

EC 不公正取引方法指令をめぐり る問題

一橋大学准教授 角 田 美穂子

特集

広告と消費者法 2

ヨーロッパにおける広告規制(2)

1 はじめに

不公正取引方法指令（「事業者の消費者に対する不公正な取引方法に関する EC 指令（2005/29/EC）」）。以下、「本指令」ともいう）には、これまで広告規制を担ってきた多くの EC 指令とは一線を画する特徴が多々含まれている（本特集鹿野論文参照）。本稿は、EU における広告規制において重要な位置を占める本指令がわが国に与える示唆を探る前提作業として、本指令の最も際立った特徴であると同時に評価が分かれている次の三つの点について若干の検討を加えることとしたい。

すなわち、① EC 指令の目的を達成する手段として、加盟国により厳格な措置を講ずる余地を許容するミニマム・ハーモナイゼーションではなく、それを許容しないマキシマム・ハーモナイゼーションを導入したこと。② EC 消費者法として初めて、国境を越えた取引方法について相互承認原則を採用したこと（域内市場条項）。そして、③ EC 委員会として初めてベター・レギュレ-

ション（注1）の考え方に則り枠組指令（Framework Directive）という法形式を実現させた点である（注2）。

いずれも革新的な意義を有しているが、中でも①②を結合させた点は、本指令のオリジナリティであるとともに、理解が難しく、多くの問題点も指摘されているところであるため、2で①②を一緒に扱い、3で③を検討する。検討にあたっては、本稿の目的から、本指令の立法としての成否につき評価が分かれるポイントを整理することに重点を置く。

2 マキシマム・ハーモナイゼーションと域内市場条項

(1) 立法経緯

本指令の4条に次のような規定が置かれている。

【域内市場】加盟国は、本指令により近似化される領域と関連するという理由により、役務提供の

（注1）小立敬「ベター・レギュレーション——英仏金融監督当局におけるより良い規制環境の模索」資本市場クォーターリー2007年夏号71頁以下・73頁、松尾直彦「金融規制法の法源と執行のあり方(2)」金法1846号30頁以下も参照。

（注2）Giuseppe Abbamonte (head of DG SANCO), The UCPD and its General Prohibition, in: Weatherill / Bernitz (ed.), The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005 / 29 — New Rules and New Techniques, 2007, p. 13. 以下。委員会の見解については、主としてこの論文に依拠した。

自由を制限することも、物品の自由移動を制限することもしてはならない。

この規定で採用された考え方は、次のように説明されている。「ハーモナイゼーションは消費者と事業者双方に有益な法的安全性をもたらす。消費者も事業者も共に、EU 全域において不公正取引方法のあらゆる側面を規制する法概念によって明確に規定された単一の規制枠組みに依拠することが可能となる。これにより、消費者の経済的利益を害する不公正取引方法に関するルールの断片化に由来する障壁は除去されていき、この領域における域内市場の成就が可能となる」(指令前文12段)。

本指令の起草を担当した EC 委員会保健消費者保護総局長 Abbamonte 氏によれば、この規定は相互承認原則を採用したものであるという。それは、本指令がマキシマム・ハーモナイゼーションを採用し、ハイレベルに統一された消費者保護が実現されることになったため、相互承認が機能し得る条件も整い、かつ、政治的にも受け入れ可能となった、というのである。すなわち、前述②と①は密接に組み合わせられているのであるが、これは立法経緯抜きに理解することは難しい。というのも、2003年3月20日に提出された委員会草案 (COM (2003) 356final) では、域内市場条項 (4条) には1項として「各加盟国は、自国の領域内で設立された事業者が、消費者の経済的利益を害する不公正取引方法に関する規定を遵守するよう、確保しなければならない」との規定があり、現行4条は2項とすることが提案されていたのである。

旧1項は、事業者の設立された国=原籍国 (country of origin) のルールが域内に及ぼされるべきである、逆にいえば、仕向け国 (country of destination) は原籍国のルールを承認しなければならないという、原籍国原則の亜種というべきものであった (注3)。ここで、原籍国原則が

