

# ドイツ国際私法改正法（一九九九年）における不正競争

相澤 吉晴

## I はじめに

II 「契約外債務関係および物権についての国際私法のための一九九九年五月二日法律」における不正競争

一 民法施行法第四〇条を適用する見解

二 民法施行法第四〇条を類推適用する見解

三 民法施行法第四一条を適用する見解

四 不文の抵触規則を適用する見解

五 効果主義を類推適用する見解

## III おわりに

## I はじめに

二〇〇六年六月に成立した「法の適用に関する通則法」（適用通則法）においては、不法行為一般の準拠法については一七条に、生産物責任、名誉または信用毀損についてはそれぞれ一八条、一九条に規定が設けられているが、それ以外の不法行為類型については特則は設けられていない。そして、当面の問題たる不正競争についても、立法過程において特則を設けるべきかどうか検討されたものの、結局立法化は見送られた。<sup>1</sup> このような状況は、「契約外債務関係および物権についての国際私法のための一九九九年五月二日法律」において不正競争に関する規定を設ける

ことを断念したドイツのそれと類似している。そこで、本稿においては、ドイツにおける当面の問題の解決の態様<sup>(2)</sup>について、規定の内容を紹介するとともに、それをめぐって蓄積している判例・学説の展開を跡づけてみることにしたい。そのことによつて、わが国における当面の問題に関する解釈論の進展にわずかも寄与できれば望外の幸せである。

## Ⅱ 「契約外債務関係および物権についての国際私法のための

### 一九九九年五月二一日法律」における不正競争

ドイツにおいては、「契約外債務関係および物についての国際私法のための一九九九年五月二一日法律」<sup>(3)</sup>(連邦官報第一部一〇二六頁)が同年六月一日から施行されている。<sup>(4)</sup>

「不法行為」に関する規定の部分は、以下のものである。

#### 第四〇条 不法行為

(一) 不法行為に基づく請求権は賠償責任を負うべき者が行動した国の法による。被害者は、その法に代えて、結果が発生した国の法が適用されることを求めることができる。この選択権は、第一審最初の訴訟期日の終了までか、書面による予審手続の終了まで行使することができる。

(二) 損害賠償責任を負うべき事故の発生当時、賠償責任を負うべき者と被害者が同一の国に常居所を有したときはその国の法による。会社、組合または法人に関しては、主たる営業所の所在地、もしくは営業所が関与しているときはそのような営業所の所在地を常居所とみなす。

(三) 外国法に基づく請求権は、以下に定める場合には行使できない。

一 本質的に損害の賠償に必要な限度以上に行使されるとき

二 明らかに被害者の適切な補償以外の目的に用いられるとき、または

三 ドイツ連邦共和国の加盟している条約の責任法上の規定に反するとき

(四) 不法行為の準拠法または保険契約の準拠法が直接請求権を認める場合に、被害者は賠償責任を負うべき保険業者に対してその請求権を行使することができる。

第四条 本質的により密接な関連性

(一) 第三八条ないし第四〇条第二項に定める準拠法よりも本質的により一層密接な関係を有する法が存在する場合には、その法が適用される。

(二) 本質的により密接な関連性は、とくに以下の事由によって発生する。

一 債務関係と関連する当事者間の個々の法律関係または事実関係もしくは

二 第三八条第二項および第三項ならびに第三九条の場合においては、訴訟事件当時の同一国における両当事者の常居所。但し、第四〇条第二項第二文は準用される。

第四条 法選択

契約外債務関係の成立事情の発生後、当事者は準拠法を選択することができる。第三者の権利は害されない。

四〇条は不法行為の準拠法について定め、原則として不法行為地法主義を採用し加害者の行動地をもって不法行為地とする（一項一文）<sup>(5)</sup>。しかし、行動地と結果発生地が異なる場合には、被害者は結果発生地国法の適用を求めることができる（二項二文）<sup>(6)</sup>。これは行動地と結果発生地のいずれをも不法行為地と認めるいわゆる偏在理論である。<sup>(7)</sup> 以上の原則に対する例外は以下の三つの場合に認められている。まず、加害者と被害者が行為が行われた当時、同一国に常居所を有する場合であり、この場合には同一常居所地国法が適用されなければならない（二項一文）<sup>(8)</sup>。つぎに、

以上のようにして選択された法よりも、本質的により密接な関係を有する法が存在する場合には同法が適用されなければならぬ(四一条一項)<sup>(9)</sup>。さらに、当事者の事後的な準拠法の選択が第三者の権利を侵害しない範囲において認められている(四二条)<sup>(10)</sup>。なお、外国法が準拠法となった場合の特別公序条項として以下の三つの場合には当該外国法上の請求権は認められない(四〇条三項)<sup>(11)</sup>。まず、準拠外国法が過度な賠償範囲を定めている場合であり(一号)<sup>(12)</sup>、つぎに、外国法が不適切な賠償目的を有する場合であり(二号)<sup>(13)</sup>、さらに、外国法がドイツの批准した条約に反する場合である(三号)<sup>(14)</sup>。

一九九九年の国際私法典は、ドイツの参事官が提案した解決はいずれにせよ民法施行法四一条の回避条項によって特別な抵触規範がなくとも得られ、その表現および特に四〇条一項の基本原則に戻らなければならない限界確定がさらに論争を含むという理由で特別連結の規則を断念した。<sup>(15)</sup>

#### 一 民法施行法第四〇条を適用する見解

##### (一) 市場地は行動地および結果発生地でもあると理解する見解

このような見解を明らかにした判例としては、二〇〇三年三月二七日のミュンヘン上級地方裁判所の判決が挙げられる。ミュンヘン上級地方裁判所は、弁護士事務所の構成員がイギリスの出版企業によるドイツの弁護士事務所リンク表の公表に反対した訴訟について、次のように判示した。すなわち、「請求に対してはドイツ法が適用される。なぜなら、異議を唱えられている出版は、内国において問題となる市場における関係——工業所有権の保護の領域における弁護士および特許弁理士による役務提供の給付——に影響を与えるのに適しているし、そうするのに供されている。そのような市場関連的な競争行為の場合には、民法施行法改正以後においても競争者の競争利益が衝突する場所が行動地(民法施行法四〇条一文)とも結果発生地(民法施行法四〇条二文)ともみなされなければなら

ない<sup>16)</sup>と。また、同様の趣旨を明らかにした判例として、二〇〇三年一月三日のミュンヘン上級地方裁判所の判決が挙げられる。ミュンヘン上級地方裁判所の判決は、特に補充的な競争法上の寄与保護が問題となった事件において、次のように判示した。すなわち、「本件においては、不正競争防止法が民法施行法四〇条、四一条に従い適用されることを地方裁判所が認めたのは正当である。ここでは関係しない事件状況を別とすれば、不正競争、特に補充的な競争法上の寄与保護の場合には、競争者の競争利益が衝突する場所が連結にとつて重要である。この利益の衝突は本件においてはドイツにおいて行われている<sup>17)</sup>と。最後に、やはり同様の趣旨を明らかにするものとして、二〇〇三年一月九日のケルン上級地方裁判所の判決が挙げられる。ケルン上級地方裁判所は、ドイツにおいて活動している弁護士が、オランダで債務者相談を行っているオランダ居住のドイツ国民を、不正な法的相談を理由に訴えた事案において、次のように判示した。すなわち、「——当事者間においては争われていないが——ドイツの実質規範が決定の基礎にされなければならない。これは、一方では、民法施行法四〇条一項から引き出される。それによれば、まず第一に、債務者が行動した場所が基準とされる。市場地、すなわち競争者の競争利益が衝突する場所が——すでに、法典化されていない以前の法と同様に——行動地とみなされる。この市場地はドイツである。なぜなら、——少なくともその一部は——被告たる（潜在的な）委託者も原告もドイツにおいて生活している。さらに、原告はドイツの法律相談も不正競争防止法も基礎とすることによつて民法施行法四〇条一項二文の意味で結果発生地法を選択したが、その方式要件は存在しない。最後に、被告は、原審が不当にドイツ法を適用したということを控訴理由にしているから、民法施行法四二条に従い法選択も前提しなければならない<sup>18)</sup>と。なお、二〇〇四年五月一三日の連邦通常裁判所の判決は、外国（本件においてはルクセンブルク）において行われた特別催事に関してドイツ国内の新聞において公表された広告に対してドイツ競争法を適用するかどうか問題となった事案において、次のように判示した。

すなわち、「控訴審が以下のことを前提としたのは妥当である。すなわち、競業行為の準拠法の問題については不法行為地法が基準となり、競業利益の衝突地のみが不法行為地とみなされる。そこで、競業法は不正な競業行為を防止しなければならない。広告および契約締結の際の不正な行為から保護されるという競業法によって保護される——したがって法的連結の際に考慮されるべき——市場関係者としての潜在的な顧客の利益およびそれから発生する公正な競争に対する公衆の利益もまた、この場所において関係する。これは、民法施行法四〇条の妥当性のもとでも堅持されなければならない。控訴審が法的な出发点においてさらに以下のことを承認したのは妥当である。すなわち、商人がその商品または給付を国境を越えて提供する場合においては、市場地はその後の販売が別の市場において行われているとしても、広告手段が顧客に対して作用する場所である」と。

まず、Sackによれば、国際競業法においては原則として不法行為地法主義が適用される。不法行為地法主義を具体化する場合には、市場関連の競業行為と営業関連の競業行為とを区別しなければならないとされる。そして、市場関連的な競業行為の場合には——民法施行法四〇条一項によっても——不法行為地は原則として競業者の競業利益が互いに衝突する場所である。それが競業利益の衝突地である。行動地は市場関連的な競業行為の場合には市場の相手方へ作用する場所である。<sup>(20)</sup> この市場地は結果発生地でもある。<sup>(21)</sup> 広告行為の場合には、広告市場地とともに販売市場地法をも適用すべきかが問題となる。通説が原則としてこれを否定し広告市場地法のみを適用したのは正当である。以後の販売が別の市場で行われたとしても、広告が市場の相手方へ作用した場所、すなわち広告市場が基準となる場所である。改正民法施行法によれば、広告行為の対象となる販売市場が四〇条二文の意味での結果発生地であるか否かという問題が提起される。広告行為を判断しなければならない場合には、これを否定しなければならない。広告市場地は民法施行法四〇条一項一文の意味での行動地であるだけでなく、民法施行法四〇条二文の意味での

