

ブリュッセルIa規則における 「契約」と「不法行為」の関係(2・完)

——競争法上の私訴に関するヴィキンガーホフ事件判決
(欧州司法裁判所 2020 年 11 月 24 日判決) を題材に——

釜 谷 真 史

I. はじめに —— 問題の所在

1. ヴィキンガーホフ事件までの法状況および議論状況
2. ヴィキンガーホフ事件概要
3. 本稿の構成

II. Øe 法務官意見書

1. ブリュッセル Ia 規則における「契約」「不法行為」の区別
2. 契約当事者間の損害賠償請求の性質決定
3. 競争法上のルール侵害に基づく契約当事者間の損害賠償請求の性質決定
(以上, 56 卷 1=2 合併号)

III. 欧州司法裁判所 2020 年 11 月 24 日判決 (以下, 本号)

1. 判示内容
(1) ブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号・2 号の一般的定義——ヴィキンガーホフ第 1 部分
(2) ブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号・2 号のさらなる定義——ヴィキンガーホフ第 2 部分
(3) 本件へのあてはめと結論

2. 本判決の特徴

IV. 判決の評価と分析

1. 射程範囲——「競争法上の私訴」のみを射程にしているのか
2. プログレッサー基準が有する不明確性
3. 契約裁判籍と不法行為裁判籍との管轄の分離
4. 原告の法的主張への依拠
5. ローマ I 規則・ローマ II 規則への言及
6. 小括

V. 結びに代えて

1. ドイツ連邦通常裁判所 2021 年 2 月 10 日判決
2. 日本における議論への示唆

Ⅲ. 欧州司法裁判所 2020 年 11 月 24 日判決

付託を受けた欧州司法裁判所は、大法廷で判断を下している¹⁰²。なお本件付託をめぐる法状況、および付託までの経過をまとめた後¹⁰³、BGH により付託された事項については次のように要約している¹⁰⁴。

「本件付託により、付託裁判所は、ブリュッセル Ia 規則 7 条 2 号が、被告が競争法に違反してその支配的地位を濫用したことを理由として、原告と被告との間の契約関係の中でなされた特定の慣行の差止を求める訴えに適用されると解釈されるべきかを問うている。」(傍点は筆者による)

BGH が問題を、「問題となる行為が契約ルールによりカバーされる一方で、このルールが被告の市場支配的地位の濫用によるものであると原告が主張する場合に、当該行為の差止を求める訴えについて、不法行為裁判籍が認められると解すべきか」としていたのに比べると、欧州司法裁判所は、「支配的地位の濫用」が「競争法」に由来することを明記する点で特徴的である。

以下、判示内容を順に検討したうえで (1.)、本判決 (以下、本件 ECJ 判決とする) の特徴をまとめることとする (2.)。

1. 判示内容

(1) ブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号・2 号の一般的定義——ヴィキナー・ホフ第 1 部分

まず、ブリュッセル Ia 規則は 4 条 1 項において被告住所国の管轄を一般的に認めるとともに、7 条 1 号と 2 号においてそれぞれ契約については債務履行地国、不法行為等については結果発生地国に特別管轄を認めていること、それゆえ原告は、訴えがいずれのカテゴリーに属するかに応じて、これらの特別管轄を有する国にも訴訟提起しうることを確認する¹⁰⁵。

その上で、欧州司法裁判所はブリュッセル Ia 規則 7 条 2 号の「不法行為に関する事項」の定義につき次のように述べる (以下、本件 ECJ 判決が同条 2 号の

102 ブリュッセル Ia 規則における「契約」と「不法行為」の限界づけが重要であることの認識の現れであると評価されている。Kern/Uhlmann, a.a.O. (Fn.3), S.50, Mankowski, LMK, a.a.O. (Fn.3), Sujecki, a.a.O. (Fn.3), S.42.

103 EuGH Wikingerhof, a.a.O. (Fn.2), RdNr. 3-18.

104 EuGH Wikingerhof, a.a.O. (Fn.2), RdNr.19.

定義について示したこの箇所を、ヴィキingerhof第1部分とする)¹⁰⁶。

「欧州司法裁判所の確立された判例によると、ブリュッセルIa規則7条2号における『不法行為あるいは不法行為と同等の行為、またはこれらの行為から生じる請求権』とは、被告の賠償責任を問うものであって、かつ同規則7条1号(a)における『契約または契約から生じる請求権』に送致されない、すなわち(d.h.)、一方が他方に対し自由に同意した法的義務に基づかない、すべての訴え(jede Klage)を対象とする。」

この箇所の前半で裁判所は、前述のカルフェリス事件判決を引用しつつ、「被告の賠償責任を問うものであって、かつブリュッセルIa規則7条1号にいう契約関連事項に関わらない、すべての訴え」をいうとして、「訴え」のレベルで、「賠償責任を求める訴え—(マイナス)1号に送致される訴え」と引き算的に捉え、定義づけを行う。これはすでに本稿で紹介したように(本稿I.1.(1)参照)、カルフェリス事件判決の一般的理解に沿うものである。本件ECJ判決で特徴的なのは、さらにそれを言い換えて(d.h.)同条1号に関し、契約の自由意思性の観点から定義づけを行ったエングラ事件判決¹⁰⁷をここにあてはめ、「一方が他方に対し自由に同意した法的義務に基づかないすべての訴え」と表現する¹⁰⁸。訴えを2分し、同条1号が「自由に同意した法的義務に基づく訴え」であるならば、同条2号はそうでない訴え、すなわち「自由に同意した法的義務に基づかないすべての訴え」であるとするのである。

(2) ブリュッセルIa規則7条1号・2号のさらなる定義——ヴィキingerhof第2部分

このように欧州司法裁判所はブリュッセルIa規則7条2号の定義づけ

105 EuGH Wikingerhof, a.a.O. (Fn.2), RdNr.21-22. なお、その前の部分では検討の前提として、欧州司法裁判所は、ブリュッセルIa規則が、ブリュッセルI規則およびブリュッセル条約を引き継ぐものであって、ブリュッセルI規則およびブリュッセル条約5条3号に関する欧州司法裁判所の解釈は、ブリュッセルIa規則7条2号に引き継がれる旨確認する(EuGH Wikingerhof, a.a.O. (Fn.2), RdNr.20)。

106 EuGH Wikingerhof, a.a.O. (Fn.2), RdNr.23.

107 本稿注(39)参照。エングラ事件判決においては、契約の自由意思性を初めて説いたハンテ事件判決(「ブリュッセルI規則5条3号[ブリュッセルIa規則7条2号]にいう『契約』とは一方当事者が他方当事者に対して自由意思で引き受けた義務を指す」)が引用されている。

を、訴えの総体から 1 号に送致される訴えを引いて求めるカルフェリス事件判決をベースに、新たにエングラー事件判決の「自由意思」に基づく定義を取り入れて行うのであるが、その上で、もし本件が同規則 7 条 1 号「契約」に関する事項として性質付けられる場合、ドイツ裁判所は管轄を持たないことから、同規則 7 条 1 号と 2 号の区別がとくに問題となるとして、さらに検討を進める¹⁰⁹。

(a) 欧州司法裁判所はその判例法上、ブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号と 2 号の区別は、ブリュッセル Ia 規則の「体系および目的」(die Systematik und der Ziele der Verordnung)を考慮して、自律的に (autonom) 解釈されるべきであり (カルフェリス事件判決)、国内法上の分類に左右されるべきでない (プログシッター事件判決)とされていることを確認する¹¹⁰。プログシッター事件判決においてはこの部分が、1 号と 2 号の区別が国内法ではなく規則自律的に行われるべき点に重点を置いて用いられていたが、本件ではその解釈がさらにどのように行われるべきなのか、「体系」と「目的」のそれぞれに着目して展開されている。

まず「体系」に関して、ブリュッセル Ia 規則は被告住所地国管轄を原則とする。同規則 7 条に定める特別管轄規則はこれに対する例外として存在し、それゆえ制限的に (eng) 解釈されるべきであって、その適用において互いに排他的 (sich... gegenseitig ausschließen) とされている (カルフェリス事件) という¹¹¹。さらに、Øe 法務官意見書を参照しつつ、ブリュッセル Ia 規則

108 EuGH Wikingerhof, a.a.O. (Fn.2), RdNr.23. 自由意思で立ち入った義務かどうかを、とりわけ義務のレベルで 1 号と 2 号の区別に用いる点で Øe 法務官の見解と共通するが、Øe 法務官は自由意思に基づく義務と法定義務とを対置する (いずれにも属さない義務があることを前提にしている) のに対し、欧州司法裁判所はカルフェリス事件判決同様、1 号を基準とした消極的定義を行い、2 号を「自由意思に基づく義務を援用しないに よらない訴え」としている。

109 EuGH Wikingerhof, a.a.O. (Fn.2), RdNr.24.

110 EuGH Wikingerhof, a.a.O. (Fn.2), RdNr.25. なお、プログシッター事件においては、カルフェリス第 1 部分への言及よりも前の部分で、総論的に置かれている (EuGH Brogsitter, a.a.O. (Fn.17), RdNr.18)。

111 EuGH Wikingerhof, a.a.O. (Fn.2), RdNr.26.

の体系は、特別管轄のいずれを援用するかを原告に選択させているという点に特徴があるとする¹¹²。

他方、「目的」に関してブリュッセル Ia 規則前文 16 を援用し、同前文から明らかなように¹¹³、同規則 7 条 1 号と 2 号に定められる特別管轄は、問題となる事項と裁判所との間にとくに密接な関連 (eine besonders enge Verknüpfung) が存在することを理由として、また適正司法の促進を目的として (im Interesse einer geordneten Rechtspflege) 置かれていることは明らかであるという¹¹⁴。

そしてここから、ブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号と 2 号のいずれが適用されるかを決定するに際しては、第 1 に原告がいずれを選択しているかに着目し、第 2 に受訴裁判所による、各号に定める要件の審査によってなされるべきとする¹¹⁵。そして、原告が同規則 7 条 1 号あるいは 2 号のいずれかを援用した場合には、裁判所は原告の請求 (die Ansprüche des Klägers) が契約あるいは不法行為等のいずれに関連するのかを判断することになるが、これは国内法上の分類からは独立してなされる必要がある¹¹⁶。その際とくに、契約当事者間で提起された訴えが 1 号の契約関連事項、2 号の不法行為関連

112 以上、EuGH Wikingerhof, a.a.O. (Fn.2), RdNr.26-27. ここで参照されているのは、Øe 法務官が意見書において、原告による裁判籍の選択を許すことによりフォーラム・ショッピングの問題が生じるとの、プログシッター事件判決の最広義解釈から最狭義解釈に対しなされる批判への反駁部分である (Øe, a.a.O. (Fn.32), Rn87)。この点につき、本稿Ⅱ・2.(2)(b)参照。

113 ブリュッセル Ia 規則前文 16 は以下の通り。

【ブリュッセル Ia 規則】前文 16

被告住所地管轄に加えて、代替的な (alternative) 裁判籍が、裁判所と訴えとの間の緊密な関連性 (aufgrund der engen Verbindung zwischen Gericht und Rechtsstreit) に基づき、又は適正司法を促進するために (im Interesse einer geordneten Rechtspflege) 認められるべきである。密接関連性が存在することは、法的安定性を確実にし、被告が合理的に予見しえない (vernünftigerweise nicht rechnen konnte) 構成国裁判所において訴えられる可能性を排除する。このことはとくに、名誉毀損を含むプライバシーや人格権の侵害に起因する (infolge der Verletzung der Privatsphäre oder der Persönlichkeitsrechte einschließlich Verleumdung) 契約外義務に関する紛争において重要である。

114 EuGH Wikingerhof, a.a.O. (Fn.2), RdNr.28. 同旨の先例として、フェニクス事件判決が挙げられている (Judgment of the Court (Second Chamber) of 4 October 2018, *Feniks Sp. z o.o. v Azteca Products & Services SL*, C-337/17, ECLI:EU:C:2018:805)。

115 EuGH Wikingerhof, a.a.O. (Fn.2), RdNr.29.

116 EuGH Wikingerhof, a.a.O. (Fn.2), RdNr.29-30.

事項のいずれと結び付けられるかは、請求原因の基礎となる義務 (die Verpflichtung, die ihr als Grundlage dient) を手がかりとすべきことが、Øe 法務官の意見書¹¹⁷ およびプログシッター事件判決を参照して示されている¹¹⁸。

(b) これらを前提に、欧州司法裁判所はブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号と 2 号をさらに定義づける。まず、ブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号について、次のように判示する。

「ある訴えがブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号の『契約又は契約から生じる請求』を対象とするといえるのは、原告により非難されている被告の行為が合法か違法かを明らかにするために、原告と被告の間の契約の解釈が不可欠と思われる場合である。」「とりわけ、契約の条項あるいは契約に基づき適用されるべき法を援用する場合がこれに当たる。」

このように同規則 7 条 1 号にあたるのは、問題となる行為の違法性判断に契約解釈が不可欠である場合であることが、プログシッター事件判決を引用して示され、それがとりわけ契約条項や契約により定められた準拠法ルールを援用する場合である旨、他の欧州司法裁判所判決を引用の上、確認される¹¹⁹。

他方ブリュッセル Ia 規則 7 条 2 号についても、次のように定義づけが行われる¹²⁰ (以下、本件 ECJ 判決が同条 2 号の定義について示したこの箇所を、ヴィキナーホフ第 2 部分とする)。

「これに対して、申立において (in seiner Klageschrift)、不法行為若しくは不法行為に相当する行為に基づく賠償責任 (die Haftung) に関するルール、すなわち法定義務

117 Øe, a.a.O. (Fn. 32), RdNr.90. この部分につき、本稿Ⅱ. 2. (3) (a) 参照。

118 EuGH Wikingerhof, a.a.O. (Fn.2), RdNr.31. なお、判決中ではプログシッター事件判決の 26 段落が引用されているが、プログシッター事件判決では「請求の目的 (the purpose of the claims)」に着目としているのであって、本件判決の「訴えの原因を形成する義務」(傍点筆者) との文言は用いられていない点で異なる。

119 EuGH Wikingerhof, a.a.O. (Fn.2), RdNr.32. 後半にいう欧州司法裁判所判決は、ホルターマン事件判決 (Judgment of the Court (Third Chamber) of 10 September 2015, *Holterman Ferho Exploitatie BV and Others v F.L.F. Spies von Bülllesheim*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574) およびカレダ事件判決 (Judgment of the Court (Third Chamber) of 15 June 2017, *Saale Kareda v Stefan Benkö*, C-249/16, ECLI:EU:C:2017:472) Judgments of 15 June 2017, Kareda, C-249/16, EU:C:2017:472) である。

120 EuGH Wikingerhof, a.a.O. (Fn.2), RdNr.33.

違反 (einen Verstoß gegen eine gesetzliche Verpflichtung) に依拠しており、被告の義務が当該契約とは無関係に存在するがゆえに、問題とされた行為が合法であるか違法であるかを評価するために、被告との間で締結された契約の内容を審査することが不可欠ではないと思われる場合、不法行為若しくは不法行為に相当する行為又はかかる行為に基づく請求権は、ブリュッセル Ia 規則第 7 条 2 号の意味における訴えの対象 (den Gegenstand der Klage) となる。」

ヴィンガーホフ第 2 部分によると、ブリュッセル Ia 規則 7 条 2 号に性質付けられる訴えというのは、

⑦「不法行為に基づく賠償責任を定めるルール」すなわち「法定義務」に依拠しており、そして (und (and)),

④被告の義務が当該契約と無関係に存在するがゆえに、問題となる行為の違法性判断に契約解釈が不可欠ではない場合 (傍点筆者)

と定義づけされている。この④部分は、ヴィンガーホフ第 1 部分同様、カルフェリス事件判決の引き算的理解を「訴え」のレベルで行い「訴え」を 2 分し、直前に示した同規則 7 条 1 号の定義——行為の合法性評価のために契約審査が不可欠である場合——をもとに 2 号の定義——行為の合法性評価のために契約審査が不可欠でないと思われる場合——を導くものである。

この点、④の前に置かれている⑦の部分について、この部分だけを取り出してみると、ブリュッセル Ia 規則 7 条 2 号を 1 号からの引き算で定義するのはなく、Oe 法務官が提唱するように 1 号と 2 号をそれぞれ別個に定義しようとするものと捉えられる。しかし、それに続く④の部分は上記の通り、同規則 7 条 2 号を 1 号からの引き算で求めようとするものであって、それを「and」で結んでいるために、この⑦と④との関係が不明確なものとなっている。

(3) 本件へのあてはめと結論

上記規範を前提に、欧州司法裁判所はあてはめを行う。本件で X が問題としているのは、ドイツ競争法違反であって、同法は契約その他の自由意思で立ち入った契約とは無関係に (unabhängig)、支配的地位の濫用を一般的に禁じている。具体的には、X は、たとえ Y のある慣行 (Verhaltensweisen) が

