

EC 国際不正競争法 (一)

- I はじめに
- II EC 裁判所の判例
- III 学説
 - 一 製造地国法主義
 - 二 有利性の原則
 - 三 市場地国法主義
 - 四 涉外実質法説 (以上本号)
- IV 契約外債務の準拠法に関する条約案
 - 一 契約外債務の準拠法に関するヨーロッパ委員会案
 - (一) ベニス会期
 - (二) ハーグ会期
 - (三) ルクセンブルグ会期
 - 二 契約外債務関係の準拠法に関する理事会規則提案準備草案
 - 三 契約外債務関係の準拠法に関する理事会規則提案準備草案のフォローアップ
 - 四 契約外債務の準拠法に関する欧州議会および理事会規則提案
- V 電子商取引指令と国際不正競争法
 - 一 営業所所在地国法主義
 - 二 市場地国法主義
 - 三 メタ抵触法説
- VI おわりに

相澤吉晴

I はじめに

国際的不正競争について、その成立および効果(特に、損害賠償請求、差止請求)をめぐる諸問題の法的規制は重要な課題となっている。しかしながら、わが国においては、そのような問題に関しては、これまで本格的な検討はなされてこなかった^①。そこで、当面の問題に関する判例・学説の蓄積が豊富なECについて、まず、EC域内における国際商品取引に関して行われる広告その他の国際不正競争に対するECの法規制の現状、とくにEC裁判所の判例および学説の動向をうかがってみることにしたい。つぎに、「契約外債務の準拠法に関する条約案」を取り上げ、その概要をうかがうことにしたい、さらに、二〇〇〇年六月八日の「域内市場における情報社会の役務、特に電子商取引の一定の法的側面に関する指令」(以下では、電子商取引指令と略する)と国際不正競争法との関係を論じることにしたい。最後に、総括を行うことにしたい。

(注)

(1) 当面の問題について論じた数少ない文献のひとつとして、土井輝生「工業所有権」国際私法講座三巻八三〇頁以下、同「国際不正競争における法律の抵触」企業法研究一〇五号二二頁以下参照。また、山内惟介「翻訳」『国際無体財産法および国際カルテル法間における不正競争抵触法』オットー・ザンドロック／山内惟介訳「法学新報九〇巻一一・一二号一三二頁以下参照。さらに、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)」法学雑誌三九巻三・四号一四二頁以下を参照。最後に、ドイツについては拙稿「西ドイツ国際不正競争法の一考察」富山大学『経済論集』二九巻二号八七頁以下、同「続・ドイツ国際不正競争法の一考察(一〜四・完)」広島大学『広島法学』二六巻二号五〇頁以下、三号一〇二頁以下、四号二八頁以下、二七巻一号二七頁以下

下参照。フランスについては、同「フランスにおける国際不正競争の法規制——国際私法委員会の報告を基に——」富山大学『経済論集』二八巻三号四四三頁以下、オーストリアについては、同「オーストリア国際不正競争法の一考察——判例の展開を中心に——」富山大学『経済論集』三七巻一号一四一頁以下、スイスについては、同「スイス国際私法における不正競争」広島大学『広島法学』一九巻一号三三頁以下参照。なお、万国国際法学会 (L'institut de droit international) の決議については、同「不正競争に関する抵触法規定——国際法学会第二二回委員会決議案の紹介——」富山大学『経済論集』三一巻三号三九七頁以下、同「不正競争に関する抵触法規定——国際法学会における第二二回委員会決議案の審議過程の紹介——」富山大学日本海経済研究所研究年報一四巻二二五頁以下参照。わが国における立法論として、国際私法立法研究会「契約、不法行為等の準拠法に関する法律試案(二・完)」民商法雑誌一一二巻三号一四三頁以下、『法例の見直しに関する諸問題(二)——不法行為・物権等の準拠法について——』(別冊 NBL No. 85) [11-1-85 不正競争・競争制限行為] 八六頁以下参照。

II EC 裁判所の判例

EC 条約第三〇条は、「数量的輸入制限およびこれと同等の効果を有する全ての措置は、以下の諸規定を害しない限り、加盟諸国間で禁止される」と規定し、⁽¹⁾ 域内における自由な商品取引の原則を定めている。そして、EC 裁判所は、まず EC 条約第三〇条にいう「これと同等の効果を有する全ての措置」を、「加盟諸国の規定のうち、共同体内の取引を直接的または間接的に、顕在的または潜在的に妨げ得るあらゆる規定」と定義している(いわゆる Dassonville 定式)⁽²⁾。つぎに、「加盟諸国間で」とは、当該諸規則の間接的效果として国際商品取引が制限される場合も含まれる (Pranti 判決)⁽³⁾。最後に、「禁止される」とは当該諸規定を域内の国際取引に適用することが禁止されるのみであり、加盟国内の

取引に対しては依然として適用され得る(G-BINNO-BM判決⁴)。けれども、この種の規定でも、その分野における共同体の規律がなくEC条約第三六条に挙げられている正当化事由(公序、人間の健康、工業所有権の保護など)または絶対的要件(例えば、効果的な税制管理、公衆の健康保護、商取引の公正性確保、消費者保護、文化政策上の理由および環境保護という関心事など)に應じるために正当化される。しかし、その種の規定が許されるのは、共同体内部の商取引をそれほど制限しない措置によつては追求する目的が達成できない場合である。そして、域内における自由な商品取引が許される商品は生産地国において適法に製造および流通されていることを前提とする(製造地国主義)(Cassis de Dijon原則⁵)。さらに、その種の規定が許されるのは、追求している目的と相当な関係にある場合に限られる(相当性の原則)(Buet判決⁶)。そして、絶対的要件に基づく正当化事由は一般的法原則、特に基本権に照らして解釈されなければならず、この基本権には人権条約第一〇条において保証される見解の自由も含まれる(ERT判決⁷)。例えば、特定の広告形態および特定の販売促進方法に対する規制は、直接的な輸入規制ではないが、輸入製品の販売の可能性を侵害するから輸入額の制限となる(Oosthoek判決⁸、Buet判決⁶、G-BINNO-BM判決⁴、Aragonesa判決⁹、Yes Rocher判決¹⁰)。しかし、判例変更がなされ、例えば、商品の名称、形式、容積、重量、構造、包装、ラベルおよび荷造りに関する規制(製品関連的規制)(Produktbezogene Maßnahmen)はすべての製品について区別なく妥当するとしても第三〇条により数量的輸入制限と同等の効果を有する措置である。これに対して、特定の販売態様(Bestimmte Verkaufsmodalitäten)に対する規制は、(i)内国で活動を行う関係するすべての経済参加者について妥当し、(ii)内外製品の販売に等しく関連する場合には、EC条約第二〇条の適用範囲から除外されることになる(Keck判決¹¹、Hünemund判決¹²、Kommission / Griechenland判決¹³)。例えば、特定の部門のテレビ広告を禁止する規定は、製品の特定の販売方法の促進方式を禁止する限り販売態様に関係する(Leclerc-Siplec判決¹⁴)。そして、EC裁判所の最近の判例の中には、(一)特定の販売態様に対する規制であ

