OUKA
Osaka University Knowledge Archive

Title	消費者保護とEU法
Author(s)	平田, 健治
Citation	阪大法学. 2006, 56(4), p. 1-42
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55344
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

Osaka University

論　説

消費者保護とＥＵ法

平田健治

第一章　はじめに　―ＥＵ消費者保護の独自性―
第二章　域内市場における自由移動枠組（消極的調和）
　第一　商品取引の自由
　第二　サービスの領域
　第三　ＥＣＪによる加盟国の消費者保護哲学（ポリシー）の正当性判断
第三章　ヨーロッパ消費者保護立法の展開と現在（積極的調和）
　第一　形成の実態
　第二　条約上の消費者保護の位置づけ
第四章　不公正取引手段指令　―具体例による検討―
　第一　成立の経緯と内容
　第二　統合スキーム
　第三　情報コンセプト
　第四　競争法の機能変化
第五章　まとめ

（阪大法学）56（4-1）883〔2006.11〕

第一章　はじめに　―EU消費者保護の独自性―

国内法レベルにおける消費者保護は、そこで考えられている消費者の利益から大別すると、経済的利益と身体的安全に分けられる。前者の典型は、消費者が事業者と締結する種々の契約に際して、経済的不利益をこうむらないようにするルールであり、後者は、契約を介して供給される製品やサービスが消費者の身体に有害な影響を与えないように配慮するルールといえる。前者は、ルールの種類から見ると、消費者契約法としてまとめうるようなものであり、民法、民事特別法、各業態別の業法などが含まれる。また、経済法も事業者の利益や一般公共の利益に加え、消費者の利益を法益に含めるかぎりで、ここに分類できる。後者は、製品やサービスに安全基準を設けるなどであり、行政法や地方自治体の条例が主として担う。

EU法という国家法と異なるレベルでも基本的には同様であり、消費者保護に関する指令は、大別すると、消費者の経済的利益に関する部分と製品・サービスの安全に関する部分に分けられる（後掲、第三章第一(1)）が、前者は、不正ないし誤認を招く広告からの保護の部分と消費者契約法に対応する部分に細分される。

それでは、各加盟国の主権ないし立法権を基本的に維持しつつ、経済統合（関税同盟、共通の市場、単一の通貨および中央銀行制度の実現）を果たしているEUにおける消費者保護の独自性とはいかなるものだろうか。いいかえれば、単一国家の内部で契約と消費者保護の関係が語られる場合(2)とどのように異なった問題が潜んでいるのだろうか。域内市場というコンセプトを現実化するために加盟国間の通商の障壁を最大限除去するためのルールとして、物、サービス、人、資本の自由移動を確保する規定がEC条約にある。ただし、物の自由移動を規定する二八条（加盟国が輸入の量的制限ないし同等の効果をもつ措置をなすことの禁止）と二九条（輸出についての同様の禁

止）は、三〇条において、その例外を認め、公序、公共の安全、人の健康などを理由とする加盟国の規制的立法を認めている。また、三〇条で認められている例外項目は、欧州司法裁判所（ＥＣＪ）のカシス判決（後述②）により、「強行的要請（mandatory requirements）」定式として拡張され、そこに消費者保護も例示された。しかし、消費者保護という理由により加盟国の規制的立法が正当化されるかは、後述のように、三〇条二文が明記するように、当該立法が加盟国の恣意的差別や隠れた通商制限の手段であってはならないから、つまるところ、ある規制的立法に複数の立法理由があればそれらを条約で承認されている諸自由に照らし個別的に吟味し、しかもその規制手段の相当性も考慮されるからまさに個別的判断であり、一般化がむずかしい。そのかぎりで、各加盟国固有の消費者政策ないし立法がＥＵ法レベルで個別に吟味されることになり、加盟国と異なる、ＥＣＪ判決を通じてのＥＵ法レベルでの消費者法形成を観念できる場が、ＥＣ機関の立法行為による形成（積極的調和）と並んで、ここにも生じ（消極的調和）、そこから派生して、さらにそれら二つの法形成作用相互の関係如何という問題が生ずるのである。

第二章　域内市場における自由移動枠組（消極的調和）

第一　商品取引の自由

ＥＣ条約二八条（旧三〇条）[2a]は、域内取引に対して敵対的効果をもちうる加盟国法令の破壊ないし制限を介して、具体的にはＥＣＪによる判決を通して、市場統合を機能的に実現しようとするものである（立法による積極的統一化に対して、消極的統一化と呼ばれる。）。それは、域内市場に関与するアクターの競技場をならす（同じ土俵にする）（level the playing field）と表現される。しかし、そのＥＣＪによる解釈・運用は以下で見るように、統合ルールの、条約の精神に沿った積極的解釈と称される手法により、注目すべき展開を示した。本来は、加盟国間の

障壁排除の趣旨であったが、加盟国に区別なく適用される措置でも、自由取引に影響を与えるものにも適用される。また、この規定から、その違反により不利益を受ける企業や私人に何らかの救済を与える権利が付与された。ＥＣＪは、さらに条約上十分明示されていない消費者保護を擁護し、逆の見方をすれば、消費者保護を標＝しつつ実は別の利益を保護するような加盟国立法を排除する役目を果たした。

まず、① Dassonville (Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville(Case 8/74 [1974] ECR 837 (11.7.1974)) 判決において、効果として、域内取引を、直接あるいは間接に、現実にあるいは潜在的に、阻害する可能性のあるものすべてがここに含まれるとした。事案は、フランスで流通していたスコッチウイスキーをベルギーに輸入した業者が、イギリス税関の証明書がないことを理由にベルギー法違反として刑事訴追されたものであり、このベルギー法は、直接輸入する業者とそうでない業者を結果として差別するものであり、二八条でいう制限措置にあたるとされた。

他方では、② Cassis de Dijon (Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Case 120/78 [1979] ECR 649 (20.2.1979)) 判決が、この考え方をさらに展開する。これは以下のような事案であった。

ある輸入業者がフランスの蒸溜酒 Cassis de Dijon をドイツで販売する許可を申請したところ、ドイツでは当該酒類は、一定のアルコール度数以上の要件を満たす必要が法令上あり、Cassis de Dijon はその要件を満たしていなかったため、許可されなかった。許可を申請した輸入業者が財政裁判所に、当該行政処分の取り消しを求めて、当該法令は、輸入の量的制限を禁止したＥＣ条約二八条に反していると訴えた。財政裁判所は、ＥＣＪに、火酒専売法がＥＣ条約に違反しているかの先決判断を求めた。

まず、アルコール飲料の最低限濃度を定めるドイツ法は、他の加盟国で適法に生産され流通されているアルコー

ル飲料の輸入の制約となるかぎりで、二八条の措置にあたるとしつつ、その例外を「強行的要請」という定式で承認した。この判決によれば、それにあたるものとして、とりわけ、財政上の監督、公衆の健康保護、商取引の公正さ、消費者保護が例示された。したがって、この判決によって、三〇条では人の健康と生命についてしか言及していないのに対して、消費者の経済的利益をも正当化理由となしうる余地が開かれた。しかも、この判決が、消費者の経済的利益保護を目的とする指令公布やＥＣ条約上での消費者保護政策の明示的承認以前に、出たことの意味が大きい。また、判決は、アルコール飲料の最低限濃度を定めることで取引の透明さを与え、ひいては消費者保護に寄与するというドイツ側の論拠に対しては、ラベルに濃度を表示するという情報提供により、より合理的な消費者保護を図れるとした。これによって、一律禁止の方法より、情報を提供しつつ多様な商品の競合の中から消費者の判断による購入選択に委ねる機会を確保する方法を優先する政策が示された。ここでは、アルコール飲料の備えるべき最低限濃度という技術的ルールへの適用という意味でも重要であったが、ドイツにおける低濃度アルコール飲料の販売制限を消費者の健康という理由で正当化することを拒否した。

その後の注目すべき判決としては、以下のようなものがある。

③ Walter Rau v De Smedt (Case 261/81 [1982] ECR 3961 (10.11.1982))

ドイツの売主がベルギーの買主に円錐形の容器に入ったマーガリンを販売する契約を締結した。その後、ベルギーの法律が変わり、マーガリン自体またはその包装が立方体ではないものは、販売できないこととなったため、買主は売主からの納入品受領を拒否。売主はハンブルク地裁に提訴。地裁は、このような制限が二八条の量的制限

にあたるかにつき、先決判断を求めた。

ＥＣＪは、形状の制限は消費者が誤認しないという目的を超過しており、消費者は表示などの他のより制限的でない手段で保護されうるとし、ベルギー法のこのような規制を認めなかった。

④ Commission v Germany (Case 178/84 [1987] ECR 1227 (12.3.1987))

ドイツ法が、一定の醸造方法に従うもののみをビールとして販売することを許していることと、添加物を含むビール販売の全面禁止について、コミッションがドイツ政府を訴えた。より制限的な消費者保護の方法があるとして、先の立法はいずれも相当性を欠き、二八条に反するものとされた。

⑤ GB-INNO v CCL (Case 362/88 [1990] ECR 667 (7.3.1990))