不公正 (unbillig) であったとしても、Y の市場での支配的地位ゆえに Y と契約を締結せざるを得なかったことと認定する。

とすれば、本件本案において中核となる (im Kern zugrunde liegt) 問題は、Y がドイツ競争法にいう支配的地位の濫用を行っていたかであって、Øe 法務官が指摘するように、Y の行為がドイツ競争法違反であるかの判断には XY 間の契約解釈は不可欠ではなく、必要であったとしてもせいぜい、かかる慣行が実際に行われていたことを確認するという目的に留まる。よって、裁判所の審査を条件として、X の訴えは支配的地位の濫用の差止を求める限りにおいて、ブリュッセル Ia 規則 7 条 2 号の「不法行為」関連事項であると解釈すべきであると結論付ける¹²¹。

さらに欧州司法裁判所はこのような解釈が、ブリュッセル Ia 規則前文 16 にいう、事案との空間的近接性および適正司法の要請との、同規則の目的と調和的であるとする。というのも、7 条 2 号により管轄を有する国、すなわち原告の主張する不正競争行為によりその市場に影響を受ける国は、関連する証拠の収集および評価という点において、原告の申立に理由があるかを判断するのにもっとも適しているからである¹²²。

以上より、欧州司法裁判所は、付託事項に対し次のように回答する¹²³。

「ブリュッセル Ia 規則 7 条 2 号は、被告による行為が競争法の禁じる市場支配的地位の濫用であることを理由として、原被告の契約関係においてなされている慣行の差止を求める訴えに適用されるものとして解釈されなければならない。」

2. 本判決の特徴

本件 ECJ 判決の特徴について、これまでの欧州司法裁判所の判断、とりわけプログシッター事件判決との相違を中心に整理しておきたい。

121 EuGH Wikingerhof, a.a.O. (Fn.2), RdNr.34-36.

122 EuGH Wikingerhof, a.a.O. (Fn.2), RdNr.37.

123 EuGH Wikingerhof, a.a.O. (Fn.2), RdNr.38.

(1) 本件 ECJ 判決では、ブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号・2 号の区別がそもそも何を手がかりとして行われるべきかについて、Øe 法務官意見書も参照しつつ、従来の欧州司法裁判所の判断を新たな形で整理していた。

すなわち、上記 1. (2) でみたように本件 ECJ 判決は、ブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号と 2 号の区別は、同規則の「体系および目的」を考慮して、「自律的に」なすべきであり、国内法上の分類に左右されてはならないとのプログシッター事件判決を確認する。この点、プログシッター事件判決では、国内法上の分類に左右されないことに重点がおかれ、独自の判断基準の定立——要約すると、同条 1 号の「契約」というためには、単に民事上の責任に基づく訴えというだけでは足りず、当該行為が契約義務違反とみなされるかを、契約対象を手がかりに合理的に見て、当事者間の契約の解釈が行為の違法性を判断するために不可欠であるかを基準として判断すべきとする¹²⁴——がなされる。

これに対し、本件 ECJ 判決では「体系」と「目的」のそれぞれについて、先例に言及しつつ詳述されている。「体系」に関しては、7 条が制限的になされるべきことがカルフェリス事件判決に依拠して示されつつ、どの裁判籍に依拠するかは原告の選択にゆだねられている旨、Øe 法務官意見書に依拠して示される。他方、「目的」に関しては、ブリュッセル Ia 規則前文 16 を援用しつつ、7 条 1 号や 2 号の特別裁判籍は、問題となる事項と裁判所との間の「密接な近接性」を前提とし、あるいは「適性司法を促進」するものという。そしてこれら 2 点をまとめ、ブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号と 2 号の区別は、原告の選択に着目しつつ、裁判所が請求の基礎となる義務を手がかりになすべきであることとしている。あてはめ部分においても、本件 X がドイツ競争法違反を主張していることの認定を出発点とし、その主張の認否に「契約解釈が不可欠であるか」を検討し、2 号への送致を導いた上で、かかる解釈が、「密接な近接性」や「適性司法の促進」というブリュッセル Ia 規則の目的と調和するかを論じている。

124 拙稿・前掲(注4)(2)37頁以下参照。

この、原告の主張を基礎とすることが明言されている点は、プログシッター事件判決では「契約対象を手がかりに」「合理的にみて」判断するとされていたのとは異なっており¹²⁵、また事案と裁判所との「密接な近接性」が強調される点も、プログシッター事件判決では見られない新たな判断である。

(2) 次に、本件 ECJ 判決での核心部分である、ブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号と 2 号の区別の基準であるが、欧州司法裁判所は次のように 2 つの部分で判示していた。

【ヴィキナーホフ第 1 部分】「不法行為」(同条 2 号)とは、被告の賠償責任を問うものであり、かつ 1 号に送致されない、すなわち一方が他方に対し自由に同意した法的義務に基づかない、すべての訴えをいう

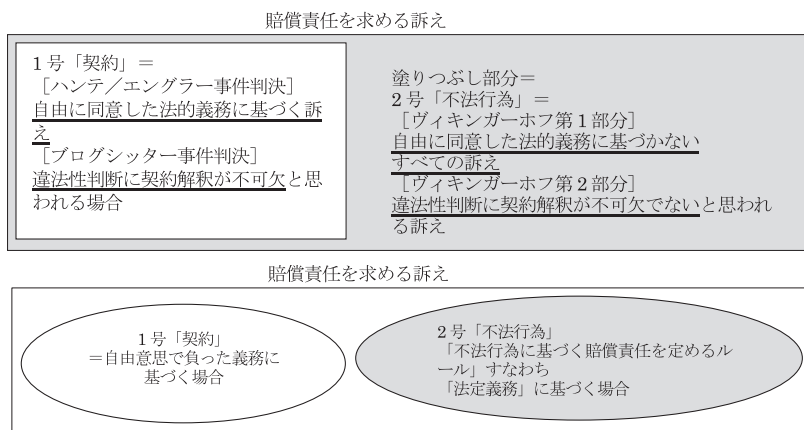
【ヴィキナーホフ第 2 部分】同条 2 号の訴えの対象となるのは、⑦「不法行為に基づく賠償責任を定めるルール」すなわち「法定義務」に依拠しており (und) ④被告の義務が当該契約と無関係に存在するがゆえに、問題となる行為の違法性判断に契約解釈が不可欠ではない場合

本件 ECJ 判決は第 1 部分、および第 2 部分④において、ブリュッセル Ia 規則 7 条 2 号の「不法行為」の定義を、カルフェリス第 1 部分においてみられた「引き算」的定義を前提に、1 号に関する先例をそれぞれあてはめたものである。すなわち、第 1 部分は、同条 1 号に送致される訴えは『「自由意思で立ち入った義務」を援用する訴え」とする先例 (ハンテ事件判決、エングラ事件判決) をあてはめたもの、第 2 部分④は、同条 1 号に送致される訴え＝「違法性判断に契約解釈が不可欠」である訴えとする先例 (プログシッター事件判決) をあてはめたものである (【図 5】上)。

この点、第 2 部分について上記④に先行する⑦部分は、Øe 法務官同様、ブリュッセル Ia 規則 7 条 2 号を 1 号からの引き算ではなく、積極的に定義するものであるため、⑦との関係が問題となりうる。前後の文脈からは、④

125 この点、Rieländer は欧州司法裁判所判例全体としての理解として、援用問題についてはプログシッター事件判決とヴィキナーホフ事件とを連続的に捉え、プログシッター事件判決における「合理的に観察して」との基準を重視し、本件 ECJ 判決での被告の申立に関する判示にはとくに着目していないようである (Rieländer, a.a.O. (Fn.3), S.110)。

において「被告の義務が当該契約と無関係に存在する」ことの理由, すなわち, 訴えが法定義務に依拠する結果として被告の義務が契約とは無関係に存在する, としているにすぎないと思えるのが自然とは思われるが, 単に「and」で結ぶものであるため, 他の解釈——㊦でありかつ㊧であることを要求するもの——も可能である。



**【図5】 ヴィンギンガーホフ第1部分・第2部分における
カルフェリス第1部分の理解**

Ⅳ. 判決の評価と分析

ヴィンギンガーホフ事件判決に関しては, 契約当事者に対する, 競争法の定める市場支配的地位の濫用を理由とする慣行差止に, ブリュッセルIa規則7条2号が適用可能とされるその結論自体には, 好意的な評価が多く見られた。

とりわけブログシッター事件判決に関しては, 「契約解釈が不可欠である」とはどのような場合を指すのかについての解釈の幅が広いことが問題とされていたのは, すでにみたとおりである (I. 1. (3))¹²⁶。この点, カルテル法上の支配的地位の濫用が契約関係に反映されていることをもって, ブリュッセルIa規則1号の「契約」として性質付けるとする場合には, ブログシッ

ター事件判決枠組みは不法行為管轄を封じ込めるのに決定的な手法となる。これが、不法行為管轄の空洞化、すなわち不法行為被害者から不法行為地裁判籍を奪う結果を招いているとして問題視されていた¹²⁷。本件でも、シュレースヴィヒ＝ホルシュタイン上級地方裁判所判決がかかる広義解釈を採り、結果として、ドイツ所在の原告の訴えを却下していた。そのため、本件判決がプログシッター事件判決の枠組みを制限するものであることについて、学説の多数からは好意的に受け止められており¹²⁸、また競争法上私訴の国際的な実現を図るものとして、カルテル不法行為被害者にとって歓迎すべき判決であると評価されたのである¹²⁹。

しかし、本件 ECJ 判決には批判も存在する。主なものとしては第 1 に、文言上競争法に限定しているため、その射程範囲が問題となる点である (1.)。次に、本件 ECJ 判決が、プログシッター事件判決を枠組みの一部に取り込みつつ制限しようとするものであるため、同判決との関係が問題とな

126 Wagner によると、もともとカルフェリス事件判決は、不法行為に基づく請求には不法行為裁判籍が、契約に基づく請求には契約裁判籍が与えられ、不法行為管轄において契約に基づく請求を審理することはできないとしているにすぎないのであるから、本件も単純に不法行為管轄と性質付けられるはずであった。ところが、被告の抗弁も考慮しようとするコロッサ事件判決 (Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 28 January 2015, *Harald Kolassa v Barclays Bank plc.*, Case C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37) やプログシッター事件判決の登場で法的不安定性が生じていたと分析する。Wagner, a.a.O. (Fn.3), SS.147-148.

127 Thiede, a.a.O. (Fn.3), S.128, *Mankowski*, LMK (Fn.3). 契約関係を理由としたこのような管轄否定の抗弁は、「プログシッター防御 („Brogsitter-Defence“)」とも呼ばれた。Mankowski は国内裁判所はこれと戦ってきたとして、これを「プログシッター留保 (Brogsitter-Vorbehalte)」と表現している。

128 たとえば、プログシッター事件判決枠組みによる不法行為裁判籍制限の歯止めをかけるもの (Rieländer, a.a.O. (Fn.3), S.103, Wagner, a.a.O. (Fn.3), S.148, *Mankowski*, LMK (Fn.3)), プログシッター事件判決からの脱却は望ましい (*Sujecki*, a.a.O. (Fn.3), S.43) などと評されている。また、ヴィキングーホフ事件判決の枠組みは、帰責事由が当事者間の契約関係における義務違反であれば契約管轄が開かれ、契約外の行動義務違反であれば、不法行為地管轄が開かれるという点で、損害法上のドグマ——所有者が損害を負担し (*casum sentit dominus*)、例外は損害の転嫁を正当化する帰属事由がある場合にのみ——に調和するとも評価されている (Thiede, a.a.O. (Fn.3), S.128)。

もっとも、一部では、プログシッター判決枠組みの完全な逆転であり、カルフェリス枠組みを再度導入するものであって妥当でなく、むしろ契約として性質付けすべき旨を説くものもある (たとえば, *Bernard Haftel*, Comment on the ruling of the Court of Justice in the case of *Wikingerhof v. Booking.com*, <https://eapil.org/2020/12/14/here-lies-the-late-brogsitter-ruling/> (Retrieved on 13.September 2024))。

り(2.)、またプログシッター事件判決を、管轄の一元化を可能にするものとして評価する見解からは、かかるメリットが失われるとの批判があった(3.)。また、性質付けを原告の主張ベースで行うとすること(4.)、ローマⅠ・ローマⅡ規則への言及がなかったこと(5.)についても問題とされている。

そこで以下では、これらの批判について順を追って概観し、それぞれについて簡単な検討を行ったうえで、私見を示すことにしたい(6.)。

1. 射程範囲——「競争法上の私訴」のみを射程にしているのか

本件付託事項としては、「問題となる行為が契約ルールによりカバーされる一方で、このルールが被告の市場支配的地位の濫用によるものであると原告が主張する場合に、当該行為の差止を求める訴え」がブリュッセルIa規則7条2号に送致されるかが問われていたのに対し、欧州司法裁判所は、「被告による行為が競争法の禁じる市場支配的地位の濫用であることを理由として、原被告の契約関係においてなされている慣行の差止を求める訴えに適用されるか」と「競争法」の「市場支配的地位の濫用」を理由にした差止を求める場面に狭めて土俵設定している¹²⁹。いまだこの基準が競争法上の私訴以外にも適用されるか等不明であり¹³¹、法的安定性は与えられていないとの指摘もある¹³²。

この点、差止のみならず、競争法上の損害賠償請求に関してもこの基準が適用されるかについては、ブリュッセルIa規則7条2項の文言が「不法行為若しくは不当行為に相当する行為に関する事項」とされていることもあり、

129 Thiede, a.a.O. (Fn.3), S.128. Mankowski, LMK, a.a.O. (Fn.3), Brand/Gehann, a.a.O. (Fn.3), S.101.

130 Wikingerhof EuGH, a.a.O. (Fn.2), RdNr.19 and 38.

131 Rieländer, a.a.O. (Fn.3), S.106 は、Oe 法務官意見書においては問題を広くとらえていたのとは異なり、市場支配的地位の濫用に言及して判断したことから、欧州司法裁判所は、それまでのケースバイケースの判断を行う解釈実務を踏襲し、一定の競争法違反行為の差し止めについてはなお、契約と性質付けする道を残していると指摘する。これに対して、Thiede, a.a.O. (Fn.3), S.128 は、判決内には限定は見られないのであるから、条件濫用事例に限定されるわけではないとの見方を示す。

これをとくに取り上げる文献は少なく、適用されることを前提として論じられている¹³³。

次いで、競争法以外の不法行為に対しても妥当するかについて、本件 ECJ 判決の文言からも否定すべきとされるのが一般的であるが¹³⁴、学説上は肯定の可能性を説くもの¹³⁵、なかでも、本件 ECJ 判決が「勿論解釈 (Erst-Recht-Schluss)」の契機となるとの見解もみられる¹³⁶。すなわち、もともと競争法分野においては当事者間に契約が存在することが多いのみならず、カルテルや支配的地位の濫用が「契約の背景」となり、契約条件の設計に反映されているのであって、契約を参照することは例外というより原則といえるほど、契約との緊密な関係が存在する。その中で、ヴィキンガーホフ事件判決が、競争法の事例に対してプログシッター事件判決基準を用いず、ブリュッセル Ia 規則 7 条 2 号「不法行為」として送致される道を開いたと

132 *Mankowski*, LMK a.a.O. (Fn.3), *Sujecki*, a.a.O. (Fn.3), S.43.

133 *Thiede*, a.a.O. (Fn.3), S.128 は、ドイツ競争制限禁止法 33 条 a (競争的でない対価についての損害賠償義務) に基づく損害賠償請求について、同条はカルテル参加者とその取引先の間の契約関係を前提とするが、違法性判断は契約外の、カルテル法への違反に基づき行われるとして、ヴィキンガーホフ事件の範囲内であるとする。たとえば、*Mankowski*, LMK, a.a.O. (Fn.3), *Brand/Gehann*, a.a.O. (Fn.3), S.102, *Wendelstein*, a.a.O. (Fn.3), SS.100-101, *Kern/Uhlmann*, a.a.O. (Fn.3), S.55, *Rieländer*, a.a.O. (Fn.3), SS.108ff. においても、当然の前提とされている。

ドイツ競争制限禁止法 33 条および 33 条 a は次のとおり。

【ドイツ競争制限禁止法 (GWB: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)】

33 条 除去及び差止請求権

(1) この章または機能条約 101 条若しくは 102 条に違反する者 (違反者)、又はカルテル庁の処分違反する者は、当事者に対して損害の除去及び繰り返しの危険がある場合は差止を義務付けられる。

(2) 差止請求権は、繰り返しの危険が存在する場合、その時点で発生する。

33 条 a 損害賠償義務

故意または過失により第 33 条 1 項に基づく侵害行為を行った者は、その結果生じた損害を賠償する義務を負う。(以下略)

134 *Sujecki*, a.a.O. (Fn.3), S.43.

135 *Thiede*, a.a.O. (Fn.3), S.128 は、たとえば、取引条件濫用 (Konditionenmissbrauch) という明確に定義づけられた領域に関する、プログシッター事件基準に対するきわめて限定的な個別の例外 (eine höchst spezifische Einzelfallausnahme) であるようにも解釈されうが、欧州司法裁判所は限定していないとしている。*Rieländer*, a.a.O. (Fn.3), S.110 は、本件では競争法上の、市場支配的地位の濫用の差止を求める訴えについてのみ判断しているが、契約と不法行為の区別についても将来の判決の指針を示すものとしている。

136 *Thiede*, a.a.O. (Fn.3), S.128.

