

EC 国際不正競争法 (二)

- 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 (以上第二八巻第一号)
- 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 (以上本号)
 - 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

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

一九九六年九月二〇日から二二日までベニスで開催された第六会期において、F. Pocar がワーキンググループ (Droz, Fallon, Gardina, Lando) 名で行った報告のうち、特に『——競争規定違反』の部分を以下に訳出しておこう。⁽¹⁾

競争の事項は準拠法の決定を複雑にする一定の特徴を有する。一方では、競争相手が被った損害を賠償する義務とは別に、立法者が行動規則を定めているという意味において、問題は幅広く公法に関係する。他方では、賠償訴訟に関する判例がないということは、制限慣行に関する法と厳密な意味での競争法との間の古典的な区別を明確にするのに貢献していない。しかし、ヨーロッパ共同体委員会の最近の態度決定が証明しているように、賠償訴訟の問題はその固有の正当性を有し、その解決は私法に属することによって通常法律関係の準拠法の探求によって行われることは否定できない。最後に、準拠法の決定に対する共同体法の正確な影響は、公告が規定に反して頒布された国の法よりも売主の営業所所在地国法でもある企業の本国法の適用を正当化する一九九〇年三月七日の GB-INNO-BM 判決に特に充てられた委員会の先行研究が示しているようにまだ確実ではない。

これらの特徴からして、当面の事項を規律する治安に関する法律の適用意思の考慮または影響を受ける市場の連結点に対して与えるべき意味の正確な位置づけを決定することは困難である。

なるほど、いかなる特定の連結点も明白さを必要とする。行動は複数の市場において現れる企業の活動に影響を及

ばす時だけではなくて、基本的にはそれは法的な影響よりも経済的な効果を有するから、「市場」という概念は具体化の困難へ導く。結局、ヨーロッパ連合における『市場』概念の利用は曖昧であることがある。なぜなら、共同体法は単一の市場を確立しようとしているのに、特定の国の法の指定の必要性のために特定の国の市場を確認しなければならぬからである。行為地という基準も EC 裁判所が共同体の競争規定の適用を決定するために利用している競争制限的行為の『実行』地という基準と同様に具体化の困難を招く。その場合には、一九八〇年六月一九日のローマ条約の第七条と類似の規定と一般規定とを組み合わせることを覚悟の上で、このような規定の適用の経験によって奨励される双方向的規定の今後の定式化を将来期待して、連結の一般規定が不正行為によって引き起こされる損害の賠償訴訟を対象とするのに最も適当であると思われる。一般規定によって定められる連結が十分であるかどうかを決定しなければならぬ。

複数の問題がこの点に関して発生する。

一方では、市場における競争者たる企業間の平等を確保する必要性は訴訟当事者の共通常居所の連結点と調和するのか、この要件を充たさない企業に関する訴訟は異なる法に服するのか。損害発生地の連結点がこれらの平等という命令をより良く確保することができる。

他方では、第三国の市場において競争するヨーロッパの二つの企業の例が示しているように、損害発生地の決定は微妙である。一方の企業が外国市場において他方の企業に関する中傷的情報を頒布することによって他方の企業に対して不正行為を行い、第二の企業に対して市場を失わせることになった場合には、損害が市場地国たる外国で発生したのか中傷された企業の営業所所在地国で発生しているのかが問題とされる。なるほど、経済的な損害は常居所地国において感知され間接的な性格を有するのに対して、直接的な損害は外国に位置づけられるがこの損害は潜在的なも

のに過ぎない。国際的な企業が被った損害の発生地が拡散している場合には、この企業の主たる営業所所在地に損害を位置づける推定を立てるべきではない。しかし、このような解決が上記の平等原則と調和するかどうか、言い換えれば民事賠償における平等原則の正確な効果はどうかを確認しなければならない。

(二) ハーグ会期

一九九七年九月二六日から二八日までハーグで開催された第九会期において、ワーキンググループ(Fallon, Giardina, Lagarde, Lando, Morse, Pocar)が準備した文書のうち、特に『不正競争』の規定の部分を以下に訳出しておこう。⁽²⁾

競争侵害に関しては、多数は影響を受けた市場地法の基準によることが明らかである。この事項において伝統的なこの基準は損害発生地に匹敵し損害発生地より明確である。共同体法の側は民事責任訴訟にこの法を適用することに反対しない。

議論の結果、特別な事項に関する規定は以下のようなになった。⁽³⁾

第一章 不法行為に基づく契約外債務

第三条 連結の一般規定

- 一 不法行為に基づく契約外債務は、それが最も密接な関係を有する国の法によって規律される。
- 二 第四条を留保して、加害者と被害者が不法行為時点において同一国に常居所を有する場合には、債務はこの国と最も密接な関係を有するものと推定する。
- 三 第四条を留保して、加害者と被害者が不法行為時点に異なる国に常居所を有する場合には、加害行為と損害が発生するか発生する危険のある国と最も密接な関係を有するものと推定する。
- 四 状況全体から債務が別の国と密接な関係を有する場合には、第二項および第三項の推定は排除される。

五 最も密接な関係の評価にあたっては、当事者間においてすでに存在する関係または予想される関係を考慮に入
れなければならない。

第四条 特殊な推定

第三条第二項および第三項の規定にもかかわらず、並びに第三条第四項および第五項を留保して、契約外債務は
次の国と最も密接な関係を有するものと推定する。

(a) (省略)

(b) 不正競争の場合においては……不法行為によって市場が影響を受けた国

(c) (省略)

(三) ルクセンブルグ会期

一九九八年九月二五日から二七日までルクセンブルグで第一〇会期が開催された。⁽⁴⁾ 最終案は以下のようなものである。⁽⁵⁾

第二部 不法行為に基づく債務

第三条 準拠法——一般規定

一 不法行為に基づく契約外債務は、それが最も密接な関係を有する国の法によって規律される。

二 加害者と被害者が不法行為時点において同一国に常居所を有する場合には、債務はこの国と最も密接な関係を
有するものと推定する。

三 加害者と被害者が不法行為時点に異なる国に常居所を有する場合には、加害行為と損害が発生するか発生する
恐れのある国と最も密接な関係を有するものと推定する。

四 状況全体から債務が別の国と密接な関係を有する場合には、第二項および第三項の推定は排除される。

五 最も密接な関係の評価にあたっては、当事者間においてすでに存在する関係または予想される関係を考慮に入
れなければならない。

第四条 特殊な推定

第三条第二項および第三項の規定にもかかわらず、並びに第三条第四項および第五項を留保して、契約外債務は
次の国と最も密接な関係を有するものと推定する。

- (a) (省略)
- (b) 不正競争の場合においては……不法行為によって市場が影響を受けた国
- (c) (省略)

『不正競争』の規定の部分の【注釈】を以下に訳出しておこう。⁽⁶⁾

『不正競争』および『制限取引慣行』という用語は、締約国によっては一部重複することがある。したがって、原
文は法的安定性のためにそれらを互いに述べることを選択した。競争に関する規定がしばしば公法の側面を有すると
いう事情は、この事項を条約から除くに十分であるとは思われない。実際、条約はもっぱら『民事および商事』の
事項を対象とし、競争制限的行為によって引き起こされる損害賠償訴訟を規律する資格を有する。公法の規定の適用
は第一〇条の特別規定の対象となる。

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

契約外債務の準拠法に関する将来の共同体文書に関する論争を喚起するために関係当事者に対して諮問するワーキ
ングペーパーとして、契約外債務の準拠法に関する理事会規則提案準備草案が起草された。以下には、不正競争の準
拠法に関連する部分のみを訳出しておこなう。

第六条——不正競争その他の不正取引

不正競争又はその他の不正取引に基づく契約外債務の準拠法は、不正競争その他の不正取引が競争関係または消費者の集团的利益に影響を与える国の法であるものとする。⁽⁷⁾

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

契約外債務の準拠法に関する理事会規則提案準備草案の諮問における「不正競争その他の不正取引(第六条)」の要約部分に続いて、大学、政府機関、民間および実務代表によってなされた約八十程の投稿(二〇〇二年十月三十一日現在)の中から、不正競争の準拠法に関連する部分のみを訳出しておこう。⁽⁸⁾

六 不正競争その他の不正取引(第六条)

業界からの批判にもかかわらず、加盟国の多くの法と軌を一にする規則に関しては大いに一致が存在する。消費者の利益集団のみならず法曹団体も規則案に関するアプローチを歓迎した——特に、E-Commerceの現在の実務に関して。投稿者の中には、この規則の実際効果は第三条と同様であることを指摘してこの規則の必要性を疑うものもあった。

第六条の第二段(集团的利益)に関して疑問が提起された。その規則は非常にあいまいであるから、基準は国際私法においては異常であると論じられた。第六条とその他の規定、すなわち第一章第三条、第七条(人格を侵害する広告)および第二三条との関係は説明を必要とする⁹と批判するものもあった。

投稿者のリスト(以下、抜粋)

• ABN-AMRO

この条項に関しては二つの重要な批判がある。第一に、『不正競争その他の不正取引』が援用される。この用語はE

U法のもとでは定義されておらず、基本的には様々な加盟国において異なる意味を有する。ヨーロッパ委員会はすでにこの問題およびEU消費者保護に関するグリーンペーパー(二〇〇二年六月)のフォローアップの今後の諮問の必要性を確認した。第二に、『不正競争その他の不正取引が競争関係または消費者の集团的利益に影響を与える国の法』の適用は域内市場の自由に関する欧州判例法に含まれている相互承認の原則に反しており、E-Commerce指令の本国統制主義の原則(第三条第一項)に反している。

• Advertising Association

「不正競争その他の不正取引」はそのように広く対象とされなければならないという事実(第六条)はクレーム、マーケティングおよび広告のような商業通信の部門にとって非常に重要である。仕向地国の統制の適用は企業に対して過重な制限的負担を課すであろう(前のコメントを参照)。Advertising Associationもまた、「消費者の集团的利益」という語句によって何を理解するか、そしてこれが委員会のEU消費者保護プランの展開および差止指令とどのような関係にあるかに関して委員会がさらに明確にするよう求める。

