。
- (7) A.Dickinson, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations* (Oxford: Oxford University Press, 2008) pp.9-23.
- (8) 出口・前掲注(3)一〇七頁。
- (9) ローマⅡ規則前文15項。
- (10) ローマⅡ規則前文16項。
- (11) ローマⅡ規則前文17項。
- (12) ローマⅡ規則前文17項。
- (13) ローマⅡ規則前文18項。
- (14) 当時の3条は現行法の4条に該当するものである。
- (15) 宗田貴行「不正競争行為及び競争制限行為の準拠法」〔上〕国際商事法務三十七卷十二号 (二〇〇九年) 一六二―三五頁。
- (16) Brussels, 22.7.2003 COM(2003) 427 final 2003/0168 (COD), pp.15-16.
- (17) Brussels, 22.7.2003 COM(2003) 427 final 2003/0168 (COD), p.16.
- (18) Brussels, 22.7.2003 COM(2003) 427 final 2003/0168 (COD), p.16.
- (19) Brussels, 22.7.2003 COM(2003) 427 final 2003/0168 (COD), p.16.
- (20) Dickinson, *supra* note 7, pp.392-396.
- (21) 宗田貴行「不正競争行為及び競争制限行為の準拠法」〔中〕国際商事法務三八卷一号 (二〇一〇年) 六一頁。
- (22) 出口・前掲注(3)一〇七―一〇八頁。
- (23) ローマⅡ規則前文第21項。

- (24) Dickinson, *supra* note 7, p.414; R.Plender and M.Wilderspin, 'The General Choice of Law Rule for Tort and Delict', in: M. Wilderspin (ed), *The European Private International Law of Obligations* (London: Thomson Reuters, 2020) p.657; M. Illmer, Article 6', in: U.Magnus/P.Mankowski (eds), *European Commentaries on Private International Law ECPII Commentary Volume III Rome II Regulation* (Munich: Sellier European Law Publishers, 2019), p.260-261; S. Augenhof, 'Unfair Competition and Acts Restricting Free Competition', in: G.Calliess/M.Renner (eds), *Rome Regulations Commentary Third Edition* (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2020) p.633.
- (25) ローマII規則前文第28項。
- (26) Dickinson, *supra* note 7, pp.391-428; R.Plender and M.Wilderspin, *supra* note 24, pp.645-689; M.Illmer, *supra* note 24, pp.230-286; S. Augenhof, *supra* note 24, pp.613-648.
- (27) Augenhof, *supra* note 24, p.636; R.Plender and M.Wilderspin, *supra* note 24, pp.658-660; M.Illmer, *supra* note 24, p.235.
- (28) Augenhof, *supra* note 24, p.636.
- (29) Plender and Wilderspin, *supra* note 24, pp.658-660.
- (30) Illmer, *supra* note 24, p.235.
- (31) Dickinson, *supra* note 7, p.412-418; Plender and Wilderspin, *supra* note 24, p.662-664; Illmer, *supra* note 24, pp.257-264; Augenhof, *supra* note 24, p.630-635.
- (32) Dickinson, *supra* note 7, pp.412-418; M.Illmer, *supra* note 24, p.257-267; S.Augenhof, *supra* note 24, pp.630-636.
- (33) Dickinson, *supra* note 7, pp.412-418.
- (34) Dickinson, *supra* note 7, pp.412-415.
- (35) Brussels, 22.7.2003 COM(2003) 427 final 2003/0168 (COD), p.16.
- (36) A. Ahlström Osakeyhtiö and others v Commission of the European Communities. - Concerted practices between undertakings established in non-member countries affecting selling prices to purchasers established in the Community. - Joined

cases 89, 104, 114, 116, 117 and 125 to 129/85, ECLI:EU:C:1988:447, para 16.

- (37) Dickinson, *supra* note 7, pp.415-418.
- (38) Illmer, *supra* note 24, p. 257-267.
- (39) Illmer, *supra* note 24, p. 257-260.
- (40) Illmer, *supra* note 24, p.260-264.
- (41) Illmer, *supra* note 24, p.266-267.
- (42) Augenhofer, *supra* note 24, pp.630-636.
- (43) 6条3項：「a) 競争制限行為に基づく契約外の債務関係については、市場が阻害されるまたはそのおそれがある国家の法が適用されねばならない。 b) 複数国家における市場が阻害されるまたは阻害されるおそれがある場合には、被告の居住地の加盟国における裁判所に訴訟を提起した被害者は、その加盟国における市場がその者の請求を依拠させる契約外の債務関係を根拠付ける競争制限行為によって直接かつ実質的に阻害されているいくつかの市場に対する限りで、その者の請求をその裁判所の加盟国の法に依拠させることができる」。宗田・前掲注(21)六一頁。
- (44) Augenhofer, *supra* note 24, pp.630-634.
- (45) Augenhofer, *supra* note 24, pp.634-635.
- (46) Plender and Wilderspin, *supra* note 24, pp.662-665.
- (47) Plender and Wilderspin, *supra* note 24, pp.662-663.
- (48) Plender and Wilderspin, *supra* note 24, pp.664.
- (49) Plender and Wilderspin, *supra* note 24, pp.664-665.
- (50) Illmer, *supra* note 24, p.264.
- (51) Augenhofer, *supra* note 24, p.636-637.
- (52) https://curia.europa.eu/jcms/jcms/_6/en/ (閲覧期日二〇二三年十一月二日)。

- (53) R.C. Dreyfuss and M. van Eechound, 'Choice of Law in EU Trade Secrecy Cases', in: J. Schovsbo et al., *The Harmonization and Protection of Trade Secrets in the EU: An Appraisal of the EU Directive*, (Cheltenham: Edward Elgar, 2020) pp.187-191; A. Ohly, 'Jurisdiction and Choice of Law in Trade Secrets Cases: The EU Perspective', in: S.K. Sandeen et al (eds), *Research Handbook on Information Law and Governance*, (Cheltenham: Edward Elgar, 2021), pp.245-249, 255.
- (54) Dreyfuss and Eechound, *supra* note 53, pp.187-191.
- (55) Ohly, *supra* note 53, pp.245-249, 255.
- (56) Wadlow, 'Trade Secret and the Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations', *European Intellectual Property Review*, 30 (8) (2008), pp.310-317; Tim W. Dornis, *Trademark and Unfair Competition Conflicts* (Cambridge University Press: Cambridge, 2017).
- (57) Wadlow, *supra* note 56, pp.310-317.
- (58) Dornis, *supra* note 56. この学説は商標権と不正競争行為を対象に理論を進めているが、本稿において不正競争行為に限定した上で紹介する。
- (59) Dornis, *supra* note 56, pp.203-209.
- (60) Dornis, *supra* note 56, pp.209-214.
- (61) Dornis, *supra* note 56, pp.214-220.
- (62) Dornis, *supra* note 56, pp.220-225.
- (63) Dornis, *supra* note 56, pp.275-276.
- (64) Dornis, *supra* note 56, pp.276-281.
- (65) Dornis, *supra* note 56, pp.281-287.
- (66) Dornis, *supra* note 56, pp.287-293.
- (67) Dornis, *supra* note 56, pp.378-380.