するならば、競争法事案に比して契約との近接性が薄い通常の不法行為事例を、「不法行為」として同条2号に送致することもまた当然考えられるというわけである¹³⁷。

2. ブログシッター基準が有する不明確性

本件 ECJ 判決は、ブリュッセル Ia 規則 7 条 2 号の「不法行為」の定義につきヴィキンガー・ホフ第 2 部分後半において、㊦「不法行為に基づく賠償責任を定めるルール」すなわち「法定義務」に依拠している場合と、㊧被告の義務が当該契約と無関係に存在するがゆえに、問題となる行為の違法性判断に契約解釈が不可欠ではない場合の 2 つの場合を「and」で結んでいた。

この㊧部分は、ブログシッター事件判決のいう、「行為の違法性判断に契約解釈が不可欠か」の基準を、消極的な形に変えたもの——すなわち、ブログシッター事件判決の、ブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号に関する定義を、カルフェリス事件判決の一般的理解に沿い、引き算的に用いたもの——である。このように本件 ECJ 判決が第 2 部分㊧においてブログシッター事件判決をベースとしつつ、㊦部分を加えたことについて、学説からは、ブログシッター事件判決以後の流れ——不法行為に基づく訴えが、「契約解釈が不可欠」と判断されることでブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号「契約」として性質づけられる流れ——から、注意深く分離を図ろうとするもの¹³⁸、ブログシッター事件判決が有する不明確性、不確実性を払拭しようとするものとの評価もある¹³⁹。

(a) しかし、ブログシッター事件判決の「違法性判断に契約解釈が不可欠であるか」との基準について¹⁴⁰、この要件自体が、訴えと裁判所との近接性の観点からは不十分であるとの指摘、また不明確性を内包しているとの

137 *Mankowski*, LMK a.a.O. (Fn.3) . 同旨, *Sujecki*, a.a.O. (Fn.3), S.43.

138 *Mankowski*, LMK a.a.O. (Fn.3), *Rieländer*, a.a.O. (Fn.3), S.106. *Mankowski* は、Øe 法務官意見書は全面的なブログシッター事件判決への攻撃であったのに対し、本件 ECJ 判決は部分的攻撃にとどまると評している。

指摘がある。

まず前者について、事案と不法行為管轄裁判所との近接性との観点からは、債務者が誰であるか、損害の種類や金額、因果関係といった点も重要であるところ、上記基準は、「行為の違法性判断」にとって契約解釈が不可欠かどうかのみを考慮するに過ぎない点が問題とされる¹⁴¹。そもそも、プログシッター事件判決は、純粋な競争法事件においては、請求の成否に契約の存在や内容が関係すれば即、「契約」裁判籍に送致されるのではなく、「契約解釈に不可欠」であることを加重して要求している点に意義があるとし¹⁴²、不法行為に基づく請求が「契約」として分類されるためには、「抽象的一般的に観察した場合に、履行地における審理が加害行為地や結果発生地における審理より少なくとも同等であると思われる場合」のみ正当化されるとして、要件を加重しなければならないという¹⁴³。

次いで後者の不明確性について¹⁴⁴、とくに、⑦でありつつ①ではないと

139 *Sujecki*, a.a.O. (Fn.3), S.43, *Wagner*, a.a.O. (Fn.3), S.147, *Brand/Gehann*, a.a.O. (Fn.3), S.101.

140 なお、プログシッター事件判決に関して、訴えから見ると前提問題にすぎない契約に着目して性質付けすることの異質性も問題として指摘されていたところ（たとえば、*Peter Mankowski*, EuGH-Vorlage zum Gerichtsstand für kartellrechtliche Unterlassungsklage im Umfeld von Verträgen, Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (EWiR), 2019, S.158）、このような指摘は、不法行為としての理解が国内実質法に基づくものとの暗黙の前提にたつものであって、ブリュッセル Ia 規則の解釈は EU 法の観点から自律的に行うべきことからすればあたらないとされる（*Rieländer*, a.a.O. (Fn.3), SS.108-109）。また、不法行為請求において、ある行為が契約上の合意でカバーされるかといった予備的な問題は管轄決定には無関係ということが明らかにされたとの指摘もある（*Wagner*, a.a.O. (Fn.3), S.147）。

141 *Rieländer*, a.a.O. (Fn.3), S.109.

ここで参照されている論稿（*Thomas Pfeiffer*, Deliktsrechtliche Ansprüche als Vertragsansprüche im Brüsseler Zuständigkeitsrecht – vorfragenakzessorische Qualifikation der Hauptfrage?, IPRax 2016, S.113）によると、論者は、プログシッター基準を、二重起訴規制（ブリュッセル Ia 規則 29 条）に関する欧州司法裁判所のいわゆる「核心理論」と比較して論じている。核心理論とは、後訴が二重起訴に当たるかの判断基準たる「同一の請求 (desselben Anspruchs)」の存在を認めるためには、たとえ一方手続の主問題が他方手続の前提問題にすぎない場合であっても、両手続が「核心において」同一の対象 (Gegenstand) があれば足りるとするものである。ところが、プログシッター事件判決は、違法性判断が契約解釈に不可欠とされれば「契約」と分類されるのであって、契約が、当該問題における「核心」的な問題であることを要求するわけではない点で、核心理論よりも緩いものであるという。不法行為法においては、加害行為や過失の有無、損害の評価といった問題が重要であるにもかかわらず、「違法性判断における契約解釈の不可欠性」だけを重視することが批判されるのである。

いう場合——法定義務に依拠しつつ、かつ違法性判断に当事者間の契約解釈が不可欠である場合——の取り扱いが明確でない点が問題となりうるのである。本件 ECJ 判決のこの部分のあてはめを改めて原文で確認しよう¹⁴⁵。

「本件において、Xはその訴えにおいて、契約やその他の自由意思で立ち入った義務 (freiwillig eingegangenen Verpflichtung) とは無関係に、一般的に (allgemein)、支配的地位の濫用を禁じるドイツ競争法への違反を援用している。具体的には、Yが関連市場において支配的地位にあったため (wegen der starken Stellung)、たとえYのBooking.comの特定の行為が不公正 (unbillig) であったとしても、Xは当該契約を締結し、その後のYの約款変更の影響を受ける以外には選択肢がなかった。

したがって、本件訴訟の核となる (im Kern zugrunde liegt) 法的問題は、Yが当該競争法の意味において支配的地位を濫用したかという点にある。法務官が意見書の122・123パラグラフで述べているように、Yに対して主張されている慣行 (Praktiken) が当該競争法において合法か違法かを判断するために、本件訴訟の当事者間の契約を解釈することは不可欠ではない。というのも、そのような解釈はせいぜい (allenfalls)、当該慣行が存在すること (das Vorliegen dieser Praktiken) を確認するために必要とされるに過ぎないからである。」

上記後半部分において、本件 ECJ 判決も XY 間の契約の解釈が、XY 間の慣行の存在の確認のためには必要であることは認めている。しかし、それはYの慣行が当該競争法において合法か違法かを判断するために必要とされているわけではないとして、ブリュッセル Ia 規則 7条 2号へと送致している。このように判旨は、Øe 法務官の意見¹⁴⁶に従い、XYの契約の解釈が、慣行の存在の確認には必要としつつもなお、「違法性判断には契約解釈が不可欠ではない」としていた¹⁴⁷。

かかる欧州司法裁判所の判断に対して、その不明確さが批判とされたので

142 Rieländer, a.a.O. (Fn.3), S.108. ブログシッター事件で問題となった事案の特殊性——不法行為請求の成否が独占的開発契約の有無に左右されていた——を考慮すべきであるという。またこのことは、ブログシッター事件判決後に下された CDC 事件判決において、価格カルテルによる損害賠償の訴えに関する加害行為地の判断の際、ブログシッター事件判決に言及することなく、加害結果は「契約上の義務違反の中に見出されるのではなく、カルテルを通じ契約自由が制限されていることの中に見出される」のであるから、カルテル当事者間の契約に基づくつながりは無関係であるとしたことにも示されているという。

143 Rieländer, a.a.O. (Fn.3), S.109.

144 Rieländer, a.a.O. (Fn.3), S.106.

145 EuGH Wikingerhof (Fn.2), RdNr.34-35,

ある¹⁴⁸。本件でも問題となっている、ドイツ競争制限禁止法 19 条 2 項¹⁴⁹は、市場支配的地位の要件と並んで当事者間の契約を総合的に考慮することを要件としており、そこでは問題となる濫用的契約条件が他の条項で打ち消されることもありうる。このような場合に契約解釈が不可欠でないといえるのか、むしろ問題となる法定義務違反が、当事者間の契約を参照することを要求している場合について、「行為の違法性を判断するために契約の解釈が不可欠」な場合に当たるのではないかと問うのである¹⁵⁰。

また、知的財産権上のライセンスや利用権の範囲の逸脱の事例において、かかる問題が「万人に対する義務」とされるにもかかわらず、原告自身が、原告が被告に付与したライセンスの違反を持ち出した場合には、問題となる利用行為の違法性判断には契約解釈が不可欠であるのであって、プログレッサー基準がベースとなる限りはやはりブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号の「契約」の問題であると性質付けされざるを得ないことが指摘されている¹⁵¹。

(b) そこで学説では、ヴィキンガーホフ第 2 部分の重心を⑦の「法定義務」

146 *Öe*, a.a.O. (Fn. 32), RdNr. 122 ff. この点につき、II. 3. (1) 参照。

147 「違法性判断には契約解釈が不可欠ではない」との評価は自体は学説でも同様である。たとえば、本件約款は Y の行為の違法性を取り除くものではなく、具体的に描写する間接的な役割を果たすに過ぎないのであって、重要なのは Y が X の指摘通りの行為を行ったかどうかであるとされる (*Wendelstein*, a.a.O. (Fn.3), S.101)。

148 *Kern/Uhlmann*, a.a.O. (Fn.3), S.54.

149 ドイツ競争制限禁止法 19 条は以下の通り。

【ドイツ競争制限禁止法 (GWB : Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen)】

19 条 市場支配的企業による禁止行為

(1) 1 社又は複数の企業による市場支配的地位の濫用は禁じられる。

(2) 濫用が認められるのは特に、市場支配的企業が特定の種類の商品又は商的サービスの供給者又は需要者として、以下のことをなす場合である。

①他の企業に対し、直接あるいは間接的に不当に妨害し、又は、客観的な正当化事由なく (ohne sachlich gerechtfertigten Grund)、直接あるいは間接に、同等の企業とは異なる扱いをする場合

②有効な競争がなされている場合に高い蓋然性をもって定まるものとは異なる、対価 (Entgelte) 又はその他の取引条件を要求する場合。この場合、特に有効な競争がなされている市場 (vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb) における企業の行為態様 (die Verhaltensweisen von Unternehmen) を考慮しなければならない。(以下略)

150 *Kern/Uhlmann*, a.a.O. (Fn.3), S.54-55. このような基準で一般的に、前提問題と本問題とをどのように区別するのかを説明すべきという。

151 *Rieländer*, a.a.O. (Fn.3), S.110. これに対して、*Rieländer* は「完全性利益」の議論であれば解決可能であるとしていることについては、後述 (c) 参照。

に依拠しているかという部分において解釈し、④の「違法性判断に契約解釈が不可欠ではない」との部分の意味を実質的に失わせる形で解釈するものが見られる¹⁵²。

「欧州司法裁判所は、本件において BGH の見解を正確に取り上げ(35 パラグラフ)、本件で問題となる義務は任意で立ち入られたものではないとの原告の申立に言及している。プログシッター事件判決を前提にすると、それに続く 36 パラグラフは驚くべきもの (erstaunlich) と思われるかもしれない。というのも、一面において (zwar einerseits)、Y の市場支配的地位の行使の結果である契約を考慮することが『不可欠』であることを認めつつ、それにもかかわらず (aber gleichwohl) ブリュッセル Ia 規則 7 条 2 号の不法行為裁判籍が存在すると考えているからである。

そのため、真の理由付け (eigentliche Begründung) は、『法定義務』への違反はそれ自体ですでに (schon für sich genommen) 不法行為裁判籍を基礎付けるのであって、もはや契約上のルールは問題とならないというところにあると思われる。このような『法定義務』と、締結された契約がない限り Y が市場支配的地位を得ることも行使することもできないという意味において、契約上のルールによりもたらされる不法行為、この 2 つが同時に存在する (Parallelität) ということは、表面的に観察した場合には疑わしく思われる。

しかしながら、欧州司法裁判所のアプローチは現実的には正しい。条件濫用を理由とする排除および差止請求は、当事者間の義務違反に基づくものではなく、不利な (対外的な) 条件での契約締結に基づくものである。」

このように、本件 ECJ 判決の本質は、法定義務違反があればそれにより直接、ブリュッセル Ia 規則 7 条 2 号裁判籍が開かれるのであって、契約上の規律は問題とならないというところにあると解釈している。

この点、Wendelstein は、ブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号と 2 号の区別を別の基準で行いつつ、ヴィキンガー・ホフ第 2 部分④もその観点から位置づけようとする。すなわち、Wendelstein は、ブリュッセル Ia 規則 7 条 1 項の「契約」の性質付けにおいては、「事実関係が同一である場合に、仮に契約締結がなければ賠償責任が発生しないか」を基準に判断し、あるいは (beziehungsweise)、④の「違法性判断に契約解釈が不可欠でない」(傍点は筆者による) かが基準とされるという¹⁵³。Wendelstein によればヴィキンガー

152 Thiede, a.a.O. (Fn.3), S.128.

ホフ第 2 部分④は、「同一の事実関係において、仮に契約がなかったならば賠償責任が生じていないといえるか」の言い換えに過ぎないとされるのである¹⁵⁴。

そもそも Wendelstein はプログシッター事件判決の評釈において、欧州司法裁判所が、ブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号の「契約」性を、「自由意思で立ち入った義務」によると判断したこと（ハンテ事件判決）の背景には、意思を基礎とする責任論——契約が当事者を拘束するのは当事者がこれを望んだからであって、契約責任は、当事者の合意を通じて発生した請求権が履行されていない場合にのみ存在するとの理論——があると分析する¹⁵⁵。これによれば、契約上の責任があるといえるのは、契約上の合意により発生した請求権が履行されなかったことによる結果（das Resultat der Nichtbeachtung des durch die Vertragsabrede geschaffenen Forderungsrecht）である場合のみであって、その判断には、「事実関係が同一である場合に、仮に契約締結がなければ賠償責任が発生しない」かが基準となるという¹⁵⁶。この点、プログシッター事件

153 Wendelstein, a.a.O. (Fn.3), S.101.

Wendelstein は、ヴィキンガーホフ事件判決は意思に基づく責任論によるものと位置づける。論者はもともと、プログシッター事件判決に関しても、同議論に基づくものと論じていた（Christoph Wendelstein, Wechselseitige Begrenzung von Vertrags- und Deliktgerichtsstand im Rahmen des europäischen Zuständigkeitsrechts (zu Brogsitter-Entscheidung), ZEuP 2015, SS.622ff.）。契約責任を当事者の意思を基礎として考えるこの見解は、ブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号＝「自由意思で立ち入った義務」を援用するものと定義するハンテ事件判決と軌を一にする。この点、本稿でもすでに述べたように、プログシッター事件判決においてはこのハンテ事件判決への明示的言及がないところ（本稿 I. 1. (3) 参照）、Wendelstein は、プログシッター事件判決もこれに矛盾するものではなく、むしろ論理的な帰結であるとする（ebenda, SS.626-627）。そのうえで、プログシッター事件判決の「違法性判断に契約解釈が不可欠であるか」との基準も、上記契約の自由意思性を言い換えたものと捉えるのである（ebenda, SS.629-630）。

154 Wendelstein (Brogsitter), a.a.O. (Fn.153), SS.629-630.

155 Wendelstein (Brogsitter), a.a.O. (Fn.153), SS.627-628. そしてこれに対置されるのが、国家により課せられる、当事者の意思とは無関係に単純に国家法により損害事実の発生に基づき発生する不法行為責任であって、私的自治が機能する条件を整える役目を持つという。そして契約と不法行為は互いに排他的であるという。のみならず、不法行為においては、加害者と被害者との間には損害事実以上の結びつきは必要とされておらず、また不法行為法は当事者自治に基づく意思形成の基礎となる私人の法的地位を保護する役割があるという。Ebenda, SS.628-629.