原告はルクセンブルクの事業者の利益を代表し、被告はベルギー国内、とりわけルクセンブルクとの国境付近でスーパーマーケットを経営する事業者である。被告は、ベルギーでもルクセンブルクでも広告チラシを配布していたが、原告は、被告のチラシの内容が、一時的価格での提供には提供の期間や前の価格を記載することを禁じるルクセンブルク法に反するとして差止を求めて提訴。第一審、第二審は原告の主張を支持。ルクセンブルク破棄院は、先決判断を求めた。ＥＣＪは、ＥＣのポリシーが消費者保護と消費者への情報提供の間に緊密な関係を与えていることを述べ、一九七五年の予備プログラム、一九八一年の第二次プログラムに言及し、ある種の情報への消費者のアクセスを禁止する国内法が消費者保護に関する強行的要請により正当化されることはないとした。

⑥ van der Laan (Case 383/97 [1999] ECR 731 (9.2.1999))

オランダの業者が生産した食肉加工食品がドイツの法律に反するとして訴追され、罰金を科せられた刑事手続において、区裁判所が先決判断を求めた。ＥＣＪは、内容や添加物の表示により消費者保護ははかれるとして販売までも制限するドイツ法は二八条違反とされた。

他方、強行的要請による例外を認めた判決としては、以下のものがある。

⑦ Aragonesa de Publicidad Exterior SA (APESA) and Publivía v Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña (DSSC) (Cases 1/90 ; 176/90 [1991] ECR 4151 (25.7.1991))

高濃度アルコール飲料の販売を禁ずる加盟国法を正当化したもの。事案は、二三度以上のアルコール強度の飲料の宣伝を一定の場所、媒体に限り禁ずる法により、行政罰を科せられた広告業者がカタロニア保険社会安全庁を相手取り、当該行政処分を争い提訴した。ＥＣ条約二八条の量的輸入制限の禁止を根拠とする。カタルーニャ上級裁判所は、先決判断を仰いだ。すなわち、

1　本件の法令は、ＥＣ条約二八条の量的輸出制限に当たるか。

2　第一の問が肯定される場合、当該規制は、ＥＣ条約三〇条一文により正当化されるか。

3　上記の公衆の健康にもとづく規制は、（同条第二文の）恣意的差別に当たるか。

を問うた。

本判決は、一九九三年のケック事件判決（後掲⑧）以前のものであり、広告の態様の制限を二八条の量的制限に該当すると考えていた。ケック判決で、非差別的な、広告態様の制限は、販売態様の制限であり、そもそも輸入の

量的制限に該当しないこととなる。本判決は、三〇条の公衆の健康を理由に正当化されることを認めた。三〇条一文による正当化とカシス判決（前掲②）で作られた強行的要請による正当化との関係は、差別的措置にかかわる三〇条は限定列挙であるのに対し、非差別的措置にかかわる強行的要請のみＥＣＪの判断に依存することになると考えられるが、近時この区別が流動化し、差別的国内法措置にも、強行的要請による正当化が用いられる。

⑧ Keck (Cases 267/91; 268/91 [1993] ECR 6097 (24.11.1993))

本判決は、現実の売価以下で再販売することを禁ずるフランス法に反したとして二業者が訴追された事件に端を発する。このような制限が条約二八条に反するか否かが問題となった。ストラスブール裁判所は先決判断を求めた。ＥＣＪは、ダッソンヴィル判決（前掲①）による広い解釈に対するこれまでの批判を考慮して、用途、形状、大きさ、重量、配合、体裁、ラベル、包装などの、商品がみたすべき要件（製品態様）と異なり、販売態様（selling arrangements）の制限は、国内産品にも輸入品にも等しく作用する措置であるかぎり、二八条でいう量的制限にあたらない（n. 16）とした上で、小売商が消費者に対して原価を下回る価格で広告あるいは販売を禁ずるフランス法は販売態様の制限であり、二八条の適用がないとした。本判決が、加盟国の消費者政策の自由（裁量の余地）を広げたことは確かだが、販売態様制限とされるかぎりで、消費者保護が域内レベル以下の加盟国法レベルに固定されうるという弊害もその裏面としてもつ。この区別や、その射程範囲はなお不明確なものが残るとされる。

その後の関連する判決として、以下のものがある。

⑨ Hünermund v Landesapothekerkammer (Case 292/92 [1993] ECR 6787 (15.12.1993))

ドイツのある州の薬剤師会が定める会員の職務規律において、医薬部外品の過度の広告が禁止されていた。この規律は、事実上、薬局外での医薬部外品の広告を禁ずるものだとして、数人の薬剤師がこの規律の無効を求めて提訴した。州の行政裁判所は、これが輸入の量的制限にあたるか否かについて先決判断を求めた。ＥＣＪはケック判決を援用して、販売態様の制限であり、そもそもＥＣ条約が禁ずる輸入の量的制限に当たらないとした。

⑩ Leclerc-Siplec v TF1 and M6 (Case 412/93 [1995] ECR 179 (9.2.1995))

Leclerc-Siplec 輸入会社は、その関連のスーパーマーケットでの燃料配給のテレビ広告の引受がテレビ放送会社によりフランス法にもとづき拒否されたため、パリ商事裁判所に提訴。パリ商事裁判所は原告の提案もあり、ある分野の経済活動の広告をテレビ広告から排除する法が条約や指令に反していないか否かにつき、ＥＣＪに先決判断を求めた。ＥＣＪは、ケック判決などを引用しつつ、本件における制限は一定の販売方法（配給）についての一定の広告（テレビ広告）を禁ずるものであり、販売態様に関する制限だから二八条の適用は及ばないとした。

⑪ Verband Sozialer Wettbewerb eV v Clinique Laboratoires and Estée Lauder Cosmetics (Case 315/92 [1994] ECR 317 (2.2.1994))

ドイツの事業者団体が、アメリカの化粧品会社のフランスとドイツの支社に対して、化粧品に Clinique の名称を使用して販売することの停止を求めて提訴。ドイツの不正競争防止法が、消費者に医薬品と誤認させるような名称使用を禁じていることを理由とする。ベルリン地裁は先決判断を求めた。ＥＣＪは、このような規制が包装費用や宣伝費用を増加させるという意味で財の移動の自由の障害とした上で、当該製品のドイツでの販売の実情を考慮し、消費者を誤認させることはないとして、消費者保護や人の健康という正当化理由は存在しないとした。

⑫ Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln v Mars GmbH (Case 470/93 [1995] ECR 1923 (6.7.1995))

ＥＣ条約二八条の輸入の量的制限禁止と例外としての消費者保護の関係が問題となった。フランスからドイツに輸入されたアイスバーに、キャンペーン期間中は「プラス一〇％増量」の表示がなされ、その部分に対応しているかのような色部分が包装に印刷されたが、それが現実の増量部分に対応していないとして、ドイツの競争法違反による差し止め請求がなされた。ケルン地方裁判所の先決判断付託に対して、ＥＣＪは、適度に注意深い消費者は、そのような印刷と実際の増加量の関連が必ずしも存在しないことを理解できるとした(3)。

⑬ Commission v Kingdom of Belgium (Case 217/99 [2000] ECR 10251 (16.11.2000))

添加物を含む食品のラベルに検査局への届出ナンバーを記載することを命ずるベルギー法が二八条違反ではないかとの疑いを持ったコミッションは提訴前の手続として、ベルギー政府に告知状、理由付き意見などを送ったが、それぞれへのベルギー政府の回答は不満足なものであったため、コミッションはＥＣＪに提訴。ＥＣＪは、当該措置が輸入業者に包装やラベルに付加的費用をもたらし、販売の制約となるとし、二八条違反を認め、公衆の健康や消費者保護で正当化されるというベルギー政府の主張を認めなかった。

⑭ Familiapress v Bauer (Case 368/95 [1997] ECR 3689 (26.6.1997))

物やサービスの提供に関連した景品供与の禁止をうたうオーストリア法にもとづき、オーストリアの新聞発行者がドイツの新聞発行者に、クロスワードパズルなどの正解者にくじの参加権を与える雑誌をオーストリアで販売することの停止を求めたのに対し、ウイーン商事裁判所はこの禁止を規定するオーストリア不正競争防止法のＥＣ条約二八条との整合性に関し、ＥＣＪに先決判断を求めた。ＥＣＪは、本件を物に関する要件ではなく、販売態様だ

とするオーストリア政府の主張を斥け、これは製品の内容に関わり、当該雑誌の本質的部分をなしているとして、製品態様とし、二八条の適用ありとした。ただし、基本権であるプレスの多様性維持のためにかような制限が正当化されるか否かは、オーストリア自身が調査に基づき決定すべきものとした。

⑮ Konsumentombudsmannen v Gourmet International Products AB (Case 405/98 [2001] ECR 1795 (8.3.2001))

雑誌におけるアルコール飲料広告の禁止をうたうスウェーデン法にもとづきオンブズマンが雑誌の発行差止を求めた。ストックホルム区裁判所はＥＣＪにこの禁止の、財の自由移動、サービス提供の自由との適合性につき先決判断を求めた。ＥＣＪはこの禁止が障害になるとしつつも、人の健康を理由とする正当化は可能とし、ただそれが相当性の要件をみたすかは国内裁判所が判断すべきとした。

⑯ Criminal proceedings against Pistre, Barthes, Milhau and Oberti (Cases 321/94, 322/94, 323/94 and 324/94 [1997] ECR 2343 (7.5.1997))

