

# 競争法上の私訴についての国際裁判管轄に関する ヴィキンガーホフ事件の概要(1)

——ドイツ連邦通常裁判所による欧州司法裁判所への付託に至るまで——

釜 谷 真 史

- I. はじめに
- II. ヴィキンガーホフ事件
  - 1. 事実の概要
  - 2. キール地方裁判所 2017 年 1 月 27 日判決
  - 3. シュレースヴィヒ=ホルシュタイン上級地方裁判所 2017 年 10 月 12 日判決
  - 4. 連邦通常裁判所 2018 年 12 月 11 日決定 (以上、本号)
- III. 検討
- IV. 結びに代えて

## I. はじめに

欧州司法裁判所は 2020 年 11 月 24 日に、競争法上の私訴に関する事件における契約裁判籍と不法行為裁判籍との関係について判示した（ヴィキンガーホフ事件判決）<sup>1</sup>。本件は、ホテル予約プラットフォームを提供する、著名な企業である Booking.com 社が被告となった事件であり、世間の注目を集めた<sup>2</sup>。

この欧州司法裁判所判決は、ドイツ連邦通常裁判所（以下、BGH とする）

---

1 Judgment of the Court (Grand Chamber) 24 November 2020, Wikingerhof GmbH & Co.KG v. Booking.com BV, Case C-59/19, ECLI:EU:C:2020:950. 本判決を紹介する邦語文献として、野村秀敏「EC 企業法判例研究 (271) 管轄法における契約と不法行為の区別の基準 [欧州司法裁判所 2020.11.24 判決]」国際商事法務 49 巻 10 号 (2021 年) 1322 頁以下参照。

2018年12月11日の付託<sup>3</sup>を受けて判示したものであるが、本件事案は付託事項の他にも興味深い論点を含む。そこで、本件欧州司法裁判所判決、およびそれを受けて下されたBGH2021年2月10日判決について検討するための準備作業として、本稿では、2018年BGH判決およびそれに至るまでの下級審判決<sup>4</sup>を紹介し(Ⅱ.)、含まれる論点を整理することとしたい(Ⅲ.)。

## Ⅱ. ヴィキングーホフ事件

### 1. 事実の概要

(1) X(原告, 控訴人, 上告人:「ホテル・ヴィキングーホフ」)は北ドイツのシュレースヴィヒ=ホルシュタイン州で、客室65室をもつホテルを経営するドイツ法人である。Y(被告, 被控訴人, 被上告人:「Booking.com」)はホテル検索, 予約を行うインターネット上のポータル(以下, 本件ポータルとする)を運営するオランダ法人である。本件ポータルは, 利用者が希望の宿泊時期を入力すると, その時期に宿泊可能なホテルが価格とともに表示され, 利用者は, 本件ポータルを通じて宿泊契約を結ぶことができるというものである。本件ポータルによる仲介が行われるためには, 利用客はYとの間に事前の契約を結ぶ必要はないのに対し, ホテル側はYとの間で

---

2 „EuGH: Hotel darf in Deutschland gegen Booking.com klagen“, Süddeutsche Zeitung, 2020.11.24 ([https://www.sueddeutsche.de/politik/eu-luxembourg-EuGH-hotel-darf-in-deutschland-gegen-booking-com-klagen-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-201124-99-446704\(Stand:07.05.2022\)](https://www.sueddeutsche.de/politik/eu-luxembourg-EuGH-hotel-darf-in-deutschland-gegen-booking-com-klagen-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-201124-99-446704(Stand:07.05.2022))).

3 BGH, EuGH-Vorlage vom 11.12.2018, KZR 66/17, ECLI:DE:BGH:2018:111218BK ZR66.17.0.

4 第1審判決はキール地方裁判所2017年1月27日判決(LG Kiel, Urteil vom 27.01.2017, 14 HKO 108/15, ECLI:DE:LGKIEL:2017:0127.14HKO108.15.0A (GRUR-RS 2017, 154337)), 控訴審判決はシュレースヴィヒ=ホルシュタイン上級地方裁判所2017年10月12日判決(OLG Schleswig, Urteil vom 12.10.2017, 16U10/17 Kart, ECLI:DE:OLGSH:2017:1012.16U10.17KART.0A(GRUR-RS 2017, 154336)である。

上告は, いったん上級地裁により不許可とされたが(OLG, a.a.O. RdNr 48), その後の上告不許可処分抗告(Nichtzulassungsbeschwerde)を経て道が開かれている。この点につき, Wolfgang Wurmnest, Plotting the boundary between contract and tort jurisdiction in private actions against abuses of dominance: Wikingerhof v. Booking, Common Market Law Review, 2021, S.1575.

