

続・ドイツ国際不正競争法の一考察（四・完）

相澤吉晴

- I はじめに
- II 近時の判例
 - 一 原則
 - 二 例外
 - 三 特殊な不正競争
 - 四 多国間不正競争（以上第二六卷第二号）
- III 学説
 - 一 原則
 - (一) 不正競争に固有な不法行為地を探求する見解（以上第二六卷第三号）
 - (二) 効果主義
 - (三) 属地主義（保護国法主義）
 - 二 例外
 - (一) 共通本国法主義
 - (二) 当事者自治の原則
 - (三) 附従的連結
 - 三 多国間不正競争
 - (一) 配分的適用説
 - (二) 累積的適用説
 - (三) 可分の競争行為と不可分の競争行為を区別して、前者については配分的適用、後者については累積的適用を主張する見解
- IV 留保条項（公序）

五 特別留保条項 (以上第二六巻第四号)

IV 立法提案

一 Karl Kreuzer の鑑定意見

二 国際私法会議草案第七条および参事官草案第四〇条第二項第二号

V 「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」

VI おわりに (以上本号)

IV 立法提案

I Karl Kreuzer の鑑定意見

Kreuzer は、不正競争を不法行為として性質決定し、不法行為地としての競争行為地への連結を原則とすべきであると⁽¹⁾、「競争行為地」を「競争手段が市場における相手方 (購買者、供給者) または市場に作用する地⁽²⁾」と定義する。そして、Kreuzer は、秘密の漏洩、契約破棄への誘引による被用者の引抜きのように市場における相手方や市場への直接の影響がなく特定の競争者のみに向けられた一連の不正競争については例外的に一般不法行為の連結規則によらしめる⁽³⁾。さらに、この場合には一般不法行為に近いものであるから、共通属人法によらしめることに十分な理由があると⁽⁴⁾する。なお、Kreuzer は、附従的連結は競争条件の平等を考慮していないし、国際的連結の調和にも反することを理由に不相当であると⁽⁵⁾し、(事後的な)法選択の合意についても同じ理由から反対している⁽⁶⁾。最後に、Kreuzer は右の鑑定意見に基づき次のような立法提案を行っている。すなわち、「一 不正競争……にもとづく請求権は、その領域において競争行為のなされる国の法による。二 不正競争がもつばら……ある競争者の(営業上の)利益のみを侵害す

る場合には、（一般の）不法行為の準拠法による。」と。Kreuzerの鑑定意見は次に紹介する国際私法会議草案第七条に採用された。⁽⁸⁾

二 国際私法会議草案第七条および参事官草案第四〇条第二項第二号

国際私法会議草案第七条は、第一項において、競争の場合に特有な不法行為地の決定、すなわち、「市場への作用地への連結」を行うべきであるとし、⁽⁹⁾ 第一項は、「市場に関係する競争手段」についての規定であり、⁽¹⁰⁾ 秘密の漏洩や引抜きのような個々の競争者に対する不正利用、権利侵害警告を行うことのような個々の競争者に対する妨害は「もつぱらまたは少なくとも主としてある特定の競争者に向けられた不正競争」としてその適用範囲から排除され、第二項により、一般不法行為の抵触規則によらしめられる。⁽¹²⁾ また、参事官草案第四〇条第二項第二号は、「不正競争に基づく請求権においては、競争行為がその市場に対して効果を及ぼす国の法が適用される。但し、もつぱら、または、主として特定の競争者の営業上の利益が関係する場合はこの限りではない」と規定し、⁽¹³⁾ 内容的には会議草案第七条から実質的な変更はない。⁽¹⁴⁾

(注)

(一) Kahr Kreuzer, Wettbewerbsverstöße und Beeinträchtigung geschäftlicher Interessen (einschl. der Verletzung kartellrechtlicher Schutzvorschriften), in Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Privatrechts der außervertraglichen Schuldverhältnisse, 1983, S. 276. (以下「K」) これを単に Kreuzer として引用する) MünchKomm-Kreuzer, a. a. O., S. 2111. 国友明彦「契約外債務に関するドイツ国際私法の改正準備(五)」法学雑誌第三九卷第三・四号一五一頁。