山岳という語を関連なしに食品に使用することを制限するフランス法に反したとして、加工食品製造・販売業者が訴追された。第一審は免訴。第二審は有罪として罰金を科した。破棄院は先決判断を求めた。ＥＣＪは、ここでの「山岳」はフランス国内の地域を指し、輸入品の場合にはそもそも満たすことのできない要件であり輸入の障害となるから、二八条の適用があるとし、二八条違反とする。また、正当化理由としての産地の由来の保護に関し、山岳はこの意味での由来表示ではないとした。

⑰ Alpine Investments v Minister van Financiën (Case 384/93 [1995] ECR 1141 (10.5.1995))

要請されていない電話勧誘を禁ずるオランダ財務大臣の行政決定に対して商品先物取引業者がサービス供給の自由を定めるEC条約に反するとして異議を申し立てた。行政裁判所は、ECJに先決判断を求めた。ECJは、当該制限は条約でいう制限にあたるとしつつ、国内金融部門の評判を維持することは、この自由の制限を正当化する公の利益であるとした。また、ある加盟国からの要請されない電話勧誘の制限は、当該加盟国の金融市場における投資者の信頼を保護するという観点で、目的に照らし相当であるとした。

⑱ Konsumentombudsmannen v De Agostini Förlag and TV-Shop i Sverige (Cases 34/95, 35/95 and 36/95 [1997] ECR 3843 (9.7.1997))

オンブズマンが、前者には一二歳に至らない子供に向けたテレビ広告に禁止を定めた国内法違反、後者には、スキンケア製品や洗剤のテレビ広告につき同様に国内法違反として、二社に対する差止を求めて提訴。受訴裁判所は先決判断を求めた。ECJは、先例を引用しつつ、強行的要請と相当性の要件をみたす限り、財の移動の自由、サービス提供の自由には反しないとし、その判断は加盟国がなすべきものとした。ただし、他の加盟国から送信されているテレビ広告に関しては、受信国による規制は、送信国が指令に従い行使する規制に加え、第二の規制を加えることになり、指令に反するとした。

第二　サービスの領域

同様の展開は、サービスの領域（四九条）にも見られる。

⑲ Commission v France (Case 154/89 [1991] ECR 659 (26.2.1991)), Commission v Italy (Case 180/89 [1991]

ECR 709 (26.2.1991)), Greece (Case 198/89 [1991] ECR 727 (26.2.1991))

本判決は、博物館や歴史的建造物以外を案内するガイドにも自国のライセンスを要求するフランス、イタリア、ギリシヤのルールを、他の加盟国から来る旅行者のガイドがなすサービス提供の自由を制限するものとし、制限を正当化する理由もないとした。

他方、正当化が認められた例として、以下のものがある。

⑳ Commissioners of Customs and Excise v Schindler (Case 275/92 [1994] ECR 1039 (14.7.1994))

イギリス住民に対してオランダからドイツの富くじ参加を勧誘する広告や申込用紙を郵送した仲介業者が、富くじ関連物を国内に持ち込むことを規制するイギリス法に反するものとして、彼らが発送した郵便物を押収された。関税委員会による没収のための提訴において、このイギリス法がＥＣ条約の自由に反していないかが争われたため、先決判断が求められた。ＥＣＪは、富くじ販売は、物の移動ではなく、サービスの提供だとした上で、提供の自由に関して判断した。富くじに対して加盟国が課する制限は多様であるが、共通して、犯罪防止、射倖性抑止、刺激欲回避、私益のための運用制限がある。これらは、サービスを供給される者の保護、一般的には消費者の保護、社会の秩序維持にかかわる。このような事情は、各加盟国が自国の社会文化的特徴を考慮して、富くじの制限や禁止立法をすることに関し一定の裁量を与え、サービス提供の自由と矛盾しないとした。

Alpine Investments v Minister van Financiën (Case 384/93 [1995] ECR 1141)（前掲⑰）は、金融サービスを依頼

なく電話勧誘することを規制するオランダ法を自国の金融市場における投資者の信頼維持という理由で正当化することを認めた。

Familiapress [1997] ECR 3689（前掲⑭）は、製品態様とされたものである。

第三　ECJによる加盟国の消費者保護哲学（ポリシー）の正当性判断

EC法における消費者利益の形成に際してのECJの役割の微妙さは、以下の判決に現れている。

㉑ Nissan (Case 373/90 [1992] ECR 131 (16.1.1992))

フランスの Bergerac 大法院に、フランス国内での日産車の独占輸入権を有していた Richard-Nissan 会社の代表取締役が、ある業者に関し Loi Royer の規定に反する違法な広告方法であるとして、刑事告訴とあわせて民事賠償を求めた。ある業者が、「新車をより安く」という表現の広告を載せたことが契機である。ところが、その車は、ベルギーからフランスに輸入される前に運転されてはいないが、登録されていたものであった。また、フランスのベーシックモデルより少ない付属品数であった。大法院は、手続を停止し、かような商法が現時点でのヨーロッパルールに適合しているかについて、ECJに先決判断を求めた。誤認のおそれのある広告に関する指令84/450 第二条2の解釈が問題となった。

判決はまず、並行輸入が競争促進にとって有する意義を確認する。

まず、輸入前に登録されていたことが新車と称することの妨げとならないかにつき検討する。この点については、

走行していない以上、妨げとならないとする。次に、誤認のおそれの有無は、一方では、輸入前登録の事実を隠蔽しようとしていたか、他方、もしその事実を知っていれば、購入した消費者のうち少なからざる数が購入を断念していたかに依存し、最終的には加盟国国内裁判所が判断すべきであるとした。また購入の決断が少なからざる消費者により車が安価であることが付属品が少ないことによるという事実を知らないでなされたものか否かの確認にも依存するとした。

Bergerac 大法院は、先決判断後、本件広告は誤認のおそれがないと判断した。

㉒ Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft v Y. Rocher GmbH (Case 126/91 [1993] ECR 2361 (18.5.1993))

判旨は、加盟国Ａで、加盟国Ｂから輸入される商品の宣伝をカタログやパンフレットでなし通信販売する際に、価格の比較広告が目立つ方法でなされることを禁ずる加盟国Ａの国内法は、輸入の量的制限を禁ずる条約二八条に抵触するとした。

ドイツ不正競争法（当時）六ｅ条で禁ぜられているところの、パンフレットで価格の比較広告を目立つ方法で（eye catching）したとして、イヴ・ロッシャー有限会社は、上記保護団体から、差止を求められた。第一審は請求認容。第二審は、カタログ広告の場合の例外規定に依拠し、原判決を取り消した。連邦通常裁判所は、ＥＣＪに先決判断を求めた。

ＥＣＪは、目立つ広告をその内容の真偽を問わず一律に禁止する方法は、目的と手段の相当性を欠くとした。誤認を招くものではなく、内容が真実である場合には、消費者に対する情報提供として意味があるとし、さらに、比

較広告の規制方法として、他国の例を挙げ、より制限的でない方法があるとした。

ドイツの立法者は、本判決により、純国内事件にはなお適用の余地が残っていた不正競争防止法六ｅ条を削除した。その後は、価格比較広告の許容性は、不正競争防止法三条の、誤認を招く表示か否かでの判断にゆだねられた。他方、誤認を招く広告規制指令（84/450）が一九九七年に改正され（1997/55）、比較広告に対する規律も盛り込まれた。連邦通常裁判所は、一九九八年に上記新指令の発効の影響のもと、価格比較広告の原則的有効性を認めた。上記改正指令の国内法化は、二〇〇〇年になされ、不正競争防止法二条が比較広告の規定となった。

Verband Sozialer Wettbewerb eV v Clinique Laboratoires and Estée Lauder Cosmetics (Case 315/92 [1994] ECR 317 (2.2.1994))（前掲⑪）

Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV v Mars GmbH (Case 470/93 [1995] ECR 1923 (6.7.1995))（前掲⑫）

「包装」の派手な広告を禁ずるドイツ法を拒否した。事案は、アイスクリームバーの包装のキャンペーン用印刷が、消費者の誤認を招くものではなく、三〇条による正当化はできないとしたものである。

以上の四件は、誤認に関する消費者像に関し、「平均的」消費者像の立場から判断されて、より不注意な消費者を基準にとった国内法の立場が拒否されている。したがって、加盟国による消費者保護にもとづく規制立法は、このかぎりでＥＣＪの審査に対して正当化することが困難となる場合が生ずることになる。

㉓ Oosthoek's Uitgeversmaatschappij (Case 286/81 [1982] ECR 4575 (15.12.1982))

百科事典販売に際し景品を提供する販売手法をとる業者に対し、景品商法制限法違反として刑事訴追がなされ、第一審は罰金を科した。控訴審がこの立法について輸入や輸出の制限に関する条約違反か否かにつき先決判断を求めた。ＥＣＪは輸入の点につき問題となるとして、当該法の立法趣旨が競争のゆがみ防止と消費者保護にあるとして、また方法もこの目的に超過していないとして、オランダ法を正当化した。

㉔ Drei Glocken v USL Centro-Sud (Case 407/85 [1988] ECR 4233 (14.7.1988))