いわゆるホテル契約を締結する必要があった<sup>5</sup>。

(2) 2009年3月25日にXはYとの間でホテル契約(以下、本件ホテル契約とする)を締結した。その中には、次のように、Y社がオンライン上に提示する普通取引約款(die Allgemeinen Geschäftsbedingungen)が組み入れられる旨の条項が含まれていた<sup>6</sup>。

「ホテルは、バージョン 0208 の普通取引約款……のコピーを受け取ったことを確認する(erklärt)。本約款はオンライン上の……に置かれる。ホテルは、本約款を読み理解し、これに同意したことを確認する(bestätigt)。本約款は本件契約の重要な構成要素である。」

ある時点でどのような普通取引約款(以下、約款とする)が妥当しているかは、Yのホームページ上に設置されたリンクから確認できるようになっており、約款変更の際には、ホテルにはメールを通じて連絡がなされることになっていた<sup>7</sup>。

約款内容であるが、上記引用部分にある「バージョン 0208 の普通取引約款」(以下、2009年約款とする)には、Yがホテルに対し、エクストラ・ネットと呼ばれるインターネットシステムを提供すること、およびこのシステムを通じホテルの情報が最新のものに更新され、また予約情報が開示されることが定められていた<sup>8</sup>。また、仲介手数料が12パーセントとされること(2009年約款8号)や、以下のような、オランダ法を準拠法とする条項や、アムステルダム裁判所が専属的管轄を有するとする管轄合意条項(2009年約款19号)が含まれていた。

「もっぱらオランダ法が適用される(Es gilt ausschließlich niederländisches Recht)。契約から生ずるすべての紛争について(für alle aus dem Vertrag

---

5 LG (Fn 4), RdNr.2-3.

6 LG (Fn 4), RdNr.4.

7 LG (Fn 4), RdNr.7.

8 BGH2018 (FN 3), RdNr.3.

entstehende Streitigkeiten), オランダのアムステルダムが裁判籍を有する地 (Gerichtsstandort) となる。例外として、支払及び計算に関する紛争 (Zahlungs- und Rechnungsstreitigkeiten) については、問題となるホテルの本拠地 (der Sitz des Hotels) も裁判籍を有する地となる。」

本件契約締結時以降、最後になされた約款変更は2015年6月25日のメールで通知されたものであり、これは2015年に変更された約款(以下、2015年旧約款とする)を、さらに同年7月1日付で修正するものであった(以下、2015年新約款とする)。この2015年新約款への変更に対し、Xは2015年6月30日付書面で異議を申し立てている。なお、2015年旧約款および新約款いずれも、次のような管轄合意条項を置いていた(2015年旧約款・新約款10.5号)<sup>9</sup>。

「契約中に別異に規定されない限り、この契約にはもっぱらオランダ法が適用され、オランダ法によってのみ解釈される。契約中に異なって規定されない限り、契約からまたは契約に関連して生じる紛争 (aus oder in Verbindung mit diesem Vertrag entstehende Streitigkeiten) は、もっぱら (ausschließlich) オランダの管轄ある裁判所に提起され、審理される (gebracht und dort verhandelt)。」

(3) Xは、①Yが、Xが提示した価格を、Xの同意なく「割引価格」として表示すること<sup>10</sup>、②Yが、宿泊客のデータを限定的な形でのみXに与えること<sup>11</sup>、③Yが、ホテル側が15パーセント以上の手数料を支払った場合に、ホテル検索結果の表示順位を上げるとすることの差止 (Unterlassung) を求

---

9 LG (Fn 4), RdNr.7.

10 Xによると、Yはホテル検索結果ページにおいて、ある価格に対し「割引価格」である旨表示しているが、その価格は、ある特定日における価格が、その前後15日間の価格と比べて一定の割合で低い場合に、Yのシステム内で自動的に付与される表示に過ぎない。実際には「割引」ではないにもかかわらず、そのように表示することは欺罔行為である、という (LG (Fn 4), RdNr.10)。