って、上記の(i)および(ii)の要件を満たしているとして第三〇条の適用範囲外と判断したものの⁽¹⁵⁾、もあるが、(二)第三〇条の適用範囲内とするものが多数である。そして、これらは、①当該規制は第三〇条に違反しないとしたもの⁽¹⁶⁾、②当該規制は第三六条の正当化事由もしくは絶対的要件を審査することなく直ちに第三〇条違反であるとしたもの⁽¹⁷⁾、③当該規制は第三〇条違反であるが、第三六条の正当化事由もしくは絶対的要件を審査するものに分かれる。そして、これらは、さらに、(a)第三六条に挙げられている正当化事由に該当し、当該規制は例外的に正当化されると判断したもの⁽¹⁸⁾、(b)第三六条に挙げられている正当化事由に該当せず、当該規制は正当化されないと判断したもの⁽¹⁹⁾、(c)絶対的要件に該当し、当該規制は例外的に正当化されないと判断したもの⁽²⁰⁾、(d)絶対的要件に該当せず、当該規制は例外的に正当化されないと判断したもの⁽²¹⁾、(e)第三六条に挙げられている正当化事由にも絶対的要件にも該当し、当該規制は例外的に正当化されると判断したもの⁽²²⁾、(f)第三六条に挙げられている正当化事由にも絶対的要件にも該当せず、当該規制は例外的に正当化されないと判断したもの⁽²³⁾、に分かれている。

(注)

(1) 中村正則「ヨーロッパ国際私法における商品取引規制について(一)——判例理論の展開——」比較法雑誌三一巻一号(一九九七)五〇頁。

(2) 中村・前掲注(1)五三頁。同「ヨーロッパ国際私法における商品取引規制について(二・完)——判例理論の展開——」比較法雑誌三一巻二号(一九九七)一三〇頁。また、一九七四年四月一日の判決(Dassonville)(Slg. 1974, 837)参照。なお、Dassonville判決については、中村・前掲注(1)五三一―五三四頁参照。

(3) 中村・前掲注(1)六三頁。同「ヨーロッパ国際私法における商品取引規制について(二・完)——判例理論の展開——」比較法雑誌三一巻二号(一九九七)一三〇頁。

また、一九八四年三月十三日の判決 (Bocksbeutel; Prantl) (Slg. 1984, 1299) 参照。なお、Prantl 判決については、中村・前掲注(1)六二一六三頁参照。

- (4) 中村正則「ヨーロッパ国際私法における商品取引規制について (二・完) —— 判例理論の展開 ——」比較法雑誌三二巻二号 (一九九七) 一一六頁、一三〇頁。また、一九九〇年三月七日の判決 (GB-INNO-BM) (Slg. 1990 I, 667) 参照。なお、GB-INNO-BM 判決については、中村・前掲注(1)六三一六七頁参照。
- (5) 中村正則「ヨーロッパ国際私法における商品取引規制について (二・完) —— 判例理論の展開 ——」比較法雑誌三二巻二号 (一九九七) 一一七頁、一三〇頁。また、一九七九年二月二〇日の判決 (Cassis de Dijon) (Slg. 1979, 649) 参照。なお、Cassis de Dijon 判決については、中村・前掲一六一一二〇頁参照。また、詳しくは、中村正則「ヨーロッパ国際私法における商品取引規制について —— 『カシス・デウ・ディジョン』判決を手がかりとして ——」中央大学大学院研究年報二四号八九頁以下を参照。
- (6) 一九八九年五月一六日の判決 (Buet) (Slg. 1989, 1235) 参照。
- (7) 一九九一年六月一八日の判決 (ERT) (Slg. 1991 I, 2925) 参照。
- (8) 一九八二年二月一五日の判決 (Oosthoek) (Slg. 1982, 4575) 参照。
- (9) 一九九一年七月二五日の判決 (Aragonesa) (Slg. 1991 I, 4151) 参照。
- (10) 一九九三年五月一八日の判決 (Yve Rocher) (Slg. 1993 I, 2389) 参照。
- (11) 中村正則「ヨーロッパ国際私法における商品取引規制について (二・完) —— 判例理論の展開 ——」比較法雑誌三二巻二号 (一九九七) 一一二頁、一三〇頁。また、一九九三年一月二四日の判決 (Keck) (Slg. 1993 I, 6097) 参照。なお、Keck 判決については、中村・前掲二二〇一一二九頁参照。
- (12) 一九九三年二月一五日の判決 (Hünernund / Apothekerkammer) (Slg. 1993 I, 6787) 参照。
- (13) 一九九五年六月二九日の判決 (Kommission / Griechenland) (Slg. 1995 I, 1621) 参照。
- (14) 一九九五年二月九日の判決 (Leclerc-Siplec) (Slg. 1995 I, 179) 参照。
- (15) 一九九三年一月二四日の判決 (Keck) (Slg. 1993 I, 6097) 一九九三年二月一五日の判決 (Hünernund / Apothekerkammer) (Slg. 1993 I, 6787) 一九九五年二月九日の判決 (Leclerc-Siplec) (Slg. 1995 I, 179) 一九九五年六月二九日の判決 (Kommission / Griechenland) (Slg. 1995 I, 1621) 参照。

- (16) 一九九二年一月六日の判決 (Nissan) (Slg. 1921 I, 131) 参照。
- (17) 一九九一年六月八日の判決 (Piageme) (Slg. 1991 I, 2971) 参照。
- (18) 第三六条の意味での「健康の保護」に該当すると判断した一九九一年七月二五日の判決 (Aragonesa) (Slg. 1991 I, 4151) 第三六条の意味での「工業所有権の保護」に該当すると判断した一九九二年一月一〇日の判決 (Exportur) (Slg. 1992 I, 5529) 第三六条の意味での「人間の健康および生命の保護」に該当すると判断した一九九四年一月一日の判決 (LucienOrtscheit GmbH) (Slg. 1994 I, 5243) 参照。
- (19) 第三六条の「工業所有権の保護」に該当しないと判断した一九七五年二月二日の判決 (Sekt Weinbrand) (Slg. 1975, 181) 第三六条の「健康の保護」に該当しないし、「恣意的な差別の手段でもないし公正国間の取引の偽装された制限でもなく」という要件を満たしていないと判断した一九八〇年七月一〇日の判決 (Werbung für alkoholische Getränke) (Slg. 1980, 2299) 第三六条の「工業所有権の保護」に該当しないと判断した一九八一年一月二二日の判決 (Dansk Supermarked / Imerko) (Slg. 1981, 181) なお、国内取引ではあるが、輸入品についてのみ妥当する国家の措置、しかも製品関連的措置に関して、第三六条の「工業所有権の保護」に該当しないと判断し第三〇条違反を否定した一九九七年五月七日の判決 (Pistre) (GRUR Int. 1997, 737) 参照。
- (20) 「消費者保護および商取引の公正」の絶対的要件に該当すると判断した一九八二年三月二日の判決 (Beele) (Slg. 1982, 707) 同様に「消費者保護および商取引の公正」の絶対的要件に該当すると判断した一九八二年十一月五日の判決 (Oosthoek) (Slg. 1982, 4575) また、一九八九年五月一六日の判決 (Buet) (Slg. 1989, 1235) さらに「消費者保護および商取引の公正」の絶対的要件に該当すると判断した一九九五年七月六日の判決 (Mars) (Slg. 1995 I, 1923) メディアの多様性の維持のために保証されている見解の自由は正当化事由に該当すると判断した一九九七年六月二六日の判決 (Familiapress) (GRUR Int. 1997, 829) 同様にメディアの多様性の維持のために保証されている見解の自由は正当化事由に該当すると判断した一九九七年六月二六日の判決 (Zeitschriften-Gewinnspiel) (WRP. 1997, 706) 参照。なお、役務提供に関して第五九条違反が問題となったが投資家保護の公益事由に該当するから第五九条違反ではないとしたものとして、一九九五年五月一〇日の判決 (Alpine Investments) (Slg. 1995 I, 1141) 参照。
- (21) 「消費者保護」の絶対的要件に該当しないと判断した一九八〇年二月一六日の判決 (Fietje) (Slg. 1980, 3839) 同様に「消費者保護」の絶対的要件に該当しないと判断した一九八五年四月二五日の判決 (Origin Making; Ursprungskennzeichnung) (Slg.