結果発生地でもある。なぜなら、広告行為の結果は呼び掛けを受ける顧客に対する作用である。広告行為の場合には、行動地と結果発生地は一致する。これに対して、別の国での販売市場に対する効果は広告行為の結果発生地の決定にとつては重要ではない。<sup>22)</sup>しかし、広告行為が特別な事情に基づいて広告市場地法よりも販売市場地法と本質的に密接な関係を有する例外が存在する。その場合には、販売市場地法と本質的により密接な関係を有するから、民法施行法四一条により販売市場地法が適用されなければならない。<sup>23)</sup>直接に且つ顧客または当該企業の供給者を介さずに、直接にこれらに向けられる営業関連的な競争行為、例えば、不正競争防止法一七条、一八条違反または保護権の侵害に対する不当警告の場合には、結果発生地はこの企業の所在地である。行動地は営業関連的な競争行為の開始地である。顧客または供給者を害して企業に向けられる営業関連的な競争行為、例えば、ボイコットの要求または営業誹謗の場合には、行動地は行為が開始し顧客または供給者に作用した場所である。結果発生地は被害を受けた企業の所在地である。多国間競争行為の場合には、従来市場地主義が適用された。私見によれば、民法施行法四〇条以下はそれを何ら変更していない。それによれば、そのような多国間競争行為に対しては市場の相手方へ作用するすべての国の法が適用される。単一の国際的な競争行為の場合にも競争法上の効果は関連する各国の法により各国で妥当する法に基づいてそれぞれ別個に判断されなければならない。非難されている競争行為がA国の市場に関するものであれば、A国法が適用されなければならない。A国法により禁止されれば、別の国では以後の広告市場地法および販売市場地法に違反していないとしても請求を認容しなければならない。逆に、非難されている競争行為がA国法により許されていれば、別の国での別の広告市場地法および販売市場地法に反するとしても、A国の領域についてはA国の競争法によっては禁止されない。この前提の下では、A国の市場における国際的な広告活動がA国の競争法に反する場合には、A国の市場へ作用するような広告活動の部分のみが法的には禁止される。したがって、例えば、ドイツの競

業法によって禁止されるのは、ドイツ市場において市場の相手方へ作用する競争行為<sup>23</sup>だけである。しかし、実際には、これは競争法において一般に行われる差止請求および侵害除去請求の場合には、不可分の多国間競争行為<sup>24</sup>に關しては全体としてはじめて禁止できることになる。したがって、訴権を有する商人および団体は多国間競争行為と關係する国々の競争法のうち最も厳格な国の競争法によって事実上不可分の全体の競争行為を禁止する権限を有する。通説はそれを濫用とは考えていない。したがって、損害賠償請求の分割をも行わなければならない<sup>25</sup>。また、Sackによれば、民法施行法四〇条二項の規定は不法行為地法主義より優先して共通常居所地法を適用すると規定している。しかし、この連結は純粹な營業關連的な競争行為の場合にのみ適合する。これに対して、市場關連的な競争行為の場合にはこれは拒否しなければならない。なぜなら、市場關連的な競争行為の場合には、それは抵触法上制限される unnecessary 競争の不平等を導くからである。共通常居所地法を適用する場合には、当事者が当該市場において現実に他の企業と競争している場合にのみ競争の不平等が憂慮されるのではない。むしろ、第三者による潜在的な競争の可能性が存在する場合にも競争の不平等の恐れがある。なぜなら、競争法において一般に行われる差止処分は将来について妥当し、競争者にとつて原則として排除されないからである。さらに、Sackによれば、國際競争法においても市場關連的な競争行為が問題となる限り、法選択の合意は拒否しなければならない。なぜなら、民法施行法四〇条、四一条によって指定される市場地法とは異なる法の選択によって、保護される第三者の利益および公衆の利益が侵害されるからである。最後に、Sackによれば、四〇条三項は、旧民法施行法三八条の原則を維持し、特別公序規範として倍額賠償（一<sup>26</sup>号）または懲罰賠償（二<sup>27</sup>号）を規定する外国法の適用を禁止している。さらに、民法施行法四〇条三項三号に規定された國際協定の責任法上の規定の優先は國際競争法の領域においては現在のところ意義を有しない<sup>27</sup>と。

つまり、Dehloffによれば、民法施行法四〇条一項によれば、不法行為に基づく請求権は賠償責任を負うべき者が

行動した国の法による。しかし、被害者は、その法に代えて、結果が発生した国の法が適用されることを求めることができる。法案理由書によれば、従来の原則に合致する連結は不正競争に関する特別な抵触規範がなくとも得られる。もちろん、これが教義学上納得いくようにどのようにして達成されるかは依然として未解決のままである。この連結がすでに民法施行法四〇条の基本原則の適用により明らかになるのか、それとも契約外債務関係の領域全体について本質的により密接な関係を有する国の法を適用することを可能にする民法施行法四一条の回避条項を介して初めて明らかになるのかはすでに不明確である。競争抵触法については一般的には回避条項を介して解決を求めるのは疑問にぶつかる。これは、基本原則とは異なる特別連結を可能にするのに役立つのではなくて、個別事案における連結の修正に役立つ。しかし、行動地への連結の優位のために基本原則の枠内での解決もまた問題であると思われる。従来の原則に最も良く合致するのは、競争利益の衝突地もしくは市場地が同時に行動地および結果発生地であることを承認することであると思われる。<sup>(28)</sup> また、Dehloffによれば、共通の企業本拠地法は複数の市場に作用する国際的な競争行為の場合には市場地への連結の重要な限界ではない。なぜなら、そのような競争行為は典型的に市場の相手方へ向けられるからである。従来の判例は市場地連結を例外的にのみ破っている。従来の判例が内国人間の外国での競争の場合に共通本国法たるドイツ法を適用するのは、競争行為が特に内国の競争者に向けられ、第一に外国の消費者および公衆の利益に関係しない場合である。これは顧客に関係するすべての競争行為において拒否しなければならない。共通の企業本拠地への連結は、外国市場においてもつばら内国人が競争するという——実際重要ではない——場合においても問題とされるべきではない。むしろ、顧客に向けられて競争行為は原則として市場地法により判断されなければならない。<sup>(29)</sup> 最後に、Dehloffによれば、複数の国に作用する国際的な競争行為の場合の位置づけは一方ではかなりの不安定性を伴う。ある競争行為が他の国とのみ関連性を示す場合には、市場の相手方への作用地として理解される

市場地はたいてい容易に探求される。これは、一方では当該企業の広告活動もしくは販売活動が特定の外国市場を指しているということである。この目標に基づいて、競業行為は実際にも当該市場の参加者へ作用する。広告活動および販売活動は大衆事象であるから、作用は通常些細なだけではない。したがって、原則として広告活動および販売活動が作用すべき市場の相手方へ知覚可能な程度にある国において作用する。他方では、競業行為は作用地が直ちに  
ある国の領域と事実の関連性を設定するというように具体化される<sup>30)</sup>、と。

さらに、Kohlerによれば、ドイツ競業法の空間的適用範囲は原則として内国に限定される。国際私法の抵触規範(民法施行法四〇条―四二条)はドイツ競業法を適用するためにどのような内国との関連性が必要であるか涉外的関連性があるにもかかわらずドイツ競業法が適用されるのはどのような場合であるかを定めている<sup>31)</sup>。競業違反は不法行為である。不法行為に対しては一九九九年六月一日以降、民法施行法四〇条、四一条が適用される。民法施行法四〇条一項一文によれば、不法行為に基づく請求権は原則として賠償義務者が行動した国の法による(行動地)。しかし、民法施行法四〇条一項二文によれば、行動地国法に代えて結果発生地国法が適用されることを要求することができる(結果発生地)。その限りにおいて選択権が存在する。四〇条二項―四項は特別規定を含み、そして、民法施行法四一条一項(本質的により密接な関係)も特別な規定を含む。市場関連的競業行為の場合には、したがって市場の相手方へ作用する場合には、行動地と結果発生地は通常一致する。したがって、この区別は重要ではない。したがって、基準となるのは、――従来<sup>32)</sup>の不法行為地主義と同様に――市場地、すなわち、競業者の競業利益が衝突する場所である。おそらく正当な見解によれば、市場地連結は民法施行法四〇条一項の目的論的解釈の方法で根拠づけられなければならない。これは競業法の特殊性から正当化される。なぜなら、一般的な国際不法行為法は個人法的保護を義務づけるのに対して、競業法はその他の市場参加者の利益および公正な競争に対する公衆の利益を保護するからである。

民法施行法四一条の回避条項は、法領域全体の特別連結を機能させるものではなくて、むしろ個別事案における連結の結論の修正を可能にするものであるから、民法施行法四一条の回避条項による必要はない。<sup>(33)</sup> 民法施行法四一条一項によれば、市場地主義の例外が考慮されるのは、正当に『本質的により密接な関係』が別の国と存在する場合である。<sup>(34)</sup> 市場との関連性が存在しない場合には、相手方へ作用せず、競争行為に対して国際不法行為法の『古典的な規則』が適用されなければならない。したがって、競争違反の行動地ないし結果発生地（民法施行法四〇条）が重要である。<sup>(35)</sup> 企業の共通本拠地法の適用は、競争違反については妥当しない。その限りにおいては、民法施行法四〇条二項二文は制限的に解釈されなければならない。<sup>(36)</sup> 民法施行法四〇条三項の規定によれば、外国法に基づく請求権が行使できないのは、それが（一）本質的に損害の賠償に必要な限度以上に行使されるとき、もしくは（二）明らかに被害者の適切な補償以外の目的に用いられるときである。したがって、外国法に基づいて発生する法的効果（例えば、懲罰賠償）は制限される。<sup>(37)</sup> 民法施行法四二条一文によれば、ドイツ国際不法行為法においては侵害事実発生後の法選択の合意は原則として可能である。しかし、これは競争法については妥当しない。なぜなら、違反によってその他の市場関係者および公衆の利益も侵害されるからである。しかし、競争違反についてもますます営業所所在地国主義が妥当することからして、もはやこの根拠は納得がゆかない。なお、民法施行法四二条二文によれば、第三者の権利は害されない。<sup>(38)</sup> 法選択の合意は、通例有意義ではないとしても、競争違反についても原則として可能である。<sup>(39)</sup> 多国間競争行為の場合には、複数の法が並存して適用される。しかし、区別しなければならぬ。損害賠償請求の場合には、常にそれぞれの法に従い個別的市場毎に別個の考察を行わなければならない（損害の分割）。ひとつの市場法による全体的損害の清算は問題とはならない。その限りにおいては、証明の問題を除けば、原則として問題は発生しない。差止請求の場合には事情は異なる。この場合には、メディアの性質に応じて区別しなければならぬ。マーケットが属地的に区別して形

成されている場合、例えば、ドイツおよび外国における雑誌の異なる発行の場合には、異なる法が並存して適用され、行為の各部分はその市場の法に従い判断される。これに対して、特にラジオやインターネットのような不可分の行為の場合には、営業所所在地主義 (TDG 四条が関与しない限り)、原則として準拠法が累積的に適用される<sup>(4)</sup>、と。

また、Junkerによれば、結論的には、市場地連結は四一条、四二条が妥当したとしても存続するという一致が存在する。立法資料は四一条一項の回避条項の連結によって市場地連結を導こうとしているのに対して、文献の一部は四〇条一項の修正解釈によって市場地連結の根拠を基本的連結に求めようとしている。すでに従来の法によるのと同様に、四〇条二項二文によっても、競業がもつばら内国に本拠を有する企業間で行われるか競業行為が内国の競業者に意図的に向けられる場合には、企業の共通本拠地法が適用される<sup>(4)</sup>、と。