11 Xによると、本件ポータルを通じて宿泊客が予約を完了した際、メールアドレスと電話番号はXには提供されず、またXから宿泊客への連絡はもっぱらYが準備したプラットフォーム上でなすことを求めており、XはYによるこのような接触制限を不当と主張している (LG (Fn 4), RdNr.11)。もっともYはこの点について、2015年新約款ではこの制限は撤廃されている旨述べている (OLG (Fn 4), RdNr.28)。

め、キール地裁に訴えを提起した。

なお、Xによると、Yはホテル検索予約サイト業界において、ヨーロッパでは40パーセントから70パーセント、ドイツでも40パーセント以上のシェアを占めるリーダー的存在の企業であり、Xは、自らのような大規模展開ホテルでもなく、知名度に劣るホテルは、Yのような著名なサイトを頼らざるを得ないと主張している<sup>12</sup>。そして、Yによるホテル予約に関する一定の行為態様 (bestimmte Verhaltensweise) は不当な妨害 (unbillige Behinderung) であり、カルテル法違反であると主張するとともに<sup>13</sup>、かかるYの行為が仮にYが提示した取引約款によりカバーされるとしても、この約款にXが同意したのは、ひとえにYの市場支配的地位を背景にしたものであると主張している<sup>14</sup>。

## 2. キール地方裁判所 2017年1月27日判決

キール地裁は、XY間には、2015年旧約款および新約款を通じてブリュッセル I a 規則<sup>15</sup> 25条<sup>16</sup>の管轄合意が成立しており、本件は当事者が合意した地であるオランダで提起されるべきとして、本件訴えを却下した。

(1) 地裁はまず、ブリュッセル I a 規則 25条 1項 (a) および2項にいう「書面」の要件について、同条2項にいう「電子的手段による通信」の場合に「書面」性が認められるためには、合意が、他のプログラムへの選択 (Markieren), コピー (Kopieren), 挿入 (Einfügen) を通じた迂回を経ずに永続的に記録可能でなければならないところ、本件はこの要件を満たしていないという。また、同条1項 (c) が定める当該取引分野での慣行に従った方式要件についても、約款をオンラインで提示することが慣行として認め

---

12 LG (Fn 4), RdNr.9.

13 BGH2018 (Fn 3), RdNr.5.

14 BGH2018 (Fn 3), RdNr.7.

15 Regulation (EU) 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, O.J.2012, L.351/1.

られるかは疑わしいとして、その充足を否定した<sup>17</sup>。

しかしながら地裁は、同条 1 項 (b) が定める、当事者間の慣行に従った方式要件が、本件においては認められると判断した。同号は、契約当事者間の合意に基づく、当事者間での実際の慣行が存在することを要件とするところ、2009 年の本件ホテル契約において、原告がオンライン上で確認しなければならない約款が有効であることを合意していた。その後引き続き取引条件は、契約の基礎となったバージョンと表示が根本的に異なる 2015 旧約款および 2015 新約款へと変更されたが、原告がオンラインで確認可能な約款に異議を唱えないときには、当事者は各約款に合意したものとして扱われるというのである<sup>18</sup>。さらに、オンラインで確認可能な状態とされる約款は、今日国際取引実務においては一般的であり、原告にとって不意打ちともならない

16 ブリュッセル I a 規則 25 条は以下の通り。なお、ブリュッセル I 規則との相違点について、岡野祐子「Brussels I Recast における管轄合意規定」国際公共政策研究 21 巻 1 号 (2016 年) 41-49 頁参照。

【ブリュッセル I a 規則】 (訳出に際しては、独文および英文を参照し、また『欧州連合 (EU) 民事手続法』(法務資料第 464 号) 法務省大臣官房司法法制部 (2015 年) を参考にした) 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。

17 LG (Fn 4), RdNr.17.

18 LG (Fn 4), RdNr.18. なお、原告による、2015 新約款を除き、約款変更についての告知がなされていなかったために、それを知ることができなかったとの主張について、地裁は、2015 新約款を援用して訴え提起していることと矛盾しているとして採用しなかった (LG (Fn 4), RdNr.19.)。

し、管轄合意に関しても同様であるという<sup>19</sup>。

(2) 次に管轄合意の適用範囲について、本件では X が主張する請求権がカルテル法上の請求権であることが問題とされた。地裁は、本件請求権が当事者間の契約上の権利義務に密接な関係を有し、当事者は場合によっては契約上の請求権として訴えを構成することも可能であったとし、そうであるとすると、カルテル法上の訴えが当事者にとって不意打ちとなるわけでもなく、むしろ本件で問題となった局面は契約内で認識可能であったとして、本件管轄合意の範囲内であると判示した<sup>20</sup>。