1985, 1201)。さらに「消費者保護」の絶対的要件に該当しないと判断した一九九〇年三月七日の判決 (GBINNO-BM) (Slg. 1990 I, 667)、「消費者保護および商取引の公正」の絶対的要件に該当しないと判断した一九九〇年二月一三日の判決 (Pall/Dahlhausen) (Slg. 1997 I, 4827)、「同様に「消費者保護および商取引の公正」の絶対的要件に該当しないと判断した一九九三年五月一日の判決 (Yve Rocher) (Slg. 1993 I, 2389) 参照。なお、役務提供に関して第五九条違反が問題となったが、役務提供の受領者の保護という絶対的要件に該当しないと判断した一九九一年七月二五日の判決 (Stüching Collective Antennevoorziening Gouda) 参照。

(22) 一九九七年七月九日の判決 (De Agostini) (Slg. 1997 I, 3843) 参照。この判決においては、役務提供に関して第五九条違反も問題となったが、第五六条の正当化事由ならびに「商取引の公正および消費者保護」の公益事由に該当するとされている。なお、第三六条の「人間の健康の保護」にも「消費者の保護および商取引の公正」の絶対的要件に該当するが相当性の要件を満たしていないと判断したものととして、一九九九年一月二八日の判決 (Österreichische Unilever GmbH) 参照。

(23) 消費者保護および商取引の公正は第三六条に挙げられた例外に含まれていないから第三六条の正当化事由に該当しないと、係争の措置は差別的な性格を有するから絶対的要件にも該当しないと判断した一九八一年六月一七日の判決 (Irische Souvenirs) (Slg. 1981, 1625)、「第三六条に挙げられた例外に該当しないと」、「消費者保護および商取引の公正」の絶対的要件にも該当しないと判断した一九八二年六月二二日の判決 (Silberprägestempel)、「第三六条に挙げられた「公序」および「工業所有権の保護」という例外事由に該当しないと判断した一九八四年三月一三日の判決 (Bocksbeutel; Prantl) (Slg. 1984, 1299)、「第三六条の「公序」の概念は消費者保護を含まないから第三六条に挙げられた例外事由に該当せず、内外製品を差別しないという要件を満たしていないから絶対的要件にも該当しないと判断した一九八四年一月六日の判決 (Kohl/Ringelhan; R&R; Firmensignet) (Slg. 1984, 3651)、「第三六条の「消費者保護」にも該当しないと」、「人間の健康保護」の絶対的要件にも該当しないと判断した一九九四年二月二日の判決 (Clinique) (Slg. 1994 I, 317) 参照。

III 学 説

域内における自由な商品取引が許される商品は生産地国において適法に製造および流通されていることを前提とすると判断した *Cassis de Dijon* 原則をめぐって、EC裁判所の判例が、製造地国法主義を採用したものであるかどうか学説上争われている。

一 製造地国法主義

まず、*Chocziel* によれば、EC裁判所の判例は二つの領域においてドイツの不正競争防止法を改革するとし、「まず、EC裁判所の判例は、ドイツ連邦共和国以外のECの領域において不正競争防止法の適用および拡張は将来もはや不可能となることへ導く。GB-Inno-BM 判決によれば、連邦通常裁判所が適用した抵触規則はもはや維持できない。したがって、EC構成国たる外国の競争法がドイツ不正競争防止法ほど厳しくない規定を含んでいる場合には、国際的な事実、そしてまた国境付近の事実ももはやドイツ不正競争防止法により判断されてはならない。第二に、EC裁判所の判例は、ドイツ不正競争防止法はドイツ連邦共和国内においてすらもはや無制限に適用されてはならないことを意味する^①。そして、「数量的な輸出制限と同等の効果をも有する措置は、強行的要件によって正当化される場合には維持されるという共同体条約第三六条所定の制限が残る。EC裁判所が全く狭い領域において例外として定義したこの強行的要件は、不正競争防止法の枠内においてはまれな例外の場合においてのみ存在する^②」と。したがって、「ECの次元においては、それぞれのECの本国法（引用者注：製造地国法）によって許される措置はドイツ連邦共和国においても不正競争防止法によって禁止されないという原則が適用される。しかし、これはドイツ不正競争防止法

は通例ドイツ法が規定している程厳格ではない不正競争禁止に関する外国の規定に適應しなければならぬことを意味する⁽³⁾」と。

つぎに、Reich は、国際的な欺罔広告の禁止に関する管轄権についての製造地国主義の意義に関して、つぎのように論じている。すなわち、「いわゆる製造地国主義は、共同体条約第三〇条以下、第五九条以下に該当する一切の商品および一切の役務が自由に流通することができるのは、それらがもつばら原産地国および共同体の規定自体に合致している場合である。もちろん、その原則は、例えば、健康、環境および消費者情報のような非経済的な法益の保護が問題となる場合には、この原則は一連の例外を受け入れる。この場合においては、共同体の規則を遵守した場合には自由な商品取引および役務提供取引が原産地国もしくは製造地国の枠組み的条件で保障されることが第二次共同体法によつて確保されなければならない。同時に、製造地国主義はひとつの受領地国もしくは複数の受領地国が製造地国の法規定および行政規定を承認することを意味する。したがつて、製造地国主義が域内市場における商品および役務提供の市場参加に関する構成国の決定の相互承認の原則と広範囲に一致するのは、受領地国の市場参加の補充的な要件の法的意義が問題となる場合である⁽⁴⁾」と。そして、具体的に、欺罔的広告に関してつぎのように述べている。すなわち、「欺罔的広告は共同体上禁止されているから、広告を対象とする限り、この禁止に違反している企業はその共同体上の市場参加権を失う。欺罔的に引き合いに出された商品ないし役務提供は原産地国においては適法に市場に出されたものではない。この評価は共同体全体に及ぶ。したがつて、ここでは、製造地国主義の第二の側面を指摘することも正当である。それによれば、広告に関して原産地国において違法に市場に出された商品もしくは役務提供は共同体上の市場参加の特権を失い、原産地国はまた——古典的な国際行政法および国際私法の限界を超えて——いわば共同体全体を代表して市場に出された商品ないし役務提供が共同体全体において一応の参加権を有するか否かを決定

することができ⁵⁾」と。また、Reich は、共同体における広告行為の適法性についての原因地国(引用者注・原産地国)の本源的責任についてつぎのように論じている。すなわち、「域内市場の完成は、一方では、すべての商品および役務が共同体法および製造地国法の基準に合致し、そのことが受領地国の強行要件に反しない限り、共同体全体において流通して引き合いがなされることを実現する。それらが製造地国において適法に市場に出され、引き合いがなされない限り、それらは一応存在する共同体上の市場参加権を失う。EC 裁判所の判例から展開された製造地国主義のこの第二の側面は、適法性の基準の遵守に対する共同体上の共同責任を原産地国に負わせることになる。これは、共同体法が法的調整を行っている場合にのみ妥当することは当然である⁶⁾」と。そして、最後に、Reich は EC に特有な連結の展開についてつぎのようにまとめている。すなわち、「国際私法によって準拠法が決定される限り、原則として原因地法が侵害地法(引用者注・受領地国法)と並んで妥当する。なぜなら、ここでは欺罔的広告は域内市場への参加を違法に取得しようとするからである。ここで主張した見解によれば、欺罔的広告の禁止に関しては、侵害地法および原因地法が選択的に適用される。共同体法の現在の発展状態からすれば、いずれかの法を排他的に適用する余地は(まだ)ない。さらに実質法の次元に拡張しなければならない。原因地法の適用は、欺罔的広告行為が準備された国の領域において、消費者、競争者もしくは公衆までも危険にさらされていることに依存しない。共同体内においてこの危険が生じていることで十分である。したがって、共同体において規律されている事実が存在する限り、行政管轄権の共同体に忠実な解釈および競争法上の準拠法に関する EC に特有な連結が基礎づけられる。もちろん、ある構成国においてのみ妥当している規定に違反する広告行為の場合には、例えば、比較広告における欺罔的ではない競争行為、くじや景品の場合には共同体条約第三〇条以下、第五九条以下を考慮して国際私法ないし国際行政法の一般規則による⁷⁾」と。