パスタの製造・販売につき、デュラム小麦と普通の小麦の混ぜものを禁ずるイタリア法に反したとして、ドイツの製造者とその輸入者がイタリアの地方衛生局により行政罰を科せられた。これに対して両者が提訴。ＥＣＪは、この法律は輸入の制限にあたり、公衆の健康等の正当化もできないとした。

㉕ Buet and Educational Business Services v Ministère Public (Case 328/87 [1989] ECR 1235 (16.5.1989))

パリ区裁判所が経営者とその会社に対し、教育教材の訪問販売を禁ずる法に違反したとして、禁固と罰金を科した。パリ控訴院は、この法律の条約二八条との適合性に関し先決判断を求めた。ＥＣＪは、二八条の障害となりうるとしつつ、消費者保護による正当化が可能かを検討する。確かに、訪問販売に対する保護としては、契約の撤回権で十分と考えられるが、教育講座の受講や教育教材の購入が訪問販売でなされる場合には、より無思慮な判断のリスクがあるとする。すなわち、この販売のターゲット層は、何らかの理由で教育が不十分で、その遅れを取り戻そうとしている。このことが販売勧誘に対して脆弱性をもたらし、またその損失も単なる経済的なものにとどまらず、不適合な教材や低レベルの教材は消費者のさらなる訓練を得、労働市場での地位を強化しようとするチャンス

を傷つけうる。このような事情から、単なる撤回権ではなく、訪問販売自体の禁止が必要となると加盟国立法者が考えることは許容しうる。しかも、訪問販売指令は加盟国がより強い保護規定を置くことを認めている。したがって、この制限は条約二八条と適合する。

㉖ Estée Lauder Cosmetics v Lancaster Group (Case 220/98 [2000] ECR 117 (13.1.2000))

lifting という言葉を含む化粧品の販売が、消費者に美容整形をしたのと同様の持続的効果を与えるものとの誤認を与えるとして、他の業者がドイツ不正競争防止法に基づく販売等の禁止を求めた。ケルン地裁は、条約二八条や化粧品指令との整合性について先決判断を求めた。ＥＣＪは、財の自由移動と消費者の誤認リスクを衡量する際に、平均的消費者の予期が基準となるとした。誤認はないように思えるが、最終的には、社会的、文化的、言語的要素を考慮してドイツの平均的消費者に誤認を与えるか否かはドイツの裁判所が判断すべきとした。

以上のようなＥＣＪ判例法形成の結果、規制立法の是非の判断は、強行的要請要件への該当性と相当性、製品態様か販売態様かの区別、消費者保護では、さらに平均的消費者という基準が用いられる。

ここに、正義モデルの分裂の危機があると指摘する見解(4)がある。すなわち、一方では、ＥＵレベルにおいて、域内市場の機能的形成が求められ、消費者が新たな自由を積極的に活用し、国境を越えた物とサービスを求める者として現れることを前提としつつも、他方では、地域的であり、保護の必要な、市場で劣位にある消費者の保護が求められる。世界通商におけると同様に、自由通商法の文脈においてなされた選択が、消費者保護の国内スタンダードを浸食する危険も指摘される。まさに両者をいかに関連づけるのかが問題となっている。

第三章　ヨーロッパ消費者保護立法の展開と現在（積極的調和）

第一　形成の実態

まず、表－１に主要な消費者保護関連立法を列挙し、簡単な内容を示す。

誤認広告指令は、誤認広告とそれが引き起こす不公正な結果から消費者、事業者、一般公益を保護するために立法され、そのような広告の禁圧を求める措置を加盟国に求めた。

製造物責任指令は、製造物の欠陥により生じた損害を賠償させる制度の要件と効果を定めた。

訪問契約指令は、訪問契約に関し、撤回権の要件効果、事業者によるその事前の通知義務などを規定した。

消費者信用指令は、消費者信用に関し、契約の書面性の要件、書面に記載すべき事項、清算の際の事業者の不当利得禁止、前倒し返済の許容、貸金債権譲渡の場合の抗弁の対抗、物やサービスの供給者とのトラブルと返済債務の関係、金融事業者の認定制の導入などを規定した。

パック旅行指令は、パンフレットの記載事項、記載方法、契約締結前の情報提供義務、消費者の旅行業者に対する履行請求、損害賠償の確保措置を規定する。

不公正条項指令は、個別交渉なき条項の原則的不公正性、条項の解釈方法、不公正条項の効果を規定する。

時分割不動産利用権契約指令は、契約書面への必須記載事項、撤回権と解除権の要件効果を規定する。

域内振替指令は、事前の情報提供義務、決済後の情報提供義務、最低限の情報提供義務、明示された期間内での振替決済義務、期間内での決済がなされない場合の償還義務の内容を規定する。

遠隔取引指令は、締結前の情報提供義務、履行完了前の情報提供義務、撤回権の要件効果、不招請給付の禁止な

表－1

84/450/EEC	misleading advertising
85/274/EEC	liability for defective products
85/577/ECC	contracts negotiated away from business premises
87/102/EEC	consumer credit
90/314/EEC	package travel, package holidays and package tours
93/13/EEC	unfair terms in consumer contracts
94/47/EC	contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis
97/5/EC	cross-border credit transfers
97/7/EC	distance contracts
97/55/EC	amending Directive 84/450/EEC concerning misleading advertising so as to include comparative advertising
98/27/EC	injunctions for the protection of consumers' interests
1999/44/EC	sale of consumer goods and associated guarantees
1999/93/EC	electronic signature
2000/31/EC	electronic commerce
2000/35/EC	late payment in commercial transactions
2002/65/EC	distance marketing of consumer financial services
Regulation (EC)	No 2006/2004 consumer protection cooperation (27.10.2004)
2005/29/EC	Unfair Commercial Practices

どを規定する。

比較広告指令（誤認広告指令の改正）は、誤認広告指令の内容に加え、比較広告が有効であるための要件を規定する。

消費者保護のための差止指令は、誤認広告指令など九つの指令に含まれる消費者の団体的利益を保護するために一定の団体が提起できる差止訴訟の要件、訴え提起前の協議条項などを規定する。

消費動産売買と担保に関する指令は、消費動産が契約適合性を有するか否かの要件効果（修理、代品請求、代金減額、解除、流通に関与した当事者間の調整、時効、担保条項）を規定する。

電子署名指令は、電子署名と認証サービスの法的枠組（認証サービスの任意認定制、プロバイダの監督制度、署名生成デバイスの適合性要件、署名ソフトの基準、検証デバイスの開発、域内市場原則、上級電子署名の定義が手書き署名と同等の法的効果を与えられること、認証事業者の証明書発行による責任、外国認証

局の承認）を規定する。

電子取引指令は、情報社会サービスの自由な移動を確保するために、情報社会サービスの事前許可制の禁止、事業者の情報提供義務、情報社会サービスとしてなされる商的コミュニケーションの要件、不招請電子メールの要件、事業者の監督、電子メールによる契約締結の承認、締結前の情報提供義務、事業者の注文確認義務、媒介的サービス提供者の責任などを規定する。

商取引における支払遅延対策指令は、遅延利息、完済までの商品所有権の保持などを規定する。

遠隔金融サービス指令は、締結前の情報提供義務、撤回権、撤回権行使後の調整、不招請コミュニケーションの禁止などを規定する。

消費者保護のための執行機関の協調規則は、消費者の経済的利益保護を高めるために、加盟国機関相互ないしコミッションとの連携を規定する。

不公正取引指令（後述）は、不公正取引手段を一般条項と詳細なリストで定義しつつ、その違反行為の停止を要求できる措置を規定する。

ヨーロッパ消費者保護は現実には、経済統合を政策のコアとする共同体の性質上、当初は潜在的・間接的なものであった。それに対応する立法権限上の制約（補充性の原則）ゆえに、市場統合のプロセスを介して間接的に展開されざるをえなかった。域内市場形成のための立法に関する、条約における法調和権限を消費者保護促進のために隠れみのとして借用したのである（その典型例として、しばしば引用されるのが訪問販売指令の前加理由である）[5]。逆に、消費者保護を市場統合の手段化したともいえる[6]。

しかし、このような状況は、条約上において消費者保護がはっきりと承認され、明示の課題とされるにつれ、変化している。すなわち、市場統合という目的と消費者保護という目的が関連しつつも分化し、コミッションによる立法提案においても、それに応じた対応が迫られている。

また、上記のようなコミッションによる借用は現在ＥＣＪにより厳しくチェックされるように変化している。例えば、タバコ判決（Case 376/98 [2000] ECR 8419 (5.10.2000)）は法調和条項にもとづいて立法されたタバコ指令（98/43/EC）を立法権限外として無効と判示した。表現を変えれば、ＥＵ法の中での消費者保護の位置づけの問題（ＥＵは消費者保護という政策目的をどのように、どの程度追求することが条約上許されているか）が顕在化している。

他方、この現象をヨーロッパ私法形成という観点から見ると、ヨーロッパ消費者法、ヨーロッパ経済法はヨーロッパ私法の展開について、先駆者機能を果たしうる、すなわち消費者法、経済法の特殊ルールから私法の一般法原則への成長を観念できるという指摘(7)がある。

第二　条約上の消費者保護の位置づけ

長く、消費者保護は政策としては推進されながら、条約上の位置づけは不明確であった。コミッションは国際的議論から示唆を得つつ、一九七五年と一九八一年の政策プログラムで消費者の五つの権利（健康と安全を求める権利、経済的保護を求める権利、こうむった損害の回復を求める権利、情報と教育を求める権利、苦情を申し立てる権利）をうたい、理事会の承認を得た。