• Amazon.com

契約外債務に関する実質規定がEU加盟国において異なるのみならず、『不正競争』または『不正取引』のような契約外領域において使用される概念もまた特定の法的決定に対する影響に関しては重要な解釈レベルに対して開かれていることはもちろんである。現在のローマII規則案もそのような相違を削減するのに役立たないであろう。

• Andrew DICKINSON

第六条は『不正競争その他の不正取引から生ずる』契約外債務に関して別個の(柔軟な)準拠法規則を含んでいる。このあいまいな性質決定が拡張され明確にされなければ、かなりの不安定性が生ずるであろう。例えば、契約関係に

対する単なる侵害行為は「不正取引」であるか。現在、第六条は概念を含んでいるが明確な規則を含んでいない。

• Association of German Banks

競争の領域における抵触法に関して、準備草案の第六条は準拠法は不正取引によって影響を受ける国の法であると規定している（『市場効果主義』）。しかし、すでに一で述べたように、E-Commerce 指令は本源国法を規定している。

EEC 指令八九／五五二（国境なきテレビ指令）は一般的に本源国主義に基づいている。これは指令の適用範囲によって対象とされる民事的請求にも適用される。そして、二〇〇二年六月一日の消費者保護に関するグリーンペーパーのフォローアップ通信において、健康および消費者保護事務局長は公正な商慣行に関して相互承認の原則、そして市場効果主義よりも本源国主義を支持している。ヨーロッパの抵触法規定を展開する場合には、ヨーロッパ委員会はすべての関係者のために一貫した透明な解決を発見することを目的とすべきである。同一の反競争的慣行が同時に複数の加盟国の市場に影響を及ぼす場合には本源国主義が連結点として考えられよう。

• Bayerisches Staatsministerium der Justiz

第六条によって、市場関係者の競争法上の利益が衝突する市場地の競争法上の抵触規範が規定されている。もちろん、『集団的な消費者利益』が何を意味するかは不明確である。競争法は消費者の保護にも奉仕する。したがって、市場地主義の適用は、すでに消費者保護も十分に顧慮されなければならないことを保証しているから、これは明示的に規定される必要はない。この抵触規範の実際的な難点は、今後調和を目指すとしてもヨーロッパ域内市場における競争法は唯一の国の競争規則に今後は従うことにある。しかし、この実際の状態が存在する限り、ヨーロッパの抵触規範もそれを承認しなければならぬ。私は別の理由から第六条に対して疑問を有する。第六条の抵触規範は結局第三条の基本的要件事実から引き出される一般的な原則しか含んでいない。むしろ、草案においては要求されていない

この原則の例外および緩和が問題となる。しかし、契約外責任の領域における国際私法の統一のヨーロッパの計画は実際には非常に重要な意味を有するこの中心的な問題を解決できない。例えば、『E-Commerce 指令は『オンライン』で提供される活動については第六条とは異なり本源国主義を規定している(第三条)。もちろん、これが固有な抵触規範か実質法上の原則かが争われている。なるほど、指令の一義的な文言(第一条第四項)は後者を支持している。しかし、結局両者の解釈は、市場地主義により適用される法の『排除』ないし修正へ導く。従来まだ説明されていないこの極めて複雑な両規定群の共同は、指令により明示的に堅持されている(第二三条第二号)。しかし、契約外債務関係に関する国際私法のヨーロッパ統一規則においては、関係抵触規範の統一が行われているだけでなくて、この領域における多数のEU法規定の調整および単線化も実現される。そのような調整も可能であると思われる。なぜなら、契約外抵触法は条約の枠外ではなくて直接的にEU第二次法としても創造される。したがって、私は法適用者のために、競業法の領域における別のヨーロッパの抵触規範および準抵触規範の創設を必要かつ有用であると考ええる。

• BITKOM

ドイツの不正競業法は従来市場地主義によって形成されている。それによれば、不正競業に基づく請求権は不法行為がその効力を展開する市場地国法による。しかし、商品および役務提供は、ますます国境を越えてヨーロッパ的またはグローバルに市場化される。したがって、広告活動および販売活動はしばしば複数の国に関係する(多国間競業行為)。単一の行為が、原則として国境を越えて拡散するメディアにおける競業行為の場合に当てはまるように、同時に複数の国の市場に作用する場合には、すべての市場地法に代えて本源国法が適用されなければならない。競業法においては、実質法上行為規制が中心となる。しかし、市場地法への連結は多国間競業行為の場合には企業にとっては実行可能でもないし予測可能でもないから、市場地法の適用は行為規制的な任務を十分に果たすことができない。国

境を越えるメディアにおける競争行為の場合には、市場地を探究する場合に原則として重要な法的不安定性が存在する。指定される法秩序の数が増えれば増えるほど、競争行為の適法性を各市場毎に市場地法により判断することが実行できなくなる。場合によってはかなりの数の競争法秩序を探究することは、多国間競争の場合にその行為をこれらの法秩序に従わせなければならぬ企業にとってかなりの負担になるだけではない。外国法の確認および適用を行わなければならない裁判所もこの任務を実際ほとんど果たすことができないから、しばしば抵触法上指定される市場地法を適用することにはならない。本源国法の適用はここで援助することができる。もちろん、その前提は——すでに初めに強調したように——競争法の自由化および調和の方法で域内市場における平等の保護水準および規制水準が達成される。本源国主義の適用および競争法の調和は共同して初めて有意義に行われる。したがって、BITKOMは連邦法務省のワーキンググループの枠内においてヨーロッパの調和を即時かつ包括的に開始する。本源国主義を適用すれば、唯一の法秩序が多数の市場地法に代わり、そのことが実行可能性および予測可能性を保証する。すべての競争者は本源国法の適用を基準とするから、効果的な行為規制が可能になる。これは消費者および競争者の保護並びに市場という制度にも奉仕する。なるほど、市場参加者、特に被害者は一般的に市場地法による保護に対して利益を有する。しかし、共同体内部において一般的に存在する保護水準においては、市場関係者の効果的な法的保護は通常本源国法主義を適用する場合にも保証される。すでに現在、対象とされる多数の第二次法的な調和の措置は最低限の保護を実現することになる。その限りにおいては、国境を越えて拡散するメディアにおける競争行為の場合には、市場地の適用に対する消費者の信頼はその他の競争行為と同様には保護されないことを考慮しなければならない。なぜなら、顧客にとってはこの場合には商品または役務提供が別の加盟国に由来することが通常認識できるからである。

• British Banker's Associations

我々は、本条の適用範囲は明確にされる必要があり、いずれにせよ、特に第二三条のトーンを前提とすれば(以下参照)、その必要性を疑いたい。消費者保護に関するグリーンペーパーのフォローアップ通信において、委員会は不正な取引慣行に関する提案を展開する際に、指令の骨組みは「相互承認および本源国による統制の原則の適用(域内市場原則)」を実現すべきであると報告した。金融サービスにおける不正な取引慣行は不注意な誤認表示のような不法行為と密接な関係を有するから、私法において異なるアプローチを採用することは不確実性および混乱を生み出すであろう。

• British Copyright Council

第六条は営業上のグッドウィルが所在する国の法を指定していると思われる。

• Bundesministerium der Justiz

本規定は、競争法の領域においてドイツ法上維持されている市場地主義に合致している限りにおいて歓迎される。

• Bundesrechtsanwaltskammer

ドイツ連邦弁護士会は第六条に規定されている不正競争その他の不正取引の場合に準拠法の適用を歓迎している。

その代わりに広く使用されている本源国主義は、特にインターネットの場合には通常最も緩やかな競争法を有する国の法の適用へ導く。準備草案の第六条に規定されている規則はまさにこれを避けようとしている。

• Bund deutscher Industrie

本規定は、不正競争その他の不正取引の場合には、不法行為が効果を有する国、すなわち侵害行為が実行された場所ではなくて損害を発生した場所の法と関連性が設定されなければならないと規定している。他方では、これは行動地を決定的とする我々の提案に反している。他方では、EUのE-Commerce指令およびEUのテレビ指令において規

定されている本源国主義にも反している。我々は一定の手段(電子通信その他の通信)の使用において異なる規定が存在すべきであることは不適當であると考えている。評価の矛盾は排除されなければならない。これとは別に、第六条の現在の表現も不明確であると我々は考えている。例えば、ドイツおよびフランスで活動しているフランスの競業者がドイツおよびフランスにおいて効果を有するドイツの競業者の不正取引に対して訴訟を提起したい場合には、いずれの法が適用されるべきか。

• CBI The Voice of Business

加盟国間の規則は非常に異なり、公正な取引に対する一般的な義務および先取りすべきではないEUの共通の定義が存在するかどうかに関する進行中の別個の諮問が存在するから、規則は不正競争および不正取引を扱うべきではないことが重要である。加盟国間の不正競争に関する規則が互いに密接になるまでは、国際取引に対して会社が遵守することができない複数の異なる矛盾する法を適用する規則を導入することは危険であろう。そのような規則は単一市場の原則を掘り崩すことになるであろう。

• Champagne veuve Clicquot Ponsardin

その安定化が準備草案の主たる目的のひとつであるE-Commerceは本質的に国境を超えるから、第六条(不正競争および不正取引)は実際被害者と同じ数だけの法を指定することになると思われる。これらの状況においては、その不法行為のグローバル性の豊富さを考慮するためには、本条は唯一の法、例えば被害者の主たる営業所所在地国法または契約外債務の違反の原因となるサイトの発信地国法を指定することが妥当ではないかが問われる。

• Dt. Vereinigung f. Gewerblicher Rechtsschutz

二三. 本条は不正競争および不正取引に基づく契約外債務関係についての特別規定である。そのような債務関係に対

しては、不正競争または不正取引が競争関係または集団的な消費者利益に影響を与える国の法が適用される。ドイツにおいては、違法な競争行為は不法行為に属する。不法行為においては準拠法は原則として不法行為地法である。競争法の特殊性を考慮して通例競争者の競争利益が衝突する場所が不法行為地とみなされる。