から、Draschによれば、EC国際不正競争法の規則はつぎのようである。⁽⁸⁾

(1) その統治領域において別の構成国に由来するか別の構成国において自由に流通している商品もしくは役務について広告もしくは販売促進行為が行われているか、またはそのような行為が別の国において行われているにもかかわらず効果が及んでいる構成国(仕向地国)は、この行為の競争法上の判断については商品もしくは役務提供の製造地国法を適用すると宣言しなければならない。

仕向地国法への連結が許されるのは、次の場合のみである。

(a) 強行的要件(商品)ないし公益の強行的な理由(役務提供)もしくは共同体条約第三六条ないし第五六条所定の公共の福祉の理由がこれを要求し、相当性の原則が顧慮され問題となる利益の保護がすでに製造地国法の規定によつて考慮されていない場合

(b) 適用される規定が販売態様を制限もしくは禁止し内国の製品の販売と同様に外国の製品の販売もしくは役務提供を侵害している場合

(c) 適用される規定が内国の製品の販売と同様に外国の製品の販売もしくは役務提供を侵害している限りにおいて、広告もしくは販売促進行為がすでに別の場所に輸出した製品の次の取引段階での以後の市場化に関係している場合

(d) 広告もしくは販売促進行為が製造地国法によれば違法である場合

(2) 上記の規則が有意義に妥当するのは、次の場合である。

(a) なるほど、商品もしくは役務提供が仕向地国において製造されるか仕向地国で輸出が行われた後にさらに市場化されたが、広告もしくは販売促進行為が当該競争者と法的もしくは経済的に密接な別の構成国に所在する経営

者の統一的な市場計画による場合

(b) 内国において製造されるか市場化された商品もしくは役務提供について、広告もしくは販売促進が、とくに別の構成国に所在する独立した広告部門の企業によって実行される場合

最後に、Dethloffによれば、「抵触法的評価および共同体法的評価は、不正競争法については必ずしも互いと調和しない連結を必ずしも示すものではない。一方では、不正競争法における市場地連結は多国間競争の場合には限界にぶつかる。他方では、競争法の領域におけるEC条約の優位は、原則として市場地国法を製造地国法に代えることを帰結としない。したがって、抵触法的観点からは、例外なく属地主義に基づく市場地連結が必要なわけではないし、共同体法的観点からはつねに製造地国法の適用が必要なわけでもない。競争抵触法上、一般的には市場地主義に基づいて統一されるが、ヨーロッパ連合内部において国境を越えて普及するメディアにおける不可分の競争行為の場合には原則として製造市場へ連結されるとすれば、ヨーロッパにおける国際競争について抵触法的連結公理およびEC条約の価値秩序にできるだけ広く合致する連結公理が明らかになる」と。

二 有利性の原則

Basedowによれば、「不正競争の領域における抵触法政策にとつては、ヨーロッパ連合内における競争関係については有利性の原則（引用者注：製造地国法または仕向地国法のうち提供者にとってより有利な法の適用）を法典化することが妥当である。有利性の原則が、ドイツ市場における競争行為を製造地国法たる外国法に依らしめるということとなる場合には、ドイツ広告法の重要な原則は、公序（民法施行法第六条）の枠内における公共の福祉の強行的要件として貫徹される。これはもちろん、裁判所が判例において形成した訴訟上の限界および実体上の限界においてのみである。それによれば、ドイツの公序の援用は、例えば外国法によれば正当な比較情報広告に対しては不可能である。なぜな

ら、それは、消費者にとって重要な情報から消費者を遮断することになるからである。これに対して、健康もしくはプライバシー的な分野の保護に奉仕する競争規則を貫徹することが問題である場合には、公序の援用は成功する見込みが大きい。製造地国法への——部分的な——連結は、内国市場において法律が内国の競争者に対しては禁止している多くの競争行為が外国の提供者に対して許されることになる。この内国人差別は取引自由に関するEC裁判所の判例の必然的な帰結である。それが市場関係者において感知されるのみならず、内国企業が広い範囲において経済的不利益を被る場合には、それは政策的抵抗を引き起こし、規制緩和、すなわち、製造地国により緩やかな条件に内国実質法を適応させることになる。したがって、抵触法は意義を失う。政策的適応の圧力がそれほど十分でなくEC構成国の外国人の改善に留まる場合には、より高次の差別禁止の援用も禁止される。すなわち、共同体条約第六条も基本法第三条の同一取り扱いの命令もここでは一般的にはそれ以上役立たない。限定された競争の歪みは受忍されなければならない。それは開放市場における非中央集権的な立法の代価であり、域内市場を達成しようとする場合に、構成国の主権が共同体に贈らなければならない貢物である」と。

三 市場地国法主義

まず、Bernhardは、GB-INNO-BM判決を引用しながら、市場地国法主義に賛成する旨を明らかにするにあたって次のように論じている。すなわち、「国際私法は（黙示的に製造地国主義を拒否して）国際的競争を市場地法によらしめていることは、特に競争者同一条件の命令から明らかにする。すなわち、国内市場において競争する競争者は同一に取り扱われ、法的に同一の条件に従わなければならない。出荷もしくは製造へのすべての連結は、競争者の共通属人法の形であれ、競争行為の源泉（例えば送信地）と一致する（広く定義される）行動地への連結の形であれ、原則として競争機会の平等の原則に反している。例えば、ベルギーへ送信された広告放送が（仮に）厳格な送信地法たるルクセ

ンブルグ法に従う場合には、ルクセンブルグの放送者にとってはベルギーの競争相手に比べて競争上の不利益を意味する。……市場参加者の共通の本国への連結だけではなくて、広く理解される行動地、特に製造地、広告の『送信地』への連結はすべてそのように理解されるヨーロッパ法上の平等取り扱いの原則に違反する。市場地への連結はヨーロッパ法上確定している」と。⁽¹¹⁾ つぎに、Bernhard は、製造地国主義にも有利性の原則にも反対するにあたってつぎのよう論じている。すなわち、「競争の平等と国際的な供給の促進とを衡量して、商品取引の自由を優先目標とした場合には、製造地国への厳格な連結は一貫していない。すなわち、製造地国への連結は『より厳格な』法の適用を導くこともあるからである。有利性の原則は関係国すべての輸出品の平等な優遇をもたらす(A国のB国への輸出もB国のA国への輸出も両者の法のうちより緩やかな法に従う)のに対して、製造地国への厳格な連結は『オアシス国家』の輸出品の明白に一方的な優遇へ導く。これに対して、有利性の原則は、別の性質の平等の不在を伴う。それは、取引を行っていない者として潜在的にも『より有利な』法の恩恵を受けないような市場参加者、すなわち消費者の不利益を意味する」と。⁽¹²⁾ そして、最後に、Bernhard は、結論をつぎのようにまとめている。すなわち、「将来の国際不正競争法において製造地国主義を継承することは必要でもないし得策でもない。いずれにせよ、有利性の原則の形で国際的な経済取引の促進という目標は実現される。しかし、製造地国の法秩序の考慮は内国の供給者と外国の供給者の不平等取り扱いによる競争の歪みをもたらす。決定的な観点が市場地への連結の保持を支持する。すなわち、より有利な法への連結は *Cassis de Dijon* 判例から各国の国際私法のレベルにおいてその基礎を奪うことになるであろう。すでに初めから国家の裁判所は国際取引を最も妨害しない法を適用しなければならぬであろう。『最も低いところ』への川下りがある——EC条約の非常ブレーキ、すなわち消費者保護および公正の保護という強行的要件なしに始まってしまおうであろう。国際私法上の製造地国主義もしくは有利性の原則を前にして、*Cassis de Dijon* はまさに公正な競争の防波堤と