(二) Kreuzer, a. a. O., S. 277. MünchKomm-Kreuzer, a. a. O., S. 2114, 国友・前掲一五二頁。

- (3) Kreuzer, a. a. O., SS. 281-283, MünchKomm-Kreuzer, a. a. O., SS. 2117-2118. 国友・前掲一五四頁。
- (4) Kreuzer, a. a. O., S. 290. MünchKomm-Kreuzer, a. a. O., S. 2120. 国友・前掲一五四頁。
- (5) Kreuzer, a. a. O., S. 279. MünchKomm-Kreuzer, a. a. O., S. 2120. 国友・前掲一五三頁。
- (6) Kreuzer, a. a. O., SS. 279-280. MünchKomm-Kreuzer, a. a. O., S. 2119. 国友・前掲一五三頁。
- (7) Kreuzer, a. a. O., S. 287. 国友・前掲一四三頁。なお、標識保護のうち、まず、商標については、商標法上の保護の要件すべてが存在しない場合には、競業法による保護が問題となり、当該内国競業行為についてはドイツ法が基準となる。つぎに、営業上の標識については、標識法上の商号保護の要件（識別力のある外国商号の内国での通用）が存在しない場合には、不正競業防止法第一条による補充的な競業行為保護が問題となり、侵害行為についてはドイツ競業法が適用される。最後に、地理的な原産地標識については、ドイツ法はすべての種類の原産地標識を通例無体財産権法的にではなくて競業法的に（特に不正広告および盗用の禁止によつて）保護する。地理的な原産地標識の不正な競業的使用に基づく請求権は国際不正競業法の規則に従う。したがって、原産地表示および製造標識からの保護は全ての点において侵害行為が行われた国の法、すなわち、濫用からの保護を請求している国の法により決定される」と。Kreuzer, a. a. O., SS. 251-252.
- (8) 国友・前掲一五七頁。
- (9) 国友・前掲一五七頁。
- (10) 国友・前掲一五八頁。
- (11) 国友・前掲一五八頁。
- (12) 国友・前掲一六〇—一六一頁。
- (13) Friedrich-Kahr Beier, Gerhard Scricke, Eugen Ulmer, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent, Urheber- und Wettbewerbsrecht zum Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des internationalen Privatrechts (außervertragliche Schuldverhältnisse und Sachen), Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil [GRUR Int.], 1985, S. 105.
- (14) 国友・前掲一六一頁。

V 「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」

ドイツにおいては、「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二一日法律」⁽¹⁾（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。⁽²⁾

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。

第四一条 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。

第四二条 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。

第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(第一項第一文)^③。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(第一項第二文)^④。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^⑤。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(第二項第一文)^⑥。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ない(第四一条第一項)^⑦。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(第四二条)^⑧。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（第四〇条第三項⁹）。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（第一号¹⁰）、つぎに、外国法が不適切な賠償目的を有する場合であり（第二号¹¹）、さらに、外国法がドイツが批准した条約に反する場合である（第三号¹²）。

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第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第四〇条第一項の基本原則に戻らなければならぬ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¹³。