このようなキール地裁の判断を不服として、X は控訴した。

まず、地裁がブリュッセル I a 規則 25 条 1 項 (b) にいう当事者間の慣行を認めた点について、最初の 2009 年約款の管轄条項について、そもそも XY 間には何らの商慣習もない以上は契約関係の対象とはならない。2015 旧約款および 2015 新約款の組み入れについても、当事者間でいつどのように契約変更がなされてきたか、Y による説明が何らなされていないとし、むしろ X は当事者間に何らの合意もないと反論した<sup>21</sup>。

次いで、本件訴えが管轄合意の範囲内とする点について、X は本件には管轄合意は適用されないとして、理由を次のように述べる。

地裁の、X が請求を契約上のものとすることも可能であり、今回の紛争は契約関係においても想定しえたとの認定について、これは X が訴状において、誤って、「訴えにとって本質的な約款」と記したことに起因している。X は単に、契約から独立して判断されるべき不法行為上の請求を為しているだけである。カルテル違反は原則として、既に存在しているか、成立の過程にある契約関係の中で生じるため、多くの場合、契約締結上の過失 (culpa in

19 LG (Fn 4), RdNr.20.

20 LG (Fn 4), RdNr.21. また約款において明文で、支払・計算関連紛争を除外していることについても、これら除外事例は明確に定められている以上、上記判断に影響を及ぼすことはないとしている (LG (Fn 4), RdNr.22)。

21 OLG (Fn 4), RdNr.22.

contrahendo) や契約違反といった形で請求がなされる。しかしながら、本件でXは契約上の請求を行っているのではなく、Yの行為が、カルテル法上認められた制限を逸脱していることを問題にしている。地裁の認定とは異なり、Xは今回の紛争は契約関係の中で想定できなかったのであり、むしろXは、Yが法を遵守し、カルテル法違反になるような市場優越的地位を濫用することはないということを前提に示したし、また当然そうすべきであったと反論し、本件に関しては不法行為裁判籍において審理されるべきとした<sup>22</sup>。

これに対してYは、Xがカルテル法上の不法行為を理由として、ドイツに不法行為管轄がある旨主張している点について、欧州司法裁判所判例によると、本件のような請求権はむしろ契約の問題として扱われていると指摘する。ブリュッセルI a規則7条1号における「契約」の概念はドイツ実質法上のそれよりも広い。原告によって主張される請求は、履行請求という形で当事者間に存在する契約に関連するのであって、その判断のためにはホテル契約の考慮が不可欠である。また、契約上の給付義務の内容を考慮しないことには、カルテル違反を判断することもできない<sup>23</sup>。Xによる「割引」表示に関する主張、宿泊客へのホテル側からの連絡の制限に関する主張は、いずれもホテル契約上の義務ないしその付随義務を問題とするものであり、その履行地はアムステルダムである<sup>24</sup>と主張している。

### 3. シュレースヴィヒ＝ホルシュタイン上級地方裁判所 2017年10月12日判決

シュレースヴィヒ＝ホルシュタイン上級地裁は、一審の訴え却下の結論を維持し、控訴を棄却した。もっともその理由付けについてはキール地裁の判断とは異なる。すなわち、キール地裁は管轄合意の成否の問題として議論し、これが有効であることを理由に訴えを却下した。しかし上級地裁はそれとは異なり、以下に示すように、不法行為地管轄も履行地管轄もドイツに存在しないことを示し、それゆえアムステルダムを管轄地とする管轄合意の有効性

22 OLG (Fn 4), RdNr.23.

23 OLG (Fn 4), RdNr.26-27.

24 OLG (Fn 4), RdNr.28.

について判断するまでもなくドイツの管轄は認められないとしたものである。

(1) 上級地裁はまずブリュッセル I a 規則の管轄規定の一般的解釈方法として、欧州司法裁判所判例によると<sup>25</sup>、締約国間での統一的解釈を確実にするために、自律的に解釈され、その際には規則の体系・目的が考慮されるとする<sup>26</sup>。そして、本件で問題となるブリュッセル I a 規則 7 条 2 号<sup>27</sup>の不法行為裁判籍はとくに狭く解釈されるべきであって<sup>28</sup>、欧州司法裁判所判例によると、同号が定める結果発生地管轄は、問題となる争訟と結果発生地の裁判所との間に、適正な司法 (einer geordneten Rechtspflege) と事案に適切な訴訟の実現 (einer sachgerechten Gestaltung des Prozesses) という観点からみて、当該裁判所の管轄を正当化せうるようなとくに密接な関係が存在することに基づいている<sup>29</sup> という。

そして、この観点からは、ブリュッセル I a 規則 7 条 2 号と 1 号とは次のように区別されるとする<sup>30</sup>。

---

25 参照判例は、欧州司法裁判所 2015 年 1 月 28 日判決 (カラッサ事件判決) 他。

26 以上、OLG (Fn 4), RdNr.33.