最後に、Drealによれば、連邦通常裁判所の見解によれば、すでに一九九九年以前に展開された市場地連結は民法施行法四〇条一項の枠内においても双方向的抵触規範として維持される。行動地および結果発生地は解釈を必要とする概念である。民法施行法四〇条一項の目的論的解釈は、非難されている不法行為的違反の性質および自国市場における競争関係の統一的な規制に対する国家の特殊な利益を、そこで現れる第三者の利益を顧慮して考慮に入れなければならない。したがって、無体財産権におけると同様に、競業法においても行動地と結果発生地とは区別されないことを前提としなければならない。むしろ、民法施行法四〇条一項一文および二文の適用の枠内において常にもつばら競業利益の衝突地としての市場に位置づけられなければならない。行動地と結果発生地とは一致するため、民法施行法四〇条一項二文により被害者に対して選択権は与えられない。したがって、市場地主義は民法施行法四〇条一項から展開される。本質的により密接な関係を有する場所への連結を可能にする民法施行法四一条の回避条項に準拠する必要はない<sup>(4)</sup>、と。市場関連的な競業行為の概念は拒否しなければならない。不正競業防止法三条における新ドイツ競業

法的一般条項に表現される現代の理解によれば、すべての競争行為は競争に対する効果を概念的にすでに前提とする。競争はつねに市場において行われるから市場所属性がすでに競争行為とみなされる<sup>(45)</sup>。と。市場地主義から離れた共通本国法の適用は、いずれにせよ現代競争法に照らして意図的に特定の競争者に向けられる競争行為（いわゆる双方向的競争行為）についても基礎づけられない。この特別連結は訴訟当事者の利益のみが侵害されるという誤った前提から出発している。実際、市場地主義とは異なる競争上の判断は市場地における競争を制限し、同一の競争条件を奪うことによって市場地における他の企業および顧客の競争上の利益を侵害する<sup>(46)</sup>。と。最後に、民法施行法四二条一文は、不法行為法上の訴訟当事者に事後的法選択を許しているとしても、その適用は競争法上の訴訟においては拒否されなければならない。なるほど、民法施行法四二条二文は第三者の権利は侵されないことを保障している。なるほど、この規定は法選択権の排除をもたらしものではなくて、そのような選択の効力の制限に過ぎない。第三者に対する法選択の効果は法的な領域ではなくて、もっぱら経済的な領域にある。訴訟に関与しない第三者は、訴訟当事者が市場地主義と異なる法の適用を合意しても、訴権を有する限り市場地法による保護を失わない。しかし、二重の危険が残る。より厳格な法が選択された場合には、市場地における競争の自由が制限される恐れがある。合意はカルテル法上重要な合意に近くなる。より緩やかな法が合意された場合には、市場地法とは異なる競争法上の請求は場合によっては否定される。競争参加者の平等の思想に基づき、顧客の利益をも保護する競争保護尾制度においては、そのような法選択は耐え難い。請求を放棄するという、つねに原告に与えられる権利はそれとは別である。民法施行法四二条一文の不適用は規定の適用範囲の目的論的解釈によって基礎づけられる<sup>(45)</sup>。と。同時に複数の国々の市場に作用する競争行為（いわゆる多国間不法行為）の取り扱いが問題となる。ここでは、市場地主義が複数の法秩序の累積的適用へ導く<sup>(46)</sup>。したがって、ある行為が不正であるかどうかは各市場地法に従い別個に探求されなければならない（モザイク的考察<sup>(46)</sup>、

と。  
(二) 行動地を市場地と理解する見解

まず、Hellichによれば、競争違反の場合の損害賠償請求についても、原則として、一項の行為地主義が妥当する。判例は、従来、競争者の競争利益が衝突する市場地を行動地とみなした。一九九九年五月二一日の法律による改正後も、これを堅持しなければならない<sup>(47)</sup>。また、外国市場における内国企業間の競争については、競争が内国から操作されているとしても、原則として市場地法たる外国法が妥当する。内国企業が外国における競争を内外競争者との関係においてドイツ競争法に従い行う義務は一般的には存在しない。外国市場における競争がもつばら内国に本拠を有する企業間で行われるか競争行為が意図的に内国競争者に向けられている場合には、二項二文により共通本拠地法たるドイツ法が妥当する。二つのドイツ企業が外国市場地に本拠を有している場合には、二項二文によっても市場地法が妥当する、と。<sup>(48)</sup>

次に、Spiekhoffによれば、(ほとんど重要ではない)優先的な条約以外においては、四〇条―四二条が妥当する。不正競争に関する国際私法は原則として不法行為法的に性質決定される。したがって、今後は原則として法選択は可能である(四二条)。四二条二文によれば、第三者の権利は害されない。法選択は当事者間においてのみ有効であるということとを別とすれば、不正競争法は市場地国およびその他の市場関係者の法適用利益をも念頭に置いていることを顧慮しなければならぬ。したがって、法選択の可能性は四二条に従い純然たる営業関連の要件事実に限定されなければならない。契約に附随する連結(四一条二項一号)も関係当事者の利益の保護のみが問題となる場合にのみ考慮される。その他の点においては、四〇条一項の行為地主義が妥当する。原則として、競争不法行為の行為地(行動地)は、競争者の競争利益が衝突する場所に存在する。広告市場と販売市場とが異なる場合においては(特定の手段

によつて顧客が獲得される場合においては）、作用地が決定する。単なる準備行為は、一般的な原則に従い排除されなければならない。その他の行動地も重要ではない。したがつて、外国における顧客に作用する競争行為が内国から操作されている場合には、内国は重要な行動地ではない。なぜなら、そうでなければ、その競争を外国市場において内国競争法の規則に従い行う内国競争者の拒否すべき一般的な義務へ導くであろうから。法的に争っている二人の競争者がその主たる管理機関ないし関係している営業所を競争作用地とは異なる国に有している場合には、もつぱら競争法の追及する目的を考慮して二項の共通属人法の連結が適当である。共通本国法たるドイツ法が妥当するのは、外国市場における競争がもつぱら内国企業間で行われるか競争行為が意図的に内国競争者に向けられている場合だけである。競争法が追及する市場地国およびその他の市場関係者の法適用利益ならびに競争者の平等取り扱ひの原則が、その他の場合においては、（競争作用行動地の意味での）行為地主義に有利に二項から離れることを命ずる。なぜなら、その場合には、競争作用地は本質的により密接な関連性（四一条一項）を示すからである<sup>(4)</sup>、と。

さらに、Glöcknerによれば、民法施行法四一条の規則は一般的な連結規則が個々の事案の特殊性のため不適当であると思われる場合に限定されなければならない。これに対して、市場地主義は個々の事案の特殊性に基づくものではない。したがつて、市場地主義は依然として民法施行法四〇条の枠内において（規範の構造のために、今後はもちろん『行動地』が問題とされなければならないが）不法行為地の具体化として解釈されるか——優先的に——これに関する特別連結として解釈されなければならない。民法施行法四〇条の枠内においてすでに行われる行動地を市場地とする具体化のために、別の国とより密接な関係が存在するということは一般的には考えられない。例として挙げられた関係者間の関係は、通常の場合において国際公正法における一般的な市場地主義から離れることを支持しない。それは、いずれにせよ『契約に附従的な』競争違反について考慮される。これに対して、単なる競争関係からは、競争

者の共通本国法とのより密接な関係は発生しない<sup>(50)</sup>。また、加害者と被害者とが同一国に共通常居所を有する場合には、民法施行法四〇条二項に基づいて市場地主義が制限されるかどうかは問題である。そのような処理に断固反対するのは、民法施行法四〇条二項に準拠して掘り崩される民法施行法四〇条一項との関係において市場地主義は完結した特別規定であるということである。これは価値的ではなくて形式論理的に基礎づけられる。共通住所地法の優位は、通常、当事者間に存在する法的関係を考慮した不法行為地の偶然性もしくは同一の外国に住所を有する人的集団内の不法行為のような不法行為の社会学的理め込みによって基礎づけられる。市場法はその性質上国家的かつ属地的である。公正法もそれに分類される。外国において活動する者は、外国市場を目指し外国市場法に従い処理されることを期待する。その本国法の適用へ導く外国競争者の『完結した社会』という前提は誤っている<sup>(51)</sup>、と。

また、Hohlochは新法について次のように述べている。すなわち、立法者意思によれば、四〇条―四二条による改正は、従来の法状況を変更するものではない。新法は、従来の判例を継承して、従来と同様に、すでに（市場地としての）行動地を競争に固有に形成することによってこの関心事を考慮している。従来制限的のみに許されていた『共通の本国法または本拠地法』の適用は、共通の本拠地法ではなくて市場地法が適用されなければならない場合において、四一条二項一号が適用され、四〇条二項の適用範囲が事例群に固有に制限されることによって新法によっても達成される<sup>(52)</sup>、と。

最後に、Ehrlichによれば、ドイツの判例は競争利益の衝突地法を競争行為に適用する。この連結は不法行為地主義の不法行為地の競争に特有な決定の意味で理解され、民法施行法四〇条一文（行動地）に位置づけられなければならない。広告の事例においては、この場所は顧客の決定に作用した場所に存在する。その限りにおいては、販売市場は顧慮されない。この抵触規則は適切である。競争者および消費者の利益が市場地への連結を要求する。消費者は

外国市場においてはここで妥当している基準に従わなければならない。不法行為に関する接触法から解釈によって演繹することもまた説得力がある。文献の一部によって主張されているカルテル法への競争法の接近はいずれにせよそのように指定された市場法秩序の統一的な連結へ導かない。共通本国法の適用は稀にしか可能ではない。欺罔的広告の場合においては共通本国法の適用は排除される。なぜなら、常に消費者への作用が存在するからである。広告による拡散的な不法行為の場合に適用されるべき法秩序の制限がドイツの判例によって示されている。印刷物の場合においては、通常の営業の範囲内にある販売が基準となる。一般的には、客観的に認識可能な広告の方向が決定する。この際には、徴表とみなされるのは、言語、販売またはディスクレーマーの空間的な制限である、と。

(三) 行動地ないし結果発生地ではなくて市場地を不法行為地と理解する見解

まず、Kippelによれば、一九九九年の国際私法改正以来、準拠法の決定に関しては民法施行法四〇条、四一条が関係する。なぜなら、不正法違反は、国際私法上、不法行為であり、ドイツ法においては国際競争私法は国際不法行為法の一部であるから。したがって、原則として行動地法もしくは選択的に結果発生地法が適用される。しかし、市場関連的な競争違反については（民法施行法四〇条一項から導かれるが）、市場地法、不法行為の不法行為地法すなわち不正法上の利益の衝突地法が適用される。競争者ではなくて消費者または公衆の利益が関係する場合には、いわゆる市場作用地がその下に理解されなければならない、と。原則として、国際的な競争行為（いわゆる多国間競争）の場合には、市場地主義が基準となるから、複数の法が並存して適用される、と。

同様に、Viarelloによれば、原則として、不正競争行為も民法施行法四〇条の意味での不法行為に分類される。一般不法行為の連結規則は競争の特殊性を十分に評価していない。市場における行為を規制するという競争の機能も考慮されていない。不法行為法について今後も妥当する民法施行法四〇条一項による行動地への連結も、被害者による