まず、Sackによれば、国際競争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、市場関連的競争行為と営業関連的競争行為とを区別しなければならないとされる。そして、市場関連的競争行為の場合には——民法施行法第四〇条第一項によっても——不法行為地は原則として競争者の競争利益が互いに衝突する場所である。それが競争利益の衝突地である。行動地は市場関連的競争行為の場合には市場の相手方へ作用する場所である¹⁴。この市場地は結果発生地でもある¹⁵。広告行為の場合には、広告市場地法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第四〇条第一項第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第四〇条第一項第一文の意味での行動地であるだけではなくて、民法施行法第四〇条第一項第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¹⁶⁾。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より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、民法施行法第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¹⁷⁾。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業行為、例えば不正競業防止法第一七条、第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業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業行為、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。多国間競業行為の場合には、従来市場地主義が適用された。私見によれば、民法施行法第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業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。単一の国際的な競業行為の場合にも、競業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。非難されている競業行為が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ていれば、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、非難されている競業行為が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国の競業法によつては禁止されない。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国の競業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つて禁止されるのは、ドイツ市場において市場の相手方へ作用する競業行為だけである。しかし、実際には、これは競業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に関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、多国間競争行為と関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⁽¹⁸⁾。また、Sackによれば、民法施行法第四〇条第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、この連結は純粋な営業関連的な競争行為の場合のみ適合する。これに対して、市場関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、市場関連的な競争行為の場合には、それは抵触法上制限される不必要な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、競争者にとって原則として排除されないからである⁽¹⁹⁾。さらに、Sackによれば、国際競争法においても市場関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、民法施行法第四〇条、第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⁽²⁰⁾。最後に、Sackによれば、第四〇条第三項は、旧民法施行法第三八条の原則を維持し、特別公序規範として倍額賠償（第一号）または懲罰賠償（第二号）を規定する外国法の適用を禁止している。さらに、民法施行法第四〇条第三項第三号に規定された国際協定の責任法上の規定の優先は国際競争法の領域において現在のところ意義を有しない⁽²¹⁾、と。

つぎに、Köhlerによれば、ドイツ競争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（民法施行法第四〇条—第四二条）はドイツ競争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⁽²²⁾。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、民法施行法第四〇条、第四一条が適用される。民法施行法第四〇条第一項第一文によれば、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、民法施行法第四〇条第一項第二文によれば、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。第四〇条第二項―第四項は特別規定を含み、そして、民法施行法第四一条第一項(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⁽²³⁾。民法施行法第四〇条第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⁽²⁴⁾。民法施行法第四二条第一文によれば、ドイツ国際競業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、民法施行法第四二条第二文によれば、第三者の権利は害されない。競業違反に対して對抗措置を行う第三者の権利は法選択の合意によって侵害されない⁽²⁵⁾、と。

さらに、Hefermehlによれば、民法施行法第三八条ないし第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業行為についての国際競業法の特殊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⁽²⁶⁾、と。

また、Vianelloによれば、原則として、不正競業行為も民法施行法第四〇条の意味での不法行為に分類される⁽²⁷⁾。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第四〇条第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つて競争法の領域において法的安定性(判決の予測可能性)の要件を十分に充たしていないし、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、競争法における連結点としての不法行為地の競争的決定は避けられない。競争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⁽²⁸⁾。一九九九年五月二一日の国際私法改正によつても、競争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、それが民法施行法第四一條に由来するか判例および文献における通説の援用によつて根拠づけられるかに関わりない。したがつて、競争法上の抵触規範として、民法施行法第四〇条第一項は出発点としてのみ妥当する。競争法上の抵触規範が行為秩序としての競争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。不正競争の事例に適應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争に特有な形成』という標語のもとに扱われる⁽²⁹⁾。そして、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、すべての競争者のための同一条件を創造する課題を有する⁽³⁰⁾。つぎに、競争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、競争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争法によつ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第四二条も競争違反の場合に事後的法選択を拒否することに反しない。競争違反は、「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の法律」によって規律されていないからである。⁽³¹⁾ 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。⁽³²⁾ さらに、営業関連的な競争侵害と市場関連的な競争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。⁽³³⁾ 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公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のみ、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公告とは異なり、不正公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。⁽³⁴⁾ と。

加えて、Dethloffによれば、民法施行法第四〇条第一項によれば、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第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第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とは疑問にぶつかる。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³⁵。また、Detloff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³⁶。最後に、Detloff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いてい容易に探求される。これは、一方では当該企業の公告活動もしくは販売活動が特定の外国市場を目指しているということである。この目標に基づいて、競争行為は実際にも当該市場の参加者へ作用する。公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、原則として公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、競争行為は作用地