27 ブリュッセル I a 規則 7 条 1 号, 2 号は以下の通り。ブリュッセル I 規則を改正したものであり、それぞれ同規則 5 条 1 号, 3 号をほぼ同内容で引き継いでいる。

【ブリュッセル I a 規則】 (訳出に際しては、独文および英文を参照し、また『欧州連合 (EU) 民事手続法』(前掲注 16) を参考にした)

第 7 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)(a) 契約又は契約に基づく請求権 (ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag) が、その義務が履行され又は履行されるべき裁判所における手続の対象 (den Gegenstand des Verfahrens) である場合

(b) 異なる合意が存しない限りにおいて、本規定における義務の履行地とは、以下の地をいう。

- 動産売買については、その動産が契約により給付された又は給付されるべきであった構成国の地
- 役務提供については、その役務が契約により提供された又は提供されるべきであった構成国の地

(c) 第 b 号が適用されないときは、第 a 号が適用される。

(2) 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が手続の対象であるときは、損害結果が発生し又は発生するおそれのある地の裁判所

28 参照判例は、上記カラッサ事件判決 (前掲注 25)。

29 参照判例は、上記カラッサ事件判決 (前掲注 25)、および欧州司法裁判所 2015 年 5 月 21 日判決 (CDC 事件判決)。

30 参照判例は、上記カラッサ事件判決 (前掲注 25)、および欧州司法裁判所 2014 年 3 月 13 日判決 (プログシッター事件判決)。

(ブリュッセル I a 規則 7 条 2 号に定める)『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』とは、被告の損害賠償責任が請求され、かつブリュッセル I 規則 5 条 1 号 (a) (=ブリュッセル I a 規則 7 条 1 号 (a)) にいう『契約又は契約に基づく請求権』に性質決定されない訴えをいう。」

このように 7 条 2 号の適用範囲を、同条 1 号の適用事項「以外」の部分であると解釈する場合、次にどのような訴えが 1 号にいう「契約又は契約に基づく請求権」に当たるのかが問題となる。この点につき、上級地裁は欧州司法裁判所判例を引用し、次のような順序で明らかにする。まず①単に、契約当事者が民事上の責任に基づく訴えを他の契約当事者に対し提起したというだけでは不十分であること、むしろ、②問題となる行為が契約義務違反とみなされるかを、契約目的物 (Vertragsgegenstand) を手掛かりに判断する必要があること、そして③原則として、当事者間の契約の解釈が、原告により問題視されている被告の行為の合法性を判断するために不可欠である場合には肯定されることを述べる。それゆえ、④合理的に観察した場合に (bei vernünftiger Betrachtungsweise)、当該訴えが、出発点となる契約 (Ausgangsvertrag) の当事者間の権利義務違反に基礎を置く代替請求権 (Ersatzanspruch) を対象とするがゆえに、当該訴えの判断に当該契約の考慮が必要となるかが確認されなければならない<sup>31</sup> という<sup>32</sup>。

以上より上級地裁は、契約関係を「出発点 (Ausgangspunkt)」とするような不法行為の訴えは 1 号に送致され、2 号の問題とはならないと結論付ける<sup>33</sup>。

(2) 次に裁判所はあてはめを行い、上記問いを肯定する。

すなわち、ブリュッセル I a 規則 7 条 2 号の「損害結果が発生するおそれのある地」は文言上、予防的差止請求 (vorbeugende Unterlassungsklage) も含み得、X は見かけ上、消極的な、差止請求の形をとっている。しかし、内実は当該差止の結果として、他の契約内容やビジネス方法に積極的に修正

31 参照判例は、上記プログシッター事件判決 (前掲注 30)。

32 以上、OLG (Fn 4), RdNr.34.