二四・上です。強調したように、不正競争防止法は少なくとも工業所有権の保護に関するパリ同盟条約(一八八三年)によれば工業所有権の構成要素、したがって広義においては知的所有権法とみなされる。草案が不正競争法を適用する場合に直接関係する競争者の利益のみならず——消費者保護事項と同様に——競争の公正さの確保(『競争関係』一般)に対する集団的利益も要求され、国家の伝統に応じて国家当局またはドイツにおいてそうであるように団体によっても主張されることを前提としているのは妥当である。同様のことは、原則として、地理的な製造地表示の違法な使用についても指令二〇八一/九二号による地理的表示および原産地表示の共同体法上の保護の実施についても当てはまる。消費者保護に関する委員会の台帳に関する議論および域内市場における販売促進指令草案の暫定的な成果並びに欺罔的表示および比較広告に関する指令も参照されたい。さらに、消費者利益の保護に関する差止請求に関する一九九八年五月一九日のヨーロッパ議会および理事会の九八/二七/EG指令一六六/五一号およびその理由書(特に第六号)も注目される。契約外の民事法上の債務関係は、結局EC条約第八一条以下の意味での競争法違反によっても創設される。

二五・知的所有権の侵害の場合と同様に、ここでも特にインターネットを使用した電子商取引を背景にして不正競争法違反が複数の国に効果を及ぼす場合にはいずれの法が基準となるかという問題が発生する。ここでも特定の法への統一的な連結に到達するために様々な観点が存在し、ここでも委員会の努力の意味での今後の法的統一が法的安定性を促進するであろう。

• Deutscher Anwaltverein-Buro Bussel

(a) まず、なぜ不正競争および不正取引が問題となるかが不明確である。不正競争の側面においては競争者の利益が、不正取引においてはその他の市場の相手方(必ずしも消費者である必要はない)の利益が問題となるのか。そう考える場合には、細分化が明らかにされなければならない。

(b) 具体的な市場行為(例えば、特殊な販売活動等々)が問題となる限り、それぞれの地域的な市場への連結に対しては異議を唱えられない。

(c) メディアにおける広告手段が問題となる場合には、この連結点は不適當である。なぜなら、メディア(インターネット、衛星放送による世界的な遠隔受信)のグローバル化においては、広告活動者はその手段が世界のすべての法に従い問題ないことを確認しなければならないからである。これは不可能である。損害賠償請求が問題となる場合にのみ、そのような連結の偏在性が耐えられる。賠償されるべき損害の程度はその法によれば手段が不当な国における効果に限定される——そしてこれも明らかに表現されなければならないが、その法に違反しているほとんど関係しない単一の法秩序が、その損害が全世界で不当であるということに基づいて損害を評価しないためである。差止請求が問題となる場合には、そのような制裁の分割は役立たない。メディアのグローバルな普及のために、特定の国について効力を有する手段のみをメディアにおいて差止めることは不可能である。したがって、グローバルなまたは超国家的なメディアにおける広告手段については——いずれにせよ差止請求に関しては——本源国法、手段が重心として目指している国または同様の理由で特に関係している法が適用されなければならない。

(d) 最後に、定式化にあたっては、競争関係または集団的な(なぜ集団的なものだけなのか)消費者利益が侵害されるかどうかを基準にすべきではない。この表現は準拠法によって初めて行われる消極的な評価をすでに含んでいる。競争

関係または消費者利益が関係しているか影響を受けるかどうかが基準とされなければならない。これは、「影響」という用語を使用する草案の英語の表現に合致している。

• Deutscher Industrie und Handelskammertag

不正競争または不正取引に基づく契約外債務関係に対しては、本源国法主義が適用されるべきではなくて競争関係が侵害された国の法が適用されなければならないということは我々によって支持される。これは、消費者保護に関する台帳および販売促進に関する指令との関係において競争法における本源国主義に反対する我々の論拠にも合致する。もちろん、本源国主義をできるだけ制限して適用しないようにしなければならない。GD司法省および内務省のGD域内市場およびGD Sanke に関する同意を我々は切実かつ必要と考える。特に、消費者保護に関する台帳の結果発生する公正な広告および公正な取引慣行に関する枠組み指令においては、多くの様々な特別規定を包括する統一的で包括的な法律をできるだけ本源国主義で作らないという機会が侵害される。

• Deutscher Rat für Internationales Privatrecht

第六条は不正競争または不正取引から生ずる債務関係を競争関係ないし消費者(ないし最終顧客)の集团的利益に影響を与える国の法に依らしめる。核心的には、おそらく市場段階全体を対象とする市場地主義が問題である。『競争』とは競業者および供給者、以前の市場段階および同時期の市場段階を指し、『消費者(ないし最終顧客)の集团的利益』とはその事後的な市場段階(顧客たる企業および消費者)を意味する。さらに、いずれにせよドイツの観点からは、競争法は確定した判例によれば公衆の保護、上に挙げた人には入らない市場関係者にも奉仕する。現在の表現によれば、第六条は当事者の別段の法選択(第一条)によってのみ排除されるが、客観的な一般的特別連結規則(第三条第二項および第三項…共通住所地法、特別関係による附従的連結を含む回避条項)によっては排除されない。第六条は、市場地へ

の連結に関しては原則として一九九八年二月二八日契約外債務関係に関する条約草案第六条、一九九八年九月二五日―二七日ヨーロッパ国際私法委員会の契約外債務準拠法に関するヨーロッパ条約案第四条第b項、一九八二年、一九八三年の契約外債務関係のためのドイツ国際私法改正に関する提案および鑑定第七条第一項 (Kreuzer) および若干の最近の法典 (エストニア・民法第一六七条、オーストリア・国際私法典第四八条第二項、リヒテンシュタイン・国際私法第五二条第二項、ルーマニア・国際私法典第一一七条(但し、第一一八条により被害者に対する直接的な競争違反の場合には契約準拠法または被害者の住所地法の被害者による選択権)、スイス・国際私法典第一三六条第一項)と一致する。これに対して、民法施行法はドイツ議会が提案した解決は特別規範がなくとも、民法施行法第四条の修正条項によっても達成できるといふ理由で特別連結を断念した。これは、なるほど市場関連的な競争行為の市場地への連結に関しては適切であるが、この連結の強行的性質は保証されていない。したがって、ドイツ議会とともに、特別な規則自体が全く擁護されなければならない。しかし、その規定は、一九八二年の国際私法に関するドイツ議会の提案およびスイス国際私法典第一三六条とは異なり、市場関連的な競争行為ともつばらまたは全く主として競争者関連的な競争行為を区別していないから、第六条に対しては疑問がある。第六条に規定された市場地への連結は市場関連的な競争違反に限定され強行的に(法選択に関わりなく)形成され共通住所地法に譲歩してはならない。これに対して、その他の(個人間の)競争違反に関しては不法行為準拠法は第三条所定の特殊な不法行為類型ではない基本的な連結規範によって決定されなければならない。一九八二年、一九八三年の契約外債務関係のためのドイツ国際私法改正に関する提案(Kreuzer 鑑定)においてこの解決のために提起された根拠は、今日でもまだ有効である。この区別的な解決の主たる根拠は、市場関連的な競争行為は主として第三者の利益、特に競争者同一条件および公衆に関係し、直接的な競争者関連的な行為においては主として双方向的な訴訟状況が問題である。

規定案…したがって、第六条は——法適用命令を明確に表現している定式において一部においては一九九八年一月二八日契約外債務関係に関する条約草案六条に帰り—以下のようなものである第六条(不正競争および不正取引)『一、不正取引に基づく契約外債務関係に対しては、不正取引が企業または消費者の集団的な利益に影響を与える国の法が適用されなければならない。二、不正競争のその他のすべての場合においては、第三条に従い決定される法が適用されなければならない。』と。

第六条第一項は第一一条の法選択の自由および共通住所地法並びに特別関係的な附従的連結から除外されなければならない。

第二四条によれば、これに優先する条約は不正競争の領域においては存在しない。

• European Consumer's Organisation

委員会は不正競争その他の不正取引が競争関係または消費者の集団的利益に影響を与える国の法が紛争の準拠法でなければならないと提案している。我々はこのアプローチを歓迎する。なぜなら、それは消費者がその馴染みの基準によって保護されることを保証する最善の方法であるから。不法行為地主義は競争法においては十分確立しているから、準拠法の問題はこの規則に従うべきである。

• European Publishers Council

不正競争および不正取引に関して、規則草案は不正競争が競争関係または消費者の集団的利益に影響を与える国の法を指定している。……これら両者ともサービスおよびサービス提供者をただひとつの法、すなわち彼自身の法によらしめることを目的とする域内市場原則に反している。居住地国または仕向地国アプローチが営業および消費者に対して平等に利益を与えるよりもむしろ市場の分断を維持したり増やすであろう。

• Federation Europeenne d'editeurs de periodiques

F A E P は提案草案の第六条の意味に関心を有している。第一に、『不正競争』または『不正取引』が何を意味するかについての E U 的な定義は存在しない。F A E P は様々な異なる委員会の役務が特に不正競争または不正な取引慣行を扱う文書（消費者保護に関する D G S A N C O グリーンペーパー、D G 域内市場の様々な域内市場のイニシアチブ）に関して作業していることを混乱していると考ええる。したがって、我々はこれらの問題を規則に含めようとする別の委員会の役務を現在の時点においては賢明ではないと考ええる。実際、そのような慣行の定義は、特に消費者保護に関するグリーンペーパーの脈絡において多くの論争並びに E U レベルおよび国家レベルにおける広い諮問の対象である。具体的には、ローマ II 提案草案に関しては、F A E P は、現在の表現であれば（D G 域内市場において起草中であるように）本源国に基づく商業通信の域内市場を展開する際の進歩が危険にさらされることを指摘したい。何が不正競争または不正取引を構成するかについて E U レベルでの定義も指針も存在していないことを考えれば、域内市場原則は一定の慣行が会社所在地国においては適法であるため不正とは判断されないことを許す。実際、仕向地国における厳しい規則はその加盟国における競争を侵害するが、これは域内市場の当然の結果である。加盟国の中には広告および商業通信を不正競争規則に含める国もある。E Commerce 指令のもとでは、商業通信は本源国主義によって規律されている。しかし、提案草案の第二三条第二項のもとでは、第六条はオンラインの商業通信には適用されない。しかし、広告／商業通信に関しては E U レベルで統一された用語が存在しないから、これは草案六条のもとでは仕向地国を適用することになる。したがって、特別な E U 立法がなければ、準拠法は仕向地国であり、これは第二三条第二項によって提供される形式を否定する効果を有するであろう。