採用された経緯を振り返れば、もともとは「国境のないテレビ活動」のようなマルチ国家の広告活動に仕向け国のルールを及ぼすと国ごとで異なるルールに対応するために各国仕様での広告展開を余儀なくされてしまうため、この不都合を回避する目的で採用されたのである。原籍国原則には、加盟国が自国内での事業者の広告活動を奨励しようと消費者保護レベルを引き下げるインセンティブを与える (レース・トゥ・ザ・ボトム) 問題があることが指摘されてきた。つまり、この原則は元来ミニマム・ハーモナイゼーションと親和的なものであるが、ここで重要なのは、発信国のルールを遵守している限り、例外的に、受信国が全く異質な規制をかける可能性はあるが、原則、受信国において同じ理由に基づき二次的な規制を受ける可能性が排除された形で自由なテレビ放送活動が保障されていたことである。このような規制自由化が、電子商取引指令 (Directive 2000/31/EC) を経て、本指令ではコミュニケーション手段を問わない形で推進されていくこととなったのである。

一方、ハーモナイゼーションのあり方については、誤認惹起広告指令 (Directive 84/450/EEC) はミニマム・ハーモナイゼーションを前提としていたものの、ヨーロッパ司法裁判所の判例が次第に加盟国の裁量を狭めることで事実上フル・ハーモナイゼーションを実現しつつあったのを、本指令においては EC 委員会の政策転換として認められるに至ったという。

二つの原則を組み合わせるというアイディアは、タバコ製品の広告やスポンサーシップにつき、個人の健康衛生の保護という観点からより厳格な措置を講ずる余地を加盟国に認めていたタバコ広告指令 (Directive 98/43/EC) のミニマム・ハーモナイゼーションを厳しく批判したヨーロッパ司法裁判所判決 (注4) に着想を得たものだといわれている。EC 委員会は、この判決により加盟国は、自国の製品以下のスタンダードを課して

(注3) 以下の分析は、主として次の文献に依拠した。Micklitz, Minimum / Maximum Harmonisation and the Internal Market Clause, in: European Fair Trading Law, p. 27-.

いる他の加盟国からの輸入品にも市場へのアクセスを許すことを強要されると読んだのである。すなわち、ミニマム・ハーモナイゼーションを前提とする限り、加盟国は自国の基準をより切り下げようとするのでヨーロッパ統一レベルの基準が定立される必要がある、すなわち、マキシマム・ハーモナイゼーションが実現されるべきであり、かつ、それが物品とサービスの自由移動を保障すること（EC条約95条）とも密接不可分の関係にあると考えたのである。

不公正取引方法指令の制定過程で重要な役割を果たしたのは、インパクト評価とヨーロッパ広告規格同盟（European Advertising Standards Alliance：EASA）の活動である。そこで示されたのが、「規制の分断」といわれた加盟国による立法の相違によってエンフォースメントのコストと複雑さが増幅されること、そして規制の基準が異なることが深刻な通商障壁となっているとの事実であった（本特集鹿野論文参照）。

こうして、EC委員会が「規制の分断」に域内市場に対する消費者の不信感の原因を見出すとともに、競争に歪みをもたらす物品・サービスの自由移動の障壁として、EC条約95条に基づく規制として不公正取引方法に関するルールをハーモナイズするEC指令の導入が正当化されることとなった。マーケティング活動の潜在的なトランス・ボーダー性が、立法の相違をもたらす問題点を前面に浮かび上がらせると同時に、現状のミニマム・ハーモナイゼーション・アプローチを採り続けているのは国境を越えた取引における消費者保護について、「消費者の信認の欠如」への取組みに失敗することになるという危機感（注5）が、マキシマム・ハーモナイゼーションを推進したということができよう。