なお、Kern/Uhlmann, a.a.O. (Fn.3), S.55 はこの理論を一般的に過ぎる、と批判している。

判決はハンテ事件判決には明示的に言及しないままに、「違法性判断に契約解釈が不可欠か」の基準を導入しているが、Wendelsteinによればこれはハンテ事件判決と矛盾するものではなく、むしろ論理的な帰結としてみるべきものであり¹⁵⁷、上記基準を言い換えたものに過ぎないと位置づけるのである¹⁵⁸。

ヴィキングーホフ事件においても、Wendelsteinは、「事実関係が同一である場合に、仮に契約締結がなければ賠償責任が発生しないか」との基準により判断する。これによると重要なのは、Yの行為の違法性は、たとえXY間の契約が無効となったとしても消えるわけではない点であって、判断に必要なのはYがXの申立てている通りの行動をとったのか、そしてその行動が競争法に違反することのみであるという¹⁵⁹。このようにWendelsteinにおいては、ヴィキングーホフ第2部分④は、契約の自由意思性を判断する1つの手がかりに過ぎないものとして、意味が弱められている。

(c) なお、Wendelsteinの「契約締結がなければ賠償責任が生じないか」との基準は、別の論者によっても類似の形で主張されている¹⁶⁰。たとえばHoffmannは、「問題となる責任が契約有効性を前提とするか否かを分水嶺とする¹⁶¹。

プログシッター事件判決後の論稿においてHoffmannは、ブリュッセルIa規則7条1号と2号の区別は、契約締結により約束される当事者の意思を基礎とする義務か(給付利益: *Leistungsinteresse*)、契約締結とは無関係に、

156 Wendelstein (Brogsitter), a.a.O. (Fn.153), S.629, Wendelstein (Wikingerhof), a.a.O. (Fn.3), S.100-101.

157 Wendelstein (Brogsitter), a.a.O. (Fn.153), S.626-627.

158 Wendelstein (Brogsitter), a.a.O. (Fn.153), S.629-630, 「事実関係が同一である場合に、仮に契約締結がなければ賠償責任が発生しない」との基準を示した後で、「欧州司法裁判所の新しい表現(注:プログシッター事件判決)を用いると(Um mit den neuen Worten des EuGH zu sprechen)」として、プログシッター基準を記している。

159 Wendelstein (Wikingerhof), a.a.O. (Fn.3), S.101.

160 Rieländerは後掲のHoffmannの論稿を引用し、これによると比較的容易に判断が可能であり、準拠法の考慮も不要となつて、事案や証拠との近接性との観点、管轄の予見可能性の観点を考慮することができるという。Rieländer, a.a.O. (Fn.3), S.109.

原則として万人 (Jedermann) により考慮されなければならないような法的地位か (完全性利益: Integritätsinteresse), という点に着目して行われるべきと主張した¹⁶²。契約上の給付利益が害される限りにおいて契約裁判籍が関係するのであって, 完全性利益は不法行為裁判籍において主張されるべきである。賠償法的観点からは, 履行地が, 行為地や結果発生地の代わりとなるのは, 給付利益が問題となる場合のみであって, しかもその限りで事案や証拠との近接性 (Sach- und Beweisnähe) が保証されるという¹⁶³。その具体的区別方法として, Hoffmann は, 問題となる責任が契約有効性を前提とする場合には, 給付利益が問題となっているとして契約裁判籍に, 責任が契約有効性とは無関係に成立する場合には, 完全性利益が問題となっているとして不法行為裁判籍に送致することを主張するのである¹⁶⁴。

ヴィキングーホフ判決枠組みと Hoffmann による区別は, 多くの場合で結論において異なることが多いものの¹⁶⁵, 契約により付与された知財ライセンスやその他の対世的に (erga omnes) 保護された法的地位の濫用といった事例においては違いが生じるという。というのも, ヴィキングーホフ①基準では, 原告自身が被告の利用権の越権を理由として申立てる限り, ブログシッター基準では「契約解釈が不可欠」とされ, 履行地と事案や証拠との近接性が通常想定されないにも関わらず契約として性質付けされうる¹⁶⁶。これに対し Hoffmann の基準によれば, 対世的に保護される法的地位の侵害ということで, 完全性利益が問題となるものとして不法行為として分類されるからである¹⁶⁷。

3. 契約裁判籍と不法行為裁判籍との管轄の分離

上記 2. はいずれも, ブログシッター事件判決のなした, ブリュッセル

161 Jan Felix Hoffmann, Die Gerichtsstände der EuGVVO zwischen Vertrag und Delikt, ZZZ 128, 2015, SS.465ff.

162 Hoffmann, ebenda, S.476. なお, Rieländer はこの給付利益を履行利益 (Erfüllungsinteresse) と表現している (Rieländer, a.a.O. (Fn.3), S.109)。

163 Hoffmann, a.a.O. (Fn.161), S.476.

164 Hoffmann, ebenda, S.478.

Ia 規則 7 条 1 号と 2 号の限界づけを狭めようとする点では、本件 ECJ 判決を評価するものであった。しかし、すでに紹介した通り、ブログシッター事件判決に対しては、カルフェリス事件判決により生み出された契約裁判籍と不法行為裁判籍の分離の問題を解決する一手法として好意的に評価する見解もあり、当事者間に契約関係がありさえすればすべて 1 号に送致すること

165 *Rieländer*, a.a.O. (Fn.3), SS.109-110. このように解する前提として、*Rieländer* は欧州司法裁判所による判例法理について以下のように解釈する。

まず、ヴィキングガー・ホフ④基準（ブリュッセル Ia 規則 7 条 2 号＝「被告の義務が当該契約と無関係に存在するがゆえに、問題となる行為の違法性判断に契約解釈が不可欠ではない場合」）は反対解釈すれば、同条 1 号の「契約」とされるのは、「契約なければ被告責任なしという場合 (wenn der Vertrag nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass die Haftung des Beklagten entfele)」となるとし、またその判断はブログシッター事件判決に示されたように、「合理的に観察して (nach vernünftiger Betrachtungsweise)」行われる (*EuGH Brogsitter*, a.a.O. (Fn.17), RdNr.26)。そして、医師責任や契約締結過程での詐欺といった保護法規違反にもとづく損害賠償について、当事者間に診療契約や売買契約があるものの、かかる契約は当事者の特別関係とは無関係に存在する、法定責任の「結果であり目的 (Folge und Ziel)」であるとして、不法行為として性質づけられているという。

欧州司法裁判所の先例上の基準をこのように解した場合、*Hoffmann* のいう基準——同条 1 号の「契約」とされるのは、請求の基礎とされる責任が契約有効性に左右される場合——と、結果として同様の結果となるのである。以上につき、*Rieländer*, ebenda, SS.109-110.

166 *Rieländer*, ebenda, S.110.

167 *Rieländer*, ebenda, S.110.

なお、このような給付利益と完全性利益による区別に対しては、履行に代わる損害賠償と履行と併存する損害賠償の区別 (Abgrenzung des Schadensersatzes statt und neben der Leistung) や、売買目的物自体の瑕疵の拡大における契約責任と不法行為責任の区別 (いわゆる侵害的損害 (Weiterfresserschäden)) のように、ドイツ民法上においてはみられるが、たとえば CISG74 条ではかかる区別はないのであって、規則の自律的解釈という観点からは妥当でないとの批判がある (*Kern/Uhlmann*, a.a.O. (Fn.3), S.55, besonders Fn.79)。

この論者はアメリカで提唱されている、ルールとスタンダード (rules and standards) による区別をここで導入することを提唱している。ブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号・2 号自体は、構成要件が明確に定められており、「開かれた (offen)」な規定とはいえないためスタンダードには当てはまらないとしても、両号の区別は「複合的なルール (complex rules)」とみることができるという。そうであれば、さまざまな要因を組み合わせることで可能であり、万人に対しての、契約と無関係に存在する義務の違反や公的利益が問題となるのか、契約の適用範囲や契約義務と直接関係する損害が問題となるか、あるいは訴えの対象が強制的な法規か任意的法規か、といった点を考慮するという。本件では、当事者の任意処分が許されない万人に対する義務や公的利益が問題となっているため、結果として欧州司法裁判所の判断と同様、ブリュッセル Ia 規則 7 条 2 号に送致されることになるとしている。以上につき、*Kehrl/Uhlmann*, ebenda, S.55.

すら可能とも指摘されていたところである¹⁶⁸。また消費者契約に関するブリュッセル Ia 規則 18 条について、欧州司法裁判所は前者の方法を用いている¹⁶⁹。かかる観点からは、本件欧州司法裁判所判決はこのような 1 号を軸にした、1 号を 2 号に優先させた性質決定を改め、1 号へ送致される範囲を狭めるものといえるため、フォーラム・ショッピングを許すものであるとの批判、また管轄の分離を招くとの懸念が寄せられている。

（1）この点、ブリュッセル Ia 規則 18 条について欧州司法裁判所が「契約」概念を拡張して対応していることについて、かかる解釈は、消費者契約に関し弱者保護が図られていることを背景とするものであるため、7 条 1 号に関する議論に移し替えられる必要はないと反論される。すなわち、消費者契約に関し管轄ルールを定める同規則 18 条は、消費者が原告となって契約相手方たる企業を訴える場合には、相手方住所地国と消費者住所地国とに選択的に管轄を認める一方（同条 1 項）、契約相手方たる企業が消費者を訴える場合には消費者住所地国にのみ管轄を認め（同条 2 項）、さらに同規則 19 条では、かかる管轄を排除する合意について一定の制限を置いている。そのため、消費者・事業者間における不法行為請求につき、18 条の「契約」概念を広げる方法で対処する場合には、かかる消費者保護規定が適用されうるというのである¹⁷⁰。消費者契約の他、労働・保険事件においても弱者保護の観点からの規定が置かれているのであり、かかる分野については、かかる「契約」概念の拡張による手法が正当化されるという¹⁷¹。

168 *Rieländer*, a.a.O. (Fn.3), S.107

169 ブリュッセル Ia 規則 17 条、18 条は以下の通り。

【ブリュッセル Ia 規則】

17 条 (1) 消費者である個人が、その職業外とみなされる目的のために締結した契約に関する事項については、管轄権は本章の規定による。ただし、第 6 条および第 7 条 5 項の適用を妨げない。（以下略）

18 条 (1) 消費者は、契約の相手方に対して、当該相手方が所在する地の締約国裁判所、または、当該相手方の所在地にかかわらず、消費者が居住する地の裁判所に訴えを提起することができる。

(2) 契約相手方は、消費者に対して、消費者が所在する締約国裁判所においてのみ訴えを提起しうる。

(3) 本条は、本章の規定により本訴が係属する裁判所において、反訴を提起する権利に影響を及ぼすものではない。

(2) 次に、フォーラム・ショッピングにつながるとの指摘については、ブリュッセルIa規則はもともと原告に一定範囲での管轄の選択を許している上、カルフェリス事件判決により、同規則7条2号に関する管轄裁判所には不法行為請求に関してのみ判断権限が与えられるとの制限が加えられたのであるから、批判は当たらないとする¹⁷²。また、管轄の分離に関しても、ブリュッセルIa規則7条の定める特別管轄はそもそも4条の一般管轄に対する例外なのであって、被告住所地国であれば契約に基づく請求も不法行為に基づく請求もともに持ち出すことは可能である¹⁷³。よって、これらの理由は不法行為被害者である原告から、不法行為地管轄を奪うことの正当な理由にはならないと反論される¹⁷⁴。

(3) 最後に、本件ECJ判決がもたらす管轄の分離という問題については、契約裁判籍のある裁判所に、不法行為事件についても判断権限を与えることで解決しようとする見解もみられる¹⁷⁵。すでにみたようにカルフェリス事

170 *Mankowski*, EWIR, a.a.O. (Fn.140), S.350. なお、ブリュッセルIa規則19条は以下の通り。

【ブリュッセルIa規則】

19条 本章の規定は、次のいずれかの場合にのみ、これと異なる合意をすることができる。

- ① 紛争発生後に合意がされたとき
- ② その合意が、消費者に対し、本節が規定する裁判所以外への提訴を認めるとき
- ③ 契約締結時に同一の締約国に住所又は常居所を有する消費者と相手方との間の合意であって、その国の裁判所に管轄を認める合意であるとき。ただし、その国の法がこのような合意を禁止しているときはこの限りではない

171 以上につき、*Rieländer*, a.a.O. (Fn.3), SS.110-111. *Øe* 法務官意見書においても、意見書で述べられる性質付けの手法は、保険契約、消費者契約、労働契約ではあてはまらないとしている (*Øe*, a.a.O. (Fn. 33), RdNr.111 参照)。

なおこの点、*Rieländer* はブリュッセルIa規則17条の「契約」概念を拡張することの根拠として、同条の英語・フランス語版では、「消費者により、職業外とみなされる目的のために締結された契約に関する事項については (In matters relating to a contract)」との表現が採られていることも紹介している (*Rieländer*, a.a.O. (Fn.3), S.111)。もっとも、同規則7条1号においても、英語・フランス語版は同様の表現を採っており (in matters relating to a contract)、消費者契約を通常の契約から区別して扱うことの論拠とはならないであろう。

172 *Brand/Gehann*, a.a.O. (Fn.3), S.102, *Rieländer*, a.a.O. (Fn.3), S.108. この点は、*Øe* 法務官が指摘していた点である (本稿Ⅱ. 2. (2) (b) 参照)。

173 *Brand/Gehann*, a.a.O. (Fn.3), S.102.

174 *Rieländer*, a.a.O. (Fn.3), S.107.

件判決は、ブリュッセル Ia 規則 7 条 2 号「不法行為」裁判籍を有する裁判所は契約上の事件についての付属管轄は有しないと判示した(カルフェリス第 2 部分)¹⁷⁶のであるが、それを越えて、同条 1 号「契約」裁判籍を有する裁判所は、不法行為上の事件についての付属管轄もまた有しないというのが一般的理解であった。しかし、同条 1 号に関してのかかる一般的理解を否定し、「契約」裁判籍を有する裁判所の審査権限を不法行為事件へも拡張することを認め、かつ、「不法行為」と性質付けされる事件については別途、「不法行為」裁判籍を有する裁判所での審理も認めようとするのである¹⁷⁷。

しかしながら、このような解釈は現行ブリュッセル Ia 規則の解釈としては難しく、立法論にゆだねられるべき問題であることが指摘される¹⁷⁸。たしかに、カルフェリス第 2 部分からは、必ずしも鏡像的に (spiegelbildlich)、ブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号の契約裁判籍において契約関連の訴えのみが扱われうる、との制限が導かれるわけではない。しかし、ブリュッセル I 規則の改正議論の時点において、EU 立法者はカルフェリス事件を契機とした、同条 1 号と 2 号の間の管轄の分離に関する学説上の議論を知っていたにもかかわらず、ローマ II 規則において採用された、不法行為事件の契約への附従的連結(ローマ II 規則 4 条 3 項 2 文、5 条 2 項 2 文)による矛盾判断の防止を、

175 *Andreas Spickhoff*, *Anspruchskonkurrenzen, Internationale Zuständigkeit und Internationales Privatrecht*, IPRax, 2009, S.132, *Stefan Leible*, in: *Stefan Leible et al.*, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR*, Bd.1, Brüssel Ia-VO, 2021, Rn.101.

176 本稿 I. 1. 参照。

177 理由付けとして、Spickhoff は、ローマ II 規則 4 条 3 項において、不法行為請求権が契約準拠法に附従的に連結されることを引き合いに出し、準拠法決定レベルで一体として捉えているものは管轄法のレベルでもまた一体とみることは可能であるとする (*Spickhoff*, a.a.O. (Fn.175), S.132)。

また、Leible は、付属管轄は、普通裁判籍を軽んじるものであり、付属管轄を認められた裁判所に事案や証拠の近接性が存在するとは限らないことから、原則的には否定すべきという。しかし、ブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号「契約」裁判籍における不法行為請求権の併合審理については、国際私法と国際民事手続法の並行を生み出すこと、原則として契約関係は不法行為にとっても意味を持つこと、法的安定性や紛争の包括的解決のための効果的な法的保護に資するとして肯定する (*Leible*, a.a.O. (Fn.175), RdNr.100-101)。

178 *Rieländer*, a.a.O. (Fn.3), S.108, *Wagner*, a.a.O. (Fn.3), S.146, *Kern/Uhlmann*, a.a.O. (Fn.3), S.54.