- (68) Dornis, *supra* note 56, pp.491-497.
- (69) Dornis, *supra* note 56, pp.497-521.
- (70) Dornis, *supra* note 56, pp.538-548.
- (71) Dornis, *supra* note 56, pp.567-571.
- (72) Dornis, *supra* note 56, pp.566-571.
- (73) 前掲注(3)、「特に東京地判平成三年九月二十四日・知財高判平成三十年一月十五日・知財高判令和元年九月二十日を参照。
- (74) 土井・前掲注(3)一六九頁・相澤『演習国際私法〔新版〕』・前掲注(3)一三四—一三八頁・三井・前掲注(3)二〇八—二〇九頁・中野・前掲注(3)七四頁・藤澤・前掲注(3)一四六頁・横溝「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一二号・前掲注(3)二二三頁・金・前掲注(3)二一八頁・西谷・前掲注(2)四五〇頁・出口・前掲注(3)一一七—一一九頁・道垣内・前掲注(3)四五頁・河野・前掲注(3)三一五—三一六頁・飯塚・前掲注(48)三六一—三七頁・小野木・前掲注(3)一三二頁・相澤『国際不正競争法の研究』・前掲注(3)五〇三—五〇四頁・山内ほか・前掲注(3)六四頁・望月ほか・前掲注(3)三九—四〇頁・飯塚・前掲注(3)四〇—四〇二頁・駒田・前掲注(3)三五五頁・中川・前掲注(3)四九、五一頁・望月ほか・前掲注(3)三九—四〇頁。
- (75) 日本における学説については、セレナ・前掲注(3)一一—一三頁を参照。
- (76) 嶋・前掲注(3)「国境を越える営業秘密侵害に関する抵触法的考察」二二—二三頁・飯塚拓也「営業秘密関連訴訟の国際裁判管轄・準拠法」ジュリスト一五九〇号 (二〇二三年) 三五—三七頁。

デジタル製品に関する契約

フォルカー・ミヒャエル・エーニヒ^①
デニゼ・バウアー^②
蓮田哲也 訳

目次

- A はじめに
- B BGBの体系におけるソフトウェアに関する契約の分類
 - I 原則
 - II BGB四三三条一項における「有体物」の概念
 - III BGB四五三条による売買法の適用範囲の拡大
 - IV ハードウェアとソフトウェアが一体となる場合の契約上の分類

C デジタル製品に関する契約についての新規制

I 規制枠組み及び規制技術

1 規制枠組み

2 規制技術

II BGB三二七条以下の適用範囲…「デジタル製品」

1 基本概念

2 契約類型の軽微性

3 「デジタル要素を備えた商品」の売買に際する責任からの分離

III デジタル製品に関する契約における瑕疵なき給付をなす義務

IV 瑕疵担保責任

1 デジタル製品の瑕疵

(a) 主観的要件

(b) 客観的要件

(c) 結合要件

2 関連時点

3 瑕疵があつた場合の消費者の権利 (BGB三二七 i 条)

(a) 追完請求 (BGB三二七 i 条一、三二七一条)

(b) 契約の終了 (Vertragsbeendigung) (BGB三二七 i 条二号前段、三二七 m 条一、二、四、五項)

(c) 代金減額 (BGB三二七 i 条二号後段、三二七 n 条)

(d) 損害賠償 (BGB三二七 i 条三号前段、二八〇条一項、三二七 m 条三項)

4 特別な問題 (アップデート)

V B2B関係

D 結びにかえて

A はじめに

本稿は、ドイツ民法典（以下、BGB）における「デジタル製品に関する契約」に関する新しい契約法をテーマとするものである。

これは、デジタル形式のデータの提供を扱う契約である。デジタル形式のデータには、ダウンロードによる無体のものもあれば、有体のデータ記録媒体（Datenträger）（たとえばCD）を使用するものもある。典型的な例としては、電子書籍、アプリ、ゲーム、音楽、映画がある。クラウド・サービスやゲームプラットフォームへのアクセスなどのデジタル・サービスも「デジタル製品に関する契約」である。

ドイツ法では、二〇二二年一月一日のBGBの改正によるデジタル・コンテンツに関する欧州連合指令⁽³⁾（以下では、「デジタル・コンテンツに関するEU指令」と呼ぶ。）の国内法化により、実体法が根本的に変化した。これまでは、デジタル製品に関する契約は、債務法における一般的な契約類型の一つに割り当てられていた（例…売買契約、請負契約、使用貸借借契約[Mietvertrag]）。そして、給付内容及び瑕疵担保法は、適用される各契約類型に係るBGBの規定に従って決定されていた。

二〇二二年一月一日以降、消費者及び事業者の間の契約についてのみ新法が適用される。個々の事案の契約類型に

かわらず、B G B 三二七条以下の新しい規定に基づいて給付義務及び瑕疵担保責任が決定される。しかし、事業者間の契約については、従来法が引き続き無制限に適用される⁽⁴⁾。従って、従来法は引き続き実務上重要な意義を有している。本稿では、まずソフトウェアに関する契約を例に、従来法について紹介する (B)。続いて、新法である「デジタル製品に関する契約」(B G B 三二七条以下) を紹介する (C)。

B B G B の体系におけるソフトウェアに関する契約の分類

個々の債務関係に関する規定を含む B G B の債務法各則は、給付の種類に従って体系化されている⁽⁵⁾。例えば、B G B は、物の永続的な譲渡を目的とする契約を定めている。典型的には、売買、交換、贈与がある⁽⁶⁾。また、目的物の一時的な譲渡のみを目的とする契約もある。使用賃貸借、用益賃貸借 (Pacht)、使用貸借 (Leihe) などがその例である⁽⁷⁾。

契約は、活動の遂行を目的とすることもある。例えば、雇用契約、請負契約、委任契約、事務処理契約、仲介契約、寄託契約が言及されている⁽⁸⁾。原則として、B G B は個々の製品グループに対して個別の契約法を定めていない⁽⁹⁾。ソフトウェアの販売には、原則として、売買契約や請負契約、さらには使用賃貸借契約、ライセンス契約又は雇用契約のような、様々な契約類型が組み込まれている⁽¹⁰⁾。これまで裁判所は、ソフトウェアの譲渡及び使用に関する契約を B G B において定められている契約類型体系に類別することにのみ専念していた⁽¹¹⁾。(標準的) ソフトウェアに関する契約がどの契約類型に分類されるかは、解釈学上重要な問題であるだけではない⁽¹²⁾。給付義務の範囲及び限界は、それぞれ