• Federation of European Direct Marketing

「不正競争その他の不正取引」は、クレーム、マーケティングおよび広告を対象とするように広く対象とされなければならぬという事実は(第六条)、商業通信にとって多に重要である。仕向地国の規制の適用は、産業に多大な負担を課すことになるであろう。FEDMAは、委員会に対して、『消費者の集団的利益』という語句によって何を理解すべきか、そして、これが委員会の域内の消費者保護プランおよび差止指令とどのように相互に作用するかをさらに明確にするよう求める。

• Government of the United Kingdom

この提案されたカテゴリーはイギリスの法律家には馴染みのないものであり、例えば、規定がパッシングオフに関する請求および契約関係に対する単なる干渉行為である場合を含むかどうかが不明確である。

• Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht-Universität Heidelberg

一 提案された規則は特定の競業者に対する意図的な侵害に関しては納得がいかない。それは恐らくすでに回避条項の適用によって満たされるであろう。しかし、明確さの根拠から、同一の『本国市場』を有する典型的な競業者に係る特定の競業者の意図的な侵害の場合においては侵害された競業者の所在地法ないし共通本国法の指定が推奨される。

二 第六条第二項の提案

加害行為はもっぱら特定の競業者に向けられている場合には、当該営業所の所在する国の法が適用されなければならない。

三 拡散的な不法行為の特殊性は回避条項の一般的な適用によって対応される。

四・指令とともに——不正競争の領域においては——本源国主義の適用を前提とする E-Commerce 指令に注目しなければならぬ。指令の構想によれば、なるほど、この原則は抵触法的ではなくて実質法的に理解されなければならない。したがって国際私法とは無関係である。しかし、準備草案の六条の連結規則にすべての実際の目的のためには今後は本源国主義が優先する。E-Commerce 指令の本源国主義が国際競争法と調整されていないことがこの点において現われていることは全く不満足である。その限りにおいては、準備草案およびこれに関する議論は E-Commerce 指令の構想が不明確なために抵触法上の連結的正義の根本原理に反しているため納得がいかないことの証明である。E-Commerce 指令の構想が国際私法の優位の意味で修正されることが最善の解決であろう。指令の本源国主義の問題は域内市場の自由の適用によって十分満たされる。

• Interactive Advertising Bureau Europe

IAB Europe は、『不正競争その他の不正取引』がクレーム、マーケティングおよび広告を対象とするように広く対象とされなければならないという事実に関心を有する。仕向地国方の適用は産業に制限的な負担を過度に課すことになるであろう。

IAB Europe は、今後、特に『消費者の集団的利益』の指示に関して、これらの規定の性質および適用範囲、そしてこれが消費者保護提案に関する現在進行中の作業とどのような関係にあるのかを明らかにするよう委員会に要求する。

• ISBA

「不正競争その他の不正取引」に関する六条は EU における商業通信にとって重大な問題を提起する。それは、ある加盟国の広告者が本国においては適法であるが、他の加盟国においては制限の主題となる価格以下の販売慣行につ

いて別の国の機関の法的挑戦を受けることを許している。不正競争および不正取引の使用は両立しない様々な解釈を受ける。「消費者の集団的利益」の定義も不明確であり、これらの点においては、委員会の提案が消費者保護および差止指令のそれと同じ意味を有するべきであることが重要である。

• London Investment Banking Association

起草されているように、規定はかなりの不確実性をもたらす曖昧な概念を含んでいる。第六条の「その他の不正取引」……はそのような悪しく定義された概念の例を含んでいる。さらに、「不正競争」および「不正取引」のような概念は消費者保護に関するグリーンペーパーに対する委員会のフォローアップ通信に確認されているように、様々な加盟国において異なって認識されている。第六条は本源国主義に反しているから、これらの相違は第二三条の不確実な地位と結びついて法的不確実性を含んでいる。

• Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht

第六条——不正取引および反競争的慣行

- 一 不正競争その他の不正取引または競争制限から生ずる契約外債務の準拠法は、その慣行が競争関係または消費者の集団的利益に影響を与えるか影響を与える可能性のある国の法である。
- 二 公表の時点において事実関係がEUの一加盟国または複数の加盟国ともつばら関係する場合および第七条による場合には、不正広告から生ずる契約外債務は広告会社とその主たる営業所所在地を有する加盟国の法によって規律される。

注釈

- 一 不正競争および競争制限

ハンブルググループは第六条を承認する。第六条は多くの加盟国の国際私法および EC 条約第八一条の適用範囲に関するウッドパルプ判決において EC 裁判所が事実上支持した効果主義と規を一にする。競争制限禁止法と不正競争防止法の錯綜は同一の連結点の使用を支持する。これは競争制限から生ずる契約外債務に第六条を拡張することを許すであろう。そのような請求に関する切れ味鋭い抵触規則は国家の裁判所による EC 条約第八一条および第八二条の私的実行を促進するヨーロッパ委員会の意図からして望ましいと思われる。

文言（『または効果を及ぼす』）の今後の修正は事後の差止めを考慮に入れ、指令四四／二二〇第一五条第三号の用語に従う。

二・共同体内部の広告

しかし、ハンブルググループは共同体内部の広告については例外を考えるよう委員会に勧告する。この分野においては、実質法の調和が特にはるかに進んでいる。これは、テレビ広告およびインターネットを介して配給される商業通信に関して当てはまる。その他の通信手段は使用されているメディアに関わりなく広告に適用される。これは欺罔広告および比較広告に関する規則、人間が使用する医療品の広告および様々な共同体行為において広く拡散するその他の様々な手段に関する。実質的な調和が実施される限り、本源国主義がすべての実際的な目的のために第六条に優先するであろう。これは第二三条により第一次共同体法から生ずる域内市場の原則が第二次的法の文書において採用される抵触規則に優先する。したがって、第六条所定の連結点としての目的市場は多くの共同体内部の広告の事件においては本源国主義を編入する異なる基準によって覆されるであろう。市場地主義が共同体法の基本的自由の影響のもとで広告について事実上その意味を失えば、抵触規則自体が再検討されなければならない。EC 提案草案によって形成され、抵触法段階および共同体法段階から構成される複雑な両輪の過程は、ハンブルグ提案の線に沿った広告

に関する特殊な抵触規則を起草することによって大いに単純化される。実質法の調和がはるか遠いということからして、それは消費者および広告企業の競争者にほとんど有害にはならないであろうし、他方では、共同体規模の広告が単一の法制度に基づくことを許すであろう。これは共同体規模で活動する広告産業の成長を促進するであろう。第六条の体系的構造から、第二項が適用される場合には第一項に優先する。但し、人格権を侵害する広告の場合には、第七条の特別規則が第六条第二項に優先する。⁹⁾

• *Ministere de la Justice Autrichien*

オーストリアの理解によれば、不正競争に基づく契約外債務関係は損害賠償請求と並んで必ずしも損害の発生を必要としない差止請求、排除請求、無効請求および公表請求または相殺請求を含む。したがって、まだ損害が発生していなくとも規定の意味での競争関係が影響を受けることを説明において明らかにするか、競争関係または集団的な消費者利益が影響を受けるか影響を受ける恐れがあることで足りることを条文において明らかにしなければならない。

• *Professor NOURISSAT*

準備草案は不正競争および不正取引に関する契約外債務に関して特別な規則を定めている。カテゴリーの意図的な幅広い見出しは妥当であるとしても、一般条項に照らしての本条の正当性は疑問であると思われる。事項の見出しはスイス国際私法の第一三六条に倣い不正競争のみを対象としていないという点において妥当である。それは、規定された規則が不正競争に近い、したがって全く競争関係が存在しない状況に対して適用されることを可能にしている。これは不正競争に直接由来し、競争関係の存在はもはや必要ないとする寄生行動の理論である。競争と並んで不正取引を対象とすることによって、準備草案の起草者はこれらのカテゴリーにこのような行為をまとめられている。これに対して、規則の正当性は、規則が第三条の一般規則の単なる適用に過ぎないように思われるという意味において疑問で

ある。実際、第六条が堅持する影響を受けた市場地法は損害発生地法と一致すると思われる。なぜなら、損害はまさに《不正競争または不正取引が競争関係または消費者の集団的な利益に影響を与える》場所に位置づけられるからである。したがって、特別な規則を定めることは無用であると思われる。批判は発生すべき損害の特殊性を除けば、第八条に関しても同じである。国際私法における特別な規定の出現は契約外責任に関して分裂の危険を冒すことになる。名誉毀損におけるように一定の事項の特殊性が独自の規則を必要とする場合には、この危険は正当であると思われる。しかし、一般的な規則からのこの分割は、特殊性に依拠していない場合には、その正当性は疑問であると思われる。同じことは、不正取引に関して消費者の集団的利益の侵害地法の適用を規定する準備草案の第六条最終文に関して反映していると思われる。この命題の挿入は不正取引からの消費者の保護がEUの現在の立法傾向において優勢な地位を占めていることにある。そして、消費者の集団的利益の概念は、指令九八/二七/CEによって規律される差止請求という特殊な制裁を必要とする。したがって、準備草案は既存の条文を補充し、消費者の集団的利益に影響を与える場所の法の適用を定めることによって共同体の法政策の現在の発展に従うことに集中する。しかし、消費者の集団的利益の出現は命題の意義を疑わせる二つの強力な留保を招く。一方では、消費者の保護における共同体の与件はもはや曖昧ではない。他方では、連結基準は一般規則によって指定される解決とは異なる解決を提示しないと思われる。《ブリュッセルI》は、管轄権の選択を消費者に与えることによって契約により拘束される消費者に一種の特権を留保している。一五条によって、原告たる消費者は職業活動地たる住所地の管轄権とそれ自身の住所地の管轄権から選択できる。これに対して、《ブリュッセルI》の規則は、差止請求を規定していないから、消費者団体または集団が提起する団体訴訟のための管轄に関する特別な規則を定めていない。準備草案は消費者のための司法空間の支柱のひとつを構成するこの条文と対照的である。準備草案に先行する条文は消費者個人に対して特別な規則を定めているのに、