33 OLG (Fn 4), RdNr.35.

を加えることを狙っている<sup>34</sup>。Xは、外形上はカルテル法上の差止請求権を主張しているが、問題の核心は契約上の請求権にあるといえる<sup>35</sup>。さらに、本案における訴訟の対象は、表面的には契約の外側にある競争法違反行為であるが、合理的に観察した場合はいずれの請求も、当事者間に契約が先行していたからこそ起こる問題であり、競争法違反行為も当該契約を前提に判断せざるを得ない<sup>36</sup>。たしかにこのような場合の訴訟は、契約から直接または解釈により導かれるような「契約に基づく請求権」(7条1号)を対象とするものではないが、契約の存否、有効性に関わるのだから「契約」を対象とするものといえる<sup>37</sup>。

(3) 以上のように、本件は競争法上の不法行為の訴えの形をとっているが、契約関係を出発点とする訴えであるため、7条2号の適用範囲からは排除され、1号に送致されるとする。2号の義務履行地管轄を検討するに、広告方法、宿泊客との連絡手段、検索結果のランキングのいずれも、Yの本拠

---

34 例えば、「割引」表示をさせないとの差止請求の裏には、将来的に宣伝方法についてXが影響を及ぼしようとするとの意図があり、また宿泊客との連絡方法への制限をさせないとの差止請求の裏には、X自身で宿泊客に連絡を取ることを可能にするとの意図があり、さらに50パーセントまでの手数料支払により検索結果順位を上げるとを止めさせるとの差止請求の裏には、手数料を15パーセントまでに限定させるとの意図がある、というようにそれぞれ積極的な契約修正の意図が読み取れるという(OLG(Fn 4), RdNr.37)。

35 紛争の出発点は、Yがマーケティングにおける裁量を持っていることや、ホテル側には直接宿泊客に連絡を取れないこと、手数料割合を引き上げることで検索結果を改善することというような、もともとの契約に定められている事柄であるという。X自身も訴状で契約条項を出発点としていることから、本案の訴訟の対象は、合理的に観察した場合、常に契約的な性質のものであったとする。以上、OLG(Fn 4), RdNr.38。

36 OLG(Fn 4), RdNr.39.たとえば、広告方法へのホテル側の発言権の問題は、そもそも本件契約では、Yはサービス提供者にすぎず、価格等についてはX側の問題であるという点を含め、代理契約の本質に遡って考える必要があるし、宿泊客への連絡方法制限の問題も、ホテル側の宿泊客全アクセスデータへの請求権が、代理契約から導きうるかが問題となる。また、ホテル検索結果表示の順位付けと手数料の関係についても、誠実義務違反となるかの観点からの検討が必要であるという。

なお、契約が出発点であることは、X自身がYの行為を「契約で許された範囲を超えた行為」としていることから明らかであり、結局、実質的にはXは契約を自らの望む方向で修正したいと考えているだけであるという(OLG(Fn 4), RdNr.40)。

37 OLG(Fn 4), RdNr 41.

地であるオランダを履行地とするものと解釈される以上、ドイツには2号の管轄は認められないとする<sup>38</sup>。このように7条1号、2号いずれの管轄もドイツに存在しないのであるから、土地管轄が認められる場合に、当該管轄が有効な管轄合意により排斥されるかという問題はもはや生じる余地がないとして<sup>39</sup>、訴えを却下した。そこで、Xが上告した。

#### 4. 連邦通常裁判所 2018年12月11日決定

上級地裁が本件管轄合意の有効性について、ドイツに不法行為地管轄、履行地管轄のいずれもないとして、管轄合意の成否を判断するまでもなく訴えは却下されるとしたのに対し、BGHは次のように管轄合意の成立を否定し、本件では履行地管轄がドイツに存しないことを確認した上で<sup>40</sup>、結局問題となるのはブリュッセルI a規則7条2号の不法行為地管轄がドイツに認められるかであるとする。この点、上告が成功するかどうかは7条2号の解釈によるとして、本件手続を中止し欧州司法裁判所に先決裁定を求めた。

以下では、管轄合意の成立を否定した部分((1))と、不法行為地管轄に関する部分((2))を中心に判旨を紹介する。

(1) 管轄合意の成否について、BGHはまず、ブリュッセルI a規則25条1項3文aの「書面」要件、本件約款には「合意の永続的な記録を可能にする電子的手段」(25条1項3文(a)および2項)が欠けているとしたキール地裁の判断を支持し、同要件の充足を否定した。BGHは次いで、地裁が、本件管轄合意が同条1項3文(b)の当事者の慣行に従った方式によりなされたことと認定した点については賛同できないとした。