れの場合に関連する契約類型によって決定的に定められる⁽¹³⁾。瑕疵担保法も同様である⁽¹⁴⁾。従って、BGBの契約類型体系におけるソフトウェアの使用及び譲渡に関する契約の分類は、単なる法学上の形式ではない⁽¹⁵⁾。特に、売買契約、使用賃貸借契約、請負契約が問題になる⁽¹⁶⁾。

I 原則

一九八七年、連邦通常裁判所（以下、BGH）は、当事者がハードウェア・コンポーネント（ハードウェアの構成部品）、オペレーティング・システム及び様々なプログラム（ソフトウェア）を含むコンピュータ・システムの供給契約を締結した事件について判決を下さなければならなかった⁽¹⁷⁾。この契約に売買法の規定が適用されるかどうかが問題となった⁽¹⁸⁾。BGHは、「請負契約による」特別な個別的ソフトウェアの製作⁽¹⁹⁾及び「事前製造された標準的ソフトウェア（vorgefertigter Standardsoftware）」の譲渡のいずれを義務づけられているのかによって判別した⁽¹⁹⁾。契約上の合意の対象が事前製造された標準的ソフトウェアの提供であり、そのソフトウェアが購入者による一回限りの対価支払いで自由に利用できるものであれば、「売買契約を前提とすることは少なくとも明らか⁽²⁰⁾」であるとした⁽²⁰⁾。従って、ソフトウェアの種類によって判別されなければならない⁽²¹⁾。

標準的ソフトウェアの譲渡に際して、通常は売買契約が成立する⁽²²⁾。標準的ソフトウェアとは、ある顧客のために特別に開発されたものではなく、多くのユーザーのニーズを満たすことを目的としたソフトウェアのことである⁽²³⁾。ただし、売買契約は、その標準的ソフトウェアが永続的に譲渡される場合にのみ問題となる⁽²⁴⁾。

これとは対照的に、請負契約は、請負人が特定の製作を果たす義務を負うことを特徴とする⁽²⁵⁾。そのため、請負人は

厳格に特定の結果を義務づけられている⁽²⁶⁾。従って、既に開発された標準的ソフトウェアの譲渡を目的とする契約には、請負契約という契約類型は妥当しない⁽²⁷⁾。

標準的ソフトウェアに対し、個別的ソフトウェアの場合には、基本的に請負契約に基づいて製作される⁽²⁸⁾。個別的ソフトウェアは、特定のユーザーの希望及び要求を適合するように構想されているため⁽²⁹⁾、個々の事案や個々のユーザーのために開発されることもある⁽³⁰⁾。なお、請負契約に必要な結果は、プログラムの製作に見出されるので⁽³¹⁾、事前製造された(標準的)ソフトウェアを単に顧客の希望に適合させた場合にも、対応する結果(従って、請負契約)が存在し得る⁽³²⁾。

BGB六五〇条の規定には注意が払われなければならない。BGB六五〇条一項一文に従い、製作又は製造される動産の引渡しに関する契約には売買法が適用される。

ドイツ法学において、この規定に基づき多くの場合にも売買法が適用されるかどうかについては、統一的には判断されていない⁽³³⁾。ソフトウェアがBGB六五〇条の意味における「動産」であるかどうかが決定されなければならない⁽³⁴⁾。しかし、論者によって、「具現化が分類のための唯一の関連基準となるべきか否か」という問題も提起されている⁽³⁵⁾。デジタル製品の場合、それが契約当事者にどのように提供されるかに違いはない⁽³⁶⁾。むしろ、ユーザーにとって情報価値を受け取ることが重要である⁽³⁷⁾。従って、給付の知的コンテンツ (geistige Gehalt) が重視される⁽³⁸⁾。形式は、有体か否かにかかわらず、不定形なものであり、ユーザー視点では通常問題とならない⁽³⁹⁾。従って、BGB六五〇条を通じた売買法は、ソフトウェアを具現化することのみに依拠してデータ記録媒体に適用されるものではない⁽⁴⁰⁾。

この主張は説得力がある。ソフトウェアがデータ記録媒体により自由に用いることができるか否かは、ソフトウェア

アの瑕疵担保責任にとって決定的なものではない。

例えば、ドイツではとても広く流通している税務ソフトウェアの場合、CDを納入してもらうか、ダウンロード版で満足するかは、取得者の自由である。今日、多くの取得者はCD-ROMドライブを持っていない。また、持続性の観点からも、ダウンロード版を選択する方が有利である。このような消費者の決定が瑕疵担保法の範囲に影響を及ぼすことは、納得いくものではない。

II BGB四三三条一項における「有体物」の概念

契約を一定の契約類型に分類する場合、BGB四三三条以下の売買法の規定は、原則として「物」の購入のみを対象としていることに留意しなければならない。⁽⁴¹⁾ BGBは「物」という狭い概念を基礎においており、BGB九〇条によれば、物とは専ら有体物である。ソフトウェアが有体の記録媒体に定着されていたとしても、ソフトウェア譲渡契約を売買法へ分類することは疑わしい。経済的価値は有体物ではなく、「記録された情報と一連のコマンド」にある。⁽⁴²⁾ 従って、具現化されているにもかかわらず、ソフトウェアは「知的財」である。⁽⁴³⁾

しかしながら、BGHの判例によれば、ソフトウェアが「客観的に具現化」されている、例えばデータ記録媒体に記録されている場合には、ソフトウェアは有体物であるとされ、⁽⁴⁴⁾ ソフトウェアが記録されているデータ記録媒体の種類は関係ない。⁽⁴⁵⁾

このBGHの判例に従うと、ソフトウェアがデータ記録媒体上で利用可能な場合、物の購入に関する規定を適用することができる。

III BGB四五三条による売買法の適用範囲の拡大

二〇〇二年の債務法改正によって問題が緩和された。BGB四五三条一項一文によれば、物の購入に関する規定は、権利その他のものの購入に準用される。従って、売買法の規定を適用するために、ソフトウェアを物として認定する必要はなくなった。⁽⁴⁶⁾

結局のところ、「その他のもの」という概念は、あらゆる譲渡可能な法客体を対象としており、原則として、コンピュータ・プログラムやソフトウェアも対象となる。⁽⁴⁷⁾

ソフトウェアが有体のデータ記録媒体を伴わずに買主に提供される場合、典型的にはインターネットからダウンロードされる場合には、BGB四五三条一項一文後段の売買法が適用され、⁽⁴⁸⁾ 今やソフトウェアが有体のデータ記録媒体、インターネット又はその他の方法で提供されるかにかかわらず、標準的ソフトウェアには売買法が適用される。⁽⁴⁹⁾ 音楽データや映画などのデジタル・コンテンツのダウンロードについても、それが有償である限りにおいて同様であり、BGB四五三条にいう「その他のものの購入」である。⁽⁵⁰⁾