準備草案においては、消費者の個人的利益は優遇取り扱いの対象とはなっていない。この相違は消費者に対して適用される共同体規範の明確さの欠如を増やす危険を提起する。管轄の抵触に関する規則は消費者の個人的利益のみを念頭に置く。法律の抵触に関する規則は団体が提起する責任における団体訴訟のみを規定する。この区別が維持されるべきであるとすれば、規則の提案は共同体の与件と結合すべきであるから、消費者個人の利益と団体の利益に言及すべきである。《ブリュッセルI》の規則の修正は団体訴訟を考慮するためにも必要となる。さらに、実務は一定の問題が共同体の規範によつては解決されないことを指摘している。不正な広告による宝籤またはフランスその他の加盟国に住所を有する消費者に対してドイツから送付される虚偽広告に関しても同様である。これらの慣行は集团的差止訴訟および個人または団体によつて提起される民事責任訴訟によつて制裁される。加害者と被害者との間に契約関係がないことは責任のこの後者の基礎を正当化する。差止訴訟とともに、加盟国が認可した団体または集団のみが差止訴訟を提起することができる。これらの団体または集団は一般的には特別に加盟国の消費者保護の対象となっていることがある。例えば、——以前に挙げた例を繰り返せば——フランス政府が認可した団体は差止訴訟に関してはドイツの国際管轄の規則によつて被告の住所地の裁判所に訴えなければならぬ。濫用的約款の差止訴訟に関しては、その請求はドイツの裁判所によつて受理の段階で拒否されることがある。これに対して、この同じ団体が不法行為責任に基づいてその損害賠償を請求する場合には成功する機会をもつことがある。実際、団体は《ブリュッセルI》規則の第五条によつて与えられる管轄の選択権を有し、準備草案の第六条によつて請求に対して本国法を適用される。消費者自身は、同じ状況において、不法行為責任に基づいて訴えなければならない。なぜなら、指令九八/二七/CEは差止訴訟を消費者自身から奪っているからである。消費者自身は第五条によつて与えられる管轄の選択権を有し、請求は損害発生地法、すなわちフランス法によつて規律される。結局、準備草案が考えている集团的利益の観念は一般

原則に比べて付け加えられる大きな価値を与えない。なぜなら、これらの問題は、団体が裁判所に訴えることを認められている直接的損害を提起するからである。これらの問題は法廷地法の管轄に属し、調和されない。したがって、第一に、団体の差止訴訟の資格および利益の要件に集中してその調和を考へること、第二に、消費者の個人的権利の実効的保護を担保することがより妥当であると思われる。

• UNICE

不正競争

二八・不正競争に関しては、提案の準備草案は損害を引き起こした活動がその効果を生じさせた国(主たる「営業所所在地」)の法の適用を定めている。この原則によれば、不正競争から生ずる請求は不正な活動の効果が感じられる市場地国法によるであろう。

二九・この規則は国境なきテレビ指令および E-Commerce 指令に含まれる「本源国」主義に反する。委員会は提案の準備草案の第二三条は後者の指令の形成を定めていると信じているのが UNICE の理解である。これは以下で議論する。

三〇・UNICE は第六条の抵触法規定が極めて柔軟ではなく不適当であることを遺憾とする。例えば、単一の行為が同時に複数の国の市場に効果を及ぼす場合には(多国間行為)、出来事が不法行為を生ぜしめる国(「本源国」)の法の適用が損害が発生した国のすべての様々な法よりも適切である。競争行為を行う人にとっては、本源国法は潜在的に適用される複数の法よりも予測可能である。

三一・さらに、UNICE は提案の準備草案の委員会のアプローチは国境を越える競争の場合の level-playing field の必要性に反している。UNICE は、EC 条約第八一条および第八二条所定の競争に関する規則の編入に関する規則

の提案において委員会が提案しているように、加盟国間の取引に関する限り、ヨーロッパの規則だけが適用されるべきであり国内法は適用されるべきではないと信じている。

不正取引

三二 『不正取引』という概念に関するヨーロッパの定義は現在存在しないというのが我々の理解である。実際、委員会は、現在消費者保護の規則および執行の将来に関する選択肢および問題を考慮中である。特に、指令の枠組みが取引慣行の公正／不公正に関する加盟国の法規定を調和することができると示唆されている。

三三 健康および消費者保護担当の Byrne コミッショナーは、この問題に関する最初の諮問に従い、『最善のアプローチは指令の骨組みの実体に関する諮問の場に今後取り掛かることである』と述べた。指令の骨組みがどのようなものかを提示する際に、Byrne コミッショナーは、『指令の骨組みは消費者を侵害する不正な取引慣行を禁止する一般条項を含む』と述べている。公正／不公正の定義に関しては、グリーンペーパーのフォローアップ通信は、この概念は今後の諮問を必要とする未解決の問題のひとつであることを承認している。特に、委員会は『多くの加盟国の法制度に共通の公正な／不公正な取引活動の概念／カテゴリー』を確認することを計画している。

三四 上記の引用は何が不正取引であるかについての共通のヨーロッパの定義が現在存在していないことを反映している。さらに、委員会は共通の定義が存在するかどうかを現在評価中である。この関係において、消費者保護に関する上記の諮問が終了して指令の骨組みが公式に提案される前に、潜在的に発効するであろう契約外債務の準拠法に関する規則に『不正取引』という用語を付け加えることを委員会が提案するのは一貫しないであろう。

三五 ローマII規則に『不正取引』という用語を含めることは、初めからその概念を国家の裁判官による異なる解釈にさらすことになろう。数年たつて初めてEC裁判所はそのような概念の統一的な解釈に関して指針を与えることが

できるであろう。これは重大な法的不確実性へ導き、その他のイニシアチブに関する諮問を予断することになる。

三六・委員会が上記のコメントに関わりなく、契約外債務準拠法に関する規則を提案することを決定すれば、UNI CEは委員会が法的不確実性を創造し、その他の委員会のイニシアチブ(すなわちEU消費者保護に関するグリーンペーパー)に関する諮問の結果を予断する『不正取引』のような新規の概念を指示するのをやめることを勧告する。

・ Universität Autònoma / Universität Pompeu Fabra, Barcelone

準備草案の第六条の分析は、若干の考察によってこの分野における抵触規定の困難を刻む実質的效果を与えられる。まず第一に、不法競争または不正競争は加盟国の様々な法秩序において一致して受け入れられているカテゴリーではない。実際、大陸諸国とは異なる英米諸国は、ドイツ、フランス、ベルギー、イタリアまたはスペイン法秩序においてみられるような共通の媒介項のもとで非常に異なる不正行為を包括する効力を有する概念が存在しないから、不正競争に関する規則を有しない。一般的には、これらの国においては、模倣、混同、他人の成果の不当利用、契約破棄への誘引または取引上の秘密の侵害のような行為のうち一定の概念的関連性が存在する。これらの類型の不正行為は——それぞれの国の国内法によって相違はあるが——『不正競争行為』と呼ばれている。しかし、英米の観点は非常に異なる。実際、英米法系においてはこれらの類型の行為を契約外民事責任に関する一般条項の共通の『媒介項』にまとめることは困難であることが判明することを考慮すれば、この相違は非常に大きい。大陸諸国においても不正競争の領域に関する実定法の規制がない国もある。しかし、これはこの一般条項によって判例が当該事項を構築することを妨げない。フランスの場合はこの意味における典型である。英米法系の特殊性は準備草案の第六条の適用範囲に含まれる行為の独自の性質決定のための問題をもたらす。準備草案によって英語で使用されている。『不正競争その他の不正取引』(スペイン語では『usos』、フランス語では『pratiques』)という同義の表現を取り上げよう。『不正競争』

の概念をその内容を超えて拡張することは、オーストリア、スペイン、イタリア、スペインのような大陸法系においては知られていない。『usos』、取引または不正取引と言わずに、規定の条文において『不正競争行為』と単に述べるだけで十分である。あるいは、『取引』という用語を編入せずに規定の冒頭に『不正競争』と述べるだけで十分である。結局、恐らく、英米法系において理解を容易にするために含められるものは、他の法系においては混乱をまたらすことがある。第二に、大陸法系は一定の相違とは無縁ではない。その起源およびアプローチが損害賠償請求権として考えられることを強制するフランス法を、ドイツ法、市場における行為の規制に向けられる特別法と同一視することは慎重ではない。これらの二つの制度の相違は、欺罔行為または混同行為と直面して様々な決定を行う判例において刻まれる。しかし、過度の単純化の実行が問題である。これらの二つの法秩序において存在するいくつかの類似性は無視できない。明白であると思われることは、『不正競争』の概念の存在だけでもこの分野における一定の抵触法の統一を容易にするのに貢献する。第三に、共同体法はこの事項における国内法の接近の課題において真の困難にあうと言わなければならない。アプローチの非常に強力な相違は、不正競争の分野において一般的な調和を達成するのに重大な障害となる。このようなわけで、共同体は一定の部門の調和を選択するから注目すべき調和のレベルには到達しない。要するに、この事項において直接的効果を有する欺罔広告および比較広告に関する指令しか存在せず、それはいづれにせよ不正競争に関する問題のみを扱うその他の指令を害さない。共同体は消費者法の発展の恩恵を受けて調和の分野として不正競争法の部門を選択し、——純粹に会社の問題として——競業者間の関係の問題（競業法の分野に入る場合を除いて、条約において規律される問題）を脇へ置いた。この『背景』は準備草案の第六条の条文および射程距離においては全く明白である。不正競争の『分割』はこの認識において感じられ、維持されている連結基準において明らかである。準備草案は二つの異なる連結点を使用しているからである。不正競争または不正取引が競業者関係に