結果発生地の選択権を認めることによって競業法の領域において法的安定性（判決の予測可能性）の要件を十分に満たしていないし、競争者同一条件も保証していないし市場地国の法適用利益も十分には考慮していない。さらに、競業法における連結点としての不法行為地の競業的決定は避けられない。競業法の実質法上の保護対象の複雑性は公正法の国際的問題について国際私法上の一般的な不法行為準拠法によることを禁止する。<sup>57)</sup> 一九九九年五月二日の国際私法改正によっても、競業違反の市場地への連結が堅持されなければならない。しかも、それが民法施行法四一条に由来するか判例および文献における通説の援用によって根拠づけられるかに関わりない。したがって、競業法上の抵触規範として、民法施行法四〇条一項は出発点としてのみ妥当する。競業法上の抵触規範が行為秩序としての競業法の機能を要求する限り、不法行為法上の抵触規範から離れなければならない。不正競業の事例に適応するための不法行為法の抵触規範の『精緻化』が『不法行為地法主義の競業に特有な形成』という標語のもとに扱われる。<sup>58)</sup>

市場地主義は原則として適切な連結規則である。なぜなら、それは公正法の行為規制機能を最も良く通用させることができるからである。公正法は関係している利益が衝突し自由な競争活動が展開される市場において規制的に作用する。そこにおいて、それぞれの市場地国がその正当な法適用利益を有し、すべての競業者のための同一条件を創造する課題を有する。<sup>59)</sup> つぎに、競業法上の連結規則の緩和としては、法選択、回避条項（修正条項）、附従的連結（特殊な関係の準拠法）が挙げられる。そして、Viannelloによれば、とくに法選択については、競業抵触法に法選択を導入することに不利な根拠があり、市場経済が機能するために競業法によって保護される公益が抵触法により指定される法の適用を断念しようとするかどうかを問題にすることを困難にしている。なお、事後的法選択を明示的に許容する民法施行法四二条も競業違反の場合に事後的法選択を拒否することに反しない。競業違反は、契約外債務関係および物についての国際私法のための一九九九年の法律によって規律されていないからである。<sup>60)</sup> また、回避条項（修正条

項)については、ドイツの競争抵触法は一方的に外国においてもドイツの消費者を保護することになるのではなくて、(ドイツ)市場において集合する利益全体を考慮しなければならない。したがって、同業者、消費者および公衆を等しく考慮することが公正法の実質的な保護目的を最も良く評価する<sup>(61)</sup>。さらに、営業関連的な競争侵害と市場関連的な営業侵害との区別に関しては、実質的な競争規範の明白な保護目的がまず営業に向けられ市場に向けられていない場合にも、法的安定性を考慮して市場関連的な連結原則を堅持することは無理であると思われる。なるほど、その連結の場合の一定の国際私法上の首尾一貫のなさは、この実質法上の評価のために甘受しなければならないが、もっぱら営業に関連する競争違反を除外することは、一般不法行為法と特に近いことを考慮して弁護されなければならない<sup>(62)</sup>。さらに、営業関連的な競争違反の場合には、特別な関係の準拠法への連結は、すでに一般的な行為地主義の適用可能性から正当化される。なぜなら、直接個々の競争者に向けられる双方向的な競争違反の場合には、不法行為地はそのつど被害を受けた競争者の営業所在地に存在するからである<sup>(63)</sup>。最後に、多国間競争行為については、特に、インターネットにおける不正広告もしくは衛星電波によるラジオ放送のような実際に不可分な競争行為が問題である場合には、み、伝統的な市場地連結から離れることが正当化される。ここでは、国際的に頒布される雑誌における不正広告とは異なり、不正広告が印刷された形式で実質的に存在するから技術的にも特定の国に限定される頒布地へ連結することはできない<sup>(64)</sup>、と。

## 二 民法施行法第四〇条を類推適用する見解

Mankowskiによれば、市場地連結は、方法的には最も具体的には民法施行法四〇条一項の類推的な(修正)解釈によつて原則的な連結規則自体に基礎づけられる<sup>(65)</sup>。そして、結論的には、これを達成するためには、市場地を行動地ともみなす技巧的手段をとることができる<sup>(66)</sup>。新法において市場地連結を救うために、民法施行法四一条の回避条項を頼

りにすることは重大な方法上の疑問を喚起する。なぜなら、民法施行法四一条のような回避条項は、原則的連結の具体的な機能的失敗を修正するが、一般的な機能的失敗を修正するものであつてはならないからである。<sup>(67)</sup>『疑わしい場合のための』連結規則、すなわち、特別な不法行為類型のための連結規則を定める権限を判例に与えることは法的な枠組みに適合しない。<sup>(68)</sup>また、Mankowski によれば、市場地連結を特殊な行動地連結として理解することは、公正法の特殊な規制機能に目を向けて現代不法行為法の原理のひとつを強く強調することによって正当化される。公正法ににとつては競争行為および行為の防止が中心である。公正法は、行為すなわち市場における地位の獲得のための闘争、競争の際の行動を規制する。公正法は目指された結果ではなくてむしろ行為を規制する。カルテル法は結果に係する。公正法は行為者の側面を対象とし、被害者の側面を対象とする(侵害された市場関係者の観点)。行為者の側面に対応するのは行動地への連結である。民法施行法四〇条一項のもとで行動地連結として理解することが最も問題がなく、かつ理論的にも実際のにもきれいだである。広告を行うものが活動し、活動を展開する、<sup>(69)</sup>また、内国人間の外国での競争の特別な取り扱いに対しては、重要な実質的理由が反対する。<sup>(70)</sup>第一に、そのような特別な取り扱い市場事象を粉砕する。それは個々の市場参加者の特別な競技規則へ導く。これは基本的には市場の基本的理解に反する、<sup>(71)</sup>と。第二に、そのような特別な扱いは競争者同一条件を確立するという競争法の基本的関心に反する。すべての競争者は法の前に平等であり、平等に取り扱われなければならない、<sup>(72)</sup>と。第三に、そのような外国での競争は有機的には外国市場における事象の一部として展開される、<sup>(73)</sup>と。第四に、国際的な判決の調和が外国市場における内外の競争者の平等取り扱いを支持する、<sup>(74)</sup>と。さらに、民法施行法四一条の回避条項は、国際競争法においては市場地連結に対してほとんど貫徹できない。<sup>(75)</sup>市場地国以外の国の法との密接な関係は本来確認できない。回避条項の適用は逆に市場における抵触法上の競争者同一条件を破壊し、原理的に望ましくない結果を示す、<sup>(76)</sup>と。最後に、法選択の可

能性については、競争法が（特別な）不法行為法であるから事後的な法選択を認めることは競争法の特別な目的論および保護の三角形と調和しない。なるほど、競争法は特別な不法行為法である。しかし、正当に強調すれば、不法行為法の特別法である。特殊な不法行為的性格が逆にその他の不法行為類型について展開された一般的な規則が妥当するか修正されるかという根本的な疑問を提起する、と。

### 三 民法施行法第四条を適用する見解

#### (一) 市場地主義

まず、Schaubによれば、全く支配的な見解によれば、国際不正競争法の事実是不法行為準拠法に依らしめられる。競争規則違反を理由とする競争者に対する不法行為責任を超える競争法上の請求権もまたそうである。行為地はここでは一般的に国際競争法におけるのと同様に競争に特有に決定されなければならない。通常、競争利益の衝突地（これは原則として市場地となる<sup>(28)</sup>）の法が適用されなければならない。これは、民法施行法四〇条二項を介して初めて可能となる。なぜなら、競争行為は（利益の衝突の意味で）競争行為が効果を及ぼす場所とは別の場所（行動地）でしばしば行われるからである、と。また、同一常居所地国法の適用については、改正後は、民法施行法四〇条二項を介して適用されるこの一方的な抵触規則は、（競争者の利益のみならず顧客および市場地国の利益にも奉仕する）競争法の保護目的のためにだけではなくてヨーロッパ法的視点に基づいて輸出の自由という観点からも疑問である、と。

つぎに、Hoffmannによれば、営業関連的な競争行為の場合においては、一般的な行為地主義から離れることを必要とする理由は存在しない。一般的な不法行為法的連結の場合と同様に、個人保護が中心である。したがって、国際不法行為法の一般的な連結原則に留まる。すなわち、競争侵害は営業活動の侵害と同様の法に服する。民法施行法四〇条以下が無制限に適用されなければならない。事後的な法選択（民法施行法四二条）が存在せず、かつ行為地主義

の緩和を支持する観点(民法施行法四〇条二項、四一条)が認定できない場合には、偏在主義(民法施行法四〇条一項)の形で行為地主義に留まる。<sup>(80)</sup>改正国際私法によっても、市場関連的な競争違反は市場地へ連結される。しかし、これが行為地主義(民法施行法四〇条)の適用を介して得られるのか、それとも回避条項(民法施行法四一条)を介して得られるのかは問題である。立法者は、いずれにせよ四一条の助けによって解決が達成されると確信して競争法の特別規制を断念した。<sup>(81)</sup>民法施行法四一条の法適用者もまた民法施行法四〇条と四一条の順位関係を常にケース毎に解決することに制限されていない。むしろ、民法施行法四一条は、特別な不法行為類型についての特別な規則の形成を可能にして法的安定性に奉仕する。したがって、市場関連的な競争違反においては回避条項が援用されなければならない。不正競争法は競争者の保護だけではなく同様に消費者の保護および競争の機能の保護にも奉仕する。客観的な行為規範違反が警告される。すなわち、公共性および第三者の利益が関係する。したがって、市場地への連結が正当である。すなわち、行動地および結果発生地への連結は二当事者関係においてのみ適合する。民法施行法四〇条が指定する法よりも、この国の法と『本質的により密接な関係』が存在する。したがって、営業関連的な競争違反と市場関連的な競争違反との区別が適用されるべき抵触規則をも決定する。営業関連的な侵害の場合には、個人保護が中心であるから、一般的な行為地主義から離れることが必要ないのに対して、民法施行法四一条一項によれば、市場関連的な競争違反は市場地法に服する。そして、まず、競争者の侵害―同業者保護の場合においては、民法施行法四一条により、原則として市場地法としての商品販売市場地法を基準としなければならない。<sup>(82)</sup>つぎに、顧客の侵害―消費者保護の場合においては、外国での広告催事および販売催事の競争違反は、民法施行法四一条により、市場地法よりもそこの法に従う。<sup>(83)</sup>さらに、拡散的不法行為の場合においては、競争違反が問題となる限り、民法施行法四一条により、もっぱら市場地へ連結されなければならない。<sup>(84)</sup>また、当事者自治に関しては、市場関連的な要件事実ではな

くて営業関連的な要件事実の場合においては、第三者の利益が関係しないから、民法施行法四二条が適用される<sup>(85)</sup>。最後に、附従的連結に関しては、営業関連的な競争違反の場合には、一般的な行為地主義の適用に基づいて民法施行法四一条二項一号により特別な関係の準拠法への連結が正当化される、と。