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、⁽³⁷⁾と。

最後に、Schricker および Bodewig によれば、ドイツ国際私法によれば、原則として競業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『多国間不正競業』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(『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第四〇条、四一条改正後も適用される、⁽³⁸⁾と。

なお、Schaub によれば、全く支配的な見解によれば、国際不正競業法の事実是不法行為準拠法に依らしめられる。競業規則違反を理由とする競業者に対する不法行為責任を超える競業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業法におけるのと同様に競業に特有に決定されなければならない。通常、競業利益の衝突地(これは原則として市場地となろう)の法が適用されなければならない。これは、民法施行法第四一条を介して初めて可能となる。なぜなら、競業行為は(利益の衝突の意味で)競業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、⁽³⁹⁾と。また、同一常居所地国法の適用については、改正後は、民法施行法第四〇条第二項を介して適用されるこの一方的な抵触規則は、(競業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)競業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、⁽⁴⁰⁾と。

これに対して、Veelken 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業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業法的サンクションの個人保護機能からして(も)民法施行法第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、特に競業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第四一条第一項の回避条項により正当化される⁽⁴⁾、と。

また、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発点は、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⁽⁴⁾、と。

まず、改正民法施行法第四〇条は不正競争についても適用される (Sack, Köhler, Hefermehl, Vianello, Dethloff) とする見解と、不正競争については第四一条が適用されるとする見解 (Schaub) 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)。一方では『市場関連的競争行為』の場合には不法行為地は市場地 (Sack) によれば販売行為の場合には販売市場地、公告行為の場合には公告市場地) であり (Sack, Köhler, Vianello, Schricker および Bodewig)、他方では『営業関連的競争行為』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 (Sack)。つぎに、同条第二項 (同一常居所地国法の適用) については、『営業関連的競争行為』についてのみ適用されるとする見解 (Sack) と、不正競争については適用されないとする見解 (Dethloff) がある。さらに、同条第三項 (公序) は不正競争についても適用され、倍額賠償 (第一号) (Sack) または懲罰賠償 (第二号) (Sack, Köhler) を規定する外国法の適用が禁止される。また、第四一条第一項 (例外条項) は不正競争についても適用されるとする見解 (Sack) と、不正競争については適用されないとする見解 (Vianello, Schaub) とが対立している。最後に、第四二条 (事後的法選択) は、事後的法選択の合意を『営業関連的競争行為』についてのみ許容する

見解 (Sack) と、事後的法選択を一般に許容する見解⁽⁴³⁾ (Viannello) とがある。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, Dethloff) 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 (Viannello) とが対立している。これに対して、第四条第一項を介して効果主義の導入を提唱する見解 (Veelken)、国際不法行為法の規則とは別個に市場地国法主義を提唱する見解 (Samson) もある。

(注)

- (1) 独語正文については、IPRax, 1999, S. 285 f., Rabelsz, 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——一九九九年五月二一日法の概要——」東洋法学第四三巻第一二〇頁参照。
- (2) Rolf Wagner, Zum Inkrafttreten des Gesetzes zum Internationalen Privatrecht für außervertraglichen Schuldverhältnisse und für Sachen, IPRax, 1999, 4, S. 210.
- (3) Ansgar Staudinger, Das Gesetz zum Internationalen Privatrecht für außervertraglichen Schuldverhältnisse und für Sachen vom 21.5. 1999, Der Betrieb, 1999, 31, S. 1591. 以下、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., Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 2001, S. 423. 以下、Andreas Spickhoff, Die Restkodifikation des Internationalen Privatrechts: Außervertragliches Schuld- und Sachenrecht, Neue Juristische Wochenschrift, 1999, 31, S. 2213. 参照。
- (4) Staudinger, a. a. O., S. 1591.; Kreuzer, a. a. O., S. 423.
- (5) 笠原・前掲一九一頁。
- (6) Staudinger, a. a. O., S. 1591.; Kreuzer, a. a. O., S. 420.