影響を与える場所および不正競争または不正取引が消費者の集団的利益に影響を与える場所である。これらの二つの連結の使用は上で指摘した考察に留意しなければ理解できない。『競争関係』も『消費者の集団的利益』も侵害する不正競争行為が考えられる。これらの二つの連結が同じ法を指定することは確実ではない。使用されている連結の選択的性格は実際には極めて混乱することがある。『競争関係』の侵害地国の連結の正確な効果に関する混同からも一定の不確実性が生ずる。その解釈は準備草案の一般的なアプローチであるもの、すなわち、第三条の一般規則…直接的な『損害発生地国』法の枠内で行われなければならないからである。したがって、不正競争行為によって侵害される競争関係が展開されている国が問題である。つねに影響を受ける市場地が問題であるから、準備草案が、侵害された市場地国法というより明白な、正確な、合意され幅広く受け入れられている連結をなぜ選択しなかったのか分からない。この連結は、第六条によって最初に維持されている連結、『競争関係』の連結の解釈によって間接的に市場地国法と異なる国の法を適用させる誤解を防止する価値を有する。さらに、『影響を受ける市場』の連結はそれ自体で十分であり、消費者の集団的利益が侵害された場所の連結のような選択的連結に支持を見出す必要もない。『影響を受ける市場』の概念は共同体法上良く知られている。しかし、曖昧さを生み出さないためには、以前に明らかにした共同体の『不正競争法』は存在しないが『競争法』として理解される『競争の防止』法が共同体法秩序に存在することを確認しなければならぬ。この『共同体化』の欠如は行動の不正さが加盟国において異なつて評価されことを意味し、この分野においては一定の市場分割が見られる——Keck-Mithouard 判決がその典型である——。相違が存続し、域内市場の概念は六条の特別な規則に『影響を受ける市場』のような連結を含めることを妨げることもできないし条件づけることもできない。この基準はこれらの考慮に基づいて拒否すべきではない。『影響を受ける市場』の原則があまり適切ではない不正競争行為(契約破棄への誘引、規範違反または取引上の秘密の侵害)のような競争を構成しない不正競争行為に

関しては第三条の一般的な規則に戻ることを可能にすると考えなければならない。したがって、不正競争行為における同質な法的組織の欠如は抵触法に関する共同体の規則を明白に制約する。カテゴリーを調和することができるとして共同体の實質規則を考へることが勧められる——非常に正確な實質的統一を主張せずに。消費者保護に関する白書の内容を深める考察は、これを実行する良き機会となる。

• Verband Privater Rundfunk und telekommunikation e.V.

『不正競争が消費者利益に影響を与える国の法』という表現は明確さに寄与していない。消費者利益は複数の国において侵害されることがある。ドイツ国際私法は競争違反の場合には原則として市場地、すなわち競争者の競争利益が衝突する場所へ連結する。供給が特定の市場においてのみ限定される場合には、この原則は制限されなければならない。E-Commerce および E-G テレビ指令の場合にはローマII第二三条が優先されなければならない。世界的なメディアとしてのインターネットにおいては、市場地は世界の市場、すなわち至る所である。欺罔広告および比較広告に関する指令は欺罔広告の領域における最低限の保護を含んでいる。この調和にもかかわらず、加盟国における欺罔の禁止に関しては異なる基準が存在する。電子役務の提供者にとっては、現在の一五、今後その他の国が加盟した後は二七の法秩序または世界に存在するすべての法秩序に従いその給付を審査することはほとんど不可能である。この克服不可能な法的探究の負担を防止し国際的な電子商取引を可能とするためには、この代わりに本源国主義の明確な言明が無条件に必要である。

• Wirtschaftskammer Österreich

説明または理由書を取得できないことは第六条の対象となる規定の評価をも困難にする。対象となる規定に関して、『不正競争に基づく請求権は競争がその効果を及ぼす国の法に従い判断されなければならない』とするオーストリア

ア 国際私法典第四八条が規定している市場地連結の原則が明白に基礎になっている。もちろん、これとの関係においては、『消費者の集団的利益』がどのように役割を演ずるかは不明確である。さらに、対象となる規定と競争法の領域において本源国主義を基礎とする E-Commerce 指令の規定との調和が保証されなければならない。第二三条等々の規定によって、この側面が考慮されなければならないことは明白である。法的安定性のためには、もちろん明示的な規定が必要である。

• Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft

II 第六条…不正競争および不正取引

第六条は市場地主義——その適切な定式において理解される競争利益の衝突地——を適用しようとしていることは明らかである。提案した定式は、『不正競争または不正取引に基づく契約外債務関係に対しては』『不正競争または不正取引が競争関係または集団的な消費者利益に影響を与える場所の法が適用されなければならない』と規定してこれを文字通り表現しようとしている。

一 要件事実の定式化

(a) 実質法は決定にとって重要か

第六条は、それ自体明確な原則の長つたらしいため反抗的な記述によって回りくどいと思われる。しかし、上で引用した基本原則に比べて、定式の提案は不要なことを含んでいるだけではない。提案は全く誤解を与えるものでもない。『不正競争または不正取引』が特定の利益に『影響を与えた、ないし与える』国の法を指定することを基準とすることによって、不正の判断の特性は、その時々の実質法すなわち規則によって初めて決定される法の適用の結論として決定にとって重要と規定されている。『不正競争または不正取引に基づく契約外債務関係に対して』不正競争が法的

に保護される特定の利益に影響を与えた、ないし与える国の法が適用されると規定する第六条の前文を考察すれば、概念の混乱が一層明白になる。ここでも、不正競争に基づく契約外債務関係を初めて設定する実質法の規定を適用する規則の意図的な『Output』がすでに規則の要件事実において前提とされている。これは論理的でもないし——第六条の文言通りの理解においては——有意義でもない。なるほど、市場地主義の事実を信頼する者は、準拠法の問題において実質法に解答を求める錯誤にはほとんど陥らない。なぜなら、原告は競争利益の衝突が存在することを主張することだけが重要であるから。しかし、両者の問題の混同の外見およびそれに基づく境界の混乱は回避されなければならない。

(b) 保護される利益および準拠法

一般的規則——競争利益の衝突地としての市場地に照らして、『不正競争』と『不正取引』とを区別することも、特に第六条によるこの区別が明白に意義をもたない場合には勧められない。提案の教条的な定式に反して、市場地主義を定式化するためには、販売促進に努める場合に市場の相手方へ不正に作用する場所を基準とすることで我慢できるだろう。連邦通常裁判所が適切に説明したように、この場所において『競争法は不正な競争行為を防止し』、『この場所において、競争法によって保護される』——から法的連結において顧慮されるべき——顧客獲得の際の公正な競争に対する利益が関係し、広告および契約締結の際の不正な行為から市場参加者たる潜在的な顧客の利益が保護される。競争法上の保護目的の三組——競争者、公衆および消費者——は共同体内部において承認されている。第二次的共同体法もこれを前提としている。これに対して、個々の加盟国における原則の法技術的な実施の場合の相違は、抵触規則が委員会の計画に従い統一法的効力を有するためその相違が抵触規則に影響するほど重要ではない。公正法における競争者保護および消費者保護のための形式的に分離された別個の法律を定める加盟国においては、『不正行為』

または『不正競争』という原告側の主張を基準とする定式は理解される。これとの関連において、第六条が『集団的な消費者利益』を問題とする場合には、何を意味するのかという問題も提起される。国際私法の成文法規との関連において従来使用されていないこのメルクマールの目的は何か。このことから、抵触法上または実質法上決定されるべき『知覚可能性の限界』を超えない不正競争は、この事例が域内市場にとつて重要性をもたないから、市場地主義から除外されなければならないという反対推論が引き出されるべきか。

(c) その他の場所は重要ではない

国際競争法における市場地主義は、——不法行為地法主義の場合とは異なり——行動地および結果発生地は市場関連的競争行為の場合には競争利益の衝突地で一致するという考えに基づく。したがって、行動地と結果発生地との區別はここでは意義をもたない。この確認が考えられるすべての事例について等しく適切であるかどうかに関わりなく、これによつていずれにせよ、損害発生地または損害の事後的効果地は重要ではないことが表現されている。同じことは準備行為または部分的行為が行われた、市場地とは異なる場所について妥当する。我々の見解によれば、六条において提案された定式はこれを十分明らかに表現していない。少なくとも『集団的な消費者利益』の侵害が基準とされることによつて、物質的な損害が発生した場所がこれに含められている。残念ながら、不要で誤ったメルクマールの説明は従来提案からは引き出されていない。しかし、特定の損害発生地または損害効果地を集団的な消費者利益の侵害地として捉える理解は思いもよらないものではない。これが実際意図されているかどうかは現在の時点では最終的に確実には言えない。そのような(補充的な)連結は実務に適合してもいないし市場地主義の基本的思想とも調和しない。これは、市場において出会う競争者を同じ規則に服させて統制政策的に役立つ行為規制を実現するが個々の競争行為の実質的效果および反射効を追求するという考えにもつばら基づいている。商業通信行為に関しては関連市場