管轄レベルに持ち込むことを断念し、その代わりに、第一次的には訴訟係属に関する規定を置く(同規則30条)ことによりコントロールすることにした。8条4項で物権にかかわる契約についての併合が明文で規定されており、そのことの反対解釈からも、EU立法者は、契約裁判籍に黙示の付属管轄(eine ungeschriebene Annexkompetenz)を認めないことにしたとの判断が読み取れるという¹⁷⁹。

4. 原告の法的主張への依拠

次に、本件 ECJ 判決において、ブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号と 2 号の区別が、原告の主張を基礎としてなされる点¹⁸⁰——1 号あるいは 2 号が適用されるかは原告がこれらを援用するかにかかっていること、裁判所は、請求の根拠となる義務が契約上のものか、不法行為上のものかを判断すべきこ

179 以上、*Rieländer*, a.a.O. (Fn.3), SS.107-108. ブリュッセル Ia 規則 7 条は同規則 4 号に対する例外であり限定的に解釈されるべきであり、同規則 7 条 1 号の趣旨は、契約履行に関する争訟は同一の裁判所で請求しうるようにする点にあり、それに限定されるべきことも挙げられている。

なお、文中のブリュッセル I a 規則 8 条、30 条は次の通り。

【ブリュッセル Ia 規則】

第 8 条 構成国の主権領域に住所を有する者に対しては、以下の裁判所にも訴えを提起することができる。

- (1) 複数の者が共同して訴えられる場合には、被告の一人が住所を有する地の裁判所。ただし、訴えについて、手続を分離した場合に矛盾する裁判が言い渡される可能性があるため、これを回避するためには、訴えについて一つの共通の弁論及び裁判を必要とするような密接な関連性がある場合に限る。
- (2) 担保に基づく訴え (Klage auf Gewährleistung) 又は参加の訴え (Interventionsklage) が問題となる場合には、本訴の裁判所。ただし、本訴が、この者に対して本来の管轄裁判所の管轄を妨げるためにのみ提起されているときは、この限りでない。
- (3) 反訴が、本訴が依拠すると同一の契約又は事実関係に基づいている場合には、本訴が係属している裁判所。
- (4) 契約又はこれに基づく請求権が手続の対象であり、その訴えが、同一の被告に対する不動産に関する物権に基づく訴えと併合可能である場合には、その主権領域に不動産が存在している構成国の裁判所。

第 30 条

- (1) 異なる構成国の裁判所に関連手続が係属したときは、後に提訴された裁判所は、手続を停止することができる。
- (2) 先に提訴のあった裁判所に係属する手続が第一審に係属中であるとき、後に提訴のあった裁判所は、先に提訴のあった裁判所が関連手続について管轄を有し、かつ、その国の法により手続の併合が認められている場合には、当事者の申立に基づき、自己に管轄のないことを宣言することができる。
- (3) 本条において関係手続とは、手続間に密接な関連性が存在するために、別個の手続で矛盾した判断が下されるおそれを回避するには、一括して審理し判断することが必要とみなされる場合をいう。

と¹⁸¹——について、今後は被告の抗弁は原則として意味を持たなくなったことの指摘¹⁸²のほか、以下の点が議論されている¹⁸³。

(1) 第 1 に、そもそも原告の主張が判断の出発点とされている点について、欧州司法裁判所が判断権限を有するののかについての疑義が出されている。EU は国際民事手続法に関する立法権を有するとはいえ (欧州連合機能条約 81 条 1 項 2 項)、主張・証明責任 (Darlegungs- und Beweislast) のような問題は、国際裁判管轄を基礎づける事実についてのものであったとしても、一般手続法的性質を有するものであり、かかる民事手続法の中核部分に関して、EU は管轄を有しない。仮にかかる問題が EU の管轄内であるとしても、補完性・比例性原則 (den Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) に拘束されるうえ (欧州連合条約 5 条 1 項 2 文)¹⁸⁴、欧州連合機能条約 67 条 1 項のいう「構成国の異なる法秩序と伝統が常に尊重されなければならない」との指針は、同 81 条にも適用される。そしてこれらは、欧州司法裁判所による解釈をも拘束する¹⁸⁵。

この点、国際裁判管轄の問題は、証拠法や訴訟進行における構成国法の独自性が、法統一、とりわけブリュッセル Ia 規則という方法による「EU 法の完全な、実効的な有効性 (vollen [bzw.] praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts)」¹⁸⁶という EU の利益と対立するという点において、あいまいな立ち位置 (Zwitterstellung) にある。上記観点からは、構成国手続法に対する「干渉 (Übergriff)」は EU 法の目的の基本的有効性 (grundsätzliche Effektivität) が確保される限りは控えられるべきであるところ、ドイツでは、国際裁判管轄は

180 欧州司法裁判所のコロッサ事件 (前掲注 126 参照) においては、管轄審査においては原告の主張のみならず被告の抗弁をも基礎にしなければならないとされていることについて、Wagner, a.a.O. (Fn.3), S. 146 参照。

181 EuGH Wikingerhof, RdNr.29 u. 31.

182 Brand/Gehann, a.a.O. (Fn.3), SS.104-105. 被告は、管轄を基礎づける原告の主張事実について反論するしかないという。また、本件 ECJ 判決の論理によれば、結果的に、契約裁判籍・不法行為裁判籍が互いに排他的 (sich ausschließen) な関係に置かれるのではなく、原告の法律構成により選択的に (alternativ) 開かれることになることと指摘される。Wendelstein (Wikingerhof), a.a.O. (Fn.3), S.102.

183 Kern/Uhlmann, a.a.O. (Fn.3), S.54.

原告の主張をベースとして審査するとされており、この方法は EU 上も許容されているのであるから¹⁸⁷、わざわざ本件 ECJ 判決のように EU 法による統一的解釈を提唱することは難しいというのである¹⁸⁸。

第2に、原告の実質法上の援用を基準とすることは、ブリュッセル Ia 規則の目的に反するし、過去の判例にも反するという。

そもそも国際裁判管轄ルールは、競合する裁判籍を、事案や関連利益にかながみて適正に調整することで管轄法上の正義 (zuständigkeitsrechtlicher Gerechtigkeit) を実現しようとするのであり、またブリュッセル Ia 規則は

184 補完性原則とは、EUにおいて機構における民主主義の確保に向けて、機構の目的は基本的に構成国自身の行動により達成されるものとし、これが十分に達せられない場合のみ共同体が補完的に行動するとするものである (EC 条約3条b)。比例性原則はこれに続けて規定されており、共同体の行為が正当化されるのは、EUの目的達成に必要な範囲で、目的に比例してのみであるとの原則であり、共同体の権限乱用を防ぐ原則としての意義を持つ。以上、福王守「EUにおける比例性原則の意義と課題 (1) ——機構の基本権保障と民主的統制をめぐる問題を通じて——」駒沢女子大学研究紀要第20号40頁。

【欧州連合条約】(訳は植木俊哉＝中谷和弘編『国際条約集 2024 年版』(有斐閣)による)

5条(権限に関する三原則)

(1) 連合の権限の限界は、権限付与の原則により規律される。連合の権限の行使は、補完性及び比例性の原則により規律される。

(2) 権限付与の原則の下で、連合は両条約に定める目的を達成するために両条約において加盟国により付与された権限の範囲内に限って行動する。両条約において連合に付与されていない権限は、加盟国に留保される。

(3) 補完性の原則の下で、連合は、その排他的権限に属さない分野においては、提案される行動の目的が、加盟国の中央レベルまたは地域及び地方のレベルのいずれにおいても十分に達成することができず、提案される行動の規範又は効果のために連合レベルでよりよく達成される場合に限り、行動する。

連合の機関は、補完性及び比例性の原則の適用に関する議定書に定める補完性の原則を適用する。国内議会は、その議定書に定める手続に従い、補完性の原則の遵守を確保する。

(4) 比例性原則の下で、連合の行動の内容と形式は、両条約の目的を達成するために必要な範囲を超えてはならない。

連合の機関は、補完性及び比例性の原則の適用に関する議定書に定める比例性原則を適用する。同盟の行動の内容および形態は、条約の目的を達成するために必要なものを超えてはならない。

【欧州連合機能条約】(訳は植木＝中谷・前掲による)

67条(自由、治安及び司法に関する領域の構築)

(1) 欧州連合は、基本権並びに加盟国の異なる法制度及び伝統を尊重しつつ、自由、治安及び司法の領域を構成する。(以下略)

81条(民事分野における司法協力に関する措置)

(1) 連合は、判決および裁判外事件における決定の相互承認の原則に基づき、外国性を有する民事分野における司法協力を発展させる。この協力は、加盟国の法令の平準化のための措置の採択を含むことができる。

(2) (1)の適用上、欧州議会及び理事会は、通常立法手続きに従い、次の事項の確保を目的として、とくに域内市場の円滑な運営のために必要である場合には、措置を採択する。(以下略)

EU 内での管轄法統一を目指すものである。とすれば、ブリュッセル Ia 規則の「契約」「不法行為」の解釈も、この目的に適うよう、事案や証拠への近接性といった訴訟上の利益に従い規則自律的に行われるべきであって、実質法上の請求権の性質付けによるべきではないし、ましてや原告の主張に意味が与えられるべきでないという¹⁸⁹。

この点、本件 ECJ 判決の依拠するプログシッター事件判決は、原告が訴えの中で依拠した実質法ルールを持ち出していたわけではないと指摘されている¹⁹⁰。プログシッター基準によれば、むしろ裁判所は「原告の申立が、合理的に観察した場合に当事者間に存在する契約上の権利義務違反とみなされ、それゆえ訴えの判断に契約解釈が不可欠であるような理由に基づく代替請求権を目的としているか」(下線部は原文イタリック)の確認が必要とされているのであって、特定の実質法上のルールに依拠する当事者の法律構成が重

185 Kern/Uhlmann, a.a.O. (Fn.3), S 53, FN53 において引用される文献 (Clemens Höpfner/Bernd Rüthers, Grundlagen einer europäischen Methodenlehre, AcP 2009, SS.17-19) においては、欧州司法裁判所による法創造 (Rechtsvorbildung) の限界について、欧州議会の立法権限と加盟国の主権を侵害してはならないことを確認する。これは、立法府との間の権力分立の要請に基づいていること、また欧州司法裁判所が欧州条約 5 条 (EGV) の補充性原則や同 95 条にいう必要性要件を考慮しなければならないことが述べられている。

186 本文中には“*effet utile*”の語が併記されている。*Effet utile* は、加盟国内法秩序における EU 法の完全な実効性 (full effectiveness) を確実にするのであり、この原則は EC 条約 10 条の *principle of sincere (or loyal) cooperation* 原則に由来する (Koen Lenaerts/Kathleen Gutman, *Federal Common Law in the European Union: A Comparative Perspective from the United States*, *The American Journal of Comparative Law*, 54, pp.17-19)。欧州司法裁判所においては、「*実際的有效性 (praktische Wirksamkeit)*」「*完全な有効性 (volle Wirksamkeit)*」との語がともに用いられており、厳密な区別はされていない。もっとも、前者ではローマ法の“*ut res magis valeat quam pereat*”により、法文は、余計であり無意味なものとみなされたり、法文の意味や目的を不合理にしたりするような解釈をしてはならないとの意味で用いられ (狭義の *effet utile*)、後者では、国際法でみられるように、法解釈はその法の目的がもっともよく達成できるように解釈されるべきとの意味 (広義の *effet utile*) で用いられているという (Von Michael Potacs, *Effet utile als Auslegungsgrundsatz*, *Europarecht*, 2009, SS.465-469)。

187 Kern/Uhlmann, a.a.O. (Fn.3), S.53, FN 48. 通説によると、二重関連事実説は国際裁判管轄に関しても妥当し、ブリュッセル Ia 規則の適用においてもまた適用されるという。この点につき、Konrad Ost, *Doppelrelevante Tatsachen im Internationalen Zivilverfahrensrecht*, 2002, S. 40 ff. 213 ff.

188 以上, Kern/Uhlmann, a.a.O. (Fn.3), SS.53-54.

189 Wendelstein (Wikingehof), a.a.O. (Fn.3), S.102.

190 Wendelstein (Wikingehof), a.a.O. (Fn.3), S.101.

視されているわけではないことが指摘されている¹⁹¹。また、本件 ECJ 判決がこの部分で依拠する Øe 法務官意見書についても、この意見書自体、論証が不十分とされる。とりわけ Øe 法務官が引用する ドゥ・ブル事件判決¹⁹²は、ブリュッセル条約 5 条 1 号に関する判断であるところ、同条約 5 条 1 号の「履行地」は個々の契約義務ごとに別個に定められていたために、原告の主張が大きな役割を果たしていたのであるが、「履行地」につき、売買契約とサービス提供契約に関して自律的・統一的定義が導入され、原告による主張は必要でなくなったブリュッセル Ia 規則に関しては妥当しないという¹⁹³。

さらに、原告の援用を基礎として判断することは、他の欧州司法裁判所判決、とりわけ消費者保護規定が職権で適用されるところと矛盾するとの指摘がある¹⁹⁴。

191 以上、Wendelstein (Wikingehof), a.a.O. (Fn.3), S.101. その後の同判決を援用する欧州司法裁判所グラナロロ事件判決 (Judgment of the Court (Second Chamber) of 14 July 2016, *Granarolo SpA v Ambrosi Emmi France SA*, C-196/15, ECLI:EU:C:2016:559) およびホルターマン事件判決 (Judgment of the Court (Third Chamber) of 10 September 2015, *Holterman Ferho Exploitatie BV and Others v F.L.F. Spies von Bülesheim*, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574) も同様であると Wendelstein は指摘する。

192 Øe, a.a.O. (Fn. 32), RdNr.39. Øe 法務官は、ブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号に送致されるための要件の 1 つに、「原告が訴え提起を正当化させるために契約上の義務を援用しなければならない」ことを挙げ、そこでいくつかの欧州司法裁判所判例を掲げている。そのうちの 1 つがドゥ・ブル事件判決 (Judgment of the Court of 6 October 1976, *A. De Bloos, SPRL v Société en commandite par actions Bouyer*, C-14/76, ECLI:EU:C:1976:134, とくに Rn. 13-14 u. 15/17) である。

193 Kern/Uhlmann, a.a.O. (Fn.3), S.53. ブリュッセル条約 5 条 1 号、およびブリュッセル I 規則 5 条 1 号は以下の通り。

【ブリュッセル条約】

第 5 条 締約国の領域内に居住する者に対しては、以下の場合、他の構成国において訴えを提起することができる。

1. 手続の対象が契約又は契約に基づき生ずる請求である場合には、義務が履行された場所又は履行されるべき場所の裁判所において、また、手続の対象が個人的な雇用契約又は個人的な雇用契約に基づき生ずる請求である場合には、被用者が常態として労働を遂行する場所の裁判所において、被用者が同一の国において常態として労働を遂行しない場合には、使用者は、被用者に従事した事業所が所在する場所又は所在していた場所の裁判所においても、訴えを提起することができる。

(以下略)

本文に紹介したような前提の違いに加え、本件では、ブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号 [ブリュッセル I 規則 5 条 1 号] にいう「役務提供」にあたり、加えて、契約関係に基づく個々の義務ではなく、事後的な契約条件の強制が問題となるとの違いがあるのであるから、さらなる説明が必要であったとされている。

第3に、実務的観点からも、（a）原告の法律構成は本件事案に対応するような事例に限って考慮されるのか、それとも一般的に考慮されるのか、（b）主張立証責任はどちらが負うのか、（c）原告が基礎とする実質法と、国際私法ルールにより定められる準拠法とが異なる場合はどうするのか、といった問題が残るという¹⁹⁵。

（2）そこで、学説からは原告の選択（Wahl）を鵜呑みにするのではなく、裁判所がコントロールすべきであると主張される¹⁹⁶。Wendelstein は次のように、むしろ Øe 法務官が、原告が特定の実質法ルールを援用しないような非常事態（Notfall）の処理として述べている解決法が正当であるという¹⁹⁷。

「最後に、法務官の見解が説得的でないことは、法務官が意見書において、原告が訴訟法上の『事実は当事者の立証により、法は職権で認定する（„da mihi factum, dabo tibi ius“）』により、実質法ルールを援用しなかった場合について、自らのそれまでの説明を相対化していることから示される。この場合、実質法上の『ルール自体が性質決定の対象ではない』のであるから、『方法は基本的に（grundlegend）変わらない』。むしろ実質法ルールは『単に、事実関係を一定の観点で観察するための補助手段』であって、単に『原告がそこから引き出そうとする「義務」の手がかり』を与えるものに過ぎない。『訴状に実質法ルールが明示されていないような場合（Notfalls）には、訴状の他の部分——たとえば事案説明や申立——から、原告が依拠している「義務」を見出さなければならない』。

194 Kern/Uhlmann, a.a.O. (Fn.3), S.54. Kern/Uhlmann は前述のように、そもそも欧州司法裁判所がかかる問題について判断しうるか、疑問を呈している。大陸法の国々（国内民訴法上「裁判所は法を知る」の原則がある）には消費者保護規定が職権で適用されることと親和性があるのに対し、本件 ECJ 判決のように原告の援用に重要な役割を与えることには違和感があるという。逆に、本件 ECJ 判決のような理解は、外国法を事実として扱う英米法系の理解に親和性がある。このような各国国内法の前提の相違にかんがみると、援用要件をブリュッセル Ia 規則のレベルにおける自律的解決に引き上げることは慎重であるべきという。Kern/Uhlmann, ebenda.