(2) 域内市場条項の解釈

(A) 原籍国原則削除が残した禍根

本指令案の旧4条1項（原籍国原則）が削除されたことをめぐり理解については、争いがある。

EC委員会としては、依然として本指令は原籍国原則を暗黙の前提としており、削除されたのは、単に、それがアキ・コミュニテール（EU法の総体）を構成しており二次的共同体法に繰り返し規定する必要がなかったためである、との立場のようである。しかし、立法過程において政治的反発を受けて4条1項が削除された経緯があるだけに、この理解が受け入れられているかは疑わしい。

一つの立場として、4条はカシス・ド・ディジョン法理、すなわち加盟国は、消費者の利益の保護に必要であればハーモナイゼーションの対象領域であっても、依然として強行法規を引き合いに出して、指令よりも厳格な広告規制を維持することができることを確認した規定であるとの理解がある。しかし、カシス・ド・ディジョン判決（EUGHE 1979, 649）はEC条約30条（共同体内の取引を阻害する数量制限と同等効果を持つ措置であっても、例外的に加盟国の公共の利益から必要性が正当化されれば許される）を根拠とし、加盟国ごとに異なる法状況を前提にしていたのが、本指令は完全なハーモナイゼーションを前提としている以上、そもそもこのような解釈の前提条件が欠けているとの批判がなされている。マキシマム・ハーモナイゼーションに対する限定としては、唯一、EC条約95条4項のセーフガード条項（ハーモナイゼーション措置に対して、加盟国がEC条約30条の措置や、環境・労働環境の保護に必要な措置につき例外を求める可能性を認める）の可能性しか残されていなかったところ、本指令ではそれも見送られている。しかし、この決断に

(注4) Tobacco Advertising, Case C-376/98 Germany v European Parliament and Council [2000] ECR I - 8419.

(注5) 学説上は、この「消費者の信認」論が濫用されたとの批判もある。Micklitz, P. 36; Howells, Unfair Commercial Practices Directive — A Missed Opportunity?, in: Weatherll / Bernitz (ed.), The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005 / 29, 2007, p. 103-, 108.

については、学説上は疑問の声が多い。すなわち、限定された範囲において、仕向け地の国において規制をする可能性を留保しておくべきであった、あるいはせめて、運用実績を見守るなどの経過措置を考えておくべきではなかったか、というのである。上記のカシス・ド・ディジョン判決を読み込む見解が主張される背景には、仕向け地国としての規制の余地を確保しようとの意図もあろうが、この見解に対しては、紛争の蒸し返しだとの批判もなされている (Howells, p. 110)。

(B) 相互承認原則

次に、本指令4条の規定内容であるが、法選択の余地を認めないルール (no choice of law rules)、すなわち、国際私法ルールで指定された準拠法が仕向け国の法であるか否かは問わずに原籍国のルールが適用されるというものである。仮に、ある取引方法が原籍国の法に適合しているとして、仕向け地の国の法が準拠法で取引方法が当該法には不適合な場合、当該ケースを審理する法廷は、仕向け国の法は考慮すべきではない。当該ケースにおいて、仕向け国の法は、それが実務を制限する限りにおいて (たとえば、取引に付加的な要件を課しているような場合)、本指令4条に抵触する域内市場障壁ということになる (Abbamonte, p. 18)。

もっとも、マキシマム・ハーモナイゼーションに則り、本指令が採用したルールが細部にまでゆきわたれば、準拠法の問題は、その実際上の意味を失っていくと考えられている。ただ、本指令の実体法規定について、理論上は、加盟国が国内法化をしていなくとも直接効果を生じ得るのではないか、との問題提起がなされている。というのも、これらは実体法規範として十分に明確化されており、消費者個人に権利を付与することが可能で、したがって、ヨーロッパ司法裁判所の判例に則って、指令が国内法化されていなくとも、直接

適用が可能なのではないか、というのである (注6)。

(3) 射程——品位の問題

他方、広告規制の観点から見て重要な例外がある。それがエイズの末期患者や戦士した兵士の血染めのシャツを掲載した広告などの「品位 (taste and decency)」の問題である。