- (7) Staudinger, a. a. O., S. 1593.; Kreuzer, a. a. O., S. 430.
- (8) Kreuzer, a. a. O., SS. 400-401.
- (9) 笠原・前掲一九三頁。
- (10) Staudinger, a. a. O., S. 1592.; Kreuzer, a. a. O., S. 429.
- (11) Staudinger, a. a. O., S. 1592.; Kreuzer, a. a. O., S. 429.
- (12) Staudinger, a. a. O., S. 1592.; Kreuzer, a. a. O., S. 430.
- (13) Karl Kreuzer, Die Vollendung der Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts durch das Gesetz zum Internationalen Privatrecht der außertraglichen Schuldverhältnisse und Sachen vom 21.5. 1999, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 2001, SS. 417-418. 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（民法施行法第四〇条第一項第二文、第四二条）もしくは客観的連結（民法施行法第四〇条第二項、第四一条第二項）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第四二条第二文（第三者の権利の留保）の法的思想を求められる」（Kreuzer, a. a. O., S. 418.）と。
- (14) Rolf Sack, Das internationale Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht nach der EGBGB-Novelle, Wettbewerb in Recht und Praxis, 3/2000, S. 272.
- (15) Sack, a. a. O., S. 272.
- (16) Sack, a. a. O., S. 272.
- (17) Sack, a. a. O., S. 273.
- (18) Sack, a. a. O., SS. 273-274.
- (19) Sack, a. a. O., S. 280.
- (20) Sack, a. a. O., S. 285.
- (21) Sack, a. a. O., SS. 287-288.

- (22) Köhler/Piper, UWG, 2001, S. 88.
- (23) Köhler/Piper, a. a. O., SS. 88-89.
- (24) Köhler/Piper, a. a. O., SS. 93-94.
- (25) Köhler/Piper, a. a. O., S. 88.
- (26) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 2001, S. 269.
- (27) Mirko Vianello, Das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs in Deutschland und Italien, 2001, S. 118.
- (28) Vianello, a. a. O., S. 126.
- (29) Vianello, a. a. O., S. 129.
- (30) Vianello, a. a. O., S. 307.
- (31) Vianello, a. a. O., S. 137.
- (32) Vianello, a. a. O., S. 141.
- (33) Vianello, a. a. O., S. 252.
- (34) Vianello, a. a. O., SS. 291-292.
- (35) Nina Dethloff, Europäisierung des Wettbewerbsrechts, 2001, SS. 63-64.
- (36) Dethloff, a. a. O., S. 79.
- (37) Dethloff, a. a. O., S. 79.
- (38) Gerhard Schrickler und Frauke Hennig-Bodewig, Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäische Union, Wettbewerb in Recht und Praxis, 2001, 12, SS. 1369-1370.
- (39) Renate Schaub, Die Neuregelung des Internationalen Deliktrechts in Deutschland und das europäische Gemeinschaftsrecht, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 2002, SS. 52-53.
- (40) Schaub, a. a. O., S. 46.
- (41) Vinfried Veelken, Sachnormzwecke im Internationalen Wettbewerbsrecht, Aufbruch nach Europa, 2001, S. 315. なお 'Veelken は' 民法施行法第四一条について次のように述べている。すなわち '民法施行法第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はなくて、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」(Veelken, a. a. O., s. 315, Fn. 160.) 云。

(42) Claus-Peter Sanson, Die Marktortregel als allgemeines Prinzip für die kollisionsrechtliche Anknüpfung und die internationale Zuständigkeit in Wettbewerbsachen, 2001, S. 45.