195 Wendelstein, a.a.O. (Fn.3), S.102.

196 Kern/Uhlmann, a.a.O. (Fn.3), S.54. 原告は自身に都合の良いフォーラムに一方的に押し込むことができるのであるから、被告保護のため、訴えの法律構成（Klägerischen Rechtsvortrag）は裁判所によってコントロールされるべきであるとする。たしかに本件 ECJ 判決でも、管轄の審査が原告の「援用」の後にはじめて（erst im Anschluss an das „Berufen“）なされることが判示されているが、これは時間的にのみ理解されるべきでなく、判断権限の限界を示しているものとみるべきであるとしている。

197 Wendelstein, a.a.O. (Fn.3), S.102.

上述の理由より、法務官が苦肉の策 (Notlösung) として提案している方法が、基本的に正当な、契約裁判籍と不法行為裁判籍相互の限界づけである。」

このように、訴状の事実説明や申立の部分から、裁判官は申立が依拠する「義務」を発見すべきであるとする。

5. ローマⅠ規則・ローマⅡ規則への言及

最後に、準拠法との関係について、ブリュッセルIa規則7条2号の「不法行為」として性質付けるにあたりローマⅡ規則への言及がなかったことへの批判がある。

すなわち、ローマⅡ規則は6条¹⁹⁸に国際不正競争行為についての定めを置く。競争関係が影響を受け、受ける可能性がある国、市場が影響を受け、受ける可能性がある国、といった公的利益に関わる連結点を採用するとともに、同条4項は契約外債務一般に認められている当事者自治(ローマⅡ規則14条)を除外する。このローマⅡ規則6条について、同規則前文21¹⁹⁹においては、同条が同規則4条の定める一般ルールの例外ではなく、むしろその明確であって、消費者や競争者、一般公衆の保護のみならず、市場経済の適切な機能(reibungslose Funktionieren der Marktwirtschaft)を保証するもので

198 ローマⅡ規則6条は以下の通り。

【ローマⅡ規則】

第6条 不正競争および自由競争を制限する行為

(1) 不公正な競争行為から生ずる契約外債務関係は、その領域において競争関係(Wettbewerbsbeziehungen)又は消費者の集団的利益(die kollektiven Interessen der Verbraucher)が影響を受け(beeinträchtigt worden sind)、又は影響を受けるおそれのある(wahrscheinlich beeinträchtigt werden)国の法による。

(2) 不公正な競争行為がもたらした特定の競争者の利益のみに影響を及ぼす場合は、第4条が適用される。

(3) a) 競争制限行為から生じる契約外債務関係は、その市場が影響を受け、又は影響を受けるおそれのある国の法による。

b) 複数の国の市場が影響を受け、又は影響を受けるおそれのある場合は、被告が住所を有する構成国の裁判所に訴えを提起する被害者は、その構成国の市場が、請求の根拠となる契約外債務関係を基礎づける競争制限行為によって、直接かつ実質的に(unmittelbar und wesentlich)影響を受ける場合は、その請求権を当該裁判所の属する構成国の法によることができる。妥当している管轄規則により、原告がこの裁判所において複数の被告を訴える場合は、被告に対する請求を基礎づける競争制限行為がこの裁判所の属する構成国の市場に直接かつ本質的に影響を及ぼす場合に限り、原告はその請求権をこの裁判所の法によらせることができる。

(4) 本条により適用される法は、第14条による合意により排除することはできない(nicht abgewichen werden)。

なければならないとされている²⁰⁰。前述したような (前述 I. 2. (3) 参照) ローマ I・II 規則前文 7 に示されている、ブリュッセル I 規則との横断的解釈 (rechtsaktübergreifenden Auslegung)、「一致の要請 (Konkordanzgebot)」の観点からは、——たしかにブリュッセル Ia 規則では、ブリュッセル I 規則とは異なりこの要請が謳われていないものの²⁰¹——、これらの規定は不正競争行為を管轄の平面でも「不法行為」として性質づけることの論拠となり得たのであって、本件 ECJ 判決もこのことを取り上げるべきであったというのである²⁰²。

なお、これらの議論は準拠法ルールであるローマ II 規則から管轄規則であるブリュッセル Ia 規則の解釈を導くものであったが、逆に、プログシッター事件判決や本件 ECJ 判決により形成されたブリュッセル Ia 規則上の議論がローマ I・II 規則に与える影響については、これを否定するべきとの指摘もある²⁰³。たしかに上記ローマ I・II 規則前文 7 の存在により、ブリュッセル Ia 規則に関する欧州司法裁判所判例が同規則の解釈に影響を及ぼすとしても、ローマ II 規則は、4 条 3 項 2 文と同 5 条 2 項 2 文に定められた契約附従的連結という方法により、「契約」上の請求と「不法行為」上の請求と

199 ローマ II 規則前文 21 は以下の通り。

【ローマ II 規則】前文 21

「第 6 条の特別ルールは、第 4 条第 1 項の一般ルールの例外ではなく、むしろその明確化である。不正競争に関する問題では、抵触規則は競争者、消費者、及び一般公衆 (general public) を保護し、市場経済が適切に機能することを保証するものでなければならない。競争関係や消費者の集团的利益が影響を受ける、あるいは受ける可能性がある国の法律を適用することは、一般的にこれらの目的を満たすものである。」

Kern/Uhlmann はこの前文 21 に加え、欧州司法裁判所は近時一般的に競争法上の私訴を促進する方向にあることを指摘する。不法行為裁判籍は競争法上の被害者に、契約裁判籍以上の保護の可能性——すなわち行為地と結果発生地との双方で訴えることを可能とすること——を与えるものであって、このことは、私訴を制限する方向に働きがちな契約裁判籍への性質付けに反対する際の論拠となりうるという。Kern/Uhlmann, a.a.O. (Fn.3), S.55, Fn.75.

200 Kern/Uhlmann, a.a.O. (Fn.3), S.55.

201 Mankowski はさらに、ブリュッセル Ia 規則にはかかる調和の要請が前文中におかれていないが、立法論として、将来的には同様の規定を置き、『『不真正な』解釈の三角形 (“unechte“ Auslegungsdreieck)』を正し、欧州司法裁判所がかかる調和の関係を無視しないようにすべきであると述べている。Mankowski, LMK (Fn.3).

202 Wendelstein, a.a.O. (Fn.3), S.101, Mankowski, a.a.O. (Fn.3). Kern/Uhlmann, a.a.O. (Fn.3),

203 Rieländer, a.a.O. (Fn.3), SS.111-112.

に異なる準拠法が指定されることにより生じる規範矛盾や規範欠缺を防ごうとしている。よって、ブリュッセル Ia 規則においてなされる「契約」と「不法行為」の性質付けに関してなされるような考慮は必要ないという²⁰⁴。

6. 小括

以上、本件 ECJ 判決についての実務・学界からの評価に関して、紹介してきたことをまとめつつ、若干の私見を示すこととしたい。

(a) 本件 ECJ 判決の射程範囲について、とくに競争法以外の不法行為についても妥当するかについて、競争法分野の不法行為事例においては当事者間に契約関係があることが一般である中であえて、不法行為への性質付けをなしたことから、「勿論解釈」として不法行為にも妥当するとの見解もあったところである。しかし、BGH は問題を、「問題となる行為が契約条項によりカバーされる一方で、この条項が被告の市場支配的地位の濫用によるものであると原告が主張する場合」としていたのに対し、欧州司法裁判所は、「被告が競争法に違反してその支配的地位を濫用したことを理由」とする場合として、「支配的地位の濫用」が「競争法」に由来することを明記することからも、否定され则认为るべきであろう。

(b) ブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号と 2 号の区別に関し、プログシッター枠組みを維持したことによるあいまいさ、とりわけヴィキンガーホフ第 2 部

²⁰⁴ なお、ブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号と 2 号との区別を、ローマ I 規則とローマ II 規則の区別に導入することについては、プログシッター事件判決に関しても議論されていた（この点につき、*Christian von Bar/Peter Mankowski, Internationales Privatrecht II*, 2. Aufl., 2019, §2 Rn.10）。一方では、ローマ I・II 規則前文 7 を重視すべき、あるいはローマ II 規則の附従的連結の問題を検討せずに済むとの観点からは肯定的な見解が唱えられていた。他方、本文において示した、ローマ II 規則上の附従的連結を定める規定の存在を重視すべきとの見解や、プログシッター事件判決は不法行為裁判籍、とりわけ国際民事手続法におけるユビキタス原則に対する反感（Antipatie）を基礎とするものであって、準拠法選択の場面には引き写せないとする見解（*Bar/Mankowski, ebenda*, §2 Rn.10, *Peter Huber, Auf ein Neues: Vertrag und Delikt im europäischen I(Z)PR*, IPRax 2017, S.359）、否定的な見解が唱えられていた。

分⑦と④との関係について、⑦の部分重視して解釈すべきである。

ブリュッセル Ia 規則の理解として、4 条の普通裁判籍が原則的規定であること、7 条に定める特別裁判籍は例外であり、それぞれの管轄原因の性質ごとに、規則が志向する事案との密接関係性といった観点から個別に判断されるべきことから、7 条 1 号と 2 号の区別も、「契約」「不法行為」それぞれの性質に基づき別個に検討されるべきである。この点、すでに本稿で紹介した通り（Ⅲ. 2. (2) 参照）、ヴィキナーホフ第 2 部分⑦は、Øe 法務官の理解と同様²⁰⁵、1 号に送致される訴えと 2 号に送致される訴えを、その訴えが依拠する義務に着目して行い、それゆえ、1 号と 2 号のいずれにもあてはまらない訴えがあることを認めている点で特徴がある。

かかる解釈に対しては、先例であるカルフェリス事件判決との関係で、批判が生じうる。カルフェリス第 1 部分——ブリュッセル Ia 規則 7 条 2 号の「不法行為」は、被告の賠償責任が主張され、同条 1 号の「契約」に送致されない、すべての訴えを指すとする部分——において、同条 2 号の送致範囲は、賠償責任を求める訴えから 1 号に送致される訴えを差し引いたものとする一般的理解との抵触である。しかしこの点は、Øe 法務官がいうように、この箇所は同判決の前後の文脈上、「たとえ同一訴訟であっても原告がなす請求ごとにそれぞれ別個であって、他の事項に拡張されるものではないことを示したに過ぎ」ず、「2 号＝賠償責任を求めるすべての訴え－1 号の訴え」として引き算で理解するのではなく、単に、「2 号に送致される訴え＝1 号に送致される訴えでないもの」として理解すべきである²⁰⁶。さらに、この箇所でも Øe 法務官が掲げる他の資料からみると、同法務官の主張の力点は、ブリュッセル Ia 規則 7 条 2 号への送致範囲を 1 号送致範囲からの引き算で求めることへの否定に加えて、同条 2 号には固有の意味があり、独自に性質付けすべきであるという点にある。たとえば Øe 法務官が参照す

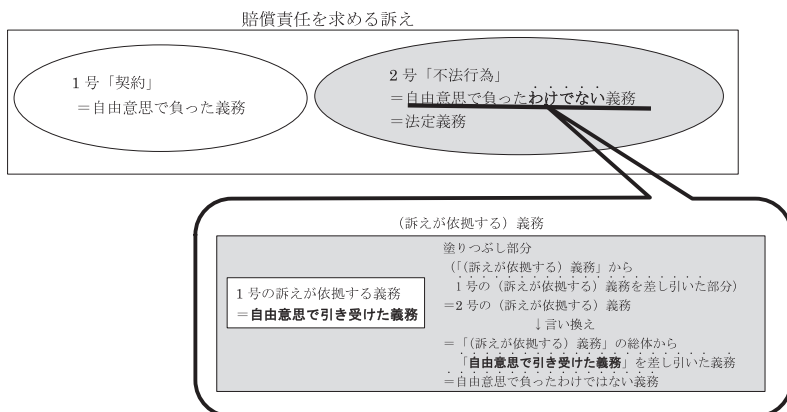
205 ブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号・2 号のいずれにも当てはまらない訴えがあることについて、例として不当利得に基づく返還請求において、利得が契約無効によるものではないという場合を挙げる。かかる訴えは不法行為に基づく義務を援用するわけではないからである（Øe, a.a.O. (Fn. 32), RdNr.47, Fn. 66）。

る²⁰⁷, エングラー事件 Jakobs 法務官意見書は, Øe 法務官同様に, 「契約」「不法行為」のいずれにも該当しない訴えがあるとしつつ, 次のように述べている²⁰⁸。

「仮にどちらかに送致されうると考えられる訴えであったとしても, 手続が契約に関連するかどうかを問うだけでは不十分である。『不法行為又は不法行為に等置される行為』とは単に消極的 (negative) に, または引き算的に (residual) なんではなく, 積極的内容 (a positive content) を有するものである。とくに, 一方のカテゴリーに明確に (unequivocally) 分類されるわけではないケースでは, いずれのカテゴリーも検討することが有益 (helpful) である。」

Jakobs 法務官はこのように, 「不法行為」というカテゴリー自体, 消極的・

206 「引き算」として理解するとしても, 「義務」のレベルで行うものとして理解すべきことになる。すなわち, 「2号に送致される訴えが依拠する義務」という土俵設定を行い, 「2号に送致される訴えが依拠する義務＝『1号に送致される訴えが依拠する義務』でない義務」と解する。そしてここにエングラー事件判決の「自由意思」定義を導入し, 「2号に送致される訴えが依拠する義務＝『自由意思に基づく義務』でない義務」とするのである。本稿Ⅱ．1．(2) (a) 参照。



【図6】カルフェリス事件判決の Øe 法務官による理解

207 Øe, a.a.O. (Fn. 32), RdNr.47.

208 Opinion of Advocate General Jakobs, delivered on 8 July 2004, C-27/02(Engler), ECLI:EU:C:2004:414, RdNr.57. ブリュッセル条約適用下の事例であるため, 同条約5条1項と3項についての議論である。

残余的なものではなく積極的内容を持つと解すべきとしたうえで、ブリュッセル I 規則 5 条 2 号の扶養義務事件に関する扶養権利者の住所地管轄のように、「契約」「不法行為」のいずれにも該当しないような責任のカテゴリーも存在することを挙げる²⁰⁹。このように考えた場合、本件 ECJ 判決においても、核として理解されるべきなのは、ヴィキンガー・ホフ第 2 部分⑦であろう。

となると問題となるのが、ヴィキンガー・ホフ第 2 部分④——「違法性判断に契約解釈が不可欠でない」とする部分——の理解である。実は、すでにみた Øe 法務官意見書内には、ヴィキンガー・ホフ第 2 部分と酷似する箇所があった²¹⁰。

【ヴィキンガー・ホフ第 2 部分】2 号の訴えの対象となるのは、⑦「不法行為に基づく賠償責任を定めるルール」すなわち「法定義務」に依拠しており (and) ④被告の義務が当該契約と無関係に存在するがゆえに、問題となる行為の違法性判断に契約解釈が不可欠ではないと思われる (where it does not appear indispensable/erscheint es nicht unerlässlich) 場合である。

【Øe 法務官意見書】訴えが、万人に法律上課される義務の違反に基づく場合 (if), この義務は契約とは無関係に存在するがゆえに、訴えの中で問題とされている行為の違法性を確認するために、契約を「解釈」したり「考慮」したりすることは必要ないであろう (it would not be necessary/wäre es nicht erforderlich)。というのも、行為の違法性は当該義務を定めたルール又は法に定められたルールに左右されるからである。

このように意見書には、ヴィキンガー・ホフ第 2 部分と同様、「不法行為に基づく賠償責任を定めるルール」すなわち「法定義務」に依拠しているということ (⑦に相当) と、被告の義務が当該契約と無関係に存在するがゆえに、問題となる行為の違法性判断に契約解釈が不可欠ではないこと (④に相当) が言及されている。

この点、Øe 法務官意見書は、⑦を条件節 (If 節) の形で表現し、④が⑦の条件の下で通常、起こるであろう状況——「法定義務違反に基づく訴えで

209 *Jakobs*, a.a.O. (Fn.208), RdNr.55-57.

210 *Øe*, a.a.O. (Fn. 32), RdNr.97.