「本指令は、加盟国により大きく異なる品位に関する法的要求も対象とはしない。例えば、キャッチセールスといった取引方法は、加盟国によっては文化的な理由で望ましくないとされる。これにより、加盟国は、自国の領域内において、共同体法に適合する限りにおいて、この品位を理由に、ある取引方法を禁ずる措置を継続させることができるのであり、このことは、当該取引方法が消費者の選択の自由を制限しない場合も変わるものではない」(指令前文7段)。つまり、本指令は、消費者の経済的利益の保護に焦点を絞っているのであるから、市場に関連しない内国的な道徳 (non-market-related national morals) には関知しない (注7)。このことは、上述のマキシマム・ハーモナイゼーションと相互承認原則が及ばない、ということの意味する。

その意味は決して小さくない。消費者の選択の自由を制限するような取引方法でも、品位の問題となれば、加盟国には規制の裁量が残されるからである。ここに、加盟国が、指令の採用した競争原理に基づく「公正」原則を適用するにあたり、自国の規制裁量を確保したいがために倫理・道徳的な考慮を持ち込んでしまうリスクが指摘されている。これに関連して、「不公正」判断 (指令5条。規定内容については本特集鹿野論文参照) の基準となる「平均的消费者」について、「合理的に情報提供を受け、合理的に注意深く慎重」な者をいうが、「社会的、文化的、及び言語的な要素も考慮に入れる」必要があるとされている (指令

(注6) Abbamonte, p. 19, C-431 / 92 Commission v Germany [1995] ECR I-2189, at 2224.

(注7) COM (2003) 356 final at 10; Wilhelmsson, Scope of the Directive, in: European Fair Trading Law, pp. 49-, 59-; Micklitz, The General Clause on Unfair Practices, in: European Fair Trading Law, pp. 83-, 87-, 95-.

前文18段)。この関連でも困難な問題が生ずるとの指摘がなされている。

3 枠組指令

(1) 基本的な考え方

まず、「枠組指令」とは何か、その基本的な考え方から見ていくこととしたい。EUにおけるベター・レギュレーションを実現していくにあたり「枠組指令」が用いられるべきだとの政策決定は、2001年7月25日の「ヨーロッパ・ガバナンス白書 (COM (2001) 428 final)」(以下、「白書」という)においてなされた。EUにおけるガバナンス機構改善の方向性が探られた中で、基本方針として、①適正なアセスメント評価を経て政策決定の必要性を判断すること、②最適な政策ツールの組合せを模索すること、③立法する際には迅速性を確保することと並んで、統一化アプローチと柔軟性を許容するアプローチのベストミックスを期すべきこと、④専門家の意見を従来以上に立法に反映させて信頼性を確保すること、が決定されたのである。

ここで関係するのは②であり、委員会は、今後の方針として、規則 (Regulation)、枠組指令、共同規制メカニズムといった多様な政策ツールを用いていくことをうたっている (白書5頁)。そして、枠組指令については、「テキストは従来ほど厳格なものではなく、その執行 (implementation) についてもより柔軟性が確保されるべきである。そして、理事会と欧州議会の合意形成もより迅速にする必要がある」(同20頁)との説明が加えられている。

そもそも、ベター・レギュレーションの根底に「規制の質は、規制の適用されるマーケットの競争力を左右する重要な要素」だとの認識があり、その規制のあり方として「形式的な法運用により、実質的な法目的の達成が損なわれることのないよう、規制の目的や方向性を打ち出すことを目

指すプリンシプル (原則) を明確化し、ルールに基づく規制・監督が形式的な法運用に流れる場合には、プリンシプルに立ち返ることで法目的を確実に捉えうるような規制体系を目指すべきである」との理解がある (注8)。枠組指令をめぐる議論の内実は、プリンシプル・ベースの規制体系をいかに実現させていくべきかという問題として理解されなければならないといえよう。