一九八七年のヨーロッパ統一議定書は、ＥＣ条約一〇〇ａ条（現九五条）により、域内市場の段階的実現のため

の措置に関し、立法権限を広げ、多数決原理を導入した。

マーストリヒト条約（一九九二年合意、一九九三年発効）により、消費者保護は三条、一二九ａ条で明示にＥＵの追求する課題の一つとして言及されるに至った。しかし、それは、一方では域内市場政策に、他方では加盟国措置の支援政策という二重の基礎を有している。また、ＥＵは消費者保護に関して、独占的立法権限を有さず、補充性と相当性の制約に服している。すなわち加盟国の政策・立法に対しては従属的であることが示されている。アムステルダム条約（一九九七年調印、一九九九年発効）は、消費者政策の位置づけを強化した。一二九ａ条の改良としての一五三条がそれである。

一五三条

(1) 共同体は、消費者の諸利益の促進と、高度の消費者保護レベルの担保のために、消費者の健康、安全、ならびに経済的利益の保護と、情報、教育、ならびに利益擁護のための結合を求める権利の促進に寄与する。

(2) 消費者保護の諸要請は、他の共同体政策とその措置の確定と実行の際に、考慮される。

(3) 共同体は第一項において掲げた諸目的達成のために以下の措置を通じて寄与する。

(a) 九五条による域内市場実現という枠内でなす措置

(b) 加盟国の政策の援助、補完、監視のための措置

(4) 理事会は、二五一条の手続きに従い、かつ経済社会委員会の聴聞ののちに、第三項ｂの措置を決定する。

(5) 第四項により決定される措置は、加盟国がより厳格な保護措置を維持もしくは採ることを妨げない。これらの加盟国の措置は、この条約と調和するものでなければならない。それらはコミッションに通知されねばならない。

上に示したように、現在、域内市場形成と消費者保護の結合は条約上担保されている。しかし、（通常はここに

依拠してなされる）一五三条三項aによる消費者保護立法においては、市場形成への寄与がある閾値を超えていなければならない。[8] この点は、近時のECJの立場が示すところである。

第四章　不公正取引手段指令[9]—具体例による検討—

第一　成立の経緯と内容

本指令は、二〇〇五年五月に出された指令であるが、その成立の経緯は表-2のようである。[10]

二〇〇一年一〇月の消費者保護総局が担当するグリーンペーパー[11]に始まるものであるが、注目すべきこととして、表において併記したように、同日に域内市場総局が担当する企業間の不公正取引手段規制を目的とする規則提案がなされており、その前史をみると、域内総局の統一的広告規制導入の試みが先行していることがわかる。しかし、結果としては、後発の消費者保護総局の消費者保護に限定した立法に追い越されてしまったことがわかる。すなわち、指令として成立したものは、それに対し、事業者の不公正取引手段に対して消費者を保護することを趣旨としてうたっている。[12] 前加理由の(3)から(6)が立法の理由を説明する。

(3)　不公正取引手段に関する加盟国の法律は、顕著な相違を示しており、それは、域内市場の、競争の感知できる程度のゆがみや、円滑な機能の障害を生み出しうるものである。広告の分野では、誤認を招く広告と比較広告に関する、一九八四年九月一〇日の理事会指令84/450/EECは誤認を招く広告の調和のための最小限の基準を確立しているが、加盟国がより広い消費者保護を提供する措置の維持や採用を妨げていない。結果として、誤認広告に関する加盟国の規定は顕著に相違している。

(4)　この相違は、いかなる国内ルールが消費者の経済的利益を害する不公正な取引手段に適用されるかについての不確実性

表－2

1996.8.5	Green Paper on Commercial Communications in the Internal Market, COM (96) 192 final
1998.4.2	Commercial Communications in the Internal Market - Follow-up to the Green paper, COM (98) 0121
2001.10.2	GREEN PAPER on European Union Consumer Protection, COM (2001) 531 final (DG SANCO)
2001.10.2	Proposal for EUROPEAN PARLAMENT AND COUNCIL REGULATION concerning sales promotions in the Internal Market (DG Internal Market and Services)
2002.6.11	COMMUNICATION FROM THE COMMISSION:Follow-up Communication to the Green Paper on EU Consumer Protection
2002.10.25	Amended proposal for a regulation concerning sales promotions in the Internal Market
2003.6.18	Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLAMENT AND OF THE COUNCIL concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the Internal Market and amending directives 84/450/EEC, 97/7/EC and 98/27/EC (the Unfair Commercial Practices Directive)
2005.5.11	Unfair Commercial Practices Directive (2005/29/EC)

をもたらし、事業と消費者に影響する多くの障害を生み出す。このような障害は、域内市場の自由を行使する、とりわけ国を超えるマーケティング、広告キャンペーン、販売促進に携わろうとする、事業のコストを増加させる。それらはまた消費者の権利を不安定にさせ、消費者の域内市場に対する信頼を掘りくずす。

(5) 共同体レベルでの統一ルールがない場合には、国境を越えるサービスや物の自由な移動あるいは開業の自由に対する障害は、欧州司法裁判所の判例法に照らし、それらが承認された公共利益をもつ目的の保護を目指し、かつその目的に照らし相当であるかぎりで、正当化されうる。移動の自由に関する条約の規定と第二次共同体法に述べられた共同体の目的、「域内市場における取引目的での交渉に関するグリーンペーパーのフォローアップ」と題されたコミッションからの通知に示されるような、取引目的での交渉に関する委員会のポリシーに照らせば、かような障害は除去されるべきである。これらの障害は、共同体レベルでの統一ルールを確立し、域内市場の適切な機能と法的確実性の要件をみたすのに必要なかぎりでの、共同体レベルでの法的概念を明確化することによってのみ除去される。

(6) したがって、本指令は、消費者の経済的利益を直接害し、そ

れにより間接的に、正当な競争者の経済的利益を害する、不公正広告を含めた、不公正取引手段に関する加盟国の法を接近させる。比例性原則に従い、本指令は不公正取引手段の結果が重大な場合に消費者を保護するが、手段の消費者に対する影響が無視してよい場合があることを承認する。本指令は、競争者の経済的利益のみを害したり、事業者間の取引にのみ関する、不公正取引手段に関する国内法には適用されず影響もしないが、補充性原則を十分考慮し、加盟国はもしそうすることを選択する際には、共同体法と協調しつつ、かような手段を規制することが従来通りできる。本指令はまた、事業者を誤認させるが消費者にとってはそうではない広告や、比較広告に関する指令 84/450/EEC の規定に及びも影響もするものではない。さらに本指令は、消費者の情報に基づく判断能力を損なうことなく、正当に製品に関する消費者の知覚に影響を与え、彼らの行動に影響をするような、すでに承認された広告やマーケッティング手段、例えば製品の配置やブランドの区別、インセンティブの提供に影響を与えるものでもない。

二〇〇三年の本指令提案では、同様の規制の適用分野による棲み分けを意識して、提案されていたのだが、規則案の方は頓挫してしまったようで[13]、成立した指令では、規則案との調整部分は削除されている。その内容は、第一条や前加理由(8)で言及されるように、誤認を招く取引手段と攻撃的取引手段で構成される、事業者の販売勧誘に際しての不公正取引手段から消費者の経済的利益を保護するルールを調和させるものである。

第五条は第一項で不公正取引手段の一般的禁止をうたったのちに、第二項でその一般的定義がなされているが、それは、専門家としての注意要件に反し、かつ、平均的消費者の経済的行動あるいは取引判断を著しくゆがめることである。

第五条　不公正取引手段の禁止

1　不公正取引手段は禁止される。

2　以下の場合に取引手段は不公正である。

(a)　それが専門家としての注意要件に反し、かつ

(b)　当該製品に関し、その手段が到達しまたは向けられている、平均的消費者の、または一定の消費者グループに向けられている場合にはそのグループの平均的メンバーの、経済的行動を著しくゆがめるか、その可能性がある場合。

3　精神的または身体的弱さ、年齢または信じやすさゆえに、当該手段またはそれに関連する製品にとりわけ弱く、そのことが事業者に十分予見できるような、明確に特定できる消費者グループのみの経済的行動をはなはだしくゆがめる可能性のある取引手段は、当該グループの平均的メンバーの観点から評価される。このことは、誇張した言動をすることや文字通り理解されるべきではない言動についての、共通で正当な広告慣行をそこなうものではない。

4　特に、取引手段は以下の場合に不公正とみなされる。

(a)　第六条、第七条で定義されるように、誤認を招くものであるか、

(b)　第八条と第九条で定義されるように、攻撃的である場合。

5　付録一は、いかなる場合でも不公正とみなされる取引手段のリストを含む。このリストはすべての加盟国で適用され、本指令の改正によってのみ修正することができる。

ここで用いられている「平均的消費者」概念は、前加理由⑱が言及するように、ＥＣＪが、誤認を招く広告指令の解釈にかかわる一連の判決[14]を通じて生み出したものであり、それが採用されている。しかし、他方では、第五条第三項で、特定の属性ゆえに弱者と判断されるグループには別の基準が妥当する。また、これらの消費者基準は、前加理由⑱によれば、ＥＣＪの判例法に従いつつ、社会的、文化的、言語的要素を考慮せねばならず、統計的なものではなく、各加盟国裁判所独自の裁量に服するものとされる。