あれば、通常、当該義務は契約と無関係であるがゆえに契約解釈が不要であろう」との推量を表現したものであることが明確である。もともと Øe 法務官は、訴えの基礎となる義務によって「契約」「不法行為」を区別するため、プログシッター基準は本来的には不要であるところ、その義務の確定が困難な場合に、「契約解釈が不可欠か」という観点から義務を推定するものとして補助的に活用しようとするものであった²¹¹。Øe 法務官にとっては⑦の事情において④が生じることはあくまでも典型的場合を描写するものにすぎず、⑦であって④が生じない——「法定義務違反であっても、契約解釈が違法性判断に不可欠である」場合に、これを2号に送致することを否定するまでのものではない。

他方、本件 ECJ 判決では、⑦「法定義務違反に基づく訴え」であることと、④「当該義務は契約と無関係であるがゆえに契約解釈が不要であろう」ことが単に「and」で結ばれるのみであり、両者の論理関係が必ずしも明らかでない。そのため、法定義務に依拠しつつも、違法性判断に契約解釈が必要とされるような場面での取り扱いの不明確さを招いていた。むしろこの④部分は Øe 法務官と同様に、「法定義務違反に基づく訴えであれば、通常、当該義務は契約と無関係であるがゆえに契約解釈が不要であろう」程度の意味で捉えるべきであろう。よって学説でも説かれていたように、④部分はそれ自体として重視する必要はないと考える。

なお、学説において唱えられている他の基準——「契約締結がなければ賠償責任が生じないか」「問題となる責任が契約有効性を前提とするか」——についてであるが、いずれも当事者間で、自由意思に基づいた契約があるのであればそれに拘束されとの見解を前提にしている。しかし、実体レベルで契約を重視することはともかく、管轄レベルにおいて、原告が不法行為責任を追及する場合に、当事者間に契約があることのみを主たる理由として不法行為管轄を奪うというのは、ブリュッセル Ia 規則 7 条各号が厳格に、相

211 Øe 法務官はさらに、プログシッター事件判決基準の独自の意義として、不法行為法上、契約上の義務違反自体が不法行為とされる場合のように、原告が国内法上不法行為とされるルールを援用し、かつこのルールが契約上の義務違反を前提とするような例外的事例についての修正としての機能を挙げていたことについて、本稿Ⅱ. 1. (2) (a) 参照。

互に排他的に解釈されるべきとされていること²¹²、同条2号の被害者保護の観点からみても妥当でないと思われる。

(c) ヴィキングーホフ第2部分⑦を重視するとした場合、次に問題となるのは、いわゆる管轄の分離の問題である。すなわち、先例であるカルフェリス第2部分——ブリュッセルIa規則7条2号に管轄を有する裁判所は、不法行為以外の理由を援用する訴えには判断権限を有しない——を前提とすると、「契約」に関する事項はブリュッセルIa規則7条1号に、「不法行為」に関する事項は同条2号にと送致されることになるという批判である(I. 1. (1) 参照)。プログシッター事件判決が、かかる管轄の分離を防ぐ手段として好意的評価を受けているのは紹介した通りである。

この点についてもØe法務官の指摘が参考になる。Øe法務官は、カルフェリス事件での主たる争点は、2号裁判籍で契約関連事項についての付属管轄が認められるかとの点にあったことからすると、「2号裁判籍においては1号で審理されるべき事項に関する判断権限がない」との意味で限定的に理解されるべき旨、述べていた。このように考えると、ブリュッセルIa規則7条1号では契約関連の訴えのみが扱われうる、との制限が導かれるわけではないため、不法行為管轄を残しつつ、契約裁判籍における不法行為事件への審理権限をも付与する(付属管轄)方法を検討する余地はあるように思われる。

(d) ブリュッセルIa規則7条1号と2号の区別が、原告の主張を基礎としてなされる点については、原告の依拠する実質法ルールを基準とすることは実質法からの解放の観点から、あるいは消費者保護規定が職権で適用されることとの関係で問題があるとの指摘があった。この点も、Øe法務官意見書を参照することで解決可能である。

というのも、Øe法務官は同条1号と2号の区別を、訴えが依拠する義務に着目して行うとするが、管轄審査段階では準拠法は決まらないことを前提

212 EuGH Wikingerhof, a.a.O. (Fn.2), RdNr.26. 同所で引用されているのは、カルフェリス事件判決である(EuGH Kalfelis, a.a.O. (Fn.7), RdNr.19)。

としつつ、原告が援用する実質法は、あくまでも EU 法上の自律的解釈において必要な「義務」を特定するための手がかりとして機能するものと位置づけていた(本稿Ⅱ.2.(3)(a)参照)。原告の援用する実質法のルールは、事実と原告が援用する「義務」とを結びつけるレンズとして働くに過ぎず、仮に実質法ルールの依拠がない場合は、訴状の他の部分から「義務」を抽出すればよいとするのである²¹³。裁判所は、当事者の主張を出発点として、実質法をあくまでも EU 法的自律的解釈の一部として参照するに過ぎないのであるから、原告の実質法上の主張を基礎としていることに向けた一連の批

213 すでにみたように(本稿Ⅳ.4.(2))、Wendelstein は、*Øe* がこのような処理を、訴状に実質法ルールが明示されていないような「苦肉の策 (Notlösung)」として提唱している旨、紹介していた。これは、Wendelstein が、訴状に実質法ルールが明示されている場合を原則的状況と考えるがゆえに、それができない場合を「苦肉の策」と解しているものと思われる。この、Wendelstein が「苦肉の策 (Notlösung)」として言い換えた部分の、*Øe* 法務官意見書ドイツ語版は、“notfalls”という語を用いて以下のように翻訳されていた (*Øe*, a.a.O. (Fn. 32), RdNr.96)。

「訴状に実質法ルールが示されていない場合、裁判所は notfalls (緊急時には／必要な時には)、訴状の他の部分——事実関係の説明や申立など——から、原告が依拠する『義務』を読み取らなければならない。」

しかし、*Øe* 法務官意見書の前語である英語版において、ドイツ語の“notfalls”に相当する語は“specifically”であって、次のように表現されていた。

「具体的には (Specifically)、申立に実質的ルールが示されていない場合、裁判所は、事実の陳述や求められた命令の形式など、出願の他の部分から、原告が依拠する『義務』を読み取らなければならない。」

Øe 法務官のこの論述部分は、ブログシッター基準の位置づけをなす部分であって、(1) まずブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号・2 号の区別の際には、原告が依拠した実質法ルールを、請求が依拠する義務を読み取る「レンズ」として先に考慮すべきであること (*Øe*, ebenda, RdNr.94 [英語版])、(2) 具体的には (Specifically)、原告が契約ルールや契約準拠法を援用する場合には「契約」とされること (*Øe*, ebenda, RdNr.95 [英語版]) が示され、その上で上記引用部分 (3) 原告がこれらを援用しない場合は、具体的には (Specifically) その他の部分から義務を読み取るべきこと (*Øe*, ebenda, RdNr.96) が示される。このように、性質付けの基礎とされるのは請求の根拠となる「義務」であって、原告の依拠する実質法ルール自体ではないとする点で一貫している。

この点、ドイツ語版においては、上記 (1) の、「請求が依拠する義務を読み取る『レンズ』」として働くとの一文が消えており、*Øe* 法務官の意図が掴みづらくなっている。また、(2) (3) で現れる Specifically (具体的は) が、(2) 「契約条項や実質法を援用する場合」については“konkret” (具体的には) とされているのに対し、(3) 「援用しない場合」については“notfalls”で翻訳されている。そのためドイツ語翻訳版では、原告の示す実質法ルールが優先され、それがいない場合にはやむを得ず、その他の部分から義務を読みとるとの誤解が生じやすくなっている。Wendelstein の「苦肉の策 (Notlösung)」として言い換えは、このようなドイツ語訳に基づくものと思われるが、*Øe* 法務官の見解全体からみれば適切でないように思われる。

判は妥当しないものと思われる。

(e) 最後にローマ I・II 規則、とりわけローマ II 規則 6 条への言及が必要かとの点について、(a) で述べた射程範囲の問題とも関係するが、競争法上の問題を念頭に置いた判決であるとすれば、言及されるべきであったと思われる。もっとも、そもそもブリュッセル Ia 規則とこれらの両規則の調和は必要なのかという点については疑義も出されており、さらなる検討が必要であろう²¹⁴。

V. 結びに代えて

本稿においては、ブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号と 2 号の区別に関するヴィキナー・ホフ事件について、Øe 法務官意見書および欧州司法裁判所判決を紹介したうえで、同判決についての評釈をもとに検討を加えた。以下では、欧州司法裁判所による先決裁定を受けて下された、ドイツ連邦通常裁判所 2021 年 2 月 10 日判決²¹⁵について、不法行為管轄が肯定された後に問題となる管轄合意の議論を中心に検討したうえで (1.)、本件事件に関する議論が日本の議論に与える影響について触れ (2.)、結びに代えたい。

1. ドイツ連邦通常裁判所 2021 年 2 月 10 日判決

本件先決裁定を受けて、ドイツ連邦通常裁判所はシュレースヴィヒ=ホルシュタイン上級地裁判決の破棄差戻しを命じた (以下、本件 BGH 判決とする)。

214 「一致の要請」は厳密なものではなく、例外は当然あるのであって、欧州司法裁判所によるブリュッセル条約の解釈がローマ I・II 規則にも及ぶことを前提に、特定の状況に対し例外が認められるかを検討する必要があるとする見解として、*Huber*, a.a.O. (Fn.204), S.358 参照。また、かかる「一致の要請」について、国際裁判管轄ルールに用いられる概念と、準拠法決定ルールに用いられる概念とではその機能、保護目的が異なり、また法廷地と準拠法との並行 (Gleichlauf) も保証されないとの点から否定的に解する見解として、*Dagmar Coester-Waltjen*, *Einige Überlegungen zum Gebot der übergreifenden systematischen Auslegung nach Erwägungsgrund 7 RomI-VO*, IPRax 2020, SS.385 参照。

215 BGH Kartellsenat, Urteil vom 10. Februar 2021, KZR 66/17, ECLI:DE:BGH:2021:100221UKZR66.17.0.

(1) 原審は、ドイツにはブリュッセル Ia 規則 7 条 1 号、2 号に基づく管轄が存在しないとしていたのに対し、本件 BGH 判決は以下のように、ドイツには同条 2 号上の裁判籍が存在すると判示した。

まずブリュッセル Ia 規則 7 条 2 号の性質付けについて、本件欧州司法裁判所判決に従い、当事者間の契約があるからといって「不法行為」として性質づけられなくなるわけではなく、訴えにおいて、当事者間の契約に左右されない法定請求権が主張されるかが問題となるとし、あてはめにおいても本件欧州司法裁判所判決同様、Y の行為がカルテル違反行為となるかは、ひとえに Y がドイツ競争制限禁止法 18 条における市場支配者の地位にあるか、被告がこの地位を濫用したかどうかのみに左右されるのであり、契約内容は問題とならないし、契約解釈が必要とされとしても、せいぜい当該行為の存在を確認するために必要であるにすぎないとして、同条 2 号に送致されたとした。そのうえで、Y の市場支配的地位の濫用が X に影響を及ぼした地は X の本拠のあるドイツであると認定した²¹⁶。

(2) このように契約当事者に対する不法行為請求について、ブリュッセル Ia 規則 7 条 2 号の「不法行為」裁判籍が開かれるとなると、「不法行為」地をどこに認めるべきか——本件 BGH 判決は影響を受ける市場地とした——が問題となるほか²¹⁷、かかる裁判籍が管轄合意(ブリュッセル Ia 規則 25 条²¹⁸)により排斥されるかが当事者の関心事となる。

出発点として、競争法に基づく損害賠償であっても、ブリュッセル Ia 規則 25 条 4 項に掲げられる除外対象リストには含まれていない以上は管轄合

216 BGH 2021, a.a.O. (Fn.215), RdNr.8-14.

217 ブリュッセル Ia 規則 7 条 2 号の不法行為地の解釈上、原告が加害行為地と結果発生地と選択しうる。競争法違反事件における加害行為地について、欧州司法裁判所判例では「競争違反行為が行われた地」とされ、支配的地位の濫用事例では当該濫用が行われた地、契約条件における支配的地位の濫用では、合意自体に濫用事実が実現されているとして合意成立地となるため、オランダであるとされる。また、結果発生地については、影響を受ける市場地国の法に損害があれば市場地国法とされる判例があるため、ドイツとされるものの、本件では損害の認定がないとされている。以上につき、*Brand/Gehann*, a.a.O. (Fn.3), SS.102-103. 参照。

意が可能であること²¹⁹は、欧州司法裁判所も、2015 年の CDC 事件判決および 2018 年のアップルセールス事件判決において確認されている²²⁰。管轄合意が有効とされるための要件として、ブリュッセル Ia 規則 25 条では、①当事者間での有効な合意の存在 (Einigung der Parteien und materielle Wirksamkeit)、②一定の法的紛争に関するものであること (1 項 1 文)、③書面等所定の方式の充足 (Formerfordernisse : 1 項 2 文) が要件とされるところ²²¹、具体的事例において管轄合意が及ぶかの問題は、上記②要件において、当事者の予見可能性に着目して検討されている²²²。ヴィキンガー・ホフ事件においても、本件 BGH 判決は Y による管轄合意の主張について判断を進め²²³、結論として、本件で問題となる 2009 年約款、2015 年旧・新約款いずれの約款によっても、ドイツ裁判所の管轄は排除されなかったとした。

218 ブリュッセル Ia 規則 25 条は以下の通り。

【ブリュッセル Ia 規則】

25 条 (管轄合意)

(1) 当事者がその住所にかかわらず、構成国の 1 つまたは複数の裁判所が、すでに生じている紛争又は特定の法律関係に基づいて将来生ずるであろう紛争に関して裁判する管轄を有すべき旨の合意をしたときは、当該構成国の裁判所が管轄を有する。但し、この合意が、構成国の法に従い実体的に無効 (null and void) である場合は除く。当事者が異なる合意をしていない限り、当該構成国の裁判所は、専属管轄を有する。裁判管轄の合意については、以下の方式により締結されなければならない。

(a) 書面又は確認書を伴い口頭でなされること

(b) 当事者間で確立した慣行に従った方式によりなされること、又は、

(c) 国際商取引において、当事者双方が知り、又は知っているべきであって、関係する特定の取引分野において同種の契約をする者に広く知られ、かつそれらの者により通常遵守されている商慣習に対応した方式によりなされること

(2) 合意の永続的な記録を可能にする電子的手段による通信は、書面に相当するものとする。

(3) 書面に記載された信託条件において、設定者、受託者または受益者に対する訴えについて、1 つ又は複数の構成国の裁判所が裁判すべき旨を定めている場合であって、信託の範囲内でこれらのものの関係またはその権利若しくは義務が争いとなっているときは、当該裁判所が専属管轄を有する。

(4) 裁判管轄の合意及び信託条件における対応する約定は、第 15 条、第 19 条又は第 23 条の規定に違反する場合、又は、管轄について約定されている裁判所が第 24 条に基づき専属管轄を有する場合には、無効とする。

(5) 契約の一部である裁判管轄の合意は、その他の契約条件から独立した合意として取り扱われる。裁判管轄の合意の効力については、契約が無効であるとの理由のみによって争うことはできない。

219 *Brand/Gehann*, a.a.O. (Fn.3), S.103, *Peter Mankowski*, Anmerkung zu einer Entscheidung des EuGH vom 24.10.2018 (C-595/17), *Jus* 2019, S.141. Mankowski は仮に、保護の薄い国に管轄が合意された場合でも、EU 法上、不正競争法に関するローマ II 規則 6 条 3 項により、不正競争により影響を受ける市場国の法が適用されることとなっていることを論拠として挙げている。Mankowski, LMK (Fn.3).

220 *Mankowski*, LMK, a.a.O. (Fn.3)

(a) まず、インターネット上で変更されたバージョンである 2015 年旧・新約款については、管轄合意の事項的適用範囲(上記要件②)をみるまでもなく、当事者間での有効な管轄合意(上記要件①(ないし③))が欠けているという。

2015 年旧約款について、同条 1 項 2 文の方式要件は、一方的に契約に挿入された合意条項が見落とされることを防ぎ、当事者の合意が現実に存在することを確実にするものであるから、管轄条項が現実に明確かつ一義的に(klar und deutlich)、当事者間の合意の対象となっていたことの確認が要求される²²⁴。ところが本件では、X はそもそも 2015 年旧約款をインターネット上で確認できなかった旨主張しており、これに対する有効な反論もなされていないため、同約款の公表自体が認められない²²⁵。同約款の公表自体が認められない以上は約款変更は効力を持たないのであるから、ブリュッセル Ia 規則 25 条 1 項にいう「合意」の要件を満たさない。

他方 2015 年新約款についても、たしかにこのバージョンに関しては、X は、Y からのメール内のリンクを通じインターネット上の管轄条項を確認可能ではあったものの、X はそもそもこのバージョンの約款変更が発効するこ

221 Astrid Stadler, EuGVVO Art. 25, in: Hans-Joachim Musielak/Wolfgang Voit (hrsg), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz: Kommentar, 19. Aufl., 2022. ①について実際の意思の合致が必要であるところ、「合意」にあたるかはブリュッセル Ia 規則独自に解釈され、第 1 項第 3 文の a～c に定める形式的要件が満たされれば、当事者間の合意が推定される (Stadler, ebenda, RdNr.4)。

222 欧州司法裁判所 CDC 事件判決においては、契約関係から生じる法的紛争について抽象的に言及する条項は、契約上のパートナーが不法カルテルに対応する行為について不法行為責任を問われる法的紛争をカバーしないと判示したのに対し、その後の 2018 年アップルセールス事件判決においては、明示的に言及していないというだけでカバーされなくなるわけではないと判示した。

このような対照的な判断は、学説上はそれぞれが援用している法規の違い——前者は機能条約 101 条 (カルテル禁止)、後者は機能条約 102 条 (市場支配的地位の濫用の禁止)——に着目し説明されることもある。すなわち、前者では、カルテルの影響を受ける直接の購入者を保護するとの図式であり、直接の購入者はその契約相手方がかかる意図的な違法行為を行うことは通常予期しえないのであるのに対し、後者では契約相手方の行為は契約に反映しており、予期しえないとはいえないとするのである。この点につき、Stadler, a.a.O. (Fn.221), RdNr.6-6a 参照。

223 BGH2018 は、第 1 審のキール地方裁判所とは対照的に管轄合意を無効と考えていたために、この点は先決裁定の付託対象とはしていなかったことにつき、Brand/Gehann, a.a.O. (Fn.3), S.103. 参照。

224 BGH 2021, a.a.O. (Fn.215), RdNr.28-29.

と自体に対して明確に異議を唱えているのであるから、その中に含まれる管轄条項が当事者間の合意の対象となることはないと判示した²²⁶。

(b) 次いで、2009 年に最初に XY が締結した時点の約款²²⁷については、次のように、仮に管轄合意が XY 間で有効に成立していた場合であっても、事項的適用範囲 (上記要件②) に含まれないと判示した。

本件 BGH 判決はまず、上記欧州司法裁判所判例に依拠し、競争法上の請求であっても管轄合意は適用され得るが、不意打ち防止の観点から、合意のきっかけとなった一定の法律関係から生じる法的争訟に限定されるとしたうえで、本件支配的地位の濫用は契約条件において見出されるため、管轄合意において競争法違反事件への適用を明文で規定していない場合であっても、不意打ちには当たらないと述べる²²⁸。

そして本件管轄合意の事項的適用範囲について、本件管轄合意解釈の準拠法たるオランダ法上²²⁹、契約文言のみならず当事者の合意的理解や期待を、通常取引状況における、一般取引相手方の理解を基準として解釈するという²³⁰。本件請求は契約に左右されない、競争法上の市場支配的地位の濫用差止が問題となっていること、被害者 X は契約締結時に濫用禁止行為につ

225 BGH 2021, a.a.O. (Fn.215), RdNr.30-33. 2008 年約款 17 号が、約款変更がエクストラネットと呼ばれるインターネットシステムでの変更によりなされ、ホテル側が異議を唱えない場合は、Y のサービスを継続利用することでこれに承諾したものとみなすとしていたことを根拠に、2015 年旧約款への変更が正当化されるかが検討されている。なお加えて、ブリュッセル Ia 規則 25 条 1 項 (b) の当事者間の取引慣行も、同条 1 項 (c) の当該取引分野での慣行も、2015 年旧約款の公表自体の存在が確定できないからには問題となりえないとしている。以上、BGH 2021, a.a.O. (Fn.215), RdNr.34-35.