(43) 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第一三条第二項ないし第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第二条第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。不正競争防止法第一三条第二項ないし第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, Parteiautonomie im Internationalen Wettbewerbs- und Kartellrecht, 2001, SS. 138-139.) 云。

VI おわりに

ドイツの国際不正競争の法的規制に関しては、二つのアプローチがみられる。一方では、不正競争を不法行為として性質決定し、準拠法たる不法行為地法の決定にあたって不正競争に固有な不法行為地を探究する見解(近時の判例は、不正競争を不法行為と性質決定し一八九六年民法施行法第一二条(一九八六年改正民法施行法第三八条)の基礎にある原則に従い不法行為地法主義を採用して不正競争に固有な不法行為地を探究する。学説としては、Kreuzer の鑑定意見、Immen-
ga, Mook, Wilde, Riegl, Sack, Reuter, Oesterhaus, Bernhard, Meenen, Hefermehl, Kothoff, Köhler, von Bar, Lindacher, Hoffmann, Granpierre が挙げられる。)であり、他方では、一般の不法行為に関するものとは別個に不

正競争防止法のための特別な抵触規定を考える見解 (Schricker, Regelmann, マックス・プランク無体財産法研究所の意見表明、Tilmann, Sandrock) である。

さて、前者の方向は、不正競争に固有な不法行為地を探究し双方向的抵触規定を採用するものであるが、ドイツにおいては多数を占めている。右の見解によれば、不正競争は、権利または法益侵害をその本質とする一般の不法行為とは異なり、不正な手段を用いてはならないという客観的な行為規範に対する違反にその特色を有する。そのため、不正競争の場合、一般の不法行為とは異なり、行動地または結果発生地により不法行為地を決定することはできない。不正競争の不法行為地を決定するに当たっては、不正競争のこの特殊性を考慮に入れなければならない。そして、不正競争は『市場に関連する不正競争』と『営業に関連する不正競争』とに区別されている (Bernhard のように、『市場関連的不正競争』と『製造関連的不正競争』とに区別する見解は別として、右の区別に賛成するものとして、Kreuzer の鑑定意見⁽¹⁾、Immenga, Wilde, Sack, Reuter, Meenen, Köhler, von Bar, Hoffmann, Grandpierre が挙げられる。右の区別を前提とするものとして、近時の判例、一九八二年の国際私法会議草案第七条、一九八四年の連邦法務省の参事官草案第四〇条第二項第二号がある。なお、右の区別に反対するものとして、マックス・プランク無体財産法研究所の意見表明が挙げられる⁽²⁾。不正競争の不法行為地は、『市場に関連する不正競争』の場合には『市場地』にもとめられる (『市場に関連する不正競争』の場合の連結点を『市場地』にもとめたものとして、Kreuzer の鑑定意見⁽¹⁾、Immenga, Sack, Reuter, Bernhard, Meenen, Köhler, von Bar, Hoffmann, Grandpierre, 近時の判例が挙げられる。また、立法として、一九八二年の国際私法会議草案第七条第一項、さらに、一九八四年の連邦法務省の参事官草案第四〇条第二項第二号がある)。そして、とくに、当該不正競争が販売行為である場合には販売市場地法が、当該不正競争が広告行為である場合には広告市場地法が適用されるとする見解 (Sack, Hoffmann, 近時の判例) が有力である⁽²⁾。これに対して、市場と関連しない不正競争、言い換えれば、一般の不法行為に

近い『営業に関連する不正競争』については、被害を受けた営業所所在地法によるとされている（Bernhardのように、侵害された製造地で妥当している法を適用する見解は別として、右のような趣旨を明らかにするものとして、Immenga, Wilde, Reuter, Meenen, Köhler, Grandpierre が挙げられ、これに対して、近時の判例、Kreuzer の鑑定意見、Sack, Hoffmann, 立法として、一九八二年の国際私法会議草案第七条第二項、一九八四年の連邦法務省の参事官草案第四〇条第二項第二号但書きは、一般の不法行為の準拠法により偏在主義によるとしている）。なお、『営業に関連する不正競争』の場合には、一般の不法行為の場合と同様に、当事者双方が属人法を共通にする場合に限り、当事者の共通属人法の適用が問題とされている（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共通属人法たる内国法の適用を肯定する Grandpierre を別とすれば、『営業に関連する不正競争』において外国における内国人の競争の場合に限り肯定するものとして、近時の判例、Immenga, Hefermehl, Köhler, Hoffmann がある。なお、『営業に関連する不正競争』において内国における外国人の競争の場合にも拡張して認めるものとして、Kreuzer の鑑定意見、Kreuzer, Schoofs, 一九八二年の国際私法会議草案第七条第二項、一九八四年の連邦法務省の参事官草案第四〇条第二項第二号但書きがある。これに対して、当事者の共通属人法の適用を否定するものとして、Wilde, Möllering, Beckmann, Lindacher が挙げられる。また、Bernhard は、当事者の共通本国法の適用を否定した上で、当該行為が地域的取引への参加でないことを要件に係属者の共通出身地法の適用を認める）。