して聳え立つのである¹³⁾と。

つぎに、Reese は、製造地国法主義についてつぎのように論じて反対している。すなわち、「最も『ラディカルな』可能性は抵触法上の連結点を競争利益の衝突地から最終的に市場決断も行われる情報の発信源地に移すことである。

しかし、この方法は納得できない。なぜなら、それは広告が自国の法秩序と完全に合致するが製造地国の広告法に合致しない場合には、構成国は広告を禁止しなければならないからである。そうであれば、構成国は内国の広告と外国の広告を差別して取り扱わなければならないであろう。これは、差別の禁止を前には維持できない結論である¹⁴⁾と。つぎに、Reese は、有利性の原則についてつぎのように批判している。すなわち、「この立場(引用者注:有利性の原則)は、『GB-INNO』判決の行き過ぎた解釈に基づいていると思われる。なるほど、裁判所は、判決において

消費者に特定の情報を留保する国家の規定は消費者保護の強行的要件によって正当化できないことを確認した。しかし、『特定の情報』という表現は製造地国の法秩序によれば許される広告表示の金額を一括して指すものではなくて、ルクセンブルグの規定によって禁止されている価格表示を指している¹⁵⁾と。また、「原産地国において許される広告が共同体法に違反することなく仕向地国において禁止される場合が存在する¹⁶⁾」と。さらに、Reeseによれば、「共同体法の意味は、国家の広告法の内容的形成を新たに熟慮するよう強制するが、その属地的適用範囲の新たな決定を強制するものではない¹⁷⁾」とされる。最後に、Reeseによれば、「今後も市場地法が緩和された形ではあるにしてもヨーロッパ共同体における国際的広告に関する法を規律する¹⁸⁾」と結論づけられ、市場地国法主義が採用されている。

さらに、Kortによれば、「ヨーロッパ競争法と国家の抵触法との関係は『友好的共存』と特徴づけられる。準拠法に関する国際私法上の決定は、今後は市場地主義によって決定される。この決定は『与件として』場合によっては共同体条約第三〇条に基づいてヨーロッパ法によって修正されなければならないことは当然である。しかし、EC裁判

所の判例は市場地主義から一般的に離れるものではない⁽¹⁹⁾と。

また、Sack は、まず製造地国主義についてつぎのように論じている。すなわち、「EC 内部における国際競争行為の場合においては、輸入国の競争法上の実質規範は共同体条約第三〇条、第三六条による規制に服するのではなくて、抵触法上製造地国法が適用されるとする国際競争法上の抵触規範としての製造地国主義が、いわゆる公正、消費者保護等々の強行要件によって拡張され、共同体条約第三六条において明示的に規定されているように、製造地国において支配的な規定よりも厳格な規定を貫徹する権利を輸入国から奪うのは、これらの規定が民法施行法第六条の意味での基礎的な規範ではない場合である⁽²⁰⁾」と。つぎに、Sack は、市場地国主義を採用するにあたってつぎのように述べている。すなわち、「共同体条約第三〇条が販売態様に関する競争法規定に適用されるかどうかは抵触法上重要ではない。そのような規定が共同体条約第三六条によっても公正および消費者保護の強行的要件によっても正当化されない共同体条約第三〇条の意味での数量的輸入制限と同一の効果を有する措置として評価されるとしても、共同体条約第三〇条は製造地国法の適用へ導くものではない。むしろ、市場地の実質法の適用に留まるが、それは共同体条約第三〇条によって規定された限界内においてのみ適用される⁽²¹⁾」と。最後に、Sack は、結論をつぎのようにまとめている。すなわち、「一、共同体条約第三〇条、第三六条は輸入国法に従い適用される輸入妨害的な規定の統制を目的とする。二、共同体条約第三〇条、第三六条は競争法に抵触法に対して影響を及ぼすものではなくて、競争法上の実質規範に限界を設定するに過ぎない。共同体内部の商品取引においては、製造地国の競争規定および広告規定が一般的に輸入国の規定に代わることはないし、輸入国の規定と製造地国の規定から有利性の原則に従い選択されるべきではない。製造地国の規範の属地的適用範囲は共同体条約第三〇条、第三六条によって輸入国には及ばない。そうでなければ、共同体条約の第三六条の正当化事由および輸入国の数量的輸入制限と同一の効果を有する措置を正当化できるいわゆる強行的

要件は広範囲に空文化される。さらに、特に製造地国の適用される規定が輸入国の輸入障害として共同体条約第三〇条、第三六条と調和するかどうかを審査されなければならないであろう。三、いわゆる販売態様の規定の形式における数量的輸入制限と同一の効果を有する措置においては、製造地国法は輸入国法にとって代わるものではない。これは勧誘された商品が製造地国において適法に頒布された国際的広告の場合においても当てはまる。それは輸入国の競争法および広告法に反している限り、EC裁判所の『Keck判決』および『Hühnermund / Apothekerkammer』判決によれば、輸入国の競争法および広告法はすでもはや共同体条約第三〇条、第三六条の統制にはもはや服さない。つまり、競争法および広告法上の禁止がすでにこの理由から無制限に適用される。EC裁判所のこれらの判決に従わず、広告制限が以前の『Inno判決』および『Yves Rocher』判決等々に従い依然として輸入国の数量的輸入制限と同一の効果を有する措置として評価されるとしても、国際的な広告行為が輸入国において適法であるかどうかという問題を決定するのは、製造地国の競争法および広告法ではなくて共同体条約第三〇条、第三六条によって設定される限界内での輸入国の競争法および広告法である。輸入国の法が共同体条約第三六条もしくはいわゆる強行的要件によって正当化されない限り、国家の制限は消滅し、これに製造地国の法がとって代わることはない。四、商品に関する規定の形式での輸入国の数量的輸入制限と同一の効果を有する措置が、共同体条約第三六条もしくは強行的要件によって正当化されるため共同体条約第三〇条と調和する限り、無制限に輸入国法に留まる。なるほど、正当化されない商品に関する規定はEC内の国際的な商品取引の領域においては適用されない。しかし、これもまた、輸入国の規定に代えて製造地国の規定が『指定』されるとか製造地国の規定が輸入国の規定に『とって代わる』ということではない。五、EC裁判所は、これまですべての関連する判決において競争法および広告法の規定が共同体条約第三〇条、第三六条と調和するかどうかを審査しなければならなかったが、黙示的にかつ正当に（抵触法上）輸入国法の適用を前提とし