IV ハードウェアとソフトウェアが一体となる場合の契約上の分類

契約上の合意にソフトウェアの供給に加えてハードウェアの引渡しが含まれ、契約の構成要素が相互に関連し、それらが一体となって全体的なITシステムを形成する場合、判例によれば、単一の売買契約が存在する。⁽⁵¹⁾ 現行BGBでは、二〇一九年からのEU物品販売に関する指令の国内法化に伴い、⁽⁵²⁾ 売買法における瑕疵概念に関する問題を解決しようとしている。現在、**互換性 (Kompatibilität)** や**相互運用性 (Interoperabilität)** の欠如は、当事者が対応する性質

について合意していた場合、B G B 四三四条二項二文に従い、物の瑕疵を構成する。

互換性とは、同種の物が通常使用されるハードウェア又はソフトウェアとともに機能する商品の能力を意味する。⁽⁵³⁾

相互運用性とは、同種の商品が通常使用される以外のハードウェアやソフトウェアで機能する商品の能力と理解される。⁽⁵⁴⁾

C デジタル製品に関する契約についての新規制

I 規制枠組み及び規制技術

1 規制枠組み

EU加盟国の民法は、EU法にますます重なってきている。EU機能条約二六条、一一四条、一六九条は、域内市場を実施するための包括的な立法権をEUに与えている。EUは、直接適用する命令や加盟国によって国内法化される指令を通じて、これらの権限を活用している。

二〇一九年、EUはデジタル・コンテンツに関するEU指令を出した。これは、ドイツの立法者により、二〇二二年一月一日に新しいB G B 三二七条以下をもって国内法化された。

このデジタル・コンテンツに関するEU指令は、デジタル製品に関する契約における契約上の義務及び責任を定めている。

2 規制技術

規制技術には二つの中心の特徴がある。

— デジタル・コンテンツに関するEU指令は、事業者及び消費者の関係、いわゆるB2C（企業対消費者）の関係のみを規制している。事業者間の契約（企業対企業、B2B）については、BGBの一般規定のみが引き続き適用され、BGB三二七条以下は適用されない。

— BGB三二七条以下の規定は、契約類型上の分類に関係なく適用される。従って、契約が売買契約、使用賃貸借契約又はその他の契約であるかは重要ではなく、給付義務及び瑕疵担保責任は、常にBGB三二七条以下に従って決定される。

II BGB三二七条以下の適用範囲…「デジタル製品」

1 基本概念

BGB三二七条一項一文は、「デジタル製品」という上位概念の下に「デジタル・コンテンツ」と「デジタル・サービス」の両方を置いている。

「デジタル・コンテンツ」とは、デジタル形式で作成及び供給されるデータである（BGB三二七条二項一文）。データがデジタル形式で存するということが重要である。⁵⁵⁾

「デジタル・サービス」とは、消費者がデジタル形式でデータを作成、処理及び保存し並びに対応するデータにアクセスできるようにするサービスである（BGB三二七条二項二文一号）。さらに、デジタル・サービスは、消費者又は

サービスの他のユーザーによってアップロード及び作成したデータを消費者が使用できるというサービスでもある(BGB三二七条二項二号)。これは、より簡潔に言えば、データつまり通常はソフトウェアを使った行為に関して可能ならゆる多様なことを包括することを意味する。⁽⁵⁶⁾

デジタル・コンテンツに関するEU指令では、典型例として、コンピュータ・プログラム(「アプリ」)、動画及び音声データ及び電子書籍が挙げられている。⁽⁵⁷⁾ 同指令は、データをデジタル形式で作成、処理、保存し、そのデータにアクセスできるようにするデジタル・サービス、例えば様々な形式のファイル・ホスティングや、サービスとしてのソフトウェアにも適用される。⁽⁵⁸⁾

2 契約類型の軽微性

BGB三二七条以下の新しい規定は、給付の種類に関係なく、すなわち、デジタル製品及びサービスの供給の契約形態に影響されずに適用される。⁽⁵⁹⁾ 給付の種類が所有権譲渡、使用許諾又は類似のものであるかは重要ではない。⁽⁶⁰⁾ 事業者がデジタル・コンテンツやデジタル・サービスを消費者に供給する種類や方法(ダウンロード、ストリーミングなど)も重要ではない。⁽⁶¹⁾

契約の種類は無関係であるため、立法者は債務法の総則の中でデジタル・コンテンツに関するEU指令の基準を国内法化することを選択した。これはBGBの一部であり、あらゆる債務関係に関する規定を含んでいる。債務法各則には、例えば売買、使用賃貸借及び請負のような個々の債務関係についての規定が含まれている。

BGB三二七条以下の挿入にとって必要不可欠であるのは、事業者が対価の支払いに対してデジタル製品を消費者

に提供することである（BGB三二七条一項一文）。「対価」とは、金銭の支払いであり、電子バウチャーや仮想通貨の譲渡も含まれる。また、実際にはよくあることだが、消費者が代金を支払う代わりに、事業者が個人情報を提供する又は相応のものを提供する義務を負えば十分である⁶²。この規則は現在、取引慣行として法的に認められている⁶³。従って、このような有体のデータ記録媒体を対象としているが、もっぱらデジタル・コンテンツの記録媒体として機能するものを対象とする消費財売買契約には、今やBGB三二七条以下の規定が適用され、売買法上の瑕疵担保規定はもはや適用されない。これは、売買法の規定であるBGB四七五a条に明記されている。

例・私人がCD-ROMで取得した税務ソフトウェアの瑕疵担保責任は、専らBGB三二七条以下に従って定まる。

ただし、これはB2C部門にのみ妥当し、B2B契約については、冒頭で述べた売買法に関する考慮事項が引き続き全面的に妥当するという点には注意が必要である。同じCD-ROMを取得した事業者は、BGB四五三条を経由し、BGB四三三条以下に基づく瑕疵担保責任に係る請求権を有する。

3 「デジタル要素を備えた商品」の売買に際する責任からの分離

我々は、上着のポケットやハンドバッグの中に、ソフトウェアでのみ機能する有体の製品であるスマートフォンを持つている。スマートフォンに機能障害が生じた、例えばカメラが作動しなくなった場合、売買に関する規定（BGB四三三条以下）とデジタル・コンテンツを備えた製品に関する規定（BGB三二七条以下）のいずれが適用されるかが問題となる。

BGB三二七a条二項によれば、デジタル製品に関する契約の責任規定は、そのようなデジタル製品を備えた又は

関連する物に関する契約にも適用される。ただし、同規定はデジタル・コンテンツ及びデジタル・サービスに関連する契約上の合意部分にのみ適用される（BGB三二七a条二項二文）。

典型的な例は、Apple CarPlay 又は Android Auto の使用を可能にする追加ソフトウェアを搭載した自動車の取得である。BGB三二七a条二項には、ソフトウェアに瑕疵がある場合、BGB三二七a条二項二文により、デジタル製品に関する規定が適用され、自動車それ自体については、消費財売買に関する一般規定が適用されることが定められている（BGB四七五a条二項を参照）。