他方、後者の方向としては、効果主義を採用する見解があるが、同じく効果主義を採用するといっても二つの態様がある。効果主義を採用するものの、一方的抵触規定を提唱する見解（Schricker, Regelmann）と、双方向的抵触規定を提唱する見解（マックス・プランク無体財産法研究所の意見表明、Tilman, Fezer）の両極端の見解も提唱されている。いずれの見解も競争制限禁止法と不正競争防止法との交錯関係を前提とし、カルテル法における効果主義を適用しないし類推適用するものであるが、両者が交錯するのはボイコットなど狭い領域に限られ、両者を市場規制法として捉える

ことには無理がある。最後に、不正競争についての特別法たる不正競争防止法の地域的適用範囲を問題とし、カルテル法、無体財産権法の場合と同様に、原則として属地主義が適用されるとし一方的抵触規定を提唱する見解(Sandrock)もある。このような提案は、無体財産権法の属地主義(保護国法主義)を不正競争に類推適用しようとするものであるが、不正競争法においては、無体財産権法におけるように、その効力が保護国の領域内に限定されている排他的権利は問題となっていない。

なお、価格割引法的地域的適用範囲は内国に限定され、価格割引広告については、価格割引広告と価格割引行為を区別せずに価格割引法の適用を内国での価格割引行為の内国での広告に限定する見解(Schricker, Immenga, Wilde, Reuter, Gamm, Hefermehl, Grandpierre)と、価格割引広告と価格割引行為とを区別して外国の価格割引行為の内国での広告にも価格割引法を適用する見解(近時の判例、Sandrock, Sack, Meenen, Oesterhaus, Hoffmann, Kreuzer)とが対立している。不正競争防止法第一六条の適用範囲は内国において行われた競争違反に限定されることが明らかにされている(近時の判例、Kreuzerの鑑定意見、Wilde, Tilmann)。

また、不正競争の場合においても、一般の不法行為の場合と同様に当事者自治の原則の適用(事後的な法選択の可否)および附従的連結の可否が最近議論され、また、当該不正競争が複数の市場と関連する、いわゆる『多国間不正競争』の問題がある。当事者自治の原則の適用(事後的な法選択の可否)および附従的連結の可否については、当事者以外の第三者(とくに公衆)の利益の保護との関係でいずれも問題があるとされる(不正競争について当事者自治の原則を否定するものとして、Kreuzerの鑑定意見、Immenga, Sack, Schoofs, Köhler, Fezerが挙げられ、これに対して、『営業に関連する不正競争』についてのみ事後的法選択を認めるものとして、近時の判例、Hoffmann, Kreuzerが挙げられる。他方、『市場に関連する不正競争』について附従的連結を否定するものとして、Kreuzerの鑑定意見、Immenga, Hoffmann, Kreuzer, Fezerが

