

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⁾⁽³⁾。

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。)」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、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る。

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され、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項が適用される^⑭。」^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、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と説明している。⁽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⁽²⁶⁾（2項）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との見解がある。⁽²⁸⁾ 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E Mは性質決定の根拠としては脆弱である。加えて、E M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、E M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との見解がある。⁽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項は市場という言葉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るとき、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になる。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、⁽⁴⁸⁾ 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合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、市場の範囲に包含さ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ため、その結果として、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す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るべきであるとされ、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ないと解されている。⁽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項に基づき通常的不法行為と性質決定され、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、その準拠法は通常的不法行為規則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が見られるが、EU法からなん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 三五号一七五頁を参照。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を参照。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を参照。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）』山田鐐一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』舟宗曉信編ほか（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二二号（二〇〇六年）二三三―二三五頁を参照。

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) 一二三—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) 一三二—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・中川淨宗「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の考察」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の考察」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巻十二号（二〇〇九年）一六二―一六五頁。
- (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〕」国際商事法務三八巻一号（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 ECPIL 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22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/j_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)二三三頁・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—三七頁・小野木・前掲注(3)一三三頁・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」三二—三三頁・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。