二つの不公正取引手段はそれぞれ六、七条と八、九条で一般条項的に定義されるが、他方では、付録一において、評価を加えずに直ちに不公正とされるそれぞれのブラックリストが列挙される。第五条第四項第五項が示すように、第五条第二項の不公正取引手段の一般的定義、第六条から第九条における二つの不公正取引手段（誤認を招く取引手段、攻撃的取引手段）の定義、付録一における二つの不公正取引手段のブラックリストというように、不公正取引手段の判断基準が抽象度を異にして段階的に規定されていることが注目される。

第一部・誤認を招く取引手段 Misleading commercial practices

第六条　誤認を招く行動 Misleading actions

1　取引手段は、それが虚偽の情報を含み、したがって虚偽であるため、もしくは全般的提示を含め何らかの態様で、以下に示す要素の一つまたは複数に関し、たとえ当該情報が事実に一致するとしても、平均的消費者を欺くか、その可能性があるために、いずれの場合においてもそれがなければとらなかったような取引判断を消費者にさせあるいはその可能性があるものは、誤認を招くものとみなされる。

(a)　製品の存在または性質

(b)　製品の主要な特徴、例えばその利用可能性、利益、リスク、動作、構成、付属品、カスタマーサービス、苦情処理、製造または供給の方法と日時、引渡、目的適合性、利用法、量、仕様、その地理的または商業上のオリジン、利用から予測される結果、製品について実行されたテストやチェックの結果と主要な特徴

(c)　事業者の義務の範囲、取引手段の動機、販売過程の性質、直接または間接的な広告主につながる言明もしくはシンボル、または当該事業者もしくは製品の承認につながる言明もしくはシンボル

(d)　価格もしくは価格の計算方法、または一定の価格上の有利さの存在

(e)　サービス、部品、交換または修理の必要性

(f) 事業者またはその代理人の性質、属性、権利、例えば、本人性、資産、資格、地位、許可、メンバーもしくは関係、産業上、商業上、もしくは無体の財産の保有または賞ならびに栄誉

(g) 欧州議会と理事会の、消費財販売とそれに関する付帯保証のある側面に関する一九九九年五月二五日の指令1999/44/EC のもとでの、交換権ないし償還権を含んだ、消費者の権利、または被りうるリスク

2 以下の取引手段も誤認を招くものとみなされる、すなわち事実上の文脈において、その特徴と状況をすべて考慮して、その手段が平均的消費者に、それがなければとらなかったような取引判断をとらせまたはその可能性があり、それが以下の点を含んでいる場合。

(a) 競争者の製品、商標、商号、またはその他の顕著なマークと混同を生み出すような、比較広告を含む、製品マーケッティング

(b) 以下の要件の下での事業者が約した行為規範に含まれる約束の不遵守。

(i) その約束が単なる願望の吐露ではなく、明確で、検証可能であり、かつ

(ii) 事業者がその取引手段において、自己が行為規範に拘束されていることを示していること。

第七条 誤認を招く不作為 Misleading omissions

1 取引手段は、その文脈において、すべての特徴と状況ならびに通信媒体の制約を考慮して、平均的消費者が文脈を考慮して、情報に基づく取引判断をなすに必要となる、重要な情報を省略しており、そのため、平均的消費者がそうでなければとらなかったであろう取引判断をなしまたは、なした可能性がある場合には、誤認を招くものとみなされる。

2 第1項で示された事項を考慮しつつ、事業者が、同項で言及された重要な情報を隠蔽するか、不明確、理解しがたい、あいまいな、または時宜に即しない態様で提供するか、あるいは文脈から明らかな場合を除き、当該取引手段の取引としての意図を明らかにしない場合も、それらの結果、平均的消費者がそうでなければとらなかったであろう取引判断をとったか、とった可能性がある場合には、誤認を招く省略とみなされる。

3　取引手段を通信するために用いられる媒体が場所と時間の制約を課する場合に、これらの制約と、事業者により、その他の手段により消費者に情報を利用可能にするためにとられた措置は、情報が省略されたか否かの判断において考慮されるべきである。

4　購入勧誘の場合には、以下の情報が、文脈からすでに明らかな場合を除き、重要なものとみなされる。

(a)　媒体と製品にふさわしいかぎりでの、製品の主要な特徴

(b)　事業者の地理的住所と商号などの正体（アイデンティティ）、場合によっては、その者のために行動する、本人の地理的住所と正体

(c)　税を含む代価、代価が正当に前もって計算することができない場合には、代価計算の方法、必要な場合には、すべての運賃、配送料、郵送料、またはこれらが正当に前もって計算できない場合には、かような付加的負担が課せられる事実

(d)　それが専門的注意の要件と異なる場合には、支払、引渡、履行、苦情処理ポリシーについての取り決め

(e)　撤回権を含む製品及び取引については、その権利の存在

5　共同体法で確立された、広告、マーケティングを含む取引目的での交渉に関する情報要件は、その非包括的リストが付録二にあるが、重要なものとみなされる。

第二部　攻撃的取引手段 Aggressive commercial practices

第八条　攻撃的取引手段 Aggressive commercial practices

取引手段は、その文脈、すべての特徴と状況を考慮して、困惑、物理力の利用を含む、強制、不当威圧により、著しく平均的消費者の、製品に関する選択または行為の自由を損い、その結果、消費者にそうでなければとらなかったであろう取引判断を引き起こしたか、その可能性があったような場合には、攻撃的とみなされる。

第九条　困惑、強制、不当威圧の利用

ある取引手段が困惑、物理力の利用を含む強制、不当威圧を用いているかの判断に際して、以下の点が考慮される。

(a) そのタイミング、場所、性質、またはしつこさ
(b) 威嚇的または罵倒的言葉または行動の使用
(c) 事業者が知っている、消費者の判断を損なう程度の特定の不運または状況を、製品に関する消費者の判断に影響を与えるために、利用すること
(d) 消費者が、契約の解消または他の製品もしくは事業者に変更する権利を含み、契約上の権利を行使することを望んでいる場合に、事業者によって設定された、負担となるか、不相当な、契約に由来しない障害
(e) 法的にはとりえない行動をとるという脅し

第一一条により、事業者を含めた、人または組織が、当該不公正取引手段の実行継続停止ないし事前差止を提訴することができるような制度的対応を加盟国はする必要がある。

本指令に対しては、以下のような問題点が指摘されている。

まず、本指令三条二項は、「本指令は、契約法、とりわけ契約の有効性、締結、または効果に関するルールに影響を与えない。」と規定するが、本指令が不公正取引行為とする行為を事業者がなしたとされる場合に、その点と全く自由に加盟国法が当該契約をはたして完全に有効とみなしうるのかは疑問とする。そのかぎりで、本指令は限りなく契約法ルールに事実上の介入をしているものと評価されている。(15)

先行する比較広告指令との関係では、本指令が消費者の経済的利益に限定するのに対し、比較広告指令では、当事者による画定をしていない。まさに、本指令は、誤認についての統一的コンセプトを展開するＥＣＪの努力に反し、関連した領域を分断して規律しようとするものとして批判される。(16)

また、ある事業者の行為が本指令で定義された不公正取引手段に該当するか否かの判断は、まず各加盟国裁判所

がなすことになるが、一般条項を介してその判断がなされる場合には、はたしてEU全域での統一性を維持できるのかについて、危惧が呈されている。(17)

第二　統合スキーム

個々の問題となる領域の規律の統合を漸進的に進めるEUは、その過程でさまざまな統合スキームを開発し、試みてきた。それらは今も実験されつつある。以下でそれらを順次検討する。

(a)　域内市場条項（internal market clause）、本国法主義、相互承認原則

不公正取引手段指令の原草案四条一項は、完全調和（次項(b)参照）と結合した「本国法主義」（相互承認原則）（country of origin principle）を規定していた。

> 四条一項　事業者は、開業地である加盟国の本指令で調和される領域に含まれる国内法規に従うのみでよい。事業者が開業する加盟国は上記の遵守を確保せねばならない。
>
> 二項　加盟国は、本指令で統合された領域に含まれる（関連する）理由により、サービス提供の自由も財の自由な移動も制限してはならない。(18)

本国法主義の多義性・多様性が問題とされている。この主義に隠れた国際私法ルールを読み込もうとする試み(19)や消費者保護(20)、企業行動との対立可能性(21)も指摘される。また、出所におけるコントロール原則の適合する場面を見極める必要(22)も指摘される。

この原則の萌芽は、一九七九年のカシス判決（前掲②）（輸入国の規制が強行的要請をみたさない場合には、輸出国で当該商品が適法に流通を承認されているかぎり、輸入国でも承認せねばならない）や一九八九年のテレビ指令 89/552/EEC 二条、三条（テレビ放送事業者の開業地国の法令遵守義務、そのかぎりでの受信国のコントロール排除）に求められる。