これは非常に重要な規定であるが、商品がデジタル製品に接続され、デジタル製品なしではその機能を果たすことができない場合、売買法のみが適用される（BGB三二七条三項一文）。このような接続はスマートフォンにもある。オペレーティング・システム・ソフトウェアがなければ、スマートフォンは機能しない。先ほどの例でいえば、ソフトウェアのエラーによってスマートフォンで写真を撮れない場合、売買法（BGB四三三条以下）が適用されることを意味する。

Ⅲ デジタル製品に関する契約における瑕疵なき給付をなす義務

事業者によるデジタル製品の供給に関する消費者及び事業者間に契約（及びBGB三二七a条が適用される類似の契約）がある場合、事業者はデジタル製品に瑕疵がないこと、すなわち製品の瑕疵及び権利の瑕疵なく提供する義務を負う（BGB三二七d条）。デジタル製品の供給は、事業者の中心的な義務である。⁶⁴ 事業者は、デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスを消費者が利用可能又はアクセス可能な状態にしなければならない。⁶⁵ デジタル製品が消費者の領域

に到達し、消費者が契約に従って使用できるようになるために事業者が更なる措置を講じる必要なくなったときに、デジタル製品の供給は果たされる。⁶⁶

IV 瑕疵担保責任

1 デジタル製品の瑕疵

BGB三二七e条一項一文に従い、基準時において、デジタル製品に製品の欠陥がないのは、

— 主観的要件

— 客観的要件

— 結合要件

を満たしている場合である。

(a) 主観的要件

製品が主観的要件を満たすために備えなければならないものは、BGB三二七e条二項一文一号乃至三号に定められている。これによれば、デジタル製品は、合意された品質を有し、契約で規定された用途に適していれば、主観的要件を満たすことになる（BGB三二七e条二項一文一号）。

さらに、契約で合意された付属品（Zubehör）、取扱説明書、適切な顧客サービス（Kundendienst）が提供されなければならない（BGB三二七e条二項一文二号）。その他、契約で合意されたアップデート（Aktualisierungen）が、関連す

る期間、すなわち当事者が契約上合意した期間中に供給されることが必要である（BGB三二七e条二項三号）。

(b) 客観的要件

製品が満たすべき客観的要件は、BGB三二七e条三項に定められている。特に、通常の使用に適していなければならぬ。また、アップデートは「相応の期間」消費者に提供されなければならない。例えばソフトウェアのアップデートについて、厳格な期間については言及されていない。重要であるのは、消費者が期待できる期間である（BGB三二七f条一項三文二号）。

(c) 結合要件

瑕疵ある統合もまた、瑕疵があることを正当化することができる。「統合」とは、消費者のハードウェアやソフトウェアとのデジタル製品の接続を意味する。

例：消費者がWindows コンピュータ用のソフトウェアを取得した。売主によれば、そのソフトウェアはWindows10以降のコンピュータに適合する。消費者のWindows11コンピュータでは、プログラムは動作しない。

2 関連時点

瑕疵の判断基準時をどの時点とするのかが明確にされなければならない。

原則として、供給時点によって決せられる（BGB三二七e条一項二文）。事業者がソフトウェアを長期間にわたり供

給する義務を負う場合には、ソフトウェアは全期間にわたり瑕疵が存在してはならない（BGB三二七e条一項三文）。法的紛争では、証明責任の転換によって消費者に有利に働く。デジタル製品の供給後一年以内に瑕疵が見つかった場合、その瑕疵は供給時点で既に存在していたと推定される（BGB三二七k条一項）。

3 瑕疵があった場合の消費者の権利（BGB三二七i条）

ドイツの立法者は、瑕疵があった場合の買主の権利をBGB三二七i条に定めた。デジタル製品に瑕疵がある場合、消費者は各規定に定める個別的要件の下で、

- 追完を請求する
- 契約を終了する
- 代金の減額をする
- 損害賠償又は無駄となった費用の賠償を請求することができる。

(a) 追完請求（BGB三二七i条一号、三二七j条）

消費者が追完を請求した場合、事業者は製品を契約に適った状態にする義務を負う（BGB三二七j条一項一文）。そのために必要な費用は事業者の負担とする。デジタル製品の瑕疵以上に要件は必要なく、特に、帰責性（Verschulden）は必要ない。むしろ、追完が不能であるか、又は不相応な費用によってのみ可能である場合、この請求は除外されることがある（BGB三二七j条二項一文）。

追完は、他の瑕疵担保責任に係る請求権よりも優先される。売買法におけるような他の法的救済措置は、追完が事業者によって実行されない場合、拒絶された場合又は失敗した場合にはじめて考慮される。

(b) 契約の終了 (Vertragsbeendigung) (BGB三二七i条二号前段、三二七m条一、二、四、五項)

BGB三二七m条一項は、消費者がデジタル・コンテンツに関する契約を解消 (losgen) できる要件を定めている。契約の無催告の終了が正当化されるような重大な瑕疵がある場合、無催告の終了がありえる。契約が終了した場合、事業者は消費者が支払った代金を返還しなければならない (BGB三二七o条二項一文)。場合によって、事業者の請求により、消費者は受け取った有体のデータ記録媒体を事業者に返却しなければならない。

契約の終了後、消費者はデジタル製品を使用する権利を有さない。しかしながら、事業者もまた、法律で規定された一部の例外を除き、デジタル製品を使用する際に消費者が供給又は作成したコンテンツを使用し続けることはできない。例として、デジタル画像、オーディオデータ及びビデオデータがある。消費者がこのようなデータを事業者に提供した場合、事業者はそれらを削除しなければならない。

(c) 代金減額 (BGB三二七i条二号後段、三二七n条)

契約を終了させる代わりに (「三二七m条一項に従って契約を終了させる代わりに」)、消費者は給付履行に対する対価の減額をすることができる (BGB三二七n条一文)。代金減額は、事業者に対する意思表示によって行われる (BGB三二七n条一文、三二七o条一項)。

(d) 損害賠償（BGB三二七i条三号前段、二八〇条一項、三二七m条三項）

事業者の損害賠償責任は、デジタル製品の契約において非常に重要である。⁽⁶⁷⁾ BGB三二七i条三号前段及び二八〇条一項によれば、消費者は履行とあわせて損害賠償を請求することができる。「履行とあわせて」とは、買主の法益についての損害が賠償されることを意味する。

例：アプリのソフトウェア・アップデートによりスマートフォンが破損した。消費者は、破損したスマートフォン
の修理費用を損害賠償として請求する。

BGB三二七m条一項に基づく契約の終了の要件がすべて満たされている場合、消費者は、BGB二八〇条一項の追加要件のもとで履行に代わる損害賠償を請求することもできる（BGB三二七m条三項一文）。