すなわち、同条項にいう当事者の慣行とは、管轄合意に必要とされる方式面たる書面性を補うものに過ぎないのであって、当事者間の合意自体を補うものではない<sup>41</sup>。しかし地裁は、本件契約締結後に約款が何度も改訂されたこ

38 OLG (Fn 4), RdNr.43-44. なお、Yのドイツ子会社の存在については、本件契約変更とは関連が薄いことを理由に否定している (OLG (Fn 4), RdNr.45)。

39 OLG (Fn 4), RdNr.31.

40 BGH2018 (Fn 3), RdNr. 17.

とを確認したにすぎず、これらの改訂がエクストラ・ネットに置かれたことについてXがどのように反応したか、とりわけ、このような情報伝達の方法に同意していたのかという点について認定していないという。しかも上級地裁もこの点、当事者間では、Xが毎回の約款変更を認識していたかにつき争いがあることを認めているとして、BGHは地裁の判断には与しないとした<sup>42</sup>。

(2) 続いてBGHは、ブリュッセルI a規則7条1号の履行地管轄がドイツに存在しないとのシュレースヴィヒ=ホルシュタイン上級地裁の判断を維持した上で、同条2号の不法行為地管轄の存否について述べる。BGHは、最初に契約上の請求権は、少なくとも当事者が自由意思で(freiwillig)引き受けた義務(Verpflichtung)に基づいている場合に限り主張される旨を確認した上で、本件ではこれが欠けているとの議論を展開する。

(a) すなわちまずBGHは、ブリュッセルI a規則7条2号の管轄に関しては、締約国国内法上これが不法行為的性格を有しているかを問題とするのではないことを示したうえで、上級地裁同様に、同条1号にいう契約または契約から生じる請求権に性質決定される訴えは除かれることを確認する。それに加えて、上級地裁とは異なり、そこでいう契約とは自由意思により(freiwillig)他人に対して引き受けた義務(Verpflichtung)に基づいたものであることを、欧州司法裁判所の判例<sup>43</sup>を引用しつつ確認する。

その上で1号と2号の区別について論を進めるが、ここで、締約国間での統一の解釈を確実にすべく自律的に(autonom)、主として規則の体系・目的を考慮して行ふべきとする、欧州司法裁判所判例<sup>44</sup>に言及する。そして、上級地裁と異なり、損害賠償を求める訴えにおいては、主張されている請求権が契約的性質を有しているかが国内法とは無関係に判断されるべきであること<sup>45</sup>が強調され、さらにこれが予防的差し止めの訴えにも適用さ

41 BGH判例(BGH2004年7月6日判決)が参照されている。

42 以上、BGH2018(Fn 3), RdNr.16.

43 参照判例は、欧州司法裁判所2002年9月17日判決(タッコニーニ事件判決)他。以上、BGH2018(Fn 3), RdNr.19.

44 参照判例は、欧州司法裁判所1988年9月27日判決(カルフェリス事件判決)。

れることが示される<sup>46</sup>。

そして、そこである契約的性質の内容について、ここでは上級地裁と同様に、①一方契約当事者が他方契約当事者に対して民事上の責任に基づく訴えを提起したというだけで即、認められるわけではないのであって、逆に、②たとえ訴えが国内法上不法行為的性質を持つものであっても、契約の対象(Vertragsgegenstand)を手掛かりに判断すると、問題となる行為が契約上の義務違反であるとみなされるときには、契約的性質が認められることになるという。そして、③契約的性質が認められるのは、原則として、被告の行為が合法か違法かを明らかにするために、当事者間の契約の解釈が不可欠である場合であることが確認される<sup>47</sup>。

(b) 上級地裁はこれらに続き4つ目の議論、すなわち、当該訴えが「出発点」たる契約義務違反に由来する代替請求かについての合理的観察が必要であるとの議論をおき、不法行為の訴えについても契約関係を出発点とする場合には2号には送致されないと結論付けていた。しかしながら、BGHは上級地裁とは異なりかかる議論や帰結には触れず、Xが本件で、カルテル法上の、YのXに対する優越的地位の濫用を主張していることに話を転じる。すなわち、Xが差止を求めている宿泊者への連絡方法の制限や、手数料増額による検索結果操作は約款でカバーされているが、これはYが市場での支配的な地位を有しており、Xには契約締結以外の選択肢がなかったことによるとの主張を取り上げる<sup>48</sup>。

BGHは、欧州司法裁判所判例<sup>49</sup>を引用しつつ、7条2号の「不法行為に基づく請求権」には、問題となる行為が、欧州機能条約(AEUV: Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union)あるいは対応する国内カルテル法ルールにおいて優越的地位の濫用的行使として分類されることを理由

45 参照判例は、プログシッター事件判決(前掲注30)。

46 以上、BGH2018(Fn 3), RdNr.20.