地としての広告市場地法と並んで、広告された製品の販売市場地を基準とする連結に対しても同じ異議が妥当する。そのような規則は実務に困難な限界画定問題を課すであろう。それは実務に適合的ではないであろう。この点においても、当面の提案は明確ではないと思われる。その限りにおいては、冗長な定式が統制政策上望ましくない解釈の突破口になることが憂慮される。行動地と結果発生地が広告市場地で一致することから解放されて、広告効果を超えてすべての以後の効果すべてを含めようとする理解と影響（『影響を受けた、影響を受ける』）を基準とすることが結合されるからである。

二 市場地主義の区別なき適用

(a) 営業関連的競争行為

国際競争法の実務においては、市場地主義の規則を修正することが考慮に値すると思われる事例群が知られている。連結点のある程度柔軟な操作をかたくなに第二項、第三項によつて考慮しようとする第三条の規定とは異なり、第六条による連結は明らかに排他的なものとして構想されている。これとの関連において、外国市場に効果を及ぼす妨害的競争において、加害者たる企業も被害者たる企業も内国に本拠を有するような場合については、市場地主義の例外が肯定されるのではないかという問題が提起される。第三条第二項によつて、一般的な不法行為法の領域の指令は、加害者と被害者が不法行為を行った時点においてその常居所を同一国に有する場合には、常居所地法が適用されなければならないというように優先的な双方向的指定規則を含んでいる。国際競争法に関しては——いづれにせよ市場関連的な競争行為が問題となる限り——そのような規則は問題であると思われる。なぜなら、その規則の適用は外国市場においてもつばら抵触法上制約された不必要な競争の混乱へ導くからである。外国の法観念および取引観念とともに考慮することを明白に達成する第一三条の一般的な規則の適用もこれを支持するものではない。この規則の単なる考

慮は担当裁判官に対してほとんど審査できない広い解釈の余地を与えることになる。さらに、外国の習俗および取引慣行は原則として裁判所に公知の法よりも第二義的なものである。なぜなら、その適用は準拠法がわずかな解釈の余地しか許していない特別規定を含んでいる場合には常に重大な困難をもたらすからである。したがって、上で述べた場合に関しては、草案に同意しなければならない。これに対して、当該企業の消費者または供給者を介さないで直接他の企業に対して実現される純然たる営業関連的な競争行為の場合には、行為地主義の市場地による具体化は必ずしも必要ではない。いずれにせよ、ここでは初めから、結果発生地たる当該企業の本拠地を基準とする連結とともに選択的に営業関連的行為が行われる場所——当該行動地——へ連結することも排除されるべきではない。

(b) 密接な関係を有する場合

一定の事案の場合においては——明らかに内国で広告されるいわゆる隣国たる外国／国境への『コーヒー旅行』事件においては——市場地主義の無修正の適用は問題である。第六条の規則は利益の錯綜というメルクマールによつて一応催事地法を指定しているのに対して、事件の合理的な評価においては本来の広告施設および販売施設は外国で最初に行われたとしても内国競争法による。第六条はこの合理的な規則を排除していないとしても、我々の考えでは、第六条はこの合理的な規則を若干の反対に遭遇させる。ここでも、規定が第三条第三項に匹敵するような、特定の法秩序と事案との本質的に密接な関係へ連結する回避条項を含んでいないことが影響している。擬似『外国の訪問販売』すなわち外国のホテルでの休暇者に故意に企業ないしその代表者が（その母国語で）最初に本国で履行され休暇のためではない物に関する契約を締結するように広告する活動に関しても、以上に述べた理由から内国法への連結が優先すると思われる。

(c) 不可分の多国間広告の問題に関して

提案は、世界的に効果を及ぼす不可分の競業行為の場合に存在する問題——しかし、これは本来抵触法的性質のものではなくて図式的な方向の場合において初めて切実なものとなる——を一定の細分化によって助力しようとする。ここで問題となるのは、特に国際的なラジオ放送および情報社会のサービスの領域における国際的に普及する出版メディアによる広告である。市場地主義の適用は、ここではすべての市場地法がモザイク型に関係することへ導き、その効果は域内市場の観点からは全く疑問であると思われる。さらに、特定の共同体の規則がこの耐えがたい帰結をすでに考慮しようとしていることを考えれば、この実務にとって重要な事例群を指令が細分化して取り扱うことは、統制政策上適切であるだけではなくて共同体の法秩序のためには必要でもある。しかし、第二三条の当該規定、特に第二三条第二項がこれとの関連において実務にとって重要な場合に込んでいるかどうかは疑問である。ここでも、私見においてはまだ改良の必要性が存在する。

(aa) 商品取引の自由の不当な排除

第二三条はすでに第一次法に基礎づけられ数十年にわたる欧州司法裁判所の判例において適用された本源国主義を特定の実務にとって重要な場合について継承した個々の共同体規定を個別に含んでいない。これは指令の必要な展開の開放性から歓迎される。このこの方針の決定の引き立て役の前では、第二三条第二項——これとの関連で出現する規定——がもつばらサービスの領域を対象とすることはもちろん納得がいかないと思われる。第二三条第一項に関しては、この制限は適用されない。様々な基本的自由の法的かつ経済的同等性のためには、第二三条第二項の適用範囲を少なくとも商品取引の自由にも及ぼすことが期待されなければならない。なるほど、……条に従い保護国主義が適用される国際的なテレビ送信および……条に従い本源国主義が適用される情報社会のサービスはEG第四九条の意味

でのサービス提供である。しかし、それだけに限定される考察においては、同一の広告手段がEG第四九条の保護のみ関与するのではなくてEG第二八条の保護にも関与することが見落とされるであろう。最初の観点においては、広告製品に関する一定の広告制限による自由な商品取引の妨害を審査する場合に、後者の観点においては、広告自体の妨害のために、例えば、それと交換に表示、オンライン広告またはテレビ広告が行われる広告主体またはメディアに不利に。第二三条第二項の適用範囲の制限を発言することを支持する実質的根拠は、私見によれば明らかでもない。しまだ提起されてもいない。

(bb) 拡散

第六条により区別なく適用される市場地主義はいわゆる拡散の場合にはさらに制限されなければならない。例えば、従来地域的に限定された出版物においては何かある形の手本の販売は内国公正法の適用へ導かない。むしろ、ここではその領域において問題となる競争行為が競争に対して知覚可能に影響を及ぼすような国の実質法が適用されなければならない。そうでなければ、市場地主義に必要な法適用利益が存在しない。抵触法上の知覚可能性の限界の決定基準はさらに議論されなければならない。第一段階においては、指令は承認された思想を適切な定式によって通用させることを可能としなければならない。しかし、そのような条文の起草は従来明らかになっっていない。第二三条はここではすでに問題外である。共同体法のレベルにおいては上に述べた場合に関係する関連規定が存在しないからである。第六条に留まる場合には、必要な制限が提案されている規範の条文から引き出されるかどうかという重大な疑問が妥当である。『消費者の集団的利益』の指示はこれとの関連においては助けにはならない。なぜなら、それは既存の不明確さにもかかわらず実質法上単に一定の実質的な保護目的を指しているからである。これは抵触法上の知覚可能性とは直ちには調和されない。したがって、単にドイツにおいて個別に広告されたオーストリアの雑誌の広告がドイツの

競業法に従い異議を唱えられることおよび逆のことを防止するためには、提案された定式に留まってはならないであろう。言い換えれば、それは内国の競業規範の耐えがたい輸出になり、これについては法適用利益は存在しない。これから生ずる競争の混乱は、もっぱら抵触法上制約されるから望ましくない。上に述べた規則の基礎づけをどのようにして行うかはここではまだ未解決である。しかし、例えば、出版の自由に基づいて決定的な、規則的なおよび市場参加的に挙げるに値する出版物／広告主体の普及および認知というメルクマールの形で、抵触法上の知覚可能性の要件事実が過少評価されてはならない。ドイツ法によれば、雑誌／新聞の広告欄は出版の自由の基本的権利に關与しているから、頒布地法とこの場合において優先する出版地法との間における出版ないし表現の自由に対する反射的效果が重要である。

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

二〇〇三年七月二二日に、委員会は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案(ローマII) [COM (2003) 427 (01)] を提案した。以下には、不正競争の準拠法に關連する部分のみを訳出しておく。

説明的覚書

第五条——不正競争

第五条は不正競争行為から生ずる損害賠償請求に関する独自の連結点を規定している。

不正競争防止規定の目的は、同一規則によってゲームを行うようすべての参加者を義務づけることによって公正な競争を保護することである。とりわけ、これらの規定は需要に影響を及ぼすことが予測される行為(欺罔公告、拘束販売等々)、競合する供給を妨害する行為(競争相手による契約破棄、競争相手の従業員を引き抜き、ボイコット)競争相手の価値を利用する行為(パッシングオフ等々)を禁止する。現代の競業法は競業者を保護する(水平的次元)だけではなく

て消費者および公衆一般を保護しようとする(垂直的關係)。競争法の三次元の機能は現代の抵触法規定に反映されなければならぬ。

第五条は、市場一般に対する効果、競争者の利益に対する効果および(特定の消費者の個人的利益に対比される)消費者の大雑把でかなり曖昧な利益に対する効果を指定しているため、この三つの目的を反映している。この最後の概念はいくつかの共同体の消費者保護に関する指令、特に一九九八年五月一九日の九八/二七指令から継承されている。これは、その概念が消費者団体によって提起される訴訟にのみ関係すると言っているのではない。競争法の三つの目的を前提とすれば、潜在的にはいかなる不正競争行為も消費者の集団的利益に関係し、訴訟が教業者によって提起されるか団体によって提起されるかは重要ではない。しかし、第五条は消費者団体によって提起される差止請求にも適用される。したがって、提案した規則は、例えば、『商人が私人との契約において不正であると考えられる条件を使用することを妨げるために消費者団体が提起する予防請求は本条約の第五条第三項の意味における不法行為または準不法行為に関する事項である』と判示するブリュッセル条約に関する欧州司法裁判所の最近の判決とよく調和している。