前記の例：消費者は修理費用及びアプリの購入費用を損害賠償として請求する。

4 特別な問題（アップデート）

デジタル・コンテンツに関するEU指令は、事業者が機器についてアップデート義務を課すことにより、デジタル製品の絶え間ない急速な発展に対応している。⁽⁶⁸⁾ デジタル要素（Digitale Elemente）とは多くの場合ソフトウェアである。⁽⁶⁹⁾ 適合性とセキュリティを確保するために、ソフトウェアは常にアップデートされなければならない。⁽⁷⁰⁾ デジタル製品は、契約上の合意に従ってアップデートされた場合のみ、主観的に契約上のものとなる。

BGB三二七f条は、アップデートを行わなければならない期間について、デジタル製品が継続的な供給が約束されているか又は一回若しくは複数回の個別的な供給が約束されているかで判別している。

継続的供給（例…ソフトウェア・サブスクリプション、クラウド・サービス）の場合は、供給期間中の継続的なアップデートが必要である。⁽⁷¹⁾ 一回的供給の場合、アップデートを行う義務は、消費者がアップデートを合理的に期待できる期間に依存する。

消費者がアップデートを合理的に期待できる期間を決定するために、デジタル・コンテンツに関するEU指令は、デジタル・コンテンツやデジタル・サービスの種類や目的だけでなく、状況や契約の種類など、いくつかの根拠を挙げています。従って、法実務はアップデート義務の期間を決定するという問題課題に直面する。⁽⁷²⁾

V B2B関係

これまでのBGB三二七条以下に関する紹介は、B2C関係、すなわち、消費者が事業者からデジタル製品を取得する際の法的関係にのみ妥当する。

ドイツの立法者には、デジタル・コンテンツに関するEU指令の規定をB2B（企業対企業）の関係にも適用させる自由があったが、ドイツの立法者は適用しないと決定した。つまり、従来のドイツ法に関する本稿冒頭の内容は、事業者間取引に引き続き全面的に妥当するということを意味する。

明確にすると次のとおりである。

- 消費者がソフトウェアを取得する場合、消費者の権利はBGB三二七条以下に従って決定される。
 - 取得が事業者によってなされた場合、売買法又は請負法の規定のみが引き続き適用される。
- B2B関係にBGB三二七条以下を類推適用することは認められない。⁽⁷³⁾ 立法者はこの問題を認識していたが、事業

者間取引についての規定を設けたため、規定の不存在という類推適用に必要な要件を欠き、B2C関係に適用されるBGB三二七条以下の規定は類推適用されない。

BGB三二七条以下に従った瑕疵担保法が、場合によっては、個々の事案においてB2B領域にとつてあまりにも広範囲に及んでいるという事実は、ドイツ立法者の手法を支持することになるかもしれない。しかし、そのような状況を特定することは困難である。ドイツの立法者は、解釈学上均質な制度を創設する機会を利用しなかった。

D 結びにかえて

デジタル・コンテンツに関するEU指令の国内法化にあたり、ドイツでは比較的複雑で詳細な規制を行わなければならなかった。この規制手法は、法制比較において非常に興味深いものである。ドイツの民法は伝統的に、簡潔に定式化された抽象的な規範及び一般条項のような規定からなっている。EU法（指令や命令）は、個別事案をできるだけ網羅しようと試みており、非常に長く詳細な規範的文言からなっているのが特徴である。加えて、多くの定義が示されることが多いが、これは通常役に立たない。このような規制手法は、コモン・ローの国々における規制手法と部分的に類似している。コモン・ローの国々では、法典編纂をする際に、考え得るあらゆる事例を規範文言に表現しようとすることが多い。その結果、近時のBGBは均質性が低下している。

なお、部分的に依然として古典的な立法手法に合致する部分に出会うことがある。その分かりやすい例として、BGB八二三条以下の不法行為法がある。これは、EU法の影響を受けた部分と対照的であり、個々の段落の長さに

よって見分けられることが多い。

*本翻訳は、来日されたフォルカー・ミヒヤエル・イエーニヒ教授が、二〇二三年一〇月六日(金)に日本大学法学部法学研究所が主催する民法研究会にて行った講演について、後に同教授の許可を得て参考文献等につき加筆修正した講演原稿を講演時の挨拶文を削除し翻訳したものである。

- (1) フォルカー・ミヒヤエル・イエーニヒ教授は、イエナ大学 (Friedrich Schiller Universität Jena) において、ドイツ民法講座及び国際的財産法講座を担当しており、チューリンゲン上級ラント裁判所判事である。
- (2) デニゼ・バウアーは、イエーニヒ教授の講座の助手である。
- (3) デジタル・コンテンツ及びデジタル・サービス供給契約の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令 (Directive (EU) 2019/770)。
- (4) この限定は消費者にデジタル製品の提供することを目的とする事業者間の契約についてのみ妥当する (BGB三二七七条、BGB三二七八条)。
- (5) *Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT, § 1 Rn. 1 und 7; BT-Drs. 19/27653, S. 2.*
- (6) *Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT, § 1 Rn. 8; Greiner, Schuldrecht BT vertragliche Schuldverhältnisse, § 1 Rn. 4; Looschelders, Schuldrecht BT, 15. Aufl, Einl. Rn. 3.*
- (7) *Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT, § 1 Rn. 9; Greiner, Schuldrecht BT vertragliche Schuldverhältnisse, § 1 Rn. 4; Looschelders, Schuldrecht BT, Einl. Rn. 4.*
- (8) *Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT, § 1 Rn. 10; Greiner, Schuldrecht BT vertragliche Schuldverhältnisse, § 1 Rn. 4,*

Looschelders, *Schuldrecht* BT, Einl. Rn. 5. 更なる契約類型については同 Rn. 6 註を参照されたい。

- (9) BT-Drs. 19/27653, S. 26.
 - (10) *Westermann*, *MüKoBGB*, BGB § 433 Rn. 10; *Bräutigam*, *NJW* 2022, 3118 (3118).
 - (11) *Heydn*, CR 2010, 765 (768).
 - (12) *Staudinger/Beckmann* (2013) BGB, § 453 Rn. 54.
 - (13) *Hoeren*, CR 1988, 908 (909) ; *Lutzenberger*, *BeckOGK*, BGB § 631 Rn. 696.
 - (14) *Lutzenberger*, *BeckOGK*, BGB § 631 Rn. 696.
 - (15) *Heydn*, CR 2010, 765 (769).
 - (16) *Heydn*, CR 2010, 765 (769).
 - (17) BGH NJW 1988, 406 (406).
 - (18) BGH NJW 1988, 406 (407).
 - (19) BGH NJW 1988, 406 (407).
 - (20) BGH NJW 1988, 406 (407).
 - (21) *Looschelders*, *Schuldrecht* BT, § 12 Rn. 20.
 - (22) *Brox/Walker/Walker*, *Besonderes Schuldrecht*, 47 Aufl. § 1 Rn. 7. *Beckmann*, *Staudinger* (2013), BGB § 453 Rn. 56; BGH NJW 1988, 406 (407 f.) ; BGH NJW 1990, 320 (321) ; BGH NJW 1990, 1290 (1291) ; BGH NJW 2000, 1415 (1415). *⁹
- 参照されたこと。
- (23) *Brox/Walker/Walker*, *Besonderes Schuldrecht*, § 1 Rn. 7; *Beckmann*, *Staudinger* (2013), BGB § 453 Rn. 58.
 - (24) *Beckmann*, *Staudinger* (2013), BGB § 453 Rn. 58; BGH NJW 1988, 406 (407).
 - (25) *Brox/Walker/Walker*, *Besonderes Schuldrecht*, § 23 Rn. 3.
 - (26) *Brox/Walker/Walker*, *Besonderes Schuldrecht*, § 23 Rn. 3.