一九九七年のデアゴスティーニ判決（Konsumentombudsmannen v De Agostini, C-34/95, 35/95, 36/95, ECR 3843 (9.7.1997)（前掲⑱））は、この原則による効果をテレビ指令により調和された側面に限定した。一九九七年の比較広告指令三ａ条は完全調和を規定する。二〇〇〇年の電子取引指令 200/31/EC 三条二項は、テレビ指令と異なり、調和された側面に限定せず、加盟国が商的コミュニケーションに設定するすべての要件にこの原則が妥当するものとしたが、例外（三条四項）も認める。

相互承認原則は、無限定のカシス判決に始まり、調和した領域に限定するものから、協調された領域をも含むものと変化している。

なお、二〇〇四年のサービス指令案は本国法主義（一六条）とその例外（一七―一九条）を段階的に設けており、例外を設ける理由として、第一に、既存のＥＵ立法が受け入れ国のルール適用を指示している場合、第二に、あまりに加盟国間のアプローチが異なる場合やＥＵ統合レベルが不十分な場合があり、これらの場合に本国法主義を採用することができないからとする。例外の内容・程度をめぐって審議中である。本国法主義をＥＵ加盟国の実態をにらみつつ柔軟に適用しようとする試みとして注目される。

一九九八年の遠隔金融サービス指令案や、二〇〇二年の消費者信用指令（改正）案も完全調和を当初規定したが、削除された。

(b)　最小限調和と完全調和（加盟国のより規制的な立法の許否）

最小限調和定式の（相互承認原則で裏打ちされるとしても）市場統合モデルから見た中途半端さ、各加盟国の法秩序において引き起こされる副作用[23]が以前より指摘されている。

近時の指令提案に見られる完全調和定式の頻用はこのことを反映している。

ただし、既に述べたように、目下のところ、コミッションの意図は立法過程において修正されざるをえない状況である。

不公正取引指令が完全調和定式を採用していることは、前加理由(14)で示されているが、指令三条五項が本指令の国内法化期限後六年間を限って、例外的に、本質的かつ比例性をみたすという要件の下で、指令の基準よりも制限的もしくは規制的な国内法規定の維持を認めている点により具体的に現れている。従来の最小限調和定式によれば、これらの国内法規定は当然存続が認められるはずだからである。

完全調和と相互承認の親和性が議論されている。すなわち、完全調和定式の場合には相互承認原則は余分なものとなるか[24]否か[25]が争われている。

(c)　EU独自の概念の工夫

EU独自の規律の必要はEU独自のタームを必要とさせる。それは、各加盟国の既存の法律用語を採用した場合に生じうる連想による誤解を払拭するという消極的意味のみならず、域内全域に等しく妥当させるという要請が各加盟国の法律用語のどれともできるだけ離れた、その意味で一見ではわかりにくい独自の概念を積極的に要請するのである。

本指令に例をとれば、締結前の段階における消費者の自立を確保するための用語として、経済的行動（五条二項）、情報に基づく判断（二条ｅ）、取引判断（二条ｋ）が用いられている。商的コミュニケーション[26]、購入勧誘も同様である。

(d) 加盟国とＥＵという二元性に由来するきしみ

公正・不公正のヨーロッパ基準というものが本当に存立しうるのかという疑問に対して、本指令は、前加理由(7)で言及されるように、加盟各国の価値基準からの意識的分離を試みている。それは、製品あるいはメディアに関連づけた限定的モラルルールである。しかし、そのような分離は本当に完全に可能なのか、誤認の判断基準にも加盟国の価値基準が影響するのではないかという疑問が出されている[27]。

第三　情報コンセプト[28]

情報を適切に与えて消費者の判断に委ねるというコンセプトは、先行する多くの指令にも共通してみられる手法であり、ＥＣのポリシーが消費者保護と消費者への情報提供の間に緊密な関係を与えていることを指摘する判決（GB-INNO v CCL (Case 362/88 [1990] ECR 667 (7.3.1990)）（前掲⑸）もあり、加盟国の一律禁止規制を表示義務規制へ緩和させる機能を有した。規制手段の相当性にかかわる。

本指令では、この点は、誤認を招く不作為（七条）[29]に見られる。単なる勧誘と購入勧誘（二条ⅰ、七条四項）の区別を、締結前段階での閾値（これを越えると競争法上の「情報提供義務」が成立）が画している[30]。すなわち、広告規制は、しばしば二重の性格（競争的市場取引手段の規範的コントロールと同時に、契約成立前の領域における

最初の接触の規制[31]）をもっている。購入勧誘は、七条四項が列挙する重要な情報(a)―(e)が示唆するように、単なる申込みの誘引ではない。また、広告における記載の限定、広告の具体性の程度に依存している。広告情報の一定程度の標準化もねらっている。

問題点としては、他の指令における情報提供義務との関係が指摘されている。とりわけ、各指令が前提とするポリシー（完全調和か最小限調和か）が異なることにより、義務の程度の不調和が生じてしまうことが危惧されている。[32]

第四　競争法の機能変化

本指令をヨーロッパレベルで的確に理解するために、ドイツ法との比較ではあるが、以下のような対比が参考となる。すなわち、ドイツの研究者は以下の七つの変化をここに読み取ることが重要とする。[33]不公正競争から市場コミュニケーションの規範的把握へ、保護を要する消費者から責任を自覚するアクティヴな消費者へ、身分関連的職業法からダイナミックな企業家法へ、広告から取引的コミュニケーションへ、良俗からフェアネスへ、誤認禁止から消費者への情報提供要請へ、法規から code of conduct へ、である。

ここで指摘される変化の要素ないし側面は相互に関連するものである。すなわち、ドイツの不正競争防止法は、近時の改正にもかかわらず、そのコンセプトは当初の特別不法行為という位置づけを脱していないが、ヨーロッパの次元では、共同体の経済体制が市場プロセスの競争法的コントロールをめざし、競争概念が情報モデルを基礎に展開され、いかに市場コミュニケーションが円滑かつ機能的に実現されるかという観点から規律されている。そこからは、消費者像も、積極的に情報を活用して行動するモデルが前提とされ、事業者像もそれに対応した域内市場全域にわたり自由に活動するモデルとなると指摘される。

第五章　まとめ

基本的自由の確保による市場開放ならびに有効に機能する競争確保と、高水準の消費者保護の、二つの要請は解けないジレンマなのだろうか。

域内市場のアクターとして登場する消費者、事業者は、加盟国特有の文化的偏差の余地を認められつつも、その考慮は限界がある。また、アクターの特性の考慮も限界がある。ＥＵ法が機能的域内市場という場（布置ないし磁場）での活動を動かせない前提（もっともこれ自体条約における消費者保護等の政策が相対的に重視されてきた点に着目するならば、絶対的制約ではないが）とするからであり、この観点から見れば、ＥＵのポリシーとしての各加盟国の文化的固有性の尊重から来ている加盟国の文化的固有性の考慮や年少者や高齢者などの消費者特性の考慮は、統一的ルール化を阻む異質な要素というべきだろう。

不公正取引手段指令第五条第三項は、精神的または身体的弱さ、年齢または信じやすさゆえに、当該手段またはそれに関連する製品にとりわけ弱く、そのことが事業者に十分予見できるような、明確に特定できる消費者グループについて言及している。一般的基準としての平均的消費者からの逸脱をこのように定型化してとらえ、完全な個別判断に陥らないよう配慮しているのだと思われるが、脆弱なグループの平均的メンバーを判断基準とすることと個々の消費者の特性・能力と相関的に判断することとの相違は本当に確保できるのだろうか。

他方では、加盟国の文化の多様性・固有性の尊重は、ＥＵが条約上において確保する要請でもある(34)。ここに問題の根本がある。二つの矛盾する要請をいかに場面ごとに調整していくか、その戦略やポリシーをきめ細かく検討することが要請されている。

ＥＵの消費者像は、多様な情報提供義務等で明確でわかりやすい形で、契約過程でその都度確保され提供される情報を的確に理解し、契約締結等の判断を的確に行う平均的かつ積極的消費者であり、そこからはみ出る要素は外在的な妥協的要素ともいえよう。確かにこれも消費者保護であるが、各加盟国が予定する従来型の消費者像との距離は否定できず、その距離にどう対処するかが現在の問題であり、また今後の問題だろう。その長い先に、コミッション主導のヨーロッパ契約法（典）という選択肢が控えているかもしれない。そこにおいて、消費者保護の要請は、一般契約法という枠組にどう取り込まれるべきだろうか。

なお、ヨーロッパ契約法に関するコミッションや研究者グループの動きについては、別稿[35]で既に扱ったことがある。この点につき、ヨーロッパ消費者法を核心では経済法であるととらえ、弱者保護にも目配りをする加盟国の消費者法と対比し、ヨーロッパ消費者契約法を競争法の支配下のもとでの「競争的」契約法ととらえる見解[36]が参考となる。他方では、ＥＵアキは、ヨーロッパ契約法と呼びうるような体系的内容をすでに備えているという見解[37]もある。後者の見解に対しては、既に見てきたように、ＥＵアキは、現時点では断片的であり、条約上の立法権限に関する制約の変化、ＥＣＪの行動、加盟国の行動などの相互作用として漸次形成されてきたものであり、そこに契約法体系と呼びうる萌芽はあるにせよ、そこへの到達はまだかなり時間がかかるといわざるをえない。コミッションによる共通準拠枠組（common frame of reference, CFR）の作成の努力もそのような文脈の下で理解されよう。また、前者の見解は、域内市場形成、経済統合という場において生ずる契約法の特性、とりわけ経済法との親和性・一体性を指摘する点で鋭いものがあり、そのような観点から理解すべき部分があることも確かである。また、消費者法をヨーロッパ次元と加盟国で二元化し、異なるものととらえることで、先の矛盾を緩和することができよう。しかし、ＥＵアキの現実は、これも既に見てきたように、そのような観点に尽きず、消費者保護政策を域内法統合ない

し調和立法の口実ないし触媒として濫用した場合[38]あるいはその逆の場合[39]もなかったとはいえないにせよ、加盟国の消費者保護と同質のルール立法も増えており、全体としては、多様な要素の（混沌とまではいえないとしても）混在とでも称しうるのではないだろうか。根本的には、ＥＵ立法権限の加盟国立法権限に対する補充性がＥＵ立法・司法の見通しの悪さやねじれを生み出してきた。これらをどのような方向づけで再構成していくかは、まさにＥＵ機関（ＥＵ市民）による政策的決断が決めるものだろう。

（1）包括的検討として、Norbert Reich/Hans-W. Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, 4. Aufl. 2003.