さらに、Thunkenによれば、今後は、一九九九年六月一日以降は、競争に関する事実は民法施行法四〇条の適用範囲に入る。一方では、競争違反の連結の場合には民法施行法四〇条が基準とされ、それが修正的に解釈されなければならず、他方では、民法施行法四一条の回避条項が援用される。この場合には、後者の解決を選択すべきである。なぜなら、それが最もよく立法者の検討理由に合致するからである。回避条項は、特に、立法者の積極的な「包装された」意思表示によって計画的な欠缺を隠す目的を有する。したがって、全く——場合によっては法政策的にも——望ましくない連結を修正するのが回避条項の性質である。（契約外債務関係および物権に関する）国際私法補充法の最初の草案においては、不正競争の場合の民法施行法四〇条二項二号に、一九九九年には民法施行法においては継承されなかった市場地の連結が含まれていたという事実も計画的な欠缺を支持する。立法者の動機は、できるだけ柔軟な国際不法行為法を創造することであった。それは、まさに競争法の領域においても貫徹されなければならない、と。

また、Zornによれば、国際私法の非法定化が残した計画的な欠缺を民法施行法四一条一項の回避条項によって補充する方法が最もきれいな解決である。さらに、それが、柔軟な国際不法行為法を創造することを関心事とする立法者の動機にも最もよく合致すると思われる、と。

同様に、Bahrによれば、国際競争法の従来の規則は国際私法改正後においても妥当するから、市場地への原則的な連結については何も変更はない、と。むしろ、公式な立法理由に基づいて民法施行法四一条の例外的規定が教義学上の基礎として援用されなければならない。民法施行法四一条に従い、本質的により密接な関連性を有する国の法が適

用されなければならない。この規範が競争法のような不法行為の特別な領域部分の場合の個別的な連結を可能にする<sup>(91)</sup>。と。営業に関連する競争行為の場合においては、営業に関連する競争行為が由来するか、侵害された企業がその本拠を有する場所へ連結される。これを規定しているのが、今後は民法施行法四〇条二項二文である。それによれば、会社、組合または法人に関しては、主たる営業所の所在地、もしくは営業所が関与しているときはそのような営業所の所在地へ連結される。それは、これまで、すでに判例において承認された原則の法典化である<sup>(92)</sup>。と。二人の内国人の外国における競争の場合にも、民法施行法四〇条二項二文に従い連結されなければならない<sup>(93)</sup>。と。消費者保護に関係する競争行為の場合には、民法施行法四〇条二項二文は適用されない。なぜなら、消費者の常居所地と企業の常居所地は一致しないからである。この場合においては、むしろ、民法施行法四一条二項一文が採用されなければならない。なぜなら、消費者に係る競争行為 (Gran-Canaria 事件、Kaffee-Fahren 事件) の場合には、具体的な個別事案の事情からより密接な関連性が明らかになるからである。民法施行法四一条が今後本質的により密接な関連性のこの原則を規定している<sup>(94)</sup>。と。国際私法改正後においても、国際競争法における法選択は不可能である<sup>(95)</sup>。と。民法施行法四〇条三項は公序の特別な場合を規定している、言い換えれば、民法施行法三〇条に代わるものである。この規定の適用については、民法施行法六条の場合と同様に、まず内国との関連性が必要となる。さらに、その規定は激しい逸脱の場合にのみ働く。法的効果は金額に従い請求を制限することである<sup>(96)</sup>。と。

加えて、Looschelders によれば、まず、競争法違反に基づく請求権はドイツにおいては伝統的に不法行為法として性質決定された。したがって、民法施行法四〇条―四二条が適用される。しかし、国際不法行為法の一般規則はそのまま競争法違反に対して適用することはできないことは承認されている。しかし、立法者は特別連結を断念した。基準となったのは、競争法の特異性を四一条に基づいて考慮することができるという考えであった<sup>(97)</sup>。と。つぎに、民法

施行法四〇条―四二条を適用する場合には、市場関連的な競争違反と営業関連的な競争違反とを区別しなければならない。市場関連的な競争違反は通常多数の競争者の権利を侵害する。そのため、ここでは二当事者関係に合致した四〇条―四二条の規則は限定的にしか適合しない。したがって、通説は行動地と結果発生地との区別を断念し、競争者の競争利益が衝突する場所としての市場地法に統一的に市場関連的な競争違反を依らしめる。判例および学説は、これを主として行為地主義の具体化として理解している。新法に基づいて、一部では四二条一項も基準とされている<sup>(98)</sup>、と。そして、市場関連的な競争違反の場合には、広告市場と販売市場が異なることがある。この場合には、もっぱら広告市場へ連結される<sup>(99)</sup>、と。当事者の共通常居所地（民法施行法四〇条二項）もしくは当事者間に存在する特殊な関係（民法施行法四二条二項）を考慮して市場地連結を破ることは、市場関連的な競争違反の場合には問題とならない。（事後的）法選択（四二条）も問題とならない<sup>(100)</sup>、と。最後に、営業関連的な競争違反は直接個々の競争者に向けられる。したがって、侵害は市場を介して初めて行われるのではない。この領域においては、国際不法行為法的一般規則が無制限に適用される。競争違反が行われた場所が行動地とみなされる。侵害された企業の所在地が結果発生地である。行為地主義は関係者の共通常居所地（四〇条二項）もしくは関係者間に存在する特殊な関係（四二条二項一号）によって排除される。四二条一文により、当事者は事後的法選択によって準拠法を決定することができる<sup>(101)</sup>、と。

なお、Krophollerによれば、一九九九年の新民法施行法は、一九八四年の草案において規定された解決が民法施行法四二条の回避条項によって特別な抵触規範がなくとも得られるという理由で、不正競争の特別な規範化を放棄した。しかし、民法施行法四〇条一項において規定された偏在主義および、もっぱら当事者の共通常居所地による緩和（民法施行法四〇条二項）は、ここでは適合しない。不正競争の枠内においては、通例第三者および公衆の利益も働くか

ら、当事者自治は排除されたものとみなされる。したがって、全く不正競争に関する国際私法の固有な規範化の動機が存在した、と。

最後に、Wagnerによれば、競争法は契約外の行為規範に対して防御請求権および損害賠償請求権によって制裁を加え、その限りにおいては不法行為の特別法であり、それについては四〇条以下が基準となる。立法者は、計画されているローマII指令の五条とは異なり、製造物責任の場合と同様に、特別な抵触規範を意識的に断念した。代わりに、立法者は、不法行為についての抵触法を機械的に、かつ単純に適用してはならないのであって、競争法の価値自体と一致する限りにおいてのみ適用してよいという見解を表明した。競争法は機能的な市場および効率的な経済構造のための公正な寄与競争の保護を目的とする。その市場のために法的に創造された経済空間すべてがその際に遵守されるべき規則を決定する。したがって、旧法におけるのと同様の状態が妥当する。競争抵触法においては、関係企業がどこにその本拠地を有するか、商品がどこで製造され、どこへ供給されるかが重要なのではなくて、この行為がいずれの市場に効果を及ぼすかが重要である。おそらく、四一条一項を適用して、競争違反はもっぱら市場地、すなわち、競争利益が衝突する場所に位置づけられるであろう。顧客が競争違反の方法でグランカナリアにおいて売買契約の締結へ誘引された場合には、商品がドイツにおいて販売されていたとしても、スペインに市場地が存在する。二つのドイツ企業がベルギー市場をめぐる競争している場合には、そこでの競争行為は四〇条二項にもかかわらずベルギー法によって判断されなければならない。これは、通説に反して、競争行為が、この唯一の競争相手にのみ向けられている場合にも妥当する。なぜなら、そうでなければ、ドイツ競争法は市場地法たるベルギー法によれば合法的なものを場合によっては禁止することになるからである。<sup>(10)</sup> また、Wagnerによれば、複数の国民経済に影響を及ぼす競争行為は、市場地連結に基づいて、この市場における競争を規制する法秩序全体で評価されなければならない。この累積的效果はヨーロッパ域内市場にお

いても受忍しなければならない。なぜなら、構成国の法秩序が調和されない限り、異なる市場において活動する提供者は、その市場において妥当する異なる規則を遵守しなければならないからである<sup>(16)</sup>と。

## (二) 効果主義

Velkenによれば、契約外債務関係および物についての国際私法政府草案理由において表現され通説に合致する国際競争法の国際不法行為法的性質決定は、法解釈学の承認された原則によれば拘束力はない。ここでも論議されない競争法的サンクシヨンの個人保護機能からして（も）民法施行法四〇条の意味での不法行為法的性質決定が肯定されるとしても、特に競争法の実質規範の目的に基づいて具体化される効果主義は、なるほど修正された不法行為地への連結としては正当化されないが、民法施行法四一条一項の回避条項により正当化される<sup>(16)</sup>と。

四一条一項を介して効果主義の適用を提唱するものとして、Feserの見解も挙げられる。Feserによれば、国際競争法においては、競争にとつて重要な特定の行為が、それが効果を及ぼす特定の市場において競争秩序の保護に対するすべての市場関係者および公衆の利益を衡量して禁止されるべきかどうかという問題が関係する<sup>(16)</sup>。また、Feserによれば、連邦通常裁判所が行っている競争利益の衝突地への連結は競争制限禁止法一三〇条二項に規定されている効果主義とほとんど類似している<sup>(16)</sup>。そして、Feserによれば、競争市場効果の概念については、公正法においては市場に対する具体的な効果の存在ではなくて、単に潜在的な効果が確定できるか具体的な市場に対して効果を及ぼす客観的な適格性が確認されなければならない<sup>(16)</sup>。上で主張した市場効果概念の具体化の構想は、それぞれの内外国の保護の必要性を問題とし、一方的にドイツ市場における競争の保護の必要性を基準にしないから、効果主義を双方向的抵触規範として理解することと調和する。後者の理由から、直接性の基準または国内市場に関する効果の重心の援用による概念の具体化が出てくる。具体化の要素としての感知可能性の限界は、もっぱら国内市場における感知可能性を問題と

するのではなくて、問題となる外国市場における感知可能性をも審査するという基準によって双方向的抵触規範としての効果主義の構想と原則として調和する<sup>(9)</sup>。感知可能性は、市場効果概念を具体化する修正を引き出すためにそれぞれの保護の必要性を基準とするという上で主張した構想の枠内においては、市場に特有な保護の必要性を測定するため考慮される複数の基準のうちのひとつである。もうひとつの可能な基準は、もっぱら国内市場のみを理解するのでなければ、市場侵害の明白な重心の確認である<sup>(10)</sup>。Fezerによれば、鉄鋼輸出判決の原則の移植に対しては、外国市場における複数の競業者間の関係におけるのと同様の理由が反対する。競業抵触法の連結の場合には、個々の事例に則して行う競業法上の保護目的の衡量のみが重要である。市場関係者の出身地の形式的な考察に基づく本国への固定的な連結は妥当ではない。さらに、同一の実用性の疑問が存在する。結局、外国市場において内国の消費者の利益に意図的に向けられる競業行為の事例群の場合には、この外国市場において存在する競業者の利益が無視される。当該市場において存在する外国の供給者が内国の消費者の需要に対する影響とどの程度関係するかが問題とされていないからである。したがって、この場合にも公正法の対象となる保護利益の純粹市場関係的な考察にとどまらなければならず、当該市場関係者の共通の出身に基づく例外を設けるべきではない。利益の抵触の解決に基づくそのような市場関係的な審査は、競業利益の衝突が本国市場において認められる場合、特に事実関係がもっぱら内国と関連するため外国市場における競業利益が問題とならない場合には、消費者と供給者の共通の本国法が適用されるという結論になる<sup>(11)</sup>。Fezerによれば、民法施行法四二条は契約外債務関係の領域における事後的法選択を規定している。公正法上の事実についての法選択の可能性の明示的な制限は法律に含まれていない。しかし、公正法を含む国際競業法全体においては法選択の合意の可能性の余地は存在しない。その限りにおいて、民法施行法四二条は目的論的に制限されなければならない。なるほど、公正法についても事後的法選択の可能性が妥当することは、監督法的構成のカルテ