挙げられ、また、『営業関連的不正競争』について附従的連結を肯定するものとして Hoffmann, Kreuzer が挙げられる。これに対して、いずれについても附従的連結を否定するものとして、Schnotsが挙げられる。)。当該不正競争が複数の市場と関連する、いわゆる『多国間不正競争』の問題については、配分的適用説(近時の判例、Wilde, Regelmann, Sasse)、累積的適用説 (Immenga, Sandrock, Beckmann, Kort, Meenen, Schrickler, Kreuzer, Grandpierre)、可分の競争行為と不可分の競争行為を区別して、前者については配分的適用、後者については累積的適用を主張する見解 (Riegl, Sack, Oesterhaus, Hefermehl, Köhler, Lindacher, Hoffmann) に分かれる。留保条項(公序)の発動については、一般的には認められていない (Immenga, Mook, Wilde, Sack, Hefermehl, Köhler, Lindacher, Kreuzer)。外国法によれば許され内国法によれば不正なドイツの競争者に向けられる競争行為の場合に、公序の発動を認める見解 (Hefermehl) もあるが、この場合には公序の発動を認めない見解 (Immenga, Mook, Wilde, Sack, Köhler, Lindacher, Kreuzer) が多数である。特別留保条項については、同条項の全面的適用を主張する見解 (Immenga, Sack, Hefermehl, Köhler, Schrickler など、Wilde は、損害賠償の根拠および金額のみならず、過失の要件および時効期間についても一八九六年民法施行法第一二条は適用されるとする) に対して、競争法の特殊性を理由に同条項(一八九六年改正民法施行法第三八条)の制限解釈を主張する見解 (Lindacher) が提唱されている。

ドイツにおいては、「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二二日法律」が同年六月一日から施行されている。この改正民法施行法第四〇条は不法行為について規定しているが、本条は不正競争についても適用されるとする見解 (Sack, Kohler, Hefermehl, Vianello, Dethloff) と、不正競争については第四一条が適用されるとする見解 (Schaub) 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)。一方では『市場関連的競争行為』の場合には不法行為地は市場地 (Sack 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, Schricker および Bodewig)、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 (Sack)。つぎに、同条第二項 (同一常居所地国法の適用) については、営業関連的な競争行為についてのみ適用されるとする見解 (Sack) と、不正競争については適用されないとする見解 (Dethloff) がある。さらに、同条第三項 (公序) は不正競争についても適用され、倍額賠償 (第一号) (Sack) または懲罰賠償 (第二号) (Sack, Köhler) を規定する外国法の適用が禁止される。また、第四条第一項 (例外条項) は不正競争についても適用されるとする見解 (Sack) と、不正競争については適用されないとする見解 (Vianello, Schaub) とが対立している。最後に、第四条 (事後的法選択) は、事後的法選択の合意を営業関連的な競争行為についてのみ許容する見解 (Sack) と、事後的法選択を一般に許容する見解 (Vianello) とがある。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, Dethloff) 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、第四条第一項を介して効果主義の導入を提唱する見解 (Veelken)、国際不法行為法の規則とは別個に市場地国法主義を提唱する見解 (Samson) もある。

(注)

(1) 『市場に関連する不正競争』と『営業に関連する不正競争』との区別に反対する見解として、Schoofs のそれが挙げられる。Schoofs によれば、「市場に関連する競争行為と営業に関連する競争行為との区別はほとんど正当化できない次のような前提に基づいている。すなわち、個々の行為において様々な保護権は別々に実現される」と。むしろ、競争行為は同時に複数の方向に作用することによってしばしばひとつの行為事象によって不正競争法の保護する利益のすべて若しくは複数の利益を侵害する」(Schoofs, a. a. O., S. 127) と。なお、Schoofs は、原則として市場地主義によるが、『消費者に関連する不正競争』について市場地主義の例外としての

抵触規定を提案している。それによれば、「不正競争に基づく請求において、もっぱら若しくは主として消費者の利益が関係し契約締結時点において提供者と消費者がある国にその常居所を有する場合には、この請求権はこの国の法による」と。Schoofs, a. a. O., S. 166.

(2) 同様の趣旨を明らかにするものとして、Wilms の見解が挙げられる。Wilms によれば、「市場の相手方に対して作用した場所の法たる準拠法は、広告行為については広告市場地法であり、販売行為については販売市場地法である」(William Harmens Wilms, Das Spannungsverhältnis von internationalem Wettbewerbs- und Vertragsrecht bei Ausnutzung eines Verbraucherschutzgesetzes, 1997, S. 101.) 云々。