（2）この問題については、大村敦志「契約と消費者保護」星野編集代表『民法講座別巻2』（平成二年）七三頁以下。

（2a）以下、現行の条数に統一して記載する。

（3）24 Reasonably circumspect consumers may be deemed to know that there is not necessarily a link between the size of publicity markings relating to an increase in a product's quantity and the size of that increase.

（4）Micklitz, Zur Notwendigkeit eines neuen Konzepts für die Fortentwicklung des Verbraucherrechts in der EU, VuR 2003, 2 (5 rechte Spalte ; 9 rechte Spalte).

（5）Howells and Weatherill, Consumer Protection Law, 2nd ed. 2005, p. 129 (2.3.5).

（6）Micklitz, VuR 2003, 2 (5 linke Spalte).

（7）コミッション自体がそのような趣旨で行動しており、共通準拠枠組（common frame of reference, CFR）の作成に携わっていることは周知の通りである。

（8）Howells and Weatherill, op. cit., p. 129 (2.3.5).

（9）本指令の全訳と解説として、拙稿・「阪大法学」五五巻二号（平成一七年八月）三一三頁以下。関連文献として、Fezer, WRP 2001, 989 ; Schricker u. Henning-Bodewig, WRP 2001, 1367 ; Henning-Bodewig, WRP 2001, 771 ; Henning-Bodewig, GRURInt 2002, 389 ; Göhre, WRP 2002, 36 ; Beater, ZEuP 2003, 11 ; Henning-Bodewig, GRURInt 2003, 926 ; Köhler u Lettl, WRP 2003, 1019 ; Gamerith, WRP 2003, 143 ; Glöckner, WRP 2004, 936 ; Veelken, WRP 2004, 1 ;

Henning-Bodewig, GRURInt 2004, 183; Apostopoulos, WRP 2004, 841; Schulte-Nölke u Busch, ZEuP 2004, 99; Glöckner, WRP 2005, 795; Gamerith, WRP 2005, 391.

イギリスにおける議論・影響を検討するものとして、河野良継「平均的消費者（average consumer）」とは何者か？――英国におけるEU不公正取引手段指令国内法化をめぐる議論を参考に――」（「市民生活基盤の法および行政に関する日米欧間の比較検証（平成一四年度～平成一七年度科学研究費補助金（基盤研究（A））研究代表者平田健治」研究成果報告書（平成一八年四月）一四七頁以下所収）。

(10) 提案段階のものを多角的に分析したものとして、The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices, edited by H. Collins, 2004 がある。また、コミッションからの受託調査研究報告として、Hans-W. Micklitz, Study on the Feasibility of a General Legislative Framework on Fair Trading by the Institut für Europäisches Wirtschafts- und Verbraucherrecht e. V. 2000; Reiner Schulze and Hans Schulte-Nölke, Analysis of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Relation to Commercial Practices, 2003 がある。また、指令成立と前後して公表された、イギリス通産省の委託研究報告書として、An Analysis Of The Application And Scope Of The Unfair Commercial Practices Directive, 2005 がある（上掲注9も参照）。

(11) 不公正取引手段に関する包括的指令のみならず、消費者保護に関する加盟国執行機関の協力制度の創設をも問うていた。後者は、のちに Regulation (EC) No 2006/2004 consumer protection cooperation として結実する。

(12) 前加理由⑭は、本指令の立場を完全調和アプローチ（full harmonisation approach）と位置づけている（後述第二(b)参照）。

(13) Glöckner, WRP 2004, 936 (945) によれば、規則提案挫折の原因は、加盟国の消費者保護法の優先を規定した電子取引指令と異なり、本国法主義をそのような例外なしで規定したこととされる。

(14) 典型例として、Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e. V. v Mars GmbH, (Case C-470/93 [1995] ECR 1923 (6.7.1995)) (前掲⑫) が挙げられる。

(15) Keßler-Micklitz, Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, BB-Special 13 (2005), 10 (linke Spalte).

(16) Keßler-Micklitz, BB-Special 13 (2005), 10 (rechte Spalte).
(17) Keßler-Micklitz, BB-Special 13 (2005), 11 (linke Spalte).
(18) 欧州議会による第一項（遵守確保）削除により第二項（承認）のみが四条として残ることになった。この意味については争いがある。例えば、従来のような強行的要請の例外が受入国において認められるかどうかについて。
(19) 詳しくは、長田真理、ＥＵ法における「本源国法原則」とその国際私法上の意義、「阪大法学」五五巻三・四号（平成一七年一一月）二二七頁以下を参照。
(20) Gamerith, WRP 2005, 402 は、消費者保護のレベルが多様な、事業者の開業地国法で判断されるのは不当であり、誤認広告の消費者関連部分のみを分断して取り込むのもおかしいとする。
(21) Henning-Bodewig, GRURInt 2004, 193 や Köhler-Lettl, WRP 2003, 1030 は、相互承認原則のみでは、保護レベルの高い加盟国で開業する企業はそうでない国で開業する企業と比べて不利であり、これが企業の移転を促し、また加盟国も保護レベルを下げるよう迫られる要因となると指摘する。
(22) Glöckner, WRP 2005, 795 (807).
(23) 拙稿・「阪大法学」五四巻一号（平一六年五月）三一七頁。
(24) Henning-Bodewig, GRURInt 2004, 193.
(25) Keßler-Micklitz, BB-Special 13 (2005), 11 は、完全主義のもとでも加盟国が一般条項を異なって解釈することが予期され、保護基準が加盟国間で異なりうるから、その差をならすのが相互承認原則の意味であると述べる。
(26) この歴史は、既に引用した 1996.8.5 Green Paper on Commercial Communications in the Internal Market, COM (96) 192 final にさかのぼる。
(27) Keßler-Micklitz, BB-Special 13 (2005), 13.
(28) Schultze, Ebers u. Grigoleit, Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire, 2003 が、アキコミュノテールとしての情報提供義務の要件効果等を総合的に検討している。
(29) Schulte-Nölke/Busch, ZEuP 2004, 99 によれば、遠隔取引指令（97/7/EC distance contracts）における規律コンセプトの借用とされる。

(30)　交渉開始前後の区別につき、Fleischer, Vertragsschlußbezogene Informationspflichten im Gemeinschaftsprivatrecht, ZEuP 2000, 772. 彼によれば、情報提供義務は交渉開始前の抽象的義務と開始後の具体的義務に分けられる。前者は、市場での情報の公開であり、例として証券取引、資本投資におけるプロスペクト上の義務を挙げ、後者は、例として保険契約における義務的記載事項を挙げる。

(31)　Micklitz-Keßler, Funktionswandel des UWG, WRP 2003, 919 (931).

(32)　Schulte-Nölke/Busch, ZEuP 2004, 99 (111).

(33)　Micklitz-Keßler, WRP 2003, 919-1018; Keßler-Micklitz, BB-Special 13 (2005), 1-23.

(34)　現EU条約六条三項、憲法条約五条。詳しい検討は、Fabrizio Cafaggi (ed.), The Institutional Framework of European Private Law, 2006, p. 11.

(35)　前掲・「阪大法学」五四巻一号（平成一六年五月）三二九頁以下。

(36)　Hans-W. Micklitz, VuR 2003, 2; Glöckner, Europäisches Lauterkeitsrecht, 2006, S. 194ff. などで主張されているもの。このような理解に対する批判として、Riesenhuber, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, S. 579ff, 2003 などがある。

(37)　Riesenhuber, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, 2003 などがある。

(38)　v. Vogel, Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht, 2006, S. 283 は、一九九九年の消費動産売買指令が消費者法の衣装をまとっていることをEU立法機関の立法権限の隠れた濫用であるとする。すなわち本指令の国連動産売買法とのかなりの部分の内容的対応を指摘し、結局（本来EUに立法権限がないはずの）一般契約法の次元での統一をもくろむものと評価する。

(39)　前注(5)参照。

＊　本稿は、「市民生活基盤の法および行政に関する日米欧間の比較検証（平成一四年度～平成一七年度科学研究費補助金（基盤研究（A））研究代表者平田健治」研究成果報告書（平成一八年四月）一一〇頁以下に掲載したものに加筆訂正したものである。