ていた。これは常に市場地主義により適用される規定であつた⁽²²⁾と。

同様に、Tebbens は、まず、抵触規則の役割についてつぎのように論じている。すなわち、「国家の裁判所が財産および役務の流通を脅かす恐れのある実質法規定を適用すると判断する方法は共同体の自由の保護に対しては無関心である。共同体の統制は準拠法決定の下に位置する。抵触規則は構成国の国家法を指定することによって関与するから、法廷地の裁判官（場合によっては裁判所）が事件の共同体的意義を確認しなければならない。構成国の法が問題である以上、適用されるのが影響を受けた市場地法であるか中傷的広告が頒布された国の法であるか法廷地法であるかは重要ではない。GB-Inno-BM 事件、Pall 事件および Yves Rocher 事件においては、国家の裁判官は法廷地法と一致する影響を受けた市場地法を指定する抵触規則を黙示的に適用した。裁判所の審査が係争の国家の規定、すなわち製品の提供もしくは商業化の一定の態様を行なうことの禁止を直接対象とすることには驚かない。それは条約第三〇条および第三六条の意味での国家的《措置》であり、抵触規則の役割を示す準備段階は固有な意義を有しない。その場合には、国際私法に照らして共同体の審査を評価するのか。最初の場合は、共同体的着想ではあるが係争の行動の適法性を決定するために製造地国法に管轄を与える全く古典的な性質の抵触規則に裁判所が依拠したと考えることである。裁判所が GB-Inno-BM 事件におけるように製造地国法の規定に広告の方式が合致していることをしばしば援用しているとしても、製造地国法は同様に広告方法を扱った Yves Rocher 事件のようなその他の事件においては援用されていない。したがって、裁判所は広告活動の適法性に関して製造地国法を体系的に適用していないと思われる。なるほど、本国法は Cassis de Dijon 判例および技術的規範の相互承認の原則によれば、貿易に関係する財産および役務が従うべき技術的規範に関しては特に重要性を有する。しかし、一方では、技術的規範の分野においても、この判例によって定められた基準が満たされる限りにおいては市場地法もある役割を演じる。他方では、まさに広義の意味の商

業広告の事項は、新たな *Keck* 判例によれば、一定の条件においては条約第三〇条の適用範囲に入らず流通の自由による審査を免れる商業化の方法の分野に主として属することを思い出さなければならぬ。すなわち、国際私法による影響を受けた市場地法の指定の少なくとも一部は侵されぬ。その場合には、裁判所の審査は、あるいは製造地国法、あるいは係争の行動によって影響を受ける市場地の法を指定する選択的規則を表現するものとして解釈されるか。このような規則は実質法の次元においては域内市場の指導原則によりよく適合する結論に到達することを目的とする。上で論じた判決に沿って、裁判所は選択的規則に変更して問題となる二つの法律のうち流通の自由に対する最小限の障害となる法律を選択する商業の保護に基づいていることは明白である。そのテーゼは若干魅力的であるが、裁判所が行なった操作の性質を恐らく十分に説明していないだろう。裁判所は係争の行動の適法性に関していずれかの国家の規定の選択を行なったのではない。むしろ、裁判所は国家の裁判所の抵触規則の役割から生じる法的状況を出发点としているが、必要な場合には流通の自由を促進する性質の外国法の要素をそれに付け加えている。裁判所は問題となる国家の利益と共同体の利益の最良の調和、すなわち自己に付託された事件の特徴に合った配分的正義を求めている。問題となる利益は仕向市場地国の利益および製造地国の利益に限定されるものではない。それらは共同体の利益を伴うが、この利益自体は複数ある。実際、存在するのは自由な流通の利益のみではなく、その他の利益、特に、消費者を保護し商取引の公正さを維持する構成国の管轄を尊重する利益も利益として主張される。裁判所には問題となる様々な国家法の長所を比較する権限がないことが選択的規則のテーゼを排除する補充的な理由である。実際、審査は共同体の利益全体と国家的(規定の適用)《措置》の対決を含み、ある共同体の利益は問題となる措置を支持し、ある共同体の利益は問題となる措置に反対する⁽²³⁾と。つぎに、*Tebbens* は、共同体法の実質規定についてつぎのように述べている。すなわち、「このような考えにおいては、裁判所の関与はむしろ共同体法の実質規定の定式化に到達す

る。その内容は実現される均衡の結果次第である。もし、当該措置が共同体法に反しないと判断されれば、裁判所が定式化した原則は、問題となる措置がその一部を成す国家法(市場地法)を適用する抵触規則を黙示的に承認したに過ぎない。これに対して、この措置が共同体の統制に抵触する場合には、裁判所が述べる実質規定は、非難されている市場地法の規定を共同体内の貿易の観点からより寛容であつて法的争点に関して製造地国法の規範に相当する規則に代えるか(例えば、GB-Inno-BM 事件において)、非難されている市場地法の規定を代えずに消滅させる(例えば、Säger 事件および Yves Rocher 事件において)。しかし、最初の場合(市場地法の入れ替え)においては、製造地国法は《適用》されるのではない。むしろ、民事責任のその他の場合において行動の適法性の判断がある場所の法から借用され、その他の責任要素が別の法によつて決定されると全く同様に、製造地国法規範との行動の合致が市場地法の使用の際に事実上役立つ。共同体の公序の名目で、窮屈な市場地法の規定が製造地国において適法な広告が《輸出》されるように中和される。第二の場合(市場地法の純然たる消滅)の特殊性は他の国の法を特に指定していないことにある。問題となる製品の製造地国法がそれほど制限的でないか、より制限的であるかという問題とは別に、貿易を余りにも制限するという規定の性格のみが共同体の審査にとつては決定的である。したがつて、構成国の法律すべてが余りにも制限的な同一政策を反映している場合が考えられる。すなわち、裁判所は国家の立法間に相違がないにもかかわらずその統制を及ぼすことになるのか。裁判所が *Cassis de Dijon* 判例の承認する強行的要件と流通の自由の均衡を図ることによつて条約第三〇条の所管であるすべての国家の規定の均衡的性格を審査しようとする限りにおいては、肯定的解答が現実的であると思われる。したがつて、結局、共同体的価値の間の均衡を図ることが問題である。このようなわけで、裁判所が構成国に共通な規定を流通の自由に実際に反すると判断するのか、消費者保護もしくは共同体内の貿易を妨げない商取引の公正さのレベルでの調和的措置を採用する職務を共同体の立法者に委ねることを選択するか

が問われる。このような措置が採られなければならないとすれば、やはり裁判所は引き出された法が条約に記載された基本的自由に反しないという統制を留保していると述べるのが適当である⁽²⁴⁾。最後に、Teubensは、裁判所の審査の性質および範囲についてつぎのように論じている。すなわち、「共同体の自由に照らしての審査は、急激に進路を変更するよう構成国の国際私法を義務づけるのではなくて、正当な抵触規則の役割を当然なものとして考えているが、必要な場合にはその結論を修正する。なるほど、その修正は重要であるが、二つの点で依然として断続的なものである。第一に、この修正が被告を不適法という責任から免れさせない場合には、指定された法がその非難に関して(実質的)条件を決定する。第二に、修正は共同体の次元の事件に制限される。結局裁判所の役割は何か。裁判所の介入が抵触法規則を当然なものとして考える限り、裁判所は問題となる国家法の主張の間の仲裁人の機能を果たしていない。この意味において、裁判所が及ぼす審査は《水平的》ではなく、製造地国法か市場地法かというアプリアリな選択を含むものではない。むしろ、共同体法にのみ起源を有し、国家法の適用の自由な空間を決定する垂直的かつ実質的な審査に直面している。この方法は言うまでもなく憲法秩序の規定および価値群がこの秩序に従属し下位にある規定の適用の際に遵守されるよう注意することを任務とする憲法裁判所の方法である。当面の事項においては、これは共同体の価値であり、特に必要な場合には抵触法規則によって適用される国内規則によって行なわれる侵害に対して裁判所が画定し防衛する財産および役務の流通の自由という価値である。抵触法規則は共同体法と別個に審査されるのではないし共同体法によって排除されるでもない。抵触法規則は国家の規定を特定するのに奉仕するだけであり、国家の規定の適用は与えられた共同体の環境において流通の自由もしくは合理性の原則のような判例によって洗練された道具の援けによって初めて評価される⁽²⁵⁾」と。