47 参照判例は、プログシッター事件判決(前掲注30)。以上につき、BGH2018(Fn 3), RdNr.21.

48 以上、BGH2018(Fn 3), RdNr.22.

49 参照判例は、欧州司法裁判所2018年7月5日判決(リトアニア航空事件判決)。

とする、損害賠償請求又は差止請求権が訴訟の対象となっている場合が含まれるとする。そして、かかる濫用行為はとりわけ、市場支配的企業が不適切な取引条件での契約締結を強いる場合に認められる旨、欧州機能条約やドイツ競争制限禁止法（GWB：Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen）の条文を参照しつつ<sup>50</sup>述べる。

これらを前提に BGH は、訴え提起時点までにすでに、原告と市場支配的企業との間に契約締結がなされており、それゆえ問題となる行為が契約条項

- 
- 50 BGH は、市場支配的地位の濫用行為規制を定める、欧州機能条約 102 条 2 項 a 号、およびドイツ競争制限禁止法 19 条 1 項、2 項 2 号、20 条 2 項を参照している。

【欧州連合機能条約】（訳出に際しては、独文および英文を参照した）

102 条 (1) 1 企業あるいは複数の企業による、内国又は内国の本質的部分に対する支配的地位の濫用は、構成国間の取引を害する結果を導きうる限りにおいて、内国市場と相いれず、禁じられる。

(2) 濫用が認められるのは特に以下の場合である。

a) 不適切な仕入価格あるいは販売価格（unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen）、又はその他の取引条件の、直接的又は間接的な強制（以下略）

【ドイツ競争制限禁止法】

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。

（中略）

⑤他の企業に対し、客観的な正当化事由なく、便宜を図る（Vorteile zu gewähren）ことを要求する場合。この場合、特に、要求が当該他の企業にとって理解可能なほどに基礎づけられているか（nachvollziehbar begründet ist）、要求された便宜が要求の理由に合理的に比例するか（in einem angemessenen Verhältnis zum Grund der Forderung steht）が考慮どうかを検討しなければならない。

（以下略）

20 条 相対的・市場支配的地位にある企業の禁止行為（Verbotenes Verhalten von Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht）

(1) ①第 19 条 1 項は、第 2 項 1 号に関連して、特定の種類の商品又は商業サービスの供給者又は購入者としての他の企業が、第三の企業（dritte Unternehmen）に乗り換えるための十分かつ合理的な機会がなく、かつ、他の事業に対抗力には明らかな不均衡がある（相対的市場支配力（relative Marktmacht））という方法で、企業および結合企業（Vereinigungen von Unternehmen）に依存している場合には、かかる企業および企業結合にも適用される。（以下略）

(2) 第 19 条第 1 項は、第 2 項第 5 号に関連して、企業および結合企業と、これらの企業に依存する企業との関係においても適用される。

によりカバーされてはいるものの、原告が、当該契約条項が、原告の自由意思に基づくものではなく、被告の市場優越的な地位を背景に引き受けたものであって不適切であると主張する場合について、論を進める。そしてBGHは、かかる場合にも上記のような理解、すなわちブリュッセルI a規則7条2号の「不法行為に基づく請求権」には、市場支配的企業が不適切な取引条件を強いることを理由とする請求が含まれるという理解が妥当するのではないかとする。その理由としてBGHは、当事者間の法的紛争の核心は契約の解釈ではなく、カルテル法違反となるかどうかにあることを掲げている<sup>51</sup>。

以上のような理由で、BGHは欧州司法裁判所に対し、ブリュッセルI a規則7条2号は、「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優越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(Unterlassung)を求める訴えについて、不法行為裁判籍が認められる」と解釈されるべきか、という点についての先決裁定を求めた。

(未完)

---

51 以上、BGH2018 (Fn 3), RdNr.24.