ル法と異なり、公正法の市場統制法的目的は私法的公正の規範によって実現されることよって根拠づけられる。立法者は、いわば民事法上公正違反に対して措置を行う競争者に公正法上の市場統制保護を委任した。それによって、立法者は当事者自治から独立した競争保護を免除されたのであろう。しかし、公正法の領域における法選択の可能性に関する立法者意思は明示的には確認できない。特に、立法者は国際不法行為法を法典化する場合に不正競争法と一般的な不法行為法との間の構造的な原則的相違を承認したにもかかわらず、私的自治的な法選択と公正法の市場統制的性格との間に原理的に存在する矛盾を見落とし、意識的に法選択の可能性をこの領域においても導入しようとしなかった<sup>(13)</sup>。なお、Fenzlによれば、附従的連結はドイツ抵触法上利益抵触の解決によっても効果主義を基礎とする場合にも市場関係的な競争行為については少なくとも拒否される。民法施行法四一条二項一号は一般的な不法行為法の領域において附従的連結を許容している<sup>(14)</sup>、と。

#### 四 不文の抵触規則を適用する見解

まず、Hefemannによれば、民法施行法三八条ないし四六条の改正によっては市場地を基準とする市場関連的競争行為についての国際競争法の特種性は薄弱とはならなかった。一般不法行為法へのそのような分類は四〇年前の法状態への逆戻りであるから、法律上の指示もしくは同様の基礎づけがなければ承認できないであろう<sup>(15)</sup>。

つぎに、SchrikerおよびBodewigによれば、ドイツ国際私法によれば、原則として競争利益の抵触の重心が存在するそれぞれの市場の法が適用されなければならない。複数の市場が平行的に関係する場合には、『多国間不正競争』国家法は並存して、各国市場について各国法が援用されなければならない。付随的にしか関係しない市場は考慮されない<sup>(16)</sup>。『抵触法上の知覚可能性の限界』。学説および実務において展開された規則は、本質的には民法施行法四〇条、四一条改正後も適用される<sup>(17)</sup>、と。

さらに、Samson によれば、市場地国の目的誘引者としての責任、市場地国の統治領域における競争違反に対する市場地国の共同責任は市場地主義の教義上の基礎である。ここで主張している理論的出发点は国際不法行為法の思想から独立して市場地主義を基礎づける。それは、競争事件において市場地主義を国際不法行為法から独立した固有な抵触法規則と考えている。目的誘引者思想が市場地主義の教義上の基礎として、国際競争法は国際不法行為法の下位事例として分類されないという法律観を支持している<sup>10)</sup>、と。

また、Hausmann / Oberfell によれば、一九九九年の契約外債務関係の抵触法の改正は、無体財産権法および競争法に関する詳細な議論なしに行われた。明示的な抵触規範は無体財産権法についても制定されなかった。立法者は、公正法に関しては判例が展開した市場地連結の存続を前提としていた——必要な場合には、民法施行法四一条の回避条項に準拠してであるが。有力な文献および不法行為準拠法に固執する今日まで不変の判例の基礎づけによっても、国際公正法は伝統的に国際不法行為法に位置づけられる。国際公正法を不法行為準拠法として評価することは、もちろん重大な疑問にぶつかる。今後、民法施行法四〇条一項に基礎づけられる行為地主義は、一般不法行為法的な涉外事件の連結に適合的である。競争法的事実の連結には直ちには移せない。すでに、競争法を不法行為法として実質法上性質決定することが疑問にぶつかる。しかし、まさに、競争法の保護方向の変化からして、国際的な競争違反に対して不法行為法上の行為地主義を適用することは適切ではないと思われる。特に、市場におけるすべての競争者の競争法上の機会（競争条件）平等の原則は、不法行為法上の行為地主義の不変の継承を禁止する。なぜなら、行為地主義ないし偏在主義を適用する場合には、内国から外国市場において行動する企業は、二つの法秩序に従うため、外国市場においてその競争相手に比べて競争上不利を被る。したがって、少なくとも、競争行為の抵触法上の連結の場合には、競争法上の特殊性が浸透しなければならず、国際公正法における行動地と結果発生地との区

別は実行可能でもないし適切でもない、と。新国際不法行為法後に妥当する民法施行法四〇条一項二文に従い結果発生地に関する被害者の選択権と結合した民法施行法四〇条一項一文の行動地連結の優位は、公正法においては重大な困難にぶつかる。それは、利益の衝突地を行動地と明示的に同視するか四〇条一項二文による選択権を排除することによって初めて解消される。さらに、民法施行法四二条により不法行為法において許されるような国際公正法上の事実における（事後的）法選択は、競争条件平等の原則からも要求される法的安定性の理由から存在しない。民法施行法四〇条二項による共通常居所地法への連結も、競争抵触法においては貫徹できない。他方においては、国際公正法上の事実に対して不法行為地法主義を原則として適用しようとする者も、国際不法行為法と国際公正法との重要な區別を見落としている。しかし、その者は、多数の例外を（少なくとも立法者によっても考慮される民法施行法四一条一項に従い『本質的により密接な関連性』という教義学的な出発点を介して）定めることで満足しているから、ここで主張している見解から生ずるのと同じ結論が結局得られる。なるほど、連邦通常裁判所も原則として不法行為地法主義を国際的な競争違反の抵触法上の取り扱いの出発点として援用するが、不法行為の決定をますます競争法上の特殊性に合わせている。したがって、本来、国際不法行為法に合致した行為地主義の適用、したがって民法施行法四〇条以下に依ることを放棄することが得策であると思われる、と。ドイツ国際競争私法は——国際無体財産権法と同様に——従来法典化されていないことによって特徴づけられる。むしろ、国際公正法は不文の抵触規則に基づいて判断される、と。——すでに民法施行法四〇条における行動地と結果発生地との区別の例および民法施行法四二条による法選択権の例において示されるように——原則として、国際競争法上の事実には不適合な民法施行法四〇条以下の規定からして、結論的には、民法施行法四〇条以下による不法行為準拠法への教義学的な準拠は、完全に放棄すべきである。通説の一部によって実践されている、民法施行法四一条一項の回避条項における競争準拠法への教義学的な位置

づけも体系的な基本的疑問にぶつかると。民法施行法四一条一項の回避条項は、民法施行法三八条―四〇条において典型化された連結規則から離れることを許し、判断されるべき事実が本質的により密接な関係を示す別の法の適用を許している。この例外規定の前提は、常に、民法施行法三八条―四〇条における連結規則は、それとは偶然的な関係しか存在せず、それから身近な法のために離れることが許される具体的な法を適用する資格を有する。しかし、民法施行法四〇条一項および二項は、競業法上の事実について保護目的利益を考慮して具体的な準拠法を指定するのに適していない。しかし、民法施行法四〇条に包摂されない特別な『不法行為類型』についての連結規則のより一般的な修正のために、民法施行法四一条は援用できない。国際契約法について並行的に妥当する民法施行法二八条五項の回避条項に基づく評価の移植も、それ以上役立たない。なぜなら、民法施行法二八条二項ないし四項の原則―例外の関係に関する議論とは別に、いずれにせよ契約抵触法的連結は必要ではあるが、競業抵触法的連結の場合には、不法行為抵触法的分類は疑問である。したがって、回避条項の適用は、すでに最初から問題とはならない。したがって、契約外債務関係に関するドイツ抵触法の改正において、個々の定式の提案にもかかわらず考慮されていない競業法は、不正競争の特殊性に合った独自の連結規則を要求する、と。競業に特有な連結が、競業抵触法上の事実の解決には最もよく適合すると思われる、と。決定的なのは、競業手段が利益の衝突地としての市場の相手方へ作用する市場地の決定である、と。不正競争行為において、民法施行法四〇条二項の意味での共通本国への連結は拒否される、と。完全に不法行為法的連結から開放されて競業に特有に連結する、ここで主張される見解によっても、回避条項の適用は考慮されない。なぜなら、それぞれの事実の最も密接な関係としての市場地法を探索することは、競業法の保護目的に方向づけられた競業に特殊な連結の性格を形成し、『より密接な関係』は思考論理的に排除されるからである、と。関係者間に存在する契約関係への競業法上の事実の附従的連結は、考慮されない、と。法選択の合意による異なる法

秩序による並行訴訟の望ましくない取り扱いを回避するためには、結論的には公正法の領域における法選択の可能性は排除されなければならない<sup>(18)</sup>、と。広告市場と販売市場が異なる場合には、広告市場を基準とする文献および判決実務における通説に賛成しなければならない<sup>(19)</sup>、と。

最後に、Klingerによれば、通説に従えば、国際競争法は依然として国際不法行為法の一部であり、不法行為法と競争法との間の機能の相違に負う行為地主義の競争に特有な形成に過ぎない。新民法施行法は、それ自体を何も変更するものではない。しかし、競争法上の特別連結が民法施行法四〇条一項の基本原則の適用範囲に入るのか、民法施行法四一條の回避条項に基礎づけられるのかに関しては争いが存在する。競争法の大部分を個別的修正のために考えられた回避条項に一般的に服させることに對して有力な論拠が反対するとしても、行動地への連結を優先して民法施行法四〇条一項に包摂するのも困難をもたらす。市場地が行動地として捉えられるのか、もしくは結果発生地として捉えられるのかまたは同時に行動地かつ結果発生地として捉えられるのが不明確である。この根拠のために、そして不法行為法とはかなり異なる競争法の保護目的から、競争抵触法を国際不法行為法から解放することが益々擁護されているが、そのことは、もちろん市場地主義自体が侵されていることにはならない。そのことが国際競争法において重要な利益に最もよく合致する、と。

##### 五 効果主義を類推適用する見解

Baierによれば、競争法は、特定の状況においては、競争上の個別的利益の保護、すなわち、競争者の個別的利益の保護に奉仕する。その限りにおいては、競争法は不法行為法であり、この領域については、抵触法上、民法施行法四〇条以下に依らなければならない<sup>(20)</sup>、と。また、競争上の集団的利益の侵害は、抵触法上、競争制限禁止法一三〇条二項に挙げた基準により判断されなければならない。それが競争法に適合する限り、カルテル法の基準が類推適用さ

れなければならぬ。したがって、行動が外国において誘発されていたとしても、行動がドイツにおける競争に効果を及ぼす場合には、ドイツ法が適用される。したがって、決定的なのは、問題となる行為が競業者間の競争または部門外の企業の行為もしくは顧客または供給者の決定の基礎もしくは決定の過程に影響を与えるか与えるのに適している場所が重要である、と。さらに、Beier によれば、多国間競争行為については、各国の抵触法が自らいずれの国の競争法が適用されるかを決定する場合には、競争行為は場合によっては異なる複数の厳格な競争法上の基準で判断される。行動する企業は、複数の国で一体となる広告キャンペーンを開始することを長所と考える場合には、法的な許容性を問題とするすべての法秩序に従い審査しなければならない。さらに、企業は、疑わしい場合には、その広告活動の広い部分が競争法上緩やかな要件の妥当する国に関係しても、最も厳格な法の基準に従わなければならない、と。