Kreuzer もほぼ同様の趣旨を明らかにしている。すなわち、「妥当な見解によれば、GB-INNO-BM 判決は共同体

法上の国際私法を創造するものではない。EC裁判所は構成国の競争抵触法を審査したり、それに代わるものではなくて、構成国の競争抵触法によって指定される構成国の競争法を共同体法の基準に照らして評価するものである(EC条約第三〇条、第三六条)。構成国の実質競争法の共同体法違反を確認した後、EC裁判所はEC条約第三〇条、第三六条に基づいて準拠実質法を新たに創造するものではなくて、共同体法違反と判断された実質規範の不適用を命じているに過ぎない。したがって、構成国の独自の国際私法はEC裁判所のGB-INNO-BM判決によって影響を受けない⁽²⁶⁾と。

Hoffmannによっても同様の趣旨が明らかにされている。すなわち、「この判決によって、競争違反の市場地への抵触法上の連結は必ずしも影響を受けない。特に、市場地への連結を堅持すべきである。なるほど、それによって取引の自由は侵害される。しかし、域内市場について実質的に統一された競争基準が創設されていない限り、市場地法の無差別適用は(商取引および消費者保護の公正さのような)特別な公益によって正当化される。……EC裁判所のGB-INNO-BM事件においては、構成要件事実は別のEC構成国において実現されているから、市場地で妥当している実質競争法の共同体法による制限が問題となっている。すなわち、公告がベルギー法によって許されている限り、ルクセンブルグの禁止の適用は域内市場との関連性のために排除される⁽²⁷⁾」と。

Grandpierreによれば、EC国際不正競争法の規則はつぎのようである⁽²⁸⁾。

(一) 市場関連的な競争行為はそれが行われた(国の)市場の法により判断される。

市場地国の公益を実現し提供者により有利であるEC構成国が問題である場合には、選択的に製造地国法が適用される。

(二) 営業関連的な競争行為は侵害された競争者の利益が所在する場所(結果発生地)の法により判断される。

結果発生地国の公益を実現し提供者により有利であるEC構成国の法が問題である場合には、選択的に行動地法が適用される。

Katzenbergerによれば、「様々な構成国における競争法上の保護の異なる水準が、ある構成国、すなわち輸出地国もしくは出荷地国において全く適法に通用する商品もしくは役務提供は他の構成国へ輸入されるか仕向地国において国際的に役務提供がなされる場合に競争法上の禁止に遭遇することをもたらすことはいずれにせよ確実である。EC裁判所の判例によれば、そのような禁止は場合によってはEC条約の自由流通原則に違反し、より高い保護水準を有する構成国の裁判所および当局によって貫徹できないことがある。結論的には、この場合においては、輸出地国法ないし出荷地国法によって当該商品の適法性が規制される。この状況は、EC条約の自由流通原則に対してそれぞれの輸出地国もしくは出荷地国の競争法を指定する意味での抵触法的内容を与えるよう一連の学者を誘惑した。他方の側はこれに反対した。後者の見解に賛成しなければならぬ。抵触法的解釈の擁護者は、EC裁判所が問題の場合においてそのつど抵触法上の問題を解決する必要はなく実質法上の問題のみを解決しさえすればよいことを見落としている。この問題は常に、輸入地国ないし仕向地国における厳格な競争法状態が、輸出地国ないし出荷地国たる他のEC構成国においてそこのより低い競争法上の保護水準に基づいて適法に通用している商品もしくは役務提供の輸入をEC条約の自由流通原則の観点から妨げる程十分重要な正当な利益を保護するかどうかということである。当該輸出地国法ないし出荷地国法が競争法上の抵触法の観点から通用の判断に対してそこで実際に適用され、通用がそこでは実際に適法であるかどうかをEC裁判所は決定する必要はない。この問題の解答は、輸入に関しては抵触法上輸入国法が重要であるという前提と同様に、国家の裁判所のそのつどの模範的な決定によって裁判所に予め与えられている。EC裁判所は、この前提から出発してそれに基づいて輸入国ないし仕向地国の競争実質法がEC条約の自由流通規定

たる実質法に反するか否かのみを決定すればよい。EC 条約の自由流通規定たる実質法に反する場合には、輸入国ないし仕向地国の競争実質法はより高次の超国家的な内国で適用可能な EC 条約の実質法に譲歩しなければならないが、輸出地国法ないし出荷地国法が基準となるという新たな抵触規則に譲歩する必要はない。従来広範囲に理論的に残されてきたこの論争の果てに、不正競争に関する EC 裁判所の判決実務は、EC 構成国の薄弱な根拠を有する厳格な競争法が EC 条約の自由流通原則の妥当範囲においては他の構成国により緩やかな法秩序と比べて結局内国人差別および内国経済および外国投資家の移動決定に関する立場上の不利益へ導くことがあると主張することは難しいことを教えてくれる。これは、まさに通常の競争法上の最高水準の保護を有するドイツにとっては、それを放棄するか他の EC 構成国における同程度に高い保護水準を主張するのに十分な根拠となる⁽²⁹⁾と。

Fezer および Koos によれば、「第一次共同体法たる抵触法的製造地国主義によって市場地連結を完全に排除することは問題とならない。そのような法律観は法体系的にも法実務的理由からも拒否されなければならない。第一次共同体法たる製造地国法主義によって競争準拠法の決定のために抵触法的市場地主義を止揚することは、共同体内部の事態についてのみ法的効力を示し、ヨーロッパ域内市場に限定される。しかし、域内事態と第三国事態とを抵触法上分断することは実質的には正当化されない。さらに、抵触法的に理解される第一次共同体法たる製造地国主義によって域内市場において市場地連結を完全に排除する結果、EC 条約第三〇条において構成国に残された国家的な統制の自由裁量が空虚になり、直ちに民法施行法第六条の意味での公序に該当するものではないから EC 条約第二八条の公共の福祉の強行要件が無視される⁽³⁰⁾」と。

Bodewig によれば、「これまで、競争法に関するヨーロッパ抵触法は存在していないから、公告が特定の構成国においてそこで妥当している競争法に従い判断されるかどうかという問題は、この構成国の抵触法による。その際、多

くの構成国は、競争利益の衝突地を基準にしている。すなわち、欺罔広告または不正広告が結局（知覚可能に）効果を及ぼす場所を問題にすることになる。公告が複数の国の市場に到達する場合には、それは結論的には複数の法秩序によって判断される³¹⁾と。

Vianello によれば、「ヨーロッパ連合の枠内での既存の調和の努力にもかかわらず、競争法の広い部分についてはそれぞれの国の公正法が基準となる。さらに、その適用はそれが所属する各構成国の国際私法によって決定される³²⁾と。Dethloff によれば、基本的自由が隠れた抵触規範を含むのは、それが、実際、製造地国法の適用を指定する場合のみである。抵触法的指定は構成国の抵触法により指定された規範に代えて製造地国の競争法上の規範が適用されて製造地国の競争法上の規範から要件および法的効果が取り出されることを帰結とするであろう。ドイツ国際競争法上基準となる市場地の規範がそれより有利な製造地国の規範によって排除されるであろう。それに対しては、共同体法にとっては単に製造地国法により競争行為が適法であることが問題なのであつて、より有利な製造地国法の適用が問題なのではないと反論することができる³³⁾と。

四 涉外実質法説

まず、Tilmann によれば、「国際私法上の礼讓の命令からは、法的効果に関する不相当性の禁止も取り出されるであろう。手段が不相当である場合には、制裁を断念しなければならない。共同体条約第三〇条、第三六条に関する裁判所の判例における相当性の原則を思い出されたい。これは、偶然ではない。共同体条約第三〇条、第三六条に関する判例は構成国についての共同体法上の抵触法の発展として解釈され、これは、もちろん自由な商品取引の基本的事由の原動力によって強化される。したがって、まず第一に、ドイツの広告法に関する国際私法において、共同体条約第三〇条以下が体系に忠実に捕捉される³⁴⁾と。そして、Tilmann によれば、結論はつぎのようである。すなわち、「一、