226 BGH 2021, a.a.O. (Fn.215), RdNr.36. 同意が、Y が契約を履行しているという事実から生じるとの Y の主張についても、退けている。

227 XY 間の 2009 年契約締結当時のバージョンであり、キール地裁判決文では「バージョン 0208 の普通取引約款 (Version 0208 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen)」と表記されているものである (拙稿・前掲 (注 4) (1) 33 頁においては、2009 年約款と略記)。

228 BGH 2021, a.a.O. (Fn.215), RdNr.18.

229 BGH 2021, a.a.O. (Fn.215), RdNr.18. この問題は解釈により決せられ、その解釈は国内裁判所の権限であること、本件のように管轄合意が包括的合意の一部分である場合には、ブリュッセル Ia 規則 25 条に基準がない限りは原則として契約準拠法により判断されること、そして本件管轄合意の準拠法は約款内の管轄条項が有効に組み入れられている限りにおいて、オランダ法となることが判示されている。

いては知りえず、知る義務もなく、かかる問題を合意管轄に服させる意思は読み取れないこと、この状況で合意管轄に服させるだけの手がかかりも欠けていることから²³¹、本件請求には管轄合意は及ばないとした²³²。

(c) このように本件 BGH 判決は、それぞれの約款につき、合意の成立、事項適用範囲と区別し詳細に検討を加えており、これは従来の欧州司法裁判所や BGH の判断に沿うものとされている²³³。結果的に本件では、管轄合意自体が不成立とされたり、事項的適用範囲に含まれないとの判断がなされたりしたことにより、管轄合意によって不法行為裁判籍が排斥されることはなかったが、管轄合意の範囲内とされるための要件のさらなる探求が望まれる。加えて、EU 内では、本件 Y のような世界的インターネット上のポータル・サイトの普及に伴い、かかる企業の現実的な市場支配力を規制しようと

230 BGH 2021, a.a.O. (Fn.215), RdNr.20-22. 管轄合意の事項的適用範囲は国内裁判所による解釈により決せられ、ブリュッセル Ia 規則 25 条に手がかかりがない部分は契約準拠法により判断されるとする。約款の組み入れが有効とされた場合に本件契約準拠法となるオランダ法は、約款の解釈にあたっては、契約文言のみならず、当事者が合理的に有していた理解や期待を考慮すべきであるとする。そして、オランダ法と本質的に解釈原則の異なるドイツ法によると、約款は、その客観的内容と典型的な意味に従い統一的に、合理的かつ誠実な契約当事者により、通常の関係取引関係利益を考慮して理解されるような形で解釈され、その理解可能性については、平均的契約相手方が基準とされるとする。

231 BGH 2021, a.a.O. (Fn.215), RdNr.26. かかる明確な手掛かりが必要な理由について、市場支配的地位の濫用に基づく請求権の存在と適用範囲は一般的に契約的ルールから読み取れないからであるのか、あるいは、このような事情を利益考慮の際に考慮することが、EU の管轄執行規則上、国家による訴訟上の当事者自治の制限が全面的に排除されているからなのかについては判断しないとしている。

なお同所で引用される文献においては、管轄合意が排除される一定の事件類型にカルテル事件が含まれていない以上、EU 法上、民事上のカルテル事件に関しては管轄合意をなすことは許容されること、および、ヨーロッパ管轄執行ルールにおいては訴訟法上の当事者自治の国家的制限が完全に排除されている以上、国内法上の制約には服さないことから、EU 法上は、カルテル法上の争訟に関して、EU 内の裁判所の国際裁判管轄を排除することは禁じられていないと論じている。Wolfgang Wurmnest, Die Einbeziehung kartellrechtlicher Ansprüche in Gerichtsstandsvereinbarungen, in: Peter Mankowski/Wolfgang Wurmnest (Hrsg), Festschrift für Ulrich Magnus zum 70.Geburtstag, 2014, S.570.

232 BGH 2021, a.a.O. (Fn.215), RdNr.24-26.

233 Reinhold Thode, Anmerkung zu BGH 2021, juris Praxis Reporte (jurisPR-BGHZivilR), 14/2021 Anm. 4. 判例上、許容されないとされる合意が実務では一般的にみられることから、本件 ECJ 判決の判断が誤りを防ぐための指針となりうると指摘する。

する立法があり、ブリュッセル Ia 規則上も、中小企業に対する特別な保護基準を盛り込むことを検討すべきとの見解もある²³⁴。

2. 日本における議論への示唆

最後に、本稿での、ブリュッセル Ia 規則に関する欧州司法裁判所判決をめぐる一連の検討が、日本における議論に与える示唆について触れておきたい。

（1）まず、本件付託事項である「問題となる行為が契約ルールによりカバーされる一方で、このルールが被告の市場支配的地位の濫用によるものであると原告が主張する場合に、当該行為の差止を求める訴えについて、不法行為の裁判籍が認められる」べきかとの点について、本件 ECJ 判決では、ブリュッセル Ia 規則 7 条 2 号の「不法行為」としての性質付けは、1 号の「契約」とは別に独立して「法定義務に依拠するか」否かを基準に行われることを判示し、これを肯定した。その背景には、先行するプログシッター事件判決の出した「違法性判断に契約解釈が不可欠か」との基準のもとでは、契約当事者間における不法行為請求の多くが 1 号に送致され、結果として不法行為地管轄が認められなくなることが被害者保護の観点から妥当でないとの問題意識があった。そして、プログシッター事件判決は、それに先行するカルフェリス事件判決において、同 1 号・2 号により権限を有する裁判所には、互いに他の事項についての追加的判断権限（付属管轄）は与えられないとされていたことから生じる、同一当事者間での管轄の分離を緩和するものとしての評価が与えられていた。

この点、日本においても「契約」と「不法行為」はいずれも特別裁判籍として認められており（民事訴訟法 3 条の 3 第 2 号、第 8 号）、それぞれの相互関係

234 P2B 規則（プラットフォーム規則：Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services, PE/56/2019/REV/1）。この点につき、*Mankowski*, LMK, a.a.O. (Fn.3) 参照。

について、不法行為地管轄と契約管轄とはそれぞれ別個に検討されるものの、いずれかが日本にあれば日本の国際裁判管轄を認めるとの形で運用され、当事者が不法行為に基づく請求をなす限りにおいては、不法行為裁判籍が認められている。その上、管轄の分離に関しても、日本においては併合管轄が一般的に許容されている(民訴法3条の6)ため、プログシッター事件判決のように、不法行為請求に関して当事者間に契約関係があることを理由に一括して「契約」として性質付けするという、実際上のニーズもない。よって、本稿で検討した欧州司法裁判所判決をめぐる議論は直接には参考とならないだろう。

もっとも、本稿でみたように、①競争法上の不法行為当事者間に契約関係があっても、その依拠する「法定義務」が契約と無関係に存在する場合には、当事者の意思を重視し「契約」に寄せて解釈しようとする一連の流れにもかかわらず、これを「不法行為」として性質付けしていること、②支配的地位濫用の事案では、反競争法行為により影響を受ける市場国の裁判所が、本案判断に関する関連証拠の収集・評価にもっとも適し、「事案との近接性および適正司法の要請」と調和的であるとされたことは、管轄を決定する際の本案審理との関係の考慮の重要性を示すものと考えられる。とりわけ、EUにおいては競争法に基づく不法行為について統一国際私法があり(ローマⅡ規則6条)、不法行為地＝市場地を法廷地としなくとも、市場地の競争法が準拠法として選ばれうる²³⁵。にもかかわらずなお、不法行為地＝市場地の管轄を認めるべきとする点は、管轄をはじめとした国際民事手続法の独自性を意味するものとも思われる。

これらの点は、日本において併合の可否を検討する際に、「密接な関連があるとき」(民訴法3条の6)の解釈の指針として、また「特別の事情」(民訴法3条の9)で考慮すべき要素の1つとしても参酌されうるだろう²³⁶。

(2) また、このように契約当事者間における不法行為に関しても、不法

²³⁵ *Wurmnest*, a.a.O. (Fn.231), S.571.

行為地管轄 (市場地管轄) での審理の可能性を開くとしても、これが管轄合意により回避されうることとは上述の通りであり (V. 1. (2)), このことは日本でも同様に当てはまる。

日本において、契約上の管轄合意と競争法に基づく請求との関係については、東京地裁中間判決および東京地裁平成 28 年 10 月 6 日判決²³⁷を契機に議論がなされているところである²³⁸。民訴法 3 条の 9 に定められている管轄合意の規定は、最高裁チサダネ号事件判決をもとに形成された判例法理を引き継ぐものとされており、管轄合意の有効性を、特定性と書面性、そして管轄合意の内容が公序法に反しないかにより判断するとされている。競争法に基づく請求に管轄合意が及ぶかどうかについて、裁判例・学説においては、

236 「密接関連性」がある場合とは、法が併合請求管轄を認める趣旨に照らして、併合された請求間に訴訟資料を共通化できるほどの関係がある場合、具体的には訴訟物たる権利関係の内容や発生原因事実において共通点を有するなど、実質的争点を共通にする場合 (小林秀之=村上正子『国際民事訴訟法 [新版]』(弘文堂, 2020 年) 63 頁, 本間靖規ほか『国際民事手続法 [第 3 版]』(有斐閣, 2024 年) 61 頁 [中野俊一郎]) とされる。「共通」という観点に加え、併合が検討される請求について、当該請求を日本における裁判に加えることの可否を、管轄原因の趣旨と照らし合わせ、例えば契約上の請求であれば契約当事者が、契約債務履行地で紛争が解決されるとの予測 (小林=村上・前掲 45 頁)、不法行為であれば、証拠収集・証拠調べに便宜であり被害者保護に敵う (同・50 頁) との趣旨からも検討すべきと思われる。

237 金融・商事判例 1515 号 42 頁。解説・評釈として、横溝大「判解」ジュリスト 1509 号 (2017 年) 6 頁, 同「判評」私法判例リマックス 56 号 (2018 年) 142 頁, 高橋宏司「判解」平成 29 年度重要判例解説 (ジュリスト臨時増刊 1518 号, 2018 年) 310 頁。控訴審判決である東京高判平成 29 年 10 月 25 日判決 (Lex/DB25564231, D1-Law28254852) についての評釈として、藤澤尚江「判批」ジュリスト 1533 号 (2019 年) 132 頁, 松下満雄「判評」ジュリスト 1541 号 (2020 年) 95 頁。

なお、この問題については、この東京地判平成 28 年 10 月 6 日判決よりも前に、東京地裁平成 28 年 2 月 15 日中間判決 (判例時報 2491 号 26 頁: 島野・アップル事件) でも争点となっていたが、裁判所の判断がなされていない (この判決について、道垣内正人「国際裁判管轄合意の有効性——東京地裁平成 28 年 2 月 15 日中間判決をめぐって」NBL1077 号 (2016 年) 25 頁)。その後下された東京地判令令和元年 9 月 4 日判決 (LEX/DB 文献番号 25580154) に対して、東京高判令和 2 年 7 月 22 日 (LEX/DB 文献番号 25590807) が下されている (評釈として、土田和博「判評」ジュリスト 1580 号 (2021 年) 100 頁, 加藤紫帆「判解」令和 2 年重要判例解説 (ジュリスト臨時増刊 1557 号, 2021 年) 248 頁, 高橋宏司「判解」新・判例解説 Watch 国際私法 No.32 (2022 年) 1 頁)。

238 たとえば、西岡和晃「競争請求と管轄合意」国際商取引学会年報 20 号 (2018) 69 頁以下, 横溝大「外国裁判所を指定する専属的管轄合意と強行的適用法規」法曹時報 70 巻 11 号 (2018 年) 2975 頁以下, 加藤紫帆「国際的管轄合意と我が国独禁法の適用」ジュリスト 1560 号 (2021 年) など。

これを上記1. でみたドイツでの議論同様に特定性要件で検討するものもあるほか、公序法要件で検討するものもみられる。その背後には、法的安定性の観点から当事者自治に基づいた当事者の合意を尊重するのか、あるいは多くの場合被害者の立場になる原告の負担を問題視するのか、との見解の相違がある。この問題の議論の精緻化のためには、上記本件 BGH 判決に関する議論のほか、ドイツにおける議論が参考になると思われる。

すなわち、ブリュッセル Ia 規則 25 条においては、競争法に基づく訴えという理由だけで管轄合意の対象から外されることはない²³⁹とされ、ドイツ・カルテル法の適用に際して、管轄合意の制限はただ同条によってのみ可能であるとされている²³⁹。もっとも、その背景には上記(1)で述べたような、EU 内での競争法に関する準拠法の統一がある。実際、EU 外の第三国に管轄を認める合意に関しては、なお管轄合意を制限することも可能であるとの見解もある²⁴⁰。

これらの点はさらに検討する必要があるが、ひとまず、日本はローマⅡ規則の構成国ではなく、日本に管轄が認められない場合には他国において日本の競争法が適用される保証はないことにかんがみると、日本の競争法の適用が必要とされる範囲に関しては、その適用範囲から逆算して準拠法選択ルール、そして国際裁判管轄ルールを定める必要があるほか、合意管轄ルールも適切なコントロールが必要であることは確認すべきと思われる。このような日本の競争法適用確保の観点からは、原則管轄を広く認める傾向にある日本の国際裁判管轄ルールは望ましいともいえ、他方日本の管轄を排除する管轄合意については慎重に検討されるべきであろう。この点からは、競争法に基づく請求に管轄合意が及ぶかについては、一定性要件のみならず公序性要件においても検討される必要がある。

239 *Brand/Gehann*, a.a.O. (Fn.3), SS.103-104, *Wurmnest*, a.a.O. (Fn.231), SS.569ff., *Mankowski*, *Jus*, a.a.O. (Fn.219), SS.141ff.

240 *Jürgen Basedow*, *Zuständigkeitsderogation, Eingriffsnormen und ordre public*, in: *Peter Mankowski/Wolfgang Wurmnest (hrsg)*, *Festschrift für Ulrich Magnus zum 70.Geburtstag*, 2014, SS.344ff.

(3) 今後は、上記 3. で述べた管轄合意の問題について、管轄ルールであるブリュッセル Ia 規則と準拠法ルールであるローマ I・II 規則の関係についての対立する見解をも参照しつつ、研究を続けていくこととしたい。

* 本稿は、2021-2022 年度西南学院大学在外研究 (A) の成果の一部である。

* 本稿は、九州大学名誉教授 河野俊行先生のご退職記念論文集への寄稿を念頭に、準備しておりました。私の力不足で間に合わせることができず、関係の皆様にはご迷惑をおかけしましたことをお詫びいたします。九州大学法学部、大学院において河野先生にいただいたご指導に深く感謝申し上げますとともに、河野先生の今後のますますのご健康、ご活躍を心から祈念申し上げます。

* Bei der Bearbeitung dieser Abhandlung bin ich Prof. Thomas Ackermann (Professor an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München) zutiefst dankbar für seine Einführung in die Wikingerhof-Entscheidung und für seine hilfreichen Hinweise zum EU-Wettbewerbsrecht. Ich bedanke mich auch bei Prof. Dagmar Coester-Waltjen (em. Professor an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen) für ihre Unterstützung bei meinen Forschungen im Allgemeinen, einschließlich ihrer Ratschläge zum Zuständigkeitsrecht.