- (27) *Heydn*, CR 2010, 765 (769).
- (28) BGH NJW 1987, 1259 (1259) ; BGH NJW 2010, 1449 Rn. 15 ff.; OLG Köln NJW 1988, 2477 (2477) ; OLG München NJW-RR 2010, 789 (790). *Beckmann*, Staudinger (2013), BGB § 453 Rn. 58. 参考もたせよ。
- (29) *Beckmann*, Staudinger (2013), BGB § 453 Rn. 58.
- (30) *Lutzenberger*, BeckOGK, BGB § 631 Rn. 700.
- (31) *Brox/Walker/Walker*, Besonderes Schuldrecht, § 1 Rn. 7.
- (32) BGH NJW 2010, 2200 Rn. 14; BGH NJW-RR 2014, 1204 Rn. 13; OLG Köln, 1988, 2477 (2477) ; OLG Köln NJW-RR 1992, 1328 (1329). 詳解は「*Bräutigam/Rücker*, CR 2006, 361 (365 f.)」を参考もたせよ。
- (33) *Looschelders*, Schuldrecht BT, § 12 Rn. 20. 区別は「*Busche*, MüKoBGB, BGB § 631 Rn. 143; *Peters*, Staudinger (2019) Vorb. zu §§ 631 ff Rn. 80; *Hoeren/Pinelli*, IT-Vertragsrecht (2022), S. 89. 直接は「*Redeker*, CR 2004, 88 *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II BT, § 19 Rn. 3. 様々な契約形態に対応した差別化を図る」を参考もたせよ。ff.
- (34) *Redeker*, CR 2004, 88 (88).
- (35) *Spindler/Klöhn*, CR 2003, 81 (82).
- (36) *Spindler/Klöhn*, CR 2003, 81 (82). 同様に *Diedrich*, CR 2002, 473 (475). 参考もたせよ。
- (37) *Spindler/Klöhn*, CR 2003, 81 (82). 亦「*Diedrich*, CR 2002, 473 (475) ; *Hoeren/Pinelli*, IT-Vertragsrecht (2022), S. 206. 参考もたせよ。
- (38) *Peters*, Staudinger (2019), Vorb. zu §§ 631 ff. Rn. 80.
- (39) *Spindler/Klöhn*, CR 2003, 81 (82) ; *Diedrich*, CR 2002, 473 (475).
- (40) *Peters*, Staudinger (2019), Vorb. zu §§ 631 ff. Rn. 80.
- (41) *Looschelders*, Schuldrecht BT, § 12 Rn. 1; *Westermann*, MüKoBGB, BGB § 433 Rn. 8; *Faust*, BeckOK BGB, BGB § 433

Rn. 26.

- (42) BGH NJW 1988, 406 (407). ソフトウェアは知的財産であり、*Brandt-Dohrn*, CR 1986, 63 (66) ; *Mehring*s, GRUR 1985, 189 (192). を参照されたい。
- (43) *Mehring*s, NJW 1986, 1904 (1905).
- (44) BGH GRUR 1985, 1055 (1056) ; BGH NJW 1988, 406 (408).
- (45) BGH NJW 2007, 2394 Rn. 16.
- (46) *Heydn*, CR 2010, 765 (772).
- (47) *Beckmann*, Staudinger (2013), BGB § 453 Rn. 36 f.; *Heydn*, CR 2010, 765 (772). 他の目的物としてのソフトウェアについて *Bartsch*, CR 2010, 553 (558) ; *Hilty*, MMR 2003, 3 f. を参照されたい。
- (48) *Looschelders*, Schuldrecht BT, § 12 Rn. 20. また *Beckmann*, Staudinger (2013), BGB § 453 Rn. 37. を参照されたい。
- (49) *Heydn*, CR 2010, 765 (772).
- (50) *Wilhelmi*, BeckOGK, BGB § 453 Rn. 171.
- (51) OLG Koblenz, CR 2008, 148 (148).
- (52) 規則 (EU) 2017/2394 及び指令 2009/22/EC を改正し、指令 1999/44/EC を廃止する物品の売買契約についての一定の側面に関する二〇一九年五月二〇日の欧州議会及び理事会指令 (EU) 2019/771 (以下「指令 (2019/771/EU)」と呼ぶ)。
 ABl. L136 v. 22.5.2019, S. 28.
- (53) 指令 (2019/771/EU) 二条八号。また *Weidenkaff*, Grüneberg, § 434 Rn. 9. を参照されたい。
- (54) 指令 (2019/771/EU) 二条一〇号。また *Weidenkaff*, Grüneberg, § 434 Rn. 9. を参照されたい。
- (55) BT-Drs. 19/27653, S. 38.
- (56) *Schrader*, JA 2022, 1 (3).
- (57) 指令 (2019/771/EU) の前文 14 も参照されたい。

- (58) デジタル・コンテンツに関するEU指令の前文19。また、指令(2019/771/EU)の前文14も参照されたい。
- (59) BT-Drs. 19/27653, 26; *Schulze*, ZEuP 2019, 695 (699 f.).
- (60) BT-Drs. 19/27653, 26.
- (61) デジタル・コンテンツに関するEU指令の前文19。
- (62) *Schrader*, JA 2022, 1 (3); *Bitner*, VuR 2022, 9 (11 f.). も参照されたい。
- (63) *Bitner*, VuR 2022, 9 (12).
- (64) デジタル・コンテンツに関するEU指令の前文41。また、*Bitner*, VuR 2022, 9 (13). も参照されたい。
- (65) デジタル・コンテンツに関するEU指令の前文41。
- (66) デジタル・コンテンツに関するEU指令の前文41。
- (67) デジタル・コンテンツに関するEU指令の前文73。
- (68) デジタル・コンテンツに関するEU指令の前文44、47、74及び七条d)並びに八条二項。
- (69) *Schrader*, JA 2022, 1 (8).
- (70) *Schrader*, JA 2022, 1 (8).
- (71) デジタル・コンテンツに関するEU指令八条二項a)も参照されたい。
- (72) *Bitner*, VuR 2022, 9 (12).
- (73) BR-Drs. 60/21, S. 20; *Stiegler*, MMR 2021, 753 f.