共同体法の商品取引の自由は不正競争防止法に関する国際私法の規則に及ぶ。二、すでに、不正競争防止法に関する国際私法の規則を適用する場合に、ドイツ法の適用および適用されるべき規範の射程についての制限が明らかになる(不相当性の禁止)⁽³⁵⁾」と。

つぎに、Gebauer によれば、「製造地国主義も有利性の原則も『不正競争に関する EC 抵触法』の規則としては共同体法上弁護できないから、抵触法は影響を受けずに第一次的共同体法と並存するのかどうかという問題が提起される。法的欠缺の発生を共同体法上限定された実質規範によって受け入れる場合には、この問題を肯定すべきであろう。共同体法上の製造地国主義は、製造地国の決定に固執することによって、実質規範の共同体法上の制限の場合には別のものがそれにとって代わるか『入り込む』ことを前提とすることは明白である。共同体法はこの『入り込み』を前提とするだけであつて実行することはできない。ここでは抵触法が関与する。第一次的共同体法が抵触法に優位する限界は、共同体法上限定された実質規範との接触から明らかになる要件によって存在する。共同体法上限定された実質規範の事項的適用範囲についてのみ一種の特別連結が考えられる。しかし、これは、この領域においては法律関係ではなくて規範から思考しなければならないことを意味するであろう。共同体法上の制限によっていわば処理されて、それに代えて別の規範が探求され、場合によつては別の法秩序への移植のために『指定』される。ここでは、商品取引の自由に関して理解すれば、比較の基準としては有利性が援用される⁽³⁶⁾」と。

学説においては、不正競争の準拠法は製造地国法であると主張する製造地国法主義(Chrocziel, Reich, Drasch, Dethloff)、製造地国法または仕向地国法のうち提供者にとつてより有利な法の適用を主張する有利性の原則(Basedow)、不正競争の準拠法は市場地法であるとする市場地国法主義(Bernhard, Reese, Kort, Sack, Tebbens, Kreuzer, Hoffmann, Gran-

dpierre, Katzenberger, Fezer 及び Koos, Hennig-Bodewig, Vianello, Dethloff) 不正競争に関する抵触法は影響を受け
ないとする涉外実質法説 (Tilmann, Gebauer) が主張されている。

(注)

- (1) Peter Chrocziel, Die eingeschränkte Geltung des Gesetzes gegen Unlauteren Wettbewerb für EG-Ausländer, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht, 1991, S. 178.
- (2) Chrocziel, a. a. O., S. 179.
- (3) Chrocziel, a. a. O., S. 179.
- (4) Norbert Reich, Rechtsprobleme grenzüberschreitender irreführender Werbung im Binnenmarkt-dargestellt am deutschen französischen und englischen Recht unter besonderer Berücksichtigung des EG-Rechts, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1992, S. 491.
- (5) Reich, a. a. O., S. 493.
- (6) Reich, a. a. O., SS. 509-510.
- (7) Reich, a. a. O., S. 513.
- (8) Wolfgang Drasch, Das Herkunftslandprinzip im internationalen Privatrecht, 1997, SS. 366-367.
- (9) Nina Dethloff, Europäisches Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs, Juristen Zeitung, 2000, S. 185. Dethloff, European Conflict-of-Law provisions governing unfair competition, Commercial Communications, 1999, p. 11.
- (10) Jürgen Basedow, Der Kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt : favor offerentis, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1995, SS. 51-52. なお、EC条約第三〇条の「有利性原則」による抵触法的再構成を提唱する見解として、中村正則「ヨーロッパ国際私法における商品取引規制について(二・完)——判例理論の展開——」比較法雑誌三一巻二号(一九九七)一三九頁参照。
- (11) Peter Bernhard, Cassis de Dijon und Kollisionsrecht-am Beispiel des unlauteren Wettbewerbs, Europäische Zeitschrift für

Wirtschaftsrecht, 1992, S. 441. 各々 Cassis de Dijon 判決に対する Bernhard による評価について詳しくは、中村正則「ヨーロッパ国際私法における商品取引規制について——「カシス・デウ・ディジョン」判決を手がかりとして——」中央大学大学院研究年報二四号九一—九三頁を参照。

- (12) Bernhard, a. a. O., SS. 442-443.
- (13) Bernhard, a. a. O., S. 443.
- (14) Ulrich Reese, Grenzüberschreitende Werbung in der Europäische Gemeinschaft, 1994, SS. 217-218.
- (15) Reese, a. a. O., S. 218.
- (16) Reese, a. a. O., S. 219.
- (17) Reese, a. a. O., S. 219.
- (18) Reese, a. a. O., S. 219.
- (19) Michael Kort, Zur „multistate“-Problematik grenzüberschreitender Fernsehwerbung, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil, 1994, S. 601.
- (20) Rolf Sack, Art. 30, 36 EG-Vertrag und das internationale Wettbewerbsrecht, Wettbewerb in Recht und Praxis, 1994, S. 291.
- (21) Sack, a. a. O., S. 292.
- (22) Sack, a. a. O., S. 293.
- (23) Harry Duijnjer Tebbens, Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire, Revue critique de droit international privé, 1994, pp. 476-478.
- (24) Tebbens, op. cit., pp. 478-479.
- (25) Tebbens, op. cit., pp. 479-481.
- (26) Karl Kreuzer, Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 7, Internationales Privatrecht, 3 Auf. 1998, S. 2108.
- (27) Bernd von Holtmann, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13 Auf. 1998, S. 503.
- (28) Andreas Grandpierre, Herkunftsprinzip kontra Marktortanknüpfung, 1999, S. 231.

- (29) Paul Katzenberger, Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs, Neuordnung des Wettbewerbsrechts, 1998 / 1999. SS. 227-229.
- (30) Karl-Heinz Fezer und Stefan Koos, Das gemeinschaftsrechtliche Herkunftszlandprinzip und die e-commerce-Richtlinie, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 2000, Heft 5, S. 351. ほぼ「同様の趣旨は Ahrens によっても明らかにされている。すなわち、Ahrens によれば、「基本的自由は、国家の既存の国際私法およびそれに基づいて指定される契約準拠法または不法行為準拠法において、個々の実質法規範の次元において適用されるべき国の実質法が製造地国法によって、しかもヨーロッパ共同体条約第二八条に関するカシス判例の制限的な基準を適用することによってのみ修正されることだけを配慮する。国際私法自体は影響を受けないから、域内市場の事態と第三国の事態との抵触法の分断が回避される。なるほど、製造地国法のために国家の国際私法を抵触法上無効にすることは、精神的な思考の産物であるが、ヨーロッパ共同体の条約の基本的自由および EC 裁判所が展開した基準、特に域内市場統合の命令およびヨーロッパ法上の相当性の原則によって追及される目的を超える。独自に構成国によって定められた国際私法による連結の補充としての製造地国連結が無制限に妥当」、理論的には役務提供者の自由さえも制限されるべきではない」として「Hans-Jürgen Ahrens, Das Herkunftszlandprinzip in der E-Commerce-Richtlinie, Computer und Recht, 2000, 12, S. 838.」と。
- (31) Frauke Hennig-Bodewig, E-Commerce und irreführende Werbung, Wettbewerb in Recht und Praxis, 2001, S. 773.
- (32) Mirko Vianello, Das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs in Deutschland und Italien, 2001, S. 111.
- (33) Dethloff, Europäisierung des Wettbewerbsrechts, 2001, SS. 271-272.
- (34) Winfried Tilmann, Irreführende Werbung in Europa-Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsentwicklung, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 1990, S. 89.
- (35) Tilmann, a. a. O., S. 93.
- (36) Martin Bauer, Internationales Privatrecht und Warenverkehrsfreiheit in Europa, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 1995, S. 156.