同様に、カルテル法上の効果主義を類推適用する見解として、Koss の見解が挙げられる。Koss によれば、国際的にも適合できる競争法の今後の展開にとっては、今後も不法行為法的考察方法を「基準とするかすでに競争法の市場統制的性格を承認し、実質的な結論のみならず解釈学的にも競争法の様々な分野において抵触連結を適合的に形成するかが全く本質的に重要である。それに対しては、効果主義 (Auswirkungstheorie) と (客観化された) 利益抵触的解決 (Interessenkollisionslösung) とが実質的に近いため、利益抵触解決と作用理論 (Einwirkungstheorie) を保持するのが法体系的に必要であり、『言語的に精緻』であると反論される。さらに、効果主義のために支配的な利益抵触的解決から離れることは、『不正競争の文脈にカルテル法上の原則を無用に適応させるという代価を払ってのみ行われるというのであれば必要ない』と言われる。他方では、公正法において効果主義を援用することは公正法を不法行為法から解放するのに必要な一歩を可能にすることが了解されている。まさに言語的な精緻さの理由から古い概念を堅持しないで、反対に競争法抵触法の元来の個人法的な基礎づけが古くなっていることを概念的にも承認するという主張が

正当であるかが問われなければならない。まさに作用理論の使用している概念がいかに不正確であるかを、文献における作用概念の異なる解釈の広い幅が示している。最後に、主観的な基準を客観化するという作用理論の多数の試みからして、カルテル法上の効果主義を公正法に適応させることが作用理論を公正法における機能変化に適応させることよりも浪費となるとは承認できないであろう、と。

### Ⅲ おわりに

改正民法施行法後においても、判例・学説状況はほぼ継承されている。

まず、不正競争についても改正民法施行法四〇条を適用（市場地は行動地および結果発生地でもあるとする見解として、二〇〇三年三月二七日のミュンヘン上級地方裁判所の判決、二〇〇三年一月一三日のミュンヘン上級地方裁判所の判決、二〇〇三年二月一九日のケルン上級地方裁判所の判決、Sack, Dehlof, Köhler, Junker, Drex, 行動地を市場地と理解する見解として、Heldrich, Spickhoff, Glöckner, Hohloch, Ehrlich, 行動地ないし結果発生地ではなくて市場地を不法行為地と理解する見解として、Klippel, Vianello）ないし類推適用する見解（Mankowski）と、不正競争については四一条（例外条項）が適用されるとする見解（立法資料、Schaub, von Hoffmann, Thünken, Nett, Looschelders, Bahr, Kropholler, Wagner）とが対立している。そして、不正競争行為は『市場関連的競争行為』と『営業関連的競争行為』に区別される（Sack, Vianello, von Hoffmann, Spickhoff, Looschelders, Köhler, Klippel, なお、Beaterは、『競争上の個別的利益の侵害』と『競争上の集団的利益の侵害』とに区別し、Bahrは、『営業に關係する競争行為』と『消費者保護に關係する競争行為』とに区別する。但し、Drexl, Hausmann / Oberfellは、『市場関連的競争行為』と『営業関連的

な競争行為』との区別に反対し、市場と関連しない競争行為についても市場地主義を維持する)。一方では『市場関連的な競争行為』の場合には不法行為地は市場地 (Sack, von Hoffmann, Spickhoff, Hausmann / Oberfell) によれば、販売行為の場合には販売市場地、広告行為の場合には広告市場地) であり (Sack, Köhler, Vianello, Schrickler および Bodewig, von Hoffmann, Thünken, Spickhoff, Looschelders) 他方では『営業関連的な競争行為』の場合には不法行為地は「被害を受けた企業の所在地」であるとする見解 (Vianello, Bahr) と、一般の国際不法行為法の規則、すなわち偏在主義によるとする見解 (Sack, von Hoffmann, Spickhoff, Looschelders, Köhler, Klippe) が対立している。つぎに、同一常居所地国法の適用については、不正競争一般について、外国における内国人の競争について四〇条二項二文により同一常居所地法たる内国法の適用を肯定する見解 (Bahr) 四〇条二項二文により不正競争一般について肯定されるとする見解 (Heldrich, Junker)、『営業関連的な競争行為』についてののみ肯定されるとする見解 (Sack, von Hoffmann, Spickhoff, Looschelders は四〇条二項により、Hohloch は、四一条二項一号による) 不正競争については否定されるとする見解 (Dethloff, Fezer, Glöckner, Kropholler, Wagner, Köhler, Drexl, Hausmann / Oberfell, Mankowski) がある。また、附従的連結については、営業関連的な競争違反の場合に、四一条二項一号の適用を認める見解 (von Hoffmann, Spickhoff, Looschelders, Vianello, Fezer) と、不正競争については否定されるとする見解 (Hausmann / Oberfell, Mankowski) がある。さらに、四二条 (事後的法選択) については、事後的法選択の合意を『営業関連的な競争行為』にひびくのみ許容する見解 (Sack, von Hoffmann, Spickhoff, Looschelders) 事後的法選択を一般に許容する見解 (Vianello, Köhler) 事後的法選択を拒否する見解 (Fezer, Bahr, Kropholler, Drexl, Hausmann / Oberfell, Mankowski) がある。最後に、同条三項 (公序) は不正競争についても適用され、倍額賠償 (一号) (Sack) または懲罰賠償 (二号) (Sack, Köhler) を規定する外国法の適用が禁止される。なお、多国間競争行為においては、特に不可分の競争行為に

ついても市場地国法主義を維持して各々の市場地国法を累積的に適用する見解（Sack, Dehloff, von Hoffmann, Wagner, Beater, Köhler, Klippel, Drexl）と、不可分の競争行為については市場地国法主義を放棄する見解（Vianello）とが対立している。これに対して、四一条一項を介して効果主義の導入を提唱する見解（Veelken, Fezer）、国際不法行為法の規則とは別個に、不文の抵触規則を適用する見解（Hefemehl, Schriekerおよび Bodewig, Samson, Hausmann / Oberfell, Klingler）、効果主義を類推適用する見解（Beater, Koos）もある。

(注)

- (1) 神前禎「解説 法の適用に関する通則法——新しい国際私法」(二〇〇六年) 一一二頁参照。
- (2) 以前の状況については、拙稿「西ドイツ国際不正競争法の一考察」【富大経済論集】二九卷二号（一九八三年）八七頁以下、「続・ドイツ国際不正競争法の一考察（一）（二）（三）（四・完）」【広島法学】二二六卷二号（二〇〇二年）四五頁以下、二二六卷三号（二〇〇三年）一〇一頁以下、二二六卷四号（二〇〇三年）二七頁以下、二二七卷一号（二〇〇三年）二七頁以下参照。
- (3) 独語正文については、Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts [IPRax], 1999, S. 285f, Rabobsz, Bd. 65 (2001) S. 548参照。また、本文における条文の試訳については、笠原俊宏「ドイツ国際私法における契約外債務および物権の準拠法——一九九九年五月二二日法の概要——」東洋法学四三巻二号二〇〇頁参照。
- (4) Rolf Wagner, Zum Inkrafttreten des Gesetzes zum Internationalen Privatrecht für außervertraglichen Schuldverhältnisse und für Sachen, IPRax, 1999, 4, S. 210.
- (5) Ansgar Staudinger, Das Gesetz zum Internationalen Privatrecht für außervertraglichen Schuldverhältnisse und für Sachen vom 21. 5. 1999, DB, 1999, 31, S. 1591. 444 Karl Kreuzer, Die Vollendung der Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts durch das Gesetz zum Internationalen Privatrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse und Sachen vom 21. 5. 1999, Rabobsz, 2001, S. 423. 444 Andreas Speckhoff, Die Restkodifikation des Internationalen Privatrechts, Außervertragliches Schuld- und Sachenrecht, NJW, 1999, 31, S. 2213. 参照。
- (6) Staudinger, a. O., S. 1591.; Kreuzer, a. O., S. 423.

- (7) 笠原・前掲注 (3) 一九二頁。
- (8) Staudinger, a. a. O., S. 1591.; Kreuzer, a. a. O., S. 420.
- (9) Staudinger, a. a. O., S. 1593.; Kreuzer, a. a. O., S. 430.
- (10) Kreuzer, a. a. O., SS. 400-401.
- (11) 笠原・前掲注 (3) 一九三頁。
- (12) Staudinger, a. a. O., S. 1592.; Kreuzer, a. a. O., S. 429.
- (13) Staudinger, a. a. O., S. 1592.; Kreuzer, a. a. O., S. 429.
- (14) Staudinger, a. a. O., S. 1592.; Kreuzer, a. a. O., S. 430.
- (15) 立法資料によれば、「不正競争行為は、たいてい多数の人格の利益に関係する。競争違反は、通常大多数の競争者の権利を侵害する。それは、例えば、オーストリア国際私法典四八条二項およびスイス国際私法典一三六条一項によるのと同様に、緊急手続における原則的な主張からしても、市場地において妥当している法に従う。但し、特定の競争者の営業上の利益に関係する場合だけは別である。そのような原則的解決は、いずれにせよ民法施行法草案四一条によって特別な抵触規範がなくとも得られる。したがって、特別な規則を断念すべきである。そのような規定の起草、特に、民法施行法草案四〇条一項の基本的原則に戻らなければならない例外との限界画定は、「さらに論争を孕んでいる」(B1-Drucks 14343, S. 10) と。なお、Kreuzerによれば、「少なくとも市場地への連結の強行的性質、したがって市場関連的な競争違反の場合のその他の主観的連結(民法施行法四〇条一項二文、四二条)もしくは客観的連結(民法施行法四〇条二項、四一条二項)の排除を明確にしなければならなかった。この解決の内在的な根拠は、この場合には第一次的には双方向的な紛争状況ではなくて主として第三者の利益、特に競争者同一条件および公衆の利益が関係するということにある。すでに旧法により承認されていた当事者の選択の排除の根拠はいずれにせよ民法施行法四二条二文(第三者の権利の留保)の法的思想に求められる」(Kreuzer, a. a. O., s. 418) 云々。
- (16) IPRspr. 2003 Nr. 102.
- (17) IPRspr. 2003 Nr. 109.
- (18) IPRspr. 2003 Nr. 110.
- (19) IPRspr. 2004 Nr. 86.