※本翻訳にあたり、デジタル・コンテンツに関するEU指令については、カライコス・アントニオスⅡ寺川永Ⅱ馬場圭太(訳)「デジタル・コンテンツ及びデジタル・サービス供給契約の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令(Directive (EU) 2019/770)ノモス四五号(二〇一九年)一二二頁以下を参照し、同指令に関連するBGBに

については、古谷貴之「ドイツにおけるEUデジタルコンテンツ指令の国内法化——連邦政府法律草案の検討——」産
大法学五五卷（二〇二二）二号一六一頁以下、同「ドイツ瑕疵担保法の改革（二）——EU デジタルコンテンツ指令の
国内法化——」産大法学五六卷（二〇二二）一号二九頁以下を参考にした。

日本大学法学部機関誌執筆要領

令和3年11月18日 機関誌編集委員会決定
令和3年12月15日 執行部会議承認
令和3年12月16日 教授会報告
令和4年4月1日 施行

1. 本要領の目的

本要領は、日本大学法学部機関誌編集委員会（以下「編集委員会」という）にかかる機関誌に投稿する際の基本的手順について定めるものである。

2. 投稿資格者

- (1) 法学部、法学研究科および法務研究科の専任教員、名誉教授および定年退職した元専任教員
- (2) 以下の者については、編集委員会の審議を経て単著の投稿を認めることがある。なお、投稿に際しては、法学部専任教員の推薦状を必要とする。
 - ① 法学部非常勤講師
 - ② 法学部客員教員
 - ③ 法学部以外の日本大学専任教員
 - ④ 法学部付置研究所研究員および法学部所属の日本大学研究員
 - ⑤ 法学部校友および法学部関係者で研究業績が認められる者
- (3) 学外の研究者は、法学部専任教員の投稿の共著者となることができる。
- (4) 大学院法学研究科博士後期課程学生は、指導教員の許可を得て『日本法学』に「判例研究」を投稿することができる。
- (5) 前4項の規定にかかわらず、退職記念号および追悼論文集については、別の定めによる。

3. 研究倫理の遵守と権利保護

- (1) 投稿原稿は未発表のものに限る。他誌との二重投稿は認めない。また注釈なく自己の既発表著作と重複する記述をすることは認められない。
- (2) 剽窃、捏造、改ざん等の研究不正を行ってはならない。また投稿原稿については、著作者が適正に表示されていなければならない。
- (3) 研究・調査対象に関する権利保護（資料の使用許諾や個人情報保護に関する同意等）、および翻訳に関する権利について、必要な手続きを投稿前に完了していなければならない。
- (4) 利益相反に関する倫理を遵守するとともに、利益相反情報を申告しなければならない。
- (5) 機関誌に掲載された著作物の著作権のうち、複製権および公衆送信権を日本大学法学部に譲渡する。ただし、著者自身による複製権および公衆送信権の行使を妨げない。

4. 原稿種別

投稿は以下の種別で受け付ける。

- (1) 論説
- (2) 研究ノート
- (3) 判例研究（『日本法学』のみ）
- (4) 特別講演
- (5) 翻訳
- (6) 資料
- (7) 書評
- (8) 雑報

5. 原稿の作成

- (1) 原稿は、A4用紙に適当な文字数で打ち出す。
- (2) 分量の上限は、文字数で概ね22,000字（刷り上がり約25頁）とする。それを超えるものについては、原則として分割して掲載する。ただし、編集委員会は、他の掲載原稿のページ数を勘案し、その上限の変更を認めることができる。なお半面1ページ大の図表1枚に付き900字を原稿文字数に含めるものとする。
- (3) 連載を前提とする長大な原稿についても、完結分までの完全原稿を投稿するものとする。
- (4) 表題と氏名には、和文表記および欧文表記を併記する。
- (5) 注、参考文献の表記法は、当該分野の慣例に従うものとする。

6. 原稿の提出

- (1) 原稿は、投稿票、要旨（800字程度）と合わせ、デジタルデータで研究事務課に提出する。
デジタルデータは、原則として電子メールの添付ファイルで研究事務課宛に送付する。
- (2) 原則として、投稿締切日を過ぎた原稿は受け付けない。
- (3) 原稿提出後の原稿の差し替えはできない。

7. 審査

別に定める「日本大学法学部機関誌審査要領」に則って行う。

8. 校正

- (1) 執筆者による校正は、原則再校までとする。加筆、訂正は最小限とし、特に再校時に頁数が変わるような加筆や削除は避ける。再校返却の際は、タイトル頁に「校了（または責了）」と明記する。

- (2) 校正は1週間程度で返却しなければならない。著しい返却の遅滞は、次号掲載になることもありうる。

以 上

- 本誌に掲載の全ての論文につきましては、以下の Web サイトで PDF を電子公開しております。

日本大学法学部ホームページ (<https://www.law.nihon-u.ac.jp/>)

- 本誌の受入れに関しまして、送付先（住所・宛先等）の変更や受入辞退等がございましたら、以下まで御連絡ください。

<連絡先部署> 日本大学法学部研究事務課

(住 所) 〒101-8375 東京都千代田区神田三崎町 2-3-1

(T E L) 03-5275-8510

(F A X) 03-5275-8537

(E-mail) kenjimu.law@nihon-u.ac.jp

執筆者紹介

掲載順

セレナ・フランコ
蓮田哲也

日本大学准教授
日本大学准教授

機関誌編集委員会

委員長
副委員長
委員

柳瀬 亨 昇
竹本 介
原山 浩
石橋 正
大岡 聡
大久保 也
小野 美
加藤 雅
黒滝 真
小林 聡
高畑 明
友岡 仁
中村 彦
野村 広
松島 直
山本 夫
渡辺 史
池田 直
杉本 竜
生垣 也
前田 実

日本法学第九十卷第一号

令和六年六月十五日印刷
令和六年六月二十五日発行
非売品

編集責任者
日本大学法学会
小田 司

発行者 日本大学法学会
電話〇三(五二七五)八五三〇番

東京都千代田区神田猿樂町二一ー二四 A&Xビル
印刷所 株式会社メディオ
電話〇三(三二九六)八〇八八番

N I H O N H Ō G A K U
(JOURNAL OF LAW)

Vol. 90 No. 1 June 2024

~~~~~  
CONTENTS  
~~~~~

ARTICLE

Franco Serena, *The Characterization of the Violation of Trade Secrets*
— *Some Perspectives from the Doctrinal Opinions*
regarding EU Conflict Rules on Non-Contractual
Obligations —

TRANSLATION

Volker Michael Jänich, Denise Bauer, *Verträge über digitale Produkte,*
translated by Tetsuya Hasuda