(2) 立法趣旨

まず出発点として、2001年の「EU 消費者保護に関するグリーンペーパー (COM (2001) 531 final)」において、多くの消費者問題の原因は不公正な取引方法にあるとしたうえで、不公正取引方法に関する一般的義務を含む「枠組指令」を制定し、これをEU 消費者保護法の改正作業の基礎とすることが明らかにされている。「枠組指令」の具体的なあり方については、一般条項を擁すべきとの判断を前提に、一般条項としては不公正な取引方法一般を対象とするドイツ流に言えば「大きな」一般条項と、誤認惹起のおよび欺瞞的な取引方法各々につき「小さな」一般条項を定立するのといずれがベターでより実行可能 (feasible) か、そして、域内市場において生じている「規制の分断」に取り組むのにより適しているのはどちらかを問う形で議論が始まっている (2頁)。

一般条項を置く理由としては、分野ごとのルールは規範が明確で予測可能ではあるが不誠実ながら創造性に富む事業者には規制の回避が容易であること、市場の変化やイノベーションに適切に対応できないためこれを克服する必要性、が指摘される。中でも、隔地者間契約指令において重要な契約条項は持続的記憶媒体 (durable medium) で提供されなければならないとされていたために携帯電話技術を駆使した隔地間取引ビジネスの発展を阻害した可能性が指摘されたり (COM (2001) 531 final, p. 5)、一般条項の必要性を示す

(注8) 金融庁ウェブサイト「金融規制の質的向上——ベター・レギュレーション」、グローバル化改革専門調査会金融・資本市場ワーキンググループ第一次報告「真に競争力のある金融・資本市場の確立に向けて」(2007年4月)、小立・前掲(注1)72頁。

例としてモデム・ハイジャック (modem hijacking) というインターネット上の活動があげられる (Abbamonte, p. 21) 等、イノベーションへの対応というプリンシプル・ベースの規制のメリットが強く意識されているといえることができる。

次に、大一般条項と二つの小一般条項、ブラックリストを擁する本指令の規制構造について Abbamonte 氏は次のようにいう。すなわち、大一般条項 (5条) が本指令のキーであるが、実務的には不公正取引方法の主要類型である誤認惹起的あるいは攻撃的取引方法でほとんど捕捉可能であり、しかも、あらゆる状況下で不公正とされる取引方法について「網羅的な」ブラックリストを擁したことで、大一般条項固有の機能としては「現在ある、または将来的に出現するであろう、誤認惹起的とも攻撃とも分類し得ない取引方法に対するセーフティネットとしての役割を果たす」、「つまり、その機能は将来的に検証されるべきもの (future-proof)」である。そして、「ブラックリストは、指令と統合化されており、その改訂は指令の修正、すなわち EU 条約251条による立法手続によらなければならない。加盟国は、リストを指令と同一または同等の方法で国内法化しなければならず、付加することもできない。それを許容すれば本指令が導入するマキシマム・ハーモナイゼーションを妨げ、指令が追求する法的安定性が損なわれることになるからである」 (Abbamonte, p. 21)。

すなわち、立法者は、一般条項とブラックリストを組み合わせることで迅速性と柔軟性、そして実効性確保を企図し、とりわけ、実効性確保という面でブラックリストの指令との統合・一体化に重要な意味を付与していたことがわかる。

(3) 学説における問題提起

学説においては、本指令がはたして真の意味での「枠組指令」といえるのか、疑問が提起されている (注 9)。この問題提起は、本指令がベター・レギュレーションの考え方を踏まえた成果といえるのかに対する疑問を含む点で注目に値するといえるべきである。