- (20) Rolf Sack, Das internationale Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht nach der EGBGB-Novelle, WRP, 3/2000, S. 272. Sack は「別の論文に於いても次のように述べている。すなわち、「市場地法を民法施行法四〇条一項の行為地主義の形成と考えれば、結局、民法施行法四〇条の回避条項は、この場合においては逆に民法施行法四〇条一項を指定するものとなる」(Sack, Zur Zweistufenhorie im internationalen Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, Kontinuität und Wandel des Versicherungsrechts : Festschrift für Egon Lorenz zum 70. Geburtstag / Herausgeber, Manfred Wandt, 2004, S. 662.)」。
- (21) Sack, a. a. O., S. 272.
- (22) Sack, a. a. O., S. 272.
- (23) Sack, a. a. O., S. 273.
- (24) Sack, a. a. O., SS. 273-274.
- (25) Sack, a. a. O., S. 280.
- (26) Sack, a. a. O., S. 285.
- (27) Sack, a. a. O., SS. 287-288.
- (28) Nina Dethloff, Europäisierung des Wettbewerbsrechts, 2001, SS. 63-64.
- (29) Dethloff, a. a. O., S. 79.
- (30) Dethloff, a. a. O., S. 79.
- (31) Köhler / Piper, UWG, 2002, Rn. 90.
- (32) Köhler / Piper, a. a. O., Rn. 92.
- (33) Köhler, Baunbach / Hefemehr, Wettbewerbsrecht (Einführung), 23. Auflage, 2004, Rn 5. 6.
- (34) Köhler, a. a. O., Rn 5. 20.
- (35) Köhler, a. a. O., Rn 5. 15.
- (36) Köhler, a. a. O., Rn 5. 14.
- (37) Köhler / Piper, a. a. O., Rn. 104.
- (38) Köhler / Piper, a. a. O., Rn. 91.

- (39) Köhler, a. a. O., Rn 5. 19.
- (40) Köhler, a. a. O., Rn 5. 8.
- (41) Abbo Junker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, *Ergänzungsband, Internationales Privatrecht*, 4. Aufl. 2004, S. 58.
- (42) Josef Drexl, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 11, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 4. Aufl. 2006, Rdn. 84.
- (43) Drexl, a. a. O., Rdn. 89.
- (44) Drexl, a. a. O., Rdn. 95.
- (45) Drexl, a. a. O., Rdn. 99.
- (46) Drexl, a. a. O., Rdn. 118.
- (47) Andreas Heldrich, *EG BGB 40 (IPR)*, Bürgerliches Gesetzbuch (Palandt), 2000, S. 2369.
- (48) Heldrich, a. a. O., S. 2369.
- (49) Andreas Spickhoff, Art. 40 EGBGB, Heinz Georg Banberger / Herbert Roth, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 3, 2003, S. 2545.
- (50) Jochen Glöckner, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)* (Hans-Jürgen Ahrens), 2004, Einleitung C, *Anwendbares Recht*, Rnd. 68.
- (51) Glöckner, a. a. O., Rnd. 100.
- (52) Gerhard Holloch, *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, 2004, Art 40 EGBGB, S. 5728.
- (53) Mirko Ehrlich, *Der internationale Anwendungsbereich des deutschen und französischen Rechts gegen irreführende Werbung*, 2005, S. 198.
- (54) Diehelm Klippel, *Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht* (Friedrich L. Ekey / Diehelm Klippel / Jost Koithoff / Astrid Meckel / Gunda Pfadl), 2., neu bearbeitete Auflage, 2005, Rdn. 24.
- (55) Klippel, a. a. O., Rdn. 25.
- (56) Mirko Viarello, *Das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs in Deutschland und Italien*, 2001, S. 118.
- (57) Viarello, a. a. O., S. 126.
- (58) Viarello, a. a. O., S. 129.
- (59) Viarello, a. a. O., S. 307.
- (60) Viarello, a. a. O., S. 137.

- (16) Vianello, a. a. O., S. 141.
- (17) Vianello, a. a. O., S. 252.
- (18) Vianello, a. a. O., S. 142.
- (19) Vianello, a. a. O., SS. 291-292.
- (20) Peter Mankowski, Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, GRUR Int., 1999, S. 910.
- (21) Mankowski, a. a. O., S. 910.
- (22) Mankowski, a. a. O., S. 910
- (23) Mankowski, a. a. O., S. 910
- (24) Peter Mankowski, Internationales Wettbewerbs- und Wettbewerbsverfahrensrecht, Internationales Lauterkeitsrecht, 2006, S. 237.
- (25) Mankowski, a. a. O., S. 240.
- (26) Mankowski, a. a. O., S. 240.
- (27) Mankowski, a. a. O., S. 240.
- (28) Mankowski, a. a. O., S. 240.
- (29) Mankowski, a. a. O., S. 241.
- (30) Mankowski, a. a. O., S. 242.
- (31) Mankowski, a. a. O., S. 242.
- (32) Mankowski, a. a. O., S. 242.
- (33) Mankowski, a. a. O., S. 242.
- (34) Renate Schaub, Die Neuregelung des Internationalen Deliktsrechts in Deutschland und das europäische Gemeinschaftsrecht, Rabetsz, 2002, SS. 52-53.
- (35) Schaub, a. a. O., S. 46. 同様に、Spindlerによれば、「国際競争法においてインターネット関係についても支配的な市場地主義は、新民法施行法によっても今後行動地への連結ではなくて民法施行法四一条の回避条項を介して妥当し、契約外債務関係の準拠法に関するヨーロッパの指令草案（ローマII）においてもその影響を見い出す」（Gerald Spindler, Herkunftslandprinzip und Kollisionsrecht-Binnenmarktintegration ohne Harmonisierung?, Rabetsz, 2002, SS. 693-694.）を。

- (82) Bernd von Hoffmann, Artikel 40 EGBGB, Staudinger BGB Kommentar-Neubearbeitung, 2001, Rn 325.
- (82) von Hoffmann, a. a. O., Rn 326.
- (82) von Hoffmann, a. a. O., Rn 326.
- (82) von Hoffmann, a. a. O., Rn 332.
- (82) von Hoffmann, a. a. O., Rn 334.
- (82) von Hoffmann, a. a. O., Rn 339.
- (82) von Hoffmann, a. a. O., Rn 347.
- (82) von Hoffmann, a. a. O., Rn 348.
- (82) Alexander Thünken, Die EG-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs, IPRax, 2001, Heft 1, S. 14.
- (82) Cornelia Nett, Wettbewerb im e-commerce, 2002, S. 12.
- (85) Martin Bahr, Missbrauch der wettbewerbsrechtlichen Abmahnung im Bereich des Internet, 2003, S. 132.
- (85) Bahr, a. a. O., S. 133.
- (85) Bahr, a. a. O., S. 134.
- (85) Bahr, a. a. O., S. 134.
- (85) Bahr, a. a. O., SS. 135-136.
- (85) Bahr, a. a. O., S. 139.
- (85) Bahr, a. a. O., S. 143.
- (85) Dirk Looschelders, Internationales Privatrecht-Art. 3-46 EGBGB, 2004, Rnd. 93.
- (85) Looschelders, a. a. O., Rnd. 94.
- (85) Looschelders, a. a. O., Rnd. 95.
- (85) Looschelders, a. a. O., Rnd. 96.
- (85) Looschelders, a. a. O., Rnd. 97.

- (10) Jan Kropholler, Internationales Privatrecht einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts, 5., neubearbeitete Auflage, 2004, S. 533.
- (103) Rolf Wagner, Art. 40 EGBGB, Heidelberg, T. / Hülfige, R. / Mansel, H.-P. / Neack, U. (Hrsg.), Anwaltkommentar BGB, Bd. 1, 2005, SS. 2284-2285. ズトビヤ 単ビ' Anwaltkommentar-Wagner ズトビ引用ヲセリ ズトヤ。
- (104) Anwaltkommentar-Wagner, a. a. O., SS. 2285-2286.
- (105) Vinfried Vecken, Sachnormzwecke im Internationalen Wettbewerbsrecht, *Aufbruch nach Europa*, 2001, S. 315. な ダ Vecken ヲ 民法施行法四一条にいうつ次のように述べてゐる。すなわち「民法施行法四一条は個別事例における異常な事実関係に限定されて適用されるものでなく、原則的連結から離れることが必要な特別な不法行為類型にも適用される」(Vecken, a. a. O., s. 315, Fn. 160) 云々。
- (106) Karl-Heinz Fezer, C. Internationales Wettbewerbsprivatrecht, in Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Internationales Wirtschaftsrecht, 2000, S. 167, S. 274. ズトビヤ Staudinger-Fezer ズト引用ヲセ
- (106) Staudinger-Fezer, a. a. O., S. 156.
- (107) Staudinger-Fezer, a. a. O., S. 158.
- (108) Staudinger-Fezer, a. a. O., SS. 159-200.
- (109) Staudinger-Fezer, a. a. O., SS. 202-203.
- (110) Staudinger-Fezer, a. a. O., S. 204.
- (111) Staudinger-Fezer, a. a. O., S. 226.
- (112) Staudinger-Fezer, a. a. O., SS. 221-222.
- (113) Staudinger-Fezer, a. a. O., S. 224.
- (114) Baumbach-Hefernehl, Wettbewerbsrecht, 2001, S. 269.
- (115) Gerhard Schrieker und Frauke Hennig-Bodewig, Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäische Union, WRP, 2001, 12, SS. 1369-1370.
- (116) Claus-Peter Samsou, Die Marktregel als allgemeines Prinzip für die kollisionsrechtliche Anknüpfung und die internationale Zuständigkeit in Wettbewerbsachen, 2001, S. 45.

- (117) Rainer Hausmann / Eva Inés Obergefell, Lauterkeitsrecht Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) (Karl-Heinz Fezer), Band 1, 2005, I Einleitung Rnd. 57.
- (118) Hausmann / Obergefell, a. a. O., Rnd. 58.
- (119) Hausmann / Obergefell, a. a. O., Rnd. 59.
- (120) Hausmann / Obergefell, a. a. O., Rnd. 195.
- (121) Hausmann / Obergefell, a. a. O., Rnd. 198.
- (122) Hausmann / Obergefell, a. a. O., Rnd. 199.
- (123) Hausmann / Obergefell, a. a. O., Rnd. 224.
- (124) Hausmann / Obergefell, a. a. O., Rnd. 226.
- (125) Hausmann / Obergefell, a. a. O., Rnd. 229.
- (126) Hausmann / Obergefell, a. a. O., Rnd. 230.
- (127) Hausmann / Obergefell, a. a. O., Rnd. 253.
- (128) Markus Klinger, Werbung im Internet und Internationales Wettbewerbsrecht: Rechtsfragen und Rechtsstatsachen, 2006, SS. 46-48.
- (129) Axel Beater, Unlauterer Wettbewerb, 2002, S. 819.
- (130) Beater, a. a. O., SS. 823-824.
- (131) Beater, a. a. O., SS. 825-826.
- (132) Stefan Koos, Grundsätze des Lauterkeitskollisionsrechts im Lichte der Schutzzwecke des UWG, WRP, 2006, 5, SS. 508-509.
- (133) なお、Laufkötter は、法選択の許容性について次のように述べている。すなわち、「競争法においても法選択の余地がある。原則として、具体的な訴訟物について不正競争防止法二三条一項ないし五項の拡張された訴権が存在するかという問題が基準とされる。存在しない場合には、法選択の自由の原則的な推定が存在する。これは、法選択の自由は基本法二条一項の一般的な行動の自由と不可分であるという事実から引き出される。不正競争防止法二三条一項ないし五項が訴訟物に適用される場合には、介入法が問題であるから法選択の自由は原則として排除される」(Regina Laufkötter, Partiautonomie im Internationalen Wettbewerbs- und Kartellrecht, 2001, SS. 138-139) ㉞。