構成国の国際私法の比較分析は、市場が競争行為によって歪められた国の法を適用するという点において幅広い一致が存在することを示している。この結論は、一般的な不法行為地法主義によっても特別な連結によっても(オーストリア、オランダ、スペインおよびスイス)得られ、学者および公告に関する競争法の国際連盟によっても広く行われている勧告に合致している。しかし、現在の状況は、特に不法行為地法主義が実際にどのような機能すべきかに関して裁判所が判断する機会を有しない国においては不確実な状況である。したがって、ここでは統一的な抵触規則の確立が判決の予測可能性を高める。

第条は『不正競争行為』によって『競争関係または消費者の集団的利益が影響を受けるか受ける恐れのある』国の

法への連結を規定している。これは、競業者が消費者の支持を得ようとする市場である。この解決は被害者の期待に合致する。なぜなら、その規則は一般的に被害者の経済的環境を規律する法を指定するからである。そして、その規則は同一市場におけるすべての活動者の平等取り扱いを保証する。競業法の目的は市場を保護することである。それはマクロ経済的目的を追求する。賠償請求は二次的であり、市場がいかに機能するかという相対的な判断に依存しなければならぬ。

市場に対する影響の評価に関しては、学者は一般的に不正競争行為の直接的かつ実質的效果のみが考慮されなければならぬということを確認している。これは特に国際的状况においては重要である。なぜなら、反競争的行為は通常複数の市場に対する効果を有し、関係する法の配分的適用をもたらしからずからである。

ここでは、賠償請求を求めることは競業法の適用が依存する反競争的行為に同視され、第三条の一般規則と同じ解決へ導くから、特別な規則の必要性が論じられる。二つはよく場所的には一致するが、自動的にそうなるわけではない。例えば、損害発生地の問題は、A国の二つの会社が両方ともB市場で活動している場合には微妙である。さらに、共通常居所という二次的連結規則および例外条項はこの問題には一般的には適合しない。

第二項は、競争相手の従業員の引き抜き、賄賂、産業スパイ、営業秘密の漏洩または契約破棄の誘引の場合のように、不正競争行為が特定の競業者を狙う場合を取り扱う。そのような行為が市場に対して否定的な効果を有するということではなくて、これらは双務的と考えられなければならない状況である。したがって、被害者が共通常居所または一般的な例外条項に関する第三条の恩恵を受けられない理由はない。この解決は最近の国際私法の展開と調和している。二〇〇一年のオランダ法の第四条第二項およびスイス法の第一三六条第二項に類似の規定が存在する。ドイツの裁判所は同じアプローチを採用している。¹⁰⁾

EUの欧州議会および理事会は、……

(一一) 不正競争に関しては、抵触規則は競業者、消費者および一般公衆を保護しなければならず、市場経済が適切に機能することを保証しなければならぬ。関係市場地法への連結は、特別な状況においては別の規則が適切であるとしても、一般的にはこれらの目的を充足する。⁽¹¹⁾……

故に、本決議を採択した。

……

第二章 — 統一規則

第一節 不法行為から生ずる契約外債務に適用される規則

第三条 — 一般規則

一 契約外債務の準拠法は、損害を惹起する行動が行われた国に関わりなく、また、その行動の間接的な結果が発生した国に関わりなく、損害が発生するか発生する可能性のある国の法であるものとする。

二 但し、加害者と被害者の双方が損害発生時点において同一国に常居所を有する場合には、契約外債務はその国の法によって規律されるものとする。

三 第一項および第二項にも関わらず、事件のすべての状況から契約外債務が明らかに別の国とより密接な関係を有することが明白である場合には、その別の国の法が適用される。

別の国との明白により密接な関係は、特に、問題となる契約外債務と密接な関係を有する契約のような当事者間の既存の關係に基づくことがある。

……
 第五条―不正競争

一 不正競争行為に基づく契約外債務の準拠法は、競争関係または消費者の集团的利益が直接的かつ実質的に影響を受けるか受ける可能性のある国の法であるものとする。

二 不正競争行為がもつばら特定の競争者の利益に影響を及ぼす場合には、第三条第二項および第三項が適用されるものとする。¹²⁾

Benecke は上記の第五条の規定について次のように論じている。すなわち、指令提案第五条によれば、不正競争に基づく債務関係については、競争関係または消費者の集团的利益が影響を受ける国の法が妥当する。もつばら特定の競争者の利益が問題となる場合には指令提案の第三条第二項および第三項が適用される。競争不法行為のそのような市場地への連結は多くのヨーロッパの抵触法および従来草案においても規定されている、¹³⁾と。

同様に、Leible および Engel も第五条について同様の趣旨を明らかにしている。すなわち、第五条第一項によれば、不正競争または不正取引に基づく債務関係は、その領域において競争関係または消費者の集团的利益が直接的かつ実質的に影響を受けるか影響を受ける可能性のある国の法による。したがって、第五条第一項はすでに従来ドイツ法において基準とされてきた市場地主義を規定したものであり、競争法の保護目的を十分に考慮している。『実質的な』侵害という要件は特定の法を適用するためにはその市場に対する『知覚可能な』効果を必要とするということを明らかにしている。準備草案とは異なり、第五条第二項は、(例えば、被用者の引き抜きによって、賄賂、産業スパイ、企業秘密の漏洩、もしくは契約破棄への誘引において)もつばら特定の競争相手の利益を侵害する競争違反の行為について特別規定を規定している。それによれば、第三条第二項(共通常居所地)、および第三条第三項(より密接な関係、特に契約)

が適用される。第三条第一項(結果発生地)がなぜ適用されないのか不明確である。なぜなら、市場地の妥当性に対する被害者または加害者の特別な利益が明らかではないからである。結果の発生は、通常、被害者の営業所所在地で発生する財産的損害となる。したがって、今後の立法手続においては、この場所への特別な連結を考えなければならぬ⁽¹⁴⁾。

さらに、von Hein は、第五条について次のように論じている。すなわち、ドイツ国際私法とは異なり、ローマII指令案は不正競争行為に基づく請求権に関する特別規定を含んでいる(ローマ指令案第五条)。実質的には、提案した規則はドイツの判例が今まで一般的な不法行為抵触規則に基づいて形成した原則に合致している。原則として、市場地法、すなわち、その領域において競争関係または消費者の集団的利益が直接的かつ実質的に影響を受けるか影響を受ける可能性のある国の法が適用される(ローマII指令案第五条第一項)。ただし、ローマII指令案第五条第一項によれば、不正競争行為がもつばら特定の競争者の利益を侵害する場合には、共通の常居所地(ローマII指令案第三条第二項)へ連結される。この場合においては、回避条項(ローマII指令案第三条第三項)による緩和もまた可能である。共通常居所地への連結は二〇〇二年五月の準備草案にはまだ存在しない。しかし、競争者同一条件の例外の実質的根拠は疑わしい。いずれにせよ、委員会が挙げた例(被用者の引き抜き、企業秘密の漏洩)も支持する根拠は純然たる営業関連的な侵害に限定されなければならない。さらに、ローマII指令案第一〇条による法選択が一般的にも競争不法行為についても認められることは、第三者の利益が問題となることから疑問である、と⁽¹⁵⁾。

(注)

(1) <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip-reunions-6t.html>.

- (2) <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip-reunions-7t.html>.
- (3) 英文のサイト <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip-documents-7pf.html>. 英文のサイト <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip-documents-7pe.html>. 参照。
- (4) <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip-reunions-8t.html>.
- (5) 英文のサイト 'Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, 1999, SS. 286-287. Marc Fallon, Proposition pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles, European Review of Private Law, 1999, 1, pp. 53-54. <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip-documents-8pf.html>. 英文のサイト 'Netherlands International Law Review, 1998, pp. 466-467. #2' RabelsZ, Bd. 65 (2001) S. 551. 参照。 英文の Fallon, op. cit., pp. 47-48. 最終に <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip-documents-8pe.html> Thomas Kadner Graziano, Gemeineuropäisches Internationales Privatrecht, 2002, SS. 617-618. Europäisches Internationales Deliktsrecht, 2003, SS. 153-154. 参照。
- (6) Fallon, op. cit., pp. 63-64. #2' <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/gedip-documents-9cf.html>. 参照。
- (7) http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil/consultation/index_en.htm, Graziano, Europäisches Internationales Deliktsrecht, 2003, S. 157. 英文のサイト http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil/consultation/index_de.htm, Graziano, a. a. O., S. 327, Fn. 458. Europäisches Internationales Deliktsrecht, 2003, S. 157. 参照。 また 'Graziano 博士『損害に関する契約外責任についてのヨーロッパに共通の調整法の指導原則』を提案し、その第七条において不正競争に関する規則を置いている。それによれば、「不正競争による侵害は、その領土において競業者の利益が衝突し、顧客の意思形成に影響を受けた国の法に従い判断されるべきである」と。法選択(第一条)および附従的連結(第四条)は排除される」(Thomas Kadner Graziano, Europäisches Internationales Deliktsrecht, 2003, S. 147.) など。
- (8) http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/rome_ii/news_summary_rome2_en.htm. 参照。
- (9) Hamburg Group for Private International Law, Comments on the European Commissioner's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to non-Contractual Obligations, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 2003, SS. 19-20.

- (10) http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/pdf/2003/com2003_0427en01.pdf, pp. 15-16.
- (11) http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/pdf/2003/com2003_0427en01.pdf, p. 31.
- (12) http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/pdf/2003/com2003_0427en01.pdf, p. 34.
- (13) Martiana Benecke, Auf dem Weg zu ? Rom II? Der Vorschlag für eine Verordnung zur Angleichung des IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse, Recht der Internationalen Wirtschaft, 2003, S. 834.
- (14) Stefan Leibler und Andreas Engel, Der Vorschlag der EG-Kommission für eine Rom II-Verordnung, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2004, S. 12.
- (15) Jan von Hein, Die Kodifikation des europäischen Internationalen Deliktsrechts, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, 102(2003), SS. 555-556.