疑問が向けられているのは、規制構造、そして指令の解釈・執行プロセスである。不公正性判断の枠組みを示す一般条項を擁することのみで「枠組指令」になるわけではないのはもちろんだが、問題はむしろ、ブラックリストにおいて指令の禁止規範を過剰なまでに詳細に具体化していること、そして、ブラックリストを指令と統合・一体化して改訂を指令自体の修正手続によることとし、リストを固定化し、柔軟性を欠く点にあるというのである。また、本指令の解釈・実行が各加盟国の執行機関に一任され、統一性の保障が欠如している点も問題だとされている。

本指令の問題点は、金融サービスの分野で採用されているランファルシー・アプローチ (注10) と呼ばれる規制手法と対比することで浮き彫りにされる。これは、時間がかかりすぎ、硬直的で、曖昧さを残しすぎ、コアと非コアの区分がなされていなかった金融規制を改革すべく示されたもので、次の4段階からなる。すなわち、まずレベル1として枠組指令があり、そこでは EC 委員会、理事会、欧州議会における枠組合意が形成され、レベル2における執行 (implementing) 権限を決定する。続くレベル2では、全加盟国の監督機関が参加し、消費者や事業者団体にも一定の役割が割り振られた専門委員会における協議と助言を経たうえで、EC 委員会が技術的な執行措置を講

(注 9) Stuyck & v Dyck, Confidence through Fairness? The new Directive on unfair Business-to-Consumer Commercial Practices in the Internal Market, CML Rev. 2006, 107-152, 144-. 2009年3月の聴取調査において Iain Ramsay 教授 (イギリス・ケント大学) も同旨の疑問を提起された。

(注10) Final Report of the Committee of Wise Men on Regulation of European Securities Market, 15. Feb 2001, http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/lamfalussy/wisemen/final-report-wisemen_en.pdf. 邦語文献として、青木浩子「欧州の新投資サービス指令における顧客区分および説明規制」千葉大学法学論集20巻3号91頁以下。

じる。レベル3においては、全加盟国の監督機関が参加している専門委員会が、解釈指針、勧告、ガイドライン、共通スタンダード、内部的見解(peer review)を公表するとともに、規制実務の比較を行うことで、一貫性のある、体系的な実行・実施・解釈適用を期する。そしてレベル4では、EC委員会が、各加盟国がEU立法を遵守しているか審査・点検を行い、共同体法違反があれば法的措置を講ずるというものである。一見して明らかなのは、不公正取引方法指令はレベル1とレベル2の規制を混合していること、そして、レベル3とレベル4の措置を欠いていることである。

もちろん、消費者法の領域に金融市場におけるほどの専門性とスピードが求められているかは検討の余地があり、盲目的に金融サービスの規制手段にならう必要もないであろう。しかし、ランファルシー・アプローチを採り入れたほうがより望ましい規制を実現できたのではないか。たとえば、レベル2の措置としては、ブラックリストではなく、より実効性と柔軟性、可変性を備えた方法、たとえば、加盟国の監督機関の定期的に会合を開くフォーラムを形成してレベル3の措置を行うことや、レベル4の加盟国監督機関をEC委員会が任命することも検討に値するというべきでは

ないか、というのである。

4 わが国への示唆

以上の検討から、次のようなことがいえるのではないだろうか。

域内市場条項の解釈もマキシマム・ハーモナイゼーションの実際の意味も、いまだ十分に固まっているとはいいがたい。その意味で、不公正取引方法指令の国内法化が進む一方で、実際の運用レベルまで域内統一を実現すると考えるのは早計であろう。今後の運用、とりわけ、3で見た学説の指摘した問題点がどのように解決されていくのか、その推移を見守る必要がある。

次に、不公正取引方法指令が真の意味で枠組指令なのか、より望ましい規制のあり方があったのではないか、という問題提起は、わが国の広告規制のあり方の議論にとっても極めて示唆に富むといふべきである。わが国においてもベター・レギュレーションの議論は金融分野で先行しているが、消費者法においてもより深めていく必要があるのではないか。

(すみだ・みほこ)

[付記] 本稿は、平成20年度吉田秀雄記念事業財団研究助成による